

# 自己責任としての使用者責任

——ドイツ法を中心にして——

岡 孝

## I 序

## II BGB 831条の成立過程

- (i) 17, 18 DJT 以前—普通法時代
- (ii) 17, 18 DJT
- (iii) 第1草案(E I)発表とその反響
- (iv) 第2草案(E II)発表～BGB 831条の成立

## III BGB 施行後の判例学説の動向

- (i) 分散的免責立証について
  - (ii) 分散的免責立証の克服
- 「組織上の瑕疵」という構成をとおして——

## IV まとめ

### I 序

企業の活動は、自然人のそれとは異なり、多数の構成員と機械・施設とが有機的に結びついてなされる。それによって企業は、個人の場合とは比較にならぬほどの利益を享受する反面、構成員の増大や企業の性格自体によって、本来の企業活動の目的から逸脱したり、それに起因する災害の危険性も増大する。この場合、直接の加害者たる企業の構成員＝被用者よりも資力の大きい企業主＝使用者に、企業活動から生じた損害を負担させようとする法理（いわゆる企業責任）の一つとして、使用者責任がある。

今日我が国の判例通説は、使用者責任の「事業の執行につき」の要件を緩和

しかつ免責をほとんどみとめないことによって「企業責任を現実化しようとしている」<sup>(1)</sup>。その際、判例通説は被用者の有責性を前提としているが、<sup>(2)</sup>加害原因が複雑多様化している今日、「加害被用者を特定しその故意過失を立証することが<sup>(3)</sup>きわめて困難になってきている」。

ところで、我が国の使用者責任規定（民法 715 条）は、立証責任の転換という形をとっている点で、ドイツ法と類似している。そこでは、使用者責任を使用者の自己責任ととらえることによって、被用者の有責性は前提とされていない。その立法理由によれば、被害者にとって加害を誘発した使用者——被用者（企業）の内部関係を知ることが困難であるために、被害者保護を目的として立証責任が転換されたという。そして今日では判例は、組織上の瑕疵という構成で、事実上免責の可能性をほとんどとぎすに至っている。

このように、ドイツ法の動きは、我が国において、使用者責任を自己責任と解することによって今日の社会の期待にこたえることができることを示唆しているように思われる。そこで本稿では、ドイツ法において自己責任としての使用者責任がどのように形成されてきたかを考察することによって、我が国の使用者責任追求の際の難点克服への一助としたい。<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>

(1) 加藤一郎編『注釈民法(19)』（森島執筆）264頁。

(2) たとえば、森島、前掲書292—293頁。加藤一郎『不法行為』（法律学全集）167頁。

(3) 神田孝夫「被用者の故意過失」乾編『現代損害賠償法講座』、第6巻、1974年、64頁。

(4) 近時の学説として、田上富信「被用者の有責性と民法 715 条〔その1〕」『鹿児島法学論集』、第8巻第2号、1973年（715条の枠内で克服を試みている）。神田孝夫「企業の不法行為責任について」『北大法学論集』、第21巻第3号、1970年（715条の適用を限定し、企業責任については709条によるべしとする）。

(5) 本稿は1974年1月に一橋大学に提出した修士論文の一部分をまとめたものである。

## II BGB 831 条の成立過程

### (イ) 17.18 DJT <sup>(6)</sup> 以前—普通法時代

普通法時代においては、ライン法領域を除いたドイツでは、一般に、ローマ法に従い、選任監督上の過失等の自己の有責にもとづき、使用者は責任を負うだけであった<sup>(7)</sup>。1794年施行のプロイセン普通法 (A. L. R.) は、そのことを示している<sup>(8)</sup>。

ローマ法時代に過失責任の原則を補完していた諸制度が消滅し、他方、商工業の発達によって他人の活動を利用するのが通常の事態になってくるにつれて、過失責任の原則のもとでは、被害者の救済が困難となるのは明らかとなり、明確に法の欠缺が意識されはじめた。この時代の要求が、次第に法典に反映してくる。A. L. R. 以降のドイツの使用者責任の変遷を、ラント法や草案に関して<sup>(9)</sup>みてみよう。

1853年のヘッセン草案<sup>(10)</sup>では、自己の有責による責任が原則ではあるが、両親、養父母、教師、親方の責任を制限的にみとめている (210, 211条)。1860年のバイエルン草案では、第3者の保護という目的で、自己の有責の外に一定の要件 (「業務の執行につき」66条)のもとに、無条件に被用者の行為につき使用者に責任がみとめられるに至った<sup>(11)</sup>。しかし、1863年のザクセン民法 (779条) と1866年のドレスデン草案 (216条)<sup>(12)</sup> は、ローマ法ないし A. L. R. に後退してしまっている。

ここで注意しなければならないのは、使用者の責任の内容である。自己の有責の外に使用者の責任がみとめられるようになると、ローマ法以来の選任監督上の有責を含めた使用者自身の有責についての責任は、どこに位置づけられるべきであろうか。他人の有責についての責任がみとめられる場合には、直接加害行為をした従業員が特定できないといった例外的なケース以外にはあえて自己の有責についての責任に言及する意味はなかろう。しかし、立証責任の転換という形で他人の有責についての責任をみとめようとする場合には、事情は異なってくるように思われる。この点は、後述する。

(イ)をまとめよう。選任監督上の有責に責任の根拠を求める普通法の考え方と、フランス法の影響をうけて、一定の要件のもとで他人の有責についての使用者の無条件の責任を規定した草案の考え方とがはげしく対立して、その対立

が、17 DJT にもちこまれたのである。

- (6) der Deutsche Juristentag の略。
- (7) Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, Bd. III, S. 388 ff.
- (8) たとえば, I. 6. § 53; I. 13. § 36; I. 6. §§ 60, 61, 62, 65.
- (9) 奴隷の行為についての責任の消滅や, 代理の考え方の変質など。Vgl. Goldschmidt, *ZHR* 16 [1871], 287 [368].
- (10) 直接参照しえず。ここでは, Petersen, *Verhandlungen des 18. DJT*, Bd. I, 1886, S. 285 による。
- (11) バイエレン草案の *Motive*, S. 76 f.
- (12) ここでは, Petersen, *a.a.O.*, S. 284 f. を参照した。

### (口) 17. 18 DJT

1884 年の 17 回大会では、「雇用主 (Arbeitgeber) は自己の労働者 (Arbeiter) の有責につきどの程度責任を負わなければならないか」が討議された。<sup>(13)</sup>つまり、本大会では、はじめから使用者自身の有責性とは無関係の責任、いわゆる「他人の有責についての責任」が問題にされたのである。

さてこの大会では、債務関係における雇用主＝債務者の責任の根拠づけについて、対立はあったものの、結論に対する異論は出されず、議論はもっぱら契約外の責任をみとめるか否かに集中した。結局、本大会では、いわゆる履行補助者責任のみが決議され、契約外の使用者責任については、次回にまわされた。<sup>(14)</sup>

次に 18 回大会をみてみよう。報告者ペーターゼン (Petersen) は、従来の法の発展過程——すなわち責任の拡大——を示して、今日、債務関係外でも自己の過失と無関係の責任をみとめることを提案した。<sup>(15)</sup>彼は、エンネクツェルス (Enneccerus) のような危険な事業とそうでない事業との区別をすることは不可能であり、逆にそのような区別なしに一般的な責任をみとめることによって、種々の困難な問題が解決しようと主張する。<sup>(16)</sup>討議では、エンネクツェルスの主張する危険な事業とそうでないものとの区別が可能かどうか議論が集中し、結局、あらゆる事業において一定の危険は生じうるから、その区別は不可能であると主張するペーターゼンらが多数をしめ、次のような決議がなされた。<sup>(17)</sup>「債務関係外において雇用主は自己の労働者が業務の執行において他人に

与えた損害につき責任を負う」と。

以上のように、以前から要求の声が高まっていた、自己の有責とは無関係の責任が、17. 18 DJT によってみとめられるに至った。これが BGB の立法段階になると、債務関係外に関してはこの責任は再びみとめられなくなるのである。

(13) *Verhandlungen des 17. DJT*, Bd. II, 1884, S. 80 ff.

(14) *Verhandlungen, a. a. O.*, S. 137.

(15) *Petersen, a. a. O.*, S. 275-304; Bd. II, S. 67-83.

(16) 特別法の採用している人損と物損の区別が廃止でき、大企業が中小企業に比べて優遇されるということが除去できること等々。

(17) *Verhandlungen des 18. DJT*, Bd. II, S. 106.

#### (ハ) 第1草案 (E I) 発表とその反響

EI 711条：「他人に一つ又は複数の行為をするという業務を命ずる者は、通常の家長の注意が必要な場合かつそのような場合にのみ、その者を監督する義務がある（1項）。この義務が違反されるならば、監督義務者は710条1項<sup>(18)</sup>に応じて、任命された者がその業務の執行においてなした不法行為により、第三者に与えた損害の賠償につき責任を負う（2項）。」

712条：「他人に一つ又は複数の行為をするという業務を命ずる者は、これにつき適切な者を選任する義務がある。この義務が違反される場合には、前条第2項の規定を準用する。」

本草案は、これらの条文からわかるように、普通法や A. L. R. の立場に従<sup>(19)</sup>った。何故フランス法的立場をとりえないのかについては、何ら述べられていない。ここでは、使用者の責任の基礎が、選任監督上の有責という自己の有責——しかも立証責任の転換すらもしていない——に求められているために、E I 発表後、当然のことながら、これらの規定ははげしく批判された。

まずラントの見解として、プロイセン、ザクセンは、危険な事業に関しては従来のラント法はそのまま存続し、かつ将来草案をこえた厳格な責任を規定する権利があるということを留保して草案を支持している。バイエルン、バーデン、ヘッセン等は、立証責任の転換を求めている。

学説も、現代の取引の要求をみたしていないと批判している。<sup>(21)</sup>すでに特別法でみとめられている鉄道業に関する責任と他の企業とを異ってとりあつかう根

<sup>(22)</sup> 抛が欠けているとか、本草案自体に対する批判ではないが、使用者の有責が基準とされるならば、A. L. R. (たとえば、I. 6. §§ 53, 62, 63, 65) のように「業務の機会の際になされた」ものであっても責任をみとめるべしという見解<sup>(23)</sup>もある。

さて、これらの批判をふまえて、本草案を検討してみよう。

理論的に考えると、使用者の有責の中には、選任監督上の有責以外のものも存在するし、選任監督上の有責の中にも、法益侵害との関連性が密接なものと必ずしも密接でないものがありうる。A. L. R. はかなり詳細な規定をおいているが、E I では704条に不法行為についての一般規定をもうけ、711, 712条ではただ選任監督上の過失を問題にしているにすぎない。しかも713条(BGB 840条2項)が被用者に全額求償できると規定しているところから、E I 自身は、「他人の有責についての責任」を制限的にみとめようとしたものと思われる。「業務の執行につき」という要件もそのことを理解させるようにみえる。

しかし他方で、被害者の立証責任に関して草案理由書(Motive)が述べているところからすれば、<sup>(24)</sup> 使用者の有責は、損害発生の一因にすぎないものでは足りず、損害といわゆる相当因果関係にあるものでなければならぬとも理解できる。つまり、E I は、使用者の選任監督上の有責を単なる責任要件とはとらえていないように思われるのである。E I をこのように理解できるならば、自己の有責責任とは別個に「他人の有責についての責任」をみとめる意味はないだろう。従ってヴァイスナー(Weisner)の指摘するよう<sup>(25)</sup>に、被用者の有責が業務の機会になされたものであっても、使用者は責任を負うべきであろう。

このようにみえてくると、E I は、使用者自身の有責によって(しかも立証責任の転換すらせずに)「他人の有責についての責任」をみとめようとしたために、そもそも他人の有責についての責任自体が不十分なものになってしまい、そのうえ、本来の自己の有責責任との区別もあいまいになってしまったと批判することができるだろう。

(18) 「法律により他人について監督をする義務のあるものは、彼が自己の監督義務

に違反しかつその義務をおこなったならば損害が生じなかったであろうという場合には、その他人が第三者に違法に与えた損害の賠償について責任を負う。」

(19) *Motive*, Bd. II, S. 736 f.

(20) *Äußerungen der Bundesregierungen zum Entwurf eines BGB*, Bd. I, *Neudruck der Ausgabe* 1891 [1967], S. 87 ff., Bd. II, S. 23.

(21) Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, 1889, S. 261.

(22) *Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB*, Bd. II, S. 407.

(23) Weisner, *Das Preußische Allgemeine Landrecht und der Entwurf der Deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1890, S. 135 f.

(24) *Motive. a.a.O.*, S. 737, 「使用者は当該事件において彼の義務である監督を軽率にもおこなわなかったということと、 かつそれをおこなったならば損害は発生しなかったであろうこと」を被害者が立証しなければならないという。

(25) 前注 (23) 参照。

## (二) 第 2 草案 (E II) 発表～BGB 831 条の成立

1895年の第 2 草案では、EI に対する批判をうけ入れて立証責任の転換をみとめた<sup>(26)</sup>。これについての第 2 読会の見解は次のとおりである。<sup>(27)</sup>すなわち、企業の利益を享受する者がそれによって生ずる損害もひきうけねばならないということとは、考えとしては妥当であるが、特別法の形でのみその要求をみとめることができる。このような責任は保険の裏打ちがあってはじめて意義がある。民法の範囲においては同時に強制保険の規定はないから、特に保護を必要とする産業部門や小農業が重い負担に耐えうるかどうかはうたがわしい。但し被害者保護のために立証責任の転換がみとめられるべきである、と。そして危険な事業に<sup>(28)</sup>関しては、しばしば個々の都市や地方でまず損害が発生することを考慮して、ライヒ法で規定された責任をこえている規定を有するラント法は効力を有しつづけることがみとめられた。<sup>(29)</sup>

連邦参議院で改正され、ライヒ議会に提出された第 3 草案は、そこでの審議を経て、1896年に民法典として公布された<sup>(30)</sup> (BGB 831 条)。

E II 754 条 = BGB 831 条を簡単に検討しておこう。

E II は、危険な事業については保険を伴う特別立法の形で厳格な責任をみと

めることには反対していない。しかし何が危険な事業かについては、わずかに鉄道、汽船航海事業が例示されているにすぎない。危険な事業につき特別法で規制すべしとの考えに対しては、すでにII(口)でも指摘したように、危険な事業とそうでないものとの区別が困難であり、恣意的な区別がなされやすいとの批判があてはまるだろう。

ところで、831条が使用者の有責とは無関係に「他人の有責についての責任」をみとめなかったことは、今日に至るまで批判されている<sup>(31)</sup>。確かに、使用者責任の歴史が使用者の自己責任から「他人の有責についての責任」へと流れていることは、すでに19世紀後半に存在している各国の立法例からもうかがえる<sup>(32)</sup>し、ドイツにおいてさえ、ヘッセン草案からバイエルン草案を経て18 DJT に至る過程でみとめることができる。従って BGB 成立直後から判例学説が様々な構成をとおして社会の要求をみたしていこうと努力するのを見るとき、「他人の有責についての責任」をみとめなかったこと自体は批判されてしかるべきであろう。

しかし E II 754条=BGB 831 条の立証責任の転換という構造は、結果的に「他人の有責についての責任」と同等の責任をみとめることができるのではないだろうか。

第2読会の議事録(Protokolle)によれば、被害者の立証の困難を救うために立証責任の転換をはかったという<sup>(33)</sup>。被害者にとっては使用者自身の有責を推測させる使用者——被用者の関係を知ることは不可能に近いから、選任監督上の有責につき立証責任の転換をしたことは妥当である。しかし立証が困難であるのは、何も選任監督に限ったことではない。使用者にいかなる有責であろうと、使用者側の内部事情を十分には知ることのできない被害者にとって立証が困難であるということにかわりはないからである。従って、使用者責任における使用者自身の有責とは、被害者保護という立証責任の転換の趣旨を生かすならば、他人を活動させることによって第三者を害するというのをさけるために要求される注意義務違反の点にもとめられよう。このように解すれば、BGB 831条のもとでも、結論として、「他人の有責についての責任」と同等の責任

をみとめることが可能といえよう。この観点からすれば、社会に対する危険性のきわめて高い自動車などの製造や使用の際には、それに応じて使用者の損害惹起の阻止の義務も高められることになる。

次に、ここでの使用者責任が使用者の有責性に責任の基礎をおいているということに着目すれば、被用者の有責性という要件は不必要であろう。E II ではこの要件をはずして単に「第三者に違法に与えた損害」と規定された<sup>(34)</sup>。どのような根拠によるかは不明である。しかし、これによってはじめて「他人」を特定できない——もちろん損害が使用者の組織から生じたという因果関係は必要であろうが——場合（たとえば製造物責任）や「他人」の有責性が存在しない場合（まれであろうが、被用者が責任無能力者の場合）をも、使用者責任に理論的に無理なくとりこむことが可能となったといえよう。

以上、要するに、使用者責任は、履行補助者責任（BGB 278 条）のような「他人の有責についての責任」を直接みとめなかった点は問題であるにしても、BGB 831 条という規定の構造上からは、それと同じ結果に至りうるといえよう。

(26) EII 754 条：「他人に業務を命じた者は、その他人が業務の執行において第三者に違法に与えた損害の賠償の義務がある。使用者がその者の選任の際かつ彼が機械や器具を装置し又は業務の執行を指揮しなければならなかった限りにおいて装置又は指揮の際取引に必要な注意をはらった場合又は損害がこの注意を払うもなお生じたであろうという場合には、賠償義務は生じない（以下略）。」

(27) *Protokolle*, Bd. II, S. 597 ff., *insbes.* 603 ff.

(28) Vgl. *Protokolle*, a. a. O., S. 598, 603; 595 f., 590.

(29) これは EGBGB 105 条にうけつがれた。

(30) 山田晟『ドイツ法概論 II（新版）』, 1973年, 12頁。

(31) 近時のものとして, Hauß, *Verhandlungen des 43. DJT*, 1960, Bd. II, C. 43.

(32) たとえば, Code civil 1384 条 3 項（後の 5 項）, イタリア市民法（1866年）1153 条など。Vgl. Petersen, a. a. O., S. 280 ff.

(33) 前注（28）参照。

(34) *Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB*, Bd. II, *Neudruck der Ausgabe* 1890 [1967], S. 408 によれば, EI 711

条についてビングナー（Bingner）が「不法行為」から「違法な行為」という表現にかえることを主張しているという。

### III BGB 施行後の判例学説の動向

II でみたように、使用者責任の基礎は、E I、E II では使用者自身の有責に求められている。BGB では、普通法以来の概念たる選任監督上の有責を責任の基礎にしている、立証責任の転換は、この有責に限定されるかのような印象を与えてしまった<sup>(35)</sup>。このような理解に立脚して、使用者に免責をみとめたことに対しては立法当初からはげしく批判された。それがいわゆる分散的免責立証（dezentralisierter Entlastungsbeweis）をみとめるに至って、法的規制と社会生活上の法感情とは著しく乖離してしまった。そこで判例は、早くから、このような使用者責任の難点——とくに免責の可能性——を克服するために、不法行為法の拡大、さらには使用者責任規定の回避の努力<sup>(36)</sup>をおこなった。他方で、立法的な改革への動きがみられる<sup>(37)</sup>。本稿では、判例による使用者責任の解釈の修正をみることにする。

#### （イ）分散的免責立証について

企業の構成員が多くなればなるほど使用者が全構成員を自ら選任監督することは、事実上不可能である。通常、使用者と末端の被用者との間には、上級の被用者が介在しており、この者が事実上、末端の者を選任監督をとおしてコントロールしている。使用者はこの中間の者に対して選任監督の義務を果たせば、十分といえるだろうか。これを肯定するのが、分散的免責立証をみとめる立場である<sup>(38)</sup>。判例通説はこの立場にあるといわれている。

まず〔1〕RG 1911年12月14日第6民事部判決<sup>(39)</sup>では、企業の規模又は使用者の個人的障害が使用者自身による末端の従業員の選任を不可欠にさせる場合には、免責立証は、中間の上級被用者に向けることがみとめられている。しかし831条の免責のためにはこれでは不十分であり、使用者自身による一般的な監督義務をつくしたとの立証が必要だという。本判決ではこの一般的監督義務はあたかも被害者が立証しなければならないかのようにも読める。本件では Y

(被告)の監督のズサンさが明白であるから、結論の妥当性は一般にみとめられようが、そのような事情がなかった場合又はX(原告)が立証できなかった場合にはどうであろうか。判例学説は、被害者が立証すべしと理解していたようにも思われる。たとえば、判例では〔2〕RG 1914年4月20日第6民事部判<sup>(40)</sup>決が、そのようにみえる。RGのこのあいまいさが、〔3〕BGH 1951年10月25日第3民事部判決<sup>(41)</sup>で、はっきりと現われてくる。

(事実)農地(Hofgut)所有者Yの管理人Kが、農場で働いている16才の少年Bにベンジン(Benzin)を取りに行かせた。Bは馬に乗って行った。この馬が逸走してXはけがをした。XがYに対して損害賠償請求。

本判決〔3〕は、分散的免責立証をみとめたうえで、一般的な監督義務違反=組織上の瑕疵(Organisationsmangel)は、BGB 823条によって処理されるとしている。

このような解決は、831条の意義を減少させることになりはしないだろうか。823条の適用は、そのような義務違反を被害者が立証することを前提とする<sup>(42)</sup>が、この立証は、使用者側の組織内を知ることのできない被害者にとっては困難であるからである。

学説の中には、分散的免責立証をみとめる通説に対して、それによって大企業と中小企業を区別し前者に容易に免責をみとめることになって不当だとする<sup>(43)</sup>反対説があるが、前述のごとく、一般的監督義務は被害者の立証であるとしているから通説と大差はなくなる。このように学説も、判例と同様、分散的免責立証を制限する趣旨を生かしていないように思われる。

(35) 法文上からはかならずしも監督義務が一般的に明示されていないので初期の判例は、この点の立証を不要との立場をとっていた。z.B. RGZ 53, 123. 学説も同旨。Staudinger, 7/8. Aufl., 1912, § 831, 4 aα; Planck, 4. Aufl., 1928, § 831, 2 aβ. その後判例が被用者の選任義務を加害の瞬間にも要求することを経て、今日監督義務をみとめるに至った点については、vgl. Helm, "Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen", AcP 166, 389 [392-395].

(36) たとえば、契約法理の拡大(BGB 278条の拡大、第三者のための保護効を伴う

契約等々)。Vgl. Erdsiek, *Juristen-Jahrbuch*, Bd. 8. (1967/68), S. 36 ff.; Zander, *Die Haftung für Verrichtungsgehilfen*, Diss. Tübingen 1966.

(37) Vgl. *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlichen Vorschriften*, 1967, *Begründung*, S. 77 ff.

(38) Helm, *a.a.O.*, S. 395 ff.

(39) RGZ 78, 107. Y 会社の職員によって選任された K の運転するバスに X がひかれたという事案である。K は Y に勤務中、刑事事件（交通事故についてであろう）をくりかえしていたことが判明している。

(40) *JW* 1914, 759 Nr. 6. 学説としては Planck-Greif, 4. Aufl., 1928, § 831 2 aa.

(41) BGHZ 4, 1.

(42) Zander, *a. a. O.*, S. 31.

(43) 前注 (40) の学説。

#### (ロ) 分散的免責立証の克服

——「組織上の瑕疵」という構成をとおして——

分散的免責立証を克服するもの——正確に言えば分散的免責立証に対する RG の不明確さを克服するもの——は、すでに RG の判例にあった。〔4〕<sup>(44)</sup> RG 1915年2月25日第6民事部判決がそうである。

(事実) X は医師の指定で、Y の製造しかつ原物包装 (Originalverpackung)<sup>(45)</sup> された合成塩 (kunstliches Salz)<sup>(45)</sup> を使用していた。病気になったので原因を調べたところ、合成塩の中にガラスの破片が混入していたことが判明した。X は Y に対して損害賠償を請求。

Y の免責をみとめた原判決を破棄し、本判決は、831 条により X の請求をみとめた。X を侵害する原因が Y の工場にあったということだけを X を立証すれば足り (この点立証された)、原判決のごとく、Y 工場においてガラスの破片が合成塩の中にどのようにして混入するに至ったかの立証を要求することはあやまっている<sup>(46)</sup> という。

次に本判決は、多数の被用者を擁する使用者の免責立証は損害を惹起した者について又はその疑いのあるすべての者についてなされなければならないと述べている。<sup>(47)</sup> その場合、中間の被用者に対する選任監督上の注意では足りずに、

一般的監督義務が必要だとしているが、その義務を怠ったという立証は、被害者に要求されていない。

この判決を踏襲したものは、BGH〔〔5〕1967年10月17日第6民事部判決〕<sup>(48)</sup>になってからも現われている。

(事実) Xの夫がG製造の新車を購入。Xら夫妻がドライブ中、突然横すべりが生じ車が転倒して、Xはけがをした。Gに有責がないということでXのGに対する請求は前審で棄却。そこでXは、部品メーカーYに対し、損害賠償を請求。

本判決は、まず、一般に分散的免責立証の判断をさせたが、使用者自身に一般的監督義務を<sup>(49)</sup>みとめた。次に、Yが「車の運行安全性にとって決定的な部品を<sup>(50)</sup>欠陥状態で供給し、しかもこの製造には瑕疵があって部品の管理が不十分であった場合には」経験則により、本件瑕疵は、Yの組織内にあるものといえる。<sup>(51)</sup> Yは、当時の品質管理——この欠陥が本件事故の原因——をおこなった者を指摘していない以上、あやまった給付と関係している企業内の出来事を全部解明したとはいえない。「特別に高度な危険の可能性の際には」企業家の一般的な指図は、「従業員のうち誰が（正規の検査者の——筆者注）補充員として適当であり、……並びにいかなる補足的安全上かつ監督上の処置がなされるべきか、まで拡張されねばならない」という。<sup>(52)</sup> 以上が〔5〕の判旨である。

ところで、一般に〔1〕以来みとめられてきている一般的監督義務の立証とは、十分な組織の立証と解されている。RG, BGHの判例の十分な組織の証明とは、要約すれば、「全従業員の秩序にかなった業務執行や彼らを監督することが保証されているような」組織の証明ということになる。<sup>(53)</sup>

このことは、結局は、被用者の損害惹起行為を防止する体制・組織を有さなければならぬということに帰着するのではあるまいか。

これまで、ドイツの判例通説は、分散的免責立証をみとめてきたといわれており、使用者責任は不十分で活用できないものと考えられてきた。しかし判例が結論として分散的免責立証をみとめたものはないようである。<sup>(54)</sup> ただ組織上の瑕疵の点は、823条により使用者が責任を負うことがみとめられたが、上述の

ごとく831条自体で組織上の瑕疵がみとめられるに至った。〔5〕は分散的免責立証に対する判断をさけてはいるものの、〔4〕とあいまってこの使用者責任の難点を克服する方向性を示したといえるだろう。<sup>(55)</sup>

(44) RGZ 87, 1.

(45) 植木哲『神戸法学雑誌』第22巻2号, 1972年, 10頁の訳を参照した。

(46) RGZ 87, 1 [3].

(47) RGZ 87, 1 [4].

(48) NJW 1968, 247.

(49) NJW 1968, 248 [II 4].

(50) 推進支柱 (Schubstrebe——この訳は、田上『鹿兒島法学論集』第7巻第1号69頁によった。)にき裂が生じていた。

(51) NJW 1968, 248-249 [II 4].

(52) NJW 1968, 249[II 4].

(53) Erman-Drees, 4. Aufl., 1970, § 831 3 a.

(54) 前述〔2〕がXの請求を棄却したが、その真の理由が分散的免責立証をみとめたことの結果ではないことについて、vgl. Jakobs, “Über die Notwendigkeit einer Reform der Geschäftsherrnhftung”, VersR 1969, 1061 [1069].

(55) 〔5〕以前ではあるが、判例のこのような方向性を支持するものとして、vgl. Helm, *a. a. O.*, S. 398 f.

## IV ま と め

II, IIIにおいて、ドイツにおける使用者責任の変遷を概観した。ここから、過失責任＝自己責任としての使用者責任という把握が今日でも機能しうることが示されたと思う。そして〔4〕, 〔5〕のケースのように、行為者が特定できない場合をも使用者責任にとりこむ余地のあることが示された。<sup>(56)</sup>

ところで、我が判例上も、実は、使用者の選任監督上の過失、より正確に言えば、使用者の組織上の瑕疵を問題にしていることがみのがされてはならない。それは、「事業の執行につき」の判断の際になされているのである。<sup>(57)</sup>従って、我が法においても自己責任と把握する基礎は、今日でも与えられているといえるだろう。そしてこのような理解によって、我が法の使用者責任の難点も克服できるであろう。<sup>(58)(59)</sup>

(56) [4], [5]ともに製造物責任に関するケースである。しかしドイツでは、ニワトリベスト事件 (BGHZ 51, 91) で BGB 823 条下で立証責任の転換がみとめられるに至っている。

なお、我が国では、715条を製造物責任に利用するのは、従業員の不法行為が要求され、求償権が存在するという点で、適切な法手段ではないといわれている (椿寿夫「欠陥車と民事責任 (下)」『ジュリスト』436号152頁)。しかし、求償権は何も715条固有の問題ではないし、さらに特定の従業員の不法行為が不必要であるのは、[4], [5]のケースからもわかる。従って必ずしも715条が不適切な法手段とはいえないだろう。

(57) これは一連の手形偽造に関する判例をみただけでも明白であろう。たとえば、最判昭和40年11月30日 (民集19巻2049頁) 参照。

(58) この点については、田上、前掲『鹿児島法学論集』, 第8巻第2号, 85—86頁参照。なお田上氏は、この過失責任説をとりえない理由としてドイツの判例通説を引用されているが (同上, 86—88頁), そのような判例通説に対する批判としては、vgl. Helm, *a. a. O.*, S. 401 ff.; Eike Schmidt, “Zur Dogmatik des § 278 BGB”, *AcP* 170 (1970), 502 [526 ff.]。

(59) なお、取引関係の場においては、とくに債務の履行に関して、履行補助者責任がみとめられている (判例通説。なお BGB 278条)。これと使用者責任とはどのように関係するだろうか。後者には使用者と被用者間に原則として——緩和されてきているとはいえ——従属関係が必要であるのに対して、前者には不必要である。さらにドイツ法のもとでは、前者は債務の履行という狭い要件から脱却して活用がはかられている (Vgl. Gerhardt, *JZ* 1970, 535; Canaris, *JZ* 1965, 45 ff.)。この結果、ドイツ法においては少なくとも取引関係の場では履行補助者責任の方が適用範囲が広いといえるだろう。我が法にとっても参考になると思われる。今後の研究課題としたい。

(筆者の住所; 東京都国分寺市新町21の16 丸山方 )