

# 民法第七一五条における

## 「事業ノ執行ニ付キ」の意義

牛 山 積

一 はしがき

二 判例および学説の発展

I 大審院大正一五・一〇・一三判決以前

II 大審院大正一五・一〇・一三判決以後

三 判例および学説の検討

四 むすび

一 は し が き

民法七一五条をめぐる諸問題の中で、もっとも理論的関心を集めてきたのは、使用者責任の性格をどのように理解すべきかという問題であったように思われる。そして、この問題に対する関心は、実践的には、使用者責任を過失責任から結果責任ないし無過失責任へ近づけることによって、企業組織の発達が社会に与える損害の負担を合理的に解

民法第七一五条における「事業ノ執行ニ付キ」の意義

決しようとしたことであつた。<sup>(二)</sup>この方向に向けられた努力は、民法七一五条の適用上の効果としては、直接的には、同条但書の免責事由の立証を容易に認めまいとする態度に結びついている。そして、今日ではこの側面に關するかぎり、判例法上解決をみている、といつても差支えないであらう。<sup>(三)</sup>

このような使用者責任を無過失責任に近づけようとする努力は、他方において、使用者の責任範囲を拡大する意味をも含んでいた。無過失責任に近づけるための理由として考えられる報償責任ないし危険責任の原理は、同時に使用者の責任範囲を定めるための基準を提供するからである。しかし、この点に対する関心は、後に検討するように比較的少く、「事業ノ執行ニ付キ」をどのように考えるべきかは裁判所の判断にゆだねられてきた傾向が強い。それにもかかわらず、現在民法七一五条の適用上最も争いが生じてくるのは、この責任範囲をめぐつてである。

「事業ノ執行ニ付キ」とは「事業の執行に際して」より狭く「事業の執行のために」より広いと、主として立法当時の経緯を考慮して語つたのみでは、今日では何も語らないに等しい。本稿は、先ず現在までの判例および学説の変遷を跡づけた後、個々の場合についてその合理的根拠と適用範囲について再検討することを企図したものである。企業が負担する責任は、その与える損害の性格に応じて、どのような理論的根拠をもち、どの範囲の責任を負担するか、その現れかたの相違を検討することは、実践的にも法理論的にも興味のある問題であるが、<sup>(三)</sup>本稿では、相互の比較についてほとんどふれることができなかった。近代市民法の基本原理の一つである過失責任主義からの離脱のものと異つた意味と方向の検討は今後の課題である。

(一) 例へば、勝本正晃「使用者賠償責任の進化と民法七一五条の基礎觀念」(松波先生還暦祝賀論文集)所収)、浅井清信「い

わゆる使用者の賠償責任に関する一考察」(法と経済三巻四・五号)。

(二) 大正大正一〇・八・一〇(民録二七輯一四四〇頁)以後免責を認めた例は見られない。

(三) 例えば、イギリス法における vicarious liability と doctrine of common employment との関係をあげることができ  
る。

## 二 判例および学説の発展

### I 大審院大正一五・一〇・一三判決以前

旧民法財産篇第三七三条は「主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ総テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ受任ノ職務ヲ行フ為メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス」と規定していた。この規定が現行民法七一五条の形に改められた理由は、民法修正案理由書によれば、「既成法典(前掲旧民法第三七三条)は使用者の責任を以て単に被用者撰任の失当に存するものと認むることは、起草者の説明に依りて疑を容れずと雖も使用者の責任は亦固より事業監督上の失当にも基くものなれば本案は被用者の撰任は勿論事業の監督に付き使用者に不注意の廉あるときは被用者が使用者の事業を執行するに付き第三者に加へたる損害に対し使用者をして其責に任せしめたり、然れども使用者が右の撰任及び監督に付き相当の注意を加へたるとき又は之を加ふるも損害を生ずべかりし場合に於ても尚ほ且此者をして賠償の責に任せしむるは立法上正当の理由なき……故に……本条但書の規定を設けて使用者の責任を限定し併せて事業の發達上多人数を使用せざるべからざる事業の増加したる今日の状況に適せしめたる」

民法第七一五条における「事業ノ執行ニ付キ」の意義

と説明されている。このことから、少くとも立法者の意思においては、民法七一五条の使用者責任は、被用者の選任および事業の監督についての過失に基く責任（過失責任）であると考えられていたことは疑いである。<sup>(一)</sup>梅謙次郎博士が「車夫ノ不法行為ニ付キ責任ヲ負フニ非スシテ自己カ其選任ヲ誤リ又ハ監督ヲ怠リタルモノニ付キ責任ヲ負フモノ」であると述べていることは、このことを裏づけている。<sup>(二)</sup>

このように、民法七一五条の使用者責任の性質を過失責任であると考ええることは、同条に規定する「事業ノ執行ニ付キ」の内容について、どのような関係をもっているであろうか。この関係を示す一つの手掛りとして、比較的初期の判例を二・三とりあげる必要がある。

(1)大判大正五・五・九（刑録二二輯七一頁）。国の材木払下に際し、委任を受けて立木調査に立会った被用者が、林務官に贈賄して材積を不当に縮少調査させ国に損害を蒙らせた事例で、使用者責任を否定した。

「民法第七一五条ニ所謂被用者ガ其事業ノ執行ニ付加ヘタル損害トハ使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ執行行為ニ若クハ其執行ニ必要ナル行為ヨリ生ジタル損害ヲ指称スルモノニシテ、事業ノ執行ニ際シ被用者ガ単独ノ意思ニ基キ別ニ不正ノ行為ヲ為シタル結果他人ニ加ヘタル損害ノ如キハ、縦令使用者ノ利益ノ為ニ為シタルトキト雖モ、右法条ニ所謂損害ノ中ニ包含セザルモノトス。蓋シ同条ガ使用者ヲシテ被用者ノ行為ニ付損害賠償ノ責任ヲ負ハシムルハ使用者ガ被用者ノ選任及ビ事業ノ監督ニ付相当ノ注意ヲ為サザリシ過失アルニ由ルコト明文ノ示ス如クニシテ、使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ範囲内ニ在ラザル行為ハ其事業執行ノ際為シタルモノト雖モ素ヨリ使用者ノ予見スルコト能ハザル所ナレバ、之ニ關シ選任及ビ監督ニ付テノ不注意ノ責任ヲ生ズル理アルベカラザルナリ。而シテ旧民法財産篇第三七三条中『受任者カ受任ノ職務ヲ行フ為メ又ハ之ヲ行フニ際シテ』トアルヲ前示現行法条ノ如ク修正シタルハ其広キニ失スルヲ恐レタルモノニシテ、右解釈ノ正当ナルヲ証スルニ足レリ」(傍

点は筆者、以下の判決についても同じ。

(2) 大判大正五・七・二九(刑録二二輯一二四〇頁)。株式に関する一切の事務を取扱ふ被用者がその保管する予備株券に同じく保管した会長印及び割印を押印して株券を偽造行使した事例で、使用者責任否定。

「使用者ヲシテ被用者ノ惹起シタル損害ニ対シ賠償ノ責任ヲ負ハシムルニハ其損害ヲ惹起シタル被用者ノ行為ガ使用者ノ事業ノ執行自体ナルカ若クハ其事業ノ執行ト相関連シテ之レト一体ヲ成シ不可分ノ関係ニアルモノナルコトヲ要シ、被用者ガ使用者ノ事業ノ執行トシテ何等為スベキコトノ現存セザル場合ニ單ニ自己ノ目的ノ為メ其地位ヲ濫用シテ擅ニ為シタル行為ニ因リ第三者ニ損害ヲ加フル如キハ、仮令其行為ガ外形上使用者ノ事業ノ執行ト異ル所ナシトスルモ之ヲ以テ其事業ノ執行ニ付キ損害ヲ加ヘタルモノトシ使用者ヲシテ之ガ賠償ノ責ニ任ゼシムベキモノニアラス」<sup>(三)</sup>。

このなかで、過失責任主義と「事業ノ執行ニ付キ」の内容との結合関係を直接示唆するものは、大判大正五・五・九である。すなわち、過失責任主義と「事業ノ執行ニ付キ」なしたる行為を「使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ執行行為自体若クハ其執行ニ必要ナル行為」であると限定する考え方が、「使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ範囲内ニ在ラザル行為ハ……使用者ノ予見スルコト能ハザル所ナレバ、之ニ関シ選任及び監督ニ付テノ不注意ノ責任ヲ生ズル理アルベカラザルナリ」という論理を媒介として結合している。このような事実について、乾助教授は、一体不可分説は、使用者責任の基礎を選任監督上の過失に求める過失責任に立ち、これに対応して事業執行の範囲も委任命令（使用者の意思の支配）の範囲に限ることを原則とした、と要約している<sup>(四)</sup>。しかし、使用者が命令または委任した事業の範囲外の行為は、使用者において予見しえず、したがって、使用者の選任監督上の過失が生ずる余地がないとい

う考え方は、当然には承認されうるものではない。その業務の性質に従って一般に生ずる加害行為は予測することも、またこれについて監督することも可能である場合は数多く存在しうるであろう。<sup>(五)</sup>

事実、前掲大判大正五・五・九と類似の事例で、使用者の責任を肯定した大審院判決が現れていることは注目されてよいだろう。事案は、材木商の被用者が代理人として材木を購入するにあたって、山林所有者の代理人と通謀、不当に廉価で材木を購入し山林所有者に損害を与えたというのであるが、大審院は次のごとく判示した。

「民法第七一五条ニ事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トアルハ、事業ノ執行ト内部的關係ヲ有スル行為ニ因リ加ヘタル損害ノ謂ナレバ、(材木商の被用者)ガ代理人トシテ本件山林立木ノ買受行為ヲ為スニ当リ売主代理人ノ背任行為ニ加担シテ過廉ニ売買代金ヲ定メ売主ニ損害ヲ加ヘタルハ事業ノ執行ニ付キ損害ヲ加ヘタルモノト謂フベ」きである(大判大正八・二・二一、民録二五輯三二二頁)。

使用者の命令または委任したる事業の執行行為自体もしくははその執行に必要な行為(後者は、その事業の執行と相関連してこれと一体を成し不可分の関係にあるもの、と置換えても差支えない)は、事業の執行と内部的関係を有する行為にまで拡大されたのである。

この期の判決でもう一つ注目すべきことは、使用者のためではなく、自己または他人の利益を図る目的をもって行っても、使用者の責任は認められる、という先例が現れたことである。事案は、倉庫営業会社の受寄物担当係が寄託者と共謀して、その保管に係る玄米を預証を回収せずに庫出し、預証によって債権を有する銀行に損害を与えたもので、大審院は次の如く判示した。

「被用者が使用者ノ事業ノ執行トシテ何等為スベキコトノ存在セザルニ拘ハラズ単ニ自己ノ利益ノ為メニ不法行為ヲ為シタル如キ場合ニ在リテハ縦令其行為ハ外形上事業ノ執行ト異ルコトナシトスルモ之ヲ以テ事業ノ執行ト云フヲ得ザルモ、現ニ職務又ハ事業ノ執行トシテ為スベキコトノ存在セル場合ニ之ヲ執行スベキ法人ノ機関又ハ被用者ニ於テ自己又ハ他人ノ利益ヲ図ル目的ヲ以テ不法ニ之ヲ執行スルガ如キハ職務又ハ事業ノ執行タルコト疑ナケレバナリ」(大判大七・三・二七、刑録二四卷二四一頁)。

判例が不可分一体説に支配されていたこの時期に、末川博士の事業の執行に関する論文が現れた。<sup>(六)</sup>その内容は次のようなものであった。

不法に他人に損害を加えるような行為は、それ自身が違法であるから、本質上適法なるべき職務または事業の執行行為に属することはできないのであって、このような行為は総て職務または事業の範囲を超脱してなされた行為である。しかし、同じように職務または事業の範囲外の加害行為であっても、そのなかには、その加害行為の有する不法の分子を除去して考えれば、直ちに職務または事業の執行行為自体とみられる行為とそうではない行為との区別がある。ここに加害行為が不法という分子を除去して考えれば直ちに執行行為自体であるとみられる場合というのは、他の一面から言えば被用者が適法に (*gut und rechtmäßig*) なすべきであったのを違法に (*rechtswidrig und schlecht*) なした場合であるともみることができるといふ。このように、その行為が不法の分子さえ除去すれば、事業の執行行為自体であるとみられうるのは、畢竟その行為がある事業のための被用者たる地位にある者によって(その資格において)なされたという特質を有するためである。このように、被用者であるが故に―すなわちその資格または地位を前提として―なされうる性質の行為によって損害を加える場合には、被用者が使用者の利益のためになしたると、自己もし

くは第三者の利益を図るために、その資格または地位を利用してなしたるとを問わず、使用者においてその損害の責に任ずることになるのである。<sup>(七)</sup>

この末川博士の考え方は、後に次第に明らかになるいくつかの場合を包括するような内容を含んでいると思われる。しかし、その説明があまりに抽象的、一般的なので、具体的にどこまで妥当するかその範囲は、不明確になってしまっている。また、何故そのように考えなければならぬか、その理由づけも説明されていないのである。

これより先大正七年に、末弘博士「債権各論・全」が発刊され、(1)「使用者ノ命令又ハ委任シタル事務夫レ自身」、(2)「之と相関聯して離ルベカラザル關係アル行為」、(3)「使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ利益ノ為メ為シタル行為」は、事業の執行に含まれると主張した。しかし、外形上業務の執行と異なる形式の下になしたる行為は、使用者がその委任された事業の執行の形式をもってしても、単に自己の利益を図る意思をもってする場合は、使用者のためにその事業を執行するものとはいえないという理由で、これを除外した。<sup>(八)</sup>

ところで、末弘博士は、民法七一五条の立法理由について次のように説明した。

- (1)「自己ノ為メ他人ヲ使用スル者ハ之ニ因リテ特別ノ利益ヲ享受スルモノナルガ故ニ被用者ガ事務ノ執行上他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ之ニ対する責任ヲ負担スベキハ当然ナリ。」(2)「使用者ヲシテ此種ノ責任ヲ負担セシムルトキハ使用者ハ被用者ノ選任監督ニ付キ充分ノ注意ヲ加フベク從ヒテ之ニ因リテ損害予防ノ目的ヲ達スルコトヲ得ベシ。」
- (3)「加之之ヲ被害者救済ノ方面ヨリ考フルモ直接ノ権利侵害者タル被用者ハ多クノ場合ニ於テ資力少キガ故ニ之ニ対シテ賠償ヲ請求シ得ルノミニテハ救済有名無実ニ帰スルノ虞アルガ故ニ損害ノ誘因タル事業主ニ対シテ賠償ヲ請求シ

得ルモノトス。』<sup>(九)</sup>このような考え方は、同時に、民法七一五条の使用者の選任監督上の過失は「単ニ選任監督義務ノ懈怠」であつて「権利侵害夫レ自身ニ付テノ故意過失」ではないとする立場と結びついて、結果責任主義に接近してくる。<sup>(一〇)</sup>

使用者責任の性格をこのように考えることは、「事業ノ執行ニ付キ」の範囲を前記のごとく考えることとどのような関連をもっているであろうか。このことは、使用者責任の性質を被用者の行為について責任を負うのではなく自己の選任を怠つたことについて責任を負うと考える過失責任主義の立場とどのような点で相異なるか検討することによつて明らかになるであろう。過失責任主義によれば、事業執行行為の範囲は、使用者が委任もしくは命令した事業の執行自体であるかもしくはその事業執行と関連してこれと一体をなし不可分の関係ある行為に限らず、使用者として被用者について負うべき選任監督上の注意義務の及ぶ範囲であるべきことは、前述した。これに対して、民法七一五条の使用者の責任を加害行為それ自体についての故意過失ではなく、単に選任監督義務についての懈怠に基づくものと考えるとしても、そのことによつて、当然に、選任監督義務の生ずべき範囲が拡大されるものではない。過失責任主義においては、使用者の選任監督上の過失と加害行為との間に相当因果関係あることを必要とするに對し、後の場合においては、これを必要としないという差異があるにすぎない。したがつて、事業の執行行為であるか否かを判断する規準はこれを別に検討する必要があるわけである。

次に過失責任主義と末弘博士の学説との対比において検討されなければならないことは、過失主義が、使用者責任は自己の不法行為に對する責任である考へるに對し、末弘博士は、これを他人の不法行為に對する責任であると素直

に認めていることである。このように考えなければならない理由については、すでに紹介した。末弘博士のあげた三つの理由は、直接的には、被用者の不法行為に対して使用者が責任を負担することに関する理由であるが、そこに示された理由づけは、末弘博士が、被用者が使用者の命令または委任したる事業の利益のためにしたる行為は事業の執行の範囲に含まれるとし、その理由として「委任事業ノ為メ使用者ノ利益ヲ計リテ為シタル行為ハ被用者自身ノ利益ノ為メニ為サルモノニアラズシテ尚使用者ノ為メニ其事業ヲ執行スルモノト云ヒ得ルヲ以テナリ」と述べていることから推論できるように、立法理由としてあげた第一の理由が、事業の執行の範囲を限定するための基準として考えられていたということができる。この理由を報償責任の原理と呼ぶならば、これは使用者の責任を加重する原理であると同時に、使用者の責任範囲としての事業の執行の範囲を考えるための基準としても重要なものといわなければならない。しかし、報償責任の見地からみれば、事業の執行の範囲が末弘博士のいう範囲にとどまらなければならないかとは明らかではない。

鳩山博士は、民法七一五条は、過失責任主義と結果責任主義との中間に位する折衷主義に立つとして、その立法理由を、(1)被害者の保護、(2)無過失者に責任を負担させることは活動を阻害する弊害があること、(3)「自己ノ需要ヲ充タサンガ為メニ他人ヲ使用スル者ハ其使用ニ依リテ現実ニ利益ヲ受ケザル場合ニ於テモ之レニ依リテ自己ノ活動範囲ヲ拡張スルモノナルガ故ニ其責任ノ範囲モ亦拡張セラルルヲ正当トスル」ことに求めている<sup>(二)</sup>。この理由については、用語上若干の相異が生じているが、末弘博士の見解と同視して差支えないであろう。しかし「事業ノ執行ニ付キ」の範囲については、末弘博士の主張する範囲を更に拡大して、「事業ノ執行行為自体及び其執行ニ必要ナル行為」はい

うまでもないが、さらに「事業執行ト同一ノ外形ヲ有スル行為ハ執行行為ソノモノニ属セザルモ尙之ヲ包含スルモノトス」とし、その理由を次のように説明している。被用者の意思を標準として、被用者が使用者の命令または委任したる事業の利益のために為したる行為は含まれるが被用者自身の利益のためになしたる行為は含まれないとすると、被用者が何人の利益を図りたるかは外部からこれを認識することが困難であつて、これを標準とするときには被害者の保護が薄くなる、と。そして、本条の立法理由について考えれば、被用者の意思如何を問わず当該の場合において客観的に執行行為またはこれと牽連したる行為と認むるを適當とする行為については使用者の責任を認めなければならぬ、としている。<sup>(二)</sup>末弘博士の所説によつて救済されるのは、贈賄行為に關する大判大五・五・九に現われた事例を限度とするが、鳩山博士の所説によれば、株券偽造行使の場合について（大判大正五・五・九）、また銀行の預金係が預金証書を偽造した場合（大判大正五・七・二九）について、判決の結論とは逆に、被害者は救済を受けられることにならう。

(一) 勝本正晃「使用者賠償責任の進化と民法七一五条の基礎觀念」(「松波先生還暦祝賀論文集」所収)二八頁。

(二) 梅謙次郎「民法要義・債權篇卷之三」八九五頁。岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」(昭和三〇年版)もまた過失責任主義であるとする(七七頁)。

(三) この判例に示された考え方(一体不可分説)は、基本的な態度としてその後の判決に受継がれていった。大判大正六・六・一一(民録二三輯一〇六一頁。銀行の預金係が預金がないのに預金証書偽造した事例、使用者の責任否定)、大判大正七・三・二七(刑録二四輯二四一頁。本文参照)、大判大正七・六・二二(民録二四輯一三三三頁。株金払込取扱銀行の支店支

配人が株金の払込なしに株金払込済証を作成し、取扱委託会社に損害を与えた事例。責任肯定）、大判大正八・一・二一（刑録二五輯四二頁、単独操縦を許可されていない見習運転手が自動車会社の命令委任がないにもかかわらず、独断で注文に依り得意先に運転していく途中轢殺事故。責任否定）、大判大正一〇・六・七（刑録二七輯五〇六頁。農業倉庫の寄託穀物保管出入を管掌している主事AがBと共謀、C名義寄託の玄米をBの偽造に係る空券と引換に玄米出庫、真正の倉荷証券により担保権を有する銀行に損害を与えた。責任肯定）。

(四) 乾昭三「使用者責任」(判例百選五七頁)。

(五) このようにいうことは、結果的には、使用者の注意義務を加重することになるのであるが、過失責任主義と一体不可分説との結合は、論理的必然ではなく、わが国の判例に現れた歴史的形態としてのみ理解されるべきであろう。ドイツ民法八三一条の企業主の責任に関する規定は、わが国の民法七一五条に対応するが、一般に、ドイツ民法八三一条は過失責任主義に固く結びついていると考えられているにもかかわらず、「業務の執行において」(in Ausführung der Verichtung) 他人に加えた損害は、加害行為が委任された業務と内部的に結合していることが必要であって、内部的結合が存在すれば委任の限界を逸脱しても同条の適用は排除されないと考えられ、同条が適用されない場合として自動車保有者の諒知なく且つ意思によらずに行われる暗運転 (Schwarzfahrt) のみを挙げることが通例である (Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, 1954, S. 947f; Esser, Schuldrecht, 1960, S. 878f.)。

(六) 末川博「民法第四十四条及び第七百十五條に所謂『職務ヲ行フニ付キ』及び『事業ノ執行ニ付キ』の意義」(法学論叢六卷一号)大正一〇・六↓「民法における特殊問題の研究・第一卷」所収)。

(七) 末川、前掲書、一三九―四一頁。

(八) 末弘巖太郎「債權各論」一〇八三―八五頁。

(九) 末弘、前掲書、一〇七八―七九頁。

(一〇) 勝本、前掲論文、二〇二頁註(一)。しかし、結果責任論とはいえないだろう。

(一一) 鳩山秀夫「増訂債権法各論(下巻)」九〇八頁以下。

(一二) 鳩山、前掲書、九一七―八頁。

## II 大審院大正一五・一〇・一三判決以後

以上で跡づけてきた理論の歩みを背景として、判例理論は、従来のいわゆる一体不可分説から転回して、「事業ノ執行ニ付キ」の範囲を拡大していく方向を辿ったのである。その転機となったのが大審院大正一五・一〇・一三民刑聯合部判決であった。

事案は、Y会社の庶務課長として株券発行等の事務を管掌していたAが、自己の金融をはかるためにその保管していた同会社の株券用紙及び印章および社長印を会社外に搬出使用して、同会社優先株式を偽造、これを大阪堂島米穀取引員であるXに証拠金代金として交付して定期米取引の委任をなしたが、その取引の結果は損失に帰しAも無資力であったので、Xは株式の時価相当額の損害を受けたという事案。XはAに対しては民法七〇九条に基づきまたY会社およびY会社の取締役社長Yに対しては民法七一五条に基づき損害賠償請求の附帯私訴を提起した。

これに対し、大審院は次の理由によって破毀差戻。

「然レドモ本件ノ如ク被用者ガ使用者タル株式会社ノ庶務課長トシテ株券発行ノ事務ヲ担当シ且株券用紙及印類ヲ保管シ何時

民法第七一五条における「事業ノ執行ニ付キ」の意義

ニテモ自由ニ株券發行ノ事務ヲ処理スベキ地位ニ置カレタル場合ニ在リテハ、縦令其ノ者ガ地位ヲ濫用シ、株券ヲ發行シタリトスルモ、要スルニ不当ニ事業ヲ執行シタルモノニ外ナラズシテ、其ノ事業ノ執行ニ関スル行為タルコトヲ失ハザルモノナレバ、民法第七百十五條ニ所謂『事業ノ執行ニ付』ナル文詞ハ、敍上説明ノ如ク、之ヲ広義ニ解スルヲ至当トスベク、当院従来ノ判例ノ如ク嚴格ナル制限的解釈ヲ採リ、使用者ノ事業ノ執行トシテ具體的ニ為スベキ事項ノ現存セザル場合ニ於ケル被用者ノ行為ニ付テハ總テ使用者ニ於テ全然責任ナシト為ガ如キハ、同条立法ノ精神ニ顧ミ且一般取引ノ通念ニ照シ狹隘ニ失スルモノト謂ハザルベカラズ。」

大審院は、このように、被用者が自己の利益をはかるために地位を濫用した場合も、事業の執行に関する行為に含まれると判断したのであるが、その理由は、「事業ノ執行ニ付キ」なる規定はこれを広義に解すべきであり、従来ノ判例の立場は一般の取引通念に照して狹隘に失するといふのみで、その合理的根拠を示していない。それにもかかわらず次のようにその後の判例に影響を及ぼしていった。<sup>(一)</sup> 大判昭和八・四・一八（破毀差戻）以外いづれも使用者の責任を肯定している。

(1) 取引行為に関する例。

大判昭和三・七・一六（評論一八商一五。運送品の交付を受けないにもかかわらず空券の貨物引換証発行）、大判昭和四・七・一〇（新聞二七九一・一五。株券の保管・名義書換を職務権限とする被用者が無効株券を持ち出し有効であるように欺いて売却、且名義書換に応じた事例）、大判昭和八・四・一八（民集一二卷八〇七頁。庶務課員が廃棄処分<sup>(二)</sup>の延引したままになっている株券用紙を利用して株券偽造、名義書換委任状および株主印鑑証明書偽造）、大判昭和一一・六・八（民集一一卷九二八頁。郵便局電話主任が電話名義変更申請書、同承認書偽造）、大判昭和一一・二・六（民集一八卷一四一八頁。銀行の業務として有

価証券の保護預りの事務を担当する銀行員が其の保管に係る記名株券に名義書換の白紙委任状添附して之を自己の株式取引の証拠金代用として流用処分)、大判昭和一九・六・一七(民集二三卷四七三頁。被用者A取締役の保管する社印を盗用、自己の保管する会社用紙に記名捺印したるものを同僚Bに交付、Bはこれを利用して受取証を作り代金着服)。

## (2) 自動車事故に関する例。

大判昭和六・三・二三(新聞三二五九・九。被用者が乗合自動車運転手の場合に、会社の禁令に違背して路線以外の道路を通り且貸切自動車として運転中の事故)、大判昭和七・九・一二(民集一一卷一七六五頁。トラック助手運転手と同乗し貨物の積卸をする傍ら運転技術修得中の者が貨物運転中勝手に自動車操縦し衝突)、大判昭和二三・二・一二(民集一七卷二〇三頁。自動車助手練習中の事故)、大判昭和一六・四・一〇(民集二〇卷四六二頁。乗客に運転させた場合の事故)、最判昭和三〇・二・二二(民集九卷二〇四七頁。辞表提出後の大臣秘書官の私用のために運転中事故)。

判例の傾向は、使用者が責任を負うべき範囲を拡大する方向を辿ってきた。しかし、例えば大判昭和六・三・二三のように「被用者ノ行為が使用者ノ事業ノ範囲ニ属スル以上ハ、使用者ノ指揮命令ニ多少違背スル所アリトスルモ、又ハ被用者が其ノ地位ヲ濫用シテ不当ニ事業ヲ執行シタリトスルモ、其ノ行為ニ因リテ生ジタル損害ヲ以テ所謂事業ノ執行ニ付加ヘタル損害ト称スルコトヲ得ベキモノトス」というのみで、そのように判断しなければならない理由はほとんど説明されていない。その合理的理由はどこに求められるか、そしてその妥当範囲はどこまでおよぶか、これらについて検討する必要があると考える。

前掲大判大正一五・一〇・一三についての評釈において、田中(耕)博士はその結論に賛成し、積極的に次のよう

な理由づけを行っている。被用者の不法行為に因り使用者が責に任ずるのは企業の有機体性から来るのであって、今や分業の発達と企業の発生よりして新たな意味における団体主義が要求されるにいった。「本件の場合に付て考ふるに庶務課長たるYは株券発行の権限を与えられてゐる者である故に、是れ恰も支配人が主人の名に於て自己が対価を着服する目的を以て手形を振出した場合と酷似するのである。唯だ異なる所は手形は主人に対して有効なるに反し、偽造株券は会社組織の根本に関係ある為めに之を有効とするに術なく、其れが無効なる結果会社が責に任ずることになるのである。有価証券たる株券の流通を強調して考ふるに於ては斯る構成も必ずしも不当と云ひ得ぬのではなからうか。吾人は本件の場合が被用者の単なる事実上の行為に因りて他人に損害を加へたる場合（例えば轢殺の場合）と異なる局面を有することを否定し得ぬ」と。

有価証券の流通性に着眼し、有価証券の受取人の有価証券を不真正なものと認識する余地なきこと、したがって、これを真正なものと信ずることから生ずる損害を使用者に負担せしめることの根拠を、偽造手形の場合とのアナロジーにおいて説明することは、そのかぎりで意義を認めることができるが、この考え方の及びうる範囲は限られてござるを得ない、と思われる。この後、東大民事法判例研究会による判例評釈が続いて現れてくるのであるが、大判昭和七・九・一二について、「被用者の行為が客観的に見て使用者の事業の一部を成すものと認められる以上、其行為の結果に対して使用者が責任を負ふべきは当然である」とする一般的な賛成論がみられる。<sup>(三)</sup>しかし、判例に現れた理由あるいはこのような一般的な考え方に対して、注目すべき考え方が大判昭和一一・六・八の評釈において現れた。<sup>(四)</sup>「思ふに人は他人を使用して自己の活動範囲を拡大することに因り社会に対する加害の危険を創り出すのであり、従っ

てその者は自己の作り出した危険が実現した場合には宛も自己の手足が加害したと同様に責任を負ふを相当とする。  
……然るときは同条の『事業の執行に付き』といふのも、右の『他人を利用することの危険の実現』即ち『使用者が一定の職務に人を使用すること起因して』ということに外ならず」と。ここではじめて、報償責任の原理あるいは危険責任の原理と、「事業ノ執行ニ付き」の考え方との結びつきが、理論的に明確な形をとって現れてきた、といえるだろう。したがって、残された問題は、その危険の範囲をどのように決めるかということである。また、大判昭和一三・二・一二についての評釈が「会社の外観的な事業の範囲に於て自動車を修習すること、例えば、会社の運転系統の道筋又は其附近にて修習すること（使用者の命令に違反して）は、事業の執行と云い得るのである」と述べている<sup>(五)</sup>ことも注意されるべきである。「事業の範囲内に属する限り」使用者は責任を負うとする判例の考え方が、一定の標準を示すことによつていっそう具体的な内容を与えられたといえるからである。しかし、この考え方と前記の評釈に示された川島教授の基本的理論との結びつきはまだ現れていない。

我妻栄教授は、支配的な考え方と立場を同じくして、被用者の行為の範囲は、民法七一五条の根拠たる報償関係に従つて解すべきであつて、被用者の使用によつて使用者の社会的活動が拡張せられたと客観的に認められる範囲における被用者の行為は即ちその事業の執行につきゐられたものと見るべきである。といわれている<sup>(六)</sup>。これは前述の鳩山教授の所説と実質的には同一であろう。加藤一郎教授の「不法行為（法学全集22）」は報償責任と関連づけて考えを述べておられるが、その中で注目すべき考え方が二つ示されている。第一は、前記大審院大正一五年判決に対する田中（耕）博士の評釈に関連している。つまり、取引関係において「事業ノ執行ニ付き」なされたというためには、取

引の相手方の方で、被用者がその事務を取り扱っており、それが正規の手続でなされたと信するような一定の關係の存在が必要である、とされていることである。<sup>(七)</sup>第二は、自動車事故の場合について述べられていることである。これまでに形成された判例理論を支持し、更に次のように敷衍している。自動車の運転の場合には、運転ということ自体が事業の執行であって、本来の運転手が私用のために運転したり、助手のように本来運転すべきでない者が運転したりしても、客観的に見てそれが使用者の支配領域内のことがらであると認められる場合には、取引行為では、行為の外形に対する相手方の信頼が考慮に入ってくるのに対して、自動車事故のような事実行為の場合には、その考慮は除外され、もっぱら客観的に使用者の支配領域内のことがらか否かで決すべきことになる。<sup>(八)</sup>

第一の点については、一定の職務上の地位にあることによって惹き起される不法行為が、その地位にあるという外観に対する被害者の信頼を媒介として損害を発生させるのであるから、信頼關係の存在を強調される教授の主張は正しいといわなければならない。第二の点については、客観的に使用者の支配領域内のことがらという用語の曖昧さとその理由づけが欠けていることが問題となるだろう。

- (一) 詳しくは、乾昭三「使用者の賠償責任」(綜合判例研究叢書・民法(4)) 参照。
- (二) 判例民事法、大正十五年度、一〇七事件田中(耕) 評釈。
- (三) 判例民事法、昭和七年度、一三九事件末弘評釈。
- (四) 判例民事法、昭和十一年度、六三事件川島評釈。
- (五) 判例民事法、昭和十三年度、一四事件勝本評釈。

(六) 我妻栄「現代法学全集第三八卷」四四九頁、「新法学全集」一六八頁。

(七) 加藤一郎「不法行為」(法律学全集22) 一七九頁。

(八) 加藤、前掲書、一八二―三頁。

### 三 判例および学説の検討

前節において、現在までの学説、判例の変遷の跡を概観した。ある時は学説が判例理論を指導し、ある時は判例理論が学説に問題をなげかけながら、相互に交渉を保ちつつ歴史の変遷をとげてきたことが理解できるであろう。判例はほとんどすべてのものが、「事業ノ執行ニ付キ」に關してくだした判断について、合理的根拠を説明していないが、判例理論の変遷は、その根拠づけを行った学説の変遷の中に明瞭にみることができるよう、過失責任主義から報償責任の原理に基づく考え方へと移行してきたといつてよい。しかし、等しく報償責任の原理から出発しながらも、その具体的判断のための基準については、相違が現れていた。このことは、例えば末弘博士、鳩山博士、川島教授の述べていることを比較した場合に感ずるよう、報償責任に対する理解の相違によるかも知れない。あるいは、一層重要な理由は、学説が現れたそれぞれの時期に提起されていた問題の性格が異っていたことに求めることができる。それはともかくとして、報償責任の原理に基づく帰結が相違を生ずる事実、その時代の要求に従って、絶えず、その内容を検討することの必要性を暗示しているであろう。

民法七一五条の規定する使用者の責任は、加害行為そのものに対する使用者の故意過失を必要とはしていない。し

たがって、過失責任ではない。しかし、被用者に選任および事業の監督につき相当の注意をなしたること、または相当の注意をなすも損害が生ずべかりしことを使用者において立証すれば、責任を免れうるのであるから、純粹の結果責任ではない。この両者の中間に位する責任である。現在では通説となつてこの考え方も、歴史の変遷の結果であることは注意されなければならない。このような性格をもつ使用者責任を規定する民法七一五条は、その立法理由として、三つの側面を持つているといえよう。まず第一は、被害者の保護である。すなわち、直接の加害者たる被用者は多くの場合、無資力であるため、加害者に対してのみ損害賠償を請求すべきであるとすれば、充分な満足を得られない虞れがあるため、使用者責任を規定したのである。第二は、使用者は、被用者を使用することによって利益を追求し、また、その活動範囲を拡大するのであるから、被用者を一定の業務のために雇用することによって生ずる危険に対しては責任を負担するのが公平と考えられることである。第三は、使用者に責任を負担せしめることによつて、使用者が被用者の選任および事業の監督につき充分な注意を加え損害発生予防に努力させるといふ政策的考慮があることである。そして、使用者の責任を根拠づける三つの理由は、一方において、使用者の免責要件を更に限定し使用者責任を無過失責任に近づける努力の理由づけとして意味をもつと同時に、他方において、使用者が責任を負うべき加害者の行為の範囲を拡大していく努力の実質的根拠として作用すべきものである。

しかし、このように、被害者の保護、報償関係あるいは損害発生予防という観点を設定してもなお、抽象的である。以下で、判例の考え方を類型的に整理し、それを手掛りとして検討を進めたいと考える。

次に列挙的にあげた類型は、判例によって被用者の行為が「事業ノ執行ニ付キ」なされた行為であると判断された

各々の事例につき、それに特有な要素を抽出し、その組合せを基準として、構成したものであって、その順序は、判例の歩んだ段階の順序に対応するものである。勿論、判例につき問題となることがらは数多く存在するのであるが、ここでは当面の関心のために基本的な筋道だけを取扱っていることをことわっておかなければならない。

(一) 使用者の命令または委任によるなすべき業務が現存し、その業務の執行自体またはこれと関連して一体を成し不可分の関係にある行為による加害に対しては、使用者は責任を負う。

使用者が責任を負う被用者の不法行為の範囲をこの限度で認める考え方は、一つの原則として、大判大正一五・一〇・一三に至るまでの間裁判所によって認められていたものである。この場合に重要だと考えられている要素は、(1) 使用者の命令・委任によるなすべき業務の現存、(2) 加害の原因となった行為が業務執行行為それ自体であるか、あるいは業務の執行と一体不可分の関係にあることである。したがって、大判大正五・五・九の場合、委任を受けて国有林払下げのため立木調査に立会い、林務官に贈賄して材積を不当に低く見積らせ国に損害を与えた行為は、委任された業務は現存するのであるが、贈賄行為は業務の執行に必要な行為ではなく被用者が単独の意思に基づき行ったものであるから、たとえそれが使用者の利益のためであったとしても、使用者は責任を負わない、と判断されたのである。(一) また、株式会社東京出張所主任として株式に関する一切の業務を取扱う被用者がその地位を濫用して株券を偽造行使した事件(大判大正五・七・二九)、銀行の預金係が預金がないのに預金証書を偽造した事件(大判大正六・六・一)、見習運転手の単独運転(大判大正八・一・二二)では、事業の執行として何等なすべきことが現存しないことを理由に、使用者の責任を否定している。

この範囲に含まれる被用者の行為による加害に対して、使用者は責任を負うべきことについては問題はないだろう。

このような考え方の基礎は、すでに大判大正五・五・九から推論しえたように、厳格な過失責任主義と結びついてきた。その結果、使用者が被害者の加害の原因となった行為を予見しうるか否かが問題とされたように、使用者による個別的監督の可能性の有無が、責任範囲を画するための決定的基準とされていたのである。しかし、近代的大企業の発達に伴い、企業活動が、内部的規範に基づく職務の分担によって組織的に運営されるようになる、被用者に対する使用者の個人的な監督を重視することは、使用者の責任を不当に狭く限定することになる。したがって、大判大正一五・一〇・一三以前において、類型(二)、(三)を生みだしていることは注目すべきである。

(一) しかし、大判大正八・二・二一(民録二五輯三二二頁)は、この判決の考え方をくつがえし、「内部的関係」があるならば責任を免れないとしたこと、前述した通りである。

(二) 特に命令もしくは委任されなければならないという事情がなく、すでに一般的に、被用者の職務に含まれる業務であれば、業務を不法に執行した場合、それが自己または他人の利益を図る目的をもって行われたものであっても、その行為による加害に対して使用者は責任を負う。

増資のために株券発行の必要が現存するという事情を欠く株券の偽造行使の事例は別として、預金証書偽造の事例のごとく、企業内で分担する職務の範囲内で、被用者が自らの判断に従って行動する自由がある場合に、その業務執行の不法を理由に、「事業ノ執行ニ付キ」行われたものでないとするのは、不当な結果をもたらすことはいうまでも

ない。したがって、倉庫営業会社の受寄物担当係が寄託者と共謀して、その保管に得る玄米を預証を回収せずに庫出し、預証によって質権を有する銀行に損害を与えた事例（大判大正七・三・二七）、ある会社のために株式払込取扱をなす銀行の支配人が株式の払込がないにも拘らず払込済証を作成して会社の発起人に損害を与えた事例（大判大正七・六・二二）、農業倉庫の被用者として寄託穀物の保管出入を管掌する者が真正の倉荷証券と引換ではなく、第三者と共謀してその第三者が偽造した空券と引換に寄託玄米を在庫し寄託者に損害を与えた事例（大判大正一〇・六・七）について使用者責任を肯定したことは当然だったであろう。

なお、これらの諸判例において、従来の判例が使用者責任を否定する一つの理由の一つとして、決定的理由としてではないが、自己又は他人の利益を目的としたことを考慮に入れていたが、これとは逆に、これらの事情を責任を否認するための理由から排除する方向が決定的となったことは、著しい変化とみななければならない。過失責任主義からの離脱が次第に顕わになってきつつある、といえよう。

(三) 明示的に委任された業務ではないが、使用者の事業の附屬的業務として一般に行われている場合には、その業務執行による加害に対しても、使用者は責任を負う。

これは旅館の番頭が宿泊中の旅客から郵便局に赴いて電報為替の取立を委任され、その為替金を横領逃亡した事件について示された判断である（大判大正一二・七・一〇、刑集三卷六四三頁）。この点について問題となる点はないだろう。

(四) 具体的になすべき事項が現存しない場合であっても、被用者が職務上の地位を濫用して、有価証券を不法に流

通せしめた場合、これによって生ずる損害に対しては、使用者は責任を負う。

従来<sup>(一)</sup>の判例は、<sup>(二)</sup>で述べたように実質的に緩和する傾向を示してはいるが、理論的には、具体的になすべき業務の現存を必要としていた。前述した大正一五・一〇・一三大審院聯合部判決は、この制約を打破り、その後、大審院昭和三・七・一六判決（評論一八商一五）、昭和四・七・一〇判決（新聞三〇七七・一一）、昭和八・四・一八判決（民集一二巻八〇七頁）、昭和一四・一二・六判決（民集一八巻一四一八頁）など株券あるいは貨物引換証を不法に流通せしめた事件につき使用者責任を肯定した判決が続いて現れている。これらの諸事例に共通している要素は、<sup>(1)</sup>被用者がこのような不法行為をなす危険を伴う職務に雇用されていること、<sup>(2)</sup>その地位を濫用し、有価証券を不法に流通せしめたことをあげることができる。

特に使用者による命令委任された業務が現存することを必要するというのは、企業体の組織的運営の実態から目をそらすものである。大企業においては企業者と被用者との距離は大きいから、使用者が被用者に対し個別的指揮監督を行うことは不可能である。したがって、被用者の活動範囲は、使用者の主観的意思ないし心理的要素から独立に、客観的に定められることが要求され、その範囲において被用者は自己の判断にもとづいて具体的な行動を行う余地を与えられているのである。したがって、職務上の地位の濫用は、企業組織に伴う通常の危険とみなすべきであり、被害者がこの濫用から生ずる結果を避けることは、職務の執行の内部における不法の事実を認識することが不可能である結果、困難であり、責むべき事情は存在しないのであるから、判例の立場は正当なものである。<sup>(三)</sup>

ここで考えられたことは、有価証券に関する事件ではないが、電話局電話主任として勤務し電話加入名義変更請求

ならびにその承認に関する事務を担当している者が、被害者に電話の売渡担保による金融を勧誘し、名義変更申請書および変更許可書を偽造して、電話加入名義者に金融をなさしめた結果、損害を与えた事件（大判昭和一一・六・八、民集五卷九二八号）、文書作製等の雑務担当者が取締役が保管する社印を盗用し自己の保管する会社用紙に記名押印して文書を作製した事件（大判昭和一九・六・一七、民集二三卷四七三頁）についても当然に妥当するであろう。<sup>(11)</sup>

(一) 判例民事法、昭和十一年度、六三事件川島評釈参照。

(二) 判例民事法、大正十五年度、一〇七事件田中（耕）評釈、加藤一郎「不法行為」（法律学全集22）一七九頁参照。

(三) これまでに述べたことは、イギリスにおける vicarious liability の発展のうちにも現れている。

使用者の不法行為に対する使用者の責任の根拠については多数の見解があるが、Salmond は、Duncan v. Finlater (1839) 6 Cl. & F. 894. において Lord Brougham が「わたくしが責任を負う理由は、彼を雇用することにより全事物を動かすということである。彼がなすことは、わたくしの利益のためにわたくしの指揮の下に行われるのであるから、わたくしはその結果に対して責任を負うのである」と述べていることを、使用者は、その行為または懈怠が彼の利益のためではないとしても、また、それを明白に禁止していたとしても、責任を負う、という制限をつけて、vicarious liability の原則の充分な説明である、としてゐる (Salmond, Law of Torts, 13th ed. (1961), p. 108f)。そして、使用者は、被用者に行うように授權したこのみでなく、被用者が授權されたことを行う方法に対しても責任を負う、とされている (Salmond, op. cit., p. 122)。

(1) したがって、Beard v. London General Omnibus Co. [1900] 2 Q.B. 530. においては、バスの車掌が終点で運転手の留守の間にバスを廻そうとして惹起した衝突事故に対しては、バスの運転は車掌の義務を遂行するための方法ではないか  
民法第七一五条における「事業ノ執行ニ付キ」の意義  
二五

ら、使用者は責任を負わないとした。

(2) また、*Bayley v. Manchester Ry.* (1873) L. R. 8 C. P. 148. は、鉄道会社のポーターが、乗客が車輛を間違えて乗車していると誤信して、乗客を乱暴に引きつり下した場合に、使用者は責任ありとされた。乗客が車輛を間違えて旅行することを禁ずることはポーターの義務の一つであつて、ポーターの行為は、委託された業務を行う不法な方法にすぎない、と考えられるからである。

(3) 更に、使用者の責任は、ネグリジェンスを超えて、詐欺その他の故意行為にまで拡大され、被用者が、正直に行うべきことを詐欺的に行つた場合にまで拡大された。かくて、*Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [1912] A. C. 716. におつては、弁護士事務所書記が、依頼人の財産を、譲渡證書の性質について詐欺的に偽り伝えて、横領した事件について、被用者が委託された業務の範囲内で (*within the scope of the employment*) なしたものであるかぎり、詐欺が単に被用者の利益のためになされたものであつても、使用者は責任ありとした。同様で、*Uxbridge Permanent Benefit Building Society v. Pichard* [1939] 2 K. B. 248. は、被用者の表見的権限 (*apparent or ostensible authority*) を信頼したため損害を蒙つた場合に、使用者は責任を負ふとされた。

(五) 自動車の運転について、自動車運転手あるいは運転技術修習中の助手が、使用者の指揮命令に違背しても、被用者の行為が当該事業の一範囲に属する以上、使用者の行為によって生じた損害に対して、使用者は責任を負う（いかなる場合に、使用者の責任が生じたかについては前節Ⅱ参照）。

諸事例を通じて次のことがいえよう。(1) 被用者は、運転手として自動車運転の業務に従事する者であるか、運転助手として自動車運行に関連を有する業務に従事する者であること。(2) 事故の原因となつた自動車の運転が、使用者の

命令委任の範囲を超えて、職務上の地位を逸脱して行われたものであること。(3)事故の原因となった自動車運転が、客観的には、使用者の事業の範囲に含まれるものであること。したがって、(四)の場合と同様に、自動車運転によって生じた加害は、被用者の雇用上の地位と結合関係があること、換言すれば、職務の性質上通常生じうる危険としての性格を有していることが、まず必要である。このような結合関係あるかぎり、被用者の主観的意思是考慮の外に於いてよい、と考える。したがって、判例が事故の原因となった自動車運転が客観的に使用者の事業の範囲内に属することを必要としていることについては、その合理性を検討する必要がある。

被用者の行為が客観的に使用者の事業の範囲内に含まれるならば使用者は責任を負うべきであるとするいわゆる外観標準説は、報償責任の原理に基づいて考えれば、使用者が責任を負うためには、被用者の行為(自動車運転)が使用者のめたに行われることが必要である、という考えを前提としている。この考えを前提として、ただ被用者の主観的意思を被害者が外部から立証することは困難であるから、被害者保護のためにこの立証を免除し、外観的に使用者の事業の範囲に含まれるだけで、使用者が責任を負うための要件は充せられたと考えるべきである、とするにすぎない。<sup>(二)</sup>おそらく判例の考え方も同様であろう。しかし、もし被用者の行為が、使用者のためになされることを必要とするというならば、何故使用者が被用者の行為が使用者のために行われたものでないことを立証すれば責任を免れることを認めないのであるか。被用者の意図の立証による免責を認めないならば、やはり、自動車運転による損害を使用者の企業に伴う危険として、使用者に責任を負わせる考えを承認しなければならぬ、と思われる。素直に、使用者の責任を使用者が一定の職務に被用者を雇用したことによって生ずる加害に対する責任だと考えるならば、<sup>(三)</sup>被用者の運

が外観上使用者の事業の範囲に含まれるか否かは、原則として、問題とならない、と思われる。したがって、残された問題は、一定の職務に雇用されたことよって通常生ずる危険はどの範囲かを決定することである。

原則的に考えれば、自動車の保管あるいは管理について、運転手の自由がどれだけ認められているかを基準として、自動車を操縦する機会を得たことが、運転に関する業務に雇用されていない者が操縦を開始した場合と同様と考えられる程度に、困難ないし障害を克服してなされた場合には、使用者は責任を負わない。これに反して、自由に操縦することができるような態様で、自動車が被用者に委ねられている場合には、たとえ被用者が自己の利益のためであったとしても、使用者は責任を負う、<sup>(三)</sup>といつてよいだろう。このことは、いままでの判例が認めてきた程度を超えて使用者の責任を加重する結果となるが、その負担は、使用者と被用者との間の内部的関係において、民法七一五条の求償権の規定に従って処理する道を検討することにより、軽減されるであろう。

しかし、自動車に関するかぎり、保険制度と結合することによって、ここで述べた内容が実現されてきていることは注目されてよいだろう。<sup>(四)</sup>

- (一) このことを明言するものとして、鳩山和夫「増訂債権法各論（下巻）」九一七―八頁。判例民事法、昭和十三年度、一四事件勝本評釈参照。我妻教授が「使用者の社会的活動が拡張せられたと客観的に認められる範囲に於ける被用者の行為は即ちその事業の執行につき為されたものと見るべきである」（「新法学全集」一六八頁）といわれるのも、その根拠は同じなのであろうか。

- (二) 判例民事法、昭和十一年度、六三事件川島評釈。

(三) イギリスでは、被用者が自分の目的のために使用者の財産を勝手に用いた場合の被用者の過失に対しては、使用者は責任を負わないとしている (Salmond, Law of Torts, 1961, p. 132)。Mitchell v. Grassweller (1853) 13 C. B. 237. において、被用者が一日の仕事を終えてから全く自分の目的のために荷馬車を走らせ、その帰途原告を傷つけた事件について、それは使用の過程で (in the course of employment) 行われたものでないから、使用者は責任を負わないとした。これと類似の事件で、わが国で訴訟上争われたものとして、甲府地裁昭和三七・二・二判決 (下民集一三卷二号) がある。自動車販売業にセールスマンとして雇用された者が無断でドライブの途中衝突事故を惹起した事件であるが、裁判所は外観標準説に従って検討の末、日時・場所については業務の性質上異例であるから、使用者は責任を負わないとした。しかし、外観によって判断することが合理性をもち、セールスマンが自動車を自己の利益のために運転する可能性は業務の性質上大きいということを出発点として考えれば、結論は逆になるだろう。

(四) ドイツ民法八三一条は、いわゆる暗運転 (Schwarzfahrt) には適用なしとされているが、道路交通法 (Straßenverkehrsgesetz) 七条 III は、自動車保持者は彼の運転手による暗運転につき責任を負わせている。したがって、運転手が自己自身のためにドライブを行った場合には、保持者は責任を負うのである (vgl. Ennecerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, 1954, S. 999)。わが国の自動車損害賠償保障法三条において、被用者が私用で運転中起した事故について保有者が責任を負うか否か判断した判例が二つあるが (東京地裁昭和三四・九・三判決八判時二〇四号、東京地裁昭和三五・二・二二判決八下民集一一卷二号) 結論は対立している。

#### 四　　む　　す　　び

被用者の加害行為は、それぞれ個性的な特徴と多様な事情とを伴って現れてくる。したがって、事件に対する合理

的判断は、個別的に、事件の個性を考慮した後、下されるべきものであるが、類似の事件に対しては、共通する何らかの客観的基準が定められていることが必要である。裁判所は、「事業ノ執行ニ付キ」の意義について、「事業ノ執行自体ナルカ若クハ其事業ノ執行ト相関連シテ之ト一体ヲ成シ不可分ノ関係ニアルモノ」、「地位ヲ濫用シ株券ヲ発行シタルモノトスルモ要スルニ不当ニ事業ヲ執行シタルモノニ外ナラズシテ其事業ノ執行ニ関スル行為タルヲ失ハズ」あるいは「被用者ノ行為ガ当該事業ノ一範囲ニ属スル以上」という表現を用いて、この規準を示してきた。本稿では、その変遷を跡づけた後、更に、これらの表現の背後にある事実関係の要素を考慮しながら、より具体的に判例理論の変遷を跡づけ、且つ、その合理的理由を検討することを企てたわけである。

民法七一五条の使用上の責任を、自己の選任監督上の過失によって生ずると考える立場は、事業の執行に付き行われた加害行為は、使用者が予見しうる範囲内において行われたものであることを要求した。しかし、企業が組織体として運営され、企業主による個別的な指揮監督が不可能となった段階では、過失責任主義と関連づけて使用者の責任範囲を限定することは、きわめて不当な結果をもたらす。判例理論はやがて過失責任主義から離脱し、一方では、使用者の免責事由の立証を有名無実なものとすることによって、事実上無過失責任主義に接近すると同時に、使用者の責任範囲を拡大して、いわゆる外形理論に到達したのであった。

判例の変遷の上で画期的意義をもっているのは、大審院大正一五・一〇・一三判決である。この判決を転機に、いわゆる一体不可分説は克服されたのである。しかし、用語の上では一体不可分説を固執しながら、その内部では変質の過程は進んでいたといえよう。本稿で扱った判例を眺めた場合、大審院大正七・三・二七判決以後は、単独操縦を

許されていない見習運転手が他人を轢殺した事例（大判大正八・一・二二）を唯一の例外として、すべて使用者の責任を肯定する方向を辿ったことを知ることができる。そして、一方では、使用者の免責は、大審院大正一〇・八・一〇判決（民録二七輯一四四〇頁）を最後として、以来認められてはいない。

大正七年らか大正末年に至る時代は、すでに独占資本主義の段階に入ったといわれる日本の経済が、第一次大戦中の著しい発展を経て、戦後の不況のなかで生産と資本の集中が進行していった時代である。そして、この時代的背景の下に、倉庫会社∥銀行（大判大正七・三・二七）、銀行∥株式会社（大判大正七・六・二二）、農業倉庫∥銀行（大判大正一〇・六・七）（いずれも上に記載されているのが使用者、下に記載されているのが被害者）という資本と資本との間の紛争を媒介としながら、不可分一体説は動搖を示し、遂に前記大審院大正一五・一〇・一三判決（電気軌道株式会社∥米穀取引所取引員）に至って、完全に克服されたわけである。その後、判例は、いわゆる外形理論に従い、この理論が、取引関係を超えて、自動車事故についてまで拡大されていったことは、すでにみた通りである。しかし、判例が自動車事故につき外形理論を採用したことは、使用者の責任範囲を拡大する役割を果したのであるが、その合理的根拠については疑問を感じざるを得ない。この点については、今後更に検討したいと思う。