

ドイツ民事責任法における 組織編成上の過失概念の実像（2・完）

前 田 太 朗

はじめに

第 I 章 内部分業型の裁判例

第 II 章 第三者介入型の裁判例（以上60巻1号）

第 III 章 組織編成上の過失概念の実像（以下本号）

第 1 節 使用者責任規範の性質決定の問題

第 1 款 Schmidt-Salzer の見解

第 2 款 Spindler の見解

第 3 款 検討

第 2 節 BGB831条の射程の拡張とそれを支える公理の発見

第 1 款 BGB831条の公理 ratio

第 2 款 射程の拡張可能性—独自の領域思想による正当化

第 3 節 使用者責任規範による第三者介入型の包摂可能性

第 1 款 判例の展開—指示拘束性・従属性の要求とその緩和

第 2 款 Canaris による被用者性判断基準と領域思想との関連付け

第 3 款 指示拘束性、従属性基準への固執とその矛盾

第 4 款 判断基準の変化

第 1 項 判断基準のさらなる展開

第 2 項 判断基準を再定位する学説

第 5 款 小括—第三者介入型の包摂可能性

第 1 項 被用者性の判断基準の再考察

第 2 項 独立事業者包摂の正当化

第 4 節 まとめ—組織編成上の過失概念の実像

第1款 使用者責任の厳格化の正当化

第2款 責任の厳格化に対する批判とその対応

第3款 ドイツ法検討の終わりに

おわりに 日本法における使用者責任規範の可能性と今後の課題

第三章 組織編成上の過失概念の実像

第I章及び第II章を通じて、裁判例による組織編成上の過失概念及び使用者責任規範の位置づけを紹介してきた。このことによって明らかになったのは、二つの事案類型それぞれに対応する組織編成上の過失概念が存在するということである。つまり内部分業型における組織編成上の過失概念は、BGB823条1項に基づく法人内部の事業一般に関する組織編成上の義務と、BGB831条に基づく特定の被用者に対する選任、監督及び指揮等の義務とが重層的に関連する構造を有している。これに対して、第三者介在型における組織編成上の過失概念は、BGB823条1項に基づく選任、監督又は組織編成の義務だけなのである。

このように形成されてきた組織編成上の過失概念は、使用者責任規範との関係で、以下の問題が生じている。すなわち、内部分業型においては、重層的帰責構造が、法人における任務の分業的履行に対応したものであるため、自己責任を規定するBGB823条1項よりも、他者の行為の介在を前提とするBGB831条の構想への近接性が見られるが、BGB831条が射程の狭い規定であるため、これを拡張できるのか否かということが問題となっている。また第三者介在型においても、専門家を介在させるという点で、ここでも分業が重要である。そのため、ここでの組織編成上の義務もBGB831条の義務と近似することからBGB831条による解決の可能性を示す立場と、同条の射程の狭さゆえにそれを否定する立場とで、明確な対立が見られる。被用者の要件をどう解するかということは、使用者責任規範の射程をどうするのかという問題であり、ここでも、同規範が、組織編成上の過失概念を包摂しうるのか

否かという問題が生じている。

これらの点をまとめると、使用者責任が分業を想定したものと性質決定することが出来るのか（使用者責任規範の性質決定の問題、第1節）、分業の規範であるとしても、使用者責任規範は射程を、法人内部分業の問題全般に拡張することが出来るのか、それを支える理由は何か（BGB831条の射程の拡張とそれを支える公理の発見の問題、第2節）、そしてさらにそれを独立事業者の場合にまで広げることを正当化できるのか（使用者責任規範による第三者介入型の包摂可能性の問題、第3節）、という三つが問題となっている。これら問題点を検討することによって、使用者責任規範が、法人の不法行為責任における中心規範足りうるかが明らかとなる。

第1節 使用者責任規範の性質決定

BGB831条を分業を想定した規範として位置づけ、積極的に論じるのは、Schmidt-Salzer と Spindler である。とくに Spindler は、Schmidt-Salzer の見解を批判して、BGB831条の射程を広げようとしている点で、上記問題点と深く関連する。以下順に検討する。

第1款 Schmidt-Salzer の見解

Schmidt-Salzer は、次のように説明する。⁽¹⁰¹⁾ すなわち、i 法人はその規模が大きくなれば、すべての被用者を選任、監督することは困難となり、任務が構成員に移行される。この場合、使用者の免責立証は、使用者によって選任されたより高位の被用者の選任及び継続的監督することに向けられ、作業が移行されても使用者は責任から解放されない（「使用者はすべてに権限を持ち、かつ全面的に責任を負わなければならないという原理」）。他方で、移行者が、受託者のあらゆる個々の行動を、追体験して理解する必要がないということが、まさに分業の意味である（「責任法は、原則として実際的な分業に沿って責任を割り当てなければならないという分業の原理」⁽¹⁰²⁾）。この二つの

対立する原理を考慮すると、使用者の本来的な答責性は、必要かつ要求可能な範囲内で、中間被用者の継続的な管理監督という緩和された形で、引続き残ることになり、事業内部において分業をしても、事業執行機関は責任から解放されないことになる。分散された免責立証は、これに対応するものであり、それゆえ有責性原則を適用した結果である。⁽¹⁰³⁾

ii また一般的組織編成上の義務については、使用者は、活動を委託された被用者が、実際に適切に履行できるための指針となる一般的な組織編成上の措置を、講じなければならない。これは構成員の関与しない一般的な行為枠組みが問題となる以上、構成員の介在を前提とする BGB831条はその根拠条文となりえず、BGB823条1項が用いられる。

iii このことにより、BGB831条の存在意義に疑問がもたれるとしても、事業内部の分業という特定の状況に不法行為法の原理を適用する帰結を、実体法上明確にする規定として、BGB831条はやはり有用である。ここで重要となるのは、使用者から被用者へという上から下への分業・責任の流れ（トップ・ダウン）であり、ここでは前者の后者に対する BGB831条の選任・監督義務が問題となっている。したがってこれらの義務は、分業という現代的な考え方に沿う。これに対して、代位責任 *respondeat superior* は前産業時代の思想である。まとめると、BGB831条は「現代的で、かつ作業を分業するという意味及び目的を包摂する規定」と位置づけられ、「BGB831条は、作業を分業して履行するという原則、そしてさらに、〔そのことで〕責任を分担することという原則をも、徹底して部分的に法典化したものである。そのように考えるならば、同条は、時代錯誤の規定ではなく、むしろ逆に、まぎれもなく現代の規定なのである」と。

この見解は、分業により任務を引き受けた者は、責任も分担するということを原則と、有責性原則とを考慮して、BGB831条を分業を想定した現代の規定として理解し、その射程を限定しながらも、同条の存在意義を説く。しかし、この見解に対して、Spindler は、多くの他の法秩序で代位責任が採

用されているのに、なぜこれを時代錯誤として BGB831条の優位性を説くのか疑問であり、また選任・監督義務に結びつくトップ・ダウンという考え方について、現行法では、機関の不法行為責任を帰責する BGB31条が存在し、これによって選任・監督義務は覆われてしまい、あえて選任・監督義務を持ち出す必要は無い、として批判する。さらに、Schmidt-Salzer は分業することにより責任も分割するという考えを前提とするが、製造物責任法のような近代的な危険責任立法は、分業によって責任を分割せず、企業責任者あるいは組織の責任者に責任を集中させていることと矛盾するとして、批判する⁽¹⁰⁴⁾。Schmidt-Salzer に向けられたこの批判は、現代の法人における分業及び組織編成上の過失概念に対する Spindler の理解が密接に関係しており、これに基づいて BGB831条の射程を広げようとする。それゆえに本稿の問題意識との関係でこの批判は重要である。

第2款 Spindler の見解

Spindler の見解は次のものである。⁽¹⁰⁵⁾現代の法人では、組織編成・整備・業務の遂行は自由に行なわれるものではなく、一定の方向性に向けられた多くの者が携わる共同作用のみが存在する。ここでは法人に課された社会生活上の義務も、法人内部の構成員に分業して履行されることになる。分業に携わる法人内部の各構成員は、それぞれに作業が割り当てられ、当該構成員は、その他の構成員に割り当てられた作業あるいは作業全体を管理することはできない。つまり内部の構成員は、分業が行われる場合、全てのリスクについて、全ての範囲で引き受けておらず、かつ有効に管理・監督出来ないため、法人はこの分業が適切になされるように、法人の事業内部の組織編成が求められる。このリスクが現実化したならば、内部の構成員ではなく、このリスクを創出すると同時に利益を享受している法人に帰責することが正当化される。つまり、分業に携わる法人内部の構成員の瑕疵ある行為を、当該法人に帰責するものとして、組織編成上の義務は性格づけられ、同義務は「準

責任帰責準則 Quasi-Haftungszurechnungsregel⁽¹⁰⁶⁾」となる。また同義務は、本来的な危険源の支配（これに対処するのは社会生活上の義務である）に基づいて、支配領域内の組織編成を求められることから生じるため、こうした組織編成上の義務の附従性に視線を向けるならば、同義務は BGB823条のような「純粋な」責任構成要件に組み込まれるものではない。むしろ、第三者の加害行為を前提とする BGB831条のような附従的な責任構成要件に位置づけるべきであるから、同条を類推適用⁽¹⁰⁷⁾する、と。

Spindler は、分業によるリスクから利益を享受する者としての法人に、この分業に当たる内部構成員の瑕疵ある行為の使用者への帰責を正当化する概念として、組織編成上の過失概念を性格づけ、かつ同概念のこの構想が、他者の行為の介在を前提とする BGB831条の構想と近いものであることから、BGB831条を類推適用して、組織編成上の過失概念の根拠条文としようとするのである。

第3款 検討

Schmidt-Salzer と Spindler は、BGB831条を現代の法人活動における分業に対応する規範として性質決定する点で、共通する。しかし、前者は、分業に合わせて責任も分割されるとし、後者は、分業によっても、利益と危険の一致という思想から、使用者に帰責する点で、分業による責任判断に明確な違いがある。この点についてこれまでの検討も踏まえて考えてみると、裁判例においては、法人内部の場合において、使用者から被用者への求償は制限されており⁽¹⁰⁸⁾、また、被用者あるいは機関の対外的責任は制限されている⁽¹⁰⁹⁾。そして、法人が分業によって事業活動を行い、それに伴い法人に課されていた不法行為上の義務も分業的に履行されるとしても、ここでは法人に課された義務が移行されるのではなく、義務の履行に関する作業が移行される⁽¹¹⁰⁾。そうならば、第三者への損害が発生した問題となるのは、法人に課されていた不法行為の義務の違反であり、それゆえに義務主体である法人が不法行為責

任を負うのである。⁽¹¹¹⁾ Spindler の見解と同じく、義務主体である法人があくまで責任の主体であり、分業によっても、責任までは分割されないと考えるべきであろう。⁽¹¹²⁾

また両見解は、BGB831条の射程、組織編成上の義務の性格の理解の点で大きく異なる。すなわち、Schmid-Salzer は、有責性原則に基づくゆえに、その射程を制限し、また BGB823条 1 項に基づく一般的組織編成上の義務は、被用者の介在を前提としないため、BGB831条は根拠とならないとするのに対して、Spindler は、組織編成上の義務は、分業のリスクを帰責する規範と捉え、その附従的な性格という点で共通することから、BGB831条を類推して援用しようとするため、同条に、内部分業型の事例を包摂しようとする。つまり、一般的組織編成上の義務もまた分業に対応したものと考えている。

しかし、両見解の BGB831条の射程の理由付けについては、それぞれ疑問が生じる。すなわち、Spindler は、組織編成上の過失概念と BGB831条とが類似することにより、なぜ BGB831条の射程が拡張されるのかについて、⁽¹¹³⁾ 明確な説明をしていない。また Schmidt-Salzer も、BGB831条を有責性原則に基づいて射程を限定する理由を、立法者の態度決定に求め、分散された免責立証をその論理的帰結として肯定するが、それではなぜ、同じ有責性責任に基づく BGB823条 1 項で、組織編成上の義務を位置付けられるのか、つまり、同義務が被用者の介在を前提とするかどうかという問題とは別に、BGB831条で説明される有責性と BGB823条 1 項で説明される有責性とほどの点で違うのか、あるいはそもそも異なるのか、それ以上の記述はない。両者は、その射程を広げるもしくは限定する理由づけが、必ずしも明確ではない。

この問題に示唆を与えるのは、BGB831条に位置付けられる義務、とりわけ同条に規定されていない監督義務は、裁判官による法の継続形成により生成され、かつまたこれと合せて同条に位置付けられる義務が社会生活上の義

務と説明されることで、これとあわせて同条を支える基本思想が明らかとなつていったということである。この点を検討することは、使用者責任規範の射程を考える上で、重要な作業である。

第2節 BGB831条の射程の拡張とそれを支える公理の発見

第1款 BGB831条の公理 ratio

BGB831条はその責任根拠について、起草過程において、無過失責任とするか、有責性原則を貫徹するのかを巡り争われたが、各協議において採用されてきたのは、後者、すなわち、使用者の推定された過失責任を問うことであつた⁽¹¹⁴⁾。準備委員会で提出された部分草案9条においては、使用者の不法行為責任を監督義務違反に求め、その後第一草案711条及び712条、第二草案754条においても、使用者の監督義務は規定されていたが、帝国議会提出草案(第三草案)815条において、「監督義務が第三者の損害を監督に服する者による第三者の加害を回避するという目的を有する場合にだけ、この責任が正当化される。この要件は、未成年であるがゆえに、あるいはその精神的又は身体的事情ゆえに、監督必要者への監督を制定法上義務付けられている場合に、充足される」⁽¹¹⁵⁾とされ、監督義務が削除され、現行のBGB831条の規定となつた。

だが裁判例は、第I章で見たように、条文の文言から離れ、法の継続形成によってBGB831条に監督義務を位置付けた。この展開を経る中で同条は、「社会生活保安義務を制定法上規定する例示するもの」⁽¹¹⁶⁾と性質決定され、このことと併せて、同条を支える基本思想が次のように説明される。すなわち、「BGB831条に規範化される社会生活上の義務は、他者を自らの答責性領域に介在させる者は、そのことによって潜在的な危険が対外的に上昇しないことに配慮しなければならないという思想に由来する。この公理 ratio に基づいて、解釈及び概念決定がなされなければならない。しかしここで、使用者の答責性領域は規範的に決定されるものであり、使用者の任意に従うも

のではない⁽¹¹⁷⁾」と。

これは、領域思想 Sphäregedanken と呼ばれ「一定の不利益を、その根本原因（損害危険）が誰の領域（影響領域・活動領域（Geschäftskreis）にあったかを基準に分配するという危険分配原理である。損害を分配される者から見れば、これは、自己の領域内の特別の損害危険（瑕疵・機能不全（Versagen））に対する保証責任（Einstehensmüssen）を意味⁽¹¹⁸⁾し、「不作為不法行為との関係では、領域思想が加害者における行為義務の割り当ての基準として機能する⁽¹¹⁹⁾」ものである。

なお公理（ratioあるいはratio legis）とは「多義的なもの」とされ、「これは、規律の目的でもあり、また「合理的な根拠」でもあり、そして規律の原理でもある。このことは、立法者自身でさえ常にあらかじめ意識されているものではなく、しばしば、後になって初めて学問によって強調される、つまり、その場合には、「客観的—目的論的」な基準〔とされる〕⁽¹²⁰⁾」ものである。これを踏まえ BGB831条の裁判例における展開を考えると、同条は、立法過程においては有責性責任とされる以上の説明はなされなかったが、その後の法の継続形成の結果、同条の義務は社会生活上の義務とされ、その思想的根拠を同条の公理を領域思想に求めることで、理由付けられているといえよう。

第２款 射程の拡張可能性—独自の領域思想による正当化

このように、使用者責任規範が領域思想によって支えられるとしても、その射程は、限定されてしまうのであろうか。以下の三点から考えたい。

i BGB823条１項との関係からみる BGB831条の特別性について。BGB 823条１項も BGB831条も有責性原理に基づく点で、共通する⁽¹²¹⁾。そうであれば、なぜ BGB831条の射程が限定されてしまうのであろうか。同じ有責性原則に基づくにもかかわらず、両規定は矛盾することにならないであろうか。両規定を比べると、一方で BGB823条１項は、権利・法益を違法かつ有責に

侵害をした者を、その責任の名宛人とし、他方で BGB831条は、被用者を自らの事業に用い、かつ、この他者についての選任、監督等の義務に違反した者を、BGB831条の責任の名宛人とする。つまり、BGB831条は、BGB823条1項と比べ、まず被用者を用いる者のみを責任判断の対象とすることで、名宛人の範囲を限定し、かつ立証責任の転換を⁽¹²²⁾図ることで、この限りで、BGB823条1項よりも責任を厳格化している。このように責任の名宛人を限定することは、例えば道路交通法 StVG における自動車保有者 Halter の責任や、製造物責任法 ProdHaftG における製造物の製造者 Hersteller des Produkts のように、危険責任立法に見られる。ここでは、自動車(の運行)⁽¹²³⁾、瑕疵ある製造物⁽¹²⁴⁾といった特別な危険と関連づけて、責任の名宛人を限定することで、責任の範囲を限定し、かつこのことによって、その限りで有责性原則に基づく BGB823条1項等の責任よりも責任を厳格化することを可能⁽¹²⁶⁾としていると考えられる。この考えを、「基本的構成要件」と「特別構成要件」⁽¹²⁷⁾の関係に立つ BGB823条1項と BGB831条との関係においても当てはめるならば、BGB831条が他者を事業に用いる者として、責任の名宛人を限定していることは、その他者が同条の被用者に該当する限りにおいて、使用者の不法行為責任を BGB823条1項のそれよりも厳格化する方向に導くことを可能にするであろう。したがって、一方で BGB831条において有责性責任に基づくという理由で、分散された免責を認め、他方で同じ有责性に基づく BGB823条1項の組織編成上の義務で、法人の不法行為責任に対処するということは正当化できない。

ii BGB831条の公理の特別性について。同条の厳格化を正当化するのは、やはり同条の公理である領域思想である。しかしこれは、BGB823条1項で説明される単に自らの支配する領域から損害を生じせしめないという領域思想⁽¹²⁸⁾ではなく、「他者を自らの答責性領域に介在させる者は、そのことによって潜在的な危険が対外的に上昇しないことに配慮しなければならないという思想」である点で、独自性が見られる。つまり、BGB831条を支える領

領域思想とは、他者の介在を前提とする点で BGB823条1項のそれと異なり、独自の意味が見出される。

iii 一般的組織編成上の義務を支える思想等が BGB831条と共通することについて。裁判例において BGB823条1項に位置づけられる一般的組織編成上の義務は、内部分業型においては、法人に課された社会生活上の義務を適切に履行するために、法人の内部を適切に組織編成することが求められ、かつこの点は、第1章でみた NJW-RR1996,867においても、「〔使用者は自らの〕組織編成領域内の危険を保護することに注意を払わなければならない」と明確に説明する。つまり裁判例において BGB823条1項に位置付けられる一般的組織編成上の義務を支えているのも、領域思想といえる。また両義務は、分業化された企業活動のリスクから社会生活を保護することを目的とする点で共通する⁽¹³⁰⁾と説かれるように、その本質において両者は接近し、帰責の構造の点でも、他者の介在を前提とするため、共通する⁽¹³¹⁾。

まとめると、BGB831条が責任の名宛人を限定することで、同条は BGB823条1項よりもその責任の厳格化を支える可能性があり、同条の公理である独自の領域思想がその厳格化を支える。また一般的組織編成上の義務を支える基本思想は、BGB831条のこの独自の領域思想と同じものである。それゆえに、BGB831条の責任の射程を拡張し、一般的な組織編成上の義務をも同条に位置付けることは、解釈論上可能であろう⁽¹³²⁾。

ただし、このように領域思想に基づき同条の射程を広げ、かつ責任を厳格化できるとしたのは、あくまで、被用者を介在させる内部分業型を想定したものである。このことが、内部分業型と分業という点で共通する第三者介在⁽¹³³⁾型にも対応するものかどうかは、一すでに見たように、多くの裁判例はこの点を否定するが、独立事業者が、BGB831条の被用者と見ることができるといって左に左右される。

BGB831条の文言上、業務を委託された他者と規定されるだけで、具体的に如何なるものが被用者であるかは、必ずしも明確ではない⁽¹³⁴⁾。それゆえ被用

者性判断の基準は、判例による法形成が必要とされた。⁽¹³⁵⁾そこで次に、被用者性の判断基準の展開を紹介し、第三者介在型を使用者責任規範に包摂する可能性を探っていく。

第3節 使用者責任規範による第三者介在型の包摂可能性

第1款 判例の展開—指示拘束性・従属性の要求とその緩和

RGはこの問題について、BGB制定初期に出されたRGZ51,199において、使用者の意思に従属して業務を遂行する者を被用者とし、自らの専門知識と経験に基づいて判断して業務を遂行する者は、被用者ではないとしていた。⁽¹³⁶⁾その後の裁判例の展開を経て、RGにおいては、業務を任された者につき、使用者が、その者の活動を決定する権限を有する場合か、または、その者が使用者の意思に従属する者か、⁽¹³⁸⁾もしくは指示に従属する者である場合に、⁽¹³⁹⁾被用者と性質決定し、独立して行為する者は被用者には当たらないとする。⁽¹⁴⁰⁾

こうした展開を経て、BGHは、LM BGB § 823 (Hb) Nr.5において、弁護士が依頼人の被用者に当たるかという問題について、前者は、後者と従属的關係にあり、かつ後者の指示に拘束されているため、被用者であると判断するように、⁽¹⁴¹⁾意思への従属性を判断基準からからはずし、指示従属性及び拘束性を判断基準に据えた。さらにこの指示拘束性を緩和して捉えたのが、BGHZ45,311 (被告自動車修理工場において修理された自動車とその修理に瑕疵があったため事故が生じた事例)⁽¹⁴²⁾である。ここでは、「BGB831条の意味における被用者は、その使用者の指示に従属する者である。指示権は、詳細に及ぶ必要はない。このことは、使用者が、その行為者の活動をあらゆる時に制限するか又は止めさせる、あるいは、その行為者の活動を時間及び範囲について決定することができる、ということ⁽¹⁴³⁾で十分である」と。

第2款 Canarisによる被用者性判断基準と領域思想との関連付け

Detlev W. Bellingは、Staudinger Kommentarにおいて、領域思想が

BGB831条の公理であり、「具体的な事例の中で、構成要件を具体化することは、常に、この公理を考慮して行われるべきである。ここで〔領域思想⁽¹⁴⁴⁾は〕、概念決定の純然たる触媒的性格であることを看過してはならない」と指摘する。BGB831条の各要件を考える上で、領域思想が公理である以上、これを無視することはできないとするのである。この見解に基づけば、判例によって示された指示権に拘束され、かつ従属しているという基準と、この公理はどう関連付けられるのか。この点を明確に示すのが、Claus-Wilhelm Canaris である。

Canaris は、被用者性の判断基準について、領域責任を BGB831条の帰責根拠と位置づけた上で、次のように説明して両者を関連付ける。すなわち「BGB831条は、自らの活動領域及び影響領域に対する責任に基づくから、被用者概念は、このことと関連付けて決定される。ここで、この中心基準は、使用者の指示権である。なぜならば、ここ〔つまり指示権が当該被用者に及んでいるということ〕に、被用者が使用者の支配領域に帰属していることが明確に現れるからである。もちろん、このことは、段階付けられた強度によって、示すことができる。すなわち、活動領域への統合が、強度であればそれだけ、指示権は弱くてよい。前者が緩和されていればそれだけ、後者はいっそう強くなければならない」と。ここで具体例として、医療機関における医師を挙げ、「医師は、病院の組織領域に統合されていることは、明確かつ疑いの無いことだから」として、被用者性があるとする。これに対して独立した事業者の場合は、原則として被用者ではないとしても、具体的な事例において、独立した事業者が、委託者の指示権に緊密に結び付いており、かつそれゆえに、たしかに、委託者の事業領域に組込まれてはいないが、しかしそれでも、この事業領域に附置されている場合には例外として、独立した事業者は委託者の被用者となる⁽¹⁴⁵⁾とする。領域思想と密接に関連付けられる Canaris の判断基準は、多くの基本書及びコンメンタールにおいて、言及⁽¹⁴⁶⁾されている。

第3款 指示拘束性、従属性基準への固執とその矛盾

指示拘束性、従属性の判断基準が問題となるのは、やはり、第三者介在型⁽¹⁴⁷⁾であり、ここでは一部を除いて多くの裁判例において、独立事業者の被用者性は否定される。第II章で取り上げた裁判例に関連付けて考えると、廃棄物の処理を専門業者に委託する場合、NJW2002,818及び NJW 2006 3628では、それぞれ先例として NJW1976,46⁽¹⁴⁸⁾を引用して、従属性が欠けるとし、専門業者の被用者性を否定する。また旅行主催者の事例においても、NJW 2006,3268及び NJW2007,2549では、第II章でみた BGHZ103,298のみを引用し、滞在先ホテルの旅行主催者への指示拘束性・従属性が欠けることから、前者の後者に対する被用者性を否定する。また BGHZ147,45では、製造工場が、新たに施設を建造する際に、建築業者に建設工事を任せた場合、NJW1994, 2756⁽¹⁴⁹⁾を引用して、後者は、前者の指示従属性を欠くことを理由に、被用者性を否定する。このように、それぞれの事案類型において、それぞれの事案類型で先例となる判決を重視し、それぞれの先例が指示拘束性、従属性という判断基準を重視していることになり、独立事業者の被用者性を否定するという判断を行っている。

こうした判断について、Larenz/Canarisの方法論の教科書における指摘は、重要な示唆を与える。すなわち、「概念上正確に規定されていないのは、「被用者」(BGB831条)及び「占有者」(BGB855条)のような、人的集団…である。ここでは、他者に対して特定の社会的関係に立ち、その社会的関係に基づいて、他者の指示に(多かれ少なかれ)従わなければならない、何らかの観点において、正確な区別基準が提供されることなしで、何がしかの方法で、他者の組織編成領域…に、帰属されている者が頻繁に問題となっている」として、「制定法は、確定された概念に包摂されない人的集団を、その社会的役割を考慮して、特徴づけるために、……類型を用いる。これに属するのは、我々がすでにみたように……、「動物補助者」、「被用者」「占有補助

者」、おそらくまた「商業代理人」と「主導的従業員」である。これら類型は、類型の名称であって、概念は問題ではない。指示拘束性あるいは「社会的従属性」のようなこれらの類型を特徴付けるためのメルクマールは、その時々において、種々の、一般的に確定することのできない強さで、当てはまりうる。まとめると、そうしたメルクマールよりも、すべての「外観 Erscheinungsgebild」が重要なのである。この「外観」は経験から獲得されるのである。この基礎にあるのは経験的類型である⁽¹⁵¹⁾と。

この指摘に基づいて上記裁判例について考えてみると、独立事業者は、「被用者」には当たらず、むしろ、裁判例の蓄積という経験によって、「独立事業者」という類型が形成され、旅行主催者との関係における給付責任者、建築主との関係における建設事業者、あるいは元請事業者との関係における下請事業者は、それぞれ「被用者」ではなく「独立事業者」と性質決定され、その理由を、指示拘束性、従属性が欠けるということに求めてきたと考えられる。学説においても、一律に被用者性を否定するのではなく、具体的な事情を考慮すべきとするものの、しかしこの説明に続けて、請負契約においては、通常は指示従属性が否定されるとするものもある⁽¹⁵²⁾。そうならば、こうした裁判例の積み重ねによって類型化され、判断も一律のものとなる独立事業者は、例外的に特別な事情がある場合を除いて、委託者の被用者であることは否定されるということになる⁽¹⁵³⁾。

だが、一方で指示拘束性、従属性が認められないと述べて、BGB831条の適用を否定し、他方で独立事業者への選任、監督等の義務を認めるという責任の判断枠組みは矛盾を孕んでいないだろうか。例えば、BGHZ103,298においてBGHは、一方で、旅行先のホテル（給付責任者）は、旅行主催者の被用者となるために必要な指示拘束性、従属性が欠けるため、BGB831条は適用できないとする。しかし「責任領域において、第三者に対する危険を創設し、かつ維持させ、かつその危険への対策を講じることができる者は、原則として、他人の損害を最大限防ぐために、要求しうる措置を講じるという

義務を負う」として、BGB823条1項に基づいて、自らの従業員及び輸送手段だけではなく、給付責任者の選任及び監督に関する社会生活上の義務が旅行主催者に課される⁽¹⁵⁴⁾。つまり、給付責任者は、旅行主催者に対して指示拘束性、従属性が無くとも、BGB823条1項の責任判断においては、旅行主催者の支配領域下にいるとされる。そうならば、常にではないとしても、こうした義務が課される条件がある限りで、独立事業者の行為に影響を与えることが認められると考えられ、それゆえこの限りにおいて、指示拘束性、従属性に類する状況が生じていると考えることもできるのではないだろうか。

Larenz/Canaris の上記引用に続く説明が示唆を与える。すなわち、「標準となる現象を選択し、かつ類型をより詳細に限界づけることは、規範目的及び規律の背後にある法思想によって、共同に決定される。この選択と限界づけは、規範的な観点のもとで行われる。類型を形成し、かつそれゆえに、またその類型へその時々において分類する際には、経験的な要素も、規範的な要素も入り込んでいる。これら二つの要素の結合が、この類型の本質をまさに構成しており、それゆえにこれを「規範的实在類型」と名付けることができる⁽¹⁵⁵⁾」と。つまり、従来、BGB831条は、裁判例及び学説において、その射程を限定して捉えられていたが、これまでの検討から明らかになったように、同条が分業を想定した規範であり、ここでは独自の領域思想が、同条を支えている。また BGB823条1項に対する BGB831条の特別性が認められるため、責任の厳格も正当化できる。これらのことを考慮することで、同条の射程を広げる可能性が生じる。第三者介在型においても分業が問題となる以上、BGB831条をその根拠条文とする方向性がありうるのである。

この点に関連して興味深いのが、被用者性の判断基準が、近時の BGH の裁判例においてわずかながらでも変化がみられることである。

第4款 判断基準の変化

第1項 判断基準のさらなる展開

指示拘束性、従属性の判断基準により、独立事業者ということで直ちに否定されるのではなく、個々の事案の事情に左右され、例外的な事情がある場合には、被用者とされるものもある。こうした裁判例においては、BGHZ 45,311で示された指揮拘束性、従属性の基準を援用しながらも、その判断基準の内容には若干の変化が見られる。例えば、ZIP1989,830では、外国の証券会社が、ドイツ国内の有限会社を、資本関係なく事業システムに組み込み、その有限会社の被用者が顧客に詐欺を働いた場合に、「重要なことは……、使用者の影響領域におり、かつ、使用者に対する一定の従属性にあるかどうかということであり、指示拘束性を緩和して捉え、当該有限会社は、外国証券会社の指示に従っており、当該有限会社は、ドイツの顧客と、当該証券会社との連絡世話人となっており、さらに証券会社は、この有限会社にその種類や方法に影響を与えていたことは明らかなため、当該有限会社の、当該証券会社の被用者性を認める。またグルメ本に掲載された記事の不当な評価による損害賠償が問題となった VersR1998, 862は、BGHZ45,311を引用して「使用者は、行為者の行為を、あらゆるときに制限するか、又は止めさせ、あるいは時間及び範囲に基づいて決定することができることで十分である」として、グルメ本の執筆に当たった試食者 Testesser は、この者の活動が、この本への寄稿という枠内において、試食される飲食店の選択、試食の報告の種類と範囲について、制限されているため、「この意味で従属性が見いだされる」として、出版社の被用者であることを肯定する。

こうした裁判例を先例として救急医療業務を義務付けられている医師が、別の医師を用いて治療に当たらせる場合において、r+s2009,213は次のように説明する。すなわち BGHZ45,311を先例として引用して、「〔当該行為者が被用者とされるために〕重要なことは、当該活動が、組織に従属した地位で行われるということのみである。このため、使用者は、補助者にその作業を止めさせるか、もしくは、この作業を制限し、かつ彼の活動の時間と範囲を決定することができるだけで十分である」とし、「従属性の問題について、

損害を加える活動がなされた具体的な状況が重要となる。それゆえに、それ自身独立者である者も、彼に、被用者としての地位が与えられるように、他者の組織編成領域と結びつくことがありうる⁽¹⁵⁶⁾とする。ここでは、BGHZ 45,311とは異なり、補助者を「あらゆる時」に作業を制限し、あるいは作業からひき離すことが、その基準として求められていない。

これらの裁判例を見ると、指示拘束性よりも、むしろ、被用者（となる者）が使用者（となる者への）影響領域への帰属の有無及び従属性の有無を重視して、当該事案の具体的事実に即して被用者性を判断している⁽¹⁵⁷⁾。

第2項 判断基準を再定位する学説

裁判例においても変化が見られるように、学説においても、判断基準の中で指示拘束性を用いない見解がある。Franz Bydliński は、契約法における履行補助者の責任は、履行補助者を合意によって自らの支配領域に取り込むことができるが、これと異なり「〔不法行為法においては〕従属性という……基準無しで、領域帰責（被用者〔の不法行為〕を責任を負う者へ帰責すること）は、全く可能ではない。……不法行為法〔における使用者責任〕では、責任者の領域に「被用者」を帰属させることは、「支配」（独立していないこと）という基準によっておこなわれなければならない⁽¹⁵⁸⁾」（丸括弧原文ママ）として、支配及び従属性を基準とする。

Bernhard A. Koch は、次のように説明する、使用者責任の根拠を利益とリスクの一致としたうえで、支配的な見解によれば、BGB831条の被用者には、従属性が必要とされるどころ、このメルクマールは、利益とリスクの一致という原理とも相互に関連しなければならない。損害を惹起した被用者の活動が、被用者自身によって完全に自ら決定することができない、つまり、使用者が、加害者の活動を実質的に決定するもしくは、決定することができる場合には、使用者は損害賠償責任を負うとする。ここでは、決定権が、被用者を決定する基準とされる⁽¹⁵⁹⁾。

Spindler は、近時のコンメンタールにおいて、一方で BGHZ45,311 を引用して被用者性を決定する基準として、指示拘束性、従属性を説明するが、他方で、委託者と独立事業者の関係においては、「一方の契約当事者が、他の当事者の領域で、〔自らの携わる〕具体的な活動を決定することが、どの程度出来るのかに応じて、〔この一方の契約当事者を〕他の契約当事者の被用者と性質決定することが〔できるかどうか〕考慮される」として、独立事業者の自己の活動の決定可能性の大きさ、逆にいえば、独立事業者への委託者の介入の程度を重視している。⁽¹⁶⁰⁾ さらに Spindler は、自身の教授資格論文の中で、この基準に基づいて、例えばフランチャイズ契約において、フランチャイジーが、フランチャイザーの被用者となる可能性があること、⁽¹⁶¹⁾ 独立運送業者が元請の貨物運送業者の組織に組み込まれている場合には、前者は後者の被用者となりうること、製造物責任において、品質安全管理に関して、下請業者への管理及び影響の大きさから、下請業者が、製造者の被用者となりうるというように、BGB831条の被用者に独立事業者も包摂できることを明らかにしている。⁽¹⁶²⁾

第5款 小括—第三者介在型の包摂可能性

第1項 被用者性の判断基準の再考察

ドイツの通説的理解は、被用者性を判断するに当たり、なぜ指示権を重視するのか。英国法の使用責任とドイツ法を検討した Hartmut Wicke が端的にこの点を述べる。すなわち、英国法では被用者性の判断基準が、かつての指示権を重視する立場から、ドイツ法と同様に支配領域内か否かを重視する基準を経て、被用者を決定する要素と否定する要素の総合考量という基準が立てられるに、至った。ここで指示権が用いられなくなったのは、代位責任の解釈にとって必要不可欠でもなければ十分なものでなかったことが理由であり、そのため指示権の有無が、使用者への責任賦課にとって大きな意味を持たなかった。つまり代位責任と解されることが、帰責根拠と被用者性

判断基準の切断をもたらした。これに対して、ドイツ法においては、使用者責任が自己責任と解されたため、指示権の有無が、使用者の責任賦課と密接に接続した。すなわち、「推定された自己の有責性に基づくという責任は、使用者が、〔当該被用者の惹起した〕出来事に有効な影響を与えることができるという可能性を前提とするもの」だから、「使用者が、作業を監督する権利と方法を有し、かつ、被用者がそれを顧慮せずに、第三者に侵害を加えるならば、使用者自らに、この損害について非難があたえられるという感覚が潜在的に生じる」。それゆえに「〔使用者責任を自己責任と捉える〕ドイツの判例が、被用者の指示拘束性に強く固執するということは理解できるものと思われる⁽¹⁶³⁾」と。ここで重要なのは、使用者の指示権が当該補助者に及んでいるからこそ、当該補助者は被用者であり、その加害行為を防止する等の措置を使用者は講じることが可能である、ということである⁽¹⁶⁴⁾。つまり、「指示権の及ぶ範囲＝使用者の支配領域＝使用者の義務の範囲」であり、指示権が及んでいない場合には、使用者の責任はそもそも認められないことになる。したがって指示権の重視は、使用者責任が自己責任と解されることの論理必然の結果であった。

だが第4款で挙げた指示権を判断基準に挙げない見解は、「決定権」、「支配」あるいは「影響可能性」という基準を立てることで、使用者の支配領域に被用者が帰属しているかどうかを判断することができるとする。つまり、当該補助者への「支配」または「決定権」が及ぶということ、又は「影響可能性」があるということは、当該補助者が、使用者の領域に帰属しているからなのであり、ここでは指示権という基準を用いなくとも、決定権や支配を基準とすることで、被用者性を決定できるとことを示している。この点はかつてから指摘されており、BGHZ45,311で示された基準について、von Caemmererは、その基準の実質を、被用者の使用者の支配領域への帰属の有無に見だし、支配という要素が重要であることを示していた⁽¹⁶⁵⁾。近時のコンメンタールにおいても、指示拘束性の実際的な意義の低下が指摘される。例

えば Belling は、一方で自らの見解において指示権を判断基準に入れるものの、他方で「指示拘束性は、事実関係を表している。この事実関係の基礎にあるのは、法的関係であるが、このことは必要ではない。それゆえに指揮権が必要なのではなく、重要なのは、実際の操縦可能性があるということである⁽¹⁶⁶⁾」と述べる。また、Schiemann も、使用者の支配領域への帰属という基準の中で、被用者に作業を止めさせることができ、かつ作業の時間と範囲を決定することができるというメルクマールは、債権者の独立事業者である債務者に対する債務の履行についての告知権及び指示権が存在するため、あまり有用ではないとして、指示拘束性が、実質的には判断基準としての意味を失っているとする⁽¹⁶⁷⁾。

こう考えて行くと、被用者性の決定基準として指示拘束性を立てるよりも、従属性とともに、決定権又は支配もしくは影響可能性という基準に基づいて、当該補助者の使用者の支配領域への帰属を考えて行くということが重要なのではないだろうか⁽¹⁶⁸⁾。

したがって、下請業者の被用者性が問題となった近時の三件の裁判例のよう⁽¹⁶⁹⁾に、第三者介在型における責任判断の枠組みも影響を受け、従属性とともに、影響可能性あるいは支配が被用者性の判断基準となり、その結果、第三者介在型を BGB831条に包摂する可能性が生じよう。

第2項 独立事業者包摂の正当化

ただし、被用者の判断に当たり、第4款で示した Spindler の見解のように影響可能性、従属性を基準とするとしても、通説及び判例の理解とは異なっており、BGB831条の射程を拡張できる積極的な理由付けは、十分にはなされていない。この点を検討しなければならない⁽¹⁷⁰⁾。

第三者介在型においても、BGB831条を支える独自の領域思想と同じ思想が問題となっていると考えられる。つまり、この点について、社会生活上の義務の帰責根拠には、i 自らの領域についての安全性（領域責任）、ii 任務

の引受(引受責任)、iii 先行行為(先行行為による責任)という三つがある—厳格に区別できないとしつつ—とする Larenz/Canaris⁽¹⁷¹⁾の見解から示唆を受けて考えると、例えば化学製品の事業者が専門業者に廃棄物の処理を委託する場合、委託者は、このことで、自らの義務から解放されるものではなく、引き続き受託者の選任、監督等の義務を負う。この場合、委託者は元々支配していた危険について、第三者にその履行を分担させるのだから、結局、自らの領域における危険支配が問題となる。また建設工事において、建設工事を行う元請事業者と、それを補助する下請事業者の事例を想起すると、ここでも、危険支配の権限の分配がなされ、委託者である元請事業者は、自らの支配領域を安全にするという任務の一部を受託者である下請事業者に履行させているに過ぎず、それゆえ、委託者は依然として当該危険を支配するために、受託者の選任・監督義務あるいは介入する義務からは解放されない。さらに以上の場合において、受託者においても、引受によって自らの支配領域に新たな危険源を創設し、かつそれと同時に危険源の支配が問題となるのだから、引受責任が問題となるとともに、やはり領域責任も問題となる。また合わせて、ここでも分業が問題となっている。この点を踏まえると、第三者介在型が問題となる場合においても、この問題に関する判断枠組みを基礎づけるに当たって、重要かつ中心となるのは、BGB831条と同じ独自の領域思想であろう。⁽¹⁷²⁾

たしかに、次の批判が考えられる。すなわち、第三者介在型を起草者は全く把握しておらず、BGB831条を第三者介在のための一般的かつ最終的な規定としてみることはできない⁽¹⁷³⁾、あるいは、目的論的に同条の射程は狭いと⁽¹⁷⁴⁾。しかし、BGB831条の公理は、立法者に予定されていなかったとしても、その後の法発展の結果、独自の領域思想であることが発見され、また第三者介在型でも、同じ思想が問題となっている。そうならば、BGB823条1項ではなく、内部分業型と同じ判断枠組みで、BGB831条によって処理すべきという方向性が十分に考えられるのである。⁽¹⁷⁵⁾

第4節 まとめ—組織編成上の過失概念の実像

第1款 使用者責任の厳格化の正当化

第I章、第II章の検討から明らかなように、産業・技術の進展によって、法人内部でも、多くの構成員を用いて分業的に履行せざるを得ず、また専門的な作業（廃棄物処理、建設作業）、あるいは規模の大きなサービスの提供（旅行、フランチャイズ）が問題となる場合においても、法人外の専門家あるいは独立事業者を用いて分業しなければならない。つまり分業は、現在の社会状況、経済状況では重要なものであり、こうした分業に対応する形で、組織編成上の過失概念は法人の不法行為責任を判断するモデルとして構築されてきた。分業を想定する組織編成上の過失概念は、事業遂行に関する一般的な組織編成上の枠組みを創設する一般的組織編成上の義務、及びこの義務の履行を前提とする具体的組織編成上の義務の重層的な判断構造によって構成⁽¹⁷⁶⁾される。

こうした展開の中で、BGB831条はその存在意義に疑問が向けられながらも、裁判例において今日までその規律対象を有していることが明らかとなった⁽¹⁷⁷⁾。さらにBGB831条は、組織編成上の過失概念の根拠条文となる理論的な可能性がある。構造面において、BGB831条が他者の行為の介在を前提とし、組織編成上の過失概念もまた分業に対応するものであるため、他者の不法行為に対する自らの不法行為責任という点で、共通する。また民法典の体系的な位置けからも有責性原則に基づくとしても、BGB823条1項との関係で、BGB831条は特別な構成要件に立つことから、その射程を狭めることを正当化するものではない。又、被用者の範囲についても独立事業者であっても、決定権、影響可能性あるいは支配可能性と従属性を考慮することにより、同条の「被用者」に当てはまるといえる。

こうした広範な射程を支えるのが、同条の公理とされる「他者を自らの答責性領域に介在させる者は、そのことによって潜在的な危険が対外的に上昇

しないことに配慮しなければならない」という独自の領域思想である。その基本的な部分についてはすでに述べたところに譲るとして、関連する重要な点を述べておきたい。すなわち、単に領域が存在するというだけでは、厳格な責任を負うことになる法人あるいは委託者への責任賦課を正当化するために説得的なものではなく、当該領域を支配することができる者が、内部分業型であれば法人それ自身であり、第三者介在型では委託者であると決定されることが、まさに重要⁽¹⁷⁸⁾である。誰が当該領域を支配しなければならないのかという決定は、誰が社会生活上の義務を賦課されるのか、という基準と一致する。この点に示唆を与えるのが—不法行為法一般における社会生活上の義務との関連で述べられていることであるが—、von Barの挙げる4つの要素である。すなわち、第一にi危険源の創設又は保持、次にii危険源の実際上及び法的支配可能性、さらにまた、iii危険源から経済上又は観念上の利益享受、そしてiv危険の支配及び損害が生じないことの信頼⁽¹⁷⁹⁾である。これを受けて、Kleindiekは、法人が義務主体であることを決定する基準としては、「危険支配の基準が、「法人という作用統一体」の危険負担権限を導かねばならない」としてiiの要素を重視する。すなわち、「組織編成された企業責任者は、……最もよく潜在的な危険について情報を有し、危険操縦を計画でき、かつ生じている障害を除去することが出来る。人的・物的手段の統一体は、危険惹起に作用するが、しかし、同時に、危険操縦を最大限可能にする措置を講じることができる」。それゆえに、人的・物的手段の統一体である法人は、自らの「領域」において、その施設及びその目的等から、第三者に損害を与える状態に作用することを義務付けられ、帰責されるべきである。例えば製造物責任の事例では、法人は企業の責任者として、一常に自然人が製造過程に携わるとしても一製造者であり、製造者に特別に合わせた社会生活上の義務の名宛人⁽¹⁸⁰⁾である、と。

但し、Kleindiekは危険支配の要素を重視するが、法人とは、事業活動を営むことで利益を得る、つまり法人が支配可能な危険から利益をも享受して

⁽¹⁸¹⁾ いると考えられる。そうすると、法人の社会生活上の義務を決定する基準として重要なのは、危険支配と報償という要素といえる。例えば内部分業型に、これを当てはめると、スーパーやデパートの施設内あるいは隣接する歩道での事故は、一方で公的な交通に供することで危険を開示し、他方で店舗を開設することで利益を享受すると考えられるから、顧客や歩行者を保護するために当該スーパーやデパートは義務の賦課が正当化されよう。また第三者介在型では、建設工事においては、委託者が危険を支配し得るとして、引き続き義務者であるとされ、⁽¹⁸²⁾ また旅行主催者の事例を考えれば、営業という利益を生む活動を行うということに着目して、旅行主催者に社会生活上の義務を課している。⁽¹⁸⁴⁾

第2款 責任の厳格化に対する批判とその対応

このように、法人に対し厳格に責任を問う判断枠組みについて、次のように説明する見解がある。⁽¹⁸⁵⁾ すなわち、かつて Esser は、危険責任の論文の二版の助言において、「工業化された企業及び公的な企業において、第三者に対するリスクに付き、特別な危険〔責任〕構成要件あてはまらないもの、つまり、特別な構成要件で包摂することのできない…ものについて、有責性ある不法として何らかの不法行為上の非難（組織編成上の過失、社会生活保安義務の違反）を介して、企業に〔この非難を〕負担させることが〔判例において〕試みられた」と指摘し、⁽¹⁸⁶⁾ また Brüggeheimer も、今日の判例の運用について、「組織編成上の過失が反個人化を強められ、かつ「システム瑕疵」又は「品質瑕疵」に凝縮することを強められればそれだけ、組織編成上の過失は、企業構成員の瑕疵ある行為の帰責準則から、経済上の活動に関するリスクとコストの帰責準則となるのである。こうした「組織編成上の過失」のための立証責任の転換と結びついて、実際のところ、企業責任は厳格責任に準じるものとして存在している」とする。⁽¹⁸⁷⁾ いずれも、組織編成上の「過失」と言いながらも、その実質からの乖離を説く。⁽¹⁸⁸⁾

こうした実態は、例えば製造物責任において、BGB831条の免責立証が認められなくなったことについて、「現行法と調和せず、かつその結果、完全に、見通しえずかつ書かれていない一般的な(!)危険責任への扉が開かれる⁽¹⁸⁹⁾」という批判をうける。この問題について二つの点、すなわち i 特別法あるいは法改正による、不法行為法の責任判断の水準が変化するのではないか、あるいは ii これ以外の場合においては、裁判例において有責性原則が貫徹されていたのではないか、という点から考えてみよう。まず i については、①特別法制定の例として製造物責任を例として考えると、「いずれにしても義務を過度に高めることで製造物責任を拡張しようという試みは、製造物責任法施行以降、誤った正統性を失ったのである。したがって、事業所有者の自らの組織編成上の義務及び、機関に対しても、要求しうる措置のみが要求されうるということが維持されるべきである⁽¹⁹⁰⁾」ということができよう。製造物責任が問題となっていた事例が、製造物責任法の規律対象となることで、不法行為法は、その対処する事例においては、要求可能な範囲で、法人にその責任を問う、という方向にシフトすることが考えられる。また②法改正の例として2002年の債務法改正を考えると、ここでは従来よりも契約法における被害者保護が拡充されることで、不法行為法における責任判断につき、その水準に変化が生じうる。すなわち、第II章で見た旅行主催者に厳格な義務を課す従来の裁判例の運用に対して、例えば Canaris が、BGHZ 103,298を例に挙げて、この運用は、方法論上不誠実であり、かつ制定法違反の司法であるから拒否されるべきとするように、批判が多い。だが、近時の裁判例を見ると、その責任の厳格さからの変化が見られる。例えば、滞在先のホテルでのアニメの上映において、旅行客が、その際に他の客の行動によって怪我を負った事例において、NJW2007,2549は、一方で主催者はアニメのプログラムの抜打ち検査で十分であり、危険性を認識し介入する契機を本件では持ちえないとして、主催者の社会生活上の義務違反を否定し、しかし他方で、旅行主催者の契約責任を規定した BGB651f 条 1 項後段に基づい

て、旅行主催者は全ての損害惹起について、免責立証をしなければならず、本件ではこれが不十分なため契約責任を認めた。「〔BGHZ103,298あるいはNJW2006,3268の法理が〕取り消されたと見ることは、性急であろうが、しかし、慎重な方向転換ということはできる⁽¹⁹²⁾」と指摘する見解もある。このように、新規立法あるいは法改正により、それまで厳格に行われていた不法行為法の責任判断の基準が変化する可能性がある。

iiについても考えよう。内部分業型においては、例えばプールの滑り台における児童が負傷した場合において、NJW2004,1449はプール事業者に対して、「水泳プールには、様々な箇所に、危険がさし迫っている。そうしたあらゆるところに存在する危険に対して、監督で対処することは、必要でもない、可能でもない。……既存の安全措置は、その協同作用で、安全要請に対する相対的に高度な基準を保証するものである。こうした安全措置はもちろん、…チューブ型プールの中での衝突による事故を、すべて回避することはできない。…社会生活上の義務者が…本当に明白ではない危険の回避のための措置を講じなければならないかどうかは、疑わしいと思われる。つまり、あらゆる抽象的な危険は、予防している措置によって、対処しうることが出来ないということが認められている」として、あくまで要求可能の範囲内で、事業者に不法行為上の義務が問題となるのであり、本件では信号機やビデオカメラという設備と監視員の配置が施されていることから、その履行を⁽¹⁹³⁾認めた。また第三者介在型においても、裁判例は独立した事業者の持つ信頼性及び専門性から常に委託者が義務を負うわけではなく、受託者の当該任務の遂行能力に疑いがある等の一定の条件がある場合に、委託者の監督義務や、危険を除去するために直接介入することをBGB823条1項に基づいて求めてきた⁽¹⁹⁴⁾。例えば、MDR1987,200では、ガス管からのガス漏洩による死亡事故においても、ガス圧力器の交換を専門業者に委託したガス会社に、「〔その専門業者の〕作業方法をそこかしこで管理するということが要求されるならば、注意要請を、経済上及び技術上の所与性を考慮されることなしで、過

度に高めることを意味する」として、ガス会社は、十分な数の抜き打ち検査で、監督義務を果たしたとする。

結局、過失責任の枠内に組織編成上の過失概念はとどまっているのかという問題について、組織編成上の過失について判例を分析した Matusche-Beckmann が、「特徴的なのは、判例が、判決の圧倒的数において一とりわけ BGB823条1項に基づかれるものも一、使用者の有責性という文言を失っていない⁽¹⁹⁵⁾」と評価するように、組織編成上の過失概念で、事業活動により生じる新たな危険に対処することにより、その責任はより厳格化し、しかしそれでもなお、要求不可能な水準までは課すことができないという、運用を裁判例は行ってきたと考えられる^(195a)。

以上をまとめると、BGB831条は、その公理を「他者を自らの答責性領域に介在させる者は、そのことによって潜在的な危険が対外的に上昇しないことに配慮しなければならない」という独自の領域思想に求め、その思想が危険支配、報償という要素によって支持され、そのことで同条に過失責任の枠組みの中で厳格な culpa in eligendo, instruendo et organisando (選任過失、監督過失、組織編成の過失)⁽¹⁹⁶⁾を位置付けることができる。このことにより、使用者責任規範は、広範な法人の不法行為責任を厳格に処理することができる「多機能な守護聖人」となることができよう。

第3款 ドイツ法検討の終わりに

以上の検討は、組織編成上の過失概念の根拠条文としての BGB831条の可能性を探るものであり、いわば狭い視点から、両者の関係を捉えたものである。そこで最後にドイツ法分析のまとめとして、この解釈が BGB の体系に整合するか考えたい。この点について端的に述べたのが、Belling の Staudinger Kommentar での記述である。彼はここで、BGB 制定以降から今日までの、BGB831条内外の法発展及び組織編成上の過失概念の意義を、BGB の基本思想と関連づけて述べており、ここでは BGB の基本思想と使用者責

任及び組織編成上の過失概念とは、整合的な関係にあることが、簡潔かつ明確に説明されている。Belling の言葉を借りて、ドイツ法分析のまとめとしたい。

「忘れてはならないのは、BGB は、その全ての精緻さ及び解釈の中で、ますます成長している熟成された法だ…ということである。この規範は、現在も生きており……かつ使用者責任は、今日、裁判官の観点だけではなく、社会政策上の観点においても、BGB の施行時とは別の意味が与えられている。契約締結上の過失、積極的債権侵害、第三者の保護効をもつ契約、社会的接触に基づく保護債務、そして組織編成上の責任のような、使用者責任に対する後に発展しかつ援用された選択肢の根拠は、法の継続形成であり、かつこれは、BGB831条に対する継続的にかつ建設的な批判を意味する……。…BGB831条の改正が、…免責立証のような弱点をも除去するならば、全ての面で満足の結果に至るであろうと信じることは、幻想であろう。…求められているのは、分業と結び付けられているリスクを再構成して、適切に整理することである。企業組織、事業組織…が瑕疵をもって組織され、かつ運営されるという危険に対してのみ、使用者に賠償責任を課すということが、十分な根拠となることは明らかである。さらにまた考えられるのは、権限と責任は一致するという点を強調することである。Esser によると…、損害賠償義務負担の本質は、ある社会のパートナーが、他者の力を先占することで、高められた権限を取得するという程度において、彼が自らに与えられているリスク支配（答責性）も高めるといふ点にある。結局のところ、憂慮すべきことは、他者の不法行為責任につき責任を負うということは、BGB の個人化された基本構想から離れているということである。たとえ、他者の許されざる行為に対する責任という考えは、古いものであり……。…かつフランス民法典1384条において再び見つけ出されるもの……。…としても、この考えは、国家社会主義の法的理解にも合致していた……。…個は全体のために、全体は個のために、というモットーによって、企業は、その従業員の行為に対し

て、免責の可能性無く、賠償しなければならないということが要求されたのであった……。…BGBの自由な精神は、守られるべきではないだろうか⁽¹⁹⁷⁾と。

おわりに 日本法における使用者責任規範の可能性と今後の課題

ドイツ法からの示唆を基に、日本法における使用者責任規範の可能性を探る。但し、この検討は、日本では一方で使用者責任が代位責任として認められていること、他方で民法709条に基づくいわゆる企業責任論の議論も多く蓄積されていることと、直接に関係するため、以下では簡単なスケッチにとどめ、詳細な検討は他日を期したい。

日本の企業責任論は、分業ではなく、法人が行為主体であると捉えることで、法人の直接侵害行為を想定する不法行為責任モデルを構築した。しかしこのことがかえって、民法の体系との不整合という批判⁽¹⁹⁸⁾を受け、その批判に必ずしも答えていなかった。これに対して、ドイツ法は、法人内部の分業、あるいは法人間の分業を想定し分業を想定し、不法行為責任の判断に当たり構成員等の行為を介在させることで、過失責任の枠組みに基づいて、他者の行為に対する自らの不法行為責任の法理を作り上げ、法人の不法行為責任の問題に対処する。この構造的な理解により、ドイツにおいて使用者責任規範との連続性を説き、同規範に法人の不法行為責任の問題を集中させる見解が登場したことは、日本において民法715条に基づき法人に不法行為上の義務を課し、その違反によって、不法行為責任を認める裁判例もあらわれていることを考えると、重要な示唆を与える。

例えば、労災事故が問題となった最判2000年3月24日民集54巻民集54巻3号1155頁（以下2000年判決）は、「使用者は、その雇用する労働者に従事させる業務を定めてこれを管理するに際し、業務の遂行に伴う疲労や心理的負荷等が過度に蓄積して労働者の心身の健康を損なうことがないように注意する

義務を負う」としてその違反を認め、民法715条に基づいて当該法人の責任を認めている。ここでは、社内の労働環境の整備が問題となっているため、⁽¹⁹⁹⁾ 射程の広い義務を同条に位置付けたことになる。

選任、監督義務のみが規定される民法715条に、射程の広い義務が位置付けられるのかという問題について、これまで検討してきたように、公理を領域思想に求め、それを危険支配と報償という要素によって支持されるドイツ法の使用者責任規範に関する理論が示唆を与える。日本法では、事実的不法行為における外形理論の適否を巡って学説は対立するが、いずれの立場であっても使用者の支配可能性を重視するものが多く、⁽²⁰⁰⁾ 使用者責任を根拠づけるものとしての領域思想は、わが国でも潜在的に受け入れられていると思われる。また危険支配、報償という要素について考えてみると日本の使用者責任は、危険責任あるいは報償責任が帰責根拠とされるならば、ドイツで言われるような要素ではないだろう。しかし、使用者の選任・監督義務を無過失とするとともに、被用者に民法709条の不法行為責任の充足を必要として、危険責任原理あるいは報償責任論で基礎付けることは、「非常に特異な危険責任」、⁽²⁰¹⁾ 「極めて特異な報償責任」であることが指摘され、むしろこの二つは、⁽²⁰²⁾ 法人の支配領域の拡張、及びその義務の高度な水準の設定について、⁽²⁰³⁾ 過失責任の枠内でこのことを正当化する要素と同じ機能を果たしていると考えられる。それゆえに使用者責任における「危険責任」、「報償責任」は、ドイツ法における危険支配及び報償と同じ意味を有しているといえるのではないだろうか。そうすると、領域思想とそれを二つの要素によって支持する民法715条に、⁽²⁰⁴⁾ 2000年判決で示された労働環境整備という広い措置を根拠づけることができよう。さらに民法709条との比較で、民法715条の体系上の位置づけを考えても、やはり後者は、名宛人を限定し、その免責を制限している点で、特別の関係に立つため、責任の厳格化を正当化できる。同判決において、法人に課された不法行為上の義務と被災被用者の上司の不履行と関連づけて、法人の責任を認めているところ、分業を想定した規範として使用者責任を性

質決定することで、このことにも対応できる⁽²⁰⁵⁾。

民法715条をこのように理解することで、代位責任としてのみ理解されてきた同条では、必ずしも十分に説明することができなかつた事案を、適切に判断する可能性が広がるであろう。

また民法715条において法人の不法行為責任論を構築していくという方向性は、不法行為法一般の理論にも影響を与える。すなわち、民法709条は「比較法的にも稀な一般条項⁽²⁰⁶⁾」とされ、かつその過度の使用が指摘される⁽²⁰⁷⁾ところ、そのことによって相対的に民法714条以下の他の不法行為規定は存在意義がうすれるとも考えられる。しかし、本稿が試みた民法715条の解釈は、ドイツ法に示唆を受けて同条の公理から行ったものであり、この公理は、民法709条においては必ずしも説明することのできない、民法715条固有のものである。こうした作業を、他の不法行為規定においても行うことによりそれぞれの意義を確認し、より事態適合的な解決を図っていくことにつながるのではないだろうか。その結果、拡大傾向にある一般条項としての民法709条の負担軽減となるのではないだろうか⁽²⁰⁸⁾。

ドイツ法から得られた示唆をもとに、日本法の問題を簡単にスケッチした。今後現行法の解釈において問題となるのは、次の二点である。すなわち、民法715条を法人の不法行為責任の中心規範と据えることで、従来の代位責任のほかに、新たな自己責任類型を作り出すことになり、その結果、両者を区別するメルクマールが必要となろう。さらに、帰責の構造が問題となる。2000年判決で見たように、確かに、法人に職場環境の整備が義務付けられたが、そこでは被災被用者の上司の不履行も問題となっていた。過失責任に基づく以上、人の行為を介在させざるをえず、かつまた分業を想定する以上、法人に課された義務と内部の構成員の不履行は、違法・有責性連関の点でどうなるのか、検討しなければならない⁽²⁰⁹⁾。

また将来の法解釈の問題として、法人の不法行為責任の帰責根拠の問題がある。従来の民法709条に基づく企業責任論には、過失責任の枠組みで無過

失責任に近い厳格な責任を問題とするため、その帰責原理を明確にすべきという批判が向けられる。⁽²¹¹⁾ 本稿で示した責任モデルも、基本思想に領域思想を置き、かつそれを支える危険支配及び報償という要素を用いることで、過失責任の枠組みにおいて責任を厳格化するための正当化を検討した。だがこのことによっても、無限定にその範囲を拡大することにはならず、自ずと限界がある。⁽²¹²⁾ 過失責任は、過失なくして責任なしという消極面がある一方で、過失があれば責任を負うという面もあり、このことから、帰責根拠の一つに過ぎないことが明らかである。⁽²¹³⁾ あらたな帰責根拠を探ることはもちろん遮られない。近時のヨーロッパ不法行為法の平準化の動き及びそれと関連する形で欧州各国内での損害賠償法改正の流れは、将来の法の問題において法人の不法行為責任がいかなる帰責根拠によって正当化されるべきなのかを示していると思われる。この点を検討することは、将来の日本の不法行為法学においても、重要な意味をもつであろう。

(101) 以下の記述は Schmidt-Salzer, Produkthaftung II (Fn. 37) RdNr. 4.196, RdNr.4.202-4.204,4.206 RdNr.224,SS.196, 220,222-226,237f. をまとめたものである。

(102) dazu auch Erich Steffen, Haftung im Wandel, ZVersWiss1993,13, 22f.; Hans Josef Kullmann, Bernhard Pfister, Produzentenhaftung,1980,RdNr.3210; Thomas Winkelmann, Produkthaftung bei internationaler Unternehmenskooperation,1991,S.49 ;Schmidt-Salzer,Produkthaftung II RdNr.4.168,S.195f. は、この命題について、次のように説明する。i 不法行為責任の基本思想が、あらゆる者は、自らによって引き受けられた任務に責任があるというものであるならば、このことから、責任法は、実際の分業に従うという法原則が明らかとなる。ii この命題を、事業内部の分業の事例に合わせていうならば、「責任法は、企業の事業執行機関（株式会社取締役会、有限会社……事業遂行者）が、任務を構成員に移行する場合には、このことを尊敬しなければならない」と。

(103) Schmidt-Salzer, Produkthaftung I (Fn.60) S.143-S.145. は、立法者が BGB 831条に与えた秩序決定は、フランス民法1384条5項のような他者の有責性帰責ではなく、使用者自らの過失を問題とすることであり、「分散された免責立証の許容

は、……、より規模の大きい事業が有する典型的な事例に対応して、BGB831条を論理的に再述したもの」と述べる

(104) 以上 Spindler, a.a.O (Fn.8), S.771f.

(105) 以下のものは、Spindler, a.a.O (Fn.8), S. 760-763, 769-771, 781-787, 1051をまとめたものである。なお Spindler の見解は、すでに前田・前掲注(11)『規範』604-606頁で取り挙げたが、本稿との関係でより詳細に引用した。

(106) dazu auch Steffen, a.a.O (Fn.102), 28; Brüggemeier, Deliktsrecht (Fn.12) RdNr.129, S.103; ders., Organisationshaftung, AcP191 (1991), 33, 60; Baums, a.a.O (Fn.14), 635f.; Karsten Schmidt, Gehilfenhaftung-Leutehaftung-Unternehmenshaftung-Handelsgeschichte als Aufruf zu modernem und rechtsschöpferischem Umgang mit Zivilrechtsproblem, FS Peter Raisch, 1995, 189, 207f.; Kleindiek, a.a.O (Fn.48), S.309; Wagner-MünchKom § 823 (Fn.7), RdNr.388, S.1918.

(107) ここで Spindler は、組織編成上の義務が、他者の不法行為について使用者が不法行為を負う帰責規範であることにのみ説明を割く。しかし、同義務の発生の前提となる社会生活上の義務を負っているのは法人であり、その社会生活上の義務の違反によって法人が責任を負うということになる。そうすると、組織編成上の義務には、帰責規範だけではなく、責任規範の意味も、含まれることになろう。前田・前掲注(11)『規範』631頁注(72)において Spindler の見解は責任規範の意味を持つとしたが、この限りで訂正する。

(108) BAGE70,337; Matusche-Beckmann, a.a.O (Fn.2), S.34f.

(109) 被用者につき、NJW1987, 2510; 機関につき BGHZ109,297, NJW1994,1801.

(110) 第I章第3節第1款及び第II章第3節第1款参照。

(111) BGB831条の分散された免責立証はその効果を認められておらず、むしろ分散された免責立証と組織編成上の義務の対立は相対的なものであり、前者は後者の構成要素であるとする点について、第I章第3節第3款参照。

(112) Fikentscher, a.a.O (Fn.65), RdNr.1670, S.810は、BGB831条が分業を想定した規範であるが、そのリスクをも分配することはできないとする。なお第三者介在型は、委託者と受託者の責任分担も、受託者が独立事業者であるため、その負担に耐え得るとして、まず受託者のみの対外的責任が問題となるとも考えられる (Wagner-MünchKom § 831 (Fn.13) RdNr.16, S.2298)。しかし、受託者が対外的に責任を負うとしても、そもそも受託者の負うことになった義務は一義務の移行であれ、その義務の履行の移行であれ、委託者の義務に基づくものである以上、その

義務の履行に際して損害が惹起されたならば、委託者もまた不法行為責任が問われうり、かつまた委託者—受託者間の責任分担の外部にいる第三者が、内部の責任分担のリスクを負う必要はないと考えられる。したがってここで挙げた批判は、第三者介在型でも当てはまると考える。

(113) Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, In; FS Karl Larenz, 1983, 27,82の見解に対しても、同様の批判があてはまる。すなわち、BGB823条1項に一般的組織編成上の義務を位置付けることを何の考えもないように思われると批判し、BGB831条は過失による財産権侵害に対する責任を課すもの、つまり、純粹経済損害の問題に関して、同条はBGB823条1項に対して特別な構成要件として位置付けることができるため、BGB831条を類推して、組織編成上の義務の根拠条文とする。しかし、Canarisが何の考えもないと批判する従前の組織編成上の義務は、すでに第I章及び第II章でみたように、事実的不法行為を中心に形成されてきたものであるため、この事案とCanarisが組織編成上の義務の解釈に当たり想定する事案と齟齬がある。それゆえに、生命、身体、健康等の侵害が問題となる事実的不法行為の事例の場合にまで、この類推が及ぶのかどうか、あるいは及ぼそうとしているのかどうかということは、不明確であり、またその後のLarenz/Canaris, Schuldrecht IIにおいても、述べるところがない。結局Canarisの見解は、事実的不法行為にこの解釈を広げることが意図するのか、明らかではない。

(114) 部分草案9条においては、当該加害行為を行った者に対して、監視し、監督することを義務づけられている者（使用者）がそれを怠ったことに根拠があるとし（Franz Philipp von Kübel, Recht der Schuldverhältnisse, Teil I, Allgemeiner Teil, Unveränderter Nachdruck, 1980 IN: Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 703）、第一草案711条においても、監督義務の懈怠に使用者の責任の根拠を求め（Motive zudem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtl. Ausgabe, 1888, 736（以下 Motive））、第二草案754条でも、使用者の有責な行為にその根拠があるとす（Protokolle der Kommission für die zweite Leistung Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. II Tie. 2-20, Abschn. III IV, 1898, 603）。

(115) Denkschrift, In: Benno Mugdan, Die gesamte Materialien zum Bürgerli-

chen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S.1268.

(116) NJW-RR 2004,1254. その他文献については、前掲注12及び44参照。

(117) Belling-Staudinger § 831 (Fn.22) RdNr.56,S.84 ;dazu auch Jürgen Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess,1966, S.82 ;Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn.12), S.411,S.476 ;Krause-Soergel § 831 (Fn.14) RdNr.19,S. 557f.

(118) 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(四)」論叢137巻6号36頁(1995)

(119) 橋本佳幸「不作為不法行為」『責任法の多元的構造』(有斐閣 2006) 38頁注(39)。Paul Oertmann, Die Verantwortlichkeit für eigenen Geschäftskreis, Das Recht1922, 5が比較的早くにBGB831条が領域思想による正当化の可能性を示唆し、領域思想とBGB831条とを関連づける指摘を行っていた。

(120) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.157 (以下ML).

(121) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5., Schuldrecht BT. 3, 5. Aufl., 2009, vor § 823 RdNr.16, S.1696 [Gerhard Wagner] (以下Wagner-MünchKomVor § 823)

(122) 同条が責任規範でありかつ立証責任規範とする点について前田・前掲注11『規範』621—622頁注16参照。

(123) Joachim Jagow/ Michael Burmann/ Rainer Heß. Straßenverkehrsrecht, 2004, 18. Aufl., StVG § 7 RdNr.1, S.786 ; Greger, a.a.O (Fn.90)., § 3 RdNr.1 S.34.

(124) なお製造物責任法は、通説では危険責任とされる(Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn.12) S.643)が、「製造物責任法に基づく責任の解釈上の整理は、学説において統一されていない」(Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5., Schuldrecht BT. 3, 5. Aufl., 2009, Einl.ProHaftG RdNr.14, S.2668 [Gerhard Wagner])と指摘される。但し、たとえ同法が危険責任立法でなくとも、本稿との関連では、瑕疵ある製造物に関連づけられることで製造者の責任が、過失責任よりも、厳格化されており、かつここでもやはり名宛人が限定されている、ということを確認することで足りよう。欠陥概念の法的意義について、米村滋人「製造物責任における欠陥評価の法的構造(二)」法学73巻2号224頁以下(2009)が詳しい。

(125) Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn.12) S.607によると、危険責任を根拠付ける解釈上の中心概念は「特別な危険」とされる。auch vgl. Hein Kötz, Haftung

- für besondere Gefahr -Generalklausel für die Gefährdungshaftung-, AcP 170 (1970), 2,21;Wagner-MünchKom vor § 823 (Fn.121) RdNr.17,S.1697.
- (126) Franz Bydrinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996,S.203f. も「現行法における「危険責任」の特徴は、立法者によって詳細に評価されたそれぞれの技術上の危険が、各々特別法〔という形〕で規定され、かつさらに、その制定法において、（まったくさまざまに）責任の限度額が…、設定されていること」とする。なお Wagner-Münchkom vor § 823 (Fn. 121) Rdnr. 23, S.1699は、危険責任が列挙主義になっていることについて、「危険責任は…具体的な危険源を考慮して立法者が命令することが必要なのである、と考えると、論理一貫する」と説明する。さらに、Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, RdNr. 30, S. 21f. は、危険責任同様、有責任においても、一般的及び特別な性格を持つ多数の責任構成要件をあらかじめ基準として与えるという道を BGB が選択しているように、ドイツの責任法においては、責任構成要件をり挙することが原理となっていると指摘する。つまり BGB823条、BGB826条によって、権利及び法益、保護法規そして良俗の侵害が包含され、BGB831条以下では、使用者責任から工作物責任に到る有責任を推定する特別に緩和された責任根拠が包含されている。こうして個々の立場を条文として列挙し、構成要件上違法性を確定することで、責任の判断基準をあらかじめ与えておくことによって、判断をより安定させることになるとする。
- (127) Hans Brox, Besonderes Schuldrecht, 33.Aufl., 2008, § 40 RdNr.2,S.490; Esser/Weyers,Schuldrecht II (Fn.50),S.131. これに対して Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn.12),S.354 及び J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, 1999, Vorbem § 823ffRdNr.19,S.13f.[Hager] は、3つの基本的な構成要件（BGB 823条1項、2項、826条）と補充的な構成要件（BGB831条以下）とする。
- (128) 後述第5款第2項の Larenz/Canaris の指摘を参照
- (129) 第I章第3節参照。
- (130) Ulrich Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, 1997, S.216-218; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,Bb.5,3.Aufl.1997, § 831RdNr.3.,S1781 [Stein].
- (131) 第I章第3節及び前田・前掲注11『規範』616-617頁参照。
- (132) Heiss,a.a.O (Fn.20),S.159; Horn,a.a.O (Fn.44),S.66も、「BGB831条が、柔

軟でかつ事例に対応した解釈をするならば、すべての使用者責任の事例を、包摂することができる」とする。Esser/Weyers, Schuldrecht II (Fn.50), S.214は、同条の「業務の執行を指揮する」という文言が、「作業経過を組織編成すること、指導要綱と安全規定を出すこと、及び管理すること等」を意味するとし、かつ「多くの被用者が割り当てられているすべての事業経過を〔同条の中で〕捉えることで、個々の被用者の行為態様にあわせて作られた BGB831条の構想が、さらに発展させられる」として、同条における組織編成上の義務の条文上の根拠を説明する。なお Horst Heinrich Jakobs, Über die Notwendigkeit Reform der Geschäftsherhaftung, VersR1969,1061,1067は、組織編成上の過失概念の根拠条文に BGB831条をすることについて、スイス法は確かに使用者責任を定める OR55条でこうした解釈を行っているが、この解釈は同条が、「必要とされる全ての注意」と包括的に規定されているから可能なであり、BGB831条はそうではないため、こうした解釈はできないとする (auch Huber, a.a.O (Fn.87), S.110)。しかし、すでに検討したように、BGB831条が独自の領域思想によって説明され、その射程を限定する必然性がないこと、また前掲注44の指摘するように、同条の義務が列挙されたものにすぎず、限定的なものではないということを考えるならば、OR55条の「必要とされる全ての注意」と同旨と考えることができよう (スイス法の使用者責任及び組織編成上の過失概念については、前田・前掲注11『規範』615頁において、簡単に紹介している)。さらに、Schiemann-Ermann § 823 (Fn.82) RdNr.84, S.3449は、自動化及び分業化の増進で、事業所有者の負う監督義務は、被用者個人への監督の要素が失われ、このことで、根拠条文が BGB831条から BGB823条1項へと移ると指摘するが、BGB831条は被用者の選任監督にとどまらず、道具、設備の供与も問題となっている点で、文言においてもその射程は広く、人的・物的要素が混同したとしても、この点を考慮すると、なお同条の可能性は閉ざされていないと思われる (この点は、前掲注60における Matusche-Beckmann の見解も参照)。

(133) 前掲注91及び95に挙げた各見解参照

(134) Wolfgang Schlink, Die Haftung für selbständige Unternehmer, 1977, S.8 が、「業務のために選任されている」及び「使用者」という概念の言葉の意味から、責任が課されるべき人的領域の範囲を推論することが出来なかったということは、BGB831条の創設以来、まさに認められてきた」と指摘されるように、第一草案理由書においては、「単に委託者、雇用主、及び、場合によっては、請負契約においては、注文者が、引き受け者の行為及びその従業員の行為に対して、責任を負

うだけではなく、事業の遂行あるいはその代理のために選任された社員…に対して、〔その遂行を任せた他の〕社員は、責任を負う」（Motive,S.737.）として、広いものであった。BGB 施行前後の文献における同条の被用者の要件の説明も例えば、Nöldecke, Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach den §§ 831,832BGB,Gruchot41 (1897),766,776f. Heinlich Dernburg, Das burgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens,2. Bd.,1/2.Aufl.,1899,S. 624, Ernst Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1902,92等は、この要件についての立法の意図が不明確であるとして、被用者を今日の裁判例におけるよりも広く解していた。

- (135) Wolfgang Sellert, Zur Anwendung der §§ 831,31 BGB auf die Gesellschaft burgerlichen Rechts,AcP175 (1975),77,82f.;Hagen Hoffmann, Die Außenhaftung Unternehmen nach § 831 BGB und § 31 BGB, 2009,47.
- (136) RGZ51,199,200. トイレの設置工事に当たり、トイレに至る道の照明をしていなかったため歩行者が転倒した事例。被告は、弟子に作業を委託していた。
- (137) JW1912,37 (事実不明); Warn.1912,Nr301 (自治体の下水工事を建設会社に移行した場合に後者が前者の被用者となるか問題となった事例);J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze 9. Aufl.,1929, § 831 RdNr. RdNr 2 a, S.1858f.; Otto Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., 1939, § 831 RdNr.3.
- (138) Carl Crome, Enstem des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., 1902,S. 1950; Enneccerus/Lehman,a.a.O (Fn.23),S.802.
- (139) RGZ86,425 (エルベ川で蒸気船が、牽引船とつながっていたドックと衝突し、蒸気船が沈没した事例。牽引船を所有する会社は、ドックを所有する会社の被用者となるか問題となった); RGZ91,363 (担保に供されるべき土地の性質及び価値について適切に説明しなかった被告の包括代理人が、被用者となるか問題となった事例);Bernhard Windscheid/ Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts,2. Bd.,2.Aufl,1906,S.987;Otto Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 2.Aufl., 1930, § 831 RdNr.1,S.1458.
- (140) RGZ79,312 (自動車の試運転をした独立事業者は被用者ではないとした事例); HRR1933,Nr.371 (事実不明); RGZ170,1 (高速道の建設をライヒ高速から任された建設事業者の被用者性が問題となった事例). 但し、VAE 1939,62においてRGは、帝国鉄道の建設作業に伴って生じた事故において、独立事業者と被用者との違い請

負契約と雇用契約の違いと通常は一致するとしつつ、「被告の鉄道事業の範囲の特色は、被告それ自身が、通常の民間使用者よりも、より広い枠内で、被告の事業の中で生じるすべて最終的な結果について責任を負う」として、例外的に独立事業者が帝国鉄道の被用者であるとした。

- (141) 商事代理人が、委託者の被用者に当たるのかという問題について NJW1956, 1715. 同旨の裁判例として、WM1971, 906; NJW1980,941.
- (142) ここでは、Esser, a.a.O (Fn.22),879が引用される。但し RGZ92,345; NJW 1956,1715; LM 823 Hb Nr.5を参照する。但し Esser は、使用者の意思への従属性も説かれており、この点は本判決において取り除かれている。
- (143) BGHZ45,311,313.
- (144) Belling-Staudiger § 831 (Fn.22) ,RdNr56, S.84
- (145) Larenz/Canaris,Schuldrecht II (Fn.12) S.478.;auch Sellert,a.a.O (Fn.135), 88.
- (146) z.B. Krause-Soergel § 831 (Fn.12) RdNr.18, S.557;Wagner-MünchKom § 831 (Fn.13) RdNr.15,S.2298;Kötz/Wagner, Deliktsrecht (Fn.12) RdNr.278,S. 108); Spindler-Kom § 831 (Fn.58),RdNr.11 S.1546f. ;Belling-Staudinger § 831 (Fn.22) RdNr.57,S.85. 但し指示拘束性・従属性を被用者性の判断基準として説明するものの、指示拘束性への重きの置き方は、Canaris と異なるものもある。この点は、下記第4款参照。)
- (147) Fikentscher,a.a.O (Fn.65), RdNr.1670 S.810; Dieter Medicus, Schuldrecht II,Besonderes Teil, 10.Aufl., 2000,RdNr851, S.412
- (148) 例えば OLG München 2885/87, 29.1.1988では、旅行先のバス事業者は、旅行主催者の指示に一定の範囲で従っていたことから、被用者性を認められた、NJW-RR1991,55では、顧客が、滞在先においてその滞在を伸ばす際に、現地の旅行指揮者が、旅行主催者の代理人として契約を延長したならば、この代理権は旅行主催者と旅行指揮者との間の、内部における権限の分配を前提とするものであり、ここに、一定の指示拘束性と従属性が存在するとして、旅行指揮者が旅行主催者の被用者と性質決定できるとした。
- (149) 化学工場が廃棄物処理を不適切な業者に委託し、そのことで水利権侵害が発生した事例(第二章第1節参照)。
- (150) 元請の建設事業者からモルタル除去を受け負った業者の被用者が労災にあった事例。

- (151) Larenz/Canaris,ML (Fn.120), S.42.
- (152) Schiemann-Ermann § 831 (Fn.12) RdNr.7, S.3503; Belling—Staudinger § 831 (Fn.22) RdNr.60,S.86 ;Krause-Soergel § 831 (Fn.12),RdNr21,S.558.
- (153) 例えば、建設工事に関連して、請負契約がある場合には、受託者は、委託者への指示拘束性、従属性を欠くことが、「典型的」又は「通常」とする裁判例として、NJW1994,2756 ;NVersZ 2000 394 ;BauR2001, 269 ;VersR2003, 215 ;BauR2004,105 がある。
- (154) このように支配領域下に独立事業者がいると明示するものとして、z.B. NJW 2002,818 (排水処理の委託);NJW-RR2002,694 (山岳旅行における山岳遂行者への委託);NJW-RR2008, 1476 (特別な建設作業の委託)
- (155) Larenz/Canaris,ML (Fn.120) S.294.
- (156) NJW1956,1715 ;NJW1980941 ; VersR1998, 862が引用される。
- (157) これら裁判例は、第3款冒頭で取り上げた廃棄物処理、旅行給付、建設関係というほど定型的な事例に当てはまるものではないため、より具体的に判断され、被用者に当たるとされたとも考えられる。
- (158) Bydlinski,a.a.O (Fn.126)„S.212.
- (159) B. A Koch, Die Sachhaftung, 1992, S. 57f. Manuel Jaun, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung,2007,S.381 によれば、Kochがここで、利益とリスクの一致という原理を前提にしているが、「他者の活動から〔享受した〕利益からその他者によって惹起された損害をも填補すべきであろうとするならば、それだけ多く、この利益を享受する必要がある」と彼自ら述べることによって、この利益とリスクの一致という原理の効力を失わせたと述べ、Kochの見解において支持可能な思想は、決定権であるとする。
- (160) Spindler-Kom § 831 (Fn.58) RdNr.12, RdNr.19,SS.1547—1549.
- (161) auch Peter Brautigam, Außervertragliche Schadensersatzhaftung der Mitglieder von Franchise-System, WM1994,1189,1194
- (162) Spindler,a.a.O (Fn.8)„S.789-791. dazu auch Brüggemeier, Deliktsrecht (Fn.12) S.520f,RdNr.891.
- (163) Hartmut Wicke, Respondeat Superior,2000,S.227f.
- (164) Sellert, a.a.O (Fn.135)„89は、指示権が、使用者の支配領域の「指標」であり、使用者の選任及び監督義務の現実化に役立つとする。auch Fritz Fabricius, Zur Haftung der BGB Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Gesch-

- äftsführung von Gesellschaftern, In: Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte Gedachtnisschrift für Rudolf Schmidt, 1966, 171, 174—176 ; Erwin Deutsch/ Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., 2009, RdNr. 446S. 141 ; Kupisch, a.a.O. (Fn. 93), 252.
- (165) Ernst Von Caemmerer, Haftung des Mandanten für seinen Anwalt, In: FS Heimann Weitnauer, 1980, 261, 270—272. これ以前に、ders., Reformproblem der Haftung für Hilfsperson, ZfRV. 1973, 241, 244において、英国法の *Stevenson, Jordan Harrison v. Macdonald* [1952] 1 T.L.R. 101, 111及び *Fleming, The Law of Torts* 4th ed (1971), 318を紹介し、当該被用者が、使用者の事業に統合されているのか、その事業に付属しているだけに過ぎないのかを重視する被用者性判断基準に示唆を受けており、1980年の論文にも決定的な影響を与えていると思われる。
- (166) Belling-Staudinger § 831 (Fn. 22), RdNr. 57, S. 85.
- (167) Schiemann-Ermann § 831 (Fn. 12) RdNr. 7, S. 3503 ; auch Stefan Andreas Fundel, Die Haftung für Gehilfenverhalten im Bürgerlichen Recht, S. 168f. ; Wagner-MünchKomm § 831 (Fn. 13), RdNr. 15, S. 2298.
- (168) Sellert, a.a.O. (Fn. 135), S. 85は、指揮権が判断基準となりえなくなっていることについて、「家長然とした思考方法に由来する、「事業主の」指揮権…〔という〕概念が、分業化された社会と一致することが非常に困難であればそれだけ、ますますあてはまる」と説く (auch Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., 1998 RdNr. 904, S. 201 ; Petrin a.a.O. (Fn. 140), S. 78)。
- (169) NJW 2000, 3369 ; NJW-RR 2004, 1254 ; BauR 2006, 388. 但しいずれも被用者性は否定
- (170) Schmidt-Salzer, *Produkthaftung II* (Fn. 37), RdNr. 4.213, S. 230f. は、第三者介入型が分業という点で、BGB 831条の構想と類似することから、同条を類推できるとするが、類似するという以上の理由を挙げていない。また BGB 831条を組織編成上の義務の根拠条文とする見解 (詳細は、前田・前掲注11『規範』603—606頁参照) も、内部分業型を想定したものであり、第三者介入型は BGB 823条1項の問題として論じられているため、そもそもこの点を想定していない。
- (171) Larenz/Canaris, *Schuldrecht II* (Fn. 12), S. 406—412.
- (172) 第II章第2節で取り上げた旅行主催者の裁判例では、旅行主催者が旅行を営業として行う専門業者であることから、その者に課される組織編成上の義務が、職業責任 *Berufshaftung* によって根拠付けられるとも考えられる (Mertens-Münch-

Kom § 823 (Fn.12) RdNr.214,S.1518)。しかし、ここで問題となっているのは、旅行主催者による支配領域内の危険除去あるいは危険発生の防止であるから、ここでも引受責任あるいは領域責任が問題となっている。結局のところ、職業責任とは「周知に広まっている理解とは異なり、義務を基礎付ける要素ではなく、場合によっては、義務を強化する要素」にとどまり、帰責根拠ではないと考えられる (Larrenz/Canaris,Schuldrecht II (Fn.12) S.409)。

(173) Vollmer,a.a.O (Fn.100),S.376.

(174) Wagner-MünchKom § 823 (Fn.7) RdNr.390,S.1919; Krause-SoergelAhn II § 823 (Fn.14) RdNr.63,S.263

(175) 第三者介在型の BGB831条での処理は、比較的多くの見解が、親和性を説きながらも同条の射程の狭さゆえに採用しなかった（前掲注91, 95参照）が、この点につき本稿は、帰責構造、及び独自の領域思想を発見により克服しようとしたものである。なおフランス法では、債権法改正の動きの中で、いわゆるカタラ草案において、1359条の使用者責任の規定と合せて、医療機関と雇われた医師、フランチャイザーとフランチャイジーの関係、及び親会社とその子会社の関係を想定した1360条を規定している。Genevieve Viney, Preamble, IN: Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Advent-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-Projet Catala'), 2009,809,825（以下 Catala）は、「こうした責任の例は、全く新しく、しかし、カタラ草案作業部会のメンバーは、製造及び販売の双方の領域において、〔その当事者間において〕経済関係が構築されているというように、〔社会で〕生起している急激な変化に対応するために、責任法を〔これに〕適合させることを極めて有益なものと考えたのである」とする（auch Paula Giliker, The role of la faute in the Avant-projet de réforme IN: Catala,289,298）。カタラ草案においては、使用者責任規定の延長戦上にこの新たな規定を位置付け、かつその方向で使用者責任規範を発展させようとするのがわかる。

(176) 第I章第3節及び第II章第3節参照。

(177) 第I章第2節参照。

(178) この点は、前田太郎「法人の不法行為責任に関する序章的考察」藤岡康宏先生古稀記念『民法学の古典と革新』（成文堂2009年刊行予定）の考察とも重なるが、本稿の問題意識との関係する限りで検討を進める。

(179) Christian von Bar, Zur Bedeutung des Beweglichen System für die Dogma-

tik der Verkehrspflichten, In: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, 63,68f. ders., Verkehrspflichten, S.112-S.119.; ders., Deliktsrecht, In: Bundesminister der Justiz, (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, 1681, 1714.

(180) Kleindiek, a.a.O (Fn.48), S.198-S.203.

(181) Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn.12) S.407f. は、領域責任においては、本質的に、当該領域所有者は、一方で原則として、危険を支配することが可能であり、他方で通常、危険から利益を享受することができるという、危険支配とそれによる利益享受の一致という思想があるとする (auch Hager-Staudinger § 823 (Fn.72) E16; Zeuner-Soergel § 823 (Fn.97) RdNr.213, S.126f.)。

(182) vgl. JW1936,915; VersR1976, 149; NJW1986,2757; VersR1997,1113; Larenz/Canaris, Schuldrecht II (Fn.14), S.413は、道路の散布義務を例に出して、i その近隣住民は、危険を開設する者でも支配する者でもないため義務を負わないが、これに対して ii その道路に接して営業する者は、人々の出入りにより高められたリスクを創設し、かつそのことで利益を享受しているのだから、散布義務を負う、と指摘する。

(183) z.B. VersR1997,124; NJW2002,818; NJW-RR2008, 1476.

(184) vgl. NJW-RR2002,694; NJW2006,3268; NJW2006,2918. またこれら判決では、旅行の遂行のために必要な全ての措置を旅行主催者が講じることに対する顧客の信頼も、考慮されている。

(185) なおすでに見てきたように、裁判例においては、一般的組織編成上の義務を BGB823条1項に位置づけており、その厳格な責任を問う運用に向けられる批判は、同義務を BGB831条に位置づける場合には、そのままあてはまらないかもしれない。しかしすでに見たように、BGB831条はその責任の厳格化が正当化されるとしても、あくまで現行法は有責性責任に基づくため、BGB823条1項と同じように限界がある。したがってこうした批判は、同様に、本稿の立場であっても当てはまり、そうである以上この批判に応えなければならない。

(186) Esser, a.a.O (Fn.23), V.

(187) Brüggemeier, Prinzip (Fn.23) S.134; ders., Unternehmenshaftung (Fn.25) S.155; auch Simitis, Gutachten (Fn.38), C.53. なお引用文中にも述べられているように、法人の不法行為責任とコストの関係について述べておきたい。たしかにコストを第一に考えて、責任判断に関連付けて考察することは、ドイツ法において、批

判が大きい（Larenz/Canaris,Schuldrecht II（Fn.12）,S.416f.; auch Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,Bd.2.,5.Aufl.,2007,§ 276 Rdnr.62, S. 726[Grundmann]; Erwin Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,2. Aufl.,1995, 421f.）。しかし、裁判例においては、法人の責任を否定する為にコストと関連づける裁判例も見られ、また学説においても、「コストの面は、唯一の決着をつけるものではない。それはすべての考慮の枠内で、いずれにしても、一むしろ副次的な一見解として入り込んでいる」と説かれ、あるいはコストにも一定の役割があり、社会生活上の義務においては、コストの要素が重要な役割を果たしてきたとして、この限りで評価する見解もある（Matusche-Beckmann,a.a.O（Fn.2）, S. 127;auch Larenz/Canaris,Schuldrecht II（Fn.12）,S.416 ;Jochen Taupitz, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht—Eine Zwischenbilanz,AcP196（1996）, 114, 157;Schiemann-Ermann § 823（Fn.82） RdNr.81,S.3447）。プールの巨大滑り台での客同士が衝突しけがを負った事例において、NJW-RR2005,251は、重大な危険がある場合には、相当のコストがかかるとしても、不可欠な措置は講じられなければならないから、コストが第一に考慮されるべきではないが、これに対して、非常に軽微な損害の場合では、考慮に入れられるとし、本件では、それほど高速度が出る滑り台ではなかったため、その安全確保のために、被告事業者は警告表示を出していたことで足りるとして、責任を否定している。法の経済分析を不法行為法全体に妥当させることは、強い批判があるとしても、法人の不法行為責任の問題においては、経済的合理性を問題とする法人がその主体であり、責任法がどう対処するかということが問題となる。日本法における指摘ではあるが、藤岡康宏「損害賠償法の基本構想」『損害賠償法の構造（所収）』（初出、同「私法上の責任」『基本法学5・責任』（岩波書店1985））79頁が、「本来、当事者間の均衡回復（矯正的正義）を主目的とする私法上の責任が効率性などの公的利益（法政策的思考）に関わりうるためには、少なくとも、責任主体がそれを判断しうる組織体（例えば、製造物責任における組織上の過失）である必要がある」とするように、法人の不法行為責任の問題は、矯正的正義と法の経済分析の交錯領域である。そうならば、「コスト」の問題に、経済的な意味だけではなく、行為者への非難という責任法において重要な要素も含んで、様々な要素を関連付ける方向性を取ることも可能ではないか（マーク・ラムザイヤー「法と経済学—日本法の経済分析」（弘文堂1989）10頁が、「法と経済学を役に立つところで用い、役に立たないところでは他の研究方法を用いればよい」と説くことは示唆的である）。

- (188) J von Staundingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Berlin 1986, Vorbem zu § § 823ff RdNr.5,S.9f[Karl Schäfer]は、同概念を例として挙げて、「危険責任と有責性責任との一種の結合したもの」と評する。
- (189) Claus-Wilhelm Canaris,Die Produzentenhaftpflicht in Dogmatischer und rechtspolitischer Sicht,JZ1969,494,497f. auch Bohmer, a.a.O (fn.45),971; Martinek,a.a.O (Fn.54),S.186f.
- (190) Foerste,a.a.O (Fn.56), § 24 RdNr.306f,S.432.
- (191) Larenz/ Canaris,Schuldrecht II (Fn.12) S.428. その他文献については前掲注82参照。但し、前掲注83及び84で挙げた裁判例のように、設備の安全性について抜き打ち検査で十分としたり、安全性について疑う契機をもたない場合には主催者責任の責任を否定するものもある。学説においても Sandra Echtermeyer, Verkehrsicherungspflichten im Reiserecht- Der “Balkonsurtz” lebt, RRa2003 60,63は抜打検査による安全規定の遵守確認、主催者による安全規定の構想を求めることは、要求不可能なことではなく、「結局のところ、主催者に隠れたる瑕疵の発見が期待されるのではなく、より正確に見ると、あらゆる者に明らかである安全リスクの確認が期待されている」と説き、また Wagner-MünchKom § 823 (Fn.12), RdNr.577 S.2000も、「旅行主催者の不法行為責任は、……その行為が他者の法益を正当化できないほどに危殆化する限りで、BGB823条1項による自らの注意義務の違反のみに結びつけることができ」として、Canaris等の批判について、制定法規違反でもなければ、過度なものでもない」と反論する (A.a.o mit Fn. 2500, S. 2000)。
- (192) Klaus Tonner,a.a.O (Fn.85),65; Tonner-Münchkom § 651f (Fn.76) RdNr. 24,S.2089.2002年の債務法改正による債務者の保護の拡充につき、前掲注85参照。
- (193) auch NJW2000,1946; NJW2004,1449; NJW-RR 2007, 462 ;NJW-RR 2008,184. また危険物の輸送における事故が問題となった NJW-RR1996,868では、組織編成上の義務の履行は認めている (第I章第3節参照)。
- (194) 裁判例については、前掲注74、75参照。
- (195) Matusche-Beckmann,a.a.O (Fn.2),S.71f. dazu auch Hassold,a.a.O (Fn. 52),S.586 ;Wagner-MünchKom § 823 (Fn.7) RdNr.380,S.1915.
- (195a) 但し、有責性責任における主観的な非難という要素は、やはり後退する。すなわち Schäfer-Staudinger Vorbem zu § § 823ff (Fn.187) RdNr.5,S.9f.によれ

ば、組織編成上の過失概念においては、「主観的な誤り」ではなく、「責任者の領域から生じかつ、責任者が答責性を負う領域内の瑕疵を原因とすべきあらゆる違法な侵害である」として、「客観的な瑕疵 Mangel の帰責」が問題となっていると指摘する。つまり法人の不法行為責任における有責性非難とは、客観的な瑕疵に対する非難とされる（dazu auch Franz Bydliniski, Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen, ZVR 1980, 354, 360; ders., a.a.O (Fn.126), S.214）。但し Schäfer は、これに続けて、領域における瑕疵を責任根拠として正面から認めることは、有責性責任の中で、要求不可能な高度の義務を課す技巧的な運用を回避する点で、「適切」とする。

- (196) Josef Esser, Anmerkung, MDR 1957, 215 は、選任過失、監督過失と並んで、使用者責任の 3 つ目の型として組織編成上の義務を挙げる（auch ders., a.a.O (Fn. 22), S.881; ders., a.a.O (Fn.23), S.35 mit Fn.2）。なお culpa in organisando という言葉それ自体は、オーストリア法における使用者責任及び企業責任を研究した Gunter Ertl, Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person, ÖRZ 1972, 111, 116 において用いられたものだが同論文においても組織構成を問題とする点で、ドイツの組織編成上の過失概念と同じであるため、本文でも用いた。

なお、本稿が使用者責任規範に組織構成上の過失を集中させる点で、一般的不法行為規範と使用者責任規範との複線を説くこれまでのドイツ法の紹介（前回・前掲注11『規範』注（2））とは異なる。

- (197) Belling-Staudinger § 831 (Fn.12) RdNr.134, S.145f.
- (198) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』（弘文堂1992）29、226-227頁、円谷峻『不法行為・事務管理・不当利得—判例による法形成—』（成文堂 2005）221-222頁。
- (199) 同判決で示された不法行為上の義務の検討及び同種の裁判例について、前田・前掲注1『一考察』472—479頁参照。
- (200) 事実的不法行為について外形理論が当てはまらないとする見解では、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣1974）182頁、神田孝夫『使用者責任（新版）』（一粒社1998）211—212頁、平井・前掲書（198）236頁、浦川道太郎「判批」『判例百選Ⅱ（第5版）』（有斐閣 2001）173頁等、事実的不法行為について外形理論を維持する見解でも、例えば四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下）（現代法律学全集10）』（青林書院1985）692—693頁、潮見佳男『不法行為法』（信山社1999）361頁—362頁、沢井裕『事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣2001）302頁等が、それぞれ当該加害行為者への使用者の支配可能性を、「業務の執行に付

き」の判断基準として重要視する。

- (201) 錦織正史「使用者責任の事例群の分化と帰責構造」論叢163巻2号11-12頁(2008)。
- (202) 例えば我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為(新法律学全集)〔復刻版〕』(日本評論社 1989)(初版1937)168頁は、事業執行性を、報償責任に基づいて判断すべきことを説き、錦織・前掲注(201)28頁は、外形理論が「使用者の被用者に対する職務執行に関する監督・監視義務による使用者責任の拡張のための構成」と指摘する。東京地判2007年2月18日判タ1262号270頁は、指揮・監督関係を外部の事業者に拡大する根拠として、「報償責任」を用いる。
- (203) 本文で引用した2000年判決は、法人の義務を設定の根拠として被用者の健康への危険を考慮する。
- (204) 平井・前掲書(198)236頁は、選任、監督義務とともに、組織編成上の義務に相当する措置も民法715条に位置づける。ドイツ法からの示唆は、同条の射程の拡張を裏付けるものであり、本稿はこれと同じ方向性にある。
- (205) 第三者介在型については次の点を確認しておきたい。判例によると、被用者に当たるといえるために、使用者の支配と従属関係を問題とするという実質的な指揮監督関係を重視している(最判1967年11月9日民集21巻9号2336頁)。例えば下請企業の被用者が労災にあった場合に、下請企業の被用者が、元請企業の職場で労務の提供をするに際して、元請企業の管理する設備、工具等を用い、事実上元請企業の指揮、監督を受けて稼働し、その作業内容も元請企業の従業員と同様のものである場合、元請企業は、下請企業の労働者との間に特別な社会的接触の関係に入ったものとして、元請企業が使用者に当たることを認め、信義則上、この労働者に安全配慮義務を負うとされる(最判1991年4月11日判時1391号5頁)。この点で、ドイツの通説的理解より緩和された形で、使用者—被用者関係が解されており、民法715条を法人の不法行為責任の根拠条文とする障害は少ないともいえる。但し、第三者介在型の事案は多岐に渡るため、これらの検討を行ったうえで、この点の結論を出したい。
- (206) 窪田充見「要件事実から考える安全配慮義務の法的性質」大塚直=後藤巻則=山野目章夫編『要件事実論と民法学との対話』(商事法務 2005)394-395頁。
- (207) 前田達明『不法行為帰責論』(1978)1頁、瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊夫=星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣1998)559頁
- (208) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣2007)26頁は、不法行為法をルールのセット

と捉え、709条を中心としてその整理をすることを説き、民法典において用意されている一般不法行為規定と特別不法行為規定の区別を取り払い、新たな整理を行うことを指向する（同「人格権侵害と損害賠償」民商116巻4号582-583頁（1997））。しかし、本稿の検討から明らかになったとおり、715条にも固有の意味があるのと同じように、その他の特別不法行為規定にも、それぞれの存在意義があるのか否かという点を検討していくということは、制定法となっていることによる明確性という意味から考えても、必要な作業であろう。米村滋人「製造物責任における欠陥評価の法的構造（三・完）」法学73巻3号81-82頁（2009）が、不法行為の各構成要件が709条における過失判断とどう異なるのか、固有の規律領域があるのか等を検討すべきと述べることは、本稿と同じ方向性を示すものと考えられる（前掲注126で取り上げたDeutschの指摘も参照されたい。）。

(209) 平井・前掲書（198）29頁。

(210) この点を示唆する文献として、高橋眞「学校事故と安全配慮義務」法学雑誌55巻3＝4号280頁及び潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社2009）310-313頁。なおこの点について錦織・前掲注（201）17-19頁は、医療機関の医師における過失判断を例として取り上げ、医療機関の負う組織過失と医師の過失との一体性を下のように説明する。すなわち、過失の判断基準となる医療水準が課される医療機関は、大規模になればそれだけ組織的あるいは連携的体制がとられるという特性があり、またこの医療水準にかなった医療を実践するのが医師であることから、医療過誤が生じた場合、病院内において組織的連携をとることで、当該医師が患者に対して医療行為を遂行するという構造が問題となる。したがって、「患者との関係では、その医療機関の行うべき医療（医療水準に達した医療）の実施は、その病院で診療する医師の注意義務の中に取り込まれる」。このように考えることで、「医師個人の過失と病院の組織過失を細分化して病院の715条による責任と709条による責任を組み合わせることで処理しなければならないという構成の複雑さを回避する機能も果たすであろう」。つまり、「代位責任化した使用者責任……を考え、その中で被用者の過失の右の構造上の特性を把握するとき、いわゆる組織過失として把握される可能性のあるものが、より簡明に使用者責任の中に取り込めるようになる理論前提ができる」とする。だがこのように考えるならば、二つの異なった射程を持つ義務を一つの責任判断に持ちこむことになる。すなわち、医療機関の組織編成上の義務違反と、医師個人の治療行為に関する注意義務違反である。前者はすでに見たように医療機関内部の人員体制等の構築、あるいは個々の医師の選任、監督に関係するものに限ら

れ、後者までを射程に含むものではない。両者は異質のものであり、混成して捉えることは、「組織（編成上の）過失」の枠組みの中で、法人の不法行為責任をすべて射程に入れてしまうことになり、同概念の本来の性格とは離れてしまう（例えば医療水準論について判断した最判1995年6月9日民集49巻6号1499頁もまた、一債務不履行責任ではあるが—医療機関は当該医療水準に基づいて医師にその知見を獲得させるべきであり、医師がこの知見を有さず、適切な処置あるいは転医等の措置を講じなかった場合には、医療機関の損害賠償責任を認めるとしており、医療機関の負う義務と、医師個人の負う義務とは、医療水準を媒介としても違うことが示唆されている）。また錦織の見解は、結局、被用者個人に擬制的に過度の注意義務を課すことになると批判された民法715条を代位責任と解する通説と同じ論理構造を取るようになってしまう。上記のような代位責任に仮託して組織過失を考えるのではなく、まず端的に法人それ自体が不法行為上の義務を負うことの意味を考え、それを前提として、その違法性判断、有責性判断を考えていくことが、こうした批判に答え、かつ法人の不法行為責任を新たに構想する上で重要なのではないか。

(211) 藤岡康宏他『民法IV債権各論（第三版補訂）』（有斐閣2009）〔藤岡執筆部分〕316-317頁。

(212) スイスでは使用者責任規範（OR55条）が危険責任立法の不十分さを補うために過度に用いられた結果、多機能な守護聖人から、一般条項となってしまったと指摘される（Heinz Hausheer, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1995 und 1996, ZBJV1997, 433,441 ;Jaun,a.a.O（Fn.159）, S.388）。前掲注195 a で見たように客観的瑕疵に対する責任が問題となるならば、それは主観的な非難という有責性が本来持つ意味からはやはり離れ、さらに前掲注187でみた「コスト」もこれと関連づけられるならば、益々客観化する。将来の法解釈として、企業責任の場面に限っても、このことを正当化する枠組みを検討していくべきであろう。

(213) 窪田充見「過失責任主義・自己責任の原則」法セミ556号21-22頁（2001）。なお、Ernst von Caemmerer, Das Verschuldenprinzip in rechesvergleichen der Sicht, Rabels Z42（1978）, 5, 6, 11, 25も、消極面を有するとともに積極面も有する過失責任主義は、現代の技術リスクに対応する中で変質し、そのことで過失なき責任へと変容する危険が生じているため、こうした過失責任への過剰負担と濫用を防ぐ法理の研究が必要であることを説く。