

不法行為法における責任原理の多元性の意義と その関係性の検討 (2)

——填法・独法からの示唆を基に——

前 田 太 朗*

はじめに——本稿の問題意識

I 日本法の状況

II 危険責任論の不法行為法体系内での再定位

——基本思想の確認、判断根拠の実体化、具体的判断方法の提示
(以上、18巻3号)

III 特殊不法行為規定の解釈論の整理

1. 検討視座の析出

——「危険性の質」及び「共通項としての危険性」という二つの観点の協働

2. 使用者責任の再構成

3. 物に対する責任——無過失責任の発想源及び根拠規定としての限界
(以上、本号)

4. 特殊な不法行為規定・法制度の解釈論の整理に関する小括

5. 民法709条に基づく法人それ自体の不法行為責任論

おわりに——まとめと今後の課題

III 特殊不法行為規定の解釈論の整理

1. 検討視座の析出

——「危険性の質」及び「共通項としての危険性」という二つの観点の協働

IIでの検討から、日本法においても、危険責任は内実を伴う一つの固有の責任原理で

* 中央大学法科大学院准教授

あり、法実践性を有するものとして認めることができ、このことを以て不法行為法において、過失責任と並ぶ責任原理として位置づけることができよう。

以上を前提として、比較法研究から得られた二つ目の示唆、すなわち、過失責任及び危険責任を核として、それぞれが内実を伴う責任原理として認められており、このことを前提に、これらの責任原理が協働して、民法に置かれる各規定・法制度のそれぞれの現行法の解釈を支え、あるいはあるべき立法の方向性を示すように、多元的な責任原理がそれぞれの関係性を持つことで上記の法発展を有機的に支えている、というこの示唆の持つ意義について考えていきたい¹²¹⁾。

不法行為法体系の中で、危険責任が過失責任と並び立つ責任原理となることは、危険責任が法実践のレベルで広く展開する可能性を開くだけではない。特殊な不法行為を規律する各規定・法制度の解釈においても大きな影響を与えられ考えられる。本稿の I 1 でもふれたように、これらの規定・法制度につき無過失責任化するために、危険責任や報償責任を援用するアプローチがこれまで判例・学説では支配的であった。しかし、危険責任の意義・固有性が明らかになると、むしろこうした直接的な責任原理の援用には慎重になるべきであろう。つまり、危険責任は、単に厳格な責任というのではなく、「特別な危険」を根拠とするものであり、ここで問題となる危険性は、定型性を持った一般的・抽象的なレベルで危険性を有することが求められ、これに対し、特殊な不法行為の各規定・法制度は、後述するとおり、いずれも一般的・抽象的なレベルで厳格な責任を課すほどの危険性を有しているとはいえず、危険責任としてその責任の性質を決定することはそぐわないと考えられる。それゆえ、これら規定・法制度の責任厳格化・正当化の根拠として危険責任を援用することは、各規定・法制度で規律対象とすべき危険性と危険責任が規律対象とすべき危険性との齟齬・不合致から、事態適合的ではなく、それにもかかわらずこれら規定・法制度の根拠として危険責任を援用するならば、かえって要件の解釈を十分に支え、また方向付けることは難しいことになる。まさに危険責任とこれら特殊不法行為法とで問題となる「危険性の質」が異なる。つまり、危険責任の想定する危険性と当該規定が規律対象とする危険性とが相違し、それに応じて責任主体に不法行為責任が帰責される理由付けが異なるのであり、特殊不法行為の各規定・法制度の解釈においても、こうした相違を意識すべきと考えられるのである。

その一方で、上述で批判したように、特殊不法行為規定・法制度が、危険責任を援用しようとしてきたのは、前者の厳格化のためであるが、その前提には両者が何らかの関係性を持つものと理解されてきたことが、暗黙裡のうちに承認されていたとも考えられよう。この両者の関係性を取り持つもの・共通するものとして考えられるのが危険性で

ある。つまり、危険責任も、特殊な不法行為規定・法制度も、それぞれ規律対象においては、なんらかの危険性があることを前提とするのであって、それゆえに、両者は関係性があり、かつ危険責任を以て特殊不法行為規定・法制度の無過失責任化の解釈論による達成が可能となっていたとも考えられるのである。

このように危険責任と特殊不法行為規定・法制度とで危険性を共通項として関係性が認められることにより、危険責任で展開された「思考の産物」¹²²⁾を特殊不法行為規定・法制度に援用する可能性が開かれるということである。この思考産物として重要であったのは、危険責任をストレートに特殊不法行為規定・法制度に持ち込むことで責任を厳格化することであったかもしれないが、こうした解釈論の展開に基づく問題性は上述のとおりである。むしろ本稿の立場からは、オーストリア法において危険責任の全体類推・個別類推の具体的判断方法が展開されるなかで、「危険性の質」が重視されたことに「思考の産物」としての意義を見出したい。「危険性の質」とは、危険責任が課される理由付けを考慮することであり、これをより一般化すると、責任が課される・規律対象となる危険性を画定するというアプローチである。このように「危険性の質」を意識するアプローチは、危険責任のみならず、不法行為法上の各規定・法制度でも等しくあてはまるものといえよう。「危険性の質」は危険責任と特殊不法行為の違いを明らかにするだけでなく、「共通項としての危険性」を介して、「危険性の質」を考慮し、各法的・法制度に対応する形で問題となる危険性を画定させ、ひいては各規定・法制度を支える適合的な責任原理の析出・解明の契機となろう。事態適合的な責任原理が析出・解明されれば、これに基づいて各要件の解釈の方向付けも可能となってこようし、必要ならば立法の方向性を示すことも可能となろう。

さらにこれら二つの観点に基づく解釈の整理は、民法 709 条に基づく法人それ自体の不法行為責任を考えるうえでも有用であろう。この責任は、公害や製品事故、薬害といった本来であれば無過失責任による処理が望まれる領域において、その法実践レベルでの展開の遅れをカバーするように機能した。しかし、その責任の厳格化への批判及び法人の行為を観念できないという帰責構造への批判が示されており、近時でも解釈論上の対立がみられる。危険性の質及び共通項としての危険性の二つの観点から、この責任に対応し支える責任原理を析出することで、固有の意義がある法概念制度であることが明確となり、上記解釈論上の対立に対して一定の方向性を示すことができると考えている。

「共通項としての危険性」と「危険性の質」という二つの観点を重視して、特殊な不法行為規定・法制度、さらには法人それ自体の不法行為責任に適合的な責任原理の析出の可能性、さらにこれに基づく各法規定の解釈論（一部にとどまるが）の整理、場合によっ

ては立法の方向性を探っていきたい。

2. 使用者責任の再構成¹²³⁾

(1) 概観——使用者責任における中心要件の解釈論の状況

民法715条の使用者責任に関して、事業執行に付き被用者によって第三者に加えられた損害に対して、使用者の過失を問わずその不法行為責任が課されるように解釈論が展開されてきたことに異論はないであろう。使用者責任の無過失責任化によって、被用者の不法行為を使用者に帰責するために重要な機能を担ったのが事業執行性の要件である。まさにこの要件は使用者責任の要諦ともいえよう¹²⁴⁾。

この事業執行性の要件の解釈において重要な役割を担ってきたのが外形理論である¹²⁵⁾。これは、被用者の当該行為を、外形からみて分掌された職務行為とみることができるかを判断するように、客観的に判断するものであり、ここでは被用者がどのような意図をもって不法行為を犯したかという主観的事情は排されている¹²⁶⁾。実際に判例は外形理論を取引的不法行為のみならず、事実的不法行為でも用いてきた。しかし被用者の行為を外形から客観的に判断するという説明では、被害者の救済が拡張されるという長所を持つと考えられる一方で¹²⁷⁾、最終的に被用者の不法行為がなぜ使用者に帰責されるのか、これだけでは積極的には説明されておらず¹²⁸⁾、実質的な基準の明示が求められる¹²⁹⁾。判例は、取引的不法行為においてその基準を明確化してきたのに対して、事実的不法行為にも外形理論に基づいて判断するものと、そうではないものがみられ、こうした判例状況を、理論的に説明することが求められている。

しかし学説では、外形理論への評価を含めて多様な理解が今日なお示されている¹³⁰⁾。例えば、外形理論の判断基準としての機能性をどう評価するか¹³¹⁾、外形理論と信託の保護という考えとの結びつきから、外形理論の取引的不法行為との整合性と事実的不法行為との不整合性をどのように評価するか¹³²⁾、とくに事実的不法行為でその機能性を低いとみるならば別の基準の提示が可能か¹³³⁾等、外形理論の実質的な基準の探求、外形理論の射程の評価の相違、これと関連して外形理論に代わる判断基準の定立の要否及び可否等を巡り、「各人各説の様相を呈している」¹³⁴⁾とまで評される状況である。裁判例の展開を詳細に分析した近時の諸々の重要な研究の中でも、外形理論の射程に関し、一方で、外形理論はそれが展開した時代背景や主流となる事件（手形偽造や自動車）の影響を大きく受けたものであって、その後の使用者責任の多元化・多様化を踏まえると、外形理論の機能性は消極的に評価され、別の基準を模索すべきという立場¹³⁵⁾と、他方

で取引的不法行為・事実的不法行為双方に外形理論で展開された基準が等しくあてはまるとする立場とに分かれる¹³⁶⁾。

事業執行性の要件を理解するためには外形理論の解明は不可欠とも考えられるところ、すでに優れた先行研究があるため、筆者が同じように裁判例や学説を分析しても屋上屋を架し、なにより学術的意義も小さい。紙幅の制約もあることから本稿では別のアプローチをもって、事業執行性要件の解釈論の整理・方向性を示すにとどめたい。

事業執行性の要件は、使用者責任の判断において要諦と評価できることはすでに述べたとおりであるが、ここではその理由を探るなかで、この要件の解釈の整理・方向付けのための視座を得たい。使用者責任の成否が事業執行性の要件に左右されるということは、使用者が不法行為責任を負う理由がここで問われていると考えられ、まさにこの要件の解釈は使用者責任を支える責任の正当化根拠である責任原理と密接な関係性があると考えられるのである¹³⁷⁾。判例をみても、事業執行性の要件につき、被用者の不法行為がその者に分掌された職務行為内であることを重視する立場（いわゆる一体不可分説）を転じ、大連判大正15年10月13日民集5巻785頁では民法715条の「立法ノ精神」及び「一般取引ノ通念」が援用され、事業執行性の要件を広く解釈する方向性を明確にした。同判決は鳩山秀夫の考えに影響を受けたとされ¹³⁸⁾、鳩山は事業執行性の要件を拡張する根拠として被害者の救済を重視していたとされる。この被害者の救済を支える実質的な理由付けを使用者責任の責任原理に求めることができるのであれば、事業執行性の要件を広く解釈することを方向付けた同判決は、この要件の解釈と責任原理とが密接に関わることをすでに示唆していたといえるのである¹³⁹⁾。このように考えると、事業執行性の要件の解釈論の整理またはその方向付けを探るために、次のようなアプローチを採ることが考えられよう。すなわち、大正15年判決において、事業執行性の要件を広く解釈するという方向性が示され、かつこの方向性は使用者責任を支える責任原理により支持されるものであったというように、両者の関係性は密接のものである。そしてこの関係性から、前者の解釈において混迷が生じているのは、後者の理解が必ずしも明確ではないことに理由を求めることができよう。逆に、後者の理解が明らかになるならば、前者の問題について、解釈論としての方向性または整理の指針を示すことができるものと考えられるのである。

(2) 責任原理の析出——分業リスクの可能性

そこでまず使用者責任を支える責任原理を考えていこう。使用者責任を支える責任原理は、既に本稿でもみたように、報償責任又は危険責任もしくは両方が示される¹⁴⁰⁾。

しかしここでどのような危険性ないし利益性に着目して責任の賦課が正当化されてきたのか、従来必ずしも明らかにはされてこなかったと考えられる¹⁴¹⁾。すなわち、報償責任や危険責任、そしてその考え方を援用して責任を厳格化する際に、この正当化アプローチが汎用性を有するがゆえに、かえって個々の規定・法制度に対応せず、また各要件の解釈の方向付け・理由付けも弱くなってしまっていたといえよう¹⁴²⁾。そこで、一つの有益な示唆となるのは、前稿での比較法研究から得られた示唆であろう。すなわち、オーストリア法では、使用者責任を定めたABGB1315条は非常に有用性が乏しい規範として、その回避のために様々なアプローチが示されていたが、そのことでかえって当該規定を支える根拠・責任賦課の理由付けが明確になったと考えられる。そしてここから、分業リスクが使用者責任において重要な責任賦課の正当化根拠となっていたことを比較法的な知見として得ることができる^{143), 144)}。

この分業リスクとは、被用者等に職務を分掌することで分業的に職務を遂行することによって、一方で、効率的に使用者の事業を効率的に遂行できるという利益もあるが、他方で、職務の分業的履行により使用者の組織内部の概観可能性の低下によって¹⁴⁵⁾、各被用者に分掌された職務遂行において、被用者がその職務の不履行や分掌された職務権限を濫用したり逸脱したりする可能性が生じ、さらにこれに起因する不法行為に対処できないというリスクである。使用者責任は、まさにこうした分業リスクにより第三者に損害が生じた場合には、そのリスクを有し分業により利益を受けている使用者に帰責するものと理解することができるのである¹⁴⁶⁾。

(3) 分業リスクに基づく外形理論の整理

このように、分業リスクが使用者責任を支える責任原理と理解されると、さらに問題となるのは、第三者に損害が生じそれが分業リスクの現実化したものと認められれば、事業執行性の要件を充足し、使用者への帰責が正当化されるのか、それとも別の衡量要素・事由がなければならないとするのかということであり、この問題を検討しなければならない。分業リスクがそれだけで使用者への厳格な責任の賦課を正当化するほどの強度を持つものであれば、前者の可能性もある¹⁴⁷⁾。しかし、分業リスクそれ自体について、強度は低いものという批判が考えられる¹⁴⁸⁾、これは分業リスクだけでは使用者の責任賦課の正当化にとって不十分であるという批判と理解できる¹⁴⁹⁾。この批判について考えると、本稿であきらかにした危険責任論から考えてみても、分業一般が危険責任の賦課を正当化するような一般性・定型性を持った危険を有するという「特別な危険」に当たるとは評価できず、むしろ個々の分業態様に応じてその危険性の相違があると考えら

れることから、正当な批判といえよう¹⁵⁰⁾。そうすると、分業リスクに加え、どのような衡量要素があれば使用者への帰責が正当化されるのかが明らかにされなければならない。

この検討の手掛かりとなるのは、事業執行性の要件で展開された外形理論、とりわけその実質的な基準及び衡量要素である。取引的不法行為のなかでも手形偽造において、その基準を、例示的¹⁵¹⁾ではあるが明らかにした最判昭和40年11月30日民集19巻8号2049頁をみると、①不法行為を犯した被用者は、その不法行為が職務権限外の行為であっても、当該不法行為と当該被用者に分掌された職務との間に相当の関連性があり、かつ、②被用者が当該行為をおこなうことにつき容易な状態に置かれているとみられることを以て、外形上、被用者に分掌された職務行為に当たるとした。①では、当該被用者への職務分掌により不法行為をおこなう契機・原因となったとして使用者による先行行為が問題となっているといえ、②に関し、同判決では、①で問題となった危険性に対して、具体的な考慮において、会社施設内の施設面での対応の不備や印章等の保管態様の不十分さ、さらには使用者による従前からなされていた手形偽造行為への対処がなかったことを考慮しており、実質的には、使用者による結果回避措置を問題としていると考えられよう¹⁵²⁾。

一見すると、この判断構造では、分業リスクは無関係とも思われる。しかし、同判決では、①に関し、分掌された職務と当該不法行為との相当の関連性の判断において、調査官解説¹⁵³⁾は、次のように説明する。すなわち、手形偽造をおこなった被用者について、手形発行に関する職務を免じられていたものの、手形作成に関する一連の事務を正規の職制又は事実上の職制により、数人の被用者に分掌させている場合には、各分掌された職務の遂行を通じて、不可分一体となって手形作成職務の遂行をおこなうのであり、こうした不可分一体的な各被用者の関与があることから、各被用者に職務が細かく分掌されていても、当該被用者が手形を偽造するという不法行為は、全体として手形作成の職務を担当するという外形が成立するという旨を説く。こうした説明からは、昭和40年判決で示された①の判断の前提ないし背景には分業的な履行が想定されているといえる。つまりここで、使用者が分業的な職務遂行を選択し、これに随伴する分業リスクが生じうることが考慮されているとも考えられるのである。またすでにみたように、分業リスクはそれだけでは使用者への帰責を満たすものではないことから、分業リスクのこうした弱さを②の結果回避措置及びその違反という観点・要素で補強していることは使用者への責任賦課の正当化によって非常に重要である。特に取引的不法行為では、侵害されている被害者の被侵害法益が、財産的利益または被害者の自己決定権であり¹⁵⁴⁾、事実

的な不法行為で問題となるような生命，身体，健康ではないことから，それだけ②の要素が意味を持つてくるであろう¹⁵⁵⁾。

このように，取引的不法行為において，使用者の事業が分業的に履行されることに伴って分業リスクが発生し，これへの対処として使用者に結果回避措置が求められる——このように分業リスクの考え方に基づいて，外形理論における実質的判断基準・衡量要素を捉え直すことができる。

(4) 事実的不法行為の使用人への帰責における分業リスクの機能

外形理論が分業リスクの観点を意識して整理され，実質的判断基準・衡量要素が捉え直されると，次に問題となるのは，事実的不法行為ではどのような考え方，そして実質的な判断基準・衡量要素に基づいて使用者への帰責が判断されるべきか，ということであろう。そもそも，外形理論は取引的不法行為に整合的であり，事実的不法行為では当てはまらないのではないかという批判が示されていることは周知のことである。分業リスクの観点を意識するとこの問題はどのように考えられることになるだろうか。以下では，これをみていこう。

外形理論が事実的不法行為に当てはまらないという批判が示される理由として，外形理論は，被用者の不法行為が職務執行行為であるということにつき，取引の相手方であった被害者は被用者の（不法）行為が使用者の事業執行の範囲内だという信頼を抱くことを重視するものであり，こうした正当な信頼の保護という考え方が，外形理論と強く結び付けられていると理解されることに求められよう¹⁵⁶⁾。——これに対し，事実行による事故が問題となる場合には，こうした被害者の信頼はそもそも観念できず，それゆえに外形理論は，事実的不法行為にはあてはまらないということになる。こうした批判に対して，分業リスクという考え方からも上記理解に対し次のように反論できよう。すなわち，事業執行性の要件は，使用者への不法行為責任を賦課する前提として，当該被用者の行為を客観的に使用者へ割り当てることの当否を判断するものであるのに対して，正当な信頼を被害者が有しているかという観点は，被害者に損害賠償請求権を与えて保護するに値するかということ判断するものであり，上記の被用者の行為の割当の問題とは次元を異にしていると考えられる¹⁵⁷⁾。また使用者責任の責任原理を分業リスクに求めるならば，これは，多数の被用者に職務分掌させそのことで生じる概観不可能性またそれに伴う対処の困難さを指すものであって，あくまで使用者の内部の職務分掌という使用者側の事情を問題としている¹⁵⁸⁾。ここに相手方である被害者の正当な信頼を考慮する余地はないと考えられ，このように理解すると，上記事業執行性要件の判断基準

は、被用者の行為を使用者に割り当てるという客観的に評価する機能を持つものとして理解され¹⁵⁹⁾、そうであれば事実的不法行為でも、別意に解する必要はなく、この判断基準は等しくあてはまろう¹⁶⁰⁾。そしてここでも取引的不法行為の場合同様に、分業リスクがこうした判断を支えよう。すなわち、多数の被用者への職務分掌に伴って生じる分業リスクと、これを契機・原因とする被用者の加害行為に対する使用者の回避措置及びその違反の判断は、取引的不法行為であれ、事実的不法行為であれ、変わらず、使用者への帰責判断の基本に据えられると考えられるからである。判例は、被用者における自動車事故に関して取引的不法行為と同様に当該職務執行行為を外形から判断するとするものがある¹⁶¹⁾。

これに対し、同じく事実的不法行為であっても、職務行為を契機として被用者同士が暴行事件を起こした場合には、職務との密接関連性を基準として示す¹⁶²⁾。このことから一部事例において、判例は外形理論を明示的には採用していないとも考えられる。しかし分業リスクを考慮する場合には、ここでも取引的不法行為と同じ基準があてはまると考えられる。すなわち、この場合にも多数の被用者に職務分掌をおこない、これらの被用者が同時的・漸次的に同様の職務を遂行させており、そうした事業遂行にあたり、被用者同士のトラブルが発生することはいわば分業的履行に内在するリスクと考えられる¹⁶³⁾。こうしたリスクに対し、使用者は分業的履行を選択したのであるから、そのリスクが実現しないよう結果回避措置をおこなうべきであり、それが奏効せず、第三者に損害が発生したのであれば、これによる不法行為責任を負うべき立場にあると考えられる。いずれも取引的不法行為において示された実質的な基準であり、暴行事例においても等しくあてはまると考えられる^{164), 165)}。

さらにここでは被用者への職務分掌による分業リスクとともに¹⁶⁶⁾、当該職務行為で用いられる機材の危険性^{167), 168)}、や、侵害が予想される第三者の権利・法益の重大さを考慮して¹⁶⁹⁾、具体的な危険が预见できる以前の段階で、使用者の組織的な対応が求められることも使用者への帰責を正当化する事由といえよう¹⁷⁰⁾。

このように取引的不法行為であれ事実的不法行為であれ、事業執行性の要件の判断基準は、分業リスク及びその対処のための結果回避措置を問題とする。特に後者については、民法715条の条文の構造に照らして、同条1項ただし書に基礎付けることで、実体法上の根拠付けも明確なものとなる¹⁷¹⁾(このことで立証責任の転換というメリットを被害者側が受けられる)。このように、使用者の結果回避措置を同条1項ただし書に基礎づけると、事業執行性の要件で判断されるべきは、分業リスクの存在を裏付けることになる当該被用者に分掌された職務と当該被用者の不法行為との相当の関連性の有無というこ

とになろう¹⁷²⁾。

そのうえで使用者の結果回避措置の内容・範囲が問題となるが、民法715条1項ただし書を素直に理解すれば、「その事業の監督」とは、その事業を当該被用者の職務とすれば、個別・具体的な監督と理解され、組織的な措置はこの文言を超えることになろう。しかし、多数の被用者による分業的な履行を前提として各被用者に職務分掌がなされるならば、「その事業の監督」という文言も、個々の被用者の監督を超え、組織的な対応を前提とする監督を射程に置くべきといえよう。このことは、分業リスク及びそれに対応する結果回避措置が使用者の責任原理と捉えられることから十分に支持されよう。また上記文言からも個々の被用者の監督に限定すべき制約はない。以上を踏まえ、民法715条1項ただし書の「その事業の監督」は、広くとらえ、組織的な監督も含めて、広く解釈されるべきである¹⁷³⁾。

(5) 外形理論が当てはまらない場合の分業リスクに基づく帰責アプローチ

以上に対して、そもそも事業執行性の要件の判断において、外形理論あるいは実質的な判断基準を考える必要がそもそもない場合もある。すなわち、取引的不法行為においてリスクの高い金融商品について、被用者が適切な情報提供を懈怠し、結果として取引の相手方が財産的損害を被った場合や、事実的不法行為において、適切な労務管理を被用者が懈怠し、他の被用者の過労自殺が発生したり、被用者が同僚に対してセクシャルハラスメントやパワーハラスメントをおこない、その者が精神的・肉体的苦痛を被った場合などである。それぞれ、リスク性の高い金融商品に対する情報提供義務や、適切な労務管理、セクシャルハラスメント等のハラスメント行為への防止措置等の対応は、使用者自身に不法行為法上義務付けられると考えられ、この義務が各部署の責任者を通じて分業的に履行されると考えられる。被用者の不法行為は分掌された職務行為の懈怠であり、このため、この被用者の行為は当然に事業執行性の要件を充足すると考えられる。ここでの問題は、被用者が上記義務を懈怠し、実際に第三者に損害が発生した場合に、使用者への帰責がどのように正当化されるか、ということである。考え方として次の二つがあろう。

一つは、すでにみたように外形理論あるいはその実質的な判断基準で問題となった分業リスクとこれに対する結果回避措置という判断構造をここでも選択して、使用者への帰責を正当化することも考えられよう。

二つは、この場合における被用者の不法行為は各被用者に分掌された職務の濫用・逸脱ではないことから、必ずしも外形理論あるいはその実質的な判断基準を介して使用者

の帰責を判断する必要はないとも考えられる。

この二つの可能性はいずれも選択可能であるが、使用者に課された不法行為法上の義務の分業的履行という構造に対応して、帰責の構造につき次のように考えたい。すなわち¹⁷⁴⁾、使用者に不法行為法上課される義務に関し、使用者が分業的履行を選択した場合において、各被用者に分掌された義務の不履行は使用者の義務を履行するという職務遂行中の不法行為と考えられ、事業執行性の要件を当然に満たすとともに、当然にその者の不法行為責任を生じさせる(だけ)ではなく、分掌元となった使用者の不法行為法上の義務の(場合によっては一部の)違反と理解し、各被用者の不履行に付き使用者が自らの義務違反及び過失として不法行為責任を負うことになるということである^{175), 176)}。

ここで留意されるべきは、被用者の過失であっても、結局のところ使用者の不法行為法上の義務違反と評価されるゆえに使用者が不法行為責任を負うのであり、それは不法行為法上の義務違反であるから直ちに過失責任で正当化されるとは考えられない、ということである。すなわち、使用者が分業的に義務の履行を選択し、義務の分掌を受けた被用者が違反行為をした場合において、使用者への帰責を判断するためには、当該被用者の義務違反行為(不法行為)を必然的に組み込まざるをえないのであって¹⁷⁷⁾、使用者自らが義務違反をした場合と帰責構造が異なるため、これに対応する正当化の理由付けが求められていよう。つまり、なぜ被用者の義務違反につき、当該義務が、使用者の負う義務の一部であるとしても、直接の行為主体ではない使用者の義務違反・過失としてその帰責が正当化されるか、理由付けが必要なのである。

外形理論の再構成を促した責任原理としての分業リスクが、ここでも、帰責の正当化のために機能する。すなわち、使用者自身に課された不法行為法上の義務に関し、使用者が分業的履行を選択し、その被用者が過誤行為をおこなったということであれば、分業によるリスクが実現したものと考えられる。そのリスクは、そうした分業的履行を選択した使用者が負うべきであり、それにもかかわらず、使用者の免責を認めることは、分業することで免責されるという誤ったインセンティブを使用者に設定することになってしまい¹⁷⁸⁾、上記分業リスクの帰責の発想と矛盾する。このように、分業的な不法行為法上の義務の履行に関する使用者の帰責構造は、分業リスクにより正当化される^{179), 180), 181)}。

あわせて、外形理論が機能する領域・分野において分業リスクにより使用者への帰責の正当化が示されていたが、以上から外形理論が必ずしも十分に機能しない領域・分野でも、分業リスクが使用者への帰責を正当化しており、まさに分業リスクが使用者責任全般において責任原理として重要な機能を発揮しうることも明らかであろう。

こうした分業的義務の履行及び使用者への帰責の構造は、日本法にとっても突飛なことではない。最判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁は、被用者が過剰な労働負担を強いられ、最終的にうつ病等の精神疾患に罹患し自殺した場合において、①労働安全衛生法の規定から、使用者が適切な労務管理により労働者の心身を損なうことがないよう配慮することを不法行為法上の義務付けられており、②「使用者に代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う権限を有する者は、使用者の右注意義務の内容に従って、その権限を行使すべきである」とし、③被災被用者の上司らは、被災被用者が「恒常的に著しく長時間にわたり業務に従事していること及びその健康状態が悪化していることを認識しながら、その負担を軽減させるための措置を採らなかったことにつき過失」があることから、使用者の民法715条責任が成立するとする。つまり②のみに着目するならば、被用者の不法行為責任を使用者に肩代わりさせているといえるが、②で課される被用者の義務の発生元は①で示される使用者の義務であり、②で課される被用者の不法行為法上の義務及び③で示される過失は、結局のところ①で課される使用者の不法行為法上の義務の違反として評価されることになる。ここでは、②及び③で問題となる被用者の過失と事業執行性の関係は、当該被用者に分掌された分業的義務の不履行であるから、当然に満たされるのであり、あえて外形理論による必要もなくまた事業執行性の要件それ自体を原告・被告の両当事者で争う必要もなかったといえよう（また使用者責任の成否は①乃至③の義務違反の判断に掛かっており、これと別個に民法715条1項ただし書も後述する通り問題となるものではない）。そのうえで、使用者への帰責の理由付けは、判決文では明示されていないが、上にみたように分業的リスクの観点からおこなわれ、十分に支持できるものと考えられる^{182), 183)}。

このことと関連して、分業的履行に関与する被用者の義務の水準が問題となる。次のように考えたい。被用者に使用者から分掌された情報提供義務や労務管理に関する義務は、もともと使用者のそれであって、そうであればその基準は使用者——正確にはその抽象的合理人——を基準として判断されると解されないであろうか^{184), 185)}。使用者の不法行為法上の義務を分業的に義務を履行するとしても、その水準を個々の被用者に設定することはその水準の低下を招き、使用者は免責の余地が増えることになることから、分業リスクの考えに反する。また、使用者は、義務の水準が低下することで、免責されることから分業的に義務の履行を積極的におこない、そのうえでこれにより生じるリスクに対処をしないという負のインセンティブを産みかねず、実質的にも妥当性を欠くであろう——これらの理由付けは、すでにみた不法行為法上の義務の分業的履行の使用者への帰責の正当化と同旨のものである。

このように解すると、この類型において、被用者の不法行為により第三者に損害が発生した場合に、当該不法行為は使用者に課された義務の不履行があったものとして、ここに取り込んで解釈され、使用者への帰責を判断することになる。そしてこの類型では責任の成否は上記判断ですべてなされることから、民法 715 条 1 項ただし書を考慮する必要はない。

使用者に課される不法行為法上の義務の分業的履行に関しても、その帰責構造及び過失判断の水準の判断、いずれに対しても分業リスクの考え方が大きくかつ決定的な影響を与えているといえよう。

(6) 使用者責任のまとめ

以上みたように、使用者責任の責任原理を分業リスクに求め、重要な要件である事業執行性の要件に関し、外形理論が機能する領域での基準及び要素・観点、そして帰責構造の整理、また外形理論が機能しない領域・分野での別の基準及び帰責構造の整理をおこなった¹⁸⁶⁾。

最後に、使用者責任が誰の不法行為ないし責任原因を重視した責任かということを巡り、従前から使用者の自己責任か直接の加害行為をした被用者が不法行為責任を負う代わりに使用者が責任を負うという代位責任かという対立があるところ、分業リスクの観点から責任原理を整理した本稿の立場に基づき付言したい。ややもすると、前者では、過失責任的理解に引きずられる懸念、後者では、被用者の行為で捉えられない事態への対応不可能性への懸念がそれぞれ考えられる一方で、実務において使用者責任が拡大・多元化に対応できたのは、自己責任か代位責任かを対立的に見ずに、むしろハイブリッド的に取り込むことができ、それゆえに柔軟性を持つ責任となっていったとも考えられる。そして分業リスクとこれに基づく過失判断を責任原理とすることは、使用者責任の柔軟な判断を支えると思われる。すなわち、分業リスクは他者の行為及びその帰責の可能性を前提とし、過失は自己の行為及びそれへの自己への帰責をそれぞれ前提とすると考えられるのであり、その両者が関係付けられることで、使用者責任のハイブリッド化を支えることができるといえよう。このことで、従前にみられたような事業執行性要件をめぐる解釈論上の混乱を整理しつつ、今後の安定的な法運用・法発展が可能になると考えられる。したがって、分業リスク及びこれに基づく過失判断を責任原理と据えることで、使用者責任が自己責任か代位責任かといった問いを立てる必要はなく、両者をハイブリッドしたものとして使用者責任を理解していくことが肝要であろう¹⁸⁷⁾。

3. 物に対する責任——無過失責任の発想源及び根拠規定としての限界

民法 717 条及び 718 条は、物の占有者ないし所有者を責任主体とする責任が定められている。これら規定がどのような危険性を規律対象とすべきか（＝危険性の質）は後述するとおりであるが、両条の特徴として、いずれも物に対する責任であることから、客観性を持つ厳格な責任とも考えられ、例えば、自動車事故や製造物責任という近代工業技術・科学技術の展開によって生じた現代的な不法行為に対処するため、無過失責任を定める特別法が定められる以前において、無過失責任を広げるための類推適用の根拠として援用されることが主張されたり¹⁸⁸⁾、また特別法が制定されたのちも、要件の解釈の指針として参照される可能性が指摘されることがある¹⁸⁹⁾。つまり、両条は、それだけ無過失責任を法実践のレベルで展開するための根拠ないし基盤または解釈のための指針・方向付けとしての魅力を有していたとも考えられる。しかし、こうした解釈アプローチは、理解は示されるものの、支持がそれほど広がるものではなかったことを踏まえると、そもそも実際に類推適用を支える力は乏しいものであったとも理解できるのである。

こうしたことも視野に置きつつ、以下では、両条の危険性の質を探り、また解釈論上問題となっている争点に着目して解釈論の整理をおこなう。

(1) 土地工作物責任

① 前提の確認——土地工作物の瑕疵の性質

民法 717 条の土地工作物責任は、土地工作物が瑕疵を有することを理由に、占有者または所有者に損害賠償責任を帰責するところ、一方で、土地工作物そのものがおよそ危険性を持つということに責任根拠を求めるのではなく¹⁹⁰⁾——したがって、原賠法や自賠法といった危険責任とは異なる——、瑕疵に責任根拠を求める瑕疵責任であって、こうした理由を問わない純粹な無過失責任ではないものの¹⁹¹⁾、他方で、土地工作物所有者については免責事由を定めていないことから、不法行為法規定で唯一過失を問わずに責任賦課を肯定する規定となっている¹⁹²⁾。

② 瑕疵責任としての再構成

・問題設定

民法 717 条の瑕疵は、当該土地工作物が本来備えるべき安全性を欠くことと説明される¹⁹³⁾。そして、一方で、この瑕疵の実質的な内容・内実をめぐって、さらには責任の

性質それ自体をめぐり、いわゆる客観説と義務違反説との厳しい対立があることは周知のことであるが¹⁹⁴⁾、他方で、実質的な帰結の相違がみられない状況にある¹⁹⁵⁾。たしかに、学説の争いとは対照的に、裁判においては、具体的な事実認定及びその評価が決め手となっているとされる¹⁹⁶⁾ように、瑕疵判断を左右する考慮事由の汲み上げ及びその総合的衡量が重要なものとなっているともいえよう。しかし、どのような考慮事由を汲み上げ、また汲み上げた考慮事由のうち何れを重視して判断すべきかといった判断・評価作業をおこなうためには、やはり瑕疵、さらには土地工作物責任をどのように理解するかという態度決定が重要なものと考えられる¹⁹⁷⁾。

中原が、製造物責任も含んでの主張において「物の瑕疵により生じた損害につき責任主体が（自己の過失を問わずに）責任を負う」という瑕疵規範を見出し、かつこの規範において、責任主体への責任賦課の正当化根拠を抉り出す必要性を主張すること¹⁹⁸⁾も、以上の解釈作業を支持するものと考えられる。

・土地工作物責任で問題となる瑕疵の危険性の析出——加害構造に着目したアプローチ
民法717条の対象となる瑕疵の類型を内在型と外在型とに分けるアプローチがみられる¹⁹⁹⁾。たしかに、こうした整理を通じて、判断の視認性を獲得し、判断の予見可能性を担保し、安定的な法運用を図ることが可能となると思われる一方で、本稿では、各規定が規律対象とする危険性を基準に解釈の整理をおこなうというアプローチを採用してきたことから、民法717条における解釈の整理においても、同条で規律対象とすべき瑕疵の有する危険性に着目し、それが民法709条の過失責任と問題となる危険性とどのように異なり、あるいは同質性があるのかを明らかにすることが肝要と考えられるのである²⁰⁰⁾。

瑕疵責任において、瑕疵の有する危険性の性質如何が、この責任の性質決定にとって非常に重要なものとなる。まず、土地および工作物それ自体が有する危険性について、土地の形状や建物の状況は、千差万別であって、およそ危険責任で問題となる定型的で抽象的・一般的な危険性を有する「特別な危険」として、土地の危険性・工作物の危険性を観念し画定することはできない。したがって、土地工作物責任を危険責任と性質決定することは妥当性を欠こう²⁰¹⁾。むしろ、土地および工作物は、瑕疵があることで、はじめて責任の賦課が正当化される危険性が認められるとすれば、ここで問題となる瑕疵の危険性は、危険責任の対象とする定型的で抽象的・一般的な危険性との対比で、具体的な危険性を持つものと理解すべきであろう²⁰²⁾。このことから、民法717条が土地および工作物それ自体の危険性ではなく、瑕疵に着目し、その責任を規律するというアプローチが支持されることになる。

そして、土地・工作物において瑕疵があることで、なぜ厳格な責任が課されるのか、という正当化・理由付けを考えると、沿革的には次のことに求められよう。日本法も影響を受けるドイツの土地および建物の責任が厳格なものと解される理由として、これらに瑕疵があることで第三者の危殆化（の増大）が挙げられる²⁰³⁾。

そのうえで問題となるのが、瑕疵責任の内実・内容である。ここでは独法及び奥法における土地・建物占有者責任に示唆を受けつつ、日本法での法発展を受け止めて次のように類型化することができよう。

まず独法及び奥法のこうした責任では、民法717条と文言の決定的な相違、すなわち、単に設置及び保存の瑕疵というだけでなく、建物の倒壊及び一部の落剝が必要とされることもあって、この責任で問題となる瑕疵の有する危険性が、物理的なエネルギーを持つものであること²⁰⁴⁾が求められている²⁰⁵⁾。例えば、工作物であれば、設置された看板やタイル等が落下する、土地であれば、穴ぼこや亀裂が開き、それに第三者がはまり込む、あるいは十分な安全性を持たないため、それほど強くない地震や台風で倒壊する等、当該瑕疵がない状態と当該瑕疵があることによって生じるこれら事象のエネルギーの大きさの相違を捉えて、危険性が大きいとして、その厳格な責任の根拠とすることが考えられる（事故型①とする）。なお付言すると、事故型の場合でも、土地建物がある一般的な・定型的な危険性があり、それが事故につながっているわけではなく、あくまで、具体的な危険性を問題とする瑕疵を原因とするものであるから、この場合に、土地工作物責任を危険責任と性質決定することはやはり適切ではない。

次に、土地工作物の本来備えるべき安全に関する機能性の欠如が瑕疵と評価される場合がある。例えば踏切の遮断棒がない場合には、これを利用する者の法益が危険に晒される場合があるし、高压電線にゴム被膜がない場合にも仮に電線が切断された場合には、これに接触する者の法益が危険にさらされることになる²⁰⁶⁾。これらの場合において、たしかに当該瑕疵それ自体が持つ物理的エネルギーは小さく（踏切の例でいえば、遮断棒がないだけであるし、高压電線の例でいけばゴム被膜がないだけであるから、上記の事故型①とは異なる）、事故型①で問題となる危険性と比べると低いものといえる一方で、当該工作物の機能を果たさないことで生じる危険性は、踏切の例において、遮断棒がないことで生じうる鉄道との接触事故は、瑕疵がない状態と比べて、鉄道の速度や塊の大きさによって大きな物理的エネルギーが生じるものであるし、高压電線の例において、それに触れることで高電圧による爆発的なエネルギーが生じると考えられることから、いずれも事故型①に比肩しうる物理的エネルギーを有すると考えられ、厳格な責任に服すべきといえる（事故型②機能性欠如+高度の物理的エネルギー）²⁰⁷⁾。

同様に、工作物内部の床や土地の路面が滑りやすい状況であった場合にも、たしかに当該瑕疵それ自体が持つ物理的エネルギーは小さいとしても²⁰⁸⁾、例えばその路面が利用者により使用され、歩行者や利用者が転倒してけがをする危険性がある程度の頻度をもって生じるものと考えられ、その点で一般的に想定される危険性といえよう(事故型②機能性欠如+頻出・定型的な危険性)。さらに、事故型②のこの類型では、とくに被害者が土地・工作物を利用する際に問題となる場合が多いと考えられ、これらの者は、例えば建物を利用するにあたり、その床が滑りやすい材質ではないあるいは転倒の危険が少ないものという安全性を備えたものという信頼、さらに、利用者はそうした危険性の認識を有しえない、つまり当該瑕疵による危殆化の可能性が隠されているということ(それだけ利用者が注意を払う可能性も減じられているといえる)も、厳格な責任の正当化理由の諸要素として挙げることができよう²⁰⁹⁾。

しかし、判例は、こうした事故型①及び②以外でも、土地工作物責任における瑕疵を広げて捉えている。それは、建物に吹き付けられたアスベストによる生命・健康侵害である²¹⁰⁾。アスベストによる健康被害は、それが吹き付けられた継続的な建物の利用の際に一定量を吸い込み、それが蓄積し、経年してはじめて生じるものと考えられ、上記にみた一次的・突発的に起こる事故型とは異なる加害構造を有する。判例も学説も、この事例を民法717条による規律を批判するものはみられないが²¹¹⁾、事故型①及び②同様に加害構造の違いは意識しておくべきであろう。

そのうえで、そもそもこの場合を民法717条の規律対象とすべきかという疑問もあるが、ここで示唆を与えるのは、民法717条も瑕疵による危険性を規律することから、「共通項としての危険性」の観点を手掛かりにして得られる危険責任の「思考の産物」であろう。すなわち、危険責任の加害構造において、一次的・突発的な事故型のみを問題とするだけでなく、微量の有害物質の放出による加害を捉える通常操業型もある。アスベストの付着した建物使用による健康被害・生命侵害は、この通常操業型に親和性を持つといえ(目的物の使用を介した侵害のため、ここでは通常使用型と名付ける。通常使用型は建物の場合だけに問題となるわけではなく、例えば、土地においても、土地に健康被害を惹起する有害物質が存在し、その継続的曝露を受けた使用者がその有害物質を原因として後年になって疾病を発症したという事例も想起されよう)、危険責任の法実践レベルでの展開が抑制的であるがゆえに、民法717条の瑕疵責任に仮託される形で、同条による対処が求められているといえる。

以上のことから、民法717条は事故型と通常使用型という二つの加害構造を規律対象に置いていると考えられるのである²¹²⁾。

この通常使用型の危険性は、微量の有害物質を吸い込み、このことが建物の継続的利用を通じて、累積・蓄積することで最終的に生命侵害・健康被害を発生させるというものである²¹³⁾。アスベストの健康被害にのみ着目すると、危険責任に接近しているといえるが、しかしこれを以て建物（土地工作物）に定型的で一般的・抽象的な危険性があるというのではなく、アスベストの付着した当該建物に瑕疵があると判断され、それを以て建物占有者・所有者に帰責されるのであり、この点で事故型①及び②と共通して、717条責任の規律対象となっていると考えられる。被害者救済にとっても、こうした構成は重要である。すなわち、本来であれば、危険責任にも服する危険性と比肩するものといえるが、アスベストを製造した製造者への責任追及（民法709条、719条、あるいは製造物責任法施行以降であれば、同法に基づく責任）以外の民事責任では、アスベスト排出により生命侵害・健康被害を被った建物利用者を保護する危険責任を定めた特別法はなく、またこのアプローチも、製造者が多数考えられる場合に必ずしも被害者の全面的な救済となるわけではない。むしろ建物占有者・所有者に対する717条責任は、責任主体が明確なものとなって、被害者救済にとっても十分な受け皿となりうるものと考えられるのである（より実践的な意義として、当該建物の利用者がアスベストを原因とする疾病に罹患したことが確定できるならば、原因となったアスベストの製造者を探索して損害賠償請求するよりも建物占有者・所有者に損害賠償請求することで責任追及を一元化することができるというメリットもあろう）。

以上をまとめよう。これら二つの加害構造の類型から、民法717条責任の「危険性の質」、つまり、この責任が課される理由付けが、次のように明らかとなる。すなわち、一つは、事故型①及び②であり、土地工作物の瑕疵が有することによって結果として生じる物理的エネルギーの大きさ及びその危険性（さらには付加的要素として危険性の秘匿や信頼を合わせて考慮する）に着目するものである。二つが、通常使用型であり、土地工作物に付着する有害物質による生命侵害・健康被害に対する危険性の大きさに着目するものである。いずれも土地工作物に瑕疵があることによって生じる危険性の大きさに着目し（さらに付加的衡量要素があればそれを踏まえて）、以て責任者（占有者・所有者）への帰責を正当化することができると考えられる。ここでの瑕疵及び帰責の判断では、土地工作物のあるべき性状・性質、そして瑕疵があることによる危険性（の有無）が客観的に判断することが重視されており²¹⁴⁾、人の行為の態様を判断の対象とする過失責任の判断と対照的である。このように民法717条の「危険性の質」を捉えることができることで、同条の責任を特徴付けることができよう。

③ 責任の性質決定——伝統的な二つのアプローチと態度決定

民法 717 条責任で問題となる「危険性の質」を以上のように捉えた時に、同条の責任の性質はどのように判断されるべきか。

すでに触れたように、民法 717 条の瑕疵をどのように捉えるかをめぐっては、大きく分けて二つのアプローチが示される²¹⁵⁾。一つは、土地工作物の瑕疵の定義に照らして適合的なものと考えられるが、当該土地工作物のあるべき性状・性質を欠いていることを以て瑕疵と理解し、責任者の行為態様を第一義的には問わない客観説である。二つは、瑕疵を安全確保義務違反と捉える義務違反説である。

両説の比較検討から、義務違反説の問題点は明確に指摘されている。すなわち、義務違反説の理論上の課題としては、義務の不履行主体の不明確さ、瑕疵ではなく義務違反とすることで判断水準の低下及びそれに伴う救済の欠如が生じる可能性、さらに民法 709 条と関係付けることの意義等が挙げられる。また安全確保義務の主張立証責任が原告被告双方で負うことになる可能性がある等要件事実上の課題があることも指摘されている²¹⁶⁾。このように義務違反説の理論上・要件事実上の課題に加えて、実際の帰結もそれほど変わらないということであれば、あえて義務違反構成を採る必要がない²¹⁷⁾とされることもある。

本稿で示したアプローチに照らしても、義務違反説の問題は次のように考えられる。すなわち、たしかに、「共通項としての危険性」からみたときに、民法 709 条の過失責任で問題となる危険性と、民法 717 条で問題となる瑕疵責任の対象とする危険性とは、いずれも危険性を問題とし、かつ前者が瑕疵により生ずる第三者の侵害の結果回避を懈怠したというように広範な射程を持つと考えられるならば、後者を当然に包摂しようと考えられる²¹⁸⁾。それゆえに義務違反構成を以て民法 717 条の瑕疵を理解するアプローチは理由がないものではない。しかし過失責任の対象とする危険性と瑕疵責任の対象とする危険性との関係性について、前者が後者をカバーするとしても、後者の問題において、適切な判断ができない場合には別として、後者の問題を前者の問題として処理すべきという関係にならないのは当然のことであり、まして後者の判断を前者と同様の判断枠組み・基準でおこなうべきということにならないのもまた当然である。

民法 717 条の規律対象とする瑕疵が有する危険性の分類からみても、次のように説明できる。すなわち、事故型①では、瑕疵の有する物理的エネルギーの大きさそしてその危険性が帰責判断にとっては重要であり、ここに結果回避義務を觀念しその違反を以て帰責することは事態適合的ではないと考えられる。事故型②（機能性欠如+物理的エネルギー）でも同様である。通常使用型においても、例えばアスベスト等の有害物質の危険

性の認識とその除去が問題となるならば、709条責任のアプローチとの差は相対的であり、義務違反構成による規律も可能であると考えられる。しかし、有害物質が土地工作物に付着し、それに対する曝露と少量の吸引の蓄積という加害構造、ここで問題となる危険性は危険責任にも匹敵するものであること、そしてその危険性が実現した場合の責任主体への帰責という帰責構造は、それぞれ、行為主体に求められるべき措置の不履行を帰責するという義務違反構成とは異なる特徴を示すと考えられる。

このように考えると、客観説は、瑕疵の定義との対応性及び危険性の質との対応性から、支持されるべきと考えられ²¹⁹⁾、これに対して709条責任と親和的な義務違反構成はあえて採用する必要はないと考えられる。

④ 責任主体の理解

——占有者概念の拡張及びそれに基づく複数の第一義的責任主体の定立の可能性

民法717条は条文の構造から示される責任主体の規律から明らかなように、占有者が第一義的な責任主体とする。これは、当該土地工作物をより管理できる地位にある者に、その責任を負わすべきという考えによるものとされる²²⁰⁾。その一方で、所有者の責任は、損害分担の理念から所有者に免責を認めず責任を一層荷重していると説明されるものの²²¹⁾、条文の規律の仕方として占有者の免責がなければ責任を負わない補充責任とされており（民法717条1項ただし書）、損害を被った第三者との関係で所有者へ対外的な責任をストレートに課す規律とはなっていない。このような規律の仕方になったのは、立法過程²²²⁾において、妥協の産物²²³⁾とされるように、熟慮に基づいて審議を尽くされた末で定められたわけではなく、この規律は立法上の問題があるとされる²²⁴⁾。また理論的にみれば最終的な責任負担は所有者が負うべきと考えられること²²⁵⁾や、実際の面においても、占有者は賠償資力が乏しいと考えられる場合もあるにもかかわらず、占有者が対外的な責任を負うことで所有者が対外的責任を免責されるためかえって被害者救済に欠ける可能性²²⁶⁾も指摘される。

こうした諸問題を克服するためには、a. 直接の占有者ととも所有者も、民法717条の占有者と位置付け、併存的な関係に置くとするか、さもなくばb. 正面から所有者を第一義的な責任主体とするというアプローチが考えられるところである。以下順にみていこう。

a. のアプローチについて、所有者は直接の占有者の占有を介して間接占有をおこなっているといえるため、所有者は民法717条の占有者として、直接の占有者ととも責任を負うというアプローチを採ることが考えられる²²⁷⁾。たしかに、所有者は、占有者が

免責されれば、仮に必要な注意を払っていたとしても免責されないため、こうした構成を採る意味は一見すると乏しいとも考えられ、所有者ではない間接占有者を民法717条の占有者と理解することには消極的な見解もみられる²²⁸⁾。しかし、こうした理解では占有者の免責はなかなか認められないとされることから²²⁹⁾、賠償資力の関係で直接占有者のみが対外的な責任を負うことでかえって被害者の救済に欠ける事態も生じかねず、上述の理論的問題が残ってしまうのである。

本稿の立場からも、所有者を民法717条の占有者と捉えることは、次のように支持される。すなわち、土地工作物責任で規律対象とされるべき瑕疵の有する危険性の大きさ(事故型①及び事故型②、そして通常使用型のそれぞれの類型で問題となる危険性の説明参照)から、717条責任は厳格な責任が賦課されると考えられる。さらに「共通項としての危険性」の観点から、まず危険責任における保有者の決定に示唆を受けて、厳格な責任の主体の決定は、——物権法の占有概念によらずとも——処分権限の有無・自らの計算での活動の遂行という観点から、不法行為法上自律的に判断できると考えられる²³⁰⁾。同様に、「共通項としての危険性」の観点から、危険責任の責任主体への帰責を支える基本的な考えに示唆を受けて、厳格な責任はその危険源の保有者が負うべきという考えも導出できよう。以上を踏まえると、土地工作物の所有者は、たとえ直接占有者がいる場合でも、原則として当該土地工作物に対し民法717条の占有者と性質決定され、この立場でその責任が問われかつ帰責されうると考えられる^{231), 232)}。

学説上は、直接の占有者を第一義的な責任者とみて、間接占有者を補充的な責任とする見解が支持を集めているが²³³⁾、直接の占有者が免責されない場合にはそもそも間接占有者を責任者として挙げる実際的な意味がなく、またこの者が免責される場合でも間接占有者が所有者である場合には、所有者は民法717条ただし書により補充的な責任を負っており、あえてこの構成をとる意味がないし²³⁴⁾、さらに条文構造上の矛盾も生じる²³⁵⁾。なにより、すでにみた、「危険性の質」及び「共通項としての危険性」、それぞれの観点から示唆を得たアプローチに基づいて、直接の占有者と併存的に所有者も民法717条の占有者とするのは、こうした理論上、実際上そして規定上の各諸問題が生じないと考えられるのである。

次にb.のアプローチは、どうであろうか。これを支持する立場は、瑕疵ある土地工作物による危険性は、所有者が負担すべきと考えられることや、所有者を第一義的責任主体とすることで事前的な対応が可能となること、占有者と比べた時の所有者の資力があること等をその正当化の理由として挙げている²³⁶⁾。起草者の趣旨は、現実的な対処を念頭に置いて占有者を第一義的責任主体としたが、所有者を第一義的責任とすること

によるこうした意義を見落としていたといえよう²³⁷⁾。所有者を717条責任の第一義的な責任主体とするアプローチは、現行法の解釈でこの正当化を模索する立場もあるが²³⁸⁾、立法論²³⁹⁾として支持する立場もある。

本稿の立場に立っても——すでに所有者の717条責任における占有者の判断と重なるが——、こうしたアプローチは十分に支持できる。すなわち、民法717条の「危険性の質」を考慮すると、事故型及び通常使用型の二つの加害類型に対応したそれぞれの瑕疵による危険性は、その大きさからして厳格な責任の賦課が正当化されると考えられる。そして「共通項としての危険性」の観点から、危険責任の帰責の仕方に示唆を受けて、厳格な責任が課される主体は、処分権限の有無・活動の事故による計算による遂行をおこなう者と考えられる²⁴⁰⁾。同様に、「共通項としての危険性」の観点から、危険責任が保有者に帰責されるという帰責を支える基本的な考え方に示唆を受けて、厳格な責任においては当該危険源の保有者が厳格な責任を負うべきという考えを導出することができよう。またこのことと関連して、物権法による概念である占有者・所有者という法概念をここで用いるのではなく、当該土地・工作物に処分権限を有する者が責任主体として理解されるべきとして保有者概念²⁴¹⁾を用いるべきであろう。

以上の検討から、瑕疵ある土地工作物について第一義的な責任主体を所有者とすることが正当化されよう。しかし、現行規定はその規律の仕方から、民法717条の第一義的な責任主体が占有者となっているため、b.アプローチはあくまで立法論であり、現行法の解釈では、a.アプローチの示すように、所有者を間接占有者として直接の占有者と併存して民法717条の占有者と位置付けるアプローチを採らざるを得ないであろう^{242), 243)}。

⑤ ま と め

以上、717条責任において、解釈論上争いがある要件に焦点を絞り、解釈の整理をおこなった。解釈論の対立は結局のところ、この責任における土地工作物の瑕疵をどのような危険性を持つものとして理解すべきかという態度決定にかかわっているのではないかと考え、本稿は、土地・建物の瑕疵があることによる危険性を物理的なエネルギーの大きさに求め、これを出発点として拡張例も含めて、その理由付けを明らかにした。さらにこれを踏まえ、717条責任の性質は、原則として物理的なエネルギーの大きさ及びこれに類する危険性の大きさを理由とする以上、結果回避措置を問題とするよりも、客観的にその帰責を考えるべきとして客観説を支持した。また責任主体の解釈に関して、上記危険性を考慮して、対外的にも責任主体として第一義的に所有者が責任を負うべき

として、民法717条の占有者概念の拡張に関して直接占有者のみならず間接占有者としての所有者も並列的に責任主体となる解釈論上の可能性を示した。そして、立法論的には第一義的に所有者が責任主体となるべきとしてその方向性を支持した。

(2) 動物占有者責任

民法718条は、社会生活における動力が牛馬から機械へと移行したこともあって、その実際上の意義は低下したことが指摘され、実際に、動物占有者責任に関する基本書等での説明は他の特殊不法行為の諸規定と比べても非常に少ないとされ²⁴⁴⁾、最上級審の裁判例も大審院と最高裁でわずかに10件程度²⁴⁵⁾である。その一方でペットブームに伴って²⁴⁶⁾、718条責任の法実践上の意義は引き続き残されているといえよう²⁴⁷⁾。法実践上の意義とともに、沿革的にみて、毒性ある大蛇や猛獣といった人身侵害の危険性の高い動物に対して厳格な責任を負わせるという発想は、危険責任の端緒ともいえることから²⁴⁸⁾、今日なお理論的な意義は失われていないとも考えられ、それゆえに、無過失責任の類推適用の根拠規定として、あるいはさらに特別法規定の解釈の指針としてしばしば取り上げられてきたとも考えられる²⁴⁹⁾。

① 動物危険とそれに対応する帰責の判断構造

それでは、同条の「危険性の質」を何に求められるであろうか。動物は、自身では——占有者のしつけ等を受けるとしても——理性的にコントロールできず、本能・情動に基づいて恣意的な活動をすることに伴い、人身侵害等第三者に損害を惹起する危険性が高いこと、ここに動物の固有の危険性を求めることができよう²⁵⁰⁾。このように、ある程度の一般的で定型的な危険性をもつものと捉えられることから、この危険の動物占有者への帰責を危険責任と性質決定することは、理に適っているとも考えられる²⁵¹⁾。その一方で、同条の規律対象とする動物には制限がなく、多種多様な動物が同条の規律対象に服することになれば、それだけ、問題となる危険性も大きく相違し、一般性・定型性をもって捉えることは困難といえ、危険責任と理解することはできない。

そうすると、ここでは、動物危険の実現を以てすぐに動物占有者に帰責するのは適切ではなく、多様性を有する動物危険に対して、これに対応して動物占有者が適切な対処・管理等の適切な注意を払わなかったことに、民法718条の責任賦課の理由付け、すなわち「危険性の質」が見出されるのである²⁵²⁾。そして、この不注意の判断基準について、多様な動物危険に対しては、具体的な対処が求められていると考えられ²⁵³⁾、動物の危険性を踏まえて水準が厳格化されるとしても²⁵⁴⁾、限界はあり²⁵⁵⁾、それだけ民法709

条の過失責任と接近してくるものと思われる。たしかに、動物による本能的・情動的行動があらかじめありうることは想定できることから、例えばある大型犬は脱走癖がありかつ噛みつき癖を有する場合に対して、抽象的な危険にとどまる段階でも一般的な監督措置等（しつけ教室や指導員のもとでの専門的な指導等で、強制的にこれらの癖を抑えていくこと）をすべきとはいえ、この点で、民法709条の過失責任よりも、対象とする危険性の抽象度が高い段階で措置を求められると考えられる。しかし、こうした対処だけでは動物危険への対処として十分ではなく、当該具体的な状況で、当該動物が理性を欠き本能的・情動的に活動を開始した場合においても、動物占有者は直接的に対処することをも求められよう。このように動物占有者に求められる措置の態様が幅広いものといえ、それだけ柔軟性を持った判断がここで求められている。この点、民法718条ただし書は、単に「必要な注意」とするのではなく、「動物の種類及び性質に従い必要な注意」としていることから、この条文の書きぶりからも、動物占有者による抽象的な危険化段階での対処から具体的な危険化段階での対処まで射程を広く取って弾力性を以て判断することを十分に支持できると考えられる²⁵⁶⁾。

そのうえで、民法709条の過失責任との関係性をみると、抽象的なレベルでも責任者に対応を求めることから、原則として具体的な危険を想定する709条責任との——相対的ではあるが——違いも見出され、718条責任を動物危険を考慮した独自性を持つ責任として不法行為法体系上位置付けることができよう²⁵⁷⁾。

② 責任主体——動物占有者の決定基準

責任の性質決定に加えて、次に問題となるのが責任主体の決定である。土地工作物責任の占有者・所有者の決定同様に、物権法の観点が重視されるとも考えられるが²⁵⁸⁾、「危険性の質」及び「共通項としての危険性」、それぞれの観点から、次のような責任主体の決定基準を示すことができよう。すなわち、前者から、動物危険を考慮して、注意義務の水準が厳格化されるように、責任が厳格化している。そして、後者から、危険責任において、その責任主体の決定は、処分権限の有無・自らの計算に基づく活動の遂行を基準としており、ここから厳格な責任の賦課される主体の決定はこうした基準に基づいて決定されるものと考えられるのである。このように、「危険性の質」及び「共通項としての危険性」という観点から得られた示唆を踏まえて、動物危険の責任主体の決定は、物権法の占有概念によるのではなく、不法行為法に基づいて決定することができると考えられる²⁵⁹⁾。したがって、民法718条は占有者を責任主体として挙げているが、動物に対する処分権限、動物を保有することを自らの計算に基づいておこなうことができる

者を、責任主体たる占有者として捉え、帰責していくことが求められよう。

そうすると、ある動物甲の所有者Aが、第三者Bに動物の管理を委託する場合——Aの負う責任内容は後述③参照——、Bは民法718条の占有者たり得るか。物権法のルールに従えばBは甲を直接に占有していることから、当然にこのことは認められそうであるが、上述の通り、民法718条の占有者を不法行為法独自の決定基準に照らしても次のように説明することができる。すなわち、この場合には、Bは、甲の保有・飼育態様に関して処分権限を有し、Bは自らの計算においてこの活動をおこなっているといえることから、責任主体としての占有者にあたるのが正当化されよう。実質的にみても、Aのみならず、Bもこの立場にあることで当該動物危険の除去および回避にとって最適と考えられることから支持されるのである²⁶⁰⁾。これに対して、逆に、会社の馬を曳いていた従業員や短時間犬の散歩をおこなっていた従業員というような占有補助者にとどまる場合には²⁶¹⁾、その者は実際的な対処は別として処分権限もなく、自らの計算で当該活動をしているわけではないことから民法718条の占有者に当たると解すべきではないであろう²⁶²⁾(これらの者を用いた者、例えば飼主や使用者が民法718条の責任主体としての占有者と考えられる)。

そのうえで、所有者Aが第三者Bに占有を委託し、Bが民法718条の占有者に当たる場合において、Aは同条の占有者となるかが問題となる。民法718条は占有者を責任主体としており所有者を明示していない²⁶³⁾。民法717条の占有者と同様に、民法718条の占有者に付き、「危険性の質」、「共通項としての危険性」という観点から得られた示唆を踏まえて、不法行為法独自の基準に立って自律的に決することになる。動物の所有者は、原則として当該動物の処分権限を有していると考えられ、その保有に関して自らの計算でおこなっていると考えられるため、民法718条の占有者に当たると考えられる——物権法上、直接の占有者を介して所有者は間接占有をおこなっているといえるが、物権法の観点を重視すると、当該動物に対する処分や支配の観点が、責任主体の決定との関係で隠されてしまっているといえよう。

③ 第三者に委託した場合の所有者の責任内容

次に問題となるのは、第三者に動物の管理を委せた所有者の責任内容である。判例(最判昭40・9・24民集19巻6号1668頁)は、所有者が第三者に動物を委託した場合には、第三者の選任・監督につき、動物の種類及び性質に従い必要な注意をおこなっていれば免責されるとする。さらに学説では、直接の占有者が動物の危険の対処をおこなうべきであり、占有を委託した所有者は、民法709条の責任を負う場合は別として、民法718

条の責任から解放されると解する立場もある²⁶⁴⁾。

しかし、所有者Aが甲の管理を第三者Bに委託することにより、自身の責任を軽減することは、動物危険の実現により損害を被る第三者との関係で、動物危険の管理に関する分業リスクをAからこの被害者に転嫁することを意味するに他ならない。自己の保有する危険源の管理を他者に委ねたという観点は、共通項としての危険性の観点からすれば、民法715条で問題となる分業リスクの考えが参考になる。それゆえに、所有者Aの責任内容を考えるにあたっては、動物危険と共にこの危険性も併せて考慮すべきである。また「危険性の質」及び「共通項としての危険性」という観点を踏まえて、危険責任の責任主体の考え方に示唆を受けて危険性が高い物に対し、処分権限を有する者は、責任主体として厳格な責任を負うべきという考えを導出できよう²⁶⁵⁾。したがって、Aは甲に対し、所有者として実質的に処分権限を有する者であれば、718条の責任主体として認められ、又、甲の危険性に依じて、厳格な責任を負う。それゆえに、甲の管理をBに委任しても、Aは、Bに対する選任・監督のみならず、その処分権限に応じて甲の有する動物危険の除去・回避のための措置を講ずるべきといえよう²⁶⁶⁾。実質的にみても、所有者が責任主体となることで具体的な結果回避措置以外にも保険等を含む事前的に有効な対処をおこなうことにインセンティブを生むことになると考えられる。もちろん、甲の危険性が非常に低く、AとBとの間で動物への対処可能性が大きく異なり、Bが専門家であれば、Aの義務は主として選任・監督に限定されることになろうが、一律これに限定するべきではなく弾力性を以て考えるべきである（ここでも民法718条1項ただし書の免責の余地があることはもちろんである）。

その一方で、直接の占有者Bにおいて動物管理に関する懈怠があったとして、このことを直接にAに帰責することは、動物危険の特性および分業リスクからして正当化できるものではなく（当事者間において使用者——被用者の関係が認められる場合は別として）、あくまでAの注意義務（過失）を動物危険を考慮して厳格化して理解することにとどまろう²⁶⁷⁾。このことと並行して、複数の者が責任主体と考えられることで被害者救済にも資するものと思われるのである。

④ 動物危険における責任主体の適切な名称

最後に責任主体の名称について付言すると、現行法では、責任主体が占有者とされ、所有者は明示されていない。所有者は民法709条の責任を負うとしても²⁶⁸⁾、「危険性の質」・「共通項としての危険性」の観点から、十分に、動物所有者が民法718条の責任主体となることが正当化されるのであり、これを条文上も明示すべきとも考えられ

る²⁶⁹⁾。そうすると立法に当たっても民法718条の責任主体の決定においても反映されるよう、責任主体の名称の変更(例えば土地工作物の場合と同様に、保有者)が検討されるべきであろう。

⑤ ま と め

民法718条責任に関して、同条が規律対象とする動物危険がどのような危険性を持つものかを明らかにし、責任主体の捉え方及び補助者を用いた場合の帰責判断について検討を加えた。とくに後二者につき、解釈論上対立があるところ、責任主体について、動物危険を考慮して、不法行為法の観点から独自の判断基準・衡量要素を明らかにすることで、「保有者」として捉え直すことで、事案適合的な解決を可能とすることができることを示した。また動物の管理の委託を受けた者の不法行為の所有者への帰責についても、この場合における所有者の責任緩和を示すアプローチもあるが、動物危険を考慮して一様に選任・監督にとどまらず、より柔軟に場合によっては厳格化を図ることができることを示し、事態適合的な解決となる可能性を示した。

(続く)

〈付記〉本連載は、科研費(若手研究(B)15K16963)及び同(基盤研究(C)20K01378)の助成を受けた成果の一部である。

注

121) 以下の分析・検討視座は、すでに、前田(太)・前掲注(1)「多元性^⑩」58-61頁で示したものをまとめたものである。

122) von Bar, aa.O. (Fn.32^①), S.269 und ders., aa.O. (Fn.32^②), S.1715. von Barのこの見解は、すでに潮見佳男『民事過失の帰責構造』(信山社, 1995年)222, 311頁で取上げられるが、そこでは危険責任の施行の産物として、危険性の強度により、抽象的な危殆化段階でもこう義務を賦課できる、つまり過失責任の枠組みでの厳格責任化が重視されている。

123) 本稿は、事故法(事故法という名称に付き、浦川・前掲注(2)192頁注(1))の中でも産業・工業化された危険性が問題となる場合を検討の中心に置いているため(vgl. Hans- Leo Weyers, Unfallschäden, 1971, S.1), こうした危険性とは基本的には異なる危険性が問題となる(林誠司「監督者責任の再構成(11・完)」北法58巻3号113-114頁)714条責任については直接の検討対象からは外れると考えられる。しかし、危険責任の不法行為法体系上の位置付けが変化することで、やはり同条の責任に関する解釈も影響を受けるものと考えられるため、その整理の可能性及び方向性を簡単に示しておきたい。①責任の性質に関して。精神障害者であれ、未成年者であれ、その者の行為一般が特別な危険に当たるような抽象的・定型的な危険性を持つとはいえず、同条の責任を危険責任によって正当化することは適切ではない(中原・前掲注(6)45頁, 同・前掲注(3)47頁及び長野史寛「『家族の責任』に関する覚書」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』(商

事法務, 2020年) 170頁参照)。②責任能力を欠く未成年者(以下単に未成年者とする)の場合の親権者の責任について。最判平成27年4月9日民集69巻3号455頁の射程にも関わるが、基本的に未成年者の行為は、人身損害の危険性が高い行為が中心とされ(林・前掲115頁, 久保野恵美子「判批」窪田充見=森田宏樹[編]『民法判例百選Ⅱ〔第8版〕』(有斐閣, 2018年)187頁), 平成27年判決が示した緩和された監督義務の直接の射程は、危険性の低い行為が問題となる場合に限定されよう(窪田・前掲注(4)・198頁, 菊池絵里「判解」最判解平成27年度民事篇197頁は、同判決は事案に即した解決を示したものとする)。その一方で、同判決が、権利侵害の態様、当該未成年者の行為が孕む危険性の多寡、親権者の当該事情における監督可能性等、具体的状況を考慮して親権者の監督義務を措置しその履行または懈怠を判断すべきことを示したのものとしてその意義を強調するならば(水野謙=古積健三郎=石田剛『〈判旨〉から読み解く民法』(有斐閣, 2017年)478頁[水野謙執筆], さらに中原・前掲注(3)49頁注72, 同・前掲注(6)48頁及び同「判批」百選Ⅱ189頁も参照), 民法714条は柔軟かつ具体的な判断を可能とする責任規範となることが求められる。このことは、同条が対応すべき事案の対象が、多様性・多元性を持つ未成年者の加害行為であって(久保野恵美子「子の行為に関する親の不法行為責任(1)」法協116巻4号5頁(1999年)も、責任能力ある未成年者も含めて、事案類型の多様性及び年齢の幅を指摘する), その危険性も多様性・多元性を持つと考えられ、さらにそれに応じた予見可能性及び結果回避の判断を柔軟かつ具体的におこなう必要があると考えられるならば、なおさらあてはまるものであろう。筆者は試論にとどまるが、民法714条の責任判断の構造・構成及びこれに基づく具体的判断の範型を次のように整理したい。まず、民法714条の責任判断の構造・構成について、同条は、責任能力を欠く未成年者の第三者への加害行為の危険性・リスクがあり、それが実現した場合(α)に、親権者の監督義務の懈怠(β)を介して、親権者に帰責すると理解できる。 β の判断が一律・画一的であれば事態不適合な解決となりかねず、 α との関係で相関的に判断される。この具体的判断は、未成年者の行為が有する危険性を手掛かりにして次の二つの範型を示すことができる。未成年者の行為が危険性を孕むものである場合には、未成年者に対する親権者の干渉可能性の高さから支配可能性を肯定し、かつ未成年者の行為の危険性が人身損害に及ぶ場合には、抽象的な危険性にとどまる場合でも親権者に監督義務に沿った措置の履行が求められると考えられよう(714条a義務)。ここでの厳格な責任の根拠は、過失責任に基礎づけられるものの、その厳格さは、支配可能性の高さと加害リスクの高さに求められよう(林・前掲112-115頁)。またこれは、 α と β から構成される714条の判断構造からも支持される。すなわち、当該未成年者の活動が危険性の高いものであり、かつそれだけ人身侵害の危険性も高いものであることが認められるならば、それに対応して法定監督義務者たる親権者は抽象的な危険性がある段階での対処が求められ、かつ厳格な水準で判断され、その懈怠は親権者に帰責されるべきと考えられるのである(なお結論からみて危険責任との接近はうかがえるものの、 α のみで親権者に帰責するわけではなく、また α で問題となる危険性が人の行為を問題とし、機械的・工業的な危険のように一般性・定型性をもつものではないと考えられること、さらに β においても監督義務の履行でなお免責の余地が残されていること等から危険責任としての性質は否定されよう)。これに対して、平成27年判決で問題となったように未成年者の行為の危険性が低い場合には、親権者は人身損害を加えないように日常的な指導監督をおこなうとともに、具体的な危険性が予見できる場合には、これに対する対処が求められるといえよう(714条b義務)。これも α と β から構成される714条の判断構造からも、 α での危険性が具体的なものでありかつ低いものであるから、 β での判断はそれに対応した対処で足りるとして支持されよう(さらにこれを支える考え方として、林・前掲113-114頁が示すErwin Deutschの示唆する子の活動の自由(さらにはそれに伴う成長)の保障と被害者ないし社会における不利益の甘受の考えは示唆に富む。これに対する窪田充見「サッカーボール事件—未成年者の責任無能力者を巡る問題の検討の素材として」・論ジュリ16号15頁注17の比較法的な知見を踏まえた批判も参照)。以上の試論は、中原・前掲注(6)48頁の示す714条責任における「過失責任規範」による「継続形成」と方向性を一にするものと思われる(さらにこのように

- 714条の親権者の責任が柔軟に判断されるならば、責任能力ある未成年者の加害における親権者の709条責任の解釈への影響も考えられる。中原・前掲注(6)48頁、久保野・前掲187頁)。^③精神障害者の賠償責任について。最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁が明らかにしたように、原則として精神障害者には法定監督義務者が否定され、準監督義務者性も具体的な事情により大きく左右される事が懸念されるように、賠償責任の主体の問題が生じている。すでにみたように精神障害者の他害可能性は多様であり、一義的に決まるものではないことから、精神障害者の他害につき具体的な危険の予見可能性を有する者に監督措置の履行が求められるというように、民法709条の過失責任による判断に適合的と考えられる(詳細につき、前田太朗「精神障害者の加害行為における不法行為帰責の問題」愛学58巻1=2号)。そのうえで、同条での判断枠組みの進展を考えるとともに、こうした一般条項による対処により責任主体の無碍な拡大への懸念や逆に責任主体が全くいないと判断されることで被害者の救済が不安定化する懸念も生じよう。これに対処するために、責任能力制度の見直しや衡平責任の創設といった立法論(窪田充見「責任能力と監督義務者の責任—現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」現代不法行為法研究会編・前掲注(3)92-96頁及び中原・前掲注(6)49頁。各論として、衡平責任について、田中洋「ドイツにおける衡平責任(Billigkeitshaftung)—責任無能力者による加害行為への法的対応」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』(商事法務、2020年)147-150頁、責任能力制度に関して、根本尚徳「民事責任能力の異議に関する基礎的・比較法的考察—ドイツの学説による議論を手がかりとして」同書210-212頁参照)は検討がさらに進められるべきである。
- 124) 四宮・前掲注(43)687頁は、民法715条1項ただし書が空文化することで、事業執行性要件を「使用者責任の要件の中最も重要な意味を持っている」と評する。森田・前掲注(9)446-447頁も参照。
- 125) 事業執行性要件を巡る解釈論の展開に付き多くの論稿があるが、本稿は、とくに以下の文献に負うところが大きい。とくに、神田孝夫『使用者責任(新版)』(一粒社、1996年)55頁以下、田上富信『使用関係における責任規範の構造』(有斐閣、2006年)97頁以下、錦織成史「使用者責任の事例群の分化と帰責構造」論叢163巻2号1頁以下、瀬川信久「『事業執行性』の展開と使用者責任の多元性」藤岡康宏先生古稀記念論文集『民法学における古典と革新』(成文堂、2011年)351頁以下、森田・前掲注(9)405頁以下、中原・前掲注(99)203頁以下。
- 126) 乾昭三「使用者の賠償責任」『総合判例研究叢書 民法(4)』(有斐閣、1967年)275-276頁、四宮・前掲注(43)692頁、森田・前掲注(9)414頁、中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理(2): 使用者責任とその周辺問題に関する再検討」法協128巻2号28-29頁。
- 127) 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937年)161-162、168-170頁が事業執行性要件につき、使用者責任を支える正当化根拠を踏まえて広く解すべきことを指示し、その例証の一つとして大正15年判決を挙げる。加藤(一)・前掲注(3)177、181頁も同旨と考えられる(我妻及び加藤(一)が同判決をこのように支持することは中原・前掲注(126)28-29頁にすでに指摘されるところである)。
- 128) 蕪山巖「判解」最判解民事篇昭和40年度437頁も、行為の外形を客観的に観察して被用者の職務行為といえるかという言説をもってしても、「きわめて概括的であって、いかなる場合に職務執行行為の外形が成立するかを判断するには、一層明確な標識を必要とする」とする。
- 129) 藤岡・前掲注(26)325頁。
- 130) 学説に付き、浦川道太郎「使用者責任の射程」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)279-280頁、潮見・前掲注(3)37-38頁及び森田・前掲注(9)406-410頁に簡潔にまとめられるところ参照。
- 131) 田上・前掲注(125)128-129頁は、判例を具に検討したうえで、取引の不法行為でも事実的不法行為でも外形理論が有用な判断基準を示すに至っていないとして、「捨て去るべき」と厳しく批判し、別の基準の提示を模索する。外形理論に対する同様の評価として平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂、1992年)234頁、神田・前掲注(125)354頁。

- 132) 潮見・前掲注(3) 37頁は、学説では、①取引的不法行為において外形理論を採用することにつき、「[学説では] ほぼ異論をみない」とするのに対し、同40頁は、②外形理論が取引的不法行為で展開し、信頼保護の考え方と結びつくことで、こうした考え方が直ちには当てはまらない事実的不法行為においては、外形理論の採用は無理とする方向で「議論が収束しつつある」として、取引的不法行為と事実的不法行為で、外形理論への評価が対照的な状況にあることを明らかにする。
- 133) 窪田・前掲注(4) 218頁は、学説では多様なアプローチが主張されるが、支配可能性と利益の帰属性という二つの観点に収斂できるとする。
- 134) 浦川・前掲注(130) 280頁。近時でも中原・前掲注(126) 30頁は、「[学説の] 議論は非常に錯綜している」と指摘し、以前においても四宮・前掲注(43) 687頁が「判例・学説はその判例基準の明確化・具体化に苦心している」と評していたように、事業執行性要件を巡る議論は、従前から今日まで議論の対象となっている。
- 135) 瀬川・前掲注(125) 573-574頁。
- 136) 森田・前掲注(9) 438頁。錦織や中原も、森田と外形理論の射程に関する理解は近いものと考えられるが、後掲注(164)に示すように、暴行行為に対する外形理論の射程の理解は分かれる。
- 137) 森田・前掲注(9) 446-447頁は、使用者責任が代位責任と解され、民法715条1項ただし書の免責立証が空文化することで、事業執行性の要件が責任の範囲を画する唯一の要件となったとし、「理論的にいえば、そのような意義を有する事業執行性の要件には、使用者の被用者の行為について責任を負うのはなぜなのかという、その帰責根拠が投影されている」とする。神田孝夫「企業の不法行為について」同『不法行為責任の研究』(一粒社、1988年)〔所収〕14-15頁及び中原・前掲注(99) 203頁も参照。
- 138) 田上・前掲注(125) 100頁、中原・前掲注(126) 28-29頁及び森田・前掲注(9) 412-413頁。
- 139) 前掲注(127)において挙げた我妻及び加藤(一)が大正15年判決が示したアプローチを支持するという点について、中原・前掲注(126) 28-29頁は「使用者責任の正当化根拠に合致するものとして基本的に支持された」とする。また藤岡・前掲注(26) 328頁は同判決を引きながら、責任原理と結び付けられる事業執行性要件の解釈のために基礎理論構築の必要性を示唆する。
- 140) 前掲注(5) 参照。
- 141) 使用者責任に関して錦織・前掲注(125) 2-3頁及び瀬川・前掲注(125) 533頁。例えば、森田・前掲注(9) 447-448頁は、外形理論との関係ではあるが、使用者責任で問題となる危険性について、「加害行為を行った被用者にこの加害と行為と相当の関係性を持つ職務を職制上または事実上分掌させていた場合」や「被用者に危険性ある手段・道具や機会(原文ママ 機械?)の利用をゆだねていたといえる場合には、加害行為を行うことが客観的に容易である状況が使用者によって作出されていたと評価することができよう」とし、「そのような危険が実現した場合には、かかる加害行為の危険を自ら設定ないし作出した使用者その責任を負うべきというのが、危険責任ないし報償責任の考え方であるといえよう」とする(錦織・前掲注(125) 8-9, 13頁も参照)。しかし、前者の危険性は、加害行為を行う被用者への職務分掌それ自体を危険とするものであり、後者の危険性は、被用者により用いられる機材の危険性である。前者の危険性は、このことが危険責任足りうるかが問題となるとともに、(のちに加害行為を行うことになる)被用者に職務が分掌されることがどのような危険を意味するのか必ずしも明らかではないとともに、仮に、他者に自らの職務を履行させることが危険だということになると、ここで問題となる危険は、危険責任と比べるまでもなく、使用者の厳格な責任賦課の正当化を図るには不十分であろう(後掲注(142)に挙げる中原の指摘参照)。後者の危険性は、そもそも使用者責任に特有の危険性といえるかが疑問(この点につき、中原・前掲注(99) 208頁)であり、危険責任に服する自動車の場合は別としてそれ以外の機械等の付与や使用許可は、機械一般の危険責任は認められていないことやその正当化の難しさから、やはりこれを以て使用者責任の厳格化の正当化は難しいと考えられる。
- 142) 使用者責任の正当化根拠を考えるにあたり次の指摘が重要である。すなわち、中原・前掲注(126) 67-68頁は、使用者責任の正当化根拠を単純に「無過失責任」に求めるのではなく、使用者責任

が「現実には妥当している責任の枠組みに注目し、その正当化根拠と射程の探求を冷静に行う…ことにあるように思われる」とし、使用者責任を代位責任として理解するとしても、「その内在的探求こそが必要であった」とし、この責任構成が、「典型的な無過失責任とは異なる（それゆえ古典的な無過失責任原理は妥当しない）ことを素直に認識しつつ、なお存在する典型的な過失責任からの乖離に着目してその正当化が試みられなければならない」と指摘する。これは、使用者責任の特性・意義を支える責任原理の提示を重視する本稿のアプローチにとって大変示唆に富む指摘である。

- 143) すでに前田（太）・前掲注（1）「多元性⑩」65-71頁において、オーストリア法の展開踏まえ、使用者責任を定める ABGB1315 条及びそれと関連する解釈論上の問題につき、分業リスクの観点から整理をおこなった。オーストリア法では、使用者責任規定の法実践レベルでの有用性のなさを克服するように法発展がなされてきたのに対して、日本法では、使用者責任の拡大と多元化と評されるように（瀬川・前掲注（125）573-574頁）、法実践レベルでの有用性が高かったともいえ、両国のこの分野における法発展は相当に異なっている。しかし、日本法では使用者責任が拡大・多層化したことでかえって見通しが悪くなっているといえ、責任原理の観点から整理することは、今後の法運用の安定化や法発展にとって重要なものと考えている。
- 144) 被用者の過誤行為の使用者への帰責にあたり、使用者の作出した使用関係に基づくリスクとして、領域原理を援用して正当化することも考えられる（錦織・前掲注（125）12-13頁）。しかし責任賦課の正当化としては、領域を強調するよりも、領域内にあるリスクがどのような性質・強度等を有するか、そのリスクに対する支配可能性の有無・程度等の視点から考える方が、より説得的なものと思われる（Franz Bydliniski, Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen, ZVR 1980, 354,360 は、使用者責任で援用される領域思想に対し、責任賦課の正当化の理由付けとしては中立的である旨を示し批判する。日本法においても、より一般的に領域思想・原理それ自体に対し、山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法（4）ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）と動的システム論を手がかりとして」論叢 169 号 53 頁注 195 は上述したことと同旨の批判をすでにおこなっている）。
- 145) 他者に職務を分掌することが危険なのではなく、各被用者への職務分掌により、個々の分掌された業務の具体的遂行の使用者側の把握が困難となることで危険性を増すと考えられる。学説では、職務分掌や危険性ある機械の使用許可等を以て、危険の創設行為・先行行為と捉える見解もあるが（錦織・前掲注（125）8-9頁、森田・前掲注（9）423-424頁）、後述するように、ここで重要なのは分掌行為によってどのような危険性またはリスクが生じるかという視点であり、これが抽象的なものであれば、報償責任や危険責任といった従来の責任正当化アプローチとの差は相対的であろう。これに対し、本稿はこれを分業リスクに求めており、このことで危険創設行為・先行行為よりも一歩踏み込んで使用者責任で問題となる危険性の特徴を捉えることを意図している。
- 146) 報償責任及び危険責任による外形理論の影響は、分業による効率的な事業遂行という利益と、分業による概観不可能性による対処不能という危険に、それぞれ具体化・適合化でき、このことでもって、使用者責任の帰責構造に対応する責任賦課の正当化がなされると考えている。但しここでの利益が経済的なものというよりも観念的なものとどまるのであれば（中原・前掲注（99）191 頁注 7 参照）、責任賦課の正当化に当たって重要なのは、分業による概観不可能性による対処不能という危険性・リスクであろう。
- 147) この可能性に付き、スイス法での指摘であるが、Pierre Widmer, Liability for Damage caused by Others under Swiss Law, in: Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Jaap Spier (edit), 2003, RdNr.4, S.260 は、「代位責任は、厳格責任一般から導き出せる必然の結論であるということである。責任は、人間の行為に結び付くのではなく、リスクについて客観的に定義された状況に関係するならば、論理的な帰結は、操業者の責任は、直接の損害を惹起したのは誰であれ、そうしたリスクの現実化に対して責任を負うと考えなければならないのである。少なくともそうした人は、創業者のリスク領域の中で活動しており、かつそうすることは

- 禁止されていない。スイスの解釈学においては、そうした『有機的な』代位責任の現象は、当然に、全ての厳格責任の形態に内在して」いるとする。また立法論として、潮見・前掲注(30)14頁は人的危険源の創設・維持管理と捉え、危険責任を根拠として援用する。
- 148) 中原・前掲注(3)47頁及び同・前掲注(6)45頁は、被用者を用いることの危険性が低いことや定型性を欠くとしている(国家賠償責任のコンテクストであるが、同「使用者責任と国家賠償責任—比較考察と横断的整理の試み」平井宜雄先生追悼論文集『民事責任法のフロンティア』(有斐閣、2020年)447頁も同旨)。比較法的にもこのことが指摘される(vgl. Gerhard Wagner, Vicarious Liability in: Towards a European Civil Code, Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud Hondius, C. Mak, Edgar (Ed.), 4. Aufl., 2011, 903, 904)。本文の説明はこの批判につき、人を用いることによる危険という点で分業リスクと共通すると考え、スライドしたものである。
- 149) オーストリア法での危険責任の特別法における補助者責任規定は、「特別な危険」の保有者は、補助者の事業遂行に付きなされた有責な行為による損害に対して、保有者自身の有責性を問題とすることなく、損害賠償責任を負うとするものがあり(例えば、EKHG19条2項, AtomHG17条, RHPfG2条)。こうした規定は、ABGB1315条に対する特別な規範となっている。ここでの帰責の理由は、保有者の保有する特別な危険の有する危険性の強度が考慮されている(vgl. Helmut Koziol, Haftpflichtrecht, Bd.2, 2018, 3. Aufl., D3 RdNr.49, S.939; Eva Ondreasova, Gehilfenhaftung, 2013, S.93は、「活動の高められた危険性は高められた責任をもたらすべきという責任法に内在する思想」が、こうした厳格な使用者責任規定を支えることを示唆する。前田(太)・前掲注(1)「多元性⑦」65-69頁で取上げたA.Ehrenzweigの事業危険構想にも示されていたものである。)。このことを反対に解釈すれば、使用者の事業に「特別な危険」がなければ、被用者・補助者の不法行為を帰責するためには、さらなる理由付けが必要であると考えられ、また分業リスクは、「特別な危険」に当たらないことから、被用者の不法行為の使用者への帰責を正当化するためには、やはりさらなる理由付けが求められると考えられるのである。
- 150) 錦織・前掲注(125)21頁注15は被用者の使用についてであるが、その危険性を捉えて厳格な責任を課すとすれば、それは伝統的な危険責任と異質のものとして指摘する。
- 151) 蕪山・前掲注(128)440頁。
- 152) 錦織・前掲注(125)24-25頁, 中原・前掲注(99)206-207頁。これに対して森田・前掲注(9)447-478頁は、職務分掌行為により危険性が設定され、被用者の分掌された職務行為を濫用・逸脱することは、この危険性が実現したものと捉え、使用者の結果回避措置の履行態様を重視しない。こうした理解に対しては分業リスクの観点からみて、このリスクが厳格な責任を認めるに足るほどのものではないことや、危険責任との評価矛盾という批判が当てはまらう(中原・前掲注(99)207-208頁の指摘参照)。
- 153) 蕪山・前掲注(128)439頁。蕪山はこのように説明したうえで、本件は、職務との関連性を判断する事例として限界的なものとする。
- 154) 橋本・前掲注(30)119-121頁, 同・前掲注(36)314-316頁。
- 155) 侵害される法益が取引の不法行為と事実的不法行為で異なることで、②で問題となる結果回避措置の水準が異なることについて、田上・前掲注(125)124頁。
- 156) 潮見・前掲注(3)40頁は、取引における外観の信頼を保護するという思想に外形理論が結び付けられていることから、これを「事実的不法行為の場合に採用するのには無理があるという方向で、議論が収束しつつある」と評される。
- 157) 森田・前掲注(9)415頁以下, 特に418-423頁。四宮・前掲注(43)693, 697-698頁も、被害者の主観的事情を、悪意の抗弁として信義則の問題と捉えており、ここから被害者の請求権を否定することを重視していると考えられ、また外形理論から切り離して説明することから、同旨を示すものと考えられる。また、蕪山・前掲注(128)注3 440-441頁も、表見法理では、取引の安全の保護が重要なものとなり、信頼の保護という要素が必要であるのに対して、不法行為法では、

- 取引的不法行為であっても加害行為とそれによる損害の発生が必要であるが、ここでは被害者側の事情、信頼の保護という要素は、過失相殺で考慮されることはあれ、責任判断とは無関係であるとして、外形理論において信頼の保護を考慮することを否定的に解する。ここからも信頼の保護の考慮と責任判断との区別が意識されていることが明らかである。判例の立場は、事業執行性が責任の成否にかかわることから、総合的な考慮が必要と考えられ、外形理論の中に取り込まれていったとも考えられるが、そもそも事業執行性の要件が被用者の行為を使用者に割り当てるか否かを客観的に判断するものと理解されるならば、被害者側の事情をここに取り込むことは次元の異なる判断を織り込み、外形理論をブラックボックス化してしまうことになる。
- 158) 平井・前掲注 (131) 234 頁。
- 159) 森田・前掲注 (9) 422 頁。
- 160) 森田・前掲注 (9) 438 頁 (但し暴行行為は除く。同 439-441 頁)、錦織・前掲注 (125) 29, 36-37 頁 (暴行行為を含める)、中原・前掲注 (99) 205-209 頁 (暴行行為を含める)。
- 161) 最判昭和 37 年 11 月 8 日民集 16 卷 11 号 2255 頁 (被用者が社用車を私用で用いた際の交通事故において、外形的にみて職務行為の範囲内にあるとする)。
- 162) 最判昭和 44 年 11 月 18 日民集 23 卷 11 号 2079 頁 (工事現場における作業員同士の道具の受け渡し方を契機とし、その後の休憩時間中に暴行行為がなされた場合において、事業執行行為との密接関連性を肯定する)、最判昭和 46 年 6 月 22 日民集 25 卷 4 号 566 頁 (鮎加工業において鮎容器の回収作業のため自動車を使用していた被用者が、交通関与者と交通トラブルに発展し、暴行した場合において、事業執行行為との密接関連性を肯定する)、最判昭和 58 年 3 月 31 日判時 1088 号 72 頁 (荷積み作業中に作業員同士で口論となり、その翌日会社の更衣室内で暴行行為がなされた場合において、時間的・場所的な隔たりから職務執行行為との密接関連性を否定)。
- 163) 森田・前掲注 (9) 440 頁。
- 164) 分業リスクを考慮するものではないが、錦織・前掲注 (125) 36-37 頁及び中原・前掲注 (99) 210-211 頁参照。森田・前掲注 (9) 440 頁は、暴行行為に関して外形理論の射程外とするが、暴行行為は分掌された職務でもなければ、外形から判断しても職務執行行為と考えられないとする。そのため外形理論がそもそも当てはまらないと結論付けている。さらに、判例が示す職務と暴行との密接関連性の基準が、取引的不法行為で示された職務と不法行為の相当の関連性とは実質的に異なるとする。たしかに、分掌された職務が暴行行為となることはないであろうが、しかし、手形偽造も暴行もいずれも加害被用者の分掌された職務の濫用または逸脱といえる点では異ならないと考えられる。また職務と不法行為の相当の関連性も、職務と暴行行為の密接関連性も分掌された職務を原因とする点で両社は近いものと考えられる (錦織・前掲注 (125) 36-37 頁も参照)。そうであれば、あえて区別する必要性も乏しいであろう。外形理論という言葉を使うことの問題性が森田のアプローチにとっては重要であったと考えられる (実際、森田は暴行行為を事業執行行為に内在する危険性と理解している)。このように考えると森田の理解と本文で示したアプローチとの差は相対的なものといえよう。
- 165) さらに上司又は同僚による被用者に対するセクハラについて、そもそもこうした行為に関する職務分掌は考えられないことから、外形理論が当てはまらないという指摘もみられる (瀬川・前掲注 (125) 571 頁)。しかし暴行事例でみたように、セクハラ行為は当該被用者に分掌された職務の濫用や逸脱に当たると考えられ (神田・前掲注 (125) 139 頁は、セクハラについて「職制上の地位の優越的地位の濫用」とする)、これも分業的な履行に内在するリスクと捉えることができ、それに対する使用者の対処可能性を考慮して、事業執行性を判断していくことになる。またこれらの類型は、使用者に課された不法行為法上の義務の分業的履行とこの分掌を受けた被用者の不履行リスクの帰責の問題と重なることから、本文で後述するところも参照。
- 166) 平井・前掲注 (131) 236 頁は、外形理論の判断基準としての有用性のなさから、実質的に選任・監督過失にその根拠を求めるが、使用者が組織化され職務分掌が明確な大企業であれば、分掌された職務を監督する立場に使用者がいるため、その分掌された職務を各被用者が順守するか監督

する義務は重くなるとする。ここでは大規模事業者における分業リスクの強度に応じて使用者の結果回避措置を厳格に判断すべきことが端的に示されているといえよう。

- 167) 錦織・前掲注(125)注23 39頁は、被用者の自動車使用中の事故に関して、ここでの使用者の責任を危険責任と基礎付けることは困難と指摘する。この指摘から示唆されるように、危険物を被用者が使用する場合でも、あくまで民法715条で責任判断をするのであれば、使用者の分業リスクとこれら危険物との危険性が重畳し、こうした危険性に対する対処が厳格な水準で判断されるものと考えられ、危険責任と直ちに性質決定することはできないと考えられる。つまり、一方で、民法715条では分業リスクとこれに対する対処が問題となるのであり、他方で、危険責任では端的に当該危険源から損害が生じた場合にそれが特別な危険と判断できるかが問題となるというように、それぞれで問題とする危険性の相違及び帰責の判断構造が異なるのであって、一方が他方に吸収されないしは止揚されることは消極的に解すべきであろう。
- 168) 使用者の保有する自動車(いわゆる社用車)を被用者が運転中に事故を起こし、第三者に損害を与えた場合には、自賠法3条による処理に任されるべきであるが、被用者が自身の自動車で分掌された職務の遂行と相当の関連性を有する活動をおこなう際に事故を惹起した場合に、使用者の責任を問うためには、民法715条が必要となってくると考えられる(とくに人身損害において、当該被用者がそもそも無保険であったり、あるいは強制保険のみ締結したが任意保険に入っていなかった場合に被害者の救済が不十分となる可能性がある)。被用者の自家用車であるため、職務の分掌と無関係のものと思われるが、第三者への加害の危険性を伴う機材・道具の使用につき、当該被用者に分掌された職務と相当の関連性を有し、これに対する対処可能性を有していたのであれば、ここで使用される機材・道具の危険性は分業リスクと合わさって、厳格な水準での判断を正当化するものとなろう。
- 169) 田上・前掲注(125)124, 129頁は取引の不法行為と異なり事実的不法行為では、生命・身体といった重要な法益が侵害されることから、防止措置の程度はより厳格な水準で判断されるとする。
- 170) アプローチは異なるが中原・前掲注(99)208-209頁参照。中原は、ここで、代位責任規範と過失責任規範を等価値のものとして捉え、民法715条1項では前者を前提にし、しかし代位責任の射程は限定して理解することで、被用者の分掌された職務の逸脱行為・濫用行為につき、代位責任規範では対処できないことから、補充的に過失責任規範を援用することで対処する(同・前掲注(6)47頁注34)。このアプローチにおいて、外形理論の中で使用者の個々の被用者の監督を超える組織的な対応は、まさにこの過失責任規範が補充的に作用することが決定的に重要なものとなる(同・前掲注(99)181-182頁も参照)。
- 171) 神田・前掲注(125)354-355頁及び中原・前掲注(99)209-210頁。また暴行型を排除するが、平井・前掲注(131)235-236頁も同旨。これに対しほぼ同様の判断基準を示す田上・前掲注(125)138頁は、あくまで事業執行性の要件の衡量要素として危険の支配を考慮すべきとし、この考慮要素を民法715条1項ただし書へ移行することを否定する。しかし、田上の指摘する危険の支配と民法715条1項ただし書で問題とする使用者の過失との相違が必ずしも明らかではないため(この点に付き森田・前掲注(9), 449-450頁)、説得的な説明かは疑問である。
- 172) 神田・前掲注(125)354頁及び平井・前掲注(131)235頁。
- 173) このように「その事業の監督」を拡張的に捉える可能性につき、前田太郎「ドイツ法における使用者責任規範と法人の不法行為責任」早会誌59巻2号618頁及び同「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)」同60巻2号286-288頁(以下、前田(太)・「実像②」とする)。
- 174) 瀬川・前掲注(125)569頁以下及び中原・前掲注(99)211-212頁は使用者の不作为型と整理されるが、この類型は、使用者自身に課される不法行為法上の作為義務及びその不履行の帰責が問題となっているといえる。
- 175) 使用者に課された不法行為法上の義務から被用者の不法行為法上の義務の関係性の構造把握に付き、瀬川・前掲注(125)571頁及び中原・前掲注(148)458-459頁ですでに示されている。こ

- の被用者の義務の賦課及びその違反の使用者への帰責は、中原の示す代位責任規範が端的に当てはまるとされる(同・前掲注(99)204, 207-208頁)。
- 176) 使用者それ自体に作為義務を賦課できるかという解釈論上の課題が、とくに不作為不法行為の理論的進展と並行して問題となるとされる(中原・前掲注(148)458頁)。この問題に対して次のように考えられよう。すなわち、使用者が被用者を自らの事業遂行のために使用することで、その事業遂行と関連して、前者は後者の生命・身体・健康等に害がないように配慮する義務を負うものと考えられる。この義務の使用者への賦課を正当化する要素として、当該事業に内包される種々の危険性や、この危険性へ被用者を暴露させること等の被用者の上記法益に対する侵害の危険性を増大させたことなど、危険性の創設やその維持に求めることができ、それゆえに、これへの対処として適切な労務管理等の措置を講じることが求められよう(独法及び壤法で展開された社会生活上の義務・交通安全義務と並行的に考えることが許されよう)。最判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁は労働安全衛生法を手掛かりに作為義務を使用者に課したが、不法行為法においても独立して積極的にこうした作為義務を推定することができよう。すでに詳細な検討として、橋本佳幸「不作為不法行為」同『責任法の多元的構造』(有斐閣、2006年)102, 105-106頁及びそこでの注(86)参照。筆者によるものとして、「法人の不法行為責任に関する序章的考察—法人の義務主体性の正当化の検討を中心に」藤岡康宏先生古希記念論文集『民法学の古典と革新』(成文堂、2011年)511頁。さらに瀬川・前掲注(125)571-573頁は、安全配慮義務と使用者の作為義務との帰責判断の相違が生じうることを解釈論上の課題をいくつか挙げるが、本稿との関係で重要なのは、使用者の作為義務では加害行為をした特定の被用者を挙げなければならないことについて取り上げよう。この問題については分業リスクの観点から整理する本稿のアプローチに基づいて次のように考えることができよう。すなわち、加害行為をした被用者の義務は、分業的な義務の履行という構造に照らして、使用者の義務(の一部)である。そうすると、労災を例に取れば使用者から被災被用者までの間に、いくつかのセクション・段階を経て労務管理の措置がそれぞれ問題となることから、いずれかの段階での違反行為を捉えることができるならば、その違反行為は、使用者に課された不法行為法上の義務の履行行為の一部としてなされたものであるから、使用者の義務違反を肯定でき、これを以て使用者への帰責として足りるのではないか(加害被用者の特定性を緩和する可能性につき中原・前掲注(99)214頁)。
- 177) 瀬川・前掲注(125)571頁は、被用者の不法行為法上の義務が使用者のそれであったことが、使用者への帰責にとって重要なものとする。
- 178) ドイツ法において懸念された選任・監督過失の免責立証が使用者に成功することで使用者が免責される可能性があるという分散化された免責立証と共通する問題である。この点に付き、前田太朗「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(1)」早会誌60巻1号527頁以下。
- 179) そのうえで、セクシャルハラスメントやパワーハラスメントの場合には、外形理論による対処とともに、義務が分業的に履行される場合には、使用者の立場で、組織としてその履行を確保するように民法709条の組織編成上の義務も問題となる。端的に被用者の不法行為を捉えるアプローチと両輪で考えていくべきであろう。被害者・原告にとって、使用者の組織的な対応の不備の追及も、個々の被用者の懈怠の使用者への帰責の追及も、事案に応じて特に立証の難易を考慮して、各救済手段の選択をおこなうことができるようにしておくべきと考えられる。この方向性として、中原・前掲注(99)193-194頁及び同・前掲注(6)47頁も参照。
- 180) 中原・前掲注(99)173頁は、フランス法の到達点を踏まえて、「代位責任規範」の正当化を次のように説明する。すなわち「他人の活動に対して支配・統御を及ぼすことで自己の活動を目的を果たす者は、その他人の所為について自分自身の所為と同様に責任を負わなければならない」と考えられ、他人の活動への強い拘束性を以て、その他人の活動を支配・統御する使用者への帰責の正当化を試みるのである。そして、他者の活動の支配・統御や強い拘束性は、当該活動と使用者との一体性そして帰責を説得力を以て説明する。これに対し、本稿で示した分業リスクは他の責任原理との関係性を考慮し、危険性を出発点にして析出されており、中原の上記アプローチ

と観点を異にするといえる。

- 181) 階層的に構成される暴力団の資金獲得活動について、組長が当該活動を分業的に末端構成員に至るまでおこなわせており、ここでも分業的履行を選択することで、暴力団は収益を挙げつつ、各構成員の行為に対する概観不可能性や対処の不可能性といった危険性も高めているといえ、分業リスクの存在が認められる。また各構成員に分掌されておこなわれる資金獲得活動と関連して、他の暴力団等との間で抗争行為が生じることも当然に予想される（いわば当該分業、ひいては資金獲得活動それ自体において内在的リスクといってもいいかもしれない）。そして組長は、資金獲得活動に伴って抗争行為が発生することは当然に想定されるものとすればこれに対する対処可能性が認められ、また資金獲得活動それ自体が社会にとって有用性がないことから、停止することまで求めることは容易であろう。以上を踏まえると、抗争行為により第三者が損害を被ったならば、被用者に分掌された職務と抗争行為との間で相当の関連性が認められ、これに対する対処可能性も認められることから、当該抗争行為は事業執行性要件を充たすと考えられる。最判平成16年11月12日民集58巻8号2078頁は、事業執行性の判断（と考えられるところ）の示説において、被用者同士の暴行事例と同様に密接関連性基準を用いているが、分業リスクを重視する本稿の立場から以上のように説明できよう。なお北川裁判官の補足意見が示すように、抗争行為を使用者の事業と認めるならば、各構成員に分掌された職務それ自体も同様に解されることになるから、末端構成員が抗争行為により第三者に損害を与えれば、当然に事業執行性の要件は充たされると考えられる。暴力団に対し禁圧的な対応が社会的な要請・社会政策的に望ましいものとするれば、こうした解釈も十分に考えられるところであろう。
- 182) 学説では、使用者に課された義務の分業的履行及びその帰責の構造から、ここに民法709条で展開されつつある組織編成過失の法理を取り込む可能性を支持するものもみられる（錦織・前掲注(125)14-19頁。仮託の構成であるが橋本佳幸『法人自体の不法行為』の再検討一総体としての事業組織に関する責任規律をめぐって』論ジュリ16号60頁）。たしかに組織編成過失は、法人内部の人的・物的体制の構築及びその懈怠を法人それ自体に帰責するものであり、その帰責に当たっては個々の機関や被用者の不履行を考慮する必要があって、本文でみた義務の分業的履行の使用者への帰責と同様のものとも思われる。しかし両者は次のように区別されるべきである。すなわち、使用者の分業的義務の履行及びその帰責の問題は、使用者それ自体に課された義務それ自体の不履行と評価されるのであり、当該義務は第三者の生命・身体を中心とする法益の保護に向けられていると考えられる。これに対して、組織編成過失は、使用者それ自体に課された義務の履行を確保するために発生し、またそのことを目的とすると考えられ、基本的にはそうした内部全般の組織編成に関わることから、義務違反の判断は、機関ないしし層部を対象とすることになろう。このように両者は発生原因及び目的、義務違反の判断構造の相違があると考えられるため、理論上は区別しておくべきと考える。このことは被害者救済という実際上の問題にとっても意味はあろう。すなわち、労災において被災被用者は、一方で、労務管理等の義務を懈怠した上司などの特定の被用者の過失を立証できるならば、分業的義務の履行及びその帰責のアプローチを使い、使用者に責任追及をすることができるのはもちろんであるが、他方で、労務管理に関して使用者内部の組織編成に付き機関の過失があるならば、組織編成過失の法理に基づいて使用者に責任追及することも可能であろう（後者のアプローチについては、民法715条の射程を広げられるならば、1項ただし書による立証責任の転換が条文上認められることで被害者救済にとっての意味より大きいものの、民法709条の問題としても立証責任の転換を正当化することができるならば、その差は実質的には相対的ともいえる。筆者は民法715条に基づくアプローチを支持するが、詳細は前田（太）・前掲注(173)「実像②」279頁以下参照）。
- 183) 安全配慮義務との関係で、近時問題となるものとして、巨大地震や大津波が発生した場合に被用者や利用者に対する危機管理の問題が挙げられよう。そうした非常事態に直面した個々の内部構成員の具体的行動の誤りを捉えて（これらの者も被災者であり、災害発生時に十分な情報を集め分析し実行に移すことを常に要請することは合理的とはいえない）、使用者への帰責を認めるこ

とは事態不適合であろう。むしろ災害発生よりも前の時点での事前防災が重要であり、その際には、使用者が組織として、科学的知見に関する情報の収集・分析、それに対応した防災マニュアルの作成等その対応に当たることが事態適合的と考えられることから、組織編成過失の法理の活躍領域であると考えられる。米村滋人「大災害と損害賠償法」論ジュリ 30号 67-68, 72頁(米村・「災害」とする)、同「学校防災に関する安全確保義務と組織過失論」法学 84巻 3=4号 227頁以下(米村・「防災」とする)の研究が重要である(組織体間での連携体制の構築を重視し、複数の義務主体が登場することから安全配慮義務ではなく安全確保義務とする点にも留意すべきである)。また組織過失の観点から、仙台高判平成 30年 4月 26日判時 2387号 31頁が目目される。

- 184) 本稿のアプローチはドイツ(の一部見解)、そしてとくにオーストリアの使用者責任に関する理論展開から示唆を得たものであるが、すでに中原・前掲注(99) 176, 184, 212-213頁(同・前掲注(148) 459頁)は、理屈の立て方は異なるが、「代位責任規範」において、すでに同様の帰結が提示されている。さらにやはり本稿とアプローチは異なるが錦織・前掲注(125) 14-19頁も結論において同旨と考えられる。瀬川信久「中間責任から間接的侵害へ」浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集編集委員会編『早稲田民法学の現在』(成文堂, 2017年) 616-617頁も参照。
- 185) 法人の不法行為責任に関して、そもそも法人それ自体の過失を認めるべきか議論があるが(筆者による整理として、前田太朗「法人の不法行為責任に関する一考察—新たな不法行為上の義務」の確立を目指して—」早会誌 59巻 1号 456頁。さらに中原・前掲注(126) 5-7頁、橋本・前掲注(182) 51-52頁参照。後述 5の検討も参照)、筆者はかつて、法人は不法行為法上の義務の主体であり、その機関または被用者が行為の主体と捉えることで、法人の不法行為責任では、不法行為上の義務の主体と履行主体が異なるという考え方をドイツ法に示唆を得て示した(同 479-481頁。中原・前掲注(99) 275頁、橋本・前掲注(182) 58頁、米村・前掲注(183)「防災」 224-227頁も参照)。その際、具体的に義務を履行する際の水準も、当該具体的義務は、法人に課された義務が根拠となることから、その基準は、法人に据えられるべきということが論理必然ではあると考えられるが、筆者は執筆当時、あまり明確にこの問題を意識していなかった。中原の指摘や本稿での検討から明らかにされる分業リスクの発想をもとにして、義務の主体と履行の主体を分けて捉える場合にも、義務の主体を基準として、履行の主体の履行態様を判断すべきと考える。
- 186) 求償・逆求償の問題に関しても次のように簡単ではあるが方向性を示したい。従来外形理論が問題とした者はいずれも被用者の分掌された職務の濫用・逸脱事例であり、故意が認められることから相当の負担を負うことが被用者に求められることは妥当性を持つ。これに対し、不法行為法上の義務の分業的履行が問題となる場合には、過失不法行為が中心となろうから、損害賠償の被用者の負担は制限される必要が出てこよう。かつて信義則を考慮して、使用者から被用者への求償が制限されたが(最判昭和 51年 7月 8日民集 30巻 7号 689頁)、近時最高裁は、逆求償の問題について使用者責任の正当化根拠である報償責任及び危険責任をも考慮して、被用者の最終的な損害賠償責任負担が軽くなる可能性を示唆した(最判令和 2年 2月 28日民集 74巻 2号 106頁)。本稿のアプローチに基づくと、分業リスクの態様や個々の事故の態様等を具体的に考慮して判断することになるが、次のように解釈の方向性を示すことができよう。すなわち、被用者の損害賠償責任の負担割合について、①加害被用者の不法行為が故意によるものであれば、その行為が分業リスクの実現であったとしても、被用者の負担割合を減じることは、抑止されるべき故意不法行為に却って負のインセンティブを与えることになりかねない。そのため、この場合には、被用者の負担割合は全部の負担の可能性も含めて、相当程度重たいものとならざるを得ないであろう(重過失の場合も同様の趣旨が当てはまるが、故意の場合よりも被用者の負担割合は軽いものとなる)。これに対し、②加害被用者の不法行為が過失によるものであれば使用者の分業リスクの範囲内のもの・これが実現したもとして被用者との関係ではそのリスクの実現に関して使用者が責任を負うべきであり、これに対応して被用者の負担割合を全く認めない場合も含めて、

基本的には極めて限定的に理解すべきといえよう。

- 187) 中原の示す代位責任規範と自己責任規範を組合わせて理解するというアプローチとの比較で、代位責任規範は分業リスクとパラレルに考えられるとすると、本文の指摘は、オーストリア法の影響を受けたものの、日本で示される解釈アプローチとしての差は相対的なものであろう。ただ前掲注(180)で示したように、分業リスクという危険性を取り上げて、「共通項としての危険性」という観点を以て、他の責任原理との関係性を意識付ける点でなお筆者のアプローチの独自性や見方の違いはあろうかと考えている。瀬川・前掲注(184)617頁が示す使用者責任を間接的侵害と捉えるアプローチは、本文で示すハイブリッドの理解と親和性が高いものと思われる。
- 188) 企業の事業活動による危険に対する717条類推適用のアプローチにつき、I 2参照。さらにドイツ法をみると、AIによる技術革新に対し、動物保有者責任の類推適用の可否を巡り議論が始まっている(vgl.Olaf Sosnitzka, Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht? CR2016, 764, 772 (動物とAIシステムの有する危険性の類似性から動物占有者責任の類推を支持する); Georg Borges, Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW2018, 977, 981 (動物占有者責任を定めたBGB833条において商用が緩和された責任とされ、これに対し私用が厳格な責任とされることへの疑問) dazu auch Luisa Mühlböck /Jochen Taupitz, Haftung für Schäden durch KI in der Medizin, AcP221, 180, 209; Herbert Zech, Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag Hamburg 2020/Bonn 2022, 2020, A66 (自発的な行為をも示す複雑なシステムの場合に動物危険と比肩するとするが、BGB833条の適用と私用の責任の区別がAIにとって適合的ではない旨指摘する)
- 189) 自賠法における運行供用者に付き、川井健「運行供用者責任の根本理念」『現代不法行為法研究』(日本評論社,1978年)3-5, 19-22頁は、一方で自賠法と民法715条との関係について、それぞれの帰責構造の相違から両者の断絶性を示し、他方で、自賠法と民法717条・718条に関して危険な物の保有という点から民法717条・718条との連続性を解く。
- 190) 吉村・前掲注(3)236頁。すでに検討した危険責任論からからみたとときに、土地工作物は、抽象的なレベルにおいて一般的・定型的な危険性を有するというように「特別な危険」にあたらぬ。さらに、危険責任で問題となる「特別な危険」が想定する抽象的な危険性と対比して、土地工作物責任で問題となる瑕疵は具体的な危険性を持つものと理解することができる。この点に付き、前田(太)・前掲注(1)「多元性⑩」63頁注1360で挙げるB.C.Steininger, a.a.O. (Fn.58), S.35-37の見解参照。
- 191) 中原・前掲注(3)50頁及び橋本・前掲注(36)269-270頁。森島・前掲注(21)59頁は、民法717条について、たとえ無過失責任であるとしても、瑕疵が要求されることで、「特殊な責任形態」となっていると評する。
- 192) 我妻・前掲注(127)179頁、幾代=徳本・前掲注(20)163頁、潮見・前掲注(3)267頁、窪田・前掲注(4)247-248頁(客観説の立場に立つ場合にこのように説明できる旨説く)等。
- 193) 我妻・前掲注(127)183頁、加藤(一)・前掲注(3)196頁、幾代=徳本・前掲注(20)169頁、四宮・前掲注(43)733頁、吉村・前掲注(3)236頁等。判例も同旨を説く。
- 194) 両説につき、潮見・前掲注(3)248-251頁に簡潔にまとめられるところ参照。藤岡・前掲注(26)352頁は、義務違反説により、客観説においても瑕疵概念に関して危険防止措置の重要性が認識されたとし、義務違反説の意義が説かれる。内田勝一「营造物責任」山田卓生/國井和郎[編]『新・現代損害賠償法講座第4巻』(日本評論社,1997年)368-369頁(营造物責任に関してである)も参照。
- 195) 内田・前掲注(194)369頁、小池・後掲注(233)283頁。吉村・前掲注(3)238頁も、いずれの見解に立っても判断において大きな差は生じないとする。
- 196) 内田・前掲注(194)369頁。
- 197) 藤岡・前掲注(26)354-355頁は、義務違反説と客観説、それぞれの立場に立ったときの衡量事由の相違を明確に示している。窪田・前掲注(4)242-245頁も例を挙げながら、それぞれの立

- 場に立った場合に考慮されるべき事情の評価が相違し、帰結が異なりうることを指摘する。
- 198) 中原・前掲注 (3) 50 頁。
- 199) 四宮・前掲注 (43) 735 頁, 潮見・前掲注 (3) 248-249 頁, 藤岡・前掲注 (26) 350 頁など。
さらに四宮は、管造物責任とは異なり、民法 717 条ではこれまで外在型が問題となったことはなく、717 条責任の考察対象は内在型のみを念頭に置けば足り、外在型を規律する理屈をここに持ち込む必要がない旨を説く。これに対し、潮見・前掲注 (3) 248 頁は、外在型も民法 717 条の規律対象から外す理由はないと批判する (藤岡・前掲注 (26) 350 頁同旨)。
- 200) 前掲注 (199) で挙げた四宮及び潮見は、内在型と外在型の危険を区別し、さら内在型を二つに分けるが、その区分が危険性に着目したものと指摘される。この内在型を二つに分けて考えるアプローチに示唆を受けて、より端的に当該瑕疵の有する危険性に着目したのが本稿のアプローチである。また潮見はこうした分類は規範命題とつながるものではないとして積極的に評価するものではないが、本文で述べるように、717 条責任で問題となる危険性が 709 条責任や義務違反構成とは異なることを明らかにする点で、なおこうした瑕疵の分類に基づいた危険性を明らかにする作業は解釈論上意義を有するものと考えている。
- 201) 煥法では、ABGB1319 条に基づく建物占有者責任を危険責任とするのが判例の立場であるが (vgl. Zak 2021/172 (2021 年 1 月 28 日 2Ob175/20d 乗用車が道路中央部にある電動式の支柱に衝突した事例; Zak 2019/404 (2019 年 5 月 15 日 9Ob19/19p 建物の地下の階に外光を入れるための坑を設け、しかし安全措置を講じていなかったところそこを通りかかった歩行者が転落した事例)、そこでも、危険回避のためにすべての措置を講じたことの立証責任責任が占有者に転換されている旨説示されており、このことを考慮すると、正確には、客観的な注意に反した責任と理解されるべきものといえよう。
- 202) B.C.Steininger, a.a.O. (Fn.58),S.35. この見解に付き、前田 (太)・前掲注 (1)「多元性⑩」63 頁注 1360 参照。
- 203) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, 455f. は「土地地上にある建物および同種の工作物の倒壊により、数多くの第三者が相当程度において損害を被るのである。立法者は、一方又は他方の方法で、所有者または占有者に、倒壊と結びつく損害について責任を課す積極的な規定によりそうした損害を可能な限り予防する差し迫った理由を有するのである。」(dazu auch Jörg Petershagen, Die Gebäudehaftung: 836 BGB Im System Der Verkehrssicherungspflichten,2000,S.106f.,beck-online.GROSSKOMMENTAR § 836RdNr.6 [Petershagen] (以下 BeckOGK-Petershagen) und J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: § § 830-838 (Unerlaubte Handlungen 3), 2017, § 836RdNr.8 [Bernau]. (以下 Staudinger-Bernau)) さらに、BeckOGK-Petershagen, a.a.O., RdNr.48 und Staudinger-Bernau, a.a.O., RdNr.2 は、土地・建物の占有者と被害者との比較で、被害者に占有者が適切な措置を講じていたか否かを求めることについて立証の窮状・困難さも挙げられる。ABGB1319 条に関して 1916 年におこなわれた第三改正においても、BGB836 条と本質的に同じとされた (vgl. Kaiserliche Verordnung von 19. März 1916, RGBl Dr.69 über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, mit Materialien, 1916, S.393f.)
- 204) ドイツの通説・判例の立場では、力学的な固定性及び安定性の欠如により惹起される危険性を有することが求められるとされる (vgl. Staudinger-Bernau, a.a.O. (Fn.203), RdNr.8, 11; Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Bd. II, 6Teil, 12.Aufl., § 836RdNr.27 S.74f [Kreft]; juris PraxisKommentar BGB Band 2- Schuldrecht Junker/Beckmann/Rüßmann (Hrsg.), 2020, 9.Aufl., § 836RdNr.14 [Moritz] (jurisPK-Moritzとする); RGHZ172, 156; NJW 1961, 1670)。オーストリア法においても、高低差や、(土地工作物の一部分の場合も含む) 重量、倒壊における速度といった要素を挙げるが、ドイツ法と同じく物理的エネルギーを重視しているものと考えられる (Ulfrid Terlitz, Die Bauwerkehaftung

- § 1319 ABGB, 2000, 224-226 は、さらに突発性や危険の可能性の秘匿などを挙げるが、B.C. Steinger, aa.O. (Fn.58), S.95f. はこれらを整理し、上述の要素にまとめる。Koziol, aa.O. (Fn.149), B2 RdNr.8 S.779 もこれを支持する。これら見解につき前田(太)・前掲注(1)「多元性⑩」62頁注1358参照)。なお、ドイツ法もオーストリア法も、土地工作物に瑕疵の結果生じた損害に付き、責任主体に帰責されるのではなく、責任主体が必要な注意を欠いていたことも要件としていることから、所有者の責任に関して民法717条と異なる。そのため、ドイツ法及びオーストリア法から得た示唆を直ちに日本法に導出することは慎重でなければならない。しかし、独法・澳法は、条文上の制約のよるとはいえ、瑕疵についていかなる危険性を有するかに着目して理論を展開しており、こうした理論展開は、民法717条の瑕疵の類型化を考えるうえで示唆に富む。免責規定に関する独法・澳法と日本法の相違は、責任の厳格化・正当化において別途慎重に考慮すべきものといえよう。
- 205) 内在型のうち積極的危険型といわれる瑕疵類型が有する危険性である。四宮・前掲注(43)734頁及び潮見・前掲注(3)247頁。さらに、窪田・前掲注(4)240頁以下に挙げられる攻撃型の瑕疵も事故型①の瑕疵に当たる。
- 206) 前者として、最判昭和46年4月23日民集25巻3号351頁、後者として最判昭和37年11月8日民集16巻11号2216頁。
- 207) 内在型のうち危険防止措置欠如型といわれる瑕疵類型である(四宮・前掲注(43)735頁及び潮見・前掲注(3)248頁。窪田・前掲注(4)240頁以下に挙げられる守備ミス型もこれに当たる)。この場合に、事故型①では、動的な瑕疵と捉え、事故型②の安全性を欠く機能的瑕疵については、瑕疵それ自体は本文でみたものであるから、静的な瑕疵と捉えることもできるかもしれない(vgl. Peter Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Bd., Teil2b, § § 1293bis1312, 2007, § 1319RdNr.2, S.73 [Reischauer])。しかし、事故型②のこの類型でも、結局、物理的エネルギーが事故の原因となっており、この点で事故型①と同じであるから、動的なものと静的なものと振り分けてその異質性を強調して分類する必要はないであろう。また静的瑕疵を強調すると、瑕疵の有無を別として土地工作物そのものが危険性をもつという理解にもつながりかねず(むしろReischauerの意図はそこに向けられているとも思われるが)、これは不法行為法体系から見た時に、不整合な解釈を生む原因となりかねないであろう。
- 208) Staudinger-Bernau, aa.O. (Fn.203), RdNr.11f. は、BGB836条は、建物・施設のあらゆる瑕疵を規律対象とするものではないとし、たとえば建物内のワックスがけされた床に安全対策が講じられていないことは、安定性の欠如がないとしてBGB836条の瑕疵ではないとする。また同条の類推に当たっても、倒壊・落剥と同程度の危険化の可能性が求められるとする jurisPK-Moritz, a.O. (Fn.203), RdNr.14 は同旨の例を示して、こうした場合の危険性は、「建物工作物の〔一部の〕落剥または倒壊と呼ぶことはでき」ないとし、一部の落剥や倒壊で問題となる危険性を動的なものとするれば、こうした例の瑕疵は静的なものとして「BGB836条を全ての静的な建物瑕疵へ類推適用することは、実際上の根拠からそれほど重要なものではな」く「文言を超える拡張は、…法的な不安定さをもたらす」とする。
- 209) 信頼性及び危険化可能性の秘匿に付き、Terlitz, aa.O. (Fn.204), S.222. そのうえで、信頼の内実をどのように捉えるかによって、土地工作物責任の責任の性質も変化するものと思われる。すなわち、信頼の内実につき、例えば建物に関し、およそ建物一般は通常の用において備えるべき安全性を備えているというように、抽象的なものと理解すると、土地・工作物責任は、より一般的・抽象的な形で、厳格な責任となり、危険責任へと接近することにもなる。しかしすでにみたように瑕疵それ自体が、具体的な危険を問題とするものであるから、これを支える信頼の要素も、このように抽象的に捉えられるべきではなく、より具体性を持ったものと理解すべきであろう。こうした見方からすると、信頼の要素を、土地工作物責任の厳格化の一般的な根拠付けと位置付けるアプローチに対しては慎重にならざるを得ず、むしろ各類型に適合する形で考えるべきではないか。しかしその射程も思いのほか狭いものと思われる。すなわち、事故型①において、例え

ば建物利用をしない歩行者がその建物から落下したタイルにより身体侵害を負った場合に、信頼の要素が実質的な意味を持たず、この類型で決定的なのは、やはり当該瑕疵の有する危険性が物理的エネルギーに関するものであることに求められよう。事故②型+高度の物理的エネルギーの場合においても、踏切の遮断棒の欠如や電線の被膜の瑕疵は同様にこれと連続する事故の物理的エネルギーの大きさが理由付けとして決定的であり、あえて信頼を援用する必要性は低いであろう。これに対して事故②型+定型的な危険性において、例えば建物内の床が滑りやすい場合には、当該瑕疵の危険性が、前述の二つの類型よりも弱いため、信頼が援用されると理解される（ただし、その信頼の内容は上述した通り限定されることになる）。さらに後述の通常使用型では、やはり健康被害を惹起する有害物質の有する危険性が決定的なものであって、ここでおよそ何らかの有害物質により健康被害を受けることがないというものとして信頼を理解することは、瑕疵責任の理解には適合しないものといえよう（最判平成 25 年 7 月 12 日判時 2200 号 63 頁も、瑕疵の有無を判断するための基準時が問題となっているが、そこでも、健康被害物質の危険性の有無と抽象的に捉えるのではなく、アスベストの危険性の有無と捉えることも、以上の指摘を踏まえると支持できるものである）。

- 210) 最判平成 25 年 7 月 12 日判時 2200 号 63 頁。前掲注 (199) で示した瑕疵の分類に従えば、内在型のうち危険防止措置欠如型に当たると考えられるが（本文で示すように義務違反構成とも親和的なものとなる可能性はある）、本文で後述のとおり義務違反構成が想定する加害構造及び責任判断との相違から、別個の類型として取り上げるべきであろう。例えば、責任判断に関して、客観説に立てば、アスベストの危険性の知見が一般的にどの時期に普及したかという客観的な知見の水準が重要なものとなるが、義務違反構成であればさらにそうした知見に基づいて占有者・所有者の対応可能性を問題とする必要があろう。
- 211) 独法・奥法は、やはり、日本法とは条文の文言が相違するためか、化学物質に起因する加害につき、解釈論上の態度が異なる。すなわち、Staudinger-Bernau, a.a.O. (Fn.203), RdNr.11, 36 は、落剥及び倒壊と同程度の危殆化の可能性を要するとし、アスベストのように、化学物質による危殆化については、同条の規律対象外とする。dazu auch Petershagen, a.a.O. (Fn.203), S.157ff. オーストリア法においても、前掲注 (204) でみたように、Koziol らが物理的エネルギーを中心に置くことから、化学物質による危殆化を ABGB1319 条の規律対象からそもそも外していると考えられよう。
- 212) これら以外に、717 条責任において、例えば自然災害に起因する外在型危険についてどのように考えるかも問題となり得る。しかし、外在的危険により危険が顕在化するとすれば、それは結局のところ土地工作物に瑕疵があるかどうかには帰着し、外在的な危険により損害生じたとしても、土地工作物に瑕疵がないのであれば、そもそも 717 条責任は成立しない (vgl. Koziol, a.a.O. (Fn.149), B2 RdNr.23, S.786)。外在的危険という枠組みは、瑕疵の広がり理解するうえで有益としても（潮見・前掲注 (3) 248 頁）、責任判断において重視する必要はなく、当該実現した危険が土地工作物の瑕疵を原因とするかどうかを考慮すれば足りよう。
- 213) 危険責任での通常操業型における危険性判断参照。なお、ここで問題となる危険性は、瑕疵が具体的な危険性を問題とするものであるから、有害物質についても、特定性を要するものであろう（平成 25 年判決もこうした理解を前提として支持できよう）。これに対しては、特定の物質ではなく、健康被害物質という形で緩和して捉えるアプローチもあろうが（吉村良一「判批」民商 149 巻 2 号 86-87 頁はこの方向性を示唆する）、このアプローチを敷衍すれば、アスベスト事例では、建物利用において健康被害のないことが通常備えるべき安全性ということになりかねず、建物一般が危険性を持つという理解との差は相対的なものとなってしまいが、瑕疵責任と危険責任の関係性や、瑕疵が具体的危険を問題とするものという理解からすると、やはり支持することはできないであろう。
- 214) 前掲注 (206) に挙げた昭和 37 年判決及び昭和 46 年判決参照。藤岡・前掲注 (26) 351 頁は、昭和 37 年判決が示した瑕疵の判断プロセスに着目し、同判決で挙げられる指針を踏まえて、土地

- 工作物の本来の性状に即して客観的に判断するという方法が採られているとし、これは義務違反の判断構造とは異なるとする。
- 215) 両学説につき、潮見・前掲注(3) 248-251頁にまとめられるところ参照。
- 216) 以上、四宮・前掲注(43) 733-734頁、潮見・前掲注(3) 251-253頁、窪田・前掲注(4) 242-246頁、吉村・前掲注(3) 237-238頁参照。
- 217) 内田・前掲注(194) 369頁。
- 218) 藤岡・前掲注(26) 346-347頁は、結果回避義務違反を高度化するものを瑕疵と捉えることが考え方としてありうること(自身はこの立場に立たないと考えられるが)を指摘する。
- 219) そのうえで、客観説に立ったうえで、加害類型に応じて、斟酌すべき考慮事由及び具体的判断の範型を探るという作業も重要となってくるが、紙幅との関係で他日に期したい。
- 220) 植木哲「工作物責任・营造物責任」星野英一[編]『民法講座6』(有斐閣、1985年)533頁、大塚直「715条・717条(使用者責任・工作物責任)」広中俊夫=星野英一[編]『民法典の100年 第3巻一個別的観察(2)債権編』(有斐閣、1998年)685頁、松本克己「土地工作物責任における〈第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論〉の可能性」立命373号468頁に挙げられる穂積陳重の説明参照。さらに、我妻・前掲注(127)185頁、吉村・前掲注(3)241頁参照。
- 221) 我妻・前掲注(127)181頁。
- 222) 法典調査会における717条の責任主体に関する議論について、植木・前掲注(220)535-536頁、大塚・前掲注(220)686-687頁、690,691-692頁。さらに松本・前掲注(220)462頁以下。
- 223) 植木・前掲注(220)536頁。
- 224) 五十嵐・前掲注(3)313頁、幾代=徳本・前掲注(20)333頁171,173頁注8、澤井・前掲注(112)333頁、藤岡・前掲注(26)356頁、平野裕之『債権各論Ⅱ事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、2019年)312-313頁など。
- 225) 窪田・前掲注(4)333頁248頁、松本・前掲注(220)483-484頁も参照。
- 226) 吉村・前掲注(3)241頁。
- 227) 直接の占有者と所有者を併存的に717条の占有者と捉えることを支持する見解として、平井・前掲注(131)67頁、内田貴『債権各論Ⅱ〔第3版〕』(東京大学出版会、2011年)516頁、潮見・前掲注(3)264-265頁、藤岡・前掲注(26)356-357頁など。
- 228) 平野・前掲注(224)312頁。
- 229) 平井・前掲注(131)65頁、吉村・前掲注(3)243頁、潮見・前掲注(3)267頁。
- 230) 建物占有者の責任を定めるABGB1319条において、OGH及び奥法の通説的見解は、ここで問題となるのは「保有者Halter」であるとし、こうした基準を示す。Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 836, RdNr.28 [Wagner]; Terlitz, aa.O. (Fn.204), S.171; ABGB Praxiskommentar, Michael Schwimann/Georg E.Kodek (Hrsg.), Bd.6, 4.Aufl., 2016 § 1319 RdNr.8,S.591 [Harrer/Wagner]; Koziol aa.O. (Fn.149), B2 RdNr.26RdNr.26, S.787. さらに前田(太)・前掲注(1)「多元性①」357-358頁及びそこでの注127-129参照。
- 231) 伝統的に占有者の判断は、物権法の占有概念に基づくものとされてきた(加藤(一)・前掲注(3)199頁、幾代=徳本・前掲注(20)170頁。平井・前掲注(131)67頁は通説とする)。これに対し潮見・前掲注(3)264-265頁は、物権法の占有概念ではなく、自賠法3条の運行供用者概念に示唆を受け、工作物の管理・支配の主体という観点から決すべきとしており、本文のアプローチと同様に、自律的に不法行為法の立場から、その責任者を決定するアプローチを明示する。窪田・前掲注(4)251頁及び吉村・前掲注(3)243-244頁も方向性としてこうしたアプローチの有用性を指摘する。なお澤井・前掲注(112)332頁は、不法行為法の独自の観点から占有者を決すべきとしつつ、賠償法上の重要な思想である損害の公平な分担に責任者の判断基準を求める。しかし、一般的な思想である公平判断を特則である民法717条であえて援用することの意義や、判断の根拠としての不安定さへの懸念がある。各規定を支える責任の正当化根拠・責任原理が内実を伴うものであれば、その規定の各要件の判断も、それに根拠を求めることで、より説得的な議論と判

- 断ができると考えられる。こうした説明が成り立ちうる前提として、危険責任の法理の展開により、危険責任の基本的な考えが学説において共有されつつあることを挙げることができよう（藤岡・前掲注(26) 356-357頁は、危険責任の基礎理論が責任者の決定基準・方法に理論的影響を与えたと端的に指摘する）。
- 232) 後述の通り、所有者の責任を第一義的に考えると、民法717条の条文上は瑕疵があれば、独法・塙法と異なり必要な注意を払うことによる免責の余地がない。したがって、民法717条の所有者の決定にあたって、その者が当該土地工作物に対して、実質的に支配可能な状況であったかを重視する本文に示した決定基準は、独法・塙法よりも大きな意義を持つてくると考えられる。
- 233) 潮見・前掲注(3) 264頁注110は、加藤(一)・前掲注(3) 199頁、幾代=徳本・前掲注(20) 170頁、前田達明『民法Ⅵ(不法行為法)』(青林書院、1980年) 164-165頁、吉村・前掲注(3) 242頁(後述のように間接占有者が所有者である場合には実益が乏しいとする)等の見解を挙げて、この立場を通説に属する学説の多くと評する。なお、最判昭和31年12月18日民集10巻12号1559頁。事案として、国が所有者から借りた建物を占領軍が占有していた際に、建物瑕疵で第三者に損害が生じたものであり、かつ進駐軍は無答責であったことから間接占有者である国の責任が問われ、占有者としての国の責任が肯定された。占領下の日本で直接の占有者が無答責であったという事案の特性を重視し先例的価値を低くみる見解もある(五十嵐・前掲注(3) 314頁、四宮・前掲注(43) 746頁注1(被害者救済を考慮したものとし、本判決の理屈を厳しく批判する)、橋本佳幸=大久保邦彦=小池泰『民法Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』(有斐閣、2020年) 284頁[小池泰執筆]、平野・前掲注(224) 312頁)。その一方で、澤井・前掲注(112) 332頁は、同判決から直接占有者が免責される場合に、間接占有者の責任を認める場合があるという意義をみいだす。
- 234) 吉村・前掲注(3) 242頁。
- 235) 平野・前掲注(224) 312頁。
- 236) このメリットについて、松本・前掲注(220) 482-483頁。
- 237) 松本・前掲注(220) 481-482頁参照。
- 238) 松本・前掲注(220) 484-485頁。平野・前掲注(224) 313頁も半ば立法論であるとしながらもこの立場を支持する。
- 239) 窪田・前掲注(4) 248頁。
- 240) ABGB1319条における「保有者」の判断基準について前掲注(230)参照。
- 241) Harrer/Wagner.a.a.O. (Fn.230), RdNr.8, S.591は、ABGB1319条の占有者について、「現代的な専門用語に基づく、保有者である」とする。 dazu auch Franz Gschnitzer/Christoph Faistenberger/Heinz Barta/Bernhard Eccher, Österreichisches Schuldrecht: Besonderer Teil und Schadenersatz, 2.Aufl., 1988, S.521; Koziol a.a.O. (Fn.149), B2 RdNr.26, S.787.
- 242) 独法及び塙法において、本文に示した基準・考慮要素に基づいて責任主体が決定されることから、複数の責任主体が登場することは当然に想定されるものであって、比較法的にもこの結論は支持されるものであろう。vgl.Christian.von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd.2, 1999, RdNr. RdNr.327, S.360f.
- 243) しかしこのように理解しても、間接占有者である所有者は、民法717条1項ただし書の免責の可能性は残るのであって、立法論で示したアプローチが瑕疵責任としての所有者の責任を貫徹できるものといえよう。
- 244) 菅沢大輔「動物に起因する損害に対する不法行為責任—アメリカ法を手がかりに」東北47号70頁参照。同論文は、動物占有者の責任論を検討する貴重な論考である。
- 245) 例えばLEX/DBにおいて、民法718条を根拠として動物占有者の責任が争われた裁判例は、原審の判断を認容する場合も含めて、11件であった。
- 246) 四宮・前掲注(43) 753頁及び澤井・前掲注(112) 337頁。
- 247) 星野雅紀「動物占有者の賠償責任」判タ476号54頁及び青野博之「動物保有者責任の限界—『他

- 人』とはだれか」駒法 29 号 96 頁。
- 248) 中原・前掲注 (3) 53 頁。また法典調査会において、結果として中間責任を認めることとなり、厳格な責任を否定したが、質疑において虎や獅子、大蛇等危険性ある動物が例に挙げられていたことに留意されるべきである (『日本近代立法資料叢書 5 法典調査会民法議事速記録五』(商事法律研究会, 1984 年) 389 頁。民法 718 条の起草過程について、菅澤・前掲注 (244) 69-70 頁も参照)。
- 249) 民法 718 条の類推に関して、窮余の策に過ぎないとして批判するが、野田良之「自動車事故に関するフランスの民事責任法 (3・完)」法協 57 卷 4 号注 1107 頁。民法 718 条を自動車保有者責任の限界を画する指針として援用する可能性につき、青野・前掲注 (247) 96 頁。また民法 717 条・718 条の責任主体の確定基準を自動車の運行供用者に援用する可能性に付き、前掲注 (189) で挙げた川井のアプローチも参照。
- 250) 日本法において、動物の有する危険性への言及もあまりみられないが、四宮・前掲注 (43) 753 頁、澤井・前掲注 (112) 337 頁及び藤岡・前掲注 (26) 359 頁参照。ABGB1320 条における動物危険についても、「理性によって統御されない動物がその衝動および本能により導かれる運動」にその危険性が見出されており (vgl.Koziol, a.a.O. (Fn.149), B2 RdNr.87, S.819; Kurzkomentar zum ABGB, Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (Hrsg.), 2020, 6.Aufl., § 1320 RdNr1, S.1734 [Danzl]), 同旨の危険性が指摘される。前田 (太)・前掲注 (1) 「多元性①」399 頁及びそこでの注 (188) 及び (189) に挙げられる裁判例および文献参照。
- 251) 危険責任として説明するものとして、我妻・前掲注 (127) 188 頁、五十嵐・前掲注 (3) 加藤 (一)・前掲注 (3) 202 頁、吉村・前掲注 (3) 247 頁、潮見・前掲注 (3) 426 頁、藤岡・前掲注 (26) 360 頁、窪田・前掲注 (4) 253 頁、等。また瀬戸正二「判解」最判解昭和 40 年度民事篇 360 頁は、判例が 718 条責任を危険責任として解するとする。古いものであるが、星野・前掲注 (247) 55 頁は下級審の分析を通じて、718 条責任において免責はあまり認められず、「殆ど無過失責任に近い」と評される。
- 252) 平野・前掲注 (224) 316-317 頁。
- 253) 蕪山巖「判解」最判解昭和 37 年度民事篇 28 頁は、動物の種類及び性質に従い、社会観念上相当と認められる方法でおこなわれるべきであり、「個々の場合について具体的に決定すべきであることについて学説上異論をみない」としている。
- 254) 平野・前掲注 (224) 318-319 頁は、危険な動物については注意義務が高度化されているとし、四宮・前掲注 (43) 756 頁は、犬による事故について無過失責任化している大きな理由として「社会通念の変化」を挙げる。星野・前掲注 (247) 55 頁も結論において同旨。
- 255) 最判昭和 37 年 2 月 1 日民集 16 号 143 頁は、「民法 718 条 1 項但書の注意義務は…通常払うべき程度の注意義務を意味し、異常な事態に対処しうべき程度の注意義務まで課したものでないと解すべき」とする。蕪山・前掲注 (253) 28 頁も同旨。しかし前掲注 (251) で取上げた星野の指摘にあるように、ほとんど免責を認めていないとされることから、民法 718 条ただし書の運用は厳格な水準でおこなわれているとも考えられる。ただし、賠償額は相当程度減額される場合もあり (昭和 57 年判決は 9 割減額である)、免責を認めない一方で、効果のレベルでバランスをとっているとも考えられる。
- 256) 四宮・前掲注 (43) 756 頁は、相当の注意を払ったかどうかの判断要素・考慮事由として、動物危険の考慮事由として、動物の種類・性質・性癖等を、占有者の考慮事由としてとして、占有者の職業、動物保管の熟練度、動物馴致の程度、加害時の措置等、さらに、被害者側の事情や動物愛護法の趣旨などを挙げたうえで、最終的には社会通念によって決定すべきとする (澤井・前掲注 (112) 338 頁、吉村・前掲注 (3) 248 頁、潮見・前掲注 (3) 432 頁注 20 もこうした事情の考慮を支持する)。ここからも、民法 718 条 1 項ただし書において動物危険の多様性とそれに対する多様な対処可能性の必要性から、弾力性を持った判断が求められることが窺える。本文で述べた立場に対して菅澤・前掲注 (244) 106 頁は、比較法研究を踏まえて、日本の裁判例において要求される注意義務の水準の高度化に対し、過失責任の範囲を超えるものとして、危険性の高い動

物については、危険責任を導入すべきとする。前掲注(251)で示したように学説では危険責任と理解する見解が多いことや、前掲注(255)で示したように実務において事故が無過失責任化しているという傾向を踏まえると、菅澤の示すアプローチは十分にありうる解釈の方向性であって理解できるものである。しかし、筆者のこれまでの検討を踏まえると、動物占有者責任を危険責任として性質決定するには、定型的で、一般的・抽象的な危険性を動物危険において観念することが難しいこと、ここで要求される注意義務の水準は、厳格なものであるとしても、昭和37年判決にあるように、異常な程度までは求められていないとされ、さらに、例えば動物を飼育すること自体が過失であって処分をすることまでを求めるものではないことを踏まえると、一実質的な結論の差は相対的であるが—本文中で示した具体的な危険性から抽象的な危険性までを対象とする注意義務を想定するアプローチは718条責任を理解するうえで有益なものと考えている。

257) 奥法において Walter Wilburg は、動物占有者責任を注意(義務)違反に対する責任とすることをあまりに狭隘と批判し、動物危険の大きさを考慮して、責任の厳格さを相関させ、類型的に捉えるアプローチを示す。すなわち、わずかな危険性の場合には、保有者は自らの有責性についてのみ責任を負い、相当の危険性を有する場合には、被用者の有責性についても保有者は責任を負い、より大きな危険性を持つ場合には、有責性を考慮することなく、すべての保護措置の欠如について保有者が責任を負うというものである(ders., Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S.87f.)。これに対し、Koziol, aa.O. (Fn.149), B2 RdNr.91, S.821 は、このようなアプローチを採らずとも注意義務違反に対する責任と理解しても、注意義務はその時々動物の危険性に依じて厳格化が可能であると反論し、注意義務違反構成において対応可能であるとする。いずれのアプローチも結論が大きく異なることはないであろうが、動物危険の規律の仕方・判断のプロセス、ひいてはこの責任の性質決定が異なっている。本文中で述べたこととも重なるが、次のように考えたい。動物危険は抽象的一般的なレベルで定型性を持つものではなく、個別・具体性を以て多様なものであって、危険責任と性質決定することは適切ではないこと、類型化しても、危険責任が課されるべきほどの強度の危険性をそもそも観念できる類型があるかは疑問であること、動物占有者責任における注意義務違反構成が弾力性・柔軟性を持つこと、さらに、ABGB1320条の文言が「必要な管理または監督」という文言であること等を考慮すると、Koziolのアプローチは支持されるべきである。日本法でも同様の考慮が当てはまることとともに、民法718条は「動物の種類及び性質に従い必要な注意」とされることから、やはりKoziolのアプローチが支持されよう。

258) 我妻・前掲注(127)190頁及び幾代=徳本・前掲注(20)179頁。しかし、我妻も幾代=徳本も占有機関・占有補助者についてはこれを除くと考えており、民法717条の占有者とは異なり、純粋に物権法の占有概念だけで決定する立場ではない。

259) 藤岡・前掲注(26)359-360頁及び潮見・前掲注(3)431頁は、動物責任が厳格な責任であることから、危険責任の発想を参考にして(危険責任の観点をに入れて)、処分権限の有無等を重視して、民法718条の責任主体を決定すべき旨を指摘する。ABGB1320条の動物占有者責任について、OGH及び奥法で同旨の基準が示される。前田(太)・前掲注(1)「多元性①」397-398頁注(184)参照。

260) 五十嵐・前掲注(3)322頁、加藤(一)・前掲注(3)203-204頁、前田・前掲注(233)173-174頁。

261) 大判大10年12月15日民録27輯2169頁(馬を曳いていた使用人は占有補助者であり、動物占有者であることが否定されている)、昭和37年判決(事故から半年前に雇われた従業員が、二頭の犬を散歩させていた場合に、この者は占有補助者であるとされ、占有者であることが否定されている。)

262) 我妻・前掲注(127)179頁、幾代=徳本・前掲注(20)179頁、四宮・前掲注(43)758頁、窪田・前掲注(4)253頁、吉村・前掲注(3)249頁等。解釈論上は、直接占有者を1項の占有者とみることができるため、2項の保管者は、占有補助者が否定されるため、観念できる者がだれもいない状況にある(窪田・前掲注(4)253頁、潮見・前掲注(3)430頁注16、平野・前掲注(224)

321頁)。動物危険への対処の趣旨からすれば、こうした解釈は本文でみたように妥当性があり、将来的に2項は削除されるべきとも考えられる(吉村・前掲注(3)249-250頁参照)。その一方で後述のように、動物の所有者の責任を立法として設けるならば、占有者の責任も併存的に設けることは考えられ、その場合には、2項の保管者をこれに対応する規定として残すことも十分に考えられよう。

- 263) 吉村・前掲注(3)250頁。澤井・前掲注(112)337頁は所有者の責任が定められなかったことについて「中途半端」とする。
- 264) 加藤(一)・前掲注(3)203-204頁、五十嵐・前掲注(3)322頁、前田・前掲注(233)173頁、平野・前掲注(224)321頁等。この立場であっても、709条責任の可能性は残すことから、判例の立場との差は相対的であるが、しかし立証責任の違いは被害者救済にとってはなお大きな意味があろう(吉村・前掲注(3)249-250頁参照)。
- 265) 窪田・前掲注(4)253頁が718条責任は「危険との関係で一定の地位に立つ者に危険の実現リスクを負担させるという特別の責任原理に立つ」との指摘は、民法718条の責任の性質と責任主体の決定にとって重要なものである。
- 266) 潮見・前掲注(3)431頁参照(所有者の負う義務の内容は必ずしも明らかではないが、委託者がいるとしても、内部での注意義務の分担を以て対外的責任へ影響することを消極的に解することから、同433頁も占有を委託することで所有者の責任が選任・監督義務に限られることに疑問を呈しており、義務の縮減を想定していないと考えられる)。四宮・前掲注(43)758-759頁は、昭和40年判決が、間接占有者も718条の動物占有者に当たることを認めた趣旨として、718条責任が「危険責任・中間責任であることをかんがみ、被害者の保護を厚くしようという考慮」があったとしたうえで、718条1項ただし書きと715条1項ただし書を合わせた形をとっていると評する(澤井・前掲注(112)340頁及び吉村・前掲注(3)250頁も同旨)。なお澤井は昭和40年判決の法理について、人的管理を強調するものであり、動物占有者責任との相違を明確に指摘するが、判決文が、動物の種類・性質と選任・監督を関係づけていることや、ここで問題となっているのは単にある業務に関する人的管理ではなく動物の管理に関する委託における人的管理であることから、人的管理と動物管理それぞれの危険性を明確に切り離し、異質性を強調することには疑問が残る)。しかしこのように理解するならば、なにも動物の占有を移転する所有者の義務は、選任・監督に限定せず、動物の危険性をも考慮してより柔軟性を以て考えるべきではないか。本文で述べた動物危険に対する占有者責任を前提に、分業リスクをも取り込むアプローチは、こうした考慮を踏まえたものである。
- 267) 前田(太)・前掲注(1)「多元性^⑩」65頁及びそこの注(1366)参照。A-B間に使用者-被用者関係が認められる場合は715条の規律対象であり、これと異なると考えられる。
- 268) 吉村・前掲注(3)250頁及び平野・前掲注(224)II321頁。
- 269) 立法として中途半端であるという指摘について、澤井・前掲注(112)337頁。

●Zusammenfassung

In diesem Aufsatz wird es auf der Grundlage der Ergebnisse der Rechtsvergleichung im vorangegangenen Aufsatz klargestellt, dass die Gefährdungshaftung auf der "besonderen Gefahr" beruht und dass es sich um ein Zurechnungsprinzip handelt, das in der Lage hat, auf der Ebene der Rechtspraxis breit angewandt zu werden.

Darüber hinaus ist die Gefährdungshaftung nicht nur auf die Ebene der Rechtspraxis funktioniert, sondern kann auch erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsdogmatik des Deliktsrechts haben. Mit anderen Worten, die besondere deliktsrechtliche Vorschriften wurden als Zwischenhaftung oder verschuldensunabhängige Haftung verstanden, und wie die Tatsache

nahelegt, dass der Ansatz der Rechtfertigung einer strengeren Haftung in Form der vergeltenden Haftung und der Gefährdungshaftung übernommen wurde, wurde das Verständnis angenommen, dass diese Rechtsvorschriften und Rechtssysteme der Gefährdungshaftung nahe stehen und mit ihr verbunden sind. Als Prämisse gilt es zunächst Folgendes zu bestätigen. Zunächst ist zu bestätigen, dass es sich bei der Gefahr, um die es bei der Gefährdungshaftung geht, auf eine "besondere Gefahr" legen muss, was bedeutet, dass es sich um eine regelmäßige, allgemeine und abstrakte Gefahr handelt, während es sich bei der Gefahr, um die es bei den besonderen deliktsrechtlichen Vorschriften und Rechtssystemen geht, um eine Gefahr handelt, die sich von derjenigen der Gefährdungshaftung unterscheidet. Dies liegt daran, dass das Niveau der zu disziplinierenden Gefahr selbst in beiden Systemen unterschiedlich ist.

Die "Denkengüte" der Gefährdungshaftung sind aber nicht völlig unabhängig voneinander, denn sie haben alle die Gefahr gemeinsam, und man kann davon ausgehen, dass die "Denkengüte" der Gefährdungshaftung eine interpretierende Wirkung auf diese besonderen deliktsrechtlichen Vorschriften und Rechtssystem haben. Wichtig ist dabei als Denkengüte der Gefährdungshaftung nicht nur, dass die Intensität der Gefahr eine Gefährdungshaftung rechtfertigt, sondern auch, dass wir uns der Gefahrenqualität, also der Begründung für die Auferlegung der Gefährdungshaftung, bewusst sind. Auf der Grundlage dieser Überlegungen sollten wir uns bei der Betrachtung der Vorschriften und Rechtssysteme für besondere Delikte der Perspektive bewusst sein, dass wir das Zurechnungsprinzip, das jeder Vorschrift und jedem Rechtssystem entspricht, analysieren und rechtfertigen müssen, und zwar auf der Grundlage der Art der Begründung, mit der die Auferlegung der Verantwortlichkeit für das Haftungssubjekt in jeder Vorschrift und jedem Rechtssystem gerechtfertigt wird. Ausgehend von diesem Gesichtspunkt habe ich die Zurechnungsprinzipien im japanischen Deliktsrecht geklärt, die besonderen Deliktvorschriften und Rechtssysteme rechtfertigen, und mich auf die Anforderungen konzentriert, bei denen ein theoretischer Konflikt in der Auslegungstheorie jeder deliktsrechtlichen Vorschrift und jedes Rechtssystems besteht, und die Möglichkeit aufgezeigt, die Rechtsdogmatik und die Gesetzgebung gegebenenfalls zu organisieren.