

## 法人の不法行為と犯罪行為(三)

——その背後に実在している事業体を直視する必要性——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに——従来の「企業責任」論・「法人処罰論」には何が欠けているのか……………五〇卷三号
- 二 事業体の存在構造、組合・社団・財団の違い、そして法人の機能……………五〇卷四号
- 三 組合の不法行為と社団の不法行為……………本号
- 四 組合の犯罪行為と社団の犯罪行為……………本号
- 五 むすび……………本号

### 三 組合の不法行為と社団の不法行為

一 前章で見たように、法人の背後には事業体が存在しており、この事業体が活動をしている。したがって、法人の不法行為や犯罪行為について考察する問題は、法人の背後に実在している事業体の不法行為・犯罪行為について考察するという問題になる。

法人の背後に在る事業体には個人企業のような単独出資の事業体や組合、社団、財団のような共同事業体があるが、その中でも、「企業の社会的責任」という問題の一環として取り上げられたのは株式会社という社団法人の背後に在る社団の不法行為であり、犯罪行為である。

だとすれば、社団の不法行為や犯罪行為だけを取り上げればよいようであるが、社団の不法行為・犯罪行為の特色を明らかにするためには、組合の不法行為・犯罪行為についても考察して、対比するのが有益である。したがって、本章では組合と社団の不法行為について考察し、その成果を参考にしながら、次章では、組合と社団の犯罪行為について考察する。

因に、末弘博士は夙に「団体の不法行為能力と団体が法人格を有するや否やとはまったく無関係の事柄であつて、非法人団体それ自身につき不法行為の成立を否定すべき理論的根拠は少しも存在しない」とされていたし、<sup>(一六)</sup>いわゆる「権利能力なき社団」に不法行為責任を認めた下級審判決がある。<sup>(一七)</sup>本章は、合手組合(以下「組合」と記す)にまで視野を拡げて、法人でない団体の不法行為について考察する。

注(一六) 末弘巖太郎「団体責任の原理」民法雑記帳(下巻)「日本評論新社・一九五三年」一七七頁。

(一七) 東京地判・昭和六三年二月二三日・判例時報一二七三号四頁。

二 民法七〇九条は「故意又は過失によつて他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによつて生じた損害を賠償すべき責任を負う」と定めている。本条は一般的不法行為の成立要件と、法律効果を定めた規定であるが、本条については、次のような説明がなされている。

前田博士の教科書では、従来の学説は一般的不法行為の成立要件につき、①自己の故意行為または過失行為があること、②他人の権利(あるいは法益)を違法に侵害したこと、③その権利(法益)侵害行為によつて損害が発生したこと、④加害者に責任能力のあること(七二三条)の四項目に整理している。そして、③の要件につき、通説は「因果関係」と「損害の発生」に分けるが、近時、因果関係を七〇九条の規定どおり、(一)行為と権利(法益)侵害の間の因果関係(責

任設定の因果関係」と、(ii)賠償されるべき損害の範囲の因果関係(責任範囲の因果関係)に区別する考えも有力であるとされる。<sup>(二二〇)</sup>④の責任能力については、被告がその不存在の立証責任を負う権利障害規定と位置づけられていると説明されている。

幾代博士の教科書では、<sup>(二二一)</sup>①責任能力ある者の故意または過失による行為があったこと(責任能力、故意、過失)、②他人に損害を与えたこと、③右の損害が、その他人の権利または利益を違法に侵害したものであると評価されるものであること(「権利侵害」ないし「違法性」の問題)、④①の行為によつて②③の損害が生じたという関係(「事実的因果関係の問題」と)、①の行為者に②③の損害を賠償せしめることを社会的に妥当とするだけの索連性があること(「保護範囲」いわゆる「相当因果関係」の問題)として整理される。

注(二一八) 前田・注(五四)民法VI一七頁以下。

(二一九) 加藤一郎・不法行為「有斐閣」一九五七年六一頁。但し、③と④の順序が入れ替っている。

(二二〇) 森島・注(五)二七三頁は、これまでの通説は因果関係を、①不法行為成立の要件としての因果関係と、②加害者が賠償すべき損害範囲に関する因果関係の二つに分けて区別してきたとされる。

(二二二) 幾代(徳本)・注(二)一七頁以下。

三 民法七〇九条の説明には、表現の仕方に多少の違いはあるが、その違いは権利(法益)侵害、違法性、故意・過失、因果関係、損害の発生という諸要素を、並べて行く位置づけの違いにすぎない。したがって、右の諸要素のうち何れを根底に据えて論理的に展開して行けば、一般的不法行為の全体像を客観的に把握できるのかという考えに基づいて、諸要素の位置づけが論理的になされているわけではない。そのために、後述するように、違法性と過失を一元化するという提案が出て来ることになる。

そこで、従来の学説を参考にしながら、私の独特の方法論〔前掲注(六七)参照、即ち考察対象を本質・実体現象形態を成す三次元の要素に分けた上で、それを総合することにより考察対象の全体像を論理的に把握するという方法論を用いて、〕「一般的不法行為とは、どのような法現象か」という問題に変換して考察すると、次のようになる。(一一三)

一般的不法行為の本質は正当な法的根拠なしに他人の権利法益を侵害したという違法性である。他人の権利法益侵害は、「他人の権利(法益)を侵害してはならない」という不可侵義務に違反するが故に、原則として違法である。しかし、正当防衛や緊急避難(民七二〇条)のような違法性を阻却する事由がある場合には、他人の権利(法益)侵害を惹起しても不法行為にはならない。

一般的不法行為の実体は、故意または過失のある行為である。故意のある行為とは、他人の権利法益を侵害することを意図、あるいは認容した行為、即ち敢えて不可侵義務に違反する行為を行うことである。過失のある行為とは、不可侵義務違反をする意思は無かったが、不可侵義務違反をしないように注意して行動する義務(結果を予見し、結果発生を回避すべき義務)を怠った行為である。

故意と過失の違いは、かつて主張されていたような、他人の権利(法益)侵害を予見して、敢えて行為をする心理状態と、権利(法益)侵害を予見しうべきであるのに、予見しないで行為をする心理状態というような主観的な心理状態の違いではなく、右に述べたような不可侵義務違反の態容の違いである。この点の理解の仕方の違いは、法人(事業体)の不法行為を考える際に、決定的な違いとなつて現われる。

従来の通説は故意や過失を心理状態と解して、これを不法行為の主観的成立要件とし、権利法益侵害を客観的成立要件として、両者を区別して来た。これに対して、判例は過失を注意義務違反と解しており、学説と判例の間に違いがあったが、今日では学説も判例に歩調を合わせている。(一一三)しかし、故意については、意思ないし心理状態と解し続けている。(一一四)故意を自然人の意思ないし心理状態と解する限り、法人(事業体)には故意は認められないことに

なる。公害訴訟において、法人(事業体)の故意責任を主張する実務家の考え方は、故意責任を意思責任と捉えて来た従来の学説に反省を迫るものであるとして高く評価されている。(二二五)

他人の権利(法益)侵害という結果を違法に(正当な法的根拠なしに)発生させた場合でも、結果発生の見込みがなければ、故意・過失ある行為ではなく、不法行為は成立しない。そのような行為を非難して責任を問うことは不合理だからである。加害者が故意または過失のある行為をした場合であっても、責任能力が欠如しておれば不法行為責任を問われることはない(民七二二条)。このような人を非難し、責任を問うことも不合理だからである(但し、監督義務者等の責任が問われることになる(民七二四条))。このように責任能力ある人の故意または過失のある行為によって権利(法益)侵害が発生した場合でなければ不法行為責任を問うことは出来ないものであるから、右のような行為が一般的不法行為に欠かすことの出来ない中核的な要素である。このことは、民法七一七条一項但書などの無過失責任と比べれば明らかである。それ故に、故意または過失ある行為を一般的不法行為の**実体**に位置づけるわけである。

故意または過失のある行為によって他人の権利(法益)を侵害し、その結果として損害を発生させた場合、違法性を阻却する事由や責任を阻却する事由がない限り、不法行為が成立し、加害者は右の損害を賠償すべき責任を問われることになるが、このような損害の発生が不法行為の**現象形態**であり、故意・過失ある行為と相当因果関係のある部分が賠償すべき範囲となる。しかし、後者は不法行為の**効果**の問題であり、不法行為の成立要件とは関連してはいるが、区別しなければならぬ。

右に述べたことを図式化して整理すると、次のようになる。

図5 一般的不法行為の論理構造

本 質

実 体

現象形態

他人の権利(法益)侵害の違法性

故意・過失行為

損害の発生

—— 事実的因果関係

—— (相当因果関係)

不法行為とは、故意または過失のある行為によって、他人の権利(法益)を侵害し、それによって損害を与えたことである。このような定義は、右に述べた不法行為の論理構造を表わすものであることを知るならば、権利(法益)侵害という不可侵義務違反の違法性と、不可侵義務違反をしないように注意すべき義務に関わる故意・過失は、不法行為の論理構造において**本質と実体**に位置しており、存在する次元を異にしている。つまり、違法性(権利・法益侵害)と有責性(故意・過失)の間には、結果違法と行為違法(二六)という違いがあり、両者を同一視したり、同一化することは出来ないことが分かる。

したがって、違法性と有責性(過失)を一元化しようとする試みは、違法性に一元化するにせよ、有責性に一元化するにせよ、実用法学としての提案として有意義なのか否かは別にして、理論法学の観点からすれば無理な試みというほかはない。

注(一一二) 詳しくは、拙稿「不法行為とは、どのような法現象か(上)」—— 一般的不法行為(民法七〇九条)の論理構造」佐賀三七巻一号・

二号(二〇〇四年)を参照されたい。

(一一三) この点については、幾代(徳本)・注(二)二六頁以下、森島・注(五)一七〇頁以下、前田・注(五四)二九頁以下、瀬川信

久「民法七〇九条(不法行為の一般の成立要件)」広中俊雄 編「星野英一編・民法典の百年Ⅲ」一九九八年「五六九頁以下。

(一二四) 森島・注(五)一六六頁以下。

(二二五) 森島・注(五)一六六頁以下。

(二二六) この点については、窪田充見「過失論の新たな展開」前掲注(二)内田・大村編「争点二七二頁」。

因に、刑法学の分野では「行為無価値と結果無価値」に関して対立があるが、この点については、前掲注(二〇)の藤本・板倉編「争点新版四八頁以下の沼田論文」、中山研一ほか編「現代刑法講座第二卷・違法と責任」成文堂・一九七九年「一七頁以下の真鍋論文」。刑法学の分野では「違法と責任」の関係についても対立があるが、この点については、前掲「現代刑法講座(2)」頁以下の内田論文を参照されたい。

(二二七) この点については、幾代徳本・注(二)一〇頁以下、森島・注(五)二四六頁以下、前田・注(五四)一一九頁以下、同「違法性と過失」・ジュリスト増刊・加藤一郎・米倉 明編「民法の争点Ⅱ(一九八五年)一五八頁以下、錦織成史「違法性と過失」星野英一代表編集・民法講座第六卷「有斐閣・一九八五年」一三三頁以下。

四 一般的不法行為の中核的な要素は、故意または過失による加害行為である。個人事業の場合には、事業主である個人が、その事業に関して故意または過失により他人の権利(法益)を侵害した結果、その他人に損害が発生していれば、民法七〇九条に基づき賠償責任を問われることになる。個人事業主が雇用している従業員が、使用者の事業に関して授与された権限を行使する際に、第三者の権利(法益)を侵害すれば、使用者は民法七一五条一項に基づき責任を問われることになる。民法七一五条に関しては、法解釈学上、幾つかの問題があるが、個人事業に関して右に述べたことに関する限り、問題の余地はない。

しかし、組合や社団の事業に関して不法行為が発生した場合、法解釈学の説明には再考すべき問題が含まれている。例えば、我妻博士は組合の業務執行者が業務の執行について他人に損害を加えた場合、組合が損害賠償債務を負担することを認められているが、その法的根拠として民法七一五条を援用されている。<sup>(二二九)</sup> 組合の従業員が組合の業務に関して不法行為をした場合に、組合は民法七一五条一項に基づいて責任を問われるが、業務執行組合員の不法行為につき、これと同じように扱ってよいのか、同じように扱うしか方法はないのか、という疑問が生じる。

社団法人については、民法旧四四一条一項が「法人は、理事その他の代理人がその職務を行うについて他人に加えられた損害を賠償する責任を負う」と規定しており、商法旧七八条二項や二六一一条三項が合名会社の代表社員や株式会社の代表取締役について準用していた。

民法旧四四一条一項は、理事「その他の代理人」という文言からも分かるように、法人擬制説に立脚した規定であり、理事などの不法行為につき法人に代位責任を負担させるための規定で、民法七一五条と同趣旨で制定されたが、民法七一五条とは異なり、理事等の選任・監督に過失がなかったなどの理由により法人が免責される旨の規定は設けられていない。<sup>(一三〇)</sup>したがって、民法旧四四一条は法人の代表機関の権限の範囲内でなされた不法行為については法人の不法行為能力を認めるが、権限外の不法行為については民法旧四四一条は法人の不法行為能力を認めた規定ではなく、機関の不法行為につき法人に無過失責任を負担させる規定と解する説もあつた。<sup>(一三一)</sup>

これに対して、会社法学の通説は法人実在説の立場から、会社には意思能力があるから不法行為能力も有しており、本条は会社自身の不法行為に基づく責任を定めた規定であると解していた。<sup>(一三二)</sup>

民法旧四四一条一項を文言どおりに解釈して、「理事その他の代理人」を法人の対外的業務執行権限を有する者に限定すると、対内的業務執行権限しか有しない者の不法行為について、法人は代位責任を負わないことになる。<sup>(一三三)</sup> 法実在説に立つ場合でも、民法学者は民法旧四四一条一項の「理事その他の代理人」は法人の代表機関に限っていたようである。<sup>(一三四)</sup>

これに対して、商法学者は株式会社に関して代表取締役に限定することなく、定款上の業務執行機関である業務担当取締役が、その職務遂行上、不法行為を行った場合にも民法旧四四一条一項が適用されるべきであると解していた。<sup>(一三五)</sup>

注(一二八) 神田・注(二一〇頁以下・五八頁以下・八〇頁以下・九〇頁以下・一一五頁以下、同「企業ないし組織体の不法行為」の

法理」新・現代損害賠償法講座第四卷「日本評論社・一九九七年」四頁以下、潮見・注(二)三七〇頁以下、森島・注(五)二四頁以下、田上富信「使用者責任」前掲注(二二七)民法講座(6)四九六頁以下、同「使用者の被用者に対する求償権の制限」前掲注(二二七)加藤・米倉編「争点Ⅱ一六八頁以下、宮内竹和「使用者責任における『外形理論』」前掲「争点Ⅱ一七〇頁以下、浦川道太郎「使用者責任の射程」前掲注(六)内田・大村編「争点二七八頁以下。

(二一九) 我妻・栄・債権各論中巻「岩波書店・一九六二年」八〇九頁。我妻博士の組合論に対する私の批判として、拙著注(五三)企業と団体五九頁以下。

(二二〇) 前田・注(二)民法講座(1)二二一頁以下、同・注(三四)注民(2)一四六頁以下、前田・窪田・注(三四)新注民(2)二七七頁以下、遠藤 浩編「基本法コンメンタール」第四版「民法総則」日本評論社・一九九七年「七六頁以下」森泉 章。同旨、我妻 栄ほか「シンプジウム」法人の代表と代理「私法」三三三号(一九六一年)六一頁以下「川島武宜」。なお、同誌四二頁以下「四宮和夫」。

(二二二) 柚木 馨「代表機関の行為に対する法人の責任」民商法雑誌二四卷四号(一九四九年)三〇頁以下。なお、柚木 馨「判例民法総論(上)」有斐閣・一九五一年「三五四頁。

(二二三) 菅原菊志・注(五七)注会(1)二九五頁、同・注(五七)新注会(1)二六九頁。なお、松本・注(二八)志林七卷二号一一頁。

(二三四) 森泉・注(一三〇)七六頁。

(二三四) 前田・注(三四)注民(2)一五七頁、前田・窪田・注(三四)新注民(2)三〇〇頁。

(二三五) 大森忠夫・矢沢 惇編「注釈会社法第四卷」有斐閣・一九六八年「三六九頁」山口幸五郎、「上柳克郎・鴻 常夫・竹内昭夫編「新版注釈会社法第六卷」有斐閣・一九八七年「一五八頁」山口幸五郎」。

五 公益法人に関する民法旧四四条一項の規定は営利法人である合名会社や合資会社の代表社員、株式会社の代表取締役の不法行為について準用され、さらに業務担当取締役や使用人兼務取締役にも準用するという商法学説も登場していた。この説によれば、会社の対外的業務執行機関が対外的業務に関して行った不法行為だけでなく、対内的業務執行機関が対内的業務に関して不法行為を行った場合にも、会社の不法行為として処理する途が開かれる可能性がある。

しかし、右の商法学説は業務担当取締役や使用人兼務取締役が対外的業務について、代表取締役の授権に基づいて行為をした場合に限定しており、しかも民法七一五条の適用を受けるとしていた。<sup>(三六)</sup>

したがって、会社の代表機関により対内的業務に関して行われた不法行為に関しては法的空白状況が続くことになる。そして、業務担当取締役などの対外的業務に関する不法行為は末端の従業員の不法行為と同じように扱われ、会社に免責の余地を残すことになる。さらに、対内的業務に関する不法行為の場合、末端の従業員の不法行為についてさえ、その故意・過失や権利・法益侵害との因果関係を被害者(損害賠償請求訴訟の原告)が立証するのは困難である。まして、代表取締役や業務担当取締役・使用人兼務取締役などの上級管理職の対内的業務に関する不法行為につき、故意・過失や因果関係を立証するのは至難の業である。<sup>(三七)</sup>

一九六〇年代・七〇年代に公害や食品公害・薬品公害などが大きな社会問題となり、「企業の社会的責任」を追求する一環として、企業犯罪に対する法人処罰や企業の民事責任、即ち法人の不法行為責任を追究する法理を構築することが法律学の課題となった。しかし、法人の不法行為責任に関する理論状況は、右のようなものであり、被害者を救済する法理として十分なものではなかった。

そこで、民法七一五条一項や旧四四一条一項に依拠する場合の難点を解決するために、いろいろな提案がなされた。しかし、結局のところ、解決することは出来ず、民法七〇九条に基づいて法人の不法行為に対して法人に責任を負わせるという学説や下級審判決が登場し、この説が今日では多数説となっている。とはいえ、この説に対する批判や疑問が提起されており、この説を排斥した下級審判決も出されている(第一章二節参照)。

右の批判説が述べているように(第一章二節参照)、肉体も意思も有しない事業体(ないし法人)の故意や過失、そして行為が在りうるのかという問題、したがって、このような事業体(ないし法人)は不法行為をなしうるのかという問題を十分に検討していないところに、民法七〇九条適用説の最大の弱点がある。

このような理論的難点が生じているのは、この学説が公害被害者の救済という目的のために、公害企業の不法行為を認め、七〇九条に基づいて責任を負担させるという結論が先行して、この結論を導き出すための理論的な検討を怠っていたからに他ならない。<sup>(一三六)</sup> その点では、法人の犯罪能力を認めた上で法人処罰をしようとする刑法学説と共通しているが、刑法学の問題については次章で触れる。

民法七〇九条適用説を理論的に基礎づけるためには、自然人のような肉体や意思を持たない事業体が、それに固有の意思を持ち、それに固有の行為をすることが出来るのか、したがって事業体に固有の故意や過失があり、事業体はそれに固有の不法行為をすることが出来るのかという問題を理論的に検討しておく必要がある。

そのためには、法現象としての事業体とは、どのような存在なのか、その内部構造を論理的に把握した上で、この事業体の論理構造に即して事業体の意思や行為の存在を確認しておく必要がある。このような作業は、既に第二章において、組合と社団に分けて行った。したがって、次節以下では、この成果を踏えて組合と社団の不法行為能力について検討しよう。

なお、潮見教授は「行為」の構造を解析することにより「企業の行為」を定立することが不可欠の作業であるとき<sup>(一三五)</sup>れる。しかし、企業の「行為」の構造を解析する前に、企業に固有の意思の存在を確認しておかなければならないが、そのためには企業の存在構造の解明が必要である。

注(一三五) 山口・注(一三五)注会(4)三六九頁以下、同・注(一三五)新注会(6)一五八頁。

(一三七) 民法旧四四一条一項を適用する上での問題点については、神田・注(二)五八頁以下・二九七頁以下、同・注(二二八)新現  
代損賠(4)五頁以下、森泉・注(五六)基本法学2五五頁以下。民法七一五一条一項を適用する場合の問題点については、前掲注  
(二二八)の文献参照。

(二三八) 同旨、潮見・注(二)三三七二頁以下、前田達明・不法行為帰責論「創文社一九七八年」二九七頁。このような基礎的作業

をしていない点を含め、従来の学説に対する批判は、拙著注(五三)社団法人三三四頁で行っているので、本稿では繰り返さない。

なお、新聞報道による名誉毀損について新聞社の不法行為責任が問題とされているが、「新聞社そのものの行為を直接問える理論的根拠を明示する必要がある」とされている建部 雅 報道における責任―配信サービスの抗弁をめぐる議論から提示される問題」論究ジュリスト16号「二〇一六年」八〇頁。

(一三九) 潮見・注(二)三七二頁。潮見説における「不法行為における行為の意味」については、同書二八頁以下。

六 第二章六節において分析したように、組合(合名会社)は一定の事業を共同して行うために出資した複数の人(組合員(合名会社社員))の結合体であり、単一の事業体である。したがって、事業体の本質である「事業をする意思」は、複数の組合員の個人的な意思ではなく、単一の事業体としての組合の意思であり、事業体の実体をなす事業権(事業活動権)と事業財産権は単一の事業体としての組合に帰属し、事業体の現象形態である、事業活動によって取得・負担した権利・義務は、組合員個人ではなく、単一の事業体としての組合に帰属する。

組合の重要事項は組合員全員で決めるが、組合の対内的・対外的業務に関する事項は、業務執行権限を有する組合員が決定し、実行に移す。組合の対外的業務につき、改正民法は六七〇条の二として組合員の代理に関する規定を新設しているが、組合員は組合の業務を執行するのであって、他の組合員の業務を執行するわけではない。しかも、組合の対外的業務を執行するときは、組合の代表機関として業務執行権限を行使するのであって、組合や他の組合員を代理するわけではない。<sup>(一四〇)</sup>

要するに、組合は複数の組合員によって構成されながらも、各組合員個人とは別個・独自の事業意思を有し、各組合員個人の生存権(生存活動権と生存財産権)とは別個・独自の事業権(事業活動権と事業財産権)を有する、各組合員とは別個・独自の権利・義務の主体である。それ故に、組合は各組合とは別個・独自の意思能力と権利能力・行為能力を有し

ており、組合の業務に関する限りにおいて不法行為能力(や犯罪行為能力)を有している。<sup>(二四一)</sup>

組合の事業意思を決定する権限を有する者が、組合事業に関連して、他人の権利法益を侵害する行為を行うことを決め、業務執行権限を有する者が自ら、あるいは従業員、その他の第三者を使って実行に移し、損害を発生させた場合には、組合の故意による不法行為が成立する。組合の業務執行権者が目的事業の執行をする際に、違法行為をする意思はなかったが、他人の権利法益を侵害しないように注意すべき義務(侵害結果の予見および回避義務)の履行を怠り、他人の権利法益を侵害して損害を与えた場合には、組合の過失による不法行為が成立する。組合の業務執行機関が、その権限の範囲内で行った行為は、組合の行為と評価されるからである。

違法な行為は組合の目的事業には入らないので、組合の不法行為は在り得ないという意見が在るかも知れない。違法行為を目的とする組合を設立することは法的には認められないが、適法な行為をする目的で設立した組合の業務に関連して、違法な手段を用いたり、違法行為を行えば、それは組合の目的の範囲内の行為であり、組合による不可侵義務違反行為として、組合も(実行行為者とともに)責任を負うことになる。

組合は組合員の結合体であり、組合の従業員は、たとえ商業使用人として代理権を与えられているとしても<sup>(商二〇)</sup>、組合の構成員ではなく、法的には(経営学的には、いざ知らず)組合という事業体の部外者であり、組合の業務に関連した従業員の行為は、業務執行組合員の指示・命令に従っている場合であっても、組合の行為ではない。したがって、組合の業務に関連して従業員が不法行為を行った場合、組合は組合の不法行為として民法七〇九条に基づき責任を負うのではなく、使用者として民法七一五条一項に基づき責任を負う。<sup>(一四二)</sup>

なお、会社法六〇〇条は、持分会社を代表する社員、その他の代表者が、その職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を持分会社に負わせている。<sup>(一四三)</sup> 商法旧七八条二項が合名会社に準用していた民法旧四四一条一項と比べると、後者が法人擬制説を前提にして法人の理事、その他の代理人が第三者に加えた損害につき、法人に代

位責任を負わせていたのに対して(本章第四節参照)、会社法が法人実在説に立脚している点は前進といえる。しかし、組合持分会社の不法行為は、代表権のある業務執行組合員(社員)による取引的不法行為<sup>(四四)</sup>だけではなく、代表権のない対内的業務執行機関による事実的不法行為もあり、製造業の場合、社団(株式会社)におけるのと同じように、後者の不法行為の方が深刻な被害をもたらすのではないかと思われる。にも拘わらず、このような事実的不法行為に対する責任は負担しないかのような規定になっている点は問題である。

注(一四〇) 代理と代表の違いについては、第八節・九節で、社団に関して述べる。

(一四一) 法人の犯罪に対する社会的非難・制裁としての刑罰に関して同旨、佐伯・注(四)一四三頁(なお、同頁注16)。

(一四二) 民法改正前の考察であるが、組合(合名会社)の不法行為について詳しくは、拙著・注(五三)社団法人三八一頁以下。

(一四三) 会社法六〇〇条の解説として、奥島孝康『落合誠一』浜田道代編・新基本法コンメンタール・会社法3「日本評論社」二〇〇九年「二七頁」今泉邦子、江頭憲治郎『中村直人編・論点体系会社法』第一法規二〇一二年「四二八頁」稼川泰史、神田秀樹編・会社法コンメンタール第一四巻「商事法務」二〇一四年「一八一頁」尾崎幸美。

(一四四) 取引的不法行為については表見代理との関係が問題になるが、この点については、潮見佳男「取引的不法行為」前掲注(六)内田『大村編・争点』二八一頁以下、前田・注(三四)注(二)一六三頁以下、前田『窪田・注(三四)新注(二)』二九六頁以下、鍛冶良堅「法人の不法行為責任と表見代理責任」前掲注(九八)加藤『米倉編・争点』二二二頁以下、森島昭夫「取引的不法行為と表見代理」前掲注(二七)加藤『米倉編・争点』二一七二頁以下、原島重義「民法学における思想の問題」創文社二〇一一年「一九四頁以下」。

七 第二章七節において分析したように、社団は機関(意思決定機関や業務執行機関・監査機関)の組織体であり、組合のような複数の出資者の結合体ではない。社団への出資者は自分達が共同して事業をする意思をもって出資しているのではなく、社団を創って、これに「事業をさせる意思」で出資をし、出資者の右の意思に依って創られた社団、即ち

機関の組織体が「事業をする意思」の主体となつて事業活動を行い、事業活動によつて取得・負担した権利・義務が帰属する主体となる。

社団の存続や組織変更・重要な役員人事などについては出資者総会(いわゆる社員総会や株主総会)で決めるが、具体的な経営方針は理事(会)・取締役(会)が決め、その実行は上級管理職である業務担当理事・取締役・執行役などの責任の下に、部長・課長などの中間管理職、さらには末端の従業員に委ねられる。要するに、事業体の**実体の動的側面**である事業活動権(第二章五節参照は、右のような機関の組織体 $\parallel$ 社団に帰属しており、その行使は理事(取締役)から末端の従業員に至る業務執行機関が担当する。

したがつて、機関の組織体である社団も、定款に定められている事業目的によつて制約されるとはいへ、意思能力や権利能力・行為能力を有しており、不法行為能力(さらには犯罪行為能力)をも有している。<sup>(一四五)</sup>

というのは、社団は、出資者個人や機関の構成員個人によつて担われながらも、それらの個人とは別個・独自の事業意思を持ち、社団に固有の事業権(事業活動権と事業財産権)を有する独自の法的存在である。それ故に、社団の事業活動によつて取得・負担した権利・義務は社団に帰属するわけであるが、社団は独自の法的存在であるが故に、出資者個人や機関構成員個人とは別個・独自に法令遵守義務を負い、不可侵義務を負う。つまり、正当な事由なしに、他人の権利(法益)を侵害してはならず、他人の権利(法益)を侵害しないように注意して行動すべき義務を負う。にも拘わらず、社団の業務に関して社団の機関として行動する際に、他人の権利(法益)を侵害して損害を与えた場合には、行為者個人の不可侵義務違反が問題にされるだけでなく、社団自体の不可侵義務違反、即ち社団自身の不法行為が問題になり、社団自身の責任も問われることになる。

因に、民法旧四四一条一項に関して、社員総会や監事が第三者の名誉を毀損した場合に、本条を準用して法人に責任を負わせることが出来るか、ということが問題にされた。<sup>(一四六)</sup>しかし、この問題は、民法七〇九条に基づいて社団自

身の不法行為責任を問うことが出来るか、という問題とすべきであった。のみならず、社員総会における他人の名誉を毀損する決議に賛成した社員の個人的な共同不法行為も問題になる。そして、社団の目的事業を成功させるために違法な手段を使うことを社員総会で決め、社団の役員(理事や株式会社取締役)に実行させた場合、社団や役員個人の不法行為だけでなく、総会で賛成した社員個人の不法行為(役員との共同不法行為)が問題になる。

なお、同族会社や一人会社のように、株主が少ない会社において、正式の株主総会が開かれたわけではないが、株主資格を有する者が全員揃った折に会社の経営方針が話題になり(いわゆる全員出席総会)、違法な手段を使って利益を上げることを決め、あるいは有力株主の意思で取締役に実行させた場合、会社や取締役個人の不法行為が成立するとともに、株主については民法七一九条一項前段や二項の共同不法行為が問題になる。

注(一四五) 同旨、松本・注(二八)志林七巻二号一〇頁以下。なお、法人擬制説から実在説(組織体説)に改説された富井博士以降の、法人実在説の立場から法人の不法行為能力を認める学説については、前田・注(二)民法講座(1)二一四頁以下。法人実在説に対する疑問・批判については、前田・前掲論文二二七頁以下。

(一四六) 前田・注(三四)注民(2)一五七頁、前田・窪田・注(三四)新注民(2)三〇一頁。

(一四七) これについては、拙著・注(五三)社団法人八二頁以下。

八 複数の出資者の結合体である組合は、皆で共同して事業をする意思の下に出資した者で構成される閉された団体である。したがって、組合の従業員は組合の外部的存在であり、組合内部の構成員ではない。それ故に、組合の業務に関して組合従業員が不法行為を行った場合、組合は使用者としての責任を問われることになる(民七一五)。

これに対して、社団は「事業をさせる意思」の下に出資者が創った機関の組織体であり、出資者の共同事業体ではない。出資者は、出資者という資格においては、出資者総会という社団の意思決定機関の構成員として社団の目的

事業に関わるにすぎない。社団の経営は、理事(念)、取締役(念)を頂点にして構成される業務執行機関が担当する。

一般法人法六〇条以下や会社法三二六条以下は、社団の業務執行機関として必ず設けなければならないものや、必要に応じて設けても良いものを定めているが、これ以外の機関を設けてはならないということではない。法定されている機関は、非営利社団や営利社団に最小限度として設けなければならない機関、さらには、これを設けても必要的設置機関を設けた意義を減殺しないどころか、社団経営の民主化・透明化・公正化・合理化に寄与すると考えられているものである。したがって、一般法人法や会社法の趣旨に反しない限り、それぞれの社団の必要に合わせ、業務執行の組織体制を選ぶ自由は保障されている。<sup>(二四九)</sup>

事業規模の大きな株式会社であれば、取締役会(社外取締役を含む場合もある)の下に業務担当取締役や執行役という上級管理職を置き、その下に部・課長などの中間管理職、さらに係長や主任などを経て末端の従業員へと至る重層的な業務執行体制を採っている。

そして、それぞれの役割に応じて大なり小なりの職務権限が与えられている。したがって、社団においては出資者総会で選任された役員だけが業務執行機関を構成しているのではなく、末端の従業員に至るまで全ての人材によって構成された組織が社団の業務執行機関なのであり、従業員も社団内部の存在である。<sup>(二五〇)</sup> したがって、社団の業務担当者(部課長であれ、末端の従業員であれ)、社団の業務に関連して不法行為を行った場合、取締役が不法行為を行った場合と同じように、社団の不法行為にもなり、社団は民法七一一五条一項ではなく、民法七〇九条に基づいて損害賠償責任を負うことになる。組合と社団の違いは、このような形でも現われる。<sup>(二五一)</sup>

組合の被用者が支配人などの商業使用人となった場合、彼は組合の業務執行機関の一員として組合の内部的存在になるわけではなく、組合の代理人であり、組合外部の存在に留まっている。これに対して、社団の被用者が対外的な取引の任務を割当てられた場合、社団の従業員は、もともと社団内部の存在として業務執行機関の一翼を担う

地位にある者であり、彼の職務権限が外部との取引担当として具体化して、社団の代表権限の一部を授与されるのであり、社団の代理人として社団外部の存在となるわけではない。<sup>(二五二)</sup>

会社法は一〇条以下に「会社の使用人」という節を設けて、商法二〇条以下の「商業使用人」に関する規定と同じような内容の規定を設けている。商法が「商人」としている部分を「会社」としている点が異なっているにすぎない。このような違いをつけるだけのために、会社法に規定を設ける必要があったのかという疑問は<sup>(二五三)</sup> 設置き、支配人などの使用人を「代理人」とする会社法の規定は、組合である持分会社には妥当するが、社団である株式会社には妥当せず、せいぜい準用される規定にすぎない。したがって、商法を企業法と解するのであれば、商法総則の規定を企業法総則として相応しい内容に改正すれば、会社法に規定しなくても済むことである。

注(一四八) 社団である株式会社の設定手続の法理的構成については、拙著、注(五三)社団法人一三一頁以下。

(二四九) 同旨、神作裕之「コーポレート・ガバナンスと会社法の強行法規性」ジュリスト一〇五〇号(一九九四年)一三三頁、森

本 滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正」川又良也先生還暦記念・商法・経済法の諸問題「有斐閣一九九四年」一三七頁以下。

(二五〇) 松岡和生「株式会社における従業員組織の機関性―その前提的基本理論(主として社団法人理論との関連について)の検討」法学研究三八巻二二号(一九六五年)二四七頁以下。末弘、注(一一六)雑記帳(F)一七七頁以下、戒能通孝「債権各論改訂版」巖松堂、一九四六年「四五頁も従業員の不法行為を団体構成員の行為として団体の責任とされるが、組合と社団の区別はされていない。

なお、法人の刑事責任に関して、津田・注(一四)一橋三巻三号二五七頁以下は、法人の意思決定に従った従業員の行為も法人の行為とし、今井、注(一四)法教二六〇号七六頁は、場合によっては係長レベルの者の行為も法人の行為として評価される。佐伯・注(四)二五四頁は代表者の行為に基づいて法人固有の刑事責任を捉える説を批判される。

(二五一) この点につき、会社法制定前の論稿であるが、拙著、注(五三)社団法人三八一頁以下。

(二五一-a) 山口・注(二三五)注会(4)三五七頁、同注(一三五)新注会(6)一三七頁は、代表取締役が他の取締役や会社の使用人、その他の第三者を複代理人として使用することができる」とされる。

(一五二) 拙稿・注(五二)佐賀四〇巻六号一九九頁。同旨、神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト二二九五号(二〇〇五年)一三六頁。なお、会社法一六条以下の会社の代理商に関する規定についても、商法二七条の文言を変えれば済むことである。

九 最近の民法学説では、「代理」と区別して、ことさら「代表」という概念を用いることに意義を感じなくなつているとされている。<sup>(一五三)</sup>

しかし、「代理人」は本人とは全く別個の法主体として、本人の外部に存在し、本人に代つて、本人のために法律行為を行う。これに対して、「代表者」は団体内部の存在であり、団体(組合・社団・財団)の**本質**をなす「一定の事業を遂る意思」を実現するために、団体の対外的業務機関として法律行為を行うだけでなく、対外的・対内的な事実行為を行う。したがって、団体の「代表者」の行為<sup>(対外的・対内的業務執行行為)</sup>は、他の業務執行機関の行為<sup>(対内的業務執行行為)</sup>と同じように、団体自身の行為と評価される。<sup>(一五四)</sup>

法律行為に関しては、「代表」についても「代理」の法理が準用されるので、「代理」と「代表」を区別することに意義はない。しかし、事実行為、とりわけ不法行為<sup>(や犯罪行為)</sup>に関しては、団体自身の不法行為<sup>(や犯罪行為)</sup>として団体自身が責任を負うのか、第三者の不法行為<sup>(や犯罪行為)</sup>について代位責任を負わされるのかという違いが生じる。そして、団体についても民法七〇九条に基づく不法行為責任を問うことが出来るか否か、という違いに繋がる。

商法学の通説は法人实在説に立つて「代理」と「代表」を区別して来たが、<sup>(一五五)</sup>合名会社の代表機関を構成する代表社員は会社の法定代理人としての地位に立つと解する説<sup>(一五六)</sup>もあり、「代理」と「代表」を明確に区別しない立場も見られる。これは、法律行為にだけ目を向けて、不法行為<sup>(や犯罪行為)</sup>には目を向けなかったからだと思われる。

法人擬制説ないし否認説の立場から法人实在説を批判される川島博士は、法人を集団の法律関係を単純化して、

単一個人の法律関係と同様のものとして処理するための記号的(言語的)技術とし、団体は個人の集合にすぎず、法人の代表関係は個人間の代理関係にすぎないとして、「代表」や「機関」という概念に特別の意義を認められない。要するに、団体の問題は、全て個人法理で処理できると考えられている。

したがって、民法旧四四条一項の「法人の理事などによる不法行為に対する法人の責任」を「他人の行為による責任」とし、民法七一五条と同じ趣旨の責任とされる。<sup>(一五九)</sup>しかし、民法七一五条の使用責任は、他人の不法行為に対する代位責任としてではなく、従業員の選任や監督に関する事業主自身の過失に対する責任として規定されたものであり、特別刑法の両罰規定における事業主の刑事責任と同趣旨の規定である。

注(一五三) 織田博子「代表」椿 寿夫⇨伊藤 進編「代理の研究」日本評論社・二〇一一年「一九九頁以下。

(一五四) 代理と代表の違いについては、高木多喜男注(三四)注民(2)一一五頁、同注(三四)新注民(2)二二七頁、藤原弘道注

(三四)注民(2)一九一頁以下、同注(三四)新注民(2)三四九頁・三五一頁、於保不二雄編「注釈民法(4)有斐閣・一九六七年」一一頁「於保不二雄」。

(一五五) 菅原注(五七)注会(1)二八六頁以下、石井照久注(一三五)注会(4)五頁、菅原注(五七)新注会(1)二五九頁以下。上柳

克郎⇨鴻 常夫⇨竹内昭夫編「新版注釈会社法(5)有斐閣・一九八六年」一頁「谷川 久」。

(一五六) 菅原注(五七)注会(1)二八七頁、同注(五七)新注会(1)二六〇頁。

(一五七) 川島注(六三)総則一一一頁以下、同注(一〇三)著作集(6)四五頁・七四頁以下。

(一五八) 川島注(六三)民法(三)二六六頁以下、同注(六三)総則一一二頁以下。

(一五九) 川島注(一三〇)私法三三三六頁以下。なお、川島注(六三)民法(三)二七三頁以下、同注(六三)総則一二七頁以下。

一〇 民法七一五条は従業員の選任・監督に関する使用者の過失責任を問う規定であったが、大正時代の後期から大企業が登場したことや、報償責任・危険責任の思想が登場するのに伴って、免責条件付代位責任説が有力になり、

過失責任説に取って代つた。<sup>(一六〇)</sup>

しかし、民法七一五条は大企業だけを対象にした規定ではなく、個人事業や組合のような小規模企業の従業員を想定した規定である。したがって、個人事業や組合の事業主に対しても、報償責任や危険責任の思想に基づいて代位責任を課すのは、特別刑法の両罰規定における事業主の責任を代位責任と解したのが責任主義に反していたと同様に、過失責任の原則に反しており、立法趣旨のとおり、従業員を選任・監督に関する過失責任と解するべきである。<sup>(一六一)</sup>

他方、大規模企業を想定している株式会社に対して、報償責任や危険責任の思想で対応するとしても、株式会社という営利社団の従業員は、社団の外部にいる第三者ではなく、社団内部に位置する業務執行機関の構成員であり、従業員が社団の業務に関して、その職務権限を行使する際に行った不法行為は、従業員自身の不法行為でもあるが、社団自身の不法行為でもある。したがって、社団は自身の不法行為について民法七〇九条に基づいて責任を問われるのであって、従業員の責任を代位させられるわけではない。それと同じように、理事や取締役が職務に関して不法行為を行った場合にも、個人としての不法行為という側面と社団の機関としての不法行為という側面があり、後者に関して、社団は社団の不法行為として責任を負う。しかし、この点に関しては、組合と社団の間に違いはない。違いがあるのは、従業員の不法行為に関してである。

このように、団体の関係を個人法理で処理しようとしても、それは法律行為に限られており、不法行為については不可能である。まして、団体の内部関係については、個人と個人との関係には見られない団体に固有の関係、即ち団体の意思決定や業務執行に関する権限の配分という問題がある。そして、その根底には、団体(組合や社団・財団)が出資者や機関構成員によって形成され、担われながら、「なぜ」これらの個人とは別個・独自の法的存在となるのかという、個人法理では解決することは出来ない問題がある。この問題を解くためには、「組合とは、どのような

構造を有する事業体なのか」、「社団とは、どのような構造を有する事業体なのか」、「財団とは、どのような構造を有する事業体なのか」という問題を解明した上で、これらの事業体を単なる個人の集合にすぎないと言えるのかということを検討する必要がある。要するに、「個人の集合」や「集団」と「団体」の違いを明らかにする必要がある。<sup>(一六三)</sup>

しかし、川島博士の関心は、団体をめぐる紛争の妥当な解決を目差す実用法学の観点からの提言<sup>(一六四)</sup>にあり、団体の内部構造を理論的に解明することには向けられていない。ここに、川島法人論の根本的な難点がある。因に、団体という存在を認めないかのような記述をされている川島博士は、法人の解散に関して「法人がその存在の目的たる事業を停止」とか、「解散によつて、法人はその本来の活動をやめ」という表現をされる<sup>(一六五)</sup>だけでなく、「社団は、構成員の共同の事業を行うための統一体であつて、単なる構成員の契約関係ではない」とも<sup>(一六六)</sup>されている。これは、川島博士も法人に固有の活動があり、団体が構成員とは別個の存在で、別個の活動単一体であり、別個の法主体であることを認めていることを示すものといえよう。<sup>(一六七)</sup>

注(一六〇) 旧民法財産編三七三条から現行民法七一五条に至る経緯と、立法趣旨については、田上・注(一一二)民法講座(6)四六〇頁以下。なお、過失責任説に対する批判については、田上・前掲論文四七七頁以下、免責条件付代位責任説の難点については、田上・前掲論文五〇二頁以下。

(一六一) この点については、樋口亮介「法人の処罰」前掲注(一〇)西田・山口・佐伯編・刑法の争点一〇頁。

(一六二) 同旨、平井・注(八)各論Ⅱ三三六頁。因に、前田・注(二)早誌五九卷一号四五六頁以下は、法人の行為を否定し、民法七〇九条の法人への適用を否定して、民法旧四四条一項や七一五条に基づいて法人の不法行為責任を認める下級審判決<sup>(一六三)</sup>前掲注(六)参照は、法人それ自体に課された不法行為上の義務違反の問題、つまり法人の「自己責任」を問う萌芽が見られ、七一五条の使用責任を代位責任とする通説的理解からの変化が見られるとされる。しかし、法人の行為を否定し、七〇九条の適用を否定していることと整合するのか、疑問である。

(一六三) 川島・注(一三〇)私法二三号五九頁・六〇頁・六一頁。なお、川島・注(一〇三)著作集(6)七三頁以下。

(二六四) 川島博士の法人論に対する私の批判として、拙著注(五三)企業と団体三九〇頁以下、同注(五三)社団法人三二〇頁・三三三頁以下・三九一頁。川島説と私見が全く異なる原因は、法人から団体へと考察するのか、団体から法人へと考察するのかという違いにあるが(第二章第三節参照、最も根本的な原因は所有権を、どのような権利として捉え、共同所有、とりわけ合有を、どのように理解するかという違い)にあり、実用法学を旨とするか理論法学を旨とするかという違いに行き着く。なお、拙著注(五三)社団法人三二〇頁注(10)。

(二六五) 川島注(六三)総則一三二頁。なお、川島注(六三)民法(三)二七九頁。

(二六六) 川島注(六三)総則一三九頁。なお、川島注(六三)民法(三)二二一頁以下。

(二六七) 川島注(六三)総則九八頁は、「社団法人においては、団体としての単一性が明確に構成員から独立し、団体が構成員とは別の独立の存在となっている」とされ、川島注(六三)民法(三)二二一頁は、社団は「構成員の単なる集合である以上の強い統一性を有しその結果その構成員とは別の独立の社会的単位と見なされるところの団体 corporation である」とされる。

一一 会社法六〇〇条は「持分会社は、持分会社を代表する社員その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と定め、三五〇条は「株式会社は、代表取締役その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と定めている。<sup>(二六八)</sup>そして、一般法人法七八条も一般社団法人について、これと同じ条文を設けている。

第六節において組合に関して述べたように、これらの規定は、民法旧四四一条一項が法人擬制説に立って法人の代理人が第三者に加えた損害につき、法人に代位責任を負わせていたのと比べると、法人實在説に立っている(ような表現をしている)点は進歩したといえる。しかし、法人の不法行為は代表権限のある者だけが行うわけではなく、代表権限のない対内的業務執行機関が行うこともある(製造業では、こちらの方が多くかも知れない)。そして、組合とは異なり、社団においては従業員も業務執行機関の一員であり、従業員が職務を行う際に第三者に加えた損害も、社団の不法行為による損害として、民法七〇九条に基づいて社団も責任を問われる。

このように解する立場からすれば、右の三つの条文は組合や社団の代表者に関する注意規定ということになるが、代表権限がある者の不法行為についてだけしか団体は責任を負わないかのような印象を与えるので、適切な条文とは言えない。

因に、民法旧四四条の見出しは「法人の不法行為能力等」となっていた。これに対して、右の三つの条文の見出しは「代表者の行為についての損害賠償責任」「持分会社を代表する社員等の行為についての損害賠償責任」となっている。

一般法人法七八条につき、この見出からすると、「他人の行為による責任」という考え方に、より親和的であるといえようとする見解がある。<sup>(六九)</sup> 条文の見出を手懸りにして、このような判断をすることは問題であるが、条文が「代理人」から「代表者」に変わった点を重視すると、「他人の行為による責任」説とは相容れなくなったのではあるまいか。

なお、民法旧四四条一項の「理事その他の代理人」の行為は、狭義の不法行為だけでなく、債務不履行などの損害賠償責任の原因となる行為をも含むと解する説も有力であった。<sup>(七〇)</sup> その点、上記の三つの条文は債務不履行をも含むとする説に親和的であるが、団体が債務を履行しない場合に責任を負うのは当然のことであり、わざわざ条文を設ける必要のないことである。

注(一六八) 会社法三五〇条については、酒巻俊雄「龍田 節代表編・逐条解説会社法第四卷「中央経済社」二〇〇八年」三九二頁以下「稲葉威雄」、落合誠一編「会社法コンメンタール」8 機関(2)「商事法務」二〇〇九年「二頁以下」落合誠一、奥島孝康「落合誠一」浜田道代編「新基本法コンメンタール」会社法2「日本評論社」二〇一〇年「一三九頁以下」野田耕志、江頭憲治郎「中村直人編」論点体系会社法3「第一法規」二〇一二年「八七頁以下」尾崎悠一。

(一六九) 織田・注(一五三)一七二頁。なお、一七七頁注(22)は、一般法人法施行後に出された教科書で「他人の行為による責任」と説明するものを例示されているが、これは一般法人法七八条の見出の影響ではないかと思われる。

因に、前田達明「法人の不法行為責任等」の規定を存続すべきか」注(一〇六)椿ほか編「法律時報増刊六二頁以下は、民法

旧四四条に相当する規定を民法総則に復活させるべきだと提案されていた。

(一七〇) 前田・注(三四)注民(2)一五三頁、前田・窪田・注(三四)新注民(2)二九五頁。

一二 民法三四条は「法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う」としている。民法旧四三条を引継いだ規定であるが、旧四三条に関しては法人の権利能力を制限する規定なのか、行為能力を制限する規定なのか、両者を制限する規定なのか、見解は分かれていた。<sup>(一七二)</sup>第二章五節七節において述べた事業体や組合・社団の論理構造に即して考えると、事業体の目的は先ず、事業体の**実体的**の動的側面である事業活動権を制約する。その結果、業務執行機関の権限を制限し、業務執行によって取得し、負担する権利・義務が限られて来るという関係にある。つまり、事業体の目的は、事業体の**現象形態**である権利・義務の帰属を直接的に制限するのではなく、その**実体**の一部をなす事業活動権を制約するが故に、業務執行機関の権限が制約され、事業活動の結果として事業体に帰属する権利・義務も制約されることになるのである。<sup>(一七三)</sup>

そこで問題になるのは、事業体が不法行為(や犯罪行為)を行うことは目的の範囲外であり、業務執行機関が業務を行う際に不法行為(や犯罪行為)を行っても事業体の事業活動とは言えないのではないかということである。不法行為(や犯罪行為)を行うことは、定款に記載されていないし、記載しえないからである。しかし、第六節において述べたように、定款に記載されている正当な目的事業を行う際に過失による不法行為が発生したり、正当な目的事業を行うために違法な手段を用いることが問題にされ、事業体(組合や社団)の行為として、事業体の責任が問われるのである。<sup>(一七三)</sup>組合の場合、従業員は組合の構成員ではなく、組合の部外者であるから、従業員の不法行為は個人の不法行為であって、組合は使用者として民法七一五条の責任を問われる。これに対して、社団の従業員は社団の業務執行機関の一員である。したがって、従業員が職務に關して行った不法行為は、個人の不法行為であると同時に、社団の不

法行為である。しかし、社団内部における従業員の地位に応じて、従業員の注意義務(不可侵義務違反をしないようにする注意義務)には軽重があり、その職務権限に相応しい注意義務を尽していれば、事故が発生した場合、社団の過失責任が問われることがあっても、従業員の個人責任が問われることはない。(一七四)

労防止義務や事故発生防止・回避義務などが尽されていないために従業員が事故を起した場合も同様である。

社団の従業員が故意に基づく不法行為を行った場合、従業員個人の不法行為になるのは当然のことであるが、従業員に対するコンプライアンス教育の不備や、不法行為を防止するシステムなどの内部統制の不備、従業員に反抗心を起させるような就業実態や人事管理があったというような、諸般の事情があれば、社団の過失責任が問われるが、従業員が独断で行った故意行為が全て社団の故意による不法行為になるわけではない。社団の故意による不法行為は、当該業務に関して最終の意思決定権限を有する者の決定に基づいて不法行為が行われた場合に成立するが、従業員は、たとえ部課長といえども、そのような地位にはないからである。

組合であれ、社団であれ、業務執行機関の担当者が職務に関して行った不法行為は、当該行為を行った者の不法行為であるとともに、組合や社団の不法行為でもある。しかし、一個の事実行為によって「なぜ」二個の不法行為が成立するののかという問題が生じる。(一七五)

それは、組合や社団という事業体は業務執行機関担当者によって担われているという関連性を有しながらも、機関担当者は団体に埋没しているわけではなく、両者は別個(一七六)独自の法主体として別々に不可侵義務を負担しており、不可侵義務違反をしないように注意すべき義務の内容は、両者で同一というわけではない。組合や社団に課される注意義務は、それぞれの機関担当者に課される注意義務の派生源であるが、業務機関担当者の注意義務には、業務執行機関内部における地位・権限に応じて軽重があり、機関担当者個人が免責・減責されても、事業体の責任に影響はないこともある。

注(二七二) 高木・注(三四)注民(2)一〇三頁以下、同注(三四)新注民(2)二三三頁以下。

(二七二) 拙著・注(五三)社団法人二二六頁以下。

(二七三) 拙著・注(五三)社団法人三二九頁以下。

(二七四) 同旨、我妻・事務管理・不当利得・不法行為「日本評論社・一九三九年」一七六頁以下・一八一頁以下、西原道雄「公

害訴訟における当事者」戒能通孝編・公害法の研究「日本評論社・一九六九年」六一頁。

なお、田上・注(二八)民法講座(6)四九九頁は、民法七・一五条に関して、被用者の職務遂行上の定型的な過失行為については、被用者の完全免責を認めるべきだとする見解が有力とされる。

(二七五) 前田(達)・注(二)民法講座(1)一二四頁以下、同注(三四)注民(2)一七〇頁以下、前田(達)・注(三四)新注民(2)三二〇頁以下。なお、前田(大)・注(二)早誌五九卷一号四七八頁。

因に、刑法学の分野において犯罪行為の二面性、即ち自然行為者の犯罪と法人の犯罪の成立を認める見解として、佐伯・注(四)一四二頁・一五一頁以下・二六一頁、吉岡・注(二〇)法叢一四〇卷五〇六合併号一〇一頁。但し、一〇一頁・一〇二頁は企業組織の犯罪と認められるなら、企業が責任を負うことで十分であり、これが原則でなければならないとされる。

同旨、今井・注(一四)法教二六〇号七八頁、津田・注(一四)一橋三卷三三二頁二六五頁。  
二重評価に対する批判として、神例・注(二〇)松山一三卷三二二頁以下。

(二七六) 拙著・注(五三)社団法人三四五頁以下。なお、事業者の不法行為と機関担当者個人の不法行為は不法行為の競合あるいは共同不法行為として不真正連帯債務となり、それぞれの注意義務違反の程度などに基づいて求償関係は決まる。

一三 下級審判決の中には、民法七〇九条を企業(法人)に直截的に適用することを肯定するものもあれば、否定するものもある「前掲注(三)参照。前者の最大の理由は、被害者救済が容易になることである。

これに対して、後者は、①法人ないし企業は観念的な存在であり、それ自身の自由意思や行為は考えられないこと、②法人の理事については民法旧四四一条一項(現一般法人法七八条、会社法三五〇条六〇〇条)があり、従業員については民法七・一五一条一項があること、③企業活動に伴う加害行為が代表取締役の故意・過失によるものか、被用者の故意・

過失によるものかを判別することが困難な事例がそれほどしばしばあるわけではないこと、④被用者の故意・過失を問題にする場合であっても、氏名まで逐一特定する必要はなく、会社の組織内でいかなる事業部門を担当する者であるかを特定すれば足り、その程度の特定を被害者側に要求しても、被害者に過大な立証を要求することにはならないことなどを挙げて、七〇九条の直接的適用に反対する。<sup>(一七七)</sup>

否定論の根拠①は、いずれの法人理論を採るのかという違いに繋がってくるが、より根本的には「意思」や「行為」を事実の次元で捉え、現実中存在し、活動している団体(組合や社団)を、出資者の単なる集合と見るのか、出資者や機関構成員によって担われながらも、それとは別個・独自の「事業をする意思」を有し、別個・独自の事業活動権を有する独自の法主体として、法規範の次元で捉えるかの違いによる。私は、後者の観点に立つので、否定説の①の根拠は認められない。

②の理由については、本章四節・五節・一一節で見たように、民法旧四四条一項(さらには、現一般法人法七八条や会社法三五〇条六〇〇条や七一五条には不備があるだけでなく、被害者が企業内部における業務上の故意・過失を立証するのは困難な場合が多い。したがって、②や③も否定の論拠にはなりえない。そして、④の理由は、刑法の分野において板倉博士が主張された、企業組織体過失に基づく企業組織体責任論<sup>(注二八参照に近いが、これは、「特定の個人」の存在を強調している七〇九条適用否定説(例えば、判時一六八号一〇八頁二〇九頁には縁遠く、適用肯定説には馴染み易い考え方である。</sup>

というの、業務執行者個人の不法行為責任を問うのであれば、加害行為者を特定して、その者の行為が不法行為の成立要件を充足していることを立証しなければならぬ。これに対して、組合や社団の不法行為の成立を認めるときは、企業活動の「どの」段階、「どの」工程に落度・不備があったのかを問い、事業体に課されている注意義務違反が生ずる可能性を予見し、予防しえたのかを問えば足るからである。ここに、民法七〇九条適用説のメリットが

ある。とはいえ、事業体の故意に基づく不法行為を認めるためには、「誰が」そのような意思決定をして実行に移したのか、あるいは従業員に実行させたのか、を明らかにする必要がある。団体の故意行為と認められるのは、団体の運営に関する意思決定権限を有する者の決定に限られるからである。

注(一七七) 東京地判・昭和五七年二月一日・判時一〇四四号二三九頁、東京地判・昭和六二年五月一八日・判時一二三二一七号七九頁、

東京高判・昭和六三年三月一日・判時一二七一四一八頁、大阪地判・平成十一年三月二七日・判時一六八八号一〇八頁。

なお、後掲注(一九二)の昭和五八年東京地裁判決。

(二七八) 因に、ドイツ民法学は組織過失論を展開しているが、この理論については、潮見注(二)三七五頁以下、同「ドイツ

における組織過失の理論」林 良平先生献呈論文集・現代における物権法と債権法の交錯〔有斐閣・一九九八年〕一九一頁以下。そのほかの文献については、前田(太)・注(二)早誌五九卷一四八四頁注(7)に詳しい。

一四 七〇九条適用否定説の論拠②には、これらの条文によって解決できるから、七〇九条を持ち出す必要はないという主張と、七〇九条を持ち出して来ると、民法旧四四一条や七一五条の適用領域を、どのように整理すべきかという問題が登場することになるが、民法の予定していないところであるという主張が含まれている(判時一二三三一号七九頁)。

しかし、民法旧四四一条(さらには一般法人法七八条や会社法三五〇条六〇〇条)が不備な規定であるが故に、七〇九条を適用するべきだとする立場からすれば、民法旧四四一条(さらには一般法人法七八条や会社法三五〇条六〇〇条)は無用の長物ということになる。

なお、前掲注(一七七)の昭和五五年東京地判は、「法人の規模の大小により法人自身が民法七〇九条による責任を負う場合と負わない場合とが考えられるが、その限界を画する基準が明確でない」とする(判時一〇四四号二三九頁)。

しかし、個人事業の従業員と組合事業の従業員は、法的には事業体の外部的存在であるが故に民法七一五条が適用され、組合や団体の業務執行機関担当者(団体の従業員を含む)の業務行為については、民法七〇九条が適用されると解する場合には、右の批判は当たらない。

因に、他人を使用する者を、①個人的使用者、②中小企業的使用者、③大企業的使用者に分け、①については民法七一五条が適用されるが、②③は民法七一五条の射程外にあり、条理によって処理されるとし、②の使用人は被用者の選任・監督につき客観的に要求される相当な行為をしない責任(客観的不法行為責任を負い、③の使用人は被用者の選任・監督につき相当な行為をしても免責されない結果責任的不法行為責任を負うとする見解がある。<sup>(一七九)</sup>①の部分は妥当であるが、②③は中小企業か大企業かという経済的基準によるのではなく、組合か社団かという法的基準によって区別した上で、それぞれの団体の内部構造の違いに応じた処理をするべきであろう。

注(一七九) 石田 穰・損害賠償法の再構成「東京大学出版会、一九七七年」六三頁以下。石田説に対する批判・疑問につき、神田・

注(二八二)頁、田上・注(二二八)民法講座(6)五〇七頁。