

《論 説》

有限責任のフェミニズム的展望（一）

青 木 英 夫

はじめに

資本主義的企業による経済発展の基礎をなした株式会社制度を広く普及させたのは、投資者（または出資者）の有限責任である（詳しくは後述する）。一方、企業活動の発展は、その活動の結果として損害を受ける者の救済を要請し、企業に無過失責任（無限責任の拡充）を課することとなった（以下の説明については、see Theresa Gabaldon, *Experiencing Limited Liability: On Insularity and Inbreeding in Corporate Law*, Lawrence E. Mitchell (ed.), *Progressive Corporate Law*, 1995, 111)。

会社法の世界における出資者の有限責任の促進と不法行為法の世界における無限責任の拡大とが、何の矛盾も感ぜられることなく、研究され、講義されてきた。会社法の大家A教授は株主の有限責任について詳細な研究を発表し、聴講者に大きな感銘を与える。不法行為法の泰斗B教授は「利益あるところに責任あり」あるいは、「危険の創出者はその結果に責任あり」と著書で述べ、読者に深い感銘を与える。法律学のカリキュラムにおいては、会社法と民法不法行為法は、それぞれ独立して講義されている。

出資者の有限責任は、本来、企業の営業活動から生ずる損失に対する出資者の責任を限定するものであったが、それは、企業活動によって利益を侵害される者（被害者）に対する出資者の責任の免罪符として機能する。本来的機能を超えての有限責任の効果については、わが国においては取り扱われることが余りないが、アメリカにおいては、「支配の欠落」に、その理由付けが求められて

いる。これを歴史的に証明するものとして、例えば、取締役会による会社運営を定める初期の制定法が、会社運営事項についての株主の合意を禁止するものとして解釈されたことが挙げられている（see, e. g., Long Park, Inc. v. Trenton New Brunswick Theatres Co., 77 N. E. 2d 633 (N. Y. 1948); McQuade v. Stoneham, 189 N. E. 234 (N. Y. 1934))。「支配なきところ責任なし」というのである。尤も、これを緩和する判例（see e. g., Galler v. Galler, 203 N. E. 2d 462 (Ill. App. Ct. 1964)）もないわけではないが、ここにおいては、株主の行為の「適正なテーマ」の意義が継続的関心である（see e. g., Somers v. AAA Temporaty Services, Inc., 284 N. E. 2d 462 (Ill. App. Ct. 1972)）。なお強行性を有する議決権信託に対して法定要件を課するのも、経営に関与する株主の能力に関する制限といえる（これについては、see, e. g., Abercrombie v. Davis, 130 A. 2d 338 (Del. 1957); William K. S. Wang, Pooling Agreements Vnder the New California General Corporation Law, 23 UCLA L. Rev. 1171 (1976)）。

株主総会は会社の最高の意思決定機関であるが、その決議事項は商法または定款に定める事項に限定されており（商法s.230—10）、会社の業務執行権は取締役会に専属する（商法s.260①）と定める商法も、個々の株主の具体的業務執行に対する支配は予想していず、その結果、会社行為に対する株主の責任は問題とされていないのである。しかし、一人会社や閉鎖会社（有限会社は閉鎖的であるのが原則である）においては、株主・社員は会社を支配する。ここでは、具体的支配の喪失を根拠に、株主の責任を限定する理由が失われている。したがって、一人会社や閉鎖会社における株主・社員の責任を限定する根拠が必要となる。理論的根拠を挙げるのを諦め、一般に实际的必要性により説明されているが（北沢正啓、新版注釈会社法補巻〔平成2年改正〕、45）、实际的必要性を法規定が承認するには、それをバック・アップする社会的勢力、政治的勢力が不可欠である。一人会社や閉鎖会社における株主・社員の有限責任、換言すれば、企業株主・社員（企業主として会社制度を利用する株主・社員）の有限責任制の利用の許容は社会的要請といえよう。中小企業が経済活動の重要な担い手であるわが国において、このことは当然であると理解されているが、

「支配と責任の相関」を考えれば、問題があるといえる。殊に、企業株主が親会社であるとき、親会社の責任を社員としての責任の観点から追及することが困難となる。そこで、取締役（事実上の取締役）として、親会社の責任を追及する方法が妥当となるが、これについては別に取り扱っている（拙著・結合企業法の諸問題参照）。

ビジネス責任を加重する傾向は製造物責任として知られる不法行為法の分野に顕著である。ここでは、製造物責任に関して無過失責任を取る世界の潮流を上げることができる（竹内昭夫編・わが国の製造物責任法、有斐閣（1990）、187参照）。わが国においても、製造業者は、一般的に、生命・身体的安全性を確保すべき高度の注意義務を負うものとし、警告回収義務・指示警告義務などの結果回避義務があると解し、実質的に無過失責任を認めた判例もある（水辺芳郎・債権各論、三省堂（1998）、400；カネミ油症事件・福岡地裁判昭和52.10.5判時866.21、スモン病事件・金沢地裁判昭和53.3.1判時879など参照）。この点、わが国の製造物責任法（平6.7.1、法85号）は、開発危険の抗弁（製造物を引き渡した時点における科学・技術知識の水準によっては、欠陥があることを認識することが不可能であったことを製造業者等が証明すること）による免責や部品等製造業者の免責（製造物が他の製造物の部品・原材料として使用された場合に、その欠陥が当該他の製造物の製造業者が行った設計に関する指示に起因し、かつ、その欠陥が生じたことに過失がないことを証明したこと）を定めている（同法s.4）。開発危険の抗弁を認めた趣旨として、研究・開発および技術開発の保護と、保護しないことから生ずる消費者の損失が挙げられているが（経済企画庁国民生活局消費者行政第一課・〔逐条解説〕製造物責任法108）、危険な開発が消費者の利益になるとは思えない。開発の保護については、開発の手続に関する規制によって行うべきものであり、新しい特定の製造物を消費者に提供した以上は、製造に関与した者は責任を負うべきであり、開発危険の抗弁を製造業者の免責事由とすることは納得が行かない。部品・原材料製造業者の抗弁を認める趣旨として、製造物の製造業者と当該製造物の部品・原材料製造業者に等しく責任を負わせるのは公平でないことが挙げられているが（同書115）、これもおかしい理由である。ここにいう公平性は業

者間の負担の割合によって解決すべきであり、消費者に対する責任の有無とは無関係と考えられるからである。したがって、製造物責任法には、過失責任を危険責任とした意義は認められるとしても、批判が多い（水辺・前掲402参照）。

法分野におけるこの様な相違する傾向をそのままに放置してよいであろうか。包括的にこれらを展望し、相互間に何らかの橋渡しをすることは可能ではないのか。本稿はこの問題を取り扱うことを目的とする。包括的展望と考えられるものとして、各法領域の専門性に捕らわれない良識に基づく展望がある。ここでの問題に関して、良識の密接な等価物として feminism がある。何故ならば、女性は、企業活動に積極的に参加するよりも、企業活動の結果（例えば、製造物）によって消費者として損害を受けることが多い。その意味で、企業に関して、専門的知識に拘束されない良識的判断を下し得る立場にある。タイトルに「有限責任のフェミニズム的展望」とした所以である。

一 有限責任

1 総説

(1) 意義 有限責任とは、出資者は出資を限度として企業活動の結果としての危険を負担するということである。株主、合資会社の有限責任社員および有限会社の社員がこれに該当する（商法ss200①・157①、有限会社法s.17）。これに対して、合名会社の社員および合資会社の無限責任社員は、無限責任を負い、会社財産で会社債務を完済できないときは、各社員連帯して弁済の責任を負う（商法ss.80・147）。株式会社における有限責任制の確立をアメリカの歴史で概観することとしよう（以下の説明については、s. Gabaldon, *supra*, 113-14）。

(2) アメリカにおける有限責任の確立 創業者やその直接の後継者は有限責任以上に関心を有するものがあった様で、19世紀以前においては、アメリカ人は有限責任は（屋内トイレと同様に）に「ほとんど存在しない」と考えてい

たといわれている (s. E. Merrick Dodd, *American Business Corporation Until 1860* 120, 369 (1954); Oscar Handlin & Mary Flug Handlin, *Origin of the American Business Corporation*, 5 J. Econ. Hist. 1, 16-17 (1945))。したがって、初期の corporate charters は有限責任については沈黙している (s. Phillip I. Blumberg, *Limited Liability and Corporate Groups*, 11 J. Corp. L. 573, 580 (1986))。しかしながら、19世紀に入り、原告が、会社の責任とともに、株主の責任を追及するようになったとき、判事は、株式会社の法形式的独立性を根拠に、株主は実際には有限責任を有すると結論するに至った (see, e. g., *Wood v. Dummer*, 30 F. Cas. 435 (Cir. Ct. D. Me 1824); *Speer v. Grant*, 16 Mass. 9, 12 (1819); *Nichols v. Thomas*, 4 Mass. 232, 233-35 (1808))。しかし、判例の此の傾向は、逆に、19世紀の最初の4半世紀に、会社法又は charters にしばしば「株主は無限責任を負う」旨の明文を含める結果となった (see Dodd, *supra*, at 374, 387; Blumberg, *supra*, at 591)。この立法の傾向は、陳情その他の要素——この要素に州際競争が含まれるのは明らかである——によって、方向を転ずるに至った。19世紀の半ばまでに株主はしばしば有限責任を積極的に認められた (see, e. g., Joseph Kinnicut Angell & Samuel Ames, *A Treatise on the Law of Private Corporations*, Aggregate VI, 362 (1832); Henry N. Butler, *Nineteenth Century Jurisdictional Competition in the Granting of Corporate Privileges*, 14 J. Legal Stud. 129, 143-46 (1985))。その頃には、一般会社法が普通となり、有限責任の概念も一般的となった (see, e. g., Michell, *supra*, at 1143, 1166)。これによれば、1900年までに、カリフォルニアを除いて全州が株主の責任に関して何らかの制限を設けていた。しかし、株主責任に関する間隙は20世紀まで存続し続けたことは注目すべきことである。

ところで、会社法又は charters が明文で株主の有限責任を定めていても、諸般の事情より、正義又は公正が会社のベールを剥ぎ取り、法人格を無視することを要求すると考えられる場合には、法人格が否認されることは周知のところである (法人格否認の法理の適用において重要な要素は、被告の unfairness, inequity, injustice, moral culpability, or bad faith である。See, e. g., Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, Statutory Law — General,

1989, 35)。この法理は判例が生み出したものであるが、様々な理由から注目すべきものである。これらの理由の中で第一のものは、この理論は知られている割には、それほど良く理解されているのではない、ということである（此の理論に関する文献は、理論適用の要件を論じ、それを整理せんと努めている）。第二のものは、理論が知られている割に良く理解されていないにもかかわらず、理論適用の要件を法の規定によって明らかにする、または事実の現状に直接的に適合する法規定を制定するという、真摯な動きがなかったことである。司法が、「呪文」を唱え、有限責任について最終判断を下す様に思えるのである。尤も、例外がない訳ではない。テキサス州の修正 Article 2.21A は次の様に定めている（これは、契約義務に関する事件において、要件を法定したものである）：

「A. 株主、株式の受益者又は割当を受けた株式引受人は、次のものに関しては、会社に対して又は会社の義務に対して何等の義務を負わない：

.....

② 詐欺、擬制詐欺又は詐欺となる虚偽を理由として、会社の契約責任に関して。但し、株主、受益者又は引受人が、主として自己の直接の人的利益のために、会社を利用して、会社に詐欺を行わした場合はこの限りでない。

③ 会社が必要な形式を順守しなかったことを理由として、会社の契約責任に関して。（a）本法又は会社の定款に定める要件の不順守、（b）会社、取締役会又は株主総会の行為に本法又は定款に定める要件の不順守の全てを含む。」

なお、この規定の効果について Eight District, El Paso Court of Appeals は次の様に説明している：

「自明の様に、修正 Article 2.21、契約的請求に関して、会社の行為に対する株主の責任を認める手段として、擬制詐欺及び会社に必要な手続及び要件の不順守を使用するのを効果的に排除したが、不法行為に関しては擬制詐欺の効果をもそのままにしている。しかしながら、会社の背後を探り、現実又はコモン・ローの詐欺を証明して、個々の株主の責任を追及する者の権利を慎重に留保しているのである」（see Stephen B Presser, *Piercing the Corporate veil*, 1994, 2-437—2-438）。

20世紀になると多数の閉鎖会社法が出現した。その立法趣旨は、閉鎖会社に関して、株式会社に法定されている手続を減少させることに有った (see, e. g., William K. S. Wang, the California Statutory Close Corporation: Gateway to Flexibility or Trap for the Unwary?, 15 S. D. L. Rev. 687 (1978))。会社的手続の不順守が法人格否認判決の要件の一つであったから、本来、否認によって責任を負わずに最も相応しい社員の危険を、少なくとも有る程度まで、法によって減少させたのである。閉鎖会社法の多くは、informal な行為について法人格否認を適用することを禁止する規定を含んでいるのである (see Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 4th ed., 1996, 309)。

(3) 閉鎖会社法 現在、カリフォルニア、デラウェア及びテキサスを含み、18の州が閉鎖会社のための特別の法を採用している (以下の説明について、see Hamilton, *supra* 309)。これらの法の起源は、二人会社における株主の極めて unorthodox な合意を認めた有名な判例である *Galler v. Galler* (Ill. 1964) (判決は、閉鎖会社特有の問題・需要に応える州法の制定を強く要請していた) である。法に定める閉鎖会社であるためには「当社は制定法上の閉鎖会社である」その他これに類似する文言を定款に記載する必要がある。閉鎖会社においては、取締役会を完全に排除し、会社の営業を、組合形式その他の会社統治システムによって、株主が行うことも許される。会社内規定 (付属定款) を定める必要もなく、株主総会の開催や managers の選任もしなくてよい。株主の合意が、取締役会の裁量事項に関与しても有効である。前述の様に、法の多くは、informal な行為について法人格否認の適用を禁止している。意見対立等の障害が生じた場合には、裁判上の救済手続が定められている。運営上の行き詰まりが生じた場合には、「仮取締役」によって、行き詰まりを解決する権限が裁判所に与えられている。行き詰まりの場合、この方法によって、財産保全管理人の任命や非任意解散の方法よりも、簡単な、より柔軟な解決が可能となるのである。株主間の対立による行き詰まりや抑圧行為があった場合には、裁判所は状況に最も適する解決を取ることができる。閉鎖会社法は、学者によって広く称賛されているが、会社実務家が現場において広く利用している様には見えない。多くの州において、閉鎖会社は一般に採用されていない。これは、

会社法曹の古い考え方が頑固に存続していることを、および閉鎖会社への需要が過大評価されていることを示す。一つには、閉鎖会社の利用が一般的でないことから、1991年、模範会社法は特別の *closed corporation supplement* を止め、新7.32条に替え、閉鎖的な会社内における運営に関する株主の合意を全て有効とすると定めた。閉鎖会社法の魅力は、通常の会社法が閉鎖的な会社の特別の問題を解決するための改正を行ったことによって、減少している。改正規定によれば、定足数や議決要件を加重すること、取締役会の規模を縮小し、取締役一名とすること、最も伝統的な取締役会の機能を株主に留保することも、書面による同意で可能である。

(4) 閉鎖会社法の効果 法的に、出資者は会社債務から隔離されながら、会社の決定や活動に、全く自由に、手続順守を要求されることなく参加することが可能なのである（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 114）。これは法人格否認の法理に影響を与えると考えられる。この法理の適用に手続違反が重要であった限り、それだけ、法理は衰退することとなる。閉鎖会社法が有限責任の政治的強調を示すものであるならば、このような社会的背景に応じて、法理の適用は縮小する傾向を取る。

(5) 法人格否認の法理と不法行為責任 株主や有限責任社員の責任を問うには、必ずしも、法人格否認の法理に依らなくてもよい（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 114）。社員個人の不法行為責任を追及するという方法もある。会社業務を執行中に犯した不法行為（例えば、会社の車を使用して営業中に犯した交通事故）について、社員は直接に個人的責任を問われる（民法 s. 709; see Restatement (Second) of Agency § 343 (1958)）。代理人たる社員が直接に責任を問われる不法行為には、行為者の選任・監督について注意義務を欠いた場合も含まれる（民法 s. 715②）。会社の代理人である社員が、会社のために代理行為をすることを開示しなかった場合に、相手方において、社員が会社のためにすることを無過失で知らなかったときには、相手方は、会社との契約関係を否定して、社員の契約責任を追及することができる（商法 s. 504 但書）（最大判昭43. 4. 24 民集22- 4 -1034）。別の見方をすれば、社員が不法行為責任を負うことが、場合によっては、法人格否認の法理の適用を容易にする

とも言える。したがって、実定法の趣旨または目的論的解釈により解決できる限り、法人格否認の法理を持ち出すべきでないという立場(鈴木竹=竹内昭夫・会社法[新版]、12参照)は、不明確さを理由にこの法理の適用を制限するものであり、支持できない。裁判所が正義と公正が要求する結論に達するために利用できる重要な手段を、裁判所から奪うこととなるからである。法人格否認の法理は、有限責任制度に対する良識と公正からの修正、即ち、専門的知識から開放された良識的判断による結論と言えるのである。

二 企業責任の変遷

(1) 緒説 有限責任のアンチ・テーゼとして、法人格否認の法理や社員の不法行為責任が提出されたことについては、上述のところであるが、この間、企業責任はどのように変化したであろうか。アメリカにおいて、これを検討することとする。

(2) 不法行為法における侵害主義から過失主義への推移 法史学者によれば (see Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, 251-53 (1977); Morton J. Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, 19 *Am. J. Legal Hist.* 251-53(1975)), 19世紀後半は、新興のアメリカ企業にとって、適切かつ明白に好意的な変化を導入した(以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 114-15)。不法行為法における責任論の直接侵害主義より過失主義への推移である。直接侵害 (trespass) を基礎とする不法行為は、被告の積極的・直接的侵害行為を要件として成立し(侵害行為によって実際に損害が生じなくてもよい)、侵害が意図された(故意)場合のみならず、意図されない場合にも成立するのであって、中世的な厳格責任論を示すものである(望月礼二郎・英米法[改定版]、201参照)。積極的・直接的侵害行為があれば、行為者の意図を問題とせず、責任が生ずるということは、企業活動を萎縮させるものである。意図的でない侵害行為の場合に、「行為者に過失なければ、責任なし」とする過失主義は企業活動を促進することとなる。さらに、過失主義への推移は、「共同雇用の順則 (fellow servant rule)」「同一雇主の下での共働者の一人の

不注意により他の共働者が損害を受けた場合、雇主には責任がない、というコモン・ロー上の法理であったが、被災労働者の救済の機会を不当に狭めると批判され、現在では、廃止されている。田中英夫（編）・英米法辞典343、165参照）や「危険の引受けの法理（assumption of the risk doctrine）」（原告が、被告の過失ある行為から生じる被害の危険を任意に引き受けたとされる場合、その被害について損害賠償を請求できない、という法理論。危険の引き受けに明示の合意がない場合でも、被告が次の3要件の存在を示せば引き受けが認められる：原告が、①状況が危険であることを知っていた、②危険の性質あるいは範囲について認識していた、③自ら進んでその危険に身をさらした、ことである。田中、前掲74参照）によって、補充された（see Charles O. Gregory, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 Va. L. Rev. 359, 360-70）。このようにして、企業の責任を問う事由が明確に限定され、自由なビジネス活動が可能になったのである。企業と不法行為法の蜜月時代といえる。

（3）契約法における企業活動の保護 契約は「正常な価格（sound price）」の範囲においてのみ強制できると考えられていた（以下の説明について、see Gabaldon, *supra*, 115）。この原則が、「意思理論（will theory）」（契約法の主要な目的は、可能な限り当事者の意思を探究し、これに法的効果を与えるにあるとする、望月、前掲311参照。自己完結的で自律的な個人の意思をもって法律関係を創造する原動力とみる大陸的思考方であるが、英米契約法理の発展に際しても、大きな影響を与えた。田中、前掲913参照）や「買い手をして注意せしめよ（caveat viator）」（動産売買の場合、売買の目的物又は売主の権限の瑕疵については、売主の担保責任が契約上定められていないときは、売主に詐欺がなければ、その責任を追及できない。現在は、黙示・明示の担保責任や不実表示への救済の拡大等を認める諸制定法で大幅に制限されている。田中、前掲130。なお、拙著・結合企業法の諸問題91参照）によって隠蔽された。その結果として、巧妙な企業と軽率な消費者という構図が生まれた。これに出資者の有限責任制が共働し、資本の蓄積が促進された。

（4）過失主義の制限 (イ) 緒説 19世紀の過失主義は、損害の直接原因に固執し、被告が合同的・併存的又は付随的原因を主張すれば、原告の請求を

完全に棄却することとなろう（以下の説明については、see Gabaldon, supra, 115）。このことは、代理法の適用を受けず、過失行為に直接関与しない株主が、会社の過失に対して責任を問われないということを意味した。有限責任の考え方は、かようにして、代理法を適用して責任を追及することを制限し（cf. Restatement of Agency § 219 は、雇主は被用者が職務の遂行に際し犯した不法行為について責めを負う、と定める）、不法行為法における、法的責任の先例において不可欠であった直接的有責性を復活させるという機能を果たした。尤も、公開会社においては、責任のこのような制限は不必要であろう。何故ならば、会社の行為に対するかれらの極めて限定された影響力は代理原則の要件を充足しないからである（cf. Restatement of Agency § 1 は、一方が、自己のため及び監督の下に、他方が行為することを認め、他方がこれに従うことを約することによって生ずる信認関係である、と定める。See Black's Law Dictionary [6th ed.], 62）。

(四) 企業責任の拡大化 20世紀は、会社法と他の法分野との間の劇的な相違を経験した。即ち、出資者の有限責任の利用が増大したのに対して、会社は、以前にも増して、多数の実体法からの責任追及の危険に間違いなくさらされることとなった（以下の説明については、see Gabaldon, supra, 115）。不法行為法の分野においては、過失に拘泥しなくなった。伝統的ルールによれば、原告は、相当な人が、当該の侵害が被告の行為を原因としたことを否定し得ない証拠を提出しなければならない（see, e. g., *State v. Manor Real Estate & Trust Co.*, 176 F. 2d 414, 418 (4th Cir. 1949); *Simpson v. Logan Motor Co.*, 192 A. 2d 122, 123-34 (D. C. 1963)）。しかしながら、ここ数十年において、例外が展開されてきた。例えば、二つの事件の間において、あるレベルの統計的関連性が証明されれば、被告が反証を上げない限り、責任を負わずのに十分であり得る、とされた（see, e. g., *McCormack v. Abbott Laboratories*, 617 F. Supp. 1521, 1524 (D. Mass.); *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d 924, 930 (Cal), cert. denied, 449 U. S. 912 (1980). Contra: *Burnside v. Abbott Laboratories*, 505 A. 2d 973, 985 (Pa. Super. Ct. 1985)）。殊に、原告を侵害したことの証明があった製造物に関する市場において、特別のマーケット

・シェアを原告が有することが証明されれば、そのシェアに応じた責任を負わすことができる、とされた。此の場合、被告が、侵害を与えた特定の商品の生産者であることを証明する必要はない (see generally Note, *Compensating Victims of Occupational Disease*, 93 Harv. L. Rev. 916 (1980); Naomi Sheiner, Comment, *DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability*, 46 Fordham L. Rev. 963 (1978) (これらは、市場シェアを責任の根拠とする))。

(5) 契約法における企業責任の強化 契約法の分野においても、様々な方法で、企業責任の拡大がなされた (以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 116)。例えば、信頼法理の展開 (企業の表示を信頼した消費者が保護される)、契約書の内容をこれと矛盾する証言によって否認することを禁止する口頭証拠準則 (parol evidence rule, 田中・前掲623; 樋口範雄・アメリカ契約法161参照) の重要性の減少や保証契約・土地処分契約などの強制には書面を要求する詐欺防止法 (statute of frauds, 詐欺的証拠による詐欺的請求を防止することを目的とする。望月・前掲342; 樋口・前掲138以下参照) の適用の排除などに見られる (Grant Gilmore, *The Death of Contract*, 1974 は、これらのテーマを詳説したものとして、最も有名である。Gilmore の所説を検討・批判するものとして、see Richard E. Siedel, *An Essay on the Reported Death and Continued vitality of Contract*, 27 Stan. L. Rev. 1161 (1975))。他の方法は、例えば、非良心性 (unconscionability) を理由として契約の強制力の制限を試みる司法立法的判例である (後述の Ms. Williams 事件参照)。さらに、これらに加えて、消費者保護立法がある (see, e. g., Unif. Consumer Credit Code)。少なくとも九つの州がこの様な法を制定し、消費者契約に許容される条項に枠を嵌めた (see Homer Kripke, *Gesture and Reality in Consumer Credit Reform*, 44 N. Y. U. L. Rev. 1, 28-34 (1960))。ニューヨーク法 (N. Y. Gen. Oblig. Law § 5-702 (Consol. 1994)) およびコネティカット法 (Conn. Gen. Stat. Ann. § 42-152) は一定の消費者契約には明白な用語 (plain language) の使用を要求する。その他、強制的クーリング・オフ期間や様々な実体的条項 (Substantive provisions) の禁止がある。

(6) 不法行為法と契約法の交叉 以上の様に不法行為法および契約法にお

いて重大な発展が見られるが、両者は相互に無関係ではない（以下の説明については、see Gabaldon）。1894年と1994年のロー・スクールのカリキュラムを比較すれば、全く新しい責任法の分野が開拓されていることが明らかとなる。それらの殆どは企業の運営に衝撃を与え得るものである。例えば、過去においては、環境破壊は不法行為法および財産法の問題として処理されたが、20世紀の後半において、独立の環境法（並びにその処理手続および degree programs）が広範囲に制定されている。同様に、労働者保護の多数の手続が1880年代末迄に実現されたが、それらは急激に増大している。それらの特別のものとして、雇用における差別の撤廃がある。

(7) 企業責任強化の結果 営業が行われるところには、責任が常に潜んでいる（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 116）。まさに20世紀的な訴訟爆発の有無は別として、責任追及率の増大を否定できない。これらに加えて、最近の損害賠償額の寓話的事例のため（このため、損害賠償額を法的に制限しようとする動きが出てきている。see Cal. Bus. & Prof. Code § 6164 (Deering 1991); Ill. Ann. State ch. 122, para. 825 (Smith-Hurd 1990)。英米法の懲罰賠償や2倍・3倍賠償については、田中英夫・英米法総論下545以下に詳しい。懲罰的賠償については、アメリカの若干の州では、これを否定または大幅に制限している。2倍・3倍賠償は、懲罰的賠償と異なり、コモン・ロー上の制度ではないから、法律の明文がない限り認められないが、比較的この様な定めがおかれることが多い分野の一つとして、消費者保護法の分野がある。田中・前掲549-550)、アメリカにおいては、企業への展望が弱気になってきている様に思える。新ビジネスの成否は創立後5年以内にその60%が決定される（see David L. Biddulph, *New Business: Profitable Prospects; Direct Marketing Lead Generation*, *Direct Marketing*, April 1990, 44, 44-45)。新ビジネスの半分以上は5年内、3分の1は1年内である（see Dana Parson, *Entrepreneurs Undaunted by Pitfalls of Hairy Business*, *L. A. Times*, Jan. 29, 1992, at B1, col. 2)。同様に、1980年代および90年代初期において、投資保護の最も一般的であった窓が、予想されないほどその扉を閉ざしたという事実によって確認されるのである。

(8) 小括 企業責任の強化、さらには、法人格否認の法理の適用による株主責任の拡大は、当然、企業家および投資家の双方において、有限責任への期待を高める（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 116）。企業家および投資家の希望が直接に立法化されていないとしても、政治家には、その希望が受け止められているはずである。その結果、substantive liability を課する法に、先ず、ブレーキがかけられると考えられるが、不法行為の賠償に上限を課する動きに若干の例外が見られるとしても、現在迄のところ、このブレーキは存しない。

三 良識と良識的フェミニズム

1 法を動かすもの

(1) 立法者の姿勢 確たる展望を有しない立法者は、圧力団体に弱いことは経験の教えるところである（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 117）。例えば、消費者グループの強力な陳情は欠陥商品からの消費者保護法に収斂する。有力な政治献金グループが小ビジネスの経営者であるならば、有限責任会社である（近時の商法改正で、一人会社の設立を認めた理由の一つは、小企業者に有限責任を享受させることにある。）。判例で無過失責任や法人格否認の法理の適用が推進されていても、このことには変わりはない。何故ならば、小会社において、株式会社の必要な内部的手続の簡略化を認めたのも、判例であるからである。一人会社において、単独株主が出席すれば、株主総会は成立し、招集手続を不要とする判例（最判昭46. 6. 24民集25- 4 -596）や取締役が単独株主である会社と行う取引について会社の取締役会の承認を不要とする判例（最判昭49. 9. 26民集28- 6 -1306）がその例である。同様に、手続違反の場合に会社の有効性を認めるアメリカの判例も増大している（see, e. g., *Zion v. Kurt*, 405 N. E. 2d 681 (N. Y. 1980); *Galler v. Galler*, 203 N. E. 2d 577 (Ill. 1964)）。これらは、手続違反を法人格否認の法理の適用において重視する傾向に対立すると思われる）。

(2) 法と経済学 法の発展を経済学的に説明するものとして、法の発展は経済学的有効性を反映するものとする考え方 (see generally Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 3d ed. 1986, 229-45; George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. Legal Stud., 1977, 65) がある (以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 117-118)。法的発展が、経済的有效性に照応するのは、利益享受者の利益が被害者の損害を超えるときである (see William Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, 16)。この立場からは、企業責任の増大と投資者の有限責任という一見矛盾する法的展開を富の最大化という観点から説明する。例えば、企業は、自らが費用を負担することによって、その生産物によって生じた損害を最小費用で回避することができるならば、負担すべきであるという、厳格な責任ルールが発展したのである。これに対して、投資家、殊に個人投資家は、経営者や金融業者がより迅速に入手できる情報の入手には高費用が必要であるから、かれらを製造物責任に関与させるのは経済的ではない。また、株主に無限責任を負わすことは、投資意欲を殺ぎ、危険の多い投資のための資金量を減少させ、投資によって個人的富を増大させるという資本市場の機能を損なうこととなる。したがって、富の最大化のために望まれる道は、投資家を責任から解放することである。しかし、この経済学的説明は、製造物責任については、適用できるとしても、その他の法分野における責任の強化を説明しない。このためにはフェミニズム的観点が必要となる (本文は、Gabaldon の所説を離れ、私なりに考えを述べたものである)。

2 フェミニズム的観点

(1) 緒説 自己をフェミニストと自認する者は、通常、社会における女性の不平等に鋭い懸念を示す (see, e. g., Lucinda M. Finley, *The Nature of Domination and the Nature of Women: Reflections on Feminism Unmodified*, 82 Nw. U. L. Rev. 352, 353 (1988)) (以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 118-119)。この懸念は、女性の現実の経験から生まれたもの

であり、この経験を考慮することを怠った分析方法に一般に疑問を呈する（see, e. g., Christine A. Littleton, *Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes*, 41 *Stan. L. Rev.* 751, 764-65 (1989)); Catherine A. Mackinnon, *Feminism, Maxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*, 7 *Signs* 515, 519 (1982); Deborah L. Rhode, *Feminist Critical Theories*, 42 *Stan. L. Rev.* 617, 621 (1990)）。この様な特徴を有するが、フェミニストは広範囲の様々な仕事に従事する。その意味からすると、feminism というよりは feminisms という法が正確である。これらの仕事の一つに、様々な法分野での女性の経験の調査がある。さらに、実定法においては、どの様な価値が形成され、反映され続けているかを確認し、その様な価値が女性の経験から本来的価値とするものと一致するか（または、異論があるとしても、両立し得るか）を検討するというフェミニストの仕事が含まれる（see, e. g., Marion G. Crain, *Feminizing Unions: Challenging the Gendered Structure of Wage Labor*, 89 *Mich. L. Rev.* 1155, 1187-88 (1991); Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 *U. Chi. L. Rev.* 1, 13-21 (1988)）。

(2) 男女の経験に基づく価値的差 女性の経験に内在する価値への言及は、当然に、女性の価値が全てのまたは殆ど全ての男性の価値とは本質的に異なっていることを示唆するのではなく、単にその可能性があることを堅く予想しているに過ぎない（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 119）。このことは多くの者を混乱させるが、その混乱は、正に、女性の価値が多かれ少なかれ明らかに特有なものでないことを潜在的に推測させるのである（see, e. g., Angela P. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 *Stan. L. Rev.* 581 (1990); Marlee Kline, *Race, Racism and Feminist Legal Theory*, 12 *Harv. Women's L. J.* 115 (1980)）。しかし、この様な経験的価値の敷衍化および一般化は女性の経験が男性の経験に近似し、後者に完全に包摂されることを認めることとなる。しかし、この結果はフェミニストの容認し得るところではない。

(3) フェミニストと良識 女性的経験の敷衍化が男性の経験に埋没するとしても、女性的経験のみにこだわることは、非建設的であり、法的に有効では

有り得ない（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 120）。したがって、ある程度の抽象化・演繹化はやむを得ないものである。ただ、それでも、現実には存在しない仮定的理性人を前提とする主張よりは、女性的経験に基づく方法が説得的である。フェミニストが良識的であるというのは、現実の経験に基づくものである。

(4) フェミニスト的方法および公平な良識が示唆するもの ビジネスに影響する法の現状は、投資者のための有限責任利用に関して強まる主張と調和しないことが示唆される（see Gabaldon, *supra*）。次に具体的に検討することとする。

四 具体的検討

1 DES, the Dalkon Shield, and Silicon Breast Implants

(1) 緒説 現代の生産・販売技術は、大規模に消費者に損害を与えることを容易にするが、多くの場合において、被害者は女性である（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 121）。例えば、流産防止剤（DES）、整形美容および避妊方法などを巡るトラブルの被害者は、多くの場合において女性である。これらの事件において問題となった損害は、女性を男性から区別する身体的特徴と殆ど全て関係するものである。このことは、製造物責任は女性が豊富な実際の経験を有する分野であることを示している。尤も、女性が、インプラントまたは体内避妊具を賞賛し、それらを固定するという決心に変更がない場合もあるであろう。しかし、複数の犠牲が生じている以上、不当な抽象化、一般化または本質化という非難があるとしても、フェミニズムの良識はこれらの製造物が危険であることを我々に告げているのである。

(2) 全生産者の割合的責任 上の様な場合、どの様な救済があるか。製造物責任法によれば、被害者は、損害を生じさせた製造物、その製造業者および製造物と損害との因果関係を証明しなければならない（製造物責任法ss. 2-4）。このことは、多くの犠牲者は、彼女（DESの場合には、彼女の母）が使

用した製品の製造者を証明しなければならないことになり、著しい困難に遭遇するであろう（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*）。例えば、DESを服用した母親から生まれた女性に10年以上経過して発生した子宮癌につき、多数のクラス訴訟が提起されたが、多数のメーカーのどの製品を服用したものを立証することは困難であった（竹内・前掲参照）。厳格な〈but for test〉が要求される限り、クラス訴訟は拘束され、犠牲者は救済されないこととなる。そのことは、また、製造業者にも結果の重要性を認識させないこととなる。これらの事件では、被害者救済のため、共同不法行為理論の適用可能性が問題となった（竹内・前掲）。これに対して、当該製造物が乳房や子宮などに影響を与えると、その製造物の全製造業者の割合的責任を課することとすれば、因果関係の証明は極めて容易になる。割合的責任を認めるアプローチを採用した主たる結果は、犠牲者——現実には器官が付着している女性——がより容易に救済されることである。勿論、これに関係する費用の一部は一般消費社会に転嫁されることとなる。第二の重要な結果は、製造業者に製造物から生ずる損害を自覚させ、損害回避のために慎重な手段を採用させることである。

（3）小括　　かようにして、良識が、製造物がもたらす損害の救済およびその回避において、大きな力を発揮することとなる。わが国の製造物責任法も全製造業者の割合的責任に迄進むべきである。このようにフェミニズム的良識が企業責任の強化（無過失責任）を要求するのである。

2 Ms. Williams' Contract

（1）緒説　　契約に関する非良心性の法理（contract doctrine of unconscionability）とは、強迫・不当威圧（夫婦・親子・医師患者間のような特別な信頼関係がある場合に、強い立場の当事者から弱い当事者に対して不当な説得があるとき、適用される法理）・不実表示のいずれにも該当しないが、なお契約の効果をそのまま認めることができない場合に、アメリカの裁判所が救済を与えるために適用するものである（樋口・前掲181以下、195参照）。非良心性の法理に関係のある損害は、製造物責任法が適用される事例にくらべれ

ば、一般に知られていない(以下の説明について、see Gabaldon, *supra*, 122)。例外的に有名な事件の一つに、女性に関係するものがある。この女性は Ora Lee Williams といい、生活保護を受けながら7人の子を養育していた(see Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F. 2d 445 (D. C. Cir. 1965))。Williams 婦人は、5年を超えて、Walker-Thomas 家具会社から沢山の商品を購入し、最後の購入商品はステレオであった。信用取引条項によれば、購入品は相互に他の品の担保となっていて、支払は全商品の未支払額に充当されることとなっていた。「このむしろ漠然とした条項の効果は、購入時期に関係なく、全商品の未払額が完済されるまでは、各購入品に残額を按分することにあった」(id. at 447)。そこで、Williams 婦人が債務を履行しなかったとき、売主は、彼女に販売した全ての商品の返還を求めた。Williams 婦人が、法律扶助クリニックの助言によって提起した訴訟は裁判所によって認容され、非良心性の法理がD.C.でも適用され、契約の強制が制限された(樋口・前掲195—196参照)。なお、ここで一言すれば、非良心性の法理は衡平法に長い歴史を有するものであるが、19世紀後半になって、コモン・ロー裁判所において、ある種の強調をもって適用される様になっていた。UCC § 2-302の非良心性に関する制定法がD.C.において制定されたのは、Williams 婦人の契約締結後であった。

(2) Ms. Williams 事件の普遍性 Ms. Williams 事案にパラレルなものとして、William Thorne という男性に関する事案がある(see Williams, 350 F. 2d at 445, 447)(以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 122)。男性と女性との認識が異なることを主張するには詳細を知ることが必要であるが、これは不明である。フェミニズムの方法は、女性が異なって(多分、劣悪的に)取り扱われるのを容赦なく明らかにする。したがって、逆の場合もあるかも知れないが、女性は過度の契約条項に影響され、殊に他と異なった契約条項の細字部分を尋ねる気持をなくすということを、フェミニズムは認める。実際、Williams 婦人は、理解できない条項を含む契約にサインし、彼女はそれから逃れることができなかったのである。この条項から生ずる結果の不公正さは驚くべきものである。非良心性の法理は、Williams 婦人の実情を斟酌し、事件の特殊性を考慮して、判事が事案に則した結論を出すことを要求する。この結果

は、その法理によって影響される当事者（家具会社）が取引の相手方の状況を考慮することを奨励する。食べ物にさがちな女性がそれだけ救済されることとなる。

(3) 小括 非良心性の法理は、それ自体女性のみに関するものではない。しかし、非良心性の意義は明確ではなく、判例上では、当事者の一方に実質的選択の余地がなくかつ契約内容が相手方当事者に不当に有利な場合に生ずるとされ、前者の例として、悪辣な取引手段、微細な活字や難解な文言の使用、契約内容検討時間の不存在、交渉能力の差、当事者間の取引事情等で契約内容の理解と自由な意思を欠く場合が上げられている（田中・前掲871参照）。これらの事情は女性の場合に該当することが多いとおもわれる。Williams 婦人の場合がこの例である。フェミニズム的良識は、取分け、非良心性の法理の適用を要請する。法が前提とする賢明かつ合理的な消費者（取引相手方を選択し、納得できなければ、よそに行って契約し、Williams 婦人の様にステレオ等の不必要なものを購入しない）を、フェミニズムは認めないのである（see Gabaldon, *supra*, 122-123）。フェミニズムは、女性に関して手続的な非良心性（田中・前掲）の法理の適用を主張して、企業活動の自由、契約の自由を制限するのである。

3 Ricketts v. Scothorn 事件 (77 N. W. 365 (Neb. 1898))

(1) 緒説 非慈善関係においてなされた約束を強制する上において、信頼の重要性を認めた最初のケースである（以下の説明については、see Gabaldon, *supra*, 123）。このケースにおいて、Katie Scothorn は、祖父が申し出た経済援助の約束を信頼し、簿記係としての仕事を止めた。Ms. Scothorn は、その約束前に、祖父の孫の中で生活のために働かねばならないただ一人の孫であったので、その約束を受けると感涙にむせんだ。しかし、祖父の心（または口）は彼の財布よりも大きく、彼の生涯に亘って約束を完全に履行することができなかった。したがって、2年も経たない内に、Ms. Scothorn は、違った雇主の下での仕事についた。祖父が亡くなったとき、彼女は（信頼の法理に

よって) 損害を祖父の遺産から回復しようとした。

(2) *Scothorn case* のフェミニズム的意義 女性が約束を信頼するのは不自然ではない(以下の説明については、see *Gabaldon, supra*, 123)。殊に、女性が男性の援助の約束を信頼するのは当然である。仮に、これが、全く不明確な提案で、変更されるべきものであっても、既にそれを(しばしば、約束不履行の場合の法的損害賠償を考えることなしに)信じた無垢の者に賠償を拒否することは、変更のための理想的方法ではない。信頼を理由に保護が与えられるべきである。信頼の法理は、女性の特質を特に考慮して形成されたものである。

(3) 信頼の法理の展開 *Ms. Scotthorn* のケース以後、信頼の法理が開いた(以下の説明については、see *Gabaldon, supra*, 123-124)。今や(ビジネスの場合その他において)、約因がない場合にも、受約者の約束に対する信頼(reliance)が約束の拘束力の根拠とされた(望月・前掲337参照)。詐欺法の定める書面がなくても、信頼を理由に契約を強制できるのである(see, e. g., *McIntosh v. Murphy*, 469 P. 2d 177 (Haw. 1970))。この法理は、軽率な約束の不法行為に近似する訴訟を生み出すと考えられる。諾約者は、まさに、受約者が期待して当然な(ある場合には、積極的に望んで当然な)行為を行ったのである。これらの場合に責任を課されることによって、諾約者は約束の内容や効果について慎重に熟慮することとなろう。この様に、信頼の法理は、より重要なのは、約因のような形式的法概念よりも、人々の生活に現実には生ずる損害を填補することである、ということを示唆するのである。フェミニズム的観点から展開された法理が、ビジネスの世界においても機能し、素直に信頼する者を救済することとなれば、(議論の余地はあるが)賞賛すべき社会的選択であるかも知れない。

(4) 小括 現代の法的展開の方向は、生活上のリスクを個人に排他的に負担させるのではなく、何等かの方法で、関係者が責任を分担するというものである(以下の説明については、see *Gabaldon, supra*, 124)。この方向は、フェミニズム的倫理が支持するものである。自治と自立を基礎的倫理を基礎とするアングロ・アメリカの伝統にはそぐわないかも知れないが、現実の女性の経験に整合するものである。その限りにおいて、企業活動の自由は、フェミニズムが

課す責任によって制限されることとなるのである。

（平成10年9月26日稿）

〔あとかき〕

本稿の校正については、明田川昌幸獨協大学法学部専任講師の全面的協力を受けた。心から感謝しています。

青木英夫