

民法716条立法趣旨と参照英判例

高 友希子

はじめに

一般に、日本民法典はドイツやフランスなど大陸法系に属する法典を基礎として立法されてきたと言われている。確かに、『法典調査会民法議事速記録』を見ると、多くの条文がドイツ民法、フランス民法を参照していたことが明らかである。とはいえ、明治期の民法典論争においても議論の対象となったように、英国法も、ドイツ法、フランス法と並んで学ばれ、参照されていたことを忘れてはならない¹。

『法典調査会民法議事速記録』第1巻から第5巻までを見る限り、全768条中、英国法を参照文献として挙げている条文は、39条文存在する。条文数から見れば全体の5%にすぎないが、実際に上記『法典調査会民法議事速記録』の参照文献として掲載されている英国法は、重複を考慮しない単純な記載回数を示すと、制定法が32、判例が52となる。なかでも不法行為の分野が顕著であり、制定法3と判例32である。これは、この分野の起草者が、英国に留学し、法律家養成機関インズ・オブ・コートの一つであるミドル・テンプルで学び、バリスタ資格を取得した穂積陳重であることを念頭におけば、ある程度、了解可能であろう。

本論文が考察の対象とする716条「注文者ハ請負人カ其仕事ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任セス但注文又ハ指図ニ付キ注文者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス²」は、『法典調査会民法議事速記録』において、唯一、参照文献として英判例だけを挙げた条文である。岡松参太郎『註釈民法理由』によれば、716条は「英米通ニ倣ヒテ」規定した条文であるから³、日本民法典における英国法の影響を検討する上では、重要かつ便宜であるということになっている。

ところが、民法716条は、「何ら特則としての意味はない…（中略）…これは、709条の原則通りである⁴」といわれている。幾代通氏によれば、「716条は、請負について、このこと〔委任や請負の関係は、原則として715条にいう使用関係に該当しないこと〕を注意的に明記する⁵」ものであり、広中俊雄氏もまた、「716条は当然の規定と解すべきである⁶」と言う。さらに伊藤進氏も同様に、「716条本文は当然の規定である…（中略）…同条但書は注意規定にすぎない⁷」と主張している。和田真一氏は、請負関係の多様性のゆえに、請負人を715条の被用者と認めるべき場合もありうると指摘しつつも、基本的に注意規定説の立場を支持している⁸。森島昭夫氏も同様に、「本条〔716条〕は、立法当初から、請負人が715条にいわゆる被用者にあたらないことを注意的に規定したものとされ、それほど重要な規定とされてはいない⁹」と指摘する。さらに窪田充見氏は「716条が適用されるのは、715条の使用関係が認められない場合に限定されるのであり、その点からすれば、716条の意義は乏しいものと言わざるを得ないだろう¹⁰」という。また澤井裕氏は、「結論としては、なんら一般原則を変更しているものではない…（中略）…当然のことを、注意的に規定したにすぎない¹¹」という。つまり、学説は基本的に、716条は709条の

注意的規定にすぎないとして、716条と709条の連続性を強調してきたのである¹²。このように解釈するなら、条文自体の存在価値が問われていると言っても過言ではない。

しかし716条が単に一般不法行為規定である709条の注意規定であるとするれば、716条には特殊不法行為規定としての独自の存在意義はない、ということにならないだろうか。

この点について716条を単なる注意規定説とは考えない見解もある。川井健氏は、例外的に注文者が責任を負う場合があるところに716条の意義があるという¹³。また國井和郎氏は、715条と連続的に捉える方が適切ではないかという。つまり國井氏によれば、716条但書をめぐる2つの見解の差異を、第一、716条を715条と同列に解すると、注文または指図と相当因果関係にない損害についても注文者に責任を負わせることが可能になり、学説主張のいわゆる注意規定説よりも責任が重くなること、第二、その反面、同列説では、請負人の不法行為を前提とするため、注意規定説よりも適用範囲が狭くなることであるとしつつも、具体的な適用における差はそれほど大きくないというわけである¹⁴。

さらに田上富信氏は、716条但書の規定は、同列説と注意規定説のいずれかではなく、双方を含んだ性質を持っている点を指摘し¹⁵、すでに過失責任を克服し危険責任あるいは報償責任を基礎とするようになった715条の解釈にしたがって、716条も解釈指針を変更すべき旨主張している¹⁶。

以上のような少数意見があるとはいえ、多くの学説が716条は709条どおりの当然の規定であると断言している¹⁷。そこで本稿では、従来ほとんど注目されることのなかった716条のそもそもの立法趣旨および目的の再検討を行う。そのためにはまず、『法典調査会民法議事速記録』に示してある参考文献および当時の資料を考察する作業を通じて、現在、その存在意義さえ問われている716条が、なぜ立法されたのかを立ち入って検討することが不可欠である。この作業が完了して初めて、判例を通じてみた716条のその後の展開、および716条成立の背景となった英国判例の展開過程の解明作業がそれぞれ固有の意義を持ってくるからである。

第1章 716条立法の趣旨

716条の立法過程をたどってみると、716条に関する規定は、旧民法典の中には見当たらない。『法典調査会民法議事速記録』によれば、716条は3つの英判例を参照判例として成立したことが明らかである。とすれば、3つの参照判例の考察により、716条の立法趣旨が明らかになると考えられる。

しかし五十川直行氏の指摘によれば、3つの判例は716条の参照判例としては不可解なものであるという。その理由は、同氏によれば、第一、3判決ともに原告敗訴のケースであり、但書部分に直結する判決は別にあること、第二、716条本文とかかわる独立契約者 (independent contractor) に関するリーディング・ケースである *Quarman v. Burnett and another* 事件、および *Rylands v. Fletcher* 事件が挙げられていないこと、第三、1840年代にはすでに上記リーディング・ケースの例外事件が存在していたことである¹⁸。そこで以下では、五十川氏の指摘を参考にしつつ、参照判例を考察しなおし、3つの参照判例と716条との関連を今一度、明らかにする。その上で、『法典調査会民法議事速記録』をはじめとする立法資料に立ち返り、716条が立法された理由を改めて解明する。

第1節 参照判例の分析

1. Rapson v. Cubitt (1842年)¹⁹【判例1】

原告はロンドン中心部パルメル街付近にある Clarence Club の執事、その妻は当該クラブの家政婦、被告は当該クラブハウスの改良工事を請け負った建築業者である。建築業者である被告は、広範囲にわたる改良をクラブハウスに施す契約を Clarence Club の特定の会員と結び、その他の会員たちとは、改良工事の一環として行われるガス器具の調整および設置を行う契約を結んでいた²⁰。被告は、ガス工事業者である Bland と作業の一部を行う下請契約を結び、この契約にしたがって作業は Bland が行った。Bland あるいは彼が雇った者のうちの誰かが、階段室 (staircase) のガスパイプの栓を締め忘れた結果、大量のガスが漏れ出して爆発し、原告とその妻が重傷を負った。原告は自らと妻が重大な損害を被ったことを理由として、建築業者である被告に訴えを提起した。

陪審は原告勝訴の評決を下し、損害賠償金を500ポンドと認定したが、財務府裁判所は次のような理由に基づいて被告勝訴の判決を下した。Lord Abinger 首席判事によれば、当該傷害は Bland の過失によって生じたものであり、ここでいう Bland は被告のサーヴァントではなく、単に被告の下請け人であったから、本件において原告が救済を求めるべき相手は、被告ではなく Bland である。同首席判事はその根拠を、良識 (common sense) と調和する真の法原則であり、これは Quarman v. Burnett and another (1840年) において定められていると述べた²¹。言うところの Quarman v. Burnett とは、独立契約者の概念を確立した判例として知られる事件であり、このことから Lord Abinger 首席判事は、本件における Bland は Quarman v. Burnett でいうところの独立契約者に該当するという。

また Park 判事は、「マスターは自らの土地・建物において何か行為をする場合、その業務遂行過程において誰にも損害を与えないように注意しなければならない、このことはマスターが歩行中の歩行者を負傷させた場合であれ、マスターが業務遂行目的で雇ったサーヴァントが歩行者を負傷させた場合であれ違いはないと思われる²²」が、「マスターの責任はマスター・アンド・サーヴァント関係が消滅した時点で消滅する性質のものである²³」と述べている。この点を念頭におくと、本件における Bland は被告の仕事の一部を行う下請け人であって、被告のサーヴァントではないから、被告はマスターとしての責任を負わない²⁴。

つまり、原告が救済手段を有している相手は、自らの過失が傷害を発生させる原因となった Bland というわけである。

2. Allen v. Hayward (1845年)²⁵【判例2】

本件は、運河の改良に関する制定法に基づいて授権された委員が運河改良工事を行うこととなり、委員たちと契約を締結した契約引受人が、改良工事を行っていたところ、仮堤防が壊れて水が漏れ出し、その結果、隣接する原告の土地が浸水し、損害を被った事件である²⁶。

陪審は原告勝訴の評決を下した。しかし Lord Denman 首席判事は、本件訴訟が適式に委員たちの書記に対して提起されたものではなかったという理由から²⁷、訴え却下の決定を下した。というのは、定期委員会において多数者の同意を得たこの契約は、委員たちの職務遂行過程で成立しており、したがって当該契約のもとでなされた職務は、委員としての彼らによってなされた職務であるから、委員たちが責任を負うとすれば、彼らこそが被告として適式に訴えられうるはずだからである。

そして同首席判事は、水路を不完全に建設したことによる原告の果樹園の浸水という訴求原因については次のように言う。すなわち、当初、堤防は長い水路に近接しすぎた位置にあったた

め、後方に移動されたが、そこにあった不適切な素材（土）を用いて建てられたため、堤防そのものに欠陥があった。また導水を時期尚早に行ったために、水が原因となって堤防が崩れ、原告の土地に浸入した。仮に前方に水溜めが作られていたなら、水は原告の土地に損害を与えることなく引いた可能性がある。つまり Button によって行われた業務に欠陥があったとすれば、委員たちがこのような建設について責任を負うかどうかという問題は、Button が委員たちのサーヴァントとしてみなされるかどうかということになる。この点について首席判事は、この種の職務を遂行する契約者はサーヴァントではなく、独立した職務を遂行する人物とみなされるべきであるとの見解を示している²⁸。

以上より、一見する限り本件では Button が独立契約者であること、および Button が工事を行った堤防が契約に明記された業務の一部であることを理由に、事故に対する責任は被告ではなく Button にあると判示されているように思われるだろう。

しかし実際には、被告勝訴の理由は当事者適格の問題である。本来なら判事はその点について理由を述べなければならなかったように思われるが、この点に関する記述はない²⁹。

3. Pearson v. Cox and others 事件 (1877年)³⁰ 【事例3】

1876年10月、被告所有地内の建物の工事が、被告 Cox (イングランド中北部ノッティンガムのマーケット・ストリート在住の土地建物所有者)と契約を交わした被告 Bradley & Barker によって行われていた。工事が行われている間、外囲いなし足場によって建物は公道と仕切られていたが、外部工事終了後窓枠がはめ込まれる前に、被告 Cox の依頼により、被告 Bradley & Barker が外囲いを取り外した。10月13日、被告 Bradley & Barker の下請け人 Smith の人夫が内部を歩いたところ窓の付近の厚板がゆがみ、厚板に立てかけてあった直定規と呼ばれる工具が窓から落下して公道を通行中の原告が負傷した。

陪審は以下の事実を認定した上で、200ポンドの損害賠償を認める原告勝訴の評決を下した。すなわち、外囲いを継続して立て続けることが公衆 (public) の安全のために要求される間、その保持を被告は怠っていないから、原告の負傷は、被告 Bradley & Barker がそれを怠ったことによって生じたわけではない。しかし損害は公衆の安全に対して別の予防措置を講じなかった被告 Bradley & Barker の過失によって生じたものである。

陪審評決において原告勝訴の決定が下された。にもかかわらず、裁判所において被告勝訴の評決が登録されたため、原告は被告の1人である建築業者 Bradley & Barker に関する限りの判決の取消、および原告勝訴の評決の登録を求めて控訴院へ上訴した。

これに対して控訴院は被告勝訴の評決を下した。その理由は Lord Coleridge 首席判事が述べるように、次の2点による。すなわち、第一、直定規の落下は個人的に責任を負う類のことであるにもかかわらず、当該事故は、被告たちが責任を負うべき人物の過失によって生じたものではないことが事実として認められた。第二、被告たちは諸々の事故を予防する一般的な義務を負っているが、それは合理的に予見可能な事故を意味するはずであり、本件がそのような事件であったという証拠はない。つまり疑いなく、事故は発生していたし、再び発生するかもしれないが、このような工具の落下は家の内部工事に付随して発生する可能性のある事故として合理的に予見可能でないというわけである。

もっとも本件の場合、Bramwell 判事が述べるように、被告に対して訴訟を維持しうる唯一の法的根拠は、公道に対するニューサンスであろう³¹。本件においては、陪審は外囲いを立て続かなかった点に過失はないと認定している。つまり一般の建築者が建築過程で一般的に生ずる危険を予防すべき人物であることは確かであったが、陪審は本件をそのような事故ではないと判断し

ていた。

以上のように本件では、陪審が外圍いをはずしたことについて被告に過失はないと認定をしていること、および直定規の落下は予見不可能なことを理由として、被告 Bradley & Barker は責任を負わないとの判断が示されている。本件に対して責任を負うべき人物は、いつ仕事を始めて、いつ終了し、あるいはどの程度仕事がなされているかを知っている過失者である下請け人とされたのである^{32 33}。

4. 参照判例の検討

以上3つの判例について検討する。

すなわち、【判例1】は、マスター・アンド・サーバント関係の不存在を理由として被告の責任を認めなかった。すなわち、下請け人 Bland は被告のサーバントではなく、独立契約者であるから責任を負うというわけである。この独立契約者を716条のいう請負人と置き換えるなら、この判例は716条に対応するということもできよう。とすれば、716条のいう注文者は被告ということになるのだろうか。確かに被告は下請け人 Bland にガス工事を依頼している。しかし被告が建築業者であることを念頭におくなら、被告は工事全体を統括する責任者であると考えべきであろう。そして716条が想定する注文者は、改修工事の契約を締結したクラブの会員とする方が自然であろう。このように考えるなら、本判例が716条に直結するとは言いがたい。

そこでイングランドの法学者がこの事件をどのように理解していたのか、本件を取り上げているテキストを見てみよう。Earl of Halsbury, *The Laws of England being a Complete Statement of the Whole Law of England* (third edition), Viscount Simons (ed.) において本件は、ネグリジェンスという項目に、独立契約者、およびガスという特別な危険に関する事例として例示されている³⁴。マスター・アンド・サーバントという項目では、独立契約者の説明の箇所 *Laugher v. Pointer* や *Quarman v. Burnett* と同列の典拠として記載されている³⁵。そして下請け人は自らを雇った契約者のサーバントではないという説明の典拠とされている³⁶。また原則として独立契約者が職務中に行った不法行為、あるいは実際に職務を遂行するために雇われたサーバントが当該職務中に行った不法行為について使用者は責任を負わない場合の典拠ともなっている³⁷。

C.M. Smith, *A Treatise on the Law of Master and Servant* によれば、本件は、*Quarman v. Burnett* 後、被用者がサーバントであるか独立契約者であるかが問題になった一連の事例の流れの一部であるとみなされていたようである。というのも Smith は、本件をマスター・アンド・サーバント関係の不存在のゆえに、建築者は責任を負わない事例としてあげているからである³⁸。

F.R. Batt, *The Law of Master and Servant* によれば、本件は、サーバントと独立契約者の違いについて言及している箇所で、当該判例の中で示された「独立契約者とは独立業務を担う者である」という定義そのものを示した判例であった³⁹。

P.S. Atiyah, *Vicarious Liability* を見ると、本件は、サーバントと独立契約者の違いを示した箇所において、建築業者と下請け人の関係は、現実的には注文者と建築業者の関係と同じであるということを根拠づける判例である。その理由は、建築業者は下請け人によって行われる職務上の欠陥について契約上責任を負うが、下請け人が第三者に対して行った不法行為については責任を負わないからである⁴⁰。

T. Beven, *Negligence in Law* において本件は、使用者の責任に関する項目において、被告である契約引受人と過失者である下請け人はマスター・アンド・サーバントの関係にない事例と

して紹介され、Quarman v. Burnett と区別されない事例と位置づけられている⁴¹。

以上より、【判例1】について、法学者によるテキストは総じて、本件をマスター・アンド・サーヴァント関係不存在の事例、すなわち独立契約者に関する判例として理解しているようである。

【判例2】では独立契約者の定義が示された上で、委員たちと契約引受人 Button との間にマスター・アンド・サーヴァントの関係は該当しないという見解が示されている。委員たちを716条のいう注文者、Button を契約者とみなすなら、716条の参照判例として適切であるようにも思われる。

しかし当該事件において訴え却下の決定が下されて、被告が勝訴した理由は当事者適格の問題に基づいていた。このため委員たちではなく Button こそが責任を負うべき人物であるという裁判所の判断にしたがうなら、たとえ本件が書記に対して適式に訴えられたとしても、結果は原告敗訴になるだろう。

以上より、判決理由そのものは当事者適格であるが、裁判所の見解、すなわち裁判所が最も重要視した見解を考慮すれば、本件は、716条の参照判例として対応しているように思われる。

次に法学者による見解を見てみる。*Halsbury's Laws of England* において本件は、マスター・アンド・サーヴァントという項目において独立契約者とは、独立した業務を遂行する者とみなされているという説明の典拠として引用されている⁴²。同所では、Laughler v. Pointer や Quarman v. Burnett をはじめとする一連の独立契約者関係の判例も引用とはなっているが、その他の参照事例として記されている。

Smith, *A Treatise on the Law of Master and Servant* において Allen v. Hayward は、サーヴァントと独立契約者の違いは、マスターが委ねた職務の遂行過程をマスター自身が監督する一般的な権限を契約によって有しているかどうかである、という文脈の中で具体的な事例として引用されている⁴³。すなわち、運河に関する委員であるマスターが、契約引受人と契約した場合に、その者が委員たちのサーヴァントでなければ、作業の一部が不完全であっても責任を負わないというわけである。

Diamond, *The Law of the Relation between Master and Servant* において、本件は、使用者は自らまたは自らのサーヴァントによって雇われた契約者の不法行為について、第三者に対して責任を負わないという原則の説明の中で引用されている⁴⁴。そこでは Laughler v. Pointer において示されて Quarman v. Burnett において是認された原則を適用した事例として位置づけられている⁴⁵。

Atiyah, *Vicarious Liability* において本件は、判例中に Lord Denman 首席判事が示した独立契約者の定義を引用し⁴⁶、Quarman v. Burnett における見解を受容した一例として挙げられている⁴⁷。

Beven, *Negligence in Law* によれば、本件は、不動産に関して生じた不当な行為 (wrongful act) に関する事例であり、そこでは独立契約者の諸判例をもとに定義がされた事例として示してある⁴⁸。

学者によるテキストを見る限り、本件は、多く引用されているわけではない。しかし判例の中で Lord Denman 首席判事が、Laughler v. Pointer、Quarman v. Burnett などの判例に基づいて、独立契約者の定義をしており、基本的にその部分だけが引用されている。したがって内容はともかくも、独立契約者の定義が示されたものといえよう。

【判例3】では、注文者 Cox の依頼により外圍いははずされているのであるから、716条によれば注文者こそが責任を負うことになるはずである。

しかし裁判所は、直定規の落下が予見不可能であったこと、本件事故が被告たちが責任を負うべき人物すなわちサーバントによって生じていないことを理由として、被告勝訴の判決を下している。したがって本判例は716条の参照判例としては不可解のように思われる。しかし下請け人が独立契約者とみなされるなら、事情は違ってくる。

【判例3】に関する法学者のテキストを見ると、*Halsbury's Laws of England* において本件は、ネグリジェンスという項目において、他者のネグリジェンスに対する責任の中の公道における危険に関する箇所、偶発的あるいは付随的過失 (casual or collateral negligence) の結果生じた損害について雇用者は責任を負わない事例として挙げられている⁴⁹。またマスター・アンド・サーバントという項目においては、独立契約者の行為によって損害を被った者は、独立契約者に請求すべきであるという場合の典拠として示されている⁵⁰。

Smith, *A Treatise on the Law of Master and Servant* において本件は、マスター・アンド・サーバントの関係が存在しない限り、他者を雇う者は付随するネグリジェンスについて責任を負わないという場合の付随的ネグリジェンスを説明する判例の1つとして引用されている⁵¹。

Atiyah, *Vicarious Liability* において本件は、1860年代以降パブリック・ニューサンスが確立していてもなお、控訴院が公道における契約引受人の一般的な責任を否定するという主張を示すために引用されている⁵²。しかし同所で Atiyah は、この判例は明らかに、もはやよき法 (good law) ではないと付言している。

Beven, *Negligence in Law* によれば、本件は、予見不可能なことに對して責任を負わないことを示した事例として引用されている⁵³。またこの事例は、公道に沿って水路を建設している際に通行人が溝に落ちて負傷した場合に法的責任を確定させるために適用されるべき原則を認めた事例としても紹介されている⁵⁴。その原則とは寄与過失 (contributory negligence)、すなわち自己の損害の発生に寄与した被害者原告自身の過失に関する判断を導くための原則である。

このように法学者のテキストを見る限り、本件は、基本的に公道における事故が予見不可能な場合に誰が責任を負うかという公道におけるニューサンスに関する文脈で引用されている。マスター・アンド・サーバントに関係する事件であると同時にニューサンスに関わる事件として位置づけられていたようである。

以上のように、716条の参照判例3件を考察した結果分かったことは、一見する限り、いずれの判例も716条に直結しているとは言いがたい点もあるが、716条の起源とされる独立契約者に関連する判例と言えなくもない。さらに、3つの参照判例に共通する点を挙げると、第一、当事者をマスターとサーバントに置き換えた場合にマスターに該当すると思われる者が、免責される旨の判断が示されていること、第二、陪審と判事の判断が食い違うことである⁵⁵。

いずれにせよ、3つの参照判例を考察しただけでは、英国における独立契約者の成立事情は判然とせず、これらの判例を基礎として716条が立法されたと理解するのは容易でない。そこで法典調査会における議論をはじめとする立法資料を再検討することによって、716条の立法理由を明らかにしていきたい。

第2節 立法資料の検討

穂積陳重によれば、716条の立法趣旨は、「前條〔現715条〕トノ關係ニ依リマシテ實際上必ズ疑ヒガ起ルベキコトデアリマシテ又英吉利杯デハ餘程疑ヒガ起ツテ居ルコト」であるから「特ニ之ヲ載セマスコトガ必要デアルト認メタ」という⁵⁶。すなわち、715条との関係から、實際上必ず問題が生ずるであろうし、英国では度々生じていることに関することであるから民法典の中に規定する必要があるということであった。

というのも、「本條ガナイト注文ノ場合デモ何ンデモ例ヘバ大工ガ普請其他ノ工作ニ付テ矢張り是レガ嵌リハシナイカ随分大キナ請負仕事ノ爲メ二人ヲ使フテソレカラシテ色々ノ損害ガ出テ來ルソレハ請負人ガ其ノ賠償ノ責ニ任ズルノガ相當デアツテ殆ド之ヲ托シマス人ハ其事ヲ知ラス全ク委セルト云フ位ノ性質ノモノデアリマス⁵⁷」。すなわち、例えば、大きな建築工事における注文者は、たいていの場合、その内容を知らないから請負人にすべて任せているような状態であるため、請負人が発生させた損害については、請負人自身が責任を負うことが相当であるという趣旨であったというのである。

また『民法修正案理由書』は次のように言及している。

「請負人カ注文ノ仕事ヲ爲スニ付キ第三者ニ損害ヲ加フルコトアルハ實際上屢見ル所ナリト雖モ注文者ト請負人トノ關係ハ前條ニ掲ケタル使用者ト被用者トノ關係トハ大ニ其趣ヲ異ニシ注文者ハ請負人ヲ選任シ之ヲ使用スルニアラスシテ請負人ハ獨立シテ一種ノ職業ヲ營ム者タルノミナラス注文者ハ其仕事ヲ監督スルモノニ非サレハ請負人ハ假令注文者ノ仕事ニ付キ第三者ニ損害ヲ加フルモ注文者ハ其責ニ任スヘキ理由ナシトス⁵⁸」。

すなわち、716条が規定する注文者と請負人の関係は、715条が規定する使用者と被用者の関係とは、大いに趣旨を異にするものであるという。すなわち、注文者は請負人を選任して使用するわけではなく、請負人は独立して一種の職業を営む者であるばかりか、注文者はその仕事を監督するものでもないから、請負人が、注文者の仕事において第三者に損害を加えたとしても、注文者は責任を負わない。

とはいえ、次のようにも言っている。

「然レトモ既ニ前條ノ明文アルトキハ注文者ト請負人トノ關係ニ付テモ亦之ヲ適用スヘキモノナルカノ疑ヲ生セシムルノミナラス注文者カ注文又ハ指圖ニ付キ過失アリタルトキハ請負人カ第三者ニ加ヘタル損害ニ付キ固ヨリ其責ニ任セサルヘカラサルモノナレハ此趣旨ヲ明白ナラシムル爲メ本條ノ規定ヲ設ケタリ⁵⁹」。

つまり、注文者と請負人の事例においても715条を適用すべきかどうか問題となる場合があること、かつ注文者が自らの指図に過失がある場合には注文者が責任を負うことを明白にするために716条を規定したというのである。

さらに梅謙次郎は、法典調査会において次のようにいう。

「既成法典ノ如ク被用者ノ中ニハ雇傭者ノ外ニ請負人迄モ一部分ハ這入ルト云フ解釋ヲスル人が起ツテ來ハシナイカト思ヒマス⁶⁰」。

実際、梅は自らの著作『民法要義 卷之三債権編』において、次のように述べている。

「前條〔現715条〕ノ被用者ハ使用者ノ命ヲ受ケテ或事業ヲ爲ス者ニシテ請負人ノ如ク其事業ノ執行ニ付キ獨立ノ地位ニ在ル者ニハ之ヲ適用スヘカラサルハ蓋シ論ヲ俟タサル所ナリ唯『被用者』ナル文字ハ字義上『請負人』マテヲモ包含スルノ嫌イアルヲ以テ特ニ本條ノ規定ヲ置キタルナリ⁶¹」。

このことから、梅は、715条規定の被用者の中には雇用者のほかに請負人までも入るという解釈をする人が出てくる可能性があること、すなわち715条の被用者が716条の請負人を包含するきらいがあるから、716条の規定をおいたと解釈していたことは明らかである。

本節冒頭で述べたように、716条は、穂積陳重の強い意向により715条との関係において必要であると判断されて成立した条文であった。にもかかわらず、立法からわずかに15年後には、末弘巖太郎により「蓋シ請負人ハ注文者ノ被用者ニアラズ又其事業ノ執行ニ付キ注文者ノ監督ノ下ニ立ツモノニアラザレバナリ。然レドモ『注文又ハ指圖ニ付キ注文者ニ過失アリタルトキ』ハ結局請負人ヲ通ジテ自カラ間接ニ不法行爲ヲ爲シタル者ナレバ第七〇九条ニ依リテ自ラ賠償責任ヲ負

擔スベキモノトス（七一六但⁶²）と言われ、さらにその4年後に鳩山秀夫が、「民法ガ特ニ之ヲ規定シタルハ第七百十五條トノ關係上注文者ノ責任ヲ明ニシタルニ止マリ一ノ注意規定ニ外ナラズ⁶³」と断言した。このように立法からわずか20年足らずで716条は、709条の原則どおりであり何ら特則としての意味はないという見解が現れ、それは現在までほとんど独自の意義を見出すことはなかった。

とすれば、穂積陳重が民法典に記載することが必要であると主張した理由はそもそも何であったのか、さらにそれほどまでに強調された理由、すなわち英国では度々生じていたことと、716条が特則として独自の意味をもたないと解釈されるようになった日本における現実との間の違いは、いったいどこにあったのかという疑問が湧いてくるに違いない。

先述のように、立法者たちが、716条の立法の意義を715条との関係にあると考えていたことは明らかである。とすれば、そもそも716条の立法の意義を検討するためには、715条の立法の意義およびその解釈を解明することが必要となるはずである。

第2章 715条立法の趣旨

『法典調査会民法議事速記録』によれば、715条「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相当ノ注意ヲ為シタルトキ又ハ相当ノ注意ヲ為スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス」は、旧民法財産編371条「何人ヲ問ハズ自己ノ所為又ハ懈怠ヨリ生スル損害ニ付キ其責ニ任スルノミナラス尚ホ自己ノ威権ノ下ニ在ル者ノ所為又ハ懈怠及ヒ自己ニ属スル物ヨリ生スル損害ニ付キ下ノ區別ニ従ヒテ其責ニ任ス⁶⁴」、372条4項「教師、師匠及ヒ工場長ハ未成年ノ生徒、習業者及ヒ職工カ自己ノ監督ノ下ニ在ル間ニ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス⁶⁵」、373条「主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ受任ノ職務ヲ行フ爲メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス⁶⁶」を参照条文とし、諸外国の法律および判例を参考にしながら変更を加えた規定である⁶⁷。715条については、既に多くの先行研究が存在するが、本論文では716条との関係という観点から、改めて715条の立法の趣旨に立ち返ってみたい。

まず、旧民法との関係では、次の2点が主な変更点である。

第一、「財産編三百七十三條ニ於キマシテハ『主人親方又ハ工事運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者』斯ウ云ウ工合ニ列記シテアリマスガ併シス様ニ分ケテ書キマスト其幅ニ付テ疑ガ生ジマスカラ夫故ニ『或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ』ト廣ク書キマシタノデゴザイマス⁶⁸」。

『法典調査会民法議事速記録』における穂積陳重の説明によれば、715条冒頭「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者」は、旧民法財産取得編373条「主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者」と列記するとその解釈の幅をめぐって問題が生じるから、「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者」と広く書いた、ということである。

旧民法は、旧民法財産編371条および372条4項に見られるように、いわゆる「他人ヲ使用スル者」の責任を非常に重く規定しており、これはフランス民法典の系統に属する。というのは、715条の参照文献として記載されている諸国の法を見てみると、フランス民法1384条によれば、「自己ノ行為ニヨリテ生ゼシメタル損害ニ付テノミナラズ、自己ガ責ニ任ズベキ他人ノ行為、若ハ保管スル物ニヨリ生ジタル損害ニ付テモ亦責ヲ負フ⁶⁹」となっている。すなわち、自らの行為によって生じた損害だけでなく、自らが責任を負うべき他者の行為によって生じた行為、あるいは保管する物から発生した損害について責任を負う旨規定されている。

またオランダ民法1403条は、「第千四百二條乃至千四百五條 仏民法第千三百八十三條乃至第千三百八十六條ニ同シ⁷⁰⁾」とし、フランス民法1384条に同じである旨記載されている。

さらにイタリア民法1153条では、「各人ハ營ニ自己ノ所爲ニ因テ起生セシメタル損害ノ責ニ任ス可キノミナラス自己ニ轄屬スル人ノ行爲若クハ自己ノ管守ニ屬スル物件ニ因テ起生セシメタル損害ニ對シテモ亦其責ニ任セサル可カラス⁷¹⁾」と記載されている。すなわち、自己の管轄する人の行為によって生じた損害についても責任を負うと規定されているのである。

次に変更点の第二に移ろう。穂積によれば、「既成法典モ『受任ノ職務ヲ行フ爲メ又ハ之ヲ行フニ際シテ』トアツテ矢張り嚴酷ナル主義ヲ取ツテ居ル其事柄ヲ行ヒマス爲メニ生ジマス損害ハ是ハ申ス迄モナイコトデアリマスガ『爲メ』丈ケデハ余リ狭過ギル『際シテ』デハ少シ廣過ギル夫故ニ『被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害』ト云フ程度ニ本案ハ止メマシタ⁷²⁾」。

フランス民法同様に、使用者の責任を非常に厳格に規定した旧民法財産取得編373条「受任ノ職務ヲ行フ爲メ又ハ之ヲ行フニ際シテ」については、「爲メ」だけではあまりに狭すぎるが、「際シテ」では少し広すぎるから、「被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」という程度に変更したという。というのは、「際シテ」までも含む場合、この規定の基礎は選任における過失だけを想定していることになるからである。もし選任における過失だけを想定するなら、遣いにやった者が派遣先で盗みを働いた場合など業務に直接関係のない事柄であっても責任を負わなければならないとなり、責任が厳格になりすぎる。

「他人ヲシテ或ル事ヲ爲サシムルニハ適當ノ人ヲ選ビサヘスレバ宜イト云フコト丈ケデハアリマセヌ其人ハ適當デアルヤ否ヤト云フコトハ大變分リ憎イコトデアリマスカラ相當ノ監督ヲシ相當ノ注意ヲ加ヘナケレバナラヌト云フ考ヘテ獨リ選任ノ義務バカリデナク監督ノ義務ト云フコトモアルト云フコトガ元ニナツテ居リマス⁷³⁾」。

このように穂積陳重は、他人を使って何かを行おうとする場合には、適当な人を選任するだけでなく、監督および相當の注意を加えること、すなわち監督義務を負うべきであるという。

ところでスイス債務法55条(旧62-63条)を見ると、「事業主ハ、自己ノ使用人又ハ労働者ガ其勞務又ハ事務ノ執行ニ當リテ惹起シタル損害ニ對シ、事情(民法第四條)ニ依リ斯ノ種ノ損害ヲ豫防センガ爲ニ必要ナル凡テノ注意ヲ用ヒタルコト又ハハスカル注意ヲ用フルモ尙損害ノ發生スベカリシコトヲ證明スルニアラザレバ、其ノ責ニ任ズ⁷⁴⁾」と記載されている。すなわち、事業主は自らの使用人あるいは労働者がその勞務もしくは事務の執行にあたって惹起した損害に対して、その損害の発生を予防するために必要な注意をしたこと、あるいは仮に注意したとしても発生したことを証明しなければ、責任を負うと規定しており、選任だけに依拠していた国々とは異なり、結果発生を予防するための注意を要件としている。

さらにドイツ民法草案を見ると、第一草案711条では、「何人タリモ一箇又ハ二箇以上ノ行爲ノ業務ヲ他人ニ擔任セシムル者ハ尋常家父ノ注意ヲ要スル場合及ヒ其要スル限度ニ於テ他人ヲ監視スルノ義務ヲ負フ⁷⁵⁾」と記載されている。すなわち、1つまたは2つ以上の行為を行う業務を他人に負担させる者は、通常、家父が払う注意を必要とする場合、その限度で他者を監視する義務を負う。

続く712条では、「何人タリモ一箇又ハ二箇以上ノ行爲ノ業務ヲ他人ニ擔任セシムル者ハ其業務ノ爲メ適任ノ人ヲ選擇スルノ義務ヲ負フ⁷⁶⁾」という。つまり、1つまたは2つ以上の行為を行う業務を他人に負担させる者は、当該業務のために適任の人物を選択する義務を負うと規定されている。

穂積陳重は、「諸國ノ法典モ多クハ此選任ト云フ方ニ基礎ヲ取ツテ居ルヤウデアリマスガ獨逸ノ法典ハ全ク選任トソレカラ監督両方ヲ基礎トシテ居ル」と述べ、旧民法同様、選任に重点を置

いている国々がある点を明らかにしつつ、選任だけでなく監督をも基礎としているドイツ法典を参考にすべき旨指摘する⁷⁷。

こうして715条は、厳酷主義を採る旧民法より適用範囲を狭くし、選任だけでなく監督および相当の注意を払うことを要件とし、注意を払って選任した場合には、使用者の免責を認めた（1項但書）。すなわち、『民法修正案理由書』に記載されているように、「本案ハ前條ト同一ノ趣旨ニ本〔ママ〕ツキ本條但書ノ規定ヲ設ケテ使用者ノ責任ヲ限定シ併セテ事業ノ發達上大人數ヲシヨウセサルヘカラサル事業ノ増加シタル今日ノ狀況に適セシメタルノミナラス既成法典ノ如ク被用者ノ不法行爲ハ使用者ノ職務ヲ行フ爲メ又ハ之ヲ行フニ際シテ生シタルモノト爲ストキハ廣キニ失スル虞アルニ因リ本案ハ單ニ被用者ハ事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ト改メタリ⁷⁸」というわけである。

ところで立法資料に立ち戻ってみると、穂積陳重は、716条の立法趣旨を説明する際に、「此前條ノ書き方ヲ御覽下サルト稍本條ノ必要ガ分ラウト思ヒマス⁷⁹」と述べている。つまり彼は、715条の書き方を見ると716条の必要性が理解できると思うと言っているのだ。そこで穂積の説明について、さらに詳しく考察してみよう。

第3章 715条と716条の関係——雇用と請負をめぐる解釈

『法典調査会民法議事速記録』によれば、穂積は次のように述べている。

「前條〔715条〕ハ他人ヲ使用スルト書イテアツテ只雇傭バカリトハ讀メ憎イ書き方ニナツテ居ル…（中略）…或ル事ノ爲メニ仕事ヲスルト云フコトニ廣ク書イテアリマスカラ夫故ニ本條ガナイト注文ノ場合デモ何ンデモ…（中略）矢張り是レガ嵌リハシナイカ⁸⁰」。

すなわち、715条は他人を使用すると書いてあるわけだが、これはただ単に雇用だけに限るとは読みにくい書き方になっていることを認めた上で、同条冒頭が法典調査会で改められた結果、「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者」と広く書いてある点について、716条がなければ注文の場合も該当するのではないかと懸念していることが理解されよう。

つまり彼は、「前ノ『或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者』ト云フ一般ノ規定ニ當ツテ其注文主ト云フ者ガ損害賠償ノ責任ヲ負ハナケレバナラヌコトニナルカラ明カニ仕事ヲ請負フ場合ハ是レヨリシテ除外シナケレバ不都合デアル⁸¹」という。請負の場合は、715条のある事業のために他人を使用する者という規定に関して、注文者が損害賠償責任を負う事態は避けなければならないというわけである。

言うところの請負とは、穂積陳重によれば、「請負ト云フ仕事自身ヲ目的トシテソレヲ契約イタシマス場合ハ多クハ自分ガ指圖スルトカ自分ガ監督スル⁸²」、すなわち、仕事自身を目的として契約し、請負人に仕事を任せるから、事業の監督は請負人が行うものを指す。そして、「其他ノ場合ニ付テ使用致シマス場合ハ…（中略）…其仕事自身ヲ向フニ任セナイ場合ガ多イカラ自ラ區別スルガ穩當デハナイカト考ヘタ⁸³」のである。つまり雇用など他の場合には仕事を他者に任せない場合が多いから、請負の場合と他の場合を区別する必要があるというわけである。

実際、法典調査会では請負という語が、従来我が国で用いられてきた慣習がもととなった旧民法の用語法とは異なる点が問題となったわけだが、穂積陳重によれば雇用と請負の区別は、その性質からすると雇用は仕事自身を目的とし、請負はその仕事の結果を目的とする。すなわち、「其性質上カラ論ジテ見テモ雇傭ハ其仕事自身ヲ目的トシテ居リマス請負ハ其仕事ノ結果ヲ目的ト致シマス其勞力ト云フモノ夫レ自身デナイ勞力ニ依テ出來タ其結果ト云フモノガ目的デアルカラシテ二者各其性質ヲ異ニ致シテ居リマス⁸⁴」。つまり労力ではなく、労力によって生じた結果

こそがその目的である。

さらに次のようにも言う。

「實際上カラ見テモ雇傭ノ方ハ人ノ方ニ關係ガ多イ請負ノ方ハ人ト云フ方ノ關係ハ重モニ持ツテ居ラヌデ其仕事ノ出来栄ヘ仕事ト云フ方ニ重モナ點ガ存シテ居ルノデアリマス⁸⁵」。すなわち、実際上の観点からすると、雇用の方は人に関係深いのが、請負の方は主として仕事の出来栄えに重点が置かれている。

すなわち横田國臣の言葉を借りれば、「『雇傭』ト云フ方ハ其者ノ身體ニ就テ傭フモノデアツテ『請負』ト云フ方ハ其仕事ノ結果ニ付テ何ニスルノデアリマス⁸⁶」。雇用というのはその者の身体について雇うものであり、これに対して請負という場合はその仕事の結果に対するものである。両者を目的別に見ると、請負が仕事の完成であるのに対して、雇用は労務の提供という人の身体をもって労働に従事することである。両者の違いを簡単に言えば、馬車に乗る場合に、御者に行き先だけを告げ、あとは御者に任せる場合が請負であり、行き先までの順路などを指定する場合を雇用という。

そこで雇用と請負の違いについて、土方寧は次のように尋ねている。

「例ヘバ勞務者ガ勞務ヲ執ル爲メニ第三者ニ害ヲ加ヘタトキハ其使用者ガ責ガアル乍併請負ナラバ請負人ガ仕事ヲスル場合ニ第三者ニ害ヲ加ヘタトキハ注文者ハ其責任ガナイト云フコトハ其結果トシテ認メルノデアリマスガ⁸⁷」。すなわち、勞務者が勞務を行う場合に第三者に損害を与えた場合は使用者が責任を負うが、請負なら請負人が仕事を遂行する場合に第三者に与えた損害について注文者は責任を負わないという理解でよいのかを尋ねた。

これに対して、穂積陳重は、「不法行為ノ所モ御解釋ノ通り夫レハ雇傭ト請負ト實際上ノ性質ノ違ウ所ハ其處⁸⁸」と答えている。穂積によれば、不法行為の箇所についてはそのとおりであり、それこそが實際上、両者の性質の違うところであると述べているのである。つまり雇用と請負の差、すなわち業務における指揮監督の所在の違い、という点に715条と716条の違いがあるというわけである。

すでに請負の箇所で、不法行為の場合の請負と雇用の違いについて正確な理解を示した土方寧であったが、法典調査会において716条の立法作業を行った際に、716条規定の請負人は715条規定の被用者に入るのではないかと疑問を呈した。このことを受けて、梅謙次郎は、「土方君デサヘサウ云フ解釋ヲサレル位デアリマスカラボント之ヲ出スト矢張既成法典ノ如ク被用者ノ中ニハ雇傭者ノ外ニ請負人迄モ一部分ハ這入ルト云フ解釋ヲスル人ガ起ツテ來ハシナイカト思ヒマスソレ故削ラレルコトハ不賛成デアリマス⁸⁹」と述べた。すなわち、土方寧でさえそういう解釈をするのであるから716条を削除することには不賛成であると言い、その結果、716条が規定されることとなったわけである。

以上のことから、715条と716条の関係は、梅謙次郎が「〔715条の〕『被用者』ナル文字ハ字義上『請負人』マテヲモ包含スルノ嫌アルヲ以テ特ニ本條〔716条〕ノ規定ヲ置キタルナリ⁹⁰」と述べたように、一見すると715条に包含されるきらいのある716条の請負人は715条規定の被用者の適用を受けない、すなわち715条の例外規定であるということになるはずである。

このように考えると716条は、不法行為の場合に715条の被用者に請負人を含めないことを規定したものであり、したがって716条は715条の例外規定として立法されたと結論してよいであろう。

むすび

以上の考察を通じて確認できたことは、次のようにまとめられるだろう。すなわち、条文としての存在価値さえ問われてきた716条は、立法当時、715条との関係から不可欠であり、それ自体としての意義を持つと考えられていたことである。すなわち、起草者である穂積陳重は、716条を715条のいわば例外規定として想定していたということになる。この点については、彼自身がすでに雇用と請負の違いにおいて言及していることから明らかである。

もっとも実地的な意味においては、梅謙次郎のいうように、715条の被用者に716条が規定する請負人を含めないということを徹底させるためであったと言い換えてもよいだろう。とすれば、716条は715条が広範囲に及びすぎることの危惧して、英国における当時の判例を基礎として715条の適用にならない事例を決めたものといえよう。

だが、716条の参照文献として掲載されている英判例の概観的な考察の結果からみると、716条の立法理由が必ずしも明確になったとはいいがたい。すなわち、なぜ716条が独立の1条文として立法されたのかという問題を根本的に理解していくためには、実際に716条の参照判例を考察しただけでは不十分である。同条文が、英国法においてどのような理由から不可欠な原則として機能していたのか、詳しく知る必要がある。

そのためには、716条の参照判例の根底にあったマスター・アンド・サーヴァント法理の展開過程を明らかにすることが必要となる。穂積があえて1条文として規定を強調した理由を解明するためには、716条の意味するところが、マスター・アンド・サーヴァント法理の中で持っていた役割を、マスター・アンド・サーヴァント法理に関わる英判例の検討を通じて解明することが不可欠になる。言い換えれば、英判例におけるマスター・アンド・サーヴァント法理の展開過程を詳らかにすることが、716条の沿革の再検討と、我が国における716条関連判例のその後の展開過程の解明にとって、不可避の課題として浮上してくるということである。

註

- 1 本論文において英国法と記すのは、18-9世紀におけるイングランドを中心とする英国 (United Kingdom of Britain) において通用していた法のことである。
- 2 明治29年法律第89号。
- 3 岡松参太郎『註釋民法理由 (下巻) [第9版]』(有斐閣、1899年)、次486頁。
- 4 内田貴『民法Ⅱ債権各論 [第2版]』(東京大学出版会、2007年)、453頁。
- 5 幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣、1993年)、197頁。
- 6 広中俊雄『債権各論講義 [第6版]』(有斐閣、1994年)、471頁。
- 7 伊藤進「特殊的不法行為」遠藤浩、川井健、原島重義、広中俊雄、水本浩、山本進一編『民法(7)事務管理・不当利得・不法行為 [第4版]』(有斐閣、1997年)、178-9頁。
- 8 和田真一「注文者の責任——民法716条」中井美雄編『現代民法講義6 不法行為法(事務管理・不当利得)』(法律文化社、1993年)、284-6頁。
- 9 森島昭夫『注釈民法(19)債権(10)』(有斐閣、1965年)、299頁。
- 10 窪田充見『不法行為法』(有斐閣、2007年)、206頁。
- 11 澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為 [第2版]』(有斐閣、1996年)、286頁。
- 12 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1937年)、165-6頁；加藤一郎『不法行為 [増補版]』(有斐閣、1974年)、170頁；潮見佳男『不法行為法』(信山社、2004年)、370頁。

- 13 川井健『不法行為法〔第2版〕』（日本評論社、1988年）、165頁。
- 14 國井和郎「特殊な不法行為（1）注文者の責任」高木多喜男、加藤雅信、石田穰、國井和郎、潮海一雄、能見善久、藤岡康宏、前田達明、伊藤高義『民法講義6 不法行為等』（有斐閣、1977年）、228頁。
- 15 田上富信「注文者の責任——判例の分析——」『法と政治』52巻4号（2001年）、859頁。
- 16 田上富信「独立契約者の不法行為に対する責任——イギリスにおける non-delegable duty——法理の示唆するもの」『法と政治』47巻1号（1996年）、167-94頁。
- 17 判例については紙幅の関係上、概略を示すに留め、詳細については稿を改めたい。

一般に但書部分について、判例は次のように解してきたと言われる。すなわち、716条は、ある事業を執行するために他人を使用する者は、使用者の不法行為について責任を負う規定として715条と同列にあるが、被害者が注文者の過失を立証しなければならないとする点に715条と異なる独自の意義があることになる（松本克美「第716条〔注文者の責任〕」篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール 民法9』（三省堂、1993年）、248-9頁）。つまり715条と716条は、ある事業のために他人を使用する者が被用者の不法行為について責任を負う規定として共通するが、716条は注文者の過失の立証責任を被害者が負う点で715条と異なるというわけである。

ところが、学説が主張してきた解釈、すなわち716条は709条の注意規定説にすぎないという考えが、判例の中にも見られるようになってきた。たとえば大阪地判昭和39年5月26日下民集15巻5号1183頁においては、「民法716条但書は注文者の不法行為責任を規定しているが、右条項は自己の加害行為について損害賠償責任を負うことを定めた同法第709条の一般原則を注意的に規定したものに過ぎない」とされているし、東京地判昭和40年1月19日判例タイムズ174号149頁によれば、「注文者に過失があれば注文者にも責任を負わせるのが筋筋であって民法第716条はこれらのことを注意的に規定したものと解すべき」であった。

- 18 五十川直行「日本民法典に及ぼしたイギリス法の影響〈序説〉」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向（下）』（有斐閣、1992年）、52-3頁。
- 19 Meeson & Welsby's Exchequer Reports, vol. 9, pp. 710-5.
- 20 この時期にはガスが普及し、それに伴い事故も少なくなかったようである。そのような理由から、ここで簡単なガスの歴史を紹介しておこう。

世界で初めてガス燈がともったのは1792年である。その後1805年にベルメル街にガス燈がともり、1812年に世界初のガス会社 London & Westminster Gas Light Coke Company が設立された。翌13年にはロンドン橋、セント・マーガレット通りに明かりがともった。Sir L. Woodward, *The Age of Reform 1815-1870* (second edition), (Oxford: Oxford University Press, 1962), p. 49.

1817年にはロンドンの劇場にガス燈が導入され、1834年のロンドンでは街灯のために600マイル（約960キロメートル）以上のガス管が引かれていた。1813年にロンドンで初めてガスが提供された際、ガスが使えたのは夕方から夜11時までであり、しかも日曜日は追加料金を支払わなければ利用できなかった。ところが1830年代になるとガスコンロが登場したことに伴い、日中でもガスの利用が必要となり、昼間でも利用可能な本管が新たに通された。K. ヒューズ（植松靖夫訳）『十九世紀イギリスの日常生活』（松柏社、1999年）、8-9頁。

ガス燈の設置費用と揮発性の高い燃料と思われるものが引き起こしそうな結果の両方を恐れて、公共建築物と街路の照明にそれを使うことに反対し続けたロンドン市当局とは異なり、工場経営者たちは工場の照明にガスを使用したいと強く希望し、たとえばロンドンのビール醸造業者である Whitbread の工場は、早くも1806年に石炭ガス生産設備をロンドンの醸造所に設置した。

さらに1815年になると、プレストン、リーズ、バース、ブリストル、リヴァプール、グラスゴー、チェルトナム、マンチェスター、エグゼター、チェスター、マクスズフィールド、キッドミンスターなど互いに遠く離れた各地の大都市が、ガスライトを設置していた。1829年のロンドンには6社のガス会社が存在してい

たが、1850年にはその数は12に増加した。なお、1830年頃の英国には200ものガス会社が存在していたと推計されている。ガス産業は、どんな地域でも企業数を制限してはならないという信念のもと、いくつもの会社が競争して利用者を奪い合うこととなり、19世紀初頭に千立方フィートあたり16シリングであったガスが、1830年代には4シリングまで下落した。無制限の競争の結果、各会社が本管の拡張・交換のために街路を掘り返し、パイプを網の目状に張り巡らしたため、それに伴う不便は甚だしかったようである。R. ポウプ（米川伸一、原剛訳）『イギリス社会経済史地図——1700年から現代まで——』（原書房、1991年）、81頁。

- 21 Meeson & Welsby's Exchequer Reports, vol. 6, pp. 499-511.
- 22 Meeson & Welsby's Exchequer Reports, vol. 9, p. 715.
- 23 *Ibid.*, p. 713.
- 24 The Times を見ると本件は、判決翌日にあたる1842年4月29日付の紙面における財務府裁判所の欄に比較的大きく取り上げてある。事実の概要を示した後に、「本裁判所の判決によれば、マスター・アンド・サーヴァントの関係が存在する場合においてのみ、〔マスターは〕他者〔サーヴァント〕の行為について責任を負うことになるが、そのような関係は〔被告〕Cubitと〔工事を行った過失者〕Blandとの間に成立するとは言えない」とマスター・アンド・サーヴァント関係の不存在が判決理由であった旨記載してある。The Times (London, April 29, 1842), p. 8.
- 25 Queens Bench Reports, vol. 7, pp. 960-76.
- 26 具体的に言うと、1840年6月に制定法が可決し、その結果開催された運河改良工事に関する委員会（7名出席）において、当該工事を Button に委託する旨決定された。「制定法に基づく執行をするために任命された3人の委員 John Tasker、Edward Hall、John Harrison と Jacob Button との間で作成された合意書の条項」で始まる契約書は、12月4日に Button だけが署名をして契約書が完成し、末尾には当該書面が真正であることを証明する証人として委員の書記の署名が付されていた。このような契約にしたがって Button が工事を行っていたところ、水路が壊れて両側の堤防が破壊され、その結果水が漏れ出して原告の土地に流れ込んで長期間とどまり、その結果、原告は、損害賠償を求めて訴えを提起した。被告は Hayward と記載されているが、判例の中には Hayward という名前の人物は登場しない。しかし内容から推測する限り、委員たちの中のひとりであろう。
- 27 Lord Denman 首席判事によれば、委員たちの行為に関して書記を訴訟当事者にすることを規定した第12項は、委員たちは「委員たちの書記の名前で訴えられるべきであるし、訴えられうる」ということである。
- 28 もっとも本件の場合、委員たちと Button との間には契約が締結されていることから、問題は契約によって生じているといえよう。つまり Button によってなされるべき業務の全体は、契約、計画あるいは見積りの中で特に具体的に明記されているわけではなかった。しかし当該契約は、そのような業務の全体は当時の監督者が指揮し、よくしかも熟練の技術によって遂行されるべきであること、そのような業務遂行が罰則によって確実に担保されていることを明示的に要求していた。このため首席判事は、一見すると当該契約におけるこの一節は、契約引受人から権限を奪って、委員あるいは彼らのもので行為する監督者がその権限を握るように、すなわちマスター・アンド・サーヴァント関係が存在するように思われるがそうではないという。というのは、本件で問題となっている堤防は具体的に明記された業務の一部であるから、業務が不適切になされた場合、委員たちではなく契約引受人が責任を負うからである。
- 29 本件については判決の翌日すなわち1877年6月28日付の紙面を見る限り、判例報告の欄にも法律関係報告の欄にも記載がない。The Times (London, June 28, 1845), pp. 7-8.
- 30 Law Reports, Common Pleas Division, vol. 2, pp. 369-74.
- 31 このことから、当時、多くの都市では工事中の建物に外囲いを義務づける規定が存在していた。
- 32 The Times を見ると、本件は、判決の翌々日にあたる30日付けの紙面中の控訴院判決の欄に記載されていたが（判決翌日にあたる1877年4月29日が日曜日つまり休刊日であったが、翌々日にあたる30日付けの紙面中

の控訴院判決の欄に記載されていた。The Times (London, April 30, 1877), p. 10.)、事実の概要部分が判例集とは異なっている。判例集によれば、外囲いは被告の一方である Cox の要請ではずされてはいたはずだが、紙面では外囲いを不要と考えた地方自治体 (local authorities) の要請によって外されたと書かれている。また判例集は、事故の原因を厚板がゆがんで直定規が落下したことであると記していたが、紙面によれば厚板が落下して原告が負傷したという。このように事実関係の記載に若干の異なりが見られるが、判決部分は判例集に記載されていた内容とほぼ一致する。

- 33 被告が責任を負うべき人物の過失によって本件が生じたのであれば、原審の判断は違ったものとなっていたかもしれない。しかし本件がそのような類のものではなかったと認定されているから、全く予見不可能な事件に対する備えをしていなかったことについて、被告に過失があったと判示することはできない。というのも、公衆を保護するために何かされなければならないと仮定し、何もされなかったことというのが公道に対するニューサンスであるなら、被告たちではなく内部工事を請け負った下請け人が責任を負うからである。
- 34 Earl of Halsbury, *The Laws of England being a Complete Statement of the Whole Law of England* (third edition), Viscount Simonds (ed.), (London: Butterworth, 1959), vol. 28, p. 24-5.
- 35 *Halsbury's Laws of England*, vol. 25, p. 497.
- 36 *Ibid.*, p. 498.
- 37 *Ibid.*, p. 499.
- 38 C.M. Smith, *A Treaties of the Law of Master and Servant* (1852), C.M. Knowles (ed.), (London: Sweet & Maxwell, 1922), pp. 237-8.
- 39 F.R. Batt, *The Law of Master and Servant* (fifth edition), G.J. Webber (ed.), (London: Sir Isacc Pitman and Sons Limited, 1967), p. 15.
- 40 P.S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (London: Butterworth, 1967), pp. 84-5.
- 41 T. Beven, *Negligence in Law* (fourth edition), (ed. W.J. Byrne & A.D. Gibb), (London: Sweet & Maxwell, Limited, 1928), vol. 1, p. 754.
- 42 *Halsbury's Laws of England*, vol. 25, p. 497.
- 43 C.M. Smith, *A Treaties of the Law of Master and Servant*, p. 238.
- 44 A.S. Diamond, *The Law of the Relation between Master and Servant* (London: Stevens and Sons, Limited, 1932), p. 266.
- 45 *Ibid.*, pp. 16-7.
- 46 P.S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, p. 83.
- 47 *Ibid.*, p. 327.
- 48 T. Beven, *Negligence in Law*, pp. 754-5.
- 49 *Halsbury's Laws of England*, vol. 28, p. 27.
- 50 *Halsbury's Laws of England*, vol. 25, p. 499.
- 51 C.M. Smith, *A Treaties of the Law of Master and Servant*, p. 237.
- 52 P.S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, pp. 352-3.
- 53 T. Beven, *Negligence in Law*, p. 98.
- 54 *Ibid.*, p. 192.
- 55 これらの点については、稿を改めて検討したい。
- 56 法務大臣官房司法法政調査部監修『法典調査会民法議事速記録5 (第110回 - 第136回)』、(商事法務研究会、1984年)、352頁。
- 57 『法典調査会民法議事速記録5』、354頁。
- 58 廣中俊雄編『民法修正案 (前三編) の理由書』(有斐閣、1987年)、678頁。

- 59 『民法修正案（前三編）の理由書』、678頁。
- 60 『法典調査会民法議事速記録5』、356頁。
- 61 梅謙次郎『初版 民法要義 卷之三債権編』（和佛法律学校、1897年）、885頁。
- 62 末弘巖太郎『債権各論〔第5版〕』（有斐閣、1920年）、1080-1頁。
- 63 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店、1924年）、924頁。
- 64 我妻栄編集代表『旧法令集』、134頁。
- 65 『旧法令集』、134頁。
- 66 『旧法令集』、134頁。
- 67 715条の成立・発展史そのものについては、大塚直氏による詳細な検討を参照。大塚直「民法715条・717条（使用者責任・工作物責任）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 III』（有斐閣、1998年）、673-730頁。
- 68 『法典調査会民法議事速記録5』、340頁。
- 69 神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法（III）財産取得法（2）』（有斐閣、1956年）、315頁。
- 70 司法省蔵版『荷蘭國民法』（明治15年5月刊行）、333頁
- 71 司法省蔵版『伊太利王國民法完』（明治15年5月刊行）、194頁。
- 72 『法典調査会民法議事速記録5』、340-1頁。
- 73 『法典調査会民法議事速記録5』、341頁。
- 74 オーゼル、シェーネンベルガー共編・司法省調査部『スイス債務法』（司法資料第261号、1939年）、33頁。
- 75 司法省『獨逸民法草案第二卷』（明治22年7月刊行）、153-4頁。
- 76 司法省『獨逸民法草案第二卷』、154頁。
- 77 『法典調査会民法議事速記録5』、341頁。
- 78 『民法修正案（前三編）の理由書』、677頁。
- 79 『法典調査会民法議事速記録5』、354頁。
- 80 『法典調査会民法議事速記録5』、354頁。
- 81 『法典調査会民法議事速記録5』、353頁。
- 82 『法典調査会民法議事速記録5』、355頁。
- 83 『法典調査会民法議事速記録5』、355頁。
- 84 『法典調査会民法議事速記録4』、526頁。
- 85 『法典調査会民法議事速記録4』、526頁。
- 86 『法典調査会民法議事速記録4』、533頁。
- 87 『法典調査会民法議事速記録4』、537頁。
- 88 『法典調査会民法議事速記録4』、537頁。
- 89 『法典調査会民法議事速記録5』、356頁。
- 90 梅謙次郎『初版 民法要義 卷之三債権編』、885頁。

A Reinterpretation of the Drafting Process of Japanese Civil Code Section 716

Section 716 of the Japanese Civil Code, which provides for the liability of the orderer, as is widely known to lawyers, was written for a particular rule of tort. But 20 years after its legislation, it has come to be understood not as a particular but a normal rule of tort. Why? It is necessary to examine the real reason and purposes of its drafting in order to elucidate the changing process of its meanings.

In this article, I examine the documents of the drafting process, mainly, *Hoten chosakai; Minpou Giji sokkiroku* [Supplementary Survey: Stenographic Records on Civil Affairs], to demonstrate why Nobushige Hozumi, one of the chief drafters, placed such emphasis on the terms of section 716.