

第三者の過失と被害者側の過失について —安全配慮義務における履行補助者と共同雇用原理によせて—

向 田 正 巳

- 一. はじめに
- 二. 判例の紹介と検討—イギリス法における共同雇用原理を中心として—
- 三. 結 び

一 はじめに

(1) 本稿は過失相殺⁽¹⁾の特殊問題である被害者側の過失⁽²⁾の論理を学びそれを再構成しつつ、安全配慮義務における履行補助者問題の理論的解明をめざすものである。筆者は前稿において過失相殺において被害者の不注意が問題とされるのはいかなる場合か⁽³⁾という問題の解明を試み、その際残された課題として、監督義務者の過失など第三者の過失が被害者側の過失として取り扱われるか否かという問題が存在していたのであるが、この問題につき窪田氏はこのような被害者側の過失という問題設定はあまりに包括的でむしろ問題を不明確にするとし、第三者の過失に関する損害負担ルール of 具体例として使用者責任（民法 715 条）や自動車保有者の責任（自動車損害賠償保障法 3 条）や履行補助者の過失といったものがあり、こうした準則を抽出しうる状況においては「被害者側の過失」という定義されない問題設定を出発点とする必要性は乏しい⁽⁴⁾とされた。確かにこのような批判は正当なものを含んでいると考えられ、被害者側の過失として議論されている対象のうちかつて監督義務者の過失が重視されたが⁽⁵⁾、監督義務者の過失は被害者になんらかの落度がありそれに対する非難が考えられるものの、被害者に事理弁識能力や責任能力がない、という場合に問題にされていた。ところがこれに対し、被害者側の過失のうちには被用者の過失や（好意）同乗の場合など、被害者になんかの落度も認められないという場合もあり⁽⁶⁾、ここではもともと被害者の事理弁識能力や責任能力

を問題にする必要もなく、ここにおいてはそもそもなぜ第三者の過失が被害者側の過失として問題となるのかが明らかではなかったのである。たとえば加害者による使用者の財産への侵害に被用者が関与した場合の被用者の過失につき、被用者が加害者と共謀したような場合にまで被害者側なのであるか？むしろこの場合加害者側と考えるべきではないだろうか？また、同乗の事例において、身の上生活関係上一体性⁽⁷⁾など運転者と同乗者の内部関係が問題とされ、このような内部関係は死者の過失など相続の問題がからむ場合においても問題となるのであるが、夫の運転する車に妻が同乗し、夫と対向車の運転手との過失により交通事故が発生した場合、妻が死亡して相続の問題がからむような場合はとにかく単に傷害を負ったにすぎない場合にまで夫の過失を被害者側としてとらえなければならないのであろうか？この場合妻がタクシーに乗って傷害を負った場合と同様に考えてよいのではないか？このような疑問に従来の判例学説は十分に答えることができなかったのである。

このように被害者側の過失について、今日、統一的な理論的説明がなされているというには程遠い状況にあるが、それでは窪田氏の述べた715条の使用者責任や履行補助者の過失については第三者の損害負担ルールについての準則と呼べるものが現れているであろうか。ここで本稿によって解明のめざされている安全配慮義務における履行補助者問題⁽⁸⁾を見てみると、最判昭和58年5月27日民集37巻4号477頁において訴外運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきとされる通常の注意義務は使用者の安全配慮義務の内容にふくまれないとする判断が示されている。ここにおいてまず履行補助者を通じて履行されるべき使用者の義務は何か⁽⁹⁾、が問題とされたのであるが、この問題の前提となる安全配慮義務の内容ないし本質が解明されていなかったため、使用者ではない第三者たる加害労働者の過失や注意義務違反がそもそもなぜ問題となるのか、使用者や履行補助者など第三者の負う安全配慮義務や注意義務とはいかなるものであり、それらの相互関係をどのように考えるべきか、最高裁の判断は使用者の責任を切り捨てることにつながるがそのような判断は果たして妥当なのか、などといった問題は従来ほとんど明らかにされていなかったのである⁽¹⁰⁾。さらに使用者の履行補助者の範囲や、履行補助者の過失にもとづく責任と使用者の代位責任との関係をいかに考えるべきであるのかなどが従来問題とされ⁽¹¹⁾、ここでは第三者の過失は被害者側ではなく、

加害者側として問題となるわけであるが、果たして第三者たる加害労働者を加害者側（使用者側）としてとらえて履行補助者の過失にもとづく責任や代位責任を認めることが本当に妥当なのか、それともむしろ彼をまったくの第三者あるいは被害者側（被災労働者側）と考えるべきであるのかという問題が従来明らかにされていなかったため、使用者が自ら運転する場合と第三者に運転を委ねた場合とで使用者の責任につき結論が異なってしまうのか、使用者の指揮命令と管理支配のピラミッドの中にいるはずの労働者のうちの一部の上層者のみを履行補助者とするならばその理由はなにか、運転手など下層あるいは被災労働者の同僚労働者にも与えられていたはずの支配管理権限はいったいどこにいつてしまったのか、などといった問題も従来なお明らかにはされていなかった。このように履行補助者の過失や代位責任など第三者の過失と加害者側の過失についても被害者側の過失との関係でなお不明確な点を残しているといわざるをえなかったのである。⁽¹²⁾

本稿はこのような問題の中で特に安全配慮義務の履行補助者問題の論理構造を明らかにし、今日、安全配慮義務が制限されている理由を明らかにするため、イギリス法との比較を行っている。最判昭和58年判決で問題とされた安全配慮義務と履行補助者の論点はすでに指摘されているようにイギリス法でかつて広範に認められていた共同雇用原理と関係している⁽¹³⁾のであるが、今日なお我が国に共同雇用原理が十分正確に伝えられているという状況にはない。後に詳論するように、イギリスでは使用者の自己責任の範囲は狭く、使用者の代位責任も否定され共同雇用原理が妥当していた。労働者の同僚に対する侵害において使用者の代位責任を認めなかったのは加害労働者と被災労働者とを内部者と見たからである。個人的ネグリジェンス⁽¹⁴⁾や危険責任⁽¹⁵⁾が制限されていたため代位責任が労働者側により濫用されたのであるが、それを封じるために内部関係を広範に認めた結果、逆に共同雇用原理の濫用的使用を生じさせてしまい、共同雇用原理の主張は制定法により制限されることになったのである。本稿はこのようなイギリス法における発展と比較して、わが国において安全配慮義務における415条の請求（すなわち自己責任）において労災の原因を同僚労働者の義務違反であるとして使用者の義務違反を認めずイギリスと同様に自己責任が制限されてしまっていること、715条にもとづく責任も制限されていることを明らかにする。またこのような制限を克服するために使用者に危険責任

を課すことが必要であることも明らかとなるであろう。

(2) 検討の順番としてはイギリスの共同雇用原理についての判例を中心にその他同乗事例など第三者のネグリジェンスが問題となった判例の紹介をまず行う。つぎに検討として、(a) 危険責任が問題になるときの第三者のネグリジェンスの取り扱い、(b) 第三者のネグリジェンスの加害者あるいは被害者の義務違反に対する関係、(c) 第三者のネグリジェンスの加害者あるいは被害者の責任に対する関係の順番で検討を加えることにする。これらの検討を通して危険責任が問題になるときは第三者のネグリジェンスは問題にならないこと、第三者のネグリジェンスは被害者の視点からこれを見るときには加害者のそれとの間で責任の存否や過失割合が決定されるか、被害者の義務違反を補完あるいは代位するかのいずれかであり、労災における同僚労働者のネグリジェンスは前者にあたること、第三者のネグリジェンスについて被害者による共同不法行為や代位責任の主張と加害者による第三者が被害者側であるとの主張が対立し、第三者のネグリジェンスが加害者のそれとの間で責任の存否や過失割合が決定される場合には第三者は原則として加害者と内部関係を作り、第三者のネグリジェンスが被害者の義務違反を補完あるいは代位する場合には第三者は原則として被害者と内部関係を作るのであり、労災は前者にあたり同僚労働者が被害者と内部関係を作るのは例外的に認められるべきであることを明らかにする。これらと比較することによって我が国における第三者の過失と被害者側の過失の構造も明らかになり、またそれと関連づけることによって安全配慮義務における履行補助者の問題も明らかになるであろう。

注

- 1) 我が国における過失相殺についての最近の重要な文献として窪田 充見『過失相殺の法理』有斐閣(1994年)、橋本 佳幸「過失相殺法理の構造と射程(1)－(5完)」『法学論叢』137巻2、4、5、6号、139巻3号(平成7-8年)がある。その他の文献については注3)の拙稿で引用する所を参照。
- 2) 我が国における被害者側の過失についての研究としては植林 弘「責任無能力者の賠償請求における監督義務者の過失斟酌の許否」民商34巻5号27頁(昭和32年)、篠原 弘志「過失相殺と被害者側の範囲」ジュリ381号104頁(昭和42年)、山本 進一「過失相殺と被害者側の範囲」ジュリ431号178頁(1969年)、舟本 信光「過失相殺における被害者側の範囲と斟酌の程度—適用の人的範囲と行為的範囲」『自動車事故民事責任の構造』46頁以下、日本評論社(昭和45年)、篠田 省二「過失相殺

- と被害者の範囲」ジュリ増刊総合特集 No.8『交通事故—実態と法理』169 頁(1977 年), 品川 孝次「過失相殺における『被害者側』の範囲」(1)(2)『判例評論』228 号 16 頁, 231 号 9 頁(昭和 53 年), 新田 孝二「過失相殺における『被害者側』の意味」『明治学院論叢・法学研究』26 号(昭和 55 年)『危険負担と危険配分』信山社, 1998 年に所収), 中尾 英二「過失相殺における『被害者側の過失』について」『法学研究論集』(西南学院大学大学院)12 号 41 頁(1994 年), 吉川 日吉男「民法 722 条 2 項の『被害者』の過失をめぐる諸問題(Ⅰ)」『『被害者側』の範囲』『論集』(札幌商科大学)27 号, 28 号(商経編, 1980-81 年)などがある。
- 3) 拙稿「過失相殺における不注意について—危険引き受けなど被害者の心理的可責性と義務違反—」『一橋研究』24 巻 1 号 33 頁(1999 年)を参照されたい。
- 4) 窪田 前掲書 214 頁。
- 5) この点は被害者側の問題が過失相殺における問題点を克服するための手段のように考えられたときに特にそうであったと思われる。注 3) の拙稿およびそこで引用する文献を参照されたい。
- 6) 植林 前掲書 39 頁参照。
- 7) 最判昭和 51 年 3 月 25 日民集 30 巻 2 号 160 頁など。
- 8) 我が国における安全配慮義務と履行補助者の問題についての主要な文献として後藤 勇「安全配慮義務とその履行補助者」判タ 410 号 46 頁(1980 年), 古賀 哲夫「国の安全配慮義務と履行補助者の過失—自衛隊の公務災害を中心に—」『名古屋学院大学論集』20 巻 3 号(社会科学篇)17 頁(1984 年), 潮見 佳男「安全配慮義務の縮減理論(要件論)」民商 101 巻 6 号 1 頁(1990 年), 高橋 眞『安全配慮義務の研究』173 頁以下, 成文堂(1992 年)などがあげられる。
- 9) 高橋 前掲書 173 頁。
- 10) たとえば後藤 前掲書 48 頁は債務不履行について履行補助者が問題になるのは, 履行補助者の故意過失によって債務不履行の結果を招いた場合に, 債務者に故意過失があった場合と同視して債務不履行の責任を負わせられるか否かという点にある, どしたが, 従来の議論において債務不履行や義務違反とは区別された, 過失や帰責性なるものは何かの問題とされることはなかったのであり, また富井 利安「判批」判評 271 号 173 頁(昭和 56 年)が後藤氏等の議論に反論して, 公務員にたとえ過失があったとしても, それによって直ちに国ないし履行補助者の過失が免責されると考えるべきでないと述べたが, この問題提起が後の判例学説において正当に継承発展させられることはなかったのである。さらに遠藤 きみ「判批」『法律のひろば』33 巻 5 号 80 頁(昭和 55 年)によりそもそも履行補助者なる概念を使うことにどれほどの意義があるのかという問題がすどく提起されているが, この点についての議論もまだ十分にはなされていないのである。
- 11) たとえば淡路 剛久「自衛隊事故と安全配慮義務」判タ 522 号 116 頁(1984 年)は使用者に履行補助者の過失にもとづく責任が生じる範囲を 715 条にもとづき責任を負う範囲と近接させるのに対し, 潮見 前掲書 8 頁は両者の違いと区別を主張する。
- 12) 畑 郁夫「批判」民商 75 巻 3 号 159 頁(1976 年)は被害者側の過失の理論につき,

「いかなる説によるにしても結局は被害者側理論がもともと公平の理念に由来し、「具体的事案について具体的事情のもとで個々に判断適用するしかない」とされ理論の有用性に疑問を示されている。このような事情のもと「被害者側の過失の縮減理論」（新田氏や中尾氏の前掲書を参照）とでも称すべき説がとねえられるに至っているが、ここで第三者を共同不法行為者として加害者側の観点から問題処理をしようとしても、第三者を訴えないことと第三者が免責されることとの関係をいかに考えるか、第三者の無資力の危険を被害者に負担させるのが妥当なのはいかなる場合なのか、などといった被害者側との関係からの問題がなお未解決のまま残されているように思われる。

- 13) 岩村 正彦「労働判例研究」ジュリ 785号 136頁（1983年）、古賀 前掲書 25頁、潮見 前掲書 16頁など。これに対しドイツ法との比較法的検討は進んでおらず、19世紀ドイツにおける共同雇用原理とそれへの対応についてはすでに北山 雅昭「ライヒ責任法の成立過程に関する一考察—『ドイツ産業革命と損害賠償法』研究の一環として—」『早稲田法学会誌』36巻 57頁（1986年）、同「19世紀ドイツにおける損害賠償法改革論議に関する一考察—ライヒ責任法（Reichshaftpflichtgesetz 1971）成立史研究の為の序論的考察—」『法研論集』37号 49頁（1986年）などにより紹介されており、高橋 前掲書 26頁、47-51頁もこれに関連した言及をするものの、被災労働者の同僚被用者が当然には安全配慮義務の履行補助者にならない理由についてはライヒ責任法の影響を示唆するにとどまり、今後の課題である（133-4頁）としている。なおこれらの文献で紹介されているライヒ責任法成立の9年後の1880年にイギリスで使用者責任法（この法律については注15）の文献およびそこで引用する拙稿 43頁以下を参照）が成立しており、従来あまり指摘されていないが両者の関連は英独の比較法的研究としてもっと注目されてよいと考えられる。
- 14) 個人的ネグリジェンスにつき拙稿「過失責任における有責性原理—具体的過失など具体的事情とそれを前提とする心理的可責性」『一橋研究』23巻 3号 1頁（1998年）を参照されたい。
- 15) 労災事件における危険責任とネグリジェンスにもとづく責任につき、拙稿「過失責任の危険責任化について—労災に対する使用者の労働者に対する注意義務を中心に—」『一橋研究』23巻 4号 33頁以下（1999年）の他、Munkman, J., *Employer's Liability at Common Law*, 11th.ed., 1990, Butterworths; 野村 平爾「英国における労働者災害補償制度の歴史的考察」『早稲田法学』11巻（1931年）、有泉 亨「労働災害における使用者責任法理の変遷」『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究』907頁、有斐閣（昭和33年）、山本 吉人「Fellow Servant Ruleの形成とShaw判事について」『茨城大学文理学部紀要（社会科学）』8号 135頁（昭和33年）、岩村 正彦『労災補償と損害賠償』東京大学出版会（1984年）などを参照されたい。その他の文献については拙稿で引用する所を参照。

二 判例の紹介と検討

—イギリス法における共同雇用原理を中心として—

(1) 判例の紹介

ここではまず、(a) で共同雇用原理が認められた判例を紹介し、つぎの (b) でその他の場合について紹介していくことにする。

(a) 共同雇用原理

①まず *Priestley v. Fowler* (1837) 3 M. & W. 1, 150 E.R. 1030 をとりあげよう。本件は労災事件において 1948 年の制定法 Law Reform (Personal Injuries) act, 1948, c. 41, s. 1 によって廃止されるまで生き延びた共同雇用原理に関する指導的判決と考えられる。原告は被告肉屋の労働者で、被告の命により、原告の同僚の運転する荷車に乗って商品を運ぶ途中、荷の積み過ぎにより、荷車が転覆し、原告は地面に投げ出され、骨折したので、被告に対し損害賠償を請求したという事件である。裁判所は請求を棄却した。

アービンガー卿は、「もし、この訴訟において、主人が責任ありとすれば、その責任理論は、驚くべき範囲に拡大されることになる。自らが本人である事項のすべてのネグリジェンスにつき一般的義務あるいは契約条項によって責任ありとされる者は、彼のすべての下位の代理人のネグリジェンスにつき責任ありとされる。すなわち、馬車の持ち主がそのサーバントに対して、馬車の完全さについて責任ありとするならば、馬車製作者、馬具屋、御者のネグリジェンスについても責任があることになる。それ故に、馬車の後ろに乗っている馬丁は、馬車製作者のネグリジェンスによる車の欠陥について、または馬具屋のネグリジェンスによる馬具の欠陥について、または、御者の飲酒、怠慢、不熟練さについて、主人に対し訴訟を提起できることになるだろう。この原理がこの種の事件に適用されるならば、他の数多くの事件に適用すべきでないという理由は存在しない。」と述べた後、たんなる主人とサーバントとの関係からでは、主人が自らに対してなすことを合理的に期待しうる以上の注意を主人がサーバントに対してなす義務は見いだされないこと⁽¹⁾、サーバントは危険引き受けをしていること⁽²⁾を述べ、さらに「実際、この種の訴訟が成功するとすれば、サーバントが彼の主人に対して負っている勤勉と注意を怠ることを奨励することにな

ってしまう。その勤勉と注意は同僚のネグリジェンスによりサーバントが被る傷害に対し、損害賠償よりもはるかによい保障になる」とされた。

②つぎに *Hutchinson v. The York, Newcastle, and Berwick Rly. Co.* (1850) 5 EX 343, 155 E.R.150⁽³⁾において、労働者は契約により義務を負い、その義務により危険を課されることがしめされ、労働者はそれぞれさらされている危険につき注意しなければならないこと、注意義務違反があればそれは労働者のネグリジェンスであって、主人のネグリジェンスではないことが示されている。本件において代位責任の根拠につき、人を外部者と内部者にとわけて、外部者にとっては主人とサーバントが内部者としてひとつに見えるというところに求められ、そのような外部者、内部者の区別ができず内部者関係がくずれば使用者に代位責任はなく、共同雇用原理が適用されるという考えがしめされる⁽⁴⁾。

③ *Wiggett v. Fox & Henderson* (1856) 11 EX.832, 156 E.R.1069 において、原告の夫は訴外下請け人に雇われ、下請け人は被告元請け人から塔建設工事の一部を請負い、原告の夫が塔の下で働いていたところ、被告の労働者が道具を誤って下におとしてしまい、それが原告の頭にあたり、死亡したので、被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求した事件である。裁判所は請求を棄却した。アルダーソン判事は、サーバントは主人との間で、同僚のネグリジェンスを含むすべての通常の危険を引き受けているとして共同雇用原則をのべ、「傷害のなされたとき、両方のサーバント（加害サーバントと被災サーバント）は被告の共通の仕事に従事していた。そして、下請け人およびそのサーバントはこの目的の為、仕事の際、被告のサーバントとみなされなければならない。」とされている。

④ *Griffiths v. Gidlow* (1858) 3 H.& N.648, 157 E.R. 628 において原告は労働者で被告に雇われ、鉱山で採掘作業に従事し、湧き水をたるに入れてそれを機械にとりつけて持ち上げ、地上に運び出す作業をしていたところ、ある日、たるが機械からはずれて下に落ち原告にあたり傷害を負ったので、被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したという事件である。裁判所は請求を棄却し、使用者は適切な道具の提供をしており、原告の同僚がそれを使うのを怠ったのであって、被告がそれを使わないよう指示した証拠はないとされている⁽⁵⁾。

⑤ *Morgan v. The Vale of Neath Rly.co.* (1864) 5 B.& S. 570, 122 E.R. 944 において、原告は被告鉄道会社の労働者で、被告の駅で足場の上ののって屋根の修理作業をしていたところ、訴外同僚労働者がその足場の近くで機関車をターンテーブルの上で移動させて誤って足場にふれてしまい、その衝撃で原告が下に落ちて傷害を負ったという事件である。裁判所はネグリジェンスにもとづく損害賠償請求を棄却した。ブラックバーン判事は、「ある労働者の安全が、通常の当然の過程において他の労働者の注意と技能に依存するという意味で、雇用が共同であることの必要性を私は認める。・・ある労働者が雇われた直接の目的が他の労働者の雇われたそれと非常に異なるとしても、ある労働者のネグリジェンスによる傷害の危険が他の労働者の受け入れた雇用の当然かつ必然 (natural and necessary) の結果となる場合は多い。」とされ駅で働くことを受け入れた原告は当然に駅での列車の不注意な運行による危険にさらされており、その危険を契約により引き受けているとされている。

⑥ *Gallagher v. Piper* (1864) 16 C.B. (N.S.) 669, 143 E.R. 1289 において原告は労働者で被告に雇われ建物建設のため足場を設置しようとしたところ、足場の床板材料が足らなかったため訴外監督に申し出たが監督は材料の提供を拒否したのでしかたなく不安定な形で作業していたところ、足をすべらしてしまい下に落ち傷害を負ったので被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したという事件である。裁判所は請求を棄却し、監督を原告の同僚と認めて共同雇用原理を適用した。もっとも少数意見ではあるが本件において被告建築業者の監督につき使用者の代理人としての地位をみとめ共同雇用原理を否定する見解が現れている。加害者が被災労働者と共同関係にある同僚ではなく使用者の代理人として使用者側であると考えられれば使用者の責任が肯定される余地があるわけであるがこの考えは本件では多数意見とはならなかった⁽⁶⁾。

⑦ *Hall v. Johnson* (1865) 3 H.& C. 589, 159 E.R. 662 は訴外である炭鉱の監督者 (underlooker) の不注意により落石事故がおこり、原告労働者が重傷を負った事件である。裁判所は被告鉱山所有者は彼の代理 (deputy master) のネグリジェンスに対しては損害賠償責任を負うとされているが、本件における監督者は所有者の代理ではなく被災労働者の同僚労働者であるから所有者に責任はないとされている。

⑧ *Bottomley v. Brooks* (1866) 15 L.T. 19 において、原告は被告の労働者で、被

告の工場において訴外である原告の同僚が床の下のシャフトの検査のため移動可能な台を動かして床の一部に穴をあけていたところ、その穴が入り口のドアから近く、たまたま用事でその場所にきた原告がその穴に落ちてしまい重傷を負ったという事件である。裁判所はネグリジェンスにもとづく損害賠償請求を棄却した。ラッシュ判事は、「床に穴をあけた労働者が、そのような行為をしたときに、主人にいわれていようといまいと、その穴が保護されているよう注意をはらう義務がある。その労働者が訴えられたときは主人に注意するようにいわれていなかったことをもってみずからのネグリジェンスにつき正当化することはできない」とされている。

⑨ *Wilson v. Merry* (1868) 19 L.T.30⁽⁷⁾ においてコロッセイ判事は、換気のシステムが全くない、或いは一般的システムとして良くないときに使用者のネグリジェンスがあるとされているが、本件において足場の設置により通風が悪くなったのは訴外監督者のネグリジェンスであって被告にネグリジェンスはないとされる。

⑩ *Allen v. New Gas Co.* (1876) L.R.1 EX.256 において、被告の工場のゲートが閉じられているとき倒れやすく危険な状態にあったが、修繕されないままにされているうちにそれがたおれ、そのとき近くで作業していた原告にそれがあたり傷害を負ったという事件で、裁判所はネグリジェンスにもとづく損害賠償請求を棄却した。本件において被告のネグリジェンスにつき、被告の建物が危険であり、ゲートが建設された最初から欠陥があり、全く安全でなかったことを示す証拠はなく、たとえ後にその状態が悪くなったとしてもそれは原告の同僚たる訴外監督のネグリジェンスであって被告にネグリジェンスはないとされる。

⑪ *Hedley v. Pinkney & Sons Steamship Co.* (1894) A.C.222 において、原告の夫は被告所有の船に船員として乗船していたが、船の甲板 (bulwark) の周りの囲い板が荷の積みおろしのため通常よりも低いものをもちいていたので、平時には船員の安全のためその高さを上げるために移動式の支柱を設置するのが常であった。出航のとき支柱は甲板にあったが設置されておらず、しかも嵐がきたため設置できなくなった。原告の夫は嵐の中、甲板で作業中、海になげだされ死亡したので、被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したという事件である。本件において支柱があれば原告の夫は海になげだされず

にすんだと考えられている。裁判所は請求を棄却した。ヘルシエル判事は支柱が設置されなかったことにつき訴外船長のネグリジェンスを認めるが、船長と船員が同僚であるとし、共同雇用原理を適用する。そして Merchant Shipping Act 1876, c. 80, s. 5 により、被告は契約上の黙示の義務として、船が航海に適していることを確保する義務があるとしているが、被告は支柱を提供し、十分な装備の提供をしているので、その義務の違反はないとされている。

(b) 共同雇用原理以外の事例

(イ) 使用被用関係がある場合。

Child v. Hearn (1874) L.R. 9 EX. 176 において、原告は訴外鉄道会社の労働者で保線作業を終えてトロッコに乗って帰る途中、被告の飼っている豚が線路の柵のすきまをとおって入り込み、トロッコが豚にぶつかって横転し原告が傷害を負ったので、被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償請求をしたという事件である。裁判所は請求を棄却し、豚が線路に入り込んだのは鉄道会社が柵を完備していなかったことが原因であり、原告はそのようなネグリジェンスを犯した鉄道会社と同一化されるとしている。我が国では被用者の過失として加害者の使用者の財産への侵害に被用者が関与した場合が挙げられるが⁽⁸⁾、本件では逆に加害者の被用者への侵害に使用者が関与した場合の使用者のネグリジェンスが問題とされている。

(ロ) いわゆる同乗事例。

① *Thorogood v. Bryan* (1849) 8 C.B. 115, 137 E.R. 452 において、原告の夫は訴外の乗り合い馬車の乗客で、馬車から降りたときにちょうどそこに走ってきた被告の馬車にひかれて数日後に死亡したので被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償請求をしたという事件である。裁判所は請求を棄却した。モール判事は寄与過失に関するルールを適用して死者あるいは死者の乗っていた馬車の御者のネグリジェンスが事故に寄与しているときは原告の請求は棄却されるとし、被告が訴外に対して賠償責任を負わないのに原告に対して責任を負うとすれば奇妙であろうとする。またクレスウェル判事も御者を雇った者がその者よりも有利に扱われる理由がないとしている。またコルトマン判事は馬車の乗客と御者が同一化される旨を述べ、各判事もそれに賛成している。

② *Mills v. Armstrong, The "Bernina"* (1888) 13 App.Cas. 1 において同一性

原理は否定されたが、本件は船舶の衝突事例であって両方の船舶にネグリジェンスがあっても海事法に従い片方の船は減額された損害賠償請求権が認められるのであり、従来の寄与過失のルールが適用されているケースとは区別する必要がある。本件では原告の乗っていた船舶と衝突した相手方の船の所有者に原告の損害全額の損害賠償責任が認められ、原告の乗っていた船舶のクルーのネグリジェンスによる減額は議論されなかった。

③ *Dawrant v. Nutt* (1960) 3 All E.R. 681 は妻が夫の運転するバイクに同乗して被告の運転する車と衝突して傷害を負ったケース（夫と被告の双方にネグリジェンスあり）で妻の損害賠償請求につき夫のネグリジェンスによる減額を認めていないものの、判決においてその点は議論されていない。

（ハ）監督義務者のネグリジェンスが問題となった事例。

① *Waite v. The North Eastern Railway Co.* (1859) EL.BL.& EL.719, 728, 120 E.R. 679, 682. において、原告は5歳の子供で、祖母に連れられて被告の列車に乗ろうとして駅で切符を買い、プラットホームに行こうと踏み切りを渡っているときに被告の列車にはねられ、祖母は死亡し原告も重傷を負ったので、被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償請求をしたという事件である。裁判所は請求を棄却し、祖母のネグリジェンスがなければ事故は起きなかったとして祖母の寄与過失を認め、原告は祖母と同一化されるとしている。

② *Oliver v. Birmingham and Midland Motor Omnibus Co.* (1933) 1 K.B. 35 において原告は4歳の子供で祖父に連れられて道路を横断中に被告の車にはねられて傷害を負った（祖父は無事）ので被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したという事件である。裁判所は請求を認容し、本件において同一性原理が妥当しない旨をのべたが、本件では被告の車のドライバーのネグリジェンスが認められ、1945年の法改正前の寄与過失のルールによりたとえ監督義務者にネグリジェンスがあっても彼自身が傷害を負ったとしても彼の損害賠償請求が全額認められていたであろう事件であったから、監督義務者のネグリジェンスにより原告子供の損害賠償が否定されず減額もされないのは当然のことであった⁽⁹⁾。

③ *Burchell v. Hickisson* (1880) 50 L.J.C.P. 101 において、原告は4歳の子供であったが、被告の管理する建物の階段の手すりのすきまから下に落ちて傷害を負ったので、被告に対してネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したとい

う事件である。裁判所は請求を棄却し、原告は小さすぎて危険に対して自らを守ることができず、被告はそのような子供が他人に連れられていない限りその子を招待しないし、他人に連れられていれば落とし穴(trap)はなかったとしている。

④ *Latham v. R. Johnson & Nephew Ltd.* (1913) 1 K.B.398 において、原告は2歳の子供であったが、被告の所有するフェンスのない荒地においてあった石材等で遊んでいて傷害を負ったので被告に対し、ネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したという事件である。裁判所は請求を棄却した。そこにおいて裁判所は原告が子供のとき、子供に対しては大人に対してよりも大きな義務が被告に課せられるという議論を否定し、子供が小さすぎて危険を理解できないときは子供が監督者に連れられていない限りその子供に許可が与えられていると考えるべきではないとされた。

(二) 相続や扶養関係が問題になった例。

① *Mallett v. Dunn* (1949) 2 K.B.180 において、妻が被告の運転する車にはねられて傷害を負ったという事件で、妻の医療費等を夫が請求する場合に、直接被害者である妻のネグリジェンスを考慮しないと、その理由として夫の請求と妻の請求ではその権利、理由が異なる⁽¹⁰⁾ことがあげられている。

② Law Reform (Contributory Negligence), 1945, c. 28, s. 1 (4) は被害者が死亡した場合、遺族の逸失扶養料を算定するにあたり、死者のネグリジェンスを考慮すると定める。我が国でも直接の被害者が死亡し、死者に過失があり、近親者が損害賠償を請求するとき、相続の場合にはもちろん死者の過失を考慮するとしても固有の権利として主張する場合においても死者の過失を考慮しそれにより過失相殺されるかは否定する判決もありなお明らかでない⁽¹¹⁾。

③ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, 1976, c. 28, s. 1 (7) は子供が障害をもって生まれた原因が第三者の親への不法行為にあるときその子の第三者への損害賠償請求を認めるが、その際、親にも障害の発生に原因があるときは子供の請求はそれによって減額される旨を定めている。

(2) 判例の検討

以上(1)で紹介してきた判例等をもとにして、第三者のネグリジェンスについて検討していこう。検討の項目として(a)危険責任が成立する場合の第三者の

ネグリジェンスの取り扱い, (b) 第三者のネグリジェンスの加害者あるいは被害者の義務違反に対する関係, (c) 第三者のネグリジェンスの加害者あるいは被害者の責任に対する関係, の3点から検討する。

(a) 危険責任が成立する場合の第三者のネグリジェンスの取り扱い。

(イ) まず, 危険責任が成立する場合の第三者のネグリジェンスの取り扱いが問題となる。イギリス法の労災事件につき, 従来の見解は代位責任を重視し, 代位責任に比べると, 使用者の所有, 管理する生産手段等の欠陥等により労働者が傷害疾病などを負った場合の使用者の責任, すなわち今日の不法行為法の構成からいえば占有者責任などのネグリジェンスや, その他にもライランズ原則, ニューサンスなどが問題になると思われるが, これらについては労災に関し十分な議論がなされなかった。また同様に, 同僚労働者による不法行為につき使用者を免責する共同雇用原理については多くの議論がなされてきたのに対し, 生産手段等に欠陥があるのではないかと疑われる事件においても使用者を免責する法理 (いわゆる合理性の問題) についてはほとんど議論がなされなかった⁽¹²⁾。極端にいえば「不当なる共同雇用原理とその廃止」をめぐって労災事件における法律問題は動いているような印象をあてる学説が支配的であったとさえいえるのである。

このような事態は日本の労災事件において715条が709条や415条, 717条に比べて特に問題になっているわけではなく訴訟が特段多いわけでもないこと, 共同雇用原理が存在しないことから異常なものに見える。イギリスにおいてこのような片寄りが生じた理由はイギリスにおいては日本法の717条にあたる占有者責任等が代位責任より遅れて成立したことにあった。そのため代位責任をそれに代用しようとして代位責任は半ば濫用されていたのである。今日イギリスにおいて占有者責任が認められ⁽¹³⁾, また使用者が生産手段を所有し生産労働過程を支配, 管理する者として, その欠陥にもとづく危険責任を負うにいたっており, そのためそこにおいて代位責任はあまり問題とならなくなっている。この点はイギリスの労災におけるネグリジェンスを確立させた *Wilsons & Clyde Coal Co Ltd. v. English* (1938) A.C. 57⁽¹⁴⁾において明らかであり, ここでは使用者の危険責任が肯定され, 代位責任というよりは自己責任が肯定されており⁽¹⁵⁾, 誰が運搬施設を動かしたか, その者にネグリジェンスがあったか

などはあまり問題にならず、危険を創出しネグリジェンスがあるのは同僚労働者であるという抗弁を使用者はだせなくなっておりまたその分、労働者も代位責任を追求する必要はなくなっているのである⁽¹⁶⁾。

(ロ) 我が国の労災事例についてもイギリスと同様に危険責任が妥当し、その限りでは安全配慮義務の履行補助者を問題にする必要はない。はじめにで紹介した最判昭和58年5月27日民集37巻4号477頁において訴外運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきとされる通常の注意義務は使用者の安全配慮義務の内容にふくまれないとする判断が示されているが、昭和58年判決の事例において715条の責任のみならず415条の責任を認めるためには自動車の運行供用者責任の法意を考慮して、自動車の運行とそれにより発生する危険の領域に業務命令をもって労働者をおいた使用者につき危険責任を肯定し、運転者の過失および行為義務違反を通して使用者の安全配慮義務違反を肯定する⁽¹⁷⁾ことが我が国において主張されており、このような使用者の危険責任を肯定することができれば *Wilsons*(1938)判決のいう「下位の代理人」たる運転者の過失を問わずして使用者の責任を肯定することが可能となる。実際、すでに東京高判昭和55年2月28日判時961号75頁は運転者が危険な運転を行うなど事故の発生を予見しうるような場合には、運転者に対して適切な注意を与えるなど予見し得る危険の発生を防止する義務が使用者にあることを認めているのであり、このような使用者において支配管理すべき危険の認められる範囲において使用者に責任を課す解釈はなんら特殊なものではない⁽¹⁸⁾。このように使用者に危険責任が認められる場合には特段の事情を使用者側で立証できない限り履行補助者の過失を問うことなく、使用者の安全配慮義務の違反を認めて良いであろう⁽¹⁹⁾。

(b) 第三者のネグリジェンスの加害者あるいは被害者の義務違反に対する関係。

加害者の危険責任が認められない場合において、なお加害者の責任を認めるために加害者の行為義務違反や心理的可責性が問題となるが⁽²⁰⁾、加害者の責任を成立させることに対する大きな障害としてイギリスにおいて被害者による危険引き受けや寄与過失があり、我が国においてもそれらに似たものとして過失相殺が考えられ、そこにおいて被害者の義務違反が問題になっていた⁽²¹⁾。

第三者のネグリジェンスはこれら加害者あるいは被害者の義務違反とどのような関係にたつと考えられるであろうか。

(イ) 労災における共同雇用原理の判例を見ると、*Griffiths*(1858)では使用者のネグリジェンスについて、使用者は適切な道具を提供しており、安全な道具が使われなかったことについてはそれは同僚のネグリジェンスによるのであって、使用者にネグリジェンスはないとされており、使用者は免責されている。*Morgan*(1864)ではターンテーブルと足場の位置が近く危険であると考えられるが、この点についての使用者のネグリジェンスは問われていない。*Bottomley*(1866)では被災労働者の安全のため注意する義務を負っているのはその穴をあけた同僚であるとされている。使用者のネグリジェンスにつき、工場の床で入り口の近くに検査用の穴がある点で危険であると考えられるが、被告工場主はそれについての注意義務を問われていない。*Hedley*(1894)では、使用者の制定法上の義務や契約上の義務が考慮されているが、それらは狭くとらえられており、支柱を提供すればよく、設置する必要はないとされている。工場法上のフェンスをする義務についてはこのような設置をする必要はないなどという解釈はなされえないであろう。そして支柱を設置しなかったのは船長のネグリジェンスであり被告にネグリジェンスはなく、船長のネグリジェンスにつき被告は責任を現行法のもとでは負わないとされる。

これらの判例において裁判所は列車の運行における過誤、生産手段を的確に使用、維持しないこと、あるいは安全装置を設置しないこと、これらにより事故がおこったとき、これらはみな同僚労働者のネグリジェンスによるとされ、使用者の危険責任を認めようとしなかったことに注意が必要である。使用者は生産手段等を提供するのみであり、生産労働にともなって生ずる危険は労働者が作りだしたものなのである。*Wilson* (1868)における換気自体の欠陥も、それが同僚労働者によってつくりだされたとすれば、使用者に責任はない(チェルムスフォード判事)ことになる。このように使用者の危険責任が制限されてしまったため使用者の自己責任は使用者に個人的ネグリジェンス⁽²²⁾がある場合を除き認められることは困難であった。

(ロ) それでは上に述べた加害労働者のネグリジェンスの立証は使用者あるいは被災労働者の義務違反にとってどのような関係にたつのであろうか。ここでは労災以外の事例と比較検討することによって考えてみよう。

①いわゆる同乗事例につき、同乗者にはネグリジェンスはなく、相手方と自らが同乗した車の運転手との間で責任の存否、過失割合が決定されることになる。そこで例えば事故が被害者が同乗する車の運転手のネグリジェンスによって起こり、相手方にネグリジェンスがなかった場合、相手方は運転手に対しても被害者に対しても責任はないことになる⁽²³⁾。この点、使用被用関係がある場合も同様であり、そこでは加害者と、そして彼と共にネグリジェンスを行った被用者（あるいは使用者）との間で同様の判断がなされることになる⁽²⁴⁾。

②これに対し、監督義務者の義務違反が問題となる事例では加害者と監督義務者との間で責任の存否、過失割合等が議論されることはあまりない。たとえば占有者責任においても占有者が危険責任を負わず、被害者が子供で責任能力がないとき、監督義務者のネグリジェンスと占有者の義務違反とが問題となるが、そこにおいて両者が同乗事例のように対立して責任の存否、過失割合等が議論されるということはあまりなかったのであり、監督義務者のネグリジェンスは被害者自身の義務違反を補完するという役割を果たしたのである⁽²⁵⁾。例えば *Burchell*(1880)において、原告は小さすぎて危険に対して自らを守ることができず、被告はそのような子供が他人に連れられていない限りその子を招待しないし、他人に連れられていれば落とし穴(trap)はなかったとされ、また *Latham*(1913)において、子供が小さすぎて危険を理解できないときは子供が監督者に連れられていない限りその子供に許可が与えられていると考えるべきではないとされた。このように被害者の子供がトレスパスサーとされるとき (*Hardy v. Central London Railway Company*(1920) 3 K.B.459⁽²⁶⁾) に加えて子供の監督義務者による義務違反や危険引き受けが認められるときにも原告の請求は認められ難くなるのであるが、監督義務者の義務違反はここにおいて被害者自身の義務違反を補完する役割を果たすことになったのである⁽²⁷⁾。

この点相続や扶養関係が問題となる事例においても監督義務者のネグリジェンスの場合と同様であり、例えば死者のネグリジェンスにつき固有の権利を主張する者にはネグリジェンスはないのであるが、ここでは死者のネグリジェンスは固有の権利を主張する者のネグリジェンスとしていわば代位しており、よって監督義務者のネグリジェンスと同様の役割を果たすものと考えることができるであろう⁽²⁸⁾。

労災事件をこのような①の同乗事例や使用被用関係のある場合と②の監督義

務者のネグリジェンスや相続、扶養関係が問題になる場合の事例と比較したとき、労災事件における同僚労働者のネグリジェンスは②のように被害者の義務違反を補完あるいはそれに代位することはなくそれらとは異なっており、①のように加害者の義務違反と対立し責任の存否や過失割合が議論されるのであってこちらの方に近いことが明らかであろう。労災事件における同僚労働者のネグリジェンスの立証は、それが同僚労働者のネグリジェンスであって使用者のネグリジェンスでないことを明らかにする機能をもっているのである。

(ハ) わが国の労災事件における安全配慮義務をこのようなイギリス法と比較した場合、我が国の415条の請求（すなわち自己責任）においても安全配慮義務の履行補助者論により道路交通法その他法令に基づいて当然に負うとされる義務の違反など労災の原因を同僚労働者の義務違反であるとして使用者の義務違反を認めず、同僚労働者の義務違反は使用者の義務違反ではなくなってしまうのである。従来明らかにされることはなかったが、安全配慮義務の履行補助者論はこのように使用者の義務違反を制限する機能をもっていることが明らかであろう⁽²⁹⁾。

(c) 第三者のネグリジェンスと加害者あるいは被害者の責任に対する関係。

それでは第三者のネグリジェンスの立証によって加害者あるいは被害者の責任にどのような影響が及ぶかが問題となる。

(イ) イギリスの労災事件につき、*Priestley*(1837)において、代位責任の濫用的使用に対して警鐘が鳴らされ、原告と訴外の同僚は同じ労働者であり、彼らがともに注意しあえば事故の防止になる、という判断がしめされ共同雇用原理が認められていた。*Morgan*(1864)では労働者の安全は同僚の注意に依存するとされ、*Priestley*(1837)事件の原則を明瞭に述べ、同僚のネグリジェンスは自らにとって当然かつ必然の危険になることが多いことをしめしている。もっとも当然必然といった概念の内容はあきらかにはされておらず⁽³⁰⁾、有泉氏は安全がお互いの注意によるとされる労働者の範囲を広くとらえる判決と評している⁽³¹⁾。すでにのべたように裁判所は使用者の危険責任を制限し、かつそのための代わりとして用いられようとした代位責任の濫用的利用をも共同雇用原理によって制限したのであるが、それを理由づけるために現れたのがまさに労働者の安全はお互いの注意に依存する、というものであった。すなわち彼らは

労働過程において実際にともに労働するものとして、彼らのチーム・ワークを成立させることが安全のため不可欠であるということである⁽³²⁾。安全がお互いの注意によるため、労働者同士が内部者を構成し、使用者は外部者を構成してしまうために代位責任が否定され、共同雇用原理が成立したものと考えることができるのである。この点を従来の学説は見落としていた。被害者が雇用関係にない第三者の場合には加害労働者との間にこのような内部者関係が成立せず、逆に加害労働者と使用者の間に内部者関係が成立してしまい使用者の代位責任が成立したものと考えられる。*Wiggett*(1856)判決はこの限界事例であり、そこでは下請けの労働者である原告は被告元請けに雇われているわけではない(雇い主が同じでない)が、被告の労働者と共通の仕事に従事していたことからそこに内部者関係を認め、共同雇用原理を適用し、代位責任を否定したものと思われる⁽³³⁾。

(ロ)しかし、このような内部関係の認定は果たして妥当なものであったのであろうか。この点を再び労災以外の事例と比較検討することによって考えてみよう。

①いわゆる同乗事例において、運転者と相手方の間で責任の存否や過失割合が争われる点はすでに述べたが、同乗者は相手方に共同不法行為責任を負わずために相手方と運転者が内部者であることを立証する必要はなく、逆に相手方が自らの(共同不法行為における負担部分をこえる)責任を免れるために運転手と同乗者が内部者であることを立証しなければならない。いわゆる同一性原理が妥当したのはまさにこのような内部関係が認められた場合であり、このような同一性原理は *Mills, "Bernina"* (1888)判決以降においては広範に認められることはなく制限されている⁽³⁴⁾。この点は使用被用の関係のある場合も同様に考えて良いであろう⁽³⁵⁾。

②これに対し、監督義務者の義務違反においてはすでに述べたように監督義務者の義務違反は被害者の義務違反を補完する機能を果たしており、被告は原告がトレスパサーであること、あるいは監督義務者の義務違反を被告が立証することにより被告は免責される可能性が高くなる⁽³⁶⁾のであって、その立証に際し、例えば占有者が加害者とされる場合においては彼は監督義務者と被害者が内部者であることを立証する必要はなく、逆に被害者が占有者に代位責任や共同不法行為責任を負わずために監督義務者と占有者との内部関係を立証し

なければならない⁽³⁷⁾。相続や扶養関係が問題になる場合もこの点、同様に考えて良いと思われる⁽³⁸⁾。

労災における使用者の義務違反をこのような①の場合と②の場合と比較した場合、労災事件はすでにのべたように①の場合に近く、また *Hutchinson* (1950) 判決などにもかかわらず被災労働者が加害労働者のネグリジェンスにつき危険引き受けをしていると考えることは困難である⁽³⁹⁾。さらに通常、代位責任の認められるところあえてそれを制限しようとしていることからしても①の場合と同様に同僚労働者と被災労働者が内部者と認められる範囲は制限的であるべきであった。しかし裁判所はそのような判断をせず内部者関係を広く認めてしまった。たとえばそこでは船長や監督者等監督的立場にある者も被災労働者の同僚労働者として扱われてきたのである⁽⁴⁰⁾。加害労働者と被災労働者は同僚か⁽⁴¹⁾、すなわちいいかえれば資本の側か労働の側かという点をめぐって多くの議論がなされてきたが、裁判所は取締役⁽⁴²⁾などあきらかに使用者側と考えられる人を除き、加害者を資本家と労働者との対立において資本家たる使用者側あるいは使用者代理として取り扱うことに消極的であった。このため共同雇用原理の濫用的使用と呼ぶべき事態が生じてしまったのであり、制定法による否定が必要となったのである。

(ハ) このようなイギリス法と比較して我が国の安全配慮義務の履行補助者問題について考えてみると、我が国において共同雇用原理の成立をみることはできず⁽⁴³⁾、その実質的理由としては我が国においてはイギリスのような労働者同士が安全につき相互依存の関係にあり、使用者に対して内部者を構成するという関係（すなわち労働者同士が使用者にたいして横の連帯を作る関係）よりもむしろ縦の関係、すなわち労働者の階層化が進んでいることがあげられ⁽⁴⁴⁾、また法技術的理由としてはすでにのべたようにイギリスにおけるような代位責任の濫用的使用がなかったことがあげられる。しかし共同雇用原理が妥当しないからといって我が国において加害労働者の過失につき使用者に広範に責任を認めているということとはできない。加害労働者につき履行補助者とされ使用者側と見られる人はイギリスのように濫用的に制限されることはなかったにせよなお狭く（履行補助者＝「中間」管理者！）、自己責任の範囲は制限されている⁽⁴⁵⁾。また代位責任が広範に認められているわけでもなく、その点は昭和58年判決の問題が715条の責任が時効の点等において415条の責任よりも

制限されていることから生じたこと、我が国においても加害労働者の義務違反について、使用者が自らに責任がなく、加害労働者の義務違反は自らの義務違反でないことを立証しさらに加害労働者と被災労働者が内部者関係にあることの立証ができれば代位責任は否定されると考えられる（神戸地裁伊丹支部判決昭和46年6月21日判タ267号293頁は使用者の715条の責任を否定し、そこにおいて加害労働者の過失が被災労働者の過失と同一に評価される旨をのべている。もちろんこのような判断が共同雇用原理に相当するような形で広範に認められてはならないことはいうまでもない。）ことから明らかであろう。このように直接に使用者の危険責任が肯定されることがない限り、我が国においても使用者の義務の範囲は狭く制限されることになるであろう。

注

- 1) Winfield on Tort, 8th ed., 1967, Sweet & Maxwell, p.144 はこれにより使用者の責任が広範に否定されたとする。もっとも使用者の労働者に対する契約にもとづく安全のための義務がイギリス法にまったく無縁というわけではない（岩村 前掲書 25 頁など）。
- 2) 危険引き受けについては前掲拙稿『一橋研究』24 巻 1 号 33 頁以下を参照されたい。
- 3) Hutchinson 判決については前掲拙稿『一橋研究』24 巻 1 号 38 頁を参照されたい。
- 4) Munkman, op.cit. p.5, 8.
- 5) 使われた機械が適切ではなかったという主張に対しては労働者による危険引き受けがあったとされている。
- 6) Munkman, op.cit. p.12 はスコットランドにおいて監督者にネグリジェンスがあった場合に使用者に代位責任をみとめて共同雇用原理を適用しない判決があったことをしめしている。
- 7) 本件については前掲 拙稿『一橋研究』23 巻 4 号 42 頁を参照されたい。
- 8) はじめにの注（2）の文献を参照。
- 9) 我が国においてならば祖父と被告との間で過失割合が認定された後に祖父の過失が被害者側として扱われるか否かが問題とされるであろう。
- 10) 本件ではいわゆる right to consortium, per quod servitium amisit などが問題とされている。
- 11) 東京地判昭和7年6月20日評論21 巻民法1155 頁, 東京控判昭和8年12月28日新聞3681 号 11 頁など。もっともその理由は明らかではない。これに対し東京地判昭和7年10月15日評論21 巻民法1167 頁は過失相殺を肯定したが、ここでもその理由は明らかにされなかった。その他相続の場合には死亡した幼児の親が相続する場合の親の過失が考慮されるかが問題となる。品川 前掲書 228 号 19 頁参照。
- 12) はじめにの注（15）の文献を参照。いわゆる合理性の問題についての検討は別稿に

委ねる。

- 13) 占有者責任においても被告に危険責任が認められるときには監督義務者など第三者のネグリジェンスは問題にならない。*Cooke v. Midland Great Western Railway of Ireland*(1909) A.C.229 (4歳の子供が被告鉄道会社の管理する線路にフェンスの裂け目から入り込み、列車のターンテーブルで遊んでいて傷害を負った事件において被告に危険なターンテーブルの管理につきネグリジェンスがあったことを認定している。), *Glasgow Corporation v. Taylor*(1922) 1 A.C.44 (7歳の子供が被告の管理する植物園に来ていたところ、そこに実っていた有毒のいちごを誤って食べてしまい死亡したという事件においていちごの危険を知らせる警告をなさず、いちごを食べることを防止する手段を講じなかったことにネグリジェンスを認めている。), *Buckland v. Guildford Gas Light and Coke Co.*(1949) 1 K.B.410 (13歳の子供が野外でキャンプ中に木に登って遊んでいたところ、その木の葉で隠れたところに被告の設置した高圧電線があってそれに触れてしまい死亡したという事件において被告に危険なものを管理するについてのネグリジェンスを認めている。)などを参照。
- 14) 本件については前掲 拙稿『一橋研究』23巻4号46頁以下を参照されたい。
- 15) 岩村 前掲書99頁。
- 16) 本判決により代位責任を追求する必要が弱まったことにより、共同雇用原理により敗訴する危険もすくなくなった。この点は労災において危険責任を追求できる故に危険引き受けで敗訴する危険が少なくなったことと同様である。もともと代位責任が無用になったわけではない。*Winter v. Cardiff Rural District Council*(1950) 1 All E.R.819 (同僚による車への荷の摘みかたが悪くその荷が走行中に動いて原告にあたり傷害を負ったという事件)において裁判所はネグリジェンスにもとづく損害賠償請求を棄却し、使用者による安全な作業システムの提供があったとし、同僚労働者が裁量を行使する領域において彼にネグリジェンスがあっても使用者に責任なしとされた。本件が共同雇用原理の廃止後の事件であったなら代位責任により勝訴していた可能性があるのであって、代位責任が無用なわけでは決していない。もともと本件においても使用者の安全な作業システムの提供について違反があったという方向に議論を進めることも十分可能なのである。注目すべきなのはこの *Winter* 判決がこれより100年以上前におこり、共同雇用原理を決定づけた *Priestley* 判決とほぼ同様の事件につき同様の判断をなしている点で、その判例の一貫性はおどろくべきものといわざるをえない。
- 17) 川村 泰啓「安全配慮義務のド民型と英仏型」『白門』39巻9号66頁(1987年)は走る凶器に照応する特別危険を自ら購う、の法理に濾過させて、履行補助者の過失に債務者本人の過失を重ねる構成がとられるべきであるとし、岩村 正彦「労働判例研究」ジュリ785号136頁(1983年)も操縦士の操縦上の過失によって労働場所たる航空機が危険におちいるとき、その危険を使用者は負担しなければならないとし、安全な操縦がなされない限り航空機の安全は確保されないことを指摘する。そして適格な操縦士を選任配置する義務を履行していれば操縦士の過失につき国は責任を負わないとする解釈は英国のかの悪名高き共同雇用原理の再来を思わせるとしてこ

のような解釈に反対する。

- 18) もっとも立証責任の問題が生じることは安全配慮義務一般の場合（これについては前掲拙稿『一橋研究』23巻4号58頁以下を参照）と同様であり、東京地判昭和57年5月31日訟務月報28巻12号2274頁においては管理上の瑕疵についての主張・立証がなされていないとして原告側が敗訴している。これに対し東京地判昭和54年3月8日訟務月報25巻7号1743頁においては管理上の瑕疵があったと推定され、東京高判昭和55年2月27日判時961号80頁（本件では履行補助者の構成がとられていないことに注意が必要である）はさらに原告に有利で、運転手が上司の指揮命令に背反したことや過失がなかったことの他に被告にどのような反証を許すのかすら明らかではない（三上 威彦「判批」判評302号202頁（昭和59年）は本件を結果責任に近いと評している）ほどであるが、このような判断がいかなる場合になさるうかはなお明らかではない。
- 19) 三上 前掲書 202頁は公務の遂行自体あるいは公務遂行のために提供された物や施設が生命身体への危険性をはらむ場合において、特定人の具体的行為を媒介とする必要がない旨を述べており、また高橋 前掲書 235頁も労務領域、設備、器具の安全につき中間管理者の指揮管理権限は問題にならず、人の行為を媒介させる必要がないと述べている。これに対し、遠藤 賢治『最高裁判所判例解説民事編昭和58年度』110頁は安全配慮義務につき「予測可能な危険を除去しうるに足りる人的物的諸条件を整えることにつくる」ものであり、それが「管理支配性を有するかどうかという客観的要素のみによって判断されるべきものであるか疑問」であり、「主観的要素も考慮されるべき」であるとして最も共同雇用原理に近い見解を示され、潮見 前掲書 12頁もこの見解を的確としているが、遠藤氏自身111頁において物的施設の支配管理の瑕疵それ自体についてはその原因を作出した被用者が誰であれ、直接使用者の安全配慮義務の有無を判断することができ履行補助者を媒介とする必要がないと述べており、潮見氏も自説と遠藤説とが同説でない旨を述べている。
- 20) この点につき前掲拙稿『一橋研究』23巻3号1頁以下を参照されたい。
- 21) この点につき前掲拙稿『一橋研究』24巻1号33頁以下を参照されたい。
- 22) 個人的ネグリジェンスについては前掲拙稿『一橋研究』23巻3号5頁以下を参照。
- 23) もちろん被害者が自らが同乗する車の運転手に対して損害賠償請求できるか否かの問題は残る。
- 24) イギリスの *Child*(1874) 判決ではこの点明らかであるが、我が国のいわゆる被用者の過失においてはこの点はあまり議論されていない。
- 25) *Lynch v. Nurdin*(1841) 1 Q.B.29, 113 E.R.1041（7歳の少年が被告が路上に放置していた馬車で遊んでいたところ、馬車から落ちて傷害を負ったという事件）において裁判所は被告のネグリジェンスに基づく損害賠償責任を肯定し、原告のような子供に要求される注意の程度は低いことを認めた。子供は占有者責任において、誘惑物の法理など、たしかに保護されている。しかし、*Latham*(1913)（本文参照）において、裁判所は、原告が子供のとき、子供に対しては大人に対してよりも大きな義務が被告に課せられるという議論を否定しており、このため制限された子供の義務

を補完すべく監督義務者の義務が登場することになる。

- 26) *Hardy*において、原告は5歳の子供であったが、被告鉄道会社の駅のエスカレーターで遊んでいたところ、エスカレーターを起動させるゴムバンドに手をひっかけてしまい切断を要するほどの重傷を負ったので、被告に対しネグリジェンスにもとづく損害賠償を請求したという事件である。裁判所は請求を棄却し、原告は被告にとってトレスパスサーであり、被告に責任はないとされた。客でない子供は親などに連れられていない限りたいていどこにいても無権限でトレスパスサーとされてしまいやすい。もっとも責任能力のない子供がたとえ加害者としてではないにせよトレスパスサーとされるのはなぜかについてはなお明らかでない。
- 27) 我が国において監督義務者の過失のかような機能が被害者側の過失理論の中で論ぜられることはあまりなかったが、この点を考えるうえで注目すべきものとして営造物責任における監督義務者の過失についての判決である最高裁第三小法廷判決平成5年3月30日民集47巻4号3226頁があり、そこでは「本来の用法に従えば安全である営造物について、これを設置管理者の通常予測し得ない異常な方法で使用しないという注意義務は利用者である一般市民の側が負うのが当然であり、幼児について、異常な行動に出ることがないようにさせる注意義務は、もとより第一次的にその保護者にあるといわねばならない」「これを要するに本件事故は本件審判台の安全性の欠如に起因するものではなく、かえって前記に見るような原告の長男の異常な行動に原因があった」とされている。通常の用法をこえた使用で予測しようとされるのは、子供の遊び場として常態化し・・・防護柵をこえて転落する子供の事故が続出しており、そのために付近住民から安全対策をとるよう陳情が行われるなどして道路管理者にもその事情が了知されていたにもかかわらず放置されていた場合であるとされ(牧山 市治『最高裁判所判例解説 民事編 昭和53年度』266頁)営造物責任の範囲は制限されており、本件において本来の用法ではない行為も、それが通常予測されるか、安全確保の措置がとられうるか、とられるべき措置が取られていなかった場合の管理者の責任と監督義務者の責任の分配はどうあるべきか(安本典夫「判批」『法学教室』157号99頁, 1993年)は議論されなかったものであり、監督義務者の過失がイギリスにおけると同様の機能を果たしていることが明らかであろう。
- 28) 加害者のネグリジェンスと死者のネグリジェンスが対立しているように見えるが、ここでは死者のネグリジェンスは第三者のネグリジェンスとしてではなく、被害者のネグリジェンスとして取り扱われていることに注意が必要である。
- 29) 植木 哲「判批」『法律時報』54巻1号183頁(昭和57年)は、履行補助者として問責された者が比較的上層の指揮命令者であれば安全配慮義務と履行補助者の注意義務違反にそれほどの齟齬をきたすものではないが、支配管理者が事故現場に近づけば近づくほど両者は分裂してくる旨を述べている。問題はこのような分裂後の上層者の注意義務と下層者の支配管理上の安全配慮義務の成行・行末である。下層者の支配管理上の安全配慮義務についてはかつての判決例(東京地判昭和53年9月5日判時920号146頁, 東京地判昭和53年11月27日判時938号57頁など)のよ

うに、それと（操縦、運転上の）注意義務とを結びつける見解もあったが、周知のとおり、今日ではこのような見解は否定され、両者の峻別論が支配的であり、そのため下層者の支配管理上の安全配慮義務は今日、行先不明の中ぶらり状態にある。また上層者の注意義務についても本文で述べたように下層者に注意義務違反があったということで上層者の注意義務違反は問題にされることすらなく認められないというのが今日の実状であり、さらに悪いことには上層者あるいは使用者の支配管理上の安全配慮義務がすでに述べた立証責任の負担などから否定されるとそれと一緒に上層者あるいは使用者の注意義務違反までもが認められなくなる（東京地判昭和57年3月23日判タ475号112頁などを参照）というのが現状ではなかろうか。このような安全配慮義務における履行補助者の機能が従来の学説において明らかにされることはなかった。

30) 野村 前掲書 39 頁。

31) 有泉 前掲書 926 頁。

32) *Priestley* 判決の4年前の1833年にE.チャドウィックらによる工場法に関する王立委員会報告書はいわゆるウルトラ・トーリーによるサドラー報告に反論して児童虐待について責任があるのは児童を直接雇っている紡績工などであって工場主に責任はないとし（この点につきとりあえず戸塚 秀夫『イギリス工場法成立史論』182頁、未来社、1966年を参照）使用者の保護義務を制限している。ここでは使用者が労働現場におらず労働が労働者の協業によって行われることが想定されていると思われるが、もちろん、労働者が同じ使用者のもとで働いていても部署がちがえばお互いに注意することもできない（山本 前掲書 144 頁）ことも確かであった。

33) これに対し *Abraham v. Reynolds* (1860) 5 H.& N.143, 157 E.R.1133（訴外運送業者が被告から商品の運送を受注し、被告に雇われた労働者のネグリジェンスにより訴外に雇われた原告が傷害を負った事件）や *Johnson v. Lindsay & Co.* (1891) A.C.371（被告と訴外が同じ家の建築を受注し、被告に雇われた労働者のネグリジェンスにより訴外に雇われた原告が傷害を負った事件）においては共同雇用原理は適用されておらず代位責任が認められている。

34) 我が国の同乗事例においてもイギリスと同様に被害者側とされる範囲は制限されるべきである。身分上、生活関係上一体をなすとみられるような関係にあるときあるいはそれがなくても公平の理念により（札幌地判昭和44年11月21日判時592号81頁）内部関係を認めるとしても、第三者の過失によって生じた損害を加害者よりはむしろ被害者の負担に帰せしめるのが公平と認められるような具体的事情もしくは関係が両者の間に存在するような場合（高松高判昭和46年6月29日高裁民集24巻2号252頁）や共同不法行為者の他方に全額の賠償をさせることが公平の原則に反し、かつその他方に過失割合だけの賠償をさせてその余は一方と被害者との内部関係により処理させるのが公平な場合（浦和地判昭和45年4月22日判タ265号253頁）はイギリスと同様に制限的に解釈されるべきであろう。舟本 前掲書 59 頁は無償同乗のうち強要型、支配型、もぐりこみ型あるいは常用型の同乗者につき運転手の過失を被害者側とする。

もつとも同乗事例においても運転手と同乗者の関係が同時に監督関係が相続・扶養関係であることがあり、このような限界事例においてはどちらの要素を強調するかによって結論が異ならざるを得ない。わが国においてはイギリスの *Mills, "Bernina"* 判決などと異なり、このような本例が多くそのため問題が複雑化していた。

- 35) 品川 前掲書 228 号 17 頁も我が国のいわゆる被用者の過失を過失相殺の対象とすることの相当性の根拠は今日なお残された課題であるとしており、その根拠として 715 条や履行補助者の過失をもちだしてきてはやはり「憶測」(畑 郁夫「判批」民商 75 巻 3 号 154 頁, 1976 年。氏ははじめにで引用したように被害者側の論理の有用性に否定的である。)にすぎなかったのではないか。被用者と加害者が共謀している場合はもちろんのこと、原則として被用者は加害者と共同不法行為者として内部者を形成していると考えるべきであり、被用者が使用者と内部者を形成するのは例外的に認められるべきである。例えば東京地判昭和 2 年 12 月 8 日評論 20 巻民法 365 頁(車の運転手たる被用者と被告鉄道会社の過失による踏切事故で車の所有者で使用者たる原告が車の損害につき被告に損害賠償を請求した事件)においてはイギリスの同一性原理が妥当する場合と同様に「運転手が車の所有者であれば当然損害賠償額が減額されるのに、たまたま所有者が別であれば減額されないというのは奇妙である」という判断が成り立ちうと思われるが、このような例外的な場合にのみ被用者の過失を被害者側として考慮すべきであると考えられる。
- 36) 子供がトレスパスサーであるとされるか、その子の監督義務者に義務違反や危険引き受けが認められれば原告の請求は認められ難くなるが、これらの立証責任は被告にあり、*Buckland*(1949)や *Davis v. St. Mary's Demolition Co. Ltd.*(1954) 1W.L.R.592 (12 歳の子供が被告による建物解体作業の現場に入り込んで傷害を負った事件)において、子供がトレスパスサーであることの立証責任は被告にあることが示され、また *Bates v. Stone Parish Council*(1954) 1W.L.R.1249 (3 歳児が公園のすべりから落ちて傷害を負った事件)において、子供に監督者がついていないということをもって原告がトレスパスサーになるという主張が否定された。また *Coates v. Rawtenstall B.C.*(1937) 3 All E.R.602 (3 歳児が公園のすべり台の欠陥により傷害を負った事件)や *Phipps v. Rochester Corporation*(1955) 1 Q.B.450 (5 歳の子供が被告の所有する荒地の中で遊んでいて土地の上にあったみぞに落ち傷害を負った事件)において監督者の危険引き受けの立証責任は被告にあることが認められている。
- 37) 加害者による虐待行為などの不法行為がなされ、親などの監督義務者がそれに加担したというような場合には監督義務者と加害者の間に内部者関係が認められ、共同不法行為が問題となると思われるが、そのような例外的な場合を除いて監督義務者と加害者が内部者を構成することはまれであろう。舟本 前掲書 56 頁はわが国の監督義務者の過失につき、被害者と身分関係にない監督補助者に故意重過失があれば対立する共同不法行為者として被害者側の人的範囲を離脱するとし、また最判昭和 42 年 6 月 27 日民集 21 巻 1507 頁の事例のような代行監督者は委任・委託などの契約により職業的専門的な職務、業務として業務を引受けており、また職業上加害者

として追求される可能性が抽象的には十分ありうるので被害者側ではないとする。なお、大判大正4年6月15日民録21輯939頁など、品川 前掲書228号18頁以下において監督義務者の過失による過失相殺が否定された事例が紹介されているが、これらの事例は注(13)で紹介したイギリスの判例と同様に危険責任との関係から理解されうるのではなからうか（もっとも大判昭和16年9月4日新聞4728号7頁はそのような理解を許容するものではなく結論に疑問が残る）。

- 38) 監督義務者の過失の場合と異なり、相続や扶養の関係のある者を外部者とするのは困難であろう。舟本 前掲書54頁はわが国の事例について相続関係は行為評価からしても填補清算の関係からしても、その同一帰属性を最も典型的にみたとする。この場合、第三者の過失を考慮しないためにはイギリスの *Mallett* 判決と同様に、固有の権利を主張する者の被害者性を強調して死者の過失など第三者の過失そのものを否定するしかないのではないか。
- 39) 共同雇用原理を危険引き受けで説明することの不当性につき、前掲 拙稿『一橋研究』24巻1号50頁を参照されたい。共同雇用原理は労災における危険引き受けが原則的に否定された後にもなお生き残ったものである。同一性原理も第三者と被害者の内部化による説明が必要であり、危険引き受けによる説明は不当である。この点、我が国の同乗事例である名古屋地判昭和47年6月14日判タ283号308頁が慰謝料につき被害者が好意（無償）同乗者である場合に運転手の過失を斟酌したのは不当であり改められる必要がある。
- 40) さらに監督的地位にある者が請負人としてとらえられることにより、彼が高い地位にあっても使用者の代位責任は否定されることになる。このような加害労働者が使用者から独立しているという主張についての検討は別稿に委ねられる。
- 41) 岩村 前掲書31頁以下、野村 前掲書34頁以下など。
- 42) 野村 前掲書35頁。
- 43) 大阪地判大正10年5月3日新聞1876号19頁など715条にもとづく使用者の責任を肯定する。
- 44) 内山 節、竹内 静子『思想としての労働』82頁 農文協（1996年）。ここで想起されるのが使用者についての労働基準法10条の規定である。そこでは使用者とは「事業主」「事業の経営担当者」「その他その事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為をするすべての者」と規定されている。このように我が国の使用者概念は広範であり、イギリスにおいて労働者に関する事項について事業主のために行為をする者の多くが使用者そのものでないどころか使用者側とされることすら困難であったことと大きく異なる。ちなみに我が国においても労働安全衛生法の制定に当たりこのような使用者概念は採用されず事業者概念が採用されている。
- 45) 淡路 前掲書116頁は使用者に履行補助者の過失に基づく責任が生ずる範囲を715条に基づき責任が生ずる範囲に近接させることを主張していたが、このような主張は運転上の過失は履行補助者あるいは第三者の固有の過失であるという主張の前に後退を余儀なくされ、今日では被害労働者の同僚一般ではなくなんらかの管理を任された（中間）管理職の過失に限ってではあるがその者の過失があれば使用者の安

全配慮義務違反を認めようという見解が有力化している（船越 隆司「判批」判評 295 号 176 頁昭和 58 年、富井 前掲書 172 頁、高橋 前掲書 174 頁など）。これらの見解は使用者の自己責任の狭さから代位責任を自己責任化（「自己」の範囲の拡張？）して使用者の責任を認めようとするものの上に述べた理由からそれを貫徹できず、イギリスにおいてかつて共同雇用原理が広範に認められていたときになんとかそれを制限し、せめて船長など使用者側と見られる人のネグリジェンスについては使用者に責任を課そうとした試みと同種のものであるということが出来る。このような折衷的解決は安全配慮義務の履行補助者に限ったことではなく、ドイツのライヒ責任法がイギリスの使用者責任法（これらの法律についてははじめにの注 13）の文献を参照）などしばしば見受けられる。

三 結び

本稿はイギリスの共同雇用原理の判例を中心にその他同乗事例など第三者のネグリジェンスが問題となった判例を紹介し日本法との比較検討をしてきた。加害者に危険責任が認められるときは第三者のネグリジェンスは問題にならず、我が国の安全配慮義務においても使用者に危険責任が認められるときは履行補助者の過失は問題にならない。第三者のネグリジェンスは被害者の視点からこれを見るときには加害者のそれとの間で責任の存否や過失割合が決定されるか、被害者の義務違反を補完あるいは代位するかのいずれかであり、労災における同僚労働者のネグリジェンスは前者にあたり、我が国においても履行補助者の過失は使用者の義務違反を制限する機能をもっている。第三者のネグリジェンスについて被害者による共同不法行為や代位責任の主張と加害者による第三者が被害者側であるとの主張とが対立し、第三者のネグリジェンスが加害者のそれとの間で責任の存否や過失割合が決定される場合には第三者は原則として加害者と内部関係を作り、第三者のネグリジェンスが被害者の義務違反を補完あるいは代位する場合には第三者は原則として被害者と内部関係を作るのであり、労災は前者にあたり同僚労働者が被害者と内部関係を作るのは例外的に認められるべきである。我が国の労災事件においても同様の論理が妥当すると考えられるがなお履行補助者の範囲や代位責任が制限されるなど加害労働者の過失による使用者の責任が広範に認められているわけではなく、使用者に危険責任が認められることが必要である。

本稿はかように第三者の過失と被害者側の過失について議論してきたが、第三者が被害者側でないとされる場合において、第三者が加害者側あるいはまったくの第三者とされるのはいかなる場合か、また加害者たる使用者が自己の管理する物に危険があると考えられる場合にもなお責任が制限される（いわゆる合理性の問題）のはいかなる場合か、などといった課題がまだ残されている。