

の原則の形成に寄与した。このように、servantの義務は、servantの逸脱行為を認定する作業の中から、まず抽象されてきたのである(225)。

A. servantの就業義務。雇用契約によってservantとな、たものは就業しなければならぬ(226)。そして契約した期間のすべてにわたって職務につかねばならず、正当な事由なくして辞職することはできなぬ。

(a) 労働時間については、判例は古くから契約期間中の全ての時間においてservantは職務にあり、従ってmasterの規律の下におかれるとした。この考えは、また一部の法律書の支持するところでもあった(227)。しかし、その際この法の原則は、家内奉公人を主たる対象として発達してきたと想定され、これをそれ以外のservantに厳格に適用することには無理があったと考えられる。なぜならば、職人や日雇などは、契約締結時にmasterとの間で労働時間についてとりきめをおこな

って、四六時中 master の指揮命令の下
にあつたのではなかつたからである。それば
かりか、彼らは古くは労働時間を限定した判
決法の規制下にあつたのである。このこと
について、Petersdorff の説明は極めて明解で
ある。「servant は、雇用における明示、黙
示の条件、あるいは、約定の義務の遂行にか
かせない明示、黙示の条件と両立するよう
に彼自身の（自由な—引用者）時間を処分する
権利がある。家内奉公人や徒弟は、特別の例
外をのぞき、一般的には、すべての時間を拵
けるところの約束をしてゐる。職人、日雇、労
働者は、約定の、あるいは慣行的に定められ
た時間の後は自由であつて、雇主はそれらに
たいして法的なコントロールをおこなふこと
もできなければ、労働者の時間の使い方や余
暇に介入することもできない（228）」
。こゝでは、家内奉公人と、その他の servant は、
自由時間のあり方をめぐつて、きつぱり二
分されてゐる。

(b) 仕事の範囲について。 Spike は、法の一般的原則としては、servant は理にかなった瞬間内であれば、いつでも命じられた仕事をする義務があるが、この義務は実際には明示的あるいは黙示的に制限されていると述べている (229)。 servant が特定の仕事をすることだけを要求されたり、彼が特定の地位につくことによつて、そのような制限がなされているのである。従つて、servant が義務に違反しているのかが問題となれば、まず servant がどのような仕事を遂行することと契約したのかを明らかにし、ついで、master から命じられた仕事が契約で定められた仕事に含まれるのかを確定すればよい。しかし、家内奉公人については、他の servant と比べて、servant の仕事を特定することは、はるかにむづかしい。できることは、たかだか通常その仕事に就いている servant がどのような仕事をしてゐるか、あるいは、servant が社会の階層の中で占める地位を争ひかりとし

て推測することだけである。Spike は、R. v. St. John Devizes; Spain v. Arnott, あるいは Petersdorff のように、家内奉公人の義務は無限定であるとは考えなかつたが、義務の限界を画することの困難を知悉していた。このような家内奉公人と他の servant との対照は、ここに明らかになように、servant の命令服従義務をめぐって再び浮かび上がってくるのである。

B. 命令服従義務。servant は master の合法的命令に従わなければならない。これに関する判例の多くは、即時解雇の事由として、命令不服従をとりあげたものである⁽²³⁰⁾。

この場合、雇主が非人間的な扱ひをしたり、命令に従うことで危険にさらされる恐れがあれば、servant は不服従によって不利を蒙らない⁽²³¹⁾。そのことを裁判官 Kenyon 卿は、次のように説明した。「master と servant の間には、相互的な義務 reciprocal duties が存在する。servant からほしかるべき服従と

尊敬が、masterからは保護と良い待遇が⁽²³²⁾。

この考えにたてば、雇主の逸脱は、servantの不服従を正当化する。

命令服従義務を問題とする場合、masterの命令が契約の範囲内であるかが確かめられねばならない。我々はずでにこの問題を扱った判例が少ないことと、解雇の対象となつたservantの多くが、家内奉公人、農業常雇、船員であることとを結びつけようとした⁽²³³⁾。

即ち、彼らの仕事の範囲は狭く限定されていなかつたので、masterの命令が、契約によつて与えられたmasterの権利を超えてゐるかが争われる余地がなかつたと考えたのである⁽²³⁴⁾。

Spikeが、masterは家内奉公人にたいして、彼が走めた世帯の秩序を守るように要求できるとしたことは⁽²³⁵⁾、このような家内奉公人、農業常雇、船員と、他のservantの違いに、さう多くの光を投げかける。masterが雇主であるばかりが世帯主でもあるとされたことは、master-servant関係と家族関係の

同型性を解明する際のカギとなるだろう。そればかりか、そのことが、servantの仕事の無限定性、ひいては、masterの命令の範囲の無限性に与、ていたのではないかと思われる(236)

家における仕事はしばしば成員の欲求充足にあてられる。そしてこの欲求のすべてをあらかじめ予測することはできなから、家督御をいくつかの仕事に限定し、特定の時間内に遂行しようという気持はmasterの側からはでてこないであろう。我々は、家内奉公人の仕事の無限定性は、家内督御の多様でしかも状況に左右されやすい性格に起因し、その他のservant — たとえば工場督御者や日雇 — の仕事の限定性は、工場督御などの反復的で定型化されやすい性格にその原因を求めることができるとはのではないかと仮説をたてた誘惑にかられる。もしそれが的はずれてないならば、家内奉公人と、その他のservantを分別しているのは、究極的には、家内督御の特殊性であるといえるのである(237)。

servant の義務を、それが主として念頭においていた servant の類型にたがえ、て考察してみることに、その必要性は次にとりあげる servant の義務においても同様である。

C. servant が技能を必要とする職についているということは、彼がそれにふさわしい技能をもっていることを表示している。そして、そこから彼にはそのような技能を發揮する義務があると考えられるようになった。(238)

Harmer v. Cornelius (1858) では、法廷はここでいう技能をひろくとらえて、「熟練労働者、職人、あるいは工芸家が雇われた場合には、彼は自分がひきうけた課業に十分な能力をもっていることを黙示的に保証していることになる」と述べて、さらに薬剤師や時計職人、事務弁護士の技能にも言及した。(239)

ここには、共通の土壌に育ちながらも、やや異質の二つの技能が混在しているのに注意しなければならない。一つは職人的技能であり、他のものは、専門職的的技能である。両者、と

りわけ後者は、その最も純粋な形においては、
master-servant 関係よりも、自律的職業人
と親和的な関係にあつたものであろう (240)。

この義務から派生して、さらに servant に
期待されたような能力がないことがわかれば、
master は彼を即時解雇できるとされたことは、
技能をもった servant の採用に常につきま
う不安 — servant が能力をもっているかは、
実際に働かせてみなければわからない — を
とりのぞくことはいくらかでも法がこたえて
いたことを示している (241)。

master の命令権限がより無限定である家内
奉公人に対して、ここで対象となっている
servant は、特定の仕事を要求されてお
り、従つて、master の命令の範囲もそれに
応じて限定されているのである。

このように servant が、世帯にしばられて
いるのかどうか、その仕事が技能を要求され
るかによって、servant をさらにいくつかの
類型に分けることができ、それぞれの類型に

最も親和的な法の原則をとりだすことができる。労使関係法は、種々な制定法と、判例の中から形成されてきた法の原則の複合体であるが、このような見地からみるならば、労使関係法の構造は、単に法の整合性に関心をもち、解釈論によってのみ明らかになるのではない。むしろ法がどのような servant を対象として発展したかをも考慮に入れることによって、はじめてその内的な連関が明らかになるのである。

D. servant の注意義務。servant は、職務の執行において適切な注意を払う義務がある。この場合も、義務違反が即時解雇事由としてとりあげられたことが、法の形成を促しているたのである (242)。

E. servant の忠誠義務。servant は、誠実に職務を行い、master の利害を傷つけてはならない (243)。しかし、この義務における「誠実に faithfully」という言葉が、厳密に定義されたものではなかったために、広く

意味をとれば、masterはいつでも servantを解雇できることになってしまった⁽²⁴⁴⁾。そして忠誠義務は、単に職務中の行為だけに及ぶものではなくなってくる。Yovatt v. Winyard (1820)は、servantがひそかに業務上の秘密を手に入れて、辞職後それを利用した事件であり、法廷は忠誠義務に違反したことを理由として、秘密の利用にたいする差止命令を認めめた。これによって、忠誠義務は servantの辞職後もつづくことになった⁽²⁴⁵⁾。また、Pearce v. Foster (1886)で、証券取引業務にたずさわる上級事務員が自分の金で投機を行なったことを理由に解雇されたことにたいして、裁判官は、雇主の信用を失わせるような servantの行為は、たとえ業務外であって雇主が損害を蒙らなくても、解雇に値すると述べて、この義務をさらに業務外にまでひろげた⁽²⁴⁶⁾。

このように、忠誠義務が職務をこえたひろがりをもつ一方で、その限界も又明らかにな

っていく。Gartside v. Outram (1856) によ
って、masterの犯罪や詐欺については、servant
には秘密義務がないとされ、また Fletcher
v. Krell (1873) では、就職時に離婚歴があ
ることを告げなか、たことを理由とする解雇
は無効とされた(247)。

F. servantは、masterから委ねられた財
産を注意して管理し、その使途を明細に報告
し、又は財産をmasterに引渡さなければな
らない(248)。servantがこの義務に違反し
たためにmasterが損害を受ければ、master
はservantを相手として訴えをおこすことが
できる。つとに、1619年の Lewson v. Kirk
(1619) では、商人であるmasterの不在中
に、servantが輸入品の脱税を図り、品物が
没収されたことで、masterがservantに損害
賠償を請求することが認められていた(249)。

ただし、servantが自らの過失によらな
いでmasterの財産に損害を与えた場合には、
servantは責任を負わない。Savage v. Walthew

(1707) では、master の財産が損害を受けても、servant の過失が立証されな、限りは master は servant を訴えることができないとされた。さらに、Nickson v. Broham (1712) によつて、servant が master の命令に背いて取引を行つた結果、master が損害を蒙つたとしても、それが直接に servant の過失によつて引きおこされたのでなければ、master は servant から損害賠償を得ることができないことになった⁽²⁵⁰⁾。

master の財産の中でも、顧客は独特な問題を投げかける。servant が、自分で商売をばいめるために、master の顧客に将来自分と取引するように勧誘することが出来るかは、一方では営業の自由と、他方では servant の忠誠義務や財産管理義務とかかわることである。Nichol v. Martyn (1798) の判決理由において、Kenyon 卿は、「master の仕事に従事している servant には、master の商売に損害を与えたり、事業を根本からゆるがすような行為

をする権利はない。しかし、だれしもできる
 ことならば世間における自分の地位をよりよ
 くする権利をもっている。もし、法に反しな
 い方法でそれができるならば、masterが結果
 において損害を蒙、たととしても、それは賠償
 請求の認めらぬ損害 *damnum abs. injuria*
 である。servant が将来自分自身で事業を起
 こすつもりで、masterの顧客達の好意を得よ
 うと努力したり、他人からだけではなくて彼
 ら（顧客 — 引用者）からも仕事を得ようと
 自分を売込むことは、道徳的に悪いともい
 えないし、全く安当ではないともいえない」と
 して、servantの利害を優先させた⁽²⁵¹⁾。
 この考えは、一世紀以上もたつてから完全に
 存在されることになる⁽²⁵²⁾。

G. 財産管理義務とならば servantの会計
 上の責任として、職務中にえた収入は、master
 のものであって、masterに明細に報告する義
 務があるという原則が形成されてくる⁽²⁵³⁾。

Thompson v. Havelock (1808) は、船長と1

て雇われたものが、雇用期間中に第三者に労務を提供して得た収入が、船長のものであるのか、船主のものであるのか争われた事件である。裁判官 Ellenborough 卿は、「ただしも、彼の義務に反してまで利益を得ることは許されない」と、断固として船長の要求をしりぞけた(254)。この法の原則は、servant / 獲得物ハ、master / 獲得物デアル quicquid acquiritur servo acquiritur domino という古くからの法則と結びつけられることであつた(255)。そして、それは master は家内奉公人の労務にたいして財産権をもつという Blackstone の言葉とも軌を一にしてゐるのである(256)。

H. servant の発明は、servant のものになる。ただし、master が発明を目的として servant を雇つた場合には、発明は master に帰属する(257)。Makepeace v. Jackson (1813) は、キャリコ捺染業に従事してゐた servant が、解雇後、絵具の調合割合などを

記載している記録簿の引渡しを求めた事件である。調合のあるものは原告の発明になるものであつたが、法廷は、masterが記録簿をひきつづき保管して営業をつづけることを認めた(258)。

[C] 体罰

A. かつては法律書において、masterのservantにたいする体罰は、masterとservantの相互の間の権利・義務関係のなかでも主要なものの一つとみなされてゐた。しかし、それはDiamondやHalsburyなどの今世紀の法律書からは全く姿を消してしまつた。もしも体罰が、master-servant関係の存在を担保する地位を占めてゐたとするならば、それはなぜ法の世界から消えてゐたのだろうか。

B. Daltonは、master(もしくは彼の妻)が、servantを打撲した(beat the servant)のならば、それはservantの辞職の正当事由

になりうる」と述べた。(しかし同時に、彼は、masterは節度ある仕方であれば、servantにも徒弟にも懲罰を加えうる(chastise his servant)と、書き加えることを忘れなかった(259)。ここでは打撃することと懲罰を加えることは別のものと考えられている。しかし、両者の違いが余辺にあるのかは、必ずしも明白ではなかった。後の法律書の混乱の萌芽はすでにここに胚胎していたのである。

c. 我々の研究の主たる対象である産業革命期には成人のservantへの体罰をめぐって、二つの相反する見解がみられる。Matthew Baconは、masterはservantが悪態をついたり、義務の履行を怠ったことなどにたいして、節度ある仕方であれば矯正し、罰することができる(correct and punish)と考えた(260)。

これにたいして、Burnの第14版は、servantを成年と未成年にわけて、masterは節度ある仕方であれば未成年のservantを懲罰できるが、成年のservantに同様のことをした場合

には、それは servant の辞職の正当な事由になりうると述べている (261)。この成年と未成年の正別の導入は、恐らくは Blackstone の影響によるものであつた。

D. Commentaries の初版で、Blackstone は職務怠慢やその他の misbehavior にたいして、master は彼の徒弟もしくは servant を矯正 correct できるとし、さうにもし master の妻が彼を (servant のことか — 引用者) 打擲 beat すれば、それは辞職の正当な事由になるとつけ加えた (262)。ここでは Blackstone はまだ Dalton に忠実である。ところが、同書第 8 版は、数ヶ所言句の訂正をほどこして、内容をすっかりかえてしまつたのである。master が矯正できるのは徒弟だけとなり、master の妻という表現の代わりに master または master の妻と変更された。そして、「もし、master または彼の妻が成年の servant を打擲すれば、それは辞職の正当な事由となる⁽²⁶³⁾」
として、成年の servant という概念をもち込

んたのである。恐らく servant を打擲したこ
 とに関する Blackstone の考えは、Dalton か
 らさほど離れてはいなが、たであらう。しか
 し、そこで使われた成年という言葉が、その
 前の文章から servant という言葉が抜け落ち
 て徒弟だけとなったことと相俟って、やがて
 一人歩きをはいぬることになる。成年から未
 成年という概念が反射的に生まれて徒弟と接
 合したのである。Blackstone に倣ったとす
 る Bird, Burn や Smith では⁽²⁶⁴⁾、Blackstone
 とは違、て、master は徒弟だけではなく、未
 成年の servant をも矯正できるとされた。そ
 れは大きなすりかえであ、たが、あやしまれ
 ることなく流通したのである。

E. servant を成年と未成年に分ける解釈
 は、しかしながら、Burn においては一時的な
 成功しか収めなかつた。Burn の第28版は、
 master は、彼の徒弟にたいして懲罪を下すこ
 とができるとする一方、家内奉公人、workman,
 labourer に懲罪を下しうる権利をば、きりと

否定了⁽²⁶⁵⁾。Burnはここではじめて、第8版以降のBlackstoneの立場と同一になつたのである。

その他の法律書においても体罰の地位低下は顕著である。Spike, Hertsletは、従弟への体罰は認められたものの、servantへの体罰は否定了⁽²⁶⁶⁾。BlackstoneをひきついでStephenのCommentariesでは、第6版(1868)までは、Blackstoneの当該箇書の引用が載せられてゐるが、第7版(1874)からは、体罰への言及が本文からはずされる。そして第14版(1903)になると、「今日では、masterがこの権利を行使することはほとんど勧められない」と記されるに至るのである⁽²⁶⁷⁾。

Encyclopaedia of the Laws of Englandはこの変遷を次のように要約してゐる。「体罰を課することのできるmasterの権利は、コモン・ローによつて認められてゐると、初期の著作家達によつて主張されてきた。若しservant — 彼にたいしてmasterは両親の

代わりである *in loco parentis* — について、
 する節度のある矯正の場合をのぞいて、現在
 でもそれらが認められているかどうかはきわ
 めて疑わしい(268)。」 若し *servant* につ
 いてする矯正を認めている点では、この立場は
 14版以降の *Burn* の立場と同じである。なぜ
 20世紀に入って *servant* についてする体罰を否
 定しようとする傾向が顕著な中で、このよう
 な解釈がでてくるのだろうか。恐らく混乱の
 一因は、徒弟には体罰が認められづけたと
 いうことに求められる。未成年の *servant* と
 徒弟に近似したものとして把握するならば、
 彼への体罰を許すこともたやすくたであら
 う。

F. 次に我々は、*servant* への体罰が許容
 あるかは禁止されたときの、それぞれの論拠
 を検討してみよう。そうすることで、体罰が
master-servant 関係の本質と深くかかわ
 っていたこと、従って体罰の肯定から否定への
 流れは、*master-servant* 関係の本質把握の

歴史的変化を示しているものであることを、
明らかにしているであろう。

なぜ徒弟の矯正是許されて、servant のそれは禁じられるようになったのか。servant の懲罰を肯認した Bird の見解と、それを否定した Winston v. Linn (1823) の判決理由をとりあげて、両者の弁証の違いに着目してみよう。Bird は、master の servant に対する権限の行使について次のように述べている。「master は、彼の家内奉公人に対して賃金を支払わなければならないが、彼を保護しなければならないが、その代りに、彼の合法的命令に対して servant から忠誠と服従とを期待する権利がある。これを実効あらしめるために、servant の abusive language, neglect of duty, misbehavior のいすれかに対して、理にかないうちにも適切な仕方でも servant を矯正できることを法は master に許した⁽²⁶⁹⁾。」

ここでは、master は賃金と保護を与える代わりに、命令への服従を期待することができる。

という対応関係が主張されており、体罰は、命令への服従から逸脱した行為にたいする制裁として考えられている。この弁証については、次のような関連する事柄が考慮に入れなければならない。(1) Birdは、Blackstoneを引用して、servantの矯正は2歳未満のservantに限られるとした。しかし、つづく箇所では、成人のservantによつてhigh provocationがあつた場合にmasterがservantを矯正したとしても、陪審はmasterがservantを打擲してもよいと考えているために、通常servantにたいしては、1シリング以上の損害賠償が認められることはない、書かれているのである(270)。なぜ、法律書が、法の上では成人のservantにたいする矯正は許されなくとも、実際にはそれは大目にみられていると、このような奇妙な叙述を行つたのだろうか。おそらくそれへの解答は、Birdがmasterの償金支払義務、保護義務と、servantの服従義務を対応させて、そこに相互性reciprocity

と見出したことに求められる。体罰が服従義務を担保するものであるならば、この相互性の原理をつらぬくためには、あくまでもすべての servant に対する体罰を認めなければならぬからである。(2) 体罰を下しうる servant の行為としては、“misbehavior” という概念が用いられている。別の箇所では、Bird は、servant の “moral infamy” に対しては、即時解雇が認められるが、“misbehavior” については、職人規制法にもとづいて治安判事に申請しなければ解雇は認められなかった(271)。従って servant の “misbehavior” に対する制裁として、即時解雇が認められない代わりに体罰が許されると Bird が法の論理を整理していたと解釈することもできる。Bird 以降になると、一方では、servant (なかんずく成人の servant) に体罰を加えることが難しくなり、他方では、servant の逸脱行為の多くが即時解雇の対象となっていた。服従義務を担保するものが体罰から即時解雇

に代わったのである。体罰が法の世界から消えていった理由の一端はここにあると思われる(272)。

Winston v. Lynn (1823) は、命令不服従、職務怠慢を理由とする徒弟の解雇が問題となった事件である。判決理由のなかで裁判官は、master は misconduct を理由として servant を即時解雇できるのに、なぜ同様の理由で徒弟を解雇できないのかを、master - servant 関係と、master - apprentice 関係の本質的な差異から説明しようとした。master と servant の関係では、servant が義務を果しつづける限りにおいて、master はその servant を扶養しつづける必要がある。この場合、servant が義務を怠れば、master の義務も消滅するから、master は servant を解雇することができる。他方 master - apprentice 関係は、master が徒弟に仕事を教え、保護することを目的とする。この master の義務にたいする対価は、徒弟となるに際して master に支払

われる謝礼金 premiumであって、徒弟が義務を果すことではない。従って、徒弟の misconduct を理由として契約を解除することはできないのである。ただし、master は、徒弟を教育する義務を遂行するために、徒弟を矯正することが許されるのである(273)。Bird では、体罰が master と servant の相互的關係から導きだされたのにならして、ここでは、解雇が master と servant の相互的關係から派生するものとして認められて、体罰は教育機能に付随するものとみなされているのである。

G. なぜ、そもそも master は servant にたいして体罰を課することができたのだろうか。この問いにたいする答えを見つけたことは容易ではない。というよりも、そもそもこのような問いかけがなされたとは考えにくいのである。体罰は、奴隷の時代から、厳しい反省を経ることなく継承されてきたものではなかったが、むしろ master の servant への力の行使が批判されることもなく、当然の

このように人々に受けとめられていたために、同様の力の行使が許される夫婦関係や親子関係とならんで、master-servant 関係が社会の基礎的關係となることができたと思像することができる。しかしこの関係も、私人の私人にたいする物理的強制力の行使を制限して、それを国家の独占物にしようとする動きの影響からのがれることはできなかつた。国家は——従って法は——体罰の制限を要求しつつ登場する。そこで発せられる問いは、なぜ体罰が許されるのかではなく、なぜ体罰は制限されなければならないのかであろう。Cowell の説明は、このような体罰制限の根拠にまで考えを及ぼしている点で興味深い。彼は人間を他人の権力の下にあるものとそうでないものとにわけた。前者は servants であり、後者は自由人である⁽²⁷⁴⁾。servants にたいする権力の純粋型は、領主の従臣にたいするものであって、それは生殺与奪をしばしば伴うものであった。しかし、「いまやこの

ことは、我が市民法によつて抑制されている。生殺与奪の権利は、最高權威にだけ帰属している。自分の servant を殺したものは他人を殺したのと同様に罰せられる。社会 common wealth にとつては、人々の生命・身体にだけは害を及ぼさないことが必要なのである。このために人々は、領主が cruelty や intolerable injury をなしたときに、生命・身体が司法によつて保護されるように、領主の権力を制限する法をもつているのである (275)。」

Cowell にあつては、servant はもはや擬制的血縁から切りはなされた他人であり、社会秩序が他人の身体への侵害を許容しないところに成り立っている以上、servant への侵害も許されないのであつた。この論理は、servant が血縁に擬せられることが少なくなるほど、即ち他人になるほど妥当性をおびてくる。この見地にたてば、19世紀に servant の体罰が認められなくなつていったことは、servant が master との擬似血縁関係から完全に解き

放たれたことを物語っていることになるだろう。

このように master の servant に対する力の行使が制限されて、ある限度内でしか許されなくなっただことは、servant に対する master の体罰を認められた論者さえも、master が限度をこえて矯正した結果 servant を死にいたらしめた場合には、それは故殺あるいは殺人であるとみなしたことにもうかがえる。Hawkins は、master が servant を矯正した結果死を招いたとしても、それは刑罰を免除されるべき理由のある殺人 Excusable Homicide であると考えた。しかし矯正が限度を超えた野蛮なものであれば、master は少なくとも故殺に問われるし、凶器を用いた場合などは、殺人を犯したことになると考えた (276)。

この区別は、Hale に受け継がれる。その際に Hale が考慮に入れるべきものとして矯正の仕方や矯正に用いた道具とならんで servant の年齢と地位に言及したことは、後の Blackstone

などによる未成年、成年の概念の導入との関連で注目される(277)。Baconもこのような考えの影響を受けて、masterがservantを懲罰することにおいて一定の限度をこえることを許さなかったのである(278)。

H. 我々はmasterのservantにたいする体罰を法がどのようにとらえたかを法の変遷の中に探ろうとした。体罰は、しかしながらmasterとservantの関係にだけ見出されるものではない。古くは子供が親と教師の鞭の下で育つたように、体罰は私人間のさまざまな権威関係とは切りはなせないものであった。我々がこれらの関係において体罰がどのように扱われてきたのかを概観することができるならば、それはmaster-servant関係と、他の権威関係との関連を明らかにすることに役立つであろう。実際、法律書では、masterのservantにたいする体罰は、教師と学生、父親と息子、あるいは夫と妻、親と子の関係におけるそれと類似的にとらえられてきたので

ある。その場合、それぞれの関係において体罰を行える権限は、義務（あるいは責任）をはたすことへの見返りとして与えられているという、相互性の原理にたつた弁証がしばしばなされたのである。Blackstoneは、「（古い法によれば）夫は妻に適度な矯正を加えることができる。なぜなら、夫は妻の misbehavior について責任をもつのであるから、法は、家庭内の懲罰によつて彼女（の行動——引用者）を抑える権力を夫に与えることが理にかなつているとみなす。この懲罰は、人が servant や子供を矯正できるのと同じ程度に穏健なものでなければならぬ。servant や子供について master や両親は（夫と）同じように責任をもつているのであるから（279）」と述べた。また、親の子供に対する力の行使についても、成年に達してゐない子供を矯正できること、そしてそれは子供への教育に伴つたものであることを主張した（280）。このように、master の servant への、夫の妻への、

そして親の子にたいする体罰は、三位一体の如くに扱われているのである。そして、Blackstone の初版では、すでに夫の妻にたいする体罰には懐疑の目が向けられていたのである⁽²⁸¹⁾。それがやがて servant の体罰、そして子供の体罰へと波及していくことは容易に予想されることである。しかし、子供の体罰にまで厳しい批判が向けられるようになるまでには長い年月を必要とした⁽²⁸²⁾。

I. 家族関係における体罰の問題は、master-servant 関係の究明という課題が、この関係の内部をさぐることで完結する性格のものではないことを示している。このように体罰という共通項を手がかりとした比較は、家族関係だけでなく、奴隷関係についても行うことができる。

The White Slaves of England と題する書物で我々は次のような叙述に出会う。「アメリカで奴隷主 masters が常日頃黒人奴隷を処遇している仕方を、イギリスでは master が

servants について行っている。アメリカの自由州でも、master は servant に命令できる。もし (servant が) 服従しなると master は賃金を減額したり解雇を行うことができるが、法はすべての暴力を封じている。… イギリスでは違、た状態が見出せる。法の構成には不備があり、哀れな servant を保護するには法の運用はあまりに金がかかる。もし servant が服従しなかつたり、どのようなことであれ、master の気にさわることをするれば、その罰として、蹴られたり殴られたりすることは、解雇や賃金減額と同じくらいありそうなことである (283)。」 この世紀には、servant を奴隷に比喩することか、世論を喚起する方法としてしばしば採用されてきた。世界の各地に奴隷制はひろがり、なかんずく合衆国の奴隷問題は耳目を聳動させた。イギリス自体奴隷貿易と手を切るための苦しみを味わってきたばかりである。しかし奴隷という言葉が衝撃をもち、それ故に工場法制定要求運動など

で扇動的に用ゐられたのは、外国に奴隷が
 なおも存在していたということだけではなく、
 ここに端的に表現されるような master と
 servant の関係が社会にあまねく存在してい
 ることが背景としてあったからではないだろ
 うか。MacDonell が master が servant に体
 罰を加えることは今や認められな...と考へた
 のも、体罰が奴隷的狀態を生み出すことを警
 戒したためであった (284)。

[D] Master の義務

A. master は、雇用契約を結んだ servant
 を雇入れて、全契約期間にわたって雇いつづ
 けなければならぬ (285)。これは servant
 の就業義務に対応するものである。この法の
 原則の発達は、とりもなおさず、雇用契約の
 ある特徴的な一面に先を投げかけている。即
 ち、雇うという契約そのものは、master と
 servant の関係を維持することのみを意味し、

それ以上に servant を特定の仕事に就かせる
ということを含んでいない。master は契約に
定められていない限りは、仕事を提供する義
務を負わないのである (286)。master と servant
の雇用契約関係は、請負契約関係とは違つて、
仕事の遂行自体を最終目的とするものではな
いことがここで再び想起されなければならな
い。servant は、現実に仕事をしていなく
ても、master の命令を待ち受けて、一旦命令が
下、たならば仕事を遂行できる態勢にある限
りは servant でありつづけるのである。他方、
Hartley v. Cummings (1847) が判示したよ
うに、雇主が出来高に応じて賃金を支払ひ、
もし仕事が不足して賃金が一定額に達しない
場合には、他の仕事を斡旋するという約束を行
つたならば、たとえ雇うという明示の約束が
なくとも、雇用関係が推定されるのである (287)。

辞職や解雇は、雇入れとは反対の事態であ
る。従つて、即時解雇の正当事由は、雇入れ
るという義務から master を免除するものを

意味した。このために雇入れるという master の義務は、解雇の法理と表裏一体となつて発達したのである (288)。

B. Daltonによれば、masterが食事の支給を拒否したことを理由として、servantは辞職できた (289)。この原則にたてば、masterには食事の提供義務があるかにみえる。しかし、19世紀から現代にいたる法律書は、この問題について二つの異なつた立場にわかれた。

Encyclopaedia of the Laws of Englandは、masterは契約に反対のことが明記されてゐない限りは、家内奉公人に適当な食事と宿泊場所を提供する義務があり、それを怠れば犯罪とされることもあるのになつて、その他のservantの場合には、契約に明示的・黙示的に定められてゐない限りはそのような義務を負わなかつた (290)。これは、Dalton以来の法の原理が家内奉公人の場合に生きつづけたことを示してゐる。しかし Smithでは、家内奉公人とその他のservantの区別はあらわ

れていず、食物やその他の生活必需品の提供義務は、明示的であれ、黙示的であれ契約にのみもとづくといわれているだけである (291)。

その後、Halsbury, Batt, Diamond は、Encyclopaedia と同様の立場をとり、Parkyn, Eversley は Smith 的見解にとどまった (292)。

master が食事や宿舎を提供する義務に違反した場合、それが刑法上の軽罪に値するものであるのかといった問題が、19世紀前半にフロースアップトされ、ついには制定法が定められるに至った。

R. v. Friend (1802) は、master が徒弟に食事、衣服、寝室などを提供しなかったために徒弟の健康が著しくそこなわれたとして、master が軽罪に問われた事件である。問題の重要性に鑑みて、王座裁判所は慎重に考慮を加え、裁判官全員の合議で、自分の世話がまだできない若干の児童、徒弟、servant に対して充分な食事と宿泊場所を提供することを拒否したり怠るならば、軽罪として起訴し

うるとの見解に達した⁽²⁹³⁾。法廷は、その場合、当該 servant が若年で自分の世話ができない旨が正式起訴状に記載されていなければならぬとした。この考えは、R. v. Ridley (1811) においてさらに厳格な条件へと発展させられた。Lawrence 裁判官は、判決理由の中で、servant が若年であって、かつ master の支配と統制の下にゐることが起訴状に書かれていることを要求した⁽²⁹⁴⁾。成人の servant は必要な食事を与えられなくとも、master に抗議するか、あるいは辞職したり、さらには治安判事に告訴することができるのであるから、master の不作為は契約違反ではあっても犯罪とはならない。これにたいして若年の児童に同様のことをすれば、起訴すべき犯罪となるといふのが法廷の用いた論理である⁽²⁹⁵⁾。

このようにして、servant は若年のものとそうでないものとの二つに分けられた。興味深いことは、servant の体罰をめぐっては、成年の servant と未成年の servant の区別が

なされてゐたのにたいして、ここでは異、た基準が採用されてゐることである。問題は、この基準が曖昧であることにある。(296)

16歳の女性の赤内奉公人が十分な食事も与えられずに「生きた骸骨」と形容されるほどになった事件の裁判で、裁判官が16歳はもはや若年ではないと断を下したときに、この問題は突如として世間にさらけだされた(297)。

1851年法はその産物である(298)。

1851年法は、「master, mistressが、徒弟もしくは、servantにたいして必要な食物、衣服、宿泊場所を提供する法的責任がおりながら、故意に、法的免責事由なしに、それらを提供することを拒否し、あるいは怠った結果、又はかかるmaster, mistressが不法に悪意の動機から、徒弟もしくはservantを攻撃した結果、徒弟もしくはservantの身体・生命が危険にさらされ、あるいは健康が恒久的にそこなわれるか、そこなわれそうであれば、そのようなmaster, mistressは軽罪に

問われる」と定めた⁽²⁹⁹⁾。R. v. Ridley 以来法廷で提唱されてきた若年の徒弟・servant という概念は、ここでは放棄された⁽³⁰⁰⁾。

この1851年法は、1861年の法律にほとんどそのまま受けつがれた。さらに、servant を攻撃した場合の規定を取除いた残りの部分がかの共謀罪並びに財産保護法(1875年)に紐込まれ、即決裁判によって、masterは罰金を課せられるか、収監されることになったのである⁽³⁰¹⁾。

C. 医療義務。masterが病気のservantに医薬を提供しなければならないのか、あるいは、第三者がservantに施した医薬の代金をmasterが負担しなければならないのかといった問題は、19世紀初頭ではまだ明確な解答をえていなかった。Newby v. Wiltshire (1784) では、masterが医療費を負担しなければならないとする主張と、それに反対する主張とが対立し、法廷は後者の立場を採用した。しかし、Scarman v. Castell (1795) で、首席裁

官 Kenyon 卿は、master は必要な医療を提供し、servant の受けた医療の費用を負担しなければならないと述べて、逆の立場にた、た⁽³⁰²⁾その後の判例は、Newby v. Wiltshireでの法廷の判断が広く受け入れられたことを示している。法廷は、法の論理的帰結として一つの立場を選んだというよりも、master が医療費を負担することで、過大な責任が master の上におかれることを恐れたのである⁽³⁰³⁾。

D. master の補償義務。servant の職務遂行中に起、たすべての出費、損失、債務にたいして master は補償しなければならない⁽³⁰⁴⁾。ただし、それらは servant の過失によって生じたものであ、てはならないし、servant が違法であるを知、てした行為についてはあてはまらないのである⁽³⁰⁵⁾。これらの法の原則は、servant を当事者とする訴訟の判決の集積の中から抽出されてきたというよりも、違法な約因⁽³⁰⁶⁾、代理人の本人にたいする補償請求をめぐる判例を通して形成されて

きた、より一般的な法則を、master-servant 関係へ適用した結果であった(307)。

E. コモン・ロー上では、masterは同僚の servant の過失によ、てひきおこされた servant の傷害にたいしては責任を負わなるとされた。Priestley v. Fowler (1837) は、雇主の命令で乗、た運搬車が故障して怪我を負、た servant が、雇主の管理責任を問うた事件である。この事案にたいする法廷の判断はきわめて実際的な配慮にもとづいていた。首席裁判官 Abinger 卿は、もしこの裁判で雇主が servant にたいして責任があるとされるならば、masterは自分の管理してゐる事柄における過失の結果のすべてに責任を負うという一般的な原則の確立を促すことになると考えた。裁判官が最も恐れたことは、そのような原則の帰結として、masterが彼のすべての servants の過失にたいして責任を負うという事態が生じることであった。「このような結果のばかばかしさ、とまではいわなくても、その不便

さは、このような原則を本件に適用することが不適切であることをよく物語っている。ほんとうのところ、masterとservantの関係だけでは、masterが自分自身に松う以上の注意をservantに松わなければならぬという、masterの義務を推定させるには十分ではない。彼は確かに判断、情報、信念の訂すかぎり、雇用においてservantの安全に配慮しなければならぬが、servantもmasterの仕事で、自分の安全を危険にさらさなければならぬことはないし、自分に害があると思、たならば、その仕事を断れることもできるのである⁽³⁰⁸⁾。ここには法の論理よりも、法の適用の結果にたいする過度ともいえる不安感が顔玉の面かせている。このような推論の連続性が許されるならば、この判決によって形成される法の原則も、その適用において同様に、「ばかばかしさ、とまではいわなくても、不便さ」を生み出すであろうことに、裁判官の思いはいたらなか、た。

masterに過大の責任を負わせることをいさめて、むしろ servant の側の注意を求めた Priestley v. Fowler の考えは、同僚の過失から怪我をした servant の起した訴訟に適用されて、雇主に過失が証明されない限りは、同僚と原告の共通の雇主には責任はないという法の原則を生みだしていった。

Hutchinson v. The York, Newcastle, and Berwick Railway Co. (1850) は、同僚の運転する列車にのり、た職務中の servant が衝突事故で死亡した事件である。もし第三者である乗客が死亡したのであれば、鉄道会社は事故にたいして責任を負わなければならないのにたいして、同僚の過失によって死亡した servant には会社は賠償責任がないと判示された(309)。第三者の雇主にたいする訴権が基礎をおいている servant の行為は master の行為であるという法則は、servant 間の不法行為には適用されなかったのである。servant は雇用契約によって、職務にともなう通常の

危険を引受ける。この判決によつて同僚の過失から生じる危険も、通常の危険の範囲内とされたのである(310)。このようにして、1880年に制憲法によつて変更されるまで、この共同雇用 common employment の法理によつて、servant は他の servant によつてひき起された事故の結果に甘んじて耐えねばならないとされてゐたのである。

F. 勿論、共同雇用の法理の発展は、職務上の安全に関する master の責任を完全に免除するものではない。master は起りうべき危険から、職務中の servant を守るべく、十分な配慮を払わなければならないし、master の過失による servant の傷害には、master は責任を負うのである。ここで注意されなければならないのは、この法の原則は、古くに確立してゐたというよりは、19世紀後半に共同雇用の法理と相即的な関係に立って、展開してゐたと考えられることである。そもそも Priestley v. Fowler は、雇主の過失をめぐ

る事案であり、その判決理由で、masterはできる限り servantの安全に配慮しなければならぬと述べられたことがこの法則の出発点であった⁽³¹¹⁾。以後これに関連する判決は数多くある。鉄道労働者⁽³¹²⁾、建設労働者⁽³¹³⁾、鉱山労働者⁽³¹⁴⁾などが原告として登場してくるのをみると、この法が、いかなる背景の下に形成されていったかを推測することは困難ではなぬ。Clarke v. Holmes (1862) ; Grizzle v. Frost (1863) では、危険な機械をめぐって雇主の義務違反が問題となった⁽³¹⁵⁾。我々は、家内奉公人が主役となつてコモン・ローを形成したのとは別の舞台が用意されてきたことを知るのである。この新しい世界の登場を目のあたりにして、本章はきびすを返して自分の領域に戻らなければならぬ。それは本章の対象とする時期に続く時代に展開するのである。産業革命期を主たる対象とする研究が家内奉公人については声高に語りながら、工場労働者の切実な問題を正面にすえ

ることができない皮肉な状況を痛感しつつ。
しかし、それこそが法の状態であつたのである。

G. masterは、servantの辞職時に人物証明書(推薦状)を出すことがあつた。とくに家内奉公人が就職口を見つけるに際して、この証明書の果たした役割は大きい(316)。特定の仕事に就くservantに技能が要求されたように、家内奉公人にはとりわけ良い性格が求められた。証明書を頼りに採用を決めるために、証明書の内容の正確さ、証明書の真贋は、masterにとつては重大な関心事であつた。このようなmasterの意向を背景として生まれた1791年法は、人物証明書の偽造や経歴詐称にたいする罰則を定めた(317)。

Carrol v. Bird (1800)によつて、家内奉公人にたいしてmasterは人物証明書を発行する義務を負わなかつた(318)。このことは、家内奉公人の採用において人物証明書が重要ではなくなつた、たつたということの意味して

いるのではない。むしろその重要性が知られていたのでこそ、その発行が master の義務とされることを否定する必要が生いたのであると思われる。master は、人物証明書を出さないという制裁の手段を手に入れたのである。

servant にたいして発行された人物証明書は servant の所有物であるから、servant が解雇された際には、master は前の master が当該 servant に与えた証明書を返還しなければならぬ (319)。その際に master がその証明書を servant が misconduct によって解雇された旨を書き加えても違法ではないとされた (320)。それは、証明書がたとえ servant の財産であっても、そこに servant の解雇という servant の不適格性をなにより物語る烙印を押すことが許されるということであった。

前の master が虚偽であると知りつつ発行した人物証明書を信じた現在の master がそれによって被害を蒙った場合には、たとえ前の master に詐欺によって利得をえようとい

う意思がなくても、彼は現 master にたいして損害賠償の責任を負うのである (321)。

H. master が人物証明書や手紙、あるいは口頭で、servant の品性について自分の意見を述べたことが、時として servant にたいする名誉毀損として問題になった。servant にたいする厳し〜評価を master が公表することが servant の信用を傷つけて彼に損害を与えることになることは、容易に想像できよう。しかし、損害賠償請求への道を大きく拓けば、master が servant の人物について評価を下すことがそもそも不可能となり、またそのような率直な情報が欠如すれば、servant の採用は master にと、ては危険な賭となるだろう。

18世紀末葉から形成されてい、た法の原則は、master が利害や義務を有する関係者に servant の性格、素行に関して中傷的な表示をしたとしても、反証がない限りは、悪意のないものとみなして、master は名誉毀損には問われないとした (322)。即ち servant の操

行について、masterの言、たこと、書いたこととは、すべて免責特権のあるコミュニケーション priviledged communication とされて、たとえ servant を中傷することになっても、文書誹毀や口頭誹毀には問われなかつた⁽³²³⁾。ただし、それが servant に損害を与えようとする動機からなされた場合だけには、特権は認められず、master は名誉毀損にたいして servant に損害賠償をしなければならない⁽³²⁴⁾。従つて裁判では、master が関係者あてになされた特権を与えられたコミュニケーションであるとの答弁を行つたならば、それにならして、servant の側が master の悪意の動機を立証しなければならない⁽³²⁵⁾。

Gardner v. Slade (1849) では、この特権は単に master の利益のためだけではなく、正直な servant のためにも重要であるといわれてゐる⁽³²⁶⁾。しかし、その目的は、あくまでも servant の品性に関する情報の伝達を促進すること、servant の採用にともなう

危険から出来る限り master を保護すること
にあった。servant は、master から低い評価
しかえられなければ、将来にわたってその重
荷を負うことになる。それは解雇にも劣らな
い厳しい制裁である。たゞらう。両者が同時に
使われれば効果は、そう大きい。

Pattison v. Jones (1828) は、原告であ
る servant が、別の master によつて採用さ
れることを聞き及んだ被告である元の master
が、この servant が misconduct によつて解
雇された旨を新規に採用しようとしたものへ
書き送り、結果として原告が採用されなかつ
たために、文書誹毀として訴えられた事件で
ある (327)。ここでは元 master が乞われぬ
ままに servant の人物について意見をのべた
ことが重視されて、master の動機が善意と判
定されるためには、求めに応じて意見を發表
した場合に比べて、より強力な証拠が必要で
あるとされた。このように、名誉毀損をめぐ
る訴訟では、master に悪意の動機があつたか

が争点となった。

一連の訴訟を通じて、masterの表現にたいする免責特権の範囲がひろげられてゆく傾向をみることができる。Child v. Affleck (1829) では、masterがservantの性行について、彼の以前の雇主に通報した場合にも免責特権が認められた⁽³²⁸⁾。この結果、もしservantが現在のmasterから烙印を押されてしまえば、かつて働いたどのmasterからも良い推薦を受けられなくなることもありえた。さらに、masterがservantに直接に彼の行状について言明をおこなっても免責特権が与えられた⁽³²⁹⁾。また Somerville v. Hawkins (1851) では、masterが解雇されたservantの性行についての意見を他のservantsの前でのべても、免責が認められた⁽³³⁰⁾。このようにして、免責が認められる利害関係者の範囲が、これから雇入れようとするmasterから、以前のmaster, servant本人、さらには同僚のservantへと、より広いものへ広がられて

く傾向をみてとることができ (331)。 Whiteley
v. Adams (1863) で、Erle 首席裁判官が、「
 以前においては、privileged communication
 に関する法は、今日におけるそれと比べては
 るかに制限されたものであった。…法の原
 則は、他人が利害をもつ人間の品性について
 正しい情報が得られることが、社会の一般的
 利害でもあるという原理にのっとって、爾来
 だんだんと拡張されていって」と述べたこと
 は、とりわけ master—servant 関係にあては
 まるのである (332)。

IX Master, Servant, 第三者

master と servant の関係は通常契約的関係
 とは異なる。た権利と責任を生み出す。mast
 er は servant の行為に責任をもちながらも、
 他方では servant の訴訟を幫助したり、servant
 をそのかして職務を放棄させた第三者を訴

えたりすることが出来る。このように、master—servant の関係の法的効果は、単に当事者である master と servant だけではなくて、第三者にも及び。それは、(1) servant に働きかけて職務を放棄させて自ら彼を雇入れた第三者に master が損害賠償を求めたことと示されるような、master と servant の第三者にたいする権利と、(2) servant が職務遂行上行、た行為について、master と servant が第三者にたいしてもつ責任に大別され、後者はさらに、(イ) servant が master に代わって第三者と結んだ契約についての master の責任——それを本章は多くの法律書に依りて「servant の権限」という題名の下で取扱う——と、(ロ) servant の職務上の不法行為にたいする master と servant の責任、(ハ) servant の犯罪行為にたいする master の責任に分けられる。この法の領域の重心は、master の第三者にたいする権利と責任に大きくかかり、servant の権利と責任は比較的軽

微な扱ひしかうけてゐない。

master, servant, 第三者の相互の関係を定めた法は古くから法律家の関心をよび、はやゝ時期に体系化されてゐた。18世紀後半の Bacon や Blackstone にもなれば、その整理の仕方は、今世紀の法律書のそれとはあまり違わぬといふ印象を我々に与えてくれる。

[A] 法律書にみる master, servant, 第三者

A. 第三者と master, servant の関係を定める法は、コモン・ローにおいて発達をとげた。しかし、注意されなければならぬことは、制定法もこの領域の形成に——とりわけその初期において——大いに与つたことである。Dalton の Country Justice は、17世紀初頭までに、servant が master のもとをばなれて他の master に雇われることについて制定法と判例法が、くつ々の規則、法の原則

をすっかりあげていたことを示している。そこでは、まず、① servant が勝手に辞職して放浪したとしても、彼は制定法によって他の master の下に就労するように強制される。この場合に、前の master は servant を取戻すことができるのであるから、新しい master が servant を雇いつづけようとするならば、前の master の同意をえた方がよい。② これとは別に制定法によって、servant を雇入れられる場合同じ州内に居住する前の master にその旨を告知しなければならないと書かれている。ついで、③ やがてコモン・ローの重要な原則となる「もし或る者が他人の servant を、彼が他人に雇われている servant であることを知らずに雇入れるならば、その者はそのために罰せられることはない。しかし、他人の servant である旨を知らされたのちも雇いつづけるならば、この限りではない」ということが——Fitzherbert に依拠しつつ——述べられている (333)。そしてさらに、④

他人の下で働いている未成年者や servant を引抜くことについてする処罰にも言及される。

これらの原則は、恐らくは、第三者が既存の master—servant 関係を破壊するのを防ぐ法的手段として一括して論じられたのであろう。注目すべきは、ここでは制定法と判例法が密接に関連しつつ法を形成していることである。そして、master の第三者についてする権利を定めたコモン・ロー上の原則が、いまだに制定法の体系の中に埋め込まれたままであるとはいえ、すでにその姿をみせはじめていることである。

B. Jus Imperii は職人規制法と master—servant 間の訴訟にそれぞれ一章をさいたのちに、master が第三者についておこなった訴訟、servant の権限などをつづく五つの章にわたって論じた。そこでは、master, servant, 第三者の関係について類似の判例が集められて、その中から法の原則を抽出しようとする試みがなされている。同書第9章は、servant

が暴行を受けた場合には、masterはそのために servantの義務を失ったことを訴訟の原因にあげなければ侵害訴訟をおこすことはできないという原則をのべつつ、servantへの暴行に関する多くの判例、法律者からの板幹をのせている(334)。このことは、18世紀のほいめには、servantにたいする暴行についての法が完成していたことをうかがわせる。しかし、この書では、第三者が servantを勧誘して辞職させて自ら雇入れたことへの法的制裁はほとんどおこなわれていない。

Dalton と Jus Imperii の叙述は次のような推論へと我々をいさなう。servantの義務を失ったことを理由とする masterの訴訟は、まず servantへの暴行事件について提起されて多くの判例の蓄積をみる。他方では制定法の体系の中から、就業中の servantを第三者が雇入れる(或いは雇いつづける)ことに関する法が形成されてきた。そして後者はやがて前者の訴訟形式——即ち訴答に、義務を失

の7コト = タイ *per quod servitium amisit*
 と述べる — を採用することによ、て前者に
 として代わり、servant の労務の損失を理由
 とする一群の訴訟のなかでもその代表的地位
 を占めていたと考えられる。19世紀にもな
 れば、servant を勧誘して辞職させたこと
 についてする判例法は著しい発展をとげるのに、
 servant の暴行についての判決はほとんどみ
 られなくなる。そして法律書も、就業中の
 servant の第三者による雇入れを禁止するこ
 とが、初期労働立法の体系と結びついてその
 中で育まれてきたことを、稀にしか明示し
 なくなつた (335)。いまや誰か、第三者が
 servant に辞職をすすめて辞職後自ら雇入れ
 ることにたいする master の権利が、中世的
 な就労強制政策から生まれてきたことを意識
 するだろう。

C. 18世紀の前半に master と servant の
 第三者にたいする権利と責任を定めた法がま
 とめられつつあったときには、豊富な判例が

ら導きだされた原理が通常の契約的關係には
みられない、独自のものであることの理由づけ
が欠如していた⁽³³⁶⁾。暴行を受けたのは
servant であるのに、なぜ master が訴える
ことができるのだろうか。善後 master のた
めに商品をつけて購入している servant が、
master の名前をかた、て自分のために商品と
購入した時に、どうして master は責任をと
らなければならないのだろうか⁽³³⁷⁾。こ
うした問いかけにたいして法律書は答えをせ
まらねるようになる。

Bacon は、servant が商人との間に結んだ
契約にたいして master が責任をもつことを、
master が servant の行為から利益をひきだせ
ることと結びつけて考えた⁽³³⁸⁾。master は
次の理由によって servant の行為から利益を
ひきだすことができる。(1) servant のい
くつかの行為は、master 自身がしたのと同様に
有知であり、有利である。(2) master は
servant の善後と取得行為にたいして利益を

有してあり、(servant / 獲得物の master / 獲得物デア / *quicquid acquiritur servo acquiritur domino*) servant の行為は master の利益のためになされたと考えることができ
る。(3) servant が servant としての範囲
内で結んだ契約についても、master はそこか
ら利益をひきだすことができる。しかしその
ために他面 master は契約に拘束されざるを
えない。このように Bacon は、master の利益
を考えに入れることにより、servant の行
為を master の行為とみなすことができるか
ら、master が第三者にたいして契約上の責任
をもつこともそこに根拠があると考えた。こ
の理由づけは、master は servant の行為から
利益をえるのであるからそれに伴う危険も負
担しなければならぬ、という受益者負担論を、
他人ニ依リテ為ス者ハ自ラコレヲ為スモノト
看ナス *qui facit per alium facit per se*
という法諺に体现された法の考え方の基礎に
おこうとしていたのである。その場合に servant

の契約上の行為が master の行為とみなされ
うるのは、servant が全般的な権限 general
authority を与えられている事柄においてで
あるとされていることに注意しなければなら
ない。(339)。全般的権限といういささか不明
瞭な概念に最も結びつけられやすいのは、恐
らく servant の中でも家内奉公人であろう。
彼らの職務の範囲は、他の servant と比べる
ならば無限である。そうであるならば、
master が servant の結んだ契約に責任をもつ
のは servant が全般的権限をもっている時で
あるとする考えが、やがては契約上の master
の責任の範囲という法的問題を、servant が
家内奉公人である場合に限ろうとする立場を
生み出すことは不思議ではないのである(340)。

Blackstone は、master—servant 関係が第
三者にまでおよぶこととして、まず、master
による servant の訴訟幫助、master と servant
の自己防衛、自分の servant を雇った第三者
にたいする master の損害賠償請求権と、

た master と servant が第三者にたいしても
 つ権利をおけた。そしてこの箇所において、
 servant の義務を失、たことを理由とする
 master の第三者への権利は、master が彼の家
 内奉公人の義務にたいしても、持っている財産権
 に根拠をも、ていると記したのである (341)。
 つつて彼は master が下した命令にしたが
 った servant の行為に master が責任をもつ
 こととのへ、最後に職務中になされた servant
 の過失にたいする master の責任に言及して、
 master と servant の章を閉じたのである (342)。

Blackstone の叙述は、master と servant の
 第三者にたいする権利、master の契約上の責
 任、master の不法行為上の責任と、た後の
 法律書が踏襲することになる順序を行きあけ
 てゐる点と、義務にたいする財産権を master
 の第三者への権利の最終的根拠であると言
 ことにおいて我々の目を奪う (343)。しかし
 ここでは我々には彼のなした革新に驚かされる
 のではない。むしろそのま、たくの旧式さ、

そして同時にその古めかしさがかえって master — servant 関係の本質に迫りえるような深みに達していることに注目するのである。彼の主張するような master が servant の事務にたいして財産権をもつという考えは、直接には領主—農奴関係にその歴史的淵源をもち、さらにさかのほれば、奴隷主—奴隷関係におよぶであろう。そうであるならば、イングランドには奴隷はもはやいないと誇らしげにする Blackstone は、他方では自覚することなく奴隷制的伝統に依拠したことになるのである。Blackstone にならうて、master は servant の事務に財産権をもつと述べた Batt は、master は servant 自体へ財産権をもっているのではないとことわりつつ、この権利はイングランドに奴隷制が存在した時に起源をもつかもしれず、確かにそれは奴隷主が奴隷にたいしてもっている権利に近似していると述べ、最後に、にもかかわらず、この権利は、servant の身体 person への財産権ではない

と念を押した。この中々動いてゐる立言の中に、我々は近代社会が奴隷制を否定しつつも servant の存在を認めたとが一つの矛盾をはらんでゐたことを見出したくなる(344)。

The Encyclopaedia Britannica の master and Servant の項は、次のようにはいまつてゐる。「master と servant. 相方の同意によつて構成された関係。この国では、管務あるいは労働は財産とみなされており、犯罪を犯したために刑罰の一部として強制労働が課せられる場合をのぞいては、自らの意思に反してそれを奪われることはない。人が自発的に彼の労働を処分したときには、法は他のすべての合法的契約と同じように契約の履行を強制するだらう(345)。」人が自分の労働にたいして財産権をもつという考えは、19世紀に流行した契約的社会観に適合的であり、また古典派経済学の体系ともないむものであつた。しかしながらこのような考えは、法律書のなかで表明されたことはなかつたと思われ

る(346)。自己の労働への財産権が自由労働を連想させるとするならば、それは奴隷を思い起こさせる他人の労働への財産権とは対極にあるといえよう。経済学と法律は労働者についての相反する前提から出発している。しかし、この二つの考えは、みかけ上の対立にもかかわらず、労働(労働)を動産の如くに扱っている点では類似しているのである。そして労働を譲渡可能とみなすならば、自己の労働への財産権は容易に他人の労働への財産権に転化しうるのである。言いかえるならば、労働は譲渡されえるという命題は、自己労働への財産権を他人労働への財産権へと転化させて、経済学と法の間を架橋するべく考案されたものなのである。その限りでは、masterはservantの労働に財産権をもつという考えは近代的な衣装をまとって生きのびることができたのである。言いかえるならば、奴隷制を最も嫌悪する理論体系が、その帰結においては奴隷と区別しかたなく存在を非公式

にはあつた認めざるをえなが、たのである。

D. master は servant の事務にたいして財産権をもつとする考えは、「servant / 獲得物ハ master / 獲得物デアル qui quid acquiritur servo acquiritur domino」という法諺に体现された考えと共通の土壤に根ざしてゐるように思われる。いづれにおいても servant の事務が master の目的實現のための手段となつてゐるのである。

Coke's Institute は農奴が單純封土権の設けられ土地を「購入」しても彼らが自由民とはならない理由として、この法諺を引用した⁽³⁴⁷⁾。そして産業革命期に出版された同書第19版はこの法諺をさらに master—servant 関係にまで適用してみせた。「この奴隷についての法の原則（即ち、servant / 獲得物ハ master / 獲得物デアルという原則）は、或る程度まで徒弟や servant に、とりわけ前者にあてはまる。もっともその範囲と適用においては、多くの困難がつきまとつてゐるのであるが。

農奴によって獲得されたすべての物的財産、
人的財産は、それがいかなる仕方でも形成され
ようとも、第三者への権利への侵害とならな
い限りは、つねに彼の領主のものとなる。な
ぜなら、自分の利益のためには何も獲得でき
ないというのが農奴の苛酷な特徴であるから。
しかし、徒弟と servant の master にたいす
る関係はより穏やかで制限されたものであ
る。即ち、master は労働の性格や徒弟制度に
応じて、個別的にあるいは一般的に定められ
た期間の間だけ彼らの身体的な労働にたいす
る請求権をもつにすぎない。従って master
はかような労働の結果であるところのもの以
外のものにたいしては権利を主張できない。
徒弟や servant が master とともにいる間に、
あるいは現に master のために働いている間
に彼らの労働によって獲得したものが、上記
の原則にあてはまることについては疑いの余
地はない。また、徒弟や servant が master
の了解と同意をえて他人に雇われ、しかも収

入を放棄したことを示す事由がない場合について、疑問の生じることはないのである。(348)

ここに表明されてゐる見解をそのまま Blackstone とむすびつけることはむすかしくてであろう。Blackstone が「番符にたいする財産権」として、いわれたことは、この注では「番符にたいする請求権」となつてゐるのである。この二つの命題の結びつけ方の一つは、Coke's Institute に倣つて Blackstone の「う番符にたいする財産権」を、「番符による獲得物にたいする財産権」とよみかえることである。それによつて Blackstone の立言に含蓄されてゐた「奴隷」とのつながりをたらしめることができ、19世紀に盛行した考えに Blackstone をひきつけることができる。しかし我々は「番符にたいして財産権を有する」という表現に固執して、そこにこそ master-servant 関係の本質がひそんでゐるとしばしば考えてみた。(349)

E. Bacon が servant の契約上の行為にたいする master の責任を論じる際につけた、

servant の行為は master の行為であるといふ命題と、Blackstone が master の第三者への権利を十全に説明するものとした、master は servant の業務に財産権をもちとする考えは、彼らにつづく法律書においても、master と servant の第三者にたいする権利と責任を説くための貴重な概念装置となつた (350)。

これとは異なつて、Spike は第三者にたいする master の権利を、master-servant 関係において master が保護者あるいはパトロールの役割を与えられることから派生すると考えた (351)。判例の分析から導きだされたのは、難いこの見解は、master-servant 関係がパターナリズムと親和的な関係にあることをよく把握しているといふよう。実際に、第三者にたいする法的関係という観点からみても、master-servant 関係は、夫婦関係、親子関係と相似的な構造を有していると考えられるのである。

X 第三者にたいする Master と Servant の権利

[A] 労務の損失

A. Dalton は、人が他人の servant をそうであるとは知らずに雇うても罰せられないが、当該 servant の master から連絡を受けたのちに雇いをつづけるならば罰せられるとのべて、さらに現在では（制定法によって、servant を雇い入れようとする）master は、servant が移動証明書をもっているか否かに注意しなければならぬとつけ加えた。我々はこれによって、17世紀初頭までには、第三者が他人の servant を雇入れることに関する法が形成されてきたことを知ることができる。しかしそれが制定法とは切りはなされて、コモン・ローにおいて master に損害賠償請求権を認めるまでにはいたらなかった。たか

差かではない(352)。むしろ我々が知りうるのは、17世紀になると、第三者が servant に暴行を加えた場合に、コモン・ローにおいて master が第三者を訴えることができたこと、そして master は訴答の中で、servant が負傷したために労務を失った旨をのべねばならぬとされていたことである(353)。master は servant が暴行を受けている場面に遭遇したならば自ら介入することもできたが、それだけでなく損害賠償も請求できたのである。「私の servant が打擲された場合でも、暴行の程度がひどくてそのために master がその servant の労務を失うことがなければ、master は暴行にたいして訴訟を起さない。それにとたいしてどんなささやかな暴行についても servant は訴えることができる。その違いは、master は彼の servant の身体への打擲にたいして損害賠償をえるのではなくて、労務を失ったが故に賠償をえるということにある。従ってそもそも(暴行という)行為が訴訟の原因で

はなく、労務の損失がそれなのである⁽³⁵⁴⁾。』
 という説明は、この法の原則の17世紀初頭における完成度を物語っている。

このようにして、コモン・ローにおいて第三者の行為によつて servant の労務を失った旨 (per quod servitium amisit) を申立てれば master が第三者を訴えることができる道がひらかれた。そして servant になされた不法行為や期間満了前に仕事をやめるといふ勧誘のために servant の労務を奪われた master も、第三者を訴えられるようになった⁽³⁵⁵⁾。それは広い範囲にわたる。Everard v. Hopkins (1615) では医療ミスによつて一年の間 servant の労務を失った master が、あるいは Hodson v. Stallebrass (1840) のように大にかまれた servant の master が、また Martinez v. Gerber (1841) では、相手方の過失によつて交通事故にあつた servant の master が、訴訟当事者になつたのである⁽³⁵⁶⁾。

B. この種の訴訟の中でも、servant を働

誘い、辞職させて自らの雇、に第三者にたいする
 訴訟は⁽³⁵⁷⁾、他人によつて娘を誘拐 seduc-
 tion — 娘が男に誘惑されること — さした
 父親（あるいは母親）への救済手段として用
 いられたことによつて有名になつた。⁽³⁵⁸⁾ 勧誘や
 誘拐にたいして訴が提起されるようになつて
 も、依然として、その基礎が master が義務
 の損失を蒙つたことにあることに変わりはない
 （359）。従つて娘が誘拐された場合でも、
 義務を失つたことによる損害がなければ —
 父親を master に、娘を servant に擬制する
 ことができなくなるから — 訴えることはで
 きない。そもそも単に親子関係が存在すると
 いうことだけでは、娘の誘拐にたいして父親
 が対抗手段をもちえなかつたからこそ、この¹⁵
 ような master—servant 関係で展開した訴訟
 形式を借用する必要が生まれたのである⁽³⁶⁰⁾。
 では娘の誘拐から生じる義務の損失とはどん
 なものなのだろうか。誘惑されて妊娠した娘
 の出産費用などが救済法にもとづく親の扶養

義務の範囲内であるならば、親は自らの意思によらずとも費用を弁済しなければならない。しかしこのような損害は、娘が義務を失ったことから生じたものではないから、親は自らの本費を理由として誘惑した男を訴えることはできない(361)。また娘が他人の下で奉公中に誘惑されても、父親はそれによつて義務を失うのではないから父親には請求権が認められない(362)。娘の誘拐をめぐる訴訟では、むしろ、義務の損失は、同居中の娘の妊娠、出産、産褥によつて親が娘の義務をえられないことから生じるとされる。従つて誘惑されても妊娠しなければ、親は第三者を訴えることができないとされることのあるのである(363)。この他にも、娘の肉体的、精神的傷害によつても義務の損失がおきるとされる(364)。このようにして娘の誘拐に関する法が形成されてい、た結果、同じ義務の損失をめぐる訴訟であっても、servant を勧誘して仕事をやめさせて雇、たことへの訴訟と、娘の誘拐にた

いするそれとは、訴訟を成り立たせるための要件に大きな違いが出てくることになった。前者では、雇用契約が結ばれていなければならぬが、後者では雇用契約の存在を原告が積極的に証明しなくてもよいかわりに、娘の妊娠、病気といった事実が存在しなくてはならない。

しかしそもそも法の主眼が、父親が娘の労務を失ったことの救済にあつたのではなから、労務の提供が上記の事案のように明白に疑わしかったり、労務の損失が原告の訴答にのべられていながら、した場合などをのぞけば、法廷は娘が実際に父親にたいして労務を提供したという証明をさかしくは要求しなかった⁽³⁶⁵⁾。「お茶をたてることさえも労務行為である」と首席裁判官 Abbot 卿はのべたのである⁽³⁶⁶⁾。さらに、Maunder v. Venn (1829) で、Littledale 裁判官が実際の労務の証明を不必要とする理由として、そうしなければ上流階層の娘の誘拐にたいしてこの法の

原則を適用できなくなるとのべたことは、
 master—servant 関係の存在することが法技
 術上の要請にしかすぎなくなっていることを
 如実に物語っている⁽³⁶⁷⁾。

このように実際の労務の提供の事実が法廷
 で重要視されなかつたことは、通常の master
 —servant 関係についても、servant が master
 の control の下にあることが重んじられて、
 servant は必ずしも労務を提供しなくても関
 係は成立するとされたこととパラレルである⁽³⁶⁸⁾

娘の誘拐に関する法は、master—servant
 関係において展開した法の原則を、娘と父親
 の間に応用したものであつたが、一旦、娘の
 誘拐に関する法が確立すると、今度はそれが
 本来の master—servant 関係にも反射して、
 servant の誘拐事件にも適用された⁽³⁶⁹⁾。

またこの法は血縁のない養子や伯父—姪の関
 係にも適用され⁽³⁷⁰⁾、さらに両親のかわり
 となつてゐるもの in loco parentice も親と
 同様に請求権があるとされていく⁽³⁷¹⁾。

このような servant の勧誘 enticing away にたいする法と娘の誘拐への法的救済における平行関係は、第三者による servant にたいする不法行為と娘にたいする不法行為においてもみてとることができる。 Randall v. Stevens (1853) は、被告の行為によって原告の娘が傷害を受けたために、原告が労務の損失を理由に訴えた事件である。ここでは娘が近隣の借地農に雇われていたにもかかわらず、毎晩帰宅して家事を手伝っていたことから、娘は原告の servant とされて、原告に損害賠償が認められたのである (372)。これはすでに servant について認められていた暴行にたいする master の損害賠償請求権を、父と娘の関係にも認めた例である。

C. 就業中の servant や徒弟に仕事を去ったり雇用契約を破るように勧誘することや、仕事を放棄した servant を雇いつづけることが不法行為として訴訟の対象となりえた根拠はどこにあるのだろうか。訴訟が制定法によ

るものであるならば、このような疑問は生
ない。そして確かにこの訴訟は古くは制定法
にちとつて提起されたのである。しかしや
がて制定法との関連が問われなくなつてしま
つた時⁽³⁷³⁾、この問題は法廷を悩ませた。
コモン・ローの上では、通常、第三者が契約
の一方の当事者をそそのかして契約を破らせ
たとしても、他方の当事者は契約の相手方に
たいしてだけ損害賠償を求めることができる
にすぎないのである。従つて master が ser-
vant をそそのかして雇用契約を破らせた第三
者を訴ええることを、法廷は新たに理由づけ
なければならなかつたのである。

訴訟形式に関する議論は、この問題に一つ
の解決の道を示唆している。娘の誘拐にたい
する訴訟形式が間接的な権利侵害に対する端
合訴訟 action on the case であるべきか、
直接的な暴力による権利侵害にたいして損害
賠償を求める侵害訴訟 action of trespass
なのかについての法廷の判断は、長、問一定

ではなかった。Chamberlain v. Hazlewood (1839)によって原告は、被告の行為による直接的な権利侵害にたいする侵害訴訟か、間接的な損害にたいする場合訴訟のどちらか一つを扱ふことができることとされて、これが確立した原則となった⁽³⁷⁴⁾。しかし古くは、労務の損失にたいする訴訟形式は侵害訴訟であった。その場合、前後に master は servant の労務にたいして財産権をもつという考えがあったと想定するのは無理ではない⁽³⁷⁵⁾。

master は自分の財産を侵害されたために、第三者を訴えたのではなかっただろうか⁽³⁷⁶⁾。

しかしこのような訴訟の背景にあった考えが、だんだんと消えていくと、どうして侵害訴訟がなされたのか、ひいてはどうしてこのような訴訟が可能であるのか人がにはわからなくなっていく。すでに Woodward v. Walton (1807) で、首席裁判官 Mansfield 卿は、servant が襲われて労務を失ったとして master が訴を提起することについて、master にたい

する直接的な権利侵害がないのにどうして侵害訴訟が可能なのかと困惑しているのである。

さらに興味深いことは、奴隷をめぐる訴訟の中で、この種の master の第三者にたいする訴訟の根拠が検討されたことである。議論の多くは、ここでも、暗黙のうちにはあっても、servant の義務にたいする master の財産権を想定していた。Chamberlain v. Harvey (1696) は、西インド諸島からイングランドへ運ばれてキリスト教徒となった黒人奴隷が第三者によって捕えられても、master が侵害訴訟を起すことはできないと判断した。なぜならばイングランドでは人は他人の person にたいして財産権を主張することができないからである。これにたいして、判決理由の中では、傍論として、徒弟が捕えられた場合には per quod servitium amisit をもって訴答をはいめるならば、侵害訴訟を起すことができることされた(377)。この対比を行うにあたって、裁判官は、property in the person

of another と property in the service of another の区別をたてている。法は前者については否定的傾向を示したが⁽³⁷⁸⁾、後者は容認した。経済学が労働者と労働(労働力)を分離させたのと同様に法においても、person と service が対比されているのである。経済学的把握がしばしば労働者の自己労働への財産権から議論をはじめ、法が master の servant の労務にたいする財産権を前提しているという違いにもかかわらず、両者はともに労働を労働主体から切りはなして論じることができるとした。その限りで両者は共通点をもっていたのである。

法が一人の人間の person と service を別のもものととらえたところに、奴隷の存在が法の上では否定的な扱いを受けたのにたいして、master がその労務にたいして財産権をもつような servant の存在が積極的にとらえられた根拠があった。しかし person と service をこのように整然と区別することが、すべての

法律家によって素直に受け入れられておいて
いたのではなかった。Lumley v. Gye (1853)
では被告側弁護士が、servant の勤務を失
たことにたいする訴訟は servant が master
の財産であるという前提にたていて、奴隷
制にその起源をもっていると主張して、property
in the person と property in the service
とを分けることに疑問を呈したのである (379)。

Forbes v. Cochrane (1824) は、スペイン
領東フロリダのプランテーションの奴隷が被
告の勧誘によって逃さし、被告によってかく
まわれた事件である。すでに、Butts v. Penny
(1677) によって奴隷が認められている国——
この事件ではインド——では異教徒の奴隷に
たいする財産権が成立するから奴隷について
の横領訴訟 trover も認められるとされてい
たために、この事件でも同様にして横領訴訟
が認められるかが争われた。法廷は当該奴隷
が原告の所有にあるものなのかを被告が確か
めることができなかつたという理由で、Somm-

ersett's Case (1772) で確立した英領植民地の奴隷がイングランドに上陸するや自由になると、いう原則の適用によって、原告の請求をとりぞけたのである(380)。このように産業革命期になると、奴隷を勧誘し自らかくまうことにたいして法は寛大となるが、他人の servant を勧誘し、辞職させて自ら雇うことは損害賠償請求の対象となりうるというコントラストがますます鮮明になってくる。それはこの時期の社会の性質を何よりも雄弁に物語っているのである(381)。このように master の第三者にたいする請求は、しばしば判例や法律書によって、master が servant の労務にたいして財産権をもつことに根拠があるとされた。しかし19世紀中葉の Lumley v. Gye はじめとする判決は、このような古くからの考えとは全く異なった理由で、master の第三者への訴訟を根拠づけた。不法行為の結果他人の権利を侵害したものにたいしては——それを直接にいたしたもの(ここでは雇用契約を

破、た servant) 訴訟当事者としなくとも——
訴訟を起すことができるという新しい原則
をたてることによつて、master は契約の相手
である servant 以外の第三者も訴えられると
されたのである (382)。これは、昔籍にた
する財産権や制定法による説明の仕方とは違
つて、master—servant 関係以外にも広く通
用する法の原則を設けることによつて master
の訴権を認めようとするものであつた。そし
てこのことはさらに次のような結果をもたら
すことになつた。即ちこの原則によつて通常
の契約関係でも第三者への訴訟が認められる
ことになつたために、通常 of 契約関係と雇用
関係の大きな違いがとりのぞかれて、master
—servant 関係を通常 of 契約関係と同様の契
約関係としてとらえることが可能となつたの
である。

D. master—servant 関係が社会の基礎的
関係であつて、そこに社会存続のカギがかか
つてゐるのならば、社会を維持するといふ観

点からは、雇用関係のきつなをたらきらせて他人の servant を自ら雇うことは、単に私的な争いの次元にとどまらず公的秩序の侵犯となるだろう。かつて制定法がこの領域で力を振、ていた時には事態の公共的性格はあきらかであった。コモン・ローがそれを私法上の争いとしたにもかかわらず、servant に労務を放棄するように勧誘することは犯罪であるとする意見がなくなってしまう。たのではない。R. v. Daniell (1704) において首席裁判官 Holt が、servant に仕事をやめるよう勧めることは master に対する私的権利侵害であるから、犯罪手続である正式起訴の対象とはならないとの判断を下したのにたいして、Powell 裁判官はそれを正式起訴しうるものとした。その理由は、彼によれば、「従者と servant を規制する多くの制定法が存在しており、それらに違反することは正式起訴に値することである。なぜならば、彼らが良い秩序の下におかれていなければならぬ」とい

うことは公共の関心事であるからである。人が他人の妻を説き伏せて夫のもとから去らせることは、今回のことと比べてより公共的性格があるとはいいがたいのにもかかわらず、人類の共同のつながり the common society of mankind をこわすものとして正式起訴の対象となるのである。本件は master と servant の間におかるべき公共の信託と信頼をほろくすす傾向にあるのである (383)。 Powell 裁判官は、master—servant 関係は、夫婦関係と並んで単なる私的關係ではないことをそれらへの第三者の介入が正式起訴に値するものであるという形で表現したのである。

E. 第三者が他人の servant を勧誘して自分で雇ったために不法行為に問われた時に、servant と原告は master—servant 関係になければならない。しかし、後年になるとこの場合でも servant の一身専属性は必ずしも要件ではないとされるに至った。 Rist v. Faux (1868) では、誘拐された娘は農業遺産とし

て被告に雇われており、家事に従事しえる時間ばかりだが午後6時から朝の7時までであった。しかし法廷は娘が父親の servant であることを認めて、父親の勝訴となった(384)。この判決では娘は二人の master の servant であることが確認されているのである。このように娘の誘拐事件に際して master—servant 関係の法理を適用することによって親の損害賠償請求への途をひらく方法は、娘が父親の servant であることを名目的にはあく主張する傾向を助長し、その結果として servant は一人の master にだけ雇われるという servant の一身専属性の原則の解体に一役買うことになったのである。

では娘が父親の servant であるとするならば、両者の間には雇用契約が存在するのだろうか。1867年になって Evans v. Walton で被告側代理人がとりあげるまでは、長、間たれもこの根本的問題に触れようとはしなかった。この事件では、被告側が次のように問題を提

出していた。誘拐されて、被告と短期間同棲した娘は妊娠もせず、病気にもなっていないのであるから、娘の誘拐に関する法理による限りは、原告側は訴えることはできないはずである。では本件にたいして通常の servant の勧誘に関する法理は適用されるのであろうか。しかしそのためには雇用契約が親と娘の間に結ばれていなければならぬ。娘の誘拐に関する訴訟では雇用契約が存在することの証明を求められぬとしても、servant の勧誘をめぐる訴訟では雇用契約の存在を立証しなければならぬからである(385)。このように議論を進めて被告側が本件では雇用契約は存在せず、従って訴訟は成立しないと主張したのに対して、法廷は、娘は事実において父親に労務を提供しつづけているのであるから、そこに雇用契約の存在を推定することができるとした。そしてたとえ娘の妊娠などによる労務の損失がなくても被告の行為によって雇用契約が中断されたのであるから、

原告は訴を提起できるといふ判断を下した。このようにして雇用契約は名目的なものになつてゐたのである。

娘の誘拐をめぐる法理はそもそも servant の勧誘に関する法の原則から派生してきたにもかかわらず、独自の原則を発達させてゐた。しかしこの Evans v. Walton では、Willes 裁判官が、「家族における父親は、彼の娘が義務感と子としての感謝の念から彼にするとこの苦勞 service についてみるならば、通常の master と同じ地位にたつてゐる」とのべたように、それはまた servant の勧誘の法の原則に収斂してゆく傾向を示してゐる (386)。そしてその過程の中で、servant の勧誘に関する法においても雇用契約そのものが副次的な役割しか与えられなくなつたのである。

Lumley v. Gye (1853) は、servant の勧誘に関する法が発展した結果、法廷はもはや servant という身分自体を不要にするに至つたことを示してゐる。劇場での上演を約束し

た俳優が第三者の勧誘に応じて別の劇場に出演したこの事件では、当該俳優が原告と master-servant 関係にあるとは訴答にのべられていなか、たために、果して servant の勧誘に関する訴訟として扱われうるのか問題となった。法廷の多数意見は、俳優が厳格に master-servant 関係にはなくとも、労務を提供するという約束があるならば、第三者が servant を勧誘して雇入れたことについて法の原則を適用できると判断した⁽³⁸⁷⁾。この立場からは、contractor も他人について一定期間労務を提供する約束をしているのであるから、servant と contractor の間に一線を画す必要がなくなると、両者ともにこの訴訟にたいむことになる。この事件でさらに興味深いことは、Coleridge 裁判官が多数意見の中で、問題となっている法の原則は労働者規制法にはいまるのであるから、法の原則が適用される servant の範囲は労働者規制法の対象とする mechanics and labourers in husbandry

に限られるべきであるとのべたことである (388)
この考えは訴訟の適用範囲の限界という点では Taylor v. Neri (1795) での法廷の判断に近かった。Taylor v. Neri は、オペラ劇場の歌手が暴行を受けたことについて劇場の支配人が、歌手の首領を失ったとして損害賠償を求めた事件である。ここでは、法廷はこの種の訴訟は家内奉公人に関する場合にだけ認められるという判断を示していたのである (389)。

このように娘の誘拐に関する訴訟では、父親の賠償請求を認める目的で擬制的な master-servant 関係を設定したために、従来の master-servant 関係形成の要件とされてきたことから、もはや要求されなくなっていた。同様に servant の勧誘に関する訴訟でも、法廷は厳格な意味での master-servant 関係をこえて法の原則を適用しようとした。このような第三者にたいする master の損害賠償を認める法理の適用範囲を拡大して、こうとす

る流れの中では、訴訟の原点を14世紀の初期
労働立法にまでたどって、適用範囲を限定し
ようとする Lumley v. Gye での少数意見は小
さなうすとなって消えていくほかはながた。

だが、皮肉なことに、現代になると法の原
則を狭い範囲にとどめておこうとする解釈が
再び頭をもたげてくるのである。 Halsbury's
Laws of England 第三版は Taylor v. Neri
の立場を採用して、第三者の不法行為によ
って身体に侵害が加えられた結果労務を損失し
たという訴えは、家事をしてゐる家族構成員
又は家内奉公人の場合だけに限られるとして、
Lumley v. Gye などの判例を無視した。さら
に同書第四版はこれをうけて、一般的には雇
人が傷害を蒙ったことにたいして雇主は権利
侵害者に損害賠償金を請求できないとのべ、
それへの例外として家内奉公人の場合をあげ
たのち、「家内奉公人が事実上消滅してしま
ったのであるから、(この例外は)ほとんど
重要性をもたない」と断念して、長い歴史を

生きのびてきた法の原則に死亡宣告を行、たのである (390)。

F. 他人の servant を勧誘して自ら雇入れることと、勧誘はしなくとも、他人の servant であることを知りながら雇入れることの区別が、Adams v. Bateald (1591) でなされ、勧誘しなけば、master は第三者を訴えることはできないとされた。これにたいして、Blake v. Lanyon (1795) は、たとえ勧誘がなくとも — そして雇入れ時に他人の servant であることを知ってゐなくとも — 他人の servant である旨の通知をうけたあとでも雇いつづけるならば、当該 servant の master が訴えられると判示した (391)。この場合、すでに Sykes v. Dixon (1839) ; Pilkington v. Scott (1846) についてみたように (392)、訴を提起しうるためには master と servant の間に拘束力があり強行可能な契約 binding and enforceable contract が結ばれてゐなければならぬ。Lumley v. Gye (1853) や娘の誘拐

の法が示すように、第三者が servant を勧誘して辞職させて自ら雇入れたことにたいする訴訟では、拘束力のある雇用契約の存在の立証は必ずしも求められなかつたが、他人の servant を知らないうで雇入れた者にたいする訴訟では、拘束力のある雇用契約が master と servant の間に存在することが訴訟要件であるとされたのである (393)。

G. 労務の損失にたいする賠償金として、娘の誘拐の場合には、親の精神的損害にたいする賠償金が認められた (394)。これにたいして通常の servant の場合は、労務の損失によって生じた損害にたいしてだけ賠償金が認められる (395)。ただし、この労務の損失をどのようにとらえるかがしばしば問題となった。Hambleton v. Veere (1670) は、徒弟が徒弟契約期間の途中で被告の勧誘によって辞職し裁判にかけられた場合には、陪審は賠償金として期間満了時までの労務相当部分を認めることができるかどうかという問題を提示

した。被告側代理人は、徒弟は判決後に再び以前の master のところに戻って働くのであるから、もしこれを認めると master は徒弟の労務から二重に利益をえてしまうことになるし、まして戻った徒弟が期間満了前に死亡したならば、master は労務がなされながら、大部分までも賠償金をえる結果となると主張し、法廷もこれを受入れたのである (396)。Hambleton v. Veere では長期の契約期間の servant の労務の損失が扱われたのに対して、Gunter v. Astor (1819) はこれとは反対に契約期間が短い、あるいは不確定な場合に、労務の損失が何を意味するのかという問題を投げかけた。ここでは、辞職した servant が個数賃金で働いていたために、被告側は servant が元におった仕事をかたづければ、いつでもやめられる状態にあったことを指摘して、賠償額は高々半日分の労務に相当する額でしかないことを主張した。しかし法廷は、賠償額は servant が辞職することから生じた直接的被害だけに

限られるのではないと判示したのである (397)。

労務の損失に関する訴訟は次のことを明らか
かにしてくれる。masterは雇用期間中の servant
のすべての労務にたいして権利をもっている。
従ってその期間中に servantが第三者によっ
て雇われたのならば、masterはそれに関し
て損害賠償を請求できるし、第三者の下で
servantが得た利益を自分のものとして主張
できるのである (398)。masterは servantの
身体を完全に拘束することができないとして
も、servantの労務に関連する事柄、とりわ
け労務から生じる利益にたいして権利を主張
できたのである。ここでは我々は、法律家によ
って masterは servantの労務にたいして
財産権を有するといわれたことの、より具体
的な内容を知ることが出来る。

娘の誘拐に関する法は master—servant関
係において展開した法の原則の適用である。
このことは広い意味での家族関係の法の形成

として理解されなくてはならない。古くは、
master - servant 関係は、夫婦関係、親子関
係と並んで家族関係の一環を形づくるものと
されてきた。家長（それは夫であり親であり、
かつ master である）の権威が、妻、子、
servant に及んでいった。法はこの権威関係を
やぶる者を personal injury を加えたとして、
その不法行為を問う方向へ向けていった（399）。
妻を奪われた夫は、妻との交わり the socie
ty of wife を奪われた故をもつて（per quod
consortium amisit）（400）、servant を奪
われた master は、労務を失った故をもつて
（per quod servitium amisit）、第三者を
訴えることができた。その場合、master -
servant 関係においてまず展開をみた法の原
則が、他の関係にもち込まれたように、これ
ら三つの私的な関係に第三者が加えた行為に
たいする法的救済は、おたがいに相似的な構
造をもつことになったのである（401）。従っ
て、master - servant 関係で発達した法が夫

婦関係、親子関係に適用されただけでなく、逆に、狭義の家族関係について形成された法が、master-servant 関係にもろ込まれることもおこりえたのである (402)。Higgins v. Butcher (1606) は、このような法の展開の経路をよく示している。これは第三者の暴行によつて死亡した妻の夫が原告となつたのについて、妻が死亡した場合には夫に請求権がないとされた事件であつたが、判決理由の中で裁判官は、servant が死亡した場合にも master は訴えることができなると法を拡張してみせたのである (403)。

[B] Maintenance (訴訟幫助)

通常他人の訴訟の費用を肩代りするなどして、訴訟を援助することは訴訟幫助 maintenance とみなされて不法行為とされた。しかし、master が servant の第三者にたいする訴訟にたいして援助することは許されてゐたのであ

る (404)。

[C] 自己防衛

A. servant が第三者から暴行を受けた場合に master は介入してこの第三者に攻撃を加えることができるのだろうか。いうまでもなくこの問題は、master が暴行を受けた際に servant が相手を攻撃しえるのかということと対にならなければならないのである。

B. servant と master がそれぞれ、第三者によって相手に加えられる暴行を防ぐために介入できるといふ原則を、古い法律書は介入した結果第三者が死した場合には罪に問われるのかという、やや極端な事例によって説明している。Hale によれば、暴行によって死の危険にさらされた master を救うために servant が相手を殺しても、防衛殺人として刑罰を免除される。しかし、master がそのような事態に追いつまされていながら殺人を犯

せば、それは — servant に殺意がなくとも — 少なくとも故殺 manslaughter とみなされるのである。通常本人にしか認められていない自己防衛による防衛殺人が servant にも認められている (405)。ここで興味深いことは、同様のことが servant を防衛する master の行為にも認められているだけでなく、夫と妻、親と子の間にも認められていることである (406)。我々はここにも master—servant 関係と家族関係の同型性をみることができるし、正当防衛に限ってみれば、master と servant あるいは夫と妻は、それぞれ対等に権利が認められていることを知ることもできる。

c. servant に暴行を加えられた master を守る義務があることは、はやくから法の原則として受け入れられていた (407)。これにたいして master が servant を守ることができるとは長、間確立した原則がなかった。17世紀初頭の Seaman v. Cuppledick (1615) には、master の介入を認める立場に、

反対の立場の対立がみられる。masterの介入がなければ、彼は servantの義務を失うであろうというのが前者の至たる論拠であり、それは、一見すると奇妙なことではあるが、「領主は彼の農奴を防衛することが出来る。なぜならば、農奴は彼の相続財産であるから。」という考えによって支持されていた。他方では、servantが masterを防衛するのは、彼の義務であるが、masterには servantを守る義務がないと主張された。ここで見逃すことができないのは、この事件において、かの Cookが masterの介入を認める立場から、servantを動産と比べたことである。「もし、他人が動産を奪おうとするならば、それを守るために力を行使してもよい。したがって、もし人があなたの牛を打ちすえようとしているならば、牛達を守ることは正者である。また同じように自分の息子や servantを守ることも出来る。勿論、彼らのために治安を乱してはならないのではあるが、他人が servant

を襲、平時、彼をほお、ておくつもりでなければ、servant を奪り、襲いかか、た人を打、てもよいのである(408)。この説明は、servant の労務を失う事態を防ぐために、master は介入してもよいとする考えをさらに掘りさげたものであり、master は servant の労務にたいして所有権をも、てゐるという見解とも重なり合う。しかしそれはさらに重大な——そして master—servant 関係の基礎を探ろうとする者には魅力的な——意味を含んでゐるように思われる。もしも、Cook のように servant を奴産として、家畜と同類とみなして議論を進めることができるならば、そこには servant と奴産奴隷を区別するものは何もないのである。Cook の議論が、servant を奴隷と考えることの上になり立、てゐたことを、自由の擁護者として Cook を称揚した人々は知、てゐたのだろうか。

Seaman v. Cupple では我々は master の介入を支持する議論の中に、master—servant

関係の法的淵源とこの関係の性格を示唆する
 二つの見解が、並んで表明されているのを見
 ることができる。一つは、master—servant
 関係を領主—農奴関係と重ね合わせる議論で
 あり、もう一つは master—servant 関係の根
 底に master—slave 関係が横たわっているこ
 とを指示しているものである。

つづく、Leewerd v. Basilee (1695) では、
 法廷は Seaman v. Cuppledick とは異なり、た
 判断を示した。servant は master を防衛す
 るためであれば、雇主を襲、他人間に威力を
 振るうるが、master は servant のために彼を
 襲、た者に力を加えることはできない。た
 ならば、雇主は servant の義務を失ったこと
 にたいして訴訟を提起できるのであるから (409)。

しかし、この問題にたいする法廷の態度は、
Tickel v. Read (1773) で三倍に变化した。
 首席裁判官 Mansfield 卿の示した判断は、
Leewerd v. Basilee の判決が最終的なもので
 はなか、たことを明らかにしている。この事

件で注目すべきは、servant を援けた master を弁護する側から、master と servant の義務における相互性が主張されたことである。「master と servant の義務は相互的 reciprocal である。もし servant が master に対して誠実と服従の義務を負っているならば、master は servant に対して保護と防衛の義務を負うのである (410)。」しかし Hale のように、master の防衛義務に対して servant の防衛義務を対置することができるならば、この主張のように、servant の誠実・服従義務と master の保護・防衛義務との間に相互性を見出す見解の妥当性は疑わしくなるのである (411)。

[D] Servant の権利

第三者の不法行為によつて servant の義務を失つた master は第三者を訴えることができる。しかし、たとえ第三者が master への

義務に違反した結果 servant が損害を蒙、たとしても — その第三者が servant にも義務を負、ていな、限りは (412) — servant は第三者を訴えることはできない。 Winterbottom v. Wright (1842) では郵政長官に郵便馬車を提供することを契約した被告にたいして、郵便馬車を運転する契約によつて郵政長官の servant になつた原告は、馬車の欠陥による損害を理由として賠償をえることはできなかつた。契約違反によつて生じた権利侵害においては契約当事者のみが訴えることができるという一般的原则がここには適用されたのである (413)。 Priestley v. Fowler (1837) の場合と同様に首席裁判官 Abinger 卿は、もしこのような訴訟が認められるとするならば、馬車が事故を起した時に、馱者だけでなく乗客や通行人までが、馬車の提供者に損害賠償を請求できることになつて、「最もばかばかしく腹立しい結果が終ることなくつづく」と考えたのである (414)。

XI 第三者にたいする Master と Servant の責任

[A] Servant の権限

A. servant に master はいかなる契約締結の権限を与えているのかという問題、即ち、servant のおこなった行為のうち master はどこまで第三者にたいして契約上の責任を負っているのかということは、master—servant 関係、husband—wife 関係のように権威関係でありながら、関係の両項が同一の利害で結ばれていることを主張する私的な関係に、たえずつきまとう問題領域である。Nickson v. Brohan (1712) はこの問題の所在をよく示している。ここでは master の命令に反してなされた servant の行為が、master を拘束するかが争われた。servant が命令に違反したこ

とをとりあげて master には責任はないとする見解にたいして、法廷は、servant は master のために仕事をすることによって彼から全般的権限と信用を与えられているのであるから、servant の行為は master をしぼるものであることだ。servant が命令に背いて行動しても master に責任が求められた理由は、servant が命令に違反したことを第三者が知りえないということにあった。「もし (servant の) 全般的権限が master と servant 以外の者には知られない、特別の指令や命令によって中断されるならば、master との直接的取引以外の取引はなくなってしまうだろう (415)。」 第三者、即ち master と servant 以外の人々の期待を裏切らないように master と servant の関係は規制されねばならないのである。そしてそれは master が責任を負うという仕方になされたのであり、法廷は master が servant から損害賠償を支払うことも認めなかった。

しかし、ここに表現されているより大きな

問題は、servant が master の目的実現のため
の手段であるときにも、servant が自己の
意思と目的を持ちつづけることをやめさせる
ことができないという、master—servant 関
係の核心にせまる問題である。servant の権
限に関する法は、servant の道具的性格を強
調するというよりも、むしろ servant が master
とは別の人格であることを前提とせざるをえ
ないのである。

B. 19世紀中葉に Smith は master から
servant に与えられた権限内で結ばれた契約
しか master を拘束しないとして、権限がい
かなるものであるかを論じた(416)。しかし
一世紀後の Diamond での叙述は Smith 以降に
法律家の考えに変化があったのではないかと
疑わせるに足るものである。彼によれば、
servant は master の命令に服するものであ
るから、本来は servant が master に代わ
って法律行為を行う権限はないはずである。た
だ master の命令があつた場合には servant

は master を代理する権限を与えられる (417)。
ここでは servant が master のために契約を
結ぶことが彼の通常の職務のうちにあるとは
考えられてゐない。servant の権限に関する
Smith と Diamond の表現の微妙な違いは、現
代に近づくほど法は servant の権限を狭く限
定してゐるのではないかという印象
を我々に与える (418)。

Bacon や Bird は「servant の行為は多く
の場合に master の行為とみなされる。それは
master と servant の間に存在する関係か
ら生じたものである。なぜならば、厳格にい
うならばたれしも自分のことは自分でしなけ
ればならないが、法の好意と寛容によつて人
は自分のために行爲するやうに他人に委任す
ることができるのである。従つて彼は少なく
とも私法上は代理人 substitute にたいして
責任を負つてゐるし、権限に従つて servant
の行為は master の行為とみなされう (419)」
とのべて、master の不法行為上の責任と契約

上の責任を説明した。ここでは master の責任が master—servant 関係に根拠したものと考えられていることに注意しなければならない。servant が単なる代理人であるならば彼には master を拘束するような契約を結ぶような権限は与えられなか、たであらうという Spike の考えも、master の責任——とりわけ契約上の責任——の根拠を master—servant 関係そのものに求めたものと解することができる (420)。しかし 19 世紀末の MacDonell になるとこれとは反対の見解が表明されている。「master と servant の関係は後者に前者を拘束するような権限を与えはしない。ただ servant は彼に割当てられた特定の義務から契約に関して master を拘束する権限を導き出すことができる (421)。」もはや master—servant 関係そのものが master の servant にたいする責任を生みだすとはみなされていないのである。それが servant の行動にたいする master の統制を一層強める方向にあるものであること

とは言うまでもない。

C. ChittyとSmithには見逃すことのできない二つの見解の相違がある。Smithはmasterがservantの結んだ契約に責任をもつという法の原則は「本人と代理人の一般法に根ざしているというよりもむしろその基礎である⁽⁴²²⁾」とのべて、差使関係法が代理に関する法の展開を促進した面を強調した。これにたいしてChittyの『契約論』では、本人—代理人の法の一環としてmasterの責任が論いられている⁽⁴²³⁾。Smithがこの法の領域が歴史的に形成されていく過程においてmaster—servant関係の果たした役割をよく把握してそこに力点を置いたのに対して、Chittyは契約法が一定の完成をみて本人—代理人の法がまとまってきた時期での法の構造をよくおさえているように思われる。両書にあらわれているように形成過程ではmaster—servant関係の事例が本人—代理人の法を形づく、たものの、代理の法が自立して独自に発展をとげていくよ

うになると master の契約上の責任に関する法もそれに包摂されていくのである (424)。

servant の権限の範囲を論じる際に、法廷においても法律書でも全般的権限 general authority と特別権限 special authority の区別がなされ、それに対応して全般的代理人 general agent と特別代理人 special agent の区別がおこなわれた。Chittyによれば、master から全般的な裁量と権限を与えられて、master の仕事について全般にわたって master のために行動するのが全般的代理人であり、それに加えて特定の目的のためだけに雇われるのが特別代理人である。特別代理人の権限をこえた行為に master は責任をもたないから、このような代理人と取引するものはその権限をたしかめなければならぬのである。¹⁵この定義では全般的権限は広い範囲にわたる無限的な権限とされる (425)。これに加えて Smith は全般的権限は無限的な権限のことではなく、ある事柄を何度も繰返しておこな

える権限であつて、特別権限はそれを特定の場合に一回だけできる権限であるとみなしたのである(426)。

本人—代理人関係が成立するという点でも master—servant 関係と家族関係は共通して、妻は夫の代理人となることができた(427)。ただし master—servant 関係とは違つて夫と妻は法的には同一の人格とされてゐたことに注意されなくてはならない。興味深いことには、本人—代理人の法がまだ master—servant 関係の法のうちに埋め込まれたままであつた時期に、妻が夫の代理人になるということが妻が夫の servant になりうるというように表現されたことである(428)。そこでは servant と代理人は同義である。我々は Chitty の『契約法』が「妻の夫の代理人もしくは servant として行動するという役割」とのべたことにも、その痕跡をみることができる(429)。

D. servant の権限に関する判例は古くから存在し、17世紀末までには、今日でも通用

して、いろいろの法の原則の成立をみた。
Law of master and servant のうち、ロー
ローが重要な役割を果たしている領域のなかで
も、解雇、賃金に関する法が産業革命期に大
きく成長をとげてい、たのに比べて、servant
が master の代理人としてもつ権限をめぐる
法は、それ以前にはほぼ完成されていたのであ
る。この法の原則のうちでまず注目すべきは
信用買に関するものである。

1690年に Holt 裁判官はある事件にたいし
て、「もし人が自分の servant に、現金で肉
やその他の物を買わせているならば、servant
が掛買をしたとしても master は支払責任を
負わない。しかし、servant が通常 master
のために掛買をしてい、るならば、たとえ
servant が master の命令なしで買、た場合
でも、商人から信用を与えられたのは master
なのであるから、そのものにたいして master
は支払の責任を負、てい、る (430)」、とい
うきわめて簡潔でしかも一般的な判断を下し

た。一見したところ、ここでは、現金取引と信用取引の違いが問題にな、ていゝかにみえる(431)。しかし、その背後には、servantがmasterの代理人となるところから生じる危険負担の問題が横たわ、ていゝる。取引の相手方は、代理人としてのservantにたいして、あたかも本人自身と取引していゝるやうに行動せざるをえな、い。他方servantが自分に課せられた代理人としての役割に忠実であるとはかきらな、い。権限にもとづかない代理人の逸脱行為は、本人—代理人関係が異な、た意思をも、た二つの人格を、同一の意思で結びあわせようとするところからさけがたく生じるものであ、らう。有権代理と無権代理を厳格に区別する手段は相手方には与えらな、ていゝない。できることは、代理人の過去の行動を争がかりとして、代理人に逸脱があるかどうかを推測することだけである。取引をまかされていゝるservantの無権代理行為の中で本人であるmasterもしくは取引の相手方に損害を与え

のは、上述の判決理由にみられるように、①
通常現金で取引をしていながら、servantが
その現金を横領して、信用取引した場合と、
②普段から信用取引をしていて、servantの
私用のためにこの信用取引を利用した二つの
ケースに限られる⁽⁴³²⁾。両者のうちで、相
手方がそれまでのservantの行動に照らして
無権代理行為であると疑うことができるのは、
前者の場合しかない。いかえれば、取引の
相手方は、後者に対してだけ完全に無防備な
のである。一方、本人であるmasterは両者
にたいして無防備である。したがって、前者
については、業者の側に責任を負わせやす
のにたいして、後者については、だれに危険
を負担させるかはも、ばら政策——Public
Policy——にゆだねられるべきことからなる
⁽⁴³³⁾。master—servant関係に新たな緊
張が生まれることよりも、商取引の内滑な進
行がそくなわれることを一層恐れてか、法廷
は、この場合に、業者よりもmasterに責任

を負わせることとした⁽⁴³⁴⁾。このように、1690年の事件以後の一連の判決は、危険負担を決める際の判断基準を、相手方が代理人の無権代理行為を判別しえる手かかりを与えられていたかについて、①と②との間に一線を引いていた。

しかし、①の場合の、特殊な事例にあたる、masterが通常物品の購入や賃仕事のために servant に現金を渡していたにもかかわらず、servant が信用取引を行い、しかもその取引が master の便益のためになされた場合については、法廷は長一問全く別の根拠にもとづいて、master の責任を認めさせた。Precious v. Abel では、「もし servant が買ったものが、master の使用するところとなるならば、それについて支払いがなされているかどうかを、master はみとどけなければならないはずである」として、受益者である master が責任を負うべきであるとした⁽⁴³⁵⁾。これが1690年判決とそれにつづく判決とは相違な

いものであることは明白である。ここに表明された考えが、表現代理をより狭く適用しようとする解釈を通じて捨て去られるのは今世紀になつてからである。それまでは、この考えが採用されつつけることによつて、結果としては、masterはより多くの、そして業者はより少ない責任を負うこととなつた。ここにいうmasterは主として家内奉公人のmasterであつて、資本家としてのmasterではないと想像される。

1690年の判決では、「servantが通常masterのために掛買をするならば」という条件のもとにmasterの責任がいわれたのによつて、すこし時代が下ると、masterは、ひとたび業者との取引に於いてservantが掛買することを許すならば、たとえ二度目の取引では現金決済を望んでservantに現金を渡したとしても、その現金を横領して信用取引をおこなつたservantの行為によつて責任をとらなければならなくなる(436)。

このようにして、1690年にほぼ完成された形で提出された法の原則は、その後、masterの責任の範囲がひろがる形で修正されていった。

このような信用取引と現金取引に関する数多くの判例は、masterから職務に関する全般的権限を与えられた servant (general agent) の行為にたいする master の責任の中でも最も重要なものである (437)。

master は servant を代理人として信用取引を行なおうとする際には、それを servant に命令するだけでよい。しかし、一旦信用取引が開始されると、相手方の業者は servant が信用取引の権限を与えられているものとして行動するのであるから、servant に代理権を与えた旨の表示を master が撤回しようとする意思が当該の業者に伝わらないう限りは、master は servant と業者の取引に責任をとりつづけなければならぬ (438)。このように厳しい態度をとりつづけた法廷も、master が

ら商人宛になされる信用取引をやめる旨の告知については、後年、masterにたいして寛大になつた。Staveley v. Uzielli (1860) は、たとえ master から商人にたいして具体的に代理権の撤回の表示がなされなくとも、状況からみて、servant には信用取引の権限がもはやないと商人が考えていたと判断されるならば、master には責任がないとした (439)。

E. 信用取引に関する法の原則は、master から servant へ契約を結ぶことに関して黙示の権限が与えられているとこの考えにもとづいて展開していった。そうである限り、master を拘束するような契約締結の権限が信用買、以外の領域にも広がっていったことは容易に予想しえる。なかでも Southern v. How (1617) のように契約締結時に servant が保証 (warranty) を与える権限があるのかというところがはやくから問題となつた (440)。

Fenn v. Harrison (1790) や Alexander v. Gibson (1811) では、馬の販売をまかされて

いた servant には馬が健康であると保証する
黙示的な権限が与えられているとされた⁽⁴⁴¹⁾。
servant に与えられた馬を売る権限は、その
売買に附随するすべてのことをする権限を意
味すると考えられたのである。したが、て
master が servant に保証してはならないと命
じたとしても、servant が禁を破、て保証し
たのならば master はそれについて責任を
負わなければならないのである。その理由は、
「servant は彼に与えられた全般にわたる権
限の中で行動しており、公衆が master と
servant の間の私的な会話を知りうるとは考
えられないから」である⁽⁴⁴²⁾。このように
servant が欺いたときに master がその責任
をとるべきであるかということは不動産取引¹⁵
をめぐる訴訟でも問題となった。また Prescott
v. Flinn (1832) では小切手を振出していた
事務員がかつて裏書きをしたことがあれば彼
は裏書きをする権限をもっているとみなされ
うるとされた⁽⁴⁴³⁾。このような servant に

よる保証を master が禁じようとするならば、信用取引の場合と同様に、その旨を世間に知らせなければならぬのである。

17世紀末までには、物品を販売する権限（あるいは注文をとる権限）を与えられた servant はその代金を受けとる権限も黙示的に与えられているという法の原則が確立していた（444）。

しかし Puttock v. Warr (1858) や Drakeford v. Piercy (1866) は販売する権限を与えられている代理人は、特別の権限を与えられていない限りは、支払いを受取る権限をもっていないとした。servant に代金を払った相手方が代金回復の訴を提起した master に対抗できるのは、servant に明示的に代金受取りの権限が与えられているか、master が禁反言によって代金請求の訴を起さない場合だけなのである（445）。この変化は master の利益の一層の保護という効果をもたらした。その場合の master が商取引に従事している——従って資本家でもありえた——ことに目

が向けられなければならない。すでにのべた
ような家内奉公人の master が19世紀を通じて
servant の無権代理行為にたいしてとらさ
れた責任と比べると、master の利益の保護
という観点からみたとき、両者はまさに対照
的である。

Drakeford v. Piercy に示された原則を徹
底させたとすれば、それは master の利益を
保護することにはなるが、他面では円滑な
商取引を阻害することになりかねない。Barrett
v. Deere (1828) は、被告が原告である商人
の会計事務所を支払いに訪ねてきて会計係と
おぼしき人物に支払いを済めたところ、おと
になつて事務室にはかかろ人物は雇われてお
らず商人は金を受けとていないことが判明
したという事件である。首席裁判官 Tenterden
卿が「購入者が販売者の事務室に金をとどけ
て、そこで——金を受けとる権限が実際にあ
るかどうかにいかわりなく——業務をまかさ
れてゐるようにならぬ人物に金を払うことが

もし充分ではないのならば、このような高売の場での取引は不可能になるだろう。債務者は、高人が店内を統制しているから彼の許可なしで店内に立入って仕事を妨害するものと認められてはいないと考えられる権利がある(446)。」

このべたことによつて、masterの利益に著しく傾きかねないバランスが多分とも平衡を保つたのである。

Richardson v. Cartwright (1844) では、職人頭が製材所の所有者の明示の命令なしに第三者と結んだ製品供給契約の効力が争われた。被告の所有者側から、職人頭はこのような契約を結ぶ全般的権限も本件の契約を結ぶ特別の権限も与えられていないという主張がなされたが、法廷は職人頭には全般的権限も与えられているとして契約は有効であるとみなした(447)。このようにして、しばしば、servantが職務遂行上の権限をそのつど与えられているのでなければ、彼には職務上必要な権限のすべてが与えられているとみなされ

るにいたつたのである。しかしこのことは servant に無限定な権限を与えたことは意味しない。あくまでも「特定の目的のための代理人の雇主は、通常の状態の下でその代理に必要な権限のみを与えている⁽⁴⁴⁸⁾」ことに注意されなくてはならない。

如上の考へは、master—servant 関係をこゝて本人—代理人関係の法の原則として展開していく。ここに我々は、Smith がいふような、master—servant 関係の中で形作られた法の原則が本人—代理人関係の法の発展を促した面をみてとることが出来る。Pickering v. Busk (1812) は物品を仲買人の名義で登録したといふことは、本人が代理人である仲買人にそれを売る黙示の権限を与えたものとみなすことが出来るとした⁽⁴⁴⁹⁾。信用買の場合と同様に法廷はそうしなければ商取引が困難になることを恐れたのである。

F. しかし servant がいかなる事柄についても契約を結ぶ権限を与えられて⁽¹³⁾いないこと

もまた明らかである。たゞでは慣行によつて
 servant の権限が決まつてゐない時に (450)
 いかなる場合に契約を結ぶ権限があり、どの
 ような場合にはそのような権限がないのかを
 法廷が判断する基準は何であらうか。雇主は
 servant に職務遂行上必要な権限を与えてゐ
 るにすぎないから、通常の職務外のことを
 servant がしたのならば、その行為は権限外
 であつて雇主はそれについて責任をとらな
 くてよいであらう (451)。 East India Company
v. Hensley (1714) では、全般的代理人 general
 agent と特別代理人 special agent の区別が
 首席裁判官 Kenyon 卿によつて用ゐられた。
 それによれば、「前者では本人は代理人のす
 べての行為によつて拘束されるのにたゞして、
 後者では代理人が彼に与えられた権限の範囲
 内で行つた行為にのみ拘束される」のである (452)

この基準は、master (本人) と servant (代
 理人) の間での争訟では有効であつたであら
 うか (453)、表見代理を考慮に入れてゐない

ために servant の権限をめぐり、て第三者と master が当事者とな、た複雑な事件を扱、て、るイバラを切り払う力があ、たが疑わしい。法廷は信用買に関する判例によく示されるように servant がたとえ全般的代理人ではなくても、彼がそうであると考えて取引した者を保護したのである (454)。

特定の権限しか与えられていない servant (代理人) が緊急事態では越権行為を許されるのかということについての考えには大きな変化が19世紀後半以降に起、ている。法律書と、てみても Smith では緊急事態であ、ても servant の権限はひろがらないとされて、たのに、McDonnell, Diamond においては、これとは反対に、緊急事態では servant (代理人) に越権行為が認められて、それは master (本人) を拘束するとされるのである (455)。

19世紀半ばの判例では貸金支払、のために資金を借入れた鉱山責任者 (456)、鉄道事故で怪我した乗客の命を救うために医者よんだ

駅長⁽⁴⁵⁷⁾の行爲が権限外であるとされて、
本人である会社には支払責任はないとされた。
Smith ではこれらは、緊急事態においても
servant の権限はひろがらないと判示したも
のところが、後の法律書は、これら
の事案では servant は緊急事態でもないのに
master の利益のために越権行爲を行つたにす
かないのであるから、これらの判決によつて、
緊急事態に関する法の一般的原則がそこなわ
れることはないと考えた。

G. servant の権限に関するその他の原則
に簡単にふれておこう。無権代理人である
servant が結んだ契約を本人である master
が追認することと有権代理と同様の効果を生
じさせることができる⁽⁴⁵⁸⁾。それは、「後
のために契約がなされたその本人は、契約の
もたらす負担をかぶらないでそこから便益だ
けをえることはできない」からである⁽⁴⁵⁹⁾。

裁判において servant の権限に関する法理
を適用するためには、契約を結んだものと、

契約上の責任を追求された被告との間に master—servant 関係が存在していなければならない。しかし master—servant 関係をどこに認めるべきかが訴訟の審理での争点となることもある。た。船長の命令で船の必需品の売買契約が結ばれたときに、たれがこの契約の違反に責任を負うのか——船主か、船長か、その他の関係者が——といった問題に解決を与えることは容易ではなかつた (460)。 Thomson v. Davenport (1829) は代理人が本人の名前を明かさずに売買を行い、代金未払いのまま代理人が倒産してしまつた事件である。取引が代理人の名義でおこなわれて未払金も代理人の借金とされてゐたために、売買契約の当事者が代理人であるのか本人であるかが争われた。法廷は売買契約成立後に売手が取引の相手方が第三者の代理人であることを知つたときには、たとへば帳簿上では代理人を借方に記入してゐたとしても本人から代金をとり立てることができるといふ原則をたてて、本件で

も本人が売買契約上の責任を負うとしたのである(461)。

H. servant の権限をめぐる法律問題では、servant が master の代理人 agent であるという側面に光があてられた。しかし servant と agent は、同一ではない。両者の違いは、servant と contractor の違いなどとならんで、servant を走裁づける上で重要である(462)。

この両者の違いを問題とした判例は主として横領罪に関するものである。

R. v. Walker (1858) は、横領罪——それは制走法によつて servant と clerk に適用された——に問われた被告が servant ではなくて、agent であるとされて無罪となつた事件である。Bramwell 裁判官は、「本人には代理人が何をしなければならぬかを指示できる権利がある。これにたいして master には、この権利に加えて、いかにしてそれがなされるかをのべる権利がある」とした(463)。そして被告が給料を支払われていたことを、彼

が servant であるとする要件とはみなさなかつた。Bramwell 裁判官の定義は、servant を agent よりも狭くとらえて、前者を下位概念、後者を上位概念とするものであつた。servant は agent であるが、agent は必ずしも servant ではないのである (464)。

R. v. Walker では、どのように仕事をすべきかを命じることができるといふ点に焦点をあてることで、servant と agent の区別がなされてゐた。つづく横領罪をめぐる判例では、R. v. Walker の判決理由を継承しつつも焦点は仕事の態様よりも仕事にあてられる時間へと移つてゐた。R. v. Bowers (1866) では、被告が自己の判断で仕事にあてられる時間を定めることができるといふ点で彼は servant ではなく、agent であるとされたのである (465)。

他方、R. v. May (1861) で、servant の概念がコントロールの概念と切りはなせないのであることが確認されてゐることを考えるならば (466)、我々は、master による servant

のコントロールが、一連の判例によつて、まず仕事をいかに行うかを master が指示することを意味するとされ、やがてコントロールの核心は仕事を行う時間の決定権が master にあることであると具体的にとらえられてきたことをみることが出来る。

servant の定義づけをめぐつては、R. v. Walker のように仕事をいかにするか^の決定権に力点がおかれたために、通常 servant の特性としてあげられてきたものが無視あるいは否定される結果となった。給料の支払^いが servant の要件であることが否定されたことは、その一つである。さらに、R. v. Tite (1861) では、servant は複数の masters につくことが出来るとされて、master—servant 関係における servant の一身専属性が必ずしも絶対的ではないことが明らかになった。(467)

しかし、このことが R. v. Bowers の判断とは両立しかたないものであることは明白であり、R. v. Turner (1870) ではこのことが問題に

された。しかしこの判決でも一方における servant は master のコントロールの下において仕事にふりあてる時間を指示されるといふ定義と、他方での servant は複数の master につきうるといふ定義の両者がはらんでゐる対立は解決されなかつたのである(468)。法廷はそののちは、「一般的にいつて、人が servant や clerk であるかは、様々な状況によつてゐるのであるから、それは陪審にゆだねられなければならない(469)」とのべたことによく示されるようにこの問題について明確な態度を示すことをためらつた。

[B] Servant の不法行為

servant の権限として分析されてきた master の契約上の責任のほかに、民事上 master と servant は第三者にたいして servant の不法行為についての責任を負う。それは、servant のした行為について master が責任をもつこ

とと、servant 自身が責任をもつことの二つに分けて考えることができる。

A. master は servant が職務遂行中におこなったすべての不法行為にたいして責任をもっている(470)。この原則は17世紀末に形成されたものであり、それまでは、「もし私が私の servant に法にかなったことを命じたのに、彼らが不埒な振舞いに及んだりそれ以上のことをしたならば、それは彼の咎にないであるのだから、私ではなくて servant が責任をもたねばならない(471)」といわれていたように master の責任は限定されていたと思われる。しかしやがて法廷の判断は転回して、「御者の servant が少年をひいてしまえば、その過失による損害について master を訴えることができるし、鍛冶屋の雇人が蹄鉄を打ちつける際に馬を傷つけてしまうならば、master に責任があるのだ。・・・ servant の行為は master の権限によって行われる限り、彼の master の行為である(472)」といわれるにいたる。

Blackstoneになると、不法行為上の master の責任は、① servant が master の明示もしくは黙示の命令によつておこなつた行為にたいして、② servant が職務を通常どおり遂行する中でおこなつた行為にたいして、そして③ servant が過失によつて第三者に損害を与えた場合、の三つの領域に及びとされたのである(473)。彼は①について他人に依りて為す者、自らコレヲ為スモノト看ナス qui facit per alium facit per se という法語を引用したが、後になるとこの法語に体现された考えから、master の責任のすべてが導きだされることになつたのである(474)。

In re "Maria" (1839) は、servant の行為にたいする master の責任の根拠を、master が servant を自発的に選んだことにも拘りようとした(475)。同年のスコットランドでの Duncan v. Findlater (1839) の判決理由の中で、Brougham 卿は、「私は、私が雇つた者によつて私のために私の命令の下になさ

れたことに責任をもつ。なぜならば、私は私の好むときに彼を解雇できるからだ。…彼を雇うことを通じて私はすべての原因となつてゐるのであり、彼がしたことは私の利益のためであつて、かつ私の指示に従つてゐるのであるから、彼のしたことの結果にたいして私は責任をもつてゐる」と、masterの責任の原則を理由つけた(476)。ここには採用の自由、解雇の自由、雇主の権限、雇用の目的がmasterの利益のためであることが羅列されてゐる。それからかうしてmasterの責任がひきだされてゐるのかは明らかではない。servantの側にも就職の自由、辞職の自由がある限り前の二つが理由になりえるのかは疑わしいであらう。もしそうであるならば、不法行為についてのmasterの責任は、契約上の責任と同じく、servantがmasterの命令下にmasterの利益のために行動したということに根拠をもつとされたことになるのである。

Qui facit per alium facit per se の原則の確立は — その適用が拒否されるといふ仕方 — 同僚の過失によつて損害を受けた servant は、両者に共通の master にたいしては損害賠償を求めることができないといふ共同雇用の法理の形成を促してゐた。 Hutchinson v. York, Newcastle, and Berwick Railway Co. (1850) は、「(或る master に雇われて一緒に仕事をしている) 二人の servants は、それぞれに或る程度の危険をもたらし共通の仕事に従事してゐるのであるから、一方に過失があつた場合に、他方の(それによつて)怪我した servant はそれが master のではなくて同僚の過失であることを知つてゐる。彼は仕事に就いた時に自分自身の技倆や注意の不足からだけでなく、同僚におけるそれらの欠如から発生する傷害の危険にさらされてゐるのを知つてゐる。彼がそのような危険をおかすといふことを彼は master との間で契約したものと考へなければならぬ」として、

同僚の servants の間では、servant の行為は必ずしも master の行為とはならず、master の責任は問われないことを明らかにしたのである (477)。

B. master の命令で servant が不法行為をおこなえば master の責任は明らかである。地代相当分の差押えができる地主の権限は、もし地代分が相手方から提出されたときには、それを受けとらねばならないことを伴って、それから、執事が地主である master の命令を奉じて地代分の受取りを拒否すれば地主に責任がある (478)。

そして、Jones v. Hart でのべられたように servant の不法行為が master によって承認された職務に伴うものである限りは、master は責任をのかれることができなかつた。Roe v. The Birkenhead, Lancashire etc. Railway Co. (1851) の判決理由のなかで Pollock 裁判長がのべた一般原則は、Jones v. Hart 以来この領域では法の原則がほとんど変化して

いなることを示している。「一般原則は以下の如くである。servant の行為が、master から servant に与えられた明示あるいは黙示の権限にもとづかない限りは、master は servant の不法行為に責任をもたないのである (479)」 master の明示の権限だけでなく Turberville v. Stampe (1677) 以来、たとえ master の明示の命令がなくとも職務中に master の利益のために servant がおこなっている行為は、黙示の権限にもとづいていて、master の行為であるとみなされうるとされてきたのである (480) このように、servant が自己に与えられた権限のなかで犯した不法行為にたいして master は責任をもつという原則は、19世紀中葉までにはしっかりと定まった (481)。そしてこの原則にたって、何が不法行為を構成するのか、果して servant の当該行為が職務に伴うものであるのかを裁判で争われた。たとえば不正乗車を防ぐ任務をもつ車掌が正当に乗車した乗客を誤って車外に追っ出して怪我

をさせた場合のように、権限内でおこなった行為が本来雇主が指示していたことの目的と裏切ったとしても、雇主は責任を免れることはできないとされたのである(482)。

c. 不法行為が明白に master の指示によるものではない場合には、servant の行為が果して master の命じた職務に含まれたり付随するものであるのか否かは、容易に決し難い。Gregory v. Piper (1829) では、仕事の遂行に関して master が下した禁止命令が通常の注意を払っただけでは遵守しにくいものであるために、それを破って servant が不法行為を犯した場合にも master には責任があるとされた(483)。また、West Middlesex Waterworks Co. v. Suwerkrop (1829) などでは、追認に関する法の原則が適用されて、たとえ master が事前に命令していなくても、追認した行為が不法行為とされるならば master は責任を負わなければならない(484)。他方では Gordon v. Rolfe (1849) のように、

masterの命じた仕事のために servantが他人の機械を使用してその機械をこわしたとしても、masterが機械の使用を明言して、ない限りは、masterには責任がないとされたのである (485)。

servantの行為に masterが責任をもつという原則が、その実際の適用において直面する問題の複雑さを最もよく物語るのが、Joel v. Morison (1834) をはじめとする、servantによる車の運転中の過失をめぐる一連の判決である。Qui facit per alium facit per se は servantが職務中 in the course of his employment にしたすべての過失にたいして masterが責任をもつことを意味しているとする解釈 (486) にあられているように、当該行為をしたときに servantが職務中であり、たが否かは法廷の注目するところであった (487)。

問題は「職務中」が一体何を意味するかが必ずしも明確ではなかつたことにある。

Joel v. Morison 以降の一連の判決に先立

、て次のような原則が形成されていった。masterが責任を負う servantの行為の中には servantが職務中に無分別にした行為も含まれる(488)。ただし、servantがmasterの指示あるいは同意をえないうで故意に他人の車や船に損害を与えた——たとえば故意に自分の、ている馬車を他人の馬車にぶつける——場合には、masterには責任はない。M'Manus v. Crickett (1800)は次のような三段論法によつてこの結論に達していた。servantが彼に与えられた権限を遂行するなかでした行為にたいしては masterは責任をもつ。しかし servantが自分がそのために雇われている目的に固まらないうで自分の意思をあらわにしたとするならばそれは彼の権限外である。したがつて masterはこのようなおこなないに責任をもたないのである(489)。

Joel v. Morrison (1834)は、servantが職務中に私用で寄り道している時に起こした交通事故にたいしては masterに責任がある

が、servant が master の許可なく私用で車を運転している最中の事故については servant に責任がある、という判断を下した(490)。

ここでは servant が職務中であるということが職務時間中としてとらえられて、その時間内では master の命令に反して道はずれて事故を起した場合でも master には責任があるとされたのである(491)。しかしつづき、

Mitchell v. Grassweller (1853) は、Joel

v. Morrison にもとづいて判決を下していなが

ら、実質的には Joel v. Morrison とは違

た判断を下した。それは servant が master

の目的を追求しているのか自分の目的を追求

しているのかに判断の基準を求めようとして

いる点で M'Manus v. Crickett をひきついで

いる。本件では、配達夫が一日の課業を終え

たあとで雇主の同意をえぬままに荷車で同僚

を送り、そこから帰る途中で起した事故の責

任がどこにあるかが争われた。それは、servant

は master のもとへ帰還するまでは master

のための職務にたずさわっているといえるのか、あるいは servant が master にたいする義務に反することを追求してはばたかえ勤務時間中でも、master のための仕事についているとはみなされず、事故にたいしても、servant だけが責任を負わなければならないのかといった問題を含んでいるのである。法廷はこれについて servant は義務に違反しているのであるから職務中とはいえず、従って master には責任がないと判断した。それまで法が R. v. St. John, Devizes などを通じて master—servant 関係にあっては servant はたえず master のコントロールの下にあるとみなしてきたのにたいして、この判決は現実には勤務時間中であっても master の servant へのコントロールが完全ではないことを認め、その場合の master の責任を免除しようとしたものである (492)。

しかしながら、Mitchell v. Crassweller はこの問題への法廷の最終的な判断とはなら

なか、た。 Limpus v. London General Omnibus Co. (1862) は、雇主の禁止命令に違反して乗合馬車の運転手が競争相手の馬車の運行を妨害したために起した事故について、雇主の責任を認め下級審の判断を支持した。下級審で裁判官は、「master—servant 関係の存在するところでは master は servant が職務中におこな、た向う見ずで不適当な行、に責任がある」と陪審に説示して、たのである (493)。

運転手が雇主のためと考えてしたことについては、それがたとえ servant が故意に行、た違法行為であ、ても、またそれが職務遂行に避け難く伴うものであればたとえ雇主の禁止命令にもかかわら、たさ、たものであ、ても雇主に責任があるとする考、えは、Mitchell v. Grassweller よりも Joel v. Morison の立場に近い (494)。おそ、ら、くは Mitchell v. Grassweller の考、えにた、てば、servant は雇主の命令に違反して、たのであるから職務中であるとは考、えられなか、たであ、ら、う。法廷が下級審の判

決を支持した理由の一つは、賠償能力のあるものが責任をとらなければ被害者への救済策がなくなってしまうということであつた。それは servant の行為について master の責任の範囲をひろげていく強力な理由であつた。

Joel v. Morison や Limpus v. London General Omnibus Co. に示される master の責任の範囲をひろげる傾向は、Mitchell v. Crossweller や Walker v. South Eastern Railway Co. (1870) のような servant が職務中にした行為の範囲を限定しようとする動きと逆行してゐた(495)。判例は、以後も「職務中」の指示する範囲をひろげることと縮めることを繰り返してゐるのである(496)。

D. この法の原則は、法によつて servant の雇入を義務づけられてゐる場合などをして(497)、ほとんどすべての master—servant 関係に適用された。そればかりが、Buch v. Steinman (1799) では、直接の master ではなくても servant の行為に責任をもたされる

ことになつた。これは家屋の所有者が家の修理を請負業者に依頼したところ第三次の下請けの servant が道路上に石灰を放置したために原告が怪状をした事件であり、法廷の判断は家屋の所有者に事故の責任があるとするものであつた(498)。請負関係が幾重にも重なつてもその末端に位置する servant は最初の発注主の servant とみなさへうとする本件での法廷の判断は、master-servant 関係が二重、三重の雇用関係にもないことを示唆している点で類例の少ない貴重なものであつた。

E. servant の責任。servant は自らが犯した不法行為にたいしては、たとえそれが職務中になされたとしても責任を有している。

servant に責任があるとする法の原則を鮮明に打ちだした判決は servant が命令を逸脱した場合をのぞけば、master の責任に関する判例よりもむしろ時期にでてきたように思われる。Mires v. Solebay (1677) では、servant

が master の所有になると考えられた羊を master の命令で master の土地に追っ込みに
とこり、羊は原告のものであって master の
ものではなく、servant は不法侵害を犯した
として訴えられたのである (499)。この事件
ではまだ servant の責任は正面から問われな
か、たが、Perkins v. Smith (1752) になると
法の原則は疑う余地のないものになり、た
り、たとえ master の命令で servant が不法
行為をしたとしても master だけではなく
servant にも責任があるとされたのである (500)
従って職務中の不法行為について、第三者は
master と servant をともに起訴することがで
きる (501)。これは servant が master の代
理人として第三者と結んだ契約にたいして
servant が責任を負わないこととは対照的で
ある。

句論、master がする権利をもってゐること
を servant が master の命令でおこなふ、た場
合には、servant の行為は不法行為とはなら

ないのであるから、この原則は適用されない。
従って、たとえば、masterの土地に侵入した
者を servantが排除しようとしてケガをさせ
ても、servantは責任を問われないのである。(502)

masterの第三者にたいする不法行為上の責
任を扱った事件では、19世紀後半になると法
人 corporation, corporate bodyが多く登場
する。鉄道職員の不法行為について乗客が鉄
道会社を訴えたのはその典型である。法廷は
まず法人が訴訟当事者になることができるか
を判断しなければならぬが、た。この問題は、
法人が不法侵害や不法行為で有罪とされうる
のかと問うことと同じであら。た。法人は彼ら
のために行為をなすことを命じた場合には、
その行為が不法行為であってもその結果に責任
をもつというのが法廷のとるところであら。(503)

[C] 刑事上の責任

A. masterが servantの行為にたいして責

任を有するかどうかの問題領域のうちの重要な部分は、servantが犯罪を犯した時のmasterの責任に関するものである。そして一般的にはmasterは違法行為をするように明示的に命じたのでなければ、刑法上の責任を問われることがないとされてきたのである(504)。

州の執行官が強制執行令状にもとづく競売にたいして法に定められている以上に手数料をとったとして訴えられた Woodgate v. Knatchbull (1787) で、裁判官は争点である執行官が執行吏の行為にたいして責任を有するかという問題に判断を下しつつ、それをより広く master—servant 関係全体にひろげてみせた。「明瞭である唯一の一般的原則は、執行官は彼の執行吏の行為のすべてにたいして、自ら責任を有するということである。Litch の判例集には、執行官は彼の下役の違法行為 misconduct にたいして正式起訴されることはないが、損害賠償責任はあると記載されている。又 Douglas の判例集では、民事上の目的