

平成 22 年 5 月 18 日現在

研究種目：若手研究（スタートアップ）
 研究期間：2008 ～ 2009
 課題番号：20830097
 研究課題名（和文） コモン・ロー・システム発展史研究——日本民法典への影響を手がかりに——

研究課題名（英文） The Influence of English Common Law on Japanese Civil Code

研究代表者

高 友希子 (TAKA YUKIKO)

法政大学・法学部・准教授

研究者番号：40454962

研究成果の概要（和文）：『法典調査会民法議事速記録』を見ると、参考文献として英判例の記載があるにもかかわらず、英法の日本民法典への影響に関する研究は極めて少ない状況である。そこで本研究では、民法 716 条が立法されるきっかけとなった英国における独立契約者概念の形成・発展のプロセスを、判例の検討を通じて解明することにより、英法の日本民法典への影響について検討を加えた。

研究成果の概要（英文）：Although the drafter referred to English cases in *Hoten chosakai Minpo Giji sokkiroku*, research on the influence of English Common Law on Japanese Civil Code has made little progress. In this study, I examine the conceptualization of what is called 'Independent Contractor' in the U.K. in order to elucidate the reason for drafting and purpose of Japanese Civil Code 716.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2008 年度	800,000	240,000	1,040,000
2009 年度	800,000	240,000	1,040,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,600,000	480,000	2,080,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：基礎法学

キーワード：コモン・ロー、日本民法典、マスター・アンド・サーヴァント

1. 研究開始当初の背景

わが国における民法典編纂過程に関する研究は、星野通『民法典論争史』、原田慶吉『日本民法典の史的素描』、石井良助『民法典の編纂』、水本浩・平井一雄編『日本民法学史』、広中俊雄・星野英一編『民法典の百

年』など多く存在するが、基本的に大陸法的な視点にとどまってきた。

他方で、『法典調査会民法議事速記録』を見ると、英法を参考にしつつ立法された法律が、不法行為法を中心に存在することも事実である。中でも民法 716 条については、平井

宜雄、五十川直行両氏が影響の可能性を指摘してきた。

ところが参考文献が英判例だけになっているにもかかわらず、同条の参考文献と記載されている判例を詳細に検討すると、これらだけを根拠に716条が立法されたと結論づけることは難しいことが明らかになった(拙著「民法716条立法趣旨と参照英判例」『別府大学紀要』49号(2008年))。

このような日本民法典の立法という観点から検討を行う場合、とりわけ英法の日本法への影響を検討するにあたっては、コモン・ローの発展史を合わせて検討することが不可欠である。特に未だ実証されたいはいいが穂積陳重が立法を強調した理由、すなわち英国社会における状況を念頭に立法を試みた経緯の解明には、19世紀英国における法システムの変化を社会との関係から捉えなおす必要があった。

2. 研究の目的

上記の事情を踏まえ、本研究では民法716条の立法の要因となったマスター・アンド・サーヴァント関係に関する法理の発展を、英判例の調査・検討を通じて解明することを目標とした。つまり民法716条立法の背景となった英判例を網羅的に検討することにより、英国におけるこの法理の形成・発展プロセスを解明することである。

これと並行して穂積陳重による立法理由の解明も目指した。具体的には、716条の立法段階で穂積陳重が念頭においていた趣旨を、歴史的背景を踏まえて明らかにすることにより、現代における解釈との間に生じた間隙の理由を探る作業を行うことである。この作業により英法と日本法との関係を法制史的な観点から実証的に捉えられうると考えたからである。

3. 研究の方法

(1) 民法716条参考文献として記載されている3つの英判例の中に含まれる判例をもとに、前後の判例を調査、マスター・アンド・サーヴァントに関する判例の検討を行うことにより、同法理の形成プロセスを解明する作業を行った。具体的には、上記判例の中で引用されている判例をすべて検討し、更にそこで引用されている判例を調査するという方法を、マスター・アンド・サーヴァントに関係しない判例に行き着くまで行った。このいわゆる芋づる式の調査方法は、確かに判例における法理形成のプロセスを解明するという意味では有効であるが、漏れを防ぐため、*Halsbury's Laws of England*も参考にし、関係すると思われる判例を可能な限り調

査・検討した。この方法により、既存の分類方法を取り入れつつも、既存の分類にとられない方法で、法理形成プロセスの解明を試みた。

(2) これと並行して19世紀前半から20世紀前半までの法律書の中で、マスター・アンド・サーヴァントに関する記述のあるものを調査した。これにより学説史上、マスター・アンド・サーヴァントがどのように変遷したと法学者が理解し、整理していたのかを考察した。

(3) マスター・アンド・サーヴァント法理が形成される過程を、その背景となる社会の変化との関係から検討を加える作業を行った。具体的には、新聞や統計、当時の文化、経済、政治などに関係する各種文献を調査し、当時の社会状況の変化が、マスター・アンド・サーヴァント法理の形成・発展に及ぼした影響、あるいはマスター・アンド・サーヴァント法理を形成・発展させる要因となった背景を考察することである。

(4) 民法典編纂の際に、英法を根拠にした法律の必要性を強調した穂積陳重による立法の意図を明らかにするため、特に彼の英国留学に関する資料を中心に、国内外にどの程度該当する資料が現存するか調査を行った。

4. 研究成果

明治期における日本民法典への影響という観点を中心に、コモン・ロー・システムの展開を検討し、以下のような成果を得た。

(1) 参考文献として掲載されている判例を手がかりにしつつ、依然として不明な立法理由をたどると、19世紀前半に、社会状況の変化に伴い、マスター・アンド・サーヴァント関係の存在をめぐる争いが本格化したことが明らかとなった。

中でも1823年に、この問題を正面から扱った事例が現れたが、当時の英国法曹界最高峰の知識を集結しても結論は出なかった。

しかしこの中で示された見解は、1840年の判決で踏襲され、こうしてこの2つの判例を先例としつつ、後続する判例が独立契約者概念を形成していった事実が明らかになった。すなわち、716条が立法される根拠となった独立契約者概念は、もともとマスター・アンド・サーヴァント関係をめぐり争いの中で形成されたのである。この点については、ローマ法研究会(2009年3月17日、於九州大学)で報告、具体的な成果については、『法の流通』所収の「英国における独立契約者

(Independent Contractor)概念形成前史——民法716条立法の起源をたどって——」において明らかにしている。

(2) 19世紀前半にマスター・アンド・サーヴァントに関する法理が判例の中で徐々に形成される過程が明らかになったので、報告者は、19世紀後半の判例についても、同様の手法により調査・検討を行った。そこで判明したのは、P.S. Atiyah が *Vicarious Liability in the Law of Torts* の中で、民法716条立法の直接的な要因となった独立契約者に関する歴史が現実的に展開し始めるのは、19世紀半ばであると主張したように、同時期には独立契約者概念の母体となるマスター・アンド・サーヴァント法理もまた大きな変化を遂げていることである。具体的には、19世紀後半の事例は、背景となる事実関係の複雑化、それに対応するため、判例の中で展開される理論も複雑・細分化されていくということである。

このようにマスター・アンド・サーヴァント法理に関係する判例の調査を遂行する中で明らかになったことは、英国の裁判官たちが過失責任のあり方をめぐって、何度も揺れ動いていること、陪審評決と裁判官の判決が真っ向から対立する事例が多く見られることである。つまり、この時期になるとマスターの責任を強化する方向の理論が形成され始めたり、代理権授与をめぐる新たな論点が発生するなど、従来のマスター・アンド・サーヴァント法理ではもはや対応不可能な多岐にわたる問題が発生するということである。これらの点については、論文としてまとめる作業を継続中である。

(3) マスター・アンド・サーヴァントに関する法理は、すでに何世紀も前から存在してきたものであり、18世紀後半の W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* においても、夫婦、親子、後見人・被後見人に並ぶ私的・家庭的な領域における関係として、家族法的な枠組みで捉えられていた。

しかし判例の検討を進めた結果、この時期に旧来の家族法的な枠組みから代理法的枠組みで捉えられ始める過程が、今回の資料の検討を通じて明らかになった。

この点については、O. W. Holems, Jr. が主張してきたことにも関連するわけだが、ほぼ同時期に日本でも活躍した J. H. Wigmore が 'Responsibility for Tortious Acts: its History' の中で整理している点を考慮すれば、マスター・アンド・サーヴァント法理の形成・発展と民法716条立法の関係、それを踏まえた日本法への影響を検討する際には、Wigmore に焦点をあてていくという道筋も明

らかになった。

(4) マスター・アンド・サーヴァントという用語は、*Halsbury* シリーズの第三版までは独自の項目を有していた。しかしながら、第四版以降は、*Employment* の項目に用語として登場するだけである。この点からは、マスター・アンド・サーヴァントは使用者・被用者関係に基づく法理、すなわち民法上の使用者責任規定に該当することは間違いない。

しかしながら、*Halsbury's Laws of England* 第四版に記されているように、上記の用語は完全に置き換えられたわけではない。

上述の報告を踏まえた上で、この点を考慮すると、マスター・アンド・サーヴァントは使用者責任という観点からのみ検討するのではなく、代理法の枠組みからも検討すべきであることは明らかである。そこで報告者は、*vicarious liability*、すなわち代位責任とはそもそものようなものであるのかについて、現行法の視点を考慮しつつ、その由来をたどる作業を行った。この作業は、現在なお継続中であるが、今なお解釈の分かれる民法716条および同条と709条、715条との関係をめぐる解釈との関係を検討する上で、有益な示唆を得られる可能性の高い課題であることが判明している。

(5) 上述のような方法で判例を検討した結果、マスター・アンド・サーヴァント法理として発展してきたものが、不法行為分野と代理分野に分かれていく過程が明らかになったわけだが、同時に、たとえば鉄道会社の事例にみられるように、同法理が労使関係を規定するものへ発展していくことも明らかになってきている。

また『法典調査会民法議事速記録』の段階で既に、716条が雇用と請負の問題に関わる点が明らかにされていることを踏まえると、今後は労働法も念頭においた研究の遂行が必要になるといえよう。このように新たな視点を取り入れることにより、法制史と実定法の間存する間隙をわずかではあるが埋めていく作業が可能であるという道筋も明確になりつつある。

(6) 穂積陳重が716条の立法を強調した理由の実証研究については、国内外においていくつか関連する有益な資料を発見した。とはいえ、現時点で調査・検討した資料では十分とはいえ、したがって今後も継続する予定である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者に

は下線)

〔雑誌論文〕(計1件)

- ① 高友希子 「英国における独立契約者
(Independent Contractor) 概念形成前史—
—民法716条立法の起源をたどって—」鈴木
秀光・高谷知佳・林真貴子・屋敷二郎編著
『法の流通』、慈学社、2009年、721-749頁、
査読有

6. 研究組織

(1) 研究代表者

高友希子 (TAKA YUKIKO)
法政大学・法学部・准教授
研究者番号：40454962

(2) 研究分担者

()

研究者番号：

(3) 連携研究者

()

研究者番号：