

## イギリスにおける代位責任 (vicarious liability) 法理の近時の展開 (1) : 就業関係をめぐるリスク の多様化と管理監督機能の曖昧化の観点から

新屋敷, 恵美子  
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/4370976>

---

出版情報 : 法政研究. 87 (4), pp.440-392, 2021-03-15. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

# イギリスにおける代位責任 (vicarious liability) 法理の近時の展開 (1)

——就業関係をめぐるリスクの多様化と管理監督機能の曖昧化の観点から

新屋敷 恵美子

- I はじめに
  - 1 管理監督機能の曖昧化とシステム全体での責任分配
  - 2 考察対象・分析視角・考察順序
- II 代位責任の位置づけと要件の概観
  - 1 コモン・ロー契約法上の義務
  - 2 不法行為法上の義務と制定法上の義務
  - 3 代位責任の概観
  - 4 小括
- III 雇用に類似する関係への拡大
  - 1 就業形態の多様化と控訴院における一般論の提示
  - 2 最高裁による肯定
  - 3 最高裁における確立と整理
  - 4 小括 (以上、本号)
- IV 密接な結びつき基準の展開
- V 制定法上の義務違反と代位責任の成否
- VI おわりに

## I はじめに

## 1 管理監督機能の曖昧化とシステム全体での責任分配

## (1) 規制の前提とされる使用者の指揮命令権

労働法分野の規制や労働契約上の規範は、「労働者の保護」（労契法1条）という視点で見る就労の場を超えて、より広い社会的な文脈で、一定の重要な機能を担っている。たとえば、個人情報保護法は、個人情報取扱事業者に、「その取扱う個人データの漏洩」等に対する「個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置」を講じることを義務づけた上で（同法20条）、「その従業者」に個人データを取り扱わせるにあたって、「当該個人データの安全管理が図られるよう、当該従業者に対する必要かつ適切な監督を行わなければならない」としている（同法21条）。しかしながら、同法には、個人情報取扱事業者と従業者<sup>(1)</sup>の相互の法的関係を規律する規定は見当たらない。したがって、同法は、個人データの安全管理の局面で、労働契約上の使用者の有する労働者に対する指揮命令権の機能がある程度前提として<sup>(2)</sup>いと解される。このように、社会的に許容されるサービスの提供やリスク管理のあり方は、実のところ、使用者と労働者の間の法的関係の内容、とりわけ、使用者の指揮命令権の働きや観念と切り離せないように思われる<sup>(3)</sup>。

## (2) 変容するサービス提供と管理監督機能の曖昧化

ところが、現在では、プラットフォームを介したサービス提供が浸透し、そうしたプラットフォーム空間における主体の結びつき方や、同空間における価値やリスクの取り扱いのあり方が、従来の典型的な雇用を介する場合のそれらとは異なっ

(1) 宇賀克也『個人情報保護法制』（有斐閣、2019）263頁は、「従業者とは、個人情報取扱事業者の組織内において、直接または間接に事業者の指揮監督を受けて事業者の業務に携わっている者を意味し、雇用関係にある正社員、契約社員、嘱託社員、パート社員、アルバイト社員等の従業員に限らず、取締役、執行役、理事、監査役、監事、派遣社員等も含む」とする。

(2) ただし、同法84条は、従業者又は従業者であった者に、個人情報データベース等の盗用等について、刑罰を科すことを規定している。

(3) 個人情報保護法に限らず、物の製造等において使用してはならない物質や整えるべき環境等を規制する食品衛生法などのように、関連する様々な局面で、使用者による労働者に対する適切な指揮命令権の行使を前提としている法律は非常に多いように思われる。

きている。そして、従来の労働法規制や労働契約上の規範が、従来想定されてきたように機能しないという事態が生じ、問題が生じうる。すなわち、そうした空間では、従来のように、会社（事業主）と労働者という、一つの典型的で、したがって、法的にも把握しやすい関係性を通じて、関係当事者（消費者や役務提供者）をめぐる様々な価値やリスクが管理されるとは限らない。今後、そうした空間において、役務提供者に対する管理監督機能をプラットフォームのアルゴリズムやAIが結果的に果たすようになることも考えられ、その場合には、そもそも、そうした機能を誰と誰との間に認めることができるのか、また、それを「管理監督機能」と理解することができるのかも判然としない。また、そうした段階に至らなくとも、そうした役務提供者が、プラットフォームを運営する会社の「労働者」であると評価されない可能性も否定しがたい<sup>(5)</sup>。そのような場合には、プラットフォームやそれを運営する会社が当該役務提供者の行動に及ぼすもしくは及ぼせる管理監督機能を、典型的な雇用に基づくサービスの場合のそれと同様に観念できるとは言えないであろう（たとえば、会社と関係性の希薄な役務提供者に、契約条項もなしに競業避止義務があるとするのは難しいであろう<sup>(6)</sup>）。

このように、今後の社会では、既に言われてきた以上に、各種サービスの提供・利用が結合する空間において、各主体が有する関係当事者に対する管理監督機能が曖昧化する事態が考えられる。

### (3) システム全体での責任の分配

そして、既に、プラットフォームを介した「個人事業主」によるサービス提供の中で、一般市民が事故に巻き込まれるといった事態が発生し、問題化している。しかも、そうした事故には、物理的な傷害もあれば、上で触れたような個人情報の漏

(4) 新屋敷恵美子「働き方の変化と労働法規制の意義と限界：イギリスにおける労働提供契約の不確定化に起因する諸問題を素材として」民商法雑誌156巻1号4頁（2020）・16頁以下を参照。

(5) ソクハイ（契約更新拒絶）事件・東京高判平26.5.21労判1123号83頁を参照。

(6) もっとも、公正取引委員会競争政策研究センター「人材と競争政策に関する検討会報告書」（平成30年2月15日）では、発注者（使用者）が役務提供者（退職した労働者も含む）に対して、契約終了後の秘密保持義務や競業避止義務を課すことの問題が指摘されている（同報告書・28頁以下）。

(7) 「賠償求めウーバーを提訴『配達員に追突され、けが』」朝日新聞2020年10月23日朝刊38面。

洩といった最終的には個人の人格権に対する侵害などの法益侵害も考えられる。さらに、一層の情報技術等の進展により、従来にはないような法益が見出される状況に至ったり、また、従来から認められてきた法益とはいえ、その新たな侵害態様が問題となったりする可能性も否定できない<sup>(8)</sup>。

このように、リスクや侵害態様の多様化と合わせて、(2)のように役務提供者に対する管理監督機能の曖昧化が指摘できる。こうした、二つの方向で纏められる変数を内包する状況にあっては、具体的な役務提供者の役務提供のみならず、いかにそうしたサービスの提供を行うシステム全体を捉え、種々の規制や規範が課される責任主体を見出し、責任を分配すべきかを、改めて検討する必要があると考える。

## 2 考察対象・分析視角・考察順序

### (1) 考察対象の選定

1の問題関心に基づき、本稿は、イギリスにおける近年の代位責任(vicarious liability)法理の展開を考察する<sup>(10)</sup>。それは、イギリスの法秩序の中での代位責任の位置づけと近年の代位責任法理の展開が、日本における上記のような就労をめぐる価値や危険をめぐる法状況を理解し、整理していくための一つの比較対象として意義を有すると考えるからである<sup>(11)</sup>。

後述の通り、イギリスでは、2012年の最高裁判決により、代位責任についての判例

(8) たとえば、著名な宴のあと事件・東京地判昭39.9.28下民集15巻9号2317頁は、「私事をみだりに公開されないという保障」は、「不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益」として、人格権に包摂される利益ではあるが、これを一つの権利として呼ぶことに支障がないとしている。

(9) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社、2017)3頁以下、125頁以下、成原慧「データの世紀におけるプライバシー」法セミ789号65頁(2020)、寺田麻佑「アフターコロナ時代の個人情報の利活用と保護」法セミ787号76頁(2020)、生貝直人・宍戸常寿・林秀弥・山本龍彦・森亮二・井上由里子「プラットフォーム法律問題——政府におけるプラットフォーム事業者規制の検討を踏まえて」Law & Technology 87号(2020)4頁などを参照。

(10) 田上富信「代位責任の構造についての覚書」末川民事法研究6号15頁(2020)は、イギリスの学者が比較的近年に記した著書(Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective* (CUP, 2010))の内容を簡潔に紹介し、代位責任の歴史的沿革や比較法的な意義を抽出し、日本における使用者責任(民法715条)の特徴や立法的課題を指摘している。

(11) 本来であれば、後掲注(12)・ベネッセ事件・東京高裁判決で認められたように、各主体が自身として第一次的に負うべき義務を検討する必要があると考えるが、本稿は、ひとまず近時の展開が目を引くイギリスにおける代位責任法理の展開を追うものである。

法は「動いている (on the move)」状況と表現され、その責任の範囲が広がりを見せている。そして、その責任の範囲の広がりは、同国における雇用・就業形態の多様化に基礎づけられるものとなっている。こうした社会における実態の変化を受けた、私法上 (不法行為法上) の基礎的な関係の広がりの分析は、日本における同様の問題の法的位置づけの把握と対応の方向性、たとえば、生起する問題を私法上の既存の法概念の問題として位置づけて対処するのか、それとも、立法により新たな規制枠組みをもって対処するのかなど、を検討する上で一定の意義を有すると解される。

また、先にも触れたとおり、日本でも、今後の情報技術の進展 (やそれに伴う就業形態の展開) 等により、新たな法益や法益の侵害態様が問題となっていく可能性を否定できない。そうした中では、もちろん、裁判所における法理や法解釈の展開も重要であるが、立法による規制の展開が期待され、模索されていくであろう。そして、私人間で紛争が生じた場合には、そうした立法規制を前提としつつ、私法上の個別の私人間の権利義務関係が検討されるに違いない。<sup>(12)</sup> この点に関連して、イギリスでは、同国における1997年ハラスメント保護法<sup>(13)</sup>や1998年データ保護法<sup>(14)</sup>に関連する被用者の不法行為につき、使用者の代位責任の成否が争われており、注目される。特に、そうした立法により設けられた規制による一定の主体に対する責任の負荷と、使用者とされる者の代位責任の成否との関係が判例において明らかにされている点が目を引く。たしかに、問題となるイギリスにおける規制は、就業形態の多様化といった本稿の関心と直接的に結び付けられる関心から設けられた立法というわけではない。しかしながら、現代的な価値やリスクに応じて導入された規制を受け、私法上の法理がどのように展開しうるのであるのか、両者がいかなる相互関係にあるのかという点を確認することは、上述の文脈での法解釈や立法の展開を考える上で一

(12) 事実、個人情報保護法には、「個人情報漏洩した場合の被害者救済規定 (民事責任規程) は存在せず」(西村あさひ法律事務所編・太田洋・石川智也・河合優子編著『個人情報保護法制大全』[商事法務、2020] 341頁 [太田洋])、紛争が生じた場合、プライバシーに対する侵害行為については不法行為に基づく損害賠償請求 (民法709条や同715条等による) がなされることになる (たとえば、ベネッセ個人情報流出事件・東京地判平30.12.27判タ1460号209頁、同事件・東京高判令2. 3. 25 LEX/DB 25566660)。

(13) Protection from Harassment Act 1997 (hereinafter 'PHA 1997').

(14) Data Protection Act 1998 (hereinafter 'DPA 1998'). 同法は、現在では、2018年データ保護法 (Data Protection Act 2018) により廃止され一部が引き継がれている。

定の示唆を有すると考える。

以上より、現代的な課題と共に展開するイギリスの代位責任法理を紹介することには一定の意味があると考えた。

## (2) 分析視角と考察の順序

本稿は、(1)で述べたとおり、イギリスにおける近年の代位責任法理の展開を紹介、検討する。その際、第一に、イギリスにおける代位責任の成立範囲の広がりに着目する。具体的には、コモン・ロー不法行為法上の責任がどのような法的根拠に基づき広がりを見せることになったのか、また、伝統的に責任成立が認められていた範囲からどのような意味で広がったといえるのか、を分析したい。第二に、そうした代位責任の成否と、制定法による関係当事者に対する職場をめぐる新たな価値や危険に対する規制との相互関係に着目する。

本稿は、まず、Ⅱでイギリスのコモン・ロー不法行為法における代位責任法理の位置づけや要件を概観する。次に、Ⅲで代位責任成立の第一の要件（不法行為者と帰責される者との間の雇用契約関係の存在）、Ⅳで第二の要件（当該不法行為が雇用の中でなされたものであること）、それぞれについての近時の判例における議論と各要件の内容（責任成立の範囲の広がり）を確認する。そして、Ⅴで、立法による規制の広がりコモン・ロー不法行為法上の代位責任との関係について、判例における解釈の展開を確認する。

なお、本稿は、日本の民法715条に定められる使用者責任の法的性格や同責任を課す際の基準の具体的な再考を促すことを意図するものではない。もちろん、通説・判例は、民法715条が代位責任を定めるものと理解しているとされ、イギリスにおける代位責任法理の展開についての本稿の分析も一定の示唆をもたらすかもしれない。しかしながら、本稿の考察は、あくまで上述の問題関心に基づくものに限定<sup>(16)</sup>されている。

---

(15) 潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2011）9頁。

(16) 日本の民法715条について近時包括的な検討を行うものとして、中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理——使用者責任とその主要問題に関する再検討（1）～（10・完）」法協128巻1～8号、129巻9・10号（2011～2012年）。

## II 代位責任の位置づけと要件の概観

コモン・ロー上、使用者 (employer) の、被用者 (employee) に対する、不法行為法上の責任の議論には、「二つの局面」<sup>(17)</sup>がある。一つは、「被用者が被った危害についての、被用者への責任」であり、もう一つは、「被用者が彼の雇用の中で引き起こした危害についての責任」<sup>(18)</sup>(代位責任)である。後者の責任については、被害者には、使用者の顧客等の第三者だけでなく、使用者自身の被用者も含まれる。

もっとも、問題の不法行為の被害者が、使用者の被用者である場合には、使用者は、代位責任というよりはむしろ、当該被用者に対する自身の固有の義務を、契約上、さらには、不法行為法上も負うのではないか、疑問に思われよう。そこで、1で、使用者の被用者の健康や安全に関する契約上の義務について、そして、2(1)で使用者の被用者に対する不法行為上の被用者の安全等に配慮する義務について概観する。また、イギリスでは、制定法上、使用者にはたとえば被用者の安全衛生に関する義務が課されており、そうした制定法上の義務違反と不法行為法上の義務違反との関係についても、明らかにしておく必要がある。この点については、2(2)で概説する。そして、3でコモン・ロー不法行為法上の代位責任について、概説する。

なお、イギリスにおいて、雇い主 (master) は使用者 (employer) の、奉公人 (servant) は被用者 (employee) の、古い表現である<sup>(19)</sup>。また、奉公人は雇い主と(被用者は使用者と)、雇傭契約 (contract of service) に基づく関係にある (もしくはあった) 者と理解される<sup>(20)</sup>。そして、雇傭契約はコモン・ロー上の伝統的な概念であるが、たとえば現行の1996年雇用権法<sup>(21)</sup>230条2項が定めるように、制定法上は雇用契約 (contract of employment) が雇傭契約 (contract of service) に対応する概念として定義されている<sup>(22)</sup>。

(17) Simon Deakin and Zoe Adams, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (8th edn.) (OUP, 2019), at p. 528.

(18) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 528.

(19) 本稿Ⅲ 1 (1) (i) [判決①] 【判旨】(a)を参照。

(20) *Ready Mixed Concrete v Minister of Pensions* [1968] 2 QB 497.

(21) *Employment Rights Act 1996* (hereinafter 'ERA 1996').

(22) 雇用契約 (contract of employment) は雇傭契約 (contract of service) の現代的な表現とされる (H. Collins, K. D. Ewing and A. McColgan, *Labour Law* (2nd ed.) (CUP, 2019), at p. 100)。



## 1 コモン・ロー契約法上の義務

使用者は、被用者等との契約に基づいて、当該被用者に対して、権利を有し、義務を負う。もちろん、当事者は、契約上の明示条項 (express terms) により、原則として自由に権利義務を創設することができる。こうした明示条項により、使用者が被用者の健康や安全に配慮する義務等が万全の形で定められるならば問題はない。しかし、それは実態ではなく、実際に紛争が生じた場合に被用者側が多く依拠する一つが、下記に述べる黙示条項 (implied terms) である。

### (1) 三種類の推定

イギリスのコモン・ロー契約法においては、裁判官が、契約解釈 (interpretation)<sup>(23)</sup> により、契約で明示されていない黙示条項 (implied terms) を推定することが認められている。<sup>(24)</sup> この黙示条項は、法の作用の観点から大きく三つに分けられる。

第一は、「事実による黙示条項 (implied terms in fact)」であり、これは、「当事者は契約において明示して規定していなかったが、当事者らが当該条項を含めることを意図していたに違いないということが認定される条項」<sup>(25)</sup> である。

第二が、「法の作用によって入れ込まれる条項」であり、これは、「法による黙示条項 (terms implied in law)」<sup>(27)</sup> と称される。法による黙示条項は、一定の種類の契約について、法の作用によって推定されるものであり、そうした一定の種類の契約について、様々な義務を生じさせることになる。そのような契約の典型が、使用者と被用者間の雇用契約 (contract of employment)<sup>(28)</sup> である。<sup>(29)</sup> たとえば、使用者には被用者の健康を危険にさらさないように合理的な注意を払う義務が、雇用契約の当

(23) 契約解釈に該当する用語としては、constructionとinterpretationとがあり、伝統的には異なる作用として理解されていたが、近時は厳密には区別されなくなっているようである (See G. McMeel, *McMeel on The Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification* (3rd. edn.) (OUP, 2017) at para. 1.20).

(24) Edwin Peel, *Treitel The Law of Contract* (15th. edn.) (Sweet & Maxwell, 2020), at para. 6-001.

(25) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-050 (p. 253).

(26) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-050 (p. 253).

(27) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-067 (p. 264).

(28) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-067 (p. 264).

(29) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-068 (p. 265).

事者が明示的に約束していなくても、法の作用により推定される。<sup>(30)</sup>

そして、第三が、慣習 (custom) により推定される黙示条項である。<sup>(31)</sup>

## (2) 明示条項の優位

とはいえ、原則として黙示条項は明示条項に反することができず、そのため、当事者間の明示条項によって黙示条項の存在やその内容が否定されることが問題となる。<sup>(32)</sup> たとは、現在では、雇用契約一般に、法による黙示条項に基づく、使用者の相互信頼誠実 (mutual trust and confidence) 義務が認められると判例法が示すところであるが、使用者が契約書に当該義務を否定する明示条項を挿入し、当事者間で合意をすれば、当該明示条項が優先すると考えられるのである。<sup>(33)</sup> もっとも、「コモン・ロー上の黙示条項は、明示条項の優位性から理解されがちなほど軟弱なものではない。それは、一定程度、その残り物的な性格ゆえに、明示条項自体が、不完全性ゆえに、不可避免的に残してしまうことになる余白を、黙示条項が占拠」できるからである。<sup>(34)</sup> つまり、例えば仕事の具体的な内容を余すことなく言葉で表すことは不可能であるため、それについて明示条項で綿密に定めたとしても、一定の余白が残ってしまうところ、その部分を黙示条項によって埋めてしまう (明示条項の意義を修正する) ことが可能というわけである。<sup>(35)</sup>

## (3) 被用者に対する黙示条項と様々な義務

上記のように、黙示条項は、あくまで契約条項として一定の義務を当事者の契約関係上にもたらすものである (それゆえに、明示条項との関係が問題となりやす

(30) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-068 (p. 265).

(31) Edwin Peel, n. 24 above, 6-050 (p. 253) and 6-080 (p. 274).

(32) Edwin Peel, n. 24 above, at para. 6-079 (p. 274); Simon Deakin and Gillian S Morris, *Labour Law* (Hart Publishing, 2012), at para. 4.107 (p. 365).

(33) *Malik v BCCI SA* [1997] IRLR 462.

(34) Simon Deakin and Gillian S Morris, n. 32 above, at para. 4.6 (p. 264).

(35) Simon Deakin and Gillian S Morris, n. 32 above, at para. 4.6 (p. 264) and para. 4.107 (p. 366).

(36) 邦語文献の中でも、このような明示条項の働きを制限する黙示条項 (信頼関係維持義務) の機能については、イギリスの文献に基づき、有田謙司「イギリス雇用契約法における信頼関係維持義務の展開と雇用契約観」山口経済学雑誌46巻3号341頁 (1998)・227頁以下が早くから指摘している。

(37) Simon Deakin and Gillian S Morris, n. 32 above, at para. 4.6 (p. 264).

い)。いずれにせよ、雇用契約をめぐって、代位責任の文脈で被害者となりうる被用者に対して、使用者は、コモン・ロー契約法上、黙示条項に基づく義務を負っている。具体的には、本稿に特に関連があると考えられる義務としては、先に触れたように、被用者の健康や安全に合理的な配慮をする義務<sup>(38)</sup>や、使用者の、当事者間の協力の基礎となる相互の信頼と誠実性を破壊しないようにする義務<sup>(39)</sup>が挙げられる。

## 2 不法行為法上の義務と制定法上の義務

次に、使用者が被用者に対して負う不法行為法上の義務と、制定法上の義務との関係について述べる。

まず、不法行為法上、使用者は、被用者に対して「委譲できない義務 (non-delegable duty)」とされる、合理的な範囲で被用者の安全に配慮する義務を負う<sup>(40)</sup>。

### (1) 不法行為上の義務

コモン・ロー不法行為法上、使用者は、たとえば安全な仕事場を提供しそこなつたなど、彼ら自身の義務違反を理由として、不法行為法上の責任を問われ<sup>(41)</sup>うる。こ

(38) *Matthews v Kuwait Bechtel Corp* [1959] 2 QB 57; *Johnstone v Bloomsbury Health Authority* [1991] IRLR 118 (CA).

(39) *Malik v BCCI SA* [1997] IRLR 462 (HL). 同判決で、*Steyn* 貴族院裁判官は、被用者らは、「法に依って推定される標準化された条項に依拠している、すなわち、全ての雇用契約に付随物であるとされる条項に依拠している……。そうした黙示条項は、デフォルトルールとして働くものである。当事者らは、そうした黙示条項を排除することも修正することも自由である。しかし、本件において、二人の被用者の雇用契約の特定の条項が、黙示の相互信頼誠実の義務に影響を与えるものではなかったことは、一致して認められている」とした (para. 53)。この義務の展開や内容を詳しく紹介するものとして、前掲注 (36)・有田論文、龔敏「イギリス雇用契約における implied terms の新動向に対する一考察：黙示的相互信頼条項という implied term を中心に」*九大法学*88巻51頁 (2004) など。

(40) この委譲できない義務の原則を課した「古典的」な判例が、*Wilson and Clyde Coal Ltd v English* [1938] AC 57 である (Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 531.)。同判決の中で、*Thankerton* 貴族院裁判官は、「雇い主は、合理的に安全な就労の仕組みの提供において適切な注意を払う義務の下にあって、当該義務を遂行すべき適切な者を任命することによって、当該義務から解放されるという考え方は誤りであるとし、「雇い主は、この意味で、彼の義務を『委譲する (delegate)』ことはできない」とした (at 65.)。

(41) *Kirsty Horsey & Erika Rackley, Tort Law* (6th edn.) (OUP, 2019), at p. 608. 不法行為法上の義務の展開や位置づけを理解する上で、有泉亨「労働災害における使用者責任法理の変遷——イギリスの場合——」川島武宜編代『損害賠償責任の研究 (中)』(有斐閣、1958) 907頁が有用である。

のような「使用者の合理的な注意を払う義務は、四つの範疇に分かれる<sup>(42)</sup>」。すなわち、適切な能力を有する同僚等の従業員を配置する義務、適切な道具、資材や設備を提供する義務<sup>(44)</sup>、安全な場所としての職場を提供する義務<sup>(45)</sup>、そして、適切な制度を提供する義務<sup>(46)</sup>である。

これらの使用者の被用者に対する不法行為法上の義務は、「委譲できない義務」と称される<sup>(47)</sup>。「委譲できない義務」とは、「使用者は彼自身の義務の履行を他者に委ねることができるが、使用者は不適切な当該義務の履行に対して応答すべき責任 (answerability) を放棄することはできない<sup>(48)</sup>」義務を意味するものである。

そして、この義務の履行を委ねられた当事者が、被用者には分類されない独立自営業者である場合には、不法行為により損害を被った第三者 (被用者) は、当該独立自営業者の不法行為についての責任につき、後に見る代位責任を追及できない可能性が高い。他方で、委譲できない義務であれば、不適切な履行についての責任を使用者は放棄できない (ので、当該第三者は、使用者に対し、なおその不適切な履行についての責任を追及しうる)。このように、責任が属人的なものであるという意味で、「委譲できない」義務なのである<sup>(49)</sup>。

(42) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 536.

(43) Hudson v Ridge Manufacturing Co. Ltd [1957] 2 QB 348; Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 536.

(44) この義務については、1969年使用者責任 (欠陥設備) 法 (Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969) が制定法上の注意義務を使用者に課すものとなっている (後注 (52) を参照)。同法 1 条 2 項は、設備 (equipment) に、「いかなる工場、機械、車両、航空機、衣服」も含まれるとする。

(45) Latimer v AEC Ltd [1953] AC 634 (本判決は、結果としては、相当程度の対応をしていた使用者についてのネグリジェンスの成立を否定しているが、豪雨に起因して工場内が滑りやすくなっていたところ、使用者において工場内の安全性を確保する義務があったことが前提とされている。); Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, p.537 below.

(46) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, p. 539 below; Stokes v GKN [1968] 1 WLR 1776. 本判決は、発がん性物質にさらされている労働者に対する検診や注意を喚起することを怠ったとして、使用者が被用者の健康管理のために雇っていた医師のネグリジェンスを認め、使用者にコモン・ロー上のネグリジェンスの責任を認めている。

(47) 前掲注 (40) も参照。また、委譲できない義務について、田上富信「独立契約者の不法行為に対する責任—イギリスにおける non-delegable duty 法理の示唆するもの」法と政治 47 卷 1 号 167 頁 (1996) や、柴田龍「イギリスにおける委譲できない義務の存在意義」法学研究論集 (明治大学) 35 号 223 頁 (2011) などが既に詳しく紹介している。

(48) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 531.

(49) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 531.

こうした義務に基づく、不法行為の被害者（被用者）は、独立自営業者の不法行為についても、最終的な責任を使用者に問うことができる。したがって、この義務の広がりによっては、後述する代位責任に基づき使用者に責任を追及する必要性はかなりの程度減じられる。反対に、代位責任のかかる範囲が拡大すれば、委譲できない義務の拡大を積極的に考える必要性も低減しうる。本稿において、使用者の被用者に対する注意義務であるところの委譲できない義務の展開を負う余裕はないが、このように両者の機能の重複の点がすでに指摘されている<sup>(50)</sup>。

なお、制定法の中には、1969年使用者責任（欠陥設備）<sup>(51)</sup>法のように、制定法上の義務を委譲できない義務化して規定するものもある<sup>(53)</sup>。

## （２）制定法上の義務違反と不法行為責任

### （い）明文で規定される場合

（１）は純粋なコモン・ロー不法行為法上の使用者の義務であるが、イギリスでは、制定法上の義務に違反した場合に、制定法自身が、明文により制定法上の義務違反に対する損害賠償請求ができることを定めている場合がある。この場合の義務違反も、コモン・ロー不法行為法上のものとして位置づけられる。

たとえば、2013年10月1日以前は、1974年職場の衛生安全法<sup>(54)</sup>（以下、「1974年法」。）47条2項が、同法に定められる一般的な義務を具体化するように制定された諸規則（regulations）に定められるところに違反がある場合には、当該義務違反を理由とした請求をなすことができる旨を定め、不法行為法上、制定法上の義務違反に基づく請求が可能であった<sup>(55)</sup>。ところが、2013年企業規制改革法<sup>(56)</sup>が制定され、同法の規定

(50) 特に、Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, p. 576以下を参照。Phillip Morgan, 'Recasting Vicarious Liability' (2012) 71 (3) CLJ 615, at p. 617.

(51) Employer's Liability (Defective Equipment) Act 1969.

(52) 同法1条1項は、「被用者が、使用者の事業の目的のために使用者によって提供された設備の欠陥の結果として、彼の雇用の中で、人的損害（personal injury）を被った場合で」（(a)号）、かつ、「当該欠陥が、第三者の過誤に全部もしくは一部を帰せしめられる」（(b)号）場合、「当該損害は、同様に、使用者におけるネグリジェンスに帰せしめられるものとみなされることになる」と規定する。同法については、岩村正彦『労災補償と損害賠償』（東京大学出版会、1984）145頁以下も参照。

(53) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 570.

(54) Health and Safety at Work Act 1974 (hereinafter 'HSWA 1974').

(55) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 530.

により<sup>(57)</sup>1974年法47条2項が改正され、もはやそうした違反については「訴訟を提起することができないものとする」とされている。したがって、2013年企業規制改革法以前は、制定法の規制に基づき1974年法に基づく義務に対する使用者の違反について、不法行為に基づく請求が認められていたのである。

また、本稿で取り扱う1997年ハラスメント保護法第3条は、同法上のハラスメントを禁止する規定(1条1項)に違反してハラスメントを行った者に対する請求の可否や内容を、相当程度詳細に定めている。

さらに、1998年データ保護法13条も一定の損害を被った個人の補償を求める権利を定めている。

このように、イギリスでは、制定法上の規定に従って、制定法上の義務違反を理由とした請求をなすことが、認められている、もしくは、否定されている場合がある。

#### (ii) 制定法の解釈により損害賠償請求が認められる場合

では、制定法に、私法上の請求の可否が規定されていない場合には、一切、私法上の請求が認められないかということ、そうではない。「制定法が私法上の請求の存否を明らかにしていない限り、その適切な解釈に基づき、推定 (implication) により私法上の請求が生じるかどうかを判断するのは、裁判所の責務 (task) である<sup>(58)</sup>」。

このように、裁判所が制定法上の規定の解釈により請求の可否を判断する。

#### (iii) 制定法上の義務違反に基づく私法上の請求の法的性格

興味深いことに、(i) (ii) で述べた制定法上の義務違反に基づく私法上の請求は、上記の通り、不法行為法上のものとして位置づけられる<sup>(59)</sup>。では、制定法上の義務違反に基づく請求が、純粹にコモン・ロー不法行為法上認められる義務の違反に基づく請求と、同一の法的性格のものであるかということ、判例は、両者は質的に異なるものと理解している<sup>(60)</sup>。すなわち、1941年歩行者横断場所 (交通) 規則<sup>(61)</sup>3条によ

(56) Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 (hereinafter 'ERRA 2013').

(57) ERRA 2013, s. 69.

(58) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 278.

(59) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 278.

(60) London Passenger Transport Board v Upson [1949] AC 155; Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 278.

(61) Pedestrian Crossing Places (Traffic) Regulations 1941.

り車両運転手に課せられた歩行者の通行に関する義務違反が問題となった事案で、貴族院において、Wright 貴族院裁判官は、次の通り述べている。曰く、Caswell 事件貴族院判決等の「先例は、以下の点を明確に示している。すなわち、特定の原告の立場に立たされた者を保護することを意図した制定法上の義務違反についての損害賠償請求は、ネグリジェンスの請求と、本質において、混同されてはならない、特別のコモン・ロー上の権利である。制定法上の権利は、その淵源を制定法に有するものであるが、損害賠償訴訟についての特定の救済は、被害に遭った原告の利益のために、被告の制定法上の義務の被告による履行に対する原告の権利を有効なものとするように、コモン・ローにより与えられるものである。それは、効果的な罰 (sanction) である。それは、厳密なもしくは通常の意味での、ネグリジェンスに基づく請求ではない<sup>(62)</sup>」。したがって、コモン・ロー不法行為法上、この局面では、使用者は、淵源から考えて、二つの種類の義務を負うということになる。

### 3 代位責任の概観

次に、本稿において考察対象となる代位責任について概説する<sup>(64)</sup>。

#### (1) 不法行為法上の位置づけ

##### (i) 代位責任の意義と位置づけ

先に触れたように、代位責任 (vicarious liability) は、コモン・ローの中では、不法行為法 (Tort Law) の中に位置づけられる。しかしながら、不法行為法における中心は、現在では、ネグリジェンス (negligence) であり、ネグリジェンスは、不法行為者における「合理的な注意を払うという法的な義務の遵守の失敗により、

(62) Caswell v Powell Duffryn Associated Collieries Ltd [1940] AC 152 (HL). 同事件は、死亡した労働者の母親が、1911年炭鉱法 (Coal Mines Act 1911) 等により被告に課せられた義務違反を理由として、被告に対して損害賠償を請求した事案である。そこで、Wright 貴族院裁判官は、「私は、本件におけるような制定法上の義務違反についての訴訟が、完全には、もしくは、正確には、ネグリジェンスに基づく訴訟 (action) であるとは考えない。労働者を保護するという制定法の目的に基づくコモン・ローの訴訟であり、厳格もしくは完全責任についての事案の範疇としてしばしば表現される範疇に属するものである」としていた (Ibid. 177-178.)

(63) London Passenger Transport Board [1949] AC 155, at 168.

(64) イギリスの代位責任法理については、邦語文献では、田上富信「代位責任 (vicarious liability) の基礎理論 (1) (2・完) ——英米法における使用者責任の一側面」法学論集 (鹿児島大学) 5 巻 2 号 53 頁 (1970)・6 巻 1 号 139 頁 (1970) がすでに詳しく論じている。

被害者に被害や損害が生じた場合の救済」をもたらすものとされる。<sup>(65)</sup>

これに対して、代位責任は、「ある者〔被告〕が、他の誰か〔不法行為者〕によって犯された不法行為について、原告〔被害者〕に対して責任を負うとされる、という仕組み<sup>(66)</sup>」である。1967年に出版されたP.S. Atiyahの権威ある著書においても、代位責任は、「しっかりと確立した法的原則」とされている<sup>(67)</sup>。しかしながら、代位責任は、第一に、「人は自らの作為もしくは不作為によって生じた損失もしくは損害に対してのみ法的責任を問われるべきである」という不法行為法上の基本的原則に逆行する<sup>(68)</sup> (run counter)。また、第二に、代位責任は、「人はその者の過誤がある場合のみ法的責任を問われるべきである」という不法行為法上の基本的原則に逆行する<sup>(69)</sup>。したがって、代位責任は、不法行為法上、あくまで「例外的な (exceptional)」ものとして位置づけられる<sup>(70)</sup>。

そして、イギリス法においては、この代位責任が問題になるのは、特に雇用の文脈においてであり、使用者 (employer) は、自身の被用者 (employee) が雇用の中で (in the course of employment) 犯した不法行為について、代位して責任を負う、とされるのである<sup>(71)</sup>。

## (ii) 代位責任の法的性格と根拠

### (a) 代位責任であること

先の不法行為法上の使用者における委譲できない義務の場合と異なって、代位責任の場合には、職場における被用者の不法行為により、第三者たる同僚被用者等に損害が生じた場合に、使用者が加害被用者に、代位して当該損害を賠償する責任を負う。このような例外的な責任につき、「コモン・ローにおいては、代位責任のための法的基礎をめぐるなお継続する議論が存在している」<sup>(72)</sup>。すなわち、代位責任につき、二つの理解が展開してきた。その一方が、「『奉公人の不法行為 (servant's

(65) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 28.

(66) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 608.

(67) P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Tort* (Butter Worths, 1967), at p. 12.

(68) P. S. Atiyah, n. 67 above, at p. 12.

(69) P. S. Atiyah, n. 67 above, at p. 12.

(70) P. S. Atiyah, n. 67 above, at p. 12.

(71) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 608.

(72) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 13.



tort)』理論』であり、もう一方が、『『雇い主の不法行為 (master's tort)』理論』<sup>(73)</sup>である。

『『奉公人の不法行為』理論』とは、代位責任を、「ある者の違法行為について、別の者に責任を課す責任」とするものである<sup>(74)</sup>。他方で、『『雇い主の不法行為』理論』は、「奉公人の行為は雇い主に帰せられることから、雇い主が奉公人の不法行為についての責任を負う」とするものである<sup>(75)</sup>。したがって、後者においては、「法は、雇い主が当該違法行為をした者とみなすのである」<sup>(76)</sup>。

このように、二つの考え方が見られ、議論がなされてきているものの、現在のところ、「支配的な見解としては、『奉公人の不法行為』理論が優勢」<sup>(77)</sup>である。たしかに、「議論は尽きたといえる状況では全くない」<sup>(78)</sup>が、第一次的な (primary) 責任は、不法行為者にあり、第二次的な (secondary) 責任が使用者に存在し、後者が代位責任として理解される責任<sup>(79)</sup>なのである。

#### (b) 代位責任の根拠

こうして、使用者は、使用者自身には「何ら責められるべき点がない」<sup>(80)</sup>にもかかわらず、被用者の犯した不法行為責任を代位することになる。これは先に触れたように、不法行為法上の基本的な原則に逆行するものであり、こうした責任の正当化も重要な問題となってきた<sup>(81)</sup>。正当化根拠の歴史的な変遷について本稿で深く検討することはできないが、伝統的には、使用者による被用者に対する指揮命令 (control)

(73) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 13; P. S. Atiyah, n. 67, at p. 6 below. この二つの代位責任の基礎の対立については、前掲注 (64)・田上論文 (1)・56頁以下に詳しい。

(74) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 13.

(75) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 13.

(76) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 13.

(77) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 15. 「第一の責任は、ある者自身の違法な行いについて存在する。第二の責任は、論理的に、その他の者の行為についての責任を意味するのである。」

(78) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 16.

(79) Paula Giliker, n. 10 above, p. 15 below; See also Anthony Gray, *Vicarious Liability: Critique and Reform* (Hart Publishing, 2018), at p. 184.

(80) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 608.

(81) P. S. Atiyah, n. 67 above, at p. 12; Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 608; John Bell, 'The Basis of Vicarious Liability' [2013] 72 (1) CLJ 17; See also, 'Developments in English Legal History: Historical Development of Vicarious Liability Until the Early Twentieth Century' in Anthony Gray, *Vicarious Liability* (Hart Publishing, 2018), p. 5.

の要素がその正当化根拠とされてきたとされる。<sup>(82)</sup> もっとも、従来、代位責任の基礎となる正当化根拠や政策については複合的なものであることが指摘されてきた。<sup>(83)</sup> そして、代位責任の近年の広がり、代位責任の正当化根拠ないし基礎の再考または再構成によって達成されることになる。<sup>(84)</sup>

## (2) Salmondの定式と二つの要件

代位責任は、二つの要件が認められるときに限り、成立する。<sup>(85)</sup>

従来、Salmondの定式が代位責任法理についての権威として理解されており、近年の判例でも、この定式が基礎とされ、その基礎からどのように代位責任の範囲を広げるべきかが議論されている。そこで、1907年にSalmondがその著書で示した代位責任の成立の要件を、ここで若干詳細に紹介したい。<sup>(86)</sup>

### (i) 二つの要件

Salmondは、「雇い主 (master) は、その者の奉公人 (servant) によって、犯されたいかなる不法行為についても、それがその者の雇用の中で (in the course of his employment) 行われたものである場合、法的責任を負う。これが、代位責任が法によって認められた様々な事案において最も重要なことである」と、<sup>(87)</sup> 代位責任について説明する。

すでにこの叙述の中にも代位責任の要件を読み取ることができようが、Salmondは、代位責任が適用されるためには、二つの条件 (conditions) が両方揃わなければならないとして、それらを明確に示している。<sup>(88)</sup> 第一に、「(a) 雇い主と奉公人との関係が、被告とされる者と追及される違法行為を犯した者の間に、存在しなければならない」し、第二に、「(b) 当該奉公人が当該違法行為を犯しているとき、そ

(82) Paula Giliker, n. 10 above, at p. 59.

(83) G. Williams, 'Vicarious Liability and the Master's Indemnity' [1957] 20 MLR 220, at p. 231; Phillip Morgan, 'Recasting Vicarious Liability' (2012) 71 CLJ, p. 615, at p. 617.

(84) 前掲注 (81) のJohn Bellの論考は、最高裁判決 (Catholic Child Welfare Society v Various Claimants and Institute of The Brothers of The Christian Schools [2012] UKSC 56; [2013] IRLR 219) により、広がりを見せた代位責任の基礎を探索している。

(85) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at pp. 612 and 618.

(86) John W. Salmond, *Law of Torts*, (London: Stevens and Haynes, 1907).

(87) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 78.

(88) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 78.

の者の雇用の中で動いていなければならない」のである。<sup>(89)</sup>

## (ii) 雇い主と奉公人の関係の具体的内容と判断基準

まず、(a)については、「奉公人は、奉公人が、奉公人の仕事になされるべきあり方に関しての、彼の使用者の指揮命令 (control) と指示 (direction) に服すべき条項に基づき、ある者のために労務を行うように、その者によって雇われた者、として定義できる」とされる。<sup>(90)</sup> Salmond は、ここで、独立契約者 (independent contractor) が使用者を代理しているような場合には、使用者は、当該独立契約者の犯した不法行為につき、実際に使用者が当該不法行為を許可した (authorised) 場合を除いて、その責任を負うことはないとする。しかし、その立場にある者が奉公人の場合には、「その使用者は、単に実際に許可した不法行為すべてに対してだけでなく、彼がそれを許可したか否かに拘わらず、彼の使用者の事業に携わる中で犯した全ての不法行為についても法的責任を負うことになる」としている。<sup>(91)</sup>

では、どのように奉公人との関係と、独立契約者との関係との区別を引くのか。その区別の際の基準 (test) は、雇い主 (使用者) とされる者が有する不法行為者に対する「為されるべき仕事のやり方についての指揮命令 (control) の権限の存在」である。<sup>(92)</sup> 奉公人は、「その者の使用者の監督と指示の下で労務を提供する」者なのであり、独立契約者は、自身の使用者なのである。<sup>(93)</sup> 「奉公人は、随時の使用者の命令に従うことに従事している。これに対して、独立契約者は、一定の労務を行うことに従事するが、それを為すやり方やタイミングについて彼自身の裁量を行使している。独立契約者は、契約に拘束されるが、彼の使用者の命令には拘束されない」のである。<sup>(94)</sup>

もっとも、遂行される労務自体が一時的なものであっても、その労務を提供する者が、ある者の奉公人と認められる場合もありうる。<sup>(95)</sup> また、ある奉公人が異なる雇用に関して、同時に、二人以上の雇い主の雇用の下にある場合があることも認めら

(89) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 78.

(90) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 79.

(91) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 79.

(92) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 79.

(93) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 79.

(94) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 79.

(95) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 80.

(96) 特に、ある雇い主 A が、特定の取引のために、自身の奉公人を、他の者 B に貸した場合に、B も当該奉公人の使用者となると考えられていた。(97) そして、当該奉公人が労務遂行中に不法行為を犯した場合には、当該不法行為を犯した際に、どちらが当該奉公人に対して指揮命令 (control) を及ぼしていたか、という事実に基づき、代位責任の帰属が決定されることが示されていた。(98)

ただし、A の奉公人が、B のために労務を提供するよう A により任命された場合には、当該奉公人は依然として、排他的に A の指揮命令と指示下にあるままであると考えられていた。(99) また、上位の奉公人は、その者の指揮命令下にある奉公人の雇い主ではなく、したがって、下位の奉公人の不法行為について、上位の奉公人が責任を問われるものではないと考えられていた。(100)

### (iii) 雇用の中で (The course of employment)

次に、(i) (b) で示されている通り、雇い主が、その者の奉公人が犯した不法行為の責任を問われるのは、その者の雇用の中で当該不法行為がなされた場合に限られる。(101) そうでなければ、代位責任は成立しない。

当該違法行為が、「(a) 雇い主により許可された (authorised) 違法行為である場合、もしくは、(b) 雇い主によって許可された何らかの行為の、違法かつ許可されていない遂行形態 (mode) による場合 [協調——Salmond]」に、奉公人の雇用の中でなされたものであるとみなされる (deemed) ののである。(102)

「独立契約者の使用者の場合とは対照的に、彼が許可していない行為であっても、もしそれらが彼の許可を与えていた行為と相当に結びついており、かつ、それらの行為が——不適切な形態ではあるが——まさにそれらを遂行する形態として理解されるならば、雇い主は当該行為について法的責任を問われる。言い換えると、雇い主は、彼が当該奉公人に遂行することを許可したことに対してだけでなく、奉公人がそれを遂行するやり方についても、法的責任を負うのである。奉公人の労務のや

(96) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 80.

(97) John W. Salmond, n. 86 above, at p.81.

(98) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 81.

(99) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 82.

(100) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 82.

(101) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 83.

(102) John W. Salmond, n. 86 above, at p. 83.

り方に関して、奉公人は、我々が見てきたように、奉公人の雇い主の指揮命令の下にある。そして、その指揮命令が、相応の責任を生じさせる。<sup>(103)</sup>

このように、問題の違法行為が雇用の中でなされたかどうかという要件は、相当程度広がりのあるものとして理解されるものであった。また、最後に、「指揮命令が、相応の責任を生じさせる」とされているところからわかるように、「指揮命令」の存在自体が、代位責任を根拠づけるものとして理解されていた。

### (3) 求償権の行使

(1) で述べたように、コモン・ロー不法行為法上の代位責任は、あくまで「代位」責任であり、問題となる不法行為は、被用者（古い表現でいえば奉公人）が犯した不法行為である。<sup>(104)</sup> 「代位責任は、被害者に被告についての選択を与える」ものであり、あくまで「それは被害者の利益のための法理である。したがって、もし直接に当該過誤を犯した者が訴えられたならば、当該の者が法的責任を負わなければならない。同様に、何ら責められるべき点がないのに代位責任を負うとされた当事者は、当該違法行為者に対して求償（indemnity）を求められる<sup>(105)</sup>」のである。求償については、むしろ使用者に代位して保険会社が被用者に対する求償を行うことがかつて問題となったが、芳しい立法的手当はなされていない。<sup>(106)</sup> そして、使用者による被用者に対する求償には、法的には、原則として、制限はない。<sup>(107)</sup>

## 4 小括

1 ないし 3 で見てきたように、イギリスでは、コモン・ロー契約法上も、また、

(103) John W. Salmond, n. 86 above, at pp. 83-84.

(104) Paula Gilker, n. 10 above, at para. 2.2.3 below.

(105) Paula Gilker, n. 10 above, at para. 2.2.3 below.

(106) Paula Gilker, n. 10 above, at para. 2.2.3. 1 below. 田上富信「代位責任（vicarious liability）の基礎理論（その二・完）——英米法における使用者責任の側面」法学論集（鹿児島大学）6 巻 1 号139頁（1970）・140頁。同論文が、求償権の制限の可否をめぐる学説や判例における議論を検討している。

(107) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 568.; *Lister v Remford Ice and Cold Storage Co. Ltd* [1957] 2 WLR 158. 同判決については、Glanville Williams, 'Vicarious Liability and Master's Indemnity' (1957) 20 MLR220が詳しい（なお、同論文に多くを負うとして執筆された伊藤正巳「使用者の求償権——イギリスの新しい判例の示唆するもの」法協74巻 5 = 6号37頁（1958）がある。）。

コモン・ロー不法行為法上も、代位責任の文脈で頻繁に被害者の立場に立たされる被用者に対して、使用者は被用者の健康や安全に関する義務など、一定の義務を直接的に負っている。また、制定法の規定に基づき、特別に、使用者は被用者等に対して一定の義務を負い、当該被用者は当該使用者に対して不法行為上の請求を行うことが可能な場合もある。そのような中で、代位責任は、使用者の被用者による同僚被用者に対してのみならず、第三者に対しても含まれるという意味で多方向の不法行為について、使用者が代位して法的責任を負うものである。

そして、使用者の代位責任は、伝統的に、被用者の不法行為の存在を前提としつつ、第一に、当該不法行為を犯した者と被告とされる者との間に、被用者と使用者との間の関係が存在するかが要件とされていた。この要件で基準となっていたのは、使用者の被用者に対する労務の遂行のやり方に対する指揮命令 (control) であった。第二に、当該不法行為が、当該被用者の雇用の中で犯されたものであることが要件とされ、当該不法行為自体に使用者が許可を与えていた場合はもちろん、許可を与えた行為のやり方が違法なものである場合にも、この要件が満たされるものと理解されていた。

現在でも依拠される1907年のSalmondによる代位責任の定式では、雇い主 (master) と奉公人 (servant) という古い言葉が用いられていた。また、第一の要件では、指揮命令の要素が決定的な基準となっていた。第二の要件も、もちろん第一の要件で把握される法的関係性を前提としたものとなっていた。つまり、その段階での代位責任は、そうした古い用語によって限定的に捉えられる範疇の法的責任であったといえるし、伝統的にこうした代位責任についての理解が取られてきたのである。ところが、Ⅲ以下で見るように、このような一定の時代性を帯びた代位責任の法理は、近年の判例の中で、注目すべき展開を見せることになる。

### Ⅲ 雇用に類似する関係への拡大

#### 1 就業形態の多様化と控訴院における一般論の提示

Ⅱ 3 で確認したように、伝統的には、被告となる者が代位責任を負わされる第一の要件として、不法行為者が、当該不法行為について代位責任を問われる者の被

用者であるか、具体的には、被告となる者の不法行為者に対する「指揮命令」の有無が問われてきた。すなわち、「近年に至るまで、イギリスの裁判所は、一定の委任の事案を別として、代位責任を雇用（employment）の性質的特徴がない経済的な関係に認めることはできない、という考え方を、多かれ少なかれ、厳格に示していた<sup>(108)</sup>」のである。

### （１）非典型の就業形態の展開と代位責任の拡大

ところが、次に見る JGE v English Province of Our lady of Charity 事件（以下、「JGE 事件」）控訴院判決は、伝統的に代位責任が認められる範囲、すなわち、雇用契約に基づく使用者と被用者の関係を越えて代位責任を認めるべきことを本格的に示した。そして、（２）以降で見ると、最高裁においてもその判示が受け入れられていく。しかも、後に紹介する最高裁判決を見る限り、代位責任の範囲を拡大するロジックは、この JGE 控訴院判決でほぼ示されることとなったように見受けられる。ただ、こうした責任範囲の拡大をもたらす同控訴院判決の紹介は長くなるを得ない。そこで、以下では、重要な点ごとに同判決の判旨を分けて紹介する。

#### （i）伝統的な理解からの脱却とその手順

紹介する以下の JGE 事件では、宗教団体の機関と当該機関が監督する修道院、そして、同機関に属し、当該修道院に出向いて宗教活動を行っていた司祭の関係が問題となる。同事件では、当該司祭が当該修道院に身を寄せていた者に対する不法行為を犯したところ、同不法行為について、当該機関に代位責任が成立するかが争われた。司祭が当該機関に属するのは、契約という法形式によるわけでもなく、司祭が特定の修道院で宗教活動を行うのは、宗教団体内の規則に従ったものであって、法的なものとは言い難く、また、司祭自身の宗教的動機に基づく自発的な行いといえる。さらに、当該不法行為が行われたのは、特定の修道院の中であって、当該機関の当該司祭に対する直接的な指示も認めがたい状況にあった。こうした宗教団体内の関係性が法的関係性として捉えがたい面や、当該機関の不法行為現場からの遠さ（あるいは関係の重層性）から、代位責任成立の第一要件の範囲の拡大が不可避

(108) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 550.

的に議論されることになっている。

〔判決①〕 JGE v Trustees of The Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust [2012] EWCA Civ 938, [2012] IRLR 846(CA).

【事実の概要】

Xは、1963年生まれで、訴訟当時48歳の女性である。1970年5月、Xは、当時6歳半であったところ、Y1の指揮監督下にあった女性修道院の修道士によって運営されていた子供の家に身を置いていた。Xは、そこで二年間を過ごした。Xは、Y2(司教：幾つかの教区を統括する)が、監督官区内のY1が監督する修道院を含む教会につき、運営、管理、または責任を負っており、また、「全ての重要な時期において」、A(訴訟提起時には死亡)が、当該修道院において教区司祭であった、したがって、教区司祭Aは、Y2のサービスを執り行っており、Y2の監督と指揮命令に服していた、と主張した。そして、Xは、教区司祭Aが、司祭として教会を訪れた際に、Xに何度も性的虐待・暴行を加えた旨を主張し、Y2が教区司祭Aの不法行為について代位責任を負うとして、Y2に対して損害賠償請求をなした。

以上の事情の下、そもそも、代位責任の第一の要件の充足が認められうるのか、すなわち、第一の要件に関し、Y2とA間の関係性が問題となった(ため、Y1についての判断はなされていない)。

第一審である高等法院女王座部で、MacDuff裁判官は、Y2についても代位責任が成立する余地があることを認めた。そこで、Y2が控訴院に上訴した。

【判旨】 上訴棄却

《Ward控訴院裁判官》(Davis控訴院裁判官は賛成したが、Tomlinson控訴院裁判官は反対意見を述べた。)

(a)「以上が、我々が、取っ掛かりを得ることになる確立した法である。我々は、代位責任の紛争が二つの問いを中心とするものであることを学んだ。第一(我々が本上訴において検討する第一ステージ)が、問題の関係が真の使用者・被用者(雇い主・奉公人の観念は、『旧式の(obsolete)』ものとなってきた……)の関係かどうか、という問いである。第二が、我々の第二のステージであるところ、Aが彼の雇用の範囲内で行動しているかどうか、もしくは、Aが彼自身の騒ぎとして問題の行動をとったのかどうか、という問いである。第一のステージにおいて、その対照は、伝統的には使用者が被用者と有している関係と使用者が独立契約者との間で有している関係との間でな



れてきた。その分析は、雇傭契約 (contract of service) と請負その他の労務提供契約 (contract for services) の違いの検討であった。指揮命令 (control) が重要な要素であった。すなわち、被告は、A に対して、当該労務をどのように行うかについて指示していたのか、それとも、為されるべき仕事は何かについて A と契約をしていたのか、という点が。しかし、指揮命令は、代位責任を成立させるのに、決定的な基準として存続してきたわけではなく、代位責任が、彼の『使用者』と雇用に類似するに過ぎない関係にある準被用者にも拡大されるかどうかを検討する中で、本判決の第64ないし69パラグラフにおいて後述するように、その他の被用者を独立契約者から区別するための基準が展開してきた。」(para. 21)

(b) 「私は、本件においては、雇傭契約が存在しないということに、全くもって、満足である。本件では契約がそもそも存在しないのである。」(para. 30)

(c) 「当事者間に使用者・被用者の関係がないわけであるから、ある者が従来の線に沿って問題を判断しようとするならば、司教は、当該司祭の不法行為についての代位責任を負わないということになる。しかし、今や、我々は、本上訴の要点に差し掛かった。司教は、もしその関係〔雇傭契約関係は認められない司教と司祭との関係〕が雇用に類似する (akin to employment) 〔強調——Ward 控訴院裁判官〕ものであれば、代位責任を負うのか。法は、そこまで拡張されるのか。これらの問いに答えるのに、私は、以下の諸点を検討しなければならない」。すなわち、「(1) カナダの重要な最高裁の判決である John Doe v Bennet [2004] 5 LRC 459, [2004] 1 SCR 436 について、(2) 第一ステージに関係する唯一のイギリスの判決である、Viasystems (Tyneside) v Thermal Transfer (Nothern) Ltd [2005] EWCA Civ 1151, [2005] IRLR 983 について、(3) 近年の第二ステージに関係する法の展開、(4) 代位責任法理を基礎づける政策的な考慮点 (the policy considerations)、そして最後に、これらの諸点を総合する、(5) 原則 (principle) の探求である。」(para. 31)

判旨 (a) からわかるように、本判決は、判例法により、伝統的に、代位責任の成立には、二つのステージがあるとされてきたことを確認する。第一のステージでは、被告と不法行為者との間に、雇傭契約の存在が必要であること、そして、判断基準として、指揮命令が重要な要素であったことが確認されている。これは、II 3 (2) で見た Salmond の定式と同様である。

しかし、「後述するように」としつつ、代位責任が、「雇用に類似するに過ぎない関係にある準被用者」にも拡張されて成立しうることを示唆している。

もっとも、もし本件で雇傭契約が認められれば、そうした拡大を検討するまでもなく代位責任が認められるが、本件では、やはり、Y 2 と A 司祭との間には雇傭契約は認められないし、そもそも契約関係も認められないとする (判旨 (b))。

そこで、いよいよ、代位責任が、不法行為者と雇傭契約関係にない者との間にも成立するのか、第一ステージで責任が認められる範囲の拡大が、検討されることになる。判旨 (c) は、その検討手順を示している。

## (ii) 代位責任の範囲拡大と政策的考慮点

JGE 事件控訴院判決において、Ward 控訴院裁判官は、(i) の通り、本格的に代位責任の拡大に乗り出す手順を示した。そして、手順として示した通り、カナダの最高裁判決や、イギリスの控訴院判決 (Viasystems (Tyneside) Ltd v Thermal Transfer (Northern) Ltd [2005] EWXA Civ 1151, [2005] IRLR 983 [以下、「Viasystems 事件控訴院判決」。]) 等を検討した上で、先例や法理論の展開に基礎を求め、代位責任を根拠づける政策的考慮点が、指揮命令に限定されないことを明らかにする。

[判決①] JGE v Trustees of The Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust [2012] EWCA Civ 938, [2012] IRLR 846 (CA).

### 【判旨】

#### 《Ward 控訴院裁判官》

(a) 「私がこれらの判決 [カナダの最高裁判決とイギリスの Viasystems 事件控訴院判決] を検討したところでは、使用者・被用者関係の拡張のための二つの正当化根拠 (justifications) が示された。第一が、[二重の代位責任の成否が争点となった Viasystems 事件控訴院判決の] May 控訴院裁判官により示されたように、誰が、当該労働者 (the workmen) に指揮命令をする資格を有し、理論的には、もしそのような機会があったとするならば、当該労働者に指揮命令をすることが義務づけられていたか、である。そして、第二が、[Viasystems 事件控訴院判決の] Rix 控訴院裁判官により示されたように、問題の被用者が、両方の使用者の、仕事、事業あるいは組織の一部であるといえることから、被用者のネグリジェンスのリスクを負うことを両者に課することが公正で、正義に適い、かつ、便宜であるといえるか、である。」 (para. 40)

(b) …… [第二ステージに関する判例の展開を検討してきたところ、] 「第二ステージにおける

判例の展開は以上までとして、〔次は〕雇用の範囲である。……第二ステージの基準が第一ステージにやってくる事案の検討において、何らかの重要性や有用性を有するのかは、後に私が検討する〕。(para. 49)

「代位責任の法理は、不法行為法が基礎とする二つの大きな政策の衝突を生じさせる。そのうちの一つが他者の違法な行為の被害者に効果的な救済がなければならないというものであり、もう一つが被告は一般的に彼自身に過誤がない限り法的に責任を問われるべきでないというものである。政策的検討のみが、後者に対する前者の勝利を説明することが可能である」。(para. 50)

(c) 「もちろん、この主題に関する示唆的な学説上の議論が豊富にあるが、残念なことに、本判決において十分に扱うことは難しい。」(para. 52)

カナダの法学雑誌に掲載されている論稿において、「主たる〔代位責任〕の基礎 (rationales) についての先覚的な分析がなされており、そこで、指揮命令、補償、行動の抑制、損失の分散、さらに企業の責任が代位責任の法理とその限界を説明するのに値するものとして検討されている。その主要な点を要約するのは有用でありうる。

(i) 指揮命令 (control) は伝統的な代位責任についての理由づけの内の一つであったが、Atiyahが指摘するように、『指揮命令が、責任を課すのに十分な理由として、必ず理解されるとも、また、それが認められない場合には決して代位責任が存在しないというような必要不可欠の理由として必ず理解されるとも言えなかった。』……指揮命令の不存在は、もはや責任にとっての重大な障害ではないのである。

(ii) 補償／十分な資力 (deep pockets)。この説明は、善意の原告が、原告が救済を得るべき被告がすでに破産しているという状況で、使用者が、より富裕で、かつ・または、保険をかけていることが見込まれるというような状況を確保することが必要である。そのことは、使用者が使用者の独立契約者の違法な行為についての法的責任を問われる理由を十分に説明するものではない。

(iii) 行為の防止 (Deterrence)。……この理論は、より大きな経済単位が、効率的な組織と人員の規律を通じて、事故を減少させる最も適切な立場にあるから、法は、そうした者が代位責任を負うとすることが正義に適うものとして認められると主張する。もしこのことが当該原則の理由であるならば、彼ら自身に過誤がないことを証明することによって、使用者が『代位』責任から逃れられることになろう……。防止という考え方は、潜在的な刑罰の適用や修道院の事柄に関するより効率的な運営によっても、防げなかった性的プレデターの場合にはうまく行かず、その結果、修道院に対する責任の負荷は——それが合理的であろうと否とに拘わらず——防止という点でほとんど意

味を持たない。

(iv) 損害の分散 (Loss-spreading)。すなわち、ここでの考え方は、使用者に責任を帰せしめることにより、被害の負担を彼の顧客や保険者で分担させる、というものである。それは、なぜ家庭の奉公人の使用者が、顧客ベースで分散することができない場合に当該被用者の不法行為の責任を、代位して負うことになるのかを説明するのには、役に立たない。

(v) 企業責任 (Enterprise liability)。この考え方は、事業体 (business enterprise) は、まさにその活動につき特徴的と言いうる事故についての責任を、正当な形で否定することはできない、というものである。……使用者の企業が、危険を作り出した、もしくは、危険を高め、その結果、申立人が損害を被る状態となり、そして、その者が実際に損害を被ったのだから、当該使用者が支払うというのが公正である。もちろん、これは、慈善団体が代位的に責任を負うことの原因を説明できない。」 (para. 52)

(d) 「したがって、単独の理由づけでは、代位責任を負荷することについての完全な回答を提供できない。」現代の代位責任の法理は、政策的考慮の組み合わせ (combination of policy consideration) の中にその基礎を見出されるという、学説の理解に賛成せねばならない。「もし、……裁判所がまさに判断を下そうとしているときに、政策の果たしている役割を無視できないとすれば、問題は依然として残っている。すなわち、政策の役割とはいかなるものか、という問題である。」 (para. 53)

この点につき、「裁判所は声を一つにはしていない。」 (para. 54)

「私自身の見解は、……その展開を先導してきた様々な政策の考慮要素を理解することなしに、代位責任に関する法がどのように展開してきたのか、また、展開しているとしても、それがどのように展開すべきか、を考えることはできないというものである。他方で、法の一貫した展開が原則に沿って漸次的に展開すべきところであり、それは、裁判所が対峙することになる問題への対症療法的なものとして展開すべきではない。そこで、私は、裁判所が、本件における司教が〔問題の司祭〕につき主張される不法行為の代位責任を負うかを判断することを認めることになる、一般的な法原則を、詳らかにすることが可能かどうかを検討しなければならない。」 (para. 54)

まず、判旨 (a) は、カナダの最高裁判決とイギリスの Viasystems 事件控訴院判決<sup>(109)</sup>に依拠して、特に、後者において判断を示した May 控訴院裁判官と Rix 控訴院裁判官の判断に依拠して、先例に代位責任の成立範囲を拡大する根拠を見出すこと

ができること、そしてその内容を確認している。

その次に、先に示した手順に従い、判旨（b）で少し触れているように（引用では大きく略しているが）、第二ステージにおける判例法理の展開を確認し（これは手順の（3））、次の手順（つまり手順（4））に移っていく。

そして、代位責任の範囲が、基本的に二つの対立する政策の勘案の結果であることを示した上で、判旨（c）は、さらに政策を細分化して検討するため、カナダの学説によって示された代位責任の根拠となる、政策的考慮要素を一つずつ検討する。そこで挙げられた代位責任の根拠ないし考慮点は、伝統的な指揮命令だけでなく、補償／十分な資力、行為の防止、損害の分散、企業責任である。とはいえ、判旨（d）が言うように、こうして挙げられる根拠ないし考慮点のどれも、「単独」では「代位責任を負荷することについての完全な回答を提供できない」。判旨（d）は、結局は政策的考慮の組み合わせ（combination of policy consideration）に代位責任の法理の根拠を見出すしかないのであって、そうすると、「政策の役割」をどのように捉えるかが問題であるとする。この点につき、判旨（d）は、結局、本件において問題となる関係につき、代位責任を認めることになる「一般的な法原則を詳らかにする」ことが可能かを検討する、としている。つまり、代位責任の範囲の拡大が必要な本件において、政策的な考慮要素の観点から、対症療法的なものとはならない、一般的な法原則を打ち出すことができるか、その設定を支える事情があるか、を検討するとするのである。

この段階で既にわかるように、Ward控訴院裁判官は、代位責任の範囲の拡大に向けて、代位責任の根拠ないし基礎に立ち返り、代位責任が様々な政策的な考慮要素に根拠づけられること、そして、それが伝統的な「指揮命令」に制限されないこ

---

(109) 同事件では、原告XがXの工場に空調設備を導入することを依頼する契約（請負契約）を被告Y1と締結したところ、Y1が同契約における業務をY2に請け負わせ、Y2も当該業務の一部をY3に請け負わせていた。Y3の被用者であるAとBが、Y2に属する自営業者Cの指示に従って作業を行っていたところ、BのネグリジェンスによりXの工場のスプリンクラーを作動させ、Xの工場が水浸しになった。XとY1間の上記契約にはXがY1から補償を得られることが規定されていたが、Xは、Y1ないしY3に対して上記事故より生じた損害の賠償請求をした。そして、Y2に属するCの指示の下でBが作業を行っていたため、Y2とY3のどちらかがBのネグリジェンスについての代位責任を負うのか、さらに、Y2とY3の両者が同時に（二重に）代位責任を負うのか、が争点となった。控訴院は、上訴を一部認容し、代位責任が二重に成立しうることを認めた（[2005] IRLR 983, at para. 49）。

とを示しているのである。このように、代位責任の成立範囲についての限定性を取り払い、新たな拡大への一步を踏み出した。

### (iii) 非典型な就業形態への応答

では、そのような代位責任の拡大を導く事情はあるのか。その点について答えたのが、先に示した手順 (5) (原則の探求) としての次の判旨である。

[判決①] JGE v Trustees of The Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust [2012] EWCA Civ 938, [2012] IRLR 846 (CA).

#### 【判旨】

《Ward控訴院裁判官》

(a) 「[雇用]に類似する関係に代位責任を拡大する」という問題は、熱を帯びていてかつ見解が分かれる学説の意見と関わる論争点と密接に結びついている。すなわち、ある目的のために (例えば、雇用法の分野では、不公正解雇のためとか、所得税法のPAYEのためなど) 被用者である者が、その他の目的、つまり、代位責任や不法行為法のためには、そうではないということがあり得るのか、という点である。伝統的な理解は、『誰が奉公人であるのか』という問いは、当該問いが尋ねられる文脈に関係なく、同じ答えを得なければならない、というものであり、それはAtiyahによって例示されているところである……。それに対するより現代的な見解が、たとえば、Ewan McKendrickによって、不法行為テキストブック第5版の18頁に、非典型な雇用形態の増加から導かれている。』McKendrickは、既に1990年の論稿において、以下のとおり、問題を提起していた。

(b) 「すなわち、『英国における労働市場は、現在、重要な構造的な変化に見舞われている。主たる変化は、労働についての、新しい、柔軟な形態の急速な増加である。その形態は、被用者が、雇用契約 (contract of employment) の下で、規則的に (つまり、フルタイムで)、一貫して、彼の使用者のために、労務を提供するという標準的な雇用関係からは、著しく離れた形態となっている。この新たな柔軟な「非典型」の労働力は、主として、自営の雇用、パートタイム労働者、臨時的労働者、「一時労働 (temps)」、家内労働者、そして、政府の訓練制度に基づいて就労する者からなる。この労働力の増加は、労働法の専門家により立証されてきたが、現在のところ、不法行為法学者の注意からは広く免れている。しかし、この広汎な「非典型」の労働力の出現は、不法行為法にとつて非常に重要な出来事である。」

不法行為法学者にとっての主たる重要性は、労働の柔軟性、継続性の欠如、そしてその非規則性

ゆえに、多くの非典型労働者らは、彼らが雇用契約の下で雇用される被用者であることを証明することができないか、もしくは相当の困難に直面するという事実にある。もし彼らが被用者でないとするれば、結果、彼らは代位責任法理の範囲外にある。そして、彼らが独立契約者であるとするれば、Bridge最判官が最近こう述べたところとなる。それは、すなわち、「独立契約者の使用者は、一般的には、当該契約者によって、その労務の遂行の中で、犯されたネグリジェンスその他の不法行為についての責任を問われることはない、というのが陳腐な法なのである。」〔この引用部分はMcKendrickによる先例の引用である。〕

しかし、裁判所は、実際に、これらの非典型労働者らが、それらの者の不法行為について使用者が責任を問われない、独立契約者であると判示するのであろうか。もしそうであるならば、そのことは、損害の分散といった、代位責任法理によって従来促進されてきた、社会的な目的を掘り崩すことになるのではなかろうか。他方で、もし、裁判所が使用者らがそのような労働者らの不法行為についても法的責任を負うと結論づけることになるとしたら、裁判所はこの目的をどのように達成するのであろうか。代位責任法理は、この新たな労働力を包摂するように適応させられるのであろうか。あるいは、裁判所は、新たな一次的な責任（primary liability）形態を創設しなければならないのであろうか。』（para. 58）

（c）「私の判断では、この問題が生じている文脈を無視できないことを認める時が来た（the time has come to recognize）。もし、被用者が使用者に対して、たとえば、不公正解雇についての、救済を求めるとした場合であれば、その場合、たしかに、当該請求を基礎づけるのに、使用者・被用者の真の関係が立証されることが求められることになる。結局、当該請求は当該関係に依拠するものである。同様に、所得税についての法的責任は、究極的には、関連の租税立法における特定の規定の適正な解釈に依拠するものである。制定法上の定義は、使用者・被用者の真正な関係を求めるであろう。……他方で、善意の被害者が、使用者に対して、当該違法行為者についての救済を求めるとき、その救済は、我々が見てきたように、公序（public policy）に根を下ろした、異なる正当化根拠（justification）によるものである。したがって、代位責任という流動的な概念は、全く異なる文脈で生じている、制定法の解釈に関する具体的な要請によって、制限されるべきではない。」（para. 59）

代位責任は、「静的な概念ではなく、何世紀にもわたって、変化する時代の挑戦に対し、正義に適った解決を提供するように対応してきた。そして、McKendrickの論稿が証明していたように、時代は依然として変化している。我々は、現在の要請に応じなければならないのである。」（para. 60）

(a) こうして、Ward控訴院裁判官は、代位責任の範囲を拡大する「現在の要請」を見出した。ただ、代位責任は、伝統的には不法行為を犯した者と代位責任を問われる被告との間に雇傭契約関係があることを第一の要件としていた。また、雇傭契約の存在は、剰員整理手当の権利や不公正に解雇されない権利といった制定法上の諸権利が、労務提供者に認められるための要件とされてきた。また、社会保障法や租税法の分野でも、雇傭契約の下で労務を提供する者(被用者)か、自営業者かは重要な区別となってきた。<sup>(110)</sup>したがって、雇傭契約の概念は、それらの各立法政策を背景としたものであり、雇傭契約関係の有無の判断はそうした政策とも絡むものである。しかも、これまで、労働法分野の制定法や、社会保障法、租税法分野の制定法の適用をめぐる雇傭契約の有無が長く議論されてきており、指揮命令基準といったその判断基準が判例において展開してきた。つまり、第一ステージで要件となってきた雇傭契約概念は、それ自体政策的な考慮に取り囲まれたものであり、また、判例によってその判断基準がある程度確定的に示されているものなのである。そして、Atiyahによっても確認されていたとされるように、雇傭契約の有無という「問いが尋ねられる文脈に関係なく、同じ答えを得なければならない」というのが伝統的な判例における理解なのである。そうすると、代位責任を拡大するに当たっては、雇傭契約概念をめぐるそうした様々な政策や判例法理との関係を整理しておく必要があるであろうし、また、雇傭契約概念がもたらす法的関係と代位責任が課せられる関係とを切り離して考えられることの正当性が示されなければならない。

(b) こうして、判旨(a)は、最後に、そうした正当性をもたらす「現代的な見解」として、「非典型な雇用形態の増加」に基づくEwan McKendrickの見解に依拠するとする。そして、判旨(b)は、同氏の論文を長く引用する。そこに示されているのは、既に1990年に、実態として指摘される、イギリス(英国)における労働力構成の変化であり、非典型雇用または多様な就業の増加である。こうした就

(110) Employment Rights Act 1996, s. 230 (1) (2); Deakin and Morris, n. 32 above, at p. 132. 邦語文献として、國武輝久「イギリスにおける雇用契約と制定法」秋田成就編著『労働契約の法理論:イギリスと日本』(総合労働研究所、1993)61頁、新屋敷恵美子『労働契約成立の法構造』(信山社、2016)68頁以下等を参照。

(111) Deakin and Morris, n. 32 above, at p. 148.



業形態の下で労務を提供する者については、代位責任を問題とされる者との雇傭契約の存在が立証できないため、その者の不法行為について代位責任が成立する余地がなくなってしまうという危機が指摘されている。

McKendrick教授は、そこから、裁判所が、損害の分散といった、代位責任法理が従来促進してきた「社会的な目的」を、今後の社会においてどのように達成することになるのか、代位責任の範囲を広げることにより対応するのか、また別の道を選ぶのか、問いかけていた。

(c) 判旨(c)は、McKendrick教授の問いかけに応える、言い換えると、労働市場の構成の変化を受けとめる「時が到来した」とする。そして、労働法や租税法の分野の制定法で雇傭契約の有無の判断が求められる場合には、真の使用者・被使用者関係(雇傭契約の有無)が必要とされるとする。しかし、代位責任は、「公序(public policy)に根を下ろした異なる正当化根拠(justification)」に基づくものであり、他の文脈の制定法の解釈に関する要請によって制限されるべきでないとする。このように、代位責任の成立範囲と他の異なる文脈で展開している制定法の解釈(雇傭契約関係の認められる範囲)とを切り離れた。

以上のようにして、雇傭契約概念から切り離された代位責任は、「変化する時代の挑戦に対して正義に適った解決を提供する」概念であるとして、「現在の要請」を包摂すべく、変化を求められることになる。

#### (iv) 雇用に類似する関係

では、正義の観念に則して時代の要請に対応することが可能な代位責任は、「現在の要請」に応じて、どの範囲まで拡大することになるのか。それは、以下のとおり、「雇用に類似する(akin to employment)」関係にまでである。

[判決①] JGE v Trustees of The Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust [2012] EWCA Civ 938, [2012] IRLR 846 (CA).

#### 【判旨】

(a) 使用者と被使用者の関係(雇傭契約)があるかどうかの判断基準を示すこれまでの判例をみても、「単一の基準は存在しないため、なすべきは、様々な基準の整理であり、そうした基準が、

総合的に、使用者・被用者関係を示すか、もしくは、別の関係を示すかである。そのようなアプローチを採用すると、この点は共通して認められているところなのだが、〔本件司祭〕は真の意味で被用者ではなかったということを確認することになる。……私は、〔本件司祭〕が被用者ではないと理解するのと同様に、真の独立契約者でもないと理解することに満足である。そもそも、彼は、司教と契約関係にもなかった。彼は、決して、彼の職務を遂行するのに自由に彼自身の計算の下で事業を行っていた者であるとは言えないのである……。」(para. 69)

(b) 「私の判断は、もしそうであるならば、その者が雇用に類似する地位にあった (in a position akin to employment) 範囲について焦点を絞るべきである、というものである。」(para. 70)

「全体の検討の一部として、伝統的な使用者と被用者の間の区別を、代位責任が公正かつ適切に特定の関係に及ぶのかを検討するのに用いることは有用であるが、責任の拡大に関する正義——もしくは不正義——に従った判断を可能とする、政策的諸要素の検討を含めることが、やはり必要なのである。」(para. 71)

(c) 「各基準が私に示す所は、〔本件司祭〕は独立契約者というよりもより被用者に近いという結論である。彼は、代位責任を課すのに正義に適い、かつ、公正なものとするような、使用者・被用者の関係に十分に近く相当に類似する司教との関係にあった。これは、結論のための孤立した基準ではない。それが、使用者に厳格責任 (strict liability) を課すことの不公正と、危害の危険が合理的には予見できなくとも、当該危害を生じさせる形で、使用者が運営している事業によって引き起こされた危害に対する十分な救済なしに被害者を放置する不公正との、均衡を図るものであるからである。」(para. 81)

こうして、JGE事件控訴院判決において、Ward控訴院裁判官により、「雇用に類似する」地位にある者の不法行為についても、その者と「雇用に類似する」関係にある者に、代位責任が成立しうることが示された。

本件では、先に、判旨 (a) が明言するように、本件司祭は、本件司教との間に雇傭契約を有するものではない。その事実を前提として、なお、代位責任の成立の余地があるとされたのである。雇用契約概念から離れて、代位責任が認められうることは明らかである。<sup>(112)</sup>

(112) David Tan, 'A Sufficiently Close Relationship Akin to Employment' (2013) 129 LQR 30.

もっとも、代位責任の成立範囲かどうかを検討するにあたって、依然として雇傭契約の有無は重要なメルクマールではある。しかし、判旨（b）にあるように政策的考慮、すなわち、使用者の運営している事業によって引き起こされた危害からの被害者の救済の観点の優位性から考えて、当該メルクマールに厳格に羈束されるべきではない。そのため、雇用に類似する関係に、問題の当事者が置かれていれば足りるのである。

## （2）まとめ

（1）で見てきたように、JGE事件控訴院判決でWard控訴院裁判官は、カナダの最高裁判決まで含む判例や学説の議論を検討し、要は、代位責任を基礎づける根拠ないし政策的要素を洗い出し、現在の労働市場の構成を受けて、代位責任の成立する範囲を、伝統的な雇傭契約概念に羈束されずに、「雇用に類似する」関係にまで広げた。

もっとも、このような代位責任の成立範囲の拡大が問題となった事案が、宗教団体の組織内部で起きた不法行為を前提としており、また、不法行為の被害者が非常に弱い立場に立たされている子供であったことから、救済の必要性が高かったため、本判決の射程には一定の疑問が生じるところである。しかしながら、2以降で見るように、最高裁は、代位責任の成立範囲の拡大を一般的なものとして理解していくことになる。

## 2 最高裁による肯定

またしても聖職者による未成年者に対する虐待の事案で、宗教団体についての代位責任の成否が問題となる。そこで、今度は、最高裁が、〔判決①〕JGE事件控訴院判決のWard控訴院裁判官の判断を全面的に支持することになる。それが見下に見るCatholic Child Welfare Society v Various Claimants and Institute of the Brothers of the Christian Schools事件（以下、イギリスの教科書等での表記に倣<sup>(113)</sup>い「Christian Brothers事件」と称する。）最高裁判決である。

---

(113) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 614.

[判決②] Catholic Child Welfare Society v Various Claimants and Institute of the Brothers of the Christian Schools [2012] UKSC 56, [2013] IRLR 219 (SC).

【事実の概要】

1680年ローマ設立の宗教機関 I のメンバーは、カトリック教会の修道士 (lay brothers) から成る。修道士は、現在では、英国も含めた多くの国に存在する。I は、私法上、そのメンバーからなる法人格なき社団 (unincorporated association) である。しかしながら、I は、階層的な権限も含め、法人組織の特徴を有していた。I は、貧しい子供を教育する学校を設立しており、そうした学校に、I のメンバーである修道士を教師として派遣していた。

本件では、以前にそのような学校の一つである寄宿制の学校で未成年の頃に教育を受けていた原告男性170名が、I から派遣された修道士らにより身体的、性的虐待を受けていた旨主張し、代位責任に基づく請求をなした。本件では、35の被告が存在し、その内で、A校の管理者として訴えられた被告のグループと、Iとして訴えられた被告のグループが区別され、訴訟の経過も異なっている。

第一審 (高等法院) で Hawkesworth 裁判官は、一方の被告グループ (A校の管理者) については、虐待した教員と雇用契約の締結が認められたため、代位責任の成立も認め、この判決は確定した。これに対して、他方の被告グループ (Iとして訴えられた被告のグループ) については、第一審も、控訴院も代位責任の成立を否定した。本上訴では、前者の被告グループが、後者の被告グループが代位責任を負はないとした控訴院までの判断を争った。

【判旨】上訴認容

< Phillips 最高裁裁判官 > (他の四人の裁判官も賛成)

(a) 「代位責任についての法は、動いている (on the move)。……控訴院は、[判決①] JGE 事件について、判決を下した。……Ward 控訴院裁判官の深い感銘を与える指導判決は、……判例法と学説の検討によるところを示している。」 (para. 19)

(b) 「代位責任は、コモン・ロー不法行為法の長く続いてきた、そして、決定的に重要な一部である。……現代の判決の大半においては、被告は個人ではなく、企業体である。それらの多くにおいて、代位責任は、被告が訴訟を受ける根拠であることも多い。代位責任の基底をなす政策的な目的は、それが公正で、正義に適っており、かつ合理的なものである限り、違法行為についての当該責任が、被害者に補償する手段を有する被告によって負担されることを、確保することである。そうした被告らは、通常は、そのような責任の危険について保険を掛けることが期待され、そ

の結果、そうしたリスクはより広く分散することになる。代位責任を課すことが公正で、正義に適い、合理的であるという政策的な理由を見つけ、代位責任を成立させるのに充たされたことを示すことになる基準を設定するのは、裁判所である。当該基準が満たされた場合には、代位責任を課すべきとする当該政策的な理由が適用される。……政策的理由は、基準と同じではない。しかしながら、一方を検討するのに他方が無しでは済まないものであって、二つはときに重なり合うのである。」(para. 34)

(c) 「代位責任を生じさせる関係は、大勢の判決においては、雇用契約に基づく使用者と被用者の関係である。使用者は、被用者がその者の雇用の中で不法行為を犯した場合に、代位的に責任を負う。以下の基準が満たされる場合には、使用者に代位責任を課すことが、通常、公正で、正義に適い、かつ合理的なものと多数の政策的な理由を見出すのに、問題は存在しない。すなわち、

(1) 使用者は、被用者よりも被害者に補償を行う手段を有する傾向にあり、かつ、当該責任について保険をかけておくことを期待し得る。

(2) 不法行為は、使用者のために被用者が取った活動の結果として犯されることになっている。

(3) 当該被用者の活動は、使用者の事業活動の一部である傾向にある。

(4) 使用者は、当該活動を被用者にさせることによって、被用者によって犯される不法行為の危険を作り出している。

(5) 被用者は、多かれ少なかれ、使用者の指揮命令下にあることとなる。」(para. 35)

(d) 「被告と不法行為者が雇用契約によって拘束されていないが、彼らの関係が同様の要素を有している場合、当該関係が『使用者と被用者の間の関係に類似』するということに基づき、代位責任が適切に発生しうる。これが、〔判決①〕JGE事件で控訴院によって採用されたアプローチである。」(para. 47)

「JGE事件は、特に、代位責任の第一ステージの基準に関するものであった。」(para. 48)

JGE事件で、控訴院の「Ward控訴院裁判官は、基本的に、〔第一審である〕MacDuff裁判官の判旨を肯定した。しかしながら、彼は、MacDuff裁判官が決定的な特徴として認めたことが、『雇用に類似』していた司祭と司教との間の関係を形成したことに基づいていた。」(para. 49)

「Ward控訴院裁判官は、司教と司祭との間の関係は、使用者・被用者間の関係に性質において非常に近いものであり、その、当該使用者が代位的に責任を負うとすることが、『正義に適い公正なものであると結論した(同控訴院判決第73パラグラフ)。」(para. 50)

「私は、本件修道士とIとの間の関係は十分に使用者と被用者との間の関係に類似に類似したも

のであり、代位責任の第一ステージの基準を充たすものであったと考える。」(para. 60)

本最高裁判決のPhillips最高裁裁判官は、判旨(a)で「代位責任についての法は、動いている」として、それまでの判例の展開、特にJGE事件控訴院判決のWard控訴院裁判官の判断を肯定し<sup>(114)</sup>、判断を示していくことを明らかにしている。

まず、JGE事件控訴院判決は、代位責任の成立範囲の拡大にあたり、代位責任の成立の基礎ないし政策的な考慮点に立ち返っていた。Phillips最高裁裁判官も、判旨(b)で、現代の社会において、企業に代位責任を課す重要性を指摘し、「代位責任の規定をなす政策的な目的」を確認する。すなわち、それを、「公正で、正義に適っており、かつ合理的なものである限り、違法行為についての当該責任が、被害者に補償する手段を有する被告によって負担されることを確保すること」としている。また、判旨(b)は、そのような目的の観点から代位責任を成立させる政策的な理由を見出し、基準を設定するのが、裁判所であるとしている。そして、必ずしも政策的な理由が判断基準そのものとなるわけではないが、二つが重複しうることを指摘している。

判旨(c)は、これもJGE事件控訴院判決でWard控訴院裁判官の示した判断基準と部分的に重なる、代位責任を課すことが「公正で、正義に適い、かつ合理的」とされる場合の、五つの基準を示す。すなわち、①十分な資力、②使用者のための行為の結果としての危険、③被用者の行為が使用者の事業活動の一部であること、④使用者が被用者に活動をさせることによる危険の創出、⑤指揮命令の存在、である。

そして、判旨(d)は、問題の当事者間に雇用契約がなくとも、「彼らの関係が同様の要素を有している場合」にも、「使用者と被用者の間の関係に類似」する関係が認められ、代位責任が成立する、としている。

このように、判旨(d)は、代位責任の成否の判断における第一ステージにおいて、JGE事件控訴院判決の示した、「使用者と被用者の間の関係に類似」した関係の存否という基準を踏襲し<sup>(115)</sup>、本件において問題となった当事者間に「使用者と被用

(114) Jeremias Prassl, *The Concept of The Employer* (OUP, 2015), at p.204.

(115) Phillip Morgan, 'Certainty in Vicarious Liability: A Quest for a Chimaera?' (2016) CLJ 202.

者との間の関係に類似した」関係が存在するとした。

Christian Brothers事件最高裁判決は、「この文脈で鍵」となる判決とされており、<sup>(116)</sup>この段階で最高裁のレベルで「『雇用に類似』」アプローチが打ち出されたといえることができよう。本稿では、こうして最高裁判決によって採用された、代位責任成立の第一ステージで、雇用に類似する関係の有無を問うアプローチを、「雇用類似アプローチ」という。

### 3 最高裁における確立と整理

2で見たように、イギリスの最高裁は、代位責任の根拠ないし政策的考慮要素の検討を行いつつ、雇用類似アプローチを採用した。<sup>(118)</sup>とはいえ、〔判決①〕JGE事件も、〔判決②〕Christian Brothers事件も、宗教団体の組織内部における立場の強い者による立場の弱い者に対する非道な行いについての代位責任が問われたものであり、被害者の救済の必要性が高かった。その意味で、そうした事案は特殊といえ、JGE事件控訴院判決やChristian Brothers事件最高裁判決の射程は、依然として限定的に解されえたであろう。しかしながら、その後、異なる種類の事案である次のCox事件において、最高裁により、Christian Brothers事件最高裁判決の判旨が是認された。<sup>(119)</sup>さらに、Cox事件最高裁判決は、Christian Brothers事件最高裁判決の判旨をより現代的にアレンジしているように思われ、注目される場所である。

〔判決③〕Cox v Ministry of Justice [2016] IRLR 370 (SC)

#### 【事実の概要】

Swansea 刑務所の囚人Aは、同刑務所の食堂で調理等の仕事をする囚人として選抜され、割り当てられた仕事を行っていた。Xは、当該刑務所におけるサーヴィスを行っているYの被用者であり、食堂部門の責任者として同部門において日々指示を出していた。

2007年9月10日、Xは、Aと他の囚人に指示を出して米袋を階段で運ばせていた。Aのネグリジェ

---

at p. 203.

(116) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 614.

(117) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 616.

(118) Ibid.; John Bell, n. 81 above, at p. 19.

(119) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 616.

ンスにより、米袋がXの背中に落ちて、Xは負傷した。Aや囚人の就労については、法律 (Prison Rules [SI 1999/728]) により定められているところであり、国務大臣の許可する範囲内で認められるものであった。こうした囚人による就労は、囚人の社会復帰等を目的として提供されるものであった。また、囚人の就労に当たっては、とりわけAの食堂部門における就労については、同刑務所の400人の囚人から20人が選抜され、その者らには、食品衛生や調理に関する安全についてなどの指導や研修が実施され、仕事でも、Yの食堂で勤務する被用者の指示に従うことが求められ、囚人の仕事ぶりについての評価が満足のいくものでない場合、食堂での仕事から外される可能性もあった。Aは、週6日、午前8時30分から午後5時まで、昼休憩を除いて食堂で労務を提供することを指示されていた。

他方で、この食堂での業務に対して、法律に基づき、国務大臣の承認を得た率で、Aも含む囚人は支払いを受けていた。その支払いの目的は、そうした就労に対する鼓舞と報いのためとされていた (囚人の労務提供については、1998年全国最低賃金法の適用は明文で除外されている。)

もっとも、法律の規定により、囚人らは、Yにより食事の提供を受けるものとされていた。

以上の事情の下、Xは、Yを名宛人として、代位責任に基づく損害の賠償を求めて、県裁判所に提訴した。

第一審の県裁判所は、Keyser QC裁判官は、AのXの安全に対する合理的な注意義務の欠如を認めたものの、Yの代位責任については否定した。同裁判官は、判例法を詳細に検討して、YとAとの間に使用者と被用者との間の関係に類似する関係が存在しないと判断した。具体的には、使用者の場合には、自らの事業を発展させるために被用者を用いているのに対して、Yの場合には、法的に囚人らに仕事を提供することが、法律により義務づけられているのであり、この点で相違するとした。

Xが上訴したところ、控訴院は、[判決②] Christian Brothers事件貴族院判決でPhillips裁判官が示した5つの基準に依拠しつつ、YはAらの仕事で利益を享受しているとして、Xの上訴を認容した。

#### 【判旨】 上訴棄却

Reed最高裁裁判官 (Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Dyson, Lord Toulson [全員] が賛成)

(a) 「『代位責任についての法は動いている。』 Phillips最高裁裁判官が、彼が本裁判所の長官として示した最後の判決で、すなわち、[判決②] Christian Brothers事件最高裁判決の第19パラグラフで述べた。それは依然として止まるに至っていない。本上訴は、そして、Mohanmud v WM Morrison Supermarkets plc [2016] UKSC 11, [2016] IRLR 362における同種の上訴とともに、現在



のところ代位責任法がどこに到達しているのかを吟味する機会をもたらしものである。」(para. 1)

「代位責任の範囲は、二つの問いへの答えに依拠するものである。第一に、被告が、ある個人の行為について、不法行為法上、代位的に責任を負うとされうる前に、当該個人と被告との間に、いかなる種類の関係が存在しなければならないか、である。第二に、代位責任が被告に課せられるために、どのような方法で、当該個人の行為が当該関係に関連付けられるか、である。これらの問いに対する答えは内実は連続的なものではあるが、本件の上訴は第一の問いに係るものであり、上訴は、特に、同じ点が検討されたChristian Brothers事件における判断の観点から、その問いにアプローチする。Mohamud事件における上訴は、第二の問いに関するものであり、特に別の法の流れの歴史的な展開の観点から、それにアプローチする。……二つの判決は補完的なものであることが意図されている。」(para. 2)

(中略)

(b) 「しかしながら、雇用契約が存在しない場合でも、ある関係から代位責任が生じ得ることは、長く認識されてきた。……近年では、裁判所はより一般的に、代位責任が使用者と被用者の関係以外の関係から生じ得ることを説明しようとしてきた。」(para. 16)

「雇用関係以外の関係から代位責任が生じ得るかどうかの判断において採用されるべき一般的なアプローチは、……Christian Brothers事件最高裁判決において本裁判所により説明された。当該裁判所において、他の裁判官が皆賛成したが、Lord Phillips裁判官の判断である。」(para. 17)

「Lord PhillipsのChristian Brothers事件における分析は、……現代の代位責任理論が展開するように、これらの関連した考えを、一緒にして編み上げるものである。このアプローチの結果、危害が、被告によって、また、被告の利益のために、営まれる事業活動の不可欠な一部としての活動を行っている個人によって、違法にもたらされた場合(当該個人の活動が、彼自身もしくは第三者のそれと分かるほどに独立した事業の行為に、完全に帰せられる場合以外)で、かつ、当該違法な行為の寄与がそうした活動を問題の個人に課したことにより、被告によって作り出された危険である場合、雇用関係以外の関係が、原則として、代位責任を生じさせる。」(para. 24)

「Lord Phillipsは、私が述べたこのアプローチを、二つのそれ以前の控訴院における判決〔(Viasystems事件控訴院判決と〔判決①〕)〕の検討により説明している。」(para. 25)

(中略)

(c) Christian Brothers事件最高裁判決も含めた「三つの判決が、Phillips最高裁裁判官がChristian Brothers事件最高裁判決の第35パラグラフと47パラグラフで設定した一般的なアプローチ

を説明している。当該基準は、限界事例に対する適用をわかりやすく単純にするというには、十分には緻密ではないという。もちろん、そうした批判は、不法行為法の一般的な原則について同様になされるところである。……問題が生じる際限のない諸状況を前提とすれば、緻密性の欠如は不可避である。裁判所は、以前の同様の、もしくは、類似の文脈における司法判断に支えられつつ、判断を示さなければならない。そうした判断により、特定の文脈において、当該基準が洗練されていくのである。』(para. 28)

(d) 「しかしながら、Phillips 最高裁裁判官が示した一般的なアプローチが、子供の性的虐待といった、特定の種類の事案に限定されないことを踏まえておくことが重要である。代位責任が、原則的に、雇用関係の外側に課されうる状況を見出す基礎を提供することが意図されている。被告によって営まれている事業活動やそれらに付随する危険に焦点を当てることにより、当該基準は、現代の職場の文脈において重要となるであろう諸点に、注意を向けているのである。そうした現代の職場では、労働者 (workers) が、実際に、組織との間に雇用契約を締結していなくとも、組織の労働力の一部となりえるのである。そして、その基準は、また、事業の活動が作り出した危険についての責任に関する広く行きわたった (prevailing) 考え方を反映しているのである。そうして、被用者の雇用の中で起きた作為や不作為に対する使用者の責任を超えて、代位責任が広がることになるが、他方で、不法行為者の活動が完全に彼自身もしくは第三者の独立した事業の中のものであると理解できる行為に帰するときには、代位責任を拡大して課すということにはならない。この拡大 (expansion) の重要な結果は、企業の活動や付随する危険の性質には何ら関係のない要因に動機づけられる、事業とそれらの労働力を構成する者との法的関係における変化に拘わらず、不法行為の被害者の保護における従前のレベルを維持することを、法に可能とするのである。』(para. 29)

(e) 「文言の狭義に焦点を当てることによって、誤って導かれることの無いようにすることも重要である。たとえば、『事業』、『利益』、そして『企業』といった文言によってである。被告は商事的な性質の活動を運営している必要はない。そのことは、JGE事件やChristian Brothers事件の判決からだけで明らかであるが、長く確立した代位責任の公共体や病院に対する適用からも明らかである。したがって、通常の意味での事業や企業である必要はないのである。また、当該主体が不法行為者の行為から得ている利益も、事業的な利益の形態をとる必要はない。それ自身の利益を促進する活動を行っている被告が存在すれば十分である。その行為について代位責任が問題となる個人は、被告の企業運営の不可欠な一部として、また、その利益のために、被告によって課された活

動を行っていないなければならない。被告は、そうした活動をその者に課して、当該不法行為をその者が犯す危険を作り出したのである。」上記の二つの控訴院判決と最高裁判決が示すように、「様々な状況を含む範囲において、そうした要件が満たされるのである。」(para. 30)

(f) 上記の控訴院判決と最高裁判決から導かれるまた別のことは、「被告は当該不法行為を犯した個人の雇用の地位についての技術的な主張に基づいて、代位責任を避けることはできない、ということである。……JGE事件やChristian Brothers事件において裁判所が重点を置いたことは、虐待者が、当該組織によって、それらの組織の職務の一部として、不法行為を犯すことになった地位におかれたこと、なのである。そこでの任務が、彼らに課された活動をするのに内在する危険であった。」(para. 31)

(g) 「本件において、Christian Brothers事件最高裁判決で示された要件は満たされている。刑務所サービスは、その目的の追求の中で活動していた。それらの目的が、商事的な動機づけにあるのではなく、公益に貢献するためのものであったという事実は、代位責任を課すことの妨げとはならない。刑務所の調理場で働いていた囚人は、当該刑務所の機能に組み込まれ、したがって、当該刑務所によって課された活動は当該目的を追求する中で行われた活動の不可欠の一部を構成している。特に、囚人に食事を提供する活動はそうである。囚人は、刑務所サービスによって、彼らが彼らに課された活動の範囲内で様々な注意を欠いた行為を犯す危険のある地位につけられている。このことは、囚人らが受けていた健康安全教育からも窺われる。さらに、彼らは、刑務所職員の下で労務を提供している。Xは、Aが、彼に課された活動を遂行しているときに、Aのネグリジェンスの結果として、傷害を負ったのである。したがって、刑務所サービスは、Xに対して代位的に責任を負う。」(para. 32)

以上のように、Cox事件において、最高裁は、〔判決①〕JGE事件控訴院判決、そして、同控訴院判決の判示に依拠した〔判決②〕Christian Brothers事件最高裁判決の示したところを肯定して、雇用に類似する関係がある場合にまで代位責任の成立を認めることを明らかにした。

#### (i) 現代の代位責任法理の展開の肯定と基礎

まず、判旨(a)は、代位責任についての「法が動いている」とした〔判決②〕Christian Brothers事件におけるPhillips最高裁判官のフレーズを引用し、それは「依然として止まるに至っていない」としている。さらに、判旨(a)では、判決と同時期に出されたMohanmud事件最高裁判決(この判決については、本稿は

IV以降に紹介する。)と共に、本判決が代位責任法理の展開を示す文脈にあること、そして本最高裁判決が、代位責任成立の第一ステージ、すなわち、代位責任成立の契機となる当事者間の関係性について、最高裁が特に法を述べるものであることを明らかにする。

次に、判旨 (b) で、代位責任成立の第一ステージについての法展開、すなわち、そこで採用されるべき「一般的なアプローチ」(「雇用類似アプローチ」)が、[判決②] Christian Brothers事件最高裁判決におけるPhillips最高裁裁判官により示されたとするのである。このように、[判決③]本最高裁判決においてReed控訴院裁判官は、[判決②] Christian Brothers事件最高裁判決のPhillips最高裁裁判官の判示を以って、代位責任成立の第一ステージの一般的なアプローチが示されたものと位置づけ、その判例法上の位置づけを、決定的なものとしたと解される。

そして、本判決でReed最高裁裁判官は、Christian Brothers事件でPhillips最高裁裁判官が示した分析が、「現代の代位責任理論」を展開させるために、関係する考え方を一緒に編みあげるものであるとしている。ここでいう考え方とは、本稿で引用はしていないが、当該パラグラフの一つ前のパラグラフで示されていた、イギリスの古い判決から引き出した三つの代位責任の基礎である。それらは、第一に、不法行為者に対する被告とされる者による許可や委任の存在であり、第二に、不法行為者の活動が被告とされる者の事業活動の不可欠な部分であることであり、さらに、第三に、被告とされる者が、不法行為者を事業活動のために使用して、不法行為者によって犯される不法行為の危険を作り出すことである。本件で、Reed最高裁裁判官は、Christian Brothers事件のPhillips最高裁裁判官のアプローチとそこで示された代位責任の基礎(政策的考慮要素)が、古い先例に依拠したのもでもあって、イギリスのコモン・ローの文脈の中で、現代の代位責任法理の展開として正当性のあるものであることを示したのである。

もっとも、JGE事件控訴院判決のWard控訴院裁判官の判示も、また、それを受けたChristian Brothers事件最高裁判決のPhillips最高裁裁判官の判示も、代位責任の成立範囲の拡大に当たり、代位責任の正当化根拠としてそれぞれ政策的考慮要素を並べて上げていた。ところが、これに対して、本判決のReed最高裁裁判官は、「代位責任に対する十分な資力や保険という正当化根拠を重視していない。Reed最

高裁裁判官は、代位責任における指揮命令の要素についても重視していない<sup>(120)</sup>」。

さらに、そうした基礎に基づく代位責任の現代的な展開の「結果」が気になる  
ところ、Reed最高裁裁判官の判断は基本的にはChristian Brothers事件のPhillips  
最高裁裁判官の判示をベースとしている（判旨（b）のパラグラフ25を参照。）が、  
指揮命令と十分な資力の要素が、代位責任の基礎としても、また、範囲確定の基準  
としても、少なくとも表現として現れない。すなわち、判旨（b）にある通り、「Reed  
最高裁裁判官は、代位責任をもたらす雇用以外の関係とは、『危害が、被告によっ  
て遂行され、またその利益のために事業活動の不可欠な一部としての活動を行って  
いる個人によって違法にもたらされた場合……』と述べたに留まるのである<sup>(121)</sup>」。

このように、本判決で、Reed最高裁裁判官が、政策的考慮要素の内でも重要性  
にグラデーションを付け、特に、代位責任成立に当たっての重要な要素としては、  
指揮命令と十分な資力の要素を位置づけなかつた<sup>(122)</sup>（もともと、これまでの指揮命令  
を代位責任の基準とする判例との不整合性も指摘されている<sup>(123)</sup>）。

## （ii）一般性の強調

〔判決①〕JGE事件も〔判決②〕Christian Brothers事件も、宗教団体内で生じた  
圧倒的に弱い立場に立たされた者に対する非道な不法行為についての代位責任の成  
否を問うものであった。そのため、各控訴院判決や最高裁判決で示されたところの、  
雇用類似アプローチの射程に疑義が持たれた。

この点に関し、本判決は、判旨（d）で、「雇用に類似する」という概念が幼児  
虐待の文脈に限定されず、代位責任の成立の基礎と範囲を、いわば「企業責任」と  
もいえる観念を以って捉えられることを明らかにしている。すなわち、本判決で、  
Reed最高裁裁判官は、「被告によって営まれている事業活動やそれらに付随する危  
険に焦点を当てることにより、当該基準は、現代の職場の文脈において重要となる  
であろう諸点に、注意を向けているのである。そうした現代の職場では、労働者

(120) Phillip Morgan, n. 115 above, at p. 203.

(121) Phillip Morgan, n. 115 above, at p. 203.

(122) Mark Lunney, Donal Nolan, and Ken Oliphant, *Tort Law* (6th edn.) (OUP, 2017) at p. 849.

(123) Mark Lunney, Donal Nolan, and Ken Oliphant, n. 122 above, at p. 850.

(124) Phillip Morgan, n. 115 above, at p. 204 (Mark Lunney, Donal Nolan, and Ken Oliphant, n. 122 above, at p. 849.); James Plunkett, 'Taking Stock of Vicarious Liability' (2016) 132 LQR 556, at p. 559.

が、実際に、組織との間に雇用契約を締結していなくとも、組織の労働力の一部となりえるのである。そして、その基準は、また、事業の活動が作り出した危険についての責任に関する広く行きわたった (prevailing) 考え方を反映しているのである。そうして、被用者の雇用の中で起きた作為や不作為に対する使用者の責任を超えて、代位責任が広がることになる」とした。

たしかに、Reed 最高裁裁判官も、純粋な自営業者の不法行為責任を被告とされる者に課すことまでは否定している。しかしながら、Reed 最高裁裁判官は、それでも、イギリス労働法では伝統的に雇傭契約概念と結びつけられてきた被用者 (employee) 概念よりも広い、「労働者」という文言を用いて、「組織の労働力の一部」となっている者についての、代位責任を企業が負うべきことを明らかにした。ここで意図されているのは、不法行為法が、現代において、「事業とそれらの労働力を構成する者との法的関係における変化に拘わらず、不法行為の被害者の保護における従前のレベルを維持すること」である (判旨 (d))。「この点は、とりわけ、Uber といった事業モデルやボランティア産業の組織にとって重要である<sup>(125)</sup>」と指摘されており、代位責任法理が、現代の就業形態の多様化や企業組織の広がりにも、一定程度対応しうることを示唆するものである。このことは、判旨 (e) が「事業」、「利益」、そして「企業」といった文言を狭く解する必要が無いとしている点からも、裏づけられよう。

とはいえ、Reed 最高裁裁判官の言う「『現代の職場』の性質の変化が本当に伝統的な種類の雇用関係を超えて代位責任を拡大させる第一の誘引であるのかについては疑問がある。結局のところ、宗教的な秩序や役務を提供する囚人について特に新たな事柄は存在しない<sup>(126)</sup>」との評価も見られる。本判決についてのこの指摘は、本判決が判示した点も、やはり事案の特殊性に導かれたものであることを否定できないということを指摘するものであろう。確かに、その点は否定できない。しかしながら、他方で、最高裁が繰り返し一般論として雇用類似アプローチを展開してきたことも明らかである。一定の揺り戻しに留意しつつ、今後の個別具体的な事案において、どれほどの後退を迫られることになるのかが、注目される場所である。

(125) Phillips Morgan, n. 115 above, at p. 204.

(126) Mark Lunney, Donal Nolan, and Ken Oliphant, n. 122 above, at p. 849.

## (iii) まとめ

こうして、〔判決③〕Cox事件最高裁判決では、Reed最高裁裁判官が、とりわけ〔判決②〕Christian Brothers事件最高裁判決のPhillips最高裁裁判官の判示に依拠しつつ、さらに雇用類似アプローチをより現代的な形で（指揮命令の要素等の意義を薄めて）打ち出した。そして、そのアプローチは、「一般的なアプローチ」として、特殊な関係の特殊な状況に限定される代位責任成立の根拠や範囲を示すものではないこと、むしろ、現代の職場一般に適用され得るアプローチであることが示された。そして、この最高裁判決とそのアプローチが、さらに別の最高裁判決によって「肯定され、適用され」、<sup>(127)</sup>2020年4月のBarclays Bank plc v Various Claimants [2020] UKSC 13, [2020] IRLR 481（以下、「Barclays Bank事件最高裁判決」。）でも、雇用類似アプローチが適用されている。Barclays Bank事件最高裁判決では、自己の計算のもとに事業を行う者（つまり純粋な意味での自営業者）が行った不法行為<sup>(128)</sup>についての代位責任の成立は認められないことが強調される一方で、これまでの判例法理の展開を受けて、代位責任の第一ステージが雇用に類似する関係の存在によりクリアできることが確認されている。こうして、代位責任の第一の要件は、雇傭契約関係ではなく、「雇用に類似する」関係であることが、最高裁で繰り返し確認され、確立してきている。

## 4 小括

Ⅲでは、代位責任成立の第一ステージ、すなわち、同責任が成立する範囲についての判例法理の展開を考察してきた。以下、本稿の問題関心と分析視角から考察をまとめる。

## (1) 代位責任の目的と政策的考慮要素

伝統的には、代位責任成立の第一ステージは、雇傭契約に基づく使用者（雇い主）と被用者（奉公人）の関係が認められるかによって、判断されてきた。しかし、と

---

(127) Armes v Nottinghamshire County Council [2017] UKSC 60, [2017] 3 WLR 1000.

(128) Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 617.

(129) [2020] IRLR 481, para. 24 below.

りわけ、2012年の〔判決①〕JGE事件控訴院判決以降、代位責任の基礎を振り返る形で、その範囲の拡大が明示的に図られることとなった。

代位責任の成立範囲を拡大するには、現在までコモン・ロー上の概念として展開し、制定法上も重要な概念である雇傭契約 (contract of service) 概念から、代位責任を切り離す必要があった。そこで、JGE事件控訴院判決は、代位責任拡大のために代位責任の正当化根拠、言い換えると、様々な制定法上用いられてきた雇傭契約概念が背景とする政策とは異なる根拠、の探求に乗り出した。同判決は、「代位責任の法理は、不法行為法が基礎とする二つの大きな政策の衝突を生じさせる」とし、カナダの学説に依拠して、五つの代位責任の政策的考慮要素を示し、最終的に、「他者の違法な行為の被害者に効果的な救済が無ければならない」という政策が勝利する、としている。ここで挙げられた代位責任の基礎とは、指揮命令、十分な資力、行為の防止、損害の分散、企業責任であった。こうした指揮命令に限定されない、様々な政策的考慮要素、すなわち、代位責任の基礎を組み合わせるにより、被害者への救済の確保という政策を優先させるとしたのである。こうして判例は、制定法の機能上重要な役割を果たしている、したがってその判断基準を動かしがたい雇傭契約概念から離れる、代位責任成立の基礎を確認した。<sup>(130)</sup>

そして、〔判決①〕JGE事件控訴院判決のWard控訴院裁判官の判断は、〔判決②〕Christian Brothers事件最高裁判決により、全員一致で肯定されることになる。同判決のPhillips最高裁判官は、Ward控訴院裁判官に倣って、代位責任の政策的な目的を、「違法行為についての当該責任は、被害者に補償する手段と被告とを結びつけることを確保すること」とし、政策的考慮要素ないし判断基準についても、Ward控訴院裁判官に一定程度倣う。そして、〔判決③〕Cox事件最高裁判決に至ると、基本的にはJGE事件控訴院判決とChristian Brothers事件最高裁判決を肯定し、雇用類似アプローチを採用する。ただし、そこで挙げられた考慮要素ないし判断基

(130) さらに、前掲Barclays Bank事件最高裁判決は、伝統的に各制定法上の被用者 (雇傭契約) 概念と代位責任成立の第一要件としての被用者概念が繋がっていて、統一的に理解されてきたところ、「近年の〔代位責任についての〕法の展開が、こうした繋がり (link) を切断するものとなり、『ギグ』エコノミーで就労している者の不法行為によって損害を受けた人々にとって利となりうる」が、他方で、それぞれの根拠に基づく、制定法上の「労働者」の概念と代位責任法理にいう「雇用に類似する関係」にある者との概念を同じように位置づけることは行き過ぎであるとしている ([2020] IRLR 481, at para. 29.)。



準は、よりシンプルなものとなっており、指揮命令や十分な資力の要素が軽い位置づけとなっていた。

## (2) 就業形態の多様化と現在の要請

では、(1)の基礎に基づき、今、なぜ代位責任の成立範囲を広げる必要があるのか、言い換えると、第一ステージの要件が雇用類似アプローチに依るべきであるのか。この点につき、〔判決①〕JGE事件控訴院判決においてWard控訴院裁判官が依拠したのが、Ewan McKendrickの労働市場における就業形態の多様化の指摘であり、裁判所への問いかけであった。これに対して、Ward控訴院裁判官は、応答すべき「時が到来している」と応じた。Ward控訴院裁判官によれば代位責任は、制定法上の法的関係とは異なる意味での公序に根を下ろした正当性に依拠するものであり、正義の観点から見出されるべき解を提供する動的な概念である。Ward控訴院裁判官が判断を示したのは、2012年のことであり、1990年にMcKendrickが指摘した時期から状況はさらに進んだに違いないところ、Ward控訴院裁判官は、「現在の要請」に必ずべく、上述の動的な責任である代位責任の範囲を、その政策的考慮要素、基礎に基づき、変化ないし拡大させなければならないとした。

そして、〔判決②〕Christian Brothers事件最高裁判決で、Phillips裁判官は、上記Ward控訴院裁判官の判旨を踏襲し、それを整理、要約する形で肯定していた。

さらに、〔判決③〕Cox事件最高裁判決において、Reed最高裁判官は、Christian Brothers事件最高裁判決におけるPhillips最高裁判官の一般的なアプローチを採用するとしていた。もっとも、そのアプローチによって最終的に掬いとられる関係性は、不法行為者の活動が代位責任が課される者の「事業活動の不可欠な一部」かどうかや、その者が不法行為者に一定の活動を課したことによってリスクを生じさせたのか、という観点から絞り込まれたものであり、伝統的な指揮命令等の要素の意義が相当に薄められたものとなっていた。

また、〔判決③〕Cox事件最高裁判決においてReed最高裁判官は、以上が宗教団体の組織内部での起きた不法行為についての代位責任の成否に限定されないこと、むしろ「現代の職場」のあり方に着目し、労務提供者が「組織の労働力の一部」として理解されること、さらに、そうした観点を、公共体などの「商事的な性質の

活動を運営」していない者にも当てはめることができることを明らかにしていた。

### (3) 雇用に類似する関係への拡大

(1) (2) のとおり、代位責任成立の第一ステージは、伝統的な雇傭契約概念から、そして、指揮命令の要素から、完全ではないとしても自由になった。その結果、現在では、「雇用に類似する関係」として教科書等でもフレーズとして定着している基準が、第一ステージでの基準として示され、確立している。

具体的には、〔判決③〕Cox事件最高裁判決では、その関係の有無を判断する基準として、指揮命令の要素や十分な資力といった基準よりも、次の二つの基準が前面に示されていた。第一が、問題となる危害が、被告によって、また、被告の利益のための事業活動によって作り出された危険が現実化したものであることである。第二が、問題の不法行為を行った者が、当該行為を当該事業活動の不可欠な一部を行っている個人であることである。これらのより具体的な基準の結果、労働者が、実際に組織との間に雇用契約を締結していなくとも、組織の労働力の一部として評価され、代位責任成立の第一ステージの関係性が認められうるのである。

---

(131) Simon Deakin and Zoe Adams, n. 17 above, at p. 550; Kirsty Horsey & Erika Rackley, n. 41 above, at p. 612.