

<<論説>>

Master and Servant law の歴史的変遷 ——労働に見る「身分から契約へ」——

岡 寄 修

- I. ロスト・ワールドを探して
 選択の余地なき世界
 身分社会における家族の風景
- II. ブラックストーンに見る雇用の扱い
 Master and Servant Law：主人と奉公人、夫と妻、親と子
 奉公人による権利侵害
- III. 身分の時代における慣習法の重み
 法・道徳・慣習
 鉄道事故から生まれた「不法行為」
- IV. 労務奉仕から労働契約へ
 Farwell v. Boston and Worcester Rail Road Co. (1842)

I. ロスト・ワールドを探して

選択の余地なき世界

王権神授説により国王が一家の父親に譬えられ、秩序の安定と神聖さを裏づけていた時代に、この封建的秩序観は、単に地上の世界だけを視野に入れていたわけではなく、宇宙規模でのハイアラーキーを想い描いていた。

個体が殆ど無数の多様性を持つにも拘らず、種や類は限られた数しか存在しない。世界は、本質的に、いくつかの類からなる世界である。世界は異なった階級に予め配列されている。さらに、動植物が下等なものから最高なものへと系統、位置、等級などに配列され、それと同じことが宇宙のすべての事物について行なわれる。事物がその本性により属するさまざまな階級は、一つの階層的秩序を形成する。自然のなかにカストがある。宇宙は、貴族主義的計画、実際には封建的計画によって構成されている。…すべてのものは予めある階級に属し、この階級が存在の階層関係のなかで固定した位置を占めている。…それは、すべてがそこに固定した場所をもつ宇宙であり、²そこではすべてがその場所、地位、階級を知っていて、それを守っている。

種や類は封建的に配列された秩序を受け入れ、各層が上位者から行為と奉仕の規則を受けそれを下位者に賦与する。社会秩序もこの原理を基礎とするため、それを覆すことはできないとされた。この固定的で閉じた秩序観は、封建社会の特徴を極めて巧みに表している。かような閉鎖的空間は知識に関しても想定されており、そこでは古代の偉人の権威を根拠として、すでに完成しているエピステーメからもっぱら演繹する形での訓練・教化が学問の中心的地位を占めていた。³

宇宙から社会そして知識に到るまでを支配したこの絶対的で閉鎖的な秩序観は、科学革命を通じ自然の領域から揺らぎ始め、その後の商業の活性化や政治的動乱を経て次第に崩れてゆき、19世紀には近代のフラットな契約社会の誕生につながってゆく。

新たな科学とその産業への応用に続き、大きな政治的变化が起きた。…産業の新技术の成長により…社会のパターンが農業と軍事の遂行から成っていた封建制度は崩壊した。近代的意味でのビジネスが興隆したところではどこでも、力は土地から金融資本へ、農村から都市へ、農場から工場へ、社会のタイトル social title は、個人的な忠誠・奉仕・保護に基づくものから、労務管理・財貨の交換に基づくものに移る傾向がみられた。政治の重

心が変化したことにより、個人は階級や慣習の束縛から解放され、優越する権威によるのではなく、自発的選択による政治組織が生みだされた。換言すれば、近代国家は、それまでの国家と異なり、神の作ではなく人間の作とみなされ、至高で支配的な原理を必然的に表示するものではなく、人々が自らの欲望を実現させるための装置とみなされることになった。⁴

18世紀の石炭採掘に端を発し、産業革命の一大発明となった蒸気機関は、19世紀には鉄道に用いられて「鉄の馬」を生み、文明の怪物的存在となって多くの利便性をもたらすと同時に、事故や火災などにより前例なき惨劇も引き起こした。それにも拘らず、この鉄の馬の牽引力は凄まじく、短期のうちに鉄路を延ばし続けたことで、封建的階層を維持してきた社会は一気に引きずり倒され、近代の到来が告げられることになった。⁵この大規模な変化を法律面からみれば、それまでコモン・ロー上の法理として引き継がれてきた雇用における上位者責任 *respondeat superior* の観念は、鉄道会社という近代的法人組織の出現とその労使関係により、身分の支配を脱し契約を根拠とする使用者責任あるいは代位責任という概念に再構成されることになった。さらに、鉄道による事故や火災が未曾有の大規模な権利侵害を引き起こしたことにより、19世紀半ばには「不法行為 *torts*」という領域が新たに独立した一つの法領域を成すに到った。

19世紀半ば、イギリスの法学者ヘンリー・メインが「身分から契約へ」という有名な下りで示したものが、西洋社会におけるこの大規模な変動の一端である。ヨーロッパの進歩的社會を前提に、メインが示した社会の変化には、具体的な例としては次のようなものが描かれている。

進歩的社會の顕著な動きにより、家族への依存は徐々に解消され、個人の義務感が育成された。かくして、法の扱う単位は家族から個人へと徐々に置き換えられた。かつて、あらゆる人間関係を家族関係に還元して眺めていた社会から、それを個人の自由な合意つまり契約に還元しよ

うとする社会に向け、ヨーロッパは着実に進歩してきた。その結果、奴隷という身分は消え去り、それが主人 master と奉公人 servant の契約関係に置き換えられた。後見下にある女性の身分も、もはや夫を後見人とするものだけになったし、父権下にある息子の身分も、近代ヨーロッパ法では存在しなくなった。今なお例外的に法により保護あるいは規制されている者がいるとすれば、それは能力なき者だけであり、しかもそれは、彼らが契約を結ぶ上で最も重要なものを欠いているという理由⁶だけになった。

いつの時代にも暗黙の前提があり、その時代を生きる者にはそれが往々にして意識に上らない。さほど遠い昔のことではないにも拘わらず、身分という隔てにより社会が階層に分かれ、職もそれに従って定められ、自由が大幅に抑制されていた時代の現実を想像することが、現代では必ずしも容易なことではなくなっている。契約の自由という近代法の一大原則も、それが自由でフラットな契約社会を実現させた後になると、もはやそれが「所与」のものとなってしまい、かつてこの原則が身分の隔たりを克服したプロセスは、視野の外に放置されるようになる。

今では、選択の自由があまりにも当然のことと考えられるため、自由がなかった時代の現実を想像することができない。このため 19 世紀半ばのアメリカにおける「自由労働運動 free labor movement」は、労使間の社会的な力の違いも考慮せず、契約自由の原則を公理のごとく崇め、それを雇用契約に無条件で適用しようとしたことがもっぱら批判的に見られる。20 世紀には、契約自由の原則を修正する形で「労働法」という新たな法領域が形成されることになっただけに、雇用において自由契約を殊のほか尊んだその姿勢は、もっぱら冷たい視線に晒され、レッセ・フェールかぶれの浅はかな考えとみなされがちである。

だがこれは、自由に満ちた現代から過去を後ろ向きに見た結果にすぎない。雇用において選択の自由がなかった時代、労務奉仕者 laborers には依頼された仕事を選ぶ自由などなく、それを拒めば罰を受ける覚悟

が必要であった。奉仕の規則が支配する身分社会では、労働力が商品ではなく、奉仕は己の労働力の売買を意味するものでもなかった。仕事を拒む自由もなければ、仕事を途中で投げ出しても罰を受けたし、指図どおりに仕上がらなければ強制的に仕事をやり直させられた。近年のアメリカ契約法において、労働契約違反に対し損害賠償は認めても、特定履行の強制は否定する傾向が見られるのは、特定履行の強制が非自発的奉仕、ひいては奴隷的扱いを連想させるからだという指摘もある⁷。

家内奉公人であった徒弟にとっても、奉公の期間は慣習によって定められ、住み込みでの奉公には実質的に自由時間はなく、奉公すなわち彼らの生活とみなされた。労働の対価として賃金を受け取る今日とは違い、主人のご恩により与えられたものは、あくまで恩恵によるものであって、その不払いに対し奉公人に法的請求権が与えられていたわけではない⁸。これが選択の自由なき社会の現実である。

今では「使用者責任」「代位責任」と訳される *respondeat superior* という概念は、身分社会においては、身分的に上位に立つ者が奉公人の過失について責任を肩代わりする「上位者責任」であったが、これはこうした社会条件と引き換えの形で成り立っていたものである⁹。

19世紀の自由労働運動が目指したものは、こうした条件からの解放であった。そこではまず身分の拘束から脱し、強制的な奉仕の提供を拒否できる選択の自由を手に入れる必要があった。そのために、労使双方が対等な関係にあると強弁する必要もあったろう。雇主と被用者の力関係を度外視した、今から見れば不可解にも見える姿勢の背後には、この自由なき状態を克服するための苦闘が隠れている。

かくして身分の拘束が崩れたことにより、19世紀になってようやく、己の労働力を己の選択で処分できる自由労働の基礎が築かれた¹⁰。ビジネスの発展とも手を携えて隆盛した契約自由の原則により、身分社会を支える土台が浸食されてゆき、近代という新たな時代の到来が促された。メインが言うように、誰もが対等で自由な存在となり、法の保護を必要

とするものが、当人の自由に任せれば契約が己の損になることすら察知できない者だけになったのは、その成果である。

身分社会における家族の風景

ロスト・ワールドとなった前近代の風景を探る歴史家の作業について、ピーター・ラスレットは巧みな比喩を用いている。

[データを] 史料として観察する歴史家は、ただ自分が潜水艦バチスカーフ号に乗った科学者のような立場にあることを感ずるばかりである。海面下何マイルにも潜り、漆黒の闇から照らし出された光の中へと、ふとさまよい出てくるごくわずかな奇妙な生き物に一瞬のあいだだけ目をこらしている科学者のようなものである。かれらはどこからやってきたのだろうか。何がかれらに起こるのだろうか。そんなことを、かれは自問せず¹¹にいられないのである。

この比喩は、科学における探究の何たるかを言葉巧みに言い表している。未だ知られざる部分が多い深海探検において、突如としてライトに浮かび上がった不思議な生き物は、過去の世界を断片的に垣間見せる遺物らしきものであるだけに、科学者たちの好奇の的となるのはもちろん、素人の視線をも釘づけにするに違いない。この好奇心こそ科学的探究には不可欠なものだが、観察が科学の基礎とはいえ、観察事実をいくら積み重ねても、それだけで仮説は生まれてこない。

かつて生起した事実は、それが実際に起きたがゆえに客観的で、いつか発見されるべく密かに沈殿しているかのごとく思われがちだが、過去の出来事たる事実を把握するには、それを位置づけるためのシナリオとなる枠組みが必要で、そのシナリオと合体する形で過去の事実が再構成され、過去に関する知識として理解¹²につなげられる。眼前に現れた未知の生き物は、単に過去の断片であるというだけでは意味をなさない。

身分の時代についても、それを再現するにはデータとシナリオの組み

合わせを通じ、過去を再構成する作業が不可欠になる。ラスレットは、17世紀イギリスにおける家族の姿を再現しようと努める中で、かつては大家族が支配的であったとする一般的な見方を批判し、希に大家族があったにしても、それが時代を支配するほどのものであったとする見方に疑問を呈している。

個人的にも社会的にもわれわれの信念として根づいているのが、われらが祖先は大きな家族単位で生活していたという思い込みである。…こうしてほとんど決まりきって拡大家族 extended families という言葉が使われてきたのである。…[だが] われわれの祖先の大部分が拡大家族を形成して生活していたというのは間違いである。工業化が単婚核家族をもたらしたのだというのも正しくない。…平均的な家族集団の大きさは、今日の1.5倍、すなわち今日の3人強に対して4.75人であったけれども、この原因は拡大家族とはほとんど関係はない。この差は人口学的な理由やサーバントの存在によるもの¹³と考えるべきである。…

思い込みが歴史研究だけの障害になるわけではないが、とりわけ歴史研究において弊害になるのは、今の時代を支配する観念に縛られ、これを基礎に過去の時代を安易に読み込みがちな点にある。核家族を念頭に置く現代人の眼に、近代以前の家族が大家族のように見えたとすれば、それは今日のように血縁者だけで家族が占められていたからでなく、一つ屋根の下に、夫婦と子どもに加え、女中、召使い、徒弟などの各種奉公人、さらには渡り職人までも含めた上で、家族の人数がカウントされていたからであるという。

ラスレットは、17世紀初めのイギリスで、パンの製造から販売までを一手に行っていた家族の日常風景を描き出している。この一家は今であれば企業に匹敵する規模のもので、それを描くのに用いたデータは、ロンドン市当局にパン価格の値上げを申請した際の資料である。

[パン屋というタイプの] 企業は、ふつう 13-4 人の人びとで構成されていた。パン屋の当主とその妻、賃金で雇われた渡り職人（ジャニーマン）4 人、徒弟が 2 人、女中 2 人と親方自身の子ども 3-4 人というわけである。この組織の 1 週間の出費は 6 ポンド 10 シリングだが、そのうち賃金として支払われるのは、2 シリング 8 ペンスにすぎない。…圧倒的に大きい支出項目は、むしろ食費である。…ジャニーマンを雇うにしても、賃金として支出する額より遙かに多くの金額を、食費として支出しているのである。これが女中となると、賃金の 4 倍以上の食費が支出されていることになる。…この人たちが全員、この家で食事をしたことは、パンの生産コストの決定にかれらの食費が組み込まれていることで明白である。ジャニーマンを別にすれば、かれらはすべてこの家で寝泊まりし、ひとつの家族として一緒に暮らざるをえなかったのである。

夫婦単位の核家族が中心となっている今であれば、一つの家にこれほどの人数が暮らす風景を見ても、それを「家族 family」と呼ぶことはない。だが当時にあつては、これを家族と称していた。パンの製造から販売まで行っていたこのパン屋の家族は、田舎で野良仕事に勤しむ農家よりはるかに多人数で構成されている。夫婦とその子どもでほぼ半数を占めるにしても、これに徒弟と女中などが加わり、住み込みではなかった渡り職人（ジャニーマン）も、そこにカウントされている。

身分の時代にあつては、家族の長たる主人は、家長として戸主であると同時に、パン屋の経営者でもあれば、職人や奉公人に対しては雇主でもあった。彼は、子どもたちにはもちろん父親であるが、他の家族にとつても父親代わりの役目を担っていた。妻は夫への協力者であるとともに夫への服従者でもあった。さらに奉公人たちがそこに加わり、この一家は、一つ屋根の下で家長を頂点とするハイアラーキーをなして生活していた。

この家族の中では三つの人間関係が重なり合っている。それは親子、夫婦、そして主人 master と奉公人 servant の三種である。この一家は、

家長を扇の要とする形で構成され、血縁を基礎に据えながらも、他人も含めた擬似的な家族を成している。主人と奉公人との関係は、身分の隔てがあってこそその関係であり、上下に隔てられた組織の中に織り込まれたものである。奉公は社会化の一環として位置づけられるが、それは今日の教育におけるような独立自由人を育成する狙いとは違い、その時代に相応しく、身分社会の中で分際に応じた立居振舞いを身に着けるための教育という役目を担っていた。

Ⅱ. ブラックストーンに見る雇用の扱い

Master and Servant Law : 主人と奉公人、夫と妻、親と子

科学革命を通じ万人の知が唱えられ宇宙からは階層が消えても、社会や家族の中では依然として階層が堅持されていた。そこでは、法的に社会の中に存在する単位は個人ではなく家族であり、その中は社会から閉ざされたプライベートな領域を形成していた。妻や子どもの行為についてはもちろん、奉公人がなした不始末についても、対外的には家長が全責任を負うことになっていたのは、このためである。

イギリスでは古くから雇用関係を扱う法を Master and Servant Law と呼んできたが、そのような名称の法が実際にあったというわけではない。雇用の領域を扱ってきたのは、伝統的にコモン・ローである。

「主人 master」や「奉公人 servant」という言葉は以前からよく知られてはいたものの、イングランドにおいても18世紀初めに到るまで、雇用に関する包括的な関係を規律した一連の法理という形で、「マスター・アンド・サーバント・ロー」なるものがあったわけではない。…最も一般的な意味での「奉公人」という言葉は、かなり広い範囲の身分にまで及んだ。…ブラックストーンは「コンメンタリー」において、家庭の内であれ外であれ、職人の雇用 manual employment に関する一般的関係を法的に規定するものとして、「主人と奉公人」という単一のカテゴリーを用いている。

…そこには、召使い *menial servants*…、徒弟奉公人 *apprentices*、労務奉仕者 *labourers* などが含まれている。…同時にブラックストーンは、[執事などの] より「身分のより高い」奉公人がいることも記している。この結果、近代初めのイングランドにおける各種職人の雇用規定が、単一の法的カテゴリーの下にまとめられ、主人と奉公人という分類は、手仕事を伴わない種類の雇用関連規定から分けられるようになった。¹⁵

イギリスにおいてコモン・ロー・ヤーの養成は、大陸諸国の場合とは異なり、古来よりインズ・オブ・コートという独特な組織を通じて行われていたため、大学にはコモン・ローに関する講座が置かれていなかった。¹⁶ だが、このインズでコモン・ロー教育が次第にその質を低下させてきたため、18世紀半ば、大学におけるコモン・ロー講座が初めてオックスフォードに開設されることになった。ロバート・ヴァイナー卿の名を冠したその講座の初代教授に就任したのが、かのウィリアム・ブラックストーンである。¹⁷

彼の講義を書にした4巻からなる『コンメンタリー』は、難解にして複雑なコモン・ローのコンパクトな解説書として英語圏の法律研究に大きな影響を及ぼしたが、18世紀半ばという時代背景を考えれば、それを今の視点で安易に読むことはできず、深海から突如姿を現した未知の生き物を見るかのような眼で眺める心構えが必要であろう。

『コンメンタリー』の第1巻14章において、ブラックストーンは“Of Master and Servant”と題し、政治面でのパブリックな関係と対比する形で、家族というプライベートな領域における人間関係として以下のものを列記している。

プライベートな生活領域における三つの大きな人間関係は、まず主人と奉公人 *master and servant* の関係…次いで夫と妻の関係…さらに親と子どもの関係である。さらに親が義務を果たさぬまま死亡した場合には、四番目の関係が法により提供されねばならない。それが保護者と被保護者の

関係で、これは自然の欠乏を補うための一種の人為的な親子関係である。

ブラックストーンは、親子の関係を「最も普遍的な自然の関係」と称し、家族内における四つの人間関係のそれぞれに章建てをし、14章では主人と奉公人の関係、15章では夫婦の関係、16章では親子関係を取り上げ、次いで17章で保護者と被保護者の関係を取り上げている。

今なら雇用に関する規定は契約法で扱われるところであるが、ブラックストーンの「コンメンタリー」においては、それが“Master and Servant”と題した章の下に、夫婦や親子関係と並ぶ形で、家族 Family を扱った領域に入っている。雇用に関するこの不可解な扱いが示唆することは、そこでは働くことに関し選択の自由がなく、そのため今日のように雇用は契約を基礎とする必要がなかったらしきことである。

ブラックストーンの雇用に関するこの位置づけは、雇用や労働が半ば強制的な奉仕として位置づけられていたことを窺わせる。当時において、仕事を途中で投げ出すことはもちろん、仕事を辞めるにも要請を拒むにも罰が科され、労働に関する自由選択の余地はなかった。身分社会には、今日のように、自由な合意を通じて雇用を取り決める仕組みがほとんどなかったと考えられる。

ブラックストーンに関係していえば、主人と奉公人との関係は身分に基づくものであって、契約によるものではなかった。われわれには、ヘンリー・メイン卿の有名な格言が、イングランドの労働法には十分に当てはまると言うことができる。…ブラックストーンの見方では、奉公人であることは一つの身分であり、主人であることもそうであったので、彼にとって、今日われわれが雇用関係と称するものを、人に関する法の中で論じることに矛盾はなかった。このことが、ブラックストーンの章建てが一見したところ不可解に思える点を、またなぜ家族関係と労使関係が並置されているのか…を説明してくれる。…彼の時代の社会状況において、奉公人は往々にして「家族 familia」の一員であった。²¹

契約法が一大法領域に成長する 19 世紀とは異なり、この時代には契約という法領域が未発達であったにせよ、²² 雇用を契約として扱わず、夫婦や親子関係と並んで家族関係の中に位置づけ、しかも契約を雇用の不可欠の要素とはせず、それに付随的な意味しか与えていないことは、それが身分の支配する時代であったことを裏づけている。²³

もちろん、仕事の要請に応じるのに形の上での合意はあったろうが、主人と奉公人との関係は契約を基礎とする必要はなかった。それは、女中などの家内奉仕人 a domestic servant については契約 hiring によるにせよ、²⁴ 職人などの労務奉仕者 labourer の奉仕義務については法的な強制が可能であったからである。²⁵ この強制については、イギリスでは長きに亙る伝統があったため、奉公として他人のために働く義務が主人—奉公人関係におけるエッセンスとなっており、これが今日からみれば不可解な、契約によらない雇用すなわち「不自由労働 unfree labor」を可能にしていたわけである。²⁶

したがって、ブラックストーンが、主人と奉公人の関係を「便宜 convenience」を基礎とする関係と言い、その中に労務奉仕者を含め、必要が生じたときにそれを調達する旨の記述があっても、この場合の労働や雇用は、現代のように互いが対等な関係にあって選択の自由を行使するものではない。²⁷

家族をモデルとして社会を見る時代には、主人と奉公人の関係もそれを親子関係の延長と理解したため、主人には父親の代理役を果たすことが予定されていた。それを支えるものが温情的父権主義、パターナリズムである。労務奉仕者 laborers は別として、他の奉公人は、主人が居住する家とともに同居し、その一員として振舞うことが求められる。

徒弟 apprentice には大きな制約が課せられていた。親が子どもを徒弟に出す場合、子どもの親と親方との間で徒弟契約が結ばれる。徒弟は、奉公期間として 7 年間は親方のもとで生活し、秘密を守り、親方の言いつけに従うことを約束しなければならない。

さらに徒弟には次のような義務が課された。呑み屋や酒場に入ったりしてはならない、サイコロ、カードその他不法な賭博をやってはならない、いかなる女性とも不貞を働いてはならない、いかなる女性とも結婚の約束をしてはならない、夜も昼も親方の許可なしに外出してはならず、真面目で忠実な奉公人でなければならない。

いかにも年端の行かぬ子どものしつけを思わせる内容だが、義務を課されるのは徒弟の方ばかりではない。親方にも、徒弟を養育する上で食事を与え、勉強を教え、仕事を仕込むことと並行し、あまり厳しすぎる罰を加えないことなどが契約書に盛り込まれている。²⁸

ブラックストーンは奉公人の種類について述べた後、その関係の形成と解消ならびに当事者間でこの関係がもつ効果を順に述べている。

徒弟は、通常、菌型捺印証書 indentures により、数年に互る期間を通じて主人に仕える形で扶養され、主人から教育を受けることを義務づけられる。…その目的は、未成年者が自分を規律できるようにすることにある。これは、商売の手法と極意を学ばせるため、通常は商人の子に対し行われる。場合によっては、その教育への謝礼として多額の金銭が支払われることもある…。貧民の子に対しては、治安判事二人の同意を得た上で、24歳になるまで監督者 the overseers による徒弟教育を行うことが許される。…商売のための徒弟奉公は、相応の理由があれば、徒弟か主人のいずれかが四季裁判所に申し出ることにより、または治安判事裁判所に申し出ることにより、一人の治安判事の判断で解消できる。この場合、判事は…それを相応しいと考えれば、徒弟奉公のために支払われた金銭の一定割合を返還するよう命じることもできる。²⁹

一定年齢になれば小学校に通う義務教育制度が実施されるのは19世紀半ば以降であり、当時は、まだそのようなものはなかった。そうした時代にあつて、徒弟は基礎的な知識や教養を身に着けることより、商売の極意の伝授が主目的であつたらしき様子が窺われる。徒弟も含め一つ

屋根の下に同居する奉公人たちは、独立の生計を立てられたわけではなく、パターンリズムの支配の下に、一家に「寄生」する形で働いていた。そこでは、衣食住を取り仕切る主人が一家の主として強い発言力を持ったことは、半ば必然である。

奉公人による権利侵害

徒弟とは異なり、同居義務がなかった労務奉仕者について、ブラックストーンは以下のように述べている。

労務奉仕者 labourers は、日単位または週単位で単に雇われるだけであり、家族の一員として同居することはない。彼らに関しては…きわめて多くの規制が見られる。1. 目に見える成果を上げない者に対しては、すべて、働くよう強制することが許される。2. 冬と夏には、労働する時間に関し制限がある。3. 仕事を去ったり逃げ出したりした者に対しては罰が与えられる。4. 彼らの賃金については、治安判事裁判所の裁判官または郡の保安官にそれを定める権限がある。5. 定められた賃金より多くを得たり、強要した者は処罰する。³⁰

同居義務がないから自由だろうと思うのは大きな間違いで、労務奉仕者については、家族からはかなり距離を置いた扱いになっている。彼らは、徒弟に比べれば「よそ者」扱いで、主人による保護の多くが消え去り、もっぱら強制・規制が目立っている。

現代から見れば、身分社会の掟は理不尽なものに映じる点が多い。かつては債務を弁済できない者は投獄され強制労働を課せられた。仕事の要請を拒むこと、仕事を引き受けた仕事を途中で投げ出すことはもちろん、仕事を辞めることにさえ罰が待ち受けていた。³¹ 私益の追求に眉をひそめた時代には、己の技量を高く売り込むことさえ禁じられていた。賃金は慣習によって定められ、その是非を見極めるのは裁判官や保安官である。中世以来の遺物とされる公正価格の支配は、ヨーロッパの負の遺

産がないことを誇っていたアメリカでも 19 世紀初めまで続いており、³² 慣習による賃金の拘束にその一端を垣間見ることができる。

主人と奉公人を扱った第 14 章の最後の部分で、ブラックストーンは奉公人が第三者に対して権利侵害をなした場合について述べている。

奉公人が主人のためになす…ことに関しては、すべて、明示的なものであれ黙示的なものであれ、それが主人の命令によってなされたなら、主人は奉公人の行為に対し責任を有するという原則に基づいて処理される。それゆえ、奉公人が主人の命を受け、あるいは主人の勧めにより [第三者の] 権利侵害 trespass をした場合には…主人がそれに関して責任を負う。…例えば、宿屋の主人の奉公人が宿泊客のものを盗んだ場合、主人にはそれを弁償する義務がある。…同様に、居酒屋の使用人が傷んだワインを客に売り、それがもとで客が健康を害した場合、客は居酒屋の主人を相手に訴訟を起こすことができる。それは、主人が特にその客にそのワインを売るよう使用人にはつきり命じたわけではないにせよ、主人が彼にそれを売ることを容認したことは、³³ 暗黙の一般的命令となるからである。

奉公人による第三者への権利侵害に対しては、上位に立つ者をして責任を負わしめよという意味の respondeat superior (使用者責任) の原則に従い、責任は主人が負うことになった。もちろん、これは奉公人が仕事中である場合を想定したもののだが、同居義務があった奉公人に今日の「勤務外」時間がどのような形で認定されるのかは定かではない。

奉公人がその過失により第三者に損害を与えた場合、主人は奉公人の過失につき責任を負う。もし鍛冶屋の奉公人が馬に蹄鉄を着ける際に怪我をさせれば、訴訟の相手になるのは主人であって奉公人ではない。だがこの場合は、あくまでその事故が、実際に主人の奉公人として雇われている間に起きたものでなければならない。そうでなければ、奉公人が自らの過失に対して責任を負う。この原則に基づき、コモン・ローによれば、主人の家の暖炉の火から、奉公人の不始末のために隣家まで火事になった場合に

も、訴訟の相手は主人となる。なぜなら、この過失は奉公の最中にたまたま起きたものだからである。しかし、もし奉公人がランプを持って通りを歩いていた際に、過失により〔他人の〕家を火事にしたような場合であれば、それは彼が主人に直接に奉公していたときではないので、与えた損害に対しては奉公人が個人的に責任を負わねばならない。…主人は往々にして、奉公人に委ねた信頼のために損害を被りやすい恐れがあるが…その理由は今なお変わらぬままである。それは、奉公人がなした権利侵害は、法的には主人自らの権利侵害とみなされるからである。いかなる者も自らの権利侵害により利を得ることは許されない、これは不変の公理というものである。³⁴

ここには現代の使用責任にも似た説明が見られるが、その社会的背景も視野に入れてみれば、責任の根拠は今日のものとは大きく違っている。「身分から契約へ」というメインの図式に沿って責任のモデルを描けば、万事を家族モデルに還元する場合には、家族の何者かが対外的に行った権利侵害行為に対しては、誰が行おうと家長だけが責任を負う。その反対に、万事を個人の意思に還元する場合には、何人も他人の行った権利侵害行為の責任を負わないとする原則に則り、権利侵害を行った本人だけがその責を負う。前者のモデルでは、責任の根拠は身分にあり父権主義がそれを支えるのに対し、後者のモデルでは、責任の根拠は合意にあり個人主義がそれを支える。実際の社会は、時代の違いや父権主義・個人主義の濃淡を反映する形で、これら両極のどこかに位置を占める。³⁵

権利侵害行為の責任を、それを行った本人以外の者が負うとすれば、そこに何らかの根拠が必要になるが、身分の時代には、親子、夫婦、主人と奉公人の関係に到るまでを家族としてひと括りにし、上位者責任 respondeat superior の原則によりこれをカバーすることができた。

個人主義の近代社会が個人を法的単位とするのに対し、身分社会においては、社会を構成する法的単位は家族であった。そこでは、社会がパ

ブリックな空間を成すとすれば、それに対し家族は対外的に閉じたプライベートな治外法権的空間を構成する。メインは、古代からの変化を振り返り、家族という私的な領域が次第に崩れ、フォーマルな法に服するようになる様子を以下のように描いている。

[古き時代を振り返れば、法は] 個々の家長が、妻、子ども、奴隷に対して下した命令から、ごく僅か発展した程度のものでしかなかった…。国が組織された後でも、法の適用は極端な制約を受けていた。… [そこで] 法が拘束していたのは、個人ではなく家族であった。こうした古代の法は…家長までしか及ばず、それ以外の個人にとって、行為準則は親を立法者とする各家の定めに留まった。だが、法は初めは弱小であったものの、徐々にその支配する範囲を拡大する傾向を示した。法は、それが変化する手段たる擬制・エクイティー・立法により、この順序で古代の法制度に影響を及ぼし…個人の権利と財産は、家族内での決裁から、公の裁きの場合へと引き出されるようになった。その結果、私的な出来事に関しても、政府の命令が徐々に…影響力を増すようになり、終いには、王座にあった僭主の命令によっても、もはやそれを覆すことができないものとなった。³⁶

太古の昔は家族の外をカオスが支配していたと思われるが、何らかの統治機構を通じてパブリックな場が形成され始めるにつれ、家族がそれに対するプライベートな場として機能する。この動きがさらに進展する中で封建社会が発展し、そこでは家族の長が対外的に責任を負うことになった。身分の壁が崩れてフラットな近代社会になると、法的構成において個人を最小単位とする社会を前提に、それまでの上位者責任 respondeat superior は使用者責任あるいは代位責任に変化し、事業を行う過程で従業員が仕事上の過失で第三者の権利を侵害した場合には、事業主が使用者責任を負うようになる。ここでは、身分の上下を根拠とする構図は消え去り、事業主は過失を犯した従業員に対し求償権を持つようになる。³⁷

Ⅲ. 身分の時代における慣習法の重み

法・道徳・慣習

私的自治の原則を掲げる近代社会が個人の合意を基礎とするのに対し、身分社会を支えてきたものは慣習である。そこでは、職人の賃金さえ契約によらず慣習の支配下にあった。土地も所有ではなく保有してただけで、時間から人格に到るまで、己の一存で物事を左右できる仕組みがほとんどなかった。そこに契約の自由が栄える余地は存在しない。

慣習は、長年に亙る時の経過により生み出される。かつて陸路を移動する手段は主に馬にしか頼れず、物の運搬もさほど容易ではなかったため、大規模な市場も成長しなかった時代には、日用の必需品の売買も配給に近い様相を呈し、そこにはさほどの自由は必要なかったかに見える³⁸。そこでは互いの欲求に左右される市場価格は機能せず、安く買い高く売るという商売の常道も甚だ不届きな振舞いとみなされていた³⁹。

西欧中世の社会における経済的諸関係の根底には、数多くのキー概念がある。第一に、これらの諸関係は概ね慣習的なものであった。人は共同体 a communal society の中に自らの居場所と役割を持っていた。彼は父親の商売 trade、技巧 craft、身分 status を受け継ぐのが常だった。彼がそうしたのは、それを自由に選んだりそれに同意したからではなく、それが慣習に従っていたからである。多くの場合、慣習は法の裏づけを持っていた。法、慣習、道徳は、明確に区別されていたわけではなく、かろうじて区別される程度の状態にしかなかった。仲間との関係も、概ね慣習のパターンで決まった。労務者の場合であれば、賃金の支払い方、(金銭やその類で)いくら支払われるかは、概ね慣習によって決まった⁴⁰。

人が生活の糧を得るべく労働に勤しむ光景は、人相や服装の違いこそあれ、いつの時代においてもさほど大きく違いはしないであろうが、表

面的な類似性とは裏腹に、その背後にあって人々の考え方を支えていた観念は、近代とそれ以前とは大きく異なっている。

封建社会においては、あらゆるものが予め特定の種に属し、しかも種は存在のハイアラーキーの中に、それ自身の決まった場を占めていたが、それと同じように、人も共同体の階層の中に己の居場所と役割を持っていた。それがまさに身分であって、誰も己が属する身分は生まれた時点で決まり、職業を自由に選択できる今とは違い、父親の職業を受け継ぐことが当然視されていた。

そこでは、自由と慣習とのウェイトの置き方が今とは逆である。もちろんすべて良かったわけではないにせよ、慣習が優位に立ち、自由はそれに従属する地位にしかなかった。これは、古の時代に理想を求める考え方と密接に結び付いている。

「古き良き時代」という言い回しは、理想の時代を過去に見る姿勢とつながっており、そこでは未来志向には高い評価が与えられない。これに対し、近代科学が理性を基礎に未知の世界の探求を奨励したことに象徴されるように、進歩主義は、向かうべき理想を未来に求め、法を通じて社会を改革する姿勢にもつながってゆく⁴¹。この進歩主義の考えは主に18世紀以後のヨーロッパで強まり、19世紀になると大いに隆盛したもので、封建社会を支えてきた理想の見方と入れ替わる形で今日に受け継がれている⁴²。

慣習を重視する社会では、自由と競争は悪しき欲望の発露とみなされがちで、それらは奨励されるどころか抑制の対象とされた。そこでは、法と道徳は連続した一体のものとみなされ、不文の道徳が法の基礎を成していた。このため、法が独自の理論的基盤を持って道徳から自由な形で運用されるには到らず、自由は道徳や慣習に絡められ抑制されがちになる。

主人の奉公人に対する責任が、親が子どもに対して背負う道徳的責任の形で理解されていた点では、植民地時代のアメリカでも変わりはない。

Master and Servant law の歴史的変遷——労働に見る「身分から契約へ」——
かった。

雇主の役割と責任は、父親の役割と責任と見分けがつかなかったし、奉公人 servant の義務は、総じて息子の義務と同程度に道徳的で私的なものであった。…法律上、正式には、雇主が親代わりであったため、雇主の義務には父親 an upright father の義務の一切が含まれ、法と伝統において認められた徒弟 apprentice の義務は、その範囲と性質に関し子どもが負⁴³う義務に留まると考えられてきた。

歴史法学のメインは、法の変化が社会の変化に応じる形で展開されることを説いたが、それは社会の変化が先行し、法の変化はそれに附随する形で起きる⁴⁴。このため、社会が身分と慣習を固く維持している封建社会の中で、法による改革や自由を謳ってみたところで、それが社会を自由に向けて変化させることはさほど期待できない。この意味で、社会を変える大きな要因は法ではなく、むしろ経済的要因の方である。しかも、そこでは経済も法も倫理と不可分なものであった。

〔中世社会では〕経済的観念と倫理的観念が密接につながっていた。交渉する余地や自由な選択は、もちろん周囲の関係者の間ではある程度あったに違いないが、自由という要素は倫理的観念により厳しく抑え込まれていた。人に自分の選んだことを行う自由は「なかった」し、あるべしとも思われていなかった。自分の財産でさえ——17・18世紀にはようやくそうなったものの——己に「属する」ものではなかった。財産の最重要源である土地も、所有するのではなく「保有する hold」だけだった。18世紀の大土地保有者の先祖も、15世紀なら所有者 owner ではなく「借地人 tenant」であった。彼は、自分が決めたことを自由になしうる財産所有者でなかっただけでなく、自らの人格 person も絶対的に持っているわけではなかった。中世の間は、好むと好まざるとに拘わらず、自分の仲間や教会との関係のネットワークに巻き込まれており、それによりすべての者が他人への義務、神への義務を課されていた。…

このように考えてくれば、選択の自由があったにせよ、それを仲間に対

する義務、神に対する義務と調和する形で行使せねばならないことは、当然のことである。人々の関係を支配する基本的なルールは、その関係が公正で正義に適い、⁴⁵慣習や伝統とも一致するやり方で行われることを確実にするよう作られていた。

法では自由が謳われていても、実際には様々なしがらみが邪魔になり、自由を謳歌できないケースは今でも珍しくない。暗黙のパターンリズムが濃厚なところでは、今なお自由な振る舞いや発言を憚る空気が漂いがちなのも不思議なことではない。それぞれの社会を実質的に規定する力は、法に規定された諸々の規範やルールよりも、経済的要因や人間関係の方がはるかに強い。「自由の国」を高々と掲げるアメリカにおいても、今のような自由は19世紀末には存在しなかった。人々がライフスタイルまで選択の自由と考えるようになったのは、20世紀後半になってからのことであるという。⁴⁶

元来、法と道徳は一体で両者の区別がなかったところに、近代化の波に乗り、選択の自由という領域を拡大すべく法と道徳とが区別されたことで、道徳的には好ましくない振る舞いも合法行為とされる余地が生まれた。これにより、法は道徳の下僕から解放され、独自の基盤を獲得するようになり、選択の自由を行使する余地が拡大されてきた。

近代的所有の観念が支配的になるまで、他人のものと自分のものが峻別されることはなく、人は慣習を含む諸々のしがらみにより周囲に縛られ、自由選択の余地は大きく制約されていた。親方の家に同居していた奉公人の生活が、身分以外のさまざまな要因で縛られていたのもその表れであり、一家の主人にしても、現代人のような自由を謳歌できたわけではない。自由は称賛されるどころか、長きに亘って受け継がれてきた伝統や秩序を乱す要因とみなされ、慣習と倫理の観念により制約されていた。

鉄道事故から生まれた「不法行為」

社会の変化を通じ選択の余地が広がると、主人と奉公人の関係も、雇主と被用者として、双方が対等な交渉が展開されるようになる。これは、個人主義の時代が到来したことを告げるもので、これに伴い、法は道徳と切り離され、自由な個人を前提にした法理として再構成されることになる。

身分から契約に向かうこの変化は、単なる観念の領域に留まっていたわけではない。ホーウィッツは、19世紀におけるアメリカの判例の中に、父権主義から個人主義の時代に向けて変化したことを告げる明確な兆しを読み取れるという。「一切の経済関係を〔身分から〕契約に置き換えるプロセスが、19世紀前半に古典的法思想モデルの定式を持つに到ったのは…被用者の過失に対し雇主の責任を問う事例においてである。⁴⁷」

ホーウィッツがまず注目している点は、被用者が被った就労中の被害につき雇主を訴える労働災害事例が、アメリカの裁判所では1840年代になるまでほとんど見られなかったことである。その理由を、彼は以下のように推理している。

1840年代より前のアメリカで、なぜ被用者が雇主を過失による権利侵害で訴える事例が見られないのであろうか。その理由の一端は、雇主 employers と被用者 workers とのパターナリスティックな上下関係が次第に衰退したことで説明できる。1840年以前にも、労働災害の事例は数多く見られるが、その多くは雇主 master と被用者 servant という私的な関係の強さにより、恩義という形での補償を受けていたものと思われる。だが、1830年以後に鉄道が導入されたことは、雇用関係における重大な権利侵害のリスクが拡大しただけに留まらない。アメリカにおいては、これにより初めて実質的に私的なものではない impersonal 雇用システムが確立されたものと思われる。発展を続ける経済構造の中で、こうして雇主・労働者間のパターナリスティックな関係が崩壊した後になって、ようや

く、労働者が雇主に権利侵害への補償を求め、裁判所に訴え出る事例が現れるようになったわけである。⁴⁸

訴訟として表面化するものは争いの一部に過ぎず、それを凌ぐ膨大な量の争いが、裁判以外のやり方で処理されてきたであろう。身分の支配下にあつては奉公人に裁判など起こせなかったろうし、主人もそれ相応の義務を負いパターナリズムの下で体面を保ってきたものと思われる。

家族内の私的な関係と、その中での恩義による補償は、前近代社会を示す一つのメルクマールである。家族内の不都合は、裁判所などフォーマルな場には持ち出さず、あくまで内々に処理しようとするやり方は、今でもよく用いられる。ホーウィッツは、主人と奉公人という身分関係で労使関係が理解されていた時代には、労働災害も家族内のプライベートな問題として処理され、それが裁判所という公の場には持ち出されなかったと推理する。これは、19世紀初めのアメリカでも、被用者が主人への従者の地位に留まっていたことを示唆している。

機械文明が発達する以前、移動手段は生きた馬に頼らざるを得ず、時の経過は太陽の動きが基準であった。このいわばナチュラリズムの時代には、人々は地域ごとに異なった慣習の支配の下で、各々の街や村落を単位とする自然の空間の中で生きていた。⁴⁹そこでは、人々は周囲を自然により隔てられ、各地に点在する不連続的な閉鎖的空間の中で、自給自足経済の下で生計を立てていた。移動手段の貧しさによる空間的な隔たりにより、広大な領域を一つの時間帯で覆う統一標準時など必要なかった。

この状況を一変させるきっかけとなったものが、文明の利器を象徴する19世紀の「鉄の馬」の出現である。近代社会は、領主の支配に代わり、国家という人為的な統一空間を形成し、国民を対等な関係に置いた人為的空間を生み出した。人為的な時間と空間の統一は、この鉄の馬に象徴される19世紀機械文明の発達により可能になったもので、これにより

封建社会は、政治的なものとは違った意味での革命により、足元から切り崩されることになった。⁵⁰

文明が発達すると、対外的には閉鎖され家長を主とした社会の家族モデルが次第に崩れ始める。その結果、恩恵によりプライベートに処理されてきた労働災害事件は、公の場である裁判所に解決が持ち込まれるようになる。これに伴い、長年続いてきた主人と奉公人という関係も、雇主と被用者というインパーソナルな関係に置き換えられ、双方の合意を基礎に権利・義務関係として法的に再構成されるようになってゆく。

大学やロー・スクールのカリキュラムの変化は、学問の時代区分を見る際の一つのメルクマールである。社会が産業化に向けて急速に変化した19世紀は、労使関係も含めた社会組織が大きく変化し、それに応じてロー・スクールの科目も変化の時期を迎える。アメリカでは19世紀半ばに個人主義の隆盛する時代が到来した。このため、それまでは主に assault and battery という伝統的な概念によって処理されてきた問題につき、19世紀半ばには新たに「不法行為 Torts」という法領域が独立した法領域として形成されるようになった。⁵¹

[アメリカでは独立宣言の] はるか後になっても、不法行為は高度に達発した分野にはなっていない。1850年以前には、大西洋のいずれの側でも、不法行為を単独で扱った書は出版されていなかった。過失 negligence など、法の中では極く小さな点にすぎなかった。ブラックストーンは『コメンタリー』において過失という概念についてほとんど何も述べていない。…

[19世紀になって] 不法行為法、とりわけ過失の概念が爆発的に現れた原因は、エンジンと機械の時代にあると考えてまず間違いない。産業革命以前の時代には、assault and battery（不法な身体的接触）を除けば、個人による権利侵害 personal injuries 事例はほとんどなかった。しかし、近代人が用いる機械や道具により、被用者が不具になるケースがむやみに増えた。1840年ごろから後は、一つのマシーンつまり蒸気機関車が、19世紀の他のいかなるものより不法行為の問題を生み出す原因となった。鉄道

のエンジンは、巨大な暴れ牛のごとく田舎の風景の中を走り回り、経済的・社会的な革命をもたらしたが、何千人もの負傷者や死者も生み出した。⁵²

労働災害を家族内のプライベートな領域に留めおけなくなった最大の原因は、鉄道の発達である。19世紀の初め、アメリカ合衆国にはまだ旅客鉄道はなく、東部人の活動範囲も主にアパラチア山脈の東部地域に留まっていた。北部地域もまだ産業化への段階を歩んでおらず、小さな自作農の世界を成していたにすぎない。⁵³だが、その後の就労人口の推移を見ると、移民の流入により人口が急速に膨れ上がったことも手伝い、非農業就労者数が急増する。その結果、1820年代の時点では被用者の数が就労人口の3割に留まっていたのに対し、19世紀半ばになると、それが5割にまで増加している。⁵⁴

かくして19世紀前半、アメリカでは産業社会への動きが強まると同時に、それまで存在しなかった鉄道の出現と、それを運営する巨大法人組織が発展し始めた。鉄道会社は、アメリカ初の近代的雇用システムをもたらし、その発達がパターナリズムの衰退を助長した。これにより、それまで比較的小規模でパーソナルな関係に取まっていた雇用関係は、急速にその枠内には収まり切らないものへと変わってゆく。

1840年には総延長3,000マイルに満たなかった鉄道線路は、1850年には9,000マイル、1860年には30,000マイル、1870年には52,000マイルまで延びている。⁵⁵鉄道の発達が雇用関係に大きな変化をもたらしたのは、単に線路が延びただけではない。そこには、近代化に向けた法人政策の転換も絡んでいる。

植民地時代からの伝統を受け継ぎ、かつては州政府から特許を得る形でしか法人の設立はできなかった、この特別な存在であった法人は、19世紀前半の自由化の流れの中で政策が転換され、一定の条件を満たせば自由に設立ができるようになった。これが後に株式会社の急激な隆盛を生み出し、労使関係も身分ではなく契約による方向での変化を余儀なく

Master and Servant law の歴史的変遷——労働に見る「身分から契約へ」——
されることになる。⁵⁶

この自由化の流れに乗り、19世紀前半のアメリカにおいては、旧来の公正価格の支配から市場価格への転換が進むとともに、1844年に著されたウィリアム・ストーリーの契約関連書の中に、アメリカで初めて契約自由の原則が謳われ、契約は当事者の意思の合致によるとするアイデアが表明されることになる。⁵⁷

1842年、マサチューセッツ州最高裁で判決が下された事件が、近代化への曙を示す画期的事例とされるのも、こうした背景に照らしてのことである。この事例が労使関係における身分から契約への変化を促す、アメリカでの転換点になった。⁵⁸

IV. 労務奉仕から労働契約へ

Farewell v. Boston and Worcester Railroad Co. (1842)

Farwell v. Boston and Worcester Railroad Co. 事件は、⁵⁹ 同じ鉄道会社の被用者が、同僚の過失により仕事中に被った権利侵害を巡り、雇主である会社を相手取って訴えを起こしたものである。これはアメリカにおけるこの種の争いの初期のものであるが、マサチューセッツ最高裁のレミュエル・ショー首席裁判官は旧来の上位者責任 respondeat superior を適用することを拒み、危険引受 assumption of risk と共同雇用の法理 fellow servant rule を適用し、雇主を同じくする被用者の間で、同僚被用者の過失により損害を被った被用者に対し、雇主はその責任を負わないとして、⁶⁰ 会社への損害賠償責任を認めなかった。

画期的事例である Farwell v. Boston and Worcester R. R. (1842) において、マサチューセッツ州最高裁首席裁判官のショーは、契約のパラダイムを19世紀法思想の最高位へと昇格させ、同世紀における以後の論争に決着をつけた。⁶¹

イギリスでもアメリカでも、旅客鉄道の運行が始まったのは1830年代である。事件の被告ボストン・アンド・ウースター鉄道は、カムデン・アンド・アンボイ鉄道と肩を並べるアメリカ最古の鉄道会社の一つである。⁶² 鉄道会社の出現により、それまでの雇用形態は大きく変化することになる。少なくともこの産業においては、大勢の社員を抱える雇用形態が通常のスタイルになった。ホーウィッツは、これによりアメリカにおいて初めて実質的にインパーソナルな雇用システムが確立されたとい⁶³う。これにより、この事件が慣習とパターンリズムに支配されてきた雇主と奉公人の関係を契約関係に転換させるポイントになった。

裁判官は、競合する法的関係の板ばさみに苦しめられた。第一に、奉公人の不法行為責任は主人が負うとされる、古来からの上位者責任という慣習があった。…19世紀になるまで、法律家たちは、この原則が私的な合意から引き出されるとは考えず、規範的に優位に立つ慣習法により課されたものだと思っていたらう。しかし、今や…鉄道会社の責任も、負傷した「同僚被用者」の法的権利も、もっぱら契約により定まる時代になったわけである。⁶⁴

父権主義と個人主義の間に横たわったこのギャップは、解釈技法で乗り越えられるほど小さいものではない。身分社会と契約社会を支配する原則は互いに他を排斥する関係にあり、いずれかを立てれば他方が葬られる関係にあるからである。

それだけに、鉄の馬に牽引された資本主義と文明の発展・推進は、19世紀前半のアメリカにおいて極めて重要な政策的課題となり、これが過失責任主義の展開を促し、不法行為という領域を一つの独立した法領域に仕立てることになった。

個人主義の隆盛より、被用者が仕事に負傷した場合の雇主の責任も、コモン・ロー上の以下の三つの法理により上位者責任の概念から大きく変化することになる。⁶⁵

第一は寄与過失の法理 contributory negligence である。これは被害を被った際に、被害者に僅かでも過失があれば、加害者の責任を全面的に免れさせる法理で、被用者の負傷が己の過失により生じた場合には、⁶⁶ 雇主は一切の責任を逃れることが可能になった。

第二は危険引受の法理 assumption of the risk で、被用者が仕事に固有なリスクを理解していたか、そのリスクの引受けに同意していた場合には、雇主は責任の多くを免れることが可能になった。自ら引き受けたリスクにより生じた被害については、損害賠償の請求はできないというわけである。

第三が共同雇用の法理 fellow servant rule である。これは、雇主を同じくする被用者どうしの中で、同僚被用者の過失により損害を被った被用者に対しては、雇主はその責任を負わないというものである。

契約が支配的な時代になると、賃金も慣習の定めで決まっていたそれまでの時代とは異なり、提供する労働に対して支払われる賃金が、雇主と被用者との間の自由な交渉で定まるものとなる。そこには、より高い賃金を得ることは、高度な仕事をこなせる能力を買われただけでなく、暗により高いリスクを覚悟すべき仕事を引き受けたという意味も込められている。したがって、高賃金はそれに対する割増払いの性格を帯び、それを承知で仕事を引き受ければ、仕事上の事故などによる負傷に対しては、雇主との間に特約がない限り賠償金の支払いは受けられないことになる。Farwell 事件においてマサチューセッツ最高裁は、身分から契約への流れに沿い、上位者責任の法理を新たな法理へと再構成することになった。

裁判官ショーは、この事件の争点を次のように述べている。

〔被用者の〕二人は同じ会社に雇われ、別個の義務と労務提供を行っていたが、その目的とするところは一つ——列車の安全かつ迅速な運行——である。二人には、それぞれが提供する労務、さらにそれぞれの目的遂行

に求められる労働と技能の性格に応じ、別個の賃金が支払われていた。そこで、問題は、雇われていた二人のうちの一人が、他の一人の不注意と過失により被った損害について、被害を被った当事者が、彼らに共通の雇主である会社に対し損害賠償を求められるか否かである。

事件は、鉄道会社にエンジニアとして雇われていた原告が、同僚の過失により片腕を失ったため、会社を相手に損害賠償を求め訴えを起こしたものである。⁶⁸原告は、その鉄道運行現場における仕事が比較的危険な仕事で、それに応じた高賃金を受け取っていた。これに対し、最高裁は、危険引受 assumption of risk の法理を適用し、一般原則として、報酬を得て他人に雇われる者は、その仕事の遂行に伴う自然で通常のリスクや災難は自ら責任を負うものであり、法が想定するところでは、それに⁶⁹応じ報酬が調整されると述べている。

労働者の負傷事件における「危険引受」の法理ほど、19世紀における他のいかなる法の創造よりも、契約イデオロギーの勝利を表したものはない。それは新たな経済の中から生まれたもので、それまで支配的であった主人—奉公人間の規範的關係モデルの軌跡を一掃した。しかも、強制力を持った既存の道徳的義務が適用されないため、裁判官や弁護士は、何らかの目的を以て当事者の明示的「意思」を凌ぐ法的義務とすることができなかった。こうして、契約イデオロギーにより、それに先立つ実体的正義 substantive justice の諸概念が一掃され、必然的に、一切の法的・経済的分析において、対等な取引力という観念が、不明確ながら主要な前提として確立されることになった。この循環が完成すると、法は、市場システムから生み出される形の不平等を、ひたすら批准することになったわけである。⁷⁰

かくして上位者責任の法理は背後に退くことになった。それは単にパターナリズムが衰退したからだけではない。産業社会に向かう時代の変化に伴い、産業を育成する狙いから、従来の厳格責任主義の緩和を図る

必要があったためでもある。それは、文明の利便性を優先するか、それとも文明のリスクを会社に穴埋めさせるかの選択であった。

アメリカ法は、鉄道事故により生じた負担を、労働者、市民、会社、州の間に分散するための新たな法的枠組を機能させねばならなかった。この仕事が新たなものであったため…結果的に法も新たなものになった。不法行為法は…若い企業が成長するのに見合ったルール、あるいは少なくとも裁判官がそうした企業の成長を育むと考⁷¹えたルールを構成するやり方で展開された。このルールは、企業の責任に限定を付すものであった。これこそ、過失責任法理が発展した真の意図である。

鉄の馬という文明の利器を生かすも殺すも、政策判断一つであったろう。鉄道に限らず、それが生まれた初期段階には事故がつきものであるし、貧弱な路盤の上での単線運転に加え、電気信号も未だ発達していない時代であれば、正面衝突事故も決して珍しくはなかった。それまで一度の事故で百人単位の被害者を出すものはなかったが、鉄の馬はそうした事故を引き起こしただけでなく、線路の周囲にも大きな火災を引き起こす原因⁷²になった。

これらの事故に厳格責任を適用し、結果的に生じた損害を悉く会社に賠償させるとなれば、巨額の投資を要する鉄道の経営は、極めてハイリスクなものになる。アメリカにおける鉄道線路の急速な伸長は、イギリスからの巨額の投資に加え、連邦政府による積極的な土地払い下げが背後にあったが、ただそれだけで可能になったものではない。それまで各地に点在し孤立しがちであった街や村をつなぐ重要手段として、鉄道に対する一般の期待は大きく、その後押しもあってこそあれほど急速な発展が可能⁷³となっていた。

19世紀のアメリカにおいても、もちろん、ラスレットが描いたパン屋の例のような昔懐かしき光景は多数見られたに違いない。だが、産業化の波が押し寄せ、鉄道会社という巨大法人組織がビジネス界で急増す

れば、それが時代の主流となって法理も再構成を強いられ、懐かしき光景はにわかには過去のものとなってゆく。

鉄道会社という巨大組織の中では、労使双方はもはや人情を通わせることのできないクールでインパーソナルな関係を強いられるようになり、従業員間で起きた不法行為についても、それまでのやり方では到底対応し切れなくなった。

ビジネスの隆盛に伴い、各人が市場での商品交換に参加する時代には、誰もが己の所有物を一存で処分できることが法的に必要となる。このため、そこでは個人の自由意思を出発点として法理が再構成されることになる。各人を自由で対等な存在として位置づけた上で、個人の自由意思の合致を法的に容認する契約自由の原則が、この流れの頂点に位置する。これに伴い、他人がなした権利侵害の責任は、当然、権利侵害を引き起こした当人以外は誰も負わないことが原則となり、他人の責任の肩代わりをするとすれば、その根拠も身分ではなく、双方の合意の合致に照らして判断されることになった。

こうして、契約主義のイデオロギーにより、とりわけ法的諸関係に関する市場の考え方が鮮明に打ち出されてくる。賃金 wages は、互いに対等と考えられる当事者が、リスクと賃金に応じた「合意」に達するよう、注意深く計算された駆け引きの手段となった。こうした世界においては、主観的正義の規範的基準により形成されてきた法的関係に関する旧来のアイデアは、ほぼ共存しうる代物ではなくなった。当事者の合意を正義の唯一の尺度と考えるようになった以上、既存の法的義務は、すべて不可避的に、契約関係に服するものに転じたわけである。⁷⁴

個人主義の時代になり、かつての法理を支えていた理論的基盤だけでなく感情的基盤も変化した結果、雇主による親代わりの代位責任は極力排除される傾向が顕著に表れた。子どもの不始末には親が責任を負う場合を除き、誰もが原則的に己の「不始末」には自分で責任を負う時代が

到来することになった。

- 1 Locke, Two Treatises of Government, p.144-45. P. Laslett ed., Cambridge Text in the History of Political Thought. (1960). 伊藤宏之訳『統治論』pp.19-20. (1997, 柏書房).
- 2 John Dewey, Reconstruction in Philosophy, The Middle Works, 1899-1924, Vol.12., p.113. デューイ / 河村訳『哲学の再構成』p.50. (1995, 人間の科学社). 訳文は一部変えた。[以下 Dewey, Reconstruction, 「再構成」と略す。]
- 3 Dewey, Reconstruction, p.115. 「再構成」pp.52-53.
- 4 Dewey, Reconstruction, p.104. 「再構成」p.39. 訳文は一部変えた。
- 5 ポール・ジョンソン / 別宮監訳『近代の誕生』vol.3, p.299. (1995, 共同通信社).
- 6 Sir Henry Maine, Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas, pp.163-65. (1970, Peter Smith).
- 7 Jonathan A. Bush, "Take This Job and Shove It" : The Rise of Free Labor, 91 Mich. L.Rev., p.1382. (1993).
- 8 「農村部では、百姓たちが領主の土地に縛られて生活していた。彼らは、領主のかまどでパンを焼き、領主の製粉所で粉を挽き、領主の畑を耕し、戦争になると兵士として領主に仕えたが、それでも彼らの労役に対して報酬が支払われることはなく、あったとしてもまれだった。これらの行為は農奴としての「義務」であって、自由な契約を結んだ者の「労働」ではなかった。都市部では、徒弟たちがマイスターのところで奉公していたが、奉公の期間、奉公人の数、賃金、労働時間、仕事のやり方までも、すべてギルドによって規定されていた。…奉公人とマイスターのあいだで労働交渉はまずなかった。…資本についても…資金はあっても、それを新しい積極的な用途に投じるような勢いはまったくなかった。そのモットーは「安全第一」であって、危険や変化ではない。生産技術面でも、もっとも短くもっとも効率のよい工程ではなくて、もっとも長くもっとも多くの労働を用いる工程のほうが好まれた。」ロバート・ハイルブローナー / 八木ほか訳『入門経済思想史』pp.41-42. (2001, ちくま学芸文庫)。なお、ここでは「主人 master」に対し servant を「奉公人」とするが、それは血縁関係によるものではなく、一つ屋根の下に暮らす広範の人々を指し、渡り職人も含め、主人に仕える形で一家の家族全体を含めそう呼んでおく。
- 9 'respondeat superior'は 'Let the superior make answer'という意味のラテン語で、身分の上位にある者に責を負わせよとするコモン・ロー上の法理とし

- て「上位者責任」を意味していた。Black's Law Dictionary, 8th ed. (2004, West). 小山貞夫『英米法律語辞典』p.964 (2011, 研究社)。身分による階てがなくなった今では、これが「使用者責任」あるいは「代位責任」として用いられている。
- 10 Robert Steinfeld, *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English & American Law and Culture, 1350-1870* (1991, North Carolina).
- 11 P. Laslet, *The World We Have Lost: England Before Industrial Age*, 3th ed., p.76. 川北ほか訳『われら失いし世界』p.107 (1986, 三嶺書房)。[以下 Laslet, *The World*, 『失いし世界』と略す。]
- 12 N. R. Hanson, *Patterns of Discovery* (1958, 1979ed., Cambridge). 村上訳『科学的発見のパターン』(1986, 講談社学術文庫 744). Michael Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy*. (1958, Chicago). 長尾訳『個人的知識：脱批判哲学をめざして』(1985, ハーベスト社)。
- 13 Laslet, *The World*, pp.90-91. 『失いし世界』pp.125-28.
- 14 Laslet, *The World*, pp.1-2. 『失いし世界』pp.3-4.
- 15 C. L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, pp.232-33, 238-39. (1993, Cambridge). [以下 Tomlins, *Law, Labor, and Ideology*]
- 16 「18世紀の法学教育は非常に憂鬱な話題である。それは、インズ・オブ・コートにおいても大学においても、法の有効な教育が全くなされていなかったからである。」 Holdsworth, *History of English Law*, XII, p.77. (1903, Methuen). P. Stein, 'Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid-Nineteenth Century England' in *Character and Influence of the Roman Civil Law*, p.231. (1988, Hambledon).
- 17 「インズ・オブ・コートの教育システムが、16世紀前半に占めていたような高みを維持していたなら、オックスフォード大学にヴァイナー講座が設置されることはなかったろう。」 H. G. Hambury, *The Vinerian Chair and legal Education*, p.8 (1958, Blackwell).
- 18 1 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, p.410. (1979, U. Chicago). [以下 Blackstone, *Commentaries*]
- 19 1 Blackstone, *Commentaries*, p.434.
- 20 フロイドはブラックストーンの『コンメンタリー』第一巻を「人に関する法 in the law of persons」と記述しているが、正式には "Of the Rights of

Persons” となっている。

21 Otto Kahn-Freund, *Blackstone's Neglected Child: The Contract of Employment*, 93 *Law Quarterly Review*, 508, pp.512-13. (1977). [以下 Freund, *Blackstone's Neglected Child*]

22 M. Horwitz, *Transformation of American Law, 1780-1860*, p.162. (1977, Harvard). Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, p.89, 102-03. (1979, Oxford). 「まことに、人類がその生活関係の大部分において他人の身分的支配の下に隷属し、その権利能力の範囲の狭小であったときには、人類の自由になしうる契約の領域も狭小であった。そして、その後、文化の発達に伴って権利能力の範囲の拡張するにつれ、自由な契約の領域も拡張してきた。」我妻栄『民法総則』（民法講義Ⅰ）pp.235-36 [268]（昭和44年、岩波書店）

23 Freund, *Blackstone's Neglected Child*, p.512, (1977). フロイドは、イギリス法におけるこの雇用に関する扱い方が、後の時代に到るまで悪影響を及ぼし続けているという。

24 家庭内での使用人たる召使い *menial servants* と主人との関係は契約 *hiring* により生じる。「もしこの契約がいかなる時の制限もない一般的なものであれば、法律上、それは1年間の契約と解釈される。自然のエクィティーの原則に基づき、なすべき仕事があるときもないときも、召使いは四季を通じて奉仕をし、主人はその関係を保つ。だが、この契約期間は、より長くも短くもすることができる。12歳から16歳までの独身男子はすべて、また30歳以下の既婚者、そして12歳から40歳までの独身女性で、明らかに生計を立てた経験がないものは、真の勤勉さを身に着けるため、二人の治安判事の判断で、奉仕のために家から出るよう強いることができる。期間満了前あるいは満了時に、四季ごとの警告なき場合には、治安判事により認められた相応の理由がなければ、いかなる主人も召使いを追い出すことは許されないし、召使いも主人のもとを去ることは許されない。」1 Blackstone, *Commentaries*, p.413.

25 フロイドによれば、Queen Elizabeth's Statute of Artificers and Apprentices of 1562の下で、治安判事は奉公の強制をすることができたし、「救貧法」の下で教区の徒弟が年季奉公をする場合は、契約など結んだ覚えもない主人の下での奉公が義務づけられていた。この義務により、「目に見える成果が上らない」場合には、治安判事が強制労働を命じることもできたし、貧者の子どもの場合には、二人の治安判事の同意を得て監視人の下で徒弟奉公をさせることもできた。Freund, *Blackstone's Neglected Child*, p.511.

- 26 Steinfeld, *The Invention of Free Labor*, Ch.1. Freund, *Blackstone's Neglected Child*, pp.511-13.
- 27 1 Blackstone, *Commentaries*, pp.413-15. 奉公人にはかなり広範囲に及ぶものが含まれており、女中、召使い、徒弟、労務奉仕者に加え、彼らより身分の高い執事まで列記されている。
- 28 Laslett, *The World*, p.3, 293. 『失いし世界』 p.6, 391.
- 29 1 Blackstone, *Commentaries*, p.410.
- 30 1 Blackstone, *Commentaries*, p.414.
- 31 スタインフェルドは、アメリカにおいてこうした罰がなくなる19世紀半ばこそ、ようやく自由労働が実現したときであると主張する。Steinfeld, *The Invention of Free Labor*, pp.4, 200. Jonathan A. Bush, "Take This Job and Shove It": *The Rise of Free Labor*, 91 *Mich. L.Rev.*, 1382, p.1383. (1993).
- 32 Horwitz, *Transformation of American Law, 1780-1860*, pp.207-08. 澤田・岡崙「公正価格の社会史——19世紀アメリカ契約法における意思理論の登場——」『宮崎産業経営大学法学論集』vol.17 (2008).
- 33 1 Blackstone, *Commentaries*, pp.417-18. 「男女を問わず、賃金をもらっていたサーバントは、住み込んでいる間は、この家族すなわち世帯集団の中で、息子や娘たちと同じような位置を——むろん、まったく同質というわけではなかったのだが——占めていた。」Laslett, *The World We Have Lost*, p.2. 『われら失いし世界』 pp.4-5.
- 34 1 Blackstone, *Commentaries*, pp. 418-20.
- 35 例えば個人主義の強いアメリカでは、今でも自らの原因による以外、たとえ自分の子どもが過失により第三者の権利を侵害した場合でも、親は親であるというだけの理由で安易に子どもの責任を負わないと考える。「アメリカ法の大原則は、親は加害行為をした子供の親であるという理由だけで責任を問われることがないということである。親が責任を負うとすれば、それは親自身の過失が立証されたときであり、しかもそこでいう過失とは、実際に行われた子供の加害行為を予見しながら、それに対して何もしなかった、あるいは十分な防止努力を怠ったという過失である。わが国の親の責任が、一般的で広範な監督義務によっているのに対し、アメリカ合衆国の親の責任は、限定された特定の監督義務との関係で定まるに過ぎない。したがって、三歳一ヶ月の子供の事件の判決で、裁判所は、ただ三輪車を買って与えそれに乗るのを認めていただけでは、親の責任を問うことはできないと判示する。」樋口範雄『親子と法：日米比較

- の試み】(1988, 弘文堂) pp.21-22. 樋口範雄【アメリカ不法行為法】(2009, 弘文同). 子どもの不法行為には親がほぼ無過失責任を負わされている日本のケースを対比してみれば, アメリカのケースは非常に興味深い対照を示している。
- 36 Sir Henry Maine, *Ancient Law*, p.162.
- 37 現在の日本の民法では第715条に使用者責任の規定が置かれている。
- 38 E. P. Thompson, 'The Moral Economy of English Crowd in the Eighteenth Century', *50 Past and Present* 76, p.83 (1971). Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, pp.64-65.
- 39 ハイルブローナー / 八木ほか訳【入門経済思想史】 pp.32-33.
- 40 Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, pp.61-62. 「19世紀はじめの熟練職人の賃金は, 多くの場合労働市場の「需要と供給」によるよりも, 社会的な評判や「慣習」によって決定されていた。慣習による賃金規制には, 伝統が田舎の職人に与えた地位から, 大都市部での複雑に制度化された規制まで, 多くの事柄が含まれている。」E・P・トムスン / 市橋・芳賀訳【イングランド労働者階級の形成】 p.278 (2003, 青弓社)
- 41 進歩主義が支配的になる前は, 知識面においても古代の学のモデルが支配していた。そこでは真理はすでに達成されたものとされ, それを学び踏襲することが知識の習得方法となっていた。したがって, 古代の学のモデルたる演繹主義がエピステーメの習得法として重視され, 未知のもの探求にはさほど情熱が向けられず, 学問的研究はもっぱら教化の様相を呈していた。これに対し, 近代の経験科学が真理を既知のものでなく未だ発見されざるものとみなし, 過去でなく未来に視線を向け直すことを通じ, 帰納主義的なデータの累積を以って真理への接近とする形で, この古代の学のモデルを覆すに到った。Dewey, *Reconstruction*, p.113.【再構成】 pp.48-50.
- 42 「進歩という観念は, 新しいものである。ギリシャやローマの時代はいうに及ばず, 中世においても, 人間が過去の黄金時代とか神の恩寵から墮落してきたということが, 当然のこととして受け入れられていた。ルネサンスの時代でさえ, 過去の方が現在よりいっそう輝かしい時代と考えられていたし, 18世紀に入ってから「世界の衰退」という考えがまだ十分普通の考えでありえた。…しかし, 自然科学の発達がこれらをすべて変えてしまった。…進歩は自明のことであるというのが, 18世紀の固い信条となった。」ガーバーノ / 木山・大平訳【文化人類学の歴史】 pp.40-41. (1987, 新泉社)。
- 43 B. Bailyn, *Education in the Forming of American Society*, pp. 17, 30-31

(1960).

- 44 メインの「古代法」には次のような副題が付され、法が社会と連動すると考えていることを示唆している。Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas.
- 45 Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, pp.61-62.「今日われわれが用いる公法・私法という概念上の区別が、近代社会において発生した歴史上の産物であり、封建制社会においては、今日われわれの言う意味での公法・私法の対立は存在しなかった。」川島武宜『民法総則』（法律学全集 17）pp.1-2.（昭和40年、有斐閣）
- 46 [19世紀の] アメリカ社会においては、個人（少なくとも男）は経済的拘束を免れていたが、過去の価値には縛られたままだった。人々がほぼ顔見知りの社会（face-to-face society）の中では、社会化を促進する強い力、例えば家族、隣人、教師、牧師の権威といったものが、おおかた以前のまま残っていた。19世紀の社会では、こうした私的な統制者の影響を強めようとした面も見られる。西洋の世界では、倫理的義務や、経済的社会的成功が頼りとするものは、一方では人々のふるまいを統制つまり自己規制する「内面的」規範であり、他方では、法と権威という「外面的」規範である。後者は、移動や職業に自由を認めたが、ライフスタイルや個人の習慣に対する拘束を和らげはしなかった。むしろ、それまで行われてきた既存のモデルを受け入れるよう仕込まれていた。選択の自由と個人主義に関する現代の理解は、過去にそうであったものとは全く異なっている。今では、これらの概念は、「ライフスタイル」といういささか不明瞭な言葉で要約できる、個人的生活領域までも含むようになっていいる。現代の法的文化の中心的概念は、選択、合意、自由、個人の権利である。こうした言葉は昔なじみのものではあるが、1980年代にこれらが意味するようになったものは、それがジェファーソンやロックの時代に持っていた意味とは全く異なっている。Lawrence M. Friedman, The Republic of Choice: Law, Authority and Culture, pp.32-36 (1990, Harvard).
- 47 Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, pp.207-08. ホーウィッツが古典的法思想と呼ぶものは、法の推論プロセスにおいて形式的三段論法を重視し判決の論理必然性を装うものを、ダンカン・ケネディーがそのように称したのを受けて踏襲したものだという。Horwitz, Transformation of American Law, 1870-1960, p.273. (1992, Oxford).
- 48 Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.208. 「製造業におい

- ては、家族以外の労働者は、通常、徒弟であるか、あるいは独立生産者になるための修行の一部として働いている年季明け職人であった。」アルフレッド・チャンドラー／鳥羽・小林訳『経営者の時代』上 pp.94-95 (1979, 東洋経済新報)
- 49 Michael O'Mally, *Keeping Watch: A History of American Time* (1990, Smithsonian), 高島訳『時計と人間』(1994, 晶文社), 岡崎「アメリカにおける統一標準時の導入」『朝日法学論集』36号(2009)。
- 50 アルフレッド・チャンドラー『経営者の時代』上 pp.152-63. ポール・ジョンソンは1820年代を近代への決定的段階と見ている。「1820年代の終りごろ、世界は民主主義時代へ移行する決定的な段階を迎えることになる。この前進は、例えばバステュー監獄の襲撃のような、なにか特別なできごとによってもたらされたわけではない。劇的な事件の成果は長続きしないものだ。この前進は、数々の要素や力が結びついた結果生じた——読み書き能力の向上、新聞の種類や発行部数の爆発的な増加、人口増と収入増、工業や技術の普及、競争思想の浸透など。…こうして、最初は一部の者の、次いで多数の者の、最後にはすべての者の政治参加を認めることになる流れが動き始めたのである。…歓迎するにせよ警戒するにせよ、1820年代後半に民衆が歴史の大舞台に登場したのは紛れもない重要な事実で、近代の母体が形成される過程の頂点を示すできごとといわねばならない。こうした実験の第一の舞台となったのが新大陸アメリカだったのは当然だろう。アメリカ大陸では、1770年代から1820年代にかけて、最初の植民地開放運動の大きなうねりが、ヨーロッパの古い君主制秩序を一掃していた。」ポール・ジョンソン／別宮訳『近代の誕生』vol.3, p.299. (1995, 共同通信社)。
- 51 Prosser and Keeton, *The Law of Torts*, pp.1-4. (1984, West, American Case Book Series). ローレンス・フリードマンはアメリカにおける不法行為法の展開を次のように述べている。「19世紀にとって、不法行為ほど、新たな judge-made 法理を考えることは難しい。1800年以前には…不法行為は法の中でさしたる重要性を持つ領域ではなかった。コモン・ローは、他人の過失に基づく個人的な権利侵害行為 personal-injury actions に対してはほとんど何も言わなかった。——不法行為という領域は19世紀に最も急速な成長を遂げた領域である。近代の不法行為法の出現は、間違いなく、機械が人体を粉砕するすさまじき威力を持つに到った、産業革命によるものである。多くの基本的法理が現れたのは1850年以前であるが、不法行為法が最も爆発的に成長したのは、それ以後のことであった。」Lawrence M. Friedman, *A History of American*

Law, p.409. (1973, Simon and Schuster). G.E. ホワイトも、次のように述べている。「アメリカ法の歴史において、不法行為が法の独立した一分野として登場するのは19世紀後半のことである。ウィリアム・ブラックストーンと18世紀における彼の同僚が、法を分類しようと苦心する中で、それを契約から生じたものとは異なる、非刑事的な権利侵害という残余のカテゴリーとして認めはしたものの、「不法行為 Torts」は19世紀後半になるまで一つの独立した法分野とは考えられていなかった。アメリカで不法行為に関する初の論文が現れるのは1859年、不法行為が独立した分野として初めてロー・スクールで教えられたのが1870年、不法行為のケースブックが初めて出版されたのが1874年のことである。」G.E.White, Tort Law in America: An Intellectual History, p.3. (1980, Oxford).

- 52 L. Friedman, A History of American Law, pp.261-62.
- 53 L. Friedman, American Law in the 20th Century, p.74. (2002, Yale).
- 54 Tomlins, Law, Labor, and Ideology, pp.259-61.
- 55 L. Friedman, A History of American Law, p.412.
- 56 「ニューヨーク州は、1848年、法人設立に関する一般法 a general incorporation law として知られるようになった法を可決した。これにより、もはや、立法府が法人設立に当たり、州の特許状を求めることはなくなった。その代わりに、法人を作ろうとする全てのビジネスには、一連の法が適用されることになった。法人設立の際にこうした文書を州に提出すれば、公益目的を証明する必要もなく、ニューヨーク州立法府による討議も経ずに、法人を設立することが可能になった。」Sarah H. Gordon, Passage to Union:How the Railroads Transformed American Life, 1829-1929, p.21. (1997, Elephant Paperbacks). H. Hovenkamp, Enterprise and American Law, 1836-1937, ch.1. (Harvard, 1991).
- 57 William W. Story, A Treatise on the Law of Contracts not under Seal, p.4 (1844, Boston: 1972 ed.) 「すべての契約は、両当事者の合意に基づく。… [明示的契約と黙示的契約の] いずれも、その基礎となるものは両当事者による実際の合意であり、この二種の契約の間にある唯一の違いは、その証明方法の違いにすぎない。」Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.160. 「契約上の義務を正当化する根拠を、交換に固有な正義や公正から引き出すという、この延々と打ち続いてきた信念を、[アメリカの] 裁判官や法律家が拒絶するに到ったのは、ようやく19世紀になってからのことである。この段階になって、彼らは初めて、契約上の義務の源泉は契約当事者の意思の合致にあ

ると考えるようになった。」

58 Farewell v. Boston and Worcester Railroad Co., 45 Mass. (4 Met.)49 (1842).
Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.209. Tomlins, Law,
Labor, and Ideology, pp.301-05.

59 Nicholas Farwell v. The Boston and Worcester Rail Road Corporation. 45
Mass. 49. (1842).

60 その少し前に、この種の事件で被用者の側の言い分が認められ賠償金が支払
われた例もあった。Tomlins, Law, Labor, and Ideology, pp.301-05. だが、こう
した微妙な時期に裁判所の判断が揺れ動くのは、必ずしも珍しいことではない
であろう。

61 Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.209

62 G. R. Taylor, Transportation Revolution, pp.80-81. (1951, 1977, Sharpe).

63 Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.208.

64 Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.209.

65 P. Kens, Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of Lochner v.
New York, p.145. (1990, Kansas).

66 「これは、同僚被用者の過失が原因で生じた被用者への権利侵害に対しては、
雇主は責任を負われないことを認めるルールである。責任範囲を狭めるこう
したルールの一つの役目は、一定の増大するリスクとコストを、広く州際的な
活動をする雇主からその被用者へと移すことにあった。」Hovenkamp,
Enterprise and American Law, 1836-1937, p.91. (1991).

67 45 Mass. 55.

68 James W. Ely, Railroads & American Law, pp.211-19. (2001, Kansas).

69 45 Mass. 57.

70 Horwitz, Transformation of American Law, 1780-1860, p.210.

71 L. Friedman, A History of American Law, p.409.

72 Michael O'Mally, Keeping Watch: A History of American Time. p.51. 高島
訳「時計と人間」p.71. 1842年のコネチカット州最高裁の事例。Burroughs,
et al. v. Housatonic Railroad Co., 15 Conn. 124. (1842). 自分の土地を通った蒸
気機関車の火の粉が原因で建物が火災になったかどで Housatonic Railroad 社
を訴えた事件。「裁判所の判示するところによれば、被告鉄道会社は、建物の
火災で所有者が被った損害を支払わなくとも良いというものであった。同最高
裁は過失責任の原則を基に判決を下した。歴史的には、権利を侵害された当事

＜論説＞

者は、その損害に対する賠償を厳格責任の法原則により受けてきたが、鉄道が原因の損害が引き起こされる率が非常に高いことにより、州裁判所は、損害が生じる際の状況をより詳しく調べ始めた。もし鉄道会社が事前のあらゆる正規の用心をきちんと行い、相当な注意を払っていたなら、鉄道会社は、この種の事故に対する責任を負わされないと裁判所は判決した。鉄道会社が、その警戒を怠ったなら、生じた損害に対する賠償義務を負うというのである。」 Gordon, *Passage to Union: How the Railroads Transformed American Life, 1829-1929*, p.60. (1997, Elephant Paperbacks).

73 Gordon, *Passage to Union*, Part I. Goodrich, *Government Promotion of American Canals and Railroads 1800-1890*, p.8. (1960, Columbia Univ.).

74 Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 *Yale Law Journal*, p.460. (1909).

75 Horwitz, *Transformation of American Law, 1780-1860*, p.209.