

七 ま と め

裁判例を見ると、飼主には、厳しい管理義務が課せられ、反面、動物には、窮屈な飼育環境が強いられているように見えるかも知れない。しかしながら、動物による事故が続発している現今、このような事故を防止することが、善良な飼主の責任である。動物の飼主は、動物が社会の一員としての地位にあること、ことに動物を愛そうとする子供をはじめとする人々の夢と期待にも答えるためにも、事故誘発につながる無節操な飼育管理はするべきでない。人間の社会が、無機的になればなる程、人と動物との共存によるうるおいが強く求められるのであり、そのためには、飼主が、動物が人の生命、身体若しくは財産に害を加え、又は迷惑を及ぼすことのないように健全な飼育に努めることが、動物愛護の精神につながることを動物の飼主は銘記すべきであらう。

III 不法行為の諸類型

〔参考文献〕 真桑彦「動物の加害についての損害賠償責任」沼博士古稀記念、私法学の諸問題、西尾作一「番犬者の義務と責任」日本法学四六巻三零七四頁、四零六一頁、渡邊博子「けい留を離れた犬がバイクと衝突した場合の飼主の損害賠償責任」法律のひろは三四巻五号四七頁、田中実、長谷川貞之「動物占有責任について——判例・条例と比較法——」判タ五五二一零七四頁、拙稿「動物占有者の賠償責任」展覧判例法第二巻二〇頁。

45 工事事故と注文者の不法行為責任

滝澤孝臣

工事事故と注文者の不法行為責任

請負工事によって損害を被った第三者が工事の注文者に対して損害の賠償を求め、
 ができるのはどのような場合か。

- 一 はじめに（問題の所在）
- 二 注文者の不法行為責任の態様
- 三 注文者の七一五条による責任
- 四 注文者の七一六条による責任
- 五 おわりに（設問の解答）

一 はじめに（問題の所在）

現代におけるとりわけ建設・土木工事の発展は、その大規模化及びこれを可能ならしめた工法の専門化・高度化という点において、昔日の比ではないが、反面、当該工事の施行に伴い、内部的にも、外部的にも、加害の危険性を増大させている。請負工事に従事する者が労務災害ともいふべき損害の賠償を求める「対内的事件」も、また、近隣の住民らが工事による騒音、震動、日照阻害その他の生活妨害、地盤沈下による建物の損傷等に伴う損害の賠償を求める「対外的事件」も、特に建設・土木工事に関連して、枚挙にいとまがない。しかも、工事の大規模化及び専門化・高度化に呼応した分業化が進み、注文者と請負人との請負（元請）契約に止まらず、請負人（元請負人）と下請負人との下請契約、下請負人と孫請負人との孫請契約等、数次の請負契約が締結され、複数者の関与をいわば当然のことと

して工事が施行されている状況の下では、請負工事に伴う損害賠償請求事件の被告あるいは証人として、注文者、請負人(元請負人、下請負人、孫請負人、それらの従業員等、多数の者が事件に取り込まれ、それだけ事案の解明を複雑・困難にさせている。

かてて加えて、請負工事に伴う損害賠償請求事件のなかで、注文者(元請負人も下請負人に対する関係では注文者であるし、下請負人も孫請負人に対する関係では注文者である)が被告とされる「対外的事件」については、注文者(元請負人等を含む)以下同士の不法行為責任の存否が専ら争われるところ、民法は、注文者の不法行為責任について、僅かに七二六条でもって、「注文者ハ請負人カ其仕事ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任セス但注文又ハ指図ニ付キ注文者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス」と規定するだけである。注文者がいかなる場合に不法行為責任を負うのかについては、不法行為一般の場合もそうであるが、個々の具体的な事案を離れて、これを考察することができないといっても過言ではない。裁判例の分析を通じ、注文者の不法行為責任の実態を明らかにすることは、少なからぬ意義があると思われる。

本稿は、そのような趣旨から、注文者の対外的な責任が問われたこれまでの裁判例を概観しながら、設問の「請負工事によって損害を被った第三者が工事の注文者に対して損害の賠償を求めることができるのはどのような場合か」を検討してみようというものである(なお、請負工事に伴う「対内的事件」における注文者の責任については、被害者との間に雇働関係がある場合に限らず、請負関係に止まる場合にも、いわゆる安全配慮義務違反を理由とする責任の存否が主に問題とされるのが昨今の裁判例であるが、本稿は、設問を受けて、「対外的事件」における注文者の責任を問題にする関係で、安全配慮義務を理由とする注文者の責任については言及していないことを予めお断りする)。

二 注文者の不法行為責任の態様

注文者の不法行為責任については、はじめに述べたように、民法七二六条に規定があるが、同条の趣旨をめぐって、民法七二五条との関係において、「同列説」と「注意規定説」という対立がある(四宮・下七三頁)。前者は、七二五条も、七二六条も、ある事業(仕事)のために第三者を利用する者がその被利用者の不法行為について責任を負う場合を規定したものであるが、被利用者のなかで、請負人は、その仕事の完成について、利用者である注文者から独立した、自己の判断で行動する場面が多いので、そのような請負人を利用する注文者は、七二五条における使用者の選任・監督の過失の立証責任とは反対に、注文・指図に過失があることを被害者の側で立証しない限り、請負人の不法行為について責任を負わない旨を規定したものである、と理解する立場である。大判昭和九年五月二二日(良兼二三巻七八四頁)の「請負人ナレバトテ全然注文者ノ管束ノ外ニ立クモノナラザルコトハ民法第七百十六條但書之ヲ証シテ余アルト共ニ、労働者ナレバトテ其ノ一挙手一投足尽ク機械ノ如ク爾ク使用者ノ操縦ニ委セララルモノニモ非ズ。要スルニ独立行動ノ範囲彼ハ大ニシテ此ハ小ナルニ止マリ畢竟程度ノ論ニ外ナラズ。是故ニ、或事業ノ為メ他人ヲ使用スル者ガ其ノ被用者ノ不法行為ニ付キ其ノ責ニ任ゼザル可カラザルハ請負ノ場合亦爾ルト共ニ、唯其ノ使用者トシテ注意ヲ怠ルコト無カリシヤ否ヤノ立証責任ノ負担ハ即チ之ヲ異ニシタルモノ之ヲ民法第七百十五條及び第七百十六條ノ法意ト為ス」との判示は、同列説を表明したものと位置づけられている(但し、同判決の「立証責任」についての判示に重きを置くべきでない」と説くものに、後藤勇「注文者・元請負人の不法行為責任」(判タ三九号二八頁がある)。これに対して、後者は、請負人は、注文者から独立した、自己の判断で、その請け負った仕事を完成するものであるから、注文者が請負人の不法行為について責任を負わない旨の七二六条本文は、当然の規定であって、また、注文者の注文・指図に過失があれば、注文者は、七〇九条により、自らの過失に基づき責任を免れないのであって、七二六条但書も、その当然のことを注意的に規定しているにすぎない、と理解する立場である。学説上は、注意規定説が通説で、下級審のこれまでの

裁判例も、注意規定説に立脚しているようである。後掲の最高裁判例も、判旨にいずれの立場かは明言されていないが、注意規定説によっていると評価されている。

通説・判例ともいえる注意規定説は、七一六条の趣旨を右のとおり理解するわけであるが、これを極論すると、請負契約であれば、注文者は、その注文・指図に過失がない限り、請負人の行為について、何ら責任を負わない、と結論しやすい。大判大正六年七月二日（民録三三冊一〇九三頁）は、「請負人が他人ヲシテ下請負ヲ為サシメ、以テ其仕事ヲ完成セシメタル場合ニ於テ、該下請負人が第三者ニ加ヘタル損害ハ、請負人ノ不法行為ニ基クモノニアラザレバ、請負人自ラ其責ニ任ズベキモノニアラザルヲ論ヲ俟タス」と判示するが、請負契約であれば、注文者には責任がないとの判旨に読めなくてはならない。また、法典調査会議議事速記録によると、梅博士は、七一六条（但七三四条を削除すべしとの提案に対して、「注文又ハ指図ニ付テ過失ガアレバ、其ノ部分丈ハ注文者ノ過失テ人ニ損害ヲ加ヘタト云フコトニナルカラソレハ注文者ニ責任ガアルト云フ積リテアル」「被用者ノ中ニハ雇傭者ノ外ニ請負人迄モ一部分ハ遣入ルト云フ解釈ラスル人が起ツテ来ハシナイカト思ヒマス」「ソレ故削ラレルコトハ不賛成デアリマス」と答弁している。起草者も、七一五条の被用者に請負人は入らないと考えていたように見受けられなくもない。

しかし、大判昭和二年六月一五日（民集六巻四〇六頁）は、被用者が請負人かの区別は事実問題である、と判示し、更に、前掲大判昭和九年五月二二日は、請負契約によるとの一事で注文者の責任を否定した原審の判断を審理不尽とし、大判昭和二年二月二二日（新聞三九五号一七頁）、同昭和二年九月一八日（新聞四一八六号七頁）は、いずれも元請負人と下請負人との間に指揮監督関係がある場合に、元請負人について、七一五条の責任を認めている。注文者と請負人との間に、実質において、雇傭関係における使用者・被用者と同様な指揮監督関係があるときには、七一六条但書によらず、七一五条によって、注文者の不法行為責任を遍及しうることになる。現在、この点に異論はないと思わ

れる。

注文者の不法行為責任としては、以上のように、少なくとも七一五条による場合と七一六条但書による場合とがあるので、本稿も、以下、その二つの類型に分けて検討することとする（更に、注文者の不法行為責任が問題となった事案のなかには、浦和地判昭和五年六月二三日（判時一〇八九号八六頁）のように、注文者がその注文に係る工作物の所有者責任（民七二七条）を遍及された場合もあるが、工作物責任についての考察は、別稿で論じられているので、省略する）。

三 注文者の七一五条による責任

注文者が、請負人の行為について、七一五条の使用者責任を負うことがありうることは、前記のとおりである。七一五条の責任要件として特に問題となるのは、使用者と被用者との指揮監督関係、被用者の不法行為、被用者の不法行為と使用者の職務執行との関連性、使用者の選任・監督の過失であるが（この点は、山本和敏「損害賠償請求訴訟における要件事実」新泉社民訴々三一九頁に詳しく）、注文者の七一五条による責任要件も、本来の使用者の責任要件と本質的な違いはないと考えられる。しかし、一部に微妙に異なる場合もあるようである。

1 注文者と請負人との関係

45 先ず、注文者について七一五条の使用者責任が認められる場合には、注文者と請負人との間に使用者・被用者と同様な指揮監督関係があることが要件となるわけであるが、この点を肯定する裁判例のほとんどは、元請負人が注文者として下請負人に仕事を行わせている事案である。請負関係にもかかわらず、指揮監督関係が認められた注文者と請負人との関係の主だった現象面をいくつか抽出してみる。

583 (一) 請負関係の専属性 専属的な下請負人あるいはその従業員の仕事については、注文者である元請負人に使用者責任が認められるといえそうである。請負仕事に伴う損害賠償請求に関するものではないが、東京地判昭和四二年

四月二一日(判タ一九二号二四頁、大阪地判昭和四一年二月二二日(判タ二〇二号二九七頁、東京地判昭和四四年六月二五日(判タ三三八号二五九頁、東京地判昭和四四年六月三〇日(判時五七五号四七頁、大阪地判昭和四五年五月二一日(判タ三五六号二四八頁、福岡地判昭和四六年三月二六日(判タ二七〇号三四五頁、札幌地判昭和四八年二月一四日(判タ三〇三号三五九頁)等は、いずれも専属的な下請関係が認められた事案で、両者の間に指揮監督関係(支配関係)ありとして、使用者責任を肯定している。しかし、両者の間に密接な関係があっても、下請負人が元請負人の仕事の外に、他からも仕事を下請している場合では、指揮監督関係の認定には微妙なものがある。例えば、東京地判昭和四五年一月二一日(判タ二四六号三〇八頁)と東京地判昭和四三年一月三〇日(判タ二六号二四五頁)とは、いずれも下請負人がその仕事の約五〇パーセントを元請負人から与えられていたという事案であるが、前者では、指揮監督関係が否定され、後者では、肯定されている(前者は、後述の「請負工事との関連性」からも、責任を否定された事案であるが、元請負人には、問題となった下請負人をはじめとして、約四〇社の下請負人がいて、元請負人が現場で指揮監督にあたることはなかったという事案である)。

(一) 建設機械等の所有関係 運送下請において、運送に用いる車両の所有関係が問題になることがあるが、運送車両が元請負人の所有で、下請負人がこれを賃借して、仕事に従事していた場合について、札幌地判昭和四四年二月二六日(判時五八三号二七頁)は、使用者責任を認めている。工事請負の場合にも、建設機械等が元請負人の所有で、下請負人がこれを賃借して工事を施行する事案が想定されるが、運送下請と同じことがいえると思われる。もとより建設機械等の所有関係だけで決せられるものではないが、指揮監督関係の有無を判断する際の一つの手掛りになる。因みに、元請負人が車両を所有していない場合にも、使用者責任を認めた例がある。東京地判昭和四六年一月二八日(判時六二四号五五頁)がそれで、元請負人がトラックを所有せず、下請負人の所有するトラック(いわゆる白トラック)を継続的に利用して、自己の営業を全うしていたという特異な事案である。

(二) 工事施行における名義の利用関係 名板貸ともいえる事案について、名古屋地判昭和五七年七月二〇日(判時一〇五九号二七頁)は、使用者責任を肯定する。より最近な例として考えられるのは、工事の請負からは離れるが、東京地判昭和四三年四月一八日(判時五三〇号六八頁)、大阪地判昭和四五年一〇月一七日(判時六二三号九五頁)のように、下請負人が所有する車両に元請負人の名を表示している事案である。この点も、指揮監督関係を検討する一つの材料になると思われる。右の各判決は、いずれも使用者責任を肯定している。

(四) 指揮監督者等の派遣 注文者と請負人との指揮監督関係を考えるうえで、端的に問題となるのは、注文者が自ら又はその従業員をして、工事の監督に当たっているか否かである。工事現場に臨み、工事の監督に当たっているときには、現実には指揮監督が及んでいるので、使用者・被用者のような関係が認められやすいのは、当然といえる。例えば、東京地判昭和四〇年一月一九日(判タ一七四号二四九頁)は、工事前から現場事務所が設置され、現場代理人が常駐していたとみるべき事案、最(二)小判昭和四五年二月二二日(判時五九二号六一頁)は、元請会社の社員が工事責任者として現場に詰め、下請負人の工事を指揮監督していたという事案、前掲大阪地判昭和四五年一〇月一七日は、注文者の職員が運搬に同行していたという事案で、いずれも責任が肯定されている。東京高判昭和五三年一月二六日(判時八八五号二四頁)は、日本道路公団から道路清掃作業を請け負った業者の行為について、公団の責任が追及された事案であるが、作業時間・方法・結果等、作業全般にわたって公団が指揮監督していたとして、その責任が肯定されている。しかし、建築主任が派遣されていても、常駐していたわけではなく、その役割が工事の進捗を技術的角度より監督調整することであり、工事関係者を指揮監督していなかった等として責任が否定された名古屋地判昭和四六年一月二〇日(判時六六一号七〇頁)もある。

次に、七一五条の使用者責任については、被用者の不法行為を要件とするのが通説的な理解である。使用者責任の要件として、被用者の故意・過失が必要か否か論議されているが（この点をまとめたものに、神田孝夫「被用者の故意過失」損害賠償論六三頁がある）、裁判実務は、これを要件として位置づけている。注文者に対して七一五条の使用者責任を追及するにも、実質的に被用者といえる請負人の行為それ自体が不法行為を構成するものでなくてはならないことになる。しかし、裁判例のなかで、この点、即ち、請負人の故意過失の有無が特に争われた事案はないようである。

3 請負工事との関連性

問題となるのは、請負人の不法行為とその請け負った工事との関連性である。使用者が被用者の不法行為について責任を負うのは、被用者の不法行為が使用者の事業の執行についてなされた場合であるが、このことは、注文者が請負人の実質的な使用者として責任を負う場合にも要件とされなければならないと解されるからである。使用者責任については、いわゆる外形理論によつて、事業の執行が広範囲に認められる傾向にあるが、注文者の使用者責任についてはどうであろうか。最（二小）判昭和三七年二月四日（民集一六巻二号三三八頁）は、「請負人の被用者の不法行為が元請負人の事業の執行につきなされたものとするためには、直接間接に被用者に対し元請負人の指揮監督関係の及んでいる場合に加害行為がなされたものであることを要する」と判示する。注文者に七一五条による責任が認められるといつても、使用者の七一五条による責任とは違いがあり、外形理論の適用にも限界がある趣旨に解される（但し、外形理論を全く否定するのは問題で、同判例の解説を担当した右田判事は、裁判解説三七年度四五四頁の（注二）で、「元請負人が民法七一五条の責を負うのは、原則的にその指揮監督の及ぶ範囲における下請負人又はその被用者の下請工事履行の行為から生じた不法行為に限定されるといつても、外形理論の適用を否定するわけにはいきまい」と述べている）。東京高判昭和五一年六月三〇日（判時八三二号四一頁）も右裁判を引用した判示をしている。専属的といえる下請関係にありながら、責任を否定した大阪地判昭和四三年二月一

〇日（判タ二八号二三頁）は、下請負人が元請負人の名前を表示したダンプを用いていた等の事情はあるが、他の業者から請け負った仕事の際の事故ということで、使用者責任を否定している。

4 注文者の選任・監督の過失

使用者責任における使用者の選任・監督の過失（その立証責任については後述）をどう把握するかは、被用者に故意過失が必要かとの論議にも関係する難しい課題であるが（必要説は、使用者の過失は損害の発生に対する過失ではない、と理解する。神田・前掲論文六五頁、注釈民法例（森島昭志）二九三頁、三〇〇頁、注文者が七一五条により責任を負う場合にも、注文者に七一五条の選任・監督の過失に相当する過失がなくてはならないと解される。しかし、注文者に七一五条の責任が追及された裁判例のなかで、注文者のこの点の無過失（免責）を認めたものはないようである。もつとも、前述の請負工事との関連性で、指揮監督が及んでいる範囲外であることを理由に、責任が否定される場合があるので、異なる一面もある。

5 立証責任

以上の要件のうち、被害者の側で立証しなければならないのは、1、2、3である。4は、注文者において、その点の無過失（免責）を立証すべきことになる。

四 注文者の七一六条による責任

注文者の責任について、仙台高判昭和三三年二月一〇日（千歳集九巻二号一七三頁、大阪地判昭和四九年九月一八日（判時七七二号七九頁）のように、請負人の独立性を理由に注文者の責任を否定しているものもある。それらは、七一六条但書の過失の有無に言及していないので、特殊例といえる。その他の多くの裁判例では、いずれも後述の注文・指図の過失の有無を問題としているが、七一六条但書による責任を七〇九条と実質的に同じと解する注意規定説に立

てば、被害者が主張・立証すべき要件も、七〇九条のそれと異ならないはずである。

1 注文者と請負人との関係

七一六条但書により注文者の責任を追及する場合の請負人は、注文者から独立して仕事をする請負人である。独立性がない、注文者の指揮監督に服する請負人については、注文者の実質的な被用者として、注文者に対して七一五条の責任が追及され、七一六条但書の責任が問題となる場合は少ないであろう(もっとも、両者は、競争する関係にあると解されるので、指揮監督関係がある場合にも、七一六条但書の責任を追及することは可能であろうが、代位責任と解される七一五条の責任を追及するほうが、自己責任である七一六条但書の責任を追及するより、容易ではないかと解されるので、指揮監督関係がありながら、七一六条但書の責任が問われる事案は少ないと思われる)。元請・下請関係がある場合に、指揮監督関係が認められやすいことは、前記のとおりであるが、元請負人について、七一六条但書の責任が問題となった事案もある。浦和地判昭和五七年五月十九日(判時一〇六六号一〇六頁)は、元請負人の七一六条但書の責任を否定した例である。

2 請負人の加害行為

七一六条但書の場合も、請負人の加害行為が前提となるが、注意規定説の下では、それ自体が請負人の不法行為を構成する必要はないと解される。注文者の責任は、七〇九条と同じ自己責任であるから、請負人は、注文者の不法行為にとって、主体性のない、いわば道具にすぎないわけである。しかし、注文者の七一六条但書による責任が追及された事案をみると、そのほとんどが、請負人にも、その加害行為について、故意過失を認めることができる場合であって、請負人の主体性を全く無視し、請負人の故意過失という主體的な判断を注文者の注文・指図の過失による因果関係のなかに埋没させてしまってよいのかは検討を要すると思われる。注文者の注文・指図に過失があるが、請負人にも過失がある場合に、請負人の主体性を理由に、注文者の過失と損害の発生との間の因果関係が消滅(中

断)するとの反論が考えられなくもないからである。しかし、そのような趣旨で注文者の責任を否定した裁判例は見当たらない(前掲仙台高判昭和三年二月一〇日、大阪地判昭和四九年九月一八日)、注文者の責任を否定した趣旨は異なる。請負人が共同被告とされた事案で、請負人の不法行為を認定している大阪地判昭和五四年一月三〇日(判タ三八七号八三頁)は、注文者と請負人とは、共に不法行為責任(なお、同判決では、注文者についても七〇九条の責任として構成されている)を負うとしている。注文者の注文・指図に過失があり、これに基づいて工事を施行すれば、損害の発生が避けられないと請負人自身も認識し、あるいは、予見しえたのに、請負人が工事を受注し、これを施行した場合に、請負人のその点の主體的な判断は、通常、請負関係の必然的な因果の流れのなかにあつて、注文者の責任を否定する理由にはならず、さらに、請負契約に基づく義務の履行にすぎないとして、請負人の責任を否定する理由にもならないから、結局、右の大阪地判昭和五四年一月三〇日のように、両者の不法行為責任が肯定されることにならう。

3 注文者の注文・指図の過失

注文者に対して七一六条但書による責任を問う場合に、最も重要なのは、どのような場合であれば、注文者に注文・指図の過失があったといえるかである。以下、注文者の過失を判断する際の問題点をいくつか拾い出してみる。

(一) 注文・指図の過失の概念 注文者の注文・指図の過失は、注意規定説によれば、一般の不法行為にいう過失と同義で、損害の発生に向けられた過失と観念づけられるが、その内容として、小学校の旧校舎の払下げを受けた注文者がこれを蕨柑の撰果場に改築しようとしたところ、土日出張所から工事の中止命令を受け、建物の補強工作の完備を強く勧告指示されていたという事案について、最(三小)判昭和四三年二月二四日(民集三巻三三三三四一三頁)が「告人としては、少なくとも右建築中止命令以後においては、倒壊、損害防止上相当の補強工作をすべきことを十分認識していたというべきであるから、補強工作をせずしてかかる作業を命ずることのないよう、また、もし右請負

人において補強工作を施行せずして右工事を続行する場合には、時期を失せず工事を中止させる等の措置を執るべき注意義務があるものというべきである。しかるに、これらの措置を講じないで敢えて右工事の続行を経過した上告人は、注文者として注文または指図について過失があったものといわなければならない」と判断しているところが参考になる。損害の発生についての予見可能性があったのに、これを回避する措置を講じなかったという点である。同旨の裁判例に、大阪地判昭和四五年三月二五日(判タ四八号三三四頁)、大阪地判昭和四八年五月三一日(判時七三七号七〇頁)、東京地判昭和五二年八月三一日(判時八二号二二頁)等がある。

(一) 請負人の専門性と注文者の過失の有無 ところで、請負人は、工事の専門家として、これを請け負うものであるから、その技量によって、予見される損害を防止することが可能ということもあるし、注文者も、それを期待して工事を注文する場合が多いはずである。その場合に、注文者は、自分が工事に素人で、専門家の請負人に一任したので責任がないと抗争する事案がある。東京地判昭和四六年一月二七日(判時六三五号一三三頁)、大阪地判昭和四七年二月八日(判時六八五号一六頁)、大阪地判昭和五〇年三月一日(判時七九三号八三頁)は、専門的知識がない注文者の責任を否定している。しかし、その場合にも、ただ請負人に一任したから責任がないとの結論はとっていない。予見可能性があるかどうかを検討したうえで、請負人の専門性を考慮するのが普通で、大阪地判昭和五二年六月三〇日(判時八七九号一九頁)が説くとおり、専門家に一任すれば足りるというものではない。東京地判昭和三七年六月一九日(下級民集三巻六号二二〇頁)も、損害の発生が予見できたのに、請負人に工事を一任した注文者の責任を肯定している。最近三小判昭和四四年二月二〇日(判時九二六号五六頁)も、注文者に専門的知識がなかった事案であるが、七一六条但書の過失を認めている。注文者の注文・指図の過失の有無は、専門家に一任したという形式的な理由で判断されるべき問題ではない。請負人の独立性を理由に注文者の責任を否定した裁判例があることは前述したが、請負人の独立

性あるいは主体性(金銭過失)があっても、なお注文者の注文・指図の過失の有無を吟味する必要がある。大阪地判昭和五六年一月五日(判タ四六七号二四七頁)も、専門家に一任していることを理由とするが、概括的ながら注意を与えていたため、それ以上に具体的な注文・指図をする必要はないと判断している例である。

(二) 請負人への指示等による回避措置と過失 もっとも、請負人の専門性を無視して、注文者に損害発生の予見が可能であったとして、直ちに責任を肯定するのは、却って、請負の意義を滅殺することになりかねない。損害の発生が予想されても、請負人の技量でこれを回避することができるならば、注文自体を禁止すべき理由はないからである。最近三小判昭和四五年七月一六日(民集四巻七号九八二頁)は、請負人が損害の発生を回避するのに必要な予算措置を注文者の側で講じたうえで注文している事案について、注文者の責任を否定する。同判決には、批判もあるが、注文者の予見可能性だけで過失の有無を論じきれないことを判断する点は支持されるべきでないと思われるこの場合に、注文者の注文・指図の過失と損害の発生との因果関係も問題となるが、前記のとおり、因果関係が消滅(中断)するというより、過失自体がなくなるとみるべきであろう。大阪地判昭和四六年四月一五日(判タ二七一号三三三頁)は、工事に際して感電の危険が予測されたので、その点は電力会社に任せ、請負人の従業員にも工事を員合わせるように指示していたのに、工事をしなかったといえる事案と思われる。但し、その反面において、損害を回避する措置を全く講じることができない工事であれば、当該工事の注文それ自体が過失となるから、注文者は、その工事を断念するはかない。また、そこまで至らない場合にも、予見される損害を回避しうる技量を具えていない請負人に工事を注文すれば、そのような技量のない請負人を選んだことが過失とされよう。七一六条但書の「注文」には、請負人の「選任」も含まれる、と解される(四巻・前掲書七二五頁)。

例 注文・指図がなされていない場合と過失 注文者の七一六条但書の責任は、注文・指図の過失を要件とするが、それは、現に注文・指図をしていなければ、一切責任を生ずる余地がないというものではない。前述のとおり、損害の予見可能性があれば、注文者には、その回避措置を講ずる必要があるのである。注文・指図がなされていないという単純な理由で責任が否定されるのは、損害の予見可能性もない、かつ、請負人が通常の工事をしていれば、何ら損害を生じなかったという場合に限られると思われる。長野地判昭和五五年一月二四日(判タ四一五号一四一頁)は、注文者の責任を否定した例であるが、ガス工事を請け負った請負人の単純な工事ミスといえる事案のようである。新潟地裁長岡支判昭和五七年一月九日(判時一〇六二号二六頁)は、雪降しを請け負った請負人二名が共に屋根に上って作業したため、通行人が落雪によって負傷したという事案であるが、二名が屋根の上と下に分れて作業をしなかったのも、請負人の作業ミスといえなくもないと思われる。同判決は、そのような指示をしなかった注文者に過失を認めているが、請負人の作業ミスというべきか、注文者の過失というべきかは微妙に思われる。

4 請負工事との関連性

七一五条の責任が問題となる事案では、七一五条にいう「事業の執行」との関係で、請負人の加害行為と請け負った工事との関連性が要件とされたが、七一六条但書の場合には、注文・指図の過失が損害の発生の子見可能性(回避可能性)に結びつけて把握されるため、注文・指図の過失と被害の発生との間に占める請負人の行為は、いわば因果関係の流れのなかにあるので、問題となる場合は少ないと思われる。請負人の行為が注文に係る工事と関連性がないときは、とりもなおさず、その損害に対する注文者の予見可能性を観念することができないであろうから、注文・指図の過失はないことに帰着すると思われる。

5 立証責任

以上の要件のうち、1の立証は、七一五条による責任を追及する場合と異なり、特に問題にはならないであろう。2及び3は、いずれも被害者において立証すべき責任がある。4は、事案から自明な場合が多いと思われるが、問題となれば、被害者の側で立証すべきである。

五 おわりに(設問の解答)

以上、注文者の七一五条あるいは七一六条但書による不法行為責任を検討してきたが、設問に対する解答は、簡潔にいて、次のようになる。加害者が請負人(請負人等又はその従業員)であっても、注文者との間に指揮監督関係が認められる場合には、特に下請関係のときであるが、注文者に対して七一五条の不法行為責任を追及することができる。また、指揮監督関係がない場合にも、本来の請負関係に止まるときであるが、注文者の注文・指図に過失があれば、七一六条但書(実質的には七〇九条)の不法行為責任を問うことができる。もとより、その可否は、個別的・具体的な事案の如何によらなければならない。なお、実際例として本稿でいくつかの裁判例を取り上げたが、その裁判例は、一部であるうえ、全てが請負工事に伴う損害賠償請求に関するものではないし、分析も必ずしも的を射たものではない(本稿と同旨の、かつ、詳細な論証として、後藤・前掲書及び「同(子)判タ三九二号一五頁のほか、栗井裕「公害に関する民事裁判例の研究」判時一一号(判時五〇号)八三頁があるので、参照されたい)。このような本稿が多少でも参考になれば幸いである。

編集者

山口和男
東京地方裁判所判事

判例索引

判例索引

大判明治32年12月21日民録5輯11巻88頁	354	大判大正11年10月3日刑集1巻513頁	550
大判明治34年12月27日刑録7輯139頁	293	大判大正12年3月14日民集2巻103頁	436, 437
大判明治37年3月11日民録10輯258頁	427	東京地判大正14年3月17日新聞2463号41頁	466
大判明治38年5月5日民録11輯665頁	628	大判大正14年11月28日民集4巻670頁	551
大判明治40年3月25日民録13輯328頁	603	大判大正15年2月23日民集5巻104頁	428, 471
大判明治43年6月9日刑録16輯1125頁	479	大(連)判大正15年5月22日民集5巻386頁	
大判明治45年3月23日民録18輯315頁	595, 597		
大判明治45年3月23日民録18輯284頁	427	大判大正15年5月28日民集5巻587頁	479
長崎控判年月日不詳新聞849号23頁(大正2年3月20日), 評論2巻民法58頁	562, 569	大判大正15年10月13日民集5巻785頁	439
大分地判年月日不明新聞944号28頁(大正3年6月15日)	188	大判昭和2年6月15日民集6巻406頁	582
和歌山地判年月日不詳新聞1125号26頁	569	大判昭和3年2月4日新聞2845号14頁	560
大判大正2年2月5日民録19輯57頁	596	大判昭和3年7月9日民集7巻609頁	441, 614
大判大正2年6月9日民録19輯507頁	569	大判昭和3年8月1日民集7巻671頁	489
大判大正2年11月15日民録19輯959頁	424, 428	福岡地裁久留米支判昭和5年11月26日教師の懲戒と体罰28頁	234
大判大正4年1月30日刑録21輯58頁	601	大判昭和6年10月20日新聞3332号16頁	463, 468
大判大正4年5月1日民録21輯620頁		大判昭和7年4月11日民集11巻609頁	603
		大判昭和7年5月27日民集11巻1069頁	610
大判大正4年5月12日民録21輯692頁	560, 565, 575	大判昭和7年5月27日民集11巻1078頁	611
大判大正5年1月19日民録22輯39頁	289	大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁	490
大判大正5年6月1日民録22輯108頁	629	大判昭和7年11月28日民集11巻2204頁	89
		大判昭和8年2月24日新聞3529号12頁	279
大判大正5年9月13日新聞3182号14頁	248, 253, 264	大判昭和8年4月25日民集12巻924頁	487
大判大正6年4月7日民録23輯690頁	424	大判昭和8年5月16日民集12巻1178頁	603
大判大正6年4月30日民録23輯715頁	609	大判昭和8年7月15日民集12巻1933頁	444
大判大正6年6月11日民録23輯1061頁	289	大判昭和8年9月28日新聞3620号5頁	442
大判大正6年7月2日民録23輯1093頁	454	大判昭和9年5月22日民集13巻784頁	
大判大正8年3月3日民録25輯356頁	582		
大判大正8年3月21日民録25輯486頁	62	大判昭和9年9月8日新聞3746号10頁	104, 581, 582
大判大正8年6月18日民録25輯1054頁	426	東京地判昭和10年12月7日新聞3947号17頁	487
大判大正9年4月12日民録26輯527頁	203	大判昭和10年12月20日民集14巻2064頁	634
東京控判大正9年5月26日評論9巻上民法495頁	436	大判昭和11年1月24日民集15巻1号42頁	484
		大判昭和11年2月12日新聞3956号17頁	629
大判大正9年6月24日民録26輯1082頁	188	大判昭和11年4月13日民集15巻630頁	582
大判大正9年11月25日民録26輯1759頁	609		
大判大正10年6月7日刑録27輯506頁	425	東京控判昭和12年4月28日新聞4142号5頁	491
大判大正10年12月15日民録27輯2169頁	541, 614	大判昭和12年6月30日民集16巻1285頁	569
		大判昭和12年9月18日新聞4186号7頁	611
	560, 565, 569, 575, 576, 577	大判昭和12年11月20日新聞4204号3頁	582
			631

裁判実務大系(全20巻)
第16巻 不法行為訴訟法(2)

昭和62年11月16日 初版第1刷印刷
昭和62年11月25日 初版第1刷発行

編者 山口和男
発行者 逸見俊吾
発行者 株式会社 青林書院

電話 (03)815-5897
振替 東京1-16920
〒113 東京都文京区本郷6-4-7
印刷・製本 中央精版印刷株式会社

検印廃止 落丁・乱丁本はお取り替えいたします。
©1987 山口 Printed in Japan
ISBN4-417-00715-2