HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | ニューヨーク州における不作為賠償責任（１）　－判例類型化の試み－ |
| Author(s) | 福士, 明 |
| Citation | 北大法学論集, 32(4), 53-86 |
| Issue Date | 1982-03-30 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/16381 |
| Type | bulletin (article) |
| File Information | 32(4)_p53-86.pdf |

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

# ニューヨーク州における不作為賠償責任（一）

## ——判例類型化の試み——

福士　明

目次

はじめに
第一章　ニューヨーク州および地方公共団体の不法行為責任の展開
第一節　州および地方公共団体の不法行為責任免責の理論的基礎
第二節　不法行為責任の展開
第二章　不作為賠償責任の成立要件
第一節　ネグリジェンス型
第二節　ニューサンス型（以上本号）
第三章　不作為賠償責任判例類型化試論
第一節　分析概念の設定
第二節　類型化の視角設定

第三節　判例類型化試論
第一款　道路関係
第二款　精神病院関係
第三款　警察関係
おわりに

## はじめに(1)

最近の行政法学の問題関心に(2)「裁判事実の定型化と定型的決定内容から仮説的命題を構成する」(3)という方法論的自覚の下に、他に加害者・原因者がいる場合の国の危険管理ないし防止責任を根拠とする不作為賠償責任(4)の事案を類型化しようとするものがある。たとえば、白井皓喜弁護士は「国の不作為と国家賠償責任」(5)という論文において「先行行為に基づく作為義務」「発生した損害が国民の生命・健康に関係する場合であって、かつその被害が、行政側の監督の懈怠によって不可避的に発生した場合」「公務員が管理者または監護者の地位にあり、かつ公務員の忠実義務の要件からいって、当該公務員が作為に出ることが容易に可能である場合」といった観点から国の不作為賠償責任の事案を三類型に分けておられる。

判例法の国アメリカでは「作為と不作為」の問題は、一九〇八年にボーレン（F. H. Bohlen）がその論文「The Moral Duty to Others as a Basis of Tort Liability」(6)において「コモンローに最も深く根ざした、最も基本的な区別」(7)と指摘して以来、論述の対象とされており(8)、American Law Institute, Restatement of Torts, 2nd Topic 7, Duties of Affirmative Action (1965) の項では(9)、作為義務の根拠・内容が三一四条から三二四条の一〇条にわたって定式化されている。最近のものとしては、たとえば、行政法学・民事法学・マスコミ等から注目を浴びた Schuster 事件(10)の評釈者が、不作為賠償責任の根拠という観点から「制定法または条例（Statute or Municipal Charter）」「特別の関係（Special Relations）」「義務の引受け（Assumption of Duty）」「先行する危険な行為（Prior Dangerous Conduct）」の四類型に不作為賠償責

任の事案を分類したものがある。[11]

本稿は、このような見地から、(1)個々の行政活動に即して行政の危険管理ないし防止責任の根拠をみていくこと、(2)事実の抽象化から仮説的命題を一応設定することによって将来の判決を一定程度予見すること、を目標としてニューヨーク州における不作為賠償責任の判例類型化を試みようとするものである。

本稿が特にニューヨーク州を取り上げたのは、アメリカは州によって著しくその不法行為理論を異にすること、すなわち具体的には主権免責の放棄の範囲が千差万別であることと、[12]その中でニューヨーク州は主権免責を制定法によって全面的に廃止[13]し、不作為賠償責任の事案がある程度蓄積している、という理由によっている。

本稿は、第一章　州および地方公共団体の不法行為責任の展開　第二章　不作為賠償責任の成立要件　第三章　不作為賠償責任類型化試論の構成になっている。本稿の中心は、このうちの第三章不作為賠償責任類型化試論にある。これに関して第一、二章を加えた理由は、第一章については、不作為賠償責任の類型化をなすにあたって、それが可能となる時点を画定する必要があるということと、[14]第二章については、ネグリジェンスにおける作為と不作為の位置づけ、[15]および、ネグリジェンスにおける「義務情況(Duty Situation)」の決定要因について論じられたことがない[16]こと、しかし、我国の不作為賠償責任の成立要件に関する議論が「不作為が不法行為となるためには、違法性という点から、その前提として、作為をなすべき義務がある場合でなければならない[17]」というにとどまることを考えると、これらを紹介することも意味があると考えたこと、および、第三章における判例分析の視点を設定するためにもこれを紹介する必要があること、である。[18]

以上の検討を通じて得られた成果にもとづき、本稿は最終的に、次の結論を提出する。ニューヨーク州においては、結果型の不作為賠償責任[19]は現在認められておらず、加担・寄与型の不作為賠償責任[20]のみが認められている。[21]

(1) 最初に不作為賠償責任の概念・特色・意義を明確にしておくのが便宜であろう。行政の不法行為責任は、加害の態様という観点からこれを二分し、作為による不法行為責任と不作為による不法行為責任とに分類できる。本稿が対象とするのは、このうち、不作為による損害賠償責任である。この不作為による損害賠償責任は、その責任の根拠が、危険管理責任—行政の対象たる社会に存在する危険を社会管理機能である

行政が防止する（遠藤博也「宅造法上の規制権限の不行使と国家賠償責任」（『昭和四九年ジュリスト重要判例解説』・一九七五）四一頁、遠藤『行政法Ⅱ』（青林書院新社・一九七七）一四七―一五一頁）にあるのか、危険責任―社会的に有用である行政活動に内在する危険が顕在化したから社会全体が負担する（今村成和『国家補償法』（有斐閣・一九六九）九六頁、この今村説については遠藤　前掲判例解説　四一頁）にあるのか、という観点から、(1)狭義の不作為賠償責任と(2)広義の不作為賠償責任に分類できる。

(1)狭義の不作為賠償責任は、損害発生の直接の原因がたとえば、野犬とか私人の行為といった行政行為とは別の事実によるもので、行政庁が規制権限の行使あるいは事実上の行為によってこれを防止できたかもしれない場合に（遠藤　前掲判例解説　四〇頁）結果回避措置を講じないことまたは不十分なことを理由に生じる損害賠償責任である。この狭義の不作為賠償責任から、さらに、損害発生の直接の原因が私人の行為か否かを基準として、最狭義の不作為賠償責任を分かつことができる。最狭義の不作為賠償責任は、(i)当事者の三面関係　(ii)保護者としての行政　(iii)権利侵害の概念の変容の三点に、狭義の不作為賠償責任は(ii)(iii)の二点に、その特色を求めることができる。(i)当事者の三面関係というのは、従来の国家賠償法では加害者と被害者の二面関係が問題とされたけれども、不作為賠償責任ではそれに加えて行政が登場し、当事者の三面関係が問題になるということである。従来、二面関係で行政が登場した時には、加害者として登場したわけである。この三面関係が問題となる場合には「行政が一方の私人の活動の自由を権力によって制約することによって、他方の私人の安全を守る」（阿部泰隆「行政の危険防止責任(下)」（『判例時報』八八六号・一九七八）一三〇頁）という「一方の利益と他方の不利益との間の相互拘束性がある」（萩野聡「複合的行政行為の特色」（『行政法の争点』・一九八〇）八〇頁）。(ii)保護者としての行政というのは、ここにおいて行政はもはや加害者として登場するのではなくて、被害者の保護者として登場するということである。(iii)権利侵害の概念の変容というのは、作為の不法行為における権利あるいは利益の積極的侵害という概念が、被害者を救済できたであろう作為義務を尽くさない、すなわち「義務の相関的概念としての権利あるいは利益」（林田清明「グリーンの保護目的・保護範囲論」（『九大法学』三九号・一九七九）一二二頁）の侵害の概念に変化しているということである。

以上のような特色を有する不作為賠償責任の問題は、これを、国家賠償法上に現われた行政法体系の「権限の体系から任務と責任の体系への変化」（遠藤「経済法と現代行政法」（『経済法』一九七九）六〇頁）、「自由国家から社会国家への移行にともなうすぐれて現代的特質」（原田尚彦『行政責任と国民の権利』（弘文堂・一九七九）七四頁注(1)）、「近代

行政法の法構造にかかわる問題」（真砂泰輔「環境保全と自治体の行政責任」（『杉村敏正先生還暦記念　現代行政と法の支配』・一九七八）三九〇頁 注（一九）と位置づけることが可能であり、いずれにしても、現代行政法の特色の一つに数えることができると思われる。

(2)広義の不作為賠償責任は、行政がなすべきことをしなかったことによって生じる賠償責任である。これには「国家賠償法二条の公の営造物の設置・管理の瑕疵、すなわち安全良好な状態に保つべき義務を果たさないとか、災害防止上必要な措置を講じないこと」（遠藤　前掲判例解説　四〇頁）、また、違法な積極的行為（公訴の提起・維持）を撤廃する行為（公訴の取下げ）をしないこと、さらに、適法な行為をしないこと（遠藤　前掲判例解説　四〇頁）も含まれる。本稿の興味は主として狭義の不作為賠償責任に置かれているけれども、対象としては広義のそれをも含めている。不作為賠償責任に関するニューヨーク州法の概観を得るためである。

なお、危険責任―打撃ミス・打撃過剰など、直接打撃型による損害・損失に関する責任―と危険管理責任―守備ミスによって生じた損害・損失に関する責任―とを対比させることにより、従来、一面的・平面的にみられてきた国家責任を多面的・立体的に考察できること、特に、後者のアプローチは、守備ミスの前提となるべき守備範囲の議論を通じて、現代型の国家責任のあり方に光を与える可能性を有していることについては、遠藤　『国家補償法上巻』（青林書院新社・一九八一）はしがき二頁参照。

(2) 古崎慶長判事は「最近における国家賠償法の裁判例の動向について」（『公法研究』四二号・一九八〇・一九二頁）という研究報告において、国家賠償法の運用の時期を三期に区分し、第三期国賠法の運用拡大の段階（昭和四〇年後半から現在）の特長は「立法や行政の不作為を問責する事件の著増である」（但し、これ自体は国賠法一条に関して述べられている）と指摘している。この関係で、一九七〇年のジュリスト行政判例百選では不作為賠償責任の問題は取り上げられていないけれども、一九七六年の行政判例百選Ⅱでは「不作為に基づく損害賠償責任」（中川剛）、一九八〇年のジュリスト行政法の争点では「行政権限の不行使と国家賠償」（下山瑛二）の項が設けられている。また、外国法研究の発表も最近のことに属する。たとえば、東平好史「英国における行政権限の不行使による損害の賠償」（『比較法研究』四二号・一九八〇）、下山瑛二「国賠法一条一項をめぐる若干の理論的課題について―さいきんの論議をめぐって」（『今村成和教授退官記念　公法と経済法の諸問題上』・一九八一）。および、危険責任と危険管理責任という二つの責任把握を対比させるアプローチを採用した単行本として、遠藤　前掲書『国家補償法上巻』がある。

(3) (1)裁判対象たる個別具体的な事実から「抽象」という操作によって定型的な事実を構成し、(2)また当該の裁判の個別具体的な結論からも「抽象」という操作によって定型的な決定内容を構成し、(3)その上で、定型的決定内容という結論にとって、意味のある(relevant, material)前提としての定型的事実を選び出して一つの命題に構成する(川島武宜「判例研究の方法」(『科学としての法律学』・一九六四・所収)二一六頁)。このような命題は、その後の裁判にとっての規準になるという意味を言いあらわすために、当為命題(sollsatz)として構成することができるし、また、将来の裁判の法則性(regularity)を言いあらわすために、仮説(hypothesis)として言語的に構成することもできる(川島　前掲書　二一六—二一七頁)。本稿は後者を仮説的命題と呼んでいる。判例研究の目的として、従来、(1)法律解釈の具体的内容を明らかにすることであるとか、あるいは判決の「理論」の当否を検討することであるとするもの、(2)現実に裁判所に妥当している—あるいは、妥当した—裁判規範を明らかにすること、あるいはさらに進んで、将来の裁判を予見することであるとするもの、があった(川島　前掲書　一七三頁)。不作為賠償責任の判例研究の態度にもやはり、二つの異なる方向があって、前者の方向をとった論文に、古崎慶長「公務員の不作為と国家賠償法一条の責任」(民商七八臨時増刊『法と権利(4)』・一九七八)、後者の方向をとった論文に、白井皓喜「国の不作為と国家賠償責任」(『自治研究』五四巻九号・一九七八)、阿部泰隆「国の危険防止責任(上)(下)」(『判例時報』八八三・八八六号・一九七八)がある。本稿は、後者の態度を目的としている。このような態度が「後の裁判の裁判官が行なうところの先例的裁判の評価を一定の型にはめる方向に作用する」という機能を有し、「将来の裁判が裁判の先例によって影響される程度や態様を予見することが容易になる」という有効性を有することについては、川島　前掲書　二三五頁。

(4) 遠藤　前掲論文「経済法と現代行政法」六一頁の表現。また、この責任の性格および各種の被害者救済制度との間の境界線が不明確であることを指摘する。

(5) 白井　前掲論文　二七頁以下。

(6) 56 U. Pa. L. Rev. 217.

(7) Ibid. 219. コモンロー上、作為・不作為が根本的に区別されるのは「アングロ・サクソンの法的思考に典型的に見られる極端な個人主義的態度に基づいている」(ibid. 220. W. L. Prosser, Law of Torts, 4th(West, 1971), 339)とされる。Bohlen によれば、作為(misfeasance)と不作為(nonfeasance)の相違は二点あり、それは「行為の性格(character of the conduct)」と「その結果蒙る損害の性質(nature of the detriment suffered in consequence thereof)」であるとする。前者は、原告の地位またはその状況を悪化させる(worse off)ものかどうか、後者は、マイナス価値・積極的

損失(minus quantity, positive loss)を与えるのか、プラス価値(plus quantity)を与えないというにすぎないのかどうか、が基準とされる。Bohlen, op. cit. 220—221, Prosser, op. cit. 339.

(8) 不作為賠償責任に関しては、民事法学者の研究が多く、行政法学者のものは少ない。民事法学者によるものとしては、たとえば F. V. Harper and P. M. Kime, the Duty to Control the Conduct of Others, 43 Yale L. J. 886(1934), H. F. McNiece and J. V. Thornton, Affirmative Duties in Tort, 58 Yale L. J. 1272 (1949), C. A. Wright, Negligent "Acts or Omissions", 14 Can. B. Rev. 465(1941), F. James, Jr., Scope of Duty in Negligence Cases, 47 Nw. U. L. Rev. 778 (1953) がある。最近では、M. S. Shapo による The Duty to Act (Univ. of Tex. Pr. 1977) が刊行された。この本は、著者自身によって、素人向きのもので、また、不法行為法に経済学的なパースペクティブを導入したものであることが語られている。ibid., introduction, xvii. 一九六〇年代の初頭以降、「法と経済」研究が不法行為法の分野における一つの大きな潮流になっているということについては、平井宜雄「アメリカにおける『法と経済』研究の動向」(『アメリカ法』一九七六—一) 一八四頁、小林秀文「Coase の定理と Calabresi の事故法理論」(『法学志林』七三巻二号・一九七六) 一二〇頁。また、「法と経済」の分野において、功利主義 (Utilitarianism) の立場—G. Calabresi, R. A. Posner—とその批判の立場—M. J. Horwitz, R. M. Unger, G. P. Fletcher—があること、および、これらの人々が M. J. Horwitz によって「New Generation」の抬頭として位置づけられていることについては、矢崎光圀「現代アメリカ法理論の形成過程について」(『加藤新平教授退官記念 法理学の諸問題』・一九七六) 二七八—二八四頁。なお、アメリカ不法行為法理論の展開については、G. E. White, Tort Law in America (Oxford Univ. Pr. 1980)。

アメリカ行政法学会の指導的地位にある K. C. Davis および L. L. Jaffe のこの問題に関する論文はみあたらず(他の行政法学者も同様)、教科書によってその見解をうかがうことができるにすぎない。Davis (一九五八年に刊行された Administrative Law Treatise は裁判官や行政担当者にきわめて大きな影響を与え続けている—神長勲「公法学の動向」(『法律時報』五二巻一二号・一九八〇) 一八四頁) は、Administrative Law Treatise 3 (West, 1958), Chapter 25 Tort Liability of Governmental Units に Nonfeasance (不作為) の項を設けて、「この問題は非常に興味深い」(ibid. 492) とする評価を与えており、不作為の定義は「原告を救済したであろう積極的行為 (affirmative action) をしないこと」(Administrative Law Text, 3rd (West, 1972) 479) である。不作為賠償責任に関しては、判例の方向にほぼ賛成で

あり、責任を拡大しすぎる方向には疑問を感じているようである。Jaffe（行政法に関する数多くのすぐれた論文によって、日本におけるアメリカ行政法研究者の間でもひろく知られた人―外間寛「著書紹介・Louis L. Jaffe, Judicial Control of Administrative Action」（『アメリカ法』一九六六―一）五八頁）は、不作為賠償責任の問題自体特に取上げていないし、また、重要視もしていない（Judicial Control of Administrative Action (Little, Brown, 1965) 236）が、この問題については次のように述べている。「特定の義務（specific duty）が課せられたり、部分的執行が信頼を生じさせた（partial performance has led to reliance）ような事例を除き、一般的根拠（general basis）にもとづき賠償責任が決せられる場合は立法のほうがすぐれている。しかし、また、一般的なルールを定立することができない領域においては、裁判所の特殊化の権限を確保すべきである」（ibid. 260）。このように行政法関係において不作為賠償責任の問題があまり論じられていないのは、政府の不法行為責任法の分野においては比較的最近まで法律家のエネルギーが政府免責の法理の放棄というテーマにそそがれてきたから（岩渕正紀「アメリカにおける政府の不法行為責任と裁量免責の法理（4・完）」（『判例時報』七七九号・一九七五）三頁）であり、最近、雄川一郎教授が「アメリカ国家責任法の一断面」（『アメリカ憲法の現代的展開2・統治構造・一九七八）と題して、主権免責を主題とし、「以上に眺めたようなアメリカ国家責任法はこれを未熟・未整備なものと見ることも勿論可能である」（三三二頁）と述べられているのは、この関係で理解できる。本稿は、以上のような研究動向を考慮に入れ、作為・不作為の把え方については民事法に学び、判例の所在については、Davis の教科書およびサイテイタを利用するという方針をとった。

（9）以下、「リステイトメント」として引用する。不作為賠償責任の判例をとにかく一応網羅的に類型化したものは、リステイトメントしかみあたらない。そのため以下の叙述においてリステイトメントを多用することになるので、ここでその資料的性格を紹介する。「リステイトメントは、アメリカの判例法を条文の形式で restate（再叙）し、これに註釈と例を付したものである。しかし、州の判例の間に相違がみられる場合にはより合理的と思われる準則を採用したり、判例の理論に拘束されず、同じ結果を別の理論で説明したりしているところもあるために、「法」そのものとはいえない。とはいえ、一流の法律家の討議を経た上で書かれたものであるから、米国においても高い尊敬を受けているし、判例中にもしばしば引用される」田中英夫他『外国法の調べ方』（東京大学出版会・一九七四）三六―三七頁、板寺一太郎『法学文献の調べ方』（東京大学出版会・一九七八）二三一頁。Torts のリステイトメントについて言えば、Reporter は「不法行

為法の権威」(平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会・一九七一) 二二一頁) であり、Adviser (二三人) は F. James, Jr. (Yale Law School), R. E. Keeton (Law School of Harvard University), W. P. Keeton (University of Texas School of Law), C. Morris (University of Pennsylvania Law School), W. A. Seavey (Law School of Harvard University) 等の教授である。本稿は、リステイトメントはニューヨーク州における判例法をかなり正確に restate しているものとして扱っている。

(10) 5N. Y. 2d 75, 180N. Y. S. 2d 265, 154N. E. 2d 534 (1958), Index to Legal Periodicals によると、下級審の判例評釈は五本、本件については三三本ある。そのうち、59 Colum. L. Rev. 487 (1959), 44 Cornell L. Q. 441 (1959) が特に参考になった。

(11) 59 Colum. L. Rev. 487, 491—496 (1959).

(12) 一九五四年の時点におけるそれぞれの州の主権免責の範囲については R. A. Leflar and B. E. Kantrowitz, Tort Liability of the States, 29 N. Y. U. L. R. 1363, 1407 (1954)、一九七三年の時点におけるそれについては L. Green, W. H. Pedric, J. A. Rahl, E. W. Thode, C. S. Hawkins, A. E. Smith, J. M. Treece, the Law of Torts, 2nd, 238 (1977) を参照。後者は Restatement, Second, Torts § 895 A at 12-20 (Tentative Draft, March 30, 1973) に依拠する。一九五四年のものについてはわが国にも紹介がある。雄川前掲論文 三〇七頁注(1)。

(13) Court of Claims Act § 12-a (1929), now amended in Court of Claims Act § 8.

(14) また、従来、州の主権免責と地方公共団体の免責の関係について論じられたことがないため、合わせて紹介する意図をも有している。地方公共団体の免責理論を扱ったものとして桜井昭平「アメリカ地方公共団体の不法行為責任」(『明治大学法制研究所紀要』九・一九六五) があるけれども、州の免責との関係は論じられていない。なお、アメリカ不法行為法に関する研究業績を調べる手がかりとして、古崎慶長『国家賠償法の理論』(有斐閣・一九八〇) に収められている国家賠償法文献総目録、法律時報五二巻一二号一九八〇年学会回顧・行政法、田中英夫・堀部政男編『英米法研究文献目録・一八六七—一九七五』(東京大学出版会・一九七七) および文献目録追録『アメリカ法』を用いた。

(15) 望月礼二郎「ネグリジェンスの構造(一)」(『法学』三六巻・一九七三) 四三六頁に位置づけ自体は紹介がある。本稿の第二章はこの論文に負うところが大きい。

(16) 望月 前掲論文 四四頁注(19)に Green, Duty Problem in Negligence Cases, 28 Colum. L. Rev. 1034. と Symmons, the Duty of Care in Negligence: Recently Expressed Policy Elements, 34 Mod. L. Rev. 402. の二論文の指摘が

あるにすぎない。たとえば、先に注(10)で紹介したSchuster事件の評釈（44 Cornell L. Q. 441）は、この事件において裁判官はどのような政策的要因を考慮しているかを論じたものである。わが国の判例を分析し、その要因を指摘したものとして、平井　前掲書　四〇三―四〇四頁。

(17) 幾代通　『不法行為』（筑摩書房・一九七七）一九―二〇頁。

(18) 本稿が判例を読む時の基本的態度は、「裁判所が行政の不作為に対して賠償責任を課す」という事実は裁判所と行政庁の政策判断の対立として把えられるとすること、行政の思考は基本的には費用―便益分析思考であり、裁判所のそれは正義思考であるとすること、従って、判例を一定程度予見しようとする問題設定をするためには、両者の思考の相違を「裁判所が考慮を払う政策的要因」という形で論じる必要があるとすること、である。これは第三章第一節分析概念の設定の箇所で論じる。なお、このような分析概念の設定は、個々の判例においてそれを論じるという形ではなく、それぞれの判例における重要事実は何か、という形に解消される。それは、第一に、わが国の不作為賠償責任に関する研究動向にかんがみて、ニューヨーク州における判例を知る限りにおいて網羅的に取上げ、どのような問題の解決の仕方を採用しているのかを紹介しようと考えたからである。

(19) 行政による結果回避措置が事実上不可能あるいは結果回避措置を講じたとしても事故の発生は不可避である事例において認められる賠償責任。また、このような事例において賠償責任を認める思考を結果型思考と呼ぶことにする。たとえば「結果として損害が発生しているのだから、実は行政庁は判断時において広い裁量の幅を持っていなかったのであり、すくなくとも国民に損害を発生させないようにその裁量を行使しなければならなかったはずである」（磯部力「行政の裁量的権限の不行使と国家賠償責任」（『判例評論』一九一号・一九七五）一七頁）という論理を用いる思考である。

(20) 事故の発生に対する行政の加担・寄与が存在する場合に認められる賠償責任。また、このような場合において賠償責任を認める考え方を加担・寄与型思考と呼ぶことにする。たとえば「行政庁の責任を認めるためには、行政庁が結果発生にどの程度加功・荷担ないし寄与することが要求されるであろうか」（遠藤　前掲判例解説　四一頁）とする思考方法である。

なお、両者だけでは割り切ることのできない不作為賠償責任の事例、すなわち「行政庁の職務の性質によっては必ずしも積極的な加功ないし寄与は要求されず、知りつつ放置するだけでその責任を認めるに十分な場合がある」ことについては、遠藤　前掲判例解説　四一頁。本稿はこの賠償責任を「執行・実行行為型の賠償責任」と呼ぶことにする。これは、たとえば、行政過程を大まかに二分するとすれば、当初

の基本的な政策判断とその執行・実行の段階においての個別具体的な判断なり行為なりに区別できると思われるが、この後者の場合に認められる賠償責任をいう。

(21) これを次のような手順で立証する。まず、本稿のいう結果型の不作為賠償責任の概念の画定基準は、危険管理責任の類型（狭義の不作為賠償責任の類型）における責任であること、行政による義務の引受けの事実がない事例における責任であること、行政による結果回避措置が事実上不可能あるいは結果回避措置を講じたとしても事故の発生は不可避である事案において認められる責任であること、である。以上を基準とすると、本稿が対象とする事例—道路関係・精神病院関係・警察関係—のうち、道路関係の大部分は危険責任を根拠とするものであり、精神病院関係は契約の締結という義務の引受けの事実があるため、いずれも結果型思考析出の対象とはならない。その対象となるのは、警察関係の事例である。この事例を警察関係における「一般原則」および「例外」という枠組みでとらえて、責任の認められる「例外」の事例は加担・寄与型のものであることを前述した三基準にてらして立証する。

なお、本稿は当初、「わが国においてもまた結果型の賠償責任は認められるべきではないこと、および、あるべき不作為賠償責任の基準設定」というテーマをかかげていたが、「法と経済」に関する理解が不十分なこともあり、このテーマは後日に期すこととした。ただ本稿としては、最近出版された藤田宙靖『行政法I』（青林書院新社・一九八〇）三四五頁のような考え方、すなわち「不作為賠償責任の問題は、現代行政法に独特の法理としての「行政介入権」という観念で処理するよりも、損害の〝公平負担〟〝負担調整〟という観念で処理する方がなお伝統的理論になじみやすい」とは立場を異にする。本稿としては、損害の公平負担といった理念がただちに被害者救済を意味するというのではなく、社会に内在する危険を防止する責任は私的部門・公的部門が応分に分担すべきだという基本的立場をとっているため、その考察を進めるにあたって参考とすべき考え方は、〈最安価事故費用回避者（cheapest cost avoider）〉に賠償責任を課すことを一つの指針とする、平井宜雄教授の「政策志向型」不法行為理論（平井『現代不法行為理論の一展望』（一粒社・一九八〇）第四章「法政策学」の構想と「政策志向型」不法行為理論）であると考えている。

## 第一章　ニューヨーク州および地方公共団体の不法行為責任の展開

本章の目的は、不作為賠償責任成立の障害となった諸理論の生

成・展開・消滅の過程を判例に即して叙述することによって不作為賠償責任の判例類型化が可能となる時点を画定すること、である。地方公共団体の不法行為責任の展開過程を叙述する視点として、それは被害者の権利が拡大される過程であったとするものとそのような一元的な権利拡大過程ではなかったとするものがある。[1] 本稿は後者の見解に基づいている。[2] 以下、まず、州および地方公共団体のそれぞれの免責の理論的基礎を説明し、ついで、第一期、統治的作用—財政的作用の法理の生成から確立　第二期、一九二九年請求裁判所法（Court of Claims Act）一二条a項の制定から統治的作用—財政的作用の法理の消滅　第三期、作為—不作為の法理の生成から消滅に区分して、不法行為責任の展開を概観する。

## 第一節　州および地方公共団体の不法行為責任

### 免責の理論的基礎

一　アメリカ法における州の免責は主権国家の無責任の観念を基礎にしており、公法・私法の分離を前提とする大陸法の、たとえば私人としての国家の理論・権力作用と管理作用の区別の理論は州の責任法理を形成するものではなかった。[3] 従って、統治的作用—財政的作用の法理が採用されたのは、もっぱら、地方公共団体に関してである。

二　「主権者はその承諾なくして訴えられない」という主権免責（Sovereign Immunity）の法理が州の免責の理論的基礎である。この法理は種々の理由づけ[4]によってアメリカ合衆国全土に定着したが、初めてその理論的基礎づけを与えたのはホームズ判事（O. W. Holmes, Jr.）の判決であったといわれている。[5] ホームズ判事は次のように述べる。「法を創る権威は法の上位にあって、それが他の者に適用するところのルールを自身に適用することを承諾するにしても、その承諾は自由であり撤回することができる。[6]」なぜならば「権利が根拠とするところの法を創造する権威に対立するような法的権利は存立し得ず[7]」「その意思を遂行するために合衆国によって設置された機関が……かりにもその意思に反するような何らかの強制を引受けることは考えられない[8]」からであり、従って、「主権者は訴訟から免責される[9]」のである。「そこでは、法は主権者の命令と考えられ、故に主権者たる立法権は法によって拘束されず法的な権利義務の主体たり得ない。このような

主権者と国とが同義とされ、従って国が正しさ（rightness）のテストとなるのであって、国家の行為は常に法的には正しいことになるのである。かくして国家即ち政府は悪をなし得ないことになり、悪がなされたとすればそれは行為者の悪である」[10]ということになる。このような説明は、主権免責が妥当していた時期の次のような図式、すなわち「国・政府・公務員・被害者の四当事者間にあって、国と政府は法律上同一主体として現われ、それは独自の国家規範に則り社会規範の上に超然としている。torts は社会規範の内部において公務員と被害者の二当事者間で結着がつけられる」[11]に合致する。このような論理を内包した州の不法行為免責の法理が克服されるためには、(1)州が不法行為責任を負うことを法律をもって承諾すること (2)州と州政府を区別し、州自体は不法行為責任を負わないけれども政府は負うという判例法を展開することが必要であり、その責任の内容としては(i)私人と同じ社会規範に服するとすること (ii)特別の規範に服するとすること、が考えられる。ニューヨーク州は、このような選択の可能性の中から(1)(i)を選択した。かくして、州と公務員の間には使用者責任[12]の法理を適用し、被害者がいずれに対しても損害賠償を請求できるようにしたのである。[13]

**三** 地方公共団体の免責の理論的基礎は「財政的作用については賠償責任を負うけれども統治的作用については負わない」という統治的作用―財政的作用（governmental-proprietary functions）の法理である。[14] ロイド（W. J. Lloid）はこの法理を次のように定式化する。「地方公共団体は、二個の作用を遂行している。一つは、地方公共団体が一般公衆に対して州が負っている義務を遂行するものであり、地方公共団体が州の政治的下部機関（political subdivision of State）として行動する「統治的（governmental）」とか「公的な（public）」と表現される作用、もう一つは、一般公衆がその活動から共通の利益を得ることができるけれども、地方公共団体が第一義的にはその住民の利益を目ざして活動している「財政的（proprietary）」とか「私的な（private）」と表現される作用、である。統治的作用に関わる地方公共団体の代理人（agent）または被傭者（employee）によって不法行為が行なわれた時、地方公共団体は賠償責任を免責される。財政的作用に関連して不法行為が行なわれた時、地方公共団体は賠償責任を負う。[15]」

**四** 以上が州および地方公共団体の賠償責任免責の理論的基礎で

ある。次に、両者の関係を論ずることにする。これに関しては二個の論理が可能であり、また、不法行為法の展開過程においても実際上、この二個の論理が現われてくる。すなわち、一つは、統治的作用の遂行にかかわる地方公共団体の職員（officer）もしくは被傭者（employee）は地方公共団体に傭われて給料の支払いを受けてはいるけれども、実際上、地方公共団体の代理人（agent）ではなくて州の代理人（agent）である。従って、使用者責任のルールによって地方公共団体に責任は生じないとする論理であり、もう一つは、地方公共団体の免責は州の派生的免責（derivative immunity）であるとする論理である。[16] 統治的作用—財政的作用の法理を最終的に廃止したとされている[17] Bernardin v. City of N. Y., 294 N. Y. 361, 62 N. E. 2d 604, 161 A. L. R.364 (1945) では、後者の考え方が採用されている。「これまで、これらの統治団体（郡・州・市および町）が享受してきた法律上の無責任は州が有していた責任免責の拡張にすぎない。自己の主権免責を州が放棄することによって、その拡張は当然に終結する。」[18]

以上のような免責の構造を前提として、州および地方公共団体の不法行為責任の展開過程を追っていくことにする。

## 第二節　不法行為責任の展開

### 第一期　統治的作用—財政的作用の法理の生成から確立

ここでは、地方公共団体において統治的作用—財政的作用の法理が Bailey v. The Mayor of N. Y., 3 Hill. 531, 38 Am. Dec. 669 (N. Y. Sup. Ct. 1842) において発生し、Maximilian v. N. Y., 62 N. Y. 160 (1875) において確立したことを説明する。

ニューヨーク州においては、統治的作用—財政的作用の法理が生まれる以前には、たとえば People v. Albany, 11 Wend. 539, 27 Am. Dec. 95 (N. Y. 1834), Martin v. Mayor of Brooklyn, 1 Hill. 545 (N. Y. 1841) といった事例においては、統治的作用—財政的作用の区別をすることなく地方公共団体に賠償責任を負担させていた。[19] この法理が初めて判例に現われるのは Bailey 事件である。[20] 本件は、ニューヨーク市給水委員会(water commission)が設置したダムが崩れて原告に財産損害を与えた事件である。市の賠償責任を認めて Nelson 主席判事が法廷意見を述べる。「かりに（権限が—注）もっぱら公共目的のために付与されたとするならば、それらは公共的・政治的または自治体の性格を有する団

体(corporate body in its public, political or municipal character)に属することになる。しかし、権限の付与が私益・報酬(private advantage, emolument)の目的でなされたとするならば、公衆がそこから共通の利益を引き出すことができるとしても、その団体はこの点に関しては(quad hoc)私企業とみなされる。[21]」本件は、第一に、州知事と議会によって選任され市の監督・罷免権に服しないニューヨーク給水委員会は市の代理人かどうか問題とされた事件で、市の代理人であることが確定されたものであること、第二に、財産の所有者または保有者として私的性格を有する地方公共団体は個人と同様責任を有すると判示された事件であること、を考えると統治的作用—財政的作用の法理を確立した判例とはいえないものであった。[22]従って、その後の判決、たとえば Wilson v. N. Y., 1 Demo. 595, 43 Am. Dec. 719 (1845), Bogland v. N. Y., 1 Sandf. 27 (N.Y. 1847), Delmonico v. N.Y., 1 Sandf. 222 (N. Y. 1848) 等一連の事件ではこの二つの作用の区別はなされておらず、区別を認めた Lloid v. N. Y., 5 N. Y. 369 (1851) においても結局市は財政的作用を遂行しているとして賠償責任を認めている。[23]

統治的作用について地方公共団体の免責を認め、統治的作用—財政的作用の法理を確立したのは Maximilian 事件である。[24]本件は、施療および感化院委員会(commissioner of public charities and corrections)の職員が運転する救急車が人をひき殺した事例である。次のように判示された。「地方公共団体に課せられている二種類の職務(duties)がある。一方は地方公共団体が法人(legal individual)として行なうものであり、他方はそれが主権者として使用する一般法上の政治的権利の行使から生じるかあるいは推定されるものである。前者の権限は私的なものであり、私的な目的のために行使される。後者の権限は公的なものであり、公的な目的のために行使される。前者の権限は州の政治的下部機関としての地方公共団体が所有するものではない。しかし、後者の権限はそれにあたる。前者の権限の行使の際には、権限の受諾と行使が内包するところの公衆に対する義務の下にあって地方公共団体は私法人と同一視され、その権限を十分に行使しないとか、それを誤って使用して損害を与えたことについて責任を負う。しかし、権限が州の下部機関としてのそれに委託されて、地方公共団体の直接の利益のために与えられたのではなく、すべての市民の利益のために主権行使の手段として与えられたものである場合は、地方公共団体は公務員のその不使用や誤用に関して責

任を負わない。地方公共団体に課せられた職務が後者の性格を有するものである場合、それらは通常、執行機関のいくつかの指名を通じて統治的作用の執行の便宜的な形式として与えられている権限によって地方公共団体が任命するのだけれども、なお、公衆一般の職員従って公衆一般の奉仕者（officers, and hence the servants, of the public at large）によって行使される。彼らは、すべての市民の利益のために諸権限を有し、行使するのであって、法人としてその行使から何らの利益をも得ることのない地方公共団体の監督には服しない。彼らはその時地方公共団体の代理人・奉仕者ではなく公衆一般の代理人・奉仕者なのであって、地方公共団体は彼らの作為・不作為について、また、彼らが任命した下級機関の作為・不作為についても責任を負わない。そして、地方公共団体が私的利益を持たず、法人として何らの特別の利益または利潤を引き出すことのない公的サービスの遂行のための職員を立法府の法律に従って選任または任命する場合、そのような職員は誤りまたは技術の欠如の責任が課せられる地方公共団体の奉仕者もしくは代理人とみなすことはできない。それは、住民またはコミューニティの一般的福祉のために法によって課せられた義務の履行として、彼を任命あるいは選任したにすぎない。彼は法によって選任権を付与された機関としてのそれ（地方公共団体—注）によって選任された者である。しかし、選任されてその権限が果たされてしまった時には、彼はその代理人ではなく、公衆のために、あるいは公衆の諸目的のために選任された公衆の代理人なのである。従って、被告が所有していた救急車の運転手は、その過失に対して地方公共団体が責任を負う奉仕者または奉仕者の下にあるのではない。[25]」本件の重要性は、統治的作用—財政的作用の法理を明確に打ち出したこと、および、その理論的根拠を使用者責任の法理に求めたこと、すなわち統治的作用を遂行する職員は地方公共団体の奉仕者ではなくて公衆の奉仕者（従って、おそらく州の奉仕者）としたこと、である。

以上のような Maximilian 事件の判旨は、以後「儀式的な正確さで繰り返されドグマの神聖さ[26]」を獲得する。この法理が廃止されるためには、一八九七年の民事手続法典（Code of Civil Procedure）二六四条、一九二〇年の請求裁判所法（Court of Claims Act）一二条を経て、一九二九年の請求裁判所法（Court of Claims Act）一二条a項の制定という立法的解決を待たねばならなかった。[27]

第二期　一九二九年請求裁判所法一二条a項の制定から統治的作用—財政的作用の法理の廃止

ここでは、一九二九年請求裁判所法一二条a項の制定によって主権免責の法理が州の段階において放棄され、州の賠償責任が Jackson v. State of N. Y., 261 N. Y. 134, 184 N. E. 735 (1933) において確立されること、および、その影響を受けて地方公共団体の統治的作用—財政的作用の法理が Bernardin v. City of N. Y., 294 N. Y. 361, 62 N. E. 2d 604 (1945) において廃止されることを説明する。

一八九七年の民事手続法典二六四条、一九二〇年の請求裁判所法一二条の下では州の賠償責任は認められておらず、それが認められるのは一九二九年の請求裁判所法の制定による。一二条a項は次のように定める。「州は、本法によって、その職員および被傭者の不法行為に対する賠償責任の免責を放棄し、私人あるいは法人に対する訴えにおいて適用される準則 (rules of law) と同一の準則 (rules of law) に基づいて不法行為を決定されることを承諾する。州は、本法によって、その行為の賠償責任を引受ける。その管轄は、州の職員または被傭者の職権濫用または過失による財産侵害または身体傷害の損害賠償を審理し・決定するために請求裁判所に与えられる。」本法の意義は二つあり、一つは、州が賠償責任を承諾するという形で州の賠償責任が認められたこと、もう一つは、賠償責任の存否の基準が私人・私法人と同じであるとしたこと、である。Jackson 事件は、本法を「道徳上の責任を裁判所で強制される法律上の権利に変え、州に対して使用者責任の法理を適用したもの」[28]と解釈して州の賠償責任を確立した。本件の意義は二つあり、一つは Smith v. State of N. Y., 227 N. Y. 405, 125 N. E. 841, 13 A. L. R. 1264 (1920) でとられた考え方を否定したということ、もう一つは、Farhrington v. State, 248 N. Y. 112, 161 N. E. 438. (1928) でとられた考え方を承継したことである。すなわち、民事手続法典二六四条の下で生じた Smith 事件において「州は訴訟からの免責は放棄したけれども責任に関しては承諾を与えたわけではない」と判示され、一九二〇年の請求裁判所法一二条の下においても Miller v. State, 231 App. Div. 363, 247 N. Y. S. 399 (1931) に承継されていた考え方を否定し、また、Farhrington 事件の「政府は単に私的な目的で公金を与えることはできないけれども、道徳的責任があってその責任を果たすべき場合には公金を私的請求に充てることができる」とする考え方を本件は「一二条a項は公平と正義の原則が

要求する道徳的義務を承認し・確認したものである」[29]という判示で承継し、ここにおいて、一二条a項は道徳的義務を基礎にした法律上の義務を一般的に認めたものであるという解釈を提示したのである。

以上、州の賠償責任の成立根拠を説明した。問題は、この判決を契機として地方公共団体の賠償責任はどう考えられたか、である。議会は地方公共団体については個別立法で対処するという方針をとっており[30]、裁判所もまたそれに対応し、Baty v. City of Binghamton, 234 App. Div. 157, 254 N. Y. S. 363 (1931), aff'd. 260 N. Y. 682, 184 N. E. 144 (1931)[31]等において統治的作用—財政的作用の法理を維持しており、Ottmann v. Village of Rockville Centre, 257 N. Y. 270, 9 N. E. 2d 862 (1937) においては、議会の制定した諸立法は「地方公共団体が個別的に賠償義務を引受けたもの」という性格づけがなされている。

州の主権免責の法理の放棄が当然に地方公共団体の統治的作用—財政的作用の法理の消滅を伴うものではないとすると、では、どのような論理によってこの法理が克服されていくか、が次に問題となる。まず、Paige v. State of N. Y., 269 N. Y. 352, 199 N. E. 617 (1936) において「契約者たる感化院は州の公務員 (civil department) ではないけれども被傭者にあたる」とされ、Bloom v. Jewish Board of Guardians, 286 N. Y. 349, 36 N. E. 2d 617 (1941) では「契約によって統治的作用を遂行する慈善団体の派生的免責 (derivative immunity)」の考え方が登場し、それが放棄される。地方公共団体に関しては、Holmes v. Erie County, 266 App. Div. 220, 42 N. Y. S. 2d 243 (1943), Milner v. City of N. Y., 266 App. Div. 565, 43 N. Y. S. 2d 79 (1943) において「派生的免責」の論理で地方公共団体の免責を放棄する。この派生的免責の論理を採用し、地方公共団体の免責を明示的に放棄した最初の最高裁の判例は Bernardin 事件である。本件は警察から逃走した馬が傷害を与えた事件である。次のように判示する。「この放棄および州の承諾の核心は、一九二九年以来作用している。州の公務員 (civil department) —郡・市・町・村—は独自の主権を有するものではない。……これらの統治団体がこれまで享受してきた法律上の無責任は州が有していた責任免責の拡張にすぎない。自己の主権免責を州が放棄することによってその拡張は当然に終結し、かくて、州の公務員(civil department)はその職員および被傭者の不法行為について私人・私法人と等しく責任を負う。」本件によって、地方公共団体は統治的作用—財政

的作用を問わず、使用者責任の法理に従って、職員および被傭者の不法行為に対して賠償責任を負うとする判例が確立した。

主権免責の法理および統治的作用—財政的作用の法理の廃止が確定されると、次に問題となるのは責任の内容・限界である。この時点で、連邦・カリフォルニア法は裁量免責の法理の展開をみせたけれども、[32] ニューヨーク州においては、この法理は明示的には採用されるに至らず、責任の内容・限界について私人・私法人と同一ルールで判断することとした。この問題点についてデイビス (K. C. Davis) とロイドは次のように指摘している。(1) デイビス「私人の不法行為責任とのアナロジーは、免責から離脱し始めるには有効なのだけれども、責任の限界を設定する指針とはならない。なぜならば、(i)統治団体は私人には免責が適用されない時でも免責されるべきだからであり、(ii)統治団体は私人が責任を負わない時でも責任を負うべきだからである。[33]」(i)は裁量免責が適用されるべきだからであり、(ii)は納税者は過失の有無にかかわらず政府の活動から生じた偶然の・重い損失を負担すべきであるから、[34] としている。(2) ロイド「(i)私人・私企業と地方公共団体の間には活動の量および性格、また、公益と関係する点で本質的な相違がある。(ii)個人の破産は本人・家族・債権者等に損害が限定されるけれども、地方公共団体の破産は警察・消防・衛生・水道・下水・その他のサービスの廃止を意味している。[35]」

以上のような州および地方公共団体の不法行為責任の特殊性にあって特に興味をひくものに作為・不作為の責任限界設定の問題があって、第三期ではこの問題を取り上げる。

### 第三期　作為—不作為の法理の生成から消滅

ここでは、州においては早くから成立していた不作為賠償責任が地方公共団体のレベルにおいてはすんなりと受け入れられたわけではなくて、統治的作用の不作為については地方公共団体は責任を負わないとする作為—不作為の法理がMurrain v. City of N. Y., 270 App. Div. 372, 59 N. Y. S. 2d 750 (1946), aff'd. 296 N. Y. 845, 72 N. E. 2d 29 (1947) において成立すること、および、それがRunkel v. City of N. Y., 282 App. Div. 173, 123 N. Y. S. 2d 485 において明確に放棄され、地方公共団体の不作為賠償責任がこの時点で一般的に認容されたことを説明する。

州においてはすでにSlavin v. State, 249 App. Div. 72, 291 N. Y. S. 721 (1936)[36] において「先行する危険な行為 (Prior Dangerous Conduct) の理論」を根拠に、また、Bernardin 事件

の口頭弁論の最中には Foley v. State, 294 N. Y. 275, 62 N. E. 2d 69 (1945)において[37]「制定法 (Statute)」を根拠として州の不作為賠償責任を認めている。これらの判決は、判決時においては直接に地方公共団体の賠償責任の範囲に関して影響を与えることはなかったけれども、Bernardin 事件以降については、作為・不作為の問題が地方公共団体でどう扱われるか問題となる。

Bernardin 事件のルールが最初に適用されたのは Steitz v. City of Beacon, 295 N. Y. 51, 64 N. E. 2d 704 (1945) である。この事件では、わが国でいう反射的利益論すなわち「制定法の趣旨は個人保護を目的としているのではなく公衆一般を保護する趣旨である」とする理論によって不作為賠償責任を否定する。本件は、火災が発生して家屋が全焼した原告が市の消火設備・消火活動のネグリジェンスを主張した事件である。次のように判示する。「そうした重い責任（消火栓等の整備を怠ったことに賠償責任を課すこと—注）を市に課すという意思は、その効果を明示的に意図した文言が存在しない場合には立法に読み込むべきではない。……そういった制定法は個人の利益を保護する意図は持っておらず、ただ公衆としてのみ与えられた権利・特権の享受をコミュニティの全員に対して確保しているにすぎない。そのような要請を遂行するにあたってのネグリジェンスは個人に対する私法上の責任を創り出すものではない。[38]」本件は、Foley 事件における「制定法上の義務を果たさない場合」をさらに「制定法の目的が個人保護にあるのかあるいは公衆一般の保護にあるのか」という基準をもって分け、「制定法の目的が公衆一般の保護にある場合」は市に賠償責任は生じない、としたものである。本件には反対意見 (dissenting opinion) が付されており、それに賛成して本件評釈者 (59 Harv. L. Rev. 807, 808—809) は次のように述べている。「州に対して信号機の管理を要請する目的が公道を利用する個人を衝突による損害から保護することにあるのと全く同様に、市に対して消火設備を要請する目的は火災によって財産を焼失することから納税者たる財産所有者を保護することにある。」

以上のように制定法の目的から区別する理論とは別に Murrain v. City of N. Y., 270 App. Div. 372, 59 N. Y. S. 2d 750 (1946), aff'd. 296 N. Y. 845, 72 N. E. 2d 29 (1947) においては作為—不作為の法理が打ち出される。本件は、水門の付近で生じた観光客の騒動の最中にけが人が生じたことについて警官の不作為が問題とされた事件である。次のように判示する。「本件は統治的作用と財政的作用の区別に類似する。地方公共団体は財政的作

用を遂行する代理人のネグリジェンスに関しては責任を負う。また、少なくとも、統治的作用の遂行過程の作為によるネグリジェンスに関しては責任を負う。しかし、地方公共団体は警察・消防といった統治的作用の不作為については責任を負わない。[39]」

このような理論的状況にあって、[40]地方公共団体において不作為賠償責任が初めて認容されたと思われるのはMcCrink v. City of N. Y., 296 N. Y. 99, 71 N. E. 2d 419 (1947) である。本件は、ニューヨーク市の警官が職務外にピストルで殺傷事件を惹起した事件である。次のように判示する。「本件のような事情の下で、被傭者の雇用が他の者に対する既知の危険を含むものである場合には、警察署長が行使する裁量の幅は制限される。当該事情にあって危険が合理的に予見される場合、裁量は危険を除去する義務にとって代えられる。[41]」本件は、使用者の被傭者管理義務を根拠とし、わが国でいう裁量権収縮論を用いて市の不作為賠償責任を認めた事例である。本件の評釈者(22 N. Y. U. L. Rev. 509, 513)は次のように述べている。「統治的作用を遂行する市に関する本件判決は免責の完全な放棄の傾向をはっきりと示している。」本件評釈者のいう「免責の完全な放棄」が狭義の不作為賠償責任の認容をも含むものかどうかについては、評釈者が Murrain 事件を引用していないために明らかではない。しかし、地方公共団体の不作為賠償責任を一般的に認めた事件というには、次の二点にわたる難点があると思われる。第一に、損害の原因が Murrain事件とはちがって警官自身にある点で危険防止責任を行政が負担したとはいえないこと、従って、第二に、市の使用者としての指揮監督責任が問われた事案であること、である。

よって、地方公共団体の不作為賠償責任の枠組みが一般的に成立した事案としては Runkel v. City of N. Y., 282 App. Div. 173, 123 N. Y. S. 2d 485 をあげるのが妥当であると思われる。本件は、公道に面して存在した崩壊寸前の建造物が崩れて、その中で遊んでいた子供がけがをした事件である。次のように判示する。「今や地方公共団体は、義務違反によって損害を受けた者のためにその義務が課せられた時は、統治的作用を遂行する義務を負うのであって、義務に違反した私人とまったく同じ基礎の上に責任を問われる。地方公共団体が統治的作用に関する義務に違反したことのために訴えられた時は、その責任は「私人または法人に対する訴えにおいて適用される法の準則に従って決定されなければならない」……統治的作用に関する責任の主権免責の放棄は作為・不作為に限定されない。放棄は広く・一般的で、無制

限である。」[42] 本件は、(1)損害発生の直接の原因が私人の創り出した公的ニューサンスであること、(2)この公的ニューサンスを放置したという行政の不作為が不法行為にあたるとされたこと、を考えると本稿のいう狭義の不作為賠償責任を認めた事例であるということができる。よって、この時点において不作為賠償責任の類型化が一般的に可能になったといえる。さらに、本件においては不作為賠償責任の根拠としてネグリジェンスとニューサンスがあげられていることを指摘しておきたい。

以上の叙述から言えることは(1)広義の不作為の判例の類型化は、州においては一九三三年の Jackson 事件、地方公共団体においては一九四五年 Bernardin 事件以後に、狭義の不作為の判例の類型化は一九五三年 Runkel 事件以後に可能になるということ(2)不法行為責任の展開過程において裁判官が積極的に法創造的役割を果したものであること (3)不作為賠償責任の成立要件にはネグリジェンス型とニューサンス型があること、である。

次の第二章では、不作為賠償責任の成立要件を説明する。

(1) 具体的には統治的作用—財政的作用の法理の機能が権利拡大機能であったか否かの問題である。イエスと答えるのが従来の回答であり、その代表者としては E. M. Borchard, State and Municipal Liability in Tort—Proposed Statutory Reform, 20 A. B. A. J. 747, 749 (1934) がいる。ノーと答えるのが W. J. Lloid, Municipal Tort Liability in New York—A Legislative Challenge, 23 N. Y. U. L. Q. 278, 279 (1948) である。

(2) 以下の叙述は、主として、Lloid, Municipal Tort Liability in New York-A Legislative Challenge, 23 N. Y. U. L. Q. 278 (1948), Lloid, Le Roi Est Mort; Vive Le Roi (Municipal Tort Liability in New York-Sequel), 24 N. Y. U. L. Q. 38 (1949) (以下、それぞれ Lloid-①, Lloid-② として引用) に依拠した。本稿で扱う時期以前のニューヨーク州における不法行為責任に関しては J. W. MacDonald, The Administration of a Tort Liability Law in New York, 9 Law and Contem. Prob. 262 (1942) 参照。

(3) 雄川一郎「アメリカ国家責任法の一断面」(『アメリカ憲法の現代的展開2・統治構造』・一九七八) 三一八頁。

(4) 下山瑛二「英米における国家賠償責任について」(『比較法研究』六号・一九五三) 六頁に紹介がある。

(5) 雄川 前掲論文 三一二頁。

(6) The Western Maid, 257 U. S. 419, 432, 42 Sup. Ct. 159, 161 (1922).

(7) Kawananakoa v. Polyblank, 205 U. S. 349, 353, 27 Sup.

Ct. 526, 527 (1907).

(8) 2 Holmes—Laski Letters 822 (1953), Davis, Administrative Law Text. 466. n. 2 (1972).

(9) Kawananakoa v. Polyblank. supra note (7).

(10) 雄川 前掲論文 三一三頁。

(11) 下山 前掲論文 六頁。A. V. Dicey の第二命題はこの関係で理解すべきである。この命題については、神長勲「アメリカ行政法における公務員の個人責任」(『青山法学論集』一六巻三・四合併号・一九七五) 九七—九八頁、下山瑛二『国の不法行為責任の研究』(大阪市立大学法学叢書・一九五八) 二五頁。

(12) 使用者責任の内容に関しては、田上富信「代位責任—セールスマンの不法行為—」(『英米判例百選Ⅱ』・一九七八) 三〇頁参照。

(13) 岩渕正紀「アメリカにおける政府の不法行為責任と裁量免責の法理(2)」(『判例時報』七七六号・一九七五) 四頁は、政府免責が廃止された以後は公務員の個人責任を認める必要性があまりなくなったことを指摘している。なお、神長 前掲論文 九六頁の Davis の見解の紹介も参照。

(14) この法理の内容に関しては、岩渕 前掲論文 (1) (『判例時報』七七五号・一九七五) 四頁、桜井昭平「アメリカ地方公共団体の不法行為責任」(『明治大学法制研究所紀要』九・一九六五) 八五頁にある程度の紹介がある。

(15) Lloid-①, 278.

(16) Lloid-①, 288.

(17) Lloid-①, 289. A. Van Alstyne, Government Tort Liability : A Decade of change. [1966] U. Ill. L. F. 919. Green et al., The Law of Torts, 2nd, 227.

(18) 294 N. Y. 361, 365, 62 N. E. 2d 604, 605, 161 A. L. R. 364, 365 (1945)

(19) Lloid-① 279.

(20) Ibid.

(21) Bailey v. The Mayor of N. Y., 3 Hill 531, 539—40, 38 Am. Dec. 669, 671—673 (N.Y. Sup. Ct. 1842).

(22) 確立したとする紹介 (桜井 前掲論文 八二頁) と初めて打ち出されたとする紹介 (岩渕 前掲論文(1) 『判例時報』七七五号四頁) があった。

(23) Lloid-① 281, n. 12.

(24) Lloid-① 282. Lloid はこの法理が確立した原因を南北戦争後の産業革命に求めている。この時期にネグリジェンス法が独立の体系を確立していくこと、および、その原因については G. E. White, The intellectual origin of torts in America, 86 Yale L. J. 671 (1977), reprinted in Patterns of American Legal thought (1978), Tort Law in America (1980) 参照。

(25) 62 N. Y. 160, 164—166.

(26) Lloid-① 282.
(27) Ibid. 284—285.
(28) 184 N. E. 735, 736.
(29) 184 N. E. 735, 736.
(30) Lloid-① 285—286 に具体例があげられている。
(31) Lloid-① 286, n. 46.
(32) これをわが国に紹介したものとして、岩渕正紀「アメリカにおける政府の不法行為責任と裁量免責の法理(1)—(4・完)」(『判例時報』七七五・七七六・七七八・七七九号・一九七五)。
(33) Davis, Administrative Law; Cases-Text-Problems, 6th. 208 (West, 1977).
(34) Ibid.
(35) Lloid-②, 39.
(36) 警官が犯人と誤信し無実の者を射殺した事例。
(37) 信号機が故障していたために衝突事故が発生した事例。
(38) 64 N. E. 2d 704, 706.
(39) 59 N. Y. S. 2d 750, 753.
(40) 以上の各々の判例の理論を図式化したものとして、Lloid-②, 44.
(41) 71 N. E. 2d 419, 422.
(42) 123 N. Y. S. 2d 485, 490—491.

## 第二章　不作為賠償責任の成立要件

不作為賠償責任が成立する不法行為類型は、ネグリジェンスの要否を基準として、ネグリジェンス型とニューサンス型の二類型にほぼ分類できる。第一節を前者、第二節を後者にあててそれぞれの成立要件を概観する。

### 第一節　ネグリジェンス型

本節においては、一、ネグリジェンスの成立要件　二、「義務情況」成立の政策的要因および「義務情況」と認定される場合を紹介する。(1)

#### 一　ネグリジェンスの成立要件

ネグリジェンスという不法行為は「被告が原告に対する注意義務(duty of care)を怠り(不注意または義務違反breach of duty)、その結果として原告に損害(damage)を蒙らしめること(因果関係 causation)」と定義される。(2) その成立要件は、(1)被告が原告

に対して注意義務を負っていること（義務の存在） (2)被告がその注意義務に違反すること（義務違反の存在） (3)損害が発生すること（損害の存在） (4)義務違反の結果原告が損害を蒙ったこと（因果関係の存在）である。[3]

(1) 義務要件における論点は、(i)当該事件の損害の発生が被告の当該行為の結果として合理的に予見可能であったか否か（一般的な注意義務） (ii)ネグリジェンスによって惹き起こされた損害のうちいかなるものを法的保護の対象とするべきか（義務情況）である。[4] (i)の合理的な予見可能性を基準として認定される注意義務は、発生する損害の種類や損害発生の態様等を斟酌しないところの一般的な注意義務(general duty of care)である。[5] (ii)は(i)において認定された一般的な注意義務をネグリジェンスの概念に外在的な政策的要因にもとづいて限界づけるものであり、訴えうるネグリジェンス(actionable negligence)の範囲を確定する。[6] このように、法が訴えうるネグリジェンスの範囲をポリシーの観点から限定する場合、その限定は、具体的な加害現象を構成する諸要素、すなわち、損害の種類(kind of harm)、加害の態様(manner of inflicting damage)、および加害者・被害者の類型(type of person on whom the harm is inflicted)に関して行なわれる。[7] 本稿が対象とする不作為(omission)は加害の態様の区別において問題とされる。これについて法は一般的に不作為者の責任を認めていないために、不作為者にネグリジェンスの責任が生じるためには特別の事情によって被告が何らかの作為義務を負わされていることを要する。[8] たとえば、制定法・契約または特殊な関係（たとえば、監護義務を負う親と子の関係）にもとづく作為義務を負っている場合でなければ「義務情況」とは認められない。[9]

(2) 義務違反要件における論点は、(i)当該情況において被告はどのように行為することを要求されていたか (ii)被告の行為はこの行為水準に達しないものであったか、である。[10] 法によって観念的に(notionally)「義務情況」におかれる行為者が、自己の行為の結果として他人に損害の生ずることを合理的に予見しうる(reasonably foreseeable)具体的情況におかれた場合、[11] その行為者には当該情況で果たすべき義務の内容(content of duty)を決定する行為水準(standard of conduct)が設定される。[12] この合理人の行為水準(standard of the conduct of a reasonable man)は、被告の行為のネグリジェンス性をはかる基準として、原則的に、あらゆる場合に妥当する一般抽象的な基準であるため、[13] 被告

の行為のネグリジェンス性を決定するためには、常に、合理人の行為という「抽象的水準の当該事実関係への適用（application of the standard to the fact of the case）」または「合理的行為の具体化（concretisation of reasonable conduct）」の作業が必要である[14]（行為水準の具体化）。行為水準の具体化に際して考慮される要因は、当該行為に附随するリスクの大きさと、かかるリスクを回避するための配慮（かかる行為をしないことや特別の安全措置を講じて行為すること）が被告または社会にもたらすであろう不利益である[15]。行為者の行為の危険の大きさを決定するうえで考慮される要因は、(a)危険にさらされる利益に法が与える社会的価値　(b)行為者の行為が他人ないしその他人の属するクラスの一員のなんらかの利益を侵害する可能性　(c)危険にさらされる利益に加えられるであろう被害の大きさ　(d)もし危険が現実の被害にかわったとするならば利益を侵害されるおそれのある人の数、である[16]。行為者の行為の有用性を決定するうえで考慮される要因は、(a)その行為によって助長あるいは保護される利益に法が与える社会的価値　(b)その利益がその行為方法によって助長あるいは保護される可能性　(c)その利益が他の、より危険の少ない行為方法によって助長あるいは保護される可能性、である[17]。

(3)　損害は現実のものであることを要する[18]。

(4)　因果関係要件における論点は、(i)被告の行為は原告の損害に対する事実上の原因であったか否か　(ii)被告の行為と原告の損害との因果関係性が、その損害に対する被告の責任を正当化するほどに濃密なものであるか否か、である[19]。前者は but for test（または sine quanon）つまり「あれなければ、これなし」すなわち「Aという行為がなければB（C…）という結果が生じない」という条件関係によって判定される[20]。後者は、かつて通説的地位を占めていた直接結果説が、ポルズグラフ事件以後「予見可能な損害についてのみ責任を負う」とする予見可能性説に変更されたとされる[21]。

## 一　「義務情況」成立の政策的要因および「義務情況」と認定される場合

「義務情況」の決定に際して裁判官が積極的に法創造的役割を遂行することは一般に認められており[22]、「義務情況」の決定において裁判所が考慮を払う政策的要因のそれぞれについて、ある程度の分析整理がある。グリーン（L. Green），「the Duty Problem in Negligence Cases」[23]（1928）「the Duty Problem in Neg-

ligence Cases II」[24](1929)、プロッサー (W. L. Prosser),「Palsgraf Revisited」[25](1953)、ワード (P. Ward),「Teaching the thrust of Tort Liability」[26](1958), ガバー (L. Gubar),「Note Torts : Duty of the Police to Protect an Informer : Municipal Liability」[27](1959) の整理した政策的要因を紹介する。

グリーンは、裁判所が考慮に入れる政策的要因として次のものをあげる。(1)司法行政上の要因 (administrative factor)、司法行政 (court-room government) にとって、準則あるいは訴訟手続の機能性が最も重要である。裁判所は処理能力を欠いていると考える業務や多くの問題を取り扱いたがらない。(2)倫理的あるいは道徳的要因 (ethical or moral factor)、一八世紀から一九世紀にかけて絶頂をむかえた哲学、宗教、倫理の混合物たる主義。人間は自己の運命を任された自由な代理人であり、自力で自分のことをすることができる。(3)経済的要因 (economical factor) 倫理・道徳と、生活の資を得る存在としての欲求 (demands of a bread and butter existence) とは分かちがたく結びついている。封建的経済はトレスパスの道徳を要求したが、登場する産業主義はネグリジェンスの道徳を要求する。(4)予防的要因(prophylactic factor)、裁判官は予言者であり、立法者である。量刑を定め、損害額を評価するに際して、彼らは違反者の懲罰だけを考えているのではなく、将来の損害の予防をも考えているのである。(5)正義の要因 (justice factor)、以上のような要因が制限的なものでない場合、損害が最小になり、受忍するに適当な当事者に分配する。プロッサーが提示する要因は、(1)歴史の方向 (hand of history) (2)道徳あるいは正義についての我々の考え方 (our ideas of morals and justice) (3)準則の執行の便宜 (convenience of administration of the rule) (4)損失がどこに負担されるべきかについての我々の社会的判断 (our social ideas as to where the loss should fall) である。ワードは、(1)損害の重大性 (gravity of harm) (2)行為の社会的有用性 (social utility of the conduct) (3)損害防止の容易さ (ease of damage prevention) (4)司法行政上の諸困難 (administrative difficulties) (5)予防的効果 (prophylactic effects) (6)時間と空間の要因 (time and space factor) (7)妥当もしくは不当の感覚 (sense of rightness or wrongness) (8)予見可能性 (foreseeability) (9)典型性 (typicality) (10)危険の分散(Spreading the risk) (11)保険のインパクト(impact of insurance) (12)秩序の諸原理 (principles of order) (13)行為者の心理状態 (state of mind of actor) (14)弁護団の偏見の状態 (state

of prejudice of counsel) ⑮裁判所と陪審 (court and Jury) をあげる。ガバーは Schuster 事件に関する判例評釈において、裁判所が考慮に入れる政策的要因を五個あげ、それを事件に具体的に適用している。(1)予防的要因 (Prophylactic factor)、潜在的な情報提供者は、本件によって情報提供を勇気づけられる。合理的な保護が与えられるのを知ることによって、将来の情報提供者の持つ不安を緩和させることができる。(2)行政上の要因 (administrative factor)、第一に、判決が警察に課することになる、今まで以上の負担に関係する。(3)課せられる行為の社会的有用性 (social utility of the conduct imposed)、社会は警察に注意義務の基準を課すことによって利益を得る。社会の他の成員を支配するフェアプレイおよび道徳上の基準を警察に適用するのが適切である。さらに、統治団体はコミュニティにおける最良の損失分散機構の一つである。(4)歴史の方向 (hand of history)、歴史は不法行為責任を限定するよりも、拡大する方向に動いている。(5)正義の要因 (justice factor)、判決に対する妥当・不当の感覚。Schusterが殺されたのは法の要請以上に貢献した結果である。社会は彼の行為から利益を得たのだから、その損失を負担すべきである。まさに、妥当性がSchusterの受けた不法な行為に対する何らかの形の擁護の判決を要請する。最近のものとしては、イギリスの判例を分析した論文であるが、シモンズ (C. R. Symmons), 「the Duty of Care in Negligence: Recently Expressed Policy Elements—Part I」[28] (1971), 「the Duty of Care in Negligence: Recently Expressed Policy Elements—Part II」[29] (1971) がある。(1)司法行政上の要因 (administrative factor) (2)公衆の利益あるいは責任能力の評価要素 (public interest or looking over the shoulder factor)、注意義務を負担させることによって、それを課せられることになる一群の人を過度に慎重にさせ、結局、最終的に公衆が不合理な不利益を蒙ることにならないかの判断。たとえば、医師・教師・バリスター・看守・海難救助員。また、被告にゆきすぎた負担となる義務は避けるべきだとの判断。(3)社会的相当性要因 (social occasion factor)、申し立てられているネグリジェントな行為または言説が、社会的もしくは慣習的相当性から生じていること。認められた危険の概念。(4)立法政策要因 (legislative factor)、制定法の条項に表明された議会の政策は、ネグリジェンス (またはニューサンス) におけるコモンロー上の責任に関係がある。

以上において裁判所が考慮に入れる政策的要因に関する学説の

分析整理を紹介した。次に、裁判所が政策判断をした結果として、現在、どのような場合に「義務情況」の成立が認められているかを紹介する。

不作為の場合、たとえば、制定法・契約または特殊な関係にもとづく作為義務を負っている場合でなければ「義務情況」とは認められないことについては前述した。Schuster 事件の評釈者はその判例評釈で F. V. Harper and P. M. Kime, 「the duty to control the conduct of others」(30) (1934), Note, 「the failure to rescue : a comparative study」(31) (1952), R. L. Hale 「Primafacie torts, Combination and Non-feasance」(32) (1946), H. F. McNiece and J. V. Thornton 「Affirmative duties in Tort」(33) (1949) を引用し、「義務情況」が成立する場合を次の四個の根拠で説明する。(1)制定法または条例 (Statute or Municipal Charter)、制定法または条例が個人保護を目的としている場合である。(2)特別の関係 (Special Relationships)、社会関係が作為義務を発生させるものと認定される場合であり、これについては二種の場合がある。被告と加害者に特別の関係が認められる場合と、被害者に特別の関係が認められる場合である。(3)義務の引受け (Assumption of Duty)、無償であったとしても、いったん作為義務を引受けた者は、行為するのならば、注意義務を負担しなければならない。(4)先行する危険な行為 (Prior Dangerous Conduct)、行為が終了したあとに、その無過失の行為が予見可能な危険を創り出したものである場合、その損害を回避するために合理的な注意義務を果たさねばならない。

以上が評釈者の指摘する「義務情況」が成立する場合であるけれども、これがすべての場合を説明しているとはいえないし、また、「義務情況」が成立する場合の説明としては抽象的であるため、次に、リステイトメントによる行為水準 (Standard of Conduct) の定式を訳出することによって、それに代えることにする。

**Topic 7. Duties of Affirmative Action (作為義務)**

**三一四条　他人の保護を目的とする作為義務**　行為者が自分の行為は他人の救助、保護のために必要であると認識している、または、認識すべきであるという事実は、それ自体として、彼に必要な行為をなす義務を負わせるものではない。

**三一四条A　救助あるいは保護の義務を発生させる特別の関係**

(1)運送業者 (common carrier) は、その乗客に対して、(a)不合理な損害の危険から保護し、(b)病気またはけがをしていると

知り、もしくは、知りうべき場合、応急手当を行ない、他人の保護をうけるまで看護をするために合理的と考えられる処置をする義務を負う。(2)宿屋の主人（innkeeper）は、その客に対して同様の義務を負う。(3)公衆に土地を開放している土地保有者（possessor of land）は、その招待に応じて入場する公衆のメンバーに対して同様の義務を負う。(4)他人から通常の防御の機会を奪うような情況で他人を管理することを法によって要請されるか、または、任意に引受ける者は、その他人に対して同様の義務を負う。

**三一四条B　危険にさらされている、もしくは、けがをしている被傭者を保護する義務**　(1)被傭者が職務の執行中に重大な損害を蒙る緊急状態に陥り、このことが使用者または管理責任を有する者に認識された場合、使用者は、自己または管理責任を有する者が発生する損害を回避するために合理的な注意を払うことを懈怠したことについて責任を負う。(2)被傭者が職務の執行中にけがをして、それによって自分ではどうすることもできない状態になり、このことが使用者または管理責任を有する者に認識された場合、被傭者に対して応急手当を行ない、他人によって保護されるまで看護することを使用者または管理責任を有する者がネグリジェントに懈怠したことについて、使用者は責任を負う。

## タイトルA　第三者の行為をコントロールする義務

**三一五条　一般原則**　他人に損害を与えないように第三者の行為をコントロールする義務は次の場合存在しない。(a)行為者と第三者との間に行為者に対して第三者の行為をコントロールする義務を課すような特別の関係がない場合、(b)行為者と他人との間に、その他人に対して保護を受ける権利を発生させるような特別の関係がない場合。

**三一六条　子供の行為をコントロールする親の義務**　親が、(a)子供に対するコントロール能力を有すると知りまたは知りうべきであり、(b)そのコントロール能力を行使する必要性と機会を知りまたは知りうべき場合、親は子供が故意に他人に対して損害を加えたり、または、損害を発生させるような不合理な危険状態を創り出すことを防止するように子供をコントロールする合理的な注意を払う義務を負う。

**三一七条　被傭者の行為を指揮監督する（control）使用者の義務**　(a)被傭者が、(i)使用者の保有する敷地（premises）または被傭者としてのみ入場の特権を与えられている敷地にいる場合、もしくは、(ii)使用者の動産を使用している場合で、(b)使用者が、(i)その被傭者を指揮監督する能力があると知りまたは知りうべき場合で、(ii)その指揮監督の必要性および機会を知りまたは知りうべき場合、使用者は被傭者が職務外に故意に他人に危害を加えたり、または、他人に損害を与えるような不合理な危険状態を創り出すことを防止するために被傭者を指揮監督する合理的な注意を払う義務を負う。

**三一八条　被許可者(licensee)の行為をコントロールする土地または動産保有者の義務**　行為者が第三者に被傭者以外の資格でその保有する土地または動産を使用することを許可するときは、行為者が、(a)第三者に対するコントロール能力を有することを知りまたは知りうべき場合で、(b)そのコントロール能力を行使する必要性と機会を知りまたは知りうべき場合、彼は、面前にある場合（if present）、第三者が故意に他人に危害を加えたり、または、損害の不合理な危険状態を創り出すことを防止するように第三者の行為をコントロールする合理的な注意を払う義務を負う。

**三一九条　危険な性格を有する者を管理する者の義務**　コントロールを受けない状態では他人に損害を与える危険性があると知りまたは知りうべき第三者を管理している者は、第三者がそうした危害を加えることを防止するために第三者をコントロールする合理的な注意を払う義務を負う。

**三二〇条　他人を管理する者が第三者の行為をコントロールする義務**　他人から通常の防御の機会を奪うような、または、危害を加える可能性のある者と他人とを共同させるような状態で他人を管理することを法によって要請され、または任意に引受ける者は、行為者が、(a)第三者の行為のコントロール能力を知りまたは知りうべき場合で、(b)そのコントロール能力の行使の必要性と機会を知りまたは知りうべき場合、第三者が他人に対し故意に危害を加えないように、もしくは、他人に対する不合理な損害の危険状態を創り出すことを防止するために第三者の行為をコントロールする合理的な注意を払わなければならない。

**三二一条　先行行為が危険なものであると認定されたときの作為義務**　行為者が行為をなした、そののちに、それが他人に対して損害を与えるような不合理な危険状態を創り出したと認識しまたは認識すべき場合、行為者は危険状態が具体化するのを防止するために合理的な注意を払わねばならない。

**三二二条　行為者の行為によってけがをした他人を救助する義務**　不法行為であるか否かを問わず、行為者の行為によって他人に対して自分ではどうすることもできないような損害を与え、そしてさらなる損害の危険状況にあるということを行為者が知りまたは知りうべき場合、行為者はさらなる損害を防止するように合理的な注意を払う義務を負う。

**三二三条　サービス提供の引受けのネグリジェントな履行**　無償あるいは約因（consideration）によって他人または他人の物の保護に必要と認むべき他人に対するサービスの提供を引受ける者は、(a)注意を払うことの懈怠が損害の危険を増大させるか、または(b)他人がその引受けに信頼をおいたために損害を蒙った場合、引受けを履行するために合理的な注意を払うことを懈怠したことから生じる損害について他人に対し責任を負う。

**三二四条　自分ではどうすることもできない他人を管理する者の義務**　義務がないにもかかわらず十全な自己保護能力を欠く者を管理する者は、(a)行為者が管理中に他人の安全を確保する

ために合理的な注意を払うことを懈怠したこと、または、(b)行為者の救助または保護を中止することによって行為者が他人の管理を引受けた時よりもいっそう悪い地位におとしめるときは、そうすることによって他人に生じた損害について彼に対する責任を負う。

**三二四条A　引受けのネグリジェントな履行に関する第三者に対しての責任**　無償あるいは約因によって他人または他人の物の保護に必要と認むべき他人に対するサービスを引受ける者は、(a)合理的な注意を払うことの懈怠が損害の危険を増大する(b)他人が第三者に対して負担する義務の履行を引受けた (c)他人または第三者がその引受けに信頼をおいたことによって損害が生じた場合には、引受けを遵守するために合理的な注意を払うことを怠ることから生じる損害について第三者に責任を負う。

以上が、リステイトメントによる行為基準の定式である。

## 第二節　ニューサンス型

ニューサンスには、公的ニューサンスと私的ニューサンスがある。[34] それぞれの成立要件を説明する。

### 一　公的ニューサンス (Public nuisance)

ニューサンスの語は極めて多義的に用いられており、正確な定義づけは不可能である。[35] 公的ニューサンスは一般に「市民生活の便宜を損う広範囲の行為」をいい、この場合、私人が出訴するためには一般市民と異なる特別損害 (particular damage) の存在が必要である。[36] その成立要件は(一)市民生活の便宜を損う行為の存在(二)特別損害の存在である。

(一)　市民生活の便宜を損う行為の存在　ニューサンスは独自の準則を有する独立した不法行為ではなく、通常の不法行為類型に分類される行為がもたらした損害の類型である。[37] 損害は(1)実質的 (substantial)[38] かつ(2)不合理 (unreasonable) な妨害[39]によって蒙ったことが必要である。

(二)　特別損害の存在　原告の損害は、一般市民の損害とは程度というより種類の点で異なるべきだとする要件については、一般に合意が存する。[40]

### 二　私的ニューサンス (Private nuisance)

私的ニューサンスは一般に「土地を私的に利用・享有する他人の利益に対する実質的かつ不合理な妨害」をいう。[41] その成立要件は、(一)保護に値する財産権[42] (二)実質的な妨害 (三)不合理な妨害、

である。

以上が、ニューサンス型の成立要件である。

(1) 以下の叙述は、主として、望月礼二郎「ネグリジェンスの構造(一)(二)」(『法学』三六巻四号、三七巻二号・一九七三)に依拠した。以下、それぞれ望月(一)(二)として引用する。

(2) 望月(一) 四二二頁、望月『英米法』(青林書院新社・一九八一)一四九頁。

(3) 望月(一)四二二—四二三頁、F. James, Jr. and G. C. Hazard, Jr., Civil Procedure, 2nd (Little, Brown, 1977) 98. W. L. Prossor, Law of Torts, 4th, (West, 1971) 143.

(4) 望月(一)四二九—四三〇頁。アメリカ法においては「注意義務」のイシューは法的義務のみを含むものであって、被害の予見可能性の問題は一部が「注意義務違反」の問題として、他の部分は「法的因果関係」の問題として扱われるとする立場が多数説(たとえば Green, Prosser)である。しかし、Harper and James は注意義務にイギリス法が認めるような二側面があることを認める。望月 前掲書 一五〇頁注。

(5) 望月(一) 四三〇頁、望月 前掲書 一五一—一五三頁。

(6) 望月(一)四三〇—四三一頁、望月 前掲書 一五三—一五四頁。「義務情況」の問題の独自性を指摘した先駆者は Green である。Green がその初期の論文「Duty Problem in Negligence Cases」28 Colum. L. Rev. 1014 (1928), 29 Colum. L. Rev. 225 (1929) において「義務問題 (duty problem)」として論じたことが、イギリスで Morison によって「義務情況 (duty situation)」として発展させられ、さらに Dias がその線にそって「義務情況」を構成する諸要因を整理した。望月(一) 四四一頁注(1)。なお、Green の不法行為理論については、林田清明「相当因果関係概念の理論的根拠」(『九大法学』三六号・一九七八)五頁、林田「グリーンの保護目的・保護範囲論」(『九大法学』三九号・一九七九)八九頁に詳しい。

(7) 望月(一) 四三四頁、望月 前掲書 一五四—一六〇頁。Green の保護範囲について、林田 前掲論文「相当因果関係概念の理論的根拠」五〇頁参照。

(8) 望月(一) 四三七頁、望月 前掲書 一五八頁。わが国同様通説である。リステイトメント三一四条、三一五条参照。

(9) 望月(一) 四三七頁、望月 前掲書 一五八頁。

(10) 望月(二) 二二五頁。

(11) 望月(一) 四四五頁。

(12) 望月(二) 二二五頁。

(13) 望月(二) 二二八頁。

(14) 望月(二) 二二八—二二九頁。

(15) 望月(二) 二三五頁、望月 前掲書 一六三—一六六頁、藤倉皓一郎「過失による不法行為」(『英米判例百選Ⅱ』・一九

七八）一五頁。リステイトメント二九一条。

(16) リステイトメント二九三条、藤倉　前掲判例解説　一五頁。

(17) リステイトメント二九二条、藤倉　前掲判例解説　一五頁。

(18) Prosser, op. cit., 143.

(19) 望月㈠　二四三頁。

(20) 加藤一郎「不法行為における過失と因果関係」（『英米判例百選Ⅱ』・一九七八）二九頁。

(21) 松浦以津子「不法行為法における『予見可能性』」（『私法』四二号・一九八〇）一五〇頁。ただし、ポルズグラフ事件判決が予見可能性説を採用したものか否かについては争いがあり、採用したとする理解（Goodhart）としないとする理解（Green）があることについては、松浦　前掲論文参照。加藤前掲判例解説は、直接結果説の立場を採用する。

(22) 望月㈠　四四〇頁。

(23) 28 Colum. L. Rev. 1014.

(24) 29 Colum. L. Rev. 255.

(25) 52 Mich. L. Rev. 1, 15.

(26) 36 Tex. L. Rev. 584, 590.

(27) 44 Cornell L. Rev. 441.

(28) 34 Mod. L. Rev. 394.

(29) 34 Mod. L. Rev. 528.

(30) 43 Yale L. J. 886.

(31) 52 Colum. L. Rev. 631.

(32) 46 Colum. L. Rev. 196.

(33) 58 Yale L. J. 1272. 本稿は、作為義務が発生する場合の統一原理を発見する目的で書かれたものであり、それは利益原理（benefit principle）であるとするけれども、「狭すぎる」とする批判がある。F. James, Jr., 「Scope of Duty in Negligence Cases」47 Nw. U. L. R. 778, 805, n. 149 (1953).

(34) 太田幸夫「生活妨害（ニューサンス）の法理」（『英米判例百選Ⅱ』・一九七八）三六頁。

(35) 太田　前掲判例解説　三六頁。

(36) 太田　前掲判例解説　三六頁。

(37) Prosser, Law of Torts, 4th, ed. 577 (West, 1971).

(38) Ibid.

(39) Ibid. 581.

(40) Ibid. 587.

(41) 太田　前掲判例解説　三六頁。

(42) Prosser, op. cit., 593.

# Governmental Tort Liability for Nonfeasance in New York (1)

Akira FUKUSHI*

Introduction
I. Development of governmental tort liability in New York
II. Tort cause of action for nonfeasance
III. Classification of the cases bearing upon governmental tort liability for nonfeasance
Conclusion

* * * *

The focus of this study is the question of whether a governmental unit should be liable for not taking affirmative action that would have helped the plaintiff.

This note aims at classifying the cases bearing upon liability for nonfeasance according to the cause of liability and presenting the following conclusion : in New York, governmental tort liability is not granted except for the case of Special Relations, the case of Assumption of Duty, the case of Statute or Municipal Charter, and the case of Prior Dangerous Conduct.

In Chapter I, the development of governmental tort liability is divided into three periods to explain that the classification of the cases should be made after Runkel v. City of New York (1953).

In Chapter II, the position of "act and omission" in Tort Law and the policy elements which the court takes into consideration are discussed to analyze" duty situation".

* Assistant, Faculty of Law, Hokkaido University.