



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不作為不法行為における作為義務の成立基準について：イギリス法を中心に
Author(s)	橘井, 雄太
Citation	北大法政ジャーナル, 19, 43-71
Issue Date	2013-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52145
Type	departmental bulletin paper
File Information	HHJ19_002.pdf



不作為不法行為における作為義務の成立基準について

—イギリス法を中心に—

きつ い ゆう た
橘 井 雄 太

目 次

はじめに	45
第1章 イギリス法の不法行為における注意義務が発生する当事者関係	48
第1節 隣人原則	49
第2節 注意義務が発生する当事者関係の3要件	49
第3節 責任の引受け(assumption of responsibility)	50
第2章 イギリス法における不作為不法行為	51
第1節 作為と不作為(omission)の峻別	51
1 不作為不法行為についての一般原則	51
2 作為と不作為を峻別する理由	52
第2節 不作為不法行為における作為義務の成立基準	52
1 1970年以前に現れた裁判例	53
2 1970年以降に現れた裁判例	54
3 作為義務の成立に関して裁判所が考慮する要素	62
4 裁判例の類型化	62
5 類型に応じた作為義務の成立基準	63
おわりに	67

はじめに

1 問題の所在

(1) 不作為不法行為独自の要件

不法行為は、作為に限らず不作為によっても成立する。日本の裁判例において、不作為不法行為責任が認められた事例は数多くある。そして、日本の学説において、不法行為は「法律行為と同じように、意思によって支配することの可能な人間のふるまいである。…意思による支配の可能な人間のふるまいなら、積極的態度であると（作為）、消極的態度であると（不作為）を問わない」⁽¹⁾とされ、不作為不法行為責任が認められることが肯定されている。この学説は、不作為による不法行為の例として、母親が乳児にわざと授乳しない場合、電車の踏切番が居眠りをしていて、遮断機を下ろさなかった場合を挙げる。

不作為によっても不法行為責任が成立しうることに関しては、裁判例上も学説上も異論はない。しかし、不作為不法行為責任の成立を認めるにあたっては、看過することのできない問題がある。すなわち、作為不法行為においては、責任を負われる者による外界に対する積極的な働きかけが存在するが、不作為不法行為の場合は、外界に対する積極的な働きかけが存在しない。このような違いがあるにもかかわらず、どちらも同じ民法709条によって規律される、という問題である。換言すると、作為不法行為と不作為不法行為は、行為の態様を異にするものであり、同様の要件のもとに責任を認めてよいのかという問題である。学説上、この不作為不法行為責任の成立に関しては、作為義務、すなわち不作為者が一定の行為をなすべき義務が要求されている⁽²⁾。すなわち、不作為については、作為義務を媒介としてはじめて、行為の侵害行為と同様に不法行為として評価を下すことができるのである。

作為義務が要求される理由は、「単なる不作為だけでは、その主体や作為の内容を特定することができないし、他人の『権利』を侵害する危険性を考えることもできないから」⁽³⁾である。作為義

務が成立する根拠としては、法令、契約、事務管理、条理などが挙げられている⁽⁴⁾。これは、「作為義務の成立場面を提示するとともに、法的義務とみなしえない作為義務、とりわけ道徳上倫理上の作為義務を排除する」⁽⁵⁾ためである。さらに、学説は一般に、個人の行動の自由を確保しなければならないという観点から、作為義務の拡大には慎重な態度を示していると評してよい⁽⁶⁾。

(2) 不法行為法上の要件における作為義務の位置づけ

すでに述べた通り、不作為不法行為責任が認められるためには、特定の主体に作為義務が課せられていなければならない。では、作為義務は、学説において、日本の不法行為法上どの要件のもとで説かれてきたのであろうか。

かつて、作為義務は、違法性要件のもとで説かれていた⁽⁷⁾。つまり、不作為に違法性があるとするためには、作為をなすべき義務が前提となるというのである。

また、作為義務を因果関係との関係で説く学説もある。末弘厳太郎博士は、不作為自体は外界に変動を生じさせないことを理由として、不作為における因果関係は、外界に一定の現実的変動を生じさせる作為の場合の因果関係とは異なることを指摘する。そして、法律上結果を防止しなくてはならないのに、その行為を行わない者が責任ある不作為者（原因者）である旨を述べる⁽⁸⁾。

これらの見解に対し、近年では、作為義務を過失要件と関連づけて説く見解が増えている⁽⁹⁾。主観的過失概念から客観的過失概念へと変遷した現在、過失は結果回避義務違反と解されており、行すべきことを行わなかったと判断されると過失があるということになる。この意味における過失を前提にすると、一定の行為をなすべき義務である作為義務は過失の問題に近づくためである⁽¹⁰⁾。このように考えると、結局、不作為不法行為における「作為義務の問題は結果回避義務という過失判断に吸収され、作為義務は結果回避義務の内容とな」⁽¹¹⁾り、不作為不法行為という独自の類型を立て

る意義は乏しいように思われる⁽¹²⁾。

(3) 不作為不法行為の独自性

しかし、以上のように、不作為不法行為における作為義務を過失要件と関連づけて考えると、そもそも、特定の主体に作為義務が発生するのかという問題は残る。作為不法行為においては、責任が発生しう対象はわかりやすい。なぜなら、作為という積極的な行為があり、その行為を行った者が被害者に対して責任を負うというように、責任を負う主体を容易に特定することができるためである。一方、不作為は積極的な行為ではないため、誰が被害者に対して責任を負うかが問題となり、責任を負う主体を特定する作業が必要となる。この点につき、我が国の最高裁判決を例にとりつつ説明する。

最判昭和62年1月22日民集41巻1号17頁（以下、「昭和62年判決」という。）

〈事案〉

Yは、中学校の友人Aらと軌道敷に隣接している道路で雑談をしていた。そのとき、レール上を物を置くことに話が及び、Aが2つの軌道のレール上に拳大の石を置いた。AはYらに置石行為をやめるように言われたが、置石をそのままにしたため、Bが一方の置石を取り除いた。しかし、Bは他方の置石には気がつかなかった（Yも認識していなかった）。その後、Xが所有する軌道上を進行してきた電車がレール上の石を踏み、脱線転覆した。原審は、(i) Yは、Aのした置石を事前に認識しておらず、(ii) Yに、置石行為について共謀、助勢、容認して利用する意思は認められない、(iii) Yらの言動、認識が以上のようなものであれば、Yは、Aの置石行為を予見すべきであったとはいえないと述べ、Yにおいて置石行為を阻止ないし排除すべき義務があったとはいえないとした。

〈判決〉破棄差戻し

「重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為を

するにつき共同の認識ないし共謀がない者であっても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であつたといえるときには、右の者は、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負うものというべきであり、これを尽くさなかつたため事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき義務を負うものというべきである。」

本件の事案を念頭に置いた際の筆者の問題意識は、以下の通りである。すなわち、なぜ、自ら置石をしたわけでもなく、置石をすることを命令したわけでもない人物の責任が認められたのだろうか。換言すると、置石による事故を回避するための措置をとる作為義務を認める要件はどのようなものか。

不作為不法行為における作為義務の有無についての考慮要素が作為不法行為の結果回避義務と変わることがないとすると、置石行為を予見し、置石を除去することができる通りすがりの人物がいたならば、その人物にも責任が負わされるということになりそうである。しかし、おそらく、そのような人物には作為義務が認められない。なぜなら、事故を生じさせる置石行為をしてはならないという不作為義務を一般的に課することが妥当であるとしても、置石行為を防ぐ義務、あるいは、置石を除去する作為義務を一般的に課することは妥当でないためである。作為義務を一般的に課すならば、各人は、常に作為を要求され行動の自由が奪われてしまうことになるであろう。このように、不作為不法行為においては、作為義務の成否を考える際の独自性を否定することができない⁽¹³⁾。

したがって、不作為不法行為における作為義務

の成否に関して、特別な検討を行うことが必要となる。昭和62年判決においては、作為義務の成立基準に関すると思われる部分において「実行行為と関連する…先行行為に基づく義務」と述べられているが、具体的に、作為義務を課すにあたりどのような要素が考慮されるべきであることを明らかにする必要がある。

(4) 作為義務の成立基準に関する学説

作為義務の成立に関しては、法令、契約、事務管理、条理が根拠となるとされてきた。しかし、これらは、あくまでも形式的な根拠であり、具体的にどのような要素が存在すれば作為義務の成立につながるのかを説明するものではない⁽¹⁴⁾。これまで、作為義務の成否に関する具体的な判断基準については十分な議論はなされていないようである。学説においては、わずかであるが、作為義務の成否に関する具体的な判断基準を提示する見解が存在するため、ここではそれらの見解を確認する。

A 瀬川信久⁽¹⁵⁾

瀬川説は、(i) 被告が被害者と一定の関係にある場合と、(ii) 被告が、直接の加害者、加害原因と一定の関係にある場合とに分類する。そのうえで、(i) は契約に基づく保護義務を明確な契約がない場合に拡張しようとするものであるとし、典型例を安全配慮義務とする。そして、(ii) の例として、昭和62年判決等を挙げる。

B 橋本佳幸⁽¹⁶⁾

橋本説は、(i) 支配領域および(ii) 先行行為に着眼する。そのうえで、(i) 支配領域基準として、支配領域内に有する他者法益が何らかの危険、傷病などにより侵害される場面（法益関係型）と、支配領域内に有する危険源（物や人）が原因となって他者法益を侵害する場面（危険源関連型）を挙げる。そして、(ii) 先行行為基準として、自らの先行行為によって他者法益を危険にさらした場面（法益関係型）と、先行行為によって作出した危険源が原因となって他者法益を侵害する場面（危険源関連型）を挙げる。

作為義務の成立基準の手がかりとして、瀬川説は、被告と被害者、加害者あるいは加害原因との関係に着目している。橋本説は、何らかの原因から法益侵害に向かう『因果系列と不作為者との関係、すなわち両者の「近さ」』⁽¹⁷⁾の観点から作為義務の成否を考えている。

管見の限り、日本法における不作為不法行為の作為義務の具体的な成立基準に関しては、上記の学説しか発見できなかった。作為義務の具体的な成立基準に関する議論は、いまだ不十分な状態であると評してよいだろう。したがって、日本における裁判例の分析や、日本法の不作為不法行為と外国法の不作為不法行為との比較研究を通して、作為義務の具体的成立基準を解明する必要がある⁽¹⁸⁾。

2 本稿の課題

本稿の課題は、これまで述べてきた通り、作為義務の成立基準はどのようなものかという問題に対する示唆を得ることにある。この問題の他にも、不作為不法行為においては、その独特の行為の態様から生じる因果関係の問題がある。すなわち、外界に対する積極的な働きかけが存在しないにもかかわらず、不作為と結果発生との間の因果関係を考えることができるかという問題や、作為義務は民法709条の要件上いずれの要件のもとで説かれるべきかという問題もある。また、そもそも不作為とは何か、どのような場合に加害行為が不作為として扱われるかといった問題もある⁽¹⁹⁾。しかし、本稿では、これらの問題は扱わない。本稿が取り組むのは、どのような場合に作為義務が認められるかという問題に絞ることとする。

このように問題を限定する理由は以下の通りである。第1に、先に述べた通り、日本では作為義務の成立基準についての議論が十分ではなく、作為義務の成立基準を解明することが、なによりもまず取り組まなければならない課題だからである。第2に、その課題との関係で、筆者が、以下で述べる理由により、外国法研究としてふさわしい対象であると考えたイギリス法における不作為

不法行為の議論の中心は、作為義務の成立基準にあるからである。

不作為不法行為における作為義務の成立基準について、外国法の研究としてイギリス法を選択する理由は以下の通りである。すなわち、第2章で見るように、イギリス法において不作為不法行為責任の成立が問題となる場合、作為不法行為とは異なる扱いがなされることが貴族院裁判官によって明示されているためである。イギリスの裁判例においては、原則として、不作為者が不法行為責任を負うことはないが、「特別な関係 (special relationship)」があればその限りでないとする貴族院裁判官の見解が存在する⁽²⁰⁾。そして、後の裁判例においては、不作為不法行為責任を認めるにあたり、「特別な関係」という言葉を用いるか否かにかかわらず、被告と不法行為に関連する者との関係、あるいは、被告と危険源との関係を考慮している。そのため、イギリスの裁判例を「関係」という視点をもって分析することで、作為義務の成立基準に関する有用な知見を得ることができると考えられるのである。

3 本稿の構成

第1章においては、イギリス法の過失不法行為 (negligence) において、作為、不作為を問わず、一般論として、被告に注意義務を課すにあたり裁判所が考慮する要素を見ていく。この作業を行うことで、不作為不法行為責任の存否を判断する際に用いられる独自の考慮要素を明確に指摘することが可能となろう。

第2章においては、不作為不法行為を扱うイギリスの裁判例を見る。そして、それらの裁判例を分析し、作為義務はどのような基準のもとに認められているかを明らかにする。

第1章 イギリス法の不法行為における注意義務が発生する当事者関係

本章では、過失 (negligence) の不法行為責任が問題となる事案において、裁判所が責任の成否

を判断するうえで考慮している要素を概観する。不作為不法行為に関する考慮要素については、第2章で見ていく。

作為による責任、不作為による責任を問わず、被告が注意義務を課される場合、イギリスの裁判所は当事者 (被告と原告) の関係について検討している。すなわち、被告に過失不法行為の責任を負わせるためには、当事者に一定の関係が存在していることが要求されるのである。この関係のことを、本稿は「注意義務が発生する当事者関係」と定義する。本章では、この関係について見ていく。

注意義務が発生する当事者関係の基準について確認する理由は以下の通りである。問題を先取りすることになるが、注意義務が発生する当事者関係の基準は、時代により変遷している。そのため、裁判例が現れた年代によって、被告に注意義務を課す理由が変化している。第2章で分析する不作為不法行為に関する裁判例も、時代により、注意義務を認める理由づけに変化がみられる。すなわち、第2章で分析する不作為不法行為に関する裁判例は、本章で検討する注意義務が発生する当事者関係が存在することを理由として、不作為者である被告の責任を認めている。しかし、不作為不法行為に関する裁判例において、被告に注意義務を課すうえで考慮される不作為不法行為独自の考慮要素は、裁判例が現れた年代には左右されていない。そのため、年代により変遷する注意義務が発生する当事者関係の基準に引きずられることなく、作為義務の成立基準について分析するために、本章において、まず、前者の変遷を確認するのである。

本章では、以下の順序により、注意義務が発生する当事者関係の基準の変遷を確認する。はじめに、注意義務が発生する当事者関係の一般概念とされている隣人原則について述べた判決を見る。次に、現在の裁判所が注意義務を判断するにあたりよく使用する基準 (3要件) について述べた判決を見る。最後に、一方当事者の特別な能力、それに対する他方当事者の信頼、そして、その信頼

に対する前者の認識があれば、被告による責任の引受けが肯定され、被告に注意義務が発生すると述べた判決を見る。

第1節 隣人原則

ここでは、注意義務が発生する当事者関係の一般概念とされている隣人原則について述べた判決を見る。

①Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562

〈事案〉

Xは、Yにより製造された瓶詰めのジンジャーエールを飲んだ。そのジンジャーエールには腐敗したカタツムリが混入していた。はじめは、Xは、それに気づくことができなかった。ところが、Xは、ジンジャーエールの大部分を飲んだ後でカタツムリに気づき、ショックを受け、深刻な胃腸炎を患った。そこで、Xは飲料水の製造元であるYを訴えた。

〈判決〉結論として、X勝訴。

〈Atkin卿の見解〉

Atkin卿は、「注意義務が発生する関係の一般概念が存在するはずである。判例集でみられる個々の事件は、一般概念の例にすぎない」と述べる。そして、「過失責任は、道徳的悪事を犯した者が代償を支払うべきであるという一般公衆の心情に基礎をおくことは疑いがない」とする。しかし、「実際に、道徳によると非難されるであろう作為あるいは不作為を、すべての被害者に救済を求める権利を生ぜしめるように扱うことはできない。このようにして、原告の範囲と救済の程度を限定する法のルールが生じる」と述べる。さらに「汝の隣人を愛せという規範は、法においては、汝の隣人を害することなかれになる。そして、誰が私の隣人であるのか、という法律家の問いは、限定的な回答を受ける。汝は隣人を害すると常識的に予見することができる作為あるいは不作為を避ける常識的注意を払わなければならない。では、法において、誰が隣人であるか、その答えは、私の行動に非常に緊密かつ直接的に影響を受

けるために、私がその作為あるいは不作為をするときに、強く影響を受ける者として常識的に念頭におくべき人物であると思われる」と述べる。

判決の結論部分において、Atkin卿は、「製品の製造者は…製品の製造販売において、相当な注意を欠くことにより、結果として、消費者の生命または財産を侵害するであろうと認識している場合には、消費者に対して相当な注意を払う義務を負う」とした。

以上のように、Atkin卿は、注意義務が発生する当事者関係の一般概念を隣人原則という形で提示している。隣人原則の意義については、先例がない場合に、注意義務が発生する当事者関係の新しい類型を認める場合に使用できるという評価が、後の裁判例において、貴族院裁判官によってなされている⁽²¹⁾。

第2節 注意義務が発生する当事者関係の3要件

現在では、注意義務が発生する要件として、(i) 損害の予見可能性、(ii) 当事者である原告と被告間の関係の近接性、および、(iii) 被告に注意義務を課すことが公正 (fair) であり、正義 (just) にかない、合理的 (reasonable) だとする状況にあることが裁判例上よく使用されている。ここでは、これらの要件を最初に定義した判決を見る。

②Caparo Industries plc v. Dickman [1990] 2 A.C. 605

〈事案〉

有限会社であるA会社の株主Xは、A会社の監査会社であるYには監査報告書の作成について不注意があったとして訴えを提起した。Xは、Yの監査報告書を信頼して、株価を過大評価してA会社の株式を取得したのである。そこで、Xは、Yに不法行為責任があるとして訴えを提起した。

〈判決〉

Yには注意義務がある。その責任の範囲は、会社の支配権を有するために報告書を必要とする集団としての株主には及ぶが、個人的な株主には及

ばない。このように判示し、Yの注意義務を肯定し、同時に、注意義務を負う範囲を限定した。

〈Bridge卿の見解〉

Bridge卿が一般論として注意義務に関する発言をしている。Bridge卿は、まず、注意義務の有無に関する先例を概観した後で、注意義務の存在と、その範囲を決するすべての状況に対して適用できる基準を提供する唯一の一般原則はないと述べる。

そして、注意義務が発生するいかなる状況においても、(i) 損害の予見可能性 (foreseeability of damage) に加えて、(ii) 当事者間に近接性 (proximity) が存在し、あるいは、隣人 (neighbourhood) とみなされる関係が存在し、かつ、(iii) 注意義務を課すことが、公正であり、正義にかなう、合理的だと考えるべき状況にあるという要素が必要となるとした。

第3節 責任の引受け (assumption of responsibility)

次に見るのは、被告による責任の引受けを理由として被告の注意義務を肯定する裁判例である。責任の引受けは、一方当事者が他方当事者に対し責任を引き受けた場合に肯定される。

③Hedley, Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1964] A.C. 465

〈事案〉

広告代理店であるXは、Aから広告の注文を受けた。広告費はXが負担するという条件であった。Xは、Aの財務状況の調査を、Xの取引銀行であるYに依頼した。なお、Yは調査についての責任を負わない旨の約定がなされていた。Aの財務状況は問題ないというのがYの調査結果であったが、Xへの調査報告の後に、Aは破産した。そのため、結果として、Xは、広告費を無駄に支出することになった。そこで、XはYに対し、Yの過失によりXは損害を被ったとして、訴えを提起した。

〈判決〉X敗訴

「情報を特別な能力を有する当事者から得よう

とする当事者が、(能力を有する) 彼に対し、当然の注意を払うと信頼する場合、そして、その(能力を有する) 当事者が、その信頼は彼の能力および判断に基づいていると知り、または知るべきであった場合、法は注意義務を認める。善意であるとしても、不注意による不実表示は、発言であっても文書であっても、契約関係あるいは信認関係とは無関係に、それによって引き起こされた経済的損失としての損害を根拠とする訴訟を生じさせる」(括弧内は引用者による)。しかしながら、本件では、明確な免責の約定が存在する。このように判示し、Yの注意義務を否定した。

④Henderson v. Merrett Syndicates Ltd [1995] 2 A.C.145

〈事案〉

保険業者の組合であるロイズの保険引受人 (Names) であるXは、保険引受代理店の経営代理人であるYの不注意な保険引受けにより損害を被ったとして訴えを提起した。

〈判決〉結論として、X勝訴。

〈Goff卿の見解〉

注意義務について詳しく述べているGoff卿の見解を見る。Goff卿は次のように述べる。「単純に、Yによる、組合に属するXに対しての責任の引受けがある。Yは、XがYの管理下にある組合の構成員であると容認した。特別な専門知識を有する者として、Yは、Xに保険引受けの相応なリスクについての助言、そして、再保険がなされるべき、および、清算しなければならない支払請求に関する事情、範囲についての助言を与える。Yがよく知っているように、Xは…絶対的信頼をYの専門知識によせている。このような状況のもとで、不法行為において、Xに対する注意義務がYに課されるという結論を避ける道は見当たらない。…その義務は、裁判例③における原則に基礎をおく」。

注意義務を認めるにあたり、Goff卿は、責任の引受けを問題にしている。そして、責任の引受けの有無については、被告の専門知識、その専門知識に対する原告の信頼、その信頼に対する被告の

認識の存在により判断している。

小括

イギリス法のもとで、いかなる場合に当事者に注意義務が認められるかをまとめておく。まず、(i) 損害の予見可能性、(ii) 当事者間の関係の近接性、および、(iii) 注意義務を課すことが公正であり、正義にかなう、合理的である場合に当事者に注意義務が認められる。また、当事者間に責任の引受けが存在する場合にも注意義務が認められる。責任の引受けが認められるためには、一方当事者の特別な能力、それに対する他方当事者の信頼、そして、その信頼に対する前者の認識が必要である。

第2章 イギリス法における不作為不法行為

本章では、不作為不法行為に関するイギリスの裁判例の分析が中心となる⁽²²⁾。はじめに、イギリス法において不作為不法行為がどのように扱われているかを見ていく(第1節)。その後、不作為不法行為における作為義務の成立基準を明らかにする(第2節)。

第1節 作為と不作為(omission)の峻別

1 不作為不法行為についての一般原則

イギリス法において、不作為はどのように扱われているのであろうか。ここでは、不作為不法行為責任の成否が問題となった事例であって、不作為について言及がなされた判決を見る。

⑤Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C. 1004

〈事案〉

ある島において、Y(内務省)の役人の支配、監督下で働いていた少年院の少年らがボートを用いて島を抜け出した。そして、彼らがボートを運転している最中に、停留していたXのヨットに衝突し、損害を与えた。

〈判決〉X勝訴

少年院の役人は、少年院の少年が脱走する際、近辺にあるボートを利用し、また近辺にあるボートに損害を与えるであろうことは合理的に予見できた。役人は、その支配(control)下にある少年がXに対して損害を生じさせないようにする注意義務を負う。このように判示し、役人の注意義務を肯定した。

〈Diplock卿の見解〉

Diplock卿は、よきサマリア人の挿話によると、以下のことが例証されると述べる。すなわち、「聖職者とレビ族の人間が盗賊の被害者である他人を見捨てたという行為について考える。この行為は、盗賊の被害者に損害を発生させる不作為であるが、イギリス法において、聖職者とレビ族の人間が民事責任を負うことはない」。そして「例は拡張される。…2人の間に土地の所有者と来訪者のような特別な関係がない限り、ある者が、他人に対して物理的危険のおそれを警告する必要はない。ほんのわずかな努力で隣人の財産を雨から守ることができる場合でも、受寄者と寄託者のような特別な関係がない限り、隣人の財産が雷雨により荒廃していくのを見ていてもよい」。

以上の発言から、不作為は、原則として不法行為であると評価されない。しかし、「特別な関係(special relationship)」がある場合にはその限りではないということがいえる⁽²³⁾。

2 作為と不作為を峻別する理由

ここでは、不作為が作為とは異なる扱いがなされる理由について、貴族院裁判官によって詳細に述べられている裁判例を見る。

⑥Stovin v. Wise [1996] A.C. 923

〈事案〉

Xがオートバイで公道を走っていた際に、交差点から出てきたAの運転する車に衝突され重傷を負った。公道に関する公共事業機関であるYは、その交差点は見通しが悪く危険であったことを知っていた。XはAを訴えるとともに、Yに対して、

交差点を改善する義務に違反したとして訴えを提起した。

〈判決〉（Yに対する訴えについて）X敗訴

交差点に対する処置を行うかどうかはYの裁量に委ねられている。このように判示し、Yの注意義務を否定した。

〈Hoffman卿の見解〉

Hoffman卿は、不作為不法行為について、次のように述べる。すなわち、「不作為には、積極的な行為とは異なる扱いをすることが必要であるとする健全な理由がある。法が、何か活動することを引き受けた人物に対し、他者へ損害を起こさない合理的な注意を払えと言うことと、法が、特に何もしない人物に対し、第三者の行為により他者が害されることを避けるように要求することとは別の問題である。この問題は、政策的、道徳的、経済的な言い方で表現することができる」。政策的に言うと、法が、人の行動において他人の安全を考慮することを要求することは、法が、人に救助または保護する義務を課すことに比べて、さほど個人の自由の侵害とならない。道徳的な言い方では、「なぜ、ある人物が、他の人物よりも責任があると判決されるべきであるのか」（“Why pick on me?” argument）。経済的な言い方では、なぜ、何もしていない者が、他の誰かのために金を使わなければならないのか。「もし、ある者がそうすることを引き受けた、あるいは、ある者がそうするという信頼を他人に誘引したならば、作為義務（duty to act）が存在するであろう」。また、土地を所有することや、占有すること、土地に訪れる人物や隣人の利益のために積極的な処置をとる義務を生じさせるであろうと述べる。

以上の通り、Hoffman卿は、注意義務を課すうえで不作為が作為とは異なる取り扱いがなされる理由について述べている⁽²⁴⁾。しかし、その理由と、不作為者の作為義務を肯定するために要求される要素との関係については述べていない。

小括

イギリス法のもとでは、不作為がどのように扱われているかをまとめておく。

原則として、不作為者が不法行為責任を課せられることはない。ただし、「特別な関係」があれば、不作者に不法行為責任が成立しうることが明言されている。また、以下に述べる問題の存在を理由として、不作為が作為とは異なる取り扱いがなされることも、貴族院裁判官により明言されている。すなわち、作為を命じられることは、より自由の侵害となる、また、なぜある人物のみが不作為による責任を負うのか、そして、なぜ他人のために労力を費やさなければならないのか、という問題である。

第2節 不作為不法行為における作為義務の成立基準

本節では、不作為不法行為に関する裁判例を見ていく。不作為者は、原則として法的責任を負わないとするイギリス法のもとで、どのような場合に、不作為者が法的義務を負うかを明らかにすることが、本節の課題である。なお、裁判例は、事案の類型ごとではなく、判決が下された年が古い順に分析していく。その理由は、不作為が問題となっているイギリスの裁判例に関しては、裁判例においても法学文献の分類においても、作為義務が発生する根拠についての確立された類型化がなされていないからである。類型化の試みは、裁判例を分析した後に行うこととする。

なお、分析する裁判例の大部分は、私人間において問題となる事例である。公共サービスに関する不作為が問題となる場合は、私人間における不作為の問題とは異なる考慮が必要になると思われる。そのため、本節では、公共サービスが問題となっている事例は、原則として分析の対象外とし、不作為不法行為の一般論との関係で必要な限り分析するにとどめる。

1 1970年以前に現れた裁判例

まず、不作為の特殊性に言及した裁判例⑤以前

に現れた裁判例を見る。

⑦Haynes v. Harwood [1935] 1 K.B. 146

〈事案〉

Yの荷馬車運転手が馬を馬車につないで、にぎやかな通りに放っておいた。2人の少年が馬に石をなげたことにより馬が駆け出した。X（警官）は、馬が走っている姿を目撃した。そして、馬をそのまま放っておいた場合、女性と子どもが死の危険に瀕するであろうことを認識した。そのため、Xは馬を制止する行動をとった。Xは馬を制止することができたが、制止する際に重傷を負った。

〈判決〉X勝訴

馬が放置されていた場所は、いたずら好きの子どもが現れそうであり、本件のような行為が行われる蓋然性があった。そして、Yは、馬を制止しようとする人物があらわれることを予期すべきであった。このように判示し、Yの注意義務を肯定した。

〈分析〉

この判決において、責任の成立に関して問題とされているのは、予見可能性の有無である。不作為の特殊性については言及されておらず、作為義務の成立基準についても明らかにされていない。

⑧East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent [1941] A.C. 74

〈事案〉

非常に高い満ち潮が発生し、それにより防潮堤に穴が空いた。その結果、X所有の土地が洪水の被害にあった。Y（集水地域管理委員会。土地排水に関する法律（“Land Drainage Act”）により、水流の状態を保つために、排水、修復などの作業を行う権利が与えられているが、そのような行動をする義務は課されていない団体）は、権力の行使として、防潮堤の修理を行ったが、その作業は非効率的であり、合理的な作業を行った場合よりはるかに多くの月日を費やした。防潮堤の修理が遅かったことにより、Xは深刻な損害を被っ

たため、Yに対し訴えを提起した。

〈判決〉X敗訴

防潮堤を修理する義務、あるいは、修理を始めた後に作業を完遂する義務がないYは、自然により起こった損害について、Xに対する責任を負わない。このように判示し、Yの注意義務を否定した

〈Porter卿の見解〉

Porter卿は、「被告の義務は損害を起こすことを避けることであり、自己の過失によらない原因により生じる未来の損害を避ける、あるいは、減少させることではない。原告が被った損失はもともとあった穴が原因であり、被告が穴を閉じなかったことは、穴を修理して閉じるまでの間中、単に損害が生じ続けるままにしたにすぎない」と述べる。

〈分析〉

Porter卿の見解によると、損害を防ぐ義務を負っていない者が、損害を防ぐ、あるいは、減少させるような行動をとった場合、その行動が奏功しなかったとしても、行動した者が責任を負うことはない。

なお、この事案は、被告が公的性格を帯びた団体であるから、本判決の考え方を一般化することができるかは疑問である。しかし、後掲裁判例⑩において、被告が公的性格を帯びているものの、控訴院裁判官の見解の中で、本判決の考え方を一般化したような発言がなされている。

⑨Stansbie v. Troman [1948] 2 K.B. 48

〈事案〉

Y（土建業者）が、Xの家の壁を塗り替えている最中に、Xの妻は外出し、Xの家にいるのはYのみという状態になった。後に、Yが壁紙を購入するため外出したところ、戸締りが不十分であったため、誰も居ないXの家に盗人が侵入し、大量の物品が盗まれた。XはYに対し訴訟を提起した。

〈判決〉X勝訴

本件の「契約関係は、Yが仕事の遂行中に建物を空けるならば、Yに対して建物の状態に関する

合理的な注意を払う義務を課す」。このように判示し、Yの注意義務を肯定した。

〈分析〉

本件では、XY間の契約関係の存在から注意義務を導いている。なお、後掲裁判例⑬におけるGoff卿の見解、そして、後掲裁判例②におけるHope卿の見解においては、本件は責任の引受けの事例であると述べられている。

⑩Carmarthenshire Country Council v. Lewis [1955] A.C. 549

〈事案〉

Yの経営下にある保育園に通う4歳児Aが、保育園内から公道へと迷い込んだ。Xの夫はトラックを運転しており、Aを避けた際に電柱に衝突し死亡した。Xは、Xの夫の死はYの過失、あるいは、一時的にAを1人にした教師の過失によって引き起こされたとしてYを訴えた。

〈判決〉X勝訴

子どもが道路へ脱出したならば、他の道路使用者に損害が生じるであろうことは合理的に予見可能であった。このように判示し、Yの注意義務を肯定した。

〈分析〉

責任の成立に関して問題とされているのは、予見可能性の有無である。また、Reid卿は、子どもが保育園内から外へ出る門を締めておくことが不可能ではなく、そのような予防策をYがとることは適切で合理的だと述べる。Reid卿は予見可能性の他に、Yに注意義務を課することが適切で合理的かという考慮をしている。なお、この判決において、不作為の特殊性については言及されていない。

⑪Goldman v. Hargrave [1967] 1 A.C.645

〈事案〉

Yの土地中央に立っていた木に稲妻があたり出火した。高い位置の枝が出火し、木が立っているのは炎に対処することが不可能であったため、Yは防火会社に連絡し、木を切る者を派遣するよう求

めた。木を切る者が到着するまでの間、Yは、木の周りから可燃性の物を除去し、周辺に水をまいた。後に、木は切り倒された。Yは、炎は燃え尽きることで消えると信じており、それ以降、火が広がらないようにするための処置をしていなかった。後日、強い風が吹き、火がよみがえりYの所有地とYの隣人であったXの財産に広がり、Xは損害を被った。

〈判決〉X勝訴

土地の占有者 (occupier) は、自然力であろうと人為的なものでであろうと、土地上で起きた危険に関して、隣人のために危険を除去するあるいは減ずる一般的な注意義務を負う。その義務の存在は、危険の認識、危険を抑止あるいは除去しなかった場合の結果を予見する能力、そして、それを避ける能力に基づく。このように判示し、Yの注意義務を肯定した。

〈分析〉

この判決においては、Yが土地の占有者 (occupier) であったということが責任を認めるうえで重要視されている (すなわち、occupier's dutyが本件では問題となっている)。

2 1970年以降に現れた裁判例

次に、不作為の特殊性に言及した裁判例⑤、及び、それ以降に現れた裁判例を見る。

裁判例⑤Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C. 1004

本件の事案と判旨は、本章第1節1において紹介済みである。

〈Diplock卿の見解〉

Diplock卿は、裁判例①においてAtkin卿が述べた隣人原則に関する部分を引用している。そして、その原則は、同判決の中で、法的注意義務が発生する行為や関係の中に存在する特徴の指針として使われたことを述べる。さらに、その原則は、不法行為法の発展の重要な段階となっていることにも触れている。そのうえで、隣人原則を普遍的なものとして使用するのとは明らかに誤りであると述べる。そして、裁判例①においては、被告

が直接の加害者であったが、本件においては、第三者が直接の加害者であることを指摘する。そのため、Atkin卿の格言が先例となると考えることは適切ではないと述べる。

本件の解決として、Diplock卿は次のことを指摘する。すなわち、被告と少年院の少年との関係に関して重要なことは、少年らを管理下におく被告の責任であり、その責任は監獄法（“Prison Act”）の規定によって課されると。そして、少年院の役人は、少年の脱走行為によって損害を被るであろうと合理的に予見できる人物に対し（てのみ）、少年を脱走させないようにする注意義務を負うべきであると述べる。

〈分析〉

Yの注意義務を肯定するにあたり、予見可能性の他に、役人と少年との支配（control）関係が重要視されている。この判決は、不作為について特殊性を明示した判決であり、不作為者の責任を認めるうえで、直接の加害者と被告との関係に言及している点に意義がある。本判決以降に出た不作為に関する裁判例は、本判決と同様に、不作為の特殊性を意識した判断を行っている。なお、前述したように、本判決ではDiplock卿により、Yの責任と監獄法（“Prison Act”）との関連について言及がなされている。この点については後に詳述する。

⑫Lee v. Lever [1974] R.T.R. 35

〈事案〉

ある夜、Yの運転する車が、停車していたXの車に衝突し、Xの車は損傷した。そこで、XはYに対し不法行為に基づく訴えを提起した。

本件では、Yの車がXの車に衝突したことが問題とされている。その中で、事故に関する責任について、Xにも部分的に責任があることが述べられている。その部分において、Xの不作為が問題とされている。

〈判決〉

Xには、赤ランプのような、車の存在を警告する表示をしなかったことによる部分的な責任がある。このように判示し、事故について、Xの部分

的な責任を肯定した。

〈分析〉

本件では、Xに、他者に危険を警告する義務があったと判断されているが、作為義務の成立基準については述べられていない。しかし、この裁判例は、危険を創り出した人物に課せられる義務に関する事案として扱われている⁽²⁵⁾。

⑬Smith v. Littlewoods Organization Ltd [1987]

A.C. 241

〈事案〉

Yはスーパーマーケットに建て替える目的でAから映画館を購入した。その引渡しの後、映画館は空のままであり、放置されたままだった。その映画館は、侵入した子どもにより故意に火をつけられた。その結果、映画館は全焼し、映画館周辺の不動産を所有するXにも深刻な損害が生じた。そこでXはYに対し、Xの不動産の損害はYの過失によって引き起こされたとして、訴えを提起した。Xの主張は、Yは、第三者が故意に損害を引き起こすことを防がなかったことについて責任があるというものである。

〈判決〉X敗訴

「不動産の所有者が、隣の不動産への損害の原因となる彼の不動産上の不法侵入者の行動について、隣の所有者に対する注意義務を負うか否かは、事案の全状況、および、社会的に許容される行動の基準によって決まる。…Yは、放火を含む映画館の破壊という行動に気がつかなかった、そして、映画館には、その他の点においても明確な火災の危険がなかった。Yは、Xに対し、建物に錠をかけることにより、あるいは、侵害者の侵入を防ぐ他の手段によって、映画館が侵害者により放火される可能性を予期するいかなる義務も負っていない」。このように判示し、Yの注意義務を否定した。

本件では、Yの責任を否定する結論は同じであるが、裁判官により結論に至る理由が異なるため、以下では、各裁判官の見解を確認する。

〈Griffiths卿の見解〉

Griffiths卿は、(Yは)占有する不動産の状態が近隣の財産に対する危険源にならないように合理的注意を払う義務を負うという考えからアプローチをする。しかし、本件のもとでは、そのような義務を認めると過度な負担を課してしまうことを理由とし、Yの責任を否定した。

〈Mackey卿の見解〉

Mackey卿は予見可能性基準からアプローチをして、第三者が行為に及ぶことを予見できるかどうかを問題としている。結論として、人の行動の不確実性を理由として、Yの責任を否定した。

〈Goff卿の見解〉

Goff卿が不作為不法行為について多く語っているため詳しく見ることにする。Goff卿は、「映画館の所有者でもあり占有者でもあるYは、近隣の不動産の安全に対し合理的注意を払う一般的義務を負う」と述べる。その後「第三者が損害を引き起こすことを妨げる一般的注意義務はない」と述べる。その根本的な理由は「コモン・ローは純然たる不作為 (pure omission) には責任を課さないため」であるとし、裁判例⑤におけるDiplock卿の見解を引用する。さらに、仮に不作為に対して責任を課するとしても、厳格な限界が課されると述べる。そして、本件のような事案においては、注意義務の有無を判断するにあたり、予見可能性のみが考慮要素になるわけではない旨を述べる。すなわち、「他人(第三者)の故意の悪事により引き起こされた不法行為における責任は、そのような悪事によって原告が損失あるいは損害を被るだろうという予見可能性に単純に基づくものではない」と述べる。そして、第三者の故意の悪事について被告が責任を負わされる場合には「特段の事情 (special circumstances)」があることは疑いないとする。「特段の事情」の例として、Goff卿は、以下の場面について言及している。すなわち、まず、(i)「被告による責任の引受け (assumption of responsibility) を生じさせる当事者の関係から注意義務が生じるであろう」と述べる。この例として、Goff卿は裁判例⑨を挙げる。そして、「当事者間に契約が存在しな

い場合でも、責任が存在する」と述べる。次に、(ii)「被告は、第三者の行動について代位的に (vicariously) 責任を負うであろう。すなわち、被告は、占有者 (occupier) として被告の土地の訪問者に対して法的責任を負うと判決が下されるであろう」。そして、(iii)「被告と第三者との間の特別な関係から義務が発生するであろう、それは被告が第三者を支配する (controlling third party) 責任を負うということによってである」。さらに、(iv) 第三者の行動が、原告が被った損害の直接の原因となっている場合に、被告が不法行為の責任を負う状況は (i) ~ (iii) よりも一般的な状況であると述べる。具体的には、「被告が不注意に⁽²⁶⁾危険源をもたらす (negligently causes) か、危険源が創られることを許容する場合に生じる。第三者がそれに干渉し、そして、危険を引き起こし、それによって原告の立場にある人に損害を引き起こす」場合に、被告が責任を負うと述べる。そして、第三者が危険源を創るときは、被告の財産上で危険源が創られた場合に、被告が責任を負うと述べる。この例として、裁判例⑦を挙げる。このような事例では、被告に責任を負わせるには、被告が「不注意に危険源を作り出したこと」、「第三者がそれに干渉して危険を引き起こし、それにより原告が害されることの予見可能性」が必要と述べる。

Goff卿は、本件について、上記 (iv) の「特段の事情」の視点から見ている。本件の解決として、Goff卿は、誰も居ない映画館が火災の性質を帯びた非常に危険な物であると評することはできず、また、Yには、第三者が火災の危険を創ったことの認識がなく、認識する手段があったという事情もないとして、Yの責任を否定した。

〈分析〉

裁判例⑤以前の裁判例においては、注意義務の有無を判断するにあたり、主に予見可能性が重要な考慮要素となっていた。しかし、Goff卿は、不作為不法行為の事例では予見可能性以外の要素も重要になる旨を述べる。

本件のような事案において、単純に予見可能性

のメカニズムによって解決することができないと考える理由についてGoff卿は次のように述べる。「例えば、裁判例⑦において、注意が払われていない状態で公道に放置されている馬に対して、少年が石を投げるであろうことは、全く起こりそうではなかったにもかかわらず責任が課された」と。なお、裁判例⑦では、予見可能性が肯定されている。また、純粋に経済的な損害についてではあるが、単に、予見可能性の基準に基づいて一般的な責任を被告に課すことは、被告に対し過度の負担を課すことになるであろうとGoff卿は述べている。この点も、Goff卿が、単に予見可能性のみを問題として被告に注意義務を課すことを認めない理由となっている。

Goff卿の見解は、不作為不法行為に関して、被告の責任が肯定される類型として、(i)被告による責任の引受けが認められる場合、(ii)被告が占有者として責任を負う場合、(iii)被告が第三者を支配する責任を負う場合、(iv)被告が危険源をもたらすか、(被告の土地において)危険源が創られることを許容する場合を提示しており、不作為不法行為の作為義務が発生する当事者関係を考えるうえでの指標になりうる。もっとも、本判決の事案は、直接の加害行為は第三者の故意によって行われているというものであり、Goff卿も、この事案のもとでの類型を提示していることに注意しなければならない。

なお、Goff卿は、責任を課することができない不作為に関する裁判例⑤におけるDiplock卿の発言を引用している。しかし、裁判例⑤にいう「特別な関係」についてのGoff卿の考えは述べられておらず、それとGoff卿が述べる「特段の事情」とがどのような関係にあるかは不明である。

は正体不明の第三者により強奪され、バスが正体不明の第三者により運転されている間にXの妻はひき殺された。そこで、Xは、Yのバスの駐車方法を問題にして訴えを提起した。

〈判決〉X敗訴

直接の加害者が、Yのまったく見知らぬ人物であった。酒場を頻繁に利用する人物が、特別、乗り物を盗んで乗り捨てる傾向にあるという証拠も確信もない。このように判示し、Yの注意義務を否定した。

〈分析〉

Yと直接の加害者との関係がないこと、および、バスを酒場の近くに停車していたことは「特別な危険」とはいえないこと、すなわち、裁判所は、Yと危険源との関係がないことを理由としてYの責任を認めなかった。このことから、第三者が直接の加害者であり、被告と加害原因となった物との関係が問題となる場合に不作為の責任を認めるためには、その物が「特別な危険」となっている必要がある。

ここで述べられている「特別な危険」とは、どのような意味であろうか。本件においては、酒場を利用する人物が特別、乗り物を盗んで乗り捨てる傾向にあるか否かが注目されている、そして、裁判例⑬においてGoff卿が、危険源となった映画館について、誰も居ない状態が火災の性質を帯びた非常に危険なものであるか否かに注目している。いずれの裁判例においても、被告の責任が否定された事例であるため、特別な危険について確たる基準を探ることはできない。しかし、これら2つの裁判例を見る限り、危険源となった物が損害を発生させる蓋然性の高い物であれば、「特別な危険」の存在が肯定されると思われる。

⑭Topp v. London Country Bus Ltd [1993] 1 W.L.R. 976

〈事案〉

Yの小型バスが、始動スイッチ内に鍵が差し込まれた状態で、ロックされないまま酒場の外にある一時停車場に駐車されていた。後に、そのバス

⑮Barret v. Ministry of Defence [1995] 1 W.L.R. 1217

〈事案〉

海軍の士官であるAは、非番時に、軍の施設にある酒場でアルコールを消費した。そのとき、Aは過剰にアルコールを摂取したことにより死亡し

た。Aの未亡人Xは、上官が、Xの大酒飲み、アルコールの痛飲を妨げなかったとしてY（防衛省）を訴えた。

〈判決〉結論として、X敗訴。

〈控訴院裁判官Beldamの見解〉

Beldamは、単に予見可能性があるというのみでは注意義務の創設には十分ではないと述べる。そして、裁判所は、注意義務の有無を判断する際に、注意義務を課することが公正であり、正義にかなう、合理的であるかという考慮をする傾向があると述べる。そして、単に取り締まりその他の公的義務があるというのみでは、私法における義務を課する「特別な関係」は創設されないと述べる。

そして、YにAの安全に対する注意義務が存在するかについて、次のように述べる。すなわち、「使用者と被用者」、「教師と生徒」、「（土地）所有者と来訪者」を例として、本件ではYによる支配（control）があり、それが規律遵守を怠った責任につながるものXの主張に対して、「これらの関係を性質づける特徴は、義務を負わされる当事者が他方当事者の安全のために対策をする…という関係における、明示または黙示の信頼（reliance）である」。そして、本件について、「アルコール飲料摂取における自身の行動に対する責任の引受けを、分別ある成人に法が委ねることが公正ではなく、正義にかなわず、合理的でもないとする理由が私にはわからない」。「彼が安全に飲める量をより良く判断する立場にある者は誰もいないし、他人の利益と同様に彼自身の利益における統制の行使をより良くできる者はいない。自己責任を減じ、他人の統制の欠落について成人を非難することは、公正でもないし合理的でもなく、不法行為法の発展において行き過ぎである」。

〈分析〉

Beldamは、本件の当事者関係において、信頼が特徴となるとした。結論として、本件では、Yによる責任の引受けがないこと、および、Aの自己責任を理由としてYの責任を否定した。

⑩Capital and Counties Plc v. Hampshire C.C.
[1997] Q.B. 1004

〈事案〉

Xらが賃借していた不動産において火災が発生した。その際、スプリンクラーが作動したが、消防隊隊員Aは、作動していたスプリンクラーを止めた。なお、スプリンクラーは、消火作業を行ううえで有用であった。結果として、火災により不動産は損傷した。そこで、XはAのスプリンクラーを止めた行為に過失があったとしてY（州議会）を訴えた。

〈判決〉結論として、X勝訴。

〈控訴院裁判官Stuart-Smithの見解〉

Stuart-Smithは、医師を例にした作為義務に関して以下のように述べる。すなわち、「たまたま道路での事故を目撃した医師は負傷した者を救助しに行くであろう、しかし、彼にはそのように行動する法的義務はない、…そして、医師と患者の関係も生じない。彼が進んで救助を行ったならば、法の問題として、彼の唯一の義務は、被害者の状態をより悪くしないことである。さらに、身体的な近接性があるかもしれないけれども、単純に、一方が医師、他方が医療を必要とする問題を抱えているということだけでは注意義務が存在しないことは明らかである」。そのうえで、本件におけるAの行為について、スプリンクラーを止めるという行動によって、危険を創出、あるいは、危険を増大させたとして、Yの責任を認めた。

Stuart-Smithの見解によると、損害を防ぐ義務のない者が、損害を防ぐ、あるいは、減少させるような行動をとった場合は、事態を悪化させない限り責任を負うことはないということになる。なお、本件では、Aの行動が危険を創出した、あるいは、危険を増大させたことについて責任が認められているため、不作為について責任があると判断した事例であるとは言い難い。本稿が本件を掲げた理由は、傍論ではあろうが、裁判官により作為義務に関する見解が述べられているためである。

⑰Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong [1998] A.C.175

〈事案〉

Xらは、預金受入会社委員会（以下、「コミッショナー」）により預金受入会社として登録されているAに預金をしていた。Aが破産したことにより、Xらは預金を失った。そこで、Xらは、コミッショナーを代表する香港の司法長官Yに対し訴えを提起した。

〈判決〉X敗訴

Yの責任が認められるためには、「不法行為が起る以前に、近接した、直接(close and direct)の関係が、当事者間に設立されていなければならない」。本件においては、当事者間に近接した、直接の関係が認められない。このように判示し、コミッショナーの注意義務を否定した。

〈Keith卿の見解〉

Keith卿は、損害の予見可能性が存在するのみでは不法行為の責任を課すことができないと述べる。続けて、裁判例①においてAtkin卿が述べた隣人原則によると、予見可能性のみならず近接な関係もまた重要視されると述べる。そして、注意義務が発生する当事者関係に関する過去の裁判例を概観した後で、Keith卿は、それらの事案において存在するような、近接した、直接の関係が、

(i) コミッショナーとXらとの間、(ii) コミッショナーとAとの間の関係について存在しているか否かを検討している。そして、(i)については、預金する以前に、両者には関係が存在していなかった、また、Xらは預金先を選ぶことができる多くの住民たちの中の一部に過ぎないとした。そして、自発的な責任の引受けも存在しないとした。(ii)については、コミッショナーにとって、信用できない会社を登録したままでは、将来、預金が失われる危険があることは、合理的に予見することが可能であったことは疑いない。その一方で、コミッショナーは、預金受入会社に関する法令(“Deposit-taking Companies Ordinance”)のもとでは、損害を引き起こすような日々の活動を支配する力はなく、また、そのような作業は莫大

な資源を要すると述べた。そして、Keith卿は、単に、会社が業務を続けることを止める権限を有するに過ぎない、そして、その決定は任意的なものであり、Aが不正に業務を行っていたことは、コミッショナーとAの間に特別な関係を創造しないと述べた。

〈分析〉

判決において、当事者間の近接した、直接の関係は、不法行為が起る以前に存在していなければならないことが明示されている。また、直接の加害者ではない者に注意義務を課す基準に関しては、支配(control)関係が重要視されている。

⑱Reeves v. Commissioner of Police of the Metropolis [2000] 1 A.C. 360

〈事案〉

Aは、Y警察の独房内に拘束されている最中に首を吊って自殺した。Yの警察官はAの自殺を防ぐための合理的行動をとる注意義務に違反したとして、X(Aの遺産の遺産管理人)は訴訟を提起した。

〈判決〉結論としてX勝訴

〈分析〉

本件においては、死亡したA自身の行為が介在しているため、Aの死亡とYの不注意との間の因果関係が主な争点となっている。そのためか、YのAに対する注意義務が存在するか否かの問題については、Hoffman卿により、「義務は、刑務所の警察が受刑者に対して有する完全な支配から生ずる独特のものであり、受刑者が彼ら自身の生命にもたらす特別な危険と結合する」と述べられているのみである。

注意義務が発生する当事者関係については、支配関係が考慮要素となっている。なお、Hoffman卿が述べているように、本件で問題となっている警察の受刑者に対する義務は独特のものであるということに注意が必要である。

⑲Waters v. Commissioner of Police of the Metropolis [2000] 1 W.L.R. 1607 HL

〈事案〉

警察職員Xは、非番時に、警察の居住施設内で同僚から性的暴行を受けた。そのことについて、Xは上官に報告したが、その後も、Xは性的嫌がらせを受けていた。Xは警察長官Yに対し、性的嫌がらせに対する適切な処置をしなかったことを理由として、不法行為に基づく訴えを提起した。なお、本件では、Yが警察の長官となっており、公序（public policy）により、Xの訴えが却下されるか否かが争われている。

〈判決〉

Yが、Yの指揮（direction）、支配（control）下にある警察官に対し、注意義務を負うことについて議論の余地がある。このように判示し、Xの訴えは却下されないとした。

〈分析〉

本件では、当事者間に指揮、支配関係がある場合、被告に注意義務が発生するか否かを検討する余地があることが示されている。

②⑩Vowles v. Evans [2003] 1 W.L.R. 1607

〈事案〉

アマチュアラグビー選手Xは、Yが審判を勤める試合でスクラムの際に負傷した。スクラムの第1列の選手と交代した選手が、スクラムについて不慣れな選手だったことが原因である。そこで、XはYに対し、Yの審判としての注意義務を問題として訴えを提起した。Xは、Yには、代替りの選手がスクラムの第1列を担当する選手として適切であるかを確認する義務があったと主張した。なお、審判による確認に関して、ルールが存在していた。

〈判決〉X勝訴

ラグビーは内在的に危険なスポーツであり、ルールの中には危険性を軽減させるように作られているものがある。選手の安全は、ルールの正当な実施に依存する。審判の役割はルールを守らせることである。審判がその役割を果たすことを引き受ける（undertake）ならば、選手には、審判に対し合理的な注意を払ってくれると信頼する資格が与

えられるとすることは、公正であり、正義にかなう、合理的である。このように判示し、Yの注意義務を肯定した。

〈分析〉

この判決では、Yの注意義務の存在を肯定するにあたり、ラグビーの審判が役割を引き受けた（undertake）こと、および、選手の信頼を誘引したことが考慮されている。

②⑪Lennon v. Commissioner of Police of the Metropolis [2004] 1 W.L.R.2594

〈事案〉

Y警察の警察官であったXは、別の警察に転任することになった。転任の手配については、Y警察人事課のAによって行われた。Xは住宅手当を得ていた。この手当は、転任する際の手続きの方法によって受給する資格を失う可能性があったのだが、そのことについてAはXに助言することなく、結局、Xは手当の受給資格を失ってしまった。そこで、Xは、YにはXに関する転任手配の扱い方について過失があり、これによってXに損害を生じさせたと主張した。判決においては、YはXに警告をしなかったという不作為が問題とされた。

〈判決〉X勝訴

Xが回答や助言に頼るであろうことを認識したうえで、転任に関して管理、助言、手配、計画することに対してのYによる自発的な責任の引受けがあり、XとYとの間には近接な関係が存在する。そして、Xが転任するにあたりXの手当が失われないように助言することを含めて、Xの転任を手配、計画する注意義務をYが負うということは、公正であり、正義にかなう、合理的である。このように判示し、Yの注意義務を肯定した。

〈分析〉

本件では、Yによる責任の引受けがYの注意義務の存在を肯定するうえで考慮されている。また、Yによる責任の引受けがあるから、Yの責任を認めることが公正であり、正義にかなう合理的であると述べているように読める。

②Mitchell and another v. Glasgow City Council
[2009] 1 A.C. 874

〈事案〉

AとBは地方公共団体が提供する貸家の借家人（secure tenant）であり、隣家に住んでいた。Bは、Aを大声で罵り、またAの生命を脅かしていた。後に、Bは警察に逮捕された。また、地方自治体は、もし、Bが行動を改善しなければ、B家の所有権を取り戻すつもりであることをBに告げた。しかし、その後も、Bの行動は改善されなかったため、自治体はAに知らせない状態でBを会議に呼び出し、Bに対し、反社会的行動を続けると占有回復を行使することになると警告した。その1時間ほど後に、BはAを暴行し、それが原因でAは死亡した。X（Aの未亡人と娘）は、Y（市議会）にはAに対し傷害の危険について忠告する義務や、会議に関する取り決めをするにあたりAの安全を考慮する義務などがあったとして、Yに対する訴えを提起した。

〈判決〉X敗訴

「Xは、YがBの犯罪行為からAを守ることについて責任を負うことを示す、言葉、あるいは、行動によるいずれの引受け（undertaking）をも指摘することができなかった。そのような状況では、YがBに対してとっていた処置についてAに警告するコモン・ロー上の義務を負うとすることは公正ではなく、正義にかなわず、合理的ではない」。このように判示し、Yの注意義務を否定した。

〈Hope卿の見解〉

Hope卿は、注意義務について、以下の3点に言及する。第1に、損害の予見可能性は、それ自体では注意義務を課するにあたり十分なものではない。第2に、通常、法は他人を保護する積極的な義務を課さない。第3に、法は、単に予見可能性にのみ基づいて第三者の犯罪行為により他人が害されることを防ぐ義務を課さない。そのうえで、以下のように述べる。すなわち、注意義務の発生に関して、「義務は関係（relationship）により創造され、義務の範囲は、その関係の状況において

合理的に予見できる物事によって決定される」。そして、使用者と被用者や、車の運転者その他の道路使用者の場合には、近接な関係（relationship of proximity）があり原告が損害を回復することは、公正であり、正義にかなない、合理的であることは明らかである。また、現在、注意義務を課すにあたり、予見可能性、近接な関係に加え、義務を課することが公正であり、正義にかなない、合理的かを考慮する基準が好まれている。そして、注意義務が課された過去の事例として、（i）被告が危険源を創り出す（creates the source of danger）場合、（ii）損害を引き起こした第三者が被告の監督（supervision）、支配（control）下にあった場合、（iii）（これが本件において特に重要であるとして）被告が原告に対し、責任を引き受けた（has assumed responsibility）場合を挙げる。

そして、結論として、Yが責任を引き受けていない、また、Yは、AがYに対し、Aの安全に対する措置をとることを信頼するように誘引していない。そのため、Yは、Yの採っていた処置についてAに通知する義務を負うとすることは、公正ではなく、正義にかなわず、合理的でない。このように判示し、Yの注意義務を否定した。

〈分析〉

注意義務の有無を判断するうえで本件において重要となった要素は、責任の引受けの有無、および、Aの信頼を誘引したか否かである。

3 作為義務の成立に関して裁判所が考慮する要素

不作為による不法行為が問題となっている裁判例の中には、注意義務の有無を決する際に、専ら予見可能性に基づいているように思われる裁判例もあれば、責任の引受けの有無を判断する裁判例、注意義務を課することが公正、正義、合理的か否かの観点から判断する裁判例、そしてこれらの判断要素を複合的に用いている裁判例もある。このように、裁判例により、様々な言葉を用いて注意義務の有無を判断しているが、これは第1章において述べたように、裁判例が現れた年代によ

り、注意義務の有無を判断する要件が変遷してきた影響を受けているからであろう。しかし、不作為不法行為の事例において、注意義務の有無を判断する際の、不作為不法行為の特殊性に関連した考慮要素は、事案類型による影響はあるが、裁判例が現れた年代には左右されていないように思われる。ただし、これは、不作為の特殊性についてはじめて言及した裁判例⑤以降の裁判例に限られる。

裁判例⑤は、不作為不法行為の事例において、注意義務が成立するためには「特別な関係」が必要であると述べた。そして、裁判例⑤以降に現れた裁判例も、注意義務の有無を判断するための要件について見ていくと、「関係」に注目している。そして、その「関係」は、裁判例⑧⑩⑪⑫によると、不法行為が生じる前に存在していなければならない。また、作為義務を負っていない者が行動した場合、その者は、より事態を悪化させない限り責任を負うことはない。

4 裁判例の類型化

本節で分析した裁判例を事案によって分類すると、どのようになるであろうか。はじめに、法学文献における分類を見る。

まず、Charlesworth & Percyは、(i)財産についての責任 (Liability for property)、(ii)信頼の誘引 (Inducing reliance)、(iii)他人のための責任の引受け (Assuming responsibility for other person)、(iv)仕事を引き受けることによる責任の引受け (Assuming responsibility by taking on a task) に大別する⁽²⁷⁾。

次に、Winfield & Jolowicz は、(i)純然たる不作為がない場合 (Cases where there is not a true omission)、(ii)関係 (relationship)、(iii)財産所有者 (property owners) に大別する⁽²⁸⁾。

また、Clerk & Lindsell は、(i)特別な関係 (special relationship)、(ii)特定の責任の引受け (specific assumption of responsibility)、(iii)第三者による侵害から保護する特殊な責任 (specific responsibility for protection from third

parties) に大別する⁽²⁹⁾。

そして、Edelman & Daviesは、(i)他人のための責任 (Responsibility for other person)、(ii)財産上の危険についての責任 (Responsibility for danger on property)、(iii)他人の不法行為についての責任 (Responsibility for torts of others) に大別する⁽³⁰⁾。

以上のように、法学文献においては、裁判例につき各々独自の分類がなされている。また、裁判例の分析の中で、作為義務が認められる類型に関する裁判官の見解も確認してきたが、そこでも、各々の裁判官により独自の分類がなされている。これらのことから、不作為不法行為の裁判例に関して確立された類型化がなされていないと評価することが可能であろう。そのため、イギリス法における不作為不法行為の裁判例をどのような視点をもって分類すべきかが大きな問題となる。

そこで、本稿では、「関係」に注目して分類を試みることにする。その理由は、不作為の特殊性についてはじめて言及した裁判例⑤におけるDiplock卿の見解において、不作為者に責任を負わせるためには、「特別な関係」が必要とされているためである。また、そのDiplock卿の見解は、いくつかの裁判例においても引用されている。そして、前述のように、土地占有者の責任が問題となっている事例 (裁判例⑪) 以外は、作為義務の成否につき、いずれの裁判例においても「関係」が注目されているためである。

法学文献においても、次のような諸見解がみられる。すなわち、「多くの場合、当事者間あるいは他の要因との関係が、作為義務 (duty to act) の賦課につながるであろう」⁽³¹⁾。「行動を起こす積極的な義務について基礎となるものは、ある者が、他者の福祉の責任、あるいは、他者が第三者を害することを防止することの責任を負うべきであるような関係である」⁽³²⁾。そして、積極的義務を課す根拠として、「3つの状況を確認することができる。1つめに、一方当事者が他方当事者の積極的行動を信頼する資格が与えられる特別な関係が、当事者間に存在する場合。2つめに、他方当

事者の利益のために積極的に行動するという、一方当事者による特定の責任の引受けが存在する場合。3つめに、一方当事者が、他方当事者を第三者により引き起こされる損害から守る特定の責任を負担せねばならない場合⁽³³⁾とする見解である。これらの見解は、いずれも、作為義務を肯定する基礎を「関係」に置いていると評価できることも⁽³⁴⁾、本稿が裁判例の分類を「関係」という視点から行う理由となっている。

判決において注目されている「関係」について、具体的に分類すると、(i)被告と加害原因(危険源)となった物との関係⁽³⁵⁾(裁判例⑦⑫⑬⑭)、(ii)被告と直接の加害者(第三者)との関係(裁判例⑤⑬⑮)、(iii)被告と被害者との関係(裁判例⑬⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓)とに分けられる。さらに、判決において、「関係」に関する言及はないが、裁判例⑤以前に現れた裁判例を「関係」に注目して分類すると、(i)には裁判例⑦、(ii)には裁判例⑩、(iii)には裁判例⑨が加わることになる。なお、裁判例⑪は土地占有者としての責任が問題とされているため、(i)～(iii)には含めないことにする⁽³⁶⁾。土地占有者は、土地上で起きた危険に関して、隣人のためにそのような危険を除去するあるいは減ずる一般的注意義務を負うとされているからである(裁判例⑪)。

5 類型に応じた作為義務の成立基準

(1)形式的基準

次に、作為義務が発生する「関係」であると認められるためには、どのような基準が裁判例において用いられているかを類型ごとにまとめておく。

(i)被告と加害原因(危険源)となった物との関係においては、被告に作為義務を負わせるには、直接の加害原因となった危険源を被告自身が創り出したことが必要となる。なお、その危険源は、損害を発生させる蓋然性が高いという意味において、「特別な危険」を有することが要求される。また、裁判例⑬におけるGoff卿の見解によると、被告自身が危険源を創り出していない場合で

あっても、被告の土地上において第三者が創り出した場合には被告に作為義務が発生する。

(ii)被告と直接の加害者との関係において、被告が直接の加害者を監督(supervision)または支配(control)している立場にあるならば、被告に作為義務が発生する。

(iii)の関係においては、さらに細分化される。第1に、被告と被害者との間に契約関係がある場合、被告に作為義務が発生しうる。第2に、被告と被害者との間に指揮(direction)、支配(control)関係がある場合、被告に作為義務が発生する。第3に、被告による責任の引受けが存在する場合にも作為義務が発生する。第4に、被告が被害者に対して、被告が一定の行動をとるであろうという信頼を抱かせた場合に、被告に作為義務が発生しうる。裁判例を見ていくと、(iii)の場合には、契約がある、または、当事者に契約関係類似の関係がある場合に責任が認められる傾向にある⁽³⁷⁾。

(2)実質的基準

ところで、(i)被告と加害原因(危険源)となった物との関係が問題となる場合は、被告が加害原因を創り出したことが問題となるので、作為義務が認められる基準は明確である。これに対し、

(ii)被告と直接の加害者との関係が問題となる場合、および、(iii)被告と被害者との関係が問題となる場合の作為義務が認められる基準については、未だ明確ではない。すなわち、これまでに本稿は、当事者間に、監督関係、指揮関係、支配関係がある場合に作為義務が発生しうることを明らかにした。しかし、本稿は、裁判例において、実質的にどの程度の結びつきの強さが当事者間に存在することが要求されているかを明らかにしていないのである。

この問題をうけて、以下では、裁判例において要求されている作為義務を肯定するための当事者関係について、より実質的な基準を探る。

A被告と直接の加害者との関係

(a)はじめに、被告と直接の加害者間における、監督 (supervision)、支配 (control) 関係の存否が問題となる事案を見る。これらの関係が問題となったのは、裁判例⑤¹⁷¹⁸である。

まず、裁判例⑤を見る。本判決において、Diplock卿は、「特別な関係」の局面についてふれている裁判例として、Ellis v. Home Office [1953] 2 Q.B. 135判決に言及している。詳細は不明であるが、同判決は、刑務所内の受刑者である原告が他の受刑者により重大な身体的傷害を負わされたため、刑務所を管轄している内務省を訴えたという事案である。Diplock卿は、裁判例⑤におけるYの責任を判断するにあたり、Ellis v. Home Office判決を引き合いに出して次のように述べる。すなわち、被告Y (内務省) と直接の加害者Aとの間に、(i) YがAを少年院に勾留し、Aが少年院内にいる間、Aの行動を支配する法的権利を有し、

(ii) Aの不法行為時に、Yが実際にその法的権利を行使している、そして、(iii) もし、Yが合理的な注意を払えば、受刑者の不法行為を妨げることができたという特性が存在する場合、YとAとの間に特別な関係があると。Diplock卿は、これらの特性と裁判例⑤における事案とを比べて、裁判例⑤においては、(ii)の特性が欠けていることを指摘する。そのうえで、その欠けている特性は、義務の存在に関して本質的なものか、あるいは、その特性を代替するものとして、裁判例⑤における事実関係が新たな法命題を生みだすかを判断しなければならないと述べる。また、裁判例⑤以前の裁判例では、第三者への損害を避けるために他者を支配する義務を問題として、不法行為の類型を扱うことがほとんどなかったと述べる。さらに、注意義務の根源となる関係の下位範疇が結合して、注意義務が発生する関係のより広い類型が確立するためには、裁判例のさらなる蓄積が必要であると述べる。そして、Diplock卿は、「Yと少年院の少年との関係に関して重要なことは、少年を管理下におくYの責任である」と述べた。そして、その責任は監獄法 (“Prison Act”) の規定によって課されるとした。なお、Diplock卿が、上記

(ii)の特性が注意義務の存在に関して本質的なものではないと考えているのか、監獄法の規定がその特性に代替するものであると考えているのかは明示されていない。

裁判例⑤において、注意義務の有無に関する判断の実質をDiplock卿の発言から眺めてみると、法令によって被告に責任が課されていることが問題とされていることが明らかになった。すなわち、同判決における被告と直接の加害者間の支配関係は、少年を管理下におく責任を課す法令によって根拠づけられているのである。

では、受刑者が不法行為を犯したという意味で、裁判例⑤に類似する裁判例①⁸において、Hoffman卿は、「義務は、刑務所の警察が受刑者に対して有する完全な支配から生ずる独特のものである」としている。Hoffman卿は、「完全な支配」の根拠を示していない。しかし、警察と受刑者との関係であることを考えると、裁判例⑤と同様、両者の間には監獄法を根拠とした支配関係があるため、警察の注意義務が肯定されたと考えられる。

次に、監督、支配関係が問題とされた裁判例①⁷では、どのような判断がなされているかを見る。同判決においてKeith卿は、当該事案と裁判例⑤の事案との対比をし、コミッショナーは、損害を引き起こすような日々の活動を支配する力はないと述べる。また、単に、コミッショナーは、会社が業務を続けることを止める権限を有するに過ぎない、そして、その決定は任意的なものであると述べる。

Keith卿は、コミッショナーが有する上記権限を、預金受入会社に関する法令 (“Deposit-taking Companies Ordinance”) から導いている。すなわち、Keith卿は、法令によって、コミッショナーに加害者たる会社の日々の活動を支配する権限が付与されているか、および、コミッショナーが加害者たる会社の業務継続を止めることが義務づけられているかを問題としているのである。もっとも、本判決では作為義務が否定されている。そのため、いかなる事情があれば、コミッショナー

に作為義務が認められるかは明らかにされていない。

(b)被告と直接の加害者との間の関係が問題となる裁判例の数がわずかであり、裁判例から作為義務の成立基準を導き出すことは困難であるが、裁判例⑤⑪⑫によると、法令によって、直接の加害者を管理下に置く権限または責任が被告に課せられているかが問題とされている。あるいは、法令上、被告は、損害を引き起こすような直接の加害者の活動を支配する力や活動を止める義務が存在するかが問題とされている。

これらの裁判例によると、監督、支配関係とは、被告と直接の加害者との間の強い結びつきの存在が要求される。そして、この関係は、法令により根拠づけられる関係であるといえる。

なお、法令により根拠づけられる監督、支配関係はないが、事実上の監督、支配関係がある場合に、作為義務に関して裁判所がどのような判断をするかは、直接言及している裁判例が見当たらないため不明である。この点について、被告と直接の加害者との関係に関する事案であり、少なくとも判決においては法令とYの義務との関係について述べられていない裁判例⑩がある。しかし、本判決が現れた時期との関係から、本判決は不作為の特殊性に言及していないため、本判決の裁判例上の正確な位置づけはできないことを留保しておく。この判決では、保育園を経営するYは、保育園児Aが保育園の敷地から道路に飛び出したため、自動車運転手が単独事故を引き起こしたことについて責任を負うとされた。一般に、保育園児には自律性を期待することはできず、園児を放っておくと、本件のように、園児が保育園外に出ていき交通事故を引き起こし、他者を危険にさらす蓋然性は高い。そのため、保育園内における保育園児の行動については、Y（あるいは、その従業員）による監督が不可欠であろう。そうすると、保育園児Aが道路に飛び出して危険を引き起こすことを避けるためには、Yの監督、支配が不可欠である。そのため、Yの責任が肯定されたと考えることができる。このように、法令により根拠づ

けられる監督、支配関係が問題とされない場合であっても、危険を引き起こす蓋然性が高い直接の加害者の自律性を期待することができず、損害発生につながる行動を防ぐためには被告の監督、支配が不可欠であるといえるような強い結びつきが被告と直接の加害者との間にあれば、被告の作為義務が肯定されるのではなかろうか。

B被告と被害者との関係

(a)次に、被告と被害者との関係が問題となる事案を見る。この関係について言及しているのは、裁判例⑮⑯⑰⑱⑲⑳である。まず、作為義務が否定された事案であるが、裁判例⑮において、控訴院裁判官Beldamは、他者の安全に対する注意義務が発生する関係について、「これらの関係を特色づける特徴は、義務を負わされる当事者が他方当事者の安全のために対策する…という関係における、明示あるいは黙示の信頼である」と述べる。この部分は、被告が被害者の安全のために行動するという、被害者の信頼があれば、被告の作為義務が認められるということであろう。

同じく作為義務が否定された裁判例⑰では、作為義務の成立基準について詳しくは述べられておらず、自発的な責任の引受けは存在しないと述べられているのみである。

裁判例⑱では、被告が、被告の指揮、支配下にある警察官（被害者）に対する注意義務を負うことについて議論の余地があるとされた。しかし、具体的に、どの程度の関係が要求されるかについては明言されていない。

裁判例⑲では、作為義務が肯定されている。判決において、ラグビーの審判の役割について述べられた後に、審判がその役割を果たすことを引き受ける(undertake)ならば、選手は、審判に対し合理的な注意を払ってくれるという信頼する資格が与えられるということは公正であり、正義にかなう、合理的であるとされた。作為義務の成立基準として、被害者の信頼が挙げられている。ここで、「審判がその役割を果たすことを引き受けるならば」と述べられていることから、審判の行動

が、被害者の信頼を誘引したという事情が必要となろう。単に、被害者が、被告が一定の行動をとることを信頼したという事情のみでは、作為義務の成立基準として不十分であると考えられる。

裁判例⑳では、作為義務が肯定されている。被告は、被害者が被告に回答や助言を求めるであろうことを認識していたとされた。そのうえで、被告が、被害者の転任に関して管理、助言、手配、計画する自発的な責任の引受けをしたとされた。ここでは、責任の引受けが作為義務の成立基準として挙げられている。

裁判例㉑では、作為義務が否定されている。被告による被害者に対する責任の引受けがない、および、被告は被害者が被告を頼るように誘引していないとされた。作為義務の成立基準として、責任の引受け、および、信頼の誘引が挙げられている。

(b)以上の分析をまとめると、第1に、裁判例⑳㉑㉒では、被告と被害者との関係が問題となる場合、作為義務の成立基準として、被害者のために被告が行動するという、被害者による信頼が挙げられている。この信頼は、被告によって誘引されなければならない。

第2に、裁判例⑳㉑㉒では、作為義務の成立基準として責任の引受けが挙げられている。第1章第3節において述べたように、責任の引受けが認められるためには、一方当事者の特別な能力、それに対する他方当事者の信頼、そして、その信頼に対する前者の認識が必要である。

第3に、裁判例㉑では、警察長官である被告が、被告の指揮、支配下にある警察官（被害者）に対する注意義務を負うと考える余地があるとされた。しかし、具体的な基準については述べられていない。この点について、次のように考えることが可能であろう。すなわち、被害者が被告の指揮、支配下にあるならば、被害者は被告に対し、被害者のために行動すると信頼を抱く、あるいは、警察長官と警察職員という関係上、被告による責任の引受けが存在するとして、被告の作為義務が肯定される。

これらの裁判例から、被告と被害者との関係が問題となる事案においては、第1に、被告による被害者の信頼の誘引、第2に、被告による責任の引受けが作為義務の成立基準となっている。これらの事案においては、被害者の被告に対する信頼と、その信頼に対する被告の関わりが作為義務の基礎となっているといえよう。

小括

不作為不法行為における作為義務の成立基準について、裁判例の分析を通して明らかになったことをまとめておく。

まず、作為義務を負っていない者が行動した場合、その者は、より事態を悪化させない限り責任を負うことはない。

次に、被告について作為義務の有無を判断する際、裁判例は「関係」に注目している。その「関係」は、(i)被告と危険源との関係、(ii)被告と直接の加害者との関係、(iii)被告と被害者との関係である。そして、各「関係」において、作為義務が肯定される関係であるとされるためには、(i)の関係については、被告自身が危険源を創り出したこと、あるいは、被告の土地上で第三者が創り出したことが要求される。(ii)の関係については、被告と直接の加害者との間に監督、支配関係が存在することが要求される。より具体的には、法令により、被告と直接の加害者との間に監督、支配関係が根拠づけられる場合に、作為義務が肯定される。(iii)の関係については、被告と被害者との間に指揮関係、責任の引受け、あるいは、信頼の誘引の存在が要求される。

おわりに

最後に、本稿が設定した課題を確認し、不作為不法行為における作為義務の成立基準に関する本稿の検討結果、および、昭和62年判決に対する現段階における私見を述べることにする。その後、残された課題を述べて、本稿を閉じることとした。

1 本稿が設定した課題

日本の学説上、不作為不法行為責任の成立に関しては、作為義務が要求される。多くの学説は、作為義務が不作為不法行為独自の要件であることを認め、さらに、作為義務を拡大させることに對しては慎重な態度をとっている。そうすると、具体的にいかなる場合に作為義務が成立し、不作為者が不作為不法行為責任を負うかを解明することが要求されるはずである。しかし、作為義務の具体的な成立基準を提示する学説は、管見の限り2つのみであり、現在のところ、作為義務の成立基準についての議論は不十分であると評価することができる。このような状況に対して一石を投じるため、本稿は、イギリス法における作為義務の成立基準を明らかにすることで、日本法への示唆を得るという課題を設定した。

2 本稿の検討結果

イギリス法においては、原則として、不作為不法行為責任が成立することはない。ただし、「特別な関係」があればその限りではなく、特定の主体に作為義務が認められ、不作為不法行為責任が成立する。このように、イギリス法では、不作為不法行為責任の特殊性が認められている。作為義務が成立する関係の存否は、(i)被告と危険源との関係、(ii)被告と直接の加害者との関係、(iii)被告と被害者との関係において判断される。(i)について、作為義務が認められるためには、被告自身が危険源を創り出したこと、または、被告の土地上で第三者が危険源を創り出したことが要求される。(ii)については、被告と直接の加害者との間に監督、支配関係が存在することが要求される。より具体的には、法令により、被告と直接の加害者との間に監督、支配関係が根拠づけられる場合に、作為義務が肯定される。(iii)については、被告と被害者との間に指揮関係、責任の引受け、または、信頼の誘引の存在が要求される。

3 昭和62年判決に対する現段階における私見

昭和62年判決の事案と判旨はすでに紹介した通りである。本判決は、置石行為をした者Aらと置石行為の動機となった話合いをしたものの、ルール上の置石の存在を認識していなかったYに対し、「置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負う」とした。

第2章において得られたイギリス法の知見に基づいて検討すると、本件は、被告と直接の加害者との関係が問題となる事案である。イギリス法において、被告と直接の加害者との関係が問題となる場合、裁判所が作為義務を認めるためには、両者の間に監督、支配関係が存在していることが必要となる。もっとも、本稿は、日本法のもとで、イギリス法の基準がそのまま妥当するか否かについて検討を行っていない。そのため、イギリス法の基準を日本の裁判例に当てはめることには慎重でなければならない。

しかし、暴行をした加害者と友人関係にあり、暴行現場にいた被告は、暴行を制止する義務、および被害者を救護する義務を負うかが争われた最判平成20年2月28日(判時2005号10頁)においては、いずれの義務も否定されている。また、暴行現場にいた被告は、仲間関係にある者の暴行を制止する義務を負うかが争われた東京地判平成4年7月20日(判タ801号196頁)においても、被告の作為義務が否定されている。もっとも、平成20年判決では、被告は加害者に対し恐怖心を抱いていたことが判示されている。そして、平成4年判決では、被告は仲間達に暴行を止めるように言い、負傷した被害者を救出しようとした経緯が判示されている。これらの点が、作為義務の成立基準にどのような影響を与えるかは、本稿では検討しておらず、今後、明らかにしなければならない問題である。そのため、これらの裁判例のみから日本法における作為義務の基準を明確にすることはできないが、作為義務を認める関係として、単なる仲間という関係では足りないと評価することは可

能ではないかと思われる。そうすると、被告と直接の加害者との関係が問題となる場合に、イギリス法と日本法は作為義務の有無を判断する際に類似の考慮要素を用いていると考えることができる。

イギリス法の基準を昭和62年判決の事案に当てはめれば、YとAは中学生どうしの仲間であるにすぎず、両者の間に作為義務を根拠づけるような監督、支配関係を認めることはできない。したがって、Yに作為義務を認めることはできないとなるであろう。つまり、昭和62年判決が下した結論は、本稿が得たイギリス法の知見からは正当化できないということになる。

どのような理由により昭和62年判決は、Yの不作為不法行為責任を認めたのか、という問題を明らかにするためには、本稿の検討のみでは足りず、今後のさらなる検討が必要となる。特に、昭和62年判決が述べる「先行行為」が何を意味するかを検討する必要がある。さらに、イギリス法に、その「先行行為」と比較することができる概念が存在するか、そして、存在するならば、その概念は、どのような局面で使用されるかを検討しなければならない。

3 残された課題

最後に、本稿での検討から残された課題を述べる。第1に、イギリス法を検討するにあたり、本稿は、過失不法行為（negligence）における不作為の事例に限って検討している。そのため、監督義務者等の責任（日本民法でいうと714条、以下同様）、使用者責任（民法715条）、工作物責任（民法717条）、共同不法行為責任（民法719条）といった不作為が問題となりうる特殊不法行為の責任の場合に対しても、本稿が示したイギリス法の知見の射程が及ぶのかは明らかにしていない。イギリス法における不作為不法行為と特殊不法行為の責任とが、いかなる関係にあるかを明らかにすることが今後の課題である⁽³⁸⁾。

第2に、本稿は、イギリス法の検討に重点をおいたため、不作為不法行為に関する日本の裁判例

の検討を行っていない。日本法のもとではいかなる場合に作為義務が認められるのかを明らかにしなければならない。そのうえで、作為義務の成立基準についてイギリス法の検討から得られた知見は日本法との関係でいかなる意義を有するかを検討しなければならない。

本稿が明らかにしたことは、イギリス法のもとではいかなる場合に作為義務が認められるかということのみであり、多くの残された課題がある。

⁽¹⁾ 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、1985年）292頁。

⁽²⁾ 四宮・前掲書注(1)292頁、加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974年）133頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（復刻版）』（日本評論社、1988年）110頁、前田達明『民法Ⅳ2（不法行為法）』（青林書院、1980年）109頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992年）29頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』（有斐閣、1996年）83頁、吉村良一『不法行為法（第4版）』（有斐閣、2010年）65頁。

⁽³⁾ 四宮・前掲書注(1)292頁。

⁽⁴⁾ 前田・前掲書注(2)109頁。四宮・前掲書注(1)292頁。なお、末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1919年）1061頁は、法令、契約を挙げた後に「一定ノ作為ニ因リテ損害ヲ生ジ得ベキ危険状態ヲ惹起シタル者ハ之ニ因リテ損害ノ発生スルコトヲ防止スベキ作為義務ヲ負担スル」と述べている。澤井・前掲書注(2)83頁は、具体的法規、先行行為を挙げる。橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、2006年）28頁は、支配領域および先行行為を挙げる。吉村・前掲書注(2)65～66頁は、法令と慣習、条理を挙げる。また、裁判例として、東京地判昭48・8・29判タ300号264頁では、（作為義務は）「法令の規定又は契約によって定められたもののみならず、私法秩序の一部をなすものとして法による強制を要請される慣習もしくは条理に基づく義務をも含

むと解すべきである」とされている。

- ⁽⁵⁾ 橋本・前掲書注(4)22頁。
- ⁽⁶⁾ 加藤・前掲書注(2)133頁、前田・前掲書注(2)109頁、橋本・前掲書注(4)22頁、吉村・前掲書注(2)66頁。
- ⁽⁷⁾ 四宮・前掲書注(1)293頁、加藤・前掲書注(2)133頁、幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）19頁、我妻・前掲書注(2)111頁。
- ⁽⁸⁾ 末弘・前掲書注(4)1059～1060頁。
- ⁽⁹⁾ 平井・前掲書注(2)29頁、吉村・前掲書注(2)66頁注、橋本・前掲書注(4)22頁など。
- ⁽¹⁰⁾ 藤岡康弘ほか『民法Ⅳ－債権各論（第3版）』（有斐閣、2007年）238～239頁。
- ⁽¹¹⁾ 平野裕之『不法行為法（第2版）』（信山社、2009年）22頁。
- ⁽¹²⁾ 中井美雄「不作為による不法行為」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座1 総論』（日本評論社、1997年）110頁においては、「不作為における作為義務としての結果発生防止義務と作為の場合の注意義務としての損害防止義務＝回避義務は果たして異質のものであるかどうか、曖昧になってくる」と指摘されている。そのうえで、「この二つの法的義務の関係をどのように解するかが問題となる。不作為の場合の作為義務はどのような特質を有するかが明らかにされなければならない」と述べられている。
- ⁽¹³⁾ 橋本・前掲書注(4)25頁においても、「個人主義・自由主義の基本思想のもとでは、『他人を害してはならない』という禁止規範こそ一般的に妥当しても、『他人を損害から保護せよ』という一般的作為義務は肯定しがたい」。そして、「作為義務は、他者法益を侵害から救助する行為や法益侵害の危険を制御する行為を、個別化された範囲で命じうるととどまる」と述べられている。その理由として、「前者の一般禁止規範のもとでも、各人には他人を害しない限りで広く行動の自由が残されている。これに対して、後者の一般的作為義務を仮に承認するならば、各人は、他人の権利を保護するための無数の作為を命じられ、その行動の自由を侵奪さ

れてしまうことになろう」ことが挙げられている。そのうえで、「作為義務要件は、成立要件上の位置づけとしては過失要件（行為義務）のもとに解消すべきとしても、義務の成否の次元では行為義務に対する独自性を否定することができない。作為義務の成否については、行為義務の場合と異なる独自の判断基準が妥当しているのである」とし、不作為不法行為の独自性を認める。

- ⁽¹⁴⁾ 橋本・前掲書注(4)26頁においても、「従来の議論は、義務の成否に関する実質的な判断基準を提示せず、また、義務の実質的成立根拠を解明しない」と指摘されている。
- ⁽¹⁵⁾ 瀬川信久「民法709条」広中俊夫ほか編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）580～583頁。
- ⁽¹⁶⁾ 橋本・前掲書注(4)28～30頁。
- ⁽¹⁷⁾ 橋本・前掲書注(4)28頁。
- ⁽¹⁸⁾ 外国法を紹介している文献として、以下のものがある。アメリカ法の紹介として、樋口範雄「よきサマリア人と法——救助義務の日米比較」石井紫郎ほか編『外から見た日本法』（東京大学出版会、1995年）243頁、佐藤雄一郎「不作為型不法行為における作為義務の根拠について——事前の関係のない第三者に対する責任」東海法学30号51頁（2003年）。フランス法の紹介として、高畑淳子「フランスにおける不作為不法行為についての一考察——行為義務の観点から」『フランス法における契約規範と法規範』（法律文化社 2003年）370頁。ドイツ法の紹介として、浦川道太郎「クリスティアン・フォン・パール著『社会生活上の義務——ドイツ不法行為における裁判官により形成された危険防止命令』（一）・（二）」早稲田法学57巻1号（1981年）119頁、57巻2号（1982年）261頁、錦織成史「民事不法の二元性（二）・（三）——ドイツ不法行為法の発展に関する一考察」法学論叢98巻3号（1975年）25頁、4号（1976年）68頁、椿寿夫他編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）92頁～97頁〔青野博之執筆〕、潮見佳男『民事過失の帰責構造』（信

山社、1995年）212～215頁、橋本・前掲書注(4)がある。

⁽¹⁹⁾ 例えば、窓に置いていた花瓶が窓から落下して通行人を負傷させたというような、「花瓶を窓に置いた」という作為と「花瓶が落ちないようにする処置を講じていなかった」という不作為の双方を考慮することができる場合。

⁽²⁰⁾ 本稿第2章第1節において掲げる、Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C.1004判決（裁判例⑤）におけるDiplock卿の見解参照。

⁽²¹⁾ Home Office v. Dorset Yacht Co Ltd [1970] A.C.1004判決（裁判例⑤）において、Reid卿によりこのような評価がなされている。

⁽²²⁾ 本稿が本文中で分析する裁判例は、イギリスの裁判例、および、後に掲げるイギリスの法学文献において、過失不法行為（negligence）における不作為（omission）として扱われているものである。本稿は、複数の裁判例、および複数の法学文献において、詳細に紹介され、論じられている裁判例を中心に分析している。そのため、本稿で分析する裁判例を見ることで、イギリス法の不作為不法行為における作為義務の成立基準を解明することが可能であると考えられる。

⁽²³⁾ 後に見るように、不作為不法行為責任に関するすべての裁判例において、「特別な関係」という言葉が用いられているわけではない。

⁽²⁴⁾ Hoffman卿により述べられていることは、注(13)において掲げた橋本の説明と同旨であると評価できる。

⁽²⁵⁾ Clerk & Lindsell on Torts 20th ed. (Sweet & Maxwell, 2010) [hereinafter referred to as Clerk & Lindsell], p.446では、危険を創り出したことについては責任を肯定できない場合であっても「危険を創り出した者は、結果として生じる損害を防ぐ予防策を講じる必然の義務を負うだろう」と述べられており、その一例として紹介されている。

⁽²⁶⁾ 注(25)で述べたように、Clerk & Lindsell p.446において、責任なく危険を創り出した者は、損

害を防ぐ予防策を講じる義務を負うと述べられている。また、Mitchell and another v. Glasgow City Council [2009] 1 A.C. 874判決（裁判例②②）におけるHope卿の見解においても、単純に「被告が危険を創り出す」場合に、被告には不作為について責任を負うとしか述べられていない。これらの見解との関係で、Goff卿が、「不注意に」という言葉にどのような意味をこめているかは不明である。

⁽²⁷⁾ Charlesworth & Percy on Negligence 12th ed. (Sweet & Maxwell, 2010) [hereinafter referred to as Charlesworth & Percy], pp.43-53.

⁽²⁸⁾ Winfield & Jolowicz, Tort 18th ed. (Sweet & Maxwell, 2010) [hereinafter referred to as Winfield & Jolowicz], pp.196-206.なお、純然たる不作為がない場合とは、被告が何らかの行為を行っている中で不作為が問題となっている場合が想定されている。具体的な事案としては、East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent [1941] A.C. 74判決（裁判例⑧）等が挙げられている。

⁽²⁹⁾ Clerk & Lindsell, pp.449-457.

⁽³⁰⁾ Andrew Burrows (ed.), English Private Law 2nd ed. (Oxford University Press, 2007) [hereinafter referred to as English Private Law], pp.1220-1222 (Jeams Edelman & John Davies).

⁽³¹⁾ Winfield & Jolowicz, p.198.

⁽³²⁾ English Private Law, p. 1220.

⁽³³⁾ Clerk & Lindsell, p.449.

⁽³⁴⁾ Charlesworth & Percy, p.41では、関係という言葉を用いるこれらの見解に対し、作為義務の基礎として、関係という言葉を用いることなく、信頼（reliance）の要素、支配（control）、責任の引受け（assumption of responsibility）が、積極的な作為義務が存在するであろう様々な事案類型の基礎にあると考えられるであろうとしている。しかし、この見解も、関係という言葉自体は用いていないものの、当事者の関係に注目している。

⁽³⁵⁾ 危険を創り出した者が作為義務を負うことに
関して、事案と判決内容を確認することがで
きる資料を入手することはできなかったが、
Clerk & Lindsell, p.446 において、以下の裁判
例が注において紹介されている。まず、「製品
に危険な特徴があることを知る製造業者は、使
用者に警告する義務を負っているであろう」
として、Vacwell Engineering Co Ltd v. BDH
Chemicals Ltd [1971] 1 Q.B. 111判決を注に付し
ている。続けて、「それは、危険な欠陥が、製
品の販売後に発見される場合にもあてはめるこ
とができるだろう」としてE Hobbs Farms Ltd
v. Baxendale Chemical Co Ltd [1992] 1 Lloyd's
Rep判決を注に付している。なお、後者の裁判
例は、注において、製造物責任の問題としてと
らえられているようである。

⁽³⁶⁾ Goldman v. Hargrave [1967] 1 A.C.645判決
(裁判例⑪)においても、土地占有者の義務
(occupier's duty) が問題とされている。そ
して、法学文献においても、財産についての責
任は独立した類型として扱われている。

⁽³⁷⁾ 前述のように、契約関係を理由として被告の作
為義務を認めたStansbie v. Troman [1948] 2 K.B.
48判決(裁判例⑨)は、Goff卿とHope卿によ
ると責任の引受けの事例であるとされている。し
かし、責任の引受けの要件とされるのは、一方
当事者の特別な能力、それに対する他方当事者
の信頼、そして、その信頼に対する前者の認識
である。同判決においては、一方当事者の特別
な能力は、不作為者に要求されている作為との
関係で問題とならない。そうすると、同判決は
純粹な責任の引受けの事例であると考えること
はできないのではないと思われる。一方で、
同判決において認められた作為義務は、当事者
間の契約内容と直接的な関係はないように思わ
れる。このような事情から、同判決を、どのよ
うな関係を根拠として作為義務を認めた事例で
あるかということについては、さらなる検討を
要するであろう。また、被告の作為義務を肯定
しうる関係として、前述したBeldam裁判官と

Hope卿による見解の中で、使用者と被用者とい
う関係があげられている。使用者と被用者との
間には雇用契約があるが、使用者の被用者に対
する注意義務は契約関係から直接導くのか、そ
れとも、責任の引受けのような理論から導く
のかは明らかではない。この点については、イギ
リス法における使用者の責任について研究す
る必要がある。また、類似した問題として、例
えば、医療契約がある場合の医師の作為義務が問
題となる事例に関しても同様である。被告と被
害者との関係が問題となる類型においては、本
稿の検討のみでは不十分であり、不法行為にお
ける不作為以外の領域を研究する必要がある。

⁽³⁸⁾ 本稿が行ったイギリス法の検討によっては、
不作為不法行為責任を肯定する類型として、昭
和62年判決が述べたような「先行行為」の類型
を発見することはできなかった。イギリス法の
「先行行為」は、本稿が検討対象とした過失不
法行為(negligence)以外の領域において、論
じられている可能性がある。また、昭和62年判
決の事案は、共同不法行為とも関連している。
そのため、イギリス法における過失不法行為に
よっては、昭和62年判決の結論を説明すること
はできないが、イギリス法における共同不法行
為によって説明することができるのかもしれ
ない。以上のことを明らかにするため、イギリ
ス法における、不作為が問題となりうる特殊不
法行為の責任について研究しなければならない。

(きつい ゆうた 北海道大学大学院法学研究科
修士課程修了)