論　説

銀行監督上の失敗と国家賠償責任
―カナダ / オーストラリア

弥永　真生

Ⅰ　カナダ

1　Anns/Kamloops テスト

注意義務が認められるのは、狭い意味での信認関係が存在する場合に限定されるべきであるとは考えられず、情報または助言を求めている者が、当該状況が求める程度の注意を他の者が払うことを信頼し、前者がそのように信用することが合理的であり、かつ、前者が後者に信頼を置いていることを後者が知っているか知っているべきときに後者が情報または助言を与えたという関係がある場合にも、注意義務は存在するとした *Hedley Byrne* 事件貴族院判決[1]は、20年以上にわたって「カナダの裁判所に拒絶され、無視され、批判され続けた」と指摘されている（Feldthusen [1995] p.149）。

そして、たとえば、*Rivtow Marine* 事件控訴裁判所判決[2]は、*Hedley Byrne* 事件判決の射程を狭く解して、原告の請求を棄却した。最高裁判決[3]における法廷意見も、*Hedley Byrne* 事件の類型以外の純粋経済損失にまでネグリジェンス責任を拡張することはしなかった。法廷意見は、購入者の負担した修理費や逸失利益の賠償義務を製造者に課すことを認めることは、製造者に品質保証を強制するのと同じことになるとした。これは、欠陥製品の購入者は品質保証契約を、製造者と直接、締結しているのでなければ、契約に基づいて修理費用の賠償を求めることはできないと解されていることから、不法行為責任についても、製造者は、予見可能な物理的損害についてのみ購入者に対して賠償責任を負い、経済損失についての賠償請求は認めら

1　*Hedley Byrne & Co.Ltd. v. Heller & Partners Ltd.,* [1964] AC 465.
2　*Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works,* [1972] 3 W.W.R. 735, 26 D.L.R. (3d) 559.
3　*Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] SCR 1189.

れないという解釈を前提とするものであった[4]。

他方、*Laskin* 判事は、修理費等の賠償責任はネグリジェンスの一般法理から導くことができるという少数意見を述べた。すなわち、製造者は物理的損害を生じさせるおそれのある欠陥製品を製造しない注意義務を負っており、製造物の欠陥が原因で物理的損害が生じた場合には、その物理的損害から派生した経済損失の賠償も従来から認められてきたのであり、これは、物理的損害が生じるおそれが存在し、かつ損害を受けるおそれがあると予見可能な者の範囲に原告が属している場合にも、経済損失に対する救済を根拠づけるとした。

そして、*Laskin* 判事の少数意見は、二段階テスト（two-stage test）を採用した1978年の *Anns* 事件貴族院判決[5]における *Wilberforth* 卿の意見に強い示唆を与えた[6]。二段階テストとは、注意義務の存否は当該事案が注意義務を肯定した過去の判例の事案類型に該当するかどうかではなく、二段階に分かれた一般的基準に照らして決定されるという判断枠組みである。

すなわち、第一段階として、当事者間に損害発生を合理的に予見できるほどの近接関係（proximity）ないし隣人関係があれば、一応の（*prima facie*）注意義務が推定される。第二段階として、推定されたその注意義務を制限ないし否定すべき法政策的事情の有無を考察する。

すなわち、特定の状況において注意義務が生じることを証明するためには、当該事件の事実を、注意義務が存在すると判示されている従前の事実に当てはめる必要はなく、むしろ、この問題は二つの段階に分けてアプローチされるべきであるとする。まず、第一に、違法行為を行なったと申し立てられている者と、損害を被った者との間に、前者が合理的に注意を払わなければ、その不注意が後者に損害を引き起こす可能性が高いと合理的に予見できるほどに十分な近接的なまたは隣人関係――これがある場合には一応の注意義務が生じる――があるか否かを問わなければならない。第二に、もし第一の問題に答えが肯定的であるのであれば、その注意義務の対象となる人の範囲、または、その義務の違反によって生じるであろう損害賠償

4　もっとも、当該事件においては、警告義務を生じさせる関係の近接性が認められるとして、原告の請求を一部認容した。

5　*Anns v. London Borough of Merton,* [1978] AC 728.

6　*Wilberforth* 卿は、*Laskin* 判事の少数意見とニュージーランドの *Bowen v. Paramount Builders (Hamilton) Ltd*., [1977] 1 N.Z.L.R. 394から強い示唆を受けたとしている（at 759–760）.

を否定または制限すべき事情が存在するか否かを検討することが必要である[7]。

ところで、1980年代のカナダにおいては、*Anns* 事件判決に従って、公的当局（public authority）の責任[8]についての判断が示されていた[9]。とりわけ、*Kamloops* 事件において、最高裁は、*Anns* 事件判決が示した二段階テストを、以下のように再定式化して採用した[10]。すなわち、（１）当事者（被告と損害を被った者）間に、被告側の不注意によってその者に損害が生じうることを被告が合理的に予見できるほど十分な近接関係が存在するか。これが肯定される場合に、（２）（a）義務の範囲、および（b）義務を負う対象となる人の範囲または（c）義務違反によって生じる損害賠償を、否定ないし制限すべき事情が存在するかを検討するというものである（*Anns/Kamloops* テスト）。

このアプローチは、連合王国における、人身や家具などに物理的損害が生ずる前に瑕疵が発見された場合には、その修理費は純粋経済損失であり、契約関係のない請負業者に対して損害賠償を求めることができないとした *D&F Estates* 事件判決[11]や *Murphy* 事件判決[12]の後も、カナダにおいては支持されてきた。たとえば、1995年の *Winnipeg* 事件判決[13]は、*D&F Estates* 事件判決は契約責任と不法行為責任との競合を認めるカナダの判例と整合的ではないとして、*Rivtow Marine* 事件判決における *Laskin* 判事の少数意見が強い説得力を有する（at 116）として、*Anns/Kamloops* テストに沿って判断を示した。また、*Norsk* 事件判決[14]においても *Hedley Byrne* 事件と同様の事案を除き、純粋経済損失に対する救済を否定する *Murphy* 事件判決の

7　しかも、*Anns* 事件判決後も、不作為（あるいは積極的に行動すべき義務に対する違反）を理由とする訴えに関しては、連合王国において、裁判所は一貫して義務の拡大には消極的な態度をとってきた（*e.g. Lamb v. London Borough of Camden,* [1981] 2 All ER 408 (CA), *P.Perl (Exporters) Ltd V. Camden London Borough Council,* [1984] QB 342, *King v. Liverpool City Council,* [1986] 3 All ER 544, *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd,* [1987] 1 All ER 710）。

8　*For details, see e.g.* Reynolds and Hicks [1992], Perell [1994].

9　*e.g. Barratt v. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 SCR. 418; *City of Kamloops v. Nielsen,* [1984] 2 SCR 2.

10　*Rivtow Marine* 事件判決における法廷意見との整合性が問題となるが、先例を見直すのであれば、大法廷での審理によるべきであると考えた最高裁は、*Rivtow Marine* 事件が不法行為よりむしろ契約責任の問題であったことや私人間の訴訟であったことなどを理由に本件とは区別されるとした。

11　*D&F Estates Ltd v. Church Commissioners for England and Wales*, [1989] AC 177; [1988] 2 All ER 992.

12　*Murphy v. Brentwood District Council,* [1991] 1 AC 398.

13　*Winnipeg Condominium Corporation No.*36 *v. Bird Construction Co.,* [1995] 1 SCR 85.

14　*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 SCR 1021.

立場は適切ではなく、カナダでは、*Anns/Kamloops* テストによるべきであるとされていた（at 1054 (per La Forest J.); at 1155 (*per* McLachlin J.); at 1167 (*per* Stevenson J.)）。

Winnipeg 事件判決の法廷意見を執筆した *La Forest* 判事は、*Norsk* 事件判決において、純粋経済損失を５つのカテゴリーに分類するという類型的アプローチを示したが、これは、*Winnipeg* 事件においても維持されている。*Norsk* 事件判決における *La Forest* 判事の類型的アプローチは、*Feldthusen* の論稿（Feldthusen [1991]）に依拠したものであり、過失による不実表示、過失による役務提供、欠陥がある製品・建築物、関係的経済損失及び公的当局の責任に分けて、考察を加えるというものである。

なお、*Kamloops* 事件判決が、公的当局が不作為（nonfeasance）について損害賠償責任を負う可能性があるとした点は、判例法上、大きな変更であったと評されている（Perell [1994] p.52）。

2　Just 事件判決

Just 事件判決[15]において、*Cory* 判事は、*Anns* テストを適用して、州は、公道を用いる者に対して注意義務を負うとし、公道の使用者である原告は、たしかに、被告との間での十分な近接性（proximity）を有しており、公道が合理的に維持されていなければ、公道の利用者に危害が及ぶということは、公道局にとって容易に予見可能なリスクであったとした。そして、まず、適用されるべき法令が公道の維持について被告に何らかの義務を課しているか、それとも、そのように維持しなかったことから生ずる責任からの免除を定めているかを確かめなければならないとし、その上で、その量と質を含む検査の仕組みが政府機関の「政策的な（policy）」判断にあたり、それゆえに、責任を免れることを理由として、州が免責されるべきかどうかを決定しなければならないとした（at 1236）[16]。

15　*Just v. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia*, [1989] 2 SCR 1228.

16　なお、*Kamloops* 事件判決において、*Wilson* 判事は、当該事案において損害賠償を認めることが、*Ultramares* 事件判決において言及された無限定の責任（indeterminate liability）に公的をさらすことにはならないとする一方で、経済損失の賠償を得るためには、制定法が公法上の義務に加えて公的について私法上の義務を創設していることが必要であるとの見解を示している。そして、裁量を善意で行使してなされた、公的当局の政策的な決定の結果生じた損失は賠償の対象とはならないし、政策的な決定の実施にあたって生じた損失も、その実施上の判断が政策的要素を含む場合には賠償の対象とはならない一方で、実施上の過失などの政策的な決定の実施にあたって生じた損失は賠償の対象となりうるとした（[1984] 2 SCR 2, at 35）。

そして、「政策的な」と「実施的な（operational）」との区別については、オーストラリアの *Sutherland Shire Council v. Heyman* 事件判決[17]を参照し、「政策的な要素と実施的な要素との間の区別を定式化することは容易ではないが、財政的、社会的または政治的な要素や制約を含み、またはそれらによって決定づけられる判断に関しては、公的当局は注意義務を負わないことをわれわれが認めるならば、両者の間の分割線は見えてくるであろう。資源の配分を含むような予算の配分と制約は注意義務の対象とすることはできない。…しかし、行政上の指示、専門家または職業人の意見、技術的基準または合理性の一般的基準の結果（product）にすぎない行為または不作為に対して注意水準を適用することを裁判所が求められたときには、異なるであろう」と判示した（at 1242）。

なお、*Cory* 判事は、「しばしば、政府機関は、非常に多くの領域で生ずる、多様かつ難しい状況の中で、公衆を保護することができる最も適した主体であり、現実には唯一の組織であったし、ありつづけている」とし、生活の増加する複雑性は毎日の生活のほとんどすべての局面における政府機関の関与をもたらし、時の経過とともに、増大する政府活動は、それが私人間で生じたとすれば、不法行為責任を生じさせるようなできごとにつながるものとなっていると判示した（at 1239）[18]。

ところで、20世紀のカナダ不法行為法の中核には *Atkin* 卿の隣人原則[19]があったと指摘されている（Klar [2013] p.357）。そして、*Anns* 事件判決以降、3でみる *Cooper* 事件判決までの間、カナダにおいては、*Just* 事件判決に表れているように、公的当局が政府の落ち度によって害を受けた者に対して負うと推定される注意義務（presumptive duty of care）は、隣人原則にその基礎を置いていた[20]。公的当局の任務

17　(1985) 60 A.L.R. 1, 157 C.L.R. 424.

18　もっとも、「国（the Crown）に課される注意水準が、個人が負う注意水準と異なることはある。…政府機関には、関連するリスクの性質と量とがバランスしていること、ならびに、予算の限度及び利用可能な人員と設備を含むすべての状況に照らして検査システムが合理的であり、課されている注意義務の水準をみたしていることを示すことが許されるべきである」（at 1244）とも指摘していた。

19　「あなたの隣人を愛しなさいというルールが法になり、あなたはあなたの隣人を害してはならないことになる。わたしの隣人とは誰かという法律家の質問に対して制限的な答がなされる。あなたはあなたの隣人を害する可能性が高いとあなたが合理的に予見できる作為または不作為を避けるための合理的な注意を払わねばならない。それでは、法律上、わたしの隣人とは誰か。その答えは、問題となっている作為または不作為に着目したときには、わたしの行為の影響を受ける者として、当然、念頭に置かねばならないほど、わたしの行為から、きわめて密接にかつ直接に（closely and directly）影響を受ける者であると思われる」（*Donoghue v. Stevenson,* [1932] AC 562 (per Lord Atkin)）。

20　*See* Klar [2011] Chapter 12.

と権限は制定法に由来し、それらの制定法は明示的には私的訴権を定めていないにもかかわらず、しかも、1983年[21]以降、カナダの不法行為法は、制定法上の義務違反を不法行為の類型とは認めないという立場をとっていたにもかかわらず、政府及びその他の制定法上の当局は、その過失ある行為による、合理的に予見可能な被害者に対して賠償責任を負うとしばしばされてきた。これは、失当行為にも不作為[22]にも、また、身体損害や物的損害にも純粋経済損失にもあてはまっていた。

他方、連合王国において、1990年代に広く受け入れられていた解釈は、公的当局の権限行使は、権限行使が直接的に誰かに損害を与える場合があるものと、建築規制への適合性検査のように、直接的には、他の者の行為が被害を生じさせるものとに分けることができるが、公的当局が、損害の原因を直接作り出すか、作り出すこととなった過程を高度に規制している場合には、公的当局は損害賠償責任を負うべきとされる場合があるのに対して、損害の原因が、直接的には第三者の行為である場合には、*Caparo*事件判決[23]によって定式化された３つの規準を満たさないかぎり、公的当局は責任を負うこととはならないというものであった[24]。ここでいう３つの規準は、（a）損害の発生について、公的当局に予見可能性があること、（b）公的当局と被害者との関係に近接性が認められること、及び、（c）公的当局の注意義務を認めることが公平、公正かつ合理的である（fair, just and reasonable）ことと整理されていたが、政策的 / 実施上（policy/operational）の区別は、濫訴の懸念や権限行使に当たっての公的当局の判断をゆがめる危険というような公共政策の見地から注意義務の存在を否定すべき点はないかを検討する（c）のレベルで判断されていた。

たとえば、公道管理について責任を負う行政庁であるノーフォーク・カウンティ・カウンシルが、国鉄（当時）が所有する交差点付近の道路脇にある土手のため交差点の見通しが遮られ、非常に危険であることを知りつつ、本件事故が起きるまで、漫然とこれを放置したとして、1980年公道法に基づく権限を適切に行使しな

21　*Queen v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 SCR 205.

22　単なる不作為は不法行為として訴求できないというのが原則であることについて、たとえば、Benson[2010], Cohen and Smith [1986] p.21など参照。また、Feldthusen [1997] も参照。

23　*Caparo Industries plc v Dickman & others,* [1990] UKHL 2; [1990] 1 All ER 568; [1990] 2 AC 605. *See also, X (Minors) v. Bedfordshire County Council*, [1995] UKHL 9; [1995] 2 AC 633.

24　Booth and Squires [2006] p. 663−676. *See Barrett v. London Borough of Enfield*, [1999] UKHL 25; [2001] 2 AC 550; [1999] 3 All ER 193, [1999] WLR 79. *Phelps v. Mayor etc. of The London Borough of Hillingdon,* [2000] UKHL 47; [2001] 2 AC 619; [2000] 4 All ER 504; [2000] 3 WLR 776.

かったことにつきコモン・ロー上の注意義務違反があったとして訴えられた事件に係る *Stovin* 事件における貴族院の法廷意見（*Hoffmann* 卿）[25]は、工事をいつ行い、そして予算執行をどの会計年度で行うのかといった裁量が残されているのであって、これに注意義務を課すことは、「当局の予算上の決定を司法による審査の対象とすることになり、これは、地方公共団体が付した優先順位を損なうものである」[26]として、ノーフォーク・カウンティ・カウンシルの賠償責任を否定した。これに対して控訴院判決[27]及び貴族院における反対意見（*Nicholls* 卿）は、国鉄との協議をふまえて、土手の工事のための予算措置までとられていた以上、すでに政策的判断を終えた実施上のものであるというべきであって、不作為責任を負わせても、公的当局の権限をゆがめることにはならず、注意義務を課すことは公正で合理的であるとしていた。

3　Cooper 事件判決

Cooper 事件は、モーゲージ・ブローカーが一般投資家から集めた多額の資金を不正な目的に流用したため損失を被った投資家が、モーゲージ・ブローカーに免許を付与し、監督する立場にある登録官が速やかに業務停止を命じ、投資家にそのモーゲージ・ブローカーについて検査が行われている旨を通知していれば、投資家が損失を被ることを防ぎ、または損失を軽減できたとして、登録官と州政府に対して訴えを提起したというものである。

最高裁[28]は、この事案における問題状況は、判例で確立されている既存の類型のいずれにも該当しない新しいものであるとしたうえで、*Anns* テストに「立ち戻り」、「法政策的考慮がネグリジェンス責任の範囲決定で果たす役割に光をあてて磨きをかける」（at 552）として修正を加えた。すなわち、従来の第一段階の基準では、損害発生の合理的予見可能性（foreseeability）があれば当事者間に十分な近接性（sufficient proximity）が認められ、一応の注意義務が推定されていた。つまり、予見可能性と近接性はおおむね同一のものと位置付けられていたのに対し[29]、*Cooper*

25　*Stovin v. Wise*, [1996] AC 923; [1996] UKHL 15; [1996] 3 All ER 801; [1996] 3 WLR 389.
26　[1996] AC 923, at 958.
27　*Stovin v. Wise*, [1994] 3 All ER 467, [1994] 1 WLR 1124.
28　*Cooper v. Hobart*, [2001] 3 SCR 537.
29　近接性は、おそらく、1932年の *Donoghue v. Stevenson* 事件判決（[1932] AC 562）から、遅くとも、（連合王国における *Anns v. Merton* 事件判決よりも前の）1970年代初頭から（*See e.g. Welbridge Holdings v. Winnipeg,* [1970] SCJ No 102; [1971] SCR 957, *Haig v. Bamford*, [1977]

事件最高裁判決は、予見可能性に加えて[30]近接性が必要であるとし、両者を別個の要件とした。そして、近接性の有無は、当事者間の「期待、表示、信頼、関わっている財産その他の利益」など様々な事情を考慮して、被告に注意義務を課すことが「公正かつ公平（just and fair）」であるかどうかによって判断されるとした[31]。

これは、従来は第二段階で考慮されていた（被告側に証明責任のある）法政策的要素であり、それが第一段階で考慮すべき事項に組み込まれたことは、挙証責任が原告に転嫁され、立証できない原告は訴えを却下されるリスクを負うことを意味する。そして、第二段階では、「残りの法政策的理由」、すなわち注意義務を認めることによって他の法的義務、法体系および社会に与える影響というような、より一般的事情を考慮することによって、注意義務の存在を否定すべきかどうかが考察されることになる。

Anns/Kamloops テストの第一段階を２つに分け、近接性の要件を追加するという

---

1 SCR 466）、カナダ不法行為法の本質的構成要素の１つではあった。しかし、オーストラリアなどとは異なり、*Cooper* 事件判決までは、近接性という要件は着目されていなかった（Kostal [1995] p. 104）。とりわけ、公的主体の責任についての裁判例では重要な役割を果たしてこなかったということができ、せいぜい、免責（immunity）との関連で、2 で見た *Just* 事件判決において表面的に取り上げられたにとどまっていた。

30　たとえば、*Wirth v. Vancouver (City)*, (1990), 71 D.L.R. (4th) 745, [1990] W.W.R.225 (B.C.C.A.) は、都市計画に関する法律は、隣接する不動産の所有者の経済的利益を保護することを目的とするものではないとして、侵害のリスクの単なる予見可能性を理由とする純粋経済損失についての賠償を認めることはできないとした。

31 「近接性」はどのような要素を考慮に入れて判断されるのかという問題がある。たとえば、*Cooper* 事件判決は、「近接性の要件をみたす要素は多様で（diverse）、当該事案の状況に依存する。１つの統一された特徴を見出そうとすることは無駄である」と指摘した。なお、*McLachlin* 判事は、*Hill v. Hamilton-Wentworth* 事件判決において、近接性が存在するかどうかの分析において最も基本的な要素は、行為者と被害者との間に「密接かつ直接（close and direct）」という語で通常表現されるような関係があるか否かであるとのべている（(2007), 50 C.C.L.T. (3d) 1, at para. 29）。近接性に関する裁判所の先例を概観したものとして、たとえば、*Taylor v. Canada (Attorney General),* 2012 ONCA 479参照。

なお、*R v. Imperial Tobacco Canada Ltd.,* [2011] 3 SCR 45においては、私人間の訴訟で、過失による不実表示における近接性の判断テストとして採用されているもの（*Hercules Managements v. Ernst & Young*, [1997] 2 SCR 165) に依拠して、近接性の判断がなされた。もっとも、*R v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* 事件判決が、*Hercules Managements* 事件判決に依拠して、原告が被告の表示に信頼を置くこと及びそのような信頼が特定の状況の下で合理的であることを被告が合理的に予見できたという要件のみで、近接性を認めたことについては、不実表示との関連では誤っていると解されている。すなわち、さらに、被告が原告の信頼の結果についての責任を引き受けた、または現実に原告が信頼を置くように仕向け、またはそれを意図したという追加的な要件がみたされなければならないと考えられている（*See e.g.* Perry [1992] p.289; Feldthusen [1998]; Beever [2007] p. 282−284. *See also* Benson [2009] p. 864−865）。

修正は、最高裁が言うような「ある程度、学術的な問題」にとどまるものではなく、先例のない新類型が承認されることを困難にする効果を有するという点で実務上も大きな変更であると指摘されている（Pitel [2002] p.254）。*Cooper* 事件判決が示した基準は、貴族院が *Caparo* 事件判決[32]で示した――*Anns/Kamloops* テストと同様、「漸進的アプローチ（incremental approach）」[33]を志向するものであるが――いわゆる「三重テスト」[34]にきわめて近いものであるという評価もあり（Giliker [2005] p. 58–62）、そうであれば、実質的には *Murphy* 事件判決[35]によって、貴族院がなした *Anns* 事件判決からの撤退（retreat from *Anns*）[36]の再現にほかならないという強い批判が加えられている（Klar [2002] p. 366–367）[37]。他方で、「カナダにおいてネグリジェンス責任の自由闊達な拡張に終わりがきたことを示す（signals the end of the untrammeled expansion of negligence liability in the Canadian context）」「画期的な判決（a landmark decision）」（Neyers [2002] p.224）[38]とも評されている[39]。

いずれにせよ、*Cooper* 事件最高裁判決における *Anns* テストの再定式化は、その

32　*Caparo Industries plc v. Dickman & others* [1990] 2 AC 605.

33　*See e.g. Brennan* J's dictum in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 60 A.L.R. 1, at 43–44.

34　先例の存在しない新たな事案の類型において注意義務の存在が認められるためには、損害発生が予見可能であること、当事者間に近接性または隣人関係が認められること、および、注意義務を課すことが公平、公正かつ合理的である（fair, just and reasonable）ことが要件となるとした。

35　*Keith* 卿は、「*Anns* 事件判決は、いずれかの確立された原理に基づいて下されたものではなく、性質上決定できない原理により規律され、これまでネグリジェンス法が適切であるとは決して考えられていなかった」（at 471）として、「私は *Anns* 事件判決は、建築規制への遵守の確保のために方策を講じる任務に関して地方公共団体に負わされている私法上の義務の範囲に関して誤った判断を下したと考えので、それから離れなければならない」と述べ、貴族院は、*Anns* 事件判決の立場をもはやとらないという選択を行った。

36　*See e.g. Marc Rich & Co. AG v. Bishop Rock Marine Co. Ltd.,* [1996] AC 211, at 230.

37　*See e.g.* Pitel [2002], Rafferty [2002], Giliker [2005], Crawley and van Praagh [2011]. *See also* Linden and Feldthusen [2006] p.294.

38　また、Neyers and Gabie [2005] は劇的な転換点（dramatic turning point）であるとする。

39　若干の限定付きで *Cooper* 事件最高裁判決を評価するものとして、たとえば、Feldthusen [2002], Weinrib [2005] なども参照。

後の連邦レベル[40]及び州レベル[41]の裁判例において踏襲されている[42]。

4　銀行監督当局のコモン・ロー上の不法行為責任

（1）ネグリジェンス

Cooper 事件最高裁判決は、原告の請求を棄却したが、これは、モーゲージ・ブローカーを規律する仕組みは、モーゲージ市場の効率的な運営を確保するための一般的な枠組みを提供するものであるという理解を前提とするものであった。登録官は、だれが適格か及びどのブローカーとしての登録申請は拒絶できないかを決定することによって、公衆がモーゲージを用いた金融によって資金を調達できるように、しかし、同時に、システムに対する信頼を公衆に植え付けつつ、多種多様な、相反する利益をバランスさせなければならない。法律によって登録官に与えられた権限または手段はすべて、このデリケートなバランスを図るために必要なものである。法律の規定は一定程度、投資者の利益を保護するために役立つが、法律の仕組み全体は、登録官の注意義務は、投資者に対してのみ負っているのではなく、全体としての公衆に対して負うものであることを命じていると判示した[43]。このような

40　*e.g. Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 SCR 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 SCR 263 at paras 46–51; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 SCR 643; *Young v. Bella*, 2006 SCC 3, [2006] 1 SCR 108; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board,* 2007 SCC 41 at paras. 21–25, 31, 43, 136; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27; *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22. とりわけ、たとえば、*Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42 は、*Cooper* 事件判決によって“適応させられ、改良された（adapted and refined）”*Anns* test と表現している（at 8）。また、*Syl Apps Secure Treatment Centre v. BD,* 2007 SCC 38, [2007] 3 SCR 83は、*Cooper* 事件判決により、*Anns* 事件判決は“決定的に改良された（definitively refined）”と位置付けている（at 23）。

41　*e.g. McMillan v. Canada Mortgage and Housing Corporation*, 2008 BCCA 543; *Williams v. Ontario*, 2009 ONCA 378; *Nette v. Stiles*, 2009 ABQB 422; *Piedra v. Copper Mesa Mining Corporation*, 2010 ONSC 2421.

42　“*Cooper/Anns* test”というような表現は用いられなくなったものの、最高裁判所は、*Cooper* 事件判決の判断枠組みを用いている。たとえば、*Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 SCR 132; *Reference re Broome v. Prince Edward Island*, 2010 SCC 11, [2010] 1 SCR 360.

43　[2001] 3 SCR 537, at 558–59. 同様に、*Akhtar v. MacGillivray & Co.*, [1991] 2 W.W.R. 489 (Q.B.) においても、アルバータ証券委員会の権限は、全体としての公衆（the public at large）の保護を図るものであり、補充的なコモン・ロー上の注意義務を認めることを可能にすることを意図しているものではないと判示されている（at 543）。これに対して、*Vrewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, (1990) 66 D.L.R. (4th) 71, 32 F.T.R. 191 (T.D.), vard 80 D.L.R. (4th) 321 (C.A.) は、カナダ穀物法の主要な目的は穀物生産者の経済的利益を保護することであるとして、注意義務の存在を認め、損害賠償請求を認容した。

解釈に基づき、最高裁判所は、登録官に一応の（*prima facie*）注意義務を負わせるに十分な近接性は投資者と登録官との間には存在しなかったと結論付けた。

そして、被告である公的当局が全体としての公衆に対して注意義務を負うといえる場合またはさまざまな相反する利益の間のバランスを図ることが求められている場合には、注意義務を基礎づける十分な近接性は認められないとする、この結論は、その後の裁判例[44]においても支持された[45]。

また、*McGuley v. British Columbia* 事件判決[46]も、州の協同組合法（R.S.B.C. 1979, c.66）の目的は、免許を受けた協同組合の協同組合的活動を促進することであり、協同組合の組合員の経済的利益を保護することではないと判示した。

しかも、前述したように、公的主体が一応の注意義務を負っていたということを主張立証することができたとしても、その義務は、「残りの（residual）」の法政策的考慮を行う *Anns/Cooper* テストの第２段階の下で否定されることがある。実際、*Cooper* 事件において、裁判所は、業務停止を命ずる、モーゲージ・ブローカー登録官の決定は準司法的であり（quasi-judicial）、かつ、政策的な問題を含むことから、いかなる一応の注意義務も否定されるとの判断を示した[47]。これに加えて、裁判所は、注意義務を課すことは、投資者に対して無限定に責任を負う可能性を生じさせると指摘し（at 560）、注意義務を課すことは、納税する公衆の負担で[48]、投資者にとっての保険スキームを創設するに等しいとした。

（２）公職における失当行為

近年、日の目をみなかった数十年の期間を経て[49]、典型不法行為の１つとしての公職における失当行為（misfeasance in a public office）が再び裁判所及び学説による

44　*See e.g. Wynberg v. Ontario*, (2006), 82 O.R. (3d) 561 (C.A.); *Attis v. Canada (Minister of Health)*, (2008), 93 O.R. (3d) 35 (C.A.).

45　*See* Linden and Feldthusen [2006] p. 297ff.

46　(1990), 44 B.C.L.R. (2d) 217 (S.C.), appeal allowed pending further argument 56 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.).

47　[2001] 3 SCR 537, at 560.

48　*See also Longchamps v. Farm Credit Corp.*, [1990] 6 W.W.R. 536, at 549.

49　控訴裁判所は、*Davis v. Bromley*, [1908] 1 K.B. 170 (C.A.) において、公的権限が不当に (maliciously) に行使された場合であっても、公職における失当行為は裁判所の救済を求めることができる（actionable）不法行為ではないと判示した。このため、19世紀においては、失当行為をめぐる訴訟は相対的に少なかったし、20世紀のほとんどの時期にわたって、*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] SCR 121や *David v. Abdul Cader*, [1963] 3 All ER 579（P.C.）などの数少ない例外は格別、存在しなかった。

検討の対象となった[50]. この契機となったのは、*Three Rivers* 事件貴族院判決[51]であり、公職における失当行為の要素を示したものである。カナダでも、*Odhavji* 事件最高裁判決[52]は、*Three Rivers* 事件貴族院判決が示したテストを採用し、制定法上の義務違反の文脈でこのテストを適用した。

Odhavji Estate 事件最高裁判決において、法廷意見を執筆した *Iacobucci* 判事は、公職における失当行為という不法行為は、制定法上の権限または大権（prerogative power）の濫用に限定されるものではなく、より広く公的職務の遂行における違法な（unlawful）行為一般にその基礎を置くものであるとした（at 278）。すなわち、「制定法上の権限の意図的な濫用（intentional *abuse*―強調は原文）により、故意に（wilfully）、公衆の一員に害を与えた公職者が賠償責任を負うにもかかわらず、権限の意図的な踰越（intentional excess）または故意に制定法上の任務（duty）を果たさないこと（deliberate failure to discharge a statutory duty）によって、公衆の一員に害を与えた公職者が責任を負わないと解する理にかなった理由（principled reason）は存在しない」として（at 286）、*Iacobucci* 判事は、公職における失当行為という不法行為は、「広い範囲の非行（misconduct）」にその基礎を置き得るとし、かつ、本質的な問題は「主張されている非行が故意かつ違法な（deliberate and unlawful）」ものであるかであるとした（at 280, 282）。

以上に加えて、*Iacobucci* 判事は、「公的な義務を明らかに（blatantly）無視した公職者すべてについて賠償責任が課せられるのではなく、さらに、問題となっている非行によって影響を受ける者の利益を意識的に（conscious）無視した公職者にのみ課せられる。この要件ゆえに、当事者間に要求される結びつき（nexus）があることが要件とされる」と述べ（at 285）、対立する利益や法政策上の考慮によって複雑化する可能性のある近接性要件に代えて、被告が原告に損害が生ずる可能性を主観的に見通していたか（subjective foresight）ということを要件としている。

---

50 *See e.g.* Sadler[1992], Kneebone [1996], Fairgrieve and Andenas [2002], Irvine [2002], Bodner [2005], Wruck [2008].

51 *Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No. 3)*, [2001] UKHL 16; [2003] 2 AC 1 (H.L.). この判決については、松田 [2002][2003a,b,c][2004] が詳細な紹介を行っている。

52 *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 SCR 263.

5　銀行監督と免責規定

上述したように、カナダにおいては、銀行監督当局が預金者に対して不法行為責任を負うと解する余地はきわめて狭いし、損害賠償責任を負わせる制定法の定めも存在しない。

かえって、以下で見るように、カナダにおいては、銀行監督との関係で、監督当局の免責規定[53]が設けられている[54]。このような免責規定が創設されたのは、銀行に対する検査の導入に伴うものであった。すなわち、1913年銀行法は、銀行の総支配人は、大臣の承認を得て、適性を有する（competent）監査人を選定し、その中から株主が監査人を選任することを求めたが（56条）、1922年に *Merchants Bank* 事件が発生し、公務員による検査または監査の導入が議論され[55]、1924年法律により、外部検査が導入された（56条）。改正後56条15項は、国は、銀行の預金者、債権者

53　公的主体の免責の正当化理由としては、立法府に対する司法の敬譲（judicial deference to the legislative branch）と制度上の適性（institutional competence）とが挙げられてきた（Cohen and Smith [1986] p. 8）。後者は、公的当局が行った政策的判断を、そのような権限も用意もない裁判所が代替することになるというおそれを背景とするものと考えられる。

54　なお、政府の免責（crown immunity）については、連邦レベルでは、*Crown Liability and Proceedings Act*（R.S., 1985, c. C-50, s. 1; 1990, c. 8, s. 21）が定めており、同法の 3 条 (b) (i) によれば、政府は、政府の職員（servant）が行った不法行為についての賠償責任を引き受けることに同意を与えている。政府の免責についての詳細は、たとえば、Hogg, Monahan and Wright [2011] 参照。

　他方、裁判所は、コモン・ロー上のネグリジェンス免責を認めている。免責には直接言及しなかったものの、*Welbridge Holdings Ltd. v. Winnipeg* 事件判決には、コモン・ロー上のネグリジェンス免責の萌芽がみられ、*Barratt v. North Vancouver,* [1980] 2 SCR 418において、ネグリジェンス免責が認められた。その後、傍論ではあるが、*Kamloops v. Nielsen* 事件判決においては、免責に対して否定的な判示がなされ（para 15）、*Just* 事件最高裁判決（[1989] 2 SCR 1228, at paras. 30−31 (per Cory J.)）は、公道の検査との関連で政府の免責を認めた事実審判決（[1985] BCJ No 2940）を是認した控訴審判決（[1986] BCJ No.1365 (CA)）を破棄し、これによって、コモン・ロー上の免責は消滅の危機にさらされたといってもよい状況となった。しかし、*Adams v. Borrel* 事件の事実審判決（2008 NBCA 62. ただし、控訴裁判所は免責を認めず（2008 NBCA 62）、上告受理申立ても却下された（[2008] SCCA No 470））は近接性を認めつつ、免責を認めたし、*R v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* 事件判決においては免責が認められている。この判決においては、中核となる政策（core policy）に係るものはコモン・ロー上の免責の対象となるという考え方が示され、当該表示は、中核となる政策の領域でなされ、免責が認められると判示された。ここで、免責の対象となる、中核となる政策的な政府の決定とは、経済的、社会的または政治的要素のような公共政策上の考慮に基づく行為の過程または原則に関する決定であり、それらが不合理なものであったり、悪意でなされた場合を除き、免責されるとされた（para. 90）。

55　*See* Debates, House of Commons, vol. CLVI, 1923, pp.1310−1314 (March 20), 4013−4075 (June 18), 4077−4131 (June 19), 4133−4162 (June20), 4508−4509 (June 27). *Fielding* は、検査を導入するのは、各行が選んでいる監査人については資格要件がないからであると説明していた（p.1311）。

もしくは株主またはその他の者に対して、行為または不作為などによる損害賠償、支払、賠償または補償の責に任じないと定めた[56]。

そして、現行法の下では、金融機関監督官局（Office of Superintendent of Financial Institutions）が銀行監督を行っているが、金融機関及び預金保険システム改正法（The Financial Institutions and Deposit Insurance System Amendment Act, R.S. 1985, c. 18（3rd Supp.））24条は、法律の下で執行されまたは実行されることが意図され、または授権されている権限または任務の行使または遂行において、善意でなしたいかなる行為または不作為に関して、国、大臣、金融機関監督官、副金融機関監督官、金融機関監督官局の役職員その他金融機関監督官の指示の下で行為する者に対して訴求することはできないと定めている[57]。

Bibliography

Adjin-Tettey, E. [2007] Accountability of Public Authorities through Contextualized Determinations of Vicarious Liability and Non-delegable Duties, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 57: 46-83

Administrative Justice Office, Ministry of Attorney General [2006] *Statutory Immunity: a discussion paper*

Beever, A. [2007] *Rediscovering the Law of Negligence*, Hart Publishing

Benson, P. [2009] The Problem with Pure Economic Loss, *South Carolina Law Review*, vol. 60, no. 4: 823-897

Benson, P. [2010] Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law, *University of Toronto Law Journal*, vol. 60, no. 3: 731-798

Binchy, W. [1974] Negligence and Economic Loss: the Canadian tabula rasa, *Law Quarterly Review*, vol. 90, no.2: 181-187

Bodner, M. [2005] The *Odhavji* Decision: old ghosts and new confusion in Canadian courts, *Alberta Law Review*, vol. 42, no. 4: 1061-1084

Booth, Ch. and D. Squires [2006] *The Negligence Liability of Public Authorities*, Oxford University Press

56　議事録を調べた限りにおいては、このような規定が設けられた趣旨については、議会の本会議では説明されていないようである。

57　なお、カナダ中央銀行についても、1996年支払清算及び決済法（Payment Clearing and Settlement Act, 1996, S.C. 1996, c. 6）20条が、本法の下で執行されまたは実行されることが意図され、または授権されている権限または任務の行使または遂行において、善意でなしたいかなる行為または不作為に関して、国、大臣、カナダ中央銀行、カナダ中央銀行の役職員その他カナダ中央銀行総裁の指示の下で行為する者に対して訴求することはできないと定めている。

Bowal, P. and L. Boland [1994] Crowning Glory: liability in negligence of public authorities revisited, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 24: 435-459

Brown, L.N. et D. Lemieux [1979] La responsabilité civile découlant de l'inaction gouvernementale, *Cahiers de droit*, vol. 20, no. 4: 783-796

Brown, R. [2003] Still Crazy after All These Years: *Anns, Cooper v. Hobart* and pure economic loss, *U.B.C. Law Review*, vol. 36, no. 2:159-191

Brown, R. and S. Brochu [2008] Once More unto the Breach: *James v. British Columbia* and problems with the duty of care in Canadian tort law, *Alberta Law Review*, vol. 45, no. 4: 1071-1088

Chatterjee, A., N. Craik and C. Mathen [2007] Public Wrongs and Private Duties: Rethinking public authority liability in Canada, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 57, no. 1: 1-8

Cohen, D.S. [1990a] Regulating Regulators: The legal environment of the State, *University of Toronto Law Journal*, vol. 40: 213-270

Cohen, D.S. [1990b] Suing the State, *University of Toronto Law Journal*, vol. 40, no.: 630-662

Cohen, D.S. and P. Finkle [1994] Crown Liability in Canada: Developing compensation policies for regulatory failure, *Canadian Public Administration*, vol. 37, no.1: 79-107

Cohen, S. and J.C. Smith [1986] Entitlement and the Body Politic: rethinking negligence in public law, *Canadian Bar Review*, vol. 64, no. 1:1-57

Crawford, B. [1991] Must a Bank Comply with Provincial Legislation When Enforcing a Bank Act Security: *Bank of Montreal v. Hall*, *Canadian Bar Review*, vol. 70, no. 1: 142-190

Crawley, K. and S. van Praagh [2011] 'Academic Concerns' - caring about conversation in Canadian common law, *Dalhousie Law Journal*, vol. 34, no. 2: 405-442

Delston, R.S. [1999] *Statutory Protections for Banking Supervisors* <http://www1.worldbank.org/finance/html/statutory_protection.html>

Fairgrieve, D. and M. Andenas [2002] Misfeasance in Public Office, Government Liability, and European Influences, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, no. 4: 757-780

Feldthusen, B. [1985] *City of Kamloops v. Nielsen*: a comment on the Supreme Court's modest clarification of colonial tort law, *McGill Law Journal*, vol. 30, no. 3: 539-558

Feldthusen, B. [1991] Economic Loss in the Supreme Court of Canada: yesterday and tomorrow, *Canadian Business Law Journal*, vol. 17, no. 3: 356-379

Feldthusen, B. [1995] *Winnipeg Condominium Corporation No.*36 *v. Bird Construction Co.*: who needs contract anymore?, *Canadian Business Law Journal*, vol. 25, no. 1: 143-155

Feldthusen, B. [1996] The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: proximity, justice, rationality, and chaos, *Manitoba Law Journal*, vol. 24, no.1: 1-22

Feldthusen, B. [1997] Failure to Confer Discretionary Public Benefits: the case for complete negligence immunity, *Tort Law Review*, vol. 5, no.1: 17-32

Feldthusen, B. [1998] Liability for Pure Economic Loss: yes, but why?, *University of Western Australia Law Review*, vol. 28, no.1: 84-120

Feldthusen, B. [2002] The Anns/Cooper Approach to Duty of Care for Pure Economic Loss: the Emperor has no clothes, *Construction Law Reports* (3rd), vol.18: 67-74

Feldthusen, B. [2008] *Economic Negligence: the recovery of pure economic loss*, 5th ed., Carswell

Feldthusen, B. [2012] *Economic Negligence: the recovery of pure economic loss*, 6th ed., Carswell

Giliker, P. [2005] Revisiting Pure Economic Loss: Lessons to Be Learnt from the Supreme Court of Canada?, *Legal Studies*, vol. 25, no.1: 49−71

Harvey, Ch. [1972] Economic Losses and Negligence: the search for a just solution, *Canadian Bar Review*, vol. 50, no.4: 580−621

Hogg, P.W. [1989] *Liability of the Crown*, 2nd ed., Carswell

Hogg, P.W. and P. Monahan [2000] *Liability of the Crown*, 3rd ed., Carswell

Hogg, P.W., P. Monahan and W.K. Wright [2011] *Liability of the Crown*, 4th ed., Carswell

Horsman, K. [2012a] Negligence, in: Horsman, K. and G. Morley (eds.), *Government Liability*, Canada Law Book (2007−. As of 2013)

Horsman, K. [2012b] Misfeasance in public office, in: Horsman, K. and G. Morley (eds.), *Government Liability*, Canada Law Book (2007−. As of 2013)

Irvine, J. [2002] Misfeasance in Public Office: reflections on some recent developments, *Canadian Cases on the Law of Torts* (3rd Series), vol. 9, Carswell: 26−33

Klar, L. [2002] Foreseeability, Proximity and Policy, *Advocates Quarterly*, vol. 25: 360 - 377

Klar, L.N. [2011] The Tort Liability of Public Authorities: the Canadian experience, in: Degeling, S., J.Edelman, J.Goudkamp (eds.), *Torts in Commercial Law*, Thomson Reuters: 243−267

Klar, L. [2013] Is Lord Atkin's Neighbour Principle Still Relevant to Canadian Tort Law?, *Juridical Review*, Part 3: 357−373

Kneebone, S. [1996] Misfeasance in a Public Office After Mengel's Case: a 'special' tort no more?, *Tort Law Review*, vol. 4, no. 2: 111−138

Kostal, R. [1995] Currents in the Counter-Reformation: illegality and duty of care in Canada and Australia, *Tort Law Review*, vol.3, no.2: 100−122

Kristjanson, F. and S. Moreau [2012] Regulatory Negligence and Administrative Law, *Canadian Journal of Administrative Law and Practice*, vol. 25: 103−129

Lemieux, P. [1986] La responsabilité de l'État et des organismes publics, Rapport canadien, in: *La responsabilité du banquier: aspects nouveaux*, Économica: 549−563

Linden, A.M. [1983] The Good Neighbour in Trial: a fountain of sparkling wisdom, *The University of British Columbia Law Review*, vol. 17, no. 1: 67−90

Linden, A.M. and B.Feldthusen [2006] *Canadian Tort Law*, 8th ed., Butterworths

Linden, A.M. and B.Feldthusen [2011] *Canadian Tort Law*, 9th ed., Butterworths

Linden, A.M., L.Klar and B.Feldthusen [2009] *Canadian Tort Law*: *Cases, Notes and Materials*, 13th ed., Butterworths

Markesinis, B.S. and S. Deakin [1992] The Random Element of their Lordships' Infallible Judgment: an economic and comparative analysis of the tort of negligence from *Anns* to *Murphy*, *Modern Law Review*, vol. 55, no. 5: 619−646

Martin, A.F. [2010] Statutory Good-faith Immunity for Government Physicians: cogent policy or a denial of justice?, *McGill Journal of Law and Health*, vol. 4, no. 2: 75−97

Moran, Th., N.M. Ries and D. Castle [2009] A Cause of Action for Regulatory Negligence? The regulatory framework for genetically modified crops in Canada and the potential for regulator

liability, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 6, no. 1-2: 1-23

Mullan, D.J. [1991] The Law of Canada, in: Bell, J. and A.W. Bradley (eds.), *Governmental liability: a comparative study*, United Kingdom National Committee of Comparative Law: 59-83

Mullan, D.J. and A. Ceddia [2003] The Impact of Public Law of Privatization, Deregulation, Outsourcing, and Downsizing: a Canadian perspective, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 1: 199-246

Neyers, J. [2002] Distilling Duty: the Supreme Court of Canada amends *Anns*, *Law Quarterly Review*, vol. 118 (April): 221-225

Neyers, J.W. and U.Gabie [2005] Canadian Tort Law since *Cooper v Hobart*: Part I, *Torts Law Journal*, vol. 13, no. 3:302-327

Neyers, J.W. and U.Gabie [2006] Canadian Tort Law since *Cooper v Hobart*: Part II, *Torts Law Journal*, vol. 14, no. 1:10-19

Osborne, Ph.H. [2011] *The Law of Torts*, 4th ed., Irwin Law

Ouellette, Y. [1985] La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétinnaires, *Revue générale de Droit*, vol. 16: 49-67

Perell, P.M. [1994] Negligence Claims against Public Authorities, *Advocates' Quarterly*, vol. 16, no. 1: 48-62

Perry, S.R. [1992] Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence, *University of Toronto Law Journal*, vol. 42, no.3: 247-317

Pitel, S.G.A, [2002] Negligence: Canada remakes the *Anns* test, *Cambridge Law Journal*, vol. 61, no. 2: 252-254

Rafferty, N. [2002] The Test for the Imposition of a Duty of Care: elucidation or obfuscation by the Supreme Court of Canada, *Journal of Professional Negligence*, vol. 18: 218-228

Reynolds, L.A. and D.A. Hicks [1992] New Directions for the Civil Liability of Public Authorities in Canada, *Canadian Bar Review*, vol. 71, no. 1:1-26

Robertson, A. [2013] Policy-based Reasoning in Duty of Care Cases, *Legal Studies*, vol. 33, no. 1: 119-140

Sadler, R.J. [1992] Liability for Misfeasance in a Public Office, *Sydney Law Review*, vol. 14, no. 2: 137-162

Siebrasse, N. [2007] Liability of Public Authorities and Duties of Affirmative Action, *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 57:84-101

Smillie, J.A. [1985] Liability of Public Authorities for Negligence, *University of Western Ontario Law Review*, vol. 23, no. 2: 213-248

Street, H. [1953] *Governmental Liability: a comparative study*, Cambridge University Press

Tyhurst, J.S. [2010] Intention, Recklessness and Misfeasance in Public Office, *Canadian Journal of Administrative Law and Practice*, vol. 23, no. 3: 247-264

Weinrib, E.J. [2005] The Disintegration of Duty, in: Madden, M.S. (ed.) *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press: 143-186

Wilberg, H. [2011] In Defence of the Omissions Rule in Public Authority Negligence Claims, *Torts Law Journal*, vol. 19, no. 3: 159-190

Wruck, H. [2008] The Continuing Evolution of the Tort of Misfeasance in Public Office, *The University of British Columbia Law Review*, vol.41, no. 1: 69-100

松田健児［2002］「公職における失当行為」の新展開：イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について（１）」創価法学32巻1=2号：93-129
松田健児［2003a］「公職における失当行為」の新展開：イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について（２）」創価法学32巻３号：63-104
松田健児［2003b］「公職における失当行為」の新展開：イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について（３）」創価法学33巻１号：71-98
松田健児［2003c］「公職における失当行為」の新展開：イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について（４）」創価法学33巻２号：1-40
松田健児［2004］「公職における失当行為」の新展開（５）：イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について」創価法学34巻１号：19-45

Ⅱ　オーストラリア

１　連邦政府の訴追免除と憲法

他のコモンウェルスの国々と同様、オーストラリアでも、主権免責が放棄されている限りにおいては[58]、原則として、通常の不法行為についてのコモン・ローが公的当局（public authority）にも適用される。たとえば、1903年連邦裁判法（Judiciary Act 1903 (Cth)）の64条[59]は、連邦または国が一方当事者である訴訟において、当事者の権利は可能な限り同一に近く（as nearly as possible be the same）[60]、私人（subject）間の訴訟と同様に、判決を下し、費用負担をいずれかに命ずることができると規定する[61]。

ところが、*Mewett* 事件[62]における高等法院の法廷意見は、連邦政府はコモン・

58　免責の例外を定める初期の立法については、たとえば、Aronson [2008] p.44, Seddon [2000] p. 257, Leeming [1998] p. 217-219など参照。また、Finn [1987] も参照。

59　*See also* Crown Proceedings Act 1993 (Tas); Crown Proceedings Act 1993 (NT); Crown Proceedings Act 1992 (SA); Crown Proceedings Act 1992 (ACT); Crown Proceedings Act 1988 (NSW); Crown Proceedings Act 1980 (Qld); Crown Proceedings Act 1958 (Vic); Crown Suits Act 1947 (WA).

60　“as nearly as possible be the same” の意義については、たとえば、Kneebone [1996] および Selway [2002] p. 19-20など参照。

61　*Dicey* 流の法の支配は、政府も通常の法に従って、通常の裁判所において、裁判に服することを要求するという考え方に基づくものである。Dicey [1959] p.193.

62　*Commonwealth v. Mewett* (1997) 191 CLR 471.

ロー上の不法行為責任を負うが、連邦憲法75条[63]により、主権免責は廃棄されており、コモン・ロー上の免責は認められないとした[64]。このような解釈によれば、裁判法64条は、責任を課すものでも、その範囲を定めるものでもなく、単に、連邦の不法行為責任の存在を確認するものということになる。たとえば、*Selway* は、これは、理論的には法を変更したものであるが、実務において長い間適用されてきたものと調和させるものであり、多数意見によって適用された憲法解釈の説得力の有無にかかわらず[65]、望ましいと評価している（Selway [2002] p.22）。政府の不法行為責任は制定法によって認められたものではないとする法廷意見の立場は、当初は、必ずしも支持を得ていなかったようであるが（*See* Leeming [1998] p.223）、結局、*British American Tobacco Ltd. v. Western Australia* 事件高等法院判決[66]を含む、多くの裁判例で当然のものとして踏襲されている（Hill [2007] p. 721, note 25）。

いずれにせよ、連邦事項についての政府の訴追免除は憲法に基礎を見出すことができないため、憲法に従って[67]、制定法によって修正または排除することができると解されている（*See e.g.* Hill [2007] p. 721, Seddon [2000] p. 257-258）。

2　コモン・ロー上の連邦の不法行為責任

Gleeson 判事が、*Graham Barclay Oysters* 事件判決[68]で述べているように、「可能な限り同一に近く（as nearly as possible be the same）」という限定は、完全には実現で

63　連邦憲法75条は、高等法院が第一審管轄権を有する事件を列挙し、その１つとして、「連邦が当事者である事件、または連邦に代わって訴訟を提起し，もしくは提起されている者が当事者である事件」が挙げている（３号）。

64　もっとも、同判決の少数意見は、オーストラリアにおける政府のコモン・ロー上の免責は、さまざまな国王訴訟手続法によって廃止され、これらの制定法が政府の不法行為責任の法源となっているとし、連邦憲法75条３号は訴追免除の問題に影響を与えず、私法上の責任を課すものでなく、単に、それらの事項を高等法院の管轄としたにすぎないとした（at 496 [per Dawson J.]）。また、たとえば、*Hill* は、多数意見のアプローチはコモン・ロー上の政府訴追免除の法理を不当に損なっていると批判している（Hill [2007] p.725）。

65　*Selway* も、連邦憲法75条３号の下で、連邦が不法行為責任を負うとする憲法上の命令は存在せず、*Mewett* 事件における法廷意見が憲法に根拠を求めようとしたことは「すべてが満足できるというものではない（not altogether satisfactory）」としている（Selway [2002] p. 34）。もっとも、*Selway* は、コモン・ロー上の訴追免除の法理は誤解に基づくものであり、連邦のすべての機関に拡張的して適用されるべきではないと論じた（Selway [2002] p. 34-35）。

66　(2003) 217 CLR 30, at 57-58.

67　*Commonwealth v. Mewett* (1997) 191 CLR 471, at 531 (per Gaudron J). *See also* Leeming [1998] p. 229.

68　*Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540.

きない「大志（aspiration）」であって（at 556）、いくつかの重要な点において、政府の責任は私人のそれとは異なることを暗示している。政府は、公衆一般に対して義務を負うという点で[69]、私人とは異なり、また、追加的に、私人のように特定の者に対してコモン・ロー上の注意義務を負うことも、負わないこともある（Cane [2004] p. 275）。また、政府がさまざまな目標を実現するために有する資源には限りがある[70]。

そこで、たとえば、*Trindade/Cane/Lunney* は、政府のネグリジェンス責任について３つのアプローチを提示している（Trindade, Cane and Lunney [2007] p.608-610）。すなわち、第１に、被告が行動した権限の源泉が制定法上のものかどうかに着目し、それを探求することであるが、このアプローチは、関連する法律がコモン・ロー上の注意義務を黙示的に排除しているものと見ることができるかどうかに着目し、争点を主として制定法の解釈についてのものを位置付ける傾向がある。第２に、被告が公的当局なのか私的主体なのかを問題とすることである。このアプローチが有する危険は、可能な限り、政府の民事責任は私人に適用されるのと同じ原則によって決定されるべきであるという、オーストラリアの法システムのかなり基本的な目標と抵触することである。第３に、原告に害を与えたとされる被告の行動の性質を検討することである。このアプローチによれば、その活動が公的なものであるか私的なものであるかが問題とされるが、そうするために、この問題の背景にある理由を明らかにしなければならない。なぜなら、そうしなければ、公私の区別は手に負えないからである。しかし、基礎にある理由を明らかにしようとすることは、*Dicey* の平等取扱い原則の例外を設ける基準を明らかにするという出発点に逆戻りすることになると指摘している。

そして、*Pyrenees Shire Council* 事件判決[71]において、*Kirby* 判事は、公的当局のネグリジェンス責任について１つの統合された原則を明らかにしようとする試みはす

69　義務は、制定法によって課されることもあれば、政府は公衆からその権力を信託（trust）されているというより一般的な感覚によって課されることもある（*Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia* (1997) 76 FCR 151, at 195-196. *See e.g.* Finn [1994], Finn [1999] p.3）。「信託（trust）」という衡平法上の概念は、公権力との関連で類推的に用いられるのが一般的である（*Hot Holdings Pty Ltd v. Creasy* (2002) 210 CLR 438, at 481 [135] (per Kirby J). *See also* Aronson, Dyer and Groves [2009] p. 94）。

70　See *Crimmins v. Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 34 [79] (per McHugh J (with whom Gleeson CJ agreed)); *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan*(2002) 211 CLR 540, at 553 [6] (per Gleeson CJ).

71　*Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330.

べて不適切であることが明らかになってきたと指摘した。類推によってしのいでいるとでも呼ぶべき方法を糾弾し、「類推がなされるにあたってよるべき原則についての何らかの概念」が必要であるとした（at 397 [189]）他方、*Gummow* 判事は、*Vairy* 事件判決[72]において、高等法院における一般的なネグリジェンスの法理の興亡をたどり、すべてを含む（overall）、1 つの原則の探求は、夢物語（pipedream）であると述べた。すなわち、比較的短期間に裁判例に生じた上述のような変化が何を意味するかは、この主題に取り組むいかなる筆者も、上訴最終審においてであれ、究極的かつ永続的な価値について自らが明らかにしたことに対して後になされる応答が劣っているに違いないとは主張できないのであると結論付けた（at 445）。

3　政府のネグリジェンス責任

政府のネグリジェンス責任については、まず、イギリスの *Anns* 判決[73]に倣って、政策的な（policy）判断と実施的な（operational）判断という枠組み[74]が用いられることがあった。オーストラリアにおいても、*Heyman* 事件判決[75]において、この判断枠組みが採用された。*Mason* 判事の判示において、この区別は重要な意味を有し（at 468–469）、*Gibbs* 判事もこれは「論理的であり、便宜にかなう（logical and convenient）」として同調した（at 442. *Wilson* 判事もこれに同調）。このような区別

72　*Vairy v. Wyong Shire Council* (2005) 223 CLR 422.

73　*Anns v. Merton Borough Council* [1978] AC 728, at 754 (per Lord Wilberforce. with whom Lords Diplock, Simon of Glaisdale, and Russell of Kilowen agreed). この判断枠組みは、後に、*X and others (minors) v. Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633において、*Browne-Wilkinson* 卿によって、(a)(i) 訴訟で争うことができない裁量的判断、(a)(ii) *Wednesbury* 判決（*Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223) にいう不合理性が認められる場合には争うことが出来る裁量的判断、及び、(b) 実施（implementation）事項の 3 つに分類された。もっとも、その後、*Stovin v. Wise* [1996] AC 923において、*Hoffmann* 卿は、*Rowling v. Takaro Properties Ltd* 事件枢密院判決における *Keith of Kinkel* 卿の説示（[1988] 1 AC 473, at 501）を引用し、政策的なものと実施的なものとの区別は、注意義務を課すことが適切かどうかを発見するためには不十分な道具（inadequate tool）であるとして、その有用性を否定した（at 951. with whom Lords Goff of Chieveley and Jaunceu of Tullichettle agreed, Lords Slynn of Hadley and Nicholls of Birkenhead dissenting）。

74　政策的 / 実施的という区別は、*East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent* 事件判決（[1941] AC 74）における *Romer* 卿の判示にその端緒を見出すことができる。*Romer* 卿は、*Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board* 事件判決（[1940] 1 KB 319）における *du Parcq* 判事の反対意見に補正を加えて、公的当局が有する、どの権限を、いつ、どの範囲で行使すべきかについて決定することを議会がその公的当局に委ねたときには、「政策上の問題の考慮と時には効率性と費用節減という競合する要求の間で公正な（just）バランスをとることを含む問題」が生ずると指摘した（at 102–103）。

75　*Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 157 CLR 424.

の合理性を説明する試みはなされてきたものの、このようなラベル付けをすることに対しては、厳しい批判も加えられてきた[76]。そして、このような区別を採用していると見ることができる裁判例においても、積極的に支持されているとは必ずしも理解できない。たとえば、*Kirby* 判事は、*Crimmins* 事件判決において、「裁量的職務」に言及している連合王国の裁判例を引用しているが[77]、これを踏襲しているかどうかは必ずしも明らかではない。また、*Pyrenees Shire Council* 事件判決において、*Kirby* 判事が政策的 / 実施的の区別は完全からはほど遠いが、これには一定の有効性が認められるとしたのに対し[78]、*Toohey* 判事は政策的 / 実施的の区別は時には「よい境界線（fine line）」を引くことができるとしつつ（at 358 [67]）、この枠組みを適用しなかった（at 361-362）。*Gummow* 判事も、立法的職務は、それが「政策的な」ものであると位置づけるまでもなく、コモン・ロー上の注意義務を伴わないと根拠付けることを選好していた（at 393-394）[79]。さらに、*Romeo v. Conservation Commission of the Northern Territory* 事件判決[80]において、*Hayne* 判事は、この区別の有用性を認める意見に同調しつつも、*Stovin* 事件判決の説示に「より理が認められるように思われる（seems to be much force）」と指摘した[81]。*Gleeson* 判事も、*Graham Barclay Oysters* 事件判決において、この区別は厳密（rigorous）ではないと指摘しており[82]、この区別に対して疑義を呈しているように思われる[83]。

結局、高等法院のとる立場は、むしろ、政策的 / 実施的の区別は役に立たない（unhelpful）というもののようである[84]。そして、*Crimmins* 事件判決において、

76 *See Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 393-394 (Gummow J); *Romeo v. Conservation Commission (NT)* (1998) 192 CLR 431, at 484 (Kirby J); *Crimmins v. Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 101 (Hayne J); *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 556 (Gleeson CJ), at 664 (Callinan J); *Vairy v. Wyong Shire Council* (2005) 223 CLR 422, at 451 (Gummow J).

77 *Crimmins v. Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 79.

78 (1998) 192 CLR 330, at 426.

79 後に、*Gummow* 判事は、*Vairy v. Wyong Shire Council* (2005) 223 CLR 422 において、政策的なものと実施的なものとの区別に何らかの意義が残っているとしても、「ある職務が準立法的であるという単なる状況のみで政策的な職務であると評価する根拠としては十分である」と判示した（at 451）。

80 (1998) 192 CLR 431

81 *Romeo v Conservation Commission of the Northern Territory* (1998) 192 CLR 431, at 492 [166].

82 *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 556 [12].

83 See also *Roads and Traffic Authority (NSW) v. Refrigerated Roadways Pty Ltd* (2009) 77 NSWLR 360, at 413 [259].

84 *Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 358-359 [68] (per Toohey J) and at 393-394 [182](per Gummow J); *Crimmins v. Stevedoring Committee*(1999) 200 CLR 1, at 101 [292] (per

McHugh 判事は、「中核的政策決定（core policy-making）の職務」という考え方をより志向していた[85]。

さらに、*Heyman* 事件判決において、*Deane* 判事は、新しい類型のネグリジェンス責任が問題となるときには、近接性によって多くの問題を解決することができるとし[86]、「実施的な」問題という概念は認めたものの、「政策立案権限と準立法的性格を有する職務」の問題であるかどうかに着目した。すなわち、準立法的職務についてはコモン・ロー上の注意義務は伴わないとの考え方を示した（at 500）。このような考え方は、*Crimmins* 事件判決において受け入れられ[87]、その後の裁判例[88]においても広く受け入れられた。もっとも、*Gleeson* 判事は、*Graham Barclay Oysters* 事件判決において、立法的または準立法的活動の合理性は、通常（generally）、訴訟で争うことができない（non-justiciable）と判示するにとどめている[89、90]。

以上に加えて、政府のネグリジェンス責任との関係では、不作為に基づく責任が認められるのはどのような場合なのかという問題が重要である。

たしかに、公的当局は公衆の利益に留意するものであり、与えられた職務を完全

Hayne J); *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 556 [12] (per Gleeson J).

85 (1999) 200 CLR 1, at 39 [93], 50 [131]. *Kirby* 判事も、*Romeo v. Conservation Commission (NT)* (1998) 192 CLR 431 において、――このような表現を支持していたか否かは明らかではないが――「純粋な政策（pure policy）」という表現を用いていた（at 485 [139]）。もっとも、「政策」を「中核的政策」と置き換えても、判断基準としての明確性が高まるものではないと批判されている（*Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 664 [321] (Callinan J)）。

86 *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985) 157 CLR 424, at 495–498, 505–509.

87 (1999) 200 CLR 1, at 20–21 (per Gaudron J), 37–40, 50 (per McHugh J), 61–62 (per Gummow J), 101–103 (per Hayne J). *Gleeson* 判事は、*McHugh* 判事の意見に同調し（at 13）、*Kirby* 判事は、この点について *Gaudron* 判事に同調した（at 87）。

88 *e.g. Perre v. Apand Pty Ltd* (1999) 198 CLR 180, at 219 (per McHugh J); *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 577–578 (per McHugh J); *Vairy v. Wyong Shire Council* (2005) 223 CLR 422, at 451 (per Gummow J).

89 (2002) 211 CLR 540, at 557.

90 オーストラリアの裁判所は、規制上の失敗が問題とされた事案において、注意義務の存在を認めることをためらう、さまざまな理由を挙げているが、その１つは、行政行為の合理性について裁判所が判断することについての権力分立（See e.g. *Zheng v. Cai* 239 CLR 446, at 455 [28]）の観点からの懸念である。たとえば、*Gleeson* 判事は、*Graham Barclay Oysters* 事件判決において、裁判所が政府の作為または不作為の合理性について判断を下すことを求められたときには、司法による解決は不適切であり、代表制民主主義の下では通常は政治的過程において決定される争点を突き付けられることがあり得、それはとりわけ、立法上の作為または不作為に批判が向けられたときに妥当すると指摘した（(2002) 211 CLR 540, at 553 [6]）。ある活動を規制するか、当該産業の自主規制に―損害賠償請求をうける可能性を背景としつつ―まずは委ねるかという問題は高度に政治的なものであり、しばしば、司法による解決にはそぐわないものである。

に、十分な技能を尽くして、果たすであろうということが期待されている。そこで、*Anns* 事件判決において、*Wilberforce* 卿は、従前の判例（*East Suffolk River Catchment Board v. Kent* [1941] AC 74）とは異なり、原告は、公的当局が、制定法により実行する権限を与えられていたにもかかわらず、十分な効率性または技能をもって行為をしなかったことに対して、制定法上の権限は、行為するコモン・ロー上の義務、少なくとも、行為するように正当な考慮を払うコモン・ロー上の義務を創設することを根拠として、損害賠償を求めること（公的当局に課される責任は、制定法上の義務違反という不法行為責任ではなく、ネグリジェンス責任）ができるとした。

他方、政府が便益を与えないことは、それが政策判断の結果だからではなく、私人は当該便益に対して、履行を強制できる「権利（right）」を有していないがゆえに、訴訟で争うことができない（non-justiciable）という考え方がある。これは、*Hoffmann* 卿が、*Anns* 事件判決とは異なった立場をとって、制定法上の「することができる（may）」から、コモン・ロー上の「しなければならない（ought）」をたやすく（simply）導き出すことはできないと判示する際に[91]、*Brennan* 判事の判示[92]に由来するとされた「断固とした通説（uncompromising orthodoxy）」を反映するものである。

そして、*Stovin* 事件判決を前提とすると、公的当局に対する損害賠償請求は、その公的当局が原告に対して個人的に（personally）に注意義務を負っていることを原告が主張立証しない限り認められない（Stevens [2007] p.220）。すなわち、公的当局に課されている制定法上の義務は、制定法の正しい解釈によれば、当該立法が問題となっている義務を強制する個人的権利を原告に与えているか[93]、または、コモン・ロー上の注意義務が存在することを原告が立証しない限り、損害賠償請求が認められる根拠とはならない。たとえば、*Hill* 事件判決[94]においては、犯罪者を捕まえる警察の義務は、共同体全体に対して負っているものであり、いかなる私人に対しても権利を付与していないこと、及び、公序の観点から警察の捜査をコモン・ロー上の注意義務の対象とすることは不適切であることを根拠として、損害賠償請

91　*Stovin v. Wise* [1996] AC 923, at 951.

92　*Council of the Shire of Sutherland v. Heyman* (1985) 157 CLR 424, at 483.

93　もっとも、公的当局が一定の責任（responsibility）を有しているということは公的当局がその職務を正しく果たすという道徳上の期待を伴うとする *Anns* 事件判決の根底にある信念は、私人が公的当局によるある便益の付与について強制可能な権利を有しないということによって、低く見られるべきではないと指摘されている（Stevens [2007] p.221-222）。

94　*Hill v. Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53.

求は認められなかった[95]。

このように、連合王国においては、公的当局に制定法上の権限を与えることのみによっては、存在しなかったコモン・ロー上の注意義務は創設されないと解されている[96]。

他方、オーストラリアにおいては、*Anns* 事件判決の立場を高等法院は全面的に受け入れたかどうかは明確ではないが、国道管理当局の不作為に基づくコモン・ロー上の免責は *Brodie* 事件高等法院判決[97]によって否定された[98]。

もっとも、行為をする制定法上の義務を負っていない公的当局に一般的に課される、行動するコモン・ロー上の義務は存在しないという前提はとられている[99]。伝統的には、この例外として、ある人または当局がリスクを作り出した（create）ときには、その人または当局は、積極的な行為をする、一般的なコモン・ロー上の義務を負うことがあるという法理（*See e.g.* Wotherspoon [2009] p. 334）、及び、ある任務が行われることに他者が信頼を置くことにつながるように、ある任務を引き受けることによって、人または当局は積極的な行為をする義務を負うことがあるという法理（特定の信頼 [specific reliance]）[100]が指摘されてきた。個人は、公的当局が制定法上の権限または裁量を行使するという特定の期待を有することがありえることから、後者の法理は公的当局に適用される余地があり、公的当局がなすことを引き受けたときまたは公的当局がなすことにつき人が信頼を置くように仕向けたときには[101]、その公的当局は行為する義務を負うことがある。ただし、表明に対する特定

95　もっとも、*Steyn* 卿は、*Brooks v. Metropolitan Police Commissioner* [2005] 2 All ER 489において、*Hill* 事件が現在生じたとしても、結論に差が生じないことに疑いはないが、*Hill* 事件における原則は、全面的な免責というより、注意義務の不存在という形で再定式化されることが適切であると判示した（at 504）。

96　*Stovin v. Wise* [1996] AC 923, at 947–948. *See e.g.* Aronson [2008] p.67.

97　*Brodie v. Singleton Shire Council* (2001) 206 CLR 512.

98　もっとも、各州においては、制定法により、原告が害されるリスクを現実に認識していた場合を除き、国道管理当局の免責を定めている。Civil Liability Act 2002 (NSW) s 45;Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 113; Civil Liability Act 2003 (Qld) s 37; Civil Liability Act 1936 (SA) s 42; Civil Liability Act 2002 (Tas) s 42; Road Management Act 2004 (Vic) s 102; Civil Liability Act 2002 (WA) s 5Z.

99　*Council of the Shire of Sutherland v. Heyman* (1985) 157 CLR 424, at 459–460 (per Mason J).

100　*Council of the Shire of Sutherland v. Heyman* (1985) 157 CLR 424, at 479 (per Brennan J), 459–460 (per Mason J). 特定の信頼についての *Mason* 判事の理解に、*Brennan* 判事及び *Deane* 判事も同調。

101　*Stovin v. Wise* [1996] AC 923, at 944 (per Lord Hoffmann).

の信頼があったこと[102]を主張立証することはむずかしいと評されている。

さらに、たとえば、*Heyman* 事件[103]における *Mason* 判事の説示によれば、過失によって、行為しなかったことについて、公的当局が損害賠償責任を負うとされるもう１つの類型を考えることができる。*Dorset Yacht* 事件判決、とりわけ *Anns* 事件判決以降、一定の状況の下では、公的当局によりある行為がなされることにつき主観的な期待を有しておらず、また、明示的な信頼を置いていない場合であっても、個人に損害または損失が生ずることを防止するために、公的当局は、コモン・ロー上の積極的行為義務を負うことがあるとされているが、*Mason* 判事は、制定法上の義務の存在だけではコモン・ロー上の注意義務を作り出すためには不十分であるという留保付きで、公的当局が制定法上の権限を行使し、または制定法上の義務を果たすときには、その公的当局はコモン・ロー上の注意義務を負うことがあると述べた[104]。*Mason* 判事は、一般的信頼の法理（general reliance）をこの判決において提示した[105]。すなわち、公的当局の行動や原告の側の損害に対する行動を要さず、公的当局が正当な注意を払ってその職務を果たすことに対する一般的な依存から原告の合理的な信頼が生ずる場合があるとした。この意味における信頼または依存は、一般に、私人が自己の身を守るために適切な手段を講じることができない、または講じることが許されないほどの、重大さ（magnitude）または複雑さを有するものと立法者が認識した、私人の身体に対する損傷のリスクを防止し、または最小化するための権限の付与及び行使の結果（product）であるとした[106]。そして、その例として、航空管制、飛行機の安全性の検査、消防当局による消防活動などをあげた[107]。このような一般的信頼の法理の背景には、人々は私人に対しては要求しない[108]積極的行

102　もっとも、このような一般的信頼の法理をとらない立場からも、公的当局がその危険から原告を守る義務を負っている危険を、原告が現実には知らなかった場合であっても、注意義務は生じうることは認められている（*e.g. Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 390 [170] (per Gummow J)）。

103　(1985) 157 CLR 424.

104　(1985) 157 CLR 424, at 458, 467.

105　*Brennan* 判事や *Deane* 判事は、「一般的信頼（general reliance）」と「特定の信頼（specific reliance）」という用語は用いなかったが、*Mason* 判事と同じアプローチを採用した。*See* Allars [1996] p.61.

106　もっとも、*Mason* 判事は、一般的信頼が注意義務を創設することはまれであると指摘している。

107　(1985) 157 CLR 424, at 464 (per Mason J).

108　私人間の関係においては、ある行為をすることを強制する権利を有していない以上、他者がその行為をするかどうかに介入すべきではないという考え方が妥当する。たとえば、*Lowns v. Woods* [1996] Australian Torts Reports ¶ 81–376, 63,151 (NSW Court of Appeal)。

為も[109]、公的当局に対しては期待するということが普通だからであると指摘されている（Aronson [2008] p. 68）。

高等法院は、*Pyrenees Shire Council* 事件判決において、公的当局がある私人に生ずる害を予見することができ、かつ、それを避けることができる能力を有するときには、その公的当局がコモン・ロー上の注意義務を負うとする余地を認めた。すなわち、害を防止するより優れた能力を有するがゆえに、私人であれば負うであろうより大きな注意義務を、ときには公的当局であれば負うとした（*see e.g.* Wotherspoon [2009] p.334–335）。

たしかに、たとえば、*East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent* 事件判決[110]の事案を例にとるならば、当該事案において、*Kent* は、流域委員会が正当な注意と技量を払ってその権限を行使して防波堤を補修していれば、大きな損害を被らなかったと主張したが、これは、履行を強制することができる権利を *Kent* が有しているわけではない便益を流域委員会が供与しなかったというに過ぎず（Stevens [2007] p. 221. *cf.* Cornford [2008] p. 131）、*Stovin* 判決以降、連合王国の裁判所がとる見方であるといってよい。しかし、かりに、流域委員会の本質的な目的が防波堤の補修であり、かつ、原告が自衛手段を講ずることを選択せず、または自衛手段を講じることができない場合には、合理的な技量と速やかさをもって法令上の目的を流域委員会が遂行しないことは、コモン・ロー上の義務が認められないとしても、少なくとも道義上の義務には反すると考えられるというのである。*Heyman* 事件判決において、*Mason* 判事は、公的当局は、その権限を行使すべきかどうかについて正当な検討を行うべき、職務執行令状によって履行が強制される公法上の義務を負っていることがありうるが、この義務は、権限の行使に関しての公的当局の注意義務と同視することはできないし、そのような注意義務を負うとされる根拠と考えることもできないとして[111]、公的当局の注意義務違反に基づく損害賠償責任は、公的当局に対する一般的信頼がある場合に認められ、公法上の問題ではないとしている。

109　*See e.g. Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 553 (per Gleeson CJ).

110　[1941] AC 74.

111　(1985) 157 CLR 424, at 465. なお、*Hoffmann* 卿も、職務執行令状は権限の将来における行使について考慮を払うことを求めるものであるのに対し、ネグリジェンス責任追及は、公的当局がどうすべきであったかを振り返るものであるとしている。そして、どのような原則に基づいて、公的当局が権限の行使について検討すべき公法上の義務のみならず、検討しないことによって公の資金からの賠償を求める請求につながりうるような、私法上の義務に服するのかという問題があると指摘していた（*Stovin v. Wise* [1996] AC 923, at 950）。

もっとも、裁判所も立法者もしばしば不法行為法に公法上の概念を持ち込もうとする傾向がある。すなわち、*Mason* 判事の見解にかかわらず、他の判事は、コモン・ロー上の注意義務があるとするためには、公的当局が有している行為権限を行使することが職務執行令状によって強制できなければならないという見解をとっている。たとえば、*Pyrenees Shire Council* 事件判決において、*Brennan* 判事は、*Stovin* 事件判決における *Hoffmann* 卿の説示に依拠して[112]、以下のように述べている。すなわち、権限を行使しなければならないという義務は特定の状況から生じ、また、公法上の救済手段によって履行が強制されることがある。権限が与えられた目的がある人またはあるクラスに属する個人の財産を保護することにあり、かつ、権限の付託がその権限を行使する公法上の義務に服するという状況が存在する場合には、その義務があるクラスの便益のために課された法令上の義務であるか、重要な点においてそれに類似するものであって、義務の不履行は、その義務が果たされない結果、損失を被るあるクラスの構成員による損害賠償請求をもたらすことになる。公法の一般原則は、法令上の義務の存在を基礎づけ、制定法は、その便益のために、その権限が行使されるべき個人のクラスを規定すると述べた[113]。*Brennan* 判事も、職務執行令状の利用を、どのような場合に法令上の権限が制定法上の黙示訴権の結果としてコモン・ロー上の義務となるかを示すものとして摘示している。また、*Civil Liability Act* 2002（NSW）は、「もし当局が原告によって提起された訴訟において職務権限を行使することを求められえなかったのであれば」[114]、公的当局はコモン・ロー上の行為義務を負わないとしており、このような考え方に一定程度の制定法による支持を与えている[115]。*McHugh* 判事は、*Pyrenees Shire Council* 事件判決においては[116]、一般的信頼の法理が適用される多くの事案においては、公的当局が職務執行

112　*Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 346 [22]. *See* Aronson [2008] p.67-68.

113　(1998) 192 CLR 330, at 347. 他方、この事件において、*Gummow* 判事は、「*Shire* のネグリジェンスによる賠償責任は、（妥当することもありうるが）後に不法行為訴訟を提起した者が職務執行令状の性質を有する、*Shire* に対する命令を求めることができる申立て適格を有するか否かという、さらなる（かつ公法上の）問題には依拠しない。ネグリジェンスによる損害賠償請求は、公法上の救済手段に追加するものあるいは代替するものとして提起されるものではない」という見解を示した（at 390-391）。

114　*Civil Liability Act* 2002 (NSW) s 44. 2002年民事責任法44条についての比較的詳細な検討として、たとえば、Aronson [2008] p.73-76参照。

115　ただし *Aronson* は「支離滅裂な（mangled）形で」支持を与えていると評している（Aronson[2008] p.68）。

116　もっとも、*McHugh* 判事も、後に、*Crimmins* 事件判決において、私法に公法上の法理を持ち込むことに対して批判的態度を示した（*Crimmins v. Stevedoring Industry Finance*

令状による行使が構成される公法上の義務の義務を負っているかどうかがその権限を行使し、または職務を遂行すべきかどうかが検討されているとしつつ、ある場合には、権限または職務について裁量が認められる場合であっても、知っていることによって、公法上の作為義務を生ずることがあると判示している（at 371）。

ただし、*Pyrenees Shire Council* 事件高等法院判決の多数意見は、一般的な信頼という法理を承認しなかった[117]。すなわち、*Brennan* 判事は、公的当局が注意義務を負うかどうかの判断基準として立法者意思を選好し、原告が主観的には有していなかったであろう「共同体の一般的期待」を公的当局が注意義務を負っているか否かが判断適切な方法であることに対して疑いを示す[118]、*Stovin* 事件判決における *Hoffmann* 卿の見解[119]を引用した。そして、一般的信頼の法理は、後の裁判例では採用されていない（Weeks [2010] p. 19–20）。

一般的信頼の法理に対する最も主要な批判の１つは、状況によって作り出される、個人の利益が公的当局のコントロールの中にあるという期待を「信頼」と呼ぶことはややミスリーディングであるということである。*Mason* 判事がいう一般的信頼は、原告側の主観的信頼を要件としないからである。実際、*Hoffmann* 卿は、*Stovin* 事件判決において、「原告が、権限が行使されるという期待に依拠していたということは必要なく、存在していたことを知っていることすら必要ない。むしろ、個々の原告が共有していたか否かにかかわらず、共同体の一般的期待を引き合いに出すもののように思われる。制定法上の権限は行使されるという、蔓延している根拠のない前提（widespread assumption）は経済的及び社会的行動の一般的パターンに影響を与える可能性がある」と説示していた[120]。そして、*Hoffmann* 卿は、議会が裁量を与えることによって、権限を与えることは損害賠償請求権を作り出すことは法律がとる方針ではないということを示した場合には、公的当局がコモン・ロー上

Committee (1999) 200 CLR 1, at 35–36 [82]）。

117　*Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 344. *Gummow* 判事及び *Kirby* 判事もこの点については同調した。他方、*Toohey* 判事及び *McHugh* 判事は、一般的信頼の法理は有用な概念であるとして、この法理を支持した。

118　cf *Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 370 [105] (per McHugh J). な お、*Crimmins* 事件判決において、*Gaudron* 判事は、一般的信頼の法理に対して批判的な論者として *Hoffmann* 卿を挙げた（*Crimmins v. Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 24 (fn 55)）.

119　*Stovin v. Wise* [1996] AC 923, at 953–955.

120　[1996] AC 923, at 954.

の注意義務を負うことは実際には稀であると指摘していた[121]。

たしかに、*Crimmins* 事件判決においては、これらの判断は、まさに、*Mason* 判事が *Heyman* 事件において「説明した一般的信頼の概念を支持するもののように思われる」と *Gaudron* 判事は指摘したものの（(1999) 200 CLR 1, at 24 [43]）、法廷意見の理由づけは、主として、公的当局の「支配（control）」とその者に対して当該当局がコモン・ロー上の義務を負うと主張されている個人の「脆弱性（vulnerability）」に着目してなされている。*Crimmins* 事件においては、*Pyrenees Shire Council* 事件[122]以上に、「支配」が真っ向から問題となりえた[123]。そもそも、当局が「支配」を有しているか否か、当局に依存する者が重要な程度に（relevantly）かつ十分に（sufficiently）脆弱か否かという問題は[124]、注意義務を基礎づける関係が存在する限りにおいて[125]意義を有する。そこで、当該事案において当局が注意義務を負うとされたのは、当局がとった措置によってであった[126]。すなわち、*Crimmins* 事件において、当局は、1956年港湾荷役業法（*Stevedoring Industry Act* 1956 (Cth)）8条の下で、「迅速、安全かつ効率的な港湾荷役業務を確保するという観点から」、その職務を遂行し、その権限を行使するという法令上の義務を負っていた。そして、港湾荷役労働者は臨時雇いであり、使用者は日によって異なるため、当局だけが、港湾荷役労働者の労働条件をコントロールし、港湾荷役業について継続的に役割を果たすという立場にあったという事実があった[127]。そして、当局は、*Crimmins* 氏に対してどこで働くかを指示する権限を有し、当局の指示に従わなかったときには、*Crimmins* 氏の港湾荷役労働者としての登録を取り消し、または停止する権限を有していた[128]。この結果、当局が、*Crimmins* 氏を含む港湾荷役労働者に対して、アス

121　[1996] AC 923, at 953.

122　*McHugh* 判事は、*Pyrenees Shire Council* 事件判決の結論は、評議会がその状況を支配していたことによるものであるとは考えていないと述べている（*Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 581）。

123　たとえば、*Aronson* は、評議会は、「その状況を完全には支配していなかった」と指摘している（Aronson[2008] p. 71）。

124　See *Crimmins v. Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 24–25 [44] (per Gaudron J); at 40–41 [100] (per McHugh J); at 85 [233] (per Kirby J).

125　(1999) 200 CLR 1, at 22 [36] (per Gaudron J); *Stuart v. Kirkland-Veenstra* (2009) 237 CLR 215, at 254 [113] (per Gummow, Hayne and Heydon JJ).

126　*Pyrenees Shire Council v. Day* (1998) 192 CLR 330, at 390 (per Gummow J).

127　See *Crimmins v. Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 22 [36].

128　*Gaudron* 判事は、これは、*Crimmins* 氏の脆弱性につながる状況の1つであると評価していた。*Crimmins v Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 24–25 [44].

ベストによる健康被害のおそれがある状況で働くことを指示した[129]と評価することが *Crimmins* 氏と当局との間の関係の実態を最もよく反映すると考えられた[130]。

このような事実関係をふまえて、原告は、港湾荷役労働者を予見可能な害から守るために合理的な措置を講じる注意義務を当局は負っていたと主張し、控訴裁判所は原告の請求を認容した[131]。これに対して、*McHugh* 判事（*Gleeson* 判事も同調）は、異なった論拠によって、結論を導いた。*McHugh* 判事は、この事件にあてはまる確立した１つのカテゴリー、すなわち、制定法上の権限が付与されたときには、その権限は合理的な注意をもって行使されなければならず、その権限を行使する者が合理的な用心をすれば、その行使によって、生じた被害を防止することができ、かつ、被害が生ずる可能性が高かった（likely）[132]ときには、ネグリジェンスによる損害は回復されなければならないことがある[133]というよく知られたカテゴリーにあたるとし、*Heyman* 事件判決において、*Mason* 判事が *Caledonian Collieries* 事件判決[134]を引用しつつ、公的当局が制定法上の権限を行使し、制定法上の義務を遂行する際に、コモン・ロー上の注意義務に服することがありうることは今や確立している[135]と判示したことを指摘した（at 29−30 [62]）。

他方、*Stuart* 事件判決においては、*Pyrenees Shire Council* 事件及び *Crimmins* 事件の事案と異なり[136]、警察は、*Veenstra* 氏を害されるような状況に置いたわけではないし、*Veenstra* 氏に対するリスクの源泉を支配していたわけではないと認定され[137]、*Crennan* 判事及び *Kiefel* 判事は、*Veenstra* 氏が危険にさらされるような状況に対し

129　*Crimmins v Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 28 [58].
130　See *Stuart v. Kirkland-Veenstra* (2009) 237 CLR 215, at 255 [115].
131　*Gleeson, Gaudron, McHugh, Kirby* 及び *Callinan* の各判事は請求認容の結論であったが、*Gummow* 判事及び *Hayne* 判事は反対意見を示した。
132　ここでいう「可能性が高い（likely）」とは、害（injury）が引き起こされる可能性が高いという合理的な可能性（reasonable possibility）があることを意味するというのが、裁判例のとる立場となった。
133　*Caledonian Collieries Ltd v. Speirs* (1957) 97 CLR 202, at 220 (per Dixon CJ, McTiernan, Kitto and Taylor JJ). See also *Sermon v. Commissioner of Railway* (1907) 5 CLR 239, at 245 and 254; *Essendon Corporation v. McSweeney* (1914) 17 CLR 524, at 530
134　97 CLR 202, at 219−220.
135　*Council of the Shire of Sutherland v. Heyman* (1985) 157 CLR 424, at 458.
136　*Kirkland-Veenstra v. Stuart* [2008] Australian Torts Reports ¶ 81−936, 61,305 [44] (Victorian Court of Appeal) (per Warren CJ).
137　*Stuart v. Kirkland-Veenstra* (2009) 237 CLR 215, at 255 [116] (per Gummow, Hayne and Heydon JJ).

て、警察が「支配」を有していたということはできないと判示した[138]。また、*Amaca* 事件判決[139]も、州は、その検査官を通じて、*Hay* 氏の労働環境について日常的に支配を及ぼしていたわけではないとして、州の注意義務違反は認められないとした。

結局、公的当局が注意義務を負うのは、個人の安全またはその財産の安全について公的当局が「重要かつ特別な支配の手段（significant and special measure of control）」を有している場合であり[140]、「支配」は当局がある行為を規制する権限を有しているというだけでは存在せず、害が生ずるリスクの源泉について、当局が直接的に責任を負っているときに認められると解されている[141]。第三者が加害することを防止するように規制しなかったという主張がなされる事案においては、その第一次的不法行為者が公的当局ではなく、加害のリスクを最小化することに自ら利害を有する営利的行為者である場合には[142]、政府に他者のネグリジェンスを防止するために積極的な方策をとることを要求することは、コモン・ローは不作為については注意義務違反をみとめることに慎重であることと首尾一貫しないし、第一次的不法行為者の道義的非難可能性を減少させることになりうると考えられている。*Amaca* 事件判決をはじめとするいくつかの裁判例は、かりに害を防止する機会を逸した場合には常に損害賠償責任を負うとすれば、政府は「限度を超える義務（massive obligation）」を負うことになると指摘している[143]。

4　小括

ここまでの検討からは、公的当局が、その権限の行使にあたって、原告に対して、――とりわけ、従来、認識されていなかった状況の下で――注意義務を負うか否か

138　237 CLR 215, at 263 [140] (per Crennan and Kiefel JJ). *See also* at 254 [114] (per Gummow, Hayne and Heydon JJ).

139　*Amaca Pty Limited (formerly known as James Hardie & Coy Pty Limited) v. State of New South Wales & Anor* [2004] NSWCA 124.

140　*Brodie v. Singleton Shire Council* [2001] 206CLR 512, at 559 [102]; *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 599−600 [154].

141　*Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 581 [93] (per McHugh J).

142　*Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 596 [145] (per Gummow and Hayne JJ); *Amaca Pty Limited v. State of New South Wales & Anor* [2004] NSWCA 124, at [145] (per Ipp JA).

143　*Amaca Pty Limited v. State of New South Wales & Anor* [2004] NSWCA 124, at [158] (per Ipp JA); *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 665 [324] (per Callinan J).

について、以下のようなテストを裁判所は適用してきたということができそうである[144]。（1）制定法及び当事者の地位（公的当局に権限が与えられている目的）に照らして、注意義務を公的当局が負っていると主張する者は、当該権限の行使によってその厚生または安全が保護されるものであるか、（2）当局は被害者に害を与える状況を制御する立場にあり、それを制御する権限を有していたか、（3）被害者が自分自身またはその利益を十分に保護することが合理的に期待できないという意味において、当局が権限を適切に行使することに依存していた者の脆弱性はどの程度であったか、（4）主張されている注意義務が制定法の文言、範囲及び目的と首尾一貫するか、注意義務を課すことが制定法上の当局の職務を歪めることになるか、（5）公的当局は、（一般公衆にとってのリスクというより）原告または原告を含む特定のクラスに属する者に害が及ぶリスクの存在を知っていたか、知っているべきであったか、（6）注意義務を課すことは被告の中核的政策決定または準立法的職務との関係で損害賠償責任を課すことになるか、及び（7）注意義務の存在を否定する政策的理由が存在するか、というものである。

5　各州における公的当局の免責・責任制限

ニューサウスウェールズ州の2002年民事責任法（Civil Liability Act 2002 (NSW)）が、判例法がとっていた立場を変更したものであるかどうかは明白ではないが、その42条は公的当局その他の当局の資源[145]、責務等に関する原則を定めており、他の州法もおおむね同様の規定を設けている。42条は、2002年民事責任法第5編（公的当局その他の当局の賠償責任）が適用される民事責任追及訴訟において、公的当局その他の当局が注意義務を負うかどうか、また、注意義務違反があったかどうかを判断するにあたって適用される原則を以下のように定めている。

(a) 当局によって行使されることが求められる職務は、当該当局にとって、その職務を行使するために合理的に利用可能な財務的その他の資源によって制限され

144　cf. *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v. Ryan* (2002) 211 CLR 540, at 577−578 [84] [85] (per McHugh J); *State of New South Wales v. West & Anor* [2008] ACTCA 14, at [21]−[30].

145　公的当局の注意義務を考える上で、資源の制約を考慮にいれる必要があること、及び、資源の一般的配分のあり方について裁判所が判断することは適当ではないことは、再三、指摘されていた（*e.g. Crimmins v Stevedoring Industry Finance Committee* (1999) 200 CLR 1, at 34 [79] (per McHugh J (with whom Gleeson CJ agreed)); *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v Ryan*(2002) 211 CLR 540, at 553 [6] (per Gleeson CJ)).

る[146]、

（b）当局による、それらの資源の一般的配分は争うことができない[147]、

（c）当局によって行使されることが求められる職務は、その広範囲な活動に照らして（かつ、単に当該訴訟が関連する事項に照らしてではなく）決定される[148]、

（d）当局は、当該訴訟が関連する職務を適正に（proper）行使したということの証拠として、その職務の行使についての一般的な手続き及び適用されるべき基準を遵守したという証拠に依拠することができる[149]。

他方、同法の44条は、当局による規制上の職務の不行使について、以下のように定めているが、こちらについては、２つの法域のみ[150]が同様の規定を設けている。

第１項は、原告が提起する訴訟によっては、ある活動を禁止しまたは規制するという当該当局の職務を行使することが当該当局に要求されえなかったときには、それを行使しなかったことまたは行使することを検討しなかったことをその損害賠償責任が根拠とする限りにおいて、本編（2002年民事責任法第５編（公的当局その他の当局の賠償責任））が適用される民事責任を追及する訴訟において、公的当局その他の当局は損害賠償責任を負わないと定める。第２項は、本節にいう活動を規制する職務にあたるものの範囲を限定するものではないが、ある活動との関連で免許、認可、その他の権限を与えること、ある活動に関連して、ある者を登録その他認める（authorize）ことは、当該活動を規制する職務にあたると規定する。

第１項は、おそらく、（適正な検討がなされていれば原告の被害は避けられたに違いない）権限を行使するかどうかを適切に検討する義務の違反から積極的行為をとるコモン・ロー上の義務を導こうとした、*Stovin* 事件判決における *Hoffmann* 卿

146　他の州法でも同様である。Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 110(a); Civil Liability Act 2003 (Qld) s 35(a); Civil Liability Act 2002 (Tas) s 38(a); Wrongs Act 1958 (Vic) s 83(a); Civil Liability Act 2002 (WA) s 5W(a).

147　他の州法でも同様である。Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 110(b); Civil Liability Act 2003 (Qld) s 35(b); Civil Liability Act 2002 (WA) s 5W(b). ただし、Civil Liability Act 2002 (Tas) s 38(b) は、「当局によるこれらの資源の配分の合理性は争うことができない（not open to challenge）」としている。

148　他の州法でも同様である。Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 110(c); Civil Liability Act 2003 (Qld) s 35(c); Civil Liability Act 2002 (Tas) s 38(c); Wrongs Act 1958 (Vic) s 83(b); Civil Liability Act 2002 (WA) s 5W(c).

149　他の州法でも同様である。Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 110(d); Civil Liability Act 2003 (Qld) s 35(d); Civil Liability Act 2002 (Tas) s 38(d); Wrongs Act 1958 (Vic) s 83(c); Civil Liability Act 2002 (WA) s 5W(d).

150　Civil Law (Wrongs) Act 2002 (ACT) s 112; Civil Liability Act 2002 (Tas) s 41.

の判示[151]に触発されたものであると考えられ、また、*Ipp* 報告書が、*Hoffmann* 卿の考え方を制定法化すべきであると勧告していたこと（Panel of eminent persons [2002] para. 10.26）をうけたものと推測される。もっとも、第１項では、原告が被告である当局に当該職務の行使を強制できたということが要件とされており、単に、職務の行使を検討することを要求できたというのでは不十分であるという立場によっているものと読むことができる。

6　制定法による免責

1998年金融セクター（株式保有）法（Financial Sector（Shareholdings）Act 1998）5条２項は、本法によって政府が刑事訴追をうけることはないと規定しているが、その法案説明書では、この規定によっては、政府の作為または不作為による民事責任の問題は影響を受けないと述べられ、本法案には連邦を不法行為訴訟から訴追免除する措置が定められていない以上、1903年連邦裁判法の規定により、権利を侵害された、金融セクター会社（financial sector company (FSC)）の預金者は、連邦を訴えることができると指摘されていた。

他方、中央銀行であるオーストラリア準備銀行については、1959年銀行法（Banking Act 1959 (Cth)）の70A 条１項が、「いかなる者も、本法の下での権限、職務または任務の行使もしくは遂行、または行使もしくは遂行と称されているものにおいて、善意で（in good faith）、かつ、過失なく行ったことまたは行うべきことを怠ったことに関しては、いかなる者に対しても賠償責任に服さない」と定めている[152]。

151　[1996] AC 923, at 952−953.

152　この規定は、2003年金融セクター関連法改正法（Financial Sector Legislation Amendment Act (No.1) 2003）による改正後のものである。この改正の趣旨は、金融セクター関連法改正法案（Financial Sector Legislation Amendment Bill (No. 2) 2002）の趣旨説明書によると、オーストラリア健全性規制機構法58条によって与えられている保護を与えるためであるとされていた（paragraph 5.32）。なお、70A 条は1998年金融セクター改革（改正及び経過規定）法により設けられたものであるが、2003年金融セクター関連法改正法による改正前には、「いかなる者も、本法の下での権限の行使もしくは職務の遂行に関連して、または本法により課された義務に従って、善意で、かつ、過失なく行ったことまたは行うべきことを怠ったことに関しては、いかなる者による訴訟、請求もしくは要求、またはいかなる者に対する賠償責任にも服さない」と定めていた。また、1998年金融セクター改革（改正及び経過規定）法による改正前には、15条が免責を定めていたが、1959年銀行法制定当時の15条は、「準備銀行、準備銀行の総裁及び副総裁ならびに準備銀行サービス（*Reserve Bank Service*）の上級職員（officer）は、本節の下で準備銀行に与えられた権限の行使または権限の行使に関連して、善意で、かつ、過失なく行ったことまたは行うべきことを怠ったことに関しては、

また、オーストラリア健全性規制機構（Australian Prudential Regulation Authority: APRA）については、1998年オーストラリア健全性規制機構法（Australian Prudential Regulation Authority Act 1998 (Cth)）の58条が、「APRA、理事、APRA の職員 , または理事もしくは APRA の職員の代理人は、本法その他の連邦法の下で、APRA、理事会または理事に与えられ、または課せられた権限、職務または任務の行使または実施にあたって善意で行ったことまたは行わなかったことに関して、いかなる者に対しても損害賠償責任を負わない」と定めている。この保護は、APRA により業務を遂行するために選任された監査人にも及ぶ。なお、1998年オーストラリア健全性規制機構法案（Australian Prudential Regulation Authority Bill 1998）の趣旨説明書では、単に「この規定は準備銀行のような組織に現在適用されている規定と整合的である」（paragraph 4.57）とのみ述べられており、どのような実質的・政策的な理由に基づく条項なのかは説明されていなかった。

7　HIH 事件

保険会社である *HIH* の破綻について、保険・年金委員会（Insurance and Superannuation Commission）及びその後身である *APRA* に責任があるとして、*HIH* の清算人は、2002年11月11日に、首都特別区地方裁判所（ACT Supreme Court）に、損害賠償を求めて訴えを提起した[153]。

これは、支払不能となっていた *FAI* を1999年１月に *HIH* が買収し、*HIH* が2001年３月に53億オーストラリアドルの負債を抱えて破綻したことを、過失により、監督当局は防止できなかったとして、*FAI* の買収に要した３億オーストラリアドル及び *HIH* グループの破綻につながった後続的損失の支払いを求めたものである。

しかし、清算人は、2003年になってから、APRA 及び連邦政府に対する訴えを取

いかなる者による訴訟、請求もしくは要求、またはいかなる者に対する賠償責任にも服さない」と定めていた。

153　Main and Fabro [2002]. *See e.g.* Costello [2002] p.145. オーストラリア原告法律家協会（Australian Plaintiff Lawyers Association）の会長である *Rob Davis* が、「ある産業を規制する責任を規制当局が負っているのであれば、いかなる失敗から生じたものであれ、他者がこうむった損失について規制当局は責任を負う」として、APRA と政府は請求の少なくとも一部について賠償責任を負っていると判断される可能性があると指摘したと報じられていた。（Gordon [2002]）。連邦政府も被告とされたのは、規制当局の留保を覆し、*FAI* に保険事業を継続することを認可するにあたって *Howard* 首相が重要な役割を果たしたという理由に基づくものであった（Ryan [2002] p.7, Editorial [2002]）。

り下げた（Elias [2003] p.1）。2003年７月14日付の *HIH* のプレスリリース[154]によると、訴訟に要する時間とコストをふまえた「全体としての訴訟戦略の一環として（as part of the overall litigation strategy）」、APRA に対する訴訟を継続しないこととしたとされているにとどまっており、取り下げた理由の詳細は不明である。しかし、*HIH* 破綻に伴う保険契約者保護のためのベイルアウトスキームの実施により、連邦政府こそが、*HIH* の主要な債権者であるということになったことに加え（Long [2003][Tony McGrath]）、1998年オーストラリア健全性規制機構法58条を前提とすると、APRA に悪意（bad faith）があったことを立証することは困難であると考えられたことが１つの理由であると推測できる（*See* Editorial [2002]）。

Bibliography

Allars, M. [1996] Tort and Equity Claims against the State, in: Finn, P.D. (ed.), *Essays on Law and Government*, vol.2, LBC Information Services: 49−100

Amirthalingam, K. and T. Faunce [1997] Patching up Proximity: problems with the judicial creation of a new medical duty to rescue, *Torts Law Journal*, vol.5, no.1: 27−44

Aronson, M. [1992] Local Government Liability for Substandard Building, *University of New South Wales Law Journal*, vol.15, no.2: 389−422

Aronson, M. [2008] Government Liability in Negligence, *Melbourne University Law Review*, vol. 32, no. 1: 44−82

Aronson, M. [2011] Misfeasance in Public Office: a very particular tort, *Melbourne University Law Review*, vol.35, no.1: 1−51

Aronson, M., B. Dyer and M. Groves [2009] *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., Thomson Reuters

Bailey, S.H. and M.J. Bowman [1986] The Policy/Operational Dichotomy – a cuckoo in the nest, *Cambridge Law Journal*, vol.45, no. 3: 430−456

Balkin, R.P. and J.L.R. Davis [2009] *Law of Torts*, 4th ed. LexisNexis Butterworths

Barker, K. *et al.* [2012] *The Law of Torts in Australia*, 5th ed., Oxford University Press

Bird, J. [2011] Regulating the Regulators: accountability of Australian regulators, *Melbourne University Law Review*, vol.35, no.3: 739−772

Bowman, M.J. and S.H. Bailey [1984] Negligence in the Realms of Public Law – a positive obligation to rescue?, *Public Law*, summer 1984: 277−307

Cane, P. [2004] *Administrative Law*, 4th ed., Oxford University Press

Cornford, T. [2008] *Towards a Public Law of Tort*, Ashgate

Costello, P. [2002] *Mid-Year Economic and Fiscal Outlook* 2002−2003, Appendix D

154 <http://www.hih.com.au/pressreleases/pr-18.pdf>.

<http://www.budget.gov.au/2002-03/myefo/Downloads/PDF/Appendix_D.pdf>

Dicey, A. V. [1959] *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed.,

Doyle, J.J. [1994] The Liability of Public Authorities, *Tort Law Review*, vol.2, no. 3: 189-198

Dugdale, A.M. [1994] Public Authority Liability: to what standard?, *Tort Law Review*, vol.2, no.3: 143-163

Duncan, W.D. [1998] Reliance upon Government Information - select issues, in: Horrigan, B. (ed.), *Government Law and Policy: commercial aspects*, Federation Press: 390-418

Editorial [2002] The Public's Liability, *Sydney Morning Herald*, 16 November, 2002 <http://www.smh.com.au/articles/2002/11/15/1037080913543.html>

Elias, D. [2003] Damages for HIH Bust May Top $ 1bn, *The Age*, 15 July 2003: 1

Finn, P. D. [1987] *Law and Government in Colonial Australia*, Oxford University Press

Finn, P. D. [1994] The Abuse of Public Power in Australia: making our governors our servants, *Public Law Review*, vol. 5, no. 1: 43-57

Finn, P. D. [1999] The State Corporation, *Flinders Journal of Law Reform*, vol.3, no.1: 1-7

Fleming, J.G. [1992] The Economic Factor in Negligence, *Law Quarterly Review*, vol.108, no.1: 9-12

Gordon, J. [2002] Liquidator Suing Canberra, *The Age*, 14 November 2002 <http://www.theage.com.au/articles/2002/11/13/1037080785113.html>

Haberfield, L. [1998] *Lowns v Woods* and the Duty to Rescue, *Tort Law Review*, vol.6, no.1: 56-80

Hill, G. [2007] Private Law Actions against the Government (Part 1) – removing the government's immunity from suit in federal cases, *Melbourne University Law Review*, vol. 30, no.3: 716-746

Hilson, C.J. and W.V.H. Rogers [1995] *X v Bedfordshire County Council*: tort law and statutory functions — probably not end of the story, *Torts Law Journal*, vol.3, no.3: 221-238

Jaffe, L.L. [1963] Suits against Governments and Officers: sovereign immunity, *Harvard Law Review*, vol. 77, no. 1: 1-39

Kneebone, S. [1996] Claims against the Commonwealth and States and their Instrumentalities in Federal Jurisdiction: section 64 of the Judiciary Act, *Federal Law Review*, vol. 24, no. 1: 93-132

Kneebone, S. [1998] *Tort Liability of Public Authorities*, LBC Information Services

Lawson, G. [2001] *Public Authorities, Negligence, and Immunity*, Adelaide University

Leeming, M. [1998] Liability of the Government under the Constitution, *Australian Bar Review*, vol. 17, no. 3: 214-236

Long, S. (reporter) [2003] APRA Spared Legal Liability for HIH Collapse, 14 July, 2003 <http://www.abc.net.au/pm/content/2003/s901917.htm>

Main, A and A. Fabro [2002] HIH Liquidator Takes Aim at Regulator, Andersen, *The Australian Financial Review*, 14 November: 1 and 6.

Mantziaris, Ch. [2003] The Executive – a common law understanding of legal reform and responsibility, in: French, R., G. Lindell and Ch. Saunders (eds.), *Reflections on the Australian Constitution*, Federation Press: 125-170

Panel of eminent persons [2002] *Review of the Law of Negligence. Final Report*, Commonwealth of Australia

Ryan, C. [2002] FAI: Trojan horse or mere whipping boy?, *The Australian Financial Review*, 14

November 2002: 7

Sappideen, C. and P. Vines (eds.) [2011] *Fleming's The Law of Torts*, 10th ed., Law Book

Seddon, N. [2000] The Crown, *Federal Law Review*, vol. 28, no. 2: 245–262

Selway, B. [2002] The Source and Nature of the Liability in Tort of Australian governments, *Tort Law Review*, vol. 10, no. 1: 14–37

Smillie, J.A. [1985] Liability of Public Authorities for Negligence, *University of Western Ontario Law Review*, vol. 23, no. 2: 213–248

Sopinka, J. [1993] The Liability of Public Authorities: drawing the line, *Tort Law Review*, vol.1, no.2: 123–151

Stevens, R. [2007] *Torts and Rights*, Oxford University Press

Todd, S. [1998] Liability in Tort of Public Bodies, in: Mullany, N.J. and A.M. Linden (eds.), *Torts Tomorrow: a tribute to John Fleming*, LBC Information Services: 36–56

Trindade, F., P. Cane and M. Lunney [2007] *The Law of Torts in Australia*, 4th ed., Oxford University Press

Weeks, G. [2010] *Private Law Litigation against the Government: are public authorities and private actors really 'the same?'*, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, vol. 68

Woodall, M.K. [1992] Private Law Liability of Public Authorities for Negligent Inspection and Regulation, *McGill Law Journal*, vol.37, no. 1: 83–143

Wotherspoon, S. [2009] Translating the Public Law 'may' into the Common Law 'ought': the case for a unique common law cause of action for statutory negligence, *Australian Law Journal*, vol. 83, no. 5: 331–345

本研究は JSPS 科研費24653019 の助成を受けたものです。

（ビジネス科学研究科教授）