

制定法義務違反の不法行為における 新たな意義づけ

——イギリス EU 離脱への餞としての
オーストラリア不法行為法の検討——

大 西 邦 弘

- I はじめに
- II わが国における「法」違反と損害賠償をめぐる問題
- III イングランドにおける EU 銀行法違反と不法行為責任
- IV カナダにおける法状況——制定法義務違反の不法行為の廃止
- V オーストラリア法における制定法義務違反の不法行為
- VI Foster 教授の議論について——エンフォースメントの重要性
- VII おわりに

I は じ め に

わが国において、ある法律に違反することが不法行為法においてどのような意義を有するのかについては、主に取締法規違反の不法行為の局面において議論されてきた。そこでは、取締法規に違反することによって加害者に過失が推定されると説かれ、あるいは違法性要件におけるいわゆる相関関係理論の一要素とする見解が有力とされてきた。しかしながら、ある法律に違反することは、不法行為法において過失が推定されたり違法性判断の一要素とされたりする以上の意義があるのではなからうか。

私はかつて、ある法律に違反することと不法行為に基づく損害賠償請求

訴訟について、不法行為法は法律をエンフォースする機能があるのではないかということ(1)を主張した(以下「前稿」という)。本稿においては、前稿の後に現れた法律状況の変化や他の外国法の状況を踏まえつつ——主にイギリスのEU離脱の決定——、さらなる主張の補強に努めようとするものである(2)。

- (1) 拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能(1)(2・完)」民商127巻2号(2002年)221頁, 3号394頁。
- (2) 本稿において、イギリス法とはイングランド＝ウェールズ法をいうものとするが、一般的用法にしたがい「イギリス」を用いることもある。

II わが国における「法」違反と損害賠償をめぐる問題

1 概観——学説の状況

ある法律に違反することがわが国の不法行為に基づく損害賠償請求においてどのような意義を有するのかについては、現在においてもなお明らかではない部分が多い。

まず出発点として、法律に違反することが不法行為においてどのような意義を有するのか(3)について、わが国においては取締法規違反と不法行為の問題とされ、伝統的には、過失の推定がなされると説くもの(4)や、いわゆる違法性の判断における相関関係説の一要素として掲げられてきた。ただ、最近改訂された不法行為法のテキスト等においては、明示的にこのテーマを扱うものについては限定されている状況である(5)。

しかしながら、取締法規に違反することと不法行為の成否については問題が残されていることが指摘されており(6)、取締法規の保護目的に該当する場合は不法行為の成立を認める方向に働くとする見解が有力であるとされている(7)。

また、「道交法違反は事実上同時に民法上の注意義務違反を構成する(8)」。250(678) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

とになろう」と説く見解がある。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾さらには、制定法による義務に違反することによって発生する損害賠償責任は、その違反された法律に基づいて認められるのか、それとも民法709条によって認められるのかという問題も残されている。

では、このような問題について、最近の裁判例はどのような傾向を示しているのだろうか。

2 最近の裁判例

最近の裁判例については、以下のような状況にある。⁽¹¹⁾主に前稿公表後の裁判例に焦点を絞って、時系列で紹介していくことにしよう（【】で整理したのが最高裁判決、<>が高裁判決、[]は地裁判決である）。

<a>株式の購入につき取締法規違反の勧誘がなされたものにつき、東京高判平成11年7月27日証券取引被害判例セレクト14巻1頁は「いわゆる取締法規違反の行為は、直接的には行政上の処罰等の対象となっても、理論上は民事上の不法行為の故意、過失を直接構成するものではないけれども、その違反の有無は、不法行為の要件である違法性を判断するための要素の一つとなることは明らかであり、また、その取締法規の目的が間接的にもせよ一般公衆を保護するためのものであるときは、その取締法規違反の事実は、他の諸事情をも勘案して不法行為の成否を判断する主要な要素であり、一応不法行為上の注意義務違反を推認させるものである」と判示している。

[a] 福岡地判平成23年9月15日判時2133号80頁は、被告に独占禁止法19条違反（不公正な取引方法）があったことを認定しつつ、特に独占禁止法19条違反と不法行為責任との関係について述べることなく「被告は、原告に対し、デイリー商品についての販売価格の拘束を行ったことによって……損害を被らせたことについて、少なくとも過失があったものというべ

きであるから、不法行為責任を負う」と判示している。⁽¹²⁾⁽¹³⁾この判決はその後控訴審（福岡高判平成25年3月28日判時2209号34頁）において取り消され、⁽¹⁴⁾原告の請求は棄却されている。また、最高裁においても上告を不受理とする決定がなされている。⁽¹⁵⁾

東京高判平成25年10月10日判時2205号50頁は、被告らが動物の飼育を禁ずる規定に違反して飼育していた犬の咬傷事故が原因となり、原告の賃貸物件の賃借人が退去して得べかりし賃料収入を喪失したなどとして、民法718条1項または709条に基づいて損害賠償を求めた事案について、「本件マンションの居住者は、この禁止規定に違反してはならず、これに違反して動物を飼育する場合には、本件マンションの居住者その他の関係者の生命、身体、財産の安全等を損なうことがないように万全の注意を払う必要があり、飼育する動物が専有部分や共用部分の一部を毀損するなど、財産的価値を損なう行為をして専有部分の区分所有者その他の権利者が有する財産上の利益を侵害したときは、民法718条1項による損害賠償責任を負うほか、上記注意義務に違反したと認められるときは、同法709条による損害賠償責任も免れず、いずれにしても専有部分の区分所有者その他の権利者が財産上の利益に関して受けた損害を賠償する責任があるというべきである」と判示している。⁽¹⁶⁾

[b] 東京地判平成26年2月20日は、補助人工心臓エヴァハートの植込み手術につき、プロトコル（治験実施計画書）の適応除外基準に違反してなされた事実関係につき、債務不履行あるいは不法行為に基づいて損害賠償請求がなされた事案において「民事法上の違法性という観点に立てば、被験者の権利保護に十分な配慮がされる必要があることは当然であるが、プロトコルの内容は、現実には、被験者において治験に参加するか否かを判断するに際して、唯一の客観的な資料になるものと考えられ、被験者は、治験に参加するに当たって、当然にプロトコルの内容が遵守されることを

前提にしているものと考えられる。したがって、両当事者の合意内容という意味合いにおいても、プロトコルの内容は、合意の一部を形成するものというべきであるから、その違反は、民事法上の違法性を有するものと認められるべきである……以上によれば、本件において、本件除外基準に違反して本件植込み手術を実施したことは、民事法上も違法と評価せざるを得ない」と判示した。⁽¹⁷⁾

【a】最高裁レベルでは、制定法に違反することと不法行為法の意義について正面から課題とするものは限られているが、弁護士法23条の2第2項に基づく照会に対する報告の拒絶にかかる最判平成28年10月18日民集70巻7号1725頁において、岡部喜代子裁判官が「23条照会に対する報告義務が公法上の義務であることからすれば、その義務違反と民法上の不法行為の成否とは必ずしも一致しないとはいえるが、正当な理由のない報告義務違反により不法行為上保護される利益が侵害されれば不法行為が成立することもあり得るところである」との補足意見を述べていることが注目に値する。⁽¹⁸⁾

このように、わが国の裁判例においては、制定法に違反することと不法行為法との関係については数も必ずしも多くなく、また、理論的にどのような影響を及ぼすかについても明らかではないが、いわゆるソフトローを含めて「法」に違反することによって、不法行為の成立を認定する傾向を指摘することが可能であって、このことの理論的な根拠は必ずしも明示されていないこともまた、看取することが可能である。⁽¹⁹⁾

3 独占禁止法違反の不法行為・製造物責任法とルール違反

このような裁判例の状況において、とりわけ注目がなされるのが、独占禁止法違反と不法行為責任との関係である。この点について、最高裁判所調査官による解説では刑罰法規違反を理由として違法性を根拠づける説明

もあるが、⁽²⁰⁾「独占禁止法による行為規制の目的や行為規制に連結された同法25条の存在が決定的であろう」と指摘する学説もある。⁽²¹⁾

また、民法709条ストレートの問題ではないが、製造物責任法の領域にも目を転じると、JIS規格の適合性と製造物責任法3条にいうところの欠陥の有無との関係も問題となり得る。この点に関しては、JIS規格に適合するとして欠陥を否定するものと、JIS規格に適合していても欠陥を認定するものがあるようである。⁽²²⁾ JIS規格に違反することをもって製造物責任法3条にいう欠陥を認定することができるかどうかについても、必ずしも明確ではないといえることができる。

4 小括

このように、わが国の裁判例においては、いわゆるソフトローを含めた法に違反することと、不法行為法との関係は必ずしも明らかではない。この点、外国法はどのような状況にあるのであろうか。まずは制定法による義務に違反することを独立の不法行為の訴訟原因とする法制を採用しているイングランド法を手始めとして、検討していくことにしよう。

(3) 法に違反することと不法行為法との関係を考察するにつき、わが国においては取締法規違反のタイトルのもと議論がなされ、本稿が主な比較対象とする英米法では制定法義務違反 (breach of statutory duty) のフォーラムのもと議論がなされている。本稿においては、特に明記して区別しないかぎり、ひとまずこれらは同じく「法」に違反することと不法行為法との関係を議論するものとして、扱っていく。

(4) 我妻栄『事務管理 不当利得 不法行為』(日本評論社, 1937年) (1989年復刻版を参照) 126頁, 加藤一郎『不法行為』(有斐閣, 増補版, 1974年) 106頁, 131頁。この説明はいまだ参照に値すると評価されている(窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』(有斐閣, 2017年) 288, 348頁 [橋本佳幸]) (以下『新注釈民法(15)』と略記する)。

(5) 詳細な体系書である, 潮見佳男『不法行為法I』(信山社, 第2版, 254(682) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

2009年)、藤岡康宏『民法講義Ⅴ不法行為法』(信山社、2013年)では取締法規を独立の項目として扱っていない。吉田邦彦『不法行為等講義録』(信山社、2008年)21頁、大村敦志『新基本民法6不法行為編 法定債権の法』(有斐閣、2015年)には特に取締法規違反の不法行為は扱われていない。前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法』(弘文堂、第3版、2017年)、潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法』(新世社、第3版、2017年)も取締法規違反の不法行為を独立した項目として扱っていない。

- (6) 『新注釈民法(15)』816頁〔後藤卷則〕。
- (7) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣、第2版、2018年)95-98頁。
- (8) 『新注釈民法(15)』816頁〔後藤卷則〕。
- (9) 『新注釈民法(15)』729頁〔山口成樹〕。
- (10) 取締法規違反と不法行為については、独占禁止法違反がとりわけ注目に値するが、後に若干触れるほか、前稿において詳しく検討したため再びここで繰り返すことはしない。
- (11) 最近の裁判例を検索するにあたっては、第一法規「法律判例文献情報」において、「法 違反 損害賠償」で検索した結果に基づくことにした。
- (12) また、この判決は、損害額について民事訴訟法248条によって相当な損害額を認定している点も興味深い。
- (13) この判決にかかる評釈として、高田淳「判解」判例評論641号160頁、小塚莊一郎「本件判批」ジュリ1437号4頁、長谷川亜希子「本件判批」ジュリ1438号94頁、中出孝典「本件判解」重判解平成23年度269頁、伊従寛「本件判解」国商40巻7号1003頁などがある。
- (14) 控訴審判決の評釈として、梶村寛道「本件判解」NBL 1025号75頁、長谷川貞之「本件判解」リマ50号26頁などがある。
- (15) 最判平成26年10月29日公正取引委員会審決集61集401頁。
- (16) この判決の評釈として、梶村寛道「本件判批」NBL 1017号74頁、大久保邦彦「本件判批」判評664号159頁、松浦聖子「本件判解」法セ735号110頁、加藤雅之「本件判批」民事判例(日本評論社)9号96頁などがある。
- (17) この判決の評釈として、根本晋一「本件判批」判評672号176頁、山田裕章「本件判解」民事判例(日本評論社)10号118頁がある。
- (18) この最高裁判決については、加藤新太郎「本件判批」重判解平成28年度81頁等の多数の評釈がある。
- (19) いわゆる「ソフトロー」については、中山信弘=藤田友敬『ソフトローの基礎理論』(有斐閣、2008年)参照。

- (20) 小倉顕「判解」最判解平成元年470頁。
- (21) 『新注釈民法（15）』319頁 [橋本佳幸]。
- (22) 『新注釈民法（15）』658頁 [米村滋人]。

Ⅲ イングランドにおける EU 銀行法違反と不法行為責任

1 イングランドにおける制定法義務違反の基礎的法状況——確認

イングランドにおける制定法義務違反の不法行為をめぐる法状況について⁽²³⁾は、前稿において詳しく紹介をし、検討を行ったため詳細に繰り返すことはしないが、次のような法規範を確認することができる。すなわち、制定法義務違反の不法行為が成立するためには、当該制定法がその違反によって一定の被害者の保護を目的として権利を付与しており、被害者がその法が保護を目的とする特定の集団に属していることが要件となる。その理由は、加害者の制定法による義務に違反する行為によって、被害者が社会一般よりもより深刻な被害を被ったと評価することが必要だからである。⁽²⁴⁾制定法義務違反の不法行為は、従来、主に労災事案において用いられてきた⁽²⁵⁾が、これは、労働者保護法制を遵守する強力なインセンティブであったことが、学説によって指摘されている。⁽²⁶⁾

ここでは、イングランドにおける不法行為法の構成について若干補足が必要であろう。すなわち、イングランド不法行為法は、わが国のような統一的・包括的な不法行為条項によって構成されていない。つまり、イングランド不法行為法においては、判例によってネグリジェンスの不法行為 (negligence) に代表されるような独立した不法行為 (tort) が多数認められており、それらが束になって不法行為法 (law of torts) を構成している。制定法義務違反の不法行為は (breach of statutory duty)、数ある不法行為⁽²⁷⁾類型のうちの一つなのである。

そのため、制定法義務違反の不法行為をネグリジェンスの不法行為に吸
 256(684) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

収合併させてしまえという主張がかねてから繰り返しなされて⁽²⁸⁾おり、このことが現在においてもなお重要な争点とな⁽²⁹⁾っている。

前稿でも扱った判例であるが、現在の制定法義務違反の不法行為にかかるリーディングケースは、*Lonhro plc. v. Shell Petroleum Co. Ltd.* (No. 2) [1982] AC 173 判決であって、その重要性に鑑みて再掲することにする。この事案は、ローデシア（アフリカ南部にあった旧イギリス植民地。現在のザンビア・ジンバブエにあたる地域）との石油取引を禁じる政府の法令に反して利益を得た被告石油会社に対して、この法令を遵守した競合他社である原告石油会社から、制定法を遵守したために失った利益の賠償を求めため、制定法義務違反の不法行為に基づいて損害賠償請求がなされたものである。

貴族院は、制定法義務違反の不法行為が認められるための2つの要件を示したうえで、この事案はいずれの要件も満たさないとして原告の請求を認めなかった。すなわち、①違反された制定法が私人一般ではなく特定の集団を保護することを意図しており、②原告が①に示された集団に帰属するとしても、「他の一般公衆に発生したのとは異なる、特定、直接かつ実質的損害」を被った場合にのみ、制定法義務違反の不法行為は認められるという2つの要件である。⁽³⁰⁾

2 その後の法状況

このような厳格な要件にもかかわらず、例外的に制定法義務違反の不法行為を認める方向にあったのが、労働者保護法制違反の領域とヨーロッパ法違反の不法行為（Eurotort）であることを明らかにしたのが前稿であったが、では、前稿公表後一般の制定法義務違反の不法行為について、その後なんらかの動きはあったのであろうか。このことについては、時系列に従って紹介していくことにしたい。

まず、前稿公表の直後にこの領域の泰斗による重要な論考が公表されて⁽³¹⁾いる。それによると、後述するようなヨーロッパ法違反による損害賠償請求等を伝統的な制定法義務違反の不法行為の枠内で捉えることに懸念を示し、「新たな」不法行為 (tort) であると理解すべきと主張されている。⁽³²⁾

次に、法律委員会 (The Law Commission) ⁽³³⁾ は、制定法義務違反の不法行為の廃止を検討したものの激しい批判に遭遇したため、結局、最終的に廃止を提言することはなかつた。⁽³⁴⁾

他方で、最高裁判所については、不法行為法において制定法義務違反を絶対的なものとするには懸念が示されており、制定法義務違反を絶対的なものと解することができるのは「そのように明白に解釈できる場合に限る」とした、*Baker v Quantum Clothing Group Ltd.* [2011] UKSC 17. 判決が現れている。

翻って、イングランドにおける制定法義務違反の不法行為、とりわけヨーロッパ法違反にかかる損害賠償については、ヨーロッパ法違反の不法行為 (Eurotort) と呼ばれ、このような不法行為類型が認められる背景には、EU 法の有効性 (effectiveness of Community law) という政策的な考慮があることを前稿において明らかにした。

では、前稿公表後、ヨーロッパ法違反の不法行為については、どのような判例がイングランドにおいて現れているのであろうか。次にこの検討に移ることにする。

3 EU 法違反の不法行為 (Eurotort) : EU 銀行法違反とイングランドにおける損害賠償責任——*Three Rivers District Council v Bank of England (No 3)*

最近のイングランド不法行為法に関して、制定法義務違反を解説するテキストの中においては、独立にヨーロッパ法違反の不法行為を扱うように
258(686) 法と政治 69巻2号 I (2018年8月)

な⁽³⁵⁾ってきている。ヨーロッパ法が直接効（direct effect）を有する場合、ヨーロッパ法はイングランドにおいて——特に新たに制定法を設けなくても——直接に効力を有することになる。この直接効を有するヨーロッパ法に違反した場合、損害賠償請求が可能なのがヨーロッパ司法裁判所で明らかに⁽³⁶⁾されており、イングランドにおいてヨーロッパ法に違反することで制定法義務違反の不法行為の形を借りて損害賠償請求が認容される余地が認められている。すなわち、*Garden Cottage foods Ltd v Milk Marketing Board* [1984] AC 130 判決においては、原料のミルクのほとんどを被告から購入していた原告が、被告が以降4社にしかミルクを販売しないと決めたことに対し、当時の86条（現82条）が禁ずる支配的地位の濫用に該当すると主張して被告に対して損害賠償を請求した。Diplock 卿は、次のように判示している。すなわち、共通市場（あるいはその大部分）において支配的地位の濫用を禁ずる86条（現82条）に違反することは、イングランド国内においては制定法義務違反の不法行為に位置づけられる。これは、共通市場の発展だけではなく、支配的地位の濫用によって損害を被った私人の利益保護を目的とすると判示されたのである。

この判決についても前稿に詳しいが、前稿公表後、Stanton 教授によって、Diplock 卿のこのような判示は広義に解し、制定法義務違反の不法行為⁽³⁷⁾としたことに特段の意味はないと主張されている。

加盟国国内においてヨーロッパ法違反の不法行為が認められるための要件は、①違反されたヨーロッパ法が私人に権利を付与する内容であること、②違反が重大なものであること、③違反と発生したとされる損害の間に直接の因果関係があることである。⁽³⁸⁾このように、制定法義務違反の不法行為は、ヨーロッパ法をイングランドにおいて認識するための基礎とな⁽³⁹⁾ることが学説によって指摘されている。

ヨーロッパ法に違反することで——通常の制定法義務違反の不法行為よ

りも広く——私人にも損害賠償請求権が付与される理由としては、ヨーロッパ司法裁判所による「ヨーロッパ法の有効性 (effectiveness)」という概念に基づくためである。⁽⁴⁰⁾

それでは、この領域について、前稿公表後にどのような動きがあったのであろうか。学説では、Southampton 大学の Betlem 教授は、不法行為法に基づいて私人による法執行がなされることにつき、積極的に評価する論文を公表している。⁽⁴¹⁾ すなわち、Betlem 教授によると、ヨーロッパにおける環境法制において私人による損害賠償が認められていないことは問題であると指摘され、その他の知的財産等の領域を参照しつつ、あらたな「ヨーロッパ制定法義務違反の不法行為」によるエンフォースメントの重要性が主張されている。⁽⁴²⁾

判例において、この領域について最も注目がなされるべきものとして、銀行監督当局が EU 銀行法に違反して監督権限を行使しなかったことにつき、銀行の破綻によって損失を被った債権者等から銀行監督当局に対して損害賠償請求がなされた、*Three Rivers District Council v Bank of England* (No 3) [2000] 2 WLR 1220. 判決がある。

この事案において、貴族院は、金融機関を規制する指令 (directive) は金融監督業務を調和化しようとするものであって、個々の預金者を保護することを目的とはしていないと判示し、指令は個別の預金者に権利を付与することを目的としていないために、個別の預金者は損害賠償請求することはできないと判示した。

この判決はイングランドにおける EU 法違反にかかる損害賠償請求の重要判決であるが⁽⁴³⁾、他方で、周知の通り、イギリスでは2016年6月に EU 離脱の可否が問題とされた国民投票で離脱が決定された。そうすると、この法領域は今後どのような影響を受けるのであろうか。

4 イギリスの EU 離脱

最近のイギリスにおいて発生した最も重大な出来事の一つとしては、EU からの離脱の決定が挙げられる。

もっとも、イギリスは、EU 離脱後も EU 法を「尊重」するということが報じられている。⁽⁴⁴⁾ また、最新のイングランド不法行為法において最も権威ある体系書の一つにおいても、——preface においては EU 離脱に触れている——制定法義務違反の不法行為とヨーロッパ法の項目においては、EU 離脱について特段の記述はなされていない。⁽⁴⁵⁾

現時点において、イングランド法におけるヨーロッパ法違反の不法行為がどのように扱われることになるかについては必ずしも明らかではないが、その基礎となったヨーロッパ法の「有効性」という概念の価値が失われてしまう可能性が高いことは、否定することはできない。

それでは、英米法における制定法義務違反の不法行為は今後どのような運命を辿るのであろうか。続いて、他の英米法諸国を参照することとし、制定法義務違反の不法行為を廃止するという最もドラステックな改革を採用したカナダ法の状況を見てみることにしよう。

(23) 本稿においてイングランド法を参照するにあたっては、主に、The Common Law Library, Clerk and Lindsell on Torts, 22nd ed., 2018; Deakin, S., Johnston, A., and Markesinis, B., Markesinis and Deakin's Tort Law, 2013; Witting, C., Street on Torts, 14th ed., 2015; The Common Law Library, Charlesworth and Percy on Negligence, 13th ed., 2014 を参照した。以下ではそれぞれ、Clerk and Lindsell 2018; Markesinis 2013; Street on Torts 2015; Percy 2014 と略記することにする。なお、Clerk and Lindsell 2018 はリコールの手続きが予定されているが、2018年4月3日現在、新たなものを入手できていないため、リコール前のものに従った。

(24) Street on Torts 2015, at 498, 501.

(25) つまり、被用者が使用者を相手取って労働安全法制を規定する工場法違反を理由に損害賠償請求するために用いられてきた。これは、ネグリジェ

ンスの不法行為によると、かつては、寄与過失 (contributory negligence), 共同雇用の抗弁 (common employment) 等によって全面的に使用者が免責されてしまう不都合をバイパスするために、制定法義務違反の不法行為が援用されてきたのであった。これらの詳細については前稿参照。

- (26) Street on Torts 2015, at 502.
- (27) 制定法義務違反をめぐる基本的な文献は前稿で掲げたためここで繰り返すことはしないが, Stanton, K. M., *Breach of Statutory duty in Torts* (Sweet and Maxwell, 1986) は特に再掲に値する重要文献である。
- (28) Williams は制定法義務違反の不法行為の廃止を主張していた (Williams, G., ‘The Effect of Penal Legislation in the Law of Tort’ (1960) 23 MLR 233).
- (29) 詳しくは前稿と後に扱うカナダ法の議論などを参照。
- (30) [1982] AC 173, at 186.
- (31) Stanton, M., ‘New Forms of Tort of Breach of Statutory Duty, (2004) 120 LQR 324. 以下「Stanton 2004」と略記する。
- (32) Stanton 2004, at 341.
- (33) 法律委員会とは、1965年法律委員会法 (Law Commissions Act 1965) によって設立された、法の体系的発達・簡素化と近代化を促進するための常設の委員会である (田中英夫編集代表『英米法辞典』[東京大学出版会, 1991年] 500頁)。スコットランドとは別組織になっている。
- (34) *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen*, Report No 322 (2010) 5 [1.35] [1.36].
- (35) Street on Torts 2015, at 515.
- (36) *Francovich v Italy* [1993] 2 CMLR 66.
- (37) Stanton 2004, at 329.
- (38) *R v Secretary for Transport, ex p Factortame Ltd.* [1999] 4 All ER 906, at 916.
- (39) Foster, N., ‘The Merits of the Civil Action for Breach of Statutory Duty’ (2011) 33 Sydney Law Review 90.
- (40) ヨーロッパ司法裁判所の判例を紹介した前稿参照。
- (41) Betlem, G., ‘Torts, a European *Ius Commune* and the Private Enforcement of Community Law’ 64 [2005] CLJ 126. 以下「Betlem 2005」と略記する。
- (42) Betlem 2005, at 148.
- (43) イングランドにおける制定法義務違反の不法行為とは、制定法に明示

に損害賠償条項がある場合を含むが、最近のこの点にかかる卓越した事例とされているのが、2000年金融サービス市場法（Financial Service and Market Act 2000）第138条D（2）による損害賠償条項である（現在では2012年金融サービス法第21条となっている）。

この条項は、金融行動監視機構（Financial Conduct Authority）によって公表された規則の違反は「制定法義務違反訴訟での抗弁の対象となるものの、その違反によって損害を被った私人によって損害賠償を請求することができる」と規定している。

この条項が問題となったのが、*Rubenstein v HSBC bank Plc* [2012] EWCA Civ 1184; [2013] All ER (Comm) 915. である。

この事案の概要は次の通りである。すなわち、自宅を売却して次の不動産を購入するための資金を投資するため（投資期間は1年超を予定しており、絶対安全な運用を原告は要請した）、原告は被告の投資アドバイザーに助言を求めた。被告の投資アドバイザーはある会社のファンドを勧めたが（以下「本件金融商品」という）、それによると本件金融商品のリスクは本件会社が倒産することのみであり、事実上そのリスクは皆無であると説明した。この助言に従って原告は被告から本件金融商品を購入し、投資期間は3年に及んだ。2008年の9月に原告は本件金融商品を売却して資金を回収しようとしたところ、いわゆるリーマンショックによって資金の引き出しは一時的に制限すると説明され、結局原告は見舞金を受け取ったのみで、17万ポンド余りの損害を被った。この損害の賠償を求めて原告提訴。原審は、被告の義務違反を認めたものの、リーマンショックによる損害は賠償範囲にないとして、名目的な損害賠償を求めた。原告控訴（被告からも付帯控訴 [cross-appeal]）。

イングランド控訴院では、とりわけ、制定法義務違反の不法行為によって被告に損害賠償責任を認めて、原審が損害賠償の範囲にないとしたことは否定された。

(44) 日経2017年8月24日第13版8頁 [札幌本社]。

(45) Clerk and Lindsell 2018, at 9-46, 9-48.

IV カナダにおける法状況——制定法義務違反の不法行為の 廃止

1 概況

カナダ不法行為法においても、イングランド法の強い影響のもと、かつては制定法義務違反の不法行為が存在していた。「存在していた」と述べたのは、現在のカナダ不法行為法においては次に掲げるカナダ最高裁判所の判決によって制定法義務違反の不法行為は廃止され、ネグリジェンスの不法行為に吸収されるに到っているからである。このパートでは、制定法義務違反の不法行為を廃止したカナダ最高裁判所の判決を振り返ったのち、その後のカナダ不法行為法の動きを検討することにしよう。⁽⁴⁶⁾

2 *Saskatchewan Wheat Pool* 判決

カナダでは、カナダ最高裁判所における、*Canada v Saskatchewan Wheat Pool* [1983] 1 SCR 205. 判決（以下「*Saskatchewan Wheat Pool* 判決」と略記する）⁽⁴⁷⁾によって、制定法義務違反の不法行為についてはネグリジェンスの不法行為に吸収されることとなった。

この判決については前稿においてもすでに扱っているが、後にオーストラリア法の議論を紹介・検討するにあたっても貴重な素材となるため、重ねて簡単に紹介することにする。

事案の概要は、カナダ政府が保管を依頼していた穀物サイロについて、このサイロが昆虫の死骸によって汚染していたため、再船積み、洗浄のために10万ドルを超える費用が発生し、この損害の賠償を保管業者に対して求めたというものである。サイロの汚染については「汚染された穀物を船積みしてはならない」というカナダ穀物法（Canada Grain Act）違反が認定されている。原告は、このカナダ穀物法違反を理由として、ネグリジェ

264(692) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

ンスではなく、制定法義務違反の不法行為を訴訟原因として損害賠償請求訴訟を提起した。

事実審では原告の請求は認容されたものの、原審では、被告が違反したカナダ穀物法は原告の保護を目的とはしていないとして、原告の制定法義務違反に基づく損害賠償請求は棄却されており、最高裁においても原審のような方法によって事案を処理するという方法もあり得たところであった。

これに対し、カナダ最高裁判所の Dickson 裁判官は、制定法義務違反の不法行為をネグリジェンスに包摂するという判断を示した。

この判決によって、学説の一般的な理解によれば、カナダ不法行為法において制定法義務違反の不法行為は訴訟原因として廃止されたとの評価がなされるに到っている。⁽⁴⁸⁾

それでは、制定法義務違反の不法行為は、もはやネグリジェンスに包摂されたものとして、不要な訴訟原因なのであろうか。

3 *Saskatchewan Wheat Pool* 判決後のカナダにおける裁判例

Saskatchewan Wheat Pool 判決の後、カナダ不法行為法はどのような動きを見せているのであろうか。この点につき、カナダ最高裁における *Saskatchewan Wheat Pool* 判決後も、カナダの下級審裁判所にまで検討対象を広げると、制定法を損害賠償訴訟に取り込もうとしているとの指摘がなされている。⁽⁴⁹⁾ また、学説においても、カナダ法は制定法の趣旨をネグリジェンスに読み込もうとする裁判例が続いているとの指摘がなされている。⁽⁵⁰⁾

さらには、アルバータ大学の Klar 教授は、*Saskatchewan Wheat Pool* 判決によって制定法義務違反の不法行為を廃止したカナダ最高裁判所は拙速であったのではないかと⁽⁵¹⁾の疑問に基づいてこの領域を研究されている。

その結果、Klar 教授によると、制定法義務違反が認定されれば、別途

注意義務違反の認定等が等閑にされたままで、裁判所は損害賠償責任を認めているという趣旨で、ネグリジェンスの不法行為を違法に歪めていると結論づけている。⁽⁵²⁾

では、続いて、カナダ最高裁判所による *Saskatchewan Wheat Pool* 判例を批判的に論じる論者が存在するオーストラリア法の検討に移ることにしよう。

(46) この判決はすでに前稿において紹介を行ったが、その後のカナダ法の動きを検討するのに先立ち、再度掲げることにする。

(47) 詳細については、前稿参照。

(48) Klar, 'Breach of Statute and Tort Law' Neyers., et al.,(ed.) *Emerging Issues in Tort Law* (Hart Publishing, 2007) 31 at 39. 以下「Klar 2007」と略記する。

(49) Foster, N., 'The Merits of the Civil Action for Breach of Statutory Duty' (2011) 33 *Sydney Law Review* 84.

(50) Foster, *supra note* (49), at 82-85.

(51) Klar 2007, at 31-32.

(52) Klar 2007, at 48, 52.

V オーストラリア法における制定法義務違反の不法行為

1 概観

オーストラリアにおいても、イングランドと同様、制定法に違反することと不法行為法は、①ネグリジェンスの注意義務 (duty of care) の局面、②ネグリジェンスの証拠 (evidence) となるとされる局面、③ネグリジェンスとは別個の訴訟原因となる局面で関連すると指摘されている。⁽⁵³⁾ ③にいうところの別個の訴訟原因というのが、本稿が対象としている制定法義務違反の不法行為である。⁽⁵⁴⁾

オーストラリア法を検討する前にまずアメリカ法と比較しつつその特徴
266(694) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

を浮き彫りにさせるとすると、アメリカ法では基本的に制定法に違反することは、ネグリジェンスそのもの (*negligence per se*) とされているところ⁽⁵⁵⁾、オーストラリア法においては、このような解釈は採用されていない。^{(56) (57)}

他方で、オーストラリアにおいても、カナダ法と同様に制定法義務違反の不法行為をネグリジェンスと統一させようとする議論も見られる。⁽⁵⁸⁾

制定法義務違反をめぐる、ネグリジェンスの不法行為との区別の問題とは異なる問題として、制定法による義務に違反することによる損害賠償は、その違反された法律に基づいて認められるのか、それとも民法709条によって認められるのかという問題がある。この点につき、——明示に損害賠償を認める条項がなくても——違反された法律に基づいて損害賠償が認められる可能性を指摘する、主に実務家による文献がある。⁽⁵⁹⁾

さらに、オーストラリア法においても、イングランドと同様、制定法義務違反の不法行為は主に労働災害の領域において認められてきたが、今日では、知的財産、差別禁止法、競争法の分野にまで拡大していることが、指摘されている。⁽⁶⁰⁾

このような法状況を受けて、オーストラリア（だけではなく、英米の）不法行為法の泰斗は、アメリカにおいて民事訴訟は規制をエンフォースメントのための道具とされるようになったと指摘している。⁽⁶¹⁾では、オーストラリア法において、不法行為法とエンフォースメントはどのように関わるのであろうか。この問題について重点的に研究を行っている Foster 教授の議論を参照することにしよう。

(53) Cane 2012, 674-675.

(54) Cane 2012, at 674.

(55) アメリカ法におけるこの問題について、詳しくは前稿参照。

(56) Cane 2012, at 675.

(57) その他、制定法義務違反の不法行為は差止め (*injunction*) の基礎と

なることが制定法義務違反の不法行為の特徴であると指摘されている (Cane 2012, at 675.)。

(58) Davis, ‘Farewell to the Action for Breach of Statutory Duty?’ in Nicholas J Mullany and Allen M Linden (edn.), *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming* (LBC Information Service, 1998) 69. かなり早い段階で制定法義務違反の不法行為の廃止・ネグリジェンスの不法行為への統一を主張された、Fleming 教授の追悼論文集である。

(59) Vout, P. ed., *Torts: The Law of Australia*, 3rd ed., 2016 at 33. 5. 140.

(60) Vout 2016, at 33. 5. 140.

(61) Cane 2012, at 678.

VI Foster 教授の議論について——エンフォースメントの重要性

Newcastle University Law School の Neil Foster 教授⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾は、制定法義務違反の不法行為について、カナダで廃止されたと理解するのは早計であり、「立法」という公的な価値 (public value) に基づいて付与された権利を擁護するために、制定法義務違反の不法行為は有益な役割を果たし続けていると、主張している。

すなわち、Foster 教授は、制定法義務違反の不法行為はイングランドだけでなくオーストラリアにおいても、不法行為訴訟において重要な役割を果たし続けていることをまず指摘している。⁽⁶⁴⁾確かに、立法という公的な価値に基づいて個人に権利が付与されているのであれば、それを擁護するために制定法義務違反の不法行為が果たす役割は小さくはないと思われる。

他方、制定法義務違反を廃止したカナダ法では、制定法義務違反の不法行為⁽⁶⁵⁾の廃止によってネグリジェンス法に歪みが生じたと分析されている。このような分析を行うにつき、Foster 教授は、カナダ最高裁判所が制定法義務違反の不法行為を廃止した理由は説得的か、その後の裁判例において制定法義務違反の不法行為は必要とされていないのかを⁽⁶⁶⁾検討している。

この点につき、カナダ最高裁判所が制定法義務違反の不法行為を廃止したのは、既述の通り、*Saskatchewan Wheat Pool* 判決であった。この事案は、汚染された穀物の船積みについて、カナダ政府によって損害賠償が請求されたものであった。

Foster 教授は、カナダ法の検討の結論として、*Saskatchewan Wheat Pool* 判決については、ネグリジェンスの不法行為を歪曲化していることを理由に、見直されるべきであると論じている。⁽⁶⁷⁾

翻って、オーストラリア法に目を転じると、Victoria 州裁判所における、*Doe v. Australian Broadcasting Corporation* [2007] VCC 281 判決では、性犯罪の被害者の特定につながる情報を公にしてはならないと規定する、1958年ビクトリア州司法手続報告法に違反して原告の氏名をラジオ放送した被告に対して、①制定法義務違反の不法行為、②ネグリジェンス、③「プライバシー侵害」を理由として、⁽⁶⁸⁾損害賠償を請求したものである。この判決は、オーストラリア法におけるプライバシーにかかる重要判決とされているが、⁽⁶⁹⁾制定法義務違反の不法行為につき説得的な判示を行っていることに注目がなされるべきであると、——この判決はオーストラリア全域において法的な拘束力を有するものではないが——Foster 教授は主張されている。⁽⁷⁰⁾すなわち、プライバシーという、英米法において必ずしも強固に保護されていない「権利」のエンフォースメントにつき、制定法義務違反の不法行為は重要な役割を果たしているのである。⁽⁷¹⁾カナダにおいても同様の事案が争われたものがあるが、——制定法義務違反の不法行為を廃止してしまったため——ネグリジェンスの注意義務の概念を曲解することによって対処せざるを得なかったことに、注目がなされるべきであると評価されている。⁽⁷²⁾

結論として、Foster 教授は、制定法義務違反の不法行為は、制定法によって付与された権利を実効性あらしめるために、計り知れない価値を有

すると結論づけられている。⁽⁷³⁾このように、Foster 教授の主張によると、ネグリジェンスの不法行為類型によって適切な解決をもたらすことができない場合において、立法者という公益の形成者によってつくられた「権利」を擁護するために、制定法義務違反の不法行為は、重要な役割を果たし続けているのである。⁽⁷⁴⁾

(62) Foster, N., ‘The Merits of the Civil Action for Breach of Statutory Duty’ (2011) 33 Sydney Law Review 67. 以下「Foster 2011」と略記する。

(63) この論文は、イングランド不法行為法における代表的なテキストである、Street on Torts 2015, at 517. においても「発展学習のための読書案内 (Further Reading)」として掲載されている。

(64) Foster 2011, at 79.

(65) Foster 2011, at 82.

(66) Foster 2011, at 82.

(67) Foster 2011, at 86.

(68) プライバシー侵害を鍵括弧書きとしたのは、次の注で述べる通り、イングランドおよびこれに影響を受けた諸国においては、プライバシー「権」侵害を理由として損害賠償請求が認められるかどうか確実ではないからである。

(69) なお、イングランド及びこれに影響を受けた諸国では、プライバシーの保護は自明ではなく、イングランドにおいてプライバシー「権」は直接認められていると評価することは困難である。イングランド不法行為法のテキストでは、プライバシー権侵害の不法行為ではなく、「個人情報濫用 (misuse of private information)」として論じられている。See, Street on Torts 2015, at 591.

(70) Foster 2011, at 93.

(71) この判決はカナダ最高裁判所によるものではなく、下級審によるものにはすぎないが、十分に参照する価値のある説得力を有する判決であると評価されている (Foster 2011, at 93)。

(72) Foster 2011, at 93.

(73) Foster 2011, at 93.

(74) Foster 2011, at 93.

VII お わ り に

1 総括

以上の通り、制定法による義務に違反することが不法行為法上どのような意義を有するのかについて、わが国の問題状況を確認した後、イギリスのEU離脱の決定を受けて、カナダ・オーストラリアの議論状況を分析してきた。

そこでは、イギリスがEUを離脱することによって、ヨーロッパ法違反の不法行為について、その裏付けとなっていたヨーロッパ法の有効性という政策的価値は毀損されてしまうが、カナダにおいて制定法義務違反の不法行為を廃止してネグリジェンスの不法行為に一本化したことに対し様々な批判がなされていた通り、オーストラリア法においては、政策を実現させるエンフォースメントの手段としての制定法義務違反の不法行為が再評価されていたことを見出すことができた。

換言すると、イギリスがEUを離脱することによって、ヨーロッパ法の有効性という制定法義務違反の不法行為——あるいは、制定法義務違反の不法行為を基礎としたヨーロッパ法違反の不法行為（Eurotort）——の根拠は失われることになるが、⁽⁷⁵⁾目を転じてオーストラリア法を検討すると、そこでは制定法義務違反の不法行為の基礎として、——ヨーロッパ法の有効性と同様に——制定法のエンフォースメントという同様の機能に着目する有力な学説を見出すことが可能であった。

翻って、わが国においても、とりわけいわゆるソフトローの領域において「法」に違反することと不法行為法の役割について不透明な部分が多く残されていることを確認することができた。また、弁護士法23条の2第2項に基づく照会に対する報告の拒絶にかかる最判平成28年10月18日民集70巻7号1725頁において、岡部喜代子裁判官は「23条照会に対する報

告義務が公法上の義務であることからすれば、その義務違反と民法上の不法行為の成否とは必ずしも一致しないとはいえるが、正当な理由のない報告義務違反により不法行為上保護される利益が侵害されれば不法行為が成立することもあり得るところである」との補足意見を述べているところ、法に違反することと不法行為法との関係はなお明らかではないと評価することができる。

特に、いわゆるソフトローについてはその執行のための手段が限られることになろうが——制定法のように刑事罰等を用いることは困難——、この点、不法行為法によれば効果的なエンフォースメントをもたらすことが可能である。

もちろん、あらゆる制定法（あるいはソフトロー）違反即不法行為が成立すると主張するものではない。私は、法規に違反することと不法行為法との関係においては、不法行為法による法のエンフォースメントという側面があり、このことが不法行為成立の一要素となるのではないかということを主張するものである。従来の不法行為法の機能としては、①損害の填補、②抑止、③制裁が掲げられることが多かったところ、現在の議論状況においては、③が明確に否定され、⁽⁷⁶⁾①損害の填補が不法行為法の機能であって、②抑止が近時有力に主張されているというところであろう。私は、②の抑止との関係では詳細につき課題を残すが、不法行為法の「法」エンフォース機能を強調するものである。

前稿では、ヨーロッパ法の有効性という概念を梃子にして、制定法義務違反の不法行為のエンフォースメント機能に着目したが、⁽⁷⁷⁾イギリスがEUを離脱する決定をしたのを契機としてオーストラリア法を検討したところ、やはりオーストラリアにおいても制定法義務違反の不法行為のエンフォースメント機能が学説によって有力に主張されており、同様の結論に到った。

本稿で検討したような外国法の状況から、この法政策執行の手段として
272(700) 法と政治 69巻2号I (2018年8月)

の不法行為法の機能に、より注目がなされてしかるべきではなからうか。

つまり、前稿公表から15年を経過して再び制定法義務違反と不法行為の関係性を主にイギリス法以外の外国法と比較することによって再検討したところ、そこでは、やはり、法規違反の不法行為を検討するにおいて、——刑事や行政手続きよりもコストの安価な——不法行為法による政策のエンフォースにより注目がなされるべきであるとの結論を重ねて主張することにしたい。わが国においていわゆる取締法規違反の不法行為においても、コストのかかる刑事・行政手続きではなく、不法行為法によるエンフォースの機能についてより議論を深化させるべきであると思料する。

わが国においても、広い意味での「法」違反と不法行為法との関係が問題となっているところ、イングランド・カナダ・オーストラリアの法状況に鑑み、不法行為の「法」エンフォース機能に、より注目がなされてしかるべきではなからうか。

2 残された課題

残された課題として、私はすでに損害論についてもいくつかの点を明らかにしよう⁽⁷⁸⁾と試みたが、その後の制定法と不法行為法をめぐる最高裁判決において現れた最大の問題も、加害者の法律違反によって被害者にどのような損害が発生したのか⁽⁷⁹⁾という問題であった。そのため、この点についてもより詳細な検討が求められているといえよう⁽⁸⁰⁾。このような課題については、しかしながら、他日を期することにしたい。

(75) ただし、2018年4月現在、2018年発行の最新のイングランド不法行為法を代表する体系書のヨーロッパ法違反の不法行為を解説する箇所においても、このような説明はまだなされていない (Clerk and Lindsell 2018, at 9-46.)。

- (76) 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁（萬世工業事件）。
- (77) 拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能（1）（2・完）」民商127巻2号（2002年）221頁，3号394頁。
- (78) 拙稿「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による『原状回復』」神戸53巻4号（2004年）293頁。
- (79) 最判平成28年10月18日民集70巻7号1725頁。
- (80) あるいは，損害賠償と差止めとの関係でもその不法行為成立要件は異なるのかという点が問題となる。この点については，拙稿「不法行為による差止めの局面における違法性段階論と『代替的損害賠償』：取引機会喪失の観点から出発して」広法31巻1号（2007年）127頁において一定の主張を行ったところ，今日の問題状況の変化も踏まえ，イングランド法以外の外国法も比較の対象として検討をする必要が生じる。

New Interpretations of Breach of Statutory Duty: Is Eurotort Obsolete in English Law?

Kunihiro ONISHI

What are the legal impacts of breach of statutory duty in the context of tort law? In 2003, I had argued that the law of torts is a mechanism that seeks to ensure the implementation of statutory duty. In this paper, I would like to reinforce this argument in light of Britain's exit (Brexit) from the European Union (EU).

In English law, breach of statutory duty is an independent tort action, which is distinct from negligence. Although British scholars have discussed whether breach of statutory duty should be distinguished from negligence, breach of EU law necessarily results in independent tort action, or 'Eurotort'. This is because EU law valorises the 'effectiveness of EU law', whereas this concept is not applicable to normal breaches of statutory duty. However, since England and Wales has decided to leave the EU, it is pertinent to examine the effects of this exit, which amounts to a breach of statutory duty, in the context of English tort law.

Interestingly, Canadian tort law has abolished the tort of breach of statutory duty as a distinct tort action. Notably, a leading Australian scholar has argued that Canada's decision to abolish this tort was a serious mistake. Moreover, the law of statutory duty has an important role: the enforcement of statutory duty.

Drawing from the arguments put forth by this Australian scholar, I would like to suggest that Japanese tort law also has a similar function. In general, tort law mainly serves to compensate the damages incurred by a victim (also known as deterrence or vindication). However, in this paper, I argue that tort law also has the function of enforcing statutory duty.