

不法行為に基づく差止に関する序説

—イギリス法におけるネグリジェンスに基づく
インジャンクションの紹介を契機に—

須 加 憲 子

一 本稿が扱うテーマ

公害・環境法の差止については、英米不法行為法におけるプライベート・ニューサンス (private nuisance) の injunction (以下、差止と呼ぶ) を一つの参考としたと考える見方がある¹。ところが、イギリスの不法行為法の教科書を参照してみると、差止を解説した部分は、意外に少ない。例えば、イギリス不法行為法の権威的著作の一つである Markesinis and Deakin's の *Tort Law* では、874頁～880頁の合計7頁しかないが、これに対し、損害賠償の解説は792頁～871頁の79頁にわたる²。第4版で改訂する以前はニューサンス法の独立した教科書を執筆していた Richard A. Buckley の教科書でも、637頁～650頁の合計14頁に過ぎない³。

ここで、negligence (ネグリジェンス) に基づく差止を提唱する John Murphy⁴の見解がある。この立場は、「正当化できない危険 (unjustifiable

1 竹内保雄「V 差止命令」加藤一郎編『公害法の生成と展開』（岩波書店、1968年）436頁以下所収。

2 Markesinis and Deakin's *Tort Law* (7th ed. 2013).

3 Richard A. Buckley *The Law of Negligence and Nuisance* (5th ed. 2011).

4 John Murphy は Lancaster University Law School の教授である（2017年1月現在）。John Murphy, 'Rethinking Injunctions in Tort Law' (2007) 27 OJLS 509.

risk)」という基準を設定して、人の生命・健康侵害に対してネグリジェンスに基づく差止、特に作為的・予防的差止 (mandatory quia timet injunction) を認めることを提唱するものである。ここで「正当化できない危険」を定義する3つの要素は、①故意・無謀という被告の行為の性質、②被害 (harm) が現実化する蓋然性、③被侵害利益の種類である。

イギリス不法行為法において差止が認容される要件としては、損害惹起の「可能性 (likelihood)」という証明度の低い要件を支持する裁判例もあるが、圧倒的多数は、損害を惹起する「高度の蓋然性」を差止が認容されるための必須条件としていると捉えることができる。すなわち、「原告は確実に (certainly) 被害を被りそうであり……それについて疑いはない」、ということが証明できた場合にのみ、予防的差止が認容されうる⁵、という見解である。A-G v Manchester Corpn 事件判決において、Chitty 裁判官は、「懸念された被害が現実には発生する非常に高度な蓋然性 (a very high probability of harm) を原告が証明しなければならない、ということが予防的差止に関する先例から適切かつ確実に (safely) 導き出された原則であると考え」と述べている⁶。この点において、Murphy の主張は、一般的意見とは袂を分かっているのである。本稿の目的は、こうした Murphy の主張の一部を紹介することによって、日本法における不法行為に基づく差止理論への示唆を得ることにある。

二 差止の特別な価値

Murphy は、「差止の特別な価値」と題するセクションで、差止が金銭

5 Fletcher v Bealey (1885) 28 Ch. D 688, at 698 per Pearson J.

6 A-G v Manchester Corpn (1893) 2 Ch. 87, at 92 per Chitty J. 損害賠償制度研究会「イギリス予防的差止判例の動向—損害賠償法の比較研究(4)—」比較法雑誌20巻1号(1986年)109-110頁。

賠償よりも優れた救済方法であることを主張する。この理由を分析するため、①原告中心の視座（なぜ原告は、金銭賠償よりも差止を好むのか）、②分配的正義と公共政策の視座、の二つの基本的視座が設定されている。

1 原告を中心とする視座

ここで、損害賠償と差止という二つの救済方法について、第一に、損害賠償よりも差止が優れた救済方法であるという考え方と、第二に、両救済方法は等価値であるという見方がありうる。

第一に、差止の方が第一義的な救済方法であることを主張する立場である。日本の差止に関する議論においても、「予防は治療にまさる（prevention is better than cure）」というデジデリウス・エラスム（Desiderius Erasmus Roterodamus）の格言がしばしば引用されることがあるように、差止は損害賠償に勝る救済方法であると当然に考える立場である。他方、両者には救済方法としての優劣はない・等価値であると考えられる立場もある。不法行為法における損害賠償の一般的目的が、不法行為以前の原告の立場を回復させること（原状回復）であるならば、「差止による損害の予防」と「損害賠償（damages）による損害の完全かつ適切な補償（compensation）」との間には、理論的に違いがないと説明されるはずである。

イギリス法においては、差止と損害賠償とが、救済方法として潜在的に等価値であることを説明するために、1858年のケアンズ卿法（Lord Cairns' Act）を根拠として援用する立場がある⁷。例えば、現在、環境法分野で活躍している Stephen Tromans が、1982年に発表した論文におい

7 21 & 22 Vict. c. 27. 正式名称、は An Act to amend the course of procedure in the High Court of Chancery, the Court of Chancery in Ireland, and the Court of Chancery of the county palatine of Lancaster. 田中英夫『英米法総論 上』（東京大学出版会、1980年）161頁。木村仁「エクイティ上の損失補償について」法と政治 57巻 1号（2006）、6-11。かかる等価性がないならば、差止による救済に代えて損害賠償による救済を与えることは不当である、と考えることもできる。

て、「損害賠償 (damages) は、救済方法として差止の真の代替物 (genuine alternative to the injunction) である」との結論を導き出して、二つの救済方法が等価値であるとする立場を採っている⁸。しかしながら、一般的には、ケアンズ法は手続的問題を解決したものとして考えられており、日本でもこのような手続的問題として紹介がなされている。そうすると、ケアンズ法は、損害賠償と差止との救済方法としての等価性とは、何ら関係はないと考える方が一般的であろう。民事訴訟法の比較法研究で多くの労作を残した J.A. Jolowicz によると、ケアンズ法が制定された主要な目的は、コモン・ローとエクイティが別々の手続きに分けられる必要性を排除することであり、原告はエクイティ上の救済とコモン・ロー上の損害賠償に対する権利の両方を有することになる⁹。すなわち、ケアンズ法は、コモン・ローとエクイティが裁判管轄権を異にしていた時代に、手続的便宜のために導入されたものであり、損害賠償と差止の等価性を証明するものではないのである。

このように、損害賠償と差止は等価ではないことになるが、損害賠償が差止の代替物ではないことが説明されたにとどまる。ここで、Murphy は、原告がコモン・ロー上の損害賠償よりも、エクイティ上の差止を好む傾向があることについての理由、および、原告が損害賠償よりも差止の方が優れた救済方法であるとする理由を考察しなければならない課題が残っていることを指摘し、差止を損害賠償より優れた救済方法とする二つの理由を挙げている。すなわち、正確な金銭的価値を算定できる代替可能な財産については、事前の差止によっても、事後の損害賠償によっても、差異はない。しかし、第一に、保護法益について正確な金銭的価値を算定できない場合、損害賠償とは、違法行為に遭わなかったと仮定した地位に可能な

8 S. Tromans, 'Private Nuisance – Prevention or Payment?' (1982) CLJ 87 at 108-109.

9 J.A. Jolowicz, 'Damages in Equity – A Study of Lord Cairns' Act' (1975) CLJ 244 at 224-225.

限り近づける概算にしかならないため、不適切な救済方法である。第二に、被侵害利益が主観的価値を有する場合、差止がより適切な救済手段と考えられる。

2 公共政策と分配的正義の視点

訴訟当事者を越えたより広い視点から、差止が損害賠償と比べて優れた救済方法であると判断される場合がある。そのような場合において、裁判所は、公共政策と分配的正義を考慮に入れて判断を下している。公共政策に関する判例として、Murphy は *Laws v. Florinplace* 事件判決を挙げている¹⁰。これは、住宅街に開業したアダルトグッズショップ (sex centre and cinema club) に対し、ニューサンスを訴訟原因として差止ならびに損害賠償を求めた事件である。判決では、原告の権利だけでなく、公衆の影響も考慮に入れられて差止が認容された。同様に、契約違反誘致の不法行為に分類される *Lumley v Wagner*¹¹ では、填補賠償によって解決されたのでは、第三者である劇場所有者 Gye および被告 Wagner が利得する可能性があることから、差止が命ぜられた。

三 保護法益の性質

1 序

前述二では、差止は、コモン・ローの損害賠償よりも優れた救済方法であることの指摘がなされた。次にここでは、差止は、不法行為法における全保護法益に与えられるわけではないので、差止が認容されることは、保護法益の地位にとって重要な影響を有することを確認する。例えば、Peter Cane はその著書 *The Anatomy of Tort Law* において、「保護法益

10 [1981] 1 All ER 659, Buckley n3, at 283.

11 [1852] 5 De G&Sm 485, [1843-1860] All ER Rep 368, Markesinis, n2, at 475.

(PROTECTED INTERESTS)」という章の「諸利益のヒエラルキー (A HIERARCHY OF INTERESTS)」の説明の中で、「一定の利益 (some interests) に与えられる保護は、その他の利益に与えられる保護よりも手厚いということがわかるであろう。このことは、不法行為法が、一部の利益をその他の利益より高く評価していることを意味している。そして、この諸利益のヒエラルキーは不法行為法の道徳的構造 (the ethical structure) の一部である。なぜなら、保護が強くなればなるほど、利益侵害者の行動の自由に課せられる制約が大きくなるからである。」と述べている¹²。

2 判 例

より正確に言えば、差止が認容されることは、保護法益のヒエラルキーにおいて高位を占めることを必然的に意味している。ここで、Murphy は、所有権と所有権類似の利益について、差止が最も簡単に認容されるようであると指摘し、次の先例を挙げている。

第一に、*Pride of Derby and Derbyshire Angling Association v British Celanese* 事件¹³である。本件は、ダーウェント川とトレント川の漁業権を有する原告と河岸所有者の原告が、河川の汚濁原因となる排水を放流していた被告らに対し、差止を請求した事案である。本件において Raymond 卿は、次のように述べている。

「もし、A が、B によって自己の所有権が違法に侵害されたこと、かつ、B が当該違法行為を継続する意図をもっていることを証明するならば、A は差止を認容される一応の権限 (prima facie entitled to an injunction) が

12 P. Cane, *The Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997) at 90. 我が国の不法行為法においても、保護法益にランク付けをする見解がある。加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為 第2版』(有斐閣, 2005年) 227-230頁。

13 [1953] Ch. 149. 浅野直人「Damage in lieu of Injunction (差止に代る損害賠償) について」福大法学論叢19巻2・3号 (1974) 361頁の注62 (369頁)。

あり、そして、特別な事情が存在しない限り、Aは差止を奪われることはない。」¹⁴

第二に、*Redland Bricks Ltd. v Morris* 事件¹⁵である。本件は、煉瓦製造業者の被告が粘土採掘のために掘削した穴（excavations）によって、野菜園を営む原告ら（market gardeners）の土地の土台が失われ被告の土地側に向かって地滑り（slip）を起こしたことに對し、損害賠償と差止を請求した事件である。州裁判所（a county court judge）は、2種類の差止、すなわち土台を除去することをやめさせる禁止的差止ならびに、6か月以内に土地の土台を回復するために必要なすべての措置を講じることを命じる作為的差止との2種類の差止を認容した。控訴審で作為的差止は取り消された。本件においてUpjohn 卿は次のように述べている。

「ある人が隣人の土地から土台を除去した（withdraws support from his）場合……当該隣人は、当然の権利として（as of right）、そのような差止を認められる資格があるわけではない。なぜならば、差止は、本質的に裁量的救済だからである。しかし、当該隣人は、当然のこととして（as of course）差止を認められる資格がある。」¹⁶

3 学 説

Murphy は、この所有権と差止との結びつきの形成は、判例の他、学説による貢献も指摘し、Richard Epstein と Peter Cane の言葉を、例として挙げている。Richard Epstein：「所有権（ownership）は差止による救済（injunctive relief を与える）」¹⁷。一方、Peter Cane：「差止は不動産（real

14 船崎みち「イギリス法における Injunctions の研究——特に差止請求権の比較を中心に——」東洋大学大学院紀要38号（2001）71頁。

15 [1970] AC 6522, [1969] 2 All ER 576. *Markesinis and Peakin's Tort Law*, at 875-876. 前掲13)・浅野374頁の注82（375頁）。

16 *Darley Main Colliery Co. v Mitchell*, 田中和夫「英法に於ける差止命令」法政研究 2巻2号20頁（注19）。幡新大実『イギリス債権法』（東信堂、2010年）152-153頁。

property) のトレスパスの利用 (trespassory exploitation), 知的財産権の侵害, 土地の利用および享受の侵害 (ニューサンス) に対する保護において, 重要な役割を果たしている。』¹⁸。所有権 (property) を侵害された被害者は, 金銭的救済が適切な場合を例外として, 差止を認容される権利がある一方, 所有権以外の種類の利益を侵害された被害者は, 金銭的救済が適切ではない場合にのみ, 差止が認容される。

4 所有権以外で差止が認容される不法行為類型

これらの Epstein や Cane の主張は, 不法行為法における保護法益のヒエラルキーから導出される重要な帰結である。それゆえ, 所有権と差止との相互関係について結論を下す前に, Epstein や Cane の見解は, それ自体検証されなければならない。なぜならば, 所有権 (property) (あるいは所有権類似の利益についても) の保護が問題とされる事案ではないにもかかわらず, 差止が頻繁に認容される不法行為類型があるからである。これらの類型として, Murphy は, 契約違反誘致の不法行為, 詐称通用をはじめとする経済的不法行為, 人身に対する故意不法行為を挙げている。

契約違反誘致の不法行為 (the tort of inducing breach of contract) とは, 契約当事者でない第三者によって, 純粋に契約上の利益が危機にさらされている問題である。

Lumley v Gye 事件は, 契約違反誘致の不法行為が最初に問題とされた事案である¹⁹。本判決の解説において, William Reynell Anson は, 次のように述べている。

17 R. Epstein, 'Causation and Corrective Justice': A Reply to Two critics' (1979) 8 J Leg Studies 477, 501.

18 Cane, above n12, at 100.

19 吉本篤人「純粋経済損失」に関する学説の検討——イギリス法における議論を中心に——」法律論叢83巻1号(2010年)294頁。

「契約当事者は、人に対する権利 (rights in personam) と同様に物に対する権利 (rights in rem) を享受する。債務は当事者を結びつける。すなわち、契約上の結びつきを尊重する義務は、全世界に対して (対世的に) 向けられる。」²⁰。この Anson の見解は、今日では異論のある見解であるが、当時の支配的見解を明らかにしている。近年の学説にも、契約上の期待に所有権に類似した地位が与えられるとする立場を取るものがある²¹。

詐称通用 (passing off) およびその他の経済的不法行為をはじめとした、所有権類似の利益を全く対象としないが差止が付与される不法行為類型についても、同様の所有権的議論がなされている²²。この一例として、差止請求権の根拠となる人身 (person) に対する故意不法行為が挙げられる²³。この考え方の根拠として、古くは、「人は誰でも自分自身の一身 (person) については所有権 (property) を有している」という John Locke の自己所有権概念が用いられている²⁴。また、Epstein の、「各人は自分の身体 (body) に対して『所有権』を持っている」が引用される²⁵。さらに、名誉毀損の不法行為 (その核心は、原告の名声 (reputation) の侵害である) に関して、Locke の時代においては、努力によって獲得されたアイデンティティという一側面である名声が財産権である、という考え方の根拠であり、今日になっても、名声を財産権と捉える主張がなされている²⁶。

20 William Anson, *Principles of the English Law of Contract* 7th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1896) 227. また、『イギリス法史入門 各論』336-337頁に Lumley 事件が紹介されている。アンソンについて『イギリス法史入門 総論』238, 268頁。

21 他方、ケンブリッジ大学の David Ibbetson は、「雇用主は使用人 (servants) に対して所有権に近い権利を有していると考えられてきた」と言うことを述べていると Murphy は指摘する。

22 Street on Torts, 375-376.

23 前掲16)・幡新。

24 ロック著・鶴飼信成訳『市民政府論』(岩波文庫, 1968年) 32頁の訳による。

25 R. Epstein, 'Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics' (1979) 8 J Leg Studies 477, 500.

5 歴史的沿革からの脱却

Locke の時代からの歴史的沿革は、どのようにして不法行為法がこれらの種々の利益を所有権的に扱ってきたか、を説明するものである。したがって、今日では、これらの利益のいずれも、所有権的利益として分類することができないことは、あまり重要なことではない。所有権 (property) の概念は、時により・場所により変化するものであって、ケンブリッジ大学の Kevin Gray は、Property とは J.Bentham の有名な「大言壮語のナンセンス」に値すると述べている²⁷。

前述の観点から、所有権の性質を備えていると考えられてきた利益あるいは現在考えられている利益が、不法行為法によって特別待遇され、差止による救済が比較的容易に与えられることは、歴史的にもある程度明らかである。このように所有権と所有権類似利益を優先化することは、少なくとも、私有財産に対する敬意は重要なものであり、法は私有財産の些細な侵害も正当と認めないであろう、とする Blackstone にまで遡れる。そして、所有権と所有権類似の利益の優先化は、今日においても、健在である²⁸。しかし、所有権は、現代法の枠組みにおいて、ヒエラルキーの上位を占めるのに値するかが検討されるべき課題である。

四 所有権を優先させることの問題

不法行為法における保護法益のヒエラルキーにおいて、所有権に対して非常に高い地位を与えることに関しては、今日、問題が多いと考えられる。

例えば *Street on Torts* 14 版の改訂者である Cristian Witting は、人は、自己の所有物を通じて、物質的世界において自己を構成し定義づける、そ

26 C.L. Harris, 'Whiteness as Property' (1993) 106 *Harv L Rev* 1707, 1735.

27 K. Gray, Property in Thin Air [1991] *CLJ* 252.

28 Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol I, 139.

の逆に、所有物は、他者と相対する個人の境界は、単なる抽象的な富の保有という方法では定義することができない、と述べている²⁹。Murphy は、この見解に対しては、人 (the person) の保護については付随的利益、本来二次的 (secondary in nature) であることを暗に示唆しており、不法行為法において所有権を高位にランク付けすることを単に正当化する以上の考えであるとしている。オックスフォード大学名誉教授で自然法学者の John Finnis は、次のように説明していると引用する。すべての法は、人間のために作られている³⁰。

Murphy がさらに問題とするのは、差止命令に関して、不法行為法が、身体の完全性への権利の地位を格下げするように見える方法で、所有権と所有権類似の利益に高い価値を与えていることである。身体の完全性を主に保護する不法行為法類型——特にネグリジェンスおよび人身に対する侵害 (trespass to the person)——を検討すると、差止が全く与えられないか、あるいは不動産を基礎とするプライベート・ニューサンス (property-based torts of private nuisance) および土地に対するトレスパス (trespass to land) に対して差止が認容される場合と比較して、容易には認められていない。帰結としてこれが意味するところは、差止による保護に関して言えば、「不動産所有権 (property)」は、身体の完全性と比較して、保護法益の序列において高い地位を享受しているということである。

しかし、Murphy は、イギリスの裁判所が、人間の安全性よりも財産的利益を高く評価しているということは考えられないというべきである、との立場を明らかにする³¹。そこで、不動産的所有権の優先化が生じている

29 Christian A Witting, 'Distinguishing Between Property Damage and Pure Economic Loss in Negligence: A Personality Thesis' (2001) 21 *LS* 481, at 505. 前掲19)・吉本294頁。

30 John Finnis, 'The Priority of Persons' in J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Fourth Series)* (Oxford: OUP, 2000) 1.

31 Allan M. Linden, 'Whatever Happened to Rylands v Fletcher?' in L. Klar (ed.),

という注目すべき状況は正当化され得るのか、の検討に進む。優先化が生じている理由に関しては、少なくとも3つの論拠が考えられうるが、3つともこの現状を説明し得ていないと、次のように論証する。

① 第一に、実務的な言い方において、不動産所有権を保護するよりも、人身被害に関して差止を求める必要性が少ない、身体を保護する方が簡単であることを根拠として現代の差止に関する法は正当化される、ということが主張されうる。例えば、危害のおそれに直面している者は、その恐れを避けるために、単に引っ越しすることでその危害を避けることができる。しかし、これは現実的であるかもしれないが、不法行為者がより生活しやすくするために、なぜ原告が人身被害を避けるために対策を講じることを期待されなければならないのかということについて、正当な理由がないという事実を無視するものである。法と経済学者も、被告が自己の費用 (costs) をこのような方法で外部化し得るという考え方には賛成しないだろうと Murphy は言う。また、「回避するための行為 (evasive action)」の議論は、まったく危険を避けることができない赤ん坊、子供および障害者等の相当数の人々に関しては、適用できないことになる。

② 所有権の優先化に関する第二の論拠は、契約事例における特定の履行 (specific performance) を含むエクイティ上の救済方法は、「唯一かつ不代替物であること」を理由に一定の不動産所有権 (real property) について、正当化され得るというものである。しかし、この論拠は、差止に関して、なぜ不法行為法は所有権 (proprietary rights) の保護を特別扱いするのか、についての一般的説明としては説得力のないものである。かかる説明は、人身被害が損害賠償によって適切に賠償され得るという存在しない安心 (ease) を含んでいるだけではなく、かなりの不動産は、この「唯一 (unique)」と言うカテゴリーの範疇から外れるという事実、を見落と

Studies in Canadian Tort Law (Tronto: Butterworths, 1977) の主張に Murphy は依拠している。

している。例えば、土地の所有者（landlord）と不動産開発業者は、自己所有の不動産（property）に純粋に商業的価値以上のものがあるとは考えないだろう。なお、通常の個人の土地所有者を開発業者と同様に考えるべきかについては考慮を要する。以上のように考察してくると、不動産所有権の保護を好意的に扱うために普遍的に当てはまる論拠というものはない。

③ ネグリジェンスを根拠とする差止が認められないという三番目の論拠は、ある行為に対する禁止命令は、反復的または継続的な違法行為に対してのみ効果がある、というものである。判例・通説では、ネグリジェンス法は、典型的には、短期間の不注意によって惹起された一回限りの事故（incidents）と結び付けて考えられており、反復ないし継続的な違法行為を禁止するための差止とは相容れることができない。しかし、このことはほとんどのネグリジェンス事案に当てはまるとしても、「なぜ不法行為法は、所有権の保護に関して、差止を容易に認容するのか」ということについて、一般的に説明することに失敗している。少なくとも、2つのさらなる要素を、検討しなければならない。すなわち、

a. ネグリジェンスは、常に1回限りの事故（one-off incident）の形をとるわけではない。違法行為が現在継続している性質のものである事案においては、状況に応じて禁止命令および作為命令の両方が有効な手段となる。

b. ネグリジェンス法の通常理解を逸脱して、身体の完全性を保護するために差止を命ずることに対しての抵抗感である。例えば、息子の暴力に対して差止を求めた *Egan v Egan* 事件判決において、Oliver 裁判官は、「母親の家から、息子を追放するための差止は、……非常に重大な状況を除いて、認容されるべきではない」とした³²。

32 *Egan v Egan* [1975] Ch. 218, at 220.

身体の完全性の侵害に対して差止を命じることに對するこうした消極的な姿勢は、禁止的差止を用いた所有権 (proprietary rights) の保護が問題となっている多数の事案において示される姿勢と、まったくの対照をなしている。例えば、Evershed MR 卿は、「もし、A が彼の所有権が違法に B によって侵害され、かつ B がその違法行為を継続する意図をもっていたら、A は差止を与えられる明白な (prima facie) 権利があり、そして特別な状況が存在する場合にのみ、差止による救済を奪われる。」と述べている。一方、Upjohn 卿は、*Redland Bricks Ltd v Morris* 事件判決において、原告は、そのような差止を「当然に」与えられる権利を有していると述べている。

結局、Murphy は次のように締めくくる。ネグリジェンス法において禁止的差止が与えられない理由について、しばしば十分な実際的な理由 (practical reason) がある、と言うのがネグリジェンスに基づく差し止めが認められない理由だと考えられる。しかし、「しばしば」は「常に」という意味ではなく、また、禁止的差止が唯一の差止方法ではないので、ネグリジェンスに基づく差し止めが認められないことにはならない。

以上のような立場を前提に、このネグリジェンスという不法行為法が、身体の完全性への権利の侵害に関して主張されかつ、ネグリジェンスを根拠に差止を認めない現状に鑑み、Murphy は、ネグリジェンス法において差止が命ぜられる場合の考察に進む。

五 ネグリジェンス法における差止

1 ネグリジェンス訴訟の核心

日本法における差止法理では、不法行為法を差止の根拠として主張する立場は英米法における injunction から影響を受けているという形で説明されることがある³³。しかし、日本民法709条と同一視されることが多いネ

グリジェンスを訴訟原因としては差止が認められないことがある、との紹介もなされている³⁴。

イギリス法においてネグリジェンスに基づく差止が認められないとする根拠としては、*Miller v Jackson* 事件における Denning 卿の宣言が通常引用されている。*Miller v Jackson* 事件は、被告が経営するクリケットクラブの競技用のボールが隣地に居住する原告らの庭や家に時折打ち飛ばされたため、被告は原告らの庭にセイフティ・ネットを設置することや割れない窓ガラスを備え付けるなどを申し入れたが、原告はこれらを拒否し、ネグリジェンスおよびニューサンスに基づく損害賠償と、適切な防止措置を講じずにクリケット競技を行わないことを命じる差止を求めた事件である。Denning 卿は、「ニューサンスの継続をやめさせるために差止が認められた (granted) 多数の判例が、本には掲載されている。しかしながら、私が知る限り、人間が不注意 (negligent) であるのをやめさせるために差止が認められた事例はない」³⁵と述べた。この判例は、例えば、*Markesinis and Deakin's Tort Law* においては、差止はネグリジェンスには決して適用されないという原則を確立したものと解釈されている³⁶。

しかし、Murphy は、この Denning 卿の言葉は、単に彼の知識の限界を打ち明けたものであると捉えている。Denning 卿の発言は、被告側の慎重さ (foresight) の欠如から惹起された不注意かつ不慮 (偶然) の行為にのみ関係している一つの不法行為として、ネグリジェンスを理解することに

33 円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得 第3版』(成文堂, 2016年) 214頁注57。

34 大西邦弘「不法行為による差止め of 局面における違法性段階論と『代替的損害賠償』」*広島法学*31巻1号(2007) 139-140頁。

35 [1977] QB 966, at 980.

36 *Markesinis and Deakin's Tort Law* at 874. 前掲34)・大西130頁, 137頁(注(10))では次のように翻訳している、「差止を求めらるのであれば、ニューサンスを訴訟原因とすべきである。ニューサンスを訴訟原因として差止が認められた事例は多数あるが、ネグリジェンスを訴訟原因として差止を認めた事例を、私は知らない」。

由来するという。

このネグリジェンスは不注意かつ不慮の行為であるという特徴は、原告が勝訴した (successful) ネグリジェンス訴訟において共通に存在していることは真実であるが、一方で狭義のネグリジェンスの本質を本当には捉えていない。ネグリジェンスの有無の判断基準としては、被告の行為について合理的人 (reasonable man) に期待しうる行為として不十分であるか否かを評価することによって、被告が原告に対して負う注意義務に違反したか否か判断する。換言すると、ネグリジェンス訴訟の核心は、単純に法によって定められた注意基準に達しなかったことにある。このような立場を採用した場合、故意 (intentional) ないしは無謀 (reckless) な行為が、ネグリジェンス訴訟を基礎づけることができない原理上の理由がなくなる。訴因となるネグリジェンスと呼ばれるほとんどの行為は、実際、全部あるいは部分的に意図的な行為の一つの所産なのである³⁷。そして、ロジックの問題として、Conor Gearty が次のように説明している。「不注意を超えて (far from), D が積極的に望んであるいは意識的に損害を生じさせる危険を冒したという場合についていえば、ネグリジェンス訴訟には何ら答えはない。そうであるならば不条理であろう。すなわち、まさにこの事態をオイルタンクの所有者が意図したと裁判所を納得させることによって、なぜ、オイルタンクの中身を逸出したことについてのネグリジェンス責任を、オイルタンクの所有者は免れるべきなのであろうか……ネグリジェンス不法行為は、論理的に必然のように、故意不法行為を含んでいる」³⁸。

不法行為法上のネグリジェンスが、故意ないしは不注意によって損失ないし被害 (loss or harm) を与える形式でも存在するならば、ネグリジェ

37 ここで Murphy は、オーストラリアの判例を挙げる。Carrier v Bonham [2001] QCA 234 per McPherson JA at [27].

38 Conor Gearty, 'The Place of Nuisance in the Modern Law of Torts' [1989] CLS 214, at 223.

ンスに基づいて差止を命じることに對する最もよく知られた反對の理由——当該被害を避けるために、過去に遡って必要な慎重さ（foresight）を欠いていたことを抑制することはできない——は、論理的に破綻する。

さらに Murphy は、ネグリジェンス法が、多くの重要な積極的義務を認めている事実に鑑みると、少なくとも、積極的義務を履行させるために作為的差止命令が下される可能性があることも明白であると言う。少なくとも、ネグリジェンスに基づいて差止が命じられ得る二つの場合が挙げられるという。すなわち、第一に、被告が、原告に対して、現に継続する脅威を与える故意ないし無謀な行為を行っている場合。なお、この行為は battery という不法行為の要件である「暴力の直接性」は欠くものである。第二に、被告が、原告に対して負う積極的義務の履行を行うことを命じられる必要がある場合である。

2 危険状態に関する判例

ここで、ネグリジェンスへの移行を表す判例を取り上げる。

原告の苦情の種が、被告の土地上で現に継続している危険状態に起因する出来事にのみ関係するが、被告の土地からの逸出によって損害を発生させる原因物質の蓄積がないので、*Rylans v fletcher* のルールの射程からは外れる場合、原告はプライベート・ニューサンス法に基づいて訴訟を提起しうる。*Spicer v Smee* 事件判決は適例である³⁹。この事案は、被告は自己の不動産で電気配線を不注意に整備して、火事を起こし原告のバンガローを焼失させた事件である。本判決では、次の理由で被告にプライベート・ニューサンス責任を認めた。その理由は、被告が、電気配線は点検中であり、目につく故障状態にある電気配線を整備しなかったからである。そし

39 [1946] 1 All ER 489. Buckley, above n3 at 272. John Murphy, *The Law of Nuisance* (Oxford: OUP, 2010) 14. B.A. ヘップルズ著：飯塚和之・堀田牧太郎訳『イギリス不法行為法の基礎』（成文堂、1983年）157-158頁。

て、それを知ることが被告の義務であったので、「私はそれについて知らなかった」とする。所有者の証言は採用されなかった。また、ニューサンス不法行為とネグリジェンス不法行為の基本的類似性を示す判決として取り上げられる、*Stone v Bolton* 事件判決がある。これは、クリケットの打球が高いフェンスを越えて歩行者に当たった事案である。Jenkins 裁判官は、一回限りの出来事の責任の本質を、「そのようなニューサンスの核心は、……損害 (damage) が生じる可能性が高い (likely) 事態を生じさせている、あるいは許していることにある」とまとめている⁴⁰。しかしながら、この分類は、次の2つの点において通説の見解と一致させるのが難しいという問題がある。

第一に、先例に従うと、ニューサンス法は、迷惑 (annoyances) と無形被害 (intangible harm) のみを対象としており、人または不動産に対する物理的損害 (damage) は対象としていない⁴¹。

第二に、このカテゴリーに属する諸判例は、プライベート・ニューサンスは継続性をもった迷惑および侵害 (interferences) に関係しているという考え方と調和させることが難しい。

これらの諸々の判例間の緊張を勘案して、Murphy は、これらの判例はむしろネグリジェンス事案とみなされると主張している。しかし、これらがネグリジェンス事案とみなされるからといって、危険な状態を除去することを被告に対して要求しうる差止的救済の可能性を否定する理由にはならない。さらに、潜在的に危険な堆積物に係る事案 (流出が未発生という意味で、プリ・ライランズ事件と呼ばれる) を、Rylans 事件と同様

40 *Stone v Bolton* [1950] 1 KB 201. Buckley, above n3, at 54. Murphy, *The Law of Nuisance*, at 25. グランビル・ウィリアムズ, B.A. ヘップルズ著: 飯塚和之・堀田牧太郎訳『イギリス不法行為法の基礎』(成文堂, 1983年) 158-159頁, 前掲16)・幡新81頁。

41 Gearty, above n38, at 228-229.

の線で取り扱うことは、論理的であるように思われる。そして、次の①と②の事案を区別することができるだろう。

- ① 被告が、所有地に、安全に (safely) 潜在的に危険な物質を貯蔵し施錠している場合。
- ② 被告が、当該流出が単にありうるのではなく、蓋然性が高いというやり方で、まさに同じ危険物質を、直接接した隣地に不注意に貯蔵した場合 (被告は、境界から離れた場所に貯蔵する選択肢がある場合)、ここで再度、Murphy が提唱した「差止認容の根拠」——「正当化されない危険の創出」——が充足される。「流出のおそれ」とともに高位の保護法益に対する脅威のみならず、被告側の道徳的に墮落した行為を認めることができる。

ここで、Murphy の提唱に対する反論の一つとして次のようなものが想定されている。すなわち、被告が、当該物質を保持するに際して「特別な注意」を払っている限り、——注意は、言い換えれば、危険 (risk) のレベルと同等である——被告側に何らネグリジェンスはあり得ない、という反論である。もちろん、この反論には再反論しうる。特に、ネグリジェンスは認定されないが、著しい潜在的な危険をもたらす原子力発電所の運転のようなものを念頭におく場合である。

六 ネグリジェンスに基づく差止に対して想定される批判 —「不適當な規範的根拠」という批判

1 Redland Bricks Ltd v Morris 事件における原則

ここでは、Murphy が想定する批判の一つを取り上げる。今日における裁判所は、作為的差止を認容すること、とりわけ、予防的理由に基づいて差止が求められる場合に、間違いなく慎重な態度をとっている。被告が、未だ違法行為を行っていない場合には、ある一定の仕方で行うことを

要求する命令を下すには、まさにやむに已まれぬ説得力のある事情のあることが必要なのは、明白である。一方で、Upjohn 卿が、*Redland Bricks Ltd v Morris* 事件で述べた基本諸原則は、作為的差止を非常に選択的に利用することを明白に意図しているが、これらの諸原則は、そのような作為的差止を道徳的かつ柔軟にうまく利用する役割としては、不適切である。

とりわけ、Upjohn 卿の述べた主要な原則は、次のようなものである。すなわち、原告は、「重大な被害 (grave damage) が将来自分に生じうることについての非常に高度な蓋然性 (a very strong probability)」を証明しなければならないという原則であるが、不適切な基準であると評価している。この Upjohn 卿の原則の代わりに、Murphy は、被告が「正当化できない被害の恐れ」を惹起したかどうか、という、より幅広い解釈のできる基準を主張することになる。

そして、差止は「正当化できない危険」という基準を用い、より柔軟に利用されるべきであるとする彼の提案に対して、危険概念 (risks) を利用することに関する批判について検討している。

2 Hotson v East Berkshire Health Authority 事件と危険概念

Murphy は、リスク自体を被害とみなすことを否定することについて Stephan Perry の見解を検討する⁴²。Perry は、*Hotson v East Berkshire Health Authority* 事件⁴³における貴族院判決を用いながら、「原告は危険に

42 Stephan Perry, 'Risk, Harm and Responsibility' in D.G. Owen (ed.), *Philosophical Foundation of Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

43 前掲16)・幡新83頁は、本判決について次のように紹介している (なお、本書該当部分は著者 HP に訂正が掲載されているので、ここでは訂正後の内容を引用する (<http://ameblo.jp/kupferhaus/entry-11513186476.html>, 2017年1月閲覧))。「Hotson v East Berkshire Health Authority [1987] AC 750 HL では、貴族院は、誤診がなかったとしても75%の確率で障害が残ったはずという被告病院の証明に対し、誤診が25%の治癒の機会を喪失させたとして25%の損害賠償を認めた控訴院判決を覆し、患者側が誤診と障害の因果関係を、蓋然性の均衡を破る立証基準に照らし、立証で

さらされている」という表現が用いられる多くの事案において、実際には全く現実の危険（real risk）が無いことを論証している。ペリーは次の点に着眼して議論を始める。Hotson 判決において、事実審裁判官が、原告が最初に被告の病院に訪れた際、適切な治療を受けたとしても、75パーセントの確率で原告は血管性壊死が生じたであろうと認定した点である⁴⁴。しかし、Perry が詳細に説明するように、これが真に意味している内容は、「100人が、Hotson 事件における原告と同様の運命になったら、裁判官は、100名のうち75名が原告に生じたのと同様の状態になると考えるだろう」ということである。しかし、たった1名が Hotson 事件と同様の状態になった場合を取り上げることが、「適切に治療がなされた場合でさえ、原告が無血管性骨壊死になる75パーセントの確率（chance）があるだろう」と主張することが、なぜ誤っているのか」ということを理解する鍵である。

裁判官が、原告の体内において、どのくらいの血管が損傷を与えられた（damaged）のか正確に知っていたとしたら、かつ、裁判官が原告個人の身体的構造の正確な詳細を把握していたとしたら、当該裁判官は、被告の過失行為（negligence）が当該事案において違いを生ずるかどうかが、はっきりと述べるべきであったであろう。これは、単に、裁判官が、原告と同じ運命を被っている100人中75人に生じ得ることを説明する統計資料に依拠した、ということは何人も知らなかったからである。しかし、治療の提供が当該原告にとって、違いを生じた25パーセントの機会（chance）が

きなかったと判断した」。石橋秀起「ドイツにおける割合的責任論の展開」立命館法学336号（2011年）330-331頁。新見育文「アスベスト被曝と中皮腫罹患との因果関係及び疫学的証拠の意義」430-1,458,468,476-8,482。荒谷謙介「イギリス医療訴訟における「可能性の喪失論」」判タ1210号（2006年）29頁以下。平野哲郎「イギリス・アメリカ・カナダ・オーストラリアにおける機会喪失論と日本の相当程度の可能性（1）」龍谷法学44巻3号（2011年）87頁以下参照、同「（2・完）」龍谷法学46巻4号（2014年）238頁の注97）。

44 Perry, avobe n42, at 331.

あったというのは、統計の誤用である。言い換えると、治療を怠ることは、鍵となる因果的要素であろうと、そうでなかろうが、なんら真の危険を生じていない。治療の提供が、その事態を避ける25パーセントのチャンスを原告に与えうると考えるのは、幻想である。

すなわち、Murphyによると、Perryの議論は、一つの重要な問題がある。もし、被告が認識的危険(an epistemic risk,)を惹起したことを証明しただけであったならば、そのような危険は、どのようにして差止の判断基準の根拠を形成しうるだろうか。このように、被告が原告をまったく客観的危険にさらしていなかったかもしれない場合であっても、被告の行為を道徳的に違法であると説明する説得力ある理由がある。つまり、重大な認識的危険(a suitably substantial epistemic risk)の創出(creation)は、被害(harm)とみなされるに十分である。

Murphyは、次のような例を挙げる。もし、雇用主が、職場において禁煙措置を怠ったことよって、従業員を必要以上に受動喫煙の危険に曝しているとしたら、従業員の受動喫煙が、蓋然性の比較に基づいて、肺がんとして認められる状態になることを引き起こした、ということ証明できない限り、従業員は誰も、ネグリジェンスに基づいて、雇用主を訴えることができない。しかし、禁煙措置を怠ったことにおいて、雇用主は、従業員を、癌に罹らないかという、純粹かつ合理的な不安(the genuine and reasonable worry)に曝しているのである。さらに、Hotson事件で用いられたような確率は、「一定の従業員が継続的曝露の結果として、肺がんを患うであろう」という認識的危険を示す(represent)ためにつくりだされるであろう。したがって、従業員がこの種の認識的危険にさらされるのを許容しているとしたら、従業員のまさに心からの恐れ(their quite genuine fears)が、どのようにして「侵害なき損害」の一形態とみなされうるか容易に考えうる。すなわち、「原告の福祉(well-being)に対する著しい脅威という暗い影から自由になって、社会で活動することのできる原告の利

益」を侵害しているのである⁴⁵。そして、意図的に行った事実は、行為態様を、道徳的に違法なものにする。

七 正当化できない危険

Murphy は、その論文で、作為的差止特に予防的差止の判断基準として、「被告が、原告を正当化できない危険にさらしたかどうかというテスト」を提唱している。ここで、この「正当化できない危険」によって意味するところ、先例において支配的に用いられている「切迫した危険 (imminent risk)」という概念との違いを、明らかにしなければならない⁴⁶。

すなわち、「正当化できない危険」とは、危険を創出した者が、いかに事前注意を払っても（予防措置をとっても）、決して甘受できない危険を意味する。「正当化できない危険」は、「重大な危険 (grave risks)」の概念と対比されるべきである。「重大な危険」は、しばしば惹起されるものであるが、①被告の行為の社会的有用性、あるいは、②被告が緊急事態において行為したというような、確立したネグリジェンス法の諸原則にしたがって、正当化されるものである。言い換えれば、「被害が発生する高度の蓋然性」は、それ自体では、危険を「正当化できない」ものとするのに十分ではない⁴⁷。

対照的に、以下の二つの要素のうちのどちらかまたは両方が備わるならば、被害発生の通常の蓋然性 (a moderate probability) が存在するだけの場合であっても、危険は、不当であると性質決定されうる、と Murphy

45 J.C.P. Goldberg and B.C. Zipursky, 'Unrealized Torts' (2002) 8 Virginia L Rev 1625, 1635.

46 John Murphy, *The Law of Nuisance*, at 120.

47 この場合でも、危険が切迫している (imminent) 場合には、禁止的差止訴訟を提起できる。

は主張する。一つ目は、被告側の故意または無謀の存在 (intention and recklessness) であり⁽ⁱ⁾、二つ目は危険にさらされている利益の質的価値である⁽ⁱⁱ⁾。これら二つの要素の潜在的な重要性は、指導的先例においては軽視されてきたものであるので、この二つの要素は説明を要する。

(i) 故意と無謀に関しては、どのようにネグリジェンス訴訟が故意あるいは無謀な作為・不作為に基づきうるか、また、このことが、どのようにネグリジェンス法において差止が命じられることを可能とするか、既に確認してきた。ここで強調されるのは、故意・無謀行為の道徳的側面である。

Xが、Yを害することを意図する、あるいは、Yが被害を被ることを顧みない (is reckless as to Y sustaining harm) という事実は、被害が事故でもたらされた場合と比較して、惹起された被害を、道徳的な意味においてより非難されるべきものとする。そして、不法行為法において故意と無謀はしばしば重要でないとされるが、故意と無謀が重要 (significant) な要素となりうる事が十分証明されている、と、Murphyは主張する。例として、悪意と道徳的非難可能性 (blameworthiness) の例を挙げている。悪意を持って妨害を加えること (the wanton infliction of a disturbance) は、それ以外の点については適法な土地利用を、訴訟提起可能なニューサンスに変えることができる⁴⁸。また、寄与過失の文脈において、無謀な危険の引き受け (reckless risk-taking) と結びついた道徳的非難可能性が、原告の損失あるいは損害に対する原告自身の責任の証拠として主張されうることは、良く知られている⁴⁹。

そうすると、これらの例を踏まえると、被告が不注意かつ無謀に (deliberately and recklessly) に他者に対し危険を惹起したとしたら、この事

48 我が国でも、*Hallywood Silver Fox Farm v Emmett* [1936] 2 KB 468. が良く引用される。

49 *Davis v Swan Motor Co* [1949] 2 KB 291, at 326, [1949] 1 All ER 620 at 632 CA, *per* Denning LJ. Buckley, above n3 at 478-479.

実は、惹起された危険 (the risk created) が不当か否かを判断する際の重要な要素となると考えるべきである。さらに具体的にいうと、被告側の不注意あるいは無謀 (wantonness or recklessness) の存在は、差止の認容を根拠づけるために、「差し迫っていない危険」を「正当化できない危険」に変えることができるはずである。控えめに言っても、被告の心理状態の重要性は、裁判所に重視されてこなかった。

例えば、Redland Bricks 事件判決において、Upjohn 卿は次のように述べている。「被告が……隣人に対して理不尽に (wantonly) かつ非常に不合理な行いをする場合、たとえ、被告が負担する費用が原告にもたらされる利益と釣り合いが取れない場合であっても、原状回復のために積極的作為をすることによって、その理不尽で不合理な行為を償うことが命じられる」⁵⁰。しかしながら、Murphy の検討によると、Upjohn 卿は被告の心理状態という要素を補助的地位と考えている。Upjohn 卿は、被告の精神状態を「考慮されるべき一要素」と捉える一方で、「原告が〔将来の損害 future harm が発生する〕非常に高度な蓋然性を証明した場合にのみ、作為的差止命令は発せられる」という考え方に、断固として忠実である⁵¹。Murphy の分析では、今にも差し迫った被害 (harm) を要件とすることに関して、Upjohn 卿は、蓋然性は低い故意に作出された危険が、差し迫ったあるいは今にも差し迫りそうな危険 (near imminent risk) と同等に扱われうる可能性を否定したようにも考えられる、と評価する。しかし、イギリス法の立場を「損害を発生させる意図が、正当性を否定する」ものと捉えるオックスフォード大学名誉教授で自然法学者 John Finnis 見解に依拠し⁵²、当該行為によって惹起される危険 (danger) が、損害を確実に

50 [1970] AC 652, at 665.

51 Ibid.

52 John Finnis, 'Intention in Tort Law' in Owen (ed.), *Philosophical Foundation of Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995) 229.

発生させるには至らない危険 (risk) を生ずるに過ぎないとしても、将来の行為に向けられた差止は、命じられるべきであるとする立場を貫く。

(ii) 「切迫した危険に至らないもの」を、「正当化できないのもの」とするために必要な第二の要素は、被侵害利益の質の問題、つまり、不法行為法において最も高位に格付けされた利益に対して脅威が与えられることである。「保護法益のヒエラルキー」が非常に重要な意味を持つならば、例えば採光権などと比較して、被告の作為・不作為によって惹起された身体的利益に対する脅威は、それ自体で重要となるはずである⁵³。危険の重大性は、単に危険の可能性 (likelihood) と同列の機能だけではなく、被害の可能性と結び付けられる、より複雑な価値機能である。そして、この原則がネグリジェンス法に深く組み込まれている一方、作為的差止の先例は損害発生の「可能性 (likelihood)」に言及することによって重大性を判断しているようである。これに対する著名な例外は、Upjohn 卿が「重大な損害 (grave damage)」の高度な蓋然性について語った Redland Bricks 事件判決である。しかし、Upjohn 卿は切迫性の要件を主張しているだけであり、「重大な損害」という言葉によって何を意味するか何ら説明していない。もし、作為的差止を命ずることへの躊躇が、未だ訴訟提起可能な違法行為 (actionable tort) を行っていない被告の自律性 (autonomy) を尊重することに関係しているならば、身体の完全性を、危険にさらされた原告の自律性と同様に尊重することには、さらに意義がある。身体の完全性という最も高位の利益が危険にさらされているという事実は、それ自体で、将来の損害を「重大な」ものとするのに重要な要素であると考えられるべきである。

ここで要約すると、Murphy は、「正当化できない危険」という基準に基づいて、差止をより柔軟に認容するアプローチを提唱している。「危険

53 採光権に対する切迫した脅威には予防的差止が提起される。

が不当か否か」決定するために、危険の切迫性とならび、被告の行為の道徳的性質、および、危険にさらされた利益のヒエラルキー上の地位、に注目することが重要であると提案した（①被告の行為の道徳的性質、②危険にさらされた利益のヒエラルキー上の地位、③危険の切迫性）。これらの三要素については、常に同等の重みをもっているものではなく、また、一つの要素が他の要素より必然的に重要であるというものではなく、各要素の重要性は事案ごとに変わりうる性質をもつものである。道徳的に墮落した諸行為にも、程度が存在する。すなわち、悪意的動機と結びついた意図的加害は、無謀な (reckless) 行為とは異なったものである。同様に、切迫した危険は、損害をほどほどに惹起しそうなだけの危険とは、別のものであり、人の生命に対する脅威 (threat) は、不動産や動産への脅威とは別のものである。

なお、Murphy は次の二点について補足している。第一点として、正当化できない危険を理由としてネグリジェンス法に基づいて差止を認容することを認めるが、これを損害賠償の根拠とはしないことである⁵⁴。第二点は、「被告の精神状態」あるいは、「危険にさらされた競合する利益の性質」に言及することによってのみ、危険は、不当であるとみなされ得るとまで言わないことである。なぜならば、まったく予期せぬ（ありそうもない）出来事に基づいた請求を多数提起される危険を避けるべきだとしても、被害が現実化する相当な見込みが常に存在するはずだからである。

54 これを肯定するものとして、*Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22; [2003] 1 AC 32, [2002] 3 All ER 305 及び *Backer v Corus UK Ltd* [2006] 20; [2006] 2 AC 572 を挙げている。この2つの貴族院判決が、危険責任 (risk liability) という観点からのみ理解され得るという見方がある（これらは、アスベストへの曝露に関する中皮腫についての責任の事案である）。前掲16)・幡新84頁。新見育文「アスベスト被曝と中皮腫罹患との因果関係及び疫学的証拠の意義——英国判例を素材に——」法律論叢85巻6号（2013年）421頁以下。

八 結 論

Murphy の論文は、差止の適用範囲に関して、財産権と比較して人の生命・健康の格付けが低いという不法行為法の内在的構造の問題を取り上げている。そこで、一般的に受け入れられているヒエラルキーとの関係構築について3つの選択肢を掲げる、すなわち、①既存の法に、我々の期待を合致させる、②我々の法原則を、我々の信念に合致させる、③妥協し、①と②の中間の立場に立つこと⁵⁵。

Murphy は妥協すること、第三の選択肢を採用することを提唱している。

Murphy の主張は、不法行為法において広く認められてきた保護法益のヒエラルキーにおける「明らかな例外」に取り組む目的で、差止（特に作為的差止と予防的差止）は、ネグリジェンス法の枠内において命じられるべきであるというものである。ある特定の状況下においては、「人間の生命と健康」に対して、「財産的利益ないし財産類似の利益」に現に与えられている保護に劣らない保護を与えるため、ネグリジェンスに基づく差止が認められるべきである。こう考えるためには、ネグリジェンス法は、不注意（inadvertence or carelessness）にかかわる一群の規範ではなく、「故意か否かを問わず、一定の行為基準を満たさなかった者」という、もっぱら被告の行為態様に関するものであると捉えることが重要であるとする。したがって、ネグリジェンスに基づく訴訟を根拠づける「故意あるいは無謀な違法行為（intentional or reckless wrongdoing）」のいくつかの領域が、例として挙げられるのである。

ネグリジェンス法における作為的差止ないしは予防的差止請求の地位を示すことにより、「被害発生の差し迫った危険」と区別される「正当化で

55 ②の立場は、広中俊雄『新版民法綱要〈第1巻〉総論』（創文社、2006年）が構想する人の法に通じるものがあると考えられる。

きない危険」という基準、差止に関する適切で柔軟性のある基準が示された。故意ないし無謀な行為および身体の完全性への脅威という二要素は、現在の二次的地位からより高い地位に格上げさせるべきであるし、裁判所の判断においてより影響力を持つべきである。これらの二要素は、「被害の差し迫った危険がない状態」を、「差止の認容を正当化するもの」に変える資格（capacity）を有している。

ここで、なぜ、ネグリジェンス法の領域で差止を利用できるようにすべきかと言うことについて、いくつかのさらなる理由を挙げている。

第一に、作為的差止は、ネグリジェンスにおける注意義務を、架空のものでなく現実化する実際的な効果を有している。なぜなら、作為的差止は、被告の注意義務を順守させることによって、真に原告を保護しうる措置を被告に行わせることを意味するからである。つまり、差止という救済手段を採用することによって、被告が義務違反を行い、損害の発生について損害賠償金を支払う、という選択肢を否定することになる。ここで Murphy が損害賠償金の支払いを否定するのは、原告の損失を上回る利得を被告に与える可能性があるからである。

第二に、Murphy は懲罰的賠償を避けることについて挙げる。彼の提唱する差止の柔軟な活用は、論争の多い懲罰的賠償を不要とするという付随的な利益をもたらすと言う⁵⁶。確かに、新しくより効果で安全な設備を設置する費用を避けることによって諸経費を削減しかつ収益を増加させることを目的として、雇用者が職場における古い安全基準に固執するような事案については、懲罰的賠償は適切であると考えられることもできる。しかし、人身損害が予見可能であり、雇用者の行為が被用者を無視する無謀な行為になっている場合には、懲罰的賠償避けることが望ましいという主張であ

56 懲罰的賠償とは、被告にとって原告に支払うべき損害賠償を上回る利益を生むように計算されていたような事案において認容されるものである。*Rooks v Barnard* [1964] AC 1129, at 1226 per Lord Devlin. *Markesinis and Deakin's Tort Law*, at 797.

る。

本稿は、不法行為に基づく差止を主張する説の一部を扱った。今後に行うべき作業としては、今回扱わなかった部分も含め、不法行為（ネグリジェンス）に基づく差止を主張する見解と批判的見解について、より深く調査することが考えられる。さらに、ネグリジェンスとニューサンスとの関係の検討、これらの検討が日本法に示唆を与えうるか、考察する機会を持ちたいと考えている。