

# 憲法上の権利の司法的救済

## —インジャンクション類似の救済手段利用に向けての予備的考察—

あお い み ほ  
青 井 未 帆

### 目次

第一章 はじめに	34
第一節 問題関心	34
第二節 考察対象	34
第三節 主題の限定	35
第二章 インジャンクション —伝統的な性格	36
第一節 インジャンクションについて	36
第二節 第I期 —「補完的手段」?	38
第三章 インジャンクション —その展開	40
第一節 第II期 —保護される権利の範囲の拡大	41
第二節 第III期 —使用対象の拡大	44
第三節 行政法領域に見られる特殊性	49
第四章 おわりに —わが国における議論に向けて	52
第一節 インジャンクション類似の救済手段	52
第二節 行政訴訟とインジャンクション類似の救済手段	53
まとめ	55

## 第一章 はじめに

### 第一節 問題関心

Ubi jus, ibi remedium (権利あるところに救済あり)。

この法諺は、近代法の基本と言われる原理を表しており<sup>(1)</sup>、わが国でも少なくとも理想という形では受容されている。戦前から裁判規範として機能してきた民商法・刑事法は言うまでもなく、戦後においては、裁判所による違憲審査(81条)を定めた憲法に対しても裁判規範性が肯定された。そして「人権保障」は憲法学の核心という認識の下、違憲審査基準の精緻化が図られてきたのである。

しかし、裁判規範性が肯定されたとはいえ、憲法上の権利は、私権とは異なり、司法上請求権と直結しているわけではない、特殊な性格を有すると考えられてきている。憲法上の権利における「権利」の意味は、「わが国の憲法学では、他の実定法領域で通常使用される『権利』とは必ずしも同義ではないと説かれるのが一般的であつた<sup>(2)</sup>。憲法上の権利に関しては、制度的な実現可能性を必ずしも含まない特殊な「権利」を観念し、その救済の問題を私法上のそれとは異なる領域に位置づけてきた伝統があるのである。ある論者は「裁判的保障ということは、人権を『法的権利』たらしめる本質的な要素ではなく、むしろ、人権の法的性格としては、裁判上のみならず立法・行政を含めた国政全般において実現・保護されるべき権利であるということに、その本質的な属性が見出される<sup>(3)</sup>」としている。

上で述べたことから、「権利」がそもそも要求する、「裁判という制度による救済」の持つ意味が、憲法上の「権利」に関しては薄まっているということが言えるだろう。憲法上の権利の裁判規範性は、完全には承認されていないのである。何が完全なる裁判規範性の障害なのだろうか。その一つには、憲法上の権利が非常に概括的抽象的に定められており、そして、どのようにして救済されるべきかが明らかにされていないことが挙げられよ

う<sup>(4)</sup>。確かに、憲法上の権利は、その司法的救済をめぐって曖昧な性格を持たざるを得ない<sup>(5)</sup>。

この障害の克服には、具体的な事件において「どのようにして」憲法上の権利が救済されるのかについて、すなわち取り得る手段について考察することが、一つの方法となるのではないだろうか。そこで本稿は、憲法上の権利の司法的救済という問題を考えるに当たり、「権利」と「救済」との間を結ぶ、英米法システムが有する概念である、「救済手段(remedies)<sup>(6)</sup>」に注目してみたい。

### 第二節 考察対象

救済手段とは、権利侵害と救済の間に、両者を結ぶ働きをするものを理論的に独立化させて観念したものである。権利侵害に対して救済は「目的」であり、救済手段はその目的を達成するための「手段」、すなわち道具<sup>(7)</sup>という性格を有する。救済手段とは、権利・利益への侵害を受けた者に対して裁判所が為し得ることを意味し、したがって、救済手段の問題とは、「権利者に何を与えることによって救済するかの問題である<sup>(8)</sup>。英米法では、そのような救済手段に着目して「権利侵害に対して裁判所は何を出来るか」を扱う領域は、実体法とも手続法とも異なる「救済法(law of remedies)」であるとされている<sup>(9)</sup>。救済手段は非常に多く存在するが、最も一般的なのは、填補的な救済手段たる損害賠償(damages)と予防的な救済手段たるインジャンクション(injunction)<sup>(10)</sup>である。本稿は、後者のインジャンクションを考察対象とする。

インジャンクションとは、権利の侵害又はその恐れのある場合に、その侵害を為す者に対し、裁判所が一定の作為・不作為を命じる救済手段であり、裁判所の下す命令に違反した場合は、法廷侮辱に問うことによって強行される。これによる救済は非常に広く求められており<sup>(11)</sup>、「様々の強制的なエクィティ上の救済手段の中でも、……インジャンクションほど有用で実効的な救済手段はない<sup>(12)</sup>」と言われ、その実効性は高く評価されている。損害賠償や原状回復といった救済手段が、既

になされた権利侵害に対して、その損害の填補または結果の除去をする事後的な救済手段なのに対し、インジャンクションは、将来の損害を防止する事前予防的な救済手段である<sup>(13)</sup>。

イギリスのコモン・ローにおいては、不法行為や契約違反に対する救済手段として、通常、填補的な損害賠償を用いていたが、それによっては権利保護が十分でない事例が生じる。そこで、インジャンクションがエクィティ<sup>(14)</sup>上の救済手段として発達したのだった。そもそも、このエクィティは、「コモン・ローを補完するもの」とされてきた<sup>(15)</sup>。その為に、エクィティ上の他の多くの救済手段と同様に、インジャンクションには様々な制約が課せられてきており、伝統的には、インジャンクションは救済手段体系 (hierarchy of remedies) において補完的な地位を占める、例外的な救済手段として位置づけられてきたのである<sup>(16)</sup>。例えば、その伝統的な制約的原則によれば、エクィティはコモン・ロー上の (legal) 救済手段が不十分な場合にのみ働き、またこれと関連して、人格的権利は保護せず財産権を保護するものであった。

しかしながら、インジャンクションは、それに課せられていた伝統的制約から、歴史の流れや法の発展とともに解き放たれ、展開していった。20世紀に入ってからの変化は目覚ましい。特に、アメリカでの公民権運動を背景にして出された1954年の *Brown v. Bd. of Educ.*<sup>(18)</sup> を先駆けとする、いわゆる公共訴訟<sup>(19)</sup>で、憲法上の権利救済の為に制度改革をも対象とするよう出現したインジャンクションの型<sup>(20)</sup>は、まさに驚きに値すると考えている。公共訴訟での発展形態を含め、このような展開は大変興味深い。そこで、本稿は伝統的な考え方の変容として、アメリカにおけるそれを考察対象としたい。

なぜ、インジャンクションを考察の対象とするのか。それは、わが国ではインジャンクションが可能とさせるような予防的救済は、司法的救済として一般的ではないのだが、高い実効性を持っており、注目し値すると考える為である。しかし、上でも述べたように、インジャンクションはエ

クィティ上の救済手段である。そこで、エクィティの伝統のないわが国では、余り参考にならないとする見解もありえよう。このような見解に対して本稿では一詳しくは本論の中で述べるが一、インジャンクションが「道具」として持つ性格を捉えてわが国での応用可能性を見出している。アメリカで従来の救済法におけるアプローチは、個々の実体法領域に応じたインジャンクションの個別的な基準に注目するものであった<sup>(21)</sup>。これに対し、近年では「実体法横断的 (transsubstantive law)」な性格を前面に出そうという動きがあり<sup>(22)</sup>、本稿は、それらの試みから多くの示唆を受けている。インジャンクションは、救済の為に使われる一つの道具として社会的に認知されているのであるから、実体法に完全に依存するのではない、固有の論理が存在して然るべきであろう。インジャンクションを、将来の害悪の予防という働きを核とする実体法横断的な性格の道具として捉えるならば、道具が有する、法体系を超越したある種の客観的特徴は、わが国の議論でも参考になるのではないかと考える。

### 第三節 主題の限定

本稿は、わが国における「憲法上の権利の司法的救済」を、インジャンクションのような予防的救済手段の利用という観点から研究する為の、予備的考察との性格を有する。さて、本稿のように、権利の救済局面に着目するに際しては、明確に存在する原告の権利が侵害されている、もしくは侵害の危険に晒されている状態にあり、被告が侵害につき責任を有することが認定されている必要がある。すなわち、権利内容の確定とは密接不可分の関係にあると言え、憲法上の権利の内容が明らかにされている必要がある。しかし、これを含めて考察するのは、本稿の範囲を遙かに超える。そこで、基本的には権利に関する考察を除外せざるを得ない。考察を進めるに当たって必要とされる限りで述べれば、法の支配という観念を受け入れ、裁判所による違憲審査制を有し、そして国民が裁判を受ける権利を保障されているわが国において

は、憲法上の権利もまた、裁判制度を通して救済されることを要求する、ということ为前提にしたい。これに対しては、社会権をどう考えるかが問題とされるかもしれない。しかし、本稿の扱う救済手段という道具は、具体的事例において「どのような救済が最も適当か」という観点から、その利用可能性が考えられるべきものであり、予め抽象的包括的にこれを利用不可能とする権利範囲を観念しておく必要はないと考える。そこで、本稿は、社会権も含めて憲法上の権利を、具体的事例における救済対象の候補として認識する。

## 第二章 インジャンクション — 伝統的な性格

本章及び次章で、インジャンクションを、主に歴史的展開という観点から考察する。本稿では、展開過程を性格の違いから三つ分けて扱う。インジャンクションにより保護する権利を基本的には財産権に限り、コモン・ロー上の救済手段に対する補完的手段としての伝統的な形態をとっていた第Ⅰ期と、保護する権利が財産権以外に拡大していった第Ⅱ期、そして公共訴訟の登場により使用対象が制度にまで広がった第Ⅲ期である。

本章では、第Ⅱ期・第Ⅲ期での展開を念頭に置きながら、伝統的な性格が確立した第Ⅰ期を扱う。ただし、詳しい歴史的な考察は後日にゆずり、ここでは歴史過程を概観する為の叙述にとどめたい。

### 第一節 インジャンクションについて

まずは、本題に入る前の準備として第一節をあてて、インジャンクションについて概説しておく。

#### (1) 救済手段の分類におけるインジャンクション<sup>(23)</sup>

英米法において、救済手段は実に多く存在する。それらの分類で最も重要なものは、機能ないしは形式による、①填補的救済手段 (compensatory remedies)、②強制的救済手段 (coercive remedies)、③宣言的救済手段 (declaratory remedies)、④回復的救済手段 (restitutionary rem-

edies)、⑤懲罰的救済手段 (punitive remedies)、そして⑥補助的救済手段 (ancillary remedies) である。

①填補的救済手段とは、原告の被った害悪を填補する為の事後的救済手段であり、代表的なものは填補損害賠償 (compensatory damages) である。②強制的救済手段と③宣言的救済手段は近い関係にあり、共に害悪の発生防止を狙いとした、事後の賠償を不必要とする為の道具である。したがって両者をまとめて予防的救済手段 (preventive remedies) とも呼ぶ。最も重要な、そして代表的な予防的救済手段はインジャンクションである。②強制的救済手段は、インジャンクション及びそれに類した裁判所による命令—マンデイマス、禁止令状、人身保護令状などを指している。既に引き起こされた害悪を補償するのではなく、損害の防止を狙いとするのは、強制的救済手段の特徴である。③宣言的救済手段は同じく予防的に働くものの、被告に対する直接の命令という形は取らない。例としては宣言判決が挙げられる。そして、残り三つ④⑤⑥の分類の機能を簡単に説明すると、④回復的救済手段<sup>(24)</sup>は、被告が原告の犠牲で得たものを原告に返還させ、⑤懲罰的救済手段<sup>(25)</sup>は、害悪を惹起した者に対して懲罰を加え、最後の⑥補助的救済手段<sup>(26)</sup>は、他の救済手段に対する補助の役割を果たす。

救済手段は、二つの、より基本的なカテゴリーに分類される。それは⑧代替的救済手段 (substitutionary remedies) と⑨特定の救済手段 (specific remedies) である。前者によって、原告は受けた損害に見合う金銭を代替的に受け取り、後者は、この「交換」の必要をなくす。代替的救済手段の例には、填補損害賠償や懲罰的損害賠償が、そして特定の救済手段の例には、インジャンクションや特定履行<sup>(27)</sup>が挙げられる。

さらにもう一つ、一般的になされる分類としては、①コモン・ロー上の救済手段と①エクイティ上の救済手段がある。填補・懲罰的損害賠償はコモン・ロー上の最も重要な救済手段であり、インジャンクション及び特定履行は最も有名なエクイ

ティ上の救済手段である。そしてマンデイマス、禁止令状、人身保護令状などの強制的救済手段はコモン・ロー上の救済手段である。宣言判決はコモン・ローとエクィティの融合後に新しく制定法によって認められた為どちらでもなく、古い時代のより特定の宣言的救済手段は、一般的にエクィティ上の救済手段とされる。

本稿の関心対象であるインジャンクションは、上記において⑥⑦⑧⑨に分類されうる、すなわち〈強制的・予防的・特定の・エクィティ上の〉代表的な救済手段である。これが示しているインジャンクションの姿は、「将来の害悪発生防止を被告に対して裁判所が直接的に作為・不作為を命ずることによって強制的に実現し、事後の救済の必要性をなくす働きをする、エクィティの領域で発展してきた救済手段」であると言えるだろう。

## (2) インジャンクションの型

インジャンクションは、性質の違いから、作為命令的インジャンクション (mandatory injunction) と禁止的インジャンクション (prohibitory injunction) の二つに分類できる<sup>(28)</sup>。インジャンクションのフォーマルな定義としては、後者に重点が置かれる傾向がある<sup>(29)</sup>。これに関しては実際に、前者を得る為には、より強固な立証が必要との見解を示す判決も出されている。例えば *First Nat'l Bank v. Ferris*<sup>(30)</sup> では次のように述べられた。「インジャンクションはその作為命令的な形式において特に、エクィティが単なる抑制にとどまらず作為不作為を命ずるのであって、荒っぽく激烈な例外的救済手段である。そのようなインジャンクションは裁判所によって敬遠され、控えめかつ注意深く発給されてきたのである<sup>(31)</sup>」、と。そこで、両者をめぐる関係は、禁止的インジャンクションが基本であるとも言えようが、この関係は次章第二節で述べるように、その後、公共訴訟が展開する過程の中で徐々に変わってゆくことになる。

## (3) 衡平の思想

ここで、インジャンクションに大きな影響を与

えてきたと思われる、エクィティの基礎となった、「衡平」という思想について見ておくことにしよう。“equity”という言葉は、一般的用法としては公正や道徳を意味し、法的にはコモン・ローとエクィティの融合前に大法官裁判所 (Court of Chancery) で適用・執行されていた法規範を指す<sup>(32)</sup>。しかし、その様な技術的法規範の集合体たるエクィティの基礎にある衡平という思想は、遠くギリシアの昔にまで溯って確認できる。それは次のようなものである。

「法というものには、その一般的性格から限界があり、個別事例では時として正義だけではなく不正義をももたらす。……衡平は個別事例において、一般的な法の厳格さを和らげ正義を達成する力である<sup>(33)</sup> (強調筆者)」。

すなわち、安定性確保の為に一般的である法が、特定の事例において必ずしも正義に合っているとは言えないと人々が考える場合に、一般性を維持したまま、これを運用してゆく為の知恵であると言えよう<sup>(34)</sup>。このことから、正義を表すべき法に対するエクィティ的判断は、個別正義的、補完的になされるべきことが導き出せる。そのような衡平という思想の下に、イギリスで法技術の集合体であるエクィティが誕生し発展していった。そして、この思想を基礎に置くことにより、エクィティでは、裁判官が正義・公正と考えるところに従って柔軟に救済内容を作ることを許してきたのである。

ここで、《衡平の思想》と、インジャンクションの持つ《道具としての性格》との関係をどう捉えるかについての、本稿の立場を述べておきたい。インジャンクションという道具は、歴史を通じて衡平の思想と密接な関係にあったと思われるが、それはインジャンクションの性質が本来的に要求しているわけではないと考える。もし仮にインジャンクションが、個別的正義を志向する衡平の思想を具現化したものだとしたら、「一般的に用いられうる道具」として要求される安定性が損なわれてしまうだろう。そこで、本稿では衡平の思想とインジャンクションという道具とを、概念的に

は切り離して考えたい。そうすることによって、道具の持つ、法体系を超越したある種の客観的特徴が捉えられるのではないかと思う。

## 第二節 第Ⅰ期 —「補完的手段」?

前節で述べたように、インジャンクションはエクィティ上の救済手段である。このことから、「回復不可能な損害のルール (irreparable injury rule)」という、「エクィティ上の救済手段が用いられうる事件を、用いなければ回復不可能な損害が発生する場合に限るルール」の適用を受けてきた。

これは、そもそもはエクィティ裁判所とコモン・ロー裁判所間の裁判管轄に関するルールであり、インジャンクションがコモン・ロー上の救済手段に対する補完的救済手段であることを示している。本稿はこの伝統的な性格づけの有効性に疑問を抱いている。そこで本節では、伝統的な性格づけが確立した第Ⅰ期を、「回復不可能な損害のルール」を中心にして、補完性の意味を考察することにより描きたい。

### (1) コモン・ロー補完的なエクィティ

まず、エクィティの誕生・成立を歴史的に追うことによって、「補完的なもの」という性格づけについて考えてみよう<sup>(35)</sup>。

イギリスで、国王が自らの大権に基づき王権固有の機関で裁判を行っていた初期の頃は、コモン・ローもエクィティも分離しない形で存在していた。それが、コモン・ローが厳格な一個の体系となるにつれて、それとは別個のものとしてエクィティが歴史に登場することとなる。13世紀、通常の裁判所においては十分な救済が受けられない事件について、「正義の泉 (the fountain of justice)」であった国王に対して特別な救済を求める請願がなされ、それが受理されたことから、大法官裁判所は始まった。厳格法の不衡平さを和らげるため、換言すればコモン・ロー・システムの補完のために、本章第一節(3)で見た衡平の思想の働きを背後にして、これは歴史に登場したのだと言えよう。

国王への請願の数が増えたのに伴い、14世紀までには、国王はこの処理をcuria regisへ任せるようになり、そして14世紀終わりには、curia regisがこれを大法官 (Chancellor) へと任せるようになった。その後、請願の数がより多くなり、それらは直接大法官へと提出されるようになる。このような過程を経て、大法官府 (Chancery) は次第に裁判所としての性格を有するようになった。ついに、15世紀の終わりまでには、独立した大法官裁判所が登場する。この大法官裁判所の判例の集積の中からエクィティが発展していったのである。それから長らく、大法官裁判所とコモン・ロー裁判所の二つの裁判所システムが共存する時代が続いたのだが、共存初期の頃はそれぞれの領域も明確に固まらないまま、友好的な関係が続いていたようである。しかし、17世紀初めから互いの管轄範囲をめぐる両者は対立するようになる。

当時、インジャンクションには、コモン・ロー裁判所における訴訟の提起・続行またはその判決の利用を禁止する種類も含まれていた<sup>(36)</sup>。インジャンクションを無視すれば、法廷侮辱に問える為、エクィティ裁判所はこれを最後の武器として有利に動くことができたのである。このような干渉にコモン・ロー裁判所が黙っているはずもなく、対立は激化し、この種のインジャンクションの可否を焦点の一つとする、有名なCoke-Ellesmere論争が起こることとなった。結局、国王James一世は、1616年に、大法官裁判所に有利な決定をなしたが、大法官府の存続は、コモン・ロー・システムの補完及びその欠陥を修正するためであった<sup>(37)</sup>。

しかし、コモン・ロー・システムの補完のために存続が認められたとはいえ、その「補完的」性格には疑問の余地があったと見ることができる。というのも、問題がエクィティの範囲をコモン・ロー裁判官とエクィティ裁判官のどちらが決定するかであったのに対し、答えがエクィティ裁判官だったことによる<sup>(38)</sup>。エクィティ裁判官が、損害が回復不可能かどうかの判断、すなわちコモン・ロー上に十分実効的な救済手段が存在するかとい

う充分性の判断をなすのである。したがって、エクィティは補完的なものとされたものの、エクィティの範囲は自制によって形成されてきた側面があると言えよう<sup>(39)</sup>。自らの活動範囲を自らで決定するというのでは、コモン・ロー・システムを「補完するもの」と言うにはいささか抵抗を感ずる。いずれにせよ、こういう形でエクィティは、コモン・ローに対して補完的地位を占めるものとして、性格づけられたのである。

「補完的なもの」という定義は、アメリカにおいても同じであった。植民地時代には、エクィティに対して敵意が持たれていたが<sup>(40)</sup>、それは「エクィティ上の法理や救済手段を無くしてしまえ」というものではなかった<sup>(41)</sup>。建国当時のコモン・ローとエクィティの違いに関する見解の例として、フェデラリスト・ペーパーズ第83篇におけるHamiltonの主張を見てみよう。「衡平裁判所のすぐれた主たる効用は、一般原則にあてはまらない特殊な事件につき、救済を与えるということである。このような事件の管轄権を通常の管轄権に結び付ければ、一般原則を不安定にする傾向と、あらゆる事件を一件一件特別な判決にゆだねるといふ傾向をもつにちがいない<sup>(42)</sup>（強調ママ）」。この見解は、コモン・ローに対して補完的なエクィティという考えを明らかにしているだろう。アメリカにおいても、エクィティ上の救済手段を用いる際に課せられる「回復不可能な損害のルール」が導入され、そして1789年裁判所法（Judiciary Act）の中に規定されたのだった<sup>(43)</sup>。

## (2) 財産権保護という目的

次に、補完性を象徴する「回復不可能な損害のルール」に関連した、「エクィティは財産権を保護するものであり、人格的権利を保護するものではない（Equity protects property rights, not personal rights）<sup>(44)</sup>」という法格言に注目しよう。これは、Lord Eldonが*Gee v. Pritchard*<sup>(45)</sup>で示した、インジャンクシオン発給にあたっての要件である。

この法格言は、財産権以外の権利の救済に際し

ては、コモン・ロー上の救済手段が十分実効的であることを示唆している<sup>(46)</sup>。第I期当時には、憲法上の権利や制定法上の権利が、今日ほど重要と見なされていなかったという背景がある。そもそも、インジャンクシオンは、典型的に、土地所有に関するような財産権保護の目的で用いられていた。それは、土地に対して損害賠償が決して適当な代替とはなりえない、換言すれば、土地に対する侵害は回復不可能な損害をもたらす、という考えを表している。これは、社会において土地が「富の主要形式」であり、社会的政治的地位への鍵であった時代を反映した考えである<sup>(47)</sup>。

財産権擁護の為にエクィティ上の権限の発動を認めた事例は数多く、例えば*Jonson v. Towsley*<sup>(48)</sup>では、財産権が侵害された時には、エクィティ裁判所はイギリスにおいてもアメリカにおいても、不正義や害悪を正すべく介入する権限を常に有してきたと述べられている<sup>(49)</sup>。そして、この財産的利益存在の要件は、プライヴァシーの権利侵害などエクィティが介入してこなかった領域で、インジャンクシオン発給を否定するのにしばしば用いられた<sup>(50)</sup>。しかし、後述するが（第三章第一節）、このルールへの例外は、憲法上の権利や制定法上の権利の重要性が高まっていくに連れて、激増していったのである<sup>(51)</sup>。そこで、このルールには、権利がどれくらい重要であると認識されていたかが、大きく作用していたと考えられる。

## (3) 検討

インジャンクシオンは、「回復不可能な損害のルール」の適用を受ける、コモン・ロー上の救済手段に対する補完的救済手段というのが伝統的な位置づけである。この意味は、(1)(2)を用いると、次のようにまとめられるだろう。④コモン・ロー上の救済手段の充分性はエクィティ裁判官が判断する為、インジャンクシオン発給の決定は、究極的には、裁判官の自制に委ねられていると解される。⑤インジャンクシオン発給には財産的利益の存在が要求されていたが、第I期には憲法上の権利や制定法上の権利が今日ほど重要とは見なされ

ておらず、重要な権利としては財産権が群を抜いていた。

①②は、補完的例外的救済手段というレトリックが、それに見合う積極的な規範的制約を内容としていないことを示していると考えられる。というのも、重要な権利の範囲が広がるにつれて、それらも保護対象に取り込んでインジャンクションが発給されうる可能性を持っていたのであり、発給される事例が増えれば、補完的・例外的救済手段という名にはふさわしくない状況になって当然であったと言えるからである。

ここで、Laycockによる、補完性を象徴する「回復不可能な損害のルール」の意味の考察<sup>(52)</sup>を紹介しよう。Laycockは、伝統的な「回復不可能な損害のルール」を次のように定式化している。すなわち、

1. エクィティは、コモン・ロー上の十分な救済手段がある場合には作用しない。
2. 「十分な救済手段」とは、エクィティ上の救済手段と同じように完全で、实际的で、かつ実効的であることを意味する<sup>(53)</sup>。

そして、その上でLaycockは、このルールは以下のように再構成できるとする。

1. 原告は全ての事件において、最も完全で、实际的で、かつ実効的な救済手段を得る権利を有する。
2. もし、コモン・ロー上の救済手段とエクィティ上のそれとが同じ程度に完全で、实际的で、かつ実効的であるならば、コモン・ロー上の救済手段が用いられるべきである。

これにより彼は、二つ目の構成は、「『回復不可能な損害のルール』が単に『決着をつけるもの(tiebreaker)』に過ぎないことを明らかにしている」と述べる<sup>(54)</sup>。すなわち、こういうことである。補完性を代表する「回復不可能な損害のルール」は、一見するとコモン・ロー上の救済手段が「主」で、エクィティ上の救済手段が「補」であることを意味しているようである。しかし、実際の権利救済に際して、実効性に違いがある場合にはそのような「主・補」の形式は影響を与えず、

より実効的な方—それは往々にしてエクィティ上の救済手段である—が用いられるべきとなり、実効性に違いのない「特異な事例」でのみコモン・ロー上の救済手段が優先される。そこで、「回復不可能な損害のルール」は単に「決着をつけるもの」に過ぎず、しかも、それはほとんど効果を有さないのである。

Laycockのした再構成は、「回復不可能な損害のルール」の持つ、「コモン・ロー上の救済手段に対する補完的救済手段」というレトリックが、それに見合う積極的な制約を内容としていないことを示していると言えるだろう。これが、次章で扱う展開の基礎にあったものと考えられる。

### 第三章 インジャンクション —その展開

本章では、インジャンクションの展開を、性格の違いから二つに分けて扱う。第II期は、インジャンクションにより保護する権利が財産権以外にも広がっていった段階（保護される権利の範囲の拡大）であり、だいたい19世紀終わり頃から今日までである。第III期は、第II期と重なるが、第II期での展開の結果、憲法上の権利が保護される権利の範囲に入ってきたことを前提として、公共訴訟の登場により、インジャンクションの用いられる対象が制度にまで広がった段階（使用対象の拡大）である<sup>(55)</sup>。

描き出したいのは、次のような流れである。

①法や社会の変化によって重要性の認識が高まった権利へ、填補的救済では不十分であるとの判断の下、救済に際して発揮する実効性が期待されてインジャンクションが用いられるようになった。②展開の結果として、「コモン・ロー上の救済手段に対する補完的救済手段」との位置づけの背景にある、コモン・ロー／エクィティという二分法による、与えられる救済の性質決定の意義が小さくなった。そして、むしろ個別の事件や主張される権利の性質が、発給に当たっての考慮事項として重要性を増した。



## 第一節 第Ⅱ期 一保護される権利の範囲の拡大

第Ⅰ期で見たように、伝統的には、インジャンクションは「エクィティは財産権を保護するのであって、人格的権利を保護するのではない」という法格言の適用を受けるとされていた。しかし、この法格言は次第に放棄されたも同然となっていたのである。以下では、これに関して、アメリカにおけるインジャンクションの展開に着目し、(1)で判例の転換を、そして(2)では制定法によるバックアップを扱い、(3)においてこれらを検討する。

### (1) 判例の転換

まず社会経済情勢の変化を若干述べておこう。18世紀後半には、自由放任主義が強調されていた。経済的な主導権は企業家達が持ち、政府の権力的干渉は最小限度に抑えられるべきとされていたのである。それが19世紀後半になると、自由放任主義の弊害が目に見えなくなった。資本主義経済の発達は、少数の資本家階級と多数の労働者階級の対立を生み、失業、貧困、社会的不安の増大、恐慌等の問題を発生せしめたのである。交通機関の発達や、産業の発達、人口の都市への集中は、以前の社会とは比べられないほど複雑な社会を生んだ。そこで国家の積極的関与が必要となり、自由放任主義が衰えることとなる。このような社会の変化は、伝統的な救済の形である損害賠償のような填補的救済では不十分であり、予防的強制的救済が適当と考えられる事例を多く生むこととなった。

しかし、伝統的な「エクィティは財産権を保護するのであって、人格的権利を保護するのではない」という法格言を字義通りに捉えるなら、財産権以外の権利に対してはインジャンクションを用いることができない。そこで、裁判所は、「財産」の概念の中に、伝統的に財産とされてきたものに加えて、それまでの考えでは財産と見なされなかったものも含めるようになり、保護可能な財産的利益の範囲は広げられていった<sup>(56)</sup>。例えば、*Joyner v. Browning*<sup>(57)</sup>では「……テネシー州では

選挙権、被選挙権、公職に就く権利は財産権である<sup>(58)</sup>」と述べられ、投票権を財産権として位置づけて、インジャンクション発給の基礎にしている。

また、財産権保護を梃とした展開において一大転機となったのは、19世紀末から今世紀初めにかけての、レイバー・インジャンクションという形式の登場である<sup>(59)</sup>。次のようにしてレイバー・インジャンクションは正当化された。伝統的には、インジャンクションによっては犯罪を予防できないとされていたのだが、財産権保護に当たっては積極的な働きが期待されていた。そこで、財産権への回復不可能な損害を生ぜしめる性格を持つ行為なら、それが犯罪であっても禁止しようという論理が立てられたのである<sup>(60)</sup>。ここではレイバー・インジャンクションがどのような反響を呼んだか<sup>(61)</sup>については触れない。いずれにせよ、インジャンクションは、ストライキを解く道具として用いられるようになったことから、「独特の設定を与えられ、本質的に新しい状況が形成された<sup>(62)</sup>」のである。

伝統的な制約から解き放たれてゆく流れを止められるものはなく、20世紀に入ってから、それまで財産権とは考えられてこなかった権利の保護の為に、インジャンクションを使用可能とする判例が激増する<sup>(63)</sup>。ここでは、憲法上の権利保護の為にインジャンクション使用に注目して、判例を幾つか見てみよう。未だ保護する権利を財産権に限るルールの影響が残る中、明確に権利の性質に着目してインジャンクション発給を決定した事件として、例えば1946年にマサチューセッツ州最高裁によって出された *Kenyon v. City of Chicopee*<sup>(64)</sup>がある。これは、エホヴァの証人である原告が、Chicopee市等を相手に、路上でのパンフレット配布を一般的に禁ずる市条例が違憲無効であるとの宣言、及び、以降原告らを違憲な市条例の下で逮捕することを禁ずるインジャンクション発給を求めた事例である。裁判所は、当該市条例が違憲であることは連邦最高裁判決からも明らかであると認めた上で、被告等が原告を「再度行ったら逮捕する」と脅していた為、これを禁ずるイ

インジャンクションを発給すべきかどうかを吟味した。被告は、原告の財産権は侵害されていないと抗弁しており<sup>(65)</sup>、財産権侵害が含まれていない場合にエクィティは救済をすることができないのかについて審理された。裁判所は、一方では、財産権の保護というルールが歴史的に有効であり続けてきたと認めながら、他方では、保護する権利対象を厳密に財産権に限らない判決も現れてきていると指摘する<sup>(66)</sup>。そして、「真のルールは、エクィティは財産権をインジャンクションによって保護すると同じ条件において人格的権利をインジャンクションによって保護することであると、(当裁判所は) 確信を抱いている<sup>(67)</sup>」と述べた。その上で裁判所は、裁判による実現に不適當な権利が存在することを認めながらも、本件で侵害が主張されている権利<sup>(68)</sup>の、インジャンクションによる実現は違うと言う。この権利の持つ性質は、最も基本的かつ重要なものである為、繰り返される侵害に対して損害賠償では不十分と判断したのである<sup>(69)</sup>。

そして時代が下り、憲法上の権利の重要性がより高まると、憲法上の権利はインジャンクションの保護する範囲に当然のこととして入ってくる。法や社会の変化の中でも、今世紀半ば以降に起こった憲法上の権利の展開は決定的な影響を与えたと言えよう。Fissは、*Brown v. Bd. of Educ.*<sup>(70)</sup>は救済手段の序列を崩し、インジャンクションを補完的性格を持った救済手段から、憲法上の権利侵害に対して選択可能な一つの独立した救済手段へ転換させたと主張している<sup>(71)</sup>。*Brown*の背景には、公民権運動の高まりという力学が存在したのであり、これがインジャンクションという実効的な救済手段使用を可能とせしめるのに、重大な役割を担ったと考えられる。

このような転換により、原告の憲法上の権利が問題となっている場合には、コモン・ロー上の救済方法は不十分と推定されて、インジャンクションが当然の理から発給されることを明快に判示した判例が、数多く出てくることとなった。例として1960年に出された*Henry v. Greenville Airport*

*Comm'n*<sup>(72)</sup>を見てみよう。これは、市営空港委員会等を被告として、空港待合室から原告らアフリカ系アメリカ人を排除することを禁止するよう、暫定的インジャンクション (preliminary injunction) 発給が求められた事例である。インジャンクション発給を拒否した第一審の命令<sup>(73)</sup>を、第四巡回区裁判所は発給の指示を付けて破棄し、事件を連邦地裁に差戻したのだが、それは「憲法上の権利が侵害されたことを、争う余地なく証明した者に対して、暫定的インジャンクションを拒否する裁量を裁判所は有していない<sup>(74)</sup>」との理由からであった。

かくして、損害賠償のような填補的救済手段では損害が回復できないとして、インジャンクション使用が認められた憲法上の権利は、選挙権、表現の自由、信教の自由、雇用差別からの自由、十分な聴聞への権利等、様々現れることとなった<sup>(75)</sup>。今日では、憲法上の権利救済に際して、インジャンクションが極めて一般的な救済手段となっている<sup>(76)</sup>ことを強調しておきたい。ここでは例として、選挙権と表現の自由に注目しよう。

例えばアラバマ州州議会議員定数の不均衡是正が求められた *Reynolds v. Sims*<sup>(77)</sup> のように、投票権の価値の平等という、憲法上の権利が問題となった事件では、インジャンクション発給は当然であるという扱いを受けた。連邦最高裁は、「一旦、州の区割りが違憲であると認定されたならば、裁判所が以降の選挙が無効な区割りの下でなされることのないよう、適当な行動をとらないことが正当化されるのは異常なことであろう<sup>(78)</sup>」と述べ、選挙権の価値不平等への救済手段としてインジャンクションを肯定したのだった。なお本判決では、「回復不可能な損害のルール」への言及がなかった。

次に表現の自由であるが、表現の自由が危険に晒されてインジャンクションが求められる事例では、回復不可能な損害が生じると裁判所が判断する強い傾向がある<sup>(79)</sup>。例えば、軍の遊歩棧橋 (pier) における表現的行為の禁止を阻止するインジャンクション発給が連邦地裁に求められた事例である、

*Chicago Acorn v. Metro. Pier & Exposition Auth.*<sup>(80)</sup>を見てみよう。裁判所はインジャンクションが適切であることを説く中で、次のように述べた。まず、修正一条侵害を含め憲法上の権利侵害は、インジャンクションの目的に対して「回復不可能な損害」を引き起こすと見なされると断言した<sup>(81)</sup>。そして裁判所は、公衆(public)は憲法上の権利、特に意見を述べ、嘆願し、そして示威行動する市民的権利に関して、強い公的利害を持っているとし<sup>(82)</sup>、これを、インジャンクション発給の基礎としたのである。

このような展開を経て、保護範囲を財産権に制限していた法格言は、放棄されたも同然となった<sup>(83)</sup>。

## (2) 制定法によるバックアップ

次に、制定法によるバックアップにも触れておこう。例えば、1964年Civil Rights Act<sup>(84)</sup>や、New York right-to-privacy-act<sup>(85)</sup>では、伝統的な考えでは保護する権利の範囲にないと目されてきた権利の、インジャンクションによる救済が明文で定められた。

具体的には、例えば、1964年Civil Rights Act § 204(a)は、公的施設における人種等に基づく差別および州法による人種等に基づく差別からの救済として、インジャンクション等の予防的救済を求める民事訴訟を起こすことができると定めている。また、New York right-to-privacy-act §51は、プライバシー侵害に対して、インジャンクション等のエクィティ上の救済手段を用いることができ、かつ被った損害への賠償を求めることができると定めている。

さらに、公民権革命(civil rights and civil liberties revolution)以前に制定された法律も、インジャンクション使用に際して活用されている。代表的なのは42 U.S.C. §1983<sup>(86)</sup>(以下§1983と略す)である。1920年代には、これが用いられるのは、選挙権剥奪を訴える事件にほぼ限られていたが<sup>(87)</sup>、1961年の*Monroe v. Pape*<sup>(88)</sup>以降、§1983は市民的権利保護の為に活用され出した。さらに、

その現代的使用として注目すべきは、州の違憲な制度を訴えるのに大いに活用されている点である<sup>(89)</sup>。憲法上の権利が、制度それ自体によって侵害されている事例には損害賠償が役に立たないと判断され、本条が連邦裁判所に作為命令的インジャンクションを授権している<sup>(90)</sup>との理解の下、公共訴訟の発展とともに§1983の利用が急激に上昇したのだった<sup>(91)</sup>。

## (3) 検討

(1)(2)で概述した展開を、社会や法の展開という外在的变化から影響を受けて、権利救済の要求に応える為に、インジャンクションが守備範囲を拡大してきたものと捉えたい。「回復不可能な損害のルール」は今日においても判例に現れており<sup>(92)</sup>、また、このルールの意義を肯定的に捉える論者もいる<sup>(93)</sup>。しかし、一般的には、実際上は大して効力を持っていないと位置づけられるにいたっている<sup>(94)</sup>。

(1)で触れた、憲法上の権利へのインジャンクションによる救済が極めて一般的となった背景には、変化を遂げた社会において、憲法上の権利の救済に際して事後的な救済では不十分であり、事前的な救済がなされるべきだとの判断が裁判所を動かしたという要因がある<sup>(95)</sup>。この点、憲法上の権利が救済を要求する「権利」とであると真剣に考えるならば、権利の性質が市場原理になじまないがゆえに、填補的救済では実効性に欠けることは余りに明白であって、これを真剣に論じる者はいないと言われる<sup>(96)</sup>。現在では、憲法上の権利が危険に晒されている場合、多くの判例は、インジャンクションという救済手段が用いられて「当然」と考える、強い傾向を示しているのである<sup>(97)</sup>。判例は「回復不可能な損害が惹起される」という言葉を用いて、インジャンクション発給を認める傾向があるが<sup>(98)</sup>、問題となっているのは、救済の性質として予防的強制的なものと同補的なものの、どちらを選択するかであると言え、本稿が注目したいのは、憲法上の権利に対しては、インジャンクションにより得られるような救済が、当然と考

えられている点である。

これは、権利の性質に着目した判断がなされてきたことを示している。そこで、「回復不可能な損害のルール」の前提にあるコモン・ロー／エクイティという二分法で、与えられる救済の性質を決めるのは大雑把に過ぎ、このルールは19世紀以降徐々に実際的な通用力を失ってきているのだと考えられよう。今日では、「回復不可能な損害のルール」という包括的で内容の希薄な概念を用いることをやめ、個別の事件に即した細かなルールに目を向けるべきであるという主張もなされているところである<sup>(99)</sup>。

## 第二節 第Ⅲ期一使用対象の拡大

次に、インジャンクションの歴史的展開における第Ⅲ期として、公共訴訟に見られる「使用対象の拡大」を考察しよう。公共訴訟が、多かれ少なかれ新しい訴訟形態をとっている点に関しては、多くの論者の見解が一致している。本節では、まず(1)において、そのような公共訴訟で用いられたインジャンクションを、ごく簡単に説明する。本稿も公共訴訟が新しい形態であるとは考えているが、そこで用いられるインジャンクションを、従来型の型とは全く性質を異にする「突然変異種」としてではなく、歴史的展開における一つの発展形態として捉えたい。この観点から、(2)(3)で、公共訴訟でのインジャンクションを位置づける作業をする。その後(4)で、公共訴訟で用いられたインジャンクションが様々な批判の対象となった点に注目し、それら批判的議論が論じている救済内容の範囲<sup>(100)</sup>をめぐる問題を考察する。その際には、それはインジャンクション一般にとっての問題であるとの観点で扱いたい。

### (1) 公共訴訟でのインジャンクション

公共訴訟は*Brown v. Bd of Educ.* (*Brown I*)<sup>(101)</sup>を始まりとすることについては異論ないようである<sup>(102)</sup>。これは、広く知られているように、公立学校の人種別学制度を定めたカンザス州等の憲法ないしは法律が連邦憲法違反であると主張さ

れた事件であった。人種別学制度を違憲とした*Brown I*の翌年に、*Brown II*<sup>(103)</sup>において具体的な救済方法についての判断が下された。*Brown II*で示された人種別学解消の構図は、次のようにまとめられている<sup>(104)</sup>。「救済の主体は第一次的には教育委員会であり、教育委員会が具体的な差別撤廃のための計画案を、計画達成のために要する期間、方法などの要素に考慮を払いながら、自ら作成すべきである。しかし、その計画達成までのあいだ、事件は連邦裁判所の管轄下に置かれる。また、連邦裁判所が自ら判決を下す場合は、エクイティの原則に拠るべきである」と。

*Brown*を契機として裁判所は、単純に被告の行為を差止めるないしは為さしめるといった伝統的なものではなく、制度それ自体による権利侵害の解消を狙うインジャンクションの試みを始めた。これは、裁判所が考えるところの実効的な救済案を被告が提出できなかった時に、裁判所自らが救済に乗り出すべく発給されるものである。ある論者はそのようなインジャンクションの目的を、「政府機関ないしは公の制度の内部制度的関係を改革することにより、広範な社会状況を変革すること」と述べている<sup>(105)</sup>。このような目的達成の為に、公共訴訟では作為命令的インジャンクションが一般的に用いられるようになった。これは、伝統的な禁止的インジャンクションでは不十分であるという判断を前提としている。例えば、「受刑者に対する残酷且つ異常な刑罰の禁止や、黒人児童と白人児童の不平等な取り扱いの禁止などを内容とする一般的禁止命令は、害悪を生ぜしめる社会状態・行動パターン・組織力学 (organizational dynamics) をいかにして矯正するかについて、何も指し示さない<sup>(106)</sup>」という判断がなされたのであった。そこで公共訴訟では、救済内容を決定する段階及びその執行の段階が複雑なインジャンクションの型が登場することとなった。

しかし、周知のように、このようなインジャンクションは非常に多くの批判的議論を巻き起こした。公共訴訟におけるインジャンクションを賞賛する論者は少なく、学説の多くは批判的であると

指摘されている<sup>(107)</sup>。批判的な議論で指摘された問題を幾つか紹介しておこう。

①裁判所は救済内容を形成するにあたり、政策選択や費用便益計算を適切に行えない<sup>(108)</sup>。②裁判所は判断するに必要とされる十分な量の客観的なデータを収集・吸収できない<sup>(109)</sup>。③裁判所は複雑な組織や社会的プログラムを運用する経験も力もないので、救済内容が如何なる政治的、経済的、社会的背景との相互作用を持つのかを正しくはかれない<sup>(110)</sup>。④救済内容を実行に移す際に、裁判所の能力不足に起因して大きな困難がある<sup>(111)</sup>。⑤救済内容が広範かつ詳細となっており、裁判所の介入を必要とした本来的害悪除去にとどまらなくなっている<sup>(112)</sup>。⑥救済の必要性の認識から権利が構成される傾向がある<sup>(113)</sup>。⑦裁判所が立法権と行政権を篡奪している<sup>(114)</sup>。

これらは、大きく括れば、公共訴訟で用いられたインジャンクションによる「救済内容の範囲や執行という問題をめぐる批判」と捉えられるだろう。ここでは、そのような問題をめぐって批判的議論がなされた点を確認するとともに、本節(4)で再び立ち戻ることにする。

## (2) Fissの分類

Fissは、公共訴訟で用いられたインジャンクションの型に、「構造的インジャンクション (structural injunction)<sup>(115)</sup>」という言葉をあてた。以下で述べるように、彼はそれと従来型インジャンクションとの差を強調する。しかし本稿では、構造的インジャンクションを、使用対象の拡大という観点から捉えようとしている為、従来型インジャンクションとの差よりも、むしろ両者が共通している点を強調したい。この点ではLaycockの主張に与し、公共訴訟におけるインジャンクションは、予防的強制的救済手段であるインジャンクションの一類型として理論的に有り得るとの立場をとる。詳しくは(3)で述べる。しかし、FissとLaycockの違いは強調する側面の違いに過ぎない為、Fissの提唱した新たな分類自体は使用したい。これは、公共訴訟によって発展・展

開したインジャンクションを適切に捉えるものであり、有効であると考えられる。

Fissは公共訴訟の展開を踏まえて、インジャンクションに次の新たな分類を提唱した<sup>(116)</sup>。それは、①予防的インジャンクション (preventive injunction) (将来において何らかの行為ないしは行為の連続が起こることを防止しようとするもの)、②匡正的インジャンクション (reparative injunction) (過去に起こされた害悪の影響を正す行動を被告にとらせるもの)、③構造的インジャンクション (structural injunction) (現在存在する社会的組織の再構成を実施・遂行するもの)、の三つからなっている。

FissとRendlemanの共著の中で示された、③型の特色とは次の通りである<sup>(117)</sup>。a) 構造的インジャンクションは、伝統的な予防的インジャンクションと単に形式上の類似性を持つに過ぎない。b) 構造的インジャンクション使用は、公民権運動の隆盛と時を同じくして最高潮に達した。構造的インジャンクションは、まず人種別学解消訴訟で多く用いられ、その後1960年代後半から70年代にかけて、刑務所・精神病院・警察組織などの改革へと、使用対象の範囲が拡大されていった。c) 構造的インジャンクションは、現代国家の有する官僚的性格がもたらす脅威<sup>(118)</sup>から、憲法上の価値を保護する為に必要である。d) そのような脅威は、官僚的組織の再構成によってのみ無くすことができるという認識が前提にある。構造的インジャンクションは、裁判所が官僚的組織の再構成を命令したり管理する為の手段である。e) 官僚的組織の再構成という課題は大きいので、裁判官は対象組織と長期に亘る関係を持つことになる。

ところで、①型は伝統的で最も単純な型である。Fissはこの型を、②型および③型とは明確に区別すべきとし、かつ、その区別を重要と考える。というのも、彼は②型および③型が避けようとする将来的な害悪は、過去の害悪あるいはそれ自体害悪である制度から派生した害悪と捉えるからである<sup>(119)</sup>。このことは、上述のFissとRendlemanの挙げた特色のうち、特にa) c) d) に反映されている。

そこでは、従来のインジャンクションの型とは大きく異なって、「憲法上の価値に脅威を与える官僚的組織という漠然とした対象を再構成する目的に仕える新しいインジャンクションの型」として描かれているのである。ただし、Fissは、②型および③型が伝統的役割を果たすことを、全面的に否定するわけではない<sup>(120)</sup>。それでも、強調点は新しさ、すなわち従来型のインジャンクションとの性格の差にある。

### (3) 構造的インジャンクションの位置づけ

Laycockは、Fissの提唱したインジャンクションの新しい分類は、性格の完全なる違いというよりも、「どのような将来の害悪防止を狙っているか」における違いを表すものと捉える。彼は三つを全て、将来的な害悪を予防する性質によってまとめながら、Fissの分類を、①型が将来の害悪を予防するインジャンクション、②型が過去の害悪の将来における影響を予防するインジャンクション、そして③型が複雑な事例における、①型と②型の組み合わせによる連続、と再構成した<sup>(121)</sup>。この再構成で彼が意図したのは、将来的害悪防止という要素の強調である。彼は、伝統的な①型とそれ以外の型の差を強調せず、これら三つが共通に有する特徴をもって、それぞれを再度性格づけたのである。そして彼は、損害賠償という救済手段で問われるのが「どれ位損害賠償を得るのが適当か」であるのに対応して、インジャンクションにおいても①型②型③型共通に、「どれ位インジャンクションを得るのが適当か」、すなわち、救済内容にどの位まで含めるのが適当かが問われるのだとする<sup>(122)</sup>。このように、Fissが(2)で見たように従来型の型との差を強調するのに対し、Laycockは、これらは全て将来生ずる害悪の予防にあるとして共通性を強調するのである。FissとLaycockの違いは、彼らの狙いの違いにある。本稿はインジャンクションを歴史的継続性から考える為、Laycockの強調の仕方に与し共通性に着目したい。

本稿では、構造的インジャンクションを次のように位置づける。構造的インジャンクション誕生

が前提にしているのは、①第II期で述べたような展開の結果、重要性の認識が高まった憲法上の権利が、財産権とともにインジャンクションによって救済される権利であると考えられるようになったこと、そして②憲法上の権利侵害には、損害賠償のような填補的救済手段は実効的ではないとして、インジャンクションのような予防的強制的救済手段が選好されること、であるとする。そこで③④を前提として、保護されるべき重要な権利である憲法上の権利が、制度それ自体により侵害を受けている場合にも実効的な権利救済が要請され、それまで存在してきていたインジャンクションの型を応用する構造的インジャンクションが登場したと捉えたい<sup>(123)</sup>。したがって、構造的インジャンクションは、インジャンクション展開の線上に位置する、理論的に有り得る型であるとする。

### (4) 救済内容の範囲をめぐる問題

構造的インジャンクションに対しては、多くの批判的議論が寄せられた。本節(1)ではその中から幾つかを紹介し、それらを構造的インジャンクションにおける「救済内容の範囲や執行という問題をめぐる批判」と大きく括っておいた。

ここで、「救済内容の範囲をめぐる問題」と「救済内容の執行をめぐる問題」との間には、区別されるべき違いが存すると言えるかもしれない。従来、救済過程を扱う場合には、権利侵害の認定と救済内容の形成の二段階で考えてきた傾向があるようだが<sup>(124)</sup>、これに対して執行段階を別に捉えて三段階で考えるべきとの主張もなされている<sup>(125)</sup>。しかし、執行段階を特に取り上げて考察せずとも、本稿の関心であるところの、構造的インジャンクションの伝統的なインジャンクションとの問題点の共有について語るには十分である為、ここでは「救済内容の範囲をめぐる問題」に着目したい。

救済内容の範囲をめぐる問題は、構造的インジャンクションの背景において大きな議論を巻き起こしたものの、①型②型の組み合わせとしての構造的インジャンクションは、伝統的インジャン

クシオンと同じく将来の害悪を防止する為の道具であり、伝統的インジャンクシオンと論じられるべき問題を共有する<sup>(126)</sup>。ここでは、この救済内容の範囲をめぐる問題を構成する要素として、互いに影響を及ぼし合っている次の三つをとりあげる。そして、インジャンクシオン一般での問題として、構造的インジャンクシオンの背景における問題の発現と絡めながら検討する。三つの要素とは、1) 衡平の思想の影響、2) 実体法上の権利の問題、3) 救済内容を形成する際の一般的な基準の欠如、である。

### 1) 衡平の思想の影響

一つ目の要素として衡平の思想の影響、すなわち、アド・ホックな正義実現への志向を挙げたい。そのような志向から生ずるエクィティの持つ柔軟性について、次のように述べた判例がある。「裁判所は、そのエクィティ上の管轄の元となっている直接の事柄を超えて、いかなる事柄も決することができ、また状況に応じていかなる救済をも与えることができる。そのようにして初めてエクィティは、正義を切り捨てるのではなく完全にさせることができるのである<sup>(127)</sup>」と。このような見解を取る判例は歴史を通じて存在してきた<sup>(128)</sup>が、構造的インジャンクシオンでは特に、柔軟性やエクィティで認められてきた正義に適った命令への志向が目だった旨が指摘されている<sup>(129)</sup>。

その理由の一つは、公共訴訟という領域に裁判所が足を踏み入れたその最初の地点である *Brown* に確認できるのではないか。というのも *Brown* は、制度それ自体による権利侵害の解消という新しい類の司法的救済にあたり、エクィティが持つ衡平の思想に由来した柔軟性に頼ろうとした側面があると思われる為である。こういうことである。

第一章第二節でも述べたように、インジャンクシオンによる救済内容形成の際に用いられる基準は、伝統的には個々の実体法ごとによって異なっていた。ところが *Brown II* では、「命令を形成し執行するには、裁判所は、エクィティ上の原理に導かれることになろう。伝統的に、エクィティ

は救済の内容を形作る際の実際的な柔軟性と公的および私的必要性を調整および調和させる才によって性格づけられてきた。……（事件解決にあたっては）これらの伝統的なエクィティの特質の発動が要求される<sup>(130)</sup>（強調筆者）」と述べられたのみであった。判決の中では、その「エクィティ上の原理」とは何であるか、そして、それまで人種学解消という領域が存在しなかったのに、他の領域における基準やアプローチとの相違はどこにあるのか、などについて全く述べられなかったのである。非常に漠然とした「エクィティ上の原理」に訴えかけることによって、制度それ自体による権利侵害解消という困難な仕事をこなしてゆこうと考えた側面があったのではないだろうか。

インジャンクシオンには、救済のための道具としての安定性が要求される。それとは逆向きのベクトルである個別事件に依存したアド・ホックな正義への志向や柔軟性に活路を見出すのは、不安定性をもたらす一つの要因だろう。3) で扱う内容形成における一般的規準の欠如とも大いに関係するが、不安定性の現われとして、極端には救済内容の形成における裁判官の裁量を制約するものが個々の裁判官の良心以外になくなり、過剰な救済内容が形成されることも有り得るのである。

### 2) 実体法上の権利の問題

構造的インジャンクシオンによる救済内容の範囲をめぐる批判的議論の多くは、救済手段自体に向けられていた。しかし *Easterbrook* は、実はそれらの多くは救済手段に関する議論ではなく、実体的な権利に関するものだったと指摘している<sup>(132)</sup>。すなわち、救済手段に対して浴びせられた批判とは、ほとんど全ての場合、一体何が正当であるかという実体的価値への隠蔽された反対表明だったというのである<sup>(133)</sup>。これには権利概念に関する次の三点への見解の違いが背景に働いていたと彼は考える。一つ目は、権利主体が個人か集団かという問題であり、二つ目は「平等」の意味についてであり、三つ目は、政治において多文化主義を認めるか否かについてである<sup>(134)</sup>。

インジャンクシオンの主要な目的は、原告の「正

当な地位」の保護であるべきとされている<sup>(135)</sup>。ところが、実体法上の権利の理解においてEasterbrookが指摘したような違いが存在するならば、違いに応じて異なる原告の「正当な地位」が設定されてしまう。「正当な地位」が一つに確定されるものでないとする、目的としうところが複数設定されることになり問題である。例えば、*Brown I*自体も、黒人の児童を「集団」で捉えて、人種別学という制度は彼らに「精神的な」劣等感を与えるという位置づけをしていた<sup>(136)</sup>。これは、制度的な人種別学状態の解消だけでなく、黒人児童一般が精神的な劣等感を感じなくともよい状態で学ぶことも「正当な地位」になりうると暗に認めていると言えよう。Easterbrookは、構造的インジャンクションをめぐる批判的議論においては隠れた形で存在する、しかし重大な、原告の「正当な地位」に関する見解の相違を指摘したのである。

この問題は、構造的インジャンクションに特有ではなく、インジャンクション全般に亘って問題となりうる。侵害された若しくは侵害の危険に晒されている原告の権利についての考え方に違いがあるならば、基準とすべき「正当な地位」は絶対的に決まるものではなく、幅を持った概念になってしまう。とするならば、救済内容の範囲は広すぎたり狭すぎたりする危険性がある。そこでインジャンクション発給の目的である原告の「正当な地位」保護にあたっては、原告の権利に関する明確かつ正確な理解が必要なのである<sup>(137)</sup>。

憲法上の権利救済という目的でインジャンクションが用いられる場合を考えると、憲法上の権利が通常、概括的抽象的な言葉で定められていることから、原告の「正当な地位」の回復を考える際には大きな困難があると言えるだろう。本稿では考察の範囲外としているが、インジャンクション利用を考える際の前提として、憲法上の権利の内容を明確にしてゆくことの重要性が認識される。

### 3) 救済内容の形成における基準

2) で述べた「正当な地位」が仮に明確に定まるとして、その「正当な地位」回復に必要なして十分な救済内容を形成する際にも、また問題があ

る。救済内容は、「正当な地位」を回復するという目的に適った範囲でなければならない。そこで、インジャンクションによる具体的命令が、如何なる内容を持つかという範囲を定め、裁判官の裁量を制約する有効な一般的基準が要求されるが、これが存在しないのである。

繰り返し述べてきているように、インジャンクションの内容形成は、実体法全般に亘る有効な一般的基準が曖昧なまま、個々の実体法領域ごとの基準に依存してなされてきていた。ところが、構造的インジャンクションによる救済内容の形成には既存の基準がなかったにも拘らず、あたかも実体法全般に亘る一般的ルールが存在するかのよう

に話が進められた<sup>(138)</sup>。救済内容の範囲に関する一般的基準は、主に一連の人種別学解消訴訟における連邦最高裁判決によって示されてきている。*Milliken v. Bradley (Milliken II)*<sup>(139)</sup>でなされた「まとめ<sup>(140)</sup>」によれば次のとおりである。④救済手段の性質は権利侵害の性質と範囲によって決定される<sup>(141)</sup>。⑤救済内容は権利侵害が無かったならば占めていた地位へ出来る限り回復させるように作られた、性質上救済的 (remedial) なものでなければならない<sup>(142)</sup>。⑥救済内容の形成に当たっては州や地方政府機関の利益を考慮に入れなければならない<sup>(143)</sup>。④⑤⑥は、ごく抽象的な基準でしかない為に、「事実審判事の多くにとって……広範な救済への障害にはほとんどならなかった<sup>(144)</sup>」と言われている。

最近出された *Missouri v. Jenkins*<sup>(145)</sup> では、救済内容の制限について見解が示された。この判決は、連邦裁判所の有する救済権限の範囲を再考し、引き締め始めたことを示すものと捉えられている<sup>(146)</sup>。しかし、最高裁は上述の救済内容形成に関して作られてきた基準を厳しく吟味する手法を取ったため、救済権限を縮小しようとする裁判所の立場は明確になったものの、基準自体は変更を受けていない。救済内容を形成する際に有効に作用する一般的基準は、未だ不存在である<sup>(147)</sup>。したがって裁判所の態度次第によって、内容形成は融通のきく状態にあると言えるだろう。



有効な一般的基準の欠如は、公共訴訟が大規模な制度改革であったため、構造的インジャンクションによる救済内容を決定する際に大きな問題となったと思われるが、基本的に、基準が歴史的に確立してきていない領域では、他の型のインジャンクションも抱える問題である。そして実際に、例えば次の判例は構造的インジャンクションではない事例であっても、救済内容の決定が難しいことを示している。

*Bundy v. Jackson*<sup>(148)</sup>は、最も単純な型である予防的インジャンクションが求められた事例である。簡単に事案の説明をしよう。Bundyはコロンビア特別区矯正局の女性職員であり、男性同僚からの性的いやがらせにより、精神的な苦痛と昇進における困難を受けた。コロンビア特別区連邦地裁は救済を否定したが<sup>(149)</sup>、それに対し控訴裁判所は、性的いやがらせは、それによる仕事上の有形利益の損失を伴う伴わないにかかわらず、1964年Civil Rights Act第7編(雇用差別の禁止)<sup>(150)</sup>で禁じられる性差別にあたりと判断した。そして、救済は将来の性的いやがらせを禁ずるインジャンクションが適当であるとして第一審判決を破棄し、地裁に事件を差戻した。さらに、インジャンクションの内容を形成する際に使ったかどうかと、以下のような「提案」をしている<sup>(151)</sup>。被告が掲示通知及び手紙の形で、被雇用者に対して性的いやがらせは1964年Civil Rights Act第7編に違反すると知らせること、性的いやがらせを受けた被雇用者が有効に訴え出ることを保障すること、性的いやがらせに対する規律上の基準を作ること、性的いやがらせが持つ害悪を与える性質について被雇用者に知らしめる他の有効な手段を作ること、などである。

これらがインジャンクションの内容として命ぜられるならば、原告を将来の違法な性的いやがらせから守るという点で大変すぐれていようが、法律が定める原告の「正当な地位」という点から考えると過剰な救済内容と考えられる。というのも、1964年Civil Rights Act第7編の核となる規定で、性差別については「……性別によって給与、賃金、

労働条件ないしは雇用特権において差別することは違法な雇用行為である<sup>(152)</sup>」と定められているに過ぎないからである。

多くの事件では、原告の「正当な地位」を厳密に回復することは難しい。未だに有効な一般的基準が確立していない状態にあって、伝統的な基準が存在しない領域ではインジャンクションの型を問わず、救済内容の形成において裁判官の持つエクィティ上の裁量が制約を受けない潜在的危険性がある。

### 第三節 行政法領域に見られる特殊性

本章第一節で、コモン・ロー／エクィティという二分法による、与えられる救済の性質決定の意義が薄れ、今日では侵害を受けたと主張される権利や事件の性格などが、インジャンクション発給の考慮要素として前面に出てきていると述べた。第二節では、構造的インジャンクションが、インジャンクション発展の図式の中に位置づけられるとし、これをめぐる批判的議論を素材に、インジャンクションによって問題とされる点を扱った。構造的インジャンクションには、その当否は別としても、憲法上の権利を救済するという強い意思が感じられるだろう。本章最後に本節では、行政庁が訴訟の相手方である事件の性格という考慮要素に注目し、そこでの救済手段の働きを考察しておこうと思う。

なぜこの主題を論ずるのか。アメリカやイギリスなど英米法系における行政法と、少なくとも戦前までわが国も含まれていたドイツやフランスなど大陸法系における行政法とでは、出自が全く異なる。したがって、単純な比較をすることはできない。しかし、アメリカ行政法におけるインジャンクションという救済手段の働き方に注目することは、わが国の行政事件訴訟においてインジャンクション類似の救済手段を考える際に、参考となるのではないかと思う。

#### (1) 概説

行政行為の司法審査及び監督では、伝統的な救

済手段と制定法による新しい救済手段の融合が見られる<sup>(153)</sup>。行政行為に対して用いられ得る司法的救済手段システム<sup>(154)</sup>は、連邦と州で、また州の間でも同じではない。ある行政行為に対する同じ目的に仕える救済手段が、ある州では制定法に定められた方法によるかもしれず、またある州ではマンデイマスが使用可能かもしれず、さらに他の州ではインジャンクションが使用可能であるかもしれない<sup>(155)</sup>。このように複雑な状況にあることには注意が必要である。どれも同じ救済目的に仕える手段である為、本節では、インジャンクションと同じような機能を果たす救済手段についても、ある程度触れている。

行政法領域におけるインジャンクションは、「がらくた入れ (catchall)」と称され<sup>(156)</sup>、少なくとも連邦行政庁の行為に対するその使用は頗る多い<sup>(157)</sup>。行政行為に対するインジャンクションを肯定したリーディング・ケースとして名高いのは、*American School of Magnetic Healing v. McAnnulty*<sup>(158)</sup>である。これは、制定法上の審査手続が定められていない時に、行政行為を攻撃する方法としてインジャンクションが用いられ得ることを明らかにした。さらに、*Degge v. Hitchcock*<sup>(159)</sup>では、サシオレイライは行政行為の審査では使えないと判示され、インジャンクションが連邦行政行為を攻撃する主要な武器となつたとされる<sup>(160)</sup>。そもそもは行政法という領域を認めていなかった英米法だが、社会の変化に対応して、拡大する行政機能の統制を、インジャンクションを用いて害悪発生を防止することによって行ってきた。ここに大陸法における行政法の発展との大きな違いを認めることができる。

しかし、行政法の領域におけるインジャンクションについて、「非常によく用いられている」と述べるだけでは不十分である。というのも、行政法の領域での救済手段の振舞いは、「権利侵害と〈直接的関係〉にある救済の為の道具」という側面からだけでは見えてこない部分があるからである。行政庁の判断過程のどの時点で司法の介入が求められるかによって、訴訟の実現する効果が違

い、これに着目した機能的な救済の分類がされうるのであり、この分類は同一の救済手段であっても異なる働きをすることを明らかにする。

そのような分類はCarrowがなしており<sup>(161)</sup>、これは行政行為に対する救済のルールに関して、他の領域には見られない特殊性を明らかにする上で有効と思われる。さらに、次章でわが国の行政事件訴訟におけるインジャンクション類似の働きをなす救済方法として、取消訴訟、差止訴訟そして義務づけ訴訟を取り上げるが、これらはCarrowの分類における類型と平行に考えることもできるだろう。それゆえ、Carrowの分類における類型と、本稿が着眼している救済手段との関係が参考になると思うのである。そこで以下では彼の議論を参考にして、次の二つを明らかにしたい。それらは、「行政法領域に見られる特殊性」と、「彼の分類における類型と、本稿が着眼している救済手段との関係」である。

## (2) Carrowの分類

Carrowは行政行為の司法的救済を、①最終判決に対する控訴的司法審査 (appellate review of final decisions)<sup>(162)</sup>、②係属中の行政手続の司法審査 (intervention in pending administrative proceedings)<sup>(163)</sup>、③行政行為発動に対する司法強制 (compelling initiation of agency action)<sup>(164)</sup>、④急迫行為執行に対する司法抑制 (restraining enforcement of threatened action)<sup>(165)</sup>、⑤行政行為無効等の司法宣言 (declaratory relief)<sup>(166)</sup>、に分けて論じている。本稿では、宣言的救済手段は対象外としているため、以下では⑤を除いた①～④の類型を概観する。

①は行政庁の下した最終判決を裁判所が審査する類型であり、控訴的性質を持つ。正式・略式手続を経てなされた判決に対し、確認・取消・変更・差戻しなどの決定を下す最もポピュラーな審査であって、ほぼわが国の抗告訴訟にあたりと指摘されている<sup>(167)</sup>。この類型に対しては、制定法によるよらないを問わず、インジャンクションを含め様々な救済手段が用いられている。

②の司法介入型は、わが国の議論でいう、行政権内部の行為や勧告等が抗告訴訟の対象になるかという問題や、無名抗告訴訟の中の差止訴訟と類似のものとして捉えられると指摘されている<sup>(168)</sup>。この類型における救済手段は、歴史的には禁止令状であるが、現今の連邦裁判所では禁止命令は用いられず、主にインジャンクションや宣言判決が利用されている。この類型は、①と異なり、行政庁が最終裁決を出す前の裁判所の介入が問題となる為、裁判所の行政庁に対する敬讓の姿勢が、最も明らかに示されると考えられる。この類型では「行政救済尽了ルール (exhaustion of administrative remedies)」(行政救済手続前置主義)という、裁判所の介入の為には行政救済が尽くされていることを要求するルールが適用される。

③の司法強制型は、わが国の無名抗告訴訟、少なくとも義務づけ訴訟に関係するものと指摘されている<sup>(169)</sup>。①や②と違い、行政庁の行為が未だ存在しない時に、行政行為発動を強制する型である。この類型における伝統的救済手段はマンデイマスである。また、制定法による規定として、5 U.S.C. §706(1)では、裁判所は、不法に拒否されたないしは理由なく遅滞せしめられた行政行為を強制できる旨<sup>(170)</sup>が定められている。

④の急迫行為執行に対する司法抑制という類型は、私人に対して行政庁が何らかの行為を行うことによって損害を与える前に、それを抑制することを狙いとする。②と類似の型であるが、行政手続が終了しているか否かという介入時点の違いがあり、④では行政救済尽了ルールが適用されない。この類型で最もよく用いられる救済手段はインジャンクションと宣言判決である。

### (3) 検討

まず、この分類が明らかにしている、行政法の領域に見られる特殊性について考えよう。Carrowの分類は、例えば同じインジャンクションという救済手段が用いられても、訴訟によって達せられる効果には違いがあることを認識した分類である。これは、訴訟の目的である「救済」は一つであっ

ても、それを達成する際に、行政法の領域では対等国家機関の判断への敬讓という要素が、裁判所の態度決定に影響を及ぼすことを明らかにしていると言えるだろう。これは行政法領域における特殊性を表していると考える。例を挙げれば、上の分類でいう②は、最終裁決が出される前に裁判所の介入が求められるのであるから、対等国家機関の判断への敬讓が特に示され<sup>(171)</sup>、一般的には「回復不可能な損害のルール」は、レトリックが示唆するような厳しい審査はなされていないとされる<sup>(172)</sup>ものの、他の事例よりは回復可能とされる損害が多くなるのである<sup>(173)</sup>。

次に、Carrowの分類における類型と救済手段との関係について考えよう。救済手段は、権利侵害に対して裁判所は何をできるのか、という観点から決定されるべきものであり、元来の性格として、権利侵害と「直接的な関係」にある。これに対してCarrowの分類では、同じ救済手段が複数の類型において現れている。その理由は、行政庁の判断過程への裁判所の介入の時点による分類であることに求められる。そこでCarrowの分類における類型自体は、権利侵害と直接的関係にあるものではないが、Carrowの分類の目的としているところと、救済法の目的としているところは違うのであって、両者は次元を異にするとと言えるだろう。

以上のアメリカ行政法におけるインジャンクションの叙述から、わが国での議論との関係でいかなる意義が認められるだろうか。二つ指摘しておきたい。第一には、インジャンクションを代表とする予防的強制的救済手段が一般的に使用されている点である。歴史的沿革の違いは考慮に入れられるべきだが、少なくとも、行政権に対する予防的救済が司法権の範囲内にあることが疑われていない点は参考になるだろう。そして第二に、Carrowの分類における類型と救済手段とが、存在する次元を異にする点が参考になると考える。わが国の行政事件訴訟における取消訴訟、差止訴訟、義務づけ訴訟はCarrowの分類とパラレルに捉えることもできようが、これら行訴法の用意する救済制度と、本稿が着目しているインジャンクショ

ンという救済手段とは、存在する次元を異にすると言えるのではなからうか。

#### 第四章 おわりに 一わが国における議論に向けて

はじめに述べたように、本稿での検討は、わが国における「憲法上の権利の司法的救済」を、予防的救済手段の利用という観点から研究する為の予備的考察である。しかし、こうした試みに対しては、わが国における議論の可能性について、疑問が投げかけられるかもしれない。そもそも、インジャンクションに相当するような、実体法横断的に用いられる救済手段(以降、インジャンクション類似の救済手段と略す)は、わが国において観念し得るのだろうか。詳細の検討は今後の課題として、私見は、これを肯定的に解している。以下ではこの根拠の概略を示し<sup>(174)</sup>、本稿の考察を終えることとしたい。

##### 第一節 インジャンクション類似の救済手段

###### (1) 救済手段の指示

実体法と手続法の二つから成るわが国の法構造において、救済手段はどちらで指示されると考えるべきか、そしてその指示はどのように読み取るべきか。この問題に関し本稿は、竹内守夫の次の見解が妥当と考える。

「(救済手段というのは、) ……いかなる侵害またはその危険に対し、実質権の内実を成す利益にいかなる保護を与えるかの問題である。したがって、それは、かかる利益を法的権利として保護するということと不可分一体の問題であって、かかる利益を法的権利として認め、その内容を定めている法と同一の法、つまり実体法によって決定されるべきもの<sup>(175)</sup>」である。具体的事件において、どのような救済手段が用いられるかが問題となっている時には、「第一次的には、これらの実体法の諸規定ないしその解釈によって定められることになるが、直接の手懸りとなる明文の規定がない場合は、その権利(の内実をなす利益)の性質、侵

害またはその危険を生ぜしめている行為・状態の性質・態様などの実体法上の諸要素を考慮して決定されるべきことにな<sup>(176)</sup>」る。

これは、実体法に定められた権利から、救済手段の指示を読む手法と言えよう。こうすることによって、わが国の法構造に即しながら、救済手段を理論的に独立化させることができ、救済法的な思考が可能になると考える。

###### (2) インジャンクション類似の救済手段の指示

次に、(1)を踏まえて、インジャンクション類似の救済手段が指示される際の基本型についてはどう捉えたらよいだろうか。民事法で行われている方法を参考にしたい。わが国の民事法では、損害を填補的に救済するのではなく、事前に防止することによって救済しようとする場合には、一般に差止請求権という、インジャンクションを実体法化して観念した権利が使われている<sup>(177)</sup>。被侵害権利と密接な形で差止請求権を構成することによって、その被侵害権利の救済の為に、インジャンクション類似の救済手段が用いられることを指示する構造をとるのである。物権的請求権としての差止請求権が、物権とは別個のものであり、手段的補助的権利であることは広く認められている。そこで、差止請求権は、それ自体が救済を要求する権利ではなくして、権利と救済手段の間をつなぐ働きをする、いわば媒体と捉えることができるだろう。媒体という性格を差止請求権に与えることにより、実体法横断的な道具として見る事が可能となると思われる。そこで本稿では、インジャンクション類似の救済手段が指示される場合の基本型を、明文で定められた、もしくは解釈によって導き出す差止請求権による、と考えたい。

実際に、例えば、民事上の差止めについては明文の規定がないにも拘わらず、差止訴訟は一律に不適法とはされていない。差止請求に関する理論形成は公害事件がリードしてきた。学説上一般に、生命や身体への損害を防止する差止めの可能性は認められている。その法的構成や要件については学説の一致をみていないものの、権利(利益)に

着目した差止請求権の解釈が行われているのである。このことを他の例で示せば、名誉・プライバシー等の人格的利益を被保全権利とする表現行為に対する差止めをとっても、通説・判例はこれを肯定していることが挙げられよう<sup>(178)</sup>。

実体法上の権利に基づいた差止請求権という構成により、インジャンクション類似の救済手段の指示を読む考え方は、わが国で権利の予防的救済を考える際に、一般的にとりえないだろうか。しかし、これを肯定的に解するとして問題となるのは、自ら独特の枠組みの中で救済の方法を定めている行政事件訴訟法（以降、行訴法と略す）との関係で、救済手段がどう位置づけられるかである。

## 第二節 行政訴訟とインジャンクション類似の救済手段

戦後、日本国憲法の下では行政裁判所制度が廃止され、行政事件も司法裁判所の管轄の下へ移された。これをもって一般的に、行政国家制から司法国家制への転換と言われる。さらにこの転換は、「たんに制度の外形的な変化を意味するに止まらず、行政権の違法な権限行使から国民の権利の保護をするために、行政権に対して広く司法裁判所の裁判的統制の及ぶことを意味するもの<sup>(179)</sup>」と理解されてきた。民事訴訟がまったく平等な立場で権利関係を争う紛争解決手続であるのに対し、行政訴訟は行政権力の行使に係わる行政庁の判断の適否を裁判所が審理判断する作用である点に、特殊性が見出されている<sup>(180)</sup>。行政訴訟は、権利救済という目的に、行政権の行使は公共の利益に係わるという点を考慮に入れた訴訟と言えよう。第三章第三節でみたアメリカ行政法領域に見られる特殊性も、この観点から捉えることもできるだろう。

ところで、わが国では、戦後、アメリカと同じ司法国家制へと移行したと言われているが、行政事件訴訟制度の在り方を形成するにあたっては、「公益にかかわり、かつ国民に対して『優越性』の承認されるべき行政権が一方の当事者となる行政訴訟の特殊性をいかに明確にするかという観

点]からなされてきたと指摘されている<sup>(181)</sup>。そして現実の展開も、民事訴訟に対する特殊性を殊更に強調し、司法権に対する行政権の独自性を様々の点で認めようとする「司法権の限界」論によって規定されてきたと言われる<sup>(182)</sup>。この司法権の限界論は、「権力分立論に始まり、行政行為の効力論、行政訴訟の訴訟形式論、原告適格論、裁量統制論、仮の権利保護制度論を包摂するようなかたちの包括的かつ演繹的理論体系<sup>(183)</sup>」である。本節で試みようとしている、行政訴訟におけるインジャンクション類似の救済手段の考察は、この司法権の限界論の影響を受けた「行政権に対する事前規制の可否」という問題に係わる。

考察を始めるにあたり、次のような指摘を紹介しておきたい。行訴法は主に手続法であると理解されてきてはいるが、「実体法で定められた権利が侵害されているかを認定する審理が則る手続を定める」という、手続法本来の性格だけでは捉えられない独特の性格を含んでいるとの指摘である<sup>(184)</sup>。こういうことである。民事法では実体法で指示ないしは解釈される救済手段と同じような性質のものを、行政事件訴訟法は扱っているのである。過去形となった損害については国家賠償と損失補償という実体法関係において扱われながら、公権力の行使（または不行使）により違法または不当に権利（利益）侵害が行われたと主張される場合の救済制度については、手続法上の問題として扱われている。「そもそも行政争訟法は主として手続法であるがゆえに、その存在以前に措定される実体法関係において、行為そのものの効力を抹消しうる国民の権利と、かかる国民のもつ権利・利益の保障が確保されるための救済方法が本来的に明らかにされておらねばならなかったはずであり、「争訟手続というものは、まさにかかる救済方法実現のための争訟手続として存在すべきもの」なのに、「従来この点が明らかにされてこなかった<sup>(185)</sup>」のである。この指摘は、行訴法が用意している救済の方法と、本稿が着目している救済手段の違いに関わるものと考えられる。

以下では、この違いをメインに据えて、行政訴

訟におけるインジャンクション類似の救済手段を考える。しかし、ここでは行訴法の用意する救済の方法を、司法権の限界論といった大きな問題を視野に入れながら一般的体系的に論ずる用意はなく、行訴法の用意している救済方法の一部を、救済手段の観点から眺めるにとどまる。具体的には、取消訴訟と、無名抗告訴訟として構成される差止訴訟・義務づけ訴訟を限定して取り上げる。

## (1) 取消訴訟・差止訴訟・義務づけ訴訟

### 1) 取消訴訟

行政処分の取消は、どのような救済の性格を有しているのだろうか。取消訴訟という制度にとって、「原告の実体法上の請求権のありようは必ずしも大きな意義を持たない<sup>(186)</sup>」とされる。したがって、実体法上の権利に着目して、それに対する侵害への救済手段を考える思考とは性質が異なるのであるが、救済の作用だけを捉えてその性質を考えてみよう。処分取消は、権利侵害に対して填補的ではなく強制的な結果を導く救済方法である。それは、なされた侵害行為という害悪の将来における効果を予防すると捉えることができよう。そこで、これはインジャンクション的な作用を働くと考えられる。しかし、これは違法な行政行為に対する事後的措置であり、カバーする領域は狭い。

### 2) 差止訴訟・義務づけ訴訟

将来の害悪を予防するインジャンクションは最も単純な型であるが、行政法の領域では単純としては扱われない。行政庁が行政処分を行う前に、裁判所の介入が要請されるからである。この類のインジャンクションの効果は、差止訴訟<sup>(187)</sup>と義務づけ訴訟によって達せられるだろう。これらは、行訴法3条1項の法定抗告訴訟外の抗告訴訟、いわゆる無名抗告訴訟として構成されうると考えられている。差止訴訟とは公権力の不行使を求める訴訟であり、義務づけ訴訟は公権力の行使を求める訴訟である<sup>(188)</sup>。

行政権に対する事前規制として働く差止訴訟や義務づけ訴訟といった無名抗告訴訟は、行政庁の

第一次的判断権の尊重や、裁判所の行政処分の適法性の事後審査作用などを強調するならば、非常に消極的・限定的に捉えられるべきとなる<sup>(189)</sup>。取消訴訟が伝統的に同義として解されてきた抗告訴訟の本質は「行政処分の適法性の事後審査であると信じられてきた」のであり、「行政庁が判断を示す前に裁判所が行政庁の権限行使を制約するような判決をするのは、行政権を司法権に隷属せしめるもので権力分立に反するという見解が根強く残されている」と指摘されている<sup>(190)</sup>。

今日では、差止訴訟・義務づけ訴訟を不適法とする学説は殆どなく、また判例も一定の要件の下で訴訟自体は許容するようになっている<sup>(191)</sup>。ただし、その要件は大変厳しく、理論的には認められていながらも、差止判決・義務づけ判決は共になかなか出されないのが現状であり<sup>(192)</sup>、行政権に対する事前規制への抵抗という伝統的な考えの影響は色濃いと言えよう。

しかし、ここでは差止訴訟・義務づけ訴訟がインジャンクション類似の働きをすること、そして、判例学説ともに、将来の害悪を予防するインジャンクション類似の働きを、対行政権であっても認めるようになってきている点を、押さえておきたい。

## (2) 考察

(1)を踏まえた上で、本稿が着目する救済手段と、取消訴訟、差止訴訟、義務づけ訴訟との関係を、第三章第三節で扱ったCarrowの分類を用いて考えてみよう。

Carrowの分類で言うと、取消訴訟は、行政庁の判断過程において最終的な意志が表された段階における裁判所の介入と考えられ、①型に相当する。次に差止訴訟は、行政庁が行政処分をなすことを事前に防止しようとする点で、行政庁が最終的な判断を下す前の裁判所の介入を求める為、②型に相当しよう。そして義務づけ訴訟は、未だ行政庁の行為が示されていない段階で、裁判所による行政行為発動の強制を求める③型に相当するだろう。このように、三つは行政庁の判断過程への裁判所

の介入の時期による区別と、パラレルに見ることもできる。

本節(1)では、取消訴訟、差止訴訟、義務づけ訴訟が、インジャンクション類似の機能を果たすと述べた。また、第三章第三節では、行訴法の指示する救済方法と、本稿が着目する救済手段とは存在する次元を異にすることを指摘した。そこで、行訴法の用意する救済方法と救済手段とを概念的に区別して考えるならば、次のように言えるのではないだろうか<sup>(193)</sup>。

①取消訴訟、差止訴訟、義務づけ訴訟は、みなインジャンクション類似の救済手段を用いている。  
②但し、インジャンクション類似の救済手段の用い方は特殊であって、実体法上の権利に着目した差止請求権によってではなく、専ら行訴法ないしは行政法体系に沿った解釈によって用いられている、と。

こう言えるとする、取消訴訟、差止訴訟、義務づけ訴訟はそれぞれ全く性質を異にするわけではなく、権利侵害に対してなされる救済の性質としては、予防的強制的なインジャンクション類似の性質という共通のものを有しているとも捉えられるだろう<sup>(194)</sup>。そして、本稿のように、行訴法の用意している救済方法の中でインジャンクション類似の救済手段が用いられていると考えるならば、これを実体法横断的な道具として、理論的に独立のものとして観念できる可能性があるのではないだろうか。しかし、行政法学では、原則として私人の実体法上の請求権の内容は必ずしも大きな意義を持つ必要がなく、行政行為の適法性審査という機能を中心としたアプローチがなされてきている<sup>(195)</sup>、仮に理論的に独立化させられるとしても、民事法領域で考えられるインジャンクション類似の救済手段と同じような機能は果たしにくいだろう。

#### まとめ

本章では、憲法上の権利の司法的救済に際しての、インジャンクション類似の救済手段利用に向けて、そもそもそのようなものが観念しうるのか

という問題に答えるべく、いわば足がかりの存在を考察した。素直に見れば、わが国において、インジャンクション類似の救済手段が、理論的に独立した扱いを受け得るものとして「存在する」と判断するのは、実定法上特殊な構成をとる行訴法が支配する領域にあっては、かなり困難である。しかし、困難ではあるが、第二節で述べたようにこれを観念することは不可能ではないだろう。その利用を検討する次の段階へ進める見通しはあると考えたい。

わが国で、実体法横断的な、インジャンクション類似の救済手段を観念し、この利用を考えることにより、本稿が狙いとしているのはこうである。救済手段としてのインジャンクションは、本来的に実体法上の権利と密接な関係にある。そこで本稿は実体法と手続法の二つからなるわが国の法構造においては、実体法上の権利に基づいて差止請求権を構成し、インジャンクション的救済手段を指示する方法を基本型とするのが妥当と捉えた。憲法上の権利についても、これを基本型とできないものだろうか<sup>(196)</sup>。こう考えることによって、エキティの伝統がない日本においても、制定法で救済の方法が定められていない場合に、インジャンクション類似の救済手段を、憲法上の権利救済に際して用いる道が開けるのではないかと思う。

もっとも、その際には、本章でも見たように、行訴法の訴訟類型との関係で、これをどう考えてゆくかが大きな問題であろう。本稿でなした研究を基礎に、わが国の法システムや訴訟類型に即した、憲法上の権利救済におけるインジャンクション類似の救済手段利用の可能性についての詳細な研究を、今後の課題としたい。

#### 注

(1) 下山瑛二『現代行政法学の基礎』(日本評論社、1983) 199, 200頁。

(2) 佐藤幸治「基本的人権の観念」『憲法II 人権』8頁(成文堂、1988)。

例えば、宮沢俊義は人権の概念の考察において、次のように述べた。憲法上の権利の「権利」とは、

「実定法の各分野で通常使われる『権利』とかならずしも同じ意味ではな」く、「私法上の『権利』は、裁判によって保護され、実現されることがふつうである」が、それらと違って憲法上の権利は「かならずしもつねに、そういった裁判的救済を伴うとはかぎらない」と、『憲法II 一基本的人権一』（有斐閣，新版，1971）97頁。

遠藤比呂通は、この、裁判的救済を必ずしも伴わないとする「宮沢教授の人権の定式化が有力に主張され、戦後憲法学は、私の知る限り、このテーゼを疑問視してこなかった」と言う。「憲法的救済法への試み(二) 一基本的人権の法的含意一」国家102巻7・8号36頁（1989）。

また、藤井樹也は、わが国における「権利」の理解を、①義務と対応した厳密な「請求権」イメージと②かならずしも義務と対応していない、ゆるやかな「人権」イメージとに分け、①を収束的権利観、②を拡散的権利観と呼ぶ。そして憲法上の権利についても、これら二つの権利観を想定することが可能であるとし、従来の憲法学では②が一般的であったと述べる。そして、上にあげた宮沢の見解や、生存権や情報開示請求権を「抽象的権利」とする今日の通説的見解を、②の権利観の現れとしている。『「権利」の発想転換』140—41頁（成文堂，1998）。

(3) 浦部法穂『憲法学教室I』56頁（日本評論社，新版，1994）。

(4) 裁判官が、ドイツ法学流の精緻な論理性を有する法解釈を本道と考える傾向にあり、裁判規範としての憲法上の権利という考えに、消極的であることの指摘として、伊藤正己「憲法学と憲法裁判」公法59号40—41頁（1997）。

(5) 伝統的に救済を中心にして発展してきた英米法は、権利と救済との間のリンケージを暗黙の前提としてきたものの、憲法上の権利の司法的救済については曖昧であったのではなからうか。例えば、憲法上の権利の救済にあたっては42 U.S.C. §1983（1996）のような制定法の規定を必要とするとの見解が、今日のアメリカでの通説とされていることが、このことを示していると言えるだろう。Susan Bandes, *Reinventing Bivens: The Self-Executing*

*Constitution*, 68 S. CAL. L. REV. 289, 290 (1995)

（「私は何年もの間、学生に、憲法上の権利を執行するために議会による授権がなされていることが必要だから§1983が存在するという、伝統的な考え方を教えてきた」）。

また、Friedmanは、「憲法上の権利は、学界および一般の多大な関心の的であるが、憲法上の権利救済については、驚くほど著作が少ないのである」と述べている。Barry Friedman, *When Rights Encounter Reality*, 65 S. CAL. L. REV. 735, 736 (1992)。

(6) “remedies”は「救済」、「救済の方法」、「救済方法」、「救済手段」など様々に訳されているが、「手段」「道具」といった性格を強調したい為、「救済手段」と訳すことにする。本稿では、「救済」、「救済手段」、「救済方法（救済の方法）」を、それぞれ異なった意味で用いている。「救済」という言葉によって、「救済手段」が実現する内容を、また「救済方法（救済の方法）」という言葉によって、救済手段ではないが、同じく「救済」を実現する方法を意味したい。

尚、竹下守夫「救済の方法」芦部信喜他編『基本法学8紛争』183頁（岩波書店，1983）では、“remedies”に「救済の方法」という言葉を当て、わが国でも用いられうるように内容を特定している。

また、救済手段への着目に関連して、Fullerを筆頭とするリーガル・リアリスト達の次の見解は示唆深いと考える。彼らは、権利について研究するには、それが救済＝権利実現される為に使われる救済手段に着目するのが一番だと指摘した。See, Lon L. Fuller, *Williston on Contracts*, 18 N.C.L. REV. 1, 4 n. 5 (1939), and EDWIN N. GARLAN, *LEGAL REALISM AND JUSTICE* 44 (1941)。

(7) 道具という位置付けに関連して、Gewirtzは次のように述べている。「救済手段の機能とは、法規範を『実現』し、それを『生ける真理』となすことである。Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance*, 92 YALE L.J. 585, 587 (1983)。

(8) 竹下・前出注(6)184頁。

(9) 下山瑛二は、「救済法」という視点がわが国の法システムを通して欠落してきた背景には、次の二つの



モメントが存在すると指摘する。それらは、①「わが国の法律学の方法論が、大陸系、ことにドイツ法学のそれを継承していること」と、②「わが国の法律学における権利、ことに人権尊重の観念の脆弱性」である。『人権と行政救済法』4頁（三省堂、1979）。

谷口安平は、「(救済法という独立した法領域を設けてきた) 英米法のあり方は法の未発達に由来する実体法と手続法の未分化の顕れとして一蹴するのがわれわれの態度であったと思われる」と指摘している。「権利概念の生成と訴えの利益」新堂幸司編『講座 民事訴訟② 訴訟の提起』170—71頁（弘文堂、1984）。

また、竹下守夫は、救済法という領域を持つ法体系に関して、「このような法体系の構成の仕方には、訴訟によって保護されるべきものは、実質的利益・価値を体現する『権利』であって、『救済』の問題は、権利の実質をなす利益・価値と侵害の態様・程度などの具体的関わりのなかで、何が最も有効・適切かの合目的観点から選択される保護手段の決定の問題である、との認識が明確に読み取れる」と述べている。「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴40号17—18頁（1994）。

(10) 一般に「差止命令」と訳されているが、作為を命ずる形の存在を考え、本稿ではインジャンクションとする。

(11) 様々な事例でインジャンクションが求められており、その中には私人間の争いも、国家機関または公務員を相手とする事件も含まれる。

(12) EDWARD D. RE, CASES AND MATERIALS ON REMEDIES 233 (2nd ed. 1987).

(13) 竹下・前出注(6)199頁。

(14) 本稿では、“equity”という言葉を、「エクィティ」と「衡平」とに訳し分けている。前者によって、コモン・ローと並ぶ法体系を、そして後者では、公正や正義などを包摂する概念を指す。

(15) これはMaitlandの次の表現も明らかにしている。「エクィティは自己充足的なシステムではなく、あらゆる点においてコモン・ローの存在を前提とする。……コモン・ローなしのエクィティというものは、

空中楼阁であり、ありえないものだったろう。F.W. MAITLAND, EQUITY ALSO THE FORMS OF ACTION AT COMMON LAW, TWO LECTURES 19 (A. Chaytor & W. Whittaker eds. 1920). いわゆるエクィティの法格言では「エクィティは、コモン・ローに追従する (Equity follows the Law)」が、これを表している。邦語によるエクィティの法格言の紹介として、例えば植田淳／大阪谷公雄監修『エクィティの法格言と基本原理』（晃洋書房、1996）。

(16) OWEN M. FISS, THE CIVIL RIGHTS INJUNCTION 1 (1978).

また、特殊性という点で言えば、インジャンクションについては陪審裁判が適用されないことも、この救済手段の特殊性を表している。さらに、この点は、現代においてインジャンクションが「普通の救済手段」として機能することを妨げる、一つの大きな要因である。

(17) 347 U.S. 483 (1954).

(18) 本稿では、いわゆる“public law litigation”を「公共訴訟」と訳す。“public law litigation”は、一般的に“structural or institutional reform litigation”と互換的に用いられるが、その言葉の定義は様々である。大体、人種別学制度、刑務所・精神病院、福祉行政、環境保護、住宅行政、選挙区定数不均衡などの、公の制度や政策を改革する訴訟を包摂して指す。

(19) もっとも、第三章第二節で若干述べるように、近年ではそのようなインジャンクションのもたらした「藪」から、裁判所は抜け出そうとし始めた傾向が見られるが、それ以前の展開を全て覆すものではない。See, David O. Stewart, *Supreme Court finds no easy path to terminate structural injunctions*, 78 A.B.A.J. 49 (June, 1992).

また、これに関連して、刑務所改革訴訟におけるインジャンクションに制限を課する法律が、1996年に連邦議会を通過したことも注目に値しよう。Prison Litigation Reform Act of 1995, Pub. L. No. 104-134, Title VIII (1996). これは刑務所改革を目的とする訴訟において、裁判所が発給できる救済命令に実体的な制限を課すものである。

(20) David S. Schoenbrod, *The Measure of an Injunction: A Principle to Replace Balancing the Equities and Tailoring the Remedy*, 72 MINN. L. REV. 627, 631 (1988).

(21) Schoenbrod は、「区分化 (compartmentalization)」の伝統を切り崩し、実体法横断的な試みをなした教科書として、OWEN M. FISS, *INJUNCTIONS* (1972), OWEN M. FISS & DOUG RENDLEMAN, *INJUNCTIONS* (2d ed. 1984), DOUGLAS LAYCOCK, *MODERN AMERICAN REMEDIES* (2nd ed. 1985) を挙げている。 *Id.* at 631 n. 11. その他にも、彼が執筆者の一人として参加している SCHOENBROD ET AL., *REMEDIES: PUBLIC & PRIVATE* (2d ed. 1996) [hereinafter *REMEDIES*] が挙げられるだろう。

なお、このような新しい取り組みの以前に「区分化」を批判したものとして、Pound の「エクイティの墮落」という言葉は有名である。Roscoe Pound, *The Decadence of Equity*, 5 COLUM. L. REV. 20, 26-27 (1905).

ちなみに“transsubstantive”という言葉は、Robert Cover による造語のようである。Schoenbrod, *id.* at 632 n. 15.

(22) ここでの記述は、LAYCOCK, *supra* note 21, at 2-8 を参考にした。

なお、例えば ROBERT N. LEAVELL ET AL., *CASES AND MATERIALS ON EQUITABLE REMEDIES, RESTITUTION AND DAMAGES* 1 (5th ed. 1994) では、二つの救済手段の分類が挙げられているが、それらは①特定の (specific)、代替的 (substitutionary)、宣言的 (declaratory) 救済手段、と②エクイティ上、コモン・ロー上の救済手段、である。

(23) 例として、原状回復 (不当利得の返還) (restitution) など。

(24) 例として、懲罰的損害賠償など。

(25) 例えば、公共訴訟でインジャンクションとともによく用いられる、倒産管財制 (receivership) がこの分類に入る。これは、そもそも倒産処理のための伝統的手続であった。倒産管財制の展開について、See e.g., *Equitable Remedies: An Analysis of Judi-*

*cial Utilization of Neoreceiverships to Implement Large Scale Institutional Change*, 1976 WIS. L. REV. 1161.

(26) これは、インジャンクションが特殊化されたものである。

(27) もう一つの一般的な分類として、作用期間・手続という観点からする、permanent injunction, preliminary injunction, temporary restraining order/ex parte injunction がある。

(28) DOBBS, *THE LAW OF REMEDIES* 163-64 (2nd ed. 1993); BLACK'S LAW DICTIONARY 784 (6th ed. 1990).

なお、イギリスで、19世紀末に至るまでは、インジャンクションはすべて禁止的な形で用いられていたという。利光大一「イギリス行政法における差止をもとめる訴(-)」愛学6巻2号73頁(1964)。

(29) 156 So. 2d 421, 423 (Fla. 1963).

(30) *Id.*

(31) HANBURY & MARTIN, *MODERN EQUITY* 1 (15th ed. 1997).

(32) GARY L. McDOWELL, *EQUITY AND THE CONSTITUTION: THE SUPREME COURT, EQUITABLE RELIEF, AND PUBLIC POLICY* 5 (1982).

(33) 「衡平とは正義の要請と正しいことをなす人の能力とを調和させる試みの方法である」*Id.* at 18.

衡平の思想の、日本での有り様は興味のあるところである。守屋善輝は、「ギリシア、ローマそしてイギリスで厳格法を緩和し、実定法の進化を図るに用いられた衡平の思想を、法典国日本は、信義誠実という理念と権利濫用の禁止という形で、実定法の中に明文の法則として規定したと見てよいのではないかと述べている。「イギリス衡平法序説」新報71巻4号6-7頁(1964)。同じように、わが国ではエクイティの原理がすっかり溶け込んだものとする見解としては、Junkichi Koshikawa, *Equity in Japanese Law*, in *EQUITY IN THE WORLD'S LEGAL SYSTEMS* 425 (Ralph A. Newman ed., 1973).

なお、藤倉皓一郎は次のように述べている。「日本法にとってエクイティはきわめて縁遠いもののように見える。しかし、いかなる国の法制度、法体系であれ、そのなかには必ずエクイティの要素があ

- る。エクイティを欠く法は活力を失う。「アメリカにおける裁判所の現代型訴訟への対応 一法のなかのエクイティなるもの」石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』328頁（東京大学出版会，1995）。
- 衡平の思想の存在自体は、判例の中にも確認できるのではないだろうか。例としては、議員定数不均衡違憲訴訟最高裁判決（1976年判決）が挙げられるだろう。ここでは、「高次の法的見地」から事情判決条項を用いることが導き出されている。事情判決を用いることの可否は別として、これは、衡平の思想の現れであるとも読めるのではないかと考える。
- (34) 以下の記述は、主に次の文献を参考にした。George B. Adams, *The Origins of English Equity*, 16 COLUM. L. REV. 87 (1916); FISS & RENDLEMAN, *supra* note 21, at 60-62; 高橋貞三「英国衡平法に就て(-)」同志社論叢21巻109頁以下（1926）；田中和夫「英法における差止命令(-)」法政2巻2号13頁以下（1932）。
- (35) “common injunction”と呼ばれていた。これについては田中・前出注(34)13-15頁参照。なお、このようなインジャンクションの種類は、最高法院法（Supreme Court of Judicature Act (1873, 1875)）により、コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所が統一された為なくなった。
- (36) FISS & RENDLEMAN, *supra* note 21, at 62.
- (37) John P. Dawson, *Coke and Ellesmere Disinterred: The Attack on the Chancery in 1616*, 36 ILL. L. REV. 127, 148-51 (1941).
- (38) DOUGLAS LAYCOCK, THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY RULE 21 (1985) [hereinafter LAYCOCK, RULE].
- (39) 高柳賢三『英米法の基礎』224-25頁（有斐閣，1958）。エクイティに対する敵意を打ち破ってイギリスのエクイティ継受を可能にしたのはSTORY, COMMENTARIES ON EQUITY JURISPRUDENCE (1836)であったと述べられている。手続の不備や法の混乱・無秩序といった状況の中で、衡平や良心という観点から裁判を行わざるを得なかったという事情も作用していただろう。GORDON S. WOOD, THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, at 297-99.
- (40) LAYCOCK, RULE, *supra* note 38, at 21.
- (41) A・ハミルトン, J・ジェイ, J・マディソン（斎藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』410頁（福村出版，1991）。
- (42) I Stat. 82. Ch. 20, §16（「明瞭で十分に完全な救済手段がコモン・ローにおいて存在しない場合以外には、エクイティにおける訴訟は合衆国の如何なる裁判所においても維持されえない」）。なお、この条項は効力を既に失っている。
- (43) なお、この法格言は、当初より様々な例外に満たされていた。
- (44) 2 Swan. Ch. 402, 36 Eng. Rep. 670 (1818).
- (45) REMEDIES, *supra* note 21, at 76.
- (46) David Cohen, *The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: A Preliminary Inquiry*, 32 U. TORONTO L.J. 31 (1982).
- (47) 13 Wallace 72 (1871).他にも例えば, Philadelphia Company v. Stimson, 223 U.S. 605 (1912); Terrace v. Thompson, 263 U.S. 197 (1923).
- (48) *Id.* at 84.
- (49) *Developments in the Law—Injunctions*, 78 HARV. L. REV. 994, 998 (1965) [hereinafter *Injunctions*]. プライヴァシーの権利侵害に対してインジャンクションが否定された例として, Atkinson v. John E. Doherty & Co., 121 Mich. 372, 80 N.W. 285 (1899).
- (50) REMEDIES, *supra* note 21, at 76.
- (51) Douglas Laycock, *Injunctions and the Irreparable Injury Rule*, 57 TEX. L. REV. 1065, 1071-72 (1979) (Book Review).
- (52) 「エクイティ上の救済手段と同じ程度に完全で、实际的で、実効的」という救済手段の十分性の定義は、一般的に受け入れられている定義である。LAYCOCK, RULE, *supra* note 38, at 22.このような定義を用いた判例として例えば, Boise Artesian Water Co. v. Boise City, 213 U.S. 276, 281 (1908); City of Walla Walla v. Walla Walla Water Co., 172 U.S. 1, 11 (1898); USACO Coal Co. v. Carbomin Energy, Inc., 689 F. 2d 94, 99 (6th Cir. 1982); Laclede Gas Co. v. Amaco Oil

- Co., 522 F. 2d 33, 44 (8th Cir. 1975).
- (53) Laycock, *supra* note 51, at 1071. *See also*, LAYCOCK, RULE, *supra* note 38, at 22.
- (54) 公共訴訟に関する論点は多く、論稿も非常に多数出されている。本稿は公共訴訟自体を考察対象としているのではなく、社会的経済的体制の変化の所産である公共訴訟という観点を考慮していない。そこで本稿の叙述では公共訴訟を正確に捉えていないという批判を受けることと思う。しかし、ここでは公共訴訟で用いられたインジャンクションの有する性格に着目するのであり、それは理論的に有り得る型であって、本稿で概観してきたインジャンクションの歴史的展開の一つとして捉えられると考えている。
- (55) *Injunctions*, *supra* note 49, at 999. 不公平な競争から自由にビジネスをする権利 (Cf. Taylor v. Carpenter, 23 Fed. Cas. 742 (No. 13784) (C.C. D. Mass. 1844)), ピケッティングから自由である権利 (E.g., Beck v. Railway Teamsters' Union, 118 Mich. 497, 77 N.W. 13 (1898)) が例として挙げられている。
- (56) 30 F. Supp. 512 (W.D. Tenn. 1939).
- (57) *Id.* at 517.
- (58) アメリカでストライキに対するインジャンクションが、イギリスよりも容易になった理由の一つには、1873年恐慌の後に鉄道会社の財産が破産管財人の手に渡り、したがって理論的には裁判所によって管理されていたという事実がある。Felix Frankfurter & Nathan Greene, *Labor Injunction*, in ENCYCLOPAEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES 654 (Edwin R.A. Seligman ed., 1932).
- (59) Charles Noble Gregory, *Government by Injunction*, 11 HARV. L. REV. 487, 489 (1898).
- (60) FELIX FRANKFURTER & NATHAN GREENE, THE LABOR INJUNCTION (1930); 1932 Norris-LaGuardia Act, ch. 90, §1, 47 Stat. 70 (1932) (current version at 29 U.S.C. §101 (1994)) に表されている反発など。
- なお、Fissはこの類のインジャンクションから生じた疑念というのが、Brown v. Bd. of Educ. (347 U.S. 483 (1954))以前において、インジャンクションが例外的最終的手段たる救済手段であった理由の一つであるとする。Fiss, *supra* note 16, at 4.
- (61) *Labor Injunction*, *supra* note 58, at 653.
- (62) *Injunctions*, *supra* note 49, at 999.
- (63) 70 N.E. 2d 241 (1946).
- (64) 被告の内二人の抗弁はこれを唯一の基礎としており、残りの二人はこれに他の基礎を付け足している。 *Id.* at 243.
- (65) *Id.* at 243-44.
- (66) *Id.* at 244.
- (67) 「表現の自由」という言葉は、判決の中で一度も使われていない。
- (68) 70 N.E. at 245.
- (69) Brown v. Bd. of Educ. (*Brown I*), 347 U.S. 483 (1954); (*Brown II*) 349 U.S. 294 (1955).
- (70) Fiss, *supra* note 16, at 4.
- (71) 284 F. 2d 631 (4th Cir. 1960) (per curiam). 他にも例えば、Clemons v. Board of Educ. (人種別学解消訴訟) が、憲法上の権利侵害に対するインジャンクションを当然と述べている (「原告の制定法上及び憲法上の権利の侵害が認められたことから考えると、エクィティは原告の側にある。インジャンクションによるエクィティ的救済は、これらの侵害を受けた子供たちを守るために必須である」)。228 F. 2d 853, 857 (6th Cir. 1956), *cert. denied*, 350 U.S. 1006 (1956). また、インディアンの土地におけるガソリン販売に税金を課する州の法律が違憲であるとして争われたSac and Fox Nation of Missouri v. LaFaver では、原告の憲法上の権利侵害が証明される場合には、それ以上の「回復不可能な損害」の証明は一般的に不要であると述べられている。946 F. Supp. 884, 887 (D. Kan. 1996).
- (72) 判例集未登載。
- (73) 284 F. 2d at 633.
- (74) また、同じ理由により損害賠償が不相当とされる範疇には、清浄な空気や水、絶滅種等が含まれる。
- (75) LAYCOCK, RULE, *supra* note 38, at 41.
- (76) 377 U.S. 533 (1964). 選挙権が問題となった他の

- 事例としては、例えばQuinn v. Mo., 839 F. 2d 425 (8th Cir. 1988); Hamer v. Campbell, 376 F. 2d 215 (5th Cir. 1966)など。
- (77) 377 U.S. at 585.
- (78) 本文で挙げたものの他に例えば、Elrod v. Burns, 427 U.S. 347, 373 (1976) (「修正一条の喪失は、たとえそれがほんの少しの期間であるとしても、疑いなく回復不可能な損害を与えるものである」); Dia v. City of Toledo, 937 F. Supp. 673, 678 (N.D. Ohio 1996) (「表現の自由の侵害は、どのような場合でも回復不可能な損害を与える」)。他にも、Allee v. Medrano, 416 U.S. 802 (1974); Mariani Giron v. Acevedo Ruiz, 834 F. 2d 238 (1st Cir. 1987)など。
- (79) 941 F. Supp. 692 (N.D. Ill. 1996) citing *Elrod*, supra note 78.
- (80) *Id.* at 705.
- (81) *Id.*
- (82) REMEDIES, supra note 21, at 76は「この法格言は、今日では、インジャンクション発給における意味ある制約となっていない」と言う。
- (83) §§204(a), 206(a), 706(e), (g), 42 U.S.C. §§2000a-3(a), -5(a), 2000e-5(e), (g) (1994).
- (84) N.Y. CIV. RIGHTS LAW §51. 例えばOnassis v. Christian Dior-New York, Inc.では、「人の名前や写真を商業目的に不正に用いることを禁ずる本条に違反することが立証されるならば、被告に対して与えられるダメージにかかわらずに、原告はインジャンクションへの絶対的な権利を有するであろう」と述べられている。472 N.Y.S. 2d 254, 258 (1984), affirmed 488 N.Y.S. 2d 943.
- (85) 42 U.S.C. §1983 (1996).
- (86) *Developments in the Law—Section 1983 and Federalism*, 90 HARV. L. REV. 1133, 1169 (1977) [hereinafter *Section 1983*].
- (87) 365 U.S. 167 (1961).
- (88) 「本条項は、憲法および連邦制定法違反を是正するのに使うことができ」る。Pressley Ridge Schools Inc. v. Scottlemyer, 947 F. Supp. 929, 938 (S.D.W. Va. 1996).
- (89) *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, —U.S.—, n. 16, 116 S. Ct. 1114, 1131 n. 16 (1996).
- (90) *Section 1983*, supra note 86, at 1227. また1961年から1979年の間に、§1983の下で提起される訴訟の数が、296から13,168 (約44.5倍) に増えたということからも、§1983が公共訴訟に対応する形で、活発に用いられ出したことがうかがえる。この数字は、Christina Whitman, *Constitutional Torts*, 79 MICH. L. REV. 5, 6 (1980)による。
- (91) 例えば、Weinberger v. Romero-Bercelo, 456 U.S. 305, 312 (1982) (「インジャンクション的救済の基礎は、回復不可能な損害およびコモン・ロー上の救済手段の不十分性であり続けてきた」); *DSC Communications Corp. v. Next Level Communications*, 107 F. 3d 322, 328 (5th Cir. 1997) (「インジャンクションは特殊例外的な救済手段である。それは十分なコモン・ロー上の救済手段を得られないような害悪の危険に当事者が晒されている時に限って発給されるのである」); *Abraham v. Wood Cty. Regional Water & Sewer Dist.*, 669 N.E. 2d 514, 518 (Ohio Ct. App. 1995) (「『インジャンクション』はコモン・ロー上の適当な救済手段が存在しない場合に使用可能な、例外的なエクイティ上の救済手段である。その目的はコモン・ローが為し得ない将来の侵害行為を予防することにある」) など。
- (92) Doug Rendleman, *The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction*, 33 U. FLA. L. REV. 346 (1981) (競合する利益を考量するラベルであるとする。しかし、この論文はルール自体の擁護を目的とするというよりか、強制的救済手段のもたらしうる危険性への疑念から書かれた傾向がある。See esp. 358.), Gene R. Shreve, *Federal Injunctions and the Public Interest*, 51 GEO. WASH. L. REV. 382 (1983) (Rendlemanと同じような見解)。
- (93) ジェフリー・ハザード&ミケーレ・タルッフォ (谷口安平・田邊誠訳) 『アメリカ民事訴訟法入門』174頁 (信山社, 1997) は、「今日でも判決の中で引用されることがあるが、ほとんど時代遅れとなってい

る」と断言している。このルールの意義に疑問を唱えるものとして、例えば、FISS, *supra* note 16, DOBBS, *supra* note 28, LAYCOCK, RULE, *supra* note 38が挙げられる。

- (94) LAYCOCK, RULE, *supra* note 38. at 19.
- (95) *Id.* at 41.
- (96) *Injunctions*, *supra* note 49, at 1007.
- (97) WRIGHT, MILLER & KANE, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE: CIVIL 2d §2944, at 94, §2948. 1, at 161 (1995).
- (98) Laycockは、実に1400以上もの判例を調べ上げて、「『回復不可能な損害のルール』は死んだ」と実証することにより、このような主張をなしている。LAYCOCK, RULE, *supra* note 38, at 5-6.彼は強制的救済手段が填補的救済手段と同じように利用可能としており、これは、強制的救済手段に対しての警戒があらわされていることを考えると (Rendleman, *supra* note 92等) 斬新的と言えよう。
- (99) 英語では“the scope of remedy (or injunction)”であるが、本稿では、その意味するところから、「救済内容の範囲」という言葉を用いたい。
- (100) 347 U.S. 483 (1954).
- (101) Colin S. Diver, *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change on Public Institution*, 65 VA. L. REV. 43, 44 n. 2 (1979); 藤倉皓一郎は「アメリカにおける公共訴訟の一原型」と位置づけている。「アメリカにおける公共訴訟の一原型 一人種別学解消訴訟における救済の範囲一」『法協百年論集第2巻[憲法行政法, 刑事法]』257頁 (有斐閣, 1983)。
- (102) *Brown v. Bd. of Educ.*, 349 U.S. 294 (1955).
- (103) 大沢秀介『現代アメリカ社会と司法 一公共訴訟をめぐって一』7頁 (慶應通信, 1987)。
- (104) PETER SCHUCK, *Suing Government: Citizen Remedies for Official Wrongs* 151 (1983).
- (105) Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies*, 79 GEO. L.J. 1355, 1362 (1991).
- (106) John Choon Yoo, *Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of*

*the Federal Courts*, 84 CAL. L. REV. 1121, 1122-23 (1996); 「(公共訴訟でのインジャンクションについて) 今日それが利益よりも弊害をしばしば社会的にもたらすとの指摘が多いとの事実……」大沢・前出注(103)198頁。

- (107) DONALD L. HOROWITZ, *The Court and Social Policy* 257 (1977).
- (108) *Id.* at 274-84.
- (109) SCHUCK, *supra* note 104, at 156-61.
- (110) *Id.* at 167.
- (111) Paul J. Mishkin, *Federal Courts as State Reformer*, 35 WASH. & LEE L. REV. 949, 956-58 (1978).
- (112) *Id.* at 955.
- (113) Robert F. Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies*, 30 STAN. L. REV. 661, 661-64 (1978).
- (114) FISS, *supra* note 16, at 7.
- (115) *Id.*
- (116) FISS & RENDLEMAN, *supra* note 21, at 528. a) ~ e) へは、便宜的に筆者が分けた。なお、大沢・前出注(103)154-55頁では、四つに分けて紹介されている。
- (117) 「官僚的性格」、「脅威」という言葉の意味するところは、ここでは説明されていない。
- (118) FISS, *supra* note 16, at 11-12.
- (119) *Id.*
- (120) Laycock, *supra* note 51, at 1073-75.
- (121) LAYCOCK, *supra* note 21, at 229.
- (122) 大沢秀介は「公共訴訟の出現の背景を、現代社会全体の社会体制および経済体制の変化の結果もたらされたものと理解するならば、必ずしも憲法上のレベルに限定して理解すべきかどうかは問題のあるところのように思われる」と指摘しており (前出注(103)81頁), その点本稿は、公共訴訟の位置付けを憲法上の権利の重要性に置きすぎているとも言えようが、少なくとも、裁判所が公共訴訟という新しい訴訟形態に取り組んでいったのは、憲法上の権利の重要性という要因が大きかったからではないかと考えている。但し、構造的インジャンクションが憲

- 法上の権利にのみ使用されると考えているわけではない。
- (123) *E.g.* Walter E. Dellinger, *Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword*, 85 HARV. L. REV. 1532 (1972); Donald H. Zeigler, *Rights Require Remedies: A New Approach to the Enforcement of Rights in the Federal Courts*, 38 HASTINGS L.J. 665 (1987).
- (124) Friedman, *supra* note 5, at 739 n. 14, 754.
- (125) LAYCOCK, *supra* note 21, at 276.
- (126) *Porter v. Warner Holding Co.*, 327 U.S. 395, 398 (1946).
- (127) Laycockは、救済内容の形成をする際に裁判所が持つ裁量の行使方法について、二つの伝統が存在してきたと指摘する。一つが、本稿では次の2) 3) で扱う原告の「正当な地位」の回復を限界とするもので、もう一つが、一旦訴訟が提起されたからには可能な限り正義と思われる状態を作り出せるという、本文で挙げた判例の見解に代表されるものである。LAYCOCK, *supra* note 21, at 271.
- (128) 大沢・前出注(100)は、注(127)で紹介した、救済内容形成における裁判官の裁量に関する二つの相対立する考えが、明確に構造的インジャンクションの場合にあらわされたことを、Fissが指摘した構造的インジャンクションの特色(本章第二節(2)参照)以外の特色として挙げている(156—57頁)。さらに、構造的インジャンクションや公共訴訟を支持する人々が柔軟性を志向する考えの方をとっているとしている(158頁)。
- (129) *Brown II*, 349 U.S. at 300.
- (130) Frank H. Easterbrook, *Civil Rights and Remedies*, 14 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 103, 103 (1991).
- (131) *Id.*
- (132) *Id.*
- (133) REMEDIES, *supra* note 21, at 36.
- (134) *Brown I*, 347 U.S. at 494 (「子供たちを」単に人種によって(分離するということは)共同体内における彼らの地位に関して劣等感を抱かせ、彼らの心をとても傷付けてしまうことになる」(強調筆者))。制度的な別学状態を超えて、黒人児童という「集団」の「精神的」に与えられる害悪をも含める言葉遣いなのである。
- (135) REMEDIES, *supra* note 21, at 41.
- (136) Shoenbrod, *supra* note 20, at 633 and *c.f.* 631 n. 10.
- (137) 433 U.S. 267 (1977).
- (138) *Id.* at 280–81.
- (139) *Dayton Bd. of Educ. v. Brinkman*, 433 U.S. 406, 719–20 (1977).
- (140) *Milliken v. Bradley (Milliken I)*, 418 U.S. 717, 746 (1974).
- (141) *Milliken v. Bradley (Milliken II)*, 433 U.S. 267, 281 (1977).
- (142) Friedman, *supra* note 5, at 743.
- (143) —U.S.—, 115 S.Ct. 2038 (1995).
- (144) Yoo, *supra* note 106, at 1121.
- (145) Schoenbrod, *supra* note 20は有効な一般的基準の欠如を指摘し、基準確立の可能性を探っている。
- (146) 641 F. 2d 934 (D.C. Cir. 1981).
- (147) DC Civil Action No. 77-1359 (判例集未掲載).
- (148) *as amended*, 42 U.S.C. §2000e *et seq.*
- (149) 641 F. 2d at 948 n. 15.
- (150) 42 U.S.C. §2000e-2(a)(1).
- (151) REMEDIES, *supra* note 21, at 176.
- (152) 行政法領域の司法的救済手段のシステムは様々な分類されるが、最もよく用いられる分類は、制定法の定めた救済方法と、制定法が除外していない限りにおいて一般的に用いられ得るインジャンクションやマンデイマス等の伝統的な救済手段とに分ける二分法である。LOUIS L. JAFFE, *JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION* 152-53 (1965).
- (153) LOUIS L. JAFFE & NATHANIEL L. NATHANSON, *ADMINISTRATIVE LAW* 191 (3d ed. 1968).
- (154) *Id.* at 201.
- (155) 「インジャンクションと宣言判決を求める訴えは、損害賠償よりもはるかに多」い。KENNETH CULP DAVIS, 4 *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 149 (2d ed. 1983).
- (156) 187 U.S. 94 (1902).

- (157) 229 U.S. 162 (1913).
- (158) DAVIS, *supra* note 155, at 149.
- (159) Milton M. Carrow, *Types of Judicial Relief From Administrative Action*, 58 COLUM. L. REV. 1 (1958). このCarrowの説に関する文献としては、川上宏二郎「アメリカ行政法における司法救済の類型」西南1巻1号97頁以下(1968)、園部逸夫「アメリカにおける行政行為の司法統制(-)」論叢72巻6号25頁以下(1963)がある。
- (160) Carrow, *id.* at 2-8. なお、①から⑤の類型の訳は、川上・前出注(159)に従った。
- (161) *Id.* at 8-14.
- (162) *Id.* at 14-16.
- (163) *Id.* at 16-19.
- (164) *Id.* at 20-22.
- (165) 川上・前出注(159)133頁。
- (166) 川上同上論文134頁。
- (167) *Id.*
- (168) この制定法による救済手段は、「インジャンクションないしはマンデイマスに類似して」る。REMEDIES, *supra* note 21, at 176.
- (169) 例えば, McKart v. U.S., 395 U.S. 185, 194 (1969) (行政救済の終了という要件は、議会が行政庁に与えた裁量を行使する場合を含む事例や、専門知識を用いなくてはならない事例において特に明白な、行政法に特殊の考えによって正当化される旨が述べられている)。他にもU.S. v. W. Pacific R. R., 352 U.S. 59 (1956); Far East Conf. v. U.S., 342 U.S. 570 (1952)など。
- (170) DAVIS, *supra* note 155, at 152.
- (171) 行政救済手続の存在は、裁判所に損害が回復可能であると考えさせる可能性が高いため、インジャンクションが拒否されることが多くなる。それゆえLaycockは「行政救済手続が絡む場合には、行政救済方法を尽くすということが規範となる」と言うのである。LAYCOCK, RULE, *supra* note 38, at 138. このことから、裁判所は、融合以前のコモン・ロー裁判所とエクィティ裁判所の関係との擬制において、コモン・ロー裁判所へエクィティ裁判所がそうしたよりも、はるかに行政庁の救済方法に敬讓を示すと

言えるだろう。

- (172) わが国における差止訴訟を全般的に詳細に扱うことは、本稿の範囲を超えており、ここでは議論の可能性の存在を探るために、ほんの一部分を取り上げるに過ぎない。なお、差止請求に関して、実務家の立場からの、民事、商事、行政、労働、知的財産権、不正競争防止法、独占禁止法と全法律分野に亘る研究書として、横浜弁護士会編『差止訴訟の法理と実務』(第一法規, 1994)。
- (173) 竹下・前出注(6)185頁。なお竹下は本稿でいう救済手段に「救済の方法」という言葉をあてている。
- (174) 竹下同上論文187頁。
- (175) 差止請求権を明文で定める規定は、商法・特許法・知的財産法・証券取引法等に存在する。例えば、商法が明文で定めている差止として、商号使用の差止(20条・21条)、株主による取締役の行為の差止(275条)、新株発行の差止(280条ノ10)等、知的財産権に関して、特許権または専用実施権侵害行為の差止請求(商法100条)、実用新案権または専用実施権侵害行為の差止請求(実用新案法27条)、意匠権または専用実施権侵害行為の差止請求(意匠法37条)、商標権または専用使用権侵害行為禁止請求(商標法36条)、著作者人格権、著作権、出版権または著作隣接権侵害行為の差止請求(著作権法112条)等。
- (176) 例えば、東京地決昭45年3月14日判時586号41頁(映画上映禁止仮処分申請事件、名誉・プライバシー侵害を理由とする映画の上映禁止仮処分が争われたわが国初の事件)、最大判昭61年6月11日判タ605号42頁(いわゆる北方ジャーナル事件上告審判決、事前抑制の対象が表現行為である場合には原則として事前差止は許されないとし、例外的に許される為の要件を明らかにした判決)、東京地判平3年9月27日判タ779号209頁(胸像等公開禁止請求事件、本人の承諾がなかったことを重要視して、人格権(肖像権)に基づき胸像の公開・展示の差止を認容した判決)等。
- (177) 宮崎良夫『行政訴訟の法理論』7-8頁(三省堂, 1984)。
- (178) 原田尚彦『行政法要論』299頁(学陽書房, 全訂第三版, 1994)。



- (179) 宮崎・前出注(177)10頁。
- (180) 宮崎同上書55頁。
- (181) 宮崎同上書11頁。また、これを「おそらく外国の行政法理論に例をみないものであるとあってよいであろう」と指摘している。
- (182) 下山・前出注(1)202—03頁。
- (183) 下山同上書203頁。
- (184) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」鈴木忠一・三ヶ月章（監）『新・実務民事訴訟法講座9』147頁（日本評論社，1983）。
- (185) 予防的不作為訴訟とも呼ばれるが、ここでは差止訴訟という言葉を用いる。
- (186) 塩野・前出注(184)115頁。
- (187) 雄川一郎『行政争訟法』102頁（有斐閣，1957）参照。
- (188) 原田尚彦「行政訴訟総説」雄川一郎他編『現代行政法大系第4巻行政争訟I』121—22頁（有斐閣，1983）。
- (189) 裁判例の流れは、法定抗告訴訟に対する補充性の要件の他に、行政庁の権限・義務の存否が一義的に明白であって、第一次的判断権行使の必要性が無いに等しいこと、回復しがたい重大な損害の危険性、という要件を、厳しく要求していると考えられている。濱秀和「無名抗告（法定外）訴訟」ジュリ925号118頁（1989）。
- (190) 「恐らく、行政事件訴訟の中で不毛の分野といえるのである」う。濱同上論文119頁。
- (191) なお、裁判所が行政庁に義務付けるのは、英米法では伝統的にマンデイマスという救済手段によってなされてきたが、裁判所は作為命令的インジャンクションとマンデイマスを類似のものと扱う傾向がある。DAVIS, *supra* note 155, at 159. Brillはマンデイマスは別個の救済手段として存在するべきだと主張するが、それでも裁判所が次第にマンデイマスをインジャンクションの一種であるかのように扱う傾向があることは認めている。Howard W. Brill, *The Citizen's Relief Against Inactive Federal Officials: Case Studies in Mandamus*, 16 AKRON L. REV. 339, 340 (1983).そこで、ここではインジャンクション類似という概念で、これらを包

摂する。

- (192) これに関して、宮崎良夫は、これら三つの訴訟における決定的な違いに疑問を呈している。宮崎・前出注(177)47—48頁。
- (193) 塩野・前出注(184)147—48頁。このアプローチの仕方からすれば、次のようになる。これまで考えられてきた差止訴訟が、実質的に取消訴訟制度があらゆる行政行為の適法性審査訴訟という性格を有する点で、今までの行政法学におけるアプローチに親和的であるのに対し、義務づけ訴訟は、性質上実体法上の請求権を前提とせざるを得ない点で、取消訴訟とは異質であるがそれだけに例外的なものと位置づけられる（147—48頁）。ただし、抗告訴訟としての公共施設の差止のような訴訟は、「生命・健康等の人格権を基礎とした包括的公権力行使としての供用（部分的）停止を求める（142頁）」訴訟であるからして、「もはや取消訴訟の類推によって構成することはでき」ず、これまでの枠組みから外れる（148頁）。
- (194) これは、憲法上の権利が差止請求権を内包するというよりは、インジャンクションが可能とするような救済が適切である、具体的事例において、憲法上の権利に基づく差止請求権を構成しうることを意味する。