



アメリカ法『公訴権』の古層：形式主義と機能主義のはざままで

堀澤，明生

(Citation)

神戸法學雑誌, 68(1):123-159

(Issue Date)

2018-06

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81010436>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81010436>



神戸法学雑誌第六十八巻第一号二〇一八年六月

アメリカ法『公訴権』の古層 —形式主義と機能主義のはざまで—

堀澤 明 生

一．はじめに——問題関心

本稿では、アメリカのエクイティ裁判所がパブリック・ニューサンスを根拠にして行政主体の出訴権を認めるようになるにあたっての古層を取り扱うことにより、行政主体が裁判所に出訴することによる法執行、すなわち執行訴訟の起源を探る。

パブリック・ニューサンスについては、日本の行政法学においては、いくぶん干からびたものとしての扱いを、公害訴訟の文脈で言及された当時から受け⁽¹⁾ている。現代のアメリカ法を参照する場合でも、緻密な制定法が存在してい

-
- (1) 「……私自身も我が国の公害規制法に当たるアメリカ法の原則としてパブリック・ニューサンスを紹介したことがある。併し現在のアメリカ法ではニューサンス法は環境規制に何ら役に立たないというのがアメリカ学者や法律家の中ではほぼ確立した原則とされており、私のあった人々はすべてこの点を強調していた」とし、アメリカ法においては公害に対する事前的規制が発展しており、日本法における公害法はむしろ不法行為を中心とする事後的救済を中心に発展したものであって、アメリカ法を先例にするのは「無意味であるばかりでなく、多くの人に誤解を与えるだけである。それはアメリカ法を無理に日本法の型にはめこもうとするもので、単に事実と反するのみならず、アメリカの環境法の持っている積極的な面を無視することになり我が国の環境保護の参考となるべ

る領域ではパブリック・ニューサンスの適用は排除されるべきであるとして消極的な評価を受けている。⁽²⁾

しかし、近時のアメリカ公法においては、パブリック・ニューサンスは新たなアクチュアリティをもって再生するに至っている。銃規制や温暖化など、議会制定法による制御が進んでいない分野において、議会ではなく裁判所による解決を求めて、パブリック・ニューサンスを請求原因として、州の法務総裁による訴訟や大規模なクラス・アクションが提起されている。⁽³⁾

ここで、行政が原告となって公益を実現するべく出訴していることがあることに注意すべきである。行政の執行訴訟を紹介する初期の文献ではパブリック・ニューサンスが一類型として位置づけられるにとどまっていた。⁽⁴⁾しかし、筆者は、別稿において、パブリック・ニューサンスの法理こそ、行政の出訴権を正当化する論理の原型を形成したものであり、パブリック・ニューサンスという根拠が文言上消失することによって、制定法の執行が生じたことを19世紀末から20世紀初頭の判例を通じて明らかにした。パブリック・ニューサン

き点を見失わせることになる」(※引用者により括弧を削除した) 綿貫芳源「アメリカにおける環境法(1)」自治研究48巻9号(1972年)4-5頁、綿貫のパブリック・ニューサンスについての紹介は、同「公害に対する公法的規制の方法とその限界(1)(2)(3)(4)(5)(完)」補償研究(1968年~1969年)、特に(2)~(4)。

- (2) 中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査(下)」ジュリスト1242号(2003)94-96頁。ただし、後に見る *In re Debs* がパブリック・ニューサンスをも根拠としている指摘につき、同「行政訴訟に関する外国法制調査(上)」ジュリスト1240号(2003)103頁。
- (3) 温暖化訴訟については参照、大坂恵里「アメリカにおける気候変動訴訟とその政策形成および事業者行動への影響(一)」東洋法学56巻8号85-108頁(2012年)93頁以下。
- (4) 須貝脩一「行政強制執行」法学論叢57巻2号(1950)66-67頁、細川俊彦『公法上の義務と強制執行』民商法雑誌82巻5号(1980)650-651頁らにおいて、アメリカにおける行政上の義務の強制執行の文脈でパブリック・ニューサンスは取り上げられるが、公法上の義務の強制執行における一場面として取り上げている。
- (5) 拙稿「アメリカ法における行政主体の『公訴権』の歴史的展開」自治研究93巻9、

スを根拠として政府（又は私人）が出訴するという近時の傾向は、パブリック・ニューサンスがその頃において有していた力を再活用しようとしている、つまりかつてのパブリック・ニューサンス法理のリバイバル現象であると理解すべきだと思われる。

筆者の別稿は、パブリック・ニューサンスというコモン・ロー訴権が19世紀末ころまでにほとんどの領域における公益を統御しうる訴権となっていたことことを出発点として、それ以降の状況を描いたものである。そこで、本稿は、そもそもパブリック・ニューサンスがいかにして、公益全体を扱いうる訴権になったかにつき、その平坦ではない道のりを描写しようとするものである。

二．問題の位置づけ——不法行為法と刑事法にゆれるパブリック・ニューサンス

1 パブリック・ニューサンスは不法行為法か

冒頭に掲げた「エクイティ裁判所は、いかにしてパブリック・ニューサンスを根拠とする行政主体の出訴権を広範に認めるようになっていったのか」が問いとして成立するためには、現代のパブリック・ニューサンスについての理⁽⁶⁾解と異なり、「パブリック・ニューサンスがエクイティ裁判所で原則として取り扱われるべきではない」という姿がある時点において存在していたということを示す必要がある。さらに、その問いが意味のあるものとなるためには、その解決が日本の読者にとって興味深いものであることについても言及せねばならない。

11号（2017）94巻3号（2018）順に94頁、82頁、99頁以下。本稿は、この連載の補完をなすものである。またドイツ法から、行政主体の有する財産権の公益性についての指摘に、人見剛「地方公共団体の出訴資格再論」磯部力先生古稀199-237頁（2016）。

- (6) パブリック・ニューサンスが初めてリステイトメントに収録された *Restatement (Second) of Torts* § 821 (B) では、刑事訴追、インジャンクションが原則とされている。

まず、パブリック・ニューサンスについての通念と、考察の出発となる時代における姿との距離を確認しよう。パブリック・ニューサンスは、現代のアメリカ法においては、主にTortsにおいて論じられる。⁽⁷⁾すなわち不法行為法第二次リステイメントにおいてパブリック・ニューサンスは初めて収録されたが、プライベート・ニューサンスと対になるものとして取り扱われる。ここでパブリック・ニューサンスは「公衆共通の権利に対する不合理な侵害」⁽⁸⁾として定義される。そしてパブリック・ニューサンスがコモン・ロー上のtortであるということは、制定法がなくとも、この請求原因の要件を満たし、かつ、エクイティの救済の補充性の要件も満たすならば、インジャンクションを与えることも認められることとなる。たとえば、河の汚染等に悩まされる私人や集団が、汚染の排出者を被告として、パブリック・ニューサンスを理由としてエクイティ裁判所にインジャンクションを訴える、ということが考えられる。

しかしThomas J. Merrillは、近年このパブリック・ニューサンスを根拠にあまりに広汎な分野が裁判において取り扱われ、しかもそれをtortとして処理している状況につき批判を行った。パブリック・ニューサンスは本来public actionである、⁽⁹⁾というのである。Merrillの議論を要約するならば、

①パブリック・ニューサンスは本来、刑事法である。

②パブリック・ニューサンスを訴えるのは私人ではなく、法務総裁をはじめとする公務員である。

③刑事法である以上は、パブリック・ニューサンスを制御するのは裁判所ではなく議会であるべきである。裁判所は古来よりパブリック・ニューサンスと

(7) Victor E. Schwartz & Phil Goldberg, *The Law of Public Nuisance: Maintaining Rational Boundaries on a Rational Tort*, 45 Wash. L. J. 541 (2006), at 541 は、冒頭で「パブリック・ニューサンスという tort は英米コモン・ローにおいて9世紀にわたり発展した」(傍点筆者)とする。

(8) Restatement (Second) of Torts § 821 (B) .

(9) Thomas J. Merrill, *Is Public Nuisance A Tort?*, 4 J. Tort L. I, at 7.

されてきた分野以上に何らかの行為や施設を「パブリック・ニューサンス」であるとして管轄するべきではない。

というものである。

Merrillの主張の眼目は、近年の温暖化訴訟等の、議会制定法で本来解決すべき問題を連邦裁判所で解決しようとする傾向の抑制⁽¹⁰⁾にあり、「Tortsではなく public action」というのはその限りのものとして受け止めておくべきだと思う。とはいえ、Merrillに従うならば、パブリック・ニューサンスの現代の姿が異様であることは分かる。パブリック・ニューサンスはコモン・ロー刑法として出発したにもかかわらず、種々の政策的な問題を裁判所で取り扱うための道具と化しているのである。

2 刑事法としてのパブリック・ニューサンスの歴史

ここでパブリック・ニューサンスの刑事法としての歴史を概観⁽¹¹⁾しておく。パブリック・ニューサンスは前述の通り、公衆の共通の権利に対する侵害と定義⁽¹²⁾される。ニューサンスの語の多義性⁽¹³⁾については各所で指摘されるが、定義上、公益違反全体をカバーしてしまっているのが見て取れる。

パブリック・ニューサンスの中心的な事例として公道に対する侵害が論者において常に想起されてきた。このような公道に対する侵害への救済を行っていたのが、リート裁判所の権限であったが、リート裁判所の権限のことをほぼパブリック・ニューサンスと理解してよいようになる。17世紀ころにはリート裁判所の権限が治安判事に移っていたが、同時に、王座裁判所もこうした公益

(10) See, Thomas J. Merrill, *Global Warming as a Public Nuisance*, 30 Colum. J. Envtl. L. 293 (2005).

(11) 以下のイギリス法におけるパブリック・ニューサンスの歴史に関する叙述は、John R. Spencer, *Public Nuisance—A Critical Examination*, 48 Cam. L. J. 55 (1989) に拠っている。

(12) Restatement (Second) of Torts § 821 (B) (1) .

(13) W. Page Keeton *et al.*, *Prosser & Keeton On Torts*, (West Group, 5th ed. 1984), at 616は、「見通せないジャングル」であるとニューサンスを表現する。

に対する違反行為全般を扱うようになる。

こうして、パブリック・ニューサンスのこの性質は18世紀前半のHawkins⁽¹⁴⁾のTreatiseによる定義に至る。すなわち、彼はそれまでの刑法の体系書を著した者たちが、ある裁判所の権限の範囲で書いたり、取り上げるべきと自分が判断した限りの罪について書いたりしたのに比して、包括的に体系化しようとした。⁽¹⁵⁾この際に、HawkinsはCommon Nuisanceを「公衆に対する罪であって、王の臣民すべてに対する迷惑となるようなことをなすことにより、又は、公共善の要求することを懈怠することによりなすもの」と定義すると同時に、⁽¹⁶⁾雑多なものを放り込んだ。この際に、Common Nuisanceの代表例として、Highway⁽¹⁷⁾（公道）に対する侵害と、公共施設によるニューサンスの事例を代表例としたことが本稿との関係で興味深い。そして、彼のこの叙述によって、実際には雑多な類型があるにもかかわらず、一つの罪であるかのように論じられてきた、とされる。⁽¹⁸⁾

3 現代のパブリック・ニューサンスの救済手段の多様性との距離

我々にとっては、まずもって、上でみたような公益に関しての出訴が、現代では行政に任されており、それに対してエクイティ裁判所が救済を与えている、⁽¹⁹⁾ということが、宝塚パチンコ条例事件を見る限り興味深いことととらえうる。すなわち、「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は（傍点筆者）」『法律上の争訟』……に限られる。……国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の

(14) Hawkins, *Treatise of the Pleas of the Crown*, 8th ed. (1824). 初版は1716年である。

(15) Spencer, *supra* note 11, at 65.

(16) Hawkins, *supra* note 14, at 692.

(17) Hawkins, *supra* note 14, at 696.

(18) Spencer, *supra* note 11, at 66.

(19) 最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁。

争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体がもっぱら行政権の主体として国民に行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、……法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される」という当該判決からすれば、行政が原告となって一般公益の保護を目的とする訴訟が裁判所でなされている姿を解明することは意味があろう。

更にここで、エクイティ裁判所がパブリック・ニューサンスを取り扱うことが当然ではないことを確認しておかねばならない。エクイティ裁判所は、英国の治安が不安定であった時代には、確かに犯罪となる行為について管轄権を行使した形跡が残っている。⁽²⁰⁾しかし、後に、星室裁判所の略式手続が批判されて廃止されたとき、星室裁判所の取り扱っていた業務のうち刑事的な事項は受け継がなかった。このため、少なくとも19世紀から20世紀の前半には、「エクイティ裁判所は刑事事件を取り扱わない」というEldon卿の言葉が生まれ、しばしば引用された。パブリック・ニューサンスがコモン・ロー刑法であるとするれば、エクイティ裁判所が現代において取り扱っているのは上記の言葉に反する。⁽²¹⁾

以上のことから、パブリック・ニューサンスがなぜ、エクイティ裁判所で取り扱われているのかを歴史的に見る意義が確認されたと思われる。こうして、パブリック・ニューサンスについて、筆者の能力において可能な限り遡ったうえで判例の変遷を取り扱う。少なくとも、アメリカ諸州での受容においては、いかなる範囲のパブリック・ニューサンスを取り扱うことが出来るかについて対立が存在していたのである。

(20) William Paley, *Select Cases in Chancery (A.D. 1364-1471)* (1896) Cases 5 & 17.

(21) *Gee v. Pritchard*, 36 Eng. Rep. 670, 674 (1818).

三. パブリック・ニューサンスのエクイティにおける救済

1 16世紀イギリスにおけるパブリック・ニューサンスと刑法

パブリック・ニューサンスの典型的な事案は、公道において障害物が設けられてしまい、公衆の通行権が侵害されているというものである。こうした通行妨害は、英国王の臣民全体の利益に対する侵害ととらえられ、パブリック・ニューサンスを構成する。1535年における判決は、現代のパブリック・ニューサンスの理解にも大体通用していると言われる。⁽²²⁾

多数意見とされている意見では、パブリック・ニューサンスにおける救済はリート裁判所における刑事訴追であり、私人がケース訴権⁽²³⁾を有することはない、とされている。というのも、私人がケース訴権⁽²⁴⁾を有するとすれば、通行権を侵害された公衆のうちの一人ひとりが出訴することが出来るようになるので、被告は何度も訴えられてしまう、という。

これに対してFitzherbert裁判官がそれでも私人が何らかの意味で区別される損害がある場合には訴えうる場合がある、という反対意見を述べたことが、後

(22) Richard Epstein, *Cases and Materials on Torts* (2003), at 640, quoting *Anonymous Case*, Y.B. Mich. 27 Hen., 8f.27, pl.10 (1535).

(23) ケース訴権については、例えば参照、John H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford Univ. Press, (4th. 2007), at 59-70. 訳に、同『イギリス法史入門第4版 第I部』[深尾裕造 訳] (関西学院大学出版会、2014) 73-98頁。

(24) William Prosser, *Private Action for Public Nuisance*, 52 Vir. L. Rev. 997, (1966), at 1002. 筆者は、Yearbook 現物をまだ閲覧できていない。本文の理解は、前掲注20、Epstein, at 640 及び C. H. S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law*, (1949), at 98 による本事件の紹介に基づく。この判例については、多くの論者も孫引きしていることが、Denise E. Antolini, *Modernizing Public Nuisance: Solving the Paradox of the Special Injury Rule*, 28 Ecology L. Q. 755, (2001), at 790 fn.157 において1536年と間違えて記載している論者の列記から伺われる。しかし、この判決において示されたとされるルール自体は、Blackstone のコンメンタールにおいても判例を引用することなく紹介され、知られていたと思われる。Blackstone, 3 *Commentaries on the Law of England*, ch. 13 II.

のパブリック・ニューサンスの歴史においては著名である。⁽²⁵⁾しかし、ここでは、パブリック・ニューサンスが臣民全体の利益侵害であり、これに対する救済手段が刑事罰であるということを確認しておきたい。

2 *Baines v. Baker* ——パブリック・ニューサンスの適切な救済としての「Information」

パブリック・ニューサンスの違反者に対しては、法務総裁は王座裁判所で刑事裁判によりこれを罰することができる。しかし、エクイティ裁判所におけるインジャンクションによってパブリック・ニューサンスを排除することはできるのか。これに関して、チャールズ一世の時代において、財務府裁判所において国王の所有する土地や海岸への侵害に関する判決はあったものの、この管轄権はその後、一世紀半にわたって先例として用いられなかった。⁽²⁶⁾また、この類型以外の、公衆の健康や安全への侵害を予防するためのインジャンクションの判例は、この時期については調査の限り見当たらない。⁽²⁷⁾

Spencerによれば、18世紀後半頃から、私人らがパブリック・ニューサンスについてインジャンクションを求めるようになった。彼らは、刑事手続に代替

(25) 本事件で頻繁に引用されるのはFitzherbert裁判官による、public nuisanceについて私人が損害賠償を出訴することが出来る場面が存在することの意見である。public nuisanceについて、原告にgreater harmが存在していれば、出訴可能であるとした。しかしこの部分はspecial injury、「特別の損害」であることを要すると理解された。初期の論攷には、Jeremiah Smith, *Private Action for Obstruction to Public Right of Passage*, 15 Colum. L. Rev. 1, (1915) がある。ここでは、このSpecial Injuryを要求するルールが重すぎるとして、「金銭的損害」が生じていれば原告に出訴権を与えるべきであると主張している。Public Nuisanceを是正する私人の訴権をめぐる論攷は枚挙に暇がないが、現代的なものとして、さしあたり、Antolini, *supra* note 24 を挙げておく。

(26) *R. v. Russel*, 108 Eng.Rep. 560 (1827), at 566 に、いくつかの事例が紹介されている。

(27) Edwin S. Mack, *The Revival of Criminal Equity*, 16 Harv. L.Rev. 389, (1903), at 392.

するものとしてインジャンクションを求めたのではなくて、刑事審理が始まるまでの間に回復不能な損害が生じるのを恐れて補完的にこうした訴訟を行っていた。そして、係争中の刑事訴訟に対して、インジャンクションが認められると私人が考えた理由としては、プライベート・ニューサンス⁽²⁸⁾については既にインジャンクションが認められるようになっていたからではないかと推察⁽²⁹⁾している。

このような、パブリック・ニューサンスを理由としてエクイティ裁判所のインジャンクションを私人が求めた事案として、1752年の *Baines v. Baker*⁽³⁰⁾ が登場する。原告の住居の近傍にある天然痘の患者のための病院を被告が建設しようとするのを禁止するべく、Hardwicke 卿時代のエクイティ裁判所にインジャンクションを求めたものである。

本件は、管見の限り、当時二つの判例集 (Atkyns, Ambler) に搭載されている。いずれの判例集も、Hardwicke 卿がこの事案の争点は二つであるとしたことを伝える。それは、この事案がニューサンスであるかということ、そしてニューサンスだとしてもプライベート・ニューサンスなのか、パブリック・ニューサンスなのかについてである。

そして「本件は、仮にニューサンスであるとすれば、パブリック・ニューサンスである」とされた。そして「パブリック・ニューサンスであるとすれば、(その救済は) 法務総裁の名における information でなければならない」。ここまでが、両判例集が共通して伝える内容である。

ところが、Ambler's Reporter は、さらに続けて、「King 卿は、法務総裁に、王座裁判所にそれがニューサンスであるか否かを審理するべく、information を

(28) Bush v. Western, 24 Eng. Rep. 237, (1720).

(29) Spencer, *supra* note 11, at 67.

(30) Amb. 158, 27 Eng. Rep. 105 (reported as *Baines v. Baker*) ; 3 Atk. 751, 26 Eng. Rep. 1230 (reported as *Anonymous Case*). 岡村周一「イギリス行政訴訟法における原告適格の法理(二)」法学論叢101巻5号(1977)85頁は後者を用いたことによる記述と思われる。

提出するように助言した」とHardwicke卿が述べたとしている。

この事案の意義を読解するにあたっては、両判例集における「法務総裁の名におけるinformation」が何を指すのかによって、この時点でのパブリック・ニューサンスとエクイティ裁判所との関係が左右される。というのも、informationは、一方では、刑事手続におけるindictment（正式訴状）を簡略化した、大陪審を経ない手続において提出する訴状を指す語である。他方で、エクイティ裁判所に法務総裁が提出する訴状も同じ語が用いられるからである。

この解釈をめぐっては、「Hardwicke卿は、エクイティ裁判官として審理していたのだから、ここでいうinformationはエクイティにおける訴状のことである」という理解と「王座裁判所（刑事・民事のコモン・ローを扱う裁判所）への言及を行っていることからして、Hardwicke卿は刑事のinformationを想定していた」という理解（後に見るKent裁判官等）とがある。Hardwicke卿自身の意図は、Amblerが伝えるところからすれば後者の理解であるように思われる。しかしいずれもその判例集内在的には整合的な読解である。この理解の差は、パブリック・ニューサンス一般について、法務総裁の名において刑事訴追に代替するエクイティの迅速な救済が得られるかについての遠因となったと思われる。

3 *Attorney General v. Richards*

はじめて、エクイティ裁判所でインジャンクションが認められた事案とされてきたが、財務府裁判所における*Attorney General v. Richards*⁽³²⁾である。これがその後のエクイティ裁判所におけるパブリック・ニューサンスの管轄権のリーディング・ケースとして考えられることとなる。法廷意見がこの事案についてどのような考え方に立っているのかは分かりにくいので、原告（法務総裁）と被告のそれぞれの意見も紹介する。

(31) Harmon Caldwell, *Injunction Against Crime*, 26 Ill. L. Rev. 259 (1931), at 261-62.

(32) 2 Anst. 603, 145 Eng. Rep. 980, (1794).

(33) Edwin S. Mack, *supra* note 27, at 392.

【事案】 被告が1784年に、ポーツマス海岸に、波止場等の建物を建造し、海上交通を阻害した。それゆえ、法務総裁は財務府裁判所へインジャンクションを申し立てて、被告が更なる建築をすることを止め、既に建築した部分を除却し、海岸はその以前の状況に復されるべきであると主張した。

【原告】

この事案において、原告は、Hale卿による国王の *prima facie* な海岸に対する権利に依拠しつつ、以下のように公有地侵害とパブリック・ニューサンスについて論じる。⁽³⁴⁾ まず、国王は、問題となっている海岸に対して、私権を有している。すなわち、「国王は海岸と停泊地の土地を所有しており、そこからの利益を私的権利として得る資格を有している。この観点から考慮される限り、国王はその権利を放棄しても良い」。他方で、パブリック・ニューサンスについては、「国王は、海岸の近隣地において別の権利——彼の臣民のために自由に通行させる権利、その他、その目的のためにすべての停泊地や海をニューサンスから保護された状態にしておく権利を有する。これは国王の公道に対する所有権に類似したものであるが、公道については、国王は単なる公的権利として臣民のために有する。この権利はその性質上、放棄不能である」と。

以上のような、公有地侵害を基礎づける王の私的な権利と、パブリック・ニューサンスを基礎づける臣民のために有する権利は、問題となっている場所が王の所有に属する限り、オーバーラップする。こうして法務総裁は、Haleが設定した海岸や河川における私的権利と公的権利との区別によって、公有地侵害とパブリック・ニューサンスを概念的に振り分ける。そして、公有地侵害は国王の私的な財産権に対する侵害であるが、パブリック・ニューサンスは国王の私的な財産権に関わりなく、公衆の利益を保護するために国王が義務とし

(34) 畠山武道「アメリカ環境法の動向⑥ 公共信託理論の展開（その2）——ローマ法から現代まで——」判タ549号（1985）、37頁及び脚注17では、「Haleの革命的理論は、英国では支持されず、明示的に支持する判例が出現したのは19世紀後半である」としている。

て処罰するものであって、その救済方法について、自力救済と刑事処罰以外に、エクイティ裁判所での **information** に基づくインジャンクションが、「穏当な手段として」認められているというのである。

【被告】

これに対して、被告は、パブリック・ニューサンスのエクイティ裁判所の管轄権を否定した。

「ニューサンスは、エクイティ裁判所の管轄に全く適さないものである、それは公の秩序に対する違反であり、そのため犯罪として考えられるものであり、刑事裁判所で訴追されねばならない。しかしエクイティ裁判は刑事事項に関する管轄を有しない」。

そして、被告はニューサンスをエクイティ裁判所が行使してきた事件について、それは実は公有地侵害の事案であったし、しかも、先例性がないと主張する。「たしかに、引用された先例において、エクイティにおける **information** は公有地侵害の事案において許容されてきたのである。しかし、これらはチャールズ一世の時代のものであり、その時代には陪審審理の権利は現在ほど確立されていなかったのである。」

【Macdonald卿】

このように原告と被告の間ではパブリック・ニューサンスに関するエクイティ裁判所の管轄権を争っている。これに対して、裁判所の法廷意見は、本件がパブリック・ニューサンスであることを前提としつつも、救済を与えた根拠となるコモン・ローは不明瞭なところがある。

「潮の満干の間の土壌に対する権利は、国王の **prima facie** な権利であるのは明らかである。そうすると、これに反する権利を証明する責任は被告にある」。国王の **prima facie** な権利は、国王の、海浜に対する私的権利のことである。このため、国王や公衆の公的権利に関するパブリック・ニューサンスを述べるものではないと解される。

「訴状の申立ては建築物をニューサンスとして排除することであるから、エクイティ裁判所は当該問題を、求めている救済を支持するものとしてのみ見るように議論されている。そして当裁判所はそうした救済を与えることができない、少なくとも陪審の介在なくそうすることはできないと主張されている。というのもニューサンスの〔存否の〕問題は、Hale卿によって議論されたように、事実の問題であり、法問題ではないからと。それはおそらく、問題となっているのがニューサンスのみであり、証拠が疑わしい場合にはそうかもしれない。併し引用された事案は、またHaleにおいて引用されたものは、国王が土地に関する権利を主張し証明した場合には、すなわち公有地侵害とニューサンスがなされた場合には、国王はそれを排除する判決を得ることができるということを明らかに示している。…これらの権威に従って、我々はためらうことなく判決する。土壌は王の所有物であり、もちろんこれらの建物は排除されると。」

【評価】

本件において被告が原告による *Baines v. Baker* は information をエクイティ裁判所において提起することを認めたという解釈を争っていないことを理由に、*Baines v. Baker* の時点でエクイティ裁判所のパブリック・ニューサンス管轄権⁽³⁵⁾を認めたことが定着していたという読解もあるが、被告は、パブリック・ニューサンスに関するエクイティ管轄権を一般に否定するものであるから、特にそうする必要がなかったのであろうと思われる。

そして、被告の「パブリック・ニューサンスの管轄権をエクイティ裁判所は有していない」という主張に対しては、裁判所はパブリック・ニューサンスと公有地侵害が同時に存在している場合には、判決を与えることが出来ると答えている。では、もっぱらどちらを理由にして本件ではインジャンクションを与えているのか。

この部分について、公有地侵害ならば存在していたはずの、当該公有地侵害

(35) Caldwell, *supra* note 31, at 262.

を残すべきか残さないでいるべきかについての選択権について裁判所が議論をしていないので本件はパブリック・ニューサンスとして事案を処理した、という読解もある。⁽³⁶⁾ 原告が引用するように、パブリック・ニューサンスを排除することは国王によっては放棄不能な権利であるため、パブリック・ニューサンスだと認定されれば、その選択権はない。

しかし公有地侵害の選択権が国王にあると考えるのであるならば、国王が本件は公衆に対してニューサンスとなっていると考えてこれを排除すべく出訴している限りにおいて、裁判所がその判断を尊重する限り、その選択権について裁判所が判断する必要はないと思われる。そのため、本件を公有地侵害ではなくて、パブリック・ニューサンスによって処理したと言い切ることはできないであろう。

4 *Mayor of London v. Bolt* ——救済手段選択の適切性

以上の事案は、パブリック・ニューサンスについての、裁判所を通じた救済面に関する事案であった。これらにおいては、パブリック・ニューサンスについて、私人の損害賠償の原則的禁止、刑事訴追の原則、そして法務総裁を原告とする訴訟によるエクイティ裁判所での救済の可能性についての不安定な状況に関するものであった。しかしニューサンスという違法な行為が存在している場合に、英米法の自力救済の伝統が問題となる。⁽³⁷⁾ この自力救済権限と、インジャンクション権限の可能性の関係について言及したものとして、*Mayor of London v. Bolt* ⁽³⁸⁾がある。

(36) Arthur C. Rounds, *Injunctions against Liquor Nuisances*, 9 Harv. L. Rev. 521 (1896), at 524.

(37) 田中英夫＝竹内昭雄『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）124頁。

(38) 5 Vesey. Jr. 129 (1799).

【事案】

本件では砂糖を倉庫に被告が貯蔵していたが、倒壊寸前となっていた。市長はこのために、エクイティ裁判所に、被告がこれ以上砂糖を貯蔵することを禁止するインジャンクションを求めた。

【Loughborough 卿】

「私はこの訴状と証拠に基づいてインジャンクションを認めるのに障害を有しない……。しかし、私は訴状に基づいてインジャンクションを命じるだけである。私はなされるべきことを命じることが出来ない。そして、[インジャンクション以上に] なされるべきことが、すなわち建物を補修して、砂糖を除去する——があるのである」として、エクイティ裁判所によるインジャンクションによる救済が既に存在し、今後も存続するニューサンスの救済手段として無意味であるという。

この価値判断は、市長の自力救済権限から来ている。すなわち、「私は申立てに基づいて [インジャンクションの] 命令をするが、市長は、ヨリ適切で実効的な救済手段に訴えることが出来る。…ニューサンスの除去が、trespass であるわけがないし、これに対して誰かが愚かにも [損害賠償の] 訴訟をしたとしても、彼が賠償を得ることはない。市長は彼の一般的職務として、ニューサンスを是正する権限を有している… [エクイティ裁判官たる] 私は、土地所有者と賃借人との間においてそうであるように介入するだけである」。

【評価】

パブリック・ニューサンスは国王による処罰だけでなく、違法行為であることから、それが存在する場合には、いかなる者によっても、コモン・ロー上の自力救済行為が可能であった。この事案においても、Loughborough 卿は、市長の権限としての実力行使によって、パブリック・ニューサンスを除去することが可能であるとする。こうしたコモン・ロー上の救済の十分性に比して、Loughborough 卿は、エクイティの救済の補充性から、その意義を疑っていた

のであった。Loughborough卿の文言からは、本件訴訟の意義に対する極めて低い評価が見てとれるであろう。

仮に自力救済が可能であるとすれば、そのようなものに対して裁判所が事前に判決を渡すことに特別の意味を感じず、その限りにおいてLoughborough卿はインジャンクションを与えている。ここでは、これまでの事案が問題となっているパブリック・ニューサンスによって如何なる権利が侵害されているかという思考ではなく、救済手段の間での状況への対処の適切性の比較が見てとれよう。

5 Eldon卿の時代——*Attorney General v. Cleaver*

Eldon卿は、石鹼工場の事案である*Attorney General v. Cleaver*⁽³⁹⁾において、*Baines v. Baker*のHardwicke卿の意見がエクイティ裁判所におけるinformationを示唆したものであるという読解をした人物、すなわちパブリック・ニューサンスに対するエクイティ裁判所の管轄権を広く認めた裁判官としばしばされる。⁽⁴⁰⁾しかし、以下に見るように、Eldon卿は、パブリック・ニューサンスについて、王の私有地が関与する事案およびそれに類似する公有地の事案と、その他のパブリック・ニューサンスを分離して考えていた。

*Attorney General v. Cleaver*は石鹼工場による臭気がパブリック・ニューサンスであることを理由に、周辺住民の関係人訴訟として争われたものである。

【判旨】

まず、Eldon卿は「私の知るところにおいて、Loughborough卿の事案を除いて、実際にインジャンクションが認められた例を発見することが出来なかった」と土地に関係しないパブリック・ニューサンスに対するインジャンクションについて慎重な姿勢を見せる。そして、実際にパブリック・ニューサンスに

(39) 34 Eng. Rep. 297 (1811).

(40) Spencer, *supra* note 11, at 68; Caldwell, *supra* note 29, at 263.

対してエクイティ裁判所が管轄権を行使してきたのは、「事業に従事することに関係して考えたときにニューサンスがなんであるかは、事実の問題であり、判断することが容易い問題ではない。私は製造業がニューサンスではないと判断する評決をしばしば知っている、しかもその判決の事案において、生活の安寧が破壊され、健康が一定程度影響されているということが疑いえないのである」。

「エクイティ裁判所がニューサンスの事案において介入した事案は極めて限定されており稀であり、更に集めるとすれば、私が思うところでは、財務府裁判所において、ある種の *information* によって法務総裁が、財務府裁判所のエクイティ面においてニューサンスに関する救済、いわば予防的救済を求める権利の議論に基づいてなされたものである。Hardwicke 卿が引用するその事案は、King 卿の時代において生じた、当裁判所にもたらされた法務総裁による *information* で、公道を止めるパブリック・ニューサンスに関する事案である。これに類似して、海岸に関する財務府裁判所の事案が多くある。そして、土地が国王に属するものとすれば、それに対する救済がある。国王は障害物を排除してよい。それは国王の土地に対してのものだからである。それが国王の土地に対するものでないのであるとすれば、つまり単にすべての国王の臣民に対するパブリック・ニューサンスに過ぎないとすれば、同様の形態の訴訟がしうとしても、法は Hale 卿の *Treatise* において示されている。パブリック・ニューサンスの根拠に基づいており、かつ、国王の土壤に対する障害物ではないので、事実問題であり、陪審において判断されねばならない、と。そして、訴訟が維持できるとしても裁判所は陪審の介入によって事実を判断するようにせねばならない」と述べ、Eldon 卿は陪審審理が被告に対してなされたのと同じ状況であるならば、エクイティ裁判所はインジャンクションをすることが出来るが、本件ではそうした状況ではないとして、インジャンクションを認めなかった。

【評価】

Eldon卿はパブリック・ニューサンスに対する大法官裁判所の管轄権の行使が出来ない理由を「何がパブリック・ニューサンスに当たるか」を確定するのが、海岸や公道などの王の権利が明白な事案と異なって困難であり、陪審によって行われたのと同じ状況である限りにおいて認める。つまり、原則的には問題となる権利が私的か公的かに基づく判断をしたうえで、これを補完するものとして機能主義的な理解をしている。こうして、実際にEldon卿がパブリック・ニューサンスであるとして大法官裁判所においてインジャンクションを認めた事案とされる⁽⁴¹⁾ *Attorney General v. Johnson*においても、Eldon卿は、本件が公有地侵害の事案であり、通常は財務府裁判所で管轄権を行使されるものである⁽⁴²⁾ということを強調するのである。

6 19世紀初頭までのイギリスの判例の状態

このようなイギリスの現状からは、財産権侵害以外の事案について、エクイティ裁判所の管轄権は不明瞭な状態であったと言える。そして、アメリカのエクイティ裁判所の権限は、イギリスのエクイティ裁判所の権限と同一に考えられるので、このようなイギリスの判例の状況を、アメリカの各裁判所がどのように理解するか、というのが問題となるのである。

四. アメリカにおける受容の相克

1 初期アメリカにおけるパブリック・ニューサンスの位置づけ

(1) 州以下の裁判所への着目

以上のような英国の判例をアメリカが受容する過程を明らかにするに際して、本稿は諸州エクイティ裁判所におけるパブリック・ニューサンスの判例を

(41) 37 Eng. Rep. 240.

(42) 2 Wils. Ch.87,(1819) at 96.

扱う。なぜ州に着目するかにつき、一言述べておく。州の連邦裁判所への出訴権⁽⁴³⁾についての論文に、CollinsとWoolhandlerによる*State Standing*がある。この論文において想定されるアメリカ公法における政府の出訴権の通念は、意外にも我々の知る宝塚最高裁事件が前提とするものに近い。すなわち、「政府には憲法上の権利がないと言われる。むしろ、人民が政府に対抗する権利を有する。我々が憲法訴訟について考えるとき、脳裏によぎるイメージは私人当事者が政府やその公務員に対して出訴するものである」⁽⁴⁴⁾という。

この論文は今でも州政府の連邦裁判所におけるスタンディングの金字塔⁽⁴⁵⁾と言ってよいと思われるが、WoolhandlerとCollinsは州政府の連邦裁判所における出訴権について懐疑的である。⁽⁴⁶⁾このような態度の前提となっているのは、連邦制の下では、州政府が公益のエンフォースメントを行う場所は州裁判所であり、連邦裁判所ではないという役割分担である。州行政が、州法を州裁判所に出訴する限り、刑事であれ民事(civil)であれ問題は少ないとされている。⁽⁴⁷⁾すなわち、自身の主権に基づく立法を、自身の執行府が訴えて、自身の裁判所でエンフォースしているからである。結論として、州が連邦裁判所に出訴するにはコモン・ロー上の利益に限定しておくべきである、と主張する。とすると、我々においては、その当然の前提とされている、州法の州内でのエンフォースメントの定着したのかを見るべきであろう。

しかし、連邦が公益に基づき連邦裁判所に出訴する権限についても問題とする余地がある。この類型も、自身の法を自身の裁判所で執行しているからである。しかし、一つには連邦にはコモン・ロー上の刑罰を科す権限がないため、パブリック・ニューサンスを扱う本稿の関心から外れる。これはHudson

(43) Ann Woolhandler & Michael G. Collins, *State Standing*, 81 Virg. L. Rev. 387, (1995).

(44) *Id.* at 389-390.

(45) Stephen I. Vladeck, *States' Rights and State Standing*, 46 U. Rich. L. Rev., 845 (2012), at 851.

(46) Woolhandler & Collins, *supra* note 41, at 392.

(47) *Id.* at 397-398.

⁽⁴⁸⁾
& *Goodwin* 事件によって、連邦は制定法によって定められた刑罰のみについて科せうと定めたことによる。また、この時期の連邦は権限が弱く、基本的には州以下のレベルで公益が図られていた。⁽⁴⁹⁾

(2) Kent裁判官による公有地侵害への限定

アメリカ法の歴史におけるパブリック・ニューサンスの事例として、初期の事案とされるのが、*People v. Sands* ⁽⁵⁰⁾である。この事案は、火薬の規制に関する事案であった。初期のアメリカにおいて、火薬の規制は、木造建築中心の社会にあって重大な公衆の安全の関心事の一つであった。この事案においては「人々が恐怖心を抱くからといって、そのこと自体は、ニューサンスとなるわけではない」として刑事処罰が認められなかった。しかし、この事案は、居住地近くの火薬倉庫が、絶対的ニューサンスとなることを否定したにとどまり、事案次第では刑事処罰となることはありうるものであった。公衆の安全を阻害するような火薬庫の保管というパブリック・ニューサンスで刑事法上禁止することを一般的に否定した事例ではない。しかしこの後すぐにこの倉庫が爆発したことにより、ニューヨーク州は火薬庫をパブリック・ニューサンスとして法⁽⁵¹⁾定する。⁽⁵²⁾

このように州以下のレベルにおけるパブリック・ニューサンスによる統治がみてとれるが、同じニューヨーク州の事案となるのが、*Attorney General v.*

(48) *United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. (7 Cranch) 32, (1812) 連邦地区裁判所及び連邦巡回区裁判所の管轄権は、連邦憲法第三篇1節によって、連邦議会がコントロールする。そのために、連邦コモン・ロー・クライムの管轄権はないこととされた。

(49) William J. Novak, *The People's Welfare*, (1996), at 241-243.

(50) 1 Johns. 78 (1806) .

(51) Novak, *supra* note 49, at 53-60.

(52) Merrill, *supra* note 9, at 40はこれをもって、パブリック・ニューサンスの制御を行うのが本来的に議会であることの証拠であるとする。

Utica Insurance Co.⁽⁵³⁾である。本判決はKent裁判官の令名とともに、各州におけるパブリック・ニューサンスとエクイティ裁判所の関係について大きな影響を与えた。銀行法違反の事件である。

【事案】

本事件ではニューヨーク州法務総裁がその職務において出訴し、エクイティ裁判所にinformationを提出した。訴状によれば、1813年の州議会の立法により、法により授權されていないいかなる者も、団体や制度や企業のメンバーとなったり、銀行やファンドの財産権者となったりしてはならないという法律が制定された。被告はこれに反して、銀行行為を行っているので、法務総裁はインジャンクションを求めた。Kent裁判官は、本判決において、既に紹介したイングランドの判例の詳細な検討を行った。

【判旨】

ここではまずコモン・ロー上の救済の完全性が指摘される。「被告が、企業として、その憲章の範囲にない権力を引き受けたならば、この州の人民は、法務総裁によって、コモン・ローにおいて完全かつ適切な救済を——quo warranto（権限開示令状）またはinformationによって有する。」そして、quo warrantoは、「州の特権を篡奪したことに対するものであるから、厳密に刑事手続である」。

「法自体は、議会の授權なき銀行営業を犯罪と考えており、違反当事者は罰に服する。それは明らかに、制定法に対する侮辱である」「訴状において書かれた非難は、刑事的な罪の色彩がとても強いので、エクイティ裁判所の介入を正当化するには明白な確立された先例を要求する」。

そして、州制定法上の営業許可を潜脱した事案は、すべて刑事法違反であり、コモン・ロー裁判所で処罰されるものであったという。「特権を篡奪すること

(53) 2 Johns. Ch. 371 (1817).

への訴えは、きわめて頻繁に生じてきた。この篡奪へのインジャンクションによる救済は、極めて便利で略式的のものである。そして〔インジャンクションによる救済の〕一般的な管轄権が存在するならば、このエクイティ裁判所の管轄権はあらゆる疑いの可能性を超えて認められ、たくさんの判例によってはっきりとそう判示されてきたであろう。しかし、私は、この〔訳注：エクイティ裁判所の〕権威に関するオーセンティックな証拠を探したが、無駄に終わった。先例は全て王座裁判所であった。〕

以下からが、本事件をパブリック・ニューサンスに対するインジャンクションの禁止を基礎づけたパラグラフである。

「刑事的性質を非難するものであり、公衆に対する罪であり、財産権に関与しないならば、この裁判所の直接の管轄権に持ち込まれるべきではない。エクイティ裁判所は民事的権利（civil right）に関する事案のみを扱うことを意図されているものであり、コモン・ローにおける救済が不十分である場合にのみ扱うのである。最大の警戒をもってしなければインジャンクションの手続も適用されるべきではない。インジャンクションは当裁判所の強大な権限であり、その運営を穏当で有用にするためには、強大な裁量の下に、必要な場合にのみ行使されねばならない。訴状における非難が真理であるとしても、私には、銀行権限は、共同体に対する切迫した、そうした略式救済を必要とする重大な違反を創出しているとは思われない。イギリスのエクイティ裁判所は権利がコモン・ローで確立したのでなければ、または事案の要請がそれを不可欠とするのでなければめったにこのプロセスを用いない。」

「被告が銀行業務を法に反して継続しているならば、被告らは、疑いなく、是正されるべきである。しかし私はその営業は、当裁判所の緊急かつ非常の手続がそれを強制することが必要とされるような害悪やパブリック・ニューサンスであるという意見には賛成できない。私は、当裁判所（訳注：エクイティ裁判所）が財産に対するプライベート・ニューサンスを抑止する実践をしていることや、私有財産の享受において人を救済していることを知っている。しかし、

エクイティ裁判所が、財産権を侵害せず、単に公序にのみ反するようなパブリック・ニューサンスを鎮圧するべく、インジャンクションによって介入することは——またさらに仮の救済であればもっと——極めてまれな事案であり、起きたとしてもそれは例外として考えられてよい。この事案において篡奪されている銀行権限によって、その私的権利（private right）の享有において影響され邪魔されている具体的な私人はいない。」

このように、Kent裁判官は、極めて例外的な事案におけるパブリック・ニューサンスに対するインジャンクションの余地を残しつつも、プライベート・ニューサンスに当たるような私的権利の享有をされている私人が本件では存在していないという極めて原理的な理由もエクイティの介入の不存在の理由において述べており、この理由に従えば州政府がパブリック・ニューサンスについてインジャンクションを認められるのは、それが州政府にとっての私的な権利を主張している場合ということになる。こうして、英国の先例の吟味がなされる。

「*Baines v. Baker*の事案はアナロジー関係にない」上に、informationの本来の提出先をHardwicke卿は述べていなかったとKentは述べる。しかし、「彼は道をふさいだパブリック・ニューサンスのためのinformationが、王座裁判所に提起されることを推奨した事案について言及した。そうすると、大法官は、informationは、当裁判所同様に、王座裁判所に提起されるべきであると意味していたのだと推論してもおそらく公正である」。しかし、いずれにせよ、このinformationの提出先が疑わしいのに、推論によってエクイティ裁判所の管轄権を拡大するような解釈自体をするべきではない、とKent裁判官はこの事案を理由に、パブリック・ニューサンスについてのエクイティ裁判所の管轄権が認められるということを禁欲する。

「しかし、財務府裁判所のエクイティ面の一つの事案であって、より多くの注意に値しうるものがある。それは*Attorney General v. Richards*である。」「非難された侵害は特別の種類のパブリック・ニューサンス——公有地侵害と名付けられる——であり、これは国王の、公道と川と海岸における財産権に対する

侵害と囲い込みを意味するものである」と、同事案が単なるパブリック・ニューサンスでなく、その「特別の種類」たる公有地侵害であったことを強調する。この先例について、Kent裁判官は以下のように総括する。

「この事案は、王の国土に対する侵害を構成するような、特殊のニューサンスを是正するものであった。(Richardsにおいて) 引用された事案らは、すべてこの種の事案であり、これら事案は全て、財務府裁判所におけるもの、すなわちもともと、王の財産に関する適切な管轄権を有していた。パブリック・ニューサンスの事案についての、財務府裁判所におけるエクイティ管轄権ですら、一世紀半の間、つまりチャールズ一世以来1795年まで、眠っていたことを示す。」

「Richardsにおけるニューサンスがポーツマスのような重要な海岸に影響するという深刻かつ危険なものであったばかりでなく、王が土地における財産権を樹立したのであり、それはプライベート・ニューサンスの事案におけるような、財産に対する侵害の問題であった。…しかしこの事案に最重要の重みを与えると、その事案と我々の現前にある事案との間はほとんどアナロジーが通用しない。本件では何らの州の財産(傍点訳者)に対する侵害はないし、同様の性質の害悪はない。この事案における銀行権限の行使に対する異議は、それが不法であって、法によって認められていないというものである。これをパブリック・ニューサンスだとか、ニューサンスがほのめかすような種類の迷惑だとか害悪だとかいうのは、言い過ぎというものであろう。」

こうして、外観上パブリック・ニューサンスに対して管轄権を行使した事案であるとしながらも、それは公有地侵害の事案という、プライベート・ニューサンスのアナロジーが成立する事案であったということを指摘する。

【評価】

まず指摘しなければならないことは、このKent裁判官による、イングランドのパブリック・ニューサンスの判決の評価は、すべて傍論であるということである。すなわち、本件を棄却するにあたっては、本件がパブリック・ニュー

サンスを構成するような何らかの利益侵害が生じておらず、制定法違反のみを根拠としているということを述べれば十分だったのであって、パブリック・ニューサンスについてエクイティ裁判所会が管轄権を有しているか、という話をする必要はなかった。しかし、この傍論は、Kent裁判官の令名によって、のちの各州裁判所に大きく影響することとなる。⁽⁵⁴⁾ Kent裁判官を明示的に否定する意見が初期においても見られるが、この事件も、同事件が公有地侵害とパブリック・ニューサンスとが競合していることを認めるのである。⁽⁵⁵⁾

本件のKent裁判官の思考においてまず特徴的なのは、パブリック・ニューサンスと公有地侵害の関係についてである。すなわち、Richardsの原告の意見に引用されるHale卿においては、公有地侵害は王の私的な権利に関するものであり、パブリック・ニューサンスに関しては王の公的な権利に関するものであるから、概念上区別されたものとして併存する。ところが、Kent裁判官の意見においては、パブリック・ニューサンスの特殊類型として公有地侵害は位置づけられている。パブリック・ニューサンスとしての公衆に対する権利侵害のうち、王が私的な権利侵害を基礎づけることが出来るような事案として、王の土地に対する権利侵害が存在し、エクイティ裁判所は財産権侵害を管轄する裁判所として、この公有地侵害にのみ介入することが出来るというのである。

(3) EdenとStory——機能主義的思考

イングランドの先例に対する読解は、インジャンクションに関する包括的な同時代のTreatiseであるEdenの著作においては、注意深く中立的に書かれていた。すなわち、「公有地侵害とニューサンスの事案におけるエクイティ裁判所の管轄権は、それほどしばしば行使されたわけではないが、疑われていな

(54) Caldwell, *supra* note 31, at.263-264, 「Kent裁判官のような卓越した裁判官による判決は当然に、のちのアメリカ裁判所に途方もない影響力を与えた。州に属する財産にパブリック・ニューサンスが関与している場合には、インジャンクションは自由に認められた」。

(55) State v. Mobile, 5 Porter 279 (1837) .

い」。そしてこのことを証明するために、公有地侵害の事案を挙げて、これらが、パブリック・ニューサンスを理由にしても支持し得た、という叙述をするのである。⁽⁵⁶⁾また、「(公有地侵害ではなく)単にパブリック・ニューサンスに過ぎない事案に対するエクイティ裁判所の管轄権は、エリザベス女王の時代にさかのぼる」として、法務総裁が財務府裁判所に荘園借主が鳥小屋を建設するのを止めさせるべくインジャンクションを求めた事案があるとするが、当該荘園の受戻権は女王にあった。しかし、この事案においてインジャンクションを与えたのは誤りであったともEdenは指摘する。更に、筆者は、有害事業や近隣住民の健康や安寧に対する破壊的なものを行うことを継続するものを抑止するようにエクイティ裁判所が実際に介入した先例をみいだすことはできなかったというEldon卿の意見を指摘する。⁽⁵⁷⁾

しかしStoryのコンメンタールではEdenを引用して「エクイティ裁判所の管轄権は極めて古い」と述べる。⁽⁵⁸⁾そして「厳密な意味での」パブリック・ニューサンスだけでなく、公有物に関係する公有地侵害にもその管轄権は及ぶ、という、パブリック・ニューサンスの管轄権こそが基本であるという叙述になる。こうしたパブリック・ニューサンスや公有地侵害に対する管轄権の基礎は、コモン・ローによる救済の不十分性を補い、回復不能な損害に対する救済を与えることというエクイティの一般原理に求められる。⁽⁵⁹⁾

KentとStoryとの間の対立は明らかであろう。公物所有者が、私法上の権原の侵害を被った場合に、エクイティ裁判所で救済を求めることは認められる。しかし、こういった事案においてのみ、行政がエクイティ裁判所での訴訟を起こせるというのがKent裁判官の発想である。他方で、Storyは、公衆の利益侵害が広大に生じそうな刑事法違反行為が将来的に起こされそうな場合に、その生じるのを待っている暇はないのであるから、先にエクイティ裁判所でのイ

(56) Robert Henley Eden, *Treatise on the Law of Injunctions*, (1821) at 222-24.

(57) *Id.* at 225-26.

(58) Joseph Story, 2 *Commentaries on Equity Jurisprudence*, (1853) § 921.

(59) *Id.* § 924.

ンジャンクションを請求をすることができるのは、コモン・ロー違反行為の救済をエクイティで補充することが出来るのは当たり前であるという理解なのである。ここではKentと異なり、公益違反としてのパブリック・ニューサンスから私的権利として構成可能なものを取り出そうとする発想は乏しい。「パブリック・ニューサンスである」ということでエクイティの管轄権行使は可能なのである。そしてのちに勝利するのはこのStoryの立場であった。

2 ポリス・パワーの法としてのパブリック・ニューサンスの確立

パブリック・ニューサンスは、英国国王が公的権利として有する、臣民の利益を保護するコモン・ローとして観念されていた。そして、「私的な違法行為では決してないものに法は何らの私的な救済手段を与えず」、救済手段は「indictmentのみである」。こうして、国王のみが、その「至高の統治者としての公的権能」において、そして王国の家父として出訴する。⁽⁶⁰⁾ 国王なきアメリカにおいても、パブリック・ニューサンスの前提としてのpublic policeを規制する権限＝ポリス・パワーを議会の規制権限として観念することとなった。⁽⁶¹⁾

アメリカにおいても、パブリック・ニューサンスは既にその定義において多種のものを含む土壌を見せいていた。というのも、ほかならぬKent裁判官自身が、ニューサンスと財産権の関係について、多様な類型を想定していた。すなわち、「財産権は保護されるが、他者を侵害するように利用してはならない、と立法者は規定できるということはなお了解されねばならない。政府は、一般的な規制により、ニューサンスにならないように財産権の利用に介入する。有害な事業、と畜場、五感に有害な事業、粉じんの排出…等は法ですべて禁止されうる。」⁽⁶²⁾ としており、規制行政一般に及んでいたと評価することが出来る。つまり、パブリック・ニューサンスは、その本来的な領域の刑事法上は、種々の公益を裁判所が発見して処罰することが出来るコモン・ローであると同時に

(60) *Id.*

(61) Blackstone, 4 *Commentaries on the Law of England*, Ch. 13, v.

(62) James Kent, 2 *Commentaries on American Law*, (1827), at 276.

に、議会が政策的に、そうしたパブリック・ニューサンスに当たるものを刑事罰にするという技術によって、議会政策を裁判所に橋渡す役割を果たすことは、当然に考えられた。議会の公益のための法制定権限であるポリス・パワーとこのニューサンスとの結びつきを描いた事件として名高い⁽⁶³⁾ *Commonwealth v. Alger*は、この意味で、エポックメイキングな事件⁽⁶⁴⁾というよりも、既に存在していた考え方の総括であったとされる。

しかしパブリック・ニューサンスがそのようなものになったとしても、そうした種々の目的のエンフォースを刑事事件以外、就中エクイティ裁判所で行うための論理構築を図るか、という問題は、EdenやStoryのTreatiseやコンメンタリーにもかかわらず依然として残った。*Commonwealth v. Alger*もあくまで刑事事件である。⁽⁶⁵⁾ Kent裁判官の定式をどう乗り越えるかはその後の判例の課題となったと言えよう。

(63) Harry N. Scheiber, *Public Rights and the Rule of Law in American Legal History*, 72 Cal. L. Rev. 217 (1984), at 222.

(64) 61 Mass. (7 Cush.) 53 (1851). William J. Novak, *supra* note 49, at 19は、本判決が、しばしばハード・ケースであり、19世紀末のプロGRESSIVの時代の州の規制権限の観念の先取りと目されるが、そうではなく、19世紀前半のアメリカ社会において、州やローカルな政府が危険な建物・鉄道・公共交通や企業や公道の利用や埠頭・ドック・迷惑取引・売春宿・富くじなどを規制してきたことの総仕上げであり、むしろ同時代を正しく認識していたということにこそ価値があるという。

(65) M. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, (Oxford Univ. Press, 1992), at 78; Paul M. Kurz, *Nineteenth Century Anti-Entrepreneurial Nuisance Injunctions-Avoiding the Chancellor*, 17 Wm. & Mary L. Rev. 621, (1976) at 649らの、19世紀の立法が産業化を支援し、鉄道会社等の責任を免除する役割を果たした、という診断は、この意味において、一面的であると思われる。以下に見る判例にあるように、立法は議会と裁判所によるそうした法人を統御する手段としての役割をも果たせていた。

3 議会制定法と Public Nuisance

(1) 鉄道会社の事例におけるパブリック・ニューサンスを認めるエクイティ裁判所

判例においてはKent裁判官自身が認める公有地侵害でもある事例はもちろん、健康被害のような事案では確かに散発的にパブリック・ニューサンス⁽⁶⁶⁾によることを根拠としてインジャンクションを認める事例が現れるものの、売春宿⁽⁶⁷⁾などのような道徳的退廃の事例では、刑事処罰に依っていた。州の財産権⁽⁶⁸⁾的な権原に一般的には拠っていたのであり、公益擁護の任務は、基本的には、刑事法であったと理解してよいであろう。

たとえばニューヨーク州における法は、少なくとも19世紀後半まではセント裁判官の流れに属していたようである。Field法典の民法部分はいずれの州においても採用されなかったが、彼の法典によるパブリック・ニューサンス⁽⁶⁹⁾に対する救済手段についての部分を見ると、①indictmentによる刑事訴訟、②特別の損害を被った私人による損害賠償、③制定法によって授權された公務員による即時の除却、となっており、エクイティ裁判所への出訴は予定されていない

(66) *State v. Mobile*, *supra* note 55.

(67) *Attorney General v. Blount*, 4 Hawks 384, (1828).

(68) そのため、私人であれ公務員であれ、こうした施設を裁判所の判決を待たずに自力救済的に除却しようとした訴訟が起きた。しかし、こうした事件において裁判所は、破壊された建物の所有者——すなわちパブリック・ニューサンスを構成する施設の所有者による損害賠償の求めに対して勝訴判決を与えてきた。州がシティに対して「売春宿を鎮圧し予防するための条例」の制定権限を授權し、シティがそれに基づいてシティ議会がある施設をパブリック・ニューサンスと判断した場合に当該施設を除却する権限を定めていた場合にもであった。この場合に、パブリック・ニューサンスのエンフォースメント手法として、即時の除却権限の制定権はコモン・ローが認める範囲を超えてまで、シティが定めることを州から授權されていない、という理由により、除却が違法とされた。*Welch v. Stowell*, 2 Doug. 332, (1846) ; *Ely v. The Supervisors of Niagara Co.*, 36 N.Y. 297 (1867).

(69) David Dudley Field, *New York Field Codes*, (1850–1865) , Civil Code, § 1956.

かった。

この傾向に対してほころびがいくつかの方向から生じる。一つには先述した健康被害の事例でパブリック・ニューサンスをエクイティ裁判所が管轄権を行使することが散見されるようになる。しかし、議論が活性化するのは、まず19世紀半ばの鉄道会社を始めとする法人の事例と、後半、特に80年代以後の州政府レベルでの禁酒立法を始めとする各種の道徳的な規制における事例との発展であるように思われる。禁酒法により立法違反とパブリック・ニューサンスの関係が深まることは別稿で詳述したが、それに至る鉄道会社規制の事例を見る。

鉄道会社が19世紀半ば以降、発達するにあたって、鉄道会社に対するニューサンス訴訟が、プライベート・ニューサンスについてもパブリック・ニューサンスについても、なされるようになった。鉄道会社は州議会の制定法によって設立をしており、こうした制定法によって認められた権限の外の行為について、パブリック・ニューサンスが成立するという論理を取るのである。

(2) *A.G. v. Railroad Companies*⁽⁷⁰⁾

アメリカで、同種のイギリスの判例を引用しつつ生じた。1875年のウィス

(70) 35 Wis. 425 (1874).

(71) こうした論理を取る事例にイギリスのものであるが、*A.G. v. Great Northern Railway Company*, 1 Drewry & Smale Rep. 154 (1860)がある。そこでは、1845年の設立法に違反して、鉄道会社が石炭の販売を行っていたというものであった。これを禁止するべく、法務総裁がエクイティ裁判所に訴えた。ここでの制定法とパブリック・ニューサンスとの関係、そして行政主体の出訴権をめぐることは、特徴的な思考をみいだすことが出来る。

「〔設立法に違反して石炭を販売する鉄道会社の行為は〕法に違反し、株主との契約に違反している。そして更にそれは議会法によって創設された、企業と公衆との間の黙示の契約にも違反している。」

「唯一の残っている争点は以下のものである。すなわち、公衆の利益が訴えられている行為によって侵害され又は危険にさらされているとしたら、その権限又は関係人としての法務総裁は、それを予防するための〔エクイティ上の〕

コンシン州の事案である。ここでは、Kent裁判官を明示的に批判しつつ、州制定法違反のエンフォースメントを論じている。

本件では、州制定法によって最高料金規制がなされていたが、これの違反に対する制定法上の quo warranto による刑事訴訟と並行して、鉄道会社に対するインジャンクションが継続していた。

「法務総裁が単に有限的な数の私人のために出訴できるかは」さておき、イングランドの法務総裁の公共の福祉を現に侵害しているまたは将来しそうな法人の違法行為を抑止する権限は、……疑いがない。この管轄権の基礎は古来のものであるが、その適用の範囲は「大企業の増加と相まって」近年激増した……」

「ニューサンスを抑止する、古来からの管轄権が、目下の現代の管轄権の最も直接の基礎となる。…私人当事者の出訴のもとでの私人への違法行為に対するインジャンクションによる救済は、アメリカの判例の多くで認められ、エンフォースされている。」

同様に、私人による法人の権限踰越に対する私人への違法行為を抑止する管轄権も、確立している。

「こうした事案では、公衆への違法行為は、私人への違法行為の集合体に過ぎないとみてよい。そして、侵害された本人による私人への違法行為を禁止するために管轄権がいったん確立したならば、ほとんど論理的な必然性によって、州の利害であるような公衆全体に共通する…違法行為を禁止するもう一方

information を提起することが出来る。

…法務総裁がニューサンスを禁止するために当裁判所に出訴するために、公衆を代理してやってくる事案はこの原理の良い例である。……全ての侵害がニューサンスというわけではない。しかし、法務総裁の information によって侵害から公衆を防ぐための権利は、狭義のニューサンスに当てはまらない侵害に限られない。」

このように、アメリカ諸州の直接の事例ではないが、パブリック・ニューサンスについて公衆の利益の保護を認めるという思考を拡張することで、制定法違反に対してエクイティ裁判所に出訴するという現象の先鞭が英国でつけられていた。

の管轄権を認めることとなる。[こうした管轄権を広範な数の私人の出訴に任せるよりも] *parens patriae* としての法務総裁によって代表させる方がより便利で効率的で適切である。]

この判例は、制定法に基づく法人の義務をいかに確保するかについての思考を描き出している。Kent裁判官においては、そうした義務を確保する手段は、制定法に基づく刑事処罰であった。しかし、この事例においては、エクイティ裁判所に対する出訴権が明示されていなくても、制定法違反の被告法人の行為をインジャンクションによって訴えることが可能となっている。それは、公有地侵害に限らず公衆の利益を擁護するものとしてのパブリック・ニューサンスがEdenやStoryの叙述によって認められているということを根拠に、こうした制定法違反による民衆の利益も、そのアナロジーに収められるのである。こうして、「パブリック・ニューサンスにエクイティ裁判所が管轄権を有する」を根拠に、制定法規違反の私人や法人の行為に対して、インジャンクションを行う先例がこの段階で生じた。

更に、公益実現＝刑事法＝エクイティ裁判所の管轄事項ではない、という議論を突破するための論理として、私的な利益の侵害の集合体としての共同体の利益の侵害であるとする点が注目される。私的利益の集合体としての公益であり、一人一人の利益がエクイティ裁判所において管轄しうるものである——例えばプライベート・ニューサンスのエンフォース——のであるとすれば、その集合体をエクイティ裁判所が取り扱うことは問題ないはずである、という論理である。この論理は、もし公益に基づく私人の出訴を認めれば大量の請求を認めることになってしまうという議論とも矛盾しない。⁽⁷²⁾

(72) James L. High, 1 *A Treatise of the Law of Injunctions*, (1880) § 20は、それでも、本件をエクイティ裁判所の財産権管轄にこだわり、先例性がなく、「原理によっても権威によっても支持されないほどに管轄権を広げすぎている」と批判する。

(3) 連邦行政の発展とパブリック・ニューサンス

こうして、19世紀後半まで存在した裁判所が主として公益を実現するための規制の舞台であるという観念を紹介することが出来たと思われるが、こうした裁判所を中心とした規制は、広く知られる Progressives の時代における連邦行政レベルでの行政機構を設立してなされる行政との間でどのような関係に立つものだったのかを附言する。

19世紀の後半から、大規模な鉄道輸送が行われるようになったが、鉄道料金の差別的な設定に対して、コモン・ローでの対応を当初は行っていたとされる。すなわち、コモン・ローでは不公正な競争に対して損害賠償或いはインジャンクションによりこれを防止することが出来た。しかし、この「不公正な競争」による法理は十分な救済とはなりえず、州の行政委員会、後には連邦レベルで 1887 年の州際通商法により、規制が行われることとなった。こうして、連邦議会は行政的な活動について規制権限を行使することになったが、州際通商法違反を防止するための管轄権について、エクイティ裁判所の管轄権を援用する。⁽⁷³⁾

また、シャーマン反トラスト法も同種のエクイティ権限の援用を独占や不当な取引制限の禁止において行っている。連邦最高裁は、こうしたエクイティの管轄権について「州際通商を規制する連邦議会は、州際通商を保護する義務を負っており、他の民事的救済 (civil remedy) よりも効率的なものとしてインジャンクションの救済を与えることが出来る、と述べる。⁽⁷⁴⁾ こうした連邦の行政機関がエクイティ裁判所を通じてその命令をエンフォースしようとすることも、パブリック・ニューサンスに基づく政府による提訴の延長として論じる当

(73) 中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量 (二)」法学協会雑誌 107 巻 5 号 (1990) 819 頁。

(74) 1887 年の州際通商法は「陪審審理を要求する係争に基づいていない州際通商委員会の命令の不服従の際には、委員会及びこの命令に利害を有するいかなる会社および私人も、連邦巡回区裁判所のエクイティ面に訴訟を提起することができる」と定める。24 Stat. 384. (1887) .

(75) *U.S. v. Trans-Missouri Freight Ass'n.*, 166 U.S. 290, 343 (1897) .

⁽⁷⁶⁾
時の文献が見られる。

(4) 行政のパブリック・ニューサンス出訴権の金字塔としての *In re Debs*

このように州のみならず、連邦においても、公益を保護するために裁判所に出訴するにあたり、制定法が存在してもなお、その背後の訴権を観念しようとした。これを一挙に解決したのが、*In re Debs* という鉄道ストライキの事案であった。この事案により、パブリック・ニューサンスのエクイティ裁判所の管轄権が「政府があらゆるものの利益を推進するために、またある者の違法行為——公共の利益への侵害に結実するもの——を防止するために負うところの義務は、それ自体として裁判所におけるスタンディングを基礎づける⁽⁷⁷⁾」として、財産権侵害以外においても基礎づけられた結果、諸州のエクイティ裁判所は何らかの施設をパブリック・ニューサンスと宣言する制定法に違反した施設管理者へのインジャンクションを認めるようになっていく。

五. むすび——形式的思考を隠れ蓑とする機能的正当化

パブリック・ニューサンスはコモン・ロー刑法として出発したが、このコモン・ロー刑法はそもそも概念が曖昧になる土壌をはらんでいた。これがコモン・ロー上の一訴権としてみなされたことで、この訴権をどの裁判所でどのような手続で取り扱うことが出来るか、という問題は、公益制御をどのように裁判所で扱うかという問題の隠れ蓑となったのである。公益を取り扱うフォーラ

(76) Edwin S. Mack, *supra* note 27, at 397-98. では、財産権侵害、道德規制などのパブリック・ニューサンスを経て、連邦の経済規制立法におけるエクイティ裁判所の管轄権が生まれたという。また Ernst Freund, *Standards of American Legislation* (1917), at 65-68 ではパブリック・ニューサンスと、この欠陥を乗り越えるものとしてのより精密化した規制法規 (police regulation) という図を描く。

(77) *In re Debs*, 158 U.S. 564, 584, (1895). この事件については筆者の前稿を参照されたい。

ムや救済する手法の問題が、「パブリック・ニューサンスに対するインジャンクションを判例上基礎づけうるか」という問題で代置される。この流れの中で、パブリック・ニューサンスのうちエクイティ裁判所で取り扱われる領域の拡大は、Storyらの機能主義が勝利していく歴史としてアメリカ法が出来よう。アメリカ法の19世紀の思考は訴権による形式主義としてしばしば非難されるが、その形式主義を逆手にとって、彼らは「パブリック・ニューサンス」の意味の操作により機能主義的な拡大を行っていたのではないか。

おそらく我が国にもこの点は示唆を齎す。すなわち、宝塚パチンコ条例事件において、公益確保のための出訴が否定されたにもかかわらず、事実上、公益確保が満たされている事例として、越谷市の事案及び福間町公害防止協定事件がある。しかし、裁判所はこれらについては宝塚パチンコ条例事件を適用することなく、これを認めている。

また最高裁ではないが、下級審の判決として、杉並区住基ネット訴訟にお

(78) Steven Winter, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, 40 Stan. L. Rev. 1371 (1988), at 1395-1396の記述を参照。

(79) 最三判平成18年2月21日民集60巻2号508頁。

(80) 最二判平成21年7月10日判時2058号53頁。但し仲野武志「公害防止協定の法的拘束力」地方自治判例百選〔第四版〕(2013) 76頁は、本判決を宝塚パチンコ条例事件の列に並べることを諫める。本件は規制主体たる立場で福間町と事業者との間で締結されたものではなく、第三者として事業者との間で締結されたものであるので、なんら私人と異ならない立場として締結しているとする。福間町が行政規制権限をこの事案で有していなかったという指摘は重要であるが、そうであるとしても、宝塚パチンコ条例事件のいう「行政権の主体として」は規制権限の行使のみならず「一般公益の保護を目的とするもの」全体に当てはまるものと思われる。山本隆司『判例から探求する行政法』(有斐閣、2012) 212-214頁。

(81) 一審(東京地判平成18年3月24日判時1938号37頁)及び二審(東京高判平成19年11月29日判例地方自治299号41頁)。一審二審が確認訴訟部分を宝塚パチンコ条例判決を引用して却下しつつ、国家賠償訴訟部分を適法として本案判断をしていることにつき、西上治「行政事件の再定位?——杉並区住基ネット訴訟をめぐる」法律時報89巻6号35頁(2017) 42頁は、「損害賠償請求の衣

いて、確認訴訟については宝塚事件の論理を適用したにもかかわらず、その争点がほぼ同じにもかかわらず国家賠償訴訟については本案審理を行っている。

これらの、通常の民事訴訟における給付訴訟として認めうる訴訟物が存在していればその背後の利益を問わない思考は、パブリック・ニューサンスという訴権が存在しているならば公益一般についての確保をエクイティ裁判所で行うことに躊躇を覚えなかった19世紀後半のアメリカと相似形にあるとは言えないであろうか。そうすると、果たして、こうした訴訟物の設定の仕方次第で問題が消滅するような思考形式にどれほどこだわる必要があるのか、という疑問こそ重要な⁽⁸²⁾のではないか。

を纏いさえすれば『法律上の争訟』に該当することを認めるものであ」るとしたうえで、本来裁判所で扱う事件を、解決手段の政治過程への影響の大きさによって区別しているのではないかと示唆する。

- (82) 本稿脱稿後、中村民雄教授によるイギリス法研究会で多大な示唆をいただいたが、時期的な問題により、反映できていない。修正は他日を期したい。