

損害防止差止に関する一考察

——イギリスの場合——

西 牧 駒 蔵

目 次

- 第一章 損害防止差止の定義
 - 第二章 損害防止差止裁定の要件
 - 第三章 損害防止の命令的差止の裁定要件
 - 第四章 損害防止の命令的差止に代る損害賠償
 - 第五章 コモンロー上の損害賠償の救済
 - 第六章 結 語
- 注

第一章 損害防止差止の定義

イギリスで、次のように定義されている。被告の行状がそのまま継続が許されると、原告にほぼ確実に実質的損害が発生する程である場合、原告が「損害防止」訴訟を提起することができる。つまり、予想される法律上違法性を帯

説

びる行為を停止するために差止を求める訴訟である。⁽¹⁾或いは、権利侵害 (injury) が差し迫り、又はそのおそれがあるだけで原告の権利の侵害 (infringement) がまだ全く発生していない場合に、中間的であろうと、永久的であろうと、差止を入手できる。⁽²⁾

論

損害防止差止 (quia timet injunction) (quia timet = because he fears) は、権利侵害 (injury)、実質的損害が未発生段階で、それらの発生が差し迫っている状態の中で、原告を保護する差止であるといつてよい。普通、差止が付与されるには権利侵害があり、損害賠償で十分損害を救済できない場合が原則だが、その権利侵害が未発生段階で付与される損害防止差止であるために問題が多く、その差止の裁定要件の解明、及び損害防止の命令的差止 (mandatory injunction) の裁定要件の解明、さらに、損害防止の命令的差止に代る損害賠償の裁定、その裁定が拒否された場合の救済が重要でイギリスにつき述べていく。

Redland Bricks Ltd. v. Morris 事件 [1970] A.C. 652 で、命令的差止が損害防止差止と解釈された (Lord Upjohn)。これには批判もあり、ふれることにする。

第二章 損害防止差止裁定の要件

損害防止差止裁定の要件を述べる。

まず、原告の権利が侵害されるであろうこと。詳細に説けば、権利侵害 (injury) 或は損害 (substantial damage) の発生する蓋然性が強いこと (ほぼ確実なこと)、及び権利侵害や損害の発生が差し迫っていること (imminent) である。⁽³⁾

権利侵害の損害の発生する蓋然性につき、蓋然性の程度の絶対的基準がなく、「要するにここでのねらいは、関係事情をすべて考慮した上での当事者間の正義である。」との判決がある。⁽⁴⁾ この判決では損害防止差止裁定が過去よりも容易に認められるが、*Lemos v. Kennedy Leigh Development Co. Ltd.* (1961) 105 S.J. 178, C.A. と調和しがたく、その上、損害防止差止が付与されたとの判決が必要だったのは、本件でただ、*Lord Cairns' Act* 下の損害賠償裁定の根拠としてであるといわれる。⁽⁵⁾

Lemos v. Kennedy Leigh Development Co. Ltd. は、「十分な訴訟を基礎づける損害の切迫さを否認した」例である。⁽⁶⁾

次に、コモンロー上の損害賠償が十分な救済にならないこと。損害賠償が十分な救済とならない場合は二つあり、一つは、金銭をもってしては償うことのできない損害の生じる場合であり、他は、損害が継続的又は反復的に生じて損害賠償で十分な救済を得るためには、損害賠償請求の訴を何回も重複して提起しなければならない場合だと、一般に説かれている。これは、差止裁定一般にあてはまる。⁽⁷⁾

第三章 損害防止の命令的差止の裁定要件

損害防止の禁止的差止の裁定要件は、前述した要件で十分といえる。もちろん、これらの要件以外の特別事情が発生すれば、これらの特別事情をも考慮して、「公正か便宜」(just or convenient) の場合に、裁定されることとなるエクィティー裁判所の裁量である。⁽⁸⁾

ところで、損害防止の命令的差止の裁定要件を論じたものに、*Morris* 事件の *Lord Upjohn* の意見がある。⁽⁹⁾

次のように述べる。

(1) 損害防止の命令的差止が許与される場合は、深刻な損害 (grave damage) が将来自分に発生する非常な有力な蓋然性を立証する場合で、「time」=「fear」心配する、では十分でない⁽⁹⁾。控えめに、注意して許与される。

(2) もし、そういう損害が発生すると、損害賠償では十分な救済とならない場合だ。

(3) 将来予想される違法行為の蓋然性を予防したり減少したりする作業遂行の経費が、被告に負担させられる点が、考慮すべき要素となる。

(a) 被告が隣人の権利を無視して活動してきたり、被告を出し抜いたり、裁判所の管轄権 (当該差止付与の) をうまく逃れようと試みたり、つまり隣人に対して理不尽かつ不合理に活動してきた場合に、理不尽かつ不合理な活動の矯正 (repair) を命ぜられる。経費如何にかかわらず、矯正のために積極作業の実施を命ぜられる。⁽¹¹⁾

(b) 被告が合理的に行動し、将来の結果が違法状態になれば、被告の初期の活動を積極的作業で救済する費用が、二つの理由から非常に重要となる。第一は、法律上の違法行為がまだ発生せず (そして、原告がコモンロー上もエクィティー上でも償われていない)、⁽¹²⁾ しかも決して発生しないか、たとえ発生しても予想をはるかに下回る規模でしか可能性がない。第二は、結果的に大損害 (heavy damage) が発生しても、コモンロー上の訴訟及びエクィティー上の間接救済を利用できるので、決して不利益 (prejudiced) にならない。そこで出費額と原告のこうむる損害とを比較して被告 (単なる潜在的違法行為者である) にその出費を負担させるとなると不合理な場合、裁判所は、上述の場合に応じて管轄権を行使する。もちろん、ここまででなくとも、原告の土地に生ずるそれ以上の権利侵害の蓋然性を減少するだけの積極作業実施の義務を課してもよい。⁽¹²⁾

(4) 差止の内容が、被告に何をするのか正確に教示する程に具体化されており、⁽¹³⁾その実施にあたり請負人に適切な指示ができる位でなければならぬ。

以上述べた損害防止の命令的差止の裁定要件は、Lord Upjohn が Morris 事件で土地支持の除去 (withdrawal of support) の原状回復のために積極的作業の実施を命ずる損害防止の命令差止の裁定の可否を判定するにあたり、その特殊事情を考慮しつつ樹立した裁定要件であることに注意すべきである。事案は、注(9)を参照。その事件で、Lord Upjohn は、損害防止の命令的差止の裁定を拒否したが、上記の四要件につき検討した。

(1) の要件 深刻な損害が発生する有力な蓋然性が、そなわっている。

(2) の要件 損害賠償が十分な救済にならないこと。ただし、さらに損害が発生するのか、もし発生すれば、規模はどうか、——証言では非常に実質的という——は誰も見分けられぬから。

(3) の要件 被告の行状は不合理でなかった。ただ違法な(結果を生む)だけだった。今後の損害を防ぐ適切な可能性をもつ、合理的で費用の高すぎない作業の実施義務を課するのがよい。或いは、差止命令申立の許可を与えるだけでもよかった。

(4) の要件 命令差止の用語が実施作業内容を指示せずに、無制限の支持回復義務を課している。それは、原告の専門家の証言に述べられた救済作業の実施経費の三万ポンドを超えるであろう。それに比し原告の損害は、二千ポンドである。

こう判断した上で、Lord Upjohn は、損害防止の命令的差止を取消したのである。⁽¹⁴⁾

ところで、損害防止の命令的差止の範疇に属する例として、Lord Upjohn は、上述の土地支持の除去の原状回復の差止をあげている。「しかるに、損害防止訴訟とは、予想される法律上の違法行為の停止のため、或いは、権利侵害が差し迫り、又はそのおそれがあるのみで原告の権利の侵害がまだ全く発生していない場合、或いは訴訟原因の未発生の場合」(注(1)参照)、提起される。そこで、権利侵害を未然に予防するためには、差止の内容は、権利侵害を惹起するに至る行為の禁止・抑制(prohibit・restrain conduct)の形式をとるに至るのが普通であるといえる。原告の窓の採光権を侵害し生活妨害(ニューサンス)を惹起させる規模の建物を建築することを禁止する禁止差止が、例である。

他方で、命令的差止は、被告が原告採光権妨害となった建物を建てたり、通行権の妨害になった建物を建てたりして、権利侵害の永久的原因をつくった場合に、その建物やその他の損害の原因を除去して、原告の権利の原状回復を命令するものである。例えば、建物の一部の取壊しを命ずる内容となる。こう一般に説かれているが、この場合の命令的差止は、通常の、即ち、損害防止でない場合であり、そこではすでに権利侵害や訴訟原因が発生し、原告に損害が生じており、その原因を将来に向けて排除するために積極的行為を被告に命令されるのが、特徴である。

損害防止訴訟では、そうでない。また、権利侵害や訴訟原因が発生せず、しかし、権利侵害や訴訟原因をもたらす行為が差し迫っているために、その権利侵害や訴訟原因の発生を未然に防止するためには、被告がその行為の実行を禁止される(これが禁止的差止)。ところが、そのまま権利侵害や訴訟原因の発生が防止できれば、原告の救済が完全になるが、もし被告がその行為を禁止されるまでにすでにその行為の半分を遂行していると、たとえその時点で行為を中止しても、将来の権利侵害や訴訟原因の発生が予想され、危険の差し迫っている状態がそのままに放置され

る結果になる。この状態を修復し、将来権利侵害や訴訟原因の惹起される蓋然性の全くない原状に戻すための積極的行為が、当然必要になるであろうと思われる。積極的に特定行為の実行を命ずるのは命令的差止であるとすると、この場合の差止も権利侵害の発生を未然に防止する効果をもつので、損害防止の命令的差止と呼ばれると、いってまちがいはないであろう。

ところが、この流れにかかわらずに Lord Upjohn は、Morris 事件でおよそ次のように意見を述べている。『地滑りを起こした、被告の採掘による土地支持除去という〕不法行為的活動の停止、及び、土地に生じた損害の賠償の裁定は、土地の所有者がコモンロー上、エクイティー上資格がある救済のすべてである。それでも、コモンロー上利益でない。以前の支持除去の結果として再度の地滑りが発生すれば、この新しい損害に別の訴訟を提起でき、別の損害賠償と差止とを要求できる。しかし、裁判所のこの管轄権があっても台なしにされぬために、エクイティーは損害防止訴訟を発明した。現在惹起されていず、その上、そういう差止申立人がコモンロー上救済も受けられないのに、予想される法律上の違法行為 (legal wrong) を予防する訴訟である。……(略)……この損害防止訴訟が適用される事件には大きく二つのタイプがある。第一は、原告に被告がまだ権利の侵害 (infringement) を与えていないが、原告か或いはその財産に補償できぬほどの損害を与える仕事の実行のおそれがあり、かつ、その意図がある(と原告が陳述する) 場合である。これは禁止的差止 (negative injunction) である。第二は、原告がすでにこうむった損害に対してコモンロー上もエクイティー上も補償をうけたが、初期の被告の活動が将来の別の訴訟原因を結果するようなタイプの事件だ。この Morris 事件が、そうだ。被告が隣人の土地から支持を除去したり、被告が鉱山を掘る作業から土砂を堆積させたりして、それが原吉土地へ脅威(の結果) になった場合であり、これが命令差止許与の

説

エキィティー上の管轄権が行使される主たる場合だ。』^{(b)(1)}

Lord Upjohn が、ここで説明する事柄は、損害防止訴訟が適用されるのに二つのタイプの事件があり、一つは、損害防止の禁止的差止のことであり、二つは、損害防止の命令的差止のことでありと、いえる。しかし、損害防止の禁止的差止及び命令的差止に共通している点は、権利侵害や訴訟原因がまだ惹起されていない場合であることは明らかである（第一章損害防止差止の定義を参照）。しかし、Morris 事件では、被告が土地の支持を除去した結果、地滑りが発生し、原告の土地に損害がすでに生じているケースである。これをどう調整するのが、問題となる。

本件 Redland Bricks Ltd. v. Morris [1970] A.C. 652 の事案は、原告が市場向菜園に使用している土地に、その近くで被告達がレンガ製造用の土の採掘をしたのが原因で、地滑り (land began to slip) が発生し、証拠によれば、たとえ被告達はその操業を中断しても、さらに地滑りが一旦停止しているものの発生しそうであると認定され、県 (地方) 裁判所 county court は原告に、①既発生 of 損害に対する賠償 (三二五ポンド)、②損害が再度発生しないように原告土地に必要な支持を残したり、弱まった支持を補強せずに土と粘土を採掘・移動して、土地の支持を違法に除去・引き戻し、差し控え、妨害 (interfere) するのを禁止する差止、③被告は、原告土地支持の原状回復のために必要なあらゆる処置を六カ月以内に講ずるべしとの命令的差止、を裁定した。被告は、③の命令的差止のみに反対し控訴。控訴理由 (1) 損害賠償で十分補償されうること、(2) 命令的差止の実施内容が不明確だ、(3) 追加理由として、危険な土地の価格と差止実施経費とのアンバランス (二〇〇〇ポンド、対、三〇、〇〇〇ポンド)。控訴裁判所は、多数で命令的差止を有効と支持した。Lord Cairns' Act の適用のないことも述べた。被告が上告した。上告理由

は、(1)本件は命令的差止が許与されないと、大変深刻な損害が発生するであろうという事件ではないこと、(2)Lord Cairns' Act の適用の争点や、Shelfer Case のルール適用の争点 (A.L. Smith のルールが不適用 → 命令差止を裁定した) は提起されるべきでないこと、(3)差止内容実施費用と被告の土地の市場価格とのアンバランス、等である。House of Lords は、上告を認め、Lord Cairns' Act は本件に適用されうるコモンロー上の原理と何の関連もないと述べ、命令的差止を取消し、Lord Cairns' Act 下の損害賠償でなくて、後述のコモンロー上の救済にゆだねた。(注(6)参照) 以上が Redland Bricks Ltd. v. Morris 事件の事案と判旨の概略だが、土地支持の原状回復の命令的差止を指して、Lord Upjohn は損害防止の命令的差止と呼ぶのである。本件原告は、すでに発生した地滑りに関して、コモンロー上の損害賠償、将来の地滑りの発生防止手段として採掘禁止差止及び土地支持の原状回復のための命令的差止の三つを共に密接に関係した救済とした訴求したにもかかわらずである。

Lord Upjohn の説明によれば、こうである。本件の命令的差止の請求権は損害防止となる。というのは、すでに惹起された地滑りに対する損害賠償が裁定され、かつ、それ以上の不法行為的活動の実行を被告が制止するような差止が発給された結果、すでに生じた法律上の違法行為 (legal wrong) に対する救済は、原告にすべて論じ尽されているから⁽¹⁸⁾。もちろん、土地の支持の除去の事件では、新たに発生する各土地陥没毎に、新たに別の訴訟原因が発生する。だから、Lord Upjohn の指摘どおり、もしさらに別の陥没が発生すれば、原告がさらに別の訴を提起できる⁽²⁰⁾。これが、その説明である。

これには、批判がある。「原告がすでにこうむった損害に救済 (redress) をえたなら、その同一の訴訟での命令的差止請求訴訟が損害防止と分類されるならば、一体全体、損害防止以外の命令的差止がありうると想像するのは、む

つかしい。⁽²¹⁾この争点は、おそらく命令的差止自体の入手に関する限りは、理論的重要性の域を出ないが(つまり実際上の重要性なし——筆者)、この争点は、Lord Cairns' Act 下の差止に代る損害賠償の入手と関連があるようだ。かかる損害賠償裁定の管轄権は、原告の差止請求資格が一応ありと推定されるか、にかかると。しかし、もし Lord Upjohn の言外の意図のように、命令差止発給が裁判所に要請されていると見えない場合は、いつも原告に出来事の発生を待って別の損害が発生すれば、別の訴訟を提起しなければならぬということになると、Lord Cairns' Act 下の差止に代る損害賠償裁定の可能性は、ほとんどなくなるようだ。多分、こういう事情から、Lord Cairns' Act 下の本案に関連性を持たぬと、Lord Upjohn は述べたのだ。しかし、Lord Upjohn の意見が、Hooper v. Rogers の控訴裁判所で、看過ないし無視された。⁽²²⁾

この批判の資料になったと察せられる元の文は、ジョロウィツツの見解だ。

「もし、原告の命令的差止請求が真に損害防止だったとすれば、その場合それ以外の命令的差止請求、或いは禁止的差止請求もことごとく損害防止とほとんど同一でなければならぬ。命令も禁止も両形式は、エキィティ⁽²³⁾上の他の形式の救済と同様、将来に向い、その目的は将来の損害から原告を保護することにある。損害防止という熟語は、訴えうる違法な行為をまだ被告が実行していない特殊なケースに用意されるのが一般だ。Lord Upjohn が Morris Case のその差止請求を損害防止と考察したのは、原告がすでに生じた陥没の損害賠償及び将来の採掘を被告に禁止する禁止的差止を裁定されたからだ。⁽²⁴⁾不法行為がまると既遂の場合に、同一の訴訟手続での別の救済の対象になってきたからというそれだけの理由から、ある差止請求権を損害防止というのは、その熟語から学問上の用語たる価値を失わせることになる、敬意を払いつつ、いべきだ。⁽²⁵⁾」

こうして、ジョロウィッツは、一般に損害防止という熟語が訴えうる不法行為がまだ被告により実行されていない特殊なケースに用意されるべきだという立場から、Lord Upjohn が本件で損害防止と呼んだ命令的差止を、損害防止でない通常の命令的差止であると考えるのである。そして、ジョロウィッツは、Lord Upjohn の考えを批判する。

「つまり、Lord Upjohn の声明の示唆するところは、Lord Cairns' Act が関連性をもたない理由とは、ただ地方裁判所判事の裁定した現実的的命令的差止に原告の資格が認められなかったからだ。Lord Upjohn の意見をとり、控訴審の二人の裁判官の意見に反対の立場に立つと、そうなるのだ。これは、あまりにも異常な提案なので、Lord Upjohn の真意でなかったとみなすべきだ。Lord Upjohn の声明のゆくみは、本件に酷似する Hooper v. Rogers 事件の控訴審で看過ないし、無視されたのは幸いである。Lord Cairns' Act が関連性をもたぬという判決の声明が House of Lords で不幸にも発せられたが、Morris 事件は無視しえないまでも、充全のエキイティー上の救済に代る損害賠償を裁定する裁量的管轄権を取扱っていないとみなされるべきだ。」⁽²⁶⁾

ジョロウィッツは、Lord Cairns' Act の適用される場合というものが、充全のエキイティー上の救済が認められた場合に限定する、つまり、Lord Cairns' Act の制定前の慣行（一八五八年以前の実務慣行）を尊重する立場からさらに前進して、充全のエキイティー上の救済が認められない場合やコモンロー上の救済にゆだねるべき場合にも広げて Lord Cairns' Act の適用を前向きに考えていく立場から、上の批判を述べている。⁽²⁷⁾ これを心に留めながらもなおかつ、損害防止訴訟は原告の権利侵害や損害の発生がまだ実現されずに権利侵害や損害の発生を差し迫っている状態において、その発生を予防するために発明されたものであると理解するのが適当であろう。そうでなくて、権利侵害や損害がすでに生じた場合にも、なるほど同一訴訟の別の救済で十分に尽しているからといって、命令的差止を

別の権利侵害（訴訟原因）の発生にそなえたのだと説明するのは無理だ。損害賠償と共に裁定された禁止的差止も將來の権利侵害の発生にそなえたものなのである。だから、呼ぼうとすれば、この禁止的差止もそう呼んで一向に差し支えないのである。両方の差止の目的は一つで、再度地滑りの防止であり、再度の権利侵害の発生予防である。ただ、行為の種類が消極と積極との相違があるのみである。両差止ともこの目的において密接な関係をもち、分離できないのである。この目的の同一性を重視すべきである（注(24)参照）。

もちろん、命令的差止を損害防止でない通常の差止と考えても、ジョロウィッツは、本命令的差止を裁定せず、Lord Cairns' Act 下の差止に代る損害賠償も裁定しないという。事件の内容から、そういう救済があるべきでない一般的なエクィティー上の裁量権の行使において裁判所が決し、その上、本件 Morris 事件は、今後の展開が不確定で將來の合理的算定が不可能なので、差止に代る損害賠償も裁定しないと判断したのである⁽²⁸⁾。結局、ジョロウィッツも本件をコモロー上の損害賠償にゆだねるとの結論では、Lord Upjohn と同一の立場に立っている。

以上で、損害防止の命令的差止の定義にかかわる問題を終える。

第四章 損害防止の命令的差止に代る損害賠償

損害防止差止に代る損害賠償とは、損害防止差止が審理時に差止認容要件がもはや消失したとか、当事者の行状以外の事案の特殊性から差止が拒否されると、その差止に代り Lord Cairns' Act 第二条に基づいて裁定される損害賠償のことである。

損害防止差止に代る損害賠償の裁定は、Lord Cairns' Act 制定後も長い間、暗黙のうちに行使されてきたが、こ

の結論を正式に出したが、Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. v. Slack [1924] A.C. 851 である。本件は、禁止的差止に代る損害賠償の裁定である。この事件を詳述して置く。⁽⁸²⁾

事案は、被告 Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. が建て直している建物が、原告 Slack の ancient window, つまり採光権 ancient light の認められた窓に妨害をしてゐるとして、原告から被告に対し、建築続行の禁止及び建築済の建物の撤去を命じる injunction と damages を請求した（請求内容は House of Lords の Viscount Finlay の判決冒頭に記されてゐる）[1924] A.C. 855。一九二二年五月十五日、High Court の Chancery Division, Romer Justice が判決した。Romer J. は設計通りもし完成すると建物が原告の採光権を妨害し訴訟原因が発生するが、現時点はそこまでの妨害が発生してゐないこと、建物完成してもコモンロー上の権利の妨害が小さく、金銭で評価されうる、損害賠償で十分補償されうる、禁止差止が被告に酷になる。そこで、Lord Cairns' Act 二条を適用し、Shelker Case の Smith J. のルールを適用しうるかが問題となる。Lord Cairns' Act 第二条⁽⁸³⁾の解釈が問題となる。「権利侵害をうけた当事者」とは、「エキィティー上の訴訟原因に資格のある人」、即ち「もしエキィティー上の救済が拒否されるとすれば、約款・契約・合意違反や権利侵害を含む違法活動の実行により、コモンロー上権利侵害を将来こうむるであろう人」のことである。損害賠償が差止に代り裁定される場合は、その損害賠償は許与される判決（禁止差止を下す判決）の下される当時に、まだこうむらない権利侵害に関連して常に許与される必要がある。だから、「権利侵害をうけた人」とは、コモンロー上回復されうる損害賠償をこうむった当事者のことでない。そうでないと、コモンロー上の権利侵害がすでに存在する場合に、将来のコモンロー上の権利侵害に関して損害賠償を裁定する管轄権をなぜエキィティー裁判所が与えられたのか、及び現在においてそういうコモンロー上

の権利侵害が全くない場合に、同一の管轄権を持つのがなぜふさわしくないのかというその理由がわからぬ。先例がなければ、本件で差止に代る損害賠償を裁定するのだが。判例をみる。Drefus v. Peruvian Guano Co. (1885) 43 Ch. D. 316 が、エクイティー裁判所はコモンロー上の権利侵害を含む違法行為がまだ実行されていない場合 (ロットン、フライ判事)、或いは、用語の通常の意味の損害が惹起されていない場合 (ホーウェン判事) に、エクイティー裁判所は損害賠償裁定の管轄権がないと述べた。Cotton 判事、Fry 判事の Drefus v. Peruvian 事件の事実認定の見解によれば、この争点は決定を必要としなかった。Bowen 判事がとった事実認定の見解ではこの争点は問題となり、或いは、彼の結論に達するために必然的に決定されるべきだと考えられていた。Romer J. が、この判決の表現こそ本争点に解決をつけたものと評価して、Lord Cairns' Act を適用せずに、損害防止の禁止差止の許与に賛成し、その差止を認めた。

被告は控訴した。控訴裁判所は、本案に入らずに、損害防止差止に Lord Cairns' Act の適用がなうとする点につき判決を下した。間接的に、Romer J. の判決を支持したことになった (多数意見 Lord Sterndale M. R., War-
rington L. J. 少数意見 Younger L. J.)。See *Inter-City Shopping Centre v. Multi-Storey Buildings Ltd.* [1969] 1 All E.R. 1001, 1004 (Q.B.).

Lord Sterndale M. R.

Lord Cairns' Act 二条の言葉は、控訴人の主張に有利だ。違法活動の実行や継続を禁止する差止をかたり、損害防止訴訟が本法の制定者に周知されていたに違いないと考慮して、「実行」と「継続」との言葉は、将来の違法活動及び実行中の違法活動を、本条により与えられた権限の中に含めることを暗示するのだ。本条にあらゆる違法活動が含まれることも記憶すべきだ。将来の権利侵害による損害賠償の算定がむづかしいが、それはコモンロー上の権利侵

害になるであろうと宣言をして、損害発生後に損害調査申立の自由を与えるとよい。被控訴人は、本法が訴訟手続を取扱う法律であり、「権利侵害をうけた当事者」の言葉を、その人のために損害賠償が算定されうる人を指示すると考える。本法のタイトルが、「エクイティー高等裁判所の訴訟手続経過を修正する法律」であることを重視すると、権利侵害が切迫している人に損害賠償訴権を認めることこそ、手続修正にとどまらず、新しい訴権になる、といった。

全体として、判例は別にして本条の広い言葉がその管轄権を与えていること、損害賠償の算定が困難であれば、その行使をしないことだ (p. 442)。

判例はあるのか。拘束する判例はなくて、上述した *Drefus v. Peruvian Guano Co.* の控訴裁判所の傍論がある (Cotton, Bowen, Fry, L.J.J.)。三人の判事の一致した意見は、その管轄権がないことを明白に示している。そこで Bowen L.J. 曰く「被控訴人側弁護士 Horace Davey は、……ロモンロー上不法行為が全く存しなかったと推定した (assumed)」。だが、損害賠償を付与するに誤りはないと。ただし、Lord Cairns' Act がエクイティー裁判所に管轄権を付与したが、その内容は違法行為がロモンロー上、全く遂行されておらずに、しかも、権利侵害のおそれがあるときにも差止を求める管轄権を発生するのがふさわしく、その結果、差止に代る損害賠償を付与するに至るのだ、と述べた。私の意見では、Lord Cairns' Act の二条は、エクイティー裁判所にそういう管轄権を付与しなかった。本条はエクイティー裁判所が差止申立をよるこんで受けいれる管轄権をもつ事件であれば、すべてにおいて適用されるが、エクイティー裁判所が本条で与えられた唯一の権限は、権利侵害された当事者に損害賠償を裁定することであり、それは、損害が発生した場合の損害賠償のことである。Cotton L.J. も同意すると私がいうのに、正当な

理由がある。……私の見解は、故 George Jessel M.R. に採用された見解である。」

Drefus 事件の Fry L.J. もこう。⁽³²⁾「私が全く同意するのは、Lord Cairns' Act の問題に Bowen L.J. が述べている内容である。その法律は、違法行為が実行された場合にコモロー裁判所によりなされるのと異なる範囲の損害賠償を付与してもよいと、エクィティ裁判所に許可する。ただし、差止に代えて損害賠償を付与することが許されるからだ。(33) Fry L.J. は、Fritz v. Hobson の自分の決定にふれる(33)しかし、違法行為が実行されていなければ、私に思われるのは、Lord Cairns' Act が損害賠償付与の権限を付与しない。」

Cotton L.J. がこうだ。⁽³⁴⁾「Lord Cairns' Act 』 Fry L.J. が述べたことと同意する。」

三裁判官の以上の一致した意見が、本法はエクィティ裁判所にこの管轄権を付与しないとの明確な声明の最たるもの、と私は考えても当然だったろう。これが過去三〇年間に数件の事件で現にあったように、引用される毎に上述の言葉にあてられた意味である。

控訴人 (Leeds Industrial Co-operative Society Ltd.) の主張は、しかるに Drefus v. Peruvian Guano Co. の事件の事案が特異すぎるので、上述の言葉をその事案との関連の中で考察しなければならず、そうすると三人の裁判官が実際に述べたことや過去三〇年間ずっと理解されてきた意味のつもりでないであろうと、思われるという。私自身は、この傍論を解釈している他のエクィティ裁判所にすべて、同意するといって満足だが。控訴人がいう主張に敬意を表して、引用された事件の事案を調べ、三人の裁判官の意見がこの論争そのものに基づく主張の上に基礎を与えられていることを立証する必要がある。この意見は、Cotton L.J. と Fry L.J. のとる事実認定によれば不要だが、少数派の Bowen L.J. のとる事実認定によれば必要となる。

Dretus 事件の事案は、次の如し。ペルー政府が糞化石フシカセキ(guano)の荷物を特定の条件である会社に販売委託していた。しかし、会社が約定の立替払いの継続を拒否した結果、ペルー政府は所持している船荷証券を、原告が取扱ってよいように原告に送った。積荷は被告が備船した船舶に積み込まれていた。被告が積荷の管理を保持できたし、その資格があると主張した。積荷は一部到着したり、一部まだ洋上にあった。被告はそれらを管理し、管理権を行使して、あることを実行した。House of Lords は、その行為が積荷の不法占有にあたるかと判決した。原告は被告と船長を相手に訴訟開始令状を発し、かつ、差止を申立てた。差止の審理で、同意命令が下り、被告が到着中の積荷を買いし売上高を報告すべし、とされた。船長は請求棄却になる。本命令には、訴訟上の当事者の権利を不利益にしない、と、明言されていた。数カ月後に収益管理人の命令が下された。Bacon V. C. が本訴を審理した。Bacon V. C. は、被告の占有が違法行為になり、換価経費を控除せずに売上高を計算せよ、と被告に命じ、被告の不法占有による損害の調査を命じた。控訴裁判所で支持された。被告は上告した。House of Lords は換価経費を被告に認めて命令を修正し、損害賠償調査に口を出さなかった。主席書記官がその調査を判定し、実質的金額を裁定した。算定方法は換価時以後の売上金に基づき原告の利子損失を損害賠償とした。それ以前の時点をとることもできた。House of Lords は、被告の占有開始時以後、違法行為になつたと判定した (Lord Watson [1892] A.C. 166 at p. 185)。それがなければ原告が洋上の積荷を売れたであろう (Lord Field [1892] A.C. 197)。そこで、被告が High Court の Kay J. に損害賠償証明書の修正を申立てた。House of Lords の決定が、被告の占有が違法行為でなかったと暗示しているから。申立は、棄却された。被告は控訴した。メンソーは Cotton L.J., Bowen L.J., Fry L.J. である。控訴理由は、同一の理由だ。Cotton L.J. は Fry L.J. が見解を述べ、即ち Bacon V. C. の

決定、つまり占有が違法行為であり損害賠償の調査の命令が、House of Lords の修正判決にかかわらず、有効だということだ。Bowen L.J. は異なる見解をとり、被告の占有が違法行為と判定されないと事実認定した。すると、原告側の Sir Horace Davey 弁護士が、当面の争点を提起した。曰く、被告による違法行為的占有がない、だから違法行為的占有を執行しそうだったので、原告に損失 (loss) を惹起させたのであり、そこで不法占有が差止で抑制されえた場合であるので、原告は Lord Cairns' Act の下で、差止に代る損害賠償への資格があると主張した。これこそ、まさに本争点だ。控訴人 Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. の弁護士が、差止は「やむを得ない」⁽³⁵⁾ けれど Drefus 事件の原告側弁護士 Horace Davey 卿の主張では、たとえ現実に何の損害もこうむっていなくても、そういう損害賠償が与えられようと示唆したが、しかし、これは Lord Sterndale M.R. にとり、ありえない主張だと常に考えられてきたし、明らかに正しくはない。Bowen L.J. は、Horace Davey 卿に、二つの返答をした。① 現実に違法行為が実行されていなければ、エクイティー裁判所に Lord Cairns' Act は、損害賠償付与の管轄権を与えないから、損害賠償は付与されないこと、② 原告は命令に同意し、その合意に基づき金銭を損したにすぎないから、原告は事実上何の損害もうけていないこと。①が、この問題に関係している。②は、House of Lords で否定された ([1892] A.C. 166)。この傍論が、Davey L.J. が担当した控訴裁判所の Martin v. Price [1894] 1 Ch. 276 ⁽³⁶⁾ 事件で、理由付けにとり上げられた。この事件で Lindley L.J. が次のように述べ、Darvey L.J. も賛成した。「まだ実行されず単に危険があり意図されるにすぎぬ権利侵害の補償として損害賠償を裁定する管轄権があるのか否かは、困難から解放されていない。一方では、当裁判所が、Drefus v. Peruvian Guano Co. でその管轄権を認めない明白な意見を表明した。他方で、その管轄権の存在がごく普通に前提とされてきたし、その見解を支持する有名な

な裁判官の批評が、いくつもある。Holland v. Worley⁽⁴⁵⁾で故 Mr. Justice Pearson が、差止に代る損害賠償を裁定した。その差止は予防的であり、命令的でなかった。この争点は、重要で決定をひき延ばして当事者を待たせるのは正しいと考えぬ。」そこで、Lindley L.J. が、たとえその事件でその管轄権があったとしても、それを行使するのがふさわしくない事件だと付言したにとどまる。

もちろん、この結論が本争点を再考し、傍論から異なる結論を控訴裁判所がとることを許すことになるが、傍論の意味に疑問点がなく、傍論が支持されると解決を見たことになる本争点が、その判決にはっきり述べられている。事件の特殊な事情を考察しても関連性はないうた。Lindley L.J. が、Holland v. Worley と、並びに Pearson J. が、Allen v. Ayres [1884] W.N. 242 でしたように、管轄権を行使したというが、両事件とも本争点が提起されていなかった。本争点が仮定された批評が、他の裁判官になされているとしようが、Aynsley v. Glover (Jessel M.R.)⁽³⁸⁾を除いて、どの事件を指しているのかわからない。

控訴裁判所の傍論を参照した次の、Shelfer v. City of London Electric Lighting Co. [1895] 1 Ch. 287⁽³⁹⁾の A.L. Smith L.J. が、(彼は Martin v. Price の控訴裁判官でもあった) うう。「Lord Cairns' Act 二条に制限解釈をおく唯一の拘束力ある判例は、Drefus v. Peruvian Guano Co. であり、控訴裁判所は、まだ実行されずただ切迫している権利侵害のために、損害賠償を裁定する権限を全くもたぬと判決した。」([1895] 1 Ch. 287, 319) 傍論を拘束力ある判例というのは評価しすぎだが、傍論中の結論に疑問をもたないことを A.L. Smith L.J. の言葉が示す。Smith L.J. と同一の見解を Cowper v. Laider⁽⁴⁰⁾ の Lord Wrenbury (当時 Buckley J.) 及び、本件 Slack 事件の Romer J. がとる。傍論の正しさに問題はあるとしても、不賛成とか反対の非難が注目した事件に見い出せ

ない。Drefus 事件の意見を控訴人 Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. に賛成して重大な傍論でないとして主張しても、この事情の下では根拠がないと思われる。

また控訴人 Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. が、傍論が万人が理解した意味である筈はない、もしそうよまれば、それ以前の事件と内容が一貫せず、*トウ* Chapman, Morsons & Co. v. Guardians of Auckland Union (1889) 23 Q.B.D. 294 の判決とは一致せずと主張する。Bowen L.J. は、この事件の担当者であった。傍

論は管轄権が仮定されてきた事件と一貫しないが、Lord Sterndale M.R. の言及したこの事件の陳述と一貫しないなんて考えない。その事件の端的な争点は、訴訟通知の必要性の有無であった。差止を求める古いエクィティー上の訴訟だから、公衆衛生法の適用なしとされた。令状発給前にニューサンスが発生しないが、判決の前に発生しており、差止に代る損害賠償が裁定された。令状発給時に損害賠償の訴訟原因がなかったようだ。もしそうであれば、Chapman 事件は、Fritz v. Hobson (1880) 14 Ch. D. 542 (注(33)参照)の判旨を拡張解釈したならば、そういう場合に令状後に生じる損害賠償が、発給後にも生じる訴訟原因に関して与えられるのを許すことがありうる。これが Drefus Case の控訴裁判所の心に浮かんだとは確信しない。たとえそうであっても、それは令状の当時又は判決當時に実在しない訴訟原因に関し損害賠償が与えられるとの結論を含まないのは確実だ。Bowen L.J. がそこに矛盾があると考えたと思わない。ただし、Chapman 事件が上述の Drefus 事件の原告の Horace Davey 卿の陳述の中で、Bowen L.J. で引用されたのだから ((1889) 43 Ch. D. 316 (C.A.) p. 324)。とにかくとえ、矛盾があつて、Cotton, Bowen, Fry の三裁判官がそういう意味を表明する可能性があまりにもなく、或いは、それを表明するに不注意すぎたので、結果は彼らの用いた言葉がその後の審理された裁判官に誤解され、それが三〇年も続いたと

確証されたとは、思えない。

傍論に異なる種類があり、重要度も異なる。事件に提起されない争点について意見の出まかせの表明と呼ばれる場合や、事件の判決に必要でないがエクィティー裁判所に明らかに提起され、論証されたある争点の十分なる考察の後に出された意見の熟慮の上の表明の場合もある。後者の傍論に反対の判決を出すことは他の裁判官に許されているが、前者より後者の傍論にずっと重要性がおかれる。Drefus v. Peruvian Guano Co. の傍論は、後者である。争点は裁判所に明らかに提起され、論ぜられ、Bowen L.J. の採った事実認定の見解に基づけば、そうなるのは必然的だった。十分な機会がその考慮にあてられた。大変注意深い考慮が払われた。Cotton L.J. に相談した。両裁判官も同意を表明した。

Fry L.J. が Fritz v. Hobson から一歩進んで、本管轄権を推定しようと考察していない。Pearson J. の前の Holland v. Worley へ Allen v. Ayres の事件、Jessel M.R. の前の Aynsley v. Glover の事件は、Drefus より以前であり、争点が提起されていなかった。Martin v. Price は、傍論に反してその争点を決することが我々に開かれていると示した。我々は、そうすべきか。三〇年以上も昔にそうして注意深く考察されて後に与えられたそういう重要な意見が、その間しばしば言及、考察され、かつ否認されてこなかったもので、もし変更されるとすれば、上告の最終審でのみなされるべきであり、同等の管轄権をもつ控訴裁判所でなされるべきでない。控訴棄却。

Warrington L.J.

争点が二つある。第一は、損害防止の禁止差止に代る損害賠償を裁定する管轄権があるのか、第二は、もしそれが存在すれば、その管轄権の行使が明白に裁量的であるので、この特殊な事件の中で、それが行使されるべきか否かで

ある。現在我々が関心をもつのは、第一の争点のみである。

その管轄権は Lord Cairns' Act により授与されて、その争点は二条の眞の解釈にかかっている。損害賠償がそれに代り授与されうる差止のうち、違法活動の継続に反対する差止と対照に、違法活動の実行に反対する差止を含むことがみられるであろう。とくに光の妨害を禁ずる差止を求める訴訟では、訴訟の大多数は訴えられた建物の建築前に提起され審理にもってこられる。けだし莫大な費用の建物の取壊しの命令的差止の許与に不本意だから。そこで、エクィティー裁判所 (Court) の訴訟手続の一つの欠陥を矯正する規定の有効範囲からその種の訴訟が排除されたと仮定するのは困難だ。もし本条にあるのがそれだけとすれば、違法活動が現実に実行されていないが、起こりそう、かつ実行が意図された場合に、差止に代り損害賠償が裁定されてもよいことが合理的に疑いがないと考えてよいと現に私は打ち明けるのだ。しかし、この解釈は専門用語の「損害賠償」の使用、及び損害賠償を裁定されうる人として「権利侵害をうけた人」への言及、と一貫しない。趣旨が、厳格な法的意味での損害賠償が裁定されうる権利侵害をうけていないと仮定される場合に、差止に代る「損害賠償」を代替する権限を付与するのであれば、できれば、今問題の語句にその趣旨に反しない解釈が与えられるべきだ。「損害賠償」は、本法がなければ差止で禁止されるのが常だったことに対する金銭賠償と読みうること、及び、「権利侵害をうけた当事者」とは、エクィティー裁判所で、もし禁止されなければ彼に権利侵害を加える脅威及び意図を確認するので、救済への資格がかつて認められた当事者と読まれてよいと判断するのに支障がない。別の判例がなければ、本件のような場合に管轄権が存在すると私は結論すべきだ。本裁判所はそうすべきか。

Drefus v. Peruvian Guano Co. 事件の三名の裁判官 (Cotton, Bowen, Fry L. J.) が、本法は違法行為が全

く現実に実行されていなければ、損害賠償を裁定する管轄権を付与していないと意見を表明した。Bowen L.J. は、「弁護士に知られたその用語の通常の意味の、損害が少しも発生しない場合に、エクイティー裁判所が損害賠償を与える権限を全くもたない」との意見を私は「*否*」(1889) 43 Ch. D. 316, 333。Fry L.J. は、Bowen L.J. に同意した ((1889) 43 Ch. D. 316, 342)。Cotton L.J. が、相談をうけ、同意したと確認された。

Bowen L.J. は少数意見だったが、同僚と争点では同一の結論に達した。争点は慎重に議論された。

控訴裁判所の三名の裁判官が慎重に表明した意見を無効にするために「傍論にすぎぬ」というのでは十分でない。現実に十分に考慮されていないある争点に、たまたま表明された見方でなく、その事件の判決に必要であるかのように同一の注意と慎重さで結論に達し、そして表明された。絶対的拘束力をもたないが、変更がなされたとか、古い判決と一貫しないと我々が発見しない限り、意見は遵守すべきであるほどの重要性を備える。

Drefus 事件は三二年以上も前の判決で、House of Lords へ上告されたが、どの裁判官にも争点が言及されなかった。House of Lords の裁判官達は一つの訴えうる違法行為が実行されて、コモンロー上の損害賠償裁定を正当化するとの結論に達した。

次に本争点が Martin v. Price で、言及された(注(36)参照)。この事件は、現実の権利侵害及び切迫した権利侵害があった。Kekewich J. は、この両方に代る損害賠償を裁定した。控訴裁判所において主張された内容は、切迫した権利侵害につき——それは単に現実的権利侵害の継続ではなかったが——損害賠償裁定の管轄権が全くないこと、それにたとえ、その管轄権があっても、ここで行使されるべきでないことであった。裁判所は第二の根拠の上に立ち、控訴認容した。A.L. Smith L.J., Davey L.J. と判決を出すにつき、争点の管轄権につき Lindley L.J. はい

説

う。当裁判所（控訴）は、それにつき三人の裁判官が決心しなければならぬと考えたようなので、その問題がある程度未決定だとみなしたと受けとられて然るべきだ（[1894] 1 Ch. 276, 284）。しかし、Lindley, Smith, Davey の三人の裁判官が、Drefus 事件に従うべきだと決心した可能性もありうる。

論

Drefus 事件が次に言及されたのは、Shelfer v. City of London Electricity Lighting Co. [1895] 1 Ch. 287, 319 の A.L. Smith L.J. の「拘束力のある判例」とみなされた。再び、Cowper v. Laider [1903] 2 Ch. 337, 340 の Buckley J. は Drefus v. Peruvian Guano Co. (1889) 43 Ch. D. 316 を拘束力ありとみなされる判例と述べた。

Drefus 事件で表明された見解 (the views) がそれ以前の判決と一貫しないとの示唆については、我々が発見する *of* Pearson J. が Holland v. Worley (1884) 26 Ch. D. 598 と Allen v. Ayres [1884] W.N. 242 の違行行為が実行されず、切迫しているにすぎぬ場合に禁止的差止に代り損害賠償を裁定したが、その管轄権の存否は争われなかった。Aynsley v. Glover (1874) L.R. 18 Eq. 544 で、管轄権の存在が仮定されたが、行使されなかった（(1875) L.R. 10 Ch. 283）。他の引用された判例の内容は、訴訟以前でないとしても審理以前に、違法行為が現実に実行された事件、それとも違法行為が継続しその損害がそれ相応に拡大した事件、命令的差止に代る損害賠償の事件、例えば Senior v. Pawson (1866) L.R. 3 Eq. 330 である。

全体からみて、争点の諸意見がその後の事件で破棄されたり、争点が提起された決定と一貫しないと、発見しない。こういう事情の下では、我々の前任者達の見解に従うべきだ。もしこれが正しければ、差止救済をその判決の日付の現状のままに付与することが、Romney J. の権限内の唯一の救済であった。被告達が、実質損害を含む違法行為

に相当する行為を実行しようとしていたから。控訴棄却。

Younger L.J.

第一審 (Romer J.) で、被告の建て替える新しい建物が採光権を侵害するに至るので、原告は禁止かつ命令の両形式をもつ、妨害抑制の差止を申立てた (motion)。令状発給時も審理当時も妨害は発生せず、損害防止であった。新しい建物の完成時には、原告の採光権を妨害するであろうこと、訴訟原因を十分に原告に与えると認定し、もし完成されていたらとしてみ、Shelfer Case の A.L. Smith L.J. 及び Colls Case の Lord Macnaghten により指導されて、差止に代る損害賠償を与えていたであろう。しかし、Drefus 事件は拘束力あるものとして取扱うべきだと感じたので、原告への権利侵害がただ切迫しており、かつ、審理当時にさえ現実の違法行為が実行されていないので、差止に代る損害賠償の管轄権がない (第一の決定)。原告に差止への資格があり、永久的差止を許与した (第二の決定)。

我々の決すべき争点は、Romer J. の両方の決定が正しかったか、それとも一方のみが正しかったか、である。Romer J. の判決では、損害賠償が即座に救済として入手できないからとのみいって、原告に訴訟原因があれば、差止が、被告にいかん酷で原告に利益がなくても、発給されるべきだと述べることになる。この命題を受けられるに私のはためらう。この問題の最近の進歩をくつがえすことだ。最近エクィティー裁判所が、原告財産権の適切な保護に必要でない採光権に基づく差止が、被告以外の第三者の利益をそこない、しかも、エクィティー裁判所が無視できない程度になったと気づいている。建物開発計画を妨げ、社会にも被害が生じている。そういう事件で、House of Lords が Colls 事件で下したルールと慣行の修正とが、差止訴訟を減少した。差止はもはや当然には付与されず、現実の損

説

害は満足的な相当金額に換算されない。ささいな妨害は裁判所にめんどうをかけなくなった。

しかし、Romer J. の判断した立場では、こういう状態は長くつづかない。かつてよりもさかんに差止が小細工して発せられるだろう。昔の訴訟手続の危険が、急速に悪い形で再現する。戦争でストップした建物開発計画と共に、差止が復活するのだ。

論

二九年前に（一八九四年）、第一の決定の争点が、Lindley (Martin v. Price) (注(36)参照) に大変重要だと述べられた。その時、未解決にされた。現在まで争点とならなかった。一八九四年から一九〇四年まで、採光権事件で損害賠償が差止に代り裁定されるべきか、は争点にならなかった。この間及び一八八六年から一八九四年まで、Parker v. Smith (1832) 5 C. & P. 438, Eng. Rep. Full. Rep., Vol. 172, 1043 に内在すると推定される説が下級裁判所を完全に支配した。否定されたこともあるが。説は、要役地所有者が制定法上の期間に、彼の窓を通して通過する慣行がある光の全体量に資格があり、その権利の妨害がトレスパスになる。これが確証されると、差止が唯一の適切な救済であるという。多数のささいな妨害の事件でも差止が当然に与えられ、今の争点が実務上生じなかった。現在の実務慣行を支持する基盤が、一九〇四年に Colls v. Home and Colonial Stores [1904] A.C. 179 ① House of Lords が控訴裁判所の決定 [1902] 1 Ch. 302 を破棄したので、吹きとばされた。光の妨害を抑制する訴訟を維持する権利のテストは、それがトレスパスか否かでなく、訴えられた妨害がニューサンズになるか否かである。重大なテストの第一は、取り去られた光の量が多量であるのでなくて、残された光がわずかの量であることだ。地域性、他の光源にも注意すべきだ。そういう事件で、損害賠償か差止かを許すべき場合にエクィティ裁判所のルールが、Lord Macnaghten により定められた ([1904] A.C. 179, 193)。「ある場合にはもちろん差止が必要だ……しかし、

もし妨害が合法か否かにつき争点が現実存し被告が公正に行動し非隣人的精神でなければ、エクィティ裁判所は差止よりも損害賠償に傾くべきだと考えたい。制定法がないのに、自分の財産を意に反して手放すように強いられるべきではない。他方で、採光権保護訴訟が金銭をゆする手段として利用されぬよう注意すべきだ。」当時のエクィティの慣行と完全に矛盾していたこの判決が、比較的価値をもつ採光権事件で、新しい建物所有者には有利な新勅許状と同じものであった。「損害賠償が十分な救済であれば、差止、とくに命令的差止は発給されるべきではない。」〔1904〕A.C. 212)。この判決が、ふさわしくない事件で差止裁定の苛酷な必要性という苦況から、エクィティ裁判所を救済した。従来のルールを書き直したにとどまるが、Courtの権利と義務の再確認であり、最近の慣行よりも能率的にこれらの事件で、司法を管理することだった。私はここに、Sheller 事件における Lindley L.J. の言い回しを適用し修正している。これは古くなり廃止すべきか？ それは、最良とはいえぬ。例えば、ある建物の所有者が隣人として公平無私の心で計画設計図を採光権をもつ隣接の所有者の前に置き、建築工事前に効果的かつ事情に通じた訴訟手続の開始を可能ならしめる場合に、差止が許されない。他方、原告の申立以前に、訴えうる妨害を惹起することのできる被告に差止が許される。さらに社会一般利益がからむと、Court が「何ものも発給すべきでない」場合 (Lindley L.J.) に、差止裁定を強いられれば、不運であろう。もし被告にとり比較的にならない価値しかもたぬ事件でのみ、損害賠償の裁定が認められるとすれば、一層悪い。

この事柄の権限は、採光権への妨害が主張された他の事件のように本件でも、エクィティ裁判所に正しいと思われる判決を下すのに、びったり適切である。

本争点は、Lord Cairns' Act 二条の解釈にかかるとの。それには、本法制定前に、本件のような事例で、エクィ

テュー裁判所とコモロー裁判所との状況と権限を思いおこすのがよい。

計画中の新建物の採光権侵害が予想される場合には、その予想される権利侵害が回避できないときエクイティー裁判所は予防差止 (preventive injunction) を介入するのが不変方針だった (Salvin v. North Brancepeth Coal Co. (1874) L.R. 9 Ch. 705)。切迫している違法行為により原告財産とどうい償いえない権利侵害が生ずるので、損害賠償訴訟で十分な救済ならぬと原告が立証し、又は、エクイティー裁判所が最終的にそう決した場合 (Emperor of Austria v. Day and Kossuth (1861) 3 De G.F. & J. 217) にもそうした⁽⁴⁴⁾。差止が命令的でなく禁止的である

ても、エクイティー裁判所は差止の救済としての異例性を無視したのはまねだった。しかし、訴状提出時に、又は中間差止を申立てる以前に、侵害建物が建築されて原告への損害が生じていけば、その権利侵害が十分に深刻で、かつエクイティー上の資格剥奪事由—懈怠—がなければ、命令的判決を下すのが方針だった。

しかし、慣行に従い差止が「発給を許されない場合」だと判断すれば、コモロー上の救済に追いやられた。

原告の採光権妨害に損害賠償を裁定する権限は、コモロー裁判所に十分適切に存在する。永久的構造的妨害から原告の権利侵害が生ずれば、評価でき、かつ、回復できる損害賠償は、要役地の地価下落にあらわれるのです⁽⁴⁵⁾。けた権利侵害に一回きりの、完べきな補償となる (Moore v. Hall (1878) 3 Q.B.D. 178)。現に Back v. Stacey⁽⁴⁶⁾ (1826) 2 C. & P. 465, 171 Eng. Rep. 210 が、この問題のコモローを定めたといってもよいが、陪審が説示されたのは、損害賠償の範囲が、権利侵害の全体に及び、令状日付までに限られていないことだ (Colls 事件の Lord Macnaghten が指摘する [1904] A.C. 179, 186, 187)。しかし、コモロー裁判所で裁定される損害賠償は、訴訟開始当時に存した妨害から発生した範囲の損害賠償に限られた。訴訟開始当時に妨害発生が切迫しているのみでは何

も裁定できなかった。妨害が発生すれば新しい訴訟原因になり、別の訴訟を必要とした。これが悩みの種だった。そして元来、エクイティ裁判所はこの場合に管轄権がなかった。Lord Macnaghten が Collis 事件でこう ([1904] A.C. 188)。「エクイティ裁判所の活動範囲は、賠償できない損害の発生危険がある場合、或いは訴訟の重複防止に差止が要請される場合に、コモンロー上の権利を支援するものとして、差止許与されただけだ。」Lord Cairns' Act が制定されて、改善したのは、この状態だ。その二条は、エクイティ裁判所に新権限を与えた。訴訟手続の修正にとどまらない。もし「権利侵害をうけた当事者へ」の用語が、使用されていなければ、その結果が明らかだと述べて、Romer J. に同意する。「エクイティ裁判所が、違法活動の実行を防ぐ差止申立をよるこんでうけいれる管轄権を持つ事件ではすべて、つまり、違法活動がまだ実行されず単に切迫している事件において、差止に代る損害賠償を裁定できる。その言葉は平明のようだ。」本条は、純粹にエクイティ上の訴訟原因に関してそれ自身のエクイティ上の救済に代えて、それ自身のエクイティ上の救済と同じ位に広範囲な、コモンロー上の救済へ代替する権限を、エクイティ裁判所に与えた (Ferguson v. Wilson⁽⁴⁶⁾ (1866) L.R. 2 Ch. 77, 88)。その上、本法制定当時に、エクイティ裁判所に安定して行使されていた、これらの事件の予防的管轄権にかんがみて、もし損害賠償裁定権限がエクイティ裁判所に付与されうるとすれば、これらの事件でその権限が付与されないとは、ほとんど考えられない。もし差止控えられると、制定法上の効果が、実に小さくなる。

そこでその権限が差し控えられなかったこと、それどころか予想された権利侵害が訴状提出時や令状発給時にまだ始まらないか、或いは完了していない場合に、行使の可能性があったことは、多年、疑念や争点の対象にならなかった。一八八九年一月まで、判決と陳述とは一本の道を歩んだ。

説

論

例は、一八六三年に宣告された二つの判決である。Isenberg v. East India House Estate Co. (1863) 3 D.J. & S. 263 の Lord Chancellor, Lord Westbury 及び被告の建物の法に背く高さ全体が訴状の提出以後に建築され、Lord Chancellor が控訴審で Lord Cairns' Act を適用し、第一審の記録長官が作成した命令的判決の維持を拒否し、原告のこうむった全損害の調査を控訴審でなすべしと命じた。

Senior v. Pawson (1866) L.R. 3 Eq. 330 の Wood V.-C. は、訴状提出時に損害がもたらされていず、審理に入り、Vice-Chancellor が、Isenberg 事件の Lord Westbury がとったと同一の方針をとった(注(42)参照)。

Pearson J. の判決、Holland v. Worley (1884) 26 Ch. D. 578 (注(37)参照) 及び Allen v. Ayres [1884] W.N. 242 は、本法の範囲を今述べたようにあると仮定して、損害賠償が裁定された。さらだ三つの判決、つまり控訴裁判所の Dreflus 事件 (1889) 43 Ch. D. 316 の以前に下りた事件へ進む。第一は、Aynsley v. Glover (1878) L.R. 18 Eq. 544 の Sir George Jessel M.R. の判決で、Bowen L.J. が自説を支持するものとついで、Dreflus 事件で参照した(注(38)参照)。それは、損害防止差止であった。記録長官は、採光権問題につき、自分の意見を明白に叙述しなかった。当判決は、中間差止申立 motion に基づき与えられたにすぎないが、それ以後ずっと最高の判例とみなされてきたといつて過言ではない。彼のいうに、本法は、その制定前にエクイティー裁判所が差止を許与する慣行があった事件にも、広く適用されるのは確実だ。この場合に、エクイティー裁判所は差止に代え損害賠償を裁定する権限を与えられている。さらにつづけて、この権限が、この事件で原告が実施することがある濫用 (oppression) を回避するのに役立つてきた。(これは Collis Case の Lord Macnaghten の意見の先取りだ)。「もし証拠により原告のうけた損害がごく僅かで——二〇か三〇か四〇ポンド——、被告に大きな物質的・実質的損害が明白に発生する

事実があれば」「差止に損害賠償を代えるため、Lord Cairns' Act が私に付与した新権限に注目して、当裁判所が差止で介入するのを拒む事件であったと判決したい。」(1874) L.R. 18 Eq. 544, 555) 記録長官は、損害防止訴訟で始まりずっとそのままであった訴訟で、損害賠償を裁定する権限を明白に仮定していると考ええる。第二の判例は、Fritz v. Hobson (1880) 14 Ch. D. 542, 557 の Fry L.J. の判決だ。「損害賠償が、差止で回復される全領域を回復しないと、差止の十分な代替物になりえない。差止に代り損害賠償を裁定する場合の障害によくなるのはこの点だ。」その管轄権が、少しもここに異議がとねえられていない。(但し、この事件は損害が訴状発給前にすでに発生したが、審理前に終止した場合だ) Fry L.J. は、この後の一八八九年の Drefus 事件で、Bowen L.J. に賛成した。第三の判例は、Lord Esher の Chapman, Morsons & Co. v. Guardians of Auckland Union (1889) 23 Q.B. D. 294, 302 である。Bowen L.J. が担当した。Fry L.J. の上述の判例が引用されて、管轄権が明示的に肯定された(注(41)参照)。汚水の放流による将来のニューサンスの発生を防止する予防差止が訴求された。審理で Lord Esher は汚水放流のニューサンスはひきおこされるが、例外的な乾季においてだけだと認定し、審理当時ニューサンスは終了し、今後乾季以外再発しそうになかった。Lord Esher は、差止を拒否、「一二五ポンド損害賠償を与えた。Bowen L.J. は、損害賠償が何かをいった。「令状発給時に発生していた過去数年間の損害に与えられたのではなく、令状発給時に惹起されていなかった一八八七年の損害に関して、かつすでに去った危険に当初合理的に要求されながら、後に望まれなくなった差止に代替してである。」(1889) 23 Q.B.D. 294, 302) ところで、Chapman 事件の原告が、公衆衛生法一八七五年の二六四条の訴訟告知を出していなかった。訴訟の客体が差止であり、かつ損害賠償が補助的であれば、訴訟通知は不要だった。しかし差止が拒否され損害賠償に代ると、もはや補助的でなく、コモロー

説

論

上のニューサンス訴訟で回復される損害賠償になり、判決時に至るまで評価されるが、訴訟通知がないと回復されぬと主張された。しかし、控訴裁判所は訴訟通知がないが、Lord Cairns' Act 下のエクィティー上の訴訟追行の方法に従い差止に代る損害賠償を与える権限をもつと判示した。Lord Esher が、その争点に与れる。「Fry, L.J. が、Fritz v. Hobson で表明した見解が正しいと考える。本法が、エクィティー裁判所に過去の権利侵害に関する損害賠償を与えるのみならず、差止に代替して損害賠償を与え、それ故に令状が発せられたときに予想された損害に関する損害賠償を与える権限を、付与した。その権限が存在した」と、訴訟がエクィティー差止を求める場合は、本条の訴訟通知の適用がありうるとは考えない。」(1889) 23 Q.B.D. 294, 302)

Bowen L.J. の判決も同様にいう。令状日付当時に予想された損害に二五ポンド裁定する A.L. Smith J. (第一審) の権限を肯定した。「Fry, A.L. Smith J. が、訴訟提起時に差止を求める善意請求権があり、差止は必要でなく、それに代る損害賠償が十分な救済方法であるとの結論に達すれば、彼にそういう損害賠償を付与することが許される。」(1889) 23 Q.B.D. 294, 304)

Sir George Jessel M.R. が Aynsley v. Glover (1874) L.R. 18 Eq. 544 で指摘したように、Lord Cairns' Act 下で損害賠償が差止に代り付与されるべきか否かを考察する時期は、審理時である。中間差止申立での発給原則は本法で変わらない。それに従い引用された判例が明日に示すのは、差止に代替する損害賠償を審理で裁定するエクィティー裁判所の管轄権は、令状当時に予想され切迫した場合のみならず、審理当時に予想され切迫しただけの場合にも同様に存すると。前者が、Bowen L.J. に Chapman 事件で公表され、このうちに、後者の場合が含まれる。双方ともに、コモロー上損害賠償が回復されない。もし訴状当時予想される損害賠償が回復され、審理当時予

想される損害賠償が回復されぬとすると、奇妙な結果になる。容易に Lord Cairns' Act の適用を回避できる。ただし、即座に中間差止を申立て、これに本法の適用はないので、審理まで有効に存続する命令を入手できるから。Lord Cairns' Act 下の権限は、命令的差止に代り損害賠償を与えたとしは主張されたとの異議にあらうかもしれなかった。現にこういう事件で命令的差止がよく出された。しかしこの主張はあやまった。Lord Cairns' Act が適用されるのは、命令的判決の救済が求められる場合のみならず、予防的差止の場合も同様だと Shelfer 事件の A. L. Smith L.J. の説明を受けよる ([1895] 1 Ch. 287, 319)。

以上の判例が、示すのは、本条が他の場合と同様に令状当時予想される損害にも適用されることだ。本法で、令状当時権利侵害が予想されて、判決当時に終了した場合 Chapman 事件のみならず、採光権事件で損害及びその原因である建築が、全体か一部でも審理当時に予想された場合 Senior v. Pawson (1866) L. R. 3 Eq. 330, Holland v. Worley (1884) 26 Ch. D. 578, Allen v. Ayres [1884] W. N. 242, Aynsley v. Glover (1878) L. R. 18 Eq. 544 もである。予防差止に代えて損害賠償が付与されると認められる (Shelfer Case)。この結論は不可避で、実に当然の結果だということ、及び、そう付与される損害賠償が差止の全領域を回復すること (Fritz Case) を示す。

ついに Drefus 事件 (1880) 43 Ch. D. 316, 333 の Bowen L.J. の批評を検討することにする。司法上の警告を思い出す。裁判官の批評はいかに無制限なようでも、第一に少なくとも、彼の前に現に存する事案との関連、及び、争点が当時の彼の心中に浮かぶままの討議状態との関連で理解されるべきだとの判例上の警告を大変よく知っている。とくに Bowen L.J. 並びに他の二名の同僚の心に浮かぶ状況が、結果において上訴で House of Lords により置き替えられたことからしてそうだ。

論

私の Drefus 事件への見方はこうだ。Drefus 商会とペルーの Guano 会社との訴訟における争いは、ペルー政府が一八八〇年に船積みした糞化石の、一一隻の積荷の所有権に関する。グアノ会社は、政府との契約による有償受託者としてこれらの貨物を要求した。それらの一部を占有したり、一部の占有を要求した。原告達が名乗り出て、積荷が権利上は自分達に属すること、船舶の船長が会社へ積荷を引渡すのを中止すること、会社の占有取得を防止する資格が原告にあると述べた。提訴は、一八八〇年四月二七日であった。「本訴は、その当時沖合にある積荷の所有権を回復し、それらの受領を Peruvian Guano Company に禁止する訴訟として取扱われたが、本訴はその会社による迫った受領を防止する差入手のために、Chancery Division に開始された。そこで、たとえ会社が訴の開始後に、権利の請求権の名目で品物の占有を取得したとしても、Chancery Division は、Lord Cairns' Act 下で損害賠償を付与する管轄権をもっていたであろうことが否定されなかった。」と Kay J. がこう ((1889) 42 Ch. D. 66, 73.) の Kay J. の声明が House of Lords で論ぜられて、ここには、肯定された。

ところで、積荷は事実上 Peruvian Guano Co. に占有取得されたが、差止と収益管理人とを求める原告申立により、一八八〇年四月三〇日に訴訟中に出た同意命令の下で、船荷が Company に把持され、或いは占有取得されたのと同じものとみなされた。これと離れて当事者の権利に基づくと、本命令の効力如何が、本訴の究極的論点を決する。この同意命令の条項に従われ、船荷がイギリスに到着すると、会社が受領した。その一部が売却され、売上金が指示通り中間に置かれた (placed in medio)。一八八〇年二月一七日、収益管理人の選任により同意命令が無用にされた。裁判所の指示通り、収益管理人に会社は占有船荷を引渡し、売上金をも渡した。その後、審理以前にすべて船荷が売却され、審理当時売却金が収益管理人の手中か、裁判所に置かれた。

一八八五年一月に訴訟が審理に入った。Bacon V.-C. が、全争点を会社に反対した。船荷と売上金に原告は資格があると宣言し、「被告会社が船荷を不法占有したことで原告がうけた損害賠償につき」調査を命じた。この調査を中心に論争のうずが巻き起こったのだ。判決は、また、船荷のいずれにも会社の諸経費を会社に認めなかった。この判決を貫く考えは、その会社が会社の（不法占有する）おどし (threat) の時以後、不法行為者になり、船荷と訴訟の中に生じたその後の結果がその責に帰せられるとした。調査対象は、この事態だった。

会社が控訴した。Bacon V.-C. の命令が無条件に肯認されたが、Bowen L.J. が少数意見だ。Bowen L.J. の見解によれば、不法占有の危険 (threaten) の時以後は、どの事柄も会社のおどし (threaten) に基因せず、そのおどしだけが会社の実行し、実行したとみなされた唯一の不法行為である。同意命令も、収益管理人の選任も裁判所の行為であり、責任が原告にも会社にもない。会社の権利主張があやまっていただけにすぎない。この見解は、しかし少数意見だった。

会社は、House of Lords へ上告した。そこで会社に、認められなかった経費を弁償してもらう資格があると、宣言された。この修正こそ、下級審裁判所に、困難を惹起した。House of Lords の Lord Watson (司会) が、会社の船荷の受領が公平無私な占有行為とみなされ、不法占有の活動とみなされてはならないとした。会社の違法活動に関する最初の調査、及び、Lord Watson の採用した会社の活動への見方とを調和することが、下級裁判所でその後の難事となった。

調査は一八八九年三月に主席書記が行い、損害賠償を評価した。受領の日付から判決日迄の、売却金に基づく利益の損失を不法占有の損害賠償とし、さらに、判決日から調査証明書の日付に至る、上述の金銭未払に年四%の損害賠

説

論

償であつた。会社は高等裁判所に申立て、本証明書の取消し、調査の根拠として、原告に損害賠償請求の資格がなく、現実の不法占有が会社の手で実施されていないことがあげられ、本証明書の修正を命ずるよう求めた。この申立が Kay J. に棄却され、控訴した控訴裁判所では、Cotton L.J. と Fry L.J. に棄却され、Bowen L.J. が再び少数意見だつた。ここで、Bowen L.J. が今、問題にしている意見を述べた。Bowen L.J. が、会社に責任が存しないという元の見解を述べ、House of Lords で述べられてきたことを理由に、責任不存在の見解を支持する資格が自分にあると判示した。裁判官三名が、会社の無責任の立場をとるのは明白だと思ふ。ただ、Cotton L.J. と Fry L.J. とが、損害賠償の調査の言葉を無視できなかったことだ。それらの用語が、その会社が積荷を現実に不法占有したことの責任があるとの House of Lords の判決を具体化したと二人の裁判官は考へた。二人は確信をすて House of Lords の決定を採用し、Bowen L.J. はそうせず、House of Lords の支持した命令一部を破棄する方針をとつた。

Bowen L.J. の結論 (Observation) が宛てられた事情が、次にある。船荷はすべて売却されていた。もう船荷は到着しない。売上金が、Court が収益管理人の支配下にあつた。原告のうけた損害は終了してゐた。それ以上の損害を会社がおこしそうになかつたし、意図もなかつた。現実に不可能だつた。原告に会社によつてうけた損害 damage がないのは、Bowen L.J. の宣言した結論であり、二名の裁判官もそう表明しただらう。それは賠償請求の認められぬ損害だつた。

Sir Horace Davey は原告会社の弁護士だつた。そこで、この事案におき、Bowen L.J. から違法行為が存在しなかつたと推定してはどうかと要請されても、Sir Horace Davey は争う。「損害賠償付与にまちがつた点はない。けれど、Lord Cairns' Act がヒクィティー裁判所に差止に代る損害賠償の管轄権を付与する場合は、違法行為が実

行されずに、ただ差止を求める管轄権を発生させる権利侵害のおそれがある時だ。」Bowen L.J. が取り扱う部分は、これであり、次にこういう。「私の意見で Lord Cairns' Act 二条がエクイティ裁判所に、その管轄権を与えなかった。差止申立をうけられる管轄権をエクイティ裁判所がもつ事件にすべて、本条の適用があるのは事実だ。しかし、本条で Court が武装した唯一の武器は、権利侵害をうけた当事者に損害賠償を裁定することであり、その意味は損害賠償が生じた場合の損害を意味するのが当然で、弁護士に周知の用語の通常の意味で損害が生じていない場合には、Court は、損害賠償を付与する権限は全くないのが私の意見だ。」(1889) 43 Ch. D. 316, 333)

これらの意見が、まず Sir Horace Davey の主張に答えようとして説かれたことが、引用した文脈で明白だ。Davey の突飛ともいえる主張に宛つて説かれたこと——即ち、Lord Cairns' Act の下で、発生のおそれがあるのみで、損失と区別される損害がそこよりこうむらなかつたし、その可能性もなかつた場合に、補償を裁定できること——は、Bowen L.J. の二度の叙述でも立証される。つまり、これをあつかましく取扱ひ、Bowen L.J. がエクイティ問題の入口に立つ改宗者にすぎぬことだと述べている点だ。

これは、正しい。しかし、重大な争点が残っている。争点は、Bowen L.J. の面前にある現実の事実に適用されるものとして、Sir Horace Davey の主張に回答する以上に、多くのことを為す意図が Bowen L.J. にありとすることが正しいか否か、である。換言すれば、切迫した権利侵害がもし発生すれば、コモンロー裁判所にさえも被告が有責になるような実損害が発生するような事件をも取扱う意図を、Bowen L.J. に帰することが許されるか、だ。

私の結論は、Bowen L.J. が Sir Horace Davey の主張を示されたままにのみ、取扱おうとしたこと、このことは判決自体から立証されうることだ。

Bowen L.J. の使用した言葉は、一般的であるために、文脈からの制約以外にその用語に制限がない。

現実の損害は、三つある。

- (a) 令状日付においてのみ、切迫した損害賠償。
- (b) 令状日付にまで存した損害賠償、及びその当時切迫した損害。
- (c) 令状日付、及び、審理日付において切迫した損害賠償。

論

(a)と(b)とを一まとめにできる。(b)の方が制定法に適用している。(a)と(b)との争点を検討して、(a)の争点を含めようとするのかを、考察する。(a)の場合は、A.L. Smith L.J. が、Sheffer Case 及び Bowen L.J. が取扱っていると推定した ([1895] 1 Ch. 287)。どうふう意図が Bowen L.J. になうことは、実証できると、私は思う。そして、House of Lords への最終の上告が証するに、もしそう意図すれば、本法の効果についての彼の言明はあやまっていたであろう。しかし、Bowen L.J. は(a)の事件を取扱う意思はあつた筈がない。もし適用されると、彼の意見は、Chapman, Morsons & Co. v. Guardians of Auckland Union ((1889) 23 Q.B.D. 294) での控訴裁判所の決定に、まっごうから対立しただらう。Chapman 事件は、陳述の両当事者が引用し、かつ、Bowen L.J. が、六カ月前に担当した判決なのだ。ちよび、Cotton L.J. と Fry L.J. の両者も、Bowen L.J. の意見に賛意を表した。Bowen L.J. の意見が Case (a)と関連があると推定した筈がなかった。ただし、Cotton L.J. と Fry L.J. とは、主席書記官の証明書に固守して、令状日付当時のみ切迫した損害賠償を、その正真の事件で現に裁定していた。Bowen L.J. がもし、それ以上 Case (a)にまで拡大解釈を望んでおれば、意見はそれ以後今日までに取消されていただらう。二度目の上告の House of Lords へ、最終的にかつ用心して、宣言されたことは、荷揚げ港到着の各日付から収益管理人選任の

日付に至るまで（それ以上はない）、会社が、事実上も法律上も違法に船荷を不法占有したので、会社はそれに応じた損害賠償の責任があった。つまり、損害賠償が訴訟開始に予想されたが、訴訟で命ぜられた調査に基づく責任があった。Bowen L.J. が自分の意見 (observations) から、Case (a) と Case (b) とを排除したことは明らかだ。次に Bowen L.J. が、Case (c) じまり本件 Slack Case を含めようとしたのか。答は、また否定的に私は考える。Bowen L.J. は、自分のいったことを支持して、Sir George Jessel の先例を示した。「その点に権威をもって語らう人が、私にとくに知らせたことは、本主題につき私のとる見解が故 Master of the Rolls がとる見解であることだ。」しかし、Lord Cairns' Act と Case (c) の適用による Sir George Jessel の採る見解が——Case (c) とは Slack Case だ——公表されてくる (Aynsley v. Glover (1878) L.R. 18 Eq. 544)。Cotton L.J. と Fry L.J. とも、Bowen L.J. の意見に同意している。そのような事実がまた Bowen L.J. の意見を文脈をはなれて読まれるべきではないことを示すと考える。しかし、文字どおりに読むとその意見は Fritz v. Hobson と対立する（注(33)参照）。この判例は、Bishop Auckland Case (23 Q.B.D. 294) で、控訴裁判所に是認された。Fry L.J. が Bowen L.J. に与えた同意において、自分自身の意見を無視していたと推定するには無理がある。その意見は、Bishop Auckland Case の控訴裁判所で是認されており、そう Fry L.J. が気づいていた。令状日付において予想された損害賠償を現実に Fry L.J. が裁定したとの事実を考慮してみると、Cotton L.J. が同意を表明したその用語は、重大だ。そこで全体を見て、私の達した結論とは、Case (a), (b), (c) と Bowen L.J. の意見の文脈では、取扱うように計画していたと考えることができない。というのは、三つの Case は Lord Cairns' Act 制定以来ずっと重要な権威をもった一連の判決の主題であった。そのうちのケースが Court に引用されただけで、一連の評価の高い判

例に Bowen L.J. が参照をしなかった。

しかし、Lindley L.J. が、Martin v. Price [1894] 1 Ch. 276. 事件で、——つまり損害が令状日付に開始していた場合に——、Davey L.J. が一員であつた当控訴裁判所を代表して、Drefus Case において、控訴裁判所が、まだ実行されず、ただ切迫しているか、意図されている権利侵害を補償するため損害賠償を裁定するエクイティ裁判所の管轄権の存在に反対する「明確な意見を述べた」のは、真実だ。が、Lindley L.J. が、Bowen L.J. の意見を、それらが暗示されている包括的形式に変えて、読んでいると示唆するのは、大胆に過ぎるだらうか？ そう読まれて Bowen L.J. の意見が上述した趣旨の明確な意見に等しくなるのだ。控訴裁判所の面前の Martin v. Price に適用されて、Lindley L.J. 自身により正当とされるものとして読まれる Bowen L.J. の意見の許容される内容理解には、事件全体の念入な分析を必要とする。

Bowen L.J. の意見の効果が、また Shelfer Case の A.L. Smith L.J. 及び Cowder v. Leider [1903] 2 Ch. 337 の Buckley J. により取扱われてきた（既述）が、用いられた言葉の形式はいずれも、Bowen L.J. の意見の効果の記述が Martin v. Price の Lindley L.J. の叙述から抜粋されているとらつて公正だろう。

そこで、私の結論は、控訴裁判所として、本争点が Drefus Case において述べられた事柄により解決されると、みなしえない。Martin v. Price 事件で争点が、Bowen L.J. の意見を評価して未解決だと処理されたが、私は、Bowen L.J. の意見があやまりだと考えざるをえない。私自身は自分の意見を証するものをもたぬが、Bowen L.J. の言葉が、見える程に明白な内容でなく、かつ、たとえ広義でよまれるとしても Bowen L.J. の言葉が全く傍論であること、かつ、せいぜいその争点が緊急に決定を要請するのであれば、このまだ未解決の争点を判例と原則に依拠

しても、未解決と決することが、当控訴裁判所の現今の義務であることに、合意をみななければならぬ。Bowen I. J. の意見は、

このことが、本条自体とその効果につき、Romer J. が述べたことを我々に思い出させる。本条と一連の判例により、私の意見は、本件の Bowen I. J. が、本条に基づき差止に代る損害賠償裁定の充全の権限及び判例をもって、私の意見は、本件の Bowen I. J. が、「権利を侵害された」との用語の本条の存在が、Bowen I. J. から、権利侵害をこうむる前に、唯一の疑問は、「権利を侵害された」との用語の本条の存在が、Bowen I. J. から、権利侵害をこうむる前に損害賠償を裁定するのを妨げたか否かである。私の判断では、これらの用語がそういう効力をもたぬことだ。下級裁判所と当控訴裁判所の双方で、この争点につきすでに述べられた内容を見ると、この争点を詳細に説明する必要はない。それら自身の言葉が、我々のどれにも手におえない仕事だと感じさせていないと思う。Romer J. が、この争点に述べた内容に、次の一つの批評をつけ加えたい。Lord Cairns' Act 下で、予防差止に代り損害賠償が裁定されてよいことに今日異論がさしはさまれていないので、必然的に、いやしくも裁定されるそういうすべての事件に、判決作成当時にまだこうむっていない権利侵害に損害賠償が裁定されなければならないのだ。もしこの困難なことがこれ以上押しつけられるならば、それからの容易な逃げ道があり、本条の用語を充たすであろう。Romer J. が、示唆したように、本件のような事件で申出られた建物が建てられると、コモンロー上権利侵害を含む不法行為を将来構成すると宣言し、建物完成後に損害賠償の調査を申出る自由を原告に与えるように、Court に強いることだ。その時、原告が「権利侵害をうけた」者になるだろう。Colls Case や Lord Macnaghten が、本法について言っていないが、この旨の判決を示唆した。……(略)……Lord Macnaghten は、本件 Slack Case と異なる事件を考えていたようだ。それは、建物が完成して代替的損害賠償を払い残存するのが許されるか、又は、許されないのが、審理当時の裁判官には確定的でないようなケースだ。この命令形式が通常形式の命令として、しばしば従われてきたと、いわ

れている。例えば、Swiften Eady J. が審理担当した Anderson v. Francis [1906] W.N. 160 だ。本件で Romer J. は、この採用に踏み切る自分の意見を実施していかないのは、おかしいのだ。

本件で Romer J. にとりそれが開かれており、そして、彼の望んだように損害賠償を裁定するために彼の認定した事実に基づき、及び、これらの認定事実では、そうするのが義務であるとの意見をもつので、彼の達した第二の結論は、私に関する限り、生じない。

しかし、Romer J. の第一の結論に私の考えがあやまっているかもしれないと自覚しているので、第二の結論に一言か二言を述べたい。審理当時にその権利侵害がただ切迫されていた場合、損害賠償を裁定する Lord Cairns' Act 下の権限をもっていなかったので、Romer J. には選択権がなくて、——切迫されたことが権利侵害であった——差止許与をしなければならなかったことだ。この仮定の上に立つと、Lord Cairns' Act は、本件に適用されない。Court の置かれた状況は、あたかも本法が制定されなかったようだ。今私の理解するところでは、エクィティー裁判所が、「何ものも差止を発すべきでない」と判断した事件では、差止が許与されることがなかった。それと逆に、エクィティー裁判所が差止をよく許与した事件には、Lord Cairns' Act が損害賠償を裁定するのを、エクィティー裁判所に可能ならしめたのだ。本法は別として、エクィティー裁判所が何ものも許与しないのが常だった種類の事件では、差止許与をエクィティー裁判所に強制するのを本法がしなかった。そこで、本法と切り離して、原告はコモンロー上の救済によくゆだねられたのであれば、事案に基づくと差止を求める事件でないとの結論に帰する本件類似の事件であれば、エクィティー裁判所は、コモンロー上のその救済に原告をゆだねるであろう。エクィティー裁判所は、訴状を棄却するが、損害賠償訴訟の権利を侵さずに、かつ、必要であれば、訴訟費用をそこに含める (Wood v. Smith

(1855) 2 K. & J. 33)。裁判所法は、今日その訴訟手続を簡略化した。エクイティ部は、今日王座部がもつとの同一の損害賠償裁定権限をもつ。私は思う。エクイティー裁判所が今日、本件類似のケースでは、Collis Case の Lord Macnaghten が示唆した先例を適用し (Lord Cairns' Act から全く独立して)、計画図に従い完成されると、被告建物が原告の古い窓にニューサンスとなるが、十分損害賠償で補償される旨を審理で宣言し、審理に至る迄の訴訟費用を原告に与え、建物完成時に損害賠償額の調査申立の自由を原告に留保する、権限をもつのである (Anderson v. Francis [1906] W.N. 160)。設計図と異なる建築をし原告に損害を加えれば、原告にあらゆる権利を留保できる。私の結論は、事案に基づき Romer J. は、差止裁定を拒否する自由があったこと、控訴人の、Romer J. は、認定事実により、そうすべきであつたとの控訴理由を認める。

事件は、全体として、控訴却下。

以上が Drefus Case の控訴裁判所の三名の裁判官の意見の概要である。それらをさらに次のようにまとめてみる。

Lord Sterndale M.R.

Lord Cairns' Act の二条全体は、広い内容の言葉であり、その管轄権を与えていること、損害賠償算定が困難であれば、その行使をしないと解される。

この争点に関する拘束力のある判例がなくて、Drefus v. Peruvian Guano Co. の控訴裁判所の傍論がある。

Cotton, Bowen, Fry の三名の裁判官が一致した内容は、その管轄権が存在しないことだ。過去三〇年間引用され

説
た数件の事件で、上のように傍論が解されてきた。

控訴人 (Leeds Industrial Co-operative Society Ltd.) の弁護士が、たとえ現実に何の損害もこうむっていないとしても、損失 (Loss) が生じたので、差止に代る損害賠償が与えられようと示唆したが、しかし、この主張は Lord Serrisdale M.R. にとり、ありえないと考えられてきたし、明らかに正しくはない。現実に違法行為が実行されていなければ、エクィティ裁判所に Lord Cairns' Act は、損害賠償付与の管轄権を与えないから、損害賠償は付与されなご。

Martin v. Price の、本傍論が検討されたが、「……管轄権があるのか否かは、困難から解放されていない。」 (Lindley L.J.) とし、未決定とした。

争点が未決定にされたが、本傍論の意味について疑点がなく、しかも、本争点が Martin v. Price の判決に明らかに述べられている。Martin 事件の事案の特殊性が関連性をもたぬ。

本傍論が参照された次の判例は、Shelfer v. City of London Electric Lighting Co. の A.L. Smith L.J. のある。彼は、Martin 事件も担当した。「唯一の拘束力ある」Drefus Case を参照して、管轄権がないと判決した。傍論中の結論に疑問をもたなかつた。Cowper v. Laider の Lord Wrenbury (当時 Buckley J.)、及び本件 Slack 事件の Romer J. も同旨。Drefus 事件の傍論が重要な傍論でなく (控訴人 Leeds Ind. Co-op. Society) の主張は、根拠がない。

また、控訴人が Drefus Case の傍論がそれ以前の事件と内容が一貫せず、とくに Chapman, Morsons & Co. v. Guardians of Auckland Union を一貫したと云う。Bowen L.J. が担当裁判官であった。争点は、訴訟通知

の必要性の有無であった。令状発給前にニューサンスが発生しないが、判決の前に発生しており、差止に代る損害賠償が裁定された。令状発給時に損害賠償の訴訟原因がなかったようだ。もしそうであれば、*Chapman* 事件が *Fritz v. Hobson* の判旨を拡張し、つまりそういう場合に、その令状に関して生ずる損害賠償が発給後にも生ずる訴訟原因に関して与えられてもよいことになる。たとえ、そうであっても、それは令状当時又は、判決当時に実在しない訴訟原因に関し、損害賠償が与えられるとの結論を含まないのは、確実だ。

Drefus Case の傍論は、傍論といえども争点が裁判所に明らかに提起され、検討され、*Bowen L.J.* の事実認定に基づけば、必然的な結論であり、時間と注意が十分に払われた。

Pearson J. v. Holland v. Worley 及び *Allen v. Ayres, Jessel M.R. v. Aynsley v. Glover* 及び *Drefus* Case より以前で、争点が提起されていなかった。

結論は、管轄権がなく、控訴棄却と判決する。

Warrington L.J.

争点は、損害防止の禁止差止に代る損害賠償を裁定する管轄権があるのか、である。

Lord Cairns' Act 二条の解釈では、認められてよい。「損害賠償」は、本法がなければ差止で禁止されるのが常だったことに対する金銭賠償であり、「権利侵害をうけた人」とは、エキィティ裁判所で、もし禁止されなければ彼に権利侵害を加える脅威及び意図を確証するので救済への資格が認められた当事者と読まれてよい。

Drefus 事件と、三名の裁判官 (*Cotton, Bowen, Fry L.J.J.*) が、本法は違法行為が全く現実に実行されていなければ損害賠償を裁定する管轄権を付与していないと意見を表明した。事件の判決に必要なかのように同一の注

説

意と慎重さでもって結論に達し、かつ、変更がなされたとか古い判決と一貫しないと我々が発見しない限り、尊重すべき重要性をもつ傍論だ。

本争点が *Martin v. Price* で言及された。未決定だとみなされたようだ。

論

Shelfer Case の *A.L. Smith L.J.* に、*Drefus* 事件の傍論が「拘束力のある判例」とみなされた。同旨、*Cowper v. Laidler* の *Buckley J.*

Drefus 事件の見解が、それ以前の判決と一貫しないとの点につき、*Pearson J.* の *Holland v. Worley, Allen v. Ayres* の裁定では、その管轄権の存否が争われなかった。*Aynsley v. Glover* で、管轄権の存在が仮定されたが行使されていない。他のケースは、提訴以前でないとしても審理以前に、違法行為が現実に実行された事件、違法行為が継続しその損害がそれ相應に拡大した事件等だ。全体から見ても、争点の意見が、その後の事件で破棄されたり、争点の提起された判決と一貫しないと私は発見しない。

こういう事情の下では、我々は、*Drefus* の意見に従う。控訴棄却。

Younger L.J.

第一審 (*Romer J.*) で、*Drefus* 事件が拘束力あるものと取扱うべきだと感じるので、管轄権がない (第一の決定)、そこで、原告に差止請求資格があり、永久的差止を許与した (第二の決定)。決すべき争点は、両決定が正しいか、それとも一方だけが正しいのか、だ。損害賠償が即座に入手できないからという理由のみで、原告に訴訟原因があれば、差止が被告にいかん酷で原告に利益がないのに発給される、と述べることには、ためらいを感じる。最近の判例の進歩にさからうことだ。そういう事件での *Colls Case* が (*House of Lords*) 下したルールと慣行の修正が、

差止請求訴訟を減少せしめたからだ。

一八九四年(二九年前)に、第一の決定の争点が、Lindley (Martin v. Price) (注(36))に重要だと述べられ、未解決にされた。現在(一九二三年)まで、争点とならなかった。一八八六年から一九〇四年まで、採光権事件で、管轄権は争点にならなかった。この間、採光権妨害がトレスパスになり、差止が唯一の適切な救済であると考慮された(Parker v. Smith (1832))。

上述の慣行が、Collis Case (1904)で、変更された。採光権妨害の抑制訴訟を維持する権利の有無は、トレスパスでなく、ニューサンスになるか、である。損害賠償か差止かの裁量ルールは、「妨害が合法か否かの争点が存し、被告が公正に行動し非隣人的精神でないとするれば、差止より損害賠償に傾くべきだ」、「損害賠償が十分な救済であれば、差止、とくに命令的差止は発給されるべきでない。」(Lord Macnaghten)この判決が、ふさわしくない事件で差止裁定の苛酷な必要性の苦況から、エクイティー裁判所を救済した。

この問題の諸権限が、本件でもエクイティー裁判所に正しいと考える判決を下させるに、適している。

本争点は、Lord Cairns' Act 二条の解釈にかかっている。本法制定当時に、本件の事例がエクイティー裁判所とコモンロー裁判所でいかに取扱われていたか。

当時、エクイティー裁判所は、予防差止(preventive injunction)で介入していた。差止が命令的でなく、禁止的であつてもだ。

しかし、慣行に従い、差止が「発給を許されない場合」と判断すれば、コモンロー上の救済に追いやられた。原告の採光権妨害に損害賠償を裁定する権限は、コモンロー裁判所に十分適切に存在する。永久的構造的妨害から

原告の権利侵害が生ずれば、評価でき回復できる損害賠償は、要役地の地価下落にあらわれる。範囲が令状日付までに限られず、権利侵害全体におよぶ。しかし、コモンロー裁判所では、提訴当時に存した妨害から発生した範囲の損害賠償に限られ、提訴当時に妨害発生が切迫しているのみでは何も裁定できなかった。妨害が発生すると新しい訴訟原因になり、別の訴訟を必要とした。元来、エクィティ裁判所はこの場合に管轄権がなかった。Lord Cairns' Act が制定されて、改善したのはこの状態だ。二条は、エクィティ裁判所に新権限を与えた。訴訟手続の修正にとどまらない。もし「権利侵害をうけた当事者へ」の用語がなければ、管轄権が存すると、Romer J. に同意する。本条は純粹にエクィティ上の訴訟原因に関してそれ自身のエクィティ上の救済に代えて、それ自身のものと同じ位に広範囲な、コモンロー上の救済へ代替する権限をエクィティ裁判所に与えた。

その権限が差し控えられなかったこと、それどころか予想された権利侵害が訴状提出時や令状発給時にまだ始まらないか、又は、完了していない場合に行使の可能性があったことは、多年、疑念や争点の対象にならなかった。一八八九年一二月まで、判決と陳述とが一本道を歩んだ。Isenberg v. East India House Estate Co., Senior v. Pawson だ。Pearson J. の二つの判決、Holland v. Worley, Allen v. Ayres は、管轄権が仮定された。ちがひ三つの判決がある。Aynsley v. Glover の Sir George Jessel M.R. は、損害防止訴訟で始まり、ずっとそのままであった訴訟で、損害賠償を裁定する権限を、明白に仮定していると考える。Fritz v. Hobson (1880) の Fry L.J. で、その管轄権が、少しもここに異議がとらえられていなく。Chapman 事件の Lord Esher (1889) や (Bowen L.J. も担当した)、上述の Fry L.J. の判例が引用されて、管轄権が明示的に肯定された。Bowen L.J. も同旨を述べた。

Lord Cairns' Act 下で損害賠償が差止に代り付与されるべきかを考察される時期は、審理時である。Lord Cairns' Act 下の権限は、命令的差止のみならず、予防的差止の場合にも適用される。

以上の判例が、本条は令状当時予想される損害にも適用されることを示す。

Drefus 事件の Bowen L.J. の批評を検討する。Bowen L.J. の意見が、原告側 Sir Horace Davey の主張に答えようとして説かれたことが引用した文脈で明白だ。Davey の突飛な主張に宛てて説かれた。それは、Lord Cairns' Act 下で、発生を兆しがあるのみで損失と区別される損害が、そこからこうむらなかつたし、その可能性もなかつた場合に、補償を裁定できるのだという主張に対してである。

Bowen L.J. の意見は正しい。しかし、重大な争点が残る。Sir Horace Davey の主張に回答する以上に、多くのことを為す意図が、Bowen L.J. にありとすることが正しいか否か、である。私の結論は、Bowen L.J. が Sir Horace Davey の主張を示されたままに、取扱おうとしたことだ。

現実の損害は、三つある。

- (a) 令状日付においてのみ、切迫した損害賠償。
- (b) 令状日付にまで存した損害賠償、その当時切迫した損害。
- (c) 令状日付、及び、審理日付において切迫した損害賠償。

(a) のケースは、A.L. Smith L.J. が Shelfer Case で、Bowen L.J. が取扱っていると推定した。そういう意図は、Bowen L.J. になごうことが証明できると思う。もしそうであるとする、彼の意見は Chapman 事件での控訴裁判所の決定 (Bowen L.J. が担当し、Drefus Case の両当事者に引用された) に、まっこうから対立したのだら

説

論

う。また、主席書記官の証明書に固守して、令状日付当時にのみ切迫した損害賠償を、その正真の事件で現に裁定した Cotton L.J. と Fry L.J. とが、Bowen L.J. の意見に賛成したからだ。Bowen L.J. が、自分の意見から Case (a) と Case (b) とを排除したことは明らかだ。では、Case (c) つまり、本件 Slack Case を含めようとしたか。私は否定すべきだと考える。Bowen L.J. が自分の述べたことを支持して、Sir George Jessel の先例を示すが、Lord Cairns' Act を Case (c) に適用する Sir George Jessel の採る見解が——Case (c) とは、Slack Case だ——、公表されている (Aynsley Case)。しかも、Cotton L.J. と Fry L.J. とも Bowen L.J. の意見に同意している。この事実が、Bowen L.J. の意見をはなれて読まれてはならないと示す。そこで、全体を見て、私の達した結論とは、Case (a), (b), (c) は、Bowen L.J. の意見の文脈では、取扱うよう計画されていたと考えられない。

しかし、Lindley L.J. が、Martin Case び——つまり損害が令状日付に開始していた場合——、Davey L.J. が、一員であった当控訴裁判所を代表して、Drefus Case における、管轄権の存在に反対する「明確な意見を述べた」のは、真実だが、Lindley L.J. が、Bowen L.J. の意見をそれらが暗示されている包括的形式に変えて読んでいると示唆するのは、大胆に過ぎるだろうか？

Bowen L.J. の意見の効果が、Shelfer Case の A.L. Smith L.J. 及び、Cowder Case の Buckley J. に取扱われてきたが、用いられた言葉の形式は、Martin Case の Lindley L.J. の叙述(包括的形式)から抜粋されている。そこで私の結論は、控訴裁判所として、本争点が Drefus Case において述べられた事柄により解決されるとみなしえない。Bowen L.J. の意見はあやまりだと考えざるをえない。たとえ広義に読まれても、全く傍論であること、もし緊急に決定を要請するのであれば、本争点は判例と原則によっても、未解決と決することが当控訴裁判所の現在

の義務である。

本条の「権利を侵害された」との用語の存在が、管轄権の行使のさまたげにならない。もし判決作成時に、まだこゝろにない権利侵害に損害賠償が裁定されなければならぬが、もしそれが困難であれば、Romer J. が示唆した如く、本件のような事件で、申出られた建物が建てられると、コモンロー上権利侵害を含む不法行為を将来構成すると宣言し、建物完成後に損害賠償の調査を申出る自由を原告に与えるよう、エクイティー裁判所に強要することだ。本件で、Romer J. にとり、それが開かれている。第二の決定は、私に生じない。

Romer J. の第一の結論に私の考えがあまりあやまっているかもしれないと自覚しているので、第二の結論に述べることがある。本法を別にして、エクイティー裁判所が、何ものも許与しないのが常だった種類の事件では、差止許与をエクイティー裁判所に強制するのを本法がしなかった。そこで、本法と切り離して、原告はコモンロー上の救済によくゆだねられたのであれば、エクイティー裁判所はコモンロー上のその救済に原告をゆだねるであろう。エクイティー裁判所は訴状を棄却するが、損害賠償訴訟の権利を侵さずに、かつ、必要であれば訴訟費用をそこに含める。

私の結論は、事案に基づき Romer J. は、差止裁定を拒否する自由があったので、控訴理由を認める。事件全体として、控訴棄却である。

以上で控訴裁判所判決のまとめをおわる。

このように、判決されて、控訴人の主張は認められず、控訴棄却となり、そこで、控訴人は、上告して、House of Lords で、本争点を争った。その結果、三対二の多数で、上告が容れられた。つまり、提訴時に、原告採光権に訴えうる妨害を完成時にひきおこすが、まだ発生していなければ、妨害抑止の差止に代る損害賠償裁定管轄権を、エ

説

クィティー裁判所がもつと、判決した。そして、本案審理のために控訴裁判所へ差し戻され、A.L. Smith のルール (Shelfer Case) が適用され、Romer J. の判決が取消されて、損害賠償調査が命じられた。⁽⁴⁹⁾

命令的差止 (損害防止訴訟) に代り、損害賠償が Lord Cairns' Act 下で裁定されたのが、Hooper v. Rogers [1975] 1 Ch. 43 (C.A.) である。⁽⁵⁰⁾

論

損害防止の差止に代る損害賠償裁定基準につき、一言する。すでに原告に権利侵害が生じコモンロー上でも損害賠償請求が容認される場合には、権利侵害を禁止する差止命令や命令的差止に代る損害賠償裁定の算定基準は、コモンロー上の損害賠償算定原則と同一内容になるとほいえる。例外的に、エクィティー上の特段の事情を考慮すれば、差止に代る損害賠償額が、コモンロー上の損害賠償額と、異なってくることもある。⁽⁵⁰⁾ また提訴時に権利侵害の発生が切迫しているにすぎぬ損害防止の差止ではコモンロー上の損害賠償請求が許されない。差止に代る損害賠償は、審理時 (差止裁定を判断する時点) を基準にして算定され、この場合もやはりコモンロー上の損害賠償算定原則に準じた原則を採用してよいであろう。⁽⁵²⁾

第五章 コモンロー上の損害賠償の救済

もし、損害防止の差止に代る損害賠償の算定が、発生が将来確定だとしても実務上困難な場合、たとえば Slack Case では、予定された建物が建築されると、コモンロー上違法行為を将来遂行すると宣言し、建物完成後に損害賠償の調査を申出る自由を原告に与えることにすればよいであろう。⁽⁵³⁾

また、そもそも権利侵害の発生が将来不確定な場合には、損害防止の差止、及びそれに代る損害賠償裁定も許され

ず、結局、将来権利侵害が発生した場合に、コモロー上の損害賠償とエクィティー上の救済にゆだねられることになる。

第六章 結 語

損害防止差止とは何か、損害防止差止に代る損害賠償の裁定が許容されるに至った経過とその根拠づけ、及び、損害防止差止とそれに代る損害賠償が諸理由から認められなければ、コモロー上の損害賠償に依拠されなければならぬことを、以上の叙述が不十分ながら明らかにした。

ひるがえって、Redland Bricks Ltd. v. Morris [1970] A.C. 652 において、土地の採掘から発生した支持の除去が原因となり、惹起された地滑りが損害を生ぜしめた場合、すでに生じた損害に対する損害賠償、採掘を禁ずる差止（禁止的内容）を裁定すると、同一の訴訟手続において、支持の原状回復を求める命令的差止を損害防止と解した（Lord Upjohn [1970] A.C. at 664）。しかし、これには批判がある。用語として、損害防止の差止とは、不法行為が正味実行された場合に、その不法行為が同一訴訟手続の別の救済の対象であったから、ある差止請求権を損害防止だと叙述するのは、その損害防止という熟語の専門用語の価値を失わせることになる、という。⁽⁵⁴⁾さらに、命令的差止の入手について、損害防止とそうでない場合との差異はとり立ててきわむことはないが、Lord Cairns' Act 下の損害賠償裁定の差止への資格の有無については、差が出てくる。もし、命令的差止の発給が要請されていなければ、原告は、新しい出来事の発生を待ち、もし発生すれば新しい訴訟提起にゆだねられることになる。もはや、Lord Cairns' Act が依拠せられないこととなる。⁽⁵⁵⁾ 同様のことから、Redland Bricks Ltd. v. Morris 事件の命令的差止を損

害防止と解するのは、もう少し慎重を要することであつたであらう。

論

注

(1) Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, 12th ed., p. 654, 1984. この定義(説明)の前に、「普通、不法行為が遂行されるのみ、差止は発給される。損害が確証されたのみ訴えうる不法行為の場合に、その損害が現実に発生する前に原告が差止を請求するのは早計だ。」Clerk & Lindsell on Torts, 15th ed., [7-07] 1982 が、「例えば、損害が訴訟基礎の場合に、現実に損害が発生する前の如く、訴訟原因がすでに発生する以前に原告が差止を請求するのは、早計であるのが原則だ。ところが、そのまま容認すると原告に実質的損害をほほ確実に惹起するに至る行為を抑止する損害防止差止を、裁判所が発給する若干の場合がある。」

(2) P.H. Pettit, Equity and the Law of Trusts, 5th ed., p. 465, 1984. BAKER and Langan, Snell's Principles of Equity, 28th ed., p. 566, 1982 が「権利侵害(injury)が差し迫つてくるのみで、また発生せず、または存続していない場合でも、原告保護のためにエクイティー裁判所に提訴が許される。」

(3) Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, 12th ed., pp. 654~5, 1984. Clerk & Lindsell, Torts, 15th ed., [7-07] 1982.

(4) Hooper v. Rogers [1975] Ch. 43 (C.A.) at p. 50 per Russell L.J. (註(9)参照)

(5) Clerk & Lindsell, op. cit., [7-07]. 本件は損害防止差止は付与されなかった。

(6) Clerk & Lindsell, op. cit., [7-07]. Russell L.J. は「差し迫る(imminent)を、早計に差止が発給されてならぬとしよう意味たごう(Hooper v. Rogers [1975] Ch. 43 (C.A.) at p. 50 per Russell L.J.)。Lemos 事件では、隣接地に生育している樹木の根が原告達の財産に損害を加えることを懸念して損害防止訴訟を提起したのは、一九五九年のことだった。一九六二年までに当該損害が予想されると立証されたが、控訴裁判所は本訴の正当性を証するだけの損害の切迫した状態がないと判示した。」

(7) 例えは、Baker and Langan, Snell's Principles of Equity, 28th ed., p. 627 (1982).

(8) 例えは、Clerk and Lindsell, op. cit., [7-02].

- (6) Redland Bricks Ltd. v. Morris [1970] A.C. 652 at pp. 665 ~ 6 per Lord Upjohn. 事案は、原告が市場向菜園に使用している土地に、被告達の近くでの採掘が原因で地滑り (land began to slip) が発生し、証拠によれば、たとえ被告達がその操業を中断しても、やがて地滑りしやうだと認定され、眞裁判所 county court で原告がすでに発生した損害賠償、土地支持をこれ以上妨害するのを禁止する差止、及び、土地支持の原状回復の命令的差止をえた。命令的差止のみに反対し被告が控訴。危険な土地の価格の何倍かの金額がかかるから。控訴審は多数で命令的差止を有効と支持。House of Lords は上訴を認め、Lord Cairns' Act は本件に適用されるモモンロー上の原理と何の関連もないと述べ、命令的差止を取消し、Lord Cairns' Act 上の損害賠償とだけ、モモンロー上の救済にゆたわせた。
- (9) A-G. for the Dominion of Canada v. Ritchie Contracting and Supply Co. [1919] A.C. 999 at 1005 per L. Dunedin, P.C.
- (11) 例として Woodhouse v. Newry Navigation Co. [1898] 1 I.R. 161.
- (12) Kennard v. Cory Bros. & Co. Ltd. [1922] 1 Ch. 265 at p. 274 per Sargant J.
- (13) Fishenden v. Higgs & Hill Ltd. (1935) 153 L.T. 128 at p. 142 per Maughan L. J.
- (14) [1970] A.C. 652 at p. 667.
- (15) Clerk & Lindsell, *ibid.*, [7-01]. Spry, *Equitable Remedies*, 2nd ed., p. 475, 1980.
- (16) Lord Upjohn は、*upjohn* 一例をあげた。 「被告が所有する土地を、原告が通行権をもつ敷石の道路をも含めて全体を耕作し通行できなくなれば、道の原状回復に命令的差止が有益だ。損害賠償で十分に救済されない。被告には土地の上を歩いて再び通行権を確立する権利がある。」 ([1970] A.C. 665 E) 筆者 (西牧) には、この例は損害防止でない命令的差止の場合のよびに思われる。
- (17) [1970] A.C. 664 F ~ G. 665 B ~ E. per Lord Upjohn.
- (18) Clerk & Lindsell, *ibid.*, [7-08]. [1970] A.C. 652 at pp. 664, 665.
- (19) Darley Main Colliery v. Mitchell (1886) 11 App. Cas. 127.
- (20) Clerk & Lindsell, *op. cit.*, [7-08].
- (21) Clerk & Lindsell, *op. cit.*, [7-08], p. 287 ④ 註(5) 参照。

説

論

注(67)に、Lord Upjohn が自分でいっている損害防止とは考えていない命令的差止の例をあげたが ([1970] A.C. at p. 665) 'そこであげられたケースが House of Lords で現に取扱うケースと全く違うのがどの点かは明らかでない' と評されている (Clerk & Lindsell, op. cit.)。上の例というのは、原告が通行権をもつ砂利道の通った土地を所有者の被告が耕作したのでもはや通れなくなると、命令的差止が道の原状回復に有効となる、損害賠償では必要な救済を与えない、通行権設定のために被告の土地に入り込む権利が原告にもはやないからだ、という。

(22) Clerk & Lindsell, op. cit., [7-09].

(23) Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. v. Slack [1924] A.C. 851 at p. 857 per Viscount Finlay の理由付けの中心となる問題点 (point)° Jolowicz, "Damages in Equity—A Study of Lord Cairns' Act" [1975] C.L.J. 224 at p. 244, note 90.

(24) Lord Upjohn は、明らかに禁止的差止と地方裁判所判事の許与した命令的差止とは同一の目的をもつ、つまり原告土地にやむを得ない陥没が生ずるのを予防することは関連性がなないと考え、こうして、古い慣行の下に消極形式の唯一の差止で足りると判断した (Jolowicz, op. cit., p. 244, 注(61))°

(25) Jolowicz, op. cit., pp. 244~245.

(26) Jolowicz, op. cit., p. 245.

(27) Jolowicz, op. cit., pp. 247~248.

(28) Jolowicz, op. cit., pp. 250~251.

(29) 要領よくまとめられた紹介がある。浅野直人「Damages in lieu of Injunction (差止に代る損害賠償)」について「福岡大学論叢」19巻、2・3号 pp. 335, 348~350.

(30) Lord Cairns' Act 第二条「エクイティイ裁判所が、約款・契約・合意の違反、何らかの権利侵害を含む違法活動の実行や継続に備えて (against the commission or continuance of any wrongful act)、差止申立、或いは、約款・契約・合意の特定履行の申立を受けられる管轄権を持つ一切の事件において、もし適当と考えるべきであれば、その差止や特定履行に付加して、或いは代替して (in lieu of) エクイティイ裁判所は、権利侵害をうけた当事者に (to the party injured) 損害賠償すること合法であるのは当然であり、その損害賠償はエクイティイ裁判所が当然命じる方法で算定されること。」

- (32) Drefus v. Peruvian Guano Company (1889) 43 Ch. D. 316 at 333 per Bowen L.J.
 (32) (1889) 43 Ch. D. 316 at 342 per Fry L.J.
- (33) Fritz v. Hobson (1880) 14 Ch. D. 542, Fry, J. の判決「令状発給前に開始された違法活動が令状発給後も継続し、審理前に終止した場合に、その活動を禁止する差止に代る損害賠償が請求されると、エクィティー裁判所は、令状発給後に生じた全損害を、Lord Cairns' Act の第三条のレド算定する管轄権がある。」(pp. 556~558)
- (34) (1889) 43 Ch. D. 316 at 342 per Cotton L.J.
- (35) Lord Sterndale M.R. 及び Drefus 事件の原告側弁護士 Horace Davey 卿の主張 (1889) 43 Ch. 316, 324 及び「損失の事実が争われなかった」として Horace Davey 卿の声明 (1889) 43 Ch. 323 及び「一緒に語らう」 Bowen L.J. の本争点への批判的評価 (同判決 ibid., 333), House of Lords の判例 [1892] A.C. 166, 182 を見よ。 [1923] 1 Ch. 431 (C.A.) at p. 446.
- (36) Martin v. Price [1894] 1 Ch. 276. 事案は、原告がその賃借人として保有する建物をさらに転貸している。被告が約一〇メートルへだてた道路の真向いに従来の間口二三メートル、高さ一メートルの建物をこわし、それよりも七メートル高い建物を建築することを計画し、建物を取壊し正面の新壁の一部が間口八メートル、高さ一八メートルに建てられ、他の部分は従来通りであった。原告の家の地形が登り状態の (on rising ground) 広い空間の中庭の内部にあり、原告の採光権に侵害が生じても建物の利用価値を損じなかった。原告は、古い建物より高く建築するなどの禁止差止、その高さを超えた部分の取壊しを命じる命令的差止、損害賠償を訴求した。一審 (Kekewich J.) は、被告の建物により原告の ancient window からの採光は重大な侵害をうけると認めしたが、原告に適切な救済として injunction が命じられるか、damages が命じられるかは問題であり、被告のこうむる影響と原告のうける侵害とのバランスを考慮に入れるとき、injunction が否定され、damages が命じられることもありうるのであって、本件のように、単なる復帰権者にすぎない原告は、たしかに ancient light の侵害はあるけれども、目下のところは何の不利益も、うけていないとして、両差止に代えて損害賠償 damages in lieu of injunction を現実たうけた損害賠償と共に、二〇ポンドと裁定した。しかし原告の控訴につき、二審 (Lindley L.J., A.L. Smith L.J., Davey L.J.) は、まだ権利侵害が実行されずに単に切迫して、そう意図されておれば、差止に代り損害賠償で補償されるかにつき、反対の判決は Drefus v. Peruvian Guano Company (1889) 43 Ch. D. 316、養成の判決が Holland v. Worley

(1884), 26 Ch. D. 578 (禁止的差止) がある。すなわち、原告の ancient light が実質的に侵害され、その上、将来侵害られるべきであることが本件で認められる以上、原告には injunction を与えられる権利があり、それ故に原審判決を、将来の建築の続行を禁じる injunction により、建物完成部分により原告のこうむった損害についての damages を命じるものに変更せよと指示した。後野・Damages in lieu of Injunction, p. 355.

- (37) Holland v. Worley (1884) 26 Ch. D. 578. 事案は、被告の新建物建築による原告住宅の将来の採光妨害が問題となった。建築続行の禁止やすでに建てられた部分を放置しないことの差止、及び現在生じた妨害の損害賠償を請求した。第一審 High Court (Pearson J.) は、原告住宅が被告の新建物により将来採光を妨げられて損害を生ずることを認定した。そして、その程度等を考慮し、損害防止の禁止差止よりも damages in lieu of injunction が適当な救済方法であると判断した。「(Krehi v. Burrell (1878) 7 Ch. D. 551 & Smith v. Smith (1875) L.R. 20 Eq. 500 により Sir George Jessel M.R. が settled rule を述べたわけではなく、しかし彼ら自身が matter of discretion として、各々の事件の事案に即して裁判所が正しいと考へることに従って行動せよと Lord Cairns' Act が許す場合では、許すのだ。おそろく Master of Rolls を誤解していないただろうと思うので、あえていうと彼の意見は、もし中止しなければ原告財産を完全に廢物にする行為を被告が実行していれば、その場合の救済が原告に支払われる補償だけでは原告財産すべてを被告に買わせることになるから、エクイティー裁判所は Lord Cairns' Act により付与された裁量権を行使して、被告に財産を売るように原告にしむけないであろう。しかしこのことは反面、原告のうける侵害が重大でなく、財産は原告のもとに留りつづけ、彼にとり実質的に従前通り有用 (useful) でありつづけ、それ故に侵害の性質が (原告の財産をその手もとからとり上げることなく) 金銭で補償されうるようなものであると裁判所が考え、もし適当と考へるならば、Act に与えられうる裁量権を行使しうる、他の場合があることを意味する。」(1884) 26 Ch. D. 586~587) 本件では、現在の建物の使用目的からみて、侵害がそれを廢物にするほどのものではない、財産の性質、またはそれが London の中心に位置するといった事情も考慮すれば、建築続行禁止の差止を命じる代りに、damages を命じる裁量権を行使してよかまわないと判断せよ。

- (38) Aynsley v. Glover (1878) L.R. 18 Eq. 544. 事案は、原告の採光権 ancient light を侵害することになる被告の建物の、建築工事の禁止を命じる損害防止の中間的差止命令 interlocutory injunction が請求された。被告は、原告の権利を実質的に侵害してつないと主張したほか、仮に侵害があつても Sir George Jessel M.R. は、被告の行為は原告の ancient light の

実質的な侵害となるであろうと認め、きわめて少額の損害しか生じないという場合でない限り、injunction が認められるべきであり、侵害建物の建築者が、被害者の権利を買いとりうると考えないようにすることが正当な解釈である。Lord Cairns' Act で新たに Court of Chancery に与えられた new power は、事案に即して合理的に行使されるべきであらう。本件では interlocutory injunction が認められ、interlocutory injunction は Lord Cairns' Act の適用がなされた理由にされた。浅野・Damages in lieu of Injunction, p. 353. 浅野教授の著書及び Aynsley v. Glover (1874) L.R. 18 Eq. 544 at pp. 554-555 の、本件を quia timee injunction が、通常の差止かを區別せずに Lord Cairns' Act の適用を論ずる立場にならざるようである。

(39) *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.* [1895] 1 Ch. 287. 事案は、発電所から発散された騒音と振動とのニューサンスの禁止的差止が認められた。拙稿「不動産賃借権に基づく妨害排除認容の一要件——便宜の均衡論について」法学研究所紀要（大阪経済法科大学）第四号（一九八三）四五頁参照。

(40) *Cowper v. Laidler* [1903] 2 Ch. 337. 事案は、採光権の認められた原告の小住宅の二つの窓を暗くする結果となる新建築物を建てようとする被告に、原告が損害防止の禁止差止（上述の新建物の建築を禁じる内容）を求め High Court (Buckley J.) は、被告の予定建築で原告の採光権が実質的に侵害すると認定し、Lord Cairns' Act 下の損害賠償裁定権の適用を認め、この決定はせずに、それを仮定した上で、損害防止の禁止差止を認めた。損害防止の禁止差止に代る損害賠償の裁定の管轄権の有無が論ぜられ、Drefus 事件（反対）、Martin 事件（未決定）、Shelfer 事件（Lord Cairns' Act の適用は、命令的差止の一四件の場合だ）、Holland 事件（禁止的差止だが疑われている）に与えられた。原告の差止請求が、金とりが目当てだとう点も論ぜられている。

(41) *Chapman, Morsons & Co. v. Guardians of Auckland Union* (1889) 23 Q.B.D. 294, 302. 事案は、汚水を川に流した被告衛生局に原告がニューサンスの差止と損害賠償とを求めた。公衆衛生法一八七六年の、訴提起一カ月前の通知がないとの抗弁に、差止が拒否されて、訴状提出時に発生見込みのある損害が請求され、結果として Lord Cairns' Act 下の損害賠償が裁定され、上述の法律の適用なしが理由づけられた。

(42) *Senior v. Rawson* (1866) L.R. 3 Eq. 330. 事案は、原告がバブの建物をもち経営していたが、その道の真向いに被告が建物を買いそれを取壊して、以前より大規模に建て替えようとした。例えば、高さを六メートル→一五メートル。原告は以前

よりも高くなれば訴訟すること、設計図を見せること、買取って欲しいことを申し入れた。次に提訴し、中間差止、以前の採光権を妨害するような建物の建築の禁止差止を求めた。しかし、被告は急いで一部を一五メートルまで建築してしまった。申立は、審理まで延期された。次いで申立通知がなされたとき(五カ月後)、建物は完成した。High Court (Sir W. Page Wood V.C.) は、このままの建物がそこに残されると、原告は実質的に損害をこれからうけると事実認定して、原告の提訴が被告の計画を知ってから遅れてなされ、かつ、損害賠償で解決しようと交渉がなされたこと(原告の買取りの申出も重視された)から、建物の取壊しの命令的差止に代る損害賠償が裁定されると決定した。

- (43) *Colls v. Home and Colonial Stores* [1904] A.C. 179. 事案は、被告が原告の建物の道路をへだてた真向いの建物を取壊し新しく建物を建築し始めたので、採光権を妨害する建物の建築を控えるようにこの差止と損害賠償とを請求し、一審 (Joyce J.) は妨害なしと認定し棄却した。二審 (Vaughan, Williams, Romer, Cozens-Hardy L.J.) の前に原告が建築完成させた。実質的妨害と「実在の損害」が生ずるので、上の差止を認め、取壊しの命令的差止をも許し、一審判決を破棄した。上告の House of Lords は、二審判決を破棄し、一審判決を回復させた。

- (44) *Emperor of Austria v. Day and Kossuth* (1861) 3 De G.F. & J. 217. 事案は、ハンガリー人の亡命者 Kossuth が、イギリス国内でハンガリー国内で通用する紙幣を大量に製造させたので、ハンガリー国王の原告が、紙幣を差し出し製造を控えるように被告を訴えた。判決 (Lord Chancellor Lord Campbell 外) は、エクイティ裁判所に外国政府の政治特権を侵害するのみの行為の実施を禁ずる管轄権はないが、この紙幣製造を禁止すると判示した。

- (45) *Back v. Stacey* (1826) 2 C. & P. 465, 171 Eng. Rep. 210. 建築による採光権の違法妨害の基準は、原告が前より光量が減っただけでは不十分で、光の減少が原告の家の居住を不快に変え、もし商売であれば、前と同様に便宜に商売がやれる状態でなくなることが必要であると判示した。事案では、採光権の違法な妨害なく、損害もないと陪審の評決が出た (Best C.J.)。

- (46) *Ferguson v. Wilson* (1866) L.R. 2 Ch. 77, 88. 事案は、鉄道会社取締役会が株式配当決議をしたので、原告がその特定履行を求め、配当が完了したので取締役が自分の株式を配当するか、損害賠償の責任をとるよう請求申立をした。判決は、特定履行は不可能なので、Lord Cairns' Act 下の損害賠償は認められなかった。そしてペンコー上の損害賠償が適していた。

- (47) *Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. v. Slack* [1924] A.C. 851.

- (47) Slack v. Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. [1924] 2 Ch. D. 475 (C.A.).
- (48) Hooper v. Rogers [1975] Ch. 43 (C.A.). 事案は、被告が原告と共同所有・共同占有する土地の、斜面を走る道路を平均化し深へしたところ、自然の成行で原告の家から支持を除去するに至るので、原告は損害防止の作業禁止差止、損害防止の命令的差止(採掘場所の原状回復)、及び損害賠償とを請求し、県裁判所は、差止拒否し、その代りに損害賠償を裁定した。算定基礎はその通路の原状回復、及び支持を除去された土壌を強固にするに必要な費用に基づいた。この裁定に反対して、被告は控訴し、結局、控訴も棄却された。
- (49) SPRY, *Equitable Remedies*, 2nd ed., pp. 564~565. 原告の黙認 (acquiescence) を懈怠 (laches) と損害増加を誘発した場合、損害賠償は減額される。
- (50) Aynsley v. Glover (1874), L.R. 18 Eq. 544, at pp. 471~472 per Sir George Jessel. Slack v. Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. [1923] 1 Ch. 431 (C.A.) pp. 471~472 per Younger L.J. Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. v. Slack [1924] A.C. 851, 869 per Lord Sumner.
- (51) SPRY, *op. cit.*, p. 565 (『SPRY』quia timet の場合を照らし出す) P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, 5th ed., p. 473 (1984).
- (52) Slack v. Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. [1923] 1 Ch. 431, 434 per Romer J. 同、483 per Younger L.J. Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. [1924] A.C. 851, 873 per Lord Sumner.
- (53) Jolowicz, *op. cit.*, pp. 244~245.
- (54) Clerk & Lindsell on Torts, 15th ed. [7-08] Hooper v. Rogers [1975] Ch. 43 同、Redland Bricks Ltd. v. Morris [1970] A.C. 652 同、見解も同様。

(一九八六・一一・一〇)

