

〈研究ノート〉

# R. Zakrzewski による制度的救済手段論 の試みと「実体的 right」概念

— *Remedies Reclassified*. By Rafal Zakrzewski

(Oxford University Press, 2004) に関する紹介と分析 —

松田健児

## 目次

1. はじめに
2. 本書の構成と概要および分類の枠組み
  - 2.1 第1部の構成と概要
    - 2.1.1 各章の概要
    - 2.1.2 分類の枠組み — 本書における分類の理論
    - 2.1.3 小括：救済手段の法の範囲
  - 2.2 第2部の構成と概要および分類から得られた結果
    - 2.2.1 分類の目的
    - 2.2.2 分類の実践から得られた結果：重要な救済手段の大半は複製的である
    - 2.2.3 小括：本書は「裁量的救済主義」の当否の検討のための枠組みを提示
3. 本書の分類枠組みの新しさ
  - 3.1 複製的救済手段と変革的救済手段の区分の判断基準
    - 3.1.1 変革的救済手段の判断基準
    - 3.1.2 複製的救済手段の裁量権
    - 3.1.3 小括
  - 3.2 「実体的 right」とその1次的 right と2次的 right の区別
    - 3.2.1 本書における「実体的 right」概念
    - 3.2.2 1次的 right と2次的 right の内容とその区別
    - 3.2.3 小括
4. 結び

## 1. はじめに

レメディ (remedy) の語は治療 (薬) や療法の意味において一般にも用いられ、法の領域においても様々な意味において使用される多義的で曖昧な語である。イングランドの契約法、不法行為法、原状回復法 (いわゆる、不当利得法)、および、財産権の法 (すなわち、いわゆる「私法」) においては、その語は、本書によれば、少なくとも、次のような狭義の法律上の5個の意味、すなわち、(i) 訴訟原因 (cause of action)、(ii) 裁判所命令に先立って存在するという意味において実体的な right (実体的「権利」、いわゆる、実体権。以下、本稿においては「実体的 right」と記す)、(iii) 裁判所の命令、(iv) 裁判所命令を強行する手段、および、(v) 原告が手にする最終的な結果の意味を有している。こうしたレメディの法律上の意味の不安定性は、本書によれば、救済手段の法の範囲を曖昧にして、救済手段の法が民事の実体法や手続法から区別される1個の法領域として成立することを妨げている。

本書は、イングランドにおける「私法」領域において用いられているもろもろの救済手段の新たな分類を試みた著作である。その新たな分類のねらいは、レメディに関する他の著作とは異なり、諸救済手段の内容の要点を叙述するよりは、むしろ、諸救済手段の法の構造を明らかにすることにある (p. 221)。より具体的には、「諸救済手段の法は、諸『実体的 right』の法と民事手続の法の各々との間に境界を有し、かつまた、それらの各々によって形成されるものであっても、それらの一部分をなすものではない」ことを見いだすことにある (p. 5)。換言するならば、諸救済手段の法が諸「実体的 right」の法と民事の手続法から識別しうる明確な1個の法領域をなしていることを明示し、諸救済手段の法の範囲を同定することにある、とすることが出来るであろう。そして、その本書のねらいはほぼ達せられている、と見て差し支えないであろう。

本稿は、イングランドにおいて初めて諸救済手段の法の構造を明らかにしたと見て良いであろう本書の概要を、(1) 諸「実体的 right」の法および民事の手続法から諸救済手段の法を識別することを可能にしている分類の枠組み (2. 本書の構成と概要および分類の枠組み)、および、(2) その分類の枠組みの新しさについて (3. 本書の分類枠組みの新しさ) 記述することを通して紹介する。

本書の詳細な分析は別稿で行なう予定である。

## 2. 本書の構成と概要および分類の枠組み

本書は、諸救済手段を分類する理論的枠組みを提示し、救済手段の法の範囲を同定する第1部、および、その枠組み理論に従って諸救済手段の具体的な分類を實踐しその結果を提示する第2部から構成される。

### 2.1 第1部の構成と概要

第1部は序章、「2章 ‘レメディ’の不安定性」、「3章 ‘レメディ’に関する著作者たち」、「4章 ‘レメディ’の安定的な核心的意味」、「5章 諸救済手段の分類」、および「6章 裁量権と諸救済手段」からなる。本書が實踐している理論的枠組みは4章および5章において叙述されている。

#### 2.1.1 各章の概要

各章の概要を示すならば以下の様になるであろう。「2章」において、レメディの用語の多義性を検討し、狭義の法律上のレメディが (i) 訴訟原因、(ii) 「実体的 right」、(iii) 裁判所の命令、(iv) 裁判所命令を強行する手段、および、(v) 原告が手にする最終的な結果の意味において使用されており、レメディの語の定義には諸困難が伴うことが明らかにされ、「3章」において諸学者たちの著作はレメディの定義を欠いているか、あるいは定義がなされていてもレメディの意味が裁判所命令から「実体的 right」へと推移する、あるいは、訴訟原因の意味において使用されるなど、一貫していないとの批判 (p. 41-2) がなされている。次に、「4章」において、レメディを1個の法的主題として確立しうる語の安定的で核心的な意味 (p. 43) が、レメディの諸著作において共通に使用されている裁判所の命令、より正確には訴訟準備および判決執行の段階における命令以外の裁判所命令から生じる right にあることが明示された上で (pp. 44-5)、「5章」において新たな分類の枠組み理論が提示されている。その際に、分類において最も重要な重複的分类の回避が「実体的 right」と諸救済手段との間に存在する、当該の救済手段が当該の「実体的 right」を実施する (effectuate) 関係に照らして分類することによって達成されうること (pp. 77-80) を基礎として具体的な分類の枠組みとなる諸区分が提示されている。そして、「6章」にお

いて、本書の分類の枠組みによるならば、裁判官が衡平法上の救済手段を付与する際の裁量権は訴訟に先立って存在する「実体的 right」とは異なる right の創出を伴うと考えることは誤りであること、また、裁判官が諸救済手段を付与する際に行使する裁量権は当該の「実体的 right」の存否を決定するための準則 (rule) を「法の展開」(development of law) として作成する際に伴う裁量権とは区別されうることは明らかであるとの説述がなされている (p. 97-102)。

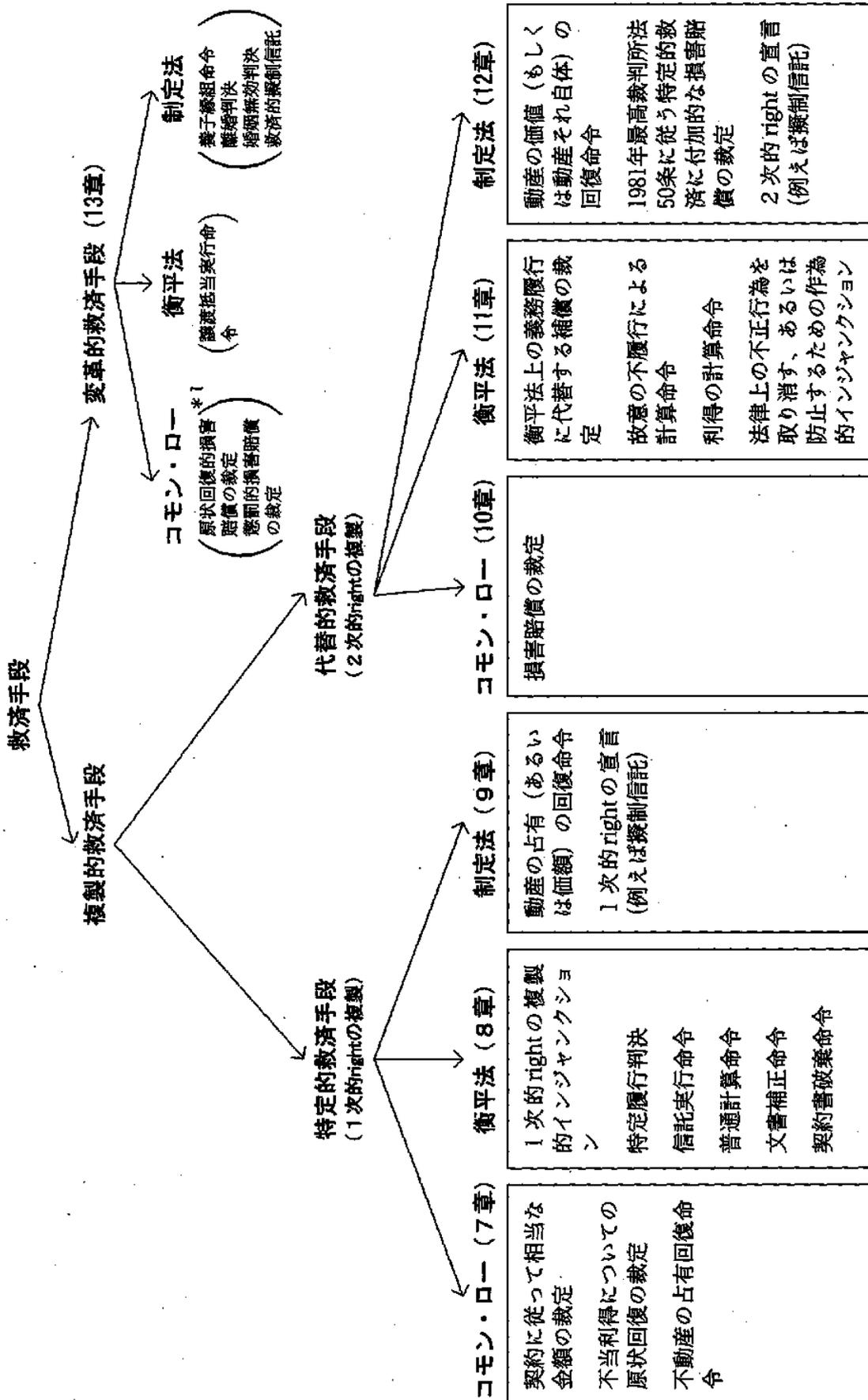
### 2.1.2 分類の枠組み — 本書における分類の理論

こうして、提示されている分類の基準は本質的に形式的である。すなわち、救済手段は、訴訟準備および判決執行のための命令等を除く裁判所命令として定義される。より具体的には、裁判所の命令から生じる right として定義される (p. 46)。

#### (1) 外部的分類のための区分

諸救済手段は、先ず、外部的に、諸「実体的 right」と区別される。諸「実体的 right」とは、本書によれば (p. 13)、裁判所命令に先立って存在するという意味において「実体的な」right である。例えば、契約に基づく支払に対する right、錯誤による支払いの返還に対する right、あるいはネグリジェンスの不法行為を原因とする損害賠償の支払に対する right の様に、契約、錯誤による支払い、あるいは、不法行為といった当該の裁判所命令の以前に起こり当該の right の発生原因となった出来事 (events) によって生じるもろもろの right のことである、という。この区分によって、諸救済手段は、本書によれば、「実体的 right」との関係において識別され区別されうる 1 個の明確な範疇をなすものとして分類されうるものとなるのである。こうして、諸救済手段の法は、本書において、諸「実体的 right」の法との間に境界線を有する 1 個の範疇をなすものとして裁判所の命令に関する法として記述することが可能になったのである。そのため、本書において個々の救済手段が検討される際に、裁判官たちによって当該救済手段が付与される際に使用される命令文が引用される。

そこで、当該の裁判所命令から生じる right は上記の様に記述することが可能になったため、それゆえに、区別される当該の「実体的 right」の範疇との間に如何なる関係を有するか、また、当該の裁判所命令は当該の「実体的 right」に対して如何なる効果を有するかが分析可能となり、その外部的な範疇との関係



図表1 出典：Rafal Zakrzewski, *Remedies Reclassified* (Oxford University Press, 2004), at p. 84.

注1：( )内の字句は図表掲載の際に補った。

注2：\*1は( )に補われている救済手段が、当該の「実体的right」が法によって準則化されていない場合には、変革的救済手段に分類されうることを示す。

とその範疇に対する効果を新たな分類の枠組みの基礎とすることによって、またその基礎に従って、更に以下の内部的な3個の区分の設定が可能になっているのである。以上の論理に従って、諸救済手段の分類のための新たな枠組みが構築されている。

## (2) 内部的分類のための区分

上述の基礎に立って、諸救済手段は内部的に分類されている。そこで、以下において内部的な分類のための区分を見ることにしよう。それに先立って、先ず、以下の内部的な区分に従って諸救済手段を整理分類した「図表」が本書に提示されているので、本書の分類枠組みについての理解を容易にするためにその「図表」を補った図表1を掲げておこう（前頁）。

### 第1段の区分

第1段の区分は救済手段についての‘複製的’(replicative)と‘変革的’(transformative)との区別である。著者によれば(pp.78-79)、複製的救済手段は原告が裁判所に提起した「実体的 right」を再陳述する(restate)裁判所命令である。そして、変革的救済手段とは、そのような「実体的 right」を複製しない裁判所命令である。複製的救済手段に該当する救済手段は、例えば、被告に原告の土地を直接侵害(トレスパス trespass)しないように命じるインジャンクションの命令の場合である。この場合、裁判所の命令は、被告が既に原告に対して負っている原告の土地を直接侵害しない「実体的な」義務(duty)あるいはそれに相関する原告の「実体的 right」を実施するに過ぎない、ということになる。それに対して、変革的救済手段は「実体的 right」を複製しない裁判所命令から生じる right である。変革的救済手段は当該当事者間に裁判所の命令に先立って存在する諸 right や諸義務を、その当事者間にある新しい法律上の関係を創出することによって変更し、あるいは変革する(alter or transform)命令である(p.79, p.203)。本書に示されている実例は、養子縁組命令(adoption orders)、離婚判決(divorce decrees)、譲渡抵当実行命令(foreclosure orders)および、救済的擬制信託(remedial constructive trust)等である。

### 第2段の区分

第2段の重要な区分はもろもろの複製的救済手段の間に設けられている。すなわち、もろもろの‘1次的’right(primary rights)を複製するもろもろの

特定の救済手段 (specific remedies) ともろもろの ‘2次的あるいは救済的’ right (secondary or remedial rights) を複製する代替的救済手段 (substitutionary remedies) との区別である。この区別は、諸「実体的 right」がもろもろの1次的 right ともろもろの2次的 right からなるものとして定義できる (p. 13) ことに基づいている。本書によれば (p. 13)、この定義は諸「実体的 right」の起源の違いに由来する。つまり、もろもろの2次的 right はある法律上の不正行為 (a legal wrong)、すなわち、ある1次的義務の1個の違反 (a breach of a primary duty) あるいは1次的 right の侵害から生じる。その実例は、合理的な配慮を行うべき1次的な義務の違反から生じるネグリジェンスの不法行為を原因とする損害賠償の支払いに対する救済的 right である。1次的 right はある法律上の不正行為、例えば、契約違反や不法行為とは関係なく成立している right である。例えば、契約によって合意されている金額の支払に対する right (合意されている金額の裁定によって複製される) や錯誤による支払の返還に対する right (不当利得のための原状回復の裁定によって複製される) である。

ところで、もろもろの2次的 right を複製する救済手段が「代替的」(substitutionary) と呼ばれる理由は何であろうか？ それは、本書によれば (p. 103)、ある2次的 right の役割が、ある1次的 right が複製され得ない、あるいは、されるべきではない場合に、それらの場合のある1次的 right に取って代わる、あるいは、その1次的 right を補強することにあるためである。例えば、ある合理的な配慮を行う1次的義務のある違反があったとき、その合理的配慮義務の特定の直接的な実現は不可能となってしまうために、その義務の代替的实现としてネグリジェンスの不法行為を原因とする損害賠償の支払に対する2次的 right が発生する、と言うのである (p. 104-5, pp. 165-6)。この2次的 right が必要となる場合については、更に 3.2.2 (2) において紹介する。

### 第3段の区分

第3段の内部的な区分は、法の歴史的な発展に沿って救済手段の起源がコモン・ロー、衡平法、あるいは制定法にあるかの区別である。

#### 2.1.3 小括：救済手段の法の範囲

本書の分類の枠組みにおいては、(1) さまざまな裁判外の救済や保護は救済

手段ではないことになる。また、より重要なことは、(2) 損害賠償に関する実体法のほとんどその一体は、その他の金銭的な救済（例えば、不法行為や契約違反の法律上の不正行為による利得の原状回復的損害賠償、および、懲罰的損害賠償）に関する実体法とともに、裁判所の命令から生じる諸 right としての諸救済手段とは区別される諸「実体的 right」の内容を決定するための準則をなすものとして、救済手段の法の外に排除される、ことである。そこで、救済手段の法は、(a) 如何なる場合に裁判所はある既に存在している right を複製することを承認するか、および、(b) 如何なる場合に裁判所はある新しい法律関係、言い換えれば、ある新しい right や義務を創出することを承認するか、を決定するための準則の一体である、ということになるであろう。

## 2.2 第2部の構成と概要および分類から得られた結果

本書の第2部は第1部において構築された分類枠組みの理論を上掲の図表1の分類順に従って実践する7個の章と結語の章から構成されている。

### 2.2.1 分類の目的

分類を実践している7個の章の目的は、既に明らかであるが、より具体的に著者に聞くなれば、「すべての救済手段に関連する法を詳細に叙述し、あるいは、諸救済手段に関する教科書を提供することではない。それは1個の安定した観念に基礎付けられる諸救済手段の法の範囲を実証すること、第5章において同定された各範疇の内容を例証すること、および、何れの救済手段が何れの種類の『実体的 right』を複製する、または、逆に言えば、何れの『実体的 right』が何れの救済手段において複製されるかの概略を明示することである。」

### 2.2.2 分類の実践から得られた結果：重要な救済手段の大半は複製的である

そして、更に、7個の章における分類の実践の結果について著者に聞くなれば、それは「本書は、有意的に大半の救済手段が裁判所による、もろもろの1次的 right およびもろもろの2次的 right の再陳述であると見られうるであろう、ことを明示する概観を提供した」(p. 221)、というものである。すなわち、本書によれば、イングランドの契約法、不法行為法、原状回復法（いわゆる、不当利得法）、および、財産権の法においては、重要な remedy の大半は、諸「実体的 right」を複製する (replicate) 機能を営むものなのである。そして、例外的に、いくつかの、重要なものとして制定法に基づく、救済手段が、裁判所に提

起される当事者間の関係に存在する諸「実体的 right」を複製しないで、裁判所に提起される当事者間の関係に新たな法律関係を付与して、その関係を変更する、あるいは変革する (alter or transform) (p. 79) 機能を営んでいるに過ぎない、というのである。

そして、本書においては諸「実体的 right ともろもろの複製的救済手段との間に数世紀にわたって展開されて来ている直接的な相関関係」を破壊する恐れのある「裁量的救済主義」(discretionary remedialism) が近年において他のコモン・ロー諸国において唱導されて来ていることに対する言及がなされながら、イングランドにおいては、なお依然として、結局において、その「直接的な相関関係」が維持されているとの所見が提示されている (p. 222)、と見て差し支えがないであろう。

### 2.2.3 小括：本書は「裁量的救済主義」の当否の検討のための枠組みを提示

上記の所見には、イングランドにおける裁判官は救済手段を付与する際に、伝統として、あるいは、司法の慣行として成立していると観察される、諸「実体的 right」 ともろもろの複製的救済手段との間のその「直接的な相関関係」を破壊する行動をとらないよう要請されることを明らかにしようとする本書の大きなねらいを見て取ることが出来る。上記の「裁量的救済主義」とは、特に 1980 年代以降、アメリカ合衆国、カナダ、およびニュージーランドにおいて、擬制信託 (constructive trust) を伝統的な信任関係にない者、例えば、同居予定の家族員からの増築目的の金銭受領者あるいは錯誤による振込金の受領者等を、救済的に受託者の地位に擬制するように拡大して適用するという「救済的擬制信託」(remedial constructive trust) の法理の形成を通じて唱導され、一般化されて来ている議論である。すなわち、裁判官は「救済手段」を付与する際に当該事件の四囲の状況に照らして最も適切であると考慮する「救済」の内容を「諸救済手段の籠」から選択すべきであるという議論である。本書はこの裁量的救済主義の当否を検討するための枠組みを提示する試みであると見て差し支えがないであろう。

### 3. 本書の分類枠組みの新しさ

本書の分類の新しさは、その分類の枠組みの根幹をなしている、複製的救済手段と変革的救済手段および1次的 right と2次的 right の区分が新しい区分概念である、という点にある。以下において、これらの区分についてより具体的に見てみよう。

#### 3.1 複製的救済手段と変革的救済手段の区分の判断基準

複製的救済手段と変革的救済手段の区分は本書の分類理論の根幹を成す最も重要な区分である。そこで、その区分の判断基準が如何なるものであるかは本書の新たな分類の有効性と妥当性を評価するために最も重要な問題点となる。本書における複製的救済手段と変革的救済手段の区分の判断基準の確定は、変革的救済手段とは何かの問いに対して回答することによって行なわれている。

##### 3.1.1 変革的救済手段の判断基準

変革的救済手段の判断基準は、本書の分類の枠組み理論に体系的な一貫性をもたらすように定義された論理的判断基準と区分の実践の際に用いられている実際の基準とがあるように見える。

##### (1) 論理的な判断基準：新たな法律関係の創出の有無

本書によれば、変革的救済手段の付与はある範囲の裁量権を伴うが、必ずしも、そのすべての変革的救済手段の付与が裁量権を伴うものではない (p. 97)。例えば、制定法に基づくある一定の要件を満たすならば裁判官が当然に拒否できない離婚判決の救済手段等があるからである。そこで、本書は、変革的救済手段であるか否かを決定するための基準として、当該の救済手段が新たな法的な関係を創出するか否かの基準を掲げている (p. 201)。このことは、本書が‘変革的’と‘裁量的’とを等視していないことを示す、と見て良いであろう。

##### (2) 実際の区分基準：‘救済的裁量権’の有無

しかしながら、分類の実践においては、ある救済手段が変革的救済手段に該当するか否かを判断するに際しては、当該の救済手段の付与が‘救済的裁量権’ (remedial discretion) を伴うか否かの基準に基づいている。‘救済的裁量権’とは、本書によれば (p. 97)、「当該の救済手段を創出するか否か、および、

その救済手段が如何なる内容を有すべきであるかに関する選択、すなわち、それが当該原告に何を与えるべきであり、当該被告に何を要求すべきであるかに関する選択」である。こうして、本書では、例えば、複製的代替的救済手段である損害賠償の裁定の救済手段において複製される2次的 right が法によって準則化されていない場合には、いわゆる契約違反による利得の吐出し損害賠償を変革的救済手段に分類する必要性が生じる旨の分析が以下の様に行なわれている。すなわち「問題点に関する法が展開するに従って、契約違反を原因とする原状回復的損害賠償に対する2次的 right が何れの四囲の状況に照らして生じることになるであろうかについて自信を持って陳述することが可能になるといって差し支えがない。……〈中略〉……しかしながら、問題点に関する法が司法的に詳細にこの領域において定義されない場合、また、そう定義されるまで、およそ何らかの原状回復的損害賠償の裁定を変革的救済手段として特徴づけることが必要であると言って良い。」(p. 176) また、更に、上記と同一の分析が「財産権主張の禁反言」(proprietary estoppel) や「約束的禁反言」(promissory estoppel) の場合についても行われている (p. 132-3)。これらの場合においては、当該の救済手段の付与には、付与される救済手段の内容を当該の四囲の状況に照らして最も適切なものとなるようにその内容を決定し、新たな救済手段を創出する裁量権に達する選択が行なわれている、ということになる。

### 3.1.2 複製的救済手段における裁量権

変革的救済手段の判断基準が当該の救済手段の付与の際に「救済的裁量権」が伴われていることとするならば、複製的救済手段とは、当該の救済手段の付与の際に「救済的裁量権」を全く伴わない救済手段である、という判断基準が本書で論理的に採られていなければならない、と言って良い。

#### (1) 「救済的裁量権」と衡平法上の裁量権の区別

しかしながら、実際の分類においては既に明らかなように、例えば、しばしば裁量的救済手段と呼ばれる衡平法上の諸救済手段が複製的救済手段に分類されている。そこで、本書は分類の論理的整合性を確保するために、衡平法上の複製的救済手段に伴う裁量権と「救済的裁量権」との間に、次のような区別を立てている。すなわち、衡平法上の複製的救済手段に伴う裁量権の場合には、「裁判所は、原告の侵害されている『実体的 right』を複製することを、当該の

right をある命令もしくは宣告において再陳述することを否認することによって、拒否する選択権を有している。これはある事柄を命令しない選択権である。」こうして、衡平法上の救済手段の法は承認されている複製阻却事由（あるいは、障害事由）が当該救済手段の付与を妨げるように作用するか否かに関する準則となる (p. 85)。

‘救済的裁量権’の場合には、衡平法上の救済手段に伴う裁量権とは異なり、裁判所は「原告の何らかの『実体的 right』を複製しないある全く新しい救済手段を創出する選択権を有している。これはある事柄を命令する選択権である。」(p. 98) そして、‘救済的裁量権’の場合には、本書によれば (pp. 98-99)、その「ある事柄」は実体法によって一般的に定義されていないために、何が命令されるべきであるかに関して、更なるもろもろの選択が求められることになる、という。つまり、ある事案において新しい内容を持つ救済手段を付与することは全く新しい right を創出することであり、その創出は「何らかの所与の事件において、潜在的に可能な救済の形態を当該事件の文脈に特有的に評価し、さらに、その最も適切な形態をある広範な範囲の要因を顧慮しながら選択することを伴う」、という。その「ある広範な範囲の要因」には、例えば、(i) 請求されている救済手段の両当事者に対する相対的な厳格性、(ii) 経済的な効率、(iii) 問題となっている当該の「利益」(interest) に与えられるべき重要性あるいは道徳上の価値、(iv) 付与される救済手段の第三者あるいは人々一般に対する影響、(v) 両当事者の行為と意思内容、(vi) 損失の算定の困難、および (vii) 当該救済手段の実行可能性、等々の政策的考慮 (policy considerations) が含まれる。結局において、「諸『実体的 right』、特に 2 次的 right に関する法律上の準則に定着させられている多くの政策に関する選択が再び開始される必要が生じる」のである。これに対して、衡平法上の諸救済手段の付与に伴う裁量権の行使の場合に考慮される事柄として本書が挙示しているものは、衡平法上において通例として考慮される「損害賠償の十分性、黙認、‘汚れのない手’を欠く行為、遅滞、および当該の侵害の瑣末性」(p. 128) という複製阻却事由あるいは複製障害事由である。‘救済的裁量’において考慮される事柄が衡平法上の救済手段における裁量権の行使における考慮事項よりも「よりはるかに広範かつ強固」である、という。本書によれば、変革的救済手段のタイプの救済手段を創出す

る際に裁判官の指針となる考慮事項は広範な範囲に及び、かつ、開かれた未確定の性質を有している (open-textured)。本書では、さらに、こうした開かれた未確定の性質の考慮事項の例として、イングランドにおける裁判所が当該当事者の婚姻の破綻に基づき財産権を分割する際に到達しなければならない公平な解決を得るために適用する判断基準として 1973 年婚姻事件法 (Matrimonial Causes Act 1973) の 25 条によって規定されている事柄が挙示されている。すなわち、(i) 当該当事者が有する、あるいは、予見しうる将来において有することになるであろう金銭的資源と必要、(ii) 当該家族によって享受されている生活水準、および、(iii) 当該当事者の当該家族の福利に対する貢献等が上記の広範な事柄に該当する実例として挙示されている。

## (2) コモン・ロー上の裁量権

コモン・ロー上の裁量権として、(a) 複製的代替的救済手段である損害賠償の裁定において行使される、因果関係、遠隔性、および責任軽減事由による減額 (mitigation) の準則に基づく賠償額の限定に関する裁量権、(b) 複製的特定の救済手段である「合意されている金額」(agreed sum) の裁定において行使される、当該金額が違約金としての性質を有する程度において裁定を拒否する裁量権、および、(c) 衡平法上のいわゆる「裁量的抗弁」を反映する違法性 (illegality) の法理あるいは公共政策 (public policy、いわゆる公序良俗) の法理による救済手段付与の否認における裁量権が掲げられている (pp. 89-91)。(a) は上述の開かれた未確定の性質を有する合理性の標準からなる準則の適用による賠償額の限定である。(b) は当該の「合意されている金額」が契約の不履行から生じる損失の真正な事前の見積額であるか否かを決定する際に、(a) の合理性の標準からなる準則の適用に伴う裁量権と同じ程度の裁量権を伴う。上記 (b) および (c) はともに救済手段付与の阻却あるいは障害に関連する裁量権であるのに対して、(a) の損害賠償の裁定における裁量権は救済手段によって付与される内容を限定するという意味において衡平法上の救済手段付与の阻却あるいは障害の裁量権と異なる点が重要であると考慮されている、ように見える。

なお、責任加重事由に基づく賠償額の加重 (aggravation) および懲罰的損害賠償における裁量権が複製的救済手段に伴う裁量権に該当するか否かは検討さ

れていない。懲罰的損害賠償の救済手段に伴う裁量権の問題点については、コモン・ロー上の複製的救済手段に分類される損害賠償の裁定の「10章」において以下のように説述されるのみである。「このような損害賠償の裁定を行なうための諸条件は、それらの条件が満たされる場合には当該の原告はかかる手段に基づき損害賠償に対する2次的 right を取得する、と述べて差し支えがない程に十分に確立されている、と論証しうる。……《中略》……しかしながら、もし、述べることが、当該の原告は、ある裁判所命令が懲罰的損害賠償の趣旨で獲得されるときに初めて懲罰的損害賠償に対する right を取得することに過ぎないならば、その場合には、懲罰的損害賠償の裁定は変革的救済手段の部類に帰属することになる。」(p.177)

### 3.1.3 小括

複製的救済手段と変革的救済手段の区別の判断基準は、実際の分類においては、それぞれの救済手段の付与に如何なる裁量権が伴う、かである。すなわち、複製的救済手段は、コモン・ロー上の救済手段における様にその救済内容を限定する等の何らかの裁量権、あるいは、衡平法上の救済手段における様に救済手段の付与を阻却あるいは障害する裁量権を伴う救済手段である。変革的救済手段はこれらの複製的救済手段に伴う裁量権よりもはるかにずっと広範かつ強固な裁量権を伴う救済手段である。しかしながら、例えば、複製的代替的救済手段である損害賠償の裁定において懲罰的損害賠償額が裁定される場合において裁判所が行使する裁量権は、変革的救済手段に伴う‘救済的裁量権’と区別されうる、もろもろの複製的救済手段に伴う裁量権の範囲内に止まるものであろうか？この点に関する本書の立場は、懲罰的損害賠償の裁定に伴う裁量権は懲罰的損害賠償の支払いに対する「実体的 right」が成立する場合は法準則によって確立されていることが論証されうるならば、複製的救済手段の範疇の裁量権に止まる、と言うものである。したがって、それが論証しうる場合には、本書の論理構造に従えば、そう論証しうる前提として、当該の被告は裁判所命令が懲罰的損害賠償を裁定する以前に原告に対して補填的損害賠償を超過する懲罰的損害賠償を支払う義務を負っている、ということが成立していなければならないことになる。こうして、懲罰的損害賠償（あるいは、追求利得吐き出し型の損害賠償）の裁定の救済手段が複製的救済手段あるいは変革的救済手段であ

るかの区別は、結局において、当該事件の四圍の状況に照らして裁判所の命令以前に当該の「実体的 right」が成立しているか否かに懸かっている、ということになる。

### 3.2 「実体的 right」とその1次的 right と2次的 right の区別

本書は、既に確認されているように、裁判所命令によって生じる right として定義される救済手段から区分される、裁判所命令に先立って存在する right を「実体的な right」と呼称している。

#### 3.2.1 本書における「実体的 right」概念

本書によれば、もろもろの「実体的 right」はもろもろの1次的 right ともろもろの2次的 right に区別されているが、その区分は本書において初めて明確に掲げられたものである。本書によれば、2次的 right の語は、従来、3個の意味において混乱して用いられてきている。すなわち、(a) 被告によるある行為に対する right (例えば、金銭賠償の支払いに対する right)、(b) 裁判所命令に対する right (例えば、金銭賠償の命令に対する right)、および、(c) 裁判所命令から生じる right (例えば、金銭賠償の支払い命令から生じる right) の意味においてである、と言う (p. 15)。「実体的 right」としての2次的 right とは (a) の意味、すなわち、1個の義務違反から生じる被告によるある行為に対する right、より広義には、そのような義務違反から生じる法的な関係である。

もろもろの法律上の不正行為 (すなわち、諸契約違反あるいは諸不法行為) のための救済手段が2次的 right と呼ばれるのに対して、1次的 right の大半は救済手段と記述されうることはない。例えば、トレスパスの不法行為法において保護されてきている諸 right および合意から生じる諸 right のほとんどは、それらの right がある特定の苦情からの救済 (relief from a particular grievance) を獲得するための具体的な手段をなすものである、と説述されうるものではないために救済手段と記述されないのである (p. 16)。1次的 right が例外的に救済手段と呼ばれる場合がある。その実例のひとつとして、本書には、不当利得のように1個の義務違反を伴わない出来事から生じる right が救済手段と呼ばれる場合が言及されている (p. 17)。すなわち、「例えば、錯誤による支払いの受領者は1個の不正行為を冒してはいないのであるが、なおその者に対して生じる原状回復的 right はそれにもかかわらず当該の支払い者の苦情に対し

て救済を供与するものとして見られ得るのであって、それゆえ、1個の救済手段であると呼ばれうるのである。」

こうして、本書は、伝統的に救済手段と呼ばれることのある1次的 right および2次的 right を含めてそれらを裁判所命令から生じる right から区別することによって、社会的諸関係におけるもろもろの出来事 (event) から生起する諸 right を裁判所の命令に先立って成立していると言う意味において「実体的 right」と定義している。

### 3.2.2 1次的 right と2次的 right の内容とその区別

本書によれば、1次的 right とは、例えば、契約に基づいて合意された金額の支払いに対する right あるいは占有する土地を直接侵害されない right 等である。2次的 right とは1次的 right の複製がいくつかの理由のためになされないときに発生する必要がある right である。

#### (1) 1次的 right の複製要件と救済手段

1次的 right が裁判所命令において複製されるためには、本書によれば (p. 103)、以下の3個の条件を満たさなければならない。すなわち、まず、(a) 当該の権利の侵害 (infringement) あるいはその権利の侵害の危険が存在しなければならない。次に、(b) 問題の right はその侵害によって消滅あるいは破壊されてはならない。最後に、(c) 当該の right の複製を妨げる政策上の理由が存在してはならない、が満たされなければならない。なお、上記 (a) の要件は、(i) 当該の right が消極的義務 (negative duty。例えば、契約に基づく他の劇場に出演しない義務あるいは土地の静穏な占有の享受を妨げない義務等) に相関するときには、その right の侵害の脅威がある、あるいはその侵害の継続があること、となる場合がある。また、その (a) の要件は、(ii) 当該の right が積極的義務 (positive duty。例えば、契約による合意されている金額の支払義務等を含めて大半の契約上の義務、あるいは、非契約上の義務 — 受託者の信託財産回復義務、等々) に相関するときには、その right が現実的に侵害される、その侵害の脅威がある、あるいはその侵害の継続があること、となる場合がある。

こうして、1次的 right の複製は、(a) (i) の right の場合は、例えば、禁止的インジャンクションの救済手段によって、また (a) (ii) の right の場合には、

例えば、作為的インジャンクションの救済手段によって行なわれる。

(2) 2次的 right の、必要性の発生理由、機能、および、内容の政策的決定

それでは、1次的 right が上記の (b) および (c) の要件を満たしていない場合には、その複製は裁判所命令において実行されないままに止まることになるのであろうか？

(a) 2次的 right の必要性の発生理由

本書によれば、それらの場合には、それらの場合の right の侵害に対して2次的 right が発生する、という。例えば、1個の暴行 (battery) は身体的な完全性 (bodily integrity) に対する right を侵害し、その侵害とともにその right が破壊されて存在し得ないものとなるために、その暴行の不法行為者による損害賠償の支払いに対する right を発生させる、のである。

このようにして、本書は、2次的 right の成立の必要性が発生する理由は、1次的 right の複製が以下の理由によってなされないためである、と説述している (p. 165)。すなわち、(a) (i) 複製の目的をなす right が侵害の現実的発生とともに消滅ないしは破壊されてしまう (例えば、身体的な完全性に対する right が消滅してしまう) ために無益になってしまうであろう、あるいは、(ii) その複製がなされてはならなかった事柄を取り消すことにはならないであろう (例えば、3ヶ月間他の劇場に出演しないという right の侵害を3ヶ月間にわたるその劇場への出演後に取り消すことが出来ないであろう) ために実効性を欠くものになってしまうであろう、という理由、もしくは、(b) 1次的 right の複製がある政策的な理由 (例えば、契約上のある種の労務提供に対する right の複製は当該労務の提供者を奴隷として扱うことになるために回避する政策) のために、実効性を欠く、あるいは望ましくないことになるであろう、という理由である。

(b) 2次的 right の機能

このようにして、本書によれば、もろもろの2次的 right の機能は、もろもろの1次的 right が複製されないときに、裁判所によって少なくともそれらを間接的に実施されうるものとするために、それらの1次的 right を代替し、あるいは、強化する、というものである。

(c) 2次的 right の内容は国会または上級裁判所によって決定される政策問題に従って、2次的 right の内容は、論理的には、違反される1次的義務の性質から必ずしも導き出されることにはならない。本書によれば (p.165-6)、こうして、2次的 right の内容、すなわち、2次的 right が原告に何を与えるかは政策(より正確には、政治上の政策とは異なる法政策)の問題となるのである。例えば、契約違反あるいは不法行為の場合に一般的に普及している政策は、損害賠償の裁定が救済手段であるべきであり、その際の賠償額裁定の目的は損害の補填である。しかしながら、何らかの利得追及の契約違反あるいは不法行為の場合には、それらの法律上の不正行為の抑止の政策が不当な利得についての原状回復に対する2次的 right を生じさせる場合がある。また、当該被告が公職者であるとき、当該被告の行為が原告に支払うことになるであろう損害賠償を超過する利得の意図を持ってなされる時、あるいは、懲罰的損害賠償が制定法によって明示的に授權されているときに不法行為が成立する場合には、その被告を処罰するという政策が懲罰的損害賠償に対する2次的 right を生じさせることがある。そして、このような政策の選択は、国会によって、あるいは、上級裁判所によって「制度的な次元で」行なわれる。その後、「これらの選択は、当該の法律上の準則において定着させられて、将来の事件においては、それらは‘法によって’作成された、と述べられることがある。」そして、本書は、こうして成立したある2次的 right の存在が裁判官に対して以下のことを命じる、と説述する (p.166)。すなわち、「裁判官は、その裁判官の面前に提起されている各事件において、既に法によって回答が与えられている困難な政策問題、すなわち、ある一定の種類 of 1次的 right が侵害されているとき如何なる種類の応答が正しい (just) ものであるかの問題に対する1個の新たな回答に到達する必要はない」ことが、それである。

### 3.2.3 小括

本書によれば、当該の2次的 right の内容は侵害された当該の1次的 right の複製がなされないときに法政策によって決定されることになる。しかしながら、なお依然として、それは裁判所命令以前に成立しているという意味において「実体的 right」であり複製されうるものと定義されるものである。また、もろもろ

の1次的 right は契約違反や不法行為という法律上の不正行為以外の出来事から生じる「実体的 right」であり複製されるものと定義される。こうして、もろもろの1次的 right は、本書では、上記の出来事から直接的に、そして、法政策から独立して生じるものとして把握されている様に見える。確かに、ある政策を理由として複製されない1次的 right が存在するという意味においては、本書は、一覧となる1次的 right が法政策と無関係なものであると把握している、と言うことは出来ないであろう。しかしながら、1次的 right は、その内容は原因となる出来事から直接的に法政策とは無関係に成立するものとして把握されている、と考えられる。果たして、一覧に含まれるであろう1次的 right の内容は政策的に決定されることがないものであろうか？

本書では、原告の損失による不当利得の通例の事件における原状回復の裁定の救済手段が複製する1次的な right は「金銭の支払いに対する人的 right (a personal right to the payment of money)」(p.114) であると定義されている。つまり、本書は、この問題点に関する判例法に現れている伝統的な見解に従って、通例の不当利得の事件において、被告は移転された当該の財産(権)の給付価値を支払う1次的義務を原告に対して負う、との立場を採っているのである。しかしながら、これとは異なる立場を、本書の分類理論の根幹にある「実体的 right」と裁判所命令とを区別する論理に整合的に考えながら、採ることも可能である。例えば、通例の不当利得の事件においては、被告は、当該の裁判所命令以前に1次的に、移転された財産(権)の給付価値ではなく当該の財産(権)そのものを返還する義務を原告に対して負う、との立場を採ることは本書の新たな分類枠組みの上記の論理構造に整合的であろう。しかも、この後者の立場は、前者の立場よりも、常識あるいは通常人の道徳観に照らしてもより説得的であろう。そして、もし、錯誤による財産(権)の移転の出来事から生じる1次的義務(および、それに相関する原告の1次的 right)は被告が原告に対して負う当該財産(権)の返還義務であるとするならば、問題点に関する判例法について、コモン・ロー裁判所はこうした返還義務の履行を確保する手段を歴史的に持っていなかったために、政策的に、通例の不当利得の事件において生じる1次的 right の内容を当該財産(権)の給付価値の支払いに対する right に定めた、というより説得的な説明が可能になるのではなかろうか。問題

は、1次的 right が不正行為以外の出来事から客観的に政策的考慮とは無関係に生じうるものとして定義し得ないのではないか、という疑問が成立しうる可能性がある、ことである。そして、もしそうした疑問が成立しうるのであれば、1次的 right とは如何なる内容を有する right であり、それはどのようにして決定されうるのか、という問題が再び立ち現われて来るのではなかろうか。

本書は上記の問題を含めて1次的 right および2次的 right の諸分析に取り組んだ著書ではない。しかし、本書の分類の理論的枠組みは、その前提をなすものとして、こうした分析を要求するものである。

#### 4. 結び

本書における救済手段の概念および本書において提示された分類の結果は、本書が述べる様に (p. 223)、「私法」における司法的判断の核心に存在する争点、すなわち、救済手段を付与する際に、裁判官は可能な限り厳密に「実体的 right」を複製すべきであるに過ぎないのか、あるいは、その際に、裁判官は創造的にある救済手段を形造るべきであるか (つまり、ある個別の事件においてまたその事件のために新しい内容を持った right を創出すべきであるか)、という1個の重要な争点を結晶化させることに役立つものである。そして、本書は、この問題が有意的に検討されうるためには、1次的 right および2次的 right からなるものとして定義されている「実体的 right」とは何であるかが重要な課題となることを明らかに提示している。

本書はイングランドの「私法」における「実体的 right」に関する論議の必要性和重要性を、初めて体系的に明示した書物である、と言って差し支えないであろう。