

論 説

差止請求権の発生根拠に関する理論的考察 (1)

—差止請求権の基礎理論序説—

根 本 尚 徳

序 章

- 第1 問題の所在
- 第2 分析の視点 —理論的・体系的視点—
- 第3 分析の進め方
- 第4 全体の概観
- 第1章 差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析
 - 第1 序
 - 第2 権利的構成 (人格権説、環境権説)
 - 1 定義
 - 2 人格権説
 - 3 環境権説
 - 4 共通の理論構成 (論理構造)
 - 5 問題点 ((2) の途中まで本号)
- 第2章 ピッカーの物権的請求権理論の分析
- 第3章 ドイツにおける妨害排除請求権の発生根拠に関する議論の分析
- 第4章 物権的請求権の発生根拠に関する分析及び違法侵害説の根拠付け
 - 日本の物権的請求権理論の分析を通じて—

終 章

序 章

第1 問題の所在

ある法益が違法に侵害されたり、法秩序に反する行為が行われたりした

場合に、それらにより損害を被った私人は、不法行為法（民法709条以下）に基づきその賠償を請求することができる。しかし、それ以上に、現在または将来の侵害を排除または予防するために私人は差止をも求めうるか否かについて、日本の現行民法典には一般的な明文規定がない。このため、従来、物権的請求権や占有訴権など特定の法益を保護するための差止請求権は認められてきたものの、それ以外の法益にも同様の保護を認めるべきか否か、認めるとして、それはどのような法的根拠さらには要件及び効果の下で認められるのかなどの問題について、今日に至るも学説上見解の一致を見ていない。これは、すなわち、現行民法における差止請求権の一般的な発生根拠や要件及び効果につきなお不明な部分が残されていることを意味するものである。また、差止請求権に関するこれまでの研究には、例えば公害や生活妨害或いは私人の名誉またはプライバシー侵害などの特定の紛争類型を念頭に置いたものが多い。それゆえ、個々の紛争類型を解決するのに適した要件論や効果論は明らかにされたものの、それらを統一的に基礎付けうるような差止請求権の一般的な法構造ないし法原理は、なお十分に明らかにされていないのが現状である。加えて、近時、差止請求権について、従来議論されてきた問題とは性質の異なる新たな問題が生じており、その解決のためにも差止請求権の一般原理の解明が急務となっている。

そこで、これまでの研究成果の蓄積を踏まえ、かつ新たな問題をもその視野に入れながら、差止請求権の法構造を明らかにする端緒として、その理論的な発生根拠につき考察を試みるものが本稿である。

本稿の問題意識等をより明らかにするために、以上に述べたことを以下に敷衍しておこう。

1 新たな問題の発生

これまで、一般的に、差止請求権の理論上の発生根拠は私人の権利（支配権）に求められてきた。すなわち、伝統的な差止請求権理論によれば、

差止請求権とは私人の個々の権利（支配権）から論理必然的に生ずる効力に他ならない。そのため、現に自らの権利を違法に侵害されている（或いは侵害の危険の迫っている）私人が、その権利を保護するために、その権利に基づいて違法な侵害を差止めることができる、と考えられてきたのである。しかし、近時、このような伝統的な理論によってはその解決が困難であると思われる問題が学説などによって認識され始めた。

(1) 競争秩序違反行為に対する差止請求の問題性

その第1が、広い意味での競争秩序違反行為に対する私人による差止請求の可否をめぐる問題である。

例えば、企業等が、消費者にとって著しく不当な契約条項を自らの使用する契約約款の中に盛り込んだり、或いは、消費者に対して不当な方法により継続的な勧誘を行ったりする場合に、各消費者或いは消費者団体などの私人が、企業等に対して、上記不当な契約条項の使用や不当な継続的勧誘行為（競争秩序違反行為）の差止を請求しうることとして、事前かつ一般的に競争秩序違反行為を差止めうるとする方が、右行為により損害を被った消費者が事後的に金銭的な損害の填補を受けるよりも、迅速にかつ効果的に消費者を保護することができよう。

しかし、この場合に企業等の使用する契約条項や勧誘方法が不当であることに気づいた消費者は、通常、当該条項の盛り込まれた契約の締結を回避したり、不当な勧誘を拒否したりすることによって、自らへの不利益の発生を未然に防止することができる。そのため、そのような消費者は、不当な契約条項または勧誘方法によって自らの権利を侵害される危険性に直面しているとは必ずしも言えなくなる。つまり、伝統的な差止請求権理論において要求される私人の権利侵害（の危険性）を認めることが難しくなる。そこで、「こうした場合になお、そのような消費者あるいは消費者団体に差止請求権を認めるためには、伝統的な理論とは異なった説明（あるいは立法的な制度設計）が必要とされ⁽¹⁾」るのである。

さらに、そもそも、このような競争秩序違反行為により不利益を被る私

人は自らの権利（支配権）を侵害されているのではない。例えば上記の例における消費者は、企業の不当な営利活動によって、確かなんらかの利益を侵害されてはいる。だが、それは例えば物権のような排他的な支配権とは考えられないであろう。したがって、差止請求権を権利＝排他的な支配権から生ずる効力と理解する伝統的な理論によれば、やはりこの点からも、競争秩序違反行為に対する私人の差止請求を認めることは困難となるのである。

(2) 環境破壊行為に対する差止請求の問題性

第2に、企業等による環境破壊行為に対する私人の差止請求の可否をめぐら問題においてもまた、伝統的な理論の限界が現れる。

あらためて述べるまでもなく、良質な自然環境の維持ないし確保は、人間の健康的な人格的生活にとって必要不可欠である。しかし、例えば現代社会における大量生産・大量消費型の経済システムは、商品の生産過程、消費過程及び消費後の廃棄物処理の過程を通じて、常に、煤煙・産業廃液などの排出によって不可避免的に環境を汚染ないし破壊する高度の危険性を有する。このため、環境保護活動は現代社会においてますますその重要性を増しており、民法もこれに無関心ではいられない。特に、この問題の解決については「行政や立法には十分な期待ができず、市民自らが主体的に行動すること」が必要であり、「そのためには裁判所を活用することが有効だとの認識」に立てば、環境破壊行為に対する私人のイニシアティブによる民事的差止請求こそが重要な環境保護手段であると言⁽²⁾いうる。

まさにこのような問題意識に基づいて、伝統的な理論によっても受容されうる形で環境破壊行為に対する私人の差止請求権を理論的に基礎付けよ

(1) 鎌田薫「本研究の目的と構成」総合研究開発機構＝高橋宏志編『差止請求権の基本構造』（商事法務研究会、2001）1頁以下、3頁。

(2) 吉田克巳『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999）249頁。なお、「日本の環境行政訴訟は、…ほとんど死に体になっている」と「環境行政訴訟の機能不全」を指摘するものとして、阿部泰隆「環境行政訴訟の機能不全と改革の方向」法学教室269-35（2003）、35頁。

うとしたのが、環境に対する私人の排他的支配権＝「環境権」を觀念し、この「環境権」侵害を理由に当該私人に差止請求権を認めるべき旨を説いた(初期の)環境権説であったと言えよう。

しかし、後に述べるように、環境は、その本質上、何人にも「帰属」するものではない。それゆえ、環境に対する私人の支配権たる「環境権」を觀念することは理論的には難しい。このため、理論的整合性という観点からは、環境権説を維持することもまた困難である。そして、環境権説があくまで伝統的な差止請求権理論の理論構成に即したものであったことを考えるならば、このことは、次のことを意味しよう。すなわち、私人の権利(支配権)が侵害されない限り差止請求権は発生しえないとの伝統的な理論を前提とする限り、環境破壊行為に対する私人による差止請求を認めることは、現行民法上、理論的におよそ困難であると言わざるを得ない、ということである。⁽³⁾

(3) 新たな問題に対応する必要性

以上のような新たな問題に共通するのは、そこでは事態の実質から考えれば、競争秩序違反行為や環境破壊行為などによって私人が何らかの不利益を被ることは確かであるとしても、当該私人はその権利(支配権)を侵害されているわけではない、ということである。したがって、私人の「権利」に対する侵害を差止の要件とする伝統的民法理論のもとでは「これらの場合に差止請求権の発生根拠を理論的に基礎付けることは困難である。⁽⁴⁾このため、それらの場合に私人による差止請求を認めて望ましい結

(3) もちろん、環境破壊行為が私人の生命や身体をも害する場合に、当該私人が自らの権利侵害を理由に差止を請求しうことは別論である。

(4) 吉田・前掲書(注2)184頁(競争秩序違反行為について)。さらに、競争秩序違反行為及び環境破壊行為につき同旨として、同書272頁。また、吉田克己教授は、これらの問題を、「ここに単純に古典的な近代法パラダイムを持ち込むならば、事態適合的な問題解決が阻害されることにな」る、それゆえにまた「民法学にとって新たな法理論の開拓が要請される「法のフロンティア」の一環を成すものとされる(同書272頁)。

果（競争秩序維持、環境保全）を実現するためには、私人の「権利侵害」を理由とするのではなく、例えばある行為が競争秩序に違反することや環境を破壊することのみを理由として、或いは当該行為が権利（支配権）以外の私的利益を侵害することを理由として、それらの行為に対する差止請求を認めうるような新たな差止請求権理論を開拓しなければならないものと考えられる。

当然のことながら、そのような新たな理論を開拓するためには、当該問題の新規性や特殊性に十分に配慮する必要がある。と同時に、その問題を民法上の一般的な差止請求権の発生原理との関係において分析し、右一般原理とも整合させうる形で解決する（つまりは新理論を開拓する）こともまた、同様に重要であろう。すなわち、新しい理論構成を模索する過程においてあらためて現行民法における差止請求権の一般的な発生根拠そのものを原理的に考察し、その上で、右考察により明らかにされた一般的な発生原理を基礎として新たな理論が構築されるべきものと思われる。なぜなら、そのような原理的考察を欠いて、「ひとり…特異な請求権を時代の実際的要請から利根的に認めようとするような態度からは、長持ちのする法律解釈を導き出すことは、むずかしい」⁽⁵⁾からである。

そこで、このような観点から、今、新しい問題をもその視野に入れた民法上の一般的な発生根拠論を新たに構築する必要性は大きいと言えよう。⁽⁶⁾

(5) 山野日章夫「抵当不動産を不法に占有する者に対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの許否—最大判平11・11・24をめぐって—」金融法務事情1569-46 (2000)、51頁（これは、直接的には、抵当権に基づく物権的妨害排除請求権に関する解釈論が物権的請求権の一般理論と整合的に形成されるべきことを強調したものである。）。

(6) 2003年5月、国民生活審議会消費者政策部会は、消費者政策のあり方に関する最終報告書「21世紀型の消費者政策の在り方について」54頁～57頁において、企業等による不当な営利活動により被害を受けうる消費者に代って一定の消費者団体が当該行為の差止を請求しうる「消費者団体訴訟制度」を法制化するべきであるとの考えを打ち出した。このため、近い将来にこの制度が法制化されれば、その限りで本文中前記の「新たな問題」（の一部）は立法によって解決されることになる。し

2 古典的な問題の未解明

ところで、従来、差止請求権の発生根拠をめぐる学説間の議論が不活発であったわけではない。これまでは、例えば名誉侵害やプライバシー侵害或いはいわゆる公害に対するもののように、もっぱら個人に帰属する権利または利益を保護するための差止請求権について議論がなされてきた。

そこで、前記新たな問題を解決するための手がかりを求めて、あらためてこれまでの議論を整理すると、そもそも従来の「差止請求の法的構成に関する議論は、実は、多くの学説が指摘するほどには、必ずしも、十分であるとはいえない⁽⁷⁾」ことに気づく。では、何が不十分であったのか。私見によれば、次の2点が指摘されるべきものと思われる。

(1) 伝統的な理論の問題性

まず、伝統的な理論の問題性である。

すなわち、差止請求権の発生根拠論として通説的地位を占めてきた権利的構成は、法により私人に割当てられる排他的支配領域、すなわち「権利」がその外部から加えられる侵害に対して反発する力こそが差止請求権である、と理解する。

しかし、このような理論構成ゆえに、この説によれば、差止請求権によ

かし、それによっても民法上の差止請求権の一般的な発生根拠（さらには要件や効果）に関する研究がその意味を失うことはないものと思われる。なぜなら、同制度が適切に運用されるためにはその理論的な基礎（例えば、同制度は特別法による一般原則の確認か、反対に一般原則の例外を成す特別法による創造物か、など）が明らかにされる必要があり、そのためには一般法たる民法における差止請求権の一般原理の解明が不可欠であると考えられるからである。同様のことは、既に特別法により法制化された差止請求権制度（例えば不正競争防止法3条または独占禁止法24条）についても当てはまるであろう。

(7) 藤岡康宏「環境法の基本構造—私法的側面を中心として— (二)」判例時報871-116 (判例評論228-2) (1978) [同『損害賠償法の構造』(成文堂、2002) 414頁以下に所収] (以下、藤岡・前掲「構造 (二)」として、初出時の頁で引用する。)、124頁 (10頁)。

って保護されうるものは「権利」(排他的支配権)に限定される。と同時に、差止請求権の発生要件は右「権利」に対する客観的(形式的)侵害のみとなり、侵害者の故意または過失の有無を問題としたり、被侵害者側の事情と侵害者側の事情との利益衡量を行ったりする余地が原則としてなくなってしまふことにもなる。

他方、我々の社会において差止請求権による法的な保護を必要とし、それゆえにまた、従来、学説及び判例上、差止請求権による保護を實際に与えられてきた法益は「権利」=排他的支配権に限定されるものではない。さらに、例えば名誉毀損表現において名誉と表現の自由(知る権利)とが対立するように、被侵害法益や侵害者側の有する利益の性質などによっては、適切に紛争を解決する(先の例で言えば、名誉毀損表現に対する差止請求の許される場合を適切な範囲に限定する)ために、被侵害法益と侵害者側の法益との利益衡量が必要不可欠である場合も多々見られるところである。

このため、上記のようなその保護対象が限定され、かつ硬直的な要件を有する差止請求権の発生根拠しか理論的に説明しえない権利的構成は、場合によっては対立する侵害者の法益との利益衡量を行ったり侵害者の主観的態様を考慮したりした上で「権利」=排他的支配権以外の法益に認められる—これまで学説及び判例が承認してきた—差止請求権について、それはどのような理論的根拠によって発生するのか、このことを合理的に説明しえないものと解される。これは、要するに、伝統的な通説である権利的構成が、まさにその理論構成のゆえに、差止請求権の発生根拠論として、紛争の実体に対応できずにいわば機能不全を起こしていることを意味するものと言えよう(以上については、次章で詳しく分析する。)

(2) 学説の乱立状況

他方で、伝統的な通説の問題点を指摘し、それを克服するために、同じく個人の権利または利益を保護するための差止請求権を念頭に置いて、これまでに様々な発生根拠論が提唱された。

しかし、次章において見るように、これらの学説を個別に分析すると、伝統的な理論と同様に、それぞれに様々な問題点が認められる。つまり、やはり通説以外の諸説もまた、これまで学説及び判例上認められてきた個人の権利または利益侵害に対する差止請求権の理論的な発生根拠を十分に明らかにすることができないのである。

それゆえに、結局、権利的構成をも含めた学説相互の議論を経てもなお、「判例・学説ともに、いまだ確定的な法的構成はなく、様々な法的構成が混在し⁽⁸⁾」ているのが現状であると言えよう。そして、従来議論されてきた個人の権利または利益侵害に対する差止請求権の発生根拠についてさえ未だ学説間に見解の一致が見られないということは、すなわち、そもそも現行民法における差止請求権の理論的発生根拠そのものがこれまで十分に解明されてこなかったことを意味するものと考えられる。

(3) 第2の理由

以上から、差止請求権の発生根拠を論ずべき第2の理由が明らかとなる。すなわち、前述の新たな問題を解決するためのみならず、個人の権利または利益への侵害に対する差止請求権の発生根拠という伝統的に議論されてきたいわば「古典的な問題」を解決するためにも、それ自体これまで十分に明らかにされてこなかった民法上の差止請求権の発生根拠についてあらためて考察する必要があるものと思われるのである。

3 差止請求権の内容（発生要件等）への発生根拠論の影響

さらに、例えば、差止請求権は権利（支配権）の一効力であると解するならば、論理必然的に、侵害者の故意、過失等の主観的要件は、差止請求権の発生要件として（主観的違法要素としても）常に不要となる。反対に、差止請求権の発生根拠を709条に求めるとすれば、その発生には原則として常に侵害者の故意または過失を要すると解さなければ理論的に一貫しな

(8) 内田貴『民法II 債権各論』（東京大学出版会、1997）441頁。

い。

このように、差止請求権の理論的発生根拠をどのように解するかによって、個々の具体的な差止請求権の内容（発生要件等）が論理的に決定される⁽⁹⁾。そのため、この観点からも、差止請求権の発生根拠を明らかにする⁽¹⁰⁾必要性は大きい。

4 小 括—差止請求権の発生根拠を検討する必要性—

以上を要するに、現在、競争秩序違反行為、環境破壊行為に対する私人による差止請求の可否をめぐる問題など伝統的な理論では十分に対応することのできない新たな問題に直面して（上記1）、さらには、個人の権利または利益侵害に対する差止請求権の発生根拠という従来から議論されてきた古典的な問題にも未だ十分に合理的な解決策を見つけることのできないまま、なおかつ、これまで様々に主張された発生根拠論の乱立する現状の中で（以上、上記2）、あらためて我々は現行民法における差止請求権の

(9) 大塚直教授は、差止請求権の法律構成と要件とが密接に関連することを指摘される。大塚教授によれば、要件のうち、①差止を請求する被害者に何らかの権利（支配権）がなければならぬか、②加害者に故意または過失が必要か、③請求の主体が物権の保持者でなければならぬか、以上の3点について、①と②は権利的構成と不法行為法的構成（差止請求権は不法行為法（特に709条）の効果であると解する説）のいずれをとるかという問題と、③は物権的請求権説（差止請求権の発生根拠を物権侵害に求める説）をとるか否かという問題とそれぞれ結びついている。大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察—物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯—（一）」法学協会雑誌103-4-1（1986）、2頁～3頁、同「生活妨害の差止に関する基礎的考察—物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯—（八・完）」法学協会雑誌107-4-1（1990）、2頁。

(10) 大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察—物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯—（一）～（八・完）」法学協会雑誌103-4-1、103-6-116、103-8-60、103-11-86（以上、1986）、104-2-75、104-9-1（以上、1987）、107-3-86、107-4-1（以上、1990）（以下、大塚・前掲「考察（一）」などとして引用する。）は、法的構成と要件論との密接な関係を意識した上で、生活妨害の差止について、保護法益の性質や侵害態様に合致する要件論を構築し、この要件論から見たあるべき法的構成を追及した論文である。

理論的発生根拠について考察するとともに、その基礎の上に前記「新たな問題」と「古典的な問題」それぞれを適切に解決しうる理論を模索する必要性に迫られているものと考えられる。以上が、本稿の問題意識である⁽¹¹⁾。

第2 分析の視点—理論的・体系的視点—

次に、以上のような問題意識に基づいて差止請求権の発生根拠を検討すると、では、どのような視点から分析することが有効であろうか。

1 従来の議論の問題点

ここで現在の学説の乱立状況をもたらした原因について一各学説の持つ問題点の他に一さらに考えてみると、私見によれば、その1つは以下の点にあるものと思われる。すなわち、従来の議論が、例えば公害や生活妨害などの特定の紛争類型を念頭に置き、それぞれの実態に適合する差止請求権の要件論或いは効果論をまず構築したうえで、いわばその結論を「事後的に正当化し理由づけるための…技術」論として発生根拠論を捉えていた⁽¹²⁾

(11) さらに、実体法上の発生根拠論は、民事訴訟法における訴訟要件（当事者適格、訴えの利益）論や（発生根拠と要件との関連からして）証明責任論（要件事実論）にも影響を与えるものと思われる。例えば、当事者適格について見れば、訴訟法学では、①管理権説（訴訟物たる実体法上の権利関係について管理処分権を有する者が、その訴訟物をめぐる訴訟につき当事者適格を認められると説く。なお、この管理処分権は、例えば於保不二雄博士の提唱される財産管理権とは区別されるべき訴訟法（学）固有の概念のようである。）或いは②福永有利教授及び中野貞一郎博士の説（訴訟の結果に係る重要な利益の主体が正当な当事者であると説く。）のいずれによるにしろ、実体法上の法律関係が訴訟法上の当事者適格の決定に大きな影響を及ぼすものと理解されている。このため、訴訟法学から見ても、差止請求権の実体法上の発生根拠を明らかにする必要性は大きい、と言えよう。以上につき、詳しくは、中野貞一郎「当事者適格の決まり方」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』（判例タイムズ社、1994）93頁以下、95頁～101頁。但し、前記訴訟法上の諸問題については、本稿では分析しない。なお、中野博士曰く「環境権訴訟や消費者訴訟などの多発を機縁として、管理処分権の観念に縛られた従来の当事者適格論では十分に賄いきれない問題の所在が明らかとなった」（中野・前掲98頁）。

(12) 好美清光「日照権の法的構造（中）」ジュリスト493-107（1971）（以下、好

(少なくともそのような傾向が強かった) という点である。そのために、ともすると、発生根拠をめぐる議論は、「極論すれば、いちおう納得のいく理由づけになりさえすれば、いずれの法的構成によっても“誤り”というわけではなく、…いずれがより説得的かという程度のいわば美的感覚の争い⁽¹³⁾のようなものにすぎない面が多い」とも評されることとなる。

もちろん、従来議論によって得られた成果は決して小さくはない。しかし、私見によれば、そこには不足するものが2つあるように思われる。

その第1は、特定の紛争類型から離れた(その意味で抽象的な)、一般的な観点から差止請求権の発生根拠論を分析する作業である。より正確に言えば、特定の紛争類型を念頭に置いて展開・発展した発生根拠論を例えば他の紛争類型での発生根拠論と比較し、整合させるなどして差止請求権の一般理論に還元する作業が本来なされるべきところ、未だ十分に行われていないように思われる。

第2に、これまでの議論は各学説の理論構造そのものの合理性或いは体系的整合性を分析しようとする視点に欠けていたのではなかろうか。

すなわち、同じく要件論や効果論に関連させて発生根拠論を分析するにしても、事後的な正当化のための技術としてではなく、紛争解決の基準となるべき規範として、例えばそれぞれの理論構造が差止請求権の要件或いは効果にどのような理論的な影響を及ぼす(及ぼさざるを得ない)のかをできる限り具体的に明らかにして、各学説の理論構成に規定されたそれぞれの要件論や効果論が実際に社会において必要とされている差止請求権理論(要件論及び効果論)たりうるのか否かを分析するという形で一いわば帰納的な視点とともに、演繹的な視点からも一各学説の理論構造それ自体の合理性を検討するといった議論は、これまでなお十分に行われてこなかったものと思われる。

また、各学説の説く差止請求権の発生原理(或いは差止請求権制度とも理

美・前掲「構造(中)」として引用する。)、111頁~112頁。

(13) 好美・前掲(注12)「構造(中)」112頁。

解しうるもの)が民法全体の体系の中でどのように位置づけられるのか(権利=排他的支配権の効力なのか、損害賠償請求権と並ぶ不法行為法(709条)の効果なのか、など)、或いは、民法上の他の法制度(例えば不法行為法)とどのような理論的關係にあるのか(差止請求権と不法行為損害賠償請求権とは理論的に峻別されるのか、反対に同じ性質を持つのか、など)を明らかにして、それぞれの体系的整合性を検証する、という視点からの分析もまた不十分であったと言えないであろうか。⁽¹⁴⁾

2 分析の視点

そこで、もし従来の議論に対するこのような認識が正しいとすれば、次のように言うことが許されよう。すなわち、例えば各学説の分析においてそれぞれの理論構造を可能な限り具体的に把握し、その合理性を前記のような理論的視点或いは体系的整合性の観点から一般的に分析することが、これまでの議論の不足部分を補うとともに新たな視角から問題に光を当てるためにも必要かつ有用である、と。⁽¹⁵⁾

以上から、結論として、本稿は、次章以下では主として上記のような理論的及び体系的整合性の視点から差止請求権の発生根拠をめぐる問題について分析することとしたい。

(14) 無論、これまでに述べたような視点に基づく研究が、従来、全く見られなかったわけではない。そのような研究の代表として、柳澤弘士「予防的不作為請求権の構造—とくにドイツにおける Vorbeugende Unterlassungsklage を斟酌して—」日本大学紀要20-75 (1978)がある。

(15) 好美清光博士が差止請求権の発生根拠論について、それは望ましい結論を「事後的に正当化し理由づけるための…技術」論の性格が顕著であると評されたのも、あくまで「日照権という、新たな現象についての法的保護の付与の問題にかぎっていえば」のことであった(好美・前掲(注12)「構造(中)」111頁)。すなわち、好美博士も、そのような個別の紛争類型を離れた上で、差止請求権の発生根拠を一般的に、理論的かつ体系的に分析することそのものの必要性ないし重要性までも否定されるものではないと思われる。

第3 分析の進め方

1 従来の学説の整理、分析

では、具体的にはどのように分析を進めていくべきか。

まず、最初に行われるべき作業は、我が国でこれまでに主張された差止請求権の発生根拠論を前記視点に基づいて再整理し、それぞれの問題点を分析することであろう。その上で、各学説のいずれかに前記「新たな問題」及び「古典的な問題」を理論的及び体系整合的に解決しうる可能性が認められるか否かを検討したい。これが次章（第1章）での課題である。

ここで、本稿における分析の手順を予め説明するために、次章での分析の結論だけを述べておく必要がある。

すなわち、私見によれば、これまでに主張された発生根拠論の中で違法侵害説と呼ばれる学説（その定義については、次章の序を参照されたい。）に、先に見た「新たな問題」及び「古典的な問題」の両方をそれぞれの紛争の実態に即して適切にかつ合理的に解決しうる可能性がある。そのため、私見は現行民法における差止請求権の発生根拠論としてこの説を支持すべきであると考えている。

しかし、違法侵害説にも全く課題がないわけではない。最大の課題の1つは、現行民法の解釈論として違法侵害説を採用することが妥当であること、換言すれば、差止請求権の一般的な発生根拠について違法侵害説の説くような原理を現行民法典が実際に想定していると言いうることが、未だ十分説得的に論証されていないことである⁽¹⁶⁾。このため、この説を支持するためには、その解釈論としての基礎付けを説得的に行うことが必要不可

(16) 好美博士は、違法侵害説の代表ともいべき舟橋諄一博士の説について、「きわめて魅力的」な説であるとされつつも、それは「結果の妥当論、政策論に過ぎない」と批判され、「それが現行法の解釈論として主張されるとき、…まだ抵抗を感じざるをえまい」とされる。好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求権」契約法大系刊行委員会編『契約法大系III 賃借権・消費貸借』（有斐閣、1962）166頁以下、178頁～179頁。

欠となる。

そこで、第1章で諸説を分析した上、違法侵害説があるべき解釈論として成り立ちうる可能性を論証することができたならば、その後は、違法侵害説の解釈論的基礎（違法侵害説が解釈論として採用されるべきことの根拠）を探求すべきこととなろう。第2章以下ではこれに取り組みたい。

2 物権的請求権に関する分析

そこで、次に問題となるのは、どのように違法侵害説を解釈論として根拠付けるのか、ということである。この点、私見は、物権的請求権が1つの手がかりを与えてくれるように思う。

周知のとおり、現行民法典には、例えば709条のような、差止請求権につき一般的に定めた明文規定は存在しない。だが、現行民法上、物権への違法な侵害に対する保護手段として物権的請求権が存在することは、今日おそらく全ての学説の一致して認めるところであろう。そして、物権的請求権と差止請求権とは「権利或いは利益に対する現在の侵害の排除、または将来の侵害の予防」⁽¹⁷⁾を目的とし、その効果において同質である点で、本質的に同性質の請求権である。⁽¹⁸⁾より正確に言えば、差止請求権の保護客体

(17) 例えば、北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決（最大判昭和61年6月11日民集40-4-872）は、差止請求権の効果を「現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求める」ものである、と述べる。また、物権的請求権は「あるべき物支配の状態の回復、または妨害の予防措置を求める請求権である」（好美清光「物権的請求権」舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法（6）物権（1）』§§175～179（有斐閣、1997）103頁以下（以下、好美・前掲「物権的請求権」として引用する。）、104頁。）。

(18) 同旨として、澤井裕『公害の私法的研究』（一粒社、1969）（以下、澤井・前掲『研究』として引用する。）149頁、同『公害差止の法理〔環境法論集I〕』（日本評論社、1976）（以下、澤井・前掲『法理』として引用する。）110頁～114頁、玉樹智文「妨害除去請求権の機能に関する一考察—ドイツにおける議論を巡って—」奥田昌道編集代表 林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望（中）』（有斐閣、1982）127頁以下、130頁（但し、妨害排除請求権にのみ言及する。）、四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為 下巻』（青林書院、1985）

が物権であるとき、当該差止請求権は物権的請求権と呼ばれるのである。すなわち、物権的請求権とは「物権に基づく差止請求権」⁽¹⁹⁾であり、それゆえに「差止請求権の一典型ないし基礎」⁽²⁰⁾であると考えられる。

そこで、このような差止請求権の一種たる物権的請求権の理論的な発生根拠は違法侵害説の説く理論構成によってのみ合理的に説明されうることが明らかとなれば、これにより現行民法の解釈論として違法侵害説が採用

466頁注(一)、広中俊雄『現代法律学全集 6 物権法〔第二版増補〕』(青林書院、1987) 229頁、236頁、浦川道太郎「差止め」法学教室219-26 (1998)、26頁(但し、妨害排除請求権、妨害予防請求権にのみ言及する。)。なお、玉樹教授及び浦川教授は、上記のように、差止請求権と同性質であるものとして物権的請求権のうち妨害排除請求権や妨害予防請求権のみを挙げておられる(四宮博士は、差止請求権を「妨害排除請求権・妨害予防請求権に当るもの」とされる一方、「物権的請求権の拡張されたもの」ともされており(いずれも上記に引用した箇所を参照)、明確ではない。)。このため、特に返還請求権は別の性質のものとして取り扱われているかのようにも理解されう。しかし、返還、妨害排除、妨害予防という「物権的請求権の三つの分類は、多様な侵害を三つに分類したことに対応する、多様な回復方法のいちおうの分類にすぎない。…それらは、むしろ一つの請求権の多様な現象形態にすぎないのである」(好美・前掲(注17)「物権的請求権」192頁。同旨として、奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(創文社、1979) 276頁、277頁注(一)、石田喜久夫「物権的請求権について」法曹時報36-6-1 (1984) [同『物権法拾遺〔民法研究第六巻〕』(成文堂、1986) 1頁以下に所収] (以下、石田・前掲「物権的請求権」として、初出時の頁で引用する。)、11頁~12頁、同『口述物権法』(成文堂、1982) 12頁~13頁。)。また、返還請求権もあるべき物支配状態に対する侵害を排除する点で本質的には妨害排除及び妨害予防請求権と同内容であり、同機能を営むものと解される。したがって、返還請求権、妨害排除請求権及び妨害予防請求権全てを含めた物権的請求権一般が差止請求権と本質的に同内容・同性質であると考えられる。この点、広中俊雄博士は物権的請求権一般を「物権に基づく差止請求権」と明確に定義されるとともに、「差止請求」という用語を「返還請求および妨害停止請求…に妨害予防請求をも加えた呼称として」使用されている(広中・前掲書229頁、230頁~231頁注(2))。また、澤井裕博士も特に返還請求権のみを区別されてはいない。

(19) 広中・前掲書(注18) 229頁、236頁。

(20) 玉樹・前掲(注18) 130頁。玉樹教授によるこの分析は直接には妨害排除請求権に関するものであるが、物権的請求権一般にも妥当すると解されることにつき本稿(注18)を参照されたい。

されるべき根拠が示されるものと思われる。

すなわち、伝統的に、物権的請求権は、物権という権利の持つ物に対する直接的或いは排他的な支配力から派生するものとして、物権に固有の効果であると考えられている。しかしながら、もし物権的請求権を物権の物に対する排他的支配性から理論的に導くことができないとすれば、どうなるか。物権的請求権の存在自体を否定しない限り、その理論的な発生根拠を物権以外に求めなければならなくなるであろう。つまり、物権的請求権を物権という「権利に内在的な「性質」ではなく、「いわば権利の外から与えられる」⁽²¹⁾「救済」手段として理論構成する必要が出てくるであろう。そのためには、そのような救済手段を外在的に物権（者）に付与する法原理ないしは法制度とも呼ぶべきものを想定するというような発想の転換が必要となる。ここで、そのような法原理或いは法制度に当たり得るものは、709条を始めとする不法行為法、或いは、違法侵害説が説く（ものと解される）「違法な侵害から権利または利益を保護する必要性に基づいて右保護法益の受益者に差止請求権を附与する独自の法制度」、以上の2つに限られるものと思われる。なぜなら、次章において見るように、これまでに主張された理論のうち、現在でも有力なものは（権利的構成を除けば）結局この2つであり、また、現行民法上これら以外の候補は実際上考えられないからである。そこで、両者のうち不法行為法を差止請求権の発生根拠と解することが現行民法の解釈論としては困難であると言うことができれば、ここに述べた物権的請求権の発生根拠である法原理或いは法制度は、違法侵害説の説くように、法益の要保護性に基づいて当該法益の受益者に差止請求権を付与する独自の法体系と考えなければならない、との結論にたどり着く（少なくとも、そのように解すべき必要性和可能性を明らかにする）ことができるであろう。⁽²²⁾

(21) 舟橋諄一「物権的請求権理論の批判補説」法学教室68-6（1986）、8頁。

(22) また、例えば、次章においても触れるように、北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決（最高裁大法廷判決昭和61年6月11日民集40-4-872）は、物に対する排他的

そこで、本稿では、第 2 章以下において、物権（の物に対する排他的支配性）と物権的請求権との理論的關係及び物権的請求権の理論的発生根拠について分析することとしたい。

3 小 括

以上をまとめるならば、本稿は、現行民法上の差止請求権の一般的な理論的発生根拠につき考察し、その内容を明らかにすることを目的とする。その手段として、物権的請求権の理論的発生根拠を分析する。そして、これにより、従来から主張されてきた発生根拠論のうち違法侵害説が、現行民法における差止請求権の一般的な理論的発生根拠に関する解釈論として

支配性ゆえに物権に物権的請求権が認められることを前提として、「人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるから」、「名誉権」にもまた差止請求権が認められるとの結論を導き出している。すなわち、物権（の排他的支配性）の効力としての物権的請求権（差止請求権）という伝統的な物権的請求権理論の理論構成が、権利の「排他的支配性」を媒介として、「人格権たる名誉権」侵害に基づく差止請求権の発生根拠を基礎付けるために類推ないし準用されているのである。この例からも理解されるように、これまで物権的請求権の発生根拠論は、「ある法益に差止請求権による保護を認めうるか否か」という問題（結局、それは「差止請求権の発生根拠は何か」という問題に他ならない）を分析する出発点として、さらには、差止請求権による保護を原則として「排他的支配権」に限定する一また、そのために、ある法益に差止請求権の保護を与えるためには当該法益を（その実態からすれば困難であるとしても）「排他的支配権」と構成しなければならなくなる一有力な理論的根拠として、判例及び学説上大きな影響力を発揮してきたものと考えられる（同旨として、舟橋諄一「公害差止め之法理」八幡大学論集25-3=4-1（1975）（以下、舟橋・前掲「法理」として引用する。）、7頁。舟橋博士はこれを物権的請求権理論の「保守性」と呼ばれる。）。とすれば、差止請求権の発生根拠を再検討するためには、物権的請求権の発生根拠（及びそれに関する伝統的な理論）の分析が必要不可欠の作業となるであろう。また、物権的請求権が学説及び判例（実務）に深く根付いていることには疑いの余地がない。したがって、差止請求権の発生根拠論を新たに展開するとしても、この物権的請求権をその構造の中に整合的に内包するような理論が構築されなければ、解釈論として説得力をなかなか持ち得ないものと思われる。これらが、本稿が差止請求権の発生根拠を分析するに当たって物権的請求権の発生根拠をまず検討しようとするもう一つの理由である。

採用されるべきことを論証しようと試みるものである。

第4 全体の概観

序章の最後に、本稿の全体の概観をも兼ねて、これからの分析の手順を予め整理しておきたい。

まず、第1章では、我が国においてこれまでに主張された差止請求権の発生根拠論について、各自の理論的問題点を分析する。その成果として、諸説のうち違法侵害説が、競争秩序違反行為や環境破壊行為に対する私人による差止請求の可否をめぐる問題をも含めてこれまで判例及び学説上差止請求権による保護が検討されてきた様々な紛争に対して、適切な解決を理論的に整合的な形で、統一的にもたらしうることを論証したい。

その後、次のような順序で3つの章にわたって、日本及びその母国であるドイツの物権的請求権理論を分析していく。

すなわち、第2章では、日本の物権的請求権理論に関する分析のための第1の準備作業として、エドゥアルド・ピッカー (Eduard Picker) の物権的請求権理論を分析する。ここでは、物権的請求権の発生根拠を「ひとつの一般原理 (ein allgemeines Prinzip)」に求めるとともに、右原理の根底にあるのは「私法は自らが私人に与えた「実質的権利」を「保護権」によって保護する。」という考えであるから、この「原理」に基づいて、物権的請求権と同様の保護が基本的な保護 (Elementarschutz) として、一般的にあらゆる主観的法的地位に認められるべきであると説くピッカーの物権的請求権理論の理論構造、特にその発生根拠論の合理性が検討される。と同時に、差止請求権と不法行為損害賠償請求権との構造的な相違が明らかにされる。

その後、第3章において、日本の物権的請求権理論を分析するための第2の準備作業として、物権的妨害排除請求権の発生根拠 (妨害排除義務の妨害者への帰責根拠) に関するドイツの伝統的な通説及び判例について分析する。その成果として、①ドイツの通説及び判例は侵害者の負うべき妨

害排除義務を実質的に不法行為責任化するものであること、②それゆえに、この理論は様々な問題点を持つこと、及び③なぜドイツの通説及び判例が妨害排除義務を実質的に不法行為責任化するのかと言えば、それは特に行為請求権としての妨害排除請求権を物権の効力と構成することが理論的に困難であると一般に理解されているためではないかと推測されること、などを明らかにしたい。

そして、第 4 章では、日本の代表的な物権的請求権理論を、特に物権（の物に対する排他的支配性）と（行為請求権としての）物権的請求権との理論的關係及び物権的請求権の発生根拠という視角から分析する。

ここでは、まず、川島武宜博士、於保不二雄博士及び川角由和教授の各見解を参照しつつ、特に行為請求権としての物権的請求権が物権の排他的支配性から論理必然的に生ずると言えるか否か、について考察する。その上で、物権的請求権の発生根拠を実質的に不法行為法に求めようとする責任説（川島説）、右発生根拠を物権外在的な「法」ないしは「法原理」に求めるべきことを主張する於保説について、それぞれその問題点や妥当性などを検討する。さらに、「物権を保護するために法により特に与えられた保護手段としての物権的請求権」という於保説の基本的発想の射程範囲を探り、この発想を展開することによって物権以外の法益を保護するための差止請求権を一般的に承認することはできないか、その可能性を追究したい。

その上で、第 4 章の最後において、第 2 章及び第 3 章での分析結果をも総合して、物権的請求権の理論的発生根拠に関する私見を提示する。さらに、現行民法における差止請求権の一般的な理論的発生根拠に関する解釈論として違法侵害説が採用されるべき根拠につき論証を試みる。

最後に、終章では、本稿の主張の要点をまとめた上で、今回の分析によっては解明されなかった諸問題を整理し、それらのいくつかにつき現段階における解決の方向性を模索したい。

第1章 差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析

第1 序

本章の目的は、これまでに我が国において主張された差止請求権の発生根拠論のうち、いずれの説が前章において指摘した諸問題（「新たな問題」及び「古典的な問題」）を最も合理的にかつ体系整合的に解決しうるか（どの説が一般的・統一的な発生根拠論として成り立ちうるか）について分析することである。

そこで、このような目的に基づいて、本稿は、これまでに主張された諸説のうち主たるものを「その説が差止請求権の理論的発生根拠を究極的にどこに求めるか」に着目して整理することとする。このような観点からは、以下の5つに諸説を分けることができよう。

すなわち、①差止請求権の発生根拠を「権利（支配権）」に求める権利的構成、②差止請求権を「不法行為法（特に民法709条）」の効果とする不法行為法的構成、③差止請求権は権利一般の通有性たる「不可侵性」が侵害されたことから発生すると説く不可侵性理論、④権利（支配権以外の権利をも含む。）または利益に対する「違法な侵害」ないしは違法な侵害から権利または利益を「保護すべき必要性」に基づいて、差止請求権という保護手段が法により与えられると主張する違法侵害説、⑤権利的構成と違法侵害説との複合構造的な並存を認めることにより差止請求権の発生根拠を説明する複合構造説、以上の5つである。⁽²³⁾

(23) 近時、吉田克己教授は、いわゆる国立マンション訴訟第1審判決（東京地判平成14年12月18日判例時報1829-36）に関する評釈において、住民を主体として形成されてきた土地利用に関する地域的ルールに違反した建築行為が行われた場合に住民が右建築行為を差止めうることを根拠付ける「あるべき法律構成」として、「[秩序]違反に対するサンクションとしての差止」という考え方を提案された。これによれば、一定の地域において住民等の間に同地域内の土地利用に関する地域的ルー

また、本稿では、上記分析を、あくまで上記諸説に見られる主たる理論的問題点のみを取り上げる形で行うことにしたい。すなわち、各学説の主張された社会的背景などに関する分析等は行わない。さらに、ここでは、発展史という観点から各学説をそれらが主張された順に時系列に沿っていわば「縦の関係」に位置付けるのではなく、それぞれを「横の関係」に並列的に位置付けて分析することとする。このような形で整理する理由は、第 1 に、本稿の最大の関心が各学説の理論構成の合理性や体系的整合性にあるからである。また、(判例の発展過程をも含めた広い意味での) 学説史或いは各学説の主張された社会的背景などについては、既に多くの文献によ

ルが形成されており、右ルールが一定の規範性を備えていると認められる場合には、この「土地利用に関する地域的ルールに法源としての性格が認められる」。その結果、上記住民等は、一定の要件が充足されるときに、右地域的ルール (= 秩序) に違反する土地利用に対してその差止を請求することができる。「このように把握すれば、差止も、地域的ルール違反行為がなされようとする場合に付与されるべき救済手段として捉え返されることになる (「秩序」違反に対するサンクションとしての差止)」。以上につき詳しくは、吉田克己「景観利益」の法的保護」判例タイムズ1120-67 (2003)、71頁~72頁。さらに、上記考え方の原型を成すものとして、同・前掲書 (注 2) 184頁、248頁及び同「いわゆる位置指定道路の通行妨害と妨害排除請求権」民商法雑誌120-6-162 (1999)、174頁~176頁。私見によれば、上記立論では、吉田教授の言われる「秩序」(上記の例では土地利用に関する地域的ルールがそれに当たる。) 自体に差止請求権の法源、つまりは発生根拠が求められているものと理解される (この点につき同旨と思われるものとして、藤岡康宏=須加憲子「環境利益の救済法理について—景観権確立に関する一考察—」富井利安編集代表 牛山積先生古稀記念論文集『環境・公害法の理論と実践』(日本評論社、2004) 23頁以下、48頁)。この点において、吉田教授は、以下本稿において分析の対象とする従来の発生根拠論とは異なった新たな法律構成を提案されたものとも考えられる。しかし、それが判例評釈における提案であることもあってか、上記立論の詳細は明らかではない。とりわけ、吉田教授が差止請求権の法源であるとされる「秩序」とはどのようなものか、について不分明な部分が残されているように思われる。例えば、吉田教授が上記立論に当たって大きな示唆を受けたものと推測される広中博士の市民社会論 (秩序論) (広中俊雄『民法綱要 第一巻 総論上』(創文社、1989) 1頁以下) における秩序概念と吉田教授の言われる「法源としての性格が認められる」秩序概念との異同についても、なお慎重な吟味を要するのではなからうか (この点をつとに示唆するものとして、藤岡康宏「不法行為の全体像」同

って総合的に詳しく分析されているためである。⁽²⁴⁾

さらに、学説を個別に分析する際には、基本的に、以下のように行う(学説は上記①から⑤の順番で分析する。)。まず、①当該学説の内容や理論的特徴などを整理する。その上で、②その理論的問題点を分析する。そして、最後に、その分析のまとめとして、③序章で提示した本稿の問題意識及び視点(「新たな問題及び古典的な問題それぞれについて適切な要件の下で差止請求権の発生根拠を基礎付けうるか。」「その発生根拠論に理論的・体系的整合性は認められるか。」)から、各学説が差止請求権の発生根拠論として支持されるべきか否かについて私見を提示したい。

それでは、まずは権利的構成から分析を開始しよう。

『損害賠償法の構造』(成文堂、2002) 1頁以下(以下、藤岡・前掲「全体像」として引用する。)、19頁注(28)。また、私見と同旨と思われるものとして、藤岡=須加・前掲48頁。なお、広中博士はご自身の提唱された秩序概念につき、それは「いわば法社会学的な観察であった」とされる(広中俊雄『主題(個人の尊厳と人間の尊厳)に関するおぼえがき』広中俊雄責任編集『民法研究 第4号』(2004) 59頁以下、75頁。さらに同論文77頁注(10)参照。)。また、吉田教授の見解に対しては、既に、「なぜ秩序違反が都市景観侵害に対する差止的救済の法律構成(裁判規準)として許されるのかの根拠づけ」に問題が残されているといった疑問も提起されている(藤岡=須加・前掲49頁)。このように、吉田教授の見解の全体像ないし核心部分を十分明確に把握することができない。そのため、現時点では、本稿においてこれを従来の発生根拠論と同次元で並立しうる独自の発生根拠論として取り上げ、分析することを差し控えたい。

(24) 代表的なものとして、澤井・前掲(注18)『法理』(特に1頁~90頁)、同「公害の差止請求」加藤一郎=米倉明編ジュリスト増刊『民法の争点』(1978) 326頁以下(以下、澤井・前掲「差止請求」として引用する。)、中山充「公害の賠償と差止に関する法的構成の変遷」甲斐道太郎編集代表 磯村哲先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開(下)』(有斐閣、1980) 219頁以下、小川竹一「公害差止の法的構成について」早大大学院法研論集32-99(1984)、大塚・前掲(注10)「考察(一)」、同・前掲(注10)「考察(二)」(202頁まで)、神戸秀彦「公害差止の法的構成の史的変遷に関する考察—損害賠償との関連において—(一)~(四・完)」東京都立大学法学会雑誌29-2-79(1988)、30-1-433、30-2-145(以上、1989)、31-2-121(1990)などがある。特に、各学説の発展過程や学説間での議論の歴史は、中山教授、大塚教授及び神戸教授の各論文において詳細に整理されている。

第 2 権利的構成 (人格権説、環境権説)

1 定義

権利的構成とは、差止請求権の発生根拠を私人の「排他的支配権」たる「権利」に求める考え方であり、我が国における伝統的な通説である。⁽²⁵⁾ 具体的には、伝統的な物権的請求権理論、差止請求権の発生根拠論としての⁽²⁶⁾ 人格権説及び環境権説などがこれに含まれる。

物権的請求権理論については次章以下 (特に第 4 章) で集中的に検討するため、ここでは、人格権説と環境権説のみを取り上げることとしたい。

まずは、両説の具体的内容を確認しよう。

2 人格権説

差止請求権の発生根拠論としての⁽²⁷⁾ 人格権説 (以下、単に「人格権説」と呼ぶ。)とは、生命、身体 (健康)、快適な生活、名誉、プライバシーなど人間の人格に関する法益につき私人に絶対権ないし排他的支配権 (権利) すなわち⁽²⁸⁾ 人格権を認め、この人格権が違法に侵害されたことを差止請求権の

(25) 澤井・前掲 (注24)「差止請求」326頁。

(26) 澤井・前掲 (注18)『法理』2頁、同・前掲 (注24)「差止請求」326頁。

(27) 人格権をめぐる法的問題一般については、五十嵐清『人格権論』(一粒社、1989) (以下、五十嵐・前掲『人格権論』として引用する。)、同『人格権法概説』(有斐閣、2003) (以下、五十嵐・前掲『概説』として引用する。)が網羅的に分析する。また、特にドイツにおける (一般的) 人格権概念の生成及び発展過程は、五十嵐清=松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護—一般的人格権理論の発展—」戒能通孝=伊藤正巳編『プライバシー研究』(日本評論新社、1962) 150頁以下、斉藤博『人格権法の研究』(一粒社、1979) (以下、斉藤・前掲『研究』として引用する。)に詳しく分析されている。さらに、フランスにおける人格権 (私生活の尊重に関する権利) については、高橋康之「人格権の比較法的研究—フランス—」比較法研究24-50 (1963)、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、1965) 90頁以下、皆川治廣『プライバシー権保護と限界論—フランス法研究—』(北樹出版、2000) 29頁以下などを参照されたい。

(28) 人格権を物権と同様の絶対権であり、天下万人に対して主張しうる権利と理解

理論的な発生根拠と解する説をいう。⁽²⁹⁾

人格権説は、企業等による公害に対する差止請求訴訟や名誉毀損表現に対する差止請求訴訟などにおいて、差止請求権の実体法上の発生根拠を説明するものとして、判例によっても採用されている。

代表的なものとして、まず、公害に対する差止請求訴訟において、大阪国際空港事件控訴審判決⁽³⁰⁾は以下のように述べる。

「およそ、個人の生命・身体、精神的自由は、人間の存在に最も基本的なことからあって、法律上絶対的に保護されるべきものであることは疑いがなく、また、人間として生存する以上、平穩、自由で人間たる尊厳にふさわしい生活を営むことも、最大限尊重されるべきものであ…このような、個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体を人格権ということができ、このような人格権は何人もみだりにこれを侵害することは許されず、その侵害に対してはこれを排除する権能が認められなければならない。…このような人格権に基づく妨害排除および妨害予防請求権が私法上の差止請求の根拠となりうるものということができる」。

するものとして、五十嵐・前掲(注27)『人格権論』10頁、同・前掲(注27)『概説』13頁、齊藤・前掲(注27)『研究』188頁～197頁。

(29) 人格権説を同様に定義するものとして、澤井・前掲(注18)『法理』2頁(さらに14頁)、同・前掲(注24)「差止請求」326頁、淡路剛久「公害の差止請求権論序説」同『公害賠償の理論〔増補版〕』(有斐閣、1978)227頁以下、228頁～229頁、齊藤博『人格価値の保護と民法』(一粒社、1986)(以下、齊藤・前掲『人格価値』として引用する。)204頁～205頁、四宮・前掲書(注18)480頁注(一)、水本浩『債権各論(下)(民法セミナー7)』(一粒社、1985)165頁、幾代通=徳本伸一『不法行為法』(有斐閣、1993)315頁、317頁、320頁など。さらに、人格権説を「物権類似或いは物権以上の保護を必要とする権利」(前田達明『現代法律学講座14民法VI2(不法行為法)』(青林書院新社、1980)271頁)、或いは「物権と比肩しうる程に権利性の高いもの」(田山輝明『不法行為法〔補訂版〕』(青林書院、1999)137頁、145頁)である人格権侵害に差止請求権の発生根拠を求める説と定義するものもある。

(30) 大阪高判昭和50年11月27日判例時報797-36。

また、名誉毀損表現に対する差止請求権に関して、北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決は、⁽³¹⁾名誉に限定した判示ではあるが、次のように述べて、⁽³²⁾名誉毀損に対する差止請求権の発生根拠を人格権（たる名誉権）侵害に求めた。

「実体法上の差止請求権の存否について考えるのに、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、…人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである」。

以上の両判決の判示からも、人格権説が絶対権或いは排他的支配権としての人格権に対する侵害に差止請求権の発生根拠を求めるものであることが窺えよう。

3 環境権説

環境権とは「⁽³³⁾良き環境を享受し、かつこれを支配しうる権利」である。このような支配権たる環境権が違法に侵害された場合に、⁽³⁴⁾権利者に当該侵害に対する差止請求権が発生すると解する説が（差止請求権の発生根拠に関

(31) 最大判昭和61年6月11日民集40-4-872。

(32) 本判決に関する最高裁判所調査官の解説によれば、本判決の立場は、排他性を有する物権類似的絶対権ないし支配権としての人格権に基づいて妨害排除請求権を認める本判決当時の通説と同内容である。加藤和夫「判例解説」『最高裁判所判例解説 民事編 昭和61年度』（法曹会、1989）278頁以下、287頁～288頁。また、同解説288頁は、生命、身体、名誉の他にどのような人格的利益につき同様に差止請求権を認めることができるかは今後の問題である、とする。

(33) 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』（日本評論社、1973）85頁。

(34) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲（注33）85頁、88頁注（1）によれば、それは自然人に限られ、企業には環境権は認められない。

する) 環境権説である。^{(35) (36)}

この説によると、環境権がその支配の対象とする「環境」には、大気、水、日照、静穏、景観などの自然的環境のほか、文化的遺産、社会的諸施設などの文化的、社会的環境も含まれる。⁽³⁷⁾ また、その範囲は保護されるべき個々の環境利益の種類と性質によって異なり、一様ではありえない。⁽³⁸⁾ さらに、自然的、文化的或いは社会的環境は、全ての人々の快適かつ文化的な社会生活のために不可欠であるため、それら環境から受けうる諸利益は全ての人々に公平に分配されなければならない。したがって、環境権は、その内在的性質として、環境に関わりをもつ全ての人々によって平等に共有される⁽³⁹⁾ (環境共有の法理)。

4 共通の理論構成 (論理構造)

(1) 論理構造

既に整理した各説の定義等から見ても、人格権説及び環境権説が、差止請求権の発生根拠について共通の理論構成をとることが理解されるであろう。すなわち、どちらも「排他的支配性」をその特質とする「権利」侵害

(35) 澤井・前掲 (注24)「差止請求」326頁。

(36) 現在、「環境権論」として、憲法、行政法及び民事法それぞれの分野で様々な理論が主張されている。しかし、本稿の目的からして、それらを全て分析する必要はない。以下では、あくまで民事法の分野における差止請求権の発生根拠論としての環境権説、特に大阪弁護士会環境権研究会によって提唱されたもとの環境権説を中心に取り上げることとする。なお、環境権論の問題点、意義等をめぐるこれまでの議論を、憲法論、行政法論及び民事法論のそれぞれにつき網羅的にかつ詳細に分析した上で、環境権説の再構成を目指すものとして、中山充「環境権—環境の共同利用権—(1)～(4・完)」香川法学10-2-1(1990)、10-3=4-155、11-2-1(以上、1991)、13-1-59(1993)がある。環境権論をめぐる問題状況及びこれに関する文献については、同論文及び中山充「環境権論の意義と今後の展開」大塚直=北村喜宣編 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念『環境法学の挑戦』(日本評論社、2002)45頁以下を参照されたい。

(37) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲 (注33) 85頁～87頁、159頁。

(38) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲 (注33) 159頁。

(39) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲 (注33) 77頁～78頁、さらに54頁。

が認められる場合に差止請求権が発生する、と説くのである。⁽⁴⁰⁾

そこで、さらにその論理構造を分析すれば、それはおおよそ以下のように理解することができる。

一般に、法によって私人に一定の排他的「支配」領域が認められている場合、それは私人が「権利」(排他的支配権)を持つということを意味する。このとき、この私人の「権利」=排他的「支配」権能は、それに対する他者からの侵害を排除する権能をも論理必然的に内包する。なぜなら、私人による一定の領域或いは利益に対する「支配」という観念自体が、その「支配」が第三者によって原則的に干渉されないことを前提としているからである。つまり、ある利益につき私人に「支配」を認めることは、当然に、これと両立しえない支配を排除することを意味する⁽⁴¹⁾のである。そして、「権利」の「支配性」から論理必然的に導かれる、他者からの侵害を排除しようとするこのような効力こそ差止請求権に他ならない⁽⁴²⁾。したがって、差止請求権の理論的発生根拠は「権利」そのもの、特にその「排他的支配性」である、とすることができる⁽⁴³⁾。

(40) 同旨として、澤井・前掲(注18)『法理』2頁、同・前掲(注24)「差止請求」326頁、清水兼男「公害差止の不法行為法的構成」民商法雑誌78巻臨時増刊号(1)末川先生追悼論集『法と権利1』(1978)372頁以下、375頁、淡路・前掲(注29)229頁、齊藤・前掲(注29)『人格価値』193頁、197頁、幾代=徳本・前掲書(注29)317頁、大塚直「人格権に基づく差止請求—他の構成による差止請求との関係を中心として—」民商法雑誌116-4=5-1(1997)、25頁。

(41) 舟橋諄一「物権編序説」舟橋諄一=徳本鎮編『新版注釈民法(6)物権(1)』§§175~179(有斐閣、1997)1頁以下、7頁。同旨と思われるものとして、中井美雄「環境保護訴訟の動向—民事差止請求訴訟における権利論を中心として—」立命館法学150~154-308(1980)、322頁。

(42) 同旨と思われるものとして、淡路・前掲(注29)229頁。

(43) このような権利的構成の論理構造は既に石田喜久夫博士によって次のように定式化されている(石田・前掲(注18)「物権的請求権」19頁。なお、引用文中、括弧にくくられた部分は筆者によるものである。また、それ以前に柳澤・前掲(注14)240頁~241頁においてほぼ同旨の分析が示されている。。「権利とは自己の意思の貫徹する法上の地位であり、権利者…の意思の及ぶ範囲を権利圏と称し(うる)…。そうだとすれば、ほんらい自己の権利圏に属すべきでないものが、そこに

(2) 論理構造の核心—権利＝排他的支配権—

そして、私見によれば、このような理論構成の核心は「権利」を「排他的支配権」と観念することにある、と考えられる。

すなわち、差止請求権がなぜ権利から発生すると理論的に言いうのか。この間に対して、権利的構成は次のように答える。それは、その排他的支配性ゆえに、権利が外からの権利（圏）への侵害に対して反発するからである、と。これを図式にすれば「権利＝排他的支配権→外から権利に加えられる侵害→権利の排他的支配性からの反発＝差止請求権」となる。そして、この図式すなわち理論構成が成り立つためには、その出発点において、「権利」は排他的支配権であるという前提が存在しなければならない。つまり、「権利＝排他的支配権」という命題こそ権利的構成の論理構造の要である、ということになる。

ここで人格権説、環境権説それぞれが前提とする「人格権」及び「環境権」の定義をあらためて確認すると、人格権は「物権の場合と同様に排他性⁽⁴⁴⁾を有する権利」であり、環境権は「良き環境を…支配しうる権利⁽⁴⁵⁾」であ

留っているときは、これを権利圏の外へ出し、収容すべき権利主体の権利圏へ入るべきことを要求しうる権能もまた、権利者に承認されるべきであり、この権能を妨害排除請求権と考えるもよい。また、同論文18頁～19頁において、石田博士は、このような論理によれば、その「絶対性は無条件に承認される」ところの人格権に基づいて妨害排除請求権が発生することは「自明」である（「妨害排除請求権能は人格権に内在している」）、と言われる。

(44) これは、前掲北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決における人格権（たる名誉権）の定義である。人格権説が前提とする（またはするべき）人格権或いは差止請求権によって保護される（または保護されうる）人格権は支配権ないしは絶対権であるとするものとして、加藤一郎「序論—公害法の現状と展望—」加藤一郎編『公害法の生成と展開—公害法の研究Ⅰ—』（岩波書店、1968）1頁以下（以下、加藤・前掲「序論」として引用する。）、20頁、好美清光「日照権の法的構造（下）」ジュリスト494-113（1971）（以下、好美・前掲「構造（下）」として引用する。）、113頁、齊藤博「東海道新幹線騒音・振動差止・損害賠償訴訟第一審判決をめぐって 差止請求」判例時報976-12（1980）（以下、齊藤・前掲「差止請求」として引用する。）、14頁、同・前掲（注29）『人格価値』204頁～205頁、五十嵐・前掲（注27）『人格権論』8頁、10頁、同・前掲（注27）『概説』13頁。

る、とされる。つまり、両権利とも明らかに「排他的な支配権」として定義されている。このことから、人格権説、環境権説とも権利的構成の論理構造によって差止請求権の発生根拠を基礎づけるものであることが明らかとなる。

また、従来、人格権説は、人格権侵害に基づく差止請求権を物権的請求権類似の請求権と理解すること（物権的請求権（理論）の準用）によって、その発生根拠を基礎付けてきた。⁽⁴⁶⁾ 実際には、前記北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決も「物権について妨害予防・妨害排除が認められることを前提として、排他性を媒介にこれを人格権に類推している」⁽⁴⁷⁾。このことから、人格権説が、伝統的な物権的請求権理論と同様に、権利的構成に立脚するものであることが分かるのである。⁽⁴⁸⁾

5 問題点

以上に見たように、人格権説と環境権説とは、差止請求権の発生根拠について共通の理論構成に立つ。とすれば、両説の理論的問題点もまた共通

(45) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲（注33）85頁。さらに同書158頁。

(46) 我妻栄『新法学全集10 事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937）198頁、加藤・前掲（注44）「序論」20頁、好美・前掲（注44）「構造（下）」113頁、同・前掲（注17）「物権的請求権」198頁～199頁、潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999）485頁。

(47) 山本敬三「人格権—北方ジャーナル事件—」星野英一＝平井宜雄＝能見善久編『民法判例百選Ⅰ 総則・物権（第五版）』（別冊ジュリスト159号、2001）16頁以下、17頁。同旨として、藤岡・前掲（注23）「全体像」29頁。

(48) なお、「わが国において生活妨害の差止の問題を最初に本格的にとりあげた」（大塚・前掲（注10）「考察（一）」16頁）論文である鳩山秀夫「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作為の請求権」同『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955）425頁以下は、我が国において「絶対権の本質と占有訴権に関する規定の準用とに依りて」（鳩山・前掲438頁）差止請求を認めるべきことを主張した。そして、このような「絶対権を根拠とする不作為請求権を初めて本格的に認めた」鳩山博士の見解は、以降「学説、判例上継承されてい」った（大塚・前掲（注10）「考察（一）」18頁）。

であると言えよう。そのため、以下では、両説を権利的構成としてまとめた上で、その理論構成に見られる問題点を分析することとする。

(1) 事前準備—「権利」の意味—

まずは、権利的構成に関する分析の重要な事前準備として、この説が前提とする「権利」の具体的意味或いは特質を明らかにしておく必要がある。

ア 権利＝排他的支配権

その第1として、既に強調したことであるけれども、ここにいわれる「権利」とは、あくまで、私人による物ないし利益に対する排他的支配をその内容とする「排他的支配権」である、ということが再度明確にされなければならない。言い換えれば、これは「市民の利益主張が法内⁽⁴⁹⁾的に出て来る、という意味での」⁽⁴⁹⁾「一般的で広義の権利」の全てが権利的構成の観念する「権利」に含まれるわけではない、ということである（以下、この広義の権利に対して、排他的支配権たる「権利」を「狭義の権利」と呼ぶことにする。）。

具体的に説明すると、所有権は、所有者による物の排他的支配をその本質とする。したがって、これは「狭義の権利」である。他方、債権者が債務の履行という利益を受けうるか否かは、債権者自身の意思によって直接的に決せられるのではなく、本来的に、債権者平等の原則の下、債務者という他者の意思にかかっている。これは、債権者には「債務の履行（債権の満足）を受けるといふ法益を自らの意思のみによって実現しうる」という意味における右法益に対する排他的な支配が認められない、ということを意味する。したがって、債権は排他的支配権ではない。言い換えれば、債権は、「広義の権利」ではあっても、「狭義の権利」には含まれないので

(49) 原島重義「法と権利に関するひとつの試論—民法学から—」『法哲学年報 権利論』(有斐閣、1985) 26頁以下（以下、原島・前掲「試論」として引用する。）、31頁。なお、引用文中、傍点は原島博士自身によるものである（以下、特に断らない限り、引用文中の傍点は全てそれぞれの原著者自身によって付けられたものである。）。

⁽⁵⁰⁾
ある。

イ 権利＝伝統的な権利論における権利

第 2 に、権利的構成の前提とする「権利」は（特にドイツにおける）伝統的な権利論が⁽⁵¹⁾前提とする「権利」と同義である、と解される。

ここで、伝統的な権利論が前提とする古典的な意味での「権利」とは、「個々の市民に割り当てられた（zuordnen され、zuweisen された）自由領域（Freiheitssphäre）の劃定（abgrenzen）⁽⁵²⁾である」。ただし、ここにいわゆる自由領域とは、空間的な観念ではない。それは、「自由な意思決定に基づき、ある法益について（当該法益からの利益享受などを含めた広い意味での）処分を貫徹する自由或いは可能性」を意味するものと解される。そして、このような意味での自由領域の私人への承認、すなわち私人への

(50) 同旨として、原島・前掲（注49）「試論」32頁。但し、このことは、債権を「債務者による特定の債務の履行を独占的に受けうる地位」として見たとき、それが特定の債権者に排他的に帰属する（それゆえ、この点にのみ着目すれば債権も「排他的支配権」と解しうる）ことまでをも否定するものではない。この点につき、Vgl. K. Larenz „Zur Structure „subjektiver Rechte““ Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht—Festgabe für Johannes Sontis (C. H. Beck, 1977) S. 129ff., S. 141ff..

(51) ここで取り上げる権利論とは「法解釈学 (Rechtsdogmatik) における権利論」であって、「たとえば、近代市民法の特色としての、権利義務関係や、権利の体系、などを論ずる場合の、いわば法社会学的な意味で」の権利論ではない。原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4-54 (1976) (以下、原島・前掲「推移」として引用する。)、56頁注(1)。なお、ドイツにおける伝統的な権利論及び「権利」の意義については、上記論文の他さらに、同「民法理論の古典的体系とその限界—ひとつの覚え書き—」黒木三郎編集代表 山中康雄教授還暦記念論文集『近代法と現代法』（法律文化社、1973）119頁以下、122頁～123頁、130頁～134頁、同「権利論とその限界」九大法政研究42-2=3-265 (1975) (以下、原島・前掲「権利論」として引用する。)、同・前掲（注49）「試論」31頁～32頁、L. Raiser „Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht“ Juristen Zeitung (1961) S. 465ff., Larenz a. a. O. (Fn. 50), K. Larenz/M. Wolf „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts“ (9. Aufl., C. H. Beck, 2004) S. 238ff. § 14などを参照されたい。

(52) 原島・前掲（注51）「推移」55頁。

「権利」の承認は、一定の「排他的な支配領域」の私人への保障を意味する。⁽⁵³⁾そこで、これを「権利」の内容という観点から言い換えれば、割り当てられた領域ないし利益に対する私人の「排他的な支配性」こそ「権利」の本質的内容である、⁽⁵⁴⁾とすることができる。つまり、権利ないし「絶対権」には、権利者に財貨が独占的に割り当てられ、この領域（繩張り）では、権利者だけが行動を許され、他人はそれに立ち入って行動してはならないという内容と力とが与えられている⁽⁵⁵⁾のである。

既に見たように、権利的構成の前提とする「権利」とは排他的支配権である。したがって、これが実質的に伝統的な権利論の前提とする「権利」と同義であることは、以上の分析から明らかであろう。

ウ まとめ

このように、権利的構成における「権利」とは「排他的支配権」であ

(53) Vgl. Raiser a.a.O. (Fn. 51) S. 467. 権利＝絶対権は「ある人物の、外部より与えられた価値ある対象 (Objekt)、すなわち、法秩序からこの人物に割り当てられ、様々な法的なニュアンスのある意味においてその所持と利益享受 (*Haben und Nutzen*) に関する処分権が与えられたところのいわゆる法益 (*Rechtsgut*) への支配的關係を表したものである」。さらに、同旨と思われるものとして、末川博「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、1970) 263頁以下、485頁～486頁。また、Raiser a. a. O. (Fn. 51) S. 466によれば、絶対権と支配権とは、法秩序の構成要素としてのそれぞれの機能に着目すれば、実質的にはほぼ同じものである。そして、本文にて分析したように、権利的構成及び伝統的な権利論の前提とする「権利」は排他的支配性をその本質とする。したがって、絶対権と「権利」とは実質的に同義である、と解することができる。この点につき同旨と思われるものとして、柳澤・前掲 (注14) 179頁、赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え—その法的構成を中心として—」同志社法学36-3-90 (1984)、127頁。

(54) 同旨と思われるものとして、柳澤・前掲 (注14) 179頁、212頁～213頁、大塚・前掲 (注10)「考察 (七)」140頁～141頁、143頁注 (27)、同「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126-36 (1998)、42頁、43頁注 (27)。また、Larenz/Wolf a. a. O. (Fn. 51) S. 243f. Rn. 17によれば、「ある法的な力 (*Rechtsmacht*) がある者に割り当てられ、他の者と同じ態様では帰属しないという場合にのみ、権利は…存在する」。さらに、Vgl. A. a. O. S. 244 Rn. 19.

(55) 柳澤・前掲 (注14) 180頁注 (3)。同旨として、原島・前掲 (注49)「試論」31頁、Raiser a.a.O. (Fn. 51) S. 467.

り、かつ伝統的な権利論の説く「権利」である。そこで、この「権利」概念を再び一般的に定義すれば、次のようになろう。すなわち、「権利」とは、「我々の同意の下に、個人の意思が支配する領域たる力 (Macht)」である。⁽⁵⁶⁾

(2) 分析

それでは、以上の準備作業を基礎として、権利的構成の理論的問題点について具体的に分析しよう。

ここで、分析の理解を容易にするために予めその結論の要点を述べれば、権利的構成の問題点は以下の①及び②の 2 点にある。

すなわち、この説によれば、その論理構造に忠実であろうとするかぎり、差止請求権は「権利」に対する「客観的 (形式的) な侵害」さえあれば直ちに発生すると解さざるを得ない。それゆえに、侵害者の主観的要素を要件としたり、他の対立利益との利益衡量を行ったりする余地は (権利濫用が問題となるような例外的場合を除いては原則として) ない。このため、権利的構成では、①被侵害利益の法的性質から考えて、具体的に妥当な紛争解決のためには侵害者に故意や過失などが認められるときに初めて差止請求権による保護を被侵害者に肯定すべき紛争や、他の対立利益との利益衡量によって差止請求権の成否を決すべき紛争について、適切な解決をもたらすことが困難となる。また、②差止請求権による保護を必要としている法益の多数は、厳密には「権利」とは言えない。そのため、権利的構成は、理論的にそれら多数の法益に差止請求権による保護を与えることができない。

(56) F.C. von Savigny „System des heutigen Römischen Rechts Bd I“ (Veit und Comp., 1840) S. 7 (なお、フォン・サヴィニー (小橋一郎訳) 『現代ローマ法体系第一巻』 (成文堂、1993) 36頁). 権利的構成の前提とする (べき) 「権利」がフォン・サヴィニー以来のドイツにおける古典的権利論の考え方であることを指摘するものとして、大塚・前掲 (注10) 「考察 (七)」 140頁~141頁、143頁注 (27)。

ア 侵害者の主観的事実及び利益衡量の可能性を差止請求権の発生要件から常に排除せざるを得ないことの問題性

(ア) 権利的構成における差止請求権の発生要件

差止請求権を排他的支配権の反発力として構成する権利的構成の論理構造によれば、それにより基礎付けられる差止請求権の発生要件もまた、論理必然的に以下のように確定されることになるものと解される。

a 侵害者の主観的要素の排除

まず、差止請求権の発生には「権利」に対する「客観的（形式的）な侵害」が認められさえすれば足りる。⁽⁵⁷⁾ 言い換えれば、これは、客観的な権利侵害さえあれば、侵害者の故意または過失などの主観的態様を問題とせず、直ちに差止請求権の発生を常に肯定しなければならない、ということの意味する。なぜなら、排他的支配領域への侵入に対する反発力としての差止請求権の発生には、反発の原因たる排他的支配領域への客観的な侵入自体が核心的な要素であり、その侵害がどのような発生原因によるものか、すなわち侵害者の故意や過失によるものか否かは重要ではないからである。⁽⁵⁸⁾

b 利益衡量の可能性の排除

(a) 利益衡量の可能性の排除

第2に、権利的構成においては、差止請求権の成否を具体的に決する際に様々な諸事情を利益衡量する余地も認められない。⁽⁵⁹⁾ なぜなら、私人に排

(57) 同旨として、原島・前掲（注51）「推移」95頁。

(58) 同旨として、原島・前掲（注51）「権利論」287頁。

(59) 同旨と思われるものとして、竹内保雄「差止命令」加藤一郎編『公害法の生成と展開—公害法の研究I—』（岩波書店、1968）436頁以下、438頁～439頁、人格権説につき同旨と思われるものとして、伊藤進「差止請求の法的根拠としての環境権・人格権」同『公害・不法行為論（私法研究著作集 第9巻）』（信山社、2000）15頁以下、20頁。さらに、中井美雄教授も、同様の理解から、人格権の絶対権の性格、排他的効力に差止請求権の発生根拠を求めつつ、同時に具体的に差止請求権の成否を判断する際には利益衡量論、受忍限度論を導入した東海道新幹線訴訟第一審判決（名古屋地判昭和55年9月11日判例時報976-40）には理論的問題点があること

他の「支配」領域を割り当て、「権利」を認めること自体が一種の法による利益衡量の結果であり、そこいわゆる「利益衡量」の内容は、私人の「支配」すなわち「権利」が侵害されればそれだけで当該侵害は直ちに違法と判断されるべきである、ということに他ならないからである。⁽⁶⁰⁾

現に、特に伝統的な環境権説は、「環境権」に対する侵害があればそれだけで終局的に侵害の違法性を認め、直ちに「環境権」侵害に対する差止請求権の発生を認めるべきことを強調し、その成否を判断するために侵害の程度と侵害行為の社会的価値や公共性などを利益衡量する余地を排除するべきであると主張する。⁽⁶¹⁾これは、差止請求権の成立要件に関して、権利的構成から論理必然的に導かれる結論である。すなわち、「環境権」が排他的支配権であるとすれば、環境（権）が客観的に侵害されさえすれば、当該破壊行為の公共性などの対立利益と環境保全の利益との利益衡量によらずに、直ちに環境破壊行為に対する差止請求権が発生することを理

を指摘される。中井美雄「名古屋新幹線訴訟判決と民事差止論」法律時報52-11-14 (1980)、15頁～16頁。なお、ごく例外的に権利濫用（1条3項）等が問題となりうることは別論である。

(60) このことを人格権侵害につき強調するものとして、篠塚昭次「『環境権』否定判決への疑問—「受忍限度論」の公害性—」同『論争民法学4』（成文堂、1977）297頁以下、308頁。さらに、斉藤・前掲（注44）「差止請求」13頁～14頁における、（差止請求権の法的根拠としての）人格権概念に関する次のような指摘も実質的に同旨を指摘するものと思われる。「人格権はその包括性の故につねに具体化が可能である。あるいは、人格価値のさまざまな側面を等しく保護するためにも具体化が必要である。…「権利」として保護に値する人格価値のみが人格権の内容となる。その具体化の過程には当然利益の衡量もなされ、ある人格的利益は人格権の内容に加えられ、他の人格的利益は人格権の内容には入れられない。したがって、ひとたび、「人格権」として法の次元に登場するときには、その内容はすでに可成り限界付けられたものになっていなければならない。…差止請求の法的根拠としての「人格権」はすでにその具体化の段階で利益衡量を経た「抑えの効いた」絶対権として認識される必要があろう。その種の権利であれば、所有権等の財産権に基づく妨害排除、妨害予防と同じように、否、人格価値の侵害という性格上、それ以上に、積極的な意味において差止請求の根拠とすることができる。」

(61) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲（注33）78頁、79頁。

論的に正当化しうるのである。⁽⁶²⁾

(b) 分析

しかし、学説上には、権利的構成に立ちつつもお上記のような利益衡量を一般的に行うことは理論的に可能であると説く見解も少なからず存在する。

① 好美博士の主張

例えば、好美清光博士は、以下のように述べて、権利的構成における利益衡量の可能性を肯定される。⁽⁶³⁾

すなわち、権利的構成の典型例たる伝統的な物権的請求権理論において、物権的請求権によって保護されうるものには、具体的利益衡量のあり方につき大きく異なる2つの類型が存在する。このうち、第1の類型たる「物の支配ないし利用それ自体の侵奪の類型」では、特段の事情のない限り侵害が認められれば直ちに物権的請求権が発生する。これに対して、第2の類型たる「人間の快適な生活そのものの妨害」に対する物権的請求権の成否を判断するためには、第1の類型における場合とは異なって、「諸事情の総合的考慮による客観的違法性ないし受忍限度論」が採用されざるを得ない。⁽⁶⁴⁾

しかし、同時に、好美博士によれば、右第2の類型において権利的構成と「諸事情の総合的考慮による客観的違法性ないし受忍限度論」とを両立

(62) 環境権を排他的支配権として構成した環境権説の1つの重要な目的ないし効用は、まさにこれにより差止請求権の成否に関する判断過程から利益衡量論(受忍限度論)を排除する点にあったものと思われる。

(63) 好美・前掲(注12)「構造(中)」112頁。

(64) 澤井裕「シンポジウム 公害 三 差止の要件」私法30-83(1968)、87頁も、物権的請求権理論によっても利益衡量が可能である、とする。また、大塚・前掲(注10)「考察(七)」157頁も、我が国の学説、判例の動向または外国法の検討から、少なくとも生活妨害の場合においては、物権的(妨害排除)請求権理論と「被害者は一定の程度までの侵害は受忍しなければならない」という意味での受忍限度論とは結合可能であり、これは「相隣関係に基づく権利に内在する制約」である、と説く。

させようとするのは、当該類型において問題となる実質的な被侵害法益が「人間の生活であり、とりわけその侵害の態様・程度、社会的価値等はさまざまで、相対的評価の可能なものが多い⁽⁶⁵⁾」からである。さらに、本来ならばそれ自体として保護されるべき右「実質的法益」を物権的請求権によって保護しようとする理論的な試みが「実質的にのみならず、法技術的にも、既成の制度ないし概念へ仮託した過渡的理論という性格を⁽⁶⁶⁾」持つためでもある。したがって、好美博士による右「過渡的理論」を直ちに一般化することには慎重であるべきであろう。

② 藤岡教授による分析

また、好美博士による右主張（第2類型における、権利的構成の論理構造と諸事情の利益衡量による物権的請求権の成否に関する判断との両立）について、藤岡康宏教授は、それは「理論的には可能である」とされつつも、「しかし、その場合には、利益衡量を必要とされる領域において、なにゆえに、物権的請求権したがって権利的構成が必要とされるのか、つまり権利（絶対権）概念の機能的意義が明らかにされる必要があろう」と分析⁽⁶⁷⁾されている。

藤岡教授による右分析は、権利的構成の論理構造と対立利益との利益衡量の可能性とを両立させることが、やはり、本来的には理論的に困難であることを示唆されているものと理解される。すなわち、藤岡教授は、権利的構成において利益衡量を（権利濫用のように例外的にではなく）一般的に行いうる可能性を認めることによって、「権利」（侵害）の持つ違法性判断における機能（客観的（形式的）な権利侵害があれば直ちに違法であるという、いわば違法性を徴表する機能）が失われることを指摘されているものと思われる。ここで、「権利」（侵害）の持つ違法性徴表機能は、権利を「排他的支配権」と構成するからこそ、かつその限りにおいて、理論的に可能

(65) 好美・前掲（注12）「構造（中）」112頁。

(66) 好美・前掲（注12）「構造（中）」112頁。

(67) 藤岡・前掲（注7）「構造（二）」125頁（11頁）。

なものとなる。つまり、私人に排他的支配圏を認め、その外部にいる者に対してその原則的な尊重を要求するからこそ、それに対する侵害は、その原因を問わず、直ちに違法と判断しうるのである。とすれば、藤岡教授が示唆されるように、利益衡量の一般的な可能性を認めることが権利的構成において上記「権利」の違法性徴表機能を害するのであれば、それは「権利」＝「排他的支配権」との構成に反することを意味するものと言えよう。そして、権利的構成の論理構造の核心は、前述のとおり、「権利」を「排他的支配権」と構成することにある。したがって、結局、利益衡量の可能性を一般的に認めることは、権利的構成の論理構造そのものを破綻させることにならざるを得ない、と思われるのである。

また、この点に関連して、フィケンチャー (W. Fikentscher) による以下のような分析もまた想起されるべきである。

すなわち、ドイツにおいて、様々な人格的利益を「一般的人格権」(das allgemeine Persönlichkeitsrecht) 概念の下に統一的に把握し、これを絶対権として理解しようとする判例及び通説に反対するフィケンチャーは、その理由として、人格的利益侵害においてそれを法的に保護すべきか否かを判断するには利益衡量が必要不可欠であることを指摘する。⁽⁶⁸⁾ フィケンチャーによれば、この場合に法的保護の是非を判断するには、まず①被侵害者⁽⁶⁹⁾に関する事情として、侵害された保護領域の種類、利益侵害の方法、侵害

(68) W. Fikentscher „Schuldrecht“ (8. Aufl., Walter de Gruyter, 1992) S. 743f. § 103 II 2 Rn. 1225. 同旨として、K. Larenz „Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ im Recht der unerlaubten Handlungen“ Neue Juristische Wochenschrift 1955 S. 521ff., S. 523 (なお、ラーレンツは、その後、„Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ (3. Aufl., Springer, 1975) S. 421において改説し、一般的人格権を絶対権として把握するようになった。但し、一般的人格権の内容は一義的で疑問の余地のないほど明確に確定されているのではなく、判例によってのみより具体的に充填されうるし、(実際の紛争を解決するためには) 充填されなければならない。そのため、結局、一般的人格権は一般条項である、とラーレンツは説く。K. Larenz „Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts“ (5. Aufl., C. H. Beck, 1980) S. 112ff.).

(69) 具体的には、私人の周辺環境に相当する「個人領域」(die Individualsphäre)、

の重大性、侵害前の行動など、②侵害者に関する事情として、侵害の手段、目的、継続期間、その者にも認められる対立する基本権があればその内容、場合によっては具体的な正当化根拠の有無などが総合的に勘案された上で、利益衡量が行われなければならない⁽⁷⁰⁾。このため、このような様々な利益衡量を必要とする諸利益を包括的に把握する「一般的人格権」概念は、「権利」(絶対権)とは言えないのである。

私見によれば、このようなフィクエンチャーの分析は、「権利」概念を厳格に維持しようとする限り、その侵害に対する利益衡量を排除しなければならないことをいわば反面から指摘するものであると思われる。

さらに、藤岡教授は「物権的請求権に、…(その成立要件たる違法性判断において、当事者間の)利益衡量が要求される領域を認めるならば、侵害に対する排他的権能(差止請求権のこと。筆者注)を、必ずしも物権に固有なものとして構成する必要はなくなるであろう」とも分析される⁽⁷¹⁾。藤岡教授がこの分析によって言わんとされていることは、次のように理解することができよう。すなわち、前述のとおり、権利的構成の論理構造においては、差止請求権は「権利」から論理的に生ずる効力であると理解されるために、原則として違法性判断において対立利益との利益衡量が排除される。それゆえに、そのような利益衡量を権利的構成に持ち込むのであれば、その理論構成の核心である「権利」(その支配性)に差止請求権の理論的発生根拠を求めることを放棄するに等しい。したがって、支配権以外の、支配性をその内容としない他の権利や利益にも差止請求権による保護を認める理論的可能性が生じうる、と。これもまた、権利的構成の論理構

家族生活や家庭生活に相当する「私的領域」(die Privatsphäre)、その外界への現象形態をも含んだ精神、感情の領域たる「親密領域」(die Intimsphäre)の3つの保護領域がある、とされる。Fikentscher a.a.O. (Fn. 68) S. 744 § 103 II 2 Rn. 1225.

(70) Fikentscher a.a.O. (Fn. 68) S. 744 § 103 II 2 Rn. 1225.

(71) 藤岡・前掲(注7)「構造(二)」125頁(11頁)。なお、引用文中、括弧にくくられた部分は筆者によるものである。

造において利益衡量の余地を認めることは理論的に困難であることを、いわば裏面から指摘されたものと解される。

③ 分析

また、好美博士の他にも、例えば、人格権「侵害」、環境権「侵害」があるか否か、すなわち権利「侵害」の存否を判断する上で「侵害の程度が違法とされるほど重大であるか否か」といった形で利益衡量を行うことは可能であり、この限りで、権利的構成を採用した上で対立諸事情の総合的利益衡量を行うことはなお可能である、と説く見解もある⁽⁷²⁾。

確かに、「侵害」の存否を判断するために一定の規範的評価が必要とされうことはそのとおりであろう。しかし、ここで問題としている利益衡量は、権利「侵害」があってもなお、他の諸利益（例えば、侵害惹起原因の公共性、社会的有用性等）との関係で、侵害を受忍しなければならないか否か、という利益衡量である。両者は或いは同内容となりうるとしても、それぞれが問題となる理論的局面はやはり異なるものと言うべきであろう⁽⁷³⁾。規範的評価の結果、権利「侵害」が認められる場合に、なお別に利益衡量の余地を認めるとの理論構成は、これまで繰り返し指摘したように、権利的構成の論理構造とは両立しえないものと思われる⁽⁷⁴⁾。

さらに、「ある法益に対する侵害が認められる場合において、その法益の性質や侵害の程度などを実質的に利益衡量して、侵害者に故意、過失などがなくとも侵害のみを理由として差止請求権による保護を認めて良いと判断されるときに、当該法益を「権利」と構成する」説というように「権利的構成」を理解すれば、このような「権利的構成」と利益衡量の可能性とは理論的に矛盾せずに両立しうる、とも考えられよう（権利「侵害」が

(72) 澤井・前掲（注18）『法理』2頁～3頁（なお、同・前掲（注18）『研究』145頁～146頁をも参照されたい。）、幾代＝徳本・前掲書（注29）319頁注（5）。

(73) 同旨として、四宮・前掲書（注18）480頁注（一）、円谷峻「救済方法」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座1 総論』（日本評論社、1997）157頁以下、187頁。

(74) また、そもそも、澤井博士の分析が直接には公害に対する差止請求を対象とするものであることにも注意を要する。

あるか否かを判断する際に利益衡量を行おうとする前記学説は、このような発想にも基づくように思われる。)

しかし、このような「権利的構成」においては、「権利」の持つ(べき)前記違法性徴表機能が失われてしまうことは明らかであろう。なぜなら、この構成によれば、ある法益に差止請求権による保護を与えるか否か、すなわち当該法益に対する侵害が違法であるか否かは、実質的な利益衡量を経て初めて確定されるからである。また、その結果として、「権利」という概念は、いわば事後的に結論を正当化する機能しか果たさなくなってしまうものと思われる。このため、このような理論構成をもって「権利的構成」とするならば、まさに藤岡教授が指摘されるように、差止請求権による保護を必ずしも「権利」=排他的支配権に固有なものと解する必要はなくなるであろう。なぜなら、この理論構成では、初めから「権利」の内容(つまり差止請求権による保護の対象)が限定されておらず、それゆえにあらゆる法益が「差止請求権による保護を与えられるか否か」という実質的な利益衡量の対象となりうるという意味において、まさに、排他的支配権に限られず法益一般が差止請求権による保護の対象となるからである。このような立論は、少なくとも、伝統的な権利的構成の理論構成とは全く異なる。したがって、上記のような理論として「権利的構成」を主張するならば、それは実質的には伝統的な権利的構成の放棄を意味するものと思われる。

(イ) 問題性

以上の分析から、権利的構成においては、その理論構成に忠実であろうとする限り、差止請求権の発生要件は権利に対する客観的(形式的)な侵害のみに限定されることが明らかにされたものと言えよう。では、その問題性を次に分析する。

例えば、生命、身体(健康)、精神的(内心的)自由、貞操或いは物権などの絶対権を第三者による侵害から適切に保護するためには、これら諸利益に対する客観的(形式的)な侵害(或いはその危険性)が認められれば、

それだけで直ちに被侵害者による差止請求が認められるべきである。したがって、確かに、権利的構成により導かれる客観的な違法性のみを要件とする差止請求権は、上記諸法益を保護するための強力な武器となりうる。

しかし、その一方で、それ以外の法益についてはどうであろうか。特に、これまで伝統的に「人格権」侵害や「環境権」侵害に当たるとして人格権説や環境権説の理論構成によって差止請求権による保護が与えられるべきものとされてきた諸利益、例えば名誉、プライバシー、平穏な生活、日照利益などについては、それらの性質からして、被侵害者に差止請求権による保護を認めるべきか否かを判断するために対立する諸利益との利益⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾衡量が必要不可欠である、と一般に解されている。とすれば、これらの利益に上記生命等と同様の保護を与えることが紛争の妥当な解決にとって常に必要或いは適切であるとは言えないものと思われる。以下、この点を少し具体的に分析してみよう。

(75) 各諸利益の侵害に対する差止請求権の成否を判断するには利益衡量が必要不可欠であることを指摘するものとして、後に引用するもの他、人格的利益侵害につき澤井・前掲(注18)『法理』15頁、環境的利益侵害につき竹内・前掲(注59)438頁～439頁、澤井・前掲(注18)『法理』23頁～25頁、淡路・前掲(注29)236頁～237頁、軽微な生活妨害につき好美・前掲(注44)「構造(下)」115頁。また、人格権説の立場に立たれる石田博士は、人格権の内容が生命を中核として重層的であり、その外皮部分への侵害に対する差止の是非を判断するには利益衡量が不可避であることを強調される。石田喜久夫「人格権」判例時報797-21(1976)、22頁～23頁。さらに、同「公害差止請求訴訟」同『差止請求と損害賠償〔民法研究第七巻〕』(成文堂、1987)3頁以下、18頁～19頁においても、石田博士は、環境侵害に対する差止請求の可否を判断する際にも利益衡量が不可避であることを指摘される。博士曰く、利益衡量が必要である点では「環境権説と従来の利益衡量論とは50歩、100歩である、といってしまうだろうか」。

(76) 大阪弁護士会環境権研究会のメンバーである仁藤一弁護士は、個人的見解と断りつつ、「環境権論は決して利益衡量を一概に排斥しようとするものではな」く、「今日の環境破壊の現状に照らし、環境に対する住民の基本的権利を、しっかりと見定めること、すなわち価値の第一次的選択を、環境保全に置くべきことを強く主張するものにほかならない」とされる。仁藤一「環境権の権利としての性格について」司法研修所論集59-171(1977)、187頁。

a 人格的利益について

まず「人格権」侵害について、例えば、公務員の公的活動に関するマスメディアによる取材ないしジャーナリズム活動が当該公務員の名誉或いはプライバシーを、つまりは「人格権」を客観的、形式的に侵害しているとしても、直ちに右活動を違法と判断し、それに対する差止請求を認容することはできないであろう。この場合に、ジャーナリズム活動等に対する差止を認めるべきか否かは、一方においてマスメディアの表現の自由及び彼らから公務員の公的活動に関する正確な情報を取得する国民の知る権利(利益)、他方において公務員の名誉またはプライバシーの利益、というそれぞれの対立利益を、行為の目的、態様、事実の公共性、真実性、公表の効果など様々な事情を具体的に勘案しながら比較衡量することによって初めて適切に判断しうるものだからである。⁽⁷⁷⁾

b 環境的利益について—特に日照利益について—

次に、「環境権」侵害に関して、例えば、「個別的環境権」⁽⁷⁸⁾の1つと(或いは、人格権の一内容とも)されている日照利益について考えてみれば、これが客観的に侵害された場合について、それだけで直ちに被侵害者に差止請求権による保護を与えては妥当な紛争処理を行えないということは、おそらく多言を要しないところであろう。なぜなら、この場合には、隣接地を自由に利用する侵害者の利益と被侵害者の日照利益との慎重な利益衡量が不可避的に要請されるからである。⁽⁷⁹⁾

(77) 同旨と思われるものとして、藤岡康宏「名誉・プライバシー侵害」星野英一編集代表『民法講座 6 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、1985) 387頁以下〔同『損害賠償法の構造』(成文堂、2002) 149頁以下に所収〕、388頁、398頁。なお、不法行為責任の成否に関するものではあるが、我妻・前掲書(注46) 136頁～137頁の分析も示唆に富む。我妻博士は、名誉毀損(に対する責任)の成否を判断する際に最も重要なことは、名誉(権)の客観的(形式的)な侵害の有無に関する判断ではなく、名誉毀損行為の態様との相関的衡量である、とされる。

(78) 澤井・前掲(注18)『法理』25頁。

(79) 同旨として、西原道雄「市民生活を守る法理—相隣者間の生活妨害を中心として—」法学セミナー144-10(1968)、15頁、好美・前掲(注12)「構造(中)」108

(ウ) 小括

そこで、これまでの分析に基づいて、権利的構成の第1の理論的問題点をまとめれば、以下のようになる。

権利的構成においては、その論理構造から必然的に、差止請求権の発生要件は「客観的（形式的）な」権利侵害に限定され、その成否を判断するために侵害者の主観的事情を考慮したり、対立する利益との利益衡量を行ったりする余地は排除される。しかし、名誉、プライバシー、平穏な生活、日照利益などの人格的利益或いは環境的利益の多くが「客観的（形式的）に侵害された」場合に、直ちに差止請求権による保護を被侵害者に認めることは、具体的に妥当な結論をもたらさない。なぜなら、このような場合には、被侵害利益の性質から、差止請求権の成否を決するために対立諸利益との利益衡量がむしろ必要とされるからである。したがって、権利的構成は、その論理構造に忠実であろうとする限り、これらの場合に適切な利益衡量の結果として被侵害者に認められるべき差止請求権の発生根拠を理論的に説明することができない。

ここまでの小括として、上記問題点を人格権説、環境権説それぞれにつき的確に指摘された舟橋諄一博士による分析を以下に引用させていただく。

まず、環境権説について、舟橋博士曰く、環境権説「によりますと…違法性の厚薄を論ずる余地がない硬直したものになります。() …ほんの少しでも環境が害されたとなると、いかなる事情があろうとも一律に侵害を全面的に排除しなければならないという理屈になりますし、また、…差止めに柔軟性を持たせることもできなくなってしまう。…まことに柔軟性を欠く⁽⁸⁰⁾というか、硬直した理論構成だといわなければなりません」。

頁、大塚・前掲（注10）「考察（七）」141頁。

(80) 舟橋・前掲（注22）「法理」13頁。なお、引用文中、括弧にくくられた部分は筆者によるものである。同旨として、加藤一郎「『環境権』の概念をめぐって」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、1974）113頁以下、133頁。

次に、人格権説について「人格権（に基づく差止請求権が）…物権的請求権に準ずるものということになれば、先に環境権説について述べたように、いやしくも少したりとも人格権の侵害があるならば、必然的に全面的侵害排除請求権が生ずることになり、きわめて硬直した法律構成になるはず⁽⁸¹⁾です」。

(以下、次回に続く)

※ 本稿は2004年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2004B-814）に基づく研究成果の一部である。また、校正の段階で、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成—人格権概念に仮託された意味・機能に着目して—(1)、(2・完)」立命館法学295-94、296-175（以上、2004）に接した。

(81) 舟橋・前掲（注22）「法理」15頁。なお、引用文中、括弧にくくられた部分は筆者によるものである。さらに、五十嵐・前掲（注27）『人格権論』145頁は、舟橋博士と同様の問題意識の下で、絶対権から差止請求権を導き出す理論の一般化には危険が伴うことを指摘し、特に人格権と言論の自由との調和を適切な利益衡量によって図るべきことを強調する（さらに、右利益衡量をなすに適する理論として、後述する舟橋博士の差止請求権理論を好意的に引用する。）。