

論 説

差止請求権の発生根拠に関する理論的考察 (2)

—差止請求権の基礎理論序説—

根 本 尚 徳

序 章

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80巻2号)

6 小 括

第3 不法行為法的構成

1 序

2 分 析 ((2) 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

第2 権利的構成 (人格権説、環境権説)

5 問題点

(2) 分析 (承前)

イ 保護対象を「権利」に限定することの問題性

権利的構成の第2の問題点は一第1の問題点とも密接に関連するが、

この説によると、差止請求権によって保護されうる法益が理論上非常に限定されてしまうことである。以下、この点を分析する。

(ア) 保護対象の「権利」への限定

既に明らかにしたように、権利的構成は、差止請求権を違法な侵害に対する「権利」からの反発力として捉える。私人の排他的支配領域に他者が外部から介入したことに反発して、これを排斥するために「権利」の支配性⁽⁸²⁾或いは排他性が差止請求権という形で具体化する⁽⁸²⁾のである。

そこで、上記論理構造によれば、差止請求権の発生根拠であり、保護対象でもある「権利」は、当然に、権利者の私有的ないし(広い意味での)処分に関する意思決定(自己決定)が完全に貫徹しうる独占的、排他的な支配領域、つまりは排他的支配権でなければならないこととなろう。なぜなら、そのような排他的な支配領域が侵害されない限り、その具体化としての反発力(=差止請求権)も論理的に生じようがないからである。

したがって、以上の分析から、次のように結論付けることができる。すなわち、権利的構成では、差止請求権の発生要件として、論理必然的に、排他的支配性をその本質とする「権利」(支配権)侵害が必要不可欠となる。換言すれば、「権利」(支配権)侵害が認められなければ、差止請求権は発生しえない。そのため、この説において「差止め請求権(の発生)が許されるのは、せいぜい物権類似の権利(が侵害された場合)に限られること⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾」となるのである。

(82) 以上につき詳しくは、拙稿「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察—差止請求権の基礎理論序説—(1)」早稲田法学80-2-109(2005)、135頁～136頁を参照されたい。

(83) 赤松・前掲(注53)「訴え」142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、同論文92頁にも同旨の指摘が見られる。また、赤松助教授は、いわゆる一般的不作為の訴え(die allgemeine Unterlassungsklage)の理論的発生根拠をドイツ民法典(以下、BGBと略称する。)1004条(所有権に基づく妨害除去請求権に関する規定)を類推適用することによって説明するドイツの判例・通説に関して、権利的構成と同様の問題点を指摘される(同論文127頁～128頁)。すなわち、BGB1004条「の類推により不作為の訴えが認められる

(イ) 問題点

以上のように、権利的構成においてはその論理構造から必然的に保護対象が「権利」に限定されざるを得ないとすれば、当然に、次のような疑問が湧く。果たして、差止請求権による保護を必要とする様々な法益を全て「権利」と認めうるのであろうか。もし、それら全ての法益を「権利」と認めることができないとすれば、権利的構成に立つ論者には以下の2つの選択肢しか残らないことになろう。すなわち、「権利」以外の法益には差止請求権による保護を認めないとするか、或いは、これらの法益をも差止請求権によって保護するという理論的に正当化することの困難な結論を実際の必要性から事実上認めるか、のいずれかである。

ここでは、上記問題点を具体的に考えてみたい。以下、人格権説、環境権説それぞれの前提とする「人格権」及び「環境権」が、その具体的内容に鑑みて「権利」と言えるか否かを分析する。

a 人格権説における「人格権」の内容

(a) 分析

従来、人格権に含まれる利益として、人の生命、身体、各種の自由、名誉、氏名、肖像、貞操、信用、プライバシー、平穏な生活、日照利益など様々なものが主張されてきた。だが、これら人格的利益のうち、先に見たような意味での「権利」と解するもの、すなわち、その性質から考え

のは、せいぜい、所有権と類似した、法律上明確な支配領域が割り当てられている権利あるいは絶対権…でなければならない」。他方、一般的不作為の訴えは、「保護客体が権利あるいは絶対権であるか否かを問わず、広く、一般に、法益への違法な侵害に対して認められる」。そのため、同条と一般的不作為の訴えとの間には「何らの関係もなし」。[よって、前者を後者の基礎とする物権的請求権類推説は、理論上問題のあるものと言わざるを得ない]。

(84) 同様に、差止請求権の発生根拠としての人格権は絶対権として認識される必要があることを指摘するものとして、齊藤・前掲(注44)「差止請求」13頁～14頁。

(85) 様々な人格的利益のうち、「権利」と解されるものはごく一部に限定されることを示唆するものとして、浅野直人「不法行為に対する差止請求について」福岡大学法学論叢22-3=4-1(1978)、8頁～9頁。

て、当該利益の処分ないしあり方についてその利益を享受する私人の自己決定に完全に（他人の干渉を認めずに）委ねることができ、かつ委ねるべきものは、生命、身体（健康）、精神的（内心的）自由（思想良心の自由、⁽⁸⁵⁾ ⁽⁸⁶⁾ 信仰の自由など）及び貞操等ごく一部に限られるものと解される。

これに対して、その他の人格的利益、とりわけ名誉やプライバシーの一部或いは日照利益などは、それぞれの性質上、他者の利益と抵触する可能性が大きい。そのため、これらについて、利益享受者による利益の独占（その処分に関する自己決定の貫徹）つまりは排他的支配を認めることは困難であると思われる。

(b) 名誉は「権利」か

まず、名誉について考えてみよう。名誉とはある人物（団体などを含む）に対する他者からの社会的評価である。とすれば、社会的評価を受ける人物が自己の受けるべき評価の内容を独断し、他者から与えられたそれと異なる評価を、自己に対する名誉毀損に当たることを理由に、名誉毀損行為の目的、内容（例えば、当該行為に公益目的があるか否か、真実を内容とするものか否か）などを一切問わずに絶対的に排斥しうると解することはできないであろう。なぜなら、これは自己と他者との相対関係の中でその内容及び正当に保護されるべき範囲が形成されていく名誉（社会的評価）という人格的利益の本質そのものに反するからである。⁽⁸⁷⁾したがって、その利益を享受する人物による排他的支配を認めることのできない名誉は「権利」

(86) また、それゆえに、これらの「権利」が客観的（形式的）に侵害された場合にはそれだけでその侵害を違法と認め、侵害者の主観的態様等を問わずに差止請求権による保護が与えられるべきことともなるのである。

(87) 以上につき同旨と思われるものとして、佐伯仁志「名誉・プライバシーの侵害と刑事法上の問題点」ジュリスト959-43（1990）、45頁。また、この点に関連して、末川博士による以下の分析も示唆的である。「名誉というのは、…人の社会的な生活全般によってかち得ている事実としての社会的な地位を指すのである。即ち名誉は社会的におのずから与えられるべきものなのであるから、法律は積極的にこれについて権利を認めることなく、寧ろ消極的にこれを害することを禁ずる態度に出ているのである」。末川・前掲（注53）509頁。但し、引用文中にいわゆる「権

とは認められない、と解すべきものと思われる。⁽⁸⁸⁾

(c) プライバシーは「権利」か

また、以上と同様のこと(当該利益の処分を常に受益者の完全な自己決定に委ねられないこと)は、プライバシー、特に私事を公にされない利益ないしはいわゆる自己情報コントロール権についても妥当するものと解される。⁽⁸⁹⁾もし、権利的構成によりつつ、プライバシーが物権と同視しうるような排他的支配権であるとすれば、例えば私人が「(自らの私生活に関係する)ある事実を公表されたくない。」と意思決定した場合に、右事実がその意思に反して公表されたときには、それだけで直ちに当該公表行為を「プライバシー権」侵害として違法と評価し、当該私人にそれに対する差止請求を許さなければならなくなるはずである。換言すれば、「プライバシー権」侵害においては、あくまで例外的に、当該請求が権利濫用(民法1条3項)と評価されるべき場合などごく限られた場合にのみ右差止請求は許されなくなる、と考えなければ理論的に貫しないものと思われる。

しかし、このようにプライバシーの利益についてその享受者による意思決定を常に貫徹させることが妥当性に欠けることは、多言を要しないところであろう。それは、判例を見ても理解されうる。例えば、プライバシーの一部たる個人の⁽⁹⁰⁾前科等に関わる⁽⁹¹⁾事実について、いわゆる『逆転』事件最

利」は、文脈から判断するに、排他的支配権を含めた広義の権利を意味するものと思われる。

(88) 反対に、大塚・前掲(注40)「差止請求」30頁は、名誉は「権利」である、とする。また、前掲北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決も「物権の場合と同様に排他性を有する権利」たる「人格権としての名誉権」を認める。

(89) この点、大塚教授はプライバシー、特に「私的事実のコントロール権」もまた「権利」であると解されつつ、このように解することには「なお疑問もないではない」と言われる。大塚・前掲(注40)「差止請求」31頁。

(90) 但し、このことは、事実(情報)の内容等によってはその公表などの可否につき私人(情報主体)による自己決定を貫徹させるべき場合もありうることを否定するものではない。

(91) 正確には「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実」(以下

⁽⁹²⁾ 高裁判決は、損害賠償責任の成否に関してはあるが、プライバシーという表現を回避しつつも、以下のように述べて、プライバシーの公表に関する私人の意思決定が制限されうる場合を権利濫用法理等によるときよりも広く認めている。

すなわち、私人は前科等に関わる事実を「みだりに…公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである」。しかし、右事実の公表に①「歴史的又は社会的な意義が認められるような場合」、または、②私人の「社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として」、或いは、③「その者が選挙によって選出される公職にある者あるいはその候補者など、社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物である場合にはその者が公職にあることの適否などの判断の一資料として」、右事実（プライバシー）につき当該私人が公表を欲しないとしても、なおこれを（実名で）公表する行為を違法と評価することはできない。

(d) 日照利益は「権利」か

さらに、日照利益に対する消極的な侵害（自己の土地の境界を越えない態様での侵害）については、既に大塚直教授が、我が国の裁判例の分析に基づいて、その性質上これを「権利」侵害と構成することは困難であることを明らかにされている。

すなわち、「日照妨害とは、具体的には、建物による圧迫感や湿気の増加等単なる不快感や軽度の精神的侵害であることがほとんどであるため、その外延は極めて不明確であり、この種の利益が「他人の権利と区別される固有の領域を有する」という伝統的な権利の特質を備えていると見るのは困難である⁽⁹³⁾」。

同じ)。

(92) 最判平成 6 年 2 月 8 日民集 48-2-149。

(93) 大塚・前掲 (注 10)「考察 (七)」140 頁～141 頁。さらに、同論文 138 頁及び

ところで、大塚教授が整理・分析された第二次大戦後1986年4月1日までに判例集等に掲載された生活妨害の差止請求に関する裁判例178件中、⁽⁹⁴⁾ 実に102件が日照妨害に関するものであり、最も多数に上るようである。この事実は、実社会においては、差止請求権による日照妨害からの救済を求める市民の声が決して小さくはないことを示していると言えよう。⁽⁹⁵⁾ それゆえ、日照利益への侵害を「権利」侵害として捉えることができないとすると、権利的構成では、このような市民の声に一切答えることができなくなるか、或いは、理論的には正当化の難しい結論（「日照権」侵害に基づく差止請求権の発生）を実際の必要性から認めざるを得ないこととなってしまうのではなかろうか。

(e) 小括

これまで、一般に「人格権」に含まれるとされる諸利益について、それが「権利」と言えるか否かを個別に分析してきた。その結果、それら諸利益のうち、その性質上「権利」と認めうるものは生命、身体などの一部に限定されること、換言すれば、それ以外の諸利益、特に名誉やプライバシー、日照利益などを「人格権」に含めることは「権利」の意義に反し、困難であることを明らかにしえたものと思われる。

そこで、このような理解に基づくならば、原島重義博士による以下の⁽⁹⁶⁾分析は、まさに正鵠を射たものと解される。すなわち、「その侵害が、差止・損害賠償の要件としての違法を指示するところの権利なるものは、法

同・前掲(注10)「考察(八・完)」24頁～25頁、同・前掲(注40)「差止請求」29頁～30頁にも同旨の指摘が見られる。

(94) 大塚・前掲(注10)「考察(七)」117頁。

(95) 大塚教授も、「紛争の深刻さはともかく、生活妨害の差止を語る際に、日照妨害等のいわゆる消極的侵害…をなおざりにすることはできないというべきであろう」と言われる。大塚・前掲(注10)「考察(七)」117頁。

(96) 原島重義「開発と差止請求」九大法政研究46-2=4-109(1980)(以下、原島・前掲「差止請求」として引用する。)、119頁～120頁。なお、引用文中、2番目の括弧にくくられた部分は筆者によるものである。

秩序によって承認され、配分された一定の支配領域」をいうが、「特定の法的主体に帰属する法的地位（たとえば債権もふくめて）が、すべてここ（に）いう権利ではない。人格はたしかに不可侵である。その侵害は権利侵害以上にただちに違法であるにしても、たとえば所有権のように、ここからここまでは自分の領分だと、杭を立てて標示できるような支配領域ではない。他方また、それゆえに身体・自由・名誉などの侵害として違法となる場合は、所有権侵害のように自明的ではない。たとえば健康概念にしても、所有権概念と比べれば、限界を劃することがむつかしい。かりにこれを身体権・自由権・名誉権などといったとしてもこの事実にかわりは⁽⁹⁷⁾ない」。

また、柳沢弘士博士は、差止請求権の発生根拠との関連で、正当にも次のように分析される。⁽⁹⁸⁾すなわち、人格的利益に対する侵害のうち「支配権において財貨の独占的割り当てが考えられるのと同一構造の支配領域が侵害される場合」には、権利的構成によって差止請求権による保護を与えることは可能である。しかし、例えば「人間の行為自由が害される場合には、…当該、被害者側の人格（行為自由）だけからは、不作為請求権という防禦力を与えることにはならない」。なぜなら、「この自由は必然的に他人の財貨および行為と係り合い、これら相互間の調整を度外視し」えない性質を持つ、つまりは排他的支配領域たる「権利」には当たらないからである。

(97) また、原島博士は、生命・身体、健康・自由といった人間の人格的属性は「権利論の土台をなすもの」であり、むしろ「このような意味で、人格は権利と次元を異にするものである」ことを理由に、（排他的支配権としての）「人格権」概念に疑問を示される。原島・前掲（注51）「推移」96頁。しかし、だからといって、原島博士が人格の保護そのものを軽視されるわけでは決してない。本文中に引用した文章にもあるように、原島博士も「人格はたしかに不可侵である。その侵害は権利侵害以上にただちに違法である」ことを認められる。ただ、人格は「権利と同視しなければ法的保護の対象たり得ない、というようなものではない」（同論文96頁）ことを主張されているのである。

(98) 柳沢・前掲（注14）175頁～176頁。

さらに、我が国の判例でも、例えば、大阪国際空港訴訟最高裁大法廷⁽⁹⁹⁾判決における藤蔭重光裁判官の反対意見では「差止請求の根拠となる「人格権」といったものをどこまで権利として、ことに排他的な権利として構成することができるかは、きわめて困難な問題である」ことが指摘されている。

加えて、上記との関連で、ドイツにおいて、かの地の判例及び通説がいわゆる一般的不作為の訴えの発生根拠となる一般的人格権 (das allgemeine Persönlichkeitsrecht)⁽¹⁰⁰⁾ は絶対権であると解することに対して、有力な反対説があることもまた想起されるべきであろう。例えば、エッサー⁽¹⁰¹⁾ (J. Esser) によれば⁽¹⁰²⁾、一般的人格権とは「その名前にも関わらず本来的に権利ではなく、むしろ個人の法的領域 (Rechtskreis) に分配された保護対象の束 (Bündel von Schutzpositionen) である」。同様に、フィケンチャーも一般的人格権は「枠組権」(ein Rahmenrecht) に過ぎないとして、これを「権利」と解することに反対する⁽¹⁰³⁾。

この点、わが国においても、学説上、一般的人格権という「概念は、人格の利益保護の指針を示している政策的な観念であることを十分に認識すべきである」とされ、これを権利的構成の前提とする「権利」と解することに慎重な態度が示されている⁽¹⁰⁴⁾。或いは、「人格権としての名誉権」に基

(99) 最大判昭和56年12月16日民集35-10-1369。

(100) ラーレンツによると、一般的人格権とは、「全ての特殊な(個別の)権利を基礎付け、かつ、それら全てに通有される(hineinreicht)統一的な基本権」であり、とくに経済生活及びその他の社会生活のなかで自由に活動し、人格を自由に発展させる権利を含むものである。Larenz a. a. O. (Fn. 68) NJW S. 521f.

(101) Vgl. Larenz a. a. O. (Fn. 68) NJW S. 523ff. (但し、ラーレンツの見解については本稿(注68)をも参照されたい。)、J. Esser „Schuldrecht Bd II Besonderer Teil“ (3. Aufl., C. F. Müller, 1969) S. 401 §107 II, Fikentscher a. a. O. (Fn. 68) S. 744 §103 II 2 Rn. 1225.

(102) その詳細については、五十嵐=松田・前掲(注27)188頁~190頁、齊藤・前掲(注27)『研究』188頁~197頁を参照されたい。

(103) Esser a. a. O. (Fn.101) S. 401 §107 II.

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

づく差止請求権を明確に肯定した前掲北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決についても、最高裁判所調査官によって、本判決がドイツのように一般的人格権を認めたものではないことが指摘されている⁽¹⁰⁶⁾。

これら我が国の判例及びドイツにおける分析もまた、本稿における上記分析を補強するものと思われる。

そこで、これまでの検討に基づくならば、権利的構成（人格権説）の第2の問題点を以下のように結論づけることが許されるであろう。すなわち、名誉、プライバシー、日照利益などの「権利」とは言えない人格的利益が第三者によって違法に侵害され、差止請求権による保護が必要と考えられる場合でも、権利的構成（人格権説）によって被侵害者に上記保護を与えることは、その論理構造に忠実であろうとする限り、理論的に困難である。

b 環境権説における「環境権」の内容

他方、「環境権」は「権利」と言えるであろうか。この問題については、環境は何人にも帰属しないこと、したがって、「環境を排他的に支配する権利」たる「環境権」を私人に認めることは理論的に困難であることが既に原島博士によって明らかにされている⁽¹⁰⁷⁾。そこで、以下、原島博士による分析を引用させていただく。

(105) 大塚・前掲（注40）「差止請求」28頁。同旨として、安次富哲雄「名誉毀損と差止請求（一）」琉大法学71-47（2004）、61頁～63頁。

(106) 加藤・前掲（注32）288頁。これに対して、五十嵐・前掲（注27）『人格権論』180頁は、「人格権としての名誉権」という判決の用語法からすると、「人格権」を「一般的人格権」の意味で使い、「名誉権」を「個別的人格権」の1つとして捉えたことになるので、本判決は「実質的にいって一般的人格権概念を認めたものといえることができる」とする。

(107) 原島・前掲（注51）「権利論」269頁、同・前掲（注51）「推移」55頁、98頁～99頁、同・前掲（注96）「差止請求」120頁～121頁、「シンポジウム 環境権の再検討」日本土地法学会編『不動産取引法・環境権の再検討』（有斐閣、1983）139頁以下（以下、前掲「シンポジウム」として引用する。）、157頁～161頁における原島博士の発言。同旨として、木宮高彦「環境権論批判」日本土地法学会編『不動産取引法・環境権の再検討』（有斐閣、1983）131頁以下、134頁～136頁、吉田・前掲書

(a) 経済環境保護法に関する分析

原島博士は、経済「環境」の保護法に関する分析から始められる。⁽¹⁰⁸⁾

すなわち、独占禁止法上、不公正な取引方法（独占禁止法19条、2条9項）が行われた場合には、個々の事業者は右取引により被った損害につきその賠償を請求することができる（同法25条）。同様に、不正競争（不正競争防止法2条）により営業上の利益を侵害された者は、これに対して差止請求権（同法3条）或いは損害賠償請求権（同法4条）による保護を求めることができる。しかし、これらのことから、経済取引（競争）に参加する個々の事業者に、例えば一定区域内における一定期間内の一定収益を保障するような意味での「経済環境に対する排他的支配権」といった「権利」が認められるわけではない。なぜなら、もしそのような「収益の排他的帰属を保障する一種のなわばり」⁽¹⁰⁹⁾を私人に認めるならば、それはかえって、私人による経済的「独占」を法的に保護する結果をもたらすからである。独占禁止法、不正競争防止法が私人に損害賠償請求権や差止請求権を認めるのは、事業者（私人）に経済的環境に対する排他的支配権＝「権利」を認めるからでは「なく、公正かつ自由な競争、という経済環境を維持することが法の目的である」⁽¹¹⁰⁾ためである。つまり、「このような競争秩序に関する法規範」に違反する行為によってその「営業上の利益を害され

（注2）248頁～249頁。また、環境権を「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」と定義される中山充教授も、環境権は物権と同視されうような意味での環境に対する排他的支配権ではない、とされる。中山・前掲（注36）「環境権（1）」12頁、同・前掲（注36）「環境権（4・完）」62頁、68頁。

(108) 原島・前掲（注90）「差止請求」120頁～121頁。なお、ドイツの判例及び通説の認めるいわゆる「設営された営業に対する権利」（das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）にも、「経済環境に対する排他的支配権」と同様の問題点を指摘しうることにつき、Laiser a. a. O. (Fn. 51) S. 469ff. 及びこれに基づく原島・前掲（注51）「古典的体系」132頁～134頁を参照されたい。

(109) 原島・前掲（注96）「差止請求」120頁。

(110) 原島・前掲（注96）「差止請求」121頁。

るおそれのある事業者、もしくは害された事業者に、差止、あるいは損害賠償請求権をみとめ…事業者のイニシアティブのもとに競争秩序の維持をはかる⁽¹¹¹⁾」ためなのである。⁽¹¹²⁾

(b) 環境破壊行為の意味

さらに、以上と同様のことが、自然「環境」についても言える。すなわち、環境破壊行為に対する差止請求権を私人に認めるとしても（その結論自体には原島博士も反対されない。）、それは「特定地域の環境が環境破壊者のものでなく、他の住民に帰属⁽¹¹³⁾するが故にそうなのではない」。言い換えれば、「環境はいかなる者にも帰属しない。…環境それじたいは誰のものでない。いわゆる環境「共有」の法理は、それゆえに、しいていえば正確ではない。…公害の差止請求事件で、原告側がしばしば、環境権は支配権として排他的性格を有し、差止の根拠となる、と主張するのを見るが、ここにも概念の混乱⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾がある」。

(111) 原島・前掲（注96）「差止請求」121頁。

(112) 不正競争防止法上の差止請求権につき同旨として、好美・前掲（注17）「物権的請求権」120頁～121頁。

(113) 原島・前掲（注96）「差止請求」121頁。

(114) 原島・前掲（注96）「差止請求」120頁。同旨として、原島・前掲（注51）「推移」98頁～99頁の他、柳沢・前掲（注14）177頁～178頁。また、中山・前掲（注36）「環境権（4・完）」66頁～67頁も、「環境共有の法理」という概念ないし用語は、環境権と所有権との混同を招き、議論の混乱の一因となるため、「実用的な法技術概念としては不適當である」とする。さらに、広中俊雄『民法綱要 第一巻 総論上』（創文社、1989）（以下、広中・前掲『綱要』として引用する。）19頁～20頁も同旨と思われる。広中博士は、いわゆる「生活利益秩序」（環境の共同享受を生活利益の享受という内容において正当なものとする社会的意識に結実しているものとしての、環境からの生活利益の享受の仕組み。同書15頁参照。）においては、環境からの生活利益の「享受」が問題となるのであって、例えば所有者とその所有物との間に認められるような「帰属」の関係は問題とならない、とされる。

(115) また、「当初の「環境権」の主張内容には、個人権の把握では捉えきれない、集团的・共同体的、その意味で公共的な利益（公共的側面）が含まれていたのではなかろうか」との分析（吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開—環境法学の基礎理論序説—」同『民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究第1巻）』（有斐閣、

では、環境破壊行為に対する私人による差止請求はなぜ認められる(べき)のか。原島博士によれば、それは、環境破壊行為が「環境保全秩序・環境利用秩序」⁽¹¹⁶⁾に違反する「違法な侵害」であるため、環境侵害を即時に差止めて、環境保全を図る必要性が認められるからである。すなわち、私人に環境破壊行為に対する差止請求権が与えられるのは、経済環境保護のために私人に差止請求権等が附与されているのと同様に、「環境破壊によって被害をうける住民のイニシアティブの下に環境保全秩序・環境利用秩序に関する法規範の違反をチェックしようとする」⁽¹¹⁷⁾目的のために他ならない。

(c) 環境権説の意義

以上が原島博士による分析である。ここで、あらためて、もともとの環境権説が主張された本来の意図を考えると、それは、排他的支配権たる「環境権」を私人に積極的に認めることによって、その「権利の防衛線を前進させること」⁽¹¹⁸⁾にあった。すなわち、もともとの環境権説は、それまでの受忍限度論的な違法性判断形式に反省を迫るとともに、環境破壊行為

2000) 421頁以下、427頁)も、「環境権」が「権利」ではないことを示唆するものと言えよう。すなわち、環境のあり方について、その環境に関わる地域全体ないし住民1人1人が等しく利害を有する(=環境に対する集団的・共同体的・公共的利益)のであれば、当該環境のあり方を一私人の完全な自己決定(=排他的支配)に委ねること(=排他的支配権としての「環境権」の承認)は許されなくなるからである。なお、吉田教授以前に同旨を主張していたものとして、中山・前掲(注36)「環境権(1)」12頁、同・前掲(注36)「環境権(2)」165頁、169頁~170頁、同・前掲(注36)「環境権(4・完)」62頁、93頁、97頁、山村恒年「現代環境法の法理学」同『環境保護の法と政策』(信山社、1996)3頁以下、6頁~7頁。また、これらに同旨として、高橋真「環境保護と私法」松本博之=西谷敏=佐藤岩夫編『環境保護と法 一日独シンポジウム』(信山社、1999)167頁以下、176頁。さらに、潮見・前掲書(注46)58頁~59頁は、「地域全体・住民全体の持つ公共的利益に着目することで個人の人格権とは異質な権利として環境権を捉える提案は、……環境権が提唱された当初から脈々と展開されてきた」と指摘する。

(116) 原島・前掲(注96)「差止請求」121頁。

(117) 原島・前掲(注96)「差止請求」121頁。

(118) 吉田・前掲書(注2)249頁。

に対する差止請求の請求権者（差止請求訴訟の原告適格者）の範囲を広げ、かつ、人格的利益に対する現実の被害が具体化する前に、環境破壊行為それ自体を理由として直ちに差止請求が為されうことを認めて、私人及び司法（裁判所）による環境保護を積極的に推進しようとの意図をもった実践的な主張であった、と言えるであろう。立法、行政による環境規制、環境保護に十分に期待し得ない現状を考えるならば、このような問題意識自体は現在なお大きな説得力を持っており、今後これらを（適切な範囲で）⁽¹¹⁹⁾ 実現する方向に議論を進めていくべきものと思われる。

しかしながら、このような環境権説の実践的意図は高く評価されるべきであるとしても、その理論構成には問題があるものと言わざるを得ないのではなかろうか。すなわち、その理論構成の核心である「環境に対する排他的支配権能の私人への割当て」つまりは私人の「環境権」を認めることは、原島博士が力説されるように、何人にも帰属しないという環境の特質にそもそも反するものと思われるのである。⁽¹²⁰⁾

むしろ、環境権説の中核にあった「環境共有の法理」とは、「共同所有の一形態である共有と全く同一のものではなく」、上記意図に基づいて「住民の差止請求権をより民法理論に接続させて根拠づけるための工夫であったと理解すべきであろう」⁽¹²¹⁾。とすれば、上記理念を、環境権説（権利的構成）によらずに、環境の特質に適合する新たな法律構成によって実現することこそ、今後の進むべき道であり、かつ大きな課題であると思われる。⁽¹²²⁾

(119) 同旨として、吉田・前掲書（注2）249頁。

(120) 同旨と思われるものとして、大塚直「環境権」法学教室171-33（1994）（以下、大塚・前掲「環境権」として引用する。）34頁、同『環境法』（有斐閣、2002）（以下、大塚・前掲書として引用する。）519頁。

(121) 2004年1月15日に早稲田大学法学部にて行われた牛山積教授の最終講義「人格権・環境権と差止請求」の際に配布された講義レジュメより。同旨と思われるものとして、吉田・前掲書（注2）249頁。

(122) 同旨として、中山・前掲（注36）「環境権（4・完）」65頁、吉田・前掲書（注

6 小 括

以上で、権利的構成の問題点の分析を終えたい。その要点をまとめると以下のようなになる。

(1) 権利的構成の問題点

伝統的な通説である権利的構成とは、差止請求権を排他的支配権たる「権利」の一効力（その排他的支配性からの反発力）として捉え、「権利」侵害を理由として差止請求権の発生を基礎付ける説である。このような論理構造のために、この説では、①差止請求権による保護を認めるか否か（差止請求権の成否）の判断において、（被請求者の故意、過失などの有無をも含めた広い意味での）利益衡量を行いうる可能性が排除される。また、②保護の対象は「権利」に限定されてしまう。

しかし、社会において差止請求権による保護を必要とする法益には、厳密には「権利」に含まれないものが多数ある。かつ、それら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は、それぞれの法益の特質などに合わせて様々な諸事情を適切に衡量する必要がある。そのため、権利的構成によれば、理論的には、これら法益に適切な要件の下で差止請求権による保護を与えることが難しくなる。

(2) 私見

それでは、最後に、以上のような分析結果を踏まえて、序章にて提示した本稿の問題意識及び分析の視点、すなわち「差止請求権をめぐる「新たな問題」及び「古典的な問題」それぞれを適切にかつ統一的に解決するこ

2) 249頁。また、この問題を解決するためには、環境権訴訟を、私権としての環境権に基づく通常の民事訴訟としてではなく、公衆の権利に基づく「公益を守るための特別の訴訟（代表訴訟）」として位置づけ、立法化すべきであると主張するものとして、淡路剛久「環境と開発の理論—法律学からのアプローチ—」池上惇＝林健久＝淡路剛久編『二十一世紀への政治経済学—政府の失敗と市場の失敗を超えて—』（有斐閣、1991）194頁以下、205頁～206頁、大塚・前掲（注120）「環境権」35頁、同・前掲書（注120）519頁。

とができるか。」「その発生根拠論に理論的・体系的整合性は認められるか。」という視角から、権利的構成について私見を述べよう。

ア 「古典的な問題」をめぐる問題点

権利的構成の論理構造は、それ自体、矛盾をはらんでいるわけではない。また、その構成が現行民法の体系に反するということもできない。その限りでは、権利的構成には「理論的」問題点はないと言ふべきかもしれない。

しかし、これまでの分析によって明らかになった権利的構成の問題点はいずれも、社会からその解決を求められている差止請求権をめぐる問題に対して、この説が発生根拠論として適切に応じていない—その意味で、実質的な機能不全に陥っている—事実を示すものであると思われる。しかも、それは、まさに権利的構成の「理論構成のゆえに」である（これが、本稿が前記問題点を「理論的」問題点と呼ぶ所以である）。本稿はこの事実こそ注目したい。

すなわち、権利的構成の第1の問題点は、この説が、その理論構成に忠実であろうとする限り、実際の紛争に際して、その解決のために必要とされる適切な利益衡量をなす理論的可能性を提供しえないことを示すものである。にもかかわらず、権利的構成を発生根拠論として維持するならば、とりうる道は、理論的に困難であることだけを理由に「利益衡量を一切認めない。」との社会的要請にそぐわない結論を維持するか、或いは、理論的には正当化しえない利益衡量の可能性を実際の必要性から認めざるを得なくなるか、のいずれかしか残されていないであろう。いずれの道をとっても、結局、権利的構成の発生根拠論としての機能不全という結果に行き着くしかないように思われるのである。

同じく、権利的構成の第2の問題点として指摘したように、この説では、その理論構成ゆえに、差止請求権による保護を社会が要請している多くの法益に対して（適切な要件の下で）右保護を与えうる理論的な根拠を合理的に説明しえないものと思われる。それでもなお権利的構成を発生根

拠論として維持するならば、やはりここでも、とりうる道は理論的に正当化の困難な結論を拒否して社会的要請に背を向けるか、実際の必要性だけを理由にこれを受け入れるかのいずれかしかないであろう。これもまた、権利的構成の「その理論構成ゆえの」発生根拠論としての機能不全を示していると言えるのではなからうか。

加えて、ここでさらに注目されるべきことは次の事実である。すなわち、これらの問題点はいずれも、これまで学説及び判例上、差止請求権による保護を認めうる（かつ認められるべきである）と考えられてきた私人に帰属する（或いはその享受の許される）人格的利益或いは環境的利益一名誉、プライバシー、日照利益など一に関するものである、という事実である。この事実は、以下のことを意味しよう。すなわち、本稿のいわゆる「古典的な問題」、つまりこれまで権利的構成によって解決されたと考えられてきた問題についてさえ、実は、一くどいようであるが、まさに「その理論構成のゆえに」一権利的構成は理論的な解決を与えていないし、また与えられない、ということである。小川竹一教授が的確に指摘されているように、「古典的な問題」に関して、まさに「[権利説]は、判断基準として機能させるために内容を明確化し、限定すれば（[権利]を「支配権」に限定すれば。筆者注）、狭い範囲でしか機能しないものとなろう。又、内容を広範にすれば（人格的利益、環境的利益などを全て「権利」と理解すれば。筆者注）、環境改変行為はすべて差止めうるとするか、あるいは、多少とも限定機能を果たさせるとすれば、諸要素を衡量して、結論として差止めを認める場合に、「権利侵害」があると言明するトートロジーに、陥いるであろう。つまり、結論の正当化のためだけの概念となる⁽¹²³⁾」。

(123) 小川・前掲（注24）103頁（但し、これは直接には公害に対する差止請求をめぐる議論を念頭に置いた分析である）。さらに、森田修教授も「裁判例において…人格権構成は、差止を認めるか否かの決定基準として機能しているというよりも、物権に準じた保護を認めるための法律構成として、一種の一般条項としてしか機能していないように思われる」と、同様の分析を示される。森田修「差止請求と民法一団体訴訟の実体法的構成一」総合研究開発機構＝高橋宏志編『差止請求権の基本

以上から、私見は、以下のような結論に到達する。すなわち、従来議論されてきた個人に帰属する権利または利益の侵害に対する差止請求権の発生根拠という「古典的な問題」について、差止請求権による保護を認めるべき場合全てを権利的構成によって合理的にかつ統一的に基礎付けることは困難である。^{(124) (125)}

イ 「新たな問題」をめぐる問題点

また、権利的構成が、本稿のいわゆる「新たな問題」(競争秩序違反行為や環境破壊行為に対する私人の差止請求権の基礎付け)に理論的に対応しえないであろうことを、ここで詳述する必要はなかろう。なぜなら、それは、前に引用した原島博士の分析によって、既に明らかにされているからである。

構造」(商事法務研究会、2001) 111頁以下、114頁～115頁。

(124) 同旨として、赤松・前掲(注53)「訴え」142頁。「権利説はその本質上、…一般的な差止め請求権(排他的支配権以外の法益保護をもその目的とするもの。筆者注)と相容れない」。

(125) なお、以上のような結論に対しては、その先にあるさらなる問題として、次のような疑問が提起されうる。すなわち、伝統的に判例及び多くの学説によって支持されてきた権利的構成が「古典的な問題」に(も)対応しえなくなった原因—とりわけ社会的或いは歴史的な原因—はなにか、といった問題である。私見によれば、不法行為法に関するものではあるが、瀬川信久教授による以下の分析(瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年 III 個別的観察(2)債権編』(有斐閣、1998) 559頁以下、627頁～628頁)が上記問題に対する答えをも示しているように思われる。すなわち、判例は、不法行為法により保護される「被侵害利益の面では、身体・財物の損傷だけでなく、一方では、その前段階の有害・不快な状態を法益侵害と考え…、他方では、内面的な苦痛を法益侵害と考えるようになった…。これらによって、有形的な利益の有形的な侵害から、有形的な利益の無形的な侵害、無形的な利益の無形的な侵害へと保護が拡大した。これを推し進めたのは、産業化・都市化・大規模社会化である。人々が頻繁に高速で移動し、密集して生活し、大規模社会の中で交流するようになると、…身体・財物に対する伝統的な権利の外郭に、好ましい生活環境のための日照権・静穏権、取引上…の自己決定権…、マスコミを拒絶するプライバシー権などの保護法益を築くようになる。そして、これらの無形の要素・利益については保護領域の画定と他の法益との衡量が必要である」。

特に競争秩序違反行為に対する私人による差止請求について、原島博士⁽¹²⁶⁾の分析によって明らかにされたこととは、競争に参加する事業者などによって競争秩序に違反する行為が行われたときに、私人がそれを差止めうるとしても、それは決して私人に右行為によって侵害されうるような排他的支配権つまり「権利」があるためではない、否むしろ、競争に参加する私人にそのような排他的「権利」を認めることは、「権利」の意義に忠実であろうとするかぎり、かえって、私人による「独占」を認める結果に（理論上は）なり、不当である、ということであった。

また、広中俊雄博士による以下のような指摘も、競争秩序違反行為に対する私人の差止請求権の発生根拠を考える際に、参照されるべきであろう。すなわち、博士の言われる「競争秩序」⁽¹²⁷⁾において、私人は財貨獲得に関する競争が可能となっている経済環境から利益（競争利益）を「享受」しうる。しかし、それは私人に「帰属」するのではない。したがって、競争秩序では、「たとえば所有権者たる地位…のようなものについて語る余地は⁽¹²⁸⁾ない」のである。

これらの分析はいずれも、広い意味での競争に関わる私人には当該競争から受ける利益（競争が可能になっている経済環境から得られる利益）について排他的支配つまりは「権利」が認められないことを明確に指摘するものである。とすれば、私人の「権利」がおおよそ認められず、したがって「権利」侵害が認められない場合において、なお、競争秩序違反行為に対する私人による差止請求が可能であることを権利的構成によって理論的に説明することはほぼ不可能であろう。すなわち、権利的構成は（既述のと

(126) 権利的構成（環境権説）が環境破壊行為に対する私人の差止請求権の発生根拠を説明しえないことについては既に詳述したので、ここでは繰り返さない。

(127) 広中・前掲（注114）『綱要』8頁～12頁。

(128) 広中・前掲（注114）『綱要』4頁によれば、それは、財貨獲得の機会が競争に開放されている状態を正当なものとみる社会構成員の社会的意識に結実しているものとしての、財貨獲得に関する競争という仕組みである。

(129) 広中・前掲（注114）『綱要』10頁。

おり、環境破壊行為に対する私人の差止請求権の基礎付けの問題をも含めて「新たな問題」を理論的に解決する可能性を持たないと言わざるを得ないものと思われるのである。

ウ 結論

以上を要するに、私見によれば、権利的構成は、その論理構造自体に矛盾や現行民法の体系に反する点を持つわけではないが、反面まさにその理論構成のゆえに、①「新たな問題」はおろか、②「古典的な問題」さえをも合理的に解決することができないものと解される。したがって、本稿の問題意識及び視点からは、権利的構成を民法上の差止請求権の一般的な発生根拠論として維持することは困難であると結論付けざるを得ない。

なお、以下の点だけを、念のために付言しておく必要がある。

後に違法侵害説の問題点を分析する際に詳しく論ずるように、差止請求権の発生根拠に関する権利的構成の主張（その論理構造）の妥当性を否定することは、これまで権利的構成（或いは古典的な権利論）によって認められてきた「権利」（支配権）の保護のあり方（特に違法性の判断のあり方）そのものまでをも全て否定してしまう、ということではない。すなわち、排他的支配権たる「権利」に対する客観的に違法な侵害が認められる場合には、それだけで直ちに一侵害者の主観的事情を（主観的違法要素としても）問わず、対立利益との利益衡量を原則として行わずに一差止請求権による保護が「権利」者に認められるべきであるという結論に、私見は反対するものではない。「権利」者にはそのような強力な「権利」保護手段が認められるべきであると私見も考える。しかし、その理論的な発生根拠を、権利的構成のように、「権利」（の排他的支配性）そのものに求める一差止請求権を「権利」の反発力と構成する一ことはしない、ということである。この意味で、権利的構成の妥当性を否定しても、古典的な権利論の違法性判断における機能ないし意義はなんら否定されるものではない、否むしろ堅持されるべきであると考えられるのである。⁽¹³⁰⁾

第3 不法行為法的構成

1 序

次に、近時の有力説ともいべき不法行為法的構成について分析する。まずは、ここで分析の対象とする不法行為法的構成の内容を明確にする必要がある。特に、しばしばこれと混同される違法侵害説との相違を明らかにすることが重要である。

(1) 定義 —違法侵害説との相違—

不法行為法的構成とは、差止請求権の理論的発生根拠を「不法行為法」⁽¹³¹⁾に求める説である。すなわち、この説は、不法行為法、特に民法709条が、

(130) また、大村敦志『生活民法入門—暮らしを支える法—』（東京大学出版会、2003）254頁は、人格権概念について、①「物権的請求権との類推（アナロジー）を媒介として差止請求を認めるのに有益な」「法技術」としての意義と②「人格に関する諸利益を包摂して、（民）法における人格的価値の重要性を提示する役割を担っている」「法思想的」意義とを指摘する。私見は、これらのうち①に対して疑問を提出するものである。しかし、同時に、人格権（法）の持つ②の意義は、現代社会においてこそ、これまで以上に重視されなければならない、と考えている。この点で、市民社会に成立する2つの根本的秩序のうち、人格秩序（個々の人間はすべて人格的利益の帰属主体として認められ人格的利益の帰属に対する侵害から護られるべきであるという社会的意識に結実しているものとしての、個々の人間がすべて人格的利益の帰属主体として扱われる仕組み）を20世紀中葉以降における市民社会の「存在理由」にかかわるものと把握し—もう1つの根本的秩序である財貨秩序は市民社会の「存立条件」にかかわるものと捉えられる—、それに対応する人格権法を実質的な意味における民法の体系の中核に位置付ける広中博士の市民社会論及び民法体系が示唆に富む（広中・前掲（注114）『綱要』3頁、13頁、92頁～93頁）。

(131) 同旨と思われるものとして、澤井・前掲（注18）『法理』43頁、同・前掲（注24）「差止請求」326頁。なお、澤井博士はこの説を「純粹不法行為説」と呼ばれ、これと新受忍限度論的不法行為説（これについては後述する。）及び違法侵害説とをまとめて「広義的不法行為説」に分類されている。しかし、本稿では、①違法侵害説は前二説とは理論的に区別されるべきものと考えられること、②前二説は究極的には同じ理論構成を採用するため、1つの考え方にまとめうると考えられることから、この分類には従わず、純粹不法行為説及び新受忍限度論的不法行為説をまとめて「不法行為法的構成」と呼ぶこととする。と同時に、本稿は違法侵害説を不法行為法的構成とは理論的に区別されるべき独自の説として位置付ける。

過去の損害に対する損害賠償請求権と共に、現在及び将来の侵害（損害）を未然に防止するために差止請求権の発生をも認めているものと解すべきであると説く。

そして、この点に不法行為法的構成と違法侵害説との決定的な理論的相違点があるものと思われる。すなわち、私見によれば、違法侵害説とは、権利または利益⁽¹³²⁾に対する「違法な侵害」が存する場合に、「権利或いは利益を保護すべき必要性」それ自体を直接的な理論的根拠として差止請求権の発生を認める説である。つまり、この説は、差止請求権の理論的発生根拠を「不法行為法」に求めるものではない。権利や利益に対する「違法な侵害」が場合によって「不法行為」ともなることはある。だが、違法侵害説は差止請求権を「不法行為（法）」の効果としてではなく、あくまで、これとは厳格に区別された独自の根拠に基づいて発生するものと理解するのである。

また、差止請求権の発生根拠を709条（不法行為法）に求める以上、不法行為法的構成によれば、その発生には、原則として常に侵害者の故意または過失が必要とされることとなる。この点もこの説の大きな特徴であり、⁽¹³³⁾違法侵害説との相違点の1つである。⁽¹³⁴⁾

(2) 論拠

このような不法行為法的構成を主張する論者は、その論拠として、次の^{(135) (136) (137)}

(132) 以下、差止請求権（制度）の保護法益となりうるものを「権利または利益」、「法益」などと呼ぶ。但し、本稿では、これらの概念を、2005年4月1日から施行された新しい民法典の709条が不法行為法の保護法益（侵害の対象）として挙げる「権利又は法律上保護される利益」とは差し当たり無関係の、あくまで差止請求権の保護対象となりうる法的利益を指し示す概念としてのみ用いることとしたい（他方、本稿は、上記「権利又は法律上保護される利益」と差止請求権の保護対象たる法益とがその内実において一致しうる可能性などを否定するものでもない。）。

(133) 同旨として、澤井・前掲（注18）『法理』43頁、同・前掲（注24）「差止請求」326頁。

(134) 同旨として、澤井・前掲（注18）『法理』43頁～44頁、48頁。

(135) 清水兼男「不法行為と現実的救済」金沢大学法経研究1-1-17（1951）（以下、

⁽¹³⁸⁾
諸点を挙げる。

第1に、現に存在する侵害状態を排除する方が、事後的に損害を金銭で賠償するよりも被害者保護に資するのであり、⁽¹³⁹⁾709条及び損害賠償の方法

清水・前掲「現実的救済」として引用する。)、30頁～31頁、浜田稔「不法行為の効果に関する一考察—不法行為の効果としての原状回復について—」私法15-91(1956)、100頁～102頁、伊藤高義「公害差止請求の法的構成について—不法行為法的構成への考え方の基礎として—」彦根論叢143-75(1960)(以下、伊藤(高)・前掲「法的構成」として引用する。)、90頁～91頁、同「差止請求権」西原道雄=澤井裕編『現代損害賠償法講座5 公害・生活妨害』(日本評論社、1973)395頁以下(以下、伊藤(高)・前掲「差止請求権」として引用する。)、407頁～409頁(但し、いずれも公害に対する差止請求権を念頭に置いた主張である。)、野村好弘「故意・過失および違法性」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)387頁以下、404頁～405頁(但し、直接にはいわゆるニューサンスに対する差止請求権を念頭に置いた主張である。)、竹内・前掲(注59)439頁(但し、直接にはいわゆるニューサンスに対する差止請求権を念頭に置いた主張である。)、野村好弘=淡路剛久「民事訴訟と環境権」ジュリスト臨時増刊492号『特集 環境—公害問題と環境破壊—』(1971)239頁以下、240頁～241頁(但し、直接には公害に対する差止請求権に関する主張である。)、伊藤進「判例評釈 広島県吉田町環境衛生センター建設差止仮処分事件控訴審判決」判例時報715-136(判例評論177-22)(1973)(以下、伊藤(進)・前掲「判批」として引用する。)、139頁(25頁)(但し、直接には公害に対する差止請求権に関する主張である。)、遠藤浩編『別冊法学セミナー 基本法コンメンタール〔第四版〕 債権各論II(事務管理・不当利得・不法行為) 製造物責任法』(日本評論社、1996)49頁(伊藤進教授執筆部分)、浅野・前掲(注85)11頁～12頁、小川・前掲(注24)116頁～117頁、118頁～119頁(但し、直接には公害に対する差止請求権を念頭に置いた主張である。)、赤松美登里「独禁法違反と差止め請求権」染野義信編集代表 F. K. バイヤー教授古稀記念日本版論文集『知的財産と競争法の理論』(第一法規出版、1996)557頁以下(以下、赤松・前掲「差止め請求権」として引用する。)、564頁～565頁(但し、直接には独占禁止法違反行為に対する差止請求権を念頭に置いた主張である。また、侵害者の故意や過失などの主観的要件は発生要件として不要である、とする。赤松助教授の見解についてはさらに、原島重義「競争秩序と民法—赤松美登里助教授を惜しむ—」久留米大学法学30-17(1997)、42頁～43頁を参照されたい。)、森田・前掲(注123)「差止請求」114頁(但し、直接には企業等により作成された約款における不当条項の使用に対する差止請求権を念頭に置いた主張である。)、加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(有斐閣、2005)296頁～299頁(但し、加藤教授は、その要件との関連で「権利侵害類型」

につき金銭賠償の原則を規定する722条1項にはこれを積極的に禁止する趣旨は含まれない。⁽¹⁴⁰⁾第2に、権利的構成は、理論構成として硬直に過ぎる。特に公害では、差止の可否を判断する際に、侵害範囲の大きさと侵害される権利、利益の多様性に十分に対応することができない。⁽¹⁴¹⁾特に、権利

(絶対権侵害のみを要件とする。)と「違法侵害類型」(主観的事情を含めた侵害行為の態様と被侵害利益の種類、性質との相関衡量を行う。)に分けられる。その詳細についてはさらに同書227頁～233頁をも参照されたい。)など。さらに、不法行為責任に関する特異な理解を前提として、上記学説とは異なった不法行為法的構成を主張するものとして、清水・前掲(注40)「不法行為法的構成」がある。

(136) 柳澤弘士博士も、不法行為(法)に基づき差止請求権が生じうることを認められる。但し、博士の見解は以下の2点を肯定する点で一般的な不法行為法的構成とは異なる。①物権等の絶対権ないしそれに準ずる権利には「権利」の効果としての差止請求権も発生し、これと不法行為(法)に基づく差止請求権とが併存する。②不法行為(法)に基づく差止請求権は、違法な行状による法益侵害(行状規範違反行為)を予防ないし排除することを目的とする。そのため、この差止請求権の発生には行状規範に客観的に違反する行為が認められれば足りる。すなわち、行為者の有責性(責任能力)はその発生要件とはなり得ない(但し、行為者の故意または過失は、行状規範違反行為の存否を判断する際に主観的違法要素として考慮される)。以上につき詳しくは、柳澤・前掲(注14)168頁～180頁、208頁～215頁、特に179頁、180頁注(3)を参照されたい。

(137) 大塚・前掲(注10)「考察(七)」148頁～149頁、同・前掲(注40)「差止請求」33頁は、権利的構成によっては差止請求権による保護を与えることのできない法益についてのみ不法行為法的構成を採用する(権利的構成と不法行為法的構成の二元説)。同様に、平井宜雄『債権各論II 不法行為』(弘文堂、1992)(以下、平井・前掲『各論』として引用する。)107頁～108頁は、①被侵害利益の重大さの程度が高い場合には「権利」に基づいて、②特別法に基づく差止請求権の趣旨を拡張して保護しうる場合にはその方法によってそれぞれ差止請求権を認めるべきであり、それ以外の場合に一定の要件の下で不法行為(法)に基づき差止請求権が発生すると説く。

(138) 当然ながら、各論者によって主張される論拠は異なる。以下では、それらのうち、不法行為法的構成を採る論者によって共通して主張されるもので、かつ理論的に重要と思われるもののみを取り上げる。

(139) 野村=淡路・前掲(注135)241頁、赤松・前掲(注135)「差止め請求権」564頁。

(140) 浜田・前掲(注135)100頁～101頁、竹内・前掲(注59)439頁、小川・前掲(注24)118頁。なお、大塚教授による722条1項に関する新たな解釈については後

的構成によると、差止請求権によって保護されるべき法益は、権利(支配権)に限定されることとなるが、「継続的な不法行為がなされておれば、侵害されるものが権利でなくても差止請求を認めるべき場合がある⁽¹⁴²⁾」。それゆえ、権利(支配権)以外の法益にも差止請求権による保護を認めうる点で不法行為法的構成の方が権利的構成よりも優れている。第3に、違法な侵害に対する被害者救済方法として、民法には一般原則としての不法行為法、その特別法的性格をもつ物権的請求権制度が存在するが、「理論適用において一般理論よりは特別理論は厳格でなければならない」との論理に従うならば、不法行為法に差止請求権の理論的発生根拠を求めるべきである⁽¹⁴³⁾。

2 分析

不法行為法的構成の問題点は、既に、主に澤井裕博士及び好美清光博士によって網羅的に、かつ詳細に検討されている。そこで、本稿も主として両博士の検討によりつつ、重要と思われるものを中心に分析することとしたい。

(1) 差止請求権制度と不法行為法との構造的相違

差止請求権の一種たる物権的請求権に不法行為損害賠償請求権の特別法

述する。

(141) 伊藤(進)・前掲(注135)「判批」138頁(24頁)～139頁(25頁)。

(142) 野村=淡路・前掲(注135)241頁。

(143) 伊藤(進)・前掲(注135)「判批」139頁(25頁)。同旨と思われるものとして、清水・前掲(注40)「不法行為法的構成」379頁。また、浜田・前掲(注135)98頁は、物権的請求権は709条の不法行為をも含めて「広い意味での「不法行為」に関するものとみなし得る」ため、「理論的にも不法行為に対する金銭賠償以外の救済手段として考え得る」とする。

(144) 澤井・前掲(注18)『研究』145頁～150頁、同「差止請求と利益衡量」法律時報43-8-8(1971)(以下、澤井・前掲「利益衡量」として引用する。)、10頁、同・前掲(注18)『法理』46頁～50頁、好美・前掲(注44)「構造(下)」116頁～119頁、同・前掲(注17)「物権的請求権」133頁～135頁。

的性格を認めること（前記不法行為法的構成の第3の論拠参照）からも窺われるように、不法行為法的構成においては、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とはそれぞれの適用されうる事例（それぞれによって解決される法的な問題）が実質的に同じものであると理解されているものと思われる。このような理解を突き詰めていけば、結論として、それは両請求権をその実質において同性質ないし同内容のものと理解する立場であると言える。では、このような理解は理論的に妥当であるか。まず、この点が問題とされるべきであろう。

そして、私見によれば、不法行為法的構成による上記理解は、差止請求権制度と不法行為法との制度趣旨及びそれらに規定された要件及び効果に関する両請求権間の基本的かつ構造的な相違点を見落としている。これが、不法行為法的構成の第1の問題点である。すなわち、差止請求権が私人に認められる意義と、不法行為法によって損害賠償請求権が私人に与えられる意義とは、そもそも根本的に異なる。そのため、両請求権（制度）は、各自の制度趣旨に規定されたそれぞれに独自の要件及び効果の下で固有の機能を果たすべきものとして、明確に区別された形で体系的に位置付けられているものと解すべきである。したがって、不法行為法的構成のように、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とを同一視することは（少なくとも現行民法典の解釈論としては）⁽¹⁴⁵⁾許されないものと思われる。

以上について、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とが、それぞれの要件（「侵害」と「損害」、加害者の帰責事由の要否）及び効果（「差止」と「原状回復（損害賠償）」）においてどのように異なるのか、そして、それはなぜかを具体的に考えながら、以下に明らかにしたい。

(145) 以上につき同旨と思われるものとして、好美・前掲（注17）「物権的請求権」133頁～135頁、同・前掲（注44）「構造（下）」116頁～117頁（但し、いずれも直接には物権的請求権及び人格権に基づく差止請求権を念頭に置いた主張である。）。なお、澤井・前掲（注18）『研究』149頁、同・前掲（注144）「利益衡量」10頁、同・前掲（注18）『法理』48頁～49頁は、両請求権は構造上異なるものであるとの伝統的な理解を変更する必要がないことを理由に、不法行為法的構成を批判する。

ア 「侵害」と「損害」、「差止」と「原状回復（損害賠償）」との相違

まずは、両請求権の各効果である「差止」と「原状回復（損害賠償）」⁽¹⁴⁶⁾とがその内容において異なること⁽¹⁴⁷⁾を見よう。

(ア) 好美博士による分析

好美博士は物権的妨害排除請求権について、その効果である「妨害排除」と「損害賠償」との相違を以下のように分析される。⁽¹⁴⁸⁾「物権的妨害排除請求権は、物権のあるべき物支配の実現、すなわち、物権者をして現在以降その物権の妨げられざる行使を可能ならしめることに向けられる。他方、損害賠償は、すでに生じた損害の回復を目的とする。したがって、妨

(146) 以下、「差止」との異同が問題とされる「原状回復」とは、「原物賠償」（例えば、滅失した物と同種同量の物の給付）或いは「自然的原状回復」（例えば、毀れた物の修理）などの、金銭賠償と対比されるいわゆる「損害賠償の一方法としての原状回復」（狭義の原状回復）ではない。それは、金銭賠償や狭義の原状回復を手段として達成されるべき「損害賠償」の理念や本質として説かれる「被害者を損害発生以前の状態と価値的に同じ状態に復帰させること」（広義の原状回復）である。また、この意味での「原状回復」は「損害賠償」と実質的に同義であると理解することができる（同旨と思われるものとして、澤井・前掲（注18）『法理』110頁～111頁）。それゆえ、以下においても、差止と対比される不法行為損害賠償請求権の効果を「原状回復（損害賠償）」（或いは、主として説明の便宜上、「損害賠償（原状回復）」）とすることもあつた。）として分析を進めることとしたい。

(147) この点を詳細に分析するものとして以下の文献がある（本稿における以下の分析もこれらに多くを負う。）。澤井・前掲（注18）『研究』147頁～149頁、353頁注（2）、同・前掲（注18）『法理』110頁～114頁、同『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣、2001）（以下、澤井・前掲『テキストブック』として引用する。）109頁、好美・前掲（注44）「構造（下）」117頁～118頁、日本私法学会「シンポジウム 公害」における好美博士の発言（私法30号（1968）118頁～121頁）、同・前掲（注17）「物権的請求権」134頁～135頁、原島・前掲（注51）「推移」84頁～85頁、同・前掲（注96）「差止請求」118頁。また、舟橋諒一『法律学全集18 物権法』（有斐閣、1960）（以下、舟橋・前掲『物権法』として引用する。）、26頁～27頁、四宮・前掲書（下）（注18）468頁注（二）、富井利安「公害の原状回復について—民事救済法論の視点から—」同『公害賠償責任の研究』（日本評論社、1986）115頁以下、135頁～139頁も同旨を主張する。

(148) 好美・前掲（注17）「物権的請求権」134頁。なお、同・前掲（注44）「構造（下）」117頁にも、同様の分析が見られる。

害排除は、現在以降物権侵害の生じないようにその原因 (Quelle) の除去に向けられ、損害賠償は、惹起された被害物の変化 (= 損害) を元の状態に復旧させることに向けられる」。

序章において述べたように物権的妨害排除請求権は差止請求権の一種であるから、以上の分析を差止請求権一般と損害賠償請求権との相違として、以下のように一般化することが許されるであろう。

すなわち、「差止」とは、権利者等をして現在以降各自の法益の円満な享受を可能ならしめること、換言すれば「右権利の行使或いは法益の享受が現在または将来にわたって事実上妨げられる場合にその侵害状態ないしは原因を排除すること」を意味する。これに対して、「損害賠償 (原状回復)」とは「過去に生じた財産的⁽¹⁴⁹⁾不利益を元の状態に復旧すること」である、と。

さらに、「差止」と「原状回復 (損害賠償)」とのそれぞれの一般的内容を以上のように理解するならば、それに合わせて、差止請求権、不法行為損害賠償請求権の各要件である「侵害」と「損害」とは、それぞれ一般的に次のように定義されることとなろう。

すなわち、上記「差止」の定義にいわゆる「権利等の法益の円満な享受に対する現在または将来の事実的な侵害状態ないしはその原因」が「侵害」である。同様に、上記「損害賠償 (原状回復)」の定義にいわゆる「過去に生じた財産的不利益」が「損害」である。

(イ) 具体例

ここで、以上のことを、物権的請求権と損害賠償請求権との区別を例に、簡単な具体例を素材にして説明しよう。次のような問題を考えていただきたい。

(149) 好美博士が「損害」の特徴を「惹起された被害物の変化」(例えば花瓶の破損などのことであろう。)と物との関係で説明されるのは、あくまで同じく物との関係で問題となる(物権に対する)「侵害」との対比において「損害」の特質を明らかにしようとするからであろう。つまり、当然ながら、好美博士の前記分析は「損害」の内容を「惹起された被害物の変化」に限定する趣旨ではないと解される。

A所有家屋の屋根瓦が、風に吹き飛ばされたため、B所有家屋内に侵入し、その際に窓ガラスが割れた（この点につきAは無過失とする）。この場合に、Bは、物権的請求権に基づいて、Aに対してどのような請求を為しうるものと解すべきか。

この事例において、Aの所有する瓦がB所有家屋内にBの承諾のないまま存在することによって、所有者Bとその所有物との間の法的な直接的ないし排他的な支配関係が（やや比喩的に言えば）いわば遮断されている。すなわち、Bによる物権という「権利の円満な行使」（排他的支配）は、他者A所有の瓦の存在という現在の事実状態によって「侵害」されている。したがって、このような「権利者による権利の円満な行使に対する現在の事実的な侵害状態」の「排除」を目的とする物権的請求権（差止請求権）によって、BはAにその瓦の撤去を請求しうることとなる。

これに対して、B所有の窓ガラスが現に破損している状態は同じく所有権という権利に対する「侵害」と言えるか。答えは否である。なぜなら、右窓ガラスが破損していても、それによってBとその所有物たる家屋（ないしは窓ガラス）との間の直接的・排他的支配関係はなんら遮断されていないからである。確かに、右窓ガラスの破損はBに所有家屋の実際の利用において事実上の不利益を被らせたり（例えば、雨が破損部分から家屋内に入り込むなど）、財産的な不利益（例えば、その破損部分の修繕費用の支出など）を負わせたりする。しかし、それは、Bによる所有権という権利の行使、特に法的な意味での直接的・排他的支配に対する「侵害」を意味するものではない。窓ガラスないしB所有家屋はBの完全な支配下にあると解されるからである。むしろ、右窓ガラスの破損という状態は過去の出来事により「惹起された被害物の変化」＝「物（財産的利益）」の欠損に当たる。つまり、これは「損害」に過ぎないと考えられる。したがって、BはAに対して物権的請求権（差止請求権）⁽¹⁵⁰⁾によって、窓ガラスの修理、つま

りは「原状回復」(惹起された被害物の変化の復旧)までも請求することはできないこととなる。これはあくまで不法行為法によって処理されるべき問題なのである(上記の例では、Aに過失がないため、Bは原状回復(損害賠償)を請求することはできない)。

以上のように物権的請求権(差止請求権)と不法行為損害賠償請求権との適用領域を振り分けるべきことは、おそらくほぼ全ての学説の一致して認めるところであると思われる。そして、このような振り分けが可能であるのは、「侵害」と「損害」、「妨害排除(差止)」と「原状回復(損害賠償)」とが、いずれも先に一般的に定義した形で区別されているためであると言えよう(このような区別が失われた場合に生ずる問題については、第2の問題点として、後述する)。

(ウ) 帰責事由の要否

以上のような具体例による説明によって、先に抽象的に説明した両請求権の要件及び効果の相違点、つまり「侵害」と「損害」、「差止」と「原状回復(損害賠償)」の内容ないし機能に関する相違点が具体的に理解されたものと思われる。

これに加えて、さらにもう1点、両請求権の相違点を明らかにしたい。それは、加害者の帰責事由の要否である。すなわち、2つの請求権のうち、不法行為損害賠償請求権の発生には、加害者(その行為と損害発生との間に「あれなければこれなし」という事実的因果関係の認められる者)に損害発生に対する帰責事由の認められることが必要である。これに対して、差止請求権では、そのような帰責事由は発生要件とならない。以下、この相違点を深く掘り下げてみよう。

なお、分析の手順として、ここにいわゆる帰責事由の内容ないし機能を明らかにする作業は後回しにしたい。まずは、引き続き「差止」と「原状

(150) 厳密には、Bの行いうることは窓ガラスの修理に必要な費用を損害とする損害賠償請求であるが、ここでは、説明を簡略にするため、広い意味で「Aによる窓ガラスの修理」を問題とした。

回復(損害賠償)」との具体的な違いを分析しながら考察を進めていく。ここでは、特に先の具体例におけるAのような加害者の立場から見た場合に現れる両者の相違点が重要である。

a 加害者の立場から見た「差止」と「原状回復(損害賠償)」との相違
では、「差止」と「原状回復(損害賠償)」とは加害者にとってどのように異なるのか。この点を再び先の具体例を用いて分析してみよう。

(a) 加害者の立場から見た「損害賠償(原状回復)」

まず、Aの所有する屋根瓦が風に飛ばされて隣地に立っているB所有家の窓ガラスを破損した場合に、その瓦の設置ないし管理についてAに過失が認められるとすると、AはBに対してBが被った「損害」を「賠償」して原状を回復する義務を負う。このとき、Bの窓ガラスの修理費用として5万円を要したとしよう。つまり、Aの不法行為により、Bは、本来は支出する必要のなかった5万円の支出を余儀なくされた結果、同額の財産的不利益つまりは「損害」を被ったということになる。

このような場合に、Aは、「損害」を「賠償」してBの財産的不利益状態(不法行為以前よりも総財産が5万円少ない状態)を原状に回復するために、具体的には何をしなければならないか。Aは、自らの財布から5万円を出して、Bに渡さなければならない。つまり、「損害賠償(原状回復)」として、Aは自らの財産を積極的に出捐するように法的に強制されることとなるのである。

このように考えてくると、加害者(不法行為者)に「損害賠償(原状回復)」義務を負わせるということは、その者に対して自らの財産の積極的な支出を強制するものであることが理解される。また、AからBに5万円が支払われることによって、Bが被った損害は回復される。その一方で、AはBがいわば暫定的に被った5万円分の損害=財産的不利益を最終的に自らに引き受けることとなる。とすれば、「損害賠償(原状回復)」とは被害者から加害者に損害=財産的不利益を最終的に転嫁することであるとも言えよう。いずれにしろ、要するに、以上の分析から、「損害賠償(原状

回復) 義務について次のように特徴づけうるものと思われる。すなわち、それを負わせることは加害者(不法行為者)に財産的な不利益を課すことである、と。

(b) 加害者の立場から見た「差止」

他方、「差止」は、加害者(侵害者)にとって何を意味するのか。「損害賠償(原状回復)」と同様に、財産的な不利益を課すものであろうか。

① 分析

端的に結論を述べれば、否である。「差止」は、「損害賠償(原状回復)」とは異なって、加害者(侵害者)にその財産を積極的に支出させたり、被害者の被った不利益を加害者に転嫁したりするものではないと解される。なぜなら、「差止」は、権利などの法益が真の権利者等によって円満に享受されている「本来あるべき権利或いは利益状態」を維持ないし復原することを目的とするからである。

以上についても、具体例を使って説明しよう。

先と同じ例において、Aは、その所有する屋根瓦がB所有家屋内に存在することによって、Bの所有権を「侵害」(妨害)している。このとき、Aがその妨害を排除するように法的に強制されるとしても、これはAにとって、「損害賠償(原状回復)」義務を負わされるのと同様の意味における財産的な不利益には当たらない。なぜなら、Aは、本来、自らの屋根瓦をB所有家屋内に置くことについてなんらの正当な法的利益を持たないからである。むしろ、この場合に、AはB所有地を使用するという法的利益を何ら正当な権限なく享受しているとも考えられる。それは、本来であればBが享受すべきものである。とすると、「妨害排除(差止)」は、Aが不当に得ている右利益を本来享受すべき者の下に戻す機能を果たしているに過ぎないとも言える。したがって、いずれにしろ、Aの屋根瓦をB所有地からAの下に戻しても、それは、Aがそれ以前から保持していた正当な法的利益を奪うものではないと行うことができるであろう。

また、同じ例で、Aに妨害排除義務を負わせることになっても、損害賠

償責任が課される場合と同じ意味でAに自らの財産を支出するように強制することにもならないし、Bが被った何らかの財産的な不利益がAに転嫁されるわけでもない。

② 訴訟費用・執行費用の問題

ただし、「妨害排除（差止）」の義務をAに負担させてもAに自らの財産の支出を強制することにはならないと結論付ける点については、以下のような反論がありうるであろう。すなわち、特に「妨害排除（差止）」が裁判手続によって実現される場合には、訴訟費用及び執行費用が生ずる。これらは、現行法の下では「妨害排除（差止）」の義務を負わされる敗訴者ないし債務者（先の具体例ではA）が負担しなければならない（民事訴訟法61条、民事執行法42条1項）。したがって、「妨害排除（差止）」の義務を加害者に負わせることは、やはり財産的な不利益を課すものである。ゆえに、この点で「妨害排除（差止）」と「損害賠償（原状回復）」との間に相違はない、と。

確かに、訴訟費用等の財産的な支出を強制するという事実のみに着目すれば、「妨害排除（差止）」の義務の負担は加害者にとって「原状回復（損害賠償）」と同様の意味における財産的な不利益に当たるようにも見える。

しかし、以下の理由から、そのように解することは妥当ではないと思われる。

第1に、特に訴訟費用の償還義務は、直接には訴訟費用の負担を定める裁判所の裁判に基づいて発生する。それゆえ、例えば原告の請求が棄却された場合でも、原告は訴訟費用の負担の裁判を受けることにより右償還義務を負わなければならなくなる。すなわち、一般に、右義務に対応する訴訟費用償還請求権「は、訴訟物である実体法上の関係とはまったく別個（のもの）である」⁽¹⁵⁾とされている。この指摘を本稿が今分析している具体

(15) 秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタル民事訴訟法II』（日本評論社、2002）13頁。なお、引用文中、括弧にくられた部分は筆者によるものである。

的な問題に即して言い換えるならば、次のようになろう。すなわち、実体法上の根拠に基づき発生する訴訟物たる差止請求権と訴訟費用償還請求権とは理論的に峻別されるべきである、と。つまりは、訴訟費用（さらには執行費用）の負担を「妨害排除（差止）」の内容の本質を規定する、その意味でこれに固有の一しかも「損害賠償（原状回復）」におけると同じ意味での一財産的不利益と解することは理論的に妥当ではない、ということである。このことは、訴訟費用及び執行費用が、差止請求権にとどまらず、あらゆる（広い意味での）権利を裁判手続によって実現する際にはおよそ不可避免的に敗訴者に負担させられるものであること、さらには、不法行為損害賠償請求権の実現においても全く同じく発生することを想起すれば、よりよく理解されるものと思われる。

第 2 に、訴訟費用及び執行費用の償還義務は、「損害賠償（原状回復）」義務ともその発生根拠ないしは性質を異にする。すなわち、後者が実体法固有の（過失責任主義などの）根拠に基づいて発生するのに対して、前者はあくまで訴訟法上および執行法上の要請から、「敗訴者の責任の有無とはかかわりなく、結果責任として敗訴者…に負担させ」られるものである。⁽¹⁵²⁾ したがって、侵害者が「妨害排除（差止）」義務の負担とともに訴訟費用や執行費用の支出（事実上の財産的不利益の負担）をも強制されることになっても、それらの支出（事実上の財産的不利益の負担）を「損害賠償（原状回復）」義務の負担と同視することは、少なくとも理論的には妥当で^{(153) (154)}ないと考えられる。

(152) 伊藤眞『民事訴訟法 第 3 版』（有斐閣、2004）538頁。同旨として、秋山＝伊藤＝加藤＝高田＝福田＝山本・前掲書（注151）10頁。但し、上記引用部分は直接には訴訟費用のみに関する分析である。

(153) 物権的請求権の実現のための費用（その支払債務）と不法行為損害賠償債務とは、現行の執行法体系の下では別個の原理に基づくものとして規定されていること、したがって、両者を同一視することは問題であることを指摘するものとして、好美・前掲（注17）「物権的請求権」162頁、168頁～169頁。

(154) なお、念のために付言すると、このことは、訴訟費用等の負担が妨害排除義務者の「損害」に当たりうること（近江幸治『民法講義Ⅱ 物権法〔第 2 版〕』（成文

以上要するに、訴訟費用及び執行費用の負担は、理論的には「妨害排除(差止)」の内容或いは効果ではない。また、それらが「妨害排除(差止)」の義務とともに課されるとしても、「原状回復(損害賠償)」義務として課されるのではない。それゆえ、結論として、「妨害排除(差止)」に伴って加害者が訴訟費用などを負担する事実を認めたとしても、それによって本稿が今問題としている「妨害排除(差止)」と「損害賠償(原状回復)」との(加害者の立場から見た)相違点は失われえないと思われる。

③ 小括

そこで、もしこれまでの分析が妥当であるとすれば、その結論として、次のように言うことが許されよう。すなわち、「差止(妨害排除)」の義務を加害者に負担させることは、加害者にとって、先に見た「損害賠償(原状回復)」の場合と同様の意味における「財産的不利益」には当たらない。

b 帰責事由の要否

さて、以上の分析から、不法行為損害賠償請求権の効果である「原状回復(損害賠償)」と差止請求権の効果である「差止」とが、加害者に財産的な不利益を課すものであるか否かの点で異なることが明らかにされたものと思われる。このような相違点が存することを本稿が分析したのは、それが両請求権のもう1つの相違点に反映されていることを明らかにするためであった。それは帰責事由の要否をめぐる相違点である。この点を次に分析しよう。

(a) 損害賠償請求権の発生要件として帰責事由が必要とされる理由

堂、2003) 34頁) を否定するものではない。例えば、A所有の自動車を盗んだCがそれをB所有の土地に放置したという場合には、BはAに対して物権的妨害排除請求権を有する。右請求権が訴訟及び執行手続により実現されたときには、Aが訴訟費用及び執行費用を負担しなければならない。しかし、このとき、Aはその訴訟費用及び執行費用の支出を、当然に、自らに対する「損害」としてCに賠償させよう。本稿が明らかにしたいのは、この場合にAがBに対して妨害排除義務とともに訴訟費用及び執行費用を負担させられるとしても、それはあくまで「損害賠償(原状回復)」義務ではない、ということである。

① 分析

上述のように、「原状回復（損害賠償）」義務の負担が不法行為者にとって財産的な不利益を意味するとすれば、加害者に右義務を負担させるためには、当該人物がそれを忍受しなければならないと言えるような事情が認められる必要がある。先の例で言えば、Aに自らの財布から5万円を出させて、Bの家の窓ガラスを修理させるには、Aがそのような不利益を被ってもやむを得ないと言っている事情が認められなければならない。なぜなら、損害賠償「責任」をAに「帰せしめ」てよいと言える事由がないにもかかわらず、Aに財産的な不利益を課すことになれば、それは損害を公平に分配することにはならず、実質的に正義になかった紛争解決とは言えなくなってしまうからである。

このように考えてくると、加害者に積極的な財産的な不利益を課す不法行為損害賠償債務（被害者から見れば損害賠償請求権）の発生にとっては、損害の発生という要件とは別に、「加害者にその損害賠償責任を帰せしめることを正当化する事由」つまりは「⁽¹⁵⁵⁾帰責事由」が認められる必要のあることが理解される。そして、ここで重要なことは、「損害賠償（原状回復）」義務の負担が加害者にとって財産的な不利益を意味するからこそ帰責事由がその発生要件として必要とされる、という関連性が認められることである。まさに、「不法行為法においては、加害者と目される者（被告）に、損害賠償義務という不利益な法効果を負わすのであるから、法理論としては、何故、被告がそのような義務を負わねばならないのかを明らかにしなければならぬ。⁽¹⁵⁶⁾」すなわち、「⁽¹⁵⁶⁾帰責（Zurechnung）」の問題」が起ころるのである。

そして、現行不法行為法、特に過失責任主義をその基本原理とする709

(155) 潮見・前掲書（注46）141頁では、「帰責事由とは、権利侵害の結果を責任主体に結びつけるのを正当化する根拠となる事由を指す」と定義されている。

(156) 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978）（以下、前田・前掲『帰責論』として引用する。）「はしがき」1頁。

条が「行為時における加害者の故意または過失の存在」をこのような意味における帰責事由として要求していることは、改めて詳述する必要のないことであろう。この点、周知のとおり、過失の内容やそれと違法性との関係について学説上激しい議論がある。しかし、これらの問題についていずれの見解に立とうとも、過失概念が上記の意味での帰責事由として機能することに変わりはないものと思われる。⁽¹⁵⁷⁾

(157) 同旨として、前田達明「過失概念と違法性概念の接近 ―近年の民事責任論における過失概念と違法性概念との接近ないし総合の傾向はなぜ生じたか。―」奥田昌道＝玉田弘毅＝米倉明＝中井美雄＝川井健＝西原道雄＝有地亨編『有斐閣双書民法学6《不法行為の重要問題》】(有斐閣、1975) 62頁以下、62頁、四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為 中巻】(青林書院新社、1983) (以下、四宮・前掲書(中)として引用する。) 247頁、253頁～254頁、藤岡康宏＝磯村保＝浦川道太郎＝松本恒雄『有斐閣Sシリーズ 民法IV 債権各論〔第2版〕】(有斐閣、1995) 223頁、235頁(藤岡教授執筆部分)、潮見・前掲書(注46) 142頁、吉村良一『不法行為法〔第3版〕】(有斐閣、2005) 26頁。また、錦織成史「違法性と過失」星野英一編集代表『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為】(有斐閣、1985) 133頁以下、155頁によれば、起草者は709条の故意または過失を、行為を客観的に評価する「権利侵害」という要件とは区別されたものとして、「行為者に行為結果を結びつけるための評価にかかわる要件」であると理解していた。

(158) 近時、過失の内容を客観的義務違反(結果回避義務違反、損害回避義務違反)と理解する見解が学説上有力である。このような見解においては、過失を加害者の主観的な意思(不注意という心理状態)と関連させて理解する見解よりも、過失責任主義がもつ加害者の非難可能性を問う側面ないし機能が相対的に弱まることとなろう。反面、この見解では過失は違法性と実質的に同じ内容を持つことにもなりうる。しかし、このような過失の客観化(さらには過失と違法性との一元化)を推し進める考え方であってもなお、これまで述べてきた意味での帰責事由としての機能ないし性格が過失概念から完全に失われてしまうことにはならないと思われる。例えば、過失の客観的理解を詳細に主張する代表的な学説として、前田達明教授の見解を取り上げよう。前田教授は、過失の内容を「標準人を基準とした、結果回避のための注意(行為)義務違反」(前田・前掲(注156)『帰責論』185頁)として理解された上で、過失責任は、有責性原則(Verschuldensprinzip)に基づくのではなく、「社会構成員は、お互いに他人から社会生活に必要な注意義務を尽くして行動するように信頼されている。このような信頼を裏切った者は、そのことにより損害を被った他者に対して損害賠償責任を負わなければならない。」という信頼原則に基づいて発生すると説かれる(以上につき、詳しくは前田・前掲(注156)『帰責

(b) 差止請求権の発生要件として帰責事由が必要とされない理由

他方、「差止」は、加害者に、「原状回復（損害賠償）」と同じ意味における財産的な不利益を課すものではない。むしろ、それは本来あるべき権

論』185頁～194頁、210頁～216頁参照)。しかし、このように過失の内容を客観的に理解され、かつその発生原理を有責性原則から切り離される前田教授も、そのような過失が帰責事由としての機能ないし性格を持つことを否定されるわけではない。それは以下のような教授自身による分析を見れば明らかとなろう。「民法の基本原則としての私的自治原則は、人間の意思活動を法律効果の発生の最大の原因とし（一定の法律効果を一定の人に結びつける要素、すなわち「帰属」ないし「帰責」の要素とする）、この「意思主義」の不法行為法における発現形態が、いわゆる「過失責任原則＝有責性原則（Verschuldensprinzip）」であり、この原則は、故意不法行為において、もっともよく働く…。他方、「過失」は「結果回避義務違反」であり、これは、右の帰責の原理の働くところでなく、ここでは、他人がかかる義務を守って行為してくれるであろうという信頼を、その他人が義務違反の行為をすることによって破ったというところに、その帰責の根拠がある。これによって、当該行為者に、その損害の賠償責任を負わせる基礎が明確となり、加害者としては、自己の行為の結果として、不利益な判決結果を甘受しなければならないことが一応納得しうる」（前田達明「違法性と過失」加藤一郎＝米倉明編ジュリスト増刊『民法の争点II（債権総論・債権各論）』（1985）158頁以下、159頁。合わせて、同「違法性と過失 一沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」（法学セミナー1979年10月号）を読んで」同『不法行為法理論の展開 民法研究 第一巻』（成文堂、1984）183頁以下、188頁をも参照されたい。）。また、同じく過失を「損害の発生を回避すべき行為義務に反する行為」として定式化することで客観化し、いわゆる「過失」一元論を展開された平井宜雄教授（平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971）367頁～421頁、同・前掲（注137）『各論』19頁～30頁）も、「理論的には、ドイツ民法的意味における違法性と過失とをともに含むものとして709条の過失は定式化される」と言われる（同・前掲（注137）『各論』28頁）。また、教授は、過失の前提を成す損害回避義務を加害者に課すためには、他人が損害発生の危険を予見しえたこと（予見可能性）が論理的に前提とならなければならないとされ、その理由をいわゆる期待可能性に求められる（「予見がおよそ不可能な場合には、それを回避することを期待すべくもないからである」。同書27頁）。これは、過失の前提として、加害者に対する（帰責の前提たる）非難可能性の存在が必要であると考えられているためではないかと推測される。そこで、これらを総合して考えれば、平井教授のいわゆる「過失」には、行為に対する純粋に客観的な評価とは区別される、上述の意味での帰責事由としての側面もなお残されているものと解される。以上要するに、709条の過失の内容を客観的に行為義務違反と理解したとしてもなお、

利、利益の分配状態を維持ないし回復するだけである。このため、法益侵害につき加害者に故意または過失が認められない場合においても、加害者に「差止」を法的に強制することは、違法性判断とは区別された帰責の問題としては、不当な結果をもたらすことはないものと解される。なぜならば、先に強調したように、「原状回復（損害賠償）」において帰責事由が必要とされるのは、それが積極的に財産的な不利益を加害者に課すものであるからこそである。とすれば、反対に、「原状回復（損害賠償）」のような財産的な不利益をもたらすものではない「差止」では、帰責事由は不要であると考えられるからである。

そこで、このような分析が妥当であるとすれば、「差止」を次のように特徴付けることが許されよう。すなわち、「差止」においては、一般的に、損害賠償義務の存否を判断する上で不可欠な帰責（加害者に帰責事由が認められるか否か）に関する判断は、およそ問題とならない、と。このことを不法行為損害賠償請求権との相違に着目して言い換えれば、差止請求権の発生には、(709条に規定されているような) 加害者の故意または過失は、⁽¹⁵⁹⁾ ⁽¹⁶⁰⁾ ⁽¹⁶¹⁾ 帰責事由としては一般的に必要とされない、ということになる。ここに、

財産的な不利益を加害者に負わせることを正当化する根拠としての帰責事由という性格ないし機能が上記過失概念から完全に失われてしまうものではないと思われる。

(159) 同旨として、高島平蔵『物権法制の基礎理論』（敬文堂、1986）53頁。

(160) この点と関連して、BGBの債務法改正に当たり不法行為法に関して鑑定意見書を提出したフォン・パール（C. von Bar）は、同鑑定意見書（C. von Bar „Deliktsrecht“ Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. II（Bundesanzeiger Verlageges., 1981）S. 1681ff.）において、差止請求権（Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch）に関する一般規定を不法行為法の中に設けるべきであると主張しつつも（A. a. O. S. 1722f.）、その発生要件として侵害者の有責性（Verschulden）は不要である、とする（A. a. O. S. 1763, S. 1778）。彼の提案する上記差止請求権に関する一般規定の内容は、次のとおりである（A. a. O. S. 1763。邦訳は、浦川道太郎「不法行為法改正に関するフォン・パールの立法的提案」法政大学現代法研究所叢書9『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社、1988）555頁以下、580頁～581頁から引用させていただいた。）。第846条

帰責事由の要否をめぐる差止請求権と不法行為損害賠償請求権との相違点が認められるのである。

なお、ここで、以下の点だけはあわせて確認しておく必要がある。すなわち、差止請求権の発生には加害者の故意または過失が一般的に必要とされないと言っても、それは、あくまで不法行為責任において問題とされるような「帰責事由」としては必要とされない、という意味にとどまる。後にやや詳しく分析を加えるが、このように考えたとしても、同時に、一定の法益については、いわゆる「主観的違法要素」として、加害者の故意または過失の存在が差止請求権の発生要件になると解することは、なお理論的に可能であると思われる。

イ 差止請求権と損害賠償請求権との構造的相違

これまでの分析から、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とがその要

[差止め及び妨害除去] ①他人に対し違法な侵害の脅威を与える者に対しては、その他人は行為の差止めを要求することができる。違法に侵害された者は、妨害の除去を要求できる。②人間の共同生活の通念上受忍しなければならない侵害については、前項の適用はない。

(161) さらに、フランス法に関するフォン・バルによる以下の指摘 (von Bar a. a. O. (Fn. 160) S. 1736f.) もまた注目に値する。不法行為 (法) に関する一般規定である民法典1382条及び1383条に定められた賠償 (réparer) 方法の一種として差止が認められているフランスにおいても、実務上、次のような現象が見られる。すなわち、行為の違法性とともに行為に対する非難可能性をも示す *faute* の概念は、特に近隣妨害 (*troubles de voisinage*) の事案において、権利侵害を予防するという目的のために客観化されて (*objektivierend*) 把握されている。さらには、*faute* の主観的要素からそれ自体導かれるべきはずの (侵害惹起に対する非難可能性がないため、不法行為責任が成立しないという) 被告の抗弁は、1382条が適用されているにもかかわらず、裁判上、顧慮されないうまま放置されてしまう。これらの事実から、フランスの裁判所が賠償の要件として *faute* を要求する1382条の文言から解放されていることは明らかである。以上につき同旨として、H. Kötz „Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht —Eine rechtsvergleichende Skizze—“ *Archiv für die civilistische Praxis* 174 (1974), S. 145ff., S. 162f., G. Hohloch „Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht“ (A. Metzner, 1976) S. 110.

件、効果の両面において異なるものであることが一応明らかにされたものと思われる。そこで、次に検討されるべきことは、なぜこのような相違が生ずるのか、という問題であろう。

結論を先取りして言えば、両請求権の要件及び効果が異なるのは、それぞれが民法に設けられた趣旨ないし目的が異なるためである。それを以下に説明しよう。

(ア) 差止請求権の構造

一般に、物権的請求権は「物権の円満な物支配の状態が妨害され、またはそのおそれのある場合に、その相手方に対して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」と定義されている⁽¹⁶²⁾。既に指摘したように、物権的請求権は差止請求権の一典型例であるから、この定義を一般化すれば、差止請求権一般の定義ないしその目的を以下のように説明することが許されよう。すなわち、差止請求権は、私人による権利の行使或いは利益の円満な享受が現に侵害され、またはそのおそれのある場合に、その相手方に対してあるべき法状態の回復、または侵害の予防措置を求める請求権である、と。⁽¹⁶³⁾

このとき、私人による権利行使或いは利益の円満な享受に対する侵害とは具体的にはどのようなものか。それは、典型的には無権限者が他人の土地を勝手に使用する場合のように、ある権利なり利益なりが本来それらに干渉する正当な法的権限を持たない者によって現在または将来にわたって事実上干渉され、それにより正当な権利者等による行使や受益が妨げられている状態を意味するものと解される。とすれば、差止請求権は、そのようないわば「あるべき法状態と現在の事実状態との相違」が認められるこ

(162) 好美・前掲(注17)「物権的請求権」104頁。

(163) 四宮・前掲書(中)(注157)251頁には、支配権侵害に基づくものについてではあるが、以下のような分析が見られる。「妨害排除・予防請求権の制度は、支配権のあるべき状態と現実の状態との矛盾(…)に基づいて、それをあるべき姿に復原しようとする制度である」。

とをその発生要件とする。すなわち、これが「侵害」の具体的内容である。

さらに、差止請求権はそのような「侵害」を是正することを目的とするのであるから、その効果は、「あるべき法状態を維持ないし回復すること」でなければならない。これが「差止」である。

また、このような内容を持つ「差止」は、加害者に積極的に財産的な不利益を負わせるものではない。したがって、差止請求権の発生には、加害者に不利益を負わせることを正当化する事情、つまり帰責事由はおよそ必要とされないこととなる。

以上のような分析が的を射たものであるとすれば、この分析から差止請求権の要件及び効果の具体的内容がその制度趣旨、機能に規定されたものであることが理解される。このような要件及び効果と制度趣旨との密接な関連性を「差止請求権の構造」として把握することもできよう。

(イ) 不法行為損害賠償請求権の構造

これに対して、既に見たように、損害賠償請求権の効果は、過去に生じた「損害」(財産的不利益)を、それを発生させた加害者に負担させることである。これにより、例えば「被害物の毀滅」などの被害者の「財産的不利益」について「原状回復(損害賠償)」が図られ、私人間における損害の公平な分担が実現される。そして、この点に、不法行為損害賠償請求権の(主たる)目的があるのである。⁽¹⁶⁴⁾加えて、「原状回復(損害賠償)」義務

(164) 四宮・前掲書(中)(注157)263頁。なお、近時、不法行為損害賠償責任に制裁的機能ないし制裁目的を(少なくとも一定の場合に)認めようとする見解が有力に唱えられている。その代表として、窪田充見「不法行為法と制裁」磯村保=田中克志=今西康人=西村峯裕=右近健男=湯浅道男=大島俊之編 石田喜久夫先生古稀記念論文集『民法学の課題と展望』(成文堂、2000)667頁以下、同「規制緩和と社会における制裁の役割 II 制裁のあり方 損害賠償」ジュリスト1228-62(2002)、同「不法行為法と制裁—現代社会における損害賠償法の役割—」私法64-137(2002)、同「損害概念の変遷と民法の役割—刑法と民法の対話の形とともに—」刑法雑誌44-2-99(2005)、同「規制緩和と社会における民事責任のあり方について」季刊・企業と法創造1-4-95(2005)。但し、仮に不法行為責任に制裁的

は加害者に財産的な不利益を負わせるものであるために、それを正当化する帰責事由として、加害者の故意または過失の存在が（少なくとも現在の709条の下では）必要不可欠となる。

このように考えてくれば、不法行為損害賠償請求権においても、やはりその要件及び効果とその制度趣旨ないし制度目的に規定されていることが理解される。このような関連性を「不法行為損害賠償請求権の構造」と呼ぶこともできよう。

(ウ) 両請求権の構造的相違

そして、これまでの分析を総合すれば、次のように結論づけうるものと思われる。

すなわち、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とは、その要件及び効果の具体的内容において異なる。その理由は、両制度が民法上に設けられた本来の制度趣旨が異なるためである。差止請求権（制度）は、現在又は将来のあるべき法的状態の保護を目的とする。他方、不法行為法は（主として）過去の行為により生じた被害者の財産的不利益の回復を目指す。各要件及び効果の相違は、このようなそれぞれの制度目的の違いが反映されたものであると解されるのである。とすれば、両請求権に見られる相違は、それぞれの制度趣旨に規定された制度構造的なものであると考えられる。したがって、「不法行為法の次元…で両者の「体系的統一をはかることも可能」…だとはいえない」。

機能を（一定の場合に）認めたとしても、それによって、加害者と被害者との間における公平な損害の分担を実現する機能（制裁的機能とは区別された損害填補機能）が不法行為責任から失われてしまうわけではなかろう。また、不法行為責任が制裁的機能を果たす具体的局面においても、それがあくまで「損害賠償」責任（ないし請求権）という法的効果の形式によって実現される以上、右「制裁的」損害賠償請求権と差止請求権との間には本文にて指摘するような構造的相違がなお残り続けるものと思われる。

(165) 好美・前掲（注17）「物権的請求権」135頁（但し、直接には物権的請求権及び人格権に基づく差止請求権と不法行為損害賠償請求権とに関する分析である。）。なお、本稿にて分析したような「侵害」と「損害」、「差止」と「原状回復（損害賠

そして、このような理解が妥当であるとすれば、この両請求権間の構造的相違のゆえに、差止請求権の発生根拠を709条に求めることは理論的に困難であると言わざるを得ないものと解される。特に、不法行為法的構成を現行法の解釈論として主張するに当たっては、709条が一般的に不法行為者の故意または過失を、前述のように帰責事由として、明示的に損害賠償請求権の発生要件としている点が、(後に分析するように具体的な結論の妥当性という観点からのみならず) 理論的な問題として大きな障害となりう

償)」との間にある構造的相違を指摘するものではないが、差止請求権と不法行為損害賠償請求権の各保護法益の相違及びそれぞれの違法性判断方法の差異を強調して、「差止請求と損害賠償という二つの法的保護手段の差異を明確に押え、差止請求独自の法理論を構築する必要がある」と主張するものとして、中井・前掲(注41) 322頁。

(166) この点に関連して、既に引用したフォン・パールの提案する差止請求権に関する一般規定の条項案をあらためて見ると、差止請求権の要件として侵害者の有責性(Verschulden)が必要とされていないことに加えて、さらに「損害」(Schaden)の発生或いはその危険性もまた要件とされておらず、「侵害」(Verletzung oder Beeinträchtigung)の有無のみが問題とされていることに気づく。すなわち、彼の提案する846条1項1文では、「他人に対し違法な「侵害」の脅威を与える者」(„Wer einen anderen widerrechtlich zu verletzen droht“)はその行為を差し止められ、同項2文では、「違法に「侵害」された者」(„Wer widerrechtlich verletzt worden ist“)が妨害の排除を請求しうるとされ、さらに、同条2項では、人間の共同生活の通念上受忍しなければならない「侵害」(„Beeinträchtigungen“)には、前項の適用がないものとされる(v. Bar a. a. O. (Fn. 160) S. 1763)。さらに、これらに関する彼自身の説明(A. a. O. S. 1778)では、妨害排除(Beseitigung)と損害賠償(Schadensersatz)との境界画定(Abgrenzung)が為されるべきであることが示唆されている。これらの事実からすれば、フォン・パールの立法提案において、差止請求権は、不法行為法の中にその一般規定が置かれているとしても、理論的には不法行為損害賠償請求権とは異なる性質を持つものと理解されていると言えよう(同旨として、赤松・前掲(注53)「訴え」138頁~139頁)。

(167) さらに、大塚・前掲(注10)「考察(五)」156頁~162頁によれば、差止を不法行為の効果、すなわち民法典1382条に基づく効果と解する見解が多数を占めるフランスにおいても、差止と不法行為(損害賠償)責任とを理論的に峻別した上で、前者の本質は「権利侵害の予防」或いは「違法状態の除去」にあると説く学説(G. Ripert et J. Boulanger, L. Ripert, G. Roujou de Boubée)が見られる、とのことである。

るのではなからうか。この問題点を軽視できないと考えるならば—無論、あわせてそれ以外の要件及び効果における違いも決して軽視できないとすれば—、帰責事由を一般的に必要としない差止請求権が同条から発生すると考えることは理論的に難しいものと思われる。⁽¹⁶⁸⁾

以上が、不法行為法的構成の第1の問題点である。

(2) 要件及び効果が混同される危険性

ア 両請求権の同一視

既に論じたように、不法行為法的構成によれば、差止請求権と損害賠償請求権とは実質的に同内容であるとの結論に達するものと解される。とすれば、その結果、この説では前者の発生要件たる「侵害」と後者の発生要件たる「損害」とが同じ内容を持ち、同じ機能を果たすこととなりうる。このことを効果の側面から言い換えれば、この説は、「差止」と「原状回復（損害賠償）」とを混同する可能性を持つ、ということである。⁽¹⁶⁹⁾

実際に、不法行為法的構成に立つ論者の多くは、「差止」（妨害排除）と「原状回復（損害賠償）」とは理論的に或いは事実上同内容のものである、と意識的に或いは無意識に理解している。⁽¹⁷⁰⁾特に、大塚教授は、より積極的

(168) なお、この点と関連して、さらに、本稿第2章および第3章における分析もあわせて参照されたい。そこでは、①ドイツにおいて、物権の請求権と不法行為損害賠償請求権とを実質的に同性質、同内容の請求権と理解する伝統的な通説及び判例には様々な理論的問題点が見られること、②したがって、両請求権はその機能、目的、要件及び効果等に関して厳格に区別されるべきことが学説上有力に主張されていることが明らかにされる。

(169) 不法行為法的構成が「差止」と「原状回復」とを区別しないことをつとに指摘するものとして、田井義信「不法行為の差止」法学セミナー増刊『不法行為法』（日本評論社、1985）207頁以下、210頁。

(170) 浜田・前掲（注135）103頁、伊藤（高）・前掲（注135）「法的構成」83頁注（1）、91頁、同・前掲（注135）「差止請求権」408頁～409頁、410頁注（1）（但し、いずれも公害に対する差止と公害によりもたらされた損害の原状回復とに限定した主張である。）、竹内・前掲（注52）441頁～442頁（但し、直接にはいわゆるニューサンスを念頭に置いた主張である。）、清水・前掲（注40）「不法行為法的構成」373頁（但し、公害に対する差止と公害によりもたらされた損害の原状回復に限定

に、一定の場合に「差止」(妨害排除)と「原状回復」とを同一視するべきことを現行民法の解釈論として主張される。⁽¹⁷¹⁾

イ 混同をもたらす問題

そこで、ここで検討されるべき点は、差止請求権と不法行為損害賠償請求権との要件及び効果を同じものと理解することの当否であろう。両請求権の要件及び効果が理論的には異なるものとして理解されるべきであることは既に第 1 の問題点として指摘したところである。そのため、以下では、両請求権を同一視することが実際の紛争を解決する場面において具体的にどのような問題をもたらすのかを考えてみたい。

(ア) 分析

ここでも、先に使用した屋根瓦の事例を使って具体的に分析してみよう。Aの屋根瓦が強風に飛ばされて、Bの所有する家屋の窓を破損した場合において、仮に屋根瓦が飛ばされたことにつきAに過失がないものとする、Bは窓ガラスの破損により被った損害の賠償をAに求めることはできないこととなる。すなわち、損害発生につきAの過失がない以上、不法行為法による救済は問題とならない。むしろ、この場合には、「Bは窓ガラスの破損を避けたい事故の結果として自ら受忍するほか仕方がない(これをAに転嫁することは正義に反する。)」とすることが、不法行為法⁽¹⁷²⁾(709条)の前提とする過失責任主義からの1つの(ありうる)価値判断の結果である、と言えよう。

した主張か。)、浅野・前掲(注85)2頁、11頁。また、上記以外に「差止」(妨害排除)と「原状回復」との(少なくとも実際上の)区別に疑問を呈するものとして、幾代=徳本・前掲書(注29)289頁注(1)、五十嵐清「人格権侵害と原状回復」札幌法学4-1=2-25(1993)、33頁(但し、直接には人格的利益が侵害された事例を念頭に置いたものである。)。反対に、不法行為法的構成に立ちながら、少なくとも理論的には両者を明確に区別するべきであると説くのは、平井・前掲(注137)『各論』105頁、108頁。また、森田・前掲(注123)112頁も、「差止」と「原状回復」とは定型的に異なる、とする。

(171) 詳しくは、大塚・前掲(注40)「差止請求」17頁を参照されたい。

(172) ここでは、717条の土地工作物責任については考えないこととする。

しかし、もし「差止（妨害排除）」と「原状回復（損害賠償）」とが同内容であり、それゆえ「侵害」と「損害」ともまた同内容であると解するならば、上記の例において、BはAに対して、窓ガラスの破損もまた「妨害（侵害）」に当たると主張して、物権的請求権（差止請求権）に基づく「妨害排除（差止）」として、屋根瓦の除去と共に、その侵入によって生じた窓ガラスの破損状態の除去までも請求しうる結果となるものと思われる。具体的には、Bは、窓ガラスをAの費用で新しく張り替えることまでも物権的請求権（差止請求権）によって請求しうることとなる。⁽¹⁷³⁾ 第1の問題点に関する分析において指摘したように、窓ガラスの破損は「財産的不利益」として本来は「損害」に当たる。それゆえ、その張替修理は「原状回復（損害賠償）」に当たると解されるべきものである。とすると、結局、BはAに対して、不法行為法（709条）によっては請求することのできない「原状回復（損害賠償）」を、物権的請求権（差止請求権）によって請求することができる、という結果となってしまふ。

先に指摘したように、不法行為法ないしその原則である過失責任主義からすればAにBの損害を負担させることは正義に反する解決と考えられるから、その結論を物権的請求権（差止請求権）によって実現してしまうことは、後者による前者の理念の（不当な）潜脱であると言わざるを得まい。或いは、無過失のAにもなお損害賠償責任を負わせることについての具体的な結論としての当否を今は問題にしないとしても、以上のような結論は、少なくとも同一事例に対する差止請求権制度と不法行為法との規範的な評価の矛盾を表わすものであるとは言えよう。

そこで、このような理念の潜脱或いは規範的な評価矛盾を不当と解し、

(173) なお、このような結論は、ドイツでその是非が激しく争われている、いわゆる妨害者の結果除去責任（die Folgenbeseitigungshaftung）を、我が国において肯定することに他ならない。すなわち、前記大塚教授の説は結果除去責任を一定の場合に積極的に我が国に導入しようとするものである。結果除去責任をめぐるドイツの議論については、簡単ながら、本稿第3章にて整理する。

是正しようとするれば、当然、両者の規範を統一しなければならなくなる。具体的には、それぞれの発生要件、とりわけ行為者の故意または過失の要件について両請求権の統一を図る必要がある。このとき、709条が損害賠償責任の一般的な発生要件として行為者の故意または過失の存在を明記していることから、不法行為責任を一般的に無過失責任と解することは、現行民法の解釈論としては困難であろう。そこで、この場合には、結局、709条を類推適用等することによって差止請求権（物権的請求権）の発生に侵害者の故意または過失を常に要求するとの解釈を採らざるを得なくなるものと思われる。⁽¹⁷⁴⁾ 実際にこれを行った1つの典型例を、川島武宜博士の主張された物権的請求権に関する責任説に見ることができる。川島博士が、（行為請求権としての）物権的請求権の発生には「侵害」につき侵害者の故意または過失等が必要であると主張されて責任説を提唱されたのは、「侵害」と「損害」或いは「妨害排除（差止）」と「原状回復」とを博士が混同された結果、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との間に生じた前記規範的評価矛盾を解決しようとしたためであったことは、つとに原島博士により指摘されているところである。⁽¹⁷⁵⁾

（イ）問題点

a 分析のまとめ

ここで、これまでの分析の要点をまとめると、以下のようになる。

すなわち、不法行為法的構成によれば、差止請求権と損害賠償請求権とは実質的に同一の内容の請求権と理解されうることとなる。だが、その結果、それぞれの要件、特に行為者の故意または過失の要否の点で両者に食い違いが現れる。このため、上記Aの屋根瓦の例のような場合に、被害者

(174) この点、大塚教授は様々な紛争事例を①「差止」のみが問題となる場合、②「原状回復」のみが問題となる場合、③両者が競合する場合に区別された上で、②の場合についてのみ、「原状回復」をもその効果とする「差止」請求権の成立に侵害者の故意または過失を要する、とされる。大塚・前掲（注40）「差止請求」517頁。

(175) 原島・前掲（注51）「推移」85頁～86頁。

(上の例ではB)がどちらの請求権を行使するかによって具体的な紛争解決のあり方が正反対になりかねない。このような不都合を解決するためには、結局、不法行為損害賠償請求権におけると同じ形で侵害者の故意または過失等を常に差止請求権の発生要件としなければならなくなってしまう。

b 問題点

そこで、以上の分析に大きな誤りがないとすれば、上記帰結をもたらす不法行為法的構成に対して以下のような問題点ないし疑問点を指摘することができよう。

まず、これは第1の問題点として既に指摘した事柄の繰り返しであるが、差止請求権の一般的な発生要件として、侵害者の故意または過失を要すると解することは、差止請求権の構造に反するものと考えられる。

民法709条が行為者の行為時における故意または過失の存在を損害賠償請求権の一般的な発生要件とするのは、「原状回復(損害賠償)」の義務を行為者に負わせるための「帰責事由」として要求するものである。他方、差止請求権では、そのような帰責事由は一般的に必要とされない。このような理解が正しいとすれば、にもかかわらず、差止請求権の発生には一般的に侵害者の故意または過失が必要であると解釈することは、差止請求権の構造(それを規定する差止請求権制度の目的ないし機能)に反するものと思われるのである。

あわせて、そもそもなぜ不法行為法的構成が、差止請求権と損害賠償請求権とを同一の要件のもとに統合しなければならないような状況に陥ったか、その原因を考えてみよう。それは、この説が「侵害」と「損害」、「差止」と「原状回復(損害賠償)」とを実質的に同じ内容を持つものと理解したためであった。

だが、既に繰り返し指摘したように両請求権の構造的な相違点を軽視できないと考えるならば、そのような理解自体が理論的な前提としてそもそも妥当であるのか、との疑問を拭いきれない。とすれば、そのような不正

確な前提から帰結された(不当な)結論(両請求権制度間の規範的な評価矛盾)を解決するために、さらに問題のある(差止請求権の発生要件として一般的に侵害者の故意または過失を要件とする)の)解釈論を採用することが合理的であるとは思われない。むしろ、端的に、その不正確な前提を改めて、両請求権の要件及び効果が異なることを確認すれば足りるものと解される。

また、第3の問題点として後で別に指摘するように、差止請求権の一般的な発生要件として侵害者の故意または過失が必要であると解釈すると、差止請求権による保護の範囲が不当に狭まる結果となりはしないであろうか。つまり、そのような解釈論が具体的に妥当な結論を導きうるものか、疑問が残るように思われる。そこで、このような結果を予防するには、やはり、両請求権の適用領域を厳格に区別する以外に方法はないであろう。つまりは、「侵害」と「損害」、「差止」と「原状回復(損害賠償)」とを(少なくとも)理論上、峻別するべきである。

c 小括

以上要するに、私見によれば、不法行為法的構成は「侵害」と「損害」、「差止」と「原状回復」とを理論上同内容と解するために、差止請求権制度と不法行為法との適用領域に関する前記区別を不可能とし、その結果、様々な(差止請求権と不法行為損害賠償請求権とを峻別すればその発生を回避しうる、という意味で本来無用な)解釈論的問題点を引き起こす危険性が大きい。それは、その前提となる理解自体に問題が含まれているためであると解される。以上を、この説の第2の問題点(それは、結局は第1の問題点の裏面なのだが)として指摘したい。(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、吉田克己「競争秩序と民法」稗貫俊文編 厚谷襄兒先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相(上)』(信山社、2005)31頁以下に接した。