

## 論 説

## 差止請求権の発生根拠に関する理論的考察（4）

## —— 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 権利の構成（人格権説，環境権説）

## 第3 不法行為法的構成

## 第4 不可侵性理論（以上まで80巻2号，同4号及び81巻1号）

## 第5 違法侵害説

## 1 序

## 2 末弘博士の主張

## 3 舟橋説

## 4 違法侵害説の再構成

## 5 問題点及びその解決

## 6 小括

## 第6 複合構造説

## 1 内容

## 2 分析

## 3 小括

## 第7 まとめ

## 1 総括

## 2 違法侵害説の可能性 —私見—

## 3 課題（以上まで本号）

## 第2章 ビ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

## 第 5 違法侵害説

### 1 序

#### (1) 定義 —不法行為法的構成との違い—

従来、違法侵害説は不法行為法的構成と明確に区別されてこなかった。例えば、澤井博士は前者を「基本的には、不法行為説の立場に立ちながら、民法七〇九条で要求されている過失要件は、差止には必要でないことを正面から認める見解である」とされ、これと後者とを共に「広義の不法行為説」<sup>(289)</sup>に分類される。

しかし、「当該学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のか」という観点から見れば、このように上記両説を基本的に同じ内容の学説と捉えることは妥当でない。なぜなら、後に見るように、違法侵害説は、差止請求権が不法行為損害賠償請求権とは異なる機能、要件及び効果を持つことを強調し、またそれゆえに前者の理論的発生根拠を不法行為法（709条）から峻別するためである。

そこで、不法行為法的構成との相違に注意しながらこの説を定義すると、以下のようになる。すなわち、違法侵害説は、法的保護に値する私人の利益が違法に侵害されており、差止請求権による保護を必要としていると認められる場合に、保護法益に対する「違法な侵害」或いは右違法な侵害から当該利益を「保護する必要性」そのものを直接の根拠として—換言すれば不法行為法（709条）を根拠とすることなく—被侵害者に差止請求権が発生する、と解する説である。

#### (2) 分析方法

---

(289) 澤井・前掲（注18）『法理』43頁～44頁。同・前掲（注24）「差止請求」326頁～327頁も同様である。

違法侵害説を支持する論者としては、末川博<sup>(290)</sup>博士、末弘巖太郎<sup>(291)</sup>博士、舟橋諄<sup>(292)</sup>一博士、三島宗彦<sup>(293)</sup>博士、加藤一郎<sup>(294)</sup>博士、徳本鎮<sup>(295)</sup>博士、藤岡康宏<sup>(296)</sup>教授、

(290) 末川博「判例を中心として見た民事上の名誉毀損」同『民法上の諸問題』(弘文堂書房、1936) 316頁以下、351頁～352頁。但し、直接には名誉毀損に対する差止請求権を念頭に置いた主張である。末川博士の見解については、藤岡・前掲(注183)「序説」177頁をも参照されたい。

(291) 末弘巖太郎「物権的請求権理論の再検討」同『民法雑記帳』(日本評論社、1940) 228頁以下(以下、末弘・前掲「再検討」として引用する。)、同「妨害排除請求権の問題」同書236頁以下(以下、末弘・前掲「問題」として引用する。)。なお、差止請求権と不法行為損害賠償請求権との異同に関する末弘博士の見解はやや曖昧である。この点、末弘博士は両者間の差異を全て抹消された、と解する学説もある(好美・前掲(注16)「妨害排除請求権」178頁、同・前掲(注257)「不動産賃借権侵害」552頁、大塚・前掲(注10)「考察(三)」127頁)。また、確かに末弘・前掲「問題」233頁では、差止請求権は「一般不法行為に対する救済方法」であるともされている。しかし、他方で上記各論文中には民法709条への言及が全く見られないことなどからすれば、博士がその立論の「前提としているのは、…違法行為(したがって固有の意味の不法行為ではない)」(藤岡・前掲(注183)「序説」179頁～180頁)と解すべきものと思われる。

(292) 舟橋・前掲(注147)『物権法』25頁～39頁、同「所有権の濫用」末川先生古稀記念論文集刊行委員会編 末川先生古稀記念論文集『権利の濫用 中』(有斐閣、1962) 1頁以下(以下、舟橋・前掲「濫用」として引用する。)、26頁～31頁、同「いわゆる物権的請求権について」私法29-378(1967)(以下、舟橋・前掲「物権的請求権」として引用する。)、同・前掲(注22)「法理」、同・前掲(注21)「補説」。

(293) 三島宗彦「第三者の債権侵害」谷口知平＝有泉亨編『総合判例研究叢書 民法(18)』(有斐閣、1962) 59頁以下、143頁～144頁(直接には賃借権侵害に対する妨害排除請求権を念頭に置いた上で、舟橋博士の説を支持する。))。

(294) 加藤・前掲(注44)「序論」20頁～21頁。

(295) 徳本鎮「公害の差止と差止に代わる補償—継続的権利侵害の救済方法—」同『企業の不法行為責任の研究』(一粒社、1974。初出は1969年) 140頁以下、143頁～149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。)。徳本博士の見解は一般に「継続的権利侵害説」と呼ばれているが、実質的には違法侵害説と同内容である。この点につき同旨として、澤井・前掲(注18)『法理』44頁、88頁注(163)、同・前掲(注24)「差止請求」327頁、大塚・前掲(注10)「考察(一)」65頁。また、藤岡・前掲(注7)「構造(二)」128頁(14頁)注(44)も、継続的権利侵害説と舟橋博士の説との基本的発想における近似性を示唆する。なお、徳本説については、本稿第4章にてやや詳しく分析する。

安次富哲雄教授、原島重義博士、上村明広博士などがおられる。各論者の主張は—その細部或いは論拠等に多少異なる点が見られるものの—①差止請求権の発生根拠に関して被侵害法益の要保護性或いは侵害の違法性を重

(296) 藤岡・前掲(注183)「序説」182頁～183頁。さらに、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3版〕』(有斐閣、2005) 339頁～343頁(藤岡教授執筆部分。以下、藤岡・前掲書として引用する。)、同「不法行為と権利論—権利論の二元的構成に関する一考察—」早稲田法学80-3-159 (2005)、174頁～182頁、183頁～184頁をも参照されたい。

(297) 安次富哲雄「公害と差止請求権—裁判例の分析を中心として—」琉大法学14-69 (1973)、111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ものである。)。また、同「公害差止の法理」法学セミナー209-100 (1973)(以下、安次富・前掲「法理」として引用する。)、103頁は、舟橋博士の説を支持する。但し、同「人格権の保護—名誉回復処分を中心として—」琉大法学74-55 (2005)、84頁～85頁は、「妨害排除の名誉保護請求権」は「理論的に…、人格権の一つである名誉権に基づく妨害排除と構成」されるべきである、と説く。

(298) 原島・前掲(注51)「推移」95頁、98頁～99頁、同・前掲(注96)「差止請求」118頁～122頁(さらに139頁)、前掲(注107)「シンポジウム」157頁～161頁における原島博士の発言、同・前掲(注135)「競争秩序」44頁注(42)。

(299) 上村明広「不作為請求権に関する一問題」民商法雑誌78巻臨時増刊号(3)末川先生追悼論集『法と権利3』(1978) 49頁以下(以下、上村・前掲「一問題」として引用する。)、65頁～66頁、同「不作為請求制度に関する一考察」山木戸克巳教授還暦記念論文集刊行発起人会編集代表 山木戸克巳教授還暦記念論文集『実体法と手続法の交錯 下』(有斐閣、1978) 36頁以下(以下、上村・前掲「一考察」として引用する。)、69頁～71頁、同「差止請求訴訟の機能」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟② 訴訟の提起』(弘文堂、1984) 273頁以下(以下、上村・前掲「機能」として引用する。)、282頁～287頁、同「差止請求訴訟の問題点」三ヶ月章＝青山善充編ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点〔新版〕』(1988) 32頁以下(以下、上村・前掲「問題点」として引用する。)、33頁～34頁。

(300) また、加賀山茂教授は、現行民法における(排他的支配権以外のものをも含む)一般的な権利侵害に対する差止請求権を「不法行為法上の不作為義務を根拠とする強制履行」請求権と構成するべきことを、大要以下のように主張される(加賀山茂「消費者被害と事故防止—消費者の差止請求権の法律構成—」淡路剛久＝伊藤高義＝宇佐見大司編 森島昭夫教授還暦記念論文集『不法行為法の現代的課題と展開』(日本評論社、1995) 493頁以下、509頁～515頁)。①709条は、その前提として、損害を発生させるような権利侵害を一般的に禁止しており、全ての人に右権利侵害を回避すべき不作為義務を課す規定である。②したがって、権利者は、自らの

視する点、及び②差止請求権を不法行為法(709条)の効果とは考えない点において共通する(したがって、いずれの主張にも違法侵害説の前記定義が当てはまる。)。このため、これらを個別に検討する必要はなかろう。以下では、それらの代表として、舟橋博士の説及びその原型となった末弘博士による主張を集中的に分析することとしたい(他の論者の主張は必要に応じて取り上げる。)

本稿が舟橋説に特に注目することには、次の2つの理由がある。

第1に、舟橋説は差止請求権の①発生根拠、②発生要件及び③体系的位置という各要点について、諸説の中で最も詳しく(また逸早く)分析し、具体的な解釈論を提示しているためである。

第2に、第1の理由とも関連するが、舟橋説には他の論者の主張にも共通する理論的特徴や問題点が現れていると思われるからである。すなわち、舟橋説を具体的に分析することによって違法侵害説の一般的な特質などを把握しうるものと考えられる。

それでは、まずは末弘博士の主張を見ることにしよう。

---

権利が侵害されている(その危険が差し迫っている)場合には、侵害者(右不作為義務の違反者)に対して、414条3項に基づき右不作為義務の履行、すなわち侵害の差止を請求することができる。③差止請求権の具体的な成否は、「権利侵害(のおそれ)」があるか否かとして吟味される。④侵害者の故意または過失は、不作為義務の履行請求たる差止請求の要件にはならない、と。本稿は、上記法律構成のうち①に疑問を感じる。すなわち、709条が、その前提において、いわば社会における一般的な規範(ルール)として権利侵害を禁止していると解しうるのは加賀山教授の言われるとおりであるとしても、そのことから直ちに、同条(の前提)が、特別な法律関係にはない私人間に、裁判上の強制履行を直ちに求めうる具体的請求権とそれに対応する具体的義務とを設定するものである、と構成することはやや困難ではなかろうか。いずれにしても、上記①～④の内容からも窺われるように、上記法律構成を支える基本的発想ないしその実質的な主張内容に着目すれば、加賀山教授の見解は、これから分析する違法侵害説とほとんど異ならないものと思われる。そのため、ここで違法侵害説と関連させて加賀山説を分析した次第である。

## 2 末弘博士の主張

かつて不可侵性理論を主張された末弘博士はその後、見解を改めら<sup>(301)</sup>れて、違法侵害説の原型ともいべき主張を展開された。すなわち、末弘博士によって、この説を支える 2 つの基本的発想が示された。第 1 が差止請求権の発生根拠に関するもの、第 2 がその発生要件に関するものである。それぞれについて、末弘博士は以下のように述べられる。

### (1) 差止請求権の発生根拠

伝統的に、物権的請求権理論の下、差止請求権により保護されうる者は物権（類似の排他的支配権）の保持者に限定されるものと考えられてきた。しかし、「元来…妨害排除や妨害予防の請求を許すべきや否やの問題は、理論上先づ第一に被害権利が物権なりや否やによって豪も異別に考へらるべき事柄ではない。如何なる権利の侵害についても、妨害排除若くは妨害予防の請求を許すことが被害者の救済上必要であり又それが法律的正義の見地から見て妥当なりと考へられるならば、広く之を許すべきが寧ろ当然<sup>(302)</sup>である」。とすれば、このような結論を導くことのできない物権的請求権理論は、これを克服しなければならない。すなわち、「物権的請求権理論そのものを根本的に棄てて、事を独り物権に限局せず、広くすべての権利侵害に対する救済手段として如何なる条件の下に妨害排除…の請求を許し得べきかを衡平法的見地から考究し、新たに積極的に統一的理論を樹立<sup>(303)</sup>する」べきである。

---

(301) 同旨と思われるものとして、好美・前掲（注16）「妨害排除請求権」178頁、同・前掲（注257）「不動産賃借権侵害」552頁（これらは、本文で以下に整理する末弘博士の主張を「末弘（後期）」説と呼び、博士による不可侵性理論の主張から区別する。）。なお、不可侵性理論以前から違法侵害説に至るまでの末弘説の発展過程を簡潔に整理したものとして、舟橋諄一「物権と債権との区別—わが国における学説、特に末弘理論の発展について—」民事研修150-27（1969）。

(302) 末弘・前掲（注291）「再検討」232頁。

(303) 末弘・前掲（注291）「再検討」231頁。なお、引用文中の「権利」に、権利とは呼べない純然たる利益までもが含まれるか否かは明らかでない。

## (2) 差止請求権の発生要件

他方、そのような統一理論に基づき広く権利一般に差止請求権による保護を認めるとしても、全ての権利を同一の要件の下で保護するべきではない。むしろ、ある権利侵害を違法と判断すべき場合、換言すれば差止請求権の発生要件の具体的内容は、「権利の種類・権利の目的物・侵害の種類態様・侵害の結果被害者の蒙るべき損害の程度態様・妨害排除を実現する為め加害者に要求せらるる犠牲の程度等に応じて色々に定めらるべき<sup>(304)</sup>」である。すなわち、「現実的な妨害排除又は予防の請求は、被害権利が物権なると否とに関係なく広く許さるべきであるが、それを許す条件はそれを許すことが果して必要なりや否や及びそれを許すことが法律的正義の見地から見て妥当なりや否やに依って一般的に考究せらるべき問題<sup>(305)</sup>」なのである。

## (3) 分析

以上からも理解されるように、末弘博士の主張は、あくまで博士の考えられるあるべき差止請求権理論の基本構想を示したものに止まる。実際、その理論的根拠の論証や具体的な問題点の検討などはほとんど行われていない。

しかし、上記主張はいずれも違法侵害説の基盤を成す重要な発想である。特に、発生要件に関する主張にはこの説と不可侵性理論との明確な相違点を見出すことができよう。すなわち、前述のとおり、後者が—その支持者の意図に反して—あらゆる権利を同一の発生要件によってしか保護しえなかった（それゆえに理論的に破綻せざるを得なかった）のに対して、前者は、末弘博士により示されたその原型において既に、被侵害法益の種類、侵害行為の態様などに基づいて差止請求権の発生要件を柔軟化或いは個別化しうる可能性を内包していたものという。

(304) 末弘・前掲（注291）「問題」238頁。

(305) 末弘・前掲（注291）「再検討」233頁～234頁。

### 3 舟橋説

末弘博士による上記 2 つの主張の「承継者として」<sup>(306)</sup>、それぞれを深化させ、さらに独自の見解をも加味してそれらを 1 つの理論にまとめられたのが、舟橋博士である。後述するように、差止請求権の具体的成否に関する判断方法として博士が 709 条に関するいわゆる相関関係説を援用されたことから、舟橋説は相関関係理論とも呼ばれる。また、この名前のためか、不法行為法的構成の一種であるかのように誤解されているところもあるが、これも歴とした違法侵害説である<sup>(307)</sup>。

本稿の見るところ、その特徴は、大きく次の 3 点にまとめられる。

第 1 に、この説は差止請求権の発生根拠を直接に被侵害利益の「保護の必要性」そのものに求める。第 2 に、この説によれば、差止請求権の具体的な成否は当該事案における侵害者、被侵害者双方に関する諸事情の相関的衡量によって決定される。第 3 に、この説は差止請求権をその保護法益にとって外在的な存在として把握する。かつ、右請求権は不法行為損害賠償請求権とは峻別された独自の法的保護手段であると主張する。

これらのうち、前二者は末弘博士の主張が発展したものであり、第三点（特にその前者）は舟橋博士によって明確にされた点である。以下、それぞれの内容を分析しよう。

#### (1) 差止請求権の発生根拠

##### ア 舟橋博士の主張

まず、舟橋博士は、差止請求権の発生根拠について次のように主張される。

伝統的な物権的請求権理論や不可侵性理論は、差止請求権を物権（類似的排他的支配権）や（債権をも含むような広い意味での）権利一般の性質と理解する。そのため、これらによれば、物権や権利以外の法益には原則

(306) 舟橋・前掲（注21）「補説」7頁。

(307) 舟橋説を違法侵害説に分類するものとして、澤井・前掲（注18）『法理』44頁、87頁～88頁、同・前掲（注24）「差止請求」327頁。



として差止請求権による保護を認めることができない。しかし、「七〇九条の「権利」侵害さえ、現在では違法性の観念をもって置きかえられ、不法行為によって保護される被侵害利益は、「権利」にかぎらず、広く一般に法的保護に値する利益であればよいと解されるに至っているのだから」、<sup>(308)</sup>差止請求権により保護されるべきものもまた「同様に、…一つの利益…でありさえすれば足りる」<sup>(309)</sup>ものと解すべきである。したがって、このような結論を排斥する伝統的な発生根拠論は妥当ではない。<sup>(310)</sup>

では、差止請求権の理論上の発生根拠とは何か。結論として、それは被侵害利益の保護の必要性そのものである。すなわち、「およそある法的保護に値する利益—物権、債権はもとより、公害から護られるべき生活利益やプライバシーの利益をも含めて、それらの利益—が侵害された場合に、法がそれを救済するためには、…その侵害が現在および将来の（ものである）場合には、侵害を差し止めるなど現に存在する侵害を排除し、将来の侵害を予防するほかはない。侵害排除…請求権の『積極的根拠』は、要するに、ある利益が侵害された場合に法がこれに救済を与えなければならないとするならば、現在および将来の侵害に対する救済方法として侵害排除の請求を認めざるをえないということにある」。<sup>(311)</sup>

#### イ 批判及び反論

以上の立論に対しては、学説上、それは「結果の妥当論、政策論に過ぎない」<sup>(312)</sup>との批判が加えられている。

(308) 舟橋・前掲（注147）『物権法』33頁～34頁。

(309) 舟橋・前掲（注147）『物権法』34頁。

(310) 舟橋博士による伝統的な物権的請求権理論や不可侵性理論に対する批判はこれだけに止まらない。その他のものについては、舟橋・前掲（注147）『物権法』33頁～36頁を参照されたい。

(311) 舟橋・前掲（注292）「物権的請求権」383頁～384頁。但し、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、同・前掲（注22）「法理」17頁も同旨を説く。

(312) 好美・前掲（注16）「妨害排除請求権」179頁。但し、同時に、好美博士は舟橋説を好意的に評価されている。好美博士曰く「私は、舟橋説から教えを受け迷い

しかし、舟橋博士はこれに次のように反論される。

被侵害利益の要保護性を根拠として差止請求権が発生することは、法益に対する過去の侵害（から生ずる損害）を救済する手段として不法行為損害賠償請求権が被害者に付与されるのと同様の趣旨によるものであり、何ら不思議ではない。反対に、「もしこの説明を不服だとされるならば、（舟橋説を批判する論者は）過去の侵害（より生ずる損害）に対する救済方法である不法行為制度について、いったい、その「積極的根拠」をどのように説明せられるであろうか<sup>(314)</sup>」、と。

#### ウ 小括

このように、舟橋博士は差止請求権の発生根拠を「違法な侵害を受けた利益の要保護性」に求められる。これは「保護に値する利益への違法な侵害」を差止請求権の発生根拠と解することと実質的に異ならない。したがって、差止請求権の発生根拠として人格権などの「権利を…もち出さなくても、違法な侵害を受けているからそれを排除するといえさえすればよい<sup>(315)</sup>」との加藤博士の主張、「[社会的に是認され定型化された利益]への違

---

を覚えつつも、法的保護の拡大の仕方の方法論的な面でまだためらい、同説に踏みきれないでいる」(同・前掲(注44)「構造(下)」118頁)。しかし、これは「きわめて魅力的」(同・前掲(注16)「妨害排除請求権」179頁)な見解であり、また、不法行為法的構成は舟橋説の「方向へ発展させられるべき議論だと思われる」(同・前掲(注44)「構造(下)」118頁)。

(313) 舟橋・前掲(注292)「物権的請求権」379頁。なお、後述するとおり、舟橋博士が差止請求権の発生根拠を不法行為法そのものに求められるわけではないことを、念のために付言しておく。あくまで、博士は、差止請求権制度の趣旨が、民法上に不法行為法(制度)が設けられ、被害者に損害賠償請求権という保護手段が認められることの趣旨—被害者の要保護性—と同様であると解しうることを主張されているに過ぎない。以上につき本稿と実質的に同旨を説くものとして、つとに藤岡・前掲(注183)「序説」179頁～180頁。

(314) 舟橋・前掲(注292)「物権的請求権」384頁。但し、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。同様の主張として、同・前掲(注22)「法理」17頁～18頁。

(315) 加藤・前掲(注44)「序論」20頁。

法な侵害のおそれがあり、且つ差止の必要があれば、(差止請求の)訴が許される、と考える」<sup>(316)</sup>との藤岡教授による主張、さらには「不作為請求権(差止請求権のこと。以下同じ。筆者注)は、…およそ法的に保護される権利その他の法益に対して違法な侵害が切迫しているという事実があれば、<sup>(317)</sup>それに基づいて、主張できるものと解される」<sup>(317)</sup>との上村博士の主張も、差止請求権の発生根拠に関しては、全て舟橋説と同趣旨を説くものであると言えよう。

## (2) 差止請求権の発生要件

次に、差止請求権の発生要件(その具体的な成否の判断方法)に関する舟橋博士の見解を検討する。

既に見たように、博士は、広く法益一般に差止請求権による保護を認めようとする。だが、これは全ての法益を同じ要件により保護すべきことを唱えるものではない。<sup>(318)</sup>すなわち、舟橋博士は、以下のように差止請求権の成否を具体的な事案ごとに個別に判断すべきであると主張される。

### ア 相関関係説の援用

例えば一本稿も指摘したように一不可侵性理論によれば、「いやしくも権利である以上、これに対する侵害が、常に妨害排除請求権を生じさせることとなるわけであって、その結果が不当なことは、いうまでもない」<sup>(319)</sup>。そこで、この轍を踏まないためには、個別の事案ごとに様々な事情(各当事者の相対立する利益等)を勘案して、ある法益侵害が「違法」と評価されるか否かを具体的に判断することにより結論の妥当性を担保する必要がある。

ところで、周知のとおり、不法行為損害賠償請求権の成否に関する判断

(316) 藤岡・前掲(注183)「序説」112頁。但し、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、同論文183頁にも同旨の主張が見られる。

(317) 上村・前掲(注299)「一問題」65頁(さらに55頁)。同旨として、同・前掲(注299)「機能」285頁～286頁。

(318) 舟橋・前掲(注22)「法理」18頁。

(319) 舟橋・前掲(注147)『物権法』29頁。

について、いわゆる相関関係説が広く支持を集めている。これは、被侵害利益の種類・性質（その要保護性の程度）と侵害行為の態様（その悪性の程度）とを相関的に衡量して、行為の違法性の有無を決しようとするものである。そこで、差止請求権にもこの説を適用すれば、先述したような具体的な利益衡量を行うことが理論的に可能となる。<sup>(320)</sup>

#### イ 具体的な利益衡量のあり方

では、具体的にどのように利益衡量を行うべきか。どのような事情が考慮され、いかなる場合に差止請求権の発生が認められるのか。

まず、舟橋博士は、差止請求権の具体的な成否を決するために考慮されるべき事情として、次の5つを挙げられる。

すなわち、①被侵害利益の法的尊重の度合い（被侵害利益の強固さ、法的保護の厚薄の程度）、<sup>(321)</sup>②侵害行為の悪性の度合い（犯罪性の有無・程度、公序良俗違反の程度、信義則違反の有無、侵害者の権限の有無、権利濫用の有無、公益性の有無などの行為の客観的側面、及び害意、故意、重過失、軽過失などの行為の主観的側面双方を問題とする。）、③被侵害者の事情（悪性として侵害発生に対する被侵害者の重過失の存在、良性として被侵害者に妨害排除を求める特別の正当事由があることなど）、④侵害の排除をもし許した場合にこれにより侵害者が受けるべき不利益ないし犠牲の程度、⑤侵害の排除をもし許さなかった場合にこれにより被侵害者が受けるべき不利益の程度、の5つである。<sup>(322)</sup>

(320) 以上につき、舟橋・前掲（注22）「法理」7頁～9頁、18頁～19頁。

(321) 舟橋・前掲（注292）「濫用」27頁によれば、被侵害利益の要保護性の程度は、当該利益の「種類ないし性質」（対抗力ある物権、対抗力ある利用権的債権、対抗力のない物権、対抗力のない利用権的債権、特定物債権、種類物債権、事実上の支配など）及びその「客体」の内容（不動産（そのうち宅地、農地、山林、住家、工場などの別）、動産（そのうち自動車かカメラか書籍かリングか金銭などの別）、営業、生命、名誉など）に応じて、種々異なりうる。同・前掲（注147）『物権法』37頁注（一）も同旨を説く。

(322) 舟橋・前掲（注292）「濫用」27頁～28頁。不法行為損害賠償請求権の成否については問題とされない④と⑤とが差止請求権（妨害排除請求権）に関しては考慮さ

次に、これらの衡量の具体的なあり方について、一般的には、例えば、被侵害利益が所有権のような要保護性の強い利益であるならば、侵害行為の態様が何ら悪性を帯びないものであっても、被害者は差止請求権によって保護されなければならない、とされる<sup>(323)</sup>。これに対して、特定物債権のように、本来、自由競争にさらされるべき性質を持つ（その意味で要保護性の弱い）法益は、侵害行為が相当の悪性（犯罪性、公序良俗違反、信義則違反など）を備えているときに初めて保護されることとなる<sup>(324)</sup>。

## ウ 小括

### (ア) 特徴

以上が、差止請求権の発生要件に関する舟橋説の大要である。ここで、その特徴を3点ほど指摘したい。

第1に、舟橋説のいわゆる「相関的判断」という枠組みは、「2つの事柄相互の関わり合い」というような厳密な意味における「相関」衡量というよりも、前述した①～⑤の全事情の「総合」衡量を志向するものであると解される。

第2に、舟橋博士が上記②の要素において侵害者の主観的事情（故意、過失など）をも考慮されていることからも明らかなように、ここにいわゆ

---

れるべき理由につき、同・前掲（注147）『物権法』36頁～37頁は、「不法行為の場合には、その効果として、いわば抽象的な、代替性の強い金銭支払義務を生ずるにすぎない」のに対して、妨害排除請求権は旧来の事実状態を復原するものであり、当事者双方に新たに重大な利害関係を生ぜしめるためである、とする。なお、同・前掲（注292）「物権的請求権」380頁では、④と⑤の各要素には、侵害者、被侵害者のもののみならず、「社会公共」の受ける利益、不利益も含まれる、とされている。

(323) 舟橋・前掲（注147）『物権法』38頁。但し、この点に関連して、後述する違法侵害説の第1の問題点をも参照されたい。

(324) 舟橋・前掲（注147）『物権法』38頁。但し、同・前掲（注292）「濫用」28頁は、前記「五つの事情が具体的にどのように比較考量されて妨害排除請求権の成否が判定されるかは、判例によってしだいに明らかにされるべき事からである」、とする。

(325) 但し、加藤・前掲（注44）21頁及び上村・前掲（注299）「一問題」66頁、同・前掲（注299）「機能」287頁、同・前掲（注299）「問題点」33頁は、差止請求権の成否を判断するに当たって侵害者の主観的事情、特に故意、過失の有無を考慮するこ

る侵害の違法性は、一般に物権的請求権の成立要件とされる「客観的違法性」(侵害者の故意、過失の有無など主観的事情によって影響されない)と同義ではない。<sup>(326)</sup>

また、後述するように、違法侵害説は、差止請求権と不法行為損害賠償請求権とをその制度趣旨ないし機能の点で異なるものと解し、両者を峻別するべきであると説く。このことから考えて、違法侵害説が侵害者の故意や過失の有無などを差止請求権の成否の判断に際して考慮するとしても、右主観的事情は、709条の場合とは異なって、侵害者の帰責事由として考慮されるのではないと言えよう。私見によれば、それらはいわゆる主観的違法要素として機能するものと思われる。

#### (イ) 小括

ここまでの小括として、違法侵害説を支持する他の論者の主張をも見ておこう。

この点、藤岡教授は、舟橋説と実質的に同旨を次のように述べられる。<sup>(327)</sup>  
 「率直に「社会的に是認され定型化された利益」には原則として不作為の訴(差止請求権のこと。筆者注)の保護が与えられると考えたい。その場合には…、違法な侵害のおそれがあることのほかに差止を認める必要性が利

とに反対するようにも見える。この問題をいかに解すべきかに関しては、終章にて分析することとしたい(ここで論ずるよりも、その方が問題の所在をより明らかにしうるため)。

(326) 澤井博士は、舟橋説をも含めて違法侵害説一般を、法益に対する「客観的に違法な侵害があれば」差止請求権の発生を認める説と定義される(澤井・前掲(注18)『法理』44頁、同・前掲(注24)「差止請求」327頁)。しかし、もし澤井博士の言われる「客観的に違法な侵害」が物権的請求権の発生要件としての「客観的違法性」と同内容であるとすれば、右定義は適切ではない。

(327) 藤岡・前掲(注183)「序説」183頁。なお、引用した文章中の「違法」とは、文脈から判断するに、いわゆる有責性とは区別された「客観的違法」を意味するものと解される。また、右文章の後には、侵害者の「有責事由は必要性を考える際の一事由にすぎないと思う」との一文が続く。しかし、これは、右論文が同『損害賠償法の構造』(成文堂、2002)323頁以下に収められた際に削除された(同書408頁参照)。

益衡量によって判断されなければならない」。

また、上村博士も同様に、差止請求権の具体的な成否は「侵害されようとする利益の種類や性質と、切迫している侵害行為の態様との相関関係において判断しなければならない」、その際には「不作為請求権を認めることにより相手方に生ずる不利益と、不作為請求権を認めないことにより請求者に生ずる不利益とを具体的に比較衡量する必要がある」とされる。<sup>(328)</sup><sup>(329)</sup>

### (3) 差止請求権の体系的位置

最後に、差止請求権が現行民法体系上に占める位置（保護法益との関係や特に不法行為損害賠償請求権との異同）に関する舟橋博士の主張について分析する。

#### ア 法益外在的な差止請求権

まず、博士は伝統的な物権的請求権理論や不可侵性理論を批判して、次のように言われる。

すなわち、これらにおいては、差止請求権は「権利の性質」にもとづくものとされるのです。しかし、権利に対して救済が与えられることが、はたして、権利の「性質」なのでしょうか。…私は、救済はいわば権利の外から与えられるものであって、権利に内在的な「性質」ではないと考えます<sup>(330)</sup>」。

思うに、舟橋博士はこの分析によって差止請求権を、権利をも含めた法益一般に対する外在的存在として、つまり法益にその外から与えられる保護手段として捉えるべきことを示唆されているものと言えよう。

なお、違法侵害説を支持する他の論者の論稿には、この点（差止請求権とその保護法益との理論的關係）につき具体的に分析するものは見当たらない。

(328) 上村・前掲（注299）「機能」288頁。同旨として、同・前掲（注299）「問題点」34頁。

(329) さらに、安次富・前掲（注297）「法理」103頁も、諸事情の相関的衡量によって公害に対する差止請求の許否を決すべきである、とする。

(330) 舟橋・前掲（注21）「補説」8頁。



い。だが、私見によれば、舟橋博士の上記見解はそれらによっても支持されうる（少なくとも、それらの主張と矛盾しない）ものと考えられる。

#### イ 不法行為法的構成との相違

また、舟橋博士は差止請求権を不法行為法（709条）そのものの効果と解することに反対され、不法行為法的構成には与しない旨を明らかにされる。その理由は、不法行為法的構成のように解することは「民法七〇九条以下の建て前」に反し、現行法の解釈論として説得力に欠けるからである。<sup>(331)</sup>博士曰く、「不法行為の効果としての原状回復請求権は、過去においてすでに生じた損害を填補する一つの方法としてなされるにすぎないのであって、これによって、現になされている侵害を排除したり、将来なされるべき侵害を予防したりすることはできない。後者の目的のために認められるのが、物権的請求権ないし妨害排除請求権<sup>(332)</sup>であって、両者は、区別されなければならない」。

(331) 舟橋・前掲（注22）「法理」12頁。

(332) 舟橋・前掲（注147）『物権法』26頁～27頁。但し、舟橋博士は、後に同・前掲（注21）「補説」8頁～9頁において次のように述べられている。すなわち、物権的請求権のうち、「侵害排除（返還を含む）請求権…の内容は、侵害のなかった元の状態に還すこと、すなわち原状回復を請求しうることですが、これは、過去の侵害に対する損害填補として…認められる救済方法です。したがって、この原状回復請求権も、不法行為（民法七〇九条以下）の効果です」。つまり、舟橋博士は、差止請求権の一典型たる物権的請求権のうち返還請求権及び妨害排除請求権を共に不法行為法の効果である「原状回復（損害賠償）」請求権と同視されているのである。それゆえ、この記述と本文にて引用した記述とは矛盾するのみならず、前者からすれば、博士は差止請求権の発生根拠に関して実質的に不法行為法的構成に与えられる（或いは同論文において不法行為法的構成に改説された）ようにも見える。しかし、私見は、上記記述を根拠に舟橋博士が改説等をされたと解することは妥当でない、と考える。なぜなら、舟橋博士は、同じ論文の9頁において、物権的妨害予防請求権を「侵害予防・差止請求権」と呼ばれ、不法行為法の効果たる「金銭賠償または原状回復」請求権とは区別されているからである。つまり、博士は、あくまで差止請求権は不法行為法の効果ではなく、独自の根拠に基づいて発生するとの見解（違法侵害説）に立たれつつも、それは未だ現実には発生していない侵害を予防するための「侵害予防・差止請求権」に尽きる、と考えられていたものと思われる。では、



この点、同じく違法侵害説を支持される上村博士もまた、次のように述べられる。すなわち、「不法行為に基づく損害賠償請求権は、既になされた違法な侵害行為に対するサンクションとして、報復的な機能を有するも

---

舟橋博士が旧来の見解（上記『物権法』26頁～27頁の記述）を修正されて、物権的返還請求権及び妨害排除請求権を不法行為損害賠償（原状回復）請求権と同視されるに至った理由とは何か。それは以下のような論理展開の結果である。すなわち、かつて舟橋博士は次のように説かれていた。ある法益に対する侵害には次の3種類がある。「現在の侵害」、「将来の侵害」そして「過去の侵害」である。このうち「過去に侵害があった場合、つまり侵害が過去の事実となった場合に、…侵害によって生じた損害を金銭で填補して価値的に元の状態に戻すのが損害賠償であって、民法の不法行為…はこれを」定めたものである（同・前掲（注22）「法理」16頁～17頁）。これに対して、「現に生じつつある侵害または将来生ずるであろう侵害に対し、これを排除または予防」する方法として、民法上、（物の返還を含む）妨害排除及び妨害予防請求権が存する。この場合、「厳密な意味における現在の侵害からは、いまだ損害が発生していないわけだから、不法行為による救済は役立たない。将来の侵害については、なおさらである」、と（以上、同・前掲（注29）「物権的請求権」379頁）。しかし、その後、博士はこのような考え方を以下のように改められた（同・前掲（注21）「補説」8頁～9頁）。すなわち、「現在の侵害は瞬時にして過去の侵害になるので、法律上は過去の侵害として取り扱うほか」ない。それゆえ、①法益に対する侵害には「将来の侵害」と「過去の侵害」の2種類しか存在しない。②前者に対する保護手段が「侵害予防・差止請求権」であり、後者に対する保護手段が「侵害排除（返還を含む）請求権」及び不法行為損害賠償（原状回復）請求権である。したがって、③「過去の侵害」に対する保護手段たる点において「侵害排除（返還を含む）請求権」と損害賠償（原状回復）請求権とは同じ機能を果たすものである、と。つまり、舟橋博士の従来的見解において「現在の侵害」と観念されていたものが全て「過去の侵害」と見なされたために、それまで前者に対する保護手段であるとされていた「侵害排除（返還を含む）請求権」もまた後者に対する保護手段として捉え直された。その結果、これと一同じく「過去の侵害」に対する保護手段たる一原状回復（損害賠償）請求権とが実質的に同視されることになったのである。しかしながら、舟橋博士による以上の立論には問題がある。すなわち、私見によれば、ある法益に対する「現在の侵害」は、単なる時間の経過によって「過去の侵害」に変化するものではない。なぜなら、博士がかつて前提とされていた「現在の侵害」、「将来の侵害」、「過去の侵害」という区別は、「侵害」の内容上の質的な差異に基づく区別であると解されるからである。すなわち、前二者にいわゆる「侵害」とは、例えばある物がその所有者の下を離れ、現在さらには将来にわたって無権利者の占有下に置かれる場合のように、まさに当該利益のあるべ

のであ…る。それに対し、不作為請求権は、…相手方に対し、その行為自由の限界を知らせ、侵害行為をしないよう警告し、侵害を予防するという機能を担うものである。こうした機能の相違からもわかるように、不作為請求権は、不法行為の効果ではない<sup>(333)</sup>」。

き法状態の実現が阻止されている状況を意味する（舟橋博士も「物権の円満な状態が侵害され」たことが物権に対する妨害に当たるとされていた。同・前掲（注147）『物権法』26頁）。これに対して、後者は一上記のとおり、まさに舟橋博士自身が述べられているように一「侵害によって生じた損害」（同・前掲（注22）『法理』17頁）、つまりは財産的不利益を意味するものであった（だからこそ、それを「金銭で填補して価値的に元の状態に戻す」ことが必要となる。）。このように、「将来及び現在の侵害」と「過去の侵害」との間には、内容上の質的相違が存する。そして、以上の分析からも明らかなように、この相違は、本稿が既に明らかにした「侵害」と「損害」との差異に他ならない。とすれば、右質的相違は、（少なくとも理論的には）本来、単なる時間の経過によって失われることはないものと思われる。にもかかわらず、博士はこれを、先に引用したごとく「現在の侵害は瞬時にして過去の侵害になる」ということのみを理由に否定されてしまった。そこで、以上の分析によれば、結局、舟橋博士が物権的返還請求権及び妨害排除請求権と不法行為損害賠償請求権とを実質的に同視されるようになった主たる理由は、本稿にて繰り返し強調したとおり、理論上峻別されるべき「侵害」と「損害」とを博士が合理的理由なく混同されたためである、と考えられるのである。したがって、結論として、舟橋博士による上記立論は成り立ちがたいものであると言えよう。物権的返還請求権及び妨害排除請求権については、かつて舟橋博士もそのように解されたように、これらをやはり「現在及び将来」の法益「侵害」に対する差止請求権と捉えることが適切である。なお、以下の点にも注意されたい。すなわち、これまでの分析からも明らかなように、舟橋説に右混同が発生したのは、博士が積極的に差止請求権の発生根拠を不法行為法に求められたためではない一むしろ、それとは無関係の理由によるものであった一ということである。つまり、このことから、本脚注の冒頭にて引用した同・前掲（注21）「補説」8頁～9頁における記述のゆえに舟橋博士が実質的に不法行為法的構成に与えられるに至ったと解すべき理由はないことが明らかとなる。以上要するに、やはり舟橋博士は一貫して違法侵害説に立たれているものと解することが妥当であると思われる。また、これまでの分析に基づき、本稿では、前記矛盾する2つの記述のうち博士の基本的立場（違法侵害説）から見てより適切であり、「妨害排除（差止）」と「原状回復（損害賠償）」との異同に関する本稿の分析に照らしても理論的により妥当と解される記述（同・前掲（注147）『物権法』26頁～27頁）を舟橋説の主張とすることにした次第である。

(333) 上村・前掲（注299）「機能」287頁。同旨として、同・前掲（注299）「一問題」

#### ウ 小括 —他説との相違—

そこで、以上をまとめるならば、舟橋博士は、差止請求権を、①権利や利益にとって外在的な、かつ②不法行為損害賠償請求権とも明確に区別された独自の法的保護手段として民法体系上に位置付けるべきことを主張されているものと理解される。換言すれば、舟橋説（さらに違法侵害説）は、差止請求権（の発生根拠）の体系的位置に関する考え方につき、①の点で不可侵性理論及び伝統的な「物権の請求権理論という亡霊」<sup>(334)</sup>と、②の点において不法行為法的構成とそれぞれ明確に一線を画すものである。

### 4 違法侵害説の再構成

#### (1) 疑問 —差止請求権の形式的な発生根拠—

これまで、舟橋説に代表させながら、差止請求権の発生根拠、発生要件（具体的な成否の判断方法）及び体系的位置に関する違法侵害説の主張をそれぞれ整理してきた。しかし、右整理を基に考えてみると、差止請求権の発生根拠に関するこの説の主張には1つの疑問が残る。それは、この説における差止請求権の形式的な（或いは法解釈論上の）発生根拠とは何か、という疑問である。

すなわち、既に見たように、違法侵害説は、被侵害法益の要保護性が差止請求権の発生根拠であると主張する。思うに、そこでいわれている発生根拠とは、いわば実質的な根拠と言うべきものであろう。しかし、私見によれば、問題とされるべきことは、むしろ次の点である。すなわち、ある法益を差止請求権によって保護することが実質的に妥当であり、また必要であるとしても、とりわけ差止請求権に関する一般的な明文規定を持たない我が国の現行民法典の下で、右差止請求権はどのような理論的或いは形式的な根拠に基づいて発生しうるのであろうか。

以上を、これまでに分析した諸説を再度想起しながら敷衍しよう。権利

66頁、同・前掲（注299）「問題点」32頁。

(334) 舟橋・前掲（注22）「法理」18頁。

的構成及び不可侵性理論は差止請求権を「排他的支配権たる権利」(権利の構成)或いは「債権などを含めた広い意味での権利」(不可侵性理論)の性質と構成する。他方、不法行為法的構成では、差止請求権は不法行為法(709条)の効果であるとされる。つまり、これらにおいては、法概念や民法上の明文規定によって、差止請求権の理論的或いは形式的な、法解釈論上の発生根拠が一その当否は別として、一応一基礎付けられている。では、違法侵害説はこの点につきどのように解するのか。排他的支配権や権利一般の不可侵性から生ずるものでもなく、不法行為法の効果でもないとするれば、差止請求権は理論上或いは形式的に何から或いは何に基づいて発生するのであろうか。

## (2) 分析

私見によれば、違法侵害説に立つ論者はこの点を必ずしも十分に明らかにしていない。これが、違法侵害説に解釈論としての説得力が欠ける理由の1つである、との指摘もある<sup>(335)</sup>。しかし、この説に関する先の整理を踏まえて考察するならば、違法侵害説は差止請求権の理論的或いは形式的な発生根拠について次のように解するものと推測される。

### ア 法益外在的な差止請求権制度

手がかりとなるのは、差止請求権は保護法益にとって外在的な救済手段である、との舟橋博士による前記主張である<sup>(336)</sup>。これは、直接には差止請求権と保護法益との関係について述べたものであり、博士が自説と伝統的な物権的請求権理論などとの相違を明らかにしようとされたものである。しかし、私見によれば、この主張をさらに次のように展開しうるものと解される。

(335) 澤井博士曰く、違法侵害説の「問題は論理的根拠がないだけに、決定的な説得力がな」いことである(澤井・前掲(注18)『法理』49頁～50頁)。

(336) 先述のとおり、この主張は、舟橋博士以外の違法侵害説の支持者によっても受容されうるものと考えられる。そのため、右主張を端緒として本文にて以下に展開する分析は違法侵害説一般に妥当するものである、と言うことが許されよう。

すなわち、差止請求権が保護法益の外から与えられるとするならば、論理的にはそのように差止請求権を保護法益に対して外から付与する法制度ないしは法原理を想定することが可能であり、また理論的な説明として必要となる。つまり、舟橋説（違法侵害説）による上記主張を合理的に理解しようとするれば、この説は以上のような法制度ないし法原理、別言すれば差止請求権制度と呼ぶべきものを現行民法体系上に想定する見解である、と解すべきことになるものと思われるのである。とすれば、この説において、差止請求権の理論的或いは形式的な発生根拠とは、まさに右差止請求権制度それ自体であると言えよう。すなわち、違法侵害説は差止請求権の理論上の或いは形式的な発生根拠を法益外在的な差止請求権制度に求める学説である、と考えることができる。

さらに、違法侵害説の主張を以上のように展開するならば、それに合わせて、これまでに整理した差止請求権の発生根拠、発生要件及び体系的位置に関するこの説の主張の意味をそれぞれ—その実質を変化させることなく—以下のように新しく捉え直すことが可能となる。

#### イ 差止請求権制度の発動要件

まず、①差止請求権の発生根拠は被侵害利益の要保護性ないしは違法な侵害の存在そのものであるとの主張、及び②差止請求権の具体的な成否（右要保護性或いは違法な侵害の存否）は諸事情の相関的な利益衡量に基づいて判断されるべきであるとの主張について。差止請求権の理論上の発生根拠を上記差止請求権制度そのものと考えたとすれば、右①及び②の各主張は、以下のように右制度の内容或いはそれが発動されるための要件を明らかにしたものとして理解することができよう。

すなわち、違法侵害説によれば、差止請求権の理論上の発生根拠とは差止請求権制度である。では、どのような場合に右制度が実際に発動され、それにより差止請求権が発生するのか。それは、「諸事情の相関的な利益衡量の結果、ある法益が違法に侵害されており、その保護が必要であると判断される場合」である、と。

## ウ 不法行為法との峻別

次に、③差止請求権は不法行為（法）の効果ではないとの主張について。私見によれば、これは、違法侵害説が差止請求権の理論的発生根拠として想定する差止請求権制度と不法行為法との異同に関する主張として把握し直すことができる。すなわち、端的に言えば、右主張は、差止請求権制度と不法行為法とが峻別されるべきであるとの主張、さらに前者は独自の法制度として民法体系上に位置付けられるべきであるとの主張として理解されうるものと考えられる。

## エ 小括 ―違法侵害説の再構成―

そこで、以上の分析に大きな誤りがないとすれば、それに基づき違法侵害説の主張を次のように再構成することが許されよう。

すなわち、①差止請求権の理論的発生根拠は差止請求権制度ともいうべき 1 つの法原理ないし法制度である。②右制度は「諸事情の相関的な利益衡量の結果、ある法益が違法に侵害されており、その保護が必要であると判断される場合」に発動され、その結果、被侵害者に差止請求権が付与される。③差止請求権制度は民法体系上、不法行為法とは区別された独自の制度として位置付けられるべきである。

そして、このような再構成により、従来その不分明なることを批判されてきた違法侵害説における差止請求権の理論的ないし形式的な発生根拠、さらにはこの説の論理構造の全体像（前記各主張の相互の関係）がより明確になるものと思われる。

## 5 問題点及びその解決

では、以上を前提として、分析を一步先に進めることにしたい。すなわち、以下では、これまでに整理し、また本稿なりに再構成した違法侵害説の問題点を検討する。それは、差止請求権の成否を相関（総合）的な利益衡量によって決しようとする判断形式に係わる。具体的には、①「権利」の意義を希釈する危険性、②保護法益ごとに差止請求権の成立要件を類型

化する必要性の2つである。

(1)「権利」の意義を希釈する危険性 —第1の問題点—

ア 問題点

前述のとおり、不法行為法的構成は、この説が差止請求権の成否、つまりは法益侵害の違法性の存否を一般的な利益衡量によって判断することについて批判を受けている(同説の第5の問題点)。その核心は、そのような判断方法には、生命、身体或いは物権等の「権利」(排他的支配権)など本来、絶対的に保護されるべき法益が第三者によって客観的(形式的)に侵害されている場合であっても、右侵害を直ちに違法とは認めずに、加害行為の態様や公共性などとの衡量を行いうる—その結果、場合によって違法性を否定しう—余地が少なくとも理論上、広く一般的に認められる点にあった。すなわち、このように「権利」を一般的な利益衡量における1つの判断要素に過ぎないものと捉えるならば、その意義は「当該利益の処分に関するその受益者の意思決定の完全な自由を認められたもの(それゆえ、それに対する他者の干渉は原則として許されないもの)」から単なる「法的保護を受けうる地位」にまで希釈されてしまう。その結果、「権利」から「客観的(形式的)な「権利」侵害は原則としてそれだけで違法である」という違法性判断の標識としての機能(違法性徴表機能)が失われることになる。これは権利論の放棄に他ならない、と。

このような批判は、同じく相関(総合)的な利益衡量によって差止請求権の成否を具体的に判断するべきであると主張する限り、違法侵害説にもまた妥当しよう<sup>(337)</sup>。

実際に、舟橋博士は、所有権侵害に関して、侵害行為に何らの悪性も認められないときには妨害排除請求権が生ずるものの、他方、「侵害行為が、逆に、強い公共性(悪性が、ゼロからさらにマイナスになると、良性ないし公共性となる)を帯びたものであるときは、妨害排除請求権は否定されるこ

(337) 同旨として、澤井・前掲(注18)『法理』258頁。



ととなろう<sup>(338)</sup>」とされており、「権利」侵害に対する差止請求権の成否は侵害行為の態様(悪性の程度)如何によって決まる、つまりは「権利」に対する客観的(形式的)な侵害があれば原則として(侵害行為の態様等を問わず)直ちに差止請求権が発生するとは必ずしも言えない、と解されている<sup>(339)(340)</sup>ようにも見える。

## イ 分析

このように違法侵害説の主張内容に「権利」の意義を希釈する危険性が含まれているとした場合、ここでさらに検討されるべきことは、この説の理論構成の骨格を維持しつつ、右問題点を合理的に解決しうるか否かである。

### (ア) 相関的利益衡量が導入された理由

そこで、あらためて、違法侵害説が法益侵害の違法性の判断方法として相関的な利益衡量という方式を採用した理由につき検討したい。それは以下のようなものであったと思われる。

すなわち、違法侵害説(末弘博士の主張及び舟橋説)は、差止請求権の保護対象を物権類似の排他的支配権(「権利」)に限定する伝統的な差止請求権理論(権利的構成)を打破して、「妨害排除を広く一般に承認するために

(338) 舟橋・前掲(注147)『物権法』38頁。また、同・前掲(注292)「濫用」31頁をも参照されたい。

(339) 古典的権利論の立場からこのような舟橋博士の見解を厳しく批判するものとして、原島・前掲(注51)「推移」92頁注(158)。

(340) また、末弘博士はその主張を展開されるに当たり、不可侵性理論によって物権的請求権理論を「拡張的」に修正しようとする大審院の動きとともに、土地所有権の侵害に対する妨害排除請求は「権利侵害の具体的事情に鑑み…請求を是認することが社会観念上妥当と考へられる場合にのみ許さるべきであるとする趣旨の多数大審院判決中」に示された同理論の「縮小的修正」の傾向にも注目されていた。末弘・前掲(注291)「再検討」229頁～230頁、234頁。さらに、同・前掲(注291)「問題」240頁は「物権なるが故に無制限に妨害排除の請求を許すべしと考えるのは不当である」とする。この点、神戸・前掲(注24)「考察(二)」437頁は、末弘博士の見解は「諸利益の衡量という判断方法を持込むことによって、…権利…の「排他」的性格を希薄にさせていった」と指摘する。



考え出された法律構成であつた<sup>(341)</sup> (342) 具体的には、「法的保護に値する利益」<sup>(343)</sup>であれば一般に差止請求権によって保護されうると解すべきことを主張した。

しかし、このように差止請求権による保護を広く法益一般に認めるとすると、必然的に次のような問題に直面することになる。すなわち、差止請求権の保護対象に新たに取り込まれた法益の内容や性質が様々であるため、これらを一律に旧来、差止請求権により保護されてきた「権利」と同様の要件(客観的(形式的)な侵害)の下で保護するとすれば、前述のごとく不可侵性理論が既に実証したように、かえって当該保護法益の特質を顧慮することができず、具体的に妥当な結論(右特質に適した要件による保護)<sup>(344)</sup>を導きえなくなってしまう、<sup>(345)</sup>という問題である。換言すれば、違法侵害説は、結論の具体的妥当性を担保するために、保護対象たる法益の性質や侵害行為の態様などを具体的に考慮して、差止請求権の成否を当該法益侵害ごとに個別に、柔軟に判断しうる枠組みをその理論構造の内に用意する必要に迫られた。ここに至って、違法侵害説は、既に不法行為法につき通説としての地位を確立していた相關関係説の援用の下、総合的な利益衡量に基づき差止請求権の成否(発生要件の具備の有無)を判断すべきであると主張して、上記問題を解決しようとしたのである。<sup>(346)</sup>

#### a 相關的利益衡量判断の主たる対象

(341) 藤岡・前掲(注183)「序説」177頁。

(342) 末弘・前掲(注291)「再検討」232頁、233頁～234頁、同・前掲(注291)「問題」240頁～241頁、舟橋・前掲(注147)『物権法』35頁、36頁、同・前掲(注22)「法理」6頁～7頁、同・前掲(注21)「補説」6頁～7頁。なお、同・前掲(注292)「物権的請求権」384頁～385頁をも参照されたい。

(343) 舟橋・前掲(注147)『物権法』33頁、35頁。

(344) この点につき、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—(3)」早稲田法学81-1-125(2005)、159頁～165頁。

(345) 舟橋・前掲(注147)『物権法』29頁。なお、末弘・前掲(注291)「問題」238頁も実質的に同旨であると思われる。

(346) 以上につき、舟橋・前掲(注21)「補説」7頁。

そこで、以上の分析が的を射ているとすれば、そこから第1に、違法侵害説が相関（総合）的な利益衡量に基づき違法性の存否を判断しようとしたのは、本来は、伝統的な理論においては保護されえなかったが、違法侵害説により差止請求権の保護対象に取り込まれた法益、つまりは「権利」以外の法益に対する侵害についてであった、と推論することが可能となる。<sup>(347)</sup>すなわち、この説を主張する論者（末弘博士、舟橋博士）に、「権利」が客観的（形式的）に侵害されればそれだけで直ちに差止請求権が発生する」との原則（「権利」の意義）を総合的な利益衡量により積極的に緩和ないし希釈しようとする意図が、少なくとも主たるもの或いは意識的なものとしてあったわけではない、と思われる。<sup>(348)</sup>別言すれば、違法侵害説が打破しようとしたものは、差止請求権の発生根拠に関する権利的構成（の論理構造）であって、従来、権利的構成（或いは古典的権利論）の下で認められてきた「権利」の保護のあり方（違法性判断のあり方）それ自体ではなかった、とも解されよう。

#### b 違法侵害説による古典的権利論の積極的受容の可能性

(a) 各法益の性質に最適な保護の実現—相関的利益衡量が導入された目的—

第2に、より重要な事柄として、以上の分析によれば、相関的な利益衡量の導入による差止請求権の発生要件の柔軟化は、あくまで「保護対象たる個々の法益の種々異なる性質を個別に考慮し、それぞれに最も適した要

(347) この点と関連して、舟橋博士が、不法行為法につき相関関係説が台頭した経緯について、判例及び学説上、債権侵害もまた物権侵害と同様に不法行為となりうる」とされるに至った結果、債権侵害が違法とされるべき場合を限定する必要の生じた点を強調されていることが注目される。舟橋・前掲（注22）「法理」7頁～9頁。

(348) 他方、本稿（注338）、（注340）に引用した論述等に照らすと、末弘、舟橋両博士が、総合的利益衡量という判断方法のいわば副作用として「権利」の意義が希釈されかねない危険性を認識されていたか、或いはそもそも（違法性判断における）「権利」の意義を重視されていたかについては、疑問もやや残ると言わざるを得ない。

件の下でそれらを保護する」という目的のために行われたものである、と考えられる。或いは、次のように理解することもできよう。すなわち、①違法侵害説は、「権利」のみならず、それ以外の様々な法益にも一統的な根拠によりながら一各性質に最も適合的な内容を持った差止請求権による保護を一般的に認めうる理論として構想され、②その実現にとって不可欠な保護法益ごとの差止請求権の要件の個別化を行うための手段として、相関的な利益衡量という違法性判断方法が採用された、と。

(b) 違法侵害説と古典的権利論との接合の可能性

とすれば、実現手段たる利益衡量の基準は、その目的に規定されて、「当該法益侵害を違法と認め、それを差止請求権により排除することが、右法益の性質や内容に照らして最適の保護となりうるか否か」に置かれることとなろう。つまり、様々な諸事情を総合勘案した結果、当該事案において差止請求権による保護を肯定することが被侵害法益の性質・内容に最も適すると認められる場合に、侵害を違法と判断すべきものと解される。

そして、このように考えてくると、右利益衡量においては、「権利」(排他的支配権)に決定的な意味を認めて、「権利」が客観的(形式的)に侵害されれば原則としてそれだけで当該侵害は違法と判断されるべきであるとの結論に到達する。なぜなら、それにより初めて、「権利」がその特質(排他的支配性)に最も合致した要件の下で保護されうることとなるからである。言い換えれば、その違法性判断(利益衡量)に関して、古典的権利論を基礎とした「権利」の意義及び違法性徴表機能を堅持することによってこそ、相関的な利益衡量の上記基準が満たされ、それゆえにまた、これを導入した違法侵害説の前記目的が貫徹されうるものと思われるのである。このような意味において、古典的権利論の主張は違法侵害説により積極的に受容され、支持されうるのではなかろうか。<sup>(349)</sup>

(349) ①差止請求権の発生根拠は侵害の違法性に求められること、他方で、古典的権

## (イ) 理論的整合性

また、翻って考えてみるに、私見によれば、違法侵害説の論理構造と、「権利」の意義（違法性徴表機能）の維持或いは「権利」と他の法益とで侵害の違法性の具体的な判断基準を区別することとは、論理的に十分に両立可能である。すなわち、差止請求権の発生根拠を法益外在的な（かつ不法行為法とは峻別された）差止請求権制度（実質的には侵害の違法性）に求め、かつその具体的な成否は当該法益の性質や侵害行為の態様などの諸事情を総合衡量して決すると解しつつ、一方、「権利」侵害には原則として直ちに差止請求権による保護を認め、他方、それ以外の法益侵害に関してはそれとは異なった、より柔軟な判断を行うとすることに、理論上の難点は認められない。

## (ウ) 小括

これまで、違法侵害説の基本構造を保持したまま、その第1の問題点（「権利」の意義を希釈する危険性）を合理的に解決しうる可能性を探ってきた。その結果、①この説のように、侵害の違法性（差止請求権の具体的な成否）を諸事情の相関的な利益衡量によって判断するとしても、なお「権利」の意義を堅持することは理論的に可能であること、のみならず、②それは、この説が相関的な利益衡量という判断方法を採用した本来の目的或いはその主張の核心—被侵害法益それぞれの性質に最も適した要件による保護の実現—に合致するという意味で適切であり、積極的に支持されるべきであるとも考えられることを明らかにしえたものと思われる。

実際、これらのことは、既に藤岡教授により示唆されている。すなわち、藤岡教授は違法侵害説に立たれながら、なお「絶対権とそれ以外の利益を<sup>(350)</sup>区別する実益」を認められ、例えば、物権については、権利濫用、信義則等の適用がある場合など特別な場合を除き、原則として、客観的（形

---

利論に立脚して、②「権利」侵害は原則として直ちに違法と評価されるべきことをつとに強調するものとして、原島・前掲（注51）「推移」95頁。

(350) 藤岡・前掲（注183）「序説」186頁注（44）。

式的)な侵害があれば直ちに差止請求権(物権的請求権)が発生するものと解すべきである、とされる。<sup>(351)</sup> また、公害に対する差止請求権に関して、より一般的に次のように述べられる。<sup>(352)</sup> 「ある生活利益が、その侵害を原則として違法としうるほどの支配領域を持ちうるにいたれば、利益侵害とは異なる基準で違法性、したがって、差止請求が」認められるべきである。「かくて、公害の差止においては、利益侵害によっても差止請求が認められるものであることを前提として、そのうえで、権利規範化が帰納的に可能となるかぎり、権利的構成(法益を「権利」として保護すること。筆者注)は、…保護のあり方を明確にするという機能を与えられることになると言えよう」。

さらに、同じく違法侵害説を支持される安次富教授も曰く、環境権説などから加えられた「利益衡量論への批判を正面から受け止め、妥当な(利益衡量の)基準を確立すべきであり、「生命・身体・健康の重大な侵害(対して)は、利益衡量なしにただちに差止が認められるべきである。<sup>(353)</sup> すなわち、かかる被侵害利益には絶対的の重さを与えるべきである」。

そこで、以上の分析による結論は次のとおりである。すなわち、違法侵害説は、その理論構成を維持しつつ、前記第1の問題点を合理的に解決し<sup>(354)</sup> うるものと解される。

(351) 藤岡・前掲(注183)「序説」186頁注(44)。

(352) 藤岡康宏「環境法の基本構造—私法的側面を中心として—(三・完)」判例時報874-124(判例評論229-10)(1978)〔同『損害賠償法の構造』(成文堂、2002)414頁以下に所収〕、129頁(15頁)。

(353) 安次富・前掲(注297)「法理」103頁。但し、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。

(354) なお、これまでの分析に関連して、特に権利的構成に立つ論者から、次のような批判が起こりうる。すなわち、「権利」侵害に関する違法性判断について、その違法性徴表機能を認め、原則として当事者間の相対立する利益の具体的な衡量を行わないとすれば、結局、その限りで違法侵害説は権利的構成と同旨を説くことになる。そのため、前者によるべき必要性はなくなるのではないかと。このような批判は、違法性判断のあり方につき被害本位的・相関関係の受忍限度判断を主張した不法行為法的構成に対しても向けられていたところである。思うに、確かにこの場

## (2) 発生要件を類型化する必要性 ―第2の問題点―

違法侵害説において、総合的な利益衡量という判断方法をそのまま個々の紛争に適用し、事案ごとに差止請求権の成否を具体的に決するとすれば、差止請求が認められるか否かに関して私人の予測可能性を奪い、同時に、裁判官に大幅な裁量を認めることとなりうる。これは望ましいことではなかろう。この点を違法侵害説の第2の問題点として指摘することができる。そこで、違法侵害説は、一定程度定型化された保護法益ごとに一般的な形で差止請求権の発生要件を類型化していくべきものと思われる（なお、前述した利益衡量の基準により、右類型化は、発生要件の内容が当該法益の（一般的）性質に最も適合するものとなるように行われるべきであろう。）。

なお、このような発生要件の類型化が進められれば、様々な法益ごとに固有の個別的発生要件が確定されることになろう。例えば、「債権侵害が違法と判断されるためには、原則として右侵害が侵害者の故意に基づくことを要する。」というように。その結果、実際に債権侵害の紛争を解決するに当たっては、そのような個別的発生要件が充足されるか否かを吟味す

---

合における違法侵害説と権利的構成との違法性判断の方法ないし結果は同じものとなりうる。しかし、それによって直ちに「権利」侵害を除去するための差止請求権に関する両説の相違が完全に失われてしまうことにはならない。なぜなら、権利的構成は右差止請求権の発生根拠を「権利」そのものであると解するのに対して、違法侵害説はそれをあくまで「権利」外在的な法制度に求めるからである。そして、これは単なる説明上の差異に止まるものではない。すなわち、「権利」侵害に対する差止請求権の発生根拠に関する以上の相違が、「権利」以外の法益に差止請求権による保護を認めうるか否かに関する両説の結論の違いを導くものと解される。つまり、差止請求権の発生根拠を「権利」それ自体に求めないからこそ、違法侵害説では「権利」以外の法益にも広く差止請求権による保護を与えることが理論的に可能となる。これに対して、権利的構成は、この説の第2の問題点として詳述したように、差止請求権を「権利」の属性と構成するがゆえに、理論上、「権利」以外の法益を保護しえなくなってしまうのである。そこで、以上の分析から次のように言うことができよう。すなわち、「権利」以外の法益にも差止請求権による保護を認めるべきであると考えらるならば、「権利」侵害に対する差止請求権の基礎付けに関して、たとえ両説の違法性判断に関する具体的な結論が異ならないとしても、権利的構成に与せず、なお違法侵害説の主張を維持しなければならない、と。

ればよいことになる。とすれば、右発生要件以外の具体的事情を総合衡量することによって差止請求権の成否を判定しなければならない場合は減少していくものと思われる。この限りにおいて、具体的な差止請求の許否を判断するための総合的な利益衡量の重要性は失われる。

しかしながら、特に将来、新たな法益を差止請求権により保護する必要がある場合に、これに的確に対応しうるように、「差止請求権の具体的な成否は被侵害法益の性質、侵害行為の態様等の諸事情を相関的に衡量することにより決する。」という主張（一般命題）は、これをなお維持しておくべきであろう。

## 6 小 括

### (1) 新たな定義

以上で、ひとまず違法侵害説の分析を終える。そこで、そのまとめとして、これまでの分析を基に、前に行ったものとは少し異なった形で、再びこの説を定義しておきたい。

違法侵害説とは、差止請求権の理論的発生根拠は次のような1つの法制度である、と説く見解である。すなわち、①この制度は広く私人の法益一般に差止請求権による保護を認める。②右制度によれば、ある法益侵害が違法と評価され、差止請求権により排除されるべき場合（差止請求権の発生要件の具体的な内容）は、諸事情の相関（総合）的衡量を通じて、当該法益の性質に最も適合するように決定される。さらに、③この制度は、法益に対する外在的な存在として、かつ不法行為法と峻別された独自のものとして、民法体系上に位置付けられる。

### (2) 私見

序章において既に述べたように、本稿は、違法侵害説による上記主張を合理的であると考え、これを支持する。特に、違法侵害説は差止請求権をめぐる「新たな問題」と「古典的な問題」とを（少なくとも他の諸説に比してより）理論整合的に解決しうるものと思われる。



しかし、これらの私見は本章の総括に当たるものである。そのため、その詳細は本章のまとめにおいて述べるべきであろう。今は、さらにもう 1 つの学説、すなわち複合構造説に関する分析を急ぐこととしたい。

## 第 6 複合構造説

最後に、複合構造説の問題点を、その主導者である澤井博士の主張を主に取り上げながら検討する。まず、その内容を確認しよう。

### 1 内 容

複合構造説とは、権利的構成と違法侵害説とを複合構造関係に立つものと捉え、両説の説く論理を併用することによって差止請求権の発生根拠を説明しようとする説である。<sup>(355)</sup>

ここに権利的構成と違法侵害説との複合構造関係とは、前者が差止請求権の発生根拠論の中心を占め、その外延に後者が配置される関係をいう。すなわち、複合構造説は「権利説が確立したうえで、①その外延をカバーするものとして、そして②権利と認知されるまでの過程における利益保護理論として、違法侵害説を評価する」ものである。<sup>(356)</sup>従来、対立するものと

---

(355) 複合構造説を主張するものとして、澤井・前掲(注18)『法理』3頁、50頁、258頁、同・前掲(注204)「実際」456頁、457頁、458頁、同「不法行為差止裁判例の複合構造説的アプローチ」関西大学法学論集28-4=5=6-21(1979)(以下、澤井・前掲「アプローチ」として引用する。)、同・前掲(注24)「差止請求」327頁、同・前掲(注147)『テキストブック』123頁、四宮・前掲書(下)(注18)478頁～481頁、神戸・前掲(注24)「考察(四・完)」129頁、近江幸治『民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂、2004)164頁、吉村・前掲書(注157)112頁。

(356) 澤井・前掲(注18)『法理』258頁。但し、本稿の分析からも明らかなように、元来、違法侵害説は、「権利」以外の法益を、「権利」と同様にまさにそれ自体として直接に保護しようとする説である。少なくとも末弘博士を始めとするこの説の論者の主張は、決して「権利と認知されるまでの過程における利益保護理論」を提唱するものではない(なお、四宮・前掲書(下)(注18)480頁は、差止請求の可否が問題となる紛争類型のうち生活妨害及び公害以外の紛争類型については、違法侵害



理解されてきた両説はこのような関係において併存しうるものであり、「矛盾するものではない」<sup>(357)</sup>。

そこで、複合構造説によると、一方で、「権利」(排他的支配権)が侵害されている場合には、権利的構成の論理により、原則として「権利」に対する客観的(形式的)侵害のみを要件とする差止請求権が発生する。他方、①その他の法益が侵害されている場合<sup>(358)</sup>、または②質的には「権利」侵害であるが、ある程度の量的侵害がないと差止請求権の発生を認めることができない場合<sup>(359)</sup>には、違法侵害説の理論構成に基づき、侵害行為の態様(悪性)を考慮した上で当該侵害が違法と評価されるときに初めて差止請求が認容されることとなる<sup>(360)</sup>。

## 2 分 析

### (1) 問題の所在

---

説が「過渡的な利益保護理論としてのみならず、もっとひろく…機能することも、考えられる」とする<sup>(357)</sup>。したがって、複合構造説の主張する一権利的構成の外延に位置付けられる「権利と認知されるまでの過程における利益保護理論」としての一「違法侵害説」は、本来の違法侵害説とは異なった複合構造説独自の発生根拠論であると解さざるを得ない。とすると、直ちに次のような疑問が湧く。すなわち、このもう1つの「違法侵害説」が果してどのような一本来の違法侵害説のそれとは異なった一理論構成に基づく発生根拠論であるのかがそもそも不明である、と。この点をも複合構造説の理論的問題点の1つに数えることができよう。但し、以下では、複合構造説の主張する「違法侵害説」はあくまで本来の違法侵害説であることを前提として、分析を進める。

(357) 澤井・前掲(注18)『法理』258頁。

(358) そのような場合として、澤井博士は名誉毀損及びプライバシー侵害を挙げられる。澤井・前掲(注355)「アプローチ」24頁。

(359) このような類型に含まれる法益としては、公害、環境破壊などにより侵害される人格的利益、環境的利益(日照、騒音など)が考えられる。澤井・前掲(注355)「アプローチ」24頁。

(360) 以上、澤井・前掲(注24)「差止請求」327頁。但し、同・前掲(注355)「アプローチ」23頁～24頁では、②は「絶対権的構成」により保護されるべきものに分類されている。

このような複合構造説の理論構成上の最大の特徴（他説との最大の相違点）が、先に確認したような意味での複合構造関係における権利的構成と違法侵害説との併存を認める点にあることは、明らかであろう<sup>(361)</sup>。そのため、右「複合構造」自体が理論的に成り立ちうるのかどうか<sup>(362)</sup>が（この説に対する）評価の分かれ目になる」ものと解される。そこで、以下、この点に分析の焦点を絞ることにしたい。果して、両説は両立しうるのだろうか。

## （２）分析

### ア 結論

まず、予め結論を述べておくと、各説に関する本稿の分析結果に基づいて考えるとき、権利的構成と違法侵害説それぞれの理論構成の内容は、いわば二律背反の関係にある。したがって、これらを併存ないし両立させることは理論的に困難であると思われる。以下、その理由を論ずる。

### イ 二律背反

ここで、あらためて権利的構成の論理構造を確認しよう。

既に詳述したとおり、権利的構成は差止請求権を「権利」の１つの効力と捉える。具体的には、私人の排他的支配領域（「権利」）に加えられた外部からの干渉に反発して「権利」の排他性或いは支配性が具体化したものこそが差止請求権であると説く。したがって、その論理的帰結として、この説では、「権利」侵害が差止請求権の発生に不可欠の要件となる。別言すると、権利的構成によれば、「権利」以外の法益が侵害されたとしても、その場合には、反発力（＝差止請求権）の源である「権利」に対する侵害が認められない以上、差止請求権は発生しえない、と考えざるを得ないも

(361) 淡路剛久「書評 沢井裕著 公害差止の法理」民商法雑誌77-3-127 (1977)（以下、淡路・前掲「書評」として引用する。）、131頁は、この点を「卓抜な発想」と評する。

(362) 田井・前掲（注169）210頁。但し、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。

(363) 前掲（注82）・拙稿（1）135頁～138頁。

<sup>(364)</sup>  
のと解される。

とすれば、違法侵害説のような、差止請求権による保護を原則として「権利」以外の法益にも広く認めうる発生根拠論を構築するためには、当然に、そのような結果を論理的に排除してしまう権利的構成の右論理構造をまずは否定することが必要不可欠となろう。すなわち、「差止請求権は「権利」の効力ではない。」という命題が違法侵害説の理論構成の出発点に据えられなければならないものと思われる。言い換えれば、法益一般を差止請求権によって保護するべきであるとの違法侵害説の主張及びそれを基礎付けるための理論構成—法益外在的な法制度に基づく差止請求権の発生—は、まさに権利的構成の前記論理構造—特に「差止請求権＝「権利」の効力」というその核心—を克服することによってこそ、初めて成立可能になるものと考えられるのである。<sup>(365)</sup>

#### ウ 他説への一元化

さらに、このように権利的構成と違法侵害説との各主張が論理上、両立困難であるということは、すなわち、いずれかの論理を徹底すると、もう一方の理論構成或いは主張が必然的に成り立たなくなることを意味する。とすれば、複合構造説は、最終的に権利的構成か違法侵害説かのどちらかに一元化されてしまうものと解される。以下にこの点を敷衍したい。

#### (ア) 権利的構成への一元化

まず、複合構造関係を支える一方の柱である権利的構成の論理を徹底すれば、先述のとおり、必然的に「「権利」以外の法益には原則として差止

(364) 以上につき同旨と思われるものとして、赤松・前掲(注53)「訴え」92頁。

(365) さらに、既に見たように、違法侵害説及びその前身とも言いうる不可侵性理論は、元来、差止請求権により保護されうる法益の範囲を「権利」(物権)に限定してしまう権利的構成(伝統的な物権的請求権理論)の不当性を批判し、これを超えるために提唱された説であること(違法侵害説につき、末弘・前掲(注291)「再検討」230頁～231頁、232頁、233頁～234頁、舟橋・前掲(注147)『物権法』35頁、同・前掲(注21)「補説」6頁～7頁。不可侵性理論につき、柚木・前掲(注254)「妨害除去請求権」115頁)を、ここで合わせて想起されたい。

請求権による保護を認めることはできない。」との命題が導かれる。これは、「あらゆる法益に原則として差止請求権による保護を認めうる（認めるべきである）。」との一同じく複合構造関係の一翼を担う—違法侵害説の主張及びそれを支える理論構成と真正面から衝突する。それゆえ、右命題（及びそれを帰結する権利的構成の論理構造）を貫徹しようとするれば、違法侵害説（の上記主張及びそれを支える理論構成）は排斥されざるを得ないであろう。すなわち、ここに至って、上記両説の複合構造関係（併存状態）による差止請求権の基礎付けという複合構造説の理論構成は破綻をきたすこととなる。具体的には、いわば違法侵害説が複合構造関係から権利的構成によって駆逐される結果、右理論構成は権利的構成のそれと同一化してしまうものと思われるのである。

#### （イ）違法侵害説への一元化

次に、違法侵害説の理論構成及びそれに基づく主張—原則としてあらゆる法益が差止請求権によって保護されうる—を徹底した場合には、上記と正反対の結果になるものと考えられる。すなわち、右主張と矛盾する権利的構成の論理構造及びその帰結—「権利」の属性たる差止請求権による保護は、「権利」以外の法益には原則として認められない—を維持することは困難となろう。

その結果、今度は権利的構成が複合構造関係から排除され、違法侵害説のみがそこに残される。つまり、「権利」者及びそれ以外のあらゆる法益の受益者のいずれもが、同じく法益外在的な差止請求権制度に基づいて差止請求権を付与されることになる。私見によれば、以上は、複合構造説が違法侵害説に一元化していく過程そのものに他ならない。

#### エ 小括

##### （ア）分析のまとめ

そこで、以上の分析をまとめれば、次のようになる。

本稿の見るところ、権利的構成の論理と違法侵害説の理論構成とは二律背反の関係にある。すなわち、一方の論理を徹底すると他方の理論構成が

否定される結果となる。そのため、複合構造説の理論構成（権利的構成と違法侵害説との複合構造関係における併存状態）を維持することは困難である。具体的には、右理論構成を突き詰めていくと、結局、この説は権利的構成か違法侵害説かのどちらかに吸収されざるを得ない。

このような分析結果は、淡路教授による以下の指摘と実質的に同趣旨であると言えよう。

すなわち、「権利説に立って、「権利（絶対権）の侵害があったから差止請求ができる」と考えるならば、権利でない利益の侵害については差止の権利は生じないはずであるし、また、保護利益の違法な侵害が差止の権利を生ぜしめる根拠になるのならば、権利の侵害についてはより強い理由で差止が認められる、と考えれば十分のはずである。…（複合構造説のように権利的構成と違法侵害説とを併存させることの）理論的難点はぬぐいきれないように思われる」。

(イ) 澤井博士による釈明

なお、澤井博士は、複合構造（説）の成立可能性に関する淡路教授の右疑問<sup>(367)</sup>に対して、次のように「釈明」されている。

「私のいう複合構造は、違法類型を権利侵害と利益侵害の二つに分けているにすぎない。…私は違法性判断における相関的衡量の考え方を支持するものである…。…私の発想は基本的には、相関的衡量説を支持し、これに沿った類型化を試み…る（ことにある）…。違法侵害をはっきり複合構

(366) 淡路・前掲（注361）「書評」131頁。但し、引用文中、2つ目の括弧にくくられた部分は筆者によるものである。また、田井義信教授は、淡路教授とはやや異なった観点から、権利的構成と違法侵害説「両者の理論的關係がさらに明らかにされる必要」のあることを指摘される（田井・前掲（注169）210頁）。さらに、澤井裕＝篠塚昭次＝五十嵐敬喜＝浦川道太郎＝内田勝一＝鎌田薫「座談会 公害法の原点に立ち返って—澤井裕著『公害差止の法理』をめぐって—」法律時報49-11-120（1976）、121頁において、浦川教授も複合構造（権利的構成と違法侵害説とを併存させること）の当否につき疑問を提起されている。

(367) 澤井裕「著者からの釈明」民商法雑誌77-3-139（1977）、140頁。但し、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。

造的に二類型化することに理論的難点があると（は）考えていない」。

しかしながら、私見によれば、この「釈明」によってもなお上記疑問ないし問題点は解消されない。むしろ、複合構造説は違法侵害説に一元化されうるとの本稿の前記分析結果が図らずも澤井博士自身によって裏付けられているようにも思われる。

というのも、確かに、澤井博士の言われるように、違法な法益侵害を「権利侵害類型」と「利益侵害類型」とに区別し、両者の関係を複合構造的（並列的）に把握した上で、それぞれにつき適切な差止請求権の発生要件を類型化することには、理論的な矛盾は存しない。

だが、これは、差止請求権の発生根拠論たる「権利的構成」（「権利侵害類型」ではない点に注意されたい。）と「違法侵害説」（同じく「利益侵害類型」ではない点に注意されたい。）とを併存させ、双方がともに差止請求権の発生根拠になりうると主張する本来の「複合構造説」<sup>(368)</sup>とは、完全に似て非なるものではなかろうか。

すなわち、これまで見てきたように、権利的構成と違法侵害説とはともに差止請求権の発生根拠の理論構成をめぐる主張であり、これらを発生根拠論として共にそのまま両立させようとする見解が「複合構造説」である。

これに対して、上に引用した澤井博士の主張は、要するに、発生根拠論については「違法侵害説のみ」を主張し（複合構造説との違いに留意されたい。）、その下で侵害類型を「権利侵害類型」と「利益侵害類型」とに二分して、「複合構造說的」に理解するということであろう。私見によれば、それは、まさしく違法侵害説一元論の主張に他ならないものと解される。

---

(368) ここにいわれる本来の複合構造説とは、澤井博士が、例えば澤井・前掲（注24）「差止請求」327頁において、特に違法侵害説一元論と区別されるべき独自の発生根拠論（法的構成）として整理されたものを指す。

### 3 小 括

#### (1) 澤井博士の意図

ところで、澤井博士は、その中で複合構造説を初めて展開された名著『公害差止の法理〔環境法論集Ⅰ〕』の冒頭において、「公害差止の法的構成を議論する価値」につき以下のように述べられる。<sup>(369)</sup><sup>(370)</sup>

「法理論は裁判官に拠るべき基準を提示する指導力をもたなければならない。…公害法理における法的構成は、最も基本的な価値判断の基準を示すべきものである。…学説は公害裁判において考慮された…具体的諸ファクターを分析し、かつ、これに対する評価を示すべきことはいうまでもないが、それと同時に、これらの上位にあって価値判断の方向づけを明確にする法的構成の意義を自覚…し、妥当な判断枠組みを提示しなければならない」。

また、①「人格権・環境権のもつ機能を検討する際、最も留意すべきことは、その権利構成のもとで…いかなる限度で利益衡量を排除しえているか…を見出してゆくことである」<sup>(371)</sup>、②差止請求権の発生根拠につき一元的に「違法侵害説をとる場合の問題点は、明らかに権利が侵害されているに（も）かわらず、その価値を利益のレベルまでダウンして評価し、他のファクターを総合的に斟酌するという名目で差止を抑制するおそれのあることである」<sup>(372)</sup>、③「私が、（公害に対する差止請求権の発生根拠論として）権利説をとり、かつ侵害行為の態様をも権利説の立場において斟酌しようとしているのは…、伝統的体系を尊重し、かつできるかぎり利益衡量の枠組みを設定しようとする（から）にはかならない。したがって被害本位的な権利説が核心にあることが承認され、しかも利益衡量の枠組みが明示され

(369) 澤井・前掲（注18）『法理』1頁。

(370) 澤井・前掲（注18）『法理』2頁。

(371) 澤井・前掲（注18）『法理』17頁。

(372) 澤井・前掲（注18）『法理』258頁。但し、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・前掲（注24）「差止請求」327頁も同旨を説く。



たうえで、違法侵害説が主張されるならば、これを批判するつもりはない<sup>(373)</sup>」、とも言われる。

これらの記述からも明らかなように、澤井博士が複合構造説を提唱された意図は、主として差止請求権の成否に関する判断枠組み—博士の言葉によれば、裁判官の拠るべき基準—を具体的に提示することにあったものと考えられる。特に、「権利」侵害に対する差止請求権とそれ以外の差止請求権とは、そもそもその理論的発生根拠において既に異なるものであると説くことによって、保護法益が「権利」である場合とそれ以外の法益である場合とで差止請求権の発生要件の内容が峻別されるべきこと、すなわち、具体的な利益衡量が必要となる後者とは異なって、前者では「権利」が客観的（形式的）に侵害されれば、他の諸利益との利益衡量等を原則として行わずに、直ちに差止請求が認められるべきことを基礎付けようとしたもの<sup>(374)</sup>と言えよう。

これまでの論述からも理解されうるように、本稿もまた、「権利」の意義（古典的権利論）に裏打ちされた以上のような判断枠組みを妥当なものとする。

## （２）結論 —私見—

しかしながら、同時に、私見は、複合構造説の理論構成（権利的構成と違法侵害説との複合構造関係における併存）の合理性につき疑問を払拭しえない。特に、既に詳述したとおり、複合構造説は、その理論構成を徹底すると、最終的に権利的構成、違法侵害説のどちらかに同一化してしまう。すなわち、この説を上記両説から区別されうる独自の発生根拠論として保持することは理論的に困難であると考えざるを得ないのである。

(373) 澤井・前掲（注18）『法理』50頁。但し、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。

(374) 吉村・前掲書（注157）112頁も、複合構造説の利点として、この説によれば、「権利」侵害に関して「安易な利益衡量を行うことを排除しつつ」、それ以外の利益が侵害された場合につき「硬直的な運用をさけうる」点を挙げる。



したがって、本稿は、結論として、—その主張の背後にある実質的意図に大きな共感を覚えつつも—序章にて設定した本稿の問題意識及び分析の視点、特に「その発生根拠論に理論的・体系的整合性は認められるか」という観点に照らして、複合構造説を現行民法における差止請求権の一般的な発生根拠論として支持することはできない（右意図は、より適切な理論構成（違法侵害説）の下で実現されるべきであり、また詳説したように実現可能である。）。

## 第7 まとめ

### 1 総括

本章の目的は、これまでに我が国にて主張された差止請求権の発生根拠論を「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」に着目して整理し、それぞれの問題点を洗い出した後に、序章において示した本稿の問題意識及び視点に基づいて、現行民法の解釈論としていずれの説を支持すべきか、を考察することにあつた。ここで、本稿の問題意識及び視点を再確認すると、それらは、①当該発生根拠論は、民法（学）が差止請求権に関して現在直面している「新たな問題」（競争秩序違反行為や環境破壊行為など、私人の「権利」侵害を伴わない行為に対する私人による差止請求の可否）及び従来議論されてきた「古典的な問題」（私人に帰属するまたはその享受する法益への侵害に対する差止請求の可否）それぞれにつき、適切な要件の下で差止請求権の発生根拠を合理的に基礎付けうるか、②当該発生根拠論に理論的・体系的整合性は認められるか、の2点である。

まず、本稿にて検討した5つの学説のうち権利的構成、不法行為法的構成及び複合構造説<sup>(375)</sup>に関する分析結果（私見）の要点をまとめると、以下の

---

(375) 前述したように、本稿が不可侵性理論につき検討したのは、これを現在もなお有力な学説と見て、その理論的可能性を探るためではなく、むしろ過去の学説と捉えて、その破綻の原因を分析するという関心からであった。そのため、ここであ

ようになる。

第1に、伝統的な通説である権利的構成について。私見によれば、この説の理論構成による限り、差止請求権の保護対象は「権利」(排他的支配権)に限定され、かつその保護要件も右「権利」に対する客観的(形式的)侵害のみとならざるを得ない。そのため、この説は「新たな問題」について、私人の差止請求権をおよそ基礎付けることができないのみならず、「古典的な問題」に関しても発生根拠論として機能不全に陥っている。

次に、近時の有力説とも言うべき不法行為法的構成は、現行民法の前提とする差止請求権と不法行為損害賠償請求権との間に存する構造的相違(それぞれの制度趣旨及びそれらに規定された各発生要件及び効果における相違)等を軽視するものである。すなわち、この説は、少なくとも現行民法の解釈論としては体系的整合性に欠けるものと言わざるを得ない。また、この説では、709条の文言からして、差止請求権は常に侵害者の故意または過失をその発生要件としなければならない。これでは「古典的な問題」、特に生命、身体などの重大な人格的利益や「権利」(排他的支配権)の保護につき具体的妥当性に欠ける結果を生ぜしめることとなろう。

第3に、複合構造説は、権利的構成と違法侵害説との複合構造的併存というその理論構成の合理性自体に問題を抱える。私見によれば、それらは両立し得る関係にはない。そのため、いずれかの論理を突き詰めていくと、複合構造説は最終的に両説のどちらかに一元化されてしまうものと思われる。

そこで、以上の分析結果に基づく結論は、次のとおりである。すなわち、前記①及び②の各問題意識及び視点からして、本稿は、上記3説(及び不可侵性理論)のいずれをも、現行民法における差止請求権の一般的な発生根拠論として支持することはできない。

## 2 違法侵害説の可能性 ―私見―

これに対して、違法侵害説はどうであろうか。端的に結論を述べれば、この説は、それ自体の理論的整合性を保ち、かつ現行民法体系とも抵触せずに、差止請求権をめぐる上記「新たな問題」及び「古典的な問題」双方を適切に解決することができる（少なくとも、その可能性を他説よりも多く持つ）ものと解される。以下、この点を詳述しよう。

### (1) 「新たな問題」を解決しうる可能性

まず、違法侵害説によれば、以下のようにして前記「新たな問題」を解決することが可能になる。

第1に、競争秩序違反行為や環境破壊行為が私人に帰属する或いはその享受する（「権利」以外の）個人的法益を（も）侵害すると認められる場合<sup>(376)</sup>には、当該法益の帰属（享受）主体たる私人が自ら各侵害行為を差止め<sup>(377) (378)</sup>ることとなろう。

---

(376) この点と関連して、「競争秩序」（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私人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）及び「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みる私人の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）それぞれにおいて、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の利益」（競争利益）と「環境の共同享受によって享受しうべき生活上の利益」（生活利益）とを享受する、との広中博士の分析（広中・前掲（注114）『綱要』4頁、9頁～12頁、14頁～15頁）が示唆に富む。また、吉田教授は、教授の言われる「外郭秩序」（競争秩序及び人間が生活を営む場としての環境にかかわる生活利益秩序）では、①市民総体に全体で享受すべき公共的利益が配分されるとともに、②個々の市民にも個別の私的利益（これは「権利」ではない）が割当てられる、とされる。吉田・前掲書（注2）271頁（さらに182頁、246頁）、同「現代不法行為法学の課題―被侵害利益の公共化をめぐる―」法の科学35-143（2005）、144～145頁。さらに、独占禁止法24条所定の私人の差止請求権は、同法違反行為に対する抑止効果を期待されつつも、第一義的には「個々の被害者の侵害された利益を回復する」救済手段として導入されたものであること（東出浩一編著『独禁法違反と民事訴訟―差止請求・損害賠償制度―』（商事法務研究会、2001）23頁）も注目される。

(377) 近時、大塚教授は、「特定環境の共同利用に関する慣習上の法的利益」（これは

第 2 に、私人の個人的法益に対する侵害を認め難い場合であっても、次のような理論構成により上記各行為に対する私人の差止請求権を基礎付けることは、なお困難ではないものと思われる。

すなわち、既に見たように、違法侵害説は、現に侵害され或いは侵害の危険にさらされている法益の「要保護性」ないし「侵害（行為）の違法性」を理由として、その保護を必要とする私人に、差止請求権制度により、差止請求権という保護手段が付与される、と説く。私見によれば、このような主張の根底には、あるべき法状態が違法に破られており、それを復元する必要性が肯定される場合には、その実現手段たる差止請求権が法により私人に与えられる（べきである）、という基本的発想を認めることができるものと解される。

さらに、違法侵害説の論理構造においては、私人の個人的法益への侵害は差止請求権の発生にとって不可欠の要件とはならない、とも考えられる。なぜなら、既に詳述したとおり、この説では、差止請求権の発生根拠は、理論上、法益（侵害）それ自体にではなく、あくまで右法益の外に在る（それから独立した）差止請求権制度（の発動）に求められるからである。とすると、この説によれば、私人の個人的法益が侵害されていない場合でも、なお当該私人に差止請求権の行使を認めるべき必要性があると判断されるときには、一右請求権の理論上の発生根拠である一差止請求権制度が発動されることによりその者に差止請求権が生ずる、と理論構成する

---

例えば景観利益などのように、私益と公益とが重なり合った、特定の地域区分の住民に集団的に帰属する利益である、とされる）の主体（の 1 人）たる私人が、右利益を侵害する行為に対して差止を請求しうる可能性を示唆される。大塚直「環境権（2）」法学教室 294-111（2005）（以下、大塚・前掲「法教」として引用する。）、113 頁、121 頁及び同『環境法 第 2 版』（有斐閣、2006）560 頁（これと実質的に同内容の主張として、つとに中山・前掲（注 36）「環境権（4・完）」70 頁～78 頁、81 頁～94 頁）。

(378) このとき、私人が自らの個人的利益を追求することによって、事実上、その者が属する消費者という集団総体或いは地域住民という集団全体の利益（右個人的利益とは区別される集団的利益）が追求されうる。

ことが可能になるものと思われるのである。

そこで、このように考えてくると、上記発想及び論理構造に支えられた違法侵害説に立脚して、次のように主張することも不可能ではないと言える。すなわち、ある法秩序ないし法制度（競争秩序、環境利用秩序など）が、それに反する行為によりその本来あるべき状態において機能することを阻害され（ようと）し、その維持或いは回復が必要であると認められる場合には、その実現手段としての差止請求権が、差止請求権制度により、右法秩序或いは法制度の機能の維持または回復に正当な関心を持つ（但し、その個人的法益を侵害されない）私人（団体等を含む）に付与される<sup>(379)</sup> <sup>(380)</sup>、と。

---

(379) 以上の主張にとって、企業等の不当な約款使用（広義の競争秩序違反行為）により自らの個人的法益を侵害されているわけではない消費者団体が、なお、消費者全体にのみ帰属する集合的利益（個々の消費者や消費者団体の個人的利益とは区別されるべき、またいわゆる公益とも異なる、いわばそれらの中間的性格を有する私益）の保護を目的とする、右使用に対する差止請求権の法的帰属主体となりうることの基礎付けのための1つの方法として、近時、森田教授が示された次のような着想が示唆的である。すなわち、実体法上、右集合的利益については、その帰属主体ではないが、「その最良の守り手となる者に…その保護請求権が帰属していると認められるべきである」（森田・前掲（注123）127頁）。また、鹿野菜穂子「消費者団体による差止訴訟の根拠および要件について」立命館法学292-167（2003）、170頁～174頁も、立法論に止まるものの、以上とほぼ同旨を説く。さらに、これらと実質的に同様の発想ないし主張を民事訴訟法の当事者適格につきつとに展開していたものとして、伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂、1978）89頁～153頁及び福永有利「新訴訟類型としての『集団利益訴訟』の法理—環境保護訴訟・消費者保護訴訟についての一考察—」同『民事訴訟当事者論』（有斐閣、2004。初出は1994年）219頁以下。

(380) 但し、このような立論を（解釈論として）展開するためには、さらに別の重要な問題を解決する必要がある。すなわち、伝統的な民法（私法）の思考様式によれば、私人が私法上の請求権（差止請求権に限られない）の主体となりうるのは自らに帰属する個人的権利や利益を侵害された場合に限られる。とすれば、例えば競争秩序違反行為が行われたとき、それによりその個人的法益を侵害されない私人もなお右行為に対する私法上の差止請求権の主体たりうると解することは、民法（私法）学に「現在の私権秩序からの発想の根本的転換を迫」りかねないのである（森田・前掲（注123）124頁）。以上と実質的に同旨を、私人の個人的法益への侵害を伴

無論、以上のような理論構成は、前記「新たな問題」の克服に向けて最初の小さな一歩を踏み出そうとするものに過ぎない。言うまでもなく、この理論構成によって直ちに右問題が全面的に解決されるわけではない。

しかしながら、これまでの分析に大きな誤りがないとすれば、違法侵害

---

わない環境破壊行為に対する私人による差止請求につき指摘するものとして、淡路剛久「自然保護と環境保護—環境権への手続的アプローチ—」環境と公害25-2-8 (1995)、10頁、同「公害環境訴訟の課題」淡路剛久=寺西俊一編『公害環境法理論の新たな展開』(日本評論社、1997) 53頁以下、79頁～80頁、同「人格権・環境権に基づく差止請求権」井上治典=高橋宏志=塩崎勤=小山稔編『差止めと執行停止の理論と実務』(臨時増刊判例タイムズ1062号。2001) 150頁以下、155頁。)。上記大問題の本格的な検討は本稿の目的ではなく(それ自体が1つの論文の主題となりうる)、また現段階でよくなしうることでもない。しかし、右問題に取り組むための1つの手がかりとして注目に値するのは、以下のようなライザー(L. Raiser)の権利論及び制度保護論である。すなわち、まず、ライザーは様々な私権をその機能に着目して一次的権利と二次的権利とに分ける。一次的権利とは、法秩序を構成する要素たりうるものである。具体的には、所有権のような「ある者に割当てられた、法的保護を伴う独立の法的地位」と、債権や社員権のような「ある特別な法的関係に拘束された人々の間に生ずる関係の本質的内容」とがこれに当たる。他方、二次的権利とは、上記一次的権利たる「法的地位や法的関係の保護と実現に役立つ法技術」或いは単なる道具に過ぎない。その例としては、(差止請求権などの)請求権や形成権が挙げられる(以上、Vgl. Raiser a. a. O. (Fn. 51)S. 466)。次に、このような権利論を基礎として、ライザーは制度保護論を展開する。例えば、競争に関する法の任務とは、商品を製造したり、新たな利益を獲得したりする自由を個人に創出し、これを保障することである。そのため、法は競争秩序を樹立する。つまり、「法秩序は、(競争の)全ての関係者に対する行為規範を設定する」。これによって、右競争秩序内では、個々の経済主体に、「競争者や顧客に対して自らの力を発揮しうる可能性と彼らから経済的利益を獲得しうる機会」とが法的に保障されるのである。しかし、これらは右経済主体の「権利」と理解されるべきものではない(より正確には、それらを個人に割当て、「権利」として保護することが理論的に困難であるからこそ、これとは異なる保護方法として、法は行為規範を設定し、その遵守を私人に強制するのである、と言えよう。以上、A. a. O. S. 472.)。したがって、例えばドイツ不正競争防止法が、そのような「権利」を持たない経済主体にも認める—二次的権利たる—不正行為に対する差止請求権の目的は、彼らの一次的権利の保護—権利保護—にあるとは考えられない。ライザーは言う。この「請求権は、…個人の利益を充足することのみならず、競争秩序という法

説は、上記問題を合理的に解決するための理論的基礎たりうる可能性を(少なくとも他の発生根拠論よりも)多分に秘めている、と結論付けることは許されよう。すなわち、「違法侵害説…によって…差止請求権が根拠づけられるとすると、「新たな問題」に関連して議論されている)秩序違反に

---

制度を保護することをその目的とする」、と (L. Raiser „Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht“ *Summum Ius Summa Iniuria* (Mohr, 1963) S. 145ff., S. 156f.)。以上をより一般的に言えば、次のようになる。すなわち、「我々の私法は、…2つの体系思考によって方向付けられている。つまり、権利の割当てによって個人の活動領域を確立し、かつ保護することと、法に基づく適切な法制度 (Rechtsinstitute) を形成することによって我々の社会生活を貫く (社会学的意味における) 制度 (Institute) を発展させ、保護することである」(A. a. O. S. 148)。確かに、「権利は自由主義に根ざした私法において1つの必須の地位を占める。しかし、それとともに、法に基づく制度保護の領域が存在する。この領域では、…(私人の) 妨害排除請求権…は、制度保護 (という理念) の反射として生ずる権利である」(A. a. O. S. 159)。要するに、二次的権利 (差止請求権) は、私人の一次的権利を保護するため (権利保護) のみならず、法制度そのものを保護するため (制度保護) にも利用されうるのである。さて、ライザーの上記主張の分析及びその是非に関する検討は別の機会に譲らざるを得ない (なお、右分析等を行う邦語文献として、奥田・前掲書 (注18) 231頁~233頁、原島・前掲 (注51) 「古典的体系」134頁~137頁、同・前掲 (注96) 「差止請求」120頁~122頁、松尾弘「ライザーの権利論序説・その枠組みと位置づけ—実体法的世界認識のてがかりとして—」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集23-225 (1986)、山下未人「ライザー (Ludwig Raiser) の「制度 (Institution)」理論について—私的自治の濫用 (二) —」法と政治43-1-69 (1992)、山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開—弁論主義の構造論と根拠論のために— (二)」法学論叢134-2-1 (1993)、11頁~13頁がある。) が、以下の点だけを確認しておきたい。すなわち、既に引用した「制度保護の領域…では、(私人の) 妨害排除請求権…は、制度保護 (という理念) の反射として生ずる権利である」との指摘、さらには、制度保護の領域にて私人に差止請求権が認められる (ときにそれを通じて右私人の個人的利益が保護される) としても、それ「は、権利侵害の場合のように当該 (二次的) 権利の保持者自身のためではなく、制度保護という目的のための手段として保証されるのである」との主張 (Raiser A. a. O. S. 159) に照らせば、ライザーの制度保護論は、独立の客観的な存在たる法秩序ないし法制度それ自体の存続或いは維持を一個人による妨害排除請求権等の主張を道具として利用しながら一図ろうとする制度本位の見解であるかのようにも見える。しかし、ライザーの意図はあくまで以下の点にあるものと思われ



対するサンクションとしての差止という発想はより身近なものになるように思われる<sup>(381)</sup>」のである。

## (2) 「古典的な問題」を解決しうる可能性

次に、違法侵害説は、私人の「権利」さらには利益が侵害されている場合に、適切な要件の下で差止請求権による保護を認めることができるか。

権利的構成の問題点を分析する際にやや詳しく見たように、これまで学説や判例において差止請求の可否につき議論されてきた私人の人格的利益

---

る。すなわち、伝統的な意味における権利とは認められない私人の利益を保護するために設立された法的な行為規範の総体を法制度（法秩序）と捉え、それを私人の自発的な二次的権利の行使を契機として一維持することを通じて、最終的に、その法制度によって一般的に守られている私人の利益をいわば全体として保護しようとするのである（制度保護は、二次的権利（差止請求権等）の保持者自身の個人的利益を保護するものではない旨の前記主張は、このように制度保護が本来、制度に関わる私人全ての利益の保護を目的とすることを強調したものと理解することができよう。）。これを競争秩序に即して言い換えるならば、ライザー自身が述べているように、競争秩序という「法制度の保護は、市場に関与する様々な経済主体（営業主体及び消費者）の利益の保護を内包する」（A. a. O. S. 156）のである。したがって、制度保護論は、その意味であくまで個人本位の考え方をその基礎に置く、私人の利益を保護するための法理論であると解される。なお、ライザーの上記主張に依拠しながら、「競争秩序」や「環境利用秩序」違反行為に対する差止請求権を一権利保護と区別される—「法制度的保護」に基づくものと解するのは、原島・前掲（注96）「差止請求」118頁～127頁、137頁～138頁、前掲（注107）「シンポジウム」170頁～171頁における原島博士の発言（吉田邦彦教授は、原島博士の右立論を「ドイツ民法的类型を越えても、示唆的な視角」である、と評される。また、大塚・前掲（注377）「法教」112頁注（5）は、原島博士の見解の特色は「環境利用秩序」違反を問題とすることによって、新たな立法をせずともいわゆる公共利益訴訟を認めたのと同様の結果を導きうる点にある、とする。さらに、原島説に好意的な評価を与えるものとして、吉田克己「環境秩序と民法」北大法学論集46-4-234（2005）、245頁～247頁。）。

(381) 藤岡康宏「差止による民事救済—その基礎的考察—」同『損害賠償法の構造』（成文堂、2002）323頁以下、324頁。但し、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・前掲書（注296）342頁もほぼ同旨を説く。なお、「秩序違反に対するサンクションとしての差止という発想」に関しては、本稿注（23）を参照されたい。

や環境的利益の多くは、その性質上、「権利」(排他的支配権)とは言い難いものである。すなわち、それらを享受する私人が当該利益の処分につき自己決定を常に貫徹しうる性質のものではない。このため、ある利益の享受がどのような場合に差止請求権によって法的に保護されるべきであるのか、つまり差止請求権の発生要件(特に侵害の違法性)を具体的に確定するためには、様々な利益衡量を行わなければならない。そして、その際には、まずは被侵害利益の特質が重視されるべきであろう。

このような問題の性質に照らして考えてみると、違法侵害説は、差止請求権をめぐる「古典的な問題」をも適切に解決しうるものと解される。なぜなら、既に見たように、この説によれば、①各保護法益の特質に十分に配慮しつつ、対立利益との適切な利害調整を行いながら、場合によっては②利益衡量を原則として排除し「権利(排他的支配権)侵害=違法」という形で、各法益に最も適した要件の下で被害者に差止請求権による保護を与えることが可能となるからである。以下の指摘は、この説の持つ上記利点を実務家としての経験等に照らして述べたものと(も)理解することができよう。「訴訟で裁判官の心を動かすものはまず事実であるから、被害の実相に合致した違法侵害説は事実を直視するものとして最も簡明な理論ではあるまいか」<sup>(382)</sup>。

### (3) 結論

また、本章での分析による限り、違法侵害説の理論構成に、それ自体として或いは他の法制度との関係において不合理或いは体系的不整合は見られない。むしろ、差止請求権制度と不法行為法とを明確に区別する点では、右理論構成は現行民法の前提とする体系に適合するものと思われる。<sup>(383)</sup>

以上の諸理由から、結論として、前記問題意識及び視角に基づき、私見

(382) 横浜弁護士会編『差止訴訟の法理と実務』(第一法規出版、1994) 34頁(鈴木繁次弁護士執筆部分)。

(383) 現行民法体系上、両制度がそれぞれ独自の位置を占めていると解すべきことにつき、拙稿・前掲(注34)(3) 145頁~147頁。

は、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して、違法侵害説の主張を妥当であるとする。

### 3 課 題

先に、違法侵害説には大きな理論的難点は見当たらないと述べた。しかし、このような断定は尚早であるかもしれない。なぜなら、これまで、違法侵害説に立つ論者は、その主張が現行民法の解釈論として採用されうる可能性を提示するに止まっていたからである。すなわち、さらに進んで、この説が採用されるべき（されなければならない）積極的な解釈論上の根拠を十分に論証してこなかった<sup>(384)</sup>。まさに、この点こそ違法侵害説の最大の理論的問題点であると言えよう。とすれば、本稿がこの説を支持するとしても、そのためには、何よりもまず違法侵害説の解釈論的基礎を明らかにしなければならない。

そこで、次章以下において、序章にて説明した方法で、上記根拠の分析及び論証を試みる。

（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。なお、校正の段階で、上北正人「いわゆる「人格権に基づく差止請求権」の再構成」神戸法学雑誌55-2-141（2005）、木村和成「わが国における人格権概念の特質—その再定位の試み—（一）」摂南法学34-85（2005）及び宮崎淳「人格権としての浄水享受権について—廃棄物処理施設をめぐる差止裁判を契機として—」創価法学35-2-75（2005）に接した。

---

(384) 同旨として、好美・前掲（注16）「妨害排除請求権」179頁。