

# 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—

## 概 要 書

根 本 尚 徳

### 第 1 序

本稿は、我が国の現行民法典における差止請求権の（形式的）発生根拠につき考察を加えるものである。

具体的には、右請求権の一典型たる物権的請求権の（形式的）発生根拠の検討を通じて、差止請求権の発生根拠に関する諸説のうち、いわゆる違法侵害説と呼ばれる学説が現行民法典に関する解釈論として支持されるべきであることを論証する。

以下、本稿の概要を、①問題意識、②具体的課題、③分析方法、④各章における考察の要点、⑤私見の要点の順に述べる。

### 第 2 問題意識

#### 1 伝統的な見解

我が国において、これまで一般に、差止請求権の発生根拠、とりわけその形式的発生根拠（右請求権の形式論理上の発生源。従来、差止請求権の「法律構成」或いは「法的構成」をめぐる問題として、議論の対象とされてきた事柄。）は、私人の「権利」＝排他的支配権に求められてきた。

すなわち、ある者に「権利」として割当てられた一定の支配領域が、その外部より不当な干渉を受け（ようと）している場合、「権利」はこれに反発して、右干渉をその支配領域の外に押し戻そうとする。このような「権利」の反発力こそ、すなわち差止請求権に他ならない。それゆえ、差止請求権の形式的発生根拠は「権利」そのものである、と。

また、したがって、このような伝統的な見解（権利的構成）によれば、右「権利」が（違法に）侵害されることが、差止請求権の発生にとって、不可欠の要件となる。

#### 2 新たな問題の発生

しかしながら、近時、上述のごとき伝統的な差止請求権理論によってはその解決が困難であると思われる問題が生起している。それは、いわゆる競争秩序違反行為や環境破壊行為などに対する私人の差止請求権をいかにして基礎付けるか、という問題である。

すなわち、これらの行為はいずれも、確かに、一定の私人或いは市民社会に不当な不利益を与えるものである（また、そのため、それらは違法と考えられ

る。)。しかし、右各行為は、私人の「権利」、すなわち排他的支配権を侵害するものではない。したがって、前記伝統的な理論による限り、民法上、競争秩序違反行為や環境破壊行為などに対する私人の差止請求権を根拠付けることは、およそ困難であると言わざるを得ない。

しかしながら、このような違法行為に対する私人の差止請求を認めることは、紛争の実態に照らして、妥当かつ必要である。

それゆえ、「権利」侵害を伴わない上記違法行為に対する私人の差止請求権の発生を正当化しうる（右請求権の形式的発生根拠を合理的に説明することのできる）新たな差止請求権理論、なかんずく、その発生根拠論を構築する必要性は大きいものと言うことができる。

### 3 「古典的な問題」の未解明

他方、従来、差止請求権の形式的発生根拠をめぐる議論は、例えば名誉やプライバシー、或いは静穏や日照などといった、私人に具体的に帰属する個人的法益への侵害に対する差止請求権を念頭に置いて行われてきた。

しかしながら、そのような議論を経てもなお、今日、学説上、この点に関する定説は確立しておらず、後に見るような様々な見解が乱立しているのが現状である。

そして、このように、これまで伝統的に議論されてきた — 「個人的法益を保護するために認められるべき私人の差止請求権をどのように基礎付けるのか。」という — いわば「古典的な問題」に関しても学説間にて見解の一致を見ていない、ということは、つまり、そもそも我が国の現行民法典における差止請求権の形式的発生根拠それ自体が未だ十分に明らかにはされていない、という事実を意味する。

### 4 問題意識

以上要するに、一方において、競争秩序違反行為や環境破壊行為に対する私人による差止請求の可否をめぐる問題など、伝統的な理論によっては十分に対応することの困難な「新たな問題」に直面をして（上記2）、他方、個人の法益侵害に対する差止請求権の発生根拠如何、という従来議論されてきた「古典的な問題」にも未だ合理的な回答を得ることのできないまま、なおかつ、様々な発生根拠論が混在する状況の中で（以上、上記3）、現在、我々は、上記「新たな問題」、「古典的な問題」の双方をそれぞれ適切に解決することのできる差止請求権の一般理論を新たに構築する必要性に迫られているものと考えられる。

以上が、本稿の問題意識である。

### 第3 具体的課題

上述のような問題意識の下、本稿では、取り組むべき具体的な課題を以下のように設定し、その達成を目的として、各種の検討を進めていく。

## (1) 違法侵害説

これまでに日本において唱えられた差止請求権の発生根拠論の1つに、違法侵害説と呼ばれる学説がある。

この説は、現行民法典における差止請求権の形式的発生根拠に関して、次のように主張するものと解される。

すなわち、①差止請求権の形式的発生根拠は、差止請求権制度とも呼ぶべき1つの法制度である。②右制度は、「諸事情の相関的な利益衡量の結果、ある法益 —これは、「権利」＝排他的支配権に限られない— が違法に侵害されており（或いは右侵害の危険が差し迫っており）、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、不法行為法とは区別された独自の法制度として、民法体系上、その固有の位置を占めている、と。

## (2) 「新たな問題」及び「古典的な問題」の解決可能性

本稿の見るところ、以上のような違法侵害説は、先に略述した差止請求権をめぐる「新たな問題」と「古典的な問題」との双方を、以下のような形で、それぞれ適切に、かつ合理的に解決しうる可能性を秘めている。

### ア 「新たな問題」を解決しうる可能性

まず、「新たな問題」に関して、違法侵害説によれば、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」＝排他的支配権以外の— 個人的法益を（も）侵害すると認められる場合には、当該法益の帰属或いは享受主体たる私人に、差止請求権制度に基づき、右違法行為に対する差止請求権が発生する、と解することができる。

第2に、上記違法行為が私人の個人的法益への侵害を伴わない場合であっても、これ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。

すなわち、違法侵害説は、現に侵害され、或いは当該侵害の危険にさらされている法益の「要保護性」ないしは「侵害の違法性」を実質的理由として、その保護を必要とする私人に、差止請求権制度により、差止請求権が付与される、と説く。このような主張の根底には、あるべき法状態が現在（或いは将来）違法に破られ（ようと）し）ており、それを復元（維持）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）、との基本的発想を認めることができる。

さらに、違法侵害説は、差止請求権の形式的発生根拠を差止請求権制度（の発動）それ自体に求めるものである。すなわち、この説によると、右請求権は形式論理上、あくまで差止請求権制度それ自体から発生するものと構成される。そのため、このような理論構成をいわば応用すれば、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、と考えることが可

能となる。すなわち、ある私人に帰属する、或いはその享受する個人的法益がなんら侵害されていない場合であっても、なお当該私人に差止請求権の行使を認める必要があると判断されるときには、一右請求権の形式的発生根拠である— 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発生する、というように。

したがって、以上のような基本的発想及び形式的な論理構造を備えた違法侵害説に基づいて、次のように主張することも決して不可能ではない。

すなわち、ある法秩序ないしは法制度（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（ようし）ており、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るわけではない— 私人（団体等を含む）に付与される、と。

#### イ 「古典的な問題」を解決しうる可能性

次に、差止請求権をめぐる「古典的な問題」に関して。

前述のとおり、違法侵害説は、私人の個人的法益が侵害されている場合、当該法益は、その性質に照らして最も適合的な要件の下で、差止請求権（制度）により保護されるべきである（また保護されうる）、と説く。

したがって、この説によれば、①私人の生命、身体などのいわゆる絶対的利益或いは物権その他の排他的支配権が客観的（形式的）に侵害されている場合には、当該法益の絶対性或いは排他的支配性に鑑み、原則としてそれだけで直ちに右侵害を違法と評価し、これに対する差止請求権の発生を肯定しうる。

他方、それ以外の法益、例えば①プライバシーや名誉に対する侵害が客観的（形式的）に行われている場合には、侵害者側に存する利益（表現の自由、国民の「知る権利」への奉仕等）との利益衡量によって、また②日照や静穏などが客観的（形式的）に侵害されている場合には、同じく、これらと対立する侵害者側の利益や侵害行為の態様等を斟酌して、当該侵害の違法性の有無（差止の具体的可否）を決することができる。

すなわち、このように、違法侵害説によれば、紛争類型ごとに、それぞれに適した要件の基で個別に発生するところの、様々な個人的法益への侵害に対する私人の差止請求権に関して、その形式的発生根拠を合理的に基礎付けることが可能となる。

#### ウ 違法侵害説の欠点

しかしながら、このような違法侵害説には、1つの欠点が認められる。それは、その主張が現行民法典に関する解釈論として成り立ちうることについて、十分な論証がこれまで為されてこなかった、ということである。

すなわち、一般に、多くの論者は違法侵害説を、政策論或いは立法論の次元に止まるものと捉え、現行民法典の解釈として、その主張を支持すべき理由に欠けるものと考えている。また、実際それゆえに、この説は、—その主張自体は大変に魅力的なものである、と言われることもありながら—学説の一般的支持を集めるまでには至っていない。

したがって、違法侵害説を、政策論や立法論としてではなく、現行民法典における差止請求権の形式的発生根拠に関する解釈論として主張するためには、まずもって、この説が解釈論として実際に成り立ちうることについて説得的な論拠を提示しなければならない。

## エ 具体的課題

そこで、本稿は、前述のような問題意識に照らして、差止請求権をめぐる「新たな問題」と「古典的な問題」とをとともに適切に、また合理的に克服しうる前記違法侵害説の主張を我が国の現行民法典に関する解釈論として支持すべきである、との見地から、まさにそのようにこの説を解釈論として採用しうる理由を解明すること、つまりは、違法侵害説の解釈論的基礎付けを行うことをその具体的な課題とする。

### 第4 分析方法 —物権的請求権の形式的発生根拠に関する分析—

また、本稿は、物権的請求権の形式的発生根拠の検討作業を通じて上述の具体的な課題に取り組むこととする。それは、以下に述べるごとく、そのような方法によって右課題を達成することができるものと思われるためである。

#### 1 差止請求権の一典型としての物権的請求権

すなわち、周知のとおり、現行民法典には、例えば709条に相当するような、差止請求権に関する一般的な明文規定は存在しない。

しかし、そのような現行民法典の下においても、物権に違法な侵害が加えられた場合には、それに対する保護手段として、右物権の権利者に、いわゆる物権的請求権が発生する。このことにつき、判例及び学説上、異論は存しない。

他方、右物権的請求権と差止請求権とは、ともに法益に対する現在の侵害の排除、または将来の侵害の予防を目的とし、同様の効果を有する。そのため、それらは本質的に同じ請求権である、と考えられる。換言すれば、物権的請求権とは「物権に基づく差止請求権」或いは差止請求権の一典型ないし基礎である、と解することができる。

#### 2 物権的請求権の発生根拠の再検討を通じた違法侵害説の基礎付け（差止請求権の発生根拠の解明）

そこで、このような差止請求権の一典型たる物権的請求権の形式的発生根拠について検討し、右発生根拠は違法侵害説の説く理論構成によってのみ初めて合理的に正当化されうるものであることを論証することができれば、それによ

り、この説が現行民法典に関する解釈論として積極的に支持されるべき根拠を示すことができた、とすることができる。

すなわち、伝統的に、物権的請求権は物権という「権利」、とりわけその物に対する排他的支配力から内在的に派生する効力として、物権に特有のものである、と理解されている。

しかしながら、物権的請求権をこのように物権の物に対する排他的支配性から内在的に導くことが、実は理論上困難であるとするれば、どうなるか。物権的請求権の存在自体を否定しない限り、その（形式的）発生根拠を物権以外に求めるべきこととなる。言い換えるならば、物権的請求権を物権という権利に内在的な性質としてではなく、右権利の外から与えられる法的保護手段として理論構成する必要が生ずる。また、そのためには、形式論理上当然の事柄として、そのような保護手段をその外から物権（者）に付与する法制度の存在を観念しなければならない。

他方、そのような法制度たりうる可能性を持つものは、①709条以下に規定された不法行為法及び②違法侵害説が右請求権の（形式的）発生根拠と捉えるところの差止請求権制度 —不法行為法とは区別された独立の法制度— の2つに限定される。とすると、両者のうち不法行為法を差止請求権の形式的発生根拠と把握することが現行民法典の解釈論としては困難であると言することができるならば、その結果、物権的請求権の（形式的）発生根拠たる上記物権外在的な法制度とは、すなわち、違法侵害説がその存在を主張するところの上記差止請求権制度そのものに他ならない、との結論にたどり着く —そのような形で違法侵害説の解釈論的基礎付けを成し遂げる— ことが可能となる。

### 3 小括

以上を —「第1 問題意識」及び「第2 具体的課題」にてそれぞれ述べたところをも合わせて— まとめるならば、次のとおりである。

すなわち、本稿は、現行民法典における差止請求権の一般的な形式的発生根拠につき考察し、その内容を明らかにすることを目的とする。右目的を達成するためのいわば手段として、物権的請求権の形式的発生根拠に関する分析を行う。そして、これにより、従来から主張されてきた様々な発生根拠論のうち、いわゆる違法侵害説と呼ばれる学説が現行民法典に関する解釈論として支持されるべきことを論証しようと試みるものである。

## 第5 各章における考察の要点

本稿は、序章以下、第1章、第2章、第3章、第4章、そして終章の計6章によって編成される。

### 1 序章

まず、序章においては、上述した本稿の問題意識、具体的課題、分析方法な

どについて、より詳しく論述するとともに、本稿全体の概観を行う。

## 2 第1章

次に、第1章（題名「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」）では、我が国においてこれまでに主張された差止請求権の発生根拠論について、各々の問題点を分析する。

具体的には、①差止請求権の形式的発生根拠を「権利（排他的支配権）」に求める権利的構成、②差止請求権を「不法行為法（特に民法709条）」の効果と解する不法行為法的構成、③差止請求権は権利一般の通有性たる「不可侵性」が侵害されたことから発生すると説く不可侵性理論、④前記違法侵害説、そして、⑤権利的構成と違法侵害説との複合構造的な並存を認めることにより差止請求権の発生根拠を説明する複合構造説、以上5つの学説のそれぞれにつき問題点を整理、検討する。

さらに、その成果として、先述したとおり、上記諸説のうち違法侵害説のみが差止請求権をめぐる前記「新たな問題」と「古典的な問題」とを、それぞれ適切に、しかも合理的かつ体系整合的に解決しうることを論証する。

## 3 第2章

第2章（題名「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」）においては、ドイツの法学者、エドゥアルト・ピッカー（Eduard Picker）の物権的請求権理論（いわゆる権利篡奪理論（die Rechtsusurpationstheorie））を分析する。

その上で右分析を基に、以下のような日本における物権的請求権の形式的発生根拠に関する示唆を、3点獲得する。

### （1）第1の示唆

まず、ピッカーの理論では、一方において、物権的請求権は、保護対象たる物権の内在的効力としてではなく、その外から付与される法的保護手段と把握されているものと解される。

他方、物権的請求権の要件及び効果の具体的内容は、我が国の伝統的な物権的請求権理論によるそれと同一である。すなわち、物権的請求権は、物権に客観的（形式的）「侵害」—権利者による物権の円満な行使に対する阻害—が加えられれば、原則としてそれだけで直ちに発生する。換言すれば、侵害者に右「侵害」に関する故意、過失などの帰責事由の存することを要しない。また、その効果たる「妨害排除」は、上記「侵害」状態の除去に尽きる。すなわち、それを超えて、「原状回復（損害賠償）」にまでは及ばない。

したがって、以上より、物権的請求権を物権にその外から与えられる法的保護手段として構成したとしても—つまり、右請求権の形式的発生根拠を物権それ自体にではなく、その外にある法制度などに求めることとしても—旧来、日本において一般的支持を集めてきた物権的請求権の要件論と効果論とは、そ

のまま維持されうる、とすることができる（第1の示唆）。

## （2）第2の示唆

第2に、①ピッカーによれば、物権的請求権が所有者などに認められるべき実質的理由は、以下のように、権利割当秩序（「何人に、どのような法益が帰属しているのか」を規範的に定めている秩序）としての民法の存在意義に求められる。すなわち、自らがある私人に割当てた法益について、当該私人によるその享受が不適法に妨げられている場合、民法がそれを黙認するならば、その法益の存在は事実上否定され、権利割当規範としての民法は自己矛盾に陥ることとなる。したがって、そのような自己矛盾を避けるために、民法は、物権の権利者に、右不適法状態をその者自身の手で排除しうる法的手段、つまりは物権的請求権を保障しなければならない。これが、物権的請求権が所有者等に認められるべき実質的理由である、と。

また、それゆえに、②物権的請求権によるのと同様の保護は、いわば当然に、物権或いは絶対権以外の — これらと同じように、民法によって私人に割当てられている — 法的地位（債権などの相対権や各種の法益）にも等しく肯定されなければならない。

但し、③民法によって私人に割当てられている法益の種類や内容は様々であるため、その「割当てられ方」に応じて、ある法益が妨害排除請求権等によって保護されうる具体的場合もまた、種々異なる（べき）こととなる。換言すれば、妨害排除請求権等の発生要件の内容は、被侵害法益の性質に応じて個別化される（物権の場合と同一内容の要件の下で、あらゆる法益が画一的に保護されるわけではない。）。

そして、このようなピッカーの立論（上記①～③）は、日本の現行民法典に関する解釈論としても成り立ちうる。すなわち、我が国においても、①物権的請求権を権利割当規範としての民法の存在意義によって根ざしたものと捉えることが可能であり、それゆえにまた、②原則としてあらゆる法益に対して、③それぞれの内容に最も適合的な要件の下で、右請求権と同様の保護手段、つまりは差止請求権による保護を保障しなければならないものと解することができる（第2の示唆）。

## （3）第3の示唆

さらに、ピッカーは、物権的請求権は、不法行為損害賠償請求権とは峻別されるべきである、と説く。その理由は、先述した前者の要件及び効果の内容が、後者の要件（①「損害」＝被害者に発生した財産的不利益。②加害者の故意、過失などの帰責事由が必要。）、効果（「原状回復（損害賠償）」＝加害者への出捐強制を通じた、被害者の財産的不利益の回復）の各内容と本質的に異なるためである。

また、このような彼の考え方からすれば、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権の双方を同一の形式的発生根拠から発生するものと捉えることは合理性に欠け、妥当ではない、ということになる。つまり、物権的請求権の形式的発生根拠を不法行為法に求めることはできないものと考えられる。

そこで、我が国の現行民法典に関する解釈論として、ピッカーと同様に、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とを、各々の要件、効果—さらにはそれらを規定しているそれぞれの制度目的—に照らして峻別するべきであると解するならば、やはり、前者の形式的発生根拠を不法行為法（日本民法 709 条）に求めることは合理性に欠け、妥当ではない、とすることができる（第 3 の示唆）。

#### 4 第 3 章

第 3 章（題名「ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠をめぐる議論の分析」）では、侵害者の妨害排除義務（ドイツ民法典（以下、BGB と略記する。）1004 条 1 項第 1 文所定）の帰責根拠に関するドイツの伝統的な通説及び判例の見解について分析する。その結果として、我が国における物権的請求権の形式的発生根拠をめぐる議論に関して、以下の 2 つの示唆を獲得する。

##### （1）第 1 の示唆

ドイツの伝統的な通説及び判例は、侵害者が、その費用負担の下で、侵害を排除するために—消極的な忍容義務を超えて—積極的な作為義務を負うべき理由（妨害排除義務の帰責根拠）を、その者が現在、侵害を惹起する行為を行っていること、或いは過去にそのような行為を行ったこと—より厳密に言えば、右侵害惹起行為が客観的な行為規範或いは注意義務に違反していること—に求めている。すなわち、一般に、侵害者の妨害排除義務はそのような意味における行為責任である、と解されている。

では、なぜ伝統的な通説及び判例は、このような考え方（行為責任論）に与しているのか。その 1 つの理由は、物権的妨害排除請求権を所有権その他の物権に基づく効力と捉えるとき、その論理必然の帰結として、右妨害排除請求権の内容はいわゆる忍容請求権とならざるを得ない、ということ、言い換えるならば、侵害者に課されうるのは消極的な忍容義務に止まる、ということ为前提にしているためであると解される。すなわち、そのことを前提とした上で、なお、侵害者に積極的な作為義務としての妨害排除義務が課されること—その反面として、被侵害者に行為請求権としての物権的妨害排除請求権が発生すること—を正当化するために、伝統的な通説及び判例は、右妨害排除義務を—それが加害者の積極的な作為義務であることの明らかな不法行為責任と同様に—現在または過去における侵害惹起行為に基づく侵害者の行為責任と性格付けようとしているものと推測される。

このような推測は、BGB 物権法部分草案を起草したヨホウ (R. H. S. Johow) の妨害排除訴権及び妨害排除請求権理論や、フォン・トゥール (A. v. Tuhr) の物権的請求権理論に関する分析によって裏付けられる。

すなわち、彼らはともに、上記のように考えること、つまりは「物権的 (妨害排除) 請求権が所有権或いは物権の効力として発生するのであれば、それは本来、忍容請求権となる。」と解することが、ローマ法以来の伝統的な考え方に沿うものである、或いは論理的思考から生まれる必然の結論である、と考えていた (そして、そのような考え方を前提とした上で、双方とも、なお右妨害排除請求権が行為請求権として発生することを実質的に正当化するために、それぞれ独自の理論的工夫をこらしている。)

そこで、以上の分析に基づき、日本における物権的請求権の形式的発生根拠をめぐる議論に関して、次のような示唆を導くことが可能である。

すなわち、ドイツの伝統的な通説及び判例の拠って立つ上記行為責任論、さらにはヨホウの妨害排除訴権・妨害排除請求権理論、フォン・トゥールの物権的請求権理論が一致して認めているように、物権的請求権を所有権その他の物権に基づく効力として把握するとき、その論理必然の結果として、右請求権は忍容請求権とならざるを得ないとするならば、他方、ローマ法以来の沿革に沿って、或いは我が国の伝統的な通説及び判例と同様に、それでもなお物権的請求権の内容をあくまで行為請求権と解するためには、当然のことながら、物権的請求権を物権に基づく効力、つまりは物権より内在的に派生する効力と構成することを止めなければならない。そのような意味で、いわば物権的請求権を物権から切り離す必要がある。これを言い換えるならば、物権的請求権の形式的発生根拠を、物権そのものにではなく、物権の外に求めなければならない、ということである (第1の示唆)。

## (2) 第2の示唆

第2に、侵害者の負うべき妨害排除義務を行為責任と把握する行為責任論 (ドイツの伝統的な通説及び判例の立場) を突き詰めていくと、その結果、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との各々の発生要件 (「侵害」と「損害」) と効果 (「妨害排除」と「原状回復 (損害賠償)」) とは、実質的に融合する。すなわち、両請求権は同一化することとなる。

しかしながら、このように物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とを実質的に同一物と把握することは、以下のような問題点に鑑みると、BGB に関する解釈論として、妥当でない。

すなわち、そのような両請求権の実質的同一視を認めるならば、その結果、物権的請求権によってドイツ不法行為法における第一義的な帰責原理たる有責性原理の趣旨が潜脱される恐れが生ずる (被害者は、有責性をその発生要件と

しない物権的妨害排除請求権を行使することによって、侵害（加害結果）発生につき有責性の認められない侵害者に対して、「妨害排除」の請求として、実質的に「原状回復（損害賠償）」を求めるようになるから。）

また、侵害者が破産した場合における債権者平等の原則に則った法的処理が実質的に阻害される（ドイツ破産法上、物権的請求権はいわゆる「取戻権」（*Aussonderungsrecht*）として、侵害者に関する破産手続の開始に影響されず、破産管財人に対して、侵害の完全な排除を請求することができるのに対して、不法行為損害賠償請求権は、本来、破産債権として、他の破産債権者との債権額に比例した按分での弁済しか受けられないところ、もし物権的請求権が実質的な不法行為損害賠償請求権として「損害」に関する「原状回復（損害賠償）」までをも請求しうることとなれば、侵害者は、右物権的請求権の行使を通じて、実質的に、自らの不法行為損害賠償請求権に対する全額の、他の破産債権者に優先した弁済を受けうる結果となるから。）。

さらに、そのように「不法行為損害賠償請求権化」した妨害排除請求権と、返還請求権 —不法占有者自身による過去の占有奪取行為を必ずしもその発生要件とせず、かつその効果が「原状回復（損害賠償）」にまで及びえないことにつき争いはない— との間には、もはや共通点は存在しない、と考えざるを得ない。すなわち、妨害排除請求権と返還請求権と —さらには不作為請求権（我が国における妨害予防請求権に相当するもの）と— を、「物権的請求権」（という、本質的に同一の機能を営む統一体）として一体的に把握することが困難となる（これは、ローマ法以来の物権的請求権制度の歴史や BGB の起草者の意思に反する。）。

そして、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とをそれぞれの要件、効果の内容において同視すること（両請求権の実質的融合を認めること）に伴って生ずる上述のような状況（①有責性原理（過失責任主義）の意義の実質的潜脱、②侵害者破産時における、債権者平等の原則の趣旨の没却、③妨害排除請求権と返還請求権との機能的統一性の喪失）は、日本法においても右同一視が行われれば、同じように発生しうる。したがって、右①から③のような事態が日本において生ずることを避けるべきであると考えれば、その原因たる物権的請求権と不法行為損害賠償請求権の実質的融合それ自体を回避しなければならない。つまりは、日本の現行民法典に関する解釈論として、それらの請求権は、各々の発生要件の内容（「侵害」と「損害」）及び効果の内容（「妨害排除」と「原状回復（損害賠償）」）において厳格に区別されるべきである、とすることができる（第2の示唆）。

## 5 第4章

第4章では、日本においてこれまでに唱えられた代表的な物権的請求権理論

（川島武宜博士の責任説，於保不二雄博士の物権的請求権理論，川角由和教授の物権的請求権理論）について，それぞれの特徴等を分析する。そして，その後，第4章の末尾において，第2章及び第3章での分析結果（それらから導かれる示唆）をも総合して，現行民法典における差止請求権の一般的な発生根拠に関する解釈論として違法侵害説の主張が支持されるべき理由 ―この点に関しては後述「第6 私見の要点」参照― につき論証を試みる。

### （1）責任説（川島武宜博士の物権的請求権理論）

まず，責任説，とりわけその主唱者たる川島武宜博士の学説に関しては，川島博士の唱えられる①「行為請求権としての物権的請求権は，物に対する排他的支配性をその本質とする物権にとって，論理上必然に認められる効力ではない。」との主張，及び②「行為請求権としての物権的請求権（作為義務としての妨害排除義務）の成否は，債権法の責任原理，とりわけ過失責任主義の考え方によって決せられるべきである。」との主張の2つにつき，各々の合理性或いは妥当性を検討する。

その結果，上記①の主張は合理的であると解されること，他方，上記②の主張は，その内容においても，また右主張を支持すべき根拠として川島博士が提出された論拠の説得力に照らしても，妥当とは言えないことを論ずる。

### （2）於保説

第2に，於保不二雄博士の物権的請求権理論について検討する。

於保博士は，「（行為請求権としての）物権的請求権は，物権を保護する必要性に基づいて，法により特に認められた請求権である。」と主張される。さらに，そのような考え方を発展させるならば，妨害排除請求権を物権以外の権利にも等しく承認することが可能となることを示唆される。

そこで，これらの主張の具体的意義を分析し，①右主張の根底には，物権的請求権を権利割当規範としての法秩序の存在意義に根ざした存在と捉える基本的発想が存すること，及び②上述のような妨害排除請求権による保護を物権以外の権利にも保障しようとする考え方は，於保説の右基本的発想から論理必然的に生じうるものであることを明らかにする。

### （3）川角説

第3に，川角由和教授の物権的請求権理論について分析する。

具体的には，まず，「近代的所有権の「積極的内在的性格」（物に対する排他的支配性）にその性格を規定された物権的請求権は，「論理必然的に」，行為請求権として具体化する。」との川角教授の主張の当否を検討する。その結果，右主張は具体的根拠に欠け，またそれゆえに説得力にも欠けることを指摘する。

他方，それ以外の川角教授の主張（①物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との，制度目的，要件，効果における相違の強調，②物権的請求権は財貨帰

属秩序に加えられた客観的な侵害に対する法秩序のリアクションであると捉えうること、したがって、③財貨帰属秩序以外の法秩序 一人格秩序、環境秩序など一に加えられた侵害（各種の人格的利益や環境的利益への侵害）に対しても、同じくそれらの法秩序のリアクションとして、物権的請求権に対応するところの差止請求権が発生する、と言いうること）を整理し、その意義などを分析する。

## 6 終章

最後に、終章では、本稿の主張の要点をまとめた上で、今回の分析によっては解明されなかった諸問題（①物権的請求権に関するさらなる検討課題、②物権・債権峻別論と違法侵害説との関係、③差止請求権の発生要件に関する分析の重要性、④占有訴権制度に関する分析の重要性、⑤民事訴訟法学との協働の必要性）を整理し、それらのいくつかにつき現段階における解決の方向性を模索する。

### 第6 私見の要点

最後に、本稿における結論（私見）の要点をまとめるならば、以下のとおりである。

すなわち、本稿は、差止請求権の形式的発生根拠に関する違法侵害説の主張を妥当なものとして支持する。この説による主張のうち特に重要なものは、次の3点である。

第1に、私人の権利または利益に対する違法な侵害が現に存在し或いは目前に差し迫っている場合には、右侵害からそれらの法益を保護するために、差止請求権制度に基づいて、民法上、私人に差止請求権が付与される。

第2に、差止請求権の発生要件の具体的内容、とりわけ侵害の違法性の判断基準は全法益に共通のものではない。それは、被侵害法益の要保護性の程度、侵害行為の態様など諸事情を総合的に衡量する方法により、当該法益の性質に最も適した内容に決定される。

第3に、上記差止請求権制度は、保護法益に対する外在的な存在として、かつ不法行為法とは峻別された上で、民法体系上にその独自の地位を占めるものである。

このような主張を展開する違法侵害説が妥当であると解される理由として、この説は、①従来から差止請求権によって保護されてきた私人に帰属する各種の個人的法益（財産的利益、人格的利益、環境的利益など）に対して、それぞれに最も適合的な要件の下で、統一的に差止請求権による保護を認めうること（差止請求権をめぐる「古典的な問題」の解決可能性）、と同時に、②いわゆる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等、「権利」侵害を要件としない差止請求権の基礎付けに関して最も合理的な理論的基礎を提供し

うること（差止請求権をめぐる「新たな問題」の解決可能性）、そして、③その理論構成自体に論理的及び体系的の不整合等は存しないこと、を指摘することができる。

また、以上のような違法侵害説による主張が我が国の現行民法典に関する解釈論として支持されるべき理由は、以下のように、差止請求権の一典型としてこれまで一般的に承認されてきた物権的請求権の存在によって説明されうる。

すなわち、物権的請求権は、①権利割当規範としての法秩序に根ざしたものであるがゆえに、②物権以外の法益にも（各々に適した要件の下で）それと同様の保護手段が認められるべきものである。また、それは一少なくとも我が国の現行民法典においては一 ③不法行為損害賠償請求権と、その制度目的、要件、効果において峻別される。さらに、④物権的請求権は、ローマ法以来、伝統的に行為請求権として把握されてきた。

このような諸特徴を有する物権的請求権は、まずこれを、排他的支配性をその本質とする「権利」（排他的支配権）の内在的効力として把握することはできない（そのように把握するとすれば、必然的に、排他的支配性を持たない「権利」（排他的支配権）以外の法益には、物権的請求権によると同様の保護を与えることが困難となるから。また、そのような把握の下では、物権的請求権は忍容請求権に止まらざるを得ない（＝行為請求権とはなりえない）ため。）。

他方、物権的請求権を不法行為法の効果と捉えることも合理性に欠け、妥当ではない（物権的請求権は、不法行為損害賠償請求権とは峻別されるべきものであるから。）。

とすると、物権的請求権は、物権に対して、その外から、不法行為法とは峻別された独自の法制度によって付与される法的保護手段である、と構成されなければならない。すなわち、違法侵害説の唱える理論構成（形式論理）を採用することによって、初めて物権的請求権の存在を合理的に基礎付けることが可能となる。言い換えるならば、それ以外の見解（権利的構成、不法行為法的構成）の唱える理論構成によっては、現行法の下で、以上のような諸特徴を備えた物権的請求権が発生しうることを正当化することは困難である。とすれば、まさしくそのことを理由として、次のように結論付けることができる。すなわち、物権的請求権の存在それ自体を否定するのでない限り、違法侵害説の主張を妥当なものとして支持しなければならない、と。

以上