

早稲田大学大学院法学研究科

2009年3月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 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

申請者氏名 根本尚徳

主査	早稲田大学教授 博士(法学)(早稲田大学)	後藤巻則
	早稲田大学教授	内田勝一
	早稲田大学特任教授	渋谷達紀
	早稲田大学教授 法学博士(北海道大学)	藤岡康宏

明治学院大学法学部専任講師 根本尚徳氏は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2008年11月12日、その論文「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」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士（法学・早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2009年3月30日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

1 本論文の構成と内容

(1) 本論文の序章では、本論文を執筆する問題意識、分析の進め方、全体の構成が説明されている。すなわち、差止請求権の発生根拠を検討する必要性として、個人の法益侵害に対する差止請求権という古典的問題に関して、伝統的な権利的構成では、侵害者の法益との比較衡量や主観的態様の考慮ができず、権利以外の法益に与えられる差止請求権の根拠を明らかにすることが困難であり、また、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可否などの新しい問題にも応えうる理論が必要とする。

差止請求権の発生根拠についての現在の学説の状況について、それらが特定の紛争を念頭においた要件効果論であって、一般的観点に立脚した考察の欠如・理論的体系的整合性の有無を問題とする視点の欠如があるとし、各学説の分析においてそれぞれの理論的構造を可能な限り具体的に把握し、その合理性の有無を前記のような理論的観点あるいは体系的整合性を問う視点から、一般的に吟味することが、これまでの議論の不足部分を埋めるとともに、新たな視角から問題に光を当てるためにも必要かつ有益であるとする。

そして、差止請求権をめぐる「新しい問題」及び「古典的問題」の双方を適切かつ合理的に解決しうる可能性が認められるのは違法侵害説であるとし、物権的請求権の存在が根拠づけの手がかりとなるとして、解釈論的基礎を探求するため、エドゥアルト・ピッカー（Eduard Picker）の物権的請求権理論、侵害者の妨害排除義務（BGB 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、日本の代表的な物権的請求権理論を分析して、違法侵害説が支持されるべき理由について論証を試み、残された課題を整理し、現段階における解決の方向性を模索するとの構成を示す。

(2) 第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」では、これまで主張された差止請求権の発生根拠論を上記視点から再整理し、それぞれの問題点を分析し、各学説のいずれかが「新しい問題」及び「古典的問題」のそれぞれを合理的及び体系的に解決しうる可能性が認められるかを検討する。

() 権利的構成

権利的構成とは、差止請求権の発生根拠を私人の「排他的支配権」たる「権利」に求める構成である。物権的請求権理論、生命、身体（健康）快適な生活、名誉、プライバシー等、人格に関する法益につき私人に絶対権ないし排他的支配権たる人格権を認め、この人格権が違法に侵害されたことを差止請求権の発生根拠と解する人格権説、及び「良き環境を享受し、かつこれを支配できる権利である」環境権説がこれに含まれる。筆者は、人格

権説、環境権説ともに排他的支配性を特質とする権利への侵害が認められた場合に差止請求権が発生すると説き、その論理構造の核心は権利を排他的支配権と観念することにあるという。

権利的構成は、差止請求権を権利（排他的支配権）の反発力として理解するので、差止請求権の発生要件は、権利に対する客観的・形式的侵害で足り、侵害者の主観的要件が排除され、その成否を具体的に決する際には、対立する利益との利益衡量の可能性が排除される。また、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」への侵害が必要不可欠となり、差止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。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、厳密に考えるならば「権利」には含まれないものが多数存在し、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併せて様々な諸事情を適切に衡量することが必要であり、権利的構成では、これらの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困難になると分析する。

筆者は、本章での分析をもとにして、権利的構成はその論理構造自体に矛盾や現行民法典の体系に反する点を抱えているわけではないが、その理論構成の故に、新たな問題及び古典的な問題の双方を合理的に解決することができない、と結論づける。

（ ）不法行為法的構成

不法行為法的構成とは、差止請求権の形式的根拠を不法行為法に求める説であり、不法行為法とりわけ709条が過去の侵害に対する損害賠償請求権とともに現在及び将来の侵害（損害）の発生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と解する。

筆者は、不法行為法的構成に対する問題点を網羅的かつ詳細に検討する。不法行為法的構成は、差止請求権を不法行為損害賠償請求権とその要件及び効果の内容に関して同一視する見解であるが、これは、侵害によって生じた現在の事実状態を是正し、あるべき法状態を維持ないし回復する差止請求権制度と過去に生じた損害（財産的不利益）をそれを発生させた加害者に負担させる不法行為法との制度趣旨及びそれらに規定された要件（「侵害」と「損害」、帰責事由の要否）及び効果（「差止」と「原状回復（損害賠償）」）に関する両請求権の基本的かつ構造的な相違点を見落としている。侵害者の故意・過失を一般的な発生要件とすることには理論的な疑義が存するのみならず、差止請求権の発生には侵害者の故意または過失が常に必要であるとすれば、生命、身体、思想良心の自由、貞操等の人格的利益あるいは物権等のように故意過失が認められなくとも侵害が常に差し止められなければならない場合でも、救済範囲を狭隘にし、妥当性に欠ける結果をもたらす。「損害」発生を責任の発生要件とする不法行為法に基づくのであれば、差止請求権は「損害」発生をその要件とせざるを得ないはずであり、「損害」発生以前の事前差し止めないし妨害予防請求権を根拠づけることは困難となる等の分析を加える。また、不法行為法的構成は競争秩序違反行為や環境破壊行為に対する私人による差止請求の可否をめぐる問題を解決するための理論的基礎を提供しようと考えられているが、不法行為法的構成の主張が現行民法

典の体系には合致しないものであり、「新たな問題」を解決しようとする試みはその根底において確固たる理論的基盤を欠くとする。

したがって、民法典の解釈論としては、不法行為法的構成を差止請求権の一般的な発生根拠として支持することは妥当でないと結論づける。

() 不可侵性理論

不可侵性理論とは、差止請求権の発生根拠を権利一般の通有性たる「不可侵性」への侵害に求める説である。従来、物権的請求権は物権の絶対性あるいは排他性に基づいて生ずる物権固有の効力であると理解されてきたが、不可侵性理論によると、物権的請求権は権利一般の通有性である「不可侵性」に対する侵害を根拠に発生するものであり、債権も権利であるから物権と同様の不可侵性を有し、債権についても妨害除去の効力を認めてよいとする。これは、権利の通有性たる「不可侵性」という概念を媒介として、物権的請求権の適用範囲を物権からそれ以外の権利一般にまで拡張する考え方である。

不可侵性理論によると、物権ないし物権類似の排他的支配権のみならず、それ以外の権利（例えば債権）も保護の対象となり、およそあらゆる権利侵害について、侵害者の故意または過失等の有無を問わず、かつ具体的な成否を判断するにつき利益衡量をも要せずに、差止請求権が認められる。そのため、不可侵性理論の理論構成には、保護対象たる法益の具体的性質に応じて差止請求権の発生要件の内容を適切に個別化するための論理が欠如している。筆者は、この点こそ、不可侵性説が破綻せざるをえなかった理由であり、不可侵性理論の破綻の原因が、物権的請求権の適用範囲を物権からそれ以外の権利一般にまで拡張しようとする基本的発想ないしその論者の問題意識にあったのではなく、その理論構成にあったとすれば、より適切な理論構成を新たに試みることで、前記基本的発想を具体化し、これを活かしようとする。

() 違法侵害説

違法侵害説とは、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る場合に、保護法益に対する「違法な侵害」あるいは右違法な侵害から当該利益を「保護する必要性」そのものに基づいて、不法行為法（709条）に拠ることなく、被侵害者に差止請求権が発生する、と解する説である。

違法侵害説を代表する舟橋説によれば、違法侵害説は、第1に、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、差止請求権の具体的な成否を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する。第3に、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し、かつ、この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する。このような違法侵害説の考え方は、保護法益の特質を差止請求権の発生要件の内容に反映せうる理論構成であり、不可侵性説が持っていた難点を克服しているが、筆者によれば、この説においては差止請求権の発生根拠とはどのようなものか、という疑問が残る。

この点について、筆者の推測するところによれば、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の存在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、この説は以上のような法制度（差止請求権制度）の存在を現行民法体系上に想定する見解である。また、この説によれば、差止請求権の形式的な発生根拠とは差求権制度であり、「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。さらに、この説によれば、差止請求権は、不法行為制度とは別の独自の法制度として民法体系上に位置付けられる。

（ ）複合構造説

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が、筆者によれば、権利的構成と違法侵害説それぞれの内容は、いわば二律背反の関係にあり、これらを併存ないし両立させることは困難である。

（ ）学説のまとめ

以上の分析を経た「まとめ」として、筆者は、違法侵害説の可能性に言及する。すなわち、本論文の問題意識および視点は、第1に、従来主張されてきた差止請求権論は、民法学が差止請求権に関し直面している「新たな問題」および従来議論されてきた「古典的な問題」それぞれにつき、適切な要件の下で差止請求権根拠を合理的に基礎付けうるか、第2に、当該発生根拠論に理論的、体系的整合性が認められるか、の2点であるが、違法侵害説によれば、競争秩序違反行為や環境破壊行為が私人に帰属し、あるいはその享受する個人的法益を侵害すると認められる場合には、当該法益の帰属主体たる私人が自ら各侵害行為を差止めうることとなる。また、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、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、あるいは阻害されようとしており、その維持ある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、右法秩序ある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私人（団体等を含む）に付与されると解することができる。さらに、違法侵害説によれば、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（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うことが必要となり、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るから、この説は、差止請求の「古典的問題」にも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。

(3)第2章「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」では、本論文を執筆するにあたり、筆者が多大の示唆を受けたドイツの法学者エドゥアルト・ピッカーの主張する権利篡奪理論と呼ばれる物権的請求権論が紹介されている。権利篡奪理論は、本論文において筆者が構築を試みている解釈論の基盤をなす理論として重要な意義を有するものである。筆者は、

1972年にピッカーが同理論を提示して以来、2007年までに発表した10数本に及ぶ著書と論文を素材として、同理論の全貌を把握することに努め、わが国における差止請求権の発生根拠論にとって同理論が示唆するものを明らかにしようと努めている。筆者によれば、権利篡奪理論とは、以下のようなものである。

同理論は、ドイツ民法1004条1項が規定する物の所有者の妨害排除請求権と同985条が規定する物の返還請求権の発生根拠を統一的に理解する必要を覚えたピッカーの主張に係る理論である。同理論によれば、それら2つの請求権は、法が想定している私人間の本来あるべき法益分配状態を維持することを目的とする請求権、すなわち、実際の法益帰属状態が本来あるべき法益分配状態と食い違っているときに、その食い違いにより不利益を受ける者が相手方に対してその是正を求めることを可能にする請求権として、その発生の根拠を共通にしている。

以上のような基本的理解に基づき、ピッカーは、それら2つの請求権につき、両請求権は目的を共通にする同質の請求権である、両請求権は被害者に生じた財産的欠損状態を加害者の出捐によって填補することを目的とする不法行為法上の損害賠償請求権とは異質の請求権である、両請求権は法益分配状態の復元を求めただけを目的としているから、相手方に故意または過失のあることを請求権行使の要件としておらず、その点において、加害者に対する財産の出捐強制を伴うがゆえに加害者の故意または過失を要件とする損害賠償請求権とは、行使の要件を異にするとしている。

ピッカーは、さらに論を進め、権利篡奪理論は、権利割当規範としての法秩序の維持を目的とする一般的原理にほかならないこと、民法所定の妨害排除請求権と返還請求権は、その一般的原理の1つの表現例として位置づけられるものであることを指摘している。すなわち、同理論は、所有権その他の絶対権の侵害があった場合における差止請求権の発生根拠を説明するだけでなく、債権その他の相対権が侵害されるおそれのある場合に発生する差止請求権の根拠も説明していること、さらに保護法規違反行為により利益を侵害されるおそれのある者がいる場合にも、同理論はその違反状態の除去を求めうるという解釈の論拠を提供するものであることを指摘している。また、侵害される法益の種類は様々であることから、一般的原理としての権利篡奪理論を適用する際に、妨害排除的権利保護の内容が画一的である必要はないとしている。

筆者は、ピッカーの主張する権利篡奪理論と共通する性格を有する違法侵害説に基づき、わが国の民法の解釈としても、差止請求権を広く受容することが可能であると主張しているが、その主張を展開する際に、ピッカーの理論からは、以下の3つの示唆を受けることができたと思括している。すなわち、わが国における物権的請求権論は、物権の円満な行使が妨げられたときに物権的請求権が発生するという権利内在的な論拠に請求権の発生根拠を求めているが、権利篡奪理論は、権利外在的な権利割当規範としての法秩序の維持に妨害排除的権利保護の根拠を求めており、わが国の民法の解釈としても、そのような見方が必要とされるのではないかということ、侵害される法益の種類が異なるのであれば、

妨害排除的権利保護の内容は画一的である必要はないこと、妨害排除的権利保護は、加害者に対する財産の出捐強制を伴う不法行為を理由とする損害賠償請求権とは異質の請求権であるから、差止請求権の発生根拠を不法行為理論に求めるのは適切でないこと、という3つの示唆である。

(4) 第3章「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(BGB)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し、そこから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2つの示唆を得ることができるとする。

第1は、妨害排除義務の帰責根拠に関する議論である。ドイツの伝統的な通説及び判例は行為責任と解する。これ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を前提した上で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を正当化するために、右妨害排除義務を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るものとされる。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ものである。以上の議論は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示唆を与える。すなわち、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、右請求権は忍容請求権とならざるを得ない。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、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。これは物権的請求権の形式的発生根拠を物権そのものではなく物権の外に求めなければならないことを意味する。

第2に、行為責任論によると、物権的請求権と不法行為損害賠償請求権とが発生要件(「侵害」と「損害」)と効果(「妨害排除」と「原状回復(損害賠償)」)の両面において実質的に融合し、両請求権が同一化することになり、BGBの解釈論として、妥当でない。第1は、ドイツ不法行為法の第一義的な帰責原理である有責性原理(過失責任主義)の趣旨の潜脱であり、第2には、侵害者破産時における、債権者平等の原則の趣旨の没却である。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。第3は、妨害排除請求権と返還請求権との機能的統一性の喪失である。「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との間には、もはや共通点は存在しない。以上の議論は日本の現行民法典に関する解釈論に示唆を与える。このような事態を避けるべきであると考えらるならば、両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。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。

（5）第4章「我が国の物権的請求権理論に関する分析及び違法侵害説の解釈論的基礎付け」では、日本の代表的な物権的請求権に関する3つの学説の特徴を分析する。

（ ）責任説（川島武宜博士の物権的請求権理論）における物権的請求権の二元的把握（「支配権」と「責任」）のうち、「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。」との主張は合理的であると解されるが、「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」との主張は妥当とはいえない。

（ ）於保不二雄博士の物権的請求権理論においては「（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（法（政策）により物権にその外から付与される物権的請求権（行為請求権））。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。この主張の根底には、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あるが、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、於保説の基本的発想から論理必然的に生じうるものである、とされる。

（ ）川角由和教授の物権的請求権理論は近代的所有権論を基礎とするものであるが、「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は具体的根拠に欠け、説得力にも欠けるとする。しかし、それ以外の川角教授の主張（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、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を、したがって、財貨帰属秩序以外の法秩序 人格秩序、環境秩序などに加えられた侵害（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、との主張には首肯できるところもある、とする。

さいごに、以上の分析結果に第2章及び第3章での分析結果をも総合して、本論文の目的は、我が国における民法上の差止請求権の形式的発生根拠について考察し、この点に関する解釈論として主張された諸説のうち、違法侵害説と呼ばれた学説が支持されるべきであることを論証することにある、とされる。本論文はこの目的を達成するために、物権的請求権の実質的及び形式的発生根拠の分析に取り組むものであり、4つの知見が獲得されたとする。

第1に、物権的請求権の実質的な発生根拠は、権利割当規範としての民法ないし法秩序

の存在意義に求められる。違法な侵害を受けている物権(または侵害を受けるおそれのある物権)に対して右請求権による保護が与えられないとすれば、物権の権利としての意義、そして権利割当秩序としての民法の存在意義が實際上否定されてしまう。したがって、物権的請求権と同様の保護手段は、物権以外の法益にも、各々の性質や内容に適合した要件の下で、原則として広く一般的に与えられなければならない。

第2に、物権的請求権を物権(の物に対する排他的支配性)により派生する内在的効力と構成するならば、その論理必然の帰結として、右請求権の内容は忍容請求権に止まらざるをえない。換言すれば、右構成により行為請求権としての物権的請求権の発生を基礎付けることは困難である。ローマ法以来の沿革に従って、あるいは日本の伝統的な通説・判例のように、物権的請求権の内容を行為請求権と把握するためには、物権的請求権を物権の外から付与されるものと理論構成する必要がある。すなわち、右請求権の形式的発生根拠を物権(の物に対する排他的支配性)以外に求めなければならない。

第3に、物権的請求権を物権に対して、その外から付与されるものと捉えるとしても、伝統的に一般的に支持されてきた右請求権の要件及び効果の具体的内容はそのままに維持される。

第4に、物権的請求権は、その機能ないし制度目的、要件及び効果の各点において、不法行為損害賠償請求権とは異なるものである。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合理性に欠け、妥当でない。

これらの4つの知見を総合することによって、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関する解釈論として、違法侵害説が支持されるべきである。すなわち、

権利割当規範としての法秩序の存在意義に根ざし、不法行為損害賠償請求権とは異なる固有の意義を持った(行為請求権としての)物権的請求権の存在は、違法侵害説の主張する理論構成 不法行為法とは峻別された独自の法制度たる差止請求権制度に基づく、被侵害利益(の受益者)への、その外からの付与 によって初めて合理的に、また最も説得的に基礎付けうるものである。換言すると、それ以外の差止請求権の発生根拠論(権利的構成、不法行為法的構成)の提唱する論理によっては、これまで判例、学説において「差止請求の一典型ないし基礎として」その存在を自明視されてきた(行為請求権としての)物権的請求権の発生を理論的に正当化することは「およそ困難」である。とすれば、そのことこそ、

物権的請求権の存在そのものを否定し去るものではない限り 我が国の現行民法典における差止請求権の発生根拠に関する解釈論として違法侵害説が支持されるべき積極的理由である、とされる。

さいごに、本論文は物権的請求権の形式的発生根拠に関する自説を(1)物権外在的な法制度に基づく物権への付与、(2)不法行為法との峻別 独自の法原理としての位置付け、(3)物権に規定された物権的請求権、の3点にまとめる。物権的請求権は上記法制度に基づいて発生する(物権に付与される)ものの、他方、その要件の内容、「侵害」の違法性の判断基準は、その保護客体たる物権の性質に厳格に規定される。一方において、「物権的請求権の

発生要件の内容は、あくまで物権という保護客体の特質(物に対する排他的支配性)に拘束される。」と解し、他方、「右請求権は物権外在的な法制度に基づいて発生する。」と考えることは十分に可能であると、とされる。

(6) 終章では、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自説の要点がまとめられている。

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、被侵害利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より決定される。

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、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することができる。

次に、本論文で分析できなかった残された諸問題として、物権的請求権理論に関するさらなる検討課題、物権・債権峻別論と違法侵害説との関係、差止請求権の発生要件に関する分析の重要性、違法論の重要性、占有訴権制度に関する分析の必要性、民事訴訟法学との協働の必要性など、将来の課題を提示する。特に、差止請求権の発生要件については、違法判断基準の具体的モデル、主観的違法要素として侵害者の故意または過失を考慮することの可否及び法秩序違反行為に対する差止請求権の発生要件をあげる。

2 本論文の評価

(1) 評価すべき点

本論文は差止請求権の発生根拠を論じるものであるが、差止請求権は不法行為法の救済方法ではなく、不法行為損害賠償請求権制度とは峻別された独自の内容をもつ差止請求権制度に基づくものと理解し、そのための基礎理論を提示するものである。従来とは違う考え方を提案する本格的論考であるが、本論文の評価されるべき特徴は以下の点にある。

第1は、問題意識の明確さである。差止請求権について民法にはこれを認める一般的な根拠規定は存在しない。この問題は、判例、学説による法発展に委ねられたが、特定法領域における部分的考察にとどまることが少なくなく、差止請求権の基礎を支える法理論の展開は必ずしも十分であるとはいえなかった。このような状況において本論文は、法の継続形成を進めるためには従来型の古典的問題と新たに生起する諸問題の双方に対応できる法理論の構築が不可欠と判断し、発生根拠論に着目する。この主題が抽象的な一般論としてではなく、現行民法典の解釈論として具体的に検討されており、問題意識の明確さと結

論の明晰さが際立っている。

第2は、基礎理論の追及に徹していることである。差止請求権は本来どのような制度に基づくものかと考えるべきであるのか、いわば法理論としての差止請求権制度を論じ、違法侵害説を支持するものであるが、その内容はこれまでの違法侵害説とは異なる。本論文に結実した違法侵害説は、差止請求権の形式的発生根拠を、民法体系上にその固有の位置を占める一つの法制度(差止請求権制度)に求める考え方であり、物権的請求権に関する新たな知見に示唆を得た、新たな装いをもつ「違法侵害説」である。基礎理論としての違法侵害説であることから、民法の理論であると同時に法制度全体の基礎としての差止請求権論が展開されていると理解することもできる。その意味において、従前の違法侵害説が、不法行為損害賠償請求権制度と差止請求権制度の違いを明確にするために再登場を要請されたということもできる。

第3として、問題解決の方法論を挙げることができる。本論文は、差止請求権の基礎理論の構築の端緒を物権的請求権に求め、物権的請求権を拠り所として議論を進める。物権的請求権は物権の本質あるいは物権に内在的なものではなく、物権を保護するために物権の外から付与された制度と理解する考え方がある。物権外在的な制度としての物権的請求権という立場はピッカーの採るところであるが、この見解に従うと、物権以外の保護法益に対しても差止請求権を認めることが可能となつてこよう。本論文はこの物権外在的法制度という理解を拠り所として一般的差止請求権の理論的基礎を堅固な形に仕上げようとするものである。この着眼点は鋭い。しかし、注目に値するのはピッカー説に拠りながら、それを超えるものがあることである。ピッカーにおいては物権以外の保護法益の把握は制約的であるが、本論文が目指しているのはより一般的な差止請求権制度の確立であり、そのための違法侵害説の提唱である。差止請求権の一般理論の必要性を促してきたものは、部分領域にとどまりがちであったとはいえ、わが国における差止請求権に対する持続的関心及び学説、判例の蓄積であるが、このような先行業績の徹底的な検討を経てはじめて本論文が成立し得たと考えることができる。

第4は、研究対象に迫る手法、手順であるが、差止請求権の法的構成に関する学説の徹底的かつ精緻な分析が際立っている。これまでの学説を網羅的に収集し、理論の内在的な理解に努め、よって立つ論理を厳密に追及し、その問題点を鋭く考察する。その手法は周到かつ詳細であり、体系的論理的視点からの優れた分析能力を看取することができる。私見の展開もきわめて詳細であり、質的にも高い水準にある。

ピッカー理論の紹介についても同様の評価を与えることができる。ピッカーの著作を網羅的に読み込み、長年にわたるピッカーの理論的研究の進化に伴い、用いられている概念が次第に一般化していく過程を正確に描写しようと努めている。また、内外の学説を多数引用することにより、ピッカーの見解を相対化して客観的に捉え、わが国の民法学説におけるピッカー理論の位置づけを明らかにしようとしている。この部分は、学説紹介の手法においても、その内容においても、きわめて優れたものと評価することができる。この手

法はわが国の物権的請求権の理論的考察においても見られ、分析の軸足が明確でぶれがない。学説の長所と短所をわかりやすく理解することができ、バランス感覚を窺わせる。

第5の特徴として、本論文が及ぼす影響力は広い範囲にわたることを指摘しておきたい。差止請求権を一つの法制度として理解すると、差止請求権の発生根拠を論じることは、法とは何か、権利とは何か、といった法律学の基本問題に関わりをもたざるをえないことになるが、このような意味で本論文は基礎法学に対する問題提起という役割を担うこともできよう。さらに、隣接法分野にも影響を及ぼすことが考えられる。違法侵害説は現行民法典の解釈論として主張されたものであるが、基礎理論であるがゆえに民法を超え、隣接法分野(知的財産法、競争法、消費者法、環境法など)における差止請求権論を支援しうる可能性が生じる。と同時に、隣接法分野の法発展を民法に取り込む受け皿として、基礎理論は有用である。このような広い射程範囲をもつ基礎理論は、民商融合の可能性、さらには法律学の将来像を示唆するもの、ということもできる。

(2) 課題

以上、本論文は民法の基本問題でありながら明確な根拠規定のない差止請求権について発生根拠論に焦点をあてた優れた業績として評価に値するが、問題がないわけではない。すなわち、学説が徹底的に分析、検討されているが、論理的、体系的な視点に重きが置かれ、それぞれの学説が登場した背景については十分には検討されていない。また、判例も取り上げられていない。基礎理論の構築という大目的の第一歩として形式的発生根拠論に主題が絞られた経緯からすると、判例が検討されていないことは理解できるとしても、法の継続形成を考えると、これからは基礎理論と法実践との相互連関が検討される必要がある。実践的な課題としては違法侵害説にいう違法性をどのようなものとして理解するのが重要である。権利的構成や不法行為法的構成との制度的な役割の違いを明確にするために違法侵害説が主張されるとしても、違法侵害説にはそのような形式的な理由を超えて実質的な違法判断の必要性がその基礎に据えられていたはずである。これは差止請求権の発生要件、ひいては差止請求権の形式的発生根拠と実質的発生根拠の関係につながる問題であり、本論文においても残された課題とされているところであるが、改めて指摘しておきたい。

この問題に関連して、不法行為法における民法709条新规定(2005年改正)による被侵害利益の二元的構成が差止請求権にどのような影響を及ぼすかも避けることのできない課題である。さらに、物権的請求権の制度的理解について、本論文は物権的請求権の新展開を拠り所に差止請求権の(形式的)発生根拠を追究するものであるが、物権的請求権においては、差止請求権の基礎理論を展開するための端緒としての物権的請求権の理論と、民法の基礎理論としての物権的請求権の理論とを区別するべきではないかと考えることもできるが、この場合、両者の関係をどのように捉えるかも検討対象にあがってこよう。

(3) 全体の評価

上記のように本論文に対し問題点を指摘できないわけではない。しかしながら、その多

くは今後の課題というべきもので、本研究成果の価値を減じるものではない。差止請求権の発生根拠を論じるはじめての本格的業績として、必須の論文としての地位を獲得することになると思われる。強い主張と強い説得力をもつ論文として、水準は高い。発生根拠論自体が取り上げられることが少ないことを考えると、外国からも注目される業績といえる。もとより本論文で扱われているのは基礎理論であり、実践理論として出来上がったものではない。ものの見方を変えること、制度的基礎の転換を構想するものであるが、実践理論との橋渡しができる可能性をもつ基礎理論を得たことの意義はきわめて大きい。

3 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の執筆者が、課程による博士（法学・早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2009年 3月30日

審査委員

主査	早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学）	後藤巻則
	早稲田大学教授	内田勝一
	早稲田大学特任教授	渋谷達紀
	早稲田大学教授 法学博士（北海道大学）	藤岡康宏