

差止請求権の法的構成に関する一考察

— 権利論および秩序論を意識して —

三 輪 修 子

目 次

序章

第1章 わが国での差止請求権による権利保護の現状と問題点 — 生活妨害の場合 —

第1節 学説について

- (1) 動向
- (2) 小括

第2節 裁判例について

- (1) 動向
- (2) 小括

第2章 差止請求権による新たな権利保護の可能性

第1節 山本敬三教授による「権利論」

- (1) 内容
- (2) 小括

第2節 広中俊雄教授による「秩序論」

- (1) 内容
- (2) 小括

終章

序章

本稿の取りかかりとして「差止請求権」の定義について確認する。差止請求権とは「権利侵害または他の違法な利益侵害の状態が現に存在し、または生ずるおそれがある場合に、現に侵害を受けている者または侵害を受けるおそれのある者が、現に侵害をしている者または侵害をするおそれのある者に対し、その侵害の停止または予防を請求する権利のことである¹⁾。わが国において、現行法

上明文によって認められている場合として、特別法では、商標権（商標法 36 条）などに基づく差止請求権、独占禁止法上の差止請求権（同法 24 条）、消費者契約法上の差止請求権（同法 12 条）²⁾ などがある。ところが、一般法たる民法で明文の規定があるのは、占有権侵害に基づく差止請求権（同法 198 条、199 条）のみである。そのため、占有権以外の権利ないし利益侵害に基づく差止請求権をどのように根拠づけるかが解釈上問題とされるに至った。その契機となったのは、不動産賃借権の場合であった。判例・学説では「物権的請求権³⁾」を根拠とし、その射程を債権である不動産賃

るために、「法律上保護される利益」という文言を加えて現代語化されたものである（吉田徹＝筒井健夫編著『改正民法の解説』115 頁以下（商事法務、2005 年））。今回の改正は、「絶対権侵害」と「それ以外の法益侵害」という、いわゆる二元的構成による解釈の可能性について議論される契機になったと思われる。詳細については、大塚直「権利侵害論」内田貴＝大村敦志編『新・法律学の争点シリーズ I 民法の争点』266 頁（2007 年）を参照されたい。

- 2) 消費者契約法上の差止請求権については、わが国において初めて「団体訴訟制度」が適用されている。団体訴訟制度とは「実質的な権利や利益の主体が自ら訴訟当事者となることが典型的に困難または不可能である場合に、特定の団体に創設的に訴権を付与し、実質的な権利や利益の主体に代わって訴訟を進行することを認める制度」（三木浩一ほか「消費者団体訴訟をめぐる」ジュリ 1320 号 2 頁（2006 年）〔三木発言〕）のことである。これによって、消費者契約法上の差止請求権では「不特定かつ多数の消費者」が保護法益の帰属主体でありながらも、適格消費者団体（同法 2 条 4 項、同法 13 条）が請求権者となっている（同法 12 条）。ところが、このような構造をもつ消費者契約法上の差止請求権をどのように基礎づけるのが問題点として指摘されており、今後、検討される必要があるだろう。その点については、山本豊「消費者団体訴権制度の基本的特色と解釈問題」ひろば 60 巻 6 号 39 頁以下（2007 年）などにゆずりたい。

- 3) 現行民法典では、「物権的請求権」が認められるこ

1) 本稿では、「差止請求権」の定義について、広中俊雄著『現代法律学全集 6 物権法〔第 2 版増補〕』229 頁（青林書院、1994 年）を参考に「利益侵害」の要件を加えて再構成した。

ちなみに、民法 709 条では「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と規定されている。本条は、旧法 709 条の趣旨に沿いながら、さらに、判例・通説として確立されてきた解釈（加害行為による侵害の客体が、厳格には「権利」とは言い難いような場合であっても不法行為が成立し得ること）を反映させ

借権にまで拡張することが試みられた。結論として、現在では、判例・学説ともに不動産賃借権の侵害に基づく妨害排除請求権は認められるという立場をとっている。ただし、いかなる要件の下でこれを認めるのかについては今なお見解が分かれるところである⁴⁾。その後、生活妨害および名誉毀損・プライバシー侵害の場合についても問題とされるに至った。生活妨害の場合では、当初、差止請求権の根拠を不法行為法に求める不法行為説⁵⁾も提唱されていたが、後に、絶対権である「物権」の侵害に基づいて差止請求権を認めようとする物権的請求権説⁶⁾が多くの支持を得るに至った。ところが、公害ではとりわけ人間の健康が害されるにもかかわらず、物権的請求権説では物的侵害と構

成する点で疑問視されるようになった。これを契機として、以後では主として財産的価値から人格的価値に重点が置かれるようになった。そのような中で、絶対権としての「人格権」に差止請求権の根拠を求める人格権説⁷⁾、さらには人格権の外延かつ絶対権としての「環境権」にその根拠を求める環境権説⁸⁾が提唱されるに至った⁹⁾。なお、これらの見解は、法技術的には物権的請求権の延長上に位置づけられる。その他にも、当初の議論では否定的に解されていた不法行為説¹⁰⁾が有力に主張されるようになった。一方、名誉毀損・プライバシー侵害の場合では、とりわけ昭和45年の「エロス+虐殺」事件¹¹⁾を契機として議論が展開されるようになり、人格権説と不法行為説が提唱されるに至った¹²⁾。以上のような議論の展開を経て、現在では、

とは自明であるとして（法典調査会編『民法議事速記録』〔梅謙次郎発言〕33ノ5（1937年））、物権的請求権に関する規定ではなく、物権的請求権によって保護される「物権」以外に関する規定（同法353条など）が設けられるに至った。そのため、判例・学説では物権的請求権を根拠づける試みがなされた。まず判例では、所有権に基づく妨害排除請求権が明示的に認められた「大判大正4年12月2日民録21輯2965頁」を出発点として、物権的請求権に関する判例が形成された。他方、学説では、形式的・理論的・社会的ないし歴史的に根拠づけることが試みられた。これらのうち、本稿と関連する「理論的根拠」に焦点を絞ると、当初は多種多様な見解が提唱されていた。しかしながら、現在では「物権」の性質は目的物の直接支配性であるから、反対規定が存在しない限り、他人によってそれが妨げられている場合、自力救済が禁止されている以上、その妨害の排除が認められなければならないとする見解が通説になっている（我妻栄著『物権法（民法講義Ⅱ）』20頁（岩波書店、1951年）など）。学説上の物権的請求権の根拠づけに関する詳細は、星野英一編『民法講座 第2巻 物権（1）』15頁以下〔佐賀徹哉〕（有斐閣、1984年）などにゆずりたい。

- 4) 不動産賃借権の侵害に対する差止請求権の成否に関する詳細は、舟橋諄一＝徳本鎮著『新版 注釈民法（6）物権（1）』〔好美清光〕123頁以下（有斐閣、2004年）、高島平蔵著『物権法制の基礎理論』48頁（成文堂、1986年）などにゆずりたい。
- 5) 浜田稔「不法行為の効果に関する一考察」私法15号91頁以下（1956年）
- 6) 伝統的には、我妻・前掲（注3）176頁、川島武宜著『民法Ⅰ総論・物権』200頁以下（有斐閣、1960年）などによって支持されている。その後、東孝行著『公害訴訟の理論と実務』90頁以下（有信堂、1971年）、山口和男「公害訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座10巻』209頁（日本評論社、1970年）によって支持されている。

7) 好美清光「日照権の法的構造（下）」ジュリ494号115頁（1971年）、石田喜久夫「人格権」判時797号21頁（1976年）、加藤一郎著『不法行為法（法律学全集）』126頁（有斐閣、1957年）など。なお、加藤教授は、後でも指摘するように、加藤一郎著『公害法の生成と展開』（以下、『公害法』と引用）20頁（有斐閣、1967年）などでは、実質的に不法行為説を提唱されたと考えられる。

8) 仁藤一・池尾隆良「『環境権』の法理」法時43巻3号154頁以下（1971年）、大阪弁護士会環境権研究会「環境権確立のための提言」ジュリ479号60頁以下（1971年）など〔のちに、大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』（日本評論社、1973年）に補訂・所収〕等。

9) 生活妨害における議論の展開については、潮見佳男著『不法行為法』483頁以下（信山社、2005年）を参照。

10) 加藤・前掲（注7）『公害法』〔竹内保男〕438頁、加藤・前掲（注7）『公害法』〔野村好弘〕404頁など。

11) 「エロス+虐殺」事件は、わが国において、名誉・プライバシー侵害に基づいた映画上映の禁止を求める仮処分が争われた最初の裁判例である（佐藤幸治「判批」別冊ジュリ68号70頁（1980年））。東京地決昭和45年3月14日判時586号41頁など（第一審）では、「高度の違法性」の有無とする判断基準が採用されたのに対して、東京高決昭和45年4月13日高裁民集23巻2号172頁など（控訴審）では、「被害者が排除ないし予防の措置がなされないままに放置されることによって蒙る不利益の態様、程度と、侵害者が右の措置によってその活動の自由を制約されることによって受ける不利益のそれとを比較衡量」という判断基準が採用された。

12) 名誉侵害に関する重要判例として、北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁など）がある。本判決では「名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であ

いずれの問題についても「人格権説」が定着されるに至った¹³⁾。

ところが、これまでの差止請求権に関する議論は「権利論」と十分に関連づけて展開されていなかったと言わざるを得ない。なぜならば、差止請求権の一般的理論によれば、絶対権が侵害された場合、違法性阻却事由が存在しない限り、直ちに違法となり差止請求権が認められるからである。

しかしながら、判例（裁判例）・学説では「利益衡量」あるいは「受忍限度」といった違法性の判断基準が用いられ、結果として違法とはならず差止請求権が認められないケース、あるいは、結論として差止請求権は認められたものの、保護法益の性質から利益衡量などによる違法性の判断がなじまないケースが見られる。とりわけ生活妨害の場合、保護法益とされる「人格権」は絶対的保護が求められる「生命・身体・健康」などが利益内容とされるから、そのような場合には利益衡量あるいは受忍限度による違法性の判断は排斥されるべきであると考えられる。その他にも、受忍限度論を背景に、原則として加害者の行為は適法であるが、その行為が権利濫用にあたる場合は例外として違法であるという「原則適法論」、さらには、損害賠償請求権は認められるが差止請求権は認められないという「違法性段階論」が展開されており、これらの判断基準についても問題点が指摘されている。

つまり、これまでの議論の主眼は、差止請求権の中核にある「権利」ないし「権利概念」にあったわけではなく、違法性の判断基準にあったと言えよう。そのため、差止請求権の理論はむしろ、それを支える権利概念についても十分に反映されなかったと推察される。

そこで本稿では、この問題を早くから指摘されていた、原島重義教授の研究業績¹⁴⁾を参考にしな

り、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利であることを理由として「人格権としての名誉権に基づいて現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」と判示された。

13) 澤井裕著『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』122頁（有斐閣、2001年）

14) 本稿では、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号54頁以下（1976年）を中心的に取り

がら以下のように考察を進めていきたい。第1章では、わが国での差止請求権による権利（絶対権）保護の現状および問題点について明らかにしたい。

具体的には、生活妨害の場合における差止請求権に焦点をしぼり、そこでの学説および裁判例¹⁵⁾を整理して考察することによって、差止請求権による権利（絶対権）保護の射程およびその限界について確認することを試みる。第2章では、前章で明らかとされた問題点を克服するための方策として、権利保護の新たな価値基準について検討したい。具体的には、原島教授によって提唱された「権利論」に視座を置いたうえで、近年、「法秩序」の観点からこれらを提示されている、山本敬三教授の「権利論」、および、広中俊雄教授の「秩序論」について整理して考察することを試みる。終章では、前章での考察を総括し、差止請求権による新たな権利保護の可能性について示唆したい。

第1章 わが国での差止請求権による権利保護の現状と問題点 —— 生活妨害の場合 ——

第1節 学説について

(1) 動向

わが国において、生活妨害における差止請求権の問題を最初に取り上げたのは、明治44年（1911年）の鳩山秀夫教授の論文である。その論文では、浅野セメント会社からの降灰に苦しむ住民によって、同会社に対し、移転請求がなされた事件が取り扱われている¹⁶⁾。鳩山教授は、大審院が「セメント製造は法律に於て認許せられたる営業行為なり、換言すれば権利の実行なり、縦令他人に損害を加ふることありと雖も権利の実行なるが故に不法行

上げ、その他の研究業績については適宜言及する。

15) 本稿での学説・裁判例は、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（1）、（2）、（7）」法協103巻4号610頁以下（1986年）、法協103巻6号1113頁以下（1986年）、法協107巻3号107頁以下（1990年）、大塚直ほか「差止めを語る」判タ1229号6頁以下（2007年）、沢井裕著『公害の私法的研究』139頁～151頁、253頁以下（一粒社、1975年）、沢井裕著『公害差止の法理』4頁以下（日本評論社、1976年）などを参考に選り出した。

16) 鳩山秀夫著『債権法における信義誠実の原則』427頁以下（有斐閣、1967年）

為を構成することあるべからず」と判示した点について、フランスの権利濫用論を参照し、「セメント製造営業の行為は夫れ自身に於て適法なる行為なれば通常の場合に於ては不法行為とならず、唯其製造の方法等に於て適法行為の適当なる範囲を越ゆる場合に於てのみ換言すれば四囲の住民に与ふる損害が善良の風俗に反すと認むべき程度に達したる場合に於てのみ不法行為となり損害賠償の責任を生ずる」と批判されたうえで、「良俗に反するや否やは之れ国民一般の観念を以て決すべき」とされている¹⁷⁾。次に、民法上の不作為訴権については、ドイツでの不作為の訴に関する議論を引き合いに出されて、わが国でも「絶対権の本質と占有訴権に関する規定の準用」によって不作為訴権は認められるとされる。そして、その要件としては「絶対権の侵害行為」が存在すること、もし、その行為が適法行為である場合には「善良の風俗に反すること」とされている。なお、損害賠償請求権については、絶対権侵害に基づいて不作為請求権と共に生じるとされている¹⁸⁾。最後に、不作為訴権の執行方法については、不作為訴権は民法414条3項に基づく強制執行が適用されるのであり、同条同項の「適当なる処分」は、「国民の一般観念と社会の需要とに調和せしめんが為めに特に伸縮自由なる文字を使用したるものにして、即ち将来に対して如何なる方法を取るべきかは所詮国民一般の観念を以て此を決定するの趣旨」であるとして、不作為請求権の可否は「侵害行為の性質と侵害せらるる権利の性質とを比較して」合理的判断がなされるべきとされている¹⁹⁾。

その後、信玄公旗掛松事件判決（大判大正8年3月3日民録25輯356頁）²⁰⁾の影響の下、同年(1919

年)に末川博教授が権利濫用に関する論文を発表された²¹⁾。その論文では、わが国には権利濫用に関する規定が存在しないが、スイス民法2条2項の「明白ナル権利ノ濫用ハ法ノ保護ヲ受クルコト無シ」という規定を参考にして、土地利用によって放散される「煤煙、臭気、音響、震動等の隣地に及ぼす間接なる影響は、…原則として、隣地所有者は、之を忍容せざるべからずと雖も、若し其れが、吾人日常の経験に照して、社会観念上の公の秩序又は善良の風俗に反すと認められる、に至るときは、権利の濫用ありとして、隣地利用者は之が停止を請求し」得るとされている。また、損害が生じている場合には、不法行為の要件を具備すれば損害賠償請求は認められるとされている²²⁾。

前掲（注14）70頁）。

21) 末川博「権利の濫用に関する一考察」末川博著『権利侵害と権利濫用』131頁（岩波書店、1970年）

22) 末川・前掲（注21）132頁以下

なお末川教授は、昭和5年（1930年）、本格的に「権利論」に取り組まれた「権利侵害論」を発表されている。この論文は、民法709条における「権利侵害」について多大な影響を与えられた。そのため、生活妨害について論じられたものではないが、本稿でも若干ながら概観することにした。

末川教授は、「権利」は「個別的には、許容的法規が具体的に或る主体において主観化されるときに認められるのであるが、ここに法規が主体化されるというのは、法律以前に存在するところの事実としての人の生活について許容的法規が関係せしめられるということにほかならぬのだから、権利の内容を成す素材は法律以前に与えられており、その形式は法律によって与えられるという風に観ることができる」とし、「許容的法規」を権利論の中心に据えられている（末川博「権利侵害論」末川博著『権利侵害と権利濫用』451頁以下（岩波書店、1970年））。すなわち、末川教授は「権利」は命令的法規の反射的作用と言い難いと解されているのである。実際、今日では、実定法規が許容的法規を中心に成立する傾向が見られることから、法規によって実定的に与えられようとしている部分的な法律秩序は、許容的法規が念頭に据えられていると解するのが普通であるとされている。許容的法規は「法律規範の評価的機能の方面からいうならば、…直ちに適法違法というような評価の基準を見出すことができる」とされており（末川・前掲（注22）411頁、467頁）、このような意味で、権利侵害は違法性の徴表と解されている（末川・前掲（注22）474頁）。ただ、顕在的法規には「欠陥」があるため、「法律全体というようなものに基づいて何らかの基準を導いて来なければならない」。本来は「法律全体の根底に潜む価値理念から出発することを要する」ものであるが、「顕現的法

17) 鳩山・前掲（注16）428頁以下

18) 鳩山・前掲（注16）437頁以下

19) 鳩山・前掲（注16）441頁以下

20) 信玄公旗掛松事件判決では、イミッシオンは権利行使の範疇にあり原則として適法であるが、その範疇を逸脱する場合には権利濫用として例外的に違法になると明示された。この点について、原島教授は、わが国における権利濫用論はドイツの *actio negatoria* の論理を逆立ちさせた場合のみに出現するものであり、「『適法行為による不法行為』というそれじたい矛盾し、理解しがたいカテゴリーがわが国で通用するの、この逆立ちした違法論にその起源がある」と指摘されている（原島・

さらに、牧野英一教授に至っては、大正13年(1924年)などの論文において上記の権利濫用論を発展させた「適法行為による不法行為」という観念を権利濫用論に包摂して論じられている。その論文では、権利濫用の範疇として「法律上許容され得ない権利行使の場合」および「法律上許容され得る権利行使であるが損害賠償責任も生ずる場合」を挙げられている。そのうえで、前者では権利行使の法律上の効果が生じないか、あるいは、権利濫用による損害賠償義務という効果が生じることから実質的には権利濫用をしないという不作為義務を有することになるため、結果として差止請求権が認められるとされている。なお、権利濫用が不法行為となる成立要件として、故意・過失は求められていない²³⁾。

さてその後、我妻栄教授は、昭和12年(1937年)の『新法学全集』などにおいて、差止請求権の法的構成およびその要件について論じられた。まず、一般論については「不法行為の要件たる権利侵害といふ観念を拡張し、違法なる行為と見るときは、これによって特定の個人に損害を生ずる虞あることを理由としてその違法なる行為の停止を要求し得るものとすることは個人活動の自由を不当に制限する虞」があり、差止請求権の成否は「損害の種類や程度と、侵害行為を禁遏することにより生ずる社会的損失の種類と程度とを相関的に考察し

て決せらるべき問題であって、損害賠償請求権を生ずる総ての場合にその損害の排除と予防との請求を認むることは、立法論としても」不当であるとされている。一方、解釈論上、物権侵害を理由とする妨害排除請求権および予防請求権については認められており、「この観念を所謂支配権乃至絶対権(無体財産権・人格権等)に拡張せんとすることには殆んど異論がない」。しかし、これを債権にも拡張し得るのか否かについては疑問であるとされている²⁴⁾。次に、生活妨害については所有権侵害による差止請求権を認められている。我妻教授は、「近隣の土地の使用によって生ずる瓦斯・臭気・煤煙・熱・音響・震動なども、形式的に見れば、悉く所有権の侵害」であるとされながらも²⁵⁾、ドイツ民法906条では「土地所有者は他の所有地から生ずる瓦斯、蒸気、臭気、煤煙、熱、音響、震動等による所有権の侵害を或程度まで忍容すべき義務であることを明言して居る。…かかる規定なき我が民法の下に於ても同様に解すべきは勿論である」と述べられている。その要件については「この理論は社会の共同生活を規律することを目的とする所有権の本質から演繹し得るのみならず、相隣関係の規定に現はれた精神からも推論し得る」ことから、「妨害が正当視せらるゝものに非ること、換言すれば物権者にその侵害を忍容すべき義務」がないこと、とされている²⁶⁾。

戦後、このような我妻教授の見解を基調としながら、加藤一郎教授は以下のような見解を提唱された。まず一般論として、妨害排除請求権は不法行為法からは直接は生じ得ないが、物権的請求権としては当然認められるとしたうえで、「このような妨害排除請求権は、判例・学説によって、物権のほか無体財産権や人格権のような支配権、賃借権のような特殊な債権にまで拡張されている。…どこまでの救済を認めるかは立法政策の問題である」とされている。そして、このような考えを

規についてかかる規程があちらこちらで頭を出していると思われるところから窺って、総合的に公の秩序又は善良の風俗という形式においてこれを考えてみ」とされている(末川・前掲(注22)470頁)。これによって、権利侵害がなくても公序良俗違反による違法評価によって不法行為が成立することになる。なお法令違反にも、公序良俗違反と同様に、権利侵害がなくても違法評価によって不法行為責任が認められることになる(末川・前掲(注22)413頁)。

以上から、末川教授は、不法行為要件である「権利侵害」を「違法性」に置換したわけではなく、違法性を「権利侵害の場合」と「権利侵害のない場合」というように二元的に捉えられている(末川・前掲(注22)482頁、499頁以下)。よって、権利侵害がもつ独自の違法性判断機能は保持されている。なお原島教授は、かねてよりこの点を明確に指摘してきた(原島・前掲(注14)73頁参照)。

23) 牧野英一「具体的妥当性 — 法律の社会化といふ思想の適用として」牧野英一著『法律に於ける具体的妥当性』24頁など(有斐閣、1925年)

24) 我妻栄著「事務管理・不当利得・不法行為」末弘厳太郎編『新法学全集〔第13巻〕』198頁(日本評論社、1940年)

25) 我妻栄著『物権法(民法講義Ⅱ)』144頁(岩波書店、1932年)

26) 我妻栄「物権法」末弘厳太郎編『現代法学全集〔第20巻〕』340頁(日本評論社、1929年)

前提にするならば、妨害排除請求権の成否は「この請求権を認めることによって侵害者の側の自由活動を制限することの損失と、被害者の側のそれによって受ける利益（逆にいえば損害賠償は認めながら妨害排除を認めないことによる損失）との比較考量によってきめるべきである」とされている。そのうえで、侵害行為の主体が企業による場合は、「社会生活上の許容すべき限度をこえてもある程度までは企業の存立を認めつつ不法行為による損害賠償によって損失を補填させ、それが一般市民の生活を脅かす程度に達した場合にはじめて妨害排除の請求を認めるという態度をとるのが適当だと考えられる」として、今日でいう「受忍限度論」を提唱されている。そして「その場合には、一般市民の生活を脅かすような企業に対する公法的規制が妥当するが、そのような規制がなされなくても、解釈論として、一定限度をこえる侵害に対しては、人格権の侵害として妨害排除請求権および妨害予防請求権を認められており、これまでの「所有権」侵害ではなく、「人格権」侵害にあたりとされている。なお、その限度については、「前述のような実質的な利益と損失の比較考量によってきめるべきである」とされている²⁷⁾。その後、加藤教授は「人格権という権利を根拠として持ち出さなくても、違法な侵害を受けているからそれを排除するとさえすればよいということが考えられる」とする見解を提唱されるに至っており、実質的には不法行為的発想に転回されたことを付言しておきたい²⁸⁾。

他方、舟橋諄一教授は、生活妨害の場合に限定せずに、一般論として妨害排除請求権の拡張を試みられた。まず、妨害排除請求権の根拠については「権利性」ではなく、法的保護に値する利益であれば足りるとされている。そして、違法性の判断枠組みについては上記の我妻教授の相関関係説を援用されたうえで、不法行為の場合のように単に「被侵害利益の強固さの程度」と「侵害行為の悪性の度合い」を考慮するだけでなく、「妨害排除の実現を認めることによって生ずべき侵害者の犠

牲の程度」と「妨害排除を否認することによって生ずべき被害者の不利益の程度」なども相関的に判断すべきとされている²⁹⁾。

このように、不法行為法的発想が隆起するなか、差止請求権の根拠を「権利性」に求める視座からそれに対する批判論が展開された。例えば、広中俊雄教授は占有訴権の制度や、近時の特別法上の差止請求権に関する規定（特許法100条、実用新案法27条などの工業所有権法）に基づき、「侵害の予防・停止・排除の請求権を一定の場合に認める必要のあることは否定しえないとともに他面その法的構成は不法行為法から一応離れて試みるのが妥当である」と述べられている³⁰⁾。

さらに大阪弁護士会によって、大阪国際空港訴訟控訴審判決を契機として、差止請求権の根拠を「環境権」に求める環境権説が提唱された。ここにいる「環境権」とは、「国民が良き生活環境を享受し、かつこれを支配しうる権利」であり、個人に具体的被害が生じなくとも、良き環境が侵害され、又はされる危険があれば原則として差止請求が認められるべきであるとし、差止請求権者の範囲については、大気・水・日照・景観等は人間生活に不可欠の資源であり、万人の共有の財産であるから、その侵害には共有者たる地域住民の同意が必要であるとし（環境共有の法理）、当該地域の住民（自然人）が請求権者とされている。そして、最大の特徴が「環境権」を「支配権」と構成したことである³¹⁾。このような環境権説が提唱された背景には、とりわけ受忍限度論に対する批判があり、環境権説と受忍限度論の間では、差止請求権の要件における利益衡量の可否とその在り方をめぐって激しい議論が展開されるに至った。その後、両者が近接するなかで、沢井裕教授によって「複合構造説」という見解が提唱された。その見解では、「一定の被害が発生した場合いかなる利益衡量も排斥

29) 舟橋諄一著『物権法（法律学全集）』36頁以下（有斐閣、1988年）

30) 広中俊雄著『債権各論講義 下巻』489頁（有斐閣、1967年）

31) 大阪弁護士会環境権研究会編・前掲（注8）『環境権』〔滝井繁男〕158頁以下、大阪弁護士会環境権研究会編・前掲（注8）『環境権』〔真鍋正一・久保井一匡〕205頁以下。

27) 加藤・前掲（注7）『不法行為法（法律学全集）』213頁以下

28) 加藤・前掲（注7）『公害法』20頁

して差止を認めるべき場合」と「被害を受けていることを原告が立証すれば原則として違法となるが、被害が右絶対的差止基準に達していないかぎり、被告は地域性の考慮から受忍限度以下であること、または社会的有用性など違法性阻却事由を主張できる場合」に区別されて、それぞれの場合における差止の要件などを決定する。具体的には、前者では「生命・身体（健康）への侵害」のケースがあてはまるのに対して、後者では、被害の重大性と侵害行為の態様を相関的に衡量する、と言う³²⁾。

このような議論の変遷を経て、近時³³⁾では、大塚直教授が伝統的な権利概念の有用性を説かれ、権利的構成と不法行為的構成を併用した見解を提唱されるに至っている。具体的には、生活妨害を「消極的生活妨害」と「積極的生活妨害」に区分³⁴⁾されたうえで、前者では不法行為的構成を採用し、加害者の注意義務違反（過失）を要件とされている。

他方、後者では、権利侵害については権利的構成を採用し、その場合は加害者の主体的態様は問題にはならず、また利益衡量も限定的に考えるべきとされている³⁵⁾。

(2) 小括

学説では、当初、生活妨害の問題が「権利濫用論」の問題と捉えられていた。そこでは、加害者の行為（生活妨害）は原則として「適法」であり、その行為が「公序良俗違反」である場合には権利濫用が認められるという、いわゆる「原則適法論」がすでに展開されていたことが確認できる。その後、我妻教授によって「所有権侵害」の問題と捉えられるようになった。その要件については、被侵害者（物権者）がその侵害を忍容すべき義務が「ない」ことを掲げられているから、「原則適法論」を踏襲されたものと推察される。さらに我妻教授は、違法性の判断枠組みとして「相関関係説」を提唱され、この判断基準を以て差止請求権の成否を決すべきとする一般論を展開された。この「相関関係説」は柔軟に違法性の判断ができるが、それと同時に「権利」がもつ違法徴表性の意義を消失させることとなり、結果として差止請求権の一般理論が完全に歪曲され、「権利」の希釈化につながったと考えられる。

さらに、我妻教授による相関関係説は加藤教授によって展開されて、今日の「受忍限度論」に結実した。そのため、加藤教授によって提唱された「人格権説」についても法技術的には物権的請求権上に位置づけられるものの、実質的には受忍限度論の採用によって物権的請求権とは一線を画するものの、と言えよう。また舟橋教授に至っては、妨害排除請求権の成否を利益衡量による判断に一元化されている。このような傾向に対して、広中教授、大阪弁護士会、沢井教授は差止請求権の「権利性」の観点からそれぞれ見解を述べられている。とりわけ沢井教授の見解では、差止請求権の根拠として権利的構成と不法行為的構成を併用されたうえで、それぞれに差止請求権の要件を設けられている。そして、被侵害法益の性質によって根拠となる法的構成の振り分けを試みられている。他方、近年では、大塚教授によって伝統的な権利概念の有用性が説かれている。大塚教授は、生活妨害をその態様によって区別されたうえで、被侵害法益の性質ないし権利性の有無によって差止請求権の法的根拠を権利的構成と不法行為的構成にと区別されている。

32) 沢井・前掲（注15）『公害差止の法理』29頁以下

33) 近年、差止請求権の一般論として、藤岡康宏論文および根本尚徳論文によって「違法侵害説」が提唱されている。その詳細については、藤岡康宏「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 巻 3 号 159 頁以下（2005 年）根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察（1）～（6）」早稲田法学 80 巻 2 号 109 頁以下（2005 年）、早稲田法学 80 巻 4 号 209 頁以下（2005 年）、早稲田法学 81 巻 1 号 125 頁以下（2005 年）、早稲田法学 81 巻 4 号 331 頁以下（2006 年）、早稲田法学 82 巻 1 号 165 頁以下（2006 年）、早稲田法学 82 巻 3 号 167 頁以下（2007 年）。とりわけ早稲田法学 80 巻 2 号 122 頁（2005 年）、早稲田法学 81 巻 4 号 373 頁以下（2006 年）。を参照されたい。

34) 生活妨害は、妨害態様によって、騒音・震動、排気、廃汚水のように積極的に有害物を周辺に拡散するタイプ（積極的生活妨害）と、日照妨害や通風妨害のように、消極的に周辺の生活に支障をきたすタイプ（消極的生活妨害）に大別される（四宮和夫著『事務管理・不当利得・不法行為（中）〈現代法律学全集 10〉』313 頁（青林書院、1983 年）を参照）。

35) 大塚直「人格権に基づく差止請求 — 他の構成による差止請求との関係を中心として —」民商法 116 巻 4・5 号 527 頁（1997 年）

このように、現在の有力説では差止請求権による権利保護は「権利的構成」および「不法行為的構成」の併用によって実現されている。このような現状が生じた背景には、差止請求権の理論的根拠が「絶対権」侵害とされているため、絶対権とは言い難い保護法益の場合には権利的構成を用いることができず、結果として不法行為的構成による保護が試みられたためと推察される。しかしながら、このような考えに基づくならば、差止請求権の成否は受忍限度などによって必ず判断しなければならないことになってしまう。これは、差止請求権による権利保護のための新たな判断枠組みが必要であることを示唆するもの、であろう。

とりあえず、以上のことを確認したうえで次に裁判例の考察に移りたい。

第2節 裁判例について

(1) 動向

【1】大阪国際空港訴訟第一審判決（大阪地判昭和49年2月27日判時729号3頁など）³⁶⁾は大阪国際空港周辺の住民Xらが、航空機発着に伴う騒音、排気ガス、煤煙、悪臭、震動等により、不快感等の精神的被害および難聴等の身体的被害を蒙ったとして、国Yに対して、午後9時以降翌日午前7時までの空港の供用差止ならびに過去および将来の損害賠償を求めた事案である。

同判決では差止請求権の法的根拠を「人格権」に求めながらも、同権利の排他性をもって利益衡量が排除されるわけではないと判示された。そして差止請求の可否については、侵害行為の態様と程度などの要素を総合的に判断し、Xらが、Yの行為によって生じる被害を受忍すべき程度を超えているのか否かという「受忍限度」によって判断された。

なお結論としては、午後10時以降翌日午前7時までの空港の供用差止が認容されるにとどまったことなどから、XYともに控訴した。

【1-1】大阪国際空港訴訟控訴審判決（大阪高判昭和50年11月27日判時797号36頁など）³⁷⁾では、

「個人の生命・身体・安全・精神的自由は、人間の存在に最も基本的なことがらであって、法律上絶対的に保護されているべきものであることは疑いなく、また、人間として生存する以上、平穩、自由で人間たる尊厳にふさわしい生活を営むことも、最大限度尊重されるべきものであって、憲法13条はその趣旨に立脚するものであり、同25条も反面からこれを裏付けているものと解することができる。このような個人の生命・身体・精神及び生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体を人格ということができ、このような人格権は何人もみだりにこれを侵害することは許されず、その侵害に対しては、これを排除する権能が認められなければならない。すなわち、人は疾病をもたらすなどの身体的侵害行為に対してはもとより、著しい精神的苦痛を被らせ、あるいは、著しい生活上の妨害を来す行為に対してもその侵害行為の排除を求めることができ、また、その被害が現実化していなくともその危険が切迫している場合には、あらかじめ侵害行為の禁止を求めることができると解すべきであって、このような人格権に基づく妨害排除および妨害防止請求権が私法上の差止請求の根拠となりうるものといえることができる」と判示され、差止請求権の法的根拠を「人格権」に求めている。そして差止請求の可否については、原審と異なり、利益衡量による違法性の判断が排除されており、この点は、非常に注目されるところである。

なお結論としては、Xらの差止請求が認容されたことから、Yが上告した。

【1-2】大阪国際空港訴訟最高裁判決（最判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁など）³⁸⁾では、差止請求が民事訴訟の対象外であることを理由に不適法として却下された。

なお団藤裁判官は、「人格権」をどこまで排他的な権利として構成することができるかは極めて困難な問題であるとの見解を示した。また環裁判官にも、人格権ないし環境権といった私権を承認す

105頁（1980年）などがある。

38) 本件評釈として、田井義信「判批」別冊ジュリ171号96頁（2004年）、古城誠「判批」別冊ジュリ171号94頁（2004年）などがある。

36) 本件評釈として、牛山積「判批」判時729号126頁（1974年）などがある。

37) 本件評釈として、沢井裕「判批」別冊ジュリ65号

る見解には法的安定の要請の見地から、今直ちに賛同することはできないとした。

【2】名古屋新幹線公害訴訟第一審判決（名古屋地判昭和55年9月11日判タ428号886頁など）³⁹⁾は、名古屋市内の新幹線沿線の居住者Xらが、新幹線走行に伴う騒音、震動によって睡眠など日常生活の妨害および不快感等の精神的被害等を蒙ってきたとして、国鉄Yに対し、右の騒音および震動が一定量を超えて居住者Xらの居住敷地内に侵入することの禁止ならびに過去および将来の損害賠償を求めた事案である。

同判決では、「人間個人の人格的属性ないし人格的利益は…法的保護の対象として人格権と構成することができる。ところで、個人の存在自体にかゝる生命、身体の安全、精神生活の保護、人間の行為、行動の自由な保障などは…人格価値を保護するうえでの基本的な要素である点において、人格権の本質的な一内容を構成し、第三者に対してもその効力を及ぼす点において絶対性を有するものといわねばなら」ず、「人格そのものに対する侵害として、これを排除し得るものと解することができる」と判示され、差止請求権を「人格権」侵害と構成した。ところで、差止請求の可否については「侵害行為の態様・程度、被侵害行為の公共性等」の諸要素を比較衡量するとともに、「差止を認めない場合の原告Xらの不利益と、右侵害を将来にわたって差止めることによって生じる被告の犠牲の程度ないし当事者以外の一般大衆に及ぼす影響とを比較検討」して判断すべきと判示した。

なお結論としては、Xらの差止請求が棄却されたことから、XYが共に控訴した（なお、違法性判断に際して違法性段階論が採用された）。

【2-1】名古屋新幹線公害訴訟控訴審判決（名古屋高判昭和60年4月12日判時1150号30頁など）⁴⁰⁾では、原審と同様、差止請求権の根拠を「人格権」に求めた。ただし、「人格権」の範囲については「騒音振動によって侵襲されているのは身体であって、日常生活に対する妨害、静穏に対する妨害はその

結果として生じたものに外ならない」として身体に関する法益に限定して解されている。

そして、人格権侵害となるためには「受忍限度」を超えていることが必要であるとしている。そのため、人格権の構成と受忍限度論を併用する法的構成と言えよう。

差止請求の可否については、受忍限度の判断として「侵害行為の態様・程度」、「侵害行為の公共性」等の諸要素を比較衡量する方法が用いられた。

なお結論としては、Xらの差止請求は棄却された（原審と同様、違法性判断に際して違法性段階論が採用された）。

【3】国道43号線訴訟上告審判決（最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁など）⁴¹⁾は国道43号線の沿線住民Xらが、国道43号線を設置・管理する国および阪神高速道路公団（Yら）に対し、自動車の交通による騒音、排気ガスなどによって、地域の環境破壊および健康で快適な生活の破壊が生じているとして差止めなどを求めた事案である。

同判決では、損害賠償請求と差止請求の違法性判断において「考慮すべき要素」はほぼ共通するが、「各要素の重要性をどの程度のものとして考慮するかにはおのずから相違があるから、右両場合の違法性の有無の判断に差異が生じることがあっても不合理とはいえない」として違法性段階論を支持した。なお、差止請求の可否については、Xらが「現に受け、将来も受ける蓋然性の高い被害の内容が日常生活における妨害にとどまるのに対し、本件道路がその沿線の住民や企業に対してのみならず、地域間交通や産業経済活動に対してその内容及び量においてかけがえのない多大な便益を提供しているなどの事情」が考慮され、結果として違法性が認められず、Xらの差止請求は棄却された。

【4】尼崎公害訴訟第一審判決（神戸地判平成12年1月31日判タ1031号91頁など）⁴²⁾は、尼崎市に居住する公健法認定患者および遺族Xらが、国道43号線を設置・管理する国および大阪西宮線を管理する阪神高速道路公団（Yら）に対し、大気

39) 本件評釈として、東孝行「判批」別冊ジュリ78号204頁（1982年）などがある。

40) 本件評釈として、浦川道太郎「判批」別冊ジュリ171号98頁（2004年）などがある。

41) 本件評釈として、大塚直「判批」判タ918号62頁（1996年）などがある。

42) 本件評釈として、磯村篤範「判批」ジュリ1202号37頁（2001年）などがある。

汚染によって健康被害を受けたとして差止めなどを求めた事案である。

同判決では、差止請求権の根拠を身体権（人格的請求権）に求めた。そして差止請求の可否については、禁止することによる公共の不利益等の要素を比較衡量して受忍限度の判断にかからしめた、と解される。

なお結論としては、Xらの差止請求が認容されたことから、Yらが控訴した。

【5】名古屋南部公害訴訟判決（名古屋地判平成12年11月27日判タ1066号104頁など）⁴³⁾は、愛知県名古屋市等周辺地域で公害健康被害の補償等に関する法律（公健法）に基づき、第一種地域として指定されていた地域に居住又は勤務し、公健法又は名古屋市救済条例により指定疾病の認定を受けた患者や相続人Xらが、国や工場等を有する会社（Yら）に対し、大気汚染物質の排出および差止めなどを求めた事案である。

同判決では、「人間の生命・健康等の人格的利益（人格権）は、排他的な権利として保障されているのであり、また、その権利の性質からすると、右権利に対する侵害が将来も継続するものと予測されるとき等には、侵害者に対し侵害行為の差止めを命ずることによって被侵害者の権利の保全を図ることが認められるというべきである」と判示した。

なお結論としては、Xらの差止請求が認容されたことから控訴されたが、その後、和解に至っている。

【6】志賀原発訴訟第一審判決（金沢地判平成18年3月24日判時1930号25頁）⁴⁴⁾は、石川県の志賀原発原子力発電所の周辺住民Xらが、同発電所に増設された二号原子炉が運転された場合、それに伴って環境中に放出される放射能及び放射性物質による被爆によって自己の生命などが重大な被害を受けるとして、同原子炉を設置した電力会社Yに対し、その運転停止を求めた事案である。

同判決は、差止請求権の根拠を「人格権⁴⁵⁾」に求

めるとともに「受忍限度論」を採用した。そして差止請求の可否については、同原子炉の運転停止に伴って、わが国におけるエネルギー供給に支障をきたし得ることなどを比較衡量して判断された。

なお結論としては、Xらの差止請求が認容されたことから、控訴された。

(2) 小括

近時の裁判例では、生活妨害における差止請求権を認めようとする姿勢が見られ、この点については評価され得るところである。しかしながら、各裁判例を詳細に考察してみると、差止請求権の根拠とされる「人格権」について「絶対権」であることを確認したり、利益内容も厳格に解したりする一方で、その成否については受忍限度が当然のように用いられている。このように、差止請求権の権利性を厳格に解する立場をとるならば、絶対権侵害が認められた場合には、受忍限度による違法性の判断を排斥して差止請求を認めるべきだと考える。おそらく、このような現状の背景には差止請求権における「権利性」は厳格であるべきとしながらも、基本的には受忍限度論などによって差止請求の成否が決められるべき、という考えがあるものと推察される。このような「受忍限度論」的判断は「権利」を希釈化し、結果として権利概念を空洞化する恐れがある。

このような現状を打開するためには、新たな権利保護の価値基準を持ち込み、利益衡量による判断の射程を縮小ないし画定させることが必要であると考える。

第2章 差止請求権による新たな権利保護の可能性

第1節 山本敬三教授による「権利論」

(1) 内容

山本教授による「権利論」とは、「個人の権利を

43) 本件評釈として、加藤雅信「判批」別冊ジュリ171号40頁（2004年）などがある。

44) 本件評釈として、西村淑子「判批」ひろば59巻9号74頁（2006年）がある。

45) 本判決における「人格権」は、名誉やプライバシーを別にすれば、生命、身体及び健康を中核とする

権利であるとして、Xらが主張した「人間の健康の維持と人たるにふさわしい生活環境で生きていくための権利」としては捉えられていないことを付言しておきたい。

保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認める立場」である⁴⁶⁾。山本教授は、この「権利論」を不法行為制度に反映させることを試みられており、その手がかりとして、法秩序において国家の基本法である憲法の役割について検討されている。

それによると、現行憲法の基本的な立場は「個人に基本権を認め、国家の運営を民主的決定に委ねること」であると理解されたうえで、国家は、以下のような3つの責務を負うと考えられている。

その義務とは、第一に「国家の介入禁止」である。

「これは、国家は、それを正当化するに足りるだけの十分な理由がないかぎり、個人の基本権を侵害してはならない」ことを意味する。第二に「基本権保護義務」である。これは「国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならない」ことを意味する。第三に「基本権支援義務」である。これは「個人の基本権が侵害されているわけではないが、国家は、個人の基本権がよりよく実現されるよう、さまざまな給付を提供したり、各種の制度を整備するといった積極的な措置をとらなければならないことを意味する」⁴⁷⁾。これらのうち、不法行為法と関連するのは、国家の「基本権保護義務」である。

すなわち、「国家は、基本権保護義務を負うからこそ、基本権を保護するために私法を定立し、解釈しなければならないとされる。このように考えるならば、私法、したがってまた不法行為制度も、国家がこうした基本権保護義務をはたすための手段として位置づけられることになる」と述べられている。

では、山本教授による「権利論」は不法行為法にどのように反映されるのだろうか。本稿では、山本教授が上記の視座から、潮見佳男教授の権利論ないし不法行為論について分析されている論文を参考にそれを見ていきたい⁴⁸⁾。その論文で、潮見教授は「不法行為制度の最大の意義」は「個人の

権利の保障」であるとされているのに対して⁴⁹⁾、山本教授も「日本の民法典が『権利侵害』という要件を採用しているのは、まさにこのような理解を示すものである」として同調されている⁵⁰⁾。そして、民法709条の「権利侵害」における「権利」については、潮見教授は「侵害された具体的被害者の『具体的権利』と潜在的加害者群の『潜在的権利』という権利相互間での衡量の吟味を経てはじめて709条に言う『権利』としての要保護性を…獲得する」とされている⁵¹⁾。この点について、山本教授は、潮見教授の見解を参照⁵²⁾されて「憲法の基本権保護要請の射程を探る作業として位置づけられる」とされている⁵³⁾。このような潮見教授の構想について、山本教授は「〈権利・自由の保護とその調整〉という（民法典制定〔筆者注〕）当初の構想に立ち戻り、それに即した要件構成と判断の枠組みを提唱している」と評価される一方で、「違法性理論の残滓が随所にうかがわれる」と指摘されている⁵⁴⁾。山本教授は、潮見教授が「基本権には自由権のみならず、平等権、生存権ほかの社会権も属し、さらにデュープロセスの問題も含まれる。これら全てが憲法に基づく保護要請の下に置かれる」と理解されている点について、この認識は「『基本権保護要請＝リベラリズムという図式にはおさまらず、『共同体的正義の観点や公共性の考慮も、こうした基本権保護要請に組み入れられ、個人の権利や利益をいつどの程度保護するかということの考量要因として具体化し、不法行為における違法評価を支えることとなる』⁵⁵⁾」。これには「末川や我妻が追求しようとした『社会本位の法律観』との連続性がうかがわれる。はたしてそれで、本当に権利論の存在意義を維持できるのかという疑問が残る」とされている⁵⁶⁾。

では、このような山本教授による「権利論」に基づいた場合、差止請求権による権利保護はどの

46) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」法学論叢154巻4・5・6号294頁以下(2004年)

47) 山本敬三「基本法としての民法」ジュリ1126号262頁以下(1998年)

48) 山本・前掲(注46)292頁以下。とりわけ343頁以下。

49) 潮見・前掲(注9)15頁以下を参照。

50) 山本・前掲(注46)343頁

51) 潮見・前掲(注9)26頁

52) 潮見・前掲(注9)39頁

53) 山本・前掲(注46)344頁

54) 山本・前掲(注46)346頁

55) 潮見・前掲(注9)39頁を参照。

56) 山本・前掲(注46)347頁

ように根拠づけられるのだろうか。山本教授は「北方ジャーナル事件判決」の評釈⁵⁷⁾において人格権に基づく差止請求権の根拠づけを試みられている。

それによると、まず、物権および人格権が憲法上の基本権を基礎とした権利であるから、国家の基本権保護義務、そして、それを果たすための保護手段である不法行為法の適用が考えられる。そして、このような「立法による保護手段だけでは、基本権の侵害を受けている者に実効的な保護をあたえたことにならない場合は、同じく国家の機関である裁判所が、立法の不備をおぎない、少なくとも最低限の保護を与える義務を負う」ことになる。「したがって、差止めを認めなければ基本権侵害に対して保護をあたえたことにならない場合は、明文の規定がなくとも、裁判所はこれを認める憲法上の義務があることになる」として、人格権にもとづく差止請求権を根拠づけられている⁵⁸⁾。

(2) 小括

山本教授による「権利論」の特徴は、法秩序全体の基礎にある憲法との関連から「権利」の新たな価値基準を持ち込まれたことである。それによって、民法709条における「権利」の射程範囲が拡張される可能性があり、評価されるところである。

ところで、「権利」の射程範囲の拡張という観点では、わが国では「違法性」がまさにその役割を担ってきた。山本教授は、違法性との連続性を断絶することが必要であると考えられている⁵⁹⁾。その背景には、「権利侵害」要件が「違法性」に読み替えられたのは「民法典の基礎にある『権利本位の法律観』から『社会本位の法律観』——『社会共同生活の全体的向上』——を理想とする思想に転換をはかるため」であり、結果として「不法行為制度の目的は、権利・自由の保護ではなく、『法秩序の維持・回復』に求められることになる」とする考えがあるためと推考される⁶⁰⁾。

さて、民法709条の「権利」として認められる

ためにはその射程の画定作業が必要になる。そのため、民法709条の「権利侵害」に基本権相互の衡量問題が付されることになる。確かに、権利ないし利益内容によっては比較衡量が求められる場面（例えば、プライバシーと表現の自由など）はあるが、いかなる権利ないし利益であれ、必ず比較衡量を経なければ「権利」という価値づけを得ることができないとするならば、結局は、これまでの違法性の判断における比較衡量のように恣意的な判断が入り込む可能性があると推考される。

この点について、原島教授はすでに重要な指摘をされている。それは「人格権」について述べられたものであるが、「権利が法的保護に値するのは、自由な人格の独立を確保するためであって、人格のためにこそ権利は存在しうる」と考えられていたのであり⁶¹⁾、したがって「人格は権利と次元を異にするものであって、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」⁶²⁾とされている。

これとは別に、基本権であるとしてもいかなる保護が要求される権利なのか、より詳細に検討される課題も残されている。

他方、差止請求権による「権利」保護については、上記の理論によるならば、基本権一般にまで拡張される可能性が内包されており、この点についても評価されるところである。

しかしながら、差止請求権による権利の射程に収めることができたとしても、具体的にどのような判断を経てその成否を決するのかについては明らかにされておらず、今後の検討課題である。

そして、民法709条における「権利」の系譜と差止請求権における「権利」の系譜との関係性についても、今後検討される必要があるだろう。

第2節 広中俊雄教授による「秩序論」

(1) 内容

広中教授による「秩序論」では、市民社会に成立する基本的諸秩序（「財貨秩序」、「人格秩序」、「権力秩序」）を析出されて、実質的意義における民法

57) 山本敬三「判批」別冊ジュリ159号15頁（2001年）

58) 山本・前掲（注57）16頁

59) 山本・前掲（注46）342頁を参照。

60) 山本・前掲（注46）341頁

61) 原島重義「開発と差止請求」九大法政研究46巻2＝4号285頁（1980年）

62) 原島・前掲（注14）96頁

の体系化を試みられている。

本稿では、これらの基本的諸秩序のうち、権利論および人格権と関連する「人格秩序」に限定して取り上げることにはしたい。

「人格秩序」は、「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根本的秩序であり、「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」を指す⁶³⁾。その内容としては「『人格秩序』一般」と「家族結合における『人格秩序』」に分類されるが、本稿では前者のみを取り上げることにはしたい。「人格秩序」(一般)では、「人間の生命・身体(健康)を害するにいたるような環境悪化を生じさせる行為によって…人格的利益の帰属の侵害として、不当なものと評価される類型」があてはまる⁶⁴⁾。具体的には、生命侵害、身体侵害(民法710条)、自由の侵害(民法710条)、名誉の侵害(民法710条)、プライバシーの侵害などがある⁶⁵⁾。ここでは「人格的利益の帰属が侵害されないことのなかに『秩序』が観念されるのであり、人格的利益の帰属が侵害されれば、そのことはただちに『秩序』に反するものと評価される」ことになる。そして、人格的利益の帰属が侵害された場合には「秩序」違反として、被侵害者による差止請求権が認められる。さらに、故意あるいは過失によってそれが侵害された場合には、被侵害者による損害賠償請求権は認められるとされる⁶⁶⁾。他方、「人格秩序」に対する「外郭秩序」として「生活利益秩序」を析出されている。「生活利益秩序」では、「他人の生命・身体(健康)を害するまでにはいたらないが他人の享受してきた環境を悪化させてその生活に不快な影響を及ぼす行為は、ある限度を超えないかぎり、その他人において受忍することを期待され、その限度(受忍を期待される程度)を超える場合には――

受忍を期待される限度は当該地域の性格(住居地域か商業地域か等々)その他さまざまな要因によってきまる――、他人の生活利益を「生活利益秩序」に反して不当に害する」ものと評価される類型があてはまる⁶⁷⁾。具体的には、生活妨害(日照妨害・通風妨害、騒音、私生活の平穩の妨害など)がある。なお広中教授は、生活妨害が「人格秩序」の問題として扱われない理由として、後者は「被害の程度を問わず侵害者に故意または過失があれば不法行為責任を生じさせるものであるのに対して」、前者は「被害の程度そのもの(受忍限度を超えるかどうか)が規定的な意味をもっている点」で異なるからとされている⁶⁸⁾。

ただし、生活利益秩序では「環境からの生活利益の享受が問題となるのであって『人格秩序』で問題となるような帰属」は問題にならない⁶⁹⁾。そのため、「帰属の確保に奉仕する差止請求権(人格的利益の帰属の確保)が成立する余地はない」が、被侵害者による生活妨害の停止または予防を目的とする差止請求権は認められる。また「環境から享受されるべき…生活利益を故意又は過失によって『生活利益秩序』に反して害」された場合は、被侵害者による損害賠償請求権が認められる。そして、「生活利益秩序」では差止請求権が認められないが、被害者による金銭的補償を請求することができる場合があるとされている⁷⁰⁾。

ところで広中教授は、権利の社会的意味ないし社会的機能の観点から「地位的権利」および「道具的権利」という新たな種別を提示される。「地位的権利」とは、「市民社会の根本的秩序ともいえるべき」人格秩序(一般)といった「社会生活上の利益の単位という実質的内容をもつ一群の権利」のことである。具体的には、「人の法」(人格秩序に対応)に属する地位的権利としては「人格権(人格的利益の帰属を内容とする)」があり、この権利の享受が害された場合、あるいは害されるおそれがある場合には、救済手段たる「道具的権利」として差止請求権(人格権に基づく差止請求権)と

63) 広中俊雄著『新版 民法綱要 第1版』13頁以下(創文社、2006年)

64) 広中・前掲(注63)14頁以下

65) 広中俊雄著『債権各論講義〔第6版〕』453頁以下(有斐閣、1994年)を参照。

66) 広中・前掲(注63)15頁以下

67) 広中・前掲(注63)15頁

68) 広中・前掲(注65)459頁以下

69) 広中・前掲(注63)19頁

70) 広中・前掲(注63)20頁以下

不法行為損害賠償請求権が認められる。これに対して、「道具的権利」とは「この種の地位的権利が害される状態その他さまざまな状態にあって保護を受けるべき利益の確保・実現のために機能する手段ないし道具という意味をもつような諸権利」のことである⁷¹⁾。具体的には「請求権」があり、その内容として「地位的権利の内容たる利益の確保・実現のために機能する請求権」と「それ以外の請求権」がある。上記の「生活利益秩序」などに関連するのは後者であり、「生活利益を違法に（すなわち「生活利益秩序」に反して）害された者——あるいは害されるおそれのある者——に与えられる差止請求権、不法行為損害賠償請求権などが」あるとされる⁷²⁾。

(2) 小括

広中教授による「秩序論」の特徴は、法社会学的観点から、市民社会に成立する基本的諸秩序を析出することによって、新たな「権利」ないし「利益」の保護基準を持ち込まれたことである。

人格に関する領域では、まずその中核として「人格秩序」を析出されている。人格秩序に違反した場合には受忍限度論によって判断されず、それを以て直ちに「秩序」違反と評価されて差止請求権が認められるとされる⁷³⁾。さらに「人格秩序」の外郭秩序として「生活利益秩序」を析出されている。

とりわけ広中教授の見解は、「生活利益秩序」を析出された点において非常に示唆に富むものである。なぜならば、従来の差止請求権理論では「生活利益秩序」において問題となる生活妨害の場合に「権利」の帰属割当てが認められないため、このような場合の差止請求権を根拠づけることができない。

ところが広中教授の見解によれば、生活妨害が問題となった場合、既述のような「権利」の帰属割当ては問題とならず、「生活利益秩序」に違反した「サンクション」として、私人による差止請求権が認められることになるからである。ところが、生活利益秩序に違反したか否かは「受忍限度論」

によって判断されるため、これまでと同様に、生活妨害に基づく差止請求権が受忍限度論によって認められないという問題がある。この点について、原島教授はすでに重要な見解を提唱されている⁷⁴⁾。

原島教授によれば、環境は私人に帰属するものではなく、「社会的共有資産」であるから「環境を利用するにはおのずからルールがあり、秩序があり、規範がある」と述べられている。そのうえで、このような性質をもつ環境が破壊された場合に、それによって「直接被害を受けた、もしくは受けおそれのある市民」によって提起した差止請求などは「環境利用秩序を回復するためのひきがねであり、きっかけであって、またそれで足りる」とされる。つまり、環境破壊を念頭に置いてなされた「市民個々の請求の法的な意味は、市民個々の具体的な私的利益に対する侵害の排除および損害の回復、というものをこえている」のである。したがって「そこに環境破壊の実体があるかぎり、かりに、人の生命・健康というような権利（以上のもの）の侵害に至らないとしても請求は認容される」べき、と述べられている。さらに、「市民個々の『被侵害利益』がかりに小さいものであっても」、「環境利用秩序の維持は、国民経済上の経済的効率や効用という価値基準とはまったく異質なものである」から、「そこに環境破壊の実体があるかぎり、個々の『被侵害利益』はいわゆる『利益衡量』になじまない」ことも指摘されている。

ともあれ再び、広中教授の見解に立ち戻るならば、人格秩序あるいは生活利益秩序に違反した場合に生じ得る「差止請求権」と「損害賠償請求権」との関係について重要な見解を提示されている。

広中教授は、まず差止請求権の成否について判断された後、その侵害に故意・過失が存在するか否かについて検討されて損害賠償請求権の可否を決定する判断枠組みを採用されている⁷⁵⁾。これは、損害賠償請求権は認められるが差止請求権は認められないという「違法性段階論」の問題を克服する見解であり、評価され得るところである。

74) 原島・前掲（注14）99頁

75) 広中・前掲（注63）16頁以下および21頁。なお、原島教授の見解も広中教授の見解と同旨である（原島・前掲（注14）95頁）。

71) 広中・前掲（注63）121頁

72) 広中・前掲（注63）126頁以下

73) 広中・前掲（注63）15頁以下

以上をまとめると、広中教授の見解は、一種の「原則・例外の重層構造」が採用されているものと言える⁷⁶⁾。つまり、「人格秩序」および「生活利益秩序」との関係に焦点を絞ると、前者では、原則的に受忍限度論によって差止請求権の成否が判断されていないのに対し、後者では、例外的に受忍限度論によってその判断がなされている。そのうえで「生活利益秩序」では、原則として受忍限度論が用いられているからである。

終章

以上、本稿では差止請求権の法的構成の問題について、第一に、とりわけ生活妨害の場面に焦点をしぼり、学説・判例の動向の考察を通じて、わが国における差止請求権の現状と問題点について明らかにすることを試みた。そして第二に、第一で明らかとされた問題点を克服するためにその方策として新たな権利保護の可能性について、原島教授の「権利論」に基点を置き、法秩序の観点からアプローチされている山本教授の「権利論」、および、広中教授の「秩序論」について考察を試みた。

それによると、わが国における差止請求権の現状として、学説では権利濫用論および「原則適法論」を出発点として、所有権、人格権、受忍限度論、環境権さらには不法行為法と多岐にわたって議論が展開されるに至った。近年では、「権利論」を意識した見解が散見するものの、「原則適法論」や「受忍限度論」は維持されたままであり、また利益衡量による判断の射程をどのようにするのか苦慮している現状にある。他方、裁判例においては、近年、差止請求権を認容しようとする姿勢は見られるものの、利益衡量ありきの違法性判断が展開されて

おり、理論的にはなお混迷の状態にある。学説・裁判例ともに、差止請求権理論と多種多様な権利保護が求められる現実のジレンマに陥っていることは事実であろう。

そこで本稿は、新たな権利保護の可能性について、原島教授の視座から、山本教授および広中教授の見解について考察を試みたわけである。とりわけ広中教授の見解では、差止請求権理論による正当化が不可能であったところの「権利」の帰属割当てが困難な場合においても差止請求権を根拠づけることが可能であることから、今後の権利保護の新たな方向性を示唆したものとして傾聴に値する。また山本教授の見解では、差止請求権のみならず、不法行為法における「権利」についても包摂された壮大な構想であり、今後の権利保護の在り方を示唆する道標となるであろう。

しかしながら、いずれの見解においても残された課題がある。これらの課題について、すでに克服するための手がかりは用意されている。それは、原島教授によって投げかけられた、「権利」はいかなるために存在するのか⁷⁷⁾ということ。そして、私人による秩序維持の可能性⁷⁸⁾である。つまり、「権利論」と「秩序論」がどのように協働されるかによって、差止請求権による新たな権利保護の可能性が方向付けられるものと考ええる。

今後の検討課題としては、生活妨害以外の紛争類型（例えば、プライバシー侵害など）における差止請求権についても、本稿と同様の視点から考察を試みる必要があると考える。また、民法上の差止請求権と特別法上の差止請求権（例えば、消費者契約法上の差止請求権など）との関係についても検討を試みるのが求められるであろう。

以上をもって、本稿を閉じることにしたい。

76) 原島教授の見解の骨格も、原則として「権利侵害は、違法阻却事由がなき限り、ただちに違法であり、差止請求の理由となる」が、「例外的に、その規範があるときは、差止請求が制限されることがあり得る」という、「原則・例外の重層構造」が採用されている（原島・前掲（注14）95頁）。この点では、広中教授の見解および原島教授の見解は近接するものであると言えよう。

77) 原島・前掲（注14）96頁を参照。

78) 原島・前掲（注14）99頁を参照。