



Title	差止の訴に関する研究序説：その法的根拠と権利(絶対権)について
Author(s)	藤岡, 康宏
Citation	北大法学論集, 21(1), 108-186
Issue Date	1970-08
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27893
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	21(1)_P108-186.pdf



[Instructions for use](#)

差止の訴に関する研究序説

——その法的根拠と権利（絶対権）について——

藤 岡 康 宏

目次

- (一) 問題の提起
- (二) ドイツにおける法律構成と問題点
 - (1) はじめに
 - (2) 判例にあらわれた理論
 - (3) 学説の動向
 - (4) 判例の展開と営業権及び一般的人格権——権利によって統一出来るか——
 - (5) 戦後の学説
 - (6) 一般的不作為の訴において権利の果す役割——特に違法論との関連について——
- (三) 総括——ドイツ法及び日本法——

(一) 問題の提起

(1) ある違法な行為が行なわれ、権利あるいは利益が侵害された場合、民事上二つの救済方法が考えられる。一つは金銭による損害の填補であり、他は、違法な状態を排除し、あるいは違法な行為を差止めることである。わが民法によれば、通常前者は不法行為の効果とされ、後者は物権的請求権の問題とされる。これを保護利益についていえば、前者は広く一般に、後者は物権あるいは物権類似の絶対権に限られると一般に説明されている。

ところで、社会生活が複雑になるにつれ、侵害の形態も多様化し、単なる事後的救済では不十分な場合が多くなってきた。公害(いわゆるイミジョン)については、下級審の事例ではあるが、差止請求が認められつつある⁽¹⁾。名誉、あるいは私的生活領域といった人格的諸利益及び信用等の営業上の諸利益についても同じ必要性が生じよう⁽²⁾。

公害に関しては、それが土地利用に結びついているので、差止請求を許すためにかりに人格権侵害という構成がとられるにしても、これを物権的請求権の一適用と考えることも出来よう。しかし名誉とか信用といった諸利益については、従来の伝統的な考えに従う限り差止請求を認める法律構成は難かしいように思われる⁽³⁾。

こうした一連の問題について差止の訴に関する包括的な理論(法的根拠)を考えてみたい、というのが本稿での私の意図である。

(2) そこで、この目的のために次のような方向にそって論述をすすめたいと考える。まず、前述の如く民事上、二つの救済方法が存在するとしてもいずれも違法な行為(状態)に対する救済である以上それを切り離して考える必要はないと考える⁽⁴⁾。すなわち本稿においては両者を関連させつつしかもそれにとらわれないで一般的な差止の訴の位置付けを試みようとするものである。具体的には以下のようになるであろう。主観的な過責事由の問題、及び、差止請求が認められるためには特別の必要性が存在しなければならぬのではないかという問題⁽⁵⁾を除外すれば、少なくとも保護利益の面に関していえば、両者を共通の地盤で検討することが可能である。そこで両者の仲介項としてこの保護利益に関連を持つている権利概念(絶対権)の持つ意味を改めて考え直してみたい。その理由は、権利は単に保護利益の問題に関係を持つているだけではなく、前の二つの問題にも関連しているからである。すなわち、ある利益を法律上保護するという目的を持った法律用語としての「権利」は二つの機能を含んでいる技術的な概念である⁽⁶⁾と考える。「権利」は一面において、保護されるものは何であ

料
るか(具体的な保護利益)を意味すると共に、他方において、保護のされ方、すなわちいかなる場合に法律上のサンクションが加えられるかを表現している(あるいはすべきもの)といつてよい。権利とされた利益においては、通常の利益に比較して、法律上のサンクションを基礎づけるメルクマールのひとつである「違法性」が判断され易いことになる。⁽⁶⁾これは侵害行為の評価の側面である。この点に於て、わが国におけるいわゆる違法性理論は、保護利益の拡大という機能を果たしたけれども、必ずしも行為の評価そのものに着目していたわけではないことは注意されておいてよいだろう。⁽⁷⁾ところで、現実には、このような権利の特質は、不法行為法及び物権的請求権の両分野に於て、そのままに機能しているわけではない。そうだとすれば、差止の訴を考える際にも、権利以外の別のものに着目した方がよいのではないか、という疑問が生じてくる。こうした問題を総合的に考察した後

で、更に差止請求には特別の要件が加わるのかどうかを判断すればよいというわけである。

権利概念を中心に論述を進めるということは実際の理由にもよる。わが国では差止請求を認めるについて、それは不法行為の効果なのか、あるいは物権的請求権ないしその類推によるのか、と

いう議論がなされている。その主たる論点の一つは、不法行為の効果とすれば、保護範囲(対象)が際限なく拡大される危険が生じるが、後者とすれば、対象が限定され明確となるということである。私は、この問題についても、権利あるいは利益の意味をどのように考えるかにより解決されうらと思っている。

(3) 以上の目的をもって、ドイツで判例法上発展した一般的不作為の訴 *die allgemeine vorbeugende Unterlassungsklage* が、現在の不法行為理論及び物権法体系の中でいかなる意味を持っているかを考察し、最後に、わが国における差止の訴の法的根拠を明らかにしたいと思う。ドイツの理論をとりあげる理由は、この訴が判例法上確立したものであるだけに、⁽⁸⁾法体系の中で位置づけることは非常に困難とされているが、⁽⁹⁾そこで議論されている内容はわれわれにとっても差止請求を考える際に興味深いからである。簡単に述べておこう。

個別的な不法行為の構成要件を持っているドイツ法は絶対権を中心に組み立てられているが(これは結果不法 *Erfolgswrecht* という違法性理論が絶対権と結びつきやすかったためと考えられる)、このことは後に不法行為法上の保護の範囲をせざる結果となり時代の要請に応えられなくなった。その解決方法の一つが

絶対権（成文上のことばでいえば「その他の権利」）の種類をふやすということであった（例えば一般人格権 *das allgemeine Persönlichkeitsrecht*、営業権 *das Recht am Gewerbebetrieb*）⁽¹²⁾。

他方、物権的請求権 *actio negatoria* は、一〇〇四条に所有権について規定され、この規定は他の関係ある一連の物権にも適用されている。この請求権は、絶対権の保護を目的としている。したがって、法律上保護される一般の利益（法益）*Rechtsgüter* に対しても物権的請求権の類推適用を認めることは、今迄歴史的にも厳格に守られてきた「絶対権」と「法益」との対立を失なわしめることを意味する。一般的不作為の訴をめぐる学説上の争いは、主として、この点をめぐって生じた。

これらの事情に、更に、戦後の西ドイツ民法学をわが国に新しき不法行為理論、すなわち行為違法論 *Verhaltensrecht* が影響を与えることになった。それは次のようになる。(1)従来、伝統的な理論によれば、物権的請求権は結果不法の原理に依拠すると考えられていたが、それは不法行為法から発生した行為違法論と矛盾するのではないか、ということ⁽¹³⁾（違法性を民法秩序の内部で统一的に理解しようとする立場からの批判）。(2)従来、絶対権が重要な意味を持っていたのは、それによって侵害結果の違法性が明

確に決定出来る（絶対権・権利侵害即違法）という特色があったからである。しかし、新しい違法論によって、違法性の評価にあたっては利益較量とかの種々の要素が判断されざるをえないようになれば、もはや絶対権ということにとられる必要はなくなったのではないか、ということである（違法評価の側面からの批判）。

こうした状況の中で、一般的不作為の訴の持つ現代的な課題、及び絶対権、権利、法益といった諸概念が依然として何らかの特別の機能を持ちうると思えば、それは何なのか、という問題などを論じてみたいと思う。その上で、わが国においては一般的な差止の訴が（わが国では差止という言葉が一般に使われている）構成されうる余地があるのか、あるとすればその法的根拠は何なのか、といったことについて若干述べてみよう。

ここで一応私の結論を述べておこう。差止の訴が認められるためには、法的な利益が権利、あるいは絶対権にまで高められなければならない、ということとは出来ない。権利あるいは絶対権が持っていた特質は、現象的には失なわれつつあるからである。まして、不可侵性とか支配権とか、排他性といったことでは説明されない。むしろ、「信用」とか「名誉」、「プライバシー」と

いった「利益」そのものに着目すべきである。しかし差止という保護の形態から考えて、凡そあらゆる利益に（一般的に）許されるというのは妥当ではあるまい。したがって、「社会的に是認され定型化された利益」への違法な侵害のおそれがあり、且つ差止の必要があれば、訴が許される、と考える。

(4) 論点を出来るだけ明確にするために、以下の叙述には次のような制約を加えることにする。

(イ) 不作為の訴を理解するためにはローマ法、普通法以来の発史をも考慮しなければ十分とはいえないであろうが、本稿ではドイツ民法典成立以後に問題を絞り、視座を現代においた。不作為の訴そのものの客観的な発展を論述するのが本稿の目的ではないからである。

(ロ) 不作為の訴を論ずる際には、請求権理論と関連させて訴訟的接近を試みることも可能であろう。この点については、私の能力不足もあり、又直接には主題と関係しないために除外することにした。

(ハ) ドイツにおいては、公害の差止については別にイミションの法理が確立されている。したがってドイツで一般的不作為の訴を生ぜしめた主たる理由は、名誉あるいは信用を保護するため

であった。この点に鑑みここで論ずる素材としては具体的にはこれらの利益のみを取り扱い、そこで展開された法理がわが国において一般的に（公害の差止を含めて）可能であるかどうかを考えようとするものである。

(ニ) 債権については、基本的には同じ立場で解決されてよいと思っているが、やや特殊の考慮をも必要とすると考えるので、本稿では一応除外させていただく。

(ホ) 権利概念についての哲学的、思想的な考察についても同様である。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

(1 a) ドイツでは絶対権（権利）との対比において「法益」ということばが使われる。わが国では「利益」の方がなじみやすいが、本稿では特に意識して後者を用いない限り、「法益」を使用する。

尚、日本法について述べるときは、「利益」を用いる。
(1 b) 代表的文献としては、沢井裕「公害の私法的研究」が判例・学説共に詳しい。

(2) 下級審には氏名権侵害を理由とするものが若干見られる。京都地判大正六・五・九法律評論六卷八五四頁（生花師匠の家の名称の不正使用について差止を命じた）、東京地判昭和四・七・三一法律評論二〇卷二四五頁、岡山地判昭和三八・三・二六下民集一四卷三号四七三頁、東京

地判昭和三九・九・二九下民集一五卷九号三三七七頁の諸

判例。なお有名な「宴のあと」事件の下級審判決は次のようにいう。「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差止や、精神的苦痛による損害賠償請求が認められるべきものである。」（東京地判昭和三九・九・二八下民集一五卷九号三三一七頁）

(3) わが法は、ドイツ法と異なり、不法行為の効果として金銭賠償しか認めていないし、民法七二三条を適用するには少し距離がありすぎると思う。

(4) 物権的請求権には、「責任」と「支配権」との二つの要素が混り合っており、「責任」の面で不法行為法と関連する。川島「物権的請求権に於ける支配権と責任の分化」法協五五卷一〇八八頁以下参照。更に、支配権としての物権的請求権は、物権のみに固有なものではなく、諸々の人格権、無体財産権などにも是認されるべきだとする。川島、同二〇九二頁。なお、舟橋「物権法」（法律学全集）特に三六頁以下、「いわゆる物権的請求権」私法一九号三七八頁以下参照。

(5) たとえば我妻教授は、一般的不作為請求権について「因って生じる損害の種類や程度と、侵害行為を禁遏することにより生じ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れるべき問題」とされる。我妻「事務管理・不当

利得・不法行為」（新法学全集）一九八頁。

(6) 絶対権を中心に構成されているドイツ不法行為法は、絶対権と相対権の峻別が前提とされているが、八二三条一項に含まれる権利は何であるかというときに、*das absolute subjektive Recht* と *das subjektive Recht* がしばしば同意義に用いられている。保護のされ方の強弱を通常の用語法で示せば、絶対権—権利（このうち債権はやや特殊の考察を必要とするであろう）—法益ということになる。この意味の絶対権は、相対権と対照して用いられる「絶対権」ではない。右にあげた縦の関係の共通単位は法益といつてよいだろう。その法益の保護のされ方が絶対権ないし権利という概念で表現されているにすぎない。わが不法行為法では絶対権が特に意識されているわけではないので、絶対権と権利を区別して考える必要はないと思う。以上の考えには次のことが前提とされている。「絶対権」という用法が特に意味を持つのは、物権的請求権との関連においてであるが、現在では物権そのものも絶対的（無条件）に保護されるものではないということである。

(7) たとえば平井「不法行為責任の範囲に関する法的構成」法協八五卷七号五五頁、乾「不法行為法についての一考察因」論叢八二卷六号七九頁、柳沢「ケメラの民事不法理論」日本法学三一巻六八六頁註一八などはこれと同旨なのではないかと思う。

- (8) ランツは裁判所の創造的な法形成 Rechtsfortwirkung には、好意的である。しかし、そこでは一般的人格権の問題にはなされているが、一般的不作為の訴については何も言及されていない。このことは、一般的不作為請求権を实体上基礎づけるのは困難であるとするランツの理論と関係しているであろうか。それとも、ドグマティークな疑問はあるにせよ、既に判例法上確立されているか(gewohnheitliche Bildung) ので認めざるを得ないことなのだろうか。cf. Larenz, Schuldrecht II, 1968, 9 Aufl., S. 479; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1969, 2 Aufl., S. 341 ff. S. 398. なお一般的不作為請求権についてのランツの説については後述(9)、及び(12)註(ooa)参照。
- (9) 不作為の訴そのものについては古くから紹介されている。田島「不法行為と権利侵害予防の訴」法商研究創刊号一一三頁以下。石坂「一般的不作為の訴」改纂民法研究上一四八頁。宮崎「信義則の適用と一般的不作為の訴」愛知学院大学論叢法学研究八卷一〇一頁以下。中井「ドイツにおける権利侵害予防制度の一考察」立命館法学五六号四〇六頁以下、同「ツォイナー」『不作為の訴及び消極的確認の訴に関する考察』同誌、五六・五七合併号六〇〇頁以下。なお、好美「債権に基づく妨害排除についての考察」法学研究二号一六五頁、浜田「不法行為の効果に関する一考察」私法一五号九二頁以下。
- (10) 今日では、物権法教科書においても当然のこととそれあまり論じられていない。たとえば Westermann, Sachenrecht, 1966, 5 Aufl.; Baur, Lehrbuch des Sachenrecht, 1966, 3 Aufl.; Lenz-Schwab, Sachenrecht, 1964, 10 Aufl. など。
- (11) 実体法上の請求権として説明するものとしては例えば H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, S. 107 ff. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1958, § 252 I など。なお本文(12)参照。好美「西ドイツ民法に於ける理論と実務の一動向」一橋五四卷三号一六五頁以下には学説上の紛糾がよく説明されている。
- (12) 一般的人格権を単純に絶対権と解すれば形式上は解決されてしまうことになる。何故に一般的人格権で保護される利益に差止請求が認められるのか、そしてどういう形態で与えられるのか、という実質こそ問われねばならない。なお営業権については, das Recht am Unternehmen, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb という用法もある。くわしくは Schippel の同名の書参照。特に Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrecht, 1960, Festschr. JT II, S. 81 ff., 102 ff.
- (13) 妨害排除請求(状態責任)と差止請求を区別すれば一応の解決はつく。少なくとも差止請求は行為違法論と結びつ

き易い。

(14) 本稿で私は、債権法と物権法を統一的に理解しようと試みてみた。

なお差止請求は、ドイツにおいても各個別に特別法による解決がなされている(特に営業に関する諸法益)。一九五七年の「民事法的な人格及び名誉保護の新秩序のための法律の草案 Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes」(五十嵐・松田「西ドイツにおける私生活の私法的保護」ブライバシーの研究一九四頁以下参照)には、一般的人格権の保護が包括的に規定されており、差止請求権も明示されていた。そうなれば、実際の適用の問題を除外すれば、ドグマティックな疑問は解決されたことになる。但し、一九六七年の「損害賠償法規定の変更補充のための法律の参事官法案 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenstrrechtlicher Vorschriften」には差止請求権の表現は削除されている。柳沢「西ドイツにおける損害賠償法規定の改正動向」日本法学三四巻四号一九〇頁以下。私は権利を保護範囲の側面と違法性評価の側面から把握しようとするものであるが、それ自体は目新しいものではなからう。ただ、新しい違法論の中で、差止請求との関連に於て果しうる機能を考えようとするわけである。なお権利概念の多様なことについては、Kasper, Das

subjektive Rechtsbegriffsbildung und Bedeutungsmehrheit, 1967.

(15) 本稿は、単にドイツにおいて発展した不作為の訴を論述するのが目的ではない。それについては、既にたとえば、田島、中井前掲書などのすぐれた紹介論文がある。わが国で権利侵害の予防制度を論ずるにあたってドイツの一般的不作為の訴を考察する意義があるとすれば、それは、問題を単に不作為の訴に局限せずに、周辺領域(不法行為理論とか、一般的人格権など)を含めた全体像の中から不作為の訴の現象的な特色を明らかにすることにある、と考える。したがって、本稿においても、特にわが国で知られていないドイツの新しい資料を用いたわけではなく、むしろ角度を変えて考え直そうとしたわけである。なお周辺領域についても個別的な論文は多数あり(たとえば代表的なものだけでも、五十嵐・松田前掲書、乾「不法行為法についての一考察」論叢八一巻四号、六号、八二巻一号、五号、六号)、本稿もこれら先輩諸先生の業績に負うところが大きい。感謝したい。又、昭和四二年の私法学界で中井講師から「予防的不作為請求権理論について」というテーマで報告があった由である。レジメによれば、ドイツにおける発展の経過にふれられながら、不作為請求権を中心として論じられたようであるが、本稿で私が取り扱うテーマはこのような本質的な請求権理論ではなく、不作為の訴をめぐる

現象的な諸問題である。

(16) 脱稿後、今後差止の訴を論ずる際に極めて重要な判例となると思われる映画「エロス+虐殺」上映禁止仮処分事件（東京地決昭和四五・三・一四判時五八六号四一頁）に接した。ここでは、差止の訴が許されてしかるべき一つの分野であるプライバシー及び名誉に対する侵害が争われた。判旨は「人格権の侵害に対し事前に差止請求権を認めうるか否かについては議論の存するところであるが（法的根拠、筆者）、これを積極に解しても、表現の自由に対する重要な制約である点に鑑み……、権利侵害の違法性が高度な場合にのみ（差止の要件）、差止請求を認めるべきものと解するのが相当である」という。このように本件では主として要件に重点がおかれている。同じことが公害の差止をめぐる下級審判例についてもいえる。したがって現実の裁判においては、既に、どのような場合に差止が認められるのか、といった適用の問題に関心が集中しているのかも知れない。本稿はこうした動きから一步退き要件論をひとまずおいて、差止の訴一般に通ずる法的根拠を論じようとするものである。勿論筆者のこうした方法論については、根拠論と要件論は相互に関連を持っており統一的に論じなければならぬ、との批判（おそらくは相関関係説からの批判。権利・絶対権の特質が失なわれるにいたったのはまさに、行為態様との相関関係による評価を通じてなの

であるから、両者を切り離して考察することは出来ないということ。③註（40）を参照。）が加えられるかも知れない。なお、本件についての筆者の考えは別の機会に述べさせていただきます。積りである。

（二）ドイツにおける法律構成と問題点

わが国において一般的な差止の訴を考えるにあたって、比較法上ドイツの一般的な不作為の訴を素材としてとりあげたのは次の理由による。一つは、ドイツ法が法系上わが民法に類似しているからであり、他は、この訴が判例によれば物権的請求権の類推という構成をとっているからである。そこで、まず、主題に必要な限りにおいて学説、判例を要約しておく。

（1）はじめに

ドイツ民法典は、個別的な不作為の訴の規定しか持っておらず、その代表的なものは、一〇〇四条の所有権に基づくそれである⁽¹⁾、いわゆる *actio negatoria* といわれるものである。民法典成立以前に既に公にされていた旧不正競争禁止法も列挙主義を貫徹している⁽²⁾。比較法的に不作為の訴を考察すれば、フランス法やスイス法は不作為の訴に積極的な態度をとっているといえよう⁽³⁾。

それに反してドイツ法の立場は元來嚴格である。すなわち、不法行為及び不当利得についての規定とは異なる内容を持つその他の請求権は、個々の絶対権の中に根拠づけられなければならない、將來の不作為を求める請求権は「特別の規定なしには訴で主張されない」と考えられていた。⁽⁶⁾

不法行為法についてはどうか。八二三条一項において、生命、健康、自由、所有権、及び、「その他の権利」への違法な侵害に損害賠償義務が結びつけられている。この条項は絶対権を中心とし、且つその後の不法行為法発展の中核となった。⁽⁶⁾草案にあった名誉は後に削除され、信用及び経済的繁栄への侵害については、八二四条で特別に規定されている。その他、八二三条二項は保護法違反を、八二六条は良俗違反をそれぞれ規定している。ここで二つのことを注意しておこう。一つは列挙主義が採用されるにいたった理由に関連する問題である。すなわち一般条項によっては、被害者として誰が請求しうるのか（直接被害者だけでなく間接被害者も可能なか）、個々人の利益の保護のために規定されていない法律に対する違反も又損害賠償を義務づけるのか、更に、故意及び過失はどこに向けられていなければならないのか、といったことがはっきりしない。こうした問題は裁判官に

任しえず、したがって法律の中に明確な客観的基準を設けるのがよい、とされた。⁽⁸⁾この具体化の一つの形態が八二三条一項なのである。他の一つは、この一項の果す役割に関する問題である。損害賠償義務が八二三条一項で一定の権利及び法益に結びつけられたのは、それによって個々人の権利圏 *Rechtskreis* が特定されうると考えられたからであるといわれる。特定していれば、違法性判断は明白になるであろう。このことは第一草案七〇四条二項（名誉を除けば現行の八二三条一項と一致する）について理由書に述べられている「他人に属している絶対権の侵害は疑いもなく違法である」という表現からも理解出来る。⁽¹⁰⁾

ここでとりあげた権利・絶対権についての事柄（違法性判断の明白性、権利圏の特定）は、後年の不法行為法の変容によりその持つ本来の意味を失うにいたる。本稿はこの事情を不作為の訴との関連において考察しようとするものである。

以上で述べたことをひとまずまとめおこう。不法行為法が絶対権を中心としてきたことは、そこから、又その限りにおいて *actio negatoria* との関連を予想させる。その際、権利・絶対権と直接結びついていた違法性という価値判断が再検討されなければならない。そして、一般的不作為の訴により、法律上保護され

料 ている単なる利益(法益)にも不作為の保護が与えられるにいたったという事実は、まさにこの限界が破られることを意味する。不法行為法における最近の変容を動態的なものとすれば、これは、「静かな体系」の中の変化といえるであろう。

(1) 物権については、占有権(八六二条一項)、地役権(一〇二七条)、用益権(一〇六五条)、抵当権(一二三四条一項)、質権(一二二七条)などがある。なお民法一二条は氏名権について規定している。

(2) この規定が後に、名譽あるいは信用などの保護のために類推されたわけである。民法典成立前後の人格権の保護と *actio negatoria* については以下のような説もある。イエーリングは、ローマ法以来の不法行為訴権である *actio iniuriam* を、人それ自身を保護する *abstrakte Injurie* と、人の持っている具体的権利を通して人を保護する *konkrete Injurie* とにわけた。そして後者が従来殆んど評價されなかったのは、*actio negatoria* のような財産上の訴が、是認されない方法で、本来 *konkrete Injurie* に含まれる機能を使用してきたからだという。民法典の立法者は、この拡大を承認するかどうかの問題を与えられたわけだが、これは妥当 *sachgerecht* と考えられた。これにより、両方の *Injurienklage* 共、元來刑法典に任せられるべき名譽の保

護とされたので、民法典から姿を消したというわけである。cf. Scheuing, *Zur Geschichte der Persönlichkeit im 19. Jahrhundert*, AcP 158, S. 507 f.

(3) 旧不正競争法については、有馬忠三郎「不正競争論」一九三頁以下。後の不正競争防止法 *Gesetz des unlauteren Wettbewerbs* (1909. 6. 7.) は一般条項を持っている。ライヒ裁判所の判決(1901. 4. 11. RGZ 48. 114.)にも類似の表現が見られるように、このことは列挙主義の間隙を埋めるという実質的必要性が生じたのではないか、ということを推測せしめる。

(4) フランス法は、民法典に不作為の訴に関する特別の規定を持っていないが、判例は古くから人格権にこれを認めている。Eitzbacher, *Unterlassungsklage*, 1906, S. 44 f., 48 ff. スイス法では、氏名権についてしか明示の規定はない。しかし、一般に、人格的關係への侵害(二八条)に対して不作為の訴が与えられるとされている。たとえば、Egger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 1911, S. 115 ff. 人格権は、排他権 *Exklusivrecht*, *Ausschließungsrecht* であり、それにより不作為の訴の法的保護手段が基礎づけられる。とされる。(S. 102.)

(5) Mugdan III, S. 238. cf. S. 218.

(6) 民法典の立法者は、権利及び一項に規定されている法益への侵害を先頭に立てて考えていた。この点は留意すべき

である。ちなみに、不法行為法の第一草案は、七〇四条一項において、まず禁止法規違反を規定し、それに権利侵害を等置させるという形式をとっている。ラインハルトによれば、この考えは、具体的容態規範を生み出そうとするケラーの方向と同じであるとされる。最近の不法行為理論との関連を予測させて興味深い。cf. Reinhardt, Das subjektive Recht in § 823 I BGB, JZ 1961, S. 713 ff.

- (7) cf. Coing, Ehreenschutz und Pressrecht, 1960, S. 5 ff.
- (8) Mugdan II, S. 1075.
- (9) Reinhardt, a.a.O. S. 713.
- (10) Mugdan II, S. 405.

(2) 判例にあらわれた理論⁽¹⁾

(1)で述べたところのドイツ民法典上の不作為の訴に関する原則は、民法典成立後まもなく、一連の判例により破られるにいたった。それは、流行病 *Modkrankheit* にもたとえられるような「流行の訴訟 *die Modklage des Tages*」⁽²⁾であったといわれる。そこにあらわれた理論をここで紹介しておく。判例は、まず、一般的不作為の訴を不法行為の効果として理由づけ、つぎに物権的請求権からの類推を認め、最後の段階で、権利保護の必要性（刑法上のサンクションが許されているような場合にも不作為の

訴は可能か、という疑問）によってこれを制限した。しかし、この制限はまもなく取り除かれた。権利・絶対権との関連において重要なのは、前の二つである。

最初の有名な判決は RGZ 48, 114 (1901, 4, 11) である。ここでは競争企業に対する営業上の威嚇が争いの対象となった。ライヒ裁判所は次のようにいっている。

「被告の容態が八二三条あるいは八二六条に該当すれば、少なくとも、不法の容態が既に表現されたけれども引き続きの侵害が憂慮される場合には、開始された加害の継続あるいは完了が訴により予防されるべきであるならば、たとえ民法二四九条の原則⁽³⁾が利用しえないとしても、不作為請求権が与えられる。民法はこの請求権を個々に、特別に規定しているが、その他のすべての法典の分野に対して、この請求権を排除しようとしているのではない。こうした保護は、主として不正競争による営業への加害に対して存在する。そのために、不正競争禁止法が成立しているが、この特別法によって排他的に規定されているわけではない。⁽⁴⁾民法の一般規定、八二六条が補充的にこの空白を埋める。両方の法律の内部的関連及び両者は同じ様な目的を持っているということなどを考慮すれば、不正競争による加害に対して不作為の訴を保証

料 するということは、正当化されうると考えられる。RGZ 25.

347, RGZ 38. 379⁽⁹⁾ においてとられた立場(フランス法地帯のパ
ーデンにあらわれた判例)は、既に一般的な意義をもっている。
これによれば、フランス民法一三八二条におけるように、法律が

明示的には賠償義務のみを規定している場合には、実際には、同
時に不作為のための義務の表現をも含んでおり、又、法律がある
権利を与え、ある義務を課しているときには、そのための請求権
すなわち適当な場合には、義務者を訴の方法で追求せしめうる不
作為請求権を与える可能性を保証しなければならない。』

このケースは、八二六条の不法構成要件が実際に満たされた事
案である。不作為請求権を認める理論構成として、権利を与える
ことと、義務を課すことが同じこととされている。この権利を絶
対権と考えれば、絶対権—不作為義務の内在—不作為請求権ある
いは不作為の訴、という筋道は、論理的には容易に理解することが
出来る。この判決が「義務を課す」ということから不作為の訴を
導こうとしているのは、損害賠償法によって保護されている一般
の法益に対しても不作為の訴を認めたいためであろう。本判決
は、物権的請求権の問題は明示的に留保している。もっとも「営
業をおこなう企業に権利の性格を与える人にとっては、この準物

権的不作為の訴 *quasinegatorische Klage* は権利の絶対的性格か
ら生ずる」として次の判決への橋渡しをつくった。⁽⁹⁾

RGZ 80. 6 (1905. 1. 5) は、初めて物権的請求権の類推適用
を認めたものである。

事案はこうである。原告の信用をおびやかし、営業の不利益を
生じさせるような内容を持つ本が被告により編集され出版され
た。原告はこの流布が禁止されるよう仮処分を求めた(民法八二
四条二項の適用例⁽⁷⁾)。

「法律によって保護された権利 *ein von Gesetze geschütztes
Recht* への客観的に違法な侵害も、引き続きの侵害が可能である
場合には、不作為請求権を基礎づける。この訴においては、過失
も、正当利益の保護も考慮されなくてよい。過失がある場合にのみ
損害賠償義務が存在するのは、衡平 *Biligkeit* の要求に基づく
のかも知れない。しかし客観的に違法な侵害の繰り返しに対して
も保護を与えるのは正義の命令 *Gebot der Gerechtigkeit* によ
る。この考えの法律的根拠は民法一二条、八六二条である。」

この判決は、法益に対する違法な侵害があれば、侵害継続のお
それがあるかぎり、準物権的請求権 *actio quasinegatoria* の保護
が与えられるといっている。判旨は別に、信用、営業、繁栄を特

別に侵害可能な、法律により保護された法益といっている。そして以後の一般的不作為の訴は基本的にはこの判決がのべた理論に依拠することになった。

ところで、この理論の適用範囲は、RGZ 101. 335 (1921. 2. 11) の判決が、侵害のおそれがあるときにも不作為の訴を肯定したことにより一歩拡げられた。これは、いわゆる「予防的不作為の訴が承認されたことを意味する。妨害除去請求権は既に侵害が発生したことを要件としていることからみれば、重要な差異が生じたことになり、反面、民法典における解釈上の困難を生んだことにもなる。」^(8e) この問題は更に違法性の分野にも波及する。ここではこれを指摘することとどめておこう。^(8a)

判例法上のつぎの展開はこれとは性質の異なるものであった。すなわちライヒ裁判所は「予防的不作為の訴が判例上一般に認められた後に、権利保護の必要性という要件を持ち出して、この訴に制限を加えようとした。しかし、結局、RGZ 116. 151 (1917. 2. 15) の判決によりこの要件は取り除かれることになった。」^(8b) この判決の後には、予防的不作為の訴は判例上確固たる地位を占めて現在に至ることになる。もはや理論的には、繰り返しの危険の内容といった細かな技術的問題が具体化されるにすぎない。も

っとも不作為の訴そのものの法的根拠については勿論のこと、多少の曲折は存在した。この点については現在の諸判例は、一〇〇四条の類推適用 *quasinegatorische Unterlassungsklage* をなしているが、理論上の迷いを見せたものとして RGZ 77. 217 (1911. 9. 28) の判例をあびておこう。事案はこうである。命

令 (Kaiserl. Verordnung) によれば、薬局においてのみ販売が許されている商品が被告が販売したので、薬局の経営者たる原告が、自分の営業が侵害されたことを理由として、不作為を請求した。判旨は、まず「不法行為の不作為のための訴は、民法によれば、絶対権への違法な妨害の除去のためにのみ与えられる。(実定法上のいくつかの規定を根拠とする) これらのものは、八二三条一項において、所有権及びその他の権利の中で、違法な侵害に対して保護されるもの、とされている権利である」といい、判例法上のいわゆる組織して営業をおこなっている企業 *der ein gerichte und ausgeübte Gewerbebetrieb* も又これに含まれるとする。但しこの事案の事実関係からは営業権の侵害は見られない。そこで、判旨は別の観点からつぎのようにのべている。

「一般的な権利圏への侵害の不作為を求める訴—民法自身はこれについて何もいっていない—は、被告の先行する不法行為によ

って原告側を継続的に加害する状態が生み出された場合に許される(この状態は引き続いておこなわれる妨害の不作為をもとめる強制によって除去される)。したがって不作為は、二四九条が意味するところの以前の状態の回復である。そのためには過去の侵害の繰り返しを本心に心配され、且つ、その侵害が不法行為の完全な主観的客観的要件を満たしていることが必要である。」

この判決においては、結局、刑法上のサンクションが与えられるので権利保護の必要がない、という理由で請求が棄却された。しかし、この判決の推論をたどれば、不作為の訴にとつて重要と思われるいくつかの論点がかびあがってくる。これを判旨の内容にそつて整理するとつぎのようになる。

(1) 判旨によれば絶対権(「その他の権利」も含まれる)への侵害に対しては、予防請求権を規定する実定法規が直接あてはまる。それ以外の一般の権利圏への侵害の場合には、不法行為が先行することが必要である。つまり判旨は後者を不法行為の効果とみなしている。そして判旨からは、絶対権侵害においても、不作為の訴が認められるためには、現実(主観的要件を満たしている)不法行為が行なわれることが必要である、とうけとられるような表現が見られる。しかしこれらの点は混同されてはならない

と私は考える。すなわち、判例が確立した準物権的請求権というのは観念的に不法行為法によって保護されていると考えられる法益に対して客観的に違法な侵害があったにすぎないときにも、不作為の請求を認めるということである。

(2) この判旨には不作為請求権を除去請求権の一内容とするような考え方が見出されうる。

(3) したがってこの判決は、不作為に予防的ではなく回復的効果を期待している。(しかし今日、一般的に、不作為の訴が機能しているのは、予防としての意味においてである die vorbeugende Unterlassungsklage^(a))

ドイツ法では、不法行為の効果は原状回復を原則とする。回復的不作為の訴はその一適用と考えてよい。それとは違った機能を持つ予防的不作為の訴がわれわれの関心事なのである。絶対権の場合には actio negatoria の法理があてはまるが、単なる法益の場合の理論構成が難しい。現在は、これらをも actio negatoria に関連させており、そこでは類推という法適用が確立されている。しかし、そこにいたるまで、不法行為法の色彩をなかなか拭き切れなかったということが以上のことから理解出来よう。⁽¹⁾

(1) Esset, Schuldrecht, 1960, 2 Aufl., S. 927 ff. に判例が

- 列挙されている。なお、エッセーの新版(Ⅱ1969, S. 469 ff.)には判例が全くとりあげられていない。
- (2) Flad, Von der Unterlassungsklage, insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen, JherJ. 70, S. 347によれば、ローマンはそのように表現したといわれる。
- (3) 山田・米栖「損害賠償の範囲及び方法に関する日独両法の比較研究」我妻還暦記念論文集二〇〇頁以下参照。
- (4) 不正競争防止法と一般条項の関係については、Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19 Jahrhundert I 1910, S. 139.
- (5) RGZ 25, 347 (1896, 3, 6) 被告が、原告の工場で製造されていない靴製品を、原告により製造された商品として販売したことに対して、営業上の名声が侵害されたものとして原告が不作為を求めた。RGZ 38, 379 (1897, 1, 8) 被告が市街に娼家を持ち売春営業を行なったことに対して、隣地の所有者が、営業の停止を求めて訴を提起した。判旨は「本来の所有権訴訟 *actio negatoria* はもつてはならないが、不法行為の観点から不作為請求権は許される」とする。なお Oertmann, Unterlassungsanspruch aus unerlaubten Handlungen, DJZ, 1904, S. 617, は「これらの諸判例は営業上の特殊な関係を取り扱ったもので、一般には通用しないという。」
- (6) RGZ 91, 266 (1917, 11, 5) によれば、本件では継続的侵害が行なわれているので、回復的不作為の訴の一適用だとする。そうだとすれば不法行為の効果とすることも、ドイツ法の立場からすれば、問題がないことになる。
- (7) 本件においては名誉及び信用毀損の主張における正当利益の保護がひとつの焦点であった。
- なお Bartel, Die zivilrechtliche Behandlung der ehrl. und kreditverletzenden Mitteilungen, die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienen, Gruchot 69, S. 437ff. 参照。
- (8 a) 一〇〇四条の条文からは、侵害が差し迫ったにすぎない場合も許されるという解釈は、当然には生れない。しかし今日の物権法教科書はこれを自明のこととしている。ラレンスは、妨害除去請求権は既に発生した侵害を要件とするので不法行為の弱められた効果(過失がない場合の効果)とすればよいが、不作為請求権はこの要件を必要としないので、実体法上の理由づけは困難であるとする。Larenz, Schuldrecht II, 1968, 9 Aufl., S. 480.
- (8 b) 最近の行為違法論によれば、結果ではなく容態によって違法性を判断しようとする。侵害の威嚇は一つの容態と考えてよいだろう。そこから正当防衛、予防請求権(除去請求権ではない)、損害賠償請求権等の諸要件を違法性という観点から統一的に理解しようという立場が生れてくる。

- (9) cf. RGZ 77. 217 (1911. 9. 28) ; RGZ 82. 59 (1913. 3. 15) ; Alfred Rosenthal, Unterlassungsklage und öffentliche Strafordrohung. Leipziger Zeitschrift 1913 S. 899 ff. ; Unterlassungsklage, öffentliche Strafordrohung und Wiederholungsgefahr, JW, 1914, S. 1059 ff. ヲリにあげた RGZ 116. 151 の判旨は、権利保護の必要性について次のように説明している。「実際のにも、刑罰が行為者に及ぼす効果は、有罪判決及び執行の後に初めて生じ、しばしば長時間経過して現われる。その間に、被害者の経済的存在をおびやかすような名誉侵害に対して仮処分（不作為請求権を基礎とする）のような市民法上の保護が与えられないとすれば、そこにはより効果的で且つより早い効果が欠けることになる。又刑事訴訟は過失を必要とし、有罪判決になるかどうかは侵害行為の着手の際は見通しえない。可罰的行為の外部的事実及びくり返しの危険のみが即座に認識出来るし、不作為の訴としてはこの要件が備われば十分である。」
- (10) cf. RGZ 91. 266 (1917. 11. 5)
- (11) もっとも現在のドイツ民法教科書においては、ほとんど不法行為のところで論じられている。

(3) 学説の動向

判例上生み出された一般的な不作為の訴について、当然のことな

がら、学説は後からこれを追うことになった。まず、不法行為法が動態的に変化する以前の戦前の学説についてのべておこう。

本来の物権的請求権においては、要件としては、客観的に違法な侵害があればよいとされる。しかも侵害が差し迫ったにすぎないときにも、予防的に反発することが出来る。⁽¹⁰⁾ このような性格を持った請求権は、本来内在的に反発力を持っているものとされる絶対権にのみ固有なものではないか、ということが一応は考えられよう。実際的にも、明確で特定可能な内容を持った法益への侵害に対してのみ差止のサンクションが課せられるのでなければ、相手方は不測の不利をこうむることにもなる。したがって歴史的にも、不作為請求権が物権の絶対的性格に結びつけられてきたことは、それなりにもっともな理由があると思われる。「損害が発生しなくとも、違法な容態それ自体が既にある人を侵害するとすれば、それ以前に、侵害されるべき支配関係 Machtbeziehung が存在していなければならぬ」ということはこのことを別の形で表現したことになるとも説明出来るよう。そうだとすれば、絶対権であれ、権利という術語であれ、これらはこの支配関係を意味しているともいってよい。一般的な不作為の訴が判例によって認められつつあった当時、人格権 Individualrecht⁽⁹⁾ によって不作為の

訴を基礎づけようとした試みは、この方向にそった一つの解決方法であった。⁽⁴⁾ すなわち、そのつど、新しい権利を生み出しさえすれば、権利と法益を峻別しているドイツ不法行為法の体系が破壊されることなく、不作為の訴を保証することが出来るのではないか、ということである。

戦前における一般的不作為の訴に関する概念法学的な争いの中心は、この点につきるといってよい。そして学説を要約すれば、つぎの三つに分けることが出来る。イ) もっとも広く訴を認めようとするもの。そもそも、権利も法益も、同じように法律によって保護されている利益なのであるから、この区別は無意味であるとする立場。ロ) 不作為の訴は絶対権への侵害に対してのみ与えられるとする立場。この説によれば、名誉あるいは信用毀損の主張に対して不作為の訴が与えられるためには、これらの法益が絶対権にまで高められなければならないこととなる。⁽⁵⁾ ハ) 不法行為の原状回復の一態様として不作為の訴を承認しようとする立場。この説によれば、いわゆる予防的不作為の訴は許されないことになる。

これらの諸学説が、未解決のまま並列しているのが過去の現実の姿であるといつてよい。ここでは代表的なものだけをとりあげ

ておこう。

Ⅰ エルツバツハー Elzbacher⁽⁶⁾

エルツバツハーは不作為の訴の問題について、もっとも基礎的な仕事をしたといわれている。⁽⁷⁾ その依拠する所は、権利に対する把え方である。⁽⁸⁾ そして通常、絶対権と区別して用いられるところの法益をも含めて、権利と構成する。この考え方を土台として、「私権の侵害が発生し、加害者の将来の権利侵害が憂慮されうる場合には、常に一般的不作為の訴が与えられる」という一般原則が法律の中に定められている個別的不作為の訴の中に、既に、存在すると考える (Unterlassungsklage, 1906, S. 90)。この類推 (S. 11)、更に、あらゆる法律は出来る限り合理的に解釈されなければならない、ともいう (S. 94)。エルツバツハーの権利論は、イエーリングの理論(権利は法律上保護された利益である)に由来するといわれるが、⁽¹¹⁾ これらを合せ考えると、エルツバツハーはきわめて実践的意図を持っていたといつてよいだろう。エルツバツハーによれば、法規が、ある人のために他人を拘束しているという事実こそが、われわれが権利と名づけるものである

料 (S. 104.)。この権利は、拘束的側面 die einschränkende Seite と保証的側面 die gewährleistende Seite をもっており、前者は請求権 Anspruch であり、後者は法益 Rechtsgut である (S. 105.)。不法行為法等においては、この権利が間接に承認されているだけのことである。⁽¹²⁾更に、個々人のためにある行為に刑罰を課している刑法規範によっても私権が発生しうる場合がある (S. 113 ff.)。こうした諸権利は、個別的権能 Einzelberechtigungen と全体権 Gesamtrechte に分けられ、更に後者は排他権 (絶対権) と債権 (相対権) に分けられる。こうした立場に立って、エルツ

バッハーは、多くの排他権を肯定している反面 (S. 124 ff.)、それが恣意的であってはならないともいう。したがって、当時の人格権の状況についても、「法律あるいは慣習法上の何らの根拠なしに、制限のない肖像権、多数の類似の人格権 Individualrechte がつくられている」として非難もする (S. 126.)。

不作為請求権についていえば、エルツバッハーは、私権には特別の性質を持ったものとして不作為請求権 (義務者が何かを不作為しなければならぬという個別的権能) が対応する、と考え、更に次のようにつけている。この不作為請求権に不作為の訴が相応し、そこでは私権について一般に確認されたことがそのまま

あてはまる。したがって、法規が直接あるいは間接に、他人に不作為を義務づけている場合は、どこでも、不作為請求権が与えられる。又この請求権は、多くの包括的な全体権の構成要素であるが、(ここでもそれは)恣意的に承認されてはならない (S. 130.)。以上のように、エルツバッハーの特色は、権利概念を広く理解することによって不作為の訴を認めようとするものである。全体的に、実利的な要素が強く出ているといつてよい。⁽¹⁴⁾

II エルトマン Oertmann ⁽¹⁵⁾

エルトマンはエルツバッハーの権利論を価値の多い仕事と評価しながらも、ドイツ不法行為法の体系と一致しないとして反論し、次のように説明している。権利と法的に保護された利益とを同一視することは、実質的契機 substantielles Moment を明白に誇張し、法的保護が与えられる方法を無視することになる。ドイツ民法典は、こうした水準化の立場をとっていない。八二三条で一項と二項が区別されているのは、そのひとつのあらわれである。⁽¹⁶⁾

しかし、仮に、営業権、人格権 (特に、生命・身体・健康・自由の絶対権) を絶対権とみなすことが可能であるとすれば、そこ

には一〇〇四条が適用される。それは、絶対権への侵害が切迫し、引き続きの侵害が憂慮される場合である。この請求権はその侵害が不法行為であるからではなく、絶対的な排他権であるがために与えられる。権利を与えることと義務を課すことが同じ価値を有するというライヒ裁判所の理論はエルツバツハーの理論である人に与えられた法規範は彼に直ちに権利を与える—によってのみ支持される根拠のないものである。義務に相對するものは法規のみである。この法規によって利益を享受するものは、この法規に基づいては不作為請求権を基礎づけえない。不作為請求権を基礎づける唯一のものである権利 *ein subjektives Recht* が、この義務に、対応しているかどうかは、単なる法規範によって引き出されるものではない。⁽¹⁷⁾

但し、過失があれば、不法行為に基づく賠償請求権の特別の現象形態として、原状回復の原理から不作為請求権が生じることがある。不作為されるべき行為が、現在、存在している場合がこれにあたる。⁽¹⁸⁾ すなわち統一的継続行為 *einheitliche Dauerhandlungen* (自由の奪取、娼家営業による隣人の妨害など) 及び、多数の物理的行為が、統一的な計画と目的によって結びつけられることにより、唯一の不法構成要件を実現する場合(他人の土地の慣習的

往来、新聞広告を繰り返すことによって他人の信用をおびやかすことなど) がこれにあてはまる。このような不安、不穩の状態は、しばしば、損害と見なされるので、その状態を除去するためには、不作為は適当である。

この不作為請求権だけでは、保護の空白が生じることがある。しかし、ここでは、今尚、あまりに軽んじられている人格権に、より強い顧慮を払うことによって、この空白を埋めることが出来る。⁽¹⁹⁾

以上にのべたエルトマンの説は、合目的考慮の強かったエルツバツハーに比較して、ドグマティッシュな正当化に意を払ったものという事が出来る。しかし、このように不作為請求権||絶対権というドグマに固執しながらも、他方で、そのドグマを利用して、絶対権の種類をふやしうる余地があることを示すことによって、発展の余地を残そうとしているところにエルトマンの特色がある。

エルトマンの理論には二つの考えが含まれている。すなわち一方において不作為の訴は、損害賠償の原状回復の一効果であると説いた(債権法的立場)。この方向はレッサー *Martin Lesser* によって前進させられている。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

料

他方、エルトマンが示唆した絶対権からの不作為の訴に力点を
おいているのはマンハルト Manhardt であり、将来の不作為を
求める訴は、「立法上及び裁判上」、絶対権の保護のために与え
られたものである、ということとは歴史的にも証明されるものであ
るという。そしてこの一般法規は物権、氏名権、商号権、営業上
の排他権、及び精神的所有権の全分野に及ぶとする。マンハルト
も、裁判による法創造は意識している。⁽²²⁾

これまでのべた諸見解によつて、⁽²³⁾ 一般的不作為の訴に関する問
題の所在は最小限明らかにされたと思う。最後にレーマンをとり
あげておく。レーマンの説は、結果的には、エルツバッハー、エ
ルトマンのそれぞれの長所を巧みに総合したものとなっていると
いえる。

III レーマン Lehmann ⁽²⁴⁾

レーマンは、実体的には、給付の対象としての不作為 Unter-
lassung als Leistung という側面から問題に接近する。レーマンの
理論を以下に要約しておこう。レーマンによれば給付義務は単に
債権法だけに関連するものではない。法律によつて要求されるあ
らゆる容態 Verhalten は給付義務の対象となりうる。この容態

を事実上遵守することが給付である。したがつて絶対的規範(禁
止)により命令される不作為も又給付義務の対象となる。⁽²⁵⁾ (Die
Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, S. 59.)

一方、権利 subjektives Recht は主体性 Subjektivitätによつ
て説明出来る。規範の中に表現されている共通意思、あるいは規
範によつて促進されている利益が、利益を受ける権利仲間の主体
性と密接に結びつかどうかによつて、権利の概念が生じる。そ
れは給付の要求可能性 Verlangenkönnen であり、単に法的に有
利な地位のすべてが権利なのではない。⁽²⁶⁾ (S. 67.)。そして、請求
権は給付を要求出来る権利である。

ところで、債権からの不作為請求権は問題がないとしても
(S. 89.)、絶対権からの不作為請求権についてはどうか (S. 107
ff.)。レーマンによれば、物権即ち絶対権のような排他権には、
単に、自由に行為出来るという許可が与えられているのみなら
ず、はじめからあらゆる人に向けられている妨害禁止 Störungs-
verboten が存在する。所有権のような承認された絶対権におい
ては、権利者は、個々の第三者の消極的義務を不作為の訴によつ
て主張出来る。したがつて絶対権の中には、個々の第三者に対す
る消極的請求権の総体が含まれているといえる。この義務を負わ

された個々の第三者に対する権利者の関係は、彼から不作為を要求しうる権利としてあらわされる(S. 108.)。このことを請求権概念を用いて説明すれば、あらゆる人に対する唯一の請求権 *einzigster Anspruch gegen jedermann* という考え方は不可能である。ギールケのことはをもってすれば、権利者が持っている区切られた支配領域 *Machbereich* に達した者のみが義務を負う。すなわち、請求権の相手方は、この支配領域を侵害する事実上の可能性が発生すると同時に特定される。このように考えれば、排他的権能を有する者は、請求権の相手方に、彼の義務を履行するようにより要求し、彼の違法行為を阻止しようということも奇異ではない(S. 109 f.)。

以上のような理論的前提があるにせよ、実際には、絶対的な禁止に基づいた不作為請求権は個々に特別に規定されているにすぎない。すなわち、利益を受ける人の意思に応じた貫徹性 *Durchsetzbarkeit* は全く特定の妨害禁止の特別の性質としてあらわされているにすぎない(例えば二二条、一〇〇四条)。普通法においては、絶対権の標準は、*actio negatoria* であり、その範囲は物権と一致していた。しかし、学説は、既に、人格権を展開しつつあり、これは当時の取引社会の発展に応じて、個人の人格の活動の

ための自由な領域を法的に保護する必要が生じたことに由来する。このことは、ローマ法との密接な関連を破ることなしに、しかも、ローマ法をこえて絶対権の範囲を拡大するための理論的な道が開かれたことを意味する(S. 119 f.)。特にこの方法によって、八二六条に基づく不作為請求権が制限された範囲で認められる。ここには一般的排他権 *ein allgemeines Ausschlußrecht* があるというわけではない。この禁止規範は各々の特別の禁止 *Verbot* によって理由づけられている法的保護の拡大の補充を意味している。営業者は不正競争禁止法によって、自由な営業のための既得権を認められている。このかぎりでは、そこには不作為の訴を認めうる。氏名権についても、一定の個別的に明示された人格権、たとえば、貴族の称号 *Adelsprädikat* とか、仮名 *Pseudonym* については同様に取り扱ってよい(S. 127 f.)。一般的人格権も絶対権と考えることが出来る。八二三条にいう「生命、身体、健康、自由」といった法益の保護により、実際は唯一の利益(一般的人格権)が、その他の承認された権利と対等な形で保護されているといえる。こうして、一旦、一般的人格権が認められるとすれば、更に進んで、名誉権 *Recht auf die Ehre* も承認されてよい。勿論、具体的に定められた個別的人格権ということは出来ない。

料
いが、類推の方法により、一般的人格権の内容及と考えることが許される (S. 128 f.)。八二三条一項は、私権を排他的に列挙しているのではない。問題なのは、その類推適用が恣意的に行なわれていないかどうか、ということである。名誉についてこのことを考えれば、既に氏名権及び不正競争防止法の中で独自の地位が与えられている。これらの諸規定から判断すれば八二三条一項の一般的人格権に名誉を含めるのは決して理由のないことではな

ら (S. 130.)。

これまでのべてきたのは、いわゆる不法行為からの不作為請求権ではない。したがって、利益領域への客観的に違法な行為 *Widerhandlung* があればよい。

反対に、「不法行為からの不作為の訴 (現実の不法行為—主観的要件を満たした—を原因とする)」としては、不作為が、原状回復による損害除去に役立ちうると思われるかぎりにおいて認められるにすぎない (S. 223.)。

両者の実践的な差異は、将来に差し迫ってはいるが、現在のところは、単に威嚇されたにすぎない違反行為の場合にあらわれる。そこでは、前もって存在する行為の禁止 *Verbot der Handlung* から、すなわち、既に存在している不作為

をを求める権利 (絶対的私権) からのみ、不作為の訴が成立する (S. 225.)。

一般的に、レーマンは、実定法に忠実に、しかも実定法を慎重にのりこえようとしているといつてよいだろう。そして、発生原因を異にする二つの不作為の訴を、明確に区別したことは注目されてよいことである。

IV 判例が集積された後に生れた学説

これまででは、不作為の訴についての純理論的な学説を紹介してきた。他方、これらの成果をふまえた上で判例の発展の中から何を引き出すべきか、という試みも行なわれている。この方向を若干説明しておこう。

まず、フラート *Fraat* (裁判官) は、不作為の訴の発展に積極的な意義を認めつつも、準物権的不作為の訴 *quasinegatorische Klage* のみが、判例による新しい創造であるという。フラートには特別の理論はないけれども、問題点を整理するには役立つであろう。フラートによれば一般的不作為の訴といっても、判例はその妥当範囲に区切りをつけている。それは絶対権 (不作為の訴の積極的規定が存在しない) と不法行為法によって保護されている

法益であつて、後者こそが焦眉の関心の対象なのである。⁽⁹⁷⁾ フラートはこの類推——準物権の請求権——の意味を次のように考へている。「不作為義務の相對概念は禁止である。私的利益の保護には二つの方法がある。一つは權利 *subjektive Rechte* を創造することである。權利には、それ自体に妨害禁止が内在しており、そこから不作為請求権が流出する。他の方法は、その他の利益（法益）への侵害を禁止することによつておこなわれる。そして損害賠償義務を定めることは、加害行為の禁止をも含んでいる。この禁止から不作為義務が発生するが、これに不作為請求権——自身自身で不作為を要求出来る権能——が相應しているか、どうかは問題がある。妨害禁止をそれ自身の中に含んでいる權利が存在しないかぎり、そのような請求権の直接の基礎は与えられない。したがつて、判例によつて生み出された裁判所による法形成は、不法行為法の中に存在する權利以外の絶対的禁止を、不作為請求権の十分な基礎とみなすということであつた。⁽⁹¹⁾」更につづけて、フラートはこの法益の中で重要なのは、人格の自由な活動という共通の視点で考えられる利益（名譽も含まれる）であるという。そして、他の諸学者と同じように、フラート自身も、これらの利益を人格権、あるいは一般的人格権の流出物と考へるとすれば、少なく

とも、ドグマティックな疑問は解決されるとする。⁽⁹²⁾ 全般的には、フラートは不作為の訴に肯定的な態度をとつていたのであるが、⁽⁹³⁾ 「新しい法思想は徐々にしか成熟しないし、又、それは創造的な法律家の精神から生れる。」と付け加へている。

ところで、詳細な判例分析を行ないながら、フラートとは反対に不作為の訴に消極的なのはザリンガー *Salinger*（法顧問官 *Justizrat*）である。ザリンガーはこの態度をとらせたのは不作為の訴の氾濫に対するおそれであると考へられる。⁽⁹⁴⁾ 「民法においては、權利とは異なつてゐるが、しかし權利に対して一定の關係において等しく取り扱われるべき法益という概念は知られていない⁽⁹⁵⁾」というのがザリンガーの立論である。特に、八二四条で保護されている信用、繁榮、營業については獨特の見方をしてゐる。すなわち經濟活動を妨害されないための権能は、それ自体公の保護のみ服する政治的基本権 *politisches Grundrecht* である。この國民の權利には、八二四条によつてわずかに一定の私法的効果がある、しかも不法行為という構成要件の形で与えられるにすぎないとする。⁽⁹⁶⁾

しかし、ザリンガーも実務家であつて、実践的側面の注意を怠つてゐるわけではない。ザリンガーによれば不作為の訴によつて

料

資

(現実にもっとも多く保護されているのは、いわゆる名誉毀損、経済的加害を及ぼす悪評 *Nachrede* である。したがってそこでは、特別に権利保護の必要性 *Rechtsschutzbedürfnis* に意が払われなければならない⁽⁹⁷⁾という。この悪評は正当利益の保護のためになされてきたということが確認されれば、救済のない状態が現われる。その際、被害者に対してなされた主張の不真実を、裁判所の手続で確認せしめることが不可能であれば、このことは被害者にとっては耐え難いことである。この意味の確認の訴は、民法からは理由づけられないので立法の必要がある⁽⁹⁸⁾という。

V まとめ

ドイツ法では、不作為請求権は、各種の物権、その他の絶対権に個別的に規定されているにすぎない。この請求権は客観的に違法な侵害があれば発生する。一般的不作為請求権における *Einsein* とは、保護範囲のことである。そこではこの範囲を不法行為法によって保護されている利益と理解するか、あるいは、更に広く、法規一般によって保護されている利益と考えるかの差異があるのみである。したがって、一般的不作為請求権(たとえば、名誉、信用などの侵害の場合)は不法行為から発生するののか、あ

るいは物権的請求権からの類推によるのか、という問題提起は、性質の異なるものを比較しているといつてよい⁽⁹⁹⁾。不法行為(過失の要件が満たされた)からの不作為請求権としては、損害賠償の効果としての原状回復を求める不作為の訴が考えられるにすぎないことになる。

不作為請求権は絶対権(権利)に内在的なものとして考えて、この前提をくずさない立場はそれなりに筋は通っている。これは、抽象化していえば、明確で特定された支配関係が存在していなければならない、といいかえることも出来る。問題はその支配関係の実質なのであって、その実質を表現することは何であつてもかまわないであろう。したがって権利概念 (*Machtbeziehung*) を土台として不作為の訴を広く承認しようとしたエルツバッハーの主張は、その出発点においては正しかったと評価することも出来る⁽¹⁰⁰⁾。その上、エルツバッハー自身もこれを無制限に認めているわけではない。

他方、絶対権論者も、新しい権利・絶対権が判例、あるいは立法⁽¹⁰¹⁾によって認められうる余地のあることを指摘し、そこには不作為の訴を許そうとする。このように考えれば、いずれの説をとるにしても、「一定の範囲」において訴を認めようとする点におい

ては、あまり差異がないものと思われる。したがって、判例が確立したとされる一般的不作為の訴—エンネケルスの公式によれば、法律によって保護された利益へのあらゆる客観的に違法な侵害も、引き続きの侵害のおそれがあれば、不作為の訴を正当化する⁽⁴²⁾—は、理論的には多くの反対をうけているということが出来る⁽⁴³⁾。

この争いの主たる点は言うまでもなく、権利と法益の峻別が無視され、不法行為法の体系が破壊されはしないかというおそれであった。これについては、私は次のように考えている。頑に、ドイツ不法行為法のドグマにとらわれるかぎり、この問題は決して解決されないし、又解決しても無意味であろう。それは新しいドグマを生み出すだけである。私は、権利と法益が不法行為法で区別された目的をもう一度遡って吟味する必要があると思う。(権利・絶対権には本来不作為義務が内在している、という問題を一応度外視すれば⁽⁴⁴⁾)そこには、権利・絶対権においては、侵害の違法判断が明確に行なわれるから、侵害がありさえすれば違法と評価しようという考えが存在していた。すなわち違法法の判断がより簡単に、より明確に解決されるという点にその区別の意義があったものと考えられる⁽⁴⁵⁾。

しかし現実はどうであろうか。最近の行為違法論の導入によって、違法の判断には実質的要素が加味されつつある。この考えが、直截に貫徹されうるとすれば、少なくとも、違法評価の側面においては、権利と法益を区別する意味は殆んどなくなるであろう。この問題は後に総合的に述べるとして、ここでは一応指摘するにとどめておく。

つぎにもう一つ両者の区別は、保護範囲の広狭の面で(それは必然的に違法性と相互関連を有するけれども)意味があるのではないか、という問題がある。ここに焦点を合わせて、最近の判例を整理してみよう。

- (1 a) ラレンツの債務法教科書 (Larenz, Schuldrecht II, 1968, 9 Aufl. S. 476.) によれば文献として De Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem, 1941; Rosenthal, Die Unterlassungsklage, 1916 があげられている。これを参照しえなかったことをお詫きさせていただく。
- (1 b) 後者が物権的請求権に固有のものかどうかについては、争いがある。わが国ではむしろ当然とされている。舟橋「物権法」四九頁参照。
- (2) Jacobsohn, Unterlassungsklage, 1916, S. 109.
- (3) Persönlichkeitsrecht 同前。キールナは「こぢりの方

が、すぐれているといふ。Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 702 f. 人格権の成立については、五十嵐・松田前掲書一七八頁以下参照。

(4) Lau, Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB., Gruchot 47, S. 500 f.

(5) 請求権理論から不作為の訴を解決しようとする一連の説は(4)の立場と関連している。請求権論者は、絶対権には、万人に課せられた不作為義務が内在しているとす。この不作為義務に対応して不作為請求権、すなわち不作為の訴が与えられるのだから、単なる法益には許されるはずはないとする。

(6) Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, 1906.

(7) Hedemann, a.a.O., S. 140.

(8) エルツバッハーの権利論を知る手がりとしては、末川「権利侵害論」三版二七七頁以下がよい。

(9) エルツバッハーは不作為の訴の要件として、一旦権利侵害が発生したことをあげており、侵害が差し迫った場合については何も答えていない。cf. Eltzbacher, a.a.O., S. 155 ff., S. 169 ff.

(10) cf. Eltzbacher, a.a.O., S. 95, S. 96 ff. 民法典が一部のみに不作為の訴を明示した理由として、(4)起草者は権利を保証するということをあまり意識していなかった。損害賠償法などで間接に権利を承認したにすぎないので、これら

の権利の保護のために不作為の訴を与えることを考えつかなかった。(4)意識して権利を与えたところでも、不作為の訴の保証に際しては全く普通法に従った(S. 120 f.)。

(11) Oertmann, Unterlassungsanspruch aus unerlaubten Handlungen, DJZ 1904, S. 619.

(12) 損害賠償を定めた規定を二次規定とすれば、これは一次規定ということになる。Jacobson, a.a.O., S. 136 f. はこれに反対。損害賠償義務は加害状態に結びつけられているのであって、一次規定と二次規定は当然には結びつかない、とする。

(13) エルツバッハーが例示としてあげているのは、人格的利益を享受させる人格権、物権、氏名権、特許権のような非有形的利益のための権利、営業者が販売関係について持っているような人的関係に関する権利 die Rechte an einer persönlichen Beziehung、更に、包括的な内容を有する die Rechte an ganzen Güterkreisen である。

(14) リーディングケースとなった RGZ 48, 214 は「法律がある権利を与え、ある義務を課しているところでは、法律は、請求権を訴の方法で追求する可能性をも又保証しなければならぬ」といっている。しかしエルツバッハーは、「給付としての不作為の本質からこれに反論する。請求権が訴権により保護されるということは、決して必然的なことではなく、満期の給付のための請求権 Anspruch auf eine

fallige Leistung のみに訴権が与えられるにすぎない。不作為の訴は満期の給付を対象としていないので、この原則はあてはまらない。民法典が多くの個別的規則によって不作為の訴を保証しているのはこの理由による(S. 84 ff.)。ところで、不作為の訴の訴訟法的な接近の例として Heilig, System des Deutschen Zivilprozessrecht I, 1912, S. 269 ff. がよくひきまゝに出される。ヘルヴィツヒはこの訴をドイツ民法二五九条(将来の給付の訴)の一例としている。エルツバツハーは、これに対しても次の理由で反対している。(1)二五九条は、既に他方で、満期の給付の訴 eine Klage auf die fallige Leistung が保証されているかぎりにおいてのみ、将来の給付の訴を与える。しかし、そもそも、満期の不作為のための訴 eine Klage auf die fallige Unterlassung は存在しない。(2)二五九条は、発生した権利侵害の除去のためにのみ与えられる。侵害の除去が侵害の発生後直接に生じるように、強制執行の要件を定めるべきものである。不作為の訴は、常に、急迫の権利侵害の予防に役立つものである。先行する権利侵害によって初めて提起されるときにも、効果を除去するといふよりは予防的性格を持つものである(S. 85 ff.)。なお、不作為の訴は給付の訴であり(S. 215)、又、予防的性格を持ったものであるから、原状回復を求める損害賠償の訴とは根本的に異なる(S. 215)。

(15) Oertmann, a.a.O. S. 616 ff.

(16) エルツバツハーの説は、権利を与える契約と第三者のために資格を与えるにすぎない契約(遺言による負担の受益者の地位も同じ)との対立を認める民法の理論とも一致しないという。その他の諸学者も、まず、このことを理由として、エルツバツハーに反論している。しかしこれは、エルツバツハーの見解を誤解しているのではないかと私は思う。エルツバツハー自身は「これらは、法規によって拘束されているわけではないので、権利の付随効 Nebenwirkungen von Rechte にすぎない」といつているだけである。なお、八二三条で一項と二項が区別されていることについてエルトマンは以下のようにいつている。ある利益が、刑法などによる保護を通して権利にまで高められるとすれば(エルツバツハー)、二項の規定は不必要になる。更に二項などにより保護された利益は、直ちに権利となるのではなく、それらの侵害に賠償義務を負わせる諸規定によって初めて権利に高められるという意味にうけとつても、法律の基本と一致しない。cf. Oertmann, a.a.O. S. 619 ff.

(17) Oertmann, a.a.O. S. 621.

(18) このように不作為請求権が適当と思われるケースを含めて、行為の態様は三つに分けられる。他の二つは、(1)繰り返しの危険が心配されることなしに) XがYの物を侵害したように、不作為されるべき不法行為が既に完結されて

いるときは、不作為の訴は賠償のために十分でないのみならず、全体として不適當。(2)言葉あるいは流布されたものが、(将来の)行為そのものを期待させるような場合には、行為は将来に關係しているにすぎないので、少なくとも、未だ経済的に測定可能な損害は問題とはならない。ここでは、せいぜい絶対権が存在している場合のみ、不作為請求権が予防の手段として許される。Ortmann, a. a. O. S. 622.

(19) エルトマンは、人格権について肯定的立場をとっているようであるが、実際には、その内容は狭いものであった。エルツバッハーはこの点については次のように指摘している。「物の利用、氏名、商号、著作作品、発見といった低次の利益 untergeordnete Güter のために、不作為の訴が与えられ、名誉、信用、身体的不可侵性、自由、生命といった最も価値の多い利益 allerwertvollste Güter に認められないということは、全く無意味なことである。」Elzbacher, a. O. S. 133. なお、エルトマンは、名誉、信用については、これらは単なる法益であるとして、訴を認めない。

(20) Martin Lesser, Die Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlung, BürgA. 38. マッサーは次のように主張している。不作為義務により、被害者の不穩、不安の状態が除去され、被害者は法的安定の感情を取り戻すことが出来る。

この不安な状態は、単なる不法行為の事実によってではなく、言葉によって表現される加害者の威嚇的な容態から生み出されることが多い。したがって威嚇は既に侵害そのものである。この威嚇が本気 Ernstlichkeit で行なわれれば訴は許されてよい(S. 21 ff.)。威嚇が行なわれているような場合には、権利関係の存在が争われていないのだから確認の訴は不可能である。そこで尚更不作為の訴が必要である(S. 104.)。

(21) なお、エルツバッハーの見解に対しては、原則として妥当であると評価しながらも、他の論者と同じように、民法体系と一致しないためにうけいられないという。Lesser, a. a. O. S. 105 ff.

(22) Manhardt, Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten, DIZ. 1903 S. 416 ff. マンハルトの論拠を説明しておこう。法体系の中には、ある一般的な法原理がそれ自体前以って言及されているのではなく、個々の制度において特別の規定が存在しているにすぎない場合がある。この潜在的原則を法典及び裁判の中に見つけ出すことが、学問の任務である。将来の妨害の不作為を求める訴が許されるということは、それ自体としては、従来はっきりと言及されていないかのように思われるが、あらゆる絶対権にとって共通のメルクマールである。したがってこの請求権は、実践及び立法の中で形成された一つの法形態として、又、

あらゆる絶対権にあてはまる一般的な原理として、法律学の中に市民権を与えられなければならない。

- (23) その他フルト、Fuld, Urheberrecht an Zeitungsartikeln, Gruchot 47, S. 373 は次のようにいう。「不作為の訴がたとえ八二六条に言及されていなくても、損害賠償の訴と並んで、不作為の訴も、違法な侵害の予防のために許されることは疑いない。これは権利侵害の本質、不法行為の性格から生ずる。しかし過失の容態ではなく、客観的に違法な状態、あるいは違法の継続、侵害の継続の心配があればよい。」フルトは、不法行為即権利侵害とするのであろうか。

- (24) Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906. レーマンは奥田「ドイツ民法の請求権概念について」論叢六四卷六号三九頁以下にも紹介されている。

- (25) レーマンは、給付としての不作為義務を *einmalige Leistung* と *dauernde Leistung* に分け、更に後者を *einheitlich* なものと *einzelne Leistung* を重ね合わせたにすぎないもの(たとえば道路の習慣的往来)とに分ける。Jacobsohn, Unterlassungsklage, S. 3 ff. は、不作為の形態には、その他 *wiederkehrend* なものがあり、*Dauerunterlassung* のみが不作為の訴の対象になるという。
- (26) いわゆる八二三条一項と二項の区別をさしている。

- (27) Lau, a. a. O. S. 506 も同旨。したがって、時代の社会的実践的要求に応じて不作為の訴が必要と感ぜられるならば、従来の実定法の類推適用により *Individualrecht* が保護されることが可能となる。

- (28) 理論的には、そのようにいえるとしても、当面現実にとられた処置は、立法によってケース毎に、特定の個人的利益に訴の保護を与えるということであった。(1) 営業生活のある場合に、保護される地位の法律的性格について、明白な説明を与えることなしに、不作為の訴を規定した(不正競争法においては、不作為請求権の基礎は、企業における *Individualrecht* であるという説明はない)。ここでは、「独立しておこなわれている営業」を既得権 *wohlerworbenes Recht* と考えれば、理由づけが出来る。(2) 他方、営業立法により、新しい排他権をつくるという方法がとられた(商標権など)。ここでは、保護された独占権 *Monopolrecht* の法的性格の必然な結果として、不作為請求権が与えられると考えられた(S. 121.)。

- (29) レーマンは、人格の一般的権利 *allgemeines Recht der Persönlichkeit* と個々の人格権 *Individualrecht* に分けている。前者は「われわれ自身的人格 Person の享受、及び人格と不可分に結びついているものの享受、すなわち、生命、身体、自由、名譽、信用を与えるもの」であり、今日のいわゆる一般的人格権よりはその範囲が狭い。後者は、人格

と密接な関係に立っている一定の精神的、外部的法益、たとえば、名前、商号、及び著作作品、音楽作品のような精神的創造物である (S. 120.)。

- (30) Flad, Von der Unterlassungsklage, insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen, JherJ 70, S. 359.
- (31) Flad, a.a.O. S. 364 f.
- (32) もともと、フラー特自身は人格権については消極的である。「人格権の学説は価値の多いものではある。しかしそれによって成立するにいたった法の形成物、Rechtsschildeは未だ、法の実際上の適用に必要な特定性を欠くところ」云々。Flad, a.a.O. S. 378.
- (33) Flad, a.a.O. S. 379 ff.
- (34) Salinger, Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgericht, Gruchot 64, S. 283 参照。ザリingerは次のような留保はしている。民法は一般的な予防請求権 allgemeiner Abwehranspruch を知らず。個別的な規定を設けるにすぎず。しかし同種類の権利 gleichartige Rechte (たとえば特許権、商標権) への類推適用は排斥される (S. 267.)。
- (35) Salinger, a.a.O. S. 268.
- (36) Salinger, a.a.O. S. 269.
- (37) Salinger, a.a.O. S. 279 ff.
- (38) Salinger, a.a.O. S. 283.

- (39) ザリingerは、この混乱を次のように説明する。quasi-negatorische Unterlassungsklage によって保護される利益の限界は、裁判所によっておこなわれなかったので、不作為の訴の適用範囲は、理論的には完全に、不法行為からの不作為の訴 (RGZ 48, 114) と一致するにいたった。これによって、債務法的な不作為の訴が、過失 Schuldmoment を要件としない quasi によって交代せられるのではないが、あるいは quasi は実際には quasideiktische Unterlassungsklage ではないかの問題が生じた。cf. Salinger, a.a.O. S. 270 f.
- (40) Jacobsohn, a.a.O. S. 111.
- (41) 特に立法によることを必要としないのは Lau, a.a.O. S. 507 f. なお、ヤコブソンも、不作為請求権は絶対権から生れるとして、各種の権利を個別的に検討している。Jacobsohn, a.a.O. S. 141 ff. 名誉権は認めず。
- (42) Lehrbuch, I Abs 2 1922 15-17. Aufl., S. 689 ff.
- (43) 明言しているのは Leonhardt, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931. たゞ、次のような理由をあげている。判例に多く現われるのは侮辱的主張である。この保護のためには、一般的な不作為の訴を確立することよりも、被侮辱者が、絶対的な人格権からの請求権を持つこと (レオンハルトはこれを肯定する)、あるいは名誉からの絶対的請求権をつくりあげることが、確実により正しい (S. 642.)。

(44) 理論的にはとにかく、判例法上は名誉などの一般の諸法益に不作為の訴の保護が与えられている。この事実を確定された判例法(法の形成)として前提するかぎり、このドグマを云々するのは、すくなくとも実践上はあまり意味がない。それよりも、権利、あるいは法益といった諸概念が不作為の訴にとって(あるいは、訴とは関係なく、権利一般として)如何なる機能を果しているか、と問うことこそ肝要と思う。

(45) 本稿(1)参照。

(4) 判例の展開と営業権及び一般的人格権

— 権利によって統一出来るか —

ここでは、名誉及び信用毀損の主張に対する保護(現実に不作為の訴によって保護される法益の大半はこれらが占めている)をとりあげ、それらが営業権及び一般的人格権と、どのような関係に立っているかを考察しよう。営業権は、古くから認められた権利であるが、戦後、その内容は拡大されている。一般的人格権については、周知の如く、連邦裁判所の判例がこれを認めている。そして、最近の判例も、名誉及び信用毀損の事例を、営業権及び一般的人格権侵害の一適用としているものが多い。

そこで、一般的不作為の訴においては、これらの権利が保護範

囲の拡大と明確化に役立っているのではないかと一応は推察されうる。しかし、これらの権利の法的性質の内容が今日尚論者によって争われていることから考えても、問題は簡単ではない。そこで、一般に、法益と権利との関係を知る手がかりとして、不作為の訴にあらわれた両者の関連を検討することにしよう。

I 判例の展開とその意義

名誉⁽¹⁾及び信用(経済的名声)毀損の主張は、決して不動の内容を持ちえないという点では共通性を持つが、両者共事実の主張 Tatsachenbehauptungen 及び価値判断 Werturteile に分けることができる。ドイツの実定法によって保護される態様から便宜的に、更にこれを分ければ、①不真実あるいは、証明しえない事実の主張に対する保護、②価値判断及び真実の事実の主張に対する保護、ということになる。後者においては、その表現が何らかの特別の理由により濫用と思われる場合にのみ違法となる⁽²⁾。これらの主張に対しては、早くから、それぞれの実定法を根拠として、不作為の訴の保護が判例により与えられている。つまり、絶対権以外の法益へも個別的に予防的保護が拡大されてきたわけである。

料 さて、社会生活が多様化するにつれて、この分野においても保護を必要とする法益の範囲及び保護の態様が拡大される必要が生じてきた。これは営業権の内容を変化させること（間接侵害に対する保護が認められた）と一般的人格権を承認することによって達成されている。不作為の訴との関連においてこの傾向の持つ諸問題を、特に営業権を取りあげて明らかにしておく。

営業権の保護に関する不作為の訴についての最近の判例は、いくつかに類型化することが出来、そこから法適用における諸特徴を引き出すことが可能である。これらは、それぞれ違法な(1)商品テスト(2)、(3)ボイコットの煽動(4)保護法規違反の警告に対する不作為の保護などである。

こうした諸判例の中で、営業権の拡大のために重要な影響を与えたのは、ボイコットを取り扱った BGHZ 3. 270 (1961. 10. 26) の判決である。

「事実」原告は婦人雑誌「C」を発行している。被告は週刊の教会誌の出版者である。被告が発行する教会誌の付録の中に、「C」は反良俗的なものであるという内容の批評が載せられていた。原告は、この主張の不作為及び撤回の請求並びに損害賠償を請求した。事実審に於ては棄却されたが、連邦裁判所は破棄差戻

した。

〔理由〕本件では、原告の一般的態度及び営業活動における道徳的評価が取り扱われている。これは吟味可能な事実ではなく、価値判断 Werturteil である。侮辱構成要件は満たさないとしても、営業を行なう企業の諸関係、生産物などの評価を下げ、企業の自由な発展を妨害するような表現は、八二三条一項の直接の侵害となりうる。従来は、企業の存立 Bestand に対する直接の侵害のみが保護の対象と考えられていた。⁽⁵⁾しかし、既に不正競争分野で企業の領域 Bereich への直接の侵害にまで保護が拡大されたように、⁽⁶⁾営業権も又、個々の現象形態 Erscheinungsformen（全体の営業活動圏はこれに含まれる）において、直接の妨害から保護される。営業妨害の価値判断は、内容、形式、付随事情から判断して正当利益の保護のために客観的に必要な場合にのみ違法性がなくなる。利益較量の原則の限界内でおこなわれた場合にこのことがあてはまる。他人の法益への侵害によってのみ正当利益を保護しうる者は、最も小さい権利行使の害悪 das kleinste Rechts-Eingriff 最もゆるやかな手段 das schonendste Mittel を選択しなければならぬ。法益への侵害に不可避なその重さ、範囲についての錯誤はそれが赦しうるものであれば責任 (Schuld) すなわち損

害賠償責任のみは排除するが侵害の客観的な違法性を排除しない（これは、不作為請求権が認められうることを意味する。筆者）。

本件は次の諸点において意義がある。(1)八二六条（良俗違反）に該当しなくとも、「営業権」の侵害ということでも保護されうることがある。(2)両当事者は営業上の競争関係に立っている必要はない。(3)営業は販売関係といった個々の現象形態においても又保護される（前記商品テストの事例はこれに含まれる）。(4)利益較量が行なわれなければならない⁽⁸⁾。

ところで、ポイコットは従来もつばら八二六条の良俗違反の観点からのみ取りあげられていた。ポイコットそれ自体ではなく、良俗違反を理由づける特別の事情が加わったもののみが違法とされた⁽⁹⁾。しかし戦後の社会情勢の激しい変化により、ポイコットが多様な目的のために利用されるようになるにつれ、違法性判断のためには、良俗違反とは別の観点が必要になってきた⁽¹⁰⁾。こうした背景の下に前記の判決が出たわけである。ニッパードイによれば、この変遷の意味はこうである。社会的に相当な行為でないかぎり、あるいは加害者に正当化事由が存在しないかぎり、原則として企業への直接の侵害それ自体が違法となり、個々に良俗違反

を証明する必要はない。更に、八二六条は、他の責任構成要件が存在しない場合にのみ用いられるために（補充的適用）、企業への侵害が問題となつているときは、この条項の適用は八二三条の営業権に後退する⁽¹¹⁾。このように、判例の変更による営業権の保護の拡大と共に、営業関係の殆どの請求権が、営業権そのものにより基礎づけられるという可能性が生じるにいたつた⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

一般的人格権についても同様のことがいえる⁽¹⁴⁾。この権利の目的は、人格権の侵害に慰謝料を認めることであつた。しかしBGHZ 26. 52 (1957. 11. 15)の判決は、既に早くからこの権利についても不作為請求権が成立しうることを示唆している⁽¹⁵⁾。そこでは、「人格権侵害があれば、損害賠償請求権が失効しても、民法二四二条（信義誠実の原則）の範囲内で諸事情を考慮のうえ将来に対して不作為請求をすることは可能である⁽¹⁶⁾」といわれている。

更に、BGHZ 30. 7 (1959. 3. 18)の判決は氏名権侵害を、BGHZ 31. 308 (1959. 12. 22)の判決は名誉侵害を、それぞれ一般的人格権への侵害と認め、「民法二二条、八六二条、一〇〇四条を準用することにより、人格権への将来の侵害に対する予防を請求することが出来る」といつている。

その他、人格権侵害に対する救済としては、特別の検討を要す

料
るものとして、「婚姻妨害の不作为を求める訴」⁽¹⁷⁾があり、更に、妨害除去請求権の類推の⁽¹⁸⁾一態様として、名誉侵害の撤回 *Widerruf* を求める訴が類型化されている。以上のことを要約しておこう。

(1) 不作为の訴の事例はいくつかの分野に集中的にあらわれる。この事實は、その分野で實際上の要求が強いということを示唆すると共に、不作为の訴の適用においては濫用の弊害をさげるといふ考慮が働いたのではないかということを推測させる。⁽¹⁹⁾ (2) 不作为の訴は営業権及び一般的人格権に統合されつつある。⁽²⁰⁾ しかし、それによって保護が拡大され、且つ、一般的不作为の訴の体系上の説明が容易になった(法益が権利に転化することにより)と、単純に理解してよいのであろうか。これについては、権利の法的性質についての検討が必要である。そこで営業権を中心にこの問題を取りあげてみよう。

II 権利によって統一出来るか。

(1) 営業権 営業に関する諸法益は、もともと、八二三条一項、八二四条、八二六条及び不正競争防止法などによって保護されていたが、やがて保護法違反の警告の事例を契機⁽²¹⁾として営業権 *das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* が

承認されるにいたった。当初は企業の存立 *Bestand des Betriebes* の直接の侵害に対してしか保護が与えられなかったが、BGHZ 32の判決によってその範囲が拡大されたことは前記の通りである。この方向は一般的人格権の発展と同じものであるとして単純に賛成する立場⁽²²⁾もあるが、その権利の内容に着目すれば営業権に対する考え方は次の三つに分類することが出来る。すなわち、(1) 営業権を変質した絶対権と考え、あくまで、八二三条一項の「その他の権利」の枠内で処理しようとする説、(2) 権利の問題と一応切り離して、新しく一般条項を定立して保護を与えようとする説、(3) 伝統的な立場に依拠して、原則として営業権を否定する説などがある。

(1) の立場としてニッバーダイの考えをとりあげよう。ニッバーダイによれば、絶対権の固有性は、相対権のアンチテーゼとして、あらゆる人 *jedermann* に対して効果を持つということにあるにすぎない。したがって、正当防衛、緊急避難、同意が存在しない場合には、一般的に *generell*、すなわち考えられうるあらゆる侵害行為に対して包括的に保護されるということにあるのではない。所有権ですら内容的に制限のある権利なのであるから、このことは、当然に人格権、営業権にあてはまる。⁽²³⁾ これらの権利は

その中に限界を持っている。不確定な法律概念を用いることは不可欠と思われるが、それでも八二三条一項の権利である。そこでは社会的相当性の理論があてはまり、営業の自由 Gewerbetreibendigkeit とか、競争 Leistungswettbewerb といった利益の較量が大切であるとする⁽²⁵⁾。但し、ニッバーダイ自身は、自由な経済活動のための権利は、実際には、一般的人格権の流出物にすぎないという⁽²⁶⁾。

(2)の立場はレーマン、ラレンツ、ケメラなどによって代表される。まず、レーマンは、伝統的な権利概念に依拠しつつ、保護の拡大を図ろうとする。レーマンによれば、営業権は所有権の如き歴史的絶対権ではない。その侵害が違法であるかどうかは実質的に吟味されなければならない。競争関係内の行為については、既に価値尺度が確立しているが、競争関係以外では未だその尺度は確立されず、したがってこの実質的吟味が行なわれなければならない。この分野を完全に保護しようとするれば、八二三条一項から営業権を排斥し、一般条項を立法する必要がある。これが立法される以前に八二三条一項の枠内で考えようとするれば、利益較量が必要である⁽²⁸⁾。ところで営業権を「その他の権利」と等置させることは、あらゆる侵害は原則として是認されないという立場から出発することを意味する。したがってこの権利を八二三条

一項に編入するということは、逆に、法律学にとって例外的な正当化事由—営業権への侵害を正当化する—を詳細に發展させるという使命を与えることになる。そのためには、刑法一九三条の正当化事由、民法八二六条などを通じて發展してきた原則が採用されなければならない。何故なら、法的安定性の面からいっても、あらゆる侵害の違法性を、容易に確認される事実に代って、社会的価値判断（ニッバーダイの社会的相当性）に依存せしめることは、そのかぎりにおいて疑問があるからである⁽²⁹⁾。

ところで、伝統的な権利侵害≡違法性のドグマは、権利の対象が明確であることを前提とする。ラレンツはここに注目し、この権利 Recht an Gewerbebetriebe の承認によって何が保護されるべきなのが問われなければならないという。たとえば、営利活動、職業活動それ自身ではなく、組織された企業の妨げられない活動のみが焦点となっている場合には、人格的価値は財産的価値ほど前面には出てこない。そこでは人格権ではなく、企業に関する所有権類似の権利が問題となる。そこから原則として企業の活動を妨げられないという排他的効力を持つ絶対権を導き出すということも考えられるかもしれない。しかし、この方法によって満足出来る限界づけが成功するとはかぎらない。したがって権

利が構成されているような装いはしているが、実は相当な程度判例に任されている一般条項が導入されているのではないか、という疑いが残る、とラレンツは説く³⁰。そして、ラレンツからは、この限界づけの難かしさを考えて、問題を類型的に処理しようとする態度が窺えるのであるが、この立場を推し進めているのがケメラである。

ケメラは次のように考えている。営業権は確固とした慣習法上の力を獲得したが³¹、真正の絶対権となつたわけではない。そこには、支配権の積極的な核心を形成する割当内容 *Zuweisungsbefehl* が欠けている。したがって、絶対権の創造ではなく、一般条項の承認が必要である。そこには補充性の原則があてはまる。一般条項が満たされるためには、ある容態が実質的に吟味されなければならないが³²、それは評価づけの問題である³³。それを詳細に具体化するためには、新しい容態規範を生み出さなければならぬし、そのためには利益較量が要求される。この規範を理解するためには、カズイスチックに事例を分類 *Fallgruppe* するのがよい³⁴。

最後に(3)の立場によれば、絶対権は特定された範囲及び射程距離を持たなければならない。その限界づけは抽象的でなければならず、利益較量の原則は絶対権には親しまない。名譽とか経済的

名声は、自分の力で処理しうるものではなく、他人の自由な意見の表明によつて成立するものであるから、絶対的営業権の対象とはなりえない。企業の具体的目的、すなわち生産あるいは供給そのものが侵害される場合にのみ絶対的営業権を考へることが出来る。それは十分に特定されうる³⁵。

このように、営業に関する諸法益の法的保護の技術的態様は基本的に三つに分けることが出来る。学説が分かれているのは、営業については保護されるべき対象が多様で、一義的に決定出来ないというに基づいているといえるであろう。ここから、具体的に保護されるべき対象の内容を個別的に検討することによつて、権利の性質を論じてゆこうとする方法論が生れる。そこで今少しこの方向にそつて営業権を検討しておく。

まずフーブマンの考えをとりあげる。フーブマンによれば、企業はその構成要素が多様であり、統一的な法対象とみなすことは出来ない³⁶。従つて、企業の中に含まれている保護に値する諸利益について、唯一の統一的な権利を構成することは不可能である。その構成要素は著作権 *Urheberrecht* のそれに依つて分けることが出来る。まず、個々の所有権、債権等の諸権利がある。つぎにその他の諸利益として(1)営業活動のための人格的利益 *das Per-*

sönlichkeit auf gewerbliche Betätigung (2) 精神的財産 Geistiges Eigentum) であるところの企業全体についての利益、が考えられる。フープマンはこの前提に立って、取引における企業と保護の対象としての企業に考察を加えている。そして、保護の態様の面においては、絶対的な企業権を考へる余地のあることを認める。ところで、フープマンは絶対権に、法的安定性の効果を期待している。

すなわち、従来企業に関する法益の保護は、不正競争法一条や、民法八二六条の一般条項によって行なわれていたが、これは、良俗違反という完全に資格化されず、又識別もされない非難を加害者に負わせることを意味する。ここでは、限界を如何にひくかという困難な問題が生じ、裁判官はなかなか一致した結論を生みえない。したがって、原則として尊敬と保護に値するような諸利益を作り出して、絶対権を承認することが必要である。そうすれば、人々は、他人のいかなる権利が保護されているかを知ることが出来、又自己の侵害が優勢な利益により正当化されているかどうかを慎重に吟味するようになるであろう。この絶対権は十分に限界づけられうる。何故なら、人間にとっては有形的な財産のみならず、そうしたものによって支えられている精神的内容も又認識出来るから。企業も個々の現象形態においてこの認識可能性を

持っている。したがって企業はその総ての現象形態において八二三条一項の「その他の権利」と見なすことが出来るが、「我々の文化の基礎となっている価値及び利益秩序の枠内」でのみ保護される。又、権利は人と人との関係であり自ら社会秩序により限界づけられており、完全な無制限な保護を享受する権利はありえない。⁽³⁹⁾

ところで、企業を構成する諸利益との関連についてはフープマンはつぎのように考えている。すなわち企業にとつてもつとも本質的なものは、先の(1)(2)の利益であつて、これらはいずれも絶対権といえる。企業への侵害は通常この両者を共に侵害する。企業を構成する個々の財産についていえば、本質的な物質的、人間的基礎が侵害され、即座に補充することが困難な場合にのみ企業自身が侵害される⁽⁴⁰⁾ことが出来る。

フープマンはこのように、企業の構成要素を分析することによつて、権利の内容とその性質を理解しようとした。これは別の角度からいえば、権利の対象をはっきりと決定することでもある。⁽⁴¹⁾この方法を論理的に徹底させたのが、ポルフである。ポルフによれば、絶対権はあるひとつの対象物を持っている。営業権の対象としては、一応、「企業 Betrieb」及び、「企業所有者の営業活

料 動」が考えられる⁽⁴²⁾。しかし、これらはいずれも、種々の対象物

から成り立っている総体 Gesamtheit であって、ひとつの存在物
ein Seiendes ではない。したがって絶対的な企業権というものは

ありえない⁽⁴³⁾。そこで、営業権の対象として可能なのは、ただ決定

の自由のための人格権 *Einzelungstreueit* のみである⁽⁴⁴⁾。結果

的には、ボルフは、前記(3)の立場を極端な形で貫いた、といえ
う。

(四) 一般的人格権 基本的には、営業権と同じことがいえる。

積極的に一般的人格権を支持する学者は、これを包括的なもの
として理解し、そこに含まれている諸利益を詳細に分析する⁽⁴⁵⁾。もっ

とも、これとは異なり、内容が不明確な諸法益のみを含んだもの

として、一般的人格権を意義づけようとする立場もある⁽⁴⁶⁾。その権

利性については、内容が不明確であるところから、営業権につい

てと同じような疑問が提出されている⁽⁴⁷⁾。いずれにしろ、包括的な

概念であることに変わりはない。

III まとめ

以上のべたことは次のように要約出来よう。ここでは、既に一
般的不作為の訴が判例上肯定されている、という事実から出発し

た。それは、結果的には、法益が権利にまで高められたことを意

味する。そして、これらの諸法益が営業権、あるいは一般的人格

権といかなる関係に立っているかを考察した。判例によれば、諸

法益はこれらの権利に統一されつつある。但し、単純に、包括的

な機能を果しているわけではない。一般的な傾向として、社会の

進展につれ保護を必要とする利益は増加しており、且つ保護の態

様は強化されているといえる。この目的のために、八二三条一項

は一定の役割を果してきた。

ここでいわれている権利は、次のような特色を持つ。(1)単純な

概念である(したがって問題が一義的に解決されなければならない

い)。(2)対象が明確でなければならない。(3)その範囲では、原則と

してあらゆる侵害に対して保護される。(4)対象が明確であるとい

うことは、加害者の利益にもなる。(5)利益較量が行なわれるとい

っても無制限に許されるわけではない。すなわちある行為の違法

性判断が全く実質的に且つケース毎に行なわれなければならない

とすれば、それは、権利の持つ機能を完全に失なわしめることに

なる。(6)体系的には、法益を権利として構成すれば不作為請求権

の理由づけが容易になる。権利はこうした特色を持っているの

で、八二三条一項の枠内でのみ問題を処理しようとするれば、必然

的に、一定の限度がある。したがって権利という構成を放棄して、一般条項を立法して解決しようとするのは、すぐれた示唆でもある。

結局残るのは、諸法益をいかなる形で保護するのが最適か、ということである。保護を必要とする対象が明白であり、社会的承認を受けたものであれば、法益を権利に含ませてもよい。そのかぎりでは、権利は多くの法益を包含しうる。但し、法益は単独でも、前記のような条件を満たさざり、権利が享受したと同じような保護を、享受しうると考えたい。⁽¹⁸⁾ これらの法益の主たる役割はこうである。すなわち、利益較量の際に、特に重視されるべきであるということである。結局、強い保護を必要とする法益が存在するということを前提とすれば、⁽¹⁹⁾ 権利と法益の差異は、量的なものにすぎないということになる(範囲の問題)。これは、権利の一つの機能である。

ところで、この前提は正しいであろうか。これは違法性評価の問題と関連する。そこで最後に行爲違法論と結びつけて、不作爲の訴と権利の問題を総合的に検討しよう。その前に、一応、不作爲の訴に関する戦後の学説を概観しておこう。一般的人格権及び営業権の発展を知っており(これらを単純に八二三条一項の権利

と理解すれば、一〇〇四条との関連づけは、概念的には、きわめて容易に説明出来る)且つ、行爲違法論の動向をも熟知していると思われる学者は、不作爲の訴をどのように位置づけようとしているのであろうか。

(1) 名誉は個别人格権時代においても、八二六条違反(良俗違反)の場合に保護されたにすぎない。しかし「不作爲」の保護は既にRGZ 109, 50(1924, 10, 7)によって与えられている。斎藤「人格権法の発展に関する一考察」論叢七八巻五号七六頁以下参照。

(2) Ernst Helle, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 1957, S. 28 ff. ①については刑法一八六条の悪評able Nachrede(民法八二四条を根拠とする信用毀損の主張がある。RGZ 115, 75(1926, 12, 16), RGZ 124, 253(1929, 5, 13), RGZ 60, 6(1905, 1, 5)。②としては刑法一八五条による侮辱 Kränkung、民法八二六条による暴露 Bloßstellungとか名誉毀損 Herabsetzungとかが類型化される。たとえばRGZ 115, 416(1924, 1, 13)。尚脱稿後 Helle の新版(1969 2 Aufl.)に接した。そこでは、人格、名誉、経済的名声については、真实性及び利益較量の二つがメルクマールであるとされている。純粹の価値判断 Werturteil は原則として適法とされる。基本的には旧版と変っていないので、紋

述の構成上、ここでは旧版を引用する。

以上の諸利益についての不作為の訴の「現実の適用問題」については新版三八頁以下を参照された。

(3) 日本では最近、各種の商品テストの事例が新聞紙上を賑わしている。ドイツでは、一歩進んで、違法な商品テストに対する生産者からの不作為請求権が話題となっている。

OLG Stuttgart 1964. 1. 30. NJW 1964. S. 48; OLG Celle 1964. 7. 23. NJW 1964. S. 1804 ㉔自動車テストの事例。OLG Stuttgart 1960. 11. 23. JZ 1961. S. 380. は秤の品質改良についての批評の事例。商品テストの法律的観点については Helle, Über öffentliche vergleichende Waren-Tests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NJW 1962. S. 1777 ff. ㉕によれば、不作為請求権の根拠は次のようになる。不真実な事実の主張においては、八二四条が適用され、価値判断及び事実の主張(事実の主張については、その真実あるいは不真実を問題とすることなしに)がとりあげられていれば、八二三条の営業権の侵害となる。良俗違反の要件を満たせば八二六条が適用されることになる。こうして理論的には、従来通り、不法行為法の各規定が満たされれば、不作為請求権が基礎づけられることになるが、絶対権としての営業権により、その保護が拡大されたこととなる。なお、特殊な問題を扱ったものとして、Ballock, Zur Problematik der Warenwahr beim Warentest,

NJW 1963. S. 986 ff. ㉖の論文への反論として、Schulz Vergleichender Warentest und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW 1963. S. 1801 ff. ㉗、㉘の新版二一七頁以下参照。

(4) 商標権などの保護法が違法に侵害されていると警告することより正当な権利者に不測の不利益を与えることである。この種の事例については、早くから不作為の訴が許される。最近のものとしては、BGHZ 14. 286 (1954. 7. 13)。この訴は、営業権への過失による侵害を理由として提起されたものである。裁判所は、法適用の直接の根拠を示してはならないが(八二三・八二六、一〇〇四条を列举する(6))、これは企業の存立 Bestand に対する侵害、すなわち営業権への直接の侵害の事例とみてよいだろう。

BGHZ 28. 203 (1958. 10. 7) は、保護法違反の警告に基く不作為の訴が両当事者から提起され請求が交錯した特殊な事例である。

(5) 今日では、ボイコットは単に労働運動の手段としてではなく、営業上、政治上、宗教上の諸目的達成のための有効な手段となっている。Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 1964 S. 192ff. ㉙ Sozialer Boykott ㉚ Wirtschaftlicher Boykott ㉛を分けていよう。

(6) RGZ 102. 223 (1921. 6. 2)

(7) RGZ 158. 377 (1938. 11. 19)

- (8) 真実の事実の主張及び流布が利益較量の原則により違法とされた例として BGHZ 8, 142 (1952, 11, 28)。但し本件は損害賠償請求事件である。その後の営業権の判例による展開として Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, 1969, 2 Aufl, S. 67f. 尚本文で紹介した判例が述べるところに依りて Helle の疑問を持つべき (S. 68 f.)。
- (9) Nipperdey, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, S. 445. 代表的な判例として RGZ 140, 423 (1933, 6, 21)
- (10) Helle, Boykott und Meinungskampf, NJW 1964, S. 1497.
- (11) Nipperdey, a. a. O. S. 446. 同一のことは次のように表現出来る。営業権への侵害は必ずしも正当利益の保護によつて違法性が排除されるべきでない。その判断は利益較量により行なわれるが、八二六条においては、良俗違反の非難により違法性を基礎づける目的に行なわれ、営業権においては、違法性を排除するためになされる (S. 450 f.)。但し BGHZ 38, 200 (1962, 11, 5) の判決は損害賠償事件であるが、営業権への侵害を理由とする責任は二次的性格 subsidiärer Charakter を持つべきでない。
- (12) その他ボイコットの事例で不作為請求が認められたものとして OLG Hamburg 1962, 2, 15, NJW 62, S. 917; OLG Disseldorf 1953, 3, 3, MDR 53, S. 356.
- (13) 営業権が全く承認されないか、あるいは判例による範囲においてしか承認されないとすれば、一般的人格権がその経済的側面においてボイコットに対する保護となりうることを見てもよい。Lehmann, MDR 52, S. 297 参照。なお、これは、営業権による包括的な保護を一応は肯定しているが、それが必ずしも当該利益の保護の拡大には役立たない。Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, 1969, 2 Aufl, S. 68 ff.
- (14) 一般的人格権に対する最近の判例は Caemmerer, Der Privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach Deutschem Recht, Festschr. f. Fritz von Hippel, S. 27 ff. 参照。
- (15) Koebel, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Unterlassungsrecht, NJW 1955 S. 1337 ff. 参照。このことは不法行為の諸規定からではなく、絶対権としての一般的人格権からの不作為請求権を認めている。但し判例の発展により限界づけが慎重に行なわれなければならない」と留保もしている。
- (16) 一般的不作為の訴の要件としては、通常、侵害の客観的違法性、侵害が差し迫っていること、繰り返しの危険などがあげられており、信義誠実の原則には言及されていない。具体的妥当性をもたせるために、新しい要件を追加したのもありやうか。
- (17) この問題は、比較法上あるいは歴史的にも興味のある素

材である。ドイツでは、主として、婚姻関係上の義務は相手方に強制執行出来ないという理由から、不作為の訴が成立しえなかった。すなわち、婚姻共同生活への妨害のみが争いの焦点となり、住居の平穩とか、家政 hauswirtschaftlicher Lebensraum が争われていない事件では、判例学説共にこれを拒否してきた。BGHZ 6. 361 (1952. 6. 26) ; BGH 1955. 11. 2 (Fam RZ 1956. 50) はこの基本的態度に立ちながら

僅かな前進を示している。後者では、家政を奪った家政婦に対する妻からの不作為請求権が認められている。下級審では、学説の影響をうけて、広く不作為請求権を承認しようとしている。たとえば、OLG Celle 1964. 4. 8. FamRZ 1964 S. 300. 文献では、Fabritius, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“, ACP 160. S. 275 ff. 参照。よなみたこの問題は、中世後期のフランス法にその起源をもっており、又現代でもフランス法が最も顕著であるといわれる。

Boehmer, Ehestörungsklage, FamRZ 1955. S. 7 ff. 参照。

- (8) 不作為請求権と同様、quasinegatorische Beseitigungsklage (準妨害排除請求権)も古くから判例によって認められている。一般的人格権侵害としては、BGHZ 27. 284 (1958. 5. 20)。ここでは、テープレコーダーの秘密録音に対して、人格権侵害を理由とするタイプの抹消請求が容認されている。保護法益の面では両請求権には差異がない。しかし、撤回は場合によっては法的強制を伴うから、主張の真実性

についての立証責任は原告側にあり、この点では不作為の訴と異なると思われる。BGHZ 37. 187 (1962. 6. 5)。同主旨のものとて、BGH 1961. 6. 20 (NJW 1961. S. 1963)。「一〇〇四条により名誉侵害の救済は可能であるが、批判的表現の取り下げは要求することが出来ない(民訴八八八条との関連)。ある評価が一面的であり、あるいは根拠がなく、この評価を維持することは当該者にとって違法な加害を示すようなときですら、その評価の撤回は要求しえない。当該者は不作為あるいは損害賠償を主張することが出来るので、妨害排除請求権の拒絶により保護がなくなるといふことはない」。このように、撤回においては、その執行の段階で、当事者の意思に反する法的強制を伴う可能性があるために慎重をなければならない。更に被害者に対してのみなされた主張については撤回を請求出来ない。BGHZ 10. 104 (1953. 6. 17)。両請求権は、原則として並立して

- る。RGZ 148. 114 (1935. 6. 5)。
(9) Eneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 1958, S. 1011 参照。
(20) コーニングは人格権と関連をさせていない。コーニングは、名誉侵害については、マツチオ法 Actionemrecht の領域に於て創造的判例が生じた。コング, Ehrenschtz und Pressrecht, 1960, S. 7.

- (21) RGZ 58. 24. (1904. 2. 27)

- (22) Bestand への直接の侵害という条件を広く解釈することにより、保護を拡大しようとするものとして MDR 1952, S. 295 ff. の判決がある。そこでは、「侵害が単に、他人の営業の利得に対して不利益な効果をもたらすにすぎない場合は、未だ営業権に対する侵害があるとはいえないが、本件には Bestand に対する直接の侵害がある。物理的強制ではなくとも心理的な影響が「もたら」されるとする。」
- (23) Kleine, JZ 1952, S. 229.
- (24) Emmeccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil 1959, S. 433 f.
- (25) Emmeccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 436.
- (26) Emmeccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 852.
- (27) このことは、保護されるべき態様、したがって違法性の基準が明確なことを意味する。
- (28) Lehmann, MDR 1952, S. 297 f.
- (29) Emmeccerus-Lehmann, Schuldrecht, 1958, S. 941f. 詳細な正当化事由を必要とするところとは、以下の理由があるからである。判例が侵害を是認するかどうかについて正確な実質的吟味を怠り、正当化事由をも十分に吟味することなしに、事実上の侵害の違法性を形式的に確認するだけで広汎な一般的権利保護を承認することは、規範詐取 Normenschleichung が招くことである。
- (30) Larenz, Schuldrecht II, 1968, 9 Aufl., S. 425 f.
- (31) Caemmerer, Festschr. JT II, a. a. O. S. 89.
- (32) Caemmerer, a. a. O. S. 90 f.
- (33) Caemmerer, a. a. O. S. 99.
- (34) Caemmerer, a. a. O. S. 92. たとえば、保護法違反の警告、名誉を毀損するような価値判断、不必要な形式によって流布された真実の主張、経済及び意見闘争のためのボイコット、違法なストライキ、不正競争法によって作り出された保護規範など。
- (35) Helle, a. a. O., 1957, S. 78 ff. 法の適用が営業権に基づくか、八二六条に依るかは、重要な実質的意味を有する。前者によれば、正当利益の保護の立証責任は被告が負い、後者では原告が負う。名誉及び経済的名声を営業権に関連させれば、表現の自由の重大な制限になる (S. 84)。ここでは、営業権に対する考え方の一つとして、ヘレの旧説をそのまぎ引用をせつただく。脱稿後接した新版では、営業権 Das Recht am Unternehmen に一定の包括的な役割 Anfangsstatusbestand を認めてはいるが、この権利そのものについては依然として消極的である。その主たる理由として、組織された営業者 eingetragener und ausgeübter Gewerbebetrieb を持たないもの (自由業者、医者等) やその他の市民との均衡が失せられることをあげている。そこからの「人格権による保護を主張しつゝ」Helle, Der Schutz der Persönlichkeit 1969 2 Aufl., S. 70, 79.
- (36) Hubmann, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117,

S. 51.

- (37) Hubmann, a. a. O. S. 56—60.
- (38) Hubmann, a. a. O. S. 75.
- (39) Hubmann, a. a. O. S. 77 f. ヲハビテハ絶対的營業權といふのは、唯一の統一的な権利という意味ではなく、保護されるべき諸利益の外延を示すものであろう(筆者)。
- (40) Hubmann, a. a. O. S. 78 ff. 賃貸された企業においては、賃貸人は(2)の権利 Immaterialgüterrecht の所有者として、賃借人は(1)の Persönlichkeitsrecht を理由としてそれぞれ不作為及び損害賠償を請求出来る。
- (41) もっとも、フープマンが考えている絶対的營業權は、抽象的な保護の外延ともいうべきもので、明確な「対象」をもった「権利」ではない(註三九参照)。フープマンによれば、権利を承認するためには、法的対象、すなわち目的物 Objekt が存在する必要はない。権利は人と人との関係であり、ある人に他人に対する正当利益の保護と貫徹の可能性を与える(S. 54 f.)。
- (42) Ernst Wolf, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschr. f. Fritz von Hippel, S. 665 ff. 判例によれば營業權の対象としては、「企業の存立」「企業の具体的な現象形態」「企業の放射」「企業あるいは企業家の活動圏」「経済的利得」などがあげられている。ホルフによれば、これらの中で言語上及び論理上、營業權の対象

として一応耐えうるのは本文の二つのみである。

- (43) Wolf, a. a. O. S. 673 ff.
- (44) Wolf, a. a. O. S. 683. 尚(ハ)同註。Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, 1969 2 Aufl. S. 79.
- (45) 特にフープマン、ヒッパードマイ。五十嵐・松田・前掲書、一八二頁以下参照。
- (46) 柳沢「一般的人格権侵害の法的構成」日本法学二八巻三号六〇頁以下。
- (47) ケメラーによれば、一般的人格権の承認によって、ドイツ法に一般条項が受け入れられた(Wandlungen, S. 112)。具体的事情に応じて、注意深く利益較量をなすことによつて違法性が判断されなければならない(S. 112.)。營業、あるいは人格に関する一般条項によって、実質的には、ドイツ法は一般的構成要件を持つのと同じ結果をもたらすが、ドイツ法が個別的規定により構築されているということは、依然として大きな意義を持っている。このことは、必然的に、具体的ケースにおいて、不法の性質と射程距離を注意深く考慮せるといふ効果を持つ(S. 113.)。ラレンツ(Larenz, Schuldrecht II, 1968 9 Aufl.)は「一般条項的な広がりがあり、且つ具体化の必要性があるので、その他の権利に含めることには重大な懸念がある」と考える(S. 415.)。しかし、結局は判例の方向を認め実質的な利益較量の基準をくわしくあげている(S. 420 f.)。

(48)

ドイツ法では、不法行為法の体系が絶対権を中心として構成されているから、法益から権利への転換は、特に重要な意味を持つ。この転換を行なわしめる要因を「社会典型的明白性 Sozialtypische Offenbarkeit des Rechtsguts」とする立場がある (Fabricius, Zur Dogmatik des sonstigen Rechts, AcP S. 289 ff.)。社会典型的に明白であるためには、ある物の中に具現化されることは必要ではない。当該の法益が保護に値するものと感じられればよい (S. 304.)。こうした標準は、権利への転換の条件として狭く考えなくとも、一般にある法益の保護を拡大する理由 (たとえば不作為の訴) として考慮されてよい、と私は考えている。

(49) 不作為の訴をめぐる学説のところで述べたように、不作為請求権を肯定するためには、支配関係 (不作為義務が内在する) が存在しなければならないという説があった。それはことを換えていえば、論理的前提として強い保護を必要とする法益が存在するということであらう。

(5) 戦後の学説

不法行為法の新しい特色である一般的人格権あるいは営業権は、戦後の不作為の訴の学説に影響を与えているであらうか。更に行為違法論により左右されているか。学説は、一般的不作為の

訴が実体法上説明されるかどうかを主たる根拠として四つに大別される。これらをそれぞれ (i) 実体法説、(ii) 訴訟法説、(iii) 中間説、(iv) 権利の問題とは一応離れて制度保護 Institutsschutz の立場から説明するものとして、特別説、といっておこう。不作為請求権を権利と関連させて体系づけようとするか否かによって説が分れる。⁽¹⁾

(i) 実体法説 実体的な不作為請求権を積極的に認め、個別の類推 Einzelanalogie を肯定するレーマンの主張は戦前と変わっていない。ニッバーダイの論点は次の二つである。⁽²⁾ (i) (帰納的考察) この点はニッバーダイによればこうである。従来は八二三条一項のみが保護目的 Schutzobjekt としての権利を包含しているとされていた。しかし、保護法規違反等の場合に、侵害のおそれに対しても不作為の訴が認められてきたということは、被害者あるいは被威嚇者は、侵害が行なわれないように要求する権利を持っているということにはかならない (不法行為法の他の法規によって subjektive Rechte auf Unterlassung がつくられてくる)。

(ii) (negatoria と quasinegatoria との差異を、前者は特定の義務者たる妨害者に向けられているという特殊性に求めて、両者を區別しようとする説明に対して) ニッバーダイは両者共、侵害の予防

料

に役立っているものであるから、不作為請求権は潜在的妨害者に向けられており、この面から区別することは出来ないとする。

資

一般的人格権（ニッパードイは肯定）との関連については特に言及していないが、ニッパードイによれば、その不作為請求権は実体的に基礎づけられうる（八二三条一項）ことに問題はなからう。

ロ 訴訟法説

これは民法学者の中ではラレンツによって唱えられている。ラレンツは、何よりも法秩序の内部的統一を重視する。⁽³⁾まずニッパードイなどの説に対して、(i)権利と法益の区別

が無視される、(ii)権利と請求権を同一視する理論は、ドイツ法には受け入れられない、と反論している。更に、不作為請求権を基礎づけるためには、絶対権と結びつけるのは十分でないともいう（実定法は、八二三条に規定されている四つの生活利益のみを絶対権と対応させている）。ところで、ラレンツ自身は、不作為の訴の実体的意義はこれを否定せず、それを次のように説明している。

実体的にも、「予防的不作為の訴」によって、原告の権利に対応した義務を負う被告からの「給付」が要求されうる、ということとは出来ない。しかし、急迫した違法な行為によって、自己の法益

が危険におかされると考える者をして、不作為の訴により對抗させることは意義がある。しかしこの訴は権利の貫徹を指しているものではなく、訴訟上の権利、法益保護のための「特別の訴訟形態」である。したがって常に実体的請求権を要件とする通常の給付の訴とは性質を異にする。ここでは権利侵害があったかどうか、は問題ではない。法益がおびやかされ（Gütergefährdung）、したがって、差し迫った権利保護の利益（Das vordringliche Rechtsschutzinteresse）があるか否かというのみが決定的なメルクマールとなる。

ラレンツは、一般的人格権、営業権に対しては、積極的な承認をためらっているが、これは、ラレンツの訴訟法説とも関連しよう。尚エッサーもラレンツと同じ根拠に基づいて、*actio quasi-negatoria* については実体的請求権を否定し、これを単なる訴訟法上の制度として説明している。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

ここで、ラレンツの訴訟法説の焦点を拾っておこう。まず、訴訟法説においても一般的予防的不作為の訴を実体面から完全に切り離すことは出来ない、と私は考えている。訴が許されるかどうかの判断（ラレンツによれば、権利保護の利益 *Das vordringliche Rechtsschutzinteresse des Gefährdeten*）は実体的に行なわれなけ

ればならないし、何よりも「実体的な法律状態の解明と貫徹のために」訴が許されるのであるから。ラレンツによれば、「人格の自由な発展のための基本権への正当でない侵害は、この権利を八二三条一項のその他の権利に含めないときにも客観的に違法とみなされなければならない。したがって、十分な権利保護の必要性(Rechtsschutzbedürfnis)があれば、不作為の訴が与えられる」。

この権利保護の必要性(訴の根拠 Klagegrund)を評価する際には、違法性の判断も一つの要素となるであろう。ラレンツはこの点では絶対権と法益の区別の意義を認めている。すなわち「quasinegatoriaにおいては、被告の規範違反の容態によって侵害が差し迫っていないなければならない。他方 negatoriaにおいては、単に絶対権への侵害が差し迫っているだけでよい」という。以上ことから、不作為請求権をどのように位置づけようとも、訴の現実の適用においては、違法性が共通のテーマとなることがわかるであろう。

(N) 中間説 ケメラーは、不作為の訴 Abwehrlage を、訴上の法益保護の特別の形式、禁止の訴 prohibitorische Klage としている。ケメラーによれば、不作為請求権は、この訴を可能なものとするために承認されたにすぎず、したがって実体的あるい

は訴訟的不作為請求権の概念に固執するか否かは、単なる術語上の問題である。請求権に対してこのような態度をとれば、権利の持つ機能を過度に評価する必要もないことになる。ケメラーは、人格あるいは営業に関する諸法益を一般条項によって保護しようとしているが、この考えは、不作為の訴においても貫かれて⁽¹¹⁾いる、⁽¹²⁾と⁽¹³⁾いってよい。要するに、ケメラーは、不法行為法の中心概念は権利である。ということに疑問を持つていない。したがって、不作為の訴の発展によって、権利を、不法行為法によって保護されているあらゆる地位に迄拡大する(ニッパードイ)理由はないと説いている。

(二) 特別説 以上の観点とは全く異なる立場に立つ説がある。ひとまずライザーにふれておこう。ライザーは次のようにいう。私法は、権利保護と制度保護という二つの異なった思想から成り立っている。たとえば占有保護とは、占有権の保護ではなく、占有という秩序の保護のことである。その行使は、その時々占有者に任されている。法益保護のための予防的不作為の訴にもこのことがあてはまる。ここでは、その時々法益の所有者に行使が任されている制度保護 Institutenschutz が問題となっているのか否かが問われるべきである。したがって、一〇〇四条(所有権)

ではなく、八六二条(占有権)からの類推と考えた方がよい。⁽¹³⁾

以上、四つの説から推察出来ることを述べておこう。特別説を除外すれば、不作為請求権は、基本的には、権利と関連させられている。①説では、帰納的に不作為のための権利が擬制されるといってよい。②説では、擬制を拒否したため、訴訟法上の制度として解決された。③説では、権利に特別の意義を認めているために、⁽¹⁴⁾ 一般的不作為の訴を、権利から切り離して処理しようとしている。不作為請求権の基礎づけの問題は本稿のテーマではないので、これ以上詳述しない。これらの諸説の差異は、営業権及び一般的人格権に対してとる論者の立場の差異と符合する。ここで述べた諸学者の間では権利の保護範囲の問題は意識されていない。しかし違法性については *negatoria* と *quasinegatoria* とは、その評価の基準が違うのではないか、⁽¹⁵⁾ という疑問が提出されている(ラレンツ)。これについては次に述べる。

(1) そもそも、権利と請求権を同一視する考え(権利の本質は、自己の利益を民事訴訟の方法で、自身で貫徹すべき意思力、したがって請求権である、とする)は、ドイツ法には受け入れられないとする立場がある。Larenz, Schuldrecht II, 1968 9 Aufl. S. 481.

(2) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I 1959 S. 428 ff.

(3) Larenz, a. a. O. S. 479.

(4) 註(一)参照。ラレンツによれば、権利と法益の区別をなすことは、権利と請求権を同一視することになる。尚ラレンツ(註②)註aを参照。

(5) Esser, Schuldrecht II 1969 3 Aufl. S. 474f. ハンマサーは不作為の訴の法的根拠については、*actio negatoria* と *quasi negatoria* の差異を認めている。しかしそれ以外の要件については同じ様に取り扱っている(S. 470 f.)。

(6) その他、訴訟法学者によって、実体的請求権を否定する学説が主張されているが、ラレンツ、ハンマサーの意見などとは似たものもあり、⁽¹⁶⁾ 上記は省略する。Nikisch, Zivilprozessrecht, 1952 2 Aufl. S. 149. 本来の物権的請求権も訴訟上の制度であることが、

(7) Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs und negativen Feststellungsklage, Festschr. f. Dölle, 1963, Bd. I S. 307. なお、中井「ツォイナー『不作為の訴及び消極的確認の訴に関する考察』立命館法学五六・五七合併号六〇〇頁以下参照。

(8) Larenz, a. a. O. S. 482.

(9) Larenz, a. a. O. S. 482. Anm. I

- (10) Caemmerer, Wandlungen, S. 54. この訴は、予防的な利益保護の手段としては、仮処分と同じ平面に立つ(但し、仮処分は一時的な規制を行なうにすぎない)。ケメラーは、請求権そのものの意味にはあまりこだわっていない。従来⁽¹⁾の訴訟上の防禦手段の空白を埋めるために、実体的請求権が承認されることは用語の問題にすぎないとする。
- (11) Caemmerer, a. a. O. S. 83 ff.
- (12) Caemmerer, a. a. O. S. 56. ケメラーによれば、権利の核心は、個々人に属する利益領域の割当 *Zuweisung* にあるのであって、当事者のイニシアチヴに依存する法的保護が与えられるという事実のみでは、権利を承認する動因をつくりえない。
- (13) Ludwig Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, *summa ius summa iniuria* 1963, S. 155 f.
- (14) 註(12)参照。
- (15) 絶対権と法益とでは違法判断の基準が異なるのではない⁽²⁾か、という考え。これについては、行為違法論者から疑問が提出されている。後述(6)以下参照。
- (6) 一般的不作為の訴において権利 *subjektive Rechte* の果す役割—特に違法論との関連について—
今迄提出してきた疑問をここで統一的に論じよう。それは、権

利の包括性と違法評価の問題である。その主旨は実地的な考慮に基づいている。

1 包括性(保護範囲)の問題

私は先に⁽¹⁾、包括性について仮説を立て、これを検討した。判例によれば、不作為の訴は権利に統合されつつある。しかし、理論的には、営業権及び一般的人格権の法的構成が難かしいために、一義的な解決は困難である。ところで、このような包括性の問題に直接、しかも、不作為の訴との関連において関心を示しているのはバウアー *Bauer* である。

(i) バウアー^(1b)の説

不作為の訴には三種類ある。(i) 絶対権保護のための *negative Unterlassungsklage*。判例は営業権、人格権をこれに比肩させている。(ii) 法律によって承認された法益のための *quasi-negative Unterlassungsklage*。明文の規定のある氏名権、占有権、判例で認められた八二三条一項の生活利益(生命、身体など)がこれにあたる。(iii) 個人的領域の保護 *Individualbereich* のための不作為請求権。明文の不正競争法上の不作為請求権は、(iv) の営業権の部類に入るもの⁽²⁾としないかぎり、ここに分類される。不法行為法によって承認されている個人的領域の利益(八二三条

料 二項、八二六条など）はここに入るが、必ずしも不法行為法と関連しなければならぬというのではない。全法秩序 Gesamte Rechtsordnung⁽⁵⁾ によって承認されていけばよい。

これら三種の明文の訴は、法律によって同等に取り扱われている。したがって不作為請求権はもっぱら権利の問題である、ということも出来ない。法律によれば制限的に一定の範囲においてしか保護されていない利益については、立法者の評価に同意してこれを尊重するか、あるいは包括的な保護と置き換えるかという選択は裁判官の任務である。実体的不作為請求権に疑問を持つものは、絶対権においてのみ不作為請求権を肯定し、法益とか個人的領域の場合に否定している。これは両者の区別の意味を過大評価した理論である。この区別は「構成された」絶対権 subjektives (absolutes) Recht を基準としており、その伝統的な拘束性については争われている。権利保護の領域 Bereich des Rechtsschutzes については、せいぜい機能的考察が必要となるにすぎない。したがって、この区別は保護の範囲にとつてのみ意義がある。絶対権や多くの法益が包括的に保護されるのに対して、その他の個人的領域の保護は、内容、境界設定 Stöbrichtung に応じて制限される。

以上のように、パウアーは不作為の訴における権利について全くといっていいほど技術的な理解の仕方をしていいる。

次に述べるライザー⁽⁶⁾は前述の如く、制度保護との関連で権利を把握しておりパウアーが示した関心に直接意を払っているわけではない。結果的にもライザーは一般的人格権などに否定的ではあるが、しかしこれは逆にいえば、「包括的」な保護に反対していることの現われである。そこでライザーにふれておこう。

(ii) ライザーの説

法の中で、人に与えられている地位を説明する場合、権利が唯一必然な表現形式ではない。権利はその性質に応じて支配権と人権 Herrschats und Personenrecht に分けられる。前者は、一定の安定性を持っており、所有者にその自主的処分能力が保証され、個人の利益の独占化が社会で未だ耐えられうと思われるような法的地位を指す。営業については、個々の経済主体に確固とした活動領域を割当て、予防及び損害賠償請求権を保証するのは競争秩序の基本原理に反する。保証された独占的地位というものはありえない。違法性判断も不明確になる。したがって営業権は疑わしい。人権における一般的人格権についてもこれと同じことがいえる。

一般に、ある独立の法的地位や法的関係を法秩序が承認することによって、社会における人の自己主張と自己責任が可能となるが、この地位を、民事法に規定されている法的保護を備えた権利として承認するかどうかは、慎重に吟味されなければならない。更に、社会的国家思想によっても内在的限界が加わる。

ところで、ある秩序構造の内部で、共同生活のために、特別規則としての容態規範が形成されていれば、権利として承認するといふ方法をとる必要はない。私法を、個人の権利の体系化としてのみ理解することは、権利仲間の個人的孤立化を促進することになる。個々人がその構成員となるような法律制度を形成し、確保することは、倫理的にも政治的にも、法的地位を保証するのと同じ位重要である。このことは、個々人に帰属している法益に、相応の容態規範によって、不作為及び損害賠償請求権の保護を与えることを排斥するものではない。法律制度によって保護されている法益を守るために、請求権が利用される。

ここで述べたパウアー、ライザーの二人は、その視点において両極端をなすが、権利の包括性に目を向けていることには変わりない。この問題は行為の態様（違法性評価）とも切り離せないものであるが、純粋に平面的な保護範囲の広狭といった視点は、パウ

アーから窺うことが出来よう。

II 違法性の問題

最近のドイツにおける不法行為理論の特色は、過失を違法の次元に移行し、容態義務違反を違法と見なそうとすることである（Handlungsunrecht）。これは従来の伝統的な物権の請求権 *actio negatoria* の分野にも新たな二つの影響を与えることになった。一つは民法体系における違法理論の統一に関する。元来、*actio negatoria* は結果違法を基準とするものと考えられていた。したがってこれは、行為違法論と矛盾するのではないか、という疑いがある。パウアーがこの問題を直接取り扱っているが、その他、行為違法論者からも部分的に論じられている。しかしこの主張はケメラも指摘するように、狭い意味の *actio negatoria* すなわち妨害除去請求権のみにあてはまる、ということも出来る。この争いの前提には、権利侵害 \parallel 違法というドグマが存在していること勿論である。

他の一つは、絶対権の重要性が失われたのではないか、ということである。すなわち違法なのは、権利侵害という結果なのではなく、容態義務違反であるとすれば、八三三条に含まれている権利（一〇〇四条においても同じ）、ひいては、一般的人格権、営業

料 権の持つ機能が変ったのではないかという疑問である。行為違
法論者が関心をよせているのは、主として、前者の違法性統一論
の問題であり、後者については、直接に不作為の訴との関連にお
いて取り扱われているわけではない。両者は相互に影響しあつて
いるがテーマとの関連上、ここでは、後者を中心にまとめること
にする。これを次の三つの典型的な立場に分けて説明しよう。

(イ) 違法の評価においては、権利は、依然として重要な役割を
果しているとする説。

(ロ) 反対に、権利と法益の差異を否定する説。ここでは、あら
ゆる場合に違法性は実質的に評価される。

(ハ) 中間説。権利への侵害の態様を直接侵害、間接侵害に分
け、前者にはイ、後者にはロの方法が用いられる。この直接及び
間接侵害ということばは、使用する学者によってその内容が異な
っている。⁽¹³⁾

ここでは、単に、営業権、一般的人格権に限定せず、ドイツ法
上特殊な機能を持っている八二三条一項一般を広く考察しよう。

一、 まず中間説について。カメラ、ラレンツ、シュトルを
とりあげる。

カメラによれば⁽¹³⁾ 著作権、肖像権などを含めて所有権のような
支配権においては、一定の行為(使用、利用、処分など)は権利
者のみ留保されている(権利の割当内容 *Zuweisungshalt*)。

このある人のみに割当てられている利益や権能を(無権利者が)
その目的 *Zweck* のために利用したり行使する行為は、それだけで
違法である(直接侵害)。他方、これとは別の目的を追求してい
るが、他人の利益を危殆化し、侵害するような行為においては、
一般的注意義務に違反したか否かということが違法性判断の基
準となる。このかぎりでは、八二三条一項は開かれた構成要件 *offener Tatbestand* である。⁽¹⁴⁾ 生命、身体、健康、自由といった生
活利益は絶対権ではなく、又、そこには、当事者にのみ割当てら
れていると考えられるような行為はないので、直接侵害としての
違法はありえない。⁽¹⁵⁾

営業権については、カメラは、一方で、今日では八二三条二項
を援用するのは意味がなく一項の中に一般条項が移植された、と
い、⁽¹⁶⁾ 他方、違法性判断の際には裁判官は既に判例の中に作り出
されている事例グループと結びつきを持つようになる、⁽¹⁷⁾ と説いて
いる。右のことから判断すれば、一般条項を一項に加える意義
は、営業に関する具体的容態規範(違法性判断の確固たる基準)

を統一的に把握しようとするのではないかと私は考えている。更に、カメラによれば不作為の訴は、この容態規範違反があれば認められるのであるから、八二三条一項に加えられた一般条項は、訴の適用をより明確にする、といつてよいのではないか。このように推測すれば、カメラに従うと、一項は支配権の直接侵害、一般条項の総括的機能の両面において、それぞれ重要性を持つことになる。

尚、カメラによれば、氏名権、肖像権の如き個別的人格利益 *einzelne Persönlichkeit* は所有権と同じように考えてよく、一般的人格権は、一般条項の保護を享受する。

次にラレンツについて。⁽¹⁹⁾ ラレンツも行為違法論の影響を受けているが、依然として八二三条一項を重視している。まず、カメラは一項の中でも、特に支配権を区別して用いているが、ラレンツは、所有権及びその他の権利（カメラの支配権）と生命、身体などとの間に区別を認めず、これらを侵害に対する保護という立場から一緒に取り扱っている。⁽²⁰⁾ その上で、それぞれに直接侵害、間接侵害の二つの態様を認める。このラレンツの直接性という思考は、カメラのそれとは異なり、行為論に由来するものである。ラ

レンツによれば違法性の判断は行為のみに関連しうる。しかし行為の違法性は、(1) 行為自身に含まれる結果の中に現出する行為の客観的性質によって（必ずしも行為者自身に認識されていることを要しない）、あるいは、(2) 結果に対して単に原因を与えないすぎないある一定の容態が、命令に反して *Gebotswidrigkeit* 行なわれたかどうかによって、判断される。⁽²¹⁾ そして八二三条一項の客観的構成要件を行為経過の枠内で *im Rahmen des Handlungs-*
zwecks 実現すれば、(1) によって違法となる。⁽²²⁾ これはいわゆる直接侵害にあたる。ここでは、権利侵害≡違法のドグマが貫かれているといえる。

つぎに、命令違反の意味の違法が問題となるのは、特別の容態規範に対する違反、及び、八二三条一項にあげられている法益を一般的に許される限度をこえて危殆化してはならないという一般的な社会生活上の禁止 *das allgemeine Verkehrsgesbot* に対する客観的違反が生じた場合である。⁽²³⁾

ラレンツは、以上の違法性論こそ、八二三条一項を不法行為法の頂点とした立法者の意図と合致するものであるという。⁽²⁴⁾ こうした思考は、いわゆる目的的行為論が目的に意図された結果のみに考慮を払い、反対に、従来の旧学説が単なる因果的行為概念に

料 資

とられすぎていることを非難しているラレンツならばこそその立場から生じるのであって、いわば中間的なものといえよう。²⁵⁾

ところで、違法性論の統一についてはどうか。ラレンツによれば、一〇〇四条は除去義務に関して云えば、行為責任と状態責任の二つの帰責事由を持っており、前者には、先にあげた違法理論が²⁶⁾あてはまる。したがって、行為責任についてのみとりあげれば、一〇〇四条の違法性と八二三条のそれは、同一の内容を持つといえる。したがって不作為義務そのものについては、違法論からの破綻は生じないと考えることも出来よう。その上で、ラレンツは、違法評価における先の区別、すなわち、直接に加害を及ぼすような行為と間接に侵害の原因となっているにすぎない容態との区別は特に不作為請求権の場合に正当であるという。²⁷⁾

このように、ラレンツにおいても、八二三条一項は特別の役割を持つている。但し、人格権、営業権そのものについては消極的であることは既に述べた通りである。このかぎりでは、先にあげた役割は特別の意味を持たないともいえる。

最後にシュトルについて言及しておこう。ラレンツの直接侵害の理論は、いわば一般的な形で呈示されたものといえるが、シュ

トルは、これをより具体的なものにしている。²⁸⁾シュトルは、違法行為類型を既存の關係ある実定法規に則して論じようとする。そこから、必然的に、民法における違法性の統一という問題が生じてくることになる。たとえば、所有権侵害の違法判断についても、八二三条一項と一〇〇四条は、当然の関連を持っており、むしろ、後者が基準となっているという。²⁸⁾この出発点は、シュトルの主張が行為違法論の影響を受けていることを考えれば、興味深い。²⁸⁾

違法論については、シュトルも、目的的行為論及び伝統的な因果的行為論は不十分であるとしており、²⁹⁾シュトル自身は、立法者の意思によればいかなる自然的行為 *naturliche Handlungen* が不法であるか、ということに着目する。これを通じて具体的な類型化を行なおうとし次のようにいう。この内容は、実定法の中に個別に規定されているところではもつとも明白であるが(たとえば、八二三条二項、八二四条、不正競争法の諸規定など)、八二三条一項においても変わりはなく、ただ後者が一般条項的な性格を持つているにすぎない。そこで考えられる直接侵害はいくつかに分類出来、³⁰⁾更に間接侵害に対しても保護が与えられる。ここでは、権利の防禦線が前進し、いわば、種々の濃度をもった補充的

な予防地帯 zusätzliche Abwehrzone が生み出される⁽³¹⁾。間接侵害においては、それがそのまま違法性を指示するということはなく、義務違反 objektive Verkehrspflicht があつた場合にのみ違法となる。この点では、「絶対権という概念」によつては何も得られない。したがつて先の防禦線の拡大は全く法政策的問題 rechtliche politische Frage であつて、判例によつて判断される⁽³²⁾。

ところで、シュトルは、ラレンツ同様、八二三条一項の内部では保護利益の区別をしていない⁽³³⁾。しかし、個々の絶対権についてはそれぞれ諸々の侵害類型が考察されなければならず（絶対権であれば、いずれかの直接侵害があてはまる、という点では共通する）、絶対権の統一的タイプ einheitlicher Typus というものはありえないとする。更に、こうした侵害諸類型は、たとえば、最も典型的な所有権の支配領域への侵害について考察すれば、物権法の諸規定に応じて具体化されており、一〇〇四条はその一つの類型にすぎない⁽³⁴⁾（これは違法論の統一を示唆しているものといえよう）とする。

つぎに右のような違法論が人格権、営業権（八二三条一項及び一〇〇四条の適用）に及ぼす影響については、シュトルの説とところからは詳らかではないが、それらが一般条項的な性質を持つ

ものである以上、シュトルの説によつても判例によつて具体化されることになるものと思われる⁽³⁵⁾。その際、絶対権としての強さの度合いに応じて、直接侵害を考ふる余地も生じえよう。

以上、ここでは、直接侵害、間接侵害を主張する三つの考え方をまとめてみた。いずれも基本的には行為違法論に影響されている。しかし直接侵害という態様に関連して、八二三条一項は依然として特別の役割を果している。但し営業権、人格権そのものについては、特別の考察が必要であり、その保護については、権利概念そのものから切り離してみることも一つの方法であろう。

二、 つぎに、直接侵害、間接侵害の区別をしないで「権利」を重視する立場がある。ここではラインハルトを取り扱う。彼の説を以下に要約しよう。ラインハルトも、シュトルと同じく、物権法等の関連に留意する。すなわち八二三条一項に含まれている権利と法益⁽³⁶⁾は、その法律上の承認を八二三条一項に負っているのではなく、本来の機能を損害賠償法の外部に持つ。これらのものは、個々人に排他的に秩序よく帰属しており、したがつて、他人が処分をなしえない特別の領域 Bestimmte Bereich をあらわして

料
いる。

ところで、私法秩序は、一般的な行為自由を承認することによって成り立っている。この私法秩序が機能するためには、一定の個人的領域 *Individualbereich* が一般的に *generell* 他人によって干渉されないことが必要である。したがって、この保護領域へのあらゆる侵入 *jeder Einbruch in Schutzbereiche* は、法の秩序への妨害をあらわし違法となる。この価値判断は「法益の秩序ある帰属 *Güterzuordnung*」から直接に生じるのであって、具体的ケースにおいてこの妨害の原因となっている容態 *Verhalten* を補足的に評価することによってなされるのではない。⁽³⁹⁾

この法益の帰属は、権利の維持と主張とを個々人に任せている私法秩序においては、個々人が第三者の侵入に対して権利を保持する可能性を持っている場合にのみ意義を有する。実定法上は、所有権に対して、九八五条及び一〇〇四条において、法益帰属の必然的結果 *notwendige Konsequenz* として返還、妨害除去、不作為の各請求権が明示されている。同じことが他の法益にもあてはまらなければならない。更に、八二三条一項にあげられている他の権利への一〇〇四条の準用も承認される。これらの請求権は、法益帰属 *Güterzuordnung* の維持と保持に役立つものであ

り、それが発生するためには、ある特定の他人に迄遡りうる妨害が存在する、ということが確認されさえすればよい。

以上のような特別の内容を持つ権利が不法行為法である八二三条一項に規定されているわけであるが、しかし、損害賠償請求権そのものは、法益帰属の結果から単純に基礎づけられるわけではない。そこでは具体的な行為者の容態の評価、あるいは、賠償義務を課することの妥当性 *sachgerecht* が考慮される。八二三条においては、それは、過失 *Verschulden* である。この内容は義務違反である。したがって一定の容態義務 *Verhaltenspflicht* 一般に要求される注意 *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* を用いて遵守しなければならないが、前もって規範化されていなければならない。

この容態義務についても、八二三条一項の「権利」は重要な機能を持つ。すなわち保護領域の帰属は、同時に、この地位を侵害しないようにふるまうべきだという他のあらゆる人々に対する要求と結び付いている。八二三条一項の場合には、この要求が損害賠償責任にとって重要な容態義務を生み出す。⁽⁴⁰⁾

同条二項や八二六条の容態義務は、これとは異なった方法で確定される。同条二項は保護法規と結び付いている。したがって、

そのつど詳細な容態命令や禁止 *Verhaltensgebot oder Verbot* が確定されている。八二六条においては、良俗にかなうように行わなければならないという一般的な命令 *allgemeines Gebot* から生ずる。

以上の容態義務の差異は、そのまま一〇〇四条の適用の場面にも現われる。後者などに関連する不作為請求権においては、容態の態様 *Art und Weise* 如何にかかわらず法益帰属 *Güterzuordnung* への許されない妨害を予防する、ということが許されるわけではない。反対に、態様から見れば、法秩序を妨害するものとして禁じられるような一定の資格を与えられた容態 *bestimmte qualifizierte Verhaltensweise* は、損害賠償責任のために必要な要件が存在しない場合にも、禁止される⁽⁴¹⁾。

ここで問題点を整理しておこう。先に紹介したようにラインハルトの基礎となっているのは法益帰属という考えである。ところで、民法は八二三条一項に「その他の権利」を規定して発展の余地を残している。これを創造することは、社会的需要に待たなければならぬのであろうが、ラインハルトによれば、その際、*Güterzuordnung* にあつた⁽⁴²⁾か否かということが問われることになる。ラインハルトは一方で「人格権、営業権の加入によつ

て、八二三条一項の権利は根本的に問題の多いものとなった⁽⁴³⁾」といっているが、これは価値的要素を含む問題でもある。いずれにしろ、ラインハルトに従えば、八二三条一項の権利は、不作為請求権の違法性の問題について、確固たる基準を与えている、といえる。

三、最後に、八二三条一項に特別な内容を持たせない立場を説明する。ここでは、一つの類型として、最近不作為の訴の問題にも若干の考察を加えたミュンツベルクをとりあげる。

まず、背後にあつて、不作為の訴の評価づけの基礎となっているものと思われる違法論を考察する。ミュンツベルクは、法規範を命令及び禁止を含む決定規範 *Bestimmungsnormen* と考え⁽⁴⁴⁾、以下のように説明している。この規範から法的義務 *Rechtspflichte* が生じ、これに違反すれば違法となる。この命令及び禁止の対象となりうるのは人間の容態 *menschliches Verhalten* のみであつて、それが又違法の対象でもある。したがつて、現実に生じた結果は違法とは関係のない責任根拠にすぎない。しかし現実の多くの不法構成要件、たとえば八二三条一項などでは、もともと肝要な人間の容態についての法的義務が何であるかが具体的に記述さ

料
れないで、加害結果（所有権侵害、身体傷害など）の記述で満足
されている。

資
この点について、ミュンツベルクは、法律の使命はいかなる事
情の下で違法な容態にサンクション Sanktionen を結びつけるか
ということであり、そのためには、しばしば結果の記述だけでよ
いとされる⁽⁴⁶⁾、と説明している。ミュンツベルクによれば八二三条
一項はその典例である。したがって、現実課題となるのは、
特定の容態義務を確認することである。そのためには、個々の不
法構成要件ではなくて、当該の法益に関係がある総ての法律上の
構成要件の全体が重要となる⁽⁴⁷⁾。

更に、ミュンツベルクはこの容態義務の発見方法として三つを
あげているが、その一つに利益較量の原則 Prinzip der Interessen-
abwägung がある。そして、あらゆるものを犠牲にしても保持
されなければならないような絶対的保護価値のある法益 absolute
Schutzwürdigkeit der Rechtsgüter は存在しないと⁽⁴⁸⁾いう。ミュン
ツベルクの違法論はケメラールなどの間接侵害の考え方に似ている
といえる。しかし後者が絶対権などへの直接侵害を認めているこ
とについては、ミュンツベルク自身は疑義をはさんでいる。すな
わち、ミュンツベルクによれば違法性の領域をいくつかのグルー

プにわけることがかえって解決を困難にする。むしろ違法性を極
極的に理由づけようとする統一的処理方法 einheitliches Verfahren
の方がより簡単である。特に、八二三条一項の権利及び法益が無
制限な不可侵性を持っているということは出来ない⁽⁴⁹⁾、とする。こ
のようにここでは実質的評価に重点がおかれているといえる⁽⁵⁰⁾。

ところで、ミュンツベルクは、いわゆる「予防的」不作為の訴の
責任根拠の問題 Haftungsgrund der Unterlassungsklage は違法
性ではないという⁽⁵¹⁾。しかしその説明によれば、この違法という評
価と切り離された責任根拠の内容を知るためにも、八二三条一項
は特別の役割を持たない⁽⁵²⁾。

要約すれば、次のようになる。不作為請求権は既存のある事態
ein bereits vorhandener Sachverhalt⁽⁵³⁾を要件とする。この事態が
計画された侵害をしてはならないという相手方の義務を根拠づけ
る。したがって、重要なものは、義務の侵害（違法性）ではなくて、
内容及び当事者を特定するに十分な既存の事態からの義務の発生
ということである。この義務そのものは、法律から直接引き出さ
れることがあるし⁽⁵⁴⁾、権利法益保護の思想 Gedanke des Rechts und
Rechtsgüter から発展することもあるし、又、判例により具体化
されることもある⁽⁵⁵⁾。不法行為法の中には、どこにも一般的容態義

務 *allgemeine Verhaltenspflicht* が存在する。

以上のような義務の性質及び根拠からミンツベルクは次のように考える。すなわち一〇〇四条の不作為の訴は、新しい不作為義務を生み出すのではなく、絶対権に危険が差し迫っている場合、原則的に強制不可能な既存の一般的な不作為義務に訴求可能性を与えるにすぎない。こうした関係を押し進めれば、絶対権以外の他の法益の保護のために、たとえ所有権における九〇三条のような法律上の確認がない場合にも、不法行為法に由来する行為及び不作為義務 *deliktsrechtliche Handlungs und Unterlassungspflicht* に訴求可能性を与えることは妥当である。判例(一般的な不作為の訴)は、実際このような経過をたどってきた。それは自明のことでもある。

ミンツベルクは、このように論じ、従来は、権利の概念が評価されすぎていた、⁽⁵⁷⁾ という。この前提にたてば、義務の発生については、権利とか法益といった問題にこだわる必要はなくなり、この義務が個人的に具体化されたときに、訴による請求が可能となるということになるであろう。更にミンツベルクの表現を借りれば、相手方としては将来の容態の外観 *der Schein zufünftigen Verhalten* に対して責任を負うわけであって、この外観が違法な

容態によって生み出されたか、あるいは適法な容態によってもたらされたかということはどちらでもよい。⁽⁵⁸⁾

ミンツベルクに代表される立場は、以上のように、違法論そのものにおいて、及び、予防的不作為義務の具体化の両局面において、八三条一項の特殊性を強調しない。特に、ミンツベルクは後者の問題を違法論と切り離しているが、これは論者それぞれ法律構成の差異に基づくものであって、その評価の具体的内容においては、実質的には変わりがあるまい。⁽⁵⁹⁾ すなわち、先の二つの違法論でとりあげた違法判断の問題は、ミンツベルクにおける義務の具体化に相応しているといえる。

(1 a) 特に(3) V, (4) III 参照。

(1 b) Baur, Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der „vorliegenden Unterlassungsklage“, JZ 1966, S. 381 ff.

(2) こうした積極的な思考は、古くは、ヘルツバッハに、最近では後述のミンツベルク (Münzberg, Verhalten und Erfolg) に似ている。パウアーによれば、全法秩序によって保護に値するとみられる利益 *Güter* や領域 *Bereich* に、類推によって、不作為の訴の保護を与えるかどうかということ、評価の問題 *Frage der Wertung* である。

- (3) たとえば、八二四条の制限的な保護を、包括的な營業権 ein umfassendes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb で置かざる。
- (4) ラレンツなどの訴訟法説。否定論者は、万人に向けられた不作為請求権は実体上ありえないという。パウアーによれば「請求権が発生するためには、法律に抽象的に定められた構成要件が具体的に実現されることが必要である。不作為請求権も一定の侵害の発生によって、人及び内容が特定され具体化される」から、実体的請求権の肯定は可能である。Baur, a. a. O. S. 383.
- (5) Ludwig Raiser, Der Stand der Lehre von subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
- (9) Raiser, a. a. O. 466ff, 471ff.
- (7) 營業關係に關していえば、不正競争防止法がこれにあたる。婚姻關係から生じる争いは、刑法との關係で八二三条一項の保護法規違反として保護される。Raiser, a. a. O. 470.
- (8) Raiser, a. a. O. 472. cf. Baur, a. a. O. 382. 「パウアーによれば、制度保護という思想は、不作為請求権の領域では意味がない。」不作為請求権については、立法者は、権利、法益、法的に保護された利益を同じように取り扱っている。社会的現実においては、個人的法益の保護は、権利の保護と同じ位重要である。占有保護 Besitzschutz を

制度保護あるいは平和秩序の保護の流出物と見るとすれば、それは保護の必要性を誤解している。」

- (5) Raiser, a. a. O. S. 467. 請求権は「一次的権利 primäre Rechte」である subjektive (absolute) Rechte に対して二次的権利 sekundäre Rechte といわれるもので、補助的機能のみを持つ。これは法的技術の産物であって、権利及び權利にまで形成されていない地位の両方を主張するために役立つ。なおライザーについては、奥田「請求権概念について」論叢八二卷二・三・四合併号二五五頁以下をも参照。
- (10) 註(3)参照。
- (11) Fritz Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AJP 160, S. 467 ff 参照。パウアーは、説明が困難な事例として「権利承継が行なわれたとき、⁽¹⁾土地の自然の変更によって侵害が生じたとき、⁽²⁾正当利益の保護のためになされていた名誉毀損の主張が、後に不真実であると判明し、⁽³⁾もはや正当とされなくなつたとき (S. 473.) をあげる。
- (12) Caemmerer, Wandlungen, S. 129 ff.
- (13 a) 関心は異なっているが、「権利侵害」の内容の変化そのものには乾助教授も着眼されている。乾「不法行為法についての一考察(五)」論叢八二卷六号七四頁。
- (13 b) Caemmerer, Wandlungen, S. 131. : Die absoluten Rechte in § 823 I, Gesammelte Schriften Bd I, S. 555 f.

- (14) Caemmerer, Gesammelte Schriften Bd I, S. 556 ff.
- (15) Caemmerer, a. a. O. S. 561 ff.
- (16) Caemmerer, a. a. O. S. 555. 「二三条一項に加える」とに積極的意義を認めている。「侵害の違法性が注意義務違反から生まれるとしても、八二三条一項が根底から変えられるということはない。」
- (17) Caemmerer, a. a. O. S. 566.
- (18) ケメラーは、容態の規範違反 Normwidrigkeit des Verhaltens を違法と判断する。それは、そのまま予防的不作為の訴にあてはまる。正当な容態にもかかわらず発生した望ましくない行為結果によって訴が基礎づけられるのではなう (cf. S. 567)。損害賠償請求権や除去請求権は、注意義務違反によって加害を及ぼす結果や継続的侵害が発生した場合のみ与えられるが、予防的不作為の訴においては、一般的な注意義務に対する客観的な違反という事実が足りなければよい (cf. S. 565)。
- (19) Larenz, Schuldrecht II, 1968 9 Aufl, S. 424 ff.; Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, Festschr. f. Dölle 1963, S. 169 ff.
- (20) Larenz, Festschr. f. Dölle, S. 185. ある法益について権利者に留保されている行為を行なうことと (ケメラーの支配権の直接侵害)、ある法益そのものへ加害を及ぼすこと (生命・身体などへの加害) とは区別され得ない。
- (21) その他第三の違法性がある。ここでは、命令違反の他に、行為者の内面的態度によって違法性が決定される。Larenz, a. a. O. S. 193. Anm. 37.
- (22) 惹起されたある結果が、行為の通常の経過から見て、行為そのものと見なされる場合は、直接侵害が認められる。よく引き合いに出される例としては、看護婦が自分では気が付かないで、死の結果をもたらすような溶液を注射した場合がある。ここでは、事実上生じた侵害から行為を違法と推論 Rückschluss することが許され、行為者が正当に verkehrsrichtig 行為していた、ということによっても違法性は排除されない。
- (23) Larenz, a. a. O. S. 193 f. この後者の命令違反の場合には、行為と結果との関連が遠いので、結果から直接に行為の違法性を判断することは許されない。この命令に違反した者は、相当因果関係の枠内で発生した損害に対して、八二三条二項に従って責任を負う。
- (24) Larenz, a. a. O. S. 194.
- (25) Larenz, a. a. O. S. 182 f.
- (26) 行為経過 Handlungsablauf の枠内にある侵害は常に違法であり、妨害除去義務及び不作為義務をひきおこす。つきに、より遠い背後の行為が原因となって発生する侵害においては、行為あるいは不作為によって一般の社会生活上の義務 Verkehrspflicht に対する違反が行なわれた場合にの

み違法となり且つ予防請求権を基礎づける。この義務に対する違反がなく、単に結果が惹起されたにすぎないときは、状態責任 Zustandshaftung に依つてのみ理由づけられる(Larenz, a. a. O. S. 198 f.)。

(27) Larenz, a. a. O. S. 199. この点についてはライントンは次のように述べている。「たとえば、誰かが私の土地を往來することによって、私の所有権を直接に侵害するとすれば、それは常に違法であり、繰り返しの危険があれば、不作為請求権が与えられる。他方誰かが、自分の土地で、将来において私の土地の侵害をひきおこすような行為をなせば、私の土地の侵害が発生し、あるときは少くとも予見しうるような場合でのみ不作為を請求出来る。」

(28) Hans Stoll, Unrechtsstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP. 162 S. 203 ff.; Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, S. 137 ff.

(28 a) Stoll, AcP. S. 220 ff. Jz S. 139 f.

(28 b) cf. Baur, AcP. 160, S. 469.

(29) Stoll, AcP. 162, S. 206 ff.

(30) 直接侵害の類型として、たとえば、法律行為的目的的行為、rechtsgeschäftlich-finale Handlungen, 事実的目的的行為、tatsächlich-finale Handlungen, 客観的直接侵害 objektiv-unmittelbarer Eingriff (S. 212 ff.)。

(31) Stoll a. a. O. S. 215.

(32) Stoll, a. a. O. S. 229.

(33) Stoll, a. a. O. S. 227 ff.

(34) Stoll, a. a. O. S. 218 ff. 一〇〇四条では客観的直接侵害が第一の不法類型としてあげられるが、間接侵害も又あつてはまる。したがってある妥当な容態 verkehrsrichtiges Verhalten によつて相当因果関係の枠内で惹起された妨害状態について、除去義務を負わせるとすれば、所有権訴訟の法律的指導像が放棄されることになる (cf. Stoll, a. a. O. S. 225.)。

(35) これらは、保護領域の限界づけにおいて特別の問題を提示する (cf. Stoll, a. a. O. S. 212.)。

(36) ショートルは、氏名権、営業上の保護権などについては直接侵害と共に間接侵害を認めている (S. 216 ff.)。更に、個別的規定については、「八二三条二項、八二四条、不正競争法などに沈黙している容態規範は、規範違反が客観的に認識されなくとも違反せらるる」といつ (S. 211)。営業権、人格権への違反の態様は、これらとの対比において考察することが出来る。

(37) Reinhardt, Das subjektive Recht in § 823 I BGB, JZ 1961, 713 ff.

(38) ライントンは、生活利益(生命・身体など)を所有権と同じように考えている。

(39) したがって正当化事由が存在しないかぎり、他人の保護

- 領域への侵入を示すあらゆる人間の容態は、この結果のため、法秩序に違反しているのであって、行為者がその結果を避けえたかどうか、あるいは注意の緊張が欠けていたかどうかは問題とならない。
- (40) 保護領域違反として直ちに違法である行為が、更に他の観点からも、他人の保護領域を尊重しなければならぬという義務の違反として無価値判断を与えられたときに損害賠償義務が発生する(S. 716.)。
- (41) Reinhardt, a. a. O. S. 717.
- (42) cf. Fabricius, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ AcP. 160, 特に二八九頁以下参照。
- (43) Reinhardt, a. a. O. S. 714.
- (44) Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung 1966, S. 62 ff. 法規は更に評価規範 Bewertungsnormen と二つの機能を持つ。つまり、ある結果(身体傷害など)を觀念上考へ出し、これを評価することによって、そのような結果を生み出さないための規範をつくる、という意味の評価規範をなす。この可能な結果 der mögliche Erfolg の評価は、法規範の発生根拠であると共に解釈の基準である。
- (45) この法的義務は命令 Imperativ 程強いものと考ええる必要はない。決定規範は個々の人間に対する勧告 Empfehlung-en といふべきであらう(S. 51.)。
- (46) Münzberg, a. a. O. S. 68 ff.
- (47) Münzberg, a. a. O. S. 93.
- (48) その他、適合の原理 Prinzip der Eignung (そのことでの状況において、法律によって否認されるような結果を妨げ、望ましい結果を達成するに適した容態が要求される)、可能性の原理 Prinzip des Könnens (義務の限界は主体の可能性の中に求められる)がある。Münzberg, a. a. O. S. 141 ff.
- (49) Münzberg, a. a. O. S. 143.
- (50) Münzberg, a. a. O. S. 332 ff.
- (51) なお、この著書においてはミンツベルクは、人格権、営業権については特別に言及していない。違法評価の面では、通常の法益と同じように考えればよいのであろうか。
- (52) 一般には違法な容態とされており(除去請求権においては違法な妨害状態)、又その際、「権利」がある一定の役割を果していることは既述した。「予防的」不作為の訴は意義は侵害のおそれがあるにすぎない場合にも保護が与えられるところにあるのだが、ミンツベルクは、この段階は違法という尺度では評価出来ないという。違法判断の対象となるのは、現在生じている事実 das, was ist、過去に生じた事実 das, was war、のみであり、すなわち現在あるいは過去に属している現実の容態のみである。したがって計画されたにすぎないような容態は決して違法ではない。Münzberg, Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unter-

- lassungsklage, JZ 1967, S. 689; Verhalten, S. 418 f.
 42 Esser, Schuldrecht II 1969 3 Aufl. S. 470. 43 同前。
 (53) Münzberg, JZ 1967, S. 691 ff.
 (54) Umstand, tatsächliche Situation とも表現される。cf. Verhalten, S. 419.
 (55) たとえば、所有権の自由使用処分権能を定めた九〇三条。
 (56) Münzberg, JZ 1967, S. 694.
 (57) Münzberg, JZ 1967, S. 692. ネガトリアの保護を享受するために、八二三条一項に侵入する必要はない。
 (58) Münzberg, Verhalten, S. 421.
 (59) ミュンツヘルクにおいては、不作為義務が具体化される事情 Sachverhalt の中に適法な容態をも加えるところに特色がある。

(三) 総括—ドイツ法及び日本法—

最後に、ドイツにおける一般的不作為の訴の問題点を整理し、わが民法における若干の提案を試みる。

一 これまで、ドイツにおける一般的不作為の訴の展開を、現在の不法行為理論の視点から権利の機能を中心として把握してきた。そこに現われた諸現象をわが民法と関連させて考察するためには、ドイツ法特有の諸前提を再確認しておく必要がある。

まずドイツ不法行為法は個別的規定しか知らず、且つ八二三条一項の絶対権を中心に構成されている。不法行為の効果は原状回復を原則とする。違法性は単に不法行為法の分野で問題となるだけではない。特に一〇〇四条の物権的請求権 (actio negatoria) との内部的統一に考慮が払われている。違法論においては元來結果不法の考えが支配的であり、権利侵害²違法性という価値判断が貫かれていた。そして違法性と有责性をあらず過失が峻別されており、物権的請求権の要件としては、違法性だけでよいとされる。したがって、判例が創造した一般的不作為の訴(準物権的請求権)が許されるためには、理論的には、法律によって保護された法益への客観的¹に違法な侵害があればよいことになる。

この事情は行為違法論によって若干の影響を受けた。権利侵害²違法性の公式が再検討されたことは勿論であるが、それと共に違法性統一論も動揺した。後者については、ヴィートヘルターの如く物権的請求権そのものを違法論から切り離して考える立場³すらある。その他、除去請求権のみを除外し、あるいは除去請求権のうちの状態責任⁴ Zustandshaftung を特別に扱い、その他は違法性によって統一されるとする説もある。しかしこの問題は、論者それぞれの違法論によってその位置づけが異なるのであって、

請求権発生要件の實質的内容に変わりはない。すなわち物権的請求権そのものは、新旧いずれの理論からも、まず、違法性という観点からのみ取り扱われており、その枠からはずれる場合があるとしても、特別の要件を必要とするわけではない。更に、新理論によって伝統的な違法と過失が融合してきたとはいえ、有責任原理としての過失は、理論的には、(実際の事例においては過失が存在する場合が多いとしても)物権的請求権と直接の関連はない。

このように損害賠償請求権と物権的請求権の成立要件が一部分において一致するとすれば、その要件については統一的に構成することも可能となり、更に、より軽い要件で発生する物権的請求権はどのような法益に類推されるべきかの問題が生じる。そして判例法上の理論としては保護法益の面で、「一般的」に認められ、その要件も本来の物権的請求権のそれと変わらないとされる。但し学説の上では、後者についてはラレンツのように絶対権と法益との間に要件の差異(権利保護の必要性)を認めようとする立場もある。

いずれにしろ両請求権を統一的に考えることが可能かどうかということは、一般的な差止の訴を論ずる際にわが法にとつても重要である。舟橋教授の相關関係説はおそらくはこの考えが前提と

なっているものと思われるが、この説は、最近平井助教教授によって、違法性の内容がドイツ法と日本法とは異なることを理由として、反論されている⁽⁷⁾。これが正しいとすれば、両請求権に於て、それぞれ固有の要件を考えなければならないことになる。

二 以上を前提として、ドイツ法体系の中における一般的不法行為の訴の諸問題を、私の立てた視点から、まとめておこう。ドイツ法では不法行為の効果は原状回復を原則とする。したがって原状回復の一態様としては不作為請求権が考えられる場合がある。但しそのためには過責事由が存在しなければならないし、且つ、原状の回復なのであるから、予防的効果は期待しえない⁽⁸⁾。この二つの保護の欠如を補うのがいわゆる一般的予防的不作為の訴である。理論的には、判例法上準物権的請求権という法律構成がとられ、実践的には、社会的要請によって生み出されたものである。一般的とは、請求権の認められる保護法益に制限がないことをいう。通常は不法行為法によって保護されている法益と考えられているため、不法行為法的不作為の訴ということばを連想させるが、これとは全く性質の異なるものである。予防的とは、権利侵害が未だ発生せず、侵害が差し迫ったにすぎない場合にも、訴が認められることをさす。このような性質を持つと考えられた訴

も、現実には営業あるいは人格に関する諸法益、特に名誉、信用毀損の救済に認められる場合が多く、そこにはおのずと一定の制約が生まれつつあるように思われる。更にこれらの諸法益は一般的人格権及び営業権に統一されつつある。ところで一般的不作為の訴そのものに対する学説は、「かつては」権利の内容を広狭に解することによって、積極説、消極説に分れていたが、いずれの立場も何らかの留保があり、保護法益の面では結果的にはあまり変わらない。ここでは、訴が許される前提として明確で支配的な保護法益が必要とされた。

こうした判例及び学説に現われた諸現象を物権的請求権と内的関連を有する不法行為法の「現在の」諸特徴を通して再吟味すると次のようになる。ドイツ法では体系上、絶対権・権利と法益が意図的に分けられている。したがって単なる法益に不作為の訴が認められるということは、法益が権利にまで高められたことになり、「結果的」にはもはやこの差異がなくなるか、あるいはこの差異を維持する必要性が失われたのではないか、ということを描^(9a)測させる。

そこで新たに、権利の機能を考え直すとすれば、保護範囲の包括性と違法性の基準の二つの側面からの接近が考えられうる。予

防的不作為請求権においては違法性を要件としない学説も存在するので、後者は広く、請求権発生要件の基準とよい換えることも出来よう。もっとも、この接近方法が学説上意識的に論じられているわけではない。しかし、既に検討したように、前者は判例によれば肯定的に解され、後者については行為違法論の中で定説はない。

本稿はこのような機能を八二三条一項を足がかりに、人格権、営業権を素材として考察したけれども、広く権利一般について同じことが考えられうるであろうし、わが法においても考慮に値する問題であると思う。勿論、ここでいう行為論に由来する違法性の基準はわが国のいわゆる「権利侵害から違法性へ」というテーゼに代表される相関関係論の違法論とは次元を異にする。しかし、その内容は両法で異なるとしても、(損害賠償及び物権的)請求権発生要件の基準を考察するという方法を通じて、わが国においては、ドイツとは逆の過程を経て、すなわち権利一般が従来果してきた現実的機能を考慮することによって一般的差止の訴の法的根拠を論じることが可能になってくるものと思う(その結果については四以下参照)。

三 次に、一般的不作為の訴の今後のドイツ法上の位置づけを

私なりに一応考えておこう。そこでは八二三条一項の権利に特別の地位が与えられていたわけであるが、その後次第に権利の内容が流動化し、違法性の面でも権利は絶対的な役割を果すものとはいえなくなってきたことは既に述べた通りである。権利には勿論、保護範囲の拡大と明確化をもたらすという利点はあるけれども、営業権のようにその法的構成が非常に困難なものもある。したがって、ある利益の保護を考える場合、ことさらに権利という枠にこだわる必要はないように思われる。むしろ、たとえば、名誉とか信用そのものに着目した保護の態様を考えればよいことになる。これは統一的な違法評価論とも結びつくことになるであろう。少くとも不作為の訴の適用の面ではそういうことがいえると思う。それではあらゆる法益に対して不作為の訴が認められるかといえ、その要件から考えてやはり一定の制約を伴うであろう。この点では、八二三条一項についていわれる法益の社会典型的明白性という理論は、不作為の訴を考える際にも一つの基準となりうる要素を持っている。しかし法益が絶対的に構成される必要はないと考える。⁽¹⁰⁾ 明白であれば、当事者は自分の容態がサンクションを受ける可能性を見ることが出来るし、社会典型的であるということは客観的違法があればサンクションを負わせら

れるという要件を納得させるであろう。このように考えれば、権利と法益の差は包括的なものにすぎないことになる。すなわち、権利は関連ある法益を集合する機能、法益集団の意味しか持ちえないことになると思われる。

次に要件についてふれておこう。権利侵害が一旦発生し繰り返しの危険が憂慮されている場合には、不作為の訴は、新旧いずれの理論によるにせよ違法性という要件で解決されうる。しかし本来の予防的・不作為請求権においてはどうか。侵害が直接に差し迫り予防的保護を必要とする状態をどのように説明すればよいか。⁽¹¹⁾ この問題は直接侵害・間接侵害の区別とは関係がない。ドイツの Dering は、これは単なる時間的推移の問題にすぎない、⁽¹²⁾ といふ。絶対権においてはまさにその性質の故に侵害が急迫しさえすれば保護が与えられるという学説は以前から存在するが、結果的にはこれと同じ結論になるであろう。しかし私はここでも以前に述べた権利と法益の考えを貫徹させ、絶対権とか八二三条一項で保護されている法益に限定する必要性はないと考える。その意味で違法性とは切り離された理論であるとはいえず、ミュンツベルクの義務の特定性という要件はそのままでは受け容れられないとしても普遍性があると思う。したがってある事態から行為者の容態

を客観的に判断して、義務が特定される状況になれば訴が許され
ると考えたい。これは容態のみならず、客観的な事態をも考慮す
る点でわが国の解釈論にも参考にならう。但し、義務の特定だけ
では未だ不十分で客観的な利益較量によって保護の必要性が判断
されなければならない。反対に、既に先行の権利侵害が存在する
場合(判例に現われた事例ではこの方が圧倒的に多い)には、利
益較量は訴を基礎づけるための主たる要件である違法性の判断の
ために用いられる。したがってここでは違法性と保護の必要性と
を別個に考えることは不用であると思う。

四 最後に、ドイツの動向を参考としてわが国における権利
侵害の予防的救済について考えておこう。一般的な差止の訴を考
えうる余地があるであろうか。従来判例、学説にあらわれた考え
方を検討してその可能性を探ってみよう。わが民法上念頭にうか
ぶ根拠としては、(1)物権的請求権の類推適用、(2)不法行為の効
果としての原状回復、(3)名誉毀損の回復処分の類推適用がある。
(4)の処分の中に妨害予防処分を含めるのは法文の解釈としてやや
無理であり、又、単に名誉にとどまらず一般の利益について予防
的救済を検討するためには法的根拠として一応考えうるのは(1)(2)
の二つであろう。一応というのは、差止の訴をめぐる問題点を整

理するためには、民法の体系上この二つにそって説明するのが便
宜であるということにすぎず、したがって勿論この二つのいずれ
かが適切であるということではない。

五 問題はいかなる利益について、いかなる要件で差止の訴が
認められるかということである。ここでは、従来判例上争われた
個別的利益毎に検討する。そこには単に当該個別利益のみ妥当
する理論が展開されているにすぎないのか、あるいは広く一般の
予防的救済制度にまであてはまる考え方が潜んでいるのであろ
うか。換言すれば、この問題は「権利侵害」がどのように取り扱わ
れていたかということでもある。これを吟味することにより、ド
イツにおける不作為の訴の問題点と同じ平面で論ずることが可能
となってくる。まず物権以外の利益で争われた例としては、直接
に差止の訴が争われたわけではないが、有名な債権に基づく妨害
排除請求権をめぐる対立がある。最高裁は排他性のある賃借権に
ついてこれを認めている⁽¹⁵⁾。学説においては古くは一般の権利の通
有性たる不可侵性にその根拠が求められていたが、後には加害者
の故意過失を必要とするとか、相関関係によって決すべきとの主
張も行なわれるようになった⁽¹⁶⁾。この事実は次のように評価するこ
とが出来よう。すなわち、こうした理論構成は、いわば保護の態

様としての妨害排除を広く一般に承認するために考え出された法律構成であつて（論者が意識していたかどうかは別としても）、わが民法が不法行為の效果として原状回復を規定していない結果、たまたま物権的請求権との関連で論じられたにすぎないのではないか、と思う。少くとも、ここで主張されている理論からは、妨害排除請求権は債権に限られるという必然性は生じない。しかし本来の物権的請求権（その要件を含めて）を前提として妨害排除請求権を論じていると思われる諸学者は、排他性、支配権たる性質、絶対性などの表現を用いて、特定の債権にのみ物権的請求権の効果を与えている。

つぎに、人格的利益についても予防的保護の必要性は唱えられながら法的根拠は未だ確立されていない⁽¹⁷⁾。営業に関する利益についても同じことがいえる。これらはいずれも損害賠償法の分野では相当の保護を受けている。ここではいわゆる差止請求権を是認する意義は大きいであろう。ところで、具体的に下級審判例に現われた事案においては、氏名権とかプライバシー権に言及されており、したがって差止請求権の根拠を権利性に求めているものと察せられる⁽¹⁸⁾。もっとも末川博士は、古く、その違法論に立脚されてか、「不作為請求権は違法行為の效果とも見られうるのだから、

当該名誉毀損が違法なる限りに於てそこから現存名誉毀損の排除又は将来の名誉毀損の予防を内容とする請求権が発生する」と説かれた⁽¹⁹⁾。この説は私の考えによれば、相關関係説とも相通するものがあり、又、「違法行為云々」といわれる以上、名誉にかぎられる必要性は生じないであろう。そうだとすれば、この説を徹底させれば妨害排除、予防請求権は「権利」侵害とは関係なく、侵害の「事実」を評価することによって発生する、ということも出来よう。請求権発生要件の評価の対象が「権利」から「事実」に移行することにより、保護利益の範囲が広がりを持つこととなる。これは一般的な差止の訴の可能性を示す考え方である。

ところで、妨害排除請求権が拡大されつつあることは最高裁の判決によつても窺いうる⁽²¹⁾。更に、この傾向は下級審判決に見られる公害をめぐる差止請求権の事案によつても確認することが出来る。公害は土地使用に関連しており、したがつてその差止のためには本来の物権的請求権を用いることも比較的容易である。しかしそれでは保護が制限されるおそれがある。そのために学説・判例によつてそれ以外の理論が構成されつつある。公害の事例は他の利益侵害に見られない多くの特色を持つてゐるけれども、そこで適用されている解決方法は先にあげた諸利益を含めた一般の差

止請求権の構成の問題に多くの示唆を与えるものと思われる。⁽²²⁾判例にあらわれた差止の可否を論じる理論構成としては物権的請求権を根拠とするものが最も多く、ついで人格権を根拠とするものが若干存在する。注目すべきことは不法行為を理由とする判例の出現である。そこでは一般的に不法行為の効果として論じられた⁽²³⁾り、あるいは、「日照権なる社会的生活利益は未だ権利として確定した内容を持っていないので権利に基づき差止を認めることは失当である」、と述べた上で（これは権利が認められるまでの一時的解決方法であろうか）、不法行為に基づく差止が認められたり⁽²⁴⁾している。しかしいずれの場合にも差止要件は賠償要件よりも加重されている。このように両請求権の要件を区別することは他の裁判例においても有力である、といわれている。⁽²⁵⁾

学説においては、ここで述べた法的根拠がそれぞれ主張されており、更に権利侵害の継続性を理由とする立場もある。この説によれば、差止の認められる被侵害権利は、そこに侵害の継続性があるかぎり、かならずしも物権にかぎられる必要はなく、人格権でも債権でもよく、したがってそれらのいずれかの権利侵害を内在しているといってもよい生活利益の侵害としての公害について、原則として差止は認められることになる。⁽²⁶⁾以上の諸説のいず

れがより妥当であろうか。実益という面から見るとかぎり公害に対する差止請求は既存の物権理論によってもまかなえるかも知れない。⁽²⁷⁾しかし一般的に考えれば、人格権（あるいはその他の権利）による構成の方が保護範囲に弾力性を与え、公害の本質により適しているといえるであろう。この人格権説（権利説）と不法行為説は、公害をめぐる保護利益を拡大するために案出された理論には違いない。この両説をめぐる対立は単に公害に限らず、差止請求権一般についても影響を持つものと思われる。ところで両説の紛糾は差止が認められるべき保護利益の拡大という目的とその要件とが明確に区別されずに論じられていることに帰因するものと考えられる。すなわち差止を認める法的根拠を権利における保護利益の範囲が制約されるおそれがあるために不法行為説が用いられるのか、それ以上に、七〇九条の完全な要件を満たした「不法行為」にのみ差止を肯定しようとする意図なのか。⁽²⁸⁾この観点からは両説それぞれ長短がある。竹内教授はこのことを意識されてか、形式的には、固有の意味の不法行為説をとられ、「被害者が有する権利は何か、という理論構成をとらず、差止によって保護されるべき十分な利益が存し加害者の侵害行為があれば差止を請求することができる」といわれる。⁽²⁹⁾これと逆の立場が沢井

教授により指摘されている。すなわち「差止請求権は不法行為とは効果も要件も非常に違っており(相手方に対する実際の効果は非常に積極的である)、むしろ物権的請求権に近く、これを人格権に拡張すればよい。公害を人格権侵害と構成したからといって、利益較量を前提とする以上、弾力性を欠くことにはならない」と説かれる。⁽³⁰⁾

六 以上、判例上問題となった諸利益について個別的に検討してきた。差止請求が認められるべき利益の範囲は拡大されている。いずれの場合にも、一般的な差止請求権にまで発展しうる可能性を持つ理論構成が潜んでいる。

ところで具体的な個別利益を離れて一般的にもこの問題は古くから一部学者により論じられてはいたが、末弘博士が早く積極的態度を示された。その後の学説は大意二つに分れる。一つは権利説ともいべきものであり、この説は無体財産権あるいは氏名権などの人格権といった支配権あるいは絶対権に差止の保護を承認しようとする⁽³¹⁾。但しその保護利益(権利)の範囲は一定していない。この説によれば、法律生活の進展に伴い無形の利益についても支配権が確立されさえすれば、差止請求が認められることになる。もつともこの学説の中にも実質的に利益と損失の比較考量に

よってきめるべきだとする傾向が強く、したがってそのかぎりではこの理論の適用は弾力的である⁽³²⁾。他の説は一応、保護利益を明示的に制限しないという意味で非制限説としておこう。この中には信義則の適用によって「一般的不作為の訴」を基礎づけようとする立場があるが、信義則は裁判官を導く理念とはなりえても差止請求を考える法的根拠としては妥当性を欠くものと思われる。

非制限説で最も徹底しているのは浜田教授が主張された固有の意味の不法行為の効果としての原状回復説であろう。しかし、この説に従えば、保護の態様として金銭賠償とはつきり異なる妨害排除、差止の特殊性を見失うおそれがあり、又、ドイツ法と異なるわが民法の解釈としてはこの説を受け入れることは、やや無理ではないかと考えられる。教授自身もこの不法行為説を次善と理論構成されているようで、「理想的な法律体系は物権的請求権にも比すべき権利的請求権の体系を建設することにあることは否定出来ない」といわれる⁽³³⁾。この考えは先の権利説と一致する。つきに多くの議論を呼んだ舟橋説は、物権的請求権を不法行為の効果とみなしている、と一般に評価されている。この説に影響を与えたといわれる末弘説にも一般不法行為に対する救済云々の表現が見られる⁽³⁴⁾。しかしこの両説が前提としているのは、むしろ違法行為

料

資

(したがって固有の意味の不法行為ではない)とでもいうべきものであると私は考へる。⁽³⁸⁾ 物権以外の利益についても妨害排除、予防の保護が必要なことを認められた上で、具体的な妥当性を持たせるために独自の妨害排除、予防にふさわしい要件を考え出されているにすぎない。それがたまたま民法の構成上物権的請求権との関連で論じられただけであろう。したがって物権的請求権と不法行為請求権を同一視するとか、いわゆる物権的請求権理論とはかけ離れているという反論は正鵠を射ていないと思う。むしろ、本来の伝統的な物権的請求権とはその内容を異にするところに舟橋説の積極的な意義があるのである。

いずれにしても物権以外の利益について差止請求を許すこと(法の創造)が実践的課題であり、且つそれが望ましいとすれば(法政策の問題)、残る問題は之を許す要件をいかにすべきかという点にある。したがって仮に差止請求に関して既存の民法理論をめぐる争いに意義があるとすれば、いずれを用いればより妥当な枠づけを行ないうるか、あるいはより説得的であるか、ということにすぎないと思う。このことを逆にいえば、既存の民法理論にとらわれないで差止の訴の法律構成を考えうる余地が残されているということである。この余地はこれまで検討してきた判例、

学説の中に垣間見ることが出来た理論構成からも窺うことが出来ると思う。そこで次にこれを検討しよう。

七 ところで以上の諸学説は原状回復説を除外すれば、又、債権を別とすれば、差止の訴の具体的適用の問題に関しては、実際には相接近しているともいえる。その意味はこうである。権利説はレーマンの絶対権説と通じるものを持っている。したがって新しい支配権の創造による発展の余地が残されている。この創造によつて保護利益の範囲が制約されるという欠陥(不法行為説からの反論)はある程度補われうることになる。更にわが国では学説によれば、権利説といえども権利侵害(違法)だけでは足りず利益較量といった特別の要件が付加されている。この弾力的な取り扱いは不法行為説と一致する。このように考えれば、差止の訴の法律構成を摸索する上でまず、妨害排除、予防を許す場合にだけ権利にとらわれるという理論に疑問が生じてくる。

ここで、権利と違法論(請求権発生要件の評価)についてふれておこう。既述の如くドイツ民法八二三条一項は特別の意義を持ち、そこに含まれる絶対権は一〇〇四条との内部的関連を持っていた。ところでわが民法の七〇九条の権利は多くの学者によつて指摘されているように、ドイツ法と異なり立法当時も非常に広く

解されて⁽⁸⁷⁾いた。しかしそれによっても保護が十分全うされなかつたためであるうか、末川博士によつて構成された理論が、いわゆる有名な「権利侵害から違法性へ」というテーゼであったことは周知の通りである。これは我妻博士の相関関係説へと発展しこの我妻理論は、現在の通説の見解と考えられている。この違法性説に対しては権利拡大説からの反論もおこなわれたが、実はこの違法性説といえども消極的ではあるが、権利を完全に無視しているわけではない。勿論、この権利はドイツ民法八二三条一項のそれと一致するものではないけれども。末川説によればたとえ重点がそこにはないとしても権利侵害は違法評価の一つの基準である。これは形式的にはドイツ民法八二三条一項と同じ機能を持つことを意味するものと思われる。すなわち行為の違法性を象徴するのには、権利侵害という形を以てすることが―所謂権利本位の基調に立っている今日の私法制度の下にあっては―、最も適当だと考えられたからである。⁽⁸⁸⁾更に我妻説によれば相關的に考慮されるべき一つの要素である被侵害利益も段階的に評価されており、したがつて侵害の違法性には被侵害利益によつて強弱の差があることになる。そして、利益ということだけで表現されているとはいへ特別の権利は強く保護されている。⁽⁸⁹⁾しかし全体からいえば、違法性論の

積・極・的・意・義は「権利」とは異なる利益に不法行為法の保護を与えることにあり、その方向づけのための理論としては十分に機能しえたことは間違いない。(この通説は、最近動搖を受けている。相関関係の内容を被侵害利益の種類と行為の肉心的要素の種類とに置きかえようとするものである。これによつても被侵害利益の重要性に考慮が払われている。但しこれはドイツ法の理論を強く受けた構成であつてわが法との関連づけは今後に残されている。) つぎに物権的請求権についてはどうか。その本質をどのように説明しようとも物権にのみこの請求権が認められていたのはそれなりに歴史的な意義があつたからであるといふことは争われないところであらう。⁽⁹¹⁾わが民法の立法者も、この点についてはドイツ法と同じく狭く解し、物についてのみ承認しようとしていた。ここでも重要なのはいかなる場合に物権的請求権の保護が与えられるものとされ(理念)、又実際に与えられてきた(現実)かということである。通説の見解に従えば、その基準は明確でなければならず、画一的に定められなければならないとされ、これは物権的請求権の特質であると考えられてきた。物権の性質はこの特質に最も合致するものと思われる。このことは法律的には物権の絶対性とか排他性、あるいは、不可侵性といったことで説明さ

れてきたわけである。しかし現実には画一的に請求権が発生するわけではない。本来の物権的請求権においてすら判例によれば権利濫用の法理が用いられている。つまりそこでは形式的な解決ではなく実質的な評価が要求されている。とすれば、物権でなければならぬという必然性は、少なくとも請求権発生要件の評価という現象的な側面からは生じないことになる。

以上のことから不法行為法及び物権的請求権の両領域に於て権利は一応の意義は維持しているけれども特別の地位を失いつつあるということが出来よう。この結論が正しいとすれば、権利説は既にその前提を欠くことにならう。

八 これまでドイツ法とわが法を総括してきたわけであるが、一般的不作為の訴(差止の訴)の問題をどのように考えればよいであろうか。ドイツ法が絶対権を中心に構成されていることは、ドイツ法の理論をわが国で応用する場合にあまり障碍とはならないように思われる。すなわち、権利(絶対権)が特別の地位を失いつつあることは彼此同じであるからである。むしろ決定的な差異は、ドイツでは「客観的に違法な侵害のおそれがあれば不作為の訴が一般的に許される」という判例が確立してしまったという事実である。この理論は、ドイツ民法典における体系上の疑問はと

もなく、論理的にはきわめて単純直載である。わが民法では、特定債権については、妨害排除請求権に関してではあるが最高裁ではつきりとした原則が確立されているけれども、それをめぐる学説や他の利益の差止請求について下級審に現われた若干の事案の解決方法は一律ではない。訴を許すにあたって違法判断のみで済まされているわけではない。法政策としては、物権以外の利益についても差止請求が許されてしかるべき場合があることは否定しえないであろう。そこで、その法的根拠を考えるにあたっては、仮に不法行為説と権利説とから選択するとすれば、原状回復を規定していないわが国では、不法行為の効果と考えるよりも、物権的請求権の類推(権利説)という法律構成の方がより妥当だということはいえる。しかし従来はともすれば伝統的な物権的請求権の理論にとらわれすぎて、是か否かという二者択一の判断しかなされなかつたように思われる。そして権利説の前提自体が動搖しつつあることは既に述べた通りである。したがって、むしろ物権的請求権の類推という法律構成を離れて、ドイツ法の総括で述べたように「利益」そのものに着目した方がよいのではないかと思う。現在では絶対的に保護されなければならないという利益はありえない。しかし反対にあらゆる利益に対して不作為の訴が容認される

と考えることも妥当ではあるまい。したがって、侵害を類型化することによって権利(特に人格権)にのみ認めようとする考えも依然として一理を持っている⁽⁴⁾。しかし権利といえるためには伝統的な考えによれば一定の枠と明確な対象を備えていなければならぬ。そういう性質を備えていない利益に対して差止の訴の保護を与えるために、ことさら権利としての性質づけを行なうことは不自然であろう。逆にそのことによって差止の訴の保護が狭隘になるおそれがある。更に既述のごとく違法性の評価において、仮に権利に対して段階的評価が許されうるとしてもはや特別の機能が存在しないとすれば、権利説の実質的意義は失われてしまったといえよう。したがって率直に、「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の保護が与えられると考える。その場合には損害賠償請求権と異なり、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益較量によって判断されなければならない。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⁽⁴⁾。

九 以上本稿は主としてドイツ法を素材として不作為の訴の現実的機能を考察しそこからわが法における法的根拠を考え直すとした。差止という特別の保護形式から考えて、凡そあらゆる利

益については是認されるという意味の一般的な差止の訴は許されないと思う⁽⁴⁾。本稿では、差止の訴によって保護されるべき対象は何か、ということに焦点を合わせて論述したわけであるが、この訴の具体的な適用については今後とも検討をつづける積りである。本稿はまことに拙いものではあるが、大方の御教示と御指導を御願ひして、ここでひとまず擱筆させていただくことにする。

(1) 判例の表現によれば、客観的という表現が用いられているが、これは結果不法(状態責任を含む)の考えにひきつけられたものと思われる。違法と過失は峻別されているのであるから、特に客観的と云う必要はない。(なお、不作為の訴を発生させる要件としては、最近の説として Esser, a. a. O. S. 471. を参照。)

(2) Wietölter, Der Rechtfertigungsgrund des Verkehrsrichtigen Verhaltens, 1960 S. 54 f. cf. S. 30. 八五八条、一〇〇四条の規範素材 Normmaterie においては(このことは全ての不作為及び妨害除去請求権にあてはまる)法秩序における防衛線が前進している。義務に合致した容態 sorgfältiges Verhalten の場合にも不作為及び妨害除去のСанクションが負わせられる。この負担は損害賠償義務に比べて比較にならない程小さいから、法政策的に正当化されるとする。

- (3) Caemmerer, Wandlungen, S. 130 f.
- (4) Larenz, Festschr. f. Dölle Bd. 1, S. 198 ff.
- (5) 浜田稔「不法行為の効果に関する一考察」私法一五号九八頁参照。
- (6) 舟橋「いわゆる物権的請求権について」私法一九号三七八頁以下。
- (7) 平井「不法行為責任の範囲に関する法的構成」法協八六卷二二号三一頁。尚後述五以下参照。
- (8) 浜田・前掲書一〇三頁参照。
- (9 a) 中井「ドイツにおける権利侵害予防制度の一考察」立命館法学五六号四二八頁参照。中井教授は不法行為的権利保護の観点からすれば、概念的な権利と法益の区別はあまり意味がないといわれる。問題は何故そのようなことがいえるかということであり、又、特に不法行為的保護に限定する必要はなく、不作為請求権にも同じことがいえると思う。
- (9 b) 註(4)参照。
- (10) 中井・前掲書四二八頁は、予防的権利保護の必要性と法益の絶対的構成とが相俟って実体法上の予防的不作為請求権を生ぜしめると解している。
- (11) 中井・前掲書四二八頁参照。わが国の物権法教科書によれば、むしろ当然のこととされており殆んど論じられていない。しかしこの問題を解決するためには行為者の容態を

検討しなければならないので、結果を重視するわが国では性質づけは困難なはずである。こういうことから、物権的請求権といっても妨害除去請求権と不作為請求権とは異なっており処理されなければならないことが分る。

- (12) Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt 1963, S. 204. 八三三条一項及びそこで保護されている法益を考へて、構成要件の実現が差し迫っていれば違法と評価してよく、時間的要素を除外すれば構成要件における容態の客観的具体的解釈 sachliche-gegenständliche Umschreibung des Verhaltens は同じであるとする。
- (13) 戒能「債権各論」四六一頁以下。
- (14) 幾代・注釈民法(19)三七二頁、好美・注釈民法(6)四八頁以下参照。
- (15) 判例・学説の展開については、好美「債権に基づく妨害排除についての考察」法学研究二四〇頁以下に詳しく網羅されている。
- (16) 末弘「民法雑記帖」二三八頁、舟橋「物権法」三三頁以下、平野「判例民事法」大正二二年四五事件、柚木「判例物権法」三八頁以下等参照。
- (17) 氏名については、註(1)の諸判例参照。なお、營業に関するものについては東京地判昭和三〇・七・五(下民集六卷七号一三〇三頁)、東京高決昭和四一・九・五(判時四六四号三四頁)。

- (18) 「宴のあと」の下級審判決、東京地判昭和三九・九・二八(下民集一五卷九号二二二七頁)参照。学説としてはたとえば、宗宮「名譽権論」四八一頁以下。増補版も同じ。
- (19) 末川「民法上の諸問題」三五一頁。
- (20) 好美・前掲書二四四頁以下参照。
- (21) 最判昭和三九・一・一六(民集一八卷一号一頁)。これは村道使用権の妨害排除をめぐる争いである。
- (22) 公害に関する判例については、沢井「公害の私法的研究」三四三頁以下に多くの教えをうけた。公害に関する筆者の判例についての叙述はそれに依るところが大きい。
- (23) 大阪地判・昭和四三・五・二二(判タ二二二五号一二〇頁)。
- (24) 東京地判・昭和四三・九・一〇(判タ二二七号八九頁)。
- (25) 沢井・前掲書三四九頁以下参照。
- (26) 徳本鎮「公害の私法的救済―継続的権利侵害の救済方法」ジュリスト四一三号一〇一頁。
- (27) 西原「公害に対する法的救済の特質と機能」法時三九巻七号一頁以下。
- (28) 加藤旧説(「不法行為」二二三頁以下)はともかく、新説(人格権という権利を根拠としてもち出さなくても、違法な侵害を受けているからそれを排除するといひさえすればよい。故意、過失がなくとも客観的に大きな侵害があればよい。「公害法の生成と展開」二〇頁以下)は、この点についてにははつきりしている。我妻「事務管理・不当利得・不法行為」(新法大全集)一九八頁参照。固有の意味の不法行為説によれば、故意過失は考慮されるけれども、保護利益の歯止めがなくなるおそれがある。
- (29) 竹内「公害法の生成と展開」四三九頁以下。もっとも教授は差止を許すか否かについて、裁判所の裁量的な面が損害賠償の場合よりも大きくなる、と説かれる。
- (30) 沢井・前掲書一四六頁以下。
- (31) 我妻・前掲書一九七頁、宗宮・前掲書四七九頁。なお、民法の解釈に則せば、絶対権にも認められないとする極端な説もある。石坂・民法研究Ⅱ四九二頁。
- (32) 加藤「不法行為」二二四頁。
- (33) 宮崎「信義則の適用と一般的不作為の訴」愛知学院大学論叢法学研究八巻一一四頁以下。
- (34) 浜田「不法行為の効果に関する一考察」私法一五号九九頁。なお、浜田教授は原状回復の方法として妨害の排除、侵害の停止などをあげられているが、妨害の予防は含まれていない。戒能博士も不法行為説といえる(戒能・各論四六一頁以下)。
- (35) 末弘「民法雑記帖」二二三頁。
- (36) 末弘博士は「権利」といわれるが、舟橋博士は法的保護に値する利益でありさえすれば足りるとされる。
- (37) 最近ではたとえば、平井「不法行為責任の範囲に関する

- 法的構成」法協八六卷二二号三頁以下。
- (38) 末川「権利侵害論三版」三〇三頁。
- (39) 我妻・前掲書一二七頁以下。
- (40) 柳沢「不法行為法における違法性」私法二八号二二五頁以下。広中「債権各論講義」四三〇頁以下。乾・前掲論文論叢八二卷七五頁。なお沢井・前掲書一六五頁以下。
- (41) 好美・前掲書二二六頁以下。
- (42) 我妻「新訂債権総論」八六頁参照。
- (43) 五十嵐「違法性」判例演習債権法2、一九八頁以下、来栖「民法における財産法と身分法」法協六一卷三三六頁、三七四頁、戒能「人格権と権利侵害の類型化」法時二七卷一―号二九頁、柳沢「一般的人格権の法的構成」日本法学二八卷三九〇頁以下等参照。
- (44) 本来の物権的請求権においては特別の場合しか（たとえば権利濫用、信義則等の諸法理が適用される場合）必要性は考慮されないと考える。この点では絶対権とそれ以外の利益を区別する実益がある。
- (45) 実際に訴が必要なのは、ドイツと同じように人格及び営業に関する諸法益であろう。但しそれらに限られる必要のないことは勿論である。社会的な要求にまかされる問題である。本来の物権的請求権についてもここへのべたような考え方を用いれば、その適用が弾力的におこなわれえよう。物権もひとつの利益にすぎないとするわけである。