

Qualification of Injunction in Torts

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-09-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Haga, Yuriko メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00055386

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



不法行為における差止請求の性質決定

羽 賀 由利子

はじめに

我が国国際私法上、不法行為の準拠法について定めるのは法の適用に関する通則法（「通則法」）17条である。同条は「不法行為によって生ずる債権の成立及び効力」を対象とする。ここでいう「不法行為」は、違法な行為によって生じた損害についての被害者に対する賠償債務であると理解される¹。

17条は一般則であり、個別の規定が準備された特別な類型である生産物責任（18条）や名誉・信用毀損（19条）においても、この不法行為概念が受け継がれる²。このように、基本的に国際私法上の不法行為の各類型は損害賠償を念頭に置いた単位法律関係である。

ところが、不法行為が生じた際、必ずしも損害賠償だけで十分な救済が得られるとは限らない。例えば、ある人の名誉が出版物によって害された時には、問題となる当該出版物の拡布行為の中止を求めることがあり得る。このような差止請求は、他にも、例えば環境を汚染するような行為や氏名・商号等の不正使用に対してもなされる。

仮にこのような請求が認められないとすれば、たとえ実際すでに生じた損害に対しては金銭的な賠償を得られたとしても、継続する侵害行為によって損害は生じ続け、被害者は改めてそれに対する賠償請求をすることを強いられることにもなる。このように法益が侵害されている状況が維持されることは、被害者にとっては根本的な解決とはならない。それゆえに差止めは重要

1 櫻田嘉章=道垣内正人（編）『注釈国際私法第1巻』（有斐閣、2011）439頁〔西谷祐子執筆分〕。

2 櫻田=道垣内（編）・前掲注（1）482頁〔出口耕自執筆分〕。

な意味を持つのであり、実際の紛争でもしばしばその請求がなされるのである。

上述のように国際私法上の不法行為の諸規定が「損害の填補の側面を重視」³して一義的には損害賠償を想定しているのであれば、差止請求は国際私法上どのような単位法律関係として把握されるのか。これが本稿の検討対象である。

不法行為にかかる17条は法例から通則法への改正に際して条文の文言が大きく変更され、加えて、生産物責任と名誉・信用毀損は特別な類型として18条及び19条が新設された。

改正作業中、不法行為関連規定については、主としてその連結政策が議論された。旧規定である法例11条は連結点として「原因タル事実ノ発生シタル地」を定めていたが、これが侵害事実発生地と結果発生地のいずれと理解されるべきか、特に隔地間不法行為の場合を中心に、論じられた⁴。

これに対して、不法行為においていかなる請求が可能かについての議論は、管見の限り、さほど多くは見られない。法例11条が単位法律関係として示した「不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力」が、現行法である通則法17条にも引き継がれている。

条文で示されているのは「不法行為によって生ずる債権」であって、文言上明らかに「損害賠償請求権」に限定されているわけではない。ここから、差止請求もここに含まれると考えることも不可能ではないかも知れない。しかし、我が国国際私法上、差止請求は個別の権利から生じるものと考えられ

3 中西康「不法行為の扱いについて」法律のひろば59巻6号（2006）35頁。

4 例えば、西谷・前掲注（1）426-430頁、小出邦夫『逐条解説法の適用に関する通則法（増補版）』（商事法務、2014）195-201頁、中西・前掲注（3）34-38頁、中野俊一郎「法適用通則法における不法行為の準拠法について」民商法雑誌135巻6号（2007）935-944頁、小出邦夫「法令解説「法例」の全面改正：国際化の進展や社会情勢の変化に対応して」時の法令1780号（2007）34-35頁等、紙幅の多くはそれぞれの連結点の検討に割かれている。

ている。この理解に立つならば、差止請求は損害賠償請求とは別個の単位法律関係として把握されるのか。

本稿は以上のような疑問に立ち、特に人格権（名誉やプライバシー）の侵害を念頭に置きつつ、不法行為に基づく差止請求の法性決定について分析する。以下では、まず国際私法の従来議論における差止請求の取り扱いを概観し、その上で、不法行為に基づく差止請求について改めて検討する。その際には、民法上の議論にも言及する。その上で、若干の私見を呈示したい。

1. 権利の効力としての差止請求

従来、国際私法の議論では差止請求は「権利の効力」ととらえられてきたように思われる。以下では、特に物権と知的財産権を例として、その判断枠組みについて整理する。

(1) 物権

一つの事実から損害賠償と同時に差止めが請求される状況として、まず、物権的請求とそれに関連する損害賠償請求が考えられる。ある物が所有者以外の者に正当な権限なく利用された場合に、所有者が所有権に基づいて当該利用行為の差止めと同時に、その行為に対する損害賠償を請求するような状況である。民法上も、物権に基づく請求として妨害の停止や目的物の返還と同時に損害賠償が規定されている（例えば民法198条、200条）。

まず、このような行為に対する差止請求が物権の問題として性質決定されることには争いはない。目的物の支配・利用の妨げを排除することは、まさに排他的支配権である物権の問題と理解できるからである。

これに対して、それに関連して生じる損害賠償請求については学説上の対立が見られた。古典的には、第一に、このような損害賠償請求は同じく物権の問題として目的物の所在地法によらしめる立場が主張された。その理由は、損害賠償請求が同一の物権関係から派生するところに求められる。それゆえ、このような損害賠償請求は物権的請求権と密接に結びついた問題であ

るとして⁵、同じく物権に性質決定される。

これに対して、金銭請求は別個の債権であるとして、一律に不法行為と性質決定する見解もあった。この見解によれば、「当事者の関係は、すでに物権関係をはなれて債権関係に移行している」⁶から、損害賠償請求は物権的請求とは独立して不法行為として取り扱われる。それゆえ、旧法時代には原因事実発生地法（現行法であれば結果発生地法）が準拠法となると主張された。

しかし、近年では、上掲の二つの見解のように一律に法性決定するのではなく、問題となる権利の性質に応じて物権準拠法と不法行為準拠法のいずれかを適用するという見解が主張され⁷、これが通説的見解として支持されている⁸。その理由は、損害賠償請求はすでに物権的請求とは別個の請求となっており、「所在地法による物権との関わりの方が異なる」⁹からである。それゆえ、実質法では損害賠償請求権は規定の位置を問わず債権であるが、国際私法上は物権として性質決定される場合と不法行為として性質決定される場合に分かれる。前者の例として相隣関係に基づく償金請求権（民法209条、212条）が挙げられるが¹⁰、これらは隣り合う所有権者の間の調整規定であるから、物権と分ち難く、国際私法上は物権の問題として性質決定されるべきである。同様に、盗品を善意取得した者が有する被害者からの回復請求に

5 溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、2005）336-337頁。ここでは、物権的請求権に関連する損害賠償請求権（民法198条、200条）、費用償還請求権（民法196条）が挙げられる。

6 折茂豊『国際私法（各論）（新版）』（有斐閣、1972）100頁。

7 櫻田=道垣内（編）・前掲注（1）371頁〔竹下啓介執筆分〕、櫻田嘉章「物権準拠法の適用範囲」国際私法の争点（新版）（1996）114頁、山田鎌一『国際私法（第3版）』（有斐閣、2004）298頁。

8 竹下・前掲注（7）371頁、櫻田・前掲注（7）114頁、木棚照一=松岡博（編）『基本法コンメンタル：国際私法』（日本評論社、1994）61-62頁〔高桑昭執筆分〕。

9 櫻田・前掲注（7）114頁。

10 櫻田・前掲注（7）114頁。ただし、我が国の国際私法では「ほとんど問題とならないであろう」と指摘される。

対する対価請求権も¹¹、所有権者間の利益調整であり、物権の問題ととらえることができる。これに対して、後者の例として挙げられる占有者の責に帰すべき事由による占有物の滅失の場合の損害賠償請求権は¹²、法益の侵害に対する救済手段であるから、不法行為の問題となる。

裁判例も通説を支持しているようである¹³。大阪地判昭和35年4月12日（下民集11巻4号817頁）は、委託販売契約に基づいて引き渡された宝石についての所有権に基づく返還（それが不可能な場合には填補賠償）が求められた事案において、以下のように判示する。

「原告の（…）請求は、物権的請求権の行使に代る損害賠償請求であつて、物権的請求権と極めて緊密に関連する請求権ではあるが、物権侵害の実質を持つこの種の損害賠償請求権は、あくまでも物権それ自体又はこれに附従する請求権ではなく、明らかに独立の債権であり、既に物権的請求権がかような独立の債権（填補賠償請求権）に転化した以上、その法律関係に適用さるべき準拠法は、法例第10条〔通則法13条〕の物権準拠法ではない」。そしてこの「損害賠償請求権は、もとより事務管理、不当利得、不法行為等によつて生じた債権ではないが、当事者間の契約から直接生じた債権ではない点において、（…）所謂法定債権とその性質を同じくするものであり、従つて、（…）法例第11条〔通則法17条〕の適用によりその準拠法を定むべきである」（傍点は引用者による）。

このように、物権から生じる損害賠償請求のうち債権に「転化」したものは¹⁴、国際私法上独立の単位法律関係（不法行為）として把握される。そして、すでに述べた通り、損害賠償請求のうち物権を前提とするものは国際私法上も物権と性質決定される。その判断基準は、所在地法によらしめるだけの物

11 西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」民商法雑誌136巻2号（2007）236頁。

12 櫻田・前掲注（7）114頁。

13 西谷・前掲注（1）441頁。

14 櫻田・前掲注（7）114頁は「債権に変質」と表現する。

権との緊密な関係の有無である。

以上の通り、物権における議論では損害賠償請求の性質が中心となっており、差止請求は権利の効力の問題として、むしろ所与の前提として扱われている状況である。

(2) 知的財産権

差止めと損害賠償が同時に請求される次の例として、知的財産権の侵害が挙げられる。知的財産権の権利者は、侵害行為の停止やその予防、侵害行為を組成した物等の廃棄を請求できる（例えば、特許法100条、著作権法112条）。権利の独占的排他的効力に由来するこれらの規定に基づき、知的財産権が侵害された時には、問題となる対象（例えば、特許技術を用いた製品や著作権にかかる著作物）の販売等の差止め、既に流通したものの回収や在庫の廃棄、損害賠償といった請求が同時になされ得る。

これら知的財産権に基づく請求の法性決定の問題については最高裁が判断の枠組みを示している。最判平成14年9月26日（民集56巻7号1551頁）〔カードリーダー事件〕は以下のように判示する。

「特許権に基づく差止め及び廃棄請求は、正義や公平の観念から被害者に生じた過去の損害のてん補を図ることを目的とする不法行為に基づく請求とは趣旨も性格も異なるものであり、(…)特許権の独占的排他的効力に基づくものというべきである。したがって、(…)特許権に基づく差止め及び廃棄請求については、その法律関係の性質を特許権の効力と決定すべきである」(傍点は引用者による)。

その上で、「特許権の効力」という単位法律関係の準拠法の決定について、最高裁はこう述べる。

「特許権の効力の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理に基づいて、当該特許権と最も密接な関係がある国である当該特許権が登録された国の法律によると解するのが相当である。けだし、(ア)特許権は、国ごとに申願及び登録を経て権利として認められるものであり、(イ)特許

権について属地主義の原則を採用する国が多く、それによれば、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められるとされており、(ウ)特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められる以上、当該特許権の保護が要求される国は、登録された国であることに照らせば、特許権と最も密接な関係があるのは、当該特許権が登録された国と解するのが相当であるからである」。

このように、差止請求は特許権の効力の問題として登録国法による、というのが最高裁の判断である。文言からも明らかなように、ここでは知的財産権の独占的・排他的な性質が指摘されている。差止請求は権利の目的となる知的財産の支配・利用の妨げの排除として位置づけられ、これは物権と同様の文脈であると考えられる¹⁵。

加えて、最高裁が不法行為の目的として「損害の填補」を指摘している点も興味深い。以下に示すように、カードリーダー事件判決では、損害の填補である損害賠償請求は別個の問題として、異なる法性決定がなされている。

「外国特許権の侵害を理由とする損害賠償請求は、外国特許権の効力と関連性を有するものではあるが、損害賠償請求は特許権特有の問題ではなく、

15 この点について、著作権の譲渡に関し、著作権の排他的効力を理由として物権の規定を類推適用した事例が想起される。東京高判平成13年5月30日（判時1797号111頁）参照（「一般に、物権の内容、効力、得喪の要件等は、目的物の所在地の法令を準拠法とすべきであること、法例10条〔通則法13条〕は、その趣旨に基づくものであるが、その理由は、物権が物の直接的利用に関する権利であり、第三者に対する排他的効力を有することから、そのような権利関係については、目的物の所在地の法令を適用することが最も自然であり、権利の目的の達成及び第三者の利益保護という要請に最も適合することであると解される。著作権は、その権利の内容及び効力がこれを保護する国（以下「保護国」という。）の法令によって定められ、また、著作物の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について所在地法が適用されるのと同様の理由により、著作権という物権類似の支配関係の変動については、保護国の法令が準拠法となるものと解するのが相当である」（傍点は引用者による）。

飽くまでも当該社会の法益保護を目的とするものであるから、法律関係の性質を不法行為と決定し、その準拠法については、法例11条1項〔通則法17条(条文内容変更)〕によるべきである」(傍点は引用者による)。

このように、特許権侵害に対する損害賠償請求は、あくまで「財産権の侵害に対する民事上の救済の一環」¹⁶に過ぎない、というのが最高裁の立場である。それゆえ、特許権特有の問題として特許権の効力と法性決定される差止請求とは区別される。

差止請求と損害賠償請求を別個の単位法律関係としてそれぞれ「特許権の効力」と「不法行為」と法性決定するカードリーダー事件判決の判断は、その後の裁判例でも踏襲されている。カードリーダー事件は特許権に関する事件であるが、著作権についても同様に、差止請求と損害賠償請求の区別が採用されている¹⁷。

小 括

以上を要するに、差止めは権利の対象についての支配という点から生じる請求であり、権利の「効力」の問題としてとらえられている。それゆえ、権利それ自体の準拠法として、物権であれば通則法13条から目的物の所在地法

16 高部眞規子「判批」ジュリスト1239号(2003)132頁。

17 カードリーダー事件判決の示す区別を採用した著作権関連の裁判例は数多いが、初期のものとして東京地判平成16年5月31日(判時1936号140頁)を参照。同判決は、「著作権に基づく差止請求」を「著作権の排他的効力に基づく、著作権を保全するための救済方法というべきであるから、その法律関係の性質を著作権を保全するための救済方法と決定すべきである」とした上で、ベルヌ条約5条2項より「保護が要求される国の法令」(保護国法)が準拠法となると判断する。「著作者の死後における人格的利益の保護のための差止請求及び謝罪広告請求」については「著作者の人格的利益すなわち著作者の権利を保全するための救済方法」と性質決定し、ベルヌ条約6条の2第3項から、同様に保護国法を導く。これに対して、著作権侵害を理由とする損害賠償請求、及び著作者人格権侵害を理由とする損害賠償請求については、その法律関係の性質を不法行為とし、法例11条1項に基づいて準拠法が定められるとした。控訴審(東京高判平成16年12月9日(裁判所ウェブサイト))も第一審の判断を引用し、この判断を支持している。

が、特許権に関しては条理により登録国法が、著作権についてはベルヌ条約5条2項により保護国法が¹⁸、それぞれこの問題を規律する法として導かれる。

これに対して、損害賠償請求は、あくまでも法益の侵害に対する救済として、生じた損害の填補を目的とするものであり、通則法17条に定められる不法行為に該当する。なぜならば、繰り返しとなるが、不法行為は正義・公平の観念から被害者の損害の填補を目的とする制度と位置づけられているからである。

2. 不法行為における差止請求

前章でみたように、国際私法上差止請求と損害賠償請求が法性決定の段階で区別されるのは、我が国実質法の不法行為が基本的には損害（特に既に生じた過去の損害）の填補を目的とする制度であることと平仄を合わせたものと思われる。本章では、まず実質法レベルでの不法行為法における差止めに関する議論を整理し、次に国際私法レベルでは差止請求を不法行為の枠内にとらえ得るかという点を検討する。

(1) 民法上の議論

そもそも、民法上の不法行為では損害賠償が前提とされている¹⁹。しかし、これはあくまでもすでに生じた損害を填補するという事後的な救済に過ぎない。法益侵害が継続する場合には、将来的な損害が生じないように、差止めという手段が重要性を有することになる²⁰。

ところが民法上、差止請求を認める明文規定は存在しない。そこで、この請求の法的構成が問題となる。紙幅の限りから詳細は民法分野の優れた先行

18 ただし、ベルヌ条約5条2項が抵触規定であるかについては議論があるが（私見としては同規定は抵触規則ではなく、裁判例の判断には賛成できない）、この点については本稿では取り扱わない。

19 我妻栄=有泉亨=清水誠=田山輝明『コンメンタール民法：総則・物権・債権（第5版）』（日本評論社、2018）1435頁及び1494頁。

20 吉村良一「不法行為の差止訴訟」民法の争点（2007）296頁。

研究に譲るが²¹、以下、簡単にその議論を概観する。

差止請求を容認する見解は、その根拠をいずれに求めるかにより、それぞれ権利説、不法行為説、二元説、違法侵害説に分類される²²。

第一に、権利説は権利それ自体から差止めという効果を導く見解である。この見解は、人格権を中心に、絶対的・排他的な権利の侵害を理由として差止請求を容認する。

人格権については、公害に関する訴訟である大阪高判昭和50年11月27日(民集35巻10号1881頁)が「個人の生命、身体(…)に関する利益は、各人の人格に本質的なものであつて、その総体を人格権ということができ、この

21 この点については多くの文献に頼った。根本尚徳『差止請求権の理論』(有斐閣、2011)を中心に、浜田稔「不法行為の効果に関する一考察」私法15号(1956)91頁以下、五十嵐清=藤岡康宏「人格権侵害と差止請求」判例評論139号(1970)108頁以下、浅野直人「不法行為に対する差止請求について」福岡大学法学論叢22巻3=4号(1978)403頁以下、沢井裕「不法行為差止裁判例の複合構造説的アプローチ」関西大学法学論集28巻4=6号(1979)587頁以下、牛山積「差止論」法学セミナー309号(1980)102頁以下、三沢元次「不法行為における原状回復的救済論」東洋法学24巻1号(1980)1頁以下、大塚直「人格権に基づく差止請求」民商法雑誌116巻4=5号(1997)501頁以下、三沢元次「不法行為法改正の課題」東洋法学46巻2号(2003)37頁以下、吉村良一「公害差止法理の展開と課題」牛山積先生古稀記念論文集『環境・公害法の理論と実践』(日本評論社、2004)215頁以下、藤岡康宏「不法行為と権利論：権利論の二元的構成に関する一考察」早稲田法学80巻3号(2005)159頁以下、根本尚徳「差止請求権理論と不法行為法：独禁法24条の解釈論に寄せて」法律時報78巻8号(2006)70頁以下、山野目章夫「私法とプライバシー」田島泰彦=右崎正博=山野目章夫(編)『表現の自由とプライバシー：憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』(日本評論社、2006)20頁以下、五味由典「不法行為における差止請求の可否」比較法制研究30号(2007)93頁以下、上北正人「人格権に基づく差止請求権」の批判的検討」私法70号(2008)151頁以下、大塚直「差止と損害賠償：不法行為法改正試案について」ジュリスト1362号(2008)68頁以下、大山直樹「差止請求権の理論的根拠に関する再検討」東京経営短期大学紀要22号(2014)37頁以下、根本尚徳「差止請求権理論の課題と展望(上)」法律時報88巻9号(2016)112頁以下、同「同(下)」法律時報88巻10号(2016)90頁以下、須加憲子「不法行為に基づく差止に関する序説」専修法学論集129号(2017)161頁以下、等。

22 それぞれの見解の呼称は吉村・前掲注(20)296頁以下による。

ような人格権は何人もみだりにこれを侵害することは許されず、その侵害に対してはこれを排除する権能が認められなければならない。すなわち、(…)このような人格権に基づく妨害排除および妨害予防請求権が私法上の差止請求の根拠となりうる」(傍点は引用者による)と述べる。最高裁レベルでも、最判昭和61年6月11日(民集40巻4号872頁)[北方ジャーナル事件]が「実体法上の差止請求権の存否について考えるのに、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償(民法710条)又は名誉回復のための処分(同法723条)を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる(…)。けだし、名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利というべきであるからである」(傍点は引用者による)として、明確に差止請求権を認めている。この見解は、公害や平穩生活の文脈でも採用されている²³。

これに対して不法行為説は、差止請求を権利の効力ではなく不法行為の効果と見る見解である。この説は、確かに民法709条の文言はすでに発生した損害賠償について規定しているように読めるが、継続侵害の差止めも将来の

23 暴力団事務所の使用差止めが請求された大阪高判平成5年3月25日(判時1469号87頁)(「何人も、生命、身体の安全を侵されることなく、平穩な生活を営む権利を有し、受忍限度を超えて違法にこれを侵された場合には、人格権に対する侵害としてその侵害行為の排除を求めることができ、またその侵害が現実化していなくとも、その危険が切迫している場合には、その予防として、あらかじめ侵害行為あるいは侵害の原因となる行為の禁止を求めることができる」(傍点は引用者による))、原子力発電所の運転差止めが争われた金沢地判平成18年3月24日(判時1930号25頁)(「個人の生命、身体及び健康という重大な保護法益が現に侵害されている場合、又は侵害される具体的な危険がある場合には、その個人は、その侵害を排除し、又は侵害を予防するために、人格権に基づき、侵害行為の差止めを求めることができる」(傍点は引用者による))等。

損害に対する賠償も明確に否定しているわけではないと指摘する²⁴。この見解によれば、原状回復措置である損害賠償と予防措置である差止めとの間に区別の必要はなく、法益の侵害に際して救済として差止めが必要である場合には、これが認められる。この差止めはあくまで不法行為に基づくものであるから、請求に際しては709条に定められる故意・過失要件の充足が必要となる。

その上で、差止めを認めるか否かについては、被害者の受忍限度を超えた損害であるか否かを基準とする理論へと展開する²⁵。差止請求の可否を決するにあたっては、侵害された利益の種類や侵害の程度、侵害行為の種類・性質、差止めを認めた場合の両当事者に対する影響、社会的な影響等の様々な要素が比較衡量される。

二元説は、権利説と不法行為説とを対立する説としてではなく、むしろ相互補完的に併用する見解と位置づけられよう²⁶。この説は、被害が発生した場合に、いかなる利益衡量をもすることなく差止めが是認される場合と、被害が立証されれば原則違法ではあるものの、当該被害は原告の受忍限度以下であることを主張する余地を被告側に認める場合の二つの状況があり得るとする「複合構造」²⁷の見解である。

最後に、違法侵害説は、法的に保護されるべき権利ないし利益の違法な侵害に対する救済としての差止請求の根拠を、「違法な侵害からの法益保護の必要性そのもの」²⁸に直接求める見解である。この見解は、被侵害利益の範囲

24 五味・前掲注(21)95頁。なお、民法の起草過程でも差止請求は特に排除されてはいなかったようである。大塚・前掲注(21)[民商法雑誌]532頁。

25 根本・前掲注(21)[差止請求権の理論]69頁以下。受忍限度について、民法709条上の過失と違法性を二元的に構成するかこれを区別する必要はないとするかで、受忍限度論と新受忍限度論とに分かれる。須加憲子「非金銭的救済」奥田昌道=潮見佳男(編)『法学講義民法(6)事務管理・不当利得・不法行為』(悠々社、2006)294頁。

26 須加・前掲注(25)296頁。

27 吉村・前掲注(20)296頁。

28 藤岡・前掲注(21)[早稲田法学]178頁。

を拡大する点では不法行為説の、差止請求を権利保護のための手段として構成する点では権利説の、それぞれ成果を取り込みつつ²⁹、新たな枠組みを示すことを試みている。

以上のように、我が国民法上も差止請求をいかに位置づけるかについては議論が錯綜しているのが現状である。いずれの説が妥当であるかについては本稿の射程ではなく、また筆者の能力を超えるところであり、ここではその判断は行わない。いずれにせよ、特に人格権については、北方ジャーナル事件判決において示されたように、権利説的な構成が出发点となっているように思われる³⁰。しかし、必ずしも権利説のみが採用されているわけではなく、差止めを容認するか否かの判断に際しては種々の利益が考慮される。

例えば北方ジャーナル事件判決は、人格権としての名誉権に物権同様の排他性を認めつつも、表現の自由との比較衡量から、出版の事前差止めが例外的に許容される要件を示している³¹。さらに、プライバシー侵害に基づく差止

29 吉村・前掲注(20) 296頁、藤岡・前掲注(21) [早稲田法学] 178頁。

30 須加・前掲注(25) 287-288頁、窪田充見『不法行為法(第2版)』(有斐閣、2018) 456-457頁。

31 「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護(憲法13条)と表現の自由の保障(同21条)とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である。(…)表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的效果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうものといわなければならない。

出版物の頒布等の事前差止めは、このような事前抑制に該当するものであつて、とりわけ、その対象が公務員又は公職選挙の候補者に対する評価、批判等の表現行為に関するものである場合には、(…)一般にそれが公共の利害に関する事項であるということができ、前示のような憲法21条1項の趣旨(…)に照らし、その表現が私人の名誉権に

請求についても、人格権に基づいてそれを容認しつつ、諸利益が比較衡量される（最判平成14年9月24日（判時1802号60頁）[石に泳ぐ魚事件]）³²。

以上を見るに、差止請求の根拠についての我が国裁判所の立場は、基本的には権利説を基礎としつつ³³、不法行為法における議論の発展を背景とした

優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されない（…）。ただ、右のような場合においても、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものではないことが明白であつて、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具備するときに限つて、例外的に事前差止めが許される」。

32 「人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかは、侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである。そして、侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを肯認すべきである。（…）事実関係によれば、公共の利益に係わらない被原告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被原告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被原告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがある」から、被原告人の出版差止請求及び損害賠償請求は是認される。

また、東京高決平成16年3月31日（判時1865号12頁）は、プライバシー侵害に基づく差止請求の要件として、北方ジャーナル事件判決及び石に泳ぐ魚事件判決を踏まえて①問題となる表現が「公共の利害に関する事項に係るものといえないこと」、②「専ら公益を図る目的のものでないことが明白であること」、③当該表現によって「被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあること」、を示している（ただし同時にこれらの要件は「名誉権の侵害に関する事前差止めの要件として樹立されたものを斟酌して設定されたものと解されるところ、名誉権に関するものをプライバシーの権利に関するものに直ちに推し及ぼすことができるかどうかについては疑問がないわけではない」とも述べる）。

33 我妻=有泉=清水=田山・前掲注(19)1436頁。

修正を加えているものと言える³⁴。

(2) 国際私法における不法行為と差止請求

前節では、我が国不法行為法における差止請求の可否及びその根拠についての議論を整理した。不法行為に関する一般規定である民法709条は基本的には損害賠償を想定するものの、必ずしも差止請求が否定されているわけではないようである。そして、差止請求を容認する根拠として、権利説が中心とはなりつつも、それ以外の見解も十分有力に主張されている。

それでは、国際私法上不法行為事件において差止請求が問題となる場合を改めて検討する。日本に常居所を有するフランス人の名誉を傷つけるような記事が英語で執筆され、香港で出版される、という渉外的な名誉毀損を例としよう。ここで、名誉を毀損された当該フランス人が当該記事の出版の差止めと損害賠償を、当該記事を出版した者に対して請求すると仮定する。

この時、我が国実質法上の通説的見解である権利説の考え方を国際私法上も貫徹すると、差止請求を権利の効力、損害賠償請求を不法行為と性質決定することになると考えられる。なぜならば、北方ジャーナル事件判決によれば、名誉は人格権として物権同様の排他性を有するからである。これを踏まえると、損害賠償については通則法19条により、被害者の常居所地である日本に連結される。これに対して差止請求は権利の効力として、おそらく条理により、人格にかかる権利の準拠法たる属人法（この例の場合にはフランス法になろう）によって規律されることになる。このような解決は、はたして妥当と言えるか。

このように国際私法上差止請求と損害賠償請求を別個の法律関係として取り扱うことは、上掲の例からもわかる通り、複雑な準拠法適用という結果を免れない。場合によっては、それぞれの準拠法の間で齟齬が生じる可能性もある。この点に鑑みれば、損害賠償のみを不法行為と性質決定し、差止請求

34 なお、公害による被害に対する差止請求の根拠について、必ずしも排他的な権利ないし利益が必要とされているわけではない。詳細については、窪田・前掲注(30)457-458頁。

はそこに含まれないと考えることは妥当ではないように思われる。

実際、国際私法上、差止請求を損害賠償請求と同じく不法行為と把握していると思われる裁判例もある。東京地判平成3年9月24日（判時1429号80頁）は、ノウハウの侵害を理由とする損害賠償請求及び差止請求に対して債務不存在の確認が求められた事案であるが、ここで裁判所は以下のように述べている。

「債務不存在確認訴訟の準拠法は、審理の対象とされている債務の性質に応じて、法例の規定に従って決められる（…）。本件で、原告が不存在の確認を求める債権及び請求権は（…）不当利得返還請求権並びに不法行為による損害賠償請求権及び差止請求権であり、（…）その法律的性質は法例11条にいう不法行為及び不当利得に基づくものに該当すると考えられる。したがって、本件の準拠法は、法例11条の解釈に従って決められるべきであるといえるから、同条1項にいう「原因たる事実の発生したる国の法律」が準拠法となる」（傍点は引用者による）。

不正競争の問題を不法行為の中での特別な類型として別個に概念すべきとの議論は措くとして³⁵、この文言を素直に読めば、損害賠償請求と差止請求のいずれも国際私法上の不法行為の問題として扱っているように思われる³⁶。

思うに、性質決定の段階で差止請求と損害賠償請求を区別することは妥当ではなく、いずれも不法行為と性質決定すればよい。

その理由は、まず、準拠法適用の際の煩雑さである。異なる請求ごとに別個の法性決定を行うことにより、事案によっては、それぞれ異なる準拠法が

35 この点について、西谷・前掲注(1) 450-452頁。

36 この事件についての評釈でも、差止請求と損害賠償請求は特に区別されず論じられているように思われる。国友明彦「判批」平成3年度重要判例解説(1992)262頁、柏木昇「判批」涉外判例百選(第3版)(1995)96-97頁。ただし、齋藤彰「判批」国際私法判例百選(第2版)(2012)79頁は、本件は債務不存在確認の訴えであって、差止めが直接に求められているわけではない点を指摘する。なお、不正競争の文脈で、差止請求と不法行為請求を区別し批判される裁判例として、後掲の知財高決平成17年12月27日を参照。

指定される可能性がある。その結果として、困難な適応問題を生じせしめるおそれも否定できない³⁷。

また、実質法における差止請求と損害賠償請求の区別を、国際私法上の判断にそのまま投影している点も問題として指摘できよう³⁸。実質法上の区別を国際私法に反映させたと思しきものとして、知財高決平成17年12月27日(裁判所ウェブサイト)がある³⁹。本件は不正競争の事案であるが、裁判所は「事業者間の公正な競争を確保するための差止請求権の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理により決するのが相当と解する(…)原決定は、法定債権の成立及び効力に関する法例11条を適用すべきものとするが、本件請求は差止請求であって損害賠償請求でないから、当裁判所はこの見解を採用しない。」と判示する。

確かに我が国の実質法上、損害賠償は不法行為の効果として、差止めは侵害された権利の効果として、それぞれ把握されている⁴⁰。しかし、このような実質法上の構成がそのまま国際私法上の解釈となるわけではない⁴¹。国際私法上の性質決定は国際私法独自の立場からなされるものであるから、必ずしも民法上の区別とは一致しないこともあってよい。

救済としてどのような手段が認められるかは、準拠法決定後の問題であって、性質決定の要素ではない⁴²。それゆえ、このような救済方法の態様によって性質決定を区別する方法は肯定し得ない。差止請求・廃棄請求と損害賠償請求は、実質法上は別個の問題と理解されずとも、国際私法上は「違

37 西谷・前掲注(1)455頁、木棚照一「判批」民商法雑誌129巻1号(2003)118頁、西谷・前掲注(11)236-237頁。

38 特許権侵害につき、木棚・前掲注(37)118頁、石黒一憲「判批」特許法判例百選(第3版)(2004)215頁、西谷祐子「判批」国際私法判例百選(新法対応補正版)(2007)75頁等。

39 渡辺惺之「判批」Lexis判例速報8号(2006)85頁。

40 我妻=有泉=清水=田山・前掲注(19)1435頁。

41 澤木敬郎「判批」ジュリスト233号(1961)104頁。

42 樋爪誠「判批」平成18年重要判例解説(2007)296頁。

法な侵害に対する法的効果として一体的に」⁴³性質決定すれば足りるものと考えてる。

性質決定における差止請求と損害賠償請求との区別は、物権における議論に影響を受けたものであるように思われる。すなわち、前章で確認した知的財産権の侵害にせよ、あるいは設例として用いた人格権侵害にせよ、その性質決定に我が国実質法でいうところの権利説に接近する区別がなされているのは、権利の排他的支配性に着目したためではないか。

しかし、有体物に対する絶対的支配権である物権と、排他的支配性という点で類似するとはいえ物権には分類されない知的財産権について、これをパラレルに考えることにも疑問がある。知的財産権はあくまでも「人の行動のパターンを規制する権利」⁴⁴である。その意味で、国際私法上、その効力を物権同様に扱うことには賛同しない。

知的財産権に関して、下級審ではあるが、損害賠償請求と差止請求とを区別せず一体として性質決定した裁判例もある。東京地判平成28年9月28日（裁判所ウェブサイト）は、原告らの著作物を被告が無断で使用して製造した製品を販売した行為が著作権及び著作者人格権の侵害にあたるとして、当該製品の差止め及び廃棄と損害賠償が請求された事案である。この事件で、裁判所は以下のように判示する。すなわち、原告らは、「我が国に常居所を有していないところ、被告による行為が同原告らに対する著作権及び著作者人格権侵害の不法行為を構成するとして、不法行為による損害賠償請求権、差止請求権及び廃棄請求権を行使するとしている。これらの請求権の有無の判断は、同原告らが主張するところの不法行為の主要な部分である、被告による

43 木棚・前掲注(37)118頁。

44 田村善之「知的財産権と不法行為」同(編)『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、2008)34頁。また、松村良之「財としての情報とその法的保護」田村善之(編)『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学図書刊行会、1999)3頁以下、三林宏「権利客体としての情報：情報保護の民事法的規制を中心に(上)」明治大学法科大学院論集7号(2010)163頁以下、同「同(下)」明治大学法科大学院論集8号(2010)73頁以下も参照。

被告各商品の製造、譲渡等が行われた我が国の法を準拠法とするのが相当である（法の適用に関する通則法17条）」⁴⁵。

この判断がこれ以降の他の裁判例においても採用されるか、あるいはこの裁判例のみにとどまるかは今後の注視が必要であるが、この判決が示すように、損害賠償請求と差止請求はあくまで侵害に対する救済として一体に性質決定することが妥当であろう。

同様に、人格権についても、確かに実質法上は物権類似の排他性を認められている。しかし、そのアナロジーとして国際私法上も損害賠償請求と差止請求を区別するに足る十分な理由はない。むしろ違法な侵害に対する対抗措置ととらえ、どちらも不法行為の問題として扱う方が適切であると考えられる。いずれにせよ、従来我が国の裁判例の傾向として、国際私法上の論点の判断に際して実質法上の概念や議論に過度に影響されがちな点は批判したい。

加えて、前節で整理した通り、実質法上でも不法行為の効果としての差止請求の可能性が論じられている。そうであるならば、（実際には国際私法独自の立場から行われるべきことは十分に承知の上で）たとえ実質法と同様に性質決定をすとしても、必ずしも差止請求を権利の効力としてとらえるべき理由はない。差止請求の位置づけ及びその根拠に関する民法上の議論も、いずれさらに発展し精緻化されるであろうが、国際私法上は、違法な侵害の発生を予防するという事前の対応としての差止請求も、すでに生じた損害に対する填補という事後的な対応である損害賠償請求も、不法行為の枠内でとらえれば十分である⁴⁶。

45 なお、差止請求と損害賠償請求を区別せず一体と扱うとしても、この問題をいずれの国の法によらしめるかという点で見解が分かれるが（詳細について、櫻田=道垣内（編）・前掲注（1）647-648頁〔道垣内正人執筆分〕）、ここではとりわけ、一つの性質決定を行うべきである、という点を指摘したい。

46 出口・前掲注（2）495頁が「不法行為一般に認められる救済方法（損害賠償や差止請求）」として、これを一括して取り扱っている点にも注目したい。

おわりに

現在では不法行為の事案において差止請求が論じられることも多いが、基本的には事後的な救済措置である損害賠償がその効果として意識されてきた。その背景には、伝統的には暴行による生命・身体の侵害といった「単発的な不法行為」⁴⁷が念頭に置かれていたことがあるようである。

しかし、本稿の冒頭でも指摘したように、現代の社会では様々な継続的・拡散的な不法行為も生じる。それゆえに、すでに生じた損害に対する賠償のみならず、現在生じている、あるいは将来生じ得るであろう侵害に対する救済手段も必要となる。不法行為を損害賠償という事後的な救済のみに限定することは、たとえそれが生じることが予め知れていたとしても実際に損害が生じるまで被害者を待たせることになり、妥当ではないように思われる⁴⁸。

そして、国際私法上この二つの請求を区別することは、最密接関係性の観点からも、準拠法の適用という技術的観点からも、妥当ではない。あくまで、損害賠償と差止めが不法行為における「救済制度の二つの柱」⁴⁹であることに鑑み、いずれも不法行為と性質決定すればよいとするのが本稿の立場である。

比較法的に見ても、実質法上、差止請求を不法行為の効果としてとらえる法制が多いようである⁵⁰。外国実質法及び外国国際私法における議論にまで検討が及んでいない点で、本稿は片手落ちの感を否めない。いずれの機会に稿を改め検討したい。

* 本稿は、JSPS科研費（課題番号18K12643）の助成の成果の一部である。

47 窪田・前掲注(30)454頁。

48 窪田・前掲注(30)454頁の「損害賠償が、修正できない過去の出来事についての事後の救済、次善の方策」（傍点は引用者による）という指摘はきわめて示唆的である。

49 藤岡康宏『法の国際化と民法』（信山社、2012）108頁。

50 大塚・前掲注(21)〔民商法雑誌〕519-524頁。