慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	フランス法における違法行為の停止： 人格権の保護法理の構築に向けて
Sub Title	La cessation de l'illicite et droits de la personnalité en droit civil français
Author	石尾, 智久(Ishio, Tomohisa)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2019
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.120, (2019. 3) ,p.275- 307
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20190315-0275

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

フランス法における違法行為の停止

——人格権の保護法理の構築に向けて——

石尾智久

一　はじめに
二　ブロックの所説の背景
(一)　理論的背景——主流と伏流
(二)　実際的背景
(三)　ブロックが取り組んだ課題
三　ブロックの所説——違法行為の停止の理論
(一)　違法行為の停止の法的性質——民事責任法の効果
(二)　違法行為の停止の要件論——違法性・妨害
(三)　検　討
四　日本法への示唆
(一)　差止請求権の要件論——妨害要件
(二)　人格権の保護法理の構築に向けて
五　むすびに代えて——残された課題

一　はじめに

人格権が侵害される事案において、救済手段が損害賠償に限られるのであれば、違法行為の停止や予防が認められず、救済としては不十分である。そこで、条文上の根拠は存在しないにもかかわらず、差止請求権が認められている。こうした救済手段は、インターネットを通じて容易に肖像やプライバシーが公表される今日においては、ますます重要性を増しているといってよいであろう。

ところで、差止請求権をどのように捉えるのかについては、近時、違法侵害説を民法上に基礎づけるという観点から、理論的な進展がなされている。そこでは、ドイツ法における議論を参照しつつ、差止請求権とは、秩序違反を是正するものであって、本来あるべき法状態と現実の事実状態の齟齬を修正する制度として捉えることが示されている。[1] それによれば、従来の保護法益を最も適切な要件のもとで保護することができ、そして、競争秩序違反や環境破壊行為といった私人の権利を観念することが困難な領域においても差止請求権を基礎づけることができるとされている。[2]

このような、ドイツ法を参考にしたわが国における議論を前提として、フランス法に目を向けると、近時、シリル・ブロックの『違法行為の停止――不法行為責任の知られざる機能についての研究――』[3]というテーズが注目に値する。そこでは、違法行為の停止（cessation de l'illicite）とは、違法状態を生じさせている原因を停止させることで、将来に向けて行為規範に適合する状態に置くものとして捉えられており、その要件論についても考察が加えられている。そして、ブロックによる違法行為の停止に関する理論は、有力な概説書において参照されているだけでなく、[4] テレ草案第二条においても、「裁判官は、被るおそれのある被害（dommage）の賠償とは別に、原告がさらされている違法な妨害（trouble）を予防し、又は停止させるために適切な合理的措置を命じる」[5]として採用された。さらに、こ

の理論は、二〇一七年三月一三日に公表された民事責任法改正草案一二六六条に結実している。そこでは、ブロックの理論を採用しつつ、「契約外の領域においては、被るおそれのある損害（préjudice）の賠償とは別に、裁判官は、被害の予防又は原告がさらされる違法な妨害を停止させるのに適切な合理的措置を命じることができる」と定められている。[6] 要するに、ブロックの理論は、フランスにおける差止めの理論に関する一つの到達点だと評価することができる。

そこで、本稿においては、ブロックの理論を理解することに注力する。ブロックは、違法行為の停止の法的性質のみならず、要件論についても立ち入った検討を行っているので、わが国における差止請求権論の展開のために、新たな視点をもたらすものといえる。さらに、本論において示すように、ブロックは人格権の保護法理について一つの極を示している。そのため、ブロック説を分析することは、人格権の保護法理の構築にとって示唆を与えてくれると考える。

以下において、**二**では、ブロックが前提としていたフランス法の状況を一瞥する。**三**では、ブロックが提示した理論を紹介したうえで、フランス法におけるブロック説の位置づけ、及び、ブロック説の特色について検討する。以上を踏まえて、**四**では、こうしたフランス法の議論が、わが国にとっていかなる意味を持つのかについて考察したい。

二　ブロックの所説の背景

ここでは、ブロックが前提とする、㈠理論的背景、及び、㈡実際的背景を概観する。そのうえで、㈢ブロックが、どのような課題に取り組む必要があったのかを簡潔に示そう。

(一)　理論的背景――主流と伏流

フランス民法典一二四〇条（旧一三八二条）は、「人は、いかなる行為によってであれ、過失により他人に損害を生ぜしめたときは、それを賠償しなければならない」と定めている。そして、初期の学説[7]だけでなく、伝統的通説[8]も、現実賠償の一環として差止めを構成していた。こうした理解は、その後も引き継がれている[9]。これによれば、差止めは、賠償と同じ要件に服することになるため、フォート及び損害が必要となる。さらに、賠償の態様は事実審裁判官の専権に服するため、原告が違法行為の停止を求めたとしても、裁判官が金銭賠償が適当であると考えた場合、金銭的給付を行うことができる。ブロックがテーズを公表する以前においては、こうした理解が主流としての地位を占めていた。

もっとも、賠償と違法行為の停止を区別する見解が伏流として存在していたことも見逃せない。たとえば、サヴァティエは、現実賠償とは、「破壊された状態の現実的復元」だと定義したうえで、建築物の瑕疵の修補、名誉棄損に関する訂正文の公表などを賠償に分類している[10]。そして、違法行為の停止とは、違法状態そのものを停止させるものであるとして、権利なく保有されている物の返還、他人への侵害の停止、不正競争の停止、名義の不正利用の停止などを差止めに分類している[11]。さらに、違法行為の停止は、賠償の態様についての事実審裁判官の専権に服さないという[12]。

こうした見方を理論的に深化させたのが、ルジュ－ドゥ－ブベであった。ルジュ－ドゥ－ブベは、民事責任法の効果には賠償と「回復」の二つがあるとする。すなわち、賠償とは加害行為の結果である損害を対象とするのに対し、回復とは損害を生じさせた原因を対象とするとして両者を区別する。そして、回復とは、侵害されているという法状況を、過去に向かって復元することによって、被害者を満足（satisfactoire）させることであるという[13]。両者の区別に

ついては、賠償の態様は裁判官の専権に委ねられるのに対し、違法状態の除去が被害者によって求められたときには、裁判官の専権に服さないとされている。[14] 具体的には、所有権に基づく返還請求、知的財産権侵害の保護に関する訴権（action en contrefaçon）、相続回復請求権、さらには、他人の土地に対する不法建築、高さ制限に関する地役権を侵害する建築物の破壊といった特別の法制度がないときに、補足的な形で民事責任を根拠とする差止めが現れるとする。[15]

要するに、フランス法においては、差止めを賠償の一形態として捉える見解が主流であったが、差止めを違法状態の除去として賠償と区別する見解も伏流として存在していた。

(二) 実際的背景

ここでは、レフェレによる差止訴訟が実質的には本案化していること、及び、フォートを差止めの要件とすることによっては説明できない状況が存在することを取り上げよう。

第一に、レフェレによる差止めの本案化について。フランス新民事訴訟法典八〇九条は、「所長は、相当の異議が存する場合においても、切迫した被害（dommage imminent）を避けるため、又は、明白に違法な妨害（trouble manifestement illicite）を停止させるために、必要な保全処分又は原状回復処分を、レフェレの手続によって命じることができる」と定めている。このレフェレ手続とは、わが国でいうところ仮処分に類するとされており、[16] 事実審における本案訴訟まで権利を保全するための手続である。もっとも、レフェレの後に本案訴訟が提起されることは少なく、レフェレにおける審理が実質的には本案化している。[17] そして、違法性が明白な妨害があること、及び、緊急性の存在の要件は、破毀院によって緩和されている。[18] そのため、レフェレ裁判官は、事実審裁判官と同様に、違法性についての実体的審理を行っていると言われている。[19]

このように、レフェレは、違法性と妨害を要件として、差止訴訟に関する事実上の紛争解決機能を営むに至ってい

る。

第二に、フォートを要件とするならば、インターネット上の表現について、直接の表現主体ではないホスティング会社やサイト管理者に対する削除請求の基礎付けが困難となる。[20] そのため、こういった場合に差止めを基礎づけるためには、フォートに代わる要件が必要となる。

㈢　ブロックが取り組んだ課題

以上に見たように、伝統的通説は、現実賠償の一形態として差止めを構成していた。しかし、実務上、フォートを要件とすることによっては説明ができないような裁判例が存在していた。さらに、違法性と妨害を要件として、レフェレによる差止めの要件が緩和されたことによって、レフェレが事実上の紛争解決機能を営むようになっていた。そのため、現実賠償の一形態として差止めを構成することによって、差止めの要件にフォートと損害を求めることは、実態に即した要件構成とはいえなくなっていた。そこで、ブロックが取り組んだ課題は、伏流としての地位にとどまっていた違法状態の除去に関する理論を深化させることによって、これを主流たる地位に導き、違法状態の除去に関する適切な要件論を示すことであったといえる。

三　ブロックの所説――違法行為の停止の理論

ブロックによれば、違法行為の停止とは、違法状態を生じさせている原因を停止させることで、将来に向けて行為規範に適合する状態に置くこととして捉えられている。そして、違法行為の停止は、民事責任法の機能の一つだが、フォートや損害は要件とならず、賠償の態様についての事実審裁判官の専権にも服さないため、要件・効果において

賠償とは異なるとする。そして、違法行為の停止に関するこのような捉え方は、既に実定法の中に既に内在しているとして、膨大な裁判例を分析の対象としている。以下では、まず、㈠違法行為の停止の法的性質を確認する。次に、㈡違法行為の停止の要件論について見ていこう。なお、ブロックの見解を引用する際には、本文中に引用箇所を明記する。

㈠　違法行為の停止の法的性質――民事責任法の効果

ブロックは、（**1**）違法行為の停止と賠償を区別したうえで、（**2**）違法行為の停止を民事責任法の機能の一つとして構成している。以下、順に見ていこう。

1　違法行為の停止と賠償の区別――原因と結果

ブロックによれば、賠償と違法行為の停止は、要件・効果が異なるだけでなく、対象も異なるという。ここでは、賠償と違法行為の停止が、それぞれどのような事実を対象とすると捉えられているのかを見よう。

賠償と違法行為の停止は、その対象が加害行為の結果である被害（dommage）や損害（préjudice）[51]なのか、被害や損害を生じさせている原因である加害行為なのかによって区別されている。すなわち、賠償は違法状態を生じさせている原因を維持したうえで、加害行為によって生じた結果を修復するのに対して、違法行為の停止は、違法状態を生じさせている原因の除去によって、将来に向かって違法状態を是正するという。この意味で、賠償は過去志向的（rétrospectif）性質を有しているが、違法行為の停止は未来志向的（prospectif）性質を有しているとする（n° 127, pp. 132–133）[52]。そして、損害がまだ生じていない場合、両者の理論的区別が明確に現れるという。すなわち、湖の所有者が湖の水位を受忍できない高さのまま維持している場合、その下流に住む人は、湖の氾濫から身を守るために必要な

措置に関する費用を求めることができる。ブロックによれば、これは、違法状態を維持したうえで、違法状態の結果である損害についての金銭的給付を得ているため、賠償にあたるとする。他方で、湖の所有者に対し、湖の水位を適法な高さに保つように求めることは、違法状態の原因を停止しているため、違法行為の停止にあたるとする（n°128-2, pp. 135-139）。

2　基礎づけ――民事責任法

ブロックは、違法行為の停止の基礎づけを模索する前提として、①物権侵害にのみ違法行為の停止を認めることや[23]、②権利一般[24]、あるいは、③客観的な法秩序の維持に違法行為の停止の基礎づけを求めることを批判する[25]。まず、①については、物権侵害の事案において違法行為の停止の特徴が表れているとしても、このことは、物権侵害の場合にのみ違法行為の停止が認められるべきことを意味するわけではないとする（n°144, pp. 155-156）。次に、②については、ある法益が権利であることは、違法行為の停止といった固有のサンクションをもたらすものではなく、保護のための要件の緩和に意味があるとする（n°152, pp. 164-167）。最後に、③については、違法行為の停止は、客観的な違法性に対して作用するとしても、主観的な私的利益の保護から切り離して構成すべきではないとする（n°175, pp. 191-192）。

そこで、ブロックによれば、民事責任法には、違法状態を是正して適法性を回復する機能が備わっており、これが違法行為の停止であるとされている。ブロックは、違法行為の停止を民事責任法に基礎づけることについて、次の二つの観点から民事責任法を捉えることで正当化している。

第一に、民事責任法は、行動に関する客観的・抽象的な規範を主体の観点から捉え直す仕組みであるとする。すなわち、民事責任法は、他の立法と比べて、最も一般的・抽象的な形で、各人に行為規範を課している。そのため、加

害者の行為が、刑法や、行政法、都市計画法といった法律の規定に反しているのであれば、必然的に、旧一三八二条（現行一二四〇条）が課している命令に反していることになる。そうであるとすれば、私人は、直接に援用することができないような抽象的な行為規範であっても、自らの権利・利益の保護を通じて、その規範を援用することができることになる。したがって、旧一三八二条（現行一二四〇条）は、私人の権利・利益の保護を通じて、一般的な行為規範を具体化する装置だとされている（n°236, pp. 249-251）。

第二に、民事責任法は、行為規範を創設する仕組みであるとする。すなわち、民事責任法は、最も一般的な形で主体に行為規範を課しており、立法による定めがない場合であっても、公正かつ誠実に、社会生活から生じる行為規範に従って行動することを命じている。そして、フォート評価を通じて、こうした行為規範に関する裁判例が膨大に蓄積されることになる。こうした裁判例は、体系化され、さらには、私生活の尊重への権利といった形で立法化されることがあるとする。そして、違法行為の停止を民事責任法に基礎づけるべき理由としては、立法によって明確な形で定められていない領域において、行為規範に反する行為を是正することを可能にする必要があることを挙げている（n°237, pp. 251-254）。

㈡　違法行為の停止の要件論――違法性・妨害

ここでは、ブロックによって提示された違法行為の停止の要件論について分析する。ブロックによれば、違法行為の停止は、民事責任法によって基礎づけられるとしても、フォート及び損害は要件とはならないという。以下では、これらに代わる要件として提示された（**1**）違法性と（**2**）妨害について見ていこう。

1　違法性

ブロックによれば、違法行為の停止は、民事責任法に基礎を有するとしても、フォートの有無が問題となるのではなく、違法性評価が問題となるという。そして、違法性とは、命令的行為規範（norme de conduit impérative）への違反と権利侵害の二つによって構成されるとする。ここでは、まず、(1) ブロックが、違法性をどのように理論的に捉えているのかについて見たうえで、(2) 近隣妨害と人格権侵害に関する実定法の状況について、どのように分析しているのかを見よう。

(1)　理　論

第一に、命令的行為規範への違反について。まず、ブロックによれば、規範（norme）には、「もしも罰を受けたくないのであればAをしてはならない」という形でサンクションを伴わない規範、すなわち、「Aをしてはならない」という定言的規範（norme catégorique）が存在するという（n° 254-1, pp. 277-278）。そして、この定言的規範には、拘束力や強制力を伴う規範から、拘束力や強制力を欠くソフトローまで、多様な種類のものがあるとする。そこで、裁判官は、直面している規範が、それに違反すると違法性を生じさせる命令的な性格を有しているのかどうかを判断しなければならないという（n° 254-2, pp. 278-279）。

そして、こうした作業はフォート評価に内包されているとする。裁判官は、加害者にフォートがあるか否かを判断するためには、ある事実を行為規範と比較することになる。すなわち、旧一三八二条（現行一二四〇条）の適用において、裁判官は適用される行為規範の確定プロセスに置かれることになる。ここで裁判官が参照する行為規範は、立法によって定められている規範や、慣習といった可能な限り客観的に認識することができる規範であることが望ましい。しかし、こういった明確な規範を見出すことができない場合、違法性評価は、裁判官による多様な価値判断に委ねられざるを得ない。そこで、裁判官は、不法行為法の一般規定の適用を通じて、自らの価値判断に基づいて行為規

範への違反の有無を判断するという（n° 263, pp. 288-289）。

つまり、ブロックによれば、民事責任法の一般規定によって、事前に行為規範が各人に課されていると考えることになる。したがって、行為規範は、法律や規則から生じる場合に加えて、旧一三八二条（現行一二四〇条）の適用によって具体化される場合があるという。そして、法律や規則が行為規範を課しているとしても、その命令的性格が不明確であるときには、裁判官による解釈に委ねられるとする（n° 265, pp. 292-293）。

第二に、権利侵害がある場合、それによって違法性が生じるという（n° 267, p. 294）。この前提として、あらゆる法益を権利として捉えるならば、ある法益を権利とする意味が失われるという。そこで、ブロックによれば、権利とは、主体に特定の権限を与えるものであり、かつ、侵害のみによって違法性が生じる利益として定義されることになる。

以上が、ブロックによる違法性の評価に関する理論枠組である。そして、ブロックは、違法性の評価時点と違法行為の停止の責任主体について、次のように述べる。

まず、加害行為の違法性は、判決時に必要であるとする。そのため、訴訟開始時点においては都市計画法違反が存在していたとしても、判決時に違法状態がなくなっているのであれば、違法行為の停止が命じられることはない。[26] もっとも、これは、違法行為の停止が将来における違法な事実を予防することができないことを意味しない。すなわち、将来において違法行為が行われるとしても、現在においてそのことを知ることができ、かつ、証明することができるのであれば、現在における違法性を構成する。たとえば、土地所有者が、隣の建築許可の書類を読むことによって、自己の土地に越境しようとしていることを認識した場合、違法行為の停止を求めることができるとする（n° 288-1-1, pp. 341-343）。

次に、違法行為の停止の責任主体は、個人の行動に対する評価であるフォートの有無よって定まるのではなく、違法状態を物理的かつ法律的に終わらせることができる能力の有無によって定まるとする（n° 244, p. 266）。その結果、

インターネットサービスの提供者や、広告掲示会社といった、直接の加害者ではないためフォートがあるとはいえない者に対しても、違法行為の停止を求めることができる。

(2)　破毀院判例の分析――(i)近隣妨害・(ii)人格権侵害の事例について

ここでは、(i)近隣妨害に関する事例と、(ii)人格権侵害の事例について、ブロックがどのように分析をしているのかについて見よう。

(i)　近隣妨害の事例について――異常な近隣妨害と違法な近隣妨害の区別

フランスにおいては、「いかなる者も他人に対しても相隣関係における通常の不都合を超える妨害を加えてはならない（nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage）」という異常な近隣妨害の法理が確立している。そのため、妨害の異常性を証明することによって、損害賠償や違法行為の停止を求めることができる。しかし、ブロックによれば、異常な近隣妨害の法理の適用においては、適法であるけれども重大な妨害を生じさせた場合と、違法な妨害を生じさせた場合の二つが包摂されており、両者を区別すべきであるという[27]。そして、ブロックは、前者を異常な近隣妨害として位置づけ、後者を違法な近隣妨害として位置づけるべきだとする。後者である違法な近隣妨害の法理では、隣人の活動が、法律や、規則、旧一三八二条（現行一二四〇条）が課している一般的な行為規範に反しているかどうかが判断されるとする。そのため、これらの行為規範に反していないときには、適法であるけれども、隣人に生じさせる損害の程度が甚だしいのであれば、異常な近隣妨害の法理に基づいて賠償が認められる。これに対し、これらの行為規範に反しているときには、違法な近隣妨害であるとして、違法行為の停止が認められるとする。ブロックによれば、破毀院一九九八年判決は、このことを明確に示しているという。

❶破毀院第三民事部一九九八年二月一一日判決[28]

〔事実〕

Xの所有地に隣接する土地の所有者であるY夫妻は、自らの所有地に、建築許可を受けておらず、また、土地占有計画（du plan d'occupation des sols）に反している、都市計画法違反の小屋を建てた。そこで、Xは、それによって耐えられないような妨害を被ったとして、その建物の撤去、及び、損害賠償を求めた。原審は、都市計画法に反して建てられた建物によって、原告に対して近隣妨害をもたらすことを認定して、その破壊を命じた。

〔判旨〕

破毀移送。原審は、旧一三八二条（現行一二四〇条）に基づいて責任を課すとしても、「都市計画法違反と属人的な損害の間に直接的な因果関係」があることを検討しておらず、また、近隣妨害の法理に基づいて有責判決を下すとしても、妨害の異常性について認定していない。したがって、同条、及び、同法理の要件を充たしていない。

ブロックによれば、この判決において、違法行為の停止が認められるためには、旧一三八二条（現行一二四〇条）の適用の可否を通じて行為規範への違反の有無が検討されなければならず、賠償が認められるためには、妨害の異常性が検討されなければならないとする。したがって、この破毀院判決は、違法な近隣妨害と異常な近隣妨害の区別を示しているという。そして、異常な近隣妨害の法理が適用される場合としては、パン屋から騒音が生じているときや、チーズの製造業者から悪臭が生じているときが挙げられており、こういった事例において、違法行為の停止を認めることは、行動の自由に対する過度な介入であるとする（n° 285, p. 338）。

さらに、異常な近隣妨害の事例においては、賠償の態様についての事実審裁判官の専権が認められているのに対し、違法な近隣妨害の事例においては、賠償の態様についての事実審裁判官の専権これは認められていないため、異常な近隣妨害と違法な近隣妨害は区別されているとする（n° 466 pp. 544-547 et n° 477 pp. 553-555）。[29]

(ii)　人格権侵害の事例について――行為規範への違反の有無

ブロックは、侵害によって直ちに違法性が生じる法益を権利として定義している。そのため、表現の自由などの対抗法益との衡量が必要となる私生活の尊重への権利や、肖像への権利、名誉といった人格権は権利としては構成されない。その結果、違法行為の停止が認められるかどうかは、加害者が命令的行為規範に反したかどうかという観点から構成されることになる。これについて、ブロックは、次の判決を引用しながら説明している。

❷破毀院第一民事部二〇〇三年七月九日判決[30]

〔事実〕

メディアにおいて大々的に報道されたA夫人、及び、その子の失踪事件について、“Le Figaro littéraire”(Y)は、週に一度の特別号で、「医師Xの真実の物語（romain vrai du docteur X）」というタイトルの「夏の一連の出来事（série de l'été）」についての四つのエピソードを掲載した雑誌を発売することを告知していた。そこで、A夫人の前夫の子であるXが、同雑誌の発売の停止を求めた。

〔判旨〕

上告棄却。「ヨーロッパ人権条約八条、及び、一〇条に規定されている表現の自由と、九条に規定されている私生活の尊重への権利は、共に規範的価値を有しており、事件を係属した裁判官はこの二つの権利の均衡点の発見に努めなければならない。そして、このとき、最も保護に値すると思われる権利を優先させなければならない」。

ブロックによれば、この判決において、裁判官は、対立する利益を衡量することによって違法性を評価しているのではなく、対立する諸利益の均衡点に関する行為規範を発見し、その行為規範に反したかどうかという観点から違法性が評価されているとする（n° 275, pp. 314-315）[31]。

2　妨　害

ブロックによれば、違法行為の停止において損害の有無は問題とならず、これに代わって、妨害の有無が問題となるとする。そこで、(1)妨害要件が理論的にどのように位置づけられるのかを見たうえで、(2)この要件の実践的な意義について見ていこう。

(1)　理　論

まず、加害行為によって損害が生じるプロセスについて、「①法的評価を介さない事実しての違法行為（l'acte illicite bruit）、②侵害（atteinte）、③被害（dommage）、及び、損害（préjudice）」の三段階に区別できるという。そして、違法行為の停止の対象は②侵害であり、賠償の対象は③被害・損害であるとする。すなわち、③被害・損害は、違法状態の結果であり、違法状態の原因から切り離されているため、違法行為の停止の対象とはならない。そして、②侵害は、侵害行為と侵害状態の区別を提示に区別することができ、「侵害行為」とは瞬間的な行為であるのに対し、「侵害状態」は継続的な違法状態であるとする。たとえば、建物を建てる際に、隣人の財産を壊した場合、侵害は瞬間的な行為であるため、その結果につき賠償が行われるだけである。これに対し、都市計画法に反する建物が建築されることによって、隣人の権利が侵害されているときには、継続的な違法状態があり、違法行為の停止が問題となるとする（n° 381, pp. 452-453）。

つまり、被害や損害によっては、現在において、違法状態が原告の利益を侵害していることを表すことができない（n° 387, pp. 456-457）。そのため、原告が損害を証明しただけでは、現在における違法状態によって自らの利益が侵害されていることの証明にはならず、違法行為の停止が認められることはないという。そこで、妨害とは、「原告の正当な利益に対して加えられる侵害という観点から、違法な事実状態をみたものである」と定義されている（n° 386, p. 456）。

(2)　実践的意義

妨害概念の実践的な意義として、(i)損害が過少な場合・損害発生が不確実な場合の処遇、(ii)証明責任の整理、(iii)違法行為の停止の範囲について取り上げよう。

(i)　損害が過少な場合・損害発生が不確実な場合について

第一に、損害が過少な場合については、妨害を要件とすることによって、損害として法性決定されるには、原告の利益に対する影響があまりにも小さすぎるような違法状態を把握することができるという。たとえば、不正競争行為によって違法状態が発生した時点においては、金銭的に評価できないほど過少な損害しか生じていないことがある。そのため、違法状態が発生した時点と損害が生じる時点が異なることがありうるが、妨害を要件とすることによって、金銭的に評価できるほどの損害は生じていない場合であっても、違法行為の停止を求めることができるとする（n°390-1, pp. 459-461）。

第二に、損害発生が「可能性」に過ぎない場合であっても、原告は、損害が発生するリスクの確実性を証明したのであれば、違法行為の停止を求めることができるとする。たとえば、隣人が、引火性の素材を隣家との境界の壁に用いたことによって生じる火災のリスク[32]などが挙げられている。このように、被害の発生について確実なリスクが存在するならば、違法行為の停止の対象となりうるという。これに対し、損害の発生が不確実なリスクについては、「被害者なき責任」を生じさせるとして否定する。この例としては、携帯電話の電話アンテナが人体に悪影響を及ぼす可能性といったものが想定されよう[33]。ブロックによれば、損害の発生が不確実なリスクについては、原告の利益を侵害しているとは評価できないため、こうした場合にまで違法行為の停止を認めることは民事訴訟の枠を超えることになるとする（n°390-2, pp. 461-464）。

(ii)　証明責任の整理

第一に、個人にのみ帰属する利益（intérêt égoïste univoque）の保護を図る場合については、侵害された行為規範によって保護されている利益と原告の利益が一致する場合と、侵害された規範によって保護されている利益と原告の利益が一致しない場合の二つに区別している。前者については、行為規範が、原告の利益の保護に向けられているため、この規範への違反のみをもって、原告に対する妨害があると評価できる（n° 394, p. 465）。後者については、行為規範への違反のみによって妨害があるとは評価されない。なぜなら、当該行為規範への違反によって違法状態が生じるとしても、必ずしも原告の利益を害するとは限らないからである。したがって、この場合、行為規範への違反によって、原告の利益に妨害状態が生じたことを証明しなければならないとする。そのため、都市計画法違反の建築物の違法行為の停止が争われている事案においては、都市計画法に反していることに加えて、行為規範の違反と被害者の被った妨害の間に直接の因果関係が存在することを証明しなければならないとする（n° 395, p. 465）。

第二に、個人と集団の両方に帰属する利益（intérêt égoïste équivoque）が侵害された場合、他の者とは異なる態様によって（d'une façon distincte de ses coreligionnaires）、違法状態が原告に対して妨害を生じさせていることが必要となるとする（n° 399, p. 470）[34]。

(iii) 違法行為の停止の範囲

ブロックによれば、妨害概念を通じて、違法行為の停止の範囲についての基準を提供することができるという。ここでは、違法状態によって侵害されている利益が原告の利益と一致する場合と、両者が一致しない場合が区別されている。

第一に、違法状態によって侵害されている利益と原告の利益が一致する場合、違法状態を全体として終わらせることができるとされている（n° 404, p. 475）。たとえば、原告の利益のみを害するような近隣妨害、名誉棄損、署名の冒用といった場合、違法状態を全体として終わらせることができる。

第二に、違法状態によって侵害されている利益と原告の利益が一致しない場合、違法状態によって侵害される利益と原告の利益を切り離すことができるかどうかによって、問題が分けられるとしている。両者を切り離すことができる場合、原告が妨害を被っている範囲に違法行為の停止の範囲は限定されるという。というのは、個人による訴訟において、原告は自らに固有の利益を超えて保護を求めることはできず、また、裁判官は問題となる利益を超えて判決を下すこともできないからである（n°405, pp. 475-476）。したがって、都市計画法に反して、景観に対する妨害を生じさせた場合、たとえ建物全体が都市計画法に反していたとしても、原告の景観を害する範囲でのみ認められることになる。これに対し、違法状態によって危険にさらされる利益と原告の利益を分離することができない場合、原告に対する妨害を除去する結果として、原告の利益を超える範囲での停止が認められるという。たとえば、原告が、自らの利益の保護を求めて不正競争防止法に反する企業活動の違法行為の停止を求めた場合であっても、自らの利益を超えて、他の競争者の利益を保護することができるとする（n°407, pp. 477-478）。そして、原告は自らの利益の保護を通じて、結果的に、客観的な違法状態の回復に寄与することができるという。

㈢　検　討

こうしたブロックの理論には、異論も呈されているが[35]、フランスにおいて評価されているように見える[36]。そして、この理論は、民事責任法改正準備草案一二三二条を経て[37]、違法性と妨害を要件とする民事責任法改正草案第一二六六条に結実している。以下では、まず、（**1**）ブロックの理論を総括したうえで、（**2**）これがフランス法においてどのように位置づけられるのかを確認する。次に、（**3**）この理論の特色について考察したい。

1　ブロックの理論の総括

ブロックによれば、まず、違法行為の停止とは、民事責任法の機能の一つであり、違法状態を生じさせている原因を停止させることで、違法状態を将来に向けて行為規範に適合する状態に置くものとして捉えられている。次に、違法行為の停止の要件は、命令的行為規範と権利侵害の二つから構成される違法性と、現在における違法状態による原告の利益の侵害として構成される妨害だとする。最後に、違法行為の停止の効果は、賠償の態様についての事実審裁判官の専権に服さないとする。

2　フランス法におけるブロックの理論の位置づけ

まず、ブロックが違法行為の停止を民事責任法に基礎づける背景としては、フランス法においては、民事責任法の効果として、現実賠償が実際に認められてきたことが重要であると考えられる。そこで、ブロックは、民事責任法が現実賠償によって果たしていた「知られざる機能」として、違法行為の停止を取り出し、理論化したといえる。

次に、ブロックによれば、違法行為の停止の対象は、損害の発生原因である違法行為なのに対して、賠償の対象は違法行為の結果である損害だとされている。もっとも、ルジュ－ドゥ－ブベは、原因と結果の区別から、違法状態の除去と賠償の区別を既に導き出していた。そのため、ブロックの理論的意義は、この区別に基づいて、違法行為の停止の要件論について詳細な検討を加えた点にあるといえる。

最後に、ブロックによれば、違法行為の停止の要件は、違法性と妨害だとされている。これは、レフェレにおける違法行為の停止の要件と対応しており、レフェレにおける違法行為の停止に実体的な基礎を与えるためであると考えられる。違法行為の停止を違法状態の除去として捉えることは、サヴァティエやルジュ－ドゥ－ブベによっても試みられてきたが、違法性概念について立ち入った検討はなされてこなかった。そうしたところ、ブロックは、命令的行

為規範への違反と権利侵害の二つから違法性が判断されるとして、理論枠組を提示したといえる。さらに、違法行為の停止を違法状態の除去として捉えるだけでは、原告の確定基準が明らかとはならないところ、ブロックは、妨害要件によって訴えの利益を有する者を判断している。このように、客観的要件としての違法性、及び、原告の確定基準としての妨害によって、従来は伏流として存在するに留まっていた違法行為の停止を現実賠償と区別する見解に大きな説得力を持たせたといえる。

3　ブロックの理論の特色

ここでは、日本法への示唆について考察する前提として、妨害要件、及び、人格権の保護法理について、取り上げて検討してみたい。

第一に、妨害要件について。ブロックによれば、被害や損害は、違法状態とは切り離された結果であるとして、これらに代わって、違法状態と結びついた概念である妨害を要件とすべきだとされている。そして、この要件は、原告の確定基準となるだけではない。これによって、私人が、民事訴訟の枠内で、私人は自らの利益を超えて違法状態の回復に寄与することができるようになるとする。たとえば、不正競争行為によって原告に妨害が生じている場合、これを除去するためには、私人の利益を超えて競争利益を回復させなければならないことが想定される。こうした場合に、私人は、自らの利益の保護を通じて、結果的に、自らの利益を超える一般的な違法状態の回復を担うことができるとする。

第二に、人格権の保護法理について。ブロックによれば、人格権の保護法理は、人格権の権利性を否定したうえで、行為規範への違反の有無という観点から構成されている。そのため、違法性評価においては、加害者が、自らに課されている行為規範に反したかどうかに焦点が当たると考えられる。

これに対して、サン－ポーは、人格権の権利性を肯定する見解したうえで、人格権の保護法理を対抗法益との衡量によって構築しており、こうした見解はブロックの見解の対極に位置しているといえる。サン－ポーによれば、人格権に権利性を認めることについて、政策上の意味と法技術上の意味があるとする。[38] まず、政策上の意義として、個人に非財産的権利を認めることによって、各人は、人間としての自らの正当な価値の考慮を感じることができるとする。さらに、人格権に権利性を認めることは非法律家の認識可能性を高めることになるとする。次に、法技術上の意義として、民事責任・刑事責任に基づく保護は加害行為を行った者――有責性――に向けられているのに対して、権利に基づく保護は、問題の捉え方を大きく変えるという。すなわち、裁判官は、同等の価値を有する権利――私生活の尊重への権利と表現の自由など――の衝突を調整しているとする。したがって、ここでは加害行為の態様が問題となっているのではなく、権利と自由のそれぞれの限界を明らかにすることが問題となっている。そして、権利保護においては、違法性評価に代わって、承諾が決定的な役割を担うこととなることを指摘する。[39]

したがって、ブロックのように、行為規範の側から人格権の保護法理を構築することは、サン－ポーが指摘するような、人格権の政策上の意義を失わせることになるといえる。さらに、ブロックによれば、権利の対立という観点からは問題は捉えられず、加害者の側から行為規範への違反の有無という判断することになる。こうした相違は、具体的には、❷判決を行為規範への違反という観点から捉えるのか、衡量判断として捉えるのかという形で現れることになる。したがって、ブロックにおける人格権の保護法理は、サン－ポーの見解との対比からも、一つの極を示しているということができる。

四　日本法への示唆

以上のようなフランス法の議論は、わが国にとってどのような意味を持つであろうか。ここでは、まず、㈠差止請求権の理論枠組について検討する。次に、㈡巨視的な観点から人格権の保護法理を構築するにあたり、どのような視点を設定する必要があるのかについて考察したい。

㈠　差止請求権の要件論――妨害要件

ブロックは、差止めと賠償（原状回復）の区別を原因と結果の区別に基づいて行っている。もっとも、こうした区別は、わが国においても既に指摘されているため[40]、ここでは、ブロックが示した違法行為の停止の要件論に着目する。ブロックは違法行為の停止の本質を法に反する事実状態を是正することに求めており、このような差止めの捉え方は、わが国において、差止請求権を違法侵害説や秩序違反に対するサンクションとして捉える見解[41]と同様の基礎を有しているといえる。そうであるとすれば、ブロックが提示した違法行為の停止の要件論の中でも、妨害要件は、わが国においても意味を持つであろう。

まず、差止めを違法状態の是正として捉える見解において、妨害を現在における違法行為によって原告の利益が侵害されている状態として捉えたうえで、次のような推論を行うことが有益だと考える。すなわち、侵害された行為規範によって保護されている利益と原告の利益が一致している場合、原告は違法性の証明をもって差止請求権を行使することができるのに対し、両者が一致しない場合、原告は違法性に加えて妨害の存在を立証することになると考える。

次に、妨害を要件とすることによって、私人による集団的利益の保護に実体法上の基礎づけを与えることができる

と考える。わが国においても、私人は、差止請求権の行使を通じて、自らにのみ帰属する利益の保護を超えて、環境利益や消費者利益といった集団的利益の保護の守り手たる役割を果たすべきだということが有力に主張されている。[42] もっとも、私人が差止請求権を行使することによって集団的利益の保護を図ることには、公益が対象となる場合には民主主義によって対応すべきであるとする批判もある。[43] そこで、環境利益や消費者利益が侵害されている場合、原告に対する妨害を除去するためには集団的利益を全体として回復する以外の手段がないときには、結果的に、私人は自らの利益を超えて集団的利益の保護に寄与することができると構成することによって、こうした批判を免れることができる。これによって、民事訴訟の枠内において、集団的利益の保護を私人が担うことができると考える。[44] そして、私人に対する妨害を観念できない場面においては、私人による差止請求権の行使を認めるためには、その正当化のための論理が改めて必要となると考える。

(二) 人格権の保護法理の構築に向けて

ブロックは、違法状態を除去することが物理的に可能であり、法律上も可能である者が差止請求権の相手方になるとする。すなわち、ここでは必ずしも侵害を行っている者が差止請求権の相手方となるわけではない。わが国においても、このように考えることによって、検索エンジン[45]やサイト管理者といった直接の表現主体とはいえない者に対する差止めに基礎づけを与えることになるといえる。[46]

さらに、ブロックの理論において特徴的であったのは、私生活や、名誉、肖像といった、他者との衡量が必要な人格権の権利性を否定したうえで、加害者の行為態様の評価を通じて違法性判断がなされるべきとする点である。これに対し、人格権の権利性を肯定したうえで対抗法益との衡量という観点から保護法理を構築する見解も説かれている。こうした議論の対立は、わが国にとっていかなる示唆を与えるであろうか。

わが国においても、権利とは、侵害のみによって違法性が生じる法益であるとして厳格に定義することによって、名誉や、プライバシー、肖像といった精神的人格権の権利性を否定することが説かれている。[47] さらに、差止請求権において人格権概念を用いることに消極的な見解が見出される。[48] ここでは、わが国において、権利概念をどのように捉えるべきなのかが問われている。そこで、わが国において、人格権の権利性を認めるべきかどうかについて、考察を加える必要があると考える。

さらに、わが国においても、対抗法益との衡量が必要な精神的人格権の権利性を否定したうえで、その保護法理を違法性評価に委ねる見解と、衡量判断によるとする見解がある。これら二つのアプローチの相違に正面から取り組むことによって、人格権の保護法理を独自性を有するものとして捉えるべきなのかについて考察することができると考える。

五　むすびに代えて――残された課題

本稿では、フランス法における違法行為の停止に関する理論の分析を通じて、まず、差止請求権における妨害要件を理論化することの意味を示した。次に、人格権の保護法理の構築に向けて、今後、どのような視点から考察を加える必要があるのかについて指摘した。そこで、人格権の保護法理を巨視的な視点から構築していくために、次の二つの観点からフランス法の研究を進めていくことが、今後の研究課題である。[49]

第一に、フランス法において、人格権を権利として構成することの意味について検討する必要がある。フランス法においては、« droit à » と呼ばれる権利が増加しているだけでなく、基本権概念をどのように位置づけるかが問われている。そこでは、権利侵害のみによって違法性が生じる法益を権利としてカテゴリー化すべきだとは、必ずしも考

えられていない。フランス法において、権利の構造が多様化しており、そして、権利が増加している背景には、どのような考慮がなされているのかを分析する必要がある。

第二に、人格権の保護法理について、ブロックの対極にある衡量アプローチを捉えつつ、フランス法における人格権の保護法理を分析しなければならない。これによって、人格権の保護法理は、不法行為法において独自性を有するといえるのか、仮にいえるとすれば、その基礎にはどのような考慮があるのかについて考察していく必要がある。

[付記] 本研究はＪＳＰＳ科研費（17J03769）の助成を受けたものである。

（1） 根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣、二〇一一年）四二二頁、同「差止請求権理論の課題と展望」民法理論の対話と創造研究会編『民法理論の対話と創造』（日本評論社、二〇一八年）五五―九一頁。

（2） 根本・前掲注（1）四一七―四一八頁。

（3） Cyril Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra contractuelle*, Dalloz, 2008. わが国においてブロックにおける賠償概念を取り上げた論稿として、大澤逸平「フランス不法行為法における現実賠償概念――『賠償』をめぐる被害者、責任主体、一般利益の交錯――」専修ロージャーナル九巻（二〇一三年）七九頁以下。ブロック説の簡単な紹介としては、ムスタファ・メキ（吉田克己訳）「民事責任法における損害の位置」吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法　損害概念の変容』（有斐閣、二〇一〇年）四三八―四四一頁。さらに、ブロックを引用しつつ、集団的消費者利益の保護における差止請求権の活用の可能性を示唆するものとしては、山城一真「集団的消費者利益――『利益帰属』構成の有用性をめぐって」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、二〇一四年）四九五―四九六頁。もっとも、ブロックの理論の全体についての紹介はなされていない。そのため、本稿において、この理論を正面から取り上げることには意味があると考える。

（4） たとえば、Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Philippe Stoffel-Munck, *Les obligation*, 2005, 2e éd., n° 249, p. 137 においては、違法行為の停止は現実賠償の区別が意識されていなかったのに対して、Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Philippe

Stoffel-Munck, *Les obligation*, 2018, 10e éd., n° 250, p. 155においては、両者の区別が意識されている。

(5) Cyril Bloch et Philippe Stoffel-Munck, La cessation de l'illicite, dans F. Terré (sous la dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 87 et s. 中原太郎訳「フランス民事責任法改正に関する二つの草案（カタラ草案・テレ草案・対照表）」法學第八一巻第一号（二〇一七年）三九―四〇頁も参照。

(6) 二〇一七年の民事責任法改正草案（projet）については、オリヴィエ・グート（野澤正充訳）「フランスにおける民事責任法改正草案」立教法学九六巻（二〇一七年）一―一二頁、鈴木清貴「フランスにおける民事責任法改正草案（二〇一七年三月一三日）（試訳）」武蔵野法学七号（二〇一七年）五七―一〇二頁も参照している。なお、二〇一六年に公表された民事責任法改正準備草案（avant-projet）における差止めの規定については、Jean-Sébastien Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile», *D.* 2016, 1386のほか、ヨネス・クネチュ（中原太郎訳）「フランス民事責任法改正――二〇一六年四月二九日の司法省法律草案の比較検討」法學第八〇巻第五号（二〇一六年）三三―三五頁も参照。ブロックは、二〇一六年に公表された民事責任法改正準備草案一二三二条について、原告が違法行為の停止を求めており、かつ、要件をみたす場合、裁判官はこれを命じなければならないことが明確になるように起草すべきであったと指摘している（Cyril Bloch, « La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile », *JCP G*, 2016, n° 16, p. 8）。

(7) たとえば、スルダは、「何らかの違法行為の結果として、損害が近い将来において生じることが必然的な場合、（……）損害を現在において評価することが可能であるため」、民事責任法の効果として賠償を求めることができるとする（Auguste. Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, t. 1, LGDJ, 6e ed., 1911, n° 448, p. 453）。

(8) Henri Mazeaud « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*, 1936, n° 38. p. 34. : Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6e éd., t. 3, Montchrestien, 1978, n° 2303, pp. 615-616. なお、フランス法における現実賠償概念については、大塚直「生活妨害の差止めに関する基礎的考察(5)――物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求の交錯――」法協一〇四巻二号（一九八七年）三八三―四一二頁、大澤・前掲注（3）七九頁以下も参照している。

(9) たとえば、Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Suzanne Carval, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2010 n° 81, pp. 108-109においては、違法行為の停止は賠償の一形態だとされている。

(10) René SAVATIER, *Traite de la responsabilité civile*, 2e éd., t. 2, LGDJ, n° 595, p. 170.

(11) René SAVATIER, supra note 10, n° 594, pp. 169–170.

(12) René SAVATIER, supra note 10, n° 597, pp. 171–172.

(13) Marie-Eve ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 211.

(14) Marie-Eve ROUJOU DE BOUBEE, supra note 13, p. 218.

(15) Marie-Eve ROUJOU DE BOUBEE, supra note 13, p. 214.

(16) 司法研修所編『フランスにおける民事訴訟の運営』（法曹会、一九九三年）一九八頁。

(17) 司法研修所編・前掲注（16）二一〇—二一一頁において簡潔に指摘されている。さらに、本田耕一『レフェレの研究』（中央経済社、一九九七年）一三五頁以下も参照。

(18) まず、違法性が明白であることの要件については、破毀院大法廷民事部一九九六年六月二八日（Ass. Plen., 28 juin. 1996 *RTD civ.*, 1997, p. 222）において緩和され、緊急性の要件については、破毀院第三民事部一九八二年一〇月二六日（Cass 3e civ., 26 oct. 1982 *Bull. civ.* 3, n° 207）によって緩和されている。そして、こうしたレフェレ裁判官の役割は、「一種の適法性を評価する手段」だと言われている（Emmanuel PUTMAN, « Les mesures conservatoires en droit français de la concurrence », *RRJ*, 1994–3, n° 56, p. 903）。

(19) Jacques NORMAND, « l'exécution des mesures ordonnées en référé », *RTD civ.*, 1984, p. 223 : Jacques Normand, « Référé : le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1997, p. 216 によれば、レフェレ裁判官は、「違法状態の除去に関する真の裁判官」だと言われている。

(20) たとえば、CA Rennes, 10 févr. 2004, *D.* 2004, somm., p. 1808, obs. C. Manara においては、サイト管理者に対する差止めが認められている。

(21) 被害（dommage）と損害（préjudice）の区別は、ベノワによって先鞭が付けられた。これによれば、被害とは被害者とは切り離された事実的概念であるの対し、損害とは被害者に対して被害が及ぼす財産的な影響であるとする。すなわち、「被害とは事実であるのに対して、損害とは、特定の人に応じて評価される主観的概念」だとされている（Francis-Paul BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP G.* 1957, 1, n° 14）。こうした区別は、カディヒ（Loïc CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses*

de la responsabilité, sixièmes journées R. Savatier, *Puf*, p. 37 et s）や、ル・トゥルノーが編集する体系書（Philippe Le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz, 9e éd., 2012-2013, n° 1309）にも受け継がれた。なお、ル・トゥルノーの体系書については、最新版においては被害・損害の区別に関する叙述が簡略化されているため、旧版を引用している。ブロックも、被害と損害に関するこのような区別を前提としている。

(22) このような捉え方は、ルジュードゥーブベが主張する「回復（rétablissement）」とは対照的である。すなわち、「回復」は、現在生じている違法状態を過去に向けて適法状態に復元することであるのに対して、ブロックのいう違法行為の差止めとは、将来に向かって、事実を行為規範に適合させるものである（n° 116, pp. 122-123）。

(23) たとえば、レヴィは、裁判官が賠償の態様について専権を奪われているのは、物権侵害の事例に限られているため、違法行為の停止の基礎づけは物権にのみ求められるとする（Marc Levis, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction juridique des droits*, Economica, 1989, n° 73, pp. 71-72）。そして、ルジュードゥーブベのように民事責任法といった一般的な基礎づけを与えることに対しては、次のように批判する。すなわち、ルジュードゥーブベは、近隣妨害、不正競争、物権侵害を念頭に置いているが、破毀院は、物権侵害の事案についてのみ、賠償の態様に関する事実審裁判官の専権を奪っているに過ぎないため、こうした分析は実態を反映していない（n° 111, pp. 100-102）。そして、裁判例の機能的な分析から、「損害の発生を要求することなく、現実的なサンクションを裁判官に義務付けるという違法状態の除去の性質は、賠償に固有の論理でもなければ、あらゆる者は違法性の中にとどまることを義務付けられないという原則の現れでもない。これは、物権の排他性の表れでしかない」（n° 112, p. 72）とする。なお、レヴィについては、七戸克彦「マルク・レヴィ　物権の対抗可能性――裁判上の制裁について――」法学研究（慶應）六四巻二号一五二頁以下も参照している。

(24) Georges Ripert et Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. 2, Dalloz, 1957, n° 1136, pp. 436-437.

(25) こうした構成は、ルデュック、及び、サヴェイによって説かれている。まず、ルデュックは、賠償の態様に関する事実審裁判官の専権が奪われているのは、本質的な権利（droit subjectif essentiel）――所有権、一六条にいう人体を尊重させる権利――の保護、フロードの効果的な抑圧、さらに、「法による警察的配慮（considérations de police juridique）」を要する場合であるとする（Fabrice Leduc, « Régime de la réparation. Modalités de la réparation. Règles communes aux responsabilités délictuelles. Principes fondamentaux », *JCL. Resp. civ. et assur.*, fasc. 201, 2006, n° 32-33, pp. 14-16）。そして、法による警

察的配慮とは、公益（intérêt public）が侵害された場合であるとして、都市計画法に反して建てられた建物の破壊を求める訴権、占有訴権、氏名の冒用に関する訴権、消費者保護に関するアソシアシオンの訴権が挙げられている（n° 33, pp. 14-16）。次に、サヴェイは、デュギーによって主張された主観的訴訟と客観的訴訟の区別（Léon Duguit, *Les transformations du Droit public*, Armand Colin, Bibl. du mouvement social contemporain, 1913, p. 187 et s）を民法にも導入することを提唱して、差止めとは、客観的かつ抽象的な適法性の保護を目的としているという。これによれば、差止めとは、客観的な適法性を回復する訴権として構成されるべきこととなり、法定の規則に事実状態を適合させる訴権として構成されることとなる。このような客観訴訟として差止めを捉えることによって、「各人を法律を遵守させるための守り手として仕立てあげる」ところに特徴がある（Benoît Savelli, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle, Etude sanctions de droit privé*, Puam, 1995, n° 138, p. 125）。なお、サヴェイにによれば、差止めとは、客観的な法秩序の回復させるメカニズムとして捉えられており、差止めの対象となる事実は、法律、あるいは、規則に反する事実であるとする。つまり、サヴェイのいう違法活動とは、違法な事実（fait illicite）ではなく、法規に反する活動としての反法規的な事実（fait illégal）であるという。したがって、不正競争行為は、いかなる法規にも反しておらず、旧一三八二条（現行一二四〇条）によって課されている一般的な行為規範に反しているに過ぎないため、賠償であるとする（n° 139, pp. 125-126）。なお、デュギーによる客観訴訟と主観訴訟の区別について、邦語文献としては、中村義幸「レオン・デュギーの公法理論における越権訴訟＝客観訴訟論の構造」明治大学大学院紀要法学篇一七巻（一九八〇年）一三五―一四七頁、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、二〇〇七年）一一九―一三二頁、二〇三―二一二頁を参照。

(26) その例として、破毀院商事部一九九〇年一〇月二三日判決（Com. 23 oct. 1990, *Bull. civ.* 4, n° 252）が挙げられている。控訴院では、知事による建築許可を得ることなく開始されていた駅の開発の差止めが認められていた。しかし、破毀院が判決を下すまでに、原告は建築許可を得たので、破毀院はこの控訴院判決を破毀している。

(27) このようなブロックの分析は、コルニュによってなされていた異常な近隣妨害の理解を前提としている。すなわち、コルニュは、異常な近隣妨害の法理が適用されるためには、①妨害行為が加害者にとって有益であること、②妨害行為が適法であること、③加害者に害意がないこと、④当該活動によって損害が生じる恐れがあることが必要だとされている（Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, Montchrestien*, 12e éd., 2005, n° 1098-1103, pp. 467-468.）。

(28) Cass 3e civ., 11 févr. 1998, *D.* 1999, jur., p. 529.

(29) 破毀院一九六五年三月一日判決（Cass 1re civ., mars. 1965, *RTD civ.*, 1965, p. 833）において、都市計画法違反の建築物の取壊しについては、事実審裁判官の専権は奪われている。〔事実〕Yは、自らの土地の境界付近に、隣人であるXの別荘の壁と隣接するような形で、ガレージを建設した。もっとも、ニース市は、各土地は三メートル以上の建築禁止区域（non aedificandi）を設けなければならない旨を街の開発計画の規定に定めており、Yによって建てられた当該建物は、同規定に違反していた。そこで、Xが当該建物の取壊し、及び、損害賠償を求めてYを訴えた。これに対し、控訴院は、「法規範を厳格に適用することは、常識に反する解決（solution barbare）しかもたらさない」として、Xによる取壊しの請求を棄却し、損害賠償のみを認めた。そこで、Xが上告。〔判旨〕破毀移送。「都市計画法への違反が現実に存在しており、かつ、現実賠償を認める有責判決の履行が可能であるとき、『建物の取壊しによって達成しようとしている目的と、その取壊しによって生じる不都合が釣り合っていないこと』を理由として現実賠償を言い渡すことを拒絶した控訴院には」、一一四四条の適用違背がある。

(30) Cass 1re civ., 9 juil. 2003, *JCP G*, 2003, 2, 10139.

(31) なお、ブロックは、破毀院第一民事部二〇〇三年七月九日判決の構成について基本的には賛成しているが、対立する諸利益のうち一方を「優先させる」という構成を取っていることについては遺憾であるとする（n°275, pp. 314-315）。

(32) CA Bordeaux, 18 mai 1849, *D.* 1850, 2, p. 86.

(33) Philippe Stoffel-Munck, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes-relai », *D.* 2009, p. 2817.

(34) たとえば、ブロックはこうした例として、リヨン大審裁判所二〇〇二年六月七日判決（TGI Lyon Ref., 7 juin 2002, *D.* 2002, IR, p. 2027）を挙げる。〔事実〕Yは、リヨンの小学校から一〇〇メートル以内の場所にポルノショップを建設していた。そこで、この小学校に子供を通わせている親、及び、両親らによって結成されたアソシアシオンが、当該店舗の建設の差止めを求めて訴えた。それに対して、YはXの請求の受訴可能性がないとして争った。なお、就学施設の一〇〇メートル以内の場所に、一八歳未満に販売することが禁じられている商品を取り扱う店舗を設置することは法律において禁じられている（loi du 30 juillet 1987 art. 99）。〔判旨〕請求認容。「ポルノショップの設置が制限された地区に同店舗が存在する、という事実のみによって、明白かつ違法な妨害が存在する」ため、受訴可能性は存するのであって、Yは同店舗の建設を停止させなければならない。

（35）たとえば、損害の発生源の除去が現実賠償の本質的な要素であるとして、ブロックと対極の発想をする見解（Vincent Rebeyrol, L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux, 2008, Defrénois, n° 190, pp. 196-198）や、民事責任法が損害の発生を予防することについて懐疑的な見解（Stéphanie Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, 2009, LGDJ, n° 459 et 460, pp. 416-419）がある。さらに、ヴィネィは、「違法行為の停止と民事責任」と題する論文の中で、ブロックに対する批判を展開している。すなわち、原因と結果の区別に対しては、差止めは確かに原因に対しても作用するが、それに加えて、生じる可能性がある損害に対しても同時に作用するため、全く説得的でないとする。さらに、差止めが独自の要件に服することについても否定する。すなわち、違法性については、フォートによって評価することができ、実際にも、不正競争法の分野においては、差止めは、旧一三八二条（現行一二四〇条）のフォートを要件として認められていることなどを挙げている。そして、妨害については、損害概念を広く捉えることによって評価することができるという（Geneviève Viney, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEAUX*, 2011, pp. 547-569）。

（36）たとえば、メキは次のように述べて、ブロックの理論を評価する。すなわち、違法行為の停止の理論は、「環境法において基本的な重要性を持つ。というのは、違法行為の差止めは、損害の存在の必要性から切り離され、単に将来の行動とその効果の統御によって理由づけられるからである」（ムスタファ・メキ・前掲注（3）四三八―四三九頁）。なお、メキは、民事責任法は、行動の規制としての社会的機能を有しており、自由と義務の均衡を維持することによって、良き市民にとっての行動指針となるとしており、彼自身の民事責任法観とブロックのそれには重なり合う部分が多い。（Mustapha Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 12 janv. 2005, pp. 3. et s）。

（37）なお、一二三二条に対しては、原告が妨害にさらされていることを要件しておきながら、予防的機能を営むことは論理的に困難であること、レフェレにおける仮処分措置以外で、損害が生じていない場合に違法行為の停止を認めることは、行動の自由に対する過度な制約となることなどが指摘されており、これは、ブロック説に対する批判を含むものである（Romain Boffa, (sous la coordination scientifique de Mustapha Mekki), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis*, Ljdg, 2016, pp. 56-59.）。

（38）Jean-Christophe Saint-Pau, (sous la dir.), *Droits de la personnalité*, Lexis Nexis, 2013, n° 368. pp. 227-228. なお、本稿にお

ける同書の引用箇所は、サン－ポーによる執筆箇所であるから、彼の学説として取り扱っている。

(39) フランス法において、被害者の承諾の理論は人格権侵害の事例を中心として発展してきたと言われる通り（Agnès Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité*, Puam, 2002, n° 477, p. 365-366）、とりわけ人格者の承諾の有無が問題となることが多い。

(40) 原島重義「開発と差止請求」法政研究四六巻二号（一九八〇年）二八三―二八四頁、根本・前掲注（1）五二―五三頁。大塚直「人格権に基づく差止請求」民商一一六巻四号（一九九七年）五一四―五一九頁。

(41) 広中俊雄『新版民法綱要第一巻総論』（二〇〇六年、創文社）三―二二頁。吉田克己「景観利益の法的保護――《民法と公共性》を巡って――」慶應法学三号（二〇〇五年）一〇八頁、藤岡康宏「不法行為法と権利論――権利論の二元的構成に関する一考察――」早稲田法学八〇巻三号（二〇〇五年）一七四頁、同「競争秩序と差止め論」ＮＢＬ八六三号（二〇〇七年）五七頁以下、根本・前掲注（1）四一七―四一八頁。

(42) 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）二七二―二七三頁。同「財の多様化と民法学の課題」『財の多様化と民法学』（商事法務、二〇一四年）五六―六〇頁。根本・前掲注（1）二―四頁。

(43) 大塚直「差止根拠論の新展開について――近時の議論に対する批判的検討」前田＝神田＝神作編『企業法の変遷：前田庸先生喜寿記念』（有斐閣、二〇〇九年）六五―六九頁は、さらに、違法行為を取り締まるべき本来的な役割を担う行政との関係も問題となるとする。

(44) 不法行為法説の立場から、このような方向性で議論を進めるべきことを示すものとして、加藤雅信＝加藤新太郎編著〔大塚直発言〕『現代民法学と実務（下）』（判例タイムズ社、二〇〇八年）二二一頁、大塚・前掲注（43）六五―六九頁。

(45) 最高裁判所第三小法廷平成二九年一月三一日決定における削除請求の基礎となると考える。

(46) このように、直接の加害者以外の者が差止請求権の相手方となることは、既に指摘されている（原島・前掲注（40）五二―五三頁）。なお、侵害概念を柔軟に解釈することによって、「侵害者＝差止請求権の相手方」として構成することもできると考えられる。

(47) 根本・前掲注（1）三八―四〇頁。

(48) 森田修「差止請求と民法――団体訴訟の実体法的構成――」総合研究開発機構＝高橋宏志共編『差止請求権の基本構造』（商事法務、二〇〇一年）一一四―一一五頁、上北正人「いわゆる『人格権に基づく差止請求権』の再構成」神戸法学五五

巻二号（二〇〇五年）一四一頁以下。

（49）筆者は、人格権の保護法理について、フランス法を比較対象として、人格権者の承諾に着目した研究を行ってきた（石尾智久「人格権侵害における被害者の承諾に関する基礎的考察――フランスにおける人格権保護法理の把握に向けて――」法学政治学論究一一八号（二〇一八年）六三―九四頁、石尾智久「人格権侵害における被害者の承諾の判断枠組――フランスにおける人格権の保護法理との比較――」法学政治学論究一一九号（二〇一八年）四〇七―四四〇頁）。そこでは、①撤回自由の原則、②制限行為能力者による承諾、③人間の尊厳に関する研究を今後の課題として指摘している。今後は、これらの各論的な論点の検討と並行して、本文において指摘した巨視的な視点からも、人格権の保護法理に関する研究を進めていきたい。

石尾　智久（いしお　ともひさ）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
日本学術振興会特別研究員（ＤＣ２）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科博士前期課程
所属学会　日仏法学会
専攻領域　民法
主要著作
「人格権侵害における被害者の承諾に関する基礎的考察」『法学政治学論究』一一八号（二〇一八年）
「人格権侵害における被害者の承諾の判断枠組」『法学政治学論究』一一九号（二〇一八年）