

# 報告 4 差止請求権の執行方法と問題点

堤 龍 弥

### 1. はじめに

現在、我々の周りでは、企業活動や公益性の名の下に、生命侵害や深刻な健康被害をもたらし得る大規模公害・環境事件が繰り返し発生し、他方、身近では、ミニ環境事件とでもいうべき市民間の生活紛争も多発しているように思われる。これらの継続的あるいは反復的に繰り返される違法な侵害行為に対しては、損害賠償とともにその差止めないし予防措置による迅速な救済が強く求められている。

ところで、一般的な民事的救済の方法である損害賠償が損害発生に対する事後的救済を目的とするのに対し、侵害行為の抑止、損害発生防止は専ら差止めによるべきものと理解されてきた。しかしながら、過去の損害賠償においても、本来の機能である損害の填補とともに、権利侵害・不法行為抑止機能が考えられる。さらに将来の損害賠償の目的は、単に提訴の煩を避け、執行の迅速に資するという手続法上の便益だけでなく、将来の侵害行為の違法性を予め裁判所が裁断することにより、侵害の抑止と被害者の救済という差止めと同様の目的を具備するものと理解することも可能である。

さらに、伝統的な見解においても、差止請求は、契約上、法律上およびこれまでの判例・学説上、色々な態様のものが存在し、必ずしも本来の意味での不作為（侵害行為の禁止・停止・予防）請求に限られない。義務違反の結果たる妨害・違法状態の除去・排除（原状回復としての作為）請求、将来のための（作為的）予防請求、さらには、（確認の利益が問題となることはあるものの）妨害行為の違法確認請求も広義では差止請求の一態様と考えられている。

以上のように、継続的・反復的な侵害行為からの民事的救済を検討する場合には多様な方法があり得るが、本稿では、本来の意味（狭義）での差止請求（他人の違法な行為により、利益または権利を侵害されるおそれがある者が、そ

の行為をやめるように請求する権利<sup>1)</sup>を中心に、とくにわが国におけるその執行方法と問題点についてこれまでの学説・判例を紹介し若干の検討を行うものとするものである<sup>2)</sup>。

## 2. 不作為執行

### (1) 執行方法と適用の態様 (適用範囲)

差止請求権の強制執行は、不作為執行であり、不作為自体の強制的実現には間接強制によらざるを得ない(民執172条)。不作為義務違反による有形的結果の除去または将来の義務違反抑止のための適当な処分としての代替的作為の強制的実現には、代替執行または間接強制による(民執171条・173条)<sup>3)</sup>。

もともと不作為義務(差止請求の場合は、債務者の積極的行為の禁止)は、多様な内容(一回的不作為か、反覆的不作為か、継続的不作為か)を通じておよそすべてが性質上当然に不代替的であるから、執行方法としては専ら間接強制が問題となるはずであるが、法は、不作為執行の手續構成上のテクニックとして、不作為義務違反があった場合またはそのおそれがある場合は、義務違反なかりしと同じ状態の形成あるいは違反の起こらぬ状態の形成を目的とする作為義務を派生させ(この作為義務を争うには請求異議の訴えを要するものとして起訴責任の転換を図る)、この派生的作為義務の実現のために代替執行・間接強制が適用されるのである。

---

1) 訴訟物を特定し、裁判所の法的判断の対象となる一定の権利主張として訴訟の土俵に上げるためには、いかなる法的根拠に基づいて当該差止めが求められているのかを明らかにする作業は不可欠であるが、それについては、拙稿「差止請求権の法的基礎」河野正憲ほか編・井上治典先生追悼論文集・民事紛争と手続理論の現在(法律文化社・2008)71頁以下参照。

2) 以下の記述は、中野貞一郎=下村正明・民事執行法(青林書院・2016)816-826頁による。

後述するように、不作為を目的とする債権(不作為債権)といっても具体的には様々なものがあることから、強制執行の方法としてはどのような不作為義務なのかに応じて対策を考えなければならないという点で、他の作為義務の場合とは著しく異なった問題を生み出し、また問題を複雑にしている。

3) 間接強制の補充性が緩和された現行法の下では、違反結果除去や予防的処分代替執行ができる性質の不作為義務(民414条3項。改正民法案・関係整備法案による改正後は、民執171条1項2号。以下、改正後の条文で引用する)でも、債権者の申立てがあるときには、間接強制の方法により行うことも許される(民執173条1項前段)。

(a) 単純な不作為義務の違反が現に係属中である場合、これを停止させるのは間接強制による(具体的な執行手続については後述するが、執行裁判所は期間を定めて違反の中止を命じ、中止がない場合には一定の金額の支払いを命じることになる。民執172条1項参照)。

---

【論点①】不作為義務違反が債務者またはその指図に従う者の人力による抵抗によってなされている場合(就業妨害など)、間接強制のほかに、より実効的な手段が必要と解されるが、その具体的な方法をめぐり、次の2つの見解が対立している。

A説(民執6条2項類推説):民執法6条2項(「執行官以外の者で執行裁判所の命令により民事執行に関する職務を行うもの」)を類推して、直接、債権者自ら抵抗排除のため執行官に援助を求めうとする<sup>4)</sup>。

B説(適当処分説):(代替執行における債務者の受忍義務に類似するところがあるから)代替執行の規定を類推して、債権者は執行裁判所に将来のための適当処分(民執〔改〕171条1項2号参照)として執行官の立会い・抵抗排除を命ずる授權決定を求めうとする(民執171条6項・6条2項)<sup>5)</sup>。

---

【論点②】違反行為のおそれがある場合には、不作為の事前強制としての間接強制も可能かどうかをめぐり、次の2つの見解が対立している。

A説(否定説):間接強制も1つの執行方法であるところ、一回的不作為

---

4) 兼子一・増補強制執行法(酒井書店・1951)295頁、三ヶ月章・民事執行法(弘文堂・1981)424頁、斎藤秀夫編・講義民事執行法(青林書院・1981)366頁〔白川和雄〕、中野貞一郎編・民事執行・保全法概説〔第3版〕(有斐閣・2006)271頁〔中野〕、浦野雄幸編・基本法コンメンタール民事執行法〔第6版〕(日本評論社・2009)500頁〔小林昭彦・榎本光宏〕など。中西正ほか・民事執行・民事保全法(有斐閣・2010)251頁は、最近では、この見解が一般的であるとする。就業妨害禁止仮処分の例であるが、同じ結論を採る裁判例として、東京地判昭和37年6月20日判タ132号141頁参照。

5) 竹下守夫「不作為を命ずる仮処分」保全処分の体系(下巻)(法律文化社・1966)608頁以下、福永有利・民事執行法・民事保全法〔第2版〕(有斐閣・2011)217頁、上原敏夫ほか・民事執行・保全法〔第4版〕(有斐閣・2014年)219頁など。中野=下村・前掲注2)823頁注(6)も、「民執法6条2項類推には無理があり(私人たる債権者に執行官の権能を付与するわけにはいかない)、適当処分説に従うべきものと解する。」とする。

義務はその作為が禁止された時が来るまでは履行期が到来しないし、また、反覆的不作為義務もしくは継続的不作為義務はその違反がなされるまでは義務が任意に履行されていることになるから、いずれにせよ執行開始の要件が備わらないことになるとして、不作為の事前強制を否定する<sup>6)</sup>。従って、可能な方法としては、実体法に規定のある予防的作為請求権（民199条・201条2項など）の行使や仮処分による予防措置（民保23条・24条）にとどまるべきものとする。

B 説（肯定説）：A 説に従えば、一回的不作為義務の違反が有形的結果を残さない場合に全く執行方法を欠き、一回的義務と継続的義務とを通じてその違反が回復困難な結果を生ずる場合に違反行為があるまで（したがって回復困難な結果の発生まで）執行できないことになり、不合理である。強制金決定による心理的予防と強制金取立ての現実的金銭執行とを区別して考える必要があることの明確な指摘<sup>7)</sup>を契機に学説は転回して事前執行肯定説が現在では多数を占め（不履行の態様が一回的な債務であれば、一時金方式による）、しかもその要件を穏やかに解する見解が有力である<sup>8)</sup>。

---

(b) 不作為義務違反が有形的結果を残さず終了した場合（例えば、一定の騒音を発しない義務）には、債権者は損害の賠償請求に甘んずるほかはないが、

---

6) かつての通説。兼子・前掲注4) 294頁、三ヶ月・前掲注4) 424頁など。

7) 竹下・前掲注5) 605頁以下。

8) 現在の通説。竹下・前掲注5) 585頁・605頁以下、竹下守夫ほか・ハンディコンメンタール民事執行法（判例タイムズ社・1985）415頁〔竹下〕、猪股孝史「差止請求・執行論の素描」日本民法学の形成と課題（下）（有斐閣・1996）986頁注（62）、中野＝下村・前掲注2) 823頁注（7）、福永・前掲注5) 216頁・218頁、生熊長幸・わかりやすい民事執行法・民事保全法（成文堂・2006）301頁、上原ほか・前掲注5) 224頁、浦野編・前掲注4) 502頁〔小林・榎本〕、山本和彦ほか編・新基本法コンメンタール民事執行法（日本評論社・2014）430頁〔大濱しのぶ〕、民事執行・保全判例百選〔第2版〕148頁以下〔大濱しのぶ〕参照。判例も同旨。（すでに違反行為があったが現在は行われていない状況での間接強制の可否が問題となった事例ではあるが）最決平成17年12月9日民集59巻10号2889頁は、不作為執行の間接強制決定をする段階では義務違反のおそれが立証されれば足りる〔高度の蓋然性や急迫性の裏付けも不要。強制金取立てのために執行文付与を受けるとする段階では義務違反事実の立証を要する。民執法27条1項・33条1項〕との判断を示した。先行して東京高決平成3年5月29日判時1397号24頁、後続して大阪高決平成24年2月27日判時2153号38頁。

なお、山本ほか編・前掲428頁〔大濱〕は、適当処分は一回的な義務違反の予防にも可能で、発令には違反のおそれがあれば足りる、とする。

不作為の債務名義成立後の違反行為が有形的結果を残す場合には、代替執行により債務者の費用をもってこれを除去し(例えば、塀を建てない義務に違反して建てた塀を破壊し取去するなど。民執法〔改〕171条1項2号)、あるいは間接強制により債務者に除去させることができる<sup>9)</sup>(民執法173条)。

有形的結果の除去執行には、本来、除去の債務名義を別途取得すべきであるが、不作為の債務名義がその成立後の債務者の違反行為(有形的結果の作出)によって容易に形骸化されるのでは権利の実効性減損が著しいことに鑑み、除去請求権の存否をめぐる起訴責任を債務者側に転換し、不作為の債務名義による除去執行を許すのである(一種の代償的執行。ただし、債務名義成立前の違反の結果除去は、作為義務として別にこれを請求すべきであろう)。

(c) 反覆的または継続的に不作為義務違反がある場合(前者の例として、毎夜、10時過ぎに騒音を発しない義務、一定の時間以後は操業しない義務など、後者の例として、一定の高さ以上の建物を建てない義務、競業をしない義務など)には、債権者は、執行裁判所の予防的処分(民執〔改〕171条1項2号)を得て、その内容に従い、代替執行・間接強制等によることができる(例えば、将来の損害に対する予防的処分として、債務者所有の特定不動産上に抵当権設定を命ずる決定があれば、その確定のときに設定の意思表示が擬制され〔民執174条1項本文〕、その決定により抵当権設定登記ができることになる。動産質権設定命令の場合は目的動産引渡執行。一般的に担保提供を命ずるだけなら、間接強制による。具体的にいかなる担保を提供するかは一次的に債務者の選択に委ねられる。予防的処分の内容には、将来の違反に対する一定の賠償金の支払命令による間接強制も含まれる<sup>10)</sup>)。将来のための適当な処分として将来の違反の繰返しを防止するための物的設備が命じられるかは問題であるが、特に抽象的差止判決の執行に関して議論されるので、後述する。

(d) 不作為自体の間接強制と予防的処分とは、違反行為防止の目的が重複するから、同時に双方を求めることはできないと解すべきである。不作為自体の間接強制または予防的処分と有形的違反結果の除去処分とは、

9) 東京地決平成11年1月18日判時1679号51頁。

10) 竹下ほか・前掲注8)411頁〔竹下〕、兼子・前掲注4)296頁、浦野雄幸・条解民事執行法(商事法務研究会・1985)746頁以下、浦野編・前掲注4)499頁〔小林・榎本〕など。

併行を妨げない<sup>11)</sup>。

## (2) 執行手続

(a) 代替執行ならば授権決定（ないし費用前払決定）の申立て、間接強制ならば強制金決定の申立てによる（民執〔改〕171条1項2号）。執行裁判所は、一般の執行要件（執行正本の存在、民執25条・29条～31条）および代替執行・間接強制の特別要件（代替執行・間接強制が可能な債務であること等）を審査し、決定をもって裁判する（民執法171条1項）。

(b) 授権決定・強制金決定およびその執行の手続は、（代替的・不代替的）作為執行についてのそれとほぼ同様である。ただし、作為執行と異なり、不作為執行では、強制金決定だけでなく、違反結果除去処分あるいは予防的処分としての授権決定も、債務名義（民執法171条5項・22条3号）の性質を有する。代替的作為執行では、代替執行によって実現される請求権（作為請求権）につき、授権決定に先立って本来の（作為の）債務名義が存するが、不作為執行の場合、結果除去請求権・予防設備請求権等は本来の（不作為の）債務名義に表示された不作為請求権とは別個の請求権であり、したがって、不作為執行における授権決定は、新たに代替的作為を命ずる債務名義を作成する裁判とその代替執行のための授権決定とが合体したものとみななければならない<sup>12)</sup>。債務者は、授権決定・強制金決定に表示された請求権の存否・内容を争って、これら決定に対し請求異議の訴えを提起することができる。

---

11) 竹下ほか・前掲注8) 414頁〔竹下〕。

12) 小山昇ほか編・演習民事訴訟法（下）（青林書院・1973）410頁以下〔竹下〕、竹下ほか・前掲注8) 410頁以下〔竹下〕。この把握は、（民法〔旧〕414条3項、さらにその前身たる旧民法財産編382条4項において）違反結果除去および将来のための適当処分の請求権が債権の実体的効力として構成されていたという立法上の沿革に適合する。民事訴訟法がこれを執行方法に取り込んだのである。我妻栄「作為又は不作為を目的とする債権の強制執行」民法研究V（有斐閣・1968）84頁以下・95頁以下参照。現行法解釈としての不作為請求権と違反結果除去請求権の関係につき、奥田昌道・法学論叢102巻3・4号35頁以下参照。



### 3. 抽象的差止判決に基づく強制執行

#### (1) 問題局面

裁判機関と執行機関が分離されているわが法の下では、一般に、作為・不作為の債務名義は、強制的に実現すべき作為・不作為の具体的内容を、執行機関に一義的に指示するものでなければならない。しかし、作為・不作為の具体的内容を指示しない(禁止行為の具体的特定のない)債務名義に基づく強制執行も、問題となる。

(a) 多く企業活動に基づき一般人の生活圏が侵害される場面(公害、生活妨害など)では、侵害発生機序を被害者が確知しえず、請求すべき侵害排除措置の具体的特定の困難なことがしばしば生ずる。そこで、内容的な広がりをもつ抽象的行為を命ずる差止判決(例えば「被告はその工場から発生する音量が隣接する原告の自宅中央部に55デシベル以上流入しないように防音設備を施せ」との判決)<sup>13)</sup>による強制執行の可否ないし方法が問題となる<sup>14)</sup>。

13) 名古屋地判昭和42年9月30日下民集18巻9・10号964頁の主文(控訴審の名古屋高判昭和43年5月23日下民集19巻5・6号317頁[原判決取消し]は、原告の請求は特定を欠いて失当とした[傍論]が、給付請求の内容はその認容判決に基づき執行機関が直ちに執行できる程度に特定を要する、との立言は明らかに誤りというほかない)。

名古屋地判昭和55年9月11日判時976号40頁は、新幹線の走行騒音・振動を原告らの各居住敷地内に一定限度を超えて侵入させてはならない旨の請求につき、間接強制の執行要件として不作為義務の内容の特定には欠けるところがないとしつつ、このような抽象的不作為判決に基づき特定の具体的予防施設の実施のための授權決定を申し立てることはできない旨を(傍論として)判示した。控訴審の名古屋高判昭和60年4月12日判時1150号30頁も、この抽象的差止請求を適法とし、間接強制の方法を示唆する。

神戸地判昭和61年7月17日判時1203号1頁は、騒音・排ガスの抽象的差止請求に複数の不特定作為請求が含まれることから、訴えを却下した(「本件差止請求は、複数の措置(作為)についての請求を包含し、その作為の内容が特定されているとは到底いえないものであるから、その訴は不適法というほかなく、これを却下するのが相当である。」)。

14) 特に、竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行」立教法学13号(1974)1頁以下、同「生活妨害の差止と強制執行・再論」判タ428号(1981)27頁以下参照。他に、野村秀敏・予防的権利保護の研究(千倉書房・1995)17頁以下、佐上義和・ジュリ866号44頁以下、川嶋四郎・ジュリ971号260頁以下、同・判タ889号50頁以下など参照。ドイツの理論状況につき、Roth, Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung bei Immissionsurteilen, Festschrift für A. Ishikawa, 2001, S.443ff. [金炳学訳・比較法学36巻2号197頁以下]。

(b) 知的財産の侵害行為の態様には極めて多様なものが考えられ、差止対象の特定に困難があるとともに、差止範囲が狭小なときは侵害態様の変更によって容易に差止めを迂回できることから、差止めの範囲を予め拡大しておくことが求められる<sup>15)</sup>。そこで、(a)の場合と同様に、内容的な広がりをもつ抽象的行為を命じた差止判決(例えば「『〇〇株式会社』その他の『〇〇』という文字を含む商号・標章を使用してはならない」との判決、「別紙目録記載の書籍に類似する書籍を出版してはならない」との判決など)<sup>16)</sup>による強制執行の可否ないし方法が問題となる。

## (2) 抽象的差止請求権の特定

抽象的差止判決が強制執行の債務名義となりうるかは、強制的実現に親しむ給付請求権の特定表示の有無にかかるとは、どのような具体的事実の提示をもって抽象的差止請求権の特定ありといえるかが問われる。

生活妨害の場合は、一定の生活関係における具体的な危険ないし危険発生源と侵害結果との特定によって<sup>17)</sup>、また、知的財産侵害の場合には、社会通念上同一で一定範囲の侵害行為の特定によって(上記(1)(a)(b)に挙げている例など)、それぞれ差止請求権の特定は可能であり、差止めの抽象性は所要の具体的行為の選択を債務者に委ねるものとして、抽象的差止判決に債務名義性を肯定することができる。以上の点については、現在では争いがないものと思われる。

---

15) 田村善之・ジュリ 1124号 89頁以下・1125号 129頁以下参照。

16) 主文例に関し、大阪高判昭和41年4月5日高民集19巻3号215頁、大阪地判平成10年12月22日知財集30巻4号1000頁、東京地判平成5年8月30日知財集25巻2号380頁を参考とした。中野貞一郎・民事訴訟法の論点Ⅱ(判例タイムズ社・2001)7頁以下、田村・前掲注15)ジュリ1125号132頁以下参照。

17) 竹下・前掲注14)判タ428号31頁以下、松本博之「抽象的不作為命令を求める差止請求の適法性」自正34巻4号(1983)29頁以下、最判平成5年2月25日判時1456号53頁、東京地判平成14年10月29日訟月49巻2号377頁参照。なお、新堂幸司ほか編・講座民事訴訟②(弘文堂・1984)292頁以下〔上村明広〕、三ヶ月章ほか編・新版民事訴訟法演習2(有斐閣・1983)281頁以下〔松浦馨〕、鈴木忠一＝三ヶ月章編・注解民事執行法(5)(第一法規・1985)116頁〔富越和厚〕、丹野達「抽象的差止判決の執行」東洋法学39巻1号(1995)79頁以下参照。



### (3) 執行方法

(a) 抽象的差止判決は不作為の債務名義であり、違反行為後でも、不作為の給付利益を債権者に享受させることが可能な限り、不作為の間接強制を否定すべき理由はない。判決主文が抽象的不作為(「60デシベル以上の騒音を原告の居宅に侵入させてはならない」など)・抽象的作為(「60デシベル以上の騒音が流入しないように防止設備を施せ」など)のいずれかを掲げるかは問題でない。決定的なのは、債務名義としての内容(債務名義の解釈で定まる)であって、言い回しではないからである<sup>18)</sup>。

(b) 差止判決後の違反行為が有形的結果を残す場合、その除去の授權決定・強制金決定を得て代替執行・間接強制ができること(民執法171条・173条)に、異論の余地はない。

---

【論点③】抽象的差止判決に基づき、執行裁判所が、「将来のため適当な処分」(民執法〔改〕171条1項2号)として特定の作為、すなわち具体的な侵害防除設備の設置や侵害発生源の撤去など(例えば、55ホーン未満の音にするための消音装置の設置、機械の移動、防音壁の築造等)を債務者に命じうるかをめぐり、次の3つの説が対立する。

A説(消極説)：民事執行法は、代替執行の内容は、執行裁判所が執行処分として具体的に定めることとしているが、その建前からすると、裁量の範囲が狭く、その作為義務の態様・内容については、債務名義の形成手続において具体化されるべきであり、執行裁判所の執行処分の対象としてはなじまないものと考えられる。執行機関が債権者の申立てにより授權決定の手続において債務者が行うべき作為を決定しうるとすれば、本来判決手続において判断すべき実体法上の問題を執行機関が判断することになり、判決手続と執行手続の分離の目的に反すること、また、執行機関が審理の結果、判決裁判所の意図と異なる判断をする危険が生じることを理由とす

---

18) 中野貞一郎「非金銭執行の諸問題」新実務民事訴訟講座12(日本評論社・1984)478頁参照。

る<sup>19)</sup>。

B 説（積極説）：まず具体的な侵害防止措置を債務者の選択に委ねつつ間接強制を前置し、その不奏効の場合に「将来のための適當の処分」として債権者の指定に係る特定の防止設備の設置を命ずる授權決定によって代替執行ができ、この設備がなおも所期の効果を挙げない場合には、さらに効果的な設備設置を命ずる授權決定によって代替執行をすることも許されるべきであるとする<sup>20)</sup>。A 説に対しては、間接強制では差止めの目的を達しえない場合があること、ここでの執行裁判所は原則として訴訟記録を保管する第一審裁判所ないし債務名義が成立した裁判所であって（民執法 171 条 2 項）、判定機関と執行機関の分離原則にこだわる必要性は高くはないとする。これらの設備設置命令は、実体法上の作為請求権につき執行手続内で略式に作成される債務名義（民執法 22 条 3 号）の性質をもち、債務者は、その作為債務を争って、請求異議の訴えを提起することができる。

C 説（制限的積極説）：抽象的差止判決に基づいて具体的措置の実施のための授權決定・強制金決定ができるのは、債務者に求められる具体的措置の内容が抽象的差止判決の中に実質上盛り込まれている場合に限り（その 1 つは、侵害防除措置の具体的内容が、技術上の通念に従い、自ずから客観的明確性をもって限定されて認識される場合である。このような場合には、具体的措置のための授權決定は差止本文をパラフレーズするにとどまり、実質上、起訴責任の転換を見ない。他の 1 つは、抽象的差止判決に至る審理過程上、侵害の違法性判断に関連して〔違法な侵害の停止が差止めの目的である〕、必要な侵害防除措置の内容・程度が具体的に主張立証されていた場合である。この限りでは、防除措置実施義務について債務者に手続保障が与えられたと見ることができ、執行裁判所としても、訴訟記録により当事者の主張・立証を検討し、債務者審尋〔民執法 171 条 3 項〕の結果をも斟酌して、授權決定の可否と内容を判定できる。よって生ずる起訴責任の転換は、当事者間の衡平を逸脱しないといえよう）、かつ、命ぜら

---

19) 浦野・前掲注 10) 746 頁以下、田中康久・新民事執行法の解説〔増補改訂版〕（金融財政事情研究会・1980）372 頁以下、松本・前掲注 17) 35 頁以下、同・民事執行保全法（弘文堂・2011）336 頁以下、浦野編・前掲注 4) 499 頁〔小林・榎本〕、名古屋高判昭和 43 年 5 月 23 日下民集 19 卷 5=6 号 317 頁など。

20) 兼子・前掲注 4) 296 頁、三ヶ月・前掲注 4) 424 頁、竹下・前掲注 14) 立教法学 13 号（1974）8 頁以下、同・前掲注 14) 判タ 428 号（1981）28 頁以下・36 頁以下、大阪弁護士会環境権研究会・環境権（日本評論社・1973）213 頁以下、丹野・前掲注 17) 86 頁以下、猪股・前掲注 8) 984 頁、福永・前掲注 5) 218 頁、生熊・前掲注 8) 302 頁、中西ほか・前掲注 4) 251 頁、山本ほか編・前掲注 8) 428 頁〔大濱〕。

れる具体的措置には、債務者に最も負担が少ないと認められるものが選択されるべきであるとする<sup>21)</sup>。

#### 4. 具体的差止判決に基づく転換執行

具体的な作為・不作為を差し止める判決後に債務者が侵害行為の態様変更の挙に出た場合 (例えば、甲なる物の製造販売の差止判決後に、甲なる物の使用貸渡しをした場合、「ディズニーランド」なる表示の差止判決後に、「ディスニーランド」なる表示をした場合など)、新たな債務名義によらず、転換執行を認める余地がある。

法的には、旧態様の侵害の終止により旧差止請求権は消滅し、新態様の侵害の開始によって新差止請求権が成立したことになるかもしれないが、侵害行為の態様変更にもかかわらず社会通念上は同一の侵害行為が継続していると評価できる場合がありうる。この場合に、債権者が旧請求権によって享受することができたのと同様の給付利益を確保するのにあくまで新請求権についての新たな債務名義を取得しなければならないとすれば、当事者間の衡平に反して債務者の狡猾を許す結果となりかねない。新請求権の不存在を理由とする反対名義作成のための起訴責任を債務者側に負わせるのが衡平妥当であると認めらる限りにおいて、債務名義に表示された請求権の内容の転換を認め、新態様の侵害に対する差止め強制執行を許す旨の転換執行文を付した債務名義の正本に基づく強制執行ができると解すべきである<sup>22)</sup>。

21) 中野・前掲注 18) 480 頁以下、中野＝下村・前掲注 2) 820 頁・825 頁注 (12)、中野編・前掲注 4) 272 頁 [中野]、民事執行・保全判例百選 [第 2 版] (2012) 145 頁 [田頭章一]。鈴木＝三ヶ月編・前掲注 17) 92 頁・94 頁 [富越] も同旨か。中野＝下村・前掲注 2) 825 頁注 (12) は、次の (i)～(iii) の理由により、本文に述べた制限を必要とする。(i) 債務名義は抽象的差止判決であり、その成立過程において具体的な作為債務につき審理が尽くされる保障がない。(ii) 抽象的差止判決の要求を充たすべき被告の具体的措置が態様を異にして数種にわたる場合、債権者に抽象的な差止めの訴求を許しながら、執行裁判所の決定により具体的措置義務についての起訴責任を債務者に負担させるのは、当事者間の衡平を失する。(iii) 適当な処分として命じられる具体的措置の実効性が予め確定されないまま試行錯誤的な代替執行を反覆し、無益に帰した費用まで債務者に負担させるのは、甚だ酷である。

22) 中野貞一郎・民事訴訟法の現在問題 (判例タイムズ社・1989) 290 頁以下、中野＝下村・前掲注 2) 818 頁参照。甲なる物の製造販売の差止判決に基づいて、甲なる物の使用貸渡しにつき不作為の転換執行をし (牧野利秋・知的財産権訴訟

## 研究報告

\* 本稿は、国際民事執行・保全法研究会～台湾・東呉大学大会（2017年2月19日）での報告原稿をもとに、若干の改訂を加えたものであり、課題番号：16H01990（研究課題名「多様な権利内容に応じた実効的な国際的権利保護制度の構築」）の研究成果の一部である。

---

寸考126頁以下参照)、「ディズニールランド」なる表示の差止判決に基づいて、「ディズニールランド」なる表示につき不作為の転換執行をし（東京地判昭和59年1月18日判時1101号109頁参照）、「東鯧」なる商号使用の差止判決に基づいて、「〇〇東鯧」なる表示につき不作為の転換執行をする（消極例だが、札幌高決昭和49年3月27日判時744号66頁参照）などの事例が考えられる。不作為の転換執行論に関し、野村・前掲注14)143頁以下、田村・前掲注15)ジュリ1125号130頁以下、西川佳代「不作為義務の間接強制に関する諸問題」・井上(治)追悼・民事紛争と手続理論の現在(法律文化社・2008)537頁参照。

なお、谷口安平・民事執行・民事保全・倒産処理(上)(信山社・2000)241頁、山本ほか編・前掲注8)431頁〔大濱〕は、既存の債務名義に基づき、債務名義の解釈を通じ、新態様の侵害行為に対する間接強制決定をすることが許されてよい、とする。