

物権的妨害排除請求権・再論（４）

——根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）の
ご指摘に答える——

川 角 由 和

〈目 次〉

第1章 序論

第2章 根本尚徳教授の見解・概論

- (1) はじめに
- (2) 第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」
- (3) 第2章「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」
- (4) 第3章「ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠をめぐる分析」
- (5) 第4章「我が国の物権的請求権理論に関する分析および違法侵害説の解
釈論的基礎付け」

第3章 根本教授の私見へのご指摘と回答

- ① 「根拠の未解明」というご批判について
- ② 「川島博士、於保博士による主張と川角教授の理由付けとが実質的に
両立可能であること」というご批判について
- ③ 根本教授の最終的な「立場」の確認（以上、龍谷法学50巻1号）

第4章 根本教授によるピッカー説及び原島説の位置づけとそれへの批判

- (1) ピッカー説について
 - ① 「市民法秩序」とこれに基づく（その下位概念としての）「財貨帰属秩
序」の具体化としての「物権」及びそれに対応する（物権内在的な）「物
権的請求権」
 - ② 法による「割当て機能」の所産としての「主観的法的地位」のための
ネガトリア的保護請求権の限定的拡張（無原則的な「あらゆる法益侵
害」へのネガトリア的保護請求権の否定）
〔補論1〕妨害者による妨害物の「所有権放棄」に関するピッカー教授
の見解と私見
〔補論2〕ピッカー教授による「物権的請求権」への懷疑論の实体
- (2) 原島説について
 - ① 民事違法論の新たな位置づけの所産としての「権利論」・「物権的請求

権論」

- ② 原島説における「法秩序論」の評価：「法秩序」に対する客観的違法判断に基づくリアクションとしての「差止請求権論」（「相関関係的」利益衡量の全面否定）（以上、龍谷法学50巻2号）

〔補論1〕澤井裕教授及び吉村良一教授による「原島説」批判への反批判的評注

〔補論2〕山本敬三教授による原島「権利論・秩序論」批判に対する反批判的覚え書き及び大塚直教授による「秩序論」批判に関する若干の考察（以上、龍谷法学50巻3号）

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除請求権論（差止請求権論）の展望

- ① 「日照妨害」に関する態度決定の問題

(1) 序論

- (2) 好美清光「日照権の法的構造（上）（中）（下）」の考察

〔a〕好美説の概要

< i > 序説——日照権の特異性・比較法的考察・基本的発想

< ii > 好美教授による諸学説の批判的考察と好美説の導出

〔b〕若干の私見——ピッカー教授の所説を踏まえて

- (3) 「被害本位」の「日照妨害」保護論

〔a〕楠本弁護士の基本的スタンス

〔b〕楠本「被害本位的」日照享受利益保護論——裁判例の分析を中心にした理論的考察

〔c〕若干の私見——淡路教授による近時の「日照保護」論への評価を兼ねて

- (4) 物権的妨害「予防」請求権の成立要件について

〔a〕ヘンケル「予防的権利保護」論から学ぶ

〔b〕若干の私見

〔補論1〕五十嵐敬喜教授の「日照権」論について——再度ピッカー教授の見解の評価を兼ねて

〔補論2〕妨害「予防」請求権に関する補説——最近の最高裁「クロレラ・チラシ事件」判決によせて

（以上、本号）

- ② 「国立景観訴訟」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について

- ③ 「ピッカー教授の見解がわが国でいかなる意味をもちうるか」という疑問に答えるという課題

- ④ 「行為請求権説」的「物権的請求権」論を肯定する今日の諸論稿の「評価」に関する問題

⑤ 差止請求権に関する「立法構想」へのコメント

第6章 結語

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除
請求権論（差止請求権論）の展望

ここでは、本稿の上記考察（龍谷法学50巻1号・2号・3号所収の本稿前編）を踏まえ、「残された幾つかの課題」を「わが国物権的妨害排除請求権論（差止請求権論）の展望」というパースペクティブのもとで試論的に考察する。その対象は、次の五点である（以下、アットランダムに挙げる）。第一は、「日照妨害」に関する態度決定の問題である。第二は——その「日照妨害」問題の解決方法とも実質的に通底しうところの——「国立景観訴訟」問題について触れる。第三に「ピッカー教授の見解がわが国でいかなる意味をもちうるか」という疑問に答えておきたい。第四に、今日「行為請求権」として「物権的請求権」を理解する諸論説の「評価」に関する問題についても若干の考察を試みる。そして第五に、差止請求権に関する「立法構想」の評価に関して、簡単にみておく。以上である¹。以下、順に論じる（なお、本号では①及びその〔補論〕についてのみ、検討する）。

① 「日照妨害」に関する態度決定の問題

（1）序論

本稿で筆者は、この「日照妨害」に関する問題を、根本尚徳教授に対する批判的考察のため主に依拠した原島重義教授²とエドゥアルト・ピッ

1 それぞれにつき一個の独立した「論文」をもって答えるべき重要な課題である。本章においては、筆者の単なる「試論」的コメントを付すにとどめざるをえない。この点、どうかご海容いただきたい。

2 原島「わが国における権利論の推移」（1976年）・「開発と差止請求」（1980年）・「競争秩序と民法」（1997年）。いずれも原島「市民法の理論」（2011年）所収。順に同書445頁以下、523頁以下、187頁以下。

カー教授³の所説を踏まえ、さらに楠本安雄弁護士⁴の「被害本位」説に基づく——非「受忍限度論」的な——「日照権」論を基軸にして、やや具体的に描き出してみたい。その結論として得られる「一般理論」を、先取り的に抽出して示せば、以下の通りである。なお、その「一般理論」は、日照妨害ケースに関する法的判断のために前提となるべき「物権的妨害排除請求権」の考え方から組み立てられている⁵。この点、ご留意願いたい。

3 E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von „Schutzgesetzen“, AcP 176 (1976), S. 28 ff.; Der „dingliche“ Anspruch, Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 269 ff. 本稿では、必要に応じてこれら諸論文を引用する（順に、Beseitigungsanspruch; „Schutzgesetze“; Dinglicher Anspruchと略称する）。

4 楠本「商業・住居地域での高層マンション建築に関し、建築主から住民に対する妨害禁止仮処分申請が一部認容・一部却下された事例」判例タイムズ314号（1975年）142頁以下、同「「生きた法」・法曹法としての日照権」ジュリスト特集日照権・1974年1月増刊210頁以下、同「日照権・あすの都市と太陽」（1973年）参照。本稿では、順に、「商業・住居地域での高層マンション建築」、「生きた法」としての日照権」、「日照権」と略して引用する。

5 なるほど「日照妨害」ケースを——「通風妨害」ケースなど、いわゆる「消極的イミッシオン」ともども——「物権的妨害排除請求権」の考え方の延長線上で捉える発想自体、その是非が問われることだろう。しかしながら、本稿で筆者は、ピッカー教授の見解（Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 108-113）を踏まえて、上記発想を是認する立場に立つ。その際のポイントは、「日照被害」の「現在の状態」（der bestehende Zustand, Picker, a. a. O., S. 109）及びその妨害（不利益）にかかるところの「特に不利益を及ぼす干渉作用」（die besonders nachteiligen Einwirkung, Picker, a. a. O., S. 111）の存在とその「評価問題」（Wertungsfrage, Picker, a. a. O., S. 109）である。本稿では、そのような「評価問題」としてのみ「日照妨害」を捉える（以上のピッカー説は、のちほど好美清光教授の所説との関連で再度触れる）。すなわち、隣地施設からの「日照妨害」とその「現在の状態」、なかでも当該「状態」が「特に不利益を及ぼす干渉作用」としての評価に値するか否か。もっぱらそれだけを、法的判断論のレベルで問題とする。つまりこの場合の「法的判断」は、もっぱら「日照被害」を受けた当事者＝「原告」の支配領域での生活諸関係の「日照被害」に関する内容そのものを問題とする（いわゆる「被害本位」の日照妨害論）。したがって、侵害行為の種類と性質（その悪性如何）など、相手方＝「被告」の行為は、

〔i〕他人の権利領域（所有権・知的財産権など）及び絶対的法益領域（生命・健康・名誉など）への不適法干渉作用⁶は——その干渉事実が認定されれば、

一応どうでもいいことである。言い換えれば、日照妨害を根拠とする「差止請求権」の対概念たる「ネガトリア責任」（広義の妨害排除責任）は、「いわば（日照妨害源たる）施設の（物的）構成部分」（Die [=negatorische] Haftung ist gewissermaßen Bestandteil der Anlage）にほかならない（Picker, a. a. O., S. 112. なお、括弧内及びイタリック・引用者。ここでは、「ネガトリア責任」が「施設の構成部分」に属すると解されている点に、くれぐれも注意が必要である）。だから、相手方＝「被告」の——故意又は過失等の——主観的有責根拠（die subjektive Zurechnungsgrund）も、彼の過去に属する行為（die in der Vergangenheit liegende Handlung）如何も、さらには「原告」に生じた「損害」（Schaden）の有無も、全く問題とはならない（Picker, a. a. O., S. 112）。ちなみに、「損害」（Schaden）と「不利益」（Nachteil）との概念的区別は、確かに微妙である。ここでは「不利益」概念を、「被告」による——その所有する施設の現在の物的状態に基づく——「原告」の（日照にかかる）享受利益の客観的な支障状態と解しておく。対するに「損害」概念については——「被告」の過去の行為に起因する——財産的喪失（der Vermögensverlust）、ないし「逸失利益」の喪失（der Verlust des entgangener Gewinns）及び精神的ダメージ（die erlittene Schmerzen und seeliche Leiden）として把握しておく。Vgl. Jauernig-BGB Kommentar, 8 Auflage, 1997, S. 200 ff. zu § 249 (Teichmann), und S. 940 zu § 847 (Teichmann). なお「損害」概念に関するわが国の到達点をいかに評価するか自体、一個の課題である。本稿では、さしあたり、以上のように捉えておくにとどめる。この点、通説的・伝統的な「差額説的損害」概念とそれへの批判、及び「損害事実説」や損害の自然的評価・客観的評価、さらには「規範的損害論」などにつき、吉村良一『不法行為法・第5版』（2017年）95-99頁、四宮和夫『不法行為』（1985年）434-446頁、若林三奈「法的概念としての「損害」の意義（１）（２）（３・完）——ドイツにおける判例の検討を中心に」立命館法学248号（1996年）672頁以下、立命館法学251号（1997年）105頁以下、立命館法学252号（1997年）326頁以下を参照。なお最近、吉村良一「差止請求権の「根拠」に関する一考察——「爆音訴訟」を手がかりに」瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題（下）』（2018年）243頁以下、特に258頁以下も、差止め「根拠論」との関係で、「損害」と「被害」（本稿でいう「享受利益の支障状態」）の区別を重視している（事実上の連続性を否定するわけではないが、差止め要件論として概念的に区別している）。

6 Siehe dazu Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 171-184. 筆者が構想する「違法性」論の全体像は、不法行為要件としての「違法性論」と関わるため、ここで本格的に論ずることはできない。少なくともここで確認しておくべき。

相手方の「故意・過失」及び被干渉者の下での「損害」の有無とは全く無関係に——直ちに妨害排除請求権・妨害予防請求権＝差止請求権の成立要件をみたし、その発動根拠となる。まず本稿考察の前提論として、この点の確認が重要である。なお、ここでいう「不適法干渉」というタームは、「違法性」(Rechtswidrigkeit)とは異なる。本稿で展開される「日照妨害」論は、この「不適法性」(Unrechtsmäßigkeit)という要件を独自に構想することと一体不可分の関係にある。すなわち、ここで言う「不適法性」とは、干渉を受ける客體、すなわち被干渉対象たる権利・法益(絶対的法益ないし帰属利益、たとえば生命・健康・名誉等の人格的諸利益)・享受利益(日照・通風等の相対的法益)の現在の・客觀的狀態を指して、それが当事者の合意なく干渉されている事態をいう。これに対して、ここでの「違法」とは、かかる「不適法狀態」をもたらす相手方の現在の行為に対する法的評價概念を意味する。したがって、物權的妨害排除請求権・妨害予防請求権ないし広く差止請求権の成立要件としては、上記の意味での被侵害客體それ自体の現在の・客觀的狀態への干渉事実を問題とする「不適法性」要件、及びその「不適法狀態」を現にもたらしめている相手方の現在の行為の「違法性」要件が問題となる。このような意味での行為の「違法性」は、上記「不適法狀態」が認定される限り——「違法性阻却事由」の有無に関するテストを経て——それ(違法性阻却事由)がないとされる場合には、直ちに

ㄨ ことは、以下の点である。すなわち、「物權的妨害排除請求権」が——不法行為損害賠償請求権のように——「違法行為から発生した(結果除去)の請求権」(Anspruch aus einem rechtswidrigen Tun)ではなく、もっぱら「(現在の)違法行為に対する請求権」(Anspruch gegen ein solches)にほかならないとする、ピッカー教授の指摘が、それである(イタリック・原文。括弧内・引用者)。Picker, a. a. O., S. 181. なお、わが国で初めて民事違法の不法行為的「一元論」を「權利論」との関係で批判的に考察したのは、原島重義「わが国における權利論の推移」(前注2)446頁以下であろう。本稿は、それを継承し、展開させるという目的を併せもつ(ちなみに、原島教授の論文には「不適法性」というターム自体は出てこない)。

「差止請求権」（物権的妨害排除請求権）の発動を引き出すべきものである。こうして物権的妨害排除請求権ないし「差止請求権」の成立要件としての——被干渉客体の「不適法状態」を前提とする——行為の「違法性」と不法行為の成立要件としての——権利侵害及び保護法益侵害をもたらしたことを前提とする——行為の「違法性」とを厳密に区別するところの「民事違法二元論」の構想が切り拓かれなければならない（本稿前注 6 及び後注も参照）。

〔ii〕以上との関連で、いわゆるイミッシオン（スス・煤煙・振動・騒音・音響等の不可量物の侵入）も、その有体的干渉作用（不法侵襲）の事実が認定される限り、まずは差止請求権の発動を根拠づける。ただし、被干渉者の同意あるいは制定法上の受忍規範がある場合は別である（この点〔i〕のケースについても、同様のことが妥当する）。なお、イミッシオン発生源の所有者について言えば、上記の「受忍義務」が存在する限りで、その者の「行為」につき「違法性阻却事由」が認定される（その場合、被害者による「受忍の同意」など「受忍義務」の存在に関する立証責任は、干渉者＝「被告」にある）。

〔iii〕これに対し「日照妨害」のケースでは、たんなる干渉作用の事実が認定されるだけでは足りない。日照は、日常的な自然利益享受の対象であるが、「日照妨害」には一種独特な性質がある。その特質とは、「日照妨害」のケースでは被妨害者の支配領域（所有領域）に対する有体的干渉作用がない、ということである。すなわち、これまで享受してきた日照利益が、隣地所有者の建築行為等によって、いわば反射的に阻止され、抑制されるにすぎない。したがってドイツでは、上記イミッシオンを積極的イミッシオン（die positive Immissionen）というのに対して、「日照妨害」・「採光妨害」・「通風妨害」などを消極的イミッシオン（die negative Immissionen）として区別する⁷。わが国では一般に、「日照妨害」等の「消

7 関連文献は無数にある。さしあたり、Wolfgang Reetz, Der Schutz vor negativen Immissionen als Regelungsaufgabe des zivilrechtlichen und des

極的イミッショーン」のケースでは、いわゆる「受忍限度」論的判断がなされる。これが判例・通説であるとされる。しかし、それでいいとは思われない。これこそ、本稿で筆者が問いかけようとする反「受忍限度論」的な「被害本位」の「日照妨害」保護論である。すなわち「積極的イミッショーン」のケースも、また「消極的イミッショーン」のケースも、権利領域・人格等の絶対的法益領域に対して干渉されている不利益実体の存在、あるいは「日照」・「通風」等の利益享受を干渉されている不利益実体の存在が差止請求の要件となる点で、あくまで共通する。違うのは——すでに指摘したように——「消極的イミッショーン」では有体的干渉作用がない、という点に限られる。それゆえ「日照妨害」のケースにおいて、不利益実体は「有体的干渉作用」の有無では判断されない。だから、単に「これまで受けてきた日照が妨げられた」という事実だけでは、裁判上の訴えを根拠づけない⁸。しかし、だからといって侵害行為の公共性を含めた侵害行

、öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes, 1996, S. 1-304. を参照。なお、わが国の文献として、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的な考察（８・完）——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌107巻4号（1990年）517頁以下、特に538頁以下の観点が参照されておく必要がある（大塚教授は、「積極的侵害」と「消極的侵害」という区別のもとで、ほぼ同様の趣旨を示す。ただし後者に関して、なかでも「日照妨害」のケースでは「正面から利益考量を行った上」で「不法行為」としての解決を図る点で、筆者〔川角〕の立場と本質的なコントラストを示す。大塚538頁参照）。ちなみに、吉村・前掲論文（前注5末尾）243頁以下、特に261頁以下は、自衛隊や米軍の航空機騒音（「爆音」）に関する数多くの裁判例を素材に、「平穏生活権」ないし「健康維持権」をキーワードにしつつ、騒音被害のもたらす——具体的な健康被害の実情を踏まえた——絶対的法益侵害の枠組みにおける、利益衡量（受忍限度論）抜きの「差止請求権」論を構想し、展開している。わが国の裁判実務のあり方を前提とすれば、きわめて説得力に富む見解である。このような法的判断論につき、さらにドイツ・イミッショーン規定の評価をより効果的に繋げることはできないだろうか。ここでは、この点のみ指摘しておきたい。なお、本稿後注111も参照されたい。

8 裁判所法3条1項の「法律上の争訟性」を充足する必要がある。これに関連して、民事訴訟法上「訴えの利益」や「当事者適格」の問題が多々議論され

為の態様と被侵害利益の種類・程度を相関関係的に利益衡量する「受忍限度論」（それが必然的に帰結する「違法段階説」）を採用すべきではない、と考える。あくまで「被害本位」の立場から差止請求権の成立要件を規範的に組み立てるべきである。

〔iv〕したがって——すでに本稿前編でも指摘したことであるが⁹——身近なケースで例示するなら、たとえば原告は単なる「日照妨害」による干渉事実のみならず「日照妨害によって洗濯物が干せなくなっている」、あるいは「採光に支障が生じ、昼間でも薄暗くなっている」などというレベルの不適法干渉作用の事実を立証しなければならない（これが、イミッシェン事例における「干渉事実」の主張立証に相当する）¹⁰。少なくとも原告は、上

述べているところである。とりあえず中野貞一郎＝松浦啓＝鈴木正裕（編）『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』（2008年）132頁以下（「訴えの利益」）及び147頁以下（「当事者適格」）を参照（福永有利・執筆）。「訴えの利益」に関しては、「権利保護資格要件・権利保護の利益」など、原告の「権利」の存在を重視する見解もあるが、さしあたり本稿では、より広く「原告が本案判決を求めるについて有する利益（原告の訴訟追行利益）とみる」立場を支持しておく（中野＝松浦＝鈴木〔編〕・前掲書134頁）。なお「訴えの利益」を「被告に应诉を強制するための要件」として、さらに広く解する見解もある（中野＝松浦＝鈴木〔編〕・前掲書同頁注1参照）。ちなみに公害関係の「仮処分」申請に関し、裁判所は、緊急性を要する仮処分の段階で「被害の程度を個々の判断する必要はなく、地域的な判断で足りる」とされている点に留意しておく必要があろう（広島地判昭和46年5月20日判時631号24頁、松山地宇和島支判昭和54年3月22日判時919号3頁）。ただし「明らかに申請適格を欠くとみられる者」は除外している。このような「仮処分」申請における裁判所の動向を踏まえ、より広く「申請人適格」を認めようとする見解として、淡路剛久「差止法理と被害——大気汚染差止裁判例を中心として」自由と正義34巻4号（1983年）14頁が注目される。淡路教授は、民事訴訟要件の問題として「法律的に可否の判断ができる程度の具体的な権利関係に基づく生活利益の侵害があることが原告ないし申請人から主張されれば、訴訟要件は満たされ、それから先の、現実差止を求めうるほどの侵害があったかどうか、あるいはその可能性があるかどうかは、本案の実体審理の問題と解されるからである」と述べている。

9 本稿前編（2）龍谷法学50巻2号（2017年）注107及び本稿前編（3）龍谷法学50巻3号（2017年）注5参照。

10 ちなみに日照妨害に関する「損害」論としては、おおむね①「家屋の損耗（日ノ

記のレベルの事実を訴状に書く必要がある（それによって十分に「請求原因事実」〔民訴133条2項2号〕を根拠づけることができるのであって、同時に「争訟性」〔裁判所法3条〕を充足する、と考える）。それに対して被告は、もっぱら「不適法干渉」の事実自体を否定（否認）するか、あるいは「日照妨害」の事実を承認しながら「洗濯物は干せているし、十分乾いている」あるいは「薄暗くても本くらい読めている」などという反論（抗弁）をすることになる。その反論（否認や抗弁）が成功しなければ、直ちに原告の差止請求権が承認される。かりに、被告が当該「抗弁」に成功すれば、原告は「再抗弁」をすることになる。すなわち原告は、「なるほど洗濯物は乾いているが、従来は3時間で当日中に乾いていたところ、日照妨害によって洗濯物が乾くまで15時間（翌日まで）かかるようになり、家族間のトラブルも惹き起こすようになっている」、あるいは「薄暗くなって、鬱陶しい、陰気くさくなっている。カビも目立つようになっている」という再反論（再抗弁としての積極的イミッシオン事案における「妨害の本質性」¹¹に相当する主張）をす

ゝが当たらないから家屋の荒廃が促進されるという）、光熱費の増加、住居の交換価値の下落、等の物的損害」と、②「快適な生活を破壊され、不快な生活を強いられることによって生じる精神的な損害」が挙げられている。野村好弘＝淡路剛久「日照妨害と放送受信障害の法的救済」ジュリスト390号（1968年）44頁以下、特に46頁。なお、ここで筆者（川角）は、本文で指摘したように、「日照妨害」による日照享受利益への「干渉作用」の例示として、「日照妨害によって洗濯物が干せなくなった」というレベルの主張を（「原告」に）要求している。ここで例示される「干渉作用」は、単なる「日照妨害」の事実そのものとは異なる（これに対し、積極的イミッシオンの場合は、イミッシオンの「干渉作用」の事実そのものの主張立証で足りる）。このようなレベルの主張は、あくまでも日照妨害に基づく差止請求権を法的に根拠づけるもの（裁判所法3条の「争訟性」を充足するもの）として想定されているが、「損害」とは法的性質を全く異にするものである。なおその後、淡路教授が「法律的に当否の判断ができる程度の具体的権利関係に基づく生活利益の侵害があることが原告ないし申請人から主張されれば、訴訟要件は満たされ（る）」（括弧内・引用者）とされる点については、本稿前注8を参照。

11 言うまでもないことであるが、「妨害の本質性」（das Wesen der Beeinträchtigung）は、イミッシオンに関するドイツ民法906条で物権的妨害排除請求メ

ることになる。これに対して被告は、「地域慣行性＝場所的通常性」・「日照妨害阻止設備の経済的期待不可能性」・「建築関連法規適合性」などの「違法性阻却事由」を再々抗弁として主張するだろう。それに成功しない限り、原告の差止請求権が許容され、発動される。ちなみに、これら「地域慣行性＝場所的通常性」・「日照妨害阻止設備の経済的期待不可能性」・「建築関連法規適合性」などは、もっぱら消極的イミッシオンに関しても行為の例外的な「違法性阻却事由」である。それを越えて「侵害行為の態様」に関わる事項として、相關衡量・利益衡量的な「受忍限度判断」のファクターとなるべきものではない¹²。また建築基準法（56条の2、57条の5）、都市計

権（ド民1004条1項1文）の発動を根拠づけるための要件として使用されている文言である。それが「損害」(Schaden)を意味するわけではない。そもそも「妨害」と「損害」とは概念上厳格に区別されるべきである。にもかかわらず、ドイツの立法者が「妨害」(Beeinträchtigung)というやや紛らわしい語感をもつ文言を選択したのは問題であった。Dazu siehe auch Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 50. — その箇所ではビッカー教授は、立法者によって選び取られた「妨害」という表現を、「その記述上の性質にかかわらず」(trotz ihrer [= der Bezeichnung der „Beeinträchtigung“] deskriptiven Charakter)、むしろ「一個の純然たる法概念」(ein rein juristischer Begriff)として理解すべきものであると言っている。したがって物権的妨害排除請求権の要件文言としては、ほんらい、「損害」を想起させる「妨害」というより、その攪乱(Störung)ないし支障・阻止(Hindernis)あたりが適切であるように思われる。現にドイツ民法1004条1項1文は、「妨害者」をStörerと規定しているし、最近のドイツ学説でもStörungというタームが好んで用いられるようである（ここではいちいち例証しない）。ただし本稿では、わが国ですでに定着している「妨害排除」あるいは「妨害予防」という用語で通すことにする。

12 「違法性阻却事由」は、一般に「不法行為」の違法性を阻却するものである、とされる。その場合、違法性阻却事由の典型例は「正当防衛・緊急避難」(民法720条1項と2項)であり、あるいは事務管理行為(同法697条)等の正当行為や「相手方の承諾(受忍の同意)」などである。いずれにせよ「不法行為」に関する「違法性」阻却事由である。さしあたり我妻榮「事務管理・不当利得・不法行為」(1937年〔昭和12年〕)147-152頁及び広中俊雄「債権各論講義(第6版)」(1994年)464-465頁参照（なお、前者・我妻教科書では「公序良俗によって認められる行為」が違法性阻却事由の一つとされていることにも注意しておきたい。我妻151-152頁）。こうして、それは主に「不法行為の違法性」を阻却する。ノ

画法（12条の5の7項2号、12条の6）及び地方自治体の建築関連の条例¹³（広

く、だから、そもそも「過失一元論」の立場から「違法性」不要を唱える場合、違法性阻却事由とは言わず「不法行為責任阻却事由」と呼ぶべきだと主張されることもある（内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕債権各論』〔2011年〕405頁、なお平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』〔1992年〕91頁は、「不法行為の成立を阻却する事由」と呼んでいるが、同じ趣旨である。なお吉村良一・前掲書『不法行為法』〔前注5〕62頁の指摘も参照）。これに対し、本稿では「違法性」そのものを重視する。しかも、差止請求権ないし物権的妨害排除請求権の「違法性」と不法行為の「違法性」を区別する（それゆえ「民事違法二元論」を模索する。本稿前注6も参照）。その場合、基本的に違法性阻却事由は両者で共通する。ちなみにドイツ・イミッション規定（ド民906条）は、法律上のイミッションにかかる行為の例外的な許容要件として、「地域慣行性＝場所的通常性」・「経済的期待不可能性」・「法規適合性」を挙げている。これらもイミッション行為に関する——「積極的イミッション」のみならず「消極的イミッション」においても妥当するところの——例外的な「違法性阻却事由」と捉えてよいだろう。にもかかわらず、それら例外的「違法性阻却事由」は厳格な審査を経て初めて承認されるべきものである。この点、たとえば澤井裕教授は、これら例外的イミッション許容要件——澤井教授によれば「例外的受忍規範」——があるがゆえに、ドイツではわが国におけるような「受忍限度論」的利益衡量は排除された、とみる。澤井『公害差止の法理』（1976年）68頁注80の2②参照（なお、この著作では「沢井裕」とあるが、本稿では「澤井裕」で通す）。しかしこれは、ある意味でイミッション「受忍規範」の過大評価であると考ええる。また澤井教授は、ド民906条をもって「差止」の領域においては「許された危険」概念がすでに確保されている、とする。澤井・前掲書69頁注80の2③を参照。しかしながら、このような澤井教授流の「許された危険」論では、いわゆる「経済との調和」条項がたやすく復活し、横行することになりかねない。これらについては、本稿前編（3）・龍谷法学50巻3号（2017年）で触れた。

- 13 かつて、建築基準法関係規定の制限を越えて行われる中高層建築物に対する規制は、指導要綱に基づく行政指導でもって行われるのが一般的であったところ、近年では、多くの自治体で中高層建築物等にかかる住環境保全条例が制定され、建築確認申請前に、建築主に建築計画の周知と近隣住民に対する説明会を義務づけている。そして、説明会を契機として建築主と近隣住民とが話し合いをはじめ、その結果紛争となり、当事者間で解決がつかない場合には、自治体が第三者機関を通じて紛争の調整・調停を行うといった仕組みがとられている。たとえば、2011年施行の京都市中高層建築条例では、建築着手までの一定期日に建築内容にかかる標識設置を義務づけており（同条例11条1項）、また市長は高さが17メートルを超える中高層建築物を建築しようとする建築主に対し、高さの制限に関する指導を行うことができる旨規定している（同条例14条）。ノ

義の法規）によって保護された「日照享受利益」は、いわゆる「保護法規」による差止請求権を根拠づける¹⁴。この場合、保護された日照享受利益には、一種の「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）が付与されたことになる¹⁵。

以上の結論を——「試論的」にではあれ——理論的に導こうとする場合、まず、かいくぐるべき「閥門」が立ちはだかる。その「閥門」とは、好美清光教授の「日照権の法的構造（上）（中）（下）」¹⁶の分析・評価である。

ゝにもかかわらず日照紛争が生じた場合には、調整及び調停手続に委ねることによって裁判外の紛争解決を図る制度も規定している（たとえば、京都市長による調整につき同条例16条以下、市長ないし京都市建築紛争調停委員会による調停につき同条例19条以下）。以上の点につき、本学法学部本多滝夫教授（行政法）から、懇切なご教示を賜った。このことを表記し、感謝の意に代えたい。

14 「保護法規」を根拠とする差止請求権の発動を通じた日照享受利益の保護は、ドイツでは当然のこととして認められる。そのための基礎理論を提示したものとして、Picker, „Schutzgesetze“ (Fn. 3), S. 28 ff. そのピッカー理論を「私法と公法との協働」を通じて応用したものとして、Reetz, Der Schutz vor negativen Immissionen (Fn. 7), S. 290-299.

15 なお、ここでいう「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）と「法的帰属」（*Rechtszuordnung*）との相互関係は微妙であり、難問に属する。今後の課題とせざるを得ない（なお、「権利割当て」と「法的帰属」はほぼ重なると思われる）。さしあたり、本稿では「割当て」と「帰属」との共通性も踏まえつつ、一応その区別を図ろうとしている。その前提として、ここでいわれるRechtが「法」の意味にほかならず、狭義の「権利」（das subjektive Recht）と区別されるべきこと、当然である。

16 ジュリスト490号（1971年）16頁以下、同493号（1971年）107頁以下、同494号（1971年）113頁以下。なお石田喜久夫教授は、このジュリスト「好美論文」を指して「論じてあますところがない」と高く評価している。石田（喜）「日照権に基づく差止請求権を却下した例」同「差止請求と損害賠償」（1987年）58頁以下、特に62頁参照。これに対し、澤井裕教授の書評はかなり辛口である。澤井「〔書評〕好美清光「日照権の法的構造（上）（中）（下）」ジュリスト490号。493号、494号（1971年11月）」法律時報46巻1号（1974年）101-102頁。辛口の理由は、①「差止に代わる補償論」と「損害賠償請求論」の位置づけ、②環境権説を評価しながら「日照権」についてのその有用性を否定したことなど、さらに③日照被害が「単なる日照阻害時間では測りえない多様な要素」からなっており、「とくに中高層マンションによる最も今日の紛争では、環境権侵害としてとらえる」べきではないか、など多岐にわたっている。なお④積極的侵害と消極的侵害との区別についても批判的である。ただ「日照妨害が積極的侵ノ

この好美論文を理論的にどう位置づけるか。これは本稿の「日照妨害」論に関して、一つの重大な結節点となる。以下では、この好美論文の紹介かたがた、それを媒介にして、あるべき「日照妨害」保護論を明らかにしたい。おそらくそこでは、好美教授が、「日照権」保護のための法的判断枠組みとして「受忍限度論」的利益衡量を不可避としながら、結局「被害本位」の人格権的「日照利益」保護論に接近するありさまを描き出すことになる。なお、ここで「接近」という意味は、好美教授ご自身は——このあと論ずるように——あくまで「受忍限度」判断を決定視されているのであるが、その論旨を正しく解きほぐし、ある程度理論的に「整序」すれば「被害本位」説に接近する、という趣旨である（あくまで「被害本位説」そのものに組み入れられるわけではない）。

(2) 好美清光「日照権の法的構造（上）（中）（下）」の考察

〔a〕好美説の概要

< i >序説——日照権の特異性・比較法的考察・基本的発想

実務感覚にも優れた理論家・好美清光教授は、この論文で示唆深い指摘を行っている。そこで、好美教授はおおよそ以下のように言う。すなわち「日照妨害」も「公害」といわれることがあるが、「公害対策基本法」（現行「環境基本法」）が対象とする公害事例からは除外されている¹⁷。その意味にお

ゝ入をとまなわないということは、法的には意味をもたない」（澤井・前掲法時101頁最下段）とされるが、この点、筆者には今ひとつピンとこなかった。

17 好美「日照権の法的構造（上）」ジュリスト490号16頁（以下、単に好美・前掲論文〔上〕として引用する）。公害対策基本法2条1項参照。ただし、1993年施行の「環境基本法」によって公害対策基本法は廃止となった。現行環境基本法2条3項に、同旨の定義規定が置かれている。だから、今でも「日照妨害・通風妨害」は、環境基本法上の「公害」としては扱われない。同法2条1項の「環境の負荷」にもあたらない。大塚直「環境法・第3版」（2010年）29頁参照。ただし大塚・前掲書17頁は、「日照妨害」ないし「日照権」を「公害・環境訴訟の進展」の項目で論じており、さらに同書27頁では、環境基本法の立法担当者の見解によれば「（「環境」は）環境施策に関する国民的意識の変化等によって変遷するとみて」いることから、「日照、景観、歴史的・文化的遺産といったアノ

いても、日照妨害は、「「快適な生活利益」の侵害という程度の、時代的にも地域的にも相対的・流動的評価のなされうる被害にとどまる」のであって、「学説が異論なく、加害者・被害者間の諸事情の総合的判定とか「受忍限度」論なるものを強調するのもこのことを裏付ける」とする¹⁸。こうして好美説によれば、日照妨害を「積極的侵害と直ちに同一視する短絡的発想ないし構成では、あまり科学的とはいえない」とされる¹⁹。その上で、好美教授は、ドイツのイミッシオン規定やスイスのイミッシオン制度、さらにはイギリス・アメリカにおけるニューサンス法理、フランスの判例理論など比較法的考察を詳細に試みている²⁰。その結果、いわゆるシカーネ（特殊な悪意、嫌がらせ）を目的とした権利の不許容の結果としての「日照保護」が図られることがありうるものの、外国法の大半は一般的な「日照妨害」につき差止請求を認めない傾向にある²¹、と指摘する（隣地者との間で「地役権」を設定するなどして保護を図るしかない、という趣旨も述べている²²）。

「メニティを含む広範な概念」として「環境」を把握すべきであろう、という。ともあれ、「日照妨害・通風妨害」が公害・環境問題であること、当然のことと言ってよからう。本稿でも「日照妨害」を公害・環境問題の一環として論ずる。

18 好美・前掲論文〔上〕ジュリスト490号16頁。

19 好美・前掲論文〔上〕（前注17）17頁。

20 好美・前掲論文〔上〕（前注17）17-18頁。

21 好美・前掲論文〔上〕（前注17）18頁。ただし、ヨーロッパの住環境と日本の住環境とを直ちに同列に論ずることには注意を要する。「なぜ欧米に日照紛争がないか」という論点については、楠本・前掲書『日照権』（前注4）28-45頁参照。

22 好美・前掲論文〔上〕（前注17）18頁。なお、このような「地役権設定」による日照保護の発想に通じる議論は、明治民法典立法審議段階でもなされていた。たとえば法典調査会の議論で、土方寧（1859-1939年）博士は「観望ノ権明取窓ノ権はレハ所有權ノ限界ト云フ所デハ原則トシテ設ケナイガ併シ地役ノ所デ合意又ハ時効ニ依テ出来ルト」と述べていた。ここで「明取窓ノ権」は、場合によっては今日「日照保護の問題」と重なりうることである。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一・第1回-第26回』（1983年）969頁。ただしこの「明取窓ノ権」は、そもそも現行民法235条（窓からの隣地観望と目隠しに関する規定）と関わることであった。すなわ

そして、その目をわが国裁判例の状況に転じ、裁判例が「損害賠償」の事案については「日照利益」を「生活権」・「生活利益」・「日照享受利益」などと気軽に呼ぶのに対し、いざ「差止め」など妨害排除請求が問題になると「裁判所の態度は窮屈な身構えたものとなる」²³という。しかも「日照権」問題の核心は、ほんらい「人間の快適な生活利益」であるはずなのに、裁判官の判断根拠としては「土地家屋所有権」・「土地利用権」・「占有訴権」などの財産権的構成の「借用」・「擬制」にとどまるものが多いとし、それ

ゝわち、旧民法（ボアソナード民法）においては、地役に関する財産編258条以下で、隣地眺望の規制として「目隠」あるいは「窓ヲ蔽フコトヲ要ス」（同法259条1項）とされ、他方「目隠ヲ設クル能ハサルキハ明取窓ニ非サレハ之ヲ設クルコトヲ得ス」（同条2項）とされていた。「明取窓」であれば「目隠」に代えて設置できるとされていたわけである。それにつき、第19回法典調査会（1894年〔明治27年〕6月8日）の議事冒頭で、立法提案者の梅謙次郎（1860-1910年）博士が「乙第二十七號」として「他人ノ所有地ニ對スル眺望及ヒ明取窓ニ關スル規定ハ之ヲ設ケサルコト」という議案を提出（前掲書『法典調査会民法議事速記録一』728頁）し、それが承認されたことを受けて、上記土方博士の発言につながったものである。梅博士は、基本的に日本作りの家では「四方皆窓ガアリマス」とし、よってそれを土地所有権限界規定としての「相隣規定」には置かない、という趣旨で提案していた。その限りで梅博士は、「明取窓ノ權」を民法規定としては置かず、「道義慣習ト徳義ニ任カシテ置テ法律ヲ以テ一切干涉シナイ」という判断を前提としていた（前掲書『法典調査会民法議事速記録一』729頁）。当時、わが国では戦後の高度成長期以降に顕著に見られるに至った都市の高密度化・高層化、それに伴う日照紛争は想定されていなかったから、当然と言えば当然であった。むしろ当時の議論は、ある意味で牧歌的であった。だから、現在においてこの「明取窓ノ權」を「日照保護」と直結させるわけにはいかないとしても、少なくとも梅博士の念頭にあっては「日照は享受されて当然なもの」とされていた、と思われる。それを法的に規制するのではなく、「道義慣習ト徳義」に委ねるという発想をしていたにすぎない。本稿で筆者は、すでに「相隣規定」及び「相隣紛争」において相隣関係にかかる市民的道德を重視するというスタンスを提示していたが——「法と道德の關係」についてはなお議論を要するとしても——立法提案者・梅博士も同様な判断を示していることは興味深い。ともあれ、本稿では「法的紛争」としての「日照妨害」を論ずるのであり、新たな形で「明取窓」を越えた一種の「採光利益」としての「日照享受利益」を法的に再構成する必要を痛感する。

23 好美・前掲論文〔上〕（前注17）22頁。

を「実務家にありがちな姿勢を示すものとして興味深い」と述べる²⁴。さらに「イタイタイ病や水俣病のように、生命・身体への重大な侵害を生じる典型的公害においては、他のいかなる利益を犠牲にしても、かかる侵害の継続は阻止しなければならない。ここでは、違法性の程度とか受忍限度論などは、問題とすべきではない」²⁵と指摘される。これに対し、日照妨害等「消極的イミッシオン」のケースでは「加害行為の社会的性質を含めた諸事情の利益衡量は不可避である。日照妨害や軽度の騒音の場合などは、まさにこの場合に属する。とりわけ日照妨害の場合には、妨害者も自己の土地を建物所有のために利用するものであるだけに、それなりの慎重な利益衡量も要請される」という²⁶。その上で、好美教授は「日照妨害」判断に関する「具体的な衡量」の問題に立ち入っている。まず、一般的な裁判例の立場が示される。そこでは諸々の利益衡量ファクターが提示され、その「相關的」な考慮・評価が一般に要請されていることを確認している。その結果、裁判例の立場は「妨害建築の差止、いわんや完成建物の撤去請求では（原告＝日照被害者に）きびしくなるし、損害賠償ではある程度ゆるくてもよい、とも言われる」²⁷（傍点及び括弧内・引用者）とする（この裁判例の立場は、「受忍限度論」と不可分一体の「違法段階説」にはかならない——引用者）。他方で、「眼を裁判外の日照問題の解決に目を転じると、建築基準法上適法な建築でも、住民運動により金銭的補償はもちろん設計変更すらしばしば可能ならしめられており、裁判所でも、和解による場合には、設計変更や少なからざる金銭支払などかなり弾力的に処理しているようである」という²⁸。こうして前者の「違法段階説」に基づく裁判所の判断に対し、後

24 好美・前掲論文〔上〕（前注17）22頁。

25 好美「日照権の法的構造（中）」ジュリスト493号108頁（以下、好美・前掲論文〔中〕として引用する）。

26 好美・前掲論文〔中〕（前注25）108頁。

27 好美・前掲論文〔中〕（前注25）108頁。

28 好美・前掲論文〔中〕（前注25）108頁。

者の裁判外の住民運動がからむケースでは、積極的な「制度変更」など一部差止め認容に近い判断がなされていることの「落差」に触れる²⁹。その上で「前者（「違法段階説」的判断）の法解釈・適用ということ自体のなかに、実は社会の健全な常識に合わず、発想の転換を要請されている問題性があるのではないか」³⁰（括弧内及び傍点・引用者）という趣旨の重要な指摘を行っている。要するに「違法段階説」への批判的考察が示されている。また、当時の建築基準法改正との関係に触れて「とりわけ住居専用地域についてはある程度日照保護をも考慮した諸規定をおいている。それだけに、今後は、かかる日照保護規定に違反することによって生ずる日照妨害については、私法上の保護としても、建築禁止の仮処分」³¹を肯定しやすくなったし、「裁判所がその方向（改正建築基準法などを考慮して差止請求や仮処分申請を認める方向）に大きく踏み切ることを期待したい」とも言う³²（括弧内・引用者）。そして改正建築基準法のもとでも、なお切実に問題となるのは「適法建築物による日照妨害」である、とする³³。つまりは、行政的取締規定

29 好美・前掲論文〔中〕（前注25）108頁参照。

30 好美・前掲論文〔中〕（前注25）108頁。

31 「建築禁止の仮処分」については、さしあたり松浦馨「日照権紛争における建築禁止の仮処分」ジュリスト493号（1971年）116頁以下、特に裁判所の態度につき117頁以下の分析を参照。なお、1971年当時、「建築禁止の仮処分」は、旧民事訴訟法755条（係争物の仮処分）と同760条（仮の地位を定める仮処分）とで区別して、その是非が判断されていた（必ずしも、いずれによる申請が明示がなくても、裁判所がその申請を受理していたと指摘されている。松浦・前掲論文118頁）。現在では、民事保全法23条1項（係争物に関する仮処分）、同条2項（仮の地位を定める仮処分）による。

32 好美・前掲論文〔中〕（前注25）110頁。なお、このような建築関連法規によって保護された「日照享受利益」は、「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）の対象として、実体法上いわば定型化されている。この点、本稿前注15とそれに対応する本文を参照。

33 好美・前掲論文〔中〕（前注25）110頁。これと関連して「私は、建築禁止や完成建物の撤去請求と損害賠償請求とでは、利益衡量の在り方はかなり異なっているべきだと考えている」とし、「（補償的な意味を）もった」金銭賠償による解決が模索され、また「妨害建物の公共目的」を鑑みて「建築禁止を命

に照らして一応「適法」に建築された建物による日照妨害に対し、私法上いかなる救済措置を付与しうるか、が問題となる。その際好美教授によれば、肝心の視点は「（用途地域では違法建築の場合でも日照妨害に基づく私法上の保護を拒絶することに象徴されるところの）このような行政的取締規定への全面的依拠ないし屈服の姿勢から、民事裁判官がどれだけこれを克服することができるかという点にある」（括弧内及び傍点・引用者）と指摘している³⁴。これは住民運動・市民活動を通じた裁判批判と立法・行政への働きかけという「実践の問題」と連動すべき課題³⁵でもある（その点、すでに好美教授自身が承認されていたことであった。本稿前注28及び29とそれに対応する本文参照）。こうして好美教授は、裁判実務における「受忍限度論」・「諸利益の比較衡量論」の实在とその機能を直視しながら、同時に実体法上の日照妨害保護論のあり方が「住民運動」やそれと連動する規制法規・条例等の動向との関連で＜動く＞ものであり、裁判実務も、本来あるべき実体法理論の内容（いわば「被害本位」の日照利益保護論・「人格的利益・生活利益」尊重論・「違法段階説」批判）を無視しえないのではないか、という趣旨のことを述べている（本稿前注34所掲箇所を参照）。それでは「実体法理論」それ自体の実情は、どうか。好美教授は諸学説を批判的に検討して、独自の人格権的請求権説を導出する。それを以下でみておこう。

ゝずることは妥当でない」とし、この場合も金銭賠償による処理がベターだとされている。好美・前掲論文〔中〕109頁。

34 好美・前掲論文〔中〕（前注25）110頁。

35 柏木暁「日照問題と住民運動」ジュリスト490号（1971年）79頁以下参照。さらに五十嵐敬喜「日照権の理論と裁判」（1980年）は、日照妨害事件における「地域性」に着目し、地域を「わが町」として、そこに生きる「市民」が共同して地域の現在・将来を展望し、そのような「運動」のなかに「生ける法」を不断に形成し、かつまたそれを発見していくことの重要性について触れる（五十嵐・前掲書11頁及び14-18頁）。なるほど五十嵐教授も「日照の私法的保護」にあたって「利益衡量」の必要性は、基本的にこれを認める（五十嵐・前掲書3頁）。しかし自覚的に「相關関係の利益衡量」（＝受忍限度論）とは距離を置いておられるようにみえる。なお、この点に関連して本稿〔補論1〕を参照されたい。

＜ii＞好美教授による諸学説の批判的考察と好美説の導出

好美教授は、日照権の法的構成の問題として、①物権的請求権説、②不法行為説さらに③環境権説をそれぞれ批判する³⁶。まず、①「物権的請求権説」については、原告適格が土地・建物の所有者（または借地人）に限られるという制約からまぬがれがたいし、なにより「日照被害者」の人的主体性をまともに視野に入れていない、と非難される³⁷。また②「不法行為説」に至っては、不法行為責任と妨害排除責任を不当に混同し、故意・過失要件に目をふさぎ、さらに非理論的な形で「不法行為に基づく「原状回復義務」」を承認し、よって妨害排除責任との区別の曖昧さに拍車をかけていると、手厳しい³⁸（このような不法行為法的「差止請求権」について、筆者〔川角〕は、さらに独自の批判的考察を要すると考えている³⁹）。他方、③「環

36 好美教授の「物権的請求権説」・「不法行為説」・「環境権説」に対するスタンスは、それぞれにつき一応批判的な観点から検討しようとするものであるが、「枝葉の点を度外視すれば、いずれがより説得的かという程度のいわば美的感覚の争いのようなものにすぎない面が多い」（傍点・引用者）とも述べている。好美・前掲論文〔中〕（前注25）112頁。なお好美「日照権の法的構成」ジュリスト特集日照権（前注4）所収217頁も同旨。これは、好美教授流に割り切った、クールな実益論重視型の発想であると言えよう。対するに筆者（川角）は、あとでも示すように「被害本位」の「日照妨害」保護論を支持する立場から論旨を展開している。

37 好美・前掲論文〔中〕（前注25）112頁以下参照。

38 好美「日照権の法的構成（下）」ジュリスト494号116頁以下参照（以下、好美・前掲論文〔下〕として引用する）。さらに上記の箇所好美教授は、「現行法の解釈」としても不法行為法的差止請求論は不当、とする。すなわち「本説（不法行為法的構成）は明文規定に反し、立法の経緯に照らしても虚構の上に支えられているように思われる。民法722条1項は、417条を準用して、不法行為の効果による損害賠償の方法として金銭賠償主義を明記しているからである」（ゴチック・原文。括弧内・引用者）。

39 ここでは、不法行為法的「差止請求理論」の問題性についてのみ、やや立ち入っておく。たとえば野村好弘教授は、差止請求権の「不法行為法的構成」の立場から、以下のようにいう。「民法709条では、すでに発生した損害について損害賠償責任を負わせているのであって、将来発生することが合理的に確かであるような損害については、いかなる責任が発生するのかを明確に規定してい

境権説」については、好美教授も、その独自の「環境共有の法理」に基づき「請求権者の範囲」が「地域住民全体に拡大しうることを、一つのメ

ゝない。すなわち民法709条は、一回の加害行為によってある損害が生じた、というような場合を念頭においてつくられたものであり、継続的に将来にわたって損害を発生させるような継続的不法行為（たとえば公害）を正面から問題とするものではない。（中略）このように、不法行為の効果として、金銭賠償請求権のほかに、場合によって差止請求権をも認めていくようにすれば、救済方法の選択範囲が広くなり、具体的妥当な解決の可能性がより大きくなるように思われる」（傍点・引用者）。野村「差止請求権」同「公害の判例」（1971年初版）263頁。このように、あくまでも野村説は「不法行為法的構成」として、「公害」のような継続的不法行為の場合に、「差止請求権」を、金銭賠償請求権のほかに認めようとする。したがって、侵害者の故意・過失要件及び「継続的に将来にわたって損害を発生させる」ことが要件となり、さらに違法判断レベルでは「受忍限度論」及び「違法段階説」を採用される。この点、故意・過失要件については明示されていないが、「不法行為の効果」として「差止請求権」も認めるという趣旨の記述（野村・前掲書263頁）には、故意・過失要件が当然に含まれている、と解すべきである。また違法判断に関する受忍限度論・違法段階説については、野村・前掲書264-265頁参照。ちなみに野村説は、「被告の活動の社会的価値ないし有用性も考慮されるべき要素の一つである」とも言っている。野村・前掲書265頁。なお、上記引用部分で「場合によって差止請求権も認める」という記述は、違法段階説的受忍限度論と密接不可分である。しかしながら、差止請求権に関するこのような「不法行為法的構成」は、その出発点からして、すでに不当である。それは、「妨害排除請求権」の独自性を無視し、民法的規範構造・権利保護システム自体を解体させようとする発想を含むからである。この点につき、好美教授もほぼ同旨の観点から「不法行為説」を批判している。好美・前掲論文〔下〕118-119頁参照。加えて「不法行為説」は、いかにも自明なことのようにして「損害賠償」としての「原状回復」効果を差止請求権の内容に取り込んでいる。たとえば野村説が、騒音侵入による「侵害の結果たる精神的苦痛」（要するに「損害発生」）を要件として不法行為責任の効果としての「差止請求権」を認容した事例（大阪地判昭和43年5月22日判タ225号120頁）を肯定的に紹介するのは、その一つの例証である。野村・前掲書287頁参照。ちなみに近時、大塚直「人格権に基づく差止請求——他の構成による差止請求との関係を中心として」民商法雑誌116巻4＝5号（1997年）1頁以下、特に30頁も参照。ここで大塚教授は、日照妨害を念頭に置き、いわゆる「消極的侵害」としての生活妨害では、主に「単なる不快感や軽度の精神的被害」が問題となるにすぎず、よって「加害者の主観的態様や土地利用の先後関係も含めた種々のファクターを考慮する必要（性）」、つまりは相関関係的な「利益考量の必要の高さ」を強調している（括弧内・引用者）。

リットとして承認する⁴⁰。しかしながら「日照妨害」について言えば、それはいきなり「地域全体」に及ぶものではなく、むしろ「隣接居住者」(のみ)が請求権をもつにすぎないことを指摘する⁴¹。さらに環境権説に立っても「先住後住の差異を問題とせざる」をえないとして、これを批判する⁴²。加えてまた、「環境権説といえども利益衡量は不可避で、被害がいくら軽微でも直ちに差止請求を認めるべしということにはならない」ともいう⁴³。

結局、好美教授は、「人格権的構成」を最善なものとして評価している⁴⁴。そしてその際、日照保護に関し、「実際問題として、建築禁止の差

40 好美・前掲論文〔下〕(前注38)120頁。この点、甲斐道太郎教授も「環境権」のメリットの一つとして「集団性」を挙げられている。そのような立場から甲斐教授は、原告団(複数の被侵害者)が——法的な代表訴訟としてではなく、もっぱら事実上の意味において——「環境破壊」の不利益を被っている地域住民全体の「代表」として、「健全な地域的環境利益保護」のため、「権利(=環境権)」を主張することの適法性を指摘されている。甲斐「環境権と差止請求」同『新版・法の解釈と実践』(1980年)106-120頁参照。

41 好美・前掲論文〔下〕(前注38)120頁。この点、環境権説の提唱者も自認しているという。好美・同頁注125参照。

42 好美・前掲論文〔下〕(前注38)120頁。

43 好美・前掲論文〔下〕(前注38)120頁。

44 好美・前掲論文〔中〕(前注25)112頁、同・前掲論文〔下〕(前注38)113頁以下。好美教授は「人格権的請求権説」を、以下のように「定義」されている。すなわち「この説は、日照妨害の主たる被害法益である個人の快適な生活利益に着目し、これを端的に妨害排除請求の法的根拠として承認しようとするものである」(好美〔下〕113頁。傍点部分は原文ゴチック)。さらに、人格権的請求権説によれば「いわゆる積極的侵害か消極的侵害かの差異は、せいぜい違法性ないし受忍限度の利益衡量において斟酌される諸般の事情の一つとして位置づけられるにすぎなくなる」(好美・同上頁。傍点部分は原文ゴチック)とも述べられている。結局、好美教授の見解は、その人格権的請求権説の枠内で以下の類型化を図るものであると考えられる。すなわち、①生命・健康・身体・名誉等の原則「利益衡量」を許さない絶対尊厳型の「人格保護」類型、②人格的生活領域への積極的イミッシェーションの独自性を承認しながら、「本質的妨害」あるかぎり原則「妨害排除請求権」の直接発動を許容し、加えて金銭補償を含めた例外規範の適用余地を承認する類型、③人格権の枠内で「日照妨害」等の消

止請求においては主たる被害法益である人間の快適な生活利益そのものへの侵害を正面に押し出せばほぼ足りよう」（傍点・引用者）とされる⁴⁵。その上で、そのような観点は、すでにドイツでも「イミッションを人格権侵害と把握してその妨害排除を認めるべきだとの方向の議論が現れていること」に体现されている、と言う⁴⁶。なお好美教授は——上記のように——差止請求権の不法行為法的構成及び「不法行為法」的な「受忍限度論」を厳しく批判されるが、人格権侵害としての「日照権」に基づく差止請求権の是非に関しては、「利益衡量」はあくまで不可避という立場を採られている⁴⁷。

ㄨ 極的イミッション保護を捉え、一応「受忍限度論」的利益衡量判断の土俵にあげた上で、②の類型との連続的側面を承認し、結果的に「被害本位」説的日照保護に接近する類型、がそれである。

45 好美・前掲論文〔下〕（前注38）114頁。

46 好美・前掲論文〔下〕（前注38）114頁。別の箇所では次のようにも言われる。すなわち「とりわけ日照妨害においては、その主たる被害法益は、人間の快適な生活利益そのものである」と。好美・前掲論文〔中〕（前注25）112頁。なお大塚・前掲民商法論文（前注39）21頁でも、ドイツにおける「人格権的」イミッション保護論を紹介している（ただし、このイミッションはあくまで「有体的干渉作用」として「積極的イミッション」を前提とする）。この点、すでに大塚「生活妨害の差止に関する基礎的考察（6）——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌104巻9号（1987年）1頁以下、特に65-66頁にも同旨が記されている。

47 「被害がいかに軽微でも直ちに差止請求を認めるべしということにはならない」という文章が、それを象徴している。好美・前掲論文〔下〕（前注38）120頁。これに関して本稿は、発想の転換を提示している。すなわち、はじめから「日照妨害を一定限度までがまんせよ」という法的判断は、原則排除されるべきである（例外的に「法的受忍規範」があったり、当事者の「受忍の同意」があれば別である）。しかし他方で、いわゆる「軽微」な日照阻害は、そもそも法的な「日照妨害」と異なるのであって、それはむしろ「相隣関係の道德」の問題に他ならない、と言っている。よって一定の事実の摘示、すなわち「日照妨害によって洗濯物が乾きにくくなっている」とか「部屋が薄暗くなって気分が滅入る」などの事実が示されれば、法的な「妨害」となる。これは、当該妨害になるまでは「法的にがまんせよ」ということではなく、「相隣関係における道德判断」及び隣人間での市民的エチケットに即した話し合いにかかる問題として捌

〔b〕 若干の私見——ピッカー教授の所説を踏まえて

上記好美説について私見を提示する。その際、とりわけ①先住後住関係の考慮の不可避性、②単なる「軽微な環境被害（日照妨害）」の場合の「差止請求権」の可否に重点を置いて、考察を試みる。これらにつき筆者（川角）は——必要に応じてピッカー教授の所説をも参照しつつ——さしあたり次のように考える。

〔a〕 先住・後住関係

まず①について。この「先住・後住」関係が問題にされる場合には、主に、すでに先住者の建物が建っており、その特定の地理的環境に基づき⁴⁸、

り切るべし、という主張である。この点、本稿本文及び本稿後注54で改めて論及する。ちなみに、このような「軽微」な範囲では、環境権論者も「日照妨害」ケースにおける「利益衡量」を否定しない。この点につき、滝井繁男「環境権と差止請求〔1〕——環境権の位置づけ」大阪弁護士会環境権研究会「環境権」（1973年）157頁以下、特に167頁参照。ただし、この滝井論文は以下のように続けている。すなわち「むしろ、日照紛争に典型的にみられるように、人権意識の高揚と環境問題についての社会的意識の変化によって、その利益衡量の基礎となる事実の評価が変わり、それに応じて、基準自体の流動化も免れないのが実情である」（傍点・引用者）。上記「環境権」168頁。これは現実の日照紛争の実務＝裁判例を念頭に置いた記述であるが、その趣旨は、おそらく住民運動の所産である日照保護法規の形成可能性に注目しつつ、さらに「被害本位的日照権論」の方向性をも受容しうるものである、と考える。すなわち、そこで滝井論文がいう「利益衡量」は、直接的に侵害行為の種類と被侵害利益の程度を比較する相関関係的「利益衡量」ではなく、当該「日照妨害」によって、いかなる内容の日照利益が奪われたか、それがいかなる実体的影響を生活上与えているかを第一義的に考慮すべしという意味での、「被害本位」的な利益衡量（「評価問題」）にほかならない、と言えよう。

48 たとえば普通の住宅専用地域において、建築基準法に適合した2階建ての先住者Aの家屋がすでに南側にあり、しかもその建物が高さ3メートルの崖の上に建っている場合に、その後、その下で必然的に日陰となる土地を購入して後住者Bが同じく2階建ての建物を建てたところ、Bにとっては、A所有家屋によるB所有建物への「日照遮断」が、あらかじめ明らかに認識可能である、というようなケースが挙げられよう。ちなみに、先行する高層ビル群（ないし高層マンション群）の特殊地帯に、その後わざわざ高価な土地を購入し、建物を建てたが、「日照被害」を被ったようなケースも、同様と言っているだろう。そ

客観的にみて——いわゆる「標準人」の視点からみて——「日照被害」を被るべきこと明らかな地域に、わざわざ住み移る（後住する）という行為は、一般に後住者による「危険の引き受け」があったものと考えてよい⁴⁹。したがって、その場合に、なお後住者が「日照妨害」を理由に訴えを提起しても、それは信義則上「自己の先行行為に矛盾する振る舞い」⁵⁰として

ゝのような場合には、一般に都市計画法や景観保護条例さらには建築基準法等に基づく上記「特殊地域」であることは明らかに認識可能であるから、後住者に「危険の引き受け」が認定されること、自明のことであると思われるからである。

49 同旨、好美・前掲論文〔中〕（前注25）109-110頁参照。また好美・前掲論文〔下〕（前注38）120頁は、環境権論者も「日照環境」を被害者の意思で「放棄」することができることを肯定する点に照らし、「先住後住の差異を問題とせざるをえまい」と指摘する。ちなみに、小林健男「日照紛争と環境権——その理論と実務」（1974年）142-143頁は、「高度地区の指定による日照保護」に関する問題を論じている。それによれば、第一種高度地区は「低層住宅地」が指定対象であり、北側隣地の日照保護が図られている。第二種高度地区は「中高層住宅地」が指定対象であり、北側隣地に与える圧迫感や採光の不足をやわらげ、日照もある程度考慮されている、とされる。また「具体的な制限の数値は、個々の高度地区ごとに、その指定の趣旨に合わせて都市計画のなかで定められる（都市計画法8条）」とも指摘されている。その上で、「都市計画法による高度地区での建物の高さ制限が、ただちにいわゆる「日照権」を保証するものではないことはいうまでもない」と警告している。したがって、そのような一定の日照保護が図られているとしても、いわゆる「高度地区」（特に高層ビル・マンション地帯）の中にわざわざ居を移す行為は、あくまで「危険の引き受け」と判断されてもやむをえまい。通常、不動産（マンション・一戸建て等）の購入・賃貸借の契約締結に際しては、その当事者は、あらかじめ現地調査をするのが通常であり、業者からの説明もあるはずである（この業者の「説明義務」の法的性質は重要であるが、ここでは触れない）。

50 磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展——ドイツにおける「226条・826条から242条への発展」の意義」末川先生古稀記念『権利の濫用（上）』（1962年）60頁以下、特に78頁（「自己の行為に反すること」ないし「矛盾の容態」〔venire contra factum proprium oder gegensätzliches Verhalten〕として把握されている）、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1962年）73頁以下、特に84-85頁（同じく「自己の行為に矛盾した態度をとること」〔venire contra factum proprium〕として特徴づけられている）、さらに原島重義「信義則論ノート」・同・前掲書（前注2）265頁以下、特に273頁参照（やはり venire contra factum proprium が取り上げられている。そして、これにつき「あるメ

原則的に否認されることになろう⁵¹。なお、先住者Aが存在している状況下で、その隣地に後住者Bが移り住んだところ、当初Bに「日照被害」はなかったが、その後Aの増築行為等によって「日照妨害」が新たに発生した場合には、単なる「先住・後住」問題の考慮だけでは片付かないこと、明白である。たとえば従来二階建ての家屋に居住していたAが、Bの移転後に収益目的の高層マンションを建てたような場合（あるいは建てる計画であることを通知してきた場合）が、その典型例と言えよう。その際、問題の核心は、Bが受ける日照享受利益喪失の内容（日照にかかる「被害」・「不利益」の中味）に関する主張立証如何である。Bが、その主張立証に成功すれば、あとは「抗弁事由」としてAの増築・新築行為が建築基準法ないし都市計画法等の建築関連法規に適合しているか否かが問題となろう⁵²。これは、

「事情が存在する場合の訴えの提起自体が問題となるのであり、主観的精神状態が問題となるのではない」〔傍点・原書〕と説明されている。なおこの原島論文は「書き下ろし」であるから、2011年初公表である）。ちなみに上記三論文ともに「先行行為に矛盾する振る舞い」を、もっぱら債権法上の——契約関係当事者間での——信義則（ローマ法以来の「悪意の抗弁」）の適用問題として論じている。ただし「相隣関係」においても——取り立てて「共同体的信義則論」を前面に出さずとも——それ固有の信義則の発現としての「先行行為に矛盾する振る舞い」が問われてよい、と考える。この点、ドイツ法に関してはあるが、「なかなか相隣関係における信義則の進出はきわめて注目すべき現象である」とする、磯村・前掲論文71頁も参照（ここでは「共同体論」は登場しない。しかも「主観的徴表の後退と客観的事実の強調」に着目する点で、先ほどの原島「信義則論」とも一致する。磯村〔哲〕・前掲論文同頁参照）。

51 ただし積極的イミッシオンの事例は別である。特に、企業の営利活動が煤煙・スス・塵芥・騒音・音響等によって地域環境自体を「破壊する自由」は存在しない。したがって、この場合、先住・後住関係は問題とはならない。久保井一匡「環境権確立のための提言」・前掲書「環境権」（前注47）102-104頁参照。なお淡路・前掲論文「差止法理と被害」（前注8）21頁も、「健康被害」の場合には「先住性」を受忍限度ファクターから外している。

52 ちなみに、行政的取締規定への適合性をもって、私法上も直ちに「日照妨害」が適法視されるわけではない。この点、好美・前掲論文〔中〕（前注25）110頁参照。参考判例として、最判昭和46年4月23日民集25巻3号351頁（特に355頁）がある。これは、当時の「運輸省鉄道監督局長通達」で定められた「地方鉄ノ

Aの「場所的適合性」の抗弁の許容性とも関連する。

〔β〕「軽微な日照被害」と「限界事例」

他方、②単なる「軽微な環境被害（日照妨害）」の場合の「差止請求権」の可否についてはどうか。本稿は、以下のように考える。まず積極的イミッショーンのケースでは、どう規律されているか。それを再確認しておこう。たとえば、原告が受ける侵害の程度が、ごくごく軽微であって「そもそも妨害」が存在しないと判断される場合、あるいは一応妨害であったとしても「非本質的妨害」にとどまる場合には、妨害排除請求権は阻止される（ドイツ906条1項参照）⁵³。この場合には、そもそも請求権適合的な「妨害」は存在しない。これに対して、妨害が「本質的」（wesentlich）である限り、物権的妨害排除請求権が発動される。ただ、被告が「場所的慣行性」とか「妨害回避措置設置の経済的期待不可能性」等を「抗弁」として主張立証

、道軌道及び専用鉄道の踏切道保安設備設置標準」に従って保安設備を設けておれば「民法上の瑕疵の存在は否定されるべきである」という被告（私鉄会社）の抗弁及び上告理由を、「右設置標準は行政指導監督上の一応の標準として必要な最低限度を示したものであることが明らか」であり、その遵守をもって違法性が阻却されるわけではないという趣旨を述べ、踏切所有者としての被告の「土地工作物責任」（民法717条）を認めた。なお、同様のことは原発運転差止仮処分申し立てに関する判断にも妥当するはずである。原子力規制委員会が定める設置認可基準に従っておれば、直ちに「適法」とみるべきではない。火山噴火の可能性のみならず、加えて巨大地震の可能性・津波の可能性・テロ攻撃の可能性等を踏まえた緻密な法的判断が求められよう。最近、広島高決平成29年12月13日LEX/DB25449168（伊方原発3号機運転差止仮処分命令申立即時抗告事件）は、仮処分申立債権者たる住民らの「人格権に基づく妨害予防請求」につき、原決定（広島地決平成29年3月30日LEX/DB25545650）の差止め不可決定を変更し、火山事象の影響を考慮して2018年9月30日までの原発稼働差止めを決定した。なお、判時2357・2358合併号300頁以下も参照。

53 ただしドイツ法では、有体的イミッショーンの干渉作用が存在する以上、原告がその事実を立証することによって、妨害排除請求の訴えが認められる。それは妨害排除請求権に関する例外的な「受忍義務」の立証が、被告に課されていることと裏腹である。Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 110 Fn. 268. その翻訳として、拙訳・川角「エドアルト・ピッカー（著）『物権的妨害排除請求権』（7）」龍谷法学40巻1号（2007年）174頁以下、特に178-179頁参照。

しえた場合に限り、例外的な判断が要求されるにすぎない。すなわちこの場合、規範適合的な——したがって請求権適合的な——「妨害」が存在するにもかかわらず、上記の「受忍要件」の立証によって例外的に原告の妨害排除請求権が阻止されうる。消極的イミッシェンたる「日照妨害」についても、これとほぼパラレルに考察することができよう。ただこのケースでは、あくまで有体的干涉作用はないので、若干の相違は存在する。すでに本稿冒頭でも整理したが、それを要約的に再論すれば、以下のようになる。〔i〕単なる「日照被害」の事実だけでは、原告の請求原因は根拠づけられない。しかし〔ii〕原告が「日照妨害によって洗濯物が乾かなくなっている」・「採光に支障が生じて部屋が薄暗くなり減入っている」という事実を挙げることができれば、すでに請求原因を根拠づける。対するに被告は〔iii〕たとえ日照被害があるとしても、あくまで「洗濯物は乾いている」・「薄暗いと言っても本くらい読めている」と抗弁する。これに対して原告は、〔iv〕「洗濯物が乾いているとはいえ、乾ききるためには従前の2倍の時間を要するようになり、家族間のトラブルにもなっている」・「日中でも部屋が薄暗いため家族全員が減入り、団らんの方が狭まっている」と再抗弁する。これに対し、被告が〔v〕当該「日照妨害」につき、場所的適合性・経済的期待不可能性・関連法規遵守等を「再々抗弁」として立証できた場合にだけ、原告の妨害排除請求権が阻止される。

だから、そもそも「軽微な日照被害」だけであれば、それは「日照阻害の事実」を摘示するだけであり、訴訟上の「請求原因事実」としては不十分である（この場合、通常は「相隣関係上の道徳」に委ねられるべきであること、前述した。本稿前注47。なお本稿前注10も参照されたい）。よってこの場合、「日照妨害」に基づく妨害排除請求権＝差止請求権が認められることにはならない。むしろ、＜限界事例＞は存在する。この場合には、裁判所は、一応原告の請求を「訴え」として認め、「被害の内容」を精査し、よって「被害本位」の実体判断をした上で、被告の反論＝「抗弁」の内容とその合理

性を厳格に審理すべきである、と考える。それゆえ、「軽微な日照被害」に関する差止請求権は認められないという原則的評価を維持した上で、＜限界事例＞についての訴訟上の対応可能性を承認（肯定）しておけば足りる、と考える⁵⁴。

〔γ〕好美教授による「日照妨害論」の位置づけ

こうして結局のところ、好美教授の「利益衡量論」においては、当該「日照被害」が「本質的妨害」（eine wesentliche Beeinträchtigung）にあたるか否かだけが肝心となる。その点で、好美説は、なるほど繰り返し「利益衡量」の必要性を説くが、しかしながらそれは——不法行為法的「差止請求権」説と異なること明白であるのみならず——たとえば舟橋教授流の被害利益の種類・程度と侵害行為の悪性との相関関係の利益衡量という「違法侵害説」の立場とも全く異なる⁵⁵。すなわち好美教授は、その拠っ

54 ちなみに＜限界事例＞を含めて「軽微な日照被害」に関する訴求可能性を認めれば、「濫訴」を誘発するのではないか、という「危惧」がありうるかも知れない。しかし、これについては、次のように考える。すなわち、「軽微な日照被害」を＜限界事例＞に属するものとして裁判所への「訴え」に持ち込むか否かは、もっぱら「市民の法意識」（相隣関係にかかる市民的道德）に関わる問題として捉え、かつまた「市民の良識」に委ねざるをえないものと割り切る観点が重要である。なお、立法提案者・梅謙次郎が相隣者間の「道義慣習ト徳義」を重視していた点、すでに指摘した。本稿前注22参照。さらに、「濫訴の危惧」は、余程の訴訟乱発「嗜好者」について例外的に「問題」となるにすぎない。そして、そのような者による訴えは、通常「訴えの利益」を欠くことにより「原告適格なし」として門前払いされるか、あるいは常に「敗訴」して裁判費用を負担させられるなどにより、結局裁判事件としては縮小・消滅していかざるをえまい。この点、本稿前注47も参照

55 好美教授は、舟橋教授の「違法侵害説」を「不法行為説」の中で論じている。そして、その「不法行為説」自体を全面的に批判している。ただ好美教授は、舟橋説が「故意過失を要しない妨害排除請求の把握」の可能性を追求する側面をもちうる——つまりは、この点で故意過失を受忍限度判断に一元的に取り込む「新受忍限度論」と区別されうる——ものとして把握している。好美・前掲論文〔下〕（前注38）118頁参照。そして好美教授は「舟橋説の教えを受け迷いを覚えつつも、法的保護の拡大の仕方の方法論的な面でまだためらい、同説に踏みきれないでいる」と述べている。かねて好美教授が舟橋説を「違法侵害説」ノ

て立つ人格権の構成説の観点から、繰り返し「日照妨害」の被害法益とは「人間の快適な生活利益そのもの」であることを強調されている⁵⁶。これは、たとえば先住者がすでに良好な日照利益を享受している事実状態があって、それが隣地からの「日照遮断」によって「妨害」（本質的妨害）を受けた場合には、当該地域（相隣関係）における「生活環境秩序」に照らし、実体法上当該「日照妨害」を先住者のもとの「特に不利益な干渉」（die besonders nachteilige Wirkung）と評価する観点から、当該「日照妨害」を排除する見解と通底する（「不利益」と「損害」の概念的区別につき、本稿前注5参照）。なおこの場合、日照享受にかかる「割当て保護」を觀念することもできよう。特に当該日照享受が、建築基準法（なかでも「日影による中高層の建築物の高さの制限」に関する同法56条の2）・都市計画法及び建築関連の地方自治体「条例」によって保護されている場合には、それに反する「日照妨害」は一種の「保護法規」に違反するという意味で、当該の日照享受利益には「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）が承認されるに至ることも

、に対し厳しい批判を展開されてこれただけに、若干抑制的な指摘だと思われる。おそらく好美教授が、ドイツにおける「不法行為法的」不作為請求権から「準物権的」不作為請求権さらには「一般的」予防請求権への展開を、もっぱら肯定的に受けとめられているからであろう。そして、それとパラレルなものとして展開しうる可能性を舟橋説に求めることができないか、自問自答されたからであろう。なお好美教授による舟橋説批判については、すでに本稿でも指摘した。本稿前編（1）・龍谷法学50巻1号（2017年）475頁本文と同頁注223参照。ついでながら、舟橋説は一貫して我妻説的「相隣関係理論」を妨害排除請求権論に取り込もうとしてきたのであるが、少なくとも物権的妨害排除請求権における妨害者の「費用負担」については、「不法行為」との「権衡からいっても」、相手方（妨害者）に「故意過失等の要件が備わること」が「必要」、と主張していた点に留意する必要がある（これは、いわゆる川島「責任説」容認論にほかならない）。舟橋諄一『物権法』（1960年）46頁参照。この点についても、本稿前編（1）龍谷法学50巻1号373頁注45で触れている。

56 好美・前掲論文〔上〕（前注17）22頁、同・前掲論文〔下〕（前注38）113頁及び114頁参照。

あるからである⁵⁷。だとするなら、もっぱら重視されるべきは「日照妨害」による客観的な「本質的妨害」の発生の有無であり、あるいは建築関連の「保護法規」による日照利益享受の「法的割当て」の規範的妥当性の有無である、と言えよう。逆にみれば、日照妨害に関する「侵害行為」の「違法性阻却事由」の有無如何が肝心、ということになろう⁵⁸。すなわち、そ

57 これに対して、広中俊雄教授は、「環境からの生活利益の享受」としての、日照妨害や通風妨害などの「生活利益秩序」においては、「帰属というようなものは問題とならない」とする。広中『新版民法綱要・第1巻総論』（2006年）20頁。この広中教授の態度は、それなりに首尾一貫している。だからこそ広中説は、日照妨害・通風妨害などの「生活利益秩序」では、「比較衡量的観点」・「受忍限度論的発想」に依拠せざるをえなかったのである（広中・前掲書21頁参照）。これに対し本稿では、いわゆる「保護法規」によって保護された日照享受利益を「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）の対象として論じている。ちなみに、ピッカー教授が、所有権をはじめとした絶対権につき*Rechtszuweisung*を語るとき、これを「権利割当て」と訳すべきであるが、「保護法規」に基づく*Rechtszuweisung*を語るときには、「法秩序による割当て」＝「法的割当て」と訳すのが、より適切であると考えている。それゆえ「法的割当て」が承認される場合に、加えて「帰属」性の有無の検討も要求される場面があることまで否定しない（なお本稿前注15及び32も参照されたい）。その際、たとえば建築法規に反する建物の現在の状態が、客観的「妨害」を意味することによって「法秩序のリアクション」（„die Reaktion der Rechtsordnung”）としてのネガトリア的保護請求権を直ちに発動せしめる、とする観点が重要である。Vgl. Picker, „Schutzgesetzen“ (Fn. 3), S. 51. なお、本稿で繰り返し指摘しているように、法秩序（市民法秩序）が「保護法規」違反のケース及び一定の法益保護のケースで「原告」（利益主体）に「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）を承認する限りで、ネガトリア的保護請求権が発動されるのであり、それは当該「利益」ないし「法益」に内在する「保護権」（*Schutzrecht*）として理解されるべきものである。この点は、すでに本稿で指摘したことなので、ここで詳しくは論じない（本稿前編・龍谷法学50巻2号249頁以下参照）。なお、保護法規違反の現在の状態が——不法行為責任とは全く別に——ネガトリア的妨害排除請求権を根拠づけることにつき、Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, Festschrift für Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, S. 85 ff., bes. S. 102-104（龍谷法学本号翻訳）も参照。

58 この点、筆者（川角）の見解によれば、「がまん」するのは相隣関係における市民的道徳の問題であって、それを「受忍限度論」的にいきなり「法的」なものへと高めるべきではない、と思う（法的受忍は「受忍規範」が明文で存在す

の限りで、日照妨害にかかる「侵害行為」の違法性⁵⁹に関する法的評価が肝心な意味をもつことになる。たとえば、日照妨害をもたらす隣地建物が「建築基準法」⁶⁰に反するか否か。「都市計画法」⁶¹との関係でどうか。「景観

ゝする場合、違法性阻却事由が認定される場合、当事者の「受忍の同意」がある場合に限られる。訴訟上、すべて「抗弁」事由である。たとえば、すでに積極的イミッシオーンのケースでも、同様のことを指摘しうる。積極的イミッシオーンは原則違法であり、違法性阻却事由なき限り、直ちに妨害排除請求権＝差止請求権を発動せしめる。そして、その立場（イミッシオーン原則違法＝禁止）の出発点は、文字通り不可量物の不法侵入（イミッシオーン）そのものを「相隣関係の特殊性を顧慮するからこそ相互に侵入させないように配慮するべきである」という価値判断に立つものである（傍点・引用者）。これは、ドイツ民法「前草案」起草者ヨホウにその発想の萌芽を見出すことができる。拙稿・川角「ネガトリア請求権規定（1004条）形成史の探求——イミッシオーン規定（906条）との関連性を顧慮した覚え書き」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999年）419頁以下、特に423-424頁参照。なお、ヨホウによるイミッシオーン原則禁止という相互的顧慮の観点から、「産業資本育成」の観点から「歪曲」されていった過程につき、拙稿・前掲論文436頁以下参照。なお、これには当時のライヒ営業令26条の民法典への取り込み問題が深く関係していた。これとの関連で、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（6）」（前注46）22頁以下及び秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）」早稲田法学74巻4号（1999年）259頁以下、特に410-413頁注12も参照。

59 ここでの「侵害行為」の違法性は、さしあたり、差止請求権による保護の対象となる日照享受利益主体が、その差止請求権を行使する際の相手方特定の問題（訴訟上の「被告適格」に関する問題）をクリアするために要求されるものである。その場合、ネガトリア責任たる差止請求権は、相手方の施設の「構成部分」に、いわば物的に組み込まれている規範装置にほかならない。すなわち、妨害施設建設「行為」の違法性の前提として、「施設」からもたらされる日照享受の「不利益」状態が認定されれば、当該施設の建築・保持・管理にかかる施設所有者の「行為」の違法性が問われることになる。その場合の差止請求権は、まさしく「違法な行為に対する請求権」（Anspruch gegen ein rechtswidriges Tun）にほかならない。Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 181. この点、本稿前注6も参照。

60 なお、1976年（昭和51年）建築基準法改正で新設された同法56条の2は、「日影による中高層の建築物の高さの制限」に関するものである。ここで、その内容を詳論する余裕はないが、「地方公共団体の条例で指定する区域」（いわゆる「対象区域」）内にある建築物につき、建築者に対して一定時間内での隣地への日照確保を命ずる条項である。1980年公刊の五十嵐敬喜・前掲書「日照権の理論」ノ

保護条例」⁶²との関係でどうか。さらには「建築協定」⁶³との関係でどうか、などが問題となるにすぎない（しかも、これら建築関連法規・協定は、直接私法上の差止請求権抑制機能を営むものではないという点にも留意すべきである〔本稿前注52参照〕）。そこにおいては、基本的に「相関関係的利益衡量」や「受忍限度論」が入り込む余地はない。要するに「侵害行為の態様と被侵害利益の種類・程度」が問題なのではない。そうではなく、第一次的に「侵害された日照享受利益の内容と程度」こそが問題となり、第二次的に「侵害行為」に「違法性阻却事由」があったか否かが問題となるにすぎない。これに関連して、次の澤井裕教授の指摘も有益である。——「日照裁判例を通覧すれば明らかなように、被害者にいかなる程度の日照利益を与えるべきかは、地域性と被害者が占有している土地の広狭、建物構造に大きく左右される（日照保護は、住居地域における大きい敷地において、南面に大きい開口部

（前注35）「はしがき」によれば、この改正建築基準法条項は「10年前に東京の一隅で産声をあげた日照権運動」が「勝ちとった」ものである、とされる。また「運動はこれによって終結したわけではなく、日影基準の内外で生きている」とも言われている。なお五十嵐教授の「日照権論」については、本稿後述〔補論1〕を参照。

61 特に都市計画法による「高度地区」規制については、小林・前掲書「日照紛争」（前注49）142-143頁の指摘を参照。

62 景観保護条例については、本稿続編「国立景観訴訟」の項目で触れる予定である。

63 いわゆる「建築協定」（建築基準法69条～77条）の意義と機能については、さしあたり荒秀「建築協定の法的性質」ジュリスト490号（1971年）44頁以下（建築協定の「準条例的性格」と「公共組合的性格」に注目が払われている）及び小林・前掲書「日照紛争」（前注49）143頁以下参照。ちなみに建築基準法69条によれば、「市町村」は、その区域の一部について、「住宅地としての環境」または「商店街としての利便」を高度に維持増進する等「建築物の利用」を増進し、かつ、「土地の環境」を改善するために必要と認める場合においては、土地の所有者及び借地権を有する者（不特定多数）が、当該土地について一定の区域を定め、その区域内における「建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築設備に関する基準」についての協定（「建築協定」）を締結することにつき、これを「条例」で定めることができる旨、定められている。

をもつ建物の居住者において最も大きい)。いいかえれば日照権の内容は多分に土地ないし建物によって規定される側面をもっている。もちろんこのことは、日照利益の人格権的構成を否定するものではないが、物権的構成になじみやすいことも率直に認めるべきであろう」⁶⁴ (括弧内・原書)。これは、日照被害救済に関する「物権的請求権構成」に親和的な澤井教授の立場からの記述である。しかしその視点は、もっぱら日照被害による被妨害者の「土地・建物」の地域性・土地そのものの広狭・その建物構造に着目することによって、実質的に被妨害者における「本質的な妨害」そのものの有無を問うものとなっている。したがって、この澤井説は、「相関関係的利益衡量判断」・「受忍限度論的発想」とは基本的に切り離された立場からの提言であることに注目しておかなければならない⁶⁵。

〔δ〕日照妨害訴訟における「立証責任」と「立証の必要性」

上記の澤井教授の見解を踏まえると、こと日照被害救済の問題に関しては、結果的に——「立証責任」あるいは「立証の必要性」判断を媒介として——好美説も澤井説もほぼ同一の方向を向いている、と思われる。すなわち、好美説に即して言えば、原告（日照の被妨害者）が、被告（妨害者）による「人間の快適な生活利益そのもの」への本質的な妨害としての「日照被害の現実的存在」にかかる主張・立証に成功する限り、あとは被告が「抗弁」として当該「日照妨害行為」が「違法性阻却事由」を備えていたことを立証すべき責任を負うにすぎないのであり、かつまたそれに尽きるからである。その際、問題として問われるのは、あくまで日照への妨害行為が

64 澤井・前掲書『法理』（前注12）10-11頁。

65 澤井・前掲書『法理』（前注12）20頁以下、46頁以下参照。そこでは、「受忍限度論」自体の多義性や、受忍限度論内部における「類型化」・「判断基準の設定」の試みによって一定の修正が図られていることも指摘されている。澤井・前掲書『法理』23頁以下参照。なお澤井説の基本的骨格は、同『公害の私法的研究』（1969年）を経て、さらに同「差止請求と利益衡量」法律時報43巻8号（1971年）8頁以下において形成されたと思われる。澤井・前掲書『法理』69頁以下注81も参照。

「人間の快適な生活利益そのものへの侵害」にあたるか否か、ないし当該行為が「違法性阻却事由」を有していたか否かに関する訴訟上の攻防だけであって——すでに述べたように違法判断に関する「相関関係説」・「受忍限度論」が介入する必然性はなく——いわんや妨害者の故意・過失や被妨害者の下での「損害発生」などは、全く問題にならないのである（この点、本稿前注5も参照）。ちなみに、この「立証責任」問題について好美教授は、以下のようにいわれる。まず「立証責任」と「立証の必要」とを「厳密に区別する必要がある」とする⁶⁶。その上で、好美教授は訴訟実務を踏まえ以下のように述べる。すなわち、実際には日照妨害にかかる「受忍限度」——その実質は、好美説のいう「快適な生活利益」としての日照享受の程度及び本稿でいう「被害本位」の実体判断——が訴訟上攻防の鍵を握るのであるから、むしろ「立証の必要」の観点からは「本質的な妨害」の存否は、「当事者双方からの同時的な主張・立証が可能」であり、むしろ「通常、当事者双方がそのことのために全力を尽くすことになる」（傍点・引用者）⁶⁷。さらに、ある特定の事実につき「いずれの側に証拠を提出させるかの釈明・訴訟指揮、とりわけ、いずれの側の提出した証拠によってもある事実の存在が認定できない場合」（真偽不明の場合）に初めて「立証責任」の問題が登場するにすぎない。その場合にだけ、裁判官は、いずれの当事者にその「立証」にかかる責任（不利益）を負わせるかを定めることがありうるのだ、とする⁶⁸。だとするならば、実質上「立証責任の問題は、実際の訴訟にお

66 好美・前掲論文〔下〕（前注38）121頁参照。この点、好美教授は「立証責任」と「立証の必要性」に関する区別を、「実体法学者」は「必ずしも自覚していない」と指摘している。好美・前掲論文同頁。なお、一般に「立証責任」の所在は訴訟の最初から抽象的に定まっているのであり、訴訟の経過によって別の当事者に移るものではない。これに対して「立証の必要」は相手方の主張事実に関する証拠力との関係で別の当事者に移ることがある、とされる。中野＝松浦＝鈴木（編）『新民事訴訟法』（前注8）366-367頁（青山善充・担当）参照。

67 好美・前掲論文〔下〕（前注38）121頁

68 好美・前掲論文〔下〕（前注38）121頁参照。

いて諸構成の優劣について決め手となるほど重要なものではない」⁶⁹。要するに、なかでも「日照妨害訴訟」では、「立証の必要」の方に力点が置かれ、攻撃防御では当事者双方によってほぼ同時に展開されている。対するに「立証責任」の比重は小さい。言い換えれば、裁判官は、口頭弁論終結時に立証されない事実につき不利益を被る当事者に「立証責任」を課することになるが、「立証の必要性」はそれ以前の攻撃防御の過程で、状況に応じすでに具体的に展開されるべきものである。だから、たまたま原告が、自己の被害の大きさのみならず、相手方（被告）の行為の違法性を具体的に主張することもありうる。とはいえ、訴訟上「立証責任」が不必要になるわけでもない。このような実質論を踏まえて、結局のところ好美教授は、イミッシォーシの事例も「典型的な所有権侵害」と同様に、日照妨害訴訟の「違法」判断においても、「受忍限度」につき「加害者に主張・立証責任を負わしめるべし」と主張され、それは「経験則とともに被害者保護の政策的配慮などにも支えられている」（傍点・引用者）と指摘されている⁷⁰。こうして好美教授は——「立証の必要性」にも力点を置いているが——最終的に「立証責任」がものをいうことまで否定されるわけではない。それゆえ「日照被害」につき、原告が当該「被害」によって「本質的な妨

69 好美・前掲論文〔下〕（前注38）121頁。

70 好美・前掲論文〔下〕（前注38）122頁。なお同旨、好美「物権的請求権」『新版注釈民法（6）補訂版』（2009年）188頁以下、211頁以下参照。特にイミッシォーンに関わる好美教授による次の記述は、きわめて重要である。——「以上のことは、客観的違法性、したがって原告の忍容義務、の限界が極めてデリケートな生活妨害においても妥当すべきであろう。原告が、その不動産等に被告の側から音響・振動・煤煙等が流入してくることを主張・立証したときは、いちおう客観的違法性ありと推定すべきであり、その侵害が原告（＝被害者）の受忍すべき程度を超えないという諸事情は、被告が主張・立証責任を負うと解すべきであろう」（傍点・引用者）。ちなみにドイツ民法1004条2項の「受忍義務」（Duldungspflicht）は、規範構造上、その文言形式からみても明らかに被告の抗弁たるべきものである、とされる。Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 172 Fn. 2; Jauernig-BGB Kommentar, 8. Auflage, 1997, S. 1067 („Beweislast für Duldungspflicht beim Störer“).

害」を主張立証できれば、まずは「違法性」ありと判断されるのであり、あとはこの判断を覆すために「違法性阻却事由」に関する主張立証責任を被告が負う、と考えることに帰着する⁷¹。かくして好美説では、口頭弁論終結時における「違法」の有無が不明な場合を考慮して、日照妨害訴訟においては「受忍限度」（法的に「がまんすべし」という主張）につき「加害者に主張・立証責任を負わしめるべし」と主張されているわけである。このことのもつ意味は大きい。敷衍すればこうである。すなわち、好美説の趣旨は、「加害者」＝「被告」が自己の侵害行為が原告の受忍限度内にあることの立証を、最終的には「違法性阻却事由」の存在を根拠づけることによって果たす、ということの意味しよう。これに対し、原告側は、自己に生じた日照被害の内容・程度を主張立証することになる。原告側から「受忍限度」そのものを問題にする必要はない。だとするなら、好美説に於ける「受忍限度」という言葉は、もっぱら「違法性阻却事由」の存在主張の単なる言い換えであったとも言えよう。

〔θ〕 好美説とピッカー説の関係

このような趣旨の好美教授の態度は、実質的に、ピッカー教授の見解と

71 なお、この場合の原告による「本質的な妨害」（日常的に洗濯物が干せなくなった事態の発生）とは、その裏面で、すでに原告が享受していた良好な日照利益（従来は日常的に洗濯物を干すことができていたという事態）が、「生活環境法秩序」の観点から「保護」の対象となっていることを意味する（この「要保護性」が立証されれば、実質的に「割当的保護」が与えられることを意味しよう）。このことにも充分留意すべきであると思われる。なお被告による「違法性阻却事由」の主張立証責任につき、本稿前注70も参照。ちなみに好美教授は、一応「受忍限度」を決め手とする立場から、それが訴訟上「双方によって争われ主張・立証され、裁判所によって認定されうるから、「立証責任」を持ち出さなければ解決できないという事件は、まずまずないであろう」（好美・前掲論文〔下〕〔前注38〕121頁）とされる。本稿では、要保護性にかかる「被害程度」の主張立証責任は請求者（「原告」）にあって、「抗弁」事実（もっぱら違法性阻却事由）の主張立証責任は相手方（「被告」）にあるものとして立論している。それが実際の訴訟の攻防でどのように裁判官に「認定」されるかは、あくまでケースバイケースで考えていくしかない、というスタンスである。

「接近」する。むしろ、異なる点及び対立する点もある。ここでは、いかに両者が「接近」するかを検証したい。たとえばピッカー教授は、次のように言う。すなわち、なるほどこのような「消極的イミッシオン」のケースでは、当該「消極的干渉作用」がどの程度の強度まで許容されるか (ob und bis zu welcher Intensität man die negative Einwirkung für zulässig erachtet)、という「評価問題」が肝心な意味をもつ⁷²。これは一種の「利益衡量」とも言えるが、その視点は不適法干渉作用による「日照被害の内容・程度」の実体的評価に向けられている。その場合、あくまで重要であるのは、その干渉作用を受けた側の「現在の状態」(der bestehende

72 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 109. この観点は、本稿前注5でもあらかじめ指摘しておいた。ちなみに、ここでは侵害行為の種類・程度が問題となっているのではない。あくまで「被侵害客体の状態」(日照阻害等の「消極的作用」による被害地ないし被害者の状態)に及ぼす不利益干渉作用の「強度」の「許容度」が問われている。この不利益干渉＝「不適法干渉」は、侵害行為者の「人格」を離れて、すでに相手方(被妨害者)の不利益状態依存的存在になっている。この点を明かにするため、ピッカー説の原文を、以下に掲げておく。
 „Die negatorische Haftung hängt auch in diesen Fällen allein davon ab, ob und bis zu welcher Intensität man die negative Einwirkung für zulässig erachtet. Ist diese Wertungsfrage entschieden, so entscheidet über die Beseitigungspflicht der bestehende Zustand, auf weitere Kriterien kommt es daneben nicht an.“ 意識しておく、以下のような。——「このような(日照阻害などの)消極的イミッシオンの事例においても、(侵害行為の種類・程度、ましてや受忍限度判断などは問題とならず)、肝心なのはもっぱら当該消極的イミッシオンの作用が(被害を受ける側から見て)許容されるのか、そしてどの程度の強度まで許容されるのか、ということにかかっている。このような評価問題が解決されれば、あとは妨害除去義務に関して決定的意味をもつのは、(不利益を受けた側の)「現在の状態」であって、それと並んでそれ以外のいかなる基準も問題とはならない」(括弧内・引用者)。この文章は、わが国の「受忍限度論」を批判する上できわめて重要な意味をもつ。当該「日照被害」が相隣関係の道德及び相隣関係における市民的エチケットからみて「許容される」ときは、訴えを根拠づけない。これに反して「日照被害」が上記「道德」規範からみても「許容されない」と評価されるに至るや、同時に法的に訴えが根拠づけられる。その場合、もっぱら原告における「不利益の現在の状態」に関する主張・立証だけが問題となる。あとは被告の「抗弁」如何に委ねられる。

Zustand)⁷³であり、「特に不利益を及ぼす作用」（die besonders nachteilige Einwirkung）⁷⁴の評価にほかならない。したがって、ピッカー教授の言う消極的干渉作用の強度の許容性とは、言い換えれば、当該「消極的干渉作用」のどの程度から差止請求権による要保護的「被害」に達しているのかを示すインディケーターにほかならない。それは、つまるところ「特に不利益を及ぼす作用」を受けている——「日照被害」の——「現在の状態」の裏返しと言うべきものである。その意味で、平板な諸利益の総合的比較衡量を排斥するわけであるから、ピッカー教授の所説は「被害本位」説と共鳴する。要するに、上記日照阻害などの不適法干渉作用の強度に関する許容性は、もっぱら侵害を受けた側の日照享受利益の状態（その裏返しとしての「被害本位」的判断）に関して言われることであって、同じく法的な「評価問題」であるとはいえ、侵害行為との関係でいかなる程度まで「日照阻害」を法的に「がまん」すべきかという所謂「受忍限度論」とは、その性質を全く異にする。これに対し、ドイツの学説は、一般的に「消極的イミッション」を1004条1項の意味での「妨害」とみなしてこなかった⁷⁵。RG判決以来、BGH判決も同様であった。ただひとつ例外がある。それは、BGH, LM Nr. 2 zu § 903, Urteil vom 10. April 1953である⁷⁶。ピッカー教授は——当該BGH判決の認定事実によれば——第三者の建築行為に同意を与えた隣地所有者Bは、本来その建築行為によって日照妨害を受けるAから妨害排除請求権（ネガトリア請求権）を行使される立場にあることが承認されるべきであったところ⁷⁷、BGHがド民1004条の妨害排除

73 Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 109.

74 Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111.

75 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 110-111.

76 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 110 und Fn. 269.

77 ピッカー教授は、侵害の重大性 (Schwere des Eingriffs) に留意されるが (vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111)、侵害「行為」そのものは基本的にどうでもいいという立場である。そのような観点からピッカー教授は、ドイツ民法909条の判断を重視する。Vgl. Picker, a. a. O., S. 111 Fn. 2. 同条によ

請求権（der negatorische Anspruch aus § 1004）を無視した点で不当であった、とする⁷⁸。しかし当該BGHが——「相隣法上の共同体関係に基づく信義則上の顧慮義務」を理由にした点は問題であったものの——1004条1項1文と同一の保護＝防御請求権（Abwehranspruch）を承認した点において、結果的には支持できるものである、という⁷⁹。にもかかわらず、BGHのように「相隣法上の顧慮義務」を持ち出す必然性はなんらなかったのではないか。ところが、これに対してBGHは「相隣共同体」なるものに基づいて防御請求権（Abwehranspruch）を創作した。ピッカー教授は、このようなBGHの態度を批判する⁸⁰。なるほどピッカー説にあって、「(BGH判決による) 制定法を越え出たコントロール不能な相隣法的衡平裁判がもたらす危うさ」⁸¹（括弧内・引用者）は、「相隣共同体関係」という觀念それ自体に帰せられるべきことではないかもしれない⁸²。ともあれ

「れば「土地はその隣地の地盤が必要な支えを失う仕方掘り下げられてはならない。ただし、別途十分な補強が行われていればその限りでない。」(Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, dass der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, dass für eine genügende anderwertige Befestigung gesorgt ist.) とされる。これは、なるほど土地所有者の土地掘り下げ行為を問題にした規定であるが、より肝心なことは、あくまで「隣地の地盤」の現在の状態如何にある。条文の主語が「土地」ないし「隣地」となっていることは、その意味で重要である。ちなみに、Jauernig-BGB Kommentar, 8. Auflage, 1997, S. 995 (Jauernig) は、「掘り下げの目的及びその継続性はいつでもいい」(Zweck und Dauer der Vertiefung ist gleichgültig.) と記している。

78 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111.

79 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111.

80 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111.

81 Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111. ドイツ語原文は „die Gefahr einer unkontrollierbaren nachbarrechtlichen Billigkeitsjudikatur praeter legem”である。ピッカー教授による近時の論稿に至るまで首尾一貫して言えることなのであるが、ピッカー理論においては「裁判官法」(Richterrecht) に対する危機意識が、きわめて高い。

82 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111. このようにピッカー教授は、相隣関係における「信義則」を頭から否定するわけではない。すなわち、「信

肝心な点は、あくまでも日照被害に関して、隣人から「特に不利益な干渉作用」（die besonders nachteilige Einwirkung）を受けているという現在のみにて客観的な事実（die gegenwärtig objektive Tatsache）にはほかならない⁸³。この観点は、結局のところ——相隣関係の防御請求権ではなく——ド民1004条固有の妨害排除請求権（der negatorische Beseitigungsanspruch）を根拠づけることに帰着する⁸⁴。こうしてピッカー教授は、ドイツ特有の「相隣関係の共同体論」を持ち出すことなく、（日照妨害等の）「消極的干渉作用」についても、独自の——「信義則」という一般条項に依拠しないところの——本来的な妨害排除請求権（ネガトリア請求権）＝差止請求権が成立しうる旨、主張している。それは他人の土地から発する「消極的干渉作用」（日照阻害）が、相手方に「特に不利益な干渉作用を与えている」という事実そのものであった。その際、この「特に不利益な干渉作

信義則」を相隣関係の場で持ち出してもかまわないのであるが、それが「一般条項」的に機能して、「裁判官法」を帰結することを批判するのである（本稿前注81も参照）。この点、好美教授は、相隣関係における「相互考慮義務的配慮は可能、かつ必要」（傍点部分につき原文ゴシック）という立場を示す。好美・前掲論文〔下〕（前注38）115頁。ただし、いわゆる信義則の一般条項化による「裁判官法」に対しては、好美教授も懐疑的である。好美・前掲「信義則の機能」（前注50）88-89頁参照。とはいえ好美教授は、最終的な結論として、裁判官による法創造的機能を一定の留保の上で承認し、その法的判断が新たに「立法化」される事実を肯定している。好美・前掲「信義則」89頁。

83 たとえばピッカー教授は、„die besonders nachteilige Einwirkung“という表現でもって、この「特に不利益な干渉作用を受けた」という事実を言い表している。そして、いわゆる「純然たる消極的な」干渉作用がド民1004条の意味での「妨害」ではないという大雑把な認定（die pauschale Feststellung）も正しくはないのであって、そのことはすでにド民906条が証明している、と述べている。Vgl. Picker (Fn. 5), S. 111 und dort Fn. 272.

84 Picker (Fn. 5), S. 108-112. なお拙訳・「エドアルト・ピッカー『物権的妨害排除請求権』（７）」龍谷法学40巻1号（2007年）176-183頁参照。ただしピッカー説によれば、相手方が被妨害者の「受忍義務」の存在を立証できた場合は別である（Picker, S. 109）。この点で、先ほどの好美教授の「立証責任」論（「受忍限度」につき「加害者に主張・立証責任を負わしめるべし」との主張。本稿前注70参照）と、このピッカー教授の立場は、結果的に通底するように思われる。

用を受けている」という事実は、積極的イミッション事例における「本質的な妨害」（ド民906条2項）と法的性質上あくまでパラレルである。したがって訴訟において、「日照妨害」を受けている原告は、「日照妨害」の事実（ただし「特に不利益な干渉作用を受けている」というレベルの事実）を主張・立証すれば足りるのであって、被告の方で「抗弁」として、当該「日照遮断」が「本質的な妨害」に当たらないこと、さらには自らの「行為」につき「違法性阻却事由」があることの立証責任を負う、と解すべきである⁸⁵。そしてそれは、たとえばAの日照妨害によって、従来Bは「一定の日照を享受して洗濯物が干せていたのに、それが困難になった」とか「部屋が薄暗くなり減入っている」という事実の摘示によって根拠づけられる。要するに、Bの生命・身体・健康にまで不適法侵襲が及ばずとも、「洗い物が十分干せなくなっている」・「乾きにくくなっている」・「昼間でも薄暗く気分が減入りそう」・「家族間のトラブルも増えている」という事実の主張立証があれば、それで充分なのである。

以上のピッカー教授の見地と、上記好美教授の立場は——むろん一定の

85 すでに本稿で指摘したように、「日照阻害」の事実だけではなく、少なくとも「日照阻害」によって「洗濯物が乾きにくくなっている」という趣旨の事実の提示が必要である（そのため「家族間のトラブル」も発生している事実を示せたら、その場合の「日照阻害」は純然たる「日照妨害」であり「本質的な妨害」である）。「特に不利益な干渉」とは、それを指すと考える。ちなみにピッカー教授は、「本質的な妨害」が認定される場合——ドイツ・イミッション規定の価値判断を是とする限り——さらに「場所的慣行性」・「経済的期待不可能性」につき、被告が立証責任を負担した上で差止めから免責される余地が存する、と述べる（わが国の場合、前者については、都市計画法上の「用途地域」〔商業地域・工業地域・工業専用地域など〕に当たるか否かが問われ、後者は最終的には日照妨害者の資力に関する危険負担の問題に帰着する、と考える）。なお、ドイツ民法906条2項のように、仮に「場所的慣行性」や「経済的期待不可能性」の抗弁が認容される場合であっても、少なくとも日照被害者は差止めに代わる「金銭での適正補償」„ein angemessener Ausgleich in Geld“を請求しうる（これは法的性質として、あくまで差止めに代わる「将来的な補償」であって「損害賠償」とは異なる）。Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 112 Fn. 275.

留保が必要であるものの——実質上かなり「接近」してくる、というのが筆者（川角）の評価である⁸⁶。したがって、その限りで好美教授が「日照妨害」保護の可否につき、「利益衡量」あるいは「受忍限度判断」の必要性を言われるのは、裁判実務での当事者の攻防を踏まえた論旨展開上の単なる補足物（Pendant）にすぎないとも思われる。こうして私見によれば——本稿(2)の冒頭に指摘したように——上記好美教授の見解は、さらに次の「被害本位」説とも接近してくる。

（3）「被害本位」の「日照妨害」保護論

以下では、楠本安雄弁護士の「被害本位」的な「日照妨害」保護論を考察する。それを通じて、筆者（川角）自身の立場も示す。

〔a〕楠本弁護士の基本的スタンス

86 ただし、「妨害建物の公共目的」によって日照妨害が受忍されるべきであるという好美教授の見解（好美・前掲論文〔中〕〔前注25〕109頁）は、ビッカー説及び私見と相容れない。あくまで「受忍義務」の法的根拠は、被害者の「同意」（あるいは被害者が信任し、かつ所属している住民団体の「同意」）か、もしくは法律上の「受忍義務規定」・「違法性阻却事由」の存在か、いずれかによる。Vgl. auch Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5. Auflage, 2016, S. 643-644; Jauernig-BGB Kommentar, 8. Neubearbeitete Auflage, 1997, S. 1066 (Jauernig). なお、被害者の「同意」は、適正手続を経て慎重に形成されなければならない。しかもその同意は、特に当該被害が「公共建物」による「日照被害」である場合には、可能な限り地方自治体の議会による承認手続を経ていることが望ましい。そして当該「同意」に法的な拘束性を持たせようとするならば、公共施設の管理者となる自治体の首長が住民と同意協定を結ぶこととし、当該協定を条例で議会の議決事項とすること（地方自治法96条2項）が必要となろう（この点につき、本学法学部本多滝夫教授〔行政法〕から懇切なご教示を賜った。記して感謝の意を表す）。なぜなら、個別の日照被害につき被害者の「同意」があったとしても、当該地区への後住者を含め、関係地域の他の居住者に不測の影響を与えることは排除されえないからである。ともあれ「公共性」・「公共目的」をもつ建物ということだけを理由として、直ちに日照妨害の受忍を義務づける根拠が引き出されることにはならない。この点、吉村良一・前掲書〔不法行為法〕（前注5）130頁の観点も重要である。なお「公共性」の基本的な考え方については、宮本憲一「公共性——公害裁判を中心として」淡路剛久＝寺西俊一（編）『公害環境法理論の新たな展開』（1997年）3-19頁が、特に参照される必要がある。

楠本弁護士の基本的スタンスは、以下の一文に集約される。すなわち「日照権は今日既に市民社会の生きた法として生成していることを誰も否定できない」⁸⁷という文章が、それである。楠本氏が「日照権」と権利構成されるのは、「環境権説」の権利構成（「環境共有の法理」）の無理・矛盾⁸⁸を意識して、「日照権」を「生きた法」・「法曹法」としての＜慣習法＞上の「権利」として捉えるからである⁸⁹。そして楠本氏は、「日照権」による日照享受利益保護のために、わが国判例・通説たる「受忍限度論」を根本的に批判する。そもそも「受忍限度論」とは何か。とりわけ、それは「日照事件」において「日照等の被害の程度が、諸般の事情（被害の程度、地域性、使用目的、先後関係、回避可能性等）を比較衡量し、社会生活上一般に受忍すべき限度をこえ、金銭補償では救済できない場合に、建築差止請求権を認める立場」とされる⁹⁰。楠本論文によれば、「ここに「諸般の事情」として列挙された諸要素中の優先順位こそ重要であるのに、受忍限度論はそれを提示せず、すべてを判断者の利益衡量に一任した（だから右の定義を何度読んでも、われわれはそこから実質的な判断基準をほとんど引き出すことはできな

87 楠本「「生きた法」としての日照権」ジュリスト特集日照権（前注4）210頁。

88 環境権説の「環境共有の法理」の無理・矛盾につき、楠本弁護士が立ち入って分析しているわけではない。ただ一般的に、権利（絶対権）として排他的「帰属性」を＜環境権＞に承認することが難しいことは共通して指摘されている（これは訴訟上の「原告適格」に関わる問題である）。また、その「共有」概念の不明確さも指摘されている。狭義の「共有」ならば個々の環境享受主体の「分割請求」（民法256条）を認めることになるが、それは物理上ありえない。いわゆる「共有」的に構成すれば、組合的「共有」ないし相続人間の「共有」との接点を求めなければなるまい。さらに「総有」的に構成すれば、入会権ないし権利能力なき社団との接点を解明しなければならない。以上につき、小林・前掲「日照紛争」（前注49）40-41頁参照。また原島・前掲「権利論の推移」（前注2）517頁も参照。

89 楠本「「生きた法」としての日照権」ジュリスト特集日照権（前注4）210-211頁及び215-126頁。楠本弁護士は、原語でEhrlich, Grundlagen der Soziologie des Rechts, 1912. を読んで引用している。なお楠本「日照権」（前注4）119-121頁も参照。

90 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）144頁参照。

い）」とされる⁹¹（括弧内・原論文）。言い換えれば「『受忍限度』という一種の呪文によっていかなる結論でも正当化できるようになってしまった」（傍点・引用者）と手厳しい⁹²。

〔b〕楠本「被害本位的」日照享受利益保護論——裁判例の分析を中心にした理論的考察

このような「受忍限度論」本位の傾向に対し、楠本弁護士は、実際の裁判例では——受忍限度という言葉が「リップ・サービス」⁹³的に使用されているとはいえ——実質的に「被害本位説」に立つ判断がみられるようになった、とする⁹⁴。

たとえば、①東京地決昭和48年9月22日（判例時報716号30頁、判タ301号146頁）は、以下のように言っている。——「債権者〔日照被害者〕らの被害がその受忍限度を超えるかは、右各事実のほかになお諸般の事情を考慮しなければならない。ただ、本件は、日照阻害や天空の狭まりの程度などから、日照、採光などの点で生活環境が大いに悪化するであろうことは容易に推認できること、本件土地およびその付近は、〔中略〕現実には住居地域と同等とはいえないにしても、少くとも右の第二種特別工業地区以上の生活環境を確保されるのが妥当である〔中略〕。ところで、本件建物につ

91 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）144頁。

92 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）144頁。

93 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）145頁。

94 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）144頁参照。

この楠本論文が登場する前の日照妨害事案に関する「事前差止の仮処分申請事件」として、たとえば大阪地裁堺支判昭和45年4月10日下民集21巻4号561頁がある。被申請人は「救急病院」であって建物増築の「公共性」「公益性」を抗弁として主張したが、裁判所は「日照被害の程度」をあらかじめ詳細に認定した上で、その「被害の大きさ」と対比して当該抗弁を斥けた（これは形式上「相關関係」的利益衡量とも言いうるが、実質的には本稿でいう「被害本位」的な法的判断と同じである）。なお、真鍋正一＝久保井一匡「環境権と差止請求〔3〕——差止の違法と賠償の違法」前掲書『環境権』（前注47）191頁以下、特に201-202頁も参照。

き主文のと通りの設計変更をすれば、冬至において、最も被害が著しい債権者X1の居室の南側開口部で午前八時から同一〇時まで、同X2のそこで午前八時から同一〇時三〇分まで、同X3のそこで午前八時から同一一時までのそれぞれ日照をうけ得ることになる。〔中略〕右のとおりであるから、債権者らの被る被害は、〔前述の〕諸般の事情を考慮すると右〔「設計変更」に基づく〕被害の軽減をもってその受忍限度内の被害に回復するものと解する。よって、債権者らは、本件建物につきその主文掲記の部分に限り建築工事差止請求権を有するというべきである」(傍点及び亀甲括弧内・引用者)。——こうして昭和48年の東京地決は、「受忍限度」・「諸般の事情」などの言葉を使いながら、実質的には「債権者」(日照被害者)の「日照、採光などの点で生活環境が大いに悪化するであろうことは容易に推認できること」を決定的に重視している。すなわち「特に不利益的な干渉」(die besonders nachteilige Wirkung)の実体に目を向けている。

そして楠本弁護士は、②東京地決昭和49年1月21日(判例時報738号82頁〔三軒茶屋マンション事件〕)も、上記昭和48年の東京地決の「流れをくむもの」と位置づけている。すなわち——「Xの建築する三軒茶屋マンションの完成により、Yが長年享受して来た日照、通風等の生活利益が奪われ、極度に悪い生活環境のもとでの生活を余儀なくされるに至るものであるから、Xにおいて、故意にYを害する意図のもとにマンションを建築しようとしているものでないこと、本件地域の特殊性、債権者の被害回避への努力等の諸事情を十分斟酌しても、Yの受ける被害の程度は、社会生活上、いわゆる受忍限度を著しく超えているものと認めるのが相当であり、右の事情の下においては、債務者の日照、通風等の生活利益の侵害を回復するには、債権者が建築する三軒茶屋マンションを地上一〇階程度に削減するのが相当と判断される」(傍点・引用者)。この判決は、一見したところ「Xにおいて、故意にYを害する意図のもとにマンションを建築しようとしているものでないこと、本件地域の特殊性、債権者の被害回避への努力等の諸事情

を十分斟酌しても」と述べ、「Yの受ける被害の程度」と比較考量している。だが、実質的に肝心であったのは、「Yが長年享受して来た日照、通風等の生活利益が奪われ、極度に悪い生活環境のもとでの生活を余儀なくされるに至る」という「被害本位」の判断であった。この箇所では、なんら「侵害行為の態様」との「比較考量」が行われていないからである⁹⁵。

さらに楠本論文は、③東京高決昭和49年6月13日（判例時報749号65頁、判タ311号144頁）にも注目する。その決定によれば、こうである。——「〔i〕日照・通風・採光等の諸生活利益の侵害においてその被害利益の性質被害の態容、程度などの事情を総合して社会通念上被害者がその被害を受忍すべき限度を超えている場合であって、単なる金銭賠償ではその被害を救済することができないときは直接侵害者に対してその妨害の排除を求めうるものというべく、〔ii〕右の程度に必ずしも十分に及ばない場合であっても侵害の方法、性質、目的や双方の利害得失などを総合判断して、相手方の行為が権利濫用にあたると目されるような場合には、これに準じて妨害排除の請求も許されると解するのが相当である」（ローマ数字は引用者による）。——楠本弁護士によれば、〔i〕の「日照・通風・採光等の諸生活利益の侵害においてその被害利益の性質被害の態容、程度などの事情」としては、「ほとんど被害に関する事実だけが判定要素」とされている⁹⁶。これに対して〔ii〕の「侵害の方法、性質、目的や双方の利害得失などを総合判断して、相手方の行為が権利濫用にあたると目されるような場合」という判断は「加害態様の悪質性が法的保護の拡大という方向でのみ考慮されている（加害が悪質でないときでも〔i〕の保護範囲は縮小しない）」（傍点及び

95 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）145頁参照。ちなみにこの東京地裁の決定は、マンション建築主が債権者として、日照妨害等を理由に建築反対運動をする住民等を債務者として「建築妨害禁止」の「仮処分」を申請した事案である。15階建て予定のところ、商業地に面していることに鑑み、容積率一杯の10階建てに計画変更を命じた判決である。

96 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）145頁参照。

括弧内・引用著)とされる⁹⁷。要するに、「特に不利益な干渉」でなくとも、なお「権利濫用」にあたる場合などでは、日照妨害を理由に差止請求権の発動が認められうると判断したことになる。かくて楠本弁護士いわく。——「これは、かつての受忍限度論とは全く異質な独自の理論的立場といわねばならない」⁹⁸。これに対して、いわゆる「被害本位的受忍限度論」なるものがある、とされる。あくまで「受忍限度論」に依拠しながら、「被害本位」をも目指そうとするものである。その代表者は、淡路剛久教授であると思われる。以下、上記の楠本「被害本位」説的「日照享受利益」保護論への私見の提示かたがた、この淡路教授の見解についても論評しておきたい。

〔c〕若干の私見——淡路教授による近時の「日照保護」論への評価を兼ねて

もともと淡路教授は、本稿前注39で示した野村好弘教授の「不法行為法」的差止請求権論の断固たる支持者であった。野村説と淡路説は、一体不可分の同盟関係にあつたといつてよい。たとえば、淡路剛久教授は野村教授との共著⁹⁹で、以下のようなスタンスを示していた。すなわち「はじめに強調しておかなければならないことは、われわれは、日照妨害および放送受信障害を不法行為法の側面から考察しようとしている、ということである」¹⁰⁰。この共著では、日照妨害及び受信障害の法的救済として「不法行為損害賠償責任」も論じられているから¹⁰¹、その限りでこの文章に違和感

97 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」(前注4)145頁参照。

98 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」(前注4)145頁。

99 野村好弘=淡路剛久・前掲共著ジュリスト390号(前注10)44-53頁。この共著では、いわゆる「被害」のみならず、「被害感情」が強調されている。共著・前掲ジュリスト46頁参照。これも、野村=淡路説に独特な「不法行為法」的救済論の必然の帰結であろう。なぜなら「被害感情」そのものは、不法行為法上の慰謝料請求の根拠にはかならないからである。

100 野村=淡路・前掲ジュリスト(前注10)44頁。

101 野村=淡路・前掲ジュリスト(前注10)48-49頁(日照妨害の「損害賠償」)ノ

はない。問題は「差止請求権論」にある。この共著では、受忍限度論を乗り越える「新受忍限度論」が提唱されており、「過失と違法性を一元的に判断するフレーム」が採用されている¹⁰²。その上で、加害者に「害意」〔いわゆるシカーネ〕があれば「容易に妨害除去請求が認められる傾向にある」¹⁰³としつつ、「都市の機能的発展」を重視・尊重する立場から「発展しつつある都市における日照妨害は、その発展の不可避な代償として原則として許容されるべきである」¹⁰⁴と主張される（亀甲括弧内及び傍点・引用者）。すなわち「発展しつつある都市」では原則的に「日照妨害」は差止請求権の発動を根拠づけない、とされる。あとは、先に示した「加害者の害意」か、あるいは建築基準法による「公法的救済」（行政的救済）が許容される場面のみ、例外的に差止請求権が承認されうる、とするにとどまる（後者の場合には民事訴訟上の差止請求権は許容されず、「特定行政庁」による命令の効果として「諸々の措置」が施されるべきもの、と書かれている）¹⁰⁵。さらにこの共著では、受忍限度論を前提とする立場から、「妨害建築物の公益性の有無・強弱、および、被害と妨害建築の除去・改善の費用との比較をも重要な要

ゝ及び52-53頁（放送受信障害の「損害賠償」）。

102 野村＝淡路・前掲ジュリスト（前注10）45頁参照。

103 野村＝淡路・前掲ジュリスト（前注10）47頁。ここでシカーネ判決として著名な、安濃津地裁大正15年8月10日法律新聞2648号11頁が挙げられている。

104 野村＝淡路・前掲ジュリスト（前注10）47頁。この文章自体は、野村好弘「日照妨害による被害」法律のひろば19巻3号14頁の再掲である。いずれにせよ、これは、共著者としての淡路教授ご自身の見解でもあると考えなければならない。

105 野村＝淡路・前掲ジュリスト（前注10）47頁参照。なお、本稿で筆者（川角）は、建築基準法等の建築関連法規によって日照享受利益が保護されている場合、民法上、いわゆる「保護法規」違反を根拠にしたネガトリア請求権＝差止請求権の発動を肯定し、その場合には当該日照享受利益につき「法的割当て」（*Rechtszuweisung*）が承認されるべき旨、論じた（さしあたり、本稿前注14及び15とそれに対応する本文を参照）。これに対し、野村＝淡路説は、明確に「（日照妨害による）被害者としては、加害者を相手方として建築基準法違反を理由として妨害建築の除去や改善を請求することはできないのである」（括弧内・引用者）と断定している。野村＝淡路・前掲ジュリスト47-48頁。

素として加えるべきである」¹⁰⁶と記されている(傍点・引用者)。筆者(川角)は、この「共著の立場」を、決して「被害本位的受忍限度論の系譜」に組み込むことはできないし、また組み込むべきではない、と考える。ところが、淡路教授は、1977年の澤井裕教授(著)『公害差止の法理』に関する書評¹⁰⁷の中で、「被害本位的受忍限度論の系譜が環境権説の提唱前からあった」として、1970年のご自分の論文¹⁰⁸を「読んで頂きたい」と記されている。そこで、ご指示通りに読んでみる。こう書いてある。長文にわたるが、「日照享受利益」にかかる「被害本位説」の評価にとって重要な意義をもつので、あえて引用しておく。——「受忍限度の判断は、被侵害利益の性質と侵害の重大性、加害行為の態様とそれに対する社会的評価、当該場所の地域性、損害の回避可能性と加害者が損害回避のためとった措置、加害者による公法的基準遵守の有無、土地利用の先後関係、などもろもろの事情を総合的に較量して決せられる。(中略)(ア)被侵害利益の性質と侵害の重大性——生命・身体に対する侵害(死亡、障害)は、それ自体きわめて重大であって、「危険の引受」や特異体質など特殊な事情がないかぎり、とうてい受忍限度内とはいえない(受忍限度を越えていることを推定すべきであろう)。これに対し、単なる精神的苦痛や生活上の不便益などについては、地域性、損害の回避可能性、土地利用の先後関係などその他の事情を考慮せざるを得ないであろう。(中略)(イ)加害行為の態様とそれ

106 野村=淡路・前掲ジュリスト(前注10)48頁。ただし立法論的には、「建築基準法の問題」として、「建築確認の段階で近隣者の異議申立手続を認める」とする観点も披露されている。前掲ジュリスト同頁第1段落参照。いずれにせよ現行法上、日照妨害への差止請求は、民法上、「前述した諸々のファクターを考慮して、慎重に受忍の限度を決すべきである」とされている。前掲ジュリスト同頁第2段落。

107 淡路・書評「沢井裕『公害差止の法理』(昭和51年11月。日本評論社)」民商法雑誌77巻3号(1977年)127頁以下、特に133頁。

108 淡路「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト特集公害・臨時増刊1970年8月10日号372頁以下。

に対する社会的評価——加害行為の態様としては、大気汚染、水汚染、騒音、振動などの積極的侵害と、日照通風妨害、電波障害などの消極的侵害とに分けられるが、前者の侵害をなそうとする者にはより厳しい結果回避義務が課せられている、と考えるべきである。前者の方が受忍限度を越えていると認められ易いことになる」¹⁰⁹（括弧内・原論文。傍点・引用者）。——この淡路教授の論文は、もっぱら不法行為要件論としての「違法性」判断における「受忍限度」を論じるものである。だから「差止請求権」は、基本的にその視野に入っていない¹¹⁰。この点に留意しながら、上記「被害本

109 淡路・前掲ジュリスト（前注108）376-377頁。その後、淡路・前掲論文「差止法理と被害」（前注8）17頁の記述内容（「被害本位的相関衡量判断」）は、実質上、本稿の（そしてまた楠本弁護士の）「被害本位説」に接近している。ただし、この淡路論文は「大気汚染差止裁判例」の検討をテーマとしており、「日照妨害」を直接論じたものではない。この点には、くれぐれも留意しておかなければならない。

110 それゆえ「公益性」ファクターは、不法行為に基づく損害賠償請求権に関して考慮すべきではない、と述べる。なぜなら「公益性があるとの理由で、被害者のみが損害を負担するのは衡平に反するからである」。淡路・前掲ジュリスト（前注108）377頁。この淡路説は、「損害賠償請求権に関して」は「公益性」を排除するというものであって、差止請求権に関してはこれを一応受忍限度判断に組み入れるのであろう。これに関連して、我妻榮「事務管理・不当利得・不法行為」（1937年〔昭和12年〕）129頁注7は、電力会社が、他人の土地を無断で掘削し、発電用水路を築造しても、電力会社の発電用水路の撤去請求にかかる「社会的影響」を考慮し、かつその所有地が「原野と畑地」であることを勘案して、その相関関係の違法判断の結果として物権的妨害排除請求権は認められない、とする。ただし「損害賠償は請求し得る」という。こうして我妻説は、いわゆる「違法段階説」の立場を鮮明に示した。ここで我妻教授のいう「社会的影響」を「公益性」と言い換えれば、淡路教授の所説とほぼ瓜二つである。現に淡路教授は日照妨害の受忍限度判断のファクターとして「日照妨害工作物の種類ないしその社会的価値」を組み入れている。淡路「公害賠償の理論・増補版」（1978年）221-223頁参照。ただし「この要素も、受忍限度判断にそれほど大きな影響を与えていない」という認識も示されている（淡路・前掲書221頁）。加えて、大阪国際空港公害事件第1審判決（大阪地判昭和49年2月27日判時729号3頁）に関し、裁判所が「公共性」を過大評価しているものであり、「被害が重大」であるかぎり「相関衡量論」たる受忍限度論からしても「公共性」を重視すべきではない、とされている。淡路・前掲書264-265頁参照。つまり淡路教授は、「公ノ

位的受忍限度論」を筆者（川角）なりに分析すると、こうである。すなわ

「公共性」ファクターを受忍限度論として維持しながら、それを「プラス価値」として認める。その上で、「公共性」を担う側の「加害行為の態様」として「マイナス価値」算定をして差引勘定すれば、受忍限度論で十分対応できる、とされる。淡路・前掲書265頁参照。その意味で、この淡路説が、我妻「相関関係」説の現代型バージョン＝「ひとつの展開」であることは、間違いなさそうである。なお、「公共性」の評価を含めた「被害本位的受忍限度論」は、上記大阪国際空港事件控訴審判決（大阪高裁昭和50年11月27日判時797号37頁）に関する淡路教授の論稿でもほぼ同様に維持され、展開されている。淡路・前掲書「公害賠償の理論」269頁以下、特に286-288頁参照。これに関連して、「健康被害のケースにおいては、公共性、先住性は差止阻害事実（違法性減殺事実）として働かない」という記述（淡路・前掲論文「差止法理と被害」〔前注8〕21頁）によれば、「健康被害」以外のケースでは、「公共性」ファクターが受忍限度判断の対象となるという趣旨であろう。ちなみに「公共性」概念については——本件訴訟の「公共性」論を含め——さしあたり宮本憲一・前掲「公共性」（前注86）3頁以下が参照されるべきである（なかでも、戦後の「公害裁判」は「戦前以来の誤った〔国家・「社会」本位の〕公共性を批判」（括弧内・引用者）し、「市民の基本的人権を軸にした公共性論」を「確立」したとする、宮本・前掲19頁参照）。なお、この宮本教授の「公共性論」に関連して、池田恒男「日本民法の展開（1）民法典の改正——前三編（戦後改正による「私権」規定挿入の意義の検討を中心として）」広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅰ・全般的考察』（1998年）41頁以下、特に109頁も参照に値する。池田（恒）教授は、「公共の福祉」概念の評価につき、「財産権の全人権体系における位置づけを安易に近代法から現代法への趨勢に委ねることによってではなく、そもそも近代市民法の原点から鍛え直すことによって模索する必要がある」（傍点・引用者）と述べている。この観点と先の宮本「公共性論」を内在的にリンクさせることが求められているように思う。——ちなみに淡路教授は、本件控訴審判決を指して「本判決は、人格権侵害の有無を被害本位的に判断した」と述べている。ここに、淡路教授流の「被害本位的受忍限度論」の確立をみてとってよいであろう。そして現在、淡路教授は、精力的に新たな——「机上の空論」でないところの「現場との緊張関係」に根差した——「環境権」論を提唱しておられる。淡路「環境権の法理と裁判」（1980年）著者「はしがき」iiを参照。さしあたり、淡路教授の「環境権」論は、①「実践的ないし運動論的側面」、②「憲法的な側面」、③「民法・行政法などの実定法的側面」の三つの側面から考察されており、淡路教授ご自身は、①②としての「環境権」を「支持」してきたものと解される（ご自身、そう言われている）。これにつき、淡路「ユートピア的環境権論から科学的環境権論へ」都留重人＝庄司光＝清水誠（編）公害研究第6巻3号（1977年）11頁以下、特に22頁注1参照（この論文は、淡路・前掲書「環境権」22-43頁に加筆修正の上、収められている）。

ち、たとえば「四大公害訴訟」で問われた公害による住民の生命・健康への重大な侵害は、なるほど受忍限度を明らかに越えている（「受忍限度内とはいえない」）のであり、よって「受忍限度を越えている」と「推定すべき」ことになる）。この点、筆者（川角）のスタンスからすれば、熊本水俣病、新潟水俣病、イタイイタイ病、四日市ぜんそくなどの「被害の実態」を念頭におくとき、そもそも人々の生命・健康を危殆化する「公害」が受忍限度の枠内かその外かというような発想をすること自体、おかしいと思われる¹¹¹。

111 たとえば、以下のコメントを参照。——「（受忍限度論は）公害一般の理論として相関的衡量をもち出しながら、いままでの日本の公害の中心的な問題であった健康侵害について、その相関関係論を放棄することになるわけですから、これは少なくとも体系的な理論を立てるといふ見地からいえば、あまり成功した議論とはいえないのではないのでしょうか。その意味で、この考え方はいわゆるニューサンス——生活上の不快——にあてはまるだけで、一般的に適用して有用だとは思われません」（括弧内・引用者）座談会「環境権論の現状と課題」・前掲書「環境権」（前注47）240頁〔森島昭夫教授の発言〕。森島教授自身「受忍限度論者が主流を占める「公害研究会」の一メンバー」（前掲書「環境権」239頁）と自認されての発言であるから、これはかなり重い発言である。そしてきわめて重要である。にもかかわらず、本稿の「日照享受利益」保護論＝「被害本位」説的差止請求権論からすれば——森島教授によって「（受忍限度論が）ニューサンス——生活上の不快——にあてはまる」（括弧内・引用者）とされる限りにおいて——なお問題を残す。ちなみに、近時の吉村良一教授による航空機騒音被害における「暴露＝被害説」は、身体権・健康維持権を含め「平穏生活権」を媒介に、実質的に本稿でいう「被害本位説」に接近している。吉村・前掲論文（前注5末尾）258-259頁及び261頁、さらに吉村「航空機騒音公害の差止」同『環境法の現代的課題——公私協働の視点から』（2011年）235頁以下、特に244-246頁も同旨。ただし、本稿の観点からは「騒音」差止めは「積極的イミッシオン」からの保護とパラレルに捉えられることになる。騒音が不適法干渉作用を営む限り、それ自体原則差止めの対象であって、特段「暴露＝被害説」というような「損害論」と重なりうる観点を導入する必要はない、と考える。したがって、本稿の「被害本位説」がより一層意義をもちうるのは、日照妨害・通風妨害・眺望阻害・景観阻害を含め、吉村論文がいう「利益衡量論」ないし「受忍限度論」的評価を必要とするところの「平穏生活権」の第二類型（住宅地における葬儀場建設等の事例。吉村・前掲論文〔前注5末尾〕260頁）における差止め根拠論に関して、ということになろう。この問題は、通説化しつつあるとされる「複合構造説」（澤井裕説・吉村良一説）そのものの見直しと連結してくるだろう。〃

だが、それは、今は措こう。要するに淡路教授流の「被害本位的受忍限度論」というのは、いわゆる「受忍限度論」者であっても「生命侵害」をもたらす公害企業の味方であるということまでは認めたくないという御趣旨から出たものであろう¹¹²。そして、それは、結論的にはむしろ賛同されるべきことである。とはいえ、淡路教授の所説では、本稿で肝心な日照享受利益にかかる侵害、すなわち「日照通風妨害、電波障害などの消極的侵害」は、いわば「単なる精神的苦痛や生活上の不便益」にすぎないのであるから、当然「受忍限度論」の適用がある、とされる。これは——淡路教授の主観は一応別として——あくまで「かつての受忍限度論と全く同質な理論的立場」（傍点・引用者）であり、少なくとも楠本弁護士のいう「被害本位」説とは全く異質な立場、と言わざるをえない。言い換えれば、先の淡路教授の論文の趣旨は、人の生命・健康を法解釈学的な理論的装いのもとで踏みにじり、蹂躪するわけにはいかない以上、いわゆる「受忍限度論」も「被害本位的受忍限度論」に自己修正せざるをえないということの、率直な「告白」と受けとめるべきであろう。こうして、いわゆる「被害本位的受忍限度論」であっても、いわゆる受忍限度論のスジはしっかり維持されているのである。それゆえ「日照妨害」を受けても、わが国では当然受忍限度論

ㄨ この点、吉村・前掲論文（前注5末尾）243-244頁は、「複合的ないし二元的な構成は、その後（澤井説以降）の学説でも、多く支持されている」（括弧内・引用者）として大塚直教授の不法行為法的「二元論」（この点、本稿前編・龍谷法学50巻3号〔2018年〕567頁注118を参照）を、もっぱら肯定的に紹介している。このことは、ある意味できわめて教訓的である。

112 木村保男＝川村俊雄「公害訴訟における環境権論の展開」道工隆三先生古稀記念『現代実務法の課題』（1974年）191頁以下、特に194-195頁は、野村好弘＝淡路剛久「民事訴訟と環境権」ジュリスト492号（1970年）243頁の記述（生命・健康侵害ケースにおける受忍限度論サイドからの「弁明」）を踏まえ、「受忍限度論が、学説としてもまた、生命・健康侵害等については、相関的考量をなすべきではないことを承認していたこと」を示すものであって、「受忍限度論のこのような変容」は「受忍限度論にもともと無理があったと評すべきであろう」と述べている。

の適用があるわけであるから、本来「抗弁」レベルで主張立証されるべき「地域性」とか「結果回避義務」（それに違反すれば直ちに「違法性」をもたらすもの）などが、「諸事情の総合的判断」の中に「ごちゃ混ぜ」にされるに至る。したがって、少なくとも一定レベルの「日照被害」を受ければ、まずは「違法」であり、よって差止請求権の発動をみるべきところ、そのための理論装置が淡路教授流の「被害本位的受忍限度論」にはほぼ欠落している。これに関連して、楠本弁護士は「私はさきに「今後は、かりに『受忍限度』ということばが用いられるにしても、その内容は従前のそれとは大きく変質して、事実上、『被害事実→権利侵害』を基本とする考え方に接近せざるをえないのではなかろうか」と述べられた¹¹³。これに対し、少なくとも上記淡路教授の「被害本位的受忍限度論」は——こと「日照妨害」差止請求論については、残念ながら——その期待を基本的に裏切るものであった¹¹⁴と言うほかない¹¹⁵。

113 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）145頁。なお楠本弁護士が、「さき」に「述べた」とされるのは、楠本「日照阻害を理由とする5階建マンションの一部建築工事禁止等の仮処分申請が認容された事例（新判例評釈 310）」判タ295号（1973年）106頁の記述を指す。

114 木村＝川村・前掲論文「環境権論の展開」（前注112）195頁は、淡路教授らの「被害本位的受忍限度論」を指して、これを「限定的受忍限度論」と言い換えている。大阪国際空港騒音公害事件で、淡路教授は裁判所による「公共性」の過大評価を批判されたが、「受忍限度判断」としての公共性ファクターを捨てたわけではない。とりわけ「日照妨害」事案では「受忍限度論」そのものはなお強固に維持されている。たとえば、淡路・前掲書『公害賠償の理論』（前注110）210頁の記述参照。そこでは、「いわゆる受忍限度論が（日照妨害差止請求における）判決ないし決定の結論を左右する重要な要素となっている」（括弧内・引用者）と述べ、さらに同書208頁では「しばしば『裸の利益衡量』とか『裁判官への白紙委任』と批判される受忍限度論が、実は、裁判官の実質的価値判断ないしその基準を表面に引き出す機能をもっていることを忘れるべきではない」ともされる。要するに「受忍限度論」は、相関関係的な諸事情の総合評価であるから、その評価ファクターとして個別具体的な基準を直接的に付与する点で、裁判官にとって使い勝手のよい「理論」であることに違いはない。肝心な点は、まずは法的に「がまんせよ」という立場から個別ファクターの総合的評価をメ

ちなみに楠本弁護士は、「日照被害」そのものに視野を限定するのではなく、「狭義の日照以外に採光・通風・圧迫感等の被害、その指標としての天空の阻害とその回復を重視している」¹¹⁶と述べている。そして日照享受利益保護のための差止請求権の発動を根拠づけるために、被害者に生じた（複合的な）「被害」を第一次的に考慮すべきであって、地域適合性

ゝするか（この点、楠本・前掲書「日照権」〔前注4〕125頁の受忍限度論に対する批判的観点を参照）、それともまずは一定レベルの「被害」があれば「原告」の請求を認めるという原則論を確立するか、今なお民法上の一大争点となっている、と考える。

115 ちなみに淡路教授は、若き頃に戒能通孝「小繋事件」（1964年）に「深い感動と感銘」を受けた人であった。淡路「戒能通孝と法学」宮本憲一＝淡路剛久（編）「公害・環境研究のバイオニアたち」（2014年）88頁参照。おそらく淡路教授の「被害本位的受忍限度論」には、その戒能法学の息吹がなんらかの影響を与えたのかも知れない（戒能教授の「公害法学」につき、淡路・前掲論文91-93頁参照）。だからこそ、淡路説は、環境権論者にも一定の影響を与えたとように思われる。ことにイギリス法のニューサンス論と関わりをもつ「相隣紛争的生活妨害の事案」に関しては、淡路説と環境権論との間で「共同作業の可能性」が模索されている（本稿後注121参照）。なお、戒能通孝（1908-1975年）は「四大公害訴訟」の中で晩年を闘い抜いたが、差止請求権論を考察する時間的余裕は彼には与えられなかった。しかし彼は「四大公害訴訟」を経験し、その闘いの中で、こう訴えた。すなわち「日本の科学技術は、まだ根本的なところでは、いいかげんなものである。金儲けのためには企業だけでなく、学者と呼ばれているものの間においてすら、恥も外聞もかまわないものがあるらしい」（戒能「人間としての責任とは何か」同『著作集Ⅳ・公害』（1977年）25頁。原論文初出は1971年）。今、日本の科学技術は、この戒能論文の時期と比べれば格段に進歩しているに違いない。にもかかわらず、われわれは2011年東日本大震災で東京電力福島第1原発の事故に遭遇したばかりである。アスベストやじん肺など、生命・健康に関わる問題も跡を絶たない。さらには、先の「四大公害訴訟」の傷跡も、あるいは「広島、長崎の原爆被害・後遺症問題」も、今なお、われわれの目の前にあるのではないか。戒能通孝の「警告」は、さしあたり本稿の「日照権問題への態度決定」のあり方についても根深くかかわっているように思われる。

116 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）145頁。この論旨は、「たんなる「日照」基準ないし「日照」権」だけで、私法上、前述の複合被害（採光・通風妨害・圧迫感など）によく対処しうるかも問題」とする、好美清光教授の批判を受けたものであると考えられる。好美「日照権の法的構成」ジュリスト特集日照権（前注4）230頁及び223頁参照。

や被害回避可能性などの考慮問題とは一応区別する¹¹⁷。さらに「多くの日照事件において、紛争の核心は実は適正容積率をめぐる争いだったのではないか」とも述べている¹¹⁸。この「適正容積率」に関しては、現在、都市計画法12条の5の7項2号、12条の6等でかなりの規制が図られている。問題は、その規制を受けない地域での「日照妨害」への法的対処である。「日照妨害」に関する問題が——たとえ単なる「生活上の不利益」¹¹⁹・「快適な人の生活利益」¹²⁰にすぎないとしても——被害者（被妨害者）の立場からすれば、冬至の日照が全くなく、夏期でも日中の採光時間が3時間程度しかないのであるから（もちろん、その程度はケースバイケースであるが）、その「生活上の不利益」も「快適な人の生活利益」も、それが侵害される被害の程度は、あくまで「人間としての生活」にとって決して無視しえない「不利益」・法的に回復されるべき「不利益」、と言わなければならない。それゆえ、楠本弁護士は、いわゆる環境権説の提唱者が、「日照妨害」・「通風妨害」等の諸事例で「受忍限度論」と妥協しようとする態度を示すことを強く批判するのである¹²¹。そして無原則的な「共同作業の可能性」は「疑問だ」とし、最終結論を「受忍限度論に委ねるような「取引」にはとうてい同意

117 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）146頁参照。ただし、明確な記述ではない。筆者（川角）の立場からすれば、地域適合性や被害回避可能性（言い換えれば、被害回避のための措置・費用負担に関する経済的期待可能性）は、もっぱら「抗弁」レベルにおいて「違法性阻却事由」として考慮されるにすぎない。

118 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）148頁。

119 淡路・前掲ジュリスト（前注108）376頁。

120 好美・前掲ジュリスト（前注116）223頁など、幾度も同じ表現が出てくる。

121 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）149頁参照。

そのような楠本弁護士の批判的視点は、もっぱら木村＝川村・前掲論文「環境権論の展開」（前注112）209頁の「受忍限度論との共同作業の可能性」に関する提唱に向けられている。その批判的視点は重要である。安易な「共同作業の可能性」など、理論的にありえないからである（まずは「がまんせよ」という「受忍限度論」の法的論理と、対するに一定レベルの「被害」は第一次的に差止めの対象であるという「被害本位説」の法的論理とは、非和解的である）。とこゝ

できない」と述べる¹²²。もって「受忍限度論者と環境権論者は、いたずらに両者だけの妥協を求めるよりも、論争を真に止揚するような第三の道をこそ求めるべきではなかろうか」とも指摘している¹²³。ここで言われる「第三の道」こそ——非「受忍限度論」的・反「受忍限度論」的な——「被害本位」説である¹²⁴。だから訴訟上、日照被害を受けた原告の方から、諸事情の比較衡量的総合判断に基づく「受忍限度」を、「請求原因事実」の内

ゝろで木村＝川村・前掲論文210頁以下では、「共同作業のための複数の条件」を掲げている。それらを列挙すれば、以下の通りである。①「受忍限度論が有効に機能する場面・範囲を限定すること」（この「場面・範囲」に日照妨害など「相隣紛争的生活妨害の事案」を取り込んでいる。木村＝川村221頁注1参照）。②「特に不可逆的な損害発生の危険性のある環境破壊行為の差止につき、科学の未発達、見逃しの過誤による不利益を原告・被害者側にしわ寄せをせず、安全性の見地に立った法理の確立に努力すること」。③「類型化作業にさいしては、被害（ただし、地域性の問題は大部分被害の性質・程度を規定する要素であると見做しうる）のみを基準とする第一次基準をまず設け、他の要素は第二次的、第三次的基準にかかわる問題として、段階的な基準作成に努力すること」（括弧内・原論文）。楠本弁護士が批判するのは、さしあたり上記①であるが、③の「地域性」の位置づけも問題となろう。ちなみに淡路教授は、この木村＝川村・前掲論文に惜しまぬ賛辞とエールを送っている。淡路・前掲書「環境権の法理と裁判」（前注110）43頁参照。

122 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）149頁参照。

123 楠本・前掲「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）149頁。

124 なお楠本弁護士は、「商業・住居地域での高層マンション建築」（前注4）を脱稿後、東京地決昭和49年12月13日判時789号54頁の登場によって、「被害本位説への方向はさらに明確となった」と記している。楠本・同論文149頁【追記】参照。その東京地決昭和49年12月13日によれば、以下のように判断された。——「（Yの建築物の影で）Xらの居宅南面開口部地上1メートル地点における冬至の日照が、すでにほとんどないことや前記X1の療養生活面をも考慮すると、一般にも日照を欲することの大きいと考えられる大寒（1月21日）を基準日とするのが合理的で妥当であると思われるが、本件増築計画建物部分が完成した場合には、1月21日においても、右測定点での日照時間は、午前9時30分までで、以後終日日影となるが、さきにみたような住居地域にすむXらにとっては、右日照被害は、その受忍の限度を超えるものといわざるをえない。本件Xらに対しては、大寒時において、午前9時から午後3時までの有効日照時間のうち、少なくとも3時間程度の日照が確保されるべきであると考え」（傍点及び括弧内・引用者）。ここでも「受忍限度」という「ことば」が判決文中に使われて

容として論ずる必然性はないし、かつその必要性もない、と言うべきである¹²⁵。

（４）物権的妨害「予防」請求権の成立要件について

ところで「日照妨害」に関して、わが国裁判実務は、妨害物なかでも妨害源たる建築物がすでに建てられたあとの既成事実¹²⁶にきわめて弱い（といふか「甘い」）¹²⁶。この点に鑑み、妨害「予防」請求権（ないし不作為請求権）

ゝいるが、ほぼリップ・サービスに等しい。

125 最近、神戸地判平成25年6月6日判時2261号153頁では、原告が「日照阻害による人格権又は財産権侵害について、その受忍限度の判断は、（１）日照阻害の程度、（２）地域性、（３）被害回避可能性、（４）加害回避可能性、（５）加害建物の用途、（６）被害建物の用途、（７）先住関係、（８）交渉の経緯等の事情を考慮して行うべきである。（中略）諸事情を総合すると、本件マンションによって原告らが被る日照阻害は受忍限度を超えるものである」と主張したが、原告の差止請求権は不適法として却下された。この判決に関する立ち入った考察は、別の機会に譲る。ともあれ、この神戸地判は、原告側が日照妨害「違法性」に関する請求原因事実として「受忍限度論」を主張したことをはじめ、差止め対象の建物完成（既成事実）をもって簡単に原告の請求を「訴えの利益なし」として「却下」したことなど、わが国で真の「被害本位説」がいまだ確立していない証拠を如実に示すものである。

126 たとえば、前注125の神戸地裁判決は、原告住民の差止請求（建築禁止請求）につき、「本件マンションは既に完成していることが認められるから、本件訴えのうち、本件マンションの建築工事の差止めを求める部分は訴えの利益を欠くものであり、不適法なものであるといわざるを得ない」（傍点・引用者）とした。しかしながら、「建築禁止請求」に関し、すでに係争マンションが完成していたとしても——「訴えの利益なし」として「不適法却下」とはせず——実体審理を受け入れ、口頭弁論期日の内外で訴えの趣旨を「建物一部撤去請求」に切り替えるべき旨の釈明権行使はありえた、と思われる。ちなみに民訴149条1項は、口頭弁論の期日のみならず「期日外」においても裁判長による釈明権の行使を認めている（釈明権の行使が「請求原因に関する釈明でも可」とする判例として、最判昭和45年6月11日民集24巻6号516頁参照）。いずれにせよ、見事なばかりの「既成事実」重視型判決と言わなければならない。なお、真鍋＝久保井・前掲「環境権と差止請求〔3〕」・前掲書「環境権」（前注47）202頁は、「日照権による差止が認容された裁判例は、今日ではもうめずらしくないが、すでに完成した建物の取りこわしを命じたものでないことは一つの限界である」とする。なお、公害裁判一般についてはあるが、上記とほぼ同様の認識を示すものとして、澤井・前掲書「法理」（前注12）211-212頁及び淡路・前掲論文「差止メ

のもつ意義はきわめて大きいと考えられる。「民事保全法」上の「処分禁止」の仮処分とも関連する問題でもある。最後に、これにつき若干のことを述べておく¹²⁷。

日照妨害裁判上、その多くは妨害建築物の工事を事前に阻止するための工事禁止「仮処分」申請手続が活用されてきた（上記楠本弁護士「被害本位」的な「日照」保護論の箇所を参照）。この場合、「仮処分」決定を受けても、あくまで「仮」の、暫定的な効力しかもたず、しかも多額の保証金を要するものであった（民事保全法1条及び4条）。そこで実体的権利・法益関係について、直接的効力・確定的効力をもつ「物権的妨害「予防」請求権」（差止請求権）の発動要件の画定は、きわめて切実な意義をもつ。これに関するドイツ法からの示唆を、まずは簡潔に論じておきたい。近時ドイツで、この問題に本格的に取り組んだのは、ヘンケル教授である¹²⁸。

ㄨ 法理と被害」（前注8）16頁も参照。

127 ちなみに「被害発生」の直前で侵害を予防・停止させることは、かねてより「環境権論」が強調してきたことであった。さしあたり滝井繁男「環境権と差止請求（1）」・前掲書「環境権」（前注47）157頁及び木村＝川村・前掲論文（前注112）211頁の記述を参照。なお、このような事前差止めの必要性和緊急性及びその法的問題につき、原島「開発と差止請求」（前注2）523頁以下参照。なかでも同525頁は、「民事訴訟と行政訴訟の使いわけ」に重大な困難が付きまとうこと。同531頁では、肝心な点は「（差止めの）一定の緊急性・切迫性」の有無であって、「（不法行為にかかる）責任」はなんら関わりをもたないこと（括弧内・引用者）。さらに同537頁は「開発の「必要性」・「公共性」がはじめから差止を抑制する理由とはならない」ことを指摘している（傍点・引用者）。すなわち、当該開発につき、真に「必要性」・「公共性」があれば——その判断は単に当面のものに限られるべきではなく、地球的規模で、かつ将来の世代・人類にとってあるべき環境という観点からなされるべきものであるところ——あらかじめ、行政手続を含め関係住民との慎重な協議など民主的プロセスを経て決められるべきことである（そのような手間・手続を「開発」の側から「面倒」と切り捨てるのであれば、民主主義はそもそもその存立の基盤を失う）。そのように「担保化された公共性」まで原島説が排除するわけではない。だから上記引用文では、「はじめから」という限定詞が付されている。

128 Wolfram Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 97-144. なお訴訟上の純然たる仮の権利保護（der rein einstweilige

〔a〕 ヘンケル「予防的権利保護」論から学ぶ

ヘンケル教授は——ピッカー教授の「妨害排除請求権」論に示唆を得つつ——予防的権利保護（der vorbeugende Rechtsschutz）の目的を、「将来の妨害の防御」（Abwehr der künftigen Beeinträchtigungen）に定礎する¹²⁹。その限りで、「予防的権利保護」は、妨害「予防」請求権の一般的目的と変わらない。ところで、ヘンケル説では、当該「予防的権利保護」が、いわゆる「損害予防」とその法的性質を異にすることが、〈前提論〉として特に強調されている¹³⁰。すなわち「予防的権利保護」は、物の有体的変更結果を将来に向けて防御するのではなく、もっぱら現に「物を威嚇する危険」（eine der Sache drohende Gefahr）を防御するに資するものである¹³¹。またヘンケル教授は、侵害結果除去請求権（Folgenbeseitigungs-

、Rechtsschutz）であっても、実体法的権利・保護法益そのものに強く規定されているという観点を明示するものとして、Thomas Kahl, *Regelanwendung und Einzelfallgerechtigkeit bei den sogenannten rein prozessualen Rechtsbehelfen, Summus ius, summa iniuria, Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelgerechtigkeit*, 1994, S. 205 ff. Siehe auch Fritz Baur, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, S. 32; Henckel, a. a. O., S. 107 und S. 112. なお、ヘンケル説によれば、仮処分はあくまで確定判決以前の一時的な権利保護である点で、権利そのものの確定的保護を実現する「予防的権利保護」と区別されなければならない。Henckel, *Vorbeugender Rechtsschutz*, S. 144. ちなみに、野村秀敏「予防的権利保護の研究——訴訟法学的側面から」（1995年）3-16頁もヘンケル説及びピッカー説に着目している。さらに、やや視点は異なるが、赤松美登里「ドイツにおける一般的予防不作為の訴え——その法的構成を中心として」同志社法学36巻3号（1984年）90頁以下、特に126頁以下もピッカーの見解に留意している。

129 Henckel, *Vorbeugender Rechtsschutz* (Fn. 128), S. 99 und dortige Fn. 1.

130 Henckel, *Vorbeugender Rechtsschutz* (Fn. 128), S. 98. ちなみにヘンケルは、「損害」につき、侵害結果を広く含めた「完結的侵害」（vollendete Eingriffe）として把握している。

131 Henckel, *Vorbeugender Rechtsschutz* (Fn. 128), S. 99. その箇所ではヘンケルは、ドイツ民法907条「差し迫った危険をもたらす施設」（Gefahr drohende Anlage）の参照を指示している。その規定によれば、土地所有者はその土地利用に対して不許容的干渉（eine unzulässige Einwirkung）を帰結することが

anspruch) を許容するドイツ判例・学説に反対する。そしてピッカー説を支持している。そのようなピッカー説的妨害排除請求権論によれば、ドイツ民法1004条1項1文の「妨害排除請求権」は、「現在化しているが、なお将来的に継続する妨害に向けられ」ており、同条同項2文の「不作為請求権＝妨害予防請求権」は「端的に将来的な妨害に向けられる」のであって、その限りで一応の区別が両者間でなされるに過ぎない（いずれも「将来の妨害」を阻止する点で共通する）¹³²。これに関連してヘンケル教授は、いわゆる将来的な給付の訴えを「準備的権利保護」(der vorsorgende Rechtsschutz) と位置づけ、対するに不作為判決を「すでに現在的に存在する行為禁止を確認するもの」として区別する学説も紹介している¹³³。さらにヘンケル説は、損害賠償請求権との違いに目を転じて——ここでも彼はピッカー説にしたがっているのだが——「損害賠償義務は（過去に属す

ゝ、確実に予見できる施設を隣地所有者が設置しないこと、あるいは当該施設を保持しないことを請求できる、とされる。ヘンケルによれば、この規定は「将来的な妨害の危険性」だけを問題にしているものであり、それゆえその規定は「予防的権利保護」に資するものである、とされる。

132 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 101. Siehe auch Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 82. そのような観点から、ヘンケルは、妨害排除請求権も妨害予防請求権も「(妨害を受けた) 所有権者のために将来的に彼の法的な許容と可能とにふさわしい事実上の行為自由 (tatsächliche Handlungsfreiheit) をあてがうという目的に資する危険除去請求権 (Gefahrenbeseitigungsanspruch) に還元される」とも述べている (括弧内・引用者)。Henckel, a. a. O., S. 103-104.

133 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 105. この点でヘンケル教授が依拠するのは、Albrecht Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs- und negative Feststellungsklage, Festschrift für Hans Döle, Bd. 1, 1965, S. 295 ff., bes. S. 310 ff. である。なお野村 (秀)・前掲書 (前注128) 364頁以下も、「将来の法律関係」に関する「確認の訴え」を構想する (傍点・引用者)。判例・通説上、「確認の訴え」は、「現在の権利または法律関係の確認」を目的とする訴え、と解されている。そして「過去の法律関係の確認」も、「現存する紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要」と認められる場合に確認の訴えの対象となりうる、とされる。中野＝松浦＝鈴木 (編)『新民事訴訟法』(前注8) 140-141頁 (福永有利) 参照。

る）行われたる義務違反（begangene Pflichtverletzungen）に対するサンクションであるところ、これに対し予防的権利保護は将来的な義務違反を阻止することに資する（dient der Verhinderung künftiger Pflichtverletzungen）」¹³⁴と述べる（括弧内・引用者）。こうしてヘンケル説によれば、予防的権利保護は——不法行為損害賠償責任のように——後発的サンクションではなんらなく、端的に「（「被告」の）将来の行動の動機づけに資するもの（dient der Motivation künftigen Verhaltens）」にほかならない¹³⁵（括弧内・引用者）。そして「予防的権利保護の拡張・拡大」（die Erweiterung oder Ausdehnung des vorbeugenden Rechtsschutzes）は、けっして新たな「権利」の創設を意味するのではなく、むしろ新たな法益保護の可能性を切り開くものである¹³⁶。かくして予防的権利保護は、権利

134 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 110.

135 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 113.

136 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 112-113 und S. 135. この「新たな法益保護の可能性」を重視するのが、赤松美登里・前掲論文「一般的予防的不作為の訴え」（前注128）であった。特に同論文140-143頁参照。とはいえ、その論文で赤松（美）教授は、権利説と不法行為説との相違点を正確に踏まえつつも、その最終的な結論づけを将来の課題として留保していた。その12年後、赤松「独禁法違反と差止め請求権」F. K. バイヤー教授古稀記念論文集『知的財産と競争法の課題』（1996年）557頁以下で、赤松（美）教授は、ドイツにおける競争秩序違反の「差止め請求権」類型に着眼するに至った。そしてわが国における独禁法違反の民事的救済の狭隘性と比べ、「ドイツでは被害者による違反行為の差止めを認めるために、被害者救済にとって有益であるだけでなく、専ら独禁法違反行為の有無に重点が置かれることになり、それだけに違反行為に対する十分なサンクションとなっている」と指摘する。すなわち権利説、不法行為説を克服して「競争秩序違反」を「保護法規」との関係で整序しようとする観点を呈示している。ここでは「行為の違法性」が——不法行為の「違法性」とは全く別次元の問題として——「保護法規」としての独禁法諸規定を媒介に「競争秩序」の内実評価（秩序違反の現状評価）とリンクされようとしている点に注意が必要である。したがって、彼女の方向性は原島重義教授の「競争秩序論」と同じなのである。原島「競争秩序と民法」（前注2）212頁参照（上記バイヤー論文集の赤松〔美〕教授の引用文に、原島教授は「全面的に賛成である」と記している）。なお「保護法規」（Schutzgesetze）は、ドイツ民法823条2項でメ

保護のみならず、広く法益保護を視野に取り込みながら、相手方（「被告」）の将来の行為（振る舞い）に対する「警告機能」（eine Warnfunktion）を営む¹³⁷。むしろ法形式的には、不作為の訴は「給付の訴」に属することになるが¹³⁸、不作為が問題となる限り「所有権者に給付されることすらしに、ドイツ民法1004条のもとで要件化された不作為請求権が実現される」¹³⁹（Der in § 1004 vorausgesetzten Unterlassungspflicht kann man nachkommen, ohne gerade an den Eigentümer zu leisten）。かくして、たとえば不正競争防止法（UWG）によって保護されている法益は、主観的権利（das subjektive Recht）でなくとも、「予防的権利保護」の対象となる¹⁴⁰。その場合、ド民823条2項の「保護法規」による「法的割当て（*Rechtszuweisung*）」が承認される。その意味で「割当てと主観的権利とは同一のものではない」¹⁴¹（*Zuweisung und subjektives Recht sind also nicht identisch*）。いずれにせよ、「予防的権利保護」の主たる機能は「警告機能」であって、それは相手方（「被告」）の将来の行為態様を規制する。その規制が危殆化されうる限りで、改めて不作為請求権＝妨害予防請求権が発動されるべきことになる。以上が、ヘンケル説の概要である。

＼出てくる規範文言である。その限りで、これは、不法行為規定としてのタームである。しかしなお、独自に妨害排除請求権＝差止請求権の根拠ともなりうる。Siehe dazu Picker, „Schutzgesetze“ (Fn. 3), S. 34 ff. 41 ff. ders., Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz (F. 57), S. 104. さしあたり、このような原島教授、ビッカー教授及び赤松（美）教授の見解と、「相関関係説」・「主観的違法要素」を内在せしめた根本尚徳教授の見解＝「違法侵害説」（根本『差止請求権の理論』〔2011年〕111-112頁及び422-425頁）との本質的な相違点が正確に確認されるべきであろう。

137 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 114.

138 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 115.

139 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 122. なお訳出にあたっては、若干「意識」している。

140 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 135-136.

141 Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz (Fn. 128), S. 136.

〔b〕 若干の私見

わが国でも、一般に「物権的妨害予防請求権」は、「物権侵害の状態（行為ではない）が発生するおそれがある場合に、その予防措置を求める請求権である」¹⁴²（括弧内・原書）とされる。そして「妨害のおそれ」は、訴訟上、「事実審の口頭弁論終結時に存在しなければならない。かかるおそれの有無は、当事者や裁判官の恣意によってではなく、客観的なものでなければならない」¹⁴³と言われる。その「おそれ」は「あらかじめ保護されるに値するほどの高度の蓋然性」が必要だが、「かつて同種の侵害があったことを要しない」ともされる¹⁴⁴。

これを本稿の「日照妨害」ケースにあてはめれば、どうなるか。従来、わが国で建築禁止の仮処分申請事案が多かったのは、建築禁止の緊急性が高く、建築に着手し、かつ建築完成にいたれば撤去請求がきわめて困難になることと表裏一体であったと思われる（「決定」と「判決」との手続上の時間的な早さ如何及び「疎明」と「証明」の内容程度如何も重要な要素となっていよう）。しかし、ともあれ先のヘンケル説の箇所でもみたように、仮処分も本案判決も究極的に実体法的権利・法益の保護に資する点で、なんら変わりはない。そこで以下、ヘンケル説と好美説（本稿前注142）を踏まえ、簡単に妨害予防請求権の要件論を検討しておく。

妨害予防請求権の要件としての「妨害のおそれ」は、「あらかじめ保護されるに値するほどの高度の蓋然性」のことであるが、日照妨害のケースでは、あらかじめ建築標識等によって判明しうる建築規模（特に「高さ」。

142 好美清光「物権的請求権」舟橋諄一＝徳本鎮（編）『新版注釈民法（６）物権（１）物権総則（補訂版）』（2009年）212頁。この記述は、旧『注釈民法（６）』（1967年）97頁以来、全く変わっていない。最近の物権法教科書として、松岡久和『物権法』（2017年）32-33頁も、ほぼ同旨を説く。

143 好美「物権的請求権」（前注142）〔新版・補訂版〕213頁。〔旧版〕98頁。

144 好美「物権的請求権」（前注142）〔新版・補訂版〕213頁。なお〔旧版〕98頁では「強度の蓋然性」となっているが、ほぼ同旨である。

そして、それを規定する「容積率」によって、日照妨害の将来的な「高度の蓋然性」を主張立証することができる、と考える¹⁴⁵。さらに科学的に鑑定可能な採光妨害・通風妨害・電波妨害・圧迫感などの「複合的妨害」が併せて主張立証されれば、将来的な「日照被害」の「高度の蓋然性」がより確固たるものになろう（これは、むしろ「日照妨害」の「高度の蓋然性」のみで妨害予防請求権が認められることを排除する趣旨ではない）。また「かつて同種の侵害があったこと」は——必要要件ではないとしても——当該「おそれ」の「高度の蓋然性」を補強する事実でありうることに、変わりあるまい¹⁴⁶。だとするならば、上記楠本弁護士の「被害本位説」の箇所を確認し

145 建築主は、建築工事着手前に、建築基準法6条に基づき建築主事に建築確認を申請すべきことになっている。建築確認がおりれば、工事の施工者は、工事現場の見やすい場所に、建築主、設計者、工事施工者および工事の現場管理者の氏名または名称ならびに建築確認を受けた旨の表示（建築確認標識の設置）をしなければならない、とされる。よって周辺住民は、当該建築行為に疑義等あれば、建築に関する情報を得るため、地方自治体の「特定行政庁」（建築主事を置く市町村の区域については当該市町村の長をいい、その他の市町村の区域については都道府県知事をいう。建築基準法2条35号）に問い合わせ、建築規模等の建築計画の内容を知ることができる。加えて、建築基準法69条によれば、自治体は条例によって「建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築設備に関する基準」に関する協定（「建築協定」）を定めることができ、さらに同法71条では、市町村の長が「建築協定書の提出があつた場合においては、遅滞なく、その旨を公告し、二十日以上相当の期間を定めて、これを関係人の縦覧に供さなければならない」とし、同法72条で「建築協定」の内容に関する「公開による意見聴取の機会」を確保している。

146 ちなみに、好美「物権的請求権」（前注142）〔新版・補訂版〕213頁及び〔旧版〕98-99頁では、ドイツでの「予防的不作為訴権」（Vorbeugende Unterlassungsklage）の一般化を踏まえ、「かつて侵害が行われたという事実は、将来の妨害のおそれを推認させる事情として問題となりうるにすぎない」というやや抑制的な把握がなされている。ただし「主張・立証責任」の問題としては、「相手方による妨害の「おそれ」については、かつて妨害された事実が立証されれば反復による将来の妨害のおそれも、事実上推定されることが多いであろう」としてより積極的な理解が示されている。その際に好美教授は、大判大正9年5月14日民録26輯704頁の参照を指示している。好美・前掲論文〔新版・補訂版〕215頁、〔旧版〕100頁参照。なおドイツでは、一方で「かつて妨害があつ

た日照妨害差止めに関する諸決定例は、物権的妨害予防請求権の要件に準じて——「日照権」という権利が語られえないとしても——民法が保護する法益への侵害＝「妨害」として「予防請求権」の要件をみたしていたものと考えてよいのではないか。その際、受忍限度論的違法判断は決して不可欠なものではなく（むしろ原告の請求原因事実としては不必要であり）、日照被害の「内容・程度」が事実として「妨害」に当たれば、そのみでまづは少なくとも建築禁止の仮処分が認められる、と考えるべきである。その上で、実体的な本案判決へと至る。その際に肝心であるのは、日照被害を受けた「原告」のもとでの「特に重要な干渉作用」の有無である。単なる日照阻害の事実上の蓋然性にとどまらず、将来隣地建設予定の建物が完成したとする場合、たとえば「洗濯物が乾かなくなる」などという事実が高度の蓋然性をもって主張・立証されれば、それでよい。あとは、「被告」の抗弁如何にかかること、すでに本稿で繰り返し示した通りである。また、この場合「妨害予防請求権」は、「予防的権利保護請求権」として「警告機能」を営む。したがって、たとえば「被告」は、「原告」の事前の請求に基づき、「原告」の洗濯物が乾くに必要な標準的日照時間が確保されるよう建築計画を変更することができる（そのような形で「被告」の「行為自由」も尊重される）。そうすれば、そもそも裁判沙汰にならないことも大いに想定される（それゆえ、原告・被告にカギ括弧を付して表記した）。逆に「原告」が、いきなり全面的な建築禁止を求めると、訴訟上、裁判官の發揮すべき「良

ゝた」ことが、「反復される将来の危険」（Wiederholungsgefahr）を「表見証明の意味での事実上の推定」（eine „tatsächliche Vermutung“ im Sinne des Anscheinsbeweises）へと導くとされ、他方「予防的不作為訴権」を承けて「初めての行為の危険」（Erstbegehungsgefahr）であっても妨害予防請求権の要件が充足される。こうして、ドイツ法は妨害予防請求権につき、いわば「二元論」的要件構成を採用している。Jauernig-BGB Kommentar, 8. Aufl., 1997, S. 1064 (Jauernig) ; Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl., 2016, S. 643. ちなみに、ヴィルヘルムの教科書では補完的解釈（ergänzende Auslegung）を通じて「予防的不作為訴権」が付加されるようになった、と解されている。

心」(日本国憲法76条3項)に思わぬ影響を与えることになりかねない¹⁴⁷(むしろ「全面的禁止」に法的根拠がある場合は別である。なおこの点、最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁〔大阪国際空港騒音差止請求事件〕で、原告の差止め請求が夜間から早朝の一定時間帯に限定されていたこと〔一部差止請求〕にとどまったことも、想起して然るべきである。最高裁はそれをも「却下」し、門前払いとした)。

ともあれ、根本尚徳教授の差止請求権の構想において、上記「日照妨害」がどのように位置づけられるのだろうか。我妻榮説的な「相關関係論」(これは、舟橋教授の「違法侵害説」の出発点であった)ないし自己流の「主観的違法要素」を組み込んだ——それ自体本稿で根本的に批判したところの「受忍限度論」的、あるいは「新受忍限度論」的発想に連なりうる——末弘教授・舟橋教授の違法侵害説を、なお「日照妨害」論においても維持されるのか。かくして根本説は、裁判所お気に入りの「受忍限度論」の別働隊に

147 なお、先に紹介した神戸地判平成25年6月6日(前注125)153頁では、原告が被告の建築行為の全面禁止を請求した事案である。筆者(川角)の観点からすれば、裁判官が適切に釈明権を行使して建築の一部変更請求に切り替えさせることもありえたと思われる。しかも、神戸地裁によれば「担当の販売員から、本件土地に〔今後新たに〕マンションが建つかも知れないが、(中略)〔本件マンションの事業主が〕原告マンションと同じ事業主なのでプライバシーや日照については原告マンションの住民への配慮がなされるなどという趣旨の説明を受けた」との認定がなされている(傍点及び亀甲括弧内・引用者)。ともあれ、この事件では、原告マンション住民が、被告会社から買い受け、何度も交渉の機会をもって「日照保護」への信頼が築かれたところ、それを裏切るかのような行為を平然と被告が行ったことになる。それゆえ、それに憤った原告は被告会社の「建築の全面禁止」を求めたものと考えられる。原告の憤りは理解できるが、訴訟戦術としては、最初から被告会社の新マンション(本件マンション)建築の一部禁止を求めていれば——あるいはそのための仮処分申請をしておけば——「日照享受利益」保護が図られえたケースであるようにも思われる。ちなみに原告が、その請求原因として被告行為の違法性に関する相關関係の「受忍限度論」を積極的に主張したことは——それは本稿の立場からは「不必要」なことであったが——おそらく原告訴訟代理人弁護士の「見識」の問題に属することであつたらう、と思われる。

なりはてるのか。根本教授は、自己の理論的スタンスを、今や根源的に問われているのではないか。

〔補論１〕五十嵐敬喜教授の「日照権」論について——再度ピッカー教授の見解の評価を兼ねて

（１）序論——五十嵐（敬）教授の基本的発想

五十嵐敬喜教授は、1980年に二つの著作を公刊された。一つは、本稿前注35で取り上げた『日照権の理論と裁判』である。もう一つは『現代都市法の再生』¹⁴⁸である。なかでも前者で、五十嵐教授は、そのモチーフにつき次のように言っている。——「私は右のような地域性→都市法の視点を、生ける法としての日照権から学んできた。日照権は都市法と一体である。しかし本書を「日照権の理論と裁判」とし、都市法について「現代都市法の生成」としたのにはそれなりの理由がある。生ける日照権は被害論についてはある程度成功した——したがって、やや完結的な内容となる——が、地域性については、いまだ研究の途についたにすぎない——したがって、「生成」となる——のである。けれどもこれらは別個に進むものではない。被害は変わることなく日照権運動のバネであり、その展開は、地域性へのアプローチを、より広く深くする。逆に地域性研究の発展は、被害論を豊かにするであろう。両者は相互媒介的である（る）」¹⁴⁹（傍点・原書。括弧内・引用者）。五十嵐教授は、さらに以下のようにも言っている。——「地域性の解明は、この都市に関するさまざまな法、すなわち「都市法」の解明と不可分である。地域性の検討は都市法に対して次のことを要請するであろう。第一に、都市法は都市計画法や建築基準〔法〕あるいは民法といった実定

148 この『現代都市法の再生』でも、「日照権」につき「日当たり条例の制定運動の経験」や「住民運動」との関わりが描き出されている。同書95-119頁参照。

149 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）16頁。このような「日照権」＝「生ける法」の発想は、楠本弁護士 viewpoint とほぼ同一のものである（本稿前注87と89及びそれらに対応する本文参照）。ただし、五十嵐教授がエルリッヒを引用されているわけではない。

法だけでなく、計画や指導要綱といった実定法に含まれない新しい法現象を包括していかなければならない。第二に、実定法は個々に解釈されてはならず、都市法全体のなかで統一的に解釈されなければならない。また都市法の解釈はその延長線上に新立法を要請する。第三に、法を支える機構、たとえば建築確認処分と建築審査会、開発許可処分と開発審査会、都市計画決定と都市計画審議会等の法定の機構、および日照紛争調整委員会等の法定外の機構の検討を要請する〔中略〕。地域性はこの都市法の研究と一体となつてはじめて解明され、日照権の発展に寄与すると考えられる」¹⁵⁰（亀甲括弧内・引用者）。

ここで五十嵐教授は、きわめて啓発的な「教訓」を示されている。それは、上記「第一」・「第二」・「第三」それぞれの箇所ですべて具体的に論じられている。筆者（川角）は、その基本的スタンスに異論はないし、文字通り「啓発的な教訓」として、そこから学び取るべき点が多く示されていると考える。そのうち二つだけ、挙げておく。一つは、上記三つの論点の前提となっている「地域性と都市法との相互媒介的把握方法」である。もう一つは、上記「第一」・「第二」との関係で、実定法として民法だけの検討にとどまるのではなく、「計画や指導要綱といった実定法に含まれない新しい法現象を包括」していく視点の強調（傍点・引用者）、及び「法解釈論」レベルにおいて「実定法は個々に解釈されてはならず、都市法全体のなかで統一的に解釈されなければならない」という視点の強調である。この二番目の論点は、その内部で「分化」されながら、なお「統合」されるべきものとして位置づけられている。すなわち二番目の論点のうち、前者では、民法など実定法以外に「計画や指導要綱」といった「実定法に含まれない新しい法現象の包括」が語られ、後者では「諸々の実定法の隔絶的解釈」を慎み「都市法全体」の中で「統一的に解釈されなければならない」とされる。

150 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）15頁。

ここでは、前者と後者が一応「分化」しているのだが、法解釈論レベルでは「新しい法現象の包括」を内在化した実定法規の「都市法全体」との<統合>が志向されていると考えられる。とても大切な視点が提供されていると思う。ただし、筆者（川角）には「都市法全体」のイメージが直ちに鮮明には浮かび上がってこない。これはひとえに筆者の「都市法」に関する勉強不足のためにほかならない。同時に五十嵐教授自身、「都市法」の研究は「地域性」問題を含めて「生成」途上にあることを認めておられる。それに紛争の実体が、「日照権」に基づく差止請求権（＝妨害排除請求権）の要件に関わって「現象化」する、とする限り、やはり民法上の諸問題、なかんずく「日照権」侵害に基づく差止請求権（＝妨害排除請求権）の要件問題に収斂してこざるをえないことは、それ自体「厳然たる事実」である、と言うべきであろう。こうして筆者（川角）は、もっぱら実定法（「実体法」）としての「民法」固有の問題として「日照妨害」に関する解釈論上の問題の解明に寄与できないかにつき考察したく思う。言い換えるならば、筆者（川角）は、五十嵐教授によって示された課題を、あくまで「民法学」の立場から捉え抜き、一定の方向性を示すことができないか、探求したく思う。以下では、簡単に触れるにとどめる。それは、若干繰り返しになるが、筆者がピッカー教授から学んだ日照にかかる「妨害の本質性」（Wesen der Beeinträchtigung）の評価観点に関する問題である。

（2）五十嵐（敬）教授の「日照権」論とピッカー教授の所説¹⁵¹との関連性
従来ドイツで、この「妨害の本質性」は、もっぱら現行ドイツ・イミッシオン規定（ド民906条）の評価と関連づけて論じられてきた。しかもド民906条自体は、いわゆる積極的イミッシオン（煤煙・騒音・振動・悪臭等の不可量物の不適法侵襲）を規定するのみであって、「日照妨害」（採光妨害）・

151 ピッカー教授の「消極的イミッシオン」保護論は、すでに好美説に関して論じたところである。重複する箇所も多いが、五十嵐教授の所説の積極性を確認するためにも——若干視点を変えつつ——再度ここで論じておく。

「通風妨害」などの「消極的イミッション」を対象とするものではない。それゆえ、ドイツの学説（「支配的見解」）は、「消極的イミッション」については——従前から存在している「日照」ないし「採光」という——「利益」（Vorteil）の剥奪が問題となっているにすぎないという立場から、「日照妨害」につきネガトリア的保護（妨害排除請求権）を与えなかった（ただし信義則的・一般条項的な「相隣関係の共同体論」に基づいて、BGHが日照保護を打ち出した点については、本稿前注76-84とそれに対応する本文を参照）。すなわち、積極的イミッションによる「不利益」（Nachteil）発生の場合に限って、イミッション規定の発動を認め、よって1004条1項の物権的妨害排除請求権を承認した¹⁵²。しかしながら、ピッカー教授によれば、問題とされる

152 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 108-109. ピッカー教授によれば、ドイツの支配的見解において、「日照妨害」・「採光妨害」・「通風妨害」などの「消極的イミッション」のケースでは、相手方たる所有者（「妨害者」）は——たとえ彼の所有者（たとえば建物所有者）が隣人を感覚的な方法で妨害することがあっても——あくまで自己の支配領域内にとどまっているのだから（da der Eigentümer, mag auch sein Eigentum den Nachbarn in empfindlicher Weise stören, innerhalb seiner Rechtsgrenzen bleibt）、当該「日照妨害」を1004条の意味での「妨害」とみなすことはできない、とされる。これに対して、ピッカー教授は「1004条の意味での妨害を物へのあらゆる有体的な干渉と等置することが正しくないのと同様に、「純然たる消極的な」干渉作用（„rein negative“ Einwirkungen）は、そもそもなんら妨害ではないという「大雑把な認定」（die pauschale Feststellung）も正しくないのである」と批判している。Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111 Fn. 272. ピッカー教授にとって、肝心なのは権利重疊ないし権利篡奪という「現在の状態」（der bestehende Zustand）のみであって、物への有体的干渉としての過去の行為に基づく損害の現存は、ネガトリア請求権にとっての要件適合的な「妨害」ではないから、である。他方、「消極的イミッション」であっても「現在の不適法状態」と認定される限り、1004条の意味での「妨害」と等置されるからである。この点、すぐあとに出てくる本文の記述も参照。なお、この場合上記「消極的イミッション」も——保護法違反の場合は当然として——差止めの保護＝ネガトリア的保護の対象たる「あらゆる主観的法地位」（jede subjektive Rechtsposition）の一つに高まっている（イタリック・原書）。Vgl. Picker, Dinglicher Anspruch (Fn. 3), S. 318. なお、根本尚徳教授のこの点の理解について再確認しておきたい。根本教授は、ピッカー教授の「あらゆる主観的法地位」の保護論を受け、根本ノ

べきは、当該「消極的干渉作用」が許容的（zulässig）であるか否か、またどの程度にまで許容されるかという「評価問題」（Wertungsfrage）そのものであった。とはいえ、その場合に当該「評価問題」は単なる「利益衡量」と結びつくべきものではない。あくまでネガトリアの排除義務の有無を判定する際に「決め手」となる（entscheidend）のは、実体法上の「現在の状態」（der bestehende Zustand）の法的評価そのものであった¹⁵³。したがってピッカー教授は、「それ（「現在の状態」）と並ぶ形で、それ以

、説的な違法侵害説をピッカー教授も支持するという趣旨のことを記している。根本・前掲書「差止請求権」（前注136末尾）203頁及び212-213頁、220頁参照。ところで、以下の根本教授によるピッカー説の引用方法は、すでに幾たびか指摘したように「我田引水」的である。根本教授は、以下のようにピッカー教授の所説を引用している。——「以上要するに、実質的に最も意味深いゆえに…重要なのは、①…「物」権や「絶対」権を越えて、それ以外の相対権にもネガトリア的（権利）保護が承認されなければならない、ということ②…である」。つまり、「それは、基本的な保護として、一般的に、あらゆる主観的法的地位について肯定されるべきなのである」（上記「…」の箇所は、根本教授によって省略された部分である）。根本・前掲書203頁。ここで①と②の「…」の箇所に注意してみよう。ピッカー教授は、なるほど「物権・絶対権以外」の「債権や相対権」にも、ネガトリア的＝差止めの保護が与えられるべきである、と言っている（なお、根本教授の上記引用文では「債務上の法的地位」„obligatorischer Rechtspositionen“の箇所が抜け落ちている）。しかしピッカー教授は、①の「…」で、あくまでネガトリア的保護は「私法が主観的支配力を個々人に割当てた地位の包括的保護」（Rundumschutz der Positionen, die das Privatrecht dem Einzelnen als subjektive Herrschaftsmacht zuweist）にほかならない、と言っている（つまりは、無制約な「あらゆる主観的法的地位」の保護を承認するのではない。ちなみに「包括的保護」というのは、ネガトリア的保護と併せ所定の要件充足の下で「損害賠償」的保護も、「不当利得」的保護も付与されることを指す）。さらに②の「…」でピッカー教授は、「（債務関係によって）結合された者による「妨害」からの防御が肝心である限りにおいて」（soweit es um die Abwehr von „Beeinträchtigungen“ durch den Gebundenen geht）という重大な制約を課している。Vgl. Picker, Dinglicher Anspruch (Fn. 3), S. 317-318. それら、重要不可欠な文章を「…」として——意図的にか無意識にか不明であるが——スッポリ抜かしてしまい、結果的に自分の主張（違法侵害説）とピッカー説が同じだ、と論ずるのは、これを「我田引水」と言われても仕方あるまい。

153 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 109.

外の基準は問題とならない」(auf weitere Kriterien kommt es daneben nicht an) と、はっきり述べている¹⁵⁴ (括弧内・引用者)。そして、その「法的評価」——それは「利益衡量」そのものではなく、いわんや相関関係的「受忍限度論」そのものではない——の帰結として、当該「日照妨害」が「特に不利益的干渉」(die besonders nachteilige Einwirkung) とみなされる場合には、ドイツ・イミッション規定(ドイツ906条1項)の「本質的な妨害」(die wesentliche Beeinträchtigung) の場合と同様に、1004条1項のネガトリア請求権=差止請求権の発動をみるのである¹⁵⁵。

154 Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 109. ここで決め手となるのは、あくまで「現在の状態」(der bestehende Zustand) そのものである。だから、たとえば「日照妨害」の「現在の状態」が不許容であるかぎり、直ちに1004条の妨害排除請求権の発動をみるのである。それとならんで (daneben)、それ以外の基準、たとえば妨害者に主観的帰責事由があったかとか、妨害と因果性のある行為をしたかとか、日照妨害状態を保持する意思があったか、などは全く問題とならない。それゆえ、たとえば消極的イミッションにおいて、日照を妨害された者は、当該日照阻害の「干渉作用」の「重大性」(「日照阻害によって洗濯物が乾きにくくなっている」とか「部屋が薄暗くなって減入っている」など) を立証すればよいのであって、それに対し、被告はまず第一段階として当該日照阻害の「不存在」または「軽微性」=「妨害の非本質性」を立証しなければならない。さらに第二段階として、「妨害が本質的」であったとしても、相手方(妨害者)の方から「場所的慣行性」とか「経済的期待不可能性」を持ち出して、その立証に成功すれば1004条の物権的妨害排除請求権の発動が阻止されることがあるにとどまる。Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn.3), S.110 Fn. 268. なおピッカー説によれば、ドイツ民法1004条2項の「受忍義務」(Duldungspflicht) は、「抗弁」(Einwendung) たること、「すでにその規定文言からして明らか」(schon nach seinem Wortlaut unzweifelhaft) とされる。Picker, a. a. O., S. 172 Fn. 2. そもそも、いかなる「妨害」も——法的には——相互に与えるべきではないという基本的発想に立ちきるか否かが、肝要なことであると思われる(いわゆる「軽微な日照阻害」が相隣関係における道德上の問題であること、すでに指摘した)。それを、あたかも法的に「行為自由」(Handlungsfreiheit) を不当に縛るものであるかのように一面的に捉える論調に、惑わされるべきではあるまい。

155 Vgl. Picker, Beseitigungsanspruch (Fn. 3), S. 111. しかも、Picker, „Schutzgesetze“ (Fn. 3), S. 28 ff. bes. S. 78. では、「保護法規」違反に基づく妨害排除請求権の発動が、第一次的に——ドイツ民法823条2項の「損害賠償請

こうしてピッカー教授も「日照妨害」に関する差止請求権について、「法的評価」を不可欠とする。しかし——先ほど指摘したように——これは「受忍限度論」の意味での「法的評価」とは異なる。これとの関連で、以下の五十嵐教授の指摘は重要である。——「権利はつねに対立物との激しい緊張＝利益衡量を媒介として生成する。日照権における権利生成も、権利構成と利益衡量がからまりあひながら〔相互の論争として〕展開された。〔中略〕注意しなければならないのは、日照権の実務が論争の影響を受けつつ、しかしこれとは別に独自の道をたどって、日照権を「展開」させたということである。判例は日照権判断にあたってすべて「受忍限度」という言葉を使用している。けれどもここでの「受忍限度」という概念は、いわゆる受忍限度論者のいう受忍限度論を踏襲したものではなく、また受忍限度論者のアンチテーゼとしてあった環境権論等の説をそのまま踏襲したものでもない。おそらく当初（あるいは真正）のそれらが及びもつかなかったレベルまで貪欲に開拓しつくしてきたのではないかと思う」¹⁵⁶（丸括弧内・原書。亀甲括弧内及び傍点・引用者）。

この五十嵐教授の指摘は、きわめて重要である。しかし、だとするなら、

「求」に先行する形で——承認されている。この点に照らせば——建築基準法56条の2が規定する「日影規制基準」を「保護法規」とみなしうる限りで——「日影規制基準」違反を日照妨害に基づく差止請求権の一つの重要な根拠とする五十嵐教授の立場とピッカー教授の立場は強く共鳴するものと言える（なお、公法上の日影規制基準を充たしても、私法上なお「違法」とされる余地は残る）。五十嵐敬喜「日照権と差止請求——日影規制基準を中心にして」自由と正義34巻4号（1983年）53頁以下参照。この「日影規制基準」は、1977年11月1日に改正建築基準法が施行されて以来、「ほとんどの自治体が同条第1項に基づく日影規制条例を制定施行するようになり、建築確認行政も同条例によって行われるようになってきた」。しかも「日影規制基準及び条例」が用途地域ごとにリンクされていることによって、「日照権に関する限り公法と私法は相当程度に親近性をもつようになった」、とされる（五十嵐・前掲論文53頁）。ただし、わが国の「日影規制基準及び条例」が、実質的にも「用途地域性」に適合しているか否かは、別途問題にされるべきである（五十嵐・前掲論文66頁参照）。

156 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）11頁参照。

それまでの受忍限度論vs環境権論の論争からみれば「及びもつかなかったレベルまで食欲に開拓しつくしてきた」とされる五十嵐教授ご自身の「受忍限度」という概念の中身はなにか。その「内容」如何が問われることになろう。そこで以下、その「内容」をより具体的に掘り下げるため、五十嵐教授が直接関わった裁判例をみることにしたい。ここでは「東京都江戸川区中央日本鉄工マンション事件」（建築工事禁止仮処分事件。東京地決昭和48年9月22日判時716号30頁以下、判タ301号146頁以下）を取り上げる¹⁵⁷。これは、いわゆる都市計画上の「工業地帯」において債務者日本鉄工（以下Yとする）が東京都江戸川区で地上6階建てのマンション建築を予定し、建築工事を始めたところ、隣接住民4名（以下Xらとする。いずれも建物賃借人であって土地所有者でもなく、建物所有者ではなかった）から、「日照妨害（被害）」を理由に当該建築禁止仮処分申請がなされた、という事案である。結論として、東京地裁は、Xらによる上記建築禁止仮処分申請を「決定」により「認容」した。その決定「理由」で、確かに東京地裁は「受忍限度論」を前提に理由づけを行った。しかしながら東京地裁は、通常の相関関係的「受忍限度論」とは異なる判断（「法的評価」）を行った。すなわち通常の相関関係的「受忍限度論」では、「違法な権利侵害ないし利益侵害になるかどうかは、侵害行為の態様、侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、当該工場等の所在地の地域環境、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間に採られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の諸般の事情を総合的に考察して、被害が一般社会生活上受忍すべ

157 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）38頁以下。38頁に、五十嵐敬喜教授が当事者債権者代理人弁護士であったことが記されている。なお、本件東京地裁決定については、後掲の通り、判例時報にも判例タイムズにも掲載がある。ただし、ここでは五十嵐教授の前掲書から引用する。なお本件東京地裁決定については、潮海一雄「江戸川・日本鉄工マンション事件——工業地帯における日照阻害と差止請求」『公害・環境判例百選（第2版）』（1980年）131頁に「決定例研究」がある。

き程度を超えるものかどうかによって決すべきである」（最判平成６年３月２４日判時１５０１号９６頁、判タ８６２号２６０頁¹⁵⁸）とされるところ、そのような立場とはかなり異なる「受忍限度論」を展開した。なるほど本件東京地裁は、一般論として「Xらの被る被害がその受忍限度を超えるかは、右各事実の他になお諸般の事情を考慮しなければならない」とする。しかしながら東京地裁は、「ただ」と受けて、以下のように事案に即した詳細な「被害本位的判断」を展開している（やや長文にわたるが、重要なのでそのまま引用する）。——「本件は、日照障害や天空の狭まりの程度などから、日照、採光などの点で生活環境が大いに悪化するであろうことは容易に推認できること、本件土地およびその付近は、都市計画上の工業地域であるが、準工業地域（第二種特別工業地区）に変更されるのが間もないことであるし、すでに、第二種高度地区に指定されているほか、右の住居地域にも近いこと、その他前述の本件土地付近の現況などから、現実には住居地域と同等とはいえないにしても、少くとも右の第二種特別工業地区以上の生活環境を確保されるのが妥当であること、日照をうける利益の対象の点で本件建物（ほとんど日照障害のない居室となる）に入居する者と債権者らとの間で著しい不公平な結果が生ずることを主たる理由として、右の受忍限度を超えるものと解してさしつかえないものと思われる。（中略）よって、Xらは、本件建物につきその主文掲記の部分に限り建築工事差止請求権を有するというべ

158 この平成６年の最判は、一般に「建築基準法および都公害防止条例違反の生コン工場の操業につき、隣人が操業差止および慰謝料を請求した事案において、隣人が住居を建て替えた事情があるだけでなく、原審は受忍限度をめぐる諸般の要素を総合的に考察することなく違法操業の態様が著しく悪質で違法性が高いことを主たる理由に差止請求を認容しているとして、原判決を破棄差し戻した事例」として紹介されている。このような最高裁の「受忍限度論」判断を前向き、かつ積極的に評価しようとする現役裁判官の判例評釈として、森純子「工場騒音による被害の認定」伊藤真＝加藤新太郎（編）『判例から学ぶ』民事事実認定（２００６年）２３７頁以下、特に２４１頁の記述を参照。ちなみに、そこでは「諸事情を事案に即して考慮することの大切さ」を上記平成６年最判から「学ぶことができる」、と書いてある。

きである（中略）本件建物が設計どおりに建築されると、後日その一部を除去するのが著しく困難となることが明らかであるから、本件保全の必要性も肯認できる」¹⁵⁹（括弧内・原文）。

本件事案は、「保全の必要性」が高い緊急性をもつものであったから、「建物建築禁止」の「仮処分申請」の事案として提起された。この点に鑑みれば、むしろ、上記のように東京地裁決定が「Xらは、本件建物」について「建築工事差止請求権を有するというべきである」と述べ、一種の実体判断をしたことは、きわめて重要である。要するに、東京地裁は、「受忍限度論」を前提にしながら、決して「不法行為法的差止請求権」論の立場には立っていなかったのである。かつまた、その「受忍限度判断」も、もっぱらXらの「日照、採光」などの点で、その「生活環境が大いに悪化する」と判断していることにも留意しておかなければならない。言い換えれば、本件決定で東京地裁は——侵害行為の態様・侵害の方法・侵害回避の可能性などとは無関係に——第一義的に「侵害事実の重大性」＝「被侵害利益の客観的な現在の状態」を問題にしている。本稿で「被害本位的判断」と規定したゆえんである。なお、本件東京地裁決定は、係争地の地域環境＝「地域性」も重視しているが、これは本来、「抗弁」事由としてYがその「地域適合性」を主張・立証すべきことであった（実際の攻撃防御では、相互の主張立証が入り乱れて展開されるとしても、本件では結果的に「地域適合性なし」と判断されたことに変わりはない）。この「地域性」に関して言えば、本件で東京地裁は、問題のY建築予定のマンションが都市計画上の「工業地域」に存在することを踏まえつつも、それが「準工業地域」に変更されるのが「間もない」こと、かつまた「住宅地域にも近い」という事実を加味して判断を行っている。これも第一義的には、Xらの「日照」・「採光」等にかかる居住利益を踏まえた「侵害事実の重大性」＝「被侵害利益の客観的な

159 判タ301号149-150頁及び五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）41頁。

現在の状態」に着眼した判断である。なるほど三番目の「不公平性」判断は、たしかに「相関関係的」な側面をもつが、これもXらの居住利益を踏まえた判断であったように思われる。

こうしてみると、本件東京地裁判決は、主として日照障害・採光障害による「生活環境の大きな悪化」それ自体を「受忍限度判断」の対象とした、とも言えよう。これは、五十嵐教授が指摘されるように「いわゆる受忍限度論者のいう受忍限度論を踏襲したものではなく〔中略〕おそらく当初（あるいは真正）のそれらが及びもつかなかったレベルまで〔受忍限度論〕なるものを食欲に開拓しつくしてきた」¹⁶⁰ところの成果なのである（丸括弧内・原書。亀甲括弧内・引用者）。このように考えれば、裁判実務も、また五十嵐教授ご自身も、「受忍限度」論という言葉のもとで実は「被害本位説」、言い換えれば「本質的な妨害」そのものに目を向けていた、ということができる。だとするならば、本件東京地裁判決も、五十嵐教授ご自身も、ドイツ・イミッシオン規定（ド民906条1項）に対応する思考方法を実質的に採用した、と言いうる。これは、日照・採光にかかる被干渉状態の「現存性」・「重大性」を重視した上記ピッカー教授の見解にも接近する考え方（「法的評価」）であった、といえよう¹⁶¹。さらに言い換えるならば、上記東京地裁決定及び五十嵐教授の見解は——言葉の上では「受忍限度」ないし「利益衡量」と言いながらも——日照妨害事案に関する具体的な「法的判断」を通じて、ピッカー理論がわが国でも生命力をもちうる可能性を示唆するものであった、と思われる。そのことを、幾つかの裁判例の批判的考

160 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）11頁参照。

161 ここでは、「日照妨害」に関する裁判実務の中で「受忍限度論」を前提としながら、それにとらわれない「法的判断」が現になされていたことが確認されれば、それで足りる。かつまた当時弁護士であった五十嵐敬喜教授が——本稿で先にみた楠本弁護士ととも——そのような裁判実務の生みの親でもあったことを確認しておけば、十分なのである。ちなみに、五十嵐教授は、現在法政大学名誉教授であり、現役の弁護士でもある。

・
察を通じ、以下で補足しておきたい。

(3) 裁判例の批判的考察を通じた検証

本件東京地裁9月決定と同じ年、その直前に、別の裁判官による二つの「決定」が出されている（この「二決定」は、それぞれ別々の裁判官によるものである。ちなみに、いずれの決定においても五十嵐教授が債権者等代理人弁護士となっている）。いわゆる「東京都渋谷区恵比寿南佐藤マンション事件」（東京地決昭和48年1月18日判時693号47頁判タ288号186頁。以下ではこれを「前者」とよぶ）及び「東京都渋谷区恵比寿西伊藤マンション事件」（東京地決昭和48年6月20日判時707号36頁、判タ299号333頁。以下ではこれを「後者」とよぶ）が、それである¹⁶²。

「前者」によれば、以下のような理由で、債権者ら（日照被害者）による債務者（日照妨害者）所有建物の一部建築禁止の仮処分申請が認容された。——「債務者〔日照妨害者〕らが建築しようとしている「本件建物」が設計どおりに建築されると、「本件建物」の真北に在る債権者らの所有し、居住する建物およびその敷地たる土地は、冬至において、「本件建物」により、平均して4時間以上（右土地の地面でみて、その面積の約半分が本件建物の日影内に在る時間は、午前9時過ぎから午後2時過ぎまで）に亘り日影内に在ることになり、これによって奪われる日照エネルギーは日影時間零の場合におけるその82・3パーセントに達することが疎明される。右の事実によれば、債権者らは「本件建物」が建てられることにより多大の日照を奪われるのみならず、居宅南面で仰ぐ天空は著しく狭まり、採光、通風、その他の点でもその生活環境が大いに悪化するであろうことは容易に推認される。〔中略〕本件建物の敷地付近は、都市計画上、住居地域、準防火地域、第4種容積地区内に在ることが認められる。ところで、以上認定の事実のみを以ってしては、債権者らの被る被害がその受忍すべき限度を超えるものと速断

162 以下の引用では、基本的に原文漢数字を洋数字で表記している。

することはできず、なお諸般の事情を検討しなければ、この点についての最終的結論が出ないことは勿論であるが、最終的にもそれが受忍限度を超えるものと判断される可能性は決して少くはない。債務者らは昭和47年1月12日午後3時の当事者双方審尋期日に当裁判所の勧告により本件建物につき主文第1項掲記部分の建築設計の変更を考慮する旨を債権者らに言明した。それで当裁判所は債権者らが〔債務者による〕設計変更に要する日時を考慮して次回の当事者双方審尋期日を同年1月22日午後3時に指定、告知した。しかるに債権者らの提出した追加疎明資料によると、債務者らはその翌13日から急拠木製板枠を組み立てて、主文第1項掲記部分を含めて、本件建物5階の工事に着工したことが疎明される」¹⁶³（丸括弧内・原書。亀甲括弧内及び傍点・引用者。「本件建物」の表記も引用者）。

ここでは、「〔本件建物〕が建てられることにより多大の日照を奪われるのみならず、居宅南面で仰ぐ天空は著しく狭まり、採光、通風、その他の点でもその生活環境が大いに悪化するであろうことは容易に推認される」という判断（これを「上記判断a」と呼ぶ）だけで「受忍限度を超える」ものとはされなかった。この点で「前者」は、上記9月の東京地裁決定とかなり異なる。しかしながら「前者」は、結局、債務者が先行する別訴での「当裁判所」の「勧告」に基づいて債務者が「建築設計の変更を考慮する旨」を債権者に言明したにもかかわらず、その翌日に「急拠木製板枠を組み立て」、よって「本件建物5階の工事に着工したこと」が「疎明される」として、本件「日照妨害」が「受忍限度を超える」ものと結論づけた¹⁶⁴。この「前者」の理由づけは、どちらかと言えば債務者（日照妨害者）の行為

163 判タ288号188-189頁及び五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）20-21頁参照。

164 ただし「前者」決定理由の結論部分では、「受忍限度を超える」という文言はない。おそらく本件債務者による「急拠」の「木製板枠」設置行為に着眼しての結論であった、と考えられる。ともあれ「前者」決定は、債権者ら（日照被妨害者）の仮処分申請を一部認容した。判タ288号187頁。

の違法性（債務者による上記のような「急拠の矛盾的行爲」）の評価（悪質性）に重点を置いたもののよう¹⁶⁵に解されうる（それに対して上記9月東京地裁決定はより直截な判断をしている）。その意味で、この「前者」の態度は、やや融通無碍である。むしろ「上記判断a」だけで、本件債権者らの一部差止仮処分申請が認められて然るべきであったように思われる。

他方、「後者」決定によれば「債権者A居住部分の日照開口部においては、その家屋の構造上冬至で午前10時頃より日照を受けるのであるが、同10時30分頃には本件建物による日影に入り始め、12時30分頃には完全日影となり以後日照を回復することなく、また債権者B方においては冬至の午前9時頃より午後2時頃までその建物全部が債務者らの本件建物により完全な日影となり、開口部における日照は午後2時過ぎにおいて始めて開始するが、然しこれも債務者C所有の別個の建物により阻害されるので結果は一日中日照を受けない状態となる。従って右のような状況の下における債権者A、同Bに対する日照阻害は、同人らの受忍限度を超えるものであるといわざるを得ない。そして疎明資料によれば右債権者両名の日影被害は、本件建物を二階以下に建築制限しない限り免がれ得ないことが認められるのであるが、さりとて債務者らの受ける損害と対比するときは、このような制限を課するのは妥当ではないと判断されるので、結局右債権者らの日影被害はやむを得ないものとして、せめて高層建築より受ける圧迫感を和らげ、通風、採光等をできるだけ良い条件とすることにその解決策を見出す外はないものというべく、当裁判所は以上の諸点に諸般の事情を勘案して、債務者らが企図する本件建物は、その三階部分以上を債権者Aの所有家屋の外壁及び塀（その上部への延長面を含む）より1・5メートル以上離して建築するのが妥当であると判断する」¹⁶⁵（括弧内・原文）。

この「後者」の決定理由は、さらに融通無碍である。すなわち「後者」

165 判タ299号333-334頁及び五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）34-35頁参照。

は、一旦本件「日照阻害の重大性」に基づき「受忍限度を超える」と判断している。にもかかわらず本件「一部建築禁止の仮処分申請」を認容したのでは債務者に過大な「損害」を与えることになるから、「受忍限度を超える」ところの「日照阻害」であってもそれを甘受すべし、という。要するに「後者」の決定は、「受忍限度」判断の外側に日照妨害者の「損害」を加味した。いわば二重の「受忍限度」を設定したことになる。その結果「後者」決定は、かなり中途半端な「大岡裁き」となってしまったのではないか（それでも、結果的に債権者らの仮処分申請を「一部認容」した）。

ちなみに五十嵐教授は、「前者」決定につき、債権者の「生存」利益と債務者の「利潤」利益との間には「調整原理」（それらは権利濫用論、受忍限度論等とされる）の働く余地はなく、また機能させてはならない」（括弧内・原書）と述べ、この局面での「受忍限度判断」の介入を否定する¹⁶⁶。そして「地域性」（「用途地域性」）に関してのみ「受忍限度判断」の介入可能性を承認する¹⁶⁷。さらに「前者」決定における債務者の行為の違法性（「急迫の矛盾的行为」）を重視した判断を、特殊な「ペナルティ」を課したものと位置づける。その上で、「しかしながら「日照」の阻害が明らかに程度を逸脱する場合、被害者がそのことを選択する限り、論理的にはペナルティなしでも日照権そのものとして妨害物を撤去させてもよいはずである」と述べている¹⁶⁸。

他方、五十嵐教授は、「後者」については、やや微妙な言い回しをする。すなわち言う。本件債権者A宅に「老婆がおり、この老婆は二階南側の窓べりで日なたぼっこをし針仕事をするのを無二の楽しみとしていた」。また債権者Bの家には「初孫が誕生しようとしている」。本件債権者等は「この建物のなかで、主として無償の家庭内労働力を経済的基礎とし、余力を

166 五十嵐・前掲書「日照権の理論」（前注35）28頁。

167 五十嵐・前掲書「日照権の理論」（前注35）28頁。

168 五十嵐・前掲書「日照権の理論」（前注35）29頁。

老婆と新生児の回護にあてながら商売と生活を営む」¹⁶⁹（「回護」の「回」は原書ママ——引用者）。このような中で、本件債務者のマンション建築計画が持ち上がった。本件「後者」の「決定」は、一旦受忍限度を超える日照阻害を認定しながら、債務者のもとで生じうところの「損害」を考慮した上で、債権者の「建築一部禁止の仮処分申請」をそのまま認容せず、「せめて高層建築により受ける圧迫感をやわらげ、通風・採光等をできるだけ良い条件」にする範囲でのみ、過小な「建築制限」を債務者に課したにとどまるものである。かくして五十嵐教授はいう。——「用途地域は利潤の最高限度と最低限度を明らかにし、地域の現況は利潤追求の可能性を示すものとなる。一方、日照の確保は本来この利潤追求を欲しない人、もしくはできない人の生存的な欲求から出発している。利潤と生存との対立は、その地域が経済性を高めれば高めるほどその対立をあらわにし、窮極においては利益衡量の適用を不可能たらしめる。本決定はそのことを「明確」にした最初のものといえよう。日照権の生成と発展は地域の流動性から中高層建築物の出現を導きだし、それを「発展」であると総括する論理の中には存在しえないのである」¹⁷⁰。ここで五十嵐教授が「利益衡量」というのは、「利潤と生存との対立」における「利益衡量」を指す。このこと、その文脈上明らかである。かつまた「日照権」は、生存の基盤を提供するものとされる¹⁷¹。五十嵐教授によれば、そのような観点から他者の「利潤追求」と「日照権」とが<利益衡量>される必要が出てくる。これが五十嵐教授のいう「利益衡量」論の実体にはかならない。同時に、五十嵐教授の「受忍限度」論も、もっぱらそのようなコンテキストから読み取られるべきである。だとするならば、これは「従来」からの「受忍限度論」¹⁷²（ないし「利

169 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）60頁。

170 五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）60頁。

171 ちなみに、日照の利益は「殺菌保温、乾燥、明るさ等」をもたらし、よって生存利益に直結する。五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）27頁参照。

172 「受忍限度論」を採用した判例として、先に最判平成6年3月24日を挙げた。ノ

益衡量」論）とはその意味合いを決定的に異にする。すなわち、五十嵐教授の「受忍限度」・「利益衡量」は、もっぱら日照利益の被妨害者の側からみた日照阻害・日照収奪の「実体」評価にほかならない¹⁷³。筆者（川角）は、この点を捉えて、五十嵐教授の「受忍限度論」・「利益衡量論」は、あくまで「言葉」としての「理論」にほかならず、その実体はむしろドイツ・イミッシオン規定（D民906条1項）の規範評価、ないしピッカー教授の発想と「接近」する、と評したのである¹⁷⁴。

ちなみに、五十嵐教授が「日照権の生成と発展は地域の流動性から中高層建築物の出現を導きだし、それを「発展」とすると総括する論理の中には存在しえないのである」という文章は、一定の＜解説＞を必要とする。すなわち「日照権の生成と発展」は、それとの対比における「地域の流動

ㄨ 本稿前注158に対応する本文参照。この点、これと同様の「受忍限度論」を、日照被妨害者たる原告側が主張した近時の「日照妨害」事案として、本稿前注125で紹介した神戸地判平成25年6月6日がある。

173 なお「日照阻害」・「日照収奪」というネーミングのコントラスト的用法については、澤井裕＝潮海一雄「日照権確立への道程——最高裁昭和47年6月27日判決を契機として」判タ279号（1972年）2頁参照。

174 ちなみに、福岡地久留米支判昭和52年7月14日判時880号74頁は、受忍限度論を採用しつつも、およそ以下のように述べて、建築基準法に反するわけではない3階建ての建物建築の一部差止め（2階建てまでの限度での建築容認）を命じた。すなわち「（一）本件建物完成によるX所有土地及び建物に対する日照阻害等の程度自体極めて重大であること、（二）自然の恩恵と不可分な生活様式、建築様式が長い間維持され、土地利用に関する慣習（社会的合意）が存在してきたわが国においては、（中略）よりよい環境としてその地域が現実には有する実態を重視すべきであるところ、本件土地一帯は第二種住居専用地域には属するものの、実態は明確に田園的な低層住宅地域である特性をもっていること、（三）本件建物の使用目的は営利にすぎないこと」。この点、五十嵐・前掲論文「日照権と差止請求」（前注155）57頁も参照。さらに、いわゆる「複合日影」のケースで建築基準法上の日影規制基準に適合する建物に関する建築差止申請（仮処分）を認めたものとして、東京地決昭和54年5月29日判時933号97頁がある（受忍限度論を採用しているが、公法上の規制に適合しても、それだけで私法上の適法性を充足することにならない、としたものである）。五十嵐・前掲論文61頁参照。

性から中高層建築物の出現を導きだし、それを「発展」であると総括する論理¹⁷⁵との関係で批判的、かつ論理整合的に位置づけられている。したがって、そのような「発展」の「論理」の中には「日照権の生成と発展」は存在しえない、とされるのである。この五十嵐教授の所説には、先に本稿でみた楠本弁護士「被害本位」説的日照権論との接点がある。また——繰り返し強調するように——ドイツ・イミッシェン規定やピッカー教授の見解との「接近」性もあった¹⁷⁶。

〔補論2〕妨害「予防」請求権に関する補説——最近の最高裁「クロレラ・チラシ事件」判決によせて

最近の「クロレラ事件」に関する最判平成29年1月24日民集71巻1号1頁¹⁷⁷は、妨害「予防」請求権に関して「かつて同種の侵害があった」事案

175 たとえば「都市の発展」を生（なま）の形でとらえ、その「発展」の「不可避的な代償」として「日照妨害」を許容する、野村好弘＝淡路剛久・前掲「日照妨害と放送受信障害の法的救済」（前注10）47頁の記述を参照。

176 五十嵐教授の日照権論は、もっぱら「発展」し「流動」する都市における被害本位説的日照権説であり、実務的に「言葉」としての「受忍限度」・「利益衡量」との共存関係を許容するものであった。それはとくに「地域性と被害との比較衡量」に示されている。五十嵐・前掲書『日照権の理論』（前注35）11頁参照。この点で五十嵐教授は「日影規制基準」を重視し、楠本弁護士の「被害本位の日照権」論を「わずか数年しか余命をもちえなかった」と批判している。しかしながら、五十嵐教授も言われるように、楠本説は「ジャストミート」した側面をもつ（五十嵐・前掲書10-11頁参照）。五十嵐教授が重視する「地域性」も、被告＝「債務者」＝日照妨害者からの「抗弁」事由にほかならないからである。その意味で、楠本弁護士の「被害本位の日照権論」は、なお生命力をもつ。おそらく五十嵐教授と楠本弁護士との違いは、「都市」の地域性への具体的視点の置き方如何ではないだろうか。これに関連して言えば、ドイツ・イミッシェン規定は土地相隣者関係としての「一般的規範論」を示し、さらにピッカー教授の見解は、より一般的で、かつ基本的な「消極的イミッシェン」保護理論としての「日照利益享受」論の展開であった。そのような意味で——五十嵐説・楠本説・ピッカー説につき、それぞれ考察視点の違いはあっても——その法的思考方法の共通性としては、これを否定することはできない、と考える。

177 この「クロレラ」最高裁判決については、2017年末に筆者が本法学部・中田邦博教授から、その所在につきご教示を受け、「妨害予防請求権」に関する

を問題にしている。事案の実体は「日照妨害」事例と異なるが、妨害「予防」請求権の考え方について、われわれに一定の反省を迫る判決であると考えられる。これはまた、競争秩序違反に基づく妨害排除請求権・妨害予防請求権に関する本稿のこれまでの考察（特に本稿前編〔２〕・龍谷法学50巻2号〔2017年〕342頁以下）を補完する意味も持つ。以下、〔補論２〕として若干のコメントを付すゆえんである。

（１）事実関係と裁判所の判断

まず、本件「クロレラ・チラシ事件」の事実関係は以下の通りであった。すなわち、X（京都市の適格消費者団体）が、健康食品「クロレラ」を紹介する広告（新聞折込みチラシ。以下「本件チラシ」という）に、様々な疾病が回復した旨の体験談等を含め、あたかも医薬品であるような薬効があるかのように表示するのは不当景品類及び不当表示防止法（景表法）などに違反するとして、Y（「クロレラ」等の健康食品販売会社）に対し、表示と広告配布の差止め及び新聞広告での「本件チラシ」停止表明掲載（以下、本件「新聞広告掲載請求」という）を求め提訴した。ちなみに、Yの関連会社であった「クロレラ研究会」¹⁷⁸は、第１審判決（京都地判平成27年1月21日判時2267号83頁）

、若干の議論をかわす機会があった。この〔補論２〕は、それ以来、筆者の頭の片隅にあった「宿題」を果たすために書かれたメモワールである。中田教授にご教示の御礼を申し上げるとともに、このような不備極まるメモワールしか書くことができなかった不明をお詫びしたい。なお中田教授ご自身、最近のジュリスト誌上で本判決に関わる論文を書かれている。中田「消費者契約法・景品表示法における差止めの必要性——クロレラチラシ事件を素材に」ジュリスト1517号（2018年4月1日号）46頁以下。本稿でも参考にさせて頂いた。

178 なお「クロレラ研究会」がYと「同一組織」であったことは、京都地裁判決で以下のように認定されている。すなわち「クロレラ研究会は、細胞壁破碎クロレラ粒（など。以下省略）といったY商品の宣伝広告活動を行う被告の組織の一部門にすぎないと考えるのが合理的である。したがって、研究会チラシを配布した者はY自身」である、と。民集71巻1号27頁。判時2267号88頁。控訴審でも、この点が争点となったが、「Yが、現時点では、Y名のチラシを配布していること（乙81）を総合すれば、少なくとも平成26年6月2日以前の研究会チラシ〔本件チラシを含む〕の配布主体はYであったと認めるのが相当」と認め

が出た翌日以降、上記の「本件チラシ」の配布を取りやめた。

< i > 京都地判は、XのYに対する本件請求を、以下のように述べてほぼ全面的に認容した。——「不当表示規制の趣旨は、商品を購入させるための不当な誘導を社会から排除し、一般消費者の適正な商品又は役務の選択を確保することにあるから、商品の内容について「実際のもの…よりも著しく優良であると誤認される表示〔優良誤認表示〕」（景表法10条1項1号）をしたか否かは、業界の慣行や事業者の認識ではなく、表示の受け手である一般消費者の認識により判断されるべきである。——中略——わが国では、医薬品が、国民の保健衛生上極めて重要であることに鑑み、医薬品の使用によってもたらされる国民の健康への積極的、消極的被害を未然に防止し、その品質、有効性及び安全性を確保するため、薬事法により、医薬品は品目ごとにその製造販売について厚生労働大臣の承認を受けなければならない（14条1項）——中略——これに違反した場合には刑罰を科せられる（84条3号）。さらに、承認を受けていない医薬品につき、その名称、製造方法、効能、効果又は性能に関する広告をすることはできず（68条）、これに違反した場合にも刑罰が科される（85条5号）。——中略——そうすると、医薬品としての承認がされていない商品について、〔本件チラシにより〕医薬品的な効能効果が表示されている場合、当該表示は、一般消費者に対し、当該商品があたかも国により厳格に審査され承認を受けて製造販売されている医薬品であるとの誤認を引き起こすおそれがある——中略——〔したがってYの「本件チラシ」による表示は〕優良誤認表示にあたる¹⁷⁹と認めるのが相当である」（丸括弧内・原文。傍点及び亀甲括弧内・引用者）。Xの請求を全面的に認容。そこでYが控訴。

< ii > 控訴審（大阪高判平成28年2月25日判時2296号81頁）で、Yは、本件差止め請求につき、以下のように主張した。すなわち、Yがすでに「本件

〳定されている（亀甲括弧内・引用者）。民集71巻1号43頁。判時2296号84頁。

179 民集71巻1号29-31頁。判時2267号89-91頁。

チラシ」の内容と異なる新たな広告（以下、「是正広告」という）を出しており、かつまたYにおいて「原審の裁判所の判断・指摘を遵守する姿勢」があることも「明らか」であるとし、「本件訴訟において研究会チラシ〔本件チラシ〕の違法性¹⁸⁰を争っていることは、Yが今後同様のチラシを配布するおそれが存在することを意味するものではない」などと述べ、「当該行為差止めの必要性はない」（危甲括弧内・引用者）と主張した¹⁸¹。これに対してXは、Yの行為が「アリバイ的」であって、むしろYの主張は、「本件チラシ」を広告として不特定の人々に配布してきた「クロレラ研究会」がYの「組織の一部門であることを表している」と反論した¹⁸²。しかるところ、控訴審・大阪高裁は、Yが景表法10条1項1号所定の「優良誤認表示」を現在していないこと、すなわちYが本件チラシの「配布を一切行わないことを明言している」こと、さらに本件チラシの「表示が一切含まれないY名義のチラシを新たに作成し、配布している」ことを理由に、Yの主張を容れ、Xの差止請求を全面的に棄却した。加えて、本件チラシの配布が「個別の消費者」に向けられたものではなく「不特定多数の消費者」に向けられたものであるから、消費者契約法12条1項及び2項にいう「勧誘」に当たる

180 ちなみに、Yが言う「違法性」とは、Yの本件チラシ配布にかかる「行為の違法性」を指すと考えられる。本稿で筆者（川角）がいう——差止請求権発動根拠としての——「行為の違法性」とは、その法的意義を異にするかもしれない。すなわち、本稿がここでいう——差止請求権発動根拠としての——「行為の違法性」とは、消費者契約にかかる取引秩序攪乱という意味での〈契約環境〉に関する現在の状態の「不適法性」をもたらす「行為」を指して言っている。そのように差止請求権発動要件論における「行為の違法性」の内容が、その行為の対象たる客体の現在の状態の「不適法性」と一体不可分であることの認識は、きわめて重要である。したがって筆者は、不法行為の成立要件としての「行為の違法性」と差止請求権発動要件としての「行為の違法性」とは区別されるべきだと考えている（「民事違法二元論」の構想）。ただし詳細な論証は、今後に譲りたい。

181 民集71巻1号37頁。判時2296号83頁。

182 民集71巻1号37-38頁。判時2296号83-84頁。

とは言えない、とも判示した¹⁸³。これを不服として、X上告。

＜iii＞ 最高裁の判決理由は簡潔である。すなわち最高裁は、本件チラシの不特定者への配布が消費者契約法12条1項及び2項にいう「勧誘」に「当たらないということはできない」としたものの、結局「本件チラシの

183 念のため、控訴審の判決理由を摘記しておく。——「弁論の全趣旨（中略）によれば、遅くとも平成27年1月22日以来、Yもクロレラ研究会も、原審で審理対象とされた研究会チラシ〔本件チラシ〕の配布を一切行っていないことが認められる。——中略——平成26年6月2日以前の研究会チラシの配布主体はYであったと認めるのが相当——中略——そのYが、現時点では、原判決別紙（中略）に記載された表現を含むチラシ〔本件チラシ〕を配布していないのであるから、Xの主張を前提にしても優良誤認表示を現に行っていると認めることはできない。Yは、原審で審理対象とされた研究会チラシ〔本件チラシ〕を今後も配布する予定がない旨主張し——中略——平成27年6月29日以降、YがY名義で配布しているチラシには、「サン・クロレラA」という商品名が大きく記載され、目立つ文字で「クロレラは医薬品ではありません」と記載されている上、Xが差止対象とした原判決別紙（中略）の表示は一切されて〔いない〕。——中略——したがって、現段階では、YがXが主張するところの優良誤認表示を行うおそれがあるとは認められない。——中略——消費者契約法12条1項は、適格消費者団体は、事業者等が、消費者契約の締結について勧誘をするに際し、不特定かつ多数の消費者に対して、同法4条1項から3項までに規定する行為（同条1項1号の不実告知を含む。）を現に行い、又は行うおそれがあるときは、その事業者等に対し、当該行為の停止若しくは予防又は当該行為に供した物の廃棄若しくは除去その他の当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとることを請求することができる旨を——中略——定めている。消費者契約法が、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に鑑み、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとすること等を目的とする（同法1条参照）法律であること——中略——に照らせば、規制の対象となる同法12条1項及び2項にいう「勧誘」には、事業者が不特定多数の消費者に向けて広く行う働きかけは含まれず、個別の消費者の契約締結の意思の形成に影響を与える程度の働きかけを指すものと解される。そうすると、特定の者に向けた勧誘方法であれば規制すべき勧誘に含まれるが、不特定多数向けのもの等、客観的に見て特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思の形成に直接影響を与えているとは考えられないものについては、勧誘に含まれないと解するのが相当である」（傍点・ゴチック及び亀甲括弧内・引用者）。民集71巻1号43-46頁。判時2296号84-85頁。ちなみに、上記の判決理由中、「傍点・ゴチック」の箇所は、大阪高裁自身がYの景品法違反行為を認定したものとして解すべき文章である。

配布について上記各項にいう「現に行い又は行うおそれがある」ということはできないから、Xの上記各項に基づく請求を棄却した原審の判断は、結論において是認することができる」として、原審（大阪高裁）の立場を結果的に追認した（上告棄却）¹⁸⁴。

（２）若干のコメント

本稿で詳論はできないが、Yの関連会社であった「クロレラ研究会」による第１審判決翌日以降の「本件チラシ」配布停止をいかに評価するか（Xのいう「アリバイ的」行為にあたるか）、そしてYによる同様な行為の再発の蓋然性（「おそれ」が「高度」（ないし「客観的な存在」）¹⁸⁵であるか否か、が問われている。これに関し、XはYに対する書面による事前請求（消費者契約法41条１項に基づく請求）を、すでに第１審提訴前、平成25年10月11日に行っており（翌日到達）、よってYは、Xの差止請求の理由も内容も知悉していた¹⁸⁶。にもかかわらずYは、それを無視した形で、第１審・京都地裁判決

184 民集71巻1号5頁。判時2332号16頁。なお、最高裁による原審判決への「追認」について、少し言及しておきたい。というのは、原審（大阪高裁）では、景表法10条１項１号（現行30条１項１号）の「優良誤認表示」に基づく差止請求権についてののみ実体判断がなされ、それを棄却している。つまり消費者契約法12条１項・２項に基づく差止請求権について、原審は、そもそも「勧誘」要件該当性を否定しているがゆえに、消費者契約法上の差止請求権に関する実体判断をしていなかったからである。この点、景表法上の差止め判断の基準と消費者法上の差止め判断の基準は一般に同一であるとされている。よって最高裁は、実質上、消費者契約法上の差止め請求についても、原審（大阪高裁）の立場を「追認」したことになる。中田・前掲ジュリスト（前注177）49-50頁も参照。

185 一般に、妨害予防請求権の成立要件としての将来的な妨害発生蓋然性（「おそれ」）は「高度なものであること」が要件とされているところ（本稿前注144に対応する本文を参照）、消費者契約法・景品法等の蓋然性（「おそれ」）は「客観的な存在」で足りると解されている。この点、宗田貴行「景品法上の適格消費者団体の差止請求に係る「現に行い又は行うおそれ」の要件」私法判例リマックス55号（2017年度＜下＞）54頁以下、特に55-56頁及び本稿後注188及び195も参照。

186 Xの「書面による事前請求」は、消費者契約法41条（適格消費者団体の差止請求に関する手続規定）に基づいて適正に行われており、Yもその事実を認め

が出るまで、本件チラシを不特定多数者に配布していた。その際、「少なくとも平成26年6月2日以前の研究会チラシの配布主体はYであったと認めるのが相当」（大阪高裁認定事実。本稿前注183も参照）と認定されている。このことは極めて重要である。すなわちYは、すでにXの請求内容を事前に認識していながら、平成27年1月21日の京都地裁で差止め判決を出されるまで本件チラシの配布を続行し、その翌日「遅くとも平成27年1月22日以来」は本件チラシを配布していない、というにすぎない（大阪高裁認定事実）¹⁸⁷。要するにYは、京都地裁判決が出るまでXの請求を全面的に無視してきたわけである。にもかかわらずYは——すでに紹介したように——控訴審で「原審（京都地裁）の裁判所の判断・指摘を遵守する姿勢があり違法行為を行うおそれがないことは明らかである」（傍点・引用者）と主張している。ところが、原審判決（京都地裁判決）で命じられた優良誤認表示行為の是正のための「新聞広告」に関する請求（本件「新聞広告掲載請求」）については、なおYは、これを無視したままなのである。こうしてYは、

ゝめている。念のため同法1項を引けば、こうである。——「適格消費者団体は、差止請求に係る訴えを提起しようとするときは、その訴えの被告となるべき者に対し、あらかじめ、請求の要旨及び紛争の要点その他の内閣府令で定める事項を記載した書面により差止請求をし、かつ、その到達した時から一週間を経過した後でなければ、その訴えを提起することができない。ただし、当該被告となるべき者がその差止請求を拒んだときは、この限りでない」。本件では、1審段階でYがXの「事前請求」を認め、これにつき争わなかった（民集71巻1号21頁及び23頁参照）。しかしながらYは、Xの「事前請求」につき全く適切な対応をしなかった。だから、Xが提訴に踏み切ったのである。この点、ドイツ不正競争防止法（UWG）では、訴訟前の——したがって当然のことながら「訴訟外」での——請求者（本件のX）による「警告」を受けた事業者（被請求者。本件のY）が、両者間で「違約罰付きの不作為合意」（その他、一定の厳格な要件の下での「被請求者による一方的意思表示」）がなされるべきことが、確立した規律として存在する（2004年改正UWG12条1項1文参照）。以上につき、根本尚徳「差止請求権の発生根拠としての「侵害の危険」に関する判断方法について——基礎的・比較法的考察」浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集『早稲田民法学の現在』（2017年）439頁以下、特に455頁参照。

187 民集71巻1号43頁。判時2296号84頁。

Xの「事前請求」も放置し、京都地裁判決の命じた「新聞広告掲載」すら行わないまま、「控訴」して争った。控訴審でYは——これも先に紹介した通り——「(Yが) 本件訴訟において研究会チラシの違法性を争っていることは、Yが今後同様のチラシを配布するおそれが存在することを意味するものではない」(括弧内・引用者)などと述べているが、これは、Yによる一種の「居直り」とも言いえる主張にはほかならない¹⁸⁸。なぜなら、Yが「原審の裁判所の判断・指摘を遵守する姿勢」(括弧内・引用者)を具体的に示したいのであれば——Y主張の「是正広告」のみならず——少なくとも「原審」(京都地裁)が命じたところの「新聞広告掲載」に応じておくべきであったから、である¹⁸⁹。Yは、なぜこの「新聞広告掲載命令」に応じな

188 この点、本稿後注198末尾で紹介する近藤充代教授の論稿は、差止め判決を受けた事業者が控訴して「争う」ことでもって、差止め対象行為の再発の「おそれ」を推認してよい、という趣旨のことを主張している。なお、本件Yの行為は、客観的に消費者契約法秩序を不適法に攪乱せしめてきたものであり、その行為自体は「違法」であるが、当該Yの攪乱行為＝妨害行為がYの「営利目的・経済的収益獲得目的」と不可分一体である点は、重要な意味をもつ。だから、将来的な妨害予防請求権の要件も、通常の物権的妨害予防請求権の要件(「高度の蓋然性」)と比べて格段に引き下げられている。すなわち「客観的な蓋然性」で足りる、とされる傾向にある。下級審判例の同様の傾向として、本稿後注198参照。なおドイツでは、消費者保護事案のケースでは、「すでに一旦妨害行為」があったことにつき請求者から主張・立証されれば、原則直ちに「妨害回復」の可能性が事実上推定される。この推定を被請求者(事業者)が覆そうと思うならば、請求者からの「警告」を前提とした上で「違約罰付きの不作為合意」を形成すべきことになる。この点、根本・前掲論文(前注186)442-443頁参照。いずれにせよ本文で指摘したような「居直り」の姿勢を示すYに、将来の不作為に向けた「真摯性」(根本・前掲論文448-449頁の指摘を参照)は、そのかけらすら見出すことはできないように思われる。ちなみに、本稿の立場は、一見したところ、いわゆる「侵害行為の態様」を問題にしている。しかしそれは、あくまでも保護され、保全されるべき客体としての消費者のトータルな利益、及び消費者取引秩序の法的評価を、優先的価値基準として設定した上で問題としているにすぎない。ここに、相関関係論的な「侵害行為の態様と被侵害利益の程度との比較考量」が介入する余地は全くない。この点、念のため補足しておく。

189 少なくとも、Yは、自らの過去の「優良誤認表示行為」の違法性を認め、反省する旨の意思をXに表明しておくべきであったろう。この点、宗田・前掲メ

かったのか。これを拒否しておいて、現在の「不作為」のみをもって、直ちに将来的にも「違法行為を行うおそれがない」という「弁明」が通用するだろうか。仮に、このようなYの言い分が法的に通用するなら、事業者は「優良誤認表示」ないしは「不実表示」を平気で実行したあと、「今後はやりません」と言うだけで——現在のかつ将来的にあるべき（消費者契約法1条の）「理念」（本稿後注193参照）に基づく——消費者取引秩序＝市場秩序を、Yは自己本位＝事業者本位の立場から攪乱せしめることができることを意味しよう¹⁹⁰。それを裁判所が認めていいのだろうか。

ともあれ、少なくともYは、結果として「原審の裁判所の判断・指摘を遵守する姿勢」を誠実に実現してこなかったことになる（単に部分的に「履行」したにすぎない）。にもかかわらず、Yが、控訴審でこのような「言い逃れ」的な（Xのいう「アリバイ」的な）——ある意味「言行不一致」であり、かつ「矛盾」した——態度を示したことは、今後Yによる妨害の蓋然性（「お

リマークス（前注185）56頁に明快な指摘がある。その上で、さらに第1審判決の「新聞広告掲載命令」に応じておくべきであったと、考える。それをもしないうで、Yが「原審（京都地裁）の裁判所の判断・指摘を遵守する姿勢がある」と主張するのは、一種の「先行行為に矛盾した振る舞い」（venire contra factum proprium）にはかならない（信義則に反する行為の一つの典型例である）。ちなみにXの請求する新聞広告の請求内容は、Yが「優良誤認表示」の事実を認め、「今後は、優良誤認表示を行わないようにいたします」と表示することを求めるだけであって、いわゆる「謝罪広告」の請求ではない。単なる事実の確認と今後の是正の意思表示にすぎない。この点にも留意しておく必要がある。

190 この点、中田・前掲ジュリスト（前注177）52頁も「いったん訴訟になると、本件のクロラレチラシの場合もまったくそうであるが、とにかく敗訴というダメージを避けるために、事業者は、疑義のある行為を中止するケースが多い」と述べ、それだけでもって「おそれ」なしとして——本件控訴審や最高裁のように——適格消費者団体の差止請求権（妨害予防請求権）を斥けてしまえば、なんのための消費者団体訴訟か、わけがわからなくなると、危惧の念を表明している。そして、その結果、ただでさえ財政基盤の苦しい適格消費者団体の行動にインセンティブが働かなくなる「おそれ」も指摘している。

それ」を法的に強く「推認」せしめるものである¹⁹¹。このように、Xの「事前請求」を無視し¹⁹²、第1審の「新聞広告掲載命令」にも従わないまま、「控訴」してXの請求を争ったYの姿勢は、明らかに「消費者契約法の理念」¹⁹³

191 宗田・前掲リマークス(前注185) 57頁は、本稿の立場よりもっと厳格である。すなわち、本件控訴審がYによる過去の景品法違反行為を認定している以上、「違反が一度存在していたことによって原則的に「おそれ」が推定される」と述べているからである(ちなみに控訴審による「Yの過去の景品法違反行為の認定」は、民集71巻45頁及び判時2296号85頁で示されている。本稿前注183も参照されたい)。なお「不正競争防止法や商標法の分野においては、過去又は現在における違反行為が存在していれば、特段の事情がない限り、「おそれ」が認められるとする多くの裁判例がある」という指摘(宗田・前掲リマークス56頁)も、参照に値する。さらに「基本的には、過去もしくは現在において事業者等による不当勧誘行為がなされた事実があれば、特段の事情のないかぎり、将来においても不当勧誘行為がなされる「おそれ」が認められるというべきである」という指摘も重要である。日本弁護士連合会消費者問題対策委員会(編)「コンメンタール消費者契約法(第2版増補版)」(2015年) 297頁。

192 本件Xのような適格消費者団体は、差止め請求にかかる訴訟を提起するためには、法定の訴訟要件として消費者契約法41条1項に基づく相手方への「事前通知」を要する(原則、通知到達後1週間を経過した後でなければ提訴できない)。この「事前通知」の効力を拡張して、相手方の事業者が、かかる書面による「事前請求」を「受諾しない限り、再びその行為をしないとはいえないとみなす」という方向での「運用」も提唱されている。中田・前掲ジュリスト(前注177) 51頁参照。この場合、相手方事業者(本件のY)は、当然のことながら「書面」で請求受諾の意思表示をすべきことになろう。これは、訴訟の前後・訴訟の内外で行われてよいことだと考える。一種の「和解」アプローチに接近する解決方法に繋がらうだろう。

193 周知のように、消費者契約法1条は「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差に鑑み、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合等について——中略——消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることとすることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」(傍点・引用者)と定めている。これと消費者による(ひいては事業者による)「私的自治」・「自己決定」との関連づけの仕方は、きわめて重要である。この点、消費者契約法1条の「目的」と「私的自治」・「自己決定」の尊重が相互に矛盾・対立するものであるとは言えない。その際、以下のヴェルナー・フルーメの提言は貴重な意義をもつ。すなわちフルーメは、「私的自治」を基礎とする「財貨と役務に関する秩序」にメ

に背く。かくして、結局のところYは、過去の「妨害行為」を真摯に反省したとは言えない。その点でYは、むしろ現に「消費者契約取引秩序」を攪乱させる振る舞いをしている、とすら言いうる¹⁹⁴。少なくとも、そのよ

ゝにおいて、まずは消費者、ひいては事業者の、自立した「市民」としての自己決定 (Selbstbestimmung) が「法的価値」(Rechtswert) あるものとして承認され、実現されるとき、初めて「私的自治」(Privatautonomie) が正当化され、「私的自治」が法的原理 (Rechtsprinzip) へと高まる、という。Werner Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. 1, 1960, S. 136 ff. bes. S. 143-144. 原島「競争秩序と民法」(前注2) 222頁も参照(以上については、すでに本稿前編・龍谷法学50巻2号〔2017年〕354-355頁でも触れた。その意義の重要性に鑑み、ここで再度指摘しておく次第である)。たとえば「事業者」が、その専門的能力・組織力・情報力・宣伝力等を「市場」において適切に自主行使し、「消費者」のく自己決定を実質化>することを通じ、相互に合意を形成することは、「事業者」にとっても「神聖」な営み (Geschäft) である、と言えよう。そのようにして初めて、*Rechtsgeschäft*としてのVertragが形成されるのである。なお「契約の神聖」につき、さしあたり戒能通孝「約款と契約——契約観念の未成熟と約款の制度理論」同『著作集Ⅶ・法社会学』(1977年。原論文初出は1959年) 165頁以下、特に169頁参照。このような基本的な観点(市民法原理)との絶え間ない往復運動の中で、ようやく消費者契約法1条の「目的」が理念として現実化するのだと考えられる。本稿で「消費者契約法の理念」という場合、その「理念」とは、もっぱら上記の意味で使われている。これは常に、民法(市民法)の基本的価値基準と相互にリンクすべきものである。したがって、消費者保護領域の差止請求権の根拠も、単に妨害者の「意思」あるいは「経済的利益の追求」という個別事情・主観的事情という側面(たとえば根本・前掲論文〔前注186〕441頁以下及び466頁注89)とは必ずしも関わりなく、むしろ上記の妨害=攪乱される客体的契約秩序・取引秩序・競争秩序の現在的=将来的「状態」と突き合わせて考慮されるべきことがらであるように思われる。

194 すなわちYの——「控訴」時点での——現在の行為は、「健全」で「良好」な消費者契約環境を基盤づける取引秩序への攪乱行為——現在のかつ客観的な「競争秩序」違反の一つのバリエーション——にはかならない。かてて加えて「本件チラシ」を、Yが自主的に「回収」していないことも、なお考慮されて然るべきである。仮に、この「本件チラシ」の存続によって優良誤認表示が現在的に消費者契約にかかる取引秩序を攪乱している(「優良誤認表示」の事実上の存続がある)とすれば、それだけで純然たる妨害「排除」請求権としての「差止請求権」が根拠づけられるはずである。その場合——より具体的に言えば——Xには本件チラシの「回収」請求権が認められるべきことになろう。この点、

うなYの振る舞いを前提とする限り、今後Y（ないしY関連会社）による上記「取引秩序攪乱」の「おそれ」が推定されざるをえない（少なくとも、その「おそれ」が「客観的に存在する」）¹⁹⁵。ドイツでは——すでに本文で指摘したように——「予防的権利保護は、権利保護のみならず、広く法益保護を視野に取り込みながら、相手方（「被告」）の将来の行為（振る舞い）に対する「警告機能」（eine Warnfunktion）を営む」とされていた¹⁹⁶。したがって、た

ゝほぼ同旨として宗田・前掲リマークス（前注185）57頁の観点も参照。仮にそれが「不能」であれば、「回収」に代わる「優良誤認表示」の誤りの「反省」と今後の是正を表明する新聞広告掲載請求、ないしそれに相当するマスコミ広告請求が認容されて然るべきであろう（結局Yが、第1審京都地裁の新聞広告掲載命令を「履行」することに帰着する）。ちなみに本件では、ガン患者や糖尿病患者らが「薬をも掴む」思いで「クロレラ」購入に至る「事情」が指摘されている（判時2267号85頁コメント欄参照）。消費者契約法は、そのような「事情」を利用するYの行為を——不法行為責任・損害賠償責任と切り離して——純然たる「差止請求権」によって規制している。これは、消費者契約法が構想するところの消費者取引秩序をめぐる法的環境を緊急に保全する必要性を前提にした立法措置、と言えよう。この点、前掲書「コンメンタル消費者契約法」（前注191）12頁以下参照。なかでも、消費者団体訴訟の機能につき「消費者を真に市場の監視者たらしめる効果をも有している」という指摘は——泣き寝入りしない自律的な消費者像を主体的に描き出す点で——とても重要である。同「コンメンタル」14頁参照。

195 この点——物権の妨害「予防」請求権に関する指摘であるものの——「主張・立証責任」の問題として「相手方による妨害の「おそれ」については、かつて妨害された事実が立証されれば反復による将来の妨害のおそれ、事実上推定されることが多い」（傍点・引用者）とされている点に、ここで再度留意しておく必要がある。本稿前注146も参照。このことは「おそれ」の「客観的な存在」で足りるとされる消費者契約法・景表法上の妨害予防請求権につき、当然に考慮されるべき事柄である。

196 上記本稿本文（4）[a]「ヘンケル」論の箇所。特に本稿前注136及び137に対応する本文を参照。なおドイツで、この「警告機能」がUWG（ドイツ不正競争防止法）で応用されている。たとえば「消費者団体からの警告手続の（事業者による）受諾という流れの中で、一種の合意による違約金を付された不作為表示の制度」（括弧内・引用者）の活用が図られようとしている。中田・前掲ジュリスト（前注176）51頁。なお、岸井大太郎「独占禁止法上の差止請求」判例タイムズ1062号（2001年）211頁及び217頁注42もみよ（この岸田論文については、中田・前掲ジュリスト〔前注177〕51頁注17を参照）。なお岸井論文は、注42ノ

とえYが、今現在は「クロレラは医薬品ではありません」と表示しているとしても——それは仮に「妨害排除請求権」を阻止する根拠にはなりえたととしても（それすら疑わしいのであるが）——妨害「予防」請求権を阻止する根拠にはなりえない¹⁹⁷。つまりは、Yが、直接「優良誤認表示」の不適正行為を自認し、それを真摯に反省した上で、将来にわたって是正する

で「違約金を伴う合意など差止めが認められる場合と同等の法的効果を有する措置の必要性」を問いかけている。なお、2004年のUWG改正12条1項1文では、訴訟開始前の請求者からの「警告」を要件に、「適当な違約金によって担保された不作為義務」を被請求者が負担する意思を表明することによる紛争処理が明文化されている（根本・前掲論文〔前注186〕455頁参照）。さらに最近、宗田貴行「ドイツにおける消費者団体訴訟制度の新たな展開——消費者被害防止のための妨害排除請求権の活用」国民生活研究57巻1号（2017年）1頁以下、特に13頁以下、同「ドイツにおける消費者法分野の被害救済・違反抑止手法」比較法研究79号（2017年度版・2018年3月発行）17頁以下も参照。このうち宗田論文（後者）31頁は、ドイツ独禁法（GWB）違反・不正競争防止法（UWG）違反のみならず、さらにドイツ民法（BGB）823条2項の保護法規違反類型としての消費者保護法規違反を法的根拠とする「差止請求権」についても触れている。この点に関連して、E. Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz (Fn. 57), S. 92 ff. und S. 103-104. が、そのための基本的視点を提供している。龍谷法学・本号掲載の「拙訳」も参照されたい。

197 すでに本稿では、「原審の判断」を遵守すると明言するYが、「原審」の命じた新聞広告を拒絶し、かつその行為（新聞広告掲載命令拒絶行為）を正当化するため「控訴」をしたこと自体、「消費者取引秩序攪乱」という意味での現在の不適法状態を意味しうることにつき、言及した。本稿前注188及びそれに対応する本文参照。本稿の考察が法的に肯定される限り、大阪高裁はYの「控訴」自体を却下することによって、Yによる現在の「消費者取引秩序攪乱」状態の排除を現実化することも可能であったはずである。これは妨害排除請求権としての差止請求権の実現を意味しよう。また、Yの控訴を認めたとしても、大阪高裁の裁判官は適切に釈明権（民訴149条）を行使することによって、Yが「原審」の新聞広告掲載命令を拒絶し「控訴」した意義を法的に正しく解明する義務を負っていたように思われる。ちなみに、この妨害排除請求権としての差止請求権が認められないとしても、Xによる妨害「予防」請求権としての差止請求権は承認されるべきであった、というのが本稿の立場である（少なくともXの「新聞広告掲載請求」は認容されるべきであったろう）。

ことを法的に担保したことには決してならない¹⁹⁸。言い換えれば、本件は、

198 たとえば大阪高判平成22年3月26日LEX/DBインターネット事件番号25470736は、「Yは、定額補修分担金条項を使用しないことを、経営判断として決定し、マスコミを通じて表明しているの、それに反するような行動をとることはあり得ない旨主張しているが、経営判断は状況に応じて変転する可能性が高いものである上に、定額補修分担金の消費者契約法10条違反性を強く争うYの姿勢に照らせば、現在同条項を使用しない旨をマスコミを通じて表明しているとしても、これにより同条項を今後使用するおそれがあるとの認定は左右されない」と判示し、よって「消費者契約法12条3項の「消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を現に行い又は行うおそれがあるとき」に当たる」として、原告の妨害予防請求権を認めた（なお、適格消費者団体による「不当条項」の差止請求制度〔消費者契約法12条3項〕につき、山本豊「適格消費者団体による差止請求」法律時報83巻8号〔2011年〕27頁以下参照）。さらに福岡高判平成27年7月28日金融・商事判例1477号45頁は、一般論としてではあるが、消費者契約法12条の「現に行い又は行うおそれ」要件について「差止めの対象となる事業者の行為としては、拡散する蓋然性を有することが必要と考えられることから、同条は、差止めの要件として、当該行為が不特定かつ多数の消費者に対して現に行われている場合又は行われるおそれのある場合であることを必要としているのであり、同条に規定する「現に行い又は行うおそれがあるとき」に当たるというためには、当該事業者により現実に差止請求の対象となる行為がなされていることまでは必要ではないものの、当該事業者により当該行為がされる蓋然性が客観的に存在していることを要するものと解される」と述べている（傍点・引用者）。「蓋然性」の「客観的存在」でもって、「おそれ」要件を充足すると言っている。これは、消費者取引秩序における被害の未然防止・抑止機能を重視する観点から、物権的妨害「予防」請求権の「おそれ」要件（「高度の蓋然性」）と比べて、そのハードルを一段切り下げた判決と解しうる。なお消費者取引事案につき、すでにそれはドイツでは一般的傾向となっている。取引環境における事業者の経済的利益の追求目的という普遍的「力学」が特殊に働くことが考慮されている、とされる。この点、根本・前掲論文（前注186）443-444頁参照。本件「クロレラ事件」では、第1審（京都地裁）判決後のYの新しいチラシで「クロレラは医薬品ではありません」と強調して記載されているものの、Yはマスコミを通じた「是正広告」すら出していないわけであるから、先の大阪高判平成22年3月26日の趣旨からすれば、本件控訴審及び上告審は、少なくともYの将来的妨害行為の「おそれ」要件の充足を認定した上で、第1審判決が命じた妨害「予防」請求に基づく新聞広告掲載を命ずるべきであった、と考える。すなわち、本件最高裁としては——たとえ破棄自判でなくても——上告棄却とすべきではなく、少なくとも「破棄差戻し」とすべきであったろう。この点、本稿後注203でも触れている。なお参考までに、本件最高裁判

対社会的でかつ客観的なYによる真摯な反省の意思表示が——単に自社のチラシによってだけでなく——少なくとも新聞やテレビなどのマス・メディアを通じて明確に、かつ反復的（もはや1回限りでは足りないだろう）に示されて初めて、Yがかつて不特定多数者に配布していた「本件チラシ」の——今なお、ありうるところの——現在のな妨害（不特定消費者の「本件チラシ」による誤解）を解消し、さらに今後のYの行動に対する将来的な妨害予防請求権が行使されてもやむをえない事案であった、と考える。

他方、Xは「不特定かつ多数の消費者の利益」のため、かつまた「消費者被害の防止」のために差止請求権の行使権限を付与されている「適格消費者団体」（消費者契約法13条1）である¹⁹⁹。それゆえXは、いわばその「法的責務」として、訴訟上「差止請求権」を行使しなければならない地位にあった、とも言う。そのXの請求内容を、果たして控訴審及び最高裁は全面的に棄却すべきであったのか。少なくとも、Xによる上記「新聞広告掲載請求」は、これを認容すべきであったのではないか。そうしてこそ初めて、消費者契約法上の差止請求権（妨害「予防」請求権）が将来的に発

、決を批評した近藤充代教授の見解を以下に引用しておきたい。近藤教授は、こう言っている。「提訴後に当該行為を中止し、今後行わないと主張していることのみをもって、「おそれ」なしとされるのであれば、事業者は「当該行為を中止した」ことを形式的に整えれば容易に差止請求を免れることになる。少なくとも、事業者が当該行為の優良誤認該当性について争っている場合は「おそれ」を認めるべきであろう」（傍点・引用者）。近藤充代「適格消費者団体による不当表示の差止請求〔クロレラチラシ事件〕」経済判例・審決百選（第二版）〔2017年〕259頁。本稿と視点はやや異なるが、その発想と方向性に照らし、筆者は近藤教授の見解に深い同意の念を抱く。

199 なお、中田・前掲ジュリスト（前注177）は、適格消費者団体の差止請求権の実効化のために、適格消費者団体の権限を拡張する必要性（たとえば消費者契約法41条1項の「事前通知」の効力の拡張も、その一つである）及び適格消費者団体の財政基盤の充実とそのための公的支援の充実強化の必要性を訴えかけている。差止請求訴訟には「訴訟費用」の負担がつきまとうからである。中田・前掲ジュリスト53頁参照。重要な問題提起である。

揮すべき「警告機能」が、実効的に担保されえたのではないか²⁰⁰。その際、Yは会社法人であるところ——かりに法人としての人格的「名誉」を考慮しても（最判昭和39年1月28日民集18巻1号186頁参照）——Xの求める「訂正広告」の内容・程度であれば、少なくとも「代替執行」は十分可能であったと考える（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁参照）²⁰¹。その意味で、消費者契約法12条1項及び2項の「勧誘」差止め条項の要件充足性を一応認めながら²⁰²、Xの「新聞広告掲載請求」をも結果的に斥けた本件平成29年最高裁判決は、いわゆる「隔靴搔痒判決」のひとつの見本であった、と言わなければなるまい²⁰³。

200 なお、この論点（妨害予防請求権の「警告機能」）は、消費者契約法41条の適格消費者団体による「事前請求通知義務」の効果に関する解釈論及び立法論的な問題に繋がってくると思われるが、その問題解明については今後を期すほかない。

201 本件におけるXの新聞広告請求が「謝罪広告請求」ですらなかった点については、すでに触れた。本稿前注189参照。

202 この点に関連して、後藤卷則教授は以下のような見解を示す。すなわち、消費者契約法の趣旨によれば特定の消費者に対する勧誘のみならず不特定の消費者に対する勧誘についても「（消費者契約法上の）「勧誘」概念を広く解すること」は、「法の趣旨目的に合致」するのであって、「法は、事業者等の（「勧誘」を含めた）不実告知等によってなされた意思表示の取消しや事業者に対する差止請求を認めることによって、消費者が取得する情報の真实性を確保しようとしている」（括弧内・引用者）と。後藤「クロレラチラシ配布差止請求事件」ジュリスト別冊・平成29年度重要判例解説（2018年）69頁以下、特に70頁参照。この「勧誘」概念に関する法的判断を、最高裁が上記後藤教授の判批の趣旨で確認したことは、なるほど事実である。その点で、本件最高裁判決の意義を積極的に評価することはできよう。しかし、だとするならなおのこと——本稿後注203でも指摘しているように——少なくとも最高裁は、上告人（原告・適格消費者団体）の差止請求を「全面棄却」すべきではなかったのではないか。

203 そもそも最高裁は——「上告棄却」ではなく——「破棄差戻し」判決を下すべきであったのではないか。そして、Yが「原审の判断を遵守する」と言いながら、なにゆえ「原审」の「新聞広告掲載命令」に応じなかったのか——釈明権（民訴149条）を適切に行使せしめて——事実関係をより詳細に審理し直さるべきであった、と考える。なお、根本・前掲論文（前注186）464頁は、本件控訴審及び最高裁の理由＝判断方法（不適法「チラシ」を「現在配布してないこと」・ノ

本件控訴審（大阪高裁）そして上告審（最高裁）の裁判官による真摯な「再考」と「反省」を願ってやまない。とにもかくにも、裁判官の「法的判断」と「良心」（憲法76条3項）に期待を繋ぎたいからである。

（未完）

「今後も配布する予定がない旨主張していること」により、Xの差止請求権を全部棄却する判断）をわが国第1の傾向とし、その傾向を含め、わが国の傾向は「それ自体として直ちに否定されるべきものではない」というが、やや不可解である（ちなみに根本教授は、第2の傾向として、差止めを抑止する法令の存在等の「客観的障碍状況」に着目する傾向を挙げている。根本・前掲論文463-464頁）。ドイツの法状況に照らせば、明らかに本件Yの言動には「真摯性」が欠落している。そしてドイツの判例・学説によれば、Yが「自らの過去の言動を反省した」としても、かつまた「被請求者（本件のY）が不正競争行為の源を成す事業の遂行を停止した」としても、「それだけでは上記推定（将来的妨害行為反復の推定）は破られない」（括弧内・引用者）はずである。根本・前掲論文456頁参照。にもかかわらず、なにゆえわが国判例・下級審裁判例の「評価」として、本件控訴審及び最高裁の「判断方法」が「直ちに否定されるべきものではない」ということになるのだろうか。ここで筆者（川角）は、ドイツの判例・学説を「直輸入」すべし、などと言っているのではない。根本教授がドイツ法の考察で得たはずの成果を活かすならば——とりわけ適格消費者団体による「書面での事前の請求」制度（消費者契約法41条）が存在するわが国消費者契約法上の「差止請求権」を、法機能的に活かすという立場に立つならば——なにゆえ、本件控訴審・最高裁の判断の不当性が直ちに引き出されない、ということになるのか。根本教授は、本件控訴審・最高裁の判断が「それ自体として直ちに否定されるべきものではない」とした上で、慎重にドイツの判例・学説の現状を踏まえ——しかも「違約罰付き不作為合意」制度が直ちに許容されたいわが国の状況を視野に収めつつ——「客観的障碍状況」を広く把握し、もって「その具体化を図るべきである」とする。そして、その「具体化」を、「裁判官と訴訟当事者、特に適格消費者団体による法形成・規範創造に委ねられるべき事柄であろう」として論文を結んでいる（根本・前掲論文465頁）。しかしながら、なにゆえ現存する消費者契約法41条の積極的な有効活用が展望されず、逆に（差止め抑止効果を担うところの）「客観的障碍状況」重視型の方向での将来的な「法形成・規範創造」に委ねられるべきことになるのだろうか。不思議でならない。この核心は、消費者契約法の「制度理念」の最低限度の尊重であり、消費者取引秩序における「制度理念」のもたらす「保全利益」の保護、さらには——上記「制度理念」の尊重及び「保全利益」の保護を媒介とした——市民法上

の契約の「神聖さ」の再生である。これは、単に「妨害のおそれ」（「侵害の危険」）にかかる「被請求者」（「事業者」）の「侵害行為の態様」に汲み尽くされえない諸ファクターにほかならない。ことに、上記の＜保全利益＞そのものの保護という観点はきわめて重要である。それゆえ第一義的には、当該の＜保全利益＞の法的評価を通じて妨害予防請求権の「おそれ」（根本教授のいう「侵害の危険」）の解釈論そのもののあり方も自ずと規定されていくべきものであるように思われる。これは「法形成・規範創造」の前に行われるべき「すでにある法」の「発見」＝「法発見」の課題にほかならないのではないか。つまりは、このような妨害予防請求権の「要件」画定のために、解釈論上消費者契約法12条と41条とがリンクされ、よって裁判前の「事前請求」（警告）に対するYの訴訟前の対応と訴訟におけるYの攻撃防御の内容評価、さらには「第1審判決の内容に全面的に服する」と告白するYの裁判後の「真摯性」の法的評価（解釈）の問題に尽きるのではないだろうか（すでに述べたように、少なくともYが第1審判決をみずから遵守して「新聞掲載請求」に応じていたならば、「真摯性」の一部は充足されたに違いない。このような「真摯性」の充足によって消費者取引秩序における「保全利益」が保護されるのであり、この保護こそが消費者契約法上の適格消費者団体による「差止請求権」の第一義的な課題であり、使命とも言うべきものである、と考える）。これを筆者（川角）は、「法形成・規範創造」よりも前の「（すでにある）法の発見」の問題、と言っている。なお、根本教授は、「規範創造」という場合に「裁判官の規範創造機能」を想定されているようである（この点、根本・前掲論文455頁は「裁判官法」〔Richterrecht〕をもっぱら肯定的に記述している）。なるほど自由法学・利益法学の提唱以来、裁判官を含めた「法曹の規範創造——法曹法の比重が著しく高まっている」。にもかかわらず「ここで注意すべきは、具体的問題の正しい解決の志向の点において具体性・個別性を追求するあまり、問題を社会的現実から抽象し孤立せしめてはならない（ということである）。問題はそれを包む社会諸関係から生じそこに位置づけられていることである（る）。そのためには社会構造・社会関係の科学的認識が必要となろう。ここに法適用・法解釈にとっても社会諸科学の成果の摂取の重要性が生じてくるのである。さらに、法適用の法律への拘束の原理は、個別的問題の正しい解決にあたっても、これを軽視することは許されないであろう。（中略）法曹法がいかに重視さるべきであるにせよ、制定法を空洞化する帰結をもたらしてはならぬからである」（括弧内・引用者）。磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同（編）『現代法学講義』（1978年）85頁以下、特に122頁。ちなみに、筆者（川角）がいう「（すでにある）法の発見」という観点は、原島重義「法と権利に関するひとつの考察——民法学から」同『市民法の理論』（前注2）53頁以下の見解を踏まえている。ともあれ、上記の点につき根本教授はどのように考えられるのであろうか。同教授から、さらなるご教示を賜ることが出来れば幸いである。