HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日照の私法的保護に関する諸問題
Author(s)	藪, 重夫
Citation	北大法学論集, 25(3), 1-61
Issue Date	1974-12-18
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16176
Type	bulletin (article)
File Information	25(3)_p1-61.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

日照の私法的保護に関する諸問題

藪　重　夫

一　はじめに
二　「受忍限度論」批判説の検討
　一　篠塚説
　二　環境権論
三　日照妨害に基づく工事差止請求
　一　差止請求に関する諸問題
　二　受忍限度の判定基準
四　おわりに

一　はじめに

日照に関する生活利益（日照権）の妨害[1]については、判例・学説上、「一般に受忍すべき限度」を基準としてその違

法性が判断され（いわゆる受忍限度論）[2]、当事者双方の利益衡量[3]による紛争の解決がはかられてきた[4]。しかし、利益衡量に基づく受忍限度論に対しては、近時、強い疑問が提起されている。通説ともいうべき受忍限度論に対して批判の口火を切ったのは、篠塚教授の一連の論説[5]であるが、その後、大阪弁護士会環境権研究会による提言がより体系的な批判を展開するに及び、それをめぐって激しい論争がたたかわされている[6]。あらかじめ、私の立場をのべておくと、日照権に基づく差止請求については具体的利益衡量が必要不可欠で、受忍限度論の適用は排除されるべきではないと考えている。だが、問題は、その判定基準の明確化にあり、いかなる要素をどの程度考慮して認容基準を形成すべきかという点にある。

本稿は、受忍限度論に対する批判とそれをめぐる論争の検討をとおして、日照権の法的性格を考察し、受忍限度の判定基準と差止請求に関する諸問題について私見をのべようとするものである。

（1）本稿では、隣人への害意をもって建てられたシカーネ的建築物による日照妨害や、塀、ひさしなど、その価値がそれ程でない工作物による日照妨害の場合は除外し、主として、日照紛争において典型的にみられる中高層建築物（すなわち、建築基準法上適法な建築物として、また、その目的も正当な必要性に基づいて、建てられ、しかも経済的・社会的価値が高い中高層建築物）による日照権の侵害を取り扱うことにする。

なお、私は、日照「権」ということばを用いることに、若干のためらいを感じている。というのは、(イ)日照妨害では、侵害の成否が、かなりの程度、被害者側の土地、建物の利用形態に左右されるばかりでなく、(ロ)わが国の都会では、中高層建築物が建てられる以前から、日照利益を十分享受しえていない劣悪な住居環境のもとで生活している人びとが少なくないからである。(イ)については、例えばある広さの土地に家屋を建てる場合は、南側に空地をとるため北側に寄せて建てるのが普通であるが、逆に、南側に寄せて家屋が建てられている場合には、その南側の隣地に建てられる建物は、中高層のものでなくても日照を阻害することになるであろうし、北側の家屋が、当初から日照を考慮しないで建てられている場合にも、同様の結果を生じる。このような事情は、比較衡量の一要素として当然考慮されることになるが、これを「日照権」の侵害としてとらえること自体に問題が

あるように思われる。(ロ)については、東京理科大の武井正昭教授と東大の勝田高司教授が実施した東京都内における日照享受量の実態調査によると、冬至期の日照時間二時間以上の住宅が八五パーセント、三時間以上のものが八〇パーセント、四時間以上のものが六五パーセント、五時間以上のものが五〇パーセントという結果が報告されているが（首都圏懇話会「住環境における日照の評価とその基準」一二三頁以下）、これによると、東京都内には日照時間二時間以下の家屋が一五パーセント存在していることになる。このような、いわば、はじめから日照とは縁遠い暮しをしている高密度住宅密集地区の人びとについて、日照「権」を有している、ということがどういう意味をもつのか疑問なしとしない。なお、建築審議会の「市街地環境の整備の促進のための方策に関する答申」（昭和四九年一月二八日）に基づいて現在国会に提出されている建築基準法の改正案五六条の二は、日照の基準を定めるに当って、規制対象建築物が周辺に及ぼす日影を一定限度以内に制限するという、いわゆる「日影規制方式」を採用しているが、これは、複数の建物によって日照妨害が複合的に生じるという場合に、早いもの勝ちになることを防ぐ意味もある一方（真島一男「日照問題に関する対策の方向」ジュリスト（特集）「日照権」九七頁）、右にのべた点が考慮されたことによるものである。したがって、「日照権」なるものは、「土地建物をノーマルな形で利用している居住者が従来享受していた日照利益」というべきものであるが、以下においては、便宜上、一般のよび方にしたがって、「日照権」ということばを用いることにする。

また、一般に指摘されているように、具体的な日照紛争事件においては、「日照妨害」は、日照の阻害そのものだけではなく、それに関連して、中高層建築物による電波障害、通風阻害、天空侵奪、圧迫感、プライバシー侵害、土地価格の低下、その他住環境の悪化につながる生活上の不利益がトータルに争われており、日照は、これら生活上の不利益をめぐる紛争において、シンボルとしての役割を果している（日照がシンボルとしての役割をになっている意味については、伊藤剛「日照妨害を理由とする建築禁止仮処分の実態」ジュリスト（特集）「日照権」二七二頁参照）。かくして、「日照権」は、これをより正確にいうと、「日照の利益を指標とする財産的・人格的利益の総合としての生活利益が中高層建築物によって侵害された場合に、裁判により、損害賠償および建築工事の差止という方法で保護を受けうる権利」として理解される。

(2) 昭和一四年、「新法学全集」において、違法性の有無は「被侵害利益の種類、性質と侵害行為の態様との相関関係」に基づいて、判断されるべきことを提唱した我妻学説は、その後の民法学界に大きな影響を与え、特に、加藤一郎「不法行為」（一〇六頁）が、この考え方を「現在の学説の到達点」と評価するに至って、その不法行為理論における支配的地位は決定づけられた観がある

が、受忍限度論は、この違法性論の評価基準をより具体化するものとして、その枠内に生まれ、殊に生活妨害（ニューサンス）の領域において今日一般的に適用をみるに至っている。

(3) 受忍限度を判定するにあたっては、㈠被害者のこうむる被害の程度、㈡建物の敷地とその周辺の土地の地域性、㈢建築物の使用目的、㈣居住の先後関係、㈤加害および被害の回避可能性などの諸要素が総合的に衡量されているが、多くの裁判例においては、後にのべるように、「被害の程度」と「地域性」が判定要素として最も重視されている。

(4) 生活妨害について受忍限度論から違法性を導き出す判例の先駆をなすものは、有名な信玄公笠掛松事件に関する大審院判例（大正八年三月三日民録二五輯三五六頁）であるが、そこでは、権利濫用論が受忍限度論と未分化の状態で論旨がすすめられているとはいえ、判決は、「凡ソ社会共同生活ヲ為ス者ノ間ニ於テハ一人ノ行為ガ他人ニ不利益ヲ及ボスコトアルハ免ルベカラザル所ニシテ此場合ニ於テ常ニ権利ノ侵害アルト為スベカラズ、其他人ハ共同生活ノ必要上之ヲ認容セザルベカラザルナリ」という発想から出発し、「然レドモ其行為ガ社会観念上被害者ニ於テ認容スベカラザルモノト一般ニ認メラルル程度ヲ越エタルトキハ……不法行為ト為ルモノト解スルヲ相当トス」と判示しているのであって、そこには、現在のニューサンス判例において支配的地位を占める、受忍限度外→違法性という考え方が認められる。

これに対して、同様に受忍限度論の立場をとりながら、侵害が存する以上違法性が認められるが、受忍限度内であれば違法性が阻却されるとする、受忍限度内→違法性阻却ともいうべき考え方がある（加藤一郎編「公害法の生成と展開」三九七頁、判例は少ないが、明示的に違法性阻却説を承認したものとして四日市ぜんそく事件に関する津地四日市支判昭和四七年七月二四日判時六七二号三〇頁を参照）。受忍限度をこえる場合に違法性ありとする一般の受忍限度論と、原則と例外の関係が逆になるが、その結果、違法性の立証責任も逆になる（加害者の方で受忍限度内であることを立証しなければならない）とされている（加藤編、前掲二八頁）。だが、実務家の指摘（研究会「公害訴訟」(2)ジュリスト四七五号一四四頁、一四五頁における鈴木、近藤各判事の発言）によれば、実際の訴訟では原告、被告の双方から受忍限度にポイントを合わせた主張がなされ、証拠資料もそこに集中されるので、裁判所としては受忍限度をこえるかどうかという法律的判断さえすればよく、立証責任の問題は判決の表面に出てこない、とされており、そうだとすると、受忍限度を違法性阻却事由として構成すべき実益はそれ程ないといえよう。（好美清光「日照権の法的構造」(下)ジュリスト四九四号一二一頁参照）。

さらに、生活妨害に関する判例で問題とされる「過失」は心理的状態（結果発生を予見すべきなのに、不注意のためにそれを

知りえないである行為をするという意味の過失）ではなく防止義務の違反（受忍限度をこえる侵害をもたらさないように相当な防止措置を講ずべき義務の違反）であることを理由に、判例上「過失」は主観的心理状態の問題を離れた客観的な問題としてとらえられており、その意味で、過失判断は違法性判断に接近融合し、このようにして両者は受忍限度論によって一元的に判断されるべきであると主張する「新受忍限度論」の立場がある（加藤編、前掲三八七頁以下（野村好弘執筆）、淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト四五八号三七五頁、野村＝淡路「公害判例の研究」一七頁）。法的構成の問題として過失と違法性の関係をみるならば、すでに大審院時代の判例においても、例えば「大阪アルカリ事件」判決（大判大正五年一二月二二日民録二二輯二四七四頁）が防止措置の欠除を過失の問題として取り扱っているのに対し、「信玄公笠掛松事件」判決（前掲）は違法性（権利濫用）の判断要素として扱っており、両者の区別はもともと不明確であったということができようし（沢井裕「公害の私法的研究」二六七頁以下参照）、近時のニューサンス判例では両者を書き分けていない判決や過失ということばを使わない判決が多くなっていることは事実である。この点に関連して、実務家の立場からは、「現在の裁判官としては、不法行為事件をやる場合に、過失は要らないのだ、違法性一本で勝負すればいいのだという考え方にまで進んでいるというのが一般ではないかと思う」という指摘もなされているが、平井宜雄助教授は、これに対して、不法行為の要件としては違法性とか過失とかを区別する意味はないという立場から、損害回避の問題は不法行為が成立するかどうかという要件全部にかかわる問題として考えてよいといわれている（研究会「公害訴訟」(2)前掲一五三頁における鈴木判事ならびに平井助教授の発言参照）。

なお、平井助教授は、不法行為の要件の法的構成に関して、違法性と過失との区別は特殊＝ドイツ法的概念というべきものであり、わが国の民法典の不法行為規定の構造はドイツ民法典のそれと全く異なっているのに、その差異を無視してドイツ民法学の理論を輸入したところに問題があるとされ、不法行為の要件として違法性と過失を区別することは理論的に無意味で、両者はフランス法のフォートや英米法のネグリジェンスのように、「過失」に一元化して説明されるべきであるという立場から、「被侵害利益と侵害行為の態様との相関関係」説をも含めて、従来の違法性概念を鋭く批判されているが（平井「不法行為責任の範囲に関する法的構成」(3)法協八六巻一二号一三九三頁以下、同「損害賠償法の理論」三二四頁以下）、ことがらは不法行為の理論的構成にかかわる問題であり、したがって、ここでは深く立入らないこととしたい。ただ、受忍限度論に関係する限りで付言すると、ドイツ民法的意味における違法性と過失を共に含む機能を「過失」に一元化して構成することは、損害賠償を与えるべきかどうかという効果との関連で「過失」という概念をとらえることを意味するわけであって、具体的事件の解決は、いかなる事実

があるときに、どのような要素を考慮しつつ、「過失」ありと判断すべきか（損害賠償という効果を認めるべきか）という問題に帰着する。したがって、「過失」＝不法行為が成立するかどうかの判断は、結局さまざまの要素を総合的に衡量した価値判断にほかならないことになるであろう。そうだとすると、不法行為の要件の再構成という理論上の問題はさておき、紛争の具体的処理の面では、注（3）にあげたような諸要素が衡量されることに変りはないといえよう。

（5）発表された順序にしたがってあげると、篠塚昭次「転機に立つ公害法」セミナー一六五号（六九年一二月）二頁、「公害の差止請求」ジュリスト四五八号（七〇年八月）三八六頁、「不動産法の常識」（上）（七〇年八月）六四頁（「日照権について」）および七七頁（「公害と不動産法」）、「日照権の新展開」セミナー二〇〇号（七二年八月）二頁、「日あたり条例」の考え方」の「一、考え方の基点」ジュリスト五二九号（七三年四月）三六頁、「民法を学ぶ者の心得」セミナー二一〇号（七三年五月）三一頁。

（6）「環境権確立のための提言」ジュリスト四七九号（七一年五月）六〇頁。

二　「受忍限度論」批判説の検討

一　篠塚説

(1)　篠塚教授は、まず、受忍限度論について、それは利益衡量という方法論に立っているので、その実体たる限度がケースごとにしか特定できず、相対的・浮動的なものになる、このため受忍限度論では、事前に限度を決めることができなくなり、いつも結果まちということになりかねない、これでは損害賠償の基準とはなりえても、公害防止の法論理にはならないのではないか、という疑問を提起される。(7) そして、公害の差止に関しては、公害を「物」公害と「人」公害とに分類し、物公害の場合には物権的請求権のみ、人公害の場合には人格侵害排除請求権のみを認め、加害事業が営利的なものである場合に被害利益が市民（法）的財産権（営業財産のごとき「物」）のときには利益衡量の余地があるが、被害利益が社会（法）的財産権（農民の生存がかかっている田畑、サラリーマンの住宅、小企業者の

営業財産等の「物」のときには本来の利益衡量はできない（ただし、「物」という点だけは共通しているから利益衡量の類推は可能であり、完全な現物給付または完全な補償を条件に物権的請求権を制限すべきである）とし、さらに、被害利益が市民（法）的人格権（集会、言論、名誉、信用などの自由権的人格権）のときには利益衡量は可能だが、社会（法）的人格権（生命、身体、健康などの生存権的人格権）のときには利益衡量の余地はなく、受忍限度などありえないとする。[8]

右の所論は、公害一般について説かれていることである。[9] とすれば、篠塚説は、格別目新しい主張を展開しているものとは思われない。[10] 営利的事業によって生存権的人格権が侵害される場合には絶対に利益衡量すべきでないとされているが、判例、学説上も、これを否定する考え方はほとんどないといってよいであろう。[11]

問題は、日照妨害のような場合である。篠塚説によれば、日照権も「抽象的にいうなら、生存権であり、基本的人権の一つで」あるとされ、[12] 被害者は「居住権ないし生存権というものが侵害されている」のだとされる。[13] それでは、日照妨害の場合にも、社会（法）的財産権（例えばサラリーマンの住宅）ないし社会（法）的人格権（例えば健康）の侵害として、受忍限度論の適用は排除されることになるのか、というと、そういうわけではなく、この場合は「とぼしい太陽の分配は、いまのところ、加害者と被害者の生活上の立場および利益を比較しながら、相対的にきめるよりほかない」とされ、[14] むしろ利益衡量が是認されている。ということになると、一体、右に紹介した類型的構成のなかで用いられている「社会（法）的」財産権・人格権とか、「生存権的」人格権という「ことば」は、教授の場合、どのような意味で用いられていることになるのであろうか。端的にいって、そこには、概念の混乱ないし乱用があるといわざるをえない。

(2) だが、篠塚説の場合、混乱はこれだけにはとどまらないように思われる。環境権が提唱された以後において発

表された論説[16]では、法的保護の対象としての日照利益の実体を人格権と財産権という二つの面からとらえ、人格権の側面では、「日照の阻害による不利益は、まず人体に発生する。主として健康、ときには生命にもおよぶであろう」という認識に立ち、「日照阻害により生命・身体・健康が害されたばあいは、人格権が侵害されたことになる」として、三田村事件の二審判決（東京高判昭和四二年一〇月二六日高民集二〇巻五号四五八頁）が「およそ住宅における日照通風の確保は、快適で健康な生活のために必要にして欠くことのできない生活利益であって、これは自然から与えられる万人共有の資源ともいうべきであるから、かかる生活利益としての日照通風の確保は……可能なかぎり法的な保護を与えられなければならない[16]」とのべている部分だけを引用して、これを、「人格権の〝生存権〟としての意義を正当に評価した画期的判決」と称揚し、さらに、二審判決と最高裁判決（昭和四七年六月二七日民集二六巻五号一〇六七頁）が加害者の「過失」を認めている点をとらえて、「これは、あきらかに「過失」を独立の要件とせず、受忍限度の中に包せつせんとするいわゆる〝新受忍限度論〟を否定したものと解してよい。とくに、いわゆる〝新受忍限度論〟が、いわゆるある種の〝利益衡量論〟に依拠し、その応用と理解されている点からみて、最高裁としても受容できない法律論であろうことが推察される。けだし、いわゆる〝新受忍限度論〟では、完全に相対的な事実だけの比較衡量に帰するから、すべてを事実審たる下級審に白紙委任することになり、上級審の判断を介入させる余地がなくなりうるからである」（傍点は原文のまま）とまでいい切っている[17]。

しかし、このような判決の理解や紹介の仕方は、余りにも粗雑というものであろう。右の論説に対しては、好美教授から痛烈な批判が加えられているが[18]、私も、好美教授が「判決の客観的認識においては、主観的希望にもとづく我田引水的な飛躍が目につく」とされているのを全面的に肯定せざるをえない。たしかに、二審判決には、教授が引用されているように、住居における日照の確保は「快適で健康な生活のために必要にして欠くことのできない生活利

益」であるとのべている部分があり、また、慰謝料の支払いについて判示している箇所では、日照妨害が「一種の人格権侵害の実質をもつ」ことがのべられている。この部分の表現だけを自分の主張に都合のよいようにつなぎ合わせれば、この判決を「日照妨害は、健康な生活にとって不可欠の生活利益、すなわち人格権、の侵害になることを認めたもの」として理解することは不可能ではないということになるのかもしれない（ただし、三田村事件は日照妨害によって被害者が健康を害されたとは必ずしもいえないケースである）[19]。しかし、これを目して、「人格権の生存権としての意義」を正当に認めたものと評価することは、曲解も甚だしいといわなければならない。二審判決は、そして、最高裁判決も同様に、篠塚教授が反情を示されている「受忍限度論」に依拠して、日照妨害の違法性を判断しているのである[20]。

そもそも、解釈論的な構成にとって重要なことは、「人格権」ということばが用いられているかどうかという点にあるのではなく、その抽象的なことばが法的構成においてどのような意味内容（ことばとしての実体）をそなえるものとして扱われているかという点にある。いうまでもなく、「人格権」という概念は、はなはだ多岐にわたり、今日の不法行為法によって保護されている人格権的な諸利益は、生命、身体、健康、身体的自由など人の身体的側面に関するものや、名誉、信用、氏名、肖像、プライバシーなど人の精神的側面に関するものまで、多くの内容を含んでいる。音響、振動、煤煙、臭気、日照阻害などによる生活妨害（ニューサンス）も、伝統的な判例学説にしたがって、これを物権（所有権、各種の用益物権ないし排他性をそなえた賃借権もしくは占有権）の侵害とみることはできるが、実態に即して、身体的側面ないし精神的側面にかかわる人格権的な利益の侵害として把握することは、十分に可能なことである[21]。日照妨害を理由とする工事差止請求権の法的構成について、その侵害態様の消極性（いわゆる消極的ニューサンスとしての性格）と中心的被害が「個人の快適な生活利益」そのものであることに着目して、これを人格権的

請求権として構成すべきであるとされる好美教授の主張も、それなりに実質的な根拠をもつ見解として理解することができる。[22] だが、篠塚教授が日照権を生存権的意義をもつ「人格権」として構成される場合、その「人格権」ということばは、自覚的に利益衡量に基づく受忍限度論を排除しようとする意味において用いられているのではあるまいか。そうでなければ、「生存権的人格権」などと力まれる必要はさらさらないはずである。

(3)　さらに、最高裁判決や二審判決がいわゆる「新」受忍限度論を否定したものとみる理解の仕方にも多分に疑問があるように思われる。最高裁判決は、「原判決によれば、Y（上告人＝加害者）のした本件二階増築行為は、その判示のように建築基準法に違反したのみならず、Yは、東京都知事から工事施行停止命令や違反建築物の除却命令が発せられたにもかかわらず、これを無視して建築工事を強行し、その結果、少なくともYの過失により、前述のようにX（被上告人＝被害者）の居宅の日照、通風を妨害するに至ったのであり、一方、Xとしては、Yの増築が建築基準法の基準内であるかぎりにおいて、かつ、建築主事の確認手続を経ることにより、通常一定範囲の通風を期待することができ、その範囲の日照、通風を大幅に奪われて不快な生活を余儀なくされ、これを回避するため、ついに他に転居するのやむなきに至ったというのである」として、「Yの本件建築基準法違反がただちにXに対し違法なものとなるといえないが、Yの前示行為は、社会観念上妥当な権利行使としての範囲を逸脱し、権利の濫用として違法性を帯びるに至ったものと解するのが相当である」（傍点筆者）と判示している。このように、たしかに、「Yの過失により……」と判決はのべている。しかし、違法性と峻別される、いわば独立の存在意義をもつものとして、判決が「過失」ということばを用いているとは理解しがたい。判決の論旨をごく簡単に要約すれば、それは、「Yの悪質な建基法違反行為の結果、Xの居宅の日照、通風は妨害されるに至った、だから、Yの建基法違反の行為はXの日照被害とかかわりがあり、Yの行為は権利濫用として違法なものと判断される」としているものである。それ故、右の違法性判断の過程の

なかで、「Yの過失」ということばは、いわば、違法性判断の理由づけを補強するものとして、用いられているにすぎないとみるべきである。したがって、判決が新受忍限度論を採用しているとは勿論いえないであろうが、さりとて、新受忍限度論を積極的に否定しているとも解しがたい。少なくとも、「新」受忍限度論の存在を意識して、この判決が書かれているとは到底思われないのである。

つぎに、「新受忍限度論では完全に相対的な事実だけの比較衡量に帰するから、すべてを事実審たる下級審に白紙委任することになり、上級審の判断を介入させる余地がなくなりうるから」、「最高裁としても受容できない法律論であろうことが推察される」とされている点も、私には、根拠のない推論というほかはないように思われる。利益衡量は、新受忍限度論におけるそれをも含めて、決して単なる事実だけの比較衡量にすぎないというものではなく、事実をふまえ、それについて法的な価値判断を加えることによって結論が出されるものである。したがって、それは下級審に白紙委任されるべきことがらではなく、まさに法的判断の問題として、法律審たる最高裁の判断がなされて然るべきことがらに属するといえよう。さらに付言すると、利益衡量は、価値基準なくしては無内容で、何らの判断基準にもなりえないものであるが、二審判決や最高裁判決では、具体的な価値基準として、加害行為の態様、被害の程度、地域性（そして副次的に被害者側の損害回避可能性）が用いられており、[23] 無内容な、事実だけの比較衡量が行われているわけでは勿論ないのである。また、新受忍限度論を目して、これを簡単に無原則な利益衡量論と評し去る態度についても、必ずしも同調はできない。[24]

なお、教授は、最近、「日あたり条例」案[25]の考え方の基点として、人の集合体である「都市」は、「長年にわたる住民の合意の集積」であり、「そこには、法律的にみても「契約」とよびうるような実体が存在する」として、それをルソーの社会契約論とのアナロジーによって「都市契約」とよび、「都市契約」は「社会契約論」の現象形態といえる。何

びとも、この「都市契約」を無視……することはゆるされない。「都市契約」は「都市契約」によってのみ変更しうる」のであり、「ここに都市計画における「住民参加」の法的基礎が存在している」という議論を展開されている。[26] この発想は、「日あたり条例」案が関係住民の同意を得ることを建築主等に義務づけていることに関連して、それを根拠づけるために打ち出されたものとみられるが、都市には法律的にみても「契約」(長年にわたる住民の合意の集積)とよびうるような実体が存在する、といわれている根拠は不明確であり、「都市契約」ということばも、いわばキャンペーンのための思いつきとして、比喩たる意味をもつ以上のものではないように思われる。

以上を要するに、篠塚教授の所論は、率直にいって、概念や論理の混乱、根拠のない推論などが多く目につき、法律論としては粗雑というほかはない。そればかりでなく、問題にとり組むその基本的な姿勢も不明確で、私には、一貫性が欠けているように思われる。

(7) 「転機に立つ公害法」前掲(注5)三頁。
(8) 「転機に立つ公害法」前掲(注5)五―六頁、「公害の差止請求」前掲(注5)三九〇頁、「不動産法の常識」(上)七九頁以下。
(9) 「公害の差止請求」前掲(注5)三八七頁では、「日照侵害や騒音は、相隣法や物権的請求権という既成の法論理で立ちむかえたが、大気・水質の汚染はそうはゆかないのだ。そこで本稿は、大気・水質汚染に焦点をあわせて検討することにしたい」とのべられているし、「不動産法の常識」(上)では、「日照権について」の項(六四頁以下)ではなく、「公害と不動産法」の項(七七頁以下)で問題が論ぜられている。
(10) 沢井裕「差止請求と利益衡量」法律時報四三巻八号一二頁参照。
(11) 阿賀野川・新潟水俣病事件に関する新潟地判昭和四六年九月二九日判時六四二号九六頁は、「企業の生産活動も、一般住民の生活環境保全との調和においてのみ許されるべきであり、住民の最も基本的な権利ともいうべき生命、健康を犠牲にしてまで企業の利益を保護しなければならない理由はない」という考え方に立脚して、「化学企業は製造工程から生ずる排水を一般の河川等に

放出して処理しようとする場合においては、最高の分析探知の技術を用い……生物、人体に危害を加えることのないよう万全の措置をとるべきである」とし、「最高技術の設備をもってしてもなお人の生命、身体に危害が及ぶおそれがあるような場合には、企業の操業短縮はもちろん操業停止までが要請されることもあると解する」とまで判示しているし、四日市ぜんそく事件に関する津地四日市支判（前掲、注（4）参照）は、一般論として、違法性阻却説に立つ受忍限度論をとってはいるものの、具体的判断においては、被侵害利益が人の生命、身体にかかわるものであることを理由に、被告企業側の主張した利益衡量要素（公共性規制基準の遵守、場所的慣行性、先住関係、結果の回避可能性および最善の防止措置など）をすべて排斥している。

(12) 「不動産法の常識」（上）六五頁。

(13) 同前、六九頁。

(14) 同前、六七頁。

(15) 「日照権の新展開」前掲（注5）二頁以下。

(16) 「……」として引用が省略されている部分は、判決のなかでは「……これと衝突する他の諸般の利益との適切な調和を顧慮しつつ……」と書かれている。

(17) 「民法を学ぶ者の心得」前掲（注5）は、人格権としての日照権を、水俣病や四日市ぜんそく事件など典型的な公害の場合と区別なく並列的に取り扱い、受忍限度論は「がまんの限度といいながら、「なぜがまんすべきか」という受忍の根拠を実証的に解明しなかった」と批判している。

(18) 好美清光「最高裁日照権判決をめぐって」セミナー二〇三号一一九頁以下。

(19) 二審判決は、日照・通風妨害による被害の程度について、被害者方では「その後冬期の光熱費が幾分かさむようになり、また家族が若干健康を害したり、庭木の生育を妨げられるなどの影響をうけるようになったことが認められる。もっとも、このうち庭木の生育阻害という点は、このことだけならば、人口の激増する都会地では（たとえ郊外の住宅地でも）やむをえないこととして受忍を要求してもあながち酷だとはいえないであろうし、また家族の健康阻害、光熱費の増加なども、必ずしも日照・通風妨害のみが唯一の原因だったとは考え難い。しかし、これらの点は一応別としても、住居に日中ほとんど日光が射さなくなったこと自体きわめて重大で、X（被害者）の日常万般に影響を及ぼしたであろうことは容易に推認することができる」（傍点筆者）と判示している。

(20) 二審判決は、「日照通風の遮蔽による生活妨害は、騒音、振動、煤煙、臭気等の放散流入によるそれが……積極的侵害であるのとちがって、……消極的性格のものである点において、特異性を有する」ことは否定できないが、「その故に日照・通風妨害の違法性の判定において、後述する諸般の利益のより慎重な衡量が要求されることは格別として、これに対する不法行為法の枠内における保護を否定すべき理由はない」(傍点筆者)と判示し、明らかに受忍限度論の立場から、「右受忍限度を判定するにあたっては、加害行為の態様、これに対する社会的評価、加害者の意図、当該場所の地域性、侵害の程度、損害の回避可能性等の事情を広く比較検討してこれを決」すべきであるとして、加害行為の態様(悪質な建基法違反)、被害の程度(住宅に日中ほとんど日光が射さなくなったこと)、地域性(場所が名実ともに住居地域であること)、損害の回避可能性(二階を増築することによって被害を相当程度軽減できるが、それは建基法の建蔽率に違反するので、他に転居するほかなかったこと)の諸事情を重視し、「かかる日照通風の妨害はもはや社会生活上一般に受忍すべき限度をこえ、賠償責任を生ぜしめる十分な違法性を備えるに至った」と評価して、慰謝料二〇万円の支払いを命じている(にすぎない)ものである。

さらに、最高裁判決も、「南側家屋の建築が北側家屋の日照、通風を妨げた場合は、もとより、それだけでただちに不法行為が成立するものではない」と明言した上で、「しかし、すべての権利の行使は、その態様ないし結果において、社会観念上妥当と認められる範囲内でのみこれをなすことを要するのであって、権利者の行為が社会的妥当性を欠き、これによって生じた損害が社会生活上一般に被害者において忍容するを相当とする程度を越えたと認められるときは、その権利の行使は、社会観念上妥当な範囲を逸脱したものというべく、いわゆる権利の濫用にわたるものであって、違法性を帯び、不法行為の責任を生ぜしめるものといわなければならない」(傍点筆者)と判示して原判決を正当としているのであって、理由づけとして権利濫用論がもち出されているとはいえ、基本的には忍容限度外→違法性という受忍限度論の採用が貫かれているのである(この意味で、理論構成としては、信玄公笠掛松事件に関する大審院判決(注4参照)と共通性をもっているといえる)。

(21) 加藤「不法行為」は、被侵害利益をその性質にしたがい、これを類型化して説明しているが、生活妨害を人格権的なものの侵害としてとらえている(一〇八頁、一二六頁)。なお、加藤編「公害法の生成と展開」二〇頁、谷口＝植林「損害賠償法概説」二八六頁など参照。

(22) 好美清光「日照権の法的構造(下)」ジュリスト四九四号一一三頁以下。

(23) 前掲、注(20)を参照。

(24) 野村「故意・過失および違法性」(加藤編「公害法の生成と展開」三九六頁以下)は、受忍限度論が一種のマジック・ワード化しつつあることを指摘し、「だが、法律学者は、冷静にそのことを見きわめ、そのことばが果すべき役割および内容について緻密に検討を加える必要がある」とした上で、受忍限度の判定要素についてそれなりの分析をおこなっている。この分析が、価値基準の明確化という点で十分なものといえるかどうかはともかくとして、これを無原則な、歯止めなき利益衡量の典型と断定し去る態度には同調できない。

(25) 建築公害対策市民連合が東京都への直接請求として提示した「日あたり等快適な住環境の確保に関する条例案」(昭和四八年五月一二日)。

(26) 篠塚＝鎌田＝浦川「日あたり条例の考え方」ジュリスト五二九号三六頁。

二 環境権論

環境権論[27]によれば、「環境権」とは、「良き環境を享受し、かつこれを支配しうる権利」であり、「人間が健康な生活を維持し、快適な生活を求めるための権利」であるといわれる。ここにいう「環境」は、大気、水、日照、静穏、景観などの自然的環境のみならず、社会的諸施設や文化的遺産など、広く社会的、文化的環境をも含むものであって、環境権は、すべての人びとが、その共通の財産として、かかる環境を享受しうるという意味において、すべての国民なかんずく一定地域の住民の共有に属するもの(「環境共有の法理」とよばれる)とされている[28]。そして、このような環境権は、国または地方公共団体に対し良き環境の確保を要求しうる権能を含む点において、生存権的基本権の一面をもつとともに、強大な力をもつ企業の侵害から社会的弱者である公害の被害者を守るための権利として社会権の一種に属し、その憲法上の根拠は一三条および二五条の規定に求められている[29]。

(1) 環境権の綱領性と権利性　環境権論は、公害対策に関する立法、行政に対して指導理念を提供するとともも

に、環境保全法の制定、規制措置請求権の立法化、原因者負担主義の徹底、公害対策の姿勢の転換などを促すという、いわば、キャンペーン的な効果としての役割をもつものであるが、[30] 環境権の意義は、単にこのような綱領的な権利としての性格のみにとどまらず、すべての環境破壊行為に対し、一般住民がその差止を求める権原として、直接裁判で主張できる具体的な法的権利たりうるものでなければならない、とされる。[31]

(イ) まず、公法の分野では、いわゆる反射的利益論を克服して、抗告訴訟における原告適格を拡大し、あわせて環境利益に対する損失補償の可能性を開くものであり、間接的には、義務付け訴訟や義務確認訴訟を認めさせる契機ともなる、と説かれる。[32]

(ロ) つぎに、私法の分野では、受忍限度論は、被害者住民側に不可侵の権利を認めず、侵害行為の違法性の有無は被侵害利益の性質と加害行為の態様との相関的衡量によって決せられるとしてきた結果、その結論は企業加害者側に傾きやすく、特に、受忍限度論が、差止について、損害賠償よりもきびしい要件をもうけていること（いわゆる違法性段階説）はきわめて疑問であるとし、損害賠償においては、侵害行為の態様（公共性とか最善の防止措置など）はいっさい考慮することなく、「結果の不法」に徹して、被害の存在のみにより違法性を認めるべきである、とする。[33]

(2) 今日、環境権がもつ綱領的権利としての意義や有用性について、これを否定する見解はほとんどないといってよいであろう。地域全体の健康で快適な住民生活を守るために環境破壊を防止し良好な環境保全をはかる責務が、個人的救済を本来の目的とする民事訴訟よりも、第一次的には、国、地方公共団体の立法、行政に帰せられるべきことは、何びとにも異存のないところである。[34]

しかし、環境権の主張の重点は、私法上の具体的権利として環境権を確立することにある。[35] すなわち、環境権論は、もろもろの環境素材が不動産の所有権、利用権とは関係なく、すべての人びとに共有的に帰属するという考え方

に立脚して、地域の環境破壊に対し民事的な住民訴訟による救済の道をひらき、その法理論上の裏づけを構築しようとするものである。[36]

だが、他方、私法的救済の拡大を目的とする環境権の主張に好意的な態度をとる学説のなかにも、環境権概念が民法上の権利概念としてまだ十分熟していないことや、[37]その具体的作用についてまだ十分に説得的でない点が残されていることを指摘するものが少なくない。[38][39]

思うに、およそ新しい権利概念を主張するには、それが従来の解釈論（判例、学説）で実現できない法的効果（利益の保護）を導き出しうるものであることを具体的に提示するとともに、解釈論としても適切な理論を提供しうるものでなければ、それは、実益のない無意味な試論に終らざるをえないであろう。環境権論が「公害の私法的救済の拡大」という効果を目指すものであることは明らかであるとしても、その主張にどれだけの意味があるかは、従来の解釈論にどのような欠陥があるか、また、それを克服するためにどのような有効、適切な理論を提供しうるか、という点にかかっていることである。いうまでもないことであるが、この場合、従来の解釈論を誤解したり、単に環境権を認めるべきである、あるいは認めるのが望ましいという態度に立って、技術的概念としての吟味をないがしろにすることは排斥されなくてはならないと考える。

以下においては、損害賠償と差止とに問題を分けて、環境権論とそれをめぐる論争を具体的に検討してみることとしたい。

(3) 「損害賠償」について　前述したように、環境権論は、受忍限度論では違法性の判定が公害における住民の被侵害利益の性質、種類と加害行為の態様との相関的衡量によってなされる結果、被害者は公害を受忍すべきものとされがちであったと指摘する。[40]これに対し、加藤教授は、受忍限度論のねらいは、受忍限度をこえた被害の救済にお

かれており、被害者に受忍を求めるという意図は全くないし、判例も、受忍限度をこえるものとして損害賠償を認める事例が圧倒的に多い、とされ、「受忍限度論が被害者の受忍について責任があるかのように主張するのは、全く根拠のない誤解である」と反論されている。[41] これは、「受忍限度」という用語の理解にもかかわる問題であるが、環境権論は、さらに進んで、受忍限度論に含まれている利益衡量を「歯止めのない利益衡量」として批判し、[42] 被害の存在（環境権の侵害）さえあれば、それだけで違法性があるものとして、侵害行為の態様はいっさい考慮せずに損害賠償を認めるべきだと主張する。[43] この主張に対しても、加藤教授は、受忍限度論が歯止めのない利益衡量を許すというのは「いわれのない非難」であり、「利益衡量自体は、原告と被告のいずれを勝たせるべきかという民事訴訟の基底におかれるべき考え方」であって、「公害のような具体的な裁判類型においてどの要素を重視し、強調すべきかは、まさに利益衡量の内容である」とされ、「環境権論は、その中で、環境権の侵害ということから、被害があれば必ず賠償せよと主張している」にすぎず、環境権の侵害ということだけで、他の事情をいっさい考慮することなく、観念的に一刀両断することは、硬直な議論である、と反駁されている。[44]

だが、受忍限度論に対する批判を掲げて登場した環境権論も、利益衡量を全く排除しているわけではない。「提言」では、侵害行為の態様はいっさい考慮されてはならないとしながらも、「地域性は加害行為の態様に関する事情とはいえない」として「住民のもつ環境権の内容は、各地域ごとに定められるべき性質のものであり、地域性は環境権の内容を規定する要素ということになる」とのべているし、[45]「環境権と私法的救済」という論文では、「もちろんわれわれも、論理構成ないしは法律構成に先行する価値判断の意味での利益衡量を否定するものでは決してない。否、むしろ……受忍限度論とは異なる価値判断に立つからこそ、価値観の転換を標榜して、環境権の確立を提言し、価値判断の提示機能を欠き現状肯定に傾きやすい利益衡量論に反対したのである」といい、[46] さらに「解釈法学の使命・目的は、

裁判官が、具体的な事件において、相対立する当事者の種々の利益を衡量するにあたって必要な（演繹的な使用に耐えうるような）判断の枠組を提供するところにあるが、利益衡量論は、少なくともそれ自体としては、裁判官に対して、何らの基準をも呈示しえない」（傍点筆者）とのべている。[47]

しかし、ここで、利益衡量にあたって「演繹的な使用に耐えうるような」判断の枠組を提供するとされている意味は、率直にいって、理解しがたい。もともと、利益衡量は帰納的な判断を必要とするものであって、演繹的な論理になじまない思考様式だからである。また、すでに篠塚説に関連してのべたように、受忍限度論を目して「歯止めなき利益衡量」と断定していることも疑問である。[48] 水俣病事件に関する新潟地裁判決や四日市ぜんそく事件に関する津地裁四日市支部判決は、被侵害利益が人の生命、身体にかかわるものであることを理由に、厳格な態度で利益衡量を排斥しているが、[49] これは、被侵害利益の性質と加害行為の態様との相関的衡量論に立つ以上、まさに当然に出てくる結論であって、被害が重大であれば、加害行為の態様は重視すべきではないということになるのである。むしろ、受忍限度論が現実に機能を果しているのは、多くの裁判例にもみられるように、主として、騒音事件や日照妨害事件など、快適な生活環境が侵害される場合であるといえるが、これらの比較的軽度の被害に関する事件においては、受忍限度論的利益衡量は不可避であると考える。もっとも、これらの生活妨害も、程度の如何を問わず、環境を害し、健康にも目に見えない影響を及ぼしているといえないことはないから、それを理由に、これらを、静穏な環境、あるいは日照利益を享受することができる環境の破壊としてとらえ、環境権に基づいて、何らの利益衡量をも許さないというのであれば、具体的な事案の解決として不当な結果を免れず、やはり硬直な議論であるといわざるをえない。

(4) 「差止」について　環境権論は、環境が破壊されれば、直ちに、地域住民による差止が認められるべきだとし、[50] 環境共有の法理に基づいて請求権者を地域住民全体に拡大しうるものとするとともに、[51] 差止の要件として、加害

者の故意、過失は全く問題にすべきではないと主張する。[62]

そこで、このような主張が、従来の考え方（受忍限度論）と結論においてどう異なるのか、を具体的に吟味してみることとしたい。

(イ)　第一に、環境共有の法理に基づいて差止の請求権者を地域住民に拡大するという点については、ここでいう「共有」が一つの環境を私法上共有するというのか、単に法解釈の指針、理念として比喩的にいうにとどまるのか明確でない、という批判や、[63]各個人の権利の対象となる環境の範囲、共有者となる者の範囲のいずれもが明確でなく、同調しがたいという裁判例がある一方、[64]地域住民の環境権を「総有ないし合有的用益物権に類する権利」と解する見解、[65]あるいは、入会権との近似性から、これを「総有ないし準総有」として取り扱ってはどうかという提案が示されている。[66]

だが、率直にいって、環境権論における環境「共有」の法的性質は、それが財産法上の共有とはやや趣きを異にすることが指摘されているだけであって、[67]明確ではなく、環境権論のなかにも、一つの環境を多数人が共有していると考える見解と、個々人がそれぞれの生活環境を支配しており、それが他人のそれと重なり合うときは、その部分の環境素材を共同して支配するものと考える見解が分かれており、[68]まだ、その概念自体、十分に固まっているとはいえないようである。[69]のみならず、環境権論も、地域住民が請求権者として差止を求めうるには、「なんらかの形で自己に関係のある環境が破壊されたことが要件となる」ことを認めており、したがって「大気・水など伝播性のあるものは広く、静穏・日照等相隣的なものはおのずと狭くなる」というように、「保護さるべき環境の範囲は、保護利益ごとに異ならざるをえない」ものとされている。[70]しかし、このように、当事者適格をその者についての何らかの被害に結びつける考え方をとる以上は、従来の考え方と比較してそれ程差異があるものとはいえないことになるであろう。[71]

もともと、この問題は、環境権論に固有の問題ではなく、従来の考え方（受忍限度論）に立っても、請求権者の範囲を拡大しうる余地は十分ありうると考えられる。例えば、和泉市火葬場建設の差止に関する仮処分決定[62]や広島県吉田町し尿、ごみ処理場建設の差止に関する仮処分判決[63]は、「個人個人のうける被害の程度を個々的に判断することは容易でなく、一応地域的な判断をもってこれにかえざるを得ない」として、被害をうける申請人達の個別的損害の差異にとらわれることなく、発生が予想される被害が付近住民にどの範囲で及ぶかを標準として、当事者適格を弾力的、一体的に把握し、これによって適格性を相当広く認めて、実際の必要に応じようとしている[64]。これらの判例は、人間の身体、健康の価値とそのためによき環境がもつ意義を自覚したものと評価することができる[65]が、理論構成としては、なお総合的な比較衡量論に立って事案の解決をはかっており[66]、請求権者の範囲の拡大は受忍限度論においても可能であることを示しているものということができよう。

㈡　第二に、差止の要件として加害者の故意、過失は全く問題とならないとしている点についてみると、環境権論は、過失を違法性と一元的に判断すべきであるとする新受忍限度論[67]を批判して、「過失」は、予見可能性を中心にして、違法性とは別個にその存否が判断されるべきであるとし、予見可能性の内容は、「環境を汚染するという事実の認識または認識の可能性で十分であって、排出物質が有害であることの認識または認識の可能性は要求され」ず、「まして、具体的な被害の予見または予見の可能性は必要でない」とする[68]。だが、このような考え方によると、企業が汚染物質を出していさえすれば、それが環境の汚染をともなうことは当然認識しているはずであるから、ほとんどの場合に故意、または少なくとも過失が成立することになるであろう。そうなると、故意、過失が成立しない場合はほとんど考えられないことになるから、過失要件を独立のものとして維持する必要はむしろなくなるはずであり、その行きつくところは、むしろ、予見可能性の否定につながるように思われる。だとすれば、実際の結果は、受忍限度をこえ

た損害を与えていれば、予見可能性の有無にかかわらず責任を認めるべきであるとする新受忍限度論とほとんど変りがないことになるであろう。[69]

(ハ) 第三に、環境権の主張のうち、最も重要だと考えられるのは、環境権の侵害またはそのおそれがあれば、直ちに、差止を請求できるとしている点である。[70] この主張は、差止を認めるべきかどうかの判断に際し、差止と損害賠償とで、その違法性に区別を認めるべきでないという考え方（いわゆる「違法性段階説」への批判）を含んでいる。[71]

差止の方法には、終局的差止と中間的差止（保全的処分）とがあり、差止の内容も、工場、施設が建設される以前の差止や建設された以後の事後的差止、さらに操業の全面的停止から、限られた範囲の一部停止あるいは部分的改善を命ずるものまで種々のものが考えられるから、その要件は一概にいうことはできないが、差止が認められると企業活動に全面的ないしは部分的制約がかかるので、その結果が一般的には被告にとって重大であることから、差止が認められるためには、損害賠償の場合にくらべてより強い違法性が必要であるというのが、従来の支配的な考え方である。[72] そして、環境権論の批判に対しては、損害賠償と差止とで要件に差異があるのは、「当然のこと」であり、「不法行為であれば損害賠償も差止も同じ要件で判断されなければおかしい、というような思考にとらわれることがまちがっている」という強い反論も出されている。[73]

思うに、環境権論の重点は、環境利益が不当に侵害される危険を生じた場合には、それを事前に防止しうる権利として、「直ちに」差止が認められるべきことを主張する点にあると思われる。その典型的な場合としては、環境を不当に悪化させる可能性をもつ工場または施設の建設の事前差止（保全的仮処分）を考えることができよう。そこで、この点に焦点をしぼって、問題を考えると、いわゆる仮の地位を定める仮処分は、被保全権利の存在のほかに、保全の必要性についての疎明を必要とするが（民訴七六〇条）、これを環境の破壊に即していえば、環境利益が不当に侵害さ

れる「危険性」の存在の疎明を要すると解すべきことになるであろう。だが、公害の発生を未然に防止するための差止は、多かれ少なかれ、不確実な予測に基づいてなされざるをえない。それ故、このような差止においては、差止請求の根拠としての危険性（保全の必要性）は、結局、損害発生の蓋然性とそれが生じた場合における損害の重大性との相関関係によって定まるものと解すべきである。[74] この意味において、申請人らの生命、身体に対する侵害のおそれを考慮して工事の一年間の差止を認めた、前掲の和泉市火葬場建設事件に関する大阪地裁岸和田支部決定が、火葬場の設置によって、悪臭、粉じんが居住地に運ばれる危険の可能性ならびにその雨水が飲料水として取水される池に流れ込む可能性と、単に「悪臭、粉じん防止についての確証がえられない」ということをその理由としていることや、[75] 吉田町し尿、ごみ処理場事件に関する広島高裁判決が、清掃施設の公共性とその設置の緊急性を肯定した上で、「しかし本件各施設の設置により多数の附近住民に健康上悪影響を与える蓋然性が高く、その結果所有地、所有家屋を生活活動の場として利用できなくなる可能性が大である以上、施設の設置を差止められることもまたやむを得ないものという……べきである」（傍点筆者）と判示していることが注目される。[76] 従来、仮の地位を定める仮処分については、本案によって得られると同様の満足を与える仮処分や原状回復不能の仮処分を一般的に限定する根拠として、仮処分の仮定性（暫定性）の理論が支配的であったようであるが、これに対しては、すでに実務家からも疑問と反省が提示されている。[77] のみならず、公害を未然に防止するための事前差止の仮処分は、工場や施設の撤去を求める仮処分のように積極的作為による現状変更を内容とするものではなく、消極的な不作為を求めるにすぎないものであり、それによって債務者がこうむる通常の損害は、土地や施設の利用が仮処分の期間中制限されるというにとどまるので、保全の必要性の判断もそれ程厳格に解する必要はなく、むしろ、前示の判例の態度こそが、今日の社会的状況に適合した、合目的的な裁量に基づく判断として是認されてよいと考える。このようにみてくると、環境権論が主張する事前の差

止は、従来の考え方の延長線の上に立ってこれを実現していくことが、なお十分に可能であるということができるであろう。[78]

以上をもって、環境権論をめぐる論争の検討を一応終えることとしたい。検討を通じていいうることは、環境権論が受忍限度論を歯止めのない利益衡量と攻撃すれば、受忍限度論は環境権論の硬直した態度を非難するという、いわば勝ち負けをかけた激烈な論争としての観を呈するものがあるが、具体的に問題を吟味してみると、両者の間には、それ程大きな懸隔があるとは考えられない、ということである。私がこのようにいうことは、ことさら環境権というものをもち出さなくても、従来の解釈論の土俵の上で前進をはかることは可能ではないかということになり、結局、環境権論に対しては、冷淡な、あるいは第三者めいた態度をとる結果となるのかもしれない。

だが、その点の評価はこれを甘受するとして、以上において検討したところは、主として典型的な公害における私法的救済に関するものである。それでは、本稿の主題である「日照権」について環境権論はどのように考えているのか。最後に、この点に問題をしぼって検討し、あわせて日照権の法的性格を考えてみることとしたい。

(5)　環境権論と日照権　　前述したように、環境権論は、環境権の対象である自然的環境のなかに、大気、水、日照、静穏などを含め、これらを区別することなく一律に取り扱っている。[79] そして、この立場から、例えば、隣に二階建の家屋が建てられたという相隣関係的な紛争の場合と、住居地域のなかに高層のマンションが建てられたという、いわば都市環境の破壊の場合とでは趣きを異にし、後者の場合には環境権は有用な概念として働きうるという指摘がなされており、[80] さらに、環境共有の法理を裏づけるために、さきに紹介した篠塚教授の「都市契約」説をはじめとして、「都市は本来、一定の環境を共有する一定の人間の集団によって構成され」ているから、「環境の利用・配分ならびにその維持については、人々の間の了解事項として、一定の規約・規律」が存在しており、「特定の人間による勝手な

変容や独占は許されない」という主張や、[81] 空間の「利用方法には階級性」があり、「新しい巨大な空間利用は、既存の零細な空間利用を破壊している」という意見[82]などが出されている。しかし、説明のために、「都市契約」ということばを用いるにせよ、[83]「構成メンバーが概ね平等に環境を分け合い享受」するという[84]一定の規約・規律なり、契約なりが現代の都市に存在するという議論の立て方は、多分に「こじつけ」的であって、根拠があいまいであり、[85]「都市の空間利用に階級性がある」という指摘も一面的に過ぎるといわざるをえない。私が強調したいのは、このような無理な論理を用いてまで日照権を環境権の一つとして把握すべく努めるとしても、そして、一つの思いつきとして、それを地域住民の総有ないし準総有として構成すべく試みるとしても、[86] 所詮、日照妨害と典型的な公害との相違はこれを認めざるをえないのではないかということである。

四日市ぜんそく事件にみられる大気汚染や水俣病事件、イタイイタイ病事件にみられる水質汚濁のような産業公害が、相当広い範囲にわたって地域の住民に被害を及ぼすのとは異なり、日照妨害は近接する私人間の小規模な紛争として現われる。また、その被害の程度も、「相当範囲にわたる著しい」被害の影響により「疾病が多発」する（公害健康被害補償法二条一項）といった、保護の絶対性、緊急性が要請されるものではなく、通常の場合、快適な生活利益の侵害という程度の、相対的、流動的な評価が可能な特徴をもっており、[87] かくして、日照妨害は、典型的公害のように「生存環境の問題」としてではなく、「快適環境の問題」として、これをとらえるべきものであると考える。[88] この点については、環境権論も、「日照の阻害が、精神的に気分を暗くさせ、日本の伝統的な住宅構造からみて暖房、乾燥、照明にマイナスの効果をもたらすことは否定できないが、はたしてそれが人間の日常生活や心身の健康に対してどの程度の被害を及ぼすかは必ずしも明らかにされているとはいえない」として、「少なくとも、おそるべき被害を各地に

もたらしている水汚染、大気汚染などの典型的な公害にくらべるならば、それがもたらす被害は軽微なものであると考えざるをえない」とのべ、[89]「日照に関しては、生命、健康という観点よりも快適さの観点のほうがより大きな問題であるかもしれない」ことを認めており、[90]さらに「日照に関する環境権は、譲渡、放棄の処分が可能」であるともしている。[91]このようにして、環境権論といえども、地域性、損害の回避可能性、先住後住の差異などは、やはりこれを問題とせざるをえないものと考えられ、したがって、受忍限度論的利益衡量は不可避であろうと思われる。

(27) 以下、環境権論の紹介は、大阪弁護士会環境権研究会「環境権確立のための提言」(以下「提言」と称する)ジュリスト四七九号をはじめ、同「環境権と私法的救済」ジュリスト五〇六号、同「環境権と差止請求」(1)および(2)、(3)、(4)法律時報四四巻一三号および一四号、四五巻二号、四号、(座談会)「環境権論の現状と課題」(以下「座談会」と称する)法律時報四五巻九号などの諸論文を収録した同「環境権」(昭和四八年一一月)による。

(28) 前掲「環境権」七七頁以下。

(29) 小林直樹「憲法と環境権」ジュリスト四九二号(特集「環境」)二二二頁以下も、憲法二五条のほか一三条を根拠として環境権を包摂することを主張している。なお、加藤一郎「環境権」の概念をめぐって」民法学の現代的課題三二〇頁以下は、環境権の立法政策的ないしはキャンペーン的効果を十分に評価しながらも、その実定法上の根拠を憲法二五条に求めることに関しては、(イ)いわば、最小限度の生活を守る消極的な権利から積極的により良い環境を享受する権利を解釈論として導き出すことには無理がある、(ロ)国に対して適切な施策を求める理念上の根拠を定めた綱領的規定から国以外の環境破壊者に対する民事上の具体的請求権は生じない、という疑問を提示するとともに、基本的な問題として、環境権は「憲法二五条の生存権からの論理的演繹」によって出てきたものではなく、私法的救済などの実現を容易にするために、その根拠となる「仮説的権利」として想定されたものであることを指摘し、このように「ある具体的な解釈論を展開するために、いったんさかのぼって抽象的・理念的な環境権を設定し、つぎに逆に、それを根拠として解釈論をのべるというのは、いわば逆立ちした思考様式であり、概念法学的・演繹的論理によって見せかけの理由づけをしようとするものといわざるをえない」と批判している。これに対し、小林教授は、種々の反論を試み、「状況に、基本的に適応する立法がすぐに期待しえないような場合に、憲法が基本的人権として認めている生存権に接

続した環境権を手がかりとして、それを法的に具体化する道を積極的に探らないで、逆にこれを閉してしまおうとするのはなぜか、ということを逆問せざるをえない」とまでいわれているが（前掲「座談会」における小林発言（注28）二二七頁以下、なおその他の反論として、甲斐道太郎「環境権と差止請求」法律時報昭和四八年一一月号（臨時増刊）一七頁）、加藤教授の批判の核心は、「現在、真に必要なのは、具体的問題についての具体的検討である」ことを指摘しようとする点にあるのであって、これに対する反論としては、いささか的はずれといわざるをえない。そして、前掲「提言」が環境権の根拠づけを憲法二五条に求めようとする思考様式には、加藤教授がいわれるような一種の安易性が認められるように思われる。

(30) 前掲、（注28）八九頁以下。

(31) 前掲「提言」のほか、高柳信一「環境権の保護について」法律時報四三巻八号六二頁。

(32) 前掲、（注28）九二頁以下。

(33) 同前、九九頁以下。

(34) したがって、国や地方公共団体が地元住民の意向を無視し、地域の環境保全を考慮しないで、一方的に環境破壊をもたらす施設を設置したり、あるいはその設置を許可したりしたような場合には、環境破壊の違法を争う住民の権利（抗告訴訟における訴の利益）が認められるべきである（原田尚彦「「環境権」と裁判所の役割」判例タイムズ二六五号六頁以下、同「公害防止と行政訴訟――成田新幹線訴訟に関連して」ジュリスト五二六号四六頁、今村成和「成田新幹線訴訟と訴の利益」判例評論一七一号一一頁（判時六九七号一二五頁））。

(35) 前掲、（注28）一六二頁。

(36) 同前、五頁以下、一五七頁以下、一六三頁。

(37) 前掲、沢井論文（注10）一五頁。

(38) 甲斐道太郎「民法学のあゆみ」法律時報四五巻五号一六七頁。

(39) 四宮和夫「公害」私法の発展について」商事法務六一〇号三八四頁。

(40) 前掲、（注28）一〇〇頁。

(41) 前掲、加藤論文（注29）三三頁。

(42) 前掲、（注28）一〇五頁。

(43) 同前、一〇四頁。
(44) 前掲、加藤論文（注29）三二三頁以下。
(45) 前掲、（注28）一〇四頁。
(46) 同前、一三二頁。
(47) 同前、一三三頁。
(48) 前掲、注（24）参照。なお、環境権論（「提言」）の批判にこたえた野村＝淡路「民事訴訟と環境権」ジュリスト四九二号（特集「環境」）二四三頁以下においては、生命、身体に対し被害を及ぼすような公害訴訟においては、受忍限度論のもつ意味は限定して考える必要があることが指摘されているとともに、「公共性」、「損害の回避可能性」、「行政的取締基準遵守の有無」の三要素は受忍限度を引き下げる要素として考慮され、「先住性」は、騒音や日照妨害の場合を除き、考慮すべきでないとされていることを注意すべきである。
(49) 前掲、（注11）参照。
(50) 前掲、（注28）七九頁、一〇九頁。
(51) 同前。
(52) 同前。
(53) 東孝行「公害訴訟の理論と実務」二三六頁。
(54) 鹿児島地判昭和四七年五月一九日判時六七五号二六頁。
(55) 谷口知平「大阪国際空港夜間飛行禁止等請求事件判決について」判時七二九号一二〇頁。
(56) 松浦馨「日照妨害に基づく差止請求」ジュリスト（特集）「日照権」二五四頁以下。松浦教授は、被害住民が共同で日照妨害に基づく差止を請求したときでも、従来の判例はこれを通常共同訴訟になると解しているのを批判して、「多数者が共同で提起したときは必要的共同訴訟になるから、合一に裁判すべきであり、民訴六二条が適用される。一部住民が受けた敗訴裁判の効力は他の住民に及ばないが、勝訴裁判の効力（反射効）は及ぶと解する」と説かれる。しかし、これに対して、吉川大二郎「仮処分事件の変ぼう」民商七〇巻三号四〇九頁は、「必要的共同訴訟説をとれば、必然的に、一部の反対者により折角の和解は無効とならざるを得ない」、「一部住民の申請した裁判の効力が非訴訟組にも及ぶ、という法的根拠が不明」であり、「この場合、民訴二〇一

条、四九七条の二の適用の余地はあり得ない」、さらに、「一部住民の提訴した裁判が勝訴した場合にだけ非訴訟組に及ぶということも理解に苦しむ」として、疑問を提起している。

(57) 前掲、(注28) 八八頁。
(58) 同前、一六四頁。
(59) 同前、二五〇頁以下の「座談会」における発言参照。
(60) 同前、一一一頁。
(61) 伊藤高義「差止請求権」現代損害賠償法講座五巻四一〇頁。
(62) 大阪地岸和田支決昭和四七年四月一日判時六六三号八〇頁。
(63) 広島地判昭和四六年五月二〇日判時六三一号二四頁。
(64) 成田空港パイプライン埋設工事中止仮処分事件に関する千葉地決昭和四七年七月三一日判時六七六号三頁にも同じような傾向が看取される。
(65) 沢井裕「七〇年代公害差止裁判例の歩み」ジュリスト五四一号九一頁参照。
(66) 前掲、広島地判昭和四六年五月二〇日について、前掲、原田論文（注34）四頁、前掲、野村＝淡路論文（注48）二四二頁参照。
(67) 前掲、(注4) 参照。
(68) 前掲、(注28) 一一四頁。
(69) 前掲、野村＝淡路論文（注48）二四四頁参照。
(70) 前掲、(注28) 七九頁、一〇九頁のほか二〇五頁以下参照。
(71) 同前、一九一頁以下。
(72) 野田愛子「騒音、振動判例における法的論点の推移」ジュリスト三九〇号四二頁、沢井裕「公害の私法的研究」三四九頁、加藤編「公害法の生成と展開」一二頁、四二頁（加藤執筆）、同四一三頁（野村執筆）、同四四〇頁（竹内執筆）、前掲、加藤論文（注29）三二六頁、野村「公害の判例」二六四頁、前掲、伊藤論文（注61）四一五頁、山口和男「騒音の規制と被害者の救済」法曹時報二四巻一〇号四五頁。

(73) 前掲、野村＝淡路論文（注48）二四一頁。
(74) 別冊ジュリスト「公害・環境判例」一一七頁にある阪神高速道路事件に関する西原道雄教授の解説を参照。
(75) 前掲、注（62）参照。
(76) 広島高判昭和四八年二月一四日判時六九三号二七頁。
(77) 柳川真佐夫「仮処分の反省」判例タイムズ一九七号六頁。
(78) 前掲、沢井論文（注65）九一頁は、本文に掲げた二つの判例について、環境権的発想が明らかに看取されると評価しているが、吉田町事件の高裁判決（前掲、注（76）参照）は、一般論として「一般に公害発生原因によって被害を受ける者が単に感情的な不快感或いは日常生活上受忍すべき程度の被害を受けるに過ぎない場合、差止請求を許すべきでないことは当然であるが、多数の被害者が健康にも影響を及ぼす程度の被害を受け居住地、住居を生活活動の場として利用することが困難となる蓋然性が高い場合には、その被害は金銭的補償によって回復し得る性質のものではないから、たとえ公害発生原因となる施設が公共性の高いものであっても、他に特別の事情のない限り受忍の限度をこえるものとして差止請求が許されるものというべきである」（傍点筆者）と判示しており、なお、従来の考え方（受忍限度論ないし相関的衡量論）に立脚して、論旨を展開し、結論を出しているものとみることができる。
(79) 前掲、（注29）八五頁以下、一六〇頁参照。
(80) 前掲「座談会」（注29）二三七頁の仁藤発言、および（注29）一九頁参照。
(81) 大谷幸夫「日照紛争に関する覚書」ジュリスト（特集）「日照権」一八頁。
(82) 早川和男「日照問題の背景」ジュリスト（特集）「日照権」三五頁。
(83) 前掲、大谷論文（注81）一八頁。
(84) 同前。
(85) もちろん、私も、都市再開発の名に便乗して営利追求をこととするマンション業者などによる中高層建築物の無秩序な建設が、周辺地区の住環境を急激に悪化させている事態が少なくないことを否定するものではない。のみならず、現実の都市再開発、特に住宅地の再開発によって建設される中高層共同住宅が自己の敷地内にほとんど空地をもたず、既存の住環境に依存しているものが多いことも事実である。しかし、この現況を打開するためには、中高層化の計画単位を「点的なものから面的なもの

に拡大し」、「大規模な敷地で空地を確保した良好な建築物の建設を促進するための特定街地及び総合設計制度等の積極的な活用」や「空地率とリンクした容積制限の導入」が図られなければならない（建築審議会「日照問題専門委員会」の中間報告（昭和四八年一〇月一一日）参照）。日照問題の根本的な解決は、都市行政や建築行政の面における抜本的な、そして他面では、公法的規制に裏づけられた地道な施策の推進によってはじめて可能となる性質のものである。これを、私法上の保護（それが社会的にはきわめて限られた役割しかもちえないものであることは、落合判事が述懐されている（ジュリスト四九〇号四三頁）とおりであろう）の面で解決すべく、無理な理論構成を試みようとすることは、問題の性質を正確に認識していない安易な態度と評されても仕方ないであろう。

なお、都市の地域的な住居環境の保持とマンションの建設に関係のある事件としては、「住居専用の低層地域として形成され、現在理想的な住宅環境が保持されており、今後もその現状が維持されて然るべき地域にあっては、遠い将来の変化は別として、少なくとも現段階においては、かかる好環境を侵害するような高層化、集約化に対しては、その好環境の保持のために最大限の保護と救済が与えられなければならない」とした神戸地伊丹支判昭和四五年二月五日判例タイムズ二四三号一七二頁がある。しかし、この判決は、京阪神急行電鉄が沿線開発のため宅地を分譲した地域に発生した事件で、宅地分譲に際しては「買主は住宅の建築に当り、住宅地の品位環境を損わないもの」とし、「アパートまたは三階以上の建築あるいは附近の住宅に迷惑を及ぼすような建築を禁ずる」旨の特約がなされていたこと、このような特約と同旨または類似の特約は、他の電鉄会社の宅地分譲契約においても一般的にみうけられるものであることを認定し、その事情を重視して右のように判示したものであって、そこには、住居環境を保持するために工事の差止を認容するに足るだけの、具体的、かつ明確な根拠が存在しているのである（近鉄藤井寺球場のナイター設備等の工事差止に関する大阪地決昭和四八年一〇月一三日判時七一七号二三頁も同趣旨の裁判例として理解できる）。

(86) 前掲、松浦論文（注56）二五四頁。なお、松浦教授は、多数の地域住民による日照妨害建築の差止請求に関する判例が、事件を通常共同訴訟として取り扱っている結果、訴権の有無や請求が理由ありや否やの判断が個別になされ、したがって勝敗もまちまちになることを、もり上りつつある住民運動に水をかけるものとして残念がっておられるが、日照妨害が、広い範囲にわたって重大な被害を及ぼす典型的公害とは異なることからいって、判例の態度は正当というべきであり、私には、むしろ、そのような動機から、必要的共同訴訟化のために、ご都合主義的とも思える解釈論を展開しようとされる態度にこそ問題があると思われ

る。

(87) 大気汚染や水質汚濁は、人が避けようとしても、広範囲にわたるため、生命、身体に被害をこうむることを免れるのが至難であるのに対し、日照は、人間にとって欠くことのできないものであるとはいえ、戸外に出て太陽に当たることは比較的容易である（ヨーロッパの生活様式を想起されたい）。わが国の場合は気候的にめぐまれており、冬期の晴天も比較的多く（北海道の冬期はこれと異なるが、いわゆる梅雨がなく、気象台の統計をみても、五月の新緑の頃から八月にかけての札幌の日射量は、東京、大阪を上回っている）、夏の日射しが強いときは、むしろ日傘を用いて日射を避けているのが実情である。したがって、日中数回戸外に出る人であれば、日照の不足によって直接病気になることはほとんどないといってよい（石原舜介「都市再開発と日照」ジュリスト（特集）「日照権」四三頁によると、疫学者の間でも、一般に議論されている程度の範囲で、日照障害による影響を有意的に証明することは困難であるとされているようである）。

また、日照が、われわれの居住環境において決定的な重要性を現実にもっているかどうかも疑問である。石原教授の調査によると、横浜、京都の居住環境に関する因子負荷量は、水はけ、周囲の清潔さ、騒音、蚊やはえ、道路の舗装状態、通勤・通学の便利さ、病院などの医療サービス、し尿処理、ごみの回収、夜道の明るさ、周囲の風紀、遊び場の充足状態がいずれも日照・通風を上回っている（前掲、石原論文四四頁）。つまり、日照、通風の面で不満を抱いても、交通その他の便益性が増大すれば、総体的に満足する人びとが多いとみてよいであろう。

これらの点からみても、例えば篠塚教授のように、日照権を大ざっぱに「生存権的人格権」としてとらえ、それを根拠として利益衡量の余地なしとする議論が、いかに粗雑な公式論にすぎないかが分かるというものである。

なお、東京都の「太陽のシビルミニマムに関する専門委員報告」（昭和四八年六月）は、受忍限度論を批判して、「日照権という憲法に由来する基本権の侵害自体を重視しないで、単なる利益衡量の諸要素の一として、相対的な評価をしているにすぎないといわざるをえない」とのべているが、このような公式論にも到底賛成できないばかりでなく、そもそも、行政的な対策に限って知事の諮問に答えているにすぎない報告が、私法上の解釈論的な領域の問題について、本格的な検討もすることなくこれをあげつらうこと自体、非常識な思い上りというものであろう。

(88) 前掲、石原論文（注87）四三頁。

(89) 前掲、（注28）八二頁。

(90) 同前、八六頁。
(91) 同前、八八頁。

三　日照妨害に基づく工事差止請求

日照利益の私法的保護は、損害賠償と妨害行為の差止の二つに大別されるが、昭和四〇年代にはいってから、大都市において中高層建築物による日照紛争が頻発するようになるにつれて、その救済を工事差止請求に求める事件が著しく増加し、これに対応して、最近では、差止を認容する裁判例も相次いで現われつつある。救済の手段として差止を求める事例が多いのは、日照妨害は、いったん妨害の事実が発生すると、加害建築物が撤去されない限り、侵害が確定的に永続し、金銭賠償をもってしては十分に救済されえない性質をもっており、しかも、加害建築物が高層化して価値の高いものになると、加害者に多大の負担を負わせるという意味においても、また、社会的、経済的にかなりの損失を伴うという意味においても、その撤去を請求することは、現在の受忍限度論的裁判例のもとでは却けられる可能性が高いので、被害者としては、最も効果的な方法として、着工前に、または着工後でもその完成前に、仮処分の形で工事の差止を求めようとすることになるからである。以下においては、日照紛争において最も事例の多い工事禁止の仮処分に問題をしぼって、考察を加えることとしたい。

日照妨害における差止請求権の根拠については、従来くり返し論じられてきたところであるが、(92) 学説は、物権的請求権説、人格権的請求権説、不法行為的差止請求権説などの諸説に分かれ、裁判例もこれを反映して、物権的請求権説をとっているもの、人格権的請求権説をとっているもの、物権的請求権と人格権に基づいて複合的に生ずる請求権であると構成するもの、不法行為的差止請求権説をとっているものなどさまざまである。(93) この影響をうけて、債権者

の主張も、法的構成を一つの説にしぼるのは稀で、並列的にこれらを列挙して申請するものが多い。差止請求権の法的根拠は、理論的な問題としては、差止における被保全権利の構成に関係をもつものといえるが、判例は、一般に、被保全権利の存否の判断を受忍限度論的利益衡量に拠っているから、差止請求権についてどのような法的構成を採るにせよ、実際上は、その結論に差異をきたすことはないと考えてよいであろう。[94] むしろ、問題は、工事禁止の仮処分における受忍限度の客観的な判断基準、すなわち、いかなる要素をどの程度考慮して認容基準を形成すべきかという点に帰着する。だが、差止請求に関しては、他にも論及すべき問題があると思われるので、それらの諸点について、あらかじめ私見をのべておくこととしたい。

一　差止請求に関する諸問題

(1)　日照妨害を理由とする工事禁止の仮処分は、その被保全権利である日照利益の確保を目的とする差止請求の実現をはかるものであるから、いわゆる「仮の地位を定める仮処分」に当たるとされている。したがって、それが認容されるためには、被保全権利の存在と保全の必要性についての疎明を必要とするが（民訴七六〇条）、この場合の仮処分は、一種の強力な断行命令として、本案によって得られると同様の満足を与えるものであるから、それが保全処分手続だからといって、差止可否の判断基準が緩和され、容易に差止が認められるという傾向は特に見られない。[95] むしろ、ほとんどの裁判例は、被保全権利の存否について、総合的な衡量の見地から審理を尽くし、その判断の結果に基づいて認容または却下の結論を下している。[96] そして、この慎重な審理態度は、一般的にいって、仮の地位を定める仮処分の運用としては、実務上の慣例になっているともいわれる。[97]

しかし、他方において、工事の差止請求は、建築工事の着手直前、または現に工事が進行中に申請されるのが通常であるから、その審理には高度の迅速性が要請される。[98] このような理由から、仮処分の緊急性に応じて本案訴訟とは異なった取扱い、すなわち、被保全権利の疎明が不十分であるか、またはそれがない場合においても、保証を立てさせることによってこれを補い仮処分命令を発するという運用がはかられるべきであるとする提言がなされており、[99] これに関連して、裁判所の勧告により設計変更を考慮する旨債権者らに言明した債務者が急遽工事の続行に着手した状況に対応して、「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」としながら、最終的に「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なくはない」とし、三〇〇万円の保証を立てさせて工事続行禁止の仮処分を認容した東京地裁昭和四八年一月一八日決定（判時六九三号四七頁）が、画期的な意味をもつものとして評価されている。だが、他面において、東京地裁保全部では、建築主側も、仮処分申請後においては概ね工事を中止しているという実情が報告されている。[100]

思うに、ここでいわれている手続の迅速性とは、審理中に工事が完成することにより仮処分の申請自体が無意味なものとなる事態を防ぐという意味において問題とされていることである。[101] したがって、東京地裁の実情報告にあるように、仮処分申請に伴って受忍限度をこえる疑いのある部分の工事が事実上中止されるという事情が一般的にも認められるとすれば、実務上の慣例を廃してまで、被保全権利の疎明なしに、あるいはそれが不十分なまま、保証を立てさせて申請を認容しなければならない実際の必要は必ずしもないように思われる。問題は、裁判所の勧告に従わないで債務者が着工ないし工事を続行するおそれの強い場合であるが、この場合は、まさに、東京地裁の右の認容例にみられるような運用が是認されてよいのではあるまいか。このように、手続の迅速性については、それぞれの事態を分

けて、問題を考える必要があると思われる。

(2)　「保全の必要性」という要件に関しては、裁判例の多くは、日照被害の程度が受忍限度をこえ、「金銭賠償をもってしては回復できない損害を生ずるおそれがある場合」に、仮処分を認容しており、この意味では、保全の必要性の有無は、被保全権利の存否の問題と同様に、事実上、受忍限度論的利益衡量の判断過程のなかで取り扱われるものとなっている。ただ、この点に関し、注意をひかれるのは、裁判例のなかには、「建物が完成すると、後日その撤去を求めることが著しく困難になる」という理由をあげて、保全の必要性ありとしているものが、若干ながら見うけられることである。(102)

ところで、一体、「撤去の困難性」ないし「執行の困難性」ということは保全の必要性に当たるのであろうか。当たるとすれば、工事禁止の仮処分は、民訴七五五条が規定する「将来の執行の困難」を免れるための仮処分とどういう関係に立つことになるのであろうか。この点は、率直にいって、私にはよく分からないところである。ただ、私が一般的に理解しているところによれば、仮の地位を定める仮処分は、権利関係について現実に生じている著しい損害を避けるために、権利関係を暫定的に定める必要から認められるものであるのに対して、係争物に関する仮処分は、主として金銭債権以外の特定物の給付請求権の執行保全を目的とするもののようである。工事完成後における撤去の困難性については私もこれを認めざるをえないが、それは、いったん建物が完成すると、撤去が技術的に不可能ではないとしても、差止請求の判断基準として受忍限度論をとる現在の裁判例のもとでは請求が却けられる可能性が高いという予測に基づいていいうることであって、いわば将来の執行そのものが不可能ないし著しく困難になるということとは異質のものであるといえよう。だとすれば、仮の地位を定める仮処分について、「撤去の困難性」をことさら保全の必要性の要件として掲げることには問題の余地があるように思われる。

(3) 山口判事は、最近における裁判例の動向として、昭和四八年にはいってから商業地域や工業地域における認容例がみられるようになったことを「工事差止請求の認容化時代への突入」として評価され、今後は、その固定化が課題であろうと示唆されている。[103] しかし、この見解には、にわかに同調しがたい。判例雑誌や新聞などに、商業地域や工業地域における認容例として紹介された裁判例は、決定理由の内容をみると、むしろ実質的にそうではないと評価すべきものが多いと思われるからである。

昭和四八年以降、私が知りえた認容例は、工業地域について一件、商業地域について六件ある。

(イ) 工業地域における認容例

① 東京地決昭和四八年九月二二日（判時七一六号三〇頁）

(ロ) 商業地域における認容例[104]

① 大阪地決昭和四八年三月三〇日（判時七二五号八四頁）

② 東京地決昭和四八年四月一四日（前掲、鈴木論文（注93）判タ二九七号七八頁）

③ 東京地決昭和四八年六月二〇日（判時七〇七号三六頁）

④ 岐阜地決昭和四八年八月三〇日（判時七一九号七九頁）

⑤ 大分地決昭和四八年九月五日（判時七二八号七九頁）

⑥ 広島地福山支決昭和四九年三月一四日（判時七四四号八七頁）

(ハ) 商業地域における却下例

① 仙台地決昭和四八年八月二一日（判時七一九号八六頁）

② 広島高決昭和四八年九月六日（判時七二〇号五七頁）

③　東京地決昭和四八年一一月三〇日（判時七二二号八〇頁）

④　札幌地決昭和四八年一一月三〇日（判時七二八号八四頁）

右のうち、山口判事は、認容例として、(イ)の①および(ロ)の①、②、③をあげておられる。

(イ)の①は、「工業地域にも日照権」という見出しで新聞各紙に大きくとりあげられた六階建賃貸マンションの建築工事禁止仮処分事件であるが、決定理由をみると、「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、準工業地域に変更されることが間もない」地域で、周辺地区の建物二七七棟のうち一階および二階建の建物が二七一棟（九七・八パーセント）、三階および四階建の建物が六棟（二・二パーセント、うち四階建は二棟）、五階建以上の建物は皆無という、典型的な密集小工業地域（江戸川区）におけるケースであって、工業地域における認容例として位置づけることのできないものである。

(ロ)の①は、九階建店舗付マンションの工事続行禁止仮処分事件であるが、現在では商業地域の指定をうけており、「本件土地の西側は交通の頻繁な国道に面している」とはいえ、「国道をわずかに東にはいれば比較的閑静な住宅街となっているばかりでなく、本件土地は近い将来新用途地域として住居地域に指定される可能性が強い」場所に関するもの（したがって実質的内容は住居地域における認容例として位置づけるべきもの）であり、②は、六階建賃貸マンションの工事禁止仮処分事件であるが、本件土地は、国電赤羽駅の北方約六〇〇メートルの地点にあり、商業地域に指定され、付近一帯は、店舗兼用住宅を主として、アパート、事務所、倉庫および小工場など二、三階の低層の建物が軒を接するように建てられているが五階ないし七階建の建物も散見される地域に関するもの（したがって低層の密集商業地区における認容例とみるべきもの）である。これに対して、③は六階建店舗付きマンションの工事続行禁止仮処分事件であるが、周辺にはすでに高層建物がかなり多く建築されている商業地域（渋谷区恵比寿一丁目）におけ

るものである。しかし、仮処分の決定内容は「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」(傍点筆者)として、高さについては何らの制限も命ずることなく、ただ三階以上を債権者の家屋の外壁から一・五メートル離して建てることを命じているにすぎないものであり、その実質は、まさに、却下ともいうべき一部認容にほかならない。

さらに、三階建貸ビルの三階の一部分の工事禁止を命じた④は、「一応商業地域の指定を受けているものの、同地域には高層建築物はなく、実体は木造二階造を主体とする住宅中心の地区であり、商店があったとしてもいずれも小規模な併用住宅である」地域に関するものであり、四階建ビルの三階以上の工事禁止を命じた⑤も、「商業地域に指定され、漸次変貌しつつはあるものの、現在の段階では建築地を中心として数百メートルの周囲の土地建物の一般的状況は閑静な住宅地域を形成している」地域に関するものであって、いずれも、実質は住宅地域における認容例とみるべきであり、七階建一部三階建マンションのうち三階建部分だけについて工事続行の禁止を命じた⑥もまた、商業地域に指定されているものの、「付近には二階建の店舗兼用住宅が多く、三、四階建の建物は数戸あり、それより高い建物としては六階建の建物が本件土地から約四〇メートル離れたところに一つあるのみ」の比較的低層の商業地区に関するものにすぎない。

建築基準法上の用途地域は、かつての四用途地域制が昭和四五年の法改正によって八用途地域制に改められたとはいえ、現実には、将来の展望に基づいて、きめ細かく定められたというよりは、混合した市街地の状況をごく大ざっぱに追認するという形で一応の決定をみたにすぎないという経緯があり、必ずしも現況にそぐわないものとなっている(その意味で、現在多くの都市において、線引きの再検討の必要性が指摘されている)が、右の裁判例は、裁判所が建基法上の用途地域をうのみにすることなく、場所的現況と流動化の方向に即して地域の性格を把握しているとい

う実情を如実に示しているものといえよう。なお、商業地域といっても、(ロ)の②、⑥のように、小規模な店舗併用住宅が中心となっている低層の商業地域もあれば、都心部の高度利用地区ともいうべき商業地域もあり（(ハ)の却下例は概して高度利用地区ともいうべき商業地域に関するものである）、受忍限度の判断基準として地域性を考慮するに当たっては、両者の相違性が十分意識されなくてはならないと考える。

(4)　右の裁判例についてもある程度うかがわれるように、最近の認容例をみると、認容の範囲が著しく狭い事例が少なくない。これらは、申請の趣旨と対比すると、認容というよりは、却下に近い一部認容ともいうべきものである。[105] このような解決のされ方が妥当といいうるかどうかは、きわめて疑問であり、むしろ「差止に代わる補償」または「一部認容プラス補償」の可能性が検討される必要があると考える。[106] もちろん、債権者が差止のみを求めて、金銭的補償はこれを受ける意思をもたないことが明らかな場合には、金銭的補償を命ずる余地はないといわざるをえないが、和解例には、建物の一部撤去や設計変更などとあわせて、債権者が和解金を支払うという場合も少なくなく、したがって、釈明権を適切に行使することにより申請の趣旨を一部変えさせる余地はありうるのではなかろうか。[107]

(92)　文献を逐一あげないが、とりあえず、前掲、沢井「差止請求と利益衡量」（注10）九頁以下、前掲、好美「日照権の法的構造」ジュリスト四九三号一一二頁以下、同四九四号一一三頁以下、前掲、伊藤「差止請求権」（注61）三九五頁以下など参照。

(93)　鈴木勝利「日照妨害を理由とする建築工事禁止仮処分事件に関する裁判例の動向――判例にあらわれた受忍限度論」判例タイムズ二九七号五六頁以下。

(94)　山口和男「日照権に基づく工事差止」ジュリスト（特集）「日照権」二六〇頁参照。

(95)　徳本鎮「判例にみられる日照妨害の法理」企業の不法行為責任の研究二二一頁参照。

(96)　例えば、「被害の程度」については、日照阻害の時間数（または日照エネルギーの阻害割合）を詳細に検討し、「地域性」については、現況のみならず、将来の発展性をも見極める必要から現地を検分することも行われている（ただし、最近は、写真、図面

の利用によって補うことがむしろ多いといわれる)。そのため、平均審理期間も東京地裁保全部で三ヵ月前後を要している(落合威「建築禁止を求める日照権紛争とその処理の実態――東京地裁保全部における実情」ジュリスト四九〇号三六頁、伊藤剛「日照妨害を理由とする建築禁止仮処分の実態――東京地裁保全部における実情」ジュリスト(特集)「日照権」二七一頁)。

(97) 前掲、山口論文(注94)二六二頁。

(98) この点は、実務家が等しく強調しているところである(前掲、山口論文(注94)二六二頁、落合報告(注96)四〇頁、柳川論文(注77)九頁など)。

(99) 松浦「日照紛争における建築禁止の仮処分」ジュリスト四九三号一一八頁。これに賛意を示すものとして、前掲、山口論文(注94)三六二頁、これに対する批判として、前掲、吉川論文(注56)四一二頁参照。

(100) 前掲、伊藤報告(注96)二七一頁。

(101) 前掲、山口論文(注94)二六二頁。

(102) 例えば、東京地決昭和四七年二月二八日判時六六〇号三三頁、大分地決昭和四八年九月五日判時七二八号七九頁、東京地決昭和四八年九月二二日判時七一六号三〇頁、広島地福山支決昭和四九年三月一四日判時七四四号八七頁。また、神戸地伊丹支判昭和四五年二月五日判時五九二号四一頁は「金銭賠償をもってしては償いがたい段階にある」こともあわせて明示している。

(103) 前掲、山口論文(注94)二五九頁。

(104) 判時七二八号八一頁には、奈良地葛城支決昭和四八年一一月二一日(大和高田市における事件)が商業地域に関するものとして登載されているが、決定理由がなく申請理由からもそのような地域における事件であることが全くうかがわれないので、除外することにする。

(105) 前掲、伊藤報告(注96)二七〇頁。

(106) 差止に代わる補償については、前掲、徳本論文(注95)二二九頁、同「公害の差止と差止に代わる補償」企業の不法行為責任の研究一四〇頁以下参照。

(107) 差止請求の事件では、当事者から和解の勧試を求めてくることが多く、大阪地裁では、差止請求としては却下すべき事件についてまで、積極的に和解を勧め、多くの成果をあげていることが報告されている(今中道信＝井筒宏成「大阪地裁保全部における日照権仮処分の実態」ジュリスト五二九号七六頁)。だとすれば、釈明によって申請の趣旨を変更させることも、それ程困難で

はないように思われる。

二　受忍限度の判定基準

受忍限度の判定基準については、現在、その明確化が要請されている。受忍限度論的利益衡量は、具体的事案における諸事情の総合的な衡量によってなされるものであり、そこには、すぐれて実質的、政策的な価値判断が作用せざるをえない。多くの裁判例は、いわば、このような、具体的事件における価値判断の集積である。したがって、判断の具体的基準も、裁判例の積み重ねによって、おのずから固まり、次第に形成されていくものといいうるであろう。ところで、裁判例については、さまざまの角度から、これを整理し、分析した研究が、すでに数多く発表されている。[108] したがって、裁判例の体系的な考察は、すべて、これらの研究にゆずり、ここでは、差止請求における認容基準について、裁判例に即しつつ、私見をのべることとしたい。

(1)　差止請求における受忍限度の判断基準に関しては、考慮されるべき諸要素（注（3）参照）のうち、「被害の程度」と「地域性」が、いわば二本の柱として、最も重視されるべきことが指摘されており、他の諸要素との間にウェイトの差があるとされている。[109] 裁判例をみると、確かに、そのほとんどすべてが「被害の程度」と「地域性」に言及しているのに比べて、「居住の先後関係」、「損害の回避可能性」、「建物の使用目的（殊に公共性）」、「加害行為の態様」にふれているものは少ないといえる。だが、このことは、特に異とするには当たらないことである。日照被害や地域性は、事件が日照妨害に関するものである以上、どのようなケースにおいても例外なく存在するファクターであるから、裁判所が被保全権利の存否や保全の必要性について判断する場合にこれらを重要な要素としてとり上げるのは、

ごく自然なことといえるのに対して、それ以外の諸要素は日照事件において常態的に現われるファクターではないから、それらが問題とされる場合が少ないのは、むしろ当然のことと思われるからである。しかし、このことの故をもって、他の諸要素をそれ程重要なものでないと評価するとすれば、疑問であるといわなくてはならない。判断要素としての重要性は、量的な問題としてではなく、質的な問題として検討されなければならないからである。

(4) 居住の先後関係　先住関係を判断の一基準とすべきことについては、異論がないわけではなく、実務家によって「地域性の流動的性格を承認する限り、あまり考慮すべき余地はない」とされている。(110) 債権者が債務者よりも先に居住し長年相当の日照を享受していた事実を決定理由中において認定している裁判例は五件見うけられるが（①東京地決昭和三五年四月三〇日前掲鈴木論文（注（93））判タ二九七号五八頁、②横浜地決昭和四七年三月一七日判時六七四号九四頁、③東京地決昭和四七年九月二七日判時六八四号六六頁、④東京地決昭和四八年二月二八日前掲鈴木論文（注（93））判タ二九七号六七頁、⑤大阪地決昭和四八年三月三〇日判時七二五号八四頁）、「被害の程度」と「地域性」によって結論はまちまちで（上記の裁判例のうち、申請が認容されたのは②、③、⑤で、①と④は却下されている）、(111) 先住関係が相当のウェイトをもって考慮されたという形跡はほとんど認められない。都会における地域の変容を流動的、発展的にとらえる判例の立場からすれば、このような居住の先後関係が判定要素としてそれ程の重要性をもちえないことは、むしろ当然のこととして首肯できる。

だが、居住の先後関係を右のような意味に限定して理解することは適当でないと思われる。すなわち、それは、例えば、前記の三田村事件二審判決（東京高判昭和四二年一〇月二六日）が、一般論として、「すでに日照通風のさえぎられている家屋にそのことを承知で居住するに至った場合は、必ずしもこれ（＝日照妨害前から居住していた者）と同日には論じえない」と判示しているように、債権者の「危険への接近」という意味をもつ場合（加害建築物が建て

られた以後に被害者が居住するという場合のほか、建築工事中、あるいは、未着工の段階においても将来の建築を予知しておりながらそこに居住するという場合）に考慮されるべき判断要素として理解されるべきである。[112] この場合は、土地建物の購入価格や賃借料が安いという事情もあるであろうし、被害者は、日照の阻害されるであろうことを予知してそこに居住したのであるから、その保護を配慮する必要はないと解すべきである。もっとも、このような意味において先住関係が問題となった裁判例はほとんど見当たらない。わずかに、これに類するケースとして横浜地判昭和四六年二月八日（判時六二〇号二八頁）があるのみである。この事件は、横浜市の中心部から北西約一五キロに位置する都市近郊の住宅地として近年開発の著しい住居地域に、横浜市が四階建の中学校校舎を建てようとしたので、北側の居住者が建築中の四階部分の除去を求めたものであり、学校という公共施設による日照妨害事件としての特徴をもっているが、判決は、校舎が建てられている土地は昭和三七年ごろ近代的住宅地形成のための基礎条件整備の目的で土地区画整理事業が実施され、その事業計画によって当初から学校用地と定められていたという事実と、被害者は昭和四一年末公道を隔てて北側に隣接する土地を購入し、住宅を建てて居住してきた者であるという事実を認定した上で、本件の「土地は、従前から学校用地に予定されていた土地であるから、いずれここに学校が建設されて本件住宅の日照等に幾分の影響が及ぼうことは債権者としても右土地取得の当初からある程度予測し得たと思われる」と判示し、これにあわせて、校舎が公共施設であること、校舎が建てられても冬至においてなお一日四時間以上の日照は確保されることを考量し、受忍限度をこえているとは認めがたいと判断している。先住関係が問題となる事件は将来もきわめて少ないと思われるが、この判決は、それが、なお重要な判断基準の一要素たることを示しているものであるとみることができよう。

(ロ)　加害および被害の回避可能性　まず、被害の回避可能性についてのべると、日照妨害においては、侵害の成

否は、かなりの程度、被害者側の土地、建物の利用状態に左右されざるをえない。[113] 隣接する土地利用者（所有者、地上権者、賃借人）は、相隣関係における相互顧慮、相互抑制の義務に基づいて、相手方の土地利用の効率性について配慮を払うべきであり、したがって、みずからの損害回避に無頓着な被害者については、公平の見地から、その受忍限度を判定するに当たって衡量がなされて然るべきである。[114] これに関する裁判例も多くはないが、大阪地裁堺支決昭和四六年三月八日（前掲、鈴木論文（注93）六〇頁）は、被害者の「建物の一部が最近本件土地との境界線に近接して建築された」旨を指摘し、同様に、東京地決昭和四七年一二月二八日（前掲、鈴木論文（注93）六七頁）は、日照阻害は被害者の「建物が本件土地との境界線ぎりぎりに近接して建てられていることも一原因である」旨を判示しており、また、福島地裁いわき支決昭和四七年三月三一日（判時六七三号七六頁）は、被害者が昭和四一年ごろ自宅を建てる際、加害者は被害者に対し将来建物を改築する予定である旨あらかじめ通知して、被害者が家を建てる際の判断材料を提供していること、それにもかかわらず、被害者の建物の二階部分は、「ことさらに北側を空け南側に張り出すように建築されており、これが……日照遮断の影響をいっそう深刻なものにしていること」を考慮して、いずれも申請を却下する重要な根拠として被害の回避可能性をとりあげている。[115]

つぎに、加害の回避可能性については、直接このことに言及している裁判例はほとんど見当たらない。[116] しかし、決定理由中に「加害の回避可能性」ということばは用いられていなくても、それが判断の一要素として、それなりの実質的な影響を及ぼしていることが認められるように思われる。周知のように、昭和四七年ころからマンションなどの中高層建築物に対する工事差止を認容する事例が次第に増えてきているが、仮処分の内容は、設計を変更して建築物の高さを部分的に多少低くさせたり、建物の位置を多少変更させたりしているものが圧倒的に多い。最近の裁判例をみてみると、

① 東京地決昭和四七年二月二八日（判時六六〇号三二頁、六階建マンションの北側の五階一戸分と六階二戸分の差止だけを認めたもの）

② 東京地決昭和四七年九月二七日（判時六八四号六六頁、五階建賃貸マンションの北側の四階一戸分と五階約一戸半分の差止だけを認めたもの）

③ 東京地決昭和四七年一一月一一日（判時六八四号二二頁、七階建マンションの北側の一部四階建のうち、三階一戸分と四階一戸分の差止だけを認めたもの）

④ 大阪地決昭和四八年三月三〇日（判時七二五号八四頁、九階建店舗付きマンションの六階をこえる部分の工事の差止を認めたもの）

⑤ 東京地決昭和四八年六月二〇日（判時七〇七号三六頁、六階建店舗付きマンションの三階部分以上を被害者の家屋の外壁より一・五メートル離して建てることだけを命じたもの）

⑥ 東京地決昭和四八年九月二二日（判時七一六号三〇頁、六階建マンションの北側の二階以上一〇戸分の差止を認めたもの）

⑦ 神戸地決昭和四八年一〇月八日（判時七一九号七四頁、マンション一部六階、一部五階、一部四階のうち、最も西側の六階一戸分と五階二戸分の差止だけを認めたもの）

⑧ 広島地福山支決昭和四九年三月一四日（判時七四四号八六頁、七階建一部三階建マンションの北側三階建部分につき二階以上の差止を認めたもの）

などをあげることができる。これらの裁判例では、ほとんどすべて日照妨害の程度が受忍限度をこえると認定されているのに、工事禁止の差止請求に対し、何故、その一部を認容するだけにとどまっているのであろうか。決定理由

中に多少なりとも判断が示されているのは、①、③、④、⑧であるが、①においては、債務者は「設計変更により採算がとれなくなる」というが、「その収益計算なるものは独特なものでなお検討の必要」があり、「日照被害による建築の差止めに関しては……企業採算と相隣関係における権利行使の制約の関係がさらに検討される必要がある」こと、③では、「本件建物の設計を一部変更することによって債務者らが受ける損害の程度については、これを適確に判断するに足る資料がない」が、「一部設計変更をする場合には建設工事費やその他の経費も減少することを考え合せると、本件建物のうち最も北側の四階建部分を二階建に設計変更のうえ、これを建築し、販売する場合には、債務者らの取得する利潤は減少するであろうが、未だ採算を失することになるとは考えられない」こと、④では、「本件建物を九階建から六階建に設計変更したとしても被申請人らはいまだ相当の利潤を上げることができるものと推測される」こと、⑧では、「別紙斜線部分の設計変更は同部分建築予定が三階までであることから被申請人のうける損害は割に小さく、費用はかかるかもしれないが他の部分の手直しにより不可能ではない」ことが、いわば一部認容の判断の決め手としてのべられている。これらは、いずれも、差止によって生じる損害の程度を衡量しているものであるが、他面において、加害建築主が採算のとれる限度内で加害を回避すべく努力すべきことを求めているものとみることができるのであって、その基底には、被害の回避可能性の場合と同様に、相隣関係における相互抑制義務の考え方が存在しているといいうるのではなかろうか。その意味で、ことばこそ用いられてはいないが、実質的には、加害の回避可能性の有無が判断の重要なメルクマールとしてはたらいていると考えられるのである。

(ハ) 建物の使用目的　裁判例をみると、大方の傾向としては、マンション、貸ビルなど建物自体に強い営利性が認められる場合と学校の校舎など公共性が認められる場合とでは、前者の方が受忍限度をこえると判断される可能性が大きいように思われる。建物の使用目的の公共性が考慮された却下例としては、学校の校舎に関する①横浜地判昭

和四六年二月八日（判時六二〇号二八頁）、②大阪地裁堺支決昭和四六年三月八日（前掲、鈴木論文（注93）六〇頁）および区役所の公共施設を併設した高層の都営住宅に関する③東京地決昭和四八年四月二四日（前掲、鈴木論文六九頁）があるが、①は(イ)の「居住の先後関係」の部分で紹介したように、日照阻害が比較的軽微なものである点をあわせて考慮した事件であり、②は(ロ)の「被害の回避可能性」の部分でのべたように、被害者が境界線に近接して建物を建てた事情をあわせて衡量した事件である。また、③は、付近住民の多数の請願にこたえて、一、二階には区役所出張所、区立保育園、福祉事務所、社会教育会館など区の公共施設、三階以上は都営住宅という一四階建の建物が建てられた事件であるが、本件土地は国電大塚駅と地下鉄駅のすぐ近くに位置する商業区域内にあり、このような地域性があわせて考慮されているものである。[117] このようにみてくると、日照事件において「公共性」が判定の一要素としてとりあげられたケースはそれ程多くはなく、しかも、それが、受忍限度の判断に際し、基準としてどれだけのウェイトをもつものであるかは、一概には断定できないように思われる。のみならず、考え方としても、「公共性」を強調し、それを「錦の御旗」として、そのしわ寄せを隣接居住者にのみ負わせるという解決の仕方にも疑問がないとはいえない。[118]

(ニ)　加害行為の態様　加害行為の態様については、シカーネ的な場合は一応別として、建基法との関係が問題となる。日照事件において典型的なのは、建基法上適法な建築物による日照妨害であるが、抽象的理論としては、行政的取締規定の基準が必ずしも私人間の利害調整に関する私法的規制の基準に直結すべき必然性をもたないことは、すでに一般に承認されているところである。実質的にみても、現行の建基法には、用途地域の細分化（四八条）、第一種住居専用地域における隣地境界線からの壁面後退距離（五四条）や建築物の高さの制限（五五条）、第一種、第二種住居専用地域における建蔽率、容積率の制限（五二、五三条）や北側斜線制限（五六条一項三号）など、住居系地域に

おける日照をある程度考慮した規定がおかれているとはいえ、日照を確保するための公法的規制としては、未だに不十分なものであって、私法的調整の基準との間にかなりのズレがあることは否定できず、したがって、判断の要素として建基法上適法な建物であることを考慮した裁判例もほとんど見当たらない。

しかし、これとは逆に、建築物が建基法上違法なものである場合は、それが加害者側にとってマイナスの要素として考慮される可能性はかなり強いと考えられる。この点に関して、前記三田村事件の第一審判決である東京地判昭和四〇年一二月二四日（下民集一六巻一二号一八一四頁）は「建基法は専ら建てられる個々の建物自体の安全性とか、衛生状態等の確保という立場及び都市計画という政策的立場から、……一般的に国民全体の生命、健康及び財産の保護を図ることを目的としているものに過ぎないもので、直接に個々の建物所有者乃至建築者相互間の相隣関係における……利害の調整を図ったり、或いは個々の建物所有者及び建築者相互間に建物の建築に伴い、諸種の権利義務の発生することを直接に認めた法律ではなく、むしろこの間の個々の利害の調整は、これを民法所定の相隣関係の法規その他にまかせているものと解するのが相当である。したがって、……右法条に違反したからといって、この違反のみによって他の事情を考慮することなく日照、通風の侵害に対する私法上の損害賠償責任を生じさせるにふさわしい違法な侵害があったと速断することはできない」として、建基法違反のファクターを軽くみているが、第二審の東京高判昭和四二年一〇月二六日（高民集二〇巻五号四五八頁）は、建基法違反をきわめて重視し、加害者の所有権行使は「甚だしく社会的妥当性を欠いているものと評価でき」、「社会における共同生活の秩序を攪乱する反社会性をそこに見出すことができる」として、これを受忍限度判定の重要な要素としてとりあげている。第二審判決の立場を妥当とすべきであろう。

だが、将来の問題として、建基法との関係は、簡単には割り切れない側面をもっているように思われる。例えば、

現在国会に提出されている建基法の改正案五六条の二は、日照確保のための規制方法として、日影規制方式による基準を具体的に定めているが、このような規制基準は多分にマクロ的で、理論的には私法的調整の基準と直結するものではないといっても、多かれ少なかれ、受忍限度判定の基準に影響を及ぼすであろうことは否定できないように考えられるからである。現に、騒音事件に関する最高判昭和四二年一〇月三一日（判時四九九号三九頁）は名古屋市の「騒音防止に関する指導基準」に基づいて受忍限度内であると判断した原判決を、また、最高判昭和四三年一二月一七日（判時五四四号三八頁）は愛知県公害防止条例に基づく「騒音の基準」を受忍限度の判定基準とした原判決を、それぞれ正当と判示しているが、このような判例の態度は、建基法改正案の日照基準に適合する建築物について、それを私法上違法なものと評価することが事実上必ずしも容易ではないであろうことを予想させる。この意味で、建基法改正後の裁判例を見まもりたいと思うが、一般的にいえば、国や地方公共団体の長期的展望に立った、きめの細かい都市計画が今後徐々に形成されていくにつれて、それを阻止する結果となるような工事禁止の仮処分を命ずることは、それがすぐれて政策的な価値判断に基づくものであるだけに、裁判所にとっては、都市行政への真正面からの抵触になると意識され、そこに一種のためらいを感ぜざるをえないという傾向が出てくるのではあるまいか。

(2)　被害の程度と地域性　日照妨害については、一般に、被害の程度が大きくなればなるほど、受忍限度をこえると判定される可能性が高くなると考えるのが常識であろう。しかしながら、被害がどの段階に達すれば受忍限度をこえるものと判定すべきかは、それを判断する側の立場によって、かなりまちまちなものとなることを免れない。裁判例をみても、例えば、①神戸地裁伊丹支判昭和四五年二月五日（判時五九二号四一頁）、②大阪地裁堺支判昭和四五年四月一〇日（下民集二一巻三・四合併号五六一頁）のように、冬至における日照阻害が二、三時間程度のものを、受忍限度をこえるとして差止を認容している事例がある反面、③東京地判昭和四三年九月一〇日（判タ二二七号八九

頁)、④東京地決昭和四六年四月二二日(前掲、鈴木論文(注93)六〇頁)、⑤大阪地決昭和四六年一〇月五日(同前、六二頁)、⑥岡山地決昭和四六年一二月八日(判時六六三号八三頁)、⑦東京地決昭和四八年二月二八日(前掲、鈴木論文六七頁)のように、ほぼ終日にわたって日照が阻害されるというのに未だ受忍限度をこえていないとして却下している事例もあり、この点に関しては、一見して何らかの基準なり統一性は到底見出せないように思われる。

だが、右のように裁判例がまちまちなのは、必ずしも裁判官の個人差だけに帰せられない面のあることを留意する必要があろう。何故なら、①、②のケースはいずれも郊外の住宅地域における事件であるのに対して、③は、東京都品川区の住居地域と準工業地域が入り混じったところで近辺にはビール工場があるほか高層ビルが盛んに建てられている地域における事件、④は、東京都台東区の商店街における事件、⑤は、四階以上の高層住宅が散在している住居地域における事件、⑥は、岡山駅近くの商業地域における事件、⑦は、周辺一帯に小工場、商店、アパート、住宅が密集して混在する準工業地域における事件であって、そこには明らかに地域性の相違が認められ、したがって、各裁判例は、それぞれの地域的特性をかなり重視して受忍限度の判定をおこなっているとみられるからである。

このようにして、「被害の程度」はこれを「地域性」との関係においてとらえることが必要となるが、それでは「地域性」と「被害の程度」という二つの要素は、相互にどのような関連性をもつものとして、評価すべきことになるのであろうか。

この問題に関する一つの見解として、社会通念と科学的知見に基づいて現実の土地利用状況からきめの細かい日照基準を設定し、日照阻害がこの基準値を下回る場合には日照権の侵害があるものとして法的保護を付与すべきであるとする主張がなされている。[119] だが、日照が相対的な快適環境の問題にすぎないこと、したがって、それについての絶対的水準というものは得られがたいことを考えると、このような見解にしたがって「あるべき」基準を確定すること

は決して容易なことではないと思われる。結局、それは、いくつかの類型に分けられる地域の特性を基本にしつつ、現在の日照享受量やそれに関する社会的意識、さらには将来のあるべき都市像等を十分調査、検討した上で、[120]社会的合意が得られるであろうと想定される水準を設定するほかはないであろう。[121]けれども、このようにして、私法上の基準値をきめ細かく確定することは不可能でないとしても、所詮、それは画一的な数値を一応設定するという意味しかもちえないであろうから、公法的な規制における基準と同様に多分にマクロ的なものとならざるをえず、したがって、その現実的有用性には疑問があるといわなければならない。[122]具体的な事案の審理においては、このような画一的な基準によるだけでは、到底解決は困難で、結局、個別具体的な諸事情をふまえた総合的衡量に基づく判断が必要とされざるをえないと思われる。そもそも、判断基準の明確化とは、画一的な基準値を設定することによって、事件を単純に割り切ることではなく、[123]具体的衡量によってなされる法的な価値判断に際し、考慮されるべき諸要素とその重要性の程度についての合理的な判断根拠、換言すれば、「いかなる要素をどの程度考慮して認容または却下すべきか」の判断基準を、あらかじめ明らかなものにしておく作業にほかならないのである。かくして、受忍限度を客観的に判定するに当たっては、日照事件において常態的なファクターとして現われる「地域性」と「被害の程度」の両者を関連づけた一応の判断基準というものをまず設定し、これを修正する要素として、被害の回避可能性(被害者側の土地、建物の利用状態)、加害の回避可能性(加害回避の容易性ないし差止を認めることによって加害者のこうむる損害の程度)、先住性(被害者の危険への接近の態様)、さらに重要度は低くなるが、加害行為の態様(建基法違反の有無とその態様)、建物の使用目的(公共性と営利性)などの個別具体的諸事情を付加し、これらを総合的に検討すべきことになると考えられる。[124]「被害の程度」を「地域性」に結びつけた日照の保護基準は、それが行政上の基準値であれ、また私法上の基準値であれ、所詮マクロ的なものたらざるをえないのであって、その意味では文字通り「一応の」基準とし

て参考とされるにすぎないものというべきであろう。[125]

さらに、一応の保護基準としては、被害地にどの程度の日照の確保を保護し、他方加害地にどの程度の土地利用を許容すべきかを、両者不可分のものとして比較検討し、その結論を一応の基本の基準とすることを提唱する山口判事の見解がある。[126] この見解は、被害地の日照を確保するため加害者の土地利用をどの程度制限すべきかという見地から、建基法の用途地域や高度地区、容積率、建蔽率などの制限の考え方に依拠しつつ、加害者の土地利用を限界づけようとするものであって、建基法の制限に反する土地利用は、原則として、保護に値しないものとし、ただ、東京都における第一種住居専用地域と第一種高度地区の規制に適合する土地利用については、これらの規制が被害地の土地利用に十分意を払い厳格に規定されているところから、その差止請求は認められないとするものである。[127] 公法的な建築規制は、それが直ちに私法的な保護の限界に結びつくものではないとしても、建基法上の建築規制を土地利用の限界として考える（換言すれば、規制限度内の土地利用に伴う日照被害はこれを甘受すべきであると考える）意識が、一般的な社会通念として形成されるに至っていると認められる場合には、それを私法的な調整の一つの基準として適用することが是認されてもよいと考える。[128] なお、「地域性」を「被害の程度」との関係においてとらえることに関しては若干残されている問題があると思われるので、山口判事の見解を補足する意味で、二、三の点について私見をつけ加えておきたい。

(イ) 第一に、現行の都市計画法ならびにそれに基づく建基法の八用途地域制は、昭和四五年改正の以前における四用途地域制をさらに細分化したものであるが、日照との関係において都市における地域性を把握する上では、なおマクロ的に過ぎるように思われる。この点に関して、裁判例の多くは、必ずしも建基法上の用途地域にとらわれることなく、将来への流動性、発展性をも考慮し、その現況をとらえるべく努めているが、日照の保護と関連性をもつ「地

域」の性格は、むしろ、「地区」ないし「街区」といった、より狭い地域の場所的性格を標準として、これを把握することが適当であろう。[129]

(ロ) 第二に、具体的な事案においては、しばしば、変貌しつつある地区の過渡期における日照保護をどのように考えるべきかが問題となる。この点については、従前中高層建築物の工事禁止の仮処分を却下した事例が少なくなかったことに対し、山口判事は、過渡期における住環境の保護を看過してはならないと指摘され、この場合には、損害の補償をなすことによって差止を回避することも考えてよいとされている。[130] 私としても、別段この見解に異論があるわけではない。だが、過渡期の地域性については、東京地裁の伊藤剛裁判官からつぎのような問題が提起されている。「実務上判断に迷うのは、将来の発展性、就中高層化傾向の有無である。例えば、高層ビルの林立する商業地域に比較的近いが現在は付近一帯二、三階の建物しかない比較的閑静な住居地域に五階建マンションを建築中で、これが完成すると近隣建物に相当（三ないし五時間）の日照阻害を与えるという事案がかなりある。このような事案においては、高層化傾向の有無が事案を大きく左右するにもかかわらず、性質上説得的な資料に乏しい。……そこで、微妙な判断となるのである」と。[131] このような場合においては、地域の現況を把握するという手法だけでは不十分で、将来性についての予測が不可欠であり、したがって、その地域の「あるべき」将来像が政策的に探究されなければならないと考える。換言すれば、都市再開発の計画のもとに、その地区の詳細計画が具体的に考えられ、これを指針として判断することが必要となるであろう。この意味において、その「地区」ごとの将来にわたる土地利用計画や建築整備計画の策定が要請されるのであるが、[132] いうまでもなく、それは、司法の任務とするところではなく、都市行政が担当すべき分野に属する仕事である。このようにして、日照の保護に関する私法的な判断基準の問題は、都市行政の現状と深いつながりをもっていることを改めて認識せざるをえない。[133]

(ハ) 第三に、地域性については、より広域的な地域圏の気候、風土の特殊性を考慮し、それぞれの地方に適合した日照保護の判断基準を考える必要があると思われる。例えば、北海道では、太陽高度が低いので、冬期の日影はかなり長い範囲に及び、また、冬至期午前八時から九時、午後三時から四時までの日射量（太陽光線の熱量）は、南中時（正午）のそれに対して、東京一五・五パーセント、鹿児島五一・三パーセントであるのに比し、札幌は七パーセントと極端に低い。この点からみると、北海道では、日照についてより厳しい基準が適用されて然るべきように考えられそうである。[134] しかし、北海道では冬期に降雪や曇天の日が多いのに対して梅雨期というものがないので、札幌の五月から八月にかけての日射量は、東京、大阪のそれよりもかなり多いのである。このことは、北海道における日照は、これを冬期だけではなく、むしろ一年を通じて全体的に考察すべき必要性を示しているといえるが、日照の「被害の程度」についても、本州における多くの裁判例にみられるように冬至日を標準としてこれを測定するという判断方法は、北海道では根拠がなく、必ずしも通用しないものであることを指摘しておきたい。[135]

(108) 沢井裕「公害の私法的研究」、同「最近の日照権裁判例について」判時五九六号一三八頁以下、野村好弘＝淡路剛久「公害判例の研究」、徳本鎮「判例にみられる日照妨害の法理」、同「判例にあらわれた日照妨害紛争」ジュリスト四九〇号二九頁以下ならびに同「判例にあらわれた日照妨害紛争の法理」ジュリスト（特集）「日照権」二四五頁以下を加筆修正の上「企業の不法行為責任の研究」二一五頁以下に収録、前掲、好美論文（注92）ジュリスト四九〇号一六頁以下、四九三号一〇七頁以下、四九四号一一三頁以下、前掲、鈴木論文（注93）判タ二九七号五六頁以下、山口和男「日照権に基づく建築工事禁止の裁判例の動向」判時七四七号三頁以下など。

(109) 前掲、山口論文（注94）二六〇頁参照。

(110) 前掲、落合報告（注96）三六頁。なお、前掲、伊藤報告（注96）二六八頁参照。

(111) ①は、路線商業地域に指定されている場所における事件で、ビルが建築されても夏至のころで四時間の日照が確保されると認定されているものであり、④は、小工場、商店、アパート、住宅が密集して混在する準工業地域に三階建郵便局を建築すること

による日照妨害事件であるが、日照被害の程度は、本件建物が平屋建、二階建であってもほとんど差異はなく、また、敷地の利用方法如何により債権者が日照阻害の不利益を軽減することも不可能ではないとされているものである。

(112) 前掲、好美論文（注92）ジュリスト四九三号一〇九頁。なお、前掲、鈴木論文（注93）八一頁は、「危険への接近」としての居住の先後関係を、被害の回避可能性の一態様としてみている。これは、態様のとらえ方の問題に帰着するが、被害者が敷地の境界線ぎりぎりに建物を建てるという場合とは態様を異にすると考えられるばかりではなく、鈴木論文のようにとらえるとすると、そもそも、先住関係を独立の判定要素として問題とすべき余地はほとんどないということになるであろう。

(113) 注（1）参照。

(114) 前掲、好美論文（注92）ジュリスト四九三号一〇九頁。

(115) そのほか、静岡地決昭和四六年一二月六日（前掲、鈴木論文（注93）六三頁）ならびに東京地決昭和四八年二月二八日（前掲、伊藤報告（注96）二七五頁にある却下決定例5）を参照。

(116) 東京地決昭和四九年一月二一日（判時七三八号八二頁）は、一五階建のマンション建築に反対する近隣住民に対し、建築主から一四階までの建築工事をすることを妨害してはならない旨の建築妨害禁止の仮処分が申請された事件に関するものであるが、建築主が付近住民の被害を回避するため、着工前から住民と土地、建物を買取る交渉を行ったり補償金を支払う申出をするなど努力したが、被害者は六階以上の建築には応じられないと主張したため交渉が決裂した事実を認定した上で、建築主の「被害回避への努力等の諸事情」を十分斟酌しても、被害者の受ける被害の程度は受忍限度を著しくこえていると認めるのが相当であるとしながら、他方、階数を相当程度削減すると建築主は大幅な損失をこうむり、企業の存続自体を危殆に陥し入れる結果を招来することになるとし、この点を考慮して、結局、一〇階までの工事を妨害してはならない旨を命じている。

(117) なお、公共建築物による日照妨害事件の例として、しばしば、四谷電話局庁舎事件として有名な、東京地判昭和四一年一〇月一日（下民集一七巻八・九合併号八八五頁）が引用されるが、この判決は、庁舎の建築が「社会的に有用なもの」であり、「一応の合理性」があるとはしているものの、正面から「公共性」を認めてはおらず、むしろ、都市繁華街並みに発展する可能性をもった商業地域という場所的性質が判断の決め手となったケースとみるべきものである。

(118) 前掲、好美論文（注92）ジュリスト四九三号一〇九頁参照。

(119) 楠本安雄「日照権と都市空間」ジュリスト五〇六号九三頁以下。

(120) 東京都内における日照享受量の実態と日照に関する意識の調査は、ある程度、武井正昭教授と勝田高司教授によって行われている（注（1）参照）。なお、武井正昭「日照問題と住民の意識」ジュリスト（特集）「日照権」六八頁以下、石原舜介「都市再開発と日照」ジュリスト（特集）「日照権」四四頁を参照。

(121) 行政上の基準も、結局、このような手法によって一応の基準値を設定しうるにすぎないものである（建築審議会の分科会たる日照基準専門委員会による「日照確保のための建築規制基準についての中間報告」（昭和四八年八月三一日）参照）。

(122) 好美清光「日照権の法的構成」ジュリスト（特集）「日照権」二二九頁。

(123) 鈴木裁判官は、六三件の裁判例について、日照阻害時間と地域性との関係を整理した上、地域性を郊外住宅地、低層住宅街（住居専用地区）たる住居地域、一般の住居地域、高層化傾向をもつ住居地域、一般の商業地域、高層化傾向の認められる商業地域、工業・準工業地域に分類し、各地域ごとに、冬至期の九時から一五時にいたる六時間のうちの日照阻害時間を、認容例と却下例とに区分してグラフにまとめ、受忍限度の限界線を明らかにしようと試みておられる。そして、その結果、郊外住宅地の場合には、日照阻害時間が三時間で認容されている事例が一例認められ、高層化傾向の認められる地域を除いた住居地域では約四時間三〇分以上、高層化傾向の認められる地域を除いた商業地域ではほぼ終日日照を阻害される場合に認容される例が多いことを指摘されている（前掲、鈴木論文（注93）八〇頁参照）。私としては、裁判例を総合的に分析検討して地域ごとの基準をさぐり出す試みとして、この作業を高く評価したい。しかし、鈴木裁判官自身ものべておられるように（前掲、八三頁）、これは受忍限度を判定する場合の基本的な基準を提供するものにすぎないものであって、総合的判断としては、個別具体的な諸要素が、これに影響を与えるものとして加味されるべき必要性は決して否定されておられないのである（なお、同趣旨の考え方を示すものとして、前掲、山口論文（注94）二六〇頁参照）。

(124) 同前、鈴木論文八三頁、山口論文二六〇頁。なお、山口判事は、「地域性」ならびに「被害の程度」と、それ以外の諸要素との間に、重要性の段階を設けるべきであるとされているが、この点については、すでに本文三の二(1)の冒頭にのべたように必ずしも同調できない。

(125) 前掲、楠本論文（注119）九八頁は、「私法上」の基準の設定を力説するが、それは、所詮、その厳密性において、行政上の基準（例えば、建基法改正案五六条の二による日影による規制基準や各都市の条例、指導要綱にみられる日照基準）と大差ないものとならざるをえないであろう。ついでに付言すると、楠本論文は、日本住宅公団の公団住宅設計基準などが参考になるとしてい

るが、これは文字通り大まかな原則を定めたものにすぎず、参考にすらなりえないものである。また、各都市の指導要綱にみられる日照基準も、例えば、横浜市の基準が、公営住宅設計基準や現実の住宅地の日照時間などを参考にして、用途地域別にこれを定めたといわれているように（伊藤雅章「横浜市の日照等指導要綱」地方行政（昭和四八年二月五日）二頁）、いわば、とりあえずこれを設定したともいうべき、ごく大まかなものにすぎない。

(126) 前掲、山口論文（注94）二六〇頁。

(127) 山口、判例評釈、判タ二八六号九三頁以下。なお、山口判事は、「地域性」と「被害の程度」との関連性を、(1)用途地域性との適合の有無、(2)各用途地域間における緩衝地帯における問題、(3)第一種、第二種住居専用地域および高度地区への指定前の地域(4)中高層建築地域とされている住居、商業、工業地域内における低層住宅の保護に分けて、詳論されている。

(128) この意味では、建基法改正案五六条の二による日影規制の基準も、それが適用されることとなった以後においては、それを基礎として、日照確保と土地利用の限界についての一般的な社会通念が形成されていくことになるのではないかと予想される。

(129) （注123）に紹介した前掲、鈴木論文（注93）の貴重な研究も、地域性の分類については、まだ大まかで、もっときめ細かくこれを把握する必要があると思われる。

(130) 前掲、山口評釈（注127）九六、九七頁。

(131) 前掲、伊藤報告（注96）二六九頁。なお、前掲、山口論文（注108）八頁は、住宅地域の日照紛争では、高層化傾向の認定がいかに、裁判の結果に大きな影響を及ぼすかを指摘している。

(132) わが国では、都市計画法に基づくマクロ的な用途地域制と建基法に基づく建築物の単体規制があるだけで、その中間段階にあるべき政策として、街区を単位とした詳細計画の策定という手法が欠けているため、それが良好な住環境の形成にとって大きな障害となっていることは、つとに指摘されているところであり、建築審議会の「市街地環境の整備の促進のための方策に関する答申」（昭和四九年一月二八日）は、西欧諸国にみられる詳細計画（建築計画制度）の手法を導入する必要があることをのべている。また、札幌市住居環境審議会の「日照確保の方策に関する答申」（昭和四九年三月八日）も、地区計画の推進の必要性を強調している。

(133) 建基法改正案の主要な内容は、日照確保のための基準を定めるだけにとどまっており、建築審議会の答申（注132）の趣旨が十分に反映されていないのを遺憾とするが、特に地区計画の推進に関連して問題だと思われるのは、審議会答申が、建築協定につ

いて現行の全員合意制を改め、第一種、第二種住居専用地域においては市町村が協定の標準を定めることができるものとし、この標準によるときは「一部に同意しない者があっても建築協定が成立するものとする」よう提言しているのに、改正案ではそれが採用されなかったことである。建築協定は、住民の手による街づくりを推進するために最も有効な手法であり、日照紛争の発生を未然に防止するためにも効果的な手段たりうるものである。したがって、市町村のリーダーシップのもとにおける住民参加という形において、その積極的活用がはかられるならば、良好な住居環境の整備保全は勿論のこと、将来の都市づくりや地区計画の推進にも大きな寄与をなしうるであろう。従来、既成の市街地においては、地区関係権利者の全員の合意を得ることが困難なため、協定の締結は容易でなく、建基法が規定している建築協定（六九条以下）は、制度として十分機能を果しえなかったきらいがあったのである（植田光彦「建築協定の実施状況」ジュリスト（特集）「日照権」一一八頁以下参照）。このことを考えあわせると、改正案が審議会答申をとりあげなかったことは、きわめて残念であり、改めて、都市行政の立ち遅れを痛感せざるをえない。

(134) 事実、建基法改正案五六条の二も、日影規制方式による基準を定めるに当たって、冬至日の真太陽時による午前八時から午後四時までの間における日影時間を一定の範囲内（例えば第一種住居専用地域で四時間）に制限するという方法をとっているが、北海道については「午前九時から午後三時までの間」という特則を定め、日影時間については、例えば四時間のところを三時間というようにこれを短かくしている。この結果、日影時間が一時間短かく定められている点を計算に入れるとしても、北海道における日影規制が本州、四国、九州などのそれと比較して、より厳しいものになることは明らかである。

(135) また、本州では、酷暑や湿度の高さに象徴されるように、夏をいかに過すかが問題であるのに対し、北海道の夏は不快指数も低くて理想的な気候といえる反面、厳冬期の寒さをいかにしのぐかが最大の問題であり、それは、屋内における保温の問題、換言すれば、寒地住宅としての断熱効果、暖房設備、燃料消費料等の問題に帰着するが、この面においては、皮肉なことに、日照の場合とは逆に、建物の容積率、建蔽率が高くなればなる程、それに応じて、風速も弱く、建物間の熱の輻射率も高いので、相対的にその地域の温度は高く、したがって燃料消費料も少なくて済むという効果が現われるのである。かくして、北海道では、北欧型に属する地域圏として、むしろヨーロッパ的な生活様式（冬は、コンクリートの屋内で外気を遮断するとともに暖房設備によって室温を保ち、夏は戸外に出て太陽を享受するという生活様式）が望ましいことになるが、本州から北海道に移住してきた人びとの間では南方的な生活様式に慣らされた意識がそのままもち込まれてきており、そのため、北欧的な生活意識は実際上

なかなか定着しにくいという傾向がみられる。

四　おわりに

以上をもって、差止請求を中心とした、日照の私法的保護に関する諸問題の考察を一応終えることとしたい。本稿は、日照権の保護をめぐる多くの論議や裁判例について、日頃私が考えている一端をのべたにすぎないものであり、その意味では、体系的な考察というには程遠いものである。論文の構成も、受忍限度論に対する批判説の検討にかなりの紙幅を費やしたため、ややバランスを欠くものとなっているが、これは、ひとえに私の未熟のいたすところであり、ご容赦を願いたいと思う。

考察を終えていいうることは、日照権の保護に関する諸論議のなかには、大なたを振るって問題を割り切ろうとする公式論が少なくなく、法律論としては粗雑な、かつ思いつき的な議論もかなり見うけられることである。率直にいって、私は、常日頃、日照権の保護を錦の御旗として、キャンペーン的な主張を解釈論の場でこじつけ的に展開しようとする議論や、いわゆる進歩的（？）ムードに支えられた法律論を口にさえすればそれで事が済むという安易な議論が横行している傾向を苦々しく思っており、そのせいもあって、私の反論は、ともすれば激しいものとなってしまったきらいがあることを反省している。私見によれば、法解釈論は、時代の進展に即応して社会における諸問題を解決することを志向するものでなくてはならないことは勿論であるとしても、もともと大上段に振りかぶった花々しい議論に適するものではなく、きめの細かい、むしろ地味な考察が要求されるという宿命をもっているといってよい。それを一つ一つ積み上げていくことによって、本当の意味での法解釈論の前進がありうるものと考えられるのであ

る。

ある裁判官は、「日照権紛争につき、現在の訴訟制度を介してわれわれのなし得ることはあまりにも小さいとの感を禁じえない」と述懐し、抜本的な立法的、行政的施策の実現を強く期待している。[136] 本稿のなかでも指摘したように、日照の私法的保護は、都市行政の現状を前提とし、それと深いつながりをもっている。日照紛争の司法的解決にはもともと限界があるのであって、その根本的解決は、良好な住居環境を実現する問題をも含めて、都市の広域的かつ計画的な再開発によるほかないことは、改めて指摘するまでもないところである。私は、都市政策の基本的な方向として、「日照問題専門委員会」中間報告（昭和四七年一〇月）および「日照基準専門委員会」中間報告（昭和四八年八月）をも含めて「建築審議会答申」（昭和四九年一月）[137] の考え方をほぼ妥当なものであると考えており、その早急な実現を望むものであるが、それに基づく建基法改正案は必ずしも右の答申の趣旨を十分に採り入れているとはいいがたい。遅々として進まない行政の現状を改めて痛感するとともに、今後もなお、「民事訴訟という狭い土俵の上で……悪戦苦闘している」[138] 裁判所が、そのしわ寄せを受けざるをえない結果となることを憂えるものである。この稿を閉じるに当たって、行政当局をはじめ、各政党に猛省をうながし、施策の推進のため真剣な努力を傾けられることを強く求める次第である（昭和四九年九月二五日脱稿）。

（136）前掲、落合報告（注96）四三頁。
（137）注（132）参照。
（138）前掲、伊藤報告（注96）二七二頁。