



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	権利濫用に関する一覚書 -生活妨害（公害）における法規範創造的機能を中心として-
Author(s)	藤岡, 康宏; FUJIOKA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 26(2), 1-43
Issue Date	1975-11-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16191">https://hdl.handle.net/2115/16191</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	26(2)_p1-43.pdf



# 権利濫用に関する一覚書

——生活妨害（公害）における法規範創造的機能を中心として——

藤 岡 康 宏

## 目 次

- 一 序
  - 二 権利濫用論の発展
  - 三 権利濫用論の機能
  - 四 生活妨害（公害）における法規範の創造
- 一 序

権利濫用の理論は、わが国においてもかなりの歴史を持っている。最近においても、多くの関心を集めている生活妨害（公害）<sup>(1)</sup>について、権利濫用の文言が用いられている最上級審判例が現れている。「1」事件（最判昭和四七年六月二七日）<sup>(2)</sup>は、日照利益の法的保護に関する紛争である。住宅地域において、隣接する南側家屋所有者が建築基準法に違反して

二階を増築した。そのため、北側家屋の日照、通風が阻害されたのであるが、最高裁判所は、慰謝料を認容するにあたり、次のように述べている。すなわち、「すべて権利の行使は、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、社会生活上一般的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き、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であるといわなければならない。」<sup>(2)</sup>

ところで、日照利益をめぐる争いは、わが国に特徴的な紛争形態の一つであるが、一般に、生活妨害は、わが国では（差止ないし妨害排除の問題を一応、措くならば）、不法行為の問題として扱われてきたのである。そして、民法七〇九条が規定する不法行為の成立要件の一つである違法性（権利侵害）を判断する基準は、権利濫用論から受忍限度論へと変化してきたといわれている。<sup>(3)</sup>

権利濫用論の基本的考え方はこうである。権利の行使は原則として自由であるが、他人の利益の侵害が一定限度を越えるときには、その行為は例外的に違法となる、というのである。ところが、受忍限度論においては同じ違法性が被害者の見地から判断される。被害が受忍限度以下の場合にはじめて例外的に違法性がない、と考えられるべきであるとされている。かくして、この受忍限度という考え方は、被害者保護により資することから、多くの支持者を集め、生活妨害における権利濫用論は、すでに克服されてしまったかに見える。この受忍限度論によれば、先の〔一〕事件において、被害者の忍容すべき程度を論じるにあたってなお加害者の権利濫用が言及されているのは、ただ次の理由にとどまるもののように思われる。すなわち、日照利益の侵害態様は、土地所有権の利用行使による消極的侵害にすぎない。<sup>(4)</sup>したがって、加害者の責任を追及するためには、加害者の積極的な権利行使の濫用を問う必要がある、

ということであろう。それでは、このような例外的な場合を除けば、生活妨害における権利濫用論は、受忍限度論の登場による外見上の後退によって、その積極的な有用性を失ってしまうことになるのであろうか。われわれの当面の問題は、まさにここに向けられているのである。

その問題とは次のようなものである。わが国における生活妨害は、数多くの重要な法律問題を相次いで提起することにより、不法行為法の発展に大きな影響を及ぼしてきたことはたしかな事実である。<sup>(7)</sup>しかし、この事實は、他面において、生活妨害がかなり特異な法分野として形成されつつあることをも示していると思われる。わが不法行為法が、本来予想していた適用範囲<sup>(8)</sup>と今日の生活妨害との間では、その性質においてかなりの隔りが生じつつあると考えられるのである。かような生活妨害の特異な発展を背景とするかぎり、われわれは、権利濫用論の機能を今一度把え直す必要に迫られる。というのは、権利濫用論は、より基本的なところで、右の如き生活妨害の独自の法規範形成に寄与するところが大きかったと考えられるからである。<sup>(9)</sup>しかも、生活妨害においては、法的な保護に値する生活利益が新しく生成することが多い。そのうえ、場合によっては、権利というより強い保護形式（法的構成）の当否が問われさえする。近時の環境権論争は、その典型例であろう。<sup>(10)</sup>しかし、この環境権も結局は、具体的な法規範形成の問題である。したがって、われわれが今、法規範形成（創造）の見地から権利濫用論を再検討するならば、この理論は、特異な法分野を形成しつつある生活妨害の法的性質や具体的規範の内容を、一層明らかにすることができると考えられるのである。

ところで、右の課題は、より広汎な視野から眺めるならば、一般条項としての権利濫用（民法一条三項）の機能を考察する、という問題の一環として理解することができるであろう。権利濫用は、生活妨害の事例がそうであるように、主として所有権濫用の問題<sup>(11)</sup>として展開されてきたという歴史的背景を持っている。しかし、それにとどまらない広い裾野を持つものであることはいうまでもない。したがって、生活妨害における権利濫用の機能を明らかにするた

めには、判例・学説による発展や現在の問題状況を十分に踏まえておく必要がある。かくして、一般的には、一般条項（権利濫用）の役割を包括的に検討すること、及び、個別的には、右の作業をとおして、わが生活妨害（公害）法を独自の法分野として形成すること、本稿の意図はここに存する。

※ 本稿は、Sono and Fujioka, *The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan*, 35 *Louisiana Law Review*, no. 5 (1975 Special Issue) の基礎とする目的で書下した論稿であるが、権利濫用に對する一つの考え方を公害にあてはめて検討したものであり、その意味で、筆者の損害賠償法研究の一環を成すものである。

(1) 公害の概念については、加藤一郎編公害法の生成と展開(昭四三)二頁以下(加藤一郎筆)。今日広く公害と呼ばれるものについては、騒音・悪臭・日照妨害等による近隣妨害(いわゆる私害)と、大気汚染、水質汚濁など広範囲に被害をもたらす公害とに分けることも可能である(柚木馨・高木多喜男補訂・判例物権法総論〔補訂版〕(昭四七)、四六三頁参照)。財産的損害よりも、人間の生活が妨害される側面が中心となっているので(加藤編前掲書三頁)、ここでは両者を含めて、「生活妨害(加藤一郎・不法行為〔増補版〕(昭四九)一二六頁参照)」という概念を用いることにする。

(2) 日照権紛争である東京高決昭四九・六・一三判タ三一一号一四四頁も権利濫用に言及している。

(3) 公害法の生成と展開(昭四三)四五八頁以下(野村好弘筆)、好美清光「日照権の法的構造上」ジュリ四九〇号(昭四六)一六一―一七頁、楠本安雄・日照権(昭四八)二八頁以下参照。もっとも、日照利益を強く保護する必要があるかどうかについては、消極的な見解もある。藪重夫「日照の私法的保護に関する諸問題」北大法学論集二五卷三号(昭四九)二頁注(1)、三二頁注(7)。

(4) たとえば、公害法の生成と展開(昭四三)二七―二八頁(加藤一郎筆)。

(5) 好美清光「日照通風を害する建物建築が不法行為となる例(判批)民商六八卷六号(昭四八)一三六頁。ちなみに、消極的侵害にすぎない眺望阻害に関する最初の判例である東京高判昭和三八・九・一一判タ一五四号六〇頁においても、日照利益の侵害と同じく、権利濫用論が用いられているのは興味深い。もっとも、先の「1」事件自身では、日照、通風妨害は、騒音、煤煙、臭気等の放散、流入による積極的な生活妨害とはその性質を異にするけれども、被害者の保護という点においては差異を認める理由はないとしている。

(6) この間の事情については、四宮和夫「公害」私法の発展について」商事法務六一〇号(昭四七)四頁以下に簡潔に要約されて

いる。なお、林良平「公害に対する私的救済とその理論的展開」同誌一四頁以下。公害判例の發展を概観するものとして、谷口知平「公害（環境汚染）責任の認否に関する判例法理」（昭四六）竜谷法学四卷三号二三頁以下参照。なお、野村好弘・淡路剛久・公害判例の研究（昭四六）。

(7) 西原道雄「公害賠償法の体系的地位」現代損害賠償法講座5公害・生活妨害（昭四八）一頁以下参照。

(8) 石田稔「不法行為法の再構成（一）」法協九一卷四号（昭四九）一六一―一七頁によれば、立法者が民法七〇九条の不法行為として定型的に予想していたのは、「一般市民の間の日常生活から偶発的に生じる損害」、即ち、意思責任の不法行為である。

(9) 東孝行「公害と権利濫用論」民法学方法論に関する一考察」判タ二九四号（昭四八）九頁によれば、権利濫用論は法解釈の指導理念として活用されるべきであるとしているが、本稿は、この点からも教示を受けている。

(10) 代表的な文献として、大阪弁護士会環境権研究会・環境権（昭四八）。なおジュリ四九二号（昭四六）特集環境―公害問題と環境破壊。

(11) 東孝行「民法一条の諸原則の所有権制限の側面」神戸法学雑誌一八卷三・四号（昭四四）五三四頁以下をはじめとする東判事の一連の論文は、この方向に沿った丹念な研究である。なお、舟橋諱一「所有権の濫用」末川古稀記念・権利の濫用中（昭三七）一頁以下。

## 二 権利濫用論の發展

(1) まず、わが民法における権利濫用の意義を確定しておく必要がある。権利濫用は、民法一条に明文で規定されているのであるが、戦後、昭和二二年の民法改正で追加挿入された同条は、次のような構造を持っている。すなわち、  
一項 私権ハ公共ノ福祉ニ遵ウ 二項 權利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ從ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス 三項 權利ノ濫用ハ之ヲ許サス となっている。

権利濫用の禁止を明文で定めている国には、他に、西ドイツ（ドイツ民法二二六条）、スイス（スイス民法二二条）、ソヴェエト（民法基本法五条）などが知られている。しかし、これらの諸国と比較するならば、わが民法一条は、権

利濫用の禁止がきわめて簡潔な形で条文化されていること、及び、権利行使一般について、権利濫用の禁止を含む三段構えの規定がなされている<sup>(12)</sup>、という点で著しい特色を持っている。そして、わが民法一条のかような体裁は、直ちに、次の問題を提起するのである。

第一は、一般条項の機能をいかに考えるかということである。一般条項が、包括的な内容を持つものであることは、個別的事案の解決に弾力性を与え、法の発展に足がかりを与えることができる。他方、一般条項が持つこの発展的性格は、裁判官の恣意的活動を招きかねないという危惧を常に内包する。ここに、裁判官の制定法に対する関係如何という周知の問題が生ずる<sup>(13)</sup>。要するに、一般条項においては、具体的妥当性と法的安定性との調和が常に図られなければならないのであり、われわれが生活妨害に関し検討する、法規範創造という角度からの一般条項の機能的考察は、この問題の一端に的確な照明を与えることができる<sup>(14)</sup>と考えられるのである<sup>(15)</sup>。

第二は、一項にいう公共の福祉と三項が規定する権利濫用の禁止との関係である。この点、公共の福祉に言及する一項に独立の意義が与えられるべきものであるのか<sup>(16)</sup>、あるいは、この規定は、権利濫用の禁止を背後から支えるという機能を持つものにすぎないものであるのか、今日なお十分には、解決されるにいたっていない。この相互関係の明確化はなお今後の民法解釈学に残された課題<sup>(17)</sup>に俟たなければならぬ。しかし、公共の福祉が権利濫用になんらかの価値づけを与えざるを得ないという作用は、われわれもこれを無視することができないように思われる。すなわち、一般条項の社会的機能はこの関連で問われるべきものである。私権における社会的被制約性の一具体化である権利濫用論は、利益相互間の調整を目的とするにとどまるものなのか、あるいは、公的で超私益的な「公共の福祉」に必然的に結びつくことができるのか<sup>(18)</sup>、この問題の解明は、一般条項による規範創造をどのように評価するかという点に關しても、重要な手がかりを与えてくれるはずである。具体的には生活妨害における法規範創造の意義である。

そこで次に、この問題に個別的に入るまえに、一般条項（権利濫用）がかかえる右の二つの課題について、判例・学説がいかなる対応を示してきたかを一瞥しておくことにしよう。

- (12) 末川博「権利濫用概説」権利侵害と権利濫用(昭四五)一〇三頁、同「権利の濫用に関する新しい規定(昭二三)同書二五三、二五七頁。
- (13) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢四七卷二号(昭三七)七三―七五頁参照。
- (14) 裁判官の制定法に対する関係は近時、石田稜「制定法の拘束力―民事法を中心として―」ジュリフ五五〇号(昭四八)一八頁以下、同「法解釈方法の基礎理論(1)―法解釈方法論の再編成―」法協九二卷一号(昭五〇)六五頁以下などで論じられている。後にふれるように、制定法の欠陥を埋める一般条項の法規範創造的機能は、結局、この制定法に対する裁判官の關係という問題に密接なかわり合いを持っている。根本的には、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義―その一 法と法源」法協七三卷二号(昭三一)一頁以下参照。
- (15) 一般条項の機能については、最近のものとして、明坂満「一般条項と自由法運動」阪大法字八〇号(昭四七)三六頁以下、五十嵐清「ナチス私法判例における一般条項の機能―リューテルスの所説について―」於保不二雄先生還暦記念民法学の基礎的課題中(昭四九)三九頁以下がある。ことに、後者において、ナチス私法における一般条項の濫用という現実が指摘されていることは、興味深い。
- (16) 我妻栄「公共の福祉・信義則・権利濫用の相互の關係」末川古稀記念権利の濫用上(昭三七)五八頁。
- (17) 奥田昌道(書評・原島重義「民法における『公共の福祉』概念」法時四一卷三号(昭四四)一一四頁。なお、権利濫用と信義則との關係については、両者を対立的なものとして区別し、限界を画することは無益な作業にすぎないという徹底した考え方がある(川島武宣「権利濫用の意味論的考察」末川古稀記念権利の濫用上(昭三七)一四七頁)。この指摘は、文言に現われない一般条項の有機的功能を示唆する点で、本稿のテーマにとっても重要な視点を与えてくれるのである。
- (18) 松本暉男「わが国における権利濫用理論の特質についての一考察―学説史にあらわれた『公共の福祉』理念との結合の過程を通して―」法学論集(関西大学)九卷五・六号(昭三五)八一頁参照。

(2)イ) 権利濫用論が、「自己の権利を行使する者は何人に対しても不法を行うものではない (Qui iure suo vitur, nemini facit iniuriam)」という、近代における個人主義的な権利行使の絶対性に関する原則の反省から生れてきたものであることは、わが国においても、ほぼ共通した認識となっている。そして、権利濫用を、かりに「権利は本来社会生活における個人と個人との関係を規律するために認められているものであるから、権利の行使に当たっても権利者以外の者の利害を全然顧慮することなしに、権利者が社会から絶縁された孤独の存在であるかのようには振舞うことは許されぬ」というように理解することができるとするならば、この考え方そのものは、その文言が用いられているかどうかはともかく、かなり早くからその存在が知られている。

(ロ) 権利濫用、つまり権利行使には一定の限界があることは、すでに、民法典施行(明治三十一年)前後あたりから若干の学者によって意識されている。われわれは、限られた分野であるとはいえ、明治期(一八六八—一九一一)においても、若干の大審院判例を見出すことができる。たとえば、その萌芽として、流水使用権(2)事件(大判明治三二年一月一日民録五輯二卷)や、戸主権(民法旧七四九条)における居所指定権(3)事件(大判明治三四年六月二日民録七輯六卷四七頁)の行使に限度のあることを示す判例をあげることができるであろう。もっとも、この時期の権利濫用論の芽生えについては、次の指摘もあることにふれておく必要がある。すなわち、わが国における権利濫用論は、他の近代諸国に一般に見られるように、市民法秩序の内部から、権利行使の絶対性に対する修正として、いわば自覚的に生成されたものではなかった、ということである。しかし、明治期の後半には、外国法(なかなんずくフランス法)の影響からとはいえ、権利濫用が正面から論じ始められていたし、権利行使の限界という観点から、生活妨害にも目が向けられている。かような下地によって、次の本格的な発展が準備されていくのである。

大正期(一九一—一九二五)に入るや、権利濫用にかかわりを持つ判例はかなりの数にのぼる。なかなんずく、生

活妨害は、すでに大きな関心を集めつつあった。大気汚染による農作物の被害に関する、「4」大阪アルカリ事件(大正五年二月二日民録二輯二四七四頁)は、生活妨害を取扱つたわが国最初の最上級審判決である。本件では、当事者の主張の中に、権利濫用の考え方が垣間見えている。しかし、大審院は、まず、不法行為責任を論ずるにあたって、伝統的な過失の問題に着目し、請求を認容した原審判決を破棄差戻したのである。すなわち、「相当ナル設備ヲ施シタル以上ハ偶々他人ニ損害ヲ被ラシメタルモ之ヲ以テ不法行為者トシテ其損害賠償ノ責ニ任セシムルコトヲ得サルモノトス。」かように、大審院によれば、相当な設備の有無は過失の問題であつた。

ところが、その後間もなく、「5」事件(大判大正六年一月二三日)において、建物所有者である借地人に対する、土地所有者の確定判決に基づく強制執行(権利行使)が、「法律ニ於テ認ムル範囲内ニ於テ適當ノ方法ヲ以テ」なされず、建物の価値が著しく減じたような場合には、損害賠償責任が発生する余地のあることが認められるにいたつた。この判決の影響もあつてか、次いで、生活妨害においてはじめて本格的な権利濫用論を展開する「6」信玄公笠掛松事件(大判大正八年三月三日)(民録二五輯三五六頁)が生じ、注目をひくにいたるのである。本件は、国鉄駅近くの操車場附近に位置する由緒ある松樹が、汽車から噴出する石炭の煤煙により枯死したというものである。国鉄を敗訴せしめた大審院は、先の「5」事件を受けていう、「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」は、その権利行使は適当な範囲にあるとはいえない。かような観点から本件では、その具体的判断が、煤煙予防の方法を施さなかつたことに求められている。かくて本件は、権利濫用の考え方を直截に現わすものとして位置づけられ、その後長きにわたつて、権利濫用論の規矩の一つとされてきたのである。

昭和期(一九二六―)に入ると、それ以前には見られなかつた、所有権の濫用が裸のまままで争われる判例が現われ、権利濫用論は、新しい様相を呈しはじめる。すなわち、自己の所有地への侵害に対する被害者側の妨害排除請求が、

権利の濫用として許容されない場合がある。「7」宇奈月温泉事件（大判昭和一〇年一〇月五日）がその典型例であろう。本件では、温泉営業のためにひいた被告・鉄道会社の湯管の一部（面積約二坪）が、他人所有の荒蕪地（三畝二二歩）を無権限に通過していたために、それを奇貨として利を図ろうとした原告がその土地を取得し、当該湯管の撤去と立入禁止が求められたのである。

大審院は、当事者間の実質的な利益衡量を図ることにより、原告の主張は権利濫用にあたるとして請求を棄却している。こうした利益衡量による衡平な解決の中には、権利濫用論の主観主義から客観主義への転回を窺うことができるであろう。<sup>(28)</sup>ところが、本件のような類型では、ことに、侵害者が公益を目的とする事業者である場合には利益衡量という隠蔽によって、私人である所有権者の、本来合法的な権利主張が不当に抑え込まれるという危険が存在する。

そのようなものとして、「8」事件（大判昭和七年二月二〇日）では、発電用水路完成後の撤去請求、「9」事件（大判昭和十三年一月二六日民集一七卷二）では、鉄道線路の無断埋立工事に対する原状回復請求が、前者においては、「法律上履行不能」<sup>(29)</sup>、後者では、「社会通念上不能」による権利濫用を理由とすることによって、いずれも請求が棄却されている。このように、この種の事例は、権利濫用が持つ社会的機能の限界に新たな疑問を投げかけ、今日にいたるまで尾をひくことになっている。

さて、大正期以後の判例上の発展には、もちろん、学説の貢献するところが大きかったことはいうまでもない。<sup>(30)</sup>ここでは、わが国に特有な、権利濫用の社会的機能に目を向けた次の指摘をあげておきたいと思う。それは、先に述べた宇奈月温泉型事件の判例にかかわりあいを持つている。すなわち、わが国における権利濫用論は、もともと、私権相互間の衝突・対立の調整を期待されるにとどまるものであった。しかし、かような事情にもかかわらず、権利濫用論はやがて権利の社会性ないし社会公共が有する団体的利益の優位性を実現するための正当化手段として、意識されてきた、<sup>(31)</sup>というのである。このように、権利濫用の社会的機能は、かぎられた分野であるとはいえず、しばしば、特殊

な消極的評価を与えられたこともあったのである。

- (19) 末川博「権利濫用概説」前掲書(注12)一〇二頁。
- (20) 同前一〇一—一二頁。
- (21) 権利濫用論の発展についての以下の敘述については、主として、深谷松男「学説・判例 権利濫用の総合的研究」法時三〇巻一〇号(昭三三)五一頁以下、松本・前掲論文(注18)七七頁以下、青山道夫「わが国における権利濫用理論の発展」末川古稀記念権利の濫用上(昭三七)九頁以下、舟橋・前掲論文(注11)一頁以下、東・前掲論文(注11)五三四頁以下などによる。
- (21<sup>a</sup>) ただし、本件は、溪水を新しく利用しようとする者は、下流沿岸所有者が従来から持っている使用権(専用権)を害せざる範囲内にとどまらなければならないとするものである。その意味で、本件の法社会学的評価は、本文とは別の観点からなされる必要がある。渡辺洋三・農業水利権の研究(昭二九)一八一—一八三頁参照。
- (22) 松本・前掲論文(注18)八三頁。
- (23) たとは、代表的なものとして、牧野英一「権利の濫用」(明三七)法律に於ける進化と進歩(大二三)二三八頁は、「従来の個人主義に対する新しい団体思想が漸次に発達して来たので、共同觀念が目を追ひて明かなるに従ひ……、権利の濫用となる問題は、社会上の思想がしかく一大変遷をなしつつある現代の最も明かなる影であると謂うことができよう」と述べている。
- (24) たとは、鳩山秀夫「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作爲の請求権」(明四四)法協二九卷四号九九頁以下など。
- (25) たとは、代表的な例として、末川博「権利の濫用に関する一考察—煤煙の隣地に及ぼす影響と権利行使の範囲—」(大八)権利侵害と権利濫用(昭四五)一一八頁以下。
- (26) 日照利益の保護に関する冒頭の「一」事件と共通の論理構成を持っていることについて、藪前掲論文(注3)一四頁注④。ただし、本件は次の点に留意する必要がある。当該地における煙の量は、沿線の他の場所におけるよりもはるかに多いということを指摘した後に、判旨が、国鉄は操車場を他の場所に選ぶか、枯死を防ぐためにへいを建てることのできたであろうと述べている。
- (27) とくに、青山前掲論文(注②)一三三頁以下。

(28) 幾代通「宇奈月温泉事件—権利の濫用」判例百選第二版(昭三九)七三頁。なお、シ、カ、ー、ネ、的、な、物、置、小、屋、の、建、設、に、よ、つ、て、隣接する結核病舎の採光・通風を阻害したことが、所有権の濫用とされた事件として、安濃津地判大一五・八・一〇新聞二六四八号一頁。

(29) ただし、本件では、濫用法理は持ち出されていない。ほぼ同旨のものとして、大判昭一・七・一七民集一五卷一四八頁がある。

(29a) 前者は、電力会社が許可なくして、表面を採石のために使用していた原告の土地の三〇フィート下に水路を完成させたというものである。原告の請求を棄却するにあたり裁判所は、水路を撤去させるための費用は原告がこうむる損害に比べて異常に大きいことをあげ、電力プラントの公共性を強調している。後者は、海岸に近い松林のある原告の傾斜地が、附近に鉄道を敷設した際掘起され変形してしまったというものである。しかし、本件では、原告の執拗な抗議にもかかわらず工事を進めたという事情がある。その意味で、原告の請求を権利濫用で抑えるには前者と比べて、かなりの問題がある事実といえよう。ただし、いずれの事件においても、損害賠償を請求しうる余地のあることが判旨によって指摘されているという事実は、これらの判例を評価するにあたり見落してはならない点である。

(30) 枚挙にいとまないが末川博士の一連の業績を集大成した、前掲書(注12)をあげるにとどめる。

(31) 松本前掲論文注(四)一〇〇頁以下。

(32) この傾向の是非については、後に(三三)述べるとおりである。

(3) とところで、民法改正(一九四七)による権利濫用禁止の明文文化は、一つの時期を画するものである。それは、権利濫用に具体的な根拠づけを与えることによって適用範囲を拡大させる基礎をつくるとともに、ここに新たに、一般条項の解釈・適用という問題をもたらしましたのである。この問題を考察するためには、一般条項は法の発展的性格を実現する機能を持つが故に、われわれは、まず、裁判所の役割を検討しておく必要がある。この点、わが国では、判例の保守性・学説の進歩性というテーゼ<sup>(33)</sup>を指摘する立場がある。あるいは、最高裁の判例から、「福祉」、「安定」、「説得力」という「判例の民主主義化」の傾向を評価する別の見方がある。このような評価の分れは、一つには、論

者による観点の違いがもたらすものであろう。しかし、総じていえば、裁判所は、「社会の変動と学説の動向を配慮しつつ新しい判例を出すべく努力して「きた」」のであり、一般条項の活用においても、法の軟化による具体的妥当な解決をはかろうとする顕著な態度がある<sup>35)</sup>、というのが妥当なところであらう。

最高裁判所民事判例集に掲載された民法に関する判例によれば、権利濫用は、次のような広がりを持っている。

(a) 戦後の社会変動は、借地権、借家権の保護の強化を要請している。その関連で、賃借権の無断譲渡・転貸を理由とする賃借人の解除権（民法六一二条二項）を制限するため、権利濫用が持ち出されることがある。もっとも、最高裁にかぎれば、権利濫用の適用には消極的であり、信賴関係破壊の理論ないし、信義則によってこの問題を解決しようとする傾向がある。

さらに、対抗力を具備しない土地賃借権者に対する、その土地の新所有者（買主）からの建物収去土地明渡請求が権利濫用とされる一連の判決や<sup>37)</sup>、以上の諸判決とはその理念を若干異にするとはいえ、内縁の夫死亡後、その所有家屋に居住する寡婦に対して亡夫の相続人のなした家屋明渡請求が権利濫用とされた事例<sup>38)</sup>などをあげることができよう。

(b) 土地所有者からの明渡請求でありながら、権利濫用が(a)とは異なった社会的機能を果している場合がある。いわゆる板付空軍基地事件<sup>39)</sup>においては、国が賃借して連合軍に提供していた土地に対する、賃借借の終了を理由とする明渡請求が、「私権の本質である社会性、公共性」の強調によって棄却されている。

(c) さらに、異なった類型として、無効な契約に基づいて立木が伐採搬出された場合に、債務者からの損害賠償請求が契約のなされた事情を考慮して権利濫用とされたことが注目される<sup>40)</sup>。

(d) 土地所有権ないし利用権の行使の態様を問題とするのは、最も古典的な権利濫用の類型であるが、日照利益の侵害という消極的生活妨害に関する本稿冒頭の「1」事件や温泉の掘さく・利用禁止が争われた事例<sup>41)</sup>をあげることがで

(e) 本来は正当な権利行使といえども、場合によって違法な行為としての評価を受けることがある。確定判決に基づく強制執行の実現も権利濫用となりうるのである。以上の二類型はすでに以前からよく知られているところのものである。

(33) 五十嵐清「判例、立法と民事裁判」判タ二〇一号(昭四二)二七—二八頁。

(34) 川井健・ジュリ三八五号(昭四三)特集・最高裁二〇年の実績と将来(民法)五六頁以下。

(35) 好美清光「民法判例と最高裁判所」法時四二巻七号(昭四五)四〇—四一頁。ただし、この見方においても、法規外法創造については慎重であったとされている(四七頁)。ただし、ジュリ増刊法の解釈(昭四七)一八一—一九頁(好美発言)参照。なお、五十嵐前掲論文(注③)六八頁の次の指摘は、注意する必要がある。わが判例は、従来どちらかといえば一般条項(とくに権利濫用)の適用にさいし、消極的であったということが出来る。そのことが、ナチスに見られたような一般条項の濫用を阻止する役割を果たしうるとすれば、それなりの評価をしなければならないであろう。」

(36) 最判昭二八・一・三〇民集七巻一号一六頁、最判昭和三二・一二・二〇民集一〇巻二二号一五八—一五九頁。やや特殊な事例ではあるが、最判昭和四七・六・一五五民集二六巻五号一〇—一五頁。

(37) 最判昭和三八・五・二二民集一七巻五号六三九頁、最判昭四三・九・三三民集二二巻九号一七六七頁(一一一七頁)など。なお、田中実「権利濫用理論の一つの終焉—対抗力なき土地賃借権と明渡請求」法学研究四五巻二号(昭四七)二九頁以下参照。

(38) 最判昭三九・一〇・一三民集一八巻八号一五七八頁。

(39) 最判昭四〇・三・九民集一九巻二号一三三頁。

(40) 最判昭四〇・一一・二二民集一九巻九号二二—二二頁。

(41) 最判昭三三・七・一民集一二巻一—一四〇頁。

(42) 最判昭三七・五・二四民集一六巻五号一一五七頁、最判昭四三・九・六民集二二巻九号一八六二頁。最判昭四五・六・一一民集二四巻六号五〇九頁によれば、執行機関は、債務名義に表示された実体上の請求権の存否またはその行使自体の違法性(たとえ権利濫用)の有無を調査する必要はないとされている。

### 三 権利濫用の機能

(1) さて、それでは、権利濫用における適用範囲は、いかなる基準で決められるのであろうか。この関連におけるわれわれの当面の課題は、権利濫用の機能を考察し、その中から生活妨害における法規範創造的機能を析出し、その特色を明らかにすることである。そのために、権利濫用の機能をめぐる問題状況の検討から始めることにしよう。

権利濫用は、これまで多くの学者が興味を寄せたテーマの一つである。それに関連して興味深いことは、これらの学説が、戦後のわが民法学のいくつかの傾向をそれぞれ体現していることである。昭和三五年に星野教授は、民法学の方法ないし機能として四つの傾向を指摘している。<sup>(43)</sup>すなわち、「第一は、民法の制度ないし概念を、社会・経済史その他の沿革に即して掘り下げるやり方、第二は、同じく制度や概念の形成を、法学史の上から追究するものである。以上は、比較的・歴史的な考察に重きがおかれる。第三は、新しいアメリカ社会学の方法でこれらに光をあてようとするもの、第四は、利益考量の立場から、制度や概念の考察を徹底して機能的に行なおうとするものである。」以上の四つのほかに、さらに、「論理実証主義あるいは分析哲学の方法」<sup>(44)</sup>を加えることもできようが、これらの研究（なかなく、第四）の進め方の一つとして類型的考察をあげておかなければならない。<sup>(45)</sup>この方法は、ことに一般条項には有用な役割を果たしうる。その意味で、わが国、の現実、の判例の中から権利濫用の機能を類型的に浮彫しようとした、鈴木教授の考え方を述べておくのが適切であろう。

(43) 星野英一「民法・財産法——一九六〇年代法の将来と課題——」(昭三五)民法論集第三卷(昭四七)五三三頁以下。

(44) 甲斐道太郎「法解釈学の課題——民法解釈学の現況スケッチ」法時三七卷五号(昭四〇)二二五頁。

(45) 椿寿夫「法律学の成果と課題(民法)」法時三七卷五号(昭四〇)一一八頁参照。

(2)(イ) 鈴木教授によれば、権利濫用は次の三つの型に分けることができる。<sup>(46)</sup>第一は、権利濫用がたんなる不法行為に適用されている事例である。たとえば、(外見上適法な)強制執行による権利行使の方法が不当であったために損害を生ぜしめた場合(「5」事件参照)には、もともと(濫用されるべき)権利は存在しないのであり、<sup>(47)</sup>たんなる不法行為が存在するにすぎない。生活妨害(「6」信玄公笠掛松事件参照)の事例も同じである。明文上(相隣関係に関する民法二〇九条以下)ないし社会良識的に定まった土地所有権行使の範囲を越える行為は、権利にもとづかないものである。かくて、この類型では、権利の範囲が不明瞭である場合にその明瞭化の過程で権利濫用の理論が適用されるにすぎない。その結果、判例の集積によって権利の限界が固定・明確化されるとともに、権利濫用から権利の範囲の問題へと変ってゆくのである。第二は、<sup>(48)</sup>権利の新しい限界の成立過程において権利濫用が用いられることがある。すでに紹介したように(二(3)(a)、無断譲渡・転貸が行なわれた場合の賃貸人の解除権(民法六一二条二項)が、権利濫用によって制限されることがある。ここでは、法文上明確に示されている権利の範囲の縮小ないし変質が見られるのであって、権利濫用は、判例による成文法改廃の一つの重要な態様を形作ることになるのである。<sup>(49)</sup>第三に、権利濫用は、一種の強制調停の機能として利用される場合がある。「7」宇奈月温泉事件では、全く権限のない者に対する、本来正当な権利行使(妨害排除請求)が権利濫用とされている。かような結論は、従来の民法体系とは抵触するものであり、「健全な市民的法感情を傷つけることにもなる場合がある。」この型の事例では、権利濫用論の適用なくしては、解決がもたらされえないのである。<sup>(50)</sup>

(ロ) 権利濫用が現実<sup>(51)</sup>に果しているこれらの役割は、理論的には、どのような機能として把握されるべきものであろうか。ドイツにおいては、同じく一般条項である信義則は、豊饒な蓄積を持つのであるが、彼地の学説を手がかりとする次の分類がこの問題に一つの示唆を与えてくれる。<sup>(52)</sup>

好美教授によれば、信義則は次の四つの機能を持っている。<sup>(51)</sup> 第一は、裁判官の職務的機能であり、「裁判官が既存の法規によってすでに予定されている構図、枠をこえることなく、法規自身のより詳細かつ具体的な実現にすぎないのである。」<sup>(52)</sup> ここでは、裁判官の役割は、創造的ではなく、補充的なものにすぎない。第二は、衡平的機能。すなわち、「当事者の権利主張ないし妨害方法の妥当性の要請。つまり法倫理的振舞いへの要請を裁判官が掲げ、実質的正義を問題とする場合である。」<sup>(53)</sup> これは、いわば法規外の古くから争われざる伝統としての諸基本命題に基づき、裁判官がかなり自由に法規外に任された領域として—法規の予定した枠をふみこえて—法を修正している領域<sup>(54)</sup> である。しかし、「これらの規制は、立法者の秩序計画、法規に反する、(contra legem) ものではな[い]」<sup>(55)</sup> (傍点原文)。第三は、社会的機能。これは、「すでに法典が予定し規定している対象でありながら、社会の進展に伴って既存の法典の枠組みでは妥当な解決がえられず、それを裁判官が実際上の必要性に基づき、権利の社会的使命、目的をも考慮して、ふみ越え修正していくものである。」<sup>(56)</sup> この類型では、contra legem に法規を修正する創造的機能が営まれる。したがって、それは、すぐれて特殊な歴史的社会的性質をもつことになるのである。<sup>(57)</sup> かくして、この第三類型における法規の修正は、社会政策的意味を持っている。ところが、これとは一応はなれた個人間の問題ではあるが、当事者の関係を新しく形成するための裁判官による法の創造がある。第四の権能授与的機能である。<sup>(58)</sup> これは「判例が法規を打破し、法規に反して contra legem、新しい裁判官法を創造していく場合である。」<sup>(59)</sup>

信義則における以上四つの機能は、後の学者による次の性格づけによってより簡明に特色づけられている。すなわち、第一、第二は、規範具体化、第三、第四は、規範創造の機能を果すものである。<sup>(60)</sup> この二つの機能はいうまでもなく、制定法の拘束力という問題と密接な関連を持っている。制定法の欠缺の補充および制定法の修正の問題といってもよいであろう。<sup>(61)</sup>

(ハ) それでは、かく理論的に抽出された一般条項の機能(規範具体化および規範創造)および判例の分析に基づく鈴木説の検討は、われわれが対象とする具体的な生活妨害の分野における権利濫用に、いかなる光をあてうるのであろうか。ここでは、さしあたり次の問題をあげておきたいと思う。生活妨害は、相隣関係上の生活と深いつながりを持つものであるが、わが民法における物権法・相隣関係規定(民法二〇九―二三八条)には生活妨害に関する規定が欠如している、ということである。<sup>(82)</sup>すなわち、生活妨害をめぐる民事紛争を解決するためには、その直接の抛りどころとなるべき法規が欠如している(法の欠缺)のである。かような観点から次の指摘が許されると思われる。すでに述べてきたように、わが国における判例の分析によれば、生活妨害における権利濫用は、たんなる不法行為の問題にすぎないと理解されている。しかし、法の欠缺という観点からこの問題を把えるならば、権利濫用の適用を通して行なわれる権利行使の範囲の確定は、<sup>(81)</sup>実は、当該範囲の発見であり、生活妨害法の規範創造ではなかったか、と考えられるのである。そしてこの分野における独自の規範創造が必要とされた所由を明らかにするためには、さらに、一般条項が別の角度から、すなわちその価値づけないし社会的機能という観点からも検討される必要がある。そこで次にこれを考えてみることにしよう。

(46) 鈴木禄彌「財産法における「権利濫用」理論の機能」法時三〇巻一〇号(昭三三)一六頁以下。鈴木教授も指摘されるとおり、鈴木説の成立には、ほぼ同じ立場から判例を整理しようとした、幾代通「権利濫用」について」名古屋大学法政論集一卷二号(昭二六)三九頁以下の業績が忘れられてはならない。この論文は、わが国の権利濫用論に一時期を画すものであり、鈴木論文に優るとも劣らない高く評価されるべきものである。

(47) 権利はその濫用が始まると共に権利たることを失う(Le droit cesse ou l'abus commence)という考えがフランスにあることはよく知られている。末川博「権利濫用概説」前掲書(注82)九九頁。

(48) 鈴木前掲論文(注46)一七一―一八頁。

- (49) 同前一八一—二〇頁。
- (50) 同前二〇—二二頁。
- (50<sup>a</sup>) vgl. Weacker, Zur Rechts-theoretischen Präisierung des §242 BGB, 20 ff. (1956).
- (51) 好美前掲論文(注13)七三頁以下。
- (52) 同前七八頁。たとえば、債務者の履行の方法・態様、從的義務(Nebenpflichten)、債権者の協力義務、弁済に些少の不足あることを理由とする契約解除の無効等(八一—八二頁)。
- (53) 同前七八頁。
- (54) 同前八六頁。たとえば、venire contra factum proprium(自分の行為に矛盾した態度をとること)の原則としての失効の原則や、exceptio doli specialis(から生じた)の不法(な権利取得)の抗弁(クリーン・ハンドの原則)(八五—八六頁)。
- (55) ここにいう社会的機能は、私が本文で用いている(二(1)参照)のと若干意味が異なっている。私は、一般条項がいかなる機能を持つものであるにしろ、そこには社会的価値づけが行なわれるべきであるということから、社会的機能を用いている。
- (56) 好美・前掲論文(注13)七九頁。
- (57) 同前八七頁。たとえば、鈴木教授が指摘したような、無断譲渡・転貸における解除権行使の自由の、信義則ないし権利濫用に  
よる制限など(八七頁)。
- (58) 同前八八—八九頁。たとえば、事情変更の原則、自由な増額評価(Aufwertung)、行為基礎の脱落の理論など。
- (59) 同前七九頁。
- (60) 原島重義「民法における『公共の福祉』概念」日本法社会学会編公共の福祉(昭四三)八頁。
- (61) 石田穰「信義誠実の原則が民法で果たす機能について」法学教室(第二期)5(昭四九)三三頁以下参照。
- (62) 周知のように、旧民法(明治三年公布)においては、二六四条に、「危険ヲ含ミ衛生ヲ害シ又ハ不都合ヲ生ズル營業ニ付キ近隣ノ利益ノ為メニ要スル條件ハ行政法ヲ以テ規定ス」とあったのであるが、現行民法(明治三一年施行)の起草段階で、「是レハ論ノナイコトデアリマスカラ削リマシタ」法典調査会議事速記録九卷五九—六〇頁(梅謙次郎発言)。
- (63) 三(2)(イ)参照。
- (64) 原島教授も、イミシオン(生活妨害)を規範創造の問題として把握されており、本稿は、この点に最も大きな示唆を受けていることを記しておきたいと思う。原島前掲論文(注60)一九—二〇頁参照。

(3)(イ) 権利濫用に見られる適用範囲の拡大は、一つには、権利濫用の要件がシカーネ的なものから客観的利益衡量を重視する見方へと転換してきたことに由来している。<sup>(65)</sup>この広汎な適用範囲を持つ権利濫用の法的構造を明らかにするためには、(1)(2)で考察したたんなる機能的分類ではなお不十分である。この分類ではたんに、一般条項の具体的な妥当性と法的安定性との調和が求められるにすぎないと考えられるからである(二(1)参照)。われわれにとって、さらに必要なことは、「判例が権利濫用(ないし経済的不能)の法的構成で処理してきた法現象の発展過程を社会諸関係・利益調整の諸類型とそこで営まれている社会機能に即して把握することである。<sup>(66)</sup>」かような考察のよりどころをドイツ法に求めようとしたのが磯村教授である。この研究には、戦後のわが民法学のいくつかの特色<sup>(67)</sup>が見事に体现されているという意味において象徴的であり、われわれにとっても十分な説得力を持つものとなっている。

ドイツ法では、権利濫用論は、二二六条(シカーネ禁止)・八二六条(良俗違反による不法行為責任)から二四二条(信義則)<sup>(68)</sup>への発展を通して、主観的なものから客観的利益衡量の問題に転換してきたといわれている。この「発展の現実的意味は、主として資本主義の発展にもなって現実化したところの特別社会における特殊な利益調整の必要性の出現」<sup>(69)</sup>にあった。かような工業化の進展と社会的接触の増大がもたらす特別の利益対立の調整が必要とされる分野の一つに、われわれの対象とする生活妨害(相隣関係)がある。信義則は、ここにおいて、イミション規定(独民九〇六条)を実質的に修正し、土地所有権を制約してきたのである。<sup>(70)</sup>

(ロ) さて、一般条項の価値づけ、ないし社会的機能に対する考察は、これまでもわが国に存在しなかったわけではない。わが国においては、この問題は、権利濫用に価値づけを与える一つである、公共の福祉(一条一項)に関連して、特殊に日本的な現われ方を示している。すなわち、すでに述べたように(二(2)(ロ)、権利濫用の適用にあたって最も憂慮されたのは、宇奈月温泉型(「7」事件参照)の論旨が過度に強調されることによって、私権の公共性ないし

社会性の名において、本来正当な私人の権利行使（とくに妨害排除請求権）が不当に抑圧されはしまいか、ということであった。権利濫用を論ずる学者の論点の一つが、ここに集められたことは、わが国において特徴的なできごとである。<sup>(64)</sup>この型の事例においては、近時、公共の福祉による所有階層化、すなわち所有権の優劣がもたらされると批判されることにより、その消極的評価がなお一層際立たせられている。<sup>(65)</sup>

ところが、ここでわれわれがとくに指摘しておきたいことは、この立場においても、民法に特別の規定を欠く生活妨害における規範創造には、積極的意味が与えられているのである。なぜなら、この規範創造は、『公共の福祉』や『権利濫用』が、もろもろの所有の間に階層づけをするためではなく、同じ立場、同じ次元での相互抑制のためか、さもなければ、市民大衆一般の生存を守るための『公共の福祉』を意味している<sup>(66)</sup>と考えられるからである。

- (65) 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『二六条・八二六条から二四二条への展開』の意義」末川古稀記念権利の濫用上(昭三七)六〇頁。たとえば、シカーネ的なものとして、大判明三五・五・一六民録八輯五卷六九頁明三八・一二・二〇民録一一輯一七〇二頁、客観的利益衡量として、〔6〕信玄公笠掛松事件大八・三・三民録二五輯三五六頁、〔7〕宇奈月温泉事件昭一〇・一〇・五民集一九六五頁などがあげられている。

(66) 同前六六頁。

(67) 三(1)の第一、第二、第四の特色をあげることができよう。

(68) 条文の内容は次のとおりである(現代外国法典叢書独逸民法〔I〕〔II〕による)。

二二六条 権利ノ行使ハ、他人ニ損害ヲ加フル目的ノミヲ有シ得ルモノナルトキハ、之ヲ許サズ。

八二六条 善良ノ風俗ニ反スル方法ヲ以テ故意ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ、其ノ他人ニ対シ損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ。

二四二条 債務者ハ、取引ノ慣習ヲ顧慮シ信義誠実ノ要求ニ従ヒテ、給付ヲ為ス義務ヲ負フ。

(69) 磯村前掲論文(注63)九九頁。

(70) 同前九〇頁以下、九八頁。

九〇六条は次のような内容を持っている（沢井裕・公害の私法的研究（追補）（昭五〇）三五頁の訳による）。

土地の所有者はガス、蒸気、臭気、煙、煤、熱、振動および他の土地からくる類似的作用の侵入を、その作用が自己の利用を害せず、または非本質的侵害を与えるにすぎないときは、これを禁止することができない。

本質的侵害が、作用発生地の場所的慣行上の利用によって生じ、かつこの種の土地利用者に経済的に期待しうる措置をもってしても、この侵害を防止できないとき、また同じ。かくて所有者が作用を受忍しなければならないときにおいて、その作用が自己の土地の場所的慣行上の利用または収益を、期待しうる程度をこえて侵害する場合、作用発生地の利用者に、金銭の形で適当な調整的補償を請求することができる。

特別の誘導による侵入は許されない。

最近、この問題については、詳細な研究がある。中山充「ドイツ民法におけるイミシオン規定の成立」(一)「完」民商七七卷一、二号（昭四九）。

(71) たとえば、戒能通孝『権利濫用』と『公共の福祉』法時三〇卷一〇号（昭三三）四頁以下、松本・前掲論文（注68）など。

(72) 原島・前掲論文（注60）二三頁以下。ここでは次の四判例が例示されている。電力会社が他人の畑や山林の地底に無断で発電用水路のトンネルを掘った事例（大判昭和一一・七・一七民集一五卷一七号四八一頁）、鉄道会社が無断で土地を埋立て、鉄道線路敷築堤を建設した(9)事例（大判昭和一三・一〇・二〇民集一七卷二〇五七頁）、十津川にダムを建設した発電会社に対して水利権妨害排除請求がなされた事例（最判昭和二五・一二・一民集四卷二二号六二五頁）、板付基地事件（最判昭和四〇・三・九民集一九卷二号二二三頁・二(3) b 参照）。

(73) 同前二〇頁。

(73 a) 注62参照。

(4) (イ) 以上の一般条項（権利濫用）の機能的および価値的考察から、われわれは、次のようにいうことができるであろう。生活妨害における加害者の責任を権利濫用に求めるといふ、かなり早い時期から存在する考え方(6)事件（参照）は、生活妨害を規制するために相隣関係法上の欠缺を埋めるべく規範創造の役割を担わされてきたのではない

か。しかもその規範創造は、私権の社会性（ないし公共性）という見地からも肯定的な価値づけが与えられている、ということである。このような生活妨害における権利濫用の法規範創造的機能は、実定法規の欠缺（76）に対する共通の認識にもかかわらず、わが国において、必ずしも十分に意識されていなかったように思われる。しかし、この立場こそは、不法行為法の分野で異常な展開を示している生活妨害の特殊性を明らかにし、相次いで提起される新しい問題を解決するための手がかりを与えてくれることができると思われるのである。われわれは、四以下においてこれを検討しようとするものであるが、その前に、規範創造の行なわれる過程について簡単にふれておきたいと思う。

（ロ） 最近の研究によれば、生活妨害（公害）に関する多数の判例にもかかわらず、実際に権利濫用論によって解決した判例はごく僅かしか存在しないことが着目されている。（77）裁判過程の分析に基づく東判事の論証によれば、その原因は次の点に求められる。損害賠償ないし差止請求のいずれにおいても、当事者が主張・立証すべき要件事実としては、権利濫用は論理的に必要とされるわけではなく、権利濫用論についてあえて判断しなくとも公害紛争の解決は可能であるというのである。そこから、権利濫用禁止が法解釈の指導理念として活用されるべきはともかく、公害訴訟は差止請求、賠償請求に関するかぎり権利濫用論から訣別すべきである、という主張が導かれることになる。（78）

かような視点は、われわれが本稿の冒頭に述べてきた、権利濫用論から受忍限度論へという生活妨害における実体的な転換とも符合するものである。しかも、この考え方は、権利濫用ないし信義則に正当化の論理構成（記号操作）の意味しか与えようとしたない立場、すなわち、戦後のわが民法学の一傾向である論理実証主義ないし分析哲学の方法を基礎とする川島教授の研究（79）によっても、支えられることができるであろう。とはいえ、こうした権利濫用論の表見的な稀薄化は、決して権利濫用の法規範創造的機能を否定するわけではない。すなわち、権利濫用が直接に、実質的な紛争解決機能を果すのは、未だ知られていない新しい現象の解決を迫られる場合、つまり、問題が先取りされる場

合にとどまりがちであるかも知れない。しかし、その場合における権利濫用論の適用が規範創造の目的を持つものであるかぎり、そこで典型的に把握された紛争（生活妨害）は、以後、この法規範創造という観点から把握されるべきものなのである。したがって当然のことながら、形成されつつある規範の内容をより明確にするためには、直接には、権利濫用にふれない判例を広く考察の対象とする必要が生じよう。

(74) 東・前掲論文(注⑨)二頁以下。

(75) 同前六一七、九頁。

(75a) 三(1)参照。

(76) 川島武宜「権利濫用の意味論的考察―機能主義的分析の一つの試み―」末川古稀記念権利の濫用上(昭三七)一四二頁以下。

なお、舟橋前掲論文(注(11))二五頁参照。

(77) 積極的生活妨害(煙害)において、わが国で始めて最上級審で権利濫用が展開されたのが、(6)信玄公笠掛松事件(大判大正

八・三・三民録二五輯三五六頁)であり、しかも、消極的生活妨害(日照利益)に関する最初の最上級審判決である(1)最判昭

和四七・六・二七民集二六卷五号一〇六七頁において権利濫用が用いられていることを想起されたい。なお、楠本安雄「環境保

全―権利としての『眺望権』主張の限界」(昭四九)ZB1、六六号三八頁以下参照。

#### 四 生活妨害(公害)における法規範の創造

(1)(イ) さて、われわれは、これから法規範創造という立場から生活妨害の発展とその現代的課題のあらましを検討しようとするものである。そのためには、前提として、法の欠缺と裁判の準立法的機能という、法の解釈・適用に伴なう根本問題を避けるわけにはいかないであろう。<sup>(78)</sup>

法の欠缺を充填するための規範創造作用を大胆な形で提示したのは、末弘教授である。<sup>(79)</sup>この「自由であり且創造

「的」な作用を考ふるにあつてはその抛りどころの一つを、われわれは、エンギッソに求めることができる。<sup>(80)</sup> エンギッソによれば、われわれがいうところの規範創造が行なわれうる場合としては、*Rechtsfindung praeter legem* としての欠缺の補充と、*contra legem* としての瑕疵ある法の訂正があげられる。<sup>(81)</sup> 欠缺の補充は法の欠缺 (*Rechtshücke*) の存在を前提とする。法の欠缺は実定法 (法律ないし慣習法) の欠缺である。それは、一定の事実関係に対して期待される法的規制の欠如として感知されるが、法を補充しようとする裁判官の判決による欠缺の除去が、要求され、かつ認容されるものである。<sup>(82)</sup> これに対して、瑕疵ある法の訂正とは、法秩序の統一性 (*Einheit der Rechtsordnung*) を前提としてその矛盾を問題とするものである。<sup>(83)</sup>

(ロ) このようなエンギッソの見解に照らして生活妨害の法規制を考えてみよう。この点、われわれはすでに生活妨害をめぐる民事紛争の解決のためには、もともと法の欠缺が存在することを示唆しておいた。このことは、次のような立法事情からものはつきりと窺うことができる。すなわち、民法の起草者にとって、近代産業による生活妨害の発生はある程度予想されていたのであるが、その規制は公法に委ねるという趣旨で、結局、民法典の相隣関係規定の中で定められるにいたらなかったのである。<sup>(84)</sup> しかもここにいう法の欠缺は、既存の法律規範が、その対象とする定型社会関係からはみだすことよつて生じるたぐいのものではない。生活妨害を法律上どのように解決するかについては、そもそも直接の資料が欠けているのである。このことは、権利濫用論の展開に重要な契機を与えた〔6〕信玄公笠掛松事件当時においても、すでに明確に意識されている。<sup>(85)</sup> したがつて、その後、権利濫用の法規範創造的機能に十分な配慮が払われていたならば、生活妨害は、たんなる不法行為とは異質な、特別社会 (生活) 関係に固有な独自の法領域<sup>(86)</sup> として、より明確に特色づけることが可能であつたはずなのである。そこで、次に、かような観点から生活妨害の発展を考えてみよう。

- (78) 碧海純一「新版法哲学概論」(全訂第一版・昭四八)二〇九頁以下参照。
- (79) 末弘敏太郎「法律解釈に於ける理論と政策」民法雑考(昭七)一頁以下。
- (79a) 同前三頁。
- (80) Karl Engisch, Einführung in das Juristische Denken (1956)、新版(1964)が出ているが、入手しえなかったので旧版を用いる。なお、本書には、五十嵐清「カール・エンギッソンの『法学的思考入門』法哲学会編法と裁判(法哲学年報一九五八)二二八頁以下の簡潔で要を得た紹介がある。
- (81) Engisch, a. a. O., 134 ff.
- (82) Engisch, a. a. O., 136 f.
- (83) Engisch, a. a. O., 156 ff.
- (84) 注62。東孝行・公書訴訟の理論と実務(昭四六)六三頁。
- (85) 末弘・前掲(注79)一九、二四頁以下参照。法の欠缺のあり様については、近時、石田・前掲二論文(注64)において詳しく分析されている。なお、信義則ないし権利濫用における規範創造的機能は、本文で述べたように既存の法規を突き破る場合にかぎって言及されることがある。vgl. Wieacker, a. a. O., 36 ff.
- (86) 末川・前掲論文(注25)一二七頁以下。
- (87) 原島・前掲論文(注60)一九頁参照。

(2)(イ) 生活妨害(公害)における損害賠償は不法行為法によるというのが、これまでの判例・通説であり、したがって、財産的、精神的損害のいずれを問わず、民法七〇九条(一般的不法行為)、七二七条(工作物責任)によって救済がはかられることになっている。七〇九条は、不法行為の成立要件として、権利侵害、故意・過失、損害の発生、因果関係を要求している。不法行為法の課題の一つは、社会の発展とともに生成する新しい利益を保護することにある。この目的を達成するための法技術として主張されたのが、権利侵害を違法性に置換換えることであつたことは周知のとおりである。<sup>(88)</sup>末川教授を契機とする違法性理論は、我妻教授によって、「被侵害利益の種類と侵害行為の態容

との「相關關係」<sup>(95)</sup>と規定されたが、このいわゆる「相關關係説」は、後に、「現在の学説の到達点」と評価されるにいたっている。<sup>(96)</sup>

生活妨害についていえば、加害者の権利濫用は、この違法性の問題である。ところが、権利濫用は、権利行使を原則として自由と見る考え方に基づくものとして評価されたため、被害者の保護をより図るという趣旨で、それに替る受忍限度論が登場し、ひいては、生活妨害も人格的な利益の侵害という側面が強調されている。<sup>(97)</sup> 加害行為の違法性が相關關係によって評価されるのである以上、理論的には、もはや権利濫用に言及する必要はなくなるのであるが、この受忍限度論の考え方は、すでに権利濫用論の出発点とされる「6」信玄公笠掛松事件の中にも現われている。この事件によれば、煤煙、臭気、音響、振動等の生活妨害が隣地に及ぼす影響は、土地利用にあたって避くべからざるものであるが故に、隣地利用者は原則としてこれを忍容しなければならぬ。<sup>(98)</sup> しかし、その行為が社会観念上被害者において忍容すべきものと一般に認められた程度を越えたときは違法となるという考え方である。そして、それはやがて生活妨害を原則として違法とする方向に発展してゆく。それは、加害者の権利行使と被害者の防禦権というそれ自体正当な利益追求の対立・衝突の調整という、生活妨害特有の紛争形態が、後者に重点を置換えてゆく過程でもある。

この意味の受忍限度論は、主として騒音事例を中心として下級審判例の中から芽生えてきたものであるが、その判断は、たとえば次のような諸要素の利益衡量によって行なわれる。すなわち、公益性、地域性、先住の問題、被害者の特殊事情、継続性、公法的な基準との関係、最善を尽くすこと、などである。<sup>(99)</sup> 「10」都営地下鉄工事騒音事件<sup>(東京地三九年六月二二日下級民)</sup>集一五卷六号一五九一頁には、変容をとげてきた受忍限度論の趣旨がよく現われている。都営地下鉄工事の騒音に基づく附近住民からの慰謝料請求を認容するにあたり判旨は次のように述べている。まず、騒音発生の原因である行為自体が

社会的に有益な行為であるとしても、騒音の程度が社会生活を営むうえで各自が受忍するのが妥当であると認められる限度を越えるときは、なお不法行為を構成する。<sup>97)</sup> しかも、騒音を防止、軽減できる技術的な方法が開発されていてその採用が経済的にみて著しく不合理でないのに、騒音防止に努力しない場合に該当しないと見ても、同じである。(ロ)ところで、右の〔10〕判決においては、騒音防止措置は、受忍限度(違法性)を判定する際に斟酌すべき資料とされている。しかし、〔4〕大阪アルカリ事件に見られるように、相当の設備を講じたかどうかは、過失の問題とするのが大審院以来の判例の考え方である。かような法的構成上の違法性と過失の混淆に意図的に着目したのが、いわゆる新受忍限度論といわれるものであり、この学説では、違法性と過失の両方を含めて受忍限度という判断枠組が用いられている。<sup>98)</sup> それによれば、受忍限度をこえた侵害が主張・立証されることよって被告に損害賠償責任が課せられることになる。したがって、新受忍限度論は利益衡量をなお維持しているとはいえず、事実上、無過失責任への接近を意味しているといつてよい。<sup>99)</sup>

しかも、不法行為要件としての過失を存続せしめる伝統的な立場においてさえも、生活妨害においては、過失の内容は、次第に、しばしば擬制と思われるほど強化される傾向を示している。「過失の衣を着た無過失の理論」という説明は、この間の事情を最も端的に現わすものであろう。<sup>100)</sup> わが国の四大公害訴訟の一つである、〔11〕新潟水俣病事件(新潟地判昭和四六年九月二十九日)においては、化学企業の安全管理義務が論じられ、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もが要請されている。この点においてわれわれは、〔4〕大阪アルカリ事件に見られる過失論との間の大きな隔りを感じないわけにはいかない。(ハ)もちろん、こうした生活妨害における不法行為法の発展は、評価に値するものであろう。事実、生活妨害(公害)からの市民の法的保護のために、無過失賠償などの諸制度の必要性が強調されてから久しいのである。<sup>101)</sup> しかし、こ

の著しく發展したかに見える生活妨害法が十分に説得的であるためには、なお検討すべき問題がある。というのは、次の疑問があるからである。すなわち、受忍限度という考え方自体がすでに、特別社会(生活)関係にのみ適用できる特殊な基準であるうえに、立法者によれば、民法七〇九条は、もともと、「一般市民の間の日常生活から偶発的に生じる損害」を予定していたにすぎないのである。したがって、「これらの損害においては、賠償責任の根拠を行為者の意思」心理的要素に求めるだけで必要かつ十分である。」つまり、<sup>(108)</sup>心理的な意思の緊張から客観的な注意義務違反への過失概念の転回は、<sup>(109)</sup>是認できるとしても、無過失責任は特別法によるのが立法者の考え方であったと思われる。<sup>(104)</sup>しかも生活妨害は、特別社会関係をめぐる紛争であるということから、一般的不法行為が本来有する射程範囲とはかなり異質なものであると考えられるからである。この疑問に答えるためには、われわれは次の事情を正当に認識する必要がある。すなわち、生活妨害が不法行為法の問題とされたのは、法の欠缺が存するがゆえに、特殊な法規範創造が、<sup>(105)</sup>一般的不法行為法に仮託されたにすぎないのではないかということである。この認識によつて初めて生活妨害における民事的解決を実り豊かなものにし、わが不法行為法の混乱の一部を除去することができると思われるのである。

(二) 右のことを、さらに異なつた角度から考えてみよう。生活妨害をめぐる紛争の解決のためには、賠償請求よりも差止請求の方がより効果的なことが多い。この点についても、わが民法には差止に関する明文の規定は存しない。そこで、差止請求の要請に即応すべく、法の軟化によるいくつかの工夫が行なわれている。<sup>(106)</sup>生活妨害は、近隣土地利用に対する侵害という性格を持つことから、差止請求の手がかりはまず物権的請求権に求められた。<sup>(107)</sup>物権の支配領域への客観的違法な侵害がなされた場合には、物権はこれを排除する権能を内在的に持っている。この物権に固有な請求権が何に由来するものなのか、必ずしも明らかであるというわけではない。<sup>(108)</sup>しかし、物権の強い権利性(絶対権)

にその根拠を求めることができる。他の権利への類推が可能である。生活妨害で保護されるべきわれわれの利益は、物権的なものというよりも人格権的なものとして把握するのがよい場合が考えられる。そこで、人格権に基づく差止請求権が、物権的請求権にかわって、ないしそれと並存して主張されている。<sup>(10)</sup> こうした法の軟化は、さらに押し進められて、権利性にとられない、不法行為に基づく差止請求権を生ぜしむるにいたっている。

差止請求に関する以上の諸説を検討するにあたっては、まず、権利概念の機能的意義を考慮するかぎり、差止請求権は、必ずしも権利に結びつかなければならないものではない、<sup>(11)</sup> ということを指摘する必要がある。したがって、不法行為説を含めて、右の三つの法的構成は、いずれも十分に存立しうるものである。ここで、われわれにとって問題なのは、差止の法的構成の是非を切離して論ずることではない。必要なことは、差止請求を認容するに当たり、特別社会関係がもたらす生活妨害になつた利益衡量を行なうことであり、さらに、そのために、損害賠償との有機的関連において考察することである。ここにも法規範創造が必要とされるゆえんである。<sup>(12)</sup>

(88) 末川博・権利侵害論(昭五) 権利侵害と権利濫用(昭四五) 二六三頁以下。

(89) 我妻栄・事務管理・不當利得・不法行為(昭一二) 二二五頁。

(90) 加藤・前掲書(注1) 一〇六頁。

(90 a) 本文一参照。

(91) 加藤・前掲書(注1) 二六頁。最近の動向として、田原睦夫「公害訴訟における人格権論の再構成」木村編現代実務法の課題(昭四九) 一五五頁以下参照。

(92) 舟橋・前掲論文(注11) 二五頁。

(93) 末川・前掲論文(注12) 一三五頁以下。

(94) 沢井・前掲書(注70) 三五五頁。

- (95) 加藤編前掲書(注1)三九六頁以下、四四八頁以下(野村好弘筆)。
- (96) 同前三〇頁以下(加藤一郎筆)。
- (97) 判旨によれば、「このような場合における行為の違法性は、騒音発生の原因となった行為自体が適法なものであるかどうかではなく、侵害を受けた生活上の利益が法的保護を受けるに値するものであるかどうかおよび侵害がその態様、程度からみて社会生活上各人が受忍しなければならぬ限度を逸脱しているかどうかの観点から判断すべきものと考えるのが正当である。」なお、東京高判昭和四四・四・二八判時五五四号二五頁参照。
- (98) 加藤編前掲書(注1)四〇〇頁以下(野村好弘筆)、淡路剛久「公害における故意過失と違法性」ジュリ四五八号(昭四五)三七二頁以下、同「最近の公害訴訟と私法理論四」判タ二八〇号(昭四七)一〇頁など参照。
- (99) 四宮・前掲論文(注6)八頁。
- (100) 徳本鎮「過失の衣を着た無過失の理論」(昭四四)企業の不行為責任の研究(昭四九)一〇六頁以下。
- (101) 末弘敏太郎「無過失賠償責任と責任分散制度」、「適法行為による『不行為』」、「音響・煤烟等の災害と法律」民法雜誌帖(昭四五)など。
- (102) 石田穰「不行為法の再構成」(一)法協九一卷四号(昭四九)一七頁。
- (103) 平井宜雄「損害賠償法の理論」(昭四六)三六七頁以下、乾(前田)達明「不行為についての一考察」法学論叢八一巻四、六号、八二巻一、五、六号(昭四三)など。
- (104) 穂積陳重・民法議事速記録四〇巻一五二—一五三頁。
- (105) たとえば、沢井裕「新潟水保病判決の総合的研究—法解釈学的検討・5」法時四四巻一四号(昭四七)一五七頁以下はこの間の事情をよく説明している。
- (106) 差止請求については、「公害法の生成と展開」(昭四三)四三六頁以下(竹内保雄筆)、沢井・前掲書(注70)一三九頁以下、同「差止請求と利益衡量」法時四三巻八号(昭四六)八頁以下、同「公害差止の法理1・2・3・4完」(昭五〇)法時四七・四・五・六・七号、東孝行「公害訴訟の理論と実務」(昭四六)七七頁以下、伊藤高義「差止請求権」現代損害賠償法講座5公害・生活妨害(昭四八)三九五頁以下、須田政勝「公害差止請求論試論1・2完」(昭五〇)法時四七巻三・四号、淡路剛久・公害賠償の理論(昭五〇)二二七頁以下など。

(107) 柚木馨（高木多喜男補訂）判例物権法総論（補訂版昭四七）四六三頁参照。

(108) 好美清光「債権に基づく妨害排除についての考察」法学研究？（昭三四）二二五頁以下参照。

(109) とくに、沢井・前掲書（注70）一三七、一四七頁。

(110) 藤岡康宏「差止の訴に関する研究序説―その法的根拠と権利（絶対権）について―」北大法学論集二卷一号（昭四五）一〇九頁以下。

(111) 差止請求に直接の根拠を与える物権的請求権の適用は、実は、人的関係のない場合（物的ないし物権的關係。たとえば「甲が丙に貸していた土地について、丙が自分の土地だといって乙に売り、乙がその上に家を建てようとしたので、甲が乙に対して返還ないし妨害の排除をした場合」）に限られるべきで、人的関係である相隣関係から生ずる生活妨害にあてはまらない、という指摘に注意する必要がある。伊藤・前掲論文（注106）四〇〇頁以下。

(3)(イ) このように、生活妨害における損害賠償は不法行為法に仮託され、差止請求については物権的請求権を契機として法の軟化が行なわれてきたのであるが、かような不法行為法による解決には、もちろんそれなりの理由のあったことも確かである。弾力的な解決や、生活妨害という類型に則した諸利益を広く保護の対象としうる可能性など、をあげることができるであろう。しかし、生活妨害は、なによりも、特別な人的関係をめぐる争いとしての性格を持つものであり、それに即した特殊な規範創造が必要とされるのである。この点で、相隣関係法理は、検討に値するものである。

相隣関係の規制目的は、対立・衝突する利益の調整にある。そこでは、社会共同生活において普通に生ずる程度の侵害は相互に受忍すべきであるという考えが基本となっている。かような考え方は、当然のことながらわが国においても十分に意識されてきたこと<sup>(112)</sup>ではあるが、この理は、生活妨害にもそのままあてはまりうるものである。川島教授が適確に指摘するように、土地の上下に効力を及ぼす包括的な私所有権制度（民法二〇七条）のもとにおいては、妨

害に対して保護されるべき生活は土地所有権に包含されている。そこから生活妨害は、相隣関係にある土地所有権相互の関係として論理構成することもあり得たはずである。もちろん、人格的利益の保護が強調されている今日、この構成がそのまま受入れられるというわけではない。しかし、生活妨害は、特殊な法理を要求する特別社会関係をめぐる紛争であることに変わりないのである。

(ロ) それでは、いかなる法規範が形成されるべきなのであろうか。われわれが検討してきた受忍限度論は、特殊な人的関係である点で特徴的な生活妨害をよく反映した基準である、ということが出来る。一定の受忍限度を越えない場合には差止は認められるべきではあるまい。<sup>(16)</sup>しかし、その場合にも、損害賠償は、相手方に与える実効的効果が差止よりも弱いということから、差止よりも緩やかな要件で与えられてよいであろう。生活妨害の判例にしばしば見られる実質的な無過失責任への接近は、故意・過失ではなく受忍限度の観点から再構成されるべきものであろう。つまり、生活妨害には、損失補償的な考え方が必要なのであり、「不法」行為の概念にとらわれない、「新たな賠償法の領域」<sup>(18)</sup>がここで問題となるのである。受忍限度を差止請求と賠償請求とで区別する論理構成は、基本的にはドイツ民法のイミシオン規定(独九〇六条)<sup>(19)</sup>にそのものであると考えられる。よく知られているように、このイミシオン規定には、差止の制限(禁止)——忍容義務—補償<sup>(20)</sup>という関連が見られる。しかも、かような連結関係は、わが民法の相隣法規の中にも窺えることが指摘されている。<sup>(21)</sup>

要するに、受忍限度という考え方には、特別社会関係における権利者(所有者)に是認される権利行使の範囲確定という機能が見られるのであって、たんなる不法行為が問題となっているわけではない。少なくとも、生活妨害において発展した法理は、その他の不法行為に一般化できないものと考えられるのである。<sup>(22)</sup>

- (112) 加藤編前掲書(注1)四〇五頁(野村好弘筆)。  
 (113) 末弘巖太郎・物権法上巻六二二(六版)三四五頁以下、我妻栄・物権法(昭二七)一七六頁、舟橋諄一・物権法(昭三五)三四七―八頁など。  
 (114) 川島武宣・民法I総論・物権(昭三五)二〇〇―二頁。  
 (115) ドイツのイミシオン紛争に、人格権論が抬頭してきたことについて、東・前掲書(注84)三一〇頁以下。  
 (116) 星野英一・民法概論II第一分冊物権(昭四八)二六頁。  
 (117) 伊藤前掲論文(注106)四〇七頁。加藤編前掲書(注1)一三頁(加藤一郎筆)。沢井・前掲書(注70)一四六頁以下。ただし真鍋正一・久保井一匡「環境権と差止請求」(3)「差止的違法と賠償的違法」(昭四八)環境権(大阪弁護士会環境権研究会)一九一頁以下は、このような考え方は違法性段階説であるとして強く批判している。  
 (118) 川島武宣・前掲書(注114)二〇三頁。なお、末弘巖太郎「適法行為による『不法行為』民法雑記帖(昭一五)三三三頁以下参照。  
 (119) 注70参照。  
 (120) ただ、この場合には、差止にかわる相当な補償が問題となっているわけであるが、その範囲が問題である。損害賠償として構成する方法も検討に値しよう。  
 (121) 東・前掲書(注106)六三頁以下。差止に代る賠償・補償の考え方に積極的なものとして、楠本・前掲書(注3)一六四―一六六頁参照。徳本鎮「公害の差止と差止に代わる補償」企業不法行為責任の研究(昭四九)一五四頁も同旨。同じ立場からイギリス法を紹介するものとして、浅野直人「Dangegen Lieu of Injunction(差止に代る損害賠償)について」福岡大学創立四〇周年記念論文集(法学編)(昭四九)三三五頁以下がある。  
 (122) 受忍限度の考え方を、既存の法概念(たとえば過失)を用いて活かすことは、それなりに説得力を持っている(この点について淡路剛久「故意・過失と違法性」ジュリ四五八号(昭四五)三七五頁以下、同「最近の公害訴訟と私法理論四」判タ二八〇号(昭四七)一〇頁、平井宜雄「損害賠償法の理論」(昭四六)三八五以下参照)。これはさらに進んで不法行為要件を一元的に説明することに結びつきやすい。淡路・前掲書(注106)四一頁以下においては、過失と違法性とは、新たな意味での過失論の中で一元的に判断すべきであるとの新過失論の立場から、公害の場合には新受忍限度論によって処理すべきことが詳細に展開されてい

る。しかし、この二元的構成に対しては根強い反論がある。沢井・前掲論文(注105)一五七頁以下。この一元説、二元説の争いは、本稿で述べるように、生活妨害を通常の不法行為法の問題から解放することによって、おのずと解決できるように思われるのである(ただし、石田・前掲論文(注102)法協九一卷七号一九頁以下は、大気汚染行為、水質汚濁行為などを結果責任的の不法行為として特色づけている)。

もちろん、受忍限度の内容や利益衡量のあり方方にはなお検討を要しよう。加藤雅信「四日市ぜんそく事件—コンビナート公害と共同不法行為(津地裁四日市支判昭四七・七・二四判時六七二号三〇頁)」別冊ジュリスト公害・環境判例(昭四九)二七頁によれば、受忍限度論は、被害法益が相隣的生活妨害(たとえば、日照被害や騒音被害など)である場合にのみ妥当する。したがって、四日市ぜんそく事件におけるように、被侵害利益が生命・身体である典型的な「権利侵害」となるような公害事例に関しては、適切な判断枠組とはいえない、という。しかし、この問題は、利益衡量における力点の置き方によって解決できると考えられる(四(4)以下参照)。

生活妨害独自の法理が展開されるべきことは、加藤編前掲書(注1)四〇二頁以下(野村好弘筆)、伊藤・前掲論文(注106)四〇七頁にも示唆されている。ところで、受忍限度という責任基準を、七〇九条に基づくとみるか七〇九条の枠外とするかの二つの見解がある。これについては、次のように考えたい。生活妨害固有の領域は不法行為法に仮託されて規範創造がおこなわれたものである以上、七〇九条の枠外の責任と見るのが素直な見方であると思われる(ついでにいえば、受忍限度という概念は、不法行為責任というよりも、行政的規制になじみやすい考え方である)。しかし、このことは、当該生活妨害が、七〇九条以下の予定する不法行為要件を満足する場合には、その適用を排斥するものではないこともろんである。この点は重要である。

なお、生活妨害は、特別な人的関係をめぐる争いであるということから、生活妨害の類型によっては、信義則の理念がとくに有用な機能を持つことがあるであろう。少なくとも、日照権について相隣関係法上の相互顧慮義務の配慮が必要なことについて、好美清光「日照権の法的構造下」ジュリ四九四号(昭四六)一一五、一二三頁。特別の人的関係であるということは、生活妨害を一つの制度として構成することに結びつく。この点につき、制度的法思想と裁判官による法発見の問題を論じたものとして、vgl. Mähl, Die Ausgestaltung des nachbarrechtsverhältnisses in privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher hinsicht, S. 179 ff. im Funktionswandel der privatrechtlichen Institutionen (Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag) (1974).

(4)イ 次に、われわれが冒頭で提起した環境権の問題について、法規範創造の見地から考えてみることにしよう。受忍限度による権利行使の制限は、他面において、それだけ、対立・衝突する相手方の利益を具体的なものにする<sup>(123)</sup>。そして、やがては、この利益はより強い保護を求めるべく法的構成(形式)を要求することにもなるであろう。権利という形式は、保護に値する生活利益の範囲と、当該生活利益の保護のされ方に関する選択された一つの法的構成であると考えられる<sup>(124)</sup>。したがって、ある生活利益において、保護範囲の拡大と明確化による法的保護の強化が要求される場合には、そのかぎり、権利概念は有用な機能を持つことがありうる。環境権は、かような問題の一環として把握されるべきものと思われる。そうすると、かような問題は、環境権に限られるというものではない。新しく生成しつつある、対立・衝突する生活利益(たとえば、日照権など)を規範創造する際には、常に検討されるべきものである<sup>(125)</sup>。環境権においては、権利概念の当否が、もっとも典型的なかたちで現われているにすぎないのである。

(ロ) ところで、わが国における環境権の登場は比較的新しく(昭和四五年頃)、大阪弁護士会環境権研究会がその中心的役割を果たしてきたことはよく知られているところである。それによれば、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るが、たとえば、大気、水、日照、静穏、土壌、景観などの自然的環境や社会的諸施設が考えられる。かような環境素材は、不動産の利用権とは無関係に(万人に)共有されるべきものである。そして環境権は、財産権よりも人格権に近いものであり、なによりも支配権としての排他性を持っていると考えられている<sup>(126)</sup>。いうまでもなく、われわれにとつての問題は、環境権の理念や行政訴訟(住民訴訟ないし民衆訴訟)における有用性とはかく、私法上の権利として、つまり私法的救済の根拠としての環境権にある<sup>(127)</sup>。

生活妨害により侵害される利益は、たんなる個別的なものとしては把握され難くなっていることはたしかである。生活利益の広範囲な把え方が必要であることは、判例からも窮うことができる<sup>(128)</sup>。環境権の適用が最も微妙な問題を提

起するのは、日照利益の侵害が争われる場合である。ことに、中高層建築による大規模紛争においては、広域的な生活環境の侵害としてとらえるのがより適切である場合が考えられる。たとえば、〔12〕武庫山マンション事件（神戸地裁伊丹支部判昭和四五年二月五日判時五九二号四一頁）では、電鉄会社が沿線開発のために分譲した土地（住宅専用地域）における三階建マンション建築の差止を認めるにあたり、次の考え方が述べられている。すなわち、「およそ、日照、通風、採光、眺望その他の住宅環境は、健康で快的〔適〕な生活を享受するために欠くことのできない条件である。」そして、本件のごとき住宅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いるところでは、少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。」

こうした考え方は、静穏な居住環境を維持するために、野球場における照明塔の工事続行を禁止する限度で、仮処分が認容された、〔13〕近鉄藤井寺球場事件（大阪地決昭和四八年一〇月一日判時七一七号三三頁）にも見られるし、さらに、より大規模な紛争としては、〔14〕阪神高速道路事件（神戸地裁尼崎支判昭和四八年五月一日判時七〇二号一八頁）、〔15〕大阪国際空港事件（大阪地裁昭和四九年二月二七日判時七二九号三頁）などをあげることができよう。前者では、自動車専用高速道路工事に伴う、日照、通風、電波障害、騒音、振動などの被害がもたらす居住環境破壊を理由とする工事禁止の仮処分申請で、公害規制を条件として工事が許容されている。もともと、本件においても環境利益の不当な侵害に対する法的救済（賠償請求及び差止請求）には、十分な考慮が払われているとはいえず、その権利性（環境権）<sup>130</sup>は否定されている。さらに、主として騒音被害に基づき、人格権、環境権を根拠として、夜間午後九時から翌朝七時までの全面的飛行禁止が求められた後者では、午後十時からの発着禁止にとどまっただうえ、私権としての環境権は認められていない。<sup>131</sup>

しかし、生活利益の広域的な把え方を無視することができないことは、〔16〕吉田町し尿・ごみ処理事件（広島地判昭和四六年五月）

月二〇日判時六三一号二四頁広島高判昭、  
 和四八年二月一四日判時六九三号二七頁）  
 〔17〕和泉市火葬場事件（大阪地裁岸和田支判昭和四七年）の二判例がより適確に示している。いずれも、地方自治体による公共施設の建設に対する附近の多数住民からの差止請求が認容されている点でも、注目されるべきものである。<sup>(132)</sup> これらの事件においては、悪臭、水質汚濁、大気汚染などが争われている。しかも、将来被害をうけるおそれのある地域住民の申請人適格を認めるにあたり、個人個人の受ける被害の程度が個別的に判断されるのではなく、地域的判断で足りるとされている。<sup>(133)</sup> ここには、多様な生活利益に対する侵害が、地域的拡がりを持つ場合の集団的解決の必要性が、よく現われていると思われる。

（ハ） それでは、このような多様で広域的な拡がりを持つ生活利益を、環境権という法的構成にまで高める必要があるであろうか。これがいわゆる環境権をめぐる争いの焦点である。これについて、環境権を積極的に主張する立場の意図は、権利概念の持つ最も強い機能を、環境権に与えることにあると考えられる。すなわち、私法上の権利である環境権は支配権としての排他性を持つものとされている。<sup>(134)</sup>

しかし、環境権が、かように権利の典型的（絶対的）なかたちで提示されたことは、環境権における表見的な激しい論争にもかかわらず、かえって、論点を意外に、単純なものにしてしまったと思われる。<sup>(135)</sup> 要するに、環境権の主張は、受忍限度論における相関的な利益衡量によつては、生活環境が十分に保護されないおそれがあることにある。そこから、被害の存在＝権利（利益）の侵害（環境権の侵害）だけで賠償要件としての違法性が認められるべきである、というのである。さらに、環境権が排他的な支配権であるため、破壊されれば地域住民はただちにその差止を求めうる<sup>(136)</sup>ことが大きな利点とされている。

環境権のかような主張に対しては、もとより積極的な評価も与えられるべきである。環境利益を権利と構成することは、差止を認めさせやすくすることが期待でき、合せて、保護範囲を拡大させ侵害の限界を明確にする働きをもち

やすいことが指摘されている。<sup>(136)</sup>しかし、環境権が権利の帶有する最も強い機能を与えられるべきものとして主張されていることに對し、強い疑問が寄せられている。この利益衡量を拒否するという環境権の考え方は、生活妨害にふさわしくない。環境権の意図は従来の受忍限度論によっても十分に達成しうるというのである。<sup>(137)</sup>たとえば、従来においても、「11」新潟水俣病事件や「18」四日市ぜんそく事件(津地裁四日市支部判昭和四七年七月二四日判時六七二号三〇頁)に見られるように、被侵害利益が人の生命、身体にかかわるような重大なものである場合には、その利益の保護のため、加害行為の態様を重視すべきではないという態度が採られている。<sup>(138)</sup>差止に關しても、すでに指摘した、「16」吉田町し尿・ごみ処理場事件や「17」和泉市火葬場建設事件のように、環境権を用いなくても、請求権者の範囲を拡大することができる。しかも、環境権がもっとも効果的であるとされる事前差止さえ、仮の地位を定める仮処分(民訴法七六〇条)の要件である保全の必要性を緩和することによっても、十分に達成しうるのである。<sup>(139)</sup>以上のような實際的考慮の他に、本来明確に規定されるべき法律上の権利(私権)としては、環境権はその内容がなお、はっきりしないことがあげられている。<sup>(140)</sup>

このように、環境権をめぐる争いは、表面的には著しく対立しているかに見える。しかしこの対立をもたらしただけなのは、一つには、権利概念の意義に關する相互の理解に齟齬があることに基づいているにすぎないように思われる。特定の権利侵害がなくても不法行為に基づく損害賠償を請求しうることはもちろんであるが、(四(2)(イ)参照)明文上の根拠規定を欠く差止請求においても、必ずしも権利的構成を必要とするわけではない。<sup>(141)</sup>そのかぎりでは、権利の持つ積極的意義は、すでに失なわれてしまっているといつてよい。しかし、権利は、もともと歴史的、社会的制約を離れては論じえないものである。<sup>(142)</sup>その意味で、われわれは、今日、権利が帶有する別の側面に目を向ける必要がある。すなわち、権利は、ある生活利益の保護の範囲と保護のあり方にかかわる法的構成であるということである。<sup>(143)</sup>その点で、権利は、保護範囲を拡大し、保護のあり方を明確にすることができるといえる。環境権は、かような権利の機能を極端な

かたちでまといながら主張されてきたものと思われる。もちろん、いかなる権利といえども、その侵害を絶対的に排斥しうるものではない。<sup>(146)</sup> そのような権利が存在するとすれば、それは、たんなる擬制にほかならないと思われる。生活妨害は対立・矛盾する権利の調整の問題であることを考えればなおさらである。しかし、権利行使の範囲の制限によって具体化される相手方の生活利益は、利益衡量においてより大きな比重を必要とする場合がある。<sup>(147)</sup> したがって、右に指摘したように、権利概念の限界を十分にわきまえるかぎり、環境権という具体的な規範創造は、決して受け入れられないものとは思われないのである。<sup>(148)</sup>

以上をもつて本稿の考察をひとまず終えることにしたい。要約すれば次のとおりである。権利濫用には法規範創造的機能がある。この機能は、外見上の後退にもかかわらず、基本的なところで、生活妨害の法規範創造の役割をはたしてきた。すなわち、わが国では、生活妨害は不法行為法上発展してきたものである。しかし、それは、生活妨害における法の欠缺を埋めるべく、不法行為の問題に仮託された結果に基づいているにすぎない。このように、生活妨害法を法規範創造と理解するならば、それは、通常の不法行為とは異質なものであることが分る。このように考えてこそ、わが国の不法行為法をより鮮明にし、生活妨害に関する法規範を正しく発展させることができると考えられるのである。

(123) 鈴木・前掲論文(注40) 一九九頁参照。

(124) 藤岡・前掲論文(注110) 一〇九頁以下、一七五頁以下参照。

(125) たとえば、藪・前掲論文(注3) 二頁注(1)においては、日照「権」には消極的で、日照に関する生活利益という概念が意図的に用いられている。なお、被害事実→権利侵害を基本とする考え方に接近する必要性を強調するものとして、楠本安雄(判評)判タ二九五号一〇六頁。その他、日照権の法的構成については、吉川日出男「日照権の法的構成をめぐる諸問題」論集(札幌商

科大学・札幌短期大学) 一三〇頁以下参照。

- (126) 大阪弁護士会環境権研究会・環境権(昭四八)七八頁、八五―八七頁。環境権に対する積極的な考え方を総合的に論じたものとして、小林健男・日照紛争と環境権(昭四九)七頁以下、木村保男・川村俊雄「公害訴訟における環境権論の展開」木村編現代実務法の課題(昭四九)一九一頁以下参照。

(127) たとえば、加藤一郎「『環境権』概念をめぐって」(昭四七)民法における論理と利益衡量(昭四九)一一〇頁以下参照。

- (128) 行政訴訟ではあるが、環境権思想の萌芽を示すものとして、日光太郎杉事件(東京高判昭和四八・七・一三判時七一〇号二三頁)、国立歩道橋事件(東京地判昭和四八・五・三一判時七〇四号三一頁)がある。

- (129) 判旨は次のように述べている。ナイター興行がおこなわれるならば、「これまで申請人らが享受してきた閑静な住居地として静穏を著しく阻害される結果をきたし、それに伴う諸般の影響が集積して徐々に住宅地の性質を変容していくことになることを考へれば、被申請人近鉄としては、宅地の分譲を受けた者の同意を得るか、あるいはナイター興行により予想される各種の被害について必要・かつ十分な対策をとり、その結果について、申請人らと被申請人近鉄の前記特殊な関係を考慮に入れての利益の比較衡量のうえ、申請人らの受忍限度内のものであることを明らかにすることなく、物件増改築工事を強行することは許されない。」
- (130) 環境利益とは判旨によれば、①日照、②通風、③静穏、④眺望、⑤清浄な大気、⑥プライバシー保持、⑦庄迫感がないこと、などである。

(131) この点を強く批判するものとして、篠塚昭次「『環境権』否定判決への疑問」(昭四九)法時四六卷五号一八頁以下参照。

- (132) 沢井裕「七〇年代公害差止裁判例の歩み」ジュリ五四一号(昭四八)八四頁、九一頁。熊本地判昭五〇・二・二七判時七七二号二二頁参照。

(133) この点を訴訟法上の立場から積極的に評価するものとして、松浦馨「環境権侵害差止仮処分訴訟における当事者適格と合一確定の必要性」山本戸克己教授還暦記念実体法と手続法の交錯上(昭四九)二八三頁以下、とくに、三〇二頁以下。同種の事件で被害を個別的に判断するものとして、大津市し尿投棄差止事件(大津地判昭和三七・九・一〇下民集一三卷九号一八二二頁)、環境権を否定するものとして、鹿児島地判昭和四七・五・一九判時六七五号二六頁がある。

(134) 環境権(注126)八七頁。

- (134a) 環境権論と受忍限度論との最近の動向について、楠本安雄(判評)判タ三一四号一四九頁参照。

- (135) 環境権(注<sup>126</sup>) 一〇〇頁以下、一〇九頁。
- (136) 加藤・前掲論文(注<sup>127</sup>) 一三五—一三六頁。
- (137) 同前一二二頁以下、一四三頁以下。さらに、藪前掲論文(注<sup>3</sup>) 一九頁以下において、より具体的に徹底した反論が行なわれている。なお、野村好弘・淡路剛久「民事訴訟と環境権」公害訴訟と環境権ニジュリ四九二号(昭四六) 二三九頁以下。
- (138) 藪・前掲論文(注<sup>3</sup>) 一九頁。
- (139) 同前一二頁以下。
- (140) 四宮・前掲論文(注<sup>6</sup>) 三八四頁。
- (141) 藤岡・前掲論文(注<sup>110</sup>) 一八三頁。ただし、かような不法行為に基づく差止請求については、いぜんとして根強い反論のあることもよく知られているところである。沢井・前掲論文(注<sup>106</sup>) 頁以下。
- (142) 権利理論の歴史性については、末川博「権利構成への一省察」(昭一九) 権利侵害と権利濫用(昭四五) 六頁以下。
- (143) 藤岡・前掲論文(注<sup>110</sup>) 一〇九頁以下。
- (144) 同前一七五頁。
- (145) 周知のように、物権的請求権においても、相関関係による利益衡量が主張されていることにつき、舟橋諱一・物権法(昭三五) 三六頁以下。環境権といえども、利益衡量を全く無視するものではないことにつき、環境権(注<sup>126</sup>) 一〇四、一一〇頁。
- (146) この点、保護範囲の拡大は対象を希釈にし保護の強さとは矛盾するおそれがあるという批判はもつともなものを持っている。加藤・前掲論文(注<sup>127</sup>) 一四三頁参照。しかし、環境権の意図は、対象が希釈になるからこそ、保護されるべき広域的な生活利益に輪郭を与えようとするところにあると思われる。なお、公害においては、被害の総量の評価が必要なことから、環境権への傾斜を示唆するものとして、沢井裕「公害差止の法理・3」(昭五〇) 法時四七巻七号一三八—一四〇頁参照。これに関連して、同「環境権論の基礎にあるもの」(前掲環境権(注<sup>126</sup>) 所収) 七頁は、次のように述べている。「法的判断における利益衡量の重要性・必要性を十分評価した上で、衡量の基準を設定して、『歯止めなき利益衡量』の弊におちいることを避けたいと考える。環境権論は、この立場においても、環境の価値を示す基準として承認されるべきものである。」
- (147) 東・前掲論文(注<sup>84</sup>) 一六六—一七二頁参照。本文で述べた理は、冒頭に提起した日照利益をめぐる紛争にも、基本的にはそのままではまわりうるものである。この型の紛争は、日照利益以外の生活利益の侵害を伴うことが多い。しかし、こうした生活

環境的把握が必要とされる場合がある反面、日照妨害は、近接する私人間における小規模の典型的な相隣関係上の紛争として現れる。そのかぎりでも相互顧慮義務に特別な配慮が必要とされるにすぎないものと思われる。日照紛争の特殊性については、枚挙にいとまないが、好美・前掲論文(注<sup>(3)</sup>)一六頁以下、沢井裕・潮海一雄「日照権確立への道程」判タ二七九号(昭四七)二頁以下、沢井裕「日照妨害をめぐる法律問題」日本土地法学会・土地所有権の制限・日照権(昭四九)一五七頁以下、藪・前掲論文(注<sup>(3)</sup>)一九、二四—二六頁、三〇頁注<sup>(8)</sup>、三二頁注<sup>(7)</sup>など。その他、日照権については、ジュリ増刊・特集『日照権』(昭四九)、小林・前掲書(注<sup>(12)</sup>)、楠本・前掲書(注<sup>(3)</sup>)、野村好弘・日照の判例(昭四九)、辻隆一郎・日照権の研究(昭四八)、淡路前掲書(注<sup>(10)</sup>)一九三頁以下。

なお、環境権が即座に受けいれられるものであるかどうかはともかく、公害の解決にとって権利的構成が考慮に値するものであることにつき、楠本安雄(判評)判タ三一四号一四四—一四五、一四八—一四九頁参照。