

マンションでのペット飼育をめぐる(一)

片 桐 善 衛

目次

はじめに一問題の背景

1. 横浜地裁平成3年(1991年)12月12日判決の検討
 - 1-1. 事案の概要と判決
 - 1-2. 判決の検討
 - 1-3. 管理について
 - 1-4. 違反行為に対する措置(以上33巻3号=本号)
2. 外国法瞥見(以下次号)
3. 行為規範・生ける法論

はじめに一問題の背景

マンションでのペット飼育が、問題になっている⁽¹⁾。何故、今の時期に至りこうした問題が論じられるようになったのであろうか。その時代背景を明らかにする事から、ここでの議論を始めたい。

まずいわば時系列による整理であって、日本でのマンションという居住形態の発展の時期区分を試みよう。大きく分ければ次の4段階を辿って来たといえるのではなかろうか。1. 創生期=揺籃期。昭和30年(1955年)代。2. ハード面での各種トラブル発生期。産みの苦しみの体験。この時期にはもっぱら外に対して、構造面に眼が向けられていた。3. 小康状態。相対的安定期。4. 現在。やっとソフト面に対して眼を向ける事が出来る

段階に達した。いわば、自分達の足元を見つつあるといえよう。そして、マンションという建物だけではなく、その環境、地域との関係まで観点が広まりつつあるといえよう（その意味では、新たな5段階目にも入りつつある。もっとも、リホームや建て替えが出てきているし、よりマンションの多目的化、多様化が進行するであろう）。

こうした4つめの段階に達したマンションの中で、ペット問題はその象徴的課題になって来たといえるのではなかろうか。4段階にまで至る過程で種々提起された課題が全て解決したとはとても言う事は出来ないにせよ、あくまで比較的な重点の移行はあるといえよう（創生期以降の問題群は一貫して存在した訳で、それが重疊的に競合して現れて来るのだが、中心的な問題は明らかに変化がみられるのではないか）。どこかからは声高に「生活大国」が唱えられている今日、やっとマンション居住者は生活の物理的な基盤の上で一応は落ち着きながら、より快適なマンションライフを送りたいと考えられるようになった、ということであろう。

更に問題を平面的、空間的な側面で把握すれば、本件は使用細則や日常生活でのルールレベルでのそれであろう。区分所有法を中心とする実定法、規約、という規範が存在する訳だが、本件での主要な問題は、明らかにその平面では捉え切れない。いわば行為規範、生ける法という問題を提起しているように思われる。

そこで、以下、まずペット飼育をめぐる争われた事件の検討から始めて、若干の外国法を眺め、最後に行為規範、生ける法の議論を行う。

1. 横浜地裁平成3年(1991年)12月12日判決⁽²⁾の検討

1-1. 事案の概要と判決

概要：横浜地裁判決によれば、昭和60年Y（被告）は、家族と共にイングリッシュ・ビーグル犬を連れて横浜市内の本件分譲マンションに入居した。管理組合は、犬を飼育しないように要求していた。昭和61年に開催された管理組合臨時総会で、旧規約が改正され、新規約の一般細則三条によって、居住者の犬、猫、小鳥等のペット動物類の飼育禁止が明文化された（旧規約では明文規定は存在しなかったようで、訴外販売者の作成した入居案内に、「動物の飼育はトラブルの最大の原因ですので一応禁止されています」との記載はあったようだ）。引き続きYが犬を飼い続けたので、X（管理組合管理者）はマンション内での犬の飼育禁止を求めて提訴（平成元年。但し、判タの《解説》によれば、前訴があって、管理組合が原告となり区分所有法五七条の共同の利益に反する事を根拠に犬の飼育禁止を求めていたが、改めて管理者を原告とし規約違反に基づく請求として本訴が提起され、本訴が前訴と併合された後で前訴が取り下げられた、という経緯がある）。

判決：Yは建物内において犬を飼育してはならない、としてX勝訴。

判決理由は、大要以下のもの。①入居案内は、区分所有法上の規約と同様の拘束力を有するとは認められない。②Yの主張する白紙委任状の無効につき、瑕疵はなくYの抗弁は理由がない。③本件臨時総会の決議が、その効力に影響を及ぼすほど著しく不公正であるということは出来ない。④（判決摘示の）事実によれば、入居者の間には動物の飼育は原則として禁止されているとの共通の認識があったことが推認される。⑤Yが犬の飼育によって他のマンション居住者に全く不利益を与えていないというYの主

張は、認めることが出来ない。⑥（判決摘示の事実を総合すると）現在のわが国の社会情勢や国民の意識等に照らせば、全面的に動物の飼育を禁止した本件規約は、相当の必要性および合理性を有するものというべきである。⑦Yの子供が自閉症であると医師に診断されたことはない。⑧（以上の事実を総合すれば）本件規約により動物の飼育を禁止されることによってYが受ける損害は、社会生活上通常受忍すべき限度を越えたものとはいえず、したがって本件規約改正についてYの承諾がないことは、右規約改正の瑕疵に該当しない。

1—2. 判決の検討

（1）「はじめに」、でも述べたようにペット問題がついに分譲マンションにおいて争われるようになり、それが訴訟にまで持ち込まれた。その点に本件の意義はあろう。恐らくは分譲マンションでの事例として、初めての判決であろう（賃貸マンションでの事例はある）。法理論としてとられた受忍限度論は格別に新しいものではないにせよ、他の部分ではかなり大胆な判示がされているし（控訴審でも維持されるか些か疑問が残る点もあるが）、結論としてのペット飼育禁止の差止の点では、注目に値しよう。以下、本判決についていくつかの論点を検討する。

（2）まず、マンションでのペット飼育をめぐるのは、極めてわずかの判例・学説しか存在しない。判決例をみる事から始めよう。

判決例① 東京地判昭和58年1月28日（判タ492号95頁，判時1080号78頁）。賃貸マンションで猫を飼っていた原告から賃借権確認等の請求がなされ、他方反訴として賃貸人から貸し室明け渡しが請求された事例。賃貸借契約には風紀衛生上問題となる行為、・・・近隣の迷惑となる行為及び犬等の家畜の飼育をする事を禁止する旨の特約があった。原告の行為は、その

特約に違反する。本件のような賃貸マンションでは猫の飼育を禁止するような特約がなされざるを得ず、かかる特約がなされた以上賃借人はこれを厳守する義務がある。原告の行為によって、被告との間の信頼関係は既に失われているから、被告からの解除により賃貸借契約は終了した。

判決例② 東京地判昭和59年10月4日(判時1153号176頁)。犬・猫等の飼育禁止の特約に違反したとして、共同住宅の部屋賃貸借契約の解除が認められた事例。本件賃貸借契約は居住を目的とするものであり、被告(賃借人)がこの用法に違反したときは原告(賃貸人)は本件契約を解除できる特約があったし、また、被告は本件部屋内において犬、猫等の動物を飼育してはならず、これに違反したときは、原告は契約を解除できる特約があった。被告は本件部屋を犬、猫等の飼育及び飼料、器具の保管場所として使用し続けた。これは約定の用法に違反し、解除原因となる。被告は、原告の承諾も得ていない。被告は原告の内容証明郵便による条件付き解除の意思表示があった後においても同様の用法違反を続けていたものであること等の諸事情を考えると、この点をもって背信行為と認めるに足りない特段の事情があるとするには到底できない。

判決例③ 東京地判昭和60年10月22日(判例集未登載。玉田弘毅編著『マンションの法律2』218頁(一粒社、第3版、昭和61年)岡崎泰造執筆による)。公団賃貸住宅において、猫を飼育し続けた居住者に対しての公団からの契約解除が争われた事例。古い契約であるから猫飼育についての特約は存しなかったものの、居住者たる被告の猫の飼育のありさまは共同生活の秩序を乱す行為に該当する。しかも被告が猫の飼育について何らかの是正措置を講ずることは、もはや期待できないものと認められる。このことは公団と被告の間の賃貸借契約上の信頼関係がすでに失われたものといわざるをえない。

一方の学説においても、ペット問題に即しては未だ本格的に論じられてはいない⁽³⁾。まず岡崎説（前掲玉田編著『マンションの法律2』217頁）は、「ペットの飼育については、ともすれば買主が過保護になり、…他人への配慮がなくなってしまう危険性があり、それがトラブルの原因となっている。動物から感染する病気も少なくない。…健康上も問題がある。」と指摘する。賃貸住宅では、前述判決例①③から、「ペットの飼育についても、飼育者である借家人が受忍の限度を越える近隣妨害行為を行い、他の賃借人や賃貸人に迷惑を及ぼす場合は、賃貸人は契約を解除して住宅の明渡しを求めることができるといえる。」分譲住宅では、「民間の分譲マンションの使用細則（規則）は、管理規約とあわせて販売会社が原案を作成・提示し、売買契約の締結時に購入者が承認することによって制定したものとなっているのが一般的である。（ここではペット飼育が禁止されているが＝片桐注）この表現があいまいなため、その解釈を巡って居住者間でトラブルの起きているマンションが少なくない。」「対策としては、管理組合（理事会）による居住者に対する注意である。これに応じない居住者で、かつ賃貸住宅の場合で述べたような明らかに他人に迷惑を及ぼしている場合については、建物区分法六条、五六条に基づき飼育禁止の訴訟を提起することができる。」「一方、ペットの飼育については、老人の一人住まいや子供のいない家庭について、一定のルールに従った良識のあるものであれば認めてもよいのではないかという意見がある。この場合は使用細則の改正手続をえて実施することができる（建物区分法三一条）。」（ペット飼育のルールの提案を紹介した上で、その＝片桐注）「提案は、ペットの飼育を管理組合への届出によって管理組合で管理することとしているものである。使用細則などにいかに表示しようとも、飼育者の良心にもとづく自主的管理に全面的に委ねることはできないことを示すものである。」「なお、マンション

の販売にあたり、購入希望者のペット飼育の可否についての質問に対し、あいまいな対応をしたことが、飼育者のルール違反を招いている起因になっている事例もある。」

次いで折田説（折田泰宏『マンションの法律100章』58頁（鹿島出版会，1989年））は、「規約で禁止されている以上は、あくまでその飼育は規約違反になる訳ですから、管理組合としては、これをやめさせることができます。しかし、この規則だけ（で＝片桐注）は、実際のところ中々その徹底が難しいものです。」と述べ、色々な工夫を紹介する。そして、「いずれにしてもマンションに居住することを決意した以上はペットの飼育は諦めるべきでしょう。」

（3）学説においては、ペット飼育につき否定的である事が確認出来よう。なおかつその見解は、極めて現実的な視点を有していた。判決例では、そのいずれもが賃貸借の事例に留まっていた。そして3件全てにおいて、（判決例③を除いて）特約をも根拠にしてはいるものの賃借人の背信行為＝信頼関係破壊、と捉えていたのは、特徴的である。では、本件のような分譲の事例はいかに考えるべきであろうか。本件判決の立ち入った検討に移ろう。

（4）①「動物の飼育はトラブルの最大の原因なので一応禁止する」旨の入居案内から、検討しよう。認定事実によれば、この案内は販売業者からではなく、「本件マンションの設備機器の点検・保守等の管理業務を担当している訴外会社が入居者の便宜のために作成・配布した参考資料」とされている。何故分譲＝販売業者が作成・配布しなかったのかは、不明であるが、恐らくはあらかじめマンション管理業務も訴外会社に委託するとの契約が、売買契約とセットにされており、購入者は一括してそれらの契約を締結するという関係があったのであろう。こうした経緯・関連の下で契

約された法律関係が、そのままいわば自動的に管理組合の中での各居住者を拘束するかは、一個の問題である⁽⁴⁾。即そうなるわけではない、と解すべきではないか。判旨によれば、入居案内は「参考資料」であり、その「入居案内自体について何らかの決議等がなされた事実はない」から、「入居案内が区分所有法上の規約と同様の拘束力を有するとは認められない。」とした。結論は正当であろう⁽⁵⁾。

②委任状については、決して望ましい事ではないにせよ、今日の現実の管理組合では多用されている。名実とも白紙委任ならば問題であって、瑕疵ありとしてもよいであろう。決議方法についてと同様、判旨は正当と思われる。

③Yに対する「特別の影響」について。(改めて後述するが)判旨では、前記参考資料の援用、数名が飼っていた「小鳥は現在では処分されて」しまっている事、「動物を飼育しているのは分譲当初から現在に至るまで被告のみであること」等々の事実を勘案して、「本件マンションの入居者の間には動物の飼育は原則として禁止されているとの共通の認識があったことが推認される。」とした。又、Yの飼育承認のための諸活動に言及しつつも、「他のマンション居住者に全く不利益を与えていないという被告の主張は、これを認めることができ」ないとした。

恐らく判旨は、Yへの「影響」と他の居住者への「影響」を比較衡量した(後述、受忍限度論参照)のであろう。判旨では、「Yへの特別の影響はない」との認定は明示的にはされていない。

続けて判決は、④規約につき、「動物飼育を認めているマンションは…希少な存在で」あり、そこでは「詳細な規定を設けている」し、防音設備・エアコンなど「住宅の構造自体を相当程度整備したうえで、動物を飼おうとする者の適性を事前にチェックしたり、飼い方などに関する詳細なルー

ルを設ける必要がある」と述べた後で、「全面的に動物の飼育を禁止した本件規約は相当の必要性および合理性を有する」と結論づけた。ここでは、ペット飼育の例、そのために必要な条件にまで言及した上で、社会情勢や国民の意識まで視野において、規約の必要性と合理性を判断している。相当に周到な判旨といえよう。形式的に規約の中の規定の存否によるのではなく、その内容にまで立ち入った上での規約の判断は、評価出来よう⁽⁶⁾。

⑤判旨最後の、受忍限度論について。Yの「子供が自閉症であると医師に診断されたことはなく、…通常の世界生活を送っている」とした上で、上記③④で述べた事実を総合すれば、Yの損害は受忍限度を越えず、規約改正につきYの承諾がないことは改正の瑕疵に該当しない、とした。

ここで、Yに対する「特別の影響」があるか否かの結論が示された事になる。区分所有法上の論理（同法31条1項）に従えば、Yに特別の影響はないので、Yの承諾はそもそも必要ない、という事になろう。特別の影響の判断基準として、受忍限度論は受け入れられている⁽⁷⁾ので、ほぼ妥当な判旨といえようか（筆者＝片桐は受忍限度論に疑問をもっているが、後述したい）。

⑥最後に、差止について付言する。結局本件では、Yの犬飼育禁止というYに対するXからの差止請求が容認された訳である。しかし、その根拠（判旨で十分か）、差止実現＝執行の態様、等については疑問が無くはない⁽⁸⁾。

⑦以上、ここでは簡単な評釈にとどめたが、給論は小生も支持したい。しかし、そもそもペットとは何か、規約・使用細則の設定とその運用、全面禁止如何、受忍限度論等、この事例から解明されるべき論点につき、次にやや一般的に論及する。

1—3. 管理について

「はじめに」,で述べたような今日の段階を迎えたマンションにとって「管理問題」はますます重要な課題になって来た。これを, 相対的に二つの局面に分ける事が出来よう。第一は分譲という局面, 売買過程と, 第二は分譲終了後の日常生活の局面, である。言うまでもなく前者においては, 業者と購入者(=区分所有者)の関係であるのに対して, 後者では居住者=管理組合構成員相互の関係となる。俗に言う「管理を買え」との消費者への警告, 助言は, この二つの局面が切り離し難く結びついている事を前提とするが, 理論的整理としてはこの区別は許されよう。横浜の事例においても, 当初から(第一の局面で)ペット飼育禁止が明確であれば, 少なくとも別の現れ方をしたであろう⁽⁹⁾。第一局面のペット飼育についての曖昧さを内包したまま, 第二の局面での対応をX(管理組合)は迫られた事になる。この局面では, 正に共同生活者の共同の内実が問われざるを得なくなる。いよいよ管理問題は, 生活者の真価を問われる段階に達しつつあると言えるのではなからうか。

(1) 日常生活上の管理

本件のようなペット飼育を巡っては, 極めてソフトな平面におけるいわゆる「ルール」と通常扱われている場面での問題が主要であろう。それを実定法と規約に基づく規範から相対的に区別して, 生ける法, 行為規範の領域に属すのではないかと, 「はじめに」では指摘しておいた。又, 四つの時期区分の4段階での問題として論じているのではあるが, かかる問題が1~3段階でなかったのかということ, 決してそうではなかった事は明らかでもある。今日に至る以前においては, 問題を抱えながらもそれを正面から取り上げる諸条件(客観, 主観。物理的, 人的, 等)を有しなかったという事であろう。

では、こうした日常生活で問題になり、ルールの平面での対応が問われる例としては、どの様なものがあるだろうか。例えば、次のような実に様々な類がある。騒音、振動、水漏れ、駐車(場)、廊下、ホール、エレベーター、ゴミ、子供の行動、プライバシー、防火、防災、防犯、そしてペット等。これらの諸問題に対し、ここではその対応全てを論じる訳にはいかないので、以下、本稿のテーマによる筆者の問題関心に添っての議論とする。ここでは、こうした問題群の中で居住者の日常生活は日々営まれている事を、確認しておきたい。

ルールが明文化されて、「規定」の形で具体化される場合がある。その形は、規約本文、その規約を受けての使用細則(規則)、集会決議、その他が考えられる。まず規約であるが、ペット自体について明文化されている例はまだ少ないのではなかろうか⁽¹⁰⁾。規約は区分所有者が定めることができる(区分所有法—以下、「区法」と略す—30, 31条)ので、勿論ペットについての規定を規約本文に入れる方法もある。しかし多くの例は、使用細則で定める場合であろう。その例をみてみよう。

使用細則例① (1)本細則でいうペットとは、おおよそ体長50cm以内の犬・猫・うさぎ・猿をいう。(2)飼育できるペットは一住宅一匹であること。(3)飼育を希望する者は、壁に接する居住者四名の同意を得ること。(4)万一、ペットが共用部分を汚したり破損したときは全額飼育者の負担で元に戻すこと。(5)飼育者が飼育にふさわしくないとマンション居住者のうち五名以上が理事長宛に飼育中止の申請があった場合、飼育者は自己負担で七日以内にペットを処分すること。なお、申請者の氏名は公表しない。(6)飼育者は飼育委員会に全員参加し、飼育者相互の親睦をはかるとともに、他の居住者に迷惑をかけない飼育方法などを研修すること。(7)本マンションで飼育しているペットが子供を生んだとき、その子供の処理を理事長に報告す

ること。(8)ペット飼育に関しては、飼育開始日より月額〇〇円を六カ月分ずつ前納すること。⁽¹¹⁾

使用細則例② (1)居住者の飼育細則を厳守できることを誓約すること。(2)飼育できるペットの種類。(3)飼育できる範囲(数)。(4)上下左右の居住者の理解。(5)飼育者同士の委員会の設置。(6)委員会の責任と解決。(7)住環境を保つための厳守事項の設定。(8)損害を与えた場合の補償。(9)管理組合の指導。(10)違反者の措置。⁽¹²⁾

これらの例をみると、かなり詳細な規定を用意している事が分かる。ペットの定義⁽¹³⁾、飼育手続き、飼育方法、損害・被害、管理組合の下で、違反者の措置、経費、等である。

こうしたルールのも文化・規定化まで至らなくとも、単なる集会での決議によったり、その他一種の申し合わせ事項とするとか、理事会(理事長)名での掲示等、様々の対応がなされていると考えられる。

それでは、これらの規約、使用細則、集会決議、その他、の相互の関係は、どう解すべきか。取りあえずここでは、法規範化の度合い＝法的拘束力の強弱、と捉えておく。従って、その捉え方によれば、既述した実定法・規約に対しての行為規範、生ける法という区別は、あくまで程度差による相対的な区別に過ぎない(使用細則は規約に基づいて定められる)。ルールという用語の用い方にも、この事は妥当する。これらの規範(除く、「その他」)につき、項を改めて検討しよう。

(2) 規約・使用細則・集会決議の法的対応

横浜地判を参考にすることから始めよう。それは、(入居案内にはあったものの)事後新しくペット飼育禁止を導入した例であった。従ってその導入は、ペット飼育者への特別の影響となり、その者の承諾が必要となるか。又改正のためには、より高度の要件、集会決議や使用細則改正ではなく、

規約改正の要件を課すべきか。

規約の変更は（設定と廃止も）、「区分所有者及び議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議によってする」（区法31条1項1文）⁽¹⁴⁾。この要件の変更は許されていない。そして、その規約が「一部の区分所有者の権利に特別の影響を及ぼすときは、その承諾を得なければならない。」（同2文）。これをYは一つの重要な争点として争った。特別の影響となるか否かは、いわゆる受忍限度の認否によるならば⁽¹⁵⁾、それを基準に判断される。判旨は、忠実にも殆どこの立場に従った。さて、受忍限度論如何。余りにも問題が大きい故、ここでその十分な検討は出来そうもないが、少々の取り組みをしてみよう。

（2—1）

受忍限度という考え方の主要な展開場面は、不法行為にあったと思われる。その対象としては、いわゆる公害であったといえようが、厳密にみれば不法行為にのみ限定されていた訳ではなかった。受忍限度論の発生過程を簡潔に辿れば、我妻教授の相関関係説に至ろう⁽¹⁶⁾。そしてそれが、加藤一郎、星野英一教授を代表とする利益衡量論⁽¹⁷⁾に受け継がれて来たと言い得るのではなかろうか。こうした受忍限度論（その「発展」としての新受忍限度論も含めて）に最も鋭く対決したのが、環境権論であった。今ここでこれらの論点に詳しく触れる事が出来ないが、特に次の文献・論文に注目したい。淡路剛久『公害賠償の理論』（有斐閣、昭和50年、増補版は昭和53年）、沢井裕『公害差止の法理』（日本評論社、昭和51年）、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号54頁（昭和51年）、である。淡路説は受忍限度論の立場から⁽¹⁸⁾、原島説はその批判の立場からのものであるが、沢井説は一種の折衷説であり受忍限度論の立場を批判しつつも、部分的に受忍限度論を用いた作業が必要とし、かつ一般理論として違法侵害説

を支持する⁽¹⁹⁾。

さてここでの問題は、ペットをめぐる争いにおいて、そもそも上の論争の枠組み自体で論ずる事が適格的か、という点である。上で想定されている場面、それ故鋭く対立する場面は、産業公害であって、侵害の内実は生命・身体に対するものである。私人間での騒音・悪臭なども広く公害の中に入れてしまう考え方も存在しはするものの、類型的には区別されるべきであろうと思われる。ペット問題は明らかに生活妨害の一種であって、通常は直ちに生命・身体ないしは健康に対する侵害とはならないからである。

上の論争も、確かにその後双方からの「歩み寄り」がみられ、一時ほどの甚だしい対立はなくなったといえよう。ところが、(その事によるとばかりとも思えないものの、上の論争点に近接していた人格権や物権的請求権の論点などを大きく越えて)その後受忍限度論(的法的構成)は、他の領域にもその影響力を及ぼして行った、と言えよう。その流れの中の一つの現れが、本件判決であるといっても、あながち間違っていないであろう。

そうすると本件のような生活環境内で、相互に立場の互換性を明らかに有する紛争においては、むしろ(一種の)相隣関係的把握がなされるべきであって、その意味では受忍限度論導入にふさわしい状況がある⁽²⁰⁾、と言えるかも知れない。ただ注意されなければならないのは、管理組合という団体法理が強く働く事が要請されている事である。この点では単なる一市民同士の争いではなくなる。

では、本件の場合に即して検討してみよう。受忍限度論が明示的にとられているのは、犬の飼育者たるYへの「特別の影響」の存否の判断においてである。Yの受ける損害が、社会生活上通常受忍すべき限度を越えたならば、「特別の影響」がある、とされるとの論理である。同時に、この結論に至る前提としては、Y以外の管理組合側の事情も勘案されており、当然

にして、利益衡量の操作がなされている。利益衡量、受忍限度をとる判例・通説に、見事に沿った一つの判決例である。しかし、本稿が注目したいと考えるのは、次の2点である。第1は、犬の出す騒音や悪臭は、「比較的軽度の積極的侵害」⁽²¹⁾に留まるのか。第2は、管理組合という団体と、そこで規約・使用細則の存在である。

第1について。確かに本件のようなケースでは、重大な産業公害のごとく生命・身体・健康に対する直接的な被害ではなかろう。しかし、これらの被害の態様、度合いは様々であって、特殊な場合でなければ生命侵害にまでは至らない事が多いではあろうが、健康を害され、更には身体的被害が発生する事はたやすく想定する事が出来る。特に音に対しては、個人的な差異（ある人にとっては気にもかからなくとも、別の人にとっては騒音そのものであるというように）が大きい事には、留意されるべきであろう（尤も、この事をもって、判断基準の設定を、当該個人にするという事まで意味するわけではない。そのためには、第2点が考慮される。）。そして、今日の段階では、快適なマンションライフが目指されていることが、考慮されてよかろう。つまり、騒音や悪臭を出さないことに、より高い価値付けをするという事である。

第2について。本件のYも又、団体の構成員である。本件においては、入居段階で犬の飼育禁止につき不徹底な点があったので、入居後の規約改正で問題となった。こうした規約や使用細則は、団体法理ではあるものの、その中で各個人も、一種の契約関係の下で拘束される事は、明かであろう。勿論、規約や使用細則が、常に絶対的なものではない。手続き的瑕疵のみならず、基本的人権とか公序良俗に反してはならない事、明らかである。犬などのペット飼育禁止が、こうした基準に反するか否かは、今少し検討を要する問題であろう。ここで注目すべきは、飼育容認か禁止かは、当該

団体の選択に委ねられている事である。それ故、その選択は、法によっても尊重されなければならないと思われる。

以上の考察をしたとしても、それも又利益衡量・受忍限度論の枠内ではないか、との疑問が払拭されたわけではないかも知れない。それに対しては、当該マンション毎の、個別的具体的な判断による、ここでは答えておく⁽²²⁾。

(2-2)

横浜地判の事例で、当初原告側が主張した「共同の利益」につきみてみよう。区分所有法によれば、「区分所有者は、建物の保存に有害な行為その他建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為をしてはならない。」(区法6条1項)として、広く一般的に建物の使用や管理を正常に維持するための規定を用意している(旧区分所有法5条1項も同旨を定めていたが、その違反への措置は解釈に委ねられていた)。通常、共同の利益に反する行為については、次のような類型が挙げられる。建物の「不当毀損行為」、建物などの「不当使用行為」、「プライバシーの侵害ないしニューサンス」、建物などの「不当外観変更行為」。⁽²³⁾ ペット問題はこの中の、主要には「ニューサンス」に係わろうが「不当使用行為」にも該当する場合がある。カラオケ騒音に対して夜10時から朝8時までカラオケ装置の全面的な使用禁止を認容した判決(横浜地判昭和56年2月18日判タ435号84頁)があり、参考になろう。ニューサンス nuisance とは元来は英米法上の概念であり、ここで問題とするのは *privat nuisance* であって、日本では広く「公害」と扱われる事があるが、敢えて訳せば生活妨害と訳するべきであろう。ニューサンスは、英米法では不法行為の一類型として発展して来たが、同様の生活妨害行為は大陸法では権利濫用論などにより不法行為となる事がある。損害賠償及び差止が、その効果である。共同の利益に反す

る行為として、このニューサンスを入れるべきか。少なくとも現行法での類型に数える事に争いはない。とはいえ他の三類型と異なる側面がある事は、否定し得ない。つまり、文字通り生活妨害はマンション以外の日常生活でも問題になるであろうから、そこで一般の市民同士の問題として一扱えば足りるとも考えられよう。しかし、マンションという構造上の特質を考えれば、例えば一戸建て住宅に比して、このニューサンスの深刻さはより重大なものとなろう。共同した生活はマンションにとって所与のものであるが故に、ここでの類型の一にニューサンスを入れる事は、積極的な意味がある。それは単なる程度差だとも言い得ようが、例えば同じ騒音でもマンションにおいてはより厳しい対応が要請され⁽²⁴⁾、その具体的現れの一つが、この「共同の利益」の基準であろう。こうした共同の利益に反する行為に対して、どの様な措置がとれるのか。違反行為の停止を要求したり、損害が発生すればその賠償を請求したりする事が認められるのは勿論であるが、区分所有法はそれに加えて違反行為の差止(区法57条)、占有部分の使用禁止(同58条)、区分所有権及び敷地利用権の競売(同59条)、を裁判上請求出来るとした。本稿では差止をみる⁽²⁵⁾。

区法6条違反の行為に対しては、区法57条による差止が出来る。その態様は、「その行為を停止し、その行為の結果を除去し、又はその行為を予防するため必要な措置を執ること」が出来るという三種が与えられている。例えばペットを例にとれば、ペット飼育をやめ、汚物を除去し、防音装置を設置する事などが考えられよう。違反行為に対応する措置を選択(競合も可)する事になる。その措置を請求する方法に、裁判外と裁判によるものがある。差止の場合には、使用禁止・競売請求と異なり裁判外での請求が用意されている(区法58・59条では「訴をもって」とされているのに対して、57条では1項で「他の区分所有者の全員又は管理組合法人は、…請

求することができる」とされ、それとは別途に同2項において「訴訟を提起するには」とされている)。区分所有法は裁判外の請求権行使の要件を格別に定めてはいないし、結局立法担当者による解説のように「必ずしも区分所有者全員の名前でする必要はなく、また、区分所有者団体の意思決定方法である集会の決議を経る必要はありません。それは管理者の権限としてなしうるところですし、個々の区分所有者も保存行為としてなしうるところです」⁽²⁶⁾という事になるだろうか。この裁判外の請求にいかなる実質的な意義があるのか、少々の疑問は残りはする⁽²⁷⁾。なお、規約による措置があるが、後述する。裁判による請求に移ろう。区法57条2項に基づき、通常多数の「集会の決議」による。勿論違反区分所有者も出席して、議決権を行使する事が出来る。使用禁止と競売請求の場合には、明文をもって違反区分所有者に「あらかじめ」「弁明する機会」が与えられている(区法58条3項, 同59条2項)事との対比では、集会への出席は重要であろう。矛盾と考えられなくもないが、出席と議決は区分所有者の基本的権利である以上、それを奪う事は出来ないので認めざるを得ない。訴訟の提起とは広い意味で、通常の本案訴訟(差止の訴)だけではなく仮処分の申請なども含む。この措置による限り、集会決議はそうした提起の要件である。団体が法人化されていれば法人の名で、そうでなければ区分所有者全員の名で、提起する。法人の名でなした場合には、いわゆる法定訴訟担当になる⁽²⁸⁾。そう解すれば、差止請求の提起の権限は法人に帰属するが、その効果は区分所有者全員に及ぶ事となる。後者の区分所有者全員の名で提起する場合は、文字通り全員が原告(当事者)になる以外に、「管理者又は集会において指定された区分所有者」が訴訟を担当することもできる(区法57条3項)。後者はいわゆる訴訟追行権であって、少なくとも管理者は任意的訴訟担当となる。「集会において指定された区分所有者」は、任意的訴

訟担当である側面と同時に選定当事者（民訴法47条）の側面も持つとされている⁽²⁹⁾。この訴訟追行権については、あらかじめ規約で与えておく事は出来ず、逐一個別的に自案毎に集会の決議を経なければならないとされている⁽³⁰⁾。訴訟担当者に関して、横浜地判の場合には経緯があった様子であるが詳細不明のためコメントを控える。

では次に、こうした共同の利益について、規約ないし使用細則で規定がおかれていた場合はどうなるであろうか。共同の利益は極めて一般的抽象的概念であるから、どの様な行為が具体的に共同の利益になるのか（それに反するのか）は必ずしも自明のものではない。それにつき、例えば集会で逐一決議するというのも実用的ではなく、あらかじめ基本を定めておく意義は大きいであろう。そのため規約（区法30条1項）ないし使用細則（前掲標準管理規約17条）が活用されている。ここで想定されているのは、具体的態様に対しては規約ではなく使用細則で定めるという事である。そうすると規約＝使用細則か、が問題となってこよう。規約の設定、変更及び廃止は、「区分所有者及び議決権の各四分の三以上」の集会決議と定められ（区法31条）、この要件を緩める事は出来ないとされている。他方使用細則については、標準管理規約による限り通常の普通決議（過半数。区法39条1項、同規約44・45条参照）で「使用細則の制定又は変更」が出来る（同規約46条4項）。この点では明らかに規約の方に重要な位置を占めさせており、使用細則と同列に措く事は出来ない。立法担当者は「規約に基づく建物の使用方法に関する定めであれば・・・拘束力に差異はない」とするが⁽³¹⁾、いかがであろうか。少なくとも、単なる集会決議や理事会決定と同じ範疇の中に位置づける事には疑問がある。但し、使用細則は規約からの法的な委任（授權）を受けていると解されるが故の拘束力は与えられてもよいと思われはするが、その拘束力には強弱の程度差（区分所有法，規約，

使用細則，集会決議，理事会決定，等々というように重層的なランク付けが可能ではないか)が承認されてしかるべきではないだろうか。そしてその程度差は，どの様な事項につきいかに定めるかにより，実質的に決められるのではないか。その意味では規約と使用細則は内容的に重なる事があり，部分的には相互移行の関係となろう。例えば専有部分の使用方法については，区分所有法，規約が予定されているが(区法30条1項)，同時にそれを使用細則で定める場合があり，その場合は規約＝使用細則とみるべきである。しかしながら，使用細則は一律のものではなく文字どおり日常生活の種々の定めが置かれる場合も多い事を考慮すれば，常にこの二つを同視する事には無理があろう。この事は，当然にしてその拘束力における差異となって現れる。従って厳密に言えば，規定の事項とその内容に応じて，それぞれの拘束力を位置づけなければならない。さし当たり本稿との関係では，共同の利益の内容が基準となる。共同の利益であるとされる以上は，それが使用細則で定められていても，規約と同視されるべきである。

以下，こうした規約と使用細則との区別を念頭におきつつも，規約に焦点をおいて議論する事とする。

1—4. 違反行為に対する措置

各区分所有者が負うべき義務は，直接には団体(法人)に対するものか，他の区分所有者に対するものか。権利は法人に帰属するか，又は法人化されていない管理組合では全区分所有者に団体的に帰属するのか。常に後者であるが，法人化されている場合には権利の行使のみを法人に委ねたに過ぎないのではないか。

改めて，規約違反行為に対する措置はどうか。立法担当者は絶対的禁止事項と相対的禁止事項を，概念的に区別する。その意味は，前者において

は区法6条の定める共同の利益に反する行為が具体化されたもののみ限定し、それ以外の規制の具体化を後者というように区別するところにある。特に立法過程では、区法6条1項の行為だけではなく「規約で定める義務」の違反行為に対しても、使用禁止、競売請求が出来るとの要綱案があったが、それは採用されなかった⁽³²⁾との指摘は無視出来ない経緯である。つまり結論的には、相対的禁止事項では、使用禁止又は競売請求は出来ないという事になろう。絶対と相対の区別は、こうした措置に直結する。絶対的禁止事項に該当する行為への措置については、前述した（規約での規定は、単なるその具体化であり（それ以下はあり得るが）それ以上のものではない）。では、相対的禁止事項については、どのような措置が出来るのであろうか。絶対的禁止事項の場合に比較して、より緩やかな、直接差止・使用禁止・競売請求とならないそれ以外の種々の措置となる。種々の措置が考えられるので、それら全てをここで論ずる事は事実上不可能に近い。例えば、違約金とか一定範囲内での利用制限などがあるだろうが、相当性や合理性が要求され、人権、所有権、公序などの基準に反する事は許されない。どこが限界点であるのかは、個別的な解釈に待つ事となろう。規約違反への措置については、区分所有法は規定を用意してはいない。標準管理規約はモデルとして基準となるべきであろう（同規約は62条＝絶対的禁止事項に続けて、63条で理事長の勧告及び指示等を定めている）。裁判外の勧告や指示等での措置では目的を達成出来ない場合は、訴訟提起となる。絶対的禁止事項については前述した。では相対的禁止事項に違反した場合にも、同じ様な措置が許されるのだろうか。直接区法57, 58, 59条を根拠には出来ない事は明らかである。重大な所有権侵害や甚だしい不法行為の全てが、常に「共同の利益に反する」とは考えられないので、その他の条文や法令を根拠にしつつ請求としては同様のものが認められる事はあろう。差止に

については、前述部分を参照されたい。管理者は規約に基づき訴訟提起できる（区法26条4項）が、それは相対的禁止事項についてのみと解するべきであろう⁽³³⁾。

違反への措置が容認された裁判確定後の執行方法についてはどうか。差止請求勝訴について述べよう。

本件は、債務者（すなわち飼育者たるY）の不作為債務の強制的実現を目的とする。民法は、不作為債務につき「債務者ノ費用ヲ以テ其為シタルモノヲ除却シ且将来ノ為メ適當ノ処分ヲ為スコトヲ請求スルコトヲ得」としている（414条3項）。不作為債務の確定は判決手続きによるわけで、本件の地裁判決によれば「被告は、…建物内において犬を飼育してはならない。」（主文）と判示された⁽³⁴⁾。いずれにせよ本件は控訴中であるから、最終的にはその確定を待つ以外にないが、ここでは地裁判決が確定したとの仮定に基づき議論する。

問題はその執行方法である。不作為義務の強制執行には、債務者の積極的行為の禁止を内容とするものと、債務者に受忍義務を課すもの、がある。不作為義務違反が継続中であれば、間接強制の方式により、執行裁判所は期間を定めて違反の中止を命じ、中止がない場合には一定の金額の支払を命ずる。違反行為により違法な物的状態を残している場合には、債権者は、代替執行の方法で、債務者の費用をもってこれを除却できる（民法414条3項、民執法171条1項）。反復的・継続的な不作為義務違反があった場合には、将来のための適当な処分を命ずる決定もできる（同前）。違反排除に対する債務者側の抵抗を排除出来るかについては、規定はないが、民事執行法6条等を類推し、実力で排除出来ると解釈する立場がある⁽³⁵⁾。

Yの対応を判決文から予想する限り、飼育禁止が判決で確定したとしても、それに自主的に従うとは思われない。従って勝訴判決を得た原告（本

件では管理者であるが、それ以外にも集会で指定された区分所有者、いわゆる選定当事者、又は法人化されている管理組合、も)が、強制執行を申し立てる。元々不作為債務は非代替的性格をもつから間接強制により、執行裁判所は期間を定めて違反の中止を命じ、中止がない場合には一定の金額の支払を命ずる(民執法172条1項)。しかし、本件では違法とされる犬の飼育という有形的状態が継続して存在しているであろうから、より直截に執行裁判所では「除却」が命ぜられる事になろう。尤も、通常の間接強制によるのか、「除却」を命じるのかは、執行裁判所の判断である(判決の飼育禁止という判旨から、直接に「除却」となる訳ではなかろう)。「除却」であれば、それは代替執行の方法による。間接強制か代替執行かは、択一的判断である(通常ならば代替執行が優先し、それが出来ない場合に間接強制がとられる。民執法172条1項)が、本件のような不作為義務の場合に、即代替執行となるかは疑問がないわけではない。つまり、間接強制の手続きの中で、債務者への審尋(同172条3項)、事情変更による決定の変更(同2項)、執行公告(同5項)が考えられ、次の段階としての代替執行を位置づける事が出来るからである。

注

- (1) 本稿のきっかけとなっているのは、日本マンション学会設立総会(1992年4月25・26日、於 京都リサーチパーク)での4月26日午前第三分科会「マンションの管理に関する諸問題」(コーディネーターは丸山英気教授)の中の筆者の報告「マンションにおけるペット飼育をめぐる」である。当日の報告に対しては、多数の参加者の方から有益なご教授、ご指摘を頂いた。そのうち限られた論点に対してしか当日には対応出来なかったため、改めて本稿で能う限りの論及をさせてもらえれば、と考えている。当日は総会、記念シンポジウム、分科会、見学会など、盛りだくさんの内容であったが、やっとマンション問題を正面から論議する場が出来上がった意義は大きいであろう。そこでの問題の中に、ここで取り上げる点も含まれていた。

- なお、その後同学会では「ペットシンポジウム」が計画されており、そのための第3回ペットシンポディレクター会議（1992年10月9日、於 東京）に出席する機会があった。そこで、参考文献として、マンション管理センター監修、マンション管理実務研究会編・著『ペット飼育編』（第一法規出版、平成元年）を教えて頂いた。それも参照されたい。但し、本稿はそれによるものではない事を断っておく。
- (2) 横浜地裁平元(ワ)第1101号、犬の飼育禁止請求事件、平成3年12月12日第四民事部判決、認容・控訴。判タ775号226頁。本件は控訴されているので、当然未だ確定してはいない。従ってここでの検討も、最終的なものではないという留保をしておく。
 - (3) この本文で紹介する見解以外に、梶浦恒男監修『居住者のマンション管理』（都市文化社、1988年）における議論（63頁、西村一朗。69頁、梶浦恒男）もある。
 - (4) ここでその詳細を検討する事は出来ないが、ペット問題についての意識が醸成されていたならば、旧規約の中に規定されていたであろう（規約に規定があるからといって、それがそのまま管理組合構成員を拘束するか、という次のレベルでの論点が出てきはするが。いわゆる附合契約論を中心としての更なる検討が必要となる）。法律構成としての議論としては、次のようにならうか。実務上管理委託契約は、分譲契約に（その他の諸条件と共に）付随していると位置づけられるのが通常であろう（尤も、これらを一体化しないで個別化して捉える事は出来る。いわゆる自主管理方式では、むしろ個別化して契約されている方が多いのではなからうか。では、この区別の基準は何か。分譲形態によるのみならず、購入者の管理への意識が決定的である）。それによれば、分譲者と購入者との関係が、今度は購入者＝居住者相互の関係となるのか、ここでの問題である。
 - (5) 「参考資料」とする以上、もはやそこに厳格な法律関係をみる一筆者の本文のように契約関係とみる一事は出来ない。この点に若干の異論は残る。「決議等がなされた」ならばどうなるか。区分所有法上当然にして、例えば決議に基づく拘束力が出てくる。この点には、原告の争える余地がありそうだ。
 - (6) こうした判旨は、本稿の検討にも大いに参考になる。ただ、飼育を認めている例がある事を指摘し、そのために必要な条件も明らかにしている事をどうみるか。本件では必要な条件を満たしていない、との筋で読むべきであるが、その反対の結論も成り立つ事を同時に明らかにもしていよう。必要な条件を揃える以上は、ペット飼育が承認されてもよい、という事になるのではなからうか。この点からは、社会情勢や国民意識等はあくまで補充的な位置しか占め得ない。それは元々一律に決められるものではなからう。
 - (7) 例えば、法務省民事局参事官室編『改正区分所有法の概要』29頁（別冊NBL, No. 12 商事法務研究会、昭和58年）（該当箇所は、濱崎恭生「建物の区分所有等

に関する法律及び不動産登記法の一部を改正する法律の概要」)。

- (8) 判決の確定を待つ以外にないが、執行とは、例えば執行官がYから犬を取り上げる事になるのだろうか。後述する。
- (9) 旧規約を根拠に出来た(規約改正の必要はなかった)といえる。なお、「はじめに」で述べた時期区分の2～3の段階であったなら、本件のような争いになったであろうか。Xは、業者側の不備を問題にしたのではないかと予想される。想定例に過ぎないが、業者に対する損害賠償は可能ではないか、と思われる。
- (10) 昭和58年10月に出された建設省による「中高層共同住宅標準管理規約」参照。そこでは未だペットについての規定はない。関連する規約の条文を挙げておけば、12, 17, 19, 25, 31, 62, 63, の各条になるだろうか。
- (11) 玉田弘毅編著『マンションの法律 2』219頁(一粒社, 第3版, 昭和61年)に紹介されている例。出典は、大阪のマンション問題研究会編集『マンションに永住する法』(リサイクル文化社)。
- (12) 団地サービスマンション相談センター編『中・高層分譲住宅管理の常識』170頁(株式会社団地サービス, 昭和62年)。
- (13) 学会でもペットの定義につき、意見が出された。本文での例は文字通り一例に過ぎないが、例えば、盲導犬はペットなのかというような問題がある。横浜地判の事例でも、被告は子供の自閉症のための犬だと主張した。判決では、既にみたようにこの主張は退けられている。地裁判決を読む限りでは、控訴審で自閉症のためという事が認められる見込みはありそうもない。しかし、真実自閉症であったらどうか。医療には素人故判然としませんが、少なくとも自閉症治療のため犬が必要不可欠か否か、との判断が重要であろう。この事は、盲導犬の場合をも勘案すれば、使用細則例でみた定義だけでは、不十分だという事を物語っているのではないか。結局はペットという用語・概念の中に、具体的に何をどこまで入れるのか、という事になる。使用細則の例では、然るべき要件を備える以上飼育は出来る事になるが、ペット飼育禁止のマンションにおいては、盲導犬のような例に対しては何らかの例外措置がとられる(端的にいえば、ペットではないとする)事が、要請されよう。

小鳥や魚類のような類まで一律・全面的に飼育を禁止してしまう事には、疑問がある。とはいえ、この事は多くの通常のマンションについての疑問であって、そうした禁止を一概に無効として扱う事も又疑問が残る。禁止の対極として全面的なペット飼育の容認、俗に言うペットマンション、が現実存在する。

曖昧な結論になってしまいはするが、禁止と容認があつてよいのではなかろうか。それを決めるのは、一抽象的基準ではあるが一当該マンションの設立趣旨・目的、構造・機能と、何よりも居住者の意識・考え方によると思われる。

- (14) 尤も、集会決議に代えて区分所有者全員の書面による合意でなす事も出来る(区法45条1項)。この点で、当初の「入居案内」を「書面による合意」と解する余地

はあろう。とはいえ、それはあくまで「案内」であろうから、判旨は慎重と評価すべきであろうが。

- (15) 既述、前掲注(7)濱崎『改正区分所有法の概要』29頁。同旨 法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』196頁(商事法務研究会, 昭和58年)。同旨 濱崎恭生「建物の区分所有等に関する法律の改正について」法曹時報37巻8号1974頁(昭和60年)。以上の3は、実質的には同じ文献とみる事が出来よう。区分所有法研究会『問答式マンションの法律実務』800頁(新日本法規出版, 平成3年)も、「区分所有者の共同の利益の観点から、規約の設定・変更又は廃止の必要性・合理性と区分所有者の不利益との比較衡量によって判断すべきでしょう」とする。更に、丸山英気編『区分所有法』181頁[原田純孝](大成出版社, 1984年), 遠藤浩編『マンション』404頁[米倉喜一郎](青林書院, 1985年), 前掲注(11)玉田編著『マンションの法律 1』231頁[篠原みち子](昭和60年)も、同旨。

参考判例に、大阪地判昭58・10・28判時1106号106頁(区分所有権及び共有持分権に基づく通行妨害排除, 専用扉の設置等の請求が棄却された事例), 東京地判昭61・9・25判時1240号88頁(占有部分とされていたバルコニーを共用部分に改めたことが、区分所有者に「特別の影響」を及ぼさないとされた事例)がある。

- (16) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』125頁(日本評論社, 昭和12年)。周知の権利侵害から違法性へ、とのテーゼに関する論点であり、我妻説は、「被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係に於いて」違法性を判断すべし、とする。更に源流を辿れば、権利濫用論に至ろう。大塚説によれば、「生活妨害の差止が認められるためには、その妨害が『適當の範囲を越える』ものでなければならぬ」という、受忍限度論の原型は、鳩山博士により、フランスの権利濫用論と共に明治後期に導入されたのであり、わが国の受忍限度論の淵源はフランスの権利濫用論にあると思われる。」とする(大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(7)」法学協会雑誌107巻3号475頁(1990年))。この意味では、物権的請求権や人格権説も、受忍限度論の影響を受けつつ展開したとの側面もある事となるが、本稿ではこの二者を相対的に区別して扱う。

なお、大塚説について一言述べておけば、法律構成は余りにも柔軟に思えるものの、結論は支持すべき場合が多い、と思われる。

いわゆる相関関係論については、例えば、四宮和夫『相関関係理論』に関する一考察加藤一郎編『民法学の理論と課題』263頁(東京大学出版会, 1982年), 中村哲也「民法七〇九条の一般条項化と個人の利益」法政理論15巻2号39頁(1983年), 参照。

- (17) 加藤一郎『不法行為[増補版]』106頁(有斐閣, 昭和50年)。同編『公害法の生成と展開』30頁[加藤一郎](岩波書店, 昭和43年)。星野教授の利益衡量論については、「民法解釈論序説」, その「補論」(『民法論集第一巻』1頁, 48頁(有斐閣, 昭和45年)所収)。但し、星野説は、権利侵害から違法性へのテーゼについて

は否定し、フランス民法に沿った解釈論を立てる。例えば、私法41号181頁(1979年)での星野報告(シンポジウム、不法行為理論の展望)参照。

- (18) 淡路教授の同書、229頁においては、いわゆる権利説と不法行為説という二つの流れの中での受忍限度論の扱われ方に言及されており、「従来の物権的請求権説や人格権説の立場でも、受忍限度論的利益衡量論は、不可避的に認められてきた」と解されている。又、受忍限度論からの応接につき、同書、236頁参照。更に付言すれば、同教授はその後、『環境権の法理と裁判』(有斐閣、昭和55年)等を出している。

なお、「相隣関係の一般問題」につき、川島武宜『民法I 総則・物権』200頁(有斐閣、昭和35年)、又、日照権に関するものながら、評者の言う真正権利構成に立ったものとして、楠本安雄「判批」判タ314号142頁(1975年)、参照。

- (19) 原島説、沢井説、双方とも環境権論を支持する。原島説に対して、沢井説から「あえて問題を提起すれば」との批判につき、沢井同書、68頁参照。なお、沢井教授は違法侵害説につき、「被害本意的な権利説が核心にあることが承認され、しかも利益衡量の枠組みが明示されたうえで、違法侵害説が主張されるならば、これを批判するつもりはない。」と述べる。同書、50頁。

- (20) 例えば、広中教授は次のように述べる。「生活妨害においては、同一種類の行為(たとえば騒音を発するという行為)でありながらそれによる他人の利益の侵害が一定の限度を超えるという違法性を帯びそれを超えなければ違法性を帯びないとされるようなものが問題なのであり、それにとっては利益衡量が本質的であるといわなければならない。」広中俊雄『債権各論講義[第四版]』444頁(有斐閣、昭和47年)。

- (21) 前掲注(16)の大塚説による理解、参照。

- (22) つまり、ペットの騒音や悪臭を排除する事に高い価値付けをしているマンションで、その旨の団体法理を瑕疵なく備えている場合には、飼育禁止が容認されるとの結論になろう。理論構成としては、人格権によるとするのが、すっきりするかも知れない。なお、生活妨害による差止請求につき、四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為中・下巻)』478頁(青林書院、昭和62年)参照。ここでは、四宮説の整理による、二元説(複合構造説)を支持しておく。

人格権についての代表的業績としては、齊藤博『人格権法の研究』(一粒社、昭和54年)、五十嵐清『人格権論』(一粒社、1989年)がある。それらを踏まえての検討は、将来の課題としたい。

- (23) 前掲注(15)法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』271頁参照。これは、玉田弘毅『注解建物区分所有法(1)』228頁(第一法規、昭和54年)によったものと思われる。又、水本浩・遠藤浩編『住宅関係法』(基本法コンメンタル別冊法学セミナーNo.65)268頁[大西泰博](日本評論社、昭和59年)によれば、占有部分・共用部分・債権関係における各義務違反行為につき詳論されている。参考文献も

同書が詳しい。

- (24) 隣同士と言っても通常は上下左右（前後）の居室に被害は及ぶ。但し、その4(6)戸の被害をもって即共同の利益に反すると言えるかは、一個の問題ではある。それだけでは「共同の」とはならないであろう。反対に被害は常に全体に及ばなければならないとする事も、行き過ぎであろう。それに対する一つの解答は、集会決議という多数決（差止の場合は区分所有者及び議決権の各過半数。区法39条1項。）である。更にもう一つ留意するに値するのは、団体法理と相対的に区別されるべき各区分所有者の個別的な請求権の存在である。つまり、まずは区法6条1項（又は3項）に基づいて、区法57条の団体で行使する請求とは別に（たとえ集会で差止請求が否決されても、この個別的請求は可能と解すべきであろう）、各区分所有者が各自で差止を請求出来ると解する事である。更に、この請求権は民法などの一般法理をも根拠にして、物権的請求権、人格権、共有に基づく権利、不法行為、等に基づいて可能である（前掲注(23)水本・遠藤編『住宅関係法』342頁〔大西泰博〕。前掲注(15)法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』287頁も「特段の事情があるときは」結論同旨）とする立場に与みする。但し当然にして、この請求権は被害者単独の（共同して原告になる事は出来るが）個別的請求権であり、その請求権者にはその請求を正当化する事由が要件であって、この点団体法理とは異なる。又、それ故個別的な被害の救済を目的としているが、一方団体法理はそうした個別的被害を包摂しながらも、むしろ区分所有者全体の共同生活の維持それ自体を目的としているのではなかろうか。
- (25) なお、この三の請求権相互の関係は、まず差止、次いで使用禁止、最後に競売、という三段階と理解すべきである。尤も、各請求権が独立したものである事まで否定するものではない。前掲注(15)濱崎「建物の区分所有等に関する法律の改正について」(八)法曹時報38巻3号549頁、前掲注(15)法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』276頁、前掲注(23)水本・遠藤編『住宅関係法』270頁〔大西泰博〕。
- (26) 前掲注(15)法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』288頁。又、前掲注(23)水本・遠藤編『住宅関係法』339頁〔大西泰博〕も参照。
- (27) 一般に権利実現の方法については、例外的な場合の自力救済を除き、広い意味での裁判によってしか認められないのは明かであろう。そして同時に又、ある規定を根拠にしての事実の平面での請求も存する事が承認されていよう。立法担当者の解説に対して述べれば、区法57条はあくまで「他の区分所有者全員又は管理組合法人は」と述べる以上（文理解釈では）57条から直接区分所有者個人や管理者がなし得るとするのは、無理があるのではないか。そうした裁判外の請求については、その根拠を57条に求めるのではなく6条その他に求めるべきと思われる。尤も、立法担当者は、57条を根拠にしてと明示的に述べている訳ではないが（この点は、前記大西説とは異なるといえよう）。そうすると筆者（=片桐）の解釈では、57条を根拠にする以上はあくまで条文の文言通り区分所有者全員か法人

によるが、6条その他の根拠によっても裁判外の請求とする事は可能という事になるだろうか。そして57・58・59条を全体的にみれば、使用禁止と競売請求は差止に比較して違反者に重大な規制を加える事になるが故に、「訴をもって」との規定が入れられたとみるのが、素直であろう。違反行為に対しては、通常まず差止の措置がとられよう(但し、義務ではない)。この事を重視すれば、差止については区分所有者及びその団体の自主的努力を法的に尊重しているとの解釈は出来ないか。勝手な読み込みに過ぎないかも知れないが。

- (28) 前掲注(15)法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』290頁。
- (29) 同前291頁。
- (30) 同前291頁。区法26条4項の管理者への訴訟追行権付与と異なって、別途57条を規定した訳である。包括的な授權に対する批判に基づく対応である。立法過程で、日弁連からその趣旨の批判的意見が提起され、要綱案では反映されなかったものの「法律案の立案段階で部分的に反映され」と、立法担当者は説明している。前掲注(15)濱崎「建物の区分所有等に関する法律の改正について」(二)法曹時報37巻3号670, 671, 678頁(昭和60年)。日弁連意見書は、「区分所有法改正要綱案に対する意見書(昭和58年2月19日日弁連理事会承認)」自由と正義34巻4号108頁(昭和58年)参照。
- (31) 同前『新しいマンション法』295頁。
- (32) 同前296, 297頁。
- (33) 同前300頁末尾では、「規約違反を主張して差止訴訟を提起するには、新法26条4項の規定によれば足りる」との記述があるが、相対的禁止事項についてのみの解説と読んでおく。絶対的禁止事項の規約による規定は、裁判上の主張立証に役立つ事は、筆者(=片桐)も否定はしない。
- (34) これは、抽象的不作為命令に該当するであろうか。Yには当該犬の飼育禁止が命令された訳で、敢えて抽象的とみる必要はなさそうではあるが、「飼育してはならない」との具体的な意味は一体どの様な事かを考えると、必ずしも一義的に確定出来ないようにも思われる。裁判実務上、ともかく請求は確定していたとされた(民訴法224条1項参照)ので判決にまで至った事を考えれば、抽象的な請求だとは扱われなかった事になる(そして、執行段階での具体的措置への危惧もないと判断されたのであろう)。

抽象的不作為請求については、特に近時の有力説として「危険ないしその発生源と侵害の結果とにより特定」すれば足りるとする竹下説(竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行・再論」判タ428号27頁(1981年)等)と、それに批判的な立場(富田善範「不作為執行(生活妨害差止めの執行)」大石忠生ほか編『裁判実務大系7民事執行訴訟法』495頁(青林書院, 昭和61年))がある。後者に載せられている主要参考文献も参照されたい。筆者(=片桐)としては、抽象的不作為命令の判決での承認に組みしたい。富田説に対するその他の疑問の一つは受忍限度論

であって、それを論拠に竹下説を批判する事には抵抗がある。

- (35) 三カ月説。三カ月章『民事執行法』421頁注(5) (弘文堂, 昭和56年)。但し, 「債権者の申し立てにより, 執行官の立会いを求め」て, という要件は必要である。

(未完 1992年11月稿)