慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 景観利益の法的保護 : 《民法と公共性》をめぐって |
| Sub Title | A Consideration on the Public Character of Landscape and the Civil Law T heory |
| Author | 吉田, 克己(Yoshida, Katsumi) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2005 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.3 (2005. 6) ,p.79- 117 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20050615-0079 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

[講義]

# 景観利益の法的保護

## ――《民法と公共性》をめぐって――＊

吉　田　克　己

## Ⅰ　はじめに

### 1　今回の授業の趣旨

ただいまご紹介いただきました北海道大学の吉田克己です。先日、フランスからクロック先生という民法の先生がいらして慶應義塾大学で研究会を行った後の懇親会の場で、金山先生から慶應の大学院で話をしてくれという依頼を受けました。せっかくの機会ですのでOKしたのですけども、当初は研究者養成の大学院で話しをするものだと思いこんでいました。法科大学院で話をするということは、後から分かりました。法科大学院で私が何を話すべきなのかちょっと戸惑ったのですが、説明を受けましたら、法科大学院でも民法理論の最前線を検討する授業を設けている、その授業で私が現在考えている理論的問題を話してくれ、ということだったわけです。これは、私としては、大変嬉しいお話でした。私も法科大学院の授業を担当していますが、法科大学院では、一般的にはどうしても新司法試験を念頭に置いた授業になります。それはそれで重要なのですが、それだけでいいのかというと、やはり物足りないものがある。しかし、現実には、それ以上やるのは難しいわけです。そのような中で、このような企画を持っておられるということは、さすがに慶應義塾大学だな、と敬意を抱いたようなわけです。

ということで、今日は、日本の民法学の最前線で問題となっている理論的課題のひとつについて、私なりの考え方を率直に提示してみたいと思います。それがすぐに司法試験に役立つということは保証いたしません。しかし、私としては、皆さんが将来法曹になったときに、日本社会で何が問題になっているのかを把握する、そしてそれを法的に適切に構成し

＊　本講義は、文部科学省の形成支援助成金の交付を受けて慶應義塾法科大学院において開講された「現代取引法ワークショップⅠ」（パイロットプログラム）の一環として、2005年６月２日に行なわれたものである。

て、将来の法のあり方を描いていくことは、とても大事なことだと思っています。あるべき法を形成していくに当たっては、裁判官もさることながら、弁護士が社会のなかでどのように問題を把握し、どのように理論構成をしていくかが重要です。準備書面をどのように練り上げていくかが大事なわけです。そのためには、羅針盤となる法の「理論」が必要です。そのような意味で、今日の話が長期的には役に立てるものになればいいなと思っています。

## 2　今回取り上げるテーマ

という次第で、今日の話をいたしますが、取り上げるテーマは、事前にお知らせしてありますように、「景観利益」です。具体的には、国立市の大学通りで生じている景観紛争を素材とします。この紛争自体は有名ですので、皆さんもご存じでしょう。ところで、民法学の最先端といいましたが、この国立の景観紛争のどこが最先端なのでしょうか。私の理解では、国立で今問題になっている事柄というのは、従来の民法のパラダイムではうまく解決できない。どうしてかといいますと、この紛争では、景観の破壊に対してどのように民事法的に対処するのか、民事救済をどうするのかが問題となっているわけです。しかし、景観は、単なる私的な利益ではない。それは、公共的な性格を持った利益なのです。ですから、国立において問われているのは、公共的な性格を持った利益の侵害に対して、民法がどのように対応すべきかという問題です。スローガン風に言えば、民法あるいは民法学と公共性、このような大きなテーマが問題となっている。これは、従来の民法学のパラダイムだけでは、十分な対処ができません。

このような新しい問題に対しても、伝統的なパラダイムで対処するという考え方はありえます。それは、きわめて重要な考え方と言ってもよいでしょう。先例にならった解決をしていくということによって、法的紛争解決における正義のひとつの大事な要素である公平性が確保されるわけです。同じような紛争は同じように解決する、今までこのように解決してきたのだから今度も同じように解決するというのは、大事なことです。ですから、ときとして法律家は保守的だと言われるわけですけれども、それはそんなに悪い意味だけではない。

しかし、問題によっては、従来どおりのやり方ではどうもうまくない、解決がどうも胸に落ちないと感じることがやはりあります。私は、景観は、そのような問題ではないかと思っています。そのような次第で、景観については伝統的な実定法のパラダイムに安住しないということになれば、従来の民法学のパラダイムを克服していくような新しい理論構築が要請されるということになります。今日は、そのような作業をやってみたいということです。

以下では、まず、素材として国立景観訴訟を紹介します（→Ⅱ、Ⅲ）。次に、「景観の公共的性格と民法学」ということで、素材を踏まえて理論化していく作

業をやってみたい（→Ⅳ）。そして、最後に、「景観利益の保護を超えて」ということで、まだ未成熟ではありますが、少し大きな問題提起をしてみたい。このような組み立てで今日の話をいたします。

## Ⅱ　国立景観訴訟と２つの判決

### １　国立景観訴訟の概要

最初に「国立景観紛争の概要」をみておきます。ポイントだけ申し上げます。

(1) 国立市大学通りと本件土地

JR国立駅前のロータリーから南方に真っ直ぐに伸びる通りがあります。それが国立市大学通りです。一橋大学がある通りです。長さは1.2キロメートルあるそうです。幅員は44メートル、その両側に高さ約20メートルの桜と銀杏の並木があります。季節になるととても美しい、いい並木です。その両側に高さを抑えた低層の店舗と住宅が建ち並んでいます。駅の北側にはビルも建っていますし、駅の近くにはある程度高い建物もあるのですけれども、南側のこの大学通り沿線は、高さを抑えた落ち着いた町並みが形成されています。この景観は、全国的にも有名ですし、東京でも東京百景とか新東京百景とかに選ばれている、そういうところです。

問題は、その大学通りの南の端のほうで生じました。大学通りをまっすぐ行き、一橋大学を通り過ぎてもう少し南に行きますと、東京海上火災が所有していた土地があります。面積が約18000㎡あります。大学通りの沿線についてはかなりきつい高度規制がかかっているのですが、この土地については高度規制が甘かった。どういうことかといいますと、都市部において土地利用のあり方を規制するための基本的な制度は、用途地域という制度です。これは、都市計画法における地域地区制度を受ける形で、建築基準法という法律によって具体的内容を定められている制度ですが、大学通りに面した土地は、大体は第一種低層住居専用地域といいまして、基本的に高度制限がかかっている用途地域に指定されています。法律上は若干幅があるのですが、国立における制限は10メートルです。10メートルという高度規制は、基本的に２階建てで、３階が建つかどうかは微妙というところです。かなりきつい高度規制といってよいでしょう。ところが、東京海上火災が所有していた問題の土地は、第二種中高層住居専用地域に指定されていました。これは、高度規制がない用途地域です。

それにはそれなりの理由がありました。東京海上火災は、ここに４階建ての建物、計算センターを所有していました。用途地域というのは、昔からあった制度ではなくて、建築基準法の改正によって入ってきた制度です。この制度が入ってきたときに、この土地をどの用途地域に指定すべきかが問題になりました。あまりきつくすると、４階建てが違法になってしまいます。違法になっても、すぐに取り壊すとかの話ではなく、建て替えができなくなるということです。これを既存不適格といいますが、それはやはりまずいということで、既得権擁護というのでしょう

か、例外的にこの土地にはきつい高度規制はかけないようにしようと、こういうことでした。

(2) 明和不動産による高層マンション建設計画と反対運動

その後、東京海上火災は、計算センターを他の地区――多摩のようですけど――に移転しました。それでこの土地を売却するという話しになったのですが、なかなか買い手が出てこなかった。どうしてかといいますと、法律上は高度規制がありませんので、高度利用が可能なのですが、この土地を開発しようとすると住民が反撥する、それは業界で有名でして、法律上はできるといっても、実際にはそう簡単にはいかないよということです。ですから、高度利用がなかなか難しい土地だということで、業者が入ってこなかった。

そこに登場したのが明和地所という会社です。明和地所は、法律的に禁止されていないのだからここに高層マンションを建てることは可能だと判断して、買いに入ったわけです。ここに本件紛争の原点があります。明和地所が本件土地を購入したのは1999年のことですが、大きな問題点は土地の購入価格です。周りに合わせたくらいの低層マンションしか建てられないとすると、せいぜい70億円くらいでないと採算が取れないと業界では言われていたようです。その土地に明和地所がいくら出したかというと、90億2000万円です。ですから、もうこの時点で、明和地所としては高層マンションを建てないと採算が取れないということになってしまったわけです。

そのようにして、明和地所が高層マンションの建設計画を進めてきました。それに対して、予想通り激しい住民運動がおきました。また、国立市も、行政指導を通じてこの計画をストップさせようとしました。その背景には、明和地所がこの土地を購入した直後だと思いますが、市長選挙でいわゆる環境派の市長が当選したという事情もあります。それまでは自民党の市長で、わりとそのようなマンション建設にはうるさくなかったのですけれど、環境派の市長が当選しまして、それからは高層マンション建設にかなり厳しい態度を採るようになった。それで、あまり高いマンションは建てるなという行政指導がなされるようになったわけです。

しかし、明和地所は、そのような行政指導には耳を傾けずにどんどん計画を進めました。それに対して、市と住民側は、多少泥縄的ではありましたが、急いで地区計画を制定し、その地区計画に基づいて地区計画条例を策定しました。地区計画の指定と地区条例がありますと、高度規制ができるわけです。国立の場合には、この高度規制は20メートル。ところが、この条例の効力が生じた時点で、本件土地についての根切り工事が始まっていました。明和側も大急ぎで建築確認を取って工事を開始したわけです。条例による高度規制は、「現に建築の工事中の建築物」には適用されないとされています。ですから、この条例がはたして本件マンションに適用されるかどうかが大きな論

点になります。根切り工事だけで「現に建築の工事中の建築物」といえるだろうか、という問題です。そして、訴訟の中でも、これが建築基準法の解釈問題として大きな争点になりました。しかし、今日はこの論点は扱いません。もっぱら民事法的な問題に絞ります。ただ、このような論点もあるということだけ申し上げておきます。

このようにデベロッパーと住民の間で紛争になりまして、訴訟もいくつか提起されました。その中には、住民側からの行政訴訟もありますし、反対に明和の側から国立市を相手にして国賠訴訟を起こしたものもあります。これらの裁判においても重要な論点が提示されていますが、今日は、それらには触れません。もっぱら民事差止を求めた裁判に集中して話をしたいと思います。この裁判の第一審判決が有名な宮岡判決です。裁判長の名前を取って宮岡判決と呼んでいるわけです。それから控訴審である東京高裁の判決が大藤判決です。この二つの判決が出てきたわけです。後の議論の必要上、まずこの二つの判決の内容を見ておきましょう。

## 2　宮岡判決（東京地判平成14年12月18日判時1829号36頁）

まず、宮岡判決です。この判決は、ご承知のように、住民の請求を一部認容しました。一部といっても、完成したマンションの上部を切りなさい、20メートルを超える部分を撤去しなさいという判決ですから、すごい内容です。これには正直驚きました。伝統的な法学のパラダイムからしますと、本当にそんなことまでできるのだろうか、という疑問が提起されるだろうと思います。

ところが、住民側から言わせますと、この結果はもちろん大きな成果だったわけですが、これで全面的に満足したわけではない。といいますのは、国立でこのマンションを見ればよく分かりますが、高層マンションは２棟あるのです。宮岡判決は、その高層の２棟のうちの１棟、大学通りに面した棟の20メートルを越える部分の撤去を命じたのですが、もう１棟については命じなかったのです。住民側からすれば、これには不満が残ったということです。そのあたりについては、住民が作成したシミュレーションの写真がありますので、ご覧になってください。回覧します。現状と、宮岡判決に従って撤去した場合と、住民の主張のように２棟について撤去が行われた場合の違いが明瞭に分かるようになっています。という次第で、宮岡判決に対しては、明和側だけでなく、住民側も控訴したわけです。

そういう問題はありますけども、宮岡判決が画期的な結論を出したことに変わりはないわけで、そのような画期的な結論をどのような理論によって導いたのかを見ておく必要があります。レジュメには、宮岡判決の主要部分を資料として引用しておきましたので、それをご参照ください。大きく分けると２つの部分があります。

第１は、景観利益を法的保護の対象として認めるという部分です。資料をざっと見ていただきますと、特定の都市景観

が「地権者らの所有する土地に付加価値を生み出している場合がある」という部分が最初に目を引きます。それから次に、自然的景観を享受するのと本件で問題になっている都市景観とは違うという判示がでてきます。それから、例の有名になった相互拘束論が出てきて、最終的には、抽象的な環境権や景観権が直ちに法律上の権利として認められないとしても、本件のようなケースにおける景観利益は法的保護に値するという命題が引き出されているわけです。

第２は、不法行為の成立とその救済という部分です。ここも資料をざっと見ていただくといいかと思いますが、景観侵害があればただちに不法行為成立だという風には言っていません。そうではなくて、本件の建物建築は土地所有権に基づく権利行使だから、景観侵害があるとしてもそれが受忍限度を超えているかどうかを検討し、それが超えている場合に初めて違法な行為として不法行為になる、という発想です。宮岡判決は、景観権ではなくて景観利益と言っているわけですが、それと受忍限度論的発想は、関連しているのでしょう。ともあれ、本件では受忍限度を超えているとして、不法行為の成立が認められました。としますと、次に、不法行為が成立している場合の救済をどうするかが問題になります。救済の原則は金銭賠償ですが、本件の場合にはそれでは救済として不十分だ、高さ20メートルを越える部分を撤去しないと被害を救済することはできないと、こういうことで先ほど申し上げた20メートルを超える部分の撤去という画期的な結論が導かれているわけです。

## ３　大藤判決（東京高判平成16年10月27日判時1877号40頁）

この宮岡判決は、控訴審の大藤判決によってひっくり返されました。住民側が全面的に敗訴したわけです。それでは、大藤判決は、どういうロジックで住民敗訴を導いたのか。大きくは三つのロジックを指摘することができるでしょう。

第１は、眺望利益と景観利益の峻別です。また後で問題になりますが、従来の下級審裁判例も、この２つは分けています。その上で、眺望利益であれば場合によっては法的保護の対象となりうるけども、景観利益はだめだという考え方を採ってきました。大藤判決は、この点では従来の裁判例の考え方を踏襲しています。

第２は、景観評価の主観性です。景観というのは非常に主観的だということを大変強調しています。どうしてこんなに強調するのかよく分からない部分もありますが、その評価自体はきわめて明確です。たとえば次のように判示しています。「良好な景観とされるものは存在するが、景観についての個々人の評価は、上述したとおり、極めて多様であり、かつ、主観的であることを免れない性質のものである」。

第３は、景観形成における行政の役割の強調と市民の役割の軽視です。大藤判決によれば、良好な景観の形成は基本的に行政主体でやるべきもので、市民の役割は、その手続過程に参画することに限

定されます。市民が行政に代わって景観形成のために動くのは良くないことだとはっきり断定しています。たとえば次のような判示です。「上記の諸制度を有効に活用することなく、特定の景観の評価について意見を同じくする一部の住民たち――ちょっとこの辺バイアスがかかっているような気がします――に対し、景観に対する個人としての権利性、利益性を承認することは、かえって社会的に調和のとれた良好な景観の形成及び保全を図る上での妨げになることが危惧されるのである」。

## Ⅲ　２つの判決の論理の特徴と問題点

以上で２つの判決の紹介をしました。次に、これらの判決の論理の特徴と問題点を分析していきたいと思います。

### １　宮岡判決の論理の特徴と限界

(1) 宮岡判決の論理の特徴

まず宮岡判決のほうですけども、その論理の特徴としてここでは２点に注目しておきたいと思います。

第１は、景観利益について２つの類型を区別しているということです。判決の中に出てくるものではなく私の表現ですが、宮岡判決は、「既存景観享受型」というべき類型と「景観共同形成型」というべき類型とを分けています。宮岡判決の判示で確認しますと、まず、次のように述べています。「このような都市景観による付加価値は、自然の山並みや海岸線等といったもともとそこに存在する自然的景観を享受したり、あるいは寺社仏閣のようなもっぱらその所有者の負担のもとに維持されている歴史的建造物による利益を他人が享受するのとは異なり……」。ここでそれとは異なるとされているのは、私の言うところの「既存景観享受型」なのです。要するに、すでに存在している景観を他人というか外部の者が享受するタイプです。しかし、本件はそうではないのだ、ということになります。今紹介したすぐ次なのですが、次のようにいいます。つまり、都市景観による付加価値は、「特定の地域内の地権者らが、地権者相互の十分な理解と結束及び自己犠牲性を伴う長期間の継続的な努力によって自ら作り出し、自らこれを享受するところにその特殊性がある。」これが私のいうところの「景観共同形成型」です。宮岡判決は、この２つの類型を明確に区別しているわけです。

これは、理論的には大変重要なことです。私は、この２つを区別するのは当然だと思っています。しかし、なぜか従来この区別が明確に提示されていなかった。むしろそれが不思議です。宮岡判決は、その点を明確に区別した。これは、宮岡判決の大きな功績と言えましょう。

それを言った上でもう１点指摘しておきたいのは、今申し上げた２つの類型は、景観をどうして保護すべきなのかという理由付けにも関わってくるということです。私は、景観保護の必要性を語る場合、それを根拠づける理念として２つあると考えています。１つは、実体的な価値と

して保護すべき景観で、もう１つはプロセス的価値として保護すべき景観です。実体的価値とは、誰が見ても美しいということです。この景観は誰が見ても美しいのでなんとしても守りたい。これが実体的な価値を持っている景観です。もう１つは、誰が見てもすばらしいとまではいえなくても、そこに住んでいる住民が一生懸命作りあげ守ってきている。これは、実体的価値というよりは、そのプロセスに価値がある。これはこれで保護に値するといえましょう。私は、この２つの理由付けと「既存景観享受型」と「景観共同形成型」という２つの類型が、対応していると考えています。

第２は、景観利益保護の根拠付けとして、いわゆる相互拘束論を採用していることです。これは、宮岡判決のある意味で一番有名な論理かもしれません。要するに、土地利用を自己規制する、それが継続していくことによって土地に対して付加価値をつける、そうすると地権者は土地所有権から発生する景観利益を取得する、という論理です。ですから、宮岡判決の定義によれば、景観利益は、「自己規制の継続により、相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合には、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益」ということになります。そして、この景観利益が法的保護に値するとされるわけです。

私は、このロジックが積極的な意味を持つと同時に問題の本質の把握を難しくするというアンビバレントな性格を持っているのではないかと思っています。といいますのは、この論理は、ひとつには、景観利益の公共的な性格の承認につながっていくというポジティブ可能性を内包しています。自己規制の論理というのは、景観はみんなで守っていくことが必要だ、そしてそれがみんなの利益になるのだという内容を含んでいるわけです。それは、公共的な性格の承認ということに他なりません。しかし、それと同時に、その利益を土地所有権という典型的に私的な権利に、何ていうのでしょうか、閉じ込めてしまっている。そこにアンビバレントな性格があるのではないかと思っています。

(2) 宮岡判決の限界

次に宮岡判決の限界です。今申し上げたことはすでに限界の指摘になっているわけですが、一言で表現すれば、土地所有権への付加価値を媒介することによる景観保護という把握が問題です。これは、まさに宮岡判決の核心ですが、それが宮岡判決の限界を提示しているのではないか。土地所有権を媒介とすることによって、景観利益の公共的性格が切り落とされてしまったのではないか、ということです。

ただ、これは、ある意味ではやむをえないことではありました。従来、下級審裁判例は、景観利益と眺望利益の区別を行ってきました。この区別は、眺望利益は私的性格を持ち、景観利益は公共的で

ある、このような理解に基礎を置いています。この把握自体は評価できるものかもしれません。しかし、これらの判決は、眺望利益と景観利益とを峻別することによって、景観利益の法的保護を否定するという結論を導いていたわけです。景観利益は公共的であるから、私的な民事救済には馴染まない、このようなロジックを従来の多くの下級審裁判例が採用していました。宮岡判決は、そのような状況を前提にして、それをどうにかしたいということで頑張りました。そして、本件の類型である「景観共同形成型」について、共同形成に由来する私的利益が法的保護に値するのだという判断を下したわけです。これを評価することについてやぶさかではないのですが、この論理には、やはり理論的な問題があったのだと思います。

さらに、理論的に問題だというだけではなく、はたしてこのロジックだけで、完成したマンションのたとえ一部であれ20メートルを超える部分の撤去という結論の妥当性を万人に説得できるかが問題です。宮岡判決によって具体的に景観利益を侵害されたと認められたのは３人にすぎません。３人の私的な景観利益のために20メートルを超える建物部分の撤去を命じる、これは行きすぎではないか思う人は決して少なくないだろう。本当は、私の理解でいえば、この３人は、いわば公共的利益を代表して訴訟をやっているわけですから、人数の多寡は問題にならないはずです。しかし、私的な利益といってしまうと、今述べたような問題点を指摘される危険があるということです。

もう１つの限界は、不法行為を法的根拠とする撤去という構成です。私は、不法行為構成は、本件ではありうる構成だと思います。しかし、より一般的な構成としては限界があるのではないか。景観紛争における最も適切な救済は、事前の差止です。不法行為構成が事前の差止にはたして適合的かというと、ちょっとずれているという感じがします。さらに、理論的にいえば、不法行為による救済の原則というのは、被った損害の賠償です。それには、金銭賠償という形をとるか、現物での賠償すなわち原状回復という形をとるかなどの問題はあります。日本民法は、金銭賠償を原則としているわけですが、損害賠償が損害の賠償つまりマイナスになった状態の回復であるということに異論はないはずです。それでは本件で問題となっているマンションの撤去が、今申し上げたような意味での損害の賠償だろうか。これは違うのではないかと思います。本件のマンションの撤去は、損害を発生させている源の除去であって、理論的には差止の延長線上にあるものというべきでしょう。差止と原状回復とは、理論的には異なると把握すべきです。差止は、損害を発生させる状態をストップさせることで、それで生じた損害を元に戻すのが原状回復であるところの損害賠償です。となると、宮岡判決にはやはり理論的には問題があったといわざるをえないように思います。

(3) 小括

まとめますと、宮岡判決が画期的であ

ったことを評価するのにやぶさかではないのですが、宮岡判決は、公私峻別という図式を維持したまま、本来公共的性格を持つはずの景観利益を私的な領域に封じ込めて、その枠内でがんばって理論構成をした。そのことに伴う限界があるのではないか。そのように考える次第です。

## 2　大藤判決の論理の特徴と問題性

それでは次に大藤判決です。これは、結論的には非常に問題の多い判決ではないでしょうか。さきほど紹介した三つのロジックのうちの第１のロジック、つまり景観利益と眺望利益との区別については、同意することができます。しかし、第２と第３の部分、つまり景観評価の主観性と行政を主体とする景観形成という論理は、きわめて問題が多いと思っています。

(1) 景観評価の主観性

まず景観評価の主観性についてです。景観を評価するのに主観性が付きまとうことはたしかだろうと思います。「美」というものには、そのような主観性がある。しかし、他方で、「美」というものには普遍的な性格もあるのではないか。たとえばある美術品についてそれが美しいかどうかで評価が分かれることはある。しかし、誰が見てもこれは美しいということはたしかにあります。景観についても同様で、どういう景観が美しいかについて人によって多少違うかもしれないけれど、誰が見てもこれは美しいというのは、やはりあるのではないかと思うのです。このあたりはあまり専門ではありませんのでよく分かりませんが、カントが判断力批判の中で展開している美学の議論は、そのような話のようです。これは、先ほど申し上げた実体的価値として保護すべき景観利益という話につながっていく理解です。

また、もう１つの景観保護の根拠として指摘したプロセス的価値ですが、これがいわんとしていることは、美としての価値について多少評価が分かれるかもしれないが、それを作り上げてきたそのプロセスに価値を認めるべき場合がある、それを根拠にして景観を保護すべきだ、ということです。ここでも、保護すべき景観の評価についての主観性は排除されています。これも客観化の１つのやり方でしょう。ともあれ、そのような可能性を全然評価しないですべて主観的だというのは、やはり言い過ぎといわざるをえないだろうと思います。

(2) 行政主体の景観形成

それからもう１つの行政主体の景観形成ですが、これは、もっと問題が多いと思っています。形式的・抽象的な論理の世界でいえば、大藤判決の立論はありえます。しかし、問題は、行政に任せておいてはたして本当に良好な景観が形成されるか、あるいは維持されるかということです。これは、そうではなかったから問題になったわけです。行政がきちんと対処していれば、そんなに問題は起きなかったはずです。ところが、まったく逆に、行政主導で景観破壊が進行してしまうという面もあるわけです。大藤判決の論理は、形式的には成り立つとしても、

実態を前提とすれば、問題外といわざるをえません。

さらにこれからの社会のあり方として、市民主体での社会関係の形成などがよくいわれます。これは、方向としては大事な話です。もちろん、行政は行政の役割をきちんと果たしていくべきなのですけれども、それと同時に市民が主体的にさまざまな公共的な事柄に関わっていくことが重要なことです。法律学の理論も、そのような方向性を見据えて組み立てるべきではないでしょうか。そのような視角から見ますと、大藤判決の論理は、いかにも後ろ向きなものです。

(3) 小括

まとめますと、大藤判決は、宮岡判決と逆の方向での、つまり公優位の公私峻別論です。公私を峻別した上で、景観利益を公的領域に封じ込め、市民はそこには入るなというロジックであるわけです。私は、このような論理は採るべきではないと思います。

## Ⅳ　景観の公共的性格と民法学

以上のように宮岡判決の限界と大藤判決の問題性を押さえた上で、それでは今後の方向をどのように考えていくべきかという話に移っていきます。

### 1　公私峻別から公私協働へ

まず第1に申し上げたいのは、公私峻別から公私協働へ、ということです。私のこの問題に対する基本的発想は、景観には公共的性格がある、それを擁護するためには従来の公私峻別から公私協働へというパラダイム転換が必要なのではないか、ということです。以下、この主張を敷衍したいと思います。

(1)《市民的公共性》としての公共性

公私峻別から公私協働へのパラダイム転換を実現するために最初にやるべきことは、公共性を、上からのもの、お上からのものではなく、下からの市民のものとして理解することです。つまり、市民的公共性として理解です。そうでないと、公と私とは全く異質なものとなってしまい、協働ということにはならないわけです。

さてそのようなことを考える場合にまず問題となるのは、私と対立する「公共性」という考え方です。この考え方は、日本においてとりわけ顕著に見出されるように思います。日本では、伝統的に「公共」あるいは「公」というのは、お上や官、さらには国家的な利害を指すものと理解されてきました。「公共の福祉」も同様です。これまで、「公共の福祉」は、私と全く異質のもの、それと対立するものとして理解される傾向にありました。たとえば、公共の福祉を定めた民法の規定として、民法1条1項があります。この規定は、最近でこそ多少は脚光が当たってきているような気もしますが、従来は民法でありながら民法規定でないような扱いをされてきた規定です。その立法過程での議論にも、今申し上げた発想がかなり色濃く現れています。『民法典の百年』の第1巻に出ている池田恒男論文を参照しながら、その一端を紹介して

おきましょう。

民法１条１項の原案は、「私権ハ総テ公共ノ福祉ノ為ニ存ス」という表現でした。この趣旨について、当時の片山哲総理大臣が次のように答弁しています。「個人の尊厳は十分に尊重するが、同時に公共の福祉ということも考えていかなければならない」。要するに、個人の尊厳と公共の福祉とは対立物と捉えられている。そして、両立させるのは難しいけれどもどっちも考えていかなければならない、そういう発想です。片山総理によれば、この考え方というのは憲法12条（現13条）に規定されているのですが、それを民法上表現するのが民法１条１項の規定だという理解になります。

このような理解に対して、批判がいろいろありました。この規定は、新憲法が強調している個人の尊厳と矛盾しているのではないか、さらにいえばそれは全体主義に繋がるものではないかというような批判が提示されました。そして、結局、現行の規定に修正されたといういきさつがあります。

ただ現行規定に修正されたことによってやや表現は緩やかになったかもしれませんが、当初の疑念は存続しました。実際、民法１条１項の公共の福祉概念は、国家的利害を前面に出して市民の権利を制限する法理として機能していくことになります。有名なケースとしては、権利濫用の判決としてよく引かれる板付飛行場事件に関する最高裁判決があります。これは、公共の福祉の前には私人の権利は引っ込みなさいという、簡単にいえば、そのような判決です。そのような状況を前提として、学説は、民法１条１項の適用範囲を可能な限り制限しようという努力をしてきました。それは十分理解しうる学説の努力でした。しかし、現時点にいたってもそのような把握の仕方だけでよいのか。やはり問題ではないかと思います。

さて、さきほど景観には公共的性格があるといいました。そこで公共的性格といっているのは、国家的利害とは基本的に関係がありません。景観について語っている公共性や公共的性格において何が重要かというと、不特定多数の市民にかかわりがあるということなのです。さらにいえば、不特定多数の市民に開放されており、不特定多数の市民の接近が可能である、そのような性格です。言い換えますと、独占的あるいは排他的な性格を持つものではない、だから公共的だとこういう意味なのです。国立の景観は、そこに行けば誰でも見られる。これは自分たちのものだからあんたは見てはいけないよという話ではないわけです。そのような意味で公共的性格があるわけです。わき道にそれるようですけれども、ヨーロッパ的なパブリックというものは、基本的にはそのような話です。例えば「公園」をフランス語でジャルダン・ピュブリク（jardin public）といいますけれど、その場合のパブリックは、別に公営施設だからという話ではなくて、誰でも入っていいからジャルダン・ピュブリクなのです。基本的には、そのような性格のものとしてパブリックを捉えるべきであろ

うということです。

さて、そのように公共性を把握しますと、そこからいくつかの帰結が出てきます。

第１は、景観利益の二重の性格です。景観利益は、今述べましたように、不特定多数の市民に関係します。あるいは市民総体の利害に関係します。ということは、総体に関係するわけですから、一人一人の市民にも関係するわけです。市民総体に関係するということは、抽象的に全体に関係すると同時に個別的に私にも関係する。このような二重の性格を持つのだろうと思います。

第２に、そのような二重の性格から公私協働の理論的可能性が導かれる。つまり、みんなに関係するということは、伝統的には行政法の規制対象なのです。しかし、それは同時に私にも関係するというところに着目すれば、民法もそういう問題に関心を持ってよいということになる。そこは民法の対象領域になる。だから公私協働が可能だということになってくるわけです。

第３に、今、民法の対象領域になるといいましたが、重要なのは、そこが民法の対象領域になるといっても、「権利」がそこで成立するという形で民法が関係していくのではないということです。さきほどから繰り返し述べているように、公共的性格というのは排他性を持たない、独占性を持たないということです。権利というのは、本来的に独占性を持っています。所有権があるということは、他の人は立ち入るなということなのです。だから、そのような権利構成は、公共性を扱う領域には馴染まないということになります。私は、ここがポイントだと思っています。公私協働という場合には、そのような特性を踏まえた公私協働の法理を探求する必要があるわけです。

(2) 公私協働の「場」としての「外郭秩序」

さてそのように見てきますと、今述べた特徴が見出されるのは、単に景観だけではないということが分かります。現代社会では、同様に市民的公共性が機能する場が他にもあります。どういうところか。広い意味での環境一般といってよいでしょう。環境との関係でこれまでは景観を取り上げてきましたが、景観だけではなく自然環境とか都市環境一般についても同様のことがらを指摘できます。さらにもうひとつ大事な領域が市場の環境です。今日お話してきたのは、市場とは関係がないような話ですが、市場にも、市場本体とそれを取り巻く環境つまり市場のあり方を決める領域があります。競争をいかに確保するかというような話です。今日の話は、生活環境を扱っていますが、もうひとつ同じような問題が見出される領域として、市場環境があるわけです。生活と市場は、伝統的な民法の対象領域です。この２つの領域の広い意味での環境が、市民的公共性の場として新しく民法の対象領域に入ってきているのではないか。

そのような現象を理論化する試みとして私が注目していますのが、広中俊雄先生の「外郭秩序」論です。これは、私の従来の議論において何回も引いています

ので詳しく紹介することはいたしませんが、十数年前に出ました『民法綱要総論第一巻上』という書物で展開されている議論です。そこでは市民社会の法的構造の分析が行われています。中核的秩序として「財貨秩序」と「人格秩序」という２つの秩序を析出し、その周りに外核秩序があるという把握をいたします。財貨秩序の外郭秩序としては競争秩序があり、人格秩序の外郭秩序としては生活利益秩序があるというわけです。環境とか景観等の問題は、この生活利益秩序の問題として捉えることができます。

(3) 公私協働のあり方

次は、公私協働のあり方です。ここまで、公私協働が必要かつ可能ということを議論してきましたが、外郭秩序における公私の役割には、やはりおのずからウェイトの差があるだろうと思います。第一義的に機能すべきなのは、公法的な手法です。景観についていえば、土地利用計画など――さきほどの話では用途地域や地区計画などが出てきました――がまず重要です。国立も、地区計画プラス高度規制を定める条例がもう少し早くできていれば、この問題は顕在化しないですんだわけです。ですから、公法的規制というのは非常に大事な話です。それが遅れたゆえに、いわばやむを得ずという形で民法による問題への対処が必要になった。このような構造だろうと思います。

さらに景観という問題についていえば、昨年景観法が成立しました。これはすでに施行されています。このような立法がうまく機能すれば――現実には悲観的な見通しが多いようですが――、基本的に民法は出なくていいわけです。

これは別に民法が謙抑的に振る舞っているというわけでもなく、行政的な事前規制がきちんと機能すれば、損害が発生するということ自体が生じませんから、民法がそもそも出る幕がないということです。しかし、行政規制がきちんと機能しないで損害が発生すると法的に評価される事態があった場合には、民法あるいは広く民事法の出番が生じるということは、ある意味で当然だろうと思います。もちろん、どのような場合に損害が発生していると評価すべきかは、難しい問題です。しかし、民法がそういう場合に機能すべきではないという議論は、理論的にも実践的にも不当でしょう。要するに、行政法などの公法的規制がうまく機能しなかった場合に、補完的に民法などの民事法が機能していくということです。特に、日本においては行政規制がうまく機能していないという事態が多く見出されますので、民法が機能すべき場面は多いと思います。

## 2　外郭秩序における民事救済のあり方

次に、外郭秩序における民事救済のあり方を考えたいと思います。先ほども述べましたが、外郭秩序という領域は、民法の古典的なパラダイムがそのままの形ではうまく機能しない場です。問題状況が古典的な紛争類型とは大きく異なるからです。新しい問題状況に見合った新しい議論を開拓する必要があります。

具体的問題は、外郭秩序の領域において利益侵害があった場合の民事救済をどのように実効的に組み立てるかです。大きくは、差止論と損害賠償論の２つの問題領域があります。

(1) 秩序違反を根拠とする差止の承認

まず、差止論です。差止論でまず考えなければいけない点は、外郭秩序においては権利パラダイムがうまく機能しないということです。外郭秩序は公共空間ですから、権利構成を前面に出すのは、具合が悪いのです。しかし、外郭秩序において、秩序違反行為はあります。これをどうするか。従来は権利侵害＝差止という図式があります。これだけでは、外郭秩序での問題にうまく対応できません。ですから、秩序違反を理由とする差止を認めるという方向で考えないといけないのではないか。私は、そのように考えています。

そのような方向で考えている学説は、私が最初ということでは全然ありません。先行学説がございます。レジュメにも原島、藤岡、広中と書いておきましたが、特に原島先生の議論は早くから展開されています。参考文献として挙げました、「開発と差止請求」という論文は、1980年に公表された論文です。その中ですでに今述べた発想が展開されているのです。藤岡先生や広中先生も、基本的には同じような発想で議論を展開されています。

さてそれではそういう方向で考えていくとして、一つ問題としてありますのは、秩序違反を理由とする差止という命題を、外郭秩序限定で主張すべきなのか、それともそれ以外の領域でも主張すべきなのかです。先行学説を見てみますと、原島先生は言い方としては一般的に語っておられるようですけれども、実際に素材として取り上げておられるのは環境ですので、外郭秩序を想定しての議論だろうと思います。藤岡先生や広中先生は明確に外郭秩序ということで語っておられます。私も、基本的には外郭秩序限定で主張すべきだろうと思っています。理由は、繰り返しになりますが、外郭秩序においては、法的保護に値する利益を権利という形で構成できないからです。

反対に、外郭秩序ではない、中核的な秩序の領域では、差止が問題になる場合には、権利化という方向で考えるのが妥当なのだろうと思っています。ただ例外として占有訴権があります。このような話を詳しくしますと、法科大学院の本来の授業になってしまいますので、詳しく展開することは避けますけれども、占有訴権については、皆さんなかなか理解が難しいんだろうと思います。どうして理解が難しいのだろうかというと、所有権を典型とする実体的な利益の帰属を前提とする権利と同じように捉えるから難しくなるのです。そうではなくて、占有訴権の実体は、秩序違反に対する差止と見るべきです。ただ、従来の発想ですと、秩序違反を理由とする差止は言いにくいものですから、「権利」だといってあげることになります。そのような次第で、「占有権」といっているだけの話です。そのように理解すれば、それほど難しいものではないと思います。ともあれ、占

有訴権は、必ずしも外郭秩序というわけではありませんので、例外はあるわけですが、先ほどの命題を主張するのは、基本的には外郭秩序限定バージョンでよろしいのではないかと思っています。

外郭秩序に関して次に問題にすべきなのは、そこにおける秩序は、どのようにして形成されるのだろうかということです。外郭秩序における秩序が実定法規によって形成されることはもちろんあります。競争秩序の領域においては、そのような場面が多いだろうと思います。典型的には独占禁止法が一定の秩序を形成していますし、これは民法においても当然援用すべき秩序になります。これは、最近、独禁法と民法という形で議論されている問題です。さらに証券取引法などさまざまな法規があります。

ですから、実定法規によって外郭秩序が形成される場合も当然あるわけですが、それだけではなくて、一定の範囲の市民によって下から形成していくことも当然に認められるべきでしょう。競争の領域ではそのような事態はあまりないかもしれませんが、都市環境の領域においては、市民を主体とする下からの秩序形成というのはきわめて多く見られる事態だと思います。地域における土地利用秩序というのは、生活環境のあり方を決めていくもので、外郭秩序の内容を形成するものに他なりません。ですから、市民によって地域の土地利用秩序が形成される場合には、外郭秩序が下から形成されているわけです。そのような発想を、以前、通行の自由権という問題領域で展開したことがあります。その観点を、改めて強調したいと思っています。

国立ケースも、そのように外郭秩序が下から市民によって形成されている事例として把握することができるでしょう。私は、判例タイムズに宮岡判決の評釈を出しました（1120号）。そこでは、地域的ルール論とでも呼ぶべき議論を提示したわけですが、それは、まさに外郭秩序の形成論なのです。ですから、地域的ルール違反を根拠とする差止という理解が、ごく自然に出てくるわけです。

宮岡判決は、実は、その一歩手前まで行っていると評価することが可能だと思っています。宮岡判決の最も注目されている論理は相互拘束論ですが、相互拘束というのは、事態を素直に見れば、ルールなのです。ルールがあるから相互拘束になっているわけです。宮岡判決は、そこから景観利益を導き、それによる付加価値を土地所有権に帰属させて撤去すなわち実質的差止を導いたわけですが、それをもう少し素直に構成すれば、地域的ルール違反があったからこのような救済が認められるのだということになったのではないでしょうか。

(2) 不法行為に基づく損害賠償

時間も押してきましたので、少し急ぎますが、外郭秩序における民事救済のあり方を考える上でもう一つ取り上げなければならないのは、不法行為に基づく損害賠償の話です。これは、要するに、被侵害利益の公共的性格をどういうふうに法的構成に取り込むかという問題です。ここには、なかなか難しい問題がありま

す。どこに難しい問題があるかというと、さきほどから述べていますように、外郭秩序は、一方で公共的利益を市民総体に割り当てる、他方でそれを個々人にも割り当てている。それで、民法が使われる場合には、公共的利益に対する侵害をそのままの形では捉えることができないのです。やはり個人の利益侵害というところに着目していかざるを得ない。ところが、個人の利益侵害というところだけしか見ていないと、不法行為の要件充足がとても難しいということになります。典型的には、競争秩序の領域で有名な鶴岡灯油裁判という事件に関する最高裁判決があります。結論的には、損害の立証ができていないということで消費者の請求を排斥しました。それでいいのだろうか、紛争の実体に見合った損害立証の仕方を考えるべきではないか、という問題があります。

また、外郭秩序違反行為については、一つ一つの損害を見ればすごく小さいということがあります。鶴岡灯油事件で問題になった価格カルテルを考えてみても、個々の消費者の被害は、額的にはそうたいしたことはない。しかし、全体としては被害総額は大きいということはあるわけです。そこをうまく訴訟で掬い上げる枠組みを作っていかないと、直接には私的な利益が問題になっているけれども、民事的な利益の背後に公共的利益が厳然として存在しているという紛争の構図を法的に十分に捉えきれないのではないか、ということです。

## V　景観利益の保護を超えて：「権利の体系」としての民法とその相対化

最後に、結びに代えて、「景観利益の保護を超えて」ということで、これはまだほとんど詰まっていない議論、大きな問題を、少しだけ問題提起ということで話しておきたいと思います。以上の検討を一言で表現するとすれば、景観利益の法的保護を典型とする外郭秩序の法的問題にアプローチするために障害となっているのは、民法の古典的パラダイムであるところの権利パラダイムだということになります。ですから、民法が公共性問題に取り組むためには、この権利パラダイムを相対化する必要がある。もちろん、これは、権利パラダイムを否定するという意味では全然ありません。あくまでも相対化です。

ところで、権利パラダイムは、どのようにして出来あがってきたのでしょうか。歴史的に見れば、民法があれば常に権利パラダイムだというわけではありません。端的には、それはローマ法を考えてみれば分かります。ローマ法は、現在語っているような「権利」概念を知りませんでした。もちろん、訴権はありましたが、それと今日の権利とはまったく別物と考えるべきです。ローマ法のもとでは、むしろ、「人」、「物」、そして「行為」(訴訟)という形で民法（市民法）が捉えられていました。これは、主観法としての「権利」ではなく、客観法をどのように把握するかという発想が前面に出た捉え方だ

ろうと思います。それが、歴史の中のある段階から、主観法すなわち権利という捉え方が表面に出てくるようになり、そしてまたその後のある段階から法的なものの捉え方つまりパラダイムを支配していくことになる。そのようなことではないかと思います。このあたりは、フランスの有名な法哲学者ミッシェル・ヴィレイがある意味ではライフワークとして展開した議論です。

ミッシェル・ヴィレイによれば、主観法すなわち権利概念が前面化してくるのは、法思想的にいえば、いわゆる唯名論の論者として著名なウィリアム・オッカムのあたりからで、それが啓蒙期の自然権思想に流れ込む。そしてそれがさらにフランス民法典に入っていくという話になっていきます。それでも、フランス民法典には客観法的把握が残っているような気がしますが、ドイツ民法典（BGB）になりますと、パンデクテン体系が採用され、権利パラダイムが完成を迎えます。そこでは、民法の体系が、物権と債権という権利の種類に即して組み立てられるわけです。さらにいえば、家族法についても、物権と債権とは異なる何らかの権利で捉えよう、日本ですとこれが身分権ということになりますが、そのような発想も出てきます。民法の世界は権利の世界になったわけです。

私は、このように権利の体系が確立してきたことは、個人主義の観点からは評価すべきものだと思っていまして、それを別に悪いというふうにいっているわけではありません。しかし、それをあまりに硬直的に捉えてしまうのでは、かえってまずいのではないか。外郭秩序という問題領域を発見しますと、そのような問題を意識せざるを得ないように思います。それは、換言すれば、客観法の体系もそれなりに評価する必要があるのではないかということです。

近時、広中俊雄先生から、民法の体系論との関係で、物の法とか人の法という捉まえ方をしてみてはどうかという問題提起があります。以上のような「権利体系」の相対化という観点を踏まえつつ、広中先生の問題提起をどのように受け止めるか。私の中では、このような問題が重要な理論的課題となってきています。

さらにもう一点だけ最後に触れますと、そのような問題に至った場合に、パンデクテン体系とインスティツティオーネス体系とは、一体どういう関係に立つのかという非常に悩ましい問題があります。パンデクテン体系というのは、基本的には権利の体系です。物権、債権という二大カテゴリーで民法の体系を構成し、両者に共通する要素を抜き出して総則とするという体系です。インスティツティオーネス体系は、そのような意味では権利の体系ではありません。その違いの今日的な意味をどのように理解すればよいのか、まったく定見があるわけではないのですが、ともあれ、問題提起だけはしておきたいと思います。

## [質疑応答]

（監修・金山直樹）

### 景観評価の基準

**Q**．吉田先生は大藤判決における景観の主観性の問題を指摘していますが、景観評価の主観性を乗り越えるためには、その実体的価値としての景観を捉えるため、何らかの具体的基準なり意見基準が必要なのではないでしょうか。そのためには何をすべきなのか、吉田先生はどういう考え方を持っていらっしゃるのでしょうか。また、吉田先生がおっしゃる地域的ルールの形成と外郭秩序などの関連において、実体的価値としての景観はどう位置づけられるのかということについて、お伺いしたいと思います。

**A**．先ほど申し上げましたように、私は、法的保護の正当化という観点から、景観を二つに分けています。実体的価値としての景観とプロセス的価値としての景観です。今のご質問は、実体的価値としての景観を保護する場合、さきほどは誰が見ても美しいというものは存在するという話をしましたが、もう少し基準が必要ではないかとそういう話ですね。

この問題は、たしかにあると思います。私は、美というのは普遍的な価値を持つ場合があると思っていますけれども、それでは普遍的価値を誰が判断するかというと、これはなかなか難しいですね。誰か公権のある人が判断すればそれでいいのかとなると、それはちょっと違うだろう。そうだとすると、結局、実体的価値といってもそのコンセンサス、社会的コンセンサス自体の話にどうしてもいかざるをえないという感じはするんですよね。もちろん社会的コンセンサスのレベルに話を持っていった場合には、何をもって社会的コンセンサスがあるとみるかというまた難しい問題があります。脳死の問題でそういう社会的コンセンサス論というのがあったのですが、何をもって社会的コンセンサスと見ていいかについては、いろいろ議論があったところです。そのように、難しさはたしかにあると思うのですが、客観的に誰が見ても美しいというものがあるとなると、社会的コンセンサスが調うこと、そして社会的コンセンサスが存在すると判断することに、それほど困難はないような感じもします。ともあれ、実体的価値の判断を特定の人に任せてしまうのには危険なところがありうるので、社会的コンセンサスというものをもって判断する、今日は、一応そこまでの確認でとどめておきたいと思います。

それから、地域的ルールの中でそういう話をどのように考えたらいいのか、という問題です。これは、問題を少し抽象的なレベルで捉えると、とても深い問題と関わっていることが分かります。実体的価値と手続的あるいはプロセス的価値との関係という問題が背後に潜んでいるわけです。単純に両者が共存しうるかというと、そうでもないことがありえます。これは、憲法では立憲主義と民主主義の話ですよね。民主主義というのはプロセス的価値の問題です。先ほど申し上げた

プロセス的価値としての景観というのはそちらの問題で、他の人がどう言おうとも自分たちはこれでいく、これを形成してきたからそれを尊重してくれ、とこういう話ですよね。これは、実体には触れてないわけです。問題は、それで触れなくてすめばいいわけですけれど、たとえば、実際にあるかどうかは分かりませんが、京都とか奈良だとかで、今までと同じではない別の景観を自分たちで作りたいんだと、こういう古い景観を変えていく。これをどう評価するっていう問題があるんですよね。京都とか奈良は、実体的価値がありそうな感じがしますが、要するに、手続的価値と実体的価値とが対立する可能性がある。この相剋をどのように解決するかが問われることになります。

これはものすごい難問です。難問で昔から苦しんでいます。私が５年ほど前に出した『現代市民社会と民法学』という本の中で、その問題に触れたことがあります。私の基本的発想には、地域を主体とするプロセス的価値は大事だけれども、それを絶対化するのはやはり危険ではないかという発想があります。絶対化しないということは相対化するっていうことですけれども、相対化する場合のやり方として何があるかというと、ひとつは、プロセス的価値の重層構造を意識的に構築するという方向です。公共性あるいは外郭秩序を形成する場を小さいレベルから次第に大きくという形で次々にセットする。要するに上に乗っけていくわけですね。この地域ではいいといっているかもしれないけどその地域も含んだもう少し広い範囲でいえばだめかもしれない。そのような感じです。もう一つは、実体的価値によるコントロールです。たとえば、五十嵐敬喜さんは、「美」という価値をすごく強調されて、真鶴で「美の条例」とかを作っておられます。ただこれは、第１の問題に帰っていって、それでは実体的価値をどう判断するんだ、それは社会的コンセンサスによるということになれば、一番広い意味でプロセスっていう価値を上に乗っけるのかもしれない。しかし、ともあれ、実体的価値によるプロセス的価値の相対化という方向があります。このように、地域的ルールといっても、絶対化するのではなくて相対化していこう。そのような発想です。

### 差止請求の訴訟法上の諸問題

**Q**．差止が認められるためには、結局その主導権の全権的に持たなければなりません。差止を可能にするためには、具体的争訟性が必要ですが、それは非常に微妙な判断です。この点、先生は、具体的争訟性を認めるためには、公共が私的に降りてきたという私的公共性が認められることを具体的争訟性があるととをお話しされていたと思うんですけれども、そうすると私的公共性というと確かに権利と離れたところで認めることが可能になるのだと思のですが、権利と離れたところで私的公共性を認めるということは、それはすなわち争訟性を意味するということで、訴権を維持することが可能なのか、甚だ問題ではないでしょうか。訴権

に関していえば、先生には、合有、合有状態というよりも、公共性に近いイメージがあると思うんですけれども、そのなかにいる地域住民全員に備わっているものだから逆に、訴権が生じないという風になりませんか。そう考えると、やっぱり公共性っていうものは、私的公共性というのが認められるとしても私的公共性も公共性である以上は訴権がなくなってしまうことになるんじゃないかと思うのですが。

**A**．今のご質問は、核心を衝いたものだと思います。紛争の実体としては公共性の侵害を問題にしているとしても、それだけでは、現在の民事訴訟の制度には乗ってきません。ですから、どうしても、私的レベルでの利益侵害あるいは権利侵害に着目しないといけない。私的レベルでの利益侵害に引っ掛けるという言い方は語弊があるでしょうが、それを理由にしないと民事訴訟に乗っていかない。逆に言えば、私的な利益侵害があれば、民事訴訟に乗っけることを否定する理由はないと思っています。

しかし、そのようにして民事訴訟に乗ったとしても、本当の狙いは別にある。敵は本能寺にありというか、私的な利益擁護と言いながら、それは実は本当の狙いではなくてバックにある公共的なことがらが真の狙いということが多いわけです。この種の訴訟で、よく「自分の利益のためにやっているのではないのだ、みんなのため、あるいは将来の世代のためにやっているのだ」という発言が聞かれますが、それは必ずしもいい恰好をしているということではなく、多くの場合には、本音を語っているわけです。この実体をもう少し法律論に反映させることができないか、というのが、私の発想です。私的利益の背後に公共的利益があるのだから、損害賠償の話では損害賠償の立証について要件というか立証を少し緩和してもいいのはないかとかの議論は、その具体化の試みではあります。しかし、損害賠償を取れればその利益は私的に帰属してしまうのですから、ちょっとアンビバレントなところはあるのかもしれませんね。

あるべき制度の構築をすることができるとすれば、公共的なことがらを対象とする訴訟で、それを市民が提起できるという訴訟を作ることが可能です。そのような方向は、やはり実現させなければならないでしょう。消費者の団体訴権ですとか、クラスアクションですとかは、一方で個別の利益の実効的実現を図るという性格はあります。個々の損害賠償は小さくてなかなかそれだけでは訴訟の提起が困難という場合に、そのような私的利益を実効的に保護するために団体に集めるという側面はありますから。しかし、それと同時に、集めることによって訴訟を起こしやすくして公共的な利益自体を実現していくという側面もあると思うんのですね。そのような方向を追求すべきです。また、独禁法に入った私人による差止請求権（24条）も、そのような観点から評価することができるでしょう。

**Q**．はい、僕も、淡路先生とかが言うような環境権アプローチみたいな代理訴訟

的な試みっていうのは、まさにそういうことだと思うんですけれども。

**A**．そうですね。これは単なる解釈論の問題じゃなくて、制度論というか制度まで結び付けないと完結しない議論だと思うんですね。それでは制度ができないと何もできないのかとなると、やっぱりそれはそこでなんとか頑張りたいということです。宮岡判決も、苦しい論理で頑張っているのだけど、こちらも、ある程度苦しいことは承知の上で頑張りましょう。一応そういうスタンスです。

### 美の基準

**Q**．あの、僕も先生のおっしゃるように美しいものは美しいと思ってるんです。人間だってみんな一緒にいるわけですから、その相対性を超えたところで絶対的普遍があると思っています。そういう意味で、行政、まぁ対人的には結局行政が保護しなければならないんですけれども、それと並んで民法の立場から司法的な救済を考えなければならない、下からの公共性というのを考えて地域ルールっていうものを形成していくという先生の考え方はすごく共感できるんです。ただ、地域ルールの秩序違反に対しては誰が権利主張できるのか、秩序違反行為に対して誰がそれが違反だってと言えるのかという点がよく分かりません。みんなが公共的利益を有しているんですけれども、その範囲っていうのはどこまでが範囲なのかがはっきりしないと思うのです。今回の事件で、建物の高さっていうのは客観的に見て汚いものだというのは分かるのですが、たとえばこの慶應のロースクールの建物、このガラス張りの建物がいきなり京都とかに出来た場合、たとえ建物の高さが低くても汚いという評価もありうるわけで、結局、誰がそれを判断するのかは難しい問題だと思います。地域ルールっていうけど、誰が民事訴訟でいう当事者適格を持つのかとも関係する問題だと思うのですが。

**A**．そうですね。これもとっても大事な話ですね。私は、地域的ルール論という議論を出しているわけですけれども、当事者適格論は、それほど明確には展開していません。たしかに、地域的ルールの場合には、ここからここまでっていうように予めいうのではなくて、実際に訴えを起こしてきた人に訴えの利益があるのか、当事者適格があるのかという形で、個別的に判断していけば足りるというのが基本的考え方です。

そういえば、さきほど合有の話が出ましたが、それに対応するのを忘れたのですが、地域的ルールを考える場合には、合有というよりも総有の話とのアナロジーのほうがピンと来るところがあります。総有といいますと入会です。入会というのは、一方では個別の利益があり他方では全体の利益と両面あります。その点ではここでの問題との共通性があるように見えるのですが、景観とか地域ルールの話と入会を較べると、権利者の範囲の明確さという点で顕著な違いがあります。入会は、権利者の範囲がきわめて明確です。要するに、この入会地の権利者は誰かっていうのは全部分かります。権利者

になるためには、いろいろな儀式のようなものがあるのです。ですから、明確性という点でまったく問題がない。それでは、そのくらいの明確性が地域的ルールにあるかというと、それはちょっとないですね。ですから、不明確性は残ると思うんですが、だけどこの人は間違いなくルールを作り守ってきた人だということはある。ですから、そういう人が訴えを起こした場合にそれを否定することはおかしいだろうと思います。

それから、慶應のこの建物の評価ですが、これを直接申し上げるのは控えますが、もう少し一般的な問題に引き戻しますと、私は、さきほど景観等を保護する根拠として、実体的価値とプロセス価値の２つを挙げました。景観といっても、自然景観と都市景観の両方がありますけれども、都市景観の場合は実体的価値よりもプロセス価値に着目して保護するというケースのほうが多いだろうと思っています。実際、京都駅がどうかとか京都タワーはどうだとか、実体的には評価は分かれますね。京都タワーも、出来た当初は随分いろいろ言われましたけど、なんとなく定着してきたとか、実体的価値ではなかなか決まらないように思います。

**Q**．ところで、エネスは新しい京都駅、とても良い、といって評価していましたね。

**A**．そうですか。エネスは好きでしたか。しかし、これは実体的にいいか悪いかという話ではなくて、一定の範囲の人たちがどういう風に考えて、どのように景観を形成していくのかという、そういうプロセスのレベルの問題だろうという気はしますよね。それでよろしいですか。

**Q**．先ほどの実体的な美があるんだという話について、たとえば、歴史的に振り返るとエッフェル塔が出来た時、あれはパリ市民には超評判が悪かった。それからルーブルのピラミッドが出来た時も同様です。あれを見た時には、みんな最悪だと思った。もちろん、その後の歴史を辿れば、事後的なコンセンサスが生まれるという話になるけど、やはり「実体的」な面がありますね。たとえば、僕は小さいとき東京タワーを見て格好いいと思ったけど、エッフェル塔を見た後になって、改めて東京タワーを見るとあんまり綺麗だとは思わなくなった。京都タワーは、今でも評判が悪いと思います。ということで、「実体」と言ったところで、なかなか微妙ですね。

**A**．先ほど申し上げたような気もしますが、都市景観に「実体的」な美があるかはなかなか難しく良く分からないところはたしかにありますね。ただ、たとえば「富士山はきれい」というように何かある感じはするんですよ。自然に限らず都市景観に関しても、それが全くないわけではない。しかし、都市景観について実際に使えるのは「プロセス」の方でしょうけど。

**Q**．その点に関して、やはり市民がイニシアチブをとって、美の中味を形成するという側面があるでしょうから、おそらくは形成段階では「公共性がある」と誰かが言い出して、どこかでそれが一般に承認されるプロセスが必要になってくる

と思うんです。ですから、最初から美が決まっているのではなくて、どこかで形成過程があって、それが美として承認される。そのような一種の手続きを踏んで考えざるをえないのではないでしょうか。

**A**．今回は「美」が問題になっていますが、私の発想には、もう少し一般的な話として、実体的価値と手続的価値の相剋という問題があります。さきほど申し上げた立憲主義と民主主義もそうです。たとえば、国会が制定する法律は、民主主義の観点からは尊重しなければならないものですが、それによって基本的人権を制約してもよろしいという話にはなりません。基本的人権は、民主主義というプロセスによっても侵害することのできない実体的価値として構成されているのです。多数決によっても侵害することのできない価値がそこにあるわけです。多くの問題は、プロセス的に考えていいと思いますけど、全てをプロセスに解消できるかというと、そうではないだろう。そのような発想が私の基本にあります。ですから、「美」に関してもその発想が投影されていて、実体的な美とは何かといっても、具体的に「これだ」と言いにくいのですが、そこを置き去りにしてしまって、全てをプロセスで考えてしまうと何か危険な感じがするのです。

**Q**．地球環境とかそういった問題は、いわばギリギリの最低限のところでは絶対的な価値基準があるのでしょうが、いわゆる景観の美に関しては、絶対的なものがあると果たして言っていいのでしょうか？

**A**．それはたしかに分かります。繰り返しになりますが、景観の場合には、実体的価値よりもプロセス的価値が機能する場合が多いでしょう。しかし、それでも、実体的価値を全く放棄することは避けたいというのが、私の基本的な発想です。

別の例を挙げて説明してみましょう。自己決定権を素材としたいと思います。私は、北大法学部50周年記念の論文集で自己決定権に関する論文を書いたことがあるのですが（「自己決定権と公序__家族・成年後見・脳死」北大法学部50周年記念ライブラリー『私法学の再構築』〔北大図書刊行会、1999年〕）、そこでの思考パターンも同じようになっています。自己決定権はプロセスです。要するに、私が決めることを私が自分で決めたが故に尊重せよという議論です。それが地域レベルになると自己決定権は集団的になって地域で決めればいいじゃないかということになる。国レベルになると民主主義に則って国会が決めればいいじゃないかということです。

このような自己決定権は、現代社会におけるきわめて重要な価値です。しかし、自己決定権はどんな場合でも通用するかというと、やはり内在的な限界があるはずです。たとえば自殺です。「自己決定権を行使して自分の命を絶つことは認められて当然ではないか」と言われても、それに単純にはYESと言えない。このように、自己決定権だけでは通用しない領域があるんです。そこは実体的価値を体現した公序が支配する領域です。別の例を挙げると、自分が脳死を選ぶというこ

とは自己決定権で決めていいのではないかという議論がありますが、それは必ずしもそうとは言えなくて、死の基準をどうするのかも公序が決めることです。したがって、自己決定権で当然に決定できるということにはならない。このような議論を展開しました。

このような思考パターンが今回にも投影されていて、プロセス的価値だけに決定を委ねてしまうことには抵抗があるわけです。もちろん、実体的価値だけ決めようということでもなく、両者を常に意識し、その緊張関係の中で具体的な判断をしようということです。

**Q**．さっきの美の基準に関してですが、先ほどの質問にもあったように、時間的な経過を追うごとに変容するという話があったので、基準として成り立つかどうか分かりませんし、収拾がつかなくなるような気がするんです。たとえば、ある時点である基準を定めて評価したとしても、また後になって考えてみると、やっぱりこういう景観がいいとなったら、それはそれでいいわけで、もうちょっと高い建物を建ててもいいんじゃないかとなってもいいと思うわけです。また、さっきでましたが、範囲の問題もあると思うので、この点をもう少し詳しく教えてください。

**A**．地域的ルールというものを、固定的には考えてはいません。それを固定的で動かし難い住民の行為規範として使うというよりも、ある段階で問題が出てきた時にその問題との関係で、その問題に対処するために地域的ルールを援用するという感じがします。もちろんそれは、将来の行為規範として機能することもあるわけですが、いっぺん決まったルールが固定的に適用されていくというわけではなく、その内容の変更はありうるでしょう。ただ、それを変更するためのルールが明確に定まっていないことが多いでしょうから、それまでは認められていなかったようなあるタイプの行為がなされても、それに対する反撥がなく通ってしまう、それが繰り返されるというような形で、事実上ルールが変わっていくということになるのでしょう。これが制度に乗ってきますと、たとえば区分所有建物の利用規約のように、変更のルールも明確になるわけですが、ここで問題にしている地域的ルールの場合には、そういうわけにはいきません。

### 地域ルールと明和の態度

**Q**．問題があったときに、地域ルールを適用するというのは分かるような気もします。けれども、この事案でも明和不動産が問題の土地を買うわけで、その場合にそうした地域的ルールがどこまで明和にとって明らかになっていたかという問題はありませんか。やはりルールの内容が明確ではないことは、取引の観点からは問題が多いのではないでしょうか。たとえば京都では行政的な規律が厳しくって、建築基準だけではなく、いろいろな規制があります。けれども、「こういう形で規制があります」ということで、それは明示されているし、もちろん重要事項としてきちんと説明される。私人の取

引の観点からいえば、その規制内容に納得して、「そちらの方がいい」と価値を見出す人が対価を払って不動産の売買契約を締結するということになります。これだったら分かります。取引界と上手くつきあえる形だと思うのです。ですが、今回の事件では、通常だったら70億円の土地を90億円のお金を出して買うということが実際に行なわれていて、そこで、ディベロッパーは、90億に見合った建物を建てることは可能であって、地域住民の反対があるにしても何とかなると踏んだわけです。結局、裁判所もその目論見にお墨付き、太鼓判を与えたわけですよね。だから、美とかいう話し以前に、利益をどうしても出さなければならない企業が、どこから利益を出すことが許されるのか、という側面があると思います。

**A**．公共団体がもう少し早く土地計画をたてていれば問題が無かったわけですけど、それができていなかった場合にどうしようかという話なのですね。土地利用計画などの事前の制度的規制ができていなかったのだから仕方がないと割り切れるかということです。割り切るのでなく、もう少し頑張ってみたいというのが私の立場であるわけです。

とはいえ、頑張るにしても、新しく来た人にとっての明確性が大事なことはたしかです。全く知らないで入ってきてしまった場合に、地域的ルールで拘束していいかというのは問題で、原則的にはダメでしょうね。やはり少なくとも認識あるいは認識可能性がないと拘束力というわけにはいかない。これは、物権的な負担を取得者に対抗するには公示が必要だという民法の基本的考え方と同じです。住民側も、それでは不十分だというのであれば、やはり制度に乗せておかないといけないということですね。

それでは、本件の場合にはどうであったのか、ということですが、おっしゃるように、90億円というのは、建てられると思って買った値段です。それでは明和が地域的ルールについて知らなかったかというと、そんなことはありません。知っていても、法律では可能だからということで強行したわけです。やはりそれがまずかったというのが私の印象です。最初のケースは可哀想な点もあるかもしれませんが、仮に地域的ルールの拘束力が明確に承認されるということになれば、その後に入ってくる業者は十分注意するわけで、特に問題は起きないはずです。

**Q**．たしかに、地域的なルールが明確化されており、第三者に対しても拘束力があるというのであれば分かります。けれども、明和にすれば、そんなものは事実上の申し合わせに過ぎないのであって、だから単なる住民運動のレベルでの規範、せいぜい債権レベルでの効力しか認められないものに過ぎないと思っていた。それはそうで、そもそも地域ルールに当事者を超えた拘束力が認められるのかについての論証がないような気がします。たとえば、自治会単位で申し合わせて、「法規上は10mの高さの建物が建築できるけど、７mに制限しましょう」という内容の地域ルールが生まれたとしても、普通は債権的効力しかなく、その中の１

人が土地を売ったら、買主はその合意に拘束されないのが原則ですよね。合意から明確に生まれた地域ルールであっても、そうなのですから、いわんや何となく自生的に発生したルールというのでは原則として駄目なのではないでしょうか。だから、地域ルールを実効的なものにするためには、物権的効力があるとしなければならない。そこのところの理屈をもう少し補足して欲しいのです。問題は、ローカルなルールの法源性といった話しになるのではないでしょうか。

**A**．伝統的な考えでは、それはダメという話になりますね。ポイントは、やはり法源論というところになるのでしょう。地域において市民が主体となって形成されてくるルールにも、一定の場合に法源としての地位を認める。これが私の基本的発想です。その「一定の場合」というのが具体的にはどのようなことなのかを詰めることは、たしかに今後の課題として残されているわけですが。

**Q**．本当に合意を実効性あるものにしたかったら、合意した人達の間で建築協定を策定するという方法があります。これは物権的効力が認められている。そういうルートがちゃんと用意されているときに、そこまで到っていない合意ないし慣行のようなものについて、同じような効力を見出していいのかということについては、立場が分かれると思います。

**A**．同じ効力まで認めるのは難しいだろうと思います。先に言及した宮岡判決の評釈においても、その点は若干言及しておきました。建築協定についても地区計画についても、そこで定められたルール違反は一発で違法ということになります。しかし、そのように制度化されていない地域的ルールについては、そこまでは言いにくいだろう。第三者との関係では、明確性という問題もあります。そもそも、ルールの存在を知らないで入ってきた第三者がそれまでのルールからすれば問題のある建築をしたとしても、それに住民が特になにも言わないで、あとになってきてから文句をつけるような場合に、地域的ルールの違反があるかどうかも問題のように思います。先に述べたように、地域的ルール自体、変わっていくことがありうるわけですから。

ただ、今回の事件に関して言えば、明和の対応が住民の意識を逆なでしている、かなり問題のある行動を行っているという事情があります。また、住民がいかに抗議しても、法律を援用して耳を傾けようとしませんでした。制度化されたルールでは、このような事情が考慮されるということはないでしょうが、地域的ルールの場合には、このような事情も斟酌した総合考慮がやはり必要になるでしょう。本件では、明和の行為態様なども含めて判断すれば、地域的ルール違反があったことはたしかであり、また、破られた地域的ルールに建築協定等の制度化されたルールと同様の効力を認めてよいと思います。

### 外郭秩序

**Q**．外郭秩序というのを想定して、一方で、秩序違反があった場合には差止が認

められるということですが、他方で、外郭秩序における民事救済のあり方としては損害賠償ということがありますので、被侵害利益が公共的であるにもかかわらず、むしろ私的利益の損害賠償請求として現れる場合もあるように見受けられます。つまり、同じ侵害行為について、差止を求める場合には公共的利益の性格を持ち出しつつも、損害賠償を求める場合には私的利益の侵害行為があったからというわけです。これはこれで非常に分かりやすいのですが、景観利益が公共利益だとすると、その損害賠償は、損害賠償の公平な分担というところから導かれる懲罰的な損害賠償となるべきなのではないでしょうか。不法行為に基づく損害賠償をどのようにして正当化するのでしょうか。

**A**．外郭秩序における差止と損害賠償との間には、共通する面と違う面とがあります。まず、共通性を確認しておきましょう。外郭秩序で問題を考える場合の基本的な枠組みは、二重の利益割当ということです。つまり、皆の利益すなわち公共の利益があって、その中には私の利益も入っているから、ここでの利益侵害は、公共的利益侵害であると同時に私の利益侵害という性格を帯びてくる。これが公共空間である外郭秩序の構造的な特徴です。これが発想の出発点になります。

その上で、損害賠償は、私的な利益侵害を根拠に請求を立てることになります。損害賠償は、個人に生じた損害の填補を求めるのが建前ですから、利益侵害と離れてはそもそもそれを構想できないわけです。差止については、外郭秩序において権利概念が適合的ではないということをふまえると、権利侵害がないと差止が認められないという伝統的枠組みではまずい。しかし、それでは客観訴訟でいけるかというと、日本の法制度ではそれは不可能です。だから、差止の場合も、やはり私的な利益侵害を根拠にしていかざるを得ない。たしかに、私は、秩序違反を根拠にする差止の許容という方向を打ち出していますが、それは、権利侵害がなくても差止を認めうるということであって、私的利益の侵害と無関係に差止を許容しうるということではありません。この点では、差止の根拠は、損害賠償と同じということになります。

そして、外郭秩序においては、差止の場合も損害賠償の場合も、このように私的利益に着目して請求を提起するにしても、そのバックには公共的利益が控えている。純粋に私的利益の実現、回復を求めるものではないわけです。この点でも、差止と損害賠償とは共通性を持っています。

ここまでは共通面が前面に出ますが、ここから両者は分かれてきます。それは、請求が認められる場合の効果の帰属の問題です。まず、差止の効果は、請求者だけではなく、皆に寄与します。全体に均霑していくわけです。その意味で、差止の効果には公共的性格がある。ですから、私的利益侵害を根拠にした請求の背後に公共的利益が控えているという構造に適切な救済になっている。損害賠償はこれと違います。金銭的な損害賠償の効果は

個人に帰属してしまうのです。もちろん、個人に対してでも損害賠償が認められれば、それには抑止的効果も伴いますから、公共的性格が同時に認められると言えなくはない。しかしそれは、差止の効果が直接的に公共に帰属するのとは、やはり性格が違うでしょう。

そのような損害賠償をどのように正当化しうるか。ご質問で提起されたのは、この問題だと思います。方向は、損害賠償の抑止的効果を前面に出していくということでしょう。懲罰的損害賠償ではないかとおっしゃったのは、その意味で正当な指摘です。ただ、現在日本では懲罰的損害賠償を認めていませんから、そうはっきりとは言えないのですが。別の言い方をすれば、損害賠償を請求している人は、対象行為の抑止を目指して皆のために手間暇をかけているのだから、ご褒美を与えてもいいのではないかということです。行動している人に対する報償のような意味合い持つということです。これも日本では認めていませんからはっきりとは言えませんが、方向としては、そのようなところを向いていると思います。

**Q**．事務管理の費用償還のようなものなのですか？

**A**．そう言ってもいいかもしれませんが、単なる費用ではなくて、プラスアルファがあります。

**Q**．ということは、差止と損害賠償とは次元が違う概念ではなく、むしろ同一平面で考えられるということですか？

**A**．違法行為の停止という公共的機能を担うという点では共通しているわけです。しかし、その効果帰属のあり方からすれば、差止が本来の救済方法となるでしょう。

**Q**．損害賠償に比べると、差止の方が将来の損害を承認した上で認められるわけですから、それによって侵害者の方がかなりの制限を加えられているわけですから、保護の対象となる利益が重大であるといった事情が必要ではないか、というイメージがあるのですが。

**A**．それは、違法段階説に結びついていく考え方だろうと思います。私の考えは逆かもしれない。つまり、損害が発生している以上は、損害発生の原因をまず止めるのが当然ではないか。損害賠償はマイナスになった状態を元に戻すもので、差止はとにかくこれ以上の損害の拡大を防ぐものです。したがって、差止の承認には違法要件だけでよく、責任要件はいらない。このように考えています。しかし、日本では、このような発想は一般的ではなくて、おっしゃるように差止の方がダメージが大きいから、違法性が高くないとダメですよという考え方がむしろ一般的です。しかし、それには再検討の余地があるのではないかというのが私の発想です。

### 差止の根拠と不法行為

**Q**．不法行為ではなく、債務の履行をするため必要な手段としての差止、あるいは物権的請求権としての差止というような方向性で考えることはできませんか。あくまでも不法行為の枠組みなのでしょうか。

**A**．私の中では、差止と不法行為は違います。不法行為で差し止めるとは考えていません。繰り返しになりますが、違法行為があって損害があるということ事態を想定しますと、その違法行為を止めるのが差止です。これによって将来の損害の発生が抑制されます。この止めるということと、すでに発生した損害をどうするかというのは別次元ですよね。後者の問題を処理するのが不法行為制度です。原状回復というのは、不法行為の効果で、発生した損害をどうするかという問題に他なりません。このあたりは、原島先生が区別を強調されているところです。

**Q**．差止の条文上の根拠は何なのでしょうか？

**A**．日本民法上は、明示的な条文は無くて、物権的請求権については、占有訴権の規定があるからそこから導くというのが普通でしょう。人格権については、差止の明示の条文どころか、権利を認める規定自体が民法にありません。日本では、どうも人格権が冷遇されている気がします。その背景には、日本独特の「権利」パラダイムがある――抽象的な権利主体としてだけ人格を捉える――ような気がしているのですが、これは全くの仮説です。

この点、ドイツでどうだったかというと、サヴィニーという学者の時代に、民法体系に関する考え方が成立します。サヴィニーには、人格を対象とする権利という発想はなかった。その意味で、人格権はなかったのですが、それでは、サヴィニーが人格の価値を低く見ていたのかというと、そうではないようです。むしろきわめて高い価値を認めていた。権利では捉えきれない高次の価値となっていたのです。つまり、権利は、サヴィニーによれば意思の支配領域ですが、人格はそのような支配の対象にはなりえない、だから権利では捉えきれないわけですが、それは、権利では捉えきれないくらい高い価値があるということなのです。それは、大変に健全な発想だろうと思います。しかし、そのような考え方が日本に入ってくるときには、人格のそのような把握が落ちて、そこを欠落させた権利論だけが入ってきたのではないか。繰り返し言いますように全くの仮説ですが、そんなことを考えています。

脇道に逸れましたが、物権や人格権に基づく差止も、明示の条文的根拠はなくて、いわば民法の一般原則から当然のことと認められている。そういうことです。そうであれば、秩序違反を根拠とする差止も、違法な行為を停止するのは法の求めるところだというようなことで、同じく民法の一般原則から認められるのではないでしょうか。

**Q**．今回のように秩序違反という基準があるとされる場合と、人格権のように前段階として存在する権利を措定することとは、どのような関係になるのでしょうか？

**A**．今日お話したのは外郭秩序論ですが、これは民法の１つの対象領域に過ぎません。その内部に、中核部分があるはずです。人格権は、その中核部分の話で、今日の景観の話は、その外側にある性格の

ものです。そのような外側での利益侵害は秩序違反として捉えていくべきものですが、中核部分は権利概念を使わないといけないと思います。ですから、人格権の侵害は、原則的には即違法ということになります。ただ、人格権は、権利の外延がピタっと確定しているものでなくて、侵害行為との関係で総合判断を行うべきという要請が入ってきます。ですから、侵害で即違法というものにはならないかもしれない。しかし、これは、外郭秩序とはまた違った話です。

**Q**．私は、一般的な地域ルールに拘束力が認められることに危惧の念を抱いています。先生の著書の中で公共圏に関するハーバーマスのコミュニケーション行為が取り上げられていますが、日本の風土で地域ルールが自生的に形成されるのは難しいのではないか、そうすると結局は、皆がやっているからこうやれというようなことになって、近代的な原理を克服しようとしたら、単に封建的な世界に捕われたにすぎなかったというような危険性を感じるのですが。

**A**．私の議論がハーバーマスを参照したものであることは事実ですが、その際、ハーバーマス理論をそのまま持ってきたつもりはありません。私の議論は、日本の実定法を頭に入れた規範論であって、ハーバーマスのような社会理論ではないつもりです。

この点に関連して、関西学院大学におられた山下末人先生が私の著書の前身であった雑誌連載論文について詳しい書評をしてくださったことがあります。その中で、ハーバーマスの使っている生活世界概念と吉田の使っている生活世界概念とは異なるというご批判を頂きました。違うことはその通りだと思いますが、それで批判されても少し困るという感じがいたします。参照はしていますが、同じ概念として提示しているわけではありませんから。

それはともかくとして、ハーバーマスのコミュニケーション的行為を念頭に置きつつ、日本の場合にはそのような合理性は成立しにくいというご意見は、よく分かります。コミュニケーション的行為によって公共圏における秩序形成をするというのは、それ自体としては魅力的な構想ですが、私は、ひとつの可能性を絶対化するという考え方は採っていません。ある価値を相対化するというか、絶対化しない枠組みを常に入れているつもりです。ですから、おっしゃるような危険性は踏まえて、枠組みを作っているつもりです。

### 地域ルールの担い手

**Q**．地域ルールの主体についてお聞きしたいのですが、今回の訴訟の場合に、国立市に住んでいない人も原告になっていたと思うのですが、そういう人たちは直接に景観利益を享受していたわけではないにも拘わらず地域ルールの主体となるとお考えなのでしょうか？

**A**．私は、景観の問題について、いわゆる客観訴訟は無理だと思っています。ということは、自分の利益侵害が無いのに景観が侵害されたとして訴えるのは無理

だということです。そのような特別の訴訟を新しく作れば別ですが、今はそのような制度はないですから、無理だと思っています。言い換えれば、地域に住み、自ら地域的ルールの形成にかかわり、そのルールの侵害によって自分に広い意味の損害を受けた人でないと、訴える権利は認められないだろうし、それでいいだろうと思っています。

**Q**．仮に、そんなに長く住んでいるわけではなく、したがって環境運動に関わってないような場合には、景観利益はどのように捉えられるのですか？

**A**．運動に関わっているかどうかは、決定的ではないと思います。具体的に、ルール形成・維持に関わってきたかどうかが重要です。そのような言い方ですと、範囲が不明確という批判が提示されるかもしれません。不明確性は残るかもしれませんが、具体的な訴訟の場で個別的は判断することは十分に可能だと思います。

### 「景観共同形成型」と「既存景観享受型」の区別

**Q**．「景観共同形成型」と「既存景観享受型」の区別に関してですが、たしかに宮岡判決の場合には景観共同形成という形で景観について費用を拠出してきた人の保護を重点に置くことが救済を認めるために必要だったのかもしれませんが、それを離れるとするなら、結局どこで景観が承認されるかの時点を問題にしているに過ぎないのではないでしょうか。たとえば、京都や奈良でも、かつて景観を形成していた人がいて、それがどこかで承認されて、今の時点でその利益を主張してもいいとされるようになったのではないですか。国立でも、今まで景観の形成に携わってきた人はいるでしょうが、今度はその土地を買った人もいるでしょう。そうすると、別に「景観共同形成型」と「既存景観享受型」は区別ができず、むしろ自然景観ないし歴史的な景観であっても、どこかで承認するというプロセスがあって、そこから先は同じになってしまうのでは、と思うのですが。

**A**．両者の区別に微妙なところがあるのは事実ですが、それでも概念としては分けるのが妥当だと思います。景観権の主張が、環境権なども含めて客観訴訟になるのではという問題がありますが、今の「景観共同形成型」と「既存景観享受型」に対応させて言えば、「既存景観享受型」は、客観訴訟を方向としては志向しているのだと思います。つまり、既存の景観を楽しむわけだから、そこに住んでいないと楽しめないというわけではなくて、誰だって享受できるというわけです。そのような利益を法的に保護するのは、今の日本の制度を前提とした場合、なかなか難しいでしょう。それに対して、宮岡判決の「景観共同形成型」の場合、その受益者の範囲はもっと明確になる、たしかに不明確な点がなくなるわけではありませんが、一応限定されるわけです。まず、この類型を突破口としてうまくどうにかならないことには、その先にいけないというでしょう。

**Q**．プロセスが完了してルールができてしまうと、先住の人間は先住であるがゆ

えに彼らなりの利益を得られるけれども、後から来た人間の所有権は問答無用に「規制」されてしまうことにはなりませんか。ルールに物権的な承認が与えられているならば分かりますが。もっとも、今回の事例では70億円の土地について90億２千万も払ったということで、そこには20億円もの差があります。その分の利益を誰が得るべきかという問題でもありますね。それはどのように考えるべきでしょうか。

**A**．私は、そういう状態を正当化すると言っているつもりはありません。本来はルールが明確になっていて、第三者も認識が可能で、だから第三者がそれを前提にして入ってくるという場合でないと、正当化できないと思います。では、国立のケースはどうかというと、これは例外事例なのです。つまり、先ほども申したとおり、明和は分かっていたはずで、分かっていたけど軽く見たということです。事実上成立している地域的ルールを軽視した。私は、総合的に考えれば明和は軽率だったと思っています。

### 地役権の設定

**Q**．明確性のためには、地域住民が協力して、当該地域に地役権を設定していれば、その物権的効力は明和の取得した土地にも及ぶのですから、実効性もあって、良かったのではと思うのですが。

**A**．地役権の話はありうると思います。判例タイムズに民法判例研究会という研究会があります。先にも触れた宮岡判決の評釈を出す前にこの研究会で基本的なアイディアを話したのですが、その際、金山先生が地役権の問題と捉えてはどうかという発言をなさいました。それはありうる方向で、そういう方向できちっとやれば良かったとは思います。ただ、私の頭の中では、話が補完的なのです。つまり、本来は地区計画をもっと早くやれば良かったとか、地役権を設定しておけばよかったというのは、それはそれでよく分かる話ですが、それがなかったケースでどうするか、なかったから仕方がないと諦めるのか、何か法律構成がないかを考えるのかという違いでしょう。

**Q**．あれは、地役権の取得時効という構成を考えたらどうかと言ったのです。

### 景観利益の二重性

**Q**．景観利益の二重性格、要するに公的なものと私的なものがあって、私的なものを使わないと裁判を起こせないというわけですが、私はそこのところが一番分かりません。日本で客観訴訟をやる場合、どういうふうな制度を作ればいいかということを考える必要があって、こういう事件を研究する際には、民事訴訟法的になるかもしれないですけど、やはり実体的な考えを取り入れていくべきだと思います。

日本では、訴訟というのは後手になっていると思っています。というのは、結局、最初にきちんとやっておけば何の問題も無かったところが、それがなされなかったため、どうしようもなくなって裁判所に来てしまうことが多いからです。なるほどな、と思ったのは、例外だから

どうでもいいんだとせずに、例外的な場合であっても、しっかりと受け止めて理論構成しようとしておられるところで、そうすることは、次の制度作りにも役立つと思いました。

**A**．やはり純粋な客観訴訟は難しいし、そこまで行くのは問題ではないかという気はします。そうはいっても、私的な利益からどれくらい公共的なところに近づいていけるのかという問題は、きちんと考える必要があるでしょう。今までの議論で一番公共的なところに近づいているのは、伊藤眞先生の「紛争管理権論」でしょうか。このあたりまでは頑張って行くべきではないかと思っています。この議論も、全くの無関係者が訴訟を提起できるという話ではありません。実際その紛争に関わっていたかを中心に考える発想で、そのくらいまでは可能だろうという気はしています。裁判所は後手に回るという話も、全くそのとおりでして、そういうことについて、「仕方ないじゃないか」と切り捨てずに、訴えを提起するには大変な決意がいるし手間隙をかけて来るわけなので、それなりの理由があるのではないかと理解しようとする、そのような姿勢が大事だと思いました。

### 消費者法における団体訴権の導入との対比

**Q**．訴訟に関してですが、今まさに、団体訴権、しかも差止の訴権を、一定の要件を満たした消費者団体に与えようという議論がなされています。そこでの議論を紹介しますと、事業者が不当な約款条項を用いているというときに、個々の消費者の差止請求権を認めるというのは実体法上、かなり難しいだろうと言われております。団体訴権は何のためにあるのかというと、広く消費者全体の利益、つまり公共の利益のために差止が必要なんだということで、誰のというのではなく、そこには一種のフィクションがあるのです。つまり、一定の要件を満たした消費者団体は、消費者全体の利益を担うのだということで、そこに実体法上の請求権および訴権を認めようじゃないかというような流れで議論が進んできています。

環境の場合、どこまでが同じで、どこからが違うかを考えながらお話を伺っていたのですが、少なくとも景観を含めた環境問題については、利益の二重割当とおっしゃっていたように、個人にも還元される権利ないし利益というものがあるのだと思います。ただし、個人の資格でも差止をすることができるんだということで、消費者問題とは必ずしもパラレルにはならないものなのかな、と伺っていました。だとすると、やはり個人の利益に引き付けてしか訴訟ができていない、だけど、目的は個人でなくて公共の利益にあるんだということになりますが、そこに何か限界はないのでしょうか。差止によって救われる利益と、そのまま放置すれば発生する影響とを比較して、それで差止を認めるかどうかの判断をする、だから、損害賠償といっても、実は認められにくいという現実があると思うのです。ある地域住民の一人が個人の利益を起点にして請求を起こしたが、実は背後

には公共的利益があるというときに、その公共の利益を前面に出せるのであれば、それは差止というところと全体の利益というところの比較ということになると思うのですが、そもそもの出発点は個々人の利益に引き付けなきゃいけないということがありますので、どこまで上手くいくのかなという心配があるのですが。

**A**．消費者と環境の話ですが、やはり違うところと共通しているところが両方あると思います。違う面を指摘しますと、相対的な違いに過ぎないのかもしれませんが、消費者に関しては全国レベルの話が多いと思います。だから、消費者がルールを作るとするなら、それは即、全国レベルで影響してくる。もちろん地域だけという場合もなくはないでしょうが、どちらかというと全国レベルにウェイトが寄ってくると思います。環境にももちろん、全国的というレベルで問題になる事項はあると思いますが、どちらかというと地域の方に影響する度合いが強くなってくるでしょう。ですから、同じように公共性と言っても、ずいぶん違ってくるという面があります。

団体というのは、私は大事な話だと思っています。ですから、消費者団体訴権についても関心があります。先ほど出された団体の話につながると思うのですけど、私は、やはり国家・個人の中間にある団体の持っている意味を強調したい。繰り返しになりますけど、私の発想では、どこかに絶対的な価値を置くというのが本能的に嫌なのです。ですから、中間団体にそれなりの役割は果たさせるべきだとは思いますが、だからといって中間団体にすべてをさせていいとは思いません。中間団体だって、間違った方向へ行くかもしれない。ですから、チェックする枠組みは組み込んでおく必要があると思います。たとえば、土地利用の分野について言えば、地区計画という制度があります。それは、ドイツのＢプランを模範として作った制度で、基本的には評価すべき制度だと思っています。しかし、これが、ある段階から再開発地区計画に典型的に見られるように、土地の高度利用のために使われるということが出てきます。地区計画というのは、基本的に団体レベルで土地利用のあり方を決める、その決定を大事にして当該地区の土地利用のあり方を決めようとする制度です。その具体的中身は、地域住民が決めることもあれば、実際には大規模な土地所有を取得するに至った大企業が開発するために使うこともあります。その場合には、乱開発に結びつく危険が大きい。ですから、私は、団体が土地利用計画を作ることは良いと思うんですけど、やっぱりチェックの機能をどこかに残しておかないといけない。国家が全国レベルの公序的な規範を作ることでチェックするという方法もあるし、中間団体の中にいる個人によるチェック機能という枠組みを作っておくこともあるだろう。そのように、あるレベルの決定を絶対化せずにチェック機能を組み込むというのが、私の基本的な発想です。

### 「人の法」と「物の法」

**Q**．吉田先生は、最後の方で、新しい権利体系を超えたパラダイムということで、「人の法」ということをおっしゃいましたが、それに関連して言いますと、いわゆる新たな公共制度の１つの柱として、国家と個人・私人との間にある中間団体の秩序形成ということが言われています。そこで吉田先生のいう地域ルールと団体の問題は、全く違うものなのか、それともある程度団体によって形成されていくものとみているのか、リンクさせないといけないのか、その当たりをお聞かせ下さい。

**A**．先ほど地域共同体という話が出ました。この点については、共同体という言い方をあまり前面に出したくないという気持ちが私にはあります。どういうことかと言いますと、さきほど国立ケースをお話しした時に、共同性だとか共同体といった言葉は使っていません。何を使ったかというと、公共性という言葉を用いました。それでは、公共性と共同性とは何か違うのかと言われれば、私は違うと思っています。どこが違うかというと、公共性の場合には、「開放」という言葉が内容を示すことになる。つまり、誰でもアクセスできるというのが公共性の大きな特性です。共同性はどうかというと、共同性は内向きなのです。たとえば、入会団体だとかは、エゴイスティックな水争い・土地争いを熾烈にやってきました。それは、開放性とは反対の方向で、たしかに内部においては共同性が支配するのかもしれませんが、共同体は、外部との関係では、すぐれて私的利益の主体として現れるのです。私は、外郭秩序は、不特定多数の市民がアクセスしうる利益が問題になる場という理解ですので、それは、共同体の話ではなくて公共性の話です。ですから、このような問題を議論する際には、あまり共同性という言葉を使わないようにしているわけです。もちろん、共同体の問題を議論する必要がある場合もあるわけで、その場合には、共同体や共同性という言葉を用いていくことになりますが。

**Q**．土地所有権にも、個人主義的な色彩と公共的色彩、ある土地所有権が個人の土地所有権であると同時に地域共同体の土地所有権に組み込まれているということで、土地所有権には二重性があるのだとすると、土地所有権の内容として一定の地域では景観の利益あるいはその景観を維持するための制約が組み込まれていて、その内容は地域･住民によって形成されると考えることができます。そこで、たとえば「物の法」という観点から景観利益を評価していくと、そのような内容の土地所有権を取得したものとして、後から入ってきた人も当然制約に服することになるし、違反をした場合には共有の保存行為という形で、地域の構成員の一人が、自分自身の利益を守るためだけではなく、地域の公共性を維持するために差止を行なう余地はないか、と考えることも可能ではなかと思うのですが、この点はいかがでしょうか。

**A**．「物の法」といいますか、土地所有権に引き付けて国立などの問題を考える

ということですが、私は悪いというつもりはないのですけども、どうして土地所有権に規制がかかるかと言えば、やはりルールがあるからだと考えます。だから、結局は同じところに行くと思うのです。また、保存行為というのも面白い議論で、基本的には賛成なのですが、私の発想の中では、今回は共有ということですけど、そこに対する侵害があった場合に保存行為をするというよりも、ルールに対する違反があった場合に誰かが代表するという考えです。だから、微妙に違うのかもしれません。私の発想は、あまり土地所有権に引きつけないで、公共空間に投げ出して、その公共的利益を誰が代表して守っていくのかという考え方です。

## ルソーとアンセル

**Q**．最後に２点だけコメントさせてもらいます。

まず、吉田さんの頭の中では「私」と対立するものとして「公共性」が位置づけられているようです。その前提には、一方では、利害にまみれて、個別利害から自由になれない人間がいて、他方では、その利害をそのまま受け容れつつも何とか調整しようとするものとしての国家や政治というものが念頭にあるんだけど、これってアメリカ型であって、フランス型ではないですよね。フランスは、ルソーの国なんで、一般意思を措定して、個別利害や特殊利益から解放された人間こそが政治の担い手だとされているのではないですか。そこでは、われわれ人間はすべて、ピュブリックな面が組み込まれているというような見方が強くって、アメリカのように個人のエゴを恥ずかしげもなく剥き出しにするようでは国は成り立たないと考えられているように思うのです。もちろん、フランスのような見方も怖い側面があって、ジャコバンの独裁という歴史もあったわけですが、ともあれ、政治の出発点として何を考えるのかという問題があるように思うのです。私はそのことが気になりました。この話しは他のところにも出てきて、たとえば日本では審議会をやるときは必ず利害関係人が出てきて、アメリカ型になっているけど、フランスでは、そうした側面もあるけどやっぱり比較するとその側面は弱い、少なくとも民法みたいな基本立法では、割合、利害関係者を審議会に入れない、たとえ出てきても法律家として考えることが当然だとされている。つまり、一般意思の観点から議論しているような感じがしています。

次に、Revue trimestrielle de droit civilという雑誌がありますが、その中に掲載された最近20年のベスト論文との評価もあるアンセル（Ancel）の論文をご存じでしょうか。それは、「契約の拘束力」と「契約の義務発生源としての力」の２つを分けることを説いた論文です。これは確かに面白い論文で、私も新版注釈民法の債権総論の「前注」でだいぶ使ったんです。その論文を読んで感じたことは、我々は契約の効果として何を考えるかというと、ドイツ的な発想でもっぱら債権の発生原因だと位置づけて満足しているようなところがあります。ところ

が、アンセルによると、そうではないというわけです。契約の効果として、拘束力というものがあって、それの方が基本になるというわけです。拘束力は、フランス語で言うと、「être tenu」という状態、つまり「縛られている」状態であって、これに対置されるのが、「être obligé」という状態、つまり「義務を負っている」「何かしないといけない」「何かしてはいけない」状態です。先ほどの、吉田さんの外郭秩序は権利の体系ではなく、ルールだということは、つまり「être tenu」の側面があって、「そこに縛られている」という効果をもっているものだとはいえませんか。地域の自生的ルールに縛れるわけです。それに対する違反は何かというと、ルールに従わない人は、ルールの内容を守れということになる。もちろん、司法を通じて強制的に守らせることができるかどうかは一つの問題で、être tenuに対する違反の効果として、obligationが観念されるに留まる場合もあって、直ちに現実の履行強制に結びつくわけではないのかもしれません。

こうした発想が出てくるのが、パンデクテンでなく、インスティトゥシオネスだからだと言えるのかというと、私はそうは思いません。むしろ、規範の構造分析から出てきているのではないでしょうか。規範として一定の作為・不作為を明示している形の規範もあれば、「規範そのものを守らなければならないでしょう」というようなレベルのメタ規範みたいなものがあるのではないでしょうか。だとすると、規範の角度から、吉田さんの言う外郭秩序とそれ以外の実体的な秩序、その中身としての人格権だとか財産秩序といったものが整理できるのかな、という印象を受けました。

**A**．まず、前者の質問について。「私」と対立する「公共性」がアメリカ的ではないかということですが、なるほど、と思いました。そうなのかもしれないですね。つまり、さっき申し上げた国家的な形ではない地域における公共性は、一方で市民の全体の利益を体現すると同時に個の利益を体現する。これは、実はそのまま上に上げれば国家レベルでも言えるはずなのですけど、日本では実体として言いにくい。それは、国家が抱える公共性が、実は本当の意味での公共性ではなくて私的な部分があるからです。それが日本の特徴で、公を語りながら、実は私を内包しているということが実に多いです。そういう意味ではおっしゃるとおりだと思います。ただ、ピュブリクを内包する個人というルソー型が本当にいいかというと、それはどうかという点も含めて、同意いたします。

その次の質問に関しては、まだその雑誌を読んでいないのであとで見てみますが、ただその後言われた外郭秩序におけるルールの話ですが、「être tenuでしょう」ということですが、これはたいへん示唆深いものです。それから、違反した場合に、まず契約の拘束力というか、「縛られている」ことを考える必要があるというのも、考えさせられます。この点に関して思い出すのは、住友信託とUFJグループとの経営統合に関する紛争

です。これも、現時点では損害賠償が前面に出てきましたが、その前に契約をした以上はそれに拘束される、それは履行しなさいよという話はあってしかるべきだと思います。同じような話は外郭秩序にもあると思いました。

そのあとの、以上のような発想をパンデクテン体系とインスティトゥティオーネス体系の違いに直線的に結びつけるのはいかがかという点も、かなりの程度に同意します。この点については、この問題を最初に考え出した頃の発想が、パンデクテン体系とインスティトゥティオーネス体系の違いというところに偏りすぎた嫌いがあったと思っています。先週、早稲田大学で星野先生が講演をされまた。たまたまその時、東京にいたものですから、出席いたしました。そうしましたら、質疑の際に、司会の方が、「わざわざ北海道から来た人がいますのでぜひ発言を」と振ってくれましたので、質問の中で先ほど申し上げたような問題意識を提示しましたら、講演会が終わった後に、やはり出席していた東大のフランス法の北村一郎さんから、「あの発言には違和感を覚えた」と率直な感想を頂戴しました。私も、やはりこの２つの体系には大きな違いがあるとは思いますが、その違いについてはもう少し慎重に考えていかなければいけないと反省させられた次第です。今日は、そのような点を踏まえて、かなり控えめに出したつもりですが、それでも違いを強調しすぎたかもしれません。この点は、今後もさらに考えていきたいと思っています。

とりあえず、以上で終わります。どうもありがとうございました。