



Title	報告 4 環境秩序と民法
Author(s)	吉田, 克己
Citation	北大法学論集, 56(4), 234-258
Issue Date	2005-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15406
Type	bulletin (article)
File Information	56(4)_p234-258.pdf



[Instructions for use](#)

環境秩序と民法

吉田克己

一 はじめに

1 外郭秩序としての環境秩序

それでは、「環境秩序と民法」というテーマで報告をさせていただきます。私たちの科研プロジェクトは、前は競争秩序をテーマとしてシンポジウムを開催しました。今回は、環境秩序です。この二つの領域を取り上げる際に、私の中にあるのは、広中理論です（広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社、一九八九年）参照）。前回の対象とした競争秩序は、広中理論によれば財貨秩序の外郭秩序というふうに把握されます。これに対して、今回の対象である環境秩序は、人格秩序の外郭秩序という位置づけになります。

広中先生の場合には、人格秩序の外郭秩序には「生活利益秩序」という呼称が当てられます。これとの関係では、環境秩序は、生活利益秩序に属しつつ、その一部をカバーするという位置づけになります。少し狭くなるわけです。他方、

環境秩序という言葉を使う際に、私は、自然環境に限定するつもりはございません。社会環境なども当然に含みうるものと考えています。つまり、環境という点では、広い意味で使いたいというふうに思っているわけです。

次に、結論先取りのなところもあるのですが、そのような外郭秩序の特徴としてあらかじめ二点指摘しておきたいと思えます。

2 外郭秩序の特徴

第一は、外郭秩序が問題になる領域は、公共的な空間と把握することができる、ということです。私がここで「公共的」という場合には、不特定多数の市民の接近が可能である、つまり公開性という点に重点を置いて把握しています。これを別の角度から言い換えますと、外郭秩序は、特定の市民の排他的な支配に親しむ領域ではないのです。

ただそうは言いますが、特定の個人の利害が関係しないわけではない。それも当然に関係します。ということでは、この領域においては、公共的な利益と私的な利益とが交錯することになります。そのような事態を反映して、いわゆる「公法」といわゆる「私法」が交錯して現れるわけです。その結果、ドイツ、フランスや日本の伝統的考え方である公法私法峻別論の問題性が、この領域において顕著に現れてくることになります。公私を峻別できない、そういう領域なのです。私は、ここに外郭秩序の特徴があるのではないかと理解しています。そして、私の理解によれば、この領域にこそ法に関する現代的諸問題が集中して現れているのです。

第二は、市民社会構成員に対する利益の割当てという点における、外郭秩序と中核的秩序（財貨秩序および人格秩序を総称してこのように言っておきます）との違いです。外郭秩序は、公共的空間といっても、市民社会の構成員に一定の私的利益を割り当てています。その点では中核的秩序と同じです。しかし、中核的な秩序の場合には、この利益割当ては、権利という形を取ります。これに対して、外郭秩序の場合には、この利益の割当ては、権利という形を取りませ

ん。権利という独占的な利益割当ての形は、公共的空間である外郭秩序に親しまないのです。ここにも、外郭秩序の特徴が認められると考えています。

3 課題の限定と具体的テーマの設定

以下では、以上のように整理した特徴を持つ外郭秩序としての環境秩序にアプローチいたします。それゆえ、本報告は、環境問題全体についての法的アプローチを試みるものではありません。環境破壊によつて生命や身体、健康などの人格秩序に属する利益あるいは権利が侵害されるケースは、今日の報告の直接の射程には入ってこないのです。もちろん関係する限りでは触れることもありますけれども、直接的な対象ではない。生命や身体、健康などを対象にする人格秩序の外側にある環境秩序のあり方や、いまだ権利としての属性までは認められていない利益に関する法のあり方を検討する、これが今日の報告の課題ということになります。

そのように課題を限定した上で、課題に接近するために、より具体的には二つのテーマを設定いたします。一つは環境権、もう一つは景観利益です。これらは、いずれも、私の理解では、外郭秩序において生じる問題と位置づけることができます。しかし、そのような認識自体が、必ずしも共通のものにはなっていないように思われます。そのような理論状況を踏まえつつ、外郭秩序という観点を前面に出してこれらの問題を考えるとどのような理論的把握になるのだろうか。そのような問題意識を基本にして、これら二つの問題領域にアプローチしてみたいということです。

二 環境権論争と今後の方向

1 環境権論の提示

まず、第一の柱である「環境権」の検討に入ります。環境権は、一九七〇年代の初頭に提示されました。当初の問題

意識は、大阪弁護士会環境権研究会の『環境権』という本にまとめられています(大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』〔日本評論社、一九七三年〕)。以下、この文献の参照頁は、本文中に示す。多少のコメントをつけながらこれを紹介していきます。

(1) 環境権論の背景

まず環境権論が提示された背景ですが、二点指摘することができます。第一は、エコロジ的な環境危機の認識です。二〇世紀後半以後の科学技術の進歩とそれに伴う工業化の進展は、そのままでは永久に自然の循環作用の中に還元されない物質を数多く生産するようになり、自然の回復能力をはるかに上回る大量の廃棄物が排出されるようになった。そのようなエコロジ的な危機の結果として公害問題があるのだ、という把握がなされます(六三頁。また、四八〜四九頁も参照)。ここでは、公害問題をより広い環境破壊の問題として把握するという発想が見出されます。

とはいえ、第二に、環境権論が直接に念頭に置いているのは、公害問題、つまり生命身体などのきわめて要保護性の高い利益の侵害です。実際、環境権が提示された時期は、かかる深刻な公害問題が最も鋭く提示されていた時期だったのです。それゆえ、巨理報告で提示されたアメニティの保護というような問題意識がこの時点で明確に示されていたわけではありません。

今指摘しました二点の背景のうちの前者、つまりエコロジ的な環境危機の認識という点からしますと、被侵害利益の公共的性格が前面に出てきてもおかしくないようにも思います。しかしながら、初期の環境権論にはそのような発想は、まったくないというわけではありませんが(たとえば一二六頁参照)、ほとんどないといってよろしいかと思いません。

(2) 初期環境権法理の法律構成

さて、次はそのような背景の下で提示されてきた環境権は、どのような法理によって構成されたのでしょうか。

まず、第一に、環境権論の出発点は、環境共有の法理です。そのロジックを簡単にまとめますと、急速な産業の発展によって、環境の素材（空気、水、太陽の光等）が稀少なものになった。それは、われわれを取り巻く自然が「自由財」ではなくなり、稀少価値を持つ「価値物」に変化したことを意味します。このことを法的に評価すれば、それは、一つの権利保護の要件を具えた、ということになるわけです（五〇頁）。他方で、大気や水・日照・通風・自然景観などの自然の資源は、人間の生活にとって不可欠のものでありますから、すべての自然人に公平に分配されるべき資源であつて、それは万人の共有に属すべき財産という主張がなされることとなります（七七―七八頁）。

「自由財」の否定から直接的に導かれるのは、環境の素材が独立の財産になりうるという把握でしょう。その場合に、その財産の帰属をどのように考えるかについては、共有が唯一の選択肢であるわけではありません。それは公共に帰属する、つまり公共財だという方向もありうるはずで、むしろ共有とする場合には、共有者の範囲をどう考えるかというやつかいな問題を抱え込むこととなりますから、公共財だと考えるほうが通常の発想のようにも思います。しかし、初期の環境権論には、そのような発想はありませんでした。

第二に、環境共有の法理を出発点にした上で、環境の独占的利用の違法性が主張されます。その論理は、次のようにまとめることができます。環境が万人の共有財産である以上、共有者の一人が他の共有者全員の承諾を得ることなく、これを独占的に支配・利用して、これらを汚染・減耗させることは、それ自体他の共有者の権利の侵害であり、すなわち違法だ、というわけです（七八頁）。この帰結、つまり同意を得ることなく勝手に環境を破壊することが違法だという結論を導くことが、環境権論の狙いの一つでありました。しかし、この結論は、公共財説でも同様に導くことができずです。したがって、共有論の独壇場ではないはずで、しかし、そのような点は、初期環境権論においては、特

に自覚されませんでした。

第三に、権利の性質ですが、次の性質が指摘されます。①まず、環境権は、財産的な性格、財産的な価値を持つのですが、それは単なる財産権ではない、むしろ人格権に近いと把握されます。②次に、環境権は、より積極的には、国または地方公共団体に対して、良き環境の確保を要求しうる権能をも含む権利とされます。そして、それは、生存権的な基本権としての一面をも併有するものとされます。つまり、憲法二五条および一三条に根拠を置く基本的人権という把握がなされるわけです。③最後に、環境権は、支配権として排他性を持ちます（以上、八七頁）。

ここは、環境共有法理の苦しいところともいえましょう。①や②には、共有法理を単純に貫徹できないことが示されているからです。また、③についても、本当に環境についてそのようなことをいってしまつてよいのだろうかという率直な疑問が浮かびます。しかし、この③は、環境権論としてはどうしても強調したいところだだろうと思います。このように構成しないと差止を導くことができないと当時は考えられていた節があるのです。

（3）初期環境権論の特徴

それでは、以上のように提示された初期の環境権論について、どのような特徴を見出すことができるのでしょうか。それは、スローガン風には、《私権性の強調・権利バラダイムの前面化》という形でまとめることができるように思います。

この特徴は、環境権論の論争的性格に由来するところが大きいといえましょう。論争相手に対する批判のために、理論のある一面が強調されるということは、よくある話です。環境権論における私権性の強調にも、そのような面があるのではないのでしょうか。

もつともそのような評価を行うためには、環境権論がどのような理論と対峙したかを見ておく必要があります。とい

うことで、環境権論が当時対峙した理論がどのようなものであったのかを次に見ておこうと思います。

2 環境権論が対峙した理論

環境権論が対峙した理論は、大きく分けると二つあります。

(1) 受忍限度論

その第一は、いわゆる受忍限度論です。代表的論者である加藤一郎先生の議論に即してその内容を紹介しておきます（加藤一郎「序論」同編『公害法の生成と展開』（岩波書店、一九六八年）。以下、この文献の参照頁は、本文中に示す）。まず、この議論の核心は、「一般的にいうと、違法性の問題は、被害の程度と加害の態様との相関関係において考えられる。」という命題に示されています。要するに、被害の程度が大きければ、加害の態様がそうひどくなくても、賠償を認めるべきである。これに対して、被害の程度が小さければ、加害のしかたがひどい場合に初めて賠償が認められる。このような考え方が採られるべきであるし、現に採られているという理解です（二〇頁参照）。

このような理解に立って、次に、いわゆる違法段階説が展開されます。差止請求がどのような場合から認められるかというと、「被害がゼロのところから出発して、だんだん被害が大きくなっていくと、それが一定の限度をこえたところから、損害賠償が認められるようになる。しかし差止請求が認められるのは、それよりかなり高いところで、どうしてもとめなければ困るという場合に限られることになるであろう。」（一三頁）というわけです。差止は企業に致命的な打撃を与えることになるので、よほどの場合でなければ認められない、というのがその基本的発想です。

差止は安易に認めるべきではないというこの議論は、社会的有用性または公共性の考慮という議論と結びついていきます。「公益的なものについては、被害が相当ひどくても、それをとめることは公益の実現を妨げることになるから、差止請求は認められないことになるであろう。」というわけです（二三頁）。

(2) 環境公的管理論

環境権論が対峙したもうひとつの理論は、私なりのネーミングですが、環境公的管理論と呼ぶべき議論です。この議論は、代表的には、原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂、一九七七年）において展開されています。

結論的には、「民事裁判の職務は個人的人権の保護つまり個人的被害の救済にあるのであって、地域環境全体の問題は、国民ないし住民の民主的選択に従い第一次的には立法・行政制度を通じて公共的に管理されるべきものであり、民事の裁判権は、行政上の環境対策が不十分で個人的な被害が発生ないし発生しそうな不幸な状況において、はじめて人権救済のためにいわば補足的に発動されるにとどまるべきものだ」（六九〇七〇頁）と把握するのが、この議論の核心といつてよいでしょう。個人の具体的権利侵害は民事裁判、地域環境全体の問題は国民や住民の民主的選択（具体的には国や地方公共団体の政策判断）という峻別と役割の振分けが行われるわけです（一一一―一二頁も参照）。このようにして、地域環境の保全については、住民が裁判というルートを通じて関与していく道が開ざされることとなります。

(3) 環境権論による批判

環境権論が環境権の私権性を強調したのは、まさにこのような議論と対決するためでした。具体的には、次のような批判が展開されます。

まず、受忍限度論に対してです。その違法性論に対しては、何よりも加害者に無用な配慮をしていることが批判されます。従来であれば、生命・身体侵害は一発で違法だったはずで、ところが、受忍限度論は、相關関係の違法性判断を導入します。その結果、本来一発で違法だったはずの生命・身体侵害についても、利益衡量的判断の導入によって違法性を否定される場合がありうるようになってしまいうわけです。これは、「権利」の稀釈化を意味します。このようにして、結果として救済が後退してしまうという点が批判されるわけです。差止論についても、受忍限度論が違法段階説

を採用することによって、ここでもやはり救済が後退するという点が批判されます。このような文脈を考慮すれば、環境権論において「権利」が前面化してくるというのは、よく理解することができるでしょう。

またもう一点、環境権論においては、公共性論に対する警戒が非常に強いということも指摘しなければなりません。受忍限度論は、公共性を差止の否定に結びつけていたからです。これに対して、環境権論は、差止を認めさせるために、私権性を前面に出していったと理解することができます。

次に、環境の公的管理論に対しては、次の二点が指摘されます。第一に、地域環境の保全是国とか地方公共団体の任務だというのが公的管理論の基本的発想ですが、これに対して、「かんじんの国や地方公共団体が、企業の利潤追求主義に基づく公害のたれ流しを放置してきたこと……が、今日の深刻な公害をもたらしてきたのである。」（前掲『環境権』一二二頁）という批判が対置されます。第二に、公益優先の発想が批判されます。「環境問題は、一市民対一企業の相対的問題ではなく、地域社会全体、場合によっては国全体の政策の問題であることは否定しえない。しかし、地域社会全体の利益、国全体の利益の問題であるといっても、結局はそこに生活する住民ないし国民の私益を超えた公益が存在するわけではない。」（前掲『環境権』一二二頁）というわけです。このようにして、私益の公益への優先が語られることとなります。

このように、ここでも、論争の具体的文脈を考慮すれば、環境権論が環境権の私的性格を前面に押し出そうとするのは、十分に理解することができます。他方で、右に引いたような私益と公益との関係の把握から、先に外郭秩序の特徴として述べた公益と私益の二重の存在という把握も導くことができたはずだとも思います。しかし、実際には、そのような把握は、初期の環境権論には見出すことができません。

(4) 小括

以上の検討をまとめておきます。環境権論の狙いは、その核心をまとめれば、一つには、救済の前倒し・権利の防衛線の前進にあり、もう一つには、環境保全の領域での国や地方公共団体の機能不全を前提にして、行政ではなく民事裁判を活用していこうという二点にあったと思います。これらの問題意識は、まことに正当なものでした。

重要なことは、最初に出しました環境共有の法理は、このための手段にすぎないということです。つまり、環境共有の法理のもとで、環境に対する古典的な意味での排他的私権の承認が本気で目的として求められているわけではないのです。しかし、そうだとしますと、環境共有の法理が手段として適切であったかどうか改めて問題になります。共有という構成ですと、どうしても排他的私権と結びついてしまうからです。「環境権が市民法的権利とは性質の異なる権利であることを明確にし、その性質にふさわしい独自の構成」(中山充)を組み立てること、これがその後の環境権論に問われることになりました。

3 環境権論の発展的・批判的継承——環境共有法理を超えて

実際、その後の議論は、この「独自の構成」を探求する過程であったということが出来ます。その方向は、大別すると二つに分かれます。第一は、権利構成を維持したままその内容を組み替えていくという方向です。第二は、権利構成自体を再検討していくという方向です。この第二の方向を採用するためには、権利侵害のみが差止を導きうるという図式を克服することが前提になります。以下、この二つの方向の内容をもうすこし立ち入って見ておきたいと思えます。

(1) 「権利」の組替え

まず前者、環境に対する権利の組替えという方向です。この方向の現時点での到達点を示すものとして、中山充先生の議論を挙げる事ができます(中山充「環境権——環境の共同利用権(1)」(4・完)香川法学一〇巻二号〜一三巻一号(一九九〇年〜一九九三年))。以下、この文献の参照頁は、本文中に示す。以下、中山説による環境権把握の

ポイントを押さえておきましょう。

中山説によれば、環境権の基本的な骨組みは、次のようにまとめることができます。①まず、環境権は、第一次的には民事法上の権利の性格を持ち、かつ、行政法上の権利の性格を持ちます。それはまた、憲法二五条と一三条に基づく基本的人権の性格をもあわせ持ちます（一―一二四頁）。②環境権は、次に、単に人の生命、健康を保護するだけでなく、人のもつと積極的な発展をも保障する権利であって、それらの目的で環境を利用できることを第一次的な内容とする、とされます（一―一二五頁）。それは、物たる環境を権利の客体にする点で、人格権とは異なります。物を直接に使用収益できるという意味では、支配権の一種です。しかし、それは、商品交換の対象にはなりません。他の人々との共同で使用することが、環境権の第一次的な権能ですので、環境権は公共的な性格を帯びるのです（一―一二六頁）。

③「以上の内容と性質」から、環境権の次のような定義が導かれます。「われわれは環境権を、一般的には、『他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもつて、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利』と定義すべきである。」というのです（一―一二六頁）。④なお、環境権については、侵害の場合でも損害賠償請求権は認められません。環境権によって保護されるべき利益は、各権利者に排他的に帰属するものではないからです（4・定 九五頁）。

中山説は、たしかに環境権について権利構成を維持しています。しかし、それは、権利構成から離れる一步手前というふうに評価することができるのではないかと思います。中山説の構成から導かれる権利は、確固たる割当て内容を伴った古典的な権利ではないことが明らかだからです。その点は、最も象徴的には、侵害に対する損害賠償が否定される点（先の④）に示されています。中山説は、自覚的に古典的な権利から離れる方向を志向しているのです。

しかし他方で、それでもなお、中山説は、権利構成に留まっています。その理由として挙げられるのは、「保護され

るべき環境利用の内容を明確にし、かつ保護を受けるべき主体を明確にするためには、そのような構成（差止請求権の成立根拠を、環境権侵害ではなく、環境利用に関する法秩序の違反に求めるという、次の（2）で取り上げる見解——引用者）にとどめず、権利の形に構成する必要がある」ということです（4・完 六五頁）。しかし、そのような理由から権利構成にこだわることに十分な説得性があるのか、私は疑問に思います。

（2）「権利」構成からの解放

（a）秩序違反⇨違法を要件とする差止論 さて次は、「権利」構成から離れていくという方向です。この方向を最初に提示したと見られるのは原島重義先生ですので、これを中心的に紹介してみたいと思います。この議論を提示した論文が公表されたのが一九八〇年、もう四半世紀も前になります（原島重義「開発と差止請求」法政理論四六卷二四号（一九八〇年））。

第一に、本論文において、原島先生は、差止の要件論として、違法だけでよいのだ、という議論を展開されます。つまり、権利侵害を要件としない差止の承認です（二八四頁）。他方で、環境権論に関連して、いわゆる環境共有の法理は「強いて言えば正確ではない」、これはちよつと遠慮している言い方だと思えますけれども、そのように言われます。どうして不正確かと言えば、環境はいかなるものにも帰属しないからです（二八六頁）。「こうして、環境侵害によって差止請求権を生ずるのは、特定地域の環境が環境破壊者のものではなく、他の住民に帰属するが故にそうなのではない。環境破壊によって被害をうける住民のイニシアティブの下に環境保全秩序・環境利用秩序に関する法規範の違反をチェックしようとするもの、と構成することができよう。」（二八七頁）という、大変に先駆的な議論が展開されます。

第二に、これは別の論文で展開されていることで、今の話しとは関係がないようで、実は根本的なところで関係しているように思うのですけれども、人格の保護と主観的権利保護との分離を前提に、人格の方が高次のものだという考え

方を提示されます。つまり、「人格を他の諸権利とは性質の異なった、より高次なものとする考え方」（原島重義「権利論とその限界」法政理論四二巻二一三三号（一九七五年）四一七頁）です。原島説によれば、ドイツでは、人格保護の必要性は認めるがこれを権利として構成することについては強い反対があるようです。「人格権とは、人格の基本的な不可侵性または尊厳の表現であつて、支配権のような意思力の表現ではない。ここでは、人格の外にある法益の保持と収益の割当てが問題ではなくて、人格性の確認こそが問題である」（原島重義「民法理論の古典的体系とその限界」『山中康雄教授還暦記念・近代法と現代法』（法律文化社、一九七三年）一三四頁）。このような把握が、人格保護を権利として構成することに対する反撥の背景にあります。人格保護に関するそのような基本的理解を踏まえれば、《人格権は排他性を欠いており、このような実定法上まったく根拠のない物権類似の効力を有する強大な権利を軽々に承認することは到底できない》、といった議論は、人格侵害についての基礎的な理解を欠く、ということになります（前掲論文二八六頁）。

以上の把握から、第三に、法益保護の二元的理解が導かれます。これはきわめて重要な帰結だと思えます。二元的理解というのはどういうことかという点、人格・権利その他の利益侵害における違法と、競争秩序・占有秩序・環境利用秩序などの違反における違法とを分けて二元的に把握する、ということです。前者については、違法性は侵害結果によって生じる。結果不法のような形になります。ここでは、侵害行為の態様を問わない。これは、「権利保護」と性格づけることができます。古典的な体系がここで見出されるわけです。それに対して、競争秩序とか占有秩序、環境利用秩序などの違反における違法というのは別の類型としてあるのだ。これはそれぞれの法制度が要求する一定の行為規範の違反を前提とする。つまり行為不法的なつかまえ方になってきます。これは、先に指摘しました「権利保護」に対置する形で性格づけますと、「法制度的保護」ということになりましたか。

今日は、ここで原島先生の議論だけを取り上げましたけれども、最初に触れました広中外郭秩序論も、実は同じような発想に立っています。つまり、秩序違反を根拠として差止めを認めていこうという方向なのです。私も、基本的にこのような議論の流れを受ける形で理論展開を図っているわけです。

(b) 環境権の手続的アプローチ さて、もうひとつの少し違ったアプローチとして、「環境権への手続的アプローチ」と呼ぶべき考え方があります。これは、淡路剛久先生の理論です。淡路剛久「開発と環境の理論」池上惇Ⅱ林健久Ⅱ淡路剛久編『二一世紀への政治経済学』(有斐閣、一九九一年)に即してポイントを三点にまとめます(以下、参照頁は本文中に示す)。

第一に、淡路説は、前提として、公共的利益の侵害が問題となっていて、という認識を持っています。これはまことに正当な認識です。ですから、個人的被害ないし個人的権利侵害の要件を重視してはならない。むしろ、環境権訴訟の原告は、そのような個人的ないし私的利益の侵害よりも公共的利益の侵害を問題にしている、そのような環境問題の実質をそのまま受け入れる司法審査方式を考えることが必要だ、との主張が展開されます(二〇五頁)。

第二に、それでは具体的にどのような司法審査方式が望ましいのか。実体審査方式よりも手続的審査の方式を中心とすべきだというのが具体的な提言です。ここでは、環境権の主体である住民に情報を十分に公開したかどうか、住民の意見を十分に聞く手続をとったかどうか、などが審査されることとなります(二〇五頁)。

第三に、環境権訴訟を、個人的権利侵害を被った場合の差止訴訟と區別して、公益を守るための特別の訴訟(代表訴訟)と位置付けるといふ方向が提示されます。そして、そのための規定を環境保護基本法の中に設けることが必要とされます。このように、ここでは伝統的な主観訴訟を超えて客観訴訟を志向するといふ方向が明確に示されています。

ここでは、原島先生の下では必ずしも明確ではなかった問題の公共的性格が前面に押し出されています。この点に、

私の視角からは大変興味を引かれるわけです。また、淡路先生は受忍限度論に属する論者だといわれます。そのような論者からの発言であることにも注意しておくべきでしょう。

このような次第で、環境権論の総論的な次元では、初期の環境権論の発想を承継する立場におきましては、方向性はかなり収斂してきていると言つてよいかと思います。しかし、これが各論レベルに入りますと、問題はそう単純ではありません。以下では、近時大きな関心を集めている景観問題を素材としながら、その点を見ていくことにしたいと思います。

三 景観利益の法的保護——国立景観訴訟を素材として

1 概要と取り上げる視角

ここでは国立の景観訴訟を素材とするわけですが、今日は四本ある報告の中の三本においてこの国立事件が取り上げられています。この事件がいかにホットな話題になっているかということですが、そのようなわけで、事件自体は、広く知られていると思いますので、詳しく紹介する必要はないでしょう。北大でも、長谷川貴陽史さんが専門家で、先日ある研究会で詳しい報告もありました。

それでも一言だけ触れておきますと、すぐれた景観で知られる国立市の大学通り沿いに高層大規模マンションが計画されました。これに対して、計画段階から住民の激しい反対運動が起きたわけです。しかし、用途地域の関係では（本件土地は大学通りに面した土地としては例外的に高度規制のない第二種中高層住居専用地域に指定されています）建築可能な建物ということで、デベロッパーが建設を強行しました。いくつかの訴訟が係属していますが、ここで取り上げるのは、住民側から提起された民事訴訟です。当初は建築差止請求でしたが、建物が完成してしまいましたので、完成

建物の高さ二〇メートルを超える部分の撤去請求に切り替えられました。この請求が一番で一部認容され、大きな話題を呼んだわけです。裁判長の名を取って宮岡判決と通称されます。これは、控訴審（大藤判決）で全面的に覆されませんでした。

景観には、私の理解では、といえますかほぼ共通の理解と言つてよろしいかとも思いますが、公共的性格があります。本報告では、このような被侵害法益の公共的性格がどのように扱われているかという視角を設定して、宮岡判決と控訴審判決（大藤判決）を検討いたします。ですから、限定された視角からのアプローチであつて、問題の全面的な検討ではないことをあらかじめお断りしておきたいと思ひます。

2 宮岡判決

（1）宮岡判決の論理の特徴

まず宮岡判決です（東京地判平成一四年一月一八日判時一八二九号三六頁、判タ一二二九号一〇〇頁）。宮岡判決は、先ほど申し上げましたように、完成した建物の二〇メートルを超える部分の（一部）撤去を命じるという画期的な判断を下しました。それではどのような論理でこの結論を導いたのでしょうか。

（a）景観利益の二類型の区別　まず、宮岡判決は、景観利益に二つの類型があるということを述べています。つまり、景観には、 α 「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つ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」タイプと、 β 「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、自らこれを楽しむ」タイプとがあるというわけです。前者は、私のネーミングでは、「既存景観享受型」と呼ぶべきもので、後者は、「景観共同形成型」と呼ぶべきものです。この二つが明確に区別されているわけ

す。そして、前者（ α ）が直ちには法律上の権利として認められないとしても、後者（ β ）については法的保護に値する場合があるという判断が導かれます。前者の結論については議論の余地があるにしても、この区別自体はきわめて正当なもので、宮岡判決の理論的貢献のひとつはこの点にあります。

この区別はまた、景観が法的保護の対象になる場合の二つの論拠を示しているとも評価することができます。つまり、①実体的価値として保護すべき景観利益（ α ）と、②プロセス的価値として保護すべき景観利益（ β ）とがありうるということです。

（b）相互拘束論による景観利益保護の根拠付け　もうひとつは、いわゆる「相互拘束論」による景観利益保護の根拠付けです。これは宮岡判決の中でも有名な論理でありまして、今日のこれまでの報告においても取り上げられています。要するに、地権者による土地利用の自己規制の継続によって土地に付加価値が生み出された場合には、地権者は、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」——宮岡判決は、これを「景観利益」と名付けます——を取得し、この景観利益は法的保護に値する、ということです。

これは、きわめて興味深い論理です。東大の山本隆司さんの議論に示唆を得たもののようにありますが、山本さんの論理とは問題意識が異なるとも指摘されています。違いがあるかどうかはさほど重要ではありません。これまでに見られない新しい土地所有権制限の論理を提示した点が興味深いのです。

本報告の視角からしますと、この論理にはアンビヴァレントな性格が認められるという点が注目されます。つまり、一方で、この論理は、景観利益の公共的性格に連なっていく可能性を内包しています。しかし、現実にはそのようないかず、土地所有権という典型的に私的な権利に景観利益を閉じこめてしまっている。この点については、のちにもう

一度触れることにしましょう。

（2）宮岡判決の限界

（a）景観利益の公共的性格の切り落とし　このように画期的な結論を採用した宮岡判決にも、理論的には限界があるのではないか。これが私の基本的理解です。具体的には、まず、宮岡判決は、景観利益の公共的性格を切り落としてしまったのではないか。

多少敷衍しますと、以上のように法的保護に値する景観利益を析出した後に問われるのは、景観利益がどのようにして私人に帰属するか論証です。今日の午前から出ている主観訴訟、客観訴訟という論点にもかかわらず、民事訴訟は、主観訴訟でなければいけないということになっていきますから、一定の利益が私人に帰属することを前提にしています。判旨は、この点に関して、土地所有権を媒介とする私人帰属を前面に押し出しています。宮岡判決において、景観利益は、土地所有権に対する付加価値として把握されたのです。このようにして、主観訴訟の要件はクリアしましたが、他方で、景観利益の公共的性格が切り落とされることにもなっていました。

宮岡判決は、おそらく景観利益の公共的性格と私的帰属とを両立しないものと考えたのだろうと思います。しかし、この両者は、何ら矛盾するものではありません。私の理解では、外郭秩序が割り当てられる利益には二重の性格があります。つまり、一方では市民総体に利益を割り振ると同時に、個々の市民に対して私的個別的な利益をも割り振っている。私宮岡判決の評釈において述べたことを引用しておきます。「景観もその一部をなす生活利益秩序においては、個々の市民の私的・個別的利益と市民総体の公共的利益とが、分離・対立するものではなく、オーバーラップするもの、二重性を帯びたものとして現れる」（吉田克己『景観利益』の法的保護）判タ二二二〇号（二〇〇三年）七〇頁）。このような二重性を理解するならば、景観利益の公共的性格とその私的帰属を認めることが両立するはずなのです。

(b) 不法行為を法的根拠とする差止 次に、宮岡判決は、一部撤去(差止)という結果を導くために、不法行為を根拠としました。この構成は、本件における問題解決だけを考えるのであればありうるものであろうとも思いますが、しかし、より一般的に景観紛争を解決する法理として事態適合的かといえますと、そうではないように思います。

まず、景観紛争で重要なのは、言うまでもなく、事前の差止です。そのような方向と不法行為法理とは適合的かという問題があります。また、不法行為の本来の効果は、金銭賠償です。被侵害利益に公共的性格が認められる場合に、金銭賠償は適合的かという問題もあります。金銭賠償は私的に原告に帰属してしまいますので、被侵害利益の公共的性格をうまく合わない側面があるのです。環境権論において環境の公共的性格を強調する中山説が、環境権侵害に対する損害賠償を否定していたことが想起されます。被侵害利益の公共的性格を踏まえれば、適合的救済は、やはり差止なのです。差止の効果は、不特定多数の市民の利益になるという意味で、公共的性格を持ちますから。さらに、そもそも理論的に言えば、差止と不法行為の効果である原状回復とは区別されるべきです。不法行為に基づく差止という場合には、その混同があるのではないかと思われまます。

3 大藤判決

(1) 大藤判決の論理の特徴

次に控訴審判決である大藤判決です。まずその論理の特徴を押さえておきましょう。

(a) 眺望利益と景観利益との区別 大藤判決は、この二つの利益を区別します。判旨を確認しておきますと、「眺望は特定の場所からのものであるから、定量的ないし固定的な評価が可能であり、特定の場所との関連において日照や眺望が社会通念上客観的に価値を有するものとして認めることができる場合がある。」「これに対して、景観は、対象としては客観的な存在であっても、これを観望する主体は限定されておらず、その視点も固定的なものではなく……」と

いうわけです。私は、この区別自体は正当なものだと思います。つまり、眺望利益は私的性格を有するのに対して、景観利益は公共的性格を有するのです。問題は、この峻別から何を引き出すかということです。大藤判決は、次の二点を導きます。

(b) 景観評価の主観性　ひとつは、景観評価の主観性です。これも判旨を引きます。「景観は、当該地域の自然、歴史、文化、人々の生活等と密接な関係があり、景観の良否についての判断は、個々人によつて異なる優れて主観的で多様性のあるものであり、これを裁判所が判断することは必ずしも適当とは思われない。」「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。」要するに、景観の評価は主観的なものだから、裁判所が判断することは適当ではないということになります。

(c) 行政主導による景観形成と市民主体の景観形成の否定　もうひとつは、景観形成は行政主導で行うべきだ、市民主体でそれを行うのはまずいという判断です。「良好な景観の形成は、上記の景観法の定めにもあるとおり、行政が主体となり、地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和を図りながら、組織的に整備されるべきものであり、住民は、その手続過程において積極的な参画が期待されているものである。…良好な景観の形成及び保全等は、我が国の国土及び地域の自然、歴史、文化、生活環境及び経済活動等と密接な関連があるから、行政が住民参加のもとに、専門的、総合的な見地に立脚して調和のとれた施策を推進することによつて行われるべきものである。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、かえつ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妨げになることが危惧されるのである。」このように説示しています。大藤判決の中心部分です。

(2) 大藤判決の問題性

大藤判決におけるこの二つの判断には、大きな問題があると思います。

まず景観評価の主観性ですが、景観評価に主観性がつきまとうことはたしかでしょう。だいたい「美」「美しさ」には、そのような性格がある。しかし、すべての景観評価が主観的なのかというと、それはもう少し考える必要がある。

ここで、先ほど申し上げた二つの景観利益という理解を出しておきたいと思います。ひとつは、実体的価値として保護すべき景観利益というものもあるのではないか。つまり美には誰が見ても美しい、つまりたしかに主観的な面もあるかもしれないけど、主観を超えた普遍的な性格というのはあるのではないか。それをどのように判断するか、さらに保護するかという問題はありますけれども、出発点ですべて主観的と割り切ってしまうことは適切ではなからうと思います。

もうひとつは、プロセス的価値として保護すべき景観利益です。都市景観を考える場合にはこちらの根拠のほうが大事かもしれません。一定の地域住民があるタイプの景観を選択して、これからはこれでいこうと決定することはあり得る話だろうと思います。これは、客観的に誰が見ても美しいとかということではなくて、一定の地域の住民が手続きを尽くして、もちろん民主的決定ということが前提になりますけれども、この手続きを尽くした上でこれならよろしいということになれば、それはそれで要保護性があるということになるでしょう。そして、ここでも、主観性は排除されているのだらうと思います。ということ、大藤判決のこの主観性の判示には問題がある。

もうひとつの論理、行政主導の景観形成ということですが、これは、形式的な論理としてはありうるものです。といいますか、古典的には、公共的な性格を有する事柄について責任を持つのは地方公共団体です。フランス的に言えば、

地方公共団体であるコミュニティは、そのような公共事を処理するために形成されてきた存在であるわけですが、これは十分にあり得る論理ではありますが、問題は、現実に日本の公共団体がそのように自らに付託された事務を遂行して良好な景観を保全してきたかということです。そのような実体論を踏まえて考えた場合には、やはりロジックだけで切ってしまうことには、大きな問題があるでしょう。先の環境権で出てきた原田説とそれに対する批判が、ここでの問題状況にオーバーラップいたします。とりわけ、これからの社会においては、市民のイニシアチブをどのように発揮させていくのが重要な問題になるとしばしば指摘されています。大藤判決の論理は、そのような方向に逆行する後ろ向きなものだといわざるをえないでしょう。

4 どのような方向を構想すべきか

（1）公私峻別論を超えて

それでは、どのような方向を構想すればいいのか。基本的には、公私峻別を超えて公私協働を追求するということが、ろうと思えます。

大藤判決は、まさに伝統的・後ろ向きの公私峻別論を打ち出しました。そして、景観は公の領域の問題として行政にすべて委ね、ここから先、市民立ち入るべからずという考え方を採用したわけです。これは到底支持しえない考え方です。これに対して、宮岡判決は、結論は画期的で支持しうるものですが、その論理は、これもやはり公私峻別論なので、つまり、ここでは、景観は私的利益としてのみ法的保護の対象になるということです。

このような公私峻別論を乗り越えていくのが望ましい方向だろうと思っております。より具体的には、二点を指摘しておきます。

第一に、秩序違反を根拠とする差止を認めるといふ方向を考えられないか。これによって差止の公共的性格を発揮さ

せる。第二に、利益侵害の場合の損害賠償請求ですが、この背後には公共的利益が控えており、その結果、この損害賠償も公共的機能、つまり結果抑止機能が期待されていることを直視すべきでしょう。このような認識を要件論や立証責任論に反映させていけないか。

(2) 外郭秩序の形成

もうひとつは、外郭秩序をどのように形成していくのかを考える必要があるだろうということです。

まずもって、実定法による外郭秩序の形成ということがあります。前回の競争秩序シンポジウムでは、独禁法などの実定法による競争秩序形成という観点をかなり重視しました。環境・景観の問題でも、都市計画法とか建築基準法による環境秩序の形成というのはもちろんありえます。

ただ、それに限定する必要はないだろうというのが私の理解です。地域住民による自主的な土地利用ルールの形成による外郭秩序の形成もありうるでしょう。もちろん、どのような要件が必要かなどの問題はありますが、最初からその可能性を否定してしまうのは妥当ではない。そして、そのようにして外郭秩序が形成された場合には、これに違反する場合には、差止が認められるという可能性が開かれるのではないでしょうか。国立ケースでは、住民が土地利用に関する地域的ルールを形成していた可能性が大きいと思います。それが肯定されるならば、その違反を根拠とした差止が認められてしかるべきです。

四 おわりに

さて「おわりに」ということで、二点を簡単に述べます。

1 外郭秩序と民法

まず「外郭秩序と民法」ということですが、これは、最初に提示した観点をもう一回確認しておきたいというだけです。まず、外郭秩序は、公私峻別論が妥当しない領域だということを最後に改めて強調しておきたいと思います。それから、もう一点、外郭秩序の領域においては、「権利パラダイム」を超えていくことが必要になるのではないか。この二点が、今日の私の話のポイントということになります。

2 「権利」パラダイムと近代民法体系

そしてこれが本当の最後ですが、えらく大きな論点を掲げました。なにせ、「権利」パラダイムと近代民法体系」というわけですから。これは全然まともっていないのですけれども、ほんの少しだけ問題提起をして、できればご意見を伺いたいと思っています。

今日の報告を準備する過程で、山中還暦に出ました原島先生の「民法理論の古典的体系とその限界」(前出)という論文を再読しました。そこには、次のような指摘がありました。つまり、主観的権利論の限界を単純な命題にすれば、「私法は必ずしも主観的権利だけから成る体系ではない」、あるいは「法律関係は必ずしも主観的権利の複合ではない」ということになる、ということです(一六二頁)。

私は、この命題は正鵠を得たものであろうと思いますし、今日の報告の検討でもその点は確認できるのではないかと思います。それを前提にして、その上で問題として次のような点があるのではないかと。

①まず、中核的秩序は「主観的権利の複合」が法律関係となる領域、外郭秩序は「主観的権利の複合」ではない法律関係が現れる領域、という二分的な整理ができるのか、という問題があるでしょう。私は、今まではこのような二分的な整理で考えてきたような気がします。しかし、ひょっとして違うのかもしれないという気もしています。つまり、中核的秩序においても「主観的権利の複合」ではない法律関係が現れることがあるかもしれない、ということなのです。

当面、問題となるのは、人格あるいは人格権の位置づけでしょう。先にも触れましたが、サヴィニーを典型とするドイツの古典的体系の下では、人格については人格権と構成しないと指摘されています。これを捉えて、日本の人格権研究においては、歴史法学というのは人格権を否定したというような話をよく聞きます。しかし、原島先生に言わせれば、人格権という形での保護ではないけれども、人格自体は、歴史法学あるいはサヴィニーの体系の下で、非常に高い評価、厚い保護を与えられていたという話になるわけです。そうしますと、人格そのものという中核的秩序の領域でも、権利による保護とそれ以外の保護の関係というのを深める必要があるように思います。

②次に、パンデクテン体系とインスティトゥティオーネス体系との間に、「主観的権利の複合」ではない法律関係を把握するという観点から有意の差があるか、という問題があるように思います。パンデクテン体系は、基本的に「権利の体系」と捉えることができます。とすると、この体系のもとでは「主観的権利の複合」ではない法律関係を把握することは困難だということになるかもしれない。これに対して、インスティトゥティオーネス体系の場合には、そのような困難性はないということになるかもしれない。さて、そのような言い方ははたして可能だろうか、という問題です。これは、「環境秩序と民法」というテーマをはるかに超える話ですが、問題提起だけさせていただきました。以上です。