HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	＜討論＞
Citation	北大法学論集, 56(4), 263-295
Issue Date	2005-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15408
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(4)_p263-295.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

〈討論〉（午後の部）

司会　それでは時間ですので、討論を再開したいと思います。まず最初に水野先生と吉田克己先生からのコメントに対するコメントという形でお願いいたします。

水野　それではまず瀬川先生から私あてのコメントについてお答えしたいと思います。まず、私は、共同体の利益ということを言うわけですが、同時に「市場の論理」ということも言っている。しかし、市場も一つの共同体ではないのか、市場と共同体の違いはどこにあるのか、一つ考えられるのは、市場というのは開かれた共同体で、誰もが参加できる。そういうことで区別していくのかといったようなご質問だったと思います。

確かに市場というものも一種の共同体だというご指摘はその通りだと思います。ただ、市場と共同体というのは、（広い意味での）「環境」に対する関わり合い方が異なっているのだと思います。そして、これは誰もが参加できるかどうか、開かれているかどうかということとは直接リンクしない問題だと思うのです。たとえば私の理解では、プライバシー侵害では、被害者である個人がプライバシーの侵害以前に、自律的に情報環境に対して一定のアプローチをしているわけです。これに対してそのような個人の自律と対立しているのが表現の自由という価値です。ここでは、地域社会ではない、誰もが参加できる、その意味で非常に広い共同体の利益が問題になっているわけです。ですから、参加できる範囲の広狭によって市場と共同体とを区別するという意図は私にはありませんでした。

それでは、私が言うところの鍵括弧付きの「市場の論理」と共同体の利益は、どこが違うのかということなのですが、まず、「市場の論理」が機能している場面では、要するに各個人が自律的な判断に基づいて魅力的な商品を購入する一方で、企業の方は自分の利益の追求のために商品を売却しています。このプロセスにおいて、個々の人間または共同体と「環境」との間の相互作用に、「市場の論理」が知らず知らずのうちに悪影響を及ぼしていると考えられるのです。

たとえば先ほどの国立市の事例では、マンションに住む新しい居住者は、たとえば、非常によさそうなマンションで、そこから見られる景観もいいし、大学通りとマンションが一応調和しているというたい文句もあったので、マンションを買い、または賃借している。一方、会社の方、明和地所の方はどうかというと、先ほどの吉田先生が質疑の中で「公示」という言い方をされましたけれども、建築条令は当時制定されてはいませ

んでした。また、この明和地所が当該土地を東京海上から譲り受ける際にも、問題が起きそうな、いわく付きの土地だという認識は、明和地所側は持っていなかったというのが、少なくとも控訴審の判断のようです（判例時報一八七七号五一～五二頁）。つまり、買主も売主も、知らず知らずのうちに市場の論理の中で、「環境」に対して悪影響を及ぼしているという側面があることは否定できないと考えます。

これに対して共同体の利益というのは何かというと、これは私の理解では、個人の自律ということと本質的に矛盾する危険性を内部に秘めながら、「環境」に対して、たとえば景観などではプラスの、あるいはプライバシーの面ではマイナスの、そういう影響を、知らず知らずではなくて直接的に及ぼしています。そういうふうに考えると、一応、共同体の利益と「市場の論理」を区別できるのかなという気持ちでご報告しました。

吉田　大変示唆深いコメントをありがとうございました。最初に、私に対するコメントではなかったのですけれども、今、水野さんが応答した、市場というのは開かれた共同体ということができるだろうという点に関して、一言申し上げておきたいと思います。

といいますのは、私は、「開かれた共同体」というのは概念矛盾ではないかという気がしているのです。私は午前中の質疑の中で、景観に関する議論の文脈においてですが、「共同体」という言葉をあまり使いたくないと言いました。それは、社会実体的な共同体が存在していることを否定するとかそういうつもりではまったくありません。しかし、「共同体」という言葉と「公共性」という言葉を比べた場合に、私は、共同体というのは閉鎖的というのが特徴だと思うのです。つまり、共同体というのは、ベクトルが内側に向いている。共同体の中ではお互い構成員同士には開かれているかもしれないけれども、外に対する関係ではぴしゃっと閉じるところが共同体の共同体たるゆえんだろう。ですから、公開性を重視する場合には、「共同体」という言葉は用いないほうがよいということです。市場は、とりわけ近代の市場は、誰でも接近できるというところ特徴があります。つまり市場は開かれている、公開性があるわけです。であれば、市場に関して共同体という呼び方をしないほうがよろしかろうということです。

私は、かなり昔になりますが、そういうことで、市場というのも公共圏だという表現を使ったことがあります。その場合の公共圏という言葉は、今申し上げたように誰に対しても開かれているという意味です。ただ、公共圏という言葉は、今では別

の意味でかなり定着しつつありますので、今は市場を公共圏と呼ぶのは少し恥ずかしいかなという気がしていますけれども、そういうことです。

次に私の報告に対するコメントとして、水野さんにもちょっと触れていただきましたけれども、共同体の論理を第三者に対してどういうふうに押し付けることができるのか、という問題を指摘していただきました。その問題があるということは、まったくその通りだと思っています。私が国立景観訴訟の宮岡判決に関して判例評釈という形で『判例タイムズ』誌に書いた中でも（判タ一一二〇号）、その問題に少し触れた記憶があります。

仮に社会規範として一定の地域における土地利用ルールがあるとしても、それは、たとえば地区計画などの公的な制度にまでは昇華していないわけですね。そうであれば、第三者に対する公示というか認識可能性というか、そういうものを抜きにして第三者に対する拘束力を主張することはできないだろう。これがまず前提ですね。

それでは、事実問題として明和地所はどうであったのか。事実関係を詳細かつ正確に把握しているわけではありませんけれども、水野さんからは、控訴審判決では、知らなかったというか、そういういわく付きの土地であったかは分からないで買ったように認定されているというお話がありました。問題の土地は、東京海上火災の土地だったわけですけれども、不動産業界の中ではせいぜい七〇億円ぐらいでしか買えない土地と言われていたようです。用途地域との関係では高層マンションの建築が可能なわけですが、住民が反対してそんなに土地の高度利用はできないだろう、それを前提とすると七〇億円くらいだろうという話です。それでは、明和地所はいくらで買ったかというと、九〇億円です。これは、そのような土地であることを知らなかったから買ったという言い方もできるかもしれないけれども、用途地域との関係から言うと高度規制がかかっていない土地でしたので、住民がどう言おうと、地域でのルールがどうであろうとも、高層大規模マンションは建つのだということを前提にして買った、というふうに私は理解しています。あの土地を買って高層マンションを建てるといえば必ず住民との間でトラブルが起きるだろうとみんな知っていた。業界ではもう有名な話だったように思いますので、認識自体はあったようにも思っています。

私の報告の最後で、全然まとまりのない問題提起をいたしました。それについて大変貴重なコメントをいただいたと思っています。コメントは大変視野の広いお話で、個体的基盤の確保

は権利でつかまえることができるけれども、その先の共同体の話や生態の話とかは、なかなか権利としてつかまえにくい。そのようなお話だったろうと思います。

私が問題提起をしたときは、そこまで広く考えていませんでしたけれども、瀬川さんが言われたことは、多分その通りなのだろうと思います。ところで、現代社会においては、個体的基盤の確保だけでなく、それを超えた共同体や生態のレベルの問題にも法がかかわっていくことが要請されている。そうであれば、それらの問題を法が捉えていくときに、権利概念の一般的な有用性を否定するつもりはまったくないのですけれども、権利概念だけで見ていくというやり方には限界があるのだろう。このように、権利概念を相対化して見ていくことが必要なのではないか、そういうことを改めて感じた次第です。

さらに、この点にかかわって、今日の環境秩序と直接の関係はありませんが少し考えてみたいと思っているのは、日本で権利体系としての民法がどういう形で入ってきて定着したのか、という問題です。フランス民法典は、ドイツ民法典のパンデクテン体系とは異なり、必ずしも権利の体系ではありません。ところが、ボワソナードが起草した旧民法草案は、すでにかなり権利の体系に近くなっています。ボワソナード草案で有名な構想として、財産とは権利であるという定義があります。従来は、財産はある属性を持った物と理解されていますから、この定義自体、法的現象を権利概念でつかんでいこうという志向を含んでいます。その上で、ボワソナードは、財産編を物権と債権の二分構成で組み立てた。これは一種のミニパンデクテンで、権利パラダイムにかなり傾斜していると言えようかと思います。また、梅謙次郎は、フランスで博士論文を書いたわけですが、考え方としては、完璧にドイツ的な権利パラダイムですね。そのあたりの意味を少し考えていきたいと思っていますが、これは、いずれにしても、今日のテーマからは外れた話です。

司会　どうもありがとうございました。あとは自由討論という形にしたいと思います。どなたからでもどうぞ。

長谷川貴陽史　水野先生と吉田先生に、それぞれ質問させていただきます。

水野先生のご議論は、大変勉強になりました。しかし、レジュメ二頁「景観利益の違法性」の部分で、景観利益を地域住民の人格的利益・土地所有権から導くことはできない、それは説得的でない、というご指摘がありました。それでは、どのように景観利益を法的に根拠付けられるのかと思って伺っておりましたら、公共哲学の議論に移ってしまわれた。私にはその脈絡が

つかめませんでした。

公共哲学的な観点からみると、景観利益は法律上の保護に値しないことになるのでしょうか。それとも、公共哲学的な議論を踏まえてもなお、景観利益を認める余地はあるのでしょうか。後者の場合、人格権でも土地所有権でもない（個人と関わりのない）「共同体の利益」といったものを観念されるのでしょうか。

次に、吉田先生への質問です。瀬川先生もコメントされましたが、私も地域ルールの公示（の欠如）が気になっております。吉田先生のご議論は、磯部力先生の都市法論と近い部分があると思います。磯部先生も事実上のルールや秩序をも含めて都市の法秩序を捉え、法的利益を構想されている。しかしそうなると、事実的なレベルをどこまで含めるかが、やはり問題となってくるように思われます。

福井秀夫先生などは、すべて行政規制でやらなければ取引費用がかかる、だから事後的な民事訴訟は駄目なのだ、とおっしゃっています。しかし、日照阻害の違法性判断（受忍限度論）においても、「地域性」は判断要素として考慮されてきました。私は同様に、景観利益についても、たとえば地域ルールが町内会規約のような形で―町内会規約につねに正当性があるとはかぎりませんが―明確かつ具体的になっていれば、「地域性」に配慮して景観利益を認めてゆく余地はあると思うのです。

そこで、地域ルール・事実上の秩序として、吉田先生は具体的にどのようなものをお考えになっているのか、お聞かせいただければ幸いです。

水野　ご質問ありがとうございます。長谷川先生のご質問は、景観利益というものがそれ自体として保護されることがあるのか、人格的利益や所有権といったものから離れて保護されることがあれば、それはどういう性格なのかといったご質問だったと思います。これについて私は、結論として、理屈のうえでは、景観利益が共同体の利益としてそれ自体、保護されるということはありうると考えています。

つまり、地域の生活環境というものは、地域住民が積極的につくり上げてきたという側面がある場合があり、そのとき当該生活環境は、個人の所有権や個人の人格権とはおそらく直接にはリンクしないはずです。ただ、問題はそのつくり上げ方です。本当に地域住民の総意に基づいて正当なプロセスを踏んでつくり上げられた、そういう景観利益なのかどうか、ここがポイントだと考えます。もし本当にそうならば、それは法的保護の対象になり、差止めということも場合によってはできると思いま

す。しかし、一般に、まちづくりの現場では、往々にして当該まちを構成する構成員のすべての考え方が上手に反映しているとはいえず、先ほど申し上げたように町内の有力者などが隠微な権力を振るっており、なかなか口出しできないこともあるようです。

したがって大事なことは、地域社会の構成員の個人の自律が十分に尊重されたうえでの共同体の利益なのかどうかなのであり、共同体の利益が保護されるために、個人の自律と適切な形で両立していることが必要不可欠であると考えます。そして、この両立の必要性について、公共哲学の一部の論者も主張しているわけです。つまり彼らは、リベラリズムに配慮したコミュニティーの尊重などという言い方をしているのですが、ただ、本当にそれが可能であるという担保が正面から提示されてはいないと思われます。リベラリズムとコミュニタリアニズムの考え方が両立するきっかけは、現実にはなかなかつかみにくいのではないのでしょうか。

翻ってこの国立市のまちづくりのケースで考えてみますと、共同体の利益が法的保護に値するものとして公共性を獲得するためには、その一つの担保として、共同体の利益が行政の景観条例や建築協定などに、先ほどの吉田先生の言葉を借りれば、昇華している必要がありはしないか。少なくとも国立市のケースでは、問題となった高層マンションが建ちはじめるときに建築条令はありませんでした。この現実をどう見るのかという問題は、なお残されていると思います。それから、もう一つの問題として、地域社会の総意に基づく共同体の利益を観念する場合には、新しい居住者の利益もやはり無視できないと考えます。

以上のように、理屈のうえでは、まちづくりにおいて共同体の利益を保護しうる余地があると思うのですが、そのための現実の条件がなかなかそろわないのではないのか。しかし条件が仮にそろえば、景観利益という共同体の利益は公共資産としての性格を持ち、市場の論理に優先して保護される、そういう関係が成り立つと思います。

吉田　私へのご質問へのお答えですが、まず、磯部先生の都市法論と私の議論が近いという、これは質問というよりご指摘でしょうか。最近、牛山積先生の古稀記念論集だったと思いますが、須加憲子さんという早稲田の若い研究者の方――もう九州の方に就職されましたけれども――と藤岡先生の共著論文が公表されました（藤岡康宏・須加憲子「環境利益の救済法理について」富井利安編『環境・公害法の理論と実践』（日本評論社、二〇〇四年）所収）。そこでも磯部都市法論と吉田の

議論が近いというご指摘を受けました。それはたしかにそうなのだろうと思います。私は、磯部先生のご議論から直接に何かを引っ張ってきているというつもりはあまりありませんが、もちろん磯部先生のご議論はそれなりにフォローしていますし、同じくフランス学派ということもあり昔から親しくお付き合いをいただいている先生ですので、その中で近いものが出てきているということはあるのかもしれません。

それから地域的ルールといった場合に、どの程度明確に分かるようになっていればいいだろうか、という問題です。私は、あまりそのような形では考えていません。つまり私の言っているのは、地域的な土地利用ルールがあった場合には、一定の場合にはその法源性を認めてよいだろう、ただ、第三者との関係では、公示とか認識可能性とか、そのようなことを条件にする必要があるだろうということです。あとは、そこでの立証問題ですね。

ですから、私の頭の中では、長谷川さんがひとつの例として挙げた町内会の規約だとか、これがなければいけないと思っているわけではない。別にそれがなくたって、たとえばある人がこういう建築計画を立てたけれども周りからいろいろ言われてそれができなかったとか、そういうのが積み重なって何回もあったとか、そのようにしても、ルールが形成されているという評価ができることがあるかもしれない。しかし、立証は難しいだろう。他方、明確な文書などがあれば、立証はそれだけ簡単になるだろう。多分、そのような性格の問題ではないかと思っています。

それから私に対する質問ではないですけれども、ちょっと水野さんの発言に関係して、共同体の利益と個人の自律との関係についても述べておきたいと思います。この問題は、重要な問題としてやはりあるのだと思っています。私は、一九九九年に出した『現代市民社会と民法学』という本の中でも、その問題にちょっと触れているつもりです。私は、実体とプロセスとこの二つでつかまえるのが結構好きなのです。つまり、土地利用の点で考えた場合に、まずプロセスがあります。共同体などある一定の単位があった場合に、まずその単位内で土地利用のあり方を決める。何か事前にあるべき土地利用が実体的にあるというよりも、要するに自己決定の世界で、こう決めました、それをみんながちゃんと決めたのだから従いましょうねという世界だと思うのです。そうしますと、決め方によっては個人の権利と衝突する可能性があるわけですね。私は、国政レベルでの議会における法律制定と憲法との関係とのアナロジーという

か、つまり共同体内での決定でもプロセスを経れば何が何でもいいというわけではなくて、やはり譲れない価値というのはあるのだろうと思っています。その価値を共同体の決定によって奪うというのはできない。どういうのがその価値かと言われると憲法と民法みたいな話になるかもしれないけれども、たとえば差別的な取扱い、根拠のない土地利用上の差別的な扱いをするような決定をしてはまずかろう。私の場合には、このように、共同体と個人との関係を、両立というよりも緊張関係という角度から捉える傾向にあります。

それから、新しい居住者の利益の話ですけれども、これもたしかにあるのだと思います。ただ、私はあまりそういう議論はしていません。これは、福井秀夫さんなどが強調される議論です。つまり、国立ケースに即して言えば、明和地所は新しい居住者の利益を代表していると、こういう議論をするわけですね。それに反対するのは既得権擁護だと、こういう議論になります。

この議論について言えば、私は、やはり絶対的な量の限界というものはあるのだと思うのです。新しい居住者と言っても、どんどん入ってきてよろしいという話では多分ないだろう。一定の水準の居住環境の確保などを考えれば、量的な限界というのはあるのだろうと思っています。ですから、その範囲内での新規居住者の利益の保護であって、土地というのは独占性というか限界があるわけですから、新規居住者の利益と言っても、そこには自ずから限界があるのではないか。そして、地域的ルールを含んだ規範性のある土地利用規制がある場合には、その範囲がこの限界を画することになる、というように思っています。

司会　どうもありがとうございました。なお、先ほど言い忘れたのですが、午前と同様、録音の都合上、ご発言の前にご氏名をお願いいたします。

山下　二点質問します。一つは、先ほどから共同体という言葉について議論されているわけですけれども、水野先生の報告で市場というものが新しいファクターとして出てきて、私がまったく考えていなかったファクターなので、興味深く聞いていたのですが、瀬川先生が市場を開かれた共同体だと言われるとまた元に戻ってしまうような気がしました。もっとも、私はどちらかというと瀬川先生のように共同体という考え方を価値中立的に使ってもいいのではないかと考えています。つまり、市場も一つの共同体と見てもいいのではないか。

それとの関係で、吉田さんへ質問しますが、吉田さんなり広中先生の枠組みでちょっと違和感があるのは、環境秩序といいますか環境のとらえ方を人格秩序の外部としてしかとらえてい

ないという点が気になります。つまり、財貨秩序にもやはり環境秩序というのが被ってきているはずでして、財貨秩序というのが市場取引だとすると、その外に独禁法なりの競争秩序というものがあると思うのですが、さらにその外なのかどう表現すればいいか分かりませんけれども、そちらにもやはり環境というものが大きく被さってきているのではないかと思います。最近の資本つまり企業が環境保護に関して排出権取引といったものに取り組み始めているという事実がそう考える理由の一つです。それから、経済学では環境というのは市場の外部性ということで、まさに市場と環境という関係をとらえているわけですから、環境は人格秩序だけに及ぶものではないのではないかと考えています。

第二の質問は、外郭秩序という考え方に関するものです。この考え方は議論の場としては非常に面白く、そこではそれぞれの法分野が排他的ではなくて、まさに相互交流できる場であるということは魅力的な考え方なのですが、今日の環境秩序の話を聞いてみますと、あくまで議論の場にしかならないのではないかという気がします。何を言いたいかというと、私の言い方では各法が環境に手を伸ばす手段に関する話ですけれど、環境秩序に各法が伸ばせる範囲というのは限られていると思うのです。言い換えると、私は環境秩序を外縁がなくいくらでも広がっていくようなものとイメージしているのですが、そうすると環境秩序の中にも法的に保護される部分とされない部分という、そういうもう一つの仕切りをつくらないといけないのではないか。このような考えは、先ほど長谷川貴陽史さんが解釈論上の議論なのかメタの議論なのか、それを区別しないといけないと言われたのに、これらを混同しているのかもしれないのですが、解釈論としては法的保護される環境秩序と保護されない環境秩序というのがあるのではないか。先ほどから出てきている公示の話や亘理さんが公共利益でも公的フィルターを通さないと保護されないという話を聞いていて、環境秩序の中にももう一つの仕切りが必要になってくるのではないかと考えた次第です。

曽野裕夫（北海道大学教授）　今の山下先生のご質問の前半部分と関連しますので併せてお聞きしたいのですが、私も環境秩序を「人格秩序の外郭秩序」として位置付けることについて若干違和感がありました。山下先生のご質問の中では、環境秩序は人格秩序の外郭秩序だけではなくて、同時に財貨秩序の外郭秩序でもあるのではないかということをおっしゃられましたが、今回の国立のマンションの事件などを見ると、これは財貨移転の事件ですから、環境秩序から財貨移転に何らかの制限が

かかってきているという側面を持つ事件だと思うのです。ですから、そういった意味でも環境秩序は同時に財貨秩序の外郭秩序でもあるのではないかというのが質問の一点目です。

二点目も環境秩序を「人格秩序の外郭秩序」として位置づけることに関するのですが、今日のご報告の中では、「人格秩序の外郭秩序」の話をしているのか、それとも「人格秩序そのもの」の話をしているのかがちょっとよく分からなかったのです。景観利益は、結局、人格秩序そのものの話ではないかという気もしたものですから、環境秩序は人格秩序そのものとは区別されるものなのでしょうか、というのが質問の第二点目です。

吉田　環境秩序――これはもちろん今日のテーマである自然環境や都市環境で、市場の環境である競争秩序のことではないと理解します――を人格秩序の外郭秩序としてだけ位置付けるのは少し狭過ぎるのではないか、財貨秩序にも環境秩序がかぶさってくるのではないかというご指摘ですけれども、これはまったく考えたことがありませんでした。だからきちんと受け止めて考えたいとは思います。ですから、今から申し上げるのは暫定的というか、十分に考えを深めていない段階での直感的な対応ということでお聞きいただきたいと思います。

直感的には、やはりちょっとそれは違うのではないのという感じです。もちろん環境は、市場に対して、市場のあり方に対して影響を与える。これはあるのだと思います。問題は、どうして環境が市場のあり方に対して影響を与えるのかです。それは、市場は環境のある一定のあり方を侵害してはいけないというロジックだと思います。なぜ侵害してはいけないかというと、そこから人格という話に入ってくるというのが私の理解で、やはり基本的に環境秩序の話は人格秩序との関係を抜きにしては理解できないのではないかというのが差し当たりの直感的な対応です。

それから山下さんからのご質問の二点目です。環境といっても要するに法的保護に値するというか、法的につかまえられる部分とつかまえられない部分があるのではないか。これはまさにおっしゃる通りです。この問題は、前回の競争秩序シンポの議論であったような気がしますけれども、外郭秩序というのはそもそも規範的概念かどうかという話と関係してきます。私は、外郭秩序等の概念は、明確に規範的概念として出しているつもりなのです。ですから、環境秩序あるいは競争秩序といった段階で、すでに法的保護に親しむものとして想定しているのです。これで環境すべてを捉まえるわけではない、環境のすべてを環境秩序という形で捉まえるわけではないということを、改めて

申し上げたいと思います。

それから次は曽野さんのご質問ですが、国立の問題は、結局土地所有権の移転というか財貨移転の話ではないかという点です。これは、先ほど山下さんのご質問に対してお答えしたことが答えになると思うのです。まず、国立では、土地所有権の移転自体を問題にしているわけではなくて、その利用のあり方を問題にしているわけですが、利用のあり方は、それ自体として財貨の話ではないかというように言えないことはありません。しかし、なぜそれが問題になるのかと言えば、利用のあり方が最終的に人格のところにはね返ってくる。だから問題が生じるわけです。ですから、単に財貨の話ではありません。

それから、景観利益は人格秩序そのものの話ではないかとも言われました。私は、これはやはり違うと思っています。私の頭の中では人格秩序そのものというのは権利で捉まえられる話です。景観というのはその外側であって、権利概念で捉まえることができない、というか適合的ではない、そのような領域の話ですから、それは分けて考えないといけないだろう。もちろん――概念的には、人格秩序そのものと外郭秩序とは違うと言っても、――個別具体的にこのケースはこっちに入るのかなという判断に困るケースはありうるでしょう。それはそうなのですが、概念的に違うことをしっかりと押さえることが重要ですし、国立ケースは、間違いなく外郭秩序の話だろうと思っています。

水野　私が特に補足することはないのですが、山下先生と曽野先生の質問には、私はとても共感を覚えました。どこに共感を覚えるのかというと、まず財貨秩序との関係ですけれども、私が先ほど「市場の論理」という言い方をしましたように、やはり（広い意味での）「環境」に対して企業と消費者、あるいは場合によっては企業と企業同士が知らず知らずのうちに影響を及ぼしているということは、否定できない事実だと思うのです。特に排出権取引などというのは、最も明確に環境に対して「市場の論理」がプラスの影響を及ぼそうという試みなので、そこにおいて「市場の論理」と環境との関わり合いは明らかであると思うのです。

それから、環境秩序が人格秩序そのものではない、その外部だという吉田先生の発想は、人格秩序や財貨秩序の領域で問題となる「権利」侵害は絶対権の侵害のことであるという広中先生の根本的な発想を受け継がれているのだと思います。ただ、先ほどから申し上げているように、たとえば、地域住民総体の利益としての景観利益ということを考えてみた場合、そこでは、

地域住民の個々人の人格秩序と矛盾するものであってはならないという制約がかからなければおかしい。そうでなければ景観利益なるものは、保護に値しないと思うのです。つまり、環境的利益は人格秩序そのものではないとしても、それが保護に値するためには、個々人の自律によって裏打ちされていないとだめだという意味では、人格秩序はこの問題に深くかかわっていると考えます。

長谷川貴陽史　国立マンション事件の原告である桐朋学園は、学校法人です。これは人格秩序と財貨秩序とのいずれに属するのでしょうか。どこで切り分ければよいでしょうか。

吉田　ちょっと参りましたね。私の議論でいけば、法人の人格権というのは基本的には変なのです。あのケースでは学校法人桐朋学園が原告の一人というか一主体になっているわけで、困りましたがそこまでは考えていなかったですね。ただ、議論の純粋性・首尾一貫性を保つのであれば、法人を主体とするそういう人格的利益の行使はだめなので、可能だとすれば法人の背後に個人がいて、法人が個人の人格的利益をいわば代表する形でやっているのだとか、そういう言い方をするのですかね。

瀬川　瀬川ですが、広中先生の『民法綱要』をちゃんと持ってくればよかったのですが、広中先生の人格秩序というのは身体、生命を含んで、その上に名誉とかその他を含んでいました。人格秩序の外郭秩序というのは考えておられなかったように思うのですが。

吉田　人格秩序の外郭秩序は、広中先生の言葉では生活利益秩序といいます。ですから、私の今日の報告は、生活利益秩序のある部分を環境秩序という形で抜き出して検討した。自分としては、そのような位置付けです。

瀬川　長谷川さんの質問はたぶん、広中先生が書いていらっしゃらない法人論の問題なのですね。

吉田　広中理論というより、樋口陽一理論の方との関係だと思うのです。私は、樋口理論にも共感するものが多いわけで、そこでは、基本的にはアンチ法人的発想が顕著です。とくに八幡製鉄の政治献金の事件などでは非常に批判的ですね。加えて、法人の人権ということに対しては非常に否定的なスタンスに立っておられます。そのようなことが念頭にあるものですから、先ほどの長谷川さんのご質問に、ちょっと参ったという感じだったのです。

伊東　今のお話ですが、刑法学者は比較的その問題に慣れているのかもしれません。先程申し上げたように、法人に意思がないということでずっと議論していたのですが、人格的権利に

ついてにせよ何にせよ、いわゆる「主観的利益説」という考え方が嘗て刑法にはあったのですが、法益を主観的に、行為者の持っている心理的な主観的なメリットで捉えてはならないというのが現在の発想なのです。従って、もう少し抽象化した「一般的・平均的利益」という言い方をしたりしますが、はっきり言うと、主体が別に生きていなくても構わないのです。もう少し抽象化した、ある意味で共同利益という概念になってしまうのかもしれませんが、そういうレベルで捉えていますので、法人に関しても、どういうスタンスでそれを捉えるかという問題は残ってしまうのですが、利益ということを言えなくはないという考え方になります。

主観的利益でいくと、被害者の同意で法益が全部勝手に処分されてしまって、あらゆるものが違法でなくなってしまって困る、ということもあって、その辺について刑法学者は比較的に良く考えてきた積もりです。ただ、その場合でも、先程からの問題と絡めて言うと、主観的な利益だけではなくてもう少し必要なもの……、これは水野さんにも関係してくるのかもしれませんけれども、自律性うんぬんという問題の自律というのが一体どういう趣旨の自律なのかというところは、刑法でも余り突き詰められていないと思います。

瀬川　吉田さんの報告でも人格に関する原島先生の説明がありましたが、人格権というときに論者によって、考えていることがずれていることがあると思うのです。この中に出てきたサヴィニーは人の自己の身体や生命に対する権利というのは実定法で保護すべきものではない、そもそもそのような実定法で保護しなくても保護されるものだとか言っています。それから人格は自らが処分できるものではない、だから権利の対象ではないのだと言って、それを理由に人格権を一般的に否定しました。吉田さんが紹介した原島先生の説明の仕方にも似た考えがうかがわれます。ところが一九世紀の後半になって人格権というのが再び現れたときのその中身をみると、一つは今で言う権利能力ですね。権利能力を人格権としたのは、取引行為の前提としての権利能力を考えなければいけないということがあったのかと思います。それから、プライバシーや肖像権が出てくるのは二〇世紀に近くなった頃にドイツやスイスやフランスで急に議論され始めましたが、そのときに今言う一般的人格権という観念の萌芽が現れました。だから人格権という言葉で具体的に何を考えるのかをちょっと考えていかなければいけないように思います。

それともう一つ、八幡製鉄の問題だけで法人の人格権全部を

否定するというのはやはり極端ではないでしょうか。私は、桐朋学園も生活利益を享受できると考えてよいと思います。直感でしか考えていないのですが、法人だから生活利益を含めて人格利益を享受できないというのではなくて、そもそも人格権というのはいろいろな側面があるのでもう少し柔軟に考えてもいいのではないかと思います。

吉田　そうですね。多分、そのような方向のほうが筋がいいような気がします。それから、前半にいわれたことは、質問ではないですね。

瀬川　ええ、質問ではないです。もう一つこれは質問ですが、原島先生がここで人格というときに肉体や身体や生命に対する権利ということを考えていらっしゃるのか、それとも、もっと多面的な、例えば日照権とかいうものを考えていらっしゃるのでしょうか。

吉田　これは、原島先生がご自身の議論を展開しているというよりも、ドイツでの議論を紹介しているところです。そしてその対象は、一九世紀のサヴィニーや歴史法学の話ですから、基本的には、日照権とかの話ではなくて、生命、身体を想定しているものだと思います。

亘理　原島先生の論文の引用部分で、吉田先生のレジュメの四ページの上から八行目の「ここでは」で始まる引用部分と、それから国立事件の宮岡判決との関係について、吉田先生あるいは水野先生にもお伺いしたいと思います。原島先生のこの引用部分というのは、そのまま読みますと、「人格の外にある法益の保持と収益の割り当てが問題ではなくて、人格性の確認こそが問題である」ということですから、この引用文をそのまま読むと要するに対象物との関係での支配権が問題なのではなくて、自己の固有物の尊厳性が重要であるということであり、そこからはおそらく、いわゆる防御権的な権利は当然出て来るという結論になるという気がするのですけれども、そのような意味で、権利や物権的支配権という概念によって何をどこまでカバーしようとするのかという点での理解の違いなのではないかという、気が致します。私は民法の専門家ではないですから間違った理解になるかもしれませんが、そういう印象があるのです。

仮にそう考えた場合、お伺いしたい点を結論的に申しますと、国立事件の宮岡判決は権利構成を採っているのかどうかということです。その前提としては、同じ国立事件の行政訴訟の市村判決の方は、私は必ずしも権利構成である必要はないと考えますが、というのは何故かというと要するに法的に保護されてい

るということを言っているのは行政事件訴訟法の九条に該当するというだけのことなのですね。だから、必ずしもそれは権利か否かを問題にしているわけではないのですが、他方、宮岡判決の場合は、民事差止め訴訟なので権利構成か否かという問題が出てくるのですが、その場合、吉田先生の理解では、この判決は権利構成を採ったというふうになるのかどうかなのです。

仮にそうではないとすると、つまり宮岡判決は権利構成を採っているわけではないとしますと、要は原島先生の論文で先ほど言ったような妨害排除的な論理構成によっても十分説明できる判決ではないかという気が致します。結局、宮岡判決の場合は保護利益性というのを認めて、しかも一定の重大な侵害があるということで排除する必要があるということで差止請求を認めた。これに対し、大藤判決の場合は、同じく原島先生のこの論理に従ったとしても、結局は排除できるだけの法的保護利益性を認めないのだというだけのことなのか。あるいはもっと言ってしまうと、ルールとして確立していないのだということ、国立市の大学通りについてそういうルールは存在していないのだということを言っただけにすぎないのではないか、という気がするのです。いろいろなことを言いましたけれども、要は、宮岡判決というのは権利構成を採っているのかどうかという、そのあたりをもう少しご説明頂けると有り難いです。

吉田　大きく二点のご指摘あるいはご質問だったと思います。まず原島先生のご議論の理解の仕方、あるいは原島先生が扱われているサヴィニーの理解の仕方にかかわるご指摘についてです。それについては、サヴィニーあるいはドイツの古典的な体系における権利のつかまえ方の特徴を押さえておきたいと思います。

権利に関しては、よく指摘されるように、いわゆる利益説と意思説との対立がありますが、歴史法学、サヴィニーは、徹底的に意思説で、意思の支配を核にして権利を理解します。その場合には当然に対象物が問題となってきます。権利は、意思に基づいて対象物を支配する。その意味で権利は主体の自由領域を確保する。だから外から介入されたら出ていけ、手を出すなという話になるわけです。これは物を対象にする場合には、うまく決まりますが、後の時代でいうところの人格権というものを果たして今申し上げたような権利概念でうまく捉えられるか。それは権利概念では捉えることができない、というのがサヴィニー的な論理だと思うのです。だから、人格権というのは、それを否定するといいますか、それは権利ではないのだという話になるのです。これを踏まえて、現代の多くの理解は、だか

らサヴィニーや一九世紀の歴史法学は人格権を否定していたのだというふうに説明するわけですけれども、原島先生の理解では、それは必ずしもそうではない。主観的な権利構成をしないからといって、当然に法的保護の対象から落ちるということはないのだ、と言われるわけです。人格は、むしろそれよりも高い次元にある。そのようにサヴィニーは理解していた、というつかまえ方になるわけです。以上がご指摘の前半についての応答です。

次に後半部分です。宮岡判決が権利構成を採っているかどうか。私は、権利構成ではないと思います。実際、判文の中でも言っているのは景観利益ですね。これこれこのような場合に土地所有権の付加価値として景観利益が発生しうんぬんと、そのようなロジックでした。私は、これは景観を景観権という権利構成でつかまえたものではないと理解しています。それで、その先、ちょっとよく分からなかったのですが、亘理さんが言いたいのは、権利構成を採っていないとするとどういうことでしたか。

亘理　要するに、原島論文の引用部分で言うところの自由領域としての人格、あるいはその周辺領域には、そこで妥当するルールが現にあって、それに違反したので差止めを認めたのが宮岡判決であるのに対し、逆にその認定がまったく逆の結論に到達したのが控訴審判決である、というふうに理解してよろしいのかどうかということです。

吉田　やはり原島先生が言っているような問題と宮岡判決で議論された問題とは、質的に違うのではないでしょうか。先ほどの瀬川さんとのやりとりの中でも申し上げましたが、原島先生は、一九世紀ドイツの権利論を念頭に置いていたわけで、その場合に人格を主観的権利構成ではないにせよ保護すると言った場合に、念頭にあるのは生命や身体などの根源的な法益だと思うのです。

宮岡判決が問題にした景観というのは、そのようなものではなく、人格とのかかわりはもちろんあるわけですけれども、距離があると思うのです。どういうことかと言いますと、生命や身体あるいは健康といった場合には、受忍限度論が語ったように利益考量を許すかどうかという論点があるわけですけれども、これらの根源的な法益については、利益考量を排除するような方向で考えるべきでしょう。これに対して、景観の場合には要保護性の強さがそこまでは行かないわけで、基本的には利益考量的な発想が入ってくる領域だと思うのです。ですから、扱っている問題の性格が違うのだろうと思います。

長谷川晃　長谷川です。今の権利の問題に関連すると思うのですが、ちょっと角度が違うかもしれませんがそのときはお許しいただきたいのですけれども、素材として吉田先生が中山充先生の議論である共同利用権のことを紹介されていることに関連して質問があります。これは別に吉田克己先生に対する質問というわけではなくて、どちらかというと皆さんに対する質問ということになるかと思います。

この中山先生に対しては、吉田先生はご著書の「現代市民社会と民法学」の中でも高い評価をされておられたと思うのですが、実のところ、この共同利用の考え方は、環境権との関係でも、近代的な権利パラダイムを超えていくポテンシャルを持っているものではないかと思えるところがあるのです。

手がかりのためにいくつかの例を申しますと、一つは、最近私は地球温暖化問題と将来世代に対する責任ということをテーマとする特定領域の科研プロジェクトに参加してきておりまして、そこで地球温暖化問題のことを考える機会がありました。つまり、ご承知のように、一定の許容可能なCO_2その他の温室効果ガスの排出をしていても、超長期的には環境条件が大きく変動してしまい、一〇〇年後くらいの世代には我々とは全く異なった環境の問題が起きてくるため、その可能性に対して現在の我々はどういうふうに考えることができるかが問題になるわけです。これは環境に関わる問題の中でも根源的なものの一つかと思います。そういう場合しばしば出てくる一つの考え方には将来世代の権利という考え方があって、そこでは地球温暖化によって環境が超長期的に変動する場合、将来世代は我々現在世代と同等の環境利用の権利があるのではないか、あるいは少なくとも将来世代が非常に劣化した環境に従属せざるを得ないという種類の被害を負うべきいわれはないという議論があって、その場合には環境共同利用権が、ただし超長期的な時間の単位における世代間のことが考えられているという特異性がありますけれども、ともあれそういった共同利用権が考えられるのかどうかは興味を惹く問題だと思います。そういう意味でこの中山先生の考え方には大きなポテンシャルがあるように思えます。

もう一つの例は、これは私がたまたま数年前にアイヌの伝統的生活空間であるイオルの保存の基本計画の策定ということでアイヌ北海道会議に出ておりましたけれども、そこでアイヌの人たちのイオルの基本的な考え方に触れる機会がありました。アイヌの人々はコタンで生活をしており、それはせいぜい一〇軒程度が一つの集落の単位です。そのコタンの後背地がすべて

イオルなのですが、ただその後背地というのは我々の感覚とは全く異なって実は非常に広くて、むしろコタンの裏手から全宇宙にまでつながりうるものなのです。ともあれ、彼らはそういうイオルの中で行う狩猟採集がある種の環境の共同利用であって、そこでは何か限界があるというふうに考えているわけです。今述べた環境の共同利用という言い方はあくまで我々和人の言い方なのですが、考えられている内容としてはコタンのメンバーである人たちはイオルの中での狩猟採集には一定の限度があって、イオルを利用しながら共存して生きているということがあるのは明らかです。このように文化がかなり異なるような場合でも、環境の共同利用という考え方には共通性があり、それだけポテンシャルがあるとも言えるかと思います。

そうだとすると、翻って、我々が環境権を言う場合には、実は、通常近代的な意味での権利や義務の延長上で考える権利と何か違う含みを持って、むしろ環境共同利用権と言うべきものを考えている可能性があるということもあるのではないかと思うわけです。この意味で、先ほどの伊東さんの話とも絡めて言うと、これはもちろん人間中心的な考え方と生態学的な考え方との間に中間領域があるということではあるのですけれども、しかしその中でもなお先ほど伊東さんが整理された生態学的かつ人間中心的な感覚、少し生態学的な方へ寄った考え方というのは、どうもこの環境の共同利用ということに含まれているようにも見受けられるのですが。そのあたり、例えば環境の共同利用ということを民法学的に積極的に評価できるかどうか、あるいは行政訴訟などの観点から見た場合に環境共同利用権というのを積極的に評価できるかどうか、あるいはこのことを伊東さんの見地から見た場合、環境の共同利用といった見方にはどのような性格があるのかなど、ちょっと伺えればと思います。

吉田　伊東さんにお回ししますが、その前に一言よろしいでしょうか。中山充さんの評価にかかわる今の長谷川さんのご発言、私はまったくその通りだと思っていまして、報告の中でもそのような基本的な評価は示したつもりです。中山さんは、昔からよく存じ申し上げている方ですけれども、この議論というのは、要するに一応権利概念を語っているのですけれども、議論の中身自体は、古典的な権利概念を破っていく、そのようなベクトルをはっきりと持っています。ですから、中山さんの議論をもう一歩進めれば、権利概念を使わないというか、古典的な権利概念を相対化する議論に至るだろう。そういうものとして中山説を評価したということです。

ただ、他方で、これも報告の中で申し上げたと思うのですけ

れども、それでも中山さんは権利概念を使いたいということをおっしゃっておられるのです。報告の中では、これは必ずしも説得力がないのではないかと申し上げましたが、他方では、この発想は、分かることは分かるのです。どういうことかと言いますと、民法学や伝統的な法律学、行政法学もそうかもしれませんが、そこにおいて伝統的な権利という言葉が持っている一種の力、それはやはり否定できません。そこに依拠して内容的にそれを換骨奪胎していくという戦略はありうるでしょう。中山さんは、自覚的にそういう戦略を取っているのではないかというのが私の理解です。

伊東　私自身は、実は中山先生のものは拝見していないのでよく分からないのですが、レジュメに挙がっている文章で気になるのは、例えば、「行政手続きといわば内在的に結び付く権利であることを明らかにする」というところです。つまり、いわゆるVerwaltungですか、多数関係当事者の利益対立の調整といいましょうか、そういう発想をしているというのがやはり気になるのです。

結論の部分、定義値の方を、そういう前提を抜いて、例えば、生態系のいわゆる自浄能力というか回復能力の範囲内で使うべし、というような読み方をする、あるいは、回復能力を人間が増殖させ得る限度内で費消して良いという読み方をするならば、それは生態系的な構成だろうと思います。

ですから、分からないところがあって、読み方としては、私はそんなに高く評価できないのではないかという気はしています、率直な話はそういうところです。

亘理　行政法の場合、どうしてもやはり午前中の山下先生のご発言にありましたように、客観訴訟として法律上構成される場合であれば別として、現行の行政訴訟制度を前提にする限り、最終的には一つは制度的に法律によって個別具体的利益として保護されているとか、もともと私的な権利であるということを言わなければならない、その意味で、どうしても人間中心主義的に、一方ではなるわけです。現実の実定法律が生態学的観点や環境共同利用権的な観点から出来ているわけではないことからすると、行政訴訟でカバーできる部分は限られてくるわけです。

と同時に他方では、法律によって制度化されることによって行政法による保護、あるいは行政訴訟による保護の枠組みの中にも入ってくるわけですけれども、そういう形で制度化されていない権利というのは、これは国立事件における民事訴訟の場合も法律によって制度化されていない部分を訴訟によって保護

するということになってくるわけですが、例えば生態学的な視点から見て重要な利益や法益だという一般的な認識が成立しているとか、あるいは権利を認めるわけではないけれども法制度としてそういったものを保護するような生態系保護の非常に整った法体系が整備されているとか等の、いろいろな条件がそろってくるならば、仮に行政法上個別的利益として保護されているとは言えないとしても、例えば民事訴訟でいろいろな条件を勘案した上で保護利益性を満たしているというふうな議論は、私は可能だと思っています。

国立マンション訴訟について、独自の民事差止訴訟による保護の可能性があり得るとしたら、まさにそういう論理構成を採ることになるのではないかと思っています。逆に行政法学者の中には、いや、そのようなことは民法の方でやるのはおかしいのだという学説もありますが、私は必ずしもそうは思わないです。別の見方をしますと、いま私が述べたことは、行政法ではカバーできないことは民法や民事訴訟あるいは刑法の方に任せるという発言に聞こえるかもしれませんけれども、現実として、そういう側面は否定できないのではないかという気がしております。

水野　私は何も答える能力がないのですが、先ほど将来世代の問題が議論になりました。これについて、従来から環境倫理学などでよく言われていることに沿いながら、若干メンションするならば、将来世代の話は、時系列という、いわば縦の軸の話です。これに対して、現時点においても、人間と人間以外の関係として横の軸を観念することが可能です。この、横と縦の関係をどうとらえるかという話が、環境問題を考えるにあたって、一つのポイントになると思います。

このうち、縦の関係について申し上げれば、基本的には将来世代との関係においては、相互関係がもともと結べない者同士の間に「責任」という観念が成り立つのかという問題が、環境倫理学の論者によって提起されており、おそらくそれは成り立たないのではないのかという気が私はするのです。これは私たち自身も、過去の世代が残した現実に乗っかってただ暮らしているだけで、過去が何の配慮をしていなかったとしてもそれに乗っかって生きていかざるを得ないという現実とも関連しています。また、横との関係については、先ほどのご報告で簡単に申し上げましたように、全体の利益のために個人を犠牲にするという考え方が果たして妥当するのかという問題が出てきます。

あるいは将来世代との関係でも、将来世代を守るために現時

点を犠牲にしてもいいのかという問題が必ず出てこざるを得ない。もう一つ言えることは、横の軸にしても縦の軸にしても、私たちは結局、無知のヴェールに包まれている存在であって、環境のあり方について、いったいどこまで大胆に予測することが本当に許されるのかという気もします。つまるところ、環境問題については、伝統的な形で、権利構成に十分配慮したアプローチをせざるを得ないのかもしれません。

司会　将来世代をどうするかという問題もありますし、環境にどのぐらい負荷がかけられるかという問題ももちろんあります。しかし、民法もこの種の問題に全く無頓着であったわけではなく、たとえば入会の局面では考えてきたのではないでしょうか。柴刈りはどのくらいできるのかという問題については、明確な形で内容が決められているわけではないかもしれませんが、やはり共有地の使い方については団体的な拘束があるといった類の話は必ずするわけです。もちろん、「団体的」拘束ですから、実は裏社会で黒幕が弾圧しているだけではないのかという言い方もできるかもしれませんけれども、先ほどアイヌの後背地のお話を伺っていて、やはりみんなのものをみんなで使うときには使い方にルールがある、人間社会はずっとそういうことを考えてきたのだろうなと思いました。

しかし、難しいのは、そういう生態系や環境に負荷がかけられるかどうかというのはある程度「自然的に」決まってくる問題ですけれども、国立の事件で問題となった「景観」というものは何かが「自然的に」決まっているわけではなくて、周りにいる人間がその「景観」を美しいと思って、これがいいと思うことによって成り立っているのであって、何か答えが最初から「自然的に」決まっているわけではないわけです。ですので、そこに存在する「価値」を問い詰めるなら、結局、吉田先生もおっしゃったように「プロセス」、つまり、そのような「景観」が作り上げられ、そして、維持されてきた過程をどのように評価するかに帰着するほかないと思います。つまり、「プロセス」に「価値」の軸というか、「価値」の基盤を置き、そして、それが侵害されたと位置づけるわけです。

しかし、そうなりますと、今度は「では、その景観を変えていくためにはどうしたらいいのか」ということもたぶん考えなければいけなくなると思います。その意味で、水野先生がおっしゃった「開かれた（共同体）」というのはいったいどういう意味なのかを考える必要が出てきます。「開かれた」とは、おそらく「従来の取り決めにも十分配慮しながら、もし形を変えたいときにはある一定の手続きを取れば変えられる」、このよ

うな手続を存在し、そして、変えるときにはきちんとその手続を踏むというのが「開かれた」ということの意味ではないかと感じたりもいたします。

質問というより、単なる感想になってしまいました。ほかにご質問、ご意見はございませんでしょうか。

吉田　質問ではないということですけれども、お二人の発言は大変示唆的だったものですから、触発されて一、二点だけ述べさせてください。

まず入会との比較ですが、これは十分あり得る話だと思います。そういう議論をしている人も多少はいるのです。ただ、何回か言及している判タの評釈で、この問題についても多少触れた記憶がありますが、入会と比較する場合には共同体のあり方が全然違うということに十分な注意が必要だと思っています。

入会の場合には入会団体の範囲がものすごく明確ですね。ある人が入会権利者であるかそうでないかは、議論の余地なく明確に決まっています。そこには、多義的な要素は一切ない。また、入会権者の入会地の使い方、これも多くの場合には非常に明確に決まっています。それが文書化されていることももちろんありますし、最近では文書化されているケースがむしろ多いでしょう。

国立ケースをこれとの比較で言った場合には、共同体という言葉はいいのですけれども、その主体的範囲がどこからどこまでかというのは、それほど明確ではない。さらにルールの内容自体も、かなり明確なところもあるかもしれないけれども、入会みたいに細かいところまで明確になっているわけではない。そういうことを踏まえた上で、地域共同体のルール尊重ということを、その意味では常に限界のようなものを自覚しながら語るのではないかと思います。

もう一点、これは今まで出ていなくて、しかし大事な論点だと思ったのは、ルールを変えていく可能性です。これはやはり考えておかないとまずいですね。一遍決まったらずっとそのままというのはちょっと変な話です。入会の場合だってルールを変えることはあり得ます。川島理論では全員一致原則が支配する問題になるわけですけれども、ともあれ変えること自体はあり得る話です。ですから、地域的ルールの法源性を承認した場合にも、その変更の可能性というのは考えておかなければいけない。

実際にどうやってやるかは、難しい問題ですね。国立のケースもそうですが、どこかで住民の集会をやって地域的ルールを

決めたということではないわけです。慣行的というか慣習法的な形成のされ方をしますので、集会をやって変えるという話になるのか。あるいは、従来のルールからすれば問題のある行為に対して特に反撥がなく、そのような事態が反復することでルールの内容が変化していくということなのかもしれません。ともあれ、ここには、大きく、かつ、難しい論点があるということを押さえておくべきだろうと思いました。

司会　今の点ですけれども、「変えていく手続」と申し上げたのは、先ほど吉田克己先生がマンションの共同利用にふれられたからです。ご案内の通り、マンションについては建て替えの問題がずいぶん話題になりました。何割以上賛成していなくてはいけないといった類の問題です。そして、この点については手続が明確なわけです。もちろん、この場合は特に明確にしなければならないという事情もございますが、しかし、マンションの共同利用問題が景観の問題にも示唆を与えうるのではないかというお話があったものですから、もしそうであるなら、「変えていく手続」という問題についても、建て替え等の問題を考えれば、やはり参考となるべき部分があるのではないかと思って、発言させていただきました。

山下　二点質問します。一つ目は、先ほどの質問の繰り返しになるかもしれませんが、従来の説明では、例えば、行政法分野では、民法による権利救済では環境は守れないので行政法上の予防規制が必要であるとして、民法の限界を前提にして議論を始めます。伊東先生によりますと（伊東研祐『環境刑法研究序説』（二〇〇三年）六三頁以下）、刑法分野では、行政の機能不全というのを前提に、刑法の行政法従属性を緩和すべきであるとの議論があるそうです。民法分野でも、吉田報告にあったように、国や地方公共団体の機能不全が強調されています。いわば、従来はそれぞれの法分野が、自分の分野が一番がんばっているのだというのをアピールするところから議論を始めるのが普通だったと思います。

　これに対し、吉田さんの議論は、皆さん環境秩序に一緒に入って仲良くやりましょうという、それはそれで非常にいいのですが、ただ、そうは言っても、先ほど亘理さんも言われましたように、各法領域の機能分担なり機能の限界というものが何かあるのではないかという気がするのです。法は多元的なものであるから、個々に救済できる場合は救済したらいいので、別に相互の関係づけは必要ないという議論もあると思いますけれども、やはり機能分担というものも考えていかなければならないのではないかというのが第一の質問です。

第二に、これは先ほど吉田さんが外郭秩序というのは規範秩序であるという発言を前提にしての質問なのですが、そうすると今回のシンポではあまり出てこなかったのですが、環境法は相当日本でも整備されてきており、そうなりますと環境法上の違法と、それぞれの各法分野での違法というものの関係が問題になってくると思います。

水野報告でも不動産業者の配慮義務の内容を決めるファクターとして行政上の制度があげられていましたが、環境法上の違法とそれぞれの法領域の違法というものをどういうふうに関連付けるのかという点についてご意見をお聞かせ下さい。

吉田　それではまず私から応答いたします。二点のご質問があったわけですが、第一点については、たしかに私の議論は、結論的には公私協働を追求するということですから、お互い仲良くやりましょうという路線なのですけれども、理論的には外郭秩序を公共空間と把握していますので、まずもって機能すべきなのは行政法だと思っているのです。その意味で、民法には、――刑法について私には発言能力はありませんが、基本的には同じでしょう――補充性とでも呼ぶべき性質があり、先ほどの機能不全論を媒介にして、漏れ落ちた問題を掬っていくという非常に控えめなスタンスです。ただ、それでも、とりわけ現代日本の問題状況を前提としますと、民法がやれることは多いという認識があります。

それから、たしかにおっしゃるように各法分野の機能の限界というのは、これもあると思うのです。ただ、最初から機能限界がどこにあるかと考えるよりも、まずできることはやりましょうというのが私のスタンスです。それで結果として残ってしまったところに、機能の限界が現れている。そこで、それはまたそれでどうしたらよいのかを考える。そのような発想ですね。以上が第一の質問に対するお答えです。

第二の質問ですが、これはかなり大事な論点ですよね。民法ではあまりそのような議論をしていませんが、刑法では、不法一元説と言いましたでしょうか、そのような考え方をめぐって議論があるように聞いています。要するに、違法というのは全法分野で共通の一元的に把握されるべきものか、そうではなくて各法分野で異なる相対的なものなのかというような議論です。前者ですと、ある法が違法と評価すれば、他の法領域でもそれは違法と評価されるということになります。

私は、それぞれの法が担っている基本的機能に応じて違法性評価が異なってきてよいのではないか、という発想です。そのように申し上げる場合に念頭に置いているのは、環境というよ

りもむしろ競争の話です。つまり、競争秩序は、基本的には、実定法規、典型的には独禁法などによって形成されます。ところで、独禁法上の違法性は公取委という行政機関が動くための要件ですから、たとえば対市場効果がどうだとかそのような話をすることが必要になるわけですね。これは、田村善之さん流に言えば、公取が無駄に資源を使うことはあまりよろしくないことであるから、一定の要件を絞ってそれで動くのだという話になると思うのですけれども、それでは民法の方がそのような要件を同じように必要とするかというと、それはなくてもいいのだと思うのです。市場との関係で規制力を持つとかの事情がなくたって、そこを除いて民法の論点については違法と評価することはありうるだろう。その意味で、民法の違法性評価と独禁法の違法性評価のあり方は違ってもよろしいと考えているのです。もっとも、だからといって、両者が無関係だとは考えませんが。この辺りは、詳しく述べますと大変ですので、結論だけにとどめておきます。

伊東　刑法の立場というのは非常に簡単でして、大前提として、刑法はなるべく使わない方が良いというのは誰しも認めることですので、補充性、そして、いわゆる ultima ratio 性ないし最終手段性というのがあります。ですから、建て前は、行政従属性あるいは民事法に対する従属性を認めることになります。そういう筋論、建て前論は残っています。しかし、先程から言っているように行政の機能不全論がありまして、何とかしなければいけない、ということになっているのが実態だと思います。

それから、刑法ですと、いわゆる不法一元論という考え方を採るか、多元論か、あるいは相対的一元論という捉え方を採るか、見解が分かれます。すべての法領域で違法性判断は同じであり、従って民事法で違法であれば刑事法上も違法で刑罰を使うべしと考えるか、違法であるけれども使う・使わないは自由に決められるという風に考えるか、それとも、全くばらばらと考えるか、という違いですが、日本での多数説は、たぶん相対的な一元論だろうと思います。そういう意味で、民法上も違法ならば刑法上も違法だけれども、刑罰を使う・使わないは自由だ、ということになるでしょう。

それでは、どのような使い方をするのかということになりますが、これはかなりアプローチが分かれていて、刑罰本来の原理的な非難として使うべきだという先生に拠れば、滅多に使うなということになると思いますが、私自身は、行為を違法だと認める以上は、必要性で決めて良いのではないかな、という感

じがしています。かなり軽微な違法であるけれども、頻度において非常によく起こる、というような場合には、軽くても刑罰を使うことは出来ると思いますので、相関的な問題になってしまうのかな、という気がしています。

そして、その観点からすると、刑事手続きで環境秩序というものを考えるとき、実体的な環境侵害があった場合に処罰するのは勿論でしょうけれども、むしろ、情報開示や届け出など、関係者が判断を形成するためのベースになる情報の真実性等を担保する為に刑罰を使うことが許されるであろうと思います。アメリカなどでは、環境法の要求する色々な手続きにおける虚偽申告等を非常に厳しく処罰しますけれども、そういう考え方は体系的な発想を採っても出来るであろうと考えています。

亘理　便宜上、第二の問題の方から発言しますが、まず具体例として本日いろいろと話題に上った国立マンション訴訟を想定した場合に、実は、私は、行政訴訟の方は確かに市村判決は認容判決を下したけれども、あれには非常に弱みがあると思うのです。どういう弱みかというと、これは別の言い方をしますと国立市側の最大の弱みでもあるわけですけれども、ご承知の通り明和地所が建築確認の申請をし建築確認をもらった時点では、まだ地区計画に関する権利規制のための条例は制定されていなかったのです。その前の地区整備計画しかなかったのです。それでは結局のところは建築の際に届け出を義務づける程度であるし、あとは行政指導でやるしかなかった。そういう状態の中で違法建築物だということで除却命令や中止命令を東京都の建築指導事務所長に義務付けるというのは、わりとこれは裁判官も悩んだのではないかと思いますし、かなり微妙な問題を含んでいると思うのです。もっとも、これは建築基準法九条の除却命令権独自の論点に関わってくるのですが、除却命令権というのは建築確認が違法か適法かに関わりなく、とにかくある建物が現にある条例や法律の規定に違反すれば違法建築物というふうに認定することができて除却命令を発することができるという理解がされてきておりますから、除却命令を発すべきだったし、発しないのは違法だという話になったわけです。

ただ、考えようによっては、やはり、しかし事の発端は建築確認を与えた上でしかも建てられている建物ですから、それは行政の側にもともと落ち度があったのではないかという側面は否定し難い。というのは、つまり条例をちゃんと定めていなかったということですから。条例によって権利制限をしていなかったことに最大の落ち度があったのではないかという批判が、どうしても最後まで付きまうと思うのです。

ということで、私は実は市村判決の方がいろいろ困難と言いますか、障害と言いますか、弱点を抱えていると思っていたのですが、逆に、条例はなかったけれども地区計画というのは既にあって、しかも伝統的に数十年にわたって建物の高さをお互いに制約し合うような土地利用をしてきたし、しかも、社会的一般的にも非常に優れた街並みであったということは間違いないわけですね。そうなると、これは行政法上、除却命令をすべきだとは仮に言えないと考えたとしても、民法上の保護の対象にしても良いということになるのではないか。従って、差止めや撤去を命じるべき場合もあり得るという結論になるのではないかという気がしていまして、その意味では、行政訴訟は十分機能しない可能性があるけれども、民事訴訟であれば機能し得るケースは十分あり得るというふうに、私は考えているのです。

その意味で、民法上やってはならないこと、これを違法と仮に言ったとして民法上の違法性と行政法上の違法性が常に一致するわけではないし、むしろ民事上不法行為等を構成するけれども行政法上は対処できない場合というのは十分あり得るという意味で、同一に考える必要はないだろうと考えております。

その上で、第一の機能分担の問題についてですが、行政法というのは、いま言いましたように、民事法や刑事法と比較した場合に限界を抱えているケースがあり得るわけで、しかも、特に行政訴訟の場面では種々の限界があるのですが、他方では、法律や条例によって制度形成を行い、それによって環境保護や生態系の保護を図る可能性という点では、非常に広い射程範囲や可能性を持っているわけです。その場合は、何も人間中心主義的に考える必要はないわけでありまして、極めて公益性の高い目的のために、人間のいろいろな生産活動を制約してでも自然保護や生態系保護や、あるいは将来の世代のために保存を行うということも、行政法上は可能であるわけです。

そういった意味で、私自身も立法論や制度の創設形成という点では、行政法というのは非常に許容範囲といいますか可能性が広いのだというふうに考えています。だからといって他方、訴訟による救済を制限すべきだとは思わないのですが、一方ではしかし、以上述べた意味で限界を抱えるとともに、立法化による非常に広い射程範囲や可能性を持っているというのは、おそらく行政法の特色なのだろうと思っている次第です。

水野　もう何も付け足すこともないような気もしますけれども、一言だけ申し上げたいと思います。民法と行政法には、それぞれ一定の限界があるということですが、それはそのとおりで、吉田先生もおっしゃるように行政法は一定の機能不全を起

こしている。そこで民法上、景観利益をどう保護できるかということを考えざるを得ない。その点は私も同感です。

ただ、繰り返しになりますが、そうはいっても、共同体の利益なるものがいったいどこまで保護に値するのかが確かではないという場合に、それが行政の景観政策に上手に反映されているかということが、民法上の景観利益の要保護性を測る一つのバロメーターになるような気がするのです。その意味では、民法上の違法性を判断する際に、行政に関する判断というのは参考になると考えます。

国立市の事件で言えば、景観に関する人々の考え方が建築条令という形には反映したが、建築協定という形にはなっていなかった。その程度の景観利益だったということが一つあります。しかも、建築条令も、問題となったマンションの建設当時にはまだできていなかったという事情があり、それは建設業者の違法性をマイナスの方向に持っていく機能を有するのだろうと思います。

ですから、行政法に機能不全があるから民法の問題として景観利益が浮上した。しかし民法上の利益として保護されるかどうかについては、行政法の枠組みをパスしているかどうかが一つのメルクマールとならざるを得ない。そのような、やや複雑な相互関係が、民法と行政法との間には存在しているように思います。

司会　実はもう五時を過ぎてしまいました。まだまだご意見、ご質問はあろうかと存じますが、あと一つぐらいなら何とかなります。いかがでしょうか。

古矢旬（北海道大学教授）　単なるやじうまで面白く聞いていたのですが、政治学と結構パラレルな問題を扱っているなというところがありました。そこで三つ大きな問題なのですが、一つは市場とコミュニティーの問題です。瀬川さんや山下さんはさきほど市場は開かれたコミュニティーなのではないかとおっしゃっていましたが、それはどうも政治学の常識からいうと違うのではないかと感じています。というのは、やはり市場は、人間をホモ・エコノミクスという特定の断面で切り取って、理念的に構成される架空の社会ではないでしょうか。そういう抽象的構築物であるからこそ、それは人間社会のすみずみまで、どこまでも浸透し、広がっていくというイメージでとらえられるのではないでしょうか。

それと関連して第二の問題、コミュニティについてですが、それは市場とは対照的に人間を丸ごとくくり込んでいる社会ですよね。吉田さんが、指摘されたように集団の内側に向かうべ

クトルが強いというのはそのとおりではないかと思いました。ただ、コミュニティーの概念が、政治学的に見ても難しいのは、コミュニティーあるいは共同社会には大きく二つあって、一方に出入り自由のコミュニティーがあり、他方に出入りの自由ではないコミュニティーがあるという点だと思います。日本語で共同体というときには、どうも昔きだみのる氏がルポルタージュで描いたようなムラ的共同体を想起する傾向があるように思います。それは、出入りの自由の無い、だからこそ村八分（メンバーシップの全面否定ではなく、その二分は残す）みたいな共同体規制のルールがあるような、そういう非常に閉塞度の強いコミュニティーの概念です。だから先ほどから議論されている問題などは、むしろこちらの共同体の問題、あるいは長谷川さんが言われたコタンの例もそういう非常にナチュラルなコミュニティーの問題なのではないかと思うのです。だから共同体の問題を論じる場合でも、アメリカ的な流動的社会の出入り自由なコミュニティーみたいなものと、それから出入り不自由で村八分が起こるようなコミュニティーの問題というのは概念的にきちんと整理していただくと政治学にも非常に役に立つ話になるだろうと感じています。

それから最後三つ目、環境の問題ですけれども、国立の景観問題というのは果たして環境問題なのかというのが私の非常に大きな疑問であります。非常に重要な現代法の問題であるということは先ほどのお三方のスピーチからも分かるけれども、それにつけても思うのは、歴史的に環境概念それ自体が非常に変わってきているということですね。例えば、今までで最も環境保護的だった国家のひとつはナチス・ドイツですよね。「健康の帝国」とすらいわれたようなナチスの環境政策は、人間による自然環境の理想化の一つの極限的事例ではないでしょうか。その一方には、水俣のような公害に関わる環境問題や、現在の地球環境問題もあります。やはり水俣の問題で起こった環境問題というのは個人的な肉体や生存にかかわる問題ですね。また堀口さんを前にして僭越だけれども、現在の地球環境問題もまさにコミュニティーそれ自体が、あるいはその中にいる人間それ自体の生死がかかった問題でしょう。その意味で、人格権や景観権だとかいう以前に、生存問題という側面が表に出た環境問題だと思います。マンションの上何階を切り取るかどうかという問題と全然、本来異質な問題だと思います。このように、現在の日本の景観論まで行き着くのに、自然保護運動や水俣から始まってものすごく大きな環境概念の変化を経ていると思うのです。それで思い出すのは、政治学の分野で言うと一九七〇

年代にイングルハートという人が『静かな革命』という本を書いて、これは今では古典になっています。要するに一九七〇年代に先進資本主義国では「静かな革命」が起こった、すなわち政治の最も重要な争点が物質的な要求から精神的な要求へと転換したと、イングルハートは指摘します。七〇年代、日本でまだ古典的な公害問題が大騒ぎしているときに、もうこれからは過剰富裕社会が到来するので、人びとの基本的な要求が、肉体の生存を支える物質的なそれではなく、それらはすでに満たされ既成事実となり、その上で人間の精神的な価値の問題が重要になってくるというわけです。アメリカなどはまさにその通りで、この間の二〇〇四大統領選挙などでは、まったく基本的生存条件の問題なんか忘れたかのような、いわば頭の中の道徳的、文化的な争点が帰趨を決めるようになっています。ですから、健康問題だってやはり肉体にかかわる健康から精神にかかわる健康まであって、景観権や日照権というのはまさに後者の問題という色彩が濃い。肉体の健康問題、もちろん日に当たらないと体を壊すというのもあるかもしれないけれども、もっと気分的、精神的な問題ではないでしょうか。それは精神の平安という言葉で健康問題、生存問題として考えるとまさに古典的な環境問題でもあるのかもしれないけれども、やはり環境問題と一言で括るのは難しいように思うのです。一般社会に流布する環境問題という言葉の意味内容をもう少し精査しないと、政治学や社会学の場では、たぶん通じないだろうなという感じがあります。その辺のところを次のシンポジウムでさらに詰めていただければ私たちにも参考になるという感じがします。以上です。

堀口　景観の問題というのは、そもそも国際的に問題になることがほとんどないので、国際環境法といわれている分野にはこういった問題はあまり入ってきません。

一般に生態系の保存というものを目的にした法というのを国際環境法と呼んでいるので、そうするとこの景観というのは生態系の保存とはちょっとずれてきてしまうのかなという感じがしました。これは具体的には文化遺産の保護などを国際環境法に入れるかという問題として論じられることもあるのですが、そもそも景観が国際的に問題になることがほとんどないという事情もあるのだと思います。

それはそれで、民法の世界でこういう議論がされているということがよく分かりましたので大変勉強になりました。どうもありがとうございました。

吉田　今日のシンポジウムの最後に、一応まとめ的なことを申し上げるということですが、その前に、今、古矢さんと堀口

さんからご指摘を受けたことに多少リプライしておきたいと思います。

古矢さんには、まず参加していただいたことに御礼申し上げます。私たちの科研プロジェクトは、実定法横断的な議論を売り物にしているわけですが、政治学からも示唆に富む発言を得られて、嬉しく思います。内容的には、とりわけ市場と共同体という二つのコンセプトの理解について、我が意を得たりという感じです。

堀口さんのご指摘についてですが、景観が国際環境法に入ってこない、それは何も不思議なことではないと思います。景観は、その内容も保護の手法も、ナショナルなものですから。また、侵害される法益の性質という問題もあるでしょう。たとえば、水俣のような問題はどうなのでしょうか、それは国際環境法の対象だとしますと、そこで問題になる生命・身体に対する侵害――それはさらに生態系自体に対する侵害になっていくわけですが――と、景観の問題になる侵害とは性質が異なります。それは、古矢さんもご指摘になっておられました。今回は、環境といった場合には決定的に重要な後者の問題はあえて外して、「環境秩序」ということで前者の問題に絞ったシンポジウムを立ててみたわけです。

その背後には、私なりの理論的把握があります。それは、広中理論につながる、生命・身体等の保護を確保する中核的秩序――そこでは権利パラダイムが適合的です――と、その外側にある外郭秩序を区別するという把握です。その上で、今回は、後者の問題に集中して検討しようということであったわけです。もちろん、前者の問題領域が重要ではないということではなくて、理論的には外側の外郭秩序の問題が非常に重要なので、そこに焦点を当てて今日は議論してみましょうと、一応そういうつもりなのです。

以上を申し上げた上で、まとめに入りたいと思います。時間の余裕もありませんし、もうそんなに申し上げることはありませんので、三点だけ簡単に申し上げるにとどめたいと思います。

第一に、今日は、いわゆる外郭秩序論に集中して議論いたしました。外郭秩序の問題をこれだけ集中的に議論したということは、これまでにあまりないのではないかという気がします。ですから、それ自体でおそらく意義があるでしょう。議論の中では、外郭秩序論にかかわる問題点がいろいろ指摘されました。これらは誠に貴重なご指摘であって、私は、それなりにお答えはいたしましたけれども、それですんだものとは思っていません。ご指摘を根本的に受け止めて、これからまた考え方を深め

ていく必要があるだろうと思っています。ただ、我田引水的に言えば、これだけいろいろ問題が指摘されたということは、外郭秩序という考え方が、それなりに市民権を得てきていることの反映なのかな、という印象も持ちました。

第二は、公共性論、あるいは共同性・共同体論にかかわります。私は、個人的には共同性とかはあまり言わないようにしているというようなことを申し上げました。しかし、共同体が実体としてあることはたしかですから、共同性や共同体を語ってはいけないということでは全然ありません。

ただ、公共性なり、あるいは共同性なり共同体を語る場合には、概念的に明確にしておく必要があると思います。これは、古矢さんのご指摘にもありました。私の理解では、共同体なり共同性というのは閉鎖的であるところに本質的な特徴が認められる。公共性についてはいろいろなつかまえ方がありますけれども、公開性あるいは不特定多数の接近可能性というところに焦点を当てて理解するのが、私はいいのではないかと思っています。それが概念整理の唯一の仕方だとは思いませんけれども、いずれにしても使う場合にはそれなりの概念整理をしてから使うべきでしょう。

景観の問題に即して申し上げますと、たとえば国立において、地域共同体という概念を立てることはよろしいでしょうし、地域的ルールを地域共同体のルールと理解してもよろしいかと思います。しかし、それによって確保されている利益を、地域共同体の利益としてだけつかまえてよいのか。私が、景観の公共的性格を語る際には、そうではないのだ、という含意を込めているつもりです。共同体の利益と言ってしまえば、それは閉鎖的なもので、不特定多数の市民にとってのアクセスは不可能なものとなります。入会団体による入会地の利用を考えればその点は明確でしょう。しかし、優れた景観というのは、そのようなものではない。そこに誰が行っても見られるし、安らぐということが可能です。そのようなものとして私は景観をつかまえているつもりで、だからこそ景観の公共的性格を語っているのです。

関連して、たしか水野さんがおっしゃっていたことですが、共同体の価値というかルールというか、それを評価してどこまで法的な保護をするのかという問題を考える場合にも、ここで公共性と言った観点が大事になるのではないでしょうか。あるルールが確保する利益に公共的性格があるかどうかによって、その保護のあり方が変わってくるということは、十分にありうべき事態だと思います。

最後第三に、各法ごとの機能分担の問題です。これは、この科研プロジェクトの狙いのひとつの論点です。外郭秩序は、行政法を中心とする公法と民法、そして刑法が交錯する領域です。そこにおいて、これらの法がどのように機能分担すべきなのか。この問題を詰めていくのが、この科研の大きな目標であると私は理解しています。

前回の競争秩序シンポジウムにおいても、この問題は提起されました。しかし、今日の方が詰めた議論ができたように思っています。私は、この論点について議論の中でパネラーの方、フロアの方が言われたことに、ほとんど違和感がありません。総論的なレベルでは、かなりの程度に共通了解が形成されているという印象を持っています。そうだとしますと、これからの課題は、より各論的な詰めということになるでしょう。今日は環境秩序ということで、景観を中心に取り上げましたが、これ以外にもテーマは多いと思います。そのような各論的な詰めをこれからさらにやっていければいいなと思っています。

以上でまとめの発言ということにさせていただきます。どうもありがとうございました。

司会　正直、議論は尽きませんが、しかし、時間の方は尽きてしまいました。報告者やコメンテーター、そして、ご参加いただいた多くのみなさま方には、本当に長時間どうもありがとうございました。これにて本日のシンポジウムは終わりたいと思います。どうもありがとうございました（拍手）。