

論 説

景観保護政策による「営業の自由」規制の適法性

山 内 敏 弘

まえがき

本稿は、いわゆる国立景観求償訴訟（平成23年（ワ）第40981号 損害賠償請求事件）において、被告弁護士（窪田之喜弁護士ほか）の要請に基づき東京地方裁判所民事第2部に提出した「意見書」（2012年12月21日）の「第二部 景観保護政策による「営業の自由」規制の適法性」に必要最小限の加筆修正を行ったものである。なお、この「意見書」の「第一部 参加的効力論と公正な裁判を受ける権利」は、本誌前号（45巻4号）に掲載した。

この訴訟においては、憲法上の論点としては、上記「第一部」の論点と並んで、国立市及び国立市長の景観保護政策による「営業の自由」の規制が果たして許されるか否か、許されるとしてどのような限度で許されるかが問題となっている。原告国立市は、前件住民訴訟事件判決（平成22年12月22日、判時2104号19頁）に依拠して、上原公子・元市長が景観保護のために行った4つの行為（後述）は、社会通念上許容される限度を超えて違法に明和地所の「営業の自由」を侵害したものであって、国賠法1条1項にいう「違法」性を有し、しかも、そのような違法行為を行うについて少なくとも上原の「重過失」は免れないので、国立市は国賠法1条2項により上原に対して求償権を有すると主張している。これに対して、被告弁護士は、上原の行った一連の行為は、国立市の景観保護のための適法な行為であって、国賠法上もなんら違法性を帯びるものではなく、国立市の上原に

対する損害賠償の請求はなんら正当な根拠をもつものではないと反論している。

私の「意見書」の「第二部」は、このような論点について、①「営業の自由」は、憲法上「公共の福祉」による広範な規制に服すること、②「公共の福祉」の内容としては、景観利益・景観権の保護も含まれること、③上原がおこなった一連の行為は、まさに国立市の景観権・景観利益の保護のための適法な行為であったこと、④したがって、上原の一連の行為は、国賠法上もなんら違法性を帯びるものではなく、国立市の求償権の行使は、正当な根拠を持つものではないことなどを、憲法の観点から論じたものである。

一 原告の「営業の自由」論

原告側の準備書面(1)は、被告の一連の行為は明和地所の「営業の自由」を侵害した違法な行為であるとして、以下のようにいう。

普通地方公共団体の長は、「当該普通地方公共団体の事務の執行等に当たっては、私人(私企業)に保障される営業の自由を尊重すべき義務を有することはもちろん、個別の私人との関係における従前の当該普通地方公共団体の対応を踏まえた事務の誠実な執行として、その営業の自由を積極的に侵害することのないように配慮することや、行政目的を達成する上での中立性・公平性を保持することが要請されるというべきである」。

被告の一連の行為が国家賠償法第1条第1項の違法行為に当たるかを判断するについては、「第1の要件として、被告が普通地方公共団体の長として、普通地方公共団体の事務の執行等に当たり、私人である明和地所の適法な営業活動を妨害する目的を有していることが明らかであること、第2の要件として、被告が普通地方公共団体の長として、普通地方公共団体の事務の執行等に当たり、他の事情とあいまって、当該長に要請される中立

性・公平性を逸脱し、社会通念上許されない程度に私人である明和地所の営業活動を妨害したこと、という2つの要件を検討することが必要となり、これが認められたときには、被告の各行為は行為全体として、私人である明和地所の営業活動を妨害したものとなり、国家賠償法上の違法行為に当たるものである」。原告の準備書面（1）は、このように述べた上で、具体的に被告の一連の行為が、行為全体としてみれば、上記の2つの要件をみたすものであり、国家賠償法上の違法行為に該当するとしている。

しかし、このような原告側の主張は、第1に、「営業の自由」が憲法22条1項及び29条2項に基づき「公共の福祉」による広範な制限に服するものであること、しかも、「公共の福祉」の内容には景観利益・景観権が含まれることについての認識が基本的に欠落しており、一方的に「営業の自由」のみを強調した議論となっている。このような一面的な議論は、景観保護に長年取り組んできたはずの国立市の見解とは到底思えないような偏ったものであり、憲法の観点からしても、基本的に間違ったものといわざるを得ないと思われる。また、第2に、原告の主張は、憲法上なんらの根拠のない「中立性・公平性」を持ち出して被告の景観保護のための一連の行為を違法視するものであり、この点からしても、憲法論として間違ったものというべきと思われる。そこで、以下には、これらの点について具体的に明らかにすることにしたい。

二 「公共の福祉」による「営業の自由」の制限

（1）「営業の自由」の憲法的意味

憲法は、明示的には「営業の自由」に関する規定を置いていないが、学説は、従来、憲法22条1項が「職業選択の自由」を保障していることに伴って、その内容の一つとして「営業の自由」をも保障していると解してきた⁽¹⁾。判例も、いわゆる小売市場事件判決（最大判昭和47年11月22日

刑集26巻9号586頁)において、「職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべき」としてきた。

しかし、このような学説判例に対しては、経済史学者の岡田与好からつとに有力な異論が提示されていた。岡田は、つぎのようにいう。「『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも営業の『独占』(monopolies)と『制限』(restraints of trade)」からの自由であり、かかるものとして、それは、誤解を恐れずにいえば、人権として追求されたものではなく、いわゆる公序(public policy)として追求されたものであった」。したがって、「『営業の自由』を『職業選択の自由』のなかにふくまれる人権とみなすことは、このような歴史的諸事情を無視し去ること、それゆえ、現代における『営業の自由』……の意義と限界についての理解を根本的に誤らせることになるように思われる」⁽²⁾。

このような経済史学者からする見解は、憲法学にも大きな影響を及ぼし、1970年代以降、いわゆる「営業の自由」論争が展開されてきた⁽³⁾。岡田の見解は、「営業の自由」をその歴史的背景を精査することのないままに憲法上の人権としてきた憲法学説に大きな反省を迫るものであった。この論争は、具体的には、例えば独占禁止法の性格をもめぐって問題とされた。岡田の立場からすれば、独占禁止法は市場における私的独占を禁止・制限してもろもろの企業などの営業の自由を保障する意義をもつものと捉えられたが、憲法学の多数説の立場からすれば、独占禁止法は、憲法で保障された営業の自由を制限する立法と捉えられたのである。

この論争は、今日でも必ずしも決着したとはいえないし、憲法学説の多数は、論争後の今日でも、少なくとも憲法解釈論としては、「営業の自由」を憲法22条1項で保障された職業選択の自由のなかに含め得ると解しているといえる。ただ、この「営業の自由」論争を契機として、憲法学説にも

「営業の自由」の保障の意味と規制のあり方について再検討がなされるようになってきた。そのような再検討の中で登場した有力な学説が、「営業の自由」を狭義と広義にわけて説明する今村成和の見解である。今村は、「営業の自由」は、狭義には「開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由」を内容とする「営業することの自由」を意味し、これは憲法22条1項によって保障されるが、「営業の自由」は広義には「現に営業している者が、任意にその営業活動を行い得る自由」である「営業活動の自由」を含み、これは財産権の行使として憲法29条によって保障されるとした⁽⁴⁾。このような説明によって、今村は、「人権としての職業選択の自由を尊重する一方で、職業活動（とりわけ営業）については、29条2項を通じた大幅な制約を許容しようとする解釈論」⁽⁵⁾を展開したのである。

「営業の自由」の意味内容についての再吟味も、そのような文脈の中で行われてきた。すなわち、「営業の自由」を広く「職業の自由」と捉えるのではなく、より限定して、「営利追求を目的とする自主的活動の自由」と捉える見解の登場が、それである⁽⁶⁾。このような見解は、「営業」という言葉の本来の意味からしても⁽⁷⁾、また一般に国会議員や裁判官などの職業活動を営業活動とはいわないことからしても妥当なものであるといえるが、このような見解は、ほかならぬ営利追求活動に伴うさまざまな弊害に対する広範な制約をも正当化する契機となったのである。

ところで、「営業の自由」論争は、憲法上の人権とされるものの歴史的背景についての再考を憲法学に要請したが、そのような再考の一環として登場したのが、樋口陽一の「法人の人権」否認論である。樋口は、人権は、歴史的には中間団体（法人を含めて）の独占を排除するところで成立したものであり、法人に自然人と同じ意味で「人権」を認めることはできないとしたのである。樋口は言う。「憲法史上の認識の問題として、人権はもともと中間団体（ここでいう法人）からの人権という課題をせおって登場してきたのだった、ということを忘れてはならない」。「諸個人の人権

を中心におく見地からすれば、巨大法人が大きな社会的役割を演ずるようになっている今日だからこそ、『法人の人権』ではなくて法人からの人権が問題とされる必要がある」⁽⁸⁾。

このような法人の人権否認論は、今日の憲法学説においても、なお多数説にはなっていないが、ただ、樋口の問題提起を経た今日では、「法人の社会的実在性から素朴に人権の享有主体性を導く類の肯定説は説得力を失いつつある」⁽⁹⁾ といつてよいのである。このことは、法人の「営業の自由」論についても、そのまま妥当するといえる。法人の「営業の自由」論の無制約的な主張は、憲法論としてはもはや成り立ちようがないのである。

以上を本件訴訟についてみれば、本件訴訟で具体的に問題となっている「営業の自由」は、個人の「営業の自由」ではなく、法人である明和地所の「営業の自由」である。しかも、明和地所がマンション建設業を営む自由そのものではなく、そのような自由を前提とした上でマンション建設を高さ20メートルを超えて行う自由の是非であり、また建設されたマンション販売の自由が妨害されたかどうかという問題である。つまり、今村の見解に即していえば、「営業することの自由」の禁止ではなく、「営業活動の自由」の部分的な規制が問題となっているにすぎないのである。その意味で、本件訴訟で問題となっているのは、憲法22条1項の「営業することの自由」の禁止というよりはむしろ「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定した憲法29条2項の「営業活動の自由」の規制であることに留意することが必要であると思われる。

(2) 「営業の自由」に関する判例の立場

(i) 小売市場事件判決

「営業の自由」について「公共の福祉」による広範な規制を認めた先例としては、周知のように小売市場事件判決（最大判昭和47年11月21日刑集26巻9号586頁）がある。最高裁は、この判決において、以下のように述べ

ている。「憲法は、個人の経済活動につき、その絶対かつ無制限の自由を保障する趣旨ではなく、各人は、『公共の福祉に反しない限り』において、その自由を享有することができるにとどまり、公共の福祉の要請に基づき、その自由に制限が加えられることのあることは、右条項（＝憲法22条1項）自体の明示するところである。おもうに、右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なっており、右社会経済政策の実施の手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであって、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。」（傍点・引用者）。

同判決は、このように述べた上で、具体的に小売商業調整特別措置法が定める小売市場の許可制についても、その目的は「国が社会経済の調和的發展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとった措

置」ということができ、またその規制手段・態様においても、「著しく不合理であることが明白であるとは認められない」ので合憲であると判示した。

(ii) 薬事法判決

その後、「営業の自由」に関して出された最高裁判例として有名なのは、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）である。同判決は、憲法22条1項は職業活動の自由をも保障しているという理解を踏まえて、つぎのようにいう。「職業は、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であって、その性質上、社会的相互関係性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法22条1項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる」。

もっとも、この判決は、このような職業の自由に関する規制についても一律に論じることとはできず、消極目的による規制と社会政策・経済政策上の積極目的による規制とで合憲性の審査基準が異なるとした上で、具体的に薬事法の距離制限規定は、消極目的による規制であるところ、その規制を根拠づける立法事実は存在していないので、そのような規制を行う必要性も合理性もないとして違憲判断を言い渡した。この判決は「営業の自由」に関する違憲判決として注目されたが、ただ、留意されるべきは、この判決は、その前提としてつぎのように職業選択の自由と職業活動の自由の区別を踏まえていたということである。「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうするためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し……」（傍点・引用者）。つまり、判決では、一口に「営業の自由」に対する規制といっても、職業

選択の自由そのものに対する規制と職業活動の自由に対する規制とでは審査基準が異なり、後者についてはよりゆるやかな審査基準でよいことが前提とされているのである⁽¹⁰⁾。この点は、「営業の自由」を広義と狭義に分けてその規制のあり方を論じた上述の今村見解にも対応するものと捉えることができるのである。

他方で、この判決が採用した消極目的と積極目的に二分論については、学説上は賛否両論の議論が出された⁽¹¹⁾。例えば公害規制のようにその規制目的がいずれとも判断しかねるものもあり、その相対性は否定しがたいからである。環境・景観保護目的による規制も、必ずしも消極目的、積極目的のいずれかに区別することは困難であろう。その意味では、棄事法判決のこのような二分論による判断枠組は、必ずしも環境・景観規制には妥当しないように思われる。

(iii) 酒税法判決

ちなみに、最高裁は、その後、酒類販売業の免許制度の合憲性が問題となった酒税法判決（最判平成4年12月15日民集46巻9号2829頁）でも、職業選択の自由と職業活動の自由とを区別して、つぎのように述べた。「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するものというべきである」。同判決は、このように述べた上で、酒類販売業免許制度の規制目的が消極目的か積極目的かの区別を行うことなく、財政目的による規制であるとした上で、つぎのように判示して免許制度を合憲とした。「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法22条1項の規定に違反するも

のということとはできない」。これは、薬事法判決の基準で言えば、狭義における職業選択の自由そのものに関わる事例であるが、にもかかわらず、最高裁は、国家の財政目的のための免許制度であるとして、その合憲性を肯定したのである。

(iv) 小結

以上のような判例の簡単な概観によっても明らかなことは、第1に、「営業の自由」は、精神的自由の場合とは異なって、日本国憲法が社会国家、福祉国家の理念を採用したことをも踏まえて、消極・警察目的の規制のみならず、社会経済的目的その他のさまざまな目的に基づく広範な規制に服するということである。そのことは、憲法22条1項や29条2項が、特に経済的自由について「公共の福祉」による制限を認めていることとも照応している。第2に、判例も、職業選択の自由そのもの（狭義の「営業の自由」）に対する規制と、職業活動の自由（広義の「営業の自由」）に対する規制を区別して、前者の規制の合憲性が認められるためには「重要な公共の利益のための必要かつ合理的な措置」であることが必要であるが、後者の場合には必ずしもそのような措置である必要はなく、より広範な規制に服するという立場を採用しているということである。もっとも、判例は、職業活動の自由も、憲法22条1項の問題としているが、いずれにしても、職業選択の自由と職業活動の自由とを区別する見解を採用していることは、留意されてよいであろう。

そして、このような判例の考え方は、本件訴訟の被告が公共的政策課題として掲げてその実現を追求した景観保護政策に伴う「営業の自由」（職業選択の自由ではなく、職業活動の自由）の規制についても基本的にそのまま妥当するようと思われる。その点について明らかにするために、以下には、まず、国や自治体における景観保護政策の展開を素描し、合わせて景観利益・景観権に関する裁判例と理論状況について概観することにする。

三 景観保護政策の展開と景観利益・景観権

(1) 景観保護政策の展開

(i) 自然公園法

日本において「景観」という言葉が、はじめて法律上登場したのは、1957年に制定された自然公園法においてであるとされている⁽¹²⁾。同法は、国立公園、国定公園、都道府県立自然公園を体系的に捉えて制度化した法律であるが、同法18条1項は、「厚生大臣は、国立公園又は国定公園の景観を維持するため、特に必要があるときは、公園計画に基いて、特別地域内に特別保護地区を指定することができる。」(傍点・引用者)と規定し、特別保護地区においては、厚生大臣などの許可がなければ工作物の新築などの行為を行うことができないこととした。ここにいう「景観」の意味については、立法作業に当たった当局者の説明では、「植物、動物、地質、鉱物等の自然物若しくはこれらに基く自然現象又は史蹟、遺蹟等の文化景観によって構成される特異な風致であって、公園要素の精髓」⁽¹³⁾と説明されていた。このような説明は、「景観」が自然公園という特定の地域に関わって用いられていたことにより、その意味内容についても、自ずから一定の限定を付されていたということができよう。ただ、それにもかかわらず、景観保護が、国の「すぐれた自然の風景地を保護する」(1条)という政策目的の一環としてこの時期から行われていたことは見過すべきではないであろう。

(ii) 環境基本法の制定

国や自治体の景観保護に関する取り組みは、その後、古都保存法(1966年)や都市計画法(1968年)などでも部分的に行われていたが、より本格的な取り組みが行われるようになったのは、1993年の環境基本法の制定を契機としてである。環境基本法は、「環境の保全は、環境を健全で恵み豊かなものとして維持することが人間の健康で文化的な生活に欠くことが

できないものであること及び生態系が微妙な均衡を保つことによって成り立っており人類の存続の基盤である限りある環境が、人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じてきていることにかんがみ、現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるように適切に行われなければならない。」(3条)と規定することによって、環境保全の公共的な意義と重要性を明らかにした。そして、このような公共的な意義と重要性は、環境保全の一つとしての良好な景観の保護・形成についても基本的には当てはまるものと考えられたのである⁽¹⁴⁾。

(iii) 景観条例の制定

環境基本法の制定を受けて、自治体のレベルで景観条例を制定する動きが、1990年代に相次いで起きた。もちろん、自治体レベルでは、すでに1960年代においても、例えば金沢市の「伝統環境保存条例」(1968年)や倉敷市の「伝統美観保存条例」(1968年)などが制定されていたが、1990年代になると、全国のさまざまな自治体で景観条例が制定されることになった⁽¹⁵⁾。

東京都では、1996年に景観ガイドラインを定めて「良好な景観の保全と創造及び歴史的・文化的遺産の保全」を定めたが、これを踏まえて、1997年には、景観条例を制定した。同条例は「東京の自然を生かし、歴史と文化を継承し、地域の個性と多様な魅力を発展させるために、景観づくりに関する必要な事項を定め、もって景観づくりを総合的かつ計画的に進め、美しく潤いのある東京をつくること」(1条)をその目的として、都や事業者の責務を規定し、景観計画の策定、さらには知事による指導助言、勧告と公表などを定めたのである。

国立市が、1998年に国立市都市景観形成条例(平成10年条例1号)を制定したのは、基本的には、国立市における景観保護を求める住民運動があったからであるが、その背景には、このような全国的な景観条例制定の

動きもあったのである。

(iv) 景観法の制定

全国各地の自治体における景観条例の制定を背景として、2004年には景観法（平成16年法律110号）が制定された⁽¹⁶⁾。景観法の制定の背景には、自治体のいわば自主条例としての景観条例には法的強制力に一定の制約があり、強制力を伴う法的な枠組を用意する必要性が各地の自治体からも提起されたからである。国立市のマンション建設をめぐる市と事業者との紛争も、景観法の制定の背景にあったと思われる。この法律の制定には、国立市の景観保護政策も一定の寄与をしたことが容易に推定できるのである。ちなみに、景観法の制定段階において、全国の自治体で制定されていた景観条例は、450市町村・494条例、27都道府県・30条例に及んでいた⁽¹⁷⁾。

景観法は、まず、その目的として、「我が国の都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与すること」（1条）を掲げた上で、その「基本理念」として、つぎの5点をあげた。

「①良好な景観は、美しく風格のある国土の形成と潤いのある豊かな生活環境の創造に不可欠なものであることにかんがみ、国民共通の資産として、現在及び将来の国民がその恵沢を享受できるよう、その整備及び保全が図られなければならない。②良好な景観は、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により形成されるものであることにかんがみ、適正な制限の下にこれらが調和した土地利用がなされること等を通じて、その整備及び保全が図られなければならない。③良好な景観は、地域の固有の特性と密接に関連するものであることにかんがみ、地域住民の意向を踏まえ、それぞれの地域の個性及び特色の伸長に資するよう、その多様な形成が図られなければならない。④良好な景観は、観光その他の

地域間の交流の促進に大きな役割を担うものであることにかんがみ、地域の活性化に資するよう、地方公共団体、事業者及び住民により、その形成に向けて一体的な取組がなされなければならない。⑤良好な景観の形成は、現にある良好な景観を保全することのみならず、新たに良好な景観を創出することを含むものであることを旨として、行われなければならない。」「良好は景観」がいかに多様な公共的理念に支えられているかが、これによっても明らかであろう。

景観法は、上記のような理念を踏まえて、具体的には、「景観行政団体」(指定都市、中核市、市町村など)が、「景観計画」を策定することができることを規定した(8条)。「景観計画」には、①景観計画の区域、②景観計画区域における良好な景観の形成に関する基本方針、③良好な景観の形成のための行為の制限に関する事項、④景観重要建造物又は景観重要樹木の指定の方針、⑤その他良好な景観の形成のために必要な事項が定められるものとされた。また、景観法は、景観保全のための規制方法として、市町村が定めた「景観地区」においては建築物の高さ制限などを規定し、違反者に対しては是正命令を出すなどの強制力を持たせることにして、景観保全の実効性をあげることにした(61条以下)。これによって、地方公共団体の景観保護政策は、より強力に推進することが可能となったのである。

なお、景観法には、景観の定義はないが、それは、「良好な景観は地域ごとに異なるものであり、統一的な定義を置くと、結果的には画一的な景観を生むおそれがある」⁽¹⁸⁾ という理由に基づくとされている。

(2) 景観利益・景観権に関する裁判例

景観利益は、裁判例においても、法律上保護に値する利益として認められるようになった。景観利益・景観権に関するリーディングケースとしては、国立景観関連訴訟における最高裁判決(最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁)があげられるが、この最高裁判決の以前においても、いくつ

かの下級審判決が景観利益を認める判断を示していた。

(i) 日光太郎杉事件判決

まず、日光太郎杉事件における東京高裁判決（東京高裁昭和48年7月13日判時710号23頁）は、日光東照宮付近の自然の景観保護を優先させるか、それとも自動車交通の渋滞解消のための土地収用を重視するかが争われた行政訴訟であるが、東京高裁は、建設大臣の事業認定を以下のような理由で土地収用法20条3号に規定する「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」という要件には該当しないとして、景観保護などを優先させる判決を言い渡した。「本件土地付近は、……国立公園のエッセンスともいふべき特別保護地区に指定された地域に属するうえ、……その風致・景観は、国民にとって貴重な文化的財産として、自然の推移による場合以外は、現状のままの状態が維持・保存されるべきであるとの見地の下に、最も厳正に現状の保護・保全が図られるべきことは当然である。しかも、本件土地付近は、かような景観・風致上の価値に加えて、……宗教的・歴史的・学術的価値をも同時に併有しており、それだけに、かけがえのない高度の文化価値を有しているものというべきである。そうして、このような文化的価値は、長い自然的、時間的推移を経て初めて作り出されるものであり、一たび人為的な作為が加えられれば、人間の創造力のみによっては二度と元に戻すことは事実上不可能であることに堪がみれば、本件土地の所有権こそ被控訴人の私有に属するとはいえ、その景観的・風致的・宗教的・歴史的諸価値は、国民が等しく共有すべき文化的財産として、将来にわたり、長くその維持、保存が図られるべきものと解するのが相当である。」（傍点・引用者）。この判決は、景観価値を他の文化的諸価値と並んで、国民が等しく共有すべき価値として積極的に承認した初めての本格的な判決となった⁽¹⁹⁾。

(ii) 横須賀野比海岸事件

私人の2階居室からの横須賀野比海岸への眺望を妨げる建築物が建てら

れることに対して、眺望権の侵害を理由として建築物の2階部分の撤去などを求めた訴訟で、横浜地裁横須賀支部判決（昭和54年2月26日判時917号23頁）は、眺望利益も法的保護に値する利益であるとした上で、そのような利益が存在すると言いうるための基準として以下のような点をあげた。「(イ) 景観についての一般の通念からみて、その景観を眺望することによって、美的満足感を得ることのできる眺望価値のある景観が存在すること、(ロ) 当該場所の場所的価値がその景観を眺望しうることに多く依存しているものと考えられる場所であること、(ハ) 当該場所の周辺土地の利用状況に鑑みて、当該場所からの眺望を保持せしめることが、当該場所の利用にふさわしく周辺土地の利用と調和すること、等が要求されるものというべきであ（る）」。

この判決は、個人の眺望利益を認めた判決として有名であるが、眺望利益の存否の基準に景観価値が置かれていることは、留意されてよいであろう⁽²⁰⁾。

（iii）名古屋白壁地区訴訟

名古屋市内の町並み保存地区に指定された白壁区域等内の住民らが、同区域内に建設計画された高さ30メートルの高層マンションについて、高さ20メートルを超える部分について景観保護を理由として建設差し止めの仮処分を求めた事件で、名古屋地裁（平成15年3月31日判タ1119号278頁）は、以下のように景観利益を認めて差し止めを命じた。「本件町並み保存地区に指定された白壁地区等内の住民は、その所有する土地から派生するものとして、形成された良好の景観を自ら維持する義務を負い、かつその維持を相互に求める利益（景観利益）を有すると認めるのが相当であり、この景観利益を侵害する建物その他の構築物の設置については、その侵害の可能性の限度で、差し止めを求めることができるというべきである」。この決定は、後述する国立景観関連訴訟の②判決（宮岡判決）と同様に地権者らの土地所有権を根拠にして景観利益を認めて、マンション建設の高さ（龍法 '13）46・1, 234（234）

20メートルを超える部分についての差し止めを認めたのである⁽²¹⁾。

(iv) 国立景観関連訴訟

①市村判決 国立市の住民や明和地所付近の地権者らが、明和地所が建設するマンションについて高さ20メートルを超える部分について除去命令を発すること等を東京都建築指導事務所長らに対して求めた行政訴訟において、東京地裁（市村判決）（平成13年12月4日判時1791号3頁）は、以下のように景観利益は法律上保護された利益にあたるという判断を示した。「（景観は）ある特定の景観を構成する主要な要素の一つが建築物である場合、これを構成している空間内に居住する者や建築物を有する者などのその空間の利用者が、その景観を享受するためには、自らがその景観を維持しなければならないという関係に立っている。しかも、このような場合には、その景観を構成する空間の利用者の誰かが、景観を維持するためのルールを守らなければ、当該景観は直ちに破壊される可能性が高く、その景観を構成する空間の利用者全員が相互にその景観を維持・尊重し合う関係に立たない限り、景観の利益は継続的に享受することができないという性質を有している。」。

本件地区のうち高さ制限地区の地権者は、「上記の高さ規制を守り、自らの財産権制限を受忍することによって、……大学通りの具体的な景観に対する利益を享受するという互換的利害関係を有していること、1人でも規制に反対する者がいると、景観は容易に破壊されてしまうために、規制を受ける者が景観を維持する意欲を失い、景観破壊が促進される結果を生じ易く、規制を受ける者の景観に対する利益を十分に保護しなければ、景観の維持という公益目的の達成自体が困難になるというべきことなどを考慮すると、本件建築条例及び建築基準法68条の2は、大学通りという特定の景観の維持を図るという公益目的を実現するとともに、本件建築条例によって直接規制を受ける対象者である高さ制限地区地権者の、前記のような内容の大学通りという特定の景観を享受する利益については、個々人の

個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである」。

判決は、このように述べた上で、東京都建築指導事務所長が違法建築物に対する是正命令を出さないことは違法であるという判断を示した。この判決は、その後、東京高裁（奥山判決）（平成14年6月7日判時1815号75頁）によって取り消されたが、景観利益を積極的に認めた点でその後の判決にも少なからざる影響を及ぼした。

②宮岡判決 同じく国立市の住民や明和地所付近の地権者などが原告となって、明和地所に対して高さ20メートルを超える部分について建築差し止めを求めた訴訟（その後、訴訟継続中に建物が完成したために、当該部分について撤去を求める訴訟に変更された）において、東京地裁（宮岡判決）（平成14年12月18日判時1829号36頁）は、以下のように、景観利益を根拠として高さ20メートルを超える部分について撤去を命じる判決を言い渡した。「ある特定の地域や区画において、当該地域内の地権者らが、同地域内に建築する建築物の高さや色調、デザイン等に一定の基準を設け、互いにこれを遵守することを積み重ねた結果として、当該地域に独特の街並み（都市景観）が形成され、かつ、その特定の都市景観が、当該地域内に生活する者らの間のみならず、広く一般社会においても良好な景観であると認められることにより、前記の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」。このような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。そして、このような都市景観による付加価値を維持するためには、当該地域内の地権者全員が前記の基準を遵守する必要がある、仮に、地権者らのうち1人でもその基準を逸脱した建築物を建築して自己の利益を追求する土地利用に走ったならば、それまで統一的に構成されてきた当該景観は直ちに破壊され、他の全ての地権者らの前記

の付加価値が奪われかねないという関係にあるから、当該地域内の地権者らは自らの財産権の自由な行使を自制する負担を負う反面、他の地権者らに対して、同様の負担を求めることができなくてはならない」。以上のような地域地権者の自己規制によってもたらされる都市景観の由来と特殊性に鑑みると、「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（以下「景観利益」という。）を有するに至ったと解すべきであり、この景観利益は、法的保護に値し、これを侵害する行為は、一定の場合には不法行為に該当すると解するべきである」。

この判決は、景観利益を、土地所有権に派生する私法上の利益とした点に特色をもち、原告らが憲法13条や25条に基づき景観権を主張したことに対しては、「憲法13条、25条は個々の国民に対し直接具体的な権利を付与するものではないから、法的保護の対象となる利益として認めることはできない」としてその主張を退けた。また、この判決は、東京高裁（大藤判決）（平成16年10月27日判時1877号40頁）で退けられたが、しかし、この判決が、前記市村判決について景観利益を法律上保護に値する利益として認めたことは重要であり、学説においても積極的な評価を受けた⁽²²⁾。

③最高裁判決 これらの下級審判決の後に、最高裁は、2006年に、②の訴訟の上告審判決（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）において景観利益が法律上保護に値する利益であるとする判断を言い渡した。同判決は、まず、「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するものというべきである」として、国立市の景観条例や東京都の景観条例、さらには景観法などをあげた上で、つぎのようにいう。「そうすると、良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享

受する利益（以下「景観利益」という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」。

もっとも、最高裁判決は、続けてつぎのようにも述べた。「この景観利益の内容は、景観の性質、態様等によって異なり得るものであるし、社会の変化に伴って変化する可能性のあるものでもあるところ、現時点においては、私法上の権利といい得るような明確な実体を有するものとは認められず、景観利益を超えて「景観権」という権利性を有するものを認めることはできない」。最高裁の判旨のこの部分については、異論も存するところであろう⁽²³⁾。景観権は、後述するように憲法13条及び25条に根拠をもつものとして位置づけることができるし、しかもこのような権利は私人間においても効力をもつ権利としても構成することができるからである。

また、判決が、「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に許容された行為としての相当性を欠くことが求められる」とした上で、明和地所のマンション建設はそのような違法な侵害行為には該当しないと判断した点についても、少なからず疑問の存するところであろう。そのような判断の理由として、判決は、国立市の建築物制限条例が制定された時点では本件マンションは「根切り工事」がなされており、建築基準法3条2項にいう「現に建築の工事中の建築物」に当たっていたという点、そして、本件マンションは「相当の容積と高さを有する建築物であるが、その点を除けば本件建築の外観に周辺の景観の調和を乱すような点があるとは認め難い」という点を指摘しているが、しかし、これらについては、いずれも疑問があるからである。前者については、「駆け込み」的に根切り工事を行った場合についても「現に建築の工事中の建築物」とみなすことは建築基準法の趣旨を損なうものであるという批判がなされうるし⁽²⁴⁾、また、後者の点について

いえば、まさにマンションの高さが問題となっているのに、「その点を除けば」としているのは、納得のいく理由とは到底いえないと思われるのである⁽²⁵⁾。

このように、この最高裁判決には、少なからざる疑問があるが、しかし、重要なことは、この最高裁判決が景観利益を「客観的価値」あるものとして認め、また「法律上保護に値する利益」として承認したということである。そのことは、景観利益がまさに憲法22条1項や29条2項にいう「公共の福祉」の一内容をなすことを最高裁も認めたことを意味しているといつてよいのである。

(v) 軀の浦景観訴訟

軀の浦景観訴訟においても、広島地裁（平成21年10月1日判時2060号3頁）は、上記最高裁判決を踏まえて、以下のように軀の浦について景観利益を認めて、地域住民による埋立免許差止め請求を認める判決を言い渡した。「景観は、良好な風景として人々の歴史的又は文化的環境を形作り、それが豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するものというべきである」。これを本件についてみると、「軀港からは、瀬戸内海の穏やかな海とそれに浮かぶ島々を眺望でき、これと海自体の風景、すなわち、弓状になった海岸線、海に突き出た波止、岸壁に設置された雁木、港中央に佇立する常夜燈、高台にある船番所跡と、……古い町並みや歴史的な出来事にゆかりのある建造物等とが相俟って、全体として美しい風景を形成している。加えて、上記の港湾施設として各遺構や古い町並み及び建築物等は、軀が、長年にわたり港町として栄え、歴史的出来事や幾多の人々の経済的、政治的、文化的な営みの舞台となってきたことを物語るものであることからすれば、上記風景は、美しい景観としての価値にとどまらず、全体として歴史的、文化的価値をも有するものといえる（以下、この全体としての景観を「軀の景観」という。）。そして、この軀の景観がこれに近接する地域に住む人々の豊かな生活環境を構成していることは明ら

かであるから、このような客観的な価値を有する良好な鞆の景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者の景観利益は、私法上の法律関係において、法律上保護に値するものというべきである」。しかも、公水法や瀬戸内法などの関連法規は「法的保護に値する鞆の景観を享受する利益をも個別的利益として保護する趣旨を含むものと解するのが相当である。したがって、原告らのうち上記景観利益を有すると認められる者は、本件埋立免許の差止めを求めるについて行訴法所定の法律上の利益を有する者であるといえる」⁽²⁶⁾。

(3) 景観利益・景観権に関する理論

(i) 景観利益・景観権の根拠について

上記の国立景観訴訟最高裁判決を契機として、景観利益が法律上保護に値する利益であることは、学説上も、一般的に承認されるようになったといえる。もっとも、景観利益が法律上その根拠をどこにおくのか、また景観利益にとどまることなく、さらに景観権も認められるべきか否かについては、これまでもいくつかの見解が出されていて、必ずしもコンセンサスが得られているわけではない。それら見解をごく大ざっぱに分ければ、①環境権を根拠とするもの、②人格権を根拠とするもの、③土地所有権から派生した利益とするもの、④生活環境利益の一種とするもの、⑤地域的ルールを根拠とするもの、⑥慣習上の法的利益とするものなどに分けることができると思われる⁽²⁷⁾。

まず、①景観権を環境権に根拠を置くとするのは、環境権を日本で初めて本格的に提唱した大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』（1973年）である。同書は、環境権の根拠を憲法13条と25条に求めた上で、環境権の一つとして景観権も認められるとして以下のように述べた。「自然的環境としては、景観も含めて考えるべきであろう。人間の生活における景観の役割ならびに必要性については、全く景観のない生活、たとえば監獄の中の密室における生活を想定してみればただちに了解されえよう」⁽²⁸⁾。また、

淡路剛久は、つぎのようにいう。「景観とは、よい風景が客観化・広域化して価値ある環境、すなわち、自然的、歴史的、文化的景観を形成している場合であり、景観権とは、そのようなよい景観を享受する権利である。景観権を、以上のように客観的に価値のある景観に対する住民の権利と捉えれば、環境権の一種と理解することができる。」「景観権には、眺望権が広域的に集積した面があり、そのような場合の景観権の侵害は個人的法益の侵害を構成することを看過すべきではない。また、景観は、その保護のために、あるいはその保護を含めて、その対象と主体において一定範囲に画されることがあり、そのような形で限定され具体化された景観を享受する利益は、……具体的な権利としての条件を満たすことがあり得る。」「⁽²⁹⁾。

つぎに、②人格権を根拠として景観利益・景観権を認める富井利安は、以下のようにいう。「集合的利益としての景観利益は先ずは地域住民総体に帰属し、さらに地域住民個人はそれに与り個別・具体的な利益を享受しているのである。つまり、景観利益は究極的には住民個人々に生活利益として『帰属』していると捉えることができる。」「社会共同生活上の生活利益たる『静穏な環境利益』は地域住民総体に集合的に帰属する『公共的利益』ではあるが、それは、また、個人々に帰属する『自由領域』（身体的・精神的自由）を介して、個人々に人格的利益としても『帰属』するものであると捉えることができるのではないかとということである」⁽³⁰⁾。

③景観利益を土地所有権から派生する利益としたのは、国立景観関連訴訟の宮岡判決や名古屋白壁地区訴訟名古屋地裁決定である。例えば、宮岡判決は、先に引用したように、地権者は高さ規制を守り、自らの財産権制限を受忍することによって、良好な景観を享受するという互換的な利害関係を有しているし、1人でも規制に反対する者がいれば、景観は容易に破壊されてしまうので、地権者は景観に対する利益を個別的利益として有しているとする。

④景観利益を生活環境利益の一種とする松尾弘は、つぎのようにいう。

「景観の特殊性に鑑みて、個々人の人格権にも土地所有権にも還元されない、生活環境利益の一種として、景観利益の私法的保護方法を検討する必要がある」。「＜特定の生活環境利益を共有する、一定範囲の住民集団を権利主体とし、相互の土地における一定の形状を逸脱する建築行為をしない不作為を求めうることを内容とする、集団的権利としての景観権＞を認めることが、法解釈論上も可能かも知れない」⁽³¹⁾。

⑤景観利益の根拠を地域的ルールに求める吉田克己は、つぎのようにいう。「景観利益は、住民の相互拘束によって形成され、生活上の利益にかかわる一の秩序（外郭秩序としての生活利益秩序）によって確保されている」。「景観利益の背後にあるのは、土地所有権ではなく、景観保護を内容とする土地利用に関する地域的ルールと見るべきである」。「完成したマンションの一部撤去も、不法行為の効果としてではなく、地域的ルール違反行為に対するサンクションとして違反是正措置が認められたものと把握されることになる。なお、このように把握すれば、差止め、地域的ルール違反行為がなされようとする場合に付与されるべき救済手法として捉え返されることになる」⁽³²⁾。

最後に、⑥景観利益を慣習上の法的利益とする大塚直は、つぎのようにいう。「特定の地域区分において、互換的交換関係の中で、土地利用の自己規制の継続により、相当期間、ある特定の人工景観が保持された結果、公益には解消されない『関わり』を地域住民が人工景観等に対して持つ場合、慣習上の法的利益（特定環境の共同利用に関する慣習上の法的利益）が発生すると構成しうると考えられる」⁽³³⁾。

（ii）若干の検討

以上、ごく簡単にみたように、景観利益または景観権の根拠をどこに求めるかについては諸説があるが、これらのいずれが妥当かをここで論じる必要は必ずしもないと思われる。ここでは、学説上も、いくつかの根拠付けによって景観利益・景観権が法律上保護に値する利益・権利であると捉

えられていることを確認すれば十分であろう。

ただ、あえてこの問題について私見を述べれば、私は、①説のように、景観利益・景観権の究極的な根拠は、憲法13条の幸福追求権と憲法25条の生存権に求めることができると考えている。なぜならば、良好な景観を享受する利益・権利は、国民が自らの幸福を追求していく上で不可欠な生活環境の一つを構成しており、また「健康で文化的な生活を営む権利」のための不可欠な基盤ともなっているからである。「景観を大切にすることは人間性の否定することができない文化的要求である」⁽³⁴⁾ということもできるのだ。環境権が憲法13条及び（または）25条にその根拠をもつ憲法上の基本的人権であることは、憲法学説の通説が今日認めるところであるが⁽³⁵⁾、そうであるとすれば、環境権の一内容と捉えることができる景観権も、憲法13条及び25条にその根拠をもつ憲法上の基本的人権と捉えることができるといえるのである。

この点に関して参考になると思われるのは、ドイツの法制である。ドイツでは、すでにワイマール憲法（1919年）が「自然記念物並びに景観（Landschaft）は、国の保護と配慮を受ける」（150条1項）と規定していたし、第二次大戦後の（西）ドイツの憲法であるいわゆるボン基本法（1949年）も、制定当初から「自然保護及び景観保全（Landschaftspflege）」を連邦の大綱的な立法権限と定めていた（75条1項3号）。この規定を受けて、1976年には自然保護法が制定された。その後、1994年には、基本法の改正によって、「国は、来たるべき世代に対する責任を果たすためにも、憲法的秩序の枠内において立法を通じて、また法律及び法律の基準に従って、執行権及び裁判を通じて、自然的生存基盤を保護する」（20a条）とする、いわゆる環境保全規定が設けられた⁽³⁶⁾。この規定は、2002年に改正されて、保護の対象に「自然的生存基盤」と並んで「動物」も付け加えられ、それに伴って連邦自然保護法も、2002年には改正されて、固有の価値をもつ自然を保護するという観点からの改正がなされた。2006年には、連邦と

州との関係に関する見直しをする基本法の改正がなされ、新たな基本法74条1項29号では、連邦と州とは「自然保護及び景観保全」に関して競合的な立法権限を行使できるようになった。

このような基本法改正を踏まえて、2009年には、連邦自然保護法（自然保護及び景観保全法）も大幅に改正された（2010年3月1日施行）⁽³⁷⁾。そして、この法律は、第1条1項において、自然保護及び景観保全の目的をつぎのように規定した。「自然及び景観（Natur und Landschaft）は、その固有の価値に基づき、将来世代に対する責任をも担い、人間の生存及び健康の基盤として、人間の居住地においても非居住地においても、……次の各号に掲げる自然条件を長期的に確保するように保護しなければならない。1 生物多様性、2 自然界の供給能力及び機能（これには自然財の再生産能力及び持続的な利用可能性を含む）、3 自然及び景観の多様性、固有性、美観及びリекреーション価値。自然及び景観の保護は、その保全、育成及び必要に応じて再生を含む。」。

つまり、この法律では、自然及び景観の保護は、「その固有の価値」に基づくとともに、「人間の生存と健康の基盤（Grundlage）」として必要とされているのである。このことを日本国憲法に則していえば、景観権・景観利益は、まさに憲法13条の幸福追求権と憲法25条の生存権が保障されるための「基盤」としての意味を有していると捉えることができると思われるのである。

なお、このような憲法上の根拠をもつ景観権は、単に公法上の権利として国民（住民）と国家（地方公共団体）の関係において効力をもつのみならず、私法上の法律関係においても民法90条や710条などを媒介として効力をもつところの私法上の権利としての性格をも有するということができる。憲法13条の幸福追求権が保障するプライバシーの権利が公法上の権利であると同様に私法上の権利でもあることと同様である。そして、そのような権利の侵害に対しては公法上の救済方法と並んで私法上の救済方

（龍法 '13）46・1, 244（244）

法（差止請求も含めて）も可能とされるのである。その点でも、プライバシーの権利などと区別する理由はないからである。

(4) 小結

以上、国や自治体の景観保護政策、景観利益・景観権に関する裁判例や理論などをごく簡単に検討してきたが、このような検討に照らせば、景観利益・景観権が、すぐれて公共的な価値をもったものであり、したがって、憲法22条1項及び29条2項に規定する「公共の福祉」の一内容を構成するものであることは明らかであると思われる。原告準備書面（1）が、もっぱら「営業の自由」のみを強調して、それを規制・制限する「公共の福祉」としての景観利益・景観権についてはほとんどといってよいほど言及していないのは、憲法論としては明らかに一面的であるとの誹りを免れ難いことが、これによっても明らかになったと思われる⁽³⁸⁾。

四 国立市及び被告の景観保護政策による 「営業の自由」規制の適法性

(1) 国立市における景観保護政策の経緯

国立市が行ってきた景観保護政策は、被告準備書面（1）及び（2）において詳細に述べられているので、ここではごく要点だけを記すことにする。

（i）国立市の国立駅から南に延びるいわゆる大学通りは、幅44メートルのゆったりとした並木通りで、この周辺地域は「文教地区」にも指定され、高層建築を阻止する何度かの住民運動を経て、高さ20メートルを超えない並木と建物で構成される景観豊かな地域を形成したきた。

（ii）1994年に「大学通りの景観を考える市民の会」が大学通りの景観維持を求める市民運動として活動を開始し、他の市民運動とともに、「国立市都市景観形成条例」制定の直接請求運動を行った。同年の議会では条

例案は否決されたが、その後の市民運動の高まりなどを踏まえて、国立市議会は、1998年には「国立市都市景観形成条例」を制定した。

同条例は、「先人が培ってきたこうした（＝国立市の）都市景観を貴重な財産として継承し、保全しながら、さらにより魅力的なものへと発展させることは、現代に生きる人々の喜びであり、使命である。市民、行政、事業者など、多くの人と組織の自覚と協力によって、都市景観の形成が推進されるように、この条例を制定する。」（前文）として、条例制定の趣旨を唱うとともに、同条3条において市長の責務についてつぎのように規定した。「市長は、この条例の目的を達成するために、都市景観に関する総合的な施策の実施に努めなければならない。2（略）。3 市長は、都市景観の形成を図るため、都市計画法第12条の5、建築基準法第4章及び国立市建築協定に関する条例に基づく制度その他都市景観の形成に資する諸制度を活用するように努めなければならない」。また、同条8条は、事業者についても、つぎのように規定した。「事業者は、自らの責任において、積極的に都市景観の形成に寄与するように努めなければならない。2 事業者は、市長が行う都市景観の形成に関する施策に協力しなければならない。」。

（iii）1999年4月に市長に当選した本件被告も、このような景観保護の政策を継承し、さらに発展させることを選挙公約で明らかにしていた。ところが、同年にこの地域に巨大高層マンションを建設する計画が明和地所によって作られたので、これを知った地域住民達は、同年11月に、地区計画の案「中三丁目地区計画」を作り、同地域の高さを20メートルに制限する内容の要請書を地権者82%の同意書を添えて国立市に提出した。その後、住民らは、7万人以上の署名をもって、同地区計画の早期条例化の要望書を提出し、このような要望を受けて、国立市都市計画審議会は、2000年1月21日に、「国立市都市計画 中三丁目地区地区計画」を全会一致で採択した。これを受けて、被告は、同年1月24日に、同地区計画を決定し、告示した。さらに、これを踏まえて、国立市議会は、同年1月31日に同地域

の建築物の高さを20メートルに制限することを内容とする「国立市地区計画の区域内における建築物の制限に関する条例の一部を改正する条例」（以下、「建築物制限条例」という）を可決成立させ、これを受けて、本件被告は、同条例を翌2月1日に公布施行した。

（iv）他方で、明和地所は、地域住民らのマンション建設反対運動にもかかわらず、2000年1月5日に、14階建ての高さ40メートルのマンションの建築計画について東京都から建築確認をとり、工事に着手しはじめた。ただ、建築制限条例が施行された2月1日の時点では、いわゆる根切り工事は開始されていたが、杭打ち工事はなされていなかった。にもかかわらず、明和地所は、建築制限条例の施行後も同条例を無視して工事を続行して、市長による景観条例に基づく勧告等にも従わずに、同年12月にはマンションを完成させた。

（2）建築物制限条例による建築規制の適法性

国立市の建築物制限条例は、適法な手続によって制定されたものであり、また内容的にも適法なものであり、これを違法ということはできない。まず、同条例の制定は、手続的にも、なんら違法なものではない。同条例は、上述したように、国立市民が地権者の賛同をも受けて要望してきた「中三丁目地区地区整備計画」を踏まえて、国立市都市計画審議会での採択を経て、国立市議会が制定したものである。市議会は、被告が2000年1月28日に臨時市議会を招集したことにともない、同月1月31日に開催された。そして、同条例は、被告の提案に基づき同議会で同日に可決したものであるが、このような手続には、憲法上も、また地方自治法上もなんらの違法な瑕疵はみられないのである。

また、建築物制限条例は、内容的にも、憲法や地方自治法などになんら違反するものではない。同条例は、「建築基準法68条の2第1項の規定に基づき、地区計画の区域内における建築物の用途等に関する制限を定めることにより、適正かつ合理的な土地利用を図り、もって良好な都市環境を確

保することを目的とする」(1条)としているが、「良好な都市環境」の確保の重要な内容が国立市の景観保護であり、その景観保護が上述したように憲法が規定する「公共の福祉」にかなったものである以上は、その合憲性は明らかというべきと思われる。なお、地方自治法1条の2第1項は、「地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うものとする」と規定しているが、景観保護のための建築物制限条例は、まさに「住民の福祉の増進を図ること」に資するものといえるのである。さらに、土地基本法2条も、「土地については、公共の福祉を優先させるものとする」と規定しており、このことは、土地の上に建設される建築物についても、当然に当てはまるのである⁽³⁹⁾。

ちなみに、建築物制限条例が手続的にも、内容的にも適法に成立したものであることは、明和地所が国立市を訴えた損害賠償請求等事件における東京高裁判決(根本判決)(平成17年12月19日判時1927号27頁)も以下のように認めるところである。「本件地区計画及び本件条例の内容自体については、その違法性を問うことは困難と言わざるを得ない。」「また、本件条例の制定手続についても、……手続的に大きな瑕疵があるということはいえない」。

以上のように手続的にも内容的にも適法に成立した建築物制限条例について、原告準備書面(1)は、さすがに条例の内容上の適法性については争わない姿勢のようにみえる。ところが、原告準備書面(1)は、「地区計画や条例の条項が適法なものであったとしても、違法か否かを問われているのは、その準備行為の過程、態様なのであって、成立した条例などの条項が適法であるからといって、行為の違法性が阻却される訳ではない」として、つぎのようにいう。「被告は、明和地所が行政指導に応じないとみるや、国立市長という地位と権限に基づき、国立市をして地区計画及び条例の制定という方策に変更させ、これまで例を見ない早さでの地区計画原(龍法'13) 46-1, 248 (248)

案の公告・縦覧からその告示・施行の手續に及び、また、例を見ない手續の進行をもって条例案の提出、成立、公布、施行に至っているのである。これら被告の各行為は、……行政の継続性の視点を欠如した急激かつ強引な行政施策の変更と評価され、その結果、明和地所の自由な営業活動が阻害されているものであるから、いずれも妨害行為に当たるものである」。

しかし、このような被告の一連の行為には、手続的になんらの法的な瑕疵は存在していないのである。ちなみに、地方自治法101条1項は、「普通地方公共団体の議会は、普通地方公共団体の長が、これを招集する。」と規定し、また同法102条3項は、「臨時会は、必要がある場合において、その事件に限りこれを招集する。」と規定しており、上原市長が地区計画の問題について審議するために臨時議会を招集したことについては、なんら地方自治法のこれら規定に反するものではないのである。また、仮議長についても、同法106条2項は、「議長及び副議長とともに事故があるときは、仮議長を選挙し、議長の職務を行わせる。」と規定しているので、議長や副議長が臨時議会を招集しない場合に、仮議長の選挙を行って議長の職務を行わせることも、なんら地方自治法に違反する行為ということではできないのである。建築物制限条例が「例を見ない早さ」で制定されたかどうかは、原告準備書面（1）には他の自治体の事例が書かれていないので不明であるが、かりにそうであったとしても、そのこと自体は、なんら手續の違法性を根拠づけるものではないのである。

また、原告準備書面（1）が「行政の継続性の視点を欠如した急激かつ強引な行政施策の変更」と批判している点についても、なんら被告の違法性を根拠づけるものではないのである。被告準備書面（1）でも詳細に述べられているように、地方公共団体の長が、選挙において従来とは異なった新たな行政施策を公約に掲げて当選した場合に、その公約に基づいて従来の行政施策と異なった施策の実現に努力することは、「地方自治の本旨」に照らしても当然のことである。そのことを、「行政の継続性の視点を欠

如した急激かつ強引な行政施策の変更」として違法視することは、まさに住民自治を内容とする「地方自治の本旨」に反するというべきなのである。

たしかに、国立市が制定した建築物制限条例の「中三丁目地区地区整備計画」によって、同地区で建設するマンション建築の高さが20メートルに制限されたことは、事実であるし、そのことが、結果的に明和地所の営業活動にも一定の影響を与えたことは否定できないであろう。しかし、そのことは、明和地所の営業活動を妨害した不法行為と評価すべきことでは決していないのである。

まず、建築物制限条例は、明和地所の営業活動を妨害する目的をもつものではなく、同条例1条が規定するように、あくまでも国立市の「良好な都市環境を確保すること」を目的としているのである。しかも、同条例は、他の地区に関する建築制限と並んで、「中三丁目地区」における建築物について一律に高さを20メートルに制限する規定（7条）を置いているのであって、ひとり明和地所のマンションについてのみ高さ制限をしているわけではないのである。そのことは、前記東京高裁判決（根本判決）も「その（＝本件地区計画及び本件条例の）内容は、……第一審原告（＝明和地所）だけではなく、補助参加人桐朋学園のほか約50棟の建築物に対してもその効力が及ぶのであって、第一審原告だけが本件地区計画の影響を受けるわけではない」と述べている通りである。同条例が「中三丁目地区」の建築物についてひとしく高さ制限をした結果、明和マンションについても高さ制限が課されることになったのであって、そのような制限が課されたことをもって、明和地所の営業活動を妨害する不法行為とみなすことは、同条例の趣旨を曲解したものというべきと思われる。

(3)「中立性・公平性」論の問題点

ところで、原告準備書面（1）は、「法規範に則った行為であってもその行為の態様が違法性を有するか否かが検討されなければならない」とした

上で、被告の一連の行為（特に第1行為及び第4行為）は、地方公共団体の長として要請される中立性・公平性を逸脱して明和地所の営業の自由を妨害した違法なものであるとしている。しかし、このような主張についても、憲法論としては重大な疑問が存していると思われる。

（i）「中立性・公平性」の法的根拠

まず問題となるのは、そもそも地方公共団体の長に職務執行上「中立性・公平性」が要請されるとする根拠は、憲法上及び地方自治法上どこに求められのかということである。この点について、原告準備書面（1）はなんら明確な根拠を示していないのである。原告準備書面（1）は、この点に関して、つぎのように述べている。「普通地方公共団体の長は普通地方公共団体の執行機関としてその事務を管理し執行する（地方自治法第138条の2）。すなわち、普通地方公共団体の行政権という公権力を行使するものであるところ、そもそも基本的人権の尊重を統治の基本原則とする民主主義の下では権力の行使は、立法権であれ行政権であれ司法権であれ、統治を受ける国民・住民（私企業を含む）に対して恣意的に行使してはならないのである。なぜならば、恣意的な権力の行使は、権力の行使を受ける側・統治を受ける側の基本的人権を侵害する結果を導くからである。権力を行使する側が権利・利益が対立する一方に与して均しくその権力を行使しなかったときには、他方の基本的人権が侵害される結果となる事実は古代から現代までの歴史の示すところである。」「公務執行の中立性・公平性の保持は人権保障にとって不可欠な原理であり、その根拠は日本国憲法の基本的人権の尊重原則に由来する。」。

しかし、このような漠然とした説明では、なんら説明にはなっていないと言わざるを得ないであろう。地方自治法138条の2は、普通地方公共団体の執行機関は「自らの判断と責任において、誠実に」その事務を管理し及び執行するとは規定しているが、「中立性・公平性」の保持についてはなんら規定していないのである。この規定を「中立性・公平性」の根拠とす

ることができないことは明白であろう。

また、「中立性・公平性」の保持の根拠は「日本国憲法の基本的人権の尊重原則」に由来するとする説明も、なんら具体性をもった説明とはなっていない。普通地方公共団体の長が憲法の基本的人権尊重原理を遵守すべきことは憲法99条に照らしても明らかであるが、そのことから直ちに「中立性・公平性」の要請が出てくるわけではないのである。そもそも憲法には、「中立性・公平性」についての規定はなんらないのである。たしかに、憲法14条などは「法の下の平等」を規定しており、行政権の行使にあたっては、この平等原則を遵守することが要請され、「恣意的な」行政権の行使は平等原則違反となる場合がありえよう。しかし、もしそのことをいうのであれば、普通地方公共団体の長は憲法14条を遵守すべきであるといえはよいはずであるが、原告準備書面（1）は、そのようにはいわずに、「中立性・公平性」といつている。そうである以上は、「中立性・公平性」は、憲法14条の平等原則とは別のものとして提示しているように思われる。しかし、そのような「中立性・公平性」は、憲法上なんらの根拠をもつものではないのである。

この点とも関わって、問題というべきは、原告準備書面（1）が「中立性」と「公平性」を中黒（・）でつないで「中立性・公平性」と並記することで両者があたかも一体であるかのように表記している点である。「公平性」という一見したところ多くの人々が否定することが容易ではない言葉と「中立性」という曖昧模糊とした言葉を中黒（・）で結んで並記することによって、両者ともに法的に否定しがたい公理であるかのように見せかけているのである。しかし、そうすることによって、「中立性」が曖昧模糊で法的根拠のないものであることにはなんら変わりはなく、むしろ原告準備書面（1）は、「公平性」についても、曖昧とした概念にしてしまっているのである。

実際問題としても、普通地方公共団体の長が一定の政策を遂行する場合

には、それと対立する政策を採用しないという選択を行うことは当然であって、そのことが「中立性・公平性」を損なうということになれば、そもそも民主政治は成り立たないということになるであろう。本件に即して言えば、地域住民のための景観保護政策をとるか、私企業の無制限な財産権・営業の自由をとるかが選挙で争われ、景観保護をとるべきとする市長の政策が住民の意思として選挙を通して選択されたのであって、そのような場合に、市長が景観保護政策を遂行して私企業の財産権・営業の自由に一定の制約を課することをもって「中立性・公平性」を損なうとすれば、住民自治そのものが成り立たないということになりかねないのである。

少なくとも、地方公共団体の長には、一般職の地方公務員について要請される「政治的中立性」が要請されないことについては、特別職の公務員について最高裁判例（最大判昭和33年3月12日判時143号5頁）がつぎのように述べていることによっても明らかである。「特別職に属する公務員は、その担任する職務の性質上、その政治活動がその職務となら矛盾するものでないばかりでなく、かえって政治的に活動することによって公共の利益を実現することをも、その職分とする公務員であって、……政治と明確に区別された行政の運営を担当し、この故につよくその政治的中立性を要求される一般職に属する公務員とは著しくその性質を異にするものである」。これは、「政治的中立性」に関する判断であるが、中立性一般についても妥当するものといえるのである。

（ii）目的と手段の二分論

もっとも、原告準備書面（1）は、「中立性・公平性」について、つぎのように述べて、目的と手段の二分論を展開する。「候補者の掲げる政策目的について中立性・公平性が要請されることはない。そして、選挙の結果選ばれた長の政策目的、政策を実現すべき行政目的について中立性・公平性が要請されることもない。住民・国民相互の利害・権利・法的利益の対立を選挙という方法で決することにして民主主義の下では当然の帰結

である。」しかしながら、「長の政策目的を実現するための手段、職務を執行する行為、地方自治法上認められた長の諸権限に基づき公権力を行使する公務員としての行為については中立性・公平性が要請されるのである」。

このような目的と手段の二分論について、まず指摘すべきは、原告は訴状の段階ではこのような二分論は採用していなかったということである。訴状では、「(被告の一連の行為の態様は) 地方公共団体の長として要請される行政の中立性及び公平性を逸脱し」としか述べられていなかったのである。被告準備書面 (1) 及び (2) が原告の「中立性・公平性」論を批判したことを受けて、原告がその主張を修正したものと思われるが、しかし、このように修正された二分論についても、やはり疑問はなんら解消していない、というよりはむしろ新たな疑問が出てきたと思われる。

その疑問とは、政策目的が中立ではないことが認められた場合に、中立的ではなく選択された政策目的の実現手段の中立性というものが果たしてどのように確保されるのかということである。具体的にいえば、景観保護を優先するという政策目的を掲げて当選した市長が、その目的を実現するために景観保護を優先する手段をとることは当然と思われるが、原告準備書面 (1) は、そのことを「中立性・公平性」に反するとするのであろうか。もしそうであるとすれば、それは市長に不可能を強いるものであろう。それは、結局は政策目的そのものの「中立性・公平性」を主張することとなんら変わらないことになるのである。

もし、そのような趣旨とは異なった意味で「手段」の「中立性・公平性」が用いられているとすれば、それは、一体いかなる意味での「中立性・公平性」が用いられているのであろうか。原告準備書面 (1) は、この点に関連して、「市長がその政策目的を実現する過程、職務の執行に当たっては少数者の権利を侵害することのないよう中立で公平でなければならないのである。人権保障の原理は少数者の権利を保護するためにこそ必要な原理であることを看過してはならない。」と述べているが、しかし、

これはなんの説明にもなっていないのである。地方公共団体が少数者の人権を保護すべきことは当然であるが、そのことと「手段」の中立性・公平性とは無関係である。しかも、法人たる明和地所は、憲法上一般に用いられている意味での「少数者」とも言えないのである。

(iii) 第1行為と第4行為について

以上のように、「中立性・公平性」という概念自体が憲法上も法律上も根拠のないものである以上は、被告の一連の行為が「中立性・公平性」に違反するか否かを論じる必要はないことになる。

ただ、念のため、原告準備書面(1)が特に「中立性・公平性」に違反するとした第1行為と第4行為について見てみれば、まず第1行為は、被告が、別のマンション問題に関する集会で、明和地所のマンション建設に関して「行政は止められません」と述べたというものである。この発言に関して、原告準備書面(1)は、「現職の市長が特定の企業の営業活動(マンション建設)を取り上げ、その阻止を述べることは中立性・公平性に反し」、「被告の発言はそれ自体だけでも明和地所の営業活動を妨害する行為である」としているが、しかし、このような指摘は全く当たらないといえよう。

国立市及び市長が推進してきた景観保護政策に対して、それを無視するようなマンション建設が特定の企業によって計画されている場合に、そのことについて市長が市民集会で発言をすることはある意味では当然であって、そのことを「中立性・公平性」に違反するとして批判することは、景観保護政策を放棄せよというのに均しいことになる。「中立性・公平性」論は、その意味でも当を得ない議論なのである。また、訴状及び原告準備書面(1)は、被告のこの発言によって、明和地所のマンション建設反対運動が広がり、マンション建設と販売が円滑に進まなくなったとしているが、しかし、マンション建設反対運動が被告の発言によって始まったものではないことは、被告準備書面(1)が詳しく述べているとおりである⁽⁴⁰⁾。

また、第4行為は、①建築指導事務所長に対して東京高裁平成12年12月22日決定（江見決定）が明和地所のマンションについて違反建築物であるとした趣旨を尊重した指導をすることを求める文書を送付した、②東京都知事に対して明和地所のマンションの高さ20メートルを超える部分について電気、ガス、水道の供給承諾を留保するように働きかけたといったものであるが、しかし、これらの行為も、なんら違法な行為には当たらないというべきである。①に関しては、司法判断を踏まえて景観保護のための指導を行うように建築指導事務所長に求めたにすぎないものであって、なんら違法な行為ではない。また、②に関しても、現実には、被告が電気やガスなどを止めたということであれば格別、それらの供給の留保を都知事に求めたというに過ぎず、しかも、都知事は、それらの供給を留保したり停止したりする措置はなんら講じなかったのである。このような行為をもって、「中立性・公平性」に違反する不法行為とすることはできないのである。

（4）「異例かつ執拗な目的達成行為」論について

原告準備書面（1）は、被告の行為が「中立性・公平性」を逸脱すると述べると共に、さらに、被告の行為が「異例かつ執拗な目的達成行為（特に第1行為、第3行為及び第4行為）であり」、社会通念上許容される限度を逸脱していると主張している。この点については、被告準備書面（1）、（2）及び（3）が詳しい反論を行っているので、ここではごく簡単にだけ私見を述べておくことにする。

まず、事実の経過からすれば、上述したように、国立市は長年にわたって景観保護政策を推進してきたのであって、被告が市長に当選したのも、その景観保護政策をさらに推進させるためであった。そして、大学通りについていえば、地権者をも含めて地域住民は、大学通りの景観を維持するために高さ20メートルを超える建物は建設しないという慣行を保持してきたのである。ところが、そのような景観保持の慣行（地域的ルール）を破壊して高層マンション建設を強行しようとしたのが、明和地所であった。

このような明和地所の景観破壊行為に対して、被告が行った一連の行為は、むしろ景観保全のための防衛的な性格をもった行為であり、積極的に明和地所の営業活動を妨害する意図をもった行動ではなかった。それは、大学通りの景観保護という目的のための行為であり、その目的が上述したように「公共の福祉」にかなったものである以上は、そのような「目的達成行為」は、結果として明和地所の営業活動に一定の規制を加えるものであったとしても、それ自体なんら違法性をもつものではなかったのである。

この点に関連して、原告準備書面（１）は、被告の行為が国賠法上の違法性をもつか否かの判断基準として、①営業妨害の目的を有しているか否か、②営業活動の妨害を行ったか否かの二つの要件を提示しているが、上述したところからも明らかなように、被告は景観保護の目的をもってはいなかったが、営業妨害の目的をもってはいなかったのである。原告準備書面（１）は、その点をなかば認めざるを得ないとなると、一転して、「法的責任を負う根拠は目的の是非ではなく手段の是非なのである」として、手段・態様が「中立性・公平性」を逸脱し、「異例かつ執拗」であったとするのである。しかし、「目的の是非」が問題ではないとすれば、そもそも①の要件は不要であったはずである。この点で、原告準備書面（１）は、明らかな論理矛盾を露呈しているのである。その点をかりに措いたとしても、被告の一連の行為は、住民や地権者からすれば、市長としての職務に誠実な行為であり、またその行為の「態様」も法律や条例に則ったものであって、それらを逸脱するものではなかった。そのような被告の行為の「態様」を原告である国立市が「異例かつ執拗」と評することは、あまりにも明和地所に偏した見方であるように思われる。

ちなみに、原告準備書面（１）が指摘している各行為について付言すれば、第１行為は、上記のように、市民集会における「行政は止められません」という発言であるが、このような発言に格別の「異例」さや「執拗」さは見出せないのである。また、第３行為は、議会答弁の中で裁判所が明

和マンションが違法建築物であるという判断を言い渡したことを引き合いに出したものであるが、そのような発言がなんら違法なものではないことは後述するとおりである。さらに、第4行為についていえば、建築指導事務所長に対する文書の送付にしても、また、都知事に対する働きかけにしても、明和地所が大学通りの景観を破壊して高さ20メートルを超えるマンションの建築を強行しようとしたことに対して、被告がやむを得ずにとった対応策であったのであり、それら行為自体が、法に違反するものではなかった。しかも、上述したように、そのことによって、建築確認がなされなかったり、電気、ガスなどの供給が停止されたりするという事態は、生じなかったのである。

なお、原告準備書面(1)は、被告の各行為の違法性を立証できないので、「一つ一つの行為の結果生じた一つ一つの損害が法的保護に値しないほど軽微であったとしても、それが積み重なればもはや被害者の受忍限度を超え、社会通念上許容されず、複数の行為全体が国家賠償法上の違法行為あるいは民法上の不法行為と判断されるのである」と主張している。しかし、一つ一つの行為が、違法性をもたない以上は、それらをいくら積み重ねても、違法性が生じることはあり得ないのである。原告のこのような「積み重ね」論は、被告の個々の行為の違法性を立証できないことの証左ともなっているようにさえみえるのである。

(5) 明和地所に対する補償・賠償の不要性

もっとも、国立市が建築物制限条例を制定したことにもなって、明和地所のマンションはいわゆる既存不適格建築物になった。既存不適格建築物となったマンションが、そうでないマンションに比べて将来の増築などができないという制約を被ることになったことは、たしかであろう。しかし、そのような制約は、まさに財産権に対する「公共の福祉」による制約として憲法29条2項が認めているところなのである。その結果として生じうべき不利益については、財産権に関する「内在的制約」として財産所有

者が甘受すべきものであって、損害賠償や損失補償の対象とはなり得ないというべきである。

(i) 損失補償の不要性

憲法29条2項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定し、同条3項は、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と規定している。このような憲法規定の下で、財産権が「公共の福祉」のためになんらかの制約を受けた場合に「正当な補償」が必要となるか否かについては、これまでいくつかの議論がなされてきた。

その中で、従来の通説的見解は、個人の私有財産に対して「特別の犠牲」を課する場合には、その犠牲を国や自治体で補填するために補償が必要であるのに対して、財産権に内在する社会的制約として国民一般に負担を課する場合には、補償を要しないとするものであった。そして、この意味での「特別の犠牲」が存するか否かは、①侵害行為の対象が広く一般人に及ぶか、それとも特定の個人にのみ及ぶかという形式的要件、②侵害行為が財産権に内在する社会的制約として受忍すべき範囲内か、それを超えて財産権の本質的内容を侵すほどの強度のものであるかという実質的要件の二つの要件を総合して判断すべきとしたのであった⁽⁴¹⁾。

これに対しては、補償の要否は、上記特別犠牲説に言う実質的要件を中心として判断すべきであるとする見解も有力に提唱されてきた。この見解によれば、財産権の剥奪ないしは財産権の本来の効用の発揮を妨げることになるような侵害に対しては権利者の側にこれを受忍すべき理由がある場合でない限りは、補償を要するが、それに至らない程度の規制については、①当該財産権の規制が社会的共同生活との調和を保っていくために必要とされるものである場合（例えば、建築基準法に基づく建築の制限など）には、財産権に内在する社会的拘束として補償は不要であるが、②他の特定の公益目的のために当該財産権の本来の社会的効用とは無関係に偶

然に課される場合（例えば、重要文化財の保全のための制限など）には補償が必要であるとされた⁽⁴²⁾。

これらの中で、前説に対しては、そこでいわれる形式的要件について、規制の対象が一般人か特定の者かの区別は相対的なものにすぎないのではないかという批判も出されているが⁽⁴³⁾、ただ、判例は、形式的要件と実質的要件とを加味して判断してきたように思われる⁽⁴⁴⁾。例えば、最高裁は、奈良県ため池条例事件判決（最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）で、ため池条例によるため池の堤とうの使用禁止は、「災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであって、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきである」と判示した。また、河川付近地制限令が河川付近の土地の堀削などの行為について知事の許可を要するとしていることについて、最高裁（最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁）は、この種の制限は河川管理上支障のある事態の発生を事前に防止するためのものであり、「公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきものである」、「特定の人に対して、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえないから」、補償は必要とはされないと判示した。

このような学説判例を踏まえて、国立市の建築物制限条例による本件明和地所のマンションの高さ制限についてみれば、建築物制限条例が適法なものであること、そして、この条例が特定の個人の財産権を規制するものではなく、広く「中三丁目地区」の建築物に適用されるものであることは、上述した通りである。さらにいえば、この条例は、「中三丁目地区」内におけるマンション建築そのものを禁止したものではなく、高さ20メートルを超える建物の建築を禁止しているにすぎない。これによって、財産権の剥奪ないしは本来の効用を妨げるような侵害がなされたわけではないのである。たしかに、建築物制限条例の制定にともなって、明和地所のマ

ンションは、既存不適格建築物になったが、しかし、建築基準法上も、その種の建築物については補償の規定は置いていないのである。

以上のことからすれば、建築物制限条例による明和地所のマンション建築に対する高さ規制は、憲法29条2項が規定する財産権に対する内在的制約として明和地所が受忍すべきものであって、同条3項による補償はなんら要しないものというべきである。

(ii) 損害賠償の不要性

明和地所は、国立市などの営業妨害行為などによって損害を被ったとして損害賠償請求などの訴えを提起したが、これに対しては、東京地裁判決（藤山判決）（東京地判平成14年2月14日判時1808号31頁）は、明和地所の請求を基本的に認めて4億円の損害賠償の支払いを国立市に命じたが、東京高裁判決（根本判決）（東京高判平成17年12月19日判時1927号27頁）は、明和地所が主張する具体的な損害の主要部分を否定した。ちなみに、明和地所が主張したA損害は、50年後に予測される建て替えの際に高さ20メートル以下の規定が適用され、価格が減損することによる損害であり、B損害は、当初の売出予定価格と被告らの一連の行為後における実際の売出価格との差額を損害とする主張であり、またC損害とは、被告らの一連の行為がなければ即日完売又はそれに近い状態で売却できたのに、それができず、固定資産税などさまざまな経費が原告に発生したという主張であった。

東京高裁判決（根本判決）は、これらの損害のうち、A損害については、「かかる価格減損は第一審原告にとって当然に予測し、受忍しなければならない範囲内のものというべきである」とし、またB損害については、「適正な売出価格と実際の販売価格との差額分についてもその証明が十分とはいえない」として、いずれの損害も否定した。ただ、C損害については、被告人らの一連の行為によって「本件建物の住戸について、本来売却できたものが売却できなくなったり、売却できたとしてもその売却時期が遅れたものが存在したことについては優に推認することができる」として、

C損害額を1500万円と認めることが相当であるとした。同判決は、これに加えて、「第一審原告が、違反建築物を建てる業者であるかのような印象を世間に与えその信用を毀損し、他のプロジェクトの用地取得に際し売却先候補から外されるなど競合他社に比べて不利な状況に陥ったことは優に推認することができる」として、信用毀損損害額1000万円を認定した。

根本判決が、A損害とB損害について否定したことは当然であったが、ただ、C損害と信用毀損について損害を認容したことは不当であったと思われる。C損害は、かりにそのような損害が現実にあったとしても（その事実は必ずしも証拠に基づいて認定されてはいない）、A損害と同様に明和地所が当然に予測し、受忍しなければならないものであったというべきであるし、また信用毀損行為による損害についても、かりにそのような損害があったとしても、それは、明和地所の「強引な営業方針」に基づくものであって、その結果は、明和地所が甘受すべきものであったからである。

しかも、この点に関して留意すべきは、被告が明和マンションについて東京高裁決定（江見決定）を引き合いに出して「違法建築物」と言ったのは、国立市議会における議員の質問に対する答弁の中においてであったということである。このような議会答弁に関して市長が法的な責任を受けることがないのは、議院における演説、討論などについて国会議員が法的責任を問われることのない旨を規定した憲法51条の趣旨に照らしても明らかであると思われる。

ちなみに、国会議員の議院での発言が私人の名誉を毀損し、その結果名誉を毀損された者が自殺したことを理由として、その遺族が国会議員と国に対して損害賠償請求をした事件で、最高裁（最判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁）は、この発言が「国会議員としての職務を行うにつきなされたものであることが明らかである」として、それが「故意又は過失による違法な行為であるとしても、国が賠償責任を負うことがあるのは格別」、国会議員個人は、その責任を負わないとしたのである。しかも、国の賠償

責任についても、「右責任が肯定されるためには、当該国会議員が、その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を適示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を適示するなど、国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情があることを必要とすると解するのが相当である」と判示したのである。

この判例は、たしかに国会議員に関するものであるし、また、憲法51条が地方公共団体の議員や市長にも適用されるかどうかについては、必ずしも定説があるわけではない⁽⁴⁵⁾。しかし、免責特権の趣旨が、議会における発言の自由を最大限確保し、もって議会の審議体としての機能を確保して、国民の負託に応えることにあるとすれば、その理は、地方公共団体の議会における議員や首長の発言に関しても基本的には当てはまるといってよいように思われる⁽⁴⁶⁾。そうであるとすれば、本件において、被告が市長として市議会で議員の質問に答えて、明和地所のマンションについて「違法建築物」との発言をしたことは、かりにその発言が明和地所の信用を毀損する意味合いをもったとしても、被告にその損害を請求することはできないというべきなのである⁽⁴⁷⁾。

以上のような理由で、国立市は本来ならば損害賠償責任を負う必要はなかったと思われるが、上記東京高裁判決（根本判決）が確定したことによって、国立市は、利息を含めて3123万9726円を明和地所に支払った。ただ、その後、明和地所は、2008年5月12日に、それと完全に同額の金銭を国立市に寄付をした。このことは、明和地所自身も、一方では大学通りの景観を自ら破壊しながら、他方では大学通りの景観を売りにしてマンションを販売して多額の利益を得ていたことについての責任を感じていたからではないかとも推定される。いずれにしても、その結果、国立市としては、実質的な損害を被ることは一切なかったのである。

五 結論

これまで述べてきたことをまとめれば、つぎのようになる。第1に、憲法上、「営業の自由」は「公共の福祉」による広範な制約を受けるものである。しかも、「営業の自由」の中には、「営業することの自由」（職業選択の自由）と「営業活動の自由」（職業活動の自由）があり、後者については、前者以上に広範な規制が認められる。第2に、「公共の福祉」の中には景観利益・景観権の保護も含まれる。景観利益・景観権は、国や自治体の法制度、裁判例、さらには法理論によってもその公共的な意義が認められてきたものであり、今日では、判例上も景観利益が法律上保護に値する利益であることは確立している。第3に、原告国立市は、長年景観保護政策を遂行してきたはずであるにもかかわらず、本件訴訟においては、もっぱら「営業の自由」の保護のみを強調して、景観保護の意義についてはほとんど論じていないのは、憲法論としても明らかに間違っただけというべきである。第4に、被告が国立市の市長として行った一連の行為は、まさにそのような意義をもつ景観保護のための行為であったのであり、その結果として明和地所のマンション建築に対して一定の規制を加えたことは確かであるが、それは、明和地所の営業活動を妨害する目的をもってなされたわけではなく、景観保護のためになされたのである。第5に、被告の行為がその態様、手段において「中立性・公平性」を逸脱していたという主張も、なんら憲法上も法律上も根拠をもつものではない。第6に、したがって、被告によってなされた一連の行為によって明和地所がなんらかの財産的な損害を被ったとしても、それは、職業活動の自由あるいは財産権に対する部分的な制約であり、それは財産権の内在的制約あるいは社会的制約として明和地所が甘受すべきものである。したがって、それは、本来、損失補償や損害賠償の対象となるものではなかったのである。

以上の諸点からすれば、被告の一連の行為は、国家賠償法上も違法とは

いえず、したがって、同法1条2項に基づく被告に対する求償権の行使も、なんら法的根拠を持つものではないと思われる。

- (1) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第五版）』（岩波書店、2011年）216頁。
- (2) 岡田与好『「営業の自由」と、『独占』及び『団結』』東大社研編『基本的人権5』（1969年、東大出版会）129頁以下。同論文は、その後、岡田『独占と営業の自由』（木鐸社、1975年）31頁以下に収録されている。
- (3) 「営業の自由」論争については、とりあえずは、石川健治「営業の自由とその規制」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）148頁参照。
- (4) 今村成和「『営業の自由』の公権的規制」ジュリスト460号（1970年）40頁。
- (5) 石川・前掲注（3）150頁。
- (6) 伊藤正己『憲法＜新版＞』（弘文堂、1990年）352頁及び佐藤幸治『憲法＜第三版＞』（青林書院、1995年）557頁。
- (7) ちなみに、『広辞苑＜第六版＞』は、「営業」の意味を「①営利を目的として事業を営むこと、また、そのいとなみ。商業上の事業。商売。②営利行為を反復かつ継続的に行うこと。」としている。
- (8) 樋口陽一『憲法＜第三版＞』（創文社、2007年）182頁及び184頁。
- (9) 小泉良幸『法人と人権』前掲（注3）『憲法の争点』78頁。
- (10) この点については、中島徹『経済的自由』杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院、2008年）552頁参照。
- (11) 戸波江二『憲法＜新版＞』（ぎょうせい、1998年）288頁。
- (12) 井出久登「景観の概念と計画」都市計画83号（1975年）11頁。
- (13) 堀井勝・池ノ上容『自然公園法解説』（国立公園協会、1958年）185頁。
- (14) ちなみに、環境省総合環境政策局総務課編『環境基本法の解説』（ぎょうせい、2002年）184頁は、環境基本法14条が規定する「多様な自然環境が地域の自然的社会条件に応じて体系的に保全されること」の意味について、「原生の自然地域から、傑出した自然景観、学術的に価値の高い自然物、……まで、それぞれの地域の自然的社会的条件に応じて、質、量、配置の各方面において自然環境が適正に保全されるよう自然環境の保護及び整備を図ることをいう」（傍点・引用者）と説明している。また、環境基本法を踏まえて制定された環境影響評価法（1997年）の4条10項などに基き環境庁長官が定めた「基本的事項」では、「環境影響評価項目」の一つとして「人と自然との豊かな触れ合い」を挙げ、その中に「景観」を含めている。この「基本的事項」については、環境庁環境影響評価研究会『逐条解説環境影響評価法』（ぎょうせい、1999年）301頁以下参照。
- (15) 伊藤修一郎『自治体発の政策革新—景観条例から景観法へ』（木鐸社、2006年）76頁以下参照。
- (16) 五十嵐敬喜・上原公子編著『国立景観訴訟——自治が裁かれる——』（公人

- の友社、2012年）58頁以下参照。
- (17) 景観法制研究会編『概説景観法』（ぎょうせい、2004年）2頁。
- (18) 景観法制研究会編『逐条解説景観法』（ぎょうせい、2004年）26頁。
- (19) この判例については、越智敏裕「日光太郎杉事件」『環境法判例百選＜第二版＞』（有斐閣、2011年）196頁。
- (20) この判例については、淡路剛久『環境権の法理と裁判』（有斐閣、1980年）106頁以下に詳しい論評がある。
- (21) ただ、この決定は、その後名古屋地裁の仮処分異議事件決定（平成15年9月4日）で覆された。
- (22) 淡路剛久「景観権の生成と国立・大学通り訴訟判決」ジュリスト1240号（2003年）68頁、吉田克己「『景観利益』の法的保護」判例タイムズ1120号（2003年）67頁、角松生史「地域地権者の『景観利益』」『地方自治判例百選＜第3版＞』（2003年）80頁など参照。また、控訴審判決については、大塚直「国立景観訴訟控訴審判決」NBL799号（2004年）4頁、松尾弘「景観利益の侵害を理由とするマンションの一部撤去請求等を認めた原判決を取り消した事例（国立景観訴訟控訴審判決）」判例タイムズ1180号（2005年）119頁、磯野弥生「国立マンション差止請求控訴審判決」環境と公害34巻4号（2005年）41頁など参照。
- (23) 最高裁判決については、大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト1323号（2006年）70頁、吉村良一「国立景観訴訟最高裁判決」法律時報79巻1号（2007年）141頁、吉田克己「景観利益の侵害による不法行為の成否」『平成18年度重要判例解説』83頁、富井利安「国立高層マンション景観侵害事件」前掲（注19）『環境法判例百選』172頁など参照。
- (24) この点については、五十嵐・上原・前掲（注16）50頁、大久保規子「建築物除却命令等請求控訴事件」判例地方自治248号（2004年）67頁参照。なお、金子正史『まちづくり行政訴訟』（第一法規、2008年）154頁は、「根切り工事」をした建築物は基本的には「現に工事中の建築物」に当たるとしながらも、「『駆け込み』申請あるいは着工、『狙い撃ち』条例」というような要素を、建基法3条2項の既存不適格建築物か否かの判断に取り込むとしたら、どのように取り込むかは、今後の検討事項とされよう」としている。本件は、まさに「駆け込み」申請の事例であったと言っているのである。
- (25) 吉村・前掲注（23）145頁も、「ここで問題となっているのはまさに建物の高さであり、その点を除いて景観との調和うんぬんを論ずるのは大いに疑問である。高さを考慮すれば、この建物が周辺の景観に相当重大な侵害を与えていると見るのが常識的ではないのか」としている。
- (26) この判決については、交告尚史「艸の浦公有水面埋立免許差止め判決を読む」法学教室354号（2010年）7頁、山下竜一「艸の浦埋立免許差止め事件第一審判決」判例評論618号2頁、島村健「公有水面埋立免許差止めの訴えが認容された事例」ジュリスト1420号（2011年）64頁、角松生史「艸の浦世界遺産訴訟」

- 前掲（注19）『環境法判例百選〈第二版〉』178頁など参照。
- (27) この分類は、基本的に、大塚直・前掲（注23）74頁による。
- (28) 大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』（日本評論社、1973年）86頁。
- (29) 淡路・前掲注（22）72頁以下。
- (30) 富井利安「意見書・景観利益の侵害の私法的救済について」広島法学29巻2号（2005年）249頁、253頁。
- (31) 松尾・前掲注（22）124頁、牛尾洋也「都市的景観利益の法的保護と『地域性』——国立市マンション訴訟が提起するもの」龍谷法学36巻2号（2003年）405頁。
- (32) 吉田・前掲注（22）70頁以下。
- (33) 大塚直「環境権（2）」法学教室294号（2005年）113頁。
- (34) 西山卯三『歴史的景観とまちづくり』（都市文化社、1990年）はしがきvi。
- (35) 芦部・前掲注（1）262頁。
- (36) ボン基本法の環境保全条項については、さしあたり岡田俊幸「ドイツ憲法における『環境保護の国家目標規定（基本法20a条）』の制定過程」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』（信山社、2001年）223頁参照。
- (37) 連邦自然保護法の制定過程を含めて、渡辺富久子「ドイツの連邦自然保護法改正」外国の立法245号（2010年）56頁以下参照。See, W.Frenz/H.Müggenborg (hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz (2011) S.67ff.; S.Lütkes/W.Ewer (hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz (2011) S.17ff. ちなみに、連邦自然保護法65条1項は、土地所有者等の受忍義務についてつぎのような規定を置いている。「土地の所有者その他の利用権者は、この法律の規定、この法律の規定に基づき制定され若しくは存続する法令の規定又は州の自然保護法の規定に基づく自然保護及び景観保全の措置を、その措置によって土地の利用が期待不可能な程度に損傷されない限り、受忍しなければならない」（傍点・引用者）。このような景観保護の規定を見れば、ドイツにおいて景観がいかに高度の公共的価値をもつものとして捉えられているかが、理解できるであろう。
- なお、イタリア憲法（1949年）でも、「共和国は、国の景観並びに歴史的及び文化的財物を保護する」（9条2項）と規定している。イタリアの景観保護政策については、宗田好史「イタリア・ガラッソ法と景観計画」公害研究1988年7月号15頁参照。
- (38) なお、原告準備書面（1）（4頁）は、「前件住民訴訟事件の判決は営業の自由を挙げているが、普通地方公共団体の長が尊重し積極的に侵害することのないよう配慮すべきは営業の自由に限られるものではなく全ての基本的人権が含まれるものである」としている。この趣旨が、地域住民の景観権・景観利益をも尊重しなければならないという趣旨であれば、全くその通りであるが、前後の文脈からすれば、そのように解釈することはできないように思われる。この文章は、明和地所について尊重しなければならない基本的人権には「営業の自由」以外の人権もあるということを示唆しているようであるが、しかし、それ

が具体的にいかなる人権であるかはなんら明示されていないのである。

- (39) 国土庁土地局監修『逐条解説土地基本法』（ぎょうせい、1990年）31頁は、「本法に示されている公共の福祉の内容には、土地が自然環境を構成する重要な要素であること等にかんがみ、自然環境の保全、公害の防止、国土の保全等も当然含まれるものである」としている。
- (40) 国立市の景観保護のために市民運動が主体的な役割を果たしたことについては、石原一子『景観にかける——国立マンション訴訟を聞いて——』（新評論社、2007年）79頁以下が詳しい。
- (41) 田中二郎『新版行政法上巻＜全訂第二版＞』（弘文堂、1974年）214頁以下。
- (42) 今村成和『損失補償制度の研究』（有斐閣、1968年）21頁以下。
- (43) 芦部・前掲注（1）231頁。なお、同231頁は、「最近は、とくに、土地の合理的・計画的な利用の必要性が高まり、それとともに土地利用の社会的規制が不可避となっており、土地利用規制については、内在的制約の表われとして補償不要とされることが多いことが注意されよう」としている。
- (44) 矢島基美「財産権の制限と補償の要否」前掲注（3）『憲法の争点』155頁も、判例の立場をそのように解している。
- (45) 判例（最大判昭和42年5月24日刑集21巻4号505頁）は、憲法51条の免責特権の法理について「その理をそのまま直ちに地方議会にあてはめ、……地方議会議員の発言についても、いわゆる免責特権を憲法上保障しているものと解すべき根拠はない」としているが、これは地方議員の刑事犯罪に及ぶような事例なので、必ずしも本件訴訟における被告の発言の場合には当てはまらないように思われる。例えば、上脇博之「議員の免責特権」前掲注（3）『憲法の争点』208頁は、「地方議会の議員は地方自治の要請（憲法92条）により地方議会で民意を代表しているのだから類推適用を認めるべきだろう」と述べている。地方自治の本旨（憲法92条）を重視すれば、上脇の見解には十分根拠があると思われる。
- (46) 法学協会編『註解日本国憲法＜下巻＞』（有斐閣、1954年）807頁は、国務大臣について、議院における発言などの免責特権を認めている。また、吉田栄司「国会議員の免責と非免責」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）564頁以下は、国会議員が国務大臣として行った発言について免責特権を認めている。そうであるとすれば、地方公共団体の長についても、国務大臣に準じて免責特権を認めることができるといえる。
- (47) 桑原勇進「国立市建築物高さ制限条例無効確認等請求事件」自治研究80巻1号（2004年）150頁も、上記平成9年最高裁判決を引用して、「本件は国会ではなく地方議会での、また、議員ではなく首長の発言が問題となっており、事案を異にする。しかし、自由な討論の確保が必要なことは、地方議会であっても同様であろうし、議員の発言だけでなく議員の質疑に対する首長の答弁にも同様に妥当する理のように思われる」としている。