

物権的妨害排除請求権・再論（５）

——根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）の
ご指摘に答える——

川 角 由 和

〈目 次〉

第1章 序 論

第2章 根本尚徳教授の見解・概論

- (1) はじめに
- (2) 第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」
- (3) 第2章「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」
- (4) 第3章「ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠をめぐる分析」
- (5) 第4章「我が国の物権的請求権理論に関する分析および違法侵害説の解
釈論的基礎付け」

第3章 根本教授の私見へのご指摘と回答

- ① 「根拠の未解明」というご批判について
- ② 「川島博士、於保博士による主張と川角教授の理由付けとが実質的に
両立可能であること」というご批判について
- ③ 根本教授の最終的な「立場」の確認

（以上、龍谷法学50巻1号）

第4章 根本教授によるピッカー説及び原島説の位置づけとそれへの批判

(1) ピッカー説について

- ① 「市民法秩序」とこれに基づく（その下位概念としての）「財貨帰属秩
序」の具体化としての「物権」及びそれに対応する（物権内在的な）「物
権的請求権」
- ② 法による「割当て機能」の所産としての「主観的法的地位」のための
ネガトリア的保護請求権の限定的拡張（無原則的な「あらゆる法益侵
害」へのネガトリア的保護請求権の否定）
〔補論1〕妨害者による妨害物の「所有権放棄」に関するピッカー教授
の見解と私見
〔補論2〕ピッカー教授による「物権的請求権」への懐疑論の実体

(2) 原島説について

- ① 民事違法論の新たな位置づけの所産としての「権利論」・「物権的請求権論」
- ② 原島説における「法秩序論」の評価：「法秩序」に対する客観的違法判断に基づくリアクションとしての「差止請求権論」（「相関関係的」利益衡量の全面否定）

（以上、龍谷法学50巻2号）

〔補論1〕澤井裕教授及び吉村良一教授による「原島説」批判への反批判的評注

〔補論2〕山本敬三教授による原島「権利論・秩序論」批判に対する反批判的覚え書き及び大塚直教授による「秩序論」批判に関する若干の考察

（以上、龍谷法学50巻3号）

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除請求権論（差止請求権論）の展望

- ① 「日照妨害」に関する態度決定の問題

〔補論1〕五十嵐敬喜教授の「日照権」論について

〔補論2〕妨害「予防」請求権に関する補説——最近の最高裁「クロレラ・チラシ事件」判決によせて

（以上、龍谷法学51巻1号）

- ② 「国立景観訴訟」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について（その1）

（i）第1審判決・第2審判決・最高裁判決の概要と若干のコメント

〔ア〕第1審判決

〔イ〕第2審判決

〔ウ〕最高裁判決

（ii）学説の対応と若干のコメント

〔ア〕第1審・東京地裁判決について

（a）淡路説

（b）金子説

（c）角松説

（d）牛尾説

（e）吉田（克）説

（f）富井説

（g）藤岡＝須加説

〔イ〕第2審・東京高裁判決について

（a）大塚説

- (b) 富井説
- (c) 磯野説
- (d) 松尾説

（以上、本号）

② 「国立景観訴訟」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について（その2）

（ii）学説の対応と若干のコメント（続き）

〔ウ〕最高裁判決について

- (a) 大塚説〔その1〕
- (b) 丸山説
- (c) 前田（陽）説
- (d) 吉村説
- (e) 池田（計）説
- (f) 大塚説〔その2〕
- (g) 吉田（克）説〔その1〕
- (h) 仮屋説
- (i) 高橋（譲）説
- (j) 吉田（克）説〔その2〕
- (k) 板垣説
- (l) 富井説
- (m) 角松説
- (n) 秋山説

（iii）私見の呈示

（以上、次号）

〔補論〕阿部泰隆「景観は私法的（司法的）に形成されるものか（上）（下）」をいかに読み、どのように考えるか。

- ③ 「ピッカー教授の見解がわが国でいかなる意味をもちうるか」という疑問に答えるという課題
- ④ 「行為請求権説」的「物権的請求権」論を肯定する今日の諸論稿の「評価」に関する問題
- ⑤ 差止請求権に関する「立法構想」へのコメント

第6章 結 語

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除 請求権論（差止請求権論）の展望（続き）

② 国立景観訴訟（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について（その1）

まず、本稿が主要に問題とする根本尚徳教授は、その差止請求権論において「国立景観訴訟最高裁判決」にも言及し、以下のように言う。——「一度景観が失われると、それを事後的に回復することは一般に困難である。それゆえ、事前に景観破壊行為を止めるよう行為者に請求する権利、すなわち民法上の差止請求権を右景観利益の受益者」たる住民らに認めることが妥当であると思われる。他方、我が国の伝統的な差止請求権の発生根拠論（権利的構成）においては、私人の「権利」＝排他的支配権に対する侵害が右請求権の不可欠の発生要件とされる。しかし、前記景観利益は、そのような「権利」ではない（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁参照）。したがって、右伝統的な理論による限り、違法な景観破壊行為に対する住民らの差止請求権を基礎付けることは、およそ困難になる¹。そして根本教授は、ピッカー説などの検討を踏まえて、根本教授流の「違法侵害説」の優位性を主張し、「新たな問題」としての「景観利益」問題も「克服しうる可能性が生ずる」とする。それでは、その内容自体どうか。根本教授によればこうである。——「「景観利益」がその性質に照らして違法に侵害されている場合（例えば景観破壊行為が刑罰法規や行政法規に違反していたり、公序良俗違反や権利の濫用に該当したりする場合）、この説によれば、「景観利益」の帰属主体である私人が自ら右行為を差止めることができる²（傍点・引用者）。しかしながら、このような根本教授の態度は「二重」に問題をは

1 根本「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察——E. Pickerの物権的請求権理論を手がかりに」私法72号（2010年）126頁以下。

2 根本・私法72号（前注1）132頁。

らむ。第一に、「刑罰法規や行政法規に違反していたり、公序良俗違反や権利の濫用に該当したりする場合」とは、本件最高裁判決（あとで詳論する）のいう「違法要件ファクター」をそのまま引き写したものにすぎない。そして最高裁のいう違法ファクターそれ自体、ほぼそっくり我妻榮教授流の「違法要件論」＝「相関関係論」を写し取ったものである³。本件最高裁判決は、そのような違法要件ファクターに関する利益衡量でもって、結果的に原告の「不法行為損害賠償請求権」すら認めなかったのである。いわんや「差止請求をや」というのがわが国の現状である。果たして、このような最高裁判決の違法要件ファクター「引き写し」論でもって、具体的にどのように根本教授流の差止請求権発生根拠を理論化しようとするのか。その点の切迫感が上記の根本論文からは全く伝わってこない。第二に、根本教授の「違法侵害説」では、「広く法益一般」が差止請求権の対象とされながら、あくまでその「違法」判断では舟橋教授流の「相関関係説」が前提とされており、私法論文でも「具体的な法益侵害の違法性の有無は、当該法益の要保護性の程度、侵害行為の態様など諸事情の総合衡量によって、右法益の性質に最も適合するように決定される」と言う⁴。だとすると、本件原告らの「景観利益」という「生命・健康」と比べる限り一見緊急性の少ない「軽微な違法性」と被告の「土地及び建物所有権」・その「社会的機能（たくさんのマンション住民に現に分譲し、住まわせている）」こととの相関関係的「総合衡量」から、一体何が帰結されるのか。全く見えてこない。根本教授は「違法侵害説」に立つからこそ、「景観利益」という「法益」の侵害から「差止請求権」が直線的に引き出されてくるかのような記述をされるが、本当にそうであるのか。かなり疑わしい。なぜなら、そこになんら「論証」なるものがないからである。要するに、根本説は最高裁判決

3 我妻榮『事務管理・不當利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）142-145頁の記述と同書125頁の記述が、併せて参照されるべきである。

4 根本・私法72号（前注1）132頁。

の「論理」を全く克服し得ていないのではないと思われる⁵。そして、それとの理論的な闘争から逃げているのではないだろうか。この点、根本教授からの正面切った反論を願う。

ともあれ本「国立景観権訴訟」では、文字通り「景観利益」の「権利性」ないし「保護法益性」が問われ、それに基づく「差止請求」（一定範囲の高さを超える建物部分の撤去請求）の当否が争われた。その「景観権」ないし「景観利益」に関する問題は、すでに本稿で試みた「日照妨害」に関する問題（龍谷法学51巻1号所収論文を参照）の問題性ともある意味で類似した法的性質を有する。そこで本稿では、この問題（当該「法的性質」に関わる問題。つまりはわが国に伝統的で確固たる「民事違法一元論」の問題）についても若干の考察を試みたく思う。そしておそらく、その帰結として、根本教授流の「違法侵害論」の解決指針とは全く異なった「景観保護」のための新たな「差止請求権」論が具体的に示されるものと確信する。まず、判決文の論理を正しく把握する必要があるので、煩をいわず詳しく第1審以降の判決文を紹介し、必要と思われる範囲でコメントを付す（i）。その上で、諸学説の対応を確認し（ii）、まとめとして若干の「私見」を呈示する（iii）。以下、その順に考察を進める（なお、本稿で論ずるのは上記〔ii〕の途中までであり、その続きは龍谷法学51巻3号掲載予定の論稿に委ねられる。この点、ご了解を乞いたい）。

5 この点、根本教授は、本件被告Y1の行為が、本件最高裁判決の示す違法要件ファクター（刑罰法規や行政法規違反、公序良俗違反や権利の濫用）に照らして、「違法」に該当するという「法的判断」を具体的に「論証」することから問題の考察を始めるべきであり、単なる願望（ないし「違法侵害説」のみが正しいというかの如き「思い込み」）を含めた「可能性」論を「空中戦」的に持ち出すべきではない、と考える。その際、少なくとも本稿で筆者が試みる本件第1審・東京地裁判決及び第2審・東京高裁判決さらに最高裁判決の内容を実証的に確認した上での、諸々の判例研究等を踏まえた自説の再検討と違法性判断に関する徹底した「論証」がなされるべきであろう。それが具体的かつ実証的に提示されない限り、根本理論＝「違法侵害説」は根本的に「破綻」せざるをえない、と考える。

（い）第１審判決・第２審判決・最高裁判決の概要⁶と若干のコメント

以下では、本件審級ごとの判決の特徴点を押さえておく。その上で、必要と思われる限りで若干のコメントを付す。その際、「事実関係」・「当事者の主張」を詳しく確認する。まず第１審判決からみていこう。

〔ア〕第１審判決

本件第一審判決（東京地裁平成14年12月18日）⁷では、原告ら（東京都国立市「学園通り」居住の住民〔複数〕・本件マンション建築に反対する有志グループ・「大学通りの環境を考える会」の代表ら。以下では「Xら」ともいう）から以下のような主張がなされた。すなわち原告らは、長年にわたる自主的努力によって、自己の居住する地域を、銀杏並木等の保全と共に建物の高さを20メートルまでとするなど（控訴審＝東京高裁の認定によれば「法律上の制限として高さ10メートルを超える建築物は建てられなかった」とされている）、もってその景観維持・景観保護に努めてきた。対するに被告ら（明和地所株式会社〔本件マンションの建築主〕・三井建設株式会社〔本件マンションの設計・施工業者〕ら。以下では「Yら」ともいう）は、一方的にその所有地上に地上14階建て高さ43メートル超の高層マンションを建築し、居室の販売行為に及ぼうとする計画を立てた。そこで原告らが被告らを相手取って、「建築物撤去等請求事件」を、2001年（平成13年）東京地方裁判所に提起した（原告訴状では本件マンションは「本件建物」と表記されているので、以下ではその表記に従う）。その東京地裁判決主文によれば、原告らの請求が一部認容された。ただしこれは、一定の「範囲内の地盤面から高さ20メートルを超える〔建物〕部分を撤去せよ」（亀甲括弧内・引用者）という撤去命令であって、しかも不法行為責任の効果の特例としての「原状回復」の一種たる「一部撤去判決」であった⁸。

6 本件「国立景観訴訟」第１審・第２審・最高裁の判決につき、民集60巻3号214-507頁参照。

7 民集60巻3号345頁以下。なお、判時1829号36頁、判タ1129号100頁にも掲載されている。以下では、民集から引用する。

8 民集60巻3号345頁の「判決主文」及び同397-398頁の「判決理由」を参照。

以下においては、やや詳しく第1審の「判決理由」を要約する。ただ、その前に、まずは本判決の「主要な論点」を確認しておくことが有益であろう。それは「①建築基準法3条2項の解釈、②本件地区計画及び本件建築条例の適否、③本件土地に対する用途地域指定の経緯等、④原告らの損害の有無並びに受忍限度に関する当事者双方の主張（の当否）」である。これら「論点」を踏まえて、東京地裁はおおよそ以下のように「判断」した（以下の引用においては、「原告ら」をXら〔文脈上適宜X1、X2、X3とも表記する〕、「被告ら」をY1〔明和地所〕・Y2〔三井建設〕と表記する）。まずY1らの行為が、①「建築基準法上3条2項に違反するか」について。この点、東京地裁判決は、おおよそ以下のように言っている。すなわち——詳細な事実認定を踏まえ（特にY1による建築行為としての「根切り工事」の着手に注目して）——「本件建物は本件改正条例が施行された時点において建築基準法3条2項の「現に建築…の工事中の建築物」に該当する状態にあったと認めるのが相当」であるとして、本件建物が「高さ20メートルの制限に適合しない建物ではあるが、建築基準法に違反する建物ではない」とする。他方で、東京地裁は、こう述べている。——「しかしながら、建築基準法は、国民の生命、健康及び財産を保護するための建築物の構造等に関する「最低の基準」（同法1条）にすぎないから、本件建物が同法上の違法建築物に当たらないからといって、その適法性から直ちに私法上の適法性が導かれるものではなく、本件建物の建築により他人に与える被害と権利侵害の程度が大きく、これが受忍限度を超えるものであれば、建築基準法上適法とされる財産権の行使であっても、私法上違法と評価されることがある。この見地から、本件についてさらなる具体的な検討が必要となる」⁹。そこで、以上を前提に東京地裁は、「原告らの権利が侵害されたか」という問題をたてる。そしてXらの主張する「日照被害」及び「プライバシー侵害」・「圧迫感その他」さらに「本件建物の建

9 民集60巻3号360-361頁。

設により、交通事故の危険性の増大や、ビル風、地下水脈切断、水質汚濁の可能性、電波障害の危険（が発生したか否か）」等につき検討している（括弧内・引用者）。結論として、東京地裁はいずれについても、Xらの主張を斥けた。その理由として、「日照被害」は「日影規制に抵触するものでもなく」、また「プライバシー侵害」を根拠づける「特段の事情」もないとした上で、「交通事故の危険性の増大や、ビル風、地下水脈切断、水質汚濁の可能性、電波障害の危険」について、「いずれも抽象的な危険、不安に止まるものであり、権利を侵害したとは言えない」とする¹⁰。その上で東京地裁は、「景観の権利性」について以下のように判断する。——「ある特定の地域や区画（中略）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、自然の山並みや海岸線等といったもともとそこに存在する自然的景観を享受したり、あるいは寺社仏閣のようなもっぱらその所有者の負担のもとに維持されている歴史的建造物による利益を他人が享受するのとは異なり、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

10 民集60巻3号361-363頁。

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た都市景観の由来と特殊性に鑑みると、(中略) 特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合には、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益(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」¹¹

- 11 民集60巻3号363-365頁。さらに引き続いて、東京地裁は次のように述べる。
 —「X1らは、憲法13条、25条に基づいて、広く国立市民、原告(中略)らが景観利益ないし景観享受権を有し、本件建物の建設によってこれを侵害されたと主張するけれども、このような景観利益ないし景観享受権については、これを定める実定法上の根拠がなく、対象となる景観の内容、権利の成立要件、権利主体の範囲等のいずれもが不明確であり、また、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」。この点、すでに広く知られているように、特に憲法25条については、最高裁によってその権利保護の「プログラム規定性」が謳われ、国民に対し容易に具体的な権利付与をしない傾向が根強い。最大判昭和23年9月29日刑集2巻10号1235頁(被告人が食糧品確保のため特殊精米の購入・搬出に及んだところ食糧管理法に違反するとして逮捕された事件で、被告人が食糧管理法の違憲性を主張したのを斥けたもの)、最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁(著名な「朝日訴訟事件」。原告の憲法25条に基づく生活受給申請を棄却したもの)、最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁(これも著名な「堀木訴訟事件」。夫と離別した女性が子供を養育するため児童扶養手当受給申請をしたところ、その女性に重度の視力障害があったため障害福祉年金をすでに受給しているとして児童扶養手当の申請が「併給禁止」規定に抵触するという理由で女性の申請が拒絶されたことに伴う当該「併給禁止」規定の違憲性が争われた事案)を参照。いずれも市民=国民側の憲法25条に基づく主張が、当該基本権の「プログラム規定性」を理由に斥けられた。これら最高

（傍点・引用者）。以上の東京地裁判決につき、次のようなコメントを付したい。

<コメント・その1> 以上によれば、要するに東京地裁は、一定の場合に「景観利益」を「法的に保護された利益」と認定しうる、と述べている。その比較的詳細な理由づけにしたがう限り（特に上記引用文中傍点を付した箇所参照）、法的保護に値する「景観利益」が客観的・現代的に侵害（抑止・妨害）されている以上——Yらの「故意又は過失」及びXらのもとでの「損害」発生の有無如何にかかわらず——その「理由付け」のみをもって、ほんらい「妨害排除請求＝差止請求」としての「一部撤去判決」を出してよかったはずである。以下では、この東京地裁の「理由付け」を「理由付け」Aと呼ぶ。ところが東京地裁は、当該「理由付け」Aをもって、ただ「不法行為責任」が生ずるとのみ述べ、その「一部撤去」に関する「法的判断」を不法行為責任へと一元的に短絡化する（その際、上記建築基準法に関する判断箇所で示されたように、東京地裁が「受忍限度論」に立っていることが重視されなければならない）。

他方で、東京地裁は、以下の点にも注目した。これが本稿でいう「理由付け」Bに相当する箇所になる。やや長文にわたるが、重要なので引用しておく。——「平成元年の用途地域の見直しによる国立駅周辺地域の容積率緩

ㄨ 裁判決は、学説から、さまざまな観点に基づいて批判されている。たとえば、三番目の判決につき、「障害ある女性」の被る「二重の差別」という視点から、すでにわが国も批准済みの「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」に違反するという趣旨の批判がある。さしあたり、棟居徳子「障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止と違憲性——堀木訴訟」『社会保障判例百選（第5版）』（2016年）6頁以下参照。ともあれ、本件東京地裁判決も、「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」と述べ、結果的に上記最高裁判決の流れに沿った判断をしている。これは裁判所法4条による縛りがあるとはいえ、（下級審）裁判官の「良心・独立性・憲法及び法律のみによる拘束」（憲法76条3項）に違反するところの最高裁判例依存型思考（一種の「裁判官法」的な考え）を「促進」し、あるいは「強制」する傾向が、わが国にあることの一つの証左である。

和等により、マンション建設が増加する中、平成5年暮れ、大学通り沿いに12階建て（36メートル）の「建物C」を建設する計画が発表されるに至り、平成6年1月、大学通りの景観維持を求める市民らによる「大学通りの景観を考える会」の活動がはじまり、平成6年3月には7564名の署名を添えた計画変更を求める請願が国立市議会に提出され、採択された。平成6年10月、「国立市都市景観形成条例」制定の直接請求が8154名の有権者の署名を得て国立市長に提出され、平成7年9月、同市長は、国立市都市景観審議会を設置した。（中略）平成9年12月19日、審議会は、その最終答申において、大学通り周辺の土地に関し、「建物の高さはおよそ20メートルの程度の高さで並ぶ大学通りの並木と調和するように」との内容を示した。また、平成8年11月に策定された国立市都市景観形成基本計画を受けて平成10年2月に追加策定された「都市景観形成上重要な地域における基本方針」において、本件土地の一部を含む大学通りの歩道の外側から両外側20メートルの範囲を「大学通り沿道地区」とし、同地区においては、沿道の建築物が、その用途、位置、色彩、デザイン、素材、高さ、形状などを大学通りの景観特性、即ち、広さ、並木、植栽などと調和し、バランスのとれた美しいものであること、同地区を、景観条例において「景観形成重点地区」に指定して重点的に都市景観の形成を図ることなどを基本方針とすることが示された。（中略）平成10年3月、景観条例が制定された。同条例は、「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」こと、市長は、重点的に都市景観の形成を図る必要があると認める地区を都市景観形成重点地区として指定し、当該重点地区の都市景観の形成を進めるため「重点地区景観形成計画」を定めることができること、（中略）指導を受けた者が当該指導に従わないときは指導に従うよう勧告できること、勧告に従わないときは、その旨を公表できること、その他大規模行為の届出手続等を定めている。なお、同条例10条に基づき、前記大学通り沿道地区は、景観条例上の都市景観形成重点地区の候補地に指定された。（中略）平成11年7

月22日、Y1は東京海上から本件土地を購入し、同年8月27日、国立市長に対し、景観条例26条1項に基づく大規模行為届出書を提出した。このとき、本件建物の最高高さは55メートル、地上18階（地下1階）建てとされていた。（中略）平成11年10月22日、国立市長は、Y1に対し、〔1〕建物の規模は、大学通りの景観と調和するよう求めるものであり、このことは事業者の責務のとりであるから、Y1において検討すべきであること、〔2〕既存の植栽帯は、良い景観が形成されている場所であり、この状態の保全を検討すべきであるとの回答をし、さらに同月29日には、景観条例8条（事業者の責務）によれば、「事業者は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」ところ、本件事業地は、同条例に基づく景観形成重点地区の候補地内であり、また、周辺は中低層住宅地であることに鑑み、大学通りの景観に調和するよう計画を見直すよう指導したものであること、大規模行為景観形成基準は、具体の数値で規制するものではなく、事業者が景観条例に基づき、周辺の建築物等との調和を図り、都市景観の形成に寄与することを明らかにするための目安である旨の回答をした。（中略）。平成11年11月24日、国立市長は、地権者の約8割の同意署名を添えた要請に基づき、本件地区計画案を公示した。平成12年1月21日に行われた国立市都市計画審議会では、本件地区計画の決定が議題とされ、本件地区計画が行政からの押しつけではなく地元住民からの発案、要望であること、関係する地権者の8割以上が賛成していること、その他地域の景観やまちづくりの歴史などを理由として、原案どおり、本件地区計画が決定された。本件地区計画により、本件土地は、中層住宅地区として建築物等の高さの最高限度を20メートルに制限されることとなった。本件地区計画は、同月24日に告示され、同月31日には本件改正条例案が可決され、同年2月1日に改正条例が公布、施行された（中略）。大学通りとこれに沿う並木は、国立市の都市景観を特徴付けるシンボルの存在になっていると認められる。この並木道の景観は、前記の景観権訴訟、歩道橋事件に代表される住民運動においても強く意識されていたほか、（中略）広く一般市民及びマス

メディアに高く評価されている。特に、大学通りの中でも商業地域として発展した一橋大学以北と異なり、一橋大学以南江戸街道までの地域は、同大学、原告桐朋学園、国立高校などの学校が並び、学園都市としての趣を多分に持ち、古くからその並木の背面の土地には並木の高さを超える建築物はなかったことが認められる。(中略。さらに本件土地が) 地域住民らの運動により、景観保護のために第1種住居専用地域に指定されたという経過がある。(中略) 同地区を、景観条例において「景観形成重点地区」に指定して重点的に都市景観の形成を図ることなどを基本方針とすることが示され、Y1の土地購入後も、20メートルの高さで並ぶ並木と調和するようにとの行政指導がなされた上、本件建築条例において20メートルの高さ規制がされたことなど一連の経緯を踏まえると、本件土地を含む大学通りの両側から20メートルの範囲内の建築物を、並木の高さである20メートルを超えない建物に限定することが地域住民らの共通の意識であり、かつ、行政の景観政策の基準となっていたと認められる。(中略) 景観条例においても大学通り沿いの他の地域と同様に、一体として景観形成重点地区に指定されていることなどに照らすと、本件土地は、行政及び地域住民の間において、公法上高さ規制が課されている大学通り沿いの他の地域と区別することなく一体として、並木に隣接する部分について並木を超える高さの建築物を建てるべきでない地域として認識されていたというべきであり、本件建築条例等も、従来の合意、制約をいわば法的に追認、明確化する形で制定されたと見ることができる。(中略) 大学通りの景観は、単に、地権者らや近隣住民らの主観的評価にとどまらず、マスメディアなどからも高い評価を受け、さらに、Y1の作成した本件建物の宣伝広告(中略)から明らかのように、不動産業者であるY1自身が、大学通りの景観に高い付加価値を認め、これを積極的に利用している。(中略) 土地の地権者らが、大学通りの景観を維持しようとして、自ら高さ20メートルを超える建築物を建設しないという土地利用上の犠牲を払いながら、広幅かつ直線の道路と、直線道路の沿道に沿う並木、そして、直線道路の両側少なくとも20メートルの範囲

(龍法'18) 51-2, 186 (1152)

に存在する建築物が20メートルの高さの並木を超えないものであることという3つを要素とする特定の人工的な景観を70年以上もの長期にわたって保持し、かつ、社会通念上もその特定の景観が良好なものであるとして承認され、その所有する土地に付加価値を生み出した場合であると認められる（以下これを「本件景観」という。）から、当該地権者らは、従来の土地所有権から派生するものとして、本件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（景観利益）を有するに至ったと認めることができる。以上を踏まえて検討すると、本件で景観利益を有するのは、当該範囲内に土地を所有することが証拠上明らかな原告X1、同X2及び同X3の3名である。（中略）本件建物は、大学通りの並木に近接した位置に建設された、並木の高さの20メートルを遥かに超える地上43.65メートルの大型マンションであり、そのうち本件棟は大学通りから20メートル以内という至近距離にあり、大学通りの並木から突出し、本件景観の重要な要素である並木の周辺の建築物がいずれも20メートルを超えないものであることと明らかに抵触し、本件景観を侵害するものである。（中略）原告X1ら3名は、Y1による本件建物のうち本件棟の建築により、その景観利益を侵害されたといえる」¹²（傍点・引用者）。ここで、上記東京地裁の「理由付け」を、「理由付け」Bとする。

<コメント・その2> すでに示したように東京地裁の「理由付け」Aのみによって、X1らの本件建物の「一部撤去請求」（妨害排除請求＝差止請求）が認められてよかったはずである。その「理由付け」A（景観保護主体たる土地所有権者の権利への「付加価値」論とそれに対するY1の客観的侵害認定）に加え、さらに上記の詳細な「理由付け」B（本件「景観利益」形成にかかる関係住民と行政〔国・市〕との協働による主体的・自律的プロセスとその「長期性」及びそれへのY1による客観的侵害の認定、さらに一種の保護法規たる「景観条例」による本件地域の「景観形成重点地区」への指定¹³等）が付加されている。

12 民集60巻3号366-375頁。

13 保護法規違反を不法行為「違法」の一類型として明示するものとして、周ノ

それによって、X 1 らの撤去請求 = Y の本件建物の一部撤去請求（妨害排除請求 = 差止請求）の法的根拠はいよいよ強化され、その請求が——Y の不法行為責任とは全く別個に——直ちに認容されてよかったはずである。

ところが東京地裁は、上記引用箇所に引き続き、以下のような「受忍限度」判断を展開している。——「Y 1 の本件建物建築は、本件土地の所有権に基づく権利行使であるから、これにより原告 X 1 ら 3 名が景観利益の侵害を受けているとしても、その程度が受忍限度を超えていると認められて初めて違法なものとなり、不法行為となる。そこで次に、受忍限度の範囲を超えるものであるか否かについて検討する。前記 3 名の X 1 ら（中略）の被害が受忍限度を超えるものであるか否かは、X 1 らの被害の内容及び程度、地域性、Y 1 の対応、法令違反の有無、被害回避可能性など、諸般の事情を総合考慮して検討すべきである。（中略）X 1 らの景観利益は、70 年以上という長期にわたり、一橋大学から江戸街道までの両側約 20 メートルの範囲内の地権者らが、相互の十分な理解と結束及び自己犠牲を伴う継続的な努力によって自ら作り出した付加価値である。このような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

ゝ、知のようにドイツ民法 823 条 2 項がある。——「(823 条 1 項の不法行為責任と) 同様の義務は、他人を保護する目的をもつ法規に違反するものに及ぶ」(„Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“)。これに関し、保護法規違反 = 違法が認定される限り、被告の故意・過失の有無及び損害発生の有無にかかわらず、妨害排除請求権 (der negatorische Beseitigungsanspruch) が認定されるべきであるという有力な主張が、すでにドイツで展開されている。Vgl. *Eduard Picker*, Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrigen Bauten als Beispiel für die Realisierung von Schutzgesetzen, AcP 176 (1976), S. 28 ff., bes. S. 75-76; *dens*, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, in: *Rechtsslage- Rechtserkenntnis- Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, S. 85 ff., bes. S. 98-99 und S.102-104. なお後者について、筆者による拙訳がある。龍谷法学 51 卷 1 号 (2018 年) 所収参照。

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。〔他方で〕Ｙ１が建築した本件建物は、並木の高さである20メートルを遥かに超える43.65メートルという高さを有するばかりでなく、巨大な、地上14階建ての共同住宅である。特に、大学通りに面した本件棟は、並木及び周囲の低層住宅と著しく調和を欠き、本件景観を直接的に、かつ、大きく破壊していることが明らかであり、Ｙ１らの景観利益を大きく減殺するものといえる。（中略）Ｙ１の本件土地購入に先立ち、平成９年度の国立市都市景観形成基本計画では、本件地区を含む大学通り周辺地区が、大学通り地域として景観形成上重要な地域とされ、都市景観形成の基本方針として建築物の色彩、デザイン等のほか高さについても大学通りの景観特性、即ち、広さ、並木、植栽などと調和させることが挙げられており、平成10年３月には景観条例における景観形成重点地区候補地に指定されている（なお、Ｙ１による本件土地購入は、1999年〔平成11年〕７月22日である——引用者）。このような事実からすれば、国立市の都市景観形成政策の場面では、本件土地は、大学通り周辺の他の地域と特段区別されることなく一体として、高さを含めて配慮の必要性が認識されていたと考えるべきであるし、実際に国立駅から本件土地に至る間の大学通りの周辺環境を一見しても、本件土地に、周辺の他の土地の利用状況と大きく異なる本件建物のような高層マンションを建てることについての合理性は見いだせない。（中略）前記のような大学通りの景観や本件土地周辺の建築物の状況、本件土地を含む本件地区が大学通りの他の低層住居専用地域と一体となって、都市景観形成重点地区候補地に指定されていること等を踏まえると、本件土地は、低層住居専用地域でこそないものの、14階という周辺地域に類するもののない高層建築物の建築が許容ないし推奨されている土地でないことは明らかである」¹⁴（傍点・引用者）。さらに東京地裁は「Ｙ１の対

14 民集60巻3号376-380頁。

応と被害回避可能性」につき以下のように論じる。——「Y1は、本件土地の購入にあたり、公法上は本件土地に高さ規制がないことから大規模な高層マンションを建築することができることになるが、実際にそれを行おうとすれば、近隣住民から強い反対を受け、また、行政からも指導を受けることが必至であることを十分認識していながら、行政指導には法的な強制力がなく、公法上の高さ規制がない以上、近隣住民がいかに強固に反対しようとも、これを押し切って建築を強行してしまえば、何ら咎められる筋合いはないとの経営判断のもとに、本件土地を購入して本件建物を建築したこと、もともと、Y1としては公法上の規制の範囲で最大規模の高層マンションを建築することを意図しており、少なくとも建物の高さについては、大学通りの並木との調和について真剣に検討しようという意思はなく、したがって、大学通りの景観を守ろうとしている近隣住民らとの間で事前に真摯な協議を重ねる意思もなければ、これまで自らの財産権行使を制限して大学通りの景観形成に寄与してきた近隣地権者らの利益との調整を図るという考えもなく、これら近隣地権者ら〔の〕被害を最小限度に止める可能性を検討することがなかったことが認められる。(中略) 結局、Y1は、本件建物の建築について、近隣住民から反対を受け、あるいは、国立市から指導を受けることがあっても、本件土地に公法上の強制力をともなう高さ規制がない以上建築を強行できると判断して本件土地の購入に踏み切ったものであり、このY1の思惑は、(中略)「悪法もまた法律である」等の文言に如実に現れているといわなければならない。(中略) Y1が、当初から、大学通りの景観の形成と維持に歳月を重ねてきた地域及び住民の軌跡を正当に評価し、行政の指導の意図を真摯に受け止め、周辺住民らとも真面目に協議をし、ねばり強く計画の検討を重ねる意思を有していたならば、ある程度大規模なマンション〔で〕あっても、大学通りの景観と相当程度調和し、近隣地権者らの景観利益を〔、〕受忍限度を超えて侵害することのない建物の規模及び形状を模索することは可能であったはずである。それにもかかわらず、Y1は、(中略) 何ら実質的な被害回避の努

力をしなかったというべきである。（中略。Ｙ１は）本件土地に高層建築物を建てることによりそれまで保持されてきた本件景観が破壊されることを十分認識しながら、〔Ｙ１〕自らは、本件景観の美しさを最大限にアピールし、本件景観を前面に押し出したパンフレットを用いるなどしてマンションを販売したことは、いかに私企業といえども、その社会的使命を忘れて自己の利益の追求のみに走る行為であるとの非難を免れないといわざるを得ない¹⁵（丸括弧（中略内）及び亀甲括弧内・傍点ともに引用者）。

さらに以上のような判断を踏まえ、東京地裁は、Ｘ１らの請求を認容することによってＹ１に生ずることあるべき「損害」について、次のように述べる。——「結局〔Ｙ１が撤去請求認容によって被る「損害」は〕、Ｙ１が本件土地上に高層建築物を建てることにより本件景観を侵害することを十分に認識しながら、あえて建築を強行したことによって発生したものであり、そもそもの経営判断に誤りがあったというべきである。また、Ｙ１が多額な投資をしてより高層で巨大な建築物を作り、それゆえ景観を大きく破壊しながら、逆に撤去するとした場合に算定されるＹ１の損害の大きさをもってＸ１らの請求を妨げる事情とするのは不合理である。したがって、本件において、受忍限度の検討要素としてＹ１の損害の程度を考慮すべきではない¹⁶（亀甲括弧内及び傍点・引用者）。こうして結局、上記の「受忍限度」に関する判断を前提として、東京地裁は、Ｙ１が「本件建物を建築したことはＸ１ら３名の景観利益を〔、〕受忍限度を超えて侵害するものであり、不法行為に当たる」（亀甲括弧内・引用者）と判断した。そして、以上を総括して、「原告らの救済」として「本件建物の一部撤去」を認めた。しかしながら東京地裁は、以下のように、あくまで「不法行為法に基づく被害の救済」として、それを認容したにとどまる。——「不法行為による被害の救済は、金銭賠償の方法により行われるのが原則である。しかしながら、Ｘ１ら３名は本件建物のうち20メートルを超

15 民集60巻3号380-396頁。

16 民集60巻3号396-397頁。

える部分の撤去を求めているところ、前記のとおり、本件景観はX1らを含む関係地権者らが地域住民や行政と連携しつつ長年にわたる努力の結果創り上げたものであり、その形成及び維持について複数の地権者らによる十分な理解と結束及びそれに基づく継続的な努力が要求されるという景観利益の特殊性と、本件建物による景観利益破壊の程度を総合考慮すると、本件建物のうち、少なくとも、大学通りに面した本件棟について高さ20メートルを超える部分を撤去しない限り、X1らを含む関係地権者らがこれまで形成し維持してきた景観利益に対して受忍限度を超える侵害が継続することになり、金銭賠償の方法によりその被害を救済することはできないというべきである。なお、本件棟の一部分は道路境界線から20メートルの範囲外に位置しているが、建物の構造上は一体であり、本件棟が全体としてX1らの景観利益を侵害していると評価すべきであるから、撤去の範囲についても本件棟を一体として考えるべきである。よって、本件棟のうち、地盤面から高さ20メートルを超える部分については、その撤去を命じる必要がある¹⁷⁾。

ちなみに、X1らは「請求原因」として「本件建物の一部撤去」を不法行為の効果と明示して請求したのではない。X1らが「受忍限度」を超える被害を受けた旨の主張をしているにすぎない。すなわち、受忍限度を超えれば即「差止請求」「一部撤去請求」が認められて然るべきである、との主張をしているにすぎない。この点、原告訴状における「請求原因」の記載自体やや曖昧であったことは否めないとしても、なおそのように理解されるべきものである。この点につき、本件訴訟原告弁護団の一員である池田計彦弁護士の本件最高裁判決批評〔本稿続編・龍谷法学51巻3号の記述を参照〕において本件「原告団」による「受忍限度論」援用の理由が示されているが、それは決して「不法行為法的差止請求権」の理由づけとして持ち出されたものではなかった。この点にも留意すべきであろう。むしろ「慰

17 民集60巻3号398頁。

謝料」は「損害」（精神的損害）であるから、Y 1 の不法行為責任（709条・710条）として認められるべきものである（その場合にだけ、不法行為上の違法性判断の手段として「受忍限度論」の適用がありうるにすぎない）。こうして東京地裁は、結局、本件「景観利益」を、709条の「法律上保護される利益」として捉え、かつその金銭賠償原則（722条1項）に対する例外たる「原状回復請求」の一種として「本件建物の一部撤去請求」を認めた。なるほど東京地裁が、「本件景観はX 1らを含む関係地権者らが地域住民や行政と連携しつつ長年にわたる努力の結果創り上げたものであり、その形成及び維持について複数の地権者らによる十分な理解と結束及びそれに基づく継続的な努力が要求されるという景観利益の特殊性」を肯定したことは、それ自体あくまで画期的事実であった（上記「理由付け」A及び「理由付け」Bを併せて参照）。しかしながら東京地裁が、「本件建物の一部撤去」を、結局のところ不法行為法的「差止請求」として認定したことは、大きな禍根を残した。また、それは法理論的な「無理」を背負った判断であった。第2審の東京高裁で「逆転判決」を被り、最高裁でもその第2審の立場が追認されたのは、そのような第1審判決の法的判断の「曖昧性」・「問題性」・「無理さ」にも起因している、と言っていいであろう。以上の立論を踏まえ、次に第2審判決の「判断」を見よう。

〔イ〕第2審判決

第2審東京高裁判決（平成16年10月27日）¹⁸は、「本件景観被害」について、以下のように述べ、結果的に「逆転判決」を下している。——「特定の場所からの眺望が格別に重要な価値を有し、その眺望利益の享受が社会通念上客観的に生活利益として承認されるべきものと認められる場合には、法的保護の対象になり得るものというべきであるが、X 1らが主張する大学通りについての景観権ないし景観利益は、このような特定の場所から大学通りを眺望

18 民集60巻3号443頁以下。なお判時1877号40頁、判タ1175号205頁にも掲載されている。

する利益をいうものではなく、X1らが大学通りの景観について個別具体的な権利・利益を有する旨主張しているものと解されるところ、X1らにこのような権利・利益があるものとは認められないから、本件建物によるX1らの景観被害を認めることはできない。(中略)平成16年6月11日、我が国では景観についての初めての総合的な法律である景観法が成立し、同月18日公布された。しかし、景観法には「景観」の定義規定はなく、景観法の目的は、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の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にあるとされているだけである(1条)。また(中略)景観条例にも「景観」の定義規定はない。(中略)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、広がりのあるものである。(中略)X1らは、都市景観は一定地域の地権者らが相互に自己の土地所有権に制限を加えて形成していく特質があるとし、大学通りの景観は、大学通りの沿道の地権者らが、自己犠牲を伴う75年以上にわたる長期間の継続的な努力によって形成、維持、保全されてきたものであり、〔1〕広幅かつ直線の道路と、〔2〕直線道路の沿道の並木、〔3〕直線道路の両側少なくとも20メートルの範囲に存在する建築物が20メートルの高さの並木を超えないという3つを要素とし、社会通念上も良好な景観として承認され、その所有する土地に付加価値を生み出したものと認められると主張する。しかしながら、都市景観といってもそれ自体多義的なものであることは上述したとおりであり、その形成要因も、地域によって多様なものがあると考えられ、一定地域の地権者らが相互に自己の土地所有権に制限を加えて形成していくことが一般的な特質であるとはいえない。(中略)一橋大学以南の距離750メートルの国立高校に至る大学通りの沿道の住宅地については、1種住専運動の結果、本件土地を除く部分は第1種住居専用(龍法'18)51-2、194(1160)

地域に指定され、建築物の高さが10メートル以下に制限されることになった。したがって、昭和45年の建築基準法改正以後も、1種住専運動における住民の努力はあったものの、上記の区域については法律上の制限として高さ10メートルを超える建築物は建てられなかったのであるから、建築物の高さが抑えられていることをもって、周辺土地の地権者らの任意の自己犠牲による努力の結果であるとし、その所有権の付加価値とする根拠はないものというべきである。（中略）大学通りの景観については、（中略）当裁判所も、国立駅から真っ直ぐ南に向かって敷設された広い道路と、それに沿って延びる並木の佇まいは美しく、四季を通じて潤いのある豊かな情景を形成しているという印象を受ける。X 1らは、本件建物がこうした大学通りの良好な景観を破壊していると主張する。しかしながら、先ず大学通りの位置、形状等そのものは、本件建物の建築の前後で基本的に変わりがあるわけではない。（中略）もっとも、大学通りの一橋大学以南においては低層の住宅が続いていることから、歩道の内側にある並木ではなくその外側の住宅に目をやりながら徒歩で通行した場合、大学通りの南端付近に至ると、本件建物は、高さにおいてもまた規模においても相当に目立つ存在であり、それまでの風景から受けた印象にそぐわない一種の違和感を抱く人は少なくないと思われるが、大学通りの通行の仕方として、そのような通行がどれだけ一般的であるかについては疑問がある。（中略）本件建物の真下付近の歩道から見上げる限り、高さが20メートルでも43メートルでも、本件建物の威圧感はそれほど顕著な差異はないのではないかとも思われる。（中略。被告Y 1所有の）本件土地は、大学通りの南端に位置し、最寄りの駅は南にある谷保駅である。谷保駅側から本件建物に向かったとき、その間の眺望と本件建物の外観との調和について（中略）必ずしも不調和なものではなく、将来の谷保駅前の発展の状況いかにによって調和の度合いは変わってくるものと考えられる。本件建物は、谷保駅前の商店街からみれば、顧客が増えることでその発展につながるものともいえる。大学通りの景観と本件建物の外観から受ける印象及び調和に関する当裁判所の評

価は以上のとおりである。しかし、これは、あくまでも本件に顕れた証拠から判断される当裁判所の印象に過ぎないものであり、これと異なる評価があり得ることを否定するものではない。(中略)景観の良否についての判断は、個々人によっ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。(中略)一定の価値・利益の要求が、不法行為制度における法律上の保護に値するものとして承認され、あるいは新しい権利(私権)として承認されるためには、その要求が、主体、内容及び範囲において明確性、具体性があり、第三者にも予測、判定することが可能なものでなければならないと解されるが、当裁判所としては、X1らが依拠する意見書・学説を参酌しても、景観に関し、個々人について、このような法律上の保護に値する権利・利益の生成の契機を見出すことができないのである。(中略)富井利安教授は、環境権が裁判上救済可能な具体的権利たり得るかは未だ十分に解明されているとはいえない現状にあるとした上で、環境権の客体に含められてきた景観を享受する利益の私法上の権利化は可能であるとし、景観利益について、その公共性と環境権としての性質から、権利性が弱いとはいえないとし、民法709条の保護法益性を有し、権利性、私権性を帯びることがあるとされる。しかしながら、公共性と環境権としての性質から景観が多数人の利益にかかわる問題であるということはいえても、そのことが個人の権利性とその強弱にどのように結びつくのかは容易に理解し難いものがある。むしろ、「都市景観は、私人の土地建物の所有権の利用のあり方に多く依存してつくり出されているものといえるが、だからといって、それは特定の地権者や私人・個人に「帰属」するわけではない」とする学説を引用し、また、「公共財としての「環境」あるいは「景観」は本来誰のもでもなく、その帰属を問題とすることはできない」としていること等からすると、景観の問題は、本来的には公法的な分野に属する問題であるということになるのではないかと解される。同教授は、原判決〔第1審・東京地裁判決〕については、景観利益の権利性、私権性を実質的に初めて認めたものとして高く

評価しながら、景観利益については今後種々の議論を深めることによって、その法的性質・法的根拠等につき一層明確にする必要があるとし、自身としては、人格的利益に含まれるというほうが自然であり、景観利益の内実は人格的利益であるとも述べられているが、大学通りの景観については、地域の地権者らが相互に自己の所有権を制限し合って形成されたものとする原判決の認定を前提に、所有権に根拠を求めることもできるといえようとし、これは景観利益が人格的利益であることと矛盾するものではないと述べられている。しかしながら、大学通りの景観は、地域の地権者らが相互に自己の所有権を任意に制限し合って形成されたものとはいえない（中略）。同教授は、意見書の結びにおいては、景観利益の権利性を認める裁判例の積み重ねの上には、やがて判例法の法準則が形成され、それがまた、その権利性をより強固なものにする実定法上の根拠とされるであろうと述べるにとどまっているのであって、本件訴訟のX 1らそれぞれが、大学通りの景観を良好な景観として享受する個別具体的な権利・利益を有しており、本件建物によりこのような権利・利益を侵害されたといえることについて論証したものと認められない。（中略）淡路剛久教授は、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とされる。しかし、具体的にどのような場合がこれに当たるかは自らは例示されておらず、そのように判断した裁判例として原判決を紹介するだけである。対象と主体において一定範囲に画される景観とは、当裁判所の理解からすれば、特定の場所からの特定の景観に対する眺望にほかならず、本件においてX 1らが主張する景観利益がそのようなものであるとは解されないことは上述したとおりである。同教授は、「よい景観」を享受する権利としての景観権には、眺望権が広域的に集積した面があるとされるが、日照被害については、それがいかに広域的に多数人にわたるものとして集積したとしても、個人の権利侵害としては個々の日照被害の問題として構成さ

れるものであり、これは眺望権についても変わりがないものと考えられる。なお、同教授も、都市景観の保護（場合によってはその創造）は、第1次的には都市計画行政の中で十分図られるべきものであるとされている。（中略）X1らの依拠する意見書・学説は、その他のものも含め、いずれも一般的な景観保護の重要性を述べ、景観権を認める可能性を示唆し、今後の形成を期待するにとどまっているものであり、X1らの主張する景観権なるものは、法律上の保護に値する権利・利益としては未だ成熟していないものであるといわざるを得ず、本件訴訟のX1らが、大学通りの景観を良好な景観として享受する個別具体的な権利・利益を有し、本件建物によりこれを侵害されたことを明らかに論証したものととは考えられない¹⁹（亀甲括弧内及び〔中略〕の表示、さらに傍点は、引用者による。丸括弧内・原文）。以上のような観点に基づいて、東京高裁は、結果的に原審判決を取消し、X1らの主張を全面的に斥けた。これに対し、さしあたり筆者の「中間判断」によれば、以下のようなコメントが可能である。

<コメント> この東京高裁判決が、以下の諸点において、もっぱら既成事実のみ重視する「現実主義」的判断（一種の「カーディー-Kadi裁判」²⁰に

19 民集60巻3号458-470頁。

20 笹倉秀夫「法解釈講義」（2009年）129頁。笹倉教授は「情実的な裁判」として、このカーディー裁判を捉えている。さらに笹倉「法学講義」（2014年）24頁では、「カーディー裁判（裁判官が人情や政策的判断で処理する）」とあり、同書249頁では「カーディー裁判（Kadi-Justiz）」をマックス・ウェーバーの見解を下敷きにして、「イスラムの裁判官〔カーディー〕たちは、問題を一般的な法によらず、ケースバイケースで道徳や宗教原理になかったかたちで処理した」と述べた上で、カーディー裁判は「何の法律も根拠としていないから、予測可能でもない。〈ルール正義〉を、無視しているのである」と批判している。ここで「道徳や宗教原理」を、「結果ありき」の「裸の利益衡量判断」＝「既成事実」重視型の「現実主義的裁判」と置き換えてもさしたる違和感はない。ただし、わが国では大半の裁判官たちが「利益衡量論」＝「（違法判断における）相関関係説」＝「（その展開としての）受忍限度論」ないし「違法段階説」によっていわば洗脳されており、それが歪んだかたちで「ルール化」し、ある程度「予測可能」なものになっているから、かえって問題の根が深くなっているように思われる。とメ

通底しうる判断）を示したことに、まずは留意しておかなければならない。

まず第一に、東京高裁は「良好な景観は適切な行政施策によって十分に保護されなければならない」²¹（傍点・引用者）として、「景観利益」の形成主体をもっぱら「行政」本位に捉えている（あとの方で「行政が住民参加のもとに」などと言っているが、あくまで「行政」本位の「景観」把握であることには変わりはない）。したがって第二に、東京高裁は、上記第１点（行政本位の「景観」把握）の論理的帰結として、「翻って個々の国民又は個々の地域住民が、独自に私法上の個別具体的な権利・利益としてこのような良好な景観を享受するものと解することはできない」（前注19・458頁）と断じている。ここには、すでに「結論ありき」の姿勢が明瞭に表出している。さらに第三に、東京高裁は「私法上保護されるに値する「景観」の定義すらない」という趣旨のことを述べた上で、まず「景観侵害」と日照被害・眺望利益侵害との対比を行う（前注19・469頁）。要するにこれは、「日照被害」であれば個々人の利益侵害として私法上の保護が与えられることがあるし（「定量的ないし固定的の評価が可能」と言っている）、「眺望侵害」についても場合によってはその可能性が与えられうる、とする（「特定の場所から」・「特定の場所との関連において」という限定を強調している）。ところが、これに比して、東京高裁によれば「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、広がりのあるものである」として、公園で散策する人あるいは腰掛けて周囲を見渡

ところで筆者は、上記東京高裁判決が、その全体において「カーディー裁判」であったというのではない。ただし、東京高裁が、Y 1による「緊急避難」的「建築確認」を経た上での建築行為の強行、及びそれに伴う建物（マンション）完成という「既成事実」（既得権益）の重視・「現実主義」的「利益衡量判断」の徹底（他方で、安易な「景観」評価の「主観性重視」）及びX 1らの主張・原判決「判断」の決断論的「排除」（正面からの実質的な「法的判断」の回避）という姿勢をとったことは、笹倉教授の言われる「情実的な裁判」・「政策的な裁判」としてのカーディー裁判と「通底する」ものである、と考える。

21 民集63巻3号458頁に明記されている。

す人・ジョギングする人・単なる一時的訪問者・旅行者などの「主観的」で、かつ「多様な視点」を挙げ、「景観」への私法的保護付与にきわめて消極的な態度を示す（前注19・460-461頁。これも「結論ありき」の姿勢の一端を示すものである）。そして第4として、東京高裁は、「都市景観といってもそれ自体多義的なものであることは上述したとおりであり、その形成要因も、地域によって多様なものがあると考えられ、一定地域の地権者らが相互に自己の土地所有権に制限を加えて形成していくことが一般的な特質であるとはいえない」と断定している（前注19・463頁。傍点・引用者）。しかしこの「断定」に後ろめたさを感じたのであろうか、東京高裁は、以下のように、申し訳程度にX1らの言い分を批判する。すなわち「大学通りの景観が良好な景観であるとしても、X1らが大学通りの景観の要素であると主張する〔1〕の広幅かつ直線の道路であることは、既に箱根土地開発株式会社の開発構想において決定されていたものであり、〔2〕の直線道路の沿道の並木についても、それは昭和9年ころから国立町会等によって行われた街路樹の植栽等の住民活動による成果であり、特に大学通りの沿道の地権者らが自らの権利を犠牲にして努力した結果形成されたものであるとまでは認められない」²²と言っている（傍点・引用者）。しかし、これは牽強附会のそしりを免れない。それは、なぜか。東京高裁は、自身も認めているように「住民運動の成果」として獲得された景観利益それ自体を、本件X1ら地権者も尊重し、受け継ぎ、それを自己の自律的景観形成の素材として活かしてきた客観的事実を否定し得ていないから、である。また「広幅かつ直線の道路であること」が「既に箱根土地開発株式会社の開発構想において決定されていたもの」であることが事実であったとしても、X1らはそれをも一種の客観的利益として自己の主体的な環境形成の営為に組み入れ、かつそれ（一種の客観的利益）を景観＝地域環境形成のための共同

22 民集63巻3号463頁。

的で、かつ具体的・現実的な「土台」としてきたからである。それゆえ、本件に特殊な「地権者らの相互土地所有権への自己制限」を「一般的特質であるとはいえない」とする東京高裁の判断は、「非論理的」である。仮に「一般的特質」ではないとしても、本件に特殊に認定されうる「特質」の存在を否定する論拠とは全くなりえていないからである。さらにそれとの関連で、本件東京高裁は「建築物の高さが20メートルの高さを超えないとする点については、（中略）この制限は、昭和25年制定の建築基準法施行後もそれぞれ20メートル及び31メートル以下の絶対高さ制限として受け継がれ、昭和45年の建築基準法改正まで維持されてきたものであり、本件土地を含む一橋大学以南の大学通り沿いの一帯の土地は、昭和22年以前から住居地域であったのであるから、高さの制限は法律に基づくものであって、地権者らの自己犠牲及び努力を論じる余地のないものであった」²³と切り捨てている。しかしながらX 1らは、75年に及ぶ本件地区住民の歴史的「景観形成」の事実を承継し、それを自律的な「自己規制」・「自己犠牲」を含め、「主体的に保護」してきた実績を主張し強調しているのである。東京高裁は、第1審・東京地裁判決が認定したこの厳然たる事実にも目をふさごうとする。これも、「結論ありき」の姿勢がもたらす必然的な結果であったように思われる。しかも東京高裁は、第5に、「本件建物は、高さにおいてもまた規模においても相当に目立つ存在であり、それまでの風景から受けた印象にそぐわない一種の違和感を抱く人は少なくないと思われるが、大学通りの通行の仕方として、そのような通行がどれだけ一般的であるかについては疑問がある」（前注19・465頁。傍点・引用者）としている。ここでは、東京高裁も本件建物が従前の景観とそぐわず、客観的に当該景観を「侵害」している事実を認めないわけにはいかなかった。にもかかわらず東京高裁は、その問題を「通行の仕方」にすりかえ、ただ単に景観侵害と

23 民集63巻3号463-464頁。

いうには「疑問がある」と自問自答しているだけである。ここには「美しい」法的判断のかけらもない。かてて加えて東京高裁は、第6に、本件景観侵害否定論につき「これは、あくまでも本件に顕れた証拠から判断される当裁判所の印象に過ぎないものであり、これと異なる評価があり得ることを否定するものではない。(中略)景観の良否についての判断は、個々人によっ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」(前注19・466頁。傍点・引用者)と逃げを図る。きわめて卑怯な態度であるように思われる。ここにも「結論ありき」を取り繕う東京高裁のカーディー裁判的立場が看て取れる、と言ってよいのではないか。景観の「評価」について「裁判所が判断すること」が「適当でない」とするなら、東京高裁は、まずはなにより「当裁判所の印象」など、そもそも書くべきではなかったろう。東京高裁は、本件「景観」の「評価」を「当裁判所の印象」でもって、「裁判所」として「判断」したのではないか。このように、裁判官自身が「先行行為に矛盾する言動」を無批判に、しかも平気でかつ不用意に行うようになれば、裁判の「判決理由」をまともに信ずる者は皆無となるに違いない。第7点は、こうである。東京高裁は、「一定の価値・利益の要求が、不法行為制度における法律上の保護に値するものとして承認され、あるいは新しい権利(私権)として承認されるためには、その要求が、主体、内容及び範囲において明確性、具体性があり、第三者にも予測、判定することが可能なものでなければならぬと解される」ところ、「当裁判所としては、X1らが依拠する意見書・学説を参酌しても、景観に関し、個々人について、このような法律上の保護に値する権利・利益の生成の契機を見出すことができないのである」(前注19・467頁)と、更なる逃げの手を打つ。それを民法学者の「意見書」・「学説」に見出そうとする。なるほど「景観権」ないし「景観利益」の私法的保護は、新しい問題であり、民法学者がその点を率直に指摘することがあるのも当然のことである。ところが東京高裁は、富井利安教授の「意見書」につき、次のような態度

を示す。三点ほどに分けて示そう。まずその一。——①「富井利安教授は、環境権が裁判上救済可能な具体的権利たり得るかは未だ十分に解明されているとはいえない現状にあるとした上で、環境権の客体に含められてきた景観を享受する利益の私法上の権利化は可能であるとし、景観利益について、その公共性と環境権としての性質から、権利性が弱いとはいえないとし、民法709条の保護法益性を有し、権利性、私権性を帯びることがあるとされる。しかしながら、公共性と環境権としての性質から景観が多数人の利益にかかわる問題であるということはいえ、そのことが個人の権利性とその強弱にどのように結びつくのかは容易に理解し難いものがある」。しかしながら、ここには理論の捏造がある。本件Y1による景観破壊は、地域住民・地権者らの「集団的利益」の侵害であると同時に個々の住民・地権者らが自主的・自律的・主体的かつ歴史的に創出した「景観利益」（個々の住民・地権者等が個別に享受する「個人の利益」の集合体としてのそれ）への厳然たる「侵害」＝客観的・現在的な「侵害」にはかならない。富井教授は、それを「論証」するために「公共性」（市民的公共性ないし地域住民共同・協働の「公共性」）と「環境権」としての性質（「公共的資産」たる環境・その特定地域での現象形態たる「景観」の「集団的利益享受性」）を併せて強調している（それは後述する富井教授の判例研究・判例批評からも「論証」されることである）。それを無視して「個人の権利性とその強弱にどのように結びつくのかは容易に理解し難いものがある」とするのは、東京高裁判事らの不勉強を示しているか、あるいは法的な理解能力の欠如を示すものにほかならない。ここでも「結論ありき」の立場＝出発点が見えすぎる。言い換えるなら、東京高裁は被告Y1らの利益を、もっぱら法的判断抜きで「付度」しているのである。他方でその二——②「むしろ（富井教授は）、都市景観は、私人の土地建物の所有権の利用のあり方に多く依存してつくり出されているものといえるが、だからといって、それは特定の地権者や私人・個人に「帰属」するわけではない」とする学説を引用し、また、「公共財としての「環境」ある

いは「景観」は本来誰のものでもなく、その帰属を問題とすることはできない」としていること等からすると、景観の問題は、本来的には公法的な分野に属する問題であるとするところになるのではないかと解される」。これも東京高裁の「独断」であり、初歩的な「誤解」にすぎない。環境と同様に景観そのものは誰にも「帰属しない」。それは、ごく「当然」のことである。環境は、われわれ市民が生命活動をし、そこで学び、労働する共通の「客観的空間」である（さしあたり筆者〔川角〕は、大気・空気・森林・湖水・河川・海岸などの「自然環境」を念頭に置きつつ、さらに文化環境や「都市景観」・「農村景観」をも包括する＜地域環境＞を問題としている）。そこには私たち「市民」の生命・身体・健康を保全するための「土台」が存在する。したがって、誰も環境（及び「景観」）を「俺のものだ」とその帰属を主張することはできない。ましてや、「公害」問題に見られるように、企業の「環境独占」は認められない（したがって「大気汚染」・「海洋汚染」・「河川汚染」の「自由」など、企業にはない）。これに対し、地域住民・地権者らが当該特定の地域で、独自に主体的な景観保護を図り、それが歴史的に長期間にわたって形成され、かつ社会的に一つの「価値」（生存的価値〔その意味で人格的価値〕・文化的価値・眺望的価値・日照享受的価値などの複合体としての社会的・地域的「価値」）として承認され、もってマスコミ等によっても積極的に評価される段階に至ると、当該景観は地域住民・地権者らによって共同に享受されるところの、かつまた地域住民・地権者らの「個人的享受利益」をも包み込んだところのコミュニティー的な「景観利益」へと高まる（たとえ「景観権」とまでは言えないにしても、そうであろう。だから最高裁は「景観」が「私法上の権利」ではないとしても、なお「法律上保護される利益」であると判断したのである。この点、後述のところを参照）。すなわちこの「景観利益」は、単なる事実上の「利益」から私法上当然保護に値する「利益」へと高まるのである。だから、その場合には当該利益への客観的・現時的侵害（不適法干渉）は原則——「違法性阻却事由」が存在しない限り——当然に差止請求権の根拠となるのである。東京高裁は、

それをも見て見ぬふりをする。その結果、私法上の保護の必要性を説く富井教授の所説をして「景観の問題は、本来的には公法的な分野に属する問題であるとするところになるのではないかと解される」（傍点・引用者）と「誤解」してしまうのである²⁴。さらにその三として東京高裁は、以下のように述べる。——③「同〔富井〕教授は、原判決〔第１審・東京地裁判決〕については、景観利益の権利性、私権性を実質的に初めて認めたものとして高く評価しながら、景観利益については今後種々の議論を深めることによって、その法的性質・法的根拠等につき一層明確にする必要があるとし、自身としては、人格的利益に含まれるというほうが自然であり、景観利益の内実は人格的利益であるとも述べられている（中略）。同教授は、意見書の結びにおいては、景観利益の権利性を認める裁判例の積み重ねの上には、やがて判例法の法準則が形成され、それがまた、その権利性をより強固なものにする実定法上の根拠とされるであろうと述べるにとどまっているのであって、本件訴訟のX 1らそれぞれが、大学通りの景観を良好な景観として享受する個別具体的な権利・利益を有しており、本件建物によりこのような権利・利益を侵害されたといえることについて論証したものとは認められない」（亀甲括弧内・引用者）。ここにも東京高裁の「捏造」と「独断」がある。富井教授は、学者らしく冷静に本件景観利益の私法上の要保護性と今後の判例の蓄積によるそのさらなる強化（その結果としての要保護性の「権利化」の可能性）に留意されている。と同時に富井教授は、本件「景観利益」が、地域住民・地権者らによって創出された「景観」そのものに尽きるものではなく、そこに地域住民・地権者らの長年の人的努力を通じた「人格的利益」が含まれてい

24 このような東京高裁の「誤解」は、もしかすると阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されるか（上）（下）」自治研究81巻2号3頁以下、自治研究81巻3号3頁以下（いずれも2005年）に影響を受けたのかも知れない。この阿部論文については、本稿続編・龍谷法学51巻4号〔補論〕で詳しく考察する予定である。なお、阿部論文につき、本学法学部・牛尾洋也教授（民法）から懇切なご教示を得た。記して感謝の意を表する。

ること（生活利益的なものを含む）、さらに場合によっては第1審・東京地裁判決が認定したような「土地所有権から派生する付加価値」（それ自体の意味内容はさらに整序されるべきであるが、さしあたり土地の「使用価値」の増大と解してよい）をも承認できるのであって、それらがいわば「複合」され、「統合」されたものとして、本件「景観利益」を位置づけることが可能である旨、主張されている。しかしながら、このような「意見書」も、「結論ありき」の立場からする東京高裁の観点によれば意味のないものと映ったようである。すなわち「論証したものとは認められない」（前注19・469頁）と「結論づけ」られるのみであった。しかしながら裁判官は、その最低限度の責務として、「結論」につき、その「理由」を＜法的判断＞として示すべきである。これは要するに、東京高裁がいかにかにY1らのあからさまな「営利＝経済的利益」保護（既得権益保護）を前提とした極めて一面的な「判断」を下したかを、如実に物語るものである（その意味で、筆者〔川角〕は、この東京高裁判決を一種の「カーディー裁判」と評したのである。かかる「カーディー裁判」こそは、裁判官による、とりわけ「既成事実」に対する「忖度」裁判の見本にはかならない、と筆者は考える。この点、本稿続編「私見の呈示」の箇所も参照されたい）。ともあれX1らは、この東京高裁判決を不服とし、詳細な理由を付して上告に及んだ。しかしながら最高裁判決は「上告棄却」²⁵。

〔ウ〕最高裁判決

最高裁は、以下のように述べて、X1らの上告を棄却した。はなはだ含蓄深く、かつ教訓に充ちた「判決理由」である。以下、詳しく紹介しておきたい。——「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。Y1が本件建物の建築に着手した平成12年1月5日の時

25 民集60巻3号214頁以下。最高裁判決については、「民集」以外に、裁判所時報1409号5頁、判時1931号3頁、判タ1209号87頁、判例地方自治279号79頁、最高裁判所裁判集民事219号1065頁等にも掲載されている。

点において、国立市の景観条例と同様に、都市の良好な景観を形成し、保全することを目的とする条例を制定していた地方公共団体は少なくない状況にあり、東京都も、東京都景観条例（平成9年東京都条例第89号。同年12月24日施行）を既に制定し、景観作り（良好な景観を保全し、修復し又は創造すること。2条1号）に関する必要な事項として、都の責務、都民の責務、事業者の責務、知事が行うべき行為などを定めていた。また、平成16年6月18日に公布された景観法（平成16年法律第110号。同年12月17日施行）は、「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の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。」と規定（2条1項）した（中略）。これも、良好な景観が有する価値を保護することを目的とするものである。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、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。ところで、民法上の不法行為は、私法上の権利が侵害された場合だけではなく、法律上保護される利益が侵害された場合にも成立し得るものである（民法709条）が、本件におけるように建物の建築が第三者に対する関係において景観利益の違法な侵害となるかどうかは、被侵害利益である景観利益の性質と内容、当該景観の所在地の地域環境、侵害行為の態様、程度、侵害の経過等を総合的に考察して判断すべきである。そして、景観利益は、これが侵害された場合に被害者の生活妨害や健康被害を生じさせるという性質のものではないこと、

景観利益の保護は、一方において当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることとなり、その範囲・内容等をめぐって周辺の住民相互間や財産権者との間で意見の対立が生ずることも予想されるのであるから、景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものといえることができることなどからすれば、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容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当である。これを本件についてみると、原审の確定した前記事実関係によれば、大学通り周辺においては、教育施設を中心とした閑静な住宅地を目指して地域の整備が行われたとの歴史的経緯があり、環境や景観の保護に対する当該地域住民の意識も高く、文教都市にふさわしく美しい都市景観を守り、育て、作ることを目的とする行政活動も行われてきたこと、現に大学通りに沿って一橋大学以南の距離約750mの範囲では、大学通りの南端に位置する本件建物を除き、街路樹と周囲の建物とが高さにおいて連続性を有し、調和がとれた景観を呈していることが認められる。そうすると、大学通り周辺の景観は、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ものであって、少なくともこの景観に近接する地域内の居住者は、上記景観の恵沢を日常的に享受しており、上記景観について景観利益を有するものというべきである。しかしながら、本件建物は、平成12年1月5日に建築確認を得た上で着工されたものであるところ、国立市は、その時点では条例によりこれを規制する等上記景観を保護すべき方策を講じていなかった。そして、国立市は、同年2月1日に至り、本件改正条例を公布・施行したものであるが、その際、本件建物は、いわゆる根切り工事が行われている段階にあり、建築基準法3条2項に規定する「現に建築の工事中の建築物」に当た

るものであるから、本件改正条例の施行により本件土地に建築できる建築物の高さが20m以下に制限されることになったとしても、上記高さ制限の規制が本件建物に及ぶことはないというべきである。本件建物は、日影等による高さ制限に係る行政法規や東京都条例等には違反しておらず、違法な建築物であるということもできない。また、本件建物は、建築面積6401.98㎡を有する地上14階建てのマンション（高さは最高で43.65m。総戸数353戸）であって、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物の外観に周囲の景観の調和を乱すような点があるとは認め難い。その他、原審の確定事実によっても、本件建物の建築が、当時の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の事情はうかがわれない。以上の諸点に照らすと、本件建物の建築は、行為の態様その他の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くものとは認め難く、X1らの景観利益を違法に侵害する行為に当たるということはできない。以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる」²⁶（\の傍点・引用者。なお、原判決文で下線が引かれている文章につき、本稿では・の「傍点」を付している）。

こうして、最高裁判決は、一般論として地域居住者の「景観利益」保護を承認した。すなわち本件最高裁は、「景観」につき、その「私法上の権利」性を否定しながらも、なお不法行為法上の「保護される利益」としてその保護可能性を肯定した。なるほど、この後者の点に一定の積極的評価を与えることは可能であり、後述する多数の学説もほぼ一致した評価を与えている（本件「最判」に関する諸々の学説については、本稿続編・龍谷法学51巻3号を参照されたい）。しかしながら、まず最高裁判決は、本件の争点を、もっぱら「不法行為責任の成否」として捉え、その違法判断については明らかに「相関関係的利益衡量」＝「受忍限度論」を採用している。その上で最

26 民集60巻3号225-228頁。

高裁判決は、本件「景観利益」侵害があつたとしても、それは被侵害者の「生活利益妨害」や「健康被害」をもたらすものではなく、かえって侵害者側の財産権を制約する側面をもち、その両者の利害関係の調整という困難な問題を引き起こすがゆえに、「第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものということができる」として、その私法上の保護を消極的に解している。さらに本件では、Y 1の「本件建物」が「建築許可」を受けたものであり、かつ建築基準法上3条2項の「現に建築の工事中の建築物」に当たるとし、さらに「本件改正条例の施行により本件土地に建築できる建築物の高さが20m以下に制限されることになったとしても、上記高さ制限の規制が本件建物に及ぶことはない」とした。さらに結論として「本件建物の建築は、行為の態様その他の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くものとは認め難く、X 1らの景観利益を違法に侵害する行為に当たるといふことはできない」とも判断している。

<コメント> 以下、とりあえず幾つかコメントしておきたいと思う。まず、最高裁判決において、本件「景観利益」の私法上の保護が民法709条の「法律上保護される利益」として処理されることが謳われたこと自体は、筆者も高く評価したい。しかしながら、最高裁は、他方で結局のところ「行政法規や条例」による紛争処理（私法に対する「公法優位」の発想）を優先する態度を示した。このことをどう解するか、という問題が生ずる。後者を徹底すれば、最高裁判決はきわめて第2審東京高裁判決の立場と接近する。しかもそのような「行政」本位の考察手法が、紛争当事者の利害関係に関する「比較衡量判断」から引き出されている点も、「問題」として残る。端的に言うなら最高裁は、東京高裁判決の立場とほぼ同様に「行政」本位の立場から、私法上の救済を「二の次」にするという消極的立場（本稿で言うところの「カーディー裁判」的な立場）を採用している。その意味で最高裁は、「法」的な問題解決から逃げている。また「民主的手続」という表（龍法 '18）51-2, 210（1176）

現でもって、おそらくは「住民参加」・「市民参加」の要素を指摘したいのであろうが、本件「景観利益」紛争のように一方が地域住民であり、他方が不動産業者という場合、「行政法規」・「条例」等がどれほど紛争解決に役立つかという「現実論」は、考察の対象外とされている（たまたま地域住民・地権者らの立場に共感する「条例」が民主的手続を経て施行されることはあっても、他方でその逆であることもありうる。つまりは住民等が「共感できない」条例が「民主的な手続き」でもって制定・施行される可能性は大いに存在する）。したがって、地域住民が「行政法規」・「条例」に基づく権利主張・利益主張をして争うルートを開いておくことも重要であるが、同時に「行政法規」・「条例」それ自体に対し、その適法性・有効性を争って私法上の権利保護・利益保護を担保しておくという選択肢もそれに劣らず重要なのである。最高裁判決には、そのような配慮の跡がほとんど見られない。しかも本件「景観利益」紛争で最大の争点である「建物一部撤去」問題を、単に「不法行為法」の問題としてだけ考えている（これは第1審・東京地裁判決以来首尾一貫した裁判所の立場であったし、さらに原告側がそれを「付度」して「受忍限度論」および不法行為の効果としての「建物一部撤去」請求を「上告受理申立て」の「理由」書面²⁷で主張したことも、本件事案の特徴をなしていた。そして、そのような原告主張の曖昧さが「事柄」を紛糾させる原因ともなったように思われる）。さらに最高裁判決は、Y1によって2000年（平成12年）1月5日取得された「建築許可」が、前年1999年（平成11年）12月20日の国立市長による建築申請取り下げ要請（行政指導）及びその翌日国立市定例市議会での「地区計画の

27 民集60巻3号228頁以下、特に235頁及び243頁を参照。そこでは、本件第一審・東京地裁の「不法行為に該当する」、だからその効果の特例としての「一部撤去請求」が認められるべきだという「理由づけ」を、X1らが援用した趣旨が明示されている。対するに、差止請求権の行使としての「一部撤去請求」は——被告の行為が「不法行為に該当する」か否かにかかわらず——「景観利益」の客観的・現在の「侵害」が認定される限り原則直ちに承認される、というのが本稿の「法的判断」である。詳しくは本稿続編・龍谷法学51巻3号（iii）「私見の呈示」の項を参照されたい。

区域内における建築物の制限に関する条例」可決、さらに12月28日改正「大規模行為景観形成基準」告知を受けたY 1による「緊急避難的」措置として行われたこと。しかも、Y 1による「建築許可」申請が国立市に対してではなく、東京都建築主事に対して行われたこと（建築基準法6条1項参照）。さらに都の建築主事による審査が単なる「形式審査」であることを不動産業者Y 1が知悉した上での「抜け駆け」的行為であったこと。以上の諸点につき、最高裁の実質的判断がほぼ全面的に欠落している。このことは、ここで明確に指摘されておかなければならない（法律審たる最高裁の判断としてはやむをえないとする反論もありうるだろうが、ことはあくまで建築基準法3条2項の適用可否に関する法律判断に属するのであり、このことは軽視されてはなるまい）。また、当該「建築許可」を基に進められたY 1による建築行為に対しても、X 1らによる建築禁止仮処分の申し立てが別途行われ、それに基づく東京高決平成12年12月22日は——申し立て自体はこれを却下しながらも——Y 1による本件建物が「建築基準法3条2項の適用を受けず、違法建築物にあたる」旨の判示²⁸をしていたことなどにつき、これらを最高裁は全く無視している（このような下級裁判所の建築基準法上3条2項に関する法的判断は、「法律審」たる最高裁としても考慮可能な事柄であった²⁹）。そのような

28 さしあたり、角松生史・本件第1審判批「地方自治判例百選（第3版）」（2003年）80頁、富井利安・本件第1審判例批「環境法判例百選（初版）」（2004年）162頁参照。

29 現に、本件第1審・東京地裁判決は、Y 1の「根切り工事」着手によって建築基準法3条2項の免責事由に該当するとして一応Y 1の建築基準法違反を否定した上で、「しかしながら、建築基準法は、国民の生命、健康及び財産を保護するための建築物の構造等に関する「最低の基準」（同法1条）にすぎないから、本件建物が違法建築物に当たらないからといって、その適法性から直ちに私法上の適法性が導かれるものではなく」と述べ、「この見地から、本件についてさらなる具体的な検討が必要になる」として「原告らの権利が侵害されたか」を、より立ち入って問題にしている。これは一応裁判所として「健全な態度」であると評価できる。これに対して、本件最高裁判決の姿勢はどうであろうか。最高裁は——本文中に示したように——「（本件建物が）建築基準法3条2項に規定する「現に建築の工事中の建築物」に当たるものであるから、本件改正条ノ

（法的）背景事情を無視した上で、最高裁は、「（本件建物が）建築基準法 3 条 2 項に規定する「現に建築の工事中の建築物」に当たるものであるから、本件改正条例の施行により本件土地に建築できる建築物の高さが 20m 以下に制限されることになったとしても、上記高さ制限の規制が本件建物に及ぶことはないというべきである」（傍点・引用者）などと述べ、Y 1 の侵害行為を擁護・是認している。このような最高裁の態度も、「結論ありき」の東京高裁判決の延長線上にある。かてて加えて最高裁が、「本件建物は、建築面積 6401.98㎡を有する地上 14 階建てのマンション（高さは最高で 43.65 m。総戸数 353 戸）であって、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物の外観に周囲の景観の調和を乱すような点があるとは認め難い」（傍点・引用者）として、結果的に「既成事実」重視型の政策的判断（広い意味でのカーディー判断）を示している。こうして結局、最高裁は、本件建物の建築にかかる Y 1 の「行為の態様その他の面において社会的に容認された行為としての相当性」に着眼し、もって Y 1 の行為が「X 1 らの景観利益を違法に侵害する行為に当たるということはできない」と断じているのである。このような最高裁の判断は、煎じ詰めれば、Y 1 の「行為の社会的相当性」判断を媒介にした「適法行為」論であり、せいぜい「適法行為に基づく不法行為」という理解しがたい特殊な「利益衡量判断」論に行き着かざるをえない（そのような文脈から最高裁は「権利濫用」とか「公序良俗違反」を問題にする〔これは戦前の信玄公旗掛松事件判決〔大判大正 8 年 3 月 3 日民録 25 輯 356 頁〕以来の根深い伝統的立場の踏襲であった〕。したがって、仮に最高裁が Y 1 の法的責任を認めたとしても、それは「適法行為に基づく不法行為」としての「金銭賠償」でしかありえなかったであろう。ところが、そ

ㄨ 例の施行により本件土地に建築できる建築物の高さが 20m 以下に制限されることになったとしても、上記高さ制限の規制が本件建物に及ぶことはないというべきである」と述べ、建築基準法上の適法性が直ちに私法上の適法性に直結するという立場を採ったのである。これは、明らかに「不健全な態度」と言わなければならない。

の金銭賠償責任すら最高裁は「社会的相当性」判断によって否定し去ったのである）。さしあたり、ここでは、以上の幾つかの問題点に注目しておくにとどめる。以下では、これらの問題意識をもって学説の対応をみていく（ただし網羅的な学説の検討は行わない。あくまで判例研究・判例批評を中心とする³⁰）。その上で、本稿続編において改めて「私見」を呈示する（次号・龍谷法学51巻3号掲載予定）。

（ii）学説の対応と若干のコメント

〔ア〕第1審・東京地裁判決について

（a）淡路説

まず2002年（平成14年）東京地裁判決の翌年、2003年3月に淡路剛久教授の論説が出た（『景観権の生成と国立・大学通り訴訟判決』ジュリスト1240号68頁以下）。そこで淡路教授は、本稿にとっても重要な指摘をしている（以下では、その「光と影」の二重性に留意して淡路説を紹介する）。まず近時、経済不況の中で従来地域環境と一体化していた施設（会社や役所、研究所、大学や病院、テニスクラブ等）が売りに出され、「土地を買い求めた業者が都市計画関連法制が許容するぎりぎりの高さで容積をもつマンションを建設」することが目立ってきた。それによって「街の姿は変わり、建ち並ぶ建物のスカイラインが破壊され、アメニティが失われる（中略）。このような事例の最たるものが、国立市・大学通り事件であろう」とする（淡路・前掲ジュリスト68頁）。その上で「都市景観の破壊をめぐる問題が環境問題の1つの重要な領域を構成している」と述べ、さらに「都市景観の破壊に対する住民の権利としての景観権について、眺望権³¹にも触れながら概観」しつつ、

30 それも、総ての公刊資料を踏まえたものではない点を、あらかじめお断りしておかなければならない。

31 「眺望権」について、淡路論文は詳しい解説を与えている。そして、それが下級審裁判例を通じてほぼ確定的なものとなっており、学説にも異論がないことを示されている。その上で「景観権」を一方で「環境権の一種」として捉え、他方「眺望権が広域化したもの」と「理解することもできる」とされる。結

最後に本件・国立景観訴訟第1審・東京地裁判決（宮岡コート）を検討している（淡路・前掲ジュリスト69頁）。また淡路教授が、あくまで「受忍限度論」支持の立場からではあるものの、従来からの単なる「総合判断の枠組み」としての「受忍限度論」理解を、それ自体として「無批判的」なものとして厳しく評されていることも重要である（その観点から、一つの帰結として「マイナスの公共性」³²に着眼されている。淡路・前掲ジュリスト72頁）。他方で、この淡路説では「景観権」の「権利構成」が、かなり強く打ち出されている。すなわち「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」と指摘される（淡路・前掲ジュリスト73頁）。そのような判断枠組みを前提に、淡路教授は、本件第1審・東京地裁判決（宮岡コート）を考察される³³。そして、なかでも本件宮岡コートが、本件「景観利益」を「特定の地域内」で「当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、相当の期間」にわたって「特定の人工的景観が保持」され「地権

、論として、その意味で「眺望権と環境権との違いは相対的な差」にすぎない、と述べられる（淡路・前掲ジュリスト73頁）。

32 従来、「受忍限度論」において「公共性」は、もっぱらポジティブに、「公共性がある行為だから違法性が阻却される」ものとして位置づけられてきた（いわゆる「プラスの公共性」）。これに対して、淡路教授は「公共性にも程度の差がある」ことを承認され（その萌芽を、大阪国際空港騒音差止請求事件・最高裁大法廷判決〔昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁〕、国道43号公害差止請求事件・最高裁判決〔平成7年7月7日民集49巻7号1870頁〕の中に見出すことができる）、「原告たる被害者以外の者が被る被害の広がり（あるいはその可能性）」に注目して「マイナスの公共性」を説かれる。それを受忍限度論的判断における「加害行為の消極的評価要素」として「重視しなければならない」とされる（淡路・前掲ジュリスト72頁）。

33 その前年に出された東京地判平成13年12月4日判時1791号3頁（市村コート）も詳しく検討され、高い評価が与えられている。淡路・前掲ジュリスト74-75頁。本稿も、最高裁判決に関する判例研究（〔c〕吉村良一説）の箇所、平成13年東京地判を改めて詳細に取り上げている（なお、吉村説については「龍谷法学」次号・本稿続編を参照）。

者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合」には「地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益」³⁴と解していることを重視する（淡路・前掲ジュリスト76頁）。さらに淡路教授は、本件宮岡コートが「本件景観の侵害を肯定したうえで、違法性判断として受忍限度判断を行った」ことを高く評価している（淡路・前掲ジュリスト同頁）。そして以下のように述べている。——「この判決は、環境権としての景観権を認めたものではない。土地に対する権利を基礎としていることや、差止請求権の根拠として不法行為構成をとっていることなど、形式的な法律論としては、環境権に近付いたとは言にくい。しかし、それにもかかわらず、実質的には、環境権としての景観権を一定程度実現していることに注目すべきだと思われる」（淡路・前掲ジュリスト77頁）。その上で本件宮岡コートに対して「若干のコメント」を付される。大きく2点に分かれる。第1に、本判決が「景観利益の要保護性を判断」するに際して「景観利益が土地に付加価値を生み出しているとして、土地の権利に付着するという考え方をとったこと」が問題とされる。そして「ある利益が財産的に評価できるものであれば、所有権など既存の財産権保護の方法でこれを法的に保護できるから、このような解釈方法は堅実な方法ともいえる」とする（淡路・前掲ジュリスト78頁）。しかしながら、このような財産権保護的な理解は、本件のケースでは当てはまらないとして、次のように論じている。——「本件の場合には、所有権など土地の権利保護の方法によることができるといっても、本件の侵害は占有の侵害ではないから、物権的請求権の方法によることはできない。判決が、不法行為構成によったのはそのためであろう」（淡路・前掲ジュリ

34 このような本件第1審・東京地裁判決による「景観利益」の動的＝積極的＝能動的把握と比べて、本件最高裁判決における「景観利益」把握が——「客観的価値」を付与された面は積極性をもつとはいえ——かなり静的＝消極的＝受動的に捉えられている点（「景観利益」把握に関する両判決のコントラスト）は、改めて注目に値する。

スト同頁。傍点・引用者）。加えて淡路教授は、こうも言っている。——「このように、本件をできる限り既存の権利概念で解決しようとした本判決の努力は評価されるべきだと考えられる。しかし、本件で真に争点となっているのは、土地の付加価値に対する侵害ではなく、やはり景観そのものの侵害ではないだろうか。そういう観点からは、本判決の考え方は、過渡的な構成といえるように思われる」（淡路・前掲ジュリスト同頁）。

その二は、本判決が「差止請求（建物の一部の撤去請求）を認容するにあたって、不法行為構成をとり、受忍限度判断を行った」点を取り上げている（淡路・前掲ジュリスト78頁）。その際、淡路教授は以下のように言っている。——「民法は不法行為の効果として金銭賠償の原則をとった（民722条1項・417条）が、これは過去の損害に対するものであって、継続的不法行為による将来の損害に対しては及ばない（定めがない）、という解釈も有力である（有力学説であり、裁判例もある）。わたくしもまた、本判決が建物の存続による継続的損害に対して不法行為構成をとったことは、是認されてしかるべきだと考える。本判決はまた、不法行為構成のもとで受忍限度の判断を行ったが、（受忍限度判断が総合考慮であるとした一般論は別として）その具体的判示内容は説得的である」（淡路・前掲ジュリスト同頁。括弧内・原論文）。その上で、さらに次のように付言している。——「それでは、環境権としての景観権構成によった場合にはどう判断されるであろうか。すでに、前述したように、眺望権については受忍限度判断が行われており、眺望権が広域化したという側面をもつ景観権についても、差止請求の司法判断においては、やはり受忍限度判断が必要とされよう（広く人格権についても、精神的人格権については、受忍限度判断がなされている）。そうだとすると、受忍限度判断を必要とする点で、不法行為構成も、景観権構成も変わらない、ということになる」（淡路・前掲ジュリスト同頁。括弧内・原論文）。

なるほど淡路教授らしい見解が示されている。とりわけ、その緻密な裁判例分析は見事である。民法学の現状を踏まえれば（さらに判例・裁判例の

実情を踏まえれば)、淡路教授の見解は「説得的」なのであろう。なかでも「受忍限度論」的景観権・環境権の把握の仕方は、実務的影響力を保持しようと思われる。ここでは、若干のコメントを試みたい。第一に、淡路教授の「環境権」は大阪弁護士会が中心となって構想された「環境権」（もはや伝統的「環境権」と言ってもよい）と本質的に異なる点に留意すべきである。後者の意味での「環境権」は、もっぱら「受忍限度批判」・「違法段階説批判」を目的としたものであった（そのような観点から「環境共有の法理」を打ち出し、環境破壊に対する第一次的民事救済の手段として「差止請求権」を構想したのである）³⁵。このような伝統的「環境権」説と淡路教授の「環境権」論の異同関連が重視される必要がある。この点、なかでも、淡路教授の受忍限度論的「環境権」論は、加藤一郎教授の「環境権」理解の上に成り立っているのではないかと推測される。たとえば、加藤（一）教授は、次のように指摘されている。——「環境権論の論者は、主としてこの受忍限度論を批判し、環境権によって救済を拡大しようと主張しているのである。そこにはまずある種の誤解がある。これは受忍限度ということばにも原因があると思われるが、公害における住民の被侵害利益の性質・種類と加害行為の態様との相関的考慮の結果、被害者が公害を受忍すべきものとされがちであったと述べられている。しかし、受忍限度論のねらいは、公害について、自己の支配地外に影響が及んだ場合は原則として違法であり、ただ受忍限度をこえなければ違法性を阻却するという考え方であって、重点は受忍限度をこえた被害の救済におかれており、被害者に受忍を求めるという意図は全くないといつてよい。判例も、受忍限度をこえるものとして救済を認める事例が圧倒的に多い」³⁶。これは一見、ドイツ民法906条のイミッション原則違法の発想と

35 大阪弁護士会環境権研究会「環境権」（1973年）23-24（川村俊雄）及び99-107頁（久保井一匡）参照。

36 加藤（一）「「環境権」の概念をめぐって」同【民法における論理と利益衡量】（1974年。原論文初出は1972年）113頁以下、特に120-121頁。

共通するかのようなのである。しかし、周知のようにドイツ民法はイミッシオン原則違法の場合、一般規定である1004条の妨害排除請求権（＝差止請求権）の発動を予定している。例外的に相手方＝被告が、当該イミッシオンが「そもそも存在しない」とか「非本質的」にすぎないとか、あるいは「本質的な妨害」であっても「場所的に慣行的な妨害」であるとか「妨害排除が経済的に期待不可能」である等の「抗弁」に成功した場合にのみ、妨害排除請求権の発動が抑制されるだけである（この点、本稿でも繰り返し述べた）。これに対して、加藤（一）教授が「重点は受忍限度をこえた被害の救済におかれており、被害者に受忍を求めるという意図は全くないといつてよい」と言われる場合の「救済」とは、何か。それは、基本的に「損害賠償」（金銭賠償）にとどまるのである。だからこそ、加藤（一）教授は、「公害の差止の場合に利益衡量を認める必要は、その及ぼす影響力の大きさからいって、損害賠償の場合よりも（違法性ないし受忍限度超過の程度が）大きいものと考えられる」（括弧内・引用者）とされるのである³⁷。これに

37 加藤（一）・前掲書『利益衡量』124頁。さらにこうも言われている。すなわち「たとえば、差止請求があった場合に、裁判所が、経済的に補填・回復が可能な被害については〔「金銭賠償で済む話ならば」——引用者〕差止を認めず、損害賠償による救済を求めるべきだとすることは、十分に考えられるところである」（加藤・前掲書同頁）。要するに、これは「違法段階説」そのものである。受忍限度論と違法段階説は、このように内面的に一体不可分なのである。生命・身体・健康等に不利益侵襲があるところ、「治療代で済む話ではないか。一部差止めを含め、営業停止に至りうる差止請求はまかりならん」と言っているのと同じことである。要するに、当該「不利益侵襲」の根源（妨害源）自体の排除が問題であるにもかかわらず、経済的利益衡量の立場から、金銭賠償で我慢できるならば差止請求権を抑止すべし、との発想でもって「対抗」されているのである（「裸の利益衡量論」ないし「裁判官丸投げの白紙委任論」。その意味で、これを「カーディー裁判」を奨励する裁判官法的な「理論」と言い換えてもよいであろう）。このような、加藤一郎教授流の見解が、淡路教授の受忍限度論的「環境権」論に無縁なことであれば幸いである、と考える。ちなみに、この点、加藤一郎教授が逝去されたあとのジュリスト座談会での淡路教授の加藤（一）教授「環境権」論評及び森島昭夫教授の発言は重要である（「（加藤一郎先生は）環境権論が主張するところは、結局、環境権の侵害ということから被害があ

対し、前者「大阪弁護士会研究会」の伝統的な「環境権」説が念頭に置いているのは、なるほど典型的な「公害」事案（人の生命・身体・健康に対する侵害ケース）であった³⁸。そして、この研究会の一員でもあった澤井裕教授は、とりわけ人格権侵害のケースに関して「利益衡量を否定する絶対的禁止基準とこれに達しない場合の利益衡量の方法」を典型的に構築しようとしている³⁹。この点、おそらく淡路教授は、「環境権」を広く解されており、いわゆる広中秩序論における「人格秩序」の外郭秩序としての「環境からの生活利益の享受——「生活利益秩序」」を含めた「環境権」として理解されているように思われる。だとすると、広中秩序論における「生活利益秩序」としての「環境」には明示的に「帰属」が語られえない⁴⁰のに対して、淡路教授の「環境権」では「帰属性」がどのように捉えられようとしているのか、やや疑問である。少なくとも「帰属性」のないところに「権利」はない。純然たる「債権」であっても、基本的に債権者は、債務者との関係で「帰属性」をもつ権利（「債権」）を有するにすぎない⁴¹。淡路

ゝれば賠償せよと主張しているにすぎないとされ、そのような解釈方法を批判されています。差止めについても、似たような批判を述べられています（中略）加藤先生は、解釈論としての環境権論に対して、それが概念法学的、硬直的な思考方法であることに危惧を示されました」〔淡路発言。括弧内・引用者〕。「加藤先生は、法律家として環境を守ろうとすれば、世の中にすぐさま通らないような理念的な議論をするよりも、現実的に通用するような議論をすべきではないかと考えておられました」〔森島発言〕。「座談会「加藤一郎先生の人と業績」」ジュリスト1380号（2009年）8頁以下、特に18-19頁。ここで言われる「概念法学批判」・「硬直法学批判」・「現実重視法学（利益衡量論）」の実体は何か。それは、日本民法学の＜戦前＞と＜戦後＞を繋ぐ法思想的な架け橋にはかならない。とはいえ今は、その「架け橋」の存在を指摘するにとどめざるをえない。

38 前注35所掲の文献を参照。

39 澤井「公害差止の法理」14頁以下、23頁以下、さらに61頁注52参照。その後、この澤井教授の見解は、いわゆる「複合構造説（二元説）」という形で結実した。澤井「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）」（2001年）118-132頁参照。

40 広中俊雄『新版民法綱要・第一巻総論』（2006年）19頁参照。

41 この点を明確に述べたものが、エドゥアルト・ピッカー教授の論文である。ノ

教授の「環境権」論が「権利」の希釈化現象の一環であるにすぎないのかどうか。問題として残る。

さらに第二点として、淡路教授が「本件の場合には、所有権など土地の権利保護の方法によることができるといっても、本件の侵害は占有の侵害ではないから、物権的請求権の方法によることはできない」と述べられていることは筋が通らない。なるほど本件・国立景観訴訟の事案で「物権的請求権の方法」が直ちに適用されない可能性が高いことは筆者も同意する。ところが「本件の侵害は占有の侵害ではないから、物権的請求権の方法によることはできない」とされるのはおかしい。淡路教授の念頭にある「物権的請求権」とは「物権的返還請求権」だけなのであろうか。物権的妨害排除請求権・予防請求権はどうか。わが民法典では、この点重大な「法規の欠缺」が存在する（フランス民法典についても同様のことが指摘可能である）。にもかかわらず「物権的請求権」は、少なくともわが国判例・学説の承認するところである。この点で明文規定を置くドイツ民法典が参照されるべきであろう。その1004条によれば「（1項1文）所有権が、占有侵奪または占有留置以外の方法で妨害された場合には、所有権者は、妨害者に対してその妨害の排除を請求することができる」と定めており、さらに「（1項2文）継続的な妨害が生ずる懸念が存在する場合には、所有権者はその不作為を訴求することができる」とされる。ここでは「占有の侵害ではない」からこそ、物権的妨害排除請求権が承認されているのである（ちなみに「占有侵奪または占有留置」[Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes]の場合には、985条の「物権的返還請求権」が発動される）。この点で、淡路教授の所説には初歩的な意味で「誤解」を招く記述が存在する（そもそも「物権的請求権」を「占有訴権」のアナロジーから根拠づける発想それ自体、不適切であると思われる

↘ Vgl. E. Picker, Der „dingliche“ Anspruch, H. Koziol/P. Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydliniski, 2002, S. 269 ff. bes. S. 314-317.

る〔このような発想を、淡路説が採用しているわけではないのだが〕。なお筆者（川角）は、本件で原告地権者らが、当該「景観利益」によってその土地所有権に「付加価値」を生じたとする宮岡コートの判断は、それなりに尊重されてよいと考える。その上で、もし宮岡コートが、その「土地所有権に生じた付加価値」侵害を理由に差止請求権を認めていたと仮定すれば、地権者らの「土地所有権」への直接的侵害を問題としているのか、それとも「付加価値」だけの侵害を指すにすぎないのか、様々な問題を引き起こすであろうことを、筆者も認める。しかしながら本件富岡コートは、本件「景観利益」を根拠づけるためにだけ、「土地所有権への付加価値」を問題にするにすぎない。現にこう言っている。——「〔X1ら〕土地の地権者らが、大学通りの景観を維持しようとして自ら20メートルを超える建築物を建設しないという土地利用上の犠牲を払いながら（中略）特定の人工的景観を70年以上もの長期にわたって保持し（中略）その特定の景観が良好なものとして承認され、その所有する土地に付加価値を生み出した場合であると認められる（中略）から、当該地権者らは、従来の土地所有権から派生するものとして、本件景観利益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（景観利益）を有するに至ったと認めることができる」（亀甲括弧内・引用者）。

要するに、本件宮岡コートは、本件景観の特殊性に着目して、地権者らは相互に景観保持義務を負い、また相互に景観保持請求の利益をもつ、と言っている。そのことを言い換えて「景観利益」と称している（淡路教授は、当然そのことを理解されている）。そして、宮岡コートは、この「景観利益」侵害を理由に——理論的には余計なことであったが——受忍限度判断を介した不法行為的構成を施し、もって本件「差止請求」（建物の一部撤去請求）を認めたのである。ちなみに、本件第1審・東京地裁判決は「景観利益の侵害」を問題としているのであって、「景観そのものの侵害」を問題としているのではない。「景観利益」は、「土地所有権から派生する」ところの地権者ら相互の「景観保持義務」・「景観保持請求」の「利益」を含めてい

るのであるから、「景観そのものの侵害」とは区別すべきである（その意味で「景観利益」には地権者らの自律的な「互換的交換関係」が組み込まれ、かつ長年にわたる地権者らの「人格的努力」の結晶が読み込まれているのである。その中の一つのファクターとして「土地所有権への付加価値」を挿入することになんら問題は無い、というのが筆者〔川角〕の見解である。かつまた、それに尽きるのである）。

（b）金子説

以上で概観した淡路説と同じ時期に、金子正史教授の「国立マンション事件違法部分撤去等請求訴訟」（法令解説資料総覧254号〔2003年3月〕114頁以下）が出た。これは短い論稿であるものの、行政法学者からの問題提起として、ある意味「教訓」に富んでいる。この金子論文は、本件判例解説にあたって三つの論点を立てる。一つは、①「本件建物が建築基準法（以下「建基法」という）に違反するか」ということである。そしてその二は、②「原告らの権利が侵害されたか」である。さらにその三つ目は、③「原告らの被害が受忍限度を超えるものであるか」である（金子・前掲法令解説115頁）。まず①について、金子説は、いわゆる「本件条例」につき、それが「狙い撃ち条例」であって「違法」ではないかという論点に立ち入っている。そして、被告が原告となった別訴（損害賠償請求訴訟。東京地判平成14年2月14日判時1808号31頁）では、「本件条例」が「景観の保持の必要性を過大視するあまり、既存の権利者（本件被告Y1）の利益を違法に侵害」するものとして、建基法68条の2の2項（「地区計画等の区域」に関する規定）に違反するとしていた点を重視する（金子・前掲法令解説同頁）。これに対し、本件東京地裁判決が「本件条例」の「適法性を認めた」と指摘している（金子・前掲法令解説116頁）。その上で、本件東京地判が建基法3条2項でいう「現に建築中の工事中の建築物」の判断につき、Y1らの「根切り工事」着手をもって当該規定の適用を受けるものと判断し、その結果、本件Y1の建物建築行為を「適法であるとした」旨、指摘する（金子・前掲法令解説同頁）。しかしながら建基法上（つまりは公法上）適法であっても、なお「受

忍限度」を越える侵害があれば「私法上違法と評価されることがある」とした東京地裁の「判断」を問題にして、さらに言う。そもそも「原告らの権利が侵害されたか」と（金子・前掲法令解説同頁）。そして金子説は、本件東京地判で問題となった「景観権」と「眺望権」との関係を取り上げ、前者が「地域住民の客観的、一般的な「見晴らし」」であるのに対し、後者は「個人の主観的、個別的な「見晴らし」ということになろう」と述べる（金子・前掲法令解説同頁）。そして、本件判決で私法上の「景観権」自体否定されたところ、行政訴訟に関する伝統的な「原告適格判断」の基準とされてきた「法の保護する利益説」に立てば、従来近隣住民の訴えが「反射的利益」に過ぎないとして否定されてきた実績を強調している（金子・前掲法令解説117頁）。ところが本件東京地判は、X 1ら三名に限定して「景観利益」の保護を不法行為法的に認めた。それでは、わが国民法上の伝統的な「受忍限度論」によれば、そもそもY 1らに「不法行為責任」を認めるべきか（金子・前掲法令解説同頁）。金子説の理解によると、東京地裁の「判断」では「諸般の事情を考慮」した結果として受忍限度違反か否かが決まるところ、本件建物の建基法上の「適法性」・「違法性」が「諸般の事情のひとつ」にすぎず、つまりは「受忍限度を超えているか否かの判断の決め手にはならない」とされていることが問題視されているようである（金子・前掲法令解説同頁）。それゆえ金子説は、「本判決（東京地裁判決）の評価は、さまざまであろうが、大きな争点のひとつは、建物が建基法上、適法であるか否かは、受忍限度の判断の決め手にならないとする（わが国民法上の）通説の見解にあると思われる」と述べている（金子・前掲法令解説同頁。括弧内・引用者）。その上で、まとめとして「この見解（民法上の「受忍限度論」）によると、多額の資本を投下し、建築確認を得て、建基法上適法だと行政のお墨付きを得て建築した建物であるにもかかわらず、民事差止訴訟や仮処分申立てで受忍限度を超える建物だと判断され、建築差止めあるいは除却が命ぜられたりすることがある。（中略）しかし、これでは、国民の社会

活動に予測可能性がなくなり、不合理だと批判されかねない。このような法的リスクを回避する、すなわち法の予測可能性を担保するような解決策が法制度として提案されなければならないと思われる」と記している⁴²（金子・前掲法令解説同頁。括弧内・引用者）。これほど見事な公法＝行政法優越論はないと言ってもいいのではないか。本稿で重点的に批判するわが民法上「伝統的通説・判例」たる「受忍限度論」すら危険視されている。そして行政法規たる建基法に適合し、「適法性」を備えれば、それだけで私法上＝民法上の「適法性」が肯定されて然るべきだと主張している。この金子教授の所説は、本稿続編〔補論〕で問題にする阿部泰隆教授の論文と瓜二つである（だから本稿注42で示したように、金子説は明示的に阿部教授の先行論文に依拠している）。これは、きわめて「教訓的」な見解である。わが国行政法学者がいかに民法上の通説たる「受忍限度論」しか頭に浮かばず、それすら危険視することの「危険性」が、はっきり示されているからである。本稿の立場からすれば、そもそも公法もまた「市民的公法」であるべきであって、私法＝民法の価値基準を尊重しなければならない（そのためには、まず民法自体が「市民法」として自己を高めなければならない）。それゆえ判例・通説も——それ自体徹々たる到達点にすぎないとはいえ——公法上の諸規定を遵守し、公法上適法性を備える行為であったとしても、なお私法上「違法」であることを肯定せざるをえなかったのである。たとえば1954年（昭和29年）当時の「運輸省（現・国土交通省）鉄道監督局長通達」（括弧内・引用者）で定められた「地方鉄道軌道及び専用鉄道の踏切道保安設備設置標準に従って保安設備を設ければ、社会通念上不都合のない」という被告（電鉄会社）の主張を否定して、最高裁は以下のように述べた。すなわち「右設置標準は行政指導監督上の一応の標準として必要な最低限度

42 その金子説の本文末尾を飾っているのは、阿部泰隆「民法と行政法における違法性と救済手段の違いと統一の必要性——建築紛争を中心として」都市住宅学38号（2002年）41頁である。

を示したものであることが明らかであるから、右基準によれば本件踏切道には保安設備を要しないとの一事をもって、踏切道における軌道施設の設置に瑕疵がなかったものとして民法717条による土地工作物所有者の賠償責任が否定されるべきことにはならない⁴³と（括弧内及び傍点・引用者。なお、引用文中の記述を一部修正している）。この最高裁判決は、確たる判例・通説の立場を明示していると言ってよいのではないか⁴⁴。この最高裁の判断に、

43 最判昭和46年4月23日民集25巻3号351頁以下、特に355頁を参照。なお、その直後の最判昭和46年9月28日最高裁判所裁判集民事103号555頁以下も同旨。かくして、行政法上の基準が「最低限の基準」に過ぎず、それによって民法上の責任を「免責」するものとはならない、という「法的判断」はすでに確立したものである。それゆえにこそ、行政法規たる「建築基準法」自体、その第1条（「目的」）でもって「この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図（る）」（傍点及び括弧内・引用者）と定めている。なお「公法と私法との関係」につき、本稿後注44の参照も乞う。

44 たとえば四宮和夫『不法行為』（1985年）375頁注1は、「行政官庁の特許・許可」があっても、それは「行政上の責任を免れさせるだけ」であって、「私法上の責任を免れさせるものではない」とはっきり言明している。なお、川島武宜『民法総則』（1965年）は、「何のために公法と私法との区別が問題とされるべきであるのか」と問うて、そもそも「公法と私法との区別」（傍点・原書）は「旧憲法のもとにおいて政府権力と人民との関係を〔当時の〕司法裁判所の管轄に服せしめないという原則（旧憲法61条参照）」（丸括弧内・原書。亀甲括弧内・引用者）の問題として説かれたにすぎないとし、さらに「新憲法」＝日本国憲法の建前（プリンシプル）に従えば「政府権力から一応分離されて相対的に独立したものとしての・いわゆる「私法」の諸原理を、具体的に明らかにすること」こそ、肝要である旨を説く（同書1頁）。その上で「公法と私法との実質的な内容は、近代の市民社会と民主主義革命、その基底にある資本制経済との関連において、明らかにされねばならない」（同書2頁）と述べる。それを受ける形で、今日、広中俊雄『新版民法綱要・第一巻総論』（2006年）は、「日本の法律学の現状を直視すれば「公法」概念そのものが明晰さを欠いている」と述べ（同書34頁。さらに同書83頁に同旨）、よって「「公法」・「私法」概念の呪縛からの解放」、つまりは「公法領域への私法の浸透」を強調し、結論的に「一般法的性格」をもつ「実質的意義における民法」（本稿でいう「市民法」）の「公法」に対する優位を論証しようとしている（同書83頁及び94頁参照）。かくして「公法」それ自体の「市民的公法」への脱皮が求められているのである。ちなみに「市民的公法学における法治思想」を、美濃部達吉（1873-1948年）の所論に求める、

本件東京地裁判決も忠実に従ったにすぎないのではないか。本稿で筆者〔川角〕は、このような「公法」と「私法」をめぐる基礎理論にも留意しながら、なおかつ民法上の「受忍限度論」を、それ自体として批判・克服しようとしている。したがって、その批判・克服されるべき「受忍限度論」をも危険視し、単純な「公法優越論」をもってそれと対置する金子説は、その根本的な見直しを迫られているというほかない（なお、金子説が依拠する阿部泰隆教授の所説については、本稿続編〔補論〕で集中的に論ずる予定である）。そのような意味で本稿は、金子説を「〔教訓〕に富んでいる」と評した。

（c）角松説

上記淡路説及び金子説が出された翌月、2003年4月、角松生史教授の判例研究が公刊された（地方自治判例百選〔第3版・2003年〕80頁以下）。そこで角松教授は、「本判決」においては「景観利益」概念それ自体が「民事差止請求権を根拠づける役割を担い、利益の内容、主体の範囲も立法的規制とは切り離されている」と評している（角松・前掲81頁）。その上で「立法的規制を前提とせず、社会学的事実から「景観利益」を導出する本件判決は、「本件建築条例等も、従来の合意、制約をいわば法的に追認、明確化する形で制定された」ことも強調する」と指摘している（角松・同頁）。そして「本判決は現実の土地利用と住民意識を重視するのである」と述べ、「本件のような保全型の都市計画においては、「現状」から出発すること自体はある程度まで必然であろう」とした上で、「問題はその「現状」に読み込むべき要素」である、と指摘している（角松・同頁）。以上の観点から、

、磯村哲『社会法学の展開と構造』（1975年）34頁以下が参照されるべきであるように思われる（磯村論文の初出は1960年）。対するに、上山安敏「近代ドイツの憲法状況と司法の構造・13」法律時報46巻5号（1974年）95頁以下、特に96頁は——この磯村説に一応注目しつつも——結論として磯村説に批判的な観点を示す。すなわち上山説は、イエリネック（1851-1911年）の「自由主義的国家観」に着目する磯村哲（1914-1997年）の所説を、その社会観・歴史観において「相対化」しようとしている。

角松教授は本判決がX 1らの本件建物一部撤去請求を認容した根拠を、以下のように整理する。すなわち「本件判決」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」という都市景観の特色を強調することによって、「①このような「土地利用の自己規制の継続」に加え、②社会通念上良好と認められる特定の人工的景観の保持、③土地への付加価値の発生という要件が満たされることにより、地権者相互が「利害共同体」として結びつけられ」、よって「形成された良好な環境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」が生ずる」ことになる、と（角松81頁）。こうして角松説は、本件東京地裁判決の「景観利益」論を評価する。しかし、角松教授は、上記引用文に引き続いて、上記東京地裁の判断が「所有権に付随する「付加価値」のみで説明できるのか、疑問もある」という。こうして「「財産的「付加価値」のみならず「居住」という人格的要素も考慮すること——本件判決の実際の判断過程においてもそのような作業は行われているものと思われる——が、差止というドラスティックな効果を正当化するためにも必要なものではないだろうか。地権者中心主義には相対化の余地があると思われる」と述べている（角松・同頁）。この角松教授の捉え方は、「地権者中心主義には相対化の余地がある」と述べ、さらに「所有権に付随する「付加価値」のみならず「居住」という「人格的要素」をも重視すべきである、とする点で確かに教訓的である。とはいえ、「差止というドラスティックな効果を正当化するため」という発想は、なお受忍限度論とそれに基づく「違法段階説」を引きずっているようにも思われる。なぜなら、本件でX 1ら原告が、「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」という観点の下で、本件「景観利益」を守り抜くために主体的・自律的な努力を——裁判闘争も含めて——積み重ねてきたのであるから、まずは当該「景観利益」を破壊する者（Y 1ら）

に対して差止請求権を行使することは、なんら「ドラスティック」なものではなく、きわめて「基本的」かつ「初歩的」な法効果にすぎない、と思われるからである（本件「一部撤去請求」の認容は、事前のX 1らの異議申立て及び国立市の行政指導に明確に反し、もっぱら営利本位の立場から本件建物の建築行為を強行したY 1らが、その「自己責任」として甘受すべきものであったと言ってもよい）。むしろ、Y 1らの故意・過失等を要件にX 1らが「慰謝料請求」（＝不法行為損害賠償請求）をするときに、「ドラスティックな効果」が生ずるにすぎない（その場合にのみ、単なる「自己責任」を超えて、Y 1らは他人〔X 1ら〕の「損害」を賠償するために、いわば「自己の財布」から特別な支出を余儀なくされるからである）。加えて角松・判批においては、本件東京地裁判決が純然たる「差止請求権」を認容したものではなく、もっぱら受忍限度に関する判断を踏まえて不法行為責任の特例としての「原状回復請求」＝「一部撤去判決」を打ち出した点につき、全くと言っていいほど言及がない。この点、実に惜しまれる。

（d）牛尾説

同年６月には、牛尾洋也教授の論稿が出ている（『都市的景観利益の法益保護と「地域性」——国立マンション訴訟が提起するもの』龍谷法学36巻2号〔2003年〕1頁以下）。この牛尾説の注目点は、地域住民、なかんずく都市住民によって「相互の様々な関係性」を織り込んで形成されるところの「地域の公序」が注目されていることである⁴⁵。さらに、牛尾説の長所は、日照権・眺望

45 牛尾・前掲論文「地域性」龍谷法学36巻2号（2003年）1頁以下、特に23頁参照。牛尾説では、とくに池田恒男「判例批評 建築基準法上の位置指定道路に対する近隣居住者の自由通行権 最一小判平成9年12月18日を機縁として（最高裁判平成9年12月18日）」判タ983号（1998年）63頁以下、特に69頁の以下の見解を踏まえている。すなわち「適法に成立した建築法規は原則として土地利用に関する地域（近隣者間ないしコミュニティを指す）的公序を形成し、民事法秩序の要素をなす」という見解を、その出発点とする。ここで池田説が言わんとすることを、筆者（川角）なりの理解を踏まえて言い換えれば、以下のようになろう。すなわち、市民社会（政治社会＝civil society）では、公法的事項

権さらに景観権（ないし「景観利益」）に関する詳細な判例研究を、その考察の基礎に置いていることである。ところで、牛尾説の「地域的公序」論それ自体は、本稿前注45で示した池田恒男教授の所説に依拠したものである。そして牛尾説が、池田説による「地域的公序」の発想を継承しようとした点で、それは確かに積極的な意味をもつ。しかしながら、池田説では原則的に「妨害排除請求権」（＝差止請求権）の法的根拠を説明するために持ち出された「地域的公序」⁴⁶が、牛尾説ではどういうわけか「受忍限度

（res publica）も、市民の権利義務関係に基づく私法的事項（res privatae）に従属すべきであって（つまりは、「国家＝政府」ですら市民の「抵抗権・革命権」に服するのであって）、広義の「警察規定」である建築法規も、その「公共性」の基盤を、＜市民社会＞の価値原理（個人の自由・平等、意思自由＝「私的自治」及び所有に基づく労働、当該労働に基礎をおく所有権の原則的「絶対的保護」〔妨害排除＝「差止め」の原則的承認〕、不法行為＝過失責任主義等々）に定礎せしめられるべきである。だからこそ池田説は、「明治期以来なし崩し的に変化してきたとはいえなお頑強に残る公私法の関係についてのわが国に伝統的な観念を洗い直して、市民的地域社会共同秩序の法理の中に位置づけ直し、（中略）法的構成をそれぞれの事案にふさわしいものに鍛え直す司法的努力が積み重ねられるよう願ってやまない」として、その稿を結んでいるのである（池田・前掲判タ73頁。この点、本稿前注44の記述も参照）。おそらく池田説にあっては、「法的構成をそれぞれの事案にふさわしいものに鍛え直す司法的努力」の帰結として、筆者（川角）が本稿で主張する「景観利益」侵害→即「原則違法＝妨害排除＝「差止め」の法理が承認されることになるように思われる。その「論証」は、本稿及び本稿続編（龍谷法学51巻3号）で明示されることになろう（なお、その一部はすでに明示している。上記、本件の第1審から最高裁判決にいたる筆者の＜コメント＞を参照されたい）。

46 ただし池田説において、裁判例による「受忍限度判断」が正面から検討され、批判されているわけではない（たとえば池田・前掲〔前注45〕判タ73頁の裁判例の紹介の仕方を参照されたい）。むしろ池田説では、端的に「地域的公序」（市民法的公共性論）を踏まえて、相隣者間での妨害排除請求権「肯定」の論理構成が展開されようとしている。ここでは、むしろそのことが注目の対象となるべきである。ちなみに、池田教授が取り上げる最判平成9年12月18日（民集51巻10号4241頁）の事案は、相隣者間での私道通行権の「自由」に関するものであって、すでに建築基準法（42条1項5号）に基づく道路位置指定を受け、40年近く隣人による自動車通行が確保されている私道につき、その後当該私道の新たな所有者となった者による通行妨害の排除請求が問題となったものである。ノ

判断」の一要素に格下げされている⁴⁷。牛尾説は、「地域性」要素、さらには「地域の公序」を強調しはするものの、なおそれは「受忍限度による法的判断枠組みの一要素」⁴⁸として消極的に位置づけられるにとどまる。だから「（本件Y1らの行為は）一定の場合には不法行為に該当する」（括弧内・引用者）と述べる東京地裁の判断が、そのまま無批判に紹介されるのである⁴⁹。そして極めて残念なことに、牛尾説では、本件東京地判で当該「不法行為」責任の効果として受け容れられたところの「一部撤去請求」認容

、いわゆる「準袋地」の通行権（民法210条以下参照）が問題となりえた点で、やや特殊な事案であった。いずれにせよ、池田教授は当該「妨害排除請求権」（差止請求権）を、少なくとも「受忍限度判断」の土俵に乗せることなどしていない。このことは、池田・前掲判タ63-75頁の記述を読めば一目瞭然である。いわんや池田説には、「地域の公序」を受忍限度判断の「一要素」とするような記述もなならない。むしろ「地域の公序」が民事法関係において「すでに認められる場合」は、公法的警察規定たる建築法規も当該「地域の公序」に服するのであって、それは「日照紛争」に関する「（建築基準法上の）適法建築」の場合の「民事違法」の問題を「想起するだけで十分であろう」と書いている（括弧内・原書。傍点・引用者）。池田・前掲判タ69頁及び74頁注15を参照。これは理論的には、たとえ公法上の「適法」建築物であっても、私人の日照利益が不適法に侵害された場合には、受忍限度判断に服することなく原則「差止請求」が認容されるべきことを言っているにほかならない。ついでながら、ここで「原則」というのは、例外的に私法上の「違法性阻却事由」があって、被告の侵害行為の違法性が阻却される場合を念頭においているからである。そして「不適法」な侵害というのは、侵害された「日照利益」そのもののあり方＝「現在の状態」の「不適法性」（Unrechtsmäßigkeit）を指している。そして、かかる「不適法性」をもたらす相手方の「行為」（上記の場合は日照妨害をもたらす建築物の利用行為〔広義〕）の「違法性」（Rechtswidrigkeit）が、同時に問題とされるべきことになる。この場合の「違法性」は、端的に差止め違法のレベルのものを言うのであって、不法行為損害賠償責任の要件としての「違法性」とは厳密に区別されて然るべきものである。つまり筆者（川角）は、「民事違法一元論」から「民事違法二元論」への発想の転換へとつながるべき＜問題＞を、ここで提起している。おそらく池田恒男教授の見解も、煎じ詰めれば筆者の見解と呼応するのではないか。

47 牛尾・前掲（前注45）23頁参照。

48 牛尾・前掲（前注45）24頁。

49 牛尾・前掲（前注45）16頁参照。

判断に関する考察が全く行われていない。この点、すでに本稿で示したように、本件原告X1らは自ら「受忍限度判断」を持ち出し、Y1らの行為が受忍限度を超えるから「一部撤去請求」が認められて然るべきである、と主張していた。そこには「受忍限度論」が根深く介在していた。にもかかわらず、X1らは「一部撤去請求」のための「請求原因事実」としては、Y1らの「不法行為」に全く言及していなかったのである⁵⁰。その点に照らせば、牛尾説において「不法行為責任として一部撤去義務」を命ずる本件東京地裁の法的判断が適切であったかどうか、深く検討されるべきであったと思われる。その点に関する批判的考察を回避する牛尾説にあっては、必然的に「都市景観利益は、受忍限度等の比較衡量のための法的判断枠組みによって具体的保護の成否が判断される」⁵¹（傍点・引用者）と帰結されるほかなかったのである。おそらく、牛尾説が大塚直教授の「生活利益」侵害論＝不法行為法的差止め要件論⁵²と調和的でありうるゆえんもそ

50 だから、本稿で後述するように、本件東京地裁の判断は、民事訴訟法246条で明記された「処分権主義」に反する疑いが出てくるのである。ただし——判決文からは明らかではないが——東京地裁の裁判官が「釈明権」（民訴149条）を行使し、Xらに「原告の請求は、不法行為責任としての一部撤去請求と解してもいいですか」などと「問いを発し」（民訴149条1項）、Xらがそれでもかまわないから「一部撤去請求」を認めて欲しい、と答えていた可能性は必ずしも排除できない。

51 牛尾・前掲（前注45）18頁。

52 大塚「生活妨害の差止に関する基礎的考察（8・完）——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌107巻4号（1990年）1頁以下、特に12頁では「日照妨害、眺望侵害等の消極的侵害」について「加害者の主観的態様」が「差止の可否を決する上で極めて重要な役割を果たしている」と記され、さらに同13頁では「消極的侵害」のケースにつき、その差止判断において「主観的態様を有力な要因」とするのであるから「一応不法行為（709条）に基づく差止を認めてよい」とまではっきり書かれている。これを牛尾説は、およそ肯定的に受けとめるように思われる（本稿後注53で摘示する箇所を参照）。この点、なるほど牛尾説では慎重な記述がなされており、必ずしも断定的に大塚説支持とまでは書かれていないが、少なくとも大塚説を批判する論述スタイルとはなっていない。むしろ大塚説を、肯定的に、自説の援用のために「引用」メ

こにある、と言えよう⁵³。これは、そのまま「裁判官法」（Richterrecht）肯定の立場に繋がりを（大塚説及び牛尾説における「裁判官法」的側面については、本稿前注52参照）。本稿で筆者（川角）は、そのような大塚説、さらにそれと調和的な「裁判官法」のスタンスに対し、正面から対峙し、それを批判しようとしている⁵⁴。ここでは、この点のみ指摘するにとどめ、先を急ぐことにする。

（e）吉田（克）説

同年８月、吉田克己教授の判例レビューが出された（「景観利益」の法的保護）判タ1120号（2003年）67頁以下）。吉田説は、事実関係を具体的に把握

しているのではないか、と思われる。それゆえ牛尾・前掲25頁では「主として裁判所が採用する不法行為に基づく受忍限度判断の法律構成」（これ自体、そのまま大塚説に直結する）が「前提」とされ、「差止の法律構成並びにその法的根拠の問題については未解決のままである」として肝心の点が留保されるのである。さらに牛尾教授は、「地域性」判断にあたって「当該土地利用の実態に即した「地域の公序」の発見に努めることが裁判官の重要な役割となる」（牛尾・前掲〔前注45〕24頁）というのであるが、その「裁判官」自体が、あくまで「不法行為法に基づく受忍限度の法律構成」に依拠している以上、わが国ではそのような形で一種の「裁判官法」（Richterrecht）が形成されているというほかない。この特殊に日本的な「裁判官法」のあり方に、いかに立ち向かうか。これが今、根底的に問われているのではないか。先の池田恒男説（本稿前注45）は、それに正面から立ち向かおうとしていたのではないか。要するに、「裁判官法」的な不法行為法・受忍限度論的「差止め」判断こそ、批判され、かつ克服されるべき対象ではないのか。そうでなければ、わざわざ「地域的公序」を持ち出す根拠自体、きわめて曖昧なものとならざるをえない。つまりは牛尾説が、「受忍限度判断の一要素」として「地域の公序」を相対的に低く位置づけ（これは、池田説が牛尾説と決定的に異なる点である）、しかも現在の不法行為法的な「裁判官法」のあり方を根本的に批判しない以上、そうならざるをえないと危惧されるからである。筆者（川角）としては、この「危惧」が「杞憂」に終わることを望むほかない。「地域の公序」論の根本的な存在意義にかかわる問題でもあるのだから。

53 牛尾・前掲（前注45）25頁及び30頁注30を参照。

54 ただし、あとで確認するように、その大塚説自体、本件のようなケースで「慣習」を持ち出し、実質的に自説を修正しようとしている点に注意が払われなければならない。

した上で、法理論的な評価とその問題点の析出を行っている。すなわち、まず吉田説では、いわゆる「景観権」を「既存景観享受権」（「和歌の浦訴訟」和歌山地判平成6年11月30日判例地方自治145号36頁が例示される）と、本件のような「共同形成景観享受権」とが類型的に区別される（吉田・前掲判タ69頁）。その上で本件東京地判は、「共同形成景観享受権」に相当する「法的保護に値する「景観利益」」を認めたとされ、その「核心」は「住民の相互拘束」であり、つまりは地域住民の長年に亘る相互的かつ自律的拘束でもって「形成された良好な環境を自ら維持する義務を負うと共にその維持を相互に求める利益」を「景観利益」として把握した、と捉える（吉田・前掲判タ同頁）。吉田説は、この東京地裁の判断を高く評価する。さらに「高さ20メートルを超える部分の撤去請求の一部認容」という「本判決の画期的な結論」が導き出された、ともいう（吉田・前掲判タ70頁）。その上で、次のように本判決の「限界」を抉り出している。すなわち「さらに問われるのは、その景観利益がどのようにして私人に帰属するか論証である」とし、従来の裁判例が「眺望権」のケースと異なり「景観利益」については「その公共的性格から私人への帰属を認めない傾向にある」ことを踏まえる必要がある、と述べる（吉田・前掲判タ同頁）。この点、本判決は当事者間で形成された「景観」による「土地の付加価値」について、その「私人への帰属根拠」を認めているところ、「付加価値」の具体的内容が明確ではない」と批判する（吉田・前掲判タ同頁）。なぜなら「付加価値」とは「景観」による「地価上昇」であろうが、対するに「景観を維持するために土地所有権行使の自己規制をするならば、地価はむしろ抑制される」というのが、「日本の土地市場の実態であった」と把握されるからである（吉田・前掲判タ同頁）。それでは「付加価値」とは、「景観享受の利益そのもののなかであろうか」。もしそうであれば「付加価値」は、すぐれて「人格的利益」ないし「人格権」のレベルで把握されるべきものであろう、というのが吉田説の趣旨である。いずれにせよ「景観利益」の私人への帰属の根拠を「土地所有権（龍法'18）51-2, 234（1200）

の付加価値」に求めるのは「無理」だとされる（吉田・前掲判タ同頁）。さらに本判決が、「土地所有権を媒介項」とすることによって「判旨が景観利益の公共的性格を切り落としてしまった」ことが批判されている（吉田・前掲判タ同頁）。要するに吉田説は、本件「景観利益」の具体的特殊性を踏まえて「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」（傍点・引用者）ことを指摘する（吉田・前掲判タ同頁）。したがって、本件「一部撤去請求」を認めるといっても、裁判所が原告適格を認めた三名のためにのみ、それが認められたと解すべきではなく、むしろ個々の関係住民の利益保持と「市民総体の公共的利益」が保全されたことを意味する、と解すべきことになる。こうしてむしろ、「本件のような事案（「一部撤去請求」）で問題となっているのは、景観という公共的性格を持つ利益である」（括弧内・引用者）とされる（吉田・前掲判タ71頁）。かくして結局、本件における「真の争点」は、「景観保護を内容とする土地利用に関する地域的ルール」の評価如何ということになる（吉田・前掲判タ同頁）。すなわち、先ほどの「市民総体の公共的利益」がより絞り込まれ、「地域的ルール」の保全の根拠如何こそ「真の争点」とされるに至る。この吉田説にあって「市民総体の公共的利益」と「地域的ルール」とが一つの同じルールの上に載せられていることは、極めて明瞭である。このような広義の「環境利用秩序」の地域バージョンというべき「景観」の「地域的ルール」が実体的に認定され、客観的にその「侵害」（＝抑止・妨害）があれば、加害者の故意過失や「損害」要件を不可避とする不法行為責任とは全く別個に、「妨害排除請求権」＝「差止請求権」（本件でいえば「一部撤去請求」）が発動されて然るべきことになるはずである（吉田・前掲判タ71頁の趣旨を参照⁵⁵⁾）。ところが本件で東京地裁は「不法行為の効果」としての「原状回

55 吉田教授は、「完成したマンションの一部撤去請求も、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を

復」を選択し、もって「一部撤去請求」を認容したのである。ここに本件東京地判の、いわば二重の「無理」（すなわち、本来型の妨害排除請求＝差止請求のルート回避して「不法行為請求」を選択し、加えてその「不法行為請求」の特則としての「原因回復」をひねり出したという意味での「二重」の無理）があった。ところで吉田説は、「地域的ルール」が「建築条例等の公的制度に昇華する場合」にはルール違反が認定されれば「それだけで除去を命ずる等の可能性」が生ずるのに対し、単なる「地域的ルール違反」のケースでは、それだけでは「除去請求」を根拠づけえず、「違反行為の態様や違反者に対する非難可能性の程度、被侵害利益の重大性などを総合的に考慮することが必要になる」とされる（吉田・前掲判タ72頁）⁵⁶。私見によれば、このような「受忍限度判断」の取り込みは、ある種の「禍根」を残すことになりかねない。加害者側の行為の態様や非難可能性の程度は、不法行為に基づく

ゝが認められたものと把握されることになる」と言っている（吉田・前掲判タ71頁）。なお本稿のスタンスから言えば、「サンクション」とは加害者の主観的有责性を要件とする不法行為責任になじむものであり、対するに「妨害排除請求権＝差止請求権」については「リアクション」、すなわち客観的状態保護にふさわしい「権利」・「法益」・「秩序」が侵害（＝抑止・「妨害」）されていることへの反発力として把握されることになる。この点、本稿前編ですでに幾度も指摘したところである。

56 このような吉田（克）説の問題性は、すでに吉田『現代市民社会と民法学』（1999年）247頁の記述で明示されていたものである。その理論的系譜は、広中・前掲書『民法綱要』（前注44）19-22頁（生活利益妨害の場合の受忍限度判断論）、さらには我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年）125頁（不法行為違法の「相関関係的判断」論）にまで遡る。念のために付記しておくなら、吉田・前掲書247頁は、広中説的な「生活利益秩序侵害」のケースにつき、これは「権利侵害」のケースと異なるのであるから「侵害行為の態様を含めた総合的判断」が必要であり、よって「我妻相関関係理論」の「思考様式」に「適合的な理論」として「評価することができる」と書いている。そして、さらに「我妻相関関係理論」を受け継ぐ「受忍限度論」についても「同様」、と記す。結局、吉田説はこの点で大塚説（本稿前注52参照）によって吸収されかねない危うい側面をもつ。なぜなら、このような発想こそ、わが国「民事違法一元論」（不法行為違法一元論的・受忍限度論的発想）に果かう病理現象とでも言うべきものにほかないからである。

「損害賠償」が問題となっているときの「損害賠償算定」の基準として意味をもちうるにすぎない。つまりは、「地域ルール」が「建築条例等の公的制度に昇華」していようがいまいが、「地域的ルール」が実体的に認定されうる限り（本件「国立景観訴訟」は、まさにそのケースであった）、ルール違反の事実があれば直ちに妨害排除請求権＝差止請求権が発動されるべきであったはずである。ところで、ここで吉田説が言う「地域ルール」を「地域的公序」と言い換えるならば、先ほど牛尾説が「地域的公序」ないし「地域性」要素を「受忍限度判断」に組み入れたのと、ほぼ同様な思考形態が吉田説において示されていることになる。対するに、本稿で筆者（川角）は、このような「無理」をすることなく、つまりは受忍限度判断とは全く無関係に「地域的公序」＝ルールの「実体」がある限り、当該ルール違反は直ちに妨害排除請求権＝差止請求権発動の根拠となるべきものである、と主張している。この点で、牛尾説と同様に「受忍限度論的総合判断」に依拠する吉田説にはなお検討すべき問題が残されている、と言わなければならない。ちなみに本件では、Ｙらによって「工事着手」の「根切り工事」があったとされ、建築基準法上の規制が及ばない（つまりは「適法性」あり）とされていた。これに対して本稿は、たとえ公法上の「適法性」が認定されたとしても、それが直ちに私法上の「適法性」に直結しないことをすでに指摘した。この点、吉田説も同様の判断を示している（吉田・前掲判タ72頁注4参照。なおこの点、池田（恒）説〔前注45〕69頁も同旨）。

（f）富井説

さらにその翌年、2004年4月には富井利安教授の判例研究が登場する（環境法判例百選・初版162頁以下）。富井教授は、ここで3点にわたる考察をしている。その第一は、Ｙ1の建築行為が「建築基準法3条2項」に違反するかどうかの問題である。第二は、「景観利益の権利性の法的根拠」に関する問題である。第三は、「不法行為による被害の救済手段としての妨害排除請求」に関する問題である。まず第一の点につき——すでに本稿で

も詳しく紹介したように——本件東京地裁判決は、Y1の「根切り工事」をもって建築基準法3条2項における「現に建築…の工事中の建築物」と判断し、結果的にY1の行為を建築基準法違反とはしなかった。これに関して富井教授は、その東京地裁の判断自体には立ち入ることなく、同時に争われた別件（東京高決平成13年12月22日判時1767号43頁・東京地判平成13年12月4日判時1791号3頁）において本件東京地裁判決と異なる判断がなされた点に注目している（Y1による「根切り工事」をもって建築基準法3条2項該当の免責要件を充たすものとはしないとした判断）。そして、これを本判決と対置させて、「結論が分かれている」とする。また第二の論点について、まず「本判決は、景観利益の権利性を認めた画期的な判決と評価できる」とする。その上で「本判決の核心である「景観利益が土地所有権から派生する」との論拠については議論の余地がある」という。要するに富井教授は、単に土地所有権のみならず「人格的利益」を重視せよ、と指摘している。同時に「土地所有権」の権利者（地権者）による自律的な「景観形成作用」によって所有権の「使用価値」が増した点については、富井教授によってこれが承認されている（ただし、その「使用価値」付加は、あくまで所有者の「人格的利益」からもたらされるものだ、と言っている。そして当該「景観利益」が各土地所有者に「分属」するのではなく、あくまで「景観利益」の「社会共通資産」性を重視すべきだ、とも述べている）。さらに第三の点につき富井教授は、本判決が「不法行為による被害の救済手段として、金銭賠償と並んで妨害排除請求をも認めたことは明らかである」とする。その上で「不法行為の一般的効果は損害賠償であり、その「効果」として妨害排除請求は認められないとするのが通説・判例であるが、本件のような「継続的不法行為」については、この点（不法行為責任の「効果」としての妨害排除請求の可否問題）は如何に解すべきであろうか」（括弧内・引用者）と問題を立てている。これは、本稿考察全体に関わる重要な問題提起である。以下詳しく富井教授の所説（富井・前掲163頁）を引用しておく。——「わが民法には、現在及び将来にわた

る不法行為の反復継続を止めるために被害者に妨害排除請求をも認めるべきか否かについては何ら明文に規定はなく、法の空白部分があるというほかない。有力な学説も「不法行為の効果として差止請求権を認めること（裁判官による法創造として）も、決して不可能ではない」（四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（下）〔1985〕477頁）と述べている。かかる見解に鑑みると、本判決が不法行為の「効果」として妨害除去命令を出したのだとしてもそれが背理であるとはいえない。筆者〔富井教授〕は、次のように考えている。つまり、本件のような継続的不法行為の場合には、実体としては１個の違法行為につき妨害排除請求の法理と不法行為の法理とがそれぞれに独自の成立要件を充たす限りではそれぞれに認められる法効果が及ぶのは当然であるが、現実にはそれぞれの要件及び効果は微妙に交錯しているので論理的に峻別できない面を有する。かかる見地からすると、本判決は差止請求につきもっぱら「不法行為説」に依拠したものとの理解は必ずしも正確とはいえず、通説たる「権利説」からも説明可能と思われる。要するに、同判決は、公害・生活妨害事例では通説・判例ともいえるいわゆる「複合説（二元説）」（沢井裕・テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第３版、2001〕123頁参照）の立場からも十分に受け容れられるものといえる」（〔 〕内のみ引用者）。

残念なことに、上記引用文では富井説の根本的弱点が如実に示されている。富井説は「本件のような継続的不法行為の場合には、実体としては１個の違法行為につき妨害排除請求の法理と不法行為の法理とがそれぞれに独自の成立要件を充たす限りではそれぞれに認められる法効果が及ぶのは当然であるが、現実にはそれぞれの要件及び効果は微妙に交錯しているので論理的に峻別できない面を有する」という。しかしながら、本件の「一部撤去請求」に関して言う限り、問題の核心は、景観利益侵害「実体」の客観性（Objektivität）・現在性（Gegenwärtigkeit）にこそある。つまり「問題の核心」は、妨害排除請求権＝差止請求権の問題としてのみ存在している。だから、その意味で本件は、そもそも「継続的不法行為」の事案では

ないのである。したがって「妨害排除請求の法理と不法行為の法理」とが「微妙に交錯」するいわれもまた、どこにもない。繰り返して指摘するなら、こうである。すなわち、富井教授自身認めておられるように、本判決が「不法行為による被害の救済手段として、金銭賠償と並んで妨害排除請求をも認めた」ことは明らかであり、それ自体、揺るがすことのできない厳然たる事実であった⁵⁷。これに目をふさぐことはできない。したがって本判決の理解としては、せいぜい上記富井説の引用文に出てくる四宮説が妥当するくらいのものであろう。ちなみに、四宮教授によれば「法は、違法な行為による危険が継続し反復されまたは差迫っている際に、手をこまねいて、損害という効果が発生するのを待たねばならないのであろうか」という問題が提起され、よって「差止請求権は、法秩序の防衛線を、不法行為によって発生した損害の後始末よりさらに前方に移動させて、違法行為を事前に阻止しようというのであり、したがって、ここで本質的なことは、法秩序の命令に従いうるのに従わなかったこと（一般的非難可能性）にあるのであって、行為者における人的非難可能性は問題とすべきではない」⁵⁸と述べら

57 念のために東京地裁判決の該当部分をここでも記しておく。——「不法行為による被害の救済は、金銭賠償の方法により行われるのが原則である。しかしながら、X 1ら3名は本件建物のうち20メートルを超える部分の撤去を求めているところ（中略）受忍限度を超える侵害が継続することになり、金銭賠償の方法によりその被害を救済することはできないというべきである。（中略）よって、本件棟のうち、地盤面から高さ20メートルを超える部分については、その撤去を命じる必要がある」。これは——繰り返しになるが——Y 1の不法行為責任の「効果」として特別な「原状回復」としての「一部撤去判決」を下したものにほかならない。

58 四宮・前掲書「不法行為」（前注44）479頁。これは、たしかに重要な視点である。ただし四宮説は——物権的請求権や「権利説」の適用可能性をも正當に視野に入れつつも——とりわけ「生活妨害」＝「公害以外の分野」における「過渡的な利益保護」にも留意して「もっとひろく準不法行為的構成が機能すること」を承認し、もって「不法行為法的「構成」説にたつ差止請求権理論の可能性を主張する。そして、そのような観点から、下級審判決の動向に注目している。四宮・前掲書479-482頁参照。こうして四宮説は、重要な問題提起をしたにも

れている。また、この東京地裁判決をもって澤井教授流の「複合構造説（二元説）」的に理解する余地も、基本的にはない、というべきなのではないか⁵⁹（ただし、明示的とはいえないが、本件原告「弁護士」の受忍限度論的差止請求

ゝ、かわらず、それがなお不法行為の違法性（行為違法ないし「一般的非難可能性」）に拘束されていた点は見逃せない。だからこそ四宮説は「準不法行為法的構成」に帰着したのである（ただし所有権侵害や「公害」事案における生命・健康・身体への侵襲のケースでは、物権的請求権・「権利説」の構成を是としている。その限りで四宮説は、澤井説的な「複合構造説〔二元説〕」を採用している）。なお、根本尚徳「差止請求権の理論」（2011年）167頁注338の四宮説評価も参照されたい。根本教授は、四宮説（「不正競争と権利保護手段——不法行為法の理論を中心に」法律時報31巻2号〔1959年〕16頁以下）をもって「違法侵害説の主張と実質的に同旨と解される見解を提示されている」としている。たしかに、上記1959年論文の時点では、四宮説は「違法侵害説」に近い。だが、同時にこの時点での四宮論文においては「一般消費者がただちに不正競争の差止を請求しうるのは問題であり、市民法としては、個々のひとびとに対する違法な侵害を排除する以上の任務をもたず、一般公衆のために違法を停止させることは、『経済法』『社会法』ないし『行政法』に属する国家の任務というべきであろう」（傍点・引用者）としている（四宮・前掲法律時報19頁）。根本教授による引用では、この後者の「国家の任務」という箇所が欠落している。ちなみに四宮教授は、1959年法律時報論文の立場を実質的に「改説」されたのかも知れない。この点、四宮論文の3年後、1962年に好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求権」『契約法大系Ⅲ賃貸借・消費貸借』166頁以下が公刊されたことは、きわめて示唆的である。その論文で好美教授は、きわめて具体的に、かつまた鋭い論法をもって「不可侵性理論」（末弘）・「違法侵害説」（末弘＝舟橋）を徹底批判している（好美175-180頁）。特に好美179-180頁注5の舟橋説批判は圧巻である。この好美説が、四宮教授の見解になんらかの影響を与え、実質的にその「改説」を余儀なくせしめたことは、容易に推測しうる事柄である。これに対し今日、根本・前掲書167頁注338は、1959年四宮論文をもって「実質的に違法侵害説と「同旨」と説き——上記における自己の論旨の「欠落箇所」をものともせず——四宮教授の見解を「自説」に強引に吸収しようとしている。

59 むろん、澤井教授流の「複合構造説」それ自体に問題がないわけではない。なぜなら澤井説は、権利侵害即差止めのケースと異なる「弱い利益侵害」（権利侵害の「周辺」）の場合に、「不法行為法的」差止め（相關関係の判断に基づく差止め）を肯定していたからである。澤井『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（2001年）123頁参照。とはいえ、本件東京地裁の判断方法が澤井説的「複合構造説」の立場と同じであると断定するわけにもゆかない。なぜなら、幾度も強調しているように、東京地裁判決は、原告の請求原因とメ

権構成の背後に、澤井教授流の発想が介在していたとみることは、なおありうることもかも知れない)。したがって——本稿でもすでに指摘したように原告側が「請求原因」として「受忍限度」を持ち出したこと自体そもそも問題⁶⁰ではあったが——それを越えて、すなわち原告の請求原因は不法行為に基づく「原状回復」ではなかったにもかかわらず、東京地裁が、いわば民事訴訟上の当事者主義＝「処分権主義」（民訴246条）を無視した結果、「不法行為の効果」の特例としての「原状回復」的差止請求（本件建物の一部撤去判決）を認容したこと自体を＜問題＞にしなければならない⁶¹。この問題性こそ、直視されて然るべきであったろう。

(g) 藤岡＝須加説

2004年9月には、藤岡＝須加説が登場している（藤岡康宏＝須加憲子「環境利益の救済法理について——景観権確立に関する一考察」富井利安〔編集代表〕『環

、は異なる「不法行為責任としての一部撤去請求」を認めただけであって（それ自体「画期的」であるとしても）、その判断が権利侵害即差止めの「例外」であるとはひとつも言っていないからである。もしかすると東京地裁は、たとえ「権利侵害」の場合であっても、なお「不法行為法的差止め論」を採用していた可能性を否定しがたいからである。原則権利侵害即違法＝差止め・例外「不法行為法的差止め」という澤井説を裁判所が採用していると言えるのなら、それはそれで結構な話であるが…。ちなみに本件東京地判は、Y1らの「不法行為」を認定した上で、「不法行為による被害の救済は、金銭賠償の方法により行われるのが原則」と述べつつ、本件X1らとY1らの事情を「総合考慮」として「一部撤去請求」を認めない限り「受忍限度を超える侵害が継続する」から、「金銭賠償の方法によりその被害を救済することはできない」と判示しているにすぎない。民集60巻3号398頁参照。

60 本件で原告は、本件建物の一部撤去請求のみならず「慰謝料請求」も併合している。その限りで「受忍限度」を超える被害発生を「請求原因」とすることは、ある意味やむをえない側面もあった。それは否定しがたい事実であったかも知れない。しかし、原告側が煩をいとわず個々の請求毎に細やかな請求原因を記載しさえするならば、その難点は免れえたのではないか。

61 ちなみに本件で、「釈明権」が行使された可能性については、本稿前注50を参照。ただし、その可能性が肯定されたとしても、当該裁判官による「釈明権」行使の適切さに関する評価問題は、依然残るだろう。

境・公害法の理論と実践』（2004年）23頁以下）。藤岡＝須加説は、本件「国立景観訴訟」事件の評価として、①「環境法のアプローチ」と②「都市法のアプローチ」の二つがある、という（藤岡＝須加・前掲25頁）。このように藤岡＝須加説は、問題をトータルに純理論的レベルで把握しようとしている。そのような観点からすでに本稿で考察した吉田克己説と富井利安説を取り上げている。なお本稿では、基本的に②「都市法アプローチ」については割愛する。というのも②では、およそ都市政策的・都市行政的側面から考察されているからである。これに対し、本稿の視点はもっぱら民事法的な意味での「景観利益侵害」の私法的救済、なかでも妨害排除請求権＝差止請求権の法的根拠如何にその焦点が絞られているからである。ここでは、藤岡＝須加説による吉田説評価に限定して、その考察を述べておくにとどめる。藤岡＝須加説では吉田克己教授の『現代市民社会と民法学』（1999年）の分析から開始される。ただし、そこから得られる「経済システムと生活世界」の「接触」問題が、いかほど本件国立景観訴訟と関わりをもつのか、今ひとつ焦点のピントがあっていない印象を受ける。とはいえ「生活利益秩序の確保＝生活世界の外部環境の質の確保、個別的な私利利害だけの対象ではなく、市民総体にとっても重要な利害（市民的公共性）の対象である」とされている点は意味をもちうる（藤岡＝須加・前掲42-43頁）。そしてこの「市民的公共性」の延長線上に「法源」としての「地域的ルール」が位置づけられる。それゆえ、東京地裁で打ち出された不法行為法的「原状回復」としての「一部撤去請求」認容は、実のところ「地域ルール違反に対するサンクションとして違反是正（事前には、「秩序」違反に対するサンクションとしての差止）が認められたと把握すべきことになる」と整理されている（藤岡＝須加・前掲45頁参照）。そして藤岡＝須加説では、吉田説における「土地所有権の社会的制約法理、企業の土地利用の制御の視点が投影されていると読むことも可能であろう」（藤岡＝須加・前掲45頁）とされる。そして重ねて「土地利用に関する地域的ルールに法源としての地位を付与する」とい

う観点を強調している（藤岡＝須加・前掲49頁参照）。その上で「本件においては地権者相互の十分な理解と結束および自己犠牲を伴う長期間の継続的な努力による景観形成という要素を目安に、主体・その範囲が一定程度枠づけられることになった」として、本件東京地判の立場を評価している（藤岡＝須加・前掲50頁参照）。全体として藤岡＝須加説は、諸学説の積極的な側面の抽出には一応成功しているように思われるが、自律的に本件東京地判の立場を批判的に克服するという姿勢は希薄である。「古典的権利論」と「秩序論」の掘り下げ方についても形式的にすぎる面があるように思われてならない。たとえば、「景観権について論じた国立マンション判決は、環境利益に対する救済法理の議論を深化させる契機を含む有益な素材であった」（藤岡＝須加・前掲51頁）と書かれているが、果たしてそこにとどまっていいるのだろうか。なにより、そこで言われる「救済法理」とは、一体何を指すのだろうか。その先を具体的に見据えた自主的な解決の方向性は、ほとんど感じ取れない。隔靴搔痒の感にとらわれる点、残念に思えた。

ともあれ、以上で第1審・東京地裁判決に関する諸論評の考察を終える。以下では第2審・東京高裁判決に関する学説の態度を概観しておく。

〔イ〕第2審・東京高裁判決について

（a）大塚説

第2審・東京高裁判決は2004年10月27日に出されたが、その直後同年12月に、大塚直教授のコンパクトな批評が出された（NBL799号4-5頁⁶²）。そ

62 この大塚「国立景観訴訟控訴審判決——東京高判平成16・10・27」NBL799号（2004年）4-5頁で示されたことは、大塚「環境権（2）」法学教室294号（2005年）111頁以下、特に113頁において、ほぼそのまま繰り返されている。そこで特に明らかにされたのは、大塚教授の発想が、主に中山充「環境共同利用権——環境権の一形態」（2006年。原論文初出は香川法学10巻2号〔1990年〕～13巻1号〔1993年〕）に負っている、という事実である。大塚・前掲「環境権（2）」112頁注3、113頁注9とそれに対応する本文参照。ちなみに上記中山教授の著作については、吉村良一教授による詳細な書評がある。吉村「中山充「環境共同利用権——環境権の一形態——」（誠文堂、2006年）」法律時報78巻3号ノ

ここで大塚教授は、第1審・東京地裁判決が「景観利益を所有権から派生する利益とした」点につき、「その理論構成には危ういところがあったのも事実である」という。その点で、大塚説は先ほどの吉田説とほぼ同じ認識を示している。そして「土地の所有権がなぜ自己の所有する土地の上下以外の部分に及ぶのか（民法207条参照）、仮に及ぶとした場合においても、同判決は景観によって土地に付加価値が生み出されていることに着目しているが、むしろ20メートルを超える建物の建築を認めた方が土地所有者は利潤を得るのではないか等の批判があり得たからである。もっとも、このような批判に対しては、このような景観利益を人格的利益として構成すれば解決し得たものと考えられる（環境法判例百選163頁〔富井利安〕）」と述べる。その上で大塚教授は、ご自身の見解として以下のように主張される。——「筆者は、①個人の利益と公益とは峻別し得るとは限らず、両者が重なるグレイゾーンがあるのではないか、②それについては私法上も争い得る場合があるのではないか、③本件のように、特定の地域区分の中で、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）（人格的利益）が発生し得るのではないかと考えている。本判決〔第2審・東京高裁判決〕は公益・公共財としての環境・景観は誰にも帰属しないとしているが、筆者は、④このような特別の場合には大学通り沿いの特定の住民に景観の利益が集団的に「帰属」するとみることができるのではないか、⑤このような立場は、環境権説をとらない裁判実務においても取り上げられる余地があるのではないかと考えている」⁶³（亀甲括弧内・引用者）。この大塚説は、なるほどと頷かされる指摘に満ちている。この大塚教授の見解につき、筆者なりの簡潔なコメン

、94-99参照（特に、「環境権」そのものではなく、「自然固有の価値を前面に押し出し」かつ「人を生態系のバランスの中で生きる自然の一員としてとらえる自然享有権の考え方も受け止めた」ものとしての「環境共同利用権」の発想に、「強いシンパシーを感じる」とされる〔吉村・前掲「書評」98-99頁参照〕）。

63 大塚・NBL799号（前注62）4-5頁参照。

トを付しておくなら、こうである。第一に、「土地所有権から派生する付加価値」という第1審・東京地裁判決の観点は論ずべきことが多いこと確かであり、疑問の余地もありうる（たとえば当該付加価値が「交換価値」に含まれるのか、「使用価値」の増大にとどまるのか〔上記・富井教授が指摘された問題である〕）。ただ、少なくとも指摘しうることは、東京地裁の判断は、あくまで「土地所有権者」そのものに「付加」される「価値」を肯定したにすぎない、という点である。民法207条（「土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ」）に関することも述べていないばかりか、それと異なることも述べていない。要するに「土地の所有権がなぜ自己の所有する土地の上下以外の部分に及ぶのか」という問題自体、少なくとも本件東京地裁判決に関しては「的外れ」なものでしかない。ちなみに自分の所有する土地から（特にそこに建築した家屋の窓やベランダなどから）外界の景色を楽しむことをもって民法207条違反かどうか問題とするが如き論者はそもそも存在しないはずである（この外観利益享受を、いわゆる「眺望権」として主張しうるか否かの段階で、別途問題となるにすぎない。しかもこの「眺望権」は、決して土地所有権に直属したものではない。単なる借地人が自己所有建物の窓から外界の景色を享受している場合にも「眺望権」は、なお問題となりうる）。さらに問題であるのは、大塚教授が「むしろ20メートルを超える建物の建築を認めた方が土地所有者は利潤を得るのではないか」と述べられていることである。そもそも、その論旨が不鮮明である。この「20メートルを超える建物」とは、本件Y1所有「建物」（マンション）を指すのだろうか。そしてそのマンション住民等が付近の食品店や衣料品店等で買い物をし、利益をもたらすという事態を想定して「土地所有者は利潤を得る」と言うのであろうか。おそらくそうではないだろう（本件では、そのような「利潤」よりも「景観利益」そのものが重要だとして数多くの原告が結集したのであるから）。むしろ大塚教授は、その文章で本件「地権者等」もY1にならい「20メートルを超える建物」を建築すれば、「利潤」を得ることができて「いいではないか」と言（龍法 '18）51-2, 246（1212）

おうとしているのではないか。すなわち、仮にそうであるとする限り、本件地権者や地域住民が長年形成し享受してきた「景観利益」を「おまえたち自身が破壊し、Y 1 同様利潤追求に走るべし」と言っているに等しい。だとするなら、それは「暴論」にも近い。すでに国立市「景観条例」・「地区計画」等も存在し実施されているところ——それら「条例」等は地域住民・地権者らの自律的運動の成果としての側面を強くもつ——「そのような条例等も無視して20メートルを超える建物をあなた方も建てて「利潤」を得ればいい」と言っているのと同じことである。大塚教授は、上記いずれをもって「20メートルを超える建物の建築を認めた方が土地所有者は利潤を得る」と言っているのだろうか。上記いずれでもないとするなら、その「実体」は何か。これが分からないのである（だから筆者は「そもそも趣旨が不鮮明である」と批判した）。なるほど大塚教授は、その私見披露に及んで、上記①から⑤にかけて優れた見解を表明されている。若干コメントしておく。①個人の私益と公益とが重なる「グレイゾーン」は確かに存在するかもしれない。しかし筆者（川角）によれば、特に「公害」・「環境」・「生活利益」の局面では、誰にも帰属しない大気・河川・海水・森林・日照・通風・眺望などの環境＝「公益」が、私人（市民）の個別的生活領域での「私益」としても現れる（たとえば「流水利用」・「日照利益」・「通風利益」・「眺望利益」等につき顕著）。よって環境利用秩序違反と人格秩序違反が「同時」に複合化して現象することは大いにありうることである。しかし、それは「グレイゾーン」ではない。明確な「私的利益」侵害が、同時に公益たる環境の「利用秩序」自体への侵襲をも意味しているだけである。したがって、そこに「グレイゾーン」はない。本件国立景観訴訟でも、ほぼ同様のことが当てはまる（「ほぼ」と留保したことを含め本稿統編の「私見」を参照）。また、②「私法上も争い得る」ことに異論はない。ただし、その「私法上の争い」を、大塚教授が仮に不法行為法的救済「一元論」的に理解されているとすれば、その限りで「異論」が生じるにすぎない（大塚教授の「差止め二元論」

〔本稿後注67参照〕についても同様に異論がありうる)。ちなみに、③大塚教授が、本件「景観」をもって「特定環境の共同利用に関する慣習上の法的利益」(人格的利益)とされることは大変啓発的である。ただし、そこで言われる「慣習」とは何か⁶⁴。「事実たる慣習」(民法92条参照)か、それとも「慣習法」(法の適用に関する通則法3条参照)か。おそらく後者なのであろう(別の論稿で大塚教授は民法236条を参照指示している⁶⁵)。それにしても「慣習上の法的利益」の趣旨は、なお曖昧である。たとえば、一般に「慣習法」の法源論的成立基準とされる社会(「国民」)の「法的確信」ないし「当該社会の法的生活の基底的な様式〔法制度〕を支える意識形態」⁶⁶を地域的レベルでどのように具体化していくのだろうか(「地域」自体をどのように線引きするか。「地域」に属する住民の線引きをどうするか等々)。問題となろう。筆者(川角)は、「慣習」を持ち出すよりは、むしろ「地域的公序」・「地域的ルール」を問題にした方がより事態適合的であると考えている(この点、本稿続編で論ずるところを参照)。私見によれば、この大塚教授の「慣習」的な景観理解は、それ自体として今のところ「少数説」である。しかし筆者(川角)は、仮に大塚教授の見解が「少数説」であっても、それだけで批判するような態度はとらない。むしろ、「慣習」保護の立場から差止請求権を承認されるの

64 さしあたり、児玉寛「慣習論」内田貴＝大村敦志(編)『民法の争点』(2007年)63-64頁を参照。

65 大塚「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頁以下、特に76頁参照。なお民法236条の「慣習」が、少なくとも同法92条の「事実たる慣習」と異なること、明白である。ただし、わが国では「慣習法」も「事実たる慣習」も慣習という同一の範疇に属する」という見解があることに留意しておく必要がある(たとえば末弘巖太郎「事実たる慣習」〔1943年〕同『民法雑記帳(上)第2版』〔1980年〕54頁以下、特に60頁)。以上につき、児玉・前掲論文(前注64)64頁参照。もしかすると大塚説は、この末弘説的「慣習論」を下敷きにしているのであろうか。だとするなら、その旨を明示して、その根拠を明らかにすべきであろう(末弘説が必ずしも自明なものではないこと、すでに児玉・前掲64頁が指摘する通りである)。

66 児玉・前掲論文(前注64)64頁。

であれば、それ自体きわめて啓発的であり、学ぶべき点があると考え（ただしそれは、大塚教授の「二元的差止め論」⁶⁷の軌道修正に近い側面をもつことに留意すべきである。もしかすると、それは実質的な「改説」にも等しいと言えるのではない）。さらに④「景観」の「集团的「帰属性」」についても教訓的である。ただし「帰属性」を承認する限り、本件最高裁の立場と異なり、「帰属」に関する一定の線引きが要求されてくるとと思われる。その線引きをどうするのか。それとも、最高裁の言うように「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」と把握して「帰属性」を認めるのだろうか。その場合、「地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受する者」全員に「集团的」かつ一律的に「帰属性」が承認されるところと考えられるのであろうか。なるほど、それも一つの見識である。ならば、その限りで大塚教授は、当該「帰属」性をもとに「景観」を「権利構成」することまで認めるようにも解しうるが、それで大塚説として筋が通るのだろうか⁶⁸。ところが最高裁の態度は、上記引用箇所を引き続く文章

67 大塚・前掲論文「生活妨害（8・完）」（前注52）5頁以下の「積極的侵害」（生命侵害・健康侵害等）即差止め、「消極的侵害」（単なる潜在的な健康侵害・広義の精神的侵害さらに日照妨害・眺望阻害等）＝不法行為法的差止め（新受忍限度論的判断）の「二元論」を指す。

68 なお、私見によれば、「帰属性」そのものが直ちに私法的「権利性」を意味するものではない。なぜなら、「利益」（保護法益）の「帰属性」が承認されても、それでもって当該「利益」が「権利」になるとは限らないからである。しかしなお、「帰属性」が承認される限り、それに対応した妨害排除的保護請求権を発動せしめること、確かである。このことについては、すでに本稿前編ビッカー説の箇所でも触れた（龍谷法学50巻2号〔2017年〕260頁以下参照）。そして、たとえば「保護法規」（ド民823条2項）違反のケースにおける妨害排除的保護請求権の承認に、それが典型的に表現されていた（前掲・龍谷法学50巻2号264頁参照）。この点、ド民823条2項が不法行為規定であることに照らせば、上記ビッカー説は不法行為損害賠償責任の手前で、すでに妨害排除請求権＝差止請求権を承認すべし、と言っていることになる。これ自体、妨害排除請求権の成立要件としての「違法」＝差止め「違法」と、不法行為責任成立要件としての「違

で一転する。すなわち言う。——「もっとも、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、私法上の権利といえ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」。これは、すでに確認したように、場合によっては「受忍限度」論のテストを媒介に不法行為責任を認める余地を残すものであるにとどまり、決して純然たる「差止請求権」（＝ネガトリア的保護請求権）発動の根拠となるものではなかった。さしあたりこの点に、十分留意しておく必要がある（本稿統編「私見」の箇所で触れる）。最後に、上記⑤で主張されていることは、大塚教授が「少数説」たる「慣習的景観論」をもって、「環境権説をとらない裁判実務においても取り上げられる余地があるのではないか」とする単なる「願望」の表明にほかならない（将来、この大塚教授の「願望」が最高裁により実現されれば、それはそれとして積極的な意味をもとう）。

(b) 富井説

その後、2005年2月に富井利安教授による判例研究が出ている（「法律時評」法律時報77巻2号1頁以下）。富井教授は、とりわけ東京高裁の「景観」に関する主観的・感性的な把握方法を批判する。すなわち「誰もが良好な景観に五感の感性で触れたり見たりしてその美しさに感動するというように、客観的に評価される景観が存在することは否定することができない。国立の大学通りの都市景観がまさにそのようなものであり（中略）本判決〔東京高裁判決〕も「一審原告ら主張の景観権ないし景観利益については、その具体的な法的根拠はともかく、これを基本的に支持しようとする見解が少なくない」と述べざるをえなかったことからしてこのことは明らかで

、法が異なることを意味している。つまりは「民事違法二元論」の提唱にほかならない。以上のビッカー説と大塚説でいわれる「帰属性」とが、いかなる関係に立つのか。問題として残るだろう。

ある」と指摘する（富井・前掲2頁）。その上で富井教授は、「本判決は、眺望と景観を一応区別しながら、その区別の根拠が明確でなく、しばしばこれらを混同しているとみられる議論の混乱」があるとした上で、さらに「公道から見る視点の位置が多様で固定的でないとの理由で広がりのある景観は対象と主体において一定範囲を画し得ない」と「即断」しているものとして、東京高裁の「判断」を批判する（富井・前掲3頁）。なかでも「国立の大学通りの町並み景観は地理的に見ても全体としてそのスカイラインも含めて整然と調和がとれた対象として明確に捉えられ、景観利益の法的保護主体もまずはその景観を常日頃生活利益として採り入れてこれを享受しているというように特別の利害関係を有する近隣の地権者・住民に限定して認めれば足りる」と述べる（富井・前掲3頁）。しかるに「本判決は景観を「広がりのあるもの」と正しく捉えておきながら「南端の西側にある本件建物が大学通りの景観と重なって視野に入る区域、視点は、特に街路樹が生い茂った季節にはかなり限定される」とし、その地域、視点は「大学通り全体の中では一部である」と繰り返して述べている」と批判する（富井・前掲3頁）。要するに、東京高裁判決の立場は、付近地権者や住民が享受する「景観利益」が限定的なものにすぎないとする観点から、Y1の環境破壊を見て見ぬふりをするものにほかならない、と批判される。そのような視点から富井教授は、「周辺の環境・景観と著しく調和を欠く人為的で急激な改変こそは「景観破壊」になると認識すべきである」と手厳しい（富井・前掲3頁）。また東京高裁は「景観の保護はまずは公法的規制に任せるべきである」とするが、「公法的規制には地域特性を有するデリケートな景観を木目細かに保護・育成するには限界もある。地域住民の参加と協働に基づく信頼関係がなければ、地方自治体などの行政による景観形成も進まない。ここに、地域住民に公法上であれ私法上であれ景観利益の権利主体性を認めるべき根拠がある」と述べる（富井・前掲3頁）。また富井教授は、東京高裁が「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…権利性、利益性を承認することは、かえって社会的に調和のとれた良好な景観の形成及び保全を図る上での妨げになる」と述べていることを指して、「同じ文脈で景観形成につき「住民参加」を肯定しておきながら、このように「住民不信」ともいえる矛盾した論旨を採用しているのは理解に苦しむ」と批判する（富井・前掲3頁）。こうして結局のところ、富井教授の視点からするならば、「公共財としての景観の侵害は同時に共同で享受している地域住民の景観利益の侵害ともなるという「侵害の二重性」と「侵害の集団性」を全く理解しようとしないう判決の不当性がここにも露呈している」と総括されるのである（富井・前掲3頁）。この富井・判批においては——筆者がすでに指摘したところの——東京高裁判決による「結論ありき」の「裸の利益衡量論」とも言えるカーディー裁判性が如実に暴き立てられている。その東京高裁の判決理由に「美しい」法的判断、つまりは「景観価値」の客観的把握の姿勢はない⁶⁹。そこにあるのは、営業上の自己利益のため「緊急避難」的に「建築確認」を急いだY1らの既得権益保護＝既存の利益保護（「既成事実」の剥き出し的保护）という生々しい「裸の利益衡量」であった。また、それを法的に言えば、直接的な「受忍限度論」・「違法段階説」の適用そのものであった。さらに言い換えれば、

69 この点に関連して、吉田克己教授は、本件東京高裁判決の直後、ある座談会でこう語っている。——「まず、景観の客観的な把握の可能性を強調しておきたいと思います。〔本件東京〕高裁判決は、この可能性を否定した節があります。私は、それは問題ではないかと思っていました。（中略）それでは、どのように客観化するか。（中略）〔国立景観訴訟〕のような」「景観共同形成」類型では、慣行上のルール、あるいは合意に基づくルールによって、ある一定の景観を形成し、保全していく。ここでは、プロセス、手続きを通じて、一定の景観価値が客観化されてくるわけです」（亀甲括弧内及び傍点・引用者）。座談会「景観利益の法的規律——都市・建築計画学、法と経済学を踏まえて」都市住宅学48号（2005年）59頁以下、特に66頁（吉田発言）参照。上記吉田発言は、ひたすら主観的に「景観利益」を把握し、「景観利益」の形成プロセス及びその実体的存立基盤を無視しようとしている東京高裁判決の立場と明瞭に対比されるべきである。

東京高裁判決は、本件「景観利益」を、もっぱら特定の視点から・特定の季節に限定して主観的に捉え、よって「それくらいの景観侵害ならば我慢せよ」という結論しか示すことをしなかった。すなわち本件東京高裁判決は、「まずは金銭賠償で我慢せよ（そのためには、不法行為責任の要件を立証せよ）」→「一部撤去」（妨害排除＝差止請求）まで認めて欲しければ、より高度な「違法性」（たとえば「本件建物」による生命侵害・重大な健康侵害等の事実）を証明せよ」と言っているに等しい。これは、一種の行政的・政策的判決にはかならない。要するに、この東京高裁判決は、本件「景観利益」の実体を直視しようとする姿勢のかけらすらない司法官僚的作文の見本であった、と言うべきである。上記富井説は、そのことを論証しようとしている。その意味で、富井説は積極的な意義をもつ。

（c）磯野説

2005年4月には、磯野弥生教授の論稿が出ている（磯野「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41頁以下）。磯野論文は本件事件の控訴審に至るまでの経緯を丹念に整理・紹介したのち、控訴審判決自体の論理を簡潔にまとめている（磯野・前掲41-42頁）。その上で、控訴審判決の論旨を批判する立場から、幾つかの問題を提起する。すでに本稿でも示したように、控訴審判決は景観をもっぱら主観主義的に捉え、かつ景観は公法上の規制によってのみ形成される、との立場をとった。そこに「まちの景観を守る主体」が入り込む余地はなかった。これに対して磯野論文は、まず「景観」の客観的把握の必要性を指摘する。すなわち、控訴審判決の主観的景観理解に対して「特定の地域の特定の景観については、その景観形成に積極、消極に努力してきた住民の景観利益に保護を与えるという結論を導く論者も多い」とし、「地裁判決」も「景観は土地所有者の相互制約的に形成される」ので「一定の範囲でそれを享受する人と対象が限定されれば、景観を享受する利益は、救済を求める権利」ともなしうる、と述べている（磯野・前掲43頁）。すなわち磯野論文は、景観形成に関与した住民

の「相互制約的形成」によって築かれた「景観」には、自ずと客観性がある、という。言い換えれば、銀杏並木に添う高さ20メートルで描えられた建物が織りなす「景観」は当該地域住民の主体的努力の成果として客観的な「景観」として現実的に形成された。その事実を目を塞ぐことはできないし、目を塞ぐべきではない、と言っている。さらにたとえ「何らの義務も権利制約もない地域訪問者の利益」が単なる「事実上の利益にすぎない」としても、その「事実上の利益」を本件「地域」における「景観形成者の利益」、つまりは客観的「景観」形成のための主体的努力の成果として生み出された「利益」＝本件「景観利益」と同一視することはできない、とも述べている（磯野・前掲44頁）。かくして客観的な「景観」としての利益は、「社会的な合意を得た景観であり、慣習としてルール化されたもの」とみるべきである（磯野・前掲44頁）。とりわけ「（被告Y1らによる）景観侵害行為顕在化以後に、80%以上の賛成で地区計画が承認された本件のような場合には、住民が慣習的地域ルールが存在してきたことを追認している」という（磯野・前掲45頁。括弧内・引用者）。それでは当該「慣習的地域ルール」でいう「慣習」の認定基準は何か。それは「地域住民が積極的に遵守している」ということ、さらに「地域ルールが地域内で認知され、相当期間内そのルールで運用されていること」、加えて「新規参入者も（当該地域ルール）を知りうる状態になっていること」⁷⁰である（磯野・前掲45頁。括弧内・引用者）。このような地域ルールの「慣習性」こそ、いわば本件「景観利益」の客観的存在性格を担保すべきものである。要するに「高裁判決（控訴審判決）は、企業には利潤を追求する権利があり、公法的な規制を守っている以上、利潤をとりえない調整には応じなくても違法はない」というが、これはまさしく「本末転倒」である、とされる（磯野・前掲45頁）。このような磯野説は、きわめてまっとうな見解であると考ええる。磯野教授は行政

70 なお、「慣習」の意義とその理解の問題点については、本稿前注64及び65を参照。

法学者であるが、本件当事者の私法上・民事上の利益関係の「本質」をかなり正確に把握している。すなわち磯野説は、本件の客観的な「景観利益」をその「慣習的地域ルール」との連結性において明瞭に論じている。磯野説は、その点でより積極的な意義をもつ（本稿前出の行政法学サイドから展開された金子説と対比されたい）。

（d）松尾説

同年８月には、松尾弘教授の「景観利益の侵害を理由とするマンション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〕」（判タ1180号（2005年）119頁以下）が登場した。松尾教授は、本東京高裁判決につき、以下のように概括している（以下で「本判決」とは、この東京高裁判決を指す）。すなわち「個人性の強い人格権・土地所有権といった私法上の権利と、公法的な保護の対象となる社会的利益との、いわば中間に存在する生活環境利益としての「景観」利益の特殊性を踏まえ、その権利性の検討に柔軟に取り組まなかった点で、本判決は「一審判決の苦心を文字どおり水泡に帰せしめた」と批判される所以である」と（松尾・前掲判タ122頁）。さらにこうも言っている。——「本判決が景観の形成・維持に対する地権者の寄与を相当消極的に評価していることも注目される。これにより、景観と土地所有権との関連性はあっさり切断された。この点も、大学通りの景観利益を沿道地権者による権利の長年にわたる自己抑制を通じて形成された土地所有権の付加価値と評価した原判決（本件東京地裁判決）との大きな相違である。このように地権者らの寄与を低くみることに對しては、「景観形成についての公私協働を否定し、今後の社会における市民の役割を軽視する問題の多い判決」との批判も加えられている」（松尾・前掲判タ同頁。括弧内・引用者）。他方、松尾説は「景観利益」が「日照や眺望と必ずしも同置できない公法的側面」をもつことに照らして本件高裁判決の立場に共感を示してもいる（松尾・前掲判タ同頁）。ともあれ、それでは「景観保護の法的構成」はどのようにして可能なものとなるのか。これ

につき、松尾説はおおよそ以下のように述べている。すなわち、本件「景観訴訟」では、「①第一に、建築基準法およびその関連法規に照らしたY1の行為の合法性審査に可能な限りのウェイトが置かれなければならない。②第二に、既存の私法秩序に照らした問題解決の可能性が、網羅的に検証されるべきである」（松尾・前掲判タ124頁。傍点・引用者）という。これは上記①と②を相関関係的に捉える限り、きわめて「折衷的」な態度を帰結せざるをえない。しかも、その法解釈論的な価値基準の設定方法として、一種の公法的「合法性審査」優位の形での公法・私法間の＜序列化＞思考がみとれる。だから松尾説は、あくまで上記①の比重の大きさを前提とした上で、「②の検討に際しては」と述べつつ、「個々人の人格権にも土地所有権にも還元されえない、生活環境利益の1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」という（松尾・前掲判タ同頁）。それでは、その内容は如何。——曰わく、「(i) 既存の私権体系の中では、他人の土地上に黙示的・慣習的に成立可能な権利として、①景観保護を内容とし、各人の所有地を相互に要役地かつ承役地とする、交錯的な地役権（民法280条）、②共有の性質を有しない入会権（民法294条）を検討することが考えられる。③そして、①・②の延長として≪特定の地域において、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、相互の土地上に於て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、集団的利益としての景観権≫を認めることが、法解釈論上も可能かも知れない。あるいはまた、(ii) 景観利益の享受主体の実体的権利を内容としない、土地所有者側に課される建築行為規制として、建築規制を内容とする相隣関係法についての慣習の適用可能性を認める規定（例えば、建物の離隔距離に関する民法236条）を手がかりに、建物の高さ制限に関する相隣地所有者の慣習の成立可能性を検討することが考えられる。この場合、建築着手時から1年を経過し、または建物完成後は、損害賠償請求のみを行いうることになる（民法234条2項）」（松尾・前掲判タ124-125頁）。な

るほど痒いところに手が届くように具体的な提案がされている。ところがあくまで、これは①のＹ１の建築行為の合法性審査に「ウェイト」が置かれた上での立論に過ぎない。仮に松尾説の②の検討がいくら個別的・解釈論的になお墨付きを得られたところで、あくまで①の「ウェイト」が効くのであれば、結局は、①の要素と②の要素との「相関関係的判断」に行き着くのではないかと推測される。なるほど松尾説は「①人格的利益、②財産的利益、③居住生活利益、④生活環境利益、⑤社会的環境利益へと連続的に拡大する法益に対応させる形で、私権および私法秩序の体系と法的保護手段の分析を進める必要がある」と指摘している（松尾・前掲判タ125頁）。このような「分析」と①の「Ｙ１の行為の合法性審査に可能な限り「ウェイト」が置かれなければならない」という判断とは、どのように関連づけられるのだろうか。仮に、Ｙ１の建築行為が建基法上の「適法性」を備えるものである限り、それを尊重すべきであって、結局は諸事情の総合判断のもとで「受忍限度」を超えたか否かが問題となるのであれば、それはつまりは、「裁判官」への法的判断の「丸投げ」に帰着することになるのではないだろうか。いくら「地役権」、「入会権」、「集团的権利としての景観権」などと言ってみたところで、結局「受忍限度判断」に依拠するということであるとするなら、松尾説は、ただ「諸事情」の一部を民法諸規定に基づき具体化する試みを示しただけであって、裁判官依存型の法思考（「受忍限度論」的総合判断）の枠の中からは一歩も前に進み得なかったことになりそうである。果たして、松尾説の論旨は、そのような疑問を払拭するものとなり得ているだろうか。

この点、筆者（川角）は、①のＹ１の建築行為がたとえ建基法上の「適法性」を備えていたとしても、松尾説のようにそれに「ウェイト」を置く必要性は必ずしもない、と考える。なぜなら、Ｙ１らが相互に形成してきた私法上の「利益」たる「景観利益」の価値の前には、①のファクターは法律上当然に（*ipso jure*）屈服すべきものである、と考えるからである。

言い換えれば、すでに建基法1条によって明示されている通り、それはあくまで「最低限の基準」を指し示したものであるに過ぎず、私法上の「市民」の具体的かつ個別的な権利主張・利益主張の法的な支障になりうるものでは決してないからである（この点、すでに本稿前注43及び44でも指摘した）。つまり、Y1らがいくら声を大にして「建基法上適法だ」と主張しても、私法上の「違法性阻却事由」の主張立証に成功しないかぎり、あくまでもX1らの差止請求＝「一部撤去請求」は——Y1らの不法行為責任の有無の判断とは全く別個に——直ちに承認されて然るべきものだからである。それを、さらに言い換えるならば、上記松尾説は、①のY1の行為の合法性審査に「ウェイト」を置く限り、いくら②を個別具体的に詳論しえたとしても、結局「受忍限度論」を媒介とした「妥協的」ないし「調停的」な解決しか導きえない、ということに帰着するのではないか。この点、松尾教授から＜反論＞を頂戴することができれば幸いに思う。

（未完）