

物権的妨害排除請求権・再論（6）

——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护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护請求権の否定）〔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

（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

（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

〔イ〕第2審・東京高裁判決について

（以上、龍谷法学51巻2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、本号）

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

（以上、次号）

- 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

前稿（龍谷法学51巻2号）で示したように、最高裁は、上記東京高裁によ
る「結論ありき」の「政策的判決」を実質上是認・追認した。それに対し
て学説（最高裁調査官・弁護士解説も含む）は、どのような反応を示したで
あろうか。以下では、それをやや詳しく概観しよう。できるかぎり、公刊
年順にみていきたい（ただし、必ずしも全面的・網羅的な分析ではない）。

(a) 大塚説〔その1〕

まず、本件最高裁判決（以下本稿では、基本的に「本件判決」として引用する）につき、詳細かつトータルな考察を試みた早い時期の論稿として、大塚直教授の書かれたものをみよう。2006年11月、大塚教授の判例研究がジュリスト誌上で公開された（大塚「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト誌上で公開された（大塚「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト誌上70頁以下）。その「本判決の論点」の箇所、大塚教授は、三つのテーマに留意されている。一つは、「本件判決」が「景観利益を法律上保護される利益として認めたこと」であり、その二は同判決が「景観利益は「私法上の権利」ではないとしたこと」である。そして第三に「本件判決」が言うところの「不法行為における違法性の判断」に注目される。それらを、以下順に見よう。大塚教授は、大要、次のように述べられている。まず第一点につき、大塚教授は、「本件判決」が「『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』が『有する良好な景観の恵沢を享受する利益』（『景観利益』。ただし本件第1審・東京地裁判決で認定された『景観利益』の内容とは相当に異なる）は、『法律上保護に値する』としたことを示す（括弧内・原論文）。すなわち最高裁が、「不法行為における『法律上保護される利益』（民709条）の侵害となるとした」ことを確認している。その上で大塚教授は、「本判決が、従来個人に帰属する法的利益とは言い難いとの見解が有力であった『景観利益』を『法律上保護される利益』と認めたことは極めて注目される」と評価している（以上、大塚・前掲ジュリスト誌上73頁¹）。そして下級審裁判例では、景観を、もっぱら眺望権との対比で捉え、後者（眺望権）においては「個別的利益」性を肯定する立場が採用されているのに対し、前者（景観）ではその「個別的利益」性が「不明確」であり、

1 大塚教授は、本文「引用箇所」の「従来個人に帰属する法的利益とは言い難いとの見解が有力であった」の末尾に、注を付されている。その注に関する箇所では、詳細な学説・下級審裁判例を紹介されている（後者につき、特に詳しい）。大塚・前掲ジュリスト74頁注1。なお、この論点は「私益と公益」の峻別問題にかかわっている。後は本稿で触れるところを参照。

むしろ「公共的利益」にはかならないとの観点から、私法上の保護を否定するものが多かった旨、指摘される²。かくして理論上、「本件判決」が「眺望と景観の相違について十分に認識していないとの批判も可能」としながら、なお「最高裁の意図を汲み取るとすれば、景観利益という相対的に弱い利益についても、土地所有権等のより強固な利益と衝突することがあるとしても、その時々で、裁判所が利益を調整する趣旨とみられる」とする。これをさらに言い換えて、大塚教授はこうも言う。すなわち「本件判決」の見解は、「被告の土地所有権と、原告の景観利益とが同時に存在するものとし、両者の調整を、「違法性」概念によって行うという考え方である」と述べる（大塚・前掲ジュリスト73頁³）。他方で、大塚教授は、「本件判決」

2 たとえば、東京高判平成13年6月7日判時1758号46頁。大塚・前掲ジュリ75頁注3。

3 大塚教授は、本文「引用文」末尾の「…考え方である」の箇所「注5」を付し、その注で「類似の事例は、例えば、自己の土地における地下水の汲上げにより、隣地の井戸が枯渇した場合に付いて、地下水の汲上げが権利濫用にならない限り、損害賠償責任を負うことはないとする判例の立場（大判昭和13年6月28日新聞4301号12頁）などに見られる」という。そして「地下水は「公水」の面を有しているものの、当該時点では、それぞれの土地に明確に帰属しているとも言えるのに対し、本件〔景観利益〕ではそう言い難いところが異なっている」（亀甲括弧内・引用者）とする。大塚・前掲ジュリ75頁参照。ちなみに、上記昭和13年大審院判決は、およそ以下のように述べている。——「土地ノ所有者〔Y〕ハ、他人〔X〕ノ権利ヲ侵害セサル限度内ニ於テノミ其ノ所有地ヲ掘鑿シテ地下水ヲ利用シ得ヘキ権利ヲ有スルモ、其ノ権利ノ行使カ社會觀念上他人〔X〕ニ於テ之カ認容スルラ相當トスル程度ヲ逸脱スルトキハ、権利ノ濫用即チ不法行為者トシテ、之カ爲メ他人〔X〕ノ被リタル損害ニ付賠償ノ責ニ任セサルヘカラス〔ここで大審院は、大判大正8年3月3日の「信玄公旗掛松事件」を、その先例として挙げている〕。その上で大審院は、「Yハ當時Xカ各井戸水ヲ利用シテ料理店營業ヲ爲シ居ルコトヲ知り乍ラ、多數ノ掘貫井戸ヲ掘鑿シテ地下水ノ利用ヲ獨占シ、以テXノ右井戸水ノ利用ヲ侵害シタルモノナリ（中略）Yノ前示地下水ノ獨占利用行為ハ正シク權利行使ノ限度ヲ超越セルモノ、即チ権利ノ濫用トシテ、之カ爲メXノ被リタル損害ヲ賠償セサルヘカラスヤ論ヲ俟タス」（X・Y及び句読点・傍点・亀甲括弧内いずれも引用者）。すなわち昭和13年大審院判決は——大塚教授の引用の仕方とは異なり——その結論として隣地所有者Yの地下水の汲み上げ行為が「権利濫用」にあたるとして、Xのメ

が「『第一次的には民主的手続…による』とししつ、それ以外の違法な場合における（不法行為法的）救済の可能性を認めたこと、すなわち私益と公益を峻別せず、両者の重なる領域を明確に認めたことである」（括弧内・原論文。傍点・引用者）とも記す。そして「このような発想は、『環境＝公益』という従来の発想を打ち破るものとして重要である」、と評価する（大塚・前掲ジュリ73-75頁⁴）。さらに大塚教授は、「本件判決」が、第1審・東京地

ㄨ 不法行為損害賠償請求権を認容している。しかも——事実関係の詳細は必ずしも明らかではないが——当該大審院判決を読む限り、隣地所有者Yは、Xが「各井戸水ヲ利用シテ料理店營業ヲ爲シ居ルコトヲ知り乍ラ」、自己の所有地において「多数ノ掘貫井戸ヲ掘鑿シテ地下水ノ利用ヲ獨占」（傍点・引用者）したことに ついても認定されている。これは、どちらかといえば「シカーネ」（嫌がらせのための「権利行使」）の事案に近い。その点に留意して、上記大審院判決を慎重に読む必要がありそうである。さらに上記大審院判決は、大正8年の信玄公旗掛松事件をわざわざ〈先例〉として引用している。それを前提に、Yの「権利濫用」（不法行為損害賠償責任）を認めている。周知のように信玄公旗掛松事件では、大審院はすでに——かなりナイーブな形においてであるが——「相關關係の利益衡量論」ないし「受忍限度論」的な発想を採用していた。そこに、ドイツ法的な「イミッション原則禁止」の発想はなかった。だから大審院「信玄公旗掛松事件」判決は、汽車の煤煙侵入＝イミッションを、その行為の「社會的相當性」に鑑み、まずは原則「受忍せよ」と言いつつ、ただ例外的に、故意・過失を伴う「権利濫用」行為と認定される限りにおいて「損害を賠償せよ」と判示したにとどまるのである。

4 この点、大塚教授は、本件最高裁判決が「行政事件訴訟法9条の改正が原告適格について従来よりも「利益の内容及び性質」を考慮して柔軟に判断する可能性を広げたことと関連がある」とし、「健康・生活環境にかかる著しい被害を直接的に受けるおそれのある者について取消訴訟の原告適格を認めた小田急訴訟最高裁判決（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁）と同じ方向を志向しており、さらに一步進めた面がある」と述べる。要するに「公益私益二分論」の不当性が、上記小田急訴訟最高裁判決・藤田宙靖裁判官の補足意見においても見られる、という点に着眼する。ちなみに、本件平成18年最高裁判決によれば、「景観利益と（それを侵害する）土地所有者の財産権（営業権）が衝突」する場合の調整問題は、先ず第一次的に「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」として、明らかに「行政」本位の解決方法が志向されている。この「行政」本位の手法は、それ自体「公益」重視論に繋がることが多いが、民主的手続の中に「住民参加」が盛り込まれること等を「担保」として、「私益」（それは「集团的利益」を媒介して問題にされうる）のメ

裁判決と異なり「土地所有権との関係での利益を媒介とすることなく、直

ゝ保護機能も担うという意味で、同時に「二重性」をもつ。しかしながらそれは、あくまで「民主的手続」の中に適正に「住民参加」等が適切に組み入れられた場合にとどまる。他方で「議会の審議・議決」を通じた「民主的手続」が想定されている以上、「選挙」による「議員選出」行為を通じた民意の反映（それに基づく「多数派」の形成）も——最高裁判決の意図としては——当然に取り込まれているものと考えてよからう（最高裁のいう「多数決の原則」は、そこに一応の法的根拠をもちうる）。ちなみに、このような「民主主義」ないし「多数決」の原理が孕む微妙な問題性については、吉村良一「書評：中山充『環境共同利用権——環境権の一形態』」法律時報78巻12号（2006年）94頁以下、特に98-99頁の指摘を参照。さらに一層問題であるのが、次の点である。すなわち「本件判決」によれば、「民主的手続」のルート以外にも、確かに私法上「景観」保護のルートが開かれているように見える。しかし、それが果たして大塚教授のいう「私益と公益を峻別せず、両者の重なる領域を認めた」（傍点・引用者）という指摘と如何に関わっているのか。これは、なお問題として残る。これに関連して、本件最高裁判決は、こう言っている。すなわち景観の保護は——すでに引用した文章を再度引くならば——なるほど「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」と言う。つまり、原則行政法思考優位の「公益私益二分論」の立場である。ところが「本件判決」は、それが「私法」上の不法行為責任根拠としての「保護法益」と認定されることもありうる、とする。つまりは、「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たる」ことがある、という。ただ、そのように「いえるため」には、「少なくとも、その侵害行為が刑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」と述べている。要するに「本件判決」は、あくまで「民主的手続」による「行政」的思考本位の解決手法を優先しているのであって、私法上の「景観」保護（さしあたり不法行為損害賠償請求）が認められるためには、あくまで侵害行為の、しかもその「特殊」な態様を重視し、その「特殊な態様」が認定されて初めて肯定されうる、としている。こうして不法行為法上の「損害賠償」が認められるためにすら、「権利濫用」等のある種高度な「侵害行為の態様」が問われるわけである。その限りで、本件最高裁判決を拘束しているのは、旧態依然たる「公法優位」の法思考であり、「私法的保護」は、もっぱらその後景に退くべきことになる。したがって大塚教授の言うように、本件最高裁が「私益と公益を峻別せず、両者の重なる領域を明確に認めた」と評するには、躊躇を覚える。「本件判決」は、仮に「峻別」はしていないとしても、あくまで「公益」と「私益」との＜階層化・序列化＞については、これをしているのではないか。

截に「景観利益」を不法行為法上保護される利益とした点で、ある意味で侵害の実質を捉え、また、利益の主体を土地所有者（より詳細に言えば、景観の利益を受けると同時に、その形成・維持上、自らの財産権の行使に制約を受けた地権者）に限定しないという実益を兼ね備えた立場を採用したもの、とみられる。第1審のように、景観利益が土地所有権から派生するとの議論については、本判決は肯定も否定もしていないが、採用しなかった」と述べている（大塚・前掲ジュリ75頁。括弧内・原論文）。これは、「景観」の「利益主体」を一部地権者に限定することなく「近隣居住者」に広げた点で、「本件判決」を高く評価しようとする大塚教授の賛意の表明であった⁵。とはいえ、「本件判決」が、地域的・特定の「公共的性格」（原告らの自己規制による景観形成・本件景観の「一体的な性格」等）を「考慮していないという批判があり得るであろう」とし、また「特に新たに引っ越ししてきた賃借人にこのような（景観）利益を認めてよいか、という議論もあり得る」、と述べている（大塚・前掲ジュリ75-76頁。括弧内・引用者）。これは正当な問題提起である。さらに大塚教授は、「本件については、慣習（民236条⁶参照）

5 すでに本稿でも指摘したように、大塚教授は、第1審・東京地裁判決による「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〕）」、と述べていた。その上で「私見」として、大塚教授は、本件景観の「慣習」的な位置づけや「集团的「帰属性」」等についても語っていた。NBL799号（2004年）4頁参照。なお、この「所有権から派生する利益」ないし「土地の付加価値」に関する論点につき、本稿でもやや立ち入った考察を試みている。後述のところを参照。

6 現行民法236条をはじめ、法典調査会では、相隣関係規定につき、かなり紛糾した議論が展開されている。ここでは、さしあたり236条に関連する事柄だけ

ゝ指摘しておく。まず、現行民法229条によれば「境界線上に設けた境界標、囲障、障壁、溝及び堀は、相隣者の共有に属するものと推定する」とあるところ、境界線上の竹木については規定がない。この点、明治民法起草者は、これを次のように立案した。——「第二百三十五條（一項）疆界線ニ在ル竹木ハ相隣者ノ共有ニ属ス。（二項）相隣者ノ一人ガ竹木ヲ栽植シタル場合ニ於テハ前項ノ規定ヲ適用セス。但他ノ相隣者ハ之ヲ除去セシメ又ハ前條ノ規定ニ依リ其共有權ヲ取得スルコトヲ得」（項表示及び句点・引用者）。起草者の梅謙次郎博士によれば、この規定は「旧民法」にはなかったが、ヨーロッパ諸国の立法例を参照して提案した、とされる（1894年〔明治27年〕7月3日・第25回法典調査會議事速記録『日本近代立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一』〔1983年・商事法務研究会〕957-958頁参照）。これに対し、「地方の慣習」等の存在を重視する立場から「二項削除論」が出た（村田保委員や三村安委員、末松謙澄委員。前掲書『速記録一』960-961頁）。結局、この立法規定案は丸ごと削除されたのであるが、議論の中で梅謙次郎博士は、次のような興味深い指摘を行っている。すなわち、「元来土地ノ所有者ハ自分ノ土地丈ケハ勝手ニスルコトハ出来ルガ併シ隣ノ方ハ勝手ニスルコトハ出来ヌカラ隣ノ土地ニ害ヲ與ヘルコトハナラヌト云フコトハ規定ヲ俟タヌコトデアル（中略）。〔なお〕二百三十七條ノ規定デ以テ一定ノ距離ヲ存スル慣習ガアレバ（建物築造はその慣習に従う）」と言う（前掲書『速記録一』962頁。句点・傍点及び亀甲括弧内いずれも引用者）。この発言によって分かるのは、以下のことである。すなわち梅博士は、いわばイミッション規定を置かなかったことを自明視した上で、原則「土地所有権行使自由」を謳いつつ、例外的な「加害行為禁止」を付加している。そして「慣習」につき「二百三十七條」の参照を乞うている。この「二百三十七條」こそ、現行民法236条が前提とする234条・235条の規定に対応するものである。起草案「二百三十七條」は次のように規定していた。——「（一項）建物ヲ築造シ、窓若クハ椽側ヲ設ケ又ハ竹木ヲ植ヘルニ疆界線ヨリ一定ノ距離ヲ存スル慣習アルトキハ其慣習ニ従フコトヲ要ス。（二項）前項ノ規定ニ違ヒタル工事又ハ栽植ヲ爲サントスル者アルトキハ隣地ノ占有者ハ占有保全ノ訴ニ依リ其工事又ハ栽植ヲ防止シ又ハ變更セシムルコトヲ得。（三項）工事又ハ栽植ノ終ハリタル後ト雖モ隣地ノ所有者ガ損害ヲ受ケタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得」（前掲書『速記録一』965頁。項表示及び句点・傍点ともに引用者）。要するに、起草案「二百三十七條」が、「法典調査会」でのかなりの修正を経て、現行民法234条・235条・236条へと分化・結実していった。なかでも現行234条2項は、「占有保全ノ訴」とは明言せずに、端的に「その建築を中止させ、又は変更させることができる」としている。その限りで、相隣関係法的な意味での「物権的妨害排除請求権」を例外的に承認している。これは建物の「間隔距離」違反の場合の法的リアクションにほかならない。これを、仮に「高さ制限」違反のリアクション（妨害排除請求権）と読み替え、かつ「慣習」を本件国立大学通り一帯のメ

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）というアプローチができたと考えられ、最高裁が本件について、この考え方を超えて不法行為法上の保護法益を一挙に拡大する必要があったか、慣習上の法的利益というアプローチを用いれば、違法性が認められやすかったのではないか、という疑問もないわけではない」（大塚・前掲ジュリ76頁。括弧内・原論文）とも言っている⁷。これは2004年NBL799号以来の大塚教授ご自身の見解＝持論である。他方、大塚教授は「本件判決」が「従来の「自然享有権」や「環

ゝ住民・地権者らによる地域的ルールの設定行為と解すれば、かなり有益な解決方策が見出されるかも知れない。その限りで、大塚教授の「慣習」理論（民法236条参照論）が意味をもつこともありえよう。ただし、あくまでも「慣習」違反に基づく「法的リアクション」としての「差止請求権」が承認されうる限りで、ということになる。

7 大塚教授は、「もっとも、本判決は慣習上の法的利益という考え方を否定しているわけではない」とも述べている（大塚・前掲ジュリスト76頁）。なお上記本文引用中の「…とも考えられ」の箇所に、大塚教授は「注12」を付して、およそ次のように言っている。——「吉田克己教授はこれ（「慣習上の法的利益」論）を地域的なルールないし地域的公序とされる（吉田〔克〕「『景観利益』の法的保護」判タ1120号〔2003年〕71頁以下）。両者は類似しているが、カバーされる範囲は相当異なる。慣習となるためには、その社会的承認が必要であり、また、その内容について認識可能性が必要である。慣習の存在については原告が証明責任を負う（中略）。なお松尾〔弘〕教授は、この点について地域的ルールを独自の法源として理論的にどのように位置づけるか、地域的ルールの内容が常に公益に合致することをどのように制度的に保障し得るか、という問題を提起されている（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、特に124頁）。極めて重要な指摘であると考える。慣習であればこの要請を満たすであろう」（亀甲括弧内・引用者）。要するに、大塚教授は「地域的ルール」が「慣習」として認定されるためには、①「社会的承認が必要」であること、②「慣習」の「内容」に関する「認識可能性が必要」であること、③その「慣習」の「存在」に関する「立証責任」は「原告が負う」こと、を指摘している。「地域的ルール」と比べ「慣習」の方がより厳格な要件に服する、という趣旨であろう。ことは、およそ「法源論」に関ってくる。「慣習」の要件として「社会的承認」が必要であることは、その通りであろうが、仮にそのことをもって「慣習」＝「公益」と解すべきかどうかを含め、今後別途考察すべき課題である。

境権」の考え方」と違う点（したがって、客観的違法＝原則差止めを認める発想と異なる点——引用者）を確認しつつ、逆に「環境権論」と関連する点に着目している。それは本件最高裁判決が、「個別的利益とは言い難い「環境」上の利益」を——「景観利益」に限ってではあるものの——「法律上保護された利益」として扱う一般論を採用した」からである、とされる（大塚・前掲ジュリ76頁）⁸。また大塚教授は、「景観利益の主体」を問題にして、こうも言っている。すなわち最高裁が「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」としたことによって、「現在の享受を中心に考えれば足りる点では、（主体の）範囲が広い」という（大塚・前掲ジュリスト77頁。括弧内・引用者）⁹。

次に、大塚教授の第二のテーマ、すなわち「本件判決」が「景観利益は「私法上の権利」ではないとしたこと」の問題点に目を移そう。ここで、まず大塚教授は、以下のように述べる。——「本判決は、「景観利益」を「私法上の権利」ではないとしつつ、不法行為法における「法律上保護される利益」になるとした。これは筆者〔大塚教授〕らの「権利」と「利益」を区別する議論と軌を一にしているが、ここにいう「私法上の権利」とは何かは必ずしも明らかでない」（大塚・前掲ジュリ78頁。傍点及び亀甲括弧内・引

8 大塚教授は、この本文引用箇所に引き続いて、こう言っている。——「本判決は、環境上の利益と考えられる景観利益の侵害に対する救済可能性を認めた点で環境権説の発想を承継するとともに、環境権の対象である「環境」上の利益を個別具体化することによって、救済可能性の途を広げたと見ることができる。また、本判決が景観利益を個人の利益としている点は、伝統的な環境権説と類似しているともいえよう（いわゆる環境共同利用権のような発想とは異なる）」（括弧内・原論文。大塚・前掲ジュリ76頁）。

9 大塚教授によれば、このような「景観利益の主体」問題は、訴訟要件上の「当事者適格の問題」とも「密接に関連している」とされ、「最高裁は、近隣居住の住民が一般人とは異なる独自の利益を有すると解したことになる」とされる。その上で、ドイツ法やアメリカ法との異同関連が説かれている。大塚・前掲ジュリ77頁参照。

用者)¹⁰。すなわち、少なくとも「本件判決」は、「私法上の権利」としてあくまでも「権利としての「明確性」を備えたもの」を指しており、その点で大塚教授は、「本件判決」が第2審・東京高裁判決の立場を「受け容れたもの」、という見方を示している（大塚・前掲ジュリ78頁）。その上で、差止請求についてはどうか、という問題を立てる。そして言う。——「差止めとの関係では、次の2つの立場のどちらを採用したかは必ずしも明らかではない。第1は、私法上の権利であれば差止め（原状回復と重なる場合を含む）が認められるが、「法律上の利益」であればそうではないとの考え方（権利説）をとり、本判決が「法律上保護される利益」について判示している点はすべて慰謝料や弁護士費用（すなわち損害賠償）の問題に関する記述であるとの立場、第2は、「法律上保護される利益」が認められるだけでも場合によっては不法行為に基づく差止めが認められるとの考え方（第1審と同様の立場）を採用する可能性もあるが、本判決は、この点については判断をしていないと見る立場である。判決文を素直に読めば、第1の立場となろう。もっとも〔中略〕本件では不法行為の成立を否定しており、差止めについて判断する必要がなかった点から、第2の立場をとっていると解することも十分可能である」（大塚・前掲ジュリ78頁。丸括弧内・原論文。亀甲括弧内・引用者）¹¹。そして「仮に第2の立場を採用するときは、『私法

10 大塚教授は、「筆者らの「権利」と「利益」を区別する議論」の箇所に特に「注18」を打って、ご自身の論文「生活妨害の差止に関する基礎的考察（1）——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103巻4号（1986年）598頁の参照を指示している。ちなみに同様の区別論は、すでに、いわゆる「秩序論」の立場（古典的権利論と「人格的利益」とを対比する立場）から試みられていた。たとえば、原島重義「権利論の存立と変質・放棄」（1975年）同『市民法の理論』（2011年）415頁以下、特に421頁注6に、そのことが明示されている。なお、この原島論文は、上記大塚論文よりも10年以上前のものである点に留意されたい。学説のプライオリティーに関わる問題に属しよう。

11 大塚教授は、この引用部分の末尾に注を打って、大塚教授の見解をも参照して書かれた「不法行為法的構成による差止請求論」を内容とする「上告理由書」や、ご自分の「生活妨害の差止に関する基礎的考察（7）——物権的妨害排除メ

上の権利』が認められる場合と、『法律上保護される利益』しか認められない場合とでは、差止めに関してどのような相違があるか」という問題を生ずる」と述べ、大塚説では「法律上保護される利益」の侵害であれば違法性が必要になるのに対し、「私法上の権利」の侵害であれば、（違法性が推定され）違法性阻却事由の問題となる点に相違がある」ということになりそうだが、「なお議論すべき課題である」とする（大塚・前掲ジュリ78頁。括弧内・原論文）¹²。それにしてもなお「私法上の権利」の意味合いが問題になりうるとして、大塚教授は、「権利」とは何かを問うて「固有の割当領域」と観念することである」と述べている（大塚・ジュリ79頁）¹³。この点

ㄨ 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9号（1990年）467頁以下の参照を指示している。

12 この論点はきわめて重要である。本稿（iii）「私見の呈示」において論ずる。ただ、先取的に若干のことを述べておくら、こうである。すなわち「法律上保護される利益」が「侵害された」（過去形）という場合であれば、なるほど「結果違法」（Erfolgsrechtswidrigkeit）としての当該行為の「違法性」が問題となる。それは、「私法上の権利」が「侵害された」場合も同様である。これに対し、「法律上保護される利益」が「侵害されている」（現在形）の場合には、まず現在の・客観的に侵害を受けている客体（当該「利益」）の「状態」だけが、肝心であって、よって当該物の現在の状態と法的に保護されるべき状態とのズレをもって「不適法性」（Unrechtsmäßigkeit）が承認されるべきことになる。そのような「不適法性」をもたらししているところの「行為」が、妨害排除請求権＝ネガトリア「責任」独自の「違法性」（Rechtswidrigkeit der Handlung als Voraussetzung der negatorischen Haftung）を根拠づける。そしてそれは、「私法上の権利」が「侵害されている」場合も同じなのである。したがって、大塚教授の言うように、後者において「違法性」が「推定される」のではなく、現に「違法性」が在るのである。そして被告が「違法性阻却事由」の抗弁（主張及び立証）に成功した場合に限って、原告の差止請求に対応する「責任」から免責されるにすぎない。大塚教授は、おそらく我妻「違法論」以来、確固たるわが国通説＝「民事違法一元論」に立脚されているのであろう。だから事柄の本質を見失うのである。

13 そこで大塚教授は、前掲論文「生活妨害の差止に関する基礎的考察（7）」（前注11）465頁注27を、参照指示している。そこでは、フランス法学説における「フォン・サヴィニー以来のドイツの古典的権利論の考え方」が紹介されている。その上で大塚教授は、ジュリスト論文で、仮に「景観利益」が「明確性」を備

の指摘は、本稿で筆者（川角）が一貫して強調している「権利」ないし「主観的利益」の「割当的保護」との関連で重要である。

最後に大塚教授の第三のテーマ、つまりは「本件判決」がいう「不法行為における違法性の問題」をみよう。この点について、大塚教授は次のように述べる。——「本判決は、公害・生活妨害で従来受忍限度といわれてきた要素を掲げているというよりも、我妻博士の（古典的な）相関関係説を重視し、それとともに、従来受忍限度の要素とされてきたものを幾つか挙げて（特に、「景観の所在地の地域環境」に言及していることが重要である）。本判決は、我妻相関関係説のうちでも「侵害行為の態様」を重視していると見られる。これは本判決の一般論にのみでなく、本件の事案において、被侵害利益としての「相当の容積と高さを有する」ことがそれほど重視されていない（「その点を除けば」として、軽く扱われている）ことにも現れている（従来の公害・生活妨害で用いられてきた受忍限度論であれば、「相当な容積と高さ」は相当に重要な要素として扱われたであろう）。〔さらに〕社会的に相当性を欠くとしている点は、原判決〔東京高裁判決〕と類似した判断枠組みであるが、原判決がY1の企業の論理にかなり好意的な指摘をしたのに対して、本判決にはそのような判示はない」（大塚・前掲ジュリ79頁。丸括弧内・原論文。亀甲括弧内・引用者）。このような大塚教授の見立てに基本的な異論はない。

ところで「被侵害利益」とは、文字通り被害者の利益を指すはずである。にもかかわらず大塚教授は、「被侵害利益としての「相当の容積と高さを有する」ことがそれほど（「本件判決」において）重視されていない」、と述べている（大塚・前掲ジュリ79頁¹⁴。傍点・引用者）。この点、「本件判決」は、

ゝえるに至り「私法上の権利」となった場合には、「景観権」は「眺望権」に吸収されることが多いであろう、と推測している。大塚・前掲ジュリ79頁。

14 大塚教授は、その箇所に「注25」を打って、「本来この点は、景観利益の中でも最も中核的な要素である」と述べ、「伝統的建造物との関係での景観についてはあるが」とした上で、名古屋地決平成15年3月31日判タ1119号278頁を挙げている。この名古屋地決の事案では、「江戸時代から続く武家屋敷の町並み」が

この「相当な容積と高さを有する」建物につき、明らかにY 1 所有の「本件建物」を指して言っている（最高裁・民集60巻3号228頁をみよ）。大塚説によれば、この「相当な容積と高さを有する」ところのY 1 所有建物（まさしく侵害の源泉そのもの）が、「被侵害利益」として扱われているように読める。おそらく大塚教授は、「本件判決」が「侵害行為の態様」に重点を置き、その結果として「被侵害利益」を「軽く」扱っている、という点を指摘したかったに違いない（大塚・前掲ジュリ79頁の論旨を参照）。それはその限りで、その通りだと思われるが、それにしてもなぜ、最高裁によって「相当の容積と高さを有する」とされる本件被告＝「侵害者」Y 1 所有の建物が、「被侵害利益」となるのだろうか。不可解である。仮に大塚教授が、被害者たる原告X、らの建物を指して「被侵害利益」としての「相当の容積と高さを有する」ことを指摘したいのであれば、その旨ははっきりと明示しておくべきだろう。その点、あまりにもミスリーディングな記述であるように思われる。ともあれ、大塚教授は、「本件では、建築後に条例を改正しており、行政法規との関係では違法とは言い難い事案と解された。具体的な結論との関係では、本判決のこの点が重視されたとみられる」（大塚・前掲ジュリ79頁）、と総括している。かてて加えて「権利濫用」論については、「本件判決」ではY 1 の違法評価の否定のために有益な効果を与え得たのではないかとしつつ、これに対してはY 1 の具体的行為態様の「悪質さ」を指摘し、「権利濫用」の認定の余地はあり得たのではないかと主張する（大塚・前掲ジュリ80頁）¹⁵。要するに、大塚説ではY 1 の「権利濫用」を

ゝ等が「被侵害利益」としての「景観利益」とされている。だから「注25」それ自体は、なるほど意味が通じる文章になっている。ところが本文（前掲ジュリ79頁）では、大塚教授は「被侵害利益としての「相当の高さと容積を有すること」と書かれている。これでは、少なくとも最高裁の明文（民集60巻3号228頁）との関係で、全く意味が通じない。

15 大塚教授は、Y 1 によって再三の行政指導への「非難」及び「悪法活用論」（「悪法も法なり」）という態度が示されていたこと、他方でX 1 らが守り育ててきた「景観」をセールスポイントにしてマンション販売に「転用」したことなどを

理由とする「不法行為責任」（それが「一部撤去請求」を含むのかは必ずしも明示的でないが、おそらく含むのであろう）、及びX 1 らの「差止請求」の根拠として「慣習上の利益」を承認しようとする（大塚・前掲ジュリ81頁参照）。以上の諸点において、大塚説の今後の展開は注目に値するだろうし、同時にその正確な評価にあたっては細心の注意を要しよう。

（b）丸山説

上記大塚説に先立って、2006年7月に丸山絵美子教授の簡潔な判例批評が出されている（「最新判例演習室〔民法〕景観利益の侵害を理由とする不法行為の成否」法学セミナー619号117頁）。ここで丸山教授は、以下のように述べる。——「本判決は、景観利益の内容等を具体的に考慮する以前に、景観利益侵害の場合、最低限、侵害行為が行政法規違反や権利濫用など社会的相当性を欠く行為であることが違法性の承認に必要であるとする。景観問題における行政規制の役割の重要性が改めて認識されるが、行政規制が十全でない場面で良好な都市景観の維持につき私法的に争われるケースに高いハードルを残したという評価も可能であろう」（丸山・前掲法セ117頁。傍点・引用者）。丸山教授の判批は、短いコメントであるが、重要な観点を示している（筆者が傍点を付した部分に、特にそれが示されている）。すなわち、なるほど本件最高裁判決が「景観利益」の、その「法律上保護される利益」としての明確な位置づけを図ったことは、たしかに一歩前進であったろう。しかし、だとしても、それはきわめて「一般論」的な説示として述べられているにすぎない。要するに最高裁は、法的判断として本件「景観利益の内容等を具体的に考慮する」ことをせず、それ以前にほぼ「結論ありき」に近い姿勢をとった、と言える。だから上告人（X 1 ら「原告」）の主張を「公序良俗違反」・「権利濫用」等の融通無碍な「社会的相当性」論によって切り捨てたのである（その点に照らし、「本件判決」を第2審・東京高裁判決同様に

、挙げて、Y 1 の「権利濫用」認定の可能性を指摘している（大塚・前掲ジュリ80頁参照）。

一種の「カーディー裁判」ということもできよう。——本稿の立場〔川角〕）。さらに丸山説では、「本件判決」は上記（融通無碍な「社会的相当性」の）観点を採用することによって、結果的に「行政規制が十全でない場面で良好な都市景観の維持につき私法的に争われるケースに高いハードルを残した」と批判的に捉えられている（丸山・前掲法セ同頁参照）。この点に即して言えば、丸山教授の視点は、本件最高裁判決について前記大塚論文と比べ、よりシビアな見方を示している、と言ってよいのではないか。ただし、丸山教授の論稿には、残念なことに景観侵害差止め論への言及がない（法学セミナーの、1頁のみ使って、もっぱら「不法行為の成否」をテーマとするからには、やむを得ないこととは思われるが）。

（c）前田（陽）説

2006年10月には前田陽一教授の判例研究が出された（「景観利益の侵害と不法行為の成否」法の支配143号88頁以下）。詳細な判例・裁判例の分析に前田説の特徴がある（前田・前掲「法の支配」96-98頁参照）。ただし前田教授の視点は、本件最高裁判決につき、かなり「甘い」のではないか。まず、以下のような認識が示される。——「本判決は、景観利益の侵害による不法行為の成否に関する最高裁として初めての判決であり、結論として不法行為の成立を否定したものの、一般論において、景観利益を民法709条の「法律上保護される利益」として認め、極めて限定的な場合であるが、侵害行為の態様によっては不法行為の成立の余地を認める判示をした点で重要な意義を有する」（前田・前掲「法の支配」95頁）¹⁶。こういう観点から、前田教授

16 この評価に関連して、前田（陽）教授は、本最高裁判決が、「景観権」という権利構成をその「明確な実体性」にかかる判断から否定した態度を、「第2審判決に代表される従来の多くの裁判例の延長線上にある」としつつ、「民法709条の保護法益として景観利益を認める点においては、新たな展開を示している」とポジティブな評価を与えている。この点、最高裁が「新たな展開」を示したことは、どの判例研究においてもほぼ共通する認識である。問題は、前掲丸山判批によって示されたように、最高裁判決が、本件「景観利益の内容等を具体的に考慮する」こと、それ自体を実質的に回避したことにある。それに対する

は、本件最高裁判決に対する一定の「注文」¹⁷をつけながらも、「本判決が

ゝる批判を前提に、本件最高裁判決における差止請求権の成否、及び不法行為損害賠償請求権の成否に関する具体的な「解剖」をおこなうべきであろう。前田論稿では、基本的にこのような視点が欠落しているのではないか。

17 「特に客体（本件景観利益の実体・内容）についてももう少し厳密な議論があった」（括弧内・引用者）とか、「景観利益を不法行為の保護法益として認めた論理展開についても不十分な点がある」として、一定の「注文」がつけられている（前田・前掲「法の支配」101頁）。ちなみに、後者の点につき前田教授は、「本判決は、①景観の客観的な価値を保護することを目的とする条例・法律が存在する。②良好な景観に近接する地域内の居住者は密接な利害関係があるから、法的保護に値する利益を有している。③民法709条は私法上の権利だけではなく法律上保護される利益も保護法益としている、という理由で景観利益を不法行為の保護法益として認めており、①→②、②→③の論理展開（特に後者）に飛躍が見られる」とする（前田・前掲101頁）。潮見佳男教授も、この前田・判批の「論理飛躍」論に賛意を表している。潮見『不法行為法Ⅰ（第2版）』（2009年）249頁注365。確かに最高裁は、主に「景観法」（2004年公布）を前提に①に相当することを認定し、「そうすると」という順接続統詞によって②と結び付けている。その意味で「①→②」は論理整合的である。しかし前田教授（そして潮見教授）のように、「②→③」が「論理の飛躍」と言えるであろうか。最高裁は②に対応する「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」（傍点・引用者）と述べ、すでに「景観利益」を③に対応する不法行為上の「法律上保護される利益」と同等な位置づけを図っている。その上で「ところで」という転換接続統詞を用い、「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）」と述べている（要するに、最高裁は念押し的に「景観利益」が709条の「法律上保護される利益」に含まれることを論じているだけである）。ここに「論理の飛躍」はない。その限りで最高裁は、論理上整合的な「判決理由」を展開している。このような、いわばどうしてもよいことにいちいち「注文」をつける必要はない。そのような「暇」があるのなら、最高裁の立場（「法的判断」＝不法行為法的構成＝「相関関係的利益衡量」判断）それ自体を批判的に考察する姿勢のかけらくらい、示しておくべきであつたらう。ところが本文で後述するように、前田教授は、本件最高裁判決を「バランスのとれた判断」として持ち上げるのである。ちなみに、潮見・前掲書『不法行為法Ⅰ』9頁は、正面から「不法行為に基づく差止め」を「原状回復」ともども承認すべしとして、大塚直教授の見解を持ち上げている。だから、潮見説における「権利論」自

一般論として、景観利益の侵害に対する差止めについては否定する一方で、景観利益を私法上まったく保護されないものとするのではなく、侵害行為の態様によっては不法行為の成立により損害賠償を認める余地を残しつつ、本件においては損害賠償を否定したことは、一つのバランスのとれた判断であろう」とポジティブに評価する（前田・前掲「法の支配」101頁。傍点・引用者）¹⁸。その上で前田教授は、本件最高裁判決の「実務への影響」を論じ、「従来、少数ながら景観侵害に対する差止めを認める裁判例もあったが、今後当面は否定されることになりそうである。その結果、景観利益の侵害については、不法行為に基づく損害賠償責任の可否が争われることになる」（前田・前掲同頁）と、かなり冷静な立場（読みようによっては「妥協的」であり、「無批判的」な立場）を示している。

（d）吉村説

ゝ体、歪んでしまうのである（この点、潮見・前掲書234頁以下も参照）。いかに「歪んで」いるかは、別稿で「論証」する。

18 しかしながら、前田教授の所説を読む限り、本件最高裁判決がいかにして「バランスのとれた判断」をしているのか、論理的な説明（「理由づけ」）はないように思われる。念のためながら、前田教授はこう言っている。——「本判決が一般論として、景観利益の侵害に対する差止めについては否定する一方で、景観利益を私法上まったく保護されないものとするのではなく、侵害行為の態様によっては不法行為の成立により損害賠償を認める余地を残しつつ、本件においては損害賠償を否定したことは、一つのバランスのとれた判断であろう」。——ここで前田教授は、最高裁が「差止請求の余地を否定したこと」に対し、「景観利益を私法上まったく保護されないものとするのでな（い）」とすることをもって「バランスのとれた判断」と言っているのか。それとも「侵害行為の態様によっては不法行為の成立により損害賠償を認める余地を残しつつ」、他方、結論として「本件においては損害賠償を否定したこと」をもって「バランスのとれた判断」と言っているのか。あるいは上記2点を含めて「バランスのとれた判断」と言っているのか。不明である。仮に前田教授が、「差止請求権」の否定はやむを得ないが、「不法行為損害賠償請求権の余地を認めた」のだから「バランス」がとれていてよいではないか、と「判断」されているのだとすれば、前田説は「相關関係説」＝「受忍限度論」＝「違法段階説」の申し子の典型と言わなければならない。なお、この前田説とほぼパラレルな思考方法を示すのが、潮見・前掲書『不法行為法Ⅰ』（前注17）250-251頁の記述である。参照されたい。

その翌年2007年1月、吉村良一教授の判例研究が登場する（「国立景観訴訟最高裁判決」法律時報79巻1号141頁以下）。吉村教授は、本件第1審・東京地裁判決及び第2審・東京高裁判決との対比において本件最高裁判決を論評している。なかでも吉村教授は、本件第1審・東京地裁判決の1年前に出された別訴・東京地判平成13年12月4日（「国立マンション除却命令等請求事件第一審判決」判時1791号3頁以下）の判断に着目している（吉村・前掲法時142頁）。そこでまずは、この別訴・東京地裁の判断から見ておきたい。この別訴・東京地判では、「本件建物」（本件第1審・東京地裁判決で問題となった建物と同一物）につき、「建築基準法68条の2、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7条に違反する部分を是正するために、建築基準法9条1項に基づく是正命令権限を（被告東京都が）行使しないことが違法であることを確認する」との判決主文が打ち出された（行政事件訴訟法上の無名抗告訴訟。括弧内・引用者）¹⁹。その理由は、およそ以下の通りである。長い引用になるが、本件第1審東京地裁判決の再確認の意味をも込め、以下に引いておく。——「国立市においては、このような都市計画法に基づく地区計画として、本件地区計画を定め、その目的は、「都市基盤が整備

19 建築基準法9条1項、同法68条の2（1項）のみ掲げておく。——同法9条1項「特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人（請負工事の下請人を含む。）若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる」（傍点・引用者）。同法68条の2「（1項）市町村は、地区計画等の区域（地区整備計画、住宅地高度利用地区整備計画、再開発地区整備計画、特定建築物地区整備計画、防災街区整備地区整備計画、沿道地区整備計画又は集落地区整備計画が定められている区域に限る。）内において、建築物の敷地、構造、建築設備又は用途に関する事項で当該地区計画等の内容として定められたものを、条例で、これらに関する制限として定めることができる（2項以下略）」（傍点・引用者）。

された地区において、低中層住宅地区及び学園地区の環境を維持保全し、大学通りの沿道の都市景観に配慮したまちづくりを形成すること」と明記され、土地利用の方針について、「低中層住宅地区及び学園地区の住環境と教育環境を維持保全し、周辺の住宅地と調和した緑豊かでゆとりのあるまちづくりを進める。」と規定されている。（中略）〔さらに〕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。（中略）このような場合、景観は、景観を構成する空間を現に利用している者全員が〔景観に関する地域的ルールを〕遵守して初めてその維持が可能になるのであって、景観には、景観を構成する空間利用者の共同意識に強く依存せざるを得ないという特質がある。〔加えて、原告らは〕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益関係を有していること、一人でも規制に反する者がいると、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である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。そして、本件高さ制限地区地権者の景観の利益は、街並みの高さを20メートルにするという客観的数値によって、保護の対象となる利益の範囲及び内容の外延が明確である。そうすると、本件高さ制限地区の地権者の大学通りの景観に対する利益は、本件建築条例及び建築基準法によって保護された法律上の利益に該当すると解するのが相当である」²⁰（亀甲括弧内及び傍点・引用者）²¹。——ここにこそ、前

記大塚説で言われた「公益」と「私益」の「両者の重なり合い」がある、と言わなければならない（対するに「本件最高裁判決」について、「両者の重要な領域が明確に認められた」とする大塚・前掲ジュリ73頁を、本稿前注4ともども参照されたい）。

吉村教授は、上記別訴・東京地裁の判断を特に重視する。その別訴の判断は、ほぼ本件第1審・東京地裁判決でも踏襲されたものである。ただし本件第1審・東京地裁判決は——すでに指摘したように——「建物一部撤去請求」については、これを「不法行為責任（金銭賠償）の特例たる「原状回復請求」」として認容した。このような（不法行為法的「差止め」という）法的構成それ自体、極めていびつであり、大きな問題を抱えるものであった。とはいえ、その際に本件第1審・東京地裁判決は、その理由づけとして「当該地域内の地権者らが一定のルールを設け、互いにこれを遵守することを積み重ねた結果として良好な環境が形成された場合には、地権者らの所有する土地に付加価値が生み出されており、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして景観利益を有する」（吉村・前掲法時143頁）と述べた。その上で、この（個別的利益として把握されるところの）「景観利益」

20 この別訴・東京地裁判決の特徴点は、本件第1審・東京地裁判決の立場であったところの「土地所有権への付加価値」を問題とすることなく、「本件建物」による「景観利益」への客観的侵害を直接認定していることである。ただし本件「景観利益」をもって「本件建築条例及び建築基準法によって保護された法律上の利益に該当すると解するのが相当」という立場であった。この点の「制約」を無視することはできない。にもかかわらず、（公法上の）「保護法規」違反を媒介とした（私法上の）「法的割当て保護」違反に基づくネガトリア的保護請求権（妨害排除請求権）を根拠づけうる立論にもなっていることは、確かである（本稿前記ピッカー説の箇所を確認されたところを参照）。筆者は、このような観点から別訴・東京地裁の判断を重視したいと思う。

21 この別訴・東京地裁の判断は、その控訴審判決（東京高判平成14年6月7日判時1815号75頁）で取り消されたが、本件建物が「本件建築条例の規定する高さ20メートルの制限に適合しない建物である」という実体判断は維持された。ただ建築基準法3条2項の「現に建築…の工事中の建築物」に該当するとして、同条例の高さ制限規定の適用を受けず、建築基準法上適法とされたにすぎない。

が違法に（受忍限度を超えて）侵害された場合には、（不法行為法的構成を介したところの）「建物一部撤去請求」が認められる、とした（ただし吉村教授の論文は、この第1審・東京地裁判決の「法的構成」のあり方自体を必ずしも正面から問題にするわけではない）。これに対し、第2審・東京高裁判決は、本件「環境利益」の主観的感覚性と景観保全主体についての行政本位主義を理由に、かつまたY1の企業上の利益をも斟酌して、第1審・東京地裁の上記判決部分を全面的に取り消したのである。それを指して吉村教授は、「ここには、公共性の担い手は行政であり、住民は、そこに参加することはあっても公共性の主体的な担い手ではないとする伝統的見方があらわれている」と批判する（吉村・前掲法時同頁。なお、第2審判決の問題性については、すでに本稿前編でも詳しく指摘した）。これら両判決と異なり、「本件判決」は「都市の景観は客観的価値を有すること、それらは、景観条例や景観法で保護される価値であることから、土地の付加価値という論理をとることなく、また、景観利益の公共性にも触れることなく直截に、そして「いとも簡単に」（大塚直「国立景観訴訟最高裁判決」NBL834号〔2006年〕4頁）、民法709条の「法律上保護される利益」として、不法行為法による保護可能性を認めた」とする（吉村・前掲法時同頁。括弧内・原論文）。ただし、これに関して吉村教授は——上記別訴・東京地裁判決も実質上これを承認していたように——「景観利益」が「公益としての側面と私益としての側面を併せ持っており、公私のオーバーラップが見られる」点に着眼している（吉村・前掲法時同頁）²²。そして「そうだとすると、景観の私益としての側面において、形成

22 吉村教授は、同旨の見解として、富井利安「意見書」広島法学28巻2号（2004年）147頁等を参照指示している。吉村・前掲法時143頁。なお吉村論文では、本件最高裁判決の立場として「公益と私益を峻別せず」という前記・大塚説（前掲・ジュリ73頁）と異なり、「景観利益」そのものの「法的性質」を「公益としての側面と私益としての側面を併せ持（つ）」といい、だから「公私のオーバーラップが見られる」と言っている。したがって、結論として「（公益・私益の）両者の重なる領域」を認めたとする点に照らし、大塚説の趣旨と同様であるように見える。とはいえ、両説の間には質的差異が存在しうる。なぜなら、吉

され維持されている客観的価値（最高裁判決）としての景観利益の享受を妨害された住民が不法行為法その他の手段により救済を求めることは、十分にありうることではないのか」、と問題を提起している（吉村・前掲法時同頁。括弧内・原論文）。さらに吉村教授は、以下のようにも述べる。すなわち「景観利益は互換的利害関係と相互制約性を有する」点に留意すべきであり、「このことは、地域の土地・空間の利用者である住民は、景観利益に関し、単に良好な景観の利益を受動的に享受するだけではない関係を有していることを意味している」、と（吉村・前掲法時144頁）。そして、以上の見地からすれば、本件最高裁判決が「景観利益の私法上の保護を全面的に否定した控訴審と異なり、私法（不法行為法）による保護可能性を認めたことの意義には大きなものがある」としつつ、しかし「その理由づけにはなお不十分さ」がある、と指摘している（吉村・前掲法時144頁。括弧内・原論文）。また、「景観利益の恵沢を受ける地域住民一般に保護主体性を認めたことには疑問が残る」とし、その理由として「そのことによって主体の範囲が曖昧になるとの批判を招く」と述べ、むしろ「景観の形成・維持に関わることによって初めて、公益でもある景観利益が私人である地域住民にしっかりと係留されることになる」という（吉村・前掲法時144頁）。

次に吉村教授は、本件諸判決の「違法性判断」に目を転ずる。まず、第1審と第2審とで「被告（Y1）の行為に関する評価が180度異なっていること」に注目している（吉村・前掲法時144頁。括弧内・引用者）。すなわち、「第1審は被告（Y1）の行為について「公法上の規制がないということに目を付け、住民や行政らの反対にも耳を貸すことなく、建築を開始し、周囲の環境を無視し、景観と全く調和しない本件棟を完成させ、しかも周辺地権者らが築いてきた景観利益を売り物として、本件建物の販売に踏み切っ

、村説では「景観利益」の「私人である地域住民」への「係留」に重点がある、とも解しうるからである。対するに、大塚説の「重なる領域」論は、かなり平板であり、かつまた「無内容」でもある。

たものであり」、「景観利益を受忍限度をこえて侵害するものであ」と厳しく批判するのに対し、控訴審は、全く逆に、被告には景観を侵害するとの認識はなく、また、「私企業が合法的に営利を追求するのは企業論理として当然のことであり」、本件建物の建築・分譲は、高値で取得した土地を企業として最大限有効に活用し経済的利益をあげようとしたやむを得ない行為だとする」、と述べる（吉村・前掲法時144頁。括弧内・引用者）。そのような第1審と第2審とで見解の相違をもたらした主要な原因を、吉村教授は、「建築自由の原則」に求めている。その際、吉村教授は「相隣関係」法理を直接問題にするわけではないものの、「（所有権の）目的物が土地の場合、土地の利用は近隣に対して様々の影響を直接・間接に与えることから、果たして、土地所有権の機能として「建築自由の原則」を貫いて良いかどうかについては疑問がある。とりわけ、都市における環境問題の現状を見ると、この原則には再考の余地がある」、という（吉村・前掲法時同頁。括弧内・引用者）。そして「その場合大切なことは、建築を制限するルールには、法律や条例だけでなく、地域の協定、慣習、さらには住民が作ってきた不文律の約束事といった社会的ルールが含まれうることである」とする（吉村・前掲法時同頁）²³。なお吉村教授は、本件最高裁判決における「違

23 このような関連において、吉村教授は、名古屋地裁決定平成15年3月31日判タ1119号278頁の判断に着目している。同決定では差止請求につき、以下のように論じられている。——「債権者〔地域住民〕らの被保全権利が、個人的な私的権利である財産権を根拠とする景観利益ではあるにせよ、そもそもかかる権利と矛盾衝突する相手方債務者〔マンション業者〕の権利もまた財産権なのであるから、裁判所においては、その矛盾衝突を調整すること、つまり広い意味では、相互の権利の優劣等について利益衡量を行い、それによって、紛争解決基準を打ち出せば足りるというべきである。（未だ実定法上明確な根拠がない）景観利益の主張だからといって、その内実等を十分に吟味検討しないまま、そもそも取るに足りないものであるなどと即断するがごときは許されない。もっとも、権利性があることと、差止め可能性とは一応別個の問題ではある。被保全権利が、財産権であれば、その維持等については、理論的には、金銭賠償によって担保されるべきであって、差止めまで許すべきではないとの考え方もあり得るからである。しかしながら、後記のとおり、金銭賠償のみによっては到底まかな

法性判断」をあくまで問題視している。そのわけは、こうである。——「最高裁判決は、「法律上保護される利益」である景観利益の侵害が違法となるかどうかの判断に当たっては、被侵害利益である景観利益の性質と内容、侵害行為の態様や程度等を総合的に判断すべきであるが、本件の場合、高さと容積「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がたい」ことと、「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」ことから、違法性を否定している。このような最高裁の判断は妥当であろうか」（吉村・前掲法時144頁。引用文中・「」内は原論文）。なかでも吉村教授によれば、次の点が批判の対象とされる。すなわち「最高裁判決は、（本件建物の）高さや容積の点を除けば「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がたい」とするが、ここで問題に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、この建物が周囲の景観に相当程度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」（吉村・前掲法時145頁）と、かなり手厳しい。この点、筆者（川角）は全く同感である。そして「景観利益が果たして、最高裁の言うように、刑罰法規や公序良俗違反などのような「社会的に容認された行為としての相当性を欠く」侵害行為の場合にのみ違法とされる弱い利益なのかどうかには疑問もある。いずれにしても、最高裁が景観利益保護に課したハードルは高すぎるのではないかと批判する（吉村・前掲法時145頁）。この点についても、筆者は、吉村教授の指摘を正当なものであると

ㄨ うことのできない性質をも保有している場合には、財産権であっても、差止め請求を認めて良い場合はあり得よう」（亀甲括弧内・引用者）。こうして、本決定は原告・被告双方の利益・権利が「衝突」する場合の「利益衡量」の必要性を認め、また一応「違法段階説」的発想にも留意している。しかし、実質的にはそれを克服して純然たる「差止請求権」許容の態度を明示しようとしているように思われる。

考える。

（e）池田（計）説

さらに同じ年、2007年2月に池田計彦弁護士の判例批評が出た（「最高裁判決2006——弁護士が語る・「認められた景観利益」国立マンション訴訟」法学セミナー626号14頁以下）。池田弁護士は本件原告弁護団の一人である。それゆえ、興味ある事実が述べられている。たとえば、別訴・東京地判平成13年12月4日判決（本稿・前掲「行政事件」）が本件景観にかかる「互換的利害関係論」を打ち出していたところ、これは、原告弁護団のもう一人（白井弁護士）が山本隆司教授からドイツでの「互換的利害関係論」を聞きつけ、それを上記別訴で主張したことに端を発している、とする。そして、その「互換的利害関係論」を別訴・東京地裁判決が受け入れ、さらに本件第1審・東京地裁判決でも同様に承認された、と述べる（池田〔計〕・前掲法セ15頁）。また「（本件「景観訴訟」の）民事訴訟では、一部撤去となっても建築主に不測の損害を与えるものではないことや中高層マンションの特質を踏まえた受忍限度論を強調すること等に重点を置いた」とも述べられている（池田・前掲「法セ」同頁。傍点・引用者）。また第1審・東京地裁の裁判官（宮岡章裁判長）が現地視察に訪れ、大学通りの清掃活動に日常的に取り組んでいる住民（原告）らの声を直接に聴取した事実も指摘されている（池田〔計〕・前掲法セ16頁）。さらに、原告弁護団として力点を置いたのは、あくまで「高さ20メートルを超える部分は違法であるので建築条例適用内の地権者の原告の受忍限度を超えるものとして撤去」を求める、とするものであった、とも述べられている（池田〔計〕・前掲法セ同頁）。この点、この本件原告弁護団の姿勢は、少なくとも直截に不法行為法的構成に基づく「撤去請求」ではなかったことが示されている。ただしそれは、どちらかといえば曖昧であり、端的に「明示」されてはいなかった。むしろそれは、澤井教授等の主張される「複合構造説」に近い請求であったのであり、その限りで「受忍限度論」を強調した、と見るのがより自然である。そのよ

うな点を含め、池田弁護士の「判批」は興味溢れる記述で充ちている。ともあれ、上記の観点から、池田「判批」は、第1審・東京地裁判決の「不法行為法的構成」の問題性には直接触れず、もっぱらその結論（「一部撤去命令」の判決を下したこと）を高く評価したものとなっている（池田〔計〕・前掲法セ同頁参照。括弧内・引用者）。そして、Y1による「控訴」を受け、「訴訟が進むにつれて最先端の知識が要求されるようになり、大西信也さんのご尽力で多くの学者・実務家の方からご教示と意見書をいただいた」、と述べられている（池田〔計〕・前掲法セ17頁。おそらくこの時点で、原告側から富井利安教授・淡路剛久教授の意見書が東京高裁に提出されたものと思われる）。しかしながら、結果的に控訴審で全面敗訴し、さらに最高裁でも「景観利益は認められたものの被害救済という面においては実質的には進展はないに等しいものであった」（池田〔計〕・前掲法セ17頁）、という。そして最後に、池田弁護士は「感想と今後の課題」として、以下のように記している。——「建物の高さ規制が各地でなされ、景観法制定促進の要素となるなど一連の裁判で成果が得られたのは、まずは国立の住民の一種住専運動をはじめとする熱心な景観形成・保全活動や前記長期間にわたる市民の清掃活動などの努力があったからであり、同時に各地における住民と行政の景観形成・保全活動があったからである。（中略）弁護団も（中略）ほぼボランティアで、皆、各人に許された時間を目一杯使って懸命に訴訟活動をした。（中略）京都の竹の里の景観保全訴訟の方々とも励ましあった²⁴。（中略）事前の景観保全

24 ちなみに筆者も、1996年から2000年にかけて、京都市西京区竹の里地区に住していた。したがってマンション建築差止請求事件（京都訴訟）は、よく知っている。京都市の「まちづくり市民会議事務局代表」の中島晃弁護士の報告によると、閑静な洛西竹の里地区に高さ20メートル7階建てのマンション建築計画が構想され、問題となったのは、2003年初頭である。その後、住民等の高さ制限の要請に業者が耳を貸さず訴訟係属。2004年（平成16年）3月の京都地裁判決で原告住民らの請求棄却。2005年（平成17年）3月の大阪高裁判決で控訴棄却、さらに2006年（平成18年）5月最高裁上告棄却決定により原告の敗訴が確定した。しかし住民らの京都市に対する粘り強い働きかけにより、その後メ

の重要性を痛感した。被害救済については、景観利益の要保護性を高め、同時に、高層マンション建設の特質等を考慮して適正・公平な違法性判断基準に到達することが今後の課題である」（池田〔計〕・前掲法セ17頁。傍点・引用者）。

ともあれ、原告弁護士団が「受忍限度論」を採用した事実を含め、この池田（計）「判批」には、当事者ならではの幾つもの貴重な証言が示されている。本稿は、なによりこの点に最大の留意を払いたい。

（f）大塚説〔その2〕

同年3月、大塚直教授の簡潔な判例批評が出ている（大塚「良好な景観の恵沢を享受する利益の侵害と不法行為の成否」法学教室2007年3月号〔判例セレクト2006〕25頁）。そこで大塚教授は、本件最高裁判決が初めて「景観利益」（「良好な景観を享受する利益」）を「法律上保護される利益」（民法709条）とした点に注目すると共に、これが従来の見解（「環境＝公益」論）を「打ち破る」ものである、と評価している（大塚・前掲「教室」25頁）。そして既存の「環境＝公益」説を、「考え方としては自然享有権説に近い」としつつ、「相関関係説」を媒介に民法（不法行為法）上の保護可能性を認めた本件最高裁判決につき「権利濫用と解する要素がなかったかには、議論の余地がある」とする（大塚・前掲「教室」同頁）。この点、すでに本稿でも触れたところであるが、それ以外の論点（差止請求権に関する判断・「慣習」の重視等）に

ゝ京都市新景観政策に基づく都市計画審議会議決（2007年3月19日）によって、竹の里地区での建築物の高さ15メートル上限の規制が議決され、業者はそれにしがった。上記の点につき、さしあたり以下のHPを参照。http://www.machikaeru.com/_userdata/kyoto_nakagima.pdf#search。なお、筆者が2000年7月以降転居した京都洛西・桂坂地区でも、古墳群地域に5階建てマンションの建築計画がもちあがり、それに反対する住民運動が組織された。幸い、今のところ、上記マンション建築計画は頓挫したようである。ともあれ、日本全国で「景観利益」に関する紛争が存在し、現在もなお住民運動等（裁判闘争も含めて）が展開されている。本稿「国立景観訴訟」論は、そのような運動の存在を背景に書かれた、という側面をもつ。

についても、すでに大塚・前掲ジュリスト1323号（2006年）で示されたものとほぼ同様である（大塚・前掲「教室」同頁参照）。

（g）吉田（克）説〔その1〕

同年4月には、吉田克己教授の判例研究が登場した（ジュリスト増刊臨時増刊『平成18年度重要判例解説』〔2007年〕83頁以下）。そこで吉田（克）教授は、第2審・東京高裁判決との対比で本件最高裁判決の重要性を、まずは前面に打ち出している。すなわち「本判決は、原審判決とは異なり、法的保護に値する景観利益の存在を明示的に承認した。この点に本判決の大きな意義を認めることができる（大塚・後掲②〔大塚・前掲ジュリ1323号〕73頁）」と（吉田〔克〕・前掲「重判」83頁。亀甲括弧内・引用者）。さらに吉田（克）教授によれば、「この結論だけでなく、（最高裁の）判旨が結論を導く論理も注目に値する」（括弧内・引用者）とされ、以下のように述べられる。——「（1）景観は客観的なものか、それとも見る人によって評価が分かれる主観的なものか。主観的なものだとすると、それを法的保護の対象にするのは難しい。実際、原審判決は、景観評価の主観性を強調し、その結果として、法的保護に値する景観利益の存在を否定した。これに対して、本判決は、〔その〕判旨において、明確に景観の客観的価値を承認している。（2）〔最高裁の〕判旨は、景観の客観的価値を承認するに際して、各種の景観条例と景観法を挙げる（中略）。これら法令は、個人の景観利益を直接の対象とするものではなく、公共的利益としての景観の保護を目的とする。したがって判旨の述べる景観の客観的価値とは、まずもって公共の次元に属する価値だと理解すべきである。それでは、このような公共的利益が、いかにして私人が享受する利益として法的保護の対象になるのか。判旨は、上記の説示に続いて、良好な景観の恵沢を日常的に享受している者は、景観の客観的価値侵害に対して、「密接な利害関係を有するものというべきであ」と判示する（中略）。景観は、公共的性格を有するにもかかわらず、あるいはそうであるがゆえに、私人の利害にも関わり、それを享受する利益は、私人（龍法 '18）51-3, 524（1946）

にも帰属するのである」（吉田〔克〕・前掲「重判」83-84頁。傍点及び亀甲括弧内・引用者）。以上の観点を踏まえ、吉田（克）教授は、本件最高裁判決が「公共的利益と私的利益との二重性」²⁵を「承認するものとも評価し得る」とした上で、このような「二重性」は「ある意味では当然の事理」としつつ、「しかし、公私峻別論に立脚する従来の裁判例は、容易にはこれを認めなかった」とする（吉田〔克〕・前掲「重判」84頁。この点、再度「公益と私益を峻別せず、両者の重なる領域を明確に認めた」〔前掲ジュリ73頁〕とする大塚説が想起される必要がある。上記吉田〔克〕説は、大塚説とほぼ同様な認識を示しているように見える）。それとの関連で、本件第2審・東京高裁判決の立場が批判的に引用されている（吉田〔克〕・前掲「重判」84頁）。そして、そのような流れの中で本最高裁判決を位置づけるならば、「本判決は、公私峻別論に拘泥せずに（大塚・後掲②〔大塚・前掲ジュリ1323号〕73-75頁）、景観にかかわる各種法令から、法的保護に値する私人の景観利益を導き出したのである（中略）」（吉田〔克〕・前掲「重判」同頁。亀甲括弧内・引用者）。さらに引き続いて吉田（克）教授は、この点に関する本件最高裁判決と第1審・東京地裁判決との相違点を、次のように指摘する。——「第1審判決は、土地所有権への付加価値を媒介として、景観利益の法的保護を認めていた。これに対して、本判決は、上述のように、景観の客観的価値の享受から直接的に景観利益の法的保護を導いている。第1審判決の財産権的把握と異なり、景観利益を人格的利益にかかわるものとしてとらえるわけである（大塚・後掲②〔大塚・前掲ジュリ1323号〕75-76頁）。正当な把握である」（吉田〔克〕・前掲「重

25 この「公共的利益と私的利益との二重性」につき、吉田（克）教授は、同教授の著作『現代市民社会と民法学』（1999年）246頁の参照を指示している。そこで吉田教授は、広中秩序論に依拠して「〔生活利益秩序〕という「人格秩序」との位置関係で特殊に語られるところの〕外郭秩序の領域では、公共的利益（市民総体の利益）と私的・個別的利益とが、分離・対立したものではなく、オーバーラップし、二重性を帯びたものとして現れる」とされている。広中秩序論の「展開」として、重要な指摘である。

判」同頁。亀甲括弧内・引用者)。さらに吉田教授は、「景観の享受には、「既存景観享受型」と「景観共同形成型」がある」と指摘した上で、第1審判決は本件の「景観共同形成型」的な把握に成功していたが、それに対し本件最高裁判決は、「本件の景観が地権者らの自己規制・努力によって形成されてきたという本件の特徴を十分に把握しきれない憾みがある」とも述べる(吉田〔克〕・前掲「重判」同頁)。ちなみに本最高裁判決は——すでに本稿で指摘したように——その「違法判断」のレベルで本件「景観利益」侵害がいわゆる「公害」型の生命侵害・健康侵害等と比べて「軽い」、と位置づけていた(その帰結として——「相関関係説」・「受忍限度論」的利益衡量を媒介に——本件Y1の行為の「違法性」を否定したのである。民集60巻3号227頁を参照)。この点につき吉田(克)教授は、「判旨は、生活妨害や健康被害と対比させる形で景観利益を捉えており、景観利益侵害による不法行為成立をより限定的に考えていることが明らかである」と述べている。その上で「この基準の下で、Xらの請求を棄却する原審判決が維持された(中略)。この基準は、やや厳格にすぎるといふべきである」、と批判的に把握する(吉田〔克〕・前掲「重判」同頁)。

にもかかわらず——吉田(克)教授の観点によれば——以下の2点で本件最高裁判決の積極的意義が承認されるべきである、とされる。第1に、「判旨は、刑罰法規や行政法規違反行為がそれだけで民事上も違法になるものと想定している」ところ「従来の判例法理においてそのような理解が採られていたわけではない」とした上で、著名な「世田谷日照妨害事件」(「砧町日照権事件」最判昭和47年6月27日民集26巻5号1067頁)で、最高裁が「建築基準法違反だけでなく、工事施行停止命令や違反建築物除却命令にもかかわらず建築工事を強行したことと合わせて、建築行為の違法性が肯定されている」。これに対して「本判決の基準は、建築基準法違反だけで違法性を認める方向を向いている(大塚・後掲②〔大塚・前掲ジュリ1323号〕79頁)。これも、公私峻別論に拘泥しない本判決の態度を示すものである」(吉田〔龍法'18〕51-3, 526(1948))

〔克〕・前掲「重判」84頁。亀甲括弧内・引用者）。さらに第2に、「判旨は、公序良俗違反や権利濫用に該当する場合にも、景観利益侵害の違法性を認めている（中略）。とりわけ公序良俗概念は、生活環境侵害ケースにおいてより積極的な役割を果たす潜在的可能性を持っている」、と評価される（吉田〔克〕・前掲「重判」同頁）。なぜなら「公序良俗概念」は、第1審の「地権者の相互的拘束論と呼ぶべき論理」を介して、「地域のルール」に対応する「地域的「公序」」に繋がりを有するからである、とする（吉田〔克〕・前掲「重判」同頁）。こうして吉田教授は、その判例研究を次の文章で締めくくっている。——「本判決が挙げた「公序良俗」は、このような地域的公序を含めた広い意味で理解すべきである。そうすることによって、本判決は、今後の景観紛争さらには生活環境紛争の解決にとって重要な意義を獲得するであろう」（吉田〔克〕・前掲「重判」84頁）。

以上の吉田（克）教授の判例研究には、幾つもの啓発的な観点が示されている。第1は、本件最高裁判決が初めて「景観利益」を「客観的価値」を有するものとして承認した、ということである（確かに、この最高裁の立場は、本件第2審・東京高裁判決の「景観＝主観性論」とは真っ向から対立する重要な判断であった）。同時に吉田教授は、この「客観的価値」としての景観利益把握が、最高裁により「各種の景観条例と景観法」の評価を通じて実現されるべきものと解されている、と捉える。それによって吉田教授は——上記「景観条例・景観法」が——「個人の景観利益を直接の対象にするものではなく、公共的利益としての景観の保護を目的とする」とした上で、本件最高裁判決も「景観」の「公共的利益」性を前提としたものであり、かつ同時に私的利益の（不法行為法的な）保護の可能性を検討するものであるから、「公共的利益と私的利益との二重性」を「承認するものとも評価し得る」、とするのである。なるほど、その側面（上記「二重性」の承認）は一応否定しえない。ただし、判決文の正確な理解という観点からはどうであろう。最高裁判決は、まず端的に「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」と述べている（民集60巻3号225頁）。ところが最高裁は、それを根拠づけるため「国立市の景観条例」及び「東京都景観条例」に着目し、さらに「景観法」（2004年6月18日公布）の趣旨を重視している（民集60巻3号225-226頁）。そして、「そうすると」という一種の順接接続詞を用いて、「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（「景観利益」）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」（民集60巻3号225-226頁。亀甲括弧内及び傍点・引用者）と述べる。以上の本件最高裁の判決文の論理は、それ自体「非論理的」側面をもつ。なぜなら「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」という判断は、それ自体すでに「法的」なものであるべきであって、「公法上の根拠（「景観条例」や「景観法」など）」がその根拠となり、あるいは前提条件になるとは——上記引用文そのものにおいては——ひととも言っていないからである。「以下述べる限りにおいて」などの限定句もない。だとすると「本件判決」は、文字通り端的に「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」、と判示したものと読み取るべきことになる。これ自体直截に「私法上の保護」の根拠を与えるべきものであった。にもかかわらず最高裁は、あたかも「行政法的思考優位」に従う形で、「景観条例」や「景観法」をわざわざ持ち出している。そして「私法上の保護」（最高裁の論理でいけば、もっぱら「不法行為法上の保護」）が、実質上いわば「反射的」に認められることがあるにすぎない、と言っている。その限りで、本稿の理解によれば、上記「本件最高裁判決」の「論理」は、その文理解（龍法 '18）51-3, 528（1950）

釈として、すでに「非論理的」側面をもつことになる。言い換えれば、すでに前記大塚説〔その1〕の箇所でも本稿が指摘したように、最高裁が「公益と私益を峻別せず、両者の重なる領域を明確に認めた」（大塚・前掲ジュリ73頁）ものとは断定し得ないのである（この点、特に本稿前注4の後半部も参照されたい）。だとすると、吉田（克）教授が言われる「判旨は、景観の客観的価値を承認するに際して、各個の景観条例と景観法を挙げる」という記述は、その限りでその通りかもしれないが、それに繋げて「公共的利益と私的利益との二重性」を「承認するものとも評価し得る」と書かれたのは、やや不正確であるように思う。この点、最高裁は、一方で「景観条例・景観法」の評価とは無関係に、ストレートな形で「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」と述べてつつ、他方、いとも無頓着な形で、その「実質的根拠」として「景観条例・景観法」の趣旨を挙げている。その後者の観点を踏まえる限り、あくまで最高裁の「論理」の前提にあるのは「行政法的思考優位」の思想、である。その意味において、本件最高裁判決は、「公益」と「私益」との<二重性>を、ストレートに認めたものではない（だから大塚説のように「峻別せず」、とも言えない）。しかるに、最高裁は「そうすると」という接続詞でもって「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する者は、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」として、「これらの者」が「景観利益」をもち、それは「法律上保護に値する」、と述べている（民集60巻3号226頁）。そうだとすると、ここで言われる「良好な景観が有する客観的な価値」とは、あくまで「景観条例・景観法」等の行政法規の裏づけをもつ限りで「客観的な価値」が承認されるにすぎない、と言っていることと同じになろう。ならば、その前に出てくる「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」という言葉は、一体何を意味するのか。この文章からは、「都市の景観」が「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」、もって「豊かな生活環境を構成する」場合には、その「景観」は「客観的価値」を「有する」、としか読めない。本稿の立場からするなら、この「客観的価値」は、それ自体「法律上保護に値する」。ところが最高裁は、かなり曖昧な形で行政法上の「景観条例」・「景観法」等の評価を、いわば無媒介的に介入せしめている。そして、「そうすると」以下で出てくる「客観的な価値」は、すぐれて行政法規に根拠をもつものとして、すでに内在的に「制約」されているとしか、理解できない。要するに、ここで最高裁が言う「客観的価値」とは、いわば枕詞的に宙に浮いた「コトバ」でしかない。だからこそ最高裁は、「景観利益」の「保護」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」（民集60巻3号227頁）と明言しているのである。しかも、このような「行政法規」や「条例」そのものを、我妻「相関関係の違法判断」と直結させてもいる（民集60巻3号227頁参照）。だから、本稿で筆者（川角）は、最高裁が「本件判決」で「公益」と「私益」の実質的な「二分化」をはかり、前者（「公益」）優位の発想の下で＜階層化・序列化＞せしめている、と評したのである（本稿前注4末尾を参照。むしろ「我妻・相関関係説」をパイプとして、「私益」を「公益」に従属せしめている）。したがって、上記の点に関する吉田（克）教授の見立ては、大塚教授のそれと同様、かなり協が甘いように思われる。ともあれ、私見の立場からすれば、「景観条例」や「景観法」の趣旨は、およそ本件「景観利益」（本件第一審の事実認定による限り、すでに私法上「客観的価値」が承認されたもの）が「法律上保護に値するもの」と解するための、＜補強材料＞として位置づけられるべきものであり、それら「行政法規」が——たとえ民主的な手続を踏んでいたとしても——「本件判決」のように「第一次的なもの」とされる必然性はない、と考える。「行政法規」以前に、すでに私法上の権利保護・法益（龍法'18）51-3, 530（1952）

保護」が存在し、かつ原則肯定的に＜評価＞されうる、と考えるからである。したがって、「公私協働」論自体積極的な意味をもちうるではあるが、それ以前にすでに、「行政法規的保護」よりも前に、「私法上の保護」（「市民法」の価値基準に照らした保護）が法論理上、厳格に＜確保＞される必要がある²⁶。ともあれ、吉田（克）教授は「判旨の述べる景観の客観的価値とは、まずもって公共の次元に属する価値だ」（傍点・引用者）とするのであるが、そのような理解は、少なくとも本件最高裁判決の理解としては、問題を含むと言わざるをえない。「景観の客観的価値」そのものが、「公共の次元」より前に、すでに法的に保護されるべきものとして「在る」から、である。むろん、いかに「客観的価値」を有するかは、もっぱら事実認定の問題であり、原告「住民」側が主張・立証すべきことであろうが。いずれにせよ、ここには吉田教授によって指摘される「公共的利益と私的利益

26 この点につき、中村哲也「民法上の法形成と民主主義国家形態」（2010年）同『民法理論研究』（2016年）328頁以下、特に352頁以下が、重要な指摘を行っている。すなわち中村教授は、「景観利益における民法の一般法的性格把握の意義（公法私法二元論の問題性）」（傍点・引用者）を説きつつ、「市民社会の展開に対応する民法の性格」に着眼し、よって——いわゆる「公私協働論」を批判しつつも——とりわけ最高裁を初めとする裁判官的法思考における「行政法規第一次主義」を徹底的に批判する（中村・前掲書342頁以下、352頁及び355-357頁参照）。筆者（川角）の理解によれば——ここで詳論はできないが——「市民社会の展開に対応する民法の性格」とは、歴史的な使命を担って登場した＜近代市民社会＞に普遍的に通貫する「市民法」の「性格」、つまりは市民法的「価値基準」そのものの歴史的かつ論理的な「評価」を媒介にして、初めて「性格」づけられるものと合致すべきものである。それは、「現代社会」における民法上の新たな諸問題を、「現代社会」の基盤となったところの——それゆえに歴史的連続性をもつところの——「近代市民社会」における法的価値基準（法主体「市民」の平等と自由・自律、及びそれらの連携によって創造される新しい「権利」・「利益」の法的な性質確定作業）と絶えず突き合わせて、両者間の「相互往復運動」の帰結として確認されるところの上記「市民法」的な「性格」の内容を「発見」することに繋がるべきものであろう。そして、この＜複眼的・相互往復的＞思考形態は、いわゆる「市民法から社会法へ」・「近代法から現代法へ」という単線的思考形態と真向から対立するものであり、かつそのように「対立」せしめられるべきものであろう。

との二重性」が、どちらかと言えば直線的に（「無媒介的に」*unmittelbar*）描き出されているのではないか（この点、再び本稿前注26を参照されたい）。それと関連することだが、吉田教授の所説には、さらに次のような第2の疑問を痛感せざるをえない。

すなわち第2に、吉田（克）教授は「公序良俗概念」の活用可能性を本件最高裁判決のうちに読み込んでいる。そのような観点から、吉田教授は、「地域的ルール」＝「地域的「公序」」の重要性を説示する。そしてそのような（地域的「公序」に関する）発想が、本件最高裁判決に、いわば「潜在」していると言いうる、とする立場を示す（吉田〔克〕・前掲「重判」84頁では、「潜在的可能性を持っている」と記されている）。かくて今後、本件最高裁判決の「重要な意義」が、そのような意味合いで——つまりは「公序良俗概念」の活用の下で——「獲得」されるであろうことを、吉田教授は強く期待されている。これは、先の「公共的利益と私的利益との二重性」テーゼとの関連で、文字通り「二重」の問題性を含む。まず第一に、「地域的「公序」」を、本件最高裁判決的な意味での「公序良俗概念」とのコロラリーで捉えることの問題性について指摘されて然るべきである。この点、最高裁は、「公序良俗概念」を（「権利濫用」概念ともども）、明らかに違法性判断レベルでの「相関関係説」＝「受忍限度論」的な衡量ファクターとして理解し、適用している。このような観点は、特に公序良俗違反を権利濫用とセットで運用してきた戦前の大審院判決以来、最高裁も一貫して引きずってきた伝統的立場であった²⁷。また戦前、学説においても、一般条項的で、かつ融

27 以下に、関連する先例を列挙しておく。大判昭和15年1月27日法律学説判例評論全集29巻民法298頁（民法392条の「異時競売」のあり方に関する紛争につき、当該競売を「権利ノ濫用アリトシ又ハ公序良俗ニ反スルモノト爲スヲ得ス」として容認した判決）、大判昭和16年9月12日法律新聞4730号6頁（「期間ノ定ナキ賃貸借契約ニ於テ」、「右解約ノ申入ヲ爲スコトカ其ノ當時ノ社會状態ニ於テ公序良俗ニ反シ許容スヘカラサルモノナルトキハ之ヲ権利ノ濫用トシテ無効ト解スヘキモノト謂ハサルヘカラス」とした）。さらに戦後、最高裁は、一般論としてではあるが、次のように述べた。——「権利の行使が社会生活上到底認容

通無碍な「公序良俗違反」と「権利濫用」のセット論がきわめて有力化していた²⁸。このような最高裁的「公序良俗概念」と吉田（克）教授の「地

ゝし得ないような不当な結果を惹起するとか、或は他人に損害を加える目的のみでなされる等公序良俗に反し道義上許すべからざるものと認められるに至れば、ここにはじめてこれを権利の濫用として禁止するのである（民法一条）」（最判昭和31年12月20日民集10巻12号1581頁〔宅地明渡等請求上告事件〕。傍点・引用者）。また著名な大阪国際空港騒音差止請求等事件大法廷判決（昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）において、最高裁が、原告らの「慰謝料請求」を認容した原審判決（大阪高裁判決）を破棄したことは周知に属するところ、その補足意見（裁判官・栗本一夫、同・藤崎萬里、同・本山亨、同・横井大三）の中で次のような判断が示されている。——「慰謝料請求権を根拠づけるにあたって、加害行為が刑罰に触れる行為、公序良俗に反する行為等それ自体客観的に違法な行為であることが明らかな場合には、これによって生じた被害の内容・程度は慰謝料の額を決定する一要因たるにすぎないのであるが、本件のようにそれ自体としては一般に許容されている活動〔空港騒音拡散行為を指す〕に伴う被害の発生が問題とされている事案においては、Xら各自の受けている被害の内容・程度と加害原の内容・性質との相関関係によって、加害行為が違法といえるか否かが決定されるのである。したがって、加害行為が違法か否か、すなわち、慰謝料請求権が認められるか否かの判断は、被害の内容・程度の確定なくしてはなしえないものといわなければならない」（傍点及び亀甲括弧内・引用者）。この「補足意見」の実質的内容も、「公序良俗違反」と「権利濫用」との一種のセット論にほかならない（「権利濫用」という言葉がなくても、そう言うべきであろう）。

28 たとえば、末川博「権利濫用に関する一考察——煤煙の隣地に及ぼす影響と権利行使の範囲」同『権利侵害と権利濫用』（1970年。原論文初出は1919年〔大正8年〕）118頁以下、特に131頁では「権利濫用論」につき牧野英一教授・末弘厳太郎教授の所説が引用され、さらに132頁では「一切の公序良俗に反する権利行使の場合に、権利の濫用を認むべき結果とならむ」として末弘教授、松本烝治教授の見解が引用されている。さらに末川教授は、その論文末尾でこう言っている。——「権利行使が適当なる範囲を超脱したるものなりや否や〔「権利濫用」の成否〕を決するには（中略）特に経済的觀察を加味せる一般的社会の見解に従ひ、あらゆる成文法規の根基を成せる全般的なる目的理念に鑑みて、明白に公序良俗に反するや否やによりて、之を決せざるべからず」（傍点及び亀甲括弧内・引用者）。これは、末川教授の若き時代の処女論文にあたるものである（著名な「信玄公旗掛松事件大審院判決」に関する論稿）。その底流にあるのは、ほぼ牧野英一教授の「公序良俗」論及び「権利濫用」論、ないし両者の混交したものであった。ちなみに我妻栄教授は、その牧野「公序良俗」論を指して、「そ

域的「公序」が、その内面において如何に接続しうるのか、大いに疑問である。したがって第二に、吉田教授の「地域的「公序」」概念は、むしろ民法1条1項の「公共性」判断の所産としての「市民的公共性」の一部をなすものとして把握する方がより論理整合的ではないか、という問題が生じうる²⁹。なぜなら、吉田教授ご自身、その別稿で次のように言われるからである。——「問題は、現代の日本社会において、公共団体が市民の利

ゝの「公序良俗」の切れ味は正に「天衣無縫」のおもむきがあった」と述べている。我妻「牧野英一先生の思い出」『書齋の窓』189号（特集「牧野英一先生を偲ぶ。1970年）10頁以下、特に14頁。さらに、「公序良俗違反の行為が違法性を帯びるといふ理論の特殊の適用は権利の濫用である（中略。そしてこのような発想は）個人主義的権利本位の民法に於ては考へられざる觀念であり…近時の社會本位の法律思想の特色」である、というのが我妻『事務管理・不當利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）144頁の基本的な観点であった。かくて末川理論も、我妻理論も、基本的に牧野英一「民法理論」（公序良俗論・権利濫用論）の枠組みを、ほぼそのまま踏襲し、継承している。なお、牧野英一教授の当時（特に大正デモクラシー期）の見解につき、最近、筆者は、別稿で若干の考察を試みた。拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（二）——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉、一つの素描」龍谷法学50巻1号（2017年）261頁以下参照。

29 たとえば、池田恒男教授は、とりわけ1970年代以降のわが国「市民法論」（「現代市民法論」）の到達点として、「出自の異なる学説」によって「期せずしてようやく「市民社会」と「市民法」という本来の民法の原点を共有しようとしている」、という基本認識を示す。そして池田（恒）教授は、結論的に以下のように述べる。——「民法1条1項〔公共の福祉〕規定」は、その生い立ちに問題はあっても、「公共社会＝市民社会」としての政治社会を貫く「公序（public orders）」との関係性において理解を深めるべき課題に満ちている。このような問題の設定の仕方が民法典の次の百年に向かう今日、ようやく確かな地歩を占める条件が整いつつあると言えよう」（亀甲括弧内・引用者）。ここには、きわめて重要な観点が示されている。特に池田教授が、民法1条1項の「公共性」を市民社会の論理にのせて「公序」（public orders）と関連づけている方法的視点は、見逃せない。池田（恒）「日本民法の展開（1）民法典の改正——前三編（戦後改正による「私権」規定挿入の意義の検討を中心として）」広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅰ・全般的考察』（1998年）41頁以下、特に115-116頁参照。私見によれば、これはジョン・ロック的な「利益」＝「労働による所有」を保護するために「公」的＝国家権力が「私」に従属すべきとする観点に、相通じる。

益を擁護するために期待された任務を果たしているとは、到底いえないことである。それどころではない。日本においては、とりわけ高度経済成長の過程での国の開発志向型の政策や、それに追従する地方公共団体の施策によって、環境破壊が助長されてきた、と見られるのである〔ここで吉田教授は、宮本憲一教授や山村恒年教授の論稿を参照指示している〕。そのような状況を踏まえれば、市民自らのイニシアティブによって、自己の環境に対する利益を擁護し、さらには環境自体の保全を図る取り組みが、特殊に現代的な意義を持っている、というべきである。民事訴訟の提起が、そのような取り組みの重要な形態になるであろう。さらに、このような民事訴訟の提起による市民の環境への関わりは、単に公共団体が本来の役割を果たしていないという消極的な理由だけから正当化されるものではない。それは、生活環境形成における市民の主体性・自律性の重視という観点から、より積極的に位置づけられるべきものなのである³⁰（傍点及び亀甲括弧内・引用者）。このような吉田教授の見解は、きわめて正当であり、かつ啓発的なものである。そして、それは「市民的公共性」の発想にきわめて近い³¹。にもかかわらず、これを——戦前は特殊に「国家的利益」を代表してきたところの、そして大審院や最高裁も基本的にその趣旨を肯定するところの——「公序良俗概念」と接合させる必然性がある、と果たして言えるのだろうか³²。そのような「接合」は、果たして「論理的」であろうか。また「理

30 吉田（克）『現代市民社会と民法学』（1999年）245-246頁。

31 吉田教授自身、競争秩序に関する箇所ですら「単なる参加に止まらず、市民主体の市民的公共性の形成を展望すべきであろう」とし、さらにこれを言い換えて「市民的公共性の民主主義モデルないし自己決定モデルである」と述べている。また、「競争秩序を含む市民的公共性は、市民総体の利益を内容とするものであって、市民社会と離れた国家的利益を内容とするものではない。ここでの公共性は、国家の側ではなく、市民社会の側に繋留されているのである」とも指摘する。吉田（克）・前掲書『現代市民社会』（前注30）269頁及び270-271頁。

32 筆者の単なる推測であるが、吉田教授は、このような最高裁的「公序良俗概念」と「地域的「公序」」を＜接合＞せしめることによって、自覚的に本件最高裁判決の立場の積極性を前面に押し出し、よって最高裁との「対話」の途を探る／

論的」であろうか。筆者には疑問に思えるのである。むしろ、端的に「市民的公共性」そのものの現代型＝現在形の現象形態の一つ（しかも重大な「一つ」）として「地域的「公序」」論を再編成する必要があるのではないか。ただし、これは、本稿考察外の「大問題」に属する。ここでは以上、単なる問題提起にとどめざるをえない。

（h）仮屋説

同年10月、仮屋篤子教授の判例批評が出た（「良好な景観の恵沢を享受する利益は法律上保護されるか」法学セミナー増刊『速報判例解説Vol. 1』〔2007年〕109頁以下）。この仮屋・判批は、基本的に本件最高裁判決を支持する点で、先の前田（陽）・判批の立場（本稿前掲〔c〕）にほぼ近い。要するに本件最高裁判決は、相関関係説（ないし受忍限度論）的観点から、「「景観利益」がいわゆる非常に弱い利益である」とし、「この利益の侵害によって不法行為が成立するためには、侵害行為のかんりの違法性が必要ということであろう」と共感を示し、「その意味では、妥当な判決というべきであろうか」とする（仮屋・前掲「法セ」112頁）。その上で幾つか「疑問の残るところもある」として、第1に、「景観利益は各個人に帰属するとしているが、はたして景観利益が認められる人的範囲はどこまでであるか、非常にあいま

ゝうとしているように思われる。それは、おそらく高度な戦略的路線の選択の帰結なのであろう。そして、そのような「対話」によって、最高裁がその独特な——「受忍限度論的」利益衡量判断ファクターとしての——「公序良俗概念」（および「権利濫用」論）を見直すことに繋がれば、それは、むしろ歓迎すべきことであるに違いない。しかし最高裁の「現状」を踏まえると、その見通しは当面暗い。むしろ本来理論的には、「私権」の単線的な制約原理たる「公共の福祉」概念を、あらためて「市民的公共性」を基軸に再編成し、もって「地域的「公序」」と方法論的に結びつけるのが、穏当な態度であるように思われる。要するに、最高裁的＝我妻「相関関係」的な「公序良俗概念」を根底的に批判し、むしろそれを排除することこそ肝心である、と考える。その上で、「地域的「公序」」を、端的に市民法学的な意味において洗練された「公共性」規範とリンクさせるべきであろう。なお、民法90条（法律行為の制約原理としての「公序良俗」）と、1条1項（「私権」の制約原理としての「公共の福祉」）との関係性は、それ自体「重大問題」である。

いである」とする。さらに第2に、「本来原告らが求めていたものは景観の保護、すなわち侵害行為（マンション建築）の差止ないしは一部撤去」であるところ、本件最高裁判決では「景観利益を保護するために、侵害行為の差止が可能か否かの判断がなされなかった」と述べる。そして「差止については、その要件について様々な議論があるが、救済の実効性を考える上では、今後重要となるであろう」と指摘している。この点で仮屋教授は、積極的に本件訴訟における「差止請求権」判断に着目³³し、最高裁判決がその点に触れなかった問題性を指摘する（ちなみに、本件最判が、もっぱら不法行為法上の「違法性判断」に終始しており、結果的にY1の行為に「違法性」がないとした時点で、「差止請求権」に関する判断自体が自動的に回避されていたわけである³⁴。この点、どの判批でも同様の把握がされている）。その上で仮屋・判批は、今後の「差止請求権」による「救済の実効性」を踏まえた議論の深化に期待を寄せている（仮屋・前掲「法セ」同頁）。それ自体、積極性をもちう

33 仮屋教授は、「本件第1審判決が土地所有権を引き合いに出して一部撤去を認めたのは、まさに「物権的請求権説」を採用したものと思われる」（仮屋・前掲「法セ」111頁）と書かれている。これは、初歩的な判決文「誤読」の見本である。本件第1審・東京地裁判決は、すでに本稿でも詳しく見たように（また他の判例研究等によっても指摘されているように）、あくまで不法行為法的構成により、しかも「金銭賠償」の特例としての「原状回復」を承認したのである。この点での第1審判決のいびつな法的構成のもたらす問題性は、依然として残ったままなのである。ともあれ、それを「誤読」してはなるまい。

34 仮屋教授は、仮に最高裁判決において「侵害行為の違法性が認められて不法行為が成立したとして、はたして最高裁が本件において不法行為に基づく差止を認めたかは、不明である」と述べている（仮屋・前掲「法セ」112頁）。正当な問題意識であると思う。この点、筆者（川角）は、最高裁が、本件景観利益の「輕微性」（要するに被侵害利益の程度の低さ）を前提としており、他方で侵害行為の態様としての「刑罰法規・行政法規違反の有無、公序良俗違反・権利濫用の有無」を問題にしている点に照らせば、最高裁が「仮に不法行為責任を肯定した」としても、「差止請求権」承認には至らなかった、と考える。なぜなら、すでに本稿でも指摘したように、最高裁の判断枠組みは「相關関係説」＝「受忍限度論」、そしてそのコロラリーとしての「違法段階説」によって強く拘束されていたからである。

る提言である。

(i) 高橋（譲）説

同年11月には、最高裁判所調査官・高橋譲氏の判例解説が出ている（「時の判例」ジュリスト1345号〔2007年〕74頁以下³⁵）。その、「最高裁調査官」としての立場もあってか、高橋・解説は、もっぱら本件最高裁判決を高く評価するものである³⁶。すでに、その他の判批等でも指摘されたことであるが、

35 なお2009年に、高橋譲「調査官解説」最高裁判所判例解説 民事篇 平成18年度（上）425頁以下が出ている。ここで高橋説は、上記「時の判例」とほとんど同旨を展開しているが、本稿では、一応これも視野に入れながらその所説を概観する。

36 最高裁判所の調査官が、最高裁の判断を「是認」することはよくあることだが、高橋譲説では、当事者の主張につき不正確な記述がされている。この点、留意すべきことである。すなわち高橋説では、本件はX 1らがY 1の建物建築行為によって「受忍限度を超える被害を受け、景観権ないし景観利益を違法に侵害されているなどと主張し、上記侵害による不法行為に基づき」、本件建物の「一部撤去請求」をした事案である、と記述されている（傍点・引用者）。「時の判例」ジュリ1345号74頁。なお同「調査官解説」（前注35）429頁の記述も——若干改善されているとはいえ——同様に「誤解」を招きかねない。なぜなら、X 1らは、少なくとも本件「一部撤去請求」を、東京地裁に対する請求としては——「受忍限度」違反を主張しながらも——不法行為に基づく請求とはひとと言っていないから、である。民集60巻3号346頁参照。X 1らの「請求」には、慰謝料請求も含まれているため、必ずしも一義的に明白とはいえない側面もあるが、少なくとも原告「請求」としては、あくまで景観権侵害ないし人格権侵害に基づく「一部撤去請求」であった。だから本件東京地裁判決は、その「事案の概要」で「本件は、Y 1が東京都国立市の通称「大学通り」に面する「本件土地」を購入し、被告Y 2建設会社との間で建築請負契約を締結して「本件建物」を完成させ」たものであり、「本件建物の近隣に学校を設置、居住、通学し、又は大学通りの景観に関心を持つX 1らが、本件建物が違法建築物であり、日照、景観について被害を受けるなどと主張して、本件建物のうち高さ20メートルを超える部分の撤去と、慰謝料及び弁護士費用の支払を請求する事案である（当初は本件建物の建築工事差し止め等を求める訴訟として提起されたが、訴訟係属中に本件建物が完成し、順次分譲されたため、完成した本件建物の一部撤去等を求める訴訟に変更され〔た〕）」としか書いていないのである（なお上記「事案の概要」は、傍点及び亀甲括弧内の記述を含め、筆者が適宜圧縮整理したものである）。民集60巻3号346頁参照。この点、すでに本稿前編・龍谷法学51巻2号所掲でも示したように、言うまでもなく「慰謝料請求権」はY 1らの不

池田・解説は、殊に本件最高裁判決が正面から我妻「相関関係説」を「尊重」し、「少なくとも、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相当性を欠く」か否かの判断を重視した、と述べる（高橋・前掲「時の判例」76頁）。そして本件最高裁判決が「このように、景観利益の存否、侵害行為の態様や程度の相当性について、具体的な事情に基づく判断を示した事例としての意義もある」と評している（高橋・前掲「時の判例」同頁）。また本件「景観利益の保護の範囲」については異論や疑問も提起されているところ、本件最高裁判決が「景観利益保護」によって「当該地域における土地・建物の財産権に制限を加える」側面を考慮し、その結果「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「予定」されているところの「規制」を重視した態度につき、高橋・解説はこれを「重要な指針を示すもの」、と位置づけている（高橋・前掲「時の判例」同頁）。ちなみに「景観利益の保護の範囲」は、客体的な側面（どのような内容の景観が保護されるか）と主体的な側面（どの範囲の住民が原告適格をもつか）の両側面を有するところ、そのいずれについても、最高裁は「第一次的には」行政法規や条例等による規制に委ねる態度を示し、高橋・解説はそれをそのまま追認したことになる。したがって筆者（川角）の観点からしても、最高裁が「景観利益」の「客観的価値」を認めたことは確かに積極的な意義をもつし、さらに「景観利益」を民法709条の「法律上保護される利益」と判示したことは、それ自体として評価に値するものである（諸々の判批が、それを高く評価するのと、その限りで立場を同じくする）。にもかかわらず、私見によれば実質的に「景観利益の保護」如何は、最高

ㄨ 法行為責任（民法709条、710条）としてののみ承認されうるのであるから、その限りでX 1らがY 1らの「不法行為」要件を主張・立証すべきこと、当然である。ところが、本件「一部撤去請求」は、それとは全く違うのである。少なくとも本件第一審の提起段階では「全く違う」のである。これを曖昧に記述する「時の判例」及び「調査官解説」は、その正確な理解という初歩的なレベルで、そもそも大きな問題を抱え込んでいる。

裁判決によって行政法規や条例に「丸投げ」されたものであり（少なくとも最高裁は「第一次的には」そうだ、と言っている）、さらに第二次的に民法（不法行為法）上の違法性判断の上に載せられるとしても——我妻「相關關係説」の一般的テーゼ（「被侵害利益の種類と侵害行為の態容との相關々係に於て考察するを至當なりと思ふ」³⁷⁾）よりもさらに徹底した一般条項的な「違法性判断基準」としての——「刑罰法規・行政法規への違反性・公序良俗違反・権利濫用の有無」を問う立場³⁸⁾にほかならないという意味で、根本的な問題性を抱えている。したがって、その結果として、必然的に最高裁は本件

37 我妻・前掲『不法行為』（前注28）125頁。

38 我妻・前掲書（前注28）142頁以下参照。我妻教授は、あくまでも「被侵害利益の種類と侵害行為の態容」との「相關關係の衡量」の中で、特に上記「侵害行為の違法性」を論じている。したがって、不法行為法上の「違法性」を、その限りで「階層化」している。ところで我妻説によれば、たとえば他人の生命・身体等への侵害行為は、その行為の「違法性」が「強い」ものとして現れるところ、場合によってはその侵害行為が「社會通念上」正当化されうるとすれば、実質的に「違法性を阻却する」ことになる。我妻・前掲書129-130頁註7の記述を参照。我妻教授は、電力会社が他人の土地に無断で発電用水路を設置した事案で、大審院が被告電力会社の所有権侵害に対する原告の妨害排除行為を「社會通念上不能」と解し、原告請求を斥けた大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁を「極めて正當」と評価している（我妻・前掲書129頁註7）。その上で、自己の「相關關係の判断」論に依拠し、場合によっては被告電力会社の行為が「違法性を帯びることもあ（る）」と言っている（我妻・前掲書130頁註7）。この点、それほど明示的なものではないが、被告「電力會社」の「工事方法の如何等」次第では「侵害行為の態容」が問題となりうるとする点で、「公序良俗・権利濫用」等の枠組みの特殊な採用の余地を示唆するもの、と言えよう。ともあれ、上記大審院判決は、被告「電力會社」の社会的公益性を重視して、その行為の「違法性」を否定し、結果的にその「適法性」を肯定した。いわば「電力會社」によって「事実上の収用」がなされた結果として、つまりは既成事実として膨らんだ被告会社の「所有権」を、原告一般市民の「所有権」よりも重視したことになる。これに対し、このような裁判所（「判例」）のスタンスこそ、あからさまな「所有階層化の機能」の現れであり、「事実上の収用（Enteignung）」を是認するものにほかならないとして、これを徹底的に批判するのが、原島重義「民法における「公共の福祉」概念」・同『市民法の理論』（2011年）233頁以下、特に257-260頁の立場である（傍点及び括弧内・原書。原論文初出は1968年）。

Y1の「不法行為法」上の「違法性」を、いとも簡単に否定するに至った。これはすでに述べたように、最高裁の、その拠って立つと思われるところの「違法段階説」に基づき、「差止請求権」について、「金銭賠償」よりもっと高い「違法性」を設定することにより、実質的に差止め請求の排除論を帰結するものであった。なおこの点、高橋・前掲解説77頁は、最高裁が「景観利益の侵害（不法行為）」に基づく差止請求が認められるか否かという法律上の問題点については判断をしていないと解するのが相当であろう」（傍点・引用者）とする。そのこと自体は、本件最高裁判決を読めば誰にでも分かる「自明」のことにすぎない。ただし、高橋・前掲解説が、不法行為法的差止請求権をもって最高裁の立場と解している点、逆説的ながら、なお一定の意義をもちうるかも知れない。

（j）吉田（克）説〔その2〕

2009年には、吉田（克）教授の判例批評が出た（吉田〔克〕「景観利益」民法判例百選②〔第6版〕156頁以下）。これは先の『平成18年度重要判例解説』の判例研究とほぼ同じ内容が繰り返されたものである。すなわち「景観利益」の「客観的価値」が「公共的性格」をもちつつ、だからこそ「私人の利害にも密接にかかわ（る）」とする観点。さらには「地域的「公序」」が最高裁判決的な「公序良俗」論と関連するものであり、その外延を「地域的「公序」」へと拡張させることによって「今後の景観紛争にとって重要な意義を獲得」する可能性につき、説かれている。なお吉田教授は、本件最高裁判決後の新しい裁判例にも言及されている。それは「東京都玉川学園の景観訴訟に関する東京高判平成20年8月28日（判例集未登載）」であり、「住民の景観利益は認めつつ、問題となったマンションが建築基準法や都市計画法の規制には違反していないことなどから、景観利益侵害の違法性を否定した」とされる。また「地域的ルール違反が公序良俗違反であるという原告の主張も、地域的ルール成立を認める証拠はないとして排斥された」、と指摘している（吉田〔克〕・前掲『百選』157頁）。この「東京都玉川学

園の景観訴訟に関する東京高判平成20年8月28日（判例集未登載）」自体、最高裁判決による一種の先例拘束的機能（裁判所法10条3号、民訴318条1項等を参照）の現れ、とも言えよう³⁹。

（k）板垣説

2010年12月に、板垣勝彦「良好な景観の恵沢を享受する利益は法律上保護されるか」（法学協会雑誌127巻12号〔2010年〕190頁以下）が登場した。これは、もっぱら公法学＝行政法学の見地から、本件「景観利益」に関する最高裁判決を考察したものである。板垣教授は、もっぱら行政法学的な観点として——のちほど本稿〔補論〕で取り上げる——阿部泰隆教授の所説⁴⁰を「支持」するスタンスを明示する⁴¹。それと共に板垣教授は、法社会学や民法学にも詳細な目配りを図っている。この所説は、様々な意味において「教訓」に富む。板垣説は、本件最高裁判決について「結論的には、判旨に賛成」とする。本件最高裁判決自体、なお幾つか問題点を残すところ⁴²、行

39 この点、本稿で立ち入ることは避ける。「判例の拘束力」につき、さしあたり川島武宜「判例研究の方法」同『川島武宜著作集第5巻・法律学1』（1982年）128頁以下、特に137-140頁（原論文初出は1962年）、青井未帆「憲法判例の変更」大石真＝石川健治（編）『憲法の争点』（2008年）288-289頁、君塚正臣「判例の拘束力——判例変更、特に不遡及的判例変更を含めて」横浜法学24巻1号（2015年）87-132頁等を参照（関連文献は多岐に及ぶが、さしあたり上記三文献所掲のものを参照）。なお筆者（川角）は、上記三文献の指摘を正面から積極的に受けとめたく思う。なかでも川島・前掲書140頁の、「判例拘束の原理」は「ことばの上では維持されつつも、現実においては矛盾をはらんでいる」という指摘。あるいは青井・前掲論文288頁の、裁判所による、潜脱的な「抽象的法規の定立（過度の法形成の実態）」を「学説は批判してきた」、という指摘。さらに君塚・前掲論文132頁〔付記〕の、「裁判官の官僚化」を批判する西野喜一「判例の変更（9・完）」判例時報1507号（1994年）11頁の引用に、深く同意する。

40 阿部「景観は私法的（司法的）に形成されるか（上）（下）」自治研究81巻2号3頁以下、同81巻3号3頁以下（いずれも2005年）。

41 板垣・法学協会雑誌127巻12号（2010年）218頁注13で、阿部泰隆説につき「基本的な考え方」として、これを「支持する」と明記されている。

42 たとえば板垣教授は、「最高裁が受忍限度論をそのままの形では明示せず、むしろ伝統的な権利濫用論を示した点について、学説は、その意図を測りかね、

政法学の「オーソドックス」な観点⁴³からすれば、結論「賛成」とされるわけである。板垣説は、上記のように阿部泰隆説を下敷きにするのだから、本稿〔補論〕で併せて考察されるべきであるかも知れない。その点を一応留保しながら、以下ではいくつか筆者（川角）なりのコメントを付しておく。

まず板垣説は、本件「第一審判決」⁴⁴によって問題にされた「景観利益」の特色を、それなりに正確に把握している。すでに本稿前編でも筆者が強調したように、本件「第一審判決」で原告（X 1ら）側は「景観権」侵害救済を請求したのであって——被告（Y 1ら）の行為の「受忍限度」違反

ゝている。筆者（板垣教授）は、権利濫用というアプローチの中に、財産権制約という重大な側面を重視した最高裁には、Y（本稿でいうY 1）の財産権に視点を移す意図があったのではないかと考える。「弱い」人格的利益と「強い」財産権が衝突したとき、後者に視点の軸足を置くというのは、発想としてあり得るところだからである」（括弧内・引用者）と述べている。板垣・前掲法学協会雑誌206-207頁。そのような形で板垣説は、最高裁判決と一定の距離を保ちながら、結果的にそれを容認している。ちなみに本件最高裁判決は——「受忍限度論」という言葉こそ明示しなかったかも知れないが——「受忍限度論」の基盤をなす我妻「相関関係の違法論」を全面的に採用し、展開していた。その延長線上に「公序良俗違反」とか「権利の濫用」を持ち込むのである。民集60巻3号226-228頁参照。いずれも我妻「相関関係論」において説かれていたことである。我妻・前掲書（前注28）101頁及び120-145頁を参照。同時に最高裁は、かりに「受忍限度論」とは言わずとも、民集60巻3号226-227頁の「総合的に考察して判断すべきである」の一文において、実質上「受忍限度論」を採用している。なお、典型的に最高裁が「受忍限度論」を採用した判決として、最判平成6年3月24日判時1501号96頁以下を参照。その判決で最高裁は、「本件工作物の操業に伴う騒音、粉じんによるX（被上告人）の被害が社会生活上の受忍すべき程度を超えるものであるかどうかを判断すべきものである」と述べ、Xの差止め請求を認容した原審判決（東京高裁判決）を破棄し、差し戻した（括弧内・引用者）。

43 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）207頁参照。そこで板垣説は、「オーソドックスな財産権保障の考え方」にたって、立論している。それ自体、本件「景観訴訟判決」を「財産権対財産権」の問題、ないし憲法上の財産権保障（「憲法29条」）との関わりで「私人間効力論」を問題にするスタンスへと収斂していく。この点、本稿で後述するところを参照。

44 東京地判平成14年12月18日。これは判時1931号、判タ1209号等にも掲載されているが、本稿では、前編（龍谷法学51巻2号）以来、もっぱら「民集」によって引用している。民集60巻3号345頁以下参照。

も主張したが——それ自体初めからY 1らの不法行為責任を問題にしたわけではなかった。それを、不法行為責任の特例のとしての「原状回復請求権」として構成し、X 1らの「一部撤去請求」を認めたのは、平成14年の本件東京地裁判決であった。それ自体、裁判官による——「景観権」としてではなく「景観利益」の侵害救済方策としての——いわば苦心の挙げ句の法律構成であった。とはいえ、そのような東京地裁判決は、本件差止請求＝「一部撤去請求」を不法行為法的に構成した点では、あくまで根本的な問題を残す判決であった⁴⁵。この点をまともに直視して、批判的に考察した論稿はきわめて少ない。驚くべきことだが、ほぼ皆無に近い状況である。これにつき板垣説は、本件「景観訴訟判決」の意義を、X 1らの「景観権」（ないし「景観利益」）とY 1の「土地所有権」との対立、つまりは「財産権の衝突」の問題と捉える⁴⁶。そのような観点から、本件「第一審判決」が「本件建物のうち高さ20メートルを超える部分を撤去するように命じた」と紹介している⁴⁷。それ自体、原告X 1らの「請求」を一応ただしく踏まえているようにみえる。その点を本稿は評価したい。ところが、本稿の観点から重要な「権利」、ないし「法律上保護される利益」の客観的侵害（合意なき「不適法侵襲」）があれば原則直ちに違法＝差止めを許容するという視点は、板垣説には全く無縁のことであった。むしろ本稿のような「原則直ちに違法＝差止め」の発想は、「きわめて制約の多い世の中になってしまう」として、容易に切り捨てられてしまうのである⁴⁸。そのような

45 本稿前編・龍谷法学51巻2号所掲の拙稿「物権的妨害排除請求権・再論(5)」を参照。ちなみに本件東京地裁判決において、原告X 1らの「請求」は、「被告Y 1ら」に対し「『本件建物』のうち、高さ20メートルを超える部分を撤去せよ」というものであって、およそ「不法行為責任」として請求したものではない。

46 たとえば、板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）198頁参照。同様の観点は、板垣説のあちこちで出てくるが、本稿では適宜、板垣説の参照頁を変え、必要な限りで引用するにとどめる。

47 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）199頁参照。

48 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）200頁参照。

スタンスから、板垣説は、本件「第一審判決」を三点にわたって批判している⁴⁹。すなわち、その概略のみ示せば、以下の通りである。まず、①「権利侵害に対する差止め」は「排他的な「権利」」にのみ認められるのであって——「日照権」及び「眺望権」はそれに準ずる側面を持ちうるとしても——「弱い」権利に属する「景観利益」への侵害に対して「不法行為に基づく差止め（第一審判決では、すでに建築された建築物の撤去）を認容してしまった」⁵⁰（括弧内・原書）。また②「第一審判決」は、「景観利益」の「弱さ」をカバーするため「土地所有権から派生する景観利益」という構成を採用したが、これは「地権者らが土地の利用を相互に抑制している結果」を踏まえるなら、「地価はその分だけ下落する」のであるから、「付加価値を生

49 なお板垣教授も、第一審東京地裁判決においてY1らの、いわゆる「根切り工事」が「建築基準法3条2項」の適法性を充足していたことが「肯定」されていた、と指摘する。こうして板垣説は、この「行政法的論点」に関する「判断」につき、本件東京地裁判決のスタンスを、控訴審ともども「肯定」的に描き出している。板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）197頁の記述を参照。しかしながら、少なくとも本件東京地裁判決は、「〔本件建物〕本件建築条例が規定する高さ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」としつつも、「しかしながら」と受けて「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」という理由に基づき、「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い」としていた（亀甲括弧内・引用者）。この点にくれぐれも留意する必要がある。その、東京地裁の「受忍限度論」的判断の当否はともかくとしても、いずれにせよ「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」というのが、本件東京地裁判決の「最終結論」だったのである。民集60巻3号360頁をみよ。

50 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）200頁。ただし、この板垣説の書き方によれば、X1らが「本件建物」の「全部撤去」を請求し、かつ東京地裁がそれを「認容」したようにも読めるが、X1らは「すでに建築された建物」であることに鑑み、訴訟係属中の「訴えの変更」により高さ20メートルを超える部分に関する「一部撤去請求」としてのみ訴求していたのである。民集60巻3号346頁を参照。数ある本件批判のなかでも、このようなミスリーディングな記述はめずらしい。これは要するに、板垣説における「差止請求」の基礎理論への無関心さの表れ、と言えよう。

むことはない」⁵¹。さらに、③「第一審判決」が依拠する「互換的利益関係論」は、ドイツの学説を紹介した山本隆司説の不正確な理解によるものであり（当該「利害関係」を「規制地域内で義務を順守する人々」に当てはめるのであればともかく、それと無関係なY1らにまで適用するのは不当であり）、Y1の如き「規制を受けた地域外」の不動産業者にまで及ぼすのは、「憲法の保障する自由主義・個人主義の観点」からしてゆきすぎである⁵²。

51 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）201頁。この批判は、吉田克己教授の見解（本稿前編・龍谷法学51巻2号所掲を参照）を踏襲したものである。

52 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）202頁参照。なお板垣説の根幹は、本件Y1が「そもそも」、「建築物の高さ制限のない第二種中高層住居専用地域」の土地を買い取ったのだから、何十メートルの高さの建物を建てようと自由という原則（「建築自由の原則」）が重視されるべきだ、という点にある。板垣・前掲法学協会雑誌209頁参照。この「原則」を板垣説は、「法治国家原理」に照らし、行政上の規制（たとえば建築物の高さに関する「都市計画法」に即した定めや条例等による規制）がない以上、「高層建物が建ってもやむをえない」という「行政側の意思」として理解すべきだ、という。この点、板垣説は同旨を説く阿部・前掲自治研究81巻3号（前注40）12頁に、そのまま依拠している。板垣・前掲法学協会雑誌210頁参照。しかしながら、1999年（平成11年）7月22日、Y1が「東京海上火災」から本件土地を購入した時点で、なるほどその土地自体は「第二種中高層住居専用地域」であったところ、すでにその前年1998年（平成10年）2月に本件「大学通り」地域が「国立市都市景観形成基本計画に基づく都市景観形成上重要な地域」に追加指定され、同年3月に可決された「国立都市景観条例」でも「景観形成重点地区」とされていたことに留意すべきである。民集60巻3号354頁及び404頁（別表「時系列2」）を参照。これを本件東京地裁判決は、「行政の景観政策の基準」として、地域住民のみならず「行政」も、「暗黙の合意、制約」としてきたことを「肯定」している。だからこそ、東京地裁判決は、「それにもかかわらず、Y1が、公法上の高さ規制が存在しないことのみを拠りどころとして、並木の2倍以上の高さの建築物の建築を強行しようとしたことから、急遽、それまでの暗黙の合意、制約を公法上の強制力を伴う高さ制限に高める必要が生じたことが、本件地区計画及び本件改正条例制定の動機であって、本件地区計画は国立市の従来の景観政策の延長上にあり、したがって、本件改正条例の制定も、建築基準法の定める目的を逸脱するものではない。その他、手続上もこれを違法、無効としなければならないほどの点は見いだせない。よって、Y1の主張は採用できない」（傍点・引用者）、と「判断」せざるをえなかったのである。民集60巻3号354頁。要するにY1は、本件土地が建築物

諸々問題を抱えた指摘であるが、ここでは、上記①について重点的に検討してみたい。そもそも板垣説には、「不法行為に基づく差止め」すら許しがたいとする伝統的（オーソドックス）な行政法学の「立場」（なかば剥き出しの「公法優越論」）が、その背景に存する。この点は、のちほど本稿続編〔補論〕「阿部泰隆説・批判」で集中的に論じる。ともあれ、財産権保障を憲法上の問題（私人間効力論）として論ずる板垣説の出発点それ自体を、以下、やや具体的に問題にしておかなければならない。その際、まず指摘しておくべきことがある。それは、少なくとも本件では、第一審から最高裁に至るまで「憲法上の財産権保障」は、それ自体として一切問題にならなかった、という事実である。これについては、板垣説も、その論拠として、単に大塚直教授の見解（前掲「ジュリ」1323号73頁）を引用するのみであって、それ以上の論証はない⁵³。さらに言えば、板垣説は、「いわゆる私人間効力論により、民法709条の解釈を介して憲法的価値の衝突が争われる」という文章につき注を付して大塚説を引用している（本稿前注53所掲の頁と注を参照）。しかしながら、大塚説ではなんら「私人間効力論」とか「憲法的価値の衝突」などという文言は出てこない。ただ大塚説は、本件最高裁判決を指して、「裁判例上従来公益とされることが多かった景観について、「第一次的には民主的手続…による」としつつ、それ以外の違法な場合における（不法行為法的）救済の可能性を認めた」⁵⁴（「…」及び丸括弧内・

、の高さ規制に関する「暗黙の合意、制約」という負担付きの不動産であること、かつまたその趣旨がすでに「施行」され、法的効力を有する「景観条例」においても明記されていたにもかかわらず、主要には建築基準法上の「公法上の規制がないことに目を付け、住民や行政らの反対にも耳を貸すことなく、建築を開始（した）」（民集60巻3号397頁）と糾弾されたのである。板垣説は、この側面を事実上無視し、Y1らの「建築自由」からのみ考察をするにすぎない。それゆえにこそ、「財産権対財産権」の憲法上の保障問題如何へと、視点が移りゆくのであろう。

53 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）198頁及び217頁注6を参照。

54 大塚・前掲ジュリ1323号73頁。

原論文)とするのみである。なるほど大塚説は、「単なる公益としての景観ではなく」とした上で、「(個人に帰属する) 法的利益を新たに創出することにより、このような〔権利・利益どうしの衝突〕が生ずることを(ある意味で)意に介さない発想が〔本件最高裁判決に〕みてとれる」とは言っている⁵⁵ (丸括弧内・原論文。傍点及び亀甲括弧内・引用者)。しかしながら大塚教授は、そのような最高裁の「発想」の箇所に注6を打って、本件第一審判決後に出された名古屋地裁決定⁵⁶が「財産権同士の衡量と解していた」、と紹介するにとどまっている⁵⁷。この記述を踏まえる限り、板垣説は「大塚説」をかなり大胆に自己流に読み込んでいる。このような読み込み方を、おそらくひとは「我田引水」と言うのだろう。要するに、なるほど「行政事件」では憲法上の問題(基本的人権の侵害)がより直接的に問われうるであろうが、「民事事件」で「基本的人権の侵害」を問題にする必要性・必然性が常につきまとうわけではない⁵⁸。このような基本的論点の理解につき、板

55 大塚・前掲ジュリ1323号73頁。

56 名古屋地決平成15年3月31日判タ1119号278頁以下参照。

57 この点、大塚・前掲ジュリ1323号73頁及び75頁注6の記述を、注意深く、かつ丹念に読む必要があろう。ちなみに、前注56の名古屋地決判タ1119号296-297頁は、差止め「仮処分」の申立人(債権者・白壁地区住民)と被申立人(債務者・マンション業者)の財産権の衝突・矛盾のケースであるから「利益衡量」をして「紛争解決基準を打ち出せば足りる」ともしつつも(その限りで「金銭賠償」で足りるのであって、「差止め請求」まで認める必要はないとしつつも)、本件「白壁地区」における住民の景観形成・維持の特殊性に着目して「差止め仮処分」を決断したものである。この点、大塚・前掲ジュリ1323号74頁注1及び75頁注6の上記名古屋地決に関する記述からは不明であるが、本件東京地裁判決が「不法行為責任」構成を自覚的に採用したのに対して、名古屋地決では「この景観利益」の「侵害の可能性の限度で、差止めを求めることができる」(判タ1119号298頁)と、より直截に判断されたことのみ、付記しておく。

58 たとえば、いわゆる「和歌の浦」景観につき、原告がこれを「歴史的景観」と位置づけ、もって「憲法上の基本的人権」を争点とした和歌山地判平成6年11月30日判例地方自治145号(1994年)36頁は、その事件名「違法公金支出差止等請求事件」によって示されている通り、行政訴訟事件である。筆者(川角)は、「行政事件」をいきなり「民事事件」と絡める発想こそ、事柄の本質把握及びメ

垣説はその論旨展開の全体にわたって決定的な問題性を抱え込んでいるように思われる。それゆえ板垣説は、あえて「本判決における財産権保障の

ㄨ 論旨の展開を曇らせる、と懸念する。なお、本件「景観訴訟」第一審判決でも、X1らは、「憲法13条、25条」に基づいて、広く「国立市民、原告桐朋学園の児童、生徒、教職員等ら」に、「景観利益」ないし「景観享受権」を承認すべきである、と主張している。民集60巻3号365頁参照。これは、大阪弁護士会の「環境権説」が、憲法13条、25条を「環境権」の根拠とする発想に倣ったものである、と思われる。たとえば「良き環境、すなわち健康で快適な生活」の「維持」という観点（大阪弁護士会環境権研究会（編）『環境権』〔1973年〕165頁参照）は、およそ憲法13条の趣旨と25条の趣旨を重ね合わせたもの、と言えよう。これと「環境共有の法理」が連結したところに「環境権」がある。本件「国立景観訴訟」で、原告が、その発想に依拠していることは、それなりに首肯できることである。ただし、その「権利構成」には無理が伴うことも歴然としている。たとえば、本来私法上の権利救済の手段〔差止め請求の法的根拠〕としての構成が目ざされたはずの「環境権」を、いきなり憲法上の「基本的人権」として主張することの「無理」があったし、また環境「共有」という場合の「共有」概念も、曖昧なままであった。ここで詳論は避けなければならないが、改めて「環境利用秩序論」が正しく想起される必要があるように思われる。つまりは「景観」は、言うなれば「環境共同形成」の所産であり、したがって当該「景観」の基盤をなした地域の「長年の慣行」は「環境利用」ルール＝秩序の地域的な「景観」バージョンとして承認されるべき特殊類型、と言いうる。それは、普遍的「環境利用秩序」の、特定地域における住民主導型の「特殊形態」にほかならない。そのような特殊的「景観利益」が、個別の「景観利益」（本件で言えば「国立市の大学通りの景観」）を維持し保全するためのルールとして承認されるための理論的営為と、住民の主體的関与とのコンビネーションによって、普遍的「環境利用秩序」自体がその内容をさらに豊かなものにし、その高まった普遍的「環境利用秩序」が特殊・個別の「景観利益」をさらに鍛え上げるという、＜相互関係＞こそ、より積極的に承認されて然るべきである。だから本件訴訟は、広く「国立市民」、「桐朋学園の児童、生徒、教職員ら」について、その受けた「景観被害」ないしその亜種である「日照被害」・「眺望阻害」・「プライバシー侵害」に加え、さらに「景観利益」享受のルール維持・保全を求めることにより、正面から、上記住民すべてにつき「原告適格」が承認されてよい事案であった。たとえば「日照被害」・「眺望阻害」・「プライバシー侵害」は、仮に独立した請求の根拠とならずとも、「景観」保護請求訴訟の「引き金」となることは十分に可能なのである。こうして、ことの本質は憲法上の人権問題というよりは、（それも無論重要なことに違いないが）、むしろ第一次的には純然たる私法上の権利・利益侵害として法律構成されるべき問題として在る、と考える。

位置」に言及し、特に「憲法29条」を問題にするのであろう⁵⁹。なお、上記②の「付加価値」に関する理解と③の「互換的利害関係論」の評価は、相互に密接に関連する。これを不用意に切り離すと混乱が生じるのではない。この点、本件第一審判決を再び引用しよう。——「ある特定の地域や区画（以下、本号において単に「地域」という。）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り、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

59 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）207-211頁を参照。なお、高橋譲「調査官解説」（前注35）448頁も、一応「憲法29条」を問題にするが、さしあたりその考察を「公法の分野」に限定している。その上で、権利についての「明確な判断」が要求されるところ、「景観利益」には「いまだ権利性を承認し得る程度」の成熟性がないと「解されるところである」、と述べている。「景観利益」の一般論はともかく、少なくとも本件「景観利益」の成熟度（客観的存在性）は別途検討されて然るべきであろう。この点、のちほど本稿でも立ち入る。特に、本稿「私見の呈示」の項を参照。

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」⁶⁰（傍点及びゴチック・引用者）。上記引用文の内、ゴチック体の部分は主に本件「付加価値」を説明する文章であり、傍点を付した文章は主要には「互換的利害関係」に重点をおいたものである、と考える。上記引用文を素直に理解すれば、「付加価値」というタームは経済学上の厳密な意味での付加価値⁶¹と明確に区別されていることが分かる。要するに「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」ところのものが、「このような都市景観」がもたらす「付加価値」にほかならない。したがって、地権者相互の自己犠牲と自己規制が形成するところの、いわゆる「互換的利害関係」によって生み出された「都市景観」の一つの結晶体が、ここで「付加価値」として把握されているにすぎない。その意味で「土地の付加価値」と言ってしまうと誤解を招くことになるのではないか。あえて経済学的に言えば、むしろ本件「都市景観」が「互換的利害関係」を媒介に具体化される「付加価値」とは、「土地利用」に付随する土地所有

60 民集60巻3号363-364頁。

61 一般に「付加価値」とは、企業の総生産額（売上高）から、その生産のために消費した財貨や用役及び人件費等の価額を差引いた額、とされる。なお、田中清行「企業の付加価値創造と分配についての一考察」龍谷大学大学院経営学研究科紀要7号（2006年）65頁以下、特に67-68頁に、ほぼ同旨が示されている。ちなみに、上記田中論文によれば、計算法として「加算法」と「控除法」の二種があるとされ、それぞれにつき「減価償却費」の組み入れ方など違いが出てくる、とされる。ちなみに「付加価値税」の場合の「付加価値」とは、一般に売上げ額から仕入れ値を差し引いたものと解されている。したがって、地価上昇分を「付加価値」とみる場合も、およそ（広義の）経済学的範疇としての捉え方と同様、と言えよう。これに対し、本稿では、もっぱら本件事実関係に特殊なものとして、「付加価値」を捉えようとしている。それは端的に言って、「人格的利益」そのものとも異なるところの、あくまで本件に特殊なものにほかならない。この点につき、本稿後注62も併せて参照。

者の「使用価値」の増大であって、地価上昇分などの「交換価値」とは異質なものと言うべきであろう（この点、上記引用文で東京地裁によって「（地権者が）自ら享受するということにその特殊性がある」〔括弧内・引用者〕とされた点に最大限の留意が払われる必要がある。だから、それを直ちに「人格的利益」⁶²とも言い難いのではないか）。だから本件「付加価値」を「財産的価値」と限定することも、あるいは「人格的利益」として性格づける必要も、必ずしもなかった、と言うべきではないか。同時に、本件「付加価値」が固定資産税に反映されるべき必然性もないのではなからうか⁶³。その点に照らせば、あくまで「付加価値は地価を基準に定めるべきものである」⁶⁴という板垣説に問題がないとは言い切れない。むしろ、個別的には本件「都市景観」

62 対するに、すでにみた吉田克己「景観利益の侵害による不法行為の成否」ジュリ『2018年度重判』84頁は、本件「付加価値」を「人格的利益」と解する。そして吉田教授は、そのような趣旨を論ずる大塚直・前掲ジュリ1323号75-76頁をもって、「正当な把握である」という。吉田（克）・前掲「重判」同頁。しかしながら、大塚説は、本件最高裁判決が「景観利益を個人の利益としている」という記述をなすにとどまる、と思われる。大塚・前掲ジュリ76頁（なお大塚・75-76頁にかけては、第一審判決が財産権としての「付加価値」を、その「公共的性格を認識」した上で「私人の権利に解消した」、という趣旨の記述もされている）。この点、本稿では、本件「付加価値」が「人格的利益」でもなく、「個人の権利」ないし「私人の権利」でもなく、継続的な主体的関与に基づいて客観的に形成された地域的「公共性」によって特徴づけられたところの、特殊な付加的・副次的「価値」と解する。したがって、経済学上の意味での「付加価値」とは異なるもの、と解する。あえて経済学的に言い直せば、本件における「付加価値」とは、上記の意味での地域的「公共性」によって特殊に規定されたところの、「使用価値の増加分」に相当するのではないか。このように、「付加価値」の本件での特殊な現象形態（その「形態」を媒介に「本質」をなすところのもの）を正しく踏まえた上で、そのプラスアルファとして「人格的利益」を論ずることは、大いにありえよう。

63 ちなみに土地の「固定資産税」の評価方法には、周知のように、主に路線価方式が採用されている。その際「路線価」とは、街路に沿接する標準宅地の単位地積あたりの適正な時価（いわゆる「交換価値」）に基づいて算定された価格である。それに「景観享受」という「使用価値」が含まれることは、基本的にはありえないように思われる。

64 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）219頁注20。

による土地の「付加価値」（本件に特殊な使用価値）が、本件土地の「賃貸借契約」とか、あるいは「売買契約」において経済的な意味での「利益評価」の対象となることはあるかも知れない。しかしながら、上記「東京地裁判決」の引用文からは、直ちにそこまでのことを読み取することは困難である。ともあれ、本件東京地裁判決は「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、いわゆる抽象的な環境権や景観権といったものが直ちに法律上の権利として認められないとしても、前記のように、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べきである」⁶⁵（傍点・引用者）と述べた。このように、本件で特徴的な地権者らの相互規制・自己犠牲によってもたらされた本件「都市景観」という「付加価値」を、さらに地権者自身が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」として本件「景観利益」を導出したことが、上記東京地裁判決の一つの大きな特色をなしている。すでに本稿前編で述べたことだが、このようにして導き出されたところの「景観利益」の客観的で現代的な不適法侵襲があれば、原則直ちに妨害排除請求権＝差止請求権が根拠づけられるはずである。本件原告X 1らの「一部撤去請求」は、その法的論理の上に組み立てられ、承認されるべきものであったろう。それがいつのまにか「不法行為責任」の例外としての原状回復的「一部撤去

65 民集60巻3号364-365頁。

請求」にすり替わったところに本件東京地裁判決の最大の弱点と問題点があった。このこと、すでに繰り返し指摘した通りである。

ところで、本件最高裁判決を結論として支持する板垣説は、我妻相関関係論を当然の「前提論」として、それをより補強する立場からその考察を展開している。最後に、この点についてのみ触れておきたい。周知のように我妻「違法論」、つまりは「相関関係論」では、特に侵害行為の法的評価との関連で「違法性」を特に根拠づける要素が4つに類型化されていた。すなわち「刑罰法規違反行為」・「禁止法規又は取締法規違反行為」・「公序良俗違反の行為」・「権利濫用」が、それである⁶⁶。本件最高裁判決も、この我妻テーゼを積極的に引用している⁶⁷。この点、板垣説は、なかでも「権利濫用」に注目している。そして次の末川博説を、「熟考を願いたい」として、特に引用している。それでは、末川説の内容は如何。末川教授はこう言っている。——「七階建の宏大な百貨店ビルディングが出来あがった。ところが、あとからわかったことだが、その敷地の一部三坪ばかりは他人の所有地であった。その所有者は所有権を楯にあくまでその土地の明渡を求めている。そしてどんな高價をもってしても買収の申込には応じない。しかしその三坪ばかりの土地を明渡するには、ビルディングの一角を七階までぶち毀さねばならぬ。どうしたらよいのか」⁶⁸。——この引用文にはいくつかのトリックが隠されている。似たような事例に、よく知られた「宇奈月温泉事件判決」（大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁）がある。この事件は、温泉の導湯管が他人の土地の一部を通過していることを知った原告が、被告温泉経営者を相手取って当該所有地を高値で買い取れ、さもなくば妨害排除請求権を行使する、として訴え出たものである。大審院は、原告の妨

66 我妻・前掲書『不法行為』（前注28）142-145頁。

67 民集60巻3号227頁。

68 板垣・前掲法学協会雑誌（前注41）213頁の引用に従った。末川『権利濫用の研究』（1949年）24頁以下からの引用とある。板垣・前掲224頁注69参照。

害排除請求権の行使が「権利の濫用」にあたるとして請求棄却。この点、上記末川引用文との決定的な違いは、末川説では「百貨店」がうっかりと他人の土地の一部を無断で自己の土地として、そこにビルディングを建てたことである。さらに、「百貨店」側から高額を買収を申し入れているのを、頑強に所有者が拒み、明け渡しを強く求めていることである。仮に「百貨店」が不動産登記簿で示された地積を確認しないまま、他人の土地を無断でわがものとしていた、としよう。そして、ビルディング建設行為に対し、その土地の所有者が「百貨店」側に対し、すでに異議申立て（抗議）をしていたにもかかわらず、それを無視して、ビルディング建設を完成させてしまった、としよう。このような場合は、土地の所有者は、当該「三坪」の土地をも利用してそこに居住用の建物を建てない限り、一家そろっての居住生活ができないことも大いにあるわけだから、「百貨店」は開業を遅らせてでも、なおビルディングの一角を「ぶち毀す」べきであり、当該土地を明け渡すべきことになる。他方、仮に「百貨店」は十分登記簿を確認し、現況調査も行ったにもかかわらず、なお「三坪」の土地を自分の土地と考えてもやむを得ない事情があったと、仮定しよう。そして当該「三坪」が遊休地であり、所有者はすでに別の土地で建物を建て、家族と一緒に生活していた、としよう。したがって、土地所有者は特段当該「三坪」の土地に執着しておらず、「百貨店」のビルディング建設行為にあらかじめ異議申立てもしなかった、としよう。この場合に、「百貨店」の高額な買収申し入れを断って頑強に明け渡しを求める行為は、なるほど「権利濫用」（妨害排除請求権の濫用）となりえよう。つまり、「三坪」所有者の行為は実質上「先行行為に矛盾する振る舞い」であり、かつまた買収額を吊り上げる目的での「明け渡し」要求であれば、その限りでその主張は「市民にあるまじき不誠実な権利追求」ともなりえよう。いずれにせよ、その土地所有権者の上記主張は、「権利濫用」ないしは「信義則違反」として排斥されるべきことになるはずである⁶⁹。ところが先の末川「引用文」は、

それ自体曖昧模糊としていて、どうとでもとれるようにしか書かれていない。それを板垣説は、我々に対して、いかに「熟考を願う」というのであろうか。まずは自分の頭で「熟考」した上で、末川「引用文」の意義を正しく理解し、かつまた問題点を具体的に列挙し、その検討を読者の判断に委ねるべきであろう。それこそ、学者ないし研究者らしい姿勢であると、ひとは言うのではないか。このような板垣説による末川「権利濫用論」の引用の仕方こそは、同説による本件最高裁判決の不法行為オンリー⁶⁹的思考方法への＜追従＞と、その＜補完＞という姿勢を、如実に反映したものにほかならない。

（１）富井説

翌2011年、富井利安教授の判例批評が出ている（「国立高層マンション景観侵害事件——景観利益の侵害と妨害排除請求の根拠」環境法判例百選〔第2版〕（2011年）172頁以下）。ここで富井教授は、本件最高裁判決の積極的な意義と問題点を指摘している。前者は、すでに先行する判例研究等で示されたものの再確認であるから割愛する。後者の問題点の指摘も、すでに先行判例研究等で示されたことを整理されている点が多い。若干異色であるのは、（最高裁判決が）「公序良俗違反や権利の濫用に言及しながらも本件事案に即してその内容に踏み込むことは避けている」、とされることである（富井・前掲「環境百選」173頁）。さらに妨害排除請求の根拠に関連して、次のように言われることは、一応引用するに値しよう。——「景観侵害のような一度不法行為が引き起こされるとその被害ないし妨害が継続されるという事例では、金銭賠償だけでは被害の算定が困難でありかつ被害の回復はできない

69 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1962年）73頁以下、特に84-86頁。磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」末川先生古稀記念『権利の濫用（上）』（1962年）60頁以下、特に83-84頁。さらに、原島重義「信義則論ノート」同『市民法の理論』（2011年）265頁以下、特に273頁及び278頁を参照。これら三つの論文共に、信義則論を基軸としつつ、権利濫用も視野に入れている。

のであるから、不法行為を理由にその効果として妨害排除原状回復請求が許されないと考えるべきではなく、例外的にそれが許される場合があると考えるべきである（四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下）』〔1985年〕477頁参照⁷⁰）。景観利益の侵害の妨害排除請求の根拠としては、「不法行為説」のほかに、「権利説」、「違法侵害説」の立場からの説明も可能なことはいうまでもない（富井・前掲「環境百選」同頁。傍点・引用者）。すでに本稿で繰り返し指摘しているように、下級審の裁判例及び本件最高裁判決が「不法行為法的構成」でもって「違法性問題」を捉えているという現状に照らせば、富井教授の立論にもそれなりの根拠はある。ただし「妨害排除原状回復」という効果論の設定方法は、かなり疑問である。なぜなら、妨害排除請求は物権的請求権ないし（広義の）「割当て秩序論」からする効果（ネガトリア的保护請求権＝妨害排除請求であって、それ自体「権利保護」そのものよりも射程は広い）にほかならない。それに対し、「原状回復」は、あくまで過去の損害賠償としての「不法行為法」的效果なのである⁷¹。ともあれ、それら——純然たる妨害排除請求と不法行為法的な原状回復請求——を、混ぜ合わせたような効果論の設定は、議論に混乱をもたらすだけであろう。なお富井教授は、本件第1審・東京地裁判決に関する判例研究（前掲「環境法判例百選・初版」163頁）で、「違法侵害説」に言及することなく、澤井教授の「複合構造説」を援用されていたが、ここでは逆転している（違法侵害説に関する言及はあるが、「複合構造説」はオミットされている）。これは、一体どうしてだろうか。

70 四宮教授の見解については、さしあたり本稿前編（5）・龍谷法学51巻2号注58と、それに対応する引用文を参照。

71 この点、不法行為責任としての「原状回復請求」は、わが国民法上「金銭賠償」原則（民法722条1項）の例外にあたる。当事者間に特約がある場合のみ、「原状回復請求」がありうるにすぎない（これは、722条1項が準用する417条の「別段の意思表示」がある場合の、特殊例外的効果にほかならない）。その「原状回復請求」を一般化しようとするなら、債権法改正の中で明文の立法化が図られる必要があったはずである。

(m) 角松説

その2年後、2013年に角松生史教授の判例批評が出た（「地域居住者の生活利益——国立市マンション事件民事最高裁判決」地方自治判例百選〔第4版〕74頁以下）。そこで角松教授は、第1審・東京地裁判決の「景観共同形成型」に対して「無頓着」な最高裁の「景観利益」論は、必然的に「抽象的、一般的に弱い法益」論となり、結局のところ考察の焦点は「侵害の態様・程度に移動せざるをえない」と指摘する（角松・前掲「百選」75頁）。このような把握の仕方は、それ自体有意義である。また角松教授は、「本件紛争で問題となるのが、美的な価値それ自体というより当該地域空間の歴史的形成過程と現実の生活の中で当該景観が住民に対して有してきた価値であることも考えあわせると、「歴史的・文化的環境」とも結びつく最判の「豊かな生活環境」概念は、主観性と客観性の狭間で様々な含意を持ちうる」と述べる（角松・前掲「百選」同頁）。この点も重要な指摘である。また角松教授は、「行政」本位の観点から原告らの訴えを全面的に排斥した控訴審判決と同様に、本件最高裁判決も「立法・行政過程の第一次性の強調」に走った旨、指摘している（角松・前掲「百選」同頁）。これも切れ味鋭い批判的観点の提示である。さらに角松教授は、上記の点に関連して「確かに、景観をめぐる多数の関係者の利害調整と合意形成を行って例えば地区計画のような詳細ルールへと落とし込んでいく上では、立法・行政の方が司法よりも適しているだろう。しかし、わが国のかなりの部分において、そのようなきめ細かい利害調整と合意形成を踏まえた生活レベルの地域空間のあり方に関する意思決定がそもそも行われず、用途地域制度等の「大雑把で…緩い」規制にとどまっているのが実態である」と手厳しい（角松・前掲「百選」同頁）。そして、学説の中には「公法的規制の第一次性を強調する」立場（板垣勝彦・法学協会雑誌127巻12号2143頁）もあるが、それに対して「『民主主義的国家形態』と関連づけて『行政法規第一主義』への原理的批判を展開する見解（中村哲也・民法研究6号18頁以下⁷²）もある」と述べ、重（龍法'18）51-3, 558（1980）

要な議論の分岐点を摘示している（角松・前掲「百選」同頁）。こうして見ると、最高裁の「民主的手続論」＝行政「本位主義」は冷厳な事実であって、この点での安易な最高裁評価には十分な慎重さが要求されざるをえない。したがって、この意味でも角松教授の指摘は大きな意義をもつ。啓発的でもある。ただし、角松教授の考察は上記項目にはほぼ限定されている。だから角松・判批には、残念なことに本稿で肝心の「差止請求権」に関する踏み込んだ言及がない⁷³。この点、惜しまれる。

（n）秋山説

2015年、秋山靖浩教授の判例研究が出た（『景観利益——国立マンション事件』民法判例百選Ⅱ債権〔第7版〕174頁以下）。ただ、この秋山教授の判批は、従来の議論を「整理・確認」した、という側面が強い。したがって、ここでその立ち入った内容紹介は省きたい。なお本件最高裁判決後の——その影響を強く受けた——新しい裁判例として、以下のものが紹介されている。この点、有益である。すなわち「この〔本件最高裁判決の〕判断枠組みは、その後の下級裁判所でも採用されている（景観利益は存在するが、違法な侵害がないゆえに不法行為の成立を否定したものとして、東京地判平成19年10月21日判タ1285号176頁、京都地判平成22年10月5日判時2103号98頁等）」（秋山・前掲「百選」174頁。亀甲括弧内・引用者）。この秋山説は、諸説の中でも最も新しいもの

72 中村哲也教授のこの論文、「民法上の法形成と民主主義的国家形態」については、すでに本稿前注26で触れている。

73 ただし角松教授は、その別稿「国立マンション訴訟」法学セミナー584号（2003年）20頁以下、特に23頁で、「行政的規制適合性」判断の限界を指摘しつつ、民事差止訴訟の必要性につき指摘している。その上で、①生命・健康等への侵害類型では直ちに差止請求権を生ずるとする原島説（『権利論の推移』・同・前掲書〔前注10〕517頁以下・法の科学4号〔1976年〕98頁）を引用する。ただし、②いわゆる「生活利益秩序」（日照妨害・通風妨害等）では、「総合判断」（利益衡量）を必要とする吉田克己説（『現代市民社会と民法学』〔1999年〕243-244頁）を引き、本件国立マンション訴訟における「景観利益は②に属すると言わざるを得ません」と述べている。

であり、特に従来の学説の整理・分析が要領よく行われている⁷⁴。その意味で、重要な論点は、すでに上記の本稿の考察によって出尽くしている、とも言える。ここで特に指摘しておくべきことは、「不法行為に基づく損害賠償請求権」以外に、「差止め・原状回復」の「請求まで認められるか」という論点を、秋山説が改めて問題提起していることである（秋山・前掲「百選」175頁）。そして本最高裁判決が、「景観利益の違法な侵害自体を否定」したため、「差止め・原状回復」が認められるかにつき「判断する必要がなかった」とし、よって今なお「未解決の問題として残されている」、とする（秋山・前掲「百選」同頁）。この点、わが国一般の通弊であるが、秋山説でも「差止め・原状回復」が一括りにされている。なお秋山教授は、本件第1審判決によって認められた「一部撤去請求」が、「不法行為に基づく」ものであったことについては、これを一応正確に理解されている。ところで、すでに本稿前編で確認したように、本件第1審判決は、不法行為責任の効果として特別に「原状回復」を認めたのであるから、秋山教授が「差止め」を「原状回復」と一括される限り、「差止め」も「不法行為の効果」とされるものと思われる。「百選」の限られたスペースで詳論することの困難性は筆者（川角）も知っているつもりであるが、仮に秋山教授ご自身が「差止め」と「原状回復」との法的性質の違いをご存知であるのだとすれば、その点ひと言「明示的留保」でもされておくべきであつたろう⁷⁵。ついでながら、秋山教授は、「法律でない地域的ルールを地域の外

74 秋山靖浩「景観利益——国立マンション事件」窪田充見＝森田宏樹（編）『民法判例百選Ⅱ・債権〔第8版〕』（2018年）200頁以下でも、本稿上記2015年「第7版」とほぼ同様の記述がされている。

75 秋山教授は、すでに早くから相隣関係法をテーマに、ドイツ・イミッシオン論を深く研究されてこられた。だから、当然「差止め」と「原状回復」との法的性質の違いを、よくご存知だと思われる。たとえば、秋山「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）（二）（三）（四）（五・完）——ドイツ相隣法の考察——」早稲田法学74巻4号259頁以下、同75巻1号121頁以下、同75巻2号239頁以下、同75巻4号33頁以下、同76巻1号1頁以下（1999-2000 ㄦ

部者に押し付けていいのか」という問題を提起している（秋山・前掲「百選」175頁）。これは、一体何を言おうとしているのだろうか。それほど一義的に明白ではない。なぜなら、「地域的ルール」は、もっぱらそれを形成した主体たる当該地域の住民・地権者らを自己拘束するルールであって、たまたまその「地域」を訪問する外部者や観光旅行者などを拘束するものではないこと、自明のことだからである。あるいは「地域的ルール」の形成者が、他の地域の人々に「われわれの地位的ルールを遵守せよ」とか、「これに見習え」とか主張する（「押し付ける」）ことなども、通常考えられることではない。すでに問題外と言ってよかろう。だとすると、問題となりうるのは、「地域の外部者」たる「不動産業者」が収益目的で当該地域に「入り込む」場合に、当該「地域的ルール」がその「不動産業者」に対しても拘束力をもつか、ということに収斂されよう⁷⁶。そしてその場合には、むしろ「（すでに）形成されていたルールを新規参入者が無視」してよいのか、という問題が同時に生じるであろう⁷⁷。そして当該「不動産業者」は、あ

ㄨ年）を参照。ちなみにその論文では、イエーリングの「イミッシオン論」についても、詳細な検討がされている。秋山・前掲論文「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）」早稲田法学74巻4号（1999年）259頁以下、特に423-424頁注82を参照。ちなみに、イエーリングの「イミッシオン論」とは、*R.v. Jhering, Zur Lehre von der Beeinschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, Bd. 6. 1863, S. 81-130.*を指す。

76 むろん、当該地域の既存の地権者が、自己の土地を「地域の外部者」たる第三者に売却することはありえよう。その場合、当該「第三者」は、なるほど「不動産業者」とは限らない。にもかかわらず、すでに「地域的ルール」がある限り、通常売主は買主に「地域的ルール」について説明責任を果たすであろう。そうでなければ買主は、「地域的ルール」に拘束される一方で、他方、売主の「説明義務」違反に基づく債務不履行責任（民法415条）、あるいは「売主の担保責任」を追及することになろう（566条の「類推適用」）。2017年改正民法によれば565条の「準用」。

77 吉村良一「景観の私法上の保護における地域的ルールの意義」（2008年）同『環境法の現代的課題——公私協働の視点から』（2011年）156頁以下、特に168頁の観点を参照。

くまでプロの業者として任意に参入するのであり、「参入」自体を「法律上義務づけられているわけではない」⁷⁸。だとすれば、「地域に外から参入するにあっては（中略）その地域の伝統や重要なルール等を尊重するべきは、むしろ当然の要請である」（名古屋地決平成15年3月31日〔建築禁止仮処分命令申立事件〕判タ1119号278頁以下、特に299頁）という観点こそ、その法的判断にあたって、決定的に重視されるべきことになろう⁷⁹。さらに、併せて強調しておかなければならないのは、本件でそうであったように「新規参入者」がプロの「不動産業者」であった点を軽視してはならない、という点である。本件被告（「明和地所」）は、本件土地の前所有者（「東京海上」）から土地を購入する際、事前に緻密な「現地調査」をしたに違いない。そして、おそらくは本件「地域的ルール」を知っていたのではないか。仮に本件「地域的ルール」の存在を知らなかったとしても、被告は、プロの不動産業者として本件「景観」の現況を十分に知悉していたはずである。これを不問にして、単に「一般論」として「法律でない地域的ルールを地域の外部者に押し付けていいのか」という問題を、いわば「安直」に提起していいのだろうか。この点、「百選」の限られたスペースであるからこそ、大いに留意すべき事柄であったように思われる。以上、不十分きわまりないが、とりあえず本件最高裁判決に関する諸学説の紹介及びコメントを終える。以下では、筆者（川角）なりの、いくつかの「私見」を呈示しておきたい。

78 吉村・前掲「地域的ルール」（前注77）168頁。この観点は、本文で紹介する名古屋地決平成15年3月31日判タ1119号299頁においても明示されたことである。

79 吉村・前掲「地域的ルール」（前注77）168頁。ちなみに秋山教授は、「法律でない地域的ルールを地域の外部者に押し付けていいのか」という問題を提起する際に、吉村教授の前掲書『環境法の現代的課題』161頁以下の参照を指示しているのであるが、168頁の記述についてはこれをまともに読んではおられないのではないか。だとすれば、そもそも『百選』の編集者の責任も問われることになりかねない。要するに、「見る目があるのか」という問題である。

（iii）私見の呈示

〔a〕本稿前編（龍谷法学51巻2号〔2018年〕）ですでに確認したように、最高裁は、本件「景観訴訟」をもっぱら不法行為責任の問題として捉えた。それは上告人（X1ら原告）自身が、その「上告受理申立理由」においてY1らの不法行為責任の内容として、本件マンションの「一部撤去請求」を主張したからにはかならない⁸⁰。そこで最高裁は、以下のように判示した。——①「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）」ところ、②「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侵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」⁸¹。本稿では、上記①と②に分けて考察する。

80 最判平成18年3月30日民集60巻3号214頁以下、特に235頁を参照。

81 民集60巻3号226-227頁。

〔β〕まず順番を入れ替えて、②から問題にしよう。この点に関する最高裁の判断は、言うまでもなく、おなじみの我妻「民事違法論」＝不法行為「相関関係説」⁸²の継承（ある意味で「オウム返し」）そのものであった。最高裁は、いわばオーソドックスに本件Y1らの行為の「違法性」の有無を、この「相関関係説」によって判断した。その結果、Y1らの行為につき「違法性なし」と結論づけた。すなわち、「本件建物の建築は、（Y1らの）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を欠くものとは認め難く、上告人ら（X1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」⁸³（括弧内及び傍点・引用者）とする。このように、本件最高裁の「相関関係の違法判断」は、「社会的」にみて当該行為の「態様」が「相当性」を欠くか否か、の判断に尽きている。これは「権利ノ行使」であっても「法律ニ於テ認メラレタル適當ノ範圍内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スル」のであり、「故意又ハ過失ニ因リ其適當ナル範圍ヲ超越シ失當ナル方法ヲ行ヒタルカ爲メ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ、侵害ノ程度ニ於テ不法行為成立スルコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ」としたところの、周知の「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頁以下、特に362頁。傍点及び読点・引用者）の判断枠組みを、ほぼそのまま引き継いだものである。なお、この大正8年判決は「其行為カ社會觀念上被害者ニ於テ認容スヘカラサルモノト一般ニ認メラルル程度ヲ越ヘタルトキハ、權利行使ノ適當ナル範圍ニアルモノト云フコトヲ得サルヲ以テ、不法行為ト爲ル」とも言っている（前掲・民録25輯363頁。傍点及び読点・引用者）。要するに、ここで大審院は、いわゆる「受忍限度論」を先取的に採用している。この「信玄公旗掛松事件判決」のスタンスを、その後、継承し展開せしめたのが我妻「相関関係説」であった。この我妻「相関関

82 我妻・前掲書『不法行為』（前注28）101頁及び120頁以下、なかでも「刑罰法規違反・行政法規違反・公序良俗違反・権利濫用」につき同書142頁以下を参照。

83 民集60巻3号228頁。

係説」は、その性質上、そもそも上記大審院の立場である「受忍限度論」と不可分一体のものである⁸⁴。そして、この「受忍限度論」こそ、いわゆる「違法段階説」と合体すべきものであった。すなわち「被害がゼロのところから出発して、だんだん被害が大きくなっていくと、それが一定の限度をこえたところから、損害賠償を認められるようになる。しかし、差止請求が認められるのは、それよりもかなり高いところでどうしてもめなければ困るという場合に限られることになる」⁸⁵（傍点・引用者）とされていく。こうして「差止め」は、「不法行為責任」における「違法性」の、「かなり高いところ」で初めて認められるものへと変質する。必然的に「差止請求権」は不法行為責任の言い換えであり、ただ「損害賠償請求権」と異なって「違法性」の程度が「かなり高く」設定されるにすぎない。これが、わが国の確固たる「判例・通説」の立場、とされる。すでに本稿前編でも確認したように、そもそも本件原告らは——なるほど「受忍限度」違反を問題にしたことは確かであるとはいえ——本件「一部撤去請求」につき被告の不法行為責任を問うたのではなかった。その請求を認めるため——ある意味で「やむなく」——本件第1審判決が採用した枠組こそ、「不法行為責任」構成であった。そして「その特則」としての「原状回復」を、本件東京地裁は「一部撤去請求」認容の形で承認したのである。なぜなら

84 それゆえ「受忍限度論は相関関係説の展開である」ともされる。原島重義「わが国における権利論の推移」（1976年）同『市民法の理論』（2011年）445頁以下、特に450頁。ここでは我妻「相関関係説」の前に、すでに大審院の採用する「受忍限度論」があった、という事実に注目したい。なお原島重義教授（1925-2013年）は、以下のようにも指摘している。すなわち、我妻「相関関係説」において「被害者利益と相関的に考慮さるべき「侵害行為の態容」それじたいは、違法性の強弱をあらわすものであって、決して違法性を減殺・阻却するものとして、考えられてはいない」、だから「のちの受忍限度論に見られるような、被害者利益との「利益衡量」により、場合によっては違法性を減殺・阻却するものではない」と。原島・前掲論文・同『市民法の理論』480-481頁参照。

85 加藤一郎（編）『公害法の生成と展開』（1968年）13頁（加藤〔一〕執筆箇所）。なお、大阪弁護士会環境権研究会（編）『環境権』（1973年）192頁も参照。

現在なお、裁判官の思考を支配しているのが我妻「相関関係説」であり、その展開としての「受忍限度論」・「違法段階説」であったからにはほかならない。そのような東京地裁判決すら、行政法的思考優位の立場から覆したのが、本件控訴審判決であった。したがって原告も、その「上告受理申立理由」で、本件第1審の立場にすぎりつく思いで、いわばやむを得ず「不法行為責任」構成を採用したのである。なるほど最高裁は、その上告を「門前払い」にはしなかった。その点で本件最高裁判決は一步前進の判決であり、しかも「景観利益」を709条の「法律上保護される利益」と判断したことによって、その限りで健全な法的判断を示した。しかしながら、最高裁が行き着いたのは、結局は我妻「相関関係説」であった。そして信玄公旗掛松事件・大正8年大審院判決さながら、「行為の態様」の「社会的相当性」を問い、被告の行為には「社会的相当性」が欠けていなかったとして、その「行為」の「違法性」を否定した。そこには裁判官を拘束してやまない、厳然たる「違法段階説」的思考があった。そこで以下、①の問題に視点を移して「私見」をより具体的に呈示しようと思う。

〔γ〕上記①で最高裁は、「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」と判断した。それは正しい。積極的意義をもちうる「法的判断」と言うべきである。しかしながら、「私法上の権利が侵害された」とか「法律上保護される利益が侵害された」とかいう過去形の場合は、なるほど「不法行為責任」の問題であること確かだとしても、「法律上保護される利益が侵害されている」という現在形の場合はどうなるのだろうか。あるいは「将来的に侵害されるだろう」という未来形の場合はどうか。たとえば「所有権侵害」が現在形である場合、返還請求権であれ、妨害排除請求権であれ、とにかくにも「物権的請求権」の発動が承認されるはずである⁸⁶。

86 にもかかわらず、わが国明治民法典の立法者は、この基本的な論点を曖昧なまま放置してきた。たとえば他人の土地の無断通行・無断立ち入りは、当然メ

それが未来形であれば「妨害予防請求権」が問題となるに違いない。なるほど「景観利益」は所有権と異なり、客観的に動く利益であり、社会的な諸要因に制約され規定される、という特殊固有な側面をもつ。だから最高裁も、一方で「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化

ㄨ「物権的妨害排除請求権」の問題が先行するべきところ、穂積陳重博士（1855-1926年）は「無断立ち入り」のケースにつき、「譬へば片足人ノ地面ニ踏ミ込ンダ」場合——通常それだけであれば土地所有者が目くらをたてたりはしないのであるが、要するに「無断立ち入り」の場合であるとしておく——には、「所有者ノ感覺ヲ大變害スル」としつつ、もっぱら不法行為責任の問題としてだけ捉え、「損害ヲ蒙ル恐レガアル」から「権利侵害」が肯定され、「故意又は過失」及び「損害」が認定されれば「不法行為」となる、と主張していた。「第119回法典調査會議事速記録」（1895年〔明治28年〕10月2日）『日本近代立法資料叢書5・法典調査会民法議事速記録五』（1984年。商事法務研究会）299-300頁参照。要するにわが民法典立法者には、そもそも「物権的請求権」に対する基本的理解が首尾一貫した形で欠落していたのである。この点、梅謙次郎が「本權ノ訴」につきいちいち「物権的請求権」を規定したら「寔ニ煩ハシイ」、とだけその理由らしきものを挙げ、よって安直に「物権的請求権」の明文化を見送った事実が、併せて参照されるべきである。「第19回法典調査會議事速記録」（1894年〔明治27年〕6月8日）『日本近代立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一』（1983年。商事法務研究会）744頁。ところで、わが民法典立法者は、ドイツ民法第一草案及び第二草案を参照してフランス民法流の「旧民法」を修正したとされる。ドイツでは、所有権（Eigentum）につき「返還請求権」（現行985条）・「妨害排除請求権」（現行1004条1項1文）・「妨害予防請求権」（現行1004条1項2文）を、それぞれ明文化した上で、それを他の用益物権・担保物権等に準用する、という立法方針が実行された。かくしてドイツ民法の立法者にやれたことが、わが国ではどうして「寔ニ煩ハシイ」と忌避されるのであろうか。このようなわが立法者の「忌避」は、すでに立法段階から民事違法の「一元論」が自明の前提とされ、物権的請求権の根拠としての「客観的な違法」と「不法行為違法」との区別、つまりは「民事違法」の「二元論」が顧みられることがなかった事実を、如実に物語っている。ちなみに、ドイツ第一草案「理由書」では、立法者による不法行為規定を説明する箇所、で、「所有権に基づく請求権」（Eigentumsanspruch）の制定法上の独自の存在が、はっきり確認されていた。このような形で、ドイツの立法者は、「民事違法二元論」を、ごく当然のこととして受け容れていたのである。Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 728.

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」⁸⁷としつつ、他方「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」⁸⁸と言っている（ただし最高裁は、あくまで本件控訴審判決が言うような、露骨な「主観的・美的感受性論」は採用していない）。しかしながら、一旦「景観利益」を「法律上保護される利益」に値すると認定する以上、「景観利益」に対する客観的で現代的な侵害（「不適法侵襲」）があれば、まずは当該「利益」の客観的な法的反発力として「妨害排除請求権」＝差止請求権を認める余地は十分にあったはずである⁸⁹。むしろ、「妨害排除請求権」は不法行為責任とその法的性質を全く異にするのだから、侵害者の「故意又は過失」も、被害者のもとでの「損害」も、はたまた当該侵害行為の「態様」など、どうでもいいことである⁹⁰。要するに、「権

87 民集60巻3号225頁。

88 民集60巻3号226頁。その理由でもって最高裁は、「景観権」という権利構成を否定したのである。

89 ドイツでは、問題となる客体が所有権などの主観的権利（das subjektive Recht）でなくても、当該「利益」が「利益」主体に割当て的に帰属し法的地位を形成する場合には、この「利益」は「所有権」と同様に、妨害排除請求権＝差止請求権の根拠となる、と主張されている。たとえば、相対権たる「債権」については当事者間で、さらに不動産賃借権や帰属性のある債権（預金債権）の場合は「第三者」に対して、あるいは建築関連の保護法規や消費者契約にかかる保護法規による保護が認定される場合は保護法規によって、保護される「利益」侵害の場合に、妨害排除請求権＝差止請求権が発動される。それ以外にもなんらかの形で「割当て保護」（der zuweisende Schutz）の対象となる「利益」と認定される限りで、同様の保護を受ける。Vgl. *Eduard Picker, Der „dingliche“ Anspruch*, H. Koziol und Peter Rummel (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski*, 2002, S. 269 ff., bes. S.314-318; *dens.*, *Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz*, C. Meller-Hannich, L. Haertlein, H. F. Gaul, E. Becker-Eberhard (Hrsg.), *Rechtslage-Rechtserkenntnis-Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Eberhard Schilken*, 2015, S. 85 ff., bes. 98 ff., 100 ff.

90 たとえば好美清光「物権的請求権」舟橋諄一＝徳本鎮（編）『新版注釈民法ノ

利侵害」の典型としての「所有権侵害」につき、「物権的請求権」が認められるのと並行して、「法律上保護される利益」である以上、当該「利益」が客観的に侵害されている限り、「不法行為損害賠償請求権」の手前で、すでに「妨害排除請求権」の発動が承認されるべきである（建築基準法や自治体の景観保護条例などの「保護法規」〔„Schutzgesetze“〕による「保護」が与えられる場合も、そうである⁹¹⁾）。したがって、さらに「地域的ルール」が本件のように特定の内容と継続性をもって「強固」なものと判断される場合にも、これが妥当するはずである⁹²⁾。このことを考え抜く思考力を裁判官から奪っているのが、「判例・通説」の「相關関係の違法論」であり、「受忍限度論」及び「違法段階説」にほかならない。このように整理することが許されるとするならば、残された問題は、本件「国立マンション事件」に即して、「景観利益」が個別具体的に「法律上保護される利益」に当たる否か、それだけが問題となる、と言わなければならない。以下では、この点の考察に視点を移したい。

〔δ〕本件で特徴的な「事実」は、以下の通りである。まず、①「学園通りの当該地域内の地権者らが、長年にわたって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

ㄨ（6）物権（1）〔補訂版〕（2009年）112頁及び117頁、松岡久和『物権法』（2017年）33頁、広中俊雄『物権法〔第二版増補〕』（1987年）229頁以下、特に244頁及び263頁などを参照。

91 このことは、すでにドイツでは有力な見解となっている。たとえば E. Picker, Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrigen Bauten als Beispiel für die Realisierung von „Schutzgesetzen“, AcP 176, 1976, S. 28 ff.; dens., Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz (Fn. 89), S. 94-95 und S. 102-104. を参照。

92 この点、吉村・前掲「地域的ルール」（前注77）167頁も同旨である。ただし吉村教授は、「弱い」タイプの「地域的ルール」にも着目し、よって「地域的ルールの類型的多元的把握の発想」に留意している。吉村・前掲165頁参照。

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」ていること。さらに、②本件「景観」については、「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」のであり、かつまた、③「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（景観利益）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する」⁹³（傍点・引用者）。以上①②③の事実は、本件一定地域の住民・地権者等の「地域的ルール」形成の過程とその内容を確認するための基礎資料である（ただし、すでに本稿及びその前編でも指摘したように、「付加価値」の意味については一層の検討を要する）。さらに、それを補完する事実として、④「1994年（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、同年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。同年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」こと。加えて、⑤「国立市長は、被告明和地所に対し、〔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おりであるから、被告明和地所において検討すべきで

93 以上①②③について、民集60巻3号363頁及び365頁参照。なお、引用にあたっては若干の文言を、必要と思われる範囲で追加している。なお、以下で摘示する「認定事実」は、もっぱら本件第一審判決に基づくところ、それを「主観的美的判断」論でもって覆した本件控訴審判決も、その骨格においては、あくまで第一審判決の「認定事実」を肯定している。この点、留意されたい。

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（中略）との回答をした」こと。以上は本件地域の住民・地権者らが自主的かつ継続的に形成した「地域ルール」を尊重し、擁護するための住民運動が広範に展開され、「行政」＝国立市（自治体）を動かした事実が語られている⁹⁴。かてて、⑥「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リック的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、先に認定した時系列1のとおり、大学通り及びその周辺の住民のみならず、広く一般市民及びマスメディアに高く評価されている」という事実は、いわば本件「地域的ルール」が一般的・社会的な認知を受けていたことを示す。最後に、⑦「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、被告明和地所の作成した本件建物の宣伝広告で、「待望の大学通り沿いに。」「日本で最も美しいといわれる大学通りがこのプロジェクトの舞台となります。」（中略）「国立のシンボルである大学通りは「新東京百景」に選定された壮観なメインストリートです。」等の本件建物の立地が紹介され、併せて大学通りの写真が掲載されていることから明らかなように、不動産業者である被告明和地所自身が、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」という事実をもって、被告自身の行為により本件「地域的ルール」

94 以上④⑤について、民集60巻3号368-369頁参照。

のもたらす果実が一定の経済的価値を有しうることを示す⁹⁵。こうしてみると、およそ以下のようにして、本件景観利益が「法律上保護される利益」であることが立証されるのではないかとすなわち、まず本件景観形成の主体の行為の「評価」が重要になる。すなわち、本件原告らを含めた地域住民・地権者は長年にわたる「自主規制・自己犠牲」を払って本件景観を形成し、それを長年にわたって継続的に維持してきた。それが景観条例制定に向けた住民運動の起動力となり、またマスコミの報道等によって「社会的認知」を受けている。これは本件主体が「地域的ルール」を創造し、それが「社会的事実」としていわば公的に（パブリックに）承認されていることを裏づけるものにほかならない。このような「地域的ルール」によって支えられた「景観」には、「法律上保護される利益」が認定されてよい。それを被告自身が「利用」した事実は、その「要保護性」を、さらに一層強化するための＜基礎資料＞になっている。これらは、本件控訴審判決で、決して否定されてはいない。すなわち控訴審判決において、明示的に「事実認定」の文言としては出てこないものの、逆に言えば、本件「地域的ルール」の存在と「要保護性」の事実認定そのものは、明示的には否定されてもいないのである。つまりこれらは、被告主張の証拠資料等によっても＜覆すことのできない厳然たる事実＞であった。だから控訴審判決も上記事実に明示的・黙示的に承認しているのである⁹⁶。

なるほど、あらゆる「景観」が、そのものとして直ちに「景観利益」として「法律上の保護」を受けるわけではないだろう⁹⁷。しかし、上記のような形で特定の固有な内容をもった「景観利益」については、自ずと話が

95 以上⑥⑦について、民集60巻3号371頁及び373-374頁参照。

96 本件控訴審判決が「前提事実」として認定した箇所、すなわち民集60巻3号446-455頁を参照。

97 吉村・前掲「地域的ルール」（前注77）164-165頁が、この観点に着目している。だから、「弱い」地位的ルールの保護要件を含めた「類型的多元的把握」が模索されるのである。この点、本稿前注92も参照。

違ってくる。したがって、上記の事実を原告ら住民・地権者が主張立証して、裁判所がこれを否定し得ない以上、景観の個人的「評価」＝主観的・美観的感受性の問題は、法的には、なんら考慮に値しない。ついでながら、最高裁のいう「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」⁹⁸という、「本件最高裁」の判決理由も、なお問題を抱えたままである。本件第1審判決も指摘するように、たとえ建築基準法3条2条の「工事の着手」のうちに本件「根切り工事」が含まれ、その限りで被告の行為に行政法上の「違法性」がないとしても、建築基準法1条の立法目的趣旨は、あくまで「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い」⁹⁹（傍点及び括弧内・引用者）。この「法的判断」は、本件被告の行為が原告らの「受忍限度」を超えるものか否かとは、全く別個に承認されるべきことである。しかしながら、最高裁はこの判断に少しも耳を貸さず、結果的に行政法的思考優位の「控訴審判決」の立場を追認した。この点に関する最高裁の判断は、いわば禍根の上塗りとも言うべきものである。

以上、要するに本件「景観利益」は、上記の諸事実には照らして特殊かつ固有に「法律上保護される利益」に当たる。だとすれば、不法行為責任よりも一歩手前で、まずは差止め（本件「一部撤去請求」）が認められるべきで

98 民集60巻3号228頁。

99 民集60巻3号360頁。

あったろう。本稿で繰り返し指摘したように、この差止請求は、不法行為責任と法的性質を全く異にする。こうして、仮に「違法段階説」を有効活用するとすれば、まずは原告の「権利」ないし「法律上保護される利益」への侵害が現に客観的に存在する以上、被告の故意又は過失、及び原告の下での「損害」の有無を問わず、かつまた「侵害行為の態様」も一切問題とすることなしに——原告らの受忍同意や受忍義務の引き受けなどの違法性阻却事由がない限り——なにはさておき妨害排除請求権＝差止請求権（本件「一部撤去請求」）が承認されるべきであった。そのあとで、それと別個に不法行為の要件が充足される限りで「不法行為損害賠償請求」も認められることがある、と言うにすぎない。これは、いわばあるべき本来型の「違法段階説」であり、より厳密には「民事違法」の＜二元論＞と言うべきものである（なぜなら、一見したところ段階的に認定される「違法性」は、差止め「違法」と賠償「違法」とで、すでにその質を異にするからである）。その上で、上記諸学説で展開された「長所」を適宜加味していけば、景観利益の要保護性は、一層理論的に強化されることになろう（たとえば、吉田〔克〕説の「地域的公共性」の提唱や、大塚説で示唆された「慣習法」としての側面の効果的な取り込みなど。いずれも、本件原告主張の「一部撤去請求」を承認するために考え出された構想である）。

以上、まだまだ検討すべき点は残されている¹⁰⁰。しかしながら、とりあ

100 たとえば、ことのほか「既成事実」に弱いわが国裁判所の態度をどう位置づけるか。大きな問題である。その点、法律構成上の問題性を残したとはいえ、本件第1審・東京地裁判決が「完成済みマンション」についての「一部撤去請求」を認容したことは、あくまで画期的なことであった。これは何度賞賛されても足りないほど、裁判官にとって勇気のいることであつたに違いない。なお、ドイツでは損害賠償（Schadenersatz）の基本的効果たる「原状回復」（Naturalherstellung）について、そのための費用が「不釣り合い」（unverhältnismäßig）に大きい場合、「原状回復」ではなく「金銭補償」（Geldentschädigung）をすれば足りる、とする特則（ドイツ民法251条2項）がある。それを「物権的妨害排除請求権」（ドイツ民法1004条1項1文）に「適用（類推適用）」することができるのかという論点につき、かなり激しい対立が

えずは上記考察をもって「私見の呈示」としておく。すでに断っているように、本「研究ノート」の考察は、根本尚徳教授の『差止請求権の理論』の基本的スタンスを総合的に批判するための「補完」的・「副次」的なものであり、かつ、すべて「試論」ととどまる¹⁰¹。だから、今後なお深く研究を重ねていくことが肝要であること、言うまでもない。筆者の置かれた環境がそれを許す限り、引き続き考察を進めていきたいと思う。ともあれ、本稿続編（龍谷法学「次号」）では、「国立景観訴訟」の考察の〔補論〕として、「阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されるか（上）（下）」をいかに読み、どのように考えるか」を中心に論ずる。以上のことを確認して、とりあえず本稿を閉じたく思う。

（未完）

がある。これについては、和田真一「費用の過大さを理由とする妨害排除請求の制限——BGB251条2項の適用範囲論をめぐって」立命館法学225=226号（1993年）785頁以下、及び拙稿・川角「「ネガトリア責任と金銭賠償責任との関係について」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』（1996年）537頁以下を参照されたい。

101 なお、本稿前編（龍谷法学51巻2号）冒頭でも指摘したように、根本教授の「違法侵害説」からは、「本件国立景観訴訟」事件に関する具体的解決策は、ほぼ全く示されていない。少なくとも、筆者（川角）の管見の限りで、そうである。本稿の基本趣旨に照らして重要なことであるから、この点、再度指摘しておく。このように根本教授が、その立ち入った考察を留保されている「景観訴訟」事件、及び「日照妨害」事件（本稿前編〔4〕・龍谷法学51巻1号〔2018年〕427頁以下）こそ、いわば根本流「違法侵害説」の真価（「存在意義」）が問われるべき典型的な局面であろう。これを放置したまま、さらには筆者による本稿での批判的考察も無視して、なお自己流の——「主観的違法要素」論なるものからなる——「違法侵害説」を維持されんとするなら、その合理的根拠は何か。せめて、それくらいはご教示願いたく思う。