

<論 説>

景観権序説 (3・完)

吉 川 日出男

はじめに

- 一 景観の定義及び種類
- 二 景観の内容及び性質
- 三 景観破壊の原因
- 四 景観保護の必要性(以上29巻2号)
- 五 景観保護の法制度
- 六 景観に関する民事判例
 - 1 民事判例
 - 2 景観紛争の分類
 - 3 景観紛争の争点
 - (1) 景観の権利益性(以上34巻2号)
 - (2) 違法性
 - (3) 民事救済措置: 損害賠償・原状回復・差止
- 七 論点の検討
 - 1 景観利益の内容
 - 2 景観利益の法的構成
 - 3 違法性の判断
- 八 景観保護の課題(以上本号)

(2) 違法性

違法性が認定された事例は10件中、2件([4-1]・[5])である。

イ 違法性が認定された事例 [4-1] は、受忍限度の判断要素(被害の内容及び程度、地域性、被告(明和地所)の対応、法令違反の有無、被害回避可能性など)を提示し、それらの事情を総合的に考慮して受忍限度を判断している。i 被害の内容及び程度——原告らの有する景観利

益は地権者らの長期（70年以上）にわたる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造られてきた付加価値である（形成型景観）。こうして形成されてきた景観を維持するには、当該地域内の地権者らが前記基準を遵守する必要がある、もし、地権者らの一人でもその基準を逸脱した土地利用を行なうと、これまで共同して形成されてきた景観は直ちに破壊される関係にある（互換的利害関係）。本件建築物は大学通りの並木及び周囲の低層住宅と著しく調和を欠くものであり、本件景観を大きく破壊している（被害の程度）。ii 地域性 — 本件土地は低層住居専用地域ではないが、本件土地上に高層建築物の建築を許容ないし推奨している地域ではない（地域特性）。iii 被告（明和地所）の対応 — 明和地所は、本件土地に公法上可能な最大規模の建築物を建てることを目的として土地を購入し、本件建物を建築するに当たって、周辺環境への配慮、地域住民との協議、被害を最小限に止める等、真摯に話し合うという意味がなかったこと。そのことは、明和地所が本件建物の計画、着工から完成に至るまでの間、行政から再三指導を受けていたにもかかわらず、これに反駁し、審議会への出席を求められてもこれに応じず、「勧告」や「事実の公表」といった重大な処分が下されても、被告らはこれを真摯に受け止めることもなく、近隣住民らとは最後まで誠実に対応してこなかったことなどからみても明らかである。一方、明和地所は本件土地上に高層建築物を建築すると、本件土地周辺の景観が破壊されることを十分認識しながら、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作成して本件マンションを販売するなど、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（被告行為の悪質性）。iv 法令違反 — 本件土地は第二種中高層住居専用地域にあり、本件建築物は違法建築物ではない（合法建築物）。v 被害回避可能性 — 被告らは行政や市民らと真面目に協議すれば、受忍限度を超える建物の建築は避けられる可能性があったにもかかわらず、本件建築物を18階建てから14階建てに変更したものの、それは軽微な計画変

更に過ぎない（不十分な回避措置）。以上の要素を考慮すると、「本件建物を建築したことは原告甲田秋生ら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」⁽¹³⁶⁾と判示している。

本判決は、違法性の判断要素として、被害者側の事情——被害の内容・性質・程度、地域性、加害者側の事情——事前・事後の対応、被害回避措置、事業活動の悪性等をあげ、それらの事情を総合的に考慮して、受忍限度を判断しており、本判決における受忍限度の判断要素の設定および評価手法は適切なものであったといえる。なお、本判決は、三(5)において、本件建物のうち20メートルを超える部分の撤去費用として、(少なくとも53億円)を要するという点について、これらの損害は「明和地所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生じたものであり、そもそも経営判断の誤りがあったことによって発生したものである。また被告が多額の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た被告の損害の大きさをもって原告らの請求を妨げる事情とするのは不合理である」としている。この説示は公平の視点からみて適切な判断であり、事業者の悪質な建築行為を抑止する効果をもつものとして評価したい。

[5]は、受忍限度の判断要素及び評価について次のように説示している。i 景観利益の権利性——名古屋市は、本件町並み保存事業を策定し、各種の財政的助成等を行い、その実施に当たっては、地域住民への周知徹底や検討会を繰り返し行ってきた。債権者(白壁地区に居住する住民)からも歴史的街並み保存の趣旨に従い支出や手入れ等を随時行うなど、町並み保全に寄与してきた。こうしたことを考え合わせると、「本件町並み保全地区に指定された白壁地区内等の住民らは、その所有する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い、かつその維持を相互に求める利益を有するものと認めるのが

相当」（[4-1]と同旨）である。ii 要綱における修景基準の拘束力等——行政は法律の趣旨を補い、あるいは拡充するため、行政指導としての基準（要綱ないしその修景基準）を定めることができる。地域住民や行政がそれに従って実施してきた事業については、法律（建築基準法上の建築協定など）がないからといって、何ら法的保護に値しないとはいえない。iii 本件建物の高さ制限の可否——落ち着いた街並み・景観というのは、「日本の伝統的な歴史等や保護指定にかかる伝統的建造物に照らし、高層建物がないことによる低層（地域）性こそが最も中核的な要素の一つであると解される」。歴史的資産等の保護という観点でみた場合、「高層建物が、そうした歴史的資産等に間近に並べられて存在するときは、主客逆転をひき起こす（並び立たない）おそれがあり、同保護の趣旨とは相容れがたい側面がある」。以上の諸点を合理的に解釈すると、「白壁地区等内においては、高さ 20 メートルを超える建物につき、その超える部分の建築は許されないと解するのが適切妥当である」。iv 債務者の反論等——債務者は修景基準の主要なものは、門・塀・壁・緑を残すことであり、町筋から見えるそのような景観を保護したにすぎないから、高さの点は必ずしも重要なものではないとし、仮に高さの点で、修景基準に違反しているとしても、本件マンションの場合、「引き」（門から本件マンションとの間に大きな距離を持たせた）を十分に確保したから、門から見える仰角がかなり抑えられ、圧迫感が相当軽減された設計となっており、実質的に修景基準等に違反していないと主張するが、「本件町並み保存事業の趣旨、目的、実施手段、保護支援の対象等の制度に鑑みれば、その修景基準の主要なものが、門・塀・壁・緑を残すことに尽き、高さの点を含まないとか、あるいはこの点はあくまで二次的で非本質的なものに過ぎないなどと解することはできない」。また、仰角の点についても、「門からみえる仰角等が低く抑えられていれば、本件町並み保存事業の趣旨に合致しているとするにはそもそも疑問がある」としている。v 債務者の譲歩の有無——債務者は本件マンションを建築するに当たりできる限り譲歩したという主張に対して、「譲歩の意味が何を意味

するかはそもそも確定しがたいが、ただ、確かに、債務者は本件マンション建築に当たり、長屋門を残す等をしたものであり、その意味では、町並み保存したことになる。…しかしながら、その余については譲歩があったかについては疑問がある」としている。加えて、本決定は「債務者は、日本の各地で開発を手がけるマンション建設等の業者にして、進出する先々の地域の実情や願い等に深く根ざし、地域性を失わせることのない、持続性のある地域将来像をも見据えた開発を進めることこそが、むしろ本来のあり方のはずである」⁽¹³⁷⁾としている。

本決定は、[4-1]と同様、債権者側の事情——名古屋市及び市民が歴史的景観の保存に向けて取組んできたこと、歴史的景観の保存の必要性、建築物の高さ規制の重要性、債務者側の事情——歴史的（景観）に対する配慮、被害回避性などを総合的に考慮して、受忍限度を判断しており、本決定の受忍限度の判断手法（要素の設定及び評価）は適切なものであったといえる。なお、「加えて」以下の説示は、事業者の社会的責務を述べたものであり、事業者はそのことを厳しく受け止める必要がある。

ロ 違法性が認定されなかった事例 [1-1]は、債権者らが主張する景観利益は反射的利益であり、個別・具体的利益ではないとする。[1-2]は、公の施設（公園）の一般使用者といえども、その使用が日常生活上諸般の権利を行使するについて不可欠なものであるなど、特別の利害関係の存する場合には、自己の使用に対する妨害の排除を求めることができる」と解している。この点は評価できるが、「本件においてかかる事情の存することについては、なんら主張もなく、疎明も存しない。従って、本件においては保全すべき抗告人らの権利ないし法的保護に値する利益は存在しないものというほかはない」⁽¹³⁸⁾としている。

[1]（[1-1]・[1-2]）には、違法性についてみるべきところはない。

[2]は、違法性の存否について、本件建物は「建築基準法59条の2

の規定による総合設計制度に従って計画されたもの」（合法建築物）であり、手続上（「その建築確認を得るまでの手続において、景観の保全はもとより、建物の美観、街並みとの調和、眺望等総合的角度から審査がなされたものであって」）瑕疵はなく、本件において違法な点は認められない⁽¹³⁹⁾、としている。

本決定の違法性判断には次のことが指摘できる。i 本決定は、法規違反や手続上の瑕疵がないことをもって違法性がないとしているが、建築基準法は建物の最低基準を定めたものであること、行政上の違法と民事上の違法は必ずしも一致しないこと、景観侵害事案ではほとんどが合法建築物によるものであることなどを考え合わせると、法規遵守をあまり重視すべきではない。ii 本決定は、本件建築物が建築されることによって周辺環境にどのような影響を与えるかについて、総合的に判断したとするが、その内容が具体的に説示されていない。iii 本決定は、債権者が歴史的景観に具体的にいかなる利害関係を有し、いかなる個別的な利益が侵害されたかについて疎明がないとしているが、本件のように総合設計制度による場合、債務者（側）の方で債権者の受ける被害が受忍限度を超えないことを立証すべきではなかろうか。iv その他、本判決は歴史的景観と他の地域環境とを同視し、両利益の調整を図る必要があるとしている点についても疑問がある。

[3-1] は、違法性・権利濫用等について次のように述べている。i 法令違反の有無 — 本件マンション建築において、都市関連法（都市計画法・建築基準法・まちづくり条例・景観条例等）に違反する事実は認められない。ii 地域性 — 本件地域は、都市計画法上、第一種住居地域と第一種中高層住居専用地域であり、ある程度の高さを有する建築物の建築が許容されている。iii 加害者の対応 — 被告らは本件建物を建築するに当たって、周辺住民の意見を聞く説明会（四回）を開催し、協議を重ね、住民からの要望を一部容れて、計画変更（地上5階建てから4階建て、地下1階建て）が行われている（事前・事後の適切な対応）。iv 被害

の程度——景観被害は一定程度発生するが、その被害の程度は小さい。こうした事情を勘案すると、「被告の同行為が原告に対して民法709条の適用上違法となるとか、権利の濫用であるなどと解することはできない」としている。

本判決は、原告側の事情（被害の程度が小さい）、地域性・法令（用途地域・建築基準法）違反なし、被告側の事情（建築前の対応）などを総合的に考慮して、本件建築行為には、「違法性」はなく、また「権利濫用」にも当たらないと判断したものであり、その判断手法及び結論は適切なものであったといえる。

[3-2]は、景観破壊の存否について次のように説示している。景観利益の存否——景観利益は法律上の「権利」としては認められないが、鎌倉市は、「古都鎌倉の景観の保全については、さまざまな行政上の法的規制がなされているところであり、その対象地域である本件地域に建物を所有してこれに居住する控訴人においても、その景観を享受する利益を有しているということではできず」としつつ、「その景観を享受する利益は当該地域住民にのみ認められるものではなく、古都鎌倉を訪れる国民各人にも広く認められるものであって、公共的利益ともいえるものであり、後記説示の眺望利益とは異なり、個人の個別的・具体的利益ということではできない」としている。ii 地域性——本件地域は都市計画上の用途地域として第一種中高層住居専用地域及び第一種住居地域に指定されており、住宅地としてはある程度の高さを有する建物を建築することが容認されている地域である。また、本件地域は歴史的風土保存区域及び歴史的風土特別保存地区、風致地区にも指定されていない。iii 対応等——建築に当たっては、近隣住民の要望を一部受け容れて計画縮小したこと、鎌倉市の指導にしたがって、建物の外観、配色等についても周囲に融合するよう工夫されたものである。これらの事情を総合考慮すると、「本件マンション建築をもって本件地域の景観を破壊、侵害したものとまで評価することは到底できない」としている⁽¹⁴⁰⁾。

本判決は、景観被害の程度——小さいこと、法令違反・地域性違反の有無——なし、被告らの対応——説明会の開催や設計変更、鎌倉市の指導を受けながら周辺環境への配慮を行ってきたことを認定し、被告らの建築行為によって、鎌倉の歴史的景観が破壊されたとまではいえないとしたものであり、本判決の結論には賛成したい。しかし、本判決にはやや説明不足な点があるように思われる。①本判決は、歴史的景観に私権性を認めつつ、一方で、公共的利益（開放された利益）としてとらえているが、本判決は両者の関係をどのようなものとしてとらえているのか定かでない。②本判決は、眺望利益（私益）と景観利益（公益）を明確に区別しているが、こうしたとらえ方には疑問がある（眺望景観侵害）。

[4-2] は、違法性の存否を次の要素から判断している。i 景観利益の性質・内容——良好な景観は国民及び地域住民の共通の資産であり、それが現在及び将来にわたって整備保全されるべきことはいうまでもないが、国民及び地域住民が独自に私法上の個別的な権利・利益として享受できるものではない。ii 日照・眺望と景観との関係——前者は定量的・固定的であり評価が可能であるが、後者は対象が多様であり、景観主体は限定されていないこと、視点も流動的であり、被害の範囲も広いなど不明確である。iii 景観保護法令の存否——現行法上、個人について良好な景観を享受する権利を認めた法令は見当たらない。iv 景観形成のあり様——本判決は地権者らの自己犠牲的努力をある程度評価しているが、本件景観は地権者らの自己犠牲によって形成されたものとはいえない。v 被害の程度——本件建物は高さや規模において相当目立つ存在であるが、本件建物の高さを除いて、周辺環境と違和感を抱くものとはいえない。以上のことを考慮すると、「本件建物の建築により、一審原告らにつき、社会生活上受忍すべき限度を超える権利・利益の被害が生じているとは認められない」としている。つづいて、本判決は、五において、景観被害が社会生活上受忍限度を超えていない場合であっても、本件建築行為が加害目的（害意）をもってなされたり、権利行使として著しく合

理性を欠くような場合には、不法行為が成立ことはあり得るとしている。この点について、本判決は「本件土地の取得経緯」及び「本件建物の建築に至る経過」に分けて検討を加え、「一審被告明和地所の本件土地の取得及び本件建物の建築が、社会的相当性を欠く違法なものであったとは認められない」⁽¹⁴¹⁾としている。

本判決は、景観利益の私権性を排し、公共性を強調して違法性を判断しているが、本判決の違法性判断には、次のような疑問がある。①本判決は、市民が良好な景観形成に積極的に関与してきたことを十分に考慮していないこと。②本判決は眺望利益と景観利益の相違を強調しているが、両者の相違は相対的なものである。③本判決は、「本件建物に違和感を抱く人々は少なくないものと思われる」としているにもかかわらず、本件景観被害の範囲は大学通りの一部であり、本件景観と関わっている者は50名程度であるとするなど、本件景観被害を狭小なものにしようとしている点に違和感がある。④本判決は、被告らの行為の悪質さを軽くとらえていること。これは[4-1]と顕著な相違である。⑤本件建物は巨大な建築物であるが、「高さ」を除いて、とするなど、景観に対する建物の高さのもつ重要性を軽視していること。⑥違法性が加害者側の事情を重視して判断されていること。⑦良好な景観の形成等は行政施策によって行うべきであるとしているが、良好な景観形成主体は行政のみではないこと。⑧本判決は市民参加の必要性を説示しているが、公共的利益論・公私二分論の下では積極的な市民参加は望めないことなど、本判決の受忍限度論及び社会的相当性の判断には多くの疑問がある。

[4-3]は、本件都市景観は法律上保護に値する利益に当たるが、第三者に対する関係において違法な侵害になるかどうかは、「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慮して判断すべきである」(相関関係説)としている。本判決は、景観侵害は「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、他方の

財産権を制限することから何らかの調整が必要であるとしている。財産権の規制は「第一次的には、民主的に定められた行政法規や条例等によってなされることが予定されている」とし、「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には、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規に違反するものであり、公序良俗違反や権利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」としている。本判決は、本件建築物は違法な建築物ではなく、「本件建物は…相当の容積と高さを有する建築物であるが、その点を除けば本件建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」⁽¹⁴²⁾としている。

本判決の違法性判断については次のことが指摘できる。①本判決は、景観利益を相対的に「弱い」利益としてとらえているが、景観利益の保護の視点からみると、「弱い」という表現は必ずしも適切ではない。②本判決は、違法性を判断するに当たり、建物の大きさ、高さ（「その点を除けば」）をあまり重要視していない点である。③本判決は、侵害行為が違法となるには、「少なくとも」、刑罰法規・行政法規違反、公序良俗違反、権利濫用などが必要であるとしているが、これは、加害態様に通常以上の悪性を要求するものである。④本判決は〔4-2〕の事実認定の下で違法性を判断したものであるが、抽象的構成要件についてももう少し詳細な説示があっても良かったのではなかろうか。

〔6〕は、社会的相当性の欠如について次のような形で説示している。
i 本件土地及びその周辺の地域性・歴史性等 — 本件地区（深沢・八雲）は、大正末から昭和にかけて、山の手に存する閑静な高級住宅地・良好な住宅地として開発されてきた地域である。世田谷区の街づくり等に係

る具体的取組みは次のとおりである。1982年に「世田谷区街づくり条例」を制定し、1985年には、同条例に基づいて、「都市整備方針」を策定し、1995年にこれを見直し、同年に、「新都市整備方針」を策定している。2001年には、それを都市計画法所定のマスタープランとして位置づけ、「世田谷区都市整備方針」とし、整備方針では、本件土地の大部分を占める土地は「低層住宅ゾーンⅠ」（低層住宅主体で低密度、農地緑地が点在する住宅ゾーン）として位置づけられていた。また、1994年には、「世田谷区環境基本条例」を制定し、1999年には「世田谷区風景づくり条例」を制定し、2001年には、世田谷区深沢地区の住民らが中心となって、地区計画の早期策定に向けて準備会を結成し、2002年には地区計画の早期実現を求める陳情を行ったが、今日に至るも地区計画は策定されていない。東京都は、2004年に都市計画の決定を行ない、その結果、本件土地は、それまでの第二種高度地区の指定に加え、新たに絶対的な高さ制限45mが導入され、その周辺地域においては、高度制限規制（10m又は12m）が維持されることになった。他方、目黒区では、1977年に環境優良地域の保全に努める等基本計画を決定し、1984年には八雲四丁目全域がモデル地区に選定され、1985年には、目黒区土地利用計画を策定し、地域環境整備計画の中で、八雲などの良好な生活環境が維持されている地域については、その街並みを保全することが必要であるとの認識が示された。目黒区は、八雲四丁目地区について、「八雲四丁目街づくりガイドライン」を策定し、1991年1月から施行されている。その内容は、八雲四丁目全域を対象とし、地区を3つに分け、低層住宅地では10mを超える建築物は建築してはならないこと、駒沢通りの沿道地区では15m以上（第一種住居専用地域では10m以上）の建物を建築してはならない、近隣商業地域では、15mを超える建物を建ててはならないとするものである。1993年に「目黒区都市整備方針 快適生活都市めぐろを目指して」を明らかにし、本件土地に含まれる八雲五丁目等の住宅地について、「全体に敷地規模が大きく緑の多い良好な住宅地である。全体を公園的な雰囲気を持つ地区として整備を進め、道路空間の修景、ストリー

トファニチュア、モニュメントの設置により、楽しみながら歩ける街並みをつくり出し、良好な景観を保全していく。八雲地区に隣接する駒沢公園で、清掃工場の整備が計画されていることから、この整備に当たっては、地域住民の意向に充分配慮し、良好な住宅地の保全策を講ずる」との方針が示している。八雲五丁目地区は土地利用方針として、戸建住宅地（低層型）とされている。ii 被告らによる本件土地取得及び本件建築計画立案の経緯 — 被告らは、跡地利用についての東京都の基本方針や世田谷区長らの要望を受けて本件土地を購入した。直後、原告らは開発許可の取消しや建築確認処分の取消し等を求めて審査請求をしたが、いずれの請求も棄却又は却下されている。iii 本件建築計画の法令違反の有無 — そもそも建築物が全体として一棟であるか否かについて、本判決は、「当該建築物が機能面、構造面、外観等の観点から一貫性を有するか否かについて、問題となっている法規の趣旨、目的に照らし総合的に検討すべきものと解されるどころ、H棟とI棟、J棟とK棟が上記の観点から一体性を有するか否かは、本件において提出されている資料のみからは一義的に明らかではなく、特に、上記各棟が構造面においてどのような関係にあるかといった専門技術的な問題についてはそのようにいわざるを得ない」としている。iv 本件各建物建築に至る経緯等 — 被告らは第一次案の説明を行なったが、住民から抜本の見直しを求められた。二次案についても見直しが求められ、東京都に対し紛争調整を申し立てたが不調に終わる。三次案の説明会については、原告らはボイコットしたので、被告らは四次案をもって個別訪問し、周辺住民に説明した上でその後工事に入った。世田谷区や同区環境審査会との関係については、都や世田谷区は、世田谷区環境基本条例等に基づく手続の終了を通知していることに徴すると、被告らの申し出は受け入れたものと解される。以上の点を考え合わせると、「本件建物は建築関連法規等の法令の要件を満たすものとして建築されており、本件土地及びその周辺地域の地域性・歴史性等、被告らによる本件土地取得及び本件建築計画立案の経緯や交渉態度等において、社会的に相当性に欠ける点があったと認めるこ

とはできない」⁽¹⁴³⁾としている。

本判決の社会的相当性についての判断には次のような疑問がある。①本判決は、詳細な事実認定を行っているが、社会的相当性の判断に当たって、iがどのように考慮されたのか不明である。②本件建物(群)が一棟か否かという点についての説示iiiは、極めて曖昧であり、原告らの主張(一団地認定規定の適用は公共目的に限定すべきである、本件マンションはエクスパンションジョイントでつながっているにすぎず、本件各棟は別個なものである等)に対して、適切に応えたものとはなっていない。③本判決はiの事実認定を回避し、本件建築には法令違反がないことをもって、社会的相当性に欠けた点があったとはいえないとしているが、これは社会的相当性の判断としては適切なものではなかった。④本判決は、当事者間に根本的な点についての対立であったとしながら、それが埋まらなかったのは原告らに責任があるとしているなど、本判決において社会的相当性が公平に判断されたものとは言い難い。

[7]は、違法性の存否について次のように述べている。i 本件地域の歴史性 — 本件地域は美しい丘陵地帯であったこと、後に、玉川学園が創設され、玉川学園前駅が開設されるなど、本件地域は学園都市として発展してきた。ii 住民らによる環境保全努力 — 本件地域住民らの環境意識は高く、本件地域は、「文教地区」の指定をうけ、地域住民の努力によって、「かしの本山自然公園」の開園、同公園内に「タヌキ・トンネル」の設置、開発からケヤキを保全してきた。また、本件地域には複数の環境保護団体が存在している。iii 行政的指針等 — 町田市は「町田市都市計画マスタープラン」を作成し、「町田市緑の基本計画」、「まちだエコプラン」を策定している。iv 本件土地の環境 — 本件土地は丹沢山塊を見渡すことのできる高台にあり、緑の多い地域である。v 本件マンション建築の経緯について — 本件マンション建築に当たって説明会が相当回数開催されており、その経過に従い、設計変更が行われてきた。vi 法令遵守 — 本件建築物には、建築基準法、建築基準法施行令、都市計画

法、条例違反がない。vii権利濫用や公序良俗違反がないことし、「本件マンションは適法に建築確認を得ていて、町田市建築審査会の裁決や建築確認処分取消請求も棄却されていることからすれば、被告Gが建築関連諸法規に違反するを知りつつ本件マンションを建築、施工したということはできないこと…本件マンション建築工事に至る経緯や原告ら指摘の諸点からみて、被告らに公序良俗に違反する行動や権利濫用に該当する事情があったとも認められないことを総合すると、原告ら主張の景観利益を被告らが違法に侵害したとまではいうことはできない」⁽¹⁴⁴⁾としている。

本判決の違法性判断には次のような疑問がある。①本判決は、i～ivを認定しながら、割合あっさりとして、地域的ルールが存在を否定している点である。本件地域の良好な環境（景観を含む）は町田市や住民らの永年の努力によって形成されてきたものであり、そこには何らかの地域的ルールがあったとみるのが自然ではなかろうか。地域的ルールをめぐってそれは第三者からみても明確なものでなければならぬとする見解もあるが、景観はみればわかるし、聞くことによって容易に感じ取ることができるものである。もし、本件事案において、事業者が地域的ルールの存在を見抜けなかったとすれば、それは事業者（側）の手続き上の瑕疵に当たると解することができるのではなかろうか。本件事案において、行政や地域住民の永い努力があったことにかんがみ、本件地域に域的ルールがなかったとする判断は適切ではなかったように思われる。②本判決は、「人口稠密な首都圏において、数少ない大規模空地である本件土地を購入し、行政法規の枠内において558戸にもものぼるマンションの建築販売を企図する経済行為を目して、適正土地利用でないとか、自然環境の不当な破壊であるとかということとはできないことはいうまでもない」と説示している部分である。これは、事業者は行政法規に違反しない限り、自由に開発行為が推進できるとするものであり、直ちに賛同することはできない。③本件建物（群）が一つのものに当たるかという点についても、本件各棟は共用廊下やエキスパンション等で接続されてお

り、エレベーターやごみ置き場、エントランスホール、ラウンジ、集会室等は共用棟に接続されているなど、本件マンションの住宅棟及び共用棟は、構造上・外観上及び機能上、いずれの観点からみても一体性があると解しているが、「エキスパンションジョイントでつながれている建物は構造学上別棟である」とするなら、本件建物群は一棟であると解するには無理があるのではなかろうか。

[8]は、眺望利益と景観利益を分けて違法性を論じている。前者については、本件眺望は法的保護に値する利益に当たると解した上で、本件再開発事業は、「1978年頃から存在した二子多摩川地区のまちづくり構想の一環として行われるものであって、公共性が認められること、本件再開発事業において建築予定の高層ビル群は建築されたとしても、原告らがこれまで享受してきた眺望が全く失われるわけではないことなどに照らすと、被告の行為が眺望利益を有する原告らの受忍限度を著しく超えているとはいえない」としている。後者については、[4-3]を引用し、都市景観が景観利益として保護されるためには、当該景観が、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、豊かな生活環境を構成していることが必要であるとする。しかし、本件において、原告らの主張する景観は「多摩川の流れ」「その上に広がる空」、「丹沢や富士のながめ」、「(それらが)一体となって形作る景観や自然」といった、人為の加えられない自然を対象とするものである上、これらの景観を守ることを目的として、高さの建築制限などといった意識的な行政活動を行った形跡は本件全証拠によっても認められず、また、当該目的の達成のために、本件再開発地域周辺の住民らが意識的な活動を行い、成果を挙げた形跡も本件全証拠によるも認められない(略)ことに照らすと、上記世田谷風景づくり条例の存在や、世田谷百景等の選定の事実を考慮してもなお、原告ら主張の景観が、人々の歴史的又は文化的景観を形作っていると認めることはできず、これを景観利益として評価することはできない」としている。そして、本判決は原告らによる都市再開発法違反

等の主張に対して、「これらの主張は、いずれも、原告の権利や法的利益に対する侵害を主張するものではないから、本件請求との関係では、主張自体失当である」⁽¹⁴⁵⁾としている。

本判決の違法性判断には次のような疑問がある。①本判決は、眺望は法的保護に値する利益に当たると解しながら、眺望利益が保護されるには、眺望被害が「著しく」受忍限度を超えていなければならないとしている点である。通常、受忍限度を超えれば違法性が認定されるが、本判決はなぜ「著しく」という言葉を追加したかである。この背景には開発行為の社会的有用性（公共性）があるものと思われる。これによると、眺望利益は保護され難くなる。②また、本判決は、本件事業によって、原告らが享受してきた眺望利益が「全く」失われるわけではないとしているが、眺望阻害事案において、こうした要件（「著しく」・「全く」）が追加されると、眺望利益はますます保護され難くなる。それだけでなく、受忍限度の高度化がその他の侵害事案にも波及することが懸念される。③本判決は、本件で対象になっているのは、人為の加わっていない自然や景観であるとしているが、もし、そうであれば、自然環境の保護保全に、住民の積極的関与や活動の成果を求めるのは適切ではないことを指摘しておきたい。

[9] は、[4-3] を引用しつつ、違法性について次のように説示している。i 法令違反——本件建物は合法建築物である。また、東京都の定める景観計画の趣旨を逸脱するものでもない。ii 本件建物の外壁の色彩・構造など——本件建物の外壁は赤白のストライプを基調とし、本件建物の西側の一部に緑色が配色されており、本件建物の屋根の南側部分に円窓があるなど、本件建物は周囲の目を引くものではある。本件建物周辺には建物の外壁に様々な色彩（青色・黒色・薄紫色）のものが存在し、本件地域内の建物の外壁の色彩について統一されていない。本件建物の外壁部分は周囲の景観の調和を乱すものとはいえない。iii 本件建物が刑罰法規や行政法規に違反するものであったり、公序良俗違反や権利

の濫用に該当する事情はうかがわれぬ。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がたく、仮に原告らに建物外壁の色彩に係る景観利益があったとしても、これを違法に侵害する行為とはいえない」⁽¹⁴⁶⁾とする。一方、原告らが主張する平穏生活権侵害については、もとより、「自宅における私生活の平穏は、これを平穏生活権ということではできるとはともかく、人格的利益として法律上保護されるものであるが、自宅における私生活の平穏に対する侵害が直ちに違法になるのではなく、受忍限度を超えた侵害に限って違法とされる」とする。また、原告らは「騒色」という言葉を、「生命・身体に対する危険感や不安感を与え、精神的平穏や平穏な生活を妨害する色彩」という意味で用いているが、本件建物の外壁の色彩は「人の目を引くものではあるが「騒色」とまではということではできないこと、本件建物外壁部分に常に触れるものではないことなどを考え合わせると、「本件建物外壁の赤白ストライプ模様が隣接建物に居住する原告らに不快の念を抱かせるとしても、原告らの私生活の平穏ないし平穏生活権を受忍限度を超えて侵害するものとはいえない」⁽¹⁴⁷⁾としている。

本判決は、被害の程度、建物の色彩・形態、法令違反の有無、本件建物の周辺環境状況等を総合的に考慮して、違法性（権利濫用や公序良俗違反、受忍限度論）を判断したのは適切であったといえる。しかし、本判決の違法性判断には次のような疑問がある。①本判決は、原告らは丁田秋男の意見書（「本件建物の快・不快の程度が10段階のうち5段階ぐらい」）により、本件建物の外壁部分が本件地域の景観を破壊しているとしているが、「丁田見解は快不快という観点からのものであって、主観的な評価であることを否定できず、丁田見解によって、本件建物外壁部分が公序良俗に反せず権利濫用に当たらないとの前記判断が左右されるものではない」としている点である。確かに、色彩による被害は、「不安感」・「不快感」・「違和感」（情緒的・精神的被害）といった主観的なものであるが、本判決において、「快」、「不快」についての実質的検討がなさ

れても良かったのではなかろうか。②本判決は、本件地域には建物の外壁について統一された定めがなかったこと、本件建物周辺にはいろいろな色彩の建物が存在することを認定しているが、そのことは、本件地域において、被告の自己表現の自由を許容することを意味するものではない。③本判決は、平穏生活権への侵害に対して、本件色彩は「騒色」に当たらない、本件建物は原告らに不快な念を抱かせるものであったとしても、受忍限度を超えて侵害したものとはいえないとしているが、受忍限度を判断するに当たり、被害の内容や程度——不快とは何か、不快度数、地域性——第一種住居専用地域、建物の構造・デザイン等について、実質的な検討がなされてもよかったように思われる。

[10] は、被告らの行為が一般条項（権利濫用・公序良俗違反・社会的相当性の欠如）にいかにかかわるかにいて次のように説示している。i 景観利益の歴史性と保護利益性——本件地域は、平安京造営の際の起点となった場所であること、古くから歌に詠まれてきた場所であること、当該地域に居住し、日常的にその恩恵を受けている者は景観利益を有する。ii 地域性——本件地域は第五種風致地区に指定されている（京都市風致地区条例）こと、本件地域には二階建て一戸建て住宅が多く建築されており、本件地域には本件建物のような、5階建て建物は建築されてこなかったこと。iii 住民の意識——本件マンション建設に当たり、反対運動が起こるなど、本件地域住民の景観意識は高かったこと。iv 法令違反——都市計画法違反（29条1項）——なし。京都市風致地区条例（五条一項一号ウ（イ））違反——右条例によると、本件建設地では建ぺい率は原則40%以内となっているが、新築特例もあり、本件マンションは同条例に実質的に違反しているとはいえない。京都地盤数の規制（審査基準三条二項）違反——斜面における建築物の場合の地盤面の数は三を超えてはならないとしているが、本件マンションでは平均地盤面が四となっている。しかし、本判決は、この平均地盤数の規制は、第五種地域では建物の高さが15mを超えないと定めた「京都市風致地区条例」の

高さ規制を目的としたものに限定されるという解釈を施すことにより、地盤数の規制違反があったとしても、その高さ規制に反していない以上、本件マンションは地盤数の規制違反があったとしても、実質として条例違反はないとしている。樹木の伐採(京都市風致地区条例二条一項三号)違反——樹木の伐採に当たっては、あらかじめ市長の許可を得なければならないことになっているが、被告は同条例に定める手続きを経ることなく、樹木を伐採したが、その後、被告らは市長に対し始末書を提出して、樹木を設置し、樹木は復旧している。京都市斜面条例(斜面地の建物の高さをコントロールする)——本件マンションは同条例施行前に建築確認を得たものであり、同条例の規制は本件マンション建築には及ばない。本件建物が周辺環境に与える影響——本件マンションは、本件地域にあっては高い建物であり、容積率も大きい建物であるが、外観には周囲の景観の調和を乱すような点があるとは認められない。v 景観被害の程度——船岡山からの景観や、船岡山への景観を全面的に破壊するものではなく、南側地域の景観を一定程度損なうものである。vi 地域的ルールが存在——本件マンションの南側道路に接して建つ建物の高さは低いものの、10メートルを超える建物を建てないとする地域的ルールが確立していたとはいえない。以上のことからすると、「本件マンション建築が、条例に違反することはあったものの、その違反の程度は重大なものであるとまではいえず、本件地域や原告らの景観に対する影響は少なかったといえる。そして、本件マンションは、本件地域においても相当の高さと容積を有する建物であるといえるが、その点を除けば周囲の景観の調和を乱すような点があるともいえず、他に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認められず、その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ものとは認められない」⁽¹⁴⁸⁾としている。

本判決の違法性論(一般条項違反について)には次のような疑問がある。①本判決は、被告らの条例違反に対して、「実質的に」という要素を加味している点である。これは、条例違反を制限し、法令遵守義務を相

対化することになり適切ではない。②本判決は、事業者が当地の歴史的景観状況を知っていたこと、また、被告らに駆け込み申請の疑いがあることを認定しながら、違法性判断時において、こうした事情が適切に考慮されていないこと。これは、法令違反を重視し、権利濫用等を活用して景観利益の保護を図ろうとしてきた景観判例の流れに逆行するものである。③本判決は、本件建築行為が発生する前に、住民らが歴史的景観保全のために意識的に活動してきたかについては疑問があるとし、そのことをもって、景観に対する住民の「成熟度」は低いとしている点である。歴史的景観の保護・保全の主たる担い手は国や地方自治体にある。勿論、歴史的景観の保護保全に住民の協力が求められることもあろうが、少なくとも、歴史的景観は住民らの積極的関与によって保護保全されていくものではない。こうした事情を十分に考慮しないまま、住民の関与がないことをもって、住民の成熟度が低いと判断することは適切ではない。

小括 本稿では、景観訴訟において違法性が果たしてきた役割を明確にするため、できるだけ違法性の判断過程（判断要素の設定・評価）について詳細に記してきた。そして、それぞれの違法性判断について、疑問点を指摘してきた。以下、景観判例における違法性についてのまとめをしておくことにする。①景観判例は景観利益の権利性の有無と違法性の存否を同時に論じているものが多い。②違法性については、違法性説、受忍限度論、相関関係説、法規違反説、一般条項違反（公序良俗違反・権利濫用）、複合説によるものなど多様である。③違法性の判断要素は景観類型を問わずほぼ同一であるが、違法性の存否は加害態様から判断しているものが多い。④損害賠償と差止との間の違法性については、景観紛争事例がまだ少ないことから、現段階では即断できないが、後者の違法性の程度が前者より高くなるものと思われる。⑤違法性には、一元的違法性（論）と多元的違法性（論）の対立¹⁴⁹があるが、景観判例は、景観利益の権利性と違法性を同時に論じていること、景観利益を権利と

して認めていないこと、違法性によって不法行為の成否を判断していること等を考え合わせると、前者によっているとみるのが妥当であろう。

⑥差止について、景観判例のなかに「権利」侵害と差止は直結しないと解するものがみられることは注目される。⑦景観判例のなかには景観紛争における金銭賠償の無意味性を指摘するものが散見されるが、金銭賠償の途は残しておくべきである。⑧景観判例は右でみてきたように景観利益の権利性いかにかわらず、違法性を厳格に解する傾向にある。景観利益の権利利益性被害の程度及び加害態様のいかんによって違法性の程度が異なると解することは何ら公平に失するものとはいえない。⑨景観判例は加害者側の事情（法遵守・加害態様の有用性・手続的瑕疵の不在など）を重視して違法性を判断しているが、こうした手法は違法性判断としては適切ではない。⑩違法性（理論）は、権利の拡大と柔軟な対応が可能であることを念頭にして導入されたものであるが、少なくとも、消極的侵害類型（日照・眺望・景観侵害事案等）においては、違法性はそうした機能役割を果たしてきたとはいえないように思われる（多くは受忍限度論によって違法性を判断している）。⑪違法性は結果の妥当性を説明する役割を果たしてきたことは評価できるが、違法性をもつ柔軟性⁽¹⁵⁰⁾・曖昧性⁽¹⁵¹⁾が権利論の発展を阻害してきたこと、過失理論の進展によって過失が客観化され、違法性と過失が重なるようになったにも関わらず、過失と違法性の問題は残されたままであるなど、違法性理論は不法行為理論を混迷させているだけでなく、不法行為法学の信頼（「規則性」・「透明性」・「統一性」）を損ねているようにも思われる⁽¹⁵²⁾。

(3) 民事救済措置：損害賠償・原状回復・差止⁽¹⁵³⁾

イ 損害賠償 不法行為法の目的は損害賠償（原則——金銭賠償）にある（民法 722 条 1 項）⁽¹⁵⁴⁾。景観訴訟における損害賠償請求事例は 10 件中 5 件（差止と損害賠償を併用して請求する事例 [4]・[6]・[9]・[10]、損害賠償のみを請求する事例 [3]）である。その内、損害賠償請求認容事例は（[4-1]）のみである。[6] は、損害賠償請求を一部認め

ているが、それは建築工事に伴う騒音被害についてのものであり、景観侵害に伴う被害ではない。景観訴訟では損害賠償を請求する事例は割合少ない。それは、景観侵害は継続的侵害であり、損害賠償（事後的救済）が適切な救済措置ではないことによるものと思われる。その他、景観被害の評価・算定が困難であること、仮に、損害賠償が認容されたとしても、賠償額が高額になる可能性が少ない（因みに、日照・眺望訴訟において認定される賠償額は30万円から50万円程度、100万円を超えることは極めて稀である）⁽¹⁵⁵⁾ ことなどがその背景にあるものと思われる。損害の評価・算定が困難であるとしても、少なくとも慰謝料の途は開いておく必要があるのではなかろうか⁽¹⁵⁶⁾。

ロ 原状回復 学説・判例は原状回復については否定的である⁽¹⁵⁷⁾。しかし、学説・判例は法律に定がある場合（同723条、特別法——鉱業法・不正競争防止法など）、あるいは当事者に特約があるような場合には、原状回復が認められると解している。景観判例は、原状回復を認めることに消極的であるが、不法行為による救済措置が有効に機能しない場合、あるいは悪質な侵害行為によって景観被害が発生しているような場合には、原状回復を認めて良いのではなかろうか⁽¹⁵⁸⁾。

ハ 差止請求 景観判例において、差止が認容された事例は2件（[4-1]・[5]）のみである。両判決は、何れも景観利益の「権利性」（所有権派生説）を認めた上で、景観被害は受忍限度を超えているとして、差止請求を認容している。これは従来の公害差止の法理（たとえば、権利利益二元論：権利——絶対権>その他の権利——相対権・法的利益、公私二分論：公法——公益>私法——私益、違法性段階説：差止>損害賠償）と異にした見地から差止を認めたものとして、評価されている⁽¹⁵⁹⁾。しかし、その他の景観判例は景観利益の権利性存否にかかわらず、侵害行為には違法性がないとして、差止をすべて否定している。

七 論点の検討

以下、景観紛争における主要な争点（景観利益の内容、景観利益の法的構成、違法性論）についてみていくことにする。

1 景観利益の内容

(1) 景観利益の内容 景観利益は公共性（公益・コモンズ・開放）、客観性（価値ある景観）、主観性（私益）、多様性（種類・主体・評価）、変動性（自然・歴史・文化・季節・時間・建築技術・必要性）、不明確性（内容・範囲・要件）、共同性（形成・利用・保全）、地域特性（独自性・固有性）を有している。これらの点については、本稿の（二）において不十分ながら述べてきたので、以下において、景観利益の公共性と権利利益について簡単にみておきたい。

(2) 景観利益の公共性 従来、学説・判例は公私二分論に立って、公共性は民法を外から制約するものと解してきた⁽¹⁶⁰⁾。しかし、最近、こうしたとらえ方とは異なる型での公共性論が展開されている⁽¹⁶¹⁾。これを景観利益についてみると、景観利益は「公共的利益」（公益）⁽¹⁶²⁾、「公私複合的利益」（集团的利益・共同的利益）⁽¹⁶³⁾、「私法上の利益」（私益）⁽¹⁶⁴⁾として論じられている。多くの学説・判例は、景観利益は公共的性質をもつことから、基本的には、公益説に立っている。しかし、公益説には、種々の限界（たとえば、合理的基準の設定の困難さ、柔軟な対応の困難性、立法・行政に対する不信感など）があり、景観＝公益と解することはできないように思われる⁽¹⁶⁵⁾。他方、景観利益を純粋な私法上の権利利益としてとらえることにも無理があるように思われる。景観は、通常、公共的又は公共的性質をもった利益としてとらえられている。そして、景観利益の公共性が景観利益の保護を否定する重要な要素となっている。筆者は、景観利益は複合的利益（集团的利益と集団構成員がもつ利益——一体となった切り離せない利益）であると考えている。こうした景観の下では、景観利益は公益でも私益でもない、公私共の性格を兼

ね備えた利益であり、景観利益の公共性をもって、景観利益の保護を判断(否定)するのはいかにも不自然に見える。筆者は、景観利益の保護はあくまでも、実質的に判断すべきものと考えている。景観侵害が発生した場合、景観利益は景観利益の公共性に左右されることなく、直接、景観への侵害として、その法的保護の必要性が判断されていくことになるものと考えている。一方、景観利益の公共性(たとえば、解放性・集団性など)を強調することによって、景観利益の保護を凶ろうとする見解が有力に主張されている⁽¹⁶⁶⁾。

(3) 景観の権利利益性 民法における「権利」は、「権利意思説」・「権利利益説」として論じられている⁽¹⁶⁷⁾。権利意思説は、「主体」(人)と「客体」(もの)を区別し、人がものを「自己の支配下に置くことが法によって保護されている利益」⁽¹⁶⁸⁾(支配権的—割当型権利観)のことをいう。これによると、「人格権」や人格的利益は「権利」として認められないことになる。しかし、権利・利益は人格権を中心に据えた概念であり、権利意思説によるも人格権(たとえば、生命・身体・健康等)まで否定するものではない。一方、権利利益説⁽¹⁶⁹⁾(「人に利益が帰属することが法的に保障されているもの」(支配権的—帰属型権利観))によると、権利は「帰属性」に重点が置かれ、人格権及び人格的利益は「権利」として認められる易くなる。しかし、古典的権利論の下では、権利の絶対性・支配性・排他性から、当該利益が権利利益として保護されるには明確性が要求されることになる⁽¹⁷⁰⁾。明確性をどのように解するかは重要な問題であるが、もしそれが厳格に解されると、明確性を欠く新しい法益(景観利益を含む)は、「権利」・「法的保護利益」としては認められないことになる。こうした伝統的権利論の限界を克服するにはどうしたら良いのであろうか。それには二つの方法が考えられる⁽¹⁷¹⁾。一つは、新たな権利論を構築することであり⁽¹⁷²⁾、他は、秩序説である⁽¹⁷³⁾。前者は、伝統的権利を見直し、新しい権利観により権利を広く認めるものである。他方、後者は、外郭秩序(公共空間)において、秩序違反があれば、差止

や損害賠償が認められるとするものである。秩序説に対して、そもそも「秩序」とは何か、何をもって「秩序違反」とするのか、「誰」が秩序違反を判断するのか、どのような秩序違反があれば、「差止」が認められるのか明らかではない、といった問題があることが指摘されている⁽¹⁷⁴⁾。今後、新しい法益は、公私協働・公私共の相関関係⁽¹⁷⁵⁾のなかで、保護されていくことになるものと思われる。

2 景観利益の法的構成

(1) 環境・公害の差止の法的構成⁽¹⁷⁶⁾ 環境公害の差止の法的構成として、i 権利説 (①物権的請求権説、②人格権説、③環境権説)、ii 非権利説 (①純粋不法行為説、②新受忍限度論的不法行為説、③違法侵害説、④構造説) などが展開されている。環境判例は、環境権説に対して、環境保護についての法律が存在しないこと、環境の主体、内容、範囲、要件等が不明確であるとして、環境権説を認めることに極めて消極的である。その他の権利構成については、やや柔軟に解している (特に、i ②)。

(2) 景観 (利益) の法的構成⁽¹⁷⁷⁾ 景観 (利益) の法的構成として、i 公共性説⁽¹⁷⁸⁾、ii 権利説 (所有権説⁽¹⁷⁹⁾、人格権説⁽¹⁸⁰⁾、景観権説・景観享受説・環境権説⁽¹⁸¹⁾、平穏生活権説⁽¹⁸²⁾、iii その他、慣習上の法的ルール説⁽¹⁸³⁾、地域的ルール説⁽¹⁸⁴⁾ などが展開されている。

i 公共性説は、景観利益は公共的利益であり、景観の形成・維持・保全等は行政が民主的に定められた法令に従い、行政計画のなかで実現していくとするものである。景観被害の特質にかんがみ、i を支持したい。しかし、景観の形成及び保全を行政に全面的に委ねることには賛成できない。ii 権利説 — 所有権説・人格権説は景観侵害を所有権や人格権への侵害としてとらえるものである。この法的構成は実定法上の根拠もあり、法的安定性のある理論であるが、所有権・人格権の枠を離れられないこと、また、所有権、人格権の拡大には限界があるとされている。景観権説・景観享受権説 (環境権説) は、景観侵害を景観権・景観享受権 (環境権) への侵害としてとらえるものである。これに対しては、環境権

説に対すると同様な指摘が可能であるが、景観被害の特殊性（被害の多様性・広範性・継続性、事後的救済の限界性、原状回復の困難性など）からみて、景観利益の保護の必要性・緊急性がある場合には、景観権・景観享受権（環境権）への侵害としてとらえていく必要があるように思われる。その他、最近、景観の法的構成として、平穏生活権（人は平穏な環境の下で生活することができる権利）が論じられている。平穏生活権は、これまで人格権説によって救済されてこなかった生活利益（精神的な人格権——単なる不安感や危惧感ではなく、生命、身体に対する侵害の危険が一般通常人を基準として、深刻な不安感や不安感となっている場合）の保護を図ろうとするものであり、人格的権利利益の拡張につながるものとして評価することができる。しかし、平穏生活権が権利として保護されるには、生命身体への侵害の危険性が要件となっていること、平穏生活権と既存の人格権的利益との関連性、適用範囲・要件等について、検討すべき課題が残されている⁽¹⁸⁵⁾。

iii 慣習上の法的ルール説は、特定の地区区分の住民が公益に吸収されない人工景観に関りをもつ場合、そのグレイゾーンについて、慣習上の法的利益（人格的利益）が発生すると解するものである。公益に吸収されない景観に私権性を認めていくという方向性について異論はないが、慣習上の法的ルールに「権利性」を与えることができるかについてはなお検討すべき課題がある⁽¹⁸⁶⁾。

地域的ルール説は、地域公序違反があれば、秩序維持のため、差止が認められると解するものである。これに対しては、①地域的ルールにそもそも独自の法源を認めることができるのか、②地域的ルールと慣習（法）とはどのような関係になるのか、③地域的ルールが必ずしも公益に合致しないこともあるのではないのか、④秩序に特別の意味を持たせると、「権利」までもが秩序の中に取り込まれてしまうのではないのか、といったことが指摘されている⁽¹⁸⁷⁾。

その他、景観利益の法的構成として、松尾は、地役権⁽¹⁸⁸⁾、入会権説⁽¹⁸⁹⁾、集团的利益としての環境権説⁽¹⁹⁰⁾などが実定法上解釈可能であるとしている。

3 違法性の判断

(1) 権利侵害から違法性へ

権利侵害と違法性との関係については、既に多くの優れた論稿が発表されている⁽¹⁹¹⁾。屋上屋になるが、以下、判例・学説の推移について簡単にみておくことにする。民法709条は、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と定めていた。これは、「過失」責任（過失がなければ責任なし）と「権利侵害」（不法行為の成立範囲を明確にすることにある）を定めたものである。起草者はこの「権利」を広く解していたようである⁽¹⁹²⁾が、初期の判例は「権利」を厳格に解していた（[桃中軒雲右衛門事件]（大判大正3年7月4日刑録20輯136頁））。その後、判例は不法行為による被害法益を「権利」から「法律上保護される利益」へと拡大することになる（[大学湯事件]大判大正14年11月28日民集4巻670頁）。これを承けて、末川は、民法（不法行為法）が「権利侵害」を要件としたのは、被害者の個人的立場のためではなく、法律そのものの立場から、いわば客観的に加害者の行為について評価を求めていたことにあるとし、「権利侵害というのは違法な行為の徴表たるにとどまる」（違法性徴表説）⁽¹⁹³⁾とした。一方、我妻は、「権利侵害」要件を「違法性」要件に置換え、違法性の内容の硬化及び判断の恣意性を避けるため、違法性を決定するための基準を定める必要があるとし、違法性の存否は、被侵害利益の種類（絶対権——物権その他の支配権的財産権、特別法の定める支配権的財産権——著作権・特許権等、人格権その他の人格的利益、相対権（債権）など）と侵害行為の態様（刑罰法規違反、行政法規違反、取締法規違反、公序良俗違反、権利濫用など）から相関的に判断すべきであるとした⁽¹⁹⁴⁾。その後、「相関関係説」が通説を形成することになる⁽¹⁹⁵⁾。しかし、1960年代以降、高度経済成長期に入ると、深刻な公害や都市など問題が生じ、生活妨害（ニューサンスを念頭に置く）の法理として、受忍限度論が採用されることになる⁽¹⁹⁶⁾。この受忍限度論は相関関係説の考え方を基本的に維持しながら、違法性の評価基準の修正を行うものである。1970年

代に入ると、相関関係説（受忍限度論）は、権利拡大説⁽¹⁹⁷⁾、過失一元論⁽¹⁹⁸⁾、違法性一元論など⁽¹⁹⁹⁾から厳しく批判され、「過失」（主観的要件）が「具体的過失」から「抽象的過失」へと変化したこともあって、不法行為理論は混迷することになる⁽²⁰⁰⁾。その後、不法行為理論をめぐる議論は一時やや停滞するが、1980年代半ばになると、不法行為類型の増大や被害法益が拡大し、不法行為法の改正の動きがみられるようになる⁽²⁰¹⁾。そして、2004年には、不法行為法（709条）の「権利」侵害要件が「権利又は法律上保護される利益」へと改正されることになる⁽²⁰²⁾。

（2）改正法

立法担当者によると、改正法⁽²⁰³⁾は、判例・学説において解釈が確定しているものを規定に盛り込んだものであり、現行法の内容に実質的変更を加えるものではないとしている⁽²⁰⁴⁾。しかし、改正法を素直に読むと、相関関係説、一元論（過失論・違法性論）を採用したものではなさそうである。改正法は不法行為における被害法益を広く解しており、文言上からみると、「権利拡大説」又は「権利侵害復活説」⁽²⁰⁵⁾に親和的のようにみえる。改正趣旨に照らしてみると、改正法はどの説からも説明が可能であるということになるが⁽²⁰⁶⁾、不法行為法が混迷しているなかでの改正がどのような意味を持つか必ずしも定かではない。改正法は不法行為の被害法益を「権利」と「法律上保護される利益」に分けており、「法益二段階構造説」⁽²⁰⁷⁾に接近したとみることもできる。もし、改正法がそのように解したものとすると、改正法は新たに、①「権利」とは何か、「権利」と「法律上保護される利益」との関係をいかにとらえるか、②過失と違法性との関係を明らかにすることが必要となる⁽²⁰⁸⁾。①については、権利を「絶対権」に限定することなく、広く解されることになるものと思われる。「法益二段階構造説」は、権利侵害（絶対権）とその他の権利利益侵害に分けて論じてきた（絶対権侵害—違法性が推定される、その他権利利益侵害—違法性が必要）。改正法は、権利と法律上保護される利益に二分しており、前者は後者より強く保護されるとの解釈が可

能であるとされているが⁽²⁰⁹⁾、改正法は権利利益を分離したものではなく——不法行為の法益を一元的にしたものと解するのが相当であり、上記のような解釈は適切ではないように思われる。②については、既に幾つかの提案がなされている⁽²¹⁰⁾が、基本的な問題は残されたままである。学説・判例は、違法性は多面的機能（調整的機能・権利拡大機能・不法行為の抑止的機能）を果たしてきたこと、不法行為は総合評価の問題であり、今後もこうした柔軟性をもつ違法性は維持されていくことになるという考え方が有力である。しかし、改めて、違法性の必要性を理論的側面と実質的側面から見直してみる必要があるように思われる⁽²¹¹⁾。具体的には、違法性の持つ柔軟性と曖昧性が不法行為法を混迷に陥れているのではないかという点、違法性によることなく法的利益の拡大を図ることができるのではないかという点、違法性が現に法的保護の拡大に寄与してきたといえるのかという点、違法性が明確性をもっているかといった点など、違法性論の功罪を問い直してみる必要があるように思われる⁽²¹²⁾。

八 景観保護の課題

本稿では、景観論（一から四）、景観保護の法制度（五）、景観に関する民事判例（六）、論点（七）等についてみてきた。[4-1]・[5]・[4-3]は、一定の要件を満たせば、文化的・歴史的景観は法的保護に値する利益に当たると解したこともあって、景観利益の保護に向かうのではないかという淡い期待を抱いたが、その後の民事景観判例は、[4-3]の理論を踏襲しているが、良好な景観を厳格に解し、また、違法性についても、景観利益の権利性の如何を問わず、被告らの加害行為には社会的相当性に欠けるところがないとしている。景観判例における違法性の判断は、伝統的法理と密接に関わっており、違法性を実効性のあるものにするには、多くの労力と時間が必要になるものと思われる。これらの困難をできるだけ早く解消する方法はないものだろうか⁽²¹³⁾。筆者は次のように考えている。第一は、現存する景観は我々が過去から引き継いでも

のとしてとらえること。そして、地域住民らはその景観を基本的権利(憲法13条・25条)⁽²¹⁴⁾として取得するものとする。第二は、現世代の人々はその景観を保護・保全し、それを発展させ、より良い景観を次世代に引き渡す義務を担っているとするものである。もし、このことが容認されれば、持続可能な景観が形成されていくことになるものと思われる。

註

- (136) 五十嵐敬喜「景観論」都市問題94巻7号(2003年)30頁、河野俊行・日置雅晴「日本風景計画とその法的根拠」西村幸夫ほか編著『日本の風景計画』(2000年)72-73頁、など。
- (137) 小池・前掲註(118)230-231頁。富井・前掲註(118)判公法141号8350ノ321頁、同385頁以下。
- (138) 新関・前掲註(126)162-163頁。新関は受忍限度を判断するに当たって、本件土地の地域性(ビジネス街)、地域特性(高層化が進行している土地)、建物の高層化の必要性、高層化に伴う被害発生回避措置、高層化が地域環境に与える影響、被害の程度等の諸点から判断すべきであるとする。
- (139) 檜見・前掲註(127)、檜村由美子 別冊ジュリスト126号(1994年)210頁、古都の歴史的文化的環境を保持していくためには差止の要件を弾力的に緩和していくことが望まれるとする。同・別冊ジュリスト206号(2011年)174頁。
- (140) 岡本・前掲註(128)109頁、潮海一雄 判公法131号8350ノ149頁以下。歴史的景観が一旦破壊されるとその回復が困難となる。それ故、歴史的景観の小さな変化にも細心の注意を払う必要がある。
- (141) 前掲註(130)参照。
- (142) 前掲註(9)参照。大塚・前掲註(117)79頁は、本判決は、①侵害態様を重視して違法性を判断していること、②侵害行為につき、通常以上の悪性を要求していること、③行政法規への依存が高いことを指摘している。
- (143) 富井・前掲註(131)判公法157号8350ノ465頁、同580-586頁。一団地制度については、五十嵐敬喜・小川明雄『建築紛争—行政・司法の崩壊現場』(岩波書店、2006年)64頁以下参照。
- (144) 富井・前掲註(122)判公法171号8350ノ646ノ1頁、同72頁以下。
- (145) 富井・前掲註(132)判公法178・179号8350ノ694ノ1頁、694ノ48頁以下。
- (146) 三星宗雄「騒色公害と景観問題—実態と解決策」人文学研究所報50号(2013年)8頁。三星は、まことちゃんハウス事件を騒色事件の一つとして位

置づけ、第一種住宅専用地域では、外壁等の色について、特段の配慮が求められるとする。

- (147) 淡路剛久「人格権・環境権に基づく差止請求権」判例タイムズ 1062号(2001年) 150頁、須加憲子「高度な危険性を有する(バイオハザード)研究施設による『不安感・恐怖感』と『平穏生活権』について——国立感染症研究所実験等差止事件を契機として——」早稲田法学 78巻1号(2002年) 167頁以下。須加は、平穏生活権を7つの場面に分けて論じている。吉村良一『市民法と不法行為法の理論』(日本評論社、2016年) 273頁以下、など参照。
- (148) 吉村・前掲註(37) 619頁、627頁以下、牛尾洋也「行政法規違反による景観利益侵害の場合の違法性判断」龍谷法学 44巻4号(2012年) 47頁以下、など参照。
- (149) 中村哲也「現代民事違法性論における類型論と体系思考」法政理論 17巻3号(1984年) 1-42頁、阿波連正一「環境公害法における違法性論」牛山積先生古稀記念論文集『環境・公害法の理論と実践』(日本評論社、2004年) 267頁以下、潮見佳男『不法行為法Ⅰ』[第2版](信山社、2011年) 60-75頁、吉村・前掲註(147) 157-215頁、など参照。
- (150) 能見善久「不法行為の機能・要件の再構成」NBL 937号(2010年) 18頁以下、能見は、違法性は、i 権利侵害がなくても不法行為が成立する場合、ii 権利利益侵害に加えて、公序良俗違反や害意が必要な場合、iii 差止が認められるような、侵害の程度が重大な場合、iv 公害や生活妨害において、損害賠償を請求する場合、v 違法性阻却事由を説明する場合など、多様な場面において議論されてきたとする(19頁)。
- (151) 瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄 星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、1998年) 559頁以下、瀬川は、要保護性の判断基準は被侵害利益ごとに異なり、違法性は用語自体一定していない——そこには規則性と不規則性が混在しているとする(624頁)。
- (152) 山本敬三「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の立法的課題」NBL 1056号(2015年) 22頁以下。
- (153) 大塚直「政策実現の法的手段——民事的救済と政策」現代の法 第4巻(岩波書店、1998年) 177頁以下。同「差止と損害賠償——不法行為法改正試案について」ジュリスト 1362号(2008年) 68頁以下、山本和彦「民事救済システム」『現代法五巻・現代社会と私法システム』(岩波書店、1997年) 209頁以下、など参照。
- (154) 潮見・前掲註(149) 8頁以下、加藤雅信『事務管理 不当利得 不法行為』(有斐閣、2005年) 284頁以下、吉村良一『不法行為法第4版』(有斐閣、2010年) 113頁以下。
- (155) 近時の日照判例を分析したものとして、高田公輝「日照・日影事件◇そ

の現状と課題」判例タイムズ 1183 号（2005 年）85 頁以下、眺望判例については、伊藤茂昭／棚村友博／中山泉「眺望を巡る法的保護に係る裁判上の争点の検討」判例タイムズ 1186 号（2005 年）4 頁以下、などがある。

(156) 富井利安「意見書：景観利益の侵害の私法的救済について」広島法学 29 卷 2 号（2005 年）245 頁。富井は慰謝料に一本化するにしても建物撤去までの費用をいかに算定するか、将来継続して発生する損害をどう評価するか、といった困難な問題があるとしている（268 頁）。

(157) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為法』（弘文堂、1994 年）102 頁以下。平井は、不正行為法は金銭賠償を原則としており、原状回復を認めることは難しいとしている（105-108 頁）。四宮和夫『不正行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、1987 年）475 頁以下は、原状回復について、明文上の規定がない以上、法解釈上認めるべきではないが、原状回復の理念を損害賠償法の法解釈の指針とすることまで否定するものではないとする。大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（三）」法学協会雑誌 103 卷 8 号（1986 年）123 頁以下、など参照。

(158) 加藤一郎『不法行為』（有斐閣、1957 年）215 頁、同「損害賠償の方法」不法行為研究会『日本不法行為リステイトメント』ジュリスト 886 号（1988 年）59-60 頁は、「原状回復というのは、被害発生前の財産状態の回復だけではなく、生活環境の回復を含むものと考えられる」。また「現在の社会では、交換価値の填補によって同等の物を購入でき、原状回復が可能であるのが通常ではあるが、このように生活環境としての生業の原状回復が必要な場合があることは確かであり、それも原状回復のなかで考えていかなければならない」としている（60 頁）。吉村・前掲註（37）639 頁以下。広中俊雄『債権各論講義（第 6 版）』（有斐閣、1994 年）489 頁は、金銭賠償が一般的妥当性を持つことは否定できないが、現（ママ）原状回復が望ましい場合があることは否定されず、特別法がなくても原状回復を認める場合はあり得るであろうとしている。村上武則「景観と差止に関する覚え書き」近畿大学法科大学院論集 6 号（2010 年）21 頁以下、34-35 頁は、景観利益については公法と私法に分けて論ずるのではなく、民事であれ行政事件であれ、不作為請求としての差止訴訟が認められていくと同時に原状回復も積極的に容認していくべきであるとする。四宮和夫『不法行為』（青林書院、1987 年）は、原状回復には消極的である（476 頁）。公害に関する原状回復については、富井利安『公害賠償責任の研究』（日本評論社、1996 年）135 頁以下、など参照。

(159) 景観に関する差止に関しては、後述 7 2 参照。

(160) 民法における公共性について、池田恒男「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』（有斐閣、1998 年）66 頁以下参照。

池田は、立法段階から公共の福祉は私権に外在し、それを制約する原理として理解されてきたとする。我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）34頁、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）50頁。公法と私法との関係については、山田卓生「公法と私法」星野英一他編『民法講座第一巻』（有斐閣、1984年）1頁以下、吉田克己「民法学と公私の再編成」早稲田大学比較法研究所編『地域と歴史のなかの日本法学——比較法学の日本からの発信——』（成文堂、2008年）416頁以下、吉村・前掲註（51）『環境法の現代的課題』41-72頁、73-123頁、など参照。

(161) 吉村・同上 97頁以下、99-105頁は、公共の福祉の理解をめぐって、4つの見解、すなわち、i 公共の福祉は民法に内在するもの（池田・前掲註（160）115頁。宗建明「日本民法における公共の福祉の再検討」北大法学論集 52巻 5号～53巻 3号（2002年））、ii 民法は市民社会の基本秩序（公序）を規律するもの（星野英一『民法のすすめ』（岩波書店、1998年）122頁、河上正二「民法によって体现される憲法的価値」法学セミナー 595号（2011年）72頁、大村敦志「民法と民法典を考える」民法研究 1号（信山社、1996年）5頁）、iii 外郭秩序における公私の交錯とするもの（広中俊雄『新版 民法綱要 第一巻総論』（創文社、2006年）3頁以下、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）244頁以下）、iv 基本権保護義務論としてとらえるもの（山本敬三「基本権の保護と私法の役割」公法研究 65巻（2003年）100-115頁）に分けて、新しい公共性を展開している。同「新しい公共圏」と私法理論」法の科学 37号（2006年）32-42頁。

(162) 阿部・前掲註（50）3頁以下。阿部は景観利益の内容・範囲等が不明確であること、景観の保護は他の権利を制限することになること、財産権の制限は基本的には法律によるべきこと、景観利益は眺望利益とは異なること、景観権は環境権・自然享受権に近いものであり、個別の紛争を裁く裁判に馴染まない——私法上の景観権は成立しないとす（10-11頁）。

(163) 亘理格「共同利益論と『権利』認定の方法」民商法雑誌 148巻 6号（2013年）513頁以下、吉田克己「保護法益としての利益と民法学——個別的利益・集合的利益・公共的利益——」同（82-115頁）、吉田は亘理とは景観のとらえ方等について異なるところはあるが、基本的問題意識としては、通底するものがあるとしている（107頁以下）。能見善久「本シンポジウムの目的と視点」NBL 936号（2010年）9頁以下。能見は、景観利益は地域住民によって作りあげられてきた集団的利益であり、ここに景観利益の公共性がある。景観利益は単に個人が美しいと感じる主観的なイメージの集合体ではない。景観は地域住民が共同して作り上げられてきたものであり、それゆえに、個々の住民も景観利益の主体となることができるとする（15頁）。

(164) 大塚・前掲註（53）46頁は、環境利益の公共性を前提としつつ、「享受」・

「(相互) 関連性」・「関与」に基づいて、景観利益の個別的利益性を設定することは可能であるとする。

(165) 景観利益は多様であり、すべての景観を公共的利益として解するのは困難である。大塚・同上は、[4-3] は良好な景観は公私複合的利益であることを認めたものであるとしている（40-41 頁）。

(166) 吉田・前掲註（163）は、生活利益秩序での公共性とは、「市民総体の共同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」。ここでいう公共性は「市民的公共性」をいう、としている（106-107 頁）。公共哲学の視点からの公共性論については、山脇直司『公共哲学とは何か』（筑摩書房、2014 年）17-21 頁、33-37 頁、など参照。

(167) 権利論については、原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き——」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』（法律文化社、1973 年）119 頁以下、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学 4 号（1976 年）54 頁、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」法学論叢 154 巻 4・5・6 号（2003 年）292 頁以下、山本敬三「人格権」『民法の争点』ジュリスト増刊（有斐閣、2007 年）44-47 頁、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究 5 号（2008）77 頁、94 頁以下、山本敬三「基本法における権利の保障と不法行為法の再構成」早稲田大学グローバル COE シンポジウム 1（2010 年）70 頁以下、など参照。山本・前掲註（152）17 頁以下は、権利利益が拡大するなか、立法論として権利・利益の複線化を提案している（24 頁）。吉村良一「公害訴訟における権利論の推移」淡路他編『公害環境の新たな展開』（日本評論社、1997 年）63 頁、吉村・前掲註（147）181 頁、大塚直「権利侵害論」『民法の争点』ジュリスト増刊（有斐閣、2007 年）266-269 頁、大塚・前掲註（53）40 頁、大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト 1126 号（1998 年）36 頁、藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂、2002 年）11 頁、藤岡康宏「不法行為と権利論——権利論の二元的構成に関する一考察」早稲田法学 80 巻 3 号（2005 年）159 頁、潮見・前掲註（149）25 頁以下、など参照。

(168) 山本・前掲註（167）民法研究 5 号 95 頁以下。

(169) 山本・同上、96 頁。

(170) 山本・同上、98 頁。

(171) 山本・同上、99-100 頁。

(172) 山本・同上、121 頁。山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突(1)(2)」法学論叢 133 巻 4 号・5 号（1993 年）1 頁、山本・前掲註（167）民法研究 5 号 121 頁、127 頁以下において、決定的権利観を述べている。中村哲也「憲法の視点からの民法？——基本権保護義務論の中の民法をめぐる」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法

の体系』(創文社、2006年)は、個人間の請求権の有無をめぐる争いが国家の保護義務を介して判断されるという構成は「迂回路」であるとする(535頁)。藤岡・前掲註(167)早稲田法学80巻3号は、基本権保護義務論に対して、伝統的権利論(二元的構成)との擦り合わせが必要であるとする(186頁)。早稲田大学グローバルCOEシンポ3 大塚直「山本説に対するコメント——憲法・不法行為法・環境法の断面」(2010年)100-105頁は、これに対して、基本権以外の保護法益はないのか、憲法的理論で新しい法益に対応できるのか、権利を一元的に解することで権利の拡大ができるのか、権利の強化が強まると他方の権利が狭くなるのではないかといった疑問を呈している。

(173) 原島・前掲註(167)99頁は、環境は法人や人に帰属するものではない、いわば、社会的共有資産である。環境を利用するには必ずとルールがあり、秩序があるとし、「環境破壊行為によって直接被害を受けた、もしくは受けるおそれのある市民は、差止請求・損害賠償請求をすることによって、環境利用秩序の回復を促すことは、実体法上の請求権として当然に認めなければならない」(権利秩序二元論)とする。広中俊雄『新版 民法綱要 第一巻』(創文社、2006年)1頁以下は、市民社会の基本的秩序を財貨秩序と人格秩序に分け、それぞれ外郭秩序として、競争秩序と生活利益秩序に分けている(二元的秩序論)。吉田克己編著『環境秩序と公私協働』(北海道大学出版会、2011年)49頁は、基本的に広中説によりながら、市民的公共性論を展開している。吉田克己「現代不法行為法学の課題——被侵害利益の公共化をめぐる」法の科学36号(2005年)143頁、吉田克己「環境利益の法的保護——《民法と公共性》をめぐる——」慶應法学3号(2005年)79頁、吉田克己「環境秩序と民法」北大法学論集56巻4号(2005年)234頁以下、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」立命館法学316号(2007年)449頁以下、など参照。

(174) 大塚直「環境訴訟と差止の法理——差止に関する環境共同利用権説・集団利訴訟論・環境秩序説をめぐって」平井直雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣、2007年)701頁、729頁以下において、差止法理について批判的検討を行っている。山本・前掲註(167)民法研究5号118頁以下、水野謙「『環境』をめぐる法的諸相」北大法学論集56巻4号(2005年)217頁以下、223頁、など参照。

(175) 原田純隆「企画趣旨と問題の提示」法社会学66号(2007年)1頁以下は、公私協働は20世紀の第四半期から明確にされたものであり、公私協働を議論するに当たって、そこで選択・採用すべき利害調整・利害衡量の法技術的・制度的手法としてどのような法制度が適切か(例えば、包括的・事前的・持続的な性質を特徴とする行政的な関与手法が適切か、個別的・事後的・状況対応的な異質をもつ私法上の司法的関与手法が適切か)など、これらの事情を総合

的に組み合わせて考えていく必要があるとしている（12-13頁）。私法の分野においても公私協働が必要であるとされている。吉田・前掲註（173）143頁以下、吉田・前掲註（160）416頁以下、419頁、吉田・前掲註（173）慶応法学3号89頁以下、秋山・前掲註（51）37頁は、建築自由の原則に起因する土地利用規制の不備を補完し、適格な事前対応をとることの限界に配慮して、生活環境の悪化に事前に対応すべく、民法はこれまで以上に積極的な役割を果たすべきであるとしている（45頁）。吉村・前掲註（51）『環境法の現代的課題』41-88頁は、公の権力性にかかわる問題、公私法の交差範囲の拡大、公益実現主体の多様化するなか、公私協働が必要になるとしている。しかし、公私協働によって、これまで私法が有していた行政の権力作用をチェックすることが弱まるのではないか、国民が持っている権利が相対化し、弱体化するのではないか、行政・個人・団体（NGO）らの関係をいかに調整するかといった問題が発生することになるとしている（74-75頁）。

(176) 沢井裕『公害差止の法理』（日本評論社、1976年）、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(1)-(8)」法学協会雑誌103巻3号、4号、6号、8号、11号、104巻2号、107巻3号、4号（1986-1990年）、根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣、2011年）などがある。以下、差止に関する主要な論稿を挙げておく。大塚直「人格権に基づく差止請求——他の構成による差止請求との関係を中心として——」民商法雑誌116巻4号・5号（1997年）501頁、大塚直「生活妨害の差止に関する動向と課題」山田卓生編集代表 藤岡康宏編集『新・現代損害賠償法講座2』（日本評論社、1998年）179頁、大塚・前掲註（174）701頁以下、大塚・前掲註（153）ジュリスト1362号68頁以下、大塚直「環境民事差止訴訟の現代的課題——予防的科学訴訟とドイツにおける公法私法一体化を中心として」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』（有斐閣、2012年）537頁、大塚直「不法行為・差止訴訟における科学的不確実性」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな時代』（有斐閣、2015年）797頁以下、藤岡・前掲註（167）177-178頁、藤岡・前掲註（167）『損害賠償法の構造』323-412頁、損害賠償と差止の協働については、413-536頁、吉村良一「不法行為の差止訴訟」内田貴・大村敦志[編]民法の争点 ジュリスト増刊（2007年）296頁、吉村・前掲註（160）『環境法の現代的課題』189-234頁、特に209頁以下、吉村良一「公害差止法理の展開と課題」牛山積先生古稀記念論文集『環境公害法の理論と実践』（日本評論社、2004年）189頁以下、吉村良一「差止請求権の『根拠』に関する一考察——『爆音訴訟』を手掛かりに——」瀬川信久先生 吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題〔下巻〕』（成文堂、2018年）などがある。

(177) 松尾・前掲註（130）123頁、吉村・前掲註（9）立命館法学310号455頁、467頁以下、富井利安「景観利益判決を超える地平」修道法学32巻2号

(2010年) 57頁、61頁以下、蓑輪靖博「景観の民事法的保護について」福岡大学法学論叢 53巻1・2号(2008) 57頁、70頁以下、など参照。

(178) 阿部・前掲註(50)「景観は私法的(司法的)に形成されるか(下)」自治研究 81巻3号 19頁は、景観法が適切に運用されれば、本件のような民事紛争は絶滅するとしている(19頁)。

(179) 牛尾洋也「景観利益の保護のための法律構成について」龍谷法学 38巻2号(2005年) 1頁以下、牛尾は、環境権全般について、土地所有権あるいは相隣関係法の視覚の枠内の問題としてとすることができるかについては、なお、留保せざるを得ないが、「少なくとも、日照、眺望、景観が一体となって問題とされている地域限定的な都市景観・都市環境が問題となっている場合には、ドイツ法におけるイミション法の展開、わが国の権利濫用を含む判例・学説の展開を前提にして、相隣関係「法」を広義に捉え、土地所有権のあり方を規律する総体として把握することが可能である」とする(35頁)。吉田邦彦『民法解釈と揺れる所有権』(有斐閣、2000年) 434頁は、所有権と環境権との関係について、「わが国では環境保護のために、個人主義的所有権ないしそれと性格が類似する人格権ないし環境権が用いられているが、あまり奏効していない」とした上で、吉田は「所有権のスペクトラムのなかで、共同的制約が強く、公共性が高い段階のものとして、環境権ないし環境利用・享受権を位置づける」(427頁、431頁)としている。吉田は、アメリカにおける「緑の所有権」論の動きについても論じている(440頁以下)。

(180) 中島晃『景観保護の法的戦略』(かもがわ出版、2007年) 29頁、34頁。富井利安「景観利益の法的保護要件と効果——洛西ニュータウン高層マンション建築事件京都地裁判決に接して——」広島大学総合科学部紀要Ⅱ社会文化研究 30巻(2004年) 25頁。上記判決は、住民の請求を退けたものの、一定の要件の下で、景観は人格権の内容になるとしている(京都地裁平成15年(ワ)第2822号平成16年3月25日判決、控訴審 大阪高裁平成16年(ネ)第1309号)。北河隆之「景観利益侵害と不法行為の成否」琉大法学 77号(2007年) 178頁以下、富井・前掲註(156) 245頁以下は、拡張された人格権と解することもできるとする(255頁)。

(181) 淡路・前掲註(113) 72頁以下。淡路は、景観権を「客観的価値ある景観に対する住民の権利と捉えれば、環境権の一種として理解できる」とし、また、「景観を個人的眺望利益の広域的な集積として捉えれば、眺望権が広域化したものと理解することもできる。そうすれば、眺望権と環境権との違いは相対的な差ということになる」としている。同「環境、民事訴訟の展開——特集・環境法の現代的展開」法学教室 269号(2003年) 26頁-34頁以下、など参照。富井利安「資料 意見書：景観の法的保護について」広島法学 27巻1号(2003年) 145頁は、「景観享受権」を私法上の権利として正面から位置づけようとし

ている。富井利安「環境権と景観享受権」牛山積先生古稀記念論文集『環境・公害法の理論と実践』（日本評論社、2004年）3頁以下、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」同・23頁以下、など参照。

(182) 淡路剛久「廃棄物処分場をめぐる裁判の動向」環境と公害 31 卷 2 号 (2002 年) 10 頁は、平穏生活権を人格権（「身体的人格権に直結した精神的人格権」）としてとらえている。須加・前掲註 (147) 早稲田法学 78 卷 1 号 (2002 年) 167 頁以下は、平穏生活権を「物理的平穏権」（生命身体の安全性にかかわる平穏）と「精神的平穏権」に分けて論じている。判例は、平穏生活権の保護基準（生命身体に対する侵害の危険が一般通常人を基準として、深刻な危険感や不安感となって精神的平穏や生活を侵害していること）を定めているが、これによると、景観が平穏生活権として保護されると解するにはやや無理があるのではなかるうか。吉村・前掲註 (147) 273 頁は「身体権に直結した平穏生活権侵害」に受忍限度論を持ち込むことについては再検討すべきであるとしている (285 頁)。

(183) 大塚・前掲註 (130) 4 頁は、国立景観判決のように、特定の地域区分のなかで、地域住民が公益に解消されない「閑り」を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する。大塚直「環境権(2)」法学教室 294 号 (2006 年) 111 頁以下、参照。

(184) 原島・前掲註 (167) 法の科学 4 号 54 頁、広中・前掲註 (173) 1 頁以下、吉田・前掲註 (173) 『環境秩序と公私協働』49 頁、同「環境秩序と民法」北大法学論集 56 卷 4 号 234 頁、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」立命館法学 316 号 (2008 年) 468 頁以下、牛尾洋也「都市的景観利益の法的保護と『地域性』」龍谷法学 36 卷 2 号 (2003 年) 25 頁、など参照。

(185) [9] は、原告らの平穏生活権への侵害という主張に対して、平穏生活権への侵害の有無は受忍限度によって判断すべものとし、本件景観被害は受忍限度を超えていないとしている。景観被害が生命身体健康への侵害をもたらせなくても、「平穏生活権」又は「拡張された人格権」への侵害として、保護対象を拡大していくことは検討されてよいのではなかるうか。須加・前掲註 (147) 187-188 頁。

(186) 慣習法的ルール説に対して、①慣習法上、どのような利益が法的に保護されるのか、②慣習法上の利益でないと保護されないのか、③慣習法上の利益と事実たる慣習との関係をどのようにとらえるのか、④慣習法上の利益と法律上保護される利益は必ずしも同一ではないのではないか、といった疑問がある。

(187) 秩序説に対して、大塚・前掲註 (176) 平井宜雄先生古稀記念 728 頁以下

は、①権利を秩序に変えると思わぬ副作用をもたらすことになるのではないか、②秩序は一義的に決するものではない、③秩序という不明確なものにそもそも権利に代わる位置づけを与えることのできるのか、④秩序説は個人的利益を軽視することになるのではないか、⑤秩序説は諸刃の剣として作用するのではないかといった問題があるとしている。山本・前掲註(170)99頁以下106頁以下参照。

(188) 小澤英明「景観地役権——美しい町づくりのために——」判例タイムズ1011号(1999年)28-34頁、30頁以下、秋山靖浩「ドイツにおける都市計画と併存する地役権——都市空間の制御における地役権の意義を探るために——」早稲田法学81巻1号(2005年)1頁以下、など参照。

(189) 松尾・前掲註(130)4頁。景観利益を享受するには、入会団体(権利能力なき社団)の設立が必要であるとする。

(190) 大塚・前掲註(183)4-5頁。景観利益=集合的利益・共同利用利益に私権性を認めることは可能なのではなかろうか。

(191) 錦織成史「違法性と過失」星野英一編集代表『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、1985年)133頁以下、山本裕司「権利侵害・違法性と過失」古賀哲夫・山本裕司編『現代不法行為法学分析』(有信堂、1997年)3頁以下、瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、1998年)559頁、大川純夫「民法709条『権利侵害』再考——法規解釈方法との関連において」原島重義先生傘寿記念論文集『市民法学の歴史的・思想的展開』(信山社、2006年)525頁、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」平井宜雄先生古稀記念『民法における法と政策』(有斐閣、2007年)446頁以下、椋見由美子「権利保護と損害賠償制度について」同486頁以下、などがある。

(192) 星野英一「権利侵害」ジュリスト882号(1987年)66頁以下、星野は、起草者が権利を導入した点について、微妙なところがあるとする(67頁)。四宮・前掲註(157)295頁以下、など参照。

(193) 末川博『権利侵害論』(日本評論社、1971年)294-316頁、303頁。

(194) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、1936年)125頁、126頁以下、など参照。

(195) 加藤一郎『不法行為法〔増補版〕』(有斐閣、1957年)36-37頁は、①権利概念は固定的になりやすいのに対し、違法性の内容はかなり弾力的・流動的であること、権利侵害にすると権利侵害がなければ不法行為は成立しないことになること、②権利生成過程からみても、不法行為の場合まで、一律に権利としてまとめることにあまりこだわらない方が適當ではないとし、権利侵害よりは違法性の方が優れているとする。

- (196) 野村好弘「故意・過失及び違法性」加藤一郎編『公害法の生成と展開』（岩波書店、1968年）396-414頁以下は、ニューサンスにおいて受忍限度論という新しい考え方が登場し、今やその考え方がニューサンスの領域を超えて、他の不法行為の領域にまで影響を及ぼそうとしているとする（396頁）。受忍限度論と環境権論との関係について論じたものとして、久保井一匡「受忍限度論と環境権論」加藤一郎・米倉明編『民法の争点』ジュリスト増刊（1985年）212頁以下、受忍限度一般については、井上繁規『受忍限度の理論と実務』（新日本法規、平成16年）などがある。
- (197) 来栖三郎『債権各論』（東京大学出版会、1953年）276頁、星野英一「故意・過失・権利侵害、違法性」私法41号（1979年）183頁、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）239頁など。
- (198) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）367頁以下、382頁、同『債権各論Ⅱ』（弘文堂、1992年）19頁以下は、「権利侵害から違法性へ」という命題が定着し、権利概念が広く解されるようになり、違法性概念はその使命を終えたとする（23頁）。
- (199) 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）217頁以下は、「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル」行為が違法な行為であると考えられる。故意や過失という帰責の軽重とか侵害客体の重要性、違法性阻却といった問題が損害賠償の範囲や額算定という同じ次元において考慮されるのは「違法性」の大小という法感情に集約されるからである。従って、右の意味で、違法性という概念を用いていくことは、合目的的で、「学問上これを放棄する必要はない」（218頁）とする。同「権利侵害と違法性」山田卓生編集代表 藤岡康宏編集『新・現代損害賠償法講座2』（日本評論社、1998年）1頁以下、同「違法一元論について」同志社法学61巻2号（2009年）1-45頁、など参照。
- (200) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー296号（1979年）72頁以下、同「不法行為における権利侵害と違法性」ジュリスト増刊 民法の判例 第三版（1978年）177頁など参照。前田・前掲註（199）同志社法学61巻2号は、はしがきにおいて、不法行為理論は今なお混迷状態にあるとしている（1頁）。
- (201) 不法行為研究会『日本不法行為法リステイメント』（有斐閣、1988年）は、「権利侵害」要件を「法律上保護される利益」に置き換え、違法性を要件としないとしていた（権利拡大説と過失一元論）。また、民法典現代語化研究会「民法典現代語化案」（1996年）も「権利」を「他人の保護されるべき利益」とし、違法性を要件としていない（故意・過失と法益侵害）。2004年改正では、「権利侵害」が「権利又は法律上保護される利益」へと改正された。
- (202) 現代語化案補足説明（2004年8月4日 法務省民事局参事官室）NBL791号（2004年）88頁。

- (203) 改正趣旨は、判例による法形式及び学説により確立した解釈を条文化したものであり、従来の709条の解釈を実質的に変更するものではないとしている。吉田徹=筒井健夫編著『改正民法の解説』(商事法務、2005年)115頁、中田裕康「民法の現代語化」ジュリスト1283号(2005年)86頁、道垣内弘人「民法709条の現代語化と要件論」法学教室291号(2004年)57頁、大塚直「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判タ1186号(2005年)16頁以下、19-20頁、吉村・前掲註(154)41頁、76頁以下、同・前掲註(147)373頁以下、潮見・前掲註(149)77頁以下、など参照。
- (204) 潮見・前掲註(149)79頁。潮見は、①違法性を要件としていないことをどう評価するか、②権利侵害を残した点をどう評価するか、③法律上保護される利益の侵害要件どのように評価するか——権利侵害要件と並べた点をどのように評価するかが重要となる、としている。
- (205) 大塚・前掲註(203)18頁。
- (206) 潮見・前掲註(149)79-82頁。
- (207) 大塚・前掲註(203)18頁、澤井裕『テキストブック事務管理不当利得不法行為〔第3版〕』(有斐閣、2001年)38頁。
- (208) 大塚・前掲註(203)19頁。
- (209) 道垣内・前掲註(203)57頁は、権利利益説と通説との関係について整理が必要であるとする。大塚直「権利侵害論」ジュリスト増刊 民法の争点(2007年)もまた、改正法は、従来の規定と実質的には何ら変更がないものであるとするが、条文の読み方によっては従来とは異なる解釈が可能になったとする(267頁)。
- (210) 前掲註(149)参照。前田達明「不法行為法における過失と違法性について」私法31号(1969年)126以下、違法性と過失との関係については、吉村・前掲註(147)157頁以下において、一元説(新過失論、違法新違法性)、二元論(違法性不要説——故意・過失と権利侵害、違法性維持説)、不法行為二分説(絶対権侵害、相対権)に分けて、述べている。藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄著『民法Ⅳ——債権各論』〔第3版補訂〕(有斐閣、2009年)250頁以下、など参照。
- (211) 山本・前掲註(152)22頁以下。
- (212) 山本・同上22頁以下は、現民法(709条)には「透明性」(権利・利益類型論・違法性一元説・多元説)と「統一性」(不法行為責任要件の多様化)の欠如という二つの課題があるとしている。瀬川は、不法行為成否の判断は様々な考慮の複合体であるとし、柔軟性を持つ違法性論は今後も違法性一元論と異なった意味において用いられていくことになるとしている(瀬川・前掲註(194)424頁以下、426頁)。
- (213) 山本・前掲註(167)民法研究5号99頁以下、同・前掲註(167)早稲田

大学グローバル COE シンポジウム 1（2010 年）81 頁以下、など参照。
(214) 西山卯三『京都の景観 私の景観』（かもがわ出版、1994 年）5 頁。西山は、景観は「住民の人権に関わる重大な問題である」としている。そして、西山は、我が国において景観を保護する憲法や法律がないとしても、景観を「人権の問題」としてとらえていくことは可能であるとする（10-11 頁）。
（完）