

「環境」をめぐる法的諸相

—— 市場の論理・共同体の利益・個人の自律 ——

水野 謙

学習院大学の水野です。報告のタイトルは、「『環境』をめぐる法的諸相」というものです。サブタイトルは「市場の論理・共同体の利益・個人の自律」ですが、環境問題について、以下では、この大きく三つの視点から、検討したいと思います。

一 はじめに —— 問題の所在

初めに、環境問題に対して、本報告がどのようなアプローチを試みるか、また、本報告の目的は何かということについて、簡単にお話したいと思います。

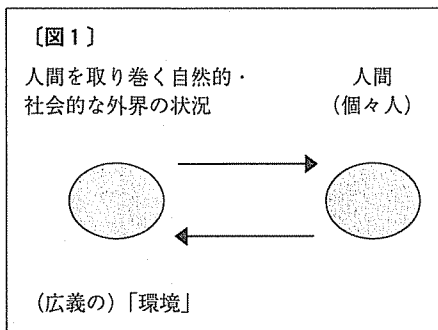
(一) 環境倫理学における (か) 対立軸について

環境問題をめぐっては、これまでさまざまな学問的なアプローチがなされています。その一つに、私の専門ではありませんが、環境倫理学があることはよく知られています。この環境倫理学における一つの考え方に「自然中心主義」「非人間中心主義、生命中心主義、あるいは生態系中心主義とも呼ばれる」というものがあります。これは、人間のみに内在的価値を認めようとする「人間中心主義」を批判する文脈で唱えられたものです（ネス 1997 [原書 1989]・259 など。環境思想の系譜については鬼頭 1996・36 も参照）。そして自然中心主義の一つのコロラリーに「土地倫理」と呼ばれる考え方があります。これを唱える論者は——大胆に要約すれば——、私たちは、人間を含めた生命共同体そのものを尊重すべきであると考えているようです（レオポルド 1997 [原書 1949]・315）。

しかし今日では、環境倫理学内部においても、このような自然中心主義に対しては批判が強まっています。たとえば、土地倫理の一つの帰結として、全体の利益のために個人を犠牲にするという考え方が出てきますが、果たしてこのような見解に説得力があるのか、それは環境ファシズムではないのかという批判があります。あるいはそもそも、人間中心主義か自然中心主義かという二項対立的なとらえ方で環境問題にアプローチすることには限界があるなどの考え方が、近時では有力になりつつあると思われる（鬼頭 1996・58、同 2002・223、須藤 1998・164、吉田邦彦 2000 [初出 1998]・446-447 など）。

(2) 環境問題に法的アプローチを試みる際の視点

私たちが環境問題に法的なアプローチを試みる際にも、このような二項対立的なとらえ方はあまり有効ではないと思われます。むしろ出発点に据えるべきなのは〔図1〕にあるように、人間を取り巻く自然的・社会的な外界の状況（広い意味での「環境」）と個々



の人間とを対立的にとらえるのではなく、両者の間にどのような相互の関わり合いがあるのかを見つめ直すことだと考えられます。

(3) 本報告の目的

本日の報告は、右のような視点に立つたうえで、人間と「環境」との相互の関係が一定の社会的な関係によってダメージを受けた場合の社会科学上の諸要因ないし力関係について、法的な見地から再検討することを目的とします。その際には、事前または事後の差止め事例に特に着目したいと思えます。なぜなら、差止めが認められるか否かということは、訴訟における両当事者にとっていわば死活問題であり、差止め事例を分析することによって、環境問題をめぐる法的な諸相がより明確に浮かび上がってくると考えられるからです。

以下では、自然的環境と社会的環境という二つの環境問題について、大きく三つの事例を取り上げて(二)~(四)、人間と環境との関わり合いについて検討したいと思えます。

二 自然的環境と人間との関わり合い・その一——公害事例

まず、古くから環境をめぐる問題として取り上げられることの多い公害事例について、ごく簡単に問題状況を概観しておきたいと思えます。

(1) 公害の発生に至るまで

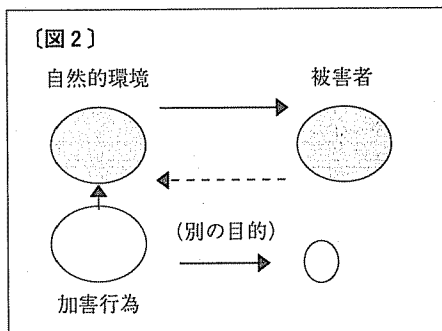
公害事例においては、自然的環境と人間との関わり合いが問題となります。たとえば水俣病事件などがその典型ですが、ここでは被害者らが、自分たちを取り巻く自然環境に対して、能動的な働き掛けをしている場合もあります。たとえば、熊本水俣病事件の被害者の一部は、水俣湾で実際に漁業を営んでおり、水質汚染によりそれができなくなったこ

とに伴って経済的損失を被っていました。しかし公害訴訟でより大きな問題となるのは、**〔図2〕**にあるように、自然的な環境から個々の被害者が受ける影響という受動的なベクトル（右側を向いている実線の矢印）において、被害者が生命・身体に侵害を受け、人格的な利益が侵された場合の法的な解決のあり方のはずです（自然と人間との関わり合いを双方向のベクトルという視点から検討するものに鬼頭1996・122.がある）。

そしてこの場合、加害行為（工場の操業など）は、被害者を取り巻く自然的な環境を害することを、直接の目的としているのではないという特徴があります。だからこそ、熊本水俣病第一次訴訟判決（熊本地判昭和四八・三・二〇判時六九六号一五頁）などでは、被告の過失の有無が深刻な争点となりました（過失を認めた判旨に対する畔柳1980・112-113の厳しい批判はある意味でもっともである）。ただいづれにしても、典型的な公害事例では、加害者が自然的環境に与えた影響が、自然的環境が被害者に及ぼす作用を通じて、個々の被害者の人格的利益という絶対権を侵害しているという点で、ある意味で分かりやすい図式が成り立っているといえます。

（2）差止めについて

したがって差止めについても、その法的構成については、今なお深刻な見解の対立がありますが（大塚2002・518-520、吉村2004・216-218など）、少なくとも、①過失・因果関係・健康被害の認定がそれぞれなされ、また、②将来も健康被害が継続する可能性があるという要件も満たされているのであれば、結論として、汚染源に対する差止めを認めるということについて、大きな障害はないと思われます。そのほか、公害事例については、被告の騒音や汚染物質が一定の音量や濃度を超えて原告の居住地に侵入しないように求めるなどの抽象的差止め請求（抽象的不作為請求）が認められるか、



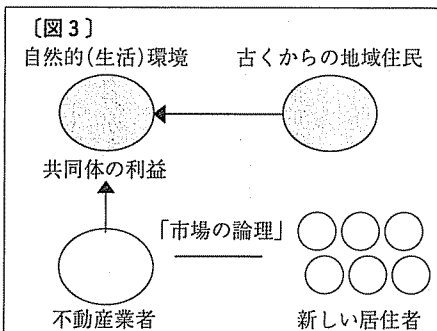
また航空行政権の行使など公権力の発動請求を包含する民事訴訟は適法といえるのかという問題があります。しかし、裁判例では、これらの問題もまた、クリアされつつあります（前者の問題については、請求の趣旨の特定性に欠けるところはないというロジックを用いるものがあり〔国道四三号事件訴訟の控訴審判決・大阪高判平成四・二・二〇判時一四一五号三頁〕、また後者についても、自衛隊機の離着陸の差止め請求がなされても、必然的に公権力の行使が見いだされることはないという理由によって、不適法論を回避しようとする判決が現われている〔金沢地判平成一四・三・六判時一七九八号二頁〕。これらの裁判例の動向については大塚 2002・520-526、吉村 2004・219-224参照）。

三 自然的環境と人間との関わり合い・その二——景観侵害事例

それでは、以上の公害事例と比較して、景観侵害事例はどのように考えたらいでしょうか。ここでは、公害事例と同じく、一種の自然的環境が問題になっていますけれども、問題の現われ方は公害事例と大きく異なっています。これについて、以下では、国立市の大学通り周辺の住民が、景観侵害を理由に高層マンション撤去等を請求した事件を中心に考えてみたいと思います（景観利益について総合的検討を行うものに藤岡 須加 2004 がある）。

(一) 景観の侵害に至るまで

この国立市のケースを例に考えてみると、〔図3〕にあるように、まず、生活を豊かなものとする自然的環境である景観に対して、それを維持発展させていこうと古くからの地域住民が一定の働き掛け（左向きの矢印）をしています。これは自然的環境からの



受動的なベクトル（右向き矢印）がもつばら問題になっていた公害事例には見られない特徴です。ここでは個々人の人格的な利益をいったん離れ、むしろ地域住民を構成員とする共同体が相互に協力し合って作り上げた公共的な利益ないし秩序、吉田克己先生の言葉を借りれば、一つの「市民的公共性」を見いだすことができる場合があります（吉田克己1999）。なおこれと関連して、吉村2004・232-234は、原島1980・287の差止論〔環境破壊によって被害を受ける住民のインシアティブに着目する〕を再評価し、地域住民の利益の総体としての公共の秩序を観念している。

他方で高層マンションを建築した不動産業者らは、この景観を積極的に利用しているという側面があり（図3）の上向きの矢印）、不動産業者の行為はまさにこの生活環境そのものに向けられています。この点も公害事例とは対照的です。

（2）景観利益の要保護性

さて、このような場合に景観利益を仮に保護したいと考えるとき、原告となっている、古くからの地域住民の個々の利益（人格的利益や所有権など）から、景観利益の要保護性をダイレクトに導くことは、あまり事態適合的ではありません。もつともこれに対して、国立市・大学通り訴訟の一番判決（東京地判平成一四・一二・一八判時一八二九号三六頁）は、都市景観は、地権者らの「所有する土地に付加価値を生み出し」ていると判示し、景観利益は地権者らの「土地所有権から派生するもの」ととらえています。たしかに判決が、このように地権者らの土地所有権に着目したことは、伝統的な個人単位の権利概念や主観訴訟という枠組みと、景観利益との苦心の接合と評価できなくもな思われます。しかし二審判決（東京高判平成一六・一〇・二七判時一八七七号四〇頁）が正当に述べるように、「景観をどの程度価値あるものと判断するかは、……土地の所有権の有無やその属性とは本来的に関わりないことであり、これをその人個人についての固有の人格的利益として承認することもできない」と考えるのが自然です。一番判決のようなとらえ方に無理はあったことは否定できません。

むしろここで議論の対象となるのは、各個人の利益ではなく、(1)で述べたように、地域住民を構成員とする共同体の利益としての景観利益というものが、どこまで保護に値するのかという点でなければなりません。このとき、地域住民だけの努力で、当該景観が本當につくり出されたといえるのかという問題をまず検討する必要があります(二審判決は、大学通りの景観が大正一四年の箱根土地株式会社の開発構想を基本とすることなどを指摘して、この点について否定的な態度をとる)。

また、それに加えて、当該共同体の利益なるものが仮に存在するとしても、それが本當に公共的な性格を有しているのかという点も問題になると考えます。国立市の実情は、当事者ではない私には窺い知ることができない部分がありますが、一般論として、「まちづくり」の少なからぬ現場は、町内会の有力者たちによって牛耳られており、一般の住民が入り込みにくい雰囲気があるという指摘もなされています(名和田1992・178-181はこのような現状を踏まえたと)。 「地域住民全員型」の新しい共同性の創造を志向する。仮にこのように、地域社会において個人の自律が確保されていない場合は、「市民的公共性」なるものは、絵に描いた餅に終わってしまう危険性が高いと考えられます。このような問題点は、最近、一部の論者によって唱えられている、いわゆる「公共哲学」が抱える問題点にも通じると思われます。

たとえば、千葉大学の小林正弥さんは、「公共哲学」の特徴をリベラリズムと比較しながら、次のようにまとめていらっしゃいます(大出彰ほか2003〔小林参考人発言〕)。すなわち、①権利だけではなく、自発的責任、義務を重視すること、②個人と国家という二項対立を超えて、家族や中間集団などコミュニティを重視すること、③倫理性、精神性や共同性、連帯性を重視すること、④憲法において「公共の福祉」という概念で示されている公共善、公益を重視すること、⑤人々の手によってそれを実現する公共的な民としての美徳を重視することである、と。このように、公共哲学の論者は(各論者によってニュアンスの差がありますが)、個人の自律と集団の秩序とのバランスをはかろうとしているよう

です（鬼頭秀一ほか2002・192〔小林発言〕も参照）。また、リベリズムに配慮する一方で、コミュニティも同時に重視しています（「政府の公」と異なる「民の公共」を説く山脇2004・219も参照）。これらの主張はそれ自体明快ではありませんが、ただ問題は、私たちの属している現実の社会が、果たしてこのような個人の自律と集団の秩序とのバランスを上手にとることができるのか、リベリズムに配慮しながらコミュニティをも重視するということを実際に行いうるのかということにあると思われまます。

つまり、現実の社会では、ともすれば、声の小さな個々人の人格的利益や自律がしがろにされたまま、共通善とか公共善といったものが声高に主張されてはいないのかということ、慎重に見きわめる必要があるのではないでしょう（井上1992・276-277は、前掲・名和田のような「地域住民全員型」の新しい共同性を観念した場合でも、少数派に対する多数派からの同調圧力が高まらざるを得ないことを危惧する）。「市民的公共性」が健全な姿として発展していくためには、市民的公共性が形成される場が多元的・多層的である必要があるという主張もなされています（吉田克己1999・404）。これは、市民的公共性の多元的・多層的構造に言及したうえで、ある「社会」の自己決定に基づく「公共性」の正当性は、相対化される必要があると指摘する）。しかしやはり問題は、そのような多元的・多層的な場が現実には保障されているのかどうかです。

このことと関連しますが、国立市の事例では、問題となった高層マンションに住んでいる居住者の利益も無視できません。彼らの中には、高層マンションから眺める大学通りの景観や、自分たちのマンションと大学通りの調和に魅力を感じて物件を購入しまたは賃借した者がいるはずで、その場合に、国立市の新しい住民である彼らの個別の利益もまた、見過ごすことはできません。真に開かれた地域社会となるためには、従来の住民の利益だけを守り、新しい住民の利益を切り捨てるのではなく、古い住民と新しい住民の利益をどのように調整したらよいのかということが重要な課題

になると考えます。景観利益がどこまで保護に値するのかという問題も、そのような枠組みの中でとらえられるべき課題ではないのでしょうか。

(3) 「市場の論理」(不動産業者と新しい居住者間の「魅力的な」商品の売買)と不動産業者の配慮義務

いずれにしても、景観利益を支えるところの共同体の利益と、共同体を構成する個々人の自律との間には、一定の緊張関係があるということに私たちは十分留意する必要がありますが、共同体の利益と対立するもう一つの軸として、「市場の論理」とでも呼ぶべきものがあると思われまます。「市場の論理」というのは、やや大げさなネーミングかもしれませんが、要するに、国立市の事例では、高層マンションの不動産業者は、新しい居住者となる顧客に魅力的と映る物件を販売して利益を上げようとしています。資本主義社会において、このこと自体は責められるべきことではありませんが、問題は、このような「市場の論理」に組み込まれた不動産業者が、景観を積極的に利用して(図3)の上向きの矢印)利益を追求する際に、どのような配慮をすべきであったのかということです。このような配慮義務の内容を左右するファクターとしては、差し当たり次の四点をあげることができそうです。

まず、①配慮の対象である景観利益が、どの程度明確で具体的なものであるのかということが問題となります。明確性や具体性が増せば増すほど、配慮義務の内容も高度なものになると考えられます。また、②建築基準法の要件さえ満たせば配慮義務は尽くしたことになるのかという問題もあります。これについては同法一条が「この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて」いると規定していることをどうとらえるのが論点となりそうです。ただ、配慮義務の内容を考える際により重要となるのは、いったい地域住民の景観利益に対する共通の(あるいは最大公約的な)意識というものが本当に存在するのかという点です。先に述べたように、新しい居住者と古い居住者、地元の有力者とそれ以外の一般市民というように景観利益に対する意識にはさまざまなものがあるのが実情で

しょう。このようなことを考えると、景観利益に対する共同体の利益は、それ自体、要保護性が高い場合も十分ありえます。そこで、要保護性を担保するものとして、③行政の景観政策に反映しうるだけの地域住民の共通意識が、マンションの建設以前に果たしてどこまであったのかということが、配慮義務の内容を左右しうるファクターとして重要になってくると思われまます。このことと関連して、④住民らが景観協定（景観法八一条以下）や建築協定の制度（建築基準法六九条以下）などを活用するなどして、市民が行政にどの程度実際に参加していたのかという点も見逃すことはできません（国立市・大学通り訴訟の二審判決〔前掲・東京高判平成一六・一〇・二七〕は、これらの諸制度が有効に活用されていなかった点を重視する。これに対して吉田克己2003・71は、この点を重視することに消極的であるが、吉田説は、当該事案では、そもそも保護に値する景観利益が存在すると考えているため、景観利益の要保護性それ自体を問題視する二審判決とは前提を異にしている）。この④の要因は、景観保護において行政の果たすべき役割とは何なのかをという大きな問題とも隣接しています。

四 社会的環境と人間との関わり合い——プライバシー侵害事例

(一) プライバシーのとらえ方

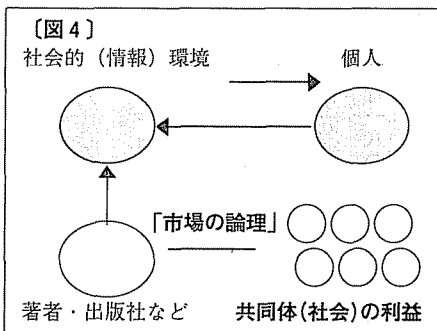
「環境」をめぐる三つ目の問題として、社会的環境、特に人間を取り巻く情報環境に着目したいと思います。その中でも、この報告では、プライバシー侵害と出版物の差止めという問題について検討します。プライバシーについては、これまで、「一人で放っておいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「自己決定権」などいくつもの定義がなされていることは周知のとおりですが、プライバシー侵害について、情報環境と個人の自律との関係に着目して、できるだけ具体的にとらえてみるならば、次のように言えそうです。つまり、ある人が社会的に望まれたアイデンティティ

に従うようにと、世間の見解や道徳的判断が課してくる規範的圧力に逆らいつつ、自己の定義や自己改善にかかわる人格を形成してきたとします。それなのに、そのようにして形成された人格が思いもよらぬ形でダメージを受けたとき、人はプライバシーを侵害されたと感じるのではないのでしょうか（ホーフェン 2000 [原書 1997]）。あるいは、プライバシー侵害というのは、結局、「自己イメージを使い分ける権利としてのプライバシー権」（石川 2003・30、同 2004・200）が情報環境の攪乱によって侵害された場合のことであるという定義も可能だと思われます。

（2）プライバシー侵害と表現の自由

いずれにしても、ここでは自律的な個人が〔図 4〕にあるように、社会的（情報）環境から受動的なベクトル（右向きの矢印）を意識しながらも、あくまでもこの社会的環境に対して能動的・自律的に働き掛けている（左向きの矢印）という点に一つの特徴があります。そして、このような情報を著者や出版社などが積極的に利用しようとするとき、プライバシーの侵害が起こりうる一方で、そのときは周知のように、プライバシーの侵害と表現の自由との相克という現象が生ずることになります。

ここで表現の自由がもたらすインパクトには、色々なものがあります。たとえば、社会にさまざまな情報が行き渡れば、それによって民主政治が活性化する側面があることは否定できないでしょう（長谷部 2004・117-118）。また、文学の場合は、ある判決の言葉を借りれば、人々の人間存在についての認識の内容を豊かにする社会的な価値があるのかもしれませんが（東京高判平成一三・二・一五判時一七四一号六八頁〔「石に泳ぐ魚」事件控訴審判決〕）。いずれにしても、このような自由な表現の空間が形成されることによつ



（左向きの矢印）

（右

て、特定の地域のコミュニティではなくて、もつと広く市民に開かれた共同体であるところの、社会の利益が増加する関係にあることは間違いないように思われます。

(3) 共同体の利益と個人の自律とのバランス

しかし問題はここでも、共同体の利益と個人の自律とのバランスの取り方ということになります。判例は一般に、プライバシーの侵害によって不法行為が成立するかどうかについては、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量して決定する立場をとっていますが（最判平成六・二一・八民集四八巻二号一四九頁、最判平成一五・三一・四民集五七巻三三三・三二九頁）、文芸雑誌に掲載された小説の今後の出版差止めが求められた事案でも、最高裁は、①一方で、小説の内容が公共の利害にかかわるものかどうかを考慮し、②他方で、小説の出版等により被害者に重大で回復困難な損害が被らせるおそれがあるかどうかについて考慮しています（最判平成一四・九・二四判時一八〇二号六〇頁〔「石に泳ぐ魚」事件判決〕。差止めを認めた原判決を是認）。このうち①のファクターを判断する際には、結局、流通している情報に対して私たちの社会がどのような利益を見いだすのか、言い換えると、どのような種類の情報にアクセスできる社会を私たちは望ましいと考えるのかという、私たち構成員の有している基本的な社会観が問われることとなります。他方で②を考慮する際には、被害者が情報環境にそれまでどのように自律的に働き掛けをして、それがどのようにに無に帰してしまうおそれがあるのかということを丁寧に検討する必要があると思われれます。

これについて「石に泳ぐ魚」事件の控訴審判決（前掲・東京高判平成一三・二一・一五）は、②のファクターを認定する際に、被害者の次のような証言を重視している点が注目されます。「私たちは、皆ここから、自分たちの人生を肯定しているし、これまで歩んできた道のりには誇りを感じています」。「朴里花の外観的特徴は、私の姿で描かれているのに、その言動や人格は私が受け入れ難い性質の人間に歪曲されてあったのです。しかも……小説の主人公……によって、

障害を持つ朴里花は、このうえなく侮辱されていました。私は、傷つき、裏切られたという気持ちでいっぱいでした。ここでは、単に隠しておきたい情報が公になったということが問題となったのではありません。そうではなくて、これまで被害者の父親の逮捕歴や被害者の身体的特徴を、被害者自身が前向きにとらえようと努力してきた、そのような自己の人格（先に述べたプライバシーの定義に従えば、世間の見解や道徳的判断が課してくる規範的圧力に逆らいつつ形成してきた、自己の定義や自己改善にかかわる人格）が、作者によって正面から否定されたことが問題となっています。

（4）出版社と読者との間の「市場の論理」

プライバシー侵害をめぐることは、右に述べた、共同体の利益と個人の自律の対立軸とは別に、もう一つ、出版社と読者との間に形成される「市場の論理」の問題が残されていると思われれます。たとえば、政治家の長女の離婚に関する記事を掲載した週刊誌の（事前の）出版差止め事件（東京高決平成一六・三・三一判時一八六五号一二頁）では、それほど深みのある内容の記事が争われたのではなかったようです。むしろ、のぞき見的内容のためにかえって人々の関心を引き、週刊誌の売上げ増に結びつきやすい記事が問題となっています。あるいは「石に泳ぐ魚」事件では、出版元の新潮社は最高裁で敗訴後、この小説の存在が知れ渡った状況の中で同じ表題の本を出版することは出版社の良識に背くという被害者側の強い反対にもかかわらず、平成一四年一〇月に、（女性の学歴や家族の設定を変更し、顔の障害が暗示的なものとなっている）「改訂」版なるものを出版しています。出版者側のこのような商業主義的な行動を、仮に私たちが出版物の購入という形で肯定するのならば、表現の自由という共同体全体の、いわば「安全装置」（梓澤||喜田村2002「石に泳ぐ魚」事件で被告の代理人を務めた喜田村発言）を維持する必要が、果たしてどこまであるのかという根本的な問題が引き起こされることとなります。このことは、個人のプライバシー（ないし個人の自律的な情報環境との関わり合い）が、表現の自由に対して優越的地位を占めるようになる一つの契機となりうるのかもしれない。

五 おわりに——「環境」問題と個人の自律

最後に、結論に代えて、次の二点を強調しておきたいと思えます。

第一に、人間と（広い意味での）「環境」との相互作用の根底には常に個人の人格的利益、あるいは個人の自律というものがあるということです。その点を共同体が無視することは許されないのではないのか。論者の言葉を借りるならば、共同体の利益は、自由な主体を阻害する危険性を常に帯びています（井上 1999・193-194）。「環境」問題を検討する際に、私たちは常にこの点を警戒すべきであると考えます。

第二に、「環境」問題を考える際には、私たちは「市場の論理」にも目を向ける必要があります。「市場の論理」は「環境」にマイナスの影響を与える可能性を有しているからです。ところが、この「市場の論理」の担い手は、市場において利益を追求する企業ばかりではありません。その企業と取引を行う他方の当事者もまた、「市場の論理」に組み込まれています。たとえば、マンション建築に伴う景観侵害事例では、マンションを購入し、または賃借しているのは個々の居住者であり、また、出版物によるプライバシー侵害事例では、出版物を購入して出版社の売上げに貢献しているのは、やはり個々の読者です。つまり、「環境」問題をめぐって無視することができないはずの個人の自律——共同体の利益から保護されなければならない個人の自律——が、これらの局面では「環境」を阻害する要因として現われています。今日的な「環境」問題の解決を困難にしている大きな要因の一つは、ここにあると考えられます。

以上、細かな解釈に立ち入る余裕がなく、かなり大づかみな内容となりましたが、市場の論理、共同体の利益、そして個人の自律の絡まりあいに着目しながら、「環境」をめぐる法的諸相について検討を行いました。私の報告は以上です。

〔付記〕本稿は、北大のシンポジウム「環境秩序への多元的アプローチ」（平成一七年三月五日）で行った筆者の報告を修正したものです。言葉遣いなどを改めたほか、本文の括弧の中で、必要最小限度の加筆をしております。なお、括弧の中で引用した文献の詳細は次のとおりです。

梓澤和幸Ⅱ喜田村洋一 2002：「討論・柳美里さん『石に泳ぐ魚』出版差し止め最高裁判決をどう見る」朝日新聞平成一四年一月二八日朝刊（東京本社）三五面

石川健治 2003：「人格と権利——人権の観念をめぐるエチュード」ジュリスト二二四号二四頁

—— 2004：「イン・エゴイストス——憲法学から見た公共性」長谷部恭男Ⅱ金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会）一八一頁

井上達夫 1992：「論争の公共化のために」井上達夫Ⅱ名和田是彦Ⅱ桂木隆夫『共生への冒険』（毎日新聞社）二六八頁

—— 1999：『他者への自由——公共性の哲学としてのリベラリズム——』（創文社）

大出彰ほか 2003：「第一五六回国会 憲法調査会 基本的人権の保障に関する調査小委員会第四号 平成一五年六月五日（木曜日）
http://www.shugiin.go.jp/itdb_kaiiroku.nsf/html/kaiiroku/010715620030605004.htm

大塚直 2002：『環境法』（有斐閣）

鬼頭秀一 1996：『自然保護を問いなおす——環境倫理とネットワーク』（ちくま新書）

—— 2002：「環境倫理と公私問題」佐々木毅Ⅱ金泰昌編『公共哲学9 地球環境と公共性』（東京大学出版会）二二二頁

鬼頭秀一ほか 2002：「発題VIを受けての討論」佐々木毅Ⅱ金泰昌編『公共哲学9 地球環境と公共性』（東京大学出版会）一八〇

畔柳達雄 1980：「水俣病事件——裁判を乗り越えた患者達——」田中二郎ほか編集『戦後政治裁判史録5』（第一法規出版）六九頁

須藤自由児 1998：「自然保護は何をめざすのか——保全／保存論争」加藤尚武編『環境と倫理——自然と人間の共生を求めて』（有斐閣アルマ）一四九頁

名和田是彦 1992：「まちづくりとコミュニティ」井上達夫・名和田是彦・桂木隆夫『共生への冒険』（毎日新聞社）一二二頁

ネス 1997『原書 1989』：『ディーブ・エコロジーとは何か——エコロジー・共同体・ライフスタイル』（齋藤直輔・開龍美訳）

（文化書房博文社）『原書—Naess, A., *Ecology, Community, and Lifestyle: Outline of an Ecosophy* (Cambridge University Press).』

長谷部恭男 2004：『憲法（第3版）』新法学ライブラリー2（新世社）

原島重義 1980：「開発と差止請求」法政研究四六巻二一―四合併号一〇九頁

藤岡康宏・須加憲子 2004：「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」牛山積先生古稀記念『環境・公害

法の理論と実践』（日本評論社）一三三頁

ホーフェン 2000『原書 1997』：「情報化時代におけるプライバシーと道徳不正行為」（奥田太郎訳）情報倫理学研究資料Ⅱ所収

（<http://www.fine.bun.kyoto-u.ac.jp/tr/2/okuda.html>）『原書—Hoven, M.J.v., "Privacy and the Varieties of Moral Wrong: Doing in an

Information Age," in *Computer Ethics: Philosophical Enquiry*, Department of Philosophy (Erasmus University).』

山脇直司 2004：『公共哲学とは何か』（ちくま新書）

吉田克己 1999：『現代市民社会と民法学』（日本評論社）

——— 2003：『景観利益』の法的保護（東京地判平成一四・二・二八・判批）判例タイムズ一一二〇号六七頁

吉田邦彦 2000『初出 1998』：「環境権と所有理論の新展開——環境法学の基礎理論序説——」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有

斐蘭) 四二一頁【初出】『新・現代損害賠償法講座第二卷 権利侵害と被侵害利益』(日本評論社)】

吉村良一 2004: 「公害差止法理の展開と課題」牛山積先生古稀記念『環境・公害法の理論と実践』(日本評論社) 二二五頁

レオポルド 1997 [原書 1949]: 『野生のうたが聞こえる』(新島義昭訳)(講談社学術文庫) [原書—Leopold, A., *A Sand County*

Almanac (Oxford University Press).]

環境秩序と民法

吉田 克己

一 はじめに

1 外郭秩序としての環境秩序

それでは、「環境秩序と民法」というテーマで報告をさせていただきます。私たちの科研プロジェクトは、前回は競争秩序をテーマとしてシンポジウムを開催しました。今回は、環境秩序です。この二つの領域を取り上げる際に、私の頭の中にあるのは、広中理論です（広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社、一九八九年）参照）。前回の対象とした競争秩序は、広中理論によれば財貨秩序の外郭秩序というふうに把握されます。これに対して、今回の対象である環境秩序は、人格秩序の外郭秩序という位置づけになります。

広中先生の場合には、人格秩序の外郭秩序には「生活利益秩序」という呼称が当てられます。これとの関係では、環境秩序は、生活利益秩序に属しつつ、その一部をカバーするという位置づけになります。少し狭くなるわけです。他方、

環境秩序という言葉を使う際に、私は、自然環境に限定するつもりはございません。社会環境なども当然に含みうるものと考えています。つまり、環境という点では、広い意味で使いたいというふうに思っているわけです。

次に、結論先取りのなところもあるのですが、そのような外郭秩序の特徴としてあらかじめ二点指摘しておきたいと思えます。

2 外郭秩序の特徴

第一は、外郭秩序が問題になる領域は、公共的な空間と把握することができる、ということです。私がここで「公共的」という場合には、不特定多数の市民の接近が可能である、つまり公開性という点に重点を置いて把握しています。これを別の角度から言い換えますと、外郭秩序は、特定の市民の排他的な支配に親しむ領域ではないのです。

ただそうは言いますが、特定の個人の利害が関係しないわけではない。それも当然に関係します。ということで、この領域においては、公共的な利益と私的な利益とが交錯することになります。そのような事態を反映して、いわゆる「公法」といわれる「私法」が交錯して現れるわけです。その結果、ドイツ、フランスや日本の伝統的考え方である公法私法峻別論の問題性が、この領域において顕著に現れてくることになります。公私を峻別できない、そういう領域なのです。私は、ここに外郭秩序の特徴があるのではないかと理解しています。そして、私の理解によれば、この領域にこそ法に関する現代的諸問題が集中して現れているのです。

第二は、市民社会構成員に対する利益の割当てという点における、外郭秩序と中核的秩序（財貨秩序および人格秩序を総称してこのように言っておきます）との違いです。外郭秩序は、公共的空間といっても、市民社会の構成員に一定の私的利益を割り当てています。その点では中核的秩序と同じです。しかし、中核的な秩序の場合には、この利益割当ては、権利という形を取りません。これに対して、外郭秩序の場合には、この利益の割当ては、権利という形を取りませ

ん。権利という独占的な利益割当ての形は、公共的空間である外郭秩序に親しまないのです。ここにも、外郭秩序の特徴が認められると考えています。

3 課題の限定と具体的テーマの設定

以下では、以上のように整理した特徴を持つ外郭秩序としての環境秩序にアプローチいたします。それゆえ、本報告は、環境問題全体についての法的アプローチを試みるものではありません。環境破壊によって生命や身体、健康など的人格秩序に属する利益あるいは権利が侵害されるケースは、今日の報告の直接の射程には入ってこないのです。もちろん関係する限りでは触れることもありますけれども、直接的な対象ではない。生命や身体、健康などを対象にする人格秩序の外側にある環境秩序のあり方や、いまだ権利としての属性までは認められていない利益に関する法のあり方を検討する、これが今日の報告の課題ということになります。

そのように課題を限定した上で、課題に接近するために、より具体的には二つのテーマを設定いたします。一つは環境権、もう一つは景観利益です。これらは、いずれも、私の理解では、外郭秩序において生じる問題と位置づけることができます。しかし、そのような認識自体が、必ずしも共通のものにはなっていないように思われます。そのような理論状況を踏まえつつ、外郭秩序という観点を前面に出してこれらの問題を考えるとどのような理論的把握になるのだろうか。そのような問題意識を基本にして、これら二つの問題領域にアプローチしてみたいということです。

二 環境権論争と今後の方向

1 環境権論の提示

まず、第一の柱である「環境権」の検討に入ります。環境権は、一九七〇年代の初頭に提示されました。当初の問題

意識は、大阪弁護士会環境権研究会の『環境権』という本にまとめられています（大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』（日本評論社、一九七三年）。以下、この文献の参照頁は、本文中に示す）。多少のコメントをつけながらこれを紹介していきましょう。

（一）環境権論の背景

まず環境権論が提示された背景ですが、二点指摘することができます。第一は、エコロジ的な環境危機の認識です。二〇世紀後半以後の科学技術の進歩とそれに伴う工業化の進展は、そのままでは永久に自然の循環作用の中に還元されない物質を数多く生産するようになり、自然の回復能力をはるかに上回る大量の廃棄物が排出されるようになった。そのようなエコロジ的な危機の結果として公害問題があるのだ、という把握がなされます（六三頁。また、四八〜四九頁も参照）。ここでは、公害問題をより広い環境破壊の問題として把握するという発想が見出されます。

とはいえ、第二に、環境権論が直接に念頭に置いているのは、公害問題、つまり生命身体などのきわめて要保護性の高い利益の侵害です。実際、環境権が提示された時期は、かかる深刻な公害問題が最も鋭く提示されていた時期だったのです。それゆえ、巨理報告で提示されたアメニティの保護というような問題意識がこの時点で明確に示されていたわけではありません。

今指摘しました二点の背景のうちの前者、つまりエコロジ的な環境危機の認識という点からしますと、被侵害利益の公共的性格が前面に出てきてもおかしくないようにも思います。しかしながら、初期の環境権論にはそのような発想は、まったくないというわけではありませんが（たとえば一二六頁参照）、ほとんどないといつてよろしいかと思いません。

（二）初期環境権法理の法律構成

さて、次はそのような背景の下で提示されてきた環境権は、どのような法理によって構成されたのでしょうか。

まず、第一に、環境権論の出発点は、環境共有の法理です。そのロジックを簡単にまとめますと、急速な産業の発展によって、環境の素材（空気、水、太陽の光等）が稀少なものになった。それは、われわれを取り巻く自然が「自由財」ではなくなり、稀少価値を持つ「価値物」に変化したことを意味します。このことを法的に評価すれば、それは、一つの権利保護の要件を具えた、ということになるわけです（五〇頁）。他方で、大気や水・日照・通風・自然景観などの自然の資源は、人間の生活にとって不可欠のものですから、すべての自然人に公平に分配されるべき資源であつて、それは万人の共有に属すべき財産という主張がなされることになります（七七―七八頁）。

「自由財」の否定から直接的に導かれるのは、環境の素材が独立の財産になりうるという把握でしょう。その場合に、その財産の帰属をどのように考えるかについては、共有が唯一の選択肢であるわけではありません。それは公共に帰属する、つまり公共財だという方向もありうるはずです。むしろ共有とする場合には、共有者の範囲をどう考えるかというやっかいな問題を抱え込むことになりますから、公共財だと考えるほうが通常の発想のようにも思います。しかし、初期の環境権論には、そのような発想はありませんでした。

第二に、環境共有の法理を出発点にした上で、環境の独占的利用の違法性が主張されます。その論理は、次のようにまとめることができます。環境が万人の共有財産である以上、共有者の一人が他の共有者全員の承諾を得ることなく、これを独占的に支配・利用して、これらを汚染・減耗させることは、それ自体他の共有者の権利の侵害であり、すなわち違法だ、というわけです（七八頁）。この帰結、つまり同意を得ることなく勝手に環境を破壊することが違法だという結論を導くことが、環境権論の狙いの一つでありました。しかし、この結論は、公共財説でも同様に導くことができます。したがって、共有論の独壇場ではないはずです。しかし、そのような点は、初期環境権論においては、特

に自覚されませんでした。

第三に、権利の性質ですが、次の性質が指摘されます。①まず、環境権は、財産的な性格、財産的な価値を持つのですが、それは単なる財産権ではない、むしろ人格権に近いと把握されます。②次に、環境権は、より積極的には、国または地方公共団体に対して、良き環境の確保を要求しうる権能をも含む権利とされます。そして、それは、生存権的な基本権としての一面をも併有するものとされます。つまり、憲法二五条および一三条に根拠を置く基本的人権という把握がなされるわけです。③最後に、環境権は、支配権として排他性を持ちます（以上、八七頁）。

ここは、環境共有法理の苦しいところともいえましょう。①や②には、共有法理を単純に貫徹できないことが示されているからです。また、③についても、本当に環境についてそのようなことをいつてしまつてよいのだろうかという率直な疑問が浮かびます。しかし、この③は、環境権論としてはどうしても強調したいところだったのであるかと思ひます。このように構成しないと差支を導くことができないと当時は考えられていた節があるのです。

(3) 初期環境権論の特徴

それでは、以上のように提示された初期の環境権論について、どのような特徴を見出すことができるのでしょうか。それは、スローガン風には、《私権性の強調・権利バラダイムの前面化》という形でまとめることができるように思います。

この特徴は、環境権論の論争的性格に由来するところが大きいといえましょう。論争相手に対する批判のために、理論のある一面が強調されるということは、よくある話です。環境権論における私権性の強調にも、そのような面があるのではないのでしょうか。

もつともそのような評価を行うためには、環境権論がどのような理論と対峙したかを見ておく必要があります。とい

うことで、環境権論が当時対峙した理論がどのようなものであったのかを次に見ておこうと思います。

2 環境権論が対峙した理論

環境権論が対峙した理論は、大きく分けると二つあります。

(1) 受忍限度論

その第一は、いわゆる受忍限度論です。代表的論者である加藤一郎先生の議論に即してその内容を紹介しておきます（加藤一郎「序論」同編『公害法の生成と展開』（岩波書店、一九六八年）。以下、この文献の参照頁は、本文中に示す）。まず、この議論の核心は、「一般的にいうと、違法性の問題は、被害の程度と加害の態様との相関関係において考えられる。」という命題に示されています。要するに、被害の程度が大きければ、加害の態様がそうひどくなくても、賠償を認めるべきである。これに対して、被害の程度が小さければ、加害のしかたがひどい場合に初めて賠償が認められる。このような考え方が採られるべきであるし、現に採られているという理解です（三〇頁参照）。

このような理解に立って、次に、いわゆる違法段階説が展開されます。差止請求がどのような場合から認められるかというと、「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、損害賠償が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、それよりかなり高いところで、どうしてもとめなければ困るという場合に限られることになるであろう。」（二三頁）というわけです。差止は企業に致命的な打撃を与えることになるので、よほどの場合でなければ認められない、というのがその基本的発想です。

差止は安易に認めるべきではないというこの議論は、社会的有用性または公共性の考慮という議論と結びついています。「公益的なものについては、被害が相当ひどくても、それをとめることは公益の実現を妨げることになるから、差止請求は認められないことになるであろう。」というわけです（三二頁）。

(2) 環境公的管理論

環境権論が対峙したもうひとつの理論は、私なりのネーミングですが、環境公的管理論と呼ぶべき議論です。この議論は、代表的には、原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂、一九七七年）において展開されています。

結論的には、「民事裁判の職務は個人的人權の保護つまり個人的被害の救済にあるのであって、地域環境全体の問題は、国民ないし住民の民主的選択に従い第一次的には立法・行政制度を通じて公共的に管理されるべきものであり、民事の裁判権は、行政上の環境対策が不十分で個人的な被害が発生ないし発生しそうな不幸な状況において、はじめて人權救済のためにいわば補足的に発動されるにとどまるべきものだ」（六九〇―七〇頁）と把握するのが、この議論の核心といつてよいでしょう。個人の具体的権利侵害は民事裁判、地域環境全体の問題は国民や住民の民主的選択（具体的には国や地方公共団体の政策判断）という峻別と役割の振分けが行われるわけです（一一―一二頁も参照）。このようにして、地域環境の保全については、住民が裁判というルートを通じて関与していく道が開ざされることとなります。

(3) 環境権論による批判

環境権論が環境権の私権性を強調したのは、まさにこのような議論と対決するためでした。具体的には、次のような批判が展開されます。

まず、受忍限度論に対してです。その違法性論に対しては、何よりも加害者に無用な配慮をしていることが批判されます。従来であれば、生命・身体侵害は一発で違法だったはずですが、ところが、受忍限度論は、相關関係の違法性判断を導入します。その結果、本来一発で違法だったはずの生命・身体侵害についても、利益衡量的判断の導入によって違法性を否定される場合がありうるようになってしまいうわけですね。これは、「権利」の稀釈化を意味します。このようにして、結果として救済が後退してしまうという点が批判されるわけです。差止論についても、受忍限度論が違法段階説

を採用することによって、ここでもやはり救済が後退するという点が批判されます。このような文脈を考慮すれば、環境権論において「権利」が前面化してくるというのは、よく理解することができるでしょう。

またもう一点、環境権論においては、公共性論に対する警戒が非常に強いということも指摘しなければなりません。受忍限度論は、公共性を差止の否定に結びつけていたからです。これに対して、環境権論は、差止を認めさせるために、私権性を前面に出していったと理解することができます。

次に、環境の公的管理論に対しては、次の二点が指摘されます。第一に、地域環境の保全是国とか地方公共団体の任務だというのが公的管理論の基本的発想ですが、これに対して、「かんじんの国や地方公共団体が、企業の利潤追求主義に基づく公害のたれ流しを放置してきたこと……が、今日の深刻な公害をもたらしてきたのである。」（前掲『環境権』一二二頁）という批判が対置されます。第二に、公益優先の発想が批判されます。「環境問題は、一市民対一企業の相対的問題ではなく、地域社会全体、場合によっては国全体の政策の問題であることは否定しえない。しかし、地域社会全体の利益、国全体の利益の問題であるといっても、結局はそこに生活する住民ないし国民の私益を超えた公益が存在するわけではない。」（前掲『環境権』一二二頁）というわけです。このようにして、私益の公益への優先が語られることとなります。

このように、ここでも、論争の具体的文脈を考慮すれば、環境権論が環境権の私的性格を前面に押し出そうとするのは、十分に理解することができます。他方で、右に引いたような私益と公益との関係の把握から、先に外郭秩序の特徴として述べた公益と私益の二重の存在という把握も導くことができたはずだとも思います。しかし、実際には、そのような把握は、初期の環境権論には見出すことができません。

(4) 小括

以上の検討をまとめておきます。環境権論の狙いは、その核心をまとめれば、一つには、救済の前倒し・権利の防衛線の前進にあり、もう一つには、環境保全の領域での国や地方公共団体の機能不全を前提にして、行政ではなく民事裁判を活用していこうという二点にあつたと思います。これらの問題意識は、まことに正当なものでした。

重要なことは、最初に出しました環境共有の法理は、このための手段にすぎないということです。つまり、環境共有の法理のもとで、環境に対する古典的な意味での排他的私権の承認が本気で目的として求められているわけではないのです。しかし、そうだとしますと、環境共有の法理が手段として適切であつたかが改めて問題になります。共有という構成ですと、どうしても排他的私権と結びついてしまふからです。「環境権が市民法的権利とは性質の異なる権利であることを明確にし、その性質にふさわしい独自の構成」(中山充)を組み立てること、これがその後の環境権論に問われることになりました。

3 環境権論の発展的・批判的継承——環境共有法理を超えて

実際、その後の議論は、この「独自の構成」を探求する過程であつたということが出来ます。その方向は、大別すると二つに分かれます。第一は、権利構成を維持したままその内容を組み替えていくという方向です。第二は、権利構成自体を再検討していくという方向です。この第二の方向を採用するためには、権利侵害のみが差止を導きうるという図式を克服することが前提になります。以下、この二つの方向の内容をもうすこし立ち入って見ておきたいと思ひます。

(1) 「権利」の組替え

まず前者、環境に対する権利の組替えという方向です。この方向の現時点での到達点を示すものとして、中山充先生の議論を挙げることができます(中山充「環境権——環境の共同利用権(1)」(4・完)「香川法学」一〇巻二号「一三巻一号」(一九九〇年〜一九九三年))。以下、この文献の参照頁は、本文中に示す。以下、中山説による環境権把握の

ポイントを押さえておきましょう。

中山説によれば、環境権の基本的な骨組みは、次のようにまとめることができます。①まず、環境権は、第一次的には民事法上の権利の性格を持ち、かつ、行政法上の権利の性格を持ちます。それはまた、憲法二五条と二三条に基づく基本的人権の性格をもあわせ持ちます(一)二三四頁)。②環境権は、次に、単に人の生命、健康を保護するだけでなく、人のもっと積極的な発展をも保障する権利であって、それらの目的で環境を利用できることを第一次的な内容とする、とされます(一)一二五頁)。それは、物たる環境を権利の客体にする点で、人格権とは異なります。物を直接に使用収益できるという意味では、支配権の一種です。しかし、それは、商品交換の対象にはなりません。他の人々との共同で使用することが、環境権の第一次的な権能ですので、環境権は公共的な性格を帯びるのです(一)二二六頁)。

③「以上の内容と性質」から、環境権の次のような定義が導かれます。「われわれは環境権を、一般的には、『他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利』と定義すべきである。」というのです(一)二二六頁)。④なお、環境権については、侵害の場合でも損害賠償請求権は認められません。環境権によって保護されるべき利益は、各権利者に排他的に帰属するものではないからです(4・完)九五頁)。

中山説は、たしかに環境権について権利構成を維持しています。しかし、それは、権利構成から離れる一步手前というふうに評価することができるのではないかと思います。中山説の構成から導かれる権利は、確固たる割当て内容を伴った古典的な権利ではないことが明らかだからです。その点は、最も象徴的には、侵害に対する損害賠償が否定される点(先の④)に示されています。中山説は、自覚的に古典的な権利から離れる方向を志向しているのです。

しかし他方で、それでもなお、中山説は、権利構成に留まっています。その理由として挙げられるのは、「保護され

るべき環境利用の内容を明確にし、かつ保護を受けるべき主体を明確にするためには、そのような構成（差止請求権の成立根拠を、環境権侵害ではなく、環境利用に関する法秩序の違反に求めるといふ、次の（2）で取り上げる見解——引用者）にとどめず、権利の形に構成する必要がある」ということです（4・完 六五頁）。しかし、そのような理由から権利構成にこだわることに十分な説得力があるのか、私は疑問に思います。

（2）「権利」構成からの解放

（a）秩序違反≡違法を要件とする差止論 さて次は、「権利」構成から離れていくという方向です。この方向を最初に提示したと見られるのは原島重義先生ですので、これを中心的に紹介してみたいと思います。この議論を提示した論文が公表されたのが一九八〇年、もう四半世紀も前になります（原島重義「開発と差止請求」法政理論四六卷二四号（一九八〇年））。

第一に、本論文において、原島先生は、差止の要件論として、違法だけでよいのだ、という議論を展開されます。つまり、権利侵害を要件としない差止の承認です（二八四頁）。他方で、環境権論に関連して、いわゆる環境共有の法理は「強いて言えば正確ではない」、これはちょっと遠慮している言い方だと思えますけれども、そのように言われます。どうして不正確かと言えば、環境はいかなるものにも帰属しないからです（二八六頁）。「こうして、環境侵害によつて差止請求権を生ずるのは、特定地域の環境が環境破壊者のものではなく、他の住民に帰属するが故にそうなのではない。環境破壊によつて被害をうける住民のイニシアティブの下に環境保全秩序・環境利用秩序に関する法規範の違反をチェックしようとするもの、と構成することができよう。」（二八七頁）という、大変に先駆的な議論が展開されます。

第二に、これは別の論文で展開されていることで、今の話しとは関係がないように、実は根本的なところで関係しているように思うのですけれども、人格の保護と主観的権利保護との分離を前提に、人格の方が高次のものだという考え

方を提示されます。つまり、「人格を他の諸権利とは性質の異なった、より高次なものと考える方」(原島重義「権利論とその限界」法政理論四二巻二二三号(一九七五年)四一七頁)です。原島説によれば、ドイツでは、人格保護の必要性は認めるがこれを権利として構成することについては強い反対があるようです。「人格権とは、人格の基本的な可侵性または尊厳の表現であつて、支配権のような意思力の表現ではない。ここでは、人格の外にある法益の保持と収益の割当てが問題ではなくて、人格性の確認こそが問題である」(原島重義「民法理論の古典的体系とその限界」『山中康雄教授還暦記念・近代法と現代法』〔法律文化社、一九七三年〕一三四頁)。このような把握が、人格保護を権利として構成することに対する反撥の背景にあります。人格保護に関するそのような基本的理解を踏まえれば、《人格権は排他性を欠いており、このような実定法上まつたく根拠のない物権類似の効力を有する強大な権利を軽々に承認することは到底できない》、といった議論は、人格侵害についての基礎的な理解を欠く、ということになります(前掲論文二八六頁)。

以上の把握から、第三に、法益保護の二元的理解が導かれます。これはきわめて重要な帰結だと思えます。二元的理解というのはどういうことかという点、人格・権利その他の利益侵害における違法と、競争秩序・占有秩序・環境利用秩序などの違反における違法とを分けて二元的に把握する、ということですが、前者については、違法性は侵害結果によって生じる。結果不法のような形になります。ここでは、侵害行為の態様を問わない。これは、「権利保護」と性格づけることができます。古典的な体系がここで見出されるわけです。それに対して、競争秩序とか占有秩序、環境利用秩序などの違反における違法というのは別の類型としてあるのだ。これはそれぞれの法制度が要求する一定の行為規範の違反を前提とする。つまり行為不法的なつかまえ方になってきます。これは、先に指摘しました「権利保護」に対置する形で性格づけますと、「法制度的保護」ということになりましようか。

今日は、ここで原島先生の議論だけを取り上げましたけれども、最初に触れました広中外郭秩序論も、実は同じような発想に立っています。つまり、秩序違反を根拠として差止めを認めていこうという方向なのです。私も、基本的にこのような議論の流れを受ける形で理論展開を図っているわけです。

(b) 環境権の手続的アプローチ さて、もうひとつの少し違ったアプローチとして、「環境権への手続的アプローチ」と呼ぶべき考え方があります。これは、淡路剛久先生の理論です。淡路剛久「開発と環境の理論」池上惇・林健久『淡路剛久編『二一世紀への政治経済学』(有斐閣、一九九一年)に即してポイントを三点にまとめます(以下、参照頁は本文中に示す)。

第一に、淡路説は、前提として、公共的利益の侵害が問題となっているという認識を持っています。これはまことに正当な認識です。ですから、個人的被害ないし個人的権利侵害の要件を重視してはならない。むしろ、環境権訴訟の原告は、そのような個人的ないし私的利益の侵害よりも公共的利益の侵害を問題にしている、そのような環境問題の実質をそのまま受け入れる司法審査方式を考えることが必要だ、との主張が展開されます(二〇五頁)。

第二に、それでは具体的にどのような司法審査方式が望ましいのか。実体審査方式よりも手続的審査の方式を中心とするべきだというのが具体的な提言です。そこでは、環境権の主体である住民に情報を十分に公開したかどうか、住民の意見を十分に聞く手続をとったかどうか、などが審査されることになりました(二〇五頁)。

第三に、環境権訴訟を、個人的権利侵害を被った場合の差止訴訟と區別して、公益を守るための特別の訴訟(代表訴訟)と位置付けるといふ方向が提示されます。そして、そのための規定を環境保護基本法の中に設けることが必要とされます。このように、ここでは伝統的な主観訴訟を超えて客観訴訟を志向するといふ方向が明確に示されています。

ここでは、原島先生の下では必ずしも明確ではなかった問題の公共的性格が前面に押し出されています。この点に、

私の視角からは大変興味を引かれるわけです。また、淡路先生は受忍限度論に属する論者だといわれます。そのような論者からの発言であることにも注意しておくべきでしょう。

このような次第で、環境権論の総論的な次元では、初期の環境権論の発想を承継する立場におきましては、方向性はかなり収斂してきていると言つてよいかと思います。しかし、これが各論レベルに入りますと、問題はそう単純ではありません。以下では、近時大きな関心を集めている景観問題を素材としながら、その点を見ていくことにしたいと思います。

三 景観利益の法的保護——国立景観訴訟を素材として

1 概要と取り上げる視角

ここでは国立の景観訴訟を素材とするわけですが、今日は四本ある報告の中の三本においてこの国立事件が取り上げられています。この事件がいかにホットな話題になっているかということですが、そのようなわけで、事件自体は、広く知られていると思いますので、詳しく紹介する必要はないでしょう。北大でも、長谷川貴陽史さんが専門家で、先日ある研究会で詳しい報告もありました。

それでも一言だけ触れておきますと、すぐれた景観で知られる国立市の大学通り沿いに高層大規模マンションが計画されました。これに対して、計画段階から住民の激しい反対運動が起きたわけです。しかし、用途地域の関係では（本件土地は大学通りに面した土地としては例外的に高度規制のない第二種中高層住居専用地域に指定されています）建築可能な建物ということで、デベロッパーが建設を強行しました。いくつかの訴訟が係属していますが、ここで取り上げるのは、住民側から提起された民事訴訟です。当初は建築差止請求でしたが、建物が完成してしまいましたので、完成

建物の高さ二〇メートルを超える部分の撤去請求に切り替えられました。この請求が一审で一部認容され、大きな話題を呼んだわけです。裁判長の名を取って宮岡判決と通称されます。これは、控訴審（大藤判決）で全面的に覆されました。

景観には、私の理解では、といえますかほぼ共通の理解と言つてよろしいかとも思いますが、公共的性格があります。本報告では、このような被侵害法益の公共的性格がどのように扱われているかという視角を設定して、宮岡判決と控訴審判決（大藤判決）を検討いたします。ですから、限定された視角からのアプローチであつて、問題の全面的な検討ではないことをあらかじめお断りしておきたいと思ひます。

2 宮岡判決

(1) 宮岡判決の論理の特徴

まず宮岡判決です（東京地判平成一四年二月一八日判時一八二九号三六頁、判タ一一二九号一〇〇頁）。宮岡判決は、先ほど申し上げましたように、完成した建物の二〇メートルを超える部分の（一部）撤去を命じるといふ画期的な判断を下しました。それではどのような論理でこの結論を導いたのででしょうか。

(a) 景観利益の二類型の区別　まず、宮岡判決は、景観利益に二つの類型があるということを述べています。つまり、景観には、 α 「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つ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」タイプと、 β 「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つて自ら作り出し、自らこれを享受する」タイプとがあるというわけです。前者は、私のネーミングでは、「既存景観享受型」と呼ぶべきもので、後者は、「景観共同形成型」と呼ぶべきものです。この二つが明確に区別されているわけで

す。そして、前者（ α ）が直ちには法律上の権利として認められないとしても、後者（ β ）については法的保護に値する場合があるという判断が導かれます。前者の結論については議論の余地があるにしても、この区別自体はきわめて正当なもので、宮岡判決の理論的貢献のひとつはこの点にあります。

この区別はまた、景観が法的保護の対象になる場合の二つの論拠を示しているとも評価することができます。つまり、①実体的価値として保護すべき景観利益（ α ）と、②プロセス的価値として保護すべき景観利益（ β ）とがありうるということです。

（b）相互拘束論による景観利益保護の根拠付け　もうひとつは、いわゆる「相互拘束論」による景観利益保護の根拠付けです。これは宮岡判決の中でも有名な論理でありまして、今日のこれまでの報告においても取り上げられています。要するに、地権者による土地利用の自己規制の継続によって土地に付加価値が生み出された場合には、地権者は、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」——宮岡判決は、これを「景観利益」と名付けます——を取得し、この景観利益は法的保護に値する、ということです。

これは、きわめて興味深い論理です。東大の山本隆司さんの議論に示唆を得たもののようにありますが、山本さんの論理とは問題意識が異なるとも指摘されています。違いがあるかどうかはさほど重要ではありません。これまでに見られない新しい土地所有権制限の論理を提示した点が興味深いのです。

本報告の視角からしますと、この論理にはアンビヴァレントな性格が認められるという点が注目されます。つまり、一方で、この論理は、景観利益の公共的性格に連なっていく可能性を内包しています。しかし、現実にはそのようにはいかず、土地所有権という典型的に私的な権利に景観利益を閉じこめてしまっている。この点については、のちにもう

一度触れることにしましょう。

(2) 宮岡判決の限界

(a) 景観利益の公共的性格の切り落とし　このように画期的な結論を採用した宮岡判決にも、理論的には限界があるのではないか。これが私の基本的理解です。具体的には、まず、宮岡判決は、景観利益の公共的性格を切り落としてしまったのではないか。

多少敷衍しますと、以上のように法的保護に値する景観利益を析出した後に問われるのは、景観利益がどのようにして私人に帰属するか論証です。今日の午前から出ている主観訴訟、客観訴訟という論点にもかかわりますが、民事訴訟は、主観訴訟でなければいけないということになっていますから、一定の利益が私人に帰属することを前提にしています。判旨は、この点に関して、土地所有権を媒介とする私人帰属を前面に押し出しています。宮岡判決において、景観利益は、土地所有権に対する付加価値として把握されたのです。このようにして、主観訴訟の要件はクリアしましたが、他方で、景観利益の公共的性格が切り落とされることにもなっていました。

宮岡判決は、おそらく景観利益の公共的性格と私的帰属とを両立しないものと考えたのだろうと思います。しかし、この両者は、何ら矛盾するものではありません。私の理解では、外郭秩序が割り当てる利益には二重の性格があります。つまり、一方では市民総体に利益を割り振ると同時に、個々の市民に対して私的個別的な利益をも割り振っている。私宮岡判決の評釈において述べたことを引用しておきます。「景観もその一部をなす生活利益秩序においては、個々の市民の私的・個別的利益と市民総体の公共的利益とが、分離・対立するものではなく、オーバーラップするもの、二重性を帯びたものとして現れる」(吉田克己『景観利益』の法的保護)判タ一二二〇号(二〇〇三年)七〇頁。このような二重性を理解するならば、景観利益の公共的性格とその私的帰属を認めることが両立するはずなのです。

(b) 不法行為を法的根拠とする差止 次に、宮岡判決は、一部撤去（差止）という結果を導くために、不法行為を根拠としました。この構成は、本件における問題解決だけを考えるのであればありうるものであるとも思います。しかし、より一般的に景観紛争を解決する法理として事態適合的かといえますと、そうではないように思います。

まず、景観紛争で重要なのは、言うまでもなく、事前の差止です。そのような方向と不法行為法理とは適合的かという問題があります。また、不法行為の本来の効果は、金銭賠償です。被侵害利益に公共的性格が認められる場合に、金銭賠償は適合的かという問題もあります。金銭賠償は私的に原告に帰属してしまいますので、被侵害利益の公共的性格をうまく合わない側面があるのです。環境権論において環境の公共的性格を強調する中山説が、環境権侵害に対する損害賠償を否定していたことが想起されます。被侵害利益の公共的性格を踏まえれば、適合的救済は、やはり差止なのです。差止の効果は、不特定多数の市民の利益になるという意味で、公共的性格を持ちますから。さらに、そもそも理論的に言えば、差止と不法行為の効果である原状回復とは区別されるべきです。不法行為に基づく差止という場合には、その混同があるのではないかと思われれます。

3 大藤判決

(1) 大藤判決の論理の特徴

次に控訴審判決である大藤判決です。まずその論理の特徴を押さえておきましょう。

(a) 眺望利益と景観利益との区別 大藤判決は、この二つの利益を区別します。判旨を確認しておきますと、「眺望は特定の場所からのものであるから、定量的ないし固定的な評価が可能であり、特定の場所との関連において日照や眺望が社会通念上客観的に価値を有するものとして認めることができる場合がある。」「これに対して、景観は、対象としては客観的な存在であっても、これを眺望する主体は限定されておらず、その視点も固定的なものではなく……。」と

いうわけです。私は、この区別自体は正當なものだと思います。つまり、眺望利益は私的性格を有するのに対して、景觀利益は公共的性格を有するのです。問題は、この峻別から何を引き出すかということです。大藤判決は、次の二点を導きます。

(b) 景觀評価の主観性　ひとつは、景觀評価の主観性です。これも判旨を引きます。「景觀は、当該地域の自然、歴史、文化、人々の生活等と密接な関係があり、景觀の良否についての判断は、個人によつて異なる優れて主観的多様性のあるものであり、これを裁判所が判断することは必ずしも適當とは思われない。」「良好な景觀とされるものは存在するが、景觀についての個人々の評価は、上述したとおり極めて多様であり、かつ、主観的であることを免れない性質のものである。」要するに、景觀の評価は主観的なものだから、裁判所が判断することは適當ではないということになります。

(c) 行政主導による景觀形成と市民主体の景觀形成の否定　もうひとつは、景觀形成は行政主導で行うべきだ、市民主体でそれを行うのはまずいという判断です。「良好な景觀の形成は、上記の景觀法の定めにもあるとおり、行政が主体となり、地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和を図りながら、組織的に整備されるべきものであり、住民は、その手続過程において積極的な参画が期待されているものである。……良好な景觀の形成及び保全等は、我が国の国土及び地域の自然、歴史、文化、生活環境及び経済活動等と密接な関連があるから、行政が住民参加のもとに、専門的、総合的な見地に立脚して調和のとれた施策を推進することによつて行われるべきものである。上記の諸制度を有効に活用することなく、特定の景觀の評価について意見を同じくする一部の住民に対し、景觀に対する個人としての権利性、利益性を承認することは、かえつて社会的に調和のとれた良好な景觀の形成及び保全を図る上での妨げになることが危惧されるのである。」このように説示しています。大藤判決の中心部分です。

(2) 大藤判決の問題性

大藤判決におけるこの二つの判断には、大きな問題があると思います。

まず景観評価の主観性ですが、景観評価に主観性につきまとうだろことはたしかでしょう。だいたい「美」「美しさ」には、そのような性格がある。しかし、すべての景観評価が主観的なのかというと、それはもう少し考える必要がある。

ここで、先ほど申し上げた二つの景観利益という理解を出しておきたいと思います。ひとつは、実体的価値として保護すべき景観利益というものもあるのではないか。つまり美には誰が見ても美しい、つまりたしかに主観的な面もあるかもしれないけど、主観を超えた普遍的な性格というのはあるのではないか。それをどのように判断するか、さらに保護するかという問題はありますけれども、出発点ですべて主観的と割り切ってしまうことは適切ではなからうと思いません。

もうひとつは、プロセス的価値として保護すべき景観利益です。都市景観を考える場合にはこちらの根拠のほうが大事かもしれません。一定の地域住民があるタイプの景観を選択して、これからはこれくらいと決定することはあり得る話だろうと思います。これは、客観的に誰が見ても美しいとかということではなくて、一定の地域の住民が手続きを尽くして、もちろん民主的決定ということが前提になりますけれども、この手続きを尽くした上でこれならよろしいということになれば、それはそれで要保護性があるということになるでしょう。そして、ここでも、主観性は排除されているのだらうと思います。ということ、大藤判決のこの主観性の判示には問題がある。

もうひとつの論理、行政主導の景観形成ということですが、これは、形式的な論理としてはありうるものです。といいますか、古典的には、公共的な性格を有する事柄について責任を持つのは地方公共団体です。フランス的に言えば、

地方公共団体であるコミュニティは、そのような公共事を処理するために形成されてきた存在であるわけですが、これは十分にあり得る論理ではありますが、問題は、現実に日本の公共団体がそのように自らに付託された事務を遂行して良好な景観を保全してきたかということです。そのような実体論を踏まえて考えた場合には、やはりロジックだけで切ってしまうことには、大きな問題があるでしょう。先の環境権で出てきた原田説とそれに対する批判が、この問題状況にオーバーラップいたします。とりわけ、これからの社会においては、市民のイニシアチブをどのように発揮させていくのが重要な問題になるとしばしば指摘されています。大藤判決の論理は、そのような方向に逆行する後ろ向きなものだといわざるをえないでしょう。

4 どのような方向を構想すべきか

(1) 公私峻別論を超えて

それでは、どのような方向を構想すればいいのか。基本的には、公私峻別を超えて公私協働を追求するということが出来ると思います。

大藤判決は、まさに伝統的・後ろ向きの公私峻別論を打ち出しました。そして、景観は公の領域の問題として行政にすべて委ね、ここから先、市民立ち入るべからずという考え方を採用したわけです。これは到底支持しえない考え方で、これに対して、宮岡判決は、結論は画期的で支持しうるものですが、その論理は、これもやはり公私峻別論なのです。つまり、ここでは、景観は私的利益としてのみ法的保護の対象になるということです。

このような公私峻別論を乗り越えていくのが望ましい方向だろうと思っております。より具体的には、二点を指摘しておきます。

第一に、秩序違反を根拠とする差止を認めるという方向を考えられないか。これによって差止の公共的性格を発揮さ

せる。第二に、利益侵害の場合の損害賠償請求ですが、この背後には公共的利益が控えており、その結果、この損害賠償も公共的機能、つまり結果抑止機能が期待されていることを直視すべきでしょう。このような認識を要件論や立証責任論に反映させていけないか。

(2) 外郭秩序の形成

もうひとつは、外郭秩序をどのように形成していくのかを考える必要があるだろうということです。

まずもって、実定法による外郭秩序の形成ということがありえます。前回の競争秩序シンポジウムでは、独禁法などの実定法による競争秩序形成という観点をかなり重視しました。環境・景観の問題でも、都市計画法とか建築基準法による環境秩序の形成というのはもちろんありえます。

ただ、それに限定する必要はないだろうというのが私の理解です。地域住民による自主的な土地利用ルールの形成による外郭秩序の形成もありうるでしょう。もちろん、どのような要件が必要かなどの問題はありますが、最初からその可能性を否定してしまうのは妥当ではない。そして、そのようにして外郭秩序が形成された場合には、これに違反する場合には、差止が認められるという可能性が開かれるのではないのでしょうか。国立ケースでは、住民が土地利用に関する地域的ルールを形成していた可能性が大きいと思います。それが肯定されるならば、その違反を根拠とした差止が認められてしかるべきです。

四 おわりに

さて「おわりに」ということで、二点を簡単に述べます。

1 外郭秩序と民法

まず「外郭秩序と民法」ということですが、これは、最初に提示した観点をもう一回確認しておきたいというだけです。まず、外郭秩序は、公私峻別論が妥当しない領域だということを最後に改めて強調しておきたいと思います。それから、もう一点、外郭秩序の領域においては、「権利パラダイム」を超えていくことが必要になるのではないか。この二点が、今日の私の話のポイントということになります。

2 「権利」パラダイムと近代民法体系

そしてこれが本当の最後ですが、えらく大きな論点を掲げました。なにせ、「権利」パラダイムと近代民法体系」というわけですから。これは全然まともっていないのですけれども、ほんの少しだけ問題提起をして、できればご意見を伺いたいと思っています。

今日の報告を準備する過程で、山中還暦に出ました原島先生の「民法理論の古典的体系とその限界」(前出)という論文を再読しました。そこには、次のような指摘がありました。つまり、主観的権利論の限界を単純な命題にすれば、「私法は必ずしも主観的権利だけから成る体系ではない」、あるいは「法律関係は必ずしも主観的権利の複合ではない」ということになる、ということです(一六二頁)。

私は、この命題は正鵠を得たものであらうと思えますし、今日の報告の検討でもその点は確認できるのではないかと思います。それを前提にして、その上で問題として次のような点があるのではないかと。

①まず、中核的秩序は「主観的権利の複合」が法律関係となる領域、外郭秩序は「主観的権利の複合」ではない法律関係が現れる領域、という二分的な整理ができるのか、という問題があるでしょう。私は、今まではこのような二分的な整理で考えてきたような気がします。しかし、ひょっとして違うのかもしれないという気もしています。つまり、中核的秩序においても「主観的権利の複合」ではない法律関係が現れることがあるかもしれない、ということですが。

当面、問題となるのは、人格あるいは人格権の位置づけでしょう。先にも触れましたが、サヴィニーを典型とするドイツの古典的体系の下では、人格については人格権と構成しないと指摘されています。これを捉えて、日本の人格権研究においては、歴史法学というのは人格権を否定したというような話をよく聞かれます。しかし、原島先生に言わせれば、人格権という形での保護ではないけれども、人格自体は、歴史法学あるいはサヴィニーの体系の下で、非常に高い評価、厚い保護を与えられていたという話になるわけです。そうしますと、人格そのものという中核的秩序の領域でも、権利による保護とそれ以外の保護の関係というのを深める必要があるように思います。

②次に、パンデクテン体系とインスティトゥティオーネス体系との間に、「主観的権利の複合」ではない法律関係を把握するという観点から有意の差があるか、という問題があるように思います。パンデクテン体系は、基本的に「権利の体系」と捉えることができます。とすると、この体系のもとでは「主観的権利の複合」ではない法律関係を把握することは困難だということになるかもしれない。これに対して、インスティトゥティオーネス体系の場合には、そのような困難性はないということになるかもしれない。さて、そのような言い方はたして可能だろうか、という問題です。これは、「環境秩序と民法」というテーマをはるかに超える話ですが、問題提起だけさせていただきます。以上です。

コメント

瀬川 信久

お二人から非常に内容の濃い報告をいただいて、何をコメントしていいのか分からないのですが、思い付いたことを申し上げます。

まず水野さんの報告からですが、一番教えていただきましたのは、午前中の議論で見ますと、共同利益、公益をめぐる巨理さんと吉田さんの間の議論と絡んでくると思うんです。水野さんは報告の中で、共同体の問題を提起されたと思います。共同体の範囲を、差し当りは量的な範囲として指摘されたと思うのですが、しかし同時に地域的共同体というような言葉も出されたように思います。

問題の特徴を具体的にとらえるために、共同体というときに、市場も一つの共同体とみてみたらどうか。例えばマーケットが共有しなければいけないルールがあります。証券市場でも何でもいいですが、マーケットが成り立つための制度をいかにして確保していくかは、その市場の共同体にとってはパブリックな問題になります。とすると、非市場と市場があり、非市場の中に地域的共同体とか親族的共同体とかが入ってきます。このように考えると、パブリックなものというのは、共同体全体の問題に対処するとき、その全体を法がガバナンスするときの足場になる概念だとい

う気がしました。

このように共同体というものを広く考えると、その中にいろいろなものが入ってきます。それを見ていくと、市場というのは誰もが参加でき、そして嫌になっただけなら出ていける開かれた共同体です。それに対して先ほどの国立の場合がそうですが、出入りが制限されている、従って利益を受ける人、それから義務を負う人がかなりの程度で固定されている共同体があります。パブリックなものといっても共同体の違いによつて違う意味を持つのではないかと思いました。

この辺の見方は、午前中の山下さんのコメントでも環境と個人の間に共同体を入れるとらえ方と関係するのではないか、私の頭では整理できていませんが、後で教えていただければと思います。本当に思い付きで申し訳ありません。

つぎに吉田さんの報告についても、なるほどなるほどと思つて聞かせていただきました。報告の前半でおっしゃった原島先生の論文についてはそういうふうには読んだことがなくて、あらためて感心しながら教えていただきました。

後半の国立の事件については、問題の実体は、事実上形成されつつあった、あるいは形成されていた共同体的な規制を、どこまで第三者に、つまり新たにその土地を買った不動産業者に押し付けることができるかというふうにとらえることができなんでしょうか。民法の考え方だと、これは第三者に公示されたものであれば、第三者は引き受けなければいけないということになっています。しかし、公示というときに登記簿に書ける事項は限られています。しかし、他方で、民法の中に共有持ち分を譲り受けた者は共有者間の債務を引き受けるという条文があります(二五四条)が、この場合は公示されている必要ありません。たぶん何かそういう発想で対処すべき問題だろうと思いました。

先ほど言ったように、もしこの高層建築した人がもとそこに住んでいた人だとすると、これは長い間の慣行で当事者の間に「高層建築をしない」という暗黙の協定がつけられていたことを、その人のそれまでこの運動に参加していた事実などに基づいて認めてゆくとか、当事者間のそのような社会的な規範を裁判所も考慮すると思います。ところが、

第三者との関係では、民法ではいま言いましたように、土地が負う負担を土地の譲受人も引き受けなければならないかという問題になって、今まで十分には考えていない問題だと思えます。ただ、この事件以後、特に、第一審判決は控訴審でひっくり返りましたけれども、第一審判決以後に新たに土地を取得して高層建築するというような人に対しては、かなり公になってるので規制を課してもいいような気がします。民法一七七条の背信的悪意者に近くなってきました。後半の問題に関してなぜこんなことを言うかと言いますと、福井秀夫さんの意見などを見てみて、この問題は共同体の論理と市場の論理のせめぎ合いの問題じゃないかと考えるからです。

それから吉田さんの最後の部分も、とても面白くお聞きしました。今少し話しました共同体という観点からとらえて、おっしゃったことをもう少し考えていくと、問題を考える何らかの手掛かりが得られるのではないかと思えます。

およそ生命というか命を持つ個体が存在するためには、まず個体自身の基盤が必要です。しかし、それだけでなくどんな生物も共同体、つまり生殖を通して生き延びていくには何らかの共同体が必要です。さらにもう一つ生態的な基盤が必要です。まったく私個人のイメージですが、いわゆる近代法、一九世紀の半ばごろから形を現わしてきた近代法というのは、個体的な基盤、具体的には身体、生命、個体が生きていくために必要な物に対する権利だけを保護していたように思えます。それと名誉などわずかですが精神的な利益も保護していました。精神的な利益というのは共同体的な要素を持っているわけですが、そういうものの保護はわずかだったように思えます。

例えば、公害で言うと、水野さん吉田さんの報告にもありましたが、戦前から戦後の四大公害訴訟までは、身体、生命、財物、さつき言った個体の基盤を侵害するものでした。たしかに東京の郊外の浅野セメント事件とかがありましたが、それを除くとほとんどが身体、生命に対する侵害でした。不法行為の概念にも関わりますが、要するに一方的な物的な侵害の場合でした。

ところが先ほどの国立の場合ですと、ここでは共同体的な基盤を侵害している。そして、その侵害は産業化というよりも、むしろ市場化に起因するものです。市場化が共同体を食いつぶしていく場面での不法行為です。昔、農村の共同体は労働力の流出という市場化によって崩壊するのに任ざれていましたが、国立の場合には、市場化に対抗してどのような都市の共同体を構築して行くか、どう都市の共同体を確保していくか、都市の共同体で環境を確保していくかが問題になっているというふうに思いました。

ちよつと一言だけこれも思い付きを言いますと、個体的基盤というのはいだいたい権利という概念でつかまえられるけれども、共同体的なものになると権利概念ではとらえられない側面を持っていて、さらに生態的な基盤となります。難しいのではないのでしょうか。生態的な基盤には、共時的な環境と通時的な環境とがあります。共時的というのは、一人の人間が生きていくときの環境で、例えば周りに空気があって土地と水があって、これらが一つのシステムをつくっています。通時的というのは遺伝的な環境、要するにジーンの問題です。そういう生態系を含めて今まで無意識のうちに支えられていたものがどんどん崩れていくところで問題が生じ、法が出ていつている。そのために、権利という個体的な基盤を支えていた考え方だけでは賄えなくなった問題にどう対処するかが問題になっているというのが、一番最後に吉田さんの指摘をお聞きしながら思ったことです。

〔討論〕(午後部の部)

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

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

確かに市場というのも一種の共同体だというご指摘はその通りだと思えます。ただ、市場と共同体といのは、(広い意味での)「環境」に対する関わり合い方が異なっているのだと思います。そして、これは誰もが参加できるかどうか、開かれているかどうかということとは直接リンクしない問題だと思えます。たとえば私の理解では、プライバシー侵害では、被害者である個人がプライバシーの侵害以前に、自律的に情報環境に対して一定のアプローチをしているわけです。これに対して

そのような個人の自律と対立しているのが表現の自由という価値です。ここでは、地域社会ではない、誰もが参加できる、その意味で非常に広い共同体の利益が問題になっているわけです。ですから、参加できる範囲の広狭によって市場と共同体とを区別するという意図は私にはありませんでした。

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

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

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

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

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

といいますのは、私は、「開かれた共同体」というのは概念

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

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

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

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

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

それでは、事実問題として明和地所はどうであったのか。事実関係を詳細かつ正確に把握しているわけではありませんけれども、水野さんからは、控訴審判決では、知らなかったというか、そういういわく付きの土地であったかは分からないで買っ

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

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

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

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

さらに、この点にかかわって、今日の環境秩序と直接の関係はありませんが少し考えてみたいと思っているのは、日本で権利体系としての民法がどういう形が入ってきて定着したのか、という問題です。フランス民法典は、ドイツ民法典のパンデクテン体系とは異なり、必ずしも権利の体系ではありません。ところが、ボワソナードが起草した旧民法草案は、すでにかなり権利の体系に近くなっています。ボワソナード草案で有名な構

想として、財産とは権利であるという定義があります。従来は、財産はある属性を持った物と理解されていますから、この定義自体、法的現象を権利概念でつかんでいこうという志向を含んでいます。その上で、ボワソナードは、財産編を物権と債権の二分構成で組み立てた。これは一種のミニパンデクテンで、権利パラダイムにかなり傾斜していると言えようかと思っています。また、梅謙次郎は、フランスで博士論文を書いたわけですが、考え方としては、完璧にドイツ的な権利パラダイムですね。そのあたりの意味を少し考えていきたいと思っていますが、これは、いずれにしても、今日のテーマからは外れた話です。

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

長谷川貴陽史 水野先生と吉田先生に、それぞれ質問させていただきます。

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

つかめませんでした。

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

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

福井秀夫先生などは、すべて行政規制でやらなければ取引費用がかかる、だから事後的な民事訴訟は駄目なのだ、とおっしゃっています。しかし、日照阻害の違法性判断（受忍限度論）においても、「地域性」は判断要素として考慮されてきました。私は同様に、景観利益についても、たとえば地域ルールが町内会規約のような形で一町内会規約につねに正当性があるとはか

ざりませんが一明確かつ具体的にになっていけば、「地域性」に配慮して景観利益を認めてゆく余地はあると思うのです。

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

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

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

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

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

翻ってこの国立市のまちづくりのケースで考えてみますと、共同体の利益が法的保護に値するものとして公共性を獲得するためには、その一つの担保として、共同体の利益が行政の景観条例や建築協定などに、先ほどの吉田先生の言葉を借りれば、

昇華している必要がありはしないか。少なくとも国立市のケースでは、問題となった高層マンションが建ちはじめるときに建築条例はありませんでした。この現実をどう見るのかという問題は、なお残されていると思います。それから、もう一つの問題として、地域社会の総意に基づく共同体の利益を観念する場合には、新しい居住者の利益もやはり無視できないと考えます。

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

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

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

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

ですから、私の頭の中では、長谷川さんがひとつの例として挙げた町内会の規約だとか、これがなければいけないと思つていゝわけではない。別にそれがなくなつて、たとえばある人がこういう建築計画を立てたけれども周りからいろいろ言われてそれができなかつたとか、そういうのが積み重なつて何回も

あつたとか、そのようにしても、ルールが形成されているという評価ができることがあるかもしれない。しかし、立証は難しいだろう。他方、明確な文書などがあれば、立証はそれだけ簡単になるだろう。多分、そのような性格の問題ではないかと思つています。

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

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

それから、新しい居住者の利益の話ですけれども、これもたしかにあるのだと思います。ただ、私はあまりそういう議論はしていません。これは、福井秀夫さんなどが強調される議論です。つまり、国立ケースに即して言えば、明和地所は新しい居住者の利益を代表していると、こういう議論をするわけです。それに反対するのは既得権擁護だと、こういう議論になります。この議論について言えば、私は、やはり絶対的な量の限界というものはあるのだと思うのです。新しい居住者と言っても、どんどん入ってきてよろしいという話では多分ないだらう。一定の水準の居住環境の確保などを考えれば、量的な限界というのはあるのだらうと思つています。ですから、その範囲内での

新規居住者の利益の保護であつて、土地というのは独占性というか限界があるわけですから、新規居住者の利益と言つても、そこには必ずから限界があるのではないか。そして、地域的ルールを含んだ規範性のある土地利用規制がある場合には、その範囲がこの限界を画することになる、というように思つています。

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

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

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

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

第二の質問は、外郭秩序という考え方に関するものです。この考え方は議論の場としては非常に面白く、そこではそれぞれの法分野が排他的ではなくて、まさに相互交流できる場であるということとは魅力的な考え方なのですが、今日の環境秩序の話聞いてみますと、あくまで議論の場にしかならないのではないかと思います。何を言いたいのかというと、私の言い方では各法が環境に手を伸ばす手段に関する話ですけど、環境秩序に各法が伸ばせる範囲というのには限られていると思うので

す。言い換えると、私は環境秩序を外縁がなくいくらでも広がっていくようなものとイメージしているのですが、そうすると環境秩序の中にも法的に保護される部分とされない部分という、そういうもう一つの仕切りをつくらないといけないのではないかと。このような考えは、先ほど長谷川貴陽史さんが解釈論上の議論なのかメタの議論なのか、それを区別しないとけないと言われたのに、これらを混同しているのかもしれないのですが、解釈論としては法的保護される環境秩序と保護されない環境秩序というのがあるのではないかと。先ほどから出てきている公示の話や巨理さんが公共利益でも公的フィルターを通さないと保護されないという話を聞いていて、環境秩序の中にももう一つの仕切りが必要になってくるのではないかと考えた次第です。

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

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

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

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

直感的には、やはりちょっとそれは違うのではないのという

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

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

申し上げたいと思います。

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

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

のですが、概念的に違うことをしっかりと押さえることが重要です。国立ケースは、間違いなく外郭秩序の話だろうと思っています。

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

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

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

長谷川實陽史 国立マンション事件の原告である桐朋学園は、学校法人です。これは人格秩序と財産秩序とのいずれに属するのでしょうか。どこで切り分けられよいのでしょうか。

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

瀬川 瀬川ですが、広中先生の『民法綱要』をちゃんと持つてくればよかつたのですが、広中先生の人格秩序というのとは身

体、生命を含んで、その上に名誉とかその他を含んでいました。人格秩序の外郭秩序というのとは考えておられなかつたように思ふのです。

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

瀬川 長谷川さんの質問はたぶん、広中先生が書いていらつしやらない法人論の問題なのです。

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

伊東 今のお話ですが、刑法学者は比較的その問題に慣れてゐるのかもしれませんが。先程申し上げたように、法人に意思がないということと議論してはいたのですが、人格的利益に

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

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

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

それともう一つ、八幡製鉄の問題だけで法人の人格権全部を

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

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

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

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

亘理 原島先生の論文の引用部分で、吉田先生のレジユメの

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

す。

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

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

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

そのあたりをもう少しご説明頂けると有り難いです。

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

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

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

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

巨理 要するに、原島論文の引用部分で言うところの自由領域としての人格、あるいはその周辺領域には、そこで妥当するルールが現にあって、それに違反したので差止めを認めたのが

宮岡判決であるのに対し、逆にその認定がまったく逆の結論に到達したのが控訴審判決である、というふうに理解してよろしいのかということです。

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

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

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

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

手がかりのためにいくつかの例を申しますと、一つは、最近私は地球温暖化問題と将来世代に対する責任ということテーマとする特定領域の科研プロジェクトに参加してきております。そこで地球温暖化問題のことを考える機会がありました。つまり、ご承知のように、一定の許容可能なCO₂その他の温室効果ガスの排出をしても、超長期的には環境条件が大きく変動してしまい、一〇〇年後くらいには我々とは全く異なつた環境の問題が起きてくるため、その可能性に対して現

在の我々はどういうふうにか考へることができかねるかが問題になるわけです。これは環境に関わる問題の中でも根源的なものの一つかと思ひます。そういう場合しばしば出てくる一つの考へ方には将来世代の権利という考へ方があつて、そこでは地球温暖化によつて環境が超長期的に変動する場合、将来世代は我々現在世代と同等の環境利用の権利があるのではないか、あるいは少なくとも将来世代が非常に劣化した環境に従属せざるを得ないという種類の被害を負うべきいわれはないという議論があつて、その場合には環境共同利用権が、ただし超長期的な時間の単位における世代間のこと考へられているという特異性がありますけれども、ともあれそういった共同利用権が考へられるかどうかは興味を惹く問題だと思ひます。そういう意味でこの中山先生の考へ方には大きなポテンシャルがあるように思ひます。

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

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

そうだとすると、翻つて、我々が環境権を言う場合には、実は、通常近代的な意味での権利や義務の延長上で考える権利と何か違う含みを持つて、むしろ環境共同利用権と言うべきものを考えている可能性があるということもあるのではないかと思ひます。この意味で、先ほどの伊東さんの話とも絡めて言うとうと、これはもちろん人間中心な考え方や生態学的な考え方の間に中間領域があるということではあるのですけれども、しかしその中でもなお先ほど伊東さんが整理された生態学的的

つ人間中心な感覚、少し生態学的な方へ寄つた考え方というのは、どうもこの環境の共同利用ということに含まれているようにも見受けられるのですが。そのあたり、例えば環境の共同利用ということを経法的に積極的に評価できるかどうか、あるいは行政訴訟などの観点から見た場合に環境共同利用権というのを積極的に評価できるかどうか、あるいはこのことを伊東さんの見地から見た場合、環境の共同利用といった見方にはどのような性格があるのかなど、ちょっと伺えればと思ひます。

吉田 伊東さんにお話ししますが、その前に一言よろしいでしょうか。中山充さんの評価にかかわる今の長谷川さんのご発言、私はまったくその通りだと思つていまして、報告の中でもそのような基本的な評価は示したつもりです。中山さんは、昔からよく存じ申し上げている方ですけれども、この議論というのは、要するに一応権利概念を語っているのですけれども、議論の中身自体は、古典的な権利概念を破つていく、そのようなベクトルをはつきりと持つています。ですから、中山さんの議論をもう一步進めれば、権利概念を使わないというか、古典的な権利概念を相対化する議論に至るだろう。そういうものとして中山説を評価したということです。

ただ、他方で、これも報告の中で申し上げたと思ひます。

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

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

結論の部分、定義値の方を、そういう前提を抜いて、例えば、生態系のいわゆる自浄能力というか回復能力の範囲内で使うべし、というような読み方をする、あるいは、回復能力を人間が

増殖させ得る限度内で費消して良いという読み方をするならば、それは生態系的な構成だろうと思います。

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

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

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

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

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

水野 私は何も答える能力がないのですが、先ほど将来世代

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

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

あるいは将来世代との関係でも、将来世代を守るために現時

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

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

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

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

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

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

吉田 質問ではないということですから、お二人の発言は大変示唆的だったものですから、触発されて一、二点だけ述べさせていただきます。

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

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

いでしょう。

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

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

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

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

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

山下 二点質問します。一つ目は、先ほどの質問の繰り返し

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

これに対し、吉田さんの議論は、皆さん環境秩序と一緒に入つて仲良くやりましょうという、それはそれで非常にいいのですが、ただ、そうは言つても、先ほど亘理さんも言われましたように、各法領域の機能分担なり機能の限界というものがあるのではなから、個々に救済できる場合は救済したらいいので、別に相互の関係づけは必要ないという議論もあると思ひますけれども、やはり機能分担というものも考えていかなければならないのではないかとというのが第一の質問です。

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

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

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

わけ現代日本の問題状況を前提としますと、民法がやれることは多いという認識があります。

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

第二の質問ですが、これはかなり大事な論点ですよ。民法ではあまりそのような議論をしていませんが、刑法では、不法一元説と言いましたでしょうか、そのような考え方をめぐって議論があるように聞いています。要するに、違法というのは全法分野で共通の一次的に把握されるべきものか、そうではなくて各法分野で異なる相対的なものなのかというような議論です。前者ですと、ある法が違法と評価すれば、他の法領域でもそれは違法と評価されるということになります。

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

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

伊東 刑法の立場というのは非常に簡単でして、大前提として、刑法はなるべく使わない方が良くというのは誰しも認めることですので、補充性、そして、いわゆる *ultima ratio* 性なし最終手段性というのがあります。ですから、建て前は、行政

従属性あるいは民事法に対する従属性を認めることになりま。そういう筋論、建て前論は残っています。しかし、先程から言っているように行政の機能不全論がありまして、何とかしなければいけない、ということになっているのが実態だと思えます。

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

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

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

そして、その観点からすると、刑事手続きで環境秩序というものを考えるとき、実体的な環境侵害があつた場合に処罰するのは勿論でしようけれども、むしろ、情報開示や届け出など、関係者が判断を形成するためのベースになる情報の真実性等を担保する為に刑罰を使うことが許されるであろうと思います。

アメリカなどでは、環境法の要求する色々な手続きにおける虚偽申告等を非常に厳しく処罰しますけれども、そういう考え方は体系的な発想を採つても出来るであろうと考えています。

亘理 便宜上、第二の問題の方から発言しますが、まず具体例として本日いろいろと話題に上つた国立マンション訴訟を想定した場合に、実は、私は、行政訴訟の方は確かに市村判決は認容判決を下したけれども、あれには非常に弱みがあると思うのです。どういふ弱みかという点、これは別の言い方をしますと国立市側の最大の弱みでもあるわけですが、ご承知の通り明和地所が建築確認の申請をし建築確認をもらつた時点では、まだ地区計画に関する権利規制のための条例は制定されて

いなかつたのです。その前の地区整備計画しかなかつたのです。それでは結局のところは建築の際に届け出を義務づける程度であるし、あとは行政指導でやるしかなかつた。そういう状態の中で違法建築物だということを除却命令や中止命令を東京都の建築指導事務所に義務付けるといふのは、わりとこれは裁判官も悩んだのではないかと思いますし、かなり微妙な問題を含んでいふと思うのです。もつとも、これは建築基準法九条の除却命令権独自の論点に関わつてくるのですが、除却命令権といふのは建築確認が違法か適法かに関わりなく、とにかくある建物が現にある条例や法律の規定に違反すれば違法建築物といふふうに認定することができて除却命令を発することができるといふ理解がされてきておりますから、除却命令を発すべきだつたし、発しないのは違法だといふ話になつたわけです。

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

ということ、私は実は市村判決の方がいろいろ困難と言いますが、障害と言いますか、弱点を抱えていると思つていたのですが、逆に、条例はなかつたけれども地区計画というのは既にある、しかも伝統的に数十年にわたつて建物の高さをお互いに制約し合うような土地利用してきたし、しかも、社会的一般的にも非常に優れた街並みであつたということは間違いないわけですね。そうなると、これは行政法上、除却命令をすべきだとは仮に言えないと考へたとしても、民法上の保護の対象にしても良いということになるのではないか。従つて、差止めや撤去を命じるべき場合もあり得るといふ結論になるのではないかと気がしています、その意味では、行政訴訟は十分機能しない可能性があるけれども、民事訴訟であれば機能し得るケースは十分あり得るといふふうに、私は考へているのです。その意味で、民法上やつてはならないこと、これを違法と仮に言つたとして民法上の違法性と行政法上の違法性が常に一致するわけではないし、むしろ民事上不法行為等を構成するけれども行政法上は対処できない場合といふのは十分あり得るといふ意味で、同一に考へる必要はないだろうと考へております。その上で、第一の機能分担の問題については、行政法と民法と、いまま言いましたように、民事法や刑事法と比較した

場合に限界を抱えているケースがあり得るわけで、しかも、特に行政訴訟の場面では種々の限界があるのですが、他方では、法律や条例によつて制度形成を行い、それによつて環境保護や生態系の保護を図る可能性という点では、非常に広い射程範囲や可能性を持つてゐるわけです。その場合は、何も人間中心主義的に考へる必要はないわけでありまして、極めて公益性の高い目的のために、人間のいろいろな生産活動を制約してでも自然保護や生態系保護や、あるいは将来の世代のために保存を行うということも、行政法上は可能であるわけです。

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

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

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

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

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

ですから、行政法に機能不全があるから民法の問題として景観利益が浮上した。しかし民法上の利益として保護されるかどうかについては、行政法の枠組みをパスしているかどうか、一つのメルクマールとならざるを得ない。そのような、やや複雑

な相互関係が、民法と行政法との間には存在しているように思えます。

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

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

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

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

それから最後三つ目、環境の問題ですけれども、国立の景観

問題というのは果たして環境問題なのかというのが私の非常に大きな疑問であります。非常に重要な現代法の問題であるというところは先ほどのお三方のスピーチからも分かるけれども、それにつけても思うのは、歴史的に環境概念それ自体が非常に変わってきているということですね。例えば、今までで最も環境保護的だった国家のひとつはナチス・ドイツですよ。健康の帝国」とすらいわれたようなナチスの環境政策は、人間による自然環境の理想化の一つの極限的事例ではないでしょうか。その一方には、水俣のような公害に関わる環境問題や、現在の地球環境問題もあります。やはり水俣の問題で起こった環境問題というのは個人的な肉体や生存にかかわる問題ですね。また堀口さんを前にして僭越だけれども、現在の地球環境問題もまさにコミュニティそれ自体が、あるいはその中にいる人間それ自体の生死がかかった問題でしょう。その意味で、人格権や景観権だとかいう以前に、生存問題という側面が表に出た環境問題だと思えます。マンシヨンの上何階を切り取るかどうかという問題と全然、本来異なる問題だと思えます。このように、現在の日本の景観論まで行き着くのに、自然保護運動や水俣から始まったものすごく大きな環境概念の変化を経ていると思うのです。それで思いつくのは、政治学の分野で言うところ一九七〇

年代にイングルハートという人が『静かな革命』という本を書いて、これは今では古典になっています。要するに一九七〇年代に先進資本主義国では「静かな革命」が起こった、すなわち政治の最も重要な争点が物質的な要求から精神的な要求へと転換したと、イングルハートは指摘します。七〇年代、日本でもただ古典的な公害問題が大騒ぎしているときに、もうこれからは過剰富裕社会が到来するので、人びとの基本的な要求が、肉体の生存を支える物質的なそれではなく、それらはすでに満たされ既成事実となり、その上で人間の精神的な価値の問題が重要になってくるというわけです。アメリカなどはまさにその通りで、この間の二〇〇四大統領選挙などでは、まったく基本的生存条件の問題なんか忘れたかのような、いわば頭の中の道徳的、文化的な争点が帰趨を決めるようになっていきます。ですから、健康問題だってやはり肉体にかかわる健康から精神にかかわる健康まであって、景観権や日照権というのはまさに後者の問題という色彩が濃い。肉体の健康問題、もちろん日に当たらないと体を壊すというものもあるかもしれないけれども、もっと気分的、精神的な問題ではないでしょうか。それは精神の平安という言葉で健康問題、生存問題として考えるときに古典的な環境問題でもあるのかもしれないけれども、やはり環境問題と一

言で括るのは難しいように思うのです。一般社会に流布する環境問題という言葉の意味内容をもう少し精査しないと、政治学や社会学の場では、たぶん通じないだろうなという感じがあります。その辺のところを次のシンポジウムでさらに詰めていただければ私たちにも参考になるという感じがします。以上です。

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

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

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

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

さんからご指摘を受けたことに多少リプライしておきたいと思
います。

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

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

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

以上を申し上げた上で、まともに入りたいと思います。時間
の余裕ありませんし、もうそんなに申し上げることはありません。
せいで、三点だけ簡単に申し上げます。
第一に、今日は、いわゆる外郭秩序論に集中して議論いたし
ました。外郭秩序の問題をこれだけ集中的に議論したというこ
とは、これまでにあまりないのではないかと気がします。
ですから、それ自体でおそらく意義があるでしょう。議論の中
では、外郭秩序論にかかわる問題点がいろいろ指摘されました。
これらは誠に貴重なご指摘であつて、私は、それなりにお答え
はいたしましたけれども、それですんだものとは思っていませ
ん。ご指摘を根本的に受け止めて、これからまた考え方を深め

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

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

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

景観の問題に即して申し上げますと、たとえば国立において、

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

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

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

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

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

司会 正直、議論は尽きませんが、しかし、時間の方は尽き
てしまいました。報告者やコメントーター、そして、ご参加い

ただいた多くのみなさま方には、本当に長時間どうもありがと
うございました。これにて本日のシンポジウムは終わりたいと
思います。どうもありがとうございました（拍手）。