

## 景観と差止めに関する覚え書き

村 上 武 則

ドイツでは、戦後、ミュンヘンで、道路を元のままに再現したとのことである\*<sup>1</sup>。まさに歴史的な景観の存続が達せられたといえる。またドイツではさらに古く、クロイツベルグ事件で、ベルリン警視総監が景観保護のために建築禁止命令を出したとき、プロイセン（ベルリン）高等行政裁判所が、当該命令は警察消極目的原則に違反するとして取消したことが著名である\*<sup>2</sup>。さらに最新のドイツにおける都市景観行政に関する野呂・シェラー氏による研究\*<sup>3</sup>により、ドイツでは景観の保護・形成に関わる法体制が非常に良く整備されていることがわかる。しかしドイツにおいても景観保護と開発の問題が起こっている。たとえば「エルベのフィレンツェ」と呼ばれるドレスデン（ドイツ東部）周辺のエルベ溪谷は、04年に世界遺産に指定されていたが、地元自治体が渋滞緩和のために、05年、住民投票を実施して橋の建設を賛成多数で決定したので、ユネスコ世界遺産委員会は、橋の代わりにトンネルを建設する代替案を指示したが、地元側が建設を続けたため、「文化的な景観を損ねた」理由で、2009年6月、登録を抹消したとのことである。わが国においては、国立マンション景観訴訟でにわかに景観をめぐる議論が高まってきたように思われる。さらに、2009年（平成21年）10月1日（判例時報2060号3頁）、広島地裁は、福山市鞆の浦での景観訴訟において、景観利益を法律上保護された利益として認めただうえで、行政事件訴訟法3条7項の「処分の差止訴訟」において知事の埋立認可処分の差止めを命じた。

さてわが国において、従来は景観は眺望と異なり、個人的権利利益になじみ

にくいものと考えられ、そもそも訴訟問題とはなにくかった。ところが、最近の判例によれば、景観利益の保護のために、行政処分の差止めを認め、あるいは原状回復を命じ、さらに不法行為責任を認める判決が出てきた。すなわち、景観利益の侵害のおそれにたいして、事前の差止めを、既に侵害したときには原状回復を命じ、または損害賠償責任を命ずることが現実的になってきている。

ここで、ドイツの場合と比較すると何か共通なある一つの方向性に気づく。すなわち、ドイツの場合には、憲法上の基本権が強く武装され、行政権により基本権が侵害されそうになれば不作為を求めることができ、侵害されれば原状回復請求権としての結果除去請求権により元の状態の回復を求めることができ、それが事実上あるいは法的に不可能なときには損害賠償を求めることができるとされる。まさに基本権の効果として、差止め、原状回復および損害賠償が認められる等、基本権の「統合性」が強く保障されている\*4。ドイツではさらに、長らく続いてきた「受忍せよ、そして補償を求めよ」という法格言が克服され、補償ではなく、権利利益そのものの存続・存立を求めることができるとされる\*5。

わが国では、従来からまさに「受忍せよ、そして補償を求めよ」の原理が続いてきた。しかし、今やようやく差止訴訟が地に着きつつある。そして原状回復を求める地位も次第に強くなりつつある。もちろん損害賠償責任は古くから活発に議論されている。かくして意識的あるいは無意識的に基本権が強く意識されるようになり、遠くない将来、わが国においても必ず基本権自身が武装されるに違いない。もっとも現段階では、民事事件であれ、行政事件であれ、景観利益は「法律上の利益」の問題として、ある場合には差止めが、またあるときは原状回復が、そしてさらに損害賠償が議論されているにすぎないかもしれないが、遠くない将来、底流に流れている人権自体が武装され、差し迫る侵害に対しては差止めが、侵害されれば原状回復が、そして原状回復が不可能

なら損害賠償をというように、基本権自体の存立自体の保護が強化されていくのではないかと思われる。

本稿は、広い意味では環境問題としての景観問題をとらえ、景観利益の存続・存立のため、差止めや、原状回復、損害賠償の関連で考察してみたい。

## 第一章 景観保護と差止訴訟

### 第一節 民事差止訴訟

民事差止訴訟の根拠としては、周知のように物権的請求権説、人格権説、環境権説および不法行為説とがある<sup>\*6</sup>。しかし不法行為説の場合には、民法709条で明らかなように、保護法益は権利ばかりではなく法律上保護された利益も含まれている。しかし不法行為責任として、差し止めを、法律上保護された利益だけで求めることができるのだろうか。

この問題について参考になるのは国立マンション景観訴訟である。周知のように東京地裁（民事）は平成14年12月18日判決<sup>\*7</sup>で、景観利益を法律上保護された利益として認め、かつ民法709条の不法行為責任として20メートル以上の部分の撤去を命じたのだった。この判決は見方によれば、広い意味で原状回復を認めているであろうし、かつ侵害の継続に対してはその差し止めを認めることになる。

当該事件において、最高裁も平成18年3月30日の判決<sup>\*8</sup>で、景観利益を法律上保護された利益として認めた。しかし最高裁は不法行為責任を認めなかった。ここで問題として、最高裁は法律上保護された利益にもとづいて差止訴訟を認める趣旨と理解できるのだろうか。それとも最高裁は権利でなければ差止訴訟を認めない趣旨なのだろうか。

この問題に関して、大塚直教授は、最高裁は法律上保護された利益にもとづいても差止訴訟を認める余地があると解されている<sup>\*9</sup>。私も大塚教授の説を支

持したい。この場合、権利にもとづく差止訴訟と、法律上保護された利益にもとづく差止訴訟と、どのような違いがあるのだろうか。この問題にたいして、大塚教授は、「法律上保護される利益」の侵害であれば違法性が必要となるが、「私法上の権利」の侵害であれば、(違法性が推定され)違法性阻却事由の問題となる点に相違があるとの考え方をとられている<sup>10</sup>。

さて、もし民事差止訴訟において、不法行為において法律上保護された利益にもとづき差止訴訟が認められるとすると、行政事件訴訟法との比較で共通項を見いだすことができるようになる。もし共通に考えることができるようになれば、法律上保護された利益を公法・私法を通ずる問題として考察することが可能となる<sup>11</sup>。

## 第二節 行政事件訴訟法における差止訴訟

行政事件訴訟法によれば、法律上保護された利益で処分に対する差止訴訟が争われうる。その訴訟要件には少々厳しいものがある。勝訴要件は裁量権の濫用等である。

鞆の浦の景観訴訟では、前掲広島地裁は、国立マンション景観訴訟最高裁判決にもとづき、景観利益を客観的利益として法律上保護された利益として認めるとともに、代替案も考慮しない等の知事の裁量権の濫用を認め、公有水面埋立法における知事による埋立認可の差止めを命じた。

なお景観と差止訴訟に関しては、石垣市で起こった建築確認差止請求事件で那覇地裁判決(平成21年1月20日)があるが、重大な損害が生ずるおそれがあると認めることができない等の理由で棄却されている。

## 第三節 法律上保護された利益と差止めの根拠

さて不法行為責任における法律上保護された利益と差止訴訟の関連の問題においては、景観利益の場合のように、生成発展中の権利利益の問題が存在する。

しかしこのような場合にも、差止訴訟を積極的に認めていきたい。どのような根拠で積極的に認めることができるのだろうか。たとえば東京地裁判決（平成14年12月18日）は、景観利益の性質を所有権から派生する（又は付随する<sup>\*12</sup>）ものにとらえた。この判決に対しては、それでは狭すぎるのではないかとの批判がたしかにある<sup>\*13</sup>。けれども、所有権との結びつきを考えれば、絶対権に根ざすものとして差止訴訟を認めやすくなる。東京地裁は、実際にも原状回復あるいは差止めを認めた。さらに大塚教授は、継続的不法行為の反復継続を止めるために差止めが可能とされている<sup>\*14</sup>。

最高裁平成18年3月30日判決は、景観利益を客観的価値あるものと認め、景観利益を法律上保護された利益として認めるが、その根拠は必ずしも明らかではない。だからこそ、多くの内容を含みうるものとなっている。都市景観ばかりでなく、歴史的景観および自然景観をも十分に含みうるものとなっている。そして憲法13条の幸福追求権に根ざすものとも考えることも出来よう<sup>\*15</sup>。もしそうだとすると、景観保護のために基本権に基づいて差止訴訟や原状回復を根拠づけることも可能になる余地も出てこよう。

## 第二章 ドイツにおける公法上の結果除去請求権とわが国の景観権

ドイツの公法上の結果除去請求権は「絶対的に保護された法的地位」の存在を前提としている。それに対してわが国で議論される景観権は、「絶対的に保護された法的地位」として保護されているのだろうか。わが国では、今日、景観権に関して、とりわけ不法行為法をめぐる議論がある。この議論に注目してみたい。

## 第一節 ドイツにおける結果除去請求権の要件としての「絶対的に保護された法的地位」<sup>\*16</sup>

### (1) 絶対的権利

結果除去請求権の成立の要件としては、まず、個人の主観的な法的地位が、高権的な侵害によって毀損されていることが必要とされる<sup>\*17</sup>。そして、争いなく、結果除去請求権の適用領域が包含するのは、絶対的に保護された法的地位の保障とされる<sup>\*18</sup>。

絶対的に保護された法的地位には、まず自由権の基本権が挙げられる<sup>\*19</sup>。自由権の基本権は、まさに国家的な侵害に対して、その統合的・排除的機能が保障される<sup>\*20</sup>。このような絶対的に保護された自由権の基本権に、結果除去請求権を拡大しようとするのは、ドイツ民法典（BGB）1004条によっても確認されうる。すなわち、BGBにおいても、その適用領域は、判例・学説により、物権的請求権を越えて、さまざまな絶対的な法益にも拡大されつつある<sup>\*21</sup>。それによれば、BGB1004条は生命、健康、自由ならびに一般的人格権等にも妥当でき、それによって、同条は、あらゆる絶対的な法的地位に対する包括的な私法上の防禦権となっている<sup>\*22</sup>。

さらに絶対的に保護される法的地位には、法律上認められる主観的公権が挙げられる<sup>\*23</sup>。最後にまた、行政行為によって与えられる法的地位なども、絶対的に保護される法的地位に挙げられることもできる<sup>\*24</sup>。

### (2) 相対的権利

ところが、絶対的権利に対しては、相対的権利（relatives Recht）が対置されるが、この相対的権利は、結果除去請求権により保護されるには至らない。この相対的な権利とは、ただ限界づけられた規律対象にのみ関わるもので、単に個人的な範囲でのみ妥当する。包括的な排除機能は、このような相対的権利に対しては保障されない<sup>\*25</sup>。相対的権利の例としては、まず公法上の契約によ

り生ずる権利などが挙げられる<sup>\*26</sup>。さらにまた、給付請求権も相対的権利として性格づけられる<sup>\*27</sup>。

## 第二節 わが国における景観権の権利性の議論

私法・民法上における訴訟においては、大別して権利構成型で争う場合と、不法行為構成型で争う場合がある。不法行為で争う場合には、権利でなくとも法律上保護された利益があれば争いうる。結論的には景観権は認められないが、景観利益を法律上保護された利益として認めることができるかどうか争われる。しかし、わが国の民法学において、この不法行為制度の本来の目的に関して近年重要な議論があり、権利に関して重要な議論がなされている。この状況に関して吉村良一教授が的確に議論を整理され方向性を指摘されている<sup>\*28</sup>。この問題について太田論文（前掲注10）による紹介があるので、以下太田論文に基づいて議論内容をほぼそのまま引用することをお許しいただきたい。

すなわち、日本の民法典は、「権利・自由の保護とその調整」という考え方にしたがって構成されたが、その後の判例や学説により、「権利本位の法律観」が「社会本位の法律観」に転回され、ここで不法行為法制度の目的は、「個人の権利・自由の保護とその調整」ではなく、「法秩序の維持・回復」に求められることになったとされる<sup>\*29</sup>。これに対し、権利論への回帰の動きがあり、ここでは、「権利・自由の保護とその調整」という、民法典の当初の構成に立ち戻った要件構成と判断の枠組みが提唱される<sup>\*30</sup>。たとえば、山本敬三教授<sup>\*31</sup>は、ドイツやわが国の国家の基本権保護義務論に立脚し、不法行為法制度を国家が基本権保護義務を果たすため設けた制度ととらえ、被害者の権利（基本権）を保護するための要件としては「権利侵害」を、加害者の権利を過度に制約し「過剰介入」にならないようにするための要件としては「故意・過失」を位置づける<sup>\*32</sup>。他方、不法行為法制度の意義に関して「秩序」論が唱えられる。原

島重義教授， 広中俊雄教授， 吉田克己教授らがその主唱者とされる。この理論によれば， 伝統的権利の射程をこえる問題（たとえば景観問題）において， それらの侵害を， 「秩序」違反ととらえて， それに対する保護が企図される<sup>\*33</sup>。

しかし山本教授は， 「秩序」論にあっては， 「そうした『秩序』を構成する原理がどこに求められ， それがどのようにして正当化されるのか」が不明確であり<sup>\*34</sup>， 「このままでは， 支配権的な『権利』が認められないところでは， 個人は『秩序』によっていかなる理由からどのようなあつかいを受けることになるかわからず， 不安定ないし危険な状態にさらされる可能性が残る」<sup>\*35</sup>と正当にも批判されるのである<sup>\*36</sup>。

このような論争の背後には， 近時， 不法行為法をめぐる， 伝統的な枠組みではとらえ切れない新しい動きが見られ， その背景の一つに， 不法行為法による保護が問題となる利益の拡大ないし多様化が指摘されている<sup>\*37</sup>。このような不法行為法上の保護利益の多様化の現象について， 吉田克己教授は， 「被侵害利益の主観化」と「被侵害利益の公共化」の二つの方向を指摘される<sup>\*38</sup>。景観権をめぐる紛争はまさしくこのような新しい法現象の中で議論されているといえよう。

このような法状況のもとで， 山本教授は， 不法行為法において権利本位の考察に基づき， 新たな思考として， 景観権の本質を， 支配権ではなく， 決定権としての権利観のなかでとらえられる。これに対して， 吉田教授は， 同じく不法行為法において， 秩序違反に対する権利救済を図ろうとされるのである。

山本教授の場合のように， 「権利本位の不法行為法」を構想する場合， 重要なのは， 権利とは何かである。山本教授によれば<sup>\*39</sup>， 民法学における伝統的な権利論（古典的権利論）は， 支配権的権利観によるものであるが， それでは保護領域は限定的にならざるをえず， これに対処するためには， 二つの可能性， すなわち， 伝統的な権利観を維持しつつ権利とは別の構成による保護を考える可能性と， 伝統的な権利観そのものを転換することが考えられるという<sup>\*40</sup>。山



本教授が追求されるのは第二の可能性だが、その前提として、第一すなわち前者の可能性を追求する中で唱えられる「秩序」論を批判される<sup>41</sup>。

山本教授は、第二の可能性である、「あらためて『権利』の意味を見なおすことにより、『権利』論の限界を克服する方向」を提示される<sup>42</sup>。すなわち、山本教授は、憲法上の基本権は自由保障のためのものであり、行動の自由を妨げないことを求める権利（「防禦権」）を中心として構想されることから、「主体がするかしないかを定める可能性が保障されているところに、『権利』を認める主眼がある」という権利観を唱える（「決定権的権利観」）<sup>43</sup>。このような「権利」は、一方では憲法上の基本権に基礎をもつので、国家は、その侵害に対して保護を与えなければならないが、他方で相手方の「権利」に対する過剰な介入は許されないので、両者の「権利」の衡量が必要とされる<sup>44</sup>。そのうち、一般的抽象的な衡量において「一定の事柄については原則として自分だけで決定でき、それが侵害されれば原則として差止請求や損害賠償請求が基礎づけられるというルールが確立している」場合があり、それが「支配権」なのである<sup>45</sup>。しかし「絶対的な決定権として確立していないものについては、さまざまレベルで他の『権利』との衡量をおこない、何をどこまで決定できるかが判断されることになる」（＝「相関的権利」）とされている<sup>46</sup>。

### 第三節 ドイツの公法上の結果除去請求権における「絶対的に保護された法的地位」とわが国における景観権をめぐる議論

もし山本敬三教授の新しい権利論に従うとすれば、景観権は「決定権的権利観」で把握可能となる。しかも山本教授の場合、憲法の自由権との関わりが認められるとすれば、ドイツでいうところの「絶対的に保護された法的地位」として把握可能となり、ドイツで認知されている公法上の結果除去請求権で救済可能となる地盤が確認できる。

もっともドイツの公法上の結果除去請求権は国家に対する権利である。わが

国の場合、景観権そのものは判例で確立されておらず、「法律上保護された利益」にとどまる。しかし法律上保護された利益であっても、「絶対的に保護された法的地位」と把握できよう。もしそうであれば、ドイツの公法上の結果除去請求権と同じような権利救済の機能を「景観利益」に与えることも夢ではないであろうに。

#### 第四節 阿部泰隆教授と景観権

最後に阿部教授の景観権の性質論について言及しておきたい。阿部教授は、平成14年12月18日の国立マンション景観訴訟東京地裁判決（民事）を批判され、私権性としての景観権は成り立ち得ないと主張されている<sup>\*47</sup>。それゆえ平成16年の国立マンション景観訴訟東京高裁判決を肯定される。しかし阿部教授の論説の後、最高裁は遂に平成18年景観利益を「法律上保護された利益」として認知した。最高裁が景観利益を法律上保護された利益として認める根拠は必ずしも明確ではない。しかし最高裁は平成16年成立の景観法に基づいて景観利益を法律上保護された利益として認めたことは明らかである。人により感興に応じて異なるというのではなく、客観的に認めうる良好な景観の存在を認め、日常的にその良好な景観を享有している住民に法律上保護された利益としての景観利益が認められる。阿部教授は、景観利益は民法の保護法益性を帯びることはなく、行政法的手法で初めて保護されるとされるが<sup>\*48</sup>、まさに景観法が法律上保護された利益としての景観利益を保護したものと解されうる。しかし、さらに最高裁が景観利益を法律上保護された利益として認める判断の基底には憲法13条の幸福追求権があることを窺うことができるのではなかろうか。阿部教授は、私法上の景観権を憲法上根拠付けることはできないとの趣旨を述べられているが<sup>\*49</sup>、景観利益は、具体化された憲法13条とも見ることができるように思われる。

なお阿部教授自身、国立マンション景観訴訟のようにマンション建設業者の

権利が介在するような場合には、その権利を景観を理由に制限することは一般的には許されないとされているが、行政主体が、自らの歴史的な景観を阻害する場合には別様に考えられるとのことである<sup>750</sup>。その意味では、輦の浦景観訴訟の場合には、景観利益は阿部教授の場合にも認められることになる。もっとも阿部教授の論説は平成18年の最高裁判決の前に公表されたものであり、同最高裁判決が景観利益を認めた以降は、建設業者が介在する場合であれ、対行政との関係であれ、法律上保護された利益としての景観利益は客観的に存在しうるものとされよう。

### 第三章 わが国における原状回復請求権とドイツにおける原状回復請求権

#### 第一節 わが国における原状回復請求権に関する問題

さて、前章では、差止め、すなわち不作為請求権の問題を考察した。しかし既に侵害されてしまった場合を想定してみよう。その場合、侵害が継続しておれば、差止訴訟による救済で対応出来る場合もあろう。しかしその侵害の結果、単なる不作為請求としての差止めでは救済できないような場合、すなわち、権利利益の存立・存在又は基本権の存立・存在そのものを保護できないような場合には、障害原因等の除去を請求して、原状回復そのものを求めることができなければならない。そこで、ドイツでは公法上の結果除去請求権としての原状回復請求権が登場する。わが国でもこのような権利を理論的に構成できないであろうか。

#### 第二節 ドイツにおける公法上の結果除去請求権の根拠

ドイツでは、公法上の結果除去請求権の法的根拠として、三段階理論又は四段階理論が説かれる。まず三段階理論は、第一段階としての正義論、第二段階としての法治主義理論および第三段階としての憲法上の基本権理論に基づいて

いる。ドイツの通説はこの三段階理論に基づいている。それに対して四段階理論は、ハイデルベルク大学のブルガー教授の説く理論であるが、先の三段階理論と同じように、第一段階としての正義論、第二段階としての法治主義理論および第三段階としての基本権理論に基づいている。しかし四段階理論は、法解釈論上、より権利性を強めるために、さらに第四段階としてドイツ民法典(BGB) 1004条の類推解釈を提唱する。したがって、違法な行政により権利を侵害されたならば、正義に基づいて、法治主義に基づいて、基本権に基づいて、および民法1004条の物権的請求権の類推により、基本権の効果として原状回復、すなわちもともとあった状態の原状回復を求めることができるのである<sup>\*51</sup>。

### 第三節 わが国における原状回復請求権又は公法上の結果除去請求権の提唱

もし行政に故意・過失があれば、不法行為責任として原状回復を求めることも可能であろう<sup>\*52</sup>。もちろん、多くの場合には損害賠償請求により解決できるであろうに。しかし、それでは昔ながらの「受忍せよ、そして補償を求めよ」の法理のままである。金銭的解決では済まされないような権利利益が数多く存在している。基本権を強化して、原状回復を求めることができるようにしたい。しかも、故意・過失がないようなときには、そもそも不法行為責任を追求できないことになる。その場合には、民事上の物権的請求権類似の権利すなわち公法上の結果除去請求権を公法学上認めたいものである。しかも日本国憲法32条では裁判を受ける権利が保障されている。実効的な救済制度が憲法上も要求される。しかも基本権がますますわが国でもドイツと同様に強化されようとしている。まさに原状回復請求権として結果除去請求権を構築してゆきたい。

単なる不作為請求権としての差止訴訟では救済されないような場合には、障害原因の除去も視野に入れた救済、すなわち、公法上の結果除去請求権又は原状回復請求権が考えられなければならない。

けれども、わが国では、行政事件訴訟法上、権利でなくとも、法律上保護された利益があれば、取消訴訟も、義務付け訴訟も、および差止訴訟も可能となる。もちろん、義務付け訴訟や差止訴訟の場合には、重大な不利益を受けるおそれがあることといった訴訟要件が存在する。しかも勝訴要件として裁量権の濫用ということが要求される。

ドイツの公法上の結果除去請求権は実体法上の権利である。訴訟法的には、訴訟類型としては給付訴訟や義務付け訴訟が適用されよう。ところが、わが国の場合には、学説・判例上において公法上の結果除去請求権という実体法上の権利そのものが未だ育っていない<sup>53</sup>。そこで当面は法律上保護された利益の中に、より強く基本権との関連を考え、原状回復請求を給付訴訟や義務付け訴訟等の活用により積極的に訴訟法上救済する方向で考えていくべきであろう。そのような法的救済手段をとおして、障害原因を除去することを認め、損害賠償ではなく、法律上保護された利益そのもの、それは憲法上保護された人権そのものなのかもしれないのだが、そのような重要な利益や法的地位そのものの存在・存立を実現していきたい。もちろん、故意・過失があるときには不法行為責任により差止めまたは原状回復を求めることもできる<sup>54</sup> ことを忘れてはならないであろう。

原状回復を求める根拠としては、前述のドイツの公法上の結果除去請求権の根拠としてあげられる四段階論に基づいてみたい。すなわち、もしわが国において、景観権又は景観利益が「法律上の利益」として認められ、かつそれが絶対的に保護される地位に含めることができるなら、景観利益もドイツの公法上の結果除去請求権の射程距離の中に含めることが可能になってくるように思う。その際、ドイツの四段階理論と共通に考察し、結果除去請求権をわが国にも認める根拠として、景観保護は正義にかなうこと、景観被害は法治主義により救済すべきこと、基本権又は人権からも景観それ自体の存立が保護されるべきこと、および民法の保護と共通するところがありうること等を根拠に、景観

侵害に対して、差止訴訟、損害賠償請求ばかりでなく、原状回復をも求めることができる地位を提言したいと思う。

## おわりに

ドイツでは、行政法は具体化された憲法であると説かれる。あるいは、ドイツでは、行政法は活動する憲法であるともされている。これがわが国に入ると、行政法は憲法の具体化法であるとされる。ほぼ同じようなことかもしれないが、行政法は具体化された憲法であると説くほうが<sup>55</sup>、少なくともより憲法との関係が密接なように感じる。民法学説には、憲法が基礎であること、すなわち民法の基礎には憲法があると捉える説も有力に唱えられている。ここには少なくとも憲法と民法との密接な関係があることが強調されている。山本教授の説かれるように、人権の保護義務の中に、民法とりわけ不法行為責任も入っていること等がその理論の効果として提唱されることになるのである。

景観利益は今日法律上保護された利益として認知されてきた。すなわち、民事の不法行為責任においても、行政事件訴訟法上の法律上保護された利益としても認められてきている。景観利益は、今や公法と私法を通じて、環境法の一つの重要な分野としての景観法において、同じように法律上保護された利益として保護されてきている。この両分野における景観利益を、公法と私法に分けて別個に論ずるのではなく、むしろ共通の問題として議論していくべきであろう。

この点、幸いにも、2009年（平成21年）10月1日の広島地裁「輛の浦」景観訴訟判決は、最高裁平成18年3月30日判決における法律上保護された利益としての景観利益の判定基準をほぼそのまま認めている。

今後、景観利益については、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共に、障害原因の除去を原状回復請求権により

積極的に容認すべきであろうに。もちろん原状回復が不可能な場合には、損害賠償請求により救済を与えるべきであろう。

【なお本稿は、日本学術振興会の科学研究費による研究補助の成果である。三年間の計画でドイツと日本の原状回復請求権の問題を比較法的に研究する予定である。初年度は私は「ドイツにおける社会法上の回復請求権に関する覚え書き」と題して研究成果を本論集第5号に公表できたが、本稿は二年次めの研究の成果である。】

- 
- \* 1 2009年8月にペーター・バズーラ教授にお会いしてドイツの原状回復請求権の問題を議論させていただいたときにお聞きしたことである。
  - \* 2 クロイツベルク判決(1882年6月14日, PrOVG 9, 353-384)は、戦争記念碑への眺望保護のために美的配慮から制定された警察命令を違法とした。杉村敏正編『行政法概説 [各論]』(初版, 有斐閣昭和46年9月)91頁~92頁参照。
  - \* 3 野呂充/アンドレアス・シェラー「ドイツ連邦共和国フライブルク市の都市景観行政(一)(二・完)」広島法学27巻2号377頁以下, 同3号109頁以下参照。
  - \* 4 ドイツの基本権論における統合的基本権論(Integrität des Grundrechts)に関しては、太田照美『ドイツにおける公法上の結果除去請求権の研究』(有信堂, 2008年)4頁, 11頁, 159頁, 236頁参照。
  - \* 5 太田・前掲書7頁, 36頁(注39), 93頁(注145), 120頁(注40), 236頁, 290頁, 291頁, 310頁(注10)参照。
  - \* 6 南博方・大久保規子編『要説・環境法(第4版)』(有斐閣, 2009年11月)195頁以下参照。民法709条は損害賠償を規定するだけで不法行為の差止めには言及していないので差止請求権は不法行為から生じないとするのが昔は通説であったが、不法行為法の究極目的が不法行為の抑止にあることが自覚的に議論されるようになった近時では、判例・学説とも差止めを認める説が多数をしめている(中川淳・大野真義(編)『新版・法律用語を学ぶ人のために』(世界思想社, 2007年)101頁参照)。
  - \* 7 東京地判平成14年12月18日判例時報1829号36頁, 判例タイムズ1129号100頁。
  - \* 8 最判平成18年3月30日判例時報1931号3頁, 判例タイムズ1209号87頁, 判例地方自治279号7頁。
  - \* 9 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」(ジュリスト1323号, 2006年)78頁。
  - \* 10 大塚・前掲78頁。太田照美「景観訴訟の法律問題」産大法学43巻3・4号(『廣岡正久教授定年御退職記念号』2010年2月)77頁参照。
  - \* 11 もっとも、阿部泰隆教授は、行政事件訴訟法における原告適格は訴訟事件であるのに対し、私法上の景観権は本案の権利の問題であるから、全く別物であると指摘されていることも留意しておきたい。阿部泰隆「景観権は私法的(司法的)に形成されうるか(上)」自治研究八一巻二号八頁以下参照。

景観と差止めに関する覚え書き

- \*12 角松生史「地域地権者の『景観利益』」別冊ジュリスト168号80頁参照。
- \*13 角松・前掲81頁参照。
- \*14 大塚・前掲78頁参照。
- \*15 朝日新聞2006年3月31日（朝刊）参照。なお、景観権を憲法13条および25条に求める説として、寺田友子「景観権について」『現代の行政紛争・小高剛先生古稀祝賀』（成文堂、2004年）332頁参照。ただし阿部教授は、憲法を根拠に私法上の景観権を認めることも否定されている。阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されうるか（下）」自治研究81巻3号22頁～23頁参照。  
阿部・前掲（下）22頁～23頁参照。
- \*16 村上武則「ドイツにおける公法上の結果除去請求権の内容について」佐藤幸治・清永敬次編『憲法裁判と行政訴訟（園部逸夫先生古稀記念）』（有斐閣、1999年）548頁以下参照。
- \*17 村上・前掲548頁～549頁参照。Vgl. Pietzko, Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, 1994, S. 137.
- \*18 村上・前掲549頁参照。Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 138. なお、ドイツにおける絶対権の観念やその法的意義については、vgl. Wolfgang Schur, Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, Schriften zur Rechtstheorie Heft 161, 1993 が参考になる。
- \*19 村上・前掲549頁参照。Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 138.
- \*20 村上・前掲549頁参照。Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 138.
- \*21 村上・前掲549頁参照。Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 138.
- \*22 村上・前掲549頁参照。Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 138ff.
- \*23 村上・前掲549頁参照。ドイツにおいては、通説によれば、法律上保護される法的地位が認められるには、法規範が行政に対して法的義務を課していること、その規定が個々の市民の利益の保護にも働くべきこと、およびその規定が市民に対し、個人的利益を利用する法的な力（Rechtsmacht）を認めていること、などが挙げられている。この点、村上・前掲553頁（注29）参照；Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 146.
- \*24 もっとも、これに対しては、たとえば、許可などは、本来市民が有している自由の回復にすぎず、行政行為には確認的または形式的な意味しかないとする批判もありうる。Vgl. Maurer, AllgVerwR, § 9 Rdnr. 52. しかし、これに対しては、行政行為は、当事者に対して、許可によって、志向する目的を実現することができるようになるのであり、行使上の正当づけが与えられるとして、包括的な権利保護のために、結果除去請求権により保護すべき地位に入れるべきとされるのである。この点、村上・前掲553頁（注30）参照；Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 150.
- \*25 村上・前掲549頁参照；Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 151.
- \*26 村上・前掲549頁参照；Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 151.
- \*27 村上・前掲549頁参照；Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 152ff.
- \*28 吉村良一「山本敬三『基本権の保護と不法行為法の役割』」法律時報81巻5号162頁以下参照。
- \*29 太田・前掲73頁参照。
- \*30 太田・前掲73頁参照。
- \*31 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」広中俊雄責任編集民法研究第5号（信山社、2008年）92頁以下。
- \*32 太田・前掲73頁参照。
- \*33 太田・前掲73頁参照。
- \*34 山本・前掲106頁参照。



- \* 35 太田・前掲74頁参照。
- \* 36 太田・前掲74頁参照。
- \* 37 太田・前掲74頁参照。
- \* 38 吉田克己「現代不法行為法学の課題」法の科学35号143頁以下。太田・前掲74頁参照。
- \* 39 山本・前掲95頁以下参照。
- \* 40 太田・前掲75頁参照。
- \* 41 太田・前掲75頁参照。
- \* 42 太田・前掲75頁参照。
- \* 43 太田・前掲75頁参照。
- \* 44 太田・前掲75頁参照。
- \* 45 太田・前掲75頁参照。
- \* 46 太田・前掲75頁参照。なお太田・前掲75頁以下は、山本教授とドイツのアレクシー教授の理論の類似性を指摘している。
- \* 47 阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されうるか（上）（下）」自治研究81巻2号3頁以下，同3号3頁以下参照。
- \* 48 阿部・前掲（上）3頁，（下）3頁参照。
- \* 49 阿部・前掲（下）22頁～23頁参照。
- \* 50 阿部・前掲（上）14頁参照。
- \* 51 ドイツにおける公法上の結果除去請求権の根拠論について，とりわけ四段階論に関しては，太田照美・前掲書297頁以下参照。なお，結果除去請求権は「もともとあった状態の回復」をめざすが，社会法上の回復（実現）請求権（sozialrechtlicher Herstellungsanspruch）は「あったであろう状態」の回復をもめざすものである。この点，社会法上の回復（実現）請求権は，民法709条の不法行為責任と類似する。しかし，社会法上の回復（実現）請求権は「適法な法律に基づく適用によればあったであろう状態」をめざす点で，民法709条とも異なる。この点，村上武則「ドイツにおける社会法上の回復請求権に関する覚え書き」（近畿大学法科大学院論集5号〈中島健仁教授追悼号〉，2009年3月）31頁～32頁参照。
- \* 52 この場合，違法な行為がなかったならあったであろう状態の回復を狙うのが民法の不法行為法の趣旨である。しかし公法上の結果除去請求権は，違法な行為がある前に存在していた状態そのものの原状回復を求める権利のことである。したがって，公法上の結果除去請求権のほうが不法行為法における原状回復よりも内容的に狭くなっている。
- \* 53 塩野宏・行政訴訟検討会（第19回）発言。
- \* 54 繰り返しになるが，たとえば東京地裁平成14年12月18日判決のように。
- \* 55 村上武則「憲法原理と行政法理論体系」公法研究67号51頁～52頁，74頁（注3）参照。