

「互換的利害関係」概念の継受と変容

角松生史（神戸大学大学院法学研究科教授）

本ファイルは、水野武夫先生古稀記念論文集『行政と国民の権利』（法律文化社、2011.12）150-178 頁に掲載していただいた拙稿の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

I はじめに¹

「現行法としての比較法の実験室」²の様相を呈している日本法において、新たな法制度の導入・改正に際して外国法の知見を広範に参照することは通常作業に属する。また、一つ以上の外国法に関する素養を身につけることは、法律家養成における必須要素と従来考えられてきた³。外国法由来の法概念が、立法論・解釈論において用いられることを、我々は特に違和感なく受け止めてきたと言える。

本稿は、ドイツ法に由来する一つの法概念ないし法理論－「互換的利害関係論」－が日本法に継受され、転用され、そして退場していく過程に関するケース・スタディである。この過程と、そこでさまざまなアクターが果たした役割を略述した上で、本稿は、法概念の継受と比較に関する若干の考察も試みる。

II 背景－国立マンション訴訟

1 国立マンション事件

「互換的利害関係論」は、国立マンション事件という特定の景観紛争を背景として日本法に導入された。1999年にディベロッパ－M社が、国立市大学通りに高さ40mのマンションを建築しようとしたことから始まった紛争である。建設に反対する周辺住民の主張によれば、大学通りの両側に立ち並ぶ高さ20mの銀杏・桜並木と同マンションは不調和であるとされる。また、近隣の学校法人 T 学園は、同マンションによる日照障害の教育環境上の悪影響を問題視した。しかしながら第二種

¹ 本稿のうち I-V は、(科研費基盤 B「法整備支援の影響評価と日本の役割:実定法・法社会学・比較法制史の融合型学術調査」(課題番号 20402012、研究代表者金子由芳教授)の活動の一環として行われた国際法社会学会 2009 年度総会(デンバー)における筆者のセッション報告が元になっている。上記報告をリライトしたものとして、KADOMATSU Narufumi, The Rise and Fall of the 'Relationship of Reciprocal Interchangeability' Theory in Japan - Productivity of 'Misinterpretation?' , Kobe University Law Review, No.43 (2010), pp.1-15。

² Meryll Dean(ed.), Japanese Legal System, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, 2002, p.2

³ 法科大学院制度発足後、従来の研究者養成システムは基本から問い直されている(従来型システムへの批判として例えば阿部泰隆『行政法の進路』(中央大学出版部・2010年)29頁、42頁)

中高層住居専用地域に位置する同マンションの計画に建築基準関連規定に違反するところはなく、景観条例に依拠した国立市の行政指導も最終的に決裂したことで、M社は建築確認を申請する。それを受け、東京都多摩西部建築指導事務所長は建築確認を下した。

しかし国立市は、1952年の文教地区指定運動など長いまちづくり住民運動の伝統を有するまちであり、大学通りは、同市まちづくりのシンボルとして位置づけられていた。景観保護の市民運動に支持されて当選した環境保護派の新市長にとって、M社マンション問題は、最初の試金石になったのである。周辺住民の要求に応じて市は、本件マンション敷地にかかる20mの高さ制限を含む地区計画を公示し、ついで建築物制限条例を改正して翌日施行した。これをもって、上記の高さ制限に建築基準法上の制限としての効力が生じたことになる。

しかし、上述のとおり建築確認を既に取得していたM社は、上記条例の施行日時点において既に根切り・山留め工事に着手していた。一方、「杭打ち、基礎又地下躯体工事」には着手していなかったため、この段階が「現に建築…工事中の建築物」(建基法3条2項)にあたり既存不適格の保護を受けるのか、即ち新基準たる高さ制限の適用の有無が、訴訟における一つの争点となった。東京都は、施行日時点において「現に建築…工事中」だったという立場をとる一方で、周辺住民はそうではなかったとし、特定行政庁の是正命令権限(建基法9条)を発動すべきだと主張したのである。

2 民事訴訟と行政訴訟

周辺住民およびT学園等は、M社を相手取って、民事仮処分申請・続く差止め訴訟(A事件)を提起した。また同じ原告団は、特定行政庁を被告として、是正命令の義務づけ等を請求する行政訴訟(法定外抗告訴訟)⁴(B事件)を提起した(本稿末尾の表参照)⁵。

ここで注意すべきは、両事件の主要な争点が異なることである。B事件の場合、前述のように、施行日において本件マンションが「現に建築…工事中であったか」(＝既存不適格該当性)が中心的争点である。しかしA事件の場合、本件マンション建設により民事差止の根拠としての人格権侵害ないし不法行為が構成されるかどうかの問題となり、それはさらに(i)周辺住民らが有する景観利益が法的に保護された利益か(ii)本件マンション建設により、受忍限度を超える損害がもたらされるかという二段階の問題にブレークダウンされる。そこでは、既存不適格該当性はあくまで考慮要素の一つにとどまるものであった。

III 原告適格論への適用

1 個別保護性と面的規制

上述のように、B事件における主要な争点は既存不適格該当性であったが、その争点にた

⁴ 本件は行政事件訴訟法改正前の事件であり、義務づけ訴訟は法定されていなかった。また、被告も処分行政庁となる。

⁵ この他に主な訴訟として、M社が、国立市及び国立市長を相手取って、本件地区計画及び本件建築物制限条例の無効確認及び損害賠償を請求した訴訟がある。

どり着くまでに、訴訟要件としての原告適格⁶の問題が解決されなければならない。

原告適格に関する判例は、行政処分の根拠となっている個別法の要件に着目するいわゆる「処分要件説」⁷を前提にした上で、「法律上の利益」が認められるためには、(1)当該処分が原告の一定の利益に対する侵害を伴うものであること（不利益要件）、(2)その利益が、当該処分に関する法令で保護されている利益の範囲に属するものであること（保護範囲要件）に加え、(3)当該法令による保護が、原告らの利益を、単にその法令によって保護される公益の一部として位置づけるのではなく、公益とは区別して個別かつ直接に保護するものであること（個別保護要件）を要求していると言われる⁸。このような考え方は、ドイツ法における保護規範説(Schutznormtheorie)を継受したものであるが、少なくとも都市計画・計画確定の分野については、ドイツの方が原告適格が広く認められる傾向があること⁹が指摘されている。2004年行訴法改正前における日本の原告適格に関する判例理論は、特に上記「個別保護要件」の厳格な解釈により、柔軟性を欠くものとなっていたのである。

特に、環境訴訟の分野における判例は、危険や環境負荷の発生源（＝「点」）からの「距離」に着目して個別保護性を比較的柔軟に認める一方で、面的範囲にわたる行政規制から得られる市民の利益については、個別保護性を否定するのが一般的であった¹⁰。例えば「住居集合地域」における風俗営業の制限について最高裁は、「一定の広がりのある地域の良好な風俗環境を一般的に保護」することが趣旨だとして、地域住民の原告適格を否定する¹¹。

2 「互換的交換関係」

このような日本法の原告適格法理に対して、山本隆司のモノグラフ『行政上の主観法と法関係』¹²によって紹介されたのが、ドイツ連邦行政裁判所の「互換的交換関係論」である。同書が紹介する連邦行政裁判所 1993・9・16 判決(以下「ガレージ II 判決」)は、B プラン（地区詳細計画）上の純住居地域においてガレージの建設許可が与えられた事例¹³における

⁶ 前述のように B 事件は 2004 年行訴法改正前に法定外抗告訴訟として提起されたものであり、このような訴訟の許容性も争点となっていた。

⁷ 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂・2009 年）107-108 頁

⁸ 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」成田古稀『政策実現と行政法』（有斐閣・1998 年）43-55 頁（47 頁）。この整理に対する批判として、橋本・前掲 35 頁、240-241 頁。

⁹ 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ(下)」ジュリスト 1239 号(2003 年)108 頁(109 頁)。また、その他の分野では、ヨーロッパ法や条約により、ドイツの原告適格の拡張が求められているとも指摘されている。

¹⁰ 角松「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法時 79 巻 9 号 30-31 頁

¹¹ 最判 1998.12.17 民集 52 巻 9 号 1821 頁

¹² 有斐閣、2000 年。なお、「互換的交換関係」に関する同書該当部分の初出は、法協 114 巻 11 号（1997 年）である。

¹³ 建築利用令上、純住居地域における駐車場・ガレージの建築は、「当該地域で許された利用によって引き起こされた必要」（12 条 2 項）のためにのみ認められ、当該原告はこの要件の不充足を主張していた。

隣人の原告適格を認める。

「個別の地片に対して、互いの関係で折り合いがつくような利用をもたらすことは、建築計画法の任務に含まれる。建築計画法はこのように、ありうべき土地利用紛争の調整をめざすと同時に、土地所有権の内容を規定する。従って、建築計画法上の隣人保護は、互換的交換関係の思想¹⁴に基づいているのである。所有者は、その土地の利用について公法的制限に服するが故に、その場合、隣人との関係においても当該制限の遵守を要求できる。....建築計画法におけるこの原則の主要な適用事例は、建築的利用の態様に関する指定である。ここで計画(制限)に服する者は、その土地の利用について、法的な運命共同体へと結合せしめられる。自らの地片の利用可能性の制限は、他の所有者も当該制限に服することによって埋め合わせられる。従って、建築利用令¹⁵によって市町村が用途地区(Baugebiet)¹⁶指定を授権される場合、この授権は、当該指定が原則的に隣人保護的でなければならないことを含んでいる。隣人保護的でない地域指定がなされたとすれば、それは建設法典 1 条 6 項の衡量要請に違反することになるであろう。」¹⁷

同判決他及び学説における議論を踏まえ、山本・前掲書は互換的交換関係論のエッセンスを次のように要約する。

「地域指定による建築物利用態様の規制は、個々の規制毎にではなく、地域全体における規制として初めて、意味を持ち正当化される。換言すれば、地域指定により負う個々人の義務は、地域の他の者も同様の義務を負うことによって初めて、意味を持ち正当化される。逆に言えば、地域指定により義務を負う者は、地域の他の者が同様の義務を負うことによって受ける利益を、法的な利益として主張できる。かくて、地域指定により義務を負う者は、地域の特性を破壊する、指定に違反する建築を防止し、地域の特性を回復する権利を持つことになる」¹⁸

¹⁴ もっとも、この概念自体は、1970年代までに既に成立していた（山本・注(12)312頁注(8)）。

¹⁵ 建設法典 9a 条にもとづいて制定された法規命令である

¹⁶ 建築利用令 1 条にいう用途地域とは、F プランに表示される一般用途—住居区域・混合区域・産業区域・特別区域—よりも特定化された B プランによる指定である。具体的には 菜園住居地区 (WS)、純住居地区 (WR)、一般住居地区 (WA)、特別住居地区 (WB)、村落地区 (MD)、混合地区 (MI)、中心地区 (MK)、産業地区 (GE)、工業地区 (GI)、特別地区 (SO) がある。なお、以下建設法典・建築利用令の訳語は、阿部成治の Web サイト (<http://www2.educ.fukushima-u.ac.jp/~abej/deut/index.html>) に基本的に依拠した。

¹⁷ BVerwGE 94, 151

¹⁸ 山本・注 (12) 306-307 頁

同書において「互換的交換関係」論は、「実体法上の行政作用、客観法・公益を、私人間、主観法的要素間・私益間の関係に分析・分解する」作業の中に位置づけられる。そこでは「反対利害関係」＝「特定の、または不特定多数の主体の行為可能性を保護するために、或る主体...が或る行為...を義務づけられる関係」と「互換的利害関係」＝「或る地位が誰に帰属するか、または各人の地位をどのように組み合わせるかを巡り、複数の主体（の利益）が対立する(関係)」とが区別される。「問題は、どのような場合に、またはどの人的範囲に、法的に有意な互換的利害関係が成立し、主体相互間の『権利』主張が認められるかにある」とされる。そして上記互換的交換関係は、「地位の組み合わせを巡る互換的利害関係」の枠組に位置づけられる¹⁹。このように同書は、日本法の原告適格法理に対する問題意識を背景にしつつも、行政法ドグマティック全体の再構成の試みの一環として「互換的交換関係」論をとりあげていた。特定の事例ないし事例類型への適用を少なくとも直接的には意識したものでなかったと考えられる。

3 国立マンション事件への適用—B-1 判決

山本のモノグラフを通じて互換的交換関係論に接した国立マンション事件の住民側代理人は、準備書面でこの議論を展開した²⁰。B-1 判決²¹はこの主張を受け入れる。

「景観は、通りすがりの人にとっては一方的に享受するだけの利益にすぎないが、ある特定の景観を構成する主要な要素の一つが建築物である場合、これを構成している空間内に居住する者や建築物を有する者などのその空間の利用者が、その景観を享受するためには、自らがその景観を維持しなければならないという関係に立っている。しかも、このような場合には、その景観を構成する空間の利用者の誰かが、景観を維持するためのルールを守らなければ、当該景観は直ちに破壊される可能性が高く、その景観を構成する空間の利用者全員が相互にその景観を維持・尊重し合う関係に立たない限り、景観の利益は継続的に享受することができないという性質を有している。すなわち、このような場合、景観は、景観を構成する空間を現に利用している者全員が遵守して初めてその維持が可能になるのであって、景観には、景観を構成する空間利用者の共同意識に強く依存せざるを得ないという特質がある。(……)本件地区のうち高さ制限地区の地権者は、法令等の定め記載のとおり、本件建築条例及び本件地区計画により、それぞれの区分地区ごとに10メートル又は20メートル以上の建築物を建てることができなくなるという規制を受けているところ、これら本件高さ制限地区の地権者は、大学通りの景観を構成する空間の利用者であり、このような景観に関して、上記の高さ規制を守り、自らの財産権制限を受忍することによって、前記のような大学通りの具体的

¹⁹ 山本・注(12) 261-263頁、305頁

²⁰ この経緯について、本稿筆者との関わりも含めて参照、池田計彦「認められた景観利益—国立マンション訴訟」法セミ 626号 15頁。

²¹ 東京地判 2001年12月4日判時 1791号 3頁

な景観に対する利益を享受するという互換的利害関係を有していること、一人でも規制に反する者がいると、景観は容易に破壊されてしまうために、規制を受ける者が景観を維持する意欲を失い、景観破壊が促進される結果を生じ易く、規制を受ける者の景観に対する利益を十分に保護しなければ、景観の維持という公益目的の達成自体が困難になるというべきであることなどを考慮すると、本件建築条例及び建築基準法68条の2は、大学通りという特定の景観の維持を図るという公益目的を実現するとともに、本件建築条例によって直接規制を受ける対象者である高さ制限地区地権者の、前記のような内容の大学通りという特定の景観を享受する利益については、個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解すべきである。」

同判決は、上のように周辺住民の原告適格を承認した上で、条例施行日時点において本件マンションは「現に建築……工事中」だったとは言えないとして、特定行政庁が「是正命令権限を行使しないことが違法である」ことを確認する判決を下した。互換的利害関係論は、面的規制と原告適格に関する前述の隘路を打開して個別保護性を認めていく上での手がかりを提供するものだったのである。

IV 民事訴訟への「転用」

1 市民グループ間の関心の相違と収斂

B-1 判決が採用した「互換的利害関係論」は、訴訟当事者にとっても魅力的な概念だった。本件マンションに対する反対運動を通じて原告たちは、大学通りの美しい景観は周辺住民（＝「私たち」）の長きにわたる努力によって保全されてきたものであり、「よそ者」の M 社はフリーライダーであると主張し続けてきたのである。

反対運動を担った主要なグループの一つ「東京海上跡地から大学通りの環境を考える会」（以下「考える会」）代表の石原一子は、M 社の説明会（1999 年 11 月 20 日）において、次のように発言している。

「明和地所に申し上げたい。あなたたちにうまい汁を吸わせるために、私たちは環境を守ってきたのではないんですよ。デベロッパーに一体何の権限があって、土足でわれわれの大事な聖域に踏み込んで来るんですか」²²

運動団体のこのような自己認識と、「景観を構成する空間利用者の共同意識」を強調する同判決の判示との親和性はきわめて高い。

さて、法社会学者長谷川貴陽史の分析によれば、本件反対運動の主要な担い手たる「考える

²² 石原一子『景観にかける—国立マンション訴訟を聞いて』（新評論・2007年）103-104頁。「考える会」が編纂した同紛争資料集(2003年)には「うまい汁と市民自治」というタイトルが付けられている。

会]「2H の会」(近隣住民の会)、T 学園の 3 者の関心には以下のような温度差が見られた。

「考える会は、複数の市民団体のメンバーから構成されており、景観保護を主張する国立市民、現市長の支持者、X 学園(注:本稿でいう「T 学園」)の PTA などが加わっていた。したがって、その運動も土地所有とはかかわりなく、大学通りの景観・住環境の保全をよびかけ、景観権や環境権を主張する市民運動であった。……2H の会は、考える会とは異なり、近隣住民としての被害、すなわち日照被害や工事の騒音・振動などを問題視した。かれらは、考える会による景観保護運動の意義には一定の理解を示しつつも、それとは別に近隣戸建て住民としての固有の利害をもかかえていた。……(X 学園)は、高層マンション建設による教育環境の悪化(日影によってグラウンドがぬかるむ、教室が覗き見られる、児童が心理的圧迫感を受ける)、学校所有地の資産価値の下落、さらには良好な環境を誇る学校としてのイメージの失墜に不満を持っていた」²³

このような温度差とありうべき矛盾を踏まえ、本件反対運動は、「利害が一致し、法的にも構成可能な」²⁴景観利益を軸として展開されることとなった。B-1 判決における勝利は、そのような方向性を強める方向に働いたことであろう。

特に興味深いのは、T 学園の動きである。同学園は、反対運動の集会場所を提供することに加えて、OB や父兄の人脈を駆使して、都市計画家・法律家といった専門家を組織することによって、運動に大きく貢献していた。これら専門家は、非常に安価な額で T 学園に協力していると思われる²⁵。そして、反対運動の展開の中で、T 学園のキー・パーソンの中心的関心自体が、グラウンドへの日照に代表される教育環境の悪化から、景観問題へと移行している。同学園理事の大西信也(国立市民ではない)は、運動に関わる過程で、1972 年—73 年の国立市における「一種住専運動」を知ることとなる。大学通りの一橋大学から南側の区域について、強い規制を伴う第一種住居専用区域に指定することを求め、それが実現したこの運動のことを知って、彼は、「宝物を見つけた」と思ったという。それは、景観を守るためなら自らの所有地への規制も自発的に受入れる²⁶国立市民の意識の高さの証左だと彼には思えたのである²⁷。やがて大西は、非＝法律家であるにもかかわらず、法律学文献の渉猟と法律家達との対話を経て、「大学通りの景観を守るために、それを壊すような建物は建てないという地域慣習とでもいうべき法的確信」を軸に据えた陳述書を東京地裁に提出することになる²⁸。

これに対して、法律家たる弁護団の「互換的利害関係論」に対する関心は、当初あるいは相対

²³ 長谷川貴陽史『都市コミュニティと法』(東京大学出版会、2005 年)282-285 頁。

²⁴ 長谷川・前掲 285 頁、310 頁

²⁵ 長谷川・前掲 312 頁。

²⁶ 石原・注 (22) 83 頁は、「自己犠牲を伴う規制の厳しい第一種住居専用地域に下げる大運動」と表現している。

²⁷ 本稿筆者による大西へのインタビュー (2008 年 12 月 6 日)

²⁸ 石原・注 (22) 121 頁。

的に低かったかもしれない。石原によれば、訴訟の初期段階において、弁護団は「景観で闘うことに非常に消極的であった」。「景観では勝てない」²⁹と思われたからである。石原の認識の当否は不明であるが、B-1 判決以前においては、法的保護利益性がより容易に認められうる日照・騒音を前面に出す方がより確実な戦術に思えたとしてもなんら不思議ではない。

(b)A-3 判決

B-1 判決における勝利を受けて、互換的利害関係論は民事差止訴訟においても原告団・弁護団から強く主張される。

そして、民事訴訟に関する A-3 判決³⁰は、本件マンションの高さ 20m 以上の部分の撤去を命じ、社会的注目を浴びる。興味深いことに、同判決は、条例施行日時点で当該マンションが「現に…建築工事中」であり、既存不適格の保護を受けることを認める。しかし、「本件建物が(建築基準)法上の違法建築物に当たらないからといって、その適法性から直ちに私法上の適法性が導かれるものではなく、本件建物の建築により他人に与える被害と権利侵害の程度が大きく、これが受忍限度を超えるものであれば、建築基準法上適法とされる財産権の行使であっても、私法上違法と評価されることがある」として、本件マンション建設の民事法上の違法性の有無を検討することになるのである。

そして A-3 判決は、「互換的利害関係」論—この言葉自体は直接用いられていないが—を再び採用し、次のように述べる。

「ある特定の地域や区画（以下、本号において単に「地域」という。）において、当該地域内の地権者らが、同地域内に建築する建築物の高さや色調、デザイン等に一定の基準を設け、互いにこれを遵守することを積み重ねた結果として、当該地域に独特の街並み（都市景観）が形成され、かつ、その特定の都市景観が、当該地域内に生活する者らの間のみならず、広く一般社会においても良好な景観であると認められることにより、前記の地権者らの所有する土地に付加価値を生み出している場合がある。

このような都市景観による付加価値は、自然の山並みや海岸線等といったもともとそこに存在する自然的景観を享受したり、あるいは寺社仏閣のようなもっぱらその所有者の負担のもとに維持されている歴史的建造物による利益を他人が享受するのとは異なり、特定の地域内の地権者らが、地権者相互の十分な理解と結束及び自己犠牲を伴う長期間の継続的な努力によって自ら作り出し、自らこれを享受するところにその特殊性がある。そして、このような都市景観による付加価値を維持するためには、当該地域内の地権者全員が前記の基準を遵守する必要がある、仮に、地権者らのうち 1 人でもその基準を逸脱した建築物を建築して自己の利益を追求する土地利用に走ったならば、それまで統一的に構成されてきた当該景観は直ちに破壊され、他の全ての地

²⁹ 石原・注 (22) 121 頁

³⁰ 東京地判 2002 年 12 月 18 日判時 1829 号 36 頁

権者らの前記の付加価値が奪われかねないという関係にあるから、当該地域内の地権者らは、自らの財産権の自由な行使を自制する負担を負う反面、他の地権者らに対して、同様の負担を求めることができなくてはならない。」

このような認識の下に、同判決は、「①特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、②相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、③地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合（①—③は引用者による）」という3要件が充たされたとき、「地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益（以下「景観利益」という。）を有するに至ったと解すべきであり、この景観利益は法的保護に値し、これを侵害する行為は、一定の場合には不法行為に該当すると解するべきである。」

3 「転用」のインパクト

A-3 判決は互換的利害関係論を、ドイツにおける本来の文脈とは異なった文脈に「転用」した。ガレージ II 判決及び B-1 判決が、個別法に基礎を置く地区指定型の計画についてこの概念を適用したのに対して、A-3 判決はそれを、私法的文脈に適用したのである³¹。

しかし、まさにこのような転用によって、互換的利害関係論は、はるかに大きい社会的反響を呼ぶこととなった。予め設定した客観的・数値的基準への適合性の判断を中心とし、行政庁による裁量の余地を認めないシステムを基軸とする日本の都市計画・建築行政にあって、計画法規範に由来する互換的利害関係に基づいて原告が同規範の解釈を訴訟で争うといった場面は必ずしも多くない³²。ましてや、市民が市当局を動かして計画を急遽制定し、新基準の適用可能性が法解釈問題として争われるといった国立のような事例は、もちろんレア・ケースであろう。この転用によって、既存の行政法的建築規制に対する違反が観念し得ないような場合についても、互換的利害関係論を適用する可能性が開かれたのである。

A-3 判決の約3ヶ月後、名古屋地裁は、名古屋市白壁地区におけるマンション建設に対して近隣居住者が建築差止の仮処分を求めた事例において、A-3 判決の上記3要件を援用しつ

³¹ 厳密に言えば、連邦行政裁判所と B-1 判決の間にも文脈の相違が見いだされる。前者が計画法上の用途（＝利用態様）の指定から互換的交換関係を導き出しているのに対して、B-1 判決は高さ規制からの導出を試みる。ドイツにおいて裁判所が同じ帰結を導くかは定かではない（山本・注（12）307頁は、建築物利用容量や建設可能地の指定については、「隣人は確かに『互換的交換関係』を形成するが、態様の指定の場合ほど強く『運命共同体』に結合するのではない」という連邦行政裁判所の見解を紹介する）。

³² もっとも、例外許可型の事案ではこのような構図が見出されうることになる。例えば横浜地判2005年2月16日判自治266号96頁は、第一種低層住宅専用地域において特定行政庁が「良好な住居の環境を害するおそれがないと認め」（建基法48条1項但書）行なった自動車車庫の建築許可処分に対して近隣住民が取消訴訟を提起したという、ガレージ II 判決に類似した事例である。

つ、申立を認める判断を下した³³。同様の裁判例が続くことも、この段階では想定されたところである。

V 表舞台からの退場—最高裁判決を受けて

1 「いとも簡単に」承認された景観利益

A-3 判決から約1年半を経て、2004年6月に「我が国で初めての景観に関する総合的法律」としての景観法³⁴が制定される。国立マンション訴訟に象徴される景観紛争の増加が「引き金」³⁵の役割を果たしたという見方もある³⁶ところである。A-3 判決の控訴審である A-4判決は、この景観法が「追い風」になるのではないかという原告側の期待に反し³⁷、請求を棄却する。むしろ同判決は、景観法から、(i)同法が「個人について良好な景観を享受する権利」等を定めていないこと(ii) 景観の保全創造は、住民参加の下に「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る」といったメッセージを読み取り、景観の良否の判断が個人によって異なる主観的で多様なものである以上、裁判所による判断は「必ずしも適当とは思われない」とする³⁸。また、既に A-3 判決より前の時点で、B-1 判決の控訴審 B-2 判決は、B-1 判決の原告適格論には全く触れず³⁹、本件マンションは条例の施行日時点において「現に建築…の工事中の建築物」に当たるとして、原告の請求を退けていた。

B-1 判決及び A-3 判決において注目を浴びた互換的利害関係論は、景観利益をめぐる議論の表舞台から退場することになる。控訴審・最高裁段階で原告側が相次いで敗北を喫することになったのもその一因であるが、それ以上に大きかったのは、民事最高裁(A-5)判決⁴⁰が、互換的利害関係論などのドグマティックの助けを借りることなく、「いとも簡単に」⁴¹景観利益が不法行為法上保護された利益であることを認めたことである。

「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊か

³³ 名古屋地決 2003.3.31 判タ 1119 号 278 頁。ただし同決定は、仮処分異議申立により覆されている。

³⁴ 国土交通省都市・地域整備局都市計画課監修『逐条解説景観法』（ぎょうせい・2004年）9頁。なお、同法制定に先がけ、2003年7月の国土交通省「美しい国づくり政策大綱」および社会資本整備審議会答申（2003年12月14日）において、景観に関する基本法制の整備が目標として掲げられていた。

³⁵ 倉阪秀史『環境政策論(第2版)』（2008年、信山社）9頁

³⁶ 例えば朝日新聞社説(2004年12月7日)

³⁷ 朝日新聞 2004年10月28日

³⁸ 同判決の論理を批判的に分析したものとして、角松「景観保護と司法判断」矢作弘／小泉秀樹編『成長主義を超えて—大都市はいま』（日本経済評論社・2005年）257-277頁

³⁹ 訴訟要件である原告適格を素通りして本案を判断したようにも見えるこの処理がなされた理由について参照、角松・法学セミナー584号20-23頁（21頁）

⁴⁰ 最判 2006年3月30日民集60巻3号948頁。

⁴¹ 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70-81頁（76頁）。

な生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するものというべきである。(中略—判決は地方公共団体による景観条例の制定状況、景観法の規定などを指摘する) そうすると、良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益(以下「景観利益」という。)は、法律上保護に値するものと解するのが相当である。

もっとも、この景観利益の内容は、景観の性質、態様等によって異なり得るものであるし、社会の変化に伴って変化する可能性のあるものでもあるところ、現時点においては、私法上の権利といい得るような明確な実体を有するものとは認められず、景観利益を超えて「景観権」という権利性を有するものを認めることはできない。

(略。)

景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものということができることなどからすれば、ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当である。」

ここでの「景観利益」はB-1判決やA-3判決と異なり、土地所有権から切り離されて「居住」と結びつけられる。そして、最後の段落が示しているように、そこでは空間利用秩序形成における立法・行政の第一次性が強調され、景観利益の違法な侵害が成立する局面は極めて限定される。互換的利害関係論からも土地所有権からも切り離された「景観利益」は、外延が広がる一方で非常に弱い内実しか持たないものとなっているのである⁴²。しかし、内実が弱いものであったとしても、「従来個人に帰属する法的利益とは言い難いという見解が有力であった」⁴³景観利益の要保護性を最高裁が承認したことは重要な意義を持った。

2 原告適格論への「逆輸入」

前述のように、「互換的利害関係論」はもともと行政訴訟の原告適格の文脈で登場し(B-1判決)、それが民事訴訟に輸入・転用された(A-3判決)。しかし、A-5判決が「景観利益」が民事法上保護に値する利益であることを承認したことで、原告適格論への「逆輸入」の道が開かれることとなった。梶の浦世界遺産訴訟⁴⁴の仮差止決定⁴⁵および第一審判決⁴⁶がそ

⁴² 角松・注(10) 32頁)

⁴³ 大塚・注(41) 73頁

⁴⁴ 水野武夫先生は、同訴訟において原告弁護団長を務められた。

⁴⁵ 広島地決2008・2・29判時2045号98頁。同決定についての筆者の分析として、角松・[日本不動産学会誌](#) 86巻3号71-77頁

の例である。

同決定・同判決における申立人適格・原告適格の判断手法は基本的に共通している。どちらもまず、A-5 判決を引用し、「輛の景観」に「近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者」の景観利益は、私法上の保護に値すると述べるところから出発する。その上で、(i)公水法上の意見提出権(ii)「関連法令」(行訴法 9 条 2 項)としての瀬戸内海環境保全特別措置法および同法に基づく計画(iii)輛の景観の価値・回復困難性といった被侵害利益の性質並びにその侵害の程度(行訴法 9 条 2 項)を総合勘案して、「公水法及びその関連法規は、法的保護に値する、輛の景観を享受する利益をも個別的利益として保護する趣旨を含む」とする。

ただし、原告適格が認められる具体的範囲には両裁判例で若干の相違がある。仮差止決定は、原告主張の「歴史的町並みゾーン」内の居住者に対して申立人適格を認めたが、1 審判決は、「輛町は比較的狭い範囲で成り立っている行政区画であり、その中心に本件湾が存在する」として、より広い範囲である行政区画としての福山市輛町居住者全てに原告適格を認めたのである。

ここではもはや「互換的利害関係論」は顧みられることがない。同訴訟においてはむしろ被告側が、A-3 判決の 3 要件や互換的利害関係概念を援用し、原告適格のそれら要件が充たされていないと主張していた。景観利益の根拠付けとしての互換的利害関係概念は、民事訴訟においてであれ、行政訴訟においてであれ、すっかり後景に退いた印象を受ける。

VI 若干の考察

1 継受・転用・退場

ここまでの叙述を振り返ってみよう。ドイツ連邦行政裁判所の判例に述べられた互換的交換関係論は、ドイツ法に堪能な若手研究者のモノグラフによって日本法学界に輸入された。この紹介は、特定の事件・特定の状況に対する直接的適用を意図してなされたものというより、法関係・主観法を通じて行政法ドグマティクを再構成しようとする論者の純学問的関心に規定された輸入だった。

上記モノグラフを引用した原告代理人の主張を通じて、互換的利害関係論は B-1 判決によって採用される。裁判所にとってこの議論は、(i)面的規制に関する従来の原告適格法理の隘路を打開する上で有効なツールである一方で、(ii)日本の原告適格法理の基盤をなすドイツ保護規範説の上に構築された法理として、受入れる障害が小さく感じられたと思われる。

そして互換的利害関係論、弁護士のみならず原告住民たちの関心を惹いた。法理それ自体以上に、その背後にある「相互性」や「共同体」のコンセプトが、「自分たちがまちを守ってきた」という自己認識を有する彼らの自負にアピールする魅力的なものだったのである。それを背景として、A-3 判決は、制定法の基盤から切り離された文脈に、同理論を転用する。この転用は、互換的利

⁴⁶広島地判 2009・10・1 判時 2060 号 3 頁。同判決についての筆者の分析として、角松・判例セレクト 2010(II)7 頁、環境法判例百選(第 2 版)(有斐閣・2011 年) 178-179 頁。

害関係と結びついた景観利益概念に、より大きい社会的インパクトをもたらすこととなった。

しかし、控訴審段階における周辺住民側の敗北に続き、A-5 判決が、特段の詳細な理由付けもなく、「景観利益」の法律上保護された利益としての性質を認めたことで、互換的利害関係論のドグマティックはひとまずその役割を終える。そして、互換的利害関係論適用の元々の土俵であった原告適格論に、民事最高裁判決の景観利益論が、いわば逆輸入されることになるのである。

2 ミクロ的・マクロ的適合性

神田秀樹とカーティス・ミルハウプト⁴⁷は、輸入された法ルール「移植」⁴⁸が成功する上で決定的なのは、輸入されたルールとホスト側の環境のミクロ的・マクロ的適合性であると論ずる。ミクロ的適合性(micro-fit)とは、輸入されたルールが、ホスト国における既存の法的基盤構造をどれだけよく補うかということであり、マクロ的適合性(macro-fit)とは、同じくホスト国の既存の政治経済制度をどれだけよく補うかということである。法システムの内部（他の制定法あるいは法的手続）・外部（社会規範・インフォーマルな国家介入・市場的制約）において当該ルールの代替物が存在するかという点が分析にとって中心的地位を占める⁴⁹。

この観点から論者は、占領当局によって 1950 年にアメリカ法から移植された会社法における取締役の忠実義務(商法 254 条の 3—当時)が、ほぼ 40 年間休眠状態であったにもかかわらず、東京高判 1989・10・26 金融・商事判例 835 号 23 頁を契機として突如として活用されるようになった現象を分析する。1950 年当時、商法 254 条の 3 と法的基盤構造との間のミクロ的適合性は低かった。「スタンダード」の性質⁵⁰を有する忠実義務が活用されるには、(i)株式代表訴訟の使いやすさ(ii)裁判官や弁護士が「スタンダード」の利用に習熟しているといった法的基盤が必要だが、当時その条件は満たされていなかった。また、高度成長期では忠実義務懈怠への法的対処の必要性自体が小さく、加えて、商法の他の規定や、非=法的な会社の行為規範が「代替物」として機能したことが、ミクロ的・マクロ的適合性

⁴⁷ Hideki Kanda/Curtis J. Milhaupt, Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law, 51 Am. J. Comp. L. 887

⁴⁸法「移植」(legal transplants)概念は論者によって多義的であり、例えばワトソンはそれを法の継受(reception),移転(transfer),拡散(diffusion)といった概念と必ずしも明確に区別していない (Alan Watson, Legal Transplants- An Approach to Comparative Law, The University of Georgia Press, 2nd edition, 1993,p.21. 参照、Michele Graziadei, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, Reimann/Zimmermann(ed.) The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, 2008,441-475(443))。しかし、神田/ミルハウプトは、継受されたルールのホスト国の法制度にとっての異質性を重視して「移植」概念を用いていると思われる。なお、法移植・法継受論に関する近時のまとめとして、五十嵐清『比較法ハンドブック』(勁草書房、2010) 126-149 頁、林真貴子「日本における『法の継受』に関する理論的研究の検討」水林彪編著『東アジア法研究の現状と将来』(国際書院・2009 年) 17-42 頁。

⁴⁹ Kanda/Milhaupt(注 47), p.891

⁵⁰ Louis Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557

を低めていたとされる。しかし、その後の状況変化、即ち「スタンダード」の活用に対する法律家共同体の習熟、株主代表訴訟制度改正(ミクロ的適合性の増大)、長期不況と非＝法的なコーポレートガバナンス構造の弱体化(マクロ的適合性の増大)等の要素が、忠実義務の活用の増大を招くに至ったというのが論者の分析である⁵¹。

このような分析は、互換的利害関係論の継受・転用・退場を見る上で、若干の留保を伴いつつ⁵²適用可能と思われる。ミクロ的適合性についていえば、面的規制から受ける利益を基盤として原告適格を認めていこうとする立場に立った場合、従来の日本法における議論は、有効に活用可能な概念形象を備えていたとは言い難い。面的広がりを持った景観利益を、民事訴訟における法的保護に値する利益として構成しようとする立場にとっても同様である。もちろんこの両者に対する解答たりうるものとして、環境権論から派生した「景観権」論があった。しかしそれは、行政訴訟における処分要件(=保護規範)説からも、不法行為法上の保護利益に関する従来の議論からも、かなり距離の遠い出発点に立つものだった。この点、従来の議論とも比較的無理なく接合しうるものとして、互換的利害関係概念は注目されることになったと思われる。

また、マクロ的適合性についていえば、第一に、司法制度改革が進行中であったことがあげられる。2001年6月12日の司法制度改革審議会意見書には、「司法の行政に対するチェック機能の強化」という項目が盛り込まれ、原告適格も検討課題とされていた。その6ヶ月後に下されたB-1判決は、それ自身が、行政事件訴訟法の見直し作業を行う行政訴訟検討会における検討対象とされる⁵³。第二に、景観問題に対する政治的・社会的関心の高まりもあげられる。2003年7月の国土交通省「美しい国づくり政策大綱」から2004年の景観法制定に至る政策的潮流は、B-1判決やA-3判決とお互いにフィードバックしながら、このイシューに対する社会的関心を高めていった。

しかし、A-5判決が、不法行為法上保護に値する「景観利益」概念を判例法上創造したことで、「代替物」が登場し、互換的利害関係概念のミクロ的適合性が低下することになったと言える。

3 「転用」をめぐって。

上で筆者は、A-3判決による「互換的利害関係論」の利用について「転用」と述べた。かつてそれを「誤読」(misinterpretation)と評したこともある⁵⁴。しかし、ドイツ連邦行政裁判所ガレージII判決からB-1判決、A-3判決に至る過程で、そもそもどのような「法継受」がなされたのだろうか? 「互換的交換関係・利害関係」の正しい「読み方」は一そのようなものが仮にありうるとすれば一どのようなものなのだろうか?

⁵¹ Kanda/Milhaupt(注47), pp.893-896.

⁵² (1)忠実義務規定は、成文法上の規定であるのに対して、互換的利害関係論は理論上の概念であること(2)忠実義務規定はそれまでの会社法制と異質な英米法的要素に由来するのに対して、互換的利害関係論は、日本の原告適格論の基盤とされるドイツの保護規範説に由来することといった重要な相違点がある。

⁵³ もっとも、行政訴訟検討会における議論との関係では、B-1判決のもう一つの特徴である法定外抗告訴訟の許容性に関する論点の方がより重要だったかもしれない。

⁵⁴ Kadomatsu 注(1)。板垣勝彦・法学協会雑誌 127 卷 12 号 190-225 頁 (127-128 頁) は、A-3 判決の互換的利害関係論を法律構成として「大きな難点がある」と評する。

ガレージII判決は、「建築利用令上の用途地域(Baugebiet)において定められた建築用途への違反を、隣人は取消訴訟において主張することができる(従って原告適格が認められる)」(命題1)という法的結論⁵⁵を示す。「互換的交換関係」はその理由付けとして述べられたものである。「建築計画法において建築利用態様が指定される場合、当該公法的制限に服する者相互間には、法的運命共同体としての互換的交換関係が成立する」(命題2)と要約することができよう。

ここで命題1は、特定の制定法の解釈・運用に関する命題である。その法的結論はドイツ法における建築法制度・行政訴訟制度の存在を前提として初めて有意味な命題—その当否を論ずる以前に一として成立するものである以上、日本法上の命題として文字通り導入することは論理的に不可能である。しかし、例えばドイツの地区詳細計画制度と日本法の地区計画制度、そしてドイツの保護規範説と日本の処分要件説にそれぞれ一定の類似性がある以上、いわば「準用的」な継受は不可能ではない。

そのような継受はいかにして正当化されうるだろうか。「ドイツでこのような法的結論が採用されていること」それ自体が正当化の論理たりえないことはいうまでもない⁵⁶。ただし他国における特定の法的結論の実際の効果に着目した帰結主義的論法はありうる⁵⁷。たとえばそのような原告適格拡大が濫訴の弊につながっていないとか、建築行政の統制に有効に機能しているなどの実証による議論である。

しかし、これまでわがくにの実定法研究者が従事してきた外国法研究の多くは一少なくとも良質なそれは—そのような作業ではなかっただろう。そこでは、外国法における一定の法的結論がいかなる理由付けに支えられているかを検討し、その理由付け命題をある程度抽象化・普遍化した上で、法制度的・社会的状況が異なる日本法にそれを受容する可能性を論じることが試みられてきた。そのためには、彼我におけるこれら命題の法的・社会的機能とその成立条件を慎重に吟味する作業が不可欠だった。

⁵⁵ ここで言う「法的結論」は、「抽象化された結論命題」(中野次雄編『判例とその読み方(3訂版)』(有斐閣・2009年)47頁(中野))を一応念頭に置く。中野・前掲によればこの「抽象化された結論命題」と同一内容を「理由づけ命題」として表現することもできるが、「それよりも内容の広い、より一般化された法命題」も存在するとされる。本稿にいう「理由づけ」とは、主にこの後者を指すが、定義命題・要件効果命題の形を必ずしもとらないものも含め、上記結論の「根拠」として提示される主張全てを含むものとして考えている。

⁵⁶ 法ルールの移植が「きわめてありふれたもの」であることを強調するワトソン(Watson, 注(48), p.95-96)が、他方で法解釈は継受できないと論ずる(Watson, 注(48), p.112)一のは、このような趣旨であろう。理由付けから切り離された「結論命題」の権威的な「移植」を論者は専ら念頭に置いていると思われる(Pierre Legrand, What “Legal Transplants”?, in Nelken/Feest(ed), *Adapting Legal Cultures*, Oxford and Portland, Oregon, 2001, pp.55-70(57-61).)。なお、ワトソンの議論について参照、角田猛之「法の非発展論的發展論：A・ワトソンの法移植論の紹介と検討(一)」中京法學 23巻 2/3/4号 69-92頁。戒能通弘「G・トイプナーの法の移植に関する議論について」同志社法学 53巻 5号 44-72頁(56頁)

⁵⁷ 例えば、ベルコヴィッツ/ピストー/リチャーズ(齋藤/佐藤訳)「法制度の移植作用」神戸法学雑誌 59巻 1号 114-174頁(2009)は、実証的手法により個別の法移植の有効性の有無を検証する。

さて、ガレージ II 判決の場合において、上記命題2における「互換的利害関係」概念は、建築利用令上の用途地域指定において定められた規範の存在を前提にして、当該規範の対象者がそれを自らの利益のために主張できること—客観的法規範の主観化(Subjektivierung)⁵⁸—を導出する機能を担っている。そしてその成立条件として、(ア)当該規範が建築計画法上のものであること(イ)規範内容が用途に関する斉一的な指定であるという特質を有していることの 2 点を考えることができよう。

B-1 判決において、「互換的利害関係」が果たした機能も、「客観的法規範の主観化」であった。ここでは、地区計画・建築条例において定められた建築物の高さ規制が原告適格を基礎づける「個別的利益」を導き出すことの説明が試みられる。ガレージ II 判決における上記の成立条件をあてはめてみよう。ドイツ地区詳細計画と日本の地区計画・建築条例との一定の類似性に鑑みれば、(ア)については、準用に無理がない。(イ)では、ガレージ II 判決における用途の斉一性に変えて、B-1 判決では、景観の特質に焦点が当てられる。「その景観を構成する空間の利用者全員が相互にその景観を維持・尊重し合う関係に立たない限り、景観の利益は継続的に享受することができないという性質」を指摘することによって、ガレージ II 判決にいう「運命共同体への結合」が導かれるのである。

続いて A-3判決について見てみよう。同判決は「特定の地域内の地権者らが、地権者相互の十分な理解と結束及び自己犠牲を伴う長期間の継続的な努力によって自ら作り出し、自らこれを享受する」ことが「都市景観による付加価値」の特殊性だとする。その上で、それを「維持するためには、当該地域内の地権者全員が前記の基準を遵守する必要がある(る)」として、「当該地域内の地権者らは、自らの財産権の自由な行使を自制する負担を負う反面、他の地権者らに対して、同様の負担を求めることができなくてはならない。」とする。

ここで示された「互換的利害関係」論の機能をどう理解するかは、同判決の読み方に依存する。例えば吉田克己は、「本件における真の争点は、住民を主体として形成されてきた土地利用に関する地域的ルールに違反した建築行為がなされた場合に住民にどのような法的救済手段が与えられるべきか、である」とする。その場合、私人には「公共的秩序」を実現する地位が認められるべきだ、というのである⁵⁹。仮にこのような読み方に従えば、A-3 判決における互換的利害関係概念は、「客観的法規範(=地域的ルール)の存在を前提として、それを主観化する」というガレージ II 判決と同様の機能を営んでいると理解できる。景観利益の成立条件として述べられた上述の 3 要件—(i)地権者らによる土地利用の自己規制の継続(ii)社会通念上も良好と認められるある特定の人工的な景観の相当期間の保持(iii)地権者らの所有する土地への付加価値—が上述の「互換的

⁵⁸ Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnung- und Landesplanungsrecht, 5.Aufl., 2009, § 27 Rn.10-(19) ただし、互換的交換関係についてこの語が直接用いられているわけではない。

⁵⁹ 吉田克己『『景観利益』の法的保護』判タ 1120 号 67-73 頁(71 頁)。なお、吉田は土地所有権から出発する構成に批判的であるため、ここでは「住民」と述べられている。また、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 25 頁は「地域的公序」の観点からの理解を試みる。参照、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 2007 年 6 号 449-481 頁(456-457 頁、468 頁以下)

利害関係」と独立に観念しうるものなのか、それとも互換的利害関係が基礎付けになっていると読むのかによって、答えは変わってくるだろう⁶⁰。

上述の(ア)(イ)の成立条件についてはどうだろうか。まず(イ)については、B-1 判決と同様、A-3 判決も「景観」の特質に力点を置く。遵守の必要性を強調する上記箇所に加えて、都市景観の成立を「同地域内に建築する建築物の高さや色調、デザイン等に一定の基準を設け、互いにこれを遵守することを積み重ねた結果」と述べる箇所は、景観が一定の斉一性を要求することに注目している。

これに対して(ア)は問題である。A-3 判決が前提とする「客観的法規範」が私法上のものであって、都市計画・建築基準法上の規範でも、およそ行政法的な規範でもないのは明らかである。そこで、「ガレージ II 判決の理由づけにとって、建築計画法上の規範であること、あるいは行政法的に設定された規範であることをどの程度決定的と見なすか」という問いが「準用」の当否を論ずる上での重要性を帯びてくることになる。

この問いに答えるためにはどのような作業が求められるだろうか？ 山本の前掲書は、基本的にドイツの議論に対する「内的視点」⁶¹に立脚した上で、ガレージ II 判決の互換的交換関係論を行政法ドグマーティク全体の再構成の試みの中に位置づけようとしたものだった。そこでは行政法的規制と民事的規制の関係についても詳細かつ水準の高い検討が試みられている⁶²。

しかし、外国法の「内的視点」に立ってこの問いに答えることは必ずしも不可欠ではないだろう。例えば阿部泰隆は、論者がそれまで展開してきた行政法と私法の役割分担に関する主張を前提として、互換的利害関係論は「行政法上の制度による権利義務の形成」としてしか理解できないと論ずる⁶³。

外国法の概念に接した日本の法律家が、その概念に関連して問題となる彼地での「問い」を正しく捉えた上で、それを日本法に継受すべきかを検討するにあたっては、「内的視点」の深化による答えと並んで、機能と成立条件に対する一通りの吟味をすませた上であえてあくまで日本法における議論を出発点として答えようとする姿勢もまた許されるのではないだろうか。

4 地域像維持請求権？

さて、そのような作業が不可欠ではないことを確認したうえではあるが、「互換的交換関係」の文脈とその後の展開をもう少し見てみよう。

よく知られているように、ドイツの建築法制は、内部地域＝建築許容地と外部地域＝不許容地の

⁶⁰ 「互換的利害関係」ではなく「景観利益」概念についてはあるが、筆者自身、B-1 判決と A-3 判決を比較し、後者では『景観利益』概念それ自身が民事差止請求権を根拠づける役割を担っている」と指摘したことがある(角松・地方自治判例百選(第3版)80-81頁)

⁶¹ 大村敦志/道垣内弘人/森田宏樹/山本敬三『民法研究ハンドブック』(有斐閣・2000年)178頁

⁶² 例えば山本・注(12)322-325頁

⁶³ 阿部泰隆「景観権は私法的(司法的)に形成されるか(上)」自治研究81巻2号18頁

二分割を基盤として構築されている。前者は既成市街地たる連担建築区域と、地区詳細計画が制定されている地域からなる。それ以外の全ての地域からなる後者では、建築が認められないことこそが原則と考えられている⁶⁴。連担建築区域では、都市的利用を可能とするための面的土地利用計画が必ずしも策定されているわけではない⁶⁵。

Bプランが定められていない連担建築区域内における建築案の許容性は「建築案が、建築的利用の用途と密度、建築方式、および建築の行われる敷地の範囲において、近傍の特徴に適合しており、地区整備が確保されている場合」に認められるというのが一般原則である(建設法典 34 条 1 項)。既成市街地の現実の状況への適合性が要件とされているわけであるが、その「近傍の特徴」が、建築利用令上規定された用途地区の一に対応している場合には、「建築利用令の規定上、当該用途地区において一般的に認められるかのみによって、当該建築計画の用途の許容性を判断」⁶⁶(建設法典 34 条 2 項)することになる。

さて、ガレージ II 判決では、既に引用した箇所が続けて、連邦行政裁判所は以下のように述べていた。

「建築法典 34 条 2 項の規定—それによれば、Bプランが定められていない内部地域の特徴が建築利用令上の用途地区の一に対応する場合、建築案の許容性は同令の規定に直接に従って判断される—も上のような解釈(訳注:Bプランの規定の隣人保護性は市町村の意思に依存するのではなく、用途地区の指定から直接に導かれる)の根拠となる。ここで市町村の意思に着目することはできない。34 条の領域で、市町村は計画的活動をなしていないからである⁶⁷。……むしろ、建築利用令上の用途地区について、計画によるそれと事実上のそれを 34 条 2 項が同視したことにより、その限りにおいて、連邦立法者は同様の隣人保護を確定したことになる」

このように同判決は、Bプランが策定された地域のみならず、事実上形成された連担建築区域においても、用途地区に類比しうるような一定の特徴がそこに形成されている場合、それを規範として相互に遵守を求めることを認めた⁶⁸。文献上「地域(像)維持請求権」(Gebietserhaltungsanspruch⁶⁹)

⁶⁴ 広渡清吾「都市計画と土地所有権」原田純孝/広渡清吾/吉田克己/戒能通厚/渡辺俊一編『現代の都市法』(東京大学出版会・1993年)62頁、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社・1988年)72頁、284頁

⁶⁵ 高橋寿一『『建築自由・不自由原則』と都市法制』原田純孝編『日本の都市法 II』(東京大学出版会、37-60頁(39頁))。この意味で、ドイツについて「計画なければ開発なし」という原則が支配的だと語ることは必ずしも正確ではないことが指摘される。(高橋・同上、高橋「既成市街地における建築規制」東社 44 巻 1 号 115-153 頁(115-116 頁))。

⁶⁶ 1976 年の連邦建設法改正によって挿入された規定である。同改正とその後の修正について参照、高橋・注(66)(既成市街地)131頁、143頁。

⁶⁷ 1976 年改正前の法について、連邦行政裁判所判例は第三者保護を否定してきたが、それは現行法にはあてはまらないとされる。本文に述べた点も含めて参照、山本・注(12)306頁、313頁

⁶⁸ 但し、ガレージ II 判決は Bプランによる純住居地域の指定がなされていた事案であるか

と呼ばれるものである⁷⁰。行政主体による計画的地域指定がなされていない場合でも、連邦行政裁判所は「客観的規範の主観化」を認めているわけである。

もちろんこのことは、A-3 判決における「互換的利害関係」の適用がドイツ法の概念の「誤読」ではなかったという帰結には直ちにはつながらない。ドイツ法における「答え」をそのまま輸入することに意味がないという前述の点を別にしても、(1)連担建築区域における「地域像維持請求権」が問題になる場合も、それはやはり行政訴訟の文脈であって民事訴訟ではないこと(2)連邦行政裁判所の上のような解釈は、建設法典 34 条 2 項の存在を前提としてなされたものであり、その意味で計画法上の制度に依存したものであること(3)地域像維持請求権は建築利用令上の用途地域との特徴の類似性を前提とする以上、そこではあくまで用途の斉一性が問題になるのであって、A-3 判決のように景観保全の観点から高さ制限が問題になっているのではないこと(4)建設法典 34 条 2 項の規定自体が、建築の不自由を前提としたともいえるドイツ建設法の基本的観念を前提とするものであり、立法実務が「最小限規制原則」⁷¹にとらわれている日本法に導入できるか議論があり得ることなどの問題点を指摘することができよう。

しかし、「客観的規範の主観化」は、行政主体によって現実になされた利害調整・利益配分を不可欠の前提とするものではないと彼地で考えられていることは、我々の議論に一定の参考になることは否定できない。そして、上の段落で指摘した(4)の点は、まさに我々自身が立脚している法制度

ら、判旨のこの部分は一応傍論ということになる。

⁶⁹ 「地域像維持請求権」に関する教科書レベルの記述としてさしあたり Koch/ Hendler 注 (59) , S.481(§ 27 Rn.30a) , Bönker, in Werner Hoppe/ Christian Bönker/Susan Grotefels, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, S.514(§ 18 Rn.43))。著書として、Simon Marschke, Der Gebietserhaltungsanspruch, Kovac,2009. 雑誌論文・解説記事として Dietmar Mampel, Der Gebietserhaltungsanspruch im Streit der Meinungen, BauR 2003,1834; Christian Konrad, Gebietserhaltungsanspruch und Gebot der Rücksichtnahme, JA 2006,59; Thomas Schröer, Öffentliches Baurecht-Grenzen des Gebietserhaltungsanspruchs,NJW 2009,484。表現としては必ずしも統一されず、Anspruch auf Wahrung des Gebietscharacters, Gebietsgewährleistungsanspruch, Gebietbewahrungsanspruch といった表現が用いられることもあるようである。なお、この概念に関しては別稿を予定している。

⁷⁰ ドイツ建設法関係の文献においては、「帰結」としてのこの概念の認知度が、その「理由付け」としての互換的交換関係概念よと、少なくとも同程度に及ぶ印象を受ける。筆者の手元にたまたまあった建設法関係の注釈書・教科書全 9 冊の事項索引で「互換的交換関係」という項目を採用しているのは 2 冊、「地域像維持請求権」は 5 冊である。またドイツ法学文献データベース Juris を「互換的交換関係」で検索すると、裁判例 437 件がヒットするが、文献は 0 件である。「地域像維持請求権」の場合はそれぞれ 450 件、21 件となる(この点に関し、Jan-Hendrik Dietrich 教授(連邦行政専門大学)から教示を受けた)。両概念ともさほど注目を集めているとまでは言えず、ポレーミッシュに言えば、「互換的交換関係」「互換的利害関係」概念は、ドイツよりも日本の法学界においてより知名度が高く、より重視されているのかもしれない。

⁷¹ 藤田宙晴「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き」『行政法の基礎理論(下)』(有斐閣、2005年)323頁—343頁。参照、角松「ドグマティックとしての必要最小限原則：意義と射程」藤田宙晴・磯部力・小林重敬編集代表『土地利用規制立法に見られる公共性』(土地総合研究所,2002年),82-98頁。

の意味を、「それでよいのか」と改めて問い直すことにもつながりうるものだろう。「刺激物」としての外国法の要素を継受しようとした場合にもたらされるノイズが議論を活性化させる意義⁷²をここに見いだすことができるのである。

5 展望—互換的利害関係の「再登場」はあるか

さて、上記のように、最高裁による「景観利益」の保護利益性の「いとも簡単な」承認、そして原告適格論への逆輸入も見られるような状況になったことで、「互換的利害関係」のドグマティックはひとまず表舞台から退いたかに見える。果たしてその「再登場」はあり得るだろうか。

上述したように、互換的利害関係は、原告適格論の文脈において、面的規制から生じる利益に個別保護性を認めるのに適合した概念だった。まず、「景観利益」が必ずしも問題とならないような面的規制との関連において、この概念を活用することが考えられる。もっとも、上述のように、B-1 判決が、「景観の特質」に焦点を当てて「運命共同体への結合」を導いていることを考えれば、当該面的規制の特質を吟味し、同様の共同体的性格を認めうるかどうかは問われなければならないであろう。

第二に、B-1判決が、建築条例による高さ制限地区の地権者全てに原告適格を認めたことが重要である。個々人に生じる被害の重大性に立ち入らず、面的規制の受益者全てに原告適格を認める論理たりうるところにこそ、同概念の最大の威力があったとも考えられる。

ドイツ法における前述「地域像維持請求権」の場合も、それが認められる場合は隣人は「感知可能・証明可能な被害(spürbare und nachweisliche Beeinträchtigung)を現実を受けるかどうかを問わず」⁷³地域指定ないしそれに対応する現実の状況から生じたルール⁷³の遵守を求めることができることにその固有の意義が認められている。

これに対して、近時の日本の裁判例には、一人一人について具体的被害の程度を考察することを原告適格判断における前提としているものが散見される。例えば、注(32)で触れた第一種低層住宅専用地域における車庫の例外許可という、ガレージ II 判決と類似した事例を扱った横浜地判 2005・2・16 判自治 266 号 96 頁を見てみよう。

同判決は、「建築基準法 48 条 1 項ただし書の規定に基づく例外許可に係る建築物が建築され、当該建築物がその用途に供されることによって、第一種低層住居専用地域において居住生活を営み、現実に享受してきた当該地域にふさわしい『良好な住居の環境』の内容を構成する社会生活上保護されるべき人格権的利益を直接的に侵害されるおそれがある者」は原告適格を有するとする。用途地域指定自体は「一般的な公益保護を目的としたものであることは明らか」であるが、例外許可判断は「第一種低層住居専用地域として指定

⁷² Gunter Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *The Modern Law Review* Vol.61(1996),pp.11-32(12).

⁷³ Schröer 注(70),S.484。同旨 Koch/Hendler 注(59), S.481;Mampel 注(70),S.1831;Konrad 注(70),S.59。顧慮要請による保護の場合はこれに対して現実の被害を示すことが必要だとされている。

され、当該地域にふさわしい良好な住居の環境を形成・維持するように建築物の用途が規制された効果として、当該の建築物の建築が予定されている具体的な地域において現に形成・維持されている良好な住居の環境等に係る事情を踏まえて行われる」ものであるから、これらの者の利益は個別的に保護されているというのである。そしてそこにおける「良好な住居の環境」は「抽象的な一般的公益としての『環境』と把握すれば足りるというものではなく.... 第一種低層住居専用地域にふさわしい『良好な住居の環境』を現に享受してきた居住者らの社会生活上の具体的利益が、当該建築物の建築により、どのような影響を受け、どのように害されることになるのかという視点から考察されるべき『環境』なのである」とされる。

改正行訴法の施行直前に下された同判決は、個別保護性を単純に否定されがちであった面的規制による生活環境上の利益を根拠に原告適格を認める方向性を示した点で興味深い。しかし同判決は、原告一人一人についての「具体的被害」の考察を同時に要求する。「本件自動車車庫の建築により、機械による昇降横行式の車庫からの車輻の出し入れに伴い車庫あるいは車輻が発生させる騒音にさらされ、あるいは、車庫からの車輻の出入りに伴うライトグレアにさらされ、さらには、車庫から出入りする車輻が発生させる排気ガスの影響による被害」を受けるかどうかを検討し、それにより「居住生活を営む利益等の、社会生活上保護されるべき居住生活に係る人格権的利益を直接的に侵害されるおそれのある者」に限って原告適格を認めることとなった。

もう一つ例を挙げよう。改正行訴法後の原告適格に関するリーディング・ケースである小田急最高裁判決（最大判 2005.12.7 民集 59 卷 10 号 2645 頁）は、「騒音、振動等によって健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民」に原告適格を認めた。ここで用いられた「生活環境」概念は「狭義の『人格秩序』から離れて種々のアメニティ的利益にまで広がっていく可能性を含むもの」⁷⁴であった。この「生活環境」概念を受けて、前述の鞆の浦世界遺産訴訟では、鞆の景観は、その歴史的文化的価値も含めて「これに近接する地域に住む人々の豊かな生活環境を構成」するものとして個別的利益を基礎づけるものにとらえられている⁷⁵。

しかし、場外車券場に関する最判 2009.10.15 民集 63 卷 8 号 1711 頁は、場外施設による生活環境の悪化について、「このような生活環境に関する利益は、基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、当然に、法が周辺住民等において上記のような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難」と述べる。その上で裁判所は自転車競技法 15 条 1 項が定める位置基準について、原則的に個別保護性を否定する一方で、「当該場外施設の設置、運営に伴い著しい業務上の支障が生ずるおそれがあると位置的に認められる区域に医療施設等を開設する者は、位置基準を根拠として当該場外施設の設置許可

⁷⁴角松・注（10）32 頁

⁷⁵角松・注（45）76-77 頁、注（46）判例セレクト 7 頁、環境法判例百選 178 頁

の取消しを求める原告適格を有するものと解される」とする。その上で、「当該場外施設が設置、運営された場合にその規模、周辺の交通等の地理的状況等から合理的に予測される来場者の流れや滞留の状況等を考慮して、当該医療施設等が上記のような区域に所在しているか否かを、当該場外施設と当該医療施設等との距離や位置関係を中心として社会通念に照らし合理的に判断すべき」という原告適格の判断基準を示したのである。ここでも専ら原告の個別具体的被害に着目した「著しい支障」の有無に原告適格をかからしめている。

このような個別的被害の程度を重視する判断手法を必ずしも是とせず⁷⁶、行政法的関係によって設定される生活利益の法的な相互関係に着目することに仮に意義があるとすれば、「互換的利害関係」ないし「地域像維持請求権」に改めて注目する価値があるのではなかろうか⁷⁷。再登場の可能性は未だ閉ざされていないと思われる。

⁷⁶阿部泰隆・判例時報2087号164頁はそれを「民事法的判断手法」として行政訴訟にふさわしくないと批判する。

⁷⁷ただし、場外車券場の事案は、自転車競技法との関係のみについて言えば、山本の分類でいう「反対利害関係」に属すると思われる。

<表: 国立マンション紛争をめぐる主要裁判例一覧>

		争点① (既存不適格)	争点② (差止・撤去/是正命令)
A 事件 (民事訴訟) (確定)	A-1(満田)決定(東京地八王子支決 2000.6.6)	×	×
	A-2(江美)決定(東京高決 2000.12.22)	○	×
	A-3(宮岡)判決(東京地判 2002.12.18)	×	○
	A-4(大藤)判決(東京高判 2004.10.27)	×	×
	A-5(甲斐中)判決(最判 2006.3.30)	—(*1)	×
B 事件 (法定外抗告訴訟) (確定)	B-1(市村)判決(東京地判 2001.12.4)	○	○
	B-2(奥山)判決(東京高判 2002.6.7)	×(*2)	×
	B-3(才口)決定(最決 2005.6.23)	— (実質判断なし)	— (同左)

○=周辺住民側の主張を認める ×=M 社ないし特定行政庁の主張を認める

(*1) 3 条 2 項の適用を原審が適法に確定した事実関係として前提にしている。

(*2) 建築条例の適法性が是正命令権限不行使の違法判断の前提とされているが、訴訟上の主要な争点ではない。