

内藤 今日、一橋大学の小平国際共同研究センターの「契約」研究プロジェクトの第3回研究会になります。関東学院大学から鳥澤円先生においでいただきまして、『合意』による景観の創出」というタイトルでご報告いただきます。

鳥澤先生は、特に紹介の必要はないと思いますが、加賀見先生もいらっしゃるので一応ご紹介しますと、こちらの一橋大学のご出身で法哲学を専攻されていて、いま関東学院大学で教鞭をとられております。

鳥澤 ただいまご紹介にあずかりました、森村ゼミ出身の鳥澤です。よろしくお願いします。昨日の夜あまり寝ていないので今日はいつもに増して滑舌が悪いと思いますけれども（笑）、どうかご容赦ください。今日は、メールでお知らせしましたように、「良好な景観は『公共財』であるが、公共財の供給方法は一通りではない。本報告では、景観の特性と土地・建物といった私財の公共性をふまえた上で、『合意』にもとづく景観供給方法と『合意』にもとづかない方法を比較・検討する」という内容でお話しいたします。

レジュメ冒頭の事件とは、今、山内先生と青木先生がお話しされていた、あそこの（窓から見える）マンションの話です。私はこのマンションが建てられたとき、2001年にはまだこちらの大学院におりまして、（このマンションがある）富士見台に住んでいました。ですから、あのマンションの前はほとんど毎日のように通っていたわけです。訴訟が提起されたことは、私にとってはややショッキングでした。なぜショッキングだったかという、当時の私には、マンション建設によって景観が破壊されたようには感じられなかったからです。反対運動で、あちこちに貼られた黄色いビラのほうがむしろ景観破壊ではないかと思っていたくらいでした（笑）。

その後のメディアや弁護士や法学者の見解にもやや違和感を持ちました。理路整然とした議論を展開している方もいる一方で、中には情緒的な反応をする方が少なからずありました。たとえば、そこに挙げたのは参考文献欄に挙げた岩波新書からの引用ですが、この訴訟の判決について、「国民に冷酷」だとか、「高層建築の周辺で泣く市民を無視して、ひたすら事業者を勝たせるために支離滅裂な判決を書き続けている裁判官」というふうに表現しています。ちょっと考えるところがあり、調べてみました。実定法を扱うのは苦手なのですが、判決なども読みました。その結果、私としては「事業者を勝たせた判決は決して支離滅裂ではない。また、事実の経緯をよく吟味しているな」という感想をもちました。

私はこちらのロースクールで「法と経済学」も教えておりますので、以下、法と経済学的な概念なども使い、この景観の問題について、国立の問題などを念頭に置きつつ、もっと一般的な形でお話しいたします。

（レジュメ見出しの）1番目は「私有財産と『公共性』」としました。ここで言うまでもないことですが、私的所有権の制度というのは近代法の基本です。財産権は合意あるいは契約によって移転され、法は財産権と契約を執行するわけです。所有者は、所有権の範囲内でその財産を自由に使用したり処分したりすることができます。例えば、私がリンゴを1つ持っていたら、それを煮て食べようが焼いて食べようが生で食べようが、場合によっ

ては腐らせてしまってもいいわけです。けれども、土地だとか建物だとかいった財産は、やはりリンゴとは少し話が違ってきます。かなりの面積と空間を占有しますので、それはその土地の所有者以外の人に対しても何らかの影響を与える。最近はやりの言葉で言いますと「公共性」を持つということです。土地や建物は言うまでもなく経済の重要な要素ですが、最近、さまざまな建物などが集合的に「景観」を形成するということから問題が生じています。私有財産ではあっても「公共性」を持つということについて、もう少し考えていきます。

(レジュメの) 2の部分で、「景観の特性」というものを経済学的な概念なども使いつつ考えてみました。今「はやり」と言いましたけれども、この「公共性」にもいろいろな定義があります。私流に言わせてもらいますと、景観というのは「私有財産上にあっても正の外部性あるいは負の外部性があり、公共財である」ということになります。これは定義ではなくて、性質の説明です。「外部性」というのは経済学の専門用語で、同意なく他者に課される費用や利益のことです。経済学的では、「市場を通じずに他者に課される…」といった言い方をします。市場というのは同意・合意の場ですので、このように言いかえています。

外部性には、プラスの外部性とマイナスの外部性があります。プラスの外部性というのは、例えば隣の家の庭に桜の木があって、春になると大変きれいな花を咲かせるとします。その桜の木の維持は当然その所有者がやっているわけですが、その家の前を通る人、何ら費用を負担していない人もその桜の花をめでることができます。これが正の外部性の例です。負の外部性というと最近話題になっている、吉祥寺の榎図邸が挙げられます。赤と白の縞々の外壁の家を建てるということで、付近の住民がそれは「色彩の暴力」だと言って建築差し止めを申し立てましたが、裁判所に却下されました。そういう赤白の外壁の家を見てたいへん暴力的だと感ずる人もいるわけです。この人はこの家の壁の色についてコントロール権を持たず、その前を通るだけで嫌な感じを同意なしに受けてしまうので、負の外部性を受けていると言えます。

桜の木と榎図邸の例を出しましたが、外部性というのは考えようによっては当たり前のことです。一つの場所に多くの人々が集まって社会的に生活している以上は、お互いに影響を与えざるを得ません。だから外部性それ自体ではいいとか悪いとかは言えず、問題はどのような外部性を法的に許容するかということになります。少し言いかえると、ある財産の使い方について、だれにその意思決定権を与えて、そのコストをだれが負担するかという問題になります。

外部性という性質に加えて「公共財」とも言いました。公共財というのは外部性の1つの極端な例といいますか、広範囲にわたる公共的な外部性というか、そういった性質を持った財のことで、定義するなら「消費・享受の競合性がなく、かつ代価を支払わない受益者（フリーライダー）を排除することが困難な財」です。

例としてはいろいろありますが、よく経済学の教科書で出されるのは国防です。核抑止

の例が一番単純でわかりやすいでしょう。ある国が仮に核爆弾を保有しているとして、中にはそれに反対する国民や税金を払っていない国民もいるかもしれませんが、皆が核の傘で守られてしまいます。それ以外の例としては、公園があります。公園には競合性があるのであまり大勢の人が行くと混雑しますが、一応誰でも入れることになっていますので、基本的に代価を支払わなくても中に入って楽しむことができます。公園はあまりいい例ではありませんが、そういった性質です。

経済学で常識的な考え方では、公共財についてその供給をマーケットに任せておく、言いかえれば自発的な合意に任せておくと、集合行為問題が発生します。集合行為問題というのは、要するにただ乗り問題です。各人が費用を負担してもそれを上回る利益が得られるというのに、公共財の生産にはとりあえず反対して「いや私は要らない」と言っておいて、その費用を負担せずに公共財からの便益を受け取ろうとする行動がどんどん出てきて、やがて支配的になってしまい、それで十分な量の公共財が供給されなくなる、というわけです。この解決策としてまず考えられるのは、政府が強制的に税金を徴収してそれを供給するということです。この集合行為問題についてはいろいろ研究がありますが、理論的にはふつう、規模が大きくなって構成員が増えるほど解決が困難になる、つまりただ乗りがどんどんふえて十分な公共財が供給されなくなると言われています。

次の2つの性質はわりと簡単な話です。2番目は局地的であるということです。さっき核の傘の話をしましたけれども、そういうものとは違って景観はもっと限られたエリアの問題になるわけで、したがって、これは国の問題ではなくて市町村といった地方自治体レベルで問題になるといえます。3番目は、景観のよしあしというのは基本的には審美的な問題、それと関心があるかないかだということです。これはあるアメリカ人が言っていたことで、必ずしもそうとは言えないようにも思えるのですが、景観は経済学的に言うところの「需要の所得弾力性が高い」、要するにお金持ちほど気にする、貧しい人はあまり気にしない財だという見方もあります。ともかく、好悪や、必要ないし不要の判断は人によって異なる、ということです。ここで好悪と必要／不要を一応分けたのは、やはりきれいな町並みはなによりあったほうがいいわけですが、仮に大勢の人がこれは「きれいだ」と判断するとして、ではそれが必要かというと、これはまた別の判断になってくるということです。

これが前提です。では、『『良好な』景観供給の方法』にはどんなものがあるだろうか、ということで幾つか並べてみました。

1つ目は「明示的な合意にもとづく方法」です。①は「インフォーマルな『合意』」で、要するに必ずしも法にもとづかないような合意ということです。これは②の「フォーマルな契約」、契約法にもとづく契約と一応区別しています。直談判あるいは示談ということです。これはうまく達成されれば「コースの定理」的解決となります。「コースの定理」とは、これも経済学の概念ですが、「取引費用がゼロまたは非常に小さければ、当事者間で効率的な結果になるような合意がなされると推定される」ということです。「取引費用」というのは、交渉や取引にかかるもろもろのコストです。コースというのは人の名前です、

コースの言う取引費用とは、交渉相手を特定し、取引に必要な情報を集めて交渉意思や条件を伝達し、駆け引きを行い、合意を締結する――合意を締結するにあたっては、ある程度合意の内容を明示して列挙する必要があります――、さらに合意の遵守を監視するコストといった、いろいろなことを含む概念です。そのような取引費用がゼロか非常に小さいならば、私人同士の合意、当事者間でうまくいくということです。

そのようにして景観が供給されている例として、これはレジュメの最後に挙げました長谷川貴陽史さんの本の中で挙げられていたのか、長谷川さんご本人の報告から聞いたのかどちらかですが、谷中のあるマンションは、マンションを建てる時に高さや色彩を交渉により変更して、それでうまくいったとのこと。ちょっと派手な色にする予定だったようですが、落ち着いたトーンに変更されたようです。

次に、②の契約です。契約にもいろいろありますが、ここで想定しているのは買い取り、私人あるいは自治体による買い取りです。それから、景観トラストと言われるものもあります。これは経済学的にいうと「合併による『内部化』」ということになります。景観トラストについては日本ナショナル・トラスト協会というのがありますけれども、これは専ら自然の景観を保護しているみたいです。長谷川さんの挙げられていた例だと、「おばあちゃん原宿」巣鴨には財力のあるお寺があるようで、近所にマンションを建てる計画が上がったらしいのですが、そのお寺がその土地をそっくり買い取ってマンションを建てさせなかったそうです。ただ、これはやはりある程度資力のある人でないとできないことだと思います。

③は建築協定、あるいは景観協定です。これは建築基準法や、数年前にできた景観法にもとづく制度です。これは普通の契約とはちょっと違います。その内容はというと、「住宅地の良好な環境や商店街の利便を維持・増進することを目的として、土地所有者等の合意により一定の区域について、建築基準法の一般的基準以上の基準を定めることを認める制度」です。建築基準法は全国的に守られるべき必要最低限の基準を規定した法ですので、景観のように局地的な利益は保護していないわけです。普通の民法上の契約と何が違うかといいますと、その協定が締結された後に、その土地を売買や相続で承継した人にも効力が及ぶということです。親が高い建物を建てないという建築協定なり景観協定なりを結んでいたら、それを正式に廃止する手続きがとられないと、相続した子供も同じく高い建物は建てられないということになります。この方法の利点は、基本的に当事者の任意にもとづいているので柔軟に対応できるということです。当然、住民本人が締結するものですから、住民の意思を反映しやすい。これも長谷川さんのおっしゃるところによりますと、実際、この建築協定違反に関する訴訟の件数は少ないそうです。

景観協定というのは最近できた景観法の中でつくられた制度で、どうも建築協定をもう少し明確化した制度らしいです。協定を結ぶときは全員の合意が必要ですが、廃止するには過半数の合意でいいということです。以上が、合意にもとづく方法です。

2つ目に、合意とまでは言えないが、『暗黙の合意』にもとづく方法」というものがあ

るだろうと考えました。実はこれは国立のケースにおいては重要な役割を果たすのですが、――社会規範であるとか地域的なルールといったものは、明示的な合意にはもとづかず、したがって法的にも執行されないのですが、事実上当該地域において何らかの規範性を有しています。とりわけ、ここでお話ししている公共財とか、いわゆる「コモンズ」のためのルールです。「コモンズ」も最近はやりの言葉で、あちこちで使われているようですが、基本的には入会（いりあい）地のような総有された公共財です。「（集団の）メンバーがアクセスする権利を持つが譲渡する権利を持たないような財」というのが定義ですが、まあそれはいいとして、そういった公共財・「コモンズ」を維持するための負担を義務づけるルールが、重要です。それがうまく機能していれば、政府であるとか法的なシステムを使うことなく集合行為問題（フリーライダー問題）を解決できるといえます。

では、3つめの「合意にもとづかない方法」というのはどういう方法かという、2つあります。公法的な方法と私法的な方法です。公法的な方法とは、①の地区計画・景観計画あるいは用途地域の指定などです。これらは都市計画法や景観法にもとづいています。英米法でいう **zoning** に近いものです。ちなみに、前述の建築協定は **covenant** という制度に近いようです。

地区計画というのは、「建築物の建築形態、公共施設その他の施設の配置などからみて、一体としてそれぞれの区域の特性にふさわしい態様を備えた良好な環境の各街区を整備し保全するための計画」ということで、行政的に行われることもあれば条例にもとづいて行われることもあるようです。これは法律上、市町村が策定・運営するもので、その途中で公聴会や住民説明会を行って、一応住民参加も確保しているということです。特に、最近できた景観計画（の制度）は、その辺はしっかりやっているようです。

建築協定と比べると、まず道路とか公園緑地といったものとセットで計画的に整備できるというのが利点です。それから、やはり一番の利点は合意が要らないということです。合意が要らないということは、つまり自治体による強制が可能だということです。これは、さきほど言った当事者間の取引費用、交渉のコストがとても高い場合であるとか、「穴抜け」やフリーライドをしようとする人がいる場合に、その人たちに対しても強制することができますので、景観の整備を速やかに図ることができます。建築協定のそういう問題を補うために、この制度があるとも言えるわけです。

もう1つの方法は、これがまさに国立のケースで問題になったのですが、私法上の権利として個人の「景観権」であるとか「景観利益」を保護するというやり方です。文献の欄にも挙げました淡路教授によれば、景観権というのはよい景観を享受できる権利であり、そのよい景観というのはどういうものかという、「よい風景が客観化・広域化して価値ある環境を形成している場合」だということです。淡路教授によれば、景観権というものは環境権の一種として位置づけるべきで、それは人格権であるとのこと。背景には、既に判例で眺望権というものがある程度認められていることがあり、淡路教授は、個人的な眺望利益の広域的な集積として景観権を理解できるし、そのような権利を認めるべきだと

いう立場に立っています。

それから、景観利益です。これは国立のケースの判決の中で使われた言い方ですけども、まず地裁判決―原告側を勝訴させた判決―の中では、「地権者がその土地から派生するものとして、形成された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もとめる利益」と言っており、私有する土地から派生するというふうに構成したのが特徴的です。後で話しますが、この点については民法学者からも批判があります。その次は、最高裁の判決です。これは原告敗訴とした控訴審判決を基本的には認める判決だったわけですが、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、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」という表現をとっています。景観利益は権利ではありませんから、競合するほかの利益等を衡量した上で容認されるものであって、もっと言うと、侵害行為が受認限度を超えると時のみ法的保護が認められるといえるものです。

「景観権を認める」とはどういうことなのかというと、特に国立の例では高さ規制の問題になります。ディベロッパーが所有する土地の上空というのは民法上、基本的に地権者のものですが、もちろん、無制限に、成層圏に突入するまでその地権者のものということはありませんから、どこかに限界があるわけです。この場合、国立のケースであれば、地上 20 メートル以上の空間について、どのように利用するかという意思決定をする権原をだれが持つか、という問題になると思います。景観権を認めるということは、20 メートル以上の空間の処分方法について、近隣の住民に意思決定権を認めることだといえます。法と経済学者で有名なカラブレージとメラムドは、プロパティールールとライアビリティールール、それから不可譲な権限ルールという 3 つのルールの分類をしています。この概念を使って言うなら、景観権を認めるということは、プロパティールールで地権者からこの空間への権原を近隣の住民に移転することです。これがライアビリティールールであれば、意思決定の権原は地権者が維持しつつも、住民に対して損害賠償しなければいけないことになります。だから、プロパティールールはライアビリティールールよりも強いルールだといえます。

このように幾つか方法を挙げてみたのですが、どのやり方にもそれぞれ問題があります。それをまた同じ順序で並べてみました。まず、「明示的合意にもとづく方法」が①②③とありましたけれども、いずれにしても当事者間交渉を行いますので、取引費用がかかります。

国立の事件の場合、当事者間の合意がうまくいかなかったわけですが、主因はおそらく被告側、ディベロッパーの戦略の失敗にあります。ディベロッパーは住民の抗議に対して、北風と太陽の例を出したりして居丈高な態度をとりました。後々、反省したようですが。これはゲーム理論などというプレコミットメント戦略で、要するに先に示威的な行為をとる戦略だったのですが、これがかえって原告側の怒りをあおってしまったわけです。後でまたお話ししますが、原告側は実は一枚岩ではなく、いろいろなアクターがいまし

た。アクターの間にはいくらか温度差がありましたが、ディベロッパー側がこういうふう
に怒らせてしまいましたので、それで原告の組織化が成功して、非常に先鋭化してしまっ
たというところがあるかと思います。

国立には景観について並々ならぬ関心を持つ住民が多いにもかかわらず、なぜ地権者間
で建築協定が結ばれていなかったのでしょうか。もちろん、合意には取引費用がかかるわ
けですが、当事者間交渉は必ずしも不可能ではなかったかとも思います。長谷川さんが挙
げているのは、住民側に法的な知識が欠如していたということと、国立の場合特に、自治
会や町内会が機能不全に陥っていたということです。前者は言い換えれば、情報の費用が
高かったということです。ちなみに、参考文献に挙げた本で、長谷川さんは国立のケース
について詳細に論じておられます。この方は法社会学者で、住民の生の声を聞いて研究を
仕上げておられ、非常に勉強になりました。

それから、建築協定であれ普通の契約であれ、つまり買い取りなど当事者間交渉の場合
は、「穴抜け」――例えばこの一帯の住人はお互い高い建物を建てないようにしようと言っ
ていても、その中の1人が私は嫌ですと言って高い建物を建てるということを「穴抜け」
と言うのですが、こういうことが可能になってしまいます。これがフリーライドといえる
かどうかは疑問の余地がありますが、とにかく協定を結ばなかった人は周りの建物が低い
ため「良好な」景観を享受できてしまいます、それも高いところから。しかし周囲の人か
らすれば、負の外部性をこうむることになります。これはやはり排除できないわけです。

さらに、執行の問題があります。建築協定の場合、違反の発見や是正がどうしても不十
分になりがちだということです。長谷川さんの本によれば、建築協定の執行は運営委員が
行い、運営委員とは建築協定の加入者である住民が組織する委員会です。しかし、これに
ついては建築基準法の中にも規定がないようです。普通の住民ですから違反者の土地に立
ち入る権限もなく、何か建物をつくっているなど思ったらみるみるうちに高い建物が建っ
てしまった…というふうに協定違反が行われることもあるようですけれども、建ってしまった
らもう対処は難しい。それから、運営委員が、協定はつくったけれどもその後どうす
るかということについて、法的な知識を持っていないと執行は難しいということです。以
上が、当事者間交渉の問題点です。

その次の『『暗黙の合意』にもとづく方法』は、法的に有効なものとして、実際に地裁判
決が認めました。私は博士論文で社会規範について研究しましたが、この「暗黙の合意」
を法的な判決の根拠とするのはいかがなものかと思います。つまり、法によって社会規範
を執行するということに、私はまず違和感を覚えました。しかし、民法の吉田克己教授は
この判決に賛同する立場をとり、「地域的ルール違反行為へのサンクションとしての[法的
な]差止・撤去」をはっきり主張しています。その次の引用は法学者ではなく、おそらく環
境工学などの分野の方の言葉で、国立のケースについて『『不文律の約束事』を破るもの
に対しては、社会〔法〕が罰則を準備してしかるべきである。コミュニティ、すなわち共同
体の『掟』破りに対する罰である』と述べています。しかし、地域的ルールとか不文律の

約束事とかが仮にあるとして、それを破った者に対して社会規範的なサンクションが与えられるというのはわかるのですが、どうして法的なサンクションになるのでしょうか。

例えば、お葬式ときには皆喪服、黒い服を着ますけれども、その中に例えば白い服や赤い服を着ている人がいたら、これは景観ではありませんが、せっかく皆が喪に服しているのにその雰囲気を壊してしまうと考えられます。でも、だからといって黒い服を着るという社会規範があることを根拠に赤い服を着た人を法で処罰するというのは、おかしいと思うでしょう。ですが、国立のケースについては、このような見方をする人が少なくないようです。

今、社会規範が「仮にあるとして」と言いましたが、そもそも、法ではない社会規範の存在をどうやって確認するかという問題があります。法哲学研究者の方はご存じのように、ハートは1次ルールと2次ルールを区別しました。1次ルールだけの社会だとどうやってそのルールを確認するかという問題があるので、2次ルール、特に承認のルールが必要になる。この2次ルールをもつことが法と普通の社会規範と違うところだと言ったわけです。国立のケースでは社会規範は一応存在したと言うのですが、その存在の根拠はあまり明らかではありません。このケースについてずっと参与観察をしていた長谷川さんは、「規範意識が一定範囲の住民間に醸成されてきたことは否定できないが、具体的内容、妥当してきた期間、妥当してきた地域的・社会的範囲などについて不明確な部分が少なくない。社会規範にもとづいて建物撤去請求を認容すれば、法令を信賴して行動した者にリスクを負わせかねない」と言っています。私も全くこれに同感です。

たしかに、一橋大学にマーキュリータワーができたと聞いて、タワーというからボアソナードタワーとかリバティタワーとかそういうものを想像して来たら、「え、タワーはどこ？」と探してしまいました（笑）。これ（一橋大学が高い建物を建てないこと）は、一橋大学がこの社会規範に服しているからだといえそうです。ただ、ほかの住宅に関しては、特に自分の土地の運用を考えない、普通に住宅地にいる人であれば、果たして社会規範に従っているのか、それとも単に高い建物を建てる気がないから建てていないだけなのかということは、わからないと思います。

この大学通りの、国立駅に近いあたりであれば社会規範が存在すると言えたとしても、その範囲が厳密にどこまでなのかということは、（社会規範の内容を）承認する手続がありませんから、どうしてもあいまいになってしまいます。また、今の承認のルールにかかわりますけれども、その社会規範が成立していると仮に言えるとして、現に存在するからといってそれが果たして正統性（legitimacy）を持つと言えるのか、というのも問題です。

それから、社会規範の内容については、それが正当化可能性（justifiability）を持つかという問題があります。自生的に生まれるルールが社会の厚生を最大化する、皆のためになるという保証は全くないわけです。例えば、いろいろな種が地面にバツとまかれたときに、偶然早く発芽するものもあれば、（出遅れたため）ほかの植物の陰になって結局成長できない種もありますが、社会規範にもそういうところがあります。

そういうふうにと考えると、景観を維持しようとする姿勢については一定の規範性があるとしても、原告側が主張したように、高さ 20 メートル以上の建物が建つとそれは景観を破壊することになる、という「合意」があったといえるのでしょうか。20 メートル以上というのは並木よりも高いということらしいですが、全国的に見て、「並木よりも高い建物があると景観が破壊される」と言われることはあまりないように思います。都心に行けば、大きなイチョウの木があってもそれよりも高い建物が周囲にいくらでもありますし、私の前任校がある広島にも平和大通りという大きな通りがあって、かなり大きな木が植わっていましたが、その木よりも高い建物はたくさんありましたし、広島の人でもそれで別に文句を言っていませんでした。私が見たところ、その内容に正当性が果たしてあるのかどうかという実質的な議論はあまりされておらず、特に地裁判決では、並木よりも高い建物があればそれはすなわち景観の破壊だということをまるで自明なことのようには言っていませんでした。

こういった環境とか景観とかについては、よく「コモンズ」という言葉が使われますが、このケースでも原告が、被告はフリーライダーであると言って非難しました。たしかに、被告は自分が高い建物を大学通り沿いに建てながら、みずからの広告には日本一美しい大学通りとかいった言葉を並べ立てています。これはひどいな、とも思うのですが、ただ、見方によっては、「守るべき景観がある」ということについては暗黙のコンセンサスがあったとしても、どのような景観をどのようなレベルまでということについては、社会規範ですから何も承認の過程がありませんので、私の推測では、ディベロッパー側としては（守るべき景観があることに賛同した上で、）「自分たちがこういう建物を建てたとしても大学通りの景観は損なわれないだろう」と考えたのかもしれませんが。多少自分に都合がいいように解釈しているようにも思われますが、それでも、求める景観の基準に違いがあったということはあり得ます。だから、原告側から見ればフリーライダー問題であったとしても、その他の人の観点から見れば、そもそもそういう集合行為問題自体が存在しなかったとも考えられます。以上が「暗黙の合意」の問題点です。

それでは「合意にもとづかない方法」のほうの問題点は何かと言いますと、「景観の保全は常に機会費用を伴うのだから、その保全の利益と不利益というものを常に衡量すべき」というようなことを、福井秀夫という法と経済学者が言っています。「機会費用」とは、「ある選択肢をとったときに失われる潜在的利益」であると、経済学では言います。複数の選択肢がとられる可能性があります、その中の 1 つを選べば当然、ほかの選択肢はとられずに終わるわけです。そうであれば、ほかの選択肢をとっていたら得られていたであろう利益は失われます。経済学者は、費用というものを考えるときには機会費用まで考えよう、と言います。

国立のケースでいえば、もしマンションが高層のままで建っていた場合——実際建っているわけですが、そうであれば住めたであろう潜在的な住民がおり、それだけ多くの人が住めばそれだけ税収も見込めたわけです。人が増えれば、商店街にもお客が増える可能性が高くなり、子供がいる世帯が大勢引っ越してくれば子供も増え、町が活性化する

という利益も考えられます。(マンションから程近い) 谷保駅の近くにアーケード商店街がありますが、シャッターを閉めたままのお店などもあります。ああいう高級マンションに住む人は、ああいう商店街には行かず紀ノ国屋などでしか買い物をしないのかもしれませんが、それでも近くですからちょっとは買い物に行くこともあるでしょうし、商店街も少しは潤うかもしれません。

①の地区計画や条例の問題点ですが、「行政による是正指導や処分が適正に行われているか、市民は十分チェックできない」と、これは長谷川さんの見解です。ひとたびできてしまうと、どうしてもそのチェックがおろそかになりがちだということです。

その次は、私が思ったことですが、地区計画や条例などで景観づくりをやりますと、どうしても方向性が2つに限られるのではないかと、ということです。1つは過去志向的な、要するに保全とか保存という姿勢です。これは歴史的な地域にはよくあることです。もう1つは、新しい住宅地でよくあると思うのですが、設計主義的な方向です。設計主義というのは悪い言葉ではないのかもしれませんが、私が使うと悪い意味の言葉になります(笑)。町並みにもいろいろあって、整然とつくられた町並みもたしかに美しいと思いますが、「何となくできちゃった」町並みというのも、それはそれで味わいがあるのではないかと、私などは思います。これは本当に主観によるので、そう思わない方もいるとは思いますが。

実際に景観法の手続などを見ると、できるだけ住民の声を取り入れるような制度設計がなされていて、それはたいへんよろしいことだと思います。ただ、私は、景観というのは公共財であり、どの公共財をどのようにしてどれだけ供給すべきかは一通りではありませんから、結局は民主主義的に「決断」するしかないものだと思います。どういう景観規制をすべきかは、基本的には民主主義的に決めるべきだと思います。「民主主義的」というのは、私にとっては議会を通じた決定です。しかし、日本の景観法などの手続を見ますと、むしろ行政プラス「住民の声」が強いような気がして、あまり議会の存在感がないように思います。

「住民の声」というと聞こえはよいのですが、声を発することができる住民というのは、ある程度余裕のある人といえますか、経済学的に言えば機会費用の小さい人、集会などに1時間出席することで失われるものが少ない人、もっと言うてしまうと、例えばリタイアした人などが多そうです。もちろん、定年退職後に地域に貢献するのは大変よいことだと思います—うちの親もなにやらやっておりますし。しかし、住民の声といったときの「住民」というのは一体だれなんだろう?という疑念が起こるわけです。そうであれば、選挙を通じて代表になっている、議員から成る議会において決めるほうが、まだ *legitimacy* を持つのではないかという気がしています。東大の井上達夫先生は *noisy minority* という表現を使いますが、そういう人の声が通ってしまう可能性もあるということです。

では、仮に議会のプレゼンスをもっと強くしたとしましょう。民主主義過程ですから多数決で決まるわけですが、では多数派が言うことであれば何でも通していいのか、

どんな規制でもしていいのかというと、これも非常に難しいところだと思います。

例えば、最近関西の芦屋では、高級住宅地には 400 平米以上の家しか建ててはいけないという、いわば豪邸限定条例が既に可決されて施行されているはずです。田園調布についても既にそういう条例があるようですが、田園調布の場合はたしか 160 平米ぐらいだったはずです。この辺は議論のあるところではないかと思います。というのも、このような場合にはよく、(地域一帯の) 地価を維持するためであると言われますが、その(維持された) 地価によって利益を受ける人というのは既に住んでいる住民ですよ。相続をする人も入るかもしれませんが。ですから、潜在的な住民、つまり将来住むかもしれない人というのはわりと軽視されている。例えば環境の地球温暖化などにかんする問題では、世代間正義が1つの論点で、「将来世代のために」と言われることも多いのですが、(今扱っている) こういう問題では少し軽視されているという気がします。

さて、問題の景観権・景観利益です。これについて私が思いますのは、景観に客観的な価値、皆が認めるような価値があるからといって、それがそのまま、費用負担を課したり、財産権を制約したりしてよいということにはならないのではないかということです。例えば、さきほど正の外部性の例として隣の庭の桜の木の話をしてしましたが、この桜があることによって近所の人がみんなその桜をめでて利益を得ているというのは客観的な事実で、桜の木というのは客観的な価値です。でもだからといって、例えばその桜の木の所有者がもう桜の維持は面倒くさいからと桜の木を切ってしまうとしたときに、それを禁止したり処罰したりできるのか。それと同じことではないかと思います。

これは法哲学や政治哲学では **political obligation** にかんして出される例で、ノージックが挙げたものですが、公共(娯楽ラジオ)放送で価値のあるもの、たとえばよい音楽…でしたっけ？

森村 「哲学書の朗読」とか。

鳥澤 そうでした。そういうものには価値があるかもしれませんが、だからといってそれを(公共放送で)流して、欲しくもないのに押しつけられる人がいた場合に、それ(放送への協力を強いられること)はどうでしょうか。客観的な価値があるといっても、それを根拠にして費用を負担させるには、やはり価値以外に何かほかの正当化が要るのではないのでしょうか。1つは、いわゆる比例原則というものですー目的を達成するための手段が、あまりにも過大な負担を要するものではないことですが、ほかに、目的自体の正当性というものも問われるべきではないかと思います。

それから、景観の公共財としての性質は、これはニューサンス(生活妨害)のような負の外部性ではありません。(隣人だけにかかわるものではなくて) 公共的な問題ですし、審美的な問題ですから、何が良好な景観かというのは、(裁判によってではなく) 民主主義的な過程で決めるべきことだと思います。ですから、その基準を裁判所に決めさせるのは裁判所にも酷だと思いますし、裁判所がそういうこと(基準)を言っても正当ではないように思います。現に、最高裁も景観権を否定しましたし、景観利益は判決の中で一応認めた

のですが、どういう場合に景観利益があるといえるかという基準については結局、何も言っていない。法と経済学者の福井秀夫さんは、（景観利益への言及は）単なるリップサービスだと言っています。

民法学者の吉田克己さんは、景観の公共財としての性質を、公共財という言葉は使いませんが、指摘しています。眺望利益と景観利益を比較して、眺望利益というのは個人の個別具体的な利益であるけれども、景観の利益というのは公共的な利益だというふうに区別しています。その点については私も全く賛同しますが、ただその後、地域的なルールを法で執行すべきだと吉田教授は言うので、議論の方向は私と全く逆になります。国立ケースの地裁判決は、公共性といったことについては考えておらず、あくまでも私法上の権利として解決しようとしています。

次に書きました、「居住が時間的に先行している当事者を優遇」というのは、既存の住民をどうも優遇しているのではないかという話で、さきほどと同じです。井上達夫先生は、彼ら住民が有しているのは権利ではなくて既得権益で、権利と既得権益は違うと言っています。彼らがたまたま持っていたにすぎないもので、だから保護に値しないと。

さきほども言いましたが、この「住民」とか「市民」とかいった言葉の罨、といいますか。私は、住民や市民という言葉を持ち出している議論を聞くと、よく子供が親に物をねだるときに「だって、みんな持ってるよ」というときの、「みんな」という言い方を思い出します。

国立事件にはどういう登場人物がいるかということをごちゃとお話すると、これは全部長谷川さんの本からの受け売りですが、原告には大きく分けて3つのアクターがいます。1つは「大学通りの景観を考える会」という1994年に結成されたもので、複数の市民団体のメンバーから成っています。この団体は土地の所有とは無関係で、地権者ではないということです。2つ目のアクターは「近隣住民の会」で、これは1999年に結成されました。これは地権者です。西側住民の会が30世帯、南側住人の会が20世帯、隣接学校法人も入っています。この会はあまり組織的な活動は行っておらず、実質的には西側にある数世帯の活動です。長谷川さんの本によれば、その「近隣住民の会」の会員が言うには、主なメンバーは10人弱で民事裁判の原告になっているのが4人ということでした。さきほどの学校法人ですけれども、これはいま言った2つの両方の団体に所属していて、運動や裁判に対して積極的でした。どちらかというと市民団体のほうの一員として活動することが多かったようです。この学校はご存じのように優秀な学校ですので、OBや保護者等にもなかなかすばらしい人脈をお持ちということです。これも長谷川さんの本に書いてあったのですが、あのマンションの件でディベロッパーが建築確認を申請したときに、これを知った前市長はまずこの学校法人に電話をし、これを阻止するためすぐに専門家をまとめてくださいと頼んだそうで、それでどうも話が早く進んだらしいです。さきほども言ったように、ディベロッパー側の戦略が少々問題のあるものだったので、この3者が一応まとまって訴訟を提起したわけですが、やはり温度差があったようです。（市民団体とは違

い、) 周りの地権者というのは結局、そのマンションの住民とずっと一緒にやっていかなければならないわけですから。

また、マスメディアで「国立の住民」と言いますと、あたかも国立の全住民が景観の維持に賛成してディベロッパーに反対しているかのように、日本全国で思われてしまいますが、実際にはほかの市民がいるわけです。当時は私も国立の住民でした。商店主は、お客さんが増えてほしいでしょう。自治会や町内会も一応存在するそうですが、これも出てきませんでした。長谷川さんによれば、国立では自治会や町内会が行政とリンクしていないそうです。それから、議会の規制緩和派。それと、国立の先住民といいますか、もともとこの辺の地権者だった、谷保地域に古くから住んでいる人たち。この人たちは、今回の事件について無関心だったようです。

最後に、私の見解を述べて終わりにしたいと思います。これはあくまでも暫定的な見解ですけれども。まず、私人の「景観権」は認められるべきではないし、「景観利益」の保護というのも正当化しがたい。やはり広域的な景観は公共財としてとらえるべきで、そして公共財としてとらえるならば、地方議会の民主的な手続を通じた条例や地区計画によって維持されるべきである。行政あるいは行政といわゆる「住民」の参加だけでは、**legitimacy**を欠くのではないかと思います。それから、さきほど桜の木の話をしましたけれども、もっと広域的でない、そういう外部性としての景観は、個人間のインフォーマルな交渉であるとか、契約や建築協定によって解決すべきだと考えます。

それから、社会規範は社会規範なんですね。社会規範がつくる秩序というのは、法的な秩序とは別な秩序です。社会規範を執行するためのサンクションが法に抵触することはあり得るわけで、これは法的に取り締まらなくてはいいませんが、違法でない限りは、社会規範はやはり社会的なサンクションによって執行してもらいべきであって、法的なサンクションによって執行すべきではない。また社会規範が事実として存在するだけでは、法によって執行する理由にはならないだろうということです。

最後に、多数決への制約ということで、景観条例制定手続への制約が恐らく必要になると思います。ただ、なかなか制度化が難しい。このことは、今準備している論文がありまして、そちらのほうで論じますけれども、ざっと予告をしておきますと――景観規制というのは土地利用規制の1つですが、要するに私有財産への権利を制約する、処分できる権利を制約するわけですから、公用収用の部分的なものだと言えます。収用に対しては、憲法の収用条項によって補償がなされるべきと決められているわけですが、100%の収用ではないので、補償の仕方がいろいろ考えられます。そういうわけで、今度は憲法の話になってしまうのですが、いろいろな議論がありますので、現在考えているところです。

今日のところ、「合意」による景観の創出ということに関する報告は以上です。お聞き苦しかったと思いますが、ご清聴ありがとうございました。