

市街地再開発事業「民営化」の法的検討

再開発会社制度に即して

安 本 典 夫

1. はじめに
2. 再開発会社の法的性格
3. 再開発会社への土地収用権等付与の憲法問題
4. 再開発会社による再開発事業の適正性確保と住民・地権者の権利
5. おわりに

1. はじめに

(a) 2002年第154国会では、都市再生特別措置法制定（平14法22）、都市再開発法・建築基準法・都市計画法等の改正（平14法14・11・85）がなされた。

全国的にみて拠点となる大都市のある地域を都市再生緊急整備地域として指定して、地方公共団体の都市計画権限をも制約する形で国が方針を決定し、特別の手だてをとる（おそらく公的資金も集中的に投資されることになる）ための法制（都市再生特別措置法）、各主要都市の拠点となるところの再開発を、民間企業に権限を大幅に与えることによってその投資を促しつつ進める（都市再開発法改正）、そして全国いたるところの都市部でも民間企業が投資しようとしたときの制約をはずす（建築基準法等の改正）というのが、今次法制度改正の基本的枠組みである。

このように展開してきた法制の特徴は、さしあたり次のように整理できるだろう。都市再生を内政の最重点課題とし、そこへの公共・民間投資の集中、そのための条件整備、都市再生における民間の役割の強調、

公共事業の民間への開放、時の要素の強調(迅速化と、それによる事業化における予測性確保。時間リスクの考え方)、およびこれに関わって同意の数的要件の法定(全員同意をめざすことなく、数的要件を充たせば速やかに決定)である。

は、第1に、広範で多様、かつ大幅な規制緩和、第2に、都市再生事業の遂行とその場合の特別扱い(許認可における特別の取扱い、財政的支援)、第3に一般の、および都市再生地域内の特別の、計画提案権制度、そして第4に、再開発会社への市街地再開発事業施行権(特に第二種市街地再開発事業施行権)の賦与などに現われている¹⁾。

本稿は、この都市再開発法改正(平14法11)によって創設された再開発会社制度に即して「市街地再開発事業の民営化」の法的側面からの検討を行うおうとするものである。

(b) もっとも「市街地再開発事業の民営化」ということには説明が必要であろう。なぜなら、従来から民間団体の「市街地再開発組合」や「個人」(もちろん株式会社、有限会社も含まれる)も事業の施行が認められてきたからである。しかしながら、後で見るように、「市街地再開発組合」は「公共組合」として行政主体の一種とされるような構成をとることによって市街地再開発事業を行う強制的権限を獲得した。他方、純粹の民間の事業主体である「個人」は、全員同意による市街地再開発事業を行うのであって、強制的な事業としては行うことができない。それに対して、本改正は、商法上の株式会社、有限会社法上の有限会社に、そのような民間会社そのものとして事業遂行の強制権 = 「権力」(なかんずく土地収用権)を与えた。これは、民間会社がそのような「権力」をもつことに何ら問題はない、ともいうべき論理にもとづくものであって、従来の枠組みを超えるものである。その意味では、まさに(強制的)市街地再開発事業の「民営化」というべきものである。

(c) 法律では、再開発会社は「地権者会社」とされ、それであるがゆえにそのような「権力」が付与される、という構成をとっているようであ

る²⁾。果たしてそれは「地権者自らの会社」といえるのか。第2章では、再開発会社の法的性格を検討する。また、そのような再開発会社は公用収用、公用権利変換の権力を行使しうるのか。第3章では、土地収用の要件としての収用適格事業と具体の当該事業の公共性、「私的公用収用」における公共性の拡大等をふまえて検討する。第4章では、再開発会社による再開発事業が収用を担うだけの公共性を担保する構造をもっているか、それを求める株主（社員）たる地権者、株主（社員）ではない地権者、地権者以外の住民各々の権利があるといえるか、について検討する。これらの検討の上になつて、再開発会社への（強制的）市街地再開発事業施行権の付与について考察することとしたい。

2. 再開発会社の法的性格

(1) 再開発会社制度の概要

(a) 都市再開発法の最も中心的な改正点は、市街地再開発事業施行者への再開発会社の追加である。

再開発会社とは、次の要件を充たしている株式会社ないしは有限会社をいう（以下では、株式会社に即して記述する）。主たる目的が市街地再開発事業の施行、定款に株式譲渡は取締役会の承認を要する旨の定めがある、施行地区となるべき区域内の宅地について所有権または借地権を有する者が、総株主の議決権の過半数を保有³⁾、前号の議決権の過半数を有している者および当該会社が所有する⁴⁾区域内の土地の地積、借地の地積の合計が、区域内の宅地の総地積・借地の総地積の合計の3分の2以上（都開2条の2）。

これらの要件によって会社の目的が限定されるのみならず、組織のあり方、活動内容等は相当に異なってくるのであり、したがってある種の「特定目的会社（Special Purpose Company = SPC）⁵⁾」として、商法・有限会社法上の会社とはちがう法的構成をとることは当然に考えられるべきもので

あった。その選択肢がとられなかったのは、そのための検討，合意，そして立法上の時間的な問題であったようである。

(b) この再開発会社は，第一種市街地再開発事業および第二種市街地再開発事業を遂行することが認められている。同会社が市街地再開発事業を行うには，もちろん，都道府県知事の認可を得なければならないが，その認可申請を行うには，市街地再開発組合と同様，宅地所有者・借地権者それぞれの3分の2以上の同意，および同意所有権者の所有地積と同意借地権者の借地地積の合計が区域内の宅地・借地の総地積の3分の2以上という要件（以下「同意地権者の3分の2要件」という）が課せられている（都開50条の4）。

また，この同意要件は，権利変換計画・管理处分計画（以下，「権利変換計画等」という）の認可申請においても準用されている（都開72条3項，118条の6）。

(c) 施行認可基準は，上記^(a)で述べた部分は別として，個人施行，組合施行の場合とほぼ同じで，申請手続，規準・事業計画の決定手続が法令に違反している，内容面で法令や都市計画に反している，施行期間が適切でない，事業遂行能力等が十分でないなどの事由のない限り「認可しなければならない」（都開50条の7）。

また，その他の監督手段として，報告・資料の提出要求（都開124条），事業・会計の状況検査（125条の2第1項），再開発会社のした処分の取消し・変更・停止，工事の中止・変更・その他必要な措置の命令，命令に従わない場合の施行認可取消し（都開125条の2第3・4項）などがある。

地区内の所有権・借地権を有する者は10分の1以上の同意を得て，知事による事業・会計検査を要求できる（都開125条の2第2項）。

(d) 事業が終了し，知事の認可を受けたら，再開発会社は解散するか，または定款を変更してビル管理会社として存続するか，株主総会で決定することとなる。ビル管理を主たる目的とするよう定款を変更すれば，それは当然のことながら再開発会社ではなくなる。

(2) 市街地再開発事業の施行主体

(a) 市街地再開発事業の施行主体には、地方公共団体、および準公的団体⁶⁾である都市基盤整備公団その他の公団⁷⁾と地方住宅供給公社があり、民間団体として、市街地再開発組合（以下「組合」と略称する）および個人（数人の共同を含む）⁸⁾があった。

(b) 地方公共団体は、一般に、それ自体が現行法上民主的原理によって存立するものとされており、それが故に権力の行使が承認されているが、市街地再開発事業施行においては、それに加えて、規程は議会で定められた条例の形をとらなければならず、また市街地再開発審査会をおき、その委員は「特別の知識経験を有し、公正な判断をすることができる者」および地権者のうちから市町村長が任命するという構成をとることによって、地権者民主主義の側からの補強をしている。

また、準公的団体である公団・公社については、公団等の役員、予算、業務計画などに至るまで強い公的監督の下におくことによって、いわば国・地方公共団体の分身として、独自の意思をもたない、実質上は「行政機関」であるという考え方の下に、行政組織内の統制原理が及ぶものとして構成されている⁹⁾。地権者の意思を反映させるために、公共団体施行と同様、上記の構成の審査会がおかれている。

(c) 民間施行者のうち、組合は、「同意地権者の3分の2要件」のもとに、知事の認可で設立されるものである。反対した者も強制加入させられる。強制加入により全地権者を組合員とすることによって「全員のもの」という普遍性を獲得し、かくしてそれはその部分社会についてはあるが「行政主体」の一種といわれうることとなる¹⁰⁾。

こうして、各地権者¹¹⁾は強制的に参加権・議決権を持たされる。建前はあくまで、自分たちの土地を自分たちで共同で再開発する、という形をとる。自分たちの利益を図るのが基本であって、他人の土地の収用という手段ではなく、組合員の権利の公用権利変換（すなわち第一種市街地再開発事業施行）のみに限られている。

組合の組織原理は協同組合と似たものであり、議決権も1人1票とされている。基本的には種々の組合員の権利行使によって、補完的に公的監督によって運営の適正化を図る仕組みがとられている。

(d) 個人(共同)施行は、1人または数人の個人(商法上の株式会社その他の法人を含む)が、自分の所有地を越えて周辺を含めて再開発を行うものである。これには強制力は認められていない。反対者の土地を施行地区に入れることはできず、また、権利変換計画も地権者全員の合意を得なければならない。もちろん、収用権の行使をする第二種市街地再開発事業は施行できない。

(e) これをまとめると、全体の構成は次のようになる。() 地方公共団体(およびそれに準じる公団・公社)は第一・二種市街地再開発事業を行う。() 市街地再開発組合は、自らの組合員(ただし、強制加入がとられている)の土地(所有地・借地)について第一種市街地再開発事業を行うことができる。そして() 個人も自分達の土地について、そして他人の土地をも、その地権者の同意があるときのみ含めて、第一種市街地再開発事業を行うことができる(すなわち他人の土地について強制的に行う権能はない)。

(f) なお、都市計画事業は収用適格事業とみなされ(都計69条)、都市計画事業認可をもって土地収用法20条に規定する事業認定に代えると定めている(都計70条)。これだけ見れば、都市計画事業、すなわち都市計画施設整備および市街地再開発事業などの市街地開発事業を私人が行うことの認可をすれば、収用権が認められるかのようである。

しかしながら、都市計画法は、都市計画事業は市町村が施行するのを原則とし、特別の事情がある場合には都道府県、国の機関が施行するものとし、さらにそれら「以外の者は、事業の施行に関して行政機関の免許、許可、認可等の処分を必要とする場合において、これらの処分を受けているとき、その他特別の事情がある場合においては、都道府県知事の認可を受けて、都市計画事業を施行することができる。」(都計59条4項)と定める。

したがって、個人が個別法上の認可なしに都市計画法上の事業認可を受けて「収用権を伴う市街地再開発事業」（第二種事業ということになる）を行う、とはならない。

（g）今次法改正によって市街地再開発事業を行いうることとなった再開発会社は、商法・有限会社法上の株式会社・有限会社である。そして、これが自己の土地、および株主・社員の土地にとどまらず、それ以外の者の土地をも含めて再開発事業を行いうるとされた。したがって、上記の構成からすると、法的には個人施行（¹¹）と同じ構成となるはずであった。

しかし、再開発会社は、他人の土地・借地をも強制的（権力的）に施行地区に含めて事業を行いうるとされた。しかも、収用権を用いて行う第二種市街地再開発事業も施行できるとされた。すなわち、権能については、（¹¹）と同じ位置においたのである。

そして、この唯一の根拠が、再開発会社が「地権者会社」である、ということである¹²。果たして、再開発会社が、このような「特権」を享受するに足るものか。以下で検討してみよう。

（3）再開発会社の「地権者会社」的性格

（a）再開発会社は、上記のような一定の要件を充たす株式会社・有限会社である。会社がまず設立された後、これらの要件は、事業認可の際に、都道府県知事により審査され、認定される。

あるディベロパーが当該地区内で土地を取得し、他の地権者とともに、その地区での再開発事業を行うために共同出資して会社を設立する、というのが、その一般的なイメージだろう。ここから「地権者会社」とも称される。

従来から、市街地再開発組合が再開発事業を行う場合も、いわゆるディベロパーが、参加組合員や特定建築者として、あるいは法律にもとづくものではないが事務代行者として事務や財政面での肩代わりも含め実質上の遂行主体として、大きな役割を演じてきた事実がある¹³。その場合の、組

合としての意思決定などの手続きの「固い」ところを、会社形態をとることによって回避しようとした、という背景がある。

(b) しかし、たとえばA社が地区内に土地を所有しており、それが単独出資して再開発会社Bを設立したとき、AとBの所有地合計が総地積の3分の2以上という場合、これも再開発会社の要件を、法律上は満たすことになる¹⁴⁾。換言すれば、A社は、自己の所有地を含むその1.5倍の広さの区域で市街地再開発事業を行う再開発会社を設立することができるのである(施行認可に際して、地権者中の同意者数要件がかかってくる)。

そもそも、再開発事業に「巻き込まれた」人々は、従前の土地・建物と等価の床はもらえるが、居住形態・営業形態が激変するため、内装費その他の出費は、個人の財政規模からすると莫大なものとなる。このような人々が、それ以外に大きな出資負担に耐えるのは実際にはきわめて限られよう。土地・建物を現物出資する方法もないではないが、そうすると後で権利床を取得できなくなる。したがって、現実には土地所有者でもあるディベロパーがほとんど出資し、従来の地元地権者の出資は、法人等の大土地所有者を除き、ほとんど形だけの、割合もきわめて小さいものとなる。あるいは、形式的に地元地権者の参加の形をとるために、ディベロパーが立替えるということすら予想される。もちろん、このような状況の下では、従来からの地元地権者の議決権はとるに足りないものとなる。

さらにいえば、株式会社の場合、株主総会の議決事項はきわめて限られている。再開発会社の場合でも、事業の進め方がいちいち株主総会にかかることはおそろくはない¹⁵⁾。この機動性のゆえに、ディベロパーは、施行者の形態として株式会社を入れるよう、立法者に要求したのである。地権者会社といっても、一般地権者の会社内でのコントロール権限は、きわめて弱い。

(c) 地元地権者がそれでも株主として参加したいと考えたとき、参加する権利(株主となる権利)はあるか。換言すれば、参加の意思を表明したとき、拒否されることがあるか。地権者会社と称するのであれば、地権者

に門戸は開かれていなければならない¹⁶⁾。

しかしこの会社は、商法・有限会社法上の一般の会社であり、設立にあたって地区内地権者への公募要件をかけることにはなっていない。しかも、事業認可の要件でも「公募」は要求されていない。したがって、うるさい人を排除するという恣意的な運営は、法律上排除できないのである¹⁷⁾。公募要件を課さなかったのは円滑な立ち上げの阻害になるから¹⁸⁾、というのであるが、これは合理的な理由とはいえない。

また、地区外転出者も法律上は出資者になることができるが、出資者は転出補償金について課税の特例が受けられない¹⁹⁾。そのため、それらの者ははじめから会社に出資して発言権を確保することも避けざるをえないだろう。

(d) このように、再開発会社は、「地権者会社」というような構成には、法律上はなっていない。こう考えると、「地権者会社だから」権力的事業施行権を認めてよいという論理は、およそなりたない。ましてや、収用権限を用いて施行する第二種市街地再開発事業の施行権を認められるようなものでは、とうていありえない。

地権者のコントロールは、実質的には、事業施行認可および権利変換計画等の認可の申請における「同意地権者の3分の2要件」にもっぱら依拠せざるをえない²⁰⁾。しかし、この手続は、3分の1の少数者の意思に反して事業施行を強制するというものである。換言すれば、この手続自体が、3分の1の少数者に対するそのような強制の根拠となりうるものではない。まさにその強制の根拠が求められるのである。

3. 再開発会社への土地収用権等付与の憲法問題

(1) 問題の所在

(a) 国家活動における「公益」は、様々なレベルで論じられてきた。

たとえば、自己が権原をもつ土地の区域内で開発行為を行う場合も、都

市計画法にもとづいて許可を受けなければならない。条件が付されることはあるにせよ、その基準を充たせば、その枠内では開発者の自由が認められている²¹⁾。要件を充たせばやってもよいという、その意味では、これは最低限の基準である。もちろん、それが当該地域での公益増進に連なることはありうる。

それに対して、その開発に補助金・融資などの支援がなされることがある。これは、上記の「開発をしてもよい」基準とはちがって、たとえば地方自治法232条の2が定めるように、「公益上必要がある場合」に補助がなされるものである²²⁾。

さらに、その開発行為が行われることが是非とも必要であるにもかかわらず、それに必要な土地の区域で権原を取得していない土地がある場合には、土地収用や強制的権利変換などの権力を行使して事業を遂行することが法制上認められている場合がある。これらの権力行使には、より高度の公益を実現するものであることが求められる。憲法29条3項「公共のためにこれを用ひる」はこのことを意味している。

(b) しかし、この「権力行使に必要とされる公益性」については、もともと公用換地、公用権利変換についてはきわめてあいまいなままにされてきていた。

それに加えて、「権力行使に必要とされる公益性」の規範は、今日、必ずしも十分な吟味を経ないまま弱化してきているように思われる。あえてその論理を示すならば、次のようなものとなろうか。土地所有権は絶対的なものではなく、公共の福祉にしたがって内容も構成される。したがって公共の福祉の要請によって収用がなされうる範囲は、特にこの法理が実定法(土地基本法)上確認されて以降、広がったというべきである。

都市においては単一の施設ではなくその組み合わせが、そして本来外部性をもつ各土地所有のあり方の適正性が公共性を担う。それを適切に組み合わせるものが計画であり、計画の適正性を確保するのは手続である。したがって適正な手続を経て定められた計画で必要とされれば収用はなされう

る。公共性を担う主体は多様化しており、それは国・地方公共団体に独占されるものではない。

以下、これらの点について検討する。

(2) 土地所有権と公共性の観念の変化

(a) 土地基本法は次のように定める。「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、その価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等公共の利害に係る特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させるものとする。」(土基2条)。「土地は、その所在する地域の自然的、社会的、経済的及び文化的諸条件に応じて適正に利用されるものとする。」(土基3条1項)、「土地は、適正かつ合理的な土地利用を図るため策定された土地利用に関する計画に従って利用されるものとする。」(同条2項)。

この規定が、土地所有権が他の一般の財産権とは異なったものであることを意味していることはいうまでもない。しかし、その違いは何を意味しているか。

それは、まずは、当時の社会状況を受けて、土地利用の計画的コントロール、投機的な土地取引の抑制、土地の増価値の帰属のあり方の問題を主として念頭におきながら論じられたものである²³⁾。

もちろん、それをめぐっては様々な論が交錯した。特に、土地基本法制定に先だつ総合土地対策要綱(1988.6閣議決定)では、土地五原則の冒頭に「土地の所有には利用の責務が伴う」ことが盛り込まれた。これは、土地利用のルールでの高度利用を促す規制緩和・地域地区指定等への転換の論としてのみならず、計画的利用の責務の規定等と合わさって再開発のための公用収用・公用権利変換などをも促進する法制への展開の論拠とも

なりうる側面をもったものであった²⁴⁾。しかし、土地基本法には「供用義務」ないし「利用の責務」は入らず、「土地の適正利用」に替えられた²⁵⁾。そして、この「適正」利用は、具体的状況によっては特段の利用をしないことも含まれる、とあえて解説された²⁶⁾。

(b) もともと、日本の都市計画法は、1968年法に至るまでは、基本的には「都市計画事業」法であり、1968年法も、なお土地利用規制の面では粗く、かつ弱いものにとどまっていた。これは、自然公園法その他の地域空間に関する他の法律についても同様である。土地所有権は、土地利用規制の局面ではきわめて強く、事業法制の面ではさほど強いものとは構成されてこなかった²⁷⁾。

こうして、事業遂行のための収用・権利変換法制に比べ、土地利用規制法制の甚だしい弱さを抜本的に組み立てなおすものが土地基本法の基本的な趣旨であったといえる。「土地」という資源を利用し尽くさないで将来の世代にリザーブしておくという目的、また、全ての土地はその利用に関し総合的な見地からの調整を経た上で利用されるのでなければならぬという考え方は、土地基本法2条が「公共の福祉を優先させる」に含意されていると藤田宙靖は論じる²⁸⁾。

それに反して、従来の市街地再開発事業自体、以下に見るように、権力的手段を用いて用途変更を強制しながらも、その事業施行要件はかなりあいまいで、その適正性は相当程度「計画の適正性」に依拠していた。その意味では、そこでの土地所有権の観念は、土地基本法を先取りするどころか、その先を行っていたともいえる。したがって、土地基本法という適正利用、計画的利用に上記の趣旨をたとえ最大限盛り込んだとしても、ただちにそれが市街地再開発事業における土地所有権の位置を変化させたものとは解しがたい。

(3) 公用権利変換の憲法問題

(a) 公用換地、公用権利変換においては、公用収用とは異なり、‘換

地・権利変換すること自体’，あるいは‘それを用いた耕地整理事業・土地区画整理事業・市街地再開発事業の施行自体’が許されるか，という問題は，訴訟における原告の主張としては述べられてきたものの，憲法論として広く議論されることはなかった。それは，耕地整理事業が，収益増進のための地主の共同事業として始まったというその歴史，そして換地においては元の権利が場所を変えながらも基本的には存続するというその性格に因るといえよう。

耕地整理事業が新市街地形成の手法として，さらには土地区画整理事業へと展開し，既成市街地での施行をも含むようになったとき，その性格は大幅に変わったにもかかわらず，また公用権利変換になると異質の権利に強制変換されるようになったという質的变化があったにもかかわらず，このことは変わらなかった。憲法問題としては，主として減歩，あるいは公簿地積にもとづく換地が‘補償なき財産権の剥奪’にならないか，すなわち憲法29条3項違反にならないかという形で議論されてきた。

(b) このように，公用換地，その手法を用いた土地区画整理事業に関する訴訟においては，憲法問題は，まず，事業を行うこと自体，すなわちその要件に関して，(A) 事業目的が宅地の利用増進を図るものではないから違憲ではないか，そして次に，補償の要否・内容に関して，(B) 減歩は「正当な補償」なしに土地を剥奪する＝「公共のために用ひる」こととなり，憲法29条3項に違反するのではないか，(C) 多くの場合実測地積よりも少ない公簿地積にもとづく換地も「正当な補償」なしに土地を剥奪する＝「公共のために用ひる」こととなり，憲法29条3項に違反するのではないか，という形で論じられてきた。

(A) の事業施行要件は，法律上は「都市計画区域内の土地について」「公共施設の整備改善及び宅地の利用の増進を図るため」と定められているにすぎない（土区2条1項）。これはきわめてあいまいな要件ではあるが，それでも具体の事案で宅地の利用増進が図られないという実態があれば，そのような目的による土地所有権等の強制変換は違法，ないしは憲法29条

違反ということになる²⁹⁾。しかしながら、事業施行、すなわち公用換地という権力行使自体の合憲性について自覚的に論じた判例は必ずしも多くない。現存道路をバイパスとして拡幅するために、あるいは工場誘致の利便を図る目的のために、本来宅地の利用増進のために行われるべき土地区画整理事業が行われるのは、憲法29条1項、3項等に反する、あるいは

減歩および水路のかなりの部分の廃止等が農業経営と生活を破壊し、したがって憲法25条1項、22条1項に違反すると原告が主張した事例がいくつもある。これに対して、判決は、総合的な計画の下に他の事業をあわせて実施することは望ましく、都市計画の目的に適つたものであり³⁰⁾、当該宅地の利用増進も併せて図られていれば公共の福祉に合することになる、減歩によって従来の農業生活をそのままには維持し得ない結果を招いたとしても、その損失は清算金等の補償を受けており、その下では健全な市街地の形成のために受忍すべき義務がある³¹⁾、などとした。ここでは、土地区画整理事業が地区内権利者の利益になるとは限らないという実態があるにもかかわらず、「宅地の利用増進」目的が掲げられているからとして要件を充たしていると断じ、権利の対象、それによる生活基盤のあり方の強制的な変換がどのような要件の下に許されるかという問題は、十分検討されることなく処理されているように思われる³²⁾。

その背後には、(B)、(C)についての判例でしばしば見られる考え方、すなわち、補償に関しての判示ではあるが、すべての財産権は交換価値によって把握されるところから、私有財産権の保障は必然的に交換価値の保障を意味するのであるところ、減歩は、全体として宅地の交換価値に損失を与えることはない³³⁾、とした認識が底にあるといえよう。しかし、これは土地収用でいえば、収用要件の設定の合憲性の判断を欠落させたものである。

(c) 市街地再開発事業は、土地の共同化による土地の計画的な高度利用・公共施設の整備・公開空地の形成などによる環境・防災面での向上がめざされ、これが事業の公共性の内容といわれる³⁴⁾。しかし、このような一般的目的がただちに公用権利変換の根拠たる公共性となるものではなく、当

該地域においてこれを是が非でも行う必要性が認定されなければならない。特に、公用権利変換は質のまったく異なる権利の変換を行うものであり、その要件審査は厳しいものとなるはずである。しかし、判例は、施行区域が高度利用地区、低層非耐火家屋による低度利用地区、十分な公共施設がなく、土地利用が著しく不健全、施行区域内の土地の高度利用を図ることが都市機能の更新に貢献、という4要件（都開3条）は「再開発の公共性確保の観点から必要にして十分なもの」であり、憲法上の問題は生じない、とする³⁵⁾。

しかし、は、「非耐火」、「2階以下」、「耐用年数3分の2経過」または「それと同程度の機能低下」、「建築面積150m²未満」、「容積率が指定容積率の3分の1未満」等のいずれでもないものが敷地面積で3分の1以下（逆にいえば、いずれか1つに該当するものが3分の2を超える）というのであるから、ハードルはきわめて低い。法制定当初の「2階以下の非耐火建築物」の面積が3分の2超」というのに比べ、きちんとした規範的吟味を必ずしも十分に経ないまま緩和されてきたように思われる。も、法3条の文言上、土地利用が細分されていること自体が「不健全」の原因ととらえられている。これ自体をもって、権力的な権利変換の根拠たる「公共性確保の観点から必要にして十分なもの」とはいえない³⁶⁾。本来は、法文上、あるいは即地的に（この場合は、当該地域に即して確定する手続が重要となる）、さらなる限定が要求されるべきものであった。

しかも、市街地再開発事業一般に、実際の転出はきわめて比率が高い。実態は「私的公用収用」に近似したものが多くいってもよい。要件の吟味は実態からも要求されていた。

しかし、その点であいまいなまま緩和されてきたことが、第二種事業における収用要件のとらえ方のあいまいさに連なった。

(d) 第二種市街地再開発事業は、手法として、公用権利変換ではなく公用収用を用いる。すなわち、いったん施行者が各地権者の権利を収用して、地区にとどまる希望を出した者には建てた建物の床等の現物補償を、地区

にとどまる希望を出さなかった者には金銭補償をしなければならない。

市街地の面的改造に収用手法を用いる場合でも、旧市街地改造法による拡張収用は、公共施設（道路、駅前広場等）の建設・改造（拡張）にあわせて周辺整備をするというように、本体たる公共施設の側からの枠がはめられていた。第二種市街地再開発事業は、それとは異なり、公共施設の整備は計画の一内容にとどまり、あくまで面的整備の手法として収用が用いられたのである。面的整備という視点からみれば、それ自体はそれなりの理由があることで、積極的な展開という面もある。

しかし、現物補償として地区内に床が与えられるとはいえ、権利関係はいったん切断されることとなる。また、制度上も、特に意向を示さない限り地区内での所有権等は喪失するとされる³⁷⁾。第二種事業の要件が、安全上・防火上支障がある建物の数もしくは延べ面積が一定比率以上、または駅前広場・避難広場等の整備と一体的に行うことが合理的などの要件が附加され³⁸⁾、また施行が公的団体に限定されてきたのも、そのためである。

(4) 私的公用収用の拡大と「計画による公益創造」論

(a) 権利変換手法では全員の権利が従前から従後の権利形態に一挙に変換されることになるのに対して、収用手法の場合、いったん施行者の手に権利が入るという構成であるため、全権利が一挙に変換される必要はない。したがって、大規模であるとか、あるいは権利関係が複雑で一挙にはすすめることが困難なところで工区を区分して工区をこえる移動をもやり、あるいは合意の成立した権利者から順次進めるなどができるという特色をもっている³⁹⁾。

このような施行者にとって「やりやすい」ものであることから、今次改正は、「とにかく民間会社に第二種事業の遂行権限を認める」、というところから出発し、しゃにむに進められたように思われる⁴⁰⁾。

しかし、事業の結果、そこに建設されるのは、道路・広場のほか、主要には商業・事務所・住居等の用途の建築物であって、果たしてこのために

収用ができるのか。これは、従来、私的公用収用の問題として論じられてきた。

(b) 憲法29条2項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と、そして同条3項は「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」と定めた。こうして、憲法は、13条にもとづく他の権利の制限に比べ、財産権については、剥奪も含め、かなり踏み込んだ制約ができると定めた。権利自体を剥奪する土地収用制度は、この現れである。

しかし、土地収用制度では、収用しうる要件はかなり厳しく限定されていた。土地収用法は、収用できる事業を特定し（土収3条。いわゆる「収用適格事業」）、さらにそれが具体的に適正で、収用するだけの価値があるかどうかを具体的事例に即して判断する（土収20条）という仕組みをとっている。

ここで、収用適格事業とされているのは、道路・鉄道その他公共の用に供せられる共同施設である。鉄道・電気事業等は私企業によって経営されているが、しかし、その場合でも、収用理由としての公共性はその施設自体の公共性、すなわち公共用に供されるという性格によって根拠づけられる。ただ、そこでも‘国・地方公共団体・公社・公団が一定地域内で行う50戸以上の住宅経営’（土収3条30号）は、事業の結果として私人に占有権を設定するもので、厳格に言えば「公共の用に供する」とはいえないが、しかし「自ら居住するため住宅を必要とする者に対し」て公的団体が供給するのであるから、広い意味での公共施設になるとされた。

(c) しかし、1960年代に入って⁴¹⁾、最終的には私的利用に供するような場合でも収用という手法が用いられるようになった（いわゆる「私的公用収用」）。1962年の「首都圏近郊整備区域及び都市開発区域の整備に関する法律」改正により工業団地造成事業の施行者に土地収用権が賦与され、1963年新住宅市街地開発法により新住宅市街地開発事業に収用権が賦与されたのがそれである⁴²⁾。

最終的には私用に供されるにもかかわらず、なぜこれら工業団地建設、ニュータウン建設に収用されるだけの公共性ありとされるか。

(d) この公共性の根拠として、法律にもとづいて「計画的に」建設されることが主張された。雄川一郎は、ある事業のための土地の取得を個々の現象として見るのではなく、その全体を集団的な現象として把握することが必要であるとし、そこでは、制約の受忍を強要する合理的な根拠は土地利用計画に求められることとなるが、誰もが一致して認めるその客観的合理性を実際に得るのは困難な問題であることからすると、その策定において関係者の権利を手続的に保護することが重要である、とした⁴³⁾。遠藤博也は、私的公用収用などに見られる新しい公共性は計画によってはじめて与えられる、すなわち全体としての都市計画の中で、都市機能の分散等による都市機能の維持増進とか、住宅問題、交通問題への寄与とか、全体としての都市問題解決への一環として位置づけられることによって根拠付けられる、という。この局面において、法律要件は非完結的であり、一連のプロセスを経て計画策定なり地域指定なりが行われて始めて権利制限も明らかとなる。公益というのは、その創造的活動を通じて形成される。手続は実質的な、公共性の内容そのものと密接な関係を有する⁴⁴⁾。こうして、計画およびそれを定める手続を公共性の根拠とする論が展開してきた。

(e) しかし、これに対して、都市計画(にもとづく収用)は宅地取得等の公共性によって理由づけられるのであって、都市計画自体が収用による宅地取得等を根拠づけるものではないという批判がある⁴⁵⁾。

実定法上も、上記の法制でも計画による根拠づけがそう安易にされている訳ではない。工業団地造成では、首都圏の過密化防止のための工場分散策の受皿として必要とされるものの計画的建設、すなわち計画の特定の内容の故に公共性がありとされた⁴⁶⁾。また、ニュータウン建設についても、大都市圏での住宅難との中で生存の基盤たる住宅とそれをとりまく良質の住環境が計画的に供給されることに、収用の根拠たる公共性が求められている。しかも、それらはいずれも事業主体を地方公共団体、公団など、い

わゆる公的団体に限定していた。電気事業、鉄道建設など用途のはっきりしたものはその用途の公共性に着目して（たとえ私的企業であっても）収用を認める、それに対して用途がより広く曖昧なものは、主体＝公的団体の面で公共性を担保することが必要とされたのである。

それにもかかわらず、しばしば、計画による公共性の正当化論が形式化・抽象化された形で展開し、しかも、計画の合理性が計画策定手続の適正性に収斂されたところに大きな問題があった⁴⁷⁾。

(f) 「計画による公益の創造」論は、所与の公益は存在せず、一定の過程で創造する、というのであるから、その創造の手続こそ正当性の根拠となるとする。

確かに、計画を策定するのは、その地域の状況に応じて、多数の事項を考慮し、それら考慮事項の比重を判断し、組み合わせなければならない。そこでは、実体的に唯一正しい解答を発見することは困難であり、むしろ、同じ程度に合理性を主張し得る解答が複数成り立つのが一般的だろう。複雑に錯綜し、矛盾し、対立するさまざまな事項を衡量し、多様な視角を統合する場が「手続」であり、「公益」はこの手続のなかで形成されていくという面はある。佐藤岩夫は、こうして、「公共性」ということばを、実体的公共性に限定されない重層的な意味構造を備えるものとして、すなわち「公衆が公共の問題について公開の場で議論し、公共の利益（公益）を発見していく公共的な言説空間」という多様で重層的な意味構造を持つものとしてとらえつつ、地域の土地利用秩序に関するルール形成における手続の位置づけを論じる⁴⁸⁾。

しかし、手続によっては侵害が正当化されえない個人の権利は、やはりある。具体的場合にそれが何か、一律には論じられないが、地域空間のあり方に関わり、安全の確保、自由な人格の場としての居住の確保・安定、よい環境の保全（地区内の環境、および地区外環境への交通量の増その他による影響等）など、実体的な価値も規制力をもつというべきであろう⁴⁹⁾。

さらに、手続論自体をとっても、まず第1に、手続における理性的対論

は、共通する価値・目的の認識と、そこからの展開の論理的優位性を争うことによってなされる。それを通じて認識の共有が広まる。したがって、それぞれのレベルでの、それぞれの具体化に応じて共有された価値・目的に反していれば、そのような計画は適正とは評価されない。

第2に、計画には多様な人々が多様な関わりをもっている。当該地域空間のあり方についての計画に関わりをもつ者として、居住者（自然人）、そこで業務・勤労をしている人、企業＝事業主体、地権者、その他その地域の「価値」に何らかの関わりをもつ人（社会施設・自然資源等の利用者・受益者、その保全等に強い関心をもつ人など）が考えられる。それら相互に、そしてそれぞれの範疇の中でも関わりの程度は非常に多様である。様々な関係者が、その関係の質・量の度合いに応じて参画し、それらの意見等がそれを総合するにふさわしい場で総合されて計画決定される必要がある。こうして、手続の適正性の確保のためにも各々の関わりの価値評価がなされなければならない⁵⁰⁾。

こうして、計画における公共性というのは、佐藤のいうように、実体と手続よりなる重層的なものとなる⁵¹⁾。

(g) ましてや、収用などの公権力を付与する場合には、計画およびその下での事業の内容の適切さ、それを創造する手続のあり方、それが「公共性」を担ういうものか、これはひときわ厳しく問われなければならない。

成田頼明がかつて民間への収用権付与について設定した3要件⁵²⁾を、新たな公共性の議論をふまえて再構成すると、次のようになるだろうか。事業主体に対して、国・地方公共団体、地権者、市民の統制がきちんと及ぶか、民主的手続で定められた計画に適合した事業計画となっており、またその執行もチェックされる担保があるか、整備後の土地・建物等が投機目的に供されるのなど不適切な使用にならないよう、事後的なコントロールの手段が確保されているか。

4. 再開発会社による再開発事業の適正性確保と 住民・地権者の権利

(1) 公共性の観念の変化と事業主体

(a) こうして、新たな土地所有権観念、計画による公益創造論を前提としても、それが再開発会社による市街地再開発事業の権力的遂行という新たな法制を正当化するものとはならない。最後に、「公共性を担う主体の多様化してきており、それは国・地方公共団体が独占するものではない。」という命題を、上記の3要件をもふまえながら検討する。

公共性についての議論は近年非常に深められてきている。ここでそれをフォローすることはできないが、公共性の国家独占との関わりで市民的公共性が主張され、それは、共通性、公開性、あらゆる人々や集団に席が設けられているという意味で「複数性（排除への抵抗）の領域」、人々が何かを創始するという意味での「自由の領域」を意味するとされる。そして、このような意味での「市民的公共性」が、住民投票に見られるように、「公共性」（公益性）を定義する権利を国家の独占から奪還し始めている、と論じられる⁵³⁾。

このように公共性を論じるならば、むしろ「公共圏」としてとらえる方がより適切かもしれない。しかし、そのような公共圏は、いうまでもないが複数のもものが、重層して存在する。その中の1つの公共圏が他人の権利を剥奪するような決定は行い得ない。

(b) しかし、まちづくりなり都市建設において民間企業も公共性を担いうるというとき、そこでの公共性は、上に見たような意味での公共性ではなく、むしろ、きわめて実体的な意味あいで行われているように思われる。たとえば“ それによって都市基盤が整備され、きちんとした建物の建ち並ぶ質の高い街が形成される ”、したがってそれは公益を実現するとか、公共性を担う、といういい方である。

しかし、そうだとすると、そこで「良いこと」とされている街のあり方が、なぜ他の人の生活基盤を強制的に変え、剥奪してまで実現すべき「良いこと」のか、それはどこでどのようにして認定され、どう保障されるのかが、再び問われることとなる。再開発会社という一民間企業の行う事業で、それがどう確保されるのか。

(2) 再開発会社の「公共性」担保制度

(a) 権力を行使して事業を遂行することを認めるには、「より高い」、きわめて高度の公共性が要求される。事業後の用途その他事業内容のあいまいなものの遂行における公共性の担保の1つとして、なぜ、公的主体であることが求められてきたのか。それは1つには、収用を用いるだけの事業内容の適正性・公共性をどう担保しうるかという面と、もう1つには、適正に行うことを責任機関に要求し、その責任を追及することがどう担保されているか、という面から考えられる。

(b) 本制度において、再開発会社の行う事業内容に、そのような「より高い」ものを要求するシステムになっているか。

知事による事業認可の基準として、「次の各号のいずれにも該当しないと認めるときは、その認可をしなければならない。」とされている。再開発会社の要件を充たしていない、申請手続が法令に違反、規準、事業計画の決定手続・内容が法令に違反、事業計画内容が事業に関する都市計画に不適合、事業施行期間が不適切、事業遂行に必要な経済的基礎、的確に遂行するに必要なその他の能力が十分でない(都開50条の7)。

1999年法改正までは、「……と認めるときに限り、その認可をすることができる。」として、形式的に認可基準に適合しているのは最低限度の条件であり、それに加えて知事が認可しても大丈夫だという心証を固めてから初めて認可に踏みきるもの、とされていた⁵⁴⁾。しかし、法改正により、「法令違反」や「都市計画に不適合」でない限り、認可をしなければなら

ない、とされた。すなわち、‘より高い’内容のものを要求する構成が放棄されたのである。

(c) 再開発会社に対する都道府県知事の監督は、報告・資料の提出要求（都開124条）、事業・会計の状況検査（125条の2第1項）、再開発会社のした処分取消し・変更・停止、工事の中止・変更その他の措置命令、命令に従わない場合の施行認可取消し（都開125条の2第3・4項）がある。ただし、これらの監督権は、法律および法律にもとづく処分、規準・事業計画・権利変換計画等に違反していることの是正のためのものである。すなわち違法とはいえませんが適切でない、不当である、というものの監督ではない。

そのほか、再開発会社の合併・分割・事業譲渡・譲受は知事の認可を受けなければ効力を生じない（都開50条の12、50条の13）とか、再開発会社が審査委員3人以上選任するには知事の承認が必要（都開50条の14）という監督もなされる。いずれも、イニシアティブは再開発会社にあり、それが違法でなければ認可・承認することが予定されていると思われる。

また、市町村も、報告、資料の提出を求めることができる（都開124条）が、それ以上の監督権はもっていない。

(d) そのほか、一般的に、都道府県知事・市町村長は再開発会社に勧告・助言をすることができる（都開124条1項）、それも「この法律の施行のため必要な限度において」であるから、法律が‘より高い’適正性を求める構造になっていない限り、それも限界があることとなる。

わずかに、再開発会社等がした処分その他公権力の行使に当たる行為について知事に対して審査請求をして（都開128条）、不当性の故に取消しを求めることが考えられる。もっとも、「違法とまではいえませんが不当である」として取消した事例は、実際にはほとんどないと思われる。

(e) さらに、都市計画が有する個別事業のコントロール機能が弱まってきている問題がある。これは、規制法規の緩和の下で一般的にいえること

であるが、それに加えて、今次改正により創設された計画提案制度もその方向で機能しうる。

計画提案制度は、本法改正以前にも部分的に取り入れられてきた。しかし、それは、主として事業系の制度として展開してきたという特徴をもつ。1988年都市再開発法改正(昭63法49)は、地権者に限定してではあるが、再開発地区整備計画についての要請制度を創設した(都開7条の8の4)。再開発地区計画の区域内の相当規模の地権者が、全員の合意により協定を締結して、再開発地区整備計画を定めるべきことを都市計画決定権者に要請できる、というものである。同様のものは、1990年都市計画法改正で創設された住宅地高度利用地区計画制度に(都計12条の6)、そして、1992年都市計画法改正において、地区整備計画が定められていない地区計画区域にも導入された(都計12条の5第10項)⁵⁵⁾。

今回創設された計画提案制度には2種類がある。(A)地権者、まちづくりNPO法人・公益法人、これらに準ずるものとして地方公共団体の条例で定める団体の提案制度(都計21条の2以下)と、(B)都市再生事業⁵⁶⁾を行おうとする者の提案制度(都市再生特別措置法37条以下)である。いずれも都市計画の決定・変更をすることを、素案を添えて提案することができる、というものであり、計画素案の内容が都市計画基準に適合するとともに、「同意地権者の3分の2要件」がかけられている。都市計画決定権者は、決定・変更する場合、あるいはその必要なしとしてその旨通知する場合いずれも、都市計画審議会に付議ないしはその意見を聴かなければならない。応答義務と応答の仕方を選んだ点では、「提案権」ともいえるものである。(B)については、都市再生特別地区、高度利用地区、市街地再開発事業、政令で定める都市施設その他に関する都市計画の決定・変更の提案に限られているが、反面、都市計画決定権者の応答は6ヶ月以内になければならない、という厳しい時間の枠がはめられている点では、提案権の権利的性格はより強くなっているといえる。そして、これも明らかに事業系の計画制度である。

再開発会社，あるいはその中心となるディベロパーは，地権者として(A)の制度，事業者として(B)の制度のいずれにも関わることができるが，いずれにせよ，まず事業計画がたてられ，それに合わせて都市計画が変更されるという，その意味での「柔軟化」が図られるようになる。

(f) このように，再開発会社の遂行する事業内容については，適法性，計画への適合性に関わってはコントロールされるが，それ以上の高いレベルで公益を実現すべきことを確保する法的手段はない。したがって，この面から強制的事業遂行権を，ましてや収用権限を授権すべき根拠は見出せない。

(3) 地権者の事業進行についての権利

(a) 組織運営のあり方と責任機関の責任を問うシステムはどうか。

先に述べたように，従来から居住する地元地権者は，株主となったからといって，コントロールの実質的な力を発揮できるようなものではなく，また，一般の商法上の会社以上の少数株主の権利をもっているわけでもない。

(b) 地方公共団体および公団施行の土地区画整理事業の場合は，適正性を確保し地権者の意見を反映させるため，土地区画整理審議会が設置され，その委員は地権者の選挙によって選ばれていた。これは，組合の場合に準じて地権者が決定に関与することを保障するという趣旨のものである。他方，地方公共団体および公団施行の市街地再開発事業の場合におかれる市街地再開発審査会の委員は，地権者民主主義の要素はやや弱められた形ではあるが，知識経験者および地権者の中から地方公共団体・公団等の長が任命するとされた（都開57）。個人施行・組合施行の再開発の場合は，知識経験者のみの審査委員を置くこととされているが（都開7条の19，43），それぞれ全員同意，組合総会の議決という地権者の決定権が留保されているからである。これら審議会，審査会，審査委員は，権利変換計画など重要事項について議決・同意権をもっている⁵⁷⁾。

ところが、再開発会社は、個人施行・組合施行の場合と同様の審査委員を知識経験者から選任するとされたにとどまる(都開50条の14)。組合と異なり、地権者と株主は法律上はまったく別のものであり、株主としての発言権をもっているからという根拠で地権者としての発言権のシステムを排除してよいことにはならない。

(c) すでに述べたように、地権者は「株主となる権利」を認められていない。そして、地権者以外の住民の権利は、当然のことではあるが、商法上は一切規定されていない。

都市再開発法上は、再開発会社の施行認可申請および権利変換計画(または管理処分計画)認可申請に際して「同意地権者の3分の2要件」が課せられており、これが実質上は最も大きな意味を有するものである。ただ、さきに述べたように、この手続は、3分の1の地権者の土地についての権利を剥奪するだけの公共性の根拠とはなりえないし、またそのような計画内容の形成への積極的な参加権を保障する法律上の構成はとられていない。また運営のあり方の是正の積極的な行動のてがかりになる手続でもない。

運営のあり方の是正の権利としては、地権者の10分の1以上の同意による、知事による事業・会計検査の要求(都開125条の2第2項)という制度がある。もっとも、これらの監督権は、上記のように、法律および法律にもとづく処分、規準・事業計画・権利変換計画等に違反していることの是正のためのものである。すわなち違法とはいえないが適切でない、不当である、というものの監督ではなく、ましてやより高い公共性を求めるためのものでもない。

(d) 都市計画法上創設された地権者による計画提案制度を用いて、市街地再開発事業の遂行を枠づける都市計画変更、あるいは地区計画等の決定をすることは考えられないではない。ただ、再開発会社が成立して事業を行おうというとき、それを枠づけようとする提案が、地権者(これには地権者たるディベロパー、再開発会社も入っている)同意の、特に3分の2

地積要件を充足することはありえないだろう。

(e) なお、都道府県知事による事業施行認可は、都市計画事業認可（都計59条4項）とみなされる（都開50条の2第3項）。そして、都市計画事業認可は、土地収用法上の事業認定とみなされる（都計70条1項）のであるから、第二種事業の施行認可も収用の事業認定とみなされることとなる。したがって、それは抗告訴訟の対象となる⁵⁸⁾。地方公共団体施行の市街地再開発事業計画決定公告も、同様の根拠（知事の設計概要の認可が収用の事業認定とみなされる）にもとづいて、最高裁判例によって抗告訴訟の対象となるとされた⁵⁹⁾。

都市再開発法127条3号は、事業施行認可を不服申立ての対象から除外しているが、それは一定の行政手続を経ていることから、あまりレベルの変わらない行政機関による審査を繰り返す必要はないという趣旨と思われる、取消訴訟に直接訴えるべきものとなる。

この点について、国土交通省都市・地域整備局監修の解説書は、それが“直接関係権利者に法律上の効果を及ぼすものではない”からとしているが、そのような根拠づけは、したがって、少なくとも第二種事業の施行認可については誤りである。

なお、同条1号には組合設立認可も列挙されているが、土地区画整理組合の設立認可については、すでに最高裁判例によって抗告訴訟の対象となることが認められている⁶⁰⁾。その中心的な根拠は、強制加入を強いられるという点にあると思われるが、この再開発会社による第一種市街地再開発事業の場合は、組合員ほどの発言権を必ずしも保障されないまま、事業に強制編入されるのであり、したがって同様の司法的保障を与えられるべきである。

このように権力を広げながら、それについて司法の場で争う機会を広げない発想がもしあれば、それは、現在規制緩和論の中で主張されている‘透明性’とも‘事後の司法的統制’とも無縁の発想であろう。

(4) 地権者以外の住民の権利

(a) 地権者以外の住民, すなわち建物の賃借権者等は, 一般的に市街地再開発事業での参加権⁶¹⁾は認められていない。

(b) もっとも, 地区計画を定めることを提案して, それによって再開発事業を梓づけるという方向での追求はできる。地区計画についてまちづくり協議会に提案を認める法制は, 神戸市景観形成条例⁶²⁾を嚆矢として, 地方自治体レベルでいくつが見られた。また, それ以前でも, 非法定の密集市街地の改善事業を行う際に, 地元住民代表の会議で原案を作成するなどの例は見られた⁶³⁾。

また, このような流れに対応して, 国法のレベルでも, 一定の提案制度が組み込まれていった。地権者に限ってではあるが, 再開発地区整備計画についての要請制度などが上記のように取り入れられた後, 都市計画法2000年改正において, 市町村が条例で定めれば地区計画等(地区計画, 再開発地区計画など各種の地区計画)の決定・変更や, その内容となるべき事項を住民・利害関係人⁶⁴⁾は申し出ることができるとされた(16条3項)。これは, 提案者を地権者に限定しないという点で, 画期的なものであった⁶⁵⁾。

しかし, そこでは, 今次改正で事業者と地権者に認められた計画提案制度のような, 決定権者の応答義務や応答のあり方は, 少なくとも法律上は定められず, きわめて権利性の薄いものでしかない。地権者も含む住民が, 市民・住民として再開発会社のたてる計画内容, その運営と事業施行をコントロールする手だては, 法的には用意されていないといわざるをえない。

(5) 再開発会社の事業遂行責任

(a) 再開発会社は, 市街地再開発事業を行うためという特定の目的のために設立される会社(一種の‘特定目的会社’)である。その事業資金は, 再開発会社への出資金と借入金等であり, 返済その他は, 当該プロジェク

トから生み出されるキャッシュフローに限定される。いわゆるプロジェクトファイナンスである⁶⁶⁾。

したがって、認可規準としての「当該市街地再開発事業を遂行するために必要な経済的基礎」（都開50条の7第5号）も、事業規模に見合った出資金の額、および融資の見込み等にならうか。しかし、それが事業の破綻を予防するに十分なものか、疑問が残る。

(b) 事業の破綻に際しては、再開発会社は株式会社にしる有限会社にしるあくまで有限責任を前提としたものであるため、出資者であるディベロパーは出資額を超えた責任を負わない⁶⁷⁾。

それでも、融資者の場合、出資者などとの間であらかじめリスク分担について契約で定めておくことも考えられないではない。しかし、強制的に事業施行地域に編入された地域内地権者、住民は、あらかじめ契約を取り結ぶ関係がなく、出資者、融資者などの責任を追及する法的な手がかりをもっていない。

(c) 本法では、事業継続が困難となるおそれがある場合については、行政庁の監督処分が、それでも遂行を確保できない場合には、都道府県知事による代行規定を置いている（都開112条）。もちろん、これ自体、既に個人施行、組合施行で導入済みの制度ではあるが、個人施行の場合には地権者は同意をしているのであり、また組合施行は議決権をもって参加しているのであるから、その持つ意味、位置づけは再開発会社の場合には異なっ

てこよう。知事が代行に踏み切る前に出資者・融資者に何らかのてだてを講じることがを求める規定も、また代行後、その費用についてそれらの責任を求めることを定めた規定もない。

こうして、当該再開発事業の中心となったディベロパーは、地権者、住民、地方自治体との関係では、通常の有限責任原則にもとづいて出資の範囲でのみ責任を負うにすぎず、事業不調の時には公的資金を投入して処理するという、いわば公的資金投入制度の個別事業版が創設された形になる。

(d) このように考えると、再開発会社は、市街地再開発事業という特定目的のための会社⁶⁸⁾であるが、そのような会社に収用権行使まで授権しながら、それを商法上の一般の会社として構成したのは、立法者のミスといわざるをえないだろう。

5. おわりに

(a) これまで検討してきたように、再開発会社は「地権者会社」というに値する構成には、法律上はなっていない。

そのような一営利会社が、市街地再開発事業という、最終的には雑多な私的利用に供するための市街地改変事業を営利目的で行うことに対して、公共性が担保されるかが問われた。しかし、再開発会社の遂行する事業内容については、法令に違反しないことと計画への適合性を確保するとどまり、同じく法令に違反していない他人の土地利用を権力的に否定して遂行するだけの‘より高い’公益を実現すべきことを確保する法的手段はなかった。地権者がそれを求めて参加する、あるいはそのように事業を施行すべく会社の運営のあり方を問う効果的な法的手続も用意されていない。住民は、他の市街地再開発事業と同様、発言権は与えられていない。しかも、事業の破綻に際しても、ディベロパーの責任は有限責任であって、強制的に事業施行地域に編入された地域内地権者、住民や、事業代行をした都道府県知事がそれを超えて責任を追及する法的枠組みはない。

(b) このように、再開発会社による市街地再開発事業遂行の公共性は、法論理の上からは出てこない。それではどこからそれは来るか。おそらく、会社形態の事業主体こそ、市場原理を活かして、土地の有効利用を最大に行うことができる、という発想がその底にあると思われる。資源配分の効率性を獲得し、社会全体の効用を最大にするのが政策の役割であって、その最も有効な手法は市場原理の活用である⁶⁹⁾、経済的ポテンシャルのある地域の再開発を行って市場に登場させる事業こそ公共性あるものである、

という論理であろう。

現在の規制改革の論理は、まさにこの市場原理を機能させることを中心課題として、それを妨げる規制を廃止・削減し、また市場機能をより発揮させるための情報拡充、市場ルールを侵犯した者に対する事後的制裁の機能回復などをいう。

しかし、市街地再開発事業は、市場原理によって遂行するものではなく、利用変更の強制と、その極限形態である「財産権の剥奪」という、まさに市場原理に對置される「権力の行使」によって遂行するものである。なぜ、再開発会社の施行する事業に権力を付与するか。それは迅速に進めるためである⁷⁰⁾。

近代法においては、普遍的法原理を通じて市場原理が働いた。今展開しつつある法制においては、ある経済的法主体の行動の便を図るために権力が用いられようとしている。法論理の普遍性が失われた1つの姿であろう。

しかし、このような「公共性」は、土地所有権等の、そして個人人の生活・営業等の基盤の強制変換・剥奪を正当化するものではありえない。

(c) もちろん、これまで市町村や組合によって行われてきた市街地再開発事業が大きな問題をはらんでいることはここに繰り返すまでもない。市町村施行は、特に権力的に進めうるものであるだけに、そして行政組織がしばしばもつ融通のなさ、センスのなさによって、事業の進め方、事業後の運営全体にわたって硬直性などが指摘されてきていた。しかし、民主的コントロールのない、しかも最後は行政による事業代行制度によってカバーされる事業は、場合によってはより深刻なある方向への硬直化をもたらしかねない。

今必要なのは、新たな「公共性」を展開させた再開発のプロセスの構築と、地価上昇を前提としない再開発の原理の探求、その意味での新たな展開でなければならない。

1) 一連の法制定・改正についての検討については、大久保規子「都市再生をめぐる法制度改革の特徴と課題　サステイナブル・シティ構築の観点から」(遠藤浩先生傘寿記

念『現代民法学の理論と課題』第一法規, 2002) 685頁以下, 安本典夫「総合規制改革会議第一次答申『都市に係る各種制度の見直し』をめぐって」住宅会議54号(2002)25頁以下, および都市住宅学37号(2002)の諸論文など参照。

- 2) 座談会「再開発会社施行の普及に係る視点(前編)」市街地再開発389号(2002)45頁。
- 3) 自己株式は議決権行使できないため, これはカウントされない。
- 4) 会社が設立後取得した土地もこの要件に関してはカウントされる。
- 5) 「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律」(平10法105)にもとづかないものは「特定目的会社」の名称をつけられない(16条2項)のであり, 本文の記述は比喩である。
- 6) 公団, 公社に「地方公共団体に準じる」という位置づけを与えることにはなお論ずべき点があるが, それについてはここではふれない。
- 7) 地域振興整備公団, 首都高速道路公団, 阪神高速道路公団がそれにあたる。
- 8) 防災街区整備組合が第一種市街地再開発事業を行う場合には, 同組合を数人共同して施行する第一種市街地再開発事業の施行者とみなすとされている(密集市街47条1項)。
- 9) 最判昭和53.12.8民集32卷9号1617頁は, 日本鉄道建設公団に対する国の監督を内部的監督関係のものとしてとらえる。しかし, これには批判も多い。塩野宏『行政法「第二版」』(有斐閣, 2001)など。
- 10) これは公共組合の一種であり, 地方公共団体, 営造物法人とならんで公共団体として行政主体に入るとされた。安本典夫「公共組合」(雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系7・行政組織』(有斐閣, 1985)287頁以下)。
- 11) 地権者でない者, すなわち借家人は法律上組合員となるとはされておらず, 発言権を与えられていない。したがって, このような仕組み自体, 「地権者民主主義」という限界をもっている。
- 12) 国土交通省都市・地域整備局監修『市街地再開発・土地区画整理事業の新たな展開改正都市再開発法の解説』(以下, 『解説』として引用)(ぎょうせい, 2002)7-8頁。
- 13) 公的主体による事業においても, 特定事業参加者制度など, 民間事業者の参入を促進する制度が導入されてきていた。
- 14) このような極端な例が出てきても, 指導でしか対処できないことになる。しかし, 行政指導にあっては, 行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない(行手32条)。認可においては, 知事は, 申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならず(行手33条), また権限行使の意思がない場合に権限行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない(行手34条)。上記の重大な欠陥を補正することを行政指導に頼ることは, 法律上無理がある。
- 15) 座談会・注2)49頁。意思決定を代表取締役, 取締役会, 株主総会のいずれにするかは, 定款・取締役会規定の定めによる。
- 16) (社)全国市街地再開発協会『再開発会社施行マニュアル』(以下『マニュアル』として引用)138頁も, すべての地権者に出資者となる機会を与えることが望ましい, とする。

- 17) 反対に、株式譲渡につき取締役会の承認を要する規定を定款におくことを再開発会社の要件とする（都開2条の2第3項2号）ことにより、人的な信頼関係のある者に株主を限定する閉鎖会社とされている。これは地権者の支配権の実質的確保のためとされており、根拠のないことではないが、しかしそうであれば一層、地権者への門戸公開原則がとられなかったのは均衡を欠く。『解説』・注12) 10頁。
- 18) 『解説』・注12) 12頁。
- 19) 『マニュアル』・注16) 131頁。
- 20) 第二種事業の場合の管理処分計画の決定においては、譲受け希望の申し出をした地権者の中での「同意地権者の3分の2要件」となる。
- 21) わが国の現行法上その自由の範囲が広すぎるという問題はあるが、それはここでは論じない。
- 22) この「公益上必要」の判断基準につき、安本典夫「判例批評」判時1433号154頁、室井力・兼子仁編『基本法コメンタール・地方自治法 [第4版]』（日本評論社，2001）258・259頁（田村和之執筆）参照。
- 23) 国土庁土地局監修『逐条解説・土地基本法』（ぎょうせい，1990）3頁以下。
- 24) これと供用義務論との関わりについては、戒能通厚「所有権と公共性」（本間・五十嵐・原田編『土地基本法を読む』日本経済評論社，1990）85頁以下。供用義務論については、稲本洋之助「比較土地法の視点」（渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究・下』（岩波書店，1983）1頁以下、戒能通厚『現代土地法論』への論争的アプローチ」（乾昭三編『土地法の理論的展開』法律文化社，1990）3頁以下参照。
- 25) 原田純孝「土地利用と土地利用計画」（本間・五十嵐・原田編・注24）106頁。
- 26) 国土庁土地局・注23) 36頁。
- 27) 安本典夫『都市計画事業法制』（原田純孝編『日本の都市法⁽¹⁾』，東京大学出版会，2001）245頁，257頁以下。
- 28) 藤田宙靖「土地基本法第2条の意義に関する覚え書き」（金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策（下）』有斐閣，2000）695頁以下。もともと、このような考え方は、内閣法制局、建設省（当時）などのとるところとはならず、依然として土地基本法制定前と同じく、現実の緊急の必要性に迫られない限り土地利用制限は定めえないとされた。
- 29) 河合義和「公用換地ないしは土地区画整理制度の諸問題」公法研究29号（1967）189頁は、そのような場合は「特別の犠牲」にあたるとする。
- 30) 神戸地判昭54.9.17行集30巻9号1567頁，前橋地決昭44.11.22行集20巻11号1478頁。
- 31) 前掲前橋地決昭44.11.22。なお、農業生活継続不能に対する精算金等の記述は、安井章・松村利教・大田黒昔生裁判官の本制度に対する誤解によるものかとも思われる。
- 32) なお、名古屋地判7.11.22判タ929号96頁は、違法性のレベルではあれ、施行地区内の一部の区域の編入が事業施行要件を充たしているかについて踏み込んで検討した。
- 33) 福岡地大牟田支判昭55.2.25訟月26巻5号730頁。なお、本件上告審判決・最終昭56.3.19訟月27巻6号1105頁においても、減歩によつて直ちにその減歩分の土地の価額に相当する損失が生ずるわけではなく、また、換地の結果補償されるべき損失が生じたと認められる場合については土地区画整理法上その補償措置が講じられているとして、違憲性

が否定された。

- 34) 竹下憲治「組合施行型都市再開発事業の行政法的分析 事業法の分析を通じて」
法政研究68巻2号520頁など。
- 35) 福岡地判平2.10.25行集41巻10号1659頁。
- 36) 大浜啓吉が都市再開発の公共性概念は、都市法を手続法として純化することによって新しい生命を得るとする(同「都市再開発と公共性」ジュリスト増刊・行政法の争点(新版)295頁)のは、このような実定法の状況から来るものとも理解されるが、しかし、後で述べるように、公共性はやはり実体と手続の両面から構成されると考えるべきであろう。
- 37) 何も意思表示しなかった者について、第一種事業では権利変換がなされて床が与えられるが、第二種事業では金銭補償になるというように、原則が入れ替わっている。各市街地再開発事業の性格については、安本典夫「都市再開発法の構造」(日本土地法学会土地問題双書11『都市再開発・不動産取引と法』有斐閣、1979)15頁以下参照。
- 38) 収用方式導入の1つの理由とされていた‘大規模性’は、相次ぐ法改正により規模要件が緩和されて、あまり重要性をもたなくなった。
- 39) 第二種市街地再開発事業の進めやすさについては、山下英和「用地買収型再開発事業の新たな展開」再開発研究18号(2002)7頁以下。
- 40) 「二種事業というのは、事業の機動性あるいは効率性という観点から、民間事業に非常になじみやすい制度」という倒錯した考えも出てきている。座談会「再開発会社施行の普及に係る視点(後編)」市街地再開発390号15頁。
- 41) その前に、自作農創設特別措置法が地主から強制的に買い上げて小作者に売り払うのが憲法29条3項に合致するかが問題となった。最判昭28.12.23民集7巻13号1523頁。
- 42) その後、流通業務団地造成にも収用権が認められた。
- 43) 雄川一郎「公用負担法理と土地利用計画」公法研究29号(1967)147頁以下。
- 44) 遠藤博也『計画行政法』(学陽書房、1976)47頁以下。
- 45) 渡辺洋三『財産と法』(東大出版、1973)207頁以下。
- 46) 藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)170頁以下。遠藤も、一定の内容をもった計画的整備をもって「公共性」の内容としている。同『行政法(各論)』(青林書院新社、1977)234頁。
- 47) 藤田・注46)170頁以下。
- 48) 佐藤岩夫「土地利用の公共性をめぐる手続問題と多元性問題 法社会学からのアプローチ」(藤田宙靖・磯部力・小林重敬編『土地利用規制立法に見られる公共性』土地総合研究所、2002)154頁以下。
- 49) 安本典夫「手続による正統性と内容上の正当性」(藤田・磯部・小林編・注48)99頁以下、藤田・注46)など。佐藤もこれら多様なトポスの適切な考量が要求されるという意味で、実体的な価値もまたトポスとして規制力を発揮するということを述べる。
- 50) 安本・注49)108-109頁。
- 51) 佐藤・注48)155頁。
- 52) 成田頼明「公用収用の法理とその新しい動向」(同『土地政策と法』弘文堂、1998、初出1971)264-265頁。

- 53) 斉藤純一『公共性』（岩波書店、2000）、千葉真「市民社会・市民・公共性」（佐々木毅・金泰昌編『国家と人間と公共性』東京大学出版会、2002）115頁以下など。
- 54) 建設省都市局都市再開発防災課監修『逐条解説改訂5版・都市再開発法解説』（大成出版社、1999）161頁。
- 55) 制度の趣旨については、『都市再開発法解説』・注54）144頁、建設省都市局都市計画課・住宅局市街地建築課監修『平成2年都市計画法・建築基準法改正の要点』（住宅新報社、1990）29頁、野口和雄『解説と活用法・改正都市計画法』（自治体研究社、1993）117頁以下など参照。
- 56) 都市再生事業とは、都市再生緊急整備地域内で行われる一定の都市機能増進等の事業をいう（都再20条）。提案を行う民間都市再生事業者とは、法令で定められたその種の事業を「行おうとしている」企業等であって、認定等何らかのチェックを受けたものではない。民間都市再生事業者の認可は、補助その他積極的支援を受けるための要件である。なお、都市再生緊急整備地域内に都道府県の都市計画によって指定された「都市再生特別地区」では、誘導すべき用途、容積率の最高限度と最低限度等が新たに定められ、それにもとづいて規制されることとなる（都再36条、附則3条）。
- 57) 権限については、たとえば『都市再開発法解説』・注54）249頁以下、275頁以下参照。
- 58) 土地収用の事業認定について、小高剛『土地収用法』（第一法規、1980）632頁、小沢道一『逐条解説・土地収用法（上）』（ぎょうせい、1987）203頁。
- 59) 最判平4.11.26民集46巻8号2658頁。
- 60) 最判昭60.12.17民集39巻8号1821頁。
- 61) 従前の家主または事業者の床の賃借権は、変更された条件の下ではあるが、得ることができる。
- 62) 神戸市地区計画及びまちづくり協議等に関する条例（昭56条例35）は、一定の要件の下にまちづくり協議会を認定し一定の援助をする、その協議会が住民等の総意を反映して地区のまちづくりの構想に係る提案をまちづくり提案として策定する、そして一定の事項については、市長とまちづくり協議会はまちづくり協定を締結し、市長はまちづくり推進の施策策定・実施にあつては提案に配慮するよう努める、このようなベースの上に地区計画も策定されるのであり、計画提案制度と評価される。五十嵐敬喜『都市法』（ぎょうせい、1987）233頁以下参照。
- 63) 豊中市庄内地区その他、いくつかの事例がある。
- 64) 3項の「利害関係人」は、2項の「政令で定める利害関係を有する者」よりも、文言上は広いものと考えられる。
- 65) もっとも、現実にはほとんどの自治体は16条2項にもとづく手続（原案提示と意見書提出）の定めにとどまっている。
- 66) プロジェクトファイナンスについては、第一勧業銀行国際金融部編『PFIとプロジェクトファイナンス』（東洋経済新報社、1999）66頁以下参照。
- 67) 組合の場合は無限責任であるから、上場企業は組合員とはなりたがらない（座談会「会社施行制度導入によってどうなる？再開発」再開発コーディネーター99号18頁）。有限責任の会社施行がここから要求されてきた面もある。

- 68) 農業生産法人制度も、ある意味では特定目的のための会社を商法上の会社として設立するというものであるが、しかし、この法人は単発的なプロジェクト遂行会社ではなく、ましてや収用権その他の強制的権限を有しないものである。
- 69) 「経済審議会行動計画委員会土地・住宅ワーキンググループ報告書」(1996.10)は、一般的に公共部門における政策の役割を、資源配分の効率性と所得分配の公平性、ここからくる所得再配分政策であるとしつつ、土地政策に即していえば土地の有効利用、すなわち社会全体の効用を最大にするような利用であるとする。同報告書は、したがって、大都市への集中は経済法則からする当然の帰結であり、むしろ都心部の土地利用の抜本的变化により集中の利益を増大させるとともに、集中に伴う外部不経済を内部化する政策がとられるべきである、とする。なお、八代尚宏・鈴木巨「所得分配面から見た東京問題」(八田達夫・八代尚宏『東京問題の経済学』東京大学出版会、1995)232頁。もっとも、政府活動として何を定式化するか、資源配分機能、所得と富の再配分機能、経済安定化機能とする考えもあり(野口悠紀夫『土地の経済学』(日本経済新聞社、1982)18頁以下)、あるいは「効率性」で何を意味するか、きわめて多様である。
- 70) 座談会・注67)11頁以下など、今回の法改正についての諸論稿を貫いている論調である。

[付記] 本稿は2002年度文部科学省科学研究補助金(基盤研究C2・課題番号14520032)の交付を受けて行った研究成果の一部である。