

都市法論における共通利益と行政計画

見 上 崇 洋*

目 次

| | |
|------|--------------------|
| はじめに | 本稿の視角と問題の所在 |
| 第1章 | 都市法論について |
| 一 | 都市法論の現状 |
| 二 | 都市法論の登場と展開 |
| 三 | 現代都市法論とその展開 |
| 四 | 場の理論 |
| 第2章 | 都市法論の性格付けとしての共通利益論 |
| 一 | 共通利益 |
| 二 | 共通利益の制度基盤としての計画 |
| 三 | 実体的利益について |
| 第3章 | 行政計画と考慮事項としての利益 |
| 一 | 行政計画論の法的意義 |
| 二 | 行政計画の法的性質 |
| おわりに | |

はじめに 本稿の視角と問題の所在

表題に掲げたテーマについて、本稿は三つの視角ないしは目的から構成される。まずこの点を説明しておきたい。

まず第一の視角である。近時、領域横断的に課題を捉える必要性が高まり、法学内部の諸領域を超えるだけでなく、法学の枠をも超えて対応する必要性が高まっている。そのようなものの代表例として都市法という方法的把握ないしは都市法論という議論がある。これについては、筆者

* みかみ・たかひろ 立命館大学教授

も少し論じたことがあるが、ごく最近になって安本教授によって『都市法概説』という大系書が刊行されるに至った¹⁾。都市法の体系的整理がより明確になりつつあると考えることができる。これに触発されて、都市法論の現状について少し考え、その重点となることを確認したい、というのが本稿の第一の目的である。

第二の視角である。都市法論に付随して、筆者は、都市空間に係る関係住民の利益を法的に捕捉する場合、これを共通利益と捉えられないか、と提示している²⁾。このような利益を空間の配分に係るものと考えて、それを公法的な側面から位置づけたいと考えているものである。ただ、この点については、法治主義的な根拠の説明が不十分であるとの指摘もあり³⁾、これを補足するのを感じてきたところであった。そこで、この点について少し検討するのが本稿の第二の目的である。

第三の視角は、上記一・二の視角をいわばより明確に関連づけるのではないかと思われるものである。すなわち、実はこの間の最高裁判決⁴⁾によって行政計画の法的性質論が確認できると考えており、都市法論にとって重要な意義を持っているのではないかと考えている。とりわけ、行政計画について前提確認・決定機能が法的に位置づけられると考えており⁵⁾、最高裁判決はこのことを承認する内容であり、都市法論と共通利益論を積極的にリンクさせる機能を持っているのではないかと考えている。

このような視角から、本稿では、従来の都市法論に付加できるところを検討したい。なお素描的な検討にとどまることを最初にお断りしておきたい⁶⁾。

第1章 都市法論について

一 都市法論の現状

都市法論という捉え方は、後述するように1980年代末から、『都市法』、『現代の都市法』、『日本の都市法』⁷⁾などが刊行されていることに

みられるように、また関連して論考もも多く出されるように、すでに有力な潮流を形成しているが、なおも方法や対象については議論の余地があるかもしれない。

この度の安本教授の『都市法概説』はこのような事情の中で、都市法の大系を示そうとした意欲的なものであって、都市法論の流れの中では新たな段階を画するものとなっている。

安本によると、都市法とは「都市空間をめぐる法」のことである⁸⁾。都市空間のあり方についての諸施策・法を、それに固有の視点から検討するものと捉えている。都市法の定義としては、後述する現代都市法論に依拠しつつ「都市空間の形成・整備・保全・管理を公共的・計画的に進め、コントロールする法システムの総体」としている。そして、都市空間の共同空間性が都市法を画する重要な要素であり、この点に絡んで大きく3つの見解があるとしてしている。

第一は、創造法としての都市法と呼ばれる五十嵐の議論である。第二は、公物管理論のアナロジーで捉えられとする磯部の議論である。第三は、公と私の間に通利利益・共同利益があり、それが都市法の軸となるとする議論であり、巨理や筆者が挙げられる。これら3つの見解について、安本は、「現実の法の解釈の指針、それに対する批判の視点、そして新たな立法の方向性を示そうとするものである」と好意的に紹介している⁹⁾。

筆者もこれら3つの理解がそれぞれが相互排他的ではないと考えるが、では、都市法なるものはどういった内容か、についてさらに検討すべきところが残る。上述の考えを敷衍すると、安本の理解は、都市法論として創造する対象となる部分を持ち、また、公物と捉える含意は都市環境享受利益というものを導き、その意味で制限された自由を基礎とすることを導くことにあるのではないか。その意味では筆者の共通利利益論と土台を共通にし、後にみるように制度的に担保された都市法論の構造を示せると認識しているように思われる。このような認識を共有しつつ、しかし、さらに都市法についていくつかの論点について検討しておこうと思う。

二 都市法論の登場と展開

80年代より展開されてきた「都市法論」は、行政対個々の住民という基本軸（二面関係）の上に成り立ってきた従来の行政法理論の枠を越えて、地域や住民集団の共通利益や自治を正当に位置づけようとする、と把握できる。とりわけ、具体的な都市をめぐる諸事情が都市法としての把握と都市空間の総合的検討の要請を決定的なものにしたと捉えてよいであろう。ただし、開発・整備にかかる法について、各個の法律（建築基準法、都市計画法、都市再開発法、その他の地域・都市開発にかかる諸立法）による個別の規律ないし法理論では問題に対処し得ず、一定の「空間」を対象とした総合的把握の必要性は、すでに60年代末から提唱されてきていたし、少なくとも行政法学においては、この点は早くから意識されてきたが¹⁰⁾、具体的な対応は十分ではなかったといえよう。したがって、都市法としての把握は、上記のような事情と共に、土地所有権の性格に関わる議論と空間的な公的規制手法のあり方に関わる議論のリンクがなされるようになってきたこと、および地方自治ないし地域の重視が基調になってきたことの結果であるといえよう。その意味での「土地法」からの脱却でもある。別の視角からいうと、近代土地法から現代都市法への移行である。近年は、「共同の都市空間の目的意識的な形成の要請とその物理的基盤たる土地の私的・個別的支配の原則との矛盾にある」に焦点を当てた検討が要請され、都市をめぐる法現象を土地法に収斂させたのでは視野を狭隘化することになるとの理解が生まれるようになる¹¹⁾。

都市法と銘打った本格的な展開は、五十嵐都市法学からである。この系譜に属する研究は80年代からかなりの量に達している¹²⁾。まず、国ではなく地方公共団体＝自治体の役割を重視することが全体を特徴づける。ついで、五十嵐都市法の大きな特徴である、近代都市法と現代都市法の対比による現代都市法の積極的な意味づけがなされる点があげられる。すなわち、近代法を近代土地所有権を前提とする建築自由の制約法として機能するものであり、全国一律法たる法律による規制に係るものとみる。これに対し

て、現代法は、指導要綱・環境権・建築協定等という語によって特徴づけられ、また、建築不自由を前提としつつ、住民同意によってこれを解除していくもので、地域法の性格をもつ、とする。

都市法的規制と土地所有権の関連については、土地所有権論が歴史的に三段階に分けて説明される。すなわち、第一段階は、制限内在説というべきもので、自由な土地所有権に対して規制法が対置される段階である。第二段階は、可能性外部説と名付けられ、計画による建築権を与える段階で、西欧の各国の採用している制度がこの段階とされる。第三段階は、地域共同体を主体として、より創造的な契機をもつもので創造法としての性格をより明確にする段階だとされる。創造法とは建築不自由を前提として、建築者に権利を付与することをいう¹³⁾。わが国は未だ第一段階にすぎず、徐々に創造法の形成・完成を目指すべきものとされる。

磯部力は、行政法学の方法論を強く意識しつつ、都市法論を展開し、新たな提案を行っている¹⁴⁾。磯部が、行政法ではなく都市法というとき主として念頭に置くのは、「説明の仕方の工具箱」を変えるべきであるということである。五十嵐と同様、自治体レベルでのまちづくりにとって、国の法律がむしろ阻害要因となっているとの認識から、自治体法の現実を「法律 規制 執行」に代わる「計画 指導 実行」の体系と捉える自治体行政法学の提唱と¹⁵⁾都市環境管理論である。

そのいうところは概要次のようである¹⁶⁾。裁判所ではなく、裁判所の外において生成展開しつつある法現象を都市問題領域について対象として理論的に把握すると、法規、行政行為、契約等の古典的道具箱でもって把握しかねる現代の都市現象がある。これらを都市環境管理計画という方法で認識すべきである。これらは、古典的な法律による行政の原理の引力圏の外にあるものであるからである。すなわち、法律による行政の原理の破綻のなかで、さらに、議会議定法の優位から非公式法の隆盛へ、全国画一的法律優位から地域自治的法規尊重へ、縦割りの適法性から総合的適法性へ、一方的命令的行政から同意に基づく行政へ、訴訟法

的解決から計画策定段階の利害調整へ、と向くべきである。それは都市問題ではなく都市環境問題といってもよい現象を対象とする。すなわち、「住民の具体的な生活がその上で展開されているところの、貴重でしかも有限な人間の生活環境空間の総合計画的な管理」と把握されるべきものとなる。これらは、従来の捉え方では、公害規制、建築規制・都市計画、公共施設（公物）管理という3つの分野で別々に規制が講じられていた事柄である。それを総合的に把握すると、都市環境管理とは、都市環境の公物性（環境公物）、都市環境構成要素の総合的把握（安全で、便利で、快適という生活環境の基本3要素の同時調和）、都市環境管理人としての都市自治体の位置づけ、を基本とする。こういった、都市環境管理計画の法理はあくまでも機能的・説明概念である、というのである。

三 現代都市法論とその展開

都市法論の第三類型は、現代都市法論と称されている¹⁷⁾。ここで現代都市法論とは、《都市環境をも含めた都市空間の形成（維持・保全と開発・整備・創造の両者を含む）とその利用を公共的に実現・コントロールするための一連の制度的システムの総体¹⁸⁾》と把握するものである。あるべき都市法の理論的な構造は、《中長期的な都市計画に従った具体的な土地利用計画と土地利用規制の策定から、各種の整備・開発プロジェクトの決定、直接的な公的土地介入（公的土地取得）を伴う個々の基盤整備事業の実施、整備された市街地の建築者への提供と建物の建設・供給、その後における土地・建物＝市街地の利用内容のコントロールという一連のプロセスを、公的主体の関与と責任のもとに総体的に制御しようとする、一定の構造的連関性をもった制度的システム》とのまとめをさしあたりの前提とする¹⁹⁾。

この議論の特徴は、従来の「土地法」研究に対して「空間」に関する法を対象とし、この点では、先に挙げた都市法論と問題意識を共有する。しかし、現代都市法の把握は、さらにその対象とするレベルが単一ではなく、関係する諸利益も輻輳している都市法現象により細かく対応しようのもの

ように思われる。

現代都市法の主唱者、原田純孝の議論の特徴は以下のようである²⁰⁾。まず、基本認識として、都市を経済活動と生活の場、共同の「場」としての都市空間と想定する。それは形成と創造の対象であるが、他方で私的所有権の対象となっている。いいかえれば、商品所有権の対象となることが、国家法によって保障されている。そのことは、土地の具体的利用内容は、市場原理に基づく土地商品の運動を媒介として実現して行かざるを得ないことを意味する。つまり、「目的意識的な形成・創造の対象であるべき『共同の活動・生活空間』が法制度的には私的所有権の集合体の上に存立している」という「根本的矛盾」がある。この矛盾への対応の総体を都市法と捉えるのである。このような基本認識の上に、先述のような都市法の定義付けがなされるのである。

特徴的な点を挙げれば、公的介入の意義を認識しつつ、公的介入・私的権利制限の正当性について実体的関与と手続的関与の双方（実体的価値と手続的価値は相互補完的に機能する）を重視し、計画の要請は経済活動と生活という二つの土地利用の要請の競合を規制し制御することとし、住宅・住環境により高い優先順位が与えられる市民的公共性によって私権制限の正当性を根拠づけ、手続のあり方については地域住民の決定権を前提とする、といったものであろう。

これに対して、現実の都市計画では、中央集権性の故に国家的公共性や特定の経済主体の利益実現がそこでの「公共性」として措定される。この公共性については、公共性・社会的共同性の「多層性・多元的構造」としての把握が特徴的である。都市の土地利用秩序に関する公共性の形成の「場」の多層性・多元性、特定の「場」ないし「層」による公共性の独占の阻止、という課題認識である。この場の意識・多層性を明確に意識する点は、これ以外の都市法論との方法的な相違であるといえよう。この場・層の具体的なものとして、それぞれの都市空間・地域空間を想起することができよう。

四 場の理論

私的領域の活動と公共介入が、様々な対象と手法をもちながらも一体として作用するとき、都市一般あるいは自治体の領域一般を対象とすることは問題を正確に捉えることにはなりにくい。上述のように具体的な都市空間、地域空間としての「場」を想定することが現代都市法論の一つの特徴であり、筆者もそのように捉える必要があると考えている。当該「場」におけるそれぞれの公共性は、その「場」ごとに実現されなければならない。それぞれの場について、地域の集団が地域ごとに自己決定を行う、というのが自治や地域自主規範の創造を重視する立論の特徴であるが、地域における自主規範の創造ないし決定は、とりわけ都市法において重要であることは、五十嵐や磯部の議論をはじめすでに繰り返し確認されている。現代都市法論は、この点に関してさらに、公共性の多元的構造を明確に指摘し、相互の規定性ないし補完性の存在を考える。

ある地域集団が「自己決定」できる対象は、事柄によって広狭様々であり、他の集団や空間との関係も様々である。手続的な公共性の確認がその手法になるとすれば、たしかに地域自主規範の創造は、自己決定であるが、100%当該地域集団に内容や規制の程度が委ねられるということはないはずである、というのが場の重層性を前提とした議論での理解になる。吉田克己はこれを、「地域の自己決定を相対化する原理」と整理している²¹⁾。これについては、社会の集団的決定によっても奪えない個人の権利がある、という点、五十嵐都市法論などに示された、実体的な価値（良好な建築・美 etc.）による自己決定内容の方向付けの存在、そして現代都市法論による他のレベルの公共性との調整の存在、などが要素としてあげられることになる。現代都市法論において、土地所有権法の基本的方向付けについて、地域レベルでの市民の自己決定をあくまでも基本として重視しつつも、それをこれらの諸原理によって相対化していく可能性もまた認める、との指摘は、それぞれの都市空間・地域空間＝場で保護されるべき法的利益の確認という段階を想定する。

第2章 都市法論の性格付けとしての共通利益論

一 共通利益

筆者は地域空間における、個々の権利・利益に分解して捉えることのできない諸利益を、「共通利益」として法的に捕捉することを提唱している²²⁾。

そこでは、公私関係における公と私の間にあるとされる「共」の領域とかそこで捕捉される利益とかを一般的に対象とするのではなく、やや限定的に地域空間に関わって、当該地域空間の関係者に共通利益があることを想定している²³⁾。すなわち、ある場について関連する法的な利益は土地財産権のみならず、土地財産権を基礎としつつも、それをとりまく土地に係る財産権以外の諸利益が存在しそれらの相互関係性が、当該地域ないし当該土地(場)に関して論じられる利益性に影響を与えている。そしてそれを法的な意味として把握することができ、また、その必要があると考えて、そのような視点から地域空間の規制の有り様の法的側面について考察したいと考えている。この利益をさしあたり共通利益と呼ぶとすれば、その内容については、おおむね次のように考えることができるのではないかと思っている。

地域空間を検討対象とした場合、土地に関わって生じる利益を底地支配権としての財産権のみに収斂させて考察すると、地域空間に関連する関係者の権利・利益を反映させることができないので適当ではない²⁴⁾。このことは、土地の特性に性格づけられた土地の公共性に反映する。土地の公共性は、一般的・抽象的には、憲法29条2項を受け、土地基本法2条において確認されている。ただここでの公共性の詳細な内容が一般に共通認識になっているとは言い難い。この点、筆者は、土地の性質に由来する特性、すなわち土地の位置固定性、非生産性、連坦性、それに由来する相互影響性、開発ないしは改変行為の準永久的ないしは継続的な状況確定性、(準)不可逆性などがあり、これらは個人の権利に対して制約的に機能する公共

性の重要な要素と捉えることができるものと考えている。そして地域空間に係る共通利益は、土地の上に成り立つ物理的空間の特性とくに上記のなかでは連坦性に由来すると考えられよう²⁵⁾。

具体的にどのような利益がどのように関わるかは、当該地域の事情によって異なる。それがどのように具体化されるかは、具体的には当該地域ごとの認定（行政計画などによる）にかかる部分が大きく、現行制度……地域地区制等……は、当該地域の諸利益を確認しているとみることができる²⁶⁾。

当該地域における地域空間に係る権利・利益の規制の程度・その基準については、実体的な判断だけで確定できるものではないので、確定の手續が確立されることが望ましいか、または必要である。しかし、事前手續の重要性が論じられて久しいが、事前にすべてを確定してしまうというのは現実には不可能ないし不合理なこともある。また、考慮すべきものとして事実上形成された実態という要素をどのように扱うのかという問題もある。すなわち、たとえば用途地域計画の策定後、一定の年月が経過した地域において、同質の住宅なり一定の景観が形成されることはありうる。この実態を前提とすれば、そこに形式的には適法であっても、新たな建築などこれまでとは異質なものが持ち込まれようとする際には、形成された実態のある種の地域規範としつつ、関係者の協議による水準の設定ないし確認という手法（都市計画の変更手續など）が、地域紛争の解決としては有意義でありそうである。

ところで、権利に対する公共性を根拠とする規制は最小限であるべきとする考え方があり、権利・自由を前提とした考え方として、基本的に承認されるべきと考えるが²⁷⁾、これは、地域空間的視点からすると、土地財産権や関連する権利利益については、全面的には妥当しない場合があるように思われる。というのは土地利用規制は、利益制限としてのみ機能するとは限らないからである。利益制限は各個人にとって必要最小限であるべき、というのは当然想定されることではあるが、具体的にみれば無制約の利用

の自由が最大限の利益である、というのはある場所に存在するある土地にとって必ずしも必然ではない。ある地域においては一定の規制があることにより付加価値を生じたとされるような場合を想定すると、規制が少なければ少ないほど利益が大きいは言い難い、というのが場の特徴であろう。このようにみると、何が最小限であるのかの判断が不能な場合があるように思われるのである。この点も、地域空間における権利・利益を共通の部分があるものとして、一方的に制限あるいは保護という発想で考察すべきものではないと考える根拠とすることができるように思われる²⁸⁾。このように考えると、土地利用規制は、必ずしも「規制」的側面のみをみるべきものとはいえない。すべての土地が全くの利用自由であるという前提をもつと考えるのであればともかく、土地の特性に由来する制約があり、憲法および法律上のそのような考え方が宣言されていることからしても、利用はそもそも100%自由であるとの前提はとれない。そしてさらに、ある種の規制はある種の保護とのパートナーでなり立つのであり、一方的全面的にマイナスが発生すると構成すべきではないように考えられる。ここで必要なことは当該「場」における一種の調整であり、いわゆる空間資源の配分と考えられる²⁹⁾。

二 共通利益の制度基盤としての計画

わがくにの都市法でのひとつの課題として、行政による中間行為（ここでは後述のような行政計画などを想定している）による空間的共通利益の確認と法的な意味づけの問題がある。たとえば用途地域計画によって住居系の地域指定がなされることは、少なくとも、その地域の居住ないし生活上の諸利益が地域に共通して保障されることを意味するはずである。その保障は、従来、行政庁が個別行政処分（建築確認など）の判断を行うことによってなされ、その集積により、結果として地域全体の性格付けが指定されたとおりに純化されると捉えられてきたものの、住民などの関係者に対して直接に一定の法的利益をそのものとして保障するものとは考えられ

てこなかった。しかし、都市について、このような利益を積極的に位置づけるべきであるとの考えは、様々な形で展開されている。そして、住民がこのような利益に立脚して自分たちの空間のあり方をコントロールする地位も認められるべきであるし、後述するように判例もこの点を認める方向にあるといえよう。

ここで、都市法領域における空間的利益とは、制度面に即してみれば、少なくとも、次のようにいうことができるのではなからうか。すなわち、都市計画法のような空間規制法において、用途地域計画の策定などの中間行為による基準設定がなされ、建築確認などの終局的行為（行政処分）によって具体的な内容の確認（＝規制）が行われ、その結果住民に対して居住等の一定水準が確保される、という法構造をもっており、その結果が当該地域内の住民には法的に保障されている、ということである。これが法の目的と異なることはありえないし、法が創られた目的はそこにあるからである。もっとも、保障といっても一定の範囲を保障するに過ぎず、確定的ではないこともあるが、白紙状態で全く別の判断ができるわけではない。

これまでの判例理論は、中間行為における基準設定およびそれに関わる終局的行為による確認の法制度的な意味づけをすることなく、法律が直接に個人について定めた利益のみに着目して、法的に保護対象になっているか否かの判断をしてきた。その結果、地域住民集団の共通利益としての空間諸利益は、みんなに関わるから住民個々人のものではないという奇妙な結論がまかりとおっているのである。そもそも都市計画法上の規制は、個人に着目したのではなく、土地や建物やそれによって構成される空間に着目したものであり（対物的性格）、個人の財産権がそこに付着するから、財産権者にも法的な利益性を認めるという論理であった。財産権以外の法的な利益も、制度が設定したもとして認定することは、法制化されていることから当然でもあり、その現実的必要もある。

機能面だけからいえば不服審査とか訴訟は、実はこのような水準の終局的な確認機能をも有していると考えられるが、本来は事後的な適法性審査

が主なので、紛争解決システムを今後整備してしていくことが課題となる。ただし現実に生じる地域紛争、景観紛争を典型に考えれば、当初の用途規制などの基準を前提に論じても無意味なことが多く、開発＝状況改変提案、すなわち計画の変更における参加システムないしは問題発生時点における水準確認システムが必要となろう³⁰⁾。

三 実体的利益について

個別的利益の認定とその限界³¹⁾については、実体的な利益の判断も必要となろう。

たとえば、都市計画法33条の規定をみると、1項1号は用途地域の用途への適合性、2号は道路公園等の環境保全・災害防止・通行の安全への適合、3号は溢水等の被害等、4号は給水施設(生命の維持)、5号は各地区計画への適合性、6号は環境の保全が図られるべきこと、7号はがけ崩れ危険等に際しての全上必要な措置、8号は災害危険区域、地滑り等、9号は環境の保全(植物の生育、樹木の保存等＝自然環境)、10号は騒音・振動等の公害防止、11号は一定規模以上の開発の輸送の便、について定めている。2、3、4、7、8、10の各号は、安全、生命の維持、公害の回避といった価値に係るもので、グループとしておく³²⁾。1、2、6、9号は上記を除く良好な居住環境についての定めで、5号も含めてグループとしておく。11号は利便性についての定めでグループとしておく。

はそれ自体が、具体的でかつ個人に関わる不利益につながり、がけ崩れ最判と同様の解釈操作によって、原告適格を根拠づけるとみてよい。は、住民たる個々人の目からみて主張可能ではあるが、共通空間において共同で保全されるべき水準が当該制度ごとに設定されるべきところを含む。その意味でこの水準で確保される利益は、その一定空間の広がりに関係する住民集団に共通に関わるものであり、そのうちの一個人にとっても生活の基盤に関わる利益でもある³³⁾。これは、用途地域や、開発許可などの制度の介在を通じて、その質・水準の保障がされることになるものである³⁴⁾。

こういった行政手法を採用した理由（計画規制の本質論）などによりその範囲で原告適格を根拠づけると考えてよいのではなかろうか。当該行政手法の採用は、立法レベルそのものではなく行政手法レベルで、具体的な利益の設定ができるとした点に意味をもつと考えるべきであろう³⁵⁾。たとえば開発許可は、区域区分の都市計画を定めることによって適用されることになる制度であり、そこでは33条に係る諸利益を考慮しなければならないようになる。これらの利益については計画の策定されていることが決定的な意味をもつのである。

この内容は争訟法上の利益に限定されず、実体法上の利益としても構想すべきだが³⁶⁾、争訟制度もこれを確認していく重要な制度であり、法治主義の実現の装置であると考えることができれば、行政計画における考慮事項が争訟的な統制の対象とされるのであれば、それが行われる範囲において、考慮事項に含まれる諸利益で積極的に判断されるものは、法的な利益であると考えることができよう³⁷⁾³⁸⁾³⁹⁾。

第3章 行政計画と考慮事項としての利益

一 行政計画論の法的意義

さて、以上のような検討でとりわけ注目すべき点が、中間行為としてきた行政計画の法的性質論とそこで考慮される利益である。これまで、行政計画について、行政争訟対象性が否定されてきたこともあってその法的性質論を論じることがなかった。しかしながら、ここに来て最高裁は、処分性が認められていた都市計画事業計画について裁量統制理論を確認し⁴⁰⁾、また、これまで処分性が否定されてきた土地区画整理事業計画の処分性を認め⁴¹⁾。これらのことによって行政計画の法的性質を論じる可能性と必要性が高まってきたのである⁴²⁾。

共通利益との関連で、行政計画の位置を考えておこう。これまでの議論では、例えば地区計画と用途地域計画との法制度的な意味の相違に着目し

た議論が多かった⁴³⁾。制度そのものを比較すると、指摘の通り、基本的に両者には大きな相違があるように思われる。地区計画の場合、規制内容は条例で担保されるばかりでなく、その内容確認において事前の参加手続きはかなり丁寧にとられている。そのため、地区計画については、その規制内容は関係者にとって規制されるのみならず保護されていると理解することは容易である。これに対して用途規制の場合は、事前参加手続きから条例制定による規制という制度的な仕掛けをもたない。そこで用途規制の効果は、必ずしも個人の利益を直接的かつ具体的に保護するものとしては理解されてこなかったともいえる。この点、筆者は用途地域のような地域についての目標設定は、そこに関わる個々の利益との関係で、法的な意味を有するはずだというふうに考えている⁴⁴⁾。ただし、用途規制の個人制約性の程度は、地区計画のそれに比べると、手続きや条例という制度的担保の点で弱く、考慮事項として登場することから、弱いと言わざるを得ない。これはわが国のゾーニングの制度設計上の問題にも関わると考えられる。

原則的にはこのように解しつつも、さらに、用途地域規制については、時間進行に伴って形成された実態的な地域の状況が、事実上のみならず、規範的な意味を持つに至ったとみてよい場合があると考えられる。土地の連担性とそれによる相互影響を考慮すれば、一部だけがその状況に反するしないし異なる行為をすることは制限される、と考えるべきではないかということである。これは具体的な事情に係るので、一般的な基準は論じ難いが、土地の特性に基づき、具体的に形成されている共通利益の認定がなされるとみるべきべきであろう。判例の動向は行政計画の考慮事項を法的な事柄として扱う。また、まちづくりにおける協議システムの定着は、このような場合における共通利益の認定をより容易にすると考えられる⁴⁵⁾。

利益の水準の確認の機能をもつ計画規制は、地域ごとの調整の一定幅を示すもので、将来的な許容程度の大まかな考え方を提示するものでもある。現在の表示の仕方は、規制されるもののリストを提示する方法であるが、より明確な将来イメージを共通できるような提示がなされるものとな

るべきであろう。この将来のイメージが地域において依拠すべき水準となり、守られるべき利益の内容を形成する、と考えるべきであろう。計画論が必要となる所以であるが、それを論じるに際して、手続的な公共性の確保のみならず実体的な公共性の確保の課題が重要であろう。共通利益の確認はその第1歩になると考え。また、地域に関することであるので、基本的に自治施策として対応すべきことになる⁴⁶⁾。ただし、地域空間に関わって考慮すべき要因として、憲法第3章（国民の権利義務）と第8章（地方自治）の二つがありそれらが規範として対立するような局面があるが⁴⁷⁾、これらを総合する考え方も必要であろう⁴⁸⁾。

二 行政計画の法的性質

行政計画が、現実の行政過程の中で多数存在しているという事実に鑑みれば、行政計画として独自にその法的性質について説明を加える必要があると考えられるのである。

土地利用計画は、空間に係る計画であり、地域が狭くなるほどその地域の将来像について具体性・詳細性を定める可能性は大きくなる。それは、権利利益について多面関係の計画であるという性格に由来する。そのため、多面関係の中で権利の量的な決定をすることは各関係者の持ち分を配分をすることであり、それをある程度確定する。単純に規制計画かどうかの性格を判断することはできない場合がある⁴⁹⁾。そして、その決定・変更も関係者間である種の了解＝折り合いがついたことが必要とされる⁵⁰⁾。こういった場合にはこの了解の在り方自体が権利の内容を確定するものであるから、とくに計画策定は法的な過程であると捉えられる法的性質を認められるべきこととなる。ただし、土地利用計画は多様であり、具体化・詳細化・定量化の程度によって法的性質の程度認定は異なる⁵¹⁾。

さて、最判平成20・9・10は、大法廷において土地区画整理事業計画にかかる青写真判決を変更したものである。その内容は、おおむね3つに大別されるように思われる。

(a) まず、「市町村は土地区画整理事業を施行しようとする場合においては施行規程及び事業計画を定めなければならない(土地区画整理法52条1項)事業計画が定められた場合においては市町村長は遅滞なく……を公告しなければならない(同法55条9項)。そしてこの公告がされると換地処分の公告がある日まで施行地区内において土地区画整理事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物その他の工作物の新築改築若しくは増築を行い又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくはたい積を行おうとする者は都道府県知事の許可を受けなければならない(同法76条1項)これに違反した者がある場合には都道府県知事は……当該土地の原状回復等を命ずることができ(同条4項)この命令に違反した者に対しては刑罰が科される(同法140条)。」

この部分は計画を策定することにより法令の規定から法効果が直接に発生することが確認されているものといってよい。その意味では、行政計画の属性とはさしあたり無関係に、換言すれば法の定めのみによって法効果の認定が導かれているといえることができる。

(b) つぎに「土地区画整理事業の事業計画は……当該土地区画整理事業の基礎的事項を一般的に定めるものであるが(同法54条6条1項)事業計画が決定されると当該土地区画整理事業の施行によって施行地区内の宅地所有者等の権利にいかなる影響が及ぶかについて一定の限度で具体的に予測することが可能になるのである。そして土地区画整理事業の事業計画についてはいったんその決定がされると特段の事情のない限りその事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められその後の手続として施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。前記の建築行為等の制限はこのような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのでありしかも施行地区内の宅地所有者等は換地処分の公告がある日までその制限を継続的に課され続けるのである。そうすると施行地区内の宅地所有者等は事業計画の決定がされることに

よって前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手續に従って換地処分を受けべき地位に立たされるものといふことができその意味でその法的地位に直接的な影響が生ずるものといふべきであり事業計画の決定に伴う法的効果が一般的抽象的なものにすぎないといふことはできない。」といふ部分がある（下線は筆者）。

ここは計画が定められることによって計画固有の機能（それ自身が法令の定めから導かれるものであるが）を介在させることにより法効果が認定されるとする部分である。予測が可能な程度の権利に対する具体的な影響また事業が進行することつまり次の手段を準備していることあるいは過程の連続が計画という形式から導かれるとするのである。つまり法効果は法令の規定に由来するがその発生には計画の属性が重要な役割をもっていることの認定である。本判決については処分性を認めたことと共に行政計画の属性から法効果を認められるべきとしたこの部分が注目されてよいであろう。

(c) 第三の部分は、事情判決（行政事件訴訟法31条1項）の可能性に言及して換地処分等の段階でこれを対象として取消訴訟を提起することができるとしても実効的な権利救済を図るためには事業計画の決定がされた段階でこれを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるといふべきであると認定した部分である。

このような確認から、ここでの計画策定は後続の行政作用の基準なり基礎となるという意味で「前提確認・決定機能」を有し、法令のしくみによっては計画段階で直接に法効果が認められることもあることが認識できる。この機能は計画自体に法効果を認めるもの（最判平成20・9・10）に限らずいわゆる完結的計画（例、最判昭和57・4・22）にも認められているし上述のようにそれ以外の計画についても認めうると考えることができる。

他の行政計画の検討も含めて考察した結果⁵²⁾、土地利用計画以外の他の行政計画をみても⁵³⁾、行政計画とは「ある目標をもった行政過程において、

後続作用を行うための前提確認なり決定を行うこと」(前提確認・決定機能という)と整理することができ⁵⁴⁾,独自の法的な位置づけを考えるとできると考えている。この前提確認・決定機能をもつことは,それ以前の段階よりも具体化・詳細化し場合によっては定量化する。その計画段階が当該行政過程の究極目標と直結する必要はないであろう。個別にみれば,行政過程の領域に係る特徴(権利利益の内容・関係主体など)や法令の定め方によって,各計画の内容,参加手続,争訟の在り方などはかなり異なるものとなる。いずれにしても,この前提確認・決定機能を有することによって,「基づく」とか「適合する」等の文言の如何にかかわらず,後続の法的行為について最一判平成18・11・2⁵⁵⁾が認める行政計画に関する裁量統制方式すなわち判断過程統制方式によれば,行政計画によって具体化・詳細化・定量化された場合はもちろん,そこに至らない抽象的・定性的な確認・決定であってもより密度の高い裁量統制の手がかりとなることが認められ,そのようなものとして行政計画の法的理論の位置を把握できると考えられる。時間の要素もこの中で判断することのできる要素として考慮事項と考えることができる⁵⁶⁾。

お わ り に

都市法論の展開から,地域空間ごと=場ごとにおいて把握することが重要であり,そこでは規制・保障の一定の水準が想定でき,その水準はそこでの共通利益を示し,それはその裏返しとして個人に保障される利益を形成し,その利益を確認する制度として行政計画がある,ということを述べてきた。

都市法の性格は,その重要な手段である計画の法的性格が確認されことにより,それを構成する諸要素についての法的な視点から位置づける可能性をよりつよとする,ということができる。考慮要素は,都市法領域では場の特徴としての地域的事情として現れることが多い。ここで,共通利益

と計画での考慮要素の多くが重なることになるということもできよう。その意味で、行政計画のあるものが法的な検討対象になったという点は、じつに大きい意義があり、場ごとの裁判統制事例が集積していけば、共通利益の実体も内容をより鮮明にしていくことができるように思われる。

- 1) 安本典夫『都市法概説』2008年法律文化社。
- 2) 拙著『地域空間をめぐる住民の利益と法』2006年有斐閣。
- 3) 仲野武志『公権力行使概念の研究』2007年有斐閣290頁以下。仲野は、法治主義的な根拠を持つ利益群を凝集利益と整理し、筆者の議論を社会学的事実の指摘に過ぎないと批判している。この点については後述注(38)参照。
- 4) とくに最判平成18年9月4日判時1948号26頁，最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁，最判平成20年9月10日判時2020号18頁。
- 5) 拙稿「行政計画論」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想』第 巻所収2008年有斐閣51頁以下。
- 6) 安本教授には、筆者が研究生活に入った初期から、とりわけ都市法の分野に関して、現場での検討の機会も含めて、様々お世話になった。それに対して、このようなものしか献呈することができないことについて御有怨願う次第である。
- 7) 五十嵐敬喜『都市法』1987年三省堂，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』1993年，東京大学出版会，原田純孝編『日本の都市法』2001年東京大学出版会など。
- 8) 安本 注(1)文献3頁。
- 9) 安本 注(1)文献5頁
- 10) 行政法上の捉え方に関連して、端的なものとして、さしあたり遠藤博也『計画行政法』学陽書房1974年を挙げておく。また拙著『行政計画の法的統制』信山社1996年第1部第3章参照。
- 11) 原田純孝「序説 比較都市法研究の視点」原田純孝等編『現代の都市法』（前掲・注7）。
- 12) 五十嵐敬喜『都市法』三省堂1987年，同『土地改革のプログラム』日本評論社1991年。
- 13) 同前（都市法）35～36頁。
- 14) 磯部力「都市の環境管理計画と行政法の現代的条件」高柳信一先生古希記念論文集『行政法学の現状分析』勁草書房1991年。
- 15) 磯部力「自治体行政の特質と現代法治主義の課題」公法研究57号1995年。
- 16) 磯部力「公物管理から環境管理へ」成田頼明先生退官記念『国際化時代の行政と法』良書普及会1993年を中心に整理する。
- 17) 吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社1999年38頁。
- 18) 原田純孝前掲注(11)文献9頁以下。
- 19) 同前13頁。
- 20) 原田純孝・前掲注(11)文献を中心に。
- 21) 吉田克己前掲(17)文献40頁。

- 22) 拙著・前掲注(2)文献。亙理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究65号2003年ただし「共同利益」という語が用いられている。なお、公法学会における上記亙理報告に対する仲野武教授の質問参照。公法研究65号2003年240頁。
- 23) 筆者は一般的に公私の中間に共通利益があると言っているわけではない。
- 24) 空間秩序を財産権規制の根拠の一つ考えられるとする憲法論として、石川健治「空間と財産」公法研究59号1997年305頁。
- 25) この点、拙著注(2)文献とくに第1部各章、第3部第9章参照。
- 26) この点、水準の確認ということに関わって、拙著注(2)文献第1部各章参照。
- 27) 藤田宙靖「必要最小限規制原則とそのもたらしたもの」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表＝土地利用制度に係る基礎的詳細分析に関する調査研究委員会『土地利用規制立法にみられる公共性』財団法人土地総合研究所2002年。
- 28) この点、拙著注(2)文献とりわけ第2部第2章参照。曾和俊文「まちづくりと行政の関与」芝池義一＝見上崇洋＝曾和俊文編『まちづくり・環境行政の法的課題』2007年日本評論社31頁以下。
- 29) この点、土地財産権規制について、憲法29条の保障との関係で、憲法12条や同13条に係る内容については、条例による規制が可能であるとの理解がある。亙理格「1999年地方自治法改正のインパクト」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表前掲注(27)文献174頁は支持できるものと考えられる。
- 30) 拙著注(2)文献第1部第2章、第3章参照。
- 31) 拙著注(2)文献とくに第1部第3章参照。
- 32) たとえば建基法43条2項に定める「避難又は通行の安全」も同様に考えることができよう。
- 33) 原田純孝「都市の土地所有(権)と法社会学」法社会学48号1998年45頁、寺尾美子「都市基盤整備にみるわがくに近代法の限界 土地の公共性認識の主体としての公衆の不在」『現代の法9 都市と法』岩波書店1997年103頁以下。
- 34) 荒教授は、建基法の諸規定の規制目的は一樣ではなく、単体規定でも、たとえば、20条の構造耐力の規定は隣家にも影響し、耐火構造は防火地域規定と相俟って都市災害の拡大の防御を目的とするように、抽象的な公益のみならず、近隣者の保護も目的としているとする。集団規定でも同様であるとする。適切な指摘であると思う。荒秀「建築・開発行政における訴えの利益 判例の流れを中心として」法曹時報37巻1号1986年25頁以下参照。
- 35) 原田純孝「都市にとって法とは何か」都市問題90巻6号1999年7頁以下参照。
- 36) 岩橋浩文「居住環境をめぐる地域的共通利益の法的位置づけ」熊本大学社会文化研究6・64頁以下。
- 37) 高橋寿一「『取引の安全』と土地利用計画、土地利用規制」川井健先生傘寿記念論文集『取引法の変容と新たな展開』2008年日本評論社233頁以下は、地域に係る諸利益のとらえ方を、互換関係説、慣習法説、地域的ルール論に三分類しているが、この分類は、理論的根拠による分類である。
- 38) このように法的性質が認められる行政計画を介在させることで、磯部の地域環境管理論

との親和性もあり、制度基盤としての法定の行政計画を介在させることで、仲野の凝集利益論との親和性もあるように考えている。

- 39) なお、行政計画一般がただちに法的利益を保障するというのもいえない。例えば医療法における医療計画について、山田洋・判例批評・判時2018号166頁（判例評論598号4頁）参照。法令と行政計画が対象とする事象及び基本的人権や権利等の関係によって法的性格の内容が決まると考える。
- 40) 最二判平 18・9・4，最一判平 18・11・2（前掲注4）。
- 41) 最大判平 20・9・10（前掲注4）。
- 42) 以下，詳しくは拙稿・前掲注（5）文献。
- 43) 地区計画は手続が整備され条例が規制根拠とされるため，その内容は法的利益性を持ち，これに対して用途地域性はなお抽象的であるために，具体的利益性を認定しがたいといった理解である。仲野前掲注（3）文献291頁，岩橋・前掲注（37）文献66頁など。荒木修・判例評釈・阪大法学51巻3号51頁も参照。
- 44) 制度的な目標設定については，拙著注（2）文献第1部第2章，第3章で述べた。また，用途規制に地域的な要素を加味できることについては拙著注（2）文献第3部第8章で述べている。地区計画は具体的利益を保障し，用途地域の指定はなおも抽象的利益しか示していない，というのは，質的な相違ではなく量的な相違であり，具体の計画ごと判断することができる事柄ではないかと考えている。法令行政の作用争訟的裁断の三段階で，程度が異なるが，とくに後二者は程度の差ではないか。行政の作用による具体的判断……性質的に紛争発生事後における判断の二段構え
- 45) この点について拙著注（2）文献第2部各章参照。
- 46) ただし，土地や地域空間に係る共有利益の範囲と，制度が提供する自治の範囲の整合性の問題，換言すれば「地域」の範囲をどう想定するかという問題については，なお大きな課題である。地域の広狭と，そこに関わる公共性の内容の対応関係や，相克の関係については，計画間調整の問題となろう。この点，大橋洋一「国土整備法制における計画間調整」『現代の都市法』9 岩波書店1997年39頁以下（同『対話型行政法学の創造』弘文堂1999年第3章）参照。
- 47) この点拙著注（2）文献第1部第2章参照。
- 48) 齊藤誠「条例制定権の限界」ジュリスト増刊『行政法の争点』第3版158頁は，財産権の内容形成の一般ルールは，法律に留保されるが，条例により地方公共団体が，地域の事情に応じて制限を財産権に加えることは，空間秩序の形成と管理を含む権能を憲法第8章が地方公共団体に認めていることで承認されるものと解される，としている。
- 49) 互換的権利関係の理論的な分析として，山本隆司『行政上の主観法と客観法』2000年参照。
- 50) 了解ないし折り合いをできるだけ明示的で制度的な手続に載せることが参加論の課題である。なお，参加論については，田村悦一『住民参加の法的課題』2006年，太田直史「まちづくりと住民参加」芝池・見上・曾和編注（28）文献155頁以下，西田幸介「計画策定手続と参加 都市計画を素材として」同書171頁以下。
- 51) 山下淳「土地利用計画と規制」原田尚彦先生古稀記念『法治國家と行政訴訟』有斐閣

2004年641頁は、法律と一体になって、あるいは規制手法等と結合することによって、計画的な利害調整なり資源配分なりを行ったうえで、将来の地域像を示す行為は、名称にかかわらず、実質的な意味の土地利用計画である、とする。

- 52) 拙稿注(5)文献。
- 53) 拙稿注(5)文献。
- 54) いわれてきた手段の総合性は、複数の、通常は多様な手段が、組み合わせつつ計画を根拠に予定されるということの意味し、大橋(46)文献277頁は、多様な行政活動の統合方法という。
- 55) 最二判平成18・9・4判時1948号26頁および最一判平成18・11・2民集60巻9号3249頁以降、最高裁判例では行政計画について判断過程統制方式が採用されるとみてよい。ということ、その判断枠内であれば、諸利益が考慮事項とされる可能を持つということである。
- 56) 前田雅子「公共事業と都市計画 都市施設の整備事業計画を中心として」芝池・見上・曾和編注(28)文献113頁以下。