

# 「現代都市法論」の特徴と行政法学への影響

見 上 崇 洋

## 概 要

現代都市法論の基礎的な要素である「場」の理論は、行政法学の方法論として提示されてきた行政領域論と重なり合う。ここでとりわけ注目されるのは、都市問題を検討するに際して、法的な観察をするなら、問題ごと……問題は当該広がり＝場において様相を異にする……に行う必要があることになる。当該問題に際して、それが問題になっている領域的特質をそれぞれ具体的に提起して検討を加えるべしとする行政領域論の方法学的方法は、場ごとの都市的課題を検討するに当たって、有用である。とりわけ、近時の都市計画争訟における司法統制において、従来必ずしも法的な要素とはされてこなかった住民の諸利益が、場ごとの特徴ととらえられることによって、裁量統制に連なる考慮事項の一つとして判断材料とされるようになってきていることは、都市問題の場ごとの把握方法の有用性を示しているものと思われる。

### キーワード

「場」の理論、行政領域論、共通利益、(行政)計画、裁量統制

## I. はじめに

編集上与えられたテーマは、表題の通り、「現代都市法論」の特徴と行政法学への影響である。これに全面的に応えうることはできないが、少しこのテーマに関連して考えていることをまとめて、責めを塞ぎたい。都市問題などについての法学的把握の展開は、土地法論<sup>1)</sup>から都市法論へという流れを軸にしたとみてよい<sup>2)</sup>。その土地法論からの転換における変化は、リアルな認識を基礎に、対象として考察する要素が、各法分野を超えて構造

1) 渡辺洋三「現代土地法総論」『現代土地法の研究上』岩波書店、1982年。

2) 拙著『地域空間をめぐる住民の利益と法』有斐閣、2006年21頁以下。

化されるところにあった。この流れは、当該の地域性把握および空間的把握を軸に、80年代末五十嵐敬喜による都市法論の展開あたりからなされてきたが<sup>3)</sup>、より問題群のトータルな把握・個別問題群の把握を越えた総体的な把握の方法を定式化したのが現代都市法であった。都市法論の特徴は、相互に関連するが、あえて取り出すと、「(土地)財産権対公益」という構造からの脱却であり、また、「共同の都市空間の物理的基盤としての土地」と整理したことであろう。

このような都市法論を、原田純孝を中心とする「現代都市法論」<sup>4)</sup>に依拠して捉えた上で、行政法理論とのやりとりの一端を説明してみようとするのが本稿のねらいである。都市法論の展開が<sup>5)</sup>、都市に現実に生起する諸課題をトータルに把握することを目的とし、いわゆる学際的な展開を行うものである。現代都市法論は、「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」<sup>6)</sup>と説明されてきた。そして、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うるような、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<sup>7)</sup>。ここでの諸要素は、都市空間を基礎に、そこにおけるさまざまな人為的諸活動から成り立つが、これらの総体を総合的に分析する視点が都市法理論である。個別に要素を挙げれば、計画、公的介入、事業、市街地の提供とコントロール、プロセス、公的主体、などが挙がり、しかし、それらが構造的に関連するというのである。多くの要素が行政法学に関わるが、しかし総体的に把握するときには、一学問分野、とりわけ一法律学分野たる行政法学の分野の方法や理論体系がただちには関わらないようにみえる。

しかし、他方で、各法の理論体系は残り、個別法体系上の課題として都市問題を析出・検討すべき場合もなお多いと言うべきである。その視点からは、都市法論の展開が各法分野、とりわけ行政法学に対して、影響を与え、また都市法論自体が影響を受けることもある。

3) 磯部都市法は行政法学の方法に限定的であった。

4) 吉田克己『現代市民社会と民法学』1999年、日本評論社。

5) この点、吉田、前注4)文献、見上、注2)文献参照。

6) 原田純孝「日本型都市法の形成」原田純孝編『日本の都市法1』2001年、東京大学出版会9頁以下。

7) 同前13頁。

ところで、都市法論のエッセンスをどこに見るかということであるが、分野横断的であるが、それにとどまらず対象の構造的把握を試みるところであろう。公法私法に関わらず各法体系および理論枠組みの交錯する現象が課題となり、そこから対象の特質を抽出することになるのだが、その対象が展開されている狭義の空間を「場」と捉える。筆者はこの方法としての場の理論の提示が重要であると考えており、この「場の理論」の視点から、行政法学との関わりを論じてみたい。

行政法理論の側の問題を挙げれば、いわゆる行政法各論の議論が乏しくなり、個別課題の研究としてのみ展開されるようになってきているが、一定の各論的課題の把握方法については、なおも有用なところがあるのではないかとみることできる。このような事象の掘り下げは、各論として独立の小理論体系を形成するかどうかはともかくとして、個別事象の研究にとどまらず、行政法総論の理論大系の妥当性の検証にも資するし、法治主義論をはじめとする理論の現代的考察にとって有意味であると考えられるのである。と同時に、具体的に生起している紛争・争訟への切り込み方であるとか、理論的な検討における新たな視点であるとか、そういった理論的な貢献も期待できると考えているところである。こういった意味で、本稿では都市法論のとりわけ場の理論が方法的に行政法分野に与える影響の一端を分析してみることにしたい。

## II. 行政領域論と「場」の理論

行政法学の理論的方法論議は、近時それほど活発に行われているわけではない。もちろん理論的把握方法について無自覚と言うことではなく、様々な要素や視角を軸にする提唱もある<sup>8)</sup>。つとに個別の課題をもみすえながら、行政法体系の考察について提唱した方法論議としては、公共性分析論として提示されたものがあり、その前提をなす行政領域論が、この場合、関連するものとして想起される。

行政領域論とは、「行政活動とその法的仕組みの論理構造の客観的分析を各種行政領域について行い、そのことによって、行政法＝行政権にかかわる法と市民法との差異を個別具体的に認識・検討しつつ、行政権と国民各層の権利自由との緊張関係における各種行政法的価値判断の合理的根拠」を見出そうとする方法であり、規範論理的な概念論の克服をめざし、憲法原理の転換や現代行政の多様化に対応することを構想したものであり、伝統

8) たとえば、芝池義一「行政法理論の回顧と展望」公法研究 65 号、2003 年 50 頁以下、大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」同前 74 頁以下など。

的行政法学（ここでは田中二郎博士の大系を念頭に置いたもの）批判に重点をおくものであった<sup>9)</sup>。その後、これを進めて公共性分析論という方法が提示される。これは、従来、ほとんど無媒介的・抽象的に前提されていた公益性・公共性の徹底的分析や、保護される権利と侵害される権利との「分裂・対立を客観的に認識しつつ、両者の間の価値序列の分析・体系化」により「価値判断・選択の基準を実体的にも手続的にも合理的なものとし」「公共性の具体的内容を公開し客観化すること」<sup>10)</sup>をめざしたものであった。国民の権利擁護という伝統的接近方法のみならず、行政作用それ自体の国民の権利・利益により再構成し、国民住民が主人公、行政主体の担い手となることを展望したものであり、公共性分析論が領域論と無関係ではなく、行政領域に即して行われるとされる<sup>11)</sup>。このような行政領域論・公共性分析論という把握方法は、現代化する行政法現象の把握方法として、なおも考察してみる意義があるように考えられるのである。

ところで、筆者は現代都市法論の方法的把握の中でのエッセンスのひとつは、「場の理論」というものに見られるのではないかと考えている。「場の理論」は、現代都市法の主唱者、原田純孝によるとその特徴は以下のようなものである<sup>12)</sup>。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。この矛盾への対応へ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。

9) 室井力『現代行政法の原理』1973年、勁草書房 36頁。

10) 室井力『現代行政法の展開』1978年、有斐閣 112頁以下。

11) 浜川清「公法学における公共性分析の意義と課題」法律時報 63巻 11号 1992年とくに9頁以下。

12) 原田純孝・前掲注 2) 文献を中心に。

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」として措定されていた。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複雑な都市問題の法的分析を可能にする視点であると考えられる。

とりあえず、一定の公共的広がりの中で、利害の関係の仕方やその構造について、即自的に見ていくことからはじめ、分析を加えようとする方法的態度であるということもできる。これが、行政法学でいう行政領域論と重なり合う部分をもつであろう。

場の理論とは、実態把握の視点であるともいえる。すでに様々に論じられている空間的把握<sup>13)</sup>も場の理論と相まって初めて現代都市法として独自の把握が可能になるというべきであろう。都市紛争なり事業なりのある特定の課題がその広がりにおいて問題になっているところを法的課題をもつ空間的範囲＝場ととらえて、そこにおける法的な分析を行おうとする、という態度の基盤をなす。当該の場毎にその場の様々な事情によって形成されている現状があり、そして現状には居住環境とかアメニティとか利便性とか景観とか、権利利益やそれに至らない共通の状態＝守るべき水準があり、それを地域住民の共通利益がある（後に利益論のところでも詳述）ということができるとは思われる。筆者の視点からも場とは、多様な権利・利益の共時的存在を軸に、それが従来法的なものとはみられにくかった当該場における共通利益を認識させ、そういった内容や地域の歴史的な性格など様々な要因と相まって地域的設定（認識）が可能となるのではないかと考えている。そして、その共通利益性が異なるときに、地域の相違や、利益に関わる広がりや異なるときには公共性の重層性の把握も可能になるように思われる。

ここで視角を変えれば、場とは法学的要素については「実体的権利・利益状況と領域的範囲における合意形成手続を要素とする概念」とみることができるとは思われる。その意味で、「まちづくり」の実態・実体に対応した把握を可能にする。少し敷衍すると、実体面においては、そこでの権利・利益の相場＝水準の設定なり確認を可能にし、手続面においては合意形成なり手続的確認を可能にしやすくする、と言えるであろう。実体的権利利益には、私的利益と公益の双方を含む。ここでの私益は、純粋私益というより、

13) 代表的なものとして、角松生史「地域空間管理とは」小早川光郎編『分権改革と地域空間管理』2000年、ぎょうせい2頁。同「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法律時報79巻9号29頁。

私益保護の共通基盤形成にかかる政策判断によってもたらされる一定水準のものであり、そういう一定の私益の束と観念しうる。計画などによる都市の方向性は、保護予定たる私益の束である。これは、純粋に私益であるかどうか、公法上の手段によって設定されるため公益であるというのかどうか、は呼称に過ぎないともいえる<sup>14)</sup>。まちづくりに係る場のルール、地域ルールというのは、共通基盤形成の方針とやり方に係る約束事であろう<sup>15)</sup>。

場としての領域的範囲をどうみるかについては、行政領域論では、問題ごとという置き方で、理論的に総括化する素材をなおも分析する段階での方法提示であったことから、こういう設定であった。その点では、「場の理論」は、その場自体における問題の把握を主眼としたものであり、その限りで類似する<sup>16)</sup>。

権利利益、法規範の具体的な状況把握の必要性という意味においては、「場の理論」は行政領域論の具体化としての側面を持つとみなすことが可能であろう。行政領域論・公共性分析論がなお方法の提唱にとどまり、具体的展開はその後の個別研究に委ねられたことからすれば、都市法論における具体的な展開は、都市課題分野におけるこのような方法を押し進めたものといえるし、このことが、行政法学の理論的な把握に対して与えた影響があると考えることができる。この点をさらに検討してみよう。

### Ⅲ. 最小限規制原則と保護される法的利益について

#### 1. 場と利益

場特有の権利利益の交錯について、個別に分解して権利利益関係を解きほぐしそれぞれ

14) 芝池義一「行政法における公益・第三者利益」、芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点』第三版、有斐閣、2004年12頁以下は、第三者利益は、本来私人の利益だが、「多数の個人や団体によって担われて現れるとき、公益としての意味を持つのではないか」という問題があるとしている。

15) 都市法の把握方法を主として地域ルール論で展開するのは磯部都市法である。これと比較すると場の理論は、やや実体に傾斜した把握ともいえよう。

16) 「場」というのは、法定・非法定を問わないと考えられる。用途地域等々の都市計画上の地域地区や再開発事業の地域、さらには景観法上の地区などは法定の地域と「場」が重なることもあるし、景観がイシューの場合、非法定の「場」が問題になるであろう。非法定の場合の場において、そこに関わる課題を取り上げ対応するには、一般的な自治制度（市町村など）でカバーできることが重要になるであろう。

幾重かに「場」が重複することもありうる。市域の都市計画と幹線道路計画のようにである。

場における課題対応においては、制度的には自治的機能の重視および地域ルールの策定ないしは確認手段が重要になろう。法令や条例のみならず、協定や合意、協議実態、さらには制度に乗った現実の利益水準などであろう。これらは私的イニシアティブによる公共性の形成手法の課題になると考えられるが、検討に入る能力はない。

の法的位置付けを論じて、都市問題として発生している権利利益の交錯に対する適切な答えとはならない場合が多い。これが都市法論として、従来の個別法体系の枠を超えて一体として理解する必要性のある所以である。

そこで問題になるのが、個々の権利に分解され、個人に属するものとして把握が可能なものについては、権利主張ないしは法的利益の主張は可能であるが、こういったもの以外にそれに至らないため、従来の理論では事実上の利益にすぎないとされ、法的な検討の対象とはされなかった「利益」があるのではないか、これを捕捉できなければ、「場」において関係者の間で明示なり黙示の形で理解されている状態とか形成目標とかが、全く無意味になるのではないか、という疑問が生じる。具体的に見れば、迷惑施設の建設や高層マンションの建設によってその地域の従来の居住水準が低下するおそれが生じるとか、景観が悪化するとかという地域建築紛争が典型的な事例である。公共事業の実施によっても同様の紛争は頻発している。

こういった紛争において、権利性が認められるものについては当然、そうでない利益についても、個々人に分解しうる法的利益の総和が、地域ないしコミュニティに共通する利益であると解される場合には、分解された個人の法的利益を基礎にして争訟的手段に訴えることが可能であるとの理論はほぼ定着してきた<sup>17)</sup>。具体的な規制における個人の法的利益と公益の対抗的把握の非適合性が論じられてきた中で、都市計画・まちづくり領域における利益については、都市計画争訟における当事者適格の根拠としてあるいは規制手法とそれに対する関与の範囲として議論され、利益の集団的総和は直ちに一般利益であり、そのことから個人としては関わり得ないものであるといった、古くからの結論は克服されたということはできる。

ところで、都市計画・まちづくり領域での問題の特徴は、既に述べたように諸利益の混在と集積によって実体が形成されていることである。当該空間における客観的な状態が、保護すべき実態を示しているとき、その状態が個々人の利益として分解して理解することができない、分解されるか否かは問題にならない、あるいは問題にする意味がない、といったときもある。都市法領域で紛争になるのは、むしろこういったものの方が多いとさえいってよいであろう。このような紛争について、その地域とかコミュニティ、空間に関わる人たちが、個人に属する利益としてではなく、成員の一員としてそれを争い、またはその利益の保有を主張することができるのか、といった問題が浮上することになる。

17) 取消訴訟の原告適格に関する判断は、2005年の行政事件訴訟法改正において、第9条第2項としてまとめられた。

## 2. 規制と利益

まちづくり、と表現される現象は、一体としてみれば、公私の諸活動が形成している事柄であり、そこに関わる個々人の立場＝権利・利益から構成すると、各法ごとの性質に従った分析が可能になるが、まちづくりとして一体に捉えてみた場合、個別法的な性質の分析は無意味になるものがある。この点、まちづくりのあり方から論じるとすれば、個別の法規の説明では済まないことになる。そこに焦点を当てるのが都市法論の重要な役割であった。土地利用規制は権利利益に対する公益からする規制ということなのだが、たとえば、財産権があって、規制される、という論か、公共性によって規制された財産権、が保障されている、という論かで理解の仕方は異なる。

このような土地利用規制は、土地については、場所、場所の性格、政策的方向性等々、および民主的正当化＝政策形成上の調整ないし合意によって決まるのである。当然のことながら、これらの規制は、公益についての判断内容の如何によっては保障の内容が異なる。都市とかコミュニティとかの物理的空間は、土地と上物および空いているところから形成される。土地（底地）の権利と公法的規制（土地利用計画などによる）のみによって語り尽くされるわけではない。空いているところという狭義の空間とは、人の活動を許容する余地のことと捉えることができるとすれば、空間として把握する意義は、土地・上物の静的な把握のみにはないことになる。さらに都市空間であることを念頭に置いてそこでの活動に関わる規制をみると、風営法の規制などがありうるが、これは厳密な意味での土地利用規制ではない。しかし、居住環境に関する利益に密接に関係し、また、特定営業できる利益にも関わり、土地利用の客観的状态の一因となる。

このような空間での活動に関わる規制は、法的な規制として、客観的存在状態において規制の内容が決まることになっている。所有者の個人事情とか、それに関わる他の主体的条件とかは規制内容には影響しない。そうするとたまたまその場における当該個人の権利は、客観的に定められた状態に依存することになり、いわば規制付きの権利が保障されるに過ぎないことになる。

土地利用規制の根拠として論じられる公益論と内在的制約説的理解との相違は、規制の発生の仕方で見れば、政策的方向性等々、および民主的正当化＝政策形成ないし合意を読み込むことができるか否かではないかと考えられる。政策的合意が公益性を根拠づけるとすれば、個々人に保障されるのは、規制された財産権、が保障されている、ということになる。この意味でも規制付きの権利が保障されるに過ぎないことになる。

他方で、「土地」ないしは空間をみるとその性質から、いくつかの無視できない要素が



見られる。土地の連坦性、非生産性（埋立を除いて）、非交換性・非代替性等々である。さらに土地の上での空間形成、すなわち空間における人の行動も法的規制とか権利・利益の対象となりうるといった極めて複雑な事象である。場合によっては、景観といった客観的物理的存在が権利の内容を構成することも想定される。これらが一体として、まちづくりの主要素を形成する。こういうものの中に、相隣関係という従来私的な性格とされる相互規制も含まれる。これは、単なる内在的制約でないとすると、この中身は何かという問題が生じるであろう。

### 3. 最小限規制原則

公的規制とされてきたものは、実体的に共通する利益ではなくても、共通に決めてきた、あるいは、共通するものだから公的主体が決めなければならないもの、との措置があり、相隣関係のように私的とされたものには、決める手続が要らないということに違いがあるのではないかと考えられる。相隣関係に基づく権利の相互規制は、それを確認する事前手続を要しないのである。とすれば、公益からする公法的規制と、それに該当しない部分については個人の100パーセントの私的権利にゆだねられる部分という説明が、全面的に妥当なのか、という疑問も生じる。土地利用においては、土地の位置や形状などによって、権利にはもともと制約が埋め込まれる可能性があるからである。土地利用規制は、手続的に公益との対比で規制内容の確定がなされるのは当然か、包括的な規制の枠組みの確認があれば、具体的な事情に応じて、規制内容を個別事案につき確認していくことで対応可能ではないか、という疑問が生じることになる。こういった疑問との関係で、土地利用計画規制における最小限規制原則の議論がある。

「最小限規制原則」というのは、「我が国の従来土地立法には、少なくともその出発点として『必要最小限の規制』という原則（ないしは基本方向）が、抜き難く存在しているように見える」とされ、「土地所有権に対しては、公共の利益に対する目前の支障を除くために必要最小限の規制を行うことのみが許される」とされることをいう<sup>18)</sup>。これについて議論は分かれ、この原理を、すべての人権に妥当するとして支持する説がある一方<sup>19)</sup>、憲法13条は、人権規制の必要最小限規制を要請するが、財産権にはストレートには妥当し

18) 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、7頁以下。

19) 棟居快行「憲法からみた必要最小限規制原則」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表、注17) 文献419頁～424頁。

ない、とする説<sup>20)</sup>、アメニティは市場原理には委ねられず、公共的介入が必要であり土地利用規制はそういうものとして最小限原理は成り立たないとする説<sup>21)</sup>、最小限規制原理といわれるものは、傾向に過ぎず、土地の特性や規制の資源配分的性格や都市領域の空間的性格や、そして多種多様な利害の均衡をはかること、付近の住民の利益の考慮等々という要素を斟酌すると、財産権の制限ではなく、財産権の形成と捉えるべきとして最小規制原則を土地利用規制については否定する見解<sup>22)</sup>がある。

筆者は、これにつき、上記否定論に基本的に賛成する。上記の反対諸説に加えて最小限規制原則は、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。一般に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<sup>23)</sup>、規制が少なければ少ないほど利益が大きいとは言い難い、というのが土地の特徴であろう。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、後述するように地域空間における権利・利益を共通にする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。

都市計画は公的規制のみで機能を十全なものとするのか、という根本的な問題もある。我が国の都市計画…とくに用途規制のあり方は、一定の規制をして、時間の経過によって目的が事実上達成される形をとるが、公的規制は空間における静的な状態を確保することとともに、そこで展開される私的活動を十全なものとするためのものでもあり、私益の保障のための公的規制ともいえる。ここでは私益と公益の連続性というか連携性がみられる。都市計画規制は、公法的規制+私的活動（期待の総和）という図式もあるように考えられるのである。

上記のように考えると、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

20) 大石真「憲法からみた必要最小限規制原則」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表、注18) 文献20頁～21頁。

21) 大貫裕之「『必要最小限原則』の克服に向けて」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表、注18) 文献64頁～81頁。

22) 角松生史「ドグマティックとしての必要最小限原則：異議と射程」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表、注17) 文献82頁。

23) 国立マンション事件 東京地裁 平成14年12月18日判決（民集60巻3号1079頁）。

ばともかく、前述したような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 パーセント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バーターであり立つのであり、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。規制がもともと随伴するという意味では、いわゆる建築不自由原則がむしろ正当であると考えるものである。ここで必要なことは一種の調整であり、いわゆる空間資源の配分と考えられる。なお、この配分のために行われる計画という行為形式の統制においてもこの点に関連する。

#### 4. 共通利益論

近時、公私二元論の再検討の中で、公私の中間領域に、公益でも私益でもない法的利益を構想する論が展開されている<sup>24)</sup>。筆者も地域空間における、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<sup>25)</sup>。筆者は、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<sup>26)</sup>。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、その必要があるとして、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考えている。

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<sup>27)</sup>。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起因する。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

24) 巨理格「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。

25) 拙著 注 2) 文献とくに、はじめに、参照。

26) 参照。筆者は一般的に公私の中間に共通利益があると言ってるわけではない。

27) 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。

法2条において確認されている。ただここでいう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、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<sup>28)</sup>。

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）にかかると大きく、現行制度…地域地区制等…は、当該地域の諸利益を確認し、ある種の水準を形成させているとみることができる<sup>29)</sup>。

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、異質なものが持ち込まれようとする際には、形成された実態を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が、地域紛争の解決としては有意味でありそうである。

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。この点、とくに二つが重要な事柄であろう。一つは、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ように見えるものの、不徹底であることおよび法規制として、それのみで問題解決に至るには不十分であるということである。

## 5 凝集利益論

このような議論に対して、これらは、個々の成員に分解できなければならないという点で限界があり、また、法制度的根拠・法治主義的裏付けを欠くものであり、社会学的的事

28) この点、拙著注24)文献とくに第1部各章、第3部第9章参照。

29) この点、水準の確認ということに関わって、拙著注24)文献第1部各章参照。

実を指摘したに過ぎないとの批判とともに 当該まとまりの成員であればだれでも法的に主張できる利益群があり、これが「凝集利益」として保護されるものであるとする提案が登場している<sup>30)</sup>。この凝集利益は、制度的認定の一定の密度、すなわち法治主義＝法令(条例)による根拠づけがなされるものとし、合意形成・利害調整手続が認められることにより認識されるもので、少なくとも参加手続の法定を伴う制度の下にある利益が凝集利益として、その成員から法的な主張が可能であるとしている。凝集利益とは、「外延が画された」もので「主観的総和ではない利益」<sup>31)</sup>であり、また、「不特定多数にとって不可分であるけれど、訴願等の手続が認められる」ものをいう。権利の存在基盤が個人の自律的意思にあるのに対し、凝集利益の存在基盤は客観法それ自体にある。そして当該利害調整法から切断されると自存しえない、とする。たとえば、長沼ナイキ最判の原告適格判断は、一定範囲の「不特定多数者」の利益を認めるものであり、これは特定された「個人」の利益の総和ではない、と示してするのである。法律上の外延をもつ「権利に至らない利益」に限って出訴資格を基礎づけるものであり、法制上の外延を備えた凝集利益を享受する者による、不利益処分申請規定または許認可等に先立つ意見書提出権が存する限り、出訴資格が基礎づけられる、ということである<sup>32)</sup>。

## 6 利益と考慮事項

筆者がいう共通利益は、土地・空間という実態に由来し、土地基本法が掲げる公共性概念を敷衍しようというものである<sup>33)</sup>。土地を基盤とする物理空間の特性と、都市計画(など)によって、地域設定されていることから、その地域設定(あるいは地域設定に準じる形で地域をのまとまりを認定できるものも含む)の限りで利益の保護があると言えないか、という問題意識による。仲野教授の議論は、法治主義(法律の留保原則)の徹底という趣旨から理解可能であり、その点正論であると思われる。ただ、よくいわれるように立法が厳密に詳細な判断をした上で対応できているか、という点になお、解釈的に法的利益を拡充する余地があるのではないか、と思われるのである。後述するように考慮事項性によって規制の(裁量的)違法適法の判断の要素となることを重視すれば、個々の利益の状況がこの考慮事項に入り込むのは、この方向性を示唆するのではないか、また、制度的

30) 仲野武志『公権力の行使概念研究』2007年、有斐閣 279以下。

31) 仲野・同前 284頁。

32) 仲野・同前 284頁。

33) 巨理教授は、共同利益というとき、ひろく公私の間にある利益群を想定しておられるようである。筆者の場合、さしあたり土地・空間に限定したものである。

理解を補う裁判的解決自体が、法治主義的であるとはいえないか、と考えられるのである。

都市計画のような地域的土地利用規制は、事態が時間進行することを予定し、事態の進行との関連で一定の水準が具現化する構造を見せる。考慮事項は、事実の状態に依存する面があり、その意味では裁判による規範の発見という性格が強い。

他方で、個々の成員に分属可能で、その意味で争訟を根拠づけるというのは、従来の法的利益論と変わりがなく、なにも共同利益や共通利益とわざわざ呼称を変える必要がない、とする仲野教授の指摘も、基本的に正しい<sup>34)</sup>。この点については、一定の水準、という言い方をしてきたが、それを共有する者は争う資格がある、ということなので、そういう利益として、用途地域に定める将来像とか、用途地域の継続による現状の保護とかを考えればよく、個人に利益が属するか否かは結果にすぎず、その人が主張できるが同様の立場の他の人も主張できるというので十分ではないのであろうか<sup>35)</sup>。なお検討してみる必要があると考えている。

なお裁判例の現状として、行訴法改正後の周辺住民の原告適格判断の総体的傾向は、この間の裁判例で見ると、生命身体という保護利益については、原告適格を基礎づけることは確立し、財産権についても近時ほぼ明確になったとみてよい。ただし、ここで共通利益として論じたものについては、裁判上は例外的にごく一部を認めるものが出てきたといえるに過ぎない<sup>36)</sup>。

#### IV. 場の理論と地域ルール論

地域ルール論というのは、ひろくいうと地方自治体の自主的規範制定である条例によって（あるいはさらに緩やかに、地方自治体よりも狭域の地域における規範の存在を認識するような場合もあり得る。ただしこの点には触れない）、当該地域（コミュニティとか空間とかという言い方もあるであろう）における自治論と利益論を入れた規範を制定し又は発見し、それに則った運用をすることをいう。これは、都市法論においては、濃淡の差はあれ、すべてに共通する重要な要素とされている。

たとえば、五十嵐は、従前の法体系が全国一律法たる法律による規制に係るものと批判

34) 仲野前掲注30) 文献280頁。

35) 景観利益の議論は、分解可能かは問題にされていないように思われる。関係個々人に、その地域に関わるが故に、利益とされるように思われる。ただし、広島地裁平成21年10月1日のいわゆる鞆の浦景観訴訟は、景観を法的利益として認めたが、私法上保護される利益性も認め、行政処分差止めを認めている。

36) 小澤道一「取消訴訟における周辺住民の原告適格」1～4判例時報2040～2044号参照。

し、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、という<sup>37)</sup>。また、磯部は法律による行政の原理の破綻のなかで、さらに、①議会制定法の優位から非公式法の隆盛へ、②全国画一的法律優位から地域自治的法規尊重へ、③縦割りの適法性から総合的適法性へ、④一方的命令的行政から同意に基づく行政へ、⑤訴訟法的解決から計画策定段階の利害調整へ、といった方向を追求しないと都市問題の解決は図れないことを強調していた<sup>38)</sup>。原田は、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、という<sup>39)</sup>。すべて自治体レベルおよびそれよりさらに狭域の地域をも含んだ地域でのルールが課題になってくるとされる。ここでは、国法体系上、立法権限は国会を原則とし、地方議会にもゆだねられているなか、さらにそれを補充する規範の存在の認識なり発見がいかなる意味であるのか、が課題になる。

利益論が実体論的視点であるのに対して、地域ルール論は合意形成論の視点を含み、関係者が複雑で多様であることから、通常は参加論の要素を大きく含む。ここでルールとしては、条例のような規範がまず挙げられる。法律の根拠なり委任を受けた条例はもちろん、上乘せ条例など、その拘束性に議論があるものもあるが、ここでは立ち入らない。それ以外で場の理論との関連で注目したいのは、何らかの制度的基盤のもとで、一定の土地空間の上で展開されている物理的状態が、制度的基盤との適合性の故に、一定の安定性をみせ、そのために関係者にその物理的状態を前提とした拘束があるものと意識されるということ、法的にどのように評価するかということである。法的には、制度の下で展開されるという意味で、たとえば、用途地域計画により他の用途への変更手続きがない限りその状態があるものと考えているのが通常、といったことである。ここに何らかの具体的な権利ないし法的利益の確認ができないか、ということである。そこでの土地利用に対する規制を含んだ合意が、明示なり黙示なりによってなされている…その合意の幅は緩やかなものであるが、無ではない、といったものであり、そのような合意の下に空間の実態形成がなさ

37) 五十嵐敬喜『都市法』1987年、三省堂、同『土地改革のプログラム』1991年、日本評論社。

38) 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』1993年、良書普及会、同「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』1991年、勁草書房、同「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。

39) 原田純孝「序説 比較都市法研究の視点」原田等『現代の都市法』1993年、東京大学出版会所収。

れることの承認がある程度の幅でなされている、といったことである<sup>40)</sup>。権利利益の錯綜した状態の中で、相互規制状況の確認（合意）は、少なくとも関係者を拘束するのではないかと考えられ、その意味でこういう狭域の地域のルールが、関係者の黙示の場合も含めて合意によって成立しているとみることができる場合があるのではないかと、とくに、制度に則って形成された居住水準とか街の雰囲気といったことは、規範化する余地があるのではないかと、実体として保護すべきものとなるのではないかとという点が検討課題になるように思われる。いわゆる協議的手法の変形かもしれない。

上述の利益論とも同様の根拠に依ることになるが、法治主義的視点から見て制定法による制度的担保をどこまで要請するのか、が大きな論点である。地方自治論からの条例制定権の拡張の議論と、利益論による狭域の共通利益性の実体的把握のみならず手続的把握の論理的な帰結とが重なり合うところである。

## V. 計画統制論

### 1. 都市法における計画の位置

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ろうか。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。そもそも都市計画法上の規制は、個人に着目したものではなく、土地や建物やそれによって構成される空間に

40) 参加手続等の一定の法定の仕組みがある場合について、ここでの利益を凝集利益読んで保護するというのが仲野説である。



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,制度が設定したものと認めることは,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<sup>41)</sup>。この点,都市計画争訟の検討が行われる際の基本的考え方として,規制強化型の計画と規制緩和型の計画とで,争訟のあり方が異なるとの考え方がとられていることは首肯できる。

## 2 行政計画と利益

ところで,以上のような検討でとりわけ考慮すべき点が,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<sup>42)</sup>,また,これまで処分性を否定してきた土地区画整理事業計画の処分性を認めた<sup>43)</sup>。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いっそう高まってきたのである<sup>44)</sup>。

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<sup>45)</sup>。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

41) 拙著注 27) 文献第 1 部第 2 章, 第 3 章参照。

42) 最二判平成 18 年 9 月 4 日(林試の森事件)判時 1948 号 26 頁, 最一判平成 18 年 11 月 2 日民集 60 卷 9 号 3249 頁。

43) 最大判平 20 年 9 月 10 日民集 62 卷 8 号 2029 頁。

44) 以下, 詳しくは拙稿「行政計画」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想』Ⅱ 2008 年, 有斐閣参照。

45) 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 30) 文献 291 頁, 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 頁以下など。荒木修・判例評釈・阪大法学 51 卷 3 号 51 頁も参照。

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が、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<sup>46)</sup>。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。土地の連坦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<sup>47)</sup>。

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<sup>48)</sup>。ただし、

46) 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24) 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、行政的作用、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と思う。

47) この点について拙著注2) 文献第2部各章参照。

48) ただし、土地や地域空間に係る共通利益の範囲と、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。

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<sup>49)</sup>、これらを総合する考え方も必要であろう<sup>50)</sup>。

### 3. 行政計画の裁量統制

行政計画は、行政過程の中で単発に存在しないという点で行政立法や行政行為とは異なり、法的行為形式として論じる意味は乏しいが、こういう行為の総体について、現実の行政過程の中で多数存在しているという事実を鑑みれば、行政計画として独自に説明を加える必要があると考えられるのである<sup>51)</sup>。

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的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<sup>52)</sup>。その決定・変更もある種の了解＝折り合いがついたことが必要とされる<sup>53)</sup>。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<sup>54)</sup>。

さて、最判平成20・9・10<sup>55)</sup>は、大法廷において青写真判決を変更したものである。その内容は、まず、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

49) この点拙著注2) 文献第1部第2章参照。

50) 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。

51) 拙稿注44) 文献。

52) 互換の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、有斐閣、参照。

53) 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、有斐閣、太田直史「まちづくりと住民参加」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、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。

54) 山下淳「土地利用計画と規制」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』2004年、有斐閣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。

55) 前掲注42)。

が確認されている部分である。ここは、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うことが出来る。ここは計画が定められることによって計画固有の機能（それ自体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。この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。

このような確認から、このような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 年 9 月 10 日）に限らずいわゆる完結的計画（例、最判昭和 57 年 4 月 22 日）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<sup>56)</sup>、土地利用計画以外の他の行政計画をみても<sup>57)</sup>、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」と整理することができ<sup>58)</sup>、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・2<sup>59)</sup>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

56) 拙稿・前掲注 51) 文献。

57) 拙稿・前掲注 51) 文献。

58) 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を意味し、大橋前掲注 48) 文献 277 頁は、多様な行政活動の統合方法という。

59) 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 卷 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。ということは、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。

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<sup>60), 61)</sup>。

一般的に行政計画がただちに直接の司法統制の対象になるというわけではないが、土地利用計画については、司法統制可能となる途が一般化される傾向にあるといえよう。そうすると、計画地域内とかさらに狭域の問題になっている地区だけとかの「場」が捕捉可能であるとの前提となる。そこでの利益=共通利益が、計画によって確定される、あるいはある程度認定可能な程度になる、だから司法的に裁断可能である、という構造である。なお、ここで問題になる利益は、裁量統制における考慮事項として機能する可能性が高く、その点からも、「場」の理論は有用であろう。

## VI. 課題としての法治主義

都市問題が展開する実情に応じて課題を抽出し分析し対応策を考える際に、法的視点からも「場」として把握することの有効性と必要性を論じてきた。

ここでもっとも大きな課題となるのは法治主義の諸原理との関係であろう。たとえば、場における行政活動をみても、法令で捕捉していないようにみえる規制や利益を、法的な認識対象とすることが課題となるのだから、法令の根拠（法律の留保）の有無、規制密度などが直ちに問題となる。

これまでみてきたように、計画の裁量統制における考慮事項として、利益と地域ルールを法的判断の中に取り込むことができるのであれば、そういった要素は法的な性質を持つ可能性があるといえるのではないか。もっとも法令制定（条例制定も含む）といった当初から明示的に確定された利益ではない、という点は残るのだが、法治主義の機能のひとつは、法的安定性であるとすれば、（適法な状態の）現状を法的に前提とする、というのも法治主義的に許容されることではないかと思う。

都市法領域における安定性は、とくに現状から出発するが、規制緩和型と規制強化型で意味が異なる。現状に合わせる法形式的な規制強化は、新規の規制としては、規制強化の実質が顕在化しない分、法的な柔軟性を認めてよいのではないかと考えられるのである<sup>62)</sup>。各種の参加手続や合意状態がはかれる仕組みを入れることによって、狭域においてなら期

60) 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 53) 文献 113 頁以下。

61) 拙稿・前掲注 51) 文献。

62) 「人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調査業務」報告書（平成 21 年 3 月）国土交通省都市・地域整備局都市計画課ではこういった考え方をとっているようであり、基本的に賛成である。

待利益や潜在的利益認定が可能となり、その限りで、法治主義と衝突すると考える必要もないのではないか。