

博士論文

論文題目 合意による行政の研究—都市法領域を中心として

氏 名 田尾 亮介

博士論文

合意による行政の研究—都市法領域を中心として

目次

序章	1
I 課題	1
1 基本認識	1
2 問題提起	4
II 対象	8
1 都市法領域—対象の画定（１）	8
2 地域環境整備（開発負担）における合意的手法—対象の画定（２）	9
III 方法	11
IV 構成	17
第１章 日本法の現状分析—宅地開発指導要綱の変遷を中心に	21
I はじめに	21
II 前史—「要綱行政」の時代	21
1 「要綱行政」の興隆	22
2 学説の展開	27
III 変化—開発指導要綱の条例化	31
IV 比較—ドイツ法との比較	35
1 開発費用負担契約	35
2 1973年7月6日連邦行政裁判所判決	37
3 都市建設契約の展開	38
4 小括	40
V 課題—一次章以降に向けた二つの課題設定	42
第２章 交渉・合意・協働—アメリカにおける開発負担協定を素材として	49
I はじめに	49
II 背景	55
1 前史	55
（１）自治体によるポリス・パワーの行使としてのゾーニング	55
（２）Euclid判決—包括的土地利用規制の揺籃期	56
（３）土地利用規制における多様な法技術の導入	59
（４）既得権の法理	60

(5) 開発負担協定の先駆け—Nollan 判決前夜の一部先行州の対応	62
2 契機	63
(1) 開発負担の諸類型	64
(2) Nollan 判決と Dolan 判決	64
3 潮流	68
III 考察	70
1 「規制権限の取引問題」との関係	71
2 「違憲の条件付けの法理」との関係	74
3 「公衆参加・透明性」との関係	78
IV 結びにかえて	80
1 総括	80
2 展開	83
第3章 私的主体による地域管理—アメリカとドイツにおける Business Improvement Districts (BID) を事例として	87
I はじめに	87
II アメリカ	94
1 はじめに	94
2 制度の概要—ニューヨーク州一般地方政府法 980 条以下に規定された同州の BID 制度を中心に	95
(1) 設立	95
(2) 運営	96
(3) 機能	97
(4) 資金調達	98
3 考察	99
(1) 系譜と特徴	99
(2) 負担金の法的位置づけ	100
(3) 「一人一票原則」との関係	102
4 結びにかえて	112
(補論1) イギリス	114
1 導入の経緯	114
2 制度の概要 (イングランド及びウェールズを中心に)	115
III ドイツ	118
1 はじめに	118

2	制度の概要—ハンブルク法を中心に	120
(1)	基本的構造	120
(2)	具体的な仕組み	121
(3)	各主体の相互関係	124
3	考察	125
(1)	公私協働としての BID	125
(2)	都市建設法における位置づけ	126
(3)	BID 公課の資金調達手段としての法的許容性	128
(4)	任務担当者の民主的正当性をめぐる問題	131
	(補論) 発注法 (Vergaberecht) の適用可能性	136
4	小括	138
	(補論 2) 日本における制度構想	139
1	議論状況	139
2	制度設計の視点	141
IV	おわりに	142
	結章	147
	【本研究の総括】	147
	【残された課題】 制度化された「合意」から制度化された「協議」へ	153

序章

I 課 題

1 基本認識

行政法学においては、長きにわたり、行政主体と私人との間の法関係を一方的に変動させる「行政行為」が行政の行為形式論の中核に位置づけられ、その分類や効力論に議論の大部分が割かれてきた。これに対して、それ以外の行為形式やそれに要請される法理は、中核部分に位置する「行政行為」との差異によって論じられてきた¹。

たとえば、「法律による行政の原理」は、この社会において不可欠な公権力の行使とそれを行行使する主体としての行政の存在意義を考究してきた行政法学においては、公権力の行使を限界づけるうえで、もっとも重要な法理の一つである。また、違法・不当な行政活動を是正する手段である行政争訟制度を構成する行政不服審査法と行政事件訴訟法は、処分性概念を中心に構築されている。さらに、行政手続法による規律は、行政指導を概念として取り込みつつも、主として申請に対する処分、不利益処分を対象に法的に規律することを目的にしている。行政行為あるいは行政処分概念中心の考え方は、学説レベルにとどまらず、行政争訟制度をはじめとする実定法制度をも貫いている（なお、行政争訟制度に関して、「公法上の当事者訴訟」（行政事件訴訟法 4 条）の積極的活用により行政処分以外の類型のものを事後の裁判過程を通じて統制する途が開けつつある）²。

他方、行政行為と異なる行政の作用は、行政行為との差異によってその機能や法的規律の必要性が論じられてきた。たとえば、行政契約は、行政主体と私人との合意に基づいて法関係が形成される点において行政行為とは区別されるし、行政指導は、具体的な法効果を有しない点において行政行為とは区別される。とりわけ、行政主体（あるいは行政機関）と私人との合意に基づいて法関係が形成される作用は、より現代的な行為形式である行政指導、行

¹ 塩野宏「行政法概念の諸相—中核と周辺—」同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011 年）7 頁は、近代行政法概念に対する現代行政法概念の特色（概念の相対化現象・相互浸透現象、道具概念の説明概念化、中間領域の登場、周辺領域重視の現象）を列挙したうえで、「現代行政法学においては、周辺領域のもつ比重が相対的に高まり、場合によっては概念の中核部分が侵蝕されることも考えられる」と述べる。

² もっとも、小早川光郎「契約と行政行為」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学 4—契約』（岩波書店、1983 年）115-132 頁、123-130 頁は、「ある行政作用を行政行為と捉えるか否かは、実体的な公権力の発動行為に当たるか否かという『事物の本性によって』決すべき問題ではなく、行政行為と捉えることにより『争訟手続上の通用力を認める』ことの利害得失を考慮しつつ立法または解釈によって『人為的に決定されるべき』問題である」としたうえで、「ひとつの法律関係につき、契約による規律と行政行為による規律とが交錯するという状況が生じうる」とする。とくに、給付行政における契約と行政処分との複合的な法律関係の存在については、山田幸男「給付行政法の理論」『岩波講座・現代法 4—現代の行政』（岩波書店、1966 年）21 頁、49-51 頁も参照。

政計画などと並び、行政法学の典型的モデルとされる「法律—処分—執行」の「三段階構造モデル」の例外に位置づけられてきた³。

しかし、近代国家の誕生期から今日に至るまでの歴史的経緯を振り返った場合に、行政と私人の法律関係が、行政による一方的決定（行政行為）のみによって規律されていた時代は存在しなかったと言ってよいと思われる。たとえば、行政活動に必要な物的手段を調達する準備行政・調達行政の領域においては、多くの場合、契約方式（民法上の売買契約や請負契約など）がとられてきたし⁴、行政法学において「給付行政」と分類される領域においては、法律上特別の規定がない限り、契約方式の推定が働く⁵とされる⁶。また、規制行政の領域においても契約方式が全く排除されるわけではない。このように、当事者間の合意により法関係を形成する現象が、行政法が視野におさめうる領域においてまったく見られなかったかという点、決してそうとは言えず、むしろ、行政法学がその考察対象として捉えて認識することを怠ってきたという方が実態を正確に示している⁶。そして、行政法学において、当事者間の合意形成作用であるところの一つである「行政契約」がその体系において正面に据えられることなく理論構築が進められてきた理由の一端は、日本行政法が一つの範としてきたドイツ行政法に由来する公法契約と私法契約を峻別する考え方、ひいてはその前提をなしていたと思われる公法・私法二元論に由来する⁷。その結果、行政と私人との契約的關係の多くが、民法上の契約として理解され、行政法独自の観点から考察が加えられる機会は乏しかった。現在では、周知のとおり、幾多の理論的変遷を経て、公法・私法二元論の考え方

³ 「法律—処分—執行」の「三段階構造モデル」とその例外について、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）291頁以下（「三段階構造モデル」の例外として、行政立法、行政契約、即時強制・強制調査、行政計画、行政指導の諸形式を挙げる）。これに対して、磯部力は、「自治体ならではの行政スタイル」に着目して、自治体行政の特質に着目して、とりわけ「自治体法治主義」に資する「計画—指導—直接行動」モデルを提唱する。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）147頁以下を参照。

⁴ 先駆的業績として、碓井光明『公共契約法精義』（信山社、2005年）。

⁵ 塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）行政法総論』（有斐閣、2009年）190頁。

⁶ 塩野・前掲注（5）187頁は、「わが国では行政上にみられる契約についての理論が行政法の一般法理として、これまで必ずしも発展してこなかった」と述べ、その理由を種々の観点から論じている。

⁷ ドイツの公法契約に関する学説史研究は多数存在するが、ここでは、以下の文献を挙げるにとどめる。原田尚彦「行政契約論の動向と問題点（一）（二・完）」法律時報 42巻1号 69-78頁、3号 85-94頁（1970年）、石井昇『行政契約の理論と手続—補助金契約を題材にして—』（弘文堂、1987年）、大橋洋一「行政契約の比較法的考察」『現代行政の行為形式論』161頁以下、岸本太樹「行政契約の法理論（一）～（五・完）」北大法学論集 52巻4号（2001年）1091-1149頁、52巻5号（2002年）1573-1621頁、52巻6号 1947-1986頁、53巻1号 87-126頁、53巻2号 315-374頁がある。なお、ドイツの議論と他国の議論との比較についても興味深いところであるが、これについては、山田幸男『行政法の展開と市民法』（有斐閣、1961年）187頁以下、塩野宏「紹介 マルティン・ブリンガー『契約と行政行為』」同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）262頁（初出1963年）を参照。

は克服され、行政主体（行政機関）が契約の一方当事者となる契約を、包括的に「行政契約」と称する用語方が広く定着している⁸。

現代社会においては、行政主体を一方当事者とする「行政契約」は、以前にも増して多様なかたちで展開している⁹。最近の法制上の変化としては、社会福祉サービスの領域に見られるように、行政主体、サービス提供者、サービス利用者の相互の関係において、行政行為や契約などの複数の行為形式が組み合わされた法的仕組みが登場しているほか¹⁰、公的任務遂行・公共サービスの提供を私人に委ねる過程において主として行政主体と民間事業者間の契約に焦点を当てた法制度が整備されている（民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（平成 11 年法律 117 号：PFI 法）¹¹、地方自治法 244 条の 2 第 3 項以下による指定管理者制度（平成 15 年法律 81 号）¹²、競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（平成 18 年法律 51 号：公共サービス改革法）¹³。法理論としての「行政契約論」には、こうした法現象を受けとめるだけの理論的彫琢が求められている。

このように、行政主体と私人との間の法関係が、古典的な公権力の行使によって規律される関係から、現代的な契約や協定などによって当事者間の合意によって規律される関係へと移行しつつあること（あるいは、法現象を見る者の関心や視点がそのような関係性の方に向けられるようになること）は、諸外国においても観察できる¹⁴。少なくとも、今日の日本

⁸ わが国における「公法契約」論から「行政契約」論への理論的変遷については、碓井光明『行政契約精義』（信山社、2011 年）5-13 頁が簡明な整理を行っている。そのほかに参照すべき文献・資料として、近藤昭三「行政契約」成田頼明編『行政法の争点（旧版）』（有斐閣、1980 年）104-107 頁、浜川清「行政契約」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法大系第 2 巻—行政過程』（有斐閣、1984 年）149-168 頁、森田寛二「行政契約・協定方式の問題点」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990 年）84-87 頁、安達和志「行政上の契約・協定の法的性質」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の争点（第 3 版）』36-37 頁。

⁹ 碓井・前掲注（8）13 頁、畠山武道「行政介入の形態」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ—行政作用法・行政手続・行政情報法』（有斐閣、2008 年）21 頁、石井昇「行政契約」同書 93 頁以下。

¹⁰ 社会福祉基礎構造改革の結果、大きく変容した福祉契約を素材に、サービス提供者と受給者との民事契約に対して、行政がどのように関わっているかを考察するものとして、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究 69 巻 4 号（2003 年）109 頁以下。

¹¹ 小幡純子「公物法と PFI に関する法的考察」小早川光郎＝宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念 行政法の発展と変革上巻』（有斐閣、2001 年）765 頁以下。

¹² 成田頼明監修『指定管理者制度のすべて—制度詳解と実務の手引（改訂版）』（第一法規、2009 年）。

¹³ 橋本博之『「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」案について—公私協働・契約手法の導入という観点から』自治研究 82 巻 6 号（2006 年）35 頁以下。

¹⁴ わが国でいうところの行政指導に対応する”インフォーマル”な行政手法もここに含まれる。ドイツにおけるインフォーマルな行政活動に関する研究として、高橋正徳「西ドイツにおける『インフォーマルな行政作用』の法的統制」岡山大学法学会雑誌 38 巻 1 号（1988 年）147-175 頁、大橋洋一『現代行政の行為形式』（弘文堂、1993 年）103 頁以下、徳本広孝「インフォーマルな行政活動の法的限界—ドイツにおける学説と判例を素材に」本郷法政紀要 3 号（1994 年）109 頁。アメリカについては、中川丈久『行政手続と行

の行政法学は、行政契約を行政行為と並ぶ行為形式の一つと明確に位置づけており、行政契約論は行政法学における一つの大きな研究領域に発展する途上にある¹⁵。行政契約がもはや、行政法学の行為形式論において中核部分である行政行為に対して周辺部分と呼べなくなっているのであれば、「法律・行政準則・行政行為」のルートとは別に「行政契約」のルートを正面から見据え¹⁶、これを中心に行政法概念を論じていくことは自然ななりゆきである¹⁷。これが、本稿の出発点にある基本認識である。

2 問題提起

現時点における行政契約研究の到達点は、概ね以下のように整理される。

行政主体（行政機関）が行政契約という手段を用いることの利点は、法が予定していない新たな状況に直面した際に個別に対応できること、契約という行為形式は柔軟性に富み状況の変化に応じた対応能力の点において優れている点が挙げられる。他方、契約的手法が用いられることは、私人にとっても利点がある。本来、行政限りで処理されていた案件に対して、私人もその内容形成に関与でき、行政と私人との間の協働関係・対話関係を構築することを指向する現代型行政に適合的であるといった点が、行政契約が用いられることの利点

政指導』（有斐閣、2000年）295頁以下。なお、当該行政活動がどのような性質を具備しているかをもって、それを”フォーマル”と呼ぶか、”インフォーマル”と呼ぶかは、国や地域・時代により異なり、また論者の間でもその関心に応じて若干のニュアンスの違いが見られる。本稿ではさしあたり、法律や条例に基づかないで行われるという意味において”インフォーマル”な行政活動と呼ぶことにする。

¹⁵ 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）278-281頁は、近時、行政作用の法的仕組みにおける契約手法の重要性が増大していることにかんがみて、「従来の行政行為論は、行政作用に固有な各種の法的仕組みをもっと広く取り扱うことのできる理論体系へと構成しなおすことが必要であろう」と述べる。

¹⁶ 比較法的に見て行政契約法理が独自の展開を遂げている国の一つが、フランスである。官公庁納品契約、公土木請負契約、公金借入契約、公用負担契約、運送契約、公企業特許契約などの契約類型は行政上の公法契約とされ、普通法の適用を原則的に排除し、そこには行政契約特有の権利義務関係（行政による監督権、一方的変更・解除権、特殊な制裁権、相手方による完全補償請求権など）が成立する。浜川清「フランスにおける行政契約一般理論の成立（一）（二・完）」民商法雑誌69巻6号982頁、70巻1号43頁（1974年）、滝沢正「フランス法における行政契約—行政契約の標識を中心として—（一）～（五・完）」法学協会雑誌95巻4～7号・9号（1978年）、三好充『フランス行政契約論』（成文堂、1995年）、国井義郎「フランスにおける行政契約締結過程統制」阪大法学58巻3・4号（2008年）827頁以下。そのフランスにおける最近の契約化を扱った論攷として、木村琢麿『港湾の法理論と実際』（2008年）176頁以下、飯島淳子「契約化の公法学的考察（一）～（三・完）」法学73巻1号（2010年）753-780頁、74巻4号（2011年）353-391頁、74巻5号527-561頁参照。

¹⁷ 行政行為に偏重した行政法の理論体系への批判については、阿部泰隆『行政法解釈学 I』（有斐閣、2008年）77頁、中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」高木光ほか編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）59-87頁参照。

として挙げられる¹⁸。

他方、行政と私人という当事者間の交渉で内容が決定される点については、行政決定が法律にしたがって行われなければならないという原則に反することがある。かつて公法領域において契約を觀念しえないとされた理由もここにある。また、現代的要請でもある行政決定過程の透明性や市民参加の観点からも問題がないとは言えない。

そこで、今日の行政法学においては、行政契約について民事法上の規律に委ねるだけでなく、行政契約に固有の法理を見出し、それに適合する形で手続的規制を及ぼそうとする考え方が提示される¹⁹。とりわけ、公共契約においては、公金の支出を伴うことから生じる種々の制約があり、租税を財源とする性格上、民法上の契約とは異なる諸原則が妥当するということが広く受け入れられている²⁰。

しかし、行政契約を取り巻く現実の展開は、より多面的な検討を要請していると思われる。ここでは、以下の二つの方向からの従来の行政契約論の議論の拡張を提示する。

第一は、行政契約はそれ自体独立して存在するのではなく、他の行為形式と相互に関連しながら行政過程の中に位置しており、その中で、行政と私人が合意によって法関係を形成することがどのような意味をもちうるのかということを明らかにすることである。換言すると、行政過程に即し行政契約を動態的に把握することである²¹。たとえば、通常は、行政と

¹⁸ 大橋洋一『行政法 I—現代行政過程論（第2版）』（有斐閣、2013年）237頁。畠山・前掲論文21頁も参照。

¹⁹ 宇賀克也『行政法概説 I（第5版）』（有斐閣、2013年）372-374頁は、行政機関が当事者となる行政契約に適用される行政法の一般原則として、平等原則、効率性の原則、説明責任の原則を挙げている。

²⁰ 碓井光明『公共契約法精義』（信山社、2005年）8頁以下は、公共契約に妥当する法原則として、「経済性の原則」、「公正性の原則」、「透明性の原則」等を挙げる。大橋洋一「民法と行政法の対話」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008年）389頁以下（初出2007年）も参照。

²¹ 行政過程論に関する代表的学説として、遠藤博也「複数当事者の行政行為—行政過程論の試み（一）～（三）」北大法学論集20巻1号1頁以下、2号1頁以下、3号1頁以下（1969年）、同「行政過程論の意義」北大法学論集27巻3=4号227頁以下（1977年）（それぞれ同『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011年）31頁、109頁以下に所収）、山村恒年「現代行政過程論」自治研究58巻9号95頁以下、11号82頁以下（1982年）、59巻3号56頁以下、7号86頁以下、11号95頁以下（1983年）、塩野宏「行政過程総説」同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）3頁以下（初出1984年）、大橋洋一「新世紀の行政法理論—行政過程論を越えて」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008年）326頁以下（初出2001年）。論者によって若干の違いはあるが、主唱者のひとりである塩野教授によると、行政過程論とは、従来の行政法学が、「それぞれの行為形式を切り離して、その法的性格を論ずることにとどまっていた」（5頁）との方法論的反省に基づくものであり、行政過程論がもたらす知見として、第一に、行政過程が単純な法律の執行ではなく、様々な利害関係者が様々な関わるプロセスであること、第二に、従来の行政法学では視野の外に置かれていた行政計画、行政指導、裁量基準、協議等の意味を問う必要があること、第三に、個別法の「法的仕組み」を知る必要があることを挙げる（18-19頁、30-31頁）。

私人が協議や交渉、話し合いを経て合意に至り、契約を締結する。しかし、実際には、契約の実質が存在するのかどうか明らかな場合も多い。行政指導が行われる場合には、まず行政による指導が行われ、私人がそれにしがたが、その結果、何らかの「合意」が成立する場合がある。この場合、当事者間に真の合意が存在したかどうか問題となるが、合意的手法は行政指導という行為形式の中にも見られることがわかる²²。他方、行政と私人との間の事実上の「合意」ということも視野に入れば、行政行為の前提としての「合意」も存在する。この場合、当事者間で協議がなされ、一応の「合意」があることを前提に行政処分がなされるのである。このように、行為形式ごとの分析的・分断的考察では把握しきれない現象は多く見られるのであり、そうした実態を踏まえて行政契約とその他の行為形式との関係を意識的に把握する必要がある。そのうえで、このような合意的手法にいかなる法的問題があり、そこにいかなる法的規律が及ぼされるべきかを、行政主体とその相手方である私人、それらの主体に加えてそうした行政決定の影響を受け得る第三者の利益をも考慮しながら検討を行う必要がある。

第二は、私人の側からの発意または私人間の合意により、何らかの公的任務が遂行されている現象を把握し考察する必要があるということである²³。近年、公的主体と私的主体が協働して公益にかかわる決定または事業を行う、いわゆる「公私協働」の進展に伴い、行政決定がなされるまでの段階において私人の参加や私人間の合意の調達があり、それを踏まえて行政決定がなされる制度がとみに増加している。その態様は、行政決定に際して私人が部分的に関与する程度のものから（たとえば、パブリック・コメント制度など）、私人間の合意が行政決定に比較的大きな影響を与えうるものまで様々である（たとえば、都市計画決定における提案制度²⁴など）。私人の発意または私人間の合意の調達が、後に続く行政決定を正当化している面があることは否定できない。こうした私人の発意や私人間の合意の調達は、原則的には私人による私的利益の実現に動機づけられており、公益の実現を指向したものではない。しかし、私人間の発意や私人間の合意の調達が、直接の当事者を取り巻く周辺の利害関係者に影響を与えている場合、あるいは、当事者が私的利益の実現を動機づけとしていたとしても（結果として）何らかの公共の利益と密接にかかわっている場合には、行政法学がそれを考察対象に取り込むだけの十分な意義が見出される²⁵。また、そのみならず、

²² 「行政指導と一体化した合意的手法」について、碓井・前掲注（8）33頁参照。

²³ もとより、こうした観点からの問題提起はすでに行われている。大橋・前掲注（18）238頁は、市民相互で締結され、行政が認可等で関与する民—民型協定（横型協定）も行政契約論に取り込むことを主張する。

²⁴ 平成14年法律85号による都市計画法改正により導入された都市計画決定の提案制度（法21条の2以下）。関連して、都市再生特別措置法（平成14年法律22号）による都市再生事業者による都市計画決定の提案制度（法37条以下）。

²⁵ 公法学の議論にも大きな影響を与えている「制度的契約論」はこのことをもう一つの側面から説明しているものと位置づけられる。内田貴『制度的契約論—民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）53頁は、「ある財やサービスを提供するという決定が、（当事者だけでなく、社会の他のメンバーにも影響する）『重要な社会的選択』の問題であるとき、ア

こうした事例のなかの多くの場合においては、私人間の合意のみによってプロセスが完結しているのではなく、私人間の合意に行政が認定・認証行為を行うことによって、「承継効」（たとえば、後に土地所有者・権利者になった者にも効力が及ぶこと）や「公共性」（公的に承認されること）が付与されていると考えられる例も見られる（第3章において後述する建築協定や緑地協定等がそれにあたる）²⁶。行政のみが公益を決定し公的任務を遂行しているという思考から脱し、私人も行政とともに公的任務遂行主体になりうることを承認するのであれば、私人間の合意あるいはそれを基礎にした行政決定自体が、行政主体のみによる行政決定以上に大きなウェイトが与えられていることを直視して、そうした状況を踏まえた理論的考察が行われなければならない²⁷。行政と私人が対置するという伝統的な二面関係を前提にした、行政による公権力の行使から私人を守るための法理論である「法律による行政の原理」それ自体の重要性は何ら失われていないものの、そうした構図があてはまらない現象にも目を向け、それを取り扱えるだけの理論的枠組みを構築する必要がある。

以上が、本稿筆者が考える、現実社会の実態に即した、行政契約をめぐる議論の拡張の構想である²⁸。いずれも、「合意による行政」が、「行政が公益的見地に立って、法律にしたが

カウンタビリティと表現される価値を担保するための制約が課される。」「『公共性』は、）突き詰めれば、当該財やサービス提供におけるある意味での『外部性』に帰着する。」「このような意味での『外部性』は、・・・まさに内部化されなければならない。・・・そのための1つの方法は、このような外部性への配慮が法的に義務付けられた主体にのみ、財やサービスの提供を認めることであろう。これが公的主体による提供である。しかし、もう一つの方法は、財やサービスを提供する主体に対して、しかるべき配慮の義務を課す規範の設定である」という。

²⁶ 畠山・前掲注(9) 21頁以下は、「これまで、行政契約といえば、政府調達契約、公営住宅の使用、行政財産の貸付け、あるいは公害防止協定、環境保全協定の性質・法的効力が議論される程度であった。しかし最近では、このような古典的契約手法の範囲を出て、建築協定、緑地協定、景観協定、風景地保護協定など、新たな分野で合意的手法が用いられつつある。これらの協定は、当事者の自主的な合意形成を前提としながら、行政庁が認可などの形式で関与することによって公益性を確保し、さらに合意に対世効、承継効などの直接規制的效果を持たせようとするもので、合意的手法の新しい方向を示しているといえる」と述べる。

²⁷ そのような観点からの研究の試みの例として、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007年）。私的団体が介在する協働の包括的な研究として、同書26頁以下が豊富な実例を挙げている。

²⁸ 本文において示された視点は、現在、人口に膾炙している、いわゆる「公私協働」と重なるところが大きい。わが国における「公私協働論」の先駆的論攷である、山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明ほか編『金子宏先生古稀祝賀 公法学の法と政策』（有斐閣、2000年）536頁以下は、社会に存在する財の分配決定に関して、「私人ないし私的組織が、自らの利益以外の利益に関する情報を（も）、国の単なる一情報源としての役割を超えて加工することを、国によって法律上または事実上任されている場合」という狭義の公私協働とは別に、「行政機関が利害関係のある私人と意見交換を重ね、あるいは一種の『取引』を行い（行政指導の一部）、あるいは選択肢を提示し（行政契約の一部）、私人との合意を目指す現象」と、「私人が利害関係者の代表または専門家として、合議体行政機関のメンバーとなり、あるいはさらに利害関係者集団が、多かれ少なかれ稀釈化された民

って決定を行う」という従来の行政法学が所与としてきた基本的モデルの前提に大きな影響を与えうるものである。この、いわば拡張された行政契約を、本稿では「合意による行政」と呼ぶことにする。本稿は、この「合意による行政」の基礎的考察を行うものである（その具体的な内容については、次節以下で詳しく述べる）。

II 対 象

1 都市法領域一対象の画定（1）

上で示したように、「合意による行政」は、行政法が視野におさめる分野に限っても、実態としては多くの個別法分野に及んでいると考えられるため、研究対象を画定する作業が不可欠である²⁹。

そこで、本研究においては、具体的な行政領域を都市法に限定して考察を進める³⁰。「合意による行政」を主題とする本稿にとって、都市法領域が好個の研究素材を提供すると考える理由は、以下のとおりである。

第一に、都市法領域においては、行為形式論を中心に体系を構築してきた行政法の見地からは、行政行為のみならず、行政契約、行政指導、行政計画等の多様な行為形式が用いられ、それらが適宜組み合わせられて一つの公共空間が形成される点が注目される。これは、都市や土地利用における各法主体の利害状況が複雑で錯綜しており、これらの法主体の諸利益を調整するために様々な手法を用いて行政活動が行われていることを示すものである³¹。また、都市法や土地利用分野では、行政と私人という二面関係のみならず、その決定により影響を受ける第三者を含めた三面関係を踏まえた考察が重要となり、行政と私人との間の合意形

主義的正当性を加えられた上で、自治行政組織を形成すること」も、広義の公私協働に含まれうるとする。

²⁹ 近時、行政法学においては、個別法領域あるいは参照領域に着目して、そこでの法的仕組みを考察する傾向が一段と強まっていると観察される。亙理格＝北村喜宣編『個別行政法』（有斐閣、2013年）、原田大樹『行政法』（東京大学出版会、2013年）等。個別の法的仕組みの特徴に着目する点においては、兼子仁による特殊法論（兼子仁『行政法学』（岩波書店、1997年））と相通ずるものがある。

³⁰ 「都市法」という表現が（従来の「土地法」に替わって）用いられるようになったのは比較的最近のことであると思われる。五十嵐敬喜『都市法』（ぎょうせい、1987年）を嚆矢として、原田純孝編『日本の都市法Ⅰ 構造と展開』（東京大学出版会、2001年）、同編『日本の都市法Ⅱ 諸相と動態』（東京大学出版会、2001年）、磯部力『『都市法学』への試み』成田頼明ほか編『雄川一郎先生献呈論集 行政法の諸問題（下）』（有斐閣、1990年）1頁等。最近刊行された体系的な研究書として、安本典夫『都市法概説』（法律文化社、2008年）、生田長人『都市法入門講義』（信山社、2010年）、碓井光明『都市行政法精義Ⅰ』（信山社、2013年）等。なお、民法研究者からの視点として、吉田克己「都市法の近時の改正動向と公共性の再構成」法律時報 84 巻 2 号（2012年）63-68 頁も参照。

³¹ 行政法の参照領域の一つとしての都市法の意義について、原田・前掲注（29）415 頁以下を参照。

成過程のみならず、私人間の合意形成過程も行政法の考察対象となりうる。

第二に、都市法領域は、国法による規律（都市計画法、建築基準法など）のもと、具体的な施策の実施については地方公共団体が行う仕組みになっていることである。ここでは、地域固有の事情への対応の必要から、地域の需要に応えるためにさまざまな地域独自のルールが形成される素地がある。典型的には、本稿が取り上げるテーマの一つである「要綱行政」がそれに該当する。他方、こうした地域独自のルールの存在は、近代公法学が前提としてきた古典的な意味での「民主政原理」や「法律による行政の原理」が機能しがたい場面を多く生み出している。とくに、人口減少社会が到来し、いわゆる「都市縮小」の時代を迎えると、あるべき都市像についての地域のコンセンサスが容易に得られることは少なく、何らかの制度化によって、地域の利害関係者の合意形成を図りながら都市環境の保全と維持を進めていくことの重要性は著しく高まっている。都市計画決定における地権者・まちづくり組織による提案制度（都市計画法 21 条の 2 以下。関連して、都市再生特別措置法 37 条以下も参照）や、各種協定制度の制度化（法律によるものと条例によるものの双方を含む）はその傾向を顕著に示している制度例である³²。

2 地域環境整備（開発負担）における合意的手法—対象の画定（2）

都市法領域もまたそれ自体として広範な研究領域を形成する。そのため、本研究においてはさらにもう一段、対象を画定する作業が必要となる。本研究では、都市法領域の中でも、とりわけ、地域環境整備（開発費用負担）の問題に焦点を当てることにする³³。

この問題が行政法学に投げかける視点は、時代により変遷している。1960 年代～70 年代からはじまった都市部における人口増加は、多くの公共施設整備を必要とし、地方公共団体の財政を圧迫した。これに対して、法令の不備や条例制定権の限界もあって地方公共団体はいわゆる「要綱行政」によって対応した。しかし、「要綱行政」に対しては、行政指導の適法性に関する判断基準が裁判所によって示されたこと、行政手続法・行政手続条例の制定により次第にその限界が明らかとなり、各地で条例化が実現する。しかし、それ以上に、人口減少社会の到来は、都市政策のあり方そのものに変更を迫ることとなった。現在では、都市部における公共施設の整備負担が自治体財政にとって焦眉の急ではなくなるとともに、郊外地の大規模開発よりも、既成市街地における地域環境の保全や維持が都市政策の重要な

³² 本稿では詳細に立ち入ることはできないが、以前から存在する、組合施行による土地区画整理事業・市街地再開発事業や、地区計画も、都市法領域における広義の合意的手法に含まれうる。

³³ 刊行時から時間が経過しているものの、この分野における過去の重要な先行研究として、藤田宙靖ほか「市街地開発における公共施設整備費用と公私間での負担配分のあり方に関する研究のテーマと目的—公共施設整備負担研究会報告（一）」自治研究 65 巻 9 号（1989 年）79-90 頁以降において連載された各論攷、河中自治振興財団『地域整備における契約的手法に関する研究』（河中自治振興財団、1990 年）、開発利益還元問題研究会『開発利益還元論』（財団法人日本住宅総合センター、1993 年）。

課題となっている。

本研究においては、前者の時期を「開発規制」型社会、後者の時期を「管理運営型」社会と呼ぶことにする。重要なことは、こうした社会構造の変容が、都市計画の分野においては「都市縮小の時代」という標語のもとに、諸外国においても同様に観察できるということである。

「開発規制」型社会における日本行政法の最大の関心は、言うまでもなく「要綱行政」である。行政法学においては、古典的テーマに属する問題であるが、論すべき点が論じ尽くされたとは思われない。むしろ、本稿は、要綱行政の議論枠組みを再考する余地があると考えている。すなわち、日本においては、開発負担問題は、宅地開発指導要綱とそれに基づく行政指導の限界という問題で論じられてきたといえる。しかし、開発負担に関する行政過程を仔細にみると、負担項目が規定された要綱が作成される段階、それに基づいて行政指導が行われる段階、その結果、覚書が交わされ協定が締結される段階、その合意内容にしたがって贈与が行われる段階に分けられる。このプロセスにはそれぞれの段階において行政法上の論点が見出される。まず、要綱の作成については行政立法（行政準則）として論じることが可能であり、行政指導が行われる段階については行政指導の限界として論じることが可能である。しかしながら、これまで開発負担の問題を行政契約の視点からとらえる作業は十分に行われてこなかったと言ってよい。開発負担の問題は、行政が私人に対して法律に基づかない手段で、半ば強制的に負担を求める点において法治主義の観点から疑義があるとされてきたが、行政契約として扱えるなら、別の問題が浮かび上がってくる。それは、行政と私人が合意によって法律が予定していない事柄についてどこまで取り決めるを行うことができるかという点である。換言すると、開発負担の問題は、法律による行政の原理との関係において、いわば「契約による行政」が許されるかどうか、許される場合にはどのような法的規律が課せられるべきかという問題である。これは、同じく契約であるか否かが学説上大きな争点となってきた公害防止協定の法的性質をめぐる議論の帰趨と顕著な対照を示している。日本法のこの理解の仕方が諸外国と比較してどのような違いを示しているのであろうか、さらに、開発負担の問題を「契約」の問題と理解することによりどのような問題が新たに顕在化してくるであろうか、というのが一つ目の問題意識である。

他方、「管理運営」型社会における行政と私人の関係は、より複雑な様相を呈する。従前のような郊外拡大型発展が終焉をむかえ、既成市街地の維持・修復が中心課題となると、より権利関係が複雑な地域を対象として施策を実施する必要があることから、合意形成型の手法、とりわけ私人間の協定、協議、契約の利用可能性が重要になる。法令による規制をこえた土地利用規制を私人が行う仕組みは、すでに地区計画や建築協定（建築基準法 69 条以下）に見られるところであるが、今日ではその傾向がより強まっていることが注目される。私人が規制に関する負担を負うのは私的利益を追求するという目的に動機づけられたものであるが、私人が行う決定は、同時に周辺地域にも影響を及ぼしうるものである。このように私人の合意によって当該グループに共通の利益が実現されるプロセスを、公益と調整し

ながら実現していく法的枠組みの構築が課題である。このような例としては、ある程度のまとまりを有する住民による自治から、各種協議会によるまちづくりまで様々な形態が存在するが、中には制度化されつつあるものも存在する。日本においては、建築協定が存在するが、諸外国においてはどのような対応がなされているのであろうか。これが、二つ目の問題意識である。

開発負担問題やその手段となった要綱行政は、この社会において生ずる公的ニーズに要する費用を、公私のスペクトルの様々な場所に位置する法主体がどのようなかたちで費用を分担するかという問題を映し出したものとなっている。社会構造の変化にともなって都市政策が変化するなら、そうした公私分担のあり方や認識の仕方も変容を余儀なくされる。こうした問題意識は、都市法の先行研究において従来希薄であったと思われる³⁴。本稿は、法制度を取り巻く外的環境の変化も考慮に入れながら、地域環境整備費用の負担のあり方が公私協働の一つの動因になっているとみて考察を行う。

III 方 法

「合意による行政」の研究を進めるにあたって、二つのアプローチが考えられる。一つは、行政法学において公法契約または行政契約なるものを観念するに至るまでの学説史を（とくに、日本行政法の母法となったドイツ法研究を中心に、日本法における外国法からの継受等）理論的にさかのぼり、その作業を通じて、「合意による行政」に妥当する一般法理を探求していくアプローチが考えられる³⁵。もう一つは、日本法を中心に本稿でいうところの「合意による行政」が、現行の法制度を前提にどのように運用されているかということについて、判例分析も含めた当該法制度の運用実態と課題をつぶさに分析するアプローチである³⁶。

本稿においては、上記二つのアプローチとは異なり、日本法と外国法（本研究は、とくにアメリカ法を参照する）の法制度・法理論の検討を中心に、具体的事例に即して個々の法律問題を考察する方向で研究を進める。その過程において、同じように見える社会問題・社会変動であるにもかかわらず、日本と諸外国との間で法的な意味での問題のあらわれ方が異なることがあるが、それはどのような点で異なり、それは何に由来するのか、その解決に当たってどのような法的対応がなされ、それは法的な観点からどのように評価されるのかについて、立法動向や判例動向、関連する学説を踏まえながら検討を行う。もちろん、外国の法制度や法理論の分析は、ただちに、日本法の解釈論・立法論に結びつくものではないが、

³⁴ なお、公私協働に伴う社会的コスト（国の負担と私人の負担の総和）の増減という観点については、山本・前掲注（28）555-556頁参照。

³⁵ ドイツについては前掲注（7）の各文献、フランスについて前掲注（16）各文献をそれぞれ参照。英米法に関しては、綿貫芳源「英国における行政上の契約（一）～（三・完）」自治研究33巻8号17頁、9号61頁、10号23頁、同「アメリカ法における行政契約（一）」社会科学論集10号1頁（1963年）。

³⁶ 碓井・前掲注（8）が代表的研究である。

選り取られた法制度やそれをめぐる学説がどのような背景のもとにあるかを明らかにしながら、日本法への示唆に結びつく視点を提示する。

したがって、本研究は、事例研究に重点を置くものであり、個々の行政契約に共通して妥当しうる一般理論を提示するものではない。たしかに、理論的把握、立法の指針となりうるような行政契約の一般法理、あるいは「契約による行政の原理」を確立し発展させていく作業は重要かもしれない。実際、公共契約などの一部の分野においてはそこに妥当する法理・法原則の解明が進んでおり、その内容を反映した実定法も存在する³⁷。しかし、もとより複雑化した社会においては、物事は多様に展開している以上、現象をすべて説明できる法理の確立は不可能であり、動態的に変化する現代社会においては、法理論は社会の変動にとって桎梏とさえなりかねない。本稿は、現代的に生起する現象を議論する場（理論）を構築するというよりも、既に構築された理論を現象にあてはめる作業を通じて、具体的な場面につき妥当すべき法理が何であるかを決定することを目標にする。

そこで、本稿では、社会の現実の中にある動きを行政法理論の中で汲み取る作業を行うことにする。具体的には、本研究では、これまで見落とされていた研究領域を中心に、具体的な事例に即して検討する。必要に応じて、既存の先行研究において大きく欠落していた部分を埋める作業を行う。そこから導き出された知見が現在通用している理論体系に対してどのようなインパクトをもたらすか、そのための解決策としてどのようなものが考えられるかを探求する。その内容を具体的に示すと、以下のとおりである。

第一に、従来の行政契約研究では、行政と私人との合意に基づいて法関係が形成されることといかなる観点から問題となり、どのようにコントロールされるべきかについて十分な検討が行われてきておらず、この点を明らかにすることが、本研究の一つ目の課題である。もちろん、従来の行政契約論においても、行政契約の法的許容性、契約内容の法的適合性を議論するなかで部分的にこの問題が議論されてきたといえる。たとえば、法律に根拠を持たない公害防止協定の法的効力については、規制行政における契約の法的許容性が、法律によ

³⁷ 公共契約においては、租税を原資としていることに由来する、公共契約特有の種々の法原則が妥当していることについては、碓井・前掲注（4）8頁以下参照。

る行政の原理との関係で論じられてきた³⁸。しかしながら、この議論以来、規制行政³⁹における契約（規制的契約）については、わが国の公法学においてはほとんど議論の蓄積が見られない⁴⁰。行政契約の法的許容性や法的適合性、行政契約の一般法理の確立が提唱されるものの、具体的事例に即して何が問題となるかはあまり論じられてこなかったと思われる⁴¹。行政主体と私人が契約・協定を締結することは、行政が公権力の行使を背景に私人に過剰な負担を課す（憲法上の基本的権利を放棄する）という懸念がある一方、契約・協定を締結する私人の側にもメリットがあることを示している。このことを行政の側から見ると、本来、法律にしたがって公益的見地から判断を行わなければならないはずの行政が、私人と”取引”を行っていると見ることができる。この場合、行政と私人との間には、交渉関係・取引関係が存在する。こうした交渉・取引に法的な意味での限界はないのかというのが、この問題を考える上での出発点である。「合意による行政」の問題は、本来法律にしたがって執行されるものを当事者の交渉内容にしてしまいかねず、合意によって法律によって定められた事項が反対給付として取り扱われることを意味する。また、現代の行政法理論は、行政決定には直接には関与しない周辺利害関係者の利益をも考慮する三面関係を念頭に置いてい

³⁸ 公害防止協定の契約としての効力をめぐる代表的学説として、成田頼明「公害行政の法理」公法研究 32 号 77 頁（1970 年）（契約としての効力を否定する説）、原田尚彦「公害防止協定とその法律上の問題点」ジュリスト臨時増刊『特集 公害実態・対策・法的課題』（1970 年）274 頁（同『環境権と裁判』（弘文堂、1977 年）212 頁所収）（契約としての効力を肯定する説）。成田頼明教授は、「相手方との合意という形式をとるにせよ、公害発生源の規制という行政目的の下に、立法府が定めているところよりも厳しい規制を加え」ることが『法律による行政』の原理と十分に両立しうるか否かは疑問であり、「規制行政の契約への逃避が一般化し拡大する場合には、『法律による行政』の原理は自己崩壊し、行政の相手方を合意による協定の名の下に事実上の特別権力関係にひきずり込む結果を招く」という（成田・前掲論文 101 頁）。他方、原田尚彦教授は、「地方公共団体と国民（企業）が、（i）任意の合意に基づき、（ii）公序良俗違反その他強行法規に違反せず、かつ平等原則・比例原則などの条理上の限界をこえない範囲で、（iii）具体的な作為・不作為義務を取り決めたときは、両者の合意の法的効力を否認すべき特段の理由は認められないのではないかと考えられる」とする（原田・前掲書 216-217 頁）。現在では、原田説に近い立場、すなわち、契約の自由を一切否定するのではなく、その自由を承認しつつ、それが濫用されることを制約する法理を別に探求する立場が広く受け入れられていると考えられる。

³⁹ なお、規制行政と給付行政の区別の相対化について、小早川光郎「規制行政と給付行政」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の争点（第 3 版）』（有斐閣、2004 年）8 頁。

⁴⁰ 他方、私法学からのアプローチとして、野村好弘「要綱・協定と裁判」環境法研究 14 号（〈特集〉公害・環境に係る協定等の法学的研究）（有斐閣、1981 年）95 頁以下、中山充「公害防止協定と契約責任」北川善太郎先生還暦記念『契約責任の現代的諸相（上）』（東京布井出版、1996 年）319 頁、野澤正充「公害防止協定の私法的効力」淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念『環境法学の挑戦』（日本評論社、2002 年）129 頁。なお、岡本裕樹「行政契約に関する私法的観点からの覚書」小野秀誠ほか編『松本恒雄先生還暦記念 民事法の現代的課題』（商事法務、2012 年）1087 頁も参照。

⁴¹ かつて実務で見られた、地方公共団体とガス事業者の間の公法上の契約の一種である「報償契約」については、本稿では検討対象から除外している。

る。そのような観点からは、取引・交渉の閉鎖性・不透明性が問題となる。

そこで、都市法領域を対象とする本稿においては、開発負担協定・宅地開発協定を議論の遡上にのせることにする。これは従来、日本の行政法においては、行政指導の適法性とその限界という問題で論じられてきたテーマであるが、本研究においては、これを行政と私人との交渉・取引という観点から考察する⁴²。そのように考える理由は、行政は私人から開発負担の提供を受けるかわりに、建築確認（建築基準法 6 条）や開発許可（都市計画法 29 条）、公共施設管理者の同意（同 32 条）を行うというように、行政決定が私人の行為に依存しており、行政の決定が状況依存的であるからである⁴³。この場合、行政は本来公益に基づいて判断すべしという考え方との整合性や土地利用の計画との適合性が検討課題になる。法律上与えられた権限は、行政による単独の公益判断をもって行使されるべきであるとの考え方からは、法律がとくにその例外を認める規定を置かないときに、行政と私人との間での交渉あるいは合意によって行政決定を行うことが許されるのかが問われなければならない⁴⁴。

⁴² 塩野・前掲注（5）194 頁は、日本において（ドイツでみられる）交換契約にあたりうる例として、宅地開発の許可と開発協力金ないし負担金の納付契約を挙げる。「その際、相互の権利・義務の権衡が維持されているかどうかに注意しなければならないし、また、行政側が義務の履行としての、行政行為をしない場合の強制の方法についてはわが国では制度的な対応を考慮しておく必要がある。いずれにせよ、宅地開発の許可のような裁量権の行使といえども、相手方との交渉の結果でなく、独自の公益判断によって行使すべしという立場に立つ限り（そしてこれがわが国における一般的な考えであると思われる）、かかる契約方式には法律の授權が必要であろう」とする。

⁴³ 本稿の問題設定は、行政法を学習する際に、公害防止協定が行政契約の法的許容性という主題で扱われ、他方、宅地開発協定・開発負担協定が主として開発指導要綱に基づく行政指導の適法性とその限界づけという主題で扱われてきた相違は、何に由来するのかという素朴な疑問に基づいている。

⁴⁴ たとえば、開発許可にあたって、公開空地の整備など一定の公的負担と引き換えに容積率緩和のボーナスを与えるといったことも、行政と私人との取引を前提にした仕組みである。本稿では直接的には取り上げないが、総合設計許可制度（建築基準法 59 条の 2）と特定街区制度（建築基準法 60 条、都市計画法 9 条 18 項）がそれにあたる。総合設計許可制度とは、一定規模以上の敷地内において一定割合の公開空地を有する建築物について、容積率制限（52 条）、絶対高さ制限（55 条）、斜線制限（56 条）等の集団規制の緩和を特定行政庁が許可するものである。規制緩和を誘因として、公開空地の整備等による市街地環境の改善を図ることを目的とする点で、特定街区制度も内容上類似するが、総合設計許可制度の場合は、都市計画決定を要しない。なお、このほかに、特例的規制緩和により民間開発・建築への誘因を与えつつ、それと引き換えに、公共施設の整備等への私人の協力を得る手法として、再開発等促進区制度（旧・再開発地区計画制度。都市計画法 12 条の 5 第 3 項）がある。再開発地区計画制度を扱ったものとして、小林重敬『協議型まちづくり—公共・民間企業・市民のパートナーシップ&ネゴシエーション—』（学芸出版社、1994 年）、水口俊典『土地利用計画とまちづくり—規制・誘導から計画協議へ』（学芸出版社、1997 年）、野田崇「都市計画における協議方式—事業者・所有者・住民」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』（日本評論社、2007 年）123 頁。なお、地方公共団体における要綱レベルの措置であるが、「東京都民設公園事業実施要綱」に基づく民設公園認定制度も注目される。同制度のもとでは、本来高層建築ができない土地について、敷地の一部を公園化することにより、残りの土地に関して都市計画法 53

また、その裏返しの問題として、契約の履行時には、状況の変化に応じて、行政からの申出により契約内容を変更することができるかという論点も存在する⁴⁵。本稿においては、すでに相当量の比較法研究の蓄積があるドイツ法の比較研究に屋上屋を架すことを避けるため、アメリカ法を中心に比較法研究を行う。もとより、ドイツ法との比較も日米の比較の前提作業として欠くことはできないため、本稿においては、日本法のこれまでの思考方法の特色を、ドイツ法との比較作業を踏まえて整理を行ったうえで、そこから視野を広げて、これまであまり比較研究の対象とされてこなかったアメリカ法に分析の素材を求め、行政が一方当事者となる契約にかかる問題の多様な側面を明らかにする。アメリカ法においては行政契約なる行為形式を觀念しえないものの、「契約化」(contract transformation)と呼ばれる現象は多くの法分野において同時代的に進行しており、それゆえに、行政が当事者となる契約の締結手続に対して実質的なコントロールを考える発想があるからである。大陸法でいうところの公法の体系が存在しないアメリカ法においても、日本法でいうところの平等原則や透明性といった公法上の諸規範・諸原則というものは法原則として確立していると考えられ、このレベルにおいても比較法研究を行う共通の基盤がある⁴⁶。

第二に、私人の発意または私人間の合意が、行政決定の前段階を構成している場合、あるいは、公的任務遂行に深く関わっている場合に、どのような法的問題があるかを考察することが、本研究の第二の課題である。前述のとおり、従前の行政契約論においては、行政主体が契約の一方的当事者となるものを扱ってきた。これは、行政主体性を行政法学の考察対象のメルクマールとすることによる帰結の一つである。しかし、私人の発意に基づく行政決定または私人間の合意に基づく契約・協定も、行政自身による行政決定または行政による公的任務遂行と同様の機能を果たしうるのであれば、行政法学はこれも考察対象に取り込む必要がある。

都市法領域においては、都市計画提案制度に見られるように、地域住民の合意内容を行政

条1項の許可を通じて高層建築が可能となる。

⁴⁵ たとえば、契約と行政行為が重疊的に存在する保育所利用関係を扱ったものであるが、亘理格「保育所利用関係における合意の拘束力—保育期間中における保育所廃止・民営化に対する法的制約の存否問題を素材に一」小林武＝見上崇洋＝安本典夫編『「民」による行政—新たな公共性の再構築』（法律文化社、2005年）208頁以下は、「個々の局面が法律の規定上若しくは解釈上行政処分として扱われる行政活動が、他の局面では契約法原理に服すべき法律関係として論じられる可能性が生じ、そのような局面では、当事者相互間の合意に如何なる法的拘束力を認めるべきであるか、また、如何なる条件の下で合意の拘束力を免れるべき場合が生じるかが問題となる」（同210頁）とし、「行政契約における『事情の変更』を理由とした契約条件ないし契約条項の変更・修正はいかなる場合に許されるかという、行政契約法上のより一般的な問題」（同230頁）について、「我が国の行政法学は、従来、行政契約における『事情の変更』による契約条項の変更の許容性という問題に関する本格的な検討を怠ってきた」（同頁）と指摘する。

⁴⁶ なお、石川敏行「行政法における私人の地位・能力」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の争点（第3版）』（有斐閣、2004年）14頁は、行政と私人の関係を「交渉」という観点から再構成することは可能であり、また有用でもあると論じている。

決定に反映させる仕組みが取り入れられているが、地域環境整備の場面においても、多様な法主体による合意を基礎に置く協定が、行政決定に代替する事例が増えており、実際そうしたルールを条例や法律により制度化したものも見られる。本研究においては、これを「私的主体による地域管理」と呼ぶ。これが法的な観点から問題となるのは、その動機づけが私的利益の実現にあることであり、しばしば公益・公共善との調整を度外視して行われるという危惧が存在することである。他方、私人間の合意のみによって行政決定が代替されることには問題がある⁴⁷。ここに行政が認可・認定行為を通じて私人間の合意にかかわる理由が存在するわけであるが、そのみでは十分ではなく、その過程において当事者以外の利害関係者の参加を規定した法制度と手続が求められうる。本稿においては、日本法における建築協定等の協定制度的実態とその限界について検討したうえで、その法制上の解決の手がかりを求めて、近年諸外国（アメリカ、イギリス、ドイツなど）で注目されている Business Improvement Districts (BID) 制度（制度の詳細については後述する）を取り上げ、その内容を概観し、法的諸問題を考察する。それにより、「私的主体による地域管理」が法的観点からはどのような意義を有するのかを提示し、そのような見地に立って、日本における協定制度の発展可能性を探り、克服すべき課題とその解決策を制度設計論として考察することにする。

なお、行政契約に関連して、本稿で取り扱うことのできない論点について二点補足する⁴⁸。一つ目は、行政と私人との間で有効に合意された契約・協定の執行面にかかわる問題である。具体的には、契約・協定を締結した私人がその義務を履行しなかった場合に、その相手方である行政がいかなる法的手段をとりうるか、あるいは義務履行を求めて出訴できるかという問題がある。この点に関して、最判平成 21 年 7 月 10 日（判例時報 2058 号 53 頁）は、条例に基づかない公害防止協定に関して、町が、同協定において定められた産業廃棄物最終処分場の使用期限を徒過して使用していた業者に対して使用差止を求めた請求について、訴えを却下することなく本案判断を行っており、民事訴訟による義務の履行を肯定する可能性を示している。この点に関する判断の射程は、宝塚市パチンコ店事件判決（最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 巻 6 号 1134 頁）の射程との関連において今後検討されるべき課題である。なお、同事件における、公害防止協定によって定められた産業廃棄物最終処分施設の使用期限を設定する条項が、廃棄物処理法の趣旨に反し、法的拘束力は認められる否かという点は、本研究課題と関わりを有する論点である。

第二に、契約と行政行為の区別自体の相対化を挙げておかなければならない。契約と行政行為は代替可能な関係にあるほか、一つの法的仕組みにおいて両者は並存しうることも承

⁴⁷ たとえば、中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000 年）277 頁は、「私的コンセンサスを組み込んだだけの行政決定は、与えられた権限を行使していないという意味で行政機関による権限の放棄に他ならず、“裁量の不行使”という裁量濫用として違法と評価されるほかない」という。

⁴⁸ なお、行政主体間の契約も本稿の考察対象からは外している。

認されている⁴⁹。契約も行政行為も、法律が付与した人為的構成物にすぎない以上、それが、契約なのか行政行為なのかについてその判別に困難が伴う場合もありうる⁵⁰。これは訴訟法的観点からも問題となりうる。すなわち、それ自体としては契約の締結行為であることを認めながら、しかし、訴訟手続の見地から、いわゆる「形式的行政処分」として、契約締結行為に対する抗告訴訟の提起を認めようとする学説は、以前から有力に主張されている⁵¹。訴訟法的・手続法的見地から、ある作用を「契約」であると性質決定することは私人にとって有利な結果をもたらすことになるのかどうか、また、そもそもそうした区別が有用であるか否かも今後検討に付されなければならない主題である。

IV 構成

以上の対象画定と研究方針に基づいて、本稿の構成は、以下のとおりとなる。

第1章においては、日本法の現状分析を行う。本稿においては、開発負担問題を取り上げ、いわゆる「要綱行政」の時代から、行政手続法・条例の制定、分権改革等を経て指導要綱等が条例化されていくまでの過程における、日本法における裁判例と学説の展開を振り返る。次に、同時期に比較研究の対象とされることの多かったドイツにおける開発費用負担契約（Folgekostenvertrag）を取り上げ、そこでの問題のあらわれ方が日本とどのように異なるかを検討し、日本法の考え方の特色を描き出す。以上の考察を踏まえて、次章以降において検討すべき課題を二点提示する。ここでは結論のみを述べると、i）日本においては従来、開発負担問題・要綱行政の問題は、行政指導の適法性とその限界という形で論じられてきたが、ドイツにおいては公法上の契約（交換契約）の可否の問題として扱われ、そこでは、負担が開発との関係で、関連を有するものであるか否か、行政が私人と取引を行うことは高権の切り売りに当たらないかという観点から論じられており、日本における開発負担問題・要綱

⁴⁹ 契約と行政行為の並存・交錯状況につき、小早川・前掲注（2）123頁以下を参照。

⁵⁰ 碓井・前掲注（8）511頁以下は、申請に基づく行政行為の場面を例に、「外観上契約が登場していない場合であっても、一定の紛争場面においては、実体上の契約的側面に着目した処理が可能とされること」があり、事案によっては「行政行為か契約かを一刀両断で論ずること」が自明ではないことを指摘する。

⁵¹ 亘理・前掲注（45）208頁以下は、「行政主体と私人との法律関係のあり方に関しては、行政主体を一方当事者とする契約関係の存在を肯定しつつ、その成立・廃止時やその変更時等の契約的法律関係の形成・変動の節目節目における行政庁の決定に対しては、行政行為ないし行政処分としての性格を認めて、行政事件訴訟法及び行政不服審査法上の処分性を肯定し、あるいは、行政手続法上の審査基準や理由の提示制度の適用可能性を認めようとする考え方が、今日、次第に受け容れられようとしている」と述べる。また、濱西隆男『行政契約』私論（上）自治研究77巻1号（2001年）64-82頁、79頁は、「たとえば、行政主体から『行政契約』の違法な拒否とか違法な解消とかを受けた場合において、私人の立場としては、違法な処分を受けたのと同じ局面があるのではないか。行政契約でも、権力性のある場合は、行政事件訴訟法3条の『その他公権力の行使に当たる行為』として位置づけられるのではないか」という問題提起を行う。

行政をより多面的に検討する余地があること、ii) 各地のまちづくり条例や土地利用調整条例は、土地利用規制が、自治体（行政）と開発事業者（私人）のみならず、周辺住民（利害関係を有する第三者）をも含めた枠組みで行われることを制度化しつつあるが、そうした動向を考慮しながら、多様な利害関係者を包摂した多元的構造の中で、行政指導の新たな理論枠組みを検討する余地があることをそれぞれ提示する。

第2章においては、アメリカ法を素材に事例研究を行う。具体的には、近年各州において広く普及している開発負担協定（development agreements）を取り上げる。従来は、アメリカにおいても、日本における行政の一方的な開発負担の要求が行われる事例は存在したといわれている。しかし、1980年代後半から1990年代前半にかけて、連邦最高裁判所から相次いで出された判決を契機として、開発負担協定は実務上広く普及する。その内容は、開発者が公共施設の整備費用の負担（土地の提供や開発負担金の納付）を負うかわりに、自治体が一定期間土地利用規制形態の変更を行わないことを約するものである。このような内容を有する協定については、いくつかの観点から議論がなされている（規制権限の取引問題との関係、違憲の条件づけの法理との関係、公衆参加・透明性との関係など）。しかし、ここで注目すべき点は、こうした協定の締結が、協定の内容とその締結手続のいずれの面においても州授權法に基づくものであり、したがって、こうした協定手法は州の授權法によって一定の枠をはめられていることである。ドイツの開発費用負担契約に関しては、実態分析を含めた詳細な研究が行われてきたが、アメリカ法を素材としたものはこれまで見られなかった。これにより、同じ問題が、日本法、ドイツ法、アメリカ法でどのような形で議論されているかを相対的な視点で理解することが可能になる。

第3章においては、日本における近年の協定制度の動向を概観した上で、地域環境整備における共同負担の仕組みであるBID制度を取り上げる。BID制度とは、地域の環境整備に必要な資金の調達を対象地域の土地所有者の負担によって賄うものであり、その徴収を自治体が行い、運営団体（任務担当者）に交付する仕組みである。換言すると、私的主体のイニシアティブにより負担が決定され、その使途の決定も私的団体に委ねられており、その際、公共団体は、団体の認定や負担金の徴収という形で高権的な手段を用いて関与する。カナダ、アメリカに由来する制度であり、近年、イギリス、ドイツ各州においても立法が実現している。第3章においては、アメリカ、ドイツの制度を中心にその概要と法的諸問題（負担金の法的性質、民主的正当性との関係など）について考察する。それを踏まえて、「私的主体による地域管理」が法理論的な観点からはどのようなインパクトをもたらしているかについてまとめを行う。第2章、第3章のいずれの事例研究も日本における従来の先行研究には見られないものを扱っており、その制度と理論の両面について可能な限り詳細な検討を加えていくことにする。

なお、比較法研究に際しては、どのような社会問題があり、それがどのような形で法的問題としてあらわれてきたか、それによりどのような法的対応がとられたか、それはどのような法的評価を与えられているかという視点を重視する。ある法制度は、それぞれの国におい

てそれぞれの歴史的・法的文脈の中で選び取られたものだからである⁵²。

結章においては、それまでの得られた分析成果をもとに総括を行う。ここでは、それまでの分析・考察の結果を踏まえて、「合意による行政」にはどのような法律問題があり、それに対してどのような法的規律が及ぼされるべきかについて議論の整理を行う。

⁵² たとえば、河上正二「民法の教育」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007年）6頁参照。「自国の法は、同時代における「横」の地域的広がりの中での比較・相対化する作業（いわゆる「比較法」）と、時の流れを意識して、いわば「縦」の広がりの中で現在を相対化すること（法の歴史的研究）で、よりよく理解される」。

第1章 日本法の現状分析—宅地開発指導要綱の変遷を中心に

I はじめに

本章の目的は、日本法において年来論じられてきたテーマである、宅地開発指導要綱とそれに基づく行政指導を取り上げ、日本法の実態と法理論の展開を回顧することにより、次章以降で行う比較法研究の課題を具体的に提示することにある。

日本法における開発負担の問題は、宅地開発指導要綱に基づく行政指導の適法性とその限界という形で、主として行政指導という行為形式論の場を通じて議論されてきた¹。逆に言えば、行政指導は、要綱に基づく行政指導を源泉として、その法理論を発展させてきたといえる。

しかし、開発負担に関する行政過程を仔細にみると、いくつかの行為形式が組み合わされていることがわかる。すなわち、まず、行政指導の基準となる要綱が策定され（その中に住民同意条項等とともに負担条項も規定される）、次に、要綱に基づいて行政指導が行われる。行政指導の結果、それに応ずることになった私人と行政との間で協定が締結される、あるいは覚書が交わされる。最初の段階である要綱の策定は、行政立法・行政基準の問題であり、途中の段階である要綱に基づく行政指導は、行政指導の問題であり、最後の段階である協定の締結等は、行政契約の問題である。日本法においては、要綱とそれに基づく行政指導に議論の重点が置かれてきたが、行政過程をこのようにトータルに把握するなら、契約の効力の問題として論じることも可能である²。本章は、要綱をめぐる行政過程について、その多くで見られる契約・協定の締結に焦点を当てて、新たな論点を掘りおこす試みである。

日本法における行政指導という行為形式を中心とした問題の設定あるいは問いの枠組みはどのようにして生じ、それは同時期に開発負担の問題に直面したであろう諸外国との間においてどのような差異を示すものであろうか。

本章においては、このような問題意識のもと、まず、日本における開発指導要綱とそれに基づく行政指導の変遷とそれに対する学説の対応を振り返る作業を行う（ⅡとⅢ）。それに続いて、同時期に日本法において比較法研究の対象とされてきたドイツ法との比較作業を、本稿筆者の視点から再構成する（Ⅳ）。最後に、それらの作業を通じて抽出された課題を提示することにし（Ⅴ）、次章以降の比較法研究（次章においてはアメリカ法との比較検討作業が中心になる）による検討課題へと論を進める。

Ⅱ 前史—「要綱行政」の時代

¹ 行政指導を論じることは、“日本型行政スタイル”のあり方を問うものであり、行政指導のあり方を変革することが、すなわち、日本型行政スタイルを変革することであると理解されてきた。

² この点に関して、宅地開発協定あるいは開発負担金協定と同じく規制契約に分類される公害防止協定は、行政上の契約として理解されている。

1 「要綱行政」の興隆

1960年代後半から1970年代前半にかけての大都市圏諸都市の人口急増と市街地の急速な拡大は、地方公共団体（とくに市町村）の財政や都市環境に深刻な影響を与えた。人口が急増した都市の地方公共団体は、公益公共施設の新設と拡充に迫られ、その結果、市町村が過重な財政負担を負うことになった。他方、都市環境の面に関しては、中高層マンションの建設などによりしばしば近隣住民との間に深刻な紛争を引き起こすことになった。

これらの問題に対処するために、一部の地方公共団体において、いわゆる「宅地開発指導要綱」を策定され、一定規模以上の住宅開発について、開発事業者等に対し、地方公共団体の長との事前協議が義務づけられることになった³。要綱には、同意条項、協議条項、規制条項、負担条項等が設けられ、義務教育施設、道路、公園等の公共公益施設の整備または開発負担金の納付は負担条項の中に位置づけられることになった⁴。これが、いわゆる「要綱行政」である。「要綱行政」は、その後全国に普及し、宅地開発に限らず、中高層マンションの建設等の都市環境にも拡大していくことになる⁵。

「要綱行政」が普及した背景には、種々の要因がある。第一に、当時の国の法令の下では地方公共団体がとりうる手段が限られていたこと（法令との抵触を招くおそれ）、第二に、地方公共団体が条例制定によって対応することも考えられたが、当時の機関委任事務制度のもと、都市計画は機関委任事務とされ、条例制定権が及ばなかったこと、第三に、指導要綱は行政内部で策定できるものであり、機動的な対応が可能であるという点で地方公共団体の現場にとっては有用であったこと、第四に、非権力的な手法・法的強制力のない手段は相手方の任意に基づくものであり穏便な手法であると考えられたこと、第五に、強制的な納

³ 初期の事例として、川崎市「川崎市団地造成事業等施行基準」（1965年8月）、川西市「川西市宅地開発指導要綱」（1967年5月）、横浜市「宅地開発要綱」（1968年8月）。当時の状況については、五十嵐敬喜『都市法』（ぎょうせい、1987年）319頁以下が詳しい。宅地開発指導要綱が今日まで果してきた機能については、安本典夫『都市法概説』（法律文化社、2008年）254-255頁、生田長人『都市法入門講義』（信山社、2010年）214-216頁参照。

⁴ 原田尚彦『行政法要論（全訂第7版補訂2版）』（学陽書房、2012年）207-208頁。

⁵ なお、1967年に出席した宅地審議会第6次答申「都市地域における土地利用の合理化を図るための対策に関する答申」（1967年3月24日）は、都市施設の整備負担に関する原則として、以下の内容を提示した。すなわち、市街化区域内においては、幹線道路、下水道幹線等の市街地形成の根幹となるような公共施設は国・公共団体の負担により整備し、支線の道路・排水施設等は開発者の負担において整備するという内容である。「根幹的公共施設」と「宅地周り施設」という二元的区分に基づいた負担原則はその後の各種公共施設整備事業において採用されることとなった。参照、生田・前掲注（3）139-140頁。開発に際しての公共公益施設の整備負担を事業者に課すること自体の妥当性についてのかつての消極説と積極説の分類、整理するものとして、千葉・後掲注（9）840-841頁参照。

付である場合には、地方財政法等の法令に抵触する疑義があったこと等が挙げられる⁶。

要綱に基づいて行政指導が行われ、それに応じて開発業者が開発負担金を納付する限りにおいて、負担金の納付は本来、自発的な納付であるはずである。しかし、実際には、開発業者が指導要綱に規定されている負担条項に基づく負担金の納付を拒否すると、建築基準法上の建築確認（6条）、都市計画法上の開発許可（29条）や公共施設管理者の同意（32条）等の法令上の権限が行使されないことにより、事実上、負担金の納付を強制される仕組みとなっていた。また、負担金の納付要請に応じない者に対しては、要綱自体が、違反者の公表や上下水道等の行政サービス提供拒否等の事実上の制裁手段を明文化していることもあり⁷、その結果、開発事業者は、開発計画を実現するために行政指導にしたがってやむなく開発負担金を納付するか、開発そのものを断念するかのどちらかの状況に追い込まれる仕組みになっていた。つまり、非権力的な手段であるにもかかわらず、事実上の強制力を有していたのである。

法的な意味での強制力を欠く金銭の納付を事実上強制されることについては、これを強迫または錯誤によるものとして返還を求める、あるいは違法な行政指導として損害賠償を請求する訴訟が各地で提起されることになった⁸。

⁶ 内海麻利『まちづくり条例の実態と理論—都市計画法制の補完から自治の手だてへ』（第一法規、2010年）64-65頁が、指導要綱が全国的に普及した背景を整理している。それによると、第一に、急激な変化から生ずる新しい行政ニーズに対して、国の法令に基づく規制では対処できなかったこと、第二に、地域住民から寄せられる要望に対して、国の法令に根拠規定がない場合であっても、地方公共団体として何らかの対応をする必要に迫られたこと、第三に、非権力的な手法であり、指導要綱が行政内部で定めることができるため、迅速・柔軟な対応が可能であったこと等を挙げている。

⁷ 訴訟に発展したものとして、東京地八王子支判昭和50年12月8日判例時報803号18頁（武蔵野市仮処分事件）、最二決平成元年11月8日判例時報1328号16頁。なお、給水拒否の「正当な理由」が認められた事案として、最一判平成11年1月21日民集53巻1号13頁。

⁸ 平成5年最判以前において、指導要綱に基づき開発負担金等の納付を求める行政指導の適法性が争われた裁判例（不当利得返還請求、国家賠償請求等）として、①大阪地判昭和61年9月26日判例時報1240号92頁・大阪高判平成元年5月23日判例時報1343号26頁（控訴審）・最一判平成4年3月19日判例集未登載（上告審）〔高槻市事件〕、②大阪地堺支判昭和62年2月25日判例時報1239号77頁〔堺市事件〕、③神戸地判昭和63年11月18日判例時報1313号145頁〔伊丹市事件〕、④千葉地判平成元年1月25日判例時報1333号94頁・東京高判平成元年10月31日判例時報1333号91頁（控訴審）〔大網白里町事件〕、⑤東京地判平成元年6月12日判例タイムズ723号206頁〔狛江市事件〕。平成5年最判前後からそれ以降にかけては、⑥大阪地判平成4年9月25日判例時報1518号31頁・大阪高判平成6年6月3日判例時報1518号29頁（控訴審）〔富田林市事件〕、⑦横浜地判平成10年3月24日判例集未登載・東京高判平成11年9月22日判例時報1698号77頁（控訴審）〔東金市事件〕、⑧東京地判平成19年3月28日判例集未登載。なお、このうち、⑤事件は、市が事業者との間で締結した協定に基づいて事業者に対し開発負担金の支払いを求めて出訴し、請求が認容された事案である。⑧事件は、要綱に基づく公共施設整備負担金の徴収を怠ることの違法性が住民訴訟において争われた事案であり、支払いの約束はなかったとして原告敗訴の判決が下されている。これらの判決を除くその他の裁判

こうした中で出されたのが、武蔵野市教育施設負担金納付国家賠償請求事件最高裁判決（平成 5 年）⁹である。同判決は、開発指導要綱に基づく行政指導に限界があることを示した初めての最高裁判決である（なお、現在に至るまで開発負担金を直接的に扱った唯一の最高裁判決でもある）。以下、事案と判旨を確認する。

事案は、次のようなものであった。Y 市（武蔵野市。被告・被控訴人・被上告人）では、71 年 10 月 1 日に「Y 市宅地開発等に関する指導要綱」（以下、「指導要綱」という。）が制定され、これに基づき 15 戸以上の建設計画の事業に対しては教育施設負担金の寄付を要請する行政指導が行われていた。負担金の額は指導要綱で定められていた。指導要綱に従わない事業者に対しては、Y が上下水道等必要な施設その他の協力を行わない旨の制裁措置が規定され、実際、指導要綱を遵守しない訴外 B 建設に対して水道供給契約の締結・下水道の使用について拒絶がなされていた（なお、不遵守の事例はこの 1 件のみであった）。原告 A が、1977 年 5 月頃に Y 市内に三階建て賃貸マンションの建設を計画していたが（戸数 42）、A は負担金の納付に不満であったため、二度にわたり寄付の減免・分納・延納を懇請した。しかし、この懇請が聞き入れられなかったため、77 年 11 月 2 日に 1523 万 2 千円を納付した。その後マンションは建設されたものの、教育施設負担金条項が指導要綱から削除されたこともあり、A は Y の寄付要請が強迫にあたるとして寄付の意思表示を取り消し、納付した負担金の返還を求めて訴えを提起した。

第一審は、畏怖に乗じた寄付の強制は存在しないとして請求を棄却した（東京八王子支判

例において、指導要綱に基づく行政指導を違法とし原告（事業者）側の請求を認容した事案は、②事件のみである。②事件では、開発協力金納付後の国家賠償請求について、行政指導が法令（割当的寄付金を禁止した地方財政法 4 条の 5）に違反する点をとらえて当該行政指導を違法とし、原告の請求を認容した。各裁判例の分析として、宇賀克也『行政手続法の理論』（東京大学出版会、1995 年）91-118 頁、95-106 頁（初出 1987 年）、金子正史「要綱行政下における開発負担金訴訟」『納税者権利論の展開 北野弘久先生古稀記念』（勁草書房、2001 年）95-124 頁、99-116 頁参照。

⁹ 最一判平成 5 年 2 月 18 日民集 47 卷 2 号 574 頁（最高裁判所調査官解説：水上敏・法曹時報 48 卷 2 号 471 頁）。本判決の評釈等として、木ノ下一郎・法律のひろば 46 卷 8 号 55 頁（1993 年）、千葉勇夫・民商法雑誌 109 卷 4=5 号 835 頁（1994 年）、同・法学教室 154 号 116 頁、碓井光明・地方自治判例百選（第 2 版）12 頁（1993 年）、大橋洋一・平成 5 年度重要判例解説（ジュリスト 1046 号）45 頁（1994 年）、田中館照橋・法令解説資料総覧 135 号 72 頁（1993 年）、亘理格「武蔵野市教育施設負担金事件上告審判決の意義と射程」ジュリスト 1025 号 38 頁（1993 年）、角松生史「宅地開発指導等指導要綱の歴史と現在」論究ジュリスト 3 号 36 頁（2012 年）、櫻井敬子・行政判例百選 I（第 6 版）208 頁（2012 年）、山田洋・地方自治判例百選（第 4 版）70 頁（2013 年）等がある。第一審判決は東京地八王子支判昭和 58 年 2 月 9 日判例時報 1078 号 95 頁、控訴審判決は東京高判昭和 63 年 3 月 29 日判例時報 1268 号 39 頁（控訴審判決の評釈として、行政判例研究会『昭和 63 年行政関係判例解説』488 頁がある）である。本件で問題となった要綱の内容も含めて、事件の経緯については、後藤喜八郎編『都市づくり要綱裁判』320 頁以下等が詳しい（同「武蔵野市宅地開発指導要綱とその後の経過」ジュリスト 529 号 79 頁、81 頁も参照）。また、武蔵野百年史編さん室編『要綱行政が生んだ日照権一宅地開発等に関する指導要綱の記録』（1997 年）も参照。

昭和 58 年 2 月 9 日判時 1078 号 95 頁)。そこで A は控訴したが、二審係属中に A が死亡したため、相続人ら X が訴訟を承継した。X は、主位的請求として不当利得の返還を、予備的請求として、違法な行政指導による損害賠償を求めた。しかし、東京高裁がいずれの請求も棄却したため（東京高判昭和 63 年 3 月 29 日判時 1268 号 39 頁）、X が上告したのが本件である。

最高裁は、不当利得返還請求について原審の判断を是認して上告を棄却したものの、原審が棄却した国家賠償請求の部分については破棄差戻しとして、次のように判示した。

「指導要綱制定に至る経緯、制定の手續、Y が当面していた問題等を考慮すると、行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損なうことがない限り、違法ということはできない。」

「しかし、指導要綱は、法令の根拠に基づくものではなく、Y において、事業主に対する行政指導を行うための内部基準であるにもかかわらず、水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、事業主に一定の義務を課するようものとなっており、また、これを遵守させるため、一定の手續が設けられている。そして、教育施設負担金についても、その金額は選択の余地がないほど具体的に定められており、事業主の義務の一部として寄付金を割り当て、その納付を命ずるような文言となっていることから、右負担金が事業主の任意の寄付金の趣旨で規定されていると認めるのは困難である。しかも、事業主が指導要綱に基づく行政指導に従わなかった場合に採ることがあるとされる給水契約の締結の拒否という制裁措置は、水道法上許されないものであり（同法 15 条 1 項、最高裁昭和 60 年（あ）第 1265 号平成元年 11 月 7 日第二小法廷決定・裁判集刑事 253 号 399 頁参照）、右措置が採られた場合には、マンションを建築してもそれを住居として使用することが事実上不可能となり、建築の目的を達成することができなくなるような性質のものである。また、Y が A に対し教育施設負担金の納付を求めた当時においては、指導要綱に基づく行政指導に従うことができない事業主は事実上開発等を断念せざるを得なくなっており、これに従わずに開発等を行った事業主は B 建設以外になく、その B 建設の建築したマンションに関しては、現に水道の給水契約の締結及び下水道の使用が拒否され、その事実が新聞等によって報道されていたというのである。さらに、A が Y の担当者に対して本件教育施設負担金の減免等を懇請した際には、右担当者は、前例がないと拒絶しているが、右担当者のこのような対応からは、本件教育施設負担金の納付が事業主の任意の寄付であることを認識した上で行政指導をするという姿勢は、到底うかがうことができない。」

「右のような指導要綱の文言及び運用の実態からすると、本件当時、Y は、事業主に対し、法が認めておらずしかもそれが実施された場合にはマンション建築の目的の達成が事実上不可能となる水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、指導要綱を遵守させようとしていたというべきである。Y が A に対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も、Y の担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態度とあいまって、A に対し、指導要綱所定の教育施設負担金を納付しなければ、水

道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、Aに教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたものといえることができる。指導要綱に基づく行政指導が、Y市民の生活環境をいわゆる乱開発から守ることを目的とするものであり、多くのY市民の支持を受けていたことなどを考慮しても、右行為は、本来任意に寄付金の納付を求めるべき行政指導の限界を超えるものであり、違法な公権力の行使であるといわざるを得ない。」

上記最高裁判決の判示のポイントは、以下の三点に集約される。

第一は、指導要綱に基づいて負担金の納付を求めること自体は「強制にわたるなど事業者の任意性を損うことがない」限りにおいて適法であるとした上で、それが強制になるとすれば違法になるとしたことである。これは、品川マンション事件最高裁判決¹⁰を踏襲したものであり、行政指導自体の適法性を肯定した上で、行政指導の限界を論じるという判断構造は従前の最高裁判例と変わっていない。時期的には、行政手続法の条文に直接影響を与えたものではないが、本判決と同年に制定された行政手続法 32 条以下が行政指導の任意性を強調していることと符合する¹¹。

第二に、本判決においては結論において強制的な要請にあたるとしたが、その論拠として、要綱の仕組み・その運用実態を重視し、具体的には、納付金額の具体性、要綱の命令的な規定方法、給水に関する制裁措置（本件最判は、平成元年最決を引用して、こうした連結に指導の任意性の逸脱が認められるとする）、行政担当者の態様の四点を挙げている。行政指導を受ける相手方の主観的態度を問題にしていない点において、建築確認の留保が問題となった品川マンション事件最高裁判決とは区別される。

第三に、本判決は、原告の予備的請求に沿って、本件行政指導が違法な公権力の行使にあたり、それゆえに国家賠償請求が認められるとした点を指摘できる¹²。行政指導に直截に着目しそれに対する損害賠償を論じたものであり、自治体と開発事業者との間の契約の効力を直接的には争点にしていない点が、本判決の特徴である¹³。

¹⁰ 最三小判昭和 60 年 7 月 16 日民集 39 卷 5 号 989 頁。

¹¹ 行政手続法は、その 32 条 1 項において、所掌事務を逸脱してはならないという行政指導の組織法的限界に言及し、同条 1 項と 2 項において、行政指導が任意の協力の下に行われるもので相手方に義務を課すものではないことを規定している。なお、33 条は、申請の取り下げ、申請内容の変更を求める行政指導においては申請者が行政指導に対して不服従の意思を表明したとき、原則としてそれ以上行政指導を継続してはならないと定めている。

¹² 平成 5 年最判以前の下級審裁判例において、指導要綱及びそれに基づく行政指導を違法としたものは、大阪地判昭和 62 年 2 月 25 日判例時報 1239 号 77 頁のみである。同判決は、行政指導が法令（割当的寄付金を禁止した地方財政法 4 条の 5）に違反する点をとらえて当該行政指導を違法とした（前掲注（8）参照）。

¹³ 平成 5 年最判以降において、指導要綱に基づく行政指導と負担金の納付について、負担金の納付を強制したとの事実認定を行った判決は見当たらない（たとえば、大阪高判平成 6 年 6 月 3 日判例時報 1518 号 29 頁、東京高判平成 11 年 9 月 22 日判例時報 1698 号 77 頁

日本における開発負担は、負担金の納付が開発事業者の任意によるものか、それとも、強制によるものかによって、適法な行政指導と違法な行政指導との間の線引きが行われ、その適法性が判断されてきた。下級審判例を含めた一連の判決の争点は、法律の根拠を有しないから違法かというよりも、「贈与契約」の締結・負担金納付の背後にある「任意性」の有無、強制の事実の有無という事実問題に収斂していた¹⁴。各裁判例の理由の相違点は、任意性の有無をどのような事情から判断するか（相手方の主観的態度か、行政指導の客観的態様から判断するかなど）の点において差異があるにすぎない¹⁵。当然のことながら、各事件におけるそれぞれの当事者の「任意性」には強弱・幅があり、一連のプロセスの中のどの段階に焦点を当てて判断するかによっても結論は異なりうる¹⁶。

2 学説の展開

それでは、要綱行政に対して、学説（ここでは行政法学説に限定する）は、どのような態度で臨んでいたのであろうか。

開発指導要綱とそれに基づく行政指導が普及しつつあった当初は、法的に「無」である行政指導を一行為形式として認識することに意が注がれた¹⁷。そして、法律や条例に基づかない行政指導に対しては、法治主義の観点から強い疑義・批判が示されることが少なくなかった¹⁸。

等)。

¹⁴ なお、一連の裁判例の中でやや異なる傾向の判断を示しているのが、前掲注（8）の①事件である。大阪地判昭和 61 年 9 月 26 日判例時報 1240 号 92 頁は、私法上の贈与契約の成立を認め、それが有効であるとしており、契約的構成をとっている。そして、一般論として、「当該行政指導の目的、必要性、方法の相当性、相手方の負担の程度、相手方に対する働きかけの態様、程度等を総合考慮し、それが法治主義を潜脱するものである等特段の事情が認められる場合において初めてその行政指導に基づく私法上の契約が無効となると解すべきである」と述べて、特段の事情がある場合には無効となることを認めており、負担金を実体的にコントロールしようとする発想がうかがわれる。

¹⁵ 中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000 年）255 頁は、平成 5 年最判は、「任意性」を判定するために、昭和 60 年最判とは異なり、「指導の相手方の態度がどのようなものであったかには一切ふれず、逆に指導する側の態度（指導要綱があたかも法的規範であるかのような取り扱いをしたこと）だけを取り上げている」ことを指摘する。

¹⁶ 任意性要件をめぐる議論について、鈴木庸夫「行政指導と国家賠償責任」西村宏一ほか編『国家補償法大系 2 国家賠償法の課題』149 頁以下を参照。

¹⁷ 成田頼明教授、塩野宏教授による以下の二論攷がわが国における行政指導に関する先駆的論文である。成田頼明「行政指導」雄川一郎＝高柳信一編『現代の行政（現代法 4）』（岩波書店、1966 年）131 頁、塩野宏「行政指導—その法的側面」行政法講座第 6 巻、1966 年（同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989 年）所収）。

¹⁸ 要綱行政に否定的な態度を示す初期の学説として、田中二郎「行政指導と法の支配」同『司法権の限界』（弘文堂、1976 年）288 頁。同論文は、「侵害的行政の意味合いをもつ規制・調整的行政指導は、仮りに形式上は相手方の同意と協力のもとに行なわれる建前ではあっても、実質上は、相手方の任意性を抑制し相手方が欲すると否にかかわらずこれ

しかし、その一方で、行政指導を多様な文脈の中に位置づけ、その法的評価を判断する枠組みが提唱されるようになる。ある時期を境にして、要綱行政を、地方公共団体による利害調整機能の一つとして積極的に評価する論調が目立つようになる。

議論の口火を切ったのは、1970年代後半から80年代前半にかけて相次いで発表された原田尚彦による一連の論攷である¹⁹。すでに公害行政における行政指導に積極的評価を下していた²⁰原田は、自治体における宅地開発指導要綱の急速な普及を背景に、宅地開発指導要綱に基づく行政指導にも積極的評価の余地を認めようとした。すなわち、一方で、経済行政における行政指導への批判を展開しつつ、他方で、地方自治体における要綱行政を取り上げ、それへの積極的評価を下している。曰く、「現代の福祉国家には、社会の調和と秩序を維持し、社会的危険を防止して国民の生存に適した生活基盤を整序すべき重要な責務が課されている。もちろん、この責務は、基本的には行政庁が独断で行なうべきではなく、法律の定めるルールに従って実施されるのが原則であり、またそれが望ましい姿である。だが、法律や条例の定めは、つねに完璧なものではない。むしろ現代社会の変動に随従できず対応が遅れているのであるから、法律に不備欠陥がある場合に、社会的危険を防止して国民生存の最低条件を確保するために、行政機関が行政指導等によってその欠陥を補っていくことは、行政当局に課された至上命令ともいうべき責務である。法律の根拠がないからといって、行政府が、行政指導等による対応を怠ることは許されない。このことは、広く一般に承認されるところであろう。」²¹とする²²。

に従わせようとするのが通例で、それは公権力の行使のいわば脱法的手段として行なわれるものといえるから、法律の根拠又は授權に基づくことなくしては、これを行ない得ないと解すべきではないかと思う」として、規制行政指導に対しては反対の態度を示していた。また、橋本公亘「憲法理念の行政法への投影」公法研究40号（1978年）158-159頁は、「法的規制を加える必要があるならば、法律でこれを定めればよい。もしそれが運用上困難であるならば、規制を条例に委ねればよい。それを怠って法の枠を踏み越えた指導要綱等による規制を奨励するのは（法治主義の）基本原則に対する無理解を示すもの」であり、「まことに不見識も甚だしい」と難じていた。さらに、山内一夫『行政指導の理論と実際』（ぎょうせい、1984年）78頁は、「要綱行政には、地方公共団体の行政の本来の姿である条例による行政にとって代わるという意味があり、多少非難がこめられた語感がある」との立場を示していた。

¹⁹ 原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂、1977年）225-235頁（初出1974年）、同「地方自治体の指導行政—建築紛争を素材にして—」ジュリスト713号87頁（1980年）92頁、同「行政指導—法の支配と日本の行政体質」ジュリスト増刊総合特集29『行政の転換期』（1983年）49頁、同「宅地開発指導要綱による建築規制—要綱行政の意義と限界」法律時報56巻9号（1984年）24頁。

²⁰ 原田尚彦『公害と行政法』（弘文堂、1972年）121-126頁。

²¹ 原田・前掲注（21）（「行政指導—法の支配と日本の行政体質」）52頁。

²² さらに議論を進めて、要綱の法規範性に肯定的な方向性を示す見解として、真砂泰輔「地方公共団体における行政指導—宅地開発指導要綱を中心として—」足立忠夫ほか編『現代政治と地方自治』（有信堂、1975年）235頁、247頁、吉田善明「要綱行政の意義と展望」法律時報51巻7号（1979年）26頁、31頁。指導要綱の規範性を慣習法説的なアプローチから説明を試みる、三辺夏雄「地方公共団体における開発指導要綱—その法的位置

それに連なる議論の系譜に属するものとして、磯部力による一連の論攷を挙げなければならない²³。都市法学の地位の確立を提唱する論攷²⁴を数多く発表していた磯部は、行政手続法制定後で分権改革が進展しつつあった 1995 年に発表した論文において、国家行政と自治体行政の質的相違に着目して、「国とは異なる自治体ならではの行政スタイル」、すなわち、地域の個性に満ち、合意形成を重んじたやり方で実施される行政スタイルを提唱し、近代法的な「適正手続の要請」をこえて、より現代法的な行政手続の課題としての住民参加手続や、多数の利害関係者の間での利害調整的手続の問題を、自治体行政手続整備の将来における課題として提出した。磯部は、「自治体行政の実態と法治主義理論の乖離」と「分権的行政法システムへの移行の歴史的必然」から自治体行政と法治主義の関係を議論するものであり、法治主義からのいわゆる「はみ出し現象」への対応として、法律ないし条例の根拠を明文化することは「部分的修正」にすぎず、むしろ、「分権的行政法システムにふさわしい理論体系の確立」が求められているとする。そのうえで、「地域自治的な環境利用秩序というものを根幹においた、本質的に分権的な行政と法のシステム」にならざるを得ないとし、「古典的な法治主義行政のモデル」と対比されるところの「自治体行政モデル」については、それぞれの地域の個性というものを前提に、「総合行政的」「地域実情反映的」にならざるを得ず、「合意に基づく行政手法」を中心にした「利害調整のアナログ型」として展開することになるとした（なお、原田、磯部の両論攷とも、議論の射程は開発負担金をめぐる行政指導に限定されたものではない。特に、磯部論文は、直接的には、昭和 60 年最判が扱った利益状況を念頭に置いてのものであると思われ、相手方の任意性を著しく欠く行政指導を違法とした平成 5 年最判に対する態度は不明である）²⁵。

現在の学説状況は、行政指導の行われる目的や背景に着目してその法的評価を判断する、あるいはその判断枠組みの構築に目が向けられる。

中川丈久は、「わが国の学説は、行政指導の『任意性』という側面を強調するあまり、同等に重要な側面、すなわち何を目指して指導が行われているかという側面への法的評価と

付けをめぐって―』『国際化時代の行政と法 成田頼明先生横浜国立大学退官記念論集』（良書普及会、1993 年）225 頁、51 頁は、「開発指導要綱が当該地域の多面的な要求に対応し、それを具体化する規範として生み出されたという、その新たな法創造機能のダイナミズム」を強調する。

²³ 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）147 頁、同「自治体行政手続の法理」兼子仁＝磯部力編『手続法的行政法学の理論』（勁草書房、1995 年）115 頁、同「都市環境行政手続」及び「自治体行政の特質と行政手続法」磯部力＝小早川光郎編『自治体行政手続（改訂版）』（学陽書房、1995 年）161 頁、296 頁、同「都市空間の公共性と都市法秩序の可能性」日本法哲学会編『都市と法哲学（法哲学年報 1999）』（有斐閣、2000 年）55-57 頁。

²⁴ 磯部力『『都市法学』への試み』雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題（下）』（有斐閣、1990 年）1 頁、同「都市の土地利用と『都市法』の役割」石田頼房編『大都市の土地問題と政策』（日本評論社、1990 年）199 頁、同「都市の環境管理計画と行政法の現代的条件」高柳信一先生古稀記念論集『行政法学の現状分析』（勁草書房、1991 年）313 頁。

²⁵ 磯部・前掲注（23）（「自治体行政の特質と現代法治主義の課題」）166 頁。

いう問題を、不当に軽視してきた」²⁶との問題意識のもと、行政指導を、それが行われる目的ないしは「コンテクスト」に着目して、「民民紛争の仲介」、「緊急措置」、「法定外の具体的な政策基準への協力依頼」、「裁量権の協働的行使への協力依頼」、「裁量判断の表現方法」、「法定の行為形式・手続のバイパス」の六つの類型に分ける。「法定外の具体的な政策基準への協力依頼」としての行政指導に位置づけられる武蔵野市負担金最高裁判決について、「負担金支払への協力要請につき、誰が負担すべきかにつきある種の社会的コンセンサスがある一方で、相手方の真の任意性が保たれるような指導態度が必要であるとし、昭和 60 年最判（建築確認の留保）と比べると行政指導に厳しい態度を示している」と評している。そのうえで、「本判決について残された問題は、やはり、なぜ地方公共団体ないし自治体職員が法律・条例上定めもなく、公共施設開発費の負担者は誰かという社会的利益調整にかかる問題について、卒然と政策的価値判断をすることが許容されるのか」との問題提起を行い、「およそ議会が政策的価値判断を行うべき利害対立を含む問題なのではないかという観点から捉えるべきではないか」と論じる。

これまでの学説は、法的には「無」の存在である行政指導を認知する試みであったと総括できる²⁷。ここでは、直截に行政上の契約として認知する試みは行われてこなかった²⁸。それにはそれなりの理由があると考えられる。というのは、行政契約論が日本においては発展途上であったことに加えて、契約に見られる両当事者の対等性は、少なくともこの状況において見出し難く、結局は、行政が公権力の行使の担い手であり、契約関係とみることは私人の権利保護にとって不利と考えられたことが、日本において「契約」として見ることに至らなかった要因であると考えられる。合意を一つの規範とする見方は行政と私人を対等にと

²⁶ 中川・前掲注（15）199 頁。

²⁷ 指導要綱、行政指導といった地方公共団体の「法外的手段」が、既存の法制度・法理論の上に落す「影」について、藤田宙靖『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣、2005 年）164 頁（初出は、「地方公共団体の「法外的」手段とその法的性質」公法研究 43 号（1981 年）215 頁以下、217 頁以下）。角松生史「宅地開発指導要綱の歴史と現在」論究ジュリスト 3 号（2012 年）36-46 頁、42-43 頁は、藤田の議論をもとに、次のような議論を展開する。

「平成 5 年最判を初めとする裁判例においては、指導要綱・行政指導は『影』としてしか捉えられていない。たとえば、給水拒否事件においては水道法 15 条の『正当の理由』該当性、品川マンション事件最判においては国賠法上の違法の前提としての建築確認留保の適法性が問題になった。平成 5 年最判においては強迫の成立要件としての『畏怖に乗じて意思表示をさせた』事実の有無、そして、国賠法上の違法の有無が争点となった。『指導要綱・行政指導それ自体の適法性』という正面からの問題設定は必ずしもなされていない。（中略）その意味では、平成 5 年最判は、国賠法 1 条の判断の枠内ではあるが、具体的な交渉過程よりもむしろ指導要綱の制度設計と全体的な運用状況に着目した制度レベルの問いを立て、『行政指導それ自体』の適法性を論じていることがむしろ特徴的である。」

²⁸ なお、例外的に、宅地開発指導要綱に基づく行政指導・開発負担協定を契約の問題として検討する論文として、三好充「宅地開発指導要綱と開発負担協定の法的性格」『情報社会の公法学 川上宏二郎先生古稀記念』（信山社、2002 年）677-694 頁。しかし、同論文の趣旨は、私法上の贈与契約とは区別された「行政上の契約」として構成するところにある。

えようとする推進力によって支えられるものであるからである。

しかし、行政指導を、行政と私人との合意形成の仕組み、行政上の契約として認知することができると、これまでとは異なる観点からの論点が新たに浮かび上がると思われる。かりに、契約として認知できるとすれば、それにはどのような問題があり、それに対してどのような法的規律が加えられるべきかが検討課題となる。たとえば、行政と私人との間で交わされた合意が行政決定の法的基礎になるというのは、「法律による行政の原理」に反しないか、制定法主義という行政法の基本原則と抵触しかねないといった視点から、要綱行政の問題に別の角度から光を当てることができるであろう。また、行政手続法の規定によると、相手方の任意性が前提とされる限り、行政指導も「合意」の一形態であるが、行政と私人の関係を契約関係とみることは、「それが任意の合意に基づくものであって、法律の根拠を要しない」ということを必ずしも意味せず、行政の持つ公権力性に配慮して、私人の利益保護の観点から（行政手続法における行政指導の規律とは別に）新たな法的規律を加える余地がある。行政契約としてみることはこれらの問題を浮かび上がらせ、それゆえに、行政契約として論じる意義があると考えられるのである²⁹。

Ⅲ 変化—開発指導要綱の条例化

「要綱による行政」が一部の肯定的評価の存在にもかかわらず、なおも疑念がもたれたのは、法令に基づかない行政指導という形で行われていたからにほかならない。

しかし、1980年代前後から状況は変化する。いくつかの裁判例を通じて行政指導の適法性に関する判断基準が示されたこと、行政手続法の制定、中央省庁による指導要綱の「行きすぎ是正」を求める一連の通達³⁰等によって、行政指導による開発規制に限界があることが

²⁹ 行政手続法の内容に関して、行政と市民との交渉・合意形成型の手続がどのような形で今後変容していくべきかについて（行政立法手続導入前に）論じたものとして、宮崎良夫「行政手続法の構造転換」『20世紀システム5 国家の多様性と市場』（東京大学社会科学研究所、1998年）117-149頁。同論文は、「一般の行政手続法（では、）・・・そのような行政指導が、行政と市民の合意形成の手段として認知され、その合意に法的効力を認めるといふ仕組みにはなっていない。このような合意形成を、行政上の契約として法的に認知すべきかどうかという問題が起こりうるであろうが、行政指導の多様性、行政指導の果たしている役割などを詳細に検討しなければ、結論を出すことはできない。ただ、さまざまな規制法による許認可の実情、違法是正状態のために行っている行政庁の監督行政の実情を見る限り、行政手続についても行政争訟手続についてもハードな法的枠組みそのものをしっかりと定着させることが先決問題であって、それが確立されない限り、行政と市民との間の合意形成・交渉型の行政はおそらく弊害をとまなう方が多いと思われる」と述べる（143-144頁）。この議論のもととなっている論文として、同「行政法関係における参加・協働・防御—日本とドイツの行政法学説—」兼子仁＝磯部力編『手続法的行政法学の理論』（勁草書房、1995年）67-98頁も参照。

³⁰ この時期には、中央省庁からたびたび通達が出され、行き過ぎた指導の是正が求められた。建設省計画局長・自治大臣官房長「宅地開発指導要綱の運用について」（建設省計民発50号・自治政101号、1982年（昭和57年）10月27日）の通達と建設事務次官「『宅

認識される一方、分権改革により開発許可が自治事務とされ条例による開発規制の余地が広がってきたことを機縁として、それまで開発指導要綱等において定められていた事項について条例の中において規定する地方公共団体が増加することとなる³¹。「条例による行政」³²である。また、開発事業に関する事前協議等の調整手続をも取り込んだ「まちづくり条例」が広まっていく³³。

開発指導要綱が条例化された事例の一つとして、平成14年（2002年）9月制定の「鎌倉市開発事業等における手続及び基準等に関する条例」を挙げることができる。同条例は、従来指導要綱で規定されていた「都市環境整備協力金」、「中高層建築物消防設備整備協力金」を廃止し、新たに「環境整備協力金」（60条2項）を設けている³⁴。すなわち、「開発事業者

地開発等指導要綱に関する措置方針』について」（計民発54号、1983年8月2日）の通達をはじめ、建設省建設経済局長・建設省住宅局長「宅地開発等指導要綱による行政指導の積極的な見直しの徹底について」（住街発119号・経民発41号、1985年12月27日）、建設省建設経済局長「小幅員区画道路の計画基準（案）について」（経宅発38号、1986年4月11日）、同「宅地開発に伴い設置される洪水調節（整）池の多目的利用指針（案）について」（経民発8号、1986年4月11日）等の通達。他方、90年代に入ると、ややそのトーンに変化が見られる。『宅地開発等指導要綱の見直しに関する指針』について」（1995年）は、行政指導に純然たる任意性を求めながらも、1983年（昭和58年）通達に比べると、指導要綱の積極的役割を認めざるを得ない方向に転換している。参考、建設省建設経済局民間宅地指導室監修『実務のための宅地開発等指導要綱見直しのポイント』（ぎょうせい、1997年）。なお、「宅地開発等指導要綱の適正な見直しについて」（2003年3月4日総行地第22号・国総民第42号・国住街第137号）は、要綱を可能な限り縮小し、条例化することを通知している。

³¹ 角松・前掲注（27）44-45頁参照。分権改革に関しては、具体的には、旧地方自治法2条3項18号・19号の削除、都市計画法2000年改正により、地域的事情により、政令の基準の範囲内で自治体が開発許可基準を強化・緩和することができるようになったこと（33条3項）を挙げる。内海・前掲注（6）65頁は、平成12年（2000年）の地方分権一括法施行により、建築基準法に基づく建築確認や都市計画法に基づく開発許可等は地方公共団体の「自治事務」となり、これにより、理論上はこれらの事務に関して地方公共団体は独自の規範を条例により設定することが可能となったことと、国家行政組織法15条の改正に伴い、指導要綱に対する「通達」が廃止されたことを挙げる。それらに加えて、建築基準法の改正（平成10年法律第100号）により指定確認検査機関制度が導入され（77条の18以下）、行政指導が実質的に困難になったことも要因として挙げられよう。

³² 碓井光明『都市行政法精義Ⅰ』（信山社、2013年）67頁。

³³ まちづくり条例の諸事例については、小林重敬編『地方分権時代のまちづくり条例』（学芸出版社、1999年）、同編『条例による総合的まちづくり』（学芸出版社、2002年）を参照。指導要綱の条例化とともに、指導要綱の総合性（総合化）とその後の「まちづくり条例」への結実については、内海・前掲注（6）113頁、角松・前掲注（27）44頁。なお、内海・前掲注（6）124頁は、総合性の4つの側面として、制度連携性、手続秩序性、一体的運用性、計画実現性を挙げ、「国からの要請による総合性」ではなく、「地域の自主性に基づき選択された総合性」を指摘する。

³⁴ 同条例の制定経緯については、内海・前掲注（6）145頁以下。同書によると、「従来の協力金の趣旨は都市部における公共施設整備に対する協力を求めるものであったが、条例化における協力金は、都市部に限らず、鎌倉市の独自性、すなわち豊かな緑やゆとりある住環境などによる鎌倉らしさを維持・保全することを趣旨としている」（150-151頁）とし

は、住宅の建築を目的とした開発事業を行うときは、規則で定めるところにより環境資源を市に提供するものとする」(60条1項)、「前項の規定にかかわらず、特に市長が認めたときは、開発事業者は環境資源の提供を別表第16に定める環境整備協力金の提供に代えることができる。」。なお、「公園整備協力金」(47条4項)も要綱時から存続している。同条例においては、対象行為を行う事業者に対して申請を義務付け(24条)、当該条例で定める開発基準等の適合確認書を交付し(26条)、公共施設の整備の基準等について市長と協議が整ったときは協定締結を義務付けている(28条)。事業者がこの手続や基準を遵守せずに開発事業に着手した場合の、勧告(75条)、是正命令(76条)、罰則(81条)がそれぞれ定められている。

行政指導の基準が条例で定められることの意義は、その民主的正当性の獲得に加えて、基準が公表されることにより当事者の予測可能性が確保されることが挙げられる³⁵。条例化によって、法令に基づかないという意味での「インフォーマル」な手法の問題性を問うことの意義が縮減したことは疑いがない。また、条例により、協議が義務付けられ、協定の締結が義務付けられ、それなしには工事に着手しえないこと、仮に工事に着手した場合は勧告・罰則があるという意味においては、強制力があり実効性が担保されている。さらに、条例化は同様の条件下にある私人に対して一律に適用される点に利点がある。この点で公平性が保たれ、その結果、自発的協力が得られ、制度の持続性も確保される。一般的なルールとして制度化することの意義はあるといえる³⁶。

しかし、一方で、条例化によってその実質は何も変わっていないという見方もありうる。これらの条例においては、依然、任意の協力金の根拠が明文化されているにすぎない³⁷。法的拘束力をもつといっても、協議や協定締結が任意であることに変わりはない。各地方公共団体に見られる条例の定めが多くは、相手方の協力を求める指導基準にすぎず、最後の段階においては協定が締結されることになる。分担金、協力金等は、条例により直接に発生する債権・債務ではなくて、協定という一種の契約に基づくものである。自治体と事業者との合意が前提とされていることから、依然として贈与契約であると解されることに変わりはない。この点、学説においては、従来から、条例化によって負担金の強制的賦課も可能である

て、協力金に指導要綱に規定されていた時代とは異なる位置づけが与えられていることを指摘する。

³⁵ 太田匡彦「行政指導」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ—行政作用・行政手続・行政情報法』(有斐閣、2008年)187頁以下は、基準の法規範化のメリット・デメリットについて種々の観点から論じる。そこでも指摘されているように、法規範化された基準は、他方で、行政と私人の双方を拘束するため、その基準からの逸脱が困難となり、行政需要に対する柔軟な対応という意味での柔軟性を減殺させる。

³⁶ 角松・前掲注(27)46頁は、「ローカル・ルールとして開発負担金を制度化しようとするのであれば、一律に適用される条例によるしかないであろう」とする。

³⁷ 条例により負担金等を強制化した例は今日まで見られないようである。参照、山田・前掲注(9)71頁。

とする立論が主張されている³⁸³⁹。負担金の強制的な納付という意味での条例化がなされていないのは、指導要綱に定められていた開発負担金の仕組み、すなわち事業者から開発行為等に伴う公共施設の整備のために必要な費用を徴収する規定を定めうるか否かが、割当的寄付金等を禁ずる地方財政法 4 条の 5 や経費の住民への転嫁を禁ずる同法 27 条の 4、宅地開発税を定める地方税法 703 条の 3 等との関係で問題となるからである。

このように、条例化後も、負担金の納付が個別の協議の帰趨に委ねられるという実態は変わっていない⁴⁰。条例化においても個別の協議を要することから、条例と協定は両立している。ここにも行政契約として論ずることの意義が見出される。すなわち、そこでは、行政が私人との個別の交渉の結果に依存して行政決定（開発許可や建築確認）を行うことが許されるのかが問われる。また、事業者の「任意性」に基づく負担の提供により何らかの権利が放棄されうる可能性も依然として残っている。さらには、第三者もかかわりを有する事柄について、自治体と開発事業者の個別交渉に委ねてよいのかという問題がある。この点、最近の各地の土地利用調整条例は、開発手続の中に公聴会手続を組むなど工夫が見られる⁴¹。

なお、条例化に関連して三点補足する。第一に、実務において（任意の納付に関しての）条例化がすすんだかという点、必ずしもそうとはいえない⁴²。実態として、指導要綱が依然として活用されている。学説においても、要綱の意義は必ずしも失われていないことが指摘

³⁸ 碓井光明「条例による開発負担金—アメリカ法の動向を手がかりとして」松田保彦＝山田卓＝久留島隆＝碓井光明編『国際化時代の行政と法 成田頼明先生横浜国立大学退官記念論集』（良書普及会、1993 年）268 頁、295 頁は、協定方式のみに依存するのではなく、条例により直接賦課する負担金の途を開いておく必要性を指摘したうえで、種々の法的障害について検討する。具体的には、法律の明示的な根拠の要否（地方税法における強制的負担金創設の法的許容性）、地方税法が定めている宅地開発税との関係、地方自治法 223 条以下が定める収入形式の限定列举説の克服、開発行為について規律している都市計画法との関係、条例による規制のないし抑止的な負担金の賦課の許容性などの六つの観点から検討を加えている。なお、同論文は、地方公共団体による独自の法定外税の創設が認められる余地の少ない状況下における議論である。同旨として、三木義一「開発負担制度の実質的許容要件」小林直樹＝北野弘久編『現代財政法学の基本課題』（学陽書房、1987 年）329 頁、343 頁は、西ドイツの開発負担制度について検討した後に、「開発業者が市町村の予定していない宅地開発を行ない、新たな公共施設の整備が必要となる場合に」、一定の公共施設の整備を原因者負担として求める条例の制定が可能であるとする。

³⁹ もとより、条例において負担金の要件を定めた上で、個別の協定を介在させる方式も排除されず、その意味において、条例に定められた負担金について協定の締結を求める制度と、協定を介在させない強制的負担金制度との間には中間的な形態・態様があり、解釈次第では両者の方式の差異はほとんど見られないということになる。

⁴⁰ 一貫性原則及び公平原則から、条例に基づく負担金制度の必要性を指摘するものとして、碓井光明『自治体財政・財務法（改訂版）』（学陽書房、2001 年）143 頁。

⁴¹ この視点からの考察は、本稿第 3 章の議論を参照。

⁴² 内海・前掲注（6）65-66 頁は、条例化にあたり、「住民同意条項」は、相手方の利益放棄を促す性格を持つ、合理的理由もなく関係住民の「拒否権」に委ね憲法上の保障を否定する等の点において、そのまま条例に規定することには問題があるとする。同旨として、北村喜宣「同意制条例」同『行政法の実効性確保』（有斐閣、2008 年）55 頁。

される⁴³。第二に、現在の行政手続の水準を考慮に入れると、従来から行われてきた指導基準の公表に加えて、インフォーマルな行政活動の指針である「指導要綱」の定立過程自体に可能な限り民主的統制システムを導入することも可能である⁴⁴⁴⁵。

IV 比較—ドイツ法との比較

開発に伴って生じる公共施設等の整備負担は、諸外国も共通して直面していた問題である。これまで日本法との比較として参照されてきたのは、主としてドイツ法であった。

以下では、これまでの先行研究を手がかりとしながら⁴⁶、同様の問題がドイツ法においてどのように認識され、どのような対応がなされてきたかについて振り返る。併せて、1998年都市建設法（Baugesetzbuch）の改正により同法に規定されることになった都市建設契約（städtebaulichen Verträge）の最近の動向にも言及する。

なお、本節はドイツ法の本格的な比較法研究を行うことを意図したものではなく、第3章において行うアメリカ法の比較法研究の準備作業としての位置づけである。

1 開発費用負担契約

日本法における開発負担条項等を定めた宅地開発指導要綱をめぐる議論に対応するのは、ドイツにおける開発費用負担契約（Folgekostenverträge）をめぐる議論である⁴⁷。

⁴³ 条例化後も要綱の役割は失われていないとの指摘として、角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討—メニュー主義と「認知的・試行的先導性」」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ』（東京大学出版会、2001年）321-350頁、340-342頁は、要綱の「認知的先導性」を強調する。大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」小早川光郎編著『地方分権と自治体法務』（ぎょうせい、2000年）188頁、202頁は、条例化時代における指導要綱の意義として、「実験法」としての機能を語る。条例化しても条例で定められた最低限のクリアーを基準することしか事業者は考えないとの指摘として、出石稔「神奈川県横須賀市における土地利用調整関係条例の整備」柳沢厚ほか編著『自治体都市計画の最前線』（学芸出版社、2007年）261-271頁、270頁。

⁴⁴ 宇賀克也『行政手続と行政情報化』（有斐閣、2006年）192頁（初出1996年）は、「行政指導が広く住民の支持を受けたものであるためには、行政指導指針の作成過程自体において広範な住民の意思が的確に反映されるような制度的担保が必要であろう。」とする。

⁴⁵ そのような例として、たとえば、「横須賀市適正な土地利用の調整に関する条例」（2005年7月施行）における地区土地利用協定制（35条以下）が挙げられる。同制度は、協定地区内の土地利用が、住民や関係団体への聴取を経て審査され締結された協定の内容に従うよう、指導が行われる仕組みをとる（39条）。同条例については、宇賀・前掲注（44）193頁、出石稔編著『条例によるまちづくり・土地利用政策—横須賀市が実現したまちづくり条例の体系化』（第一法規、2006年）参照。

⁴⁶ 代表的研究として、河中自治振興財団『地域整備における契約的手法に関する研究報告書』（河中自治振興財団、1990年）、ヴィンフリート・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究—日独比較を中心として』（日本評論社、1995年）。

⁴⁷ ドイツの都市法分野において、行政と私人との間で締結される契約として、従来、地区

ドイツにおいては、市町村の財政負担により整備される地区施設とは別に、開発に伴って必要になる施設の整備費用を私人に負担させる行政契約が存在する。それが、開発費用負担契約である。開発費用負担とは、「負担金が徴収可能な地区施設に含まれない、開発に伴って必要となる一般施設のための支出」である⁴⁸。同契約は、従来から都市建設法 124 条に規定が置かれていた地区整備費用負担契約（Erschließungsverträge）とは異なり、1998 年都市建設法改正までは、都市建設法典その他の法律に規定が置かれている契約類型ではなく、他の都市建設契約と同様に、実務上の必要から個別的に発展してきたものである。

こうした契約が比較的早い時期から多用された背景には、ドイツ都市建設法に固有の事情がある。第一に、特に小規模の市町村にとって、住宅地形成の結果必要となる学校などの建設費用を負担することが容易ではなかったことが挙げられる。第二に、市町村の都市建設上の構想の実現は、地区詳細計画がそうであるように、土地所有者にその構想の実現を強いるものではなく、土地所有者の自発的意思に委ねられる側面が強かったことが挙げられる⁴⁹。もっとも、この種の契約について、当初は、法治主義の要請等の観点から認められないとする学説が有力であった⁵⁰。

開発費用負担契約は、何ら法的規律を受けなかったかという点、そうではない。開発費用負担契約は、連邦行政手続法 54 条以下に規定された公法上の契約の中の「交換契約」（Austauschvertrag）に該当し、同法の規律を受ける⁵¹。開発費用負担契約が「交換契約」である理由は、事業者が行う給付の反対給付として、市町村が建築許可ないし地区詳細計画の策定を約束しなければならないからである。こうした対価関係、反対給付の性格・内容から、連邦行政手続法は、契約の締結に一定の制約を課しているのである。

とりわけ、いわゆる「連結禁止原則」（Koppelungsverbot）を明文化した 56 条 1 項 2 文が重要である。同文は、「反対給付は、総合的状况を考慮して妥当でありかつ行政庁の契約上

詳細計画策定契約（Bauplanungsvertrag）、地区施設整備契約

（Erschließungsbeitragsvertrag、事業委託契約と分担金免除契約からなる）、開発費用負担契約（Folegekostenverträge）、駐車場設置義務履行契約

（Stellplatzablösungsverträge）、地区整備費用負担契約（Erschließungsverträge）等が見られた。ここでは、開発費用負担契約のみを取り上げる。ドイツの開発費用負担契約を素材に、契約による計画化の先取的拘束を論じるものとして、村松勲「都市建設契約における計画契約手法とその法的統制（一）（二）」福井大学教育学部紀要Ⅲ（社会科学）49 号（1995 年）123 頁以下、50 号 5 頁以下。

⁴⁸ 開発費用負担の定義づけを行った連邦行政裁判所判例によると、「負担金が徴収可能な地区施設に含まれない、開発に伴って必要となる一般施設のための支出」である。後掲の BVerwGE, 42, 331, 336 を参照。

⁴⁹ Ulrich Battis, Michael Krautzberger, Rolf-Peter Löhr, BauGB, 9. Aufl, 2005, § 123 Rn. 5.

⁵⁰ 当時の学説状況については、遠藤博也『計画行政法（第 4 版）』（学陽書房、1982 年）135-137 頁が整理している。

⁵¹ Vgl. § 54 Satz 2 VwVfG; § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

の給付と実質的関連性を有するものでなければならない。」と規定する⁵²。この原則は、連邦行政手続法の制定前にすでに連邦行政裁判所判決によって判例法理として確立し、立法者が後に明文化したものである。その後の判例は、開発費用負担契約の許容性とともに、連結禁止原則を踏襲し、学説も同契約と同原則を承認している⁵³。ここでは、連邦行政手続法制定前の事案であり、開発費用負担契約の法的許容性を承認し、その後連邦行政手続法の公法契約の規定に影響を与えることになった、1973年7月6日連邦行政裁判所判決⁵⁴を取り上げる。

2 1973年7月6日連邦行政裁判所判決

事案は、被告である事業者が、原告である市町村との間の、開発費用負担の支払いを定めた契約の無効を理由に支払いを拒絶したため、市町村が支払いを求めて出訴したものである。第一審のケルン行政裁判所は、当該契約を無効であるとして訴えを却下したが、原告の飛躍上告に対し、連邦行政裁判所は、事案を行政裁判所へ差し戻した。

連邦行政裁判所は、開発負担契約を公法上の契約であるとしたうえで、このような契約は合意によることから、法律の根拠を要するという意味での侵害にはあらず法律の根拠を要しないとした。そして、連結禁止原則については、次のように判示している。

「この原則には二つの側面がある。一つは、相互に内的に関連(im inneren Zusammenhang)を有しないものを、行政上の契約によって結び付けてはならないということである。この意味では、開発費用負担契約は内的関連性の要件をみたしているため、問題はない。二つ目として、連結禁止原則は、高権的決定は原則として経済的反対給付にかからしめてはならないということをも意味する。しかし、これによっても開発費用負担契約の適法性については何も言われていない。付加的な経済的反対給付の禁止は例外なしに妥当するものではない。たとえば、反対給付によって当該決定に対立していた法的障害が克服され、反対給付によって始めて当該決定がなされうるときには正当とされている。開発費用負担契約の場合、この原則の例外にあたる」⁵⁵

⁵² Vgl. § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

⁵³ 連結禁止原則については、高橋正徳「連結(Koppelung)の法的統制(一)(二)」名大法政論集111号(1986年)1-41頁、112号(1986年)121-144頁、同「裁判例における『連結禁止』原則の展開—ドイツ建設法領域を中心として—」名大法政論集114号(1998年)40頁。

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 6. 7. 1973, BVerwGE 42, 331. この判決の詳細については、遠藤・前掲注(50)137-142頁、高橋・前掲注(53)(『連結禁止』原則の展開)29-31頁、村松・前掲注(47)(「都市建設法における計画契約手法とその法的統制(一)」)129-131頁、大橋洋一「行政指導の比較法研究」同『現代行政の行為形式』(弘文堂、1993年)136頁以下、三木義一『受益者負担制度の法的研究』(信山社、1995年)137頁以下、岸本太樹「行政契約の法理論(二)」北大法学論集52巻5号(2000年)209頁以下を参照。

⁵⁵ BVerwGE, 42, 331, 339.

次に、連邦行政裁判所は、開発費用負担契約が「高権的行為の切り売り」(Verkauf von Hoheitsakten) に当たるとの主張に対して、次のように述べて、同契約に対して肯定的な評価を与えている。

「開発費用負担契約においては、何かが売られるのではなく、地区詳細計画の発令（ないしは建築許可手続への協力）がもたらし、またはもたらすであろう費用の緩和が図られているのである。民法典 320 条以下の売買契約にみられる狭義の給付の交換はない。「売る」という言葉で示唆された民事法との比較でいえば、むしろ同法典 670 条の委任契約における委任者に対する費用償還請求と類似した問題になっている。ここに、開発費用負担契約が、連結禁止原則から導かれる付加的な経済的反対給付の不適法の原則の適用を免除される根拠がある。」⁵⁶

以上のように、開発費用負担契約の適法性を判示した後、連邦行政裁判所判決は、その適法性要件として、以下のものを掲げている。

一つ目は、権力濫用の禁止である。「開発費用負担やこれに類する契約で考えられるように、契約前に存在する力の差を利用して、契約が一方当事者の他方当事者に対する優越性を濫用して成立したものであるときは、拘束力をもたない。」⁵⁷

二つ目は、因果関係 (Ursächlichkeit) の要件である。「ある特定の建築案によりもたらされる費用のみ、ないしはそれに相当するものを、開発費用負担契約はその内容としてよい。」⁵⁸

三つ目は、過剰規制 (Übermaßes) の禁止である。「第一に、ある特定の建築案について取り決められた開発費用負担の引き受けが、建築過程全体を経済的に考察した場合に、建築案の価値と適切な関係にあること (in angemessenem Verhältnis)、第二に、契約による開発費用の引き受けが、契約上支払いを義務づけられた者についてであれ、後の譲渡の際に費用を支払うことになる者についてであれ、その者にとって期待可能性を越えた負担 (eine unzumutbare Belastung) であってはならない。」⁵⁹

連邦行政裁判所は、以上のように判示して、これら要件の充足について更に審理を尽くさせるため破棄差戻しの判決を下した。

以上の連邦行政裁判所の判断は、それまでの判例・学説における消極説を覆し、開発費用負担契約を正面から認め、その適法性要件を確立した点において高く評価されている。

3 都市建設契約の展開

現在では、開発費用負担契約は、1998 年都市建設法改正により、同法が定める都市建設

⁵⁶ BVerwGE, 42, 331, 340.

⁵⁷ BVerwGE, 42, 331, 342.

⁵⁸ BVerwGE, 42, 331, 343.

⁵⁹ BVerwGE, 42, 331, 345.

契約 (Städtebauliche Verträge) の一つを構成している (同法 11 条 1 項 3 号)⁶⁰。それに加えて、都市建設法 11 条 2 項において、連邦行政手続法 56 条 1 項 2 文と同様の規定が設けられ⁶¹、その規律にも服する。

これにより、開発費用負担契約の位置づけも変わりつつある⁶²。ドイツの都市建設法は、「持続型」あるいは「縮退型」都市への構造転換を考慮に入れながら⁶³、契約的手法を用いた民間のイニシアティブを活用した方向へと進んでいる⁶⁴。開発費用負担契約も計画策定手続と相まって、大きな趨勢の中では、広い視野からみると、私人の発意を活用した法システムの中に位置づけられつつある⁶⁵。もちろん、契約的手法に置き換えられていくことに批判がないわけではない。もっとも重要な課題の一つは、契約締結過程・交渉過程の不透明性である。すなわち、契約によって高権的決定が取引されることは、市町村やその議会が私的利益の実現に加担する一方、公衆への情報提供や市民参加が不十分であれば、民主主義の秩序自体が危殆に瀕する。関係諸利益の衡量が適切に行われ、計画が市民に広く受け入れられる

⁶⁰ 都市建設法 11 条は、地区詳細計画草案の完成 (Ausarbeitung) と計画策定手続の代行など、計画策定に関する事務を私人等が自己の費用で行う契約 (Bauplanungsvertrag) (1 号)、地区詳細計画に沿った建設を行う義務を負う契約 (Baurealisierungsvertrag) (2 号)、開発費用負担契約 (Folgekostenvertrag) (3 号)、気候変動に対処するための契約 (4 号) 等の類型を規定している。Vgl. Christian Hamann, Der Verwaltungsvertrag im Städtebaurecht: inhaltliche und dogmatische Aspekte der gesetzlichen Regelung des städtebaulichen Vertrages in § 11 BauGB. 契約締結後の事情変更等、都市建設契約にかかる諸問題などについて、参照、大村謙二郎「ドイツの都市計画契約—公民連携時代の都市計画を考える」新世代法政策学研究 7 号 (2010 年) 239-248 頁。

⁶¹ 「合意された給付は全体の状況からみて適切でなければならない。契約の相手方によってもたらされる給付の合意は、この者がかかる合意がなくても反対給付に関する請求権を有する場合には、許されない」と規定する。

⁶² 都市建設契約について、広義には、都市建設法 12 条の VEP 手続ないし事業関連 B プランとその実施契約を含むことがある。事業関連 B プラン制度については、野田崇「私人による都市計画？」法と政治 57 巻 3-4 号 (2006 年) 289-335 頁、同「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力 (一) (二・完)」法学論叢 145 巻 6 号 (1999 年) 25 頁、147 巻 5 号 (2000 年) 47 頁参照。

⁶³ アルネ・ピルニオク (Arne Pilniok)・野田崇 (訳)「都市建設法の課題としての持続的都市発展：ドイツにおける法的基本構造と発展傾向」新世代法政策学研究 16 号 (2012 年) 221-242 頁、223 頁。

⁶⁴ そのことは、以下の文章によくあらわれている。「従来は、一般的にだけ行政手続法において規定されており、都市計画においては、遅れた形でのみ適用されており、判例においてはどちらかといえば批判的に扱われていた公法的契約が、都市計画法のためにいわば発見され、特別な規定によってその適用前提条件において具体化されることになった。それ以来、明示的に規定された法制度として、いわゆる、都市計画契約が存在することになった。このように明示的な規定により、市町村にとって、この柔軟な手段の適用によって、都市計画における民間との協働の誘因が作られることになった」。Gaentzsch Gunter, 大村謙二郎 (訳)「ドイツにおける最近の都市計画法制の展開」自治研究 80 巻 6 号 (2004 年) 56-72 頁、60 頁。

⁶⁵ 都市建設法上の契約 (特に、私的イニシアティブの活用を規定した同法 171 条 f) については、本稿第 3 章において具体的に論じる。

ためには、計画策定手続がとりわけ重要であり、市町村には、情報提供と市民参加を含む手続のいわば最終的主宰者としての役割が要請されるという⁶⁶。

4 小括

以上が、ドイツにおける開発費用負担契約の概要である。日本法から見た場合の特徴として、以下の三点を指摘することができる。

第一は、ドイツにおいては、開発費用負担契約が、公法上の契約の一類型として、条例レベルではなく、国法レベルの連邦行政手続法による規律を受けていることが挙げられる。ドイツ法においては、このような契約が公法契約であるか、公法契約であるとして許容されるかという観点から議論されている。開発費用負担契約をめぐる法律上の主要な争点は、これが公法上の契約であるか、それとも私法上の契約であるか、そして、そもそもこのような契約は法律上許容されるのかという点である。そして、開発費用負担契約の公法契約たる性質は依然失われていない⁶⁷。さらには、現在では、都市建設法に規定され、私人からの計画の発意を促す、私人からのイニシアティブを活用した法システムの中に位置づけられていることが注目される。この種の契約が、国法レベルで規定されることの意義について検討する必要がある。周知のとおり、日本の現行の行政手続法には、行政契約の締結手続に関する規定は置かれていない。今後は、行政手続法制の一環として、行政契約の締結のあり方も研究される必要がある。

第二は、ドイツにおいては、開発費用負担契約は、「交換契約」であることである。これは計画のないところに建築はできないとするドイツ都市法の仕組みを反映したものであるが、これは、ドイツの都市建設法典（西ドイツ時代も含む）においては、もともと所有権者には開発や建築の自由はなく、土地利用に関する計画が策定されて初めて開発が可能となる建築不自由の原則を採用しているからである⁶⁸。ドイツにおけるこの種の契約は、都市計画区域外の当然には宅地開発や建築の出来ない区域での例外的な許可を行う場合に用いられていることが特徴的である。それゆえに、高権の切り売りという観点から問題がとらえられている。また、連結禁止原則に加えて、同意を根拠に基本権を放棄することが許容される

⁶⁶ Ulrich Battis, Michael Krautzberger, Rolf-Peter Löhr, BauGB, 9. Aufl, 2005, § 11 Rn. 2. 高橋寿一『地域資源の管理と都市法制—ドイツ都市建設法典における農地・環境と市民・自治体』（日本評論社、2010年）280頁に同箇所を紹介がある。

⁶⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 29. 11. 2002, NJW 2003, S. 888.

⁶⁸ 開発費用負担契約において、契約締結時に約束されていた地区詳細計画が策定されなかった場合において、事業主体に費用補償請求権が認められるかについて、連邦裁判所はその可能性を認めている（BGH Urteil vom 22. 11. 1979, BGHZ 76, S. 16）。しかし、そのような請求権を事業主体に付与することについては、計画策定義務が契約によって拘束されてはならないとする原則に反するとして問題があるとする見方も根強い。なお、事業主体が市町村に対して行った契約上の給付を不当利得として返還請求しうるかについては、前掲の BVerwG, Urteil vom 6. 7. 1973, BVerwGE 42, S. 331 参照。

かという問題が憲法レベルから論じられている⁶⁹。ドイツでは、計画策定権限を有しそれが反対給付となっているのに対して、日本法においては、私人の贈与に対応する反対給付という形を有していない。日本法では、公表という一種の間接的強制手段が控えていること、生活便益の供与の拒否に代表されるように、服従を拒否すると将来様々な面で行政主体の協力・援助が得られなくなる恐れがあること等の事実上の強制手段（法定のもの、要綱に基づくもの、事実上行われるもの）と結び付けられている点に特徴があるといえる。また、水道の給水拒否・建築確認の留保といった手段が用いられることにより、水道の給水・建築確認自体が反対給付になっているともいえる⁷⁰。もっとも、開発許可、建築確認等と負担金の提供という面を切り出せば、日本法においても交換契約的要素・取引的要素が全く見られないわけではないが、日本法においては、地方公共団体と開発事業者が取引するという関係性ではとらえられていない。

第三に、「交換契約」であることの一つの帰結として、具体の紛争においては、日本法のような任意性の有無ではなく、端的に法治主義に違反しないかどうか争われていることが判明する。契約の締結が、行政側の強制によるものであるか、自由意思によるものであるかが争われることはない点は、日本法と大きく異なる点として指摘される。ドイツにおいては、法律が定めている以上の負担金の納付を求める契約の締結も許容されることが学説、判例を通じて認められていると考えられる。開発者が契約の無効を主張する場合、争点となるのは、連結禁止原則その他の法治主義原理違反（行政手続法違反）の有無である。具体的には、権力濫用の禁止、因果関係の要件、過剰規制の禁止であった。日本の裁判例においても仔細に見ると、このような判断に依拠していると見られる裁判例もないことはない⁷¹。しかし、概して、日本では行政指導が許されるかどうかというレベルで争われるのに対して、ドイツでは、当該契約が許されるかどうかというレベルで争われる⁷²。この点は、ドイツと比較した場合における日本法の特徴といえることができる。この問題は、ドイツにおいて行政契約（公法契約）が連邦行政手続法に規定され、他方、日本では行政指導が行政手続法に規定されたことと表裏をなしている。この点が、日本法の新たな課題として浮かび上がる。か

⁶⁹ 大橋洋一「行政契約の比較法的考察—建設法領域を中心として—」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993年）196頁（初出1992年）は、ドイツにおける行政契約と法律の留保との関係をめぐる議論について詳論する。それによると、法律の留保論との関係では、連邦行政手続法の規律は概括的にすぎるが、それを補足するのが「私人の同意」であるとする。その「同意」に関して、私人による基本権放棄の許容性が審査されねばならないが、そこでは、本来得られなかった給付を獲得するために私人は一定の給付の提供を申し出たのであって、既得の何かを失う（侵害）ことには該当しないため、私人には本来的に請求権がないこと、他方、行政には契約締結に際しての裁量権が存在することを認めることによって、法律の留保理論との整合性をとる議論がなされている。

⁷⁰ 日本法においては、「権限の融合」の問題として論じられてきた。

⁷¹ たとえば、前掲注（14）で指摘した大阪地判昭和61年9月26日等。

⁷² これはドイツでは、日本とは異なり、契約の無効を主張して分担金の支払いを拒否し、これが訴訟（支払請求訴訟、債務不存在確認訴訟等）となる実状を反映しているためという側面もある。

くして、日本法においては、任意性要件は、行政手続法における行政指導に関する規定を通じて実定法にも反映されているといえることができるであろう。

IV 課題一次章以降に向けた二つの課題設定

本章の内容を要約すると、以下のとおりである。

まず、日本法における開発負担問題については、開発業者が開発によって新たに生じる費用の一部を負担することに合理性があるとの社会的コンセンサスがあるとの前提に立って、個別の紛争事案においては開発指導要綱に基づく行政指導による負担が、それが任意であるか、強制であるかという定式によって考察され、任意である場合には地方公共団体と開発業者との間に有効な契約が締結されたと判断され、他方で、強制にわたる場合は行政指導の限界を超える違法な公権力の行使と判断されてきた⁷³。つまり、“行政指導”という行政の行為形式の議論の場を通じて分析が行われてきたことが特徴的である⁷⁴。

次に、こうした要綱行政であったが、行政手続法の制定や分権改革等を経て、一部に開発指導要綱を条例化する動きが進む。しかし、強制的な負担金徴収を規定したものではないため、協定の締結が当事者の任意によるものか、強制によるものであったかという論点をめぐって引き続き訴訟等を通じて争われる可能性が残されている。つまり、条例に基づいて負担金を納付する契約が締結されるようになって（フォーマルな行政手法に昇華したとしても）当事者の「合意」を盾に私人に過度な負担が課されるなど、憲法上の権利を放棄することを余儀なくされるおそれが残る。これは、相手方の同意に依拠する協定方式を採る以上、条例の下でも起こりうる事態である。また、開発許可や建築確認といった、本来、行政が公益的見地から法律にしたがって行われるべき判断が、私人との協議や私人からの負担金の納付の有無に依存していることに問題はないのであろうかという問題提起も行った。ここに開発負担の問題を「行政契約」として論じることの意義があると考ええる。

他方、ドイツ法に目を転じると、ドイツにおいては開発費用負担契約なるものが観念され実務においても多数用いられている。公法・私法二元論を基礎として公法契約と私法契約の

⁷³ 塩野宏『行政法Ⅰ—行政法総論』（有斐閣、2009年）207頁は、「相手方の任意性が客観的にみて期待できないような場合には、法律の根拠が必要になるのではないかと解される」とする。なお、千葉勇夫『行政指導の研究』（法律文化社、1987年）164頁、203頁は、行政指導のもつ社会的効果の実質的差異に着目して、行政指導には「法治行政の原理を崩壊、空洞化せしめるもの」（悪玉行政指導）と、「法治行政の原理を補完するもの」（善玉行政指導）とを別異に扱うべきことを主張し、任意の負担を求める行政指導であっても、条例の根拠を要するとする。

⁷⁴ 濱西隆男『「行政契約」私論（下）』自治研究 77 巻 9 号（2001 年）50-51 頁は、宅地開発指導要綱を例に挙げながら、『行政契約』的な行為について、行政指導の枠組みで整理することから解き放ち、『行政契約』として認知できるだけの法的な体裁を整えさせること」が日本法の課題であると指摘する。

区別を堅持するドイツ法において⁷⁵、開発費用負担契約は、連邦行政手続法上の公法契約・交換契約とされており、判例によって確立された連結禁止原則などの法理によって実体的にコントロールされていることが明らかになっている。つまり、開発費用負担契約は、直截に行政契約の問題として把握されている。

以上を踏まえて、次章以降において検討すべき課題を二つの問題提起を行って、本章を締め括る。

一つは、宅地開発等指導要綱に基づく行政指導による開発負担金等の納付が、契約締結当事者の任意に基づくものであるのか、それとも強制されたものであるのか、という思考様式、さらには、この問題が行政指導を主たる議論の場として論じる日本法の考え方はどの程度普遍的なものであろうかという問いである。少なくとも、ドイツにおいては、事業者の任意であれば適法、強制であれば違法という議論の枠組みは立てられていないことが先行研究によって明らかにされている⁷⁶。ドイツにおいては、開発費用負担契約は、公法・私法二元論を前提におきながら、連邦行政手続法上の公法上の契約たる「交換契約」として位置づけられ、判例によって形成された連結禁止原則やその他諸原則（過剰規制禁止原則、比例原則等）によって実体的なコントロールが図られている。もっとも、これは、事業者の権利利益の保護にとってドイツ法の方が日本法よりも優れているという優劣の問題を意味しない。むしろ、行政指導の適法性とその限界という形で論ずる日本法の方が、行政過程をトータルに判断して結論を下しているという見方も成り立ちえよう。要するに、同じ行政過程が、認識枠組みの違いによって異なる見え方をするということを意味するにすぎない。しかしながら、開発指導要綱に基づく行政指導という行政過程を、契約として理解する（契約としての性格を正面から承認しその効力を議論する）ことにより、たとえば、契約の一方当事者である行政の側の判断・決定にも一定の制約があるのではないか（あるいは、契約実施段階において事後の事情変更にもかかわらず合意内容に拘束されるのか）、「法律による行政の原

⁷⁵ ただし、公法契約と私法契約の判別自体が問題になることに加えて、公法契約も私法契約も法治国家の観点からの規制に服し、法的統制という点において両者の差異は相対化しつつある点は、夙に指摘される。

⁷⁶ 藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに関する一試論」同『行政法の基礎理論 下巻』（有斐閣、2005年）196頁（初出1991年）は、ドイツ法との比較をもとに、次のように述べる。「（ドイツの場合、）争点となるのは、専ら、その契約の内容が不当結合（Koppelung）その他の法治主義原理（連邦行政手続法典が、54条以下にこの種の定めを置いている）に反しないかどうかということであって、契約の締結が、行政側の強制によるものであったかそれとも自由意思（Freiwilligkeit）に基づくものであったかどうかという問題が争われることは、まず無いのである」と指摘する。大橋洋一は、次のように述べる。「行政過程を分析的・分断的に把握しておりトータルに把握されていない。対市民との関係で効力をもつ契約に議論の重点を置くべきで、その前段階をなす要綱や行政指導を重視する日本の議論の仕方は理解しにくい。昭和61年大阪地判、行政指導と行政契約との関係は不明である。より直接的に、契約の効力を判断し、その際には一般原則の適用の問題、関連法規の解釈の問題を審査事項とすることも考えられる。要綱行政の問題は行政指導の領域から行政契約論に重点を移す」。参照、大橋・前掲注（69）223-224頁。

理」をこえて当事者が自由に内容決定を行う際の限界はどこにあるのか、といった論点を浮き彫りにすることが可能になると考えられる⁷⁷。すなわち、これまでの行政指導の場で論じられていたものを行政契約の場で取り上げることにより、新たな問題発見の場が提供されることが期待される⁷⁸。ドイツ法との比較からは、行政契約としてみることの可能性が示唆される。しかし、ドイツ法においては、公法契約の許容性という大きな枠組みの中で論じられている。それでは、こういう行為形式論や公法・私法二元論を知らない国においては、この問題に対してどのような法的態度がとられているのであろうか。そのことを明らかにするために、行政契約研究の発展の一つの方向として、次章においては、アメリカ法の動向をみていくことにする。アメリカ法においては、そもそも、日本法が放逐してきた公法・私法二元論を共有しておらず、公法上の契約または行政契約なる行為形式を観念しているわけではない。結論を先取りすると、アメリカ法においてはこの問題がより多様な観点から多面的に捉えられていることが判明する（この課題については第2章で扱うことにする）。

もう一つは、宅地開発指導要綱に基づく行政指導の是非が、以前ほどは大きな争点にはなっていないこと自体が注目されるべきことのように思われる。その要因としては、行政手続法・条例等の（あるいはその理念の）浸透により負担金の納付を強要されるという事実自体が減少したという可能性も否定しえないであろう⁷⁹。しかし、もっとも大きな要因は、人口減少に伴う社会構造の変化ではないかと思われる⁸⁰。実際、開発指導要綱を条例化した地方公共団体が一部には見られるものの、以前とは異なり急激な人口増加に伴う財政負担とい

⁷⁷ 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）313頁は、「ここ（公害防止協定：本稿筆者による補注）では、ある合意を行政契約（公法契約）と理論構成することによって、それが市民財産法上の契約であるのではないということが意味されており、そこからまた、このような契約には市民の自由と財産を保護することを目的とする『法律による行政の原理』の機械的な適用をすべきではない、という考え方が示唆されているものと言ってよい。このような考え方をすることが仮に一般に可能であるということになると、例えば、宅地開発指導要綱に基づき締結される協定等を含め、行政指導の結果行われた合意の多くに、紳士協定としてではなく行政契約としての法的効果を認める、という法解釈論の方向が開けて来ることにもなりそうであるが、ただ、このような考え方は、現在では未だ問題提起の段階に止まっている、と言わざるを得ない」という。

⁷⁸ 下級審判例の中には行政指導的構成ではなく、契約的構成をとるものがあるが（たとえば、前掲注（14）で指摘した昭和61年大阪地判など）、そこでの議論において、行政指導と行政契約との関係はなお不分明である。

⁷⁹ 宇賀・前掲注（44）188頁は、現行の土地利用規制において、地域の特性に応じた配慮から行政指導が必要とされることが多いことを認めつつも、「他面において、行政運営における公正の確保と透明性の向上という価値が、国のみならず地方公共団体においても実現されるべきこと」を強調する。また、土地利用分野における行政手続上の課題全般について、久保茂樹「土地利用分野における行政手続の課題」ジュリスト1304号（2006年）25頁。

⁸⁰ いわゆる「都市縮小」の時代における都市政策について、角松生史「縮小都市と法」新世代法政策学研究会16巻（2012年）243-263頁、内海麻利「拡大型・持続型・縮退型都市計画の機能と手法—都市計画の意義の視点から」公法研究74号（2012年）173頁参照。また、概観として、矢作弘『『都市縮小』の時代』（角川書店、2009年）も参照。

う切迫した状況にはないためか、紛争に発展する事例は減少している。その意味では、開発負担の問題は地方公共団体の財政にとって焦眉の急ではなくなりつつある⁸¹。いわゆる、「都市化社会」から「都市型社会」への移行に伴い、都市づくりの方向は新市街地の開発から既成市街地の更新へと移行している⁸²。開発負担による公共施設整備は、ある一つの成長型の都市像を前提としたものであるが、既に市街地が形成されている既存のコミュニティにおいてそれぞれの都市像を前提に地域の発意ないしは合意により地域環境の整備が行われていくと予想される⁸³。こうした実態面における社会変動に対して、行政法理論はどのように対応することが考えられるであろうか。行政法における行政指導論は、行政と私人、地方公共団体と事業者、指導する側と指導される側という二面関係の枠をこえて、調整的行政指導に典型的に見られるように、ある行政決定に対して影響を受ける第三者の利害も包摂した枠組みで行政の役割を考える三面関係を指向しつつある⁸⁴⁸⁵。この場合、二つの場面が想定される。一つは、紛争が生じる前の調整過程であり、もう一つは、紛争が生じた後の調整過程である。品川マンション建築確認留保事件である昭和 60 年最高裁判決は、後者の、紛争が生じた後における当事者による自主的解決の場面であるが、当該紛争はこの場面における行政指導の是非を建築確認の留保の適法性判断を通して問うていたものである⁸⁶。この場

⁸¹ このことは、委任規定の拡大または柔軟化にもかかわらず、地方公共団体の現場においては条例制定の必要性を感じていないこと、開発許可基準の緩和が新市街地の形成に必要な項目に限られ、自治体が求める既成市街地における公園・広場の設置等の項目との間に微妙なずれがあるといった指摘（参照、内海・前掲注（6）55 頁）の中にもあらわれている。

⁸² 小林重敬編『新時代の都市計画 1 一分権社会と都市計画』（ぎょうせい、1999 年）、小林重敬『都市計画はどう変わるか—マーケットとコミュニティの葛藤を超えて』（学芸出版社、2008 年）。

⁸³ たとえば、水口俊典『土地利用計画とまちづくり—規制・誘導から計画協議へ』（学芸出版社、1997 年）24 頁は、「都市の魅力と個性づくりや地域の活性化などの……価値創出的なテーマについては、情報の集中によって公共団体が先験的に計画の目標とその実現方法を定めることがより困難である。地域住民や関係する企業との計画協議によって計画を発意、評価して合意形成を図り、協同してその実現に向けて分担するという進め方が重要になる」という。

⁸⁴ なお、原田・前掲注（4）199 頁は、「・・・行政指導は法的には行政機関が民間と対等の立場から懇請するもので、正確には協力要請というべきものである。「指導」という用語には官尊民卑の匂い残り必ずしも適切な表現とはいえない」という。

⁸⁵ 磯部・前掲注（23）168 頁は、次のように指摘する。「自治体行政の展開する場合は、いわば恒常的・原則的に二重効果の利益状況、つまりある行政決定に対して、それによって利益を受けるものと不利益を受けるものが常に対峙する三面関係的状况にあるといつてよいことになる。したがって適法違法をデジタル的に決定することよりも、錯綜する利害をアナログ的に調整することの方が圧倒的に重要なプロセスとなり、必然的に、行政の一方的決定は可能な限り回避され、関係当事者すべてが関与する合意形成が重視されることになる」。

⁸⁶ 交告尚史「行政指導の継続と建築確認の留保」論究ジュリスト 3 号（2012 年）76-84 頁、83 頁は、私人の側に交渉のテーブルにつく義務があるがどうかをめぐる諸議論を検討したうえで、「行政指導や事前協議を全く無視した許可申請は権利の濫用に当たるとい

合、行政には行政指導の行為者であるというよりも、調停者としての役割が与えられる⁸⁷。他方、紛争が生じる前の調整過程は、事前の制度設計が重要になる⁸⁸。各地の土地利用調整条例においては、詳細な手続を定めることにより（手続化）、利害関係を有する第三者も含めた多様な主体が土地利用の決定に参画する仕組みが構築されつつある⁸⁹。現行の行政手続法・行政手続条例は、すでに三面関係における行政指導を念頭に置いた規定を設けているが、今後は、各地の土地利用調整条例を通じて多数の利害関係者間の協議過程も視野に入れた制度的展開が見られることであろう⁹⁰。法理論上の課題としては、行政と私人が対置するという伝統的な二元的図式を基本モデルとして残しつつも、私人の発意や私人間の交渉・協議、それに基づく合意形成に対して行政が関与するという構図をも念頭に置きながら理論構築を図っていく必要がある⁹¹⁹²。この二つ目の課題は、宅地開発指導要綱・要綱行政を取り巻く環境の変化に着目することにより、争点化されなくなった問題自体を取り上げて新たに争点化する試みである（この課題に接続する主題は、第3章で扱う）。

次章では、まず、第一の課題に応接するために、従前の比較研究では大きく欠落していたと思われるアメリカ各州における開発負担協定を見ていく。アメリカにおいても、1970年代から80年代にかけて、都市部への人口集中と公共施設整備費用の捻出により自治体財政が逼迫するという、日本と同様の問題に直面した。アメリカ法において、同様の現象が法的

論法でよいのではないかと結論づける。

⁸⁷ 紛争の発生を受けてから利害関係者の調整にあたる受動的対応から、さらに進んで、紛争を未然に防ぐために事前から関与して関係諸利益を調整する能動的対応にあたることも、行政の今日的役割として重視される。

⁸⁸ 行政手続法・行政手続条例の整備後も、より現代法的な行政手続の課題としての住民参加手続や、多数の利害関係者の間での利害調整的手続の問題が将来の課題として残されているとの指摘として、原田尚彦「行政手続法の制定と『参加』の視点」一橋論叢 110 巻 1 号 45 頁、亘理格「行政上の命令・強制・指導—社会的合意論の視点からの展望」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 4 政策と法』（岩波書店、1998 年）245 頁、久保・前掲注（79）25 頁。

⁸⁹ 先駆的事例として、神奈川県土地利用調整条例（1996 年（平成 8 年）施行）。事業者に対して知事との事前協議を義務付けているほか、知事が住民から意見聴取を行うのではなく、事業者が住民の意見を聴取する。同条例の内容については、宇賀・前掲注（44）195 頁参照。

⁹⁰ 太田・前掲注（35）199 頁は、「私人間の利益調整に関わる行政指導が多く見出される以上、行政指導の実体的・手続的基準の中に第三者利益を顧慮する要素を含める必要があらう。」という。

⁹¹ 安本典夫『都市法概説』（法律文化社、2008 年）264 頁は、景観法における景観協議会を例にとり、「従来のような「行政機関対建築主」の「指導×被指導」の関係のみではなく、「行政機関×建築主×街区の他の構成員」の協議過程として構成する方向が示されている。ここには新たな手法の萌芽が見られる」という。

⁹² その意味では、昭和 60 年最判は、紛争の発生によって複数の利害関係者間の利害調整問題が顕在化した事案であるが、法が社会の進歩に遅れることを前提として当事者間の合意形成によって地域に固有の法秩序を創出する可能性、そうした枠組みのもとでの地域空間秩序の管理における行政の役割を示しており、行政手続法・行政手続条例が定着した現時点から見ても多くの示唆に富む。

観点からはどのように認識され、どのような法的対応がとられたか。また、それはどのように評価され、翻って、日本法のアプローチとの異同はどのような点に見出されるかについて考察を行う。両者を比較することは、これまで先行して比較研究が行われてきたドイツ法の考察と相俟って、日本法を相対化して見るうえで有益な視点をもたらすものと考えられる。

第2章 交渉・合意・協働—アメリカにおける開発負担協定を素材として

I はじめに

日本が行政手続法制定への途¹を辿っていた 1980 年代後半から 90 年代初頭にかけて、アメリカの連邦最高裁判所において二つの注目すべき判決が出された。

一つ目の事案は大要、次のようなものであった。

カリフォルニア州において、海岸沿いに土地を所有する地権者が家屋の再建のために建築許可申請を行ったところ、州沿岸委員会は、その土地の一部に公衆の海岸への通行に供するための地役権を設定することを条件とした。地権者は建築許可を求める際にこのような条件が付されるのは無効であるとして訴えを提起した。他方、州沿岸委員会はその条件を正当化する理由として、従来のもよりも大きな建物の建築は海の眺望を阻害するおそれがありそれを補うための条件であると主張した。事件は連邦最高裁にまで持ち込まれ、連邦最高裁は、5 対 4 の僅差ながら州の主張を認めなかった。法廷意見は、眺望を保全する目的を達成するためなら、その手段（条件）は開発による影響との間に「不可欠の連関」（essential nexus）がなければならないが、本件においてそのような関係は認められず、眺望の阻害を未然に防ぐことが規制目的であるなら所有する土地の一部に公衆が海を眺望できる場所を設定するという条件で十分であり、本件条件は補償を要する「収用」（合衆国憲法第 5 修正）にあたると結論づけた。

これが、Nollan v. California Coastal Commission 判決²である。続いて、1994 年には、Dolan v. City of Tigard 判決³が出されている。

本件では、原告が経営する店舗の拡張と駐車場の舗装の申請に対する許可条件として、市から、敷地に隣接する川との間の氾濫原に原告の所有する土地の一部を洪水防止目的の排水システム改善のために提供すること、交通量増加に対処するため氾濫原に隣接する部分に一定の幅の通路を確保することがそれぞれ求められた。原告はこれらの条件が当該建築計画と関連性がなく補償を要する「収用」にあたることを主張した。連邦最高裁はここでも 5 対 4 の多数意見として原告の主張を認容した。法廷意見は、当該条件には洪水予防と交通対策という目的との間に「不可欠の連関」があることは認められるものの、店舗拡

¹ 塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001 年）253 頁〔初出 1992 年 1 月 24 日東京大学最終講義「行政手続法制定への途」〕。

² 483 U.S. 825 (1987)。

³ 512 U.S. 374 (1994)。

張による影響に見合わない程度の重い負担が課され、規制目的と規制手段との間の「大まかな比例性」(rough proportionality)を欠くとして収用の成立を認めた。

上記二つの事案はいずれも開発負担の許容性、法的限界が合衆国憲法の収用条項との関係で争われたものである。

開発者、土地所有者等の私人が開発許可、建築許可を求める際に、地方公共団体等の行政主体が私人に対して公共施設の一部についてその用地ないし施設の提供を求める（またはその代替として金銭的負担を求める）開発負担は、社会資本整備が一定の水準に達するまでの時期にあつては、都市部への人口集中とそれに伴う行政需要の増大を背景として、アメリカのみならず欧米先進諸国が共通して直面した課題である。

しかし、社会的意味において直面する課題は同一であっても、法的意味における問題の具体的なあらわれ方やそれに対する法的対応が、各国における法体系・法制度の歴史的沿革に規定され異なることは言うまでもない。その差違または隔たりは、日本とアメリカの間においても少なからず見られる。

周知のとおり、日本においては、開発負担の問題は、条例による法的調整権限に制約があった時代の地方公共団体にあつては、いわゆる“要綱行政”の負の側面があらわれる場面であり、要綱に基づく行政指導ないしは法令の根拠なしに負担を求めることについては法治主義の観点から強い疑義が示されていた⁴。行政指導に関しては、従前の判例法理⁵を成文化した規定が、行政手続法（32条以下）やそれに続く各地の行政手続条例に置かれ、また従来、指導要綱等によっていた負担⁶については最近では条例に根拠を置く例が見られる⁷。

⁴ もっとも、「行政指導」については、とりわけ地方公共団体において、法制度の不備を補いながら紛争を事前に防止する利害調整の機能を果たしてきたことにも留意する必要がある。行政法学においては、「行政指導」を行政の一行為形式として認識することにはじまり（成田頼明「行政指導」岩波講座・現代法4『現代の行政』[岩波書店、1966年]131頁、塩野宏『行政過程とその統制』[有斐閣、1989年]184頁[初出1966年]）、行政指導に積極的意義が見出される段階を経て（原田尚彦「行政指導」ジュリ増刊総合特集29『行政の転換期』[1983年]49頁、磯部力『『都市法学』への試み』雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題 下』[有斐閣、1990年]1頁）、現在ではそれぞれの行政指導の背後にある多様な目的に着目しそれを法的に認識、評価する枠組みに関心が向けられる（中川丈久『行政手続と行政指導』[有斐閣、2000年]207頁[初出1998年]、太田匡彦「行政指導」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』[有斐閣、2008年]161頁）。

⁵ 最判昭和60・7・16民集39巻5号989頁（建築確認留保事件）。なお、開発負担に着目する本稿との関連では、最判平成5・2・18民集47巻2号574頁（指導要綱に基づく教育施設負担金事件）が日本における重要な先例である。

⁶ 要綱に基づく開発負担の法的諸問題について参照、三辺夏雄「地方公共団体における開発指導要綱—その法的位置づけをめぐって」成田頼明先生横浜国立大学退官記念『国際化時代の行政と法』（良書普及会、1993年）225頁、金子正史「要綱行政下における開発負担金訴訟」北野弘久先生古稀記念『納税者権利論の展開』（勁草書房、2001年）95頁。なお、協定方式による開発負担への言及として、芝池義一「行政法における要綱および協定」岩

土地利用分野に限定した行政手続お将来に向けての課題としては、住民参加手続や多数の利害関係者間の利害調整手続が挙げられているところである⁸。

他方、1970年代から80年代にかけてのアメリカに目を転ずると、開発に伴う公共施設整備の財源捻出に自治体が困窮する状況は日本と同様である。自治体は、開発許可に先立って、開発による影響を緩和するために個々の開発者に公共施設の用地提供等の負担を求めるが、その際に、フォーマルな形での契約や協定という手法が用いられることは忌避された。アメリカの場合、このような取決めは、州から自治体に授権されたポリス・パワー（police power）⁹を契約によって放棄する（contracting away）ものであるとの疑義があったからである。

しかしながら、冒頭に紹介した二つの判決が開発と関連性を有しない負担または開発との関連において過度の負担を課すことを違憲無効と判断したために、状況は変化する。両判決を受けて、自治体は開発者との間で、開発者が公共施設の整備負担の義務を負い、それと引き換えに、自治体は開発者の開発投資を保護するべく開発期間中土地利用規制を変更しないことを内容とする協定を締結するようになる¹⁰。そして、そのような実務の広がりに合わせてようにして、各州は相次いで協定の締結権限を自治体に付与する授権法を制定させていく。これが、本稿の対象とする「開発負担協定」（development agreement）である。

Nollan 判決と Dolan 判決については、財産権保障、とりわけ土地利用規制に伴って生ずる損失に対する補償の要否の観点からの先行研究の蓄積があるが¹¹、Nollan 判決から四半世

波講座・基本法学4『契約』（岩波書店、1983年）277頁、三好充「宅地開発指導要綱と開発負担協定の法的性格」川上宏二郎先生古稀記念論文集『情報社会の公法学』（信山社、2002年）677以下。

⁷ 条例化による問題解決の可能性を早期に指摘していたものとして、宇賀克也『行政手続法の理論』（東京大学出版会、1995年）91頁〔初出「要綱行政—負担金を中心として」ジュリ880号（1987年）106頁〕および119頁〔初出「要綱と開発負担」判タ639号（1987年）60頁〕、碓井光明「条例による開発負担金—アメリカ法の動向を手がかりとして」成田頼明先生横浜国立大学退官記念・前掲注(6)259頁、同「条例による負担金・保証金制度」成田頼明編著『都市づくり条例の諸問題』（第一法規、1992年）94頁。

⁸ 久保茂樹「土地利用分野における行政手続の課題」ジュリ1304号25頁。また初期の指摘として、原田尚彦「行政手続法の制定と『参加』の視点」一論110巻1号45頁。

⁹ ポリス・パワー（police power）とは、州が州民の健康（health）、安全（safety）、道徳（morals）その他一般の福祉（general welfare）を保護・向上させるために各種の立法を制定・執行する権限である。参照、田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）646頁。

¹⁰ David L. Callies & Julie A. Tappendorf, *Unconstitutional Land Development Conditions and the Development Agreement Solution: Bargaining for Public Facilities After Nollan and Dolan*, 51 CASE W. RES. L. REV. 663 (2001); Daniel P. Selmi, *The Contract Transformation in Land Use Regulation*, 63 STAN. L. REV. 591 (2011)（後者の論文紹介として、田尾亮介・アメリカ法2012-1号139頁）。

¹¹ Nollan 判決について、阿部泰隆＝由喜門眞治『公共施設整備のための公正・合理的な開発負担—ハワイ州開発負担金法を中心として』（第一住宅建設協会・地域社会研究所、1997

紀以上を経た現在、両判決がアメリカにおいて有する意味合いは大きく変化しつつある。

本稿は、両判決を土地利用分野において交渉型の土地利用規制 (negotiated land use regulation) への変化を促した契機と位置づけることにより、各州において開発負担協定が多用されることになった背景を探り、それにより新たに提起されつつある法的諸論点についてアメリカ法内在的に考察することを主たる課題とするものである。

議論を進める前提として、本稿の表題において三幅対をなす、「交渉」、「合意」、「協働」の鍵概念を中心に、本稿の基本的分析視角を示しておきたい。

「交渉」とは、本稿では契約や協定等に至る前段階の過程として、行政により一方的に権利義務関係が形成されるのではない、換言すると、私人の側に一定の判断の余地を残す手法のことを指す¹²。1990年代以降のアメリカにおいては、規制者と被規制者の垂直的關係を前提とした命令統制型規制 (command-and-control regulation) が敬遠され、それに替わって当事者の合意に基づいて規制システムを設計し実施する手法が広範に見られる¹³。交渉による規則制定 (negotiated rulemaking)、環境規制分野におけるプロジェクト XL (project XL) 等は、連邦レベルにおける「交渉モデル」¹⁴へのシフト傾向を顕著に示す例

年) 11 頁、伊川正樹「受益者負担制度の比較法的研究—アメリカ合衆国における開発負担制度を中心に」名城 26 集 3 頁、田島裕『英米法判例の法理論』(信山社、2001 年) 147 頁 [初出 1990 年]、福川裕一『ゾーニングとマスタープラン—アメリカの土地利用計画・規制システム』(学芸出版社、1997 年) 34 頁、吉田仁美「アメリカ最高裁における合憲性審査基準の推移—Takings 判例を題材として」同志社法学 48 巻 3 号 429 頁、米沢広一「土地使用規制に関する 2 判決」判タ 657 号 49 頁、デイビッド・L・キャリーズ (堀田牧太郎訳)『アメリカ土地利用法』(法律文化社、1994 年) 33 頁、ウィリアム・フルトン (花木啓祐=藤井康幸訳)『カリフォルニアのまちづくり—都市計画の最先端地域から学ぶ』(技報堂、1994 年) 6 頁。

Dolan 判決について、阿部=由喜門・前掲 12 頁、伊川・前掲 9 頁、大野輝之『現代アメリカ都市計画—土地利用規制の静かな革命』(学芸出版社、1997 年) 161 頁、福川・前掲 35 頁、吉田・前掲 434 頁。

¹² 私人の側の交渉余地を含意する「ソフトな」行政手法と、法令に基づかない行政指導に代表される「インフォーマルな」行政手法との区別 (重なり合う部分とそうでない部分) について、中川・前掲注 (4) 205 頁参照。

¹³ とりわけ、この傾向は環境規制分野で顕著であることが夙に指摘されてきた。具体的には、行政機関が事業者との合意に基づいて事業者が引き起こす環境負荷の総量に関して法令を完全に遵守した場合よりも更に減少させることを条件として、個別の規制に従う義務を緩和すること等が挙げられる。アメリカにおけるプロジェクト XL 等の取組みを「協調的法執行」として取り上げ検討する、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』(有斐閣、2011 年) 243 頁参照。また黒川哲志『環境行政の法理と手法』(成文堂、2004 年) 19 頁も参照。ドイツ環境法における合意的手法については、高橋信隆「環境法における非公式行政活動—その許容性と法的位置づけ」立教 82 号 202 頁を参照。

¹⁴ 宇賀克也『アメリカ行政法 [第 2 版]』(弘文堂、2000 年) iii 頁。「交渉モデル」(bargaining model) と「形式合理性モデル」(formal rationality model) の二つの理念型について、Jonathan Weinberg, *Broadcasting and the Administrative Process in Japan and the U.S.*, 39 BUFFALO, L. REV. 615 (1991) およびその論文紹介である、宇賀克也『行政手続と行政情報化』(有斐閣、2006 年) 229 頁 [初出 1994 年] を参照。

である¹⁵。本稿が対象とする開発負担協定は、州と自治体のレベルにおける、土地利用分野に即した「交渉モデル」への変化を示すものであるが、問題の所在は連邦レベルのそれと重なる面がある。交渉・合意型規制手法の問題は、一方で私人に判断の余地を残しながらも¹⁶、他方で政府による規制権限の行使が一定程度制約を受けることにある。開発負担協定の場合、自治体は協定の内容に拘束され一定期間土地利用規制を変更することが許されない。このような取決めは、自治体が州から授権されたポリス・パワーを放棄することを意味しないか、それとは逆に、自治体が協定の内容に反してまで規制権限を行使することが認められる場合があるのかが本稿において議論される。

「合意」とは、二者以上の当事者の意思の合致であり、本稿では主として政府（自治体）と私人との間のそれを指すことにする¹⁷。政府（自治体）が一方の当事者である場合には、政府（自治体）に契約・協定を締結する権限が付与されているか否かという問題に加えて、そのようにして合意された内容が、立法の規定に抵触することはないか¹⁸、また私人の権利利益を著しく侵害することにならないか等の問題がある。開発負担協定においては、とりわけ当事者間の合意をよりどころに、判例により形成された制約を超える負担が私人に課されるおそれがある。協定の締結権限を自治体に授権する州法は多くの場合、自由な交渉と取引を許容しており、協定に基づく負担に何らかの限界づけはないかということが本稿における検討課題である。

「協働」とは、多義的に用いられる概念であるが、本稿では土地利用分野を扱う性格上、ある一定の地域において多様な主体が参画して地域に共通の利益を実現する取組みが行わ

¹⁵ アメリカの連邦レベルに見られる交渉型の行政運営については以下の先行研究がある。常岡孝好『パブリック・コメントと参加権』（弘文堂、2006年）246頁〔初出1993年〕、村松直子『交渉による規則制定に関する法律』とアメリカ合衆国における規制理論（一）（二・完）法叢145巻4号57頁、147巻4号60頁、正木宏長「行政過程における『交渉』とアメリカ行政法理論（一）（二・完）」自研78巻5号89頁、9号119頁。またE.ゲルホーン＝R.レヴィン（大浜啓吉＝常岡孝好訳）『現代アメリカ行政法』（木鐸社、1996年）123頁、253頁も参照。

¹⁶ ここでは行政主体と私人が「対等に」交渉することが含意されるのであるが、実際には、行政の意向が強ければ「交渉」というよりも「説得」の過程となり、背後に強制の契機があると（または私人の側に選択の余地がなければ）「交渉の強制」に近くなることは否めない。

¹⁷ 合意の一つの帰結であるところの契約、すなわち行政契約については、大橋洋一「行政契約の比較法的考察—建設法領域を中心として」『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993年）161頁〔初出1992年〕、岸本太樹「行政契約の法理論（一）～（五・完）」北法52巻4号1091頁、5号1573頁、6号1947頁、53巻1号87頁、2号315頁、石井昇「行政契約」磯部＝小早川＝芝池編・前掲注(4)93頁。碓井光明『行政契約精義』（信山社、2011年）23頁は合意形成に至る協議過程への着目の必要性を指摘する。

¹⁸ 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）258頁以下は、行政機関と関係者との間に成立した「合意」と、それが立法の規定に抵触せず当事者双方に対して法的拘束力を有する「（行政上の）契約」とを峻別する。

れている状態を指すことになる¹⁹。アメリカにおける近時の協働論（New Governance 論や Collaborative Governance 論など）は規制者と被規制者に加えて、規制の直接の名宛人ではない間接的な利害関係者が政策決定過程に参画、関与することに議論の重きが置かれているように見受けられる²⁰。このような協働への理解を前提にすると、開発負担協定と協働は必ずしも両立しうる関係に立つとは言えない。なぜなら、もともと規制者と被規制者の二面関係を前提とする土地利用規制において、交渉・合意型規制への転換はむしろ交渉過程を通じてその”密室性”を高めると考えられるからである。開発許可制度や土地利用規制にかかる利害調整はもはや規制者と被規制者との二面関係に帰する問題ではなく、当該規制によって影響が及ぶ利害関係者の利益をも考慮に入れる必要がある²¹。本稿においては、このような双方向的な関係の中における変化が公私の多様な主体の参画の要請とどのような関係に立ち、いかなる形で調和が図られるうるかについても見ていくことにする²²。

アメリカにおける開発負担協定の生成と展開は、現代を特徴づける（そして諸外国においても同時代的に進行しているであろう）「交渉・協議過程の重視」、「契約化」、「公私の主

¹⁹ 日本の法制度との関連における公私協働論の意義について、山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）176頁。また「多元的協働」と「分担的協働」の区別について、大久保規子「協働の進展と行政法学の課題」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）223頁、「協働化」を「責任配分型」、「合意型」、「参加型」に分類する、戸部真澄『不確実性の法的制御—ドイツ環境行政法からの示唆』（信山社、2009年）238頁以下〔初出2007年〕も参照。ただし、本稿における協働の概念は、”公私協働”のそれよりも”地域協働”や”参加”に近いと考えられる。そのような観点からは、山田洋「参加と協働」自研80巻8号70頁、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2012年）492頁〔初出2006年〕のそれぞれにおける議論枠組みも参照。

²⁰ See e.g., Bradley C. Karkkainen, “New Governance” in *Legal Thought and in the World: Some Splitting as Antidote to Overzealous Lumping*, 89 MINN. L. REV. 471 (2004). アメリカにおける協働論の動向を知る手がかりとして、ジョディ・フリーマン（比山節男訳）「米国行政法における公私協働による社会統治システムの理論と実務の展開」アメリカ法2005-1号20頁、稲葉一将「アメリカ公法学における「協働」の観念について」岡村周一＝人見剛編『世界の公私協働—制度と理論』（日本評論社、2012年）69頁、藤谷武史「多元的システムにおける行政法学—アメリカ法の観点から」新世代法政策学研究6号141頁。

²¹ このことは土地利用分野に限られたものではなく、行政主体と私人との関係を規制者と被規制者という二面関係のみならず、規制受益者も含めた三面関係として把握することの重要性は日本行政法学において広く認識、共有されている。宇賀克也『行政法概説〔第4版〕』（有斐閣、2011年）3頁、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論』（有斐閣、2009年）12頁。

²² もとより、行政が公共施設の整備費用の負担を求めて私人と交渉、調整を行う関係自体を行政と私人との間の広義の協働関係であると解することも可能である。そうすると、「協働」は本稿全体を覆うテーマということになる。藤田宙靖『行政法の基礎理論 上』（有斐閣、2005年）171頁〔初出1981年〕は、「現代社会における行政と市民との関係についての基本像は、もはや『行政主体』と『私人』との二元的対立関係であるのではなく、市民相互間の紛争—例えば日照問題、建築紛争等—について行政が調整役として機能するケースにおいて典型的に見られるような、調整関係であり、協働関係である。」と論じている（傍点は筆者）。

体（または規範）による協働」が輻輳したところに生じた変化でもある²³。

以下では、まずアメリカの土地利用分野において開発負担協定が多用されるようになった背景をその歴史的変遷から跡づける作業を行い（Ⅱ）、そのような協定手法が、公法的仕組みの中に内在してきた諸規範との間でどのような関係に立つかについて関連する判例や議論を中心に考察する（Ⅲ）。最後に総括を行った上で、開発負担とは異なる新たな負担形態の萌芽にも触れることにする（Ⅳ）。

Ⅱ 背景

本節の課題は、アメリカの土地利用規制の変遷を跡づけることにより、1970年代頃から各州において開発負担協定の実務の登場をもたらした背景をみていくことである。

以下では、土地利用規制の前史（Ⅱ－1）、協定手法を増加させる直接の契機になった Nollan 判決と Dolan 判決（Ⅱ－2）、そのような協定手法がアメリカにおける近時の協働論との対比において有する特徴（Ⅱ－3）を概観する。

1 前史

（1）自治体によるポリス・パワーの行使としてのゾーニング

アメリカにおける土地利用規制の一形態であるゾーニング（zoning）とは、土地の用途、利用密度、建造物の建築形態等の事項毎に、自治体内の土地を異なる制限が適用される地域に区分することによって土地利用の適正な配分を図る土地利用の包括的な規制手法である²⁴。その特色は、（i）自治体内の土地すべてを何らかの用途地域に区分する、ii）同一地域内の土地所有者は平等に扱うことにある。1916年にニューヨーク市において採用され、

²³ なお、ドイツにおいては以前から、「開発費用負担契約」（Folgekostenvertrag）なるものが存在する。遠藤博也『計画行政法』（学陽書房、1976年）131頁、大橋・前掲注(17) 186頁、岸本・前掲注(17) 北法 52 巻 5 号 209 頁、原田純孝他編『現代の都市法』（東京大学出版会、1995年）124 頁〔高橋寿一執筆部分〕、三木義一『受益者負担制度の法的研究』（信山社、1995年）133 頁参照。ドイツにおいては、“高権の切り売り（Verkauf von Hoheitsakten）”、“連結禁止原則（Koppelungsverbot）”との関係においてその法的許容性や限界づけが議論されている。

²⁴ 自治体によるゾーニングとは別に、それよりも長い歴史を有し、またアメリカにおいて近年急速に増加しつつある、私人による土地利用規制である制限的約款（restrictive covenant）については、西田幸介「アメリカにおけるゾーニングとカベナントの調整法理—土地利用規制の二重構造」龍谷 41 巻 1 号 1 頁、寺尾美子「アメリカにおける所有形式集合住宅の増加と多数派支配の問題—コンドミニアムを中心として」田中英夫先生還暦記念『英米法論集』（東京大学出版会、1987年）281 頁参照。

標準州ゾーニング授権法²⁵の起草を経て全米に広く普及した。

ゾーニングは多くの場合、カウンティ (county) や市 (city) 等の自治体 (local government)²⁶が、州から授権されたポリス・パワー²⁷の行使として、主としてゾーニング条例 (zoning ordinance) の形をとって行う。自治体は州から与えられた権限のみを行使できるのであり²⁸、それ以外の権限を行使することは権限踰越 (ultra vires) にあたる。

公的土地利用コントロールのために自治体に付与された権限には、ポリス・パワーによる規制に加えて、収用権 (eminent domain) がある。問題になるのは、両者の区別である。収用権の行使によって「収用」に該当する場合には合衆国憲法の収用条項に規定される「正当な補償」が必要とされるが²⁹、ポリス・パワーの行使による財産権規制の場合には補償を要しない。当時、揺籃期にあったゾーニング制度は果たして、補償の支払いを前提とする収用権の行使として成立するのか、それとも補償を要しないポリス・パワーの行使として成立するのか。この問題は、ゾーニング条例が各地で制定され、その合憲性や有効性が議論されるにしたがい重要な争点となる³⁰。そのような状況下で連邦最高裁の判断が示されたのが、次に紹介する Euclid 判決である。

(2) Euclid 判決—包括的土地利用規制の揺籃期

²⁵ STANDARD STATE ZONING ENABLING ACT: SZA (1924). なお、1926 年にはその改訂版が公表され、1928 年には標準計画授権法 (STANDARD CITY PLANNING ENABLING ACT: SPEA) が公表されている。

²⁶ 統一的な地方制度を有しないアメリカにおいて、地方自治体 (local government) の範疇に含まれる統治体とは何かということがその多様性と相俟って問題となるが、本稿では、土地利用規制を行う主体になりうる、カウンティ (county)、市 (city)、村 (village) 等を総称して“自治体”と呼ぶことにする。

²⁷ ポリス・パワーは合衆国憲法第 10 修正 (U.S. CONST. amend. X) によって各州に付与されている事項である。標準州ゾーニング授権法第 1 節 (STANDARD STATE ZONING ENABLING ACT, ch. 1) は、州の有するポリス・パワーのうち、土地利用規制に関する権限を自治体に付与することを確認的に示している。

²⁸ 州からの個別的授権によって自治体がゾーニング立法を行うことが認められている州もあれば、一般的授権により立法を行うことが認められている州もある。

²⁹ 合衆国憲法第 5 修正 (U.S. CONST. amend. V) の収用条項 (taking clause) である。第 5 修正の収用条項は連邦政府に宛てた人権保護規定であるが、同条項は、第 14 修正 (amend. XIV) のデュー・プロセス条項 (due process clause) を介して州にも適用される (See Chicago, B & Q. R. Co. v. City of Chicago, 166 U.S. 226 (1897))。

³⁰ See e.g., Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922). 同判決は、地表の建造物を害する陥没を起こすおそれのある危険な採掘を禁止する州法について、財産権はある程度までは規制されてよいが、規制が行き過ぎると収用となる、つまり、物理的な利用妨害がなくても財産権を規制して一定の土地利用を禁じていればその規制が収用に当たる場合があるとした点で、いわゆる「規制的収用」(regulatory taking) 理論の嚆矢となった。

Village of Euclid v. Ambler Realty Co. 判決³¹で取り上げられたのはまさに、当時急速に広がりつつあった新たな形態のゾーニング条例の適用に関するものであった。それは、建築物の高さ等を規制するのみの従前のゾーニングとは異なり、自治体全域をいくつかの地域に区分し、それぞれの地域毎に土地利用の種類（住居、商業、工業等）及び形態（建蔽率、容積率、建築物の種類、高度等）について包括的に制限を加えるものであった。本件において問題となったのは、住宅利用地域から工業的・商業的利用を排除する「累積型ゾーニング」(cumulative zoning) ³²である。

事案は、原告の不動産会社が、本件ゾーニング条例のために所有する土地が工業用途に使用できなくなったとしてオハイオ州の Euclid 村を訴えたものである。原告の主張は、本件ゾーニング条例が、合衆国憲法第 14 修正の定めるデュー・プロセスを欠いた自由と財産の剥奪であり違憲であるというものであった。なお、本件では、補償なき収用は直接の争点とはなっていない。

連邦最高裁は、本件ゾーニング条例を、どの地域においてどのような土地利用がニューサンス (nuisance) を構成するかを議会が判断しこれを排除する制度として位置づけ、本件ゾーニング条例をポリス・パワーによる規制として合憲であるとした³³。

この Euclid 判決によってゾーニングの合憲性が一般論として認められた意義は大きかったといえる。起草されてまもない標準州ゾーニング授權法は連邦最高裁のお墨付きを得ることとなり、以後、多くの州において標準州ゾーニング授權法と標準計画授權法をもとに州授權法が制定され、自治体が土地利用計画 (comprehensive plan; general plan; master plan) ³⁴を踏まえてゾーニング条例を制定し土地利用を規制することが可能となった³⁵。ここに、現在に至るまでの土地利用に関する法的枠組みの礎が築かれたのである。その意味において、Euclid 判決は包括的土地利用規制の原点とも言える判決でありその画期をなし

³¹ 272 U.S. 365 (1926).

³² これとは逆に、たとえば工業的・商業的利用地域から住宅利用を排除する土地利用規制を非累積型ゾーニング (uncumulative zoning) と呼ぶ。

³³ 判決は、「自己の者を使用するに、他人の者を害せざるごとくこれをなすべし」(*sic utere tuo ut alienum non laedas*) というニューサンス法理の一面をあらわした法諺を引用しながら、ポリス・パワーの行使が正当であるか否か、ゾーニングが有効であるか無効であるかは具体の状況や地域性を考慮して決定されるべきとの判断を示している。

³⁴ 「総合計画」、「包括的計画」、「一般的計画」等と訳されることがあるが、本稿では訳語として「土地利用計画」に統一する。

³⁵ See e.g., STANDARD STATE ZONING ENABLING ACT, ch. 3; CAL GOV' T CODE § 65860, 65587, 65910. See also Daniel J. Curtin, Jr., Jonathan D. Witten, *Windfalls, Wipeouts, Givings, and Takings in Dramatic Redevelopment Projects: Bargaining for Better Zoning on Density, Views, and Public Spaces*, 32 B. C. ENVTL. AFF. L. REV. 325, 331, 333 (2005); DAVID L. CALLIES, DANIEL J. CURTIN JR. & JULIE A. TAPPENDORF, *BARGAINING FOR DEVELOPMENT: A HANDBOOK ON DEVELOPMENT AGREEMENTS, ANNEXATION AGREEMENTS, LAND DEVELOPMENT CONDITIONS, VESTED RIGHTS, AND THE PROVISION OF PUBLIC FACILITIES* 41, 2003.

た判決といえる³⁶。

本稿の主題との関連から同判決について以下の二つの点を付言する。ひとつは、同判決においてゾーニングが州から自治体に授権されたポリス・パワーの正当な行使であると判示されたとはいえ、何が「ポリス・パワー」に当たるのか、つまり、どのような場合に「ポリス・パワー」の正当な行使を超えた補償を要する収用となるかについては個々の状況に応じて判断される必要性が残されているということである³⁷。連邦最高裁は1930年代以降、一旦、ゾーニングの憲法適合性を判断することを差し控えるが、その後、特に1970年代後半以降を中心に、いかなる場合に収用に該当するかという問題は「規制による収用」(regulatory taking)の成否の問題として争われていくことになる³⁸。

もうひとつ留意すべき点は、同判決の出された時期が革新主義(Progressivism)の時代

³⁶ Euclid 判決から75年が経過した2001年にはそれを記念したシンポジウムが開催されている。シンポジウムの記録(51 CASE W. RES. (2001))にはCallies & Tappendorf, *supra* note 10の他、以下の論稿が収められている。Emery G. Lee III, *Symposium on the Seventy-Fifth Anniversary of Village of Euclid v. Ambler Realty Co.: Introduction*; Richard H. Chused, *Euclid's Historical Imagery*; (Dean) Gerald Korngold, *The Emergence of Private Land Use Controls in Large-Scale Subdivisions: The Companion Story to Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*; Melvyn R. Durchslag, *Village of Euclid v. Ambler Realty Co., Seventy-Five Years Later: This Is Not Your Father's Zoning Ordinance*; William T. Bogart, *"Trading Places": The Role of Zoning in Promoting and Discouraging Intrametropolitan Trade*.

³⁷ 具体の適用場面においてゾーニングの違憲性が示された事案として、*Nectow v. City of Cambridge*, 277 U.S. 183 (1928)。

³⁸ See e.g., *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978); *Agins v. Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980); *San Diego Gas & Elec. Co. v. San Diego*, 450 U.S. 621 (1981); *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982)。ポリス・パワーによる規制と収用の区別についての判例や学説による諸標準につき、1970年代までの議論については、高橋一修「アメリカにおける都市環境の保護と財産権—グランド・セントラル・ターミナル判決(1978)の法の背景」田中英夫編集代表『英米法の諸相』(東京大学出版会、1980年)339頁、藤倉皓一郎「アメリカにおける史蹟保護と『移転できる財産権』(Transferable Development Right)—グランド・セントラル駅開発をめぐる連邦最高裁判所判決の紹介」同志社法学31巻56号41頁、米沢広一「土地所有権の規制—財産権とポリス・パワー(一)～(三・完)」法叢107巻4号26頁、108巻1号28頁、3号26頁参照。80年代以降については、飯田稔「土地利用規制と逆収用—規制的収用に対する司法的救済をめぐる」法学新報98巻3・4号155頁、下村誠「損失補償要否基準における『経済的に有用な利用(economically beneficial use)』概念に関する一考察—アメリカの土地利用規制に関する裁判例を中心として」関法53巻3号82頁、玉巻弘光「アメリカの土地利用規制と損失補償要否の判定基準」東海法学14号168頁、中嶋章浩「アメリカ合衆国裁判例にみる土地利用規制と財産権の保障」本郷法政紀要7号2頁、中村孝一郎『アメリカにおける公用収用と財産権』(大阪大学出版会、2009年)72頁以下、福永実「アメリカにおける土地利用規制と財産権保障(一)(二・完)」早稲田政治公法研究70号477頁、71号277頁、由喜門真治「アメリカの土地利用規制と損失補償(一)～(三・完)—合衆国最高裁判例に基づく日米比較」民商107巻3号80頁、4・5号204頁、6号48頁参照。また憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998年)278-294頁も参照。

と重なることである³⁹。革新主義は、自治体においても企業組織と同様の効率性を強調するものであり、そこでは土地利用規制やその前提となる計画において重要な役割を果たす専門的知見への強い信頼がある一方、公衆の参加や関与の必要性が顧みられることはなかった⁴⁰。Euclid 判決は、土地利用の決定に際して自治体の裁量が広範であることを示したが、このことは後に自治体が規制を”取引”することを可能にする土壌を形成する⁴¹。

(3) 土地利用規制における多様な法技術の導入

その後、不動産開発の大規模化、郊外における開発の活性化等を背景として、土地利用規制の形態は多様さの度合いを増していく。

用途規制の細分化、工業的利用地域から住宅利用を排除する非累積型ゾーニング (uncumulative zoning)、規制が適用される地域をあらかじめ特定しない浮動型ゾーニング (floating zoning)、異なる用途を計画的に一つの空間の中に配置する計画的一体開発 (planned unit developments: PUD)、公開空地など公共性のあるアメニティの提供を容積率規制の緩和等によって誘発するインセンティブ・ゾーニング (incentive zoning)、移転可能な開発権制度 (transferable development right: TDR) など、従来の包括的で固定的なゾーニングにはない、個別的で柔軟性のあるさまざまな法技術が導入される⁴²。

この時期にあらわれた新たな規制手法の中でとりわけ目を引くのは、条件付きゾーニング (conditional zoning) である。これは開発を計画する者がゾーニングの変更を求めるに際して、自治体がこれを認めた上で開発の負の影響を緩和する措置を別途講ずるというものである。つまり、開発者が特別の制限に服することを条件に認められるゾーニング変更である。この場合、自治体は必ずしもゾーニング変更を行う義務を負っておらず、開発者が義務を引き受けるにすぎないため、このようなゾーニングは有効であると考えられて

³⁹ See e.g., Charles M. Haar, Michael Allan Wolf, *Euclid Lives: The Survival of Progressive Jurisprudence*, 115 HARV. L. REV. 2158 (2002); Eric R. Claeys, *Euclid Lives? The Uneasy Legacy of Progressivism in Zoning*, 73 FORDHAM L. REV. 731 (2004).

⁴⁰ Selmi, *supra* note 10, at 599-600.

⁴¹ なお、ゾーニング制度の胎動期であるこの時期は、連邦最高裁がデュー・プロセス条項の名の下に、議会による財産権に対する干渉を排除しようとする傾向が顕著であった時期でもある（実体的デュー・プロセス (substantive due process) 理論）。そのような観点からみても、Euclid 判決において土地利用の自由に対する制限が是認されたことは、当時の連邦最高裁の保守的傾向と併せて興味深い事実である。

⁴² この時期における土地利用規制の法技術の変遷と展開について、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障（一）～（五・完）」法協 100 巻 2 号 270 頁、10 号 1735 頁、101 巻 1 号 64 頁、2 号 270 頁、3 号 357 頁。画一的・硬直的と言われた”ユークリッド型ゾーニング” (Euclidian zoning) に対して、個別性と柔軟性に富み、マイナスの価値（害悪）の排除からプラスの価値（便益）の創造を目指した”非ユークリッド型ゾーニング” (non-Euclidian zoning) の展開を論じる（「同（二）」法協 100 巻 10 号 3 頁）。

きた。その反面、開発者にとってはゾーニング変更の確約がないため魅力に欠ける⁴³。一方、条件付ゾーニングと類似し、自治体の側も立法権を行使してゾーニング変更の義務を負う「契約ゾーニング」(contract zoning)は無効の可能性が高いと考えられてきた。このようなゾーニング変更は、自治体が自らのポリス・パワーを契約によって売り渡すことを意味するからである。

土地利用における公私の主体間の取引には多くの利点があるといわれる。包括的土地利用規制と比較した、個別的な交渉・取引による規制の利点は、対象となる土地や開発計画の特性、土地利用に与える影響を考慮しながら開発許可・建築許可の可否を個別的に決定することができる点にある⁴⁴。交渉に基づいて土地利用に求められるものを個別的に決定することは、同種の土地を平等に扱う包括的規制よりも効率性の点において優ると考えられるのである⁴⁵。

またこの時期に各州において定められた諸種の環境規制も重要な背景をなしていると考えられる。土地利用規制において多様な目的が追求されるようになると、目的相互の間でコンフリクトが生ずる（もっとも単純な例では、都市利用の高度化対環境保護など）。自治体は提案された開発計画を審査するに際して個々の事情を勘案し承認に条件を付さざるを得ず、その妥協のプロセスは、提案された開発計画の変更という形で開発者との交渉をもたらすことになったと指摘される⁴⁶。

こうして、個別的で柔軟な土地利用規制の出現によって、画一性・固定性を基調とする従前の土地利用規制に徐々に風穴が明けられていくことになる。

（４） 既得権の法理

ところで、アメリカにおいて開発プロセスは、開発者の“夢”からはじまるといわれる

⁴³ Steven P. Frank, *Note, Yes in My Backyard: Developers, Government and Communities Working Together Through Development Agreements and Community Benefit Agreements*, 42 IND. L. REV. 227, 238, 239 (2009) は、このような限界を有する条件付ゾーニングに替わるものが、州授權法に根拠を置く開発負担協定であるとする。

⁴⁴ Judith Welch Wegner, *Moving Toward the Bargaining Table: Contract Zoning, Development Agreements, and the Theoretical Foundations of Government Land Use Deals*, 65 N.C. L. REV. 957, 960 (1987).

⁴⁵ なお、1970年代から土地利用分野においても「資源配分の効率性」に価値を置く考え方に立つ政策論が見られるようになる。See e.g., Robert C. Ellickson, *Alternative to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 U. CHI. L. REV. 681 (1973). 比較的最近のもので、クラブレジラによる所有権ルールと損害賠償ルールの理論を手がかりに新たな規制枠組みを提唱するものとして、LEE ANNE FENNELL, *THE UNBOUNDED HOME: PROPERTY VALUES BEYOND PROPERTY LINES*, 2009 がある（同書の紹介として、田尾亮介「学界展望 財政法」国家 124 巻 9=10 号 119 頁）。

⁴⁶ Selmi, *supra* note 10, at 602-604.

ことがある⁴⁷。

その意味するところは、ゾーニングにおける自治体の広範な裁量のために、自治体は開発の途中段階において開発者が予定していた土地利用を封ずるゾーニング条例を制定することが少なくなく、開発者は、当初は可能とされていた開発への投資がその途中段階で無に帰するというリスクを負っているということである⁴⁸。とりわけ大規模開発の場合は、自治体からの開発許可に先行して開発に係る諸々の投資が行われているのが通常であり、ゾーニングの突然の変更は、開発者に多大な損害をもたらす可能性がある。開発には「不確実性」(uncertainty) が伴うといわれる所以である⁴⁹。

「既得権の法理 (vested rights doctrine)」は、当初の規制に後続して行われる可能性のあるゾーニングの変更から開発者の投資を保護するために編み出された法理である。同法理に基づくと、自治体は、開発プロセスのある時点において開発計画の完遂を妨げ開発者による投資の回収を困難にさせるようなゾーニングの変更を行うことが禁止される。自治体は、「収用」に該当するとして補償を行う場合を除いて、開発に介入することは認められない。これは、禁反言 (equitable estoppel) の原則に基礎を置く考え方である⁵⁰。

既得権は立法によって認められている州もあれば、判例によって認められている州もある。大別するとそれらのルールには、早い段階において既得権を認めるルール (early vesting rule) と遅い段階において既得権を認めるルール (late vesting rule) がある。開発者にとって不利に作用するのは後者である⁵¹。

既得権の法理に関して注目すべき判断が示されたのが、カリフォルニア州における *Avco Community Developers, Inc. v. South Coast Regional Commission* 判決 (1976 年)⁵²である。

事案は、長期にわたる多段階型の開発 (multi-staged large-scale developments) に関するものであったが、開発者である原告は当時自治体の許可を得てカウンティでの宅地開発と設計に多額の費用を投入していた。宅地の切盛りはすでに開始されていたが、当時新設された州沿岸委員会は、原告は開発の「既得権」を有しているわけではなく同委員会の審査を受ける必要があるとして原告の開発許可申請に対して不許可決定を出した。それを不服として原告が訴訟を提起したのが本件である。州最高裁判所は、委員会による開発不許可決定を支持し、開発者は開発許可を得て十分な投資を行って初めて開発の既得権を得ることができ、本件原告は既得権を得るまでには至っていないとした。つまり、開発計画を完遂する権利はその時点では開発者には付与されていないと判断した。

⁴⁷ Brad K. Schwartz, *Development Agreements: Contracting for Vested Rights*, 28 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 719, 719 (2001).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* at 720.

⁵⁰ *Id.* at 722.

⁵¹ 各州及び州裁判所判例において採用されている既得権付与ルールについて、*id.* at 723.

⁵² 553 P.2d 546 (Cal. 1976).

Avco 判決は、カリフォルニア州における開発負担協定授權法制定の一つの契機になったと考えられる。なぜなら、同判決は、開発の段階における遅い時点での既得権を承認したために、開発者は開発の最終段階において自治体の政策変更のリスクに晒されることになったからである。既得権の法理も、また禁反言の原則も開発者にとっては投資の保護としては不十分であると認識された⁵³。そこで、開発者にとっては、自治体との間で早期に既得権について同意し契約で執行することが有利であると考えられた。開発負担協定は、開発者の側が開発の既得権を得て開発プロセスに内在する不確実性に対処する手立てになると考えられたのである。

(5) 開発負担協定の先駆け—Nollan 判決前夜の一部先行州の対応

各州の開発負担協定授權法 (development agreement legislation; development agreement enabling statute) 制定の嚆矢となったのは、カリフォルニア州法 (1979 年) である。前述のとおり、これは Avco 判決を受けたものである。同州に続いて授權法が制定されたのはハワイ州である。これも州最高裁判所判決⁵⁴を受けた対応である。いずれの州においても、州が厳格で遅い既得権付与ルールを採用し、開発の最終段階になってはじめて既得権を認め、複雑で多くの段階を経る開発計画における開発者の期待を損なっていたところに、各州最高裁がこうしたルールを是認し、それらの判決の影響を緩和するべく授權法が制定されたという経緯がある。

カリフォルニア州において授權法が制定された 1979 年から、後に紹介する Nollan 判決が出る 1987 年までに、カリフォルニア州とハワイ州を含めて四つの州において授權法が制定されている⁵⁵。これらの授權法の内容は州によってさまざまであるが、いくつかの共通点が見られる。

その一つは、協定が、自治体が策定する土地利用計画と適合 (in accordance with) したものでなければならないとする規定である⁵⁶。土地利用計画は、自治体の土地利用政策を

⁵³ Wegner, *supra* note 44, at 1007.

⁵⁴ County of Kauai v. Pacific Standard Life Insurance Co., 653 P.2d 766 (1982). 同事案における開発者は開発に必要なすべての許可を得ていたにもかかわらず、ハワイ州最高裁判所は、既得権については所有者が政府の規制によっても奪うことのできない真の所有権を有しているかが問題であるとして、開発計画の停止を求めた住民投票の有効性を認めた。

⁵⁵ California (1979): CAL. GOV' T CODE § 65864-65869.5; Florida (1986): FLA. STAT. ANN. § 163.3220-43; Hawaii (1985): HAW. REV. STAT. § 46-121 to 46-132; Nevada (1985): NEV. REV. STAT. § 278.010-207. これら四つの州においては後に言及する Nollan 判決、Dolan 判決以前に立法化されていたことから、両判決が確立した規制的収用に関するルールを盛り込んでいないことに留意する必要がある。この時期におけるカリフォルニア州、ハワイ州、ネバダ州、フロリダ州のそれぞれの開発負担協定授權法の内容について、Wegner, *supra* note 44, at 995-999.

⁵⁶ See e.g., CAL. GOV' T CODE § 65867.5; HAW. REV. STAT. § 46-129. See CALLIES, CURTIN JR.

定める上での指針であり、議会がゾーニング条例を草する際のガイドラインとなっていることが多い⁵⁷。土地利用計画の策定には土地利用に関する自治体の合理的決定を担保する機能があり、開発負担協定においてもその重要性は失われていない。

他方、各州の授権法の間には重要な相違点も見られる。その一つは、協定が立法的行為（legislative act）であるのか、それとも行政的行為（administrative act）であるのかという協定の性格づけにかかわるものである⁵⁸。この点に関して、カリフォルニア州とハワイ州は好対照をなしている⁵⁹。

カリフォルニア州においては、協定は立法的行為と解されている。そのため、協定を締結した後の住民投票（referendum）によって協定の効力が覆される可能性が残っている。換言すると、住民投票の期間が終了するまでは開発負担協定のもとで開発者に開発権が付与されたことにはならない。他方ハワイ州においては、協定は行政的行為と解されている。この場合、授権法は住民投票による協定破棄の可能性をあらかじめ排除していることになる⁶⁰。

このように、立法的行為であるのか、行政的行為であるのかの相違は協定の承認の手段と対応しており比較的明確である⁶¹。これに対して、議論になりうるのは、協定が規制的存在であるか、それとも契約的存在であるかという協定の性格づけに関するもう一つの問題である。協定は、一方で旧来のゾーニングによる規制的存在を内包させながら⁶²、他方で契約的存在側面をも有している。契約的存在側面が強調されるなら、このような取決めによって土地利用規制を一定期間凍結することは、契約による政府の規制権限の” 売り渡し” あるいは” 放棄” にあたり許されないとする議論もありうる（Ⅲ－１）。

2 契機

& TAPPENDORF, *supra* note 35, at 103-104; Curtin & Witten, *supra* note 35, at 345.

⁵⁷ See, e.g., Comprehensive Plan, in ZONING AND LAND USE CONTROLS ch.37, at 4 (2000).

⁵⁸ ゾーニングの制定や変更は立法的行為であるのに対して、特定の事案に一般的基準を適用する（特別許可や条件付許可など）のが行政的行為である。

⁵⁹ Wegner, *supra* note 44, at 1013-1014; Shelby D. Green, *Development Agreements: Bargained-For Zoning that Is Neither Illegal Contract nor Conditional Zoning*, 33 CAP. U. L. REV. 1, 12 (2004)

⁶⁰ ハワイ州法は、公聴会（public hearing）の開催を経るまで協定が締結されることはないとする（Haw. Rev. Stat. § 46-128）。ハワイ州法について、Kenneth R. Kupchak, Gregory W. Kugle & Robert H. Thomas, *Arrow of Time: Vested Rights, Zoning Estoppel, and Development Agreements in Hawaii*, 27 U. HAW. L. REV. 17, 59 (2004).

⁶¹ 協定が立法的行為であるか、それとも行政的行為であるかの相違は、①住民投票により協定の効力が覆る可能性の存否に対応するのみならず、②（後述する）Nollan 判決と Dolan 判決におけるデュー・プロセス違反に対する「高度な合理性審査基準」（heightened judicial scrutiny）は行政的行為にのみ適用される、③（後述する）契約条項によって、自治体による契約の毀損から保護されるのは自治体の行政的行為に対してのみである、という相違にも対応する。See Schwartz, *supra* note 47, at 743.

⁶² See Wegner, *supra* note 44, at 1000.

(1) 開発負担の諸類型

自治体が開発者に課す開発負担 (development exactions) と呼ばれるものには大別すると、以下のような類型がある⁶³。「用地の提供」(dedication)、「代替的負担金 (in-lieu fees; fee in-lieu of dedication)」、「開発負担金 (impact fee)」、「リンケージ (linkage)」等である。これらの開発負担は、宅地開発規制 (subdivision control)、ゾーニング変更 (rezoning)、土地利用計画の策定・修正、建築許可 (building permit) 等の条件として課される。以前は、「特権理論」や「任意性理論」によって説明されてきたが、現在は、ポリス・パワーの行使に基づくものと考えられている。

上記の開発負担は、それが開発地内の公共施設の整備費用に充てられる開発負担 (on-site exactions) と、開発地からは離れた地域の整備費用に充てられる開発負担 (off-site exactions) に分類することも可能である⁶⁴。前者は比較的問題が少なく、多くの裁判所は支持している。これは開発計画と求められる地域環境の改善との間に直接的な結びつきがあり、開発計画自体が、公共施設の需要を引き起こしていることは明白といえるからである。

問題が多いのは、後者の開発地からは離れた地域の整備費用に充てられる開発負担である。物理的な用地提供よりも金銭的な開発負担である開発負担金が多用されるにしたがって⁶⁵、開発負担と開発による影響との間の結びつきに関して、これをいかに説明し正当化していくかが課題となっていく⁶⁶。

(2) Nollan 判決と Dolan 判決

1970 年代から 1980 年代にかけては、自治体が財政上の制約に直面した時期である。従前は、都市部への人口集中に伴う公共施設の需要の増大に対しては、連邦および州からの交付金や地方債によってその財源が賄われていた。しかし、70 年代に入ると状況は変化する。

⁶³ アメリカにおける開発負担の諸類型を説明した邦語文献として、碓井・前掲注(7)成田頼明先生横浜国立大学退官記念 263 頁、阿部＝由喜門・前掲注(11)4 頁、伊川・前掲注(11)5 頁。最近の動向として、Ronald H. Rosenberg, *The Changing Culture of American Land Use Regulation: Paying for Growth with Impact Fees*, 59 SMU. L. REV. 177, 204 (2006); Mark Fenster, *Regulating Land Use in a Constitutional Shadow: The Institutional Contexts of Exactions*, 58 Hastings L.J. 729, 733 (2007).

⁶⁴ Michael H. Crew, *Development Agreements After Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U. S. 825 (1987), 22 URB. LAW. 23, 24 (1990).

⁶⁵ Rosenberg, *supra* note 63, at 203.

⁶⁶ 「相当関係基準」(reasonable relationship test)、「合理的連関基準」(rational nexus test)、「唯一かつ限定的基準」(uniquely and specifically attributable standard) 等の、開発負担への司法審査の判断枠組みについては、Crew, *supra* note 64, at 26-27; Fenster, *supra* note 63, at 741.

連邦および州予算の削減により交付金は削減され、またいわゆる「納税者の反乱」により地方税率の引上げも困難になった。多くの自治体はこのような制約から、開発許可申請に対して厳格な審査を行うようになり、仮に開発許可を出すとしても、開発許可と引き換えに公園等の用地の提供を要求するようになった。その状況下であられたのが、冒頭に紹介した *Nollan v. California Coastal Commission* 判決と *Dolan v. City of Tigard* 判決である。

Nollan 判決（1987 年）は、原告である土地所有者が、浜辺にある家屋の建て直しの許可条件（permit condition）として、公衆による浜辺への通行を可能とする地役権の設定を求められた事案である⁶⁷。州沿岸委員会⁶⁸は、浜辺の眺望を可能にしておくことが公衆による浜辺の利用を促進すると主張した。連邦最高裁は、土地利用規制（条例）は正当な州の利益を実質的に促進し（substantially advances legitimate state interests）、所有者に経済的に有用な土地利用を否定しない（does not deny an owner economically viable use of his land）のであれば収用にあたらないとする基準⁶⁹を確認した上で、規制が正当な州の利益を増進するか否かを厳格に審査する必要があるとした。そこでさらに議論を進め、開発許可に伴う開発負担や条件は当該開発による影響との間に「不可欠な連関」（essential nexus）が存在しなければならないが⁷⁰、本件においてそのような関係は認められず、合衆国憲法第 5 修正の収用条項に違反すると判断した⁷¹。*Nollan* 判決は、開発負担と開発により予想される影響との間の具体的な結びつきの程度については触れていない。この問題は次に紹介する *Dolan* 判決によって扱われることになる。

Dolan 判決（1994 年）は、店舗の拡張申請の許可条件として、公衆の利用に供する芝生

⁶⁷ 483 U.S. 825 (1987).

⁶⁸ カリフォルニア州では、1972 年のプロポジション 20 (Proposition 20) によるカリフォルニア沿岸域保全法 (California Coastal Zone Conservation Act, 1972) の制定により、新設の州沿岸委員会が開発許可の権限を有していた。その経緯については、畠山武道『アメリカの環境保護法』（北海道大学図書刊行会、1992 年）199 頁以下が詳しい。

⁶⁹ この基準は、*Agins v. City of Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980) において確立されたものである。*Agins* 判決においては、前段の「正当な州の利益の実質的促進」テストは *Nectow v. City of Cambridge*, 277 U.S. 183 (1928) を引き、後段の「経済的に有用な土地利用」テストについては *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104 (1978) を引用している。*Agins* 判決自体は、原告が行政上の救済手段を尽くしておらず司法審査に熟していないとして、原告の主張を退けている。

⁷⁰ *Nollan* 判決と同年に出された、*Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 (1987) と *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987) は、*Nollan* 判決と併せて、規制収用の「三部作」(trilogy) と呼ばれる。*First English Evangelical Lutheran Church of Glendale* 判決は規制が一時的であっても補償を要する「一時的収用」の成立を認めている。

⁷¹ 判決は、許可条件が開発禁止と同程度に公的な目的 (governmental purpose) に仕えることがなければ、当該建築規制は有効な土地利用規制とは言えず、それどころか「徹底した強奪」(an out-and-out plan of extortion) になると判示している。See 483 U.S. 825, at 837.

地帯の設置と歩道・自動車道のための土地提供が求められた事案である⁷²。原告が市に建築許可を求めたところ、市の都市計画委員会は許可に際して上記条件を付した。その条件は、市のコミュニティ開発規則に基づくものであった。判決は、先の Nollan 判決に従って、正当な州の利益の実質的促進と許可条件との間に不可欠な連関があったか否かを審査しそれを肯認しながらも、開発負担（条件）と開発による影響との間には「大まかな比例性」（rough proportionality）⁷³が求められ、本件においてはその規制や条件の度合いの点において許容された程度をこえているとして収用条項に違反するとした⁷⁴。

Nollan 判決と Dolan 判決を要約すると、連邦最高裁は、収用か否かを判断するに際して、自治体によって課される条件が満たすべき以下の三つの基準を確立したことになる。すなわち、①正当な州の利益が実質的に促進される、②規制目的と開発負担との間に「不可欠の連関」（essential nexus）がある、③開発負担（条件）と開発によって新たに創出される需要との間に「大まかな比例性」（rough proportionality）がある、という三つの基準である。そして、これらの基準をみたしていることの挙証責任を自治体側に課したのである。

両判決の射程に関しては多くの観点から議論することが可能である。その一つとして、両判決の収用該当性の判断基準である「連関」（nexus）と「比例性」（proportionality）の要件（いわゆる「高度な合理性審査基準」（heightened scrutiny standards））は、Nollan 判決と Dolan 判決におけるような、公共目的の土地提供を求める開発負担にのみ適用されるのか、それとも、開発負担金などの金銭的な開発負担（monetary exactions）にも拡張適用されるのかという点が挙げられる⁷⁵。またそれらの前提をなす「正当な州の利益の実

⁷² 512 U.S. 374 (1994).

⁷³ これは通常の合理性審査基準よりも厳格な基準でテストするという意味である。

⁷⁴ Dolan 判決に対しては、ロクナー主義（Lochnerism）に陥っているとの批判がある。See 512 U.S. 374, at 406-407 (Stevens, J., dissenting). ロクナー主義とは、20 世紀前半（特に 1905 年～1937 年）に連邦最高裁が自由放任主義を基調として実体的デュー・プロセス理論によりさまざまな社会経済立法を憲法違反と判断し、たびたび連邦議会および州議会とたびたび対立したことに由来する。その由来となった *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) は長く毀誉褒貶の対象とされてきたが、同判決の今日的意義については、松井茂記『アメリカ憲法入門 [第 7 版]』（有斐閣、2012 年）368-369 頁、木南敦「ロックナー判決における自律と自立（一）（二・完）」民商 146 巻 1 号 1 頁、2 号 1 頁参照（とくに「同（二）」149 頁以下）。

⁷⁵ 高度な審査基準（heightened scrutiny standard）を用地提供の事案のみならず物理的侵害を伴わない金銭的な開発負担の事案にも拡張した例として、*Ehrlich v. City of Culver City*, 911 P.2d 429 (Cal. 1996). 同判決は開発負担金に関するものであるが、条例に基づく開発負担金はポリス・パワーの正当な行使の範疇におさまっており、Nollan 判決と Dolan 判決において示された高度な合理性審査基準に服することはないが、当該開発負担金が準司法的に（adjudicatively）個々の土地所有者に課されるのであれば、両判決の高度な合理性審査基準の適用があるとした。これに対して、*City of Monterey v. Del Monte Dunes at Monterey, Ltd.*, 526 U.S. 687 (1999) は、Nollan 判決や Dolan 判決において示された高度な合理性審査基準、とりわけ「大まかな比例性」テストは、地役権設定のような物理

質的促進」テストが規制的収用の成否を判断するテストとしてどこまでの射程を有しているかについても両判決が積み残した重要な検討課題である⁷⁶。

Nollan 判決と Dolan 判決の影響に関して言えることは、両判決以降、多くの州において開発許可の際の自治体が課す条件に一定の制約があることを明文化するなど、開発者への配慮を窺わせる規定が見られるようになることである⁷⁷。これ自体、Nollan 判決と Dolan 判決の重要な帰結である⁷⁸。

しかしそれは裏を返せば、自治体が公共施設の整備負担の費用を開発者に一方的に転嫁することが困難になったことを意味する。そのような中で次第に、開発者との交渉によって公共施設整備等の公的便益 (public benefit) を開発者から引き出し、両判決が課した制約を迂回する手段が試みられるようになる⁷⁹。なかでも、開発負担協定はその” 任意的” 性格ゆえに、両判決が課した制約からは自由であると考えられたのである。また、協定に

的占有を伴う開発負担を課す事例にのみ適用され、それ以外の実開発負担には適用されないとした。学説の状況については、Nolan 判決と Dolan 判決がそれぞれ出された直後においては、両判決が示した基準を他の開発負担の類型に適用することに否定的な学説が存在したが (See e.g., Frank Michelman, *Takings*, 1987, 88 COLUM. L. REV. 1600, 1607-09 (1988); Robert H. Freilich & David W. Bushek, *Thou Shalt Not Take Title Without Adequate Planning: The Takings Equation After Dolan v. City of Tigard*, 27 URB. LAW. 187, 201-203 (1995))、最近では、両判決の基準を金銭的開発負担や立法による開発負担 (legislative exactions) にも拡張することを唱える見解が見られる (See e.g., J. David Breemer, *The Evolution of the “Essential Nexus” : How State and Federal Courts Have Applied Nollan and Dolan and Where They Should Go from Here*, 59 WASH. & LEE L. REV. 373, 397, 401 (2002); Carlos A. Ball & Laurie Reynolds, *Exactions and Burden Distribution in Takings Law*, 47 WM. & MARY L. REV. 1513, 1569-70 (2006))。

⁷⁶ Lingle v. Chevron, 544 U.S. 528 (2005) は、Nollan 判決と Dolan 判決の射程に関して重要な判断を示している。事案は、ガソリン小売価格の寡占状態への配慮から、ハワイ州議会が、ガソリン元売り業者がガソリンスタンドを貸し出す際の賃貸料に上限を設ける法律を制定したため、ガソリン元売り業者大手がこれを違憲の収用に当たるとして差止めを求めたものである。連邦最高裁は、「正当な州の利益の実質的促進」テストは収用の成否を決する基準としては採用し得ないとした。この Lingle 判決が、Nollan 判決と Dolan 判決の射程に関して有する意義について下記の文献を参照。Lauren Reznick, *Note, The Death of Nollan and Dolan? Challenging the Constitutionality of Monetary Exactions in the Wake of Lingle v. Chevron*, 87 B.U.L. REV. 725, 748 (2007); Fenster, *supra* note 63, 758. 中村・前掲注(38)167 頁は、Lingle 判決の事案を、Nollan 判決や Dolan 判決の事案からは区別しうる議論について詳細な分析を行う。

⁷⁷ See Selmi, *supra* note 10, at 624; Fenster, *supra* note 63, at 762.

⁷⁸ 自由主義的立場に立つ論者からは、自治体間の競争的環境により過度の開発負担は抑制されるのであり、Nollan 判決が示した基準に基づく司法審査はそもそも不要であるとする立論がある。See e.g., Vicki Been, *“Exit” as a Constraint on Land Use Exactions: Rethinking the Unconstitutional Conditions Doctrine*, 91 COLUM. L. REV. 473, 478 (1991); Christopher Serkin, *Local Property Law: Adjusting the Scale of Property Protection*, 107 COLUM. L. REV. 883, 884-85 (2007).

⁷⁹ Selmi, *supra* note 10, at 607.

より土地利用規制が一定期間変更されないことは開発者の利益にも適うものであった⁸⁰。この時期以降、各州において開発負担協定の授權法が相次いで制定されていくことになる⁸¹。

Nollan 判決と Dolan 判決によって確立された規制的収用の成否に関するテストの射程に関して残されたもう一つの課題は、こうして州の授權法に根拠をおくこととなった協定に基づいて課される負担や条件にもそれらのテストが適用されるか否かということになるろう（後掲Ⅲ—2）。

3 潮流

諸外国における近時の動向と同様に、アメリカにおいても近年、公的主体と私的主体が連携して公的問題の解決にあたること（主体の協働）、または、そのための法技術として従来、公法的に決定されていた仕組みの中に私法的仕組みが導入される法現象は顕著に見られる（規範面の協働）。このような現象は行政法分野においては許認可や規則制定手続、法執行過程の場面において広範に見られ、New Governance 論または Collaborative Governance 論の枠組みのなかで議論される⁸²。

アメリカにおける New Governance 論とは、論者によりさまざまな形で論ぜられるが、公共の統治における多様な革新的手法の集合体である点では一致をみている⁸³。そこでは、従来型の規制に伴う問題を解決するための代替的手法として、公的主体と私的主体が、明示のあるいは黙示の「合意」によって結びつき、分散化された決定過程を通じて公益の実現

⁸⁰ Wegner, *supra* note 44, at 1038 は、Nollan 判決が出される直前に公表された論稿であるが、私人の開発への期待と公益とのバランスを図る観点から、規制と契約の両方の性格を併有する条件付ゾーニングや開発負担協定を用いた、公私の主体間による”取引”の有用性を説いていた。

⁸¹ 現在、少なくとも以下の 13 州において開発負担協定授權法が制定されている。ARIZ. REV. STAT. ANN. § 9-500.05 ; CAL. GOV'T CODE § 65864; COLO. REV. STAT. § 24-68-101; FLA. STAT. ANN. § 163.3220; HAW. REV. STAT. ANN. § 46-121; LA. REV. STAT. ANN. § 33:4780.22; MD. CODE ANN. Art. 66B, § 13-01 (2002); MINN. STAT. ANN. § 462.358; NEV. REV. STAT. ANN. § 278.0201; N. J. STAT. ANN. § 40:55D-45.2; OR. REV. STAT. ANN. § 94.504 (2001); VA. CODE ANN. § 15.2-2303.1; WASH. REV. CODE ANN. § 36.70B.170 . 各州法の内容を整理、概観するものとして、Shelby D. Green, *Development Agreements: Bargained-For Zoning that Is Neither Illegal Contract nor Conditional Zoning*, 33 CAP. U. L. REV. 1, 9-14 (2004); Schwartz, *supra* note 47, at 729-732.

⁸² Lisa Blomgren Bingham, *The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance*, 2010 WIS. L. REV. 297, 300 (2010) は、New Governance 論と Collaborative Governance の異同を論じている。

⁸³ See e.g., Bradley C. Karkkainen, *Reply: "New Governance" in Legal Thought and in the World: Some Splitting as Antidote to Overzealous Lumping*, 89 MINN. L. REV. 471, 472 (2004); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543, 548 (2000).

が図られることが志向される⁸⁴。

この点、自治体レベルにおける、しかも土地利用分野における近年の変化を象徴する開発負担協定は、上記の New Governance 論と以下の諸点において共通した特徴を有している⁸⁵。

まず、いずれにおいても、従来の命令統制型規制 (command-and-control regulation) に代替する手法として契約型手法があらわれてきていることである。それにより、従来の公的主体 (自治体) と私的主体 (開発者) との間の階層的関係 (hierarchical regulatory relationship) には変化がもたらされる⁸⁶。また、契約的手法の利用目的の観点からみても、両者は、規制と公共サービス提供の両面において効率性を追求する点で共通性を有する⁸⁷。さらに、契約的手法の利用は、「交渉」とその帰結としての「合意」を意味し、その過程において、規制者 (自治体) の側は規制権限を部分的に放棄することがある一方、それと引き換えに、被規制者 (開発者) の側においては、法的なレベルでは必ずしも要求されていない義務へのコミットを求められることがある点も両者の共通する特徴として抽出することができる⁸⁸。

他方で、土地利用分野における契約的手法の利用は、それがもつぱら自治体レベルの事柄に属することを考えると、従来、主として連邦レベルの動向を中心に議論されてきた New Governance 論とは区別されるべき特徴を有している点にも留意する必要がある⁸⁹。

⁸⁴ 交渉による規則制定手続がその一例である。See e.g., Philip J. Harter, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, 71 GEO. L.J. 1, 63 (1982). もっとも、その成否については議論がある。批判的、懐疑的な見方として、William Funk, *Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, 46 DUKE L.J. 1351 (1997); Susan Rose-Ackerman, *Consensus Versus Incentives: A Skeptical Look at Regulatory Negotiation*, 43 DUKE L.J. 1206 (1994). 前者は、交渉による規則制定においては行政機関が単なる参加者に墮することを意味し、実際にも規則制定手続においてはわずか1割でしか用いられていないことを問題視する (at 1387-88)。後者は、規制をめぐってより基本的なレベルでの価値対立が存在する場合、当該規制が限られた資源の分配にかかわる場合、紛争解決の基礎に科学技術に関する知識が求められる場合等において交渉による規則制定は期待された成果を十分にあげられないとしてその有効性に疑問を投げ掛ける (at 1208-12)。

⁸⁵ 以下の議論の枠組みは、Selmi, *supra* note 10, at 595-596 に負う。

⁸⁶ より詳細な議論について、*id.* at 612-616.

⁸⁷ See also Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-27, 262, 386 (2005).

⁸⁸ この点は近時の環境規制分野における契約化の文脈でも議論される事柄である。See e.g., David A. Dana, *The New "Contractarian" Paradigm in Environmental Regulation*, 2000 U. ILL. L. REV. 35, 36 (2000).

⁸⁹ 以下の議論の枠組みは、Selmi, *supra* note 10, at 596-597 に負う。なお、Collaborative Governance 論の代表的論者のひとりである Jody Freeman は、自治体レベルの土地利用規制は公私の主体による取引に満ちており (開発負担協定はその一例に挙げられる)、それらに対してアドホックな判断を示す判例の集積が、連邦レベルの契約的規制 (contractual

すなわち、それぞれの議論の系譜からして、New Governance 論は少なくとも部分的には、アメリカ行政法においてその歴史的沿革から常に最大の関心事項の一つである、行政機関による活動の正当性（legitimacy）と効率性（effectiveness）への疑念から喚起された議論であるのに対して⁹⁰、自治体による土地利用規制に関しては正当性に関する同種の議論は必ずしも提起されない。ゾーニングの決定権限を有するのは自治体の立法機関であり、土地利用規制の決定者は選挙で選ばれた地方の公職であるといえるからである。また、New Governance 論が多数の利害関係者・集団の参加を通して公衆に開かれた政策決定過程を志向するのに対して⁹¹、土地利用規制における交渉過程は多数の利害関係者の参加というよりも排他的かつ双方向的（bilateral）な性格を有する。開発負担協定においてはそのような閉鎖的な関係をより一層強めざるを得ない。それゆえに、規制者（自治体）と被規制者（開発者）以外の利害関係者（たとえば、地域住民など）の参加やそれらの利益の適切な包摂をいかに図るかが重要な課題となって浮かび上がってくるのである（後掲Ⅲ—3）⁹²。

Ⅲ 考察

かつては、契約ゾーニングがまさにそうであったように、政府（自治体）と私人（開発者、土地所有者等）の間の双方向的な交渉や取引、契約・協定的手法は、それが政府の規制権限を”売り渡す”ないしは”放棄”することを意味する場合には無効になるとして、その利用は限定されていた。州の授權法を根拠に締結される開発負担協定においても、以下に述べるように種々の観点から議論がある。

まず、自治体は協定によって開発者から公的利益を引き出す一方、土地利用規制を一定期間変更しないことを約するが、このことは自治体が州から授權されたポリス・パワーを放棄することと等しいのではないか。また、Nollan 判決と Dollan 判決は、自治体が開発許可・建築許可に際して付す負担や条件に当該開発との関係で「連関」や「比例性」が求められるとしたが、これらの要件は、協定を根拠にした負担や条件にも及ぶか。さらに、協

regulation) に対する司法的アプローチの発展にも寄与するという。See Jody Freeman, *The Contracting State*, 28 FLA. STAT. L. REV 155, 211-212 (2000).

⁹⁰ Freeman, *supra* note 83, at 546 は、アメリカ行政法学は行政活動に向けられた非合法性という非難に対して行政国家を擁護するために構築されてきたのであり、そこでは行政機関が議会等による監督や司法審査を通じて間接的な形で選挙民に対して説明責任を果たすことが強調されてきたという。

⁹¹ See e.g., Lobel, *supra* note 87, at 293-297; Michael Wilkinson, *Symposium: New Governance and The Transformation of Law: Article: Three Conceptions of Law: Towards a Jurisprudence of Democratic Experimentalism*, 2010 WIS. L. REV. 673, 674 (2010) .

⁹² これは、交渉による規則制定手続や Project XL 等においても指摘されてきたことである。See e.g., Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA L. REV. 1, 77-82 (1997).

定の締結に至る過程は自治体と開発者との個別的で閉鎖的な交渉過程であるが、協定の当事者のみならず利害関係を有する周辺地域住民の参加や、協定締結手続における透明性が確保されているかという点も課題として指摘される。

以下では、これらの問題を「規制権限の取引問題」との関係（Ⅲ―１）、「違憲の条件付けの法理」との関係（Ⅲ―２）、「公衆参加・透明性」との関係（Ⅲ―３）に分けて関連する判例や議論をみていく。

1 「規制権限の取引問題」との関係

アメリカにおいては、州がポリス・パワーを契約（contract）や取引（bargain）によって放棄することは当初から無効（void ab initio）であるとする法理が確立している。これが「留保権限の法理」（reserved powers doctrine）と呼ばれるものである。

留保権限の法理に関する初期の判例である、Stone v. Mississippi 判決（1880 年）⁹³は、宝くじの販売を禁止した州憲法に関して、販売許可を事後に撤回することが許されるとする判示の中で、「議会は取引によってポリス・パワーを放棄することは認められていない。・・・いかなる議会も後の議会の立法権限を縮減させることはなしえない」と判示している⁹⁴。すなわち、ポリス・パワーを取引することは、後の議会に留保されている立法権限を現在の議会が行使することに等しく、留保権限の法理においては、そのような取引を無効にすることでポリス・パワーを行使する権限を議会に留保することが企図されるのである⁹⁵。

留保権限の法理は、ゾーニングによる土地利用規制権限を州から授権された自治体にも及ぶ⁹⁶。そこで、自治体が開発者や土地所有者との取引によってゾーニングを一定期間変更しないことを約する協定が、留保権限の法理に反するのではないかという疑義が生じるのである⁹⁷。

ところで、ゾーニング権限を行使する自治体においては、土地利用を取り巻く環境の変化に対応して柔軟に既存のゾーニング条例を修正し、新規のゾーニング条例を制定する必

⁹³ 101 U.S. 814 (1880).

⁹⁴ *Id.* at 817-818.

⁹⁵ See e.g., Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 672; CALLIES, CURTIN JR & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 92; David L. Callies & Glenn H. Sonoda, *Providing Infrastructure for Smart Growth: Land Development Conditions*, 43 IDAHO L. REV. 351, 359 (2007), at 381, Schwartz, *supra* note 47, at 734..

⁹⁶ Frank, *supra* note 43, at 235.

⁹⁷ 初期の議論として参照、Bruce M. Kramer, *Development Agreements: To What Extent Are They Enforceable?*, 10 REAL EST. L. J. 29, 37(1981); Robert M. Kessler, *The Development Agreement and Its Use in Resolving Large Scale, Multi-Party Development Problems: A Look at the Tool and Suggestions for Its Application*, 1 J. LAND USE & ENVTL. L. 451, 464 (1985).

要が生じるのもまた事実である。また地域環境にかかわる情報や知見の集積、科学技術の向上も土地利用形態の変更を余儀なくさせる要因になる⁹⁸。協定を締結し開発者が義務を履行した後に、自治体が新たにゾーニング条例を制定し規制を変更することは許容されるであろうか。この場合は、合衆国憲法の契約条項⁹⁹との関係で問題となる¹⁰⁰。契約条項の厳格な適用があるなら、自治体は契約義務を毀損する（impair）ゾーニング立法を行ってはならないはずである。しかし、いかなる場合もゾーニングの変更や新規立法を行い得ないとすると¹⁰¹、今度は留保権限の法理に反することになりそのような取決めは権限踰越（ultra vires）を構成する¹⁰²。ここに、留保権限の法理と契約条項との緊張関係が生じるのである。

協定による規制の凍結の有効性について判断した裁判例として、Santa Margarita Area Residents Together v. San Luis Obispo County 判決¹⁰³がある。

これは、カリフォルニア州において地域住民から構成される団体が牧草地の再開発を目的とする協定の有効性に異を唱えて訴えを提起した事案である。州控訴裁判所は、協定による規制凍結の有効性について、当該協定がカリフォルニア州においては立法的行為（legislative acts）であることを確認した上で、開発者がカウンティの課す土地利用条件を遵守する旨を記載した建築計画を提出することと引き換えに、カウンティが現状のゾーニングを5年間凍結することを内容とする協定を支持し、原告の主張を退けた¹⁰⁴。判決は、ゾーニングの凍結期間は5年であって無制限ではなく、「協定によるゾーニングの凍結は、

⁹⁸ See Selmi, *supra* note 10, at 617.

⁹⁹ U.S. CONST. art. I, § 10, cl. 1.

¹⁰⁰ 19世紀から現在に至るまで、契約条項が、既得権理論や実体的デュー・プロセス理論と相俟って財産権の保護に果たしてきた役割の盛衰については、松井・前掲注(74)362-367頁、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）260頁以下、274頁以下参照。

¹⁰¹ 契約条項による制限が必ずしも厳格なものではないことに留意する必要がある。連邦最高裁は、United States Trust Co. v. New Jersey, 431 U. S. 1 (1976)とAllied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S. 234 (1978)において、契約条項による制限は、主権の本質（essential attributes of sovereign power）を縮減するようなものではないとして、ポリス・パワーの行使とそこから生じる契約の毀損（impairment）との調和を図ってきた。これらの判決において示唆されるのは、協定の下での契約義務を毀損するポリス・パワーの行使は厳格な審査に服し、それ故に「重要な公共目的に仕える合理的に必要な」（reasonable and necessary to serve an important public purpose）行為として正当化されなければならないということである。もっとも、何が契約義務を毀損する行為を正当化しうるだけの「重要な公共目的」を構成するかは議論の余地がある。See Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 677; CALLIES, CURTIN & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 96; Callies & Sonoda, *supra* note 95, at 386.

¹⁰² なお、合衆国憲法の契約条項が禁じているのは、政府による「契約義務の毀損」（impairment of contractual obligations）であって、政府による「契約の不履行」（breach of contract）は対象外であると解されている。両者の区別について参照、Wegner, *supra* note 44, at 968; Schwartz, *supra* note 47, at 736. Crew, *supra* note 64, at 29は、自治体による契約の不履行の場合の補償に言及する。

¹⁰³ 100 Cal. Rptr. 2d 740 (Cal. Ct. App. 2000).

¹⁰⁴ *Id.* at 743, 744.

将来のオプションを保持することにより公益を促進するものである」¹⁰⁵と判示している。

これまでのところ、協定に対して留保権限の法理が直接に適用される例は稀であり、多くの裁判例は協定を、自治体が行使するポリス・パワーを促進する契約であるとして支持している¹⁰⁶。学説においても概ね協定が留保権限の法理に反するとは考えられていない。協定を契約によるポリス・パワーの放棄にあたらないとする正当化論拠は以下の二点に集約される。

ひとつは、Santa Margarita Area Residents Together 判決がそうであったように、規制の凍結期間が州法により一定期間に制限されているものについては、無効にならないとする議論である¹⁰⁷。協定が効力を有する期間に着目して、長期にわたる規制の凍結のみが契約によるポリス・パワーの放棄として無効になるとするのが、協定による規制の凍結を正当化する論拠の一つである¹⁰⁸。

いまひとつは、協定締結による規制の凍結自体が、自治体に授権されたポリス・パワーの有効な行使であるとする議論である¹⁰⁹。公共施設の用地やそれに代替する負担金の提供を引き出すべく自らの規制権限に制約を課すこともポリス・パワーの行使であるとする考え方が、協定による規制凍結の有効性を支える二つ目の論拠である。

いずれの議論においても前提とされているのは、州法が協定締結に至る手続きとその内容の大枠を定めており、個々の協定がそれにしたがって締結、執行されている限りにおいて、留保権限の法理の問題や契約によるポリス・パワーの取引という問題は回避されていることである¹¹⁰。実際、協定の締結を自治体に授権する州法が制定されるようになったのも、このような疑義を解消するためであったという事情がある¹¹¹。

¹⁰⁵ *Id.* at 748. なお、本判決は、Morrison Homes Corp. v. City of Pleasanton, 130 Cal. Rptr. 196 (Cal. Ct. App. 1976)を引用している。

¹⁰⁶ *See e.g.*, Stephens v. City of Vista, 994 F.2d 650 (9th Cir. 1993); City of Glendale v. Superior Court, 23 Cal. Rptr. 2d 305 (Cal. Ct. App. 1993); Morgan Co. v. Orange County, 818 So. 2d 640 (Fla. Dist. Ct. App. 2002).

¹⁰⁷ たとえば、フロリダ州においては規制の凍結期間が5年と定められている (Fla. Stat. Ann. 163.3229)。またハワイ州は公衆に危害が及ぶ場合には開発を中止することが認められている (Haw. Rev. Stat. 46-127)。*See Crew, supra* note 64, at 28.

¹⁰⁸ この見解をとるものとして、Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 676; CALLIES, CURTIN & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 95; Callies & Sonoda, *supra* note 95, at 385.

¹⁰⁹ Eric Sigg, *California's Development Agreement Statute*, 15 SW. U. L. REV. 695, 716 (1985) は、フォーマルな形で締結された協定は、ポリス・パワーを放棄することを意味せず、ポリス・パワーの行使そのものであるという。

¹¹⁰ Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 676 は、裁判所が州法に基づく協定を無効にするべく留保権限の法理に立ち戻することは（特に協定の有効期間に制限があれば）ないだろうと述べる。*See also* CALLIES, CURTIN JR. & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 95; Callies & Sonoda, *supra* note 95, at 385. Frank, *supra* note 43, at 242 も、カリフォルニア州法のもとでの協定承認手続を概観した上で、このような手続きに則っていれば、契約ゾーニングにおいて生じていた憲法上の疑義は回避しうるとする。

¹¹¹ これに対して、州法が憲法上の制約をなきものとするということについて懐疑的な見方を示す

しかし逆に、授権法が存在しない場合や授権法の内容からは大きく乖離した内容を有する協定については無効と判断される可能性がある¹¹²。また契約ゾーニングにまだ懐疑的な州において開発負担協定が受け入れられるかどうかは定かではない¹¹³。Santa Margarita Area Residents Together 判決は、協定締結の手續と協定の内容（特に協定の有効期間）が定められた授権法の存在が協定の有効性を推認する十分条件であることを示しながらも、授権法が存在しなければ協定の有効性を認めないという意味において必要条件であることをも示しているように読める¹¹⁴。

協定は、自治体の側から見ると、Nollan 判決と Dolan 判決によって確立されたルールのもとで許容される限度を超えて公共施設の整備等の公的便益を引き出す手段となっている。州の授権法により、自治体にはこの種の協定を締結する権限が付与され、ゾーニングの規制を凍結することもそれが一定期間にとどまる限りにおいて”規制権限の取引”という疑義が生じることは回避されている。問題は、協定を通じて課される負担や条件に別の観点からの限界はないか、すなわち、協定手法であればいかなる程度の負担や条件であっても許容されるのかという点である。次は、この問題を私人（開発者）の側から考察していく¹¹⁵。

2 「違憲の条件付けの法理」との関係

アメリカにおいて、政府が特権的な給付の条件として、私人に憲法上の権利の不行使ないし放棄を求めることを違憲とする、または厳格な審査に服せしめる法理は「違憲の条件付けの法理」(unconstitutional conditions doctrine) と呼ばれる¹¹⁶。

ものもある。See Selmi, *supra* note 10, at 620.

¹¹² Frank, *supra* note 43, at 243-244.

¹¹³ *Id.* at 243 によると、これまでのところ、授権法が存在しない州の中で、協定が有効と判断された裁判例があるのは二州にとどまるという。See Giger v. City of Omaha, 442 N.W. 2d 182 (1989); Elkhart Lake, Inc. v. Village of Elkhart Lake, 512 N.W. 2d 202, 205 (Wis. Ct. App. 1993). 前者は、問題となった協定を市のポリス・パワーを促進する条件付ゾーニングであると位置づけている。後者は、開発計画への市の協力について、正式な承認手続を省くものではなく、州のポリス・パワーを契約により放棄することにはあたらないとした。

¹¹⁴ McLean Hosp. Corp. v. Town of Belmont, 778 N.E. 2d 1016, 1020 (Mass. App. Ct. 2002) と Durand v. IDC Bellingham, LLC, 793 N.E. 2d 359, 366 n. 15 (Mass. 2003) はいずれも、地域の再区分 (rezoning) と引き換えに公共施設の建設を約する契約ゾーニングを違法ではないと判示している。

¹¹⁵ 自治体がゾーニングを変更するに際しては、収用に該当することを認めた上で、正当な補償を行えばよいのであり、それ故に自治体はポリス・パワーを放棄することにはならないとする議論がある。See Been, *supra* note 78, 497. しかしこれに対しては、補償を逐一行うだけの財源がないことが協定手法の多用を招来しているという現実を看過しているとの批判がある。See Selmi, *supra* note 10, at 619

¹¹⁶ 違憲の条件付けの法理に関しては以下の文献を参照。Richard A. Epstein, *The Supreme Court, 1987 Term; Foreword: Unconstitutional Conditions, State Power, and the Limits*

この法理は土地利用規制においても用いられる。たとえば、建築許可が出される前提として、公共の用地の提供を求める条件が付されると、それは、本来得ることのできた正当な補償という憲法上の権利を放棄するという条件が付されたことを意味する¹¹⁷。これが「違憲の条件付け」にあたるとされた場合、「収用」に該当し正当な補償を要する。

問題は、どのような条件が「違憲な条件」となって「収用」に当たると解されるかである。

Nollan 判決と Dolan 判決は、この判断基準について、開発負担が開発による影響との関係で不可欠な連関 (rational nexus) を有すること、開発により新たに創出される需要との関係では大まかな比例性 (rough proportionality) がなければならないとして、これらの要件をみたさない条件を「違憲の条件づけ」にあたるとする判例法理を確立した。

それでは、開発負担や条件に課される「連関」や「比例性」の要件は、協定に基づいて課される負担や条件にも適用されるのか、開発者や土地所有者が任意で応じた負担や条件にも適用されるのであろうか。Nollan 判決と Dolan 判決は、自治体が非協力的な土地所有者に開発負担を求める場合と、土地所有者の任意にしたがって許可条件の履行を求める場合とを区別していない。Nollan 判決と Dolan 判決のもとでは違憲となるような条件についても、開発者が任意で応じていれば、後に違憲であることを主張することが認められなくなるのであろうか。

一つの見解は、当事者の合意によって締結された協定に基づく負担にも「連関」や「比例性」の要件は求められるとするものである¹¹⁸。すなわち、Nollan 判決は物理的侵害のみならずあらゆる種類の開発負担をも視野に入れており、判決の射程は、自治体が非協力的な土地所有者に対して開発負担を求める場合のみならず、土地所有者が自治体に対して協力的である場合、土地所有者が自ら条件を提案する場合にも及ぶとする考え方である¹¹⁹。開発負担が開発計画の影響に対して直接的関連性を有しその影響を緩和することが目的であるなら適正であるが、追加的な歳入や当該開発と関連性を有しない公共施設を獲得する手

of Consent, 102 HARV. L. REV. 4 (1988); Kathleen M. Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 HARV. L. REV. 1413 (1989); Vicki Been, *supra* note 78; Jonathan Rosenberg, *Is There a Doctrine in the House? Welfare Reform and the Unconstitutional Conditions Doctrine*, 22 Fordham Urban Law Journal, 1051 (1994). 通常、違憲の条件付けの法理は次のように定義されている。「たとえ州が特権および利益を付与するか否かについて完全な裁量を有するとしても、当該特権を享受する条件として、憲法上の権利の放棄を強制したり、圧力をかけたり、誘導するような不適當な条件を付することはできない」(Epstein)。同法理は収用に限らず、たとえば、言論の自由といった憲法上の権利を放棄することを条件として州の規制が緩和される場合等、多くの場面において問題となりうる。アメリカにおける同法理の生成と展開について参照、中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学 18 号 101 頁、同「違憲な条件の法理—現代国家における人権論の一断面」法学 65 号 1 卷 33 頁。

¹¹⁷ 違憲の条件付けと収用の関係につき参照、樋口・前掲注(100)521 頁。

¹¹⁸ Crew, *supra* note 64, at 37.

¹¹⁹ *Id.* at 49.

段としての開発負担は”強奪”であって違憲であるという¹²⁰。開発負担に対する合理性審査基準はそれらが”任意”であるか否かによって異なるものではなく、Nollan 判決が確立した基準は、開発者が条件に同意した場合にも適用されるとする¹²¹。この考え方の基礎にあるのは、規制主体の側に Nollan 判決等により確立された規制の収用ルール¹²²の基準をみたすよう要求することが、自治体による規制権限の濫用を抑止することにつながるという判断である¹²³。それに加えて、開発者、土地所有者が自治体の課す条件を受け入れたことが真に任意に基づくものであるのか、それとも自治体の規制権限を背景にした服従にすぎないのかを判別することが実際には困難であるとの実質的考慮も働いていると思われる¹²³。

他方、協定に基づく負担には「連関」や「比例性」は求められないとする見解もある¹²⁴。このような見解は、協定が当事者間の自由な意思による合意に基づくものであり、自治体も土地所有者もその交渉を強いられない限りは、自治体が土地所有者や開発者に対して、開発の結果生ずる行政需要をみたすだけの合理的な寄与を求めることも許されるとする¹²⁵。なぜなら、Nollan 判決における開発許可の場合には、開発負担と引き換えの対象となる交渉の切り札は開発許可自体であるが、協定において交渉の切り札となるのは、土地利用規制が変更されないことにあるからである¹²⁶。開発負担協定においては、自治体が土地所有者に開発権を付与したりそのような開発に対して条件を付しているという側面よりも、開発計画に負荷をかける土地利用規制が変更されないことによって開発者の投資を保護する側面が、開発者にとっては重要な関心事である。開発者がそのような保証が得られる方法を自ら選びとりそれを交渉によって獲得している限りにおいて、協定は、開発者に対して”公的な利益 (governmental benefit)” を付与していることになる¹²⁷。それゆえに、自治体は、「連関」の有無にかかわらず、土地利用規制の凍結と引き換えに自治体が最善と考える条件を交渉の対象とすることは許されるとする。

¹²⁰ *Id.* at 53.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.* at 27 は、Nollan 判決の”連関”テストが適用されることにより、裁判所が、既存の公共施設の運営コスト、資金調達の手法、当該開発計画が施設のコストに対して将来にわたって寄与する程度を考慮する契機になると述べる。

¹²³ *Id.* at 46.

¹²⁴ Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 692; CALLIES, CURTIN JR & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 111; Callies & Sonoda, *supra* note 95, at 403.

¹²⁵ Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 692; CALLIES, CURTIN JR & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 111; Callies & Sonoda, *supra* note 95, at 404.

¹²⁶ Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 695; CALLIES, CURTIN JR & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 113; Callies & Sonoda, *supra* note 95, at 405.

¹²⁷ Callies & Tappendorf, *supra* note 10, at 695; CALLIES, CURTIN JR & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 113; Callies & Sonoda, *supra* note 35, at 406. いずれも、Lakeview Dev. Corp. v. City of S. Lake Tahoe, 915 F.2d 1290 (9th Cir. 1990) を引用しながら、「土地利用法における変化から全く自由である合衆国憲法上の権利が存在しないことは確立されている」として、土地利用規制の凍結により開発者が享受する利益が単なる開発許可とは異なる公的な利益であることを説く。

Nollan 判決と Dolan 判決の後に制定された各州の授権法においては、協定に基づく負担や条件についても「連関」や「比例性」の要件を明示する例が見られる。これらの州においては、州法の規定に適合する形で開発負担を課すことと、Nollan 判決と Dolan 判決の基準をみたすこととは重なり合う¹²⁸。しかし一方で、Nollan 判決以前に授権法が制定されていたカリフォルニア州、ハワイ州、ネバダ州、フロリダ州においては、開発者の既得権の保護に重点が置かれていたために、Nollan 判決等が確立した原則を盛り込んでいると言いが難しい¹²⁹。また州授権法が適正と考える開発負担を広範に定義していればその分だけ、当該開発負担が合理性のないものと判断される事案は限定される¹³⁰。

おそらく実態としては、協定とそれを支える授権法の存在により、自治体がポリス・パワーの行使によって求めることのできる程度を超える負担、すなわち、Nollan 判決と Dolan 判決により確立された基準を超える負担が開発者や土地所有者に対して課される”潜脱”(overreach)が生じている可能性は否定できないと思われる¹³¹。

開発者の側からすれば、たとえ過度の条件であったとしても、開発者にはその対価として規制の凍結という便益が享受されている。一方、自治体の側においても、規制の凍結と引き換えに、本来であれば許容されない程度の公的便益（公共施設等の整備）を開発者から引き出すことを容易にしている。

自由な交渉・取引による契約的手法の利用は、交渉当事者の双方がそれぞれ取引材料を提供し、総和としての利益を最大化させるところに利点がある。開発負担協定においてもそれぞれの主体への利得の分配面は別として、総和としての公益が促進されているなら、このような交渉に基づく手法、協定手法が広く受け入れられていることも首肯できる。

そうすると、問題は、開発者、土地所有者の側に保証されているとする”任意性”をど

¹²⁸ See e.g., *Sprenger, Grubb & Associates v. City of Hailey*, 903 P.2d 741 (Idaho 1995).

¹²⁹ *Crew*, *supra* note 64, at 46.

¹³⁰ See Frank, *supra* note 43, at 245. ハワイ州法においては以下のような規定がある。「開発負担協定から引き出される公的便益 (public benefit) は以下のものを含みそれらに限られないとする。住居、デザイン基準、開発地域と地域外における施設整備、その他の改善事業。そのような公的便益は一定期間の開発権付与と引き換えに取引されるものである。」(HAW. REV. STAT. ANN. § 46-121)

¹³¹ *Leroy Land Development v. Tahoe Regional Planning Agency*, 939 F.2d 696, 697-98 (9th Cir. 1991) は、協定が自治体と開発者との間の交渉により締結されるため、任意で協定を締結した開発者は、その後収用に該当することを主張して合意に基づいて課された義務の緩和、減免を主張することはできないとした。すなわち、Nollan 判決が採用した「高度な合理性審査基準」は、協定に基づく負担の賦課の有効性判断においては妥当しないとした。なお同判決を受けて、協定による負担の賦課に多くの自治体の関心が集まるようになったとの指摘につき参照、Curtin & Witten, *supra* note 35, at 345. また *City of Annapolis v. Waterman*, 745 A.2d 1000 (Md. 2000) は条件付ゾーニングに関する事案であるが、市と開発者との間の分筆合意 (subdivision agreement) に基づく負担を「収用」にはあたらないと判示している。See also, *Meredith v. Talbot County*, 560 A.2d 599 (Md. Ct. Spec. App. 1989); *Hermosa Beach Stop Oil Coalition v. City of Hermosa Beach*, 103 Cal. Rptr. 2d 447 (2001).

のように評価するかということに帰するのではないかと思われる。そのような観点からは、任意性の存否という事実認定の困難性とは別に、当事者の任意性の側面のみを強調することにより、契約の利用が、許可権限を通じて公共施設の整備を図る行政機関の権限の拡張をもたらすと考えることにはやはり限界があるのではないかという疑問が呈されていることも傾聴に値する¹³²。

3 「公衆参加・透明性」との関係

ここまで、契約によるポリス・パワーの取引や、規制的収用ルール of 制約を超えた負担や条件の許否という観点から、開発負担協定の法的許容性をめぐる議論をみてきた。これらの議論に加えて、土地利用の決定過程における公衆参加や透明性の問題も協定手法の利用可能性を限界づける事由として考えられる。

土地利用規制は本来、開発許可制度において典型的にあらわれるように規制する側と規制される側の二面関係である。しかしながら、土地利用の変化や開発が周辺に及ぼす影響を考慮に入れるなら、周辺の利害関係者の利益をどのような形で包摂するかは重要な課題として提起される¹³³。Euclid 判決の時代においては土地利用の決定は専門家に委ねられ公衆の参加が議論される余地は乏しかったが、現在では、公衆の参加は、情報の提供、決定者へのアクセス、決定者の説明責任の確保を図る上で重要な位置づけを与えられている¹³⁴。

そこで、開発負担協定においてはその個別的で閉鎖的な性格から、公衆参加の欠如と政策決定過程の不透明性はゆるがせにはできない問題となってあらわれる。すなわち、契約的手法の利用は、政策決定の中心を公聴過程から交渉過程に移行させることから、その交渉過程に公衆が参加する余地は乏しく、公聴会の開催は事後的に承認する形式的な手続にとどまる¹³⁵。規制者と被規制者の間のいわば”バイラテラル”な交渉は、規制の直接の名宛人以外の利害関係者の関与の機会を失わせるのみならず、政策決定過程の透明性の水準をも低下させる。

もっとも、この問題は協定手法を採用することのみによって生ずる問題ではないし、またそ

¹³² Selmi, *supra* note 10, at 627 は、開発者の任意性のみを根拠に自治体が開発負担に関する憲法上の制約を回避しうるか否かについてより多くの議論がなされるべきであることを喚起する。この点において、Toll Brothers v. Board of Chosen Freeholders, 944 A.2d 1 (N.J. 2008) が任意性と強制性の線引きが困難であるために、自治体による強制に対して任意性理論が十分な防御となり得ないことを示している点が目を引く。

¹³³ 二面関係的性格を有する開発負担協定と、三面関係を志向する New Governance 論との対比については、本稿Ⅱ—3 参照。

¹³⁴ See e.g., Ngai Pindell, *Developing Las Vegas: Creating Inclusionary Affordable Housing Requirements in Development Agreements*, 42 WAKE FOREST L. REV. 419, 450 (2007).

¹³⁵ See e.g., Alejandro Esteban Camacho, *Mustering the Missing Voices: A Collaborative Model for Fostering Equality, Community Involvement and Adaptive Planning in Land Use Decisions, Installment One*, 24 STAN. ENVTL. L. J. 3, 36 (2005); Selmi, *supra* note 10, at 640.

れとは反対に、協定手法を採用する場合においても、交渉段階において土地利用に関する決定の影響を受ける利害関係者の参加が確保されていれば、この手法が持つ弱点も相対化されうる¹³⁶。

上記のような問題を孕む開発負担協定に対して、近年は、地域の住民団体と開発者が直接交渉し協定が締結される、「コミュニティ利益協定」(community benefits agreement: CBA)という枠組みが見られる¹³⁷。コミュニティ利益協定においては、開発者は地域の住環境への影響を軽減するために開発計画を一部見直したり、住宅の整備や雇用の創出、文化施設の建設等によって地域に便益をもたらすことを約する一方、住民団体は開発計画を支持することを約する。公衆の参加を高める一つの工夫であるが、ここでも同じく契約的手法に付随する問題がある。具体的には、住民団体が開発計画に反対する権利を放棄することになるが、私的利益の獲得と引き換えに投票の権利を取引、放棄することが許容されるのかという問題がある¹³⁸。またこの協定によって課される開発負担についても、Nollan 判決と Dolan 判決により確立された基準の射程が及ぶのかはやはり議論の余地がある¹³⁹。

このほかにも、双方向的で個別的、閉鎖的な性格に起因する協定手法の問題点として以下の諸点が指摘される。

第一に、自治体による情報収集に与える影響が挙げられる。土地利用計画の策定に際して必要な情報を取得することは、土地利用に関する自治体の合理的な決定を担保する上で不可欠である。しかし、交渉過程においてはその開始前に当事者は情報を収集した上で交渉に臨んでおり、情報の多寡が交渉力に影響するなら互いに情報を共有することは期待で

¹³⁶ Alejandro Esteban Camacho, *Mustering the Missing Voices: A Collaborative Model for Fostering Equality, Community Involvement and Adaptive Planning in Land Use Decisions, Installment Two*, 24 STAN. ENVTL. L. J. 269, 279–280 (2005) は、双方向型の交渉と合意に基づく土地利用調整システムが、公衆の幅広い参加を志向する collaborative governance 論とは相容れない面があることを認めつつも、公開性と参加の実質を高めることにより、土地利用規制を現行の規制よりも協働モデルに親和的なものになしうると指摘する。

¹³⁷ コミュニティ利益協定 (community benefits agreement: CBA) の背景、諸事例、意義等については以下の文献を参照。Julian Gross, *Community Benefits Agreements: Definitions, Values, and Legal Enforceability*, 17 J. AFFORDABLE HOUSING & COMMUNITY DEV. L. 35 (2007/2008); Naved Sheikh, *Note: Community Benefits Agreements: Can Private Contracts Replace Public Responsibility?*, 18 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 223 (2008); Patricia E. Salkin & Amy Lavine, *Understanding Community Benefits Agreements: Equitable Development, Social Justice and Other Considerations for Developers, Municipalities, and Community Organizations*, 26 UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y 291 (2008); Patricia E. Salkin, Amy Lavine, *Symposium: Community Benefits Agreements and Comprehensive Planning: Balancing Community Empowerment and the Police Power*, 18 J. L. & POL'Y 157 (2009); Frank, *supra* note 43, at 246; Vicki Been, *Symposium: Reassessing the State and Local Government Toolkit: Community Benefits Agreements: A New Government Tool or Another Variation on the Exactions Theme?*, 77 U. CHI. L. REV. 5 (2010).

¹³⁸ Sheikh, *supra* note 137, at 233.

¹³⁹ *Id.* at 226.

きない¹⁴⁰。そうした観点からは、規制者と被規制者以外の利害関係者の参加は、それらの主観的利益を考慮することはもちろんであるが、適正な決定を行うための情報を決定者の下に集約することにも資する¹⁴¹。バイラテラルな交渉のみでは、政策決定に必要な情報の収集と蓄積を遮断し、本来考慮されるべき利益が過小評価されるおそれを内包している。

第二に、自治体の土地利用に関する政策決定の合理性を担保してきたといわれる土地利用計画との適合性の問題がある¹⁴²。州法により協定の内容が自治体が策定する土地利用計画と適合していなければならないことは定められていても、交渉過程はアド・ホックな面があり、既存の計画と一致した結果がもたらされるとは限らない。計画と交渉結果との乖離は、計画の段階においては予想されていなかった利益を自治体にもたらすことがある反面、計画が有する裁量統制の機能は縮減することになるのではないかという懸念も示されている¹⁴³。

第三に、平等原則との関係が問題となりうる。交渉過程においては、種々の要因（たとえば、当事者の妥協できる幅や交渉技術など）が作用するため、同一の状況に置かれた開発者、土地所有者の間においても異なる結果がもたらされる可能性は否定できない¹⁴⁴。それは、締結された協定内容の相違という形であらわれることもあれば、そもそも協定を締結するか否かの場面であらわれることもある。一方の開発者、土地所有者が自治体に協力的ですすんで協定を締結し負担や条件を受け入れながら、他方の開発者、土地所有者は自治体に協力的でないために負担や条件を回避しようという帰結は、負担の公平性の確保と協定手法の持続可能性の両面において問題がないとは言えない。

IV 結びにかえて

1 総括

日本においても、要綱（宅地開発指導要綱等）において開発負担に関する協定の締結を規定するものが少なからず存在する。要綱の中には、「用地の提供」、「負担金」、「協力金」

¹⁴⁰ 契約化により、政府・自治体が利害関係を有しない規制者としての立場から、契約・交渉の一方当事者にすぎない立場に置かれることを問題視する見解は頻繁に見られる。See e.g., Reynolds & Ball, *supra* note 75, at 474; Selmi, *supra* note 10, at 615.

¹⁴¹ See e.g., Eric Ryan, *Zoning, Taking, and Dealing: The Problems and Promise of Bargaining in Land Use Planning Conflicts*, 7 HARV. NEGOT. L. REV. 337, 387 (2002).

¹⁴² 協定と計画が適合することの重要性を説くものとして, CALLIES, CURTIN JR. & TAPPENDORF, *supra* note 35, at 103-104. Curtin & Witten, *supra* note 35, at 331 は、取引の結果が、合理的に策定された計画と適合する必要があるのは、それがなかった場合に取引の結果生ずるであろう不確実性と混沌を回避するためであるという。

¹⁴³ Selmi, *supra* note 10, at 636.

¹⁴⁴ *Id.* at 629.

等に関する負担条項が設けられ、各地方公共団体は、この条項にしたがい開発者に対して公共用地の提供や負担金の納付を求め、これらは「寄付」ないし「私法上の贈与契約」と解されている。最近では条例にその根拠を置く例が見られるものの、このような負担が要綱に基づいた行政指導によって求められる限りにおいて、これは”インフォーマル”な行政手法として位置づけられる。

これに対して、アメリカにおいて近年増加している開発負担協定では、自治体が土地利用規制を変更しないことにより開発者の開発が保証され、それと引き換えに、開発者が公的便益を提供することにより自治体による公共施設整備の費用負担が緩和されるという一種の対価関係（*quid pro quo*の関係）が存在する。協定の締結が州の授權法を根拠とする点において、アメリカの開発負担は、”インフォーマル”な行政手法から”フォーマル”な行政手法へと昇華しつつあるといえる。

しかし、これにより問題が解決したわけではない。本稿におけるこれまでの考察を通じて得られたことは大要、以下の三点に集約される。

第一に、自治体の側に立った問題関心として、協定が自治体の行使しうる権限を制限しうるのではないかという議論がある（Ⅲ－１）。協定により、自治体は開発者から公的便益を引き出す一方、一定期間土地利用規制を変更しないことを約するが、このことは自治体が州から授權されたポリス・パワーを契約によって放棄することと等しいのではないかという疑義が存在した。現在では、判例、学説ともに、州法に根拠を置く協定はその有効期間（規制の凍結期間）が定められている限りにおいて問題とはならないとする立場をとる。しかし、協定の有効期間が長期にわたる場合や、州法が定める手続によらないで協定が締結された場合には、当該協定は無効と判断される可能性が高い。より一般化して言えば、協定手法の利用は、政府が私人との合意によりその規制権限をどのような範囲と程度において制限しうるかについての基本的問題を提起する。

第二は、私人の側に立った問題関心として、当事者間の合意に基礎づけられた協定の存在によって自治体はその権限を濫用するおそれがあるのではないかという、第一の点とは異なるベクトルを有する問題が挙げられる（Ⅲ－２）。Nollan 判決と Dolan 判決は、「連関」や「比例性」という客観的基準を定立し、それによって自治体の裁量に一定の限界を画した。しかし、協定に基づく開発負担に関して両判決の射程は明らかではない。一つの見解は、当事者間の合意により締結された協定に基づく負担にも「連関」や「比例性」の要件は求められるとするものである。これは自治体の権限濫用防止と私人の側の任意性の存否を判断することの困難さを理由に挙げる。もう一つの見解は、協定に基づく負担には「連関」や「比例性」は求められないとするものである。開発負担協定において負担と対価関係にあるのは、開発許可自体ではなく土地利用規制の凍結という公的な利益である。その利益をする開発者に求められる負担には上記制約はかからないという論理である。以上のことを一般化して言えば、当事者間の合意に基礎づけられた契約の利用によって政府の規制権限は拡張されうるが、それには何らかの制約や限界はないのかが本稿での検討課題で

あった。このことは、当事者間の合意の存在にもかかわらず、行政の規制権限をどの程度制約すべきかという問題に帰着する。

第三として、協定の締結に至る交渉過程が公衆に開かれたものではなく、自治体と開発者以外の利害関係者の参加や透明性の確保を期し難いことが挙げられる（Ⅲ－３）。特にアメリカにおける近時の New Governance 論は、利害関係を有する多数当事者の継続的な参加を実現することでより開かれた決定過程を志向するのに対して、開発許可を中心に構築された土地利用規制は元来、規制する側と規制される側の二面関係であり、交渉による行政手法や協定手法はその双方向的性質ゆえに閉鎖的な関係をより強めざるを得ない。またバイラテラルな交渉はいわば”密室性”が高いため、政策決定の際の情報入力の際においても難がある。加えて、土地利用計画との適合性担保、平等原則との関係も問題になる。複雑、多元化した社会においては、規制の直接の名宛人ではない利害関係者を政策決定過程の中に組み込みながら利害調整を図る仕組みの構築が課題であるが、土地利用分野も例外ではない。

以上が、開発負担協定をめぐる問題の所在の指摘である。

しかし他方で、アメリカにおける同協定の生成と展開を、憲法上の、あるいは判例法理の制約の中から実務が生み出した創意工夫の一つとして積極的な評価を与えることも可能ではないかというのが、本稿のもう一つのテーマである。

これまでに見てきたとおり、同協定の実務は、ゾーニングによる画一的・固定的規制の弊を克服する中で、より個別的で柔軟な規制である条件付ゾーニング等を経て徐々に生成されてきたものである（Ⅱ－１）。連邦最高裁の判例が確立してきた規制的収用のテストが、協定に基づく開発負担にも適用されるか否かは定かではないが、現在では、各州法が協定の内容について一定の枠を定めている（Ⅱ－２）。開発負担協定と各州法による承認と枠づけは、安定的であるが柔軟性に欠けるゾーニング規制と、融通無碍であるが一般性に欠ける交渉・取引との懸隔を埋めるものとして位置づけ理解することが可能である。

こうしたアメリカの動向が指し示すことは、同国に限らず、行政と私人の関係は、一面において画一的・固定的な法規制によって規律されながらも、他面において交渉や協議といった個別的で柔軟な秩序形成の中に置かれているということである¹⁴⁵。また行政と私人と

¹⁴⁵ 本稿において示された、交渉による行政手法、契約・協定手法に内在する諸問題は、アメリカ法の、とりわけ土地利用分野に即して論じたにすぎず、これまでの先行研究に対して格別目新しいことを論じたものではない。かつては公法領域に契約を觀念すること自体が原理的批判に晒されていたドイツ（オットー・マイヤーやマルティン・ブリンガーら）においても「私人との取引によって、行政機関が本来（法律による拘束の下）自らの中立・公正な判断で事案を処理する責任を放棄することが許されない」との考えをいかに克服するかが積年の課題であった。ドイツにおける議論として、参照、藤田・前掲注(22)186頁以下〔初出1991年〕。山本隆司「開かれた法治国—行政法総論の基本概念の再検討」公法65号166頁は、契約を締結する行政機関は基本権に拘束されることを確認した上で、問題は「行政機関が実際に『交渉に固有のダイナミクス』に囚われないことを実効的に担保するために、どのような実体法上および手続法上の防壁を用意するかにある」とする（これに

の間の交渉、さらに言えば対話の過程がよりよい行政目的の達成につながるというプラスの側面にも目を向けるべきであろう¹⁴⁶。それに加えて、交渉・協議が協定・契約締結に至る過程においてのみ見られるものではなく、今日においては行政が私人に一方的に働きかける権力的作用の前段階としても（それに準ずる作用ともいえる行政指導の前段階としても）、その重要性を高めつつあることに留意する必要がある¹⁴⁷。本稿において言及することはできなかったが、交渉・協議過程において生じうる違法な行政活動に対していかなる司法的統制が及ぼされるべきかもまた重要な検討課題として残されている¹⁴⁸。

アメリカにおける開発負担協定の展開は交渉・協定手法のメリットとデメリットをどのような形で調和させていくかについての一事例を提供するものにすぎないが、今後も各州における立法の動向と判例の推移を追っていく必要がある。

2 展開

ここまで、開発負担に関する問題を糸口に交渉による行政手法、協定手法に内在する法的諸問題に考察を加えてきた。

本稿の基底をなす問題意識は、行政資源の有限性と公的任務の増大から、社会に存在するさまざまな資源を利害関係者の「合意」のもとに公的領域の中に組み込む法制度のあり方にある。本稿で紹介してきた、アメリカにおける開発負担協定に見られる実務の展開は、自治体・地域レベルではあるものの、社会全体で生ずる公的ニーズを充足するための費用

関連して、エバーハルト・シュミッターアスマン（太田匡彦＝大橋洋一＝山本隆司訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、2006年）338頁以下も参照）。またオランダにおける多様な環境協定の事例を素材として、行政機関が協定方式を用いることの許否ないし限界について公法学的観点から検討する、島村健「交渉する国家—オランダの環境協定等に関するノート（一）～（四・完）」自研77巻11号106頁、78巻2号107頁、79巻1号104頁、79巻3号78頁も参照（とくに「同（四）」86頁以下）。

¹⁴⁶ たとえば、大橋洋一『対話型行政法学の創造』（弘文堂、1999年）23頁〔初出1998年〕。

¹⁴⁷ 亘理格「行政上の命令・強制・指導—社会的合意論の視点からの展望」岩波講座・現代の法4『政策と法』（岩波書店、1998年）247頁。このことがとりわけ自治体行政に妥当することを指摘するものとして、磯部力「自治体行政の特質と現代法治主義の課題」公法57号168頁。なお、「個々の当事者による合意」とは区別された、権力的作用の正当化根拠となる「社会の一般的承認としての合意」については、田中成明『法的空間—強制と合意の狭間で』（東京大学出版会、1993年）67頁以下参照。

¹⁴⁸ 宇賀・前掲注(14)（『行政手続と行政情報化』）234頁以下は、かつての日本における放送局免許の一本化調整についてのアメリカ人による日本法分析に対する評としての文脈においてではあるが、「わが国の行政法学界が、『法律による行政の原理』を嚮導理念として、行政作用に対する司法審査の拡大や、行政手続の整備を主張してきたことは、形式合理性モデルを志向してきたと言え」、行政手続法の制定や行政事件訴訟法の改正を踏まえて、従前の交渉モデルに近い規制に加えて「わが国も、アメリカと同様、形式合理性モデルと交渉モデルの両方向に働くベクトルの合成として規制が行われている」と述べる。

調達・分担のあり方の一つの方向性を示している¹⁴⁹。

しかしながら、より巨視的な視点に立つてこの問題を鳥瞰すると、まちづくり法制のあり方が「開発規制型」から「管理運営型」へと大きな転換期を迎える中¹⁵⁰、負担の内容やそれに対する法的統制のあり方も、現在とは異なった様相を呈してくるのではないかということが予想される。

すなわち、従来の開発負担は比喩的に述べるなら、開発者（土地所有者、事業者等を含む）がそのコミュニティに加入することによって新たに生ずる行政需要を賄うためのいわば“入場料”である。その“入場料”は多くの場合、新規に加入してきた単一の主体に対して一回限り負担することが求められる性格のものである。しかし、公的資金への依存には限界があると同時に、地域の多様な利益を地域の資源と創意工夫で実現していくことが社会的要請となるなら、すでにコミュニティが形成されている地域において、その地域を構成するすべての主体に対してある種の共益費のような形で継続して負担を求める協定の締結を可能ならしめる枠組みもあり得るはずである。実際、アメリカのみならず、イギリス、ドイツをはじめとした諸外国において、地域の構成員から負担金を徴収しその使途の決定を地域の構成員からなる団体の決定に委ねる仕組みが一部の地域においてはあつたものの定着しはじめている¹⁵¹。既に複雑な権利関係が形成されている地域において、（承継効

¹⁴⁹ 開発負担の問題を、開発により生じた行政需要を充足するための公私間での費用分担の観点から捉える視点は、かつて学界において、現在とは異なる問題状況の中で共有されたことがある（たとえば、開発利益社会還元問題研究会編『開発利益還元論』〔財〕日本住宅総合センター、1993年）、藤田宙靖「市街地開発における公共施設整備費用と公私間での負担配分のあり方に関する研究のテーマと目的—公共施設整備負担研究会報告（一）」自研65巻9号79頁以降に連載の各論文を参照）。しかし、地価の高騰期とそれに続く急落期の端境期にあつた日本において、地価対策と開発利益の還元（または衡平な配分）が土地行政の喫緊の課題であつた当時と、現在とでは状況が異なることは言うまでもない。

¹⁵⁰ 小林重敬編『エリアマネジメント—地区組織による計画と管理運営』（学芸出版社、2005年）。またジュリ1429号の特集「エリアマネジメントとまちづくりの未来」に掲載されている各論文も参照。また“縮小型”社会における、新たな都市政策及び費用負担のあり方を示唆するものとして、内海麻利「拡大型・持続型・縮退型都市計画の機能と手法—都市計画の意義の視点から」公法74号174頁、角松生史「宅地開発等指導要綱の歴史と現在」論ジュリ3号46頁。

¹⁵¹ たとえば、諸外国の地域レベルで近年、多様な広がりを見せているBusiness Improvement District（BID）が挙げられる。アメリカを例にとると、各州法に基づく制度であり、自治体の一定の地区において、その構成員の発意と投票により、財産税に上乗せする形で負担金が課され、その財源は地区の振興事業や公共施設の維持管理等の費用に充てられる。それらの使徒の決定は自治体から認証を受けた非営利の団体等が行う。See, e.g., GOKTUG MORCOL, LORLENE HOYT, JACK W. MEEK, ULF ZIMMERMANN, BUSINESS IMPROVEMENT DISTRICTS; RESEARCH, THEORIES, AND CONTROVERSIES, 2008; Richard Briffault, *A Government for Our Time? Business Improvement Districts and Urban Governance*, 99 COLUM. L. REV. 365, 377 (1999). イギリスについても近年、地方政府法の改正により導入された。See Local Government Act 2003 c. 26 Part 4 Business Improvement Districts; The Business Improvement Districts (England) Regulations 2004. またドイツについては下記の文献を参照。Martin Moeser, *BIDs und kommunale Governance: Business Improvement Districts als Rechtssystem und*

の付与も含めて) 負担金の賦課が受容されている理由の一つは、負担金の賦課と地域の主体による管理とが結合し、負担金の使途の決定が当事者集団の自治に委ねられているところにある。公的課題を解決するために公私の主体が連携すること、また費用調達の面からも公的主体と私的主体が相応に分担するという点に照らしても、こうした現象も広義の協働の範疇に属する取組みの例といえる¹⁵²。

翻って、日本法をみた場合に、現行の土地利用規制においては既に建築協定をはじめとして各種の私人間協定が存在するが¹⁵³、上記の諸外国の事例からは、地域環境の保全維持といった「管理」の側面に重きを置き、地域の構成員による緩やかな「合意」を基礎として、そこにさらに費用調達・分担の観点をも加味した、従前の法的枠組みの隙間を埋める包括的な制度の法定化が考えられるのではないかということが示唆される¹⁵⁴。

本稿の狙いは、この社会において不可避な形で生ずる公的ニーズを充足するための公私の主体間の費用調達・分担の観点から、開発負担をめぐる法的諸問題を回顧しその次の階梯を展望することにあつたが、その入口にさしかかったところで紙幅が尽きてしまった。この課題については稿を改めて取り組むことにしたい。

im Rechtssystem : ein Instrument der kommunalen Governance, 2011.

¹⁵² 日本における若干の検討状況として、東京都「地域主体の街の管理運営制度の実現に向けた検討調査報告書」(2004年)、国土交通省土地・水資源局「新たな担い手による地域管理のあり方検討委員会報告書」(2007年)等参照。

¹⁵³ 都市再生歩行者経路協定(平成21年改正都市再生特別措置法45条の2)等の契約的手法を用いた近時の立法例も参照。碓井・前掲注(17)493頁以下は、行政庁の認可又は認定によって効力が付与される私人間の協定の豊富な事例に考察を加える。

¹⁵⁴ 問題の所在を先取りする論攷として、磯部力「エリアマネジメントの法的課題」ジュリ1429号83頁。磯部教授は長年、「地域空間秩序の管理」を提唱されてきたが、前掲注(151)の諸外国における事例は、(主に費用負担面に着目してではあるものの)その概念が具現化されたもの、あるいはその萌芽とも呼べるようなものに映る。

第3章 私的主体による地域管理—アメリカとドイツにおける Business Improvement Districts (BID) を事例として

I はじめに

「成長都市の時代」から「成熟都市の時代」へ¹という標語に示されているように、まちづくりのあり方は「開発規制」型から「管理運営」型へと大きな転換期を迎えている²。

それに伴って、まちづくりの重点が、郊外における新規開発から、既成市街地の再整備へと移行し、民間による開発に対して行政が規制を行うまちづくりから、民間、市民による管理運営を中心としたまちづくりへの移行の必要性が認識されている。とくに、既成市街地においては、既に権利関係が複雑に形成されており、事業者・住民を中心とした合意形成型のまちづくりが提唱されている³。

そうした中、全国画一の規制基準を超えたまちづくりを可能にする、「地域独自のルールづくり」が、従来から存在する法定の建築協定や地区計画の域にとどまらず、多様な形態をとりながら展開している⁴。地域独自のルールづくりは、法律・条例に基づく協定（制度化されているもの）から法律・条例に基づかない紳士協定・自主ルール（制度化されていないもの）まで様々な形態がある⁵。ここでは最初に、前者の制度化されたものについて、その傾向を顕著に示す事例を、条例に基づくものと法律に基づくものからそれぞれ一つずつ取り上げる。

まず、条例に基づくものとして、「横浜市地域まちづくり推進条例」（2005年10月施行）を挙げることができる。同条例では、市長が認定した「地域まちづくり組織」（9条）が策定した「地域まちづくりプラン」（10条・11条）や「地域まちづくりルール」（12条・13条）

¹ 小林重敬「はじめに」国土交通省土地・水資源局『エリアマネジメント推進マニュアル』（2008年3月）。

² まちづくり・都市計画の今日的課題を示したものとして、1997年都市計画中央審議会基本政策部会中間とりまとめ「今後の都市政策のあり方について」（1997年6月9日）と、1998年都市計画中央審議会第一次答申「今後の都市政策は、いかにあるべきか」（1998年1月13日）。いずれも、「都市化社会」から「都市型社会」への移行と、「既成市街地の再構築」への政策の集中を答申し、その内容は1998年都市計画法改正において結実している。

³ 2003年社会資本整備審議会答申「都市再生ビジョン」（2003年12月24日）、2006年社会資本整備審議会第一次答申「新しい時代の都市計画はいかにあるべきか」（2006年2月1日）。国土交通省土地・水資源局「地域ルールに基づく権利のあり方に関する研究会報告書」（2008年3月）33-43頁は、「地域環境改善行為から必要な行為を選択し、当該行為を含む地域活動を行おうとする者は地域活動計画を作成し、地方公共団体に認証の申請を行う」とする手法を提案している。

⁴ 磯部力「エリアマネジメントの法的課題」ジュリスト1429号83-86頁、86頁（2011年）においては、地域社会が地域の環境改善を行うための組織や、その組織が継続的に活動を行うための負担金の徴収権限等が課題であるとしている。

⁵ 諸事例については、碓井光明『行政契約精義』（信山社、2011年）493頁以下参照。

を、市長が認定する仕組みを制度化している。地域まちづくりプラン及び地域まちづくりルール策定等により地域まちづくりを推進することを目的とする市民等の団体が「地域まちづくり組織」として認定されるための要件は、「団体の活動の対象となる地域の地域住民等で構成されていること又は当該地域住民等及び地域まちづくりに関する活動を行う者で構成されていること」、「その取組が、団体の活動の対象となる地域の地域住民等の多数の支持を得ていること」等である（9条1項）。市長が、この認定をしようとするときは、あらかじめ「横浜市地域まちづくり推進委員会」の意見を聴くものとされている（2項）。この認定を受けた「地域まちづくり組織」は、地域まちづくりに関して、当該地域において遵守されるべき事項を定めたルールが、「ルールの対象となる地域の地域住民等の多数の支持を得ていること」等の要件に該当する場合は、規則で定めることにより、「地域まちづくりルール」として市長の認定を受けることができる（12条1項）。市長は、この認定をしようとするときもあらかじめ、推進委員会の意見を聴くものとされている（2項）。地域住民等は、地域まちづくりルールを遵守しなければならない（5項）。また、地域まちづくりルールの対象となっている地域において、建築等を行おうとする者は、その旨を市長に届け出なければならない（13条1項）、その際あらかじめ、地域まちづくり組織と協議を行わなければならない（2項）。市長は、この協議に関して必要があると認めるときは、建築行為者に対し、指導・助言（3項）、要請（4項）又は勧告（5項）を行うことができる。これは、地区計画を補完するものとなっており、実際、地域まちづくりルールが定められた地域においては、地区計画で定めることができないルール項目を定めている例が見られる⁶。このように、自治体の条例に基づく地区独自のルールづくりにおいては、法律に基づく建築協定や地区計画の問題点を補完し、あるいは全く新たな視点から地区独自の総合的なまちづくりを推進することを目的に、多様な地域特性や住民組織の特性に合わせた独自のルールづくりを定め、それを支援する自治体の役割を規定していることがある。

次に、法律に基づくものとして、2011年都市再生特別措置法改正（平成23年法律第24号）により創設された「都市利便増進協定」（法72条の3以下）を挙げる。都市利便増進協定とは、都市再生整備計画に記載された区域内の一団の土地の所有者もしくは借地権者等を有する者もしくは当該区域内の建築物の所有者または都市再生整備推進法人（法73条第1項。市町村長が指定したNPO、まちづくり会社、一般社団・財団法人）が、都市利便増進施設の一体的な整備または管理を目的として締結する協定である（72条の3第1項）⁷。協

⁶ 横浜市におけるまちづくりの取り組みについては、石津啓介「横浜市における「まちのルールづくり」の取り組み」日本不動産学会誌24巻4号（2011年）100-105頁参照。地域まちづくりルールについては、条例制定から7年の間に、11地区で認定されているとのことである。

⁷ 協定の締結にあたっては、都市再生整備計画の区域内であることと、都市再生整備計画に協定の基本的事項を記載する必要があるため、都市再生整備計画が作成されていない場合には、同計画の作成が、同計画が既にある場合は、同計画の変更が必要となる。したがって、協定の締結に当たっては、事前に市町村との連携が必要となる。

定に定められる事項は、「協定の目的となる都市利便増進施設の種類および位置」⁸、「同施設の一体的な整備または管理の方法」、「同施設の一体的な整備又は管理に要する費用の負担の方法」、「同協定を変更し、または廃止する場合の手続」、「同協定の有効期間」等である（72条の3第2項1～5号）。市町村長は、協定の認定の申請があった場合において、当該協定が所定の基準に適合すると認めるときは、協定の認定をすることができるとし、具体的な基準として、「土地所有者等の相当部分が都市利便増進協定に参加していること」、「同協定において定める事項の内容が適切であること」、「同協定の内容が法令に違反するものではないこと」等の基準を挙げている（72条の4第1項1～4号）。

上に挙げた協定・団体手法の例は、いずれも、ある区域を設定し、独自のルールを定めるものである。こうした地域独自のルールづくりに際しては、非行政主体がイニシアティブをとりながらも、組織やルール・計画の認定を通じて行政が深く関与する点が特徴的である。

行政法学は、こうした協定・団体手法を行政契約の延長線上に位置づけて議論してきたといえる⁹。とりわけ、建築協定（建築基準法69条以下）が主たる考察対象とされてきた¹⁰。

建築協定においては、協定を締結できる旨を定めた市町村条例が制定されていることを前提に（建築基準法69条）、土地所有者、建築物所有を目的とした地上権者、土地の賃借権者が（69条）、全員の合意により（70条3項）、一定の「区域内における建築物の敷地、位置、構造、用途、形態、意匠又は建築設備に関する基準」に関して協定を締結する場合には（69条）（以上、要件面）、上記の者は建築協定区域、建築物に関する基準、協定の有効期間、協定違反に対する措置を定めた建築協定書を作成し（70条1項）、提出を受けた市町村長による、20日以上相当期間内における関係人への協定書の公告・縦覧（71条）、関係人からの公開による意見聴取等を経た上で（72条1項）、特定行政庁の認可を受けなければな

⁸ 都市再生特別措置法施行規則12条の2に規定する施設で、たとえば、道路、駐車場（1号）、公園（2号）、広場（同号）、アーケード（6号）、街灯（8号）、並木（10号）等の施設。

⁹ 大橋洋一『行政法Ⅰ—現代行政過程論（第2版）』（有斐閣、2013年）241頁は、こうした民—民の協定を「横型協定」と呼んでいる。碓井光明「行政契約精義」（信山社、2011年）495頁は、建築協定を「行政契約自体としてではなく、行政機関の関与に着目して、行政契約の延長上の仕組みとして」扱っている。

¹⁰ 建築協定に関する代表的研究として、荒秀「建築協定の法的性質」同『建築基準法論（1）』（ぎょうせい、1976年）153頁以下、同「建築協定の実状とその問題点」、同「建築協定・緑化協定の性質」、亀田健二「建築協定の法的問題」産大法学17巻1=2号（1983年）15頁、同「協定による土地利用規制の法的問題」産大法学18巻1号（1984年）15頁、石井昇「建築協定・緑化協定の性質」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990年）289頁、森田寛二「建築協定論、そして公法上の契約論—その建立的基礎についての素描（二・完）」自治研究66巻2号（1990年）52頁、大橋洋一「建築協定の課題と制度設計」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008年）117頁以下（初出2001年）、碓井光明「行政契約精義」（信山社、2011年）465頁以下。横浜市の建築協定を事例とした実態分析として、長谷川貴陽史『都市コミュニティと法—建築協定・地区計画による公共空間の形成』（東京大学出版会、2005年）。

らない（70 条 1 項）（以上、手続面）。協定の効力は、協定締結者のみならず、認可の公告後に協定区域内の土地所有者等となった者に対しても及ぶ（対世効（第三者効））（75 条）（以上、効果面）¹¹。

建築協定の特徴は、協定の締結により、建築物の用途、階数、高さ、外壁後退距離等、きめ細かな規律が可能になることである¹²。土地利用の自由に対して規制を及ぼすものであるとはいえ、それにより資産価値の向上・維持が期待される等、土地所有者にとってはプラスの作用をもたらしうる¹³。また、縦覧・公告等の手続が法定されていることが注目される。

他方、全員合意要件による協定の活用への障害と、建築確認との連動がないことによる協定の実効性確保措置の不十分さが、利用促進のうえで課題となっている。協定事項の限定列挙も課題である。建築協定の内容は地区計画の規制項目に比べると概括的であるが、法で規定された目的が「住環境の維持」であるため、協定事項は限定列挙の形式をとらざるをえない。なお、同様の仕組みは、緑地協定（都市緑地法 45 条）、景観協定（景観法 81 条）等にも見られる¹⁴。

こうした観点からみると、冒頭に挙げた、横浜市まちづくりルールと都市利便増進協定からは、従前の建築協定等の典型的な協定制度和比較した場合に、以下の二つの法制上の変化の兆しを看取することができる。

一つは、合意できる内容の対象の限定性が緩和されていることである。横浜市まちづくり推進条例では、地区計画の対象限定性を克服するため対象は限定されていない。実際、「地域まちづくりルール」が定められた地域においては、地区計画で定めることができないルール項目を定めている場合があり、法律に基づく地区計画を補完するものとなっている。法律に基づく制度である都市再生利便増進協定においては、従前の各種協定制制度（建築協定、都市再生歩行者経路協定等）と比較して、対象を限定していないことが特徴的である¹⁵。

¹¹ 以上の整理は、大橋・前掲注（10）118 頁に基づく。

¹² 荒は、「現行（建築）基準法上の建築協定はまさにかかる現代建築行政における利害関係人自らの手による公行政活動への積極的参与の先駆的役割を担っている」という。荒秀「建築協定の法的性質」同『建築基準法論（1）』（ぎょうせい、1976 年）153 頁以下。

¹³ 大橋・前掲注（10）128 頁。

¹⁴ 法律で定められている私人間の契約と行政による認可の仕組みについては、建築協定（建築基準法 69 条、70 条 1 項に基づく市町村条例及び同条 2 項、1950 年）、緑地協定（都市緑地法 45 条 1 項～3 項、1973 年）、景観協定（景観法 81 条 1～3 項、2004 年）以外にも以下のものが存在する。移動等円滑化経路協定（高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律 41 条 1 項、2006 年）、避難経路協定（密集市街地における防災街区の整備の促進に関する法律 289 条 1 項、2007 年）、都市再生整備歩行者経路協定（都市再生特別措置法 72 条の 2、2009 年）。各協定制度の比較から種々の共通的事項を抽出するものとして、古倉宗治「まちづくりにおける協定制度の制度上の比較とその現代的意義」土地総合研究 16 巻 1 号（2008 年）34-46 頁、38 頁以下。

¹⁵ 都市利便増進協定制制度の特徴とこれまでの協定制制度との相違について、栗田卓也＝堤洋介「都市の公共性と新たな協定制制度」学習院法務研究 5 号（2012 年）11 頁。同論文は、都市利便増進協定制制度の特徴として、①法目的の広さとそれに伴う協定対象の幅の広さ、

もう一つは、「全員の合意」要件が幾分緩和されていることである。横浜市の場合、「地域まちづくり組織」や「地域まちづくりルール」・「地域まちづくりプラン」の認定にあたって要件とされていることの一つは、地域住民等の「多数の支持」を得ていることである。「多数の支持」が存在することの判断は、認定を行う市長に委ねられているといえる。都市利便増進協定は、協定対象区域内の一団の土地の所有者等の「相当部分」が協定に参加することを認定要件としており、これも「全員の合意」を協定の認定要件としていない¹⁶。このような全員合意要件の緩和からは、まずは協定の趣旨に賛同できる者のみで進めていくという立法者意図が読み取れる¹⁷。

以上の現状分析を踏まえて、既成市街地における地域整備のための協定・団体手法の利用促進に関して、以下の三つの課題を指摘する。

第一の課題は、合意要件である。建築協定等において「全員の合意」が法定された理由は、「当事者全員の希望により厳しい規制に服するのであれば権利侵害・権利規制の要素が存在せず、行政の側としては損失補償や（それに代わる）買取請求といった問題を考えずに済む」¹⁸からである。たしかに、「全員の合意」は、個人の自由を尊重し、強制の要素が見られない点において魅力的である。しかし、対象地域が広がれば広がるほど、また協定事項が増えれば増えるほど、「全員の合意」は現実的には不可能である¹⁹。また、一人ないしは少数者の反対で阻止されることは、当該反対者の交渉力を過剰に高める点で問題がある²⁰。他方、「全員合意要件」を緩和するのであれば、少数反対者の権利利益の保護が課題となる²¹。現行協定

②協定締結に際しての合意要件の相違、③協定締結の法律効果の相違の三点を挙げている。同論文は、全員合意要件の緩和について、「合意が得られるところから、都市空間の共同管理を始めることが現実的な対応と考えられたことによるものである」とする。

¹⁶ その結果、法律効果としての承継効も認められず、法律効果としては各機関から支援が得られること等が規定されているにとどまる（都市再生特別措置法 72 条の 7、72 条の 8 参照）との指摘として、栗田＝堤・前掲注（15）12-13 頁。

¹⁷ なお、平成 21 年法律第 45 号により創設された都市再生整備歩行者経路協定（都市再生特別措置法 72 条の 2）は、協定対象施設が限定されており、土地所有者の全員の合意と行政庁の認可によって協定は有効となり、その効力は土地を承継した第三者にも及ぶ。

¹⁸ 大橋・前掲注（10）123 頁。

¹⁹ また、既成市街地においては「一人協定」を用いることは事実上不可能である。したがって、その場合は、協定内容を限定するか、いわゆる「虫食い地区」を容認せざるをえない。

²⁰ この点に関して、たとえば、土地区画整理組合（土地区画整理法 18 条）や市街地再開発組合（都市再開発法 14 条）の設立手続を参考にして、そこで要請されている合意要件と同様に 3 分の 2 の合意で足りるのではないかという要件緩和論が従来から主張されてきた。ここでいう 3 分の 2 とは、土地区画整理法や都市再開発法と同様に、権利者数の 3 分の 2 であることのほかに、総地積数の 3 分の 2 以上を要請するものである。全員合意要件の緩和を主張する見解として、大橋・前掲注（10）126 頁以下、長谷川・前掲注（10）334 頁以下、小澤英明「建築協定の再生」土地総合研究 8 巻 3 号 64 頁等。なお、地域の合意形成に関して、強制的な仕組みが認められるのは、高度の公益性がある場合にに限られるとの指摘として、生田長人『都市法入門講義』（信山社、2010 年）256-257 頁。

²¹ 大橋・前掲注（10）127-128 頁は、「建築協定は、従来の街並みの維持を図る点に重点が

制度は、「多数の支持」や「相当部分」としているが、どれだけの定足数をみたすことをもって地域の「合意」があったとみなすことができるか、その場合に、少数者に対する手続保障が十分であるかが考慮されなければならない。手続保障を十分に確保したうえで、少数反対者の加入を強制する仕組みが、フリーライドの発生を抑止する観点からは検討に値する。また、制度の設計時においては、協定の有効期間の限定も考慮に入れる必要がある。協定締結時と同様の問題は、協定の更新時や廃止時においても生じる。

第二の課題は、協定・合意内容の実効性確保についてである。建築協定を例にとると、建築確認・監督処分との連携がない点に関して、実際には、自治体レベルでは行政指導という形で協定の遵守を要請する実務が見られたが、行政手続法・行政手続条例の制定後は、そうした指導には限界がある²²。したがって、協定において合意された内容の履行を担保する措置が不十分であることが指摘できる²³。現行の建築協定において協定遵守の監督役を担っているのは、建築協定運営委員会である。たとえば、委員会が、違反工事の竣工を停止することを求める請求を行い、不服従の場合には強制執行を裁判所に請求するといった内容の協定事項が見られる。しかし、実際には、この委員会の設置率の低さや住民の移動、近隣同士であるがゆえに具体的な行動に出ることが躊躇される等、とりうる手段には限界があることが指摘されてきた。このことが、協定遵守に対する行政の関与を要請する²⁴。承継効または第三者効の有無も、協定の実効性確保問題の中に位置づけられる。都市利便増進協定においては、承継効が規定されていないため、その中で協定の実効性をどのように確保していくかが課題である²⁵。

第三の課題は、協定内容の柔軟化である。これまでの法改正や条例の工夫により、内容の限定性・固定性という問題は克服されつつあるが、いくつか考慮されていない事項がある。ここではそのうちの一つとして、費用負担の問題を取り上げる。協定の目的が多様化し、地域環境整備の担い手が行政主体から非行政主体へと移行すると、その整備に要する費用をどの主体がどのような形式で負担するかという問題が生じる。しかし、上記のいずれの協定

あること、その規制内容は建築物の建築を一切禁止する性格のものではなく従前の利用を変更する要素に乏しいこと、協定は規制的性格をもつと同時に環境の向上・維持を通じて当該土地所有者等に利益ももたらすこと、協定のもたらす侵害の態様・程度が軽微である点などが直視されるべきである」として、土地利用に内在する制約として、買取請求権の付与・損失補償は不要であると指摘する。

²² 大橋・前掲注(10) 122 頁。

²³ この点、冒頭に紹介した、「横浜市まちづくり推進条例」においては、建築等行為者と地域まちづくり組織との間の協議に関して、市長が、必要に応じて、指導・助言(13条3項)、要請(4項)、勧告(5項)等の行政指導を行うことができると規定されているのが目を引く。

²⁴ 建築協定に関して、行政関与の程度のより強い仕組みとして制度変更することを提案するものとして、大橋・前掲注(10) 125 頁。

²⁵ 栗田＝堤・前掲注(15) 13 頁は、その対応策として、「協定内容として、協定当事者に土地所有権等の譲渡時には、譲受者に対して協定内容を伝達することを求めることを約する」といった方法が考えられるとする。

においても費用負担の仕組みは考慮に入れられていない。むしろ、補助金・交付金等により協定の締結を誘導する仕組みがとられている。実際、協定締結・認可の法律効果としては、各機関から支援が得られることが規定される（都市再生特別措置法 72 条の 7、72 条の 8）等、協定の締結は、多くの場合、国及び地方公共団体からの補助と結びついており、こうした助成措置が協定締結の誘因になっている。そして、協定の締結と結びついた受益的措置を誘因にして協定の普及を図ることが期待されている。協定は、一定の行政目的を達成するためのインセンティブとして活用されることが多いのである。しかし、公的資金に依存するには限界がある一方、私的主体間で任意の取決めにより費用負担を行うことは、当事者の数が増えるにしたがってフリーライドを生じさせる可能性があるほか、時間の経過により権利関係も変動し、任意で行われていた仕組みも持続しない可能性がある。そこで、私的主体間の合意により費用負担を取決め、それに強制力を持たせた仕組みが導入できないかという問題が提起される²⁶。

上記の諸問題は、いずれも物事の集合的な決定を要する場合に必然的に生ずる問題である。こうした問題について、諸外国ではどのような対応がなされているのであろうか。

本稿においては、そのような取り組みの事例の一つとして、Business Improvement Districts (BIDs. 以下では「BID」という)を取り上げる。BID とは、北米を中心に広く見られるものであり、自治体内のある一定の区域において、土地所有者・事業者から構成される団体等が事業活動の促進を目的として、地域環境整備事業を行うものである。事業に要する費用を自治体が土地所有者や事業者から負担金という形で徴収して当該団体に交付する点に特色がある。自治体から認証・認定を受けた運営団体が徴収された負担金の使途の決定を行い、地区の振興事業や公共施設の維持管理等の活動費用に充てる。負担金が課される地区の導入は、当該地区の土地所有者や事業者の発意と行政による審査、投票を経て決定される²⁷。

1970 年代にカナダのトロントで最初に設立されたのを皮切りに、アメリカにおいては、80 年代後半から 90 年代にかけて都市部を中心に急速に普及した。現在、北米全体で 1,000 から 2,000 あると報告されている²⁸。最近では、北米以外の諸外国においても同様の制度が

²⁶ 国家が、終局的には強制徴収が担保された、使途とは切り離された租税を財源とすることによって、所得の再分配をはじめとした国家的機能の遂行を可能にしているのとは異なり、私的団体にはこのような意味での強制力に裏づけられた徴収権は付与されていない。

²⁷ 基本的文献として、Richard Briffault, A Government for Our Time? Business Improvement Districts and Urban Governance, 99 Colum. L. Rev. 365 (1999); Lawrence O. Houstoun, Jr., BIDs: Business Improvement Districts (2003 2d. ed.); GOKTUG MORCOL, LORLENE HOYT, JACK W. MEEK, ULF ZIMMERMANN, BUSINESS IMPROVEMENT DISTRICTS; RESEARCH, THEORIES, AND CONTROVERSIES (2008). Drexel Law Review, Vol. 3, No. 1, Fall 2010 の BID 特集に掲載された各論文も参照。

²⁸ 名称は国や州、個々の地区により様々である。たとえば、ニューヨーク州における呼称は、Business Improvement Districts (BID) であるが、それ以外にも、Special Improvement District (SID、ニュージャージー州など)、Community Improvement

導入されている。イギリスにおいては、2003 年地方政府法により BID 制度が導入された（イングランド及びウェールズ地域が対象）。また、ドイツにおいては、ハンブルク、ヘッセンをはじめ六つの州で立法が実現している。

次節では、まず、アメリカにおける BID 制度について、その制度の概要を概観し法的諸問題を考察する（Ⅱ）。次に、ドイツにおける BID 制度について、アメリカのそれとの相違に意を払いつつその制度の概要を概観し（ドイツにおけるアメリカの法制度の受容それ自体が、日本法にとっても参照意義を有すると思われる）、アメリカ法と同様にその法的諸問題を考察する（Ⅲ）。最後に、まとめとして、こうした「私的主体による地域管理」の仕組みが行政法の一般理論に与える示唆について検討する（Ⅳ）。

Ⅱ アメリカ

1 はじめに

アメリカにおける BID とは、主としてアメリカ各州において、事業環境の改善維持を目的に、州法を根拠に設立される特別目的の地方政府（special district; special purpose districts; special function districts. 一般に特別区や特定区と呼ばれる。以下では「特別区」と表記する）の一形態である。州や地区により相違はあるものの、多くの場合、地域住民の請願（petition）と一般目的の地方政府（municipality. 以下では「特別区」と区別された意味で「自治体」と表記する）の承認により設立され、土地所有者や事業者の代表から構成される理事会（board）を中心に民間の非営利団体が運営を行い、道路や歩道の維持管理、清掃、治安維持等の公的サービスの提供、地域計画の策定、企業誘致活動等の地域振興事業を行う。BID の特徴は、事業活動に必要な資金を、地区の土地所有者・事業者に課される BID 負担金（BID assessments. 以下、「BID 負担金」または「負担金」という）によって賄う点にあり、この負担金は通常、自治体によって財産税に上乗せして徴収され、その収入分が当該地区の運営団体に交付される。

アメリカにおいて BID 制度は州の制度であり、その概要は州によって様々である²⁹。そこ

District（CID、ジョージア州）、Special Service District（SSD、ペンシルバニア州）、Neighborhood Improvement District（NID）、Downtown Improvement Districts（DID）などの呼称が存在する。カナダにおいては、Business Improvement Areas（BIA）と呼ばれることが多い（オンタリオ州など）。このように、多くの呼称が見られるが、本稿では、これらをまとめて、「Business Improvement Districts」または短縮して「BID」ということにする。

²⁹ 本稿は、法的観点から BID 制度を取り上げるものであるが、アメリカの BID 制度については、都市計画分野を中心に、以下の先行研究・紹介論文がある。明野斉史「アメリカにおける BID 制度を活用した地域マネジメント」日本不動産学会誌 19 巻 1 号（2005 年）66-71 頁、伊藤滋＝小林重敬＝大西隆監修・（財）民間都市開発推進機構＝都市研究センター編『欧米のまちづくり・都市計画制度—サステナブル・シティへの途』（ぎょうせい、

で、以下では、ニューヨーク州一般地方政府法（New York General Municipal Law）980 条以下に規定された同州の BID 制度を中心に、その法的仕組みについて、設立、運営、機能、資金調達の四つの観点から概観する（他州の制度については必要に応じて言及する）。

2 制度の概要—ニューヨーク州一般地方政府法 980 条以下に規定された同州の BID 制度を中心に

（1）設立

ニューヨーク州において、地区の設立手続は、まず、対象地区内の土地所有者の発意に基づく請願（petition）をもって開始される³⁰。請願の有効要件は、対象地区において所有者数、対象区画の数、資産評価額、予定される負担金額等に換算して、3 分の 2 の支持（affirmative vote）が得られていることである³¹。

次に、請願書に記載された各事項（地区の境界、資金調達、事業実施計画等）について審査が行われ、各自治体が設立の可否を判断する。その際、公聴会（public hearing）が開催されるのが通例である。対象地区内の土地所有者に対しては、公聴会終了後 30 日以内に BID の設立に反対する署名を提出する機会が与えられる³²。この時点で、不動産評価額換算と所

2004 年）63-64 頁〔保井美樹執筆担当部分〕、同 358 頁〔大西隆執筆担当部分〕、辻塚也「新しい自治の枠組み」森田朗＝大西隆＝植田和弘＝神野直彦＝荻谷剛彦＝大沢真理編『講座 新しい自治の設計 1 分権と自治のデザイン ガバナンスの公共空間』（有斐閣、2003 年）51 頁、69 頁以下、細野助博『スマートコミュニティ』（中央大学出版部、2000 年）170 頁、村上芳夫「広域行政の問題点と狭域行政」松下＝西尾＝新藤編『岩波講座 自治体の構想 2 制度』（岩波書店、2002 年）203 頁、217 頁、保井美樹「アメリカにおける Business Improvement District（BID）—NP0 による中心市街地の活性化」都市問題 89 巻 10 号（1998 年）79-95 頁、同「アメリカにおける中心市街地活性化と NP0—ビジネス再開発地区（Business Improvement District: BID）を中心に」都市住宅学会 25 号春号（1999 年）49-59 頁、保井美樹＝大西隆『『負担者自治』という観点から見た米国 BID 制度の評価に関する研究』都市計画 51 巻 2 号（2002 年）51 頁、保井美樹「Business Improvement District(BID)：米国と日本」都市計画 52 巻 1 号（2003 年）47 頁、矢作弘＝明石芳彦編著『アメリカのコミュニティ開発—都市再生ファイナンスの新局面—』（ミネルヴァ書房、2012 年）273-300 頁〔矢作弘執筆部分〕。また、日本における BID 制度導入の可能性を土地税制の観点から論じるものとして、服部敏也「日本版 BID の可能性」土地総合研究 14 巻 4 号（2006 年）2 頁。

³⁰ 設立手続は、州により異なり、土地所有者や事業者らの発意により設立される場合と、自治体が主導して設立される場合がある。

³¹ この割合は、州により異なり、たとえば、カリフォルニア州では、負担金額に換算して過半数の支持が得られることを請願の有効要件としている（Cal. Sts. & High. Code § 36621 (a)）。

³² 一部の州においては、自治体が設立を主導する方式をとるが、そのような方式の下においても、設立手続の最終段階で賛否を問う投票の実施や反対者の意見表明の機会（remonstrance or objection opportunity）が組み込まれるのが通例である。ニュージャ

有者数換算の両方において 51%以上の反対がないことが、設立の要件となる³³。

以上の手続を経て、各自治体の議会が条例 (local law) を制定することにより、対象地区が正式に決定される。

設立された BID は、州法で規定された 5 年間、有効に存続する³⁴。有効期間の期限が到来すると、BID は解散する。しかし、実際には、州法で定められた基準を遵守している場合には、自治体による再度の承認手続を経ることにより、引き続き存続する³⁵。

(2) 運営

ニューヨーク州においては、地区計画 (district plan) に定められた事業を実施するために、自治体が「地区運営団体 (district management corporations; district management associations)」³⁶と呼ばれる非営利団体と契約を締結し、この運営団体が地区の管理運営を行う³⁷。地区計画において定められた事項 (事業の実施計画、負担金の水準・賦課方式、公債発行等) に変更が生じた場合や、前年度に比べて予算を増額する場合には、運営団体の理事会 (board) が、自治体にその旨を提案し、自治体議会の承認を得る必要がある³⁸。

運営団体の理事会の構成については、任命制を採用する州と、公選制を採用する州がある。任命制を採用する州では、多くの場合、自治体が地区の土地所有者や事業者の代表を理事に任命する³⁹。他方、数としては決して多いとはいえない公選制を採用する州に分類されるニ

ージー州 (N. J. Stat. Ann. § 40:56-68; § 40:56-71) 等。これに対して、設立に際して自治体の関与がほとんど見られない例として、ミシシッピ州が挙げられる。いずれの場合も、土地所有者ら地域住民の合意と自治体の承認を経て設立される点において大きな相違点は見られない。

³³ N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-e(b); N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-f(c). なお、ウィスコンシン州では、評価額に換算して 40%以上の反対があると設立は認められない (Wis. Stat. Ann. § 66.1109 (2) (d))。

³⁴ カリフォルニア州法は、新たに設立される地区については 5 年、継続地区については 10 年を超えない存続期間を定めなければならないとしている (Cal. Sts. & High. Code § 36622(h))。

³⁵ なお、有効期間の期限が到来していない場合であっても、未払債務がないことを条件として、地区の発意や自治体の判断による解散が認められる場合がある (N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-o)。

³⁶ 運営団体は、既存の地方開発法人 (local development corporation) や商工会議所 (chamber of commerce) である場合もあれば、新たに設立される場合もある。ニューヨーク州において BID を運営する非営利団体は内国歳入庁法典 (Internal Revenue Code) § 501(c)(3) の「非営利団体」に該当する。

³⁷ N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-m(a). 事業の実施主体は、州により異なり、自治体内部の機関 (public entity, quasi-public entity) である場合と、民間の非営利団体 (nonprofit corporation) である場合がある。近年では、後者の方式を採用する州が多いといわれている。

³⁸ N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-m(c); § 980-i(a).

³⁹ ウィスコンシン州 (Wis. Stat. Ann. § 66.1109(3)(a)) とニュージャージー州 (N. J.

ニューヨーク州においては、理事選出選挙において、選挙権資格を、負担金を拠出する土地所有者に限定し、一票の価値を不動産評価額に応じて重み付けを行い、理事の過半数が土地所有者の代表から構成されることを規定する⁴⁰。このように、任命制と公選制のいずれにおいても、負担者である土地所有者の利益が反映される仕組みがとられており、この点は、後述するように、BIDの私企業的性格があらわれているところである。その反面、賃借人をはじめとした非負担者や周辺住民の利益が十分に代表されていない点は批判があるところである。ニューヨーク州法は、公益の観点から、自治体の長（又はその代理）、自治体の財政担当者、BIDが所在する行政区（borough）の代表、BIDが所在する地区から選出されている自治体議会議員（複数の選挙区にまたがる場合は議会の多数派の代表）の4名の参加を規定する⁴¹。

（3）機能

BIDが提供するサービスについて、ニューヨーク州一般地方政府法は、(a)地区の事業活動を促進する改善事業（道路や歩道の改修、公園や駐車場の建設、街灯や信号の設置等）、(b)地区の改善事業の運営維持、(c)地区の発展のための追加的な維持やサービス（公衆衛生や治安維持等）、(d)公的な場所からのアクセスを高める改善事業を実施するための契約締結を挙げている⁴²⁴³⁴⁴。

Stat. Ann. § 40:56-79) が挙げられる。

⁴⁰ ニューヨーク州 (N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-m(a); § 980-m(b))。ただし、一人の投票者が投じる票の全投票に占める割合が3分の1を超えないことが規定されている (N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-m(b))。例外的に、負担金額や不動産評価額の多寡にかかわらず、すべての住民に平等な選挙権を規定する例として、コロラド州 (Colo. Rev. Stat. § 31-25-1203(4)) とフロリダ州 (Fla. Stat. Ann. § 190.003(16)) がある。

⁴¹ N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-m (b)。

⁴² N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-c。

⁴³ LAWRENCE O. HOUSTOUNによると、BIDにおいて実施される事業は、マーケティング (consumer marketing)、広告宣伝活動 (policy advocacy)、公的施設の改良事業 (capital improvements)、メンテナンス (maintenance)、公的規制 (public space regulation)、防犯活動 (security)、地域振興計画の策定 (economic development)、駐車場や交通システムの管理 (parking & transportation)、社会的サービス (social services) 等である。HOUSTOUN, SUPRA NOTE 27, AT 16. Briffaultは、これらの事業を、①公的施設の改善事業 (physical improvements)、②従来自治体が担ってきたサービス (traditional municipal services)、③社会的サービス (social services)、④事業活動を促進するための施策 (business-oriented programs) の四つの類型に区分して、従来の特別区と比較した場合のBIDの特徴は、②の従来自治体が担ってきたサービスへのかかわりにあるという。Briffault, supra note 27, at 394.

⁴⁴ これらの事業は、地区の「清潔さや安全」(clean & safe)を高めることで（または「犯罪と汚れ (crime & grime)」に対処することで）事業環境を改善させる（収益や資産価値の維持向上を図る）目的に資すると考えられている。具体的には、地区内のゴミの収集回数を増やしたり、警察官・パトロール要員の配置や防犯カメラの設置を充実させた

ここで留意すべき点は、これらのサービスが限定列举ではないということである。目的に資するものであればあらゆるものを含める余地がある。それゆえに、BID は機能の面において、従来の特別区よりも、総合的なサービスの提供する主体である自治体に近いといえる。

他方、BID が提供するサービスは、自治体が提供するサービスにとってかわるものではなく、それに付加されるもの、上乘せ的服务であることが州法において確認的に規定されている⁴⁵。したがって、自治体には、BID が設立された地域において、引き続き従前と同様のサービス水準を維持することが義務づけられる。

(4) 資金調達

BID の特徴は、事業の実施に必要な財源を主に地区の土地所有者に課される負担金 (BID assessment) で賄っており、その徴収が自治体によって行われ、最終的には強制徴収の手段が担保されていることにある。

負担金の賦課対象に関しては、多くの州において資産に賦課する方式が採用されている。賦課方式にはそれぞれ、不動産の正面間口の長さ (front footage)、総床面積 (square footage)、評価額 (assessed valuation) に基づく方式がある。不動産評価額に基づく賦課方式の場合、地区の費用の合計額を、利益を受けるすべての不動産の評価額の合計に対する個々の不動産評価額の割合に按分して個々の負担額が決定される。州や地区によっては、商業系資産と住居系資産を区別し、住居系資産には課さない、あるいは住居系資産に課す場合には商業系資産に適用される税率よりも低い税率を設定することがある⁴⁶。必要に応じて負

り、景観上の観点から建築物や広告物を規制する基準を策定する。ニュージャージー州では、地区内の経済活動や建築物に関して、運営団体が定めた基準に適合させることが州法において規定されている (N. J. Stat. Ann. § 40:56-71; 77)。BID の運営団体が直接事業の実施主体となるほか、必要に応じて他の民間事業者に事業の実施を委ねる。なかには、ホームレス支援事業を行う BID も存在するが、生活弱者保護という観点よりも公の秩序の維持と事業環境の改善という目的が優先されるために、大きな社会問題に発展したことがある。それは、次のような事件である。1995 年にニューヨーク市の Grand Central BID の運営団体 (Grand Central Partnership) が、ホームレスを街から追い出すために暴力団まがい (goon squads) の実力行使を行っていることや、ホームレスを最低賃金法で定める最低賃金を下回る水準の賃金で BID の活動に従事させていることが報道され大きな社会問題となった。この事件の結果、住宅都市開発局 (Department of Housing and Urban Development) は、運営団体への補助金の支給を打ち切ることにした。なお、最低賃金法違反事件については、Archie v. Grand Central Partnership, 997 F. Supp. 504 (S. D. N. Y. 1998)。

⁴⁵ See e.g. "Services for which district property owners are charged pursuant to the plan must be in addition to or an enhancement of those provided by the municipality prior to the establishment of the district." (N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-j(a).

⁴⁶ ミシガン州では、住居系資産は賦課対象外であるが、地域の関係者の幅広い参加の観点からは住居系資産をも含めるべきとの主張がある。See Jeff Stefan, Business

担金を免除し（非営利法人所有の不動産や公共目的の不動産など）、負担金の税率や総額に上限を設けることもある⁴⁷。

負担金は、自治体の財産税の徴収と同時に自治体が賦課徴収し、その収入が地区の運営団体に交付される⁴⁸。ただし、一部の州においては、運営団体が直接負担金を徴収する⁴⁹。負担金の滞納者には、財産税の滞納者と同様に、罰金、租税リーエン、差押・公売を含めた罰則が課される⁵⁰。

負担金収入以外にも、施設の料金収入や公債発行、任意の拠出金・寄付金、連邦政府・州政府からの補助金を財源とすることがあるが、施設の建設・運営を目的とする従来の特別区と比較して料金収入や公債発行への依存度が相対的に低いことが指摘される⁵¹。

3 考察

（１）系譜と特徴

アメリカにおける BID 制度は、同国に特徴的な特別負担金（special assessments）と特別区（special purpose districts）の二つの制度にその系譜を求めることができる⁵²。その一方で、BID はそれらとは異なる性格も有している。

まず、特別負担金との比較について。アメリカの自治体レベルにおいては、一般租税を財源とする公的サービスの提供に加えて、それを超える付加的で地域限定的なサービスの提供は特別負担金によって賄われてきたという歴史的伝統がある。特別負担金が課される場合は、受益と負担の関係が、一般租税による公的サービス提供の場合に比べて、明確であることが求められる。都市基盤施設の整備費用に関しては、事業の実施によって一般的利益が生ずる場合には自治体・租税財源によって財政負担が行われ、特別な利益が生ずる場合には土地所有者等の隣接住民による負担とされてきた。しかし、従来の特別負担金が、受益と負担との連関と要求していたのに対して、BID においては、受益の正確な算定は期待できない。その理由は、そもそも地域環境の維持管理からもたらされる受益の算定は計測が困難であるからであり、「利益に対する負担」というよりも「事業に要した費用負担」の仕組みとな

Improvement Districts and Michigan: an Analysis, 49 WAYNE L. REV. 791, 808 (2003).

⁴⁷ ニューヨーク州においては、負担金収入額に上限が設定されており、当該地区で当該年度に徴収される自治体の一般税収の 20%を超えてはならないとしている（N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-k (b)）。

⁴⁸ ニューヨーク州（N. Y. Gen. Mun. Law. § 980-j (b)）。

⁴⁹ そのうちの一州であるフィラデルフィア州では、2000 年の法改正により運営団体が徴収する方式から自治体が徴収する方式に改められた。

⁵⁰ カリフォルニア州（Cal. Sts. & High. Code § 36631）。

⁵¹ Briffault, supra note 27, at 392.

⁵² Briffault, supra note 27, at 414.

っている。

次に、特別区との比較について。一般租税を財源とするサービスに対して付加的なサービスを提供する場合に特別区が設立されるのは、特別負担金と同様の発想に基づいている。BID は、特別区に分類される地方政府の一形態である（ただし、州によっては公共機関（public authority）の形態をとることもある）。しかし、従来の特別区が、水道供給、下水設備、公園や図書館等の各種施設の運営、交通、保健など、自治体が租税によって実施する事業とは区別された特定の事業、施設の利用料金・使用料収入（独自の課税権を有することがある）によって賄われる事業の実施を目的として設立されることが多いのに対して、BID は、街路の保全や清掃、治安維持など、従来自治体の任務とされてきた多種多様な事業を実施する。また、従来の特別区は、自治体が設立されていない地域（unincorporated areas）において広範囲に事業を行うもの、複数の自治体の法域にまたがって事業を実施するもの、単一の自治体と領域を同じくして事業を行うものなどが念頭に置かれてきたが、BID は自治体がすでにある地域において、その法域内の比較的狭小な地域（街区レベル）において、自治体の監督を受けながら事業を実施する。その意味において、BID は特別区という自治を備えた地方政府ではあるものの、必ずしも既存の自治体とは並列の関係には立っていない。その実態をみると、自治体から運営団体への事務の民間委託方式（contracting out）がとられ、ここには契約的手法が見られる。

要約的に述べると、特別負担金との違いに関しては、継続的な負担であること、特別区との違いに関しては、幅広い活動を行っていることが指摘できる。負担金の観点からは、租税との類似性が見られ、統治構造の観点からは、通常の自治体との類似性が見られる。その結果、後述するように、従来の特別負担金や特別区をめぐる法的紛争とは異なる観点からの問題が提起される。

以下では、負担金の法的位置づけ、一人一票原則との関係を中心に考察を行う。

（２）負担金の法的位置づけ

最初の問題は、租税と BID 負担金との区別である。70 年代以降、連邦政府による経済開発関連の支出が削減され、州政府や自治体にも歳出削減圧力がかかることになった。それに加えて、カリフォルニア州の提案 13 号による憲法改正（1978 年 6 月）に端を発して、多くの州において州税・地方税の税率や歳出の上限に関して州憲法上の実体的・手続的制限が加えられた。税率の引上げや新税の導入について州憲法上の制約が課せられることになった州政府と自治体は、租税以外の負担（Non-Tax Revenues）—特別負担金（special assessment）、開発負担金（development fee）、規制負担金（regulatory fee）、使用料（user charge）など—に財政収入を求めると同時に、それらを主な収入源とする特別区や公共機関を多数創設することになった。なかでも、特別負担金は、歴史的には新興開発地域の公的施設の整備に要する費用を捻出するための手法であったが、近年では、既成市街地における様々な用途

に用いられている。BID 負担金もこうした現代的な特別負担金の一つと解されている⁵³。

そこで、特別負担金の賦課が実質的に、財産税に適用される州憲法・州法上の課税制限（均一性条項（uniformity clause）や住民投票要件など）を潜脱しているのではないかという疑義が生じ、実際に、いくつかの州で訴訟が提起された。特別負担金は、公共改良事業が「一般的な利益」（general benefit）のみならず、「特別の利益」（special benefit）を隣接土地所有者にもたらすことからその賦課が正当化されるところ、従来の裁判例は、道路や水道といった公的施設の改良事業に関して、特定の区画に生ずる利益の存在を認め特別負担金の賦課を適法とする一方⁵⁴、改善事業がコミュニティ全体に利益をもたらすとするなら、その事業には特別負担金ではなく租税を充てるべきであると判示してきた⁵⁵。その原則にしたがえば、BID 負担金には租税と同様の法的規律が要請されることになりそうである。

しかし、各州裁判所は、BID 負担金の適法性が争われた事件において、いずれもその賦課を適法と判断している⁵⁶。すなわち、負担金が租税よりも特別負担金に近い性格を有するも

⁵³ この点に関して、Briffault は、両者を比較した上で、伝統的な特別負担金は、「入場料」が一度支払われると施設の維持管理運営に要する費用は自治体の一般財源によって賄われるという意味で「一回限りの装置」（one-shot device）であり、他方、現代的な特別負担金は、継続的なサービス提供の財源となるという意味で「長期にわたる装置」（long-term structure）であると指摘する。Briffault, supra note 27, at 416.

⁵⁴ Property Owners Association v. City of Ketchikan, 781 P.2d 567 (Alaska 1989)（道路、水道、下水道、通信送電線）；Rinker Materials Corp. v. Town of Lake Park, 494 So.2d 1123 (Fla.1986)（道路、排水設備、上下水道の改善）。

⁵⁵ Heavens v. King County Rural Library Dist., 404 P.2d 453 (Wash.1965)（公共図書館）；Ruel v. Rapid City, 167 N.W.2d 541 (S.D.1969)（コンベンション・センター）；Lipscomb v. Lenon, 276 S.W. 367 (Ark.1925)（公会堂）。近年では、各州の裁判所は州憲法の射程を狭く解し（「特別の利益」を広義に解し）、特別負担金の賦課を適法とする傾向がある。See e.g. City of Boca Raton v. State, 595 So.2d 25 (Fla.1992)；Knox v. City of Orland, 841 P.2d 144 (Cal. 1992)；Graiss v. City of Chicago, 601 N.E.2d 745 (Ill.1992)。その理由として、課税制限が憲法問題でなく、法律、立法政策の問題であること、それゆえに財政政策や課税に関して議会に対する特別な委譲がある、との指摘が見られる。このような裁判所の姿勢に対しては、「すべてが特別なものであると、特別なものは何も存在しなくなる。」という批判がある。なお、「特別の利益」の判断に関して、司法が地方議会の判断を尊重する傾向があることについて、田中治『アメリカ財政法の研究』（信山社、1997年）184頁参照。

⁵⁶ たとえば、City of Seattle v. Rogers Clothing for Men, Inc. 判決は、BID 負担金と租税との異同が争われたリーディング・ケースである。ワシントン州最高裁判所は、問題となった負担金が、公共の場所の装飾やデザイン、宣伝を目的とする「マーケティング・プログラム」と、落書きの除去、通りの清掃、治安維持を目的とする「メンテナンス・プログラム」の財源に充てられるとしても適法であるとした。See 787 P.2d 39 (Wash.1990)。また、カリフォルニア州においては、同州の提案 13 号 (Proposition 13) に規定された「特別税」（special tax）に該当する場合には導入にあたって住民投票にかける必要があるところ、Evans v. City of San Jose 判決は、アパートメントの所有者である原告が、問題となった負担金を財源とする市街地活性化事業からは利益を受けないために当該負担金が特別税に該当することを主張したのに対し、同州控訴裁判所は、当該事業は BID の地区内の事業者と土地所有者に利益を与えるとの市議会の判断を尊重して原告

のとして課税制限規定に抵触することはないと判示している。これらの事例は、特別負担金の賦課要件である「特別の利益」について、負担金が公的施設の整備にかかる「一回限り」の財源としてのみならず、公的サービスの「継続的」な提供の財源としうることを、広告宣伝活動、通りの清掃、観光誘致、企業誘致といった特定の区画をこえて地区全体に利益が波及する施策にも負担金を財源としうることを許容している点で、特別負担金の使途を拡張していることになる⁵⁷。

(3) 「一人一票原則」との関係

i) 問題の所在

一般的に、より小さな政治単位への分権化または権限の委譲については、地域的サービスを提供する上で効率的であること、個々の地域の住民のニーズに合ったサービスが提供できること、社会関係資本 (social capital) の形成に資すること、民主的政治参加を促進すること等が挙げられる。

BID の活動は、自治体全域にもたらす利益 (公益) の実現というよりも、一定の地区の構成員に共通する利益 (共益) を実現することを目的にしている。その結果、負担者の利益が非負担者の利益よりも反映される仕組みが採用されている。換言すると、BID には、私企業類似の統治構造が要請されるのである。それは、具体的には次のような形であられる。すなわち、公選制の理事会を採用する州において、多くの場合、理事の選出に際して選挙権が負担者である土地所有者に限定されること、または、一票の投票価値が不動産評価額や負担額の多寡に応じて重みづけがなされる。この場合、土地所有者や事業者らの負担者の利益が代表される一方、非負担者である住民の利益は代表されない。そこでは、BID の私益事業的

の主張を退けている。See 4 Cal. Rptr 2d. 601 (Cal. Ct. App. 1992). See also Howard Jarvis Taxpayers Association v. City of San Diego, 84 Cal. Rptr. 2d 804 (Cal. App. 4th 1999). さらに、BID 負担金が租税であることを前提に、住居系資産を賦課対象から外しているのは「均一性の原則」に反するとして訴えが提起された 2nd Roc-Jersey Associates v. Town of Morristown 判決は、地区全体に利益を及ぼす施策の財源のために課される負担金であっても租税には該当せず、住居系資産の課税免除は均一性条項の問題を生じさせることはないとした。See 731 A. 2d 1 (N. J. 1999). このほか、負担金がコミュニティ内の資産の維持と「特別の治安」のための財源となる事案に関して、Williams v. Anne Arundel Co., 638 A. 2d 74 (Md. 1994).

⁵⁷ カリフォルニア州では、負担金額に換算して過半数の支持が得られることを請願の要件とすることに加えて (Cal. Sts. & High. Code § 36621(a))、提案 218 号により、負担金の賦課に関する州憲法上の実体的要件と手続的要件をみたすことが設立の要件となっている (Cal. Sts. & High. Code § 36623、1996 年の提案 218 号 (proposition 218) により規定された Cal. Const. art. X III D)。See Derek P. Cole, Special Assessment Law Under California's Proposition 218 and the One-Person, One-Vote Doctrine, 29 MCGEORGE L. REV. 845, 866 (1998).

性格（事業者の利益を促進するという意味における私的利益の追求）から、私法人とその出資者の関係に類似した統治構造がとられている。

こうした仕組みには一定の合理性があると考えられる。一つは、実際的な理由である。負担者の貢献なしには地区が設立され、存続することはない⁵⁸。それゆえに、負担者の利益が反映される仕組みがとられているものといえる。もう一つは、理論的な説明である。Ellicksonによると、投票権者を土地所有者に限定していること、または投票価値を重みづけがなされていることには、歴史的背景のみならず、経済合理性があるという⁵⁹。すなわち、小さな政治単位においては、離脱（exit）が容易であるために富の再分配は期待できず受益原則（benefit principle）が妥当するところ、経済的利益（economic stake）が土地に生じること（資本化効果（capitalization effect）は、居住性（residency）ではなく所有持分（property ownership）に応じた選挙権の配分を促すという。決定の利益と負担を引き受ける者に決定権限が割り振られることで費用の観点から正当化された事業が実施される（たとえば、賃貸借契約によって決められた短期的利害を有する賃借人の判断では長期的な観点から必要となる投資が過少となりかねない等）⁶⁰。また、多数派の搾取に対しても、賃借人は容易に離脱することができるのであり、退出が困難な者にこそ選挙権、つまり発言（voice）の機会を与えるべきということになる⁶¹。さらに、土地所有者に決定権限を付与して政治的支持を得ることが地区の設立や負担金の賦課について同意を調達するうえで重要な要素になると考えるのである。

他方、BIDは、自治体と同様の公的機能を果たしている。すなわち、自治体内の地区にお

⁵⁸ Gerald E. Frug, The Seductions of Form, Drexel Law Review, Vol.3, No.1, Fall 2010, at 12.

⁵⁹ Robert C. Ellickson, New Institutions for Old Neighborhoods, 48 DUKE L.J. 75, 92 (1998) は、アメリカにおいて土地所有者による統治構造自体は多くの場面で見られることを指摘する。すなわち、かつては、排水事業や油田開発において、全員一致の決定によるのではなく、土地所有者が分筆された土地を統治する組織を設立することが認められてきたこと、住宅地域においてはゾーニング規制の合憲性が認められる以前から、州法において一定の補償を条件として住宅所有者による土地利用規制が認められてきたこと等を挙げ、課税権を有した街路の保全地区や特別区の設立についても同様であるという。

⁶⁰ Ellickson は、私人による土地利用規制である住宅所有者組合（Homeowners Associations: HOA）において「一人一票原則」が妥当しない理由を、同様の論拠で説明している。See Robert Ellickson, Cities and Homeowners Associations, 130 U. PA. L. REV. 1519, 1545 (1982).

⁶¹ なお、地域住民の”離脱”（exit）による地方公共財の最適供給を論じたティブー仮説（Charles M. Tiebout, A Pure Theory of Local Expenditures, 64 J. POL. ECON. 416 (1956)）に対して、離脱のみならず、”発言”（voice）も組み合わせた多様な戦略的行動がありうることを提示したのが、アルバート・O・ハーシュマンである。See ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES (1970) Harvard University Press（訳書として、A. O. ハーシュマン（矢野修一訳）『離脱・発言・忠誠—企業・組織・国家における衰退への反応』（ミネルヴァ書房、2005年）。

いて、土地所有者や事業者で構成される民間の組織が、自らの資金で、公共財・サービスの提供（歩道の維持管理、清掃、治安維持）を担い、自治体に比肩しうるほどの公的機能を遂行している。このような観点からは、BIDにおいても民主的な運営が妥当するのではないかという議論につながる。

この問題が、BIDにおいて正面から取り上げられた事件として、Kessler v. Grand Central District Management Association 判決を挙げることができる。同判決は、合衆国憲法第14条修正（Fourteenth Amendment）の平等保護条項から導かれ、判例上確立してきた「一人一票原則」（one person-one vote principle）が、BIDにも適用されるか否かをめぐって争われた事件である。「一人一票原則」は後で述べるように、連邦議会の議員定数配分に関する投票価値の平等が問題となった連邦最高裁判決において初めて認められ、その後地方政府への適用の可否をめぐってたびたび訴訟が提起されてきた。アメリカの地方政府はその成り立ちからいって多様な性格を有しているが⁶²、地方政府への「一人一票原則」の適用の有無が争点となる事案では、主として、当該地方政府が、同原則が適用される民主的規範が及ぶ民主的政治体（democratic political entity）であるのか⁶³、それとも同原則が適用されない準財産権的事業体（quasi-proprietary firm）であるのか⁶⁴が大きな争点となってきた。これは、換言すると、当該政府においていかなる主体がどのような原理に基づいて統治を行っているかという問題でもある。それでは、BIDにはどのような統治原理が妥当するのであろうか。このことを検討するために、以下では、Kessler 判決⁶⁵をみていくことにする。

ii) Kessler v. Grand Central District Management Association 判決

事案は、次のようなものである。本件で問題となったBIDは、ニューヨーク市の中心部に位置するグランド・セントラルBID（Grand Central BID: GCBID. 以下、「当該地区」と呼ぶ）である。原告は、同地区に居住する住民であり、被告は、同地区を運営するグランド・セントラル地区運営団体（Grand Central District Management Association: GCDMA. 以下、「運営団体」と呼ぶ）である（ニューヨーク市とニューヨーク州は被告側に補助参加し

⁶² アメリカの地方政府が公的な性格と私的な性格を併せ持っていることについて、寺尾美子「地方自治体の「公」「私」二重の性格の法理——一九世紀アメリカにおける地方自治法生成の一側面」石井紫郎＝樋口範雄編『外から見た日本法』（東京大学出版会、1995年）127頁、柴田直子「アメリカ合衆国における地方政府の法的位置づけに関する一考察（一）（二）（三・完）」自治研究77巻2号（2001年）109頁、77巻9号103頁、78巻5号（2002年）72頁

⁶³ Avery v. Midland County, 390 U.S. 474 (1968); Kramer v. Union Free School District No.15, 395 U.S. 621 (1969); Hadley v. Junior College District 397 U.S. 50 (1970); City of Phoenix v. Kolodziejski, 399 U.S. 204 (1970).

⁶⁴ Salyer Land Co. v. Tulare Lake Basin Water Storage District, 410 U.S. 719 (1973); Ball v. James, 451 U.S. 355 (1981).

⁶⁵ 960 F. Supp. 760 (S.D.N.Y. 1997); 158 F.3d 92 (2d Cir. 1998).

ている)⁶⁶。ニューヨーク州法とニューヨーク市規則では、BID の運営団体の理事会の構成について、その過半数を負担者である土地所有者の代表から構成されることを規定しており、これを受けて、運営団体内部規則 (by-laws) は、投票グループを、クラス A—地区の土地所有者、クラス B—商業系賃借人、クラス C—住居系賃借人、クラス D—4 名の公的代表 (市長、市会計監査官、マンハッタン行政区長、市議会の多数派代表によって任命された者)、クラス E—資格を有さないが地区に何らかの利害を有する団体の五つに分け、クラス E を除くすべてのクラスから代表が選出されていた⁶⁷。訴訟提起当時、52 名の理事のうち、クラス A からは 31 名、クラス B からは 16 名、クラス C からは 1 名、クラス D からは 4 名が選出されていた。当該地区にはクラス A にあたる土地所有者が 242 名いる一方、クラス C にあたる住民は 930 人であり、理事の構成は実際の人口との均衡を著しく欠くものであった。

そこで、この地区の共同住宅に居住する住民 (クラス C の資格を有する住民) である原告が、当該地区は公的機能を果たすことから自治体と同視できるのであり、運営団体の理事会において、グループ A により選出される土地所有者の代表が過半数を占め、地区に多数居住する住民の代表者が 1 名しか選出されないのは、「一人一票原則」に反すると主張して、本案的差止命令を求めて出訴した。第一審である連邦ニューヨーク州南部地区裁判所は原告の請求を棄却した⁶⁸。そこで、原告が控訴したのが本件である。

控訴審 (連邦第二巡回区裁判所) は、運営団体の投票規定を合憲とし、第一審と同様、原告の主張を退けた。控訴審の判断の概要は、次の通りである⁶⁹。

① 当該地区の「特別の限定された目的」 (special limited purpose)

- a 限定された目的 (limited purpose) ・ ・ ・ 運営団体の施策が多様であるとはいえ、「事業の促進」という目的は限定された目的である。当該地区は、学校、住宅、病院、刑務所、消防署、交通、施設、土地利用規制といった公的提供にはかかわることはなく、たとえ当該地区の機能の中に公的性質を帯びるものがあるとしても、それは市の責務にとってかわることはない。
- b 統治権限の欠如 (lack of sovereign power) ・ ・ ・ 運営団体自体は、課税権、立法権、執行権を有さない。

⁶⁶ 1988 年に設立された全米で有数のもっとも大きな負担金ベースを有する BID の一つであり、Midtown Manhattan の 75 blocks において 337 の土地を含んでいた。GCBID の境界は、マンハッタン行政区の 35th Street から 54th にかけてと、Second Avenue から Fifth Avenue にかけて広がり、約 7,100 万平方フィートの商業地域 (マンハッタン全事務スペースの約 19% を占める) と約 90 万平方フィートの住宅地域を含んでいた。地区で公衆衛生や治安維持サービス、社会的サービス、企業支援といった広範な施策を実施する責務を担っていた。なお、日々の活動については、Grand Central Partnership (Grand Central Partnership: GCP) が、GCDMA との協定 (agreement) に基づいて実施していた。

⁶⁷ GCDMA Bylaws Art. I § 1, Art. II, § 1.

⁶⁸ 960 F. Supp. 760 (S.D.N.Y. 1997).

⁶⁹ 158 F.3d 92 (2d Cir. 1998).

- c 限定された役割と責任 (limited role and responsibility)・・・治安維持、公衆衛生、社会的サービス等は元来、自治体によって提供される種類のものであるが、運営団体の機能と責任は、市との関係では二次的なものにすぎないのであり、市が提供するサービスに対する上乗せサービスにすぎない。
- d 市のコントロール (the City' s control over GCDMA)・・・地区計画の実施、予算、負担金の水準に関して、市のコントロールを受ける。運営団体は毎年度、当該年度の説明書と次年度の計画書を市に提出しなければならず、市事業サービス局の監査を受け、必要に応じて是正が求められる。場合によっては、契約の更新が拒否されることもある。

② 当該地区の機能が土地所有者に与える「不均衡な影響」(disproportionate effect)

地区の設立は、非所有者である住民よりも所有者により大きな影響を与える。負担金は所有者のみに課され、地区の活性化による経済的利益は、資産価値の上昇を通じて、主に土地所有者に生じる。

以上の理由から、運営団体の理事会の選挙に「一人一票原則」は適用されず、土地所有者に対して、運営団体の理事会における過半数代表を保証することは、土地所有者による地区の設立を促進するという目的と合理的関連性を有するとして、本件投票規定を合憲と判断した。

なお、後述するように、この控訴審判決には、Weinstein 判事による反対意見がある。

iii) 地方政府への「一人一票原則」の適用をめぐる判例の変遷—「特別の限定された目的」と「不均衡な影響」という二つの基準の確立

前述のとおり、「一人一票原則」は、合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項から導かれ判例法上確立してきた、議員定数配分に関する投票価値の平等を表した原則である⁷⁰。同原則はその後、連邦議会から州議会、自治体議会へと適用範囲を拡大していくが、地方政府の中で、特別区や学校区の理事会への適用をめぐる裁判所の判断は分かれることとなった。その際の判断基準とされたのが、当該政府の「特別の限定された目的」と特定の構成員に対する「不均衡な影響」である。Kessler 判決では、連邦第二巡回区裁判所は、ニューヨーク州における BID が「特別の限定された目的」を有し、その機能が土地所有者に対して「不均衡な影響」を与えることを理由に、「一人一票原則」が適用される地方政府にあたらないと判断した。以下では、Kessler 判決の検討に入る前に、「一人一票原則」の地方政府への適用を

⁷⁰ 「一人一票原則」は、Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963)において初めて示され、Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964)によって確立したとされている。Reynolds 判決は、連邦議会の下院だけでなく、州議会の上院・下院の双方にも一人一票原則が適用されることを初めて示し、州議会の議席は人口に基づいて配分されなければならないと判示した。なお、一人一票原則の地方政府への適用をめぐる判例の歴史的変遷とその影響については、see e.g. Osborne M. LEYNOLDS, LOCAL GOVERNMENT LAW, 2009, at 68.

めぐる判例の変遷について概観する。

「一人一票原則」が連邦政府と州政府のみならず地方政府にも適用されるとの判断が初めて示されたのは、*Avery v. Midland County* 判決⁷¹においてである。この事案では、カウティの Commissioners Court の構成員を、人口が著しく異なる四つの選挙区から一名ずつを選出していたために、人口が多く自治体（市）が存在する地域（incorporated areas）の選挙区の有権者の一票の価値が、人口が少なく自治体が設立されていない地域（unincorporated areas）の選挙区の有権者の一票の価値に比して希釈されていたことが問題となった。連邦最高裁判所は、i）ホーム・ルールによって広範な政策決定機能を有する地方政府では住民は平等に代表されなければならない、ii）Commissioners Court は税率の決定や予算を通じた資源配分など、カウティのすべての住民に広範な影響を与える多くの決定を行う権限を有する、iii）カウティの決定は自治体が設立されていない地域のみならず、市が存在する地域の住民にも影響を与えることを理由に、カウティ政府に「一人一票原則」が適用されるとした⁷²。

Avery 判決以降、一般目的の地方政府である自治体や一部の学校区について「一人一票原則」を適用し、選挙権制限規定を違憲とする裁判例が相次いだ⁷³。しかし、その一方で、これらの判例はいずれも、選挙で選ばれる主体が特別の限定された機能を果たしている場合には「一人一票原則」が適用されない可能性を示唆していた。*Avery* 判決は、「一人一票原則」がすべての地方政府の選挙に適用されることについては判断を留保し、特定の有権者集団が他の有権者集団よりも大きな影響を受ける機能を割当てられた特別目的の地方政府については、影響を受ける住民により大きな影響力を付与すべく選挙権が配分される余地を残していた⁷⁴。そのような中で、同原則の適用除外が初めて認められたのが、いずれも水道

⁷¹ 390 U.S. 474 (1968).

⁷² 390 U.S. 474, 475-483 (1968). 平等保護条項は州の権限 (state power) の行使にも及び、それは、州によって行使されているといまいと、その地方政府 (political subdivision) であるカウティ、市、タウンによって行使されていても同じことであるとする。

⁷³ その一つとして、*Hadley v. Junior College District* 判決は、短期大学地区を構成する学校区の理事会において、投票資格者の 60% を占める住民の代表が、6 人いる理事のうち 3 人、すなわち 50% しか選出されないことが、平等保護条項に違反するか否かが争われた事件であるが、最高裁は、理事が行使する権限が十分に一般的であり、地区に十分な影響を及ぼすことから、一人一票原則が適用されると判断した。See 397 U.S. 50, 51 (1970). *Hadley* 判決の意義は、裁判所が、地方政府がどれだけ多くのサービスを提供しているかではなく、当該地方政府がコミュニティに対して有する重要性和許容されている裁量の幅を重視し、「学校の運営」という *Avery* 判決よりも活動範囲が限定された地方政府にも一人一票原則の適用を拡張した点にある。See also e.g. *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969).

⁷⁴ 390 U.S. 474, 483 (1968). *Avery* 判決に付された三つの反対意見のうち、*Harlan* 判事は、地方政府とは元来、機能の特定化 (specialized in function) であり、この特定の権限の行使が人々の間で異なる影響を与える以上、一人一票原則の地方政府への適用はかえって平等な取扱いを妨げることを指摘する。See 390 U.S. 474, 486 (1968) (MR).

事業を目的とする特別区の投票規定の合憲性が問題となった、*Salyer Land Co. v. Tulare Lake Basin Water Storage District* 判決⁷⁵と、*Ball v. James* 判決である⁷⁶。

Salyer 判決で問題となったのは、洪水対策や、地区内の農場への水道の貯蔵・供給を目的とする水道地区（*Tulare Lake Basin Water Storage District*）の理事会理事選出の選挙権を、地区内の土地所有者に限定し、土地の評価額に応じて選挙権を配分したカリフォルニア州法の合憲性である⁷⁷。連邦最高裁判所は、i）当該水道地区による土地収用権や公債発行権などの公的権限（governmental powers）の限定性、ii）地区の主要目的が水道事業であり、学校、住居、交通、施設、道路など従来自治体によって提供されてきた公的サービスではないこと、iii）地区の機能は負担を通じて非所有者住民よりも土地所有者に不均衡に影響を与えていること等を理由に、一人一票原則の射程は及ばないとして州法の規定を合憲とした⁷⁸。

これに続く *Ball* 判決においては、水道地区（*Salt River Project Agricultural Improvement and Power District*）が、*Salyer* 判決で問題となった水道地区と異なり、農業地域だけでなく都市地域にも水道供給を行い（「影響の広範性」）、水道供給だけではなく電力供給も行っていたこと（サービスの多様性）が本件事案の特徴的な点であった⁷⁹。連邦最高裁判所は、理事会理事選出の選挙権を土地所有者に限定し所有面積に応じて票の重みづけを行う⁸⁰のは平等保護条項に違反するとの原告の主張に対して、i）当該水道地区は課税権や規制立法権を有さないこと、ii）道路の管理、学校の運営、公衆衛生、保健、福祉サービスなどの公的機能（governmental functions）を遂行しないこと、iii）水道供給は限定された目的であり電力供給はそれに付随する機能にすぎないこと等を理由に、一人一票原則は及ばないとした⁸¹。とくに、裁判所が、水道地区は名目上の公共団体（nominal public entities）であるが、特定の土地所有者集団によって創設され彼らが利益を受ける、実質的には私企業（essentially business enterprises）であり、電力供給についても、住民と水道地区との関係は、実質的には「消費者」（consumers）と「私企業」（business enterprise）

JUSTICE HARLAN, dissenting). Fortas 判事は、判決意見がいうところの一人一票原則の厳格な適用が「合衆国の地方政府が有する複雑さを完全に無視したもの」であることを指摘する。See 390 U.S. 474, 486 (1968) (MR. JUSTICE FORTAS, dissenting).

⁷⁵ 410 U.S. 719 (1973).

⁷⁶ 451 U.S. 355 (1981).

⁷⁷ Calif. Water Code § 39000 et seq.; § 41000; § 41001. See 410 U.S. 719, 721, 724 (1973). 同地区は約 20 万エーカーの広大な農業地域であり当時の地区人口は 77 人であった。

⁷⁸ 410 U.S. 719, 720 (1973).

⁷⁹ 451 U.S. 355 (1981). なお、同判決の解説として、戸松秀典「特別な目的の選挙と一人一票の原則—*Ball v. James*, 101 S. Ct. 1811 (1981)」ジュリスト 765 号 (1982 年) 21 頁参照。

⁸⁰ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 45-1014, § 45-1015. See 451 U.S. 355, 359 (1981).

⁸¹ 451 U.S. 355, 357 (1981).

との関係であると述べている点が注目される⁸²。

水道地区をめぐる二つの事件において、裁判所は、州政府より下位に位置する政府が「特別の限定された目的」を果たし、特定の有権者集団に「不均衡な影響」を与える場合には、当該政府に一人一票原則は及ばないとの判断を下した。この二つの基準を軸とした判断枠組みは、民主的規範の下に置かれる公的な (democratic) 地方政府と、その制約に縛られない私的な (proprietary) 地方政府とを区別する指標として、Kessler 判決に引き継がれることになった⁸³⁸⁴。

iv) Kessler 判決の検討

以上の判例の変遷を踏まえて、Kessler 判決の検討に入る。

まず、「不均衡な影響」と「特別の限定された目的」の二つの基準の定立については、Kessler 判決以前から批判があったところである。Briffault は、「不均衡な影響」について、地方政府において経済的負担を引き受ける者を考慮して影響を評価する <proprietary model> と、利益の享受者を考慮して影響を評価する <democratic model> を区別する。そのうえで、「地区の活動が土地所有者である有権者に不均衡な影響を与えるか否かは、不均衡な影響を proprietary lens を通して見るか、democratic lens を通して見るかにかかっている。しかし、土地所有者への不均衡な影響の存在や欠如が、proprietary の枠組みが適用されるのか、democratic な枠組みが適用されるのかを決定する。この分析は全くの『堂々めぐり (circular)』である」と難じている⁸⁵。「特別の限定された目的」についても、「一つのあるいは一握りのサービスしか提供せず、土地所有者や納税者である有権者が一人しかいない地区であっても、Ball 判決と Salyer 判決とも一般的な政府機能を特別の限定された目的と区別する理論を全く提供していない」として、結論を先取りした恣意的な (arbitrary) 基準であると論難している⁸⁶。

また、二つの基準は、BID への具体的適用場面においても議論がある。基準の一つである

⁸² 451 U.S. 355, 370 (1981).

⁸³ Ellickson, *supra* note 60, at 1543; Richard Briffault, Who Rules at Home? : One Person/One Vote and Local Government, 60 U. CHI. L. REV. 339, 370 (1993); Daniel R. Garodnick, What's the BID Deal? Can the Grand Central Business Improvement District Serve a Special Limited Purpose?, 148 U. PA. L. REV. 1733, 1752 (2000); Lisa M. Card, One Person, No Vote? A Participatory Analysis of Voting Rights in Special Purpose Districts, 27 T. JEFFERSON L. REV. 57, 71 (2004).

⁸⁴ その後も下級審判例で採用されることとなる。E.g. Baker v. Regional High School District No. 5, 520 F.2d 799 (2d Cir.), cert. denied, 423 U.S. 995 (1975); Hellebust v. Brownback, 42 F.3d 1331 (10th Cir. 1994); Pittman v. Chicago Board of Education, 64 F.3d 1098 (7th Cir. 1995), cert. denied, 517 U.S. 1243 (1996).

⁸⁵ See Briffault, *supra* note 83, at 370.

⁸⁶ Id.

「不均衡な影響」⁸⁷は、判例上、負担と利益という二つの観点から検討されてきた。しかし、BIDにおいては、負担に関しては、直接の負担者が土地所有者であっても、土地所有者が賃貸借契約を通じて負担金にかかるコストの一部を賃借人に転嫁しうるし（「負担の転嫁」）⁸⁸、利益に関しては、治安の改善のように、地区の活動の成果は土地所有者のみならず地区住民にも及ぶ（「利益の波及」）⁸⁹。したがって、いずれの観点から土地所有者のみがBIDによって「不均衡な影響」を受けているとは必ずしもいえない。

また、「特別の限定された目的」は、「標準的な政府機能」(normal functions of government) または「一般的な公的権限」(general governmental powers) と対置され、当該政府の機能が私的(proprietary)であるか、公的(governmental)であるかを分ける基準となってきた。しかし、いずれの基準も不明確であり、これまで判例が例示してきた「公的機能」は一貫したものではなかった。Ball 判決が例示する「公的機能」とは、「道路の維持管理、学校の運営、公衆衛生、保健、福祉サービス」である⁹⁰。それにしうと、Kessler 判決で問題となったBIDでは、学校の運営を除いてこれらの「公的機能」を遂行していることになるはずである。

それにもかかわらず、Kessler 判決がBIDの「特別の限定された目的」を認定したのは、

⁸⁷ この判断基準は、問題となっている投票グループの区別が、選挙権を与えられた人々とそうでない人々との間での「利害の本質的相違」(genuine difference in the relevant interests)によって支持されるかどうかというテストである。See Garodnick, *supra* note 83, at 1762.

⁸⁸ See e.g. 158 F.3d 92, 123 (2d Cir. 1998) (WEINSTEIN, District Judge, dissenting); Briffault, *supra* note 27, at 435. 裁判例としては、たとえば、City of Phoenix v. Kolodziejcki 判決において、最高裁は、最終的な負担に関して、住居系資産についてはその賃借人に、商業系資産については財やサービスの価格という形で住民に転嫁されうること理由に、地方債の発行に関する投票権を財産税の納税者に限定した州法を無効としていた。See 399 U.S. 204 (1970). Kessler 判決では、「負担の転嫁」はレンタル市場によって左右される問題であるとして原告の主張を退けているが、両判決で判断が異なる理由は不分明である。

⁸⁹ City of Phoenix v. Kolodziejcki, 399 U.S. 204 (1970) は、地方債発行にかかる投票が公共施設の資金調達に関するものである以上、選挙資格を納税者に限定することはできないとし、Kramer v. Union Free School District No.15, 395 U.S. 621 (1969) は、一人一票原則の分析枠組みのもと、地方税に部分的に依存している公立学校を運営する教育委員会の選挙によって、保護者と納税者が「主として影響を受ける」ことを否定している。See also Cipriano v. City of Houma, 395 U.S. 701 (1969); Hill v. Stone, 421 U.S. 289 (1975). Kessler 判決の多数意見は、Salier 判決を引用して、土地所有者が影響を受ける「唯一」の集団である必要はなく、非所有者である賃借人や住民に比べて「不均衡に」影響を受けることを強調するが(158 F.3d 92, 108 (2d Cir. 1998))、法の建前と別に、「負担の転嫁」や「利益の波及効果」をも考慮に入れた場合に、土地所有者が実際にどの程度「不均衡に」影響を受けているかどうかは評価が分かれるところである。なお、Kessler 判決に対しては、地区内部の構成員に対する影響だけではなく、市全体への影響が看過されているとの批判がある。See e.g. Richard C. Scharagger, *The Limits of Localism*, 100 MICH. L. REV. 371, 448 (2001).

⁹⁰ 451 U.S. 355, 366 (1981).

それが公的サービスの主要な提供者ではなく、自治体が提供するサービスを補完する役割を担っているにすぎないという点に求められる⁹¹。しかしながら、アメリカ地方政府の複層的構造の下では、複数の地方政府が同じ地域で重疊的に公的サービスを提供することは広範に見られる。Avery 判決は、自治体が存在する地域の住民がその自治体において選挙権を与えられていても、管轄地域が重なるカウンティ政府において、自治体が設立されていない地域の住民と等価値の選挙権が与えられるべきこと、換言すると、同じ地域で二つ以上の地方政府が「公的機能」を遂行する場合には、「一人一票原則」は各々の政府に適用されることを示した⁹²。その意味では、Kessler 判決と Avery 判決との整合性が問題となる⁹³。

結局、Kessler 判決において、BID が「特別の限定された目的」を有する論拠として意味を持つのは、「統治権限の欠如」または「市のコントロールの存在」であると解されている⁹⁴。法廷意見は、BID が課税権、立法権、規制権（治安維持に関して、搜索令状の取得、逮捕、取調べ、起訴など、公衆衛生に関して、廃棄物処理規制など）を有しないこと⁹⁵、事業の実施、予算、負担金の水準は地区計画の内容として市の承認を得る必要があること、毎年度市の事業サービス局に報告書を提出し監査を受けること、公債発行の可否が市の決定に委ねられていること等を根拠に挙げ、BID は市のコントロールの下にあると判示する⁹⁶。法

⁹¹ 158 F.3d 92, 105 (2d Cir. 1998).

⁹² 390 U.S. 474, 484 (1968).

⁹³ RICHARD BRIFFAULT, LAURIE REYNOLDS, CASES AND MATERIALS ON STATE AND LOCAL GOVERNMENT LAW, 2009, at 148.

⁹⁴ この上位の政府を通じたコントロールという理由づけは Ball 判決の補足意見にすでにあらわれてはいたものの、法廷意見としては採用されなかった論理である。Ball 判決の補足意見を書いた Powell 判事は、問題となった水道地区が「実質的に私企業」であるからという法廷意見とは理由づけを異にし、水道地区の投票規定が上位政府である州のコントロールを受けることを、一人一票原則が及ばないことの論拠としていた (451 U.S. 355, 372 (1981) (JUSTICE POWELL, concurring))。さらに遡ると、Avery 判決では、州政府が地方政府に対して行使する extensive power を前提として、民主的政府の規範は州議会に及ぶことで十分であり、地方政府に拡張適用する必要はないとの議論は退けられていた。See 390 U.S. 474, 475 (1968).

⁹⁵ 158 F.3d 92, 104 (2d Cir. 1998).

⁹⁶ この点に関して、1998 年に、ニューヨーク市のジュリアーニ市長が GCBID の公債発行を禁止した事件は、少なくともニューヨーク市の BID が法制上のみならず実際上も市政府に従属する存在であることを示しているといわれる。この事件は、1998 年 4 月、市の事業サービス局長 (Commissioner of Business Services) が新しい指令を出し、市内の BID に対して、すべての活動と新たなイニシアティブ、予算の変更、市の他の機関との接触について市の事業サービス局 (Department of Business Services: DBS) に報告するよう求めたのに対し、GCP (GCBID の運営団体) が市への情報提供を拒み市の規則を遵守しなかったために、同年 7 月、市長が GCP との契約更新を拒絶したというものである。この事件の背景には、「政府のように振る舞い、私的領地へと変化を遂げようとしている」(“acting like governments unto themselves” and were turning into private “fiefdoms”) (ジュリアーニ市長) とまでいわれ、GCP の代表である Daniel Biederman が「ミッドタウンの市長」(“mayor of Midtown”) と呼ばれるまでに大きな権限を有するに至った GCBID への強い社会的批判があったとされる。

廷意見の骨子は、地区内で十分な選挙権を行使できない住民は、個々の BID の在り方に不満があれば市を通じて、また、BID の制度に不満があれば州議会を通じて自らの利害を反映させることが可能であるということである。

他方、Kessler 判決においてただひとり反対意見を提出した Weinstein 判事は、BID が実際には十分な政策決定権を有しており、民主的規範を及ぼすべきであると主張する⁹⁷。同判事によると、市には BID を監督する十分な資源がなく、設立の承認や理事会への出席を除けば、市の関与は乏しいこと、市に毎年度提出される事業報告書や市会計監査官 (The New York City Comptroller) の報告書は地区の非所有者・非負担者に与える影響には言及していないこと等から、市のコントロールは期待できないという。また、自治体の主要な歳入が財産税であることから、市政府や市議会是非所有者よりも所有者の利害に敏感であり、非所有者である住民が市議会に利害を反映させることは実際には困難であるという。同判事は、そうした環境の下で、所有者で構成される BID が設立されると、BID が一種の利益団体としてロビー活動を行い、所有者の利害がより一層優先して反映されることを懸念する。

Kessler 判決における BID は、十分な統治権限を有して「一人一票原則」が適用されるカウンティ、自治体とは異なり、また、「私企業」としての性格から「一人一票原則」が適用されない水道地区などの従来の特別区とも区別されている⁹⁸。権限の有無や自治体との関係などは州によって少なからず相違があり、ニューヨーク州以外の他州において異なる法的枠組みを採用している BID やそれに類した特別区に関しては、Kessler 判決とは異なる結論が導かれる余地があるといえる。

また、「一人一票原則」を適用することが問題の直接的解決につながるかどうか疑問が呈される。同原則が適用されても、州は公選制の理事会を任命制の理事会に変更することが可能であり、州や自治体に都合のよい人選が優先されると、かえって民主的コントロールが及ばない結果になるという指摘もある。実際、多くの州では任命制の理事会の方式が採用されている。

4 結びにかえて

本節が取り上げた問題は、地区内部における土地所有者（負担者）と賃借人（非負担者）との関係に焦点を当てたものであるが⁹⁹、BID の活動は周辺地域にも影響を与えうる。BID が

⁹⁷ 158 F.3d 92, 108 (2d Cir. 1998) (WEINSTEIN, District Judge, dissenting).

⁹⁸ 前掲注 (94) 参照。

⁹⁹ 本稿では扱わなかったものの、BID をめぐる法的問題として、「一人一票原則」の適用問題のほかに、BID の「非営利」法人該当性（とくに、内国歳入法典 (Internal Revenue Code) § 501(c) (3) の該当性)、BID が行う治安維持サービスの「州の行為」 (state action: 42 U.S.C. 1 1983) 該当性の問題がある。See David J. Kennedy, Restraining the Power of Business Improvement Districts: The Case of the Grand Central Partnership, 15 Yale L. & Pol'y Rev. 283, 299 (1996); Heather Barr, More Like

果たす公的な機能という観点からは、地区の土地所有者や地区の非負担者である住民のみならず、地区外の住民、市全体へのアカウンタビリティ (accountability) の確保が重要であると指摘される¹⁰⁰。BID の統治構造とそれを規定している法制度を考える際には、それぞれの主体の利益を考慮に入れつつ、それらの諸利益を調整する自治体 (行政) の役割をどのように位置づけるかということが課題になると考えられる。

ところで、BID が民主主義と相容れないという問題は、BID に対する内在的な批判である。しかし、これとは別に、BID に対して外在的な批判も向けられる。その一つとして、追加的な税負担を負うことのできる経済的に豊かな地域とそうでない地域との間で、公共サービスの水準の不均衡を助長、拡大させるという指摘が挙げられる¹⁰¹。また、自治体が提供するサービスの提供を BID が引き受けると、BID のある地域の住民が通常の財産税の減免を要求するロビー活動を行い、その結果、自治体の財政収入が減少し、他の地域へのサービス提供や再分配機能の低下を招来する可能性がある¹⁰²。BID の存在は、それが他の周辺地域に与える負の影響を顧慮しないという意味において、「私事本位主義」(privatisme) や「成功者の離脱」(Secession of the Successful)¹⁰³であるといわれてきた。「都市のバルカン化」と

Disneyland: State Action, 42 U.S.C. 1 1983, and Business Improvement Districts in New York, 28 Colum. Human Rights L. Rev. 393, 408 (1997). 1995 年にニューヨーク市から出された「市のなかの市」(Cities within Cities) と題する報告書によれば、BID による不適切な運営の可能性が指摘されており、そこでは、運営団体の役員に対する過剰な報酬といった運営上の浪費、違法な借入れ、ホームレスに対する粗暴な扱い、地区内部の利害衝突、最低賃金に満たない水準で不法移民を就労させること、貧弱な財政運営、地区内部の土地所有者の不満等が例として示されていた。NEW YORK CITY COUNCIL STAFF REPORT TO THE FINANCE COMMITTEE, CITIES WITHIN CITIES: BUSINESS IMPROVEMENT DISTRICTS AND THE EMERGENCE OF THE MICROPOLIS (1995).

¹⁰⁰ Brian R. Hochleutner, *BIDs Fare Well: The Democratic Accountability of Business Improvement Districts*, 78 N. Y. L. REV. 374, 380, 391, 403 (2003) は、①地区の住民、②市内の地区外の住民、③主要な負担者としての土地所有者や事業者に対するそれぞれの説明責任が、自治体による監督と BID の統治構造によって確保されているという。

¹⁰¹ Clayton P. Gillette, *Public Service: Opting Out of Public Provision*, 73 DENV. U. L. REV. 1185, 1197, 1207, 1208 (1996); Laurie Reynolds, *Taxes, Fees, Assessments, Dues, and The "Get What You Pay For" Model of Local Government*, 56 FLA. L. REV. 373, 407, 433 (2004).

¹⁰² 影響を受ける主体は負担者・非負担者の区別を超えて広範に及ぶ。BID はこれ以外にも様々な経路で周辺地域にも影響を及ぼしうる。たとえば、州法の規定により、地区から徴収される負担金収入が自治体において当該年度に認められる財産税収入の総額に含まれる場合には、BID による負担金収入が自治体の歳入を制限することになり、BID の公債発行が認められている場合には、債券市場で自治体と競合する可能性がある。See Kennedy, *supra* note 99, at 307, 319; Garodnick, *supra* note 83, at 1763.

¹⁰³ Robert B. Reich, *Secession of the Successful*, New York Times, Jan. 20, 1991, § 6 (Magazine), at 16. クリントン政権下で労働省長官を務めた Reich は、BID に言及し、それが格差の拡大を助長していると批判する。

という言葉によって語られることも同じことを指していると思われる¹⁰⁴。

しかし、上記の問題は BID に限定された議論ではなく、住民の合意により設立されるアメリカ地方自治体において常に提起され続けている問題である。地域間の競争の中において公的サービス水準の不平等・不均衡は避け難く、BID においては地域間の富の不均衡をもたらす側面のみに目を向けるのではなく、公共圏にコミットする側面にも目を向けるべきであるとする意見もある¹⁰⁵。Briffault は、商業地域という立地の性格上、事業により生じる利益は BID の構成員だけでなく周辺地域の住民にも及ぶこと、商業地域の活性化や周辺地域への効果の波及は、全体として自治体の税収（売上税、財産税）と厚生（welfare）に寄与すること、事業の内容や財政規模は付加的・限定的にとどまること等から、BID によって生じる富の不均衡は、現時点では穏当なものであると述べている¹⁰⁶。

（補論 1） イギリス

1 導入の経緯

北米以外の地域において BID 制度を導入した国として、イギリスが挙げられる。イギリスにおいては、PPP (Public-Private Partnership) と地方税財政改革の一環として行われた。

イギリス政府は、2001 年 4 月に公表されたグリーン・ペーパーと同年 12 月に公表されたホワイト・ペーパーにより制度の素案を明らかにした。2001 年 12 月に公表した「強力な地方のリーダーシップ—高品質の公共サービス」(Strong Local Leadership-Quality Public Services) と題する白書 (White Paper) ¹⁰⁷において BID 制度の導入が提案され、2003 年地方政府法 (Local Government Act 2003) とそれに続く規則 (Regulation) の制定により、イングランド、ウェールズ両地域において BID 制度が導入された。2004 年 9 月 16 日、BID 法が制定された¹⁰⁸。

¹⁰⁴ コミュニタリアン（共同体主義）を標榜する代表的論客のひとりである、Michael Sandel は、1996 年に著した『民主政の不満』の中で、「都市地域における自治体サービスが低下するにつれて、富裕地区の住民や事業者は、私的に、ごみ収集、道路の清掃、治安を行い、自ら負担し、その影響から自らを隔離し」、「公共空間に豊かなものも貧しいものも一緒に持ち込むコミュニティの側面を侵食する」と述べている。MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY 331, 332 (1996).

¹⁰⁵ See Mark S. Davies, Business Improvement Districts, 52 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 187, 221, 222 (1997).

¹⁰⁶ Richard Briffault, The Rise of Sublocal Structures in Urban Governance, 82 MINN. L. REV. 503, 529 (1997-1998); Richard Briffault, *supra* note 27, at 463, 464.

¹⁰⁷ Strong Local Leadership-Quality Public Services: White Paper (December 2001), Chapter 7, 7.15-7.35.

¹⁰⁸ Local Government Act 2003 c.26, Part 4 § 41-59; The Business Improvement

なお、独自の法律制定権限を有するスコットランドにおいても、2006 年計画等法 (Planning etc. (Scotland) Act 2006) により BID 制度が導入されている¹⁰⁹。

以下では、イギリスにおける BID 制度について、2003 年地方政府法により導入されたイングランド及びウェールズの BID 制度を中心にその内容を概観する¹¹⁰。

2 制度の概要 (イングランド及びウェールズを中心に)

イギリスにおける BID 制度は、自治体が当該自治体内の一定地区 (Business Improvement Districts、以下、「地区」と呼ぶ) において、事業者とパートナーシップ協定 (Partnership Agreement) を締結することを条件に、地方譲与税である非居住用資産レイト (Non-Domestic Rate; National Non-Domestic Rate; Business Rate; Uniform Business Rate. 以下、「事業用資産レイト」と呼ぶ) の税率を引き上げることが認められるというものである。それによる収入の増加分は、当該地区の美化や安全といった地域の活性化施策に用途が限定される。事業用資産レイトの納税者 (以下、「レイト納税者」と呼ぶ) は追加的に税負担を負うことになる一方、協定の発効や変更に際しての投票の機会を通じてその財源の用途にかかわることができる。イギリスでは、BID 制度導入以前から、中心市街地 (town centre) において、TCM (town centre management) と呼ばれる組織があり、事業者からの拠出金や公的機関からの資金を財源に、地域の清掃・美化事業、イベントの実施、広報活動、防犯カメラの設置、歩道の整備、交通利便の向上などのまちづくりを行ってきたが¹¹¹、BID 制度は、

Districts (England) Regulations 2004; The Business Improvement Districts (Wales) Regulations 2005.

¹⁰⁹ Planning etc. (Scotland) Act 2006 asp.17, Part 9 §33-49. The Business Improvement Districts (Scotland) Regulations 2007; The Business Improvement Districts (Ballot Arrangements) (Scotland) Regulations 2007; The Business Improvement Districts (Scotland) Amendment Regulations 2007. なお、北アイルランドにおいても 2013 年に BID 法が成立しており (Business Improvement Districts Act (Northern Ireland) 2013)、アイルランド共和国においても、2006 年地方政府法 (Local Government (Business Improvement Districts) Bill 2006) を受けて関連法令の整備が進められているところである。

¹¹⁰ イギリスの BID 制度については、下記の紹介論文・参考資料がある。佐藤和男『土地と課税—歴史的変遷からみた今日的課題』(日本評論社、2005 年) 354 頁、南部繁樹「欧米の地域再生マネジメント展開とイギリスの動向—制度・組織・マネジャー・財源」日本不動産学会誌 19 巻 1 号 (2005 年) 57 頁、横森豊雄「英国の都市政策と BID の導入」宮城大学事業構想学部紀要 8 号 (2005 年) 163 頁、横森豊雄=久場清弘=長坂泰之『失敗に学ぶ中心市街地活性化—英国のコンパクトなまちづくりと日本の先進事例』(学芸出版社、2008 年) 53-63 頁 [横森豊雄執筆部分]、(財)自治体国際化協会ロンドン事務所「英国におけるビジネス改善地区 (BID) の取組み」CLAIR REPORT No.336 (September 14, 2011)。

¹¹¹ 1991 年に、企業や行政、専門家らが中心となって、TCM の全国的支援組織である ATCM (Association of Town Centre Management) が設立されており、TCM や BID に関する様々

これらの組織に法制上明確な位置づけを与えるとともに、安定的で継続的な資金調達を確保することを目的としたものである。

イギリスにおいて BID 制度が導入されることになった背景には、立法時のブレア労働党政権が様々な分野で推進したパートナーシップ（自治体と民間の組織（企業、NPO、住民組織）との連携）政策が挙げられるが、それに加えて、自治体の課税自主権の拡大も背景事情の一つになったと考えられる。1980 年代のサッチャー保守党政権以前においては、地方税であるレート（Rate）については、居住用資産レートと事業用資産レートの二つの税目が存在していた。このうち、居住用資産レートは、1988 年地方財政法（Local Government Finance Act 1988）によりコミュニティ・チャージ（Community Charge）と呼ばれる一種の人頭税（Poll Tax）となり¹¹²、さらに、大規模な国民的反発を受けて、現在は、資産課税的要素と人頭税的要素とを折衷させたカウンスル・タックスが唯一の地方税となっている¹¹³。他方、事業用資産レートについては、当時のサッチャー政権は、自治体による恣意的な増税（当該自治体地域に拠点を置かない事業者は、地方選挙において住民としての投票権が与えられておらず、当該自治体の支出増加に関心を有さないことが、自治体による恣意的な増税の誘因になっていると考えられた）が企業競争力を減殺させていることを問題視し、1988 年地方財政法に基づき事業用資産レートを国税（地方譲与税）化したという経緯がある（1990 年以降）¹¹⁴。自治体が徴収した後一旦国庫に納められ、その後、各自治体の成人人口数に応じて配分される地方譲与税となった。これにより、課税評価額や税率を国が決定することになり、自治体の自主財源比率が大幅に低下する要因の一つとなった。BID 制度を導入することの意義は、事業用資産レートに関して、自治体に税率決定の裁量権を一部付与することと、それまで選挙権がなく恣意的な課税の対象とされてきた事業者（とくに法人事業者）に税率決定に賛否を表明する機会を与える点に意義があるとされている。

イギリスの BID 制度の特徴は、協定が効力を有するための承認手続にある。それは、二重投票要件（double-vote requirement）とサンセット条項（sunset clause）である。二重投票要件については、対象地域において地区の導入が提案されると、当該地域に所在する全ての事業者はその賛否を表明する投票権が付与されるが、協定が承認され効力を生じるためには、投票において次の二つの要件を満たさなければならない¹¹⁵。一つは、投票総数の過半数が賛成票を投じることであり、もう一つは、賛成投票者の相続財産（hereditament）の評価額（rateable values）の総計が、反対投票者のそれよりも上回ることであり（二重投票

な情報を提供している。＜<http://www.atcm.org/>>

¹¹² Paying for Local Government: A Green Paper (1986) Cmnd. 9714 (HMSO, London, 1986); Local Government Finance Act 1988.

¹¹³ A New Tax for Local Government: A Green Paper; Local Government Finance Act 1992.

¹¹⁴ Paying for Local Government: A Green Paper (1986) Cmnd. 9714 (HMSO, London, 1986); Local Government Finance Act 1988.

¹¹⁵ Local Government Act 2003, s. 50.

要件)¹¹⁶。協定内容の変更の場合も同様の手続を経なければならない¹¹⁷。これは、多数派を構成する小規模事業者の利益を確保するとともに、比較的評価額の高い資産を有する大規模事業者の利益をも保護する趣旨である¹¹⁸¹¹⁹。投票によって承認されても、徴税自治体が、広範囲のコミュニティ (wider community) の利益を保護する観点から、協定が自治体の法定計画やコミュニティ戦略と衝突する場合には、拒否権を発動することが認められている¹²⁰。協定については最大5年の有効期間が定められ (サンセット条項)¹²¹、協定を更新するためには¹²²、協定の締結・変更と同様に、二重投票要件 (投票者数と評価額のいずれにおいても過半数の賛成を得ること) を満たさなければならない¹²³。

法制化に際して、残された課題もいくつか存在する。そのなかで特に問題となるのは、土地所有者の負担の法的義務づけである。アメリカの BID 制度では、土地の所有者を賦課対象とする財産税に上乗せされて BID 負担金が徴収されるためにその負担者は必然的に土地所有者であるのに対して、イギリスの BID 制度では、占有者を賦課対象とする事業用資産レイトに上乗せされて BID 税が徴収されるために、その負担者は占有者である。これは、イギリスの資産保有課税において、歴史的に、資産の占有者 (自家占有者または賃借人) がレイトの納税義務者であることに由来するものである。この点は、BID 税の賦課対象がレイト制度を通じて占有者に限定されるのは不公平であるとして、立法過程においてもっとも議論を呼んだ点である。すなわち、BID の事業活動による利益の大部分は、地域の改善事業による資産価値の上昇と占有者に対する賃貸料の引上げを通じて、土地所有者にもたらされるこ

¹¹⁶ 二つの相続財産を有する者はそれぞれの財産について投票権を有し、投票者は自然人と法人の両方を含む。The Business Improvement Districts (England) Regulations 2004, Reg. 8.

¹¹⁷ 協定の内容を変更する場合の中で、BID の地理的範囲の変更、新たに負担者を生じさせる BID 税の変更、BID 税の増税を伴う場合にはそれぞれ投票を実施しなければならない。The Business Improvement Districts (England) Regulations 2004, Reg. 16.

¹¹⁸ Mr. Leslie, Standing Committee A, February 6, 2003, col. 378.

¹¹⁹ 投票を実施するのは自治体の選挙管理委員 (returning officer) であり、賛成投票率が 20%以下で、投票が不成立の場合には、自治体は提案者や BID の運営団体に対して、投票に要した費用の負担を求めることができる。他方、BID が成立した場合には、自治体が費用を負担することもある。The Business Improvement Districts (England) Regulations 2004, Reg. 6; Reg. 10.

¹²⁰ Local Government Act 2003, s. 51(2) (3). その場合、自治体は投票者に対して、拒否権を発動することをその理由とともに通知しなければならない。Id. s. 51(4) (5). この自治体による BID 提案の拒否について、投票資格を有する者は、国務大臣 (the Secretary of State) に不服申立 (appeal) を行うことができる。Id. s. 52. 不服申立において認容決定が下されると、国務大臣が定めた日より協定は発効する。Id. s. 53(5).

¹²¹ Id. s. 54(1).

¹²² また、協定の存続期間が終了しても、BID 税を負担するレイト納税者による投票によって、協定は更新される。Local Government Act 2003, s. 54(2).

¹²³ Id. s. 54(3).

とになるにもかかわらず、土地所有者は BID 税の負担を法律上求められることはなく¹²⁴。その反対に、占有者は、BID 税の負担と、長期的には上昇した賃料負担を通じて、BID の事業によって生じる「費用」を二度にわたって負担する結果となることが問題視されるのである。立法過程においては、政府は、土地所有者を BID 税の賦課対象に含めるべきではない理由として、BID 税をレイト制度の枠外で土地所有者にまで拡張することは土地所有者に対する「新税」であり、もはや BID の問題領域を超えていることを挙げ、土地所有者の自発的な寄与や、土地所有者と賃借人との交渉に委ねることを述べている¹²⁵。いずれにしても、土地所有者の負担の法的義務づけについては、将来の立法的課題として残されている¹²⁶。

III ドイツ

1 はじめに

ドイツにおいては、現在、自由ハンザ都市ハンブルク（2004 年）、ヘッセン州（2005 年）、自由ハンザ都市ブレーメン（2006 年）、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州（2006 年）、ザールラント州（2007 年）、ノルトライン＝ウェストファーレン州（2008 年）の 6 つの州において BID 法及び関連法が制定されている（以下、ドイツ各都市州で制定されている BID 法を総称する場合は「BID 法」または「法」と言い、各都市州の BID 法に個別に言及する場合は「州名」＋「法」と表記する）¹²⁷。

¹²⁴ Strong Local Leadership-Quality Public Services: White Paper (December 2001) Chapter 7, 7.32.

¹²⁵ Lord Rooker, Grand Committee, June 11, 2003, col. GC125. この点に関して、法案説明書は、土地所有者の BID への財政面での寄与の方法として、i) 提案の際に土地所有者による自発的な寄与を明記する、ii) 賃借人と土地所有者との交渉を通じて、賃借人が BID 税を負担している場合には、土地所有者は賃料を減額する、iii) 土地所有者が BID の提案に熱心である場合は、土地所有者が賃借人にかわって BID 税を負担する等の方法を提示する。See Business Improvement Districts Guidance-a working draft, at 11.

¹²⁶ 最近の動向として、see Property Owners & Business Improvement Districts: Formalising the role of property owners, who are not ratepayers, in Business Improvement District Schemes, Department for Communities and Local Government, July 2013.

¹²⁷ Hamburgisches Gesetz zur Stärkung der Einzelhandels-, Dienstleistungs-, und Gewerbezentren (Vom 28.12.2004 (HmbGVBl (Gesetz- und Verordnungsblatt). 2004, S.525), Zuletzt geändert durch ÄndG vom 15.02.2011 (HmbGVBl. 2011, S.76)); Hamburgisches Gesetz zur Stärkung von Wohnquartieren durch private Initiativen (Vom 20.11.2007 (HmbGVBl. 2007, S.393), Zuletzt geändert durch ÄndG vom 15.02.2011 (HmbGVBl. 2011, S.76)); Hessisches Gesetz zur Stärkung von innerstädtischen Geschäftsquartieren (Vom 21.12.2005 (GVBl. I 2005, S.867), Zuletzt geändert durch ÄndG vom 29.09.2010 (GVBl. I 2010, S.320)); Bremisches Gesetz zur Stärkung von Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Vom

また、連邦議会は、2006年12月21日付の市街地開発のための事業計画促進（「建設法小改正2007」）により、都市建設法（BauGB）に171f条を追加している¹²⁸。これにより、州立法者に対して、BID整備のための法律を創設することを容認している¹²⁹。したがって、現在では、都市建設法という連邦レベルにおいても、各州におけるBID法の制定・BIDの創設が承認されている¹³⁰。

ドイツにおいて、BID制度の導入にあたって検討されたモデルには大別して、次の二つの類型がある¹³¹。

一つは、「任務担当者型モデル」（Aufgabenträgermodell）である。これは、任務担当者（Aufgabenträger）なるものを設定し、当該法主体が実施責任を負うモデルである。任務担当者は、BID整備のための申請書を提出し、措置・財政計画（Maßnahmen- und Finanzierungskonzepts）を立てそれを実施する。ハンブルクをはじめ多くの都市州が採用しているモデルである。

もう一つは、「参加型モデル」（Partizipationalmodell）である。これは、公課支払義務者（Abgabepflichtige）を実施責任に組み込むモデルである。公課支払義務者とその他の構成員で構成される地区が実施責任を引き受ける。「参加型モデル」を採用しているのは、現在のところ、ノルトライン＝ヴェストファーレン州のみである。しかし、法的構造の観点

18.07.2006 (Brem. Gbl. S.350), Zuletzt geändert durch ÄndG vom 9.6.2009 (Brem. Gbl. S.181)); Schleswig-holsteinisches Gesetz über die Einrichtung von Partnerschaften zur Attraktivierung von City-, Dienstleistungs- und Tourismusbereichen (Vom 13.07.2006 (GVBl. 2006, S.158)); Saarländisches Gesetz zur Schaffung von Bündnissen für Investition und Dienstleistung (Vom 26.09.2007 (Amtsblatt 2007, S.2246)); Nordrhein-westfälisches Gesetz über Immobilien- und Standortgemeinschaften (Vom 10.06.2008 (NRW-GVBl. 2008, S.474)).

¹²⁸ Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte, vom. 21.12.2006, BGBl. 2006 I, 3316.

¹²⁹ Marcus Arndt, Marc Ziertmann, Recht der Stadtentwicklung : Instrumente für private Initiativen, 2011; Willy Spannowsky, Michael Uechtritz, Baugesetzbuch, Kommentar, 2. Auflage 2014, §171f, Rn. 5.

¹³⁰ ドイツのBIDに関するまとまった文献として、これから言及するもの以外にも以下のものがある。Christian Graf, Marian Paschke, Rolf Stober (Hrsg.), Rechtsrahmen der Business Improvement Districts, Hamburg, 2007; Thorsten Rettig, Business Improvement Districts (BID) - Rechtliche Rahmenbedingungen für die Implementierung eines nordamerikanischen Stadtentwicklungsmodells in der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg, 2008; Robert Pütz (Hrsg.), Business Improvement Districts - Eine neues Governance-Modell aus Perspektive von Praxis und Stadtforschung, 2008; Cornelia Wellens, Rechtsfragen zu Business Improvement Districts, Berlin, 2009; Mischa Hecker, Business Improvement Districts in Deutschland, 2010; Martin Moeser, BIDs und kommunale Governance : Business Improvement Districts als Rechtssystem und im Rechtssystem : ein Instrument der kommunalen Governance, 2011.

¹³¹ 両モデルの区別については、vgl. Hecker, a. a. O., S. 52.

からは、両モデルの差異は程度問題にすぎない。たとえば、「任務担当者型モデル」において、公課支払義務者が任務担当者の活動に関わることが排除されるわけではない。

ドイツ各都市州における BID 制度の導入及び都市建設法 171 条 f が、北米における BID の影響によるものであることは明らかである。ドイツ国内においては、とりわけ、ハンブルク法が各都市州法の発付時において先駆的役割を果たし、これにより、他の都市州の規定に大きな影響を与えることになったといわれている¹³²。

以下では、2004 年に制定され多くの州にとっての先導的モデルとなり、後に続く都市州法に大きな影響を与えたとされている、ハンブルクにおける BID 法（正式名称は、「小売り・サービス業・商業センター強化のためのハンブルク法」2004 年 12 月 28 日付¹³³、2011 年 2 月 15 日付改正法による改正¹³⁴。以下、「ハンブルク法」という）を取り上げ、その制度を概観する。続いて、ドイツにおける BID 制度の特徴を整理しながら、同制度が直面する法的諸問題について考察を行う¹³⁵。

2 制度の概要—ハンブルク法を中心に

（1）基本的構造

ハンブルク法における基本的構造は、次のとおりである。「任務担当者型モデル」を採用するハンブルクにおいては、BID の任務を委ね法律上重要性の高い行為を行う自然人あるいは法人である「任務担当者」が重要な役割を果たす¹³⁶。「任務担当者」が、地区のジェント

¹³² BID と類似するものとして、住宅改善地区 (Housing Improvement Districts: HIDs) と環境改善地区 (Climate Improvement Districts: CIDs) がある。住宅改善地区については、民間イニシアティブによる住居地区の強化のためのハンブルク法 (GSED)、2007 年 11 月 20 日付 (ハンブルク法令集 (HmbGVBl. 2007, S. 393)、2011 年 2 月 15 日付改正法による改正 (HmbGVBl. 2011, S. 76)。Vgl. Mario Martini, Der öffentliche Raum zwischen staatlicher Aufgabenwahrnehmung und privater Initiative: Housing und business improvement districts als Instrumente privater Selbstorganisation unter staatlicher Verantwortung, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2008, S. 10-16.

¹³³ HmbGVBl. 2004, S. 525.

¹³⁴ HmbGVBl. 2011, S. 76.

¹³⁵ ドイツの BID についての言及が見られる邦語文献として、アルネ・ピルニオク (Arne Pilniok)・野田崇 (訳)「都市建設法の課題としての持続的都市発展：ドイツにおける法的基本構造と発展傾向」新世代法政策学研究 16 号 (2012 年) 221-242 頁、237-238 頁。

¹³⁶ Johannes Hellermann, Georg Hermes, Rechtliche Zulässigkeit der Schaffung von “Business Improvement Districts (BID’ s) - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren (Stand: 17. Februar 2004) - Rechtgutachten, 2004 は、ハンブルク法の立法に際して、制度導入に伴う課題を、連邦州の立法管轄権、基本法との適合性、ヨーロッパ共同体法などのより高次の法規範との両立可能性の観点から検討した鑑定意見書であり、上記の諸点を検討したうえで、ハンブルク法は、いずれの観点からも法的問題はないと結論づけている。

リフィケーション(向上)のための措置・財政構想(Maßnahmen- und Finanzierungskonzept)を実施することにより公的任務が遂行される。

BID 整備の準備段階においては、まず措置・財政構想が作成され、地区境界(Gebietsabgrenzung)と適用期間が定められる。ハンブルクにおいては、法規命令(Rechtsverordnung)により、市町村が条例を制定することが定められている。市町村が制定する条例をもとに、各市町村は地区在住の土地所有者(場合によっては事業者を含むことがある)から、強制力によって担保された公課を徴収し、その税収により地区のジェントリフィケーション(向上)措置が実施される。BID 整備にあたっては、整備後に公課支払義務者になりうる主体の参加が先行する。すなわち、整備後に公課支払義務者になりうる主体のうち一定割合の者が反対すると、当該地区においてBIDの整備は行われない。これを「阻止少数議決権」(Sperrminorität)あるいは「負の定足数」(Negativ-Quorum)という。

市町村は、条例制定前に任務担当者と公法上の契約を締結する。契約締結により、市町村は、強制公課の税収を任務担当者へ支出する義務を負い、任務担当者は、地区で計画されたジェントリフィケーション措置を実施する義務を負う。

(2) 具体的な仕組み

ハンブルク法が規定するBID制度の仕組みを具体的に見ていくと、次のとおりである。法によると、市政府には、任務担当者の申請に基づき、法規命令を通じて小売・サービス業・商業センターのイノベーション強化のための範囲(以下、「イノベーション範囲」という)を整備する権限が付与されている(3条1項)。法規命令においては、地区境界のほか、イノベーション範囲(Innovationsbereichs)の目標及び手続、任務担当者、考慮可能な費用(berücksichtigungsfähige Aufwand)がそれぞれ定められる(3条2項)。

イノベーション範囲自体は、独自の法人格を有しない¹³⁷。任務の実施は任務担当者によって行われる。任務担当者は、ハンブルク商工会議所の会員、ハンブルク商工会議所によって任意の監督者となりうるあらゆる人物が想定されている(4条1項)。任務担当者は、本法規定に従って見込まれる歳入を考慮して任務を規定通りに果たすために財政面で十分な資力を有していなければならない、また、租税上の信頼性を税務署の保全許可によって説明し、市町村と締結する公法上の契約を通じて、法と措置・財政構想から生じる義務・目標・任務を実施する義務を負う(4条2項)。また、任務担当者は、任務遂行を第三者に委任することが認められる(4条3項)。市町村の契約の相手方である任務担当者としては様々な主体が考えられ、それは、公課支払義務者に該当する土地所有者(事業者を含むこともある)で

¹³⁷ ドイツのBIDにおいて、公法上の法人あるいは公法上の施設という仕組みを採用することが、BIDの私益的任務遂行という性格と組織的な柔軟性確保の観点から困難であるとの指摘として、Moeser, a. a. O., S. 44 ff.

ある場合もあれば、第三者で構成される団体である場合もある¹³⁸。

任務担当者は、BID 整備の申請権限を有している。しかし、それは、イノベーション範囲の面積が、少なくとも全体の土地面積の 100 分の 15 を占め、かつ、1000 人以上の住民を擁するイノベーション範囲の場合においてイノベーション範囲に占める土地所有者数の 100 人の所有者のうち 15 人の所有者の同意が証明される場合である（5 条 1 項）¹³⁹。申請と同時に、地区境界表示に加えて、措置・財政構想、公課の賦課率とその上限、市町村と締結する公法上の契約の草案等を提出しなければならない（5 条 3 項）¹⁴⁰。イノベーション範囲の整備についての申請は、市町村において、次の観点から審査される。すなわち、i）任務担当者が当該担当者に課された要求事項を満たすことができない場合、ii）法が定める原則と目標設定の実現という観点に照らして、措置・財政構想が不適切である場合、iii）公共の利益あるいは第三者の権利を侵害する、あるいは公課支払義務者に不相当な負担を負わせる場合であると判断されると、監督官庁によって却下される（5 条 5 項）¹⁴¹。申請が却下されなかった場合は、監督官庁は任務担当者から提出された全ての申請書類を 1 か月間公開する。公開・閲覧可能期間中において、土地を所有するイノベーション範囲の土地所有者はイノベーション範囲の整備に同意をしないという旨の宣言を行う権利を有する。任務担当者が一般閲覧後に措置・財政構想の基本的な構成要素を変更する場合、上記手続を再度実施しなければならない（5 条 7 項）。イノベーション範囲において土地を所有する者の 3 分の 1 以上、あるいは、イノベーション範囲における土地所有面積に関して 3 分の 1 以上が閲覧期日最終日までに、イノベーション範囲の整備に同意しないことを宣言する場合、BID 整備のための申請は監督官庁により却下される（これを「異議定足数」という）¹⁴²。イノベーシ

¹³⁸ 任務担当者を規定するのはハンブルクのほか、ブレーメン、ヘッセン州、ザールラント州、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州である。ノルトライン＝ヴェストファーレン州においては、任務担当者は想定されていない。それにかわり、土地所有者と事業者が「不動産・立地共同体」（Immobilien- und Standortgemeinschaften）を結成し、当該主体が BID を管理する。しかし、任務を第三者に委託することで他の州と同様の法的構成が可能である。以下、ハンブルクと他州との比較については、Moeser, a. a. O., S. 75 ff.; Wellen, a. a. O., S. 69 ff. を参照している。

¹³⁹ ブレーメン、ハンブルク、ヘッセン州、ザールラント州も同様である。ノルトライン＝ヴェストファーレン州においては、不動産・立地共同体が申請を行う。

¹⁴⁰ 申請書類は、任務担当者により、提出と同時にインターネット上で一般公開することが予定されている（5 条 3 項）。申請権限のある任務担当者は、土地所有者の住所、公課計算に考慮される限りにおける予定範囲における統一価格の見込額とその平均値がそれぞれ監督官庁から任務担当者に通知されることを求める請求権を有している。任務担当者は、通知されるデータを法の目的にのみ使用してよいものとし、反目的使用は禁止されている。本法の目的にとって不要になったデータは、破棄しなければならない（5 条 4 項）。

¹⁴¹ 申請の要件が満たされているかどうかは監督官庁によって審査される。その意味で、BID が整備されるべきかどうかについて、監督官庁は裁量権を有している。この拒否に関しては、行政手続の規定が適用される。

¹⁴² BID の整備を阻止する異議定足数については、ブレーメンがハンブルクと同様に 3 分の 1 要件を規定しているほか、ヘッセン州とノルトライン＝ヴェストファーレン州は 4 分の

ョン範囲の整備に同意しない旨の宣言取下についての期日は、一般閲覧の最終日の翌日から 2 ヶ月後に終わる。監督官庁による却下決定は一般閲覧の最終日の翌日から 3 カ月以内に行われる（5 条 8 項）。

任務担当者は、措置・財政構想を実施する義務を負う。これに関して、任務担当者は、第三四半期あるいは担当官庁との取り決め後に各会計年度の別の時期に、翌年度の経済計画を作成し、監督官庁に提出し、公開しなければならない。経済計画の作成時に、イノベーション範囲に土地を所有する土地所有者や事業者は適切な方法で参加する（6 条 1 項）。経済計画が申請時に示された措置・財政構想と著しく相違する場合には、公課支払義務のある土地所有者は、告知後 1 か月以内に当該経済計画に同意しない旨の宣言を提出することができる。イノベーション範囲に占有される土地の 3 分の 1 以上の所有者、あるいは、イノベーション範囲に占有される土地面積の 3 分の 1 以上の所有者が、経済計画に同意しない旨の宣言を提出する場合、あるいは、市（参事会）が、措置・財政構想に逸脱してはならないと決定する場合、経済計画は措置・財政構想に対応したものに修正しなければならない。

ハンブルク商工会議所は、任務担当者の業務執行が規則に適合しているかどうかについて監督を行う¹⁴³。任務担当者が、正当な理由のある不服に対処しない場合、監督官庁は商工会議所の申請に基づき任務担当者を召喚し、公法上の契約を解除することができる（6 条 3 項）。

イノベーション範囲の整備と措置を通じて生じる利益を調整するために、公課徴収官庁によって、公課がイノベーション範囲に占有する土地の土地所有者から徴収され、任務担当者に対する相当な利益を含めて、措置によって発生する出費は填補される。公課額は賦課率と、評価法（Bewertungsgesetz）の規定に従って規定された各土地の統一価格（Einheitswert）から算出される。統一価格とは、イノベーション範囲の整備のために申請された年の 1 月 1 日に有効となる統一価格である。賦課率は、考慮可能な出費及び出資義務を根拠とする都市の合計統一価格からの指数に相当するが、その割合は 100 分の 10 を超えてはならない¹⁴⁴。土地税徴収担当の税務署は、徴収官庁に公課徴収に必要なデータを伝達する（7 条 1 項）。当該土地の統一価格がイノベーション範囲における全土地の統一価格の平均値の 3 倍を超

1 要件を規定している。ザールラント州とシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州は、公課支払義務者の 3 分の 1 の異議によって整備は阻止されるが、ここでは土地所有面積は考慮されていない。

¹⁴³ 任務担当者に対する監査は、ハンブルクとブレーメンにおいては、ハンブルク商工会議所またはブレーメン商工会議所によって行われる。ヘッセン州、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ザールラント州、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州においては、各市町村が監査を行う。

¹⁴⁴ ブレーメン、ヘッセン州、ザールラント州もハンブルクと同様に、公課支払額は、土地の統一価格と BID の財政需要に従う賦課率に基づいて算出される。賦課率の上限は 10 分の 1 である。ノルトライン＝ヴェストファーレンとシュレスヴィヒ＝ホルシュタインでは、公課額の算出方法を定めた規定はない。しかし、「固定配当基準」に基づいて決定されなければならない、各規定で定められる。

える場合、公課額の算出の際に、実際の土地の統一価格の代わりに平均値の3倍を統一価格とみなす（7条2項）。このように、賦課額に上限が設定されている。（7条2項）。

公課支払義務は各イノベーション範囲に対する法規命令の施行とともに発生する。公課支払義務があるのは、公課決定の告知の時点で土地所有者に該当する者である¹⁴⁵。土地に地上権の負担がある場合、地上権者は所有者のかわりに公課支払義務を負う。徴収官庁は、土地の建設利用が可能でない、あるいは公共の目的にのみ可能である場合、あるいは、公課のために考慮の対象にすることが実際の土地利用の観点から不相当であると判断される場合には、土地所有者に対して公課支払義務を免除することが可能である（7条6項）。

市に留保される管理費を除いて、公課による収益は各任務担当者に帰属することになる。公課による収益については、市が法規命令によってその上限を定める（8条1項）。任務担当者は、自己資金と区別して公課収益からの収入を管理し、イノベーション範囲の目的にのみ信託的に使用する（8条3項）。

法規命令は、そこに定められる有効期間の終了とともに無効になるが、遅くとも発効後5年で無効となる（9条1項）。法規命令の適用期間とともに、公課の徴収権も消滅する（9条2項）。法規命令の有効期間の延長は、イノベーション範囲の新規整備時と同様の条件をみたすことによって可能となる（9条3項）。

（3）各主体の相互関係

BIDの整備にあたっては、利害関係を有する各主体の間で様々な相互依存関係が生じうる¹⁴⁶。関係者が共有する法的基盤は、BIDの枠組計画ともいえる措置・財政構想である。これは、ハンブルクでは法規命令、ブレーメンでは地域法（Ortsgesetz）、その他の連邦州においては自治体が制定する条例（Kommunale Satzung）の定めによって、公法上の法規（öffentlich-rechtlichen Rechtsnorm）に等しい地位を与えられる。任務担当者は、措置・財政構想に基づいて、経済計画（Wirtschaftsplan）を毎年度作成することになる。以上のことを、行政・公課支払義務者・任務担当者の三者の相互関係に即した観点から敷衍すると、以下のとおりとなる。

まず、行政と公課支払義務者の関係は、BID及び行政による公課徴収の整備に関する土地所有者間での投票手続（Abstimmungsverfahren）によって規定される。ハンブルク法による

¹⁴⁵ 公課支払義務者について、ヘッセン州とザールラント州においては土地所有者のみである。ハンブルク、ブレーメン、ノルトライン＝ヴェストファーレン州においては、基本的に土地所有者が公課支払義務を負うが、地上権がある場合、公課支払義務者は地上権者になる。シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州においては、土地所有者と地上権者は連帯債務者として公課支払義務を負うほか、事業者にも公課支払義務が課せられることがある。なお、全ての州においては例外が存在する。

¹⁴⁶ Moeser, a. a. O., S. 57 ff. は、ハンブルク法をもとに、BIDにかかわる関係者の相互依存関係を論じており、本文の記述もそれをもとに構成している。

と、二段階の投票手続が用意される。まず、BID 整備の手続を進行させる段階のものとして、比較的低い定足数（ハンブルク法の場合、土地所有者の頭数と所有面積に換算していずれも 100 分の 15 以上の賛成割合）をみたすことによって準備が開始される。次に、有効な申請と行政による審査を経て、再度、BID を整備してよいかを公課支払義務者に問うための手続として、異議定足数（ハンブルク法の場合、土地所有者の頭数と所有面積に換算して 3 分の 1 以上の反対割合）がある。これをみたすことになった場合、BID の整備は阻止されることになる。

次に、行政と任務担当者の間には、上とは異なる法関係が存在する。まず、行政が任務担当者に委ねた公課収入の扱いに関して信託的關係（Treuhandverhältnis）が構築される¹⁴⁷。次に、両者の間には、措置・財政構想の実施に関する公法上の契約が締結される。この契約には、当事者の権利及び義務に関する事項、とりわけ措置・財政構想の内容から生じる事項を含むほか、日々の活動を通じて生じうる確認的事項も含まれる。任務担当者は、行政との関係では監督を受ける立場にある。

最後に、任務担当者と公課支払義務者の関係においては、BID が整備される前の段階がとりわけ重要である。有効な申請になるための必要な投票定足数が定められていることによって、BID が公課支払義務者の参加を欠いた状態で計画されることは防がれる。その結果、実際には、投票定足数をみたすことを目指して、任務担当者と公課支払義務者との間で事前に協議が開催されていることは想像に難くない。公課支払義務者が、BID の有効期間中に、任務担当者が措置・財政構想の内容から逸脱した行為を行ったと判断した場合には、異議審査手続（Widerspruchsverfahren）の開始を求めることができる。これにより、公課支払義務者は任務担当者による逸脱行為を阻止することができる。なお、BID が整備された後に関しては、任務担当者の行為に対して、公課支払義務者が司法判断を求める権利は有しない。行政と任務担当者との間の公法上の契約は、「第三者のための契約」（Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter）には該当しないからである。

3 考察

（1）公私協働としての BID

BID の活動は一般に、生存配慮（Daseinsvorsorge）の一部を機能上民営化したものにとらえられるべきではないと考えられている¹⁴⁸。そのように分類することは、BID が遂行する任務が、それ以前には市町村によって引き受けられた任務であることを意味するからである。BID 法においては、公益には関連するものの、本来であれば私人が遂行するであろう任

¹⁴⁷ Moeser, a. a. O., S. 60.

¹⁴⁸ Moeser, a. a. O., S. 157 ff; Wellens, a. a. O., S. 60 ff.

務の目録が示されている¹⁴⁹。BID が遂行する任務が、市町村が提供するサービス（生存配慮レベル）を超える措置・給付（“On-top-Maßnahmen” または “On top-Leistungen”）であるということが強調されるのも、そのことを示している¹⁵⁰。民間部門内部における動機づけは様々であるが、共通するのは、既存のビジネス環境を改善しようとする私益的目的によって動機づけられている。そのような観点から、BID において遂行される任務は、もともと国家的任務としては位置づけられてはおらず、地区住民の任意団体の責任のもとに実施されていたものと考えられている。

他方、BID を（行政学的観点から言うところの）公私協働（Öffentlich Private Partnerschaft または Public-Private-Partnership: PPP）に分類されることは正当であると考えられている¹⁵¹。PPP はドイツにおいても多義的な概念であるが¹⁵²、民間部門と国家との長期的、協力的な共同作業、民間による計画に対する費用負担、民間による複合的な調整任務の引受け、リスク分配、国家の任務責任と民間の実行責任という責任の分配に特徴づけられている¹⁵³。このような特徴のいくつかを BID はみだしている。

しかしながら、BID の機能は、公共部門が調達過程において民間の行動能力を市場で調達するところにあるのではなく、その逆で、フリーライダーの構造問題を解決するために国家が民間の自己組織化を援護するための高権的権能の行使を用いた法的枠組を提供するところにある¹⁵⁴。したがって、BID においては、民間部門は公的部門の資源を必要としており、国家の助力を必要とする民間のイニシアティブであるため、その限りにおいては「逆の PPP」（inversen PPP）¹⁵⁵であると評されることもある。

（２）都市建設法における位置づけ

¹⁴⁹ たとえば、ハンブルク法 2 条 2 項は、以下のものを挙げている。「中心市街地再開発の構想作成」、「サービスの提供」、「各有資格者との調整による建設措置の財政援助とその実施」、「不動産経営」、「共同広告」、「イベントの開催」、「公式または非公式の公聴手続における意見提出」である。しかし、それぞれの州における法律の目的規定または任務規定からは、それが公益指向であるのか、私益指向であるのかを判別することは容易ではない。

Vgl. Moeser, a. a. O., S. 106

¹⁵⁰ Moeser, a. a. O., S. 158 ff; Wellens, a. a. O., S. 124 ff, S. 268 ff.

¹⁵¹ Moeser, a. a. O., S. 160 ff; Hecker, a. a. O., S. 85.

¹⁵² たとえば、Lackner, a. a. O., S. 324 においては次のように分類されている。すなわち、持分が民間部門及び公共部門によって保有される混合経済的な私法上の会社を意味する「組織的 PPP」、事業者モデル・免許モデルといわれるような民間と公共部門が契約を通じて結ばれる「契約上の PPP」、会議や連携プロジェクトを通じて国と市場との協働が（法律等に規定されながら）行われる「非公式 PPP」である。

¹⁵³ Lackner, a. a. O., S. 324.

¹⁵⁴ そのような観点からみた場合には、BID 法の制定自体を、保証責任

（Gewährleistungsverantwortung）による国家の公的任務処理の一つのあらわれと見る見解もある。国家が、私人の能力が公益のために活用される枠組みを提供していると考えからである。Vgl. Hecker, a. a. O., S. 87.

¹⁵⁵ Lackner, a. a. O., S. 324.

ドイツにおいては、都市建設法 171 条 f により、各州における BID 法の制定が都市建設法の側面からも承認されている¹⁵⁶。同条は、具体的な実施方法や手法に関しては、州の立法者に相当程度委ねている¹⁵⁷。地区の種類にしても、目標設定にしても、建設法典第 171 条 f は意識的に自由に表現されている¹⁵⁸。州立法者に留保されている事項は、BID の各目標及び課題のほか、参加者の支持率、BID の整備方法、有効期間などである。

BID は、都市建設法上の他の都市建設措置（136 条以下が定める再開発措置（Sanierungsmaßnahmen）と、165 条以下が定める新開発措置（Entwicklungsmaßnahmen））と競合関係にはなく、補完関係にある。都市建設措置は、都市のある地区を初めて造成する、あるいは既存の造成地を改築するために利用される¹⁵⁹。それに対し、BID は既存の建築利用を前提にして整備されるため、都市建設措置と BID はそれぞれ問題とする段階が異なり、競合関係に立つことはない。

たとえば、都市建設法上の再開発措置（都市建設法 165 条以下）と比較した場合の、BID の特徴として、以下の諸点が指摘される¹⁶⁰。第一に、BID における都市建築措置は個々の計画に限定されている一方、再開発は大規模な改造を予定している。第二に、都市建設法上の再開発は、一般的な建築管理計画をもカバーする都市建設法上の特別規定（「特別都市建設法」）であるのに対して、BID は、都市建設法上は何ら法的効果を有するものではない。第三に、再開発は、建築の自由を保障された私人の影響を排除する高権的手段として特徴づけられるのに対し、BID においては、都市開発のための私人の参加を得る試みの中で高権的手段が用いられている。第四に、高権的手段が用いられる状況が異なる。都市建設法上の再開発は都市建設の過程で生じた課題に対応するものであり、その意味では、反応的手段（reaktives Instrument）である。それに対し、BID は、地区の悪化を未然に防止する動機を有する土地所有者（または事業者）のイニシアティブを必要とするものである。その意味において、予防的手段（präventives Instrument）である。

他方、BID には、都市建設上の契約（städtebaulichen Verträgen）あるいは計画関連の地区詳細計画（vorhabenbezogenen Bebauungsplan）との類似点を見出すことが可能である¹⁶¹。

¹⁵⁶ Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006, BGBl. 2006 I, 3316.

¹⁵⁷ BID の整備は、基本法 28 条 2 項（市町村の憲法秩序）ではなく、同 74 条 1 項 18 号（連邦との競合的立法分野の一つである土地法等）や同 11 号（経済法）に基づくものであることについて、vgl. Hecker, a. a. O., S. 125.

¹⁵⁸ Vgl. Michael Krautzberger, Stadterneuerung und Stadtentwicklung durch Private?, DVBl, 2008, S. 337; Lackner, a. a. O., S. 321.

¹⁵⁹ 都市建設法上の再開発措置（136 条以下）と新開発措置（165 条以下）については、ヴィンフリート・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究―日独比較を中心として』（日本評論社、1995 年）259 頁以下の記述が参考になる。

¹⁶⁰ Vgl. Moeser, a. a. O., S. 145 f.

¹⁶¹ Vgl. Moeser, a. a. O., S. 153 ff.

都市建設法上の手段である両者は、行政と私人との協力関係を制度化したものであり、BID が対象とする都市建築措置の枠組と重なるところがある。BID との相違点は、とりわけ、BID においては公課徴収による強制的手段が法定されているのに対して、都市建設上の契約や計画関連の地区詳細計画は私人による純粋な自発的負担に基づいている点にある。しかし、都市建設上の契約や地区詳細計画といった手段も BID と代替関係にあるのではなく、互いに両立しうるものである。BID が都市建築法上の建築許可効力を伴うわけではないため、BID の計画とは別に、都市建設上の契約を締結する、あるいは計画関連の地区詳細計画を策定するといったことも排除されない¹⁶²。

（３）BID 公課の資金調達手段としての法的許容性

i) 法的分類

BID における公課義務は資金調達的手段として法的に許容されるか否かは、その公課の法的性質と密接にかかわっている。

ドイツ法においては、典型的な公課種類として、租税（Steuern）、料金（Gebühren）、分担金（Beiträge）を区別している。租税と料金・分担金は、租税が無条件で徴収され収入目的のみに用いられるのに対し、料金・分担金は、国の特別給付に対する反対給付である点で区別される。料金は、国の個別給付に対して個々の主体が負担する公課であり、分担金は、国の特定の事業や施設により給付を受ける可能性がある者が負担する公課である。国からの利益に対する負担¹⁶³であるという点では両者は性格を同じくするが、分担金の場合は、料金と異なり、国からの給付を事実上要求することが問題にはならず、国への給付要求を満たす可能性で足りる。

これらに加えて、特別公課（Sonderabgaben）という分類が存在する。特別公課とは、利益を共通にする関係者が特定のために費用を負担するもので、「利益に対する負担」（利益剥奪機能）ではなく、「資金調達のための費用負担」（資金調達機能）という性格を有する。この特別公課に関連して、近年、連邦憲法裁判所は、販売助成基金（Absatzfonds）に関する決定¹⁶⁴において、特別公課というカテゴリーについてはより厳しい条件が設定されるということを前提にして、次のような判示を行っている。

「あらゆる非課税公課に対して適用される制限を連邦憲法裁判所は融資機能のある特別公課（狭義の特別公課）に対して特別厳格に明確規定した。・・・連邦政府の権限配分のリ

¹⁶² 地区詳細計画、いわゆる B プランについては、これまでも多数の先行研究があるが、最近導入された、都市建設法第 12 条が定める事業・地区整備計画（Vorhaben - und Erschließungsplan）の策定手続との関連も含めて、後掲注（175）の文献参照。

¹⁶³ 料金及び分担金は、併せて「優先負担」（Vorzugslast）と呼ばれることがある。

¹⁶⁴ BVerfG, 122, 316 vom 3. 2. 2009, EuGRZ 2009, 60.

スク、公課支払義務者の負担均衡のリスク及び議会による予算法のリスクのために、特別公課は狭い制限を受け、税金に対して稀な例外を残さなければならない。立法者は単なる資金調達を超える事実目的の追及の枠内においてのみ公課を使用してよい。特別公課によって、特殊関係（親近性(Sachnähe)）において公課取立で追及される目的に責任を持ち、そのため特別な資金援助責任を割り当てることができる均一グループのみを占めてよい。公課税収はグループに有益に使用されなければならない。さらに、立法者は効果的な議会民主主義的合法性及び管理の利益のために徴収される特別公課を財政法上完全に記録しなければならない。」

それでは、BID において土地所有者（公課支払義務者）が支払う BID 公課は、分担金に該当するのか、それとも、特別公課に該当するのであろうか。

分担金と特別公課との違いは、分担金においては、給付提供がグループ関連であるものの、個々の分担金支払者による請求時には利益が個別化されて実現するのに対して、特別公課では給付の利益がグループ関連である。換言すると、利益が公課税収による給付により個別化することが可能であるか、それとも、公課支払義務者の全てのグループに関連するのかわどろうかが、分担金と特別公課とを区別する指標となりうる。BID においては、措置は個別の土地に作用するのか、地区に作用するのかの相違によって判断されることになる。

まず、各州法の規定を概観すると、ハンブルク法とそれに依拠するブレーメン法、ヘッセン州法及びザールラント州法が、「分担金」(Beiträge) と規定する一方¹⁶⁵、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州法 3 条 7 項は「特別公課」(Sonderabgabe) という表現を用いている。ノルトライン＝ヴェストファーレン州も「特別公課」と規定している。

BID 公課を分担金として分類することは、以下の理由から適切ではないと解されている¹⁶⁶。第一に、BID は、分担金を徴収する公法上の強制団体と異なり、会員組織的な構造を持たないことが挙げられる。BID 公課を分担金と分類化することは、ガバナンス構造に中間ネットワークとして計画された BID のガバナンス構造が国営化されることを意味するからである。第二に、BID の場合、地区再評価（地区再活性）の具体的措置を実施する民間イニシアティブに対して、公共部門は、フリーライド問題の解決のために、民間の組織を高権的な法的枠組みの中に位置づけているにすぎないことが挙げられる。国家は、BID 公課の徴収を民間イニシアティブに有利となるように引き受けているにすぎない。したがって、BID 公課を特別公課と位置づけることが支持されている。

ii) 法的許容性

それでは、次に、前述の連邦憲法裁判所決定によって示された特別公課徴収に対する条件

¹⁶⁵ ハンブルク法 7 条 1 項等。

¹⁶⁶ Vgl. Lackner, a. a. O., S. 325; Wellens. a. a. O., S. 139; Hecker, a. a. O., S. 162; Moeser, a. a. O., S. 125.

が BID 公課において認められるか否かが問題となる。

この点は、各 BID 実施措置につき、特に BID の各目標及び課題など、具体的な個別ケースや状況を考慮して判断されることになる。立法者はイノベーション範囲の整備によって中心市街地の地区の強化及び開発のために公共利益に基づく客観的目的を追求することを想定している。グループ均質性の特徴として、出来る限り高い賃料収益及び不動産の交換価値の上昇（両者ともに地区再評価措置を通じて促進可能）における土地所有者が共通利害によって一般から明確に区分けされたグループであることが一般的に挙げられる。それと同時に、立地改善への関心を持つのは地区在住の事業者であるため、土地所有者にのみ制限する公課はここでは批判の対象となる¹⁶⁷。ここから発生する資金援助責任を有する土地所有者の”特殊な親近性”とは、措置によってそのような生存配慮が問題になる場合に肯定される。なぜなら、生存配慮の範囲は国のインフラ責任の一部として公共の課題であり、資金調達を土地所有者の負担に帰着させてはならないと考えられるからである。先に挙げた連邦憲法裁判所決定によると、グループに有益な使用については、主に公課支払義務者グループの利害において税収が直接的又は間接的に使用されることで十分である。また、他のグループまたは一般の人々が公課使用によってある利益を持つとしても、無関係である。この規準によると、グループに有益な BID 公課の使用に関しては、法的疑念は生じない。なぜなら、公課によって、主に土地所有者が利益を得る立地の再活性措置が資金調達されるからである。公課使用のグループ有益性は、ハンブルク法においては 8 条 2 項 2 文によって担保されているが、それによると、公課徴収の目的にかなった使用に関する給付通知に関する取り決めによって任務担当者の逸脱行為を阻止することができる。個々の土地所有者が、地区再評価から場合によっては具体的な利益を得ることがないことは、資金使用のグループ有益性と矛盾はしない。最終的に、公課税収の一部が行政コストを相殺するために保持される場合に、グループには有益な使用が存在するのであり、ここでは、ハンブルク法 8 条 1 項の定める総括額という形であらわれる。

なお、BID 公課は、基本法の観点からも問題になる。しかし、公課支払義務のある土地所有者の基本的権利の侵害は、多くの場合、否定されている。また、BID 公課整備に土地所有者を対象にすることは基本法第 14 条第 1 項（所有権の保障）の保護範囲に当たるかどうか、または基本法第 2 条第 1 項（人格の自由）に抵触するかどうかについても、結論において関連性を有しないと考えられている¹⁶⁸。その理由は、第一に、土地所有者に過度な負担が課されるおそれはないからである。たとえば、ハンブルク法 7 条 5 項は免除要件を規定しており、個々の事例において不当な負担が生じない仕組みをとっている。第二に、BID 公課は、民間イニシアティブから始まった地区再評価措置の資金調達を保障することに適しており、公課は純粹に任意ベースのイニシアティブに比べて、強制的な公課は、フリーライダー問題

¹⁶⁷ 住宅用については免除または軽減を主張する見解として、Wellens, a. a. O., S. 156.

¹⁶⁸ Hecker, a. a. O., S. 130 ff.

を解決する上で有用な手段であるという考慮も働いている。第三に、公課に予測可能性は保障されている。公課は、ハンブルク法第7条第1項第3文における増額制限(Kappungsgrenze)により上限が定められている。第四に、正の定足数(Positivquorum)もしくは負の定足数(Negativquorum)を通じて少数利害を十分に考慮することができることも考慮に入れられている。

(4) 任務担当者の民主的正当性をめぐる問題

民主主義国家においては国家権力の行使は常に正当性、つまり国民に由来する正当性を必要とする。これは、基本法20条2項が規定していることから明らかである。行政行為は正当性が求められる国家権力の行使である一方、私人はその基本権を行使しながら活動する。

BIDが示す公私協働モデルは、私人の活動合理性(私益追求)と行政権限の行使が結びついているため、民主的正当性を必要とする国家権力の行使と、基本権を享受する主体である私人(ここでは任務担当者)の活動との間の境界を定めるのが困難である¹⁶⁹。

ここでは、BIDと民主的正当性との関係をめぐる二つの考え方を紹介する。

i) 手続的規定を通じた民主的正当化議論

一つ目は、BIDの行政過程を、その整備の局面と、具体的な措置実施の局面とに分け、とりわけ、前者の整備の局面が問題となるとし、BID法の実体的基準・手続的基準を考えるものである¹⁷⁰。

まず、BID整備の局面に関して、BID整備の条例は、民主的正当化を有する市町村によって制定されるが、措置の計画自体は、(地区住民あるいは任務担当者のいずれであるかにかかわらず)整備の申請を行う私人により行われる。市町村の計画担当機関は適切な衡量を行わなければならないが、その最終決定責任は、私人が決定準備過程に関与すればするほど、危険に晒される。他方、私人の基本権行使は国家による直接介入からは守られているため、計画する私人の側に正当性を要求することでこの問題に対処することが可能である。しかし、市町村が“私人による計画のための公的取立企業”(öffentlichen Inkasso-Unternehmen für eine private Planung)¹⁷¹になるべきでないと考えるなら、市町村が、実質的に措置・財政構想にかかわり、BID(私人)に有利な形で高権的権能が行使されることを正当化できなければならない。換言すると、市町村は、措置・財政構想自体の公共善(Gemeinwohl)を

¹⁶⁹ Hellermann, Hermes, a. a. O., S. 39 ff. が、任務担当者の活動の民主的正当性の肯定論と否定論について詳細に論じている。

¹⁷⁰ Wellens, a. a. O., S. 221.

¹⁷¹ Wellens, a. a. O., S. 223.

保障しなければならない。したがって、BID 法には、市町村が、BID の整備と実施措置に関して最終的決定権限を有していることが規定されていることが最低条件であると考えられる¹⁷²。そこで、次に、BID 法の実体的・手続的規定がどのようなになっているかということが問題になる。

まず、実体的規定について。措置の目標基準及び目録は、整備申請の審査基準と同様に実体的な意味での考慮基準となる。基本的に BID に関する州法はそのような意味における実体的基準をあらかじめ含んでいる¹⁷³。しかしながら、準備過程における内容形成の自由を確保するという観点からは、措置・財政構想の内容形成に関連した他の実体的基準に関しては法律に詳細に規定すべきではないことになる。そこで、次に、実体的規定にかわって、手続的規定が、私的主体の活動合理性を保障しながら公益との調整を図っているか否かが問題になる¹⁷⁴。

手続的規定に関して、まず私人による決定準備過程への関与をどのように位置づけるかが問題となる。この点に関して、ドイツ法は、私人のイニシアティブに基づく市町村の計画策定とそれに伴う問題、換言すると、私的利益の追求という動機を有する私人が計画策定に関与することに伴う問題をすでに経験している。それは、都市建設法第 12 条が定める事業・地区整備計画（Vorhaben - und Erschließungsplan）の策定手続である¹⁷⁵。しかし、両者の間には、重要な相違点がある。それは、事業・地区整備計画が事業関連の建設計画に関する条例の構成要素に組み込まれる一方、BID に関する条例は措置を概括的に述べるにとどまり、詳細な措置・財政構想は市町村と任務担当者間の公法上の契約において取り上げられるにすぎないという点である。しかし、措置・財政構想は関係者・公衆参加の手続を含んだ手続の中で策定され、市町村の衡量決定に関する実体的内容を提供するため、構想に対する黙示の承諾の意思表示を条例制定の契機に見出すことも可能である¹⁷⁶。

計画策定段階における事業・地区整備計画と同様に、BID においても、事業者と市町村との間で継続的に調整が行われると、これは措置・財政構想にも反映されうる。他方、BID 整備に関する市町村の衡量決定は、事業者との調整の結果に拘束されることなく行うことが保証されなければならないという要請がある。したがって、条例制定に際して関係者は権利

¹⁷² Wellens, a. a. O., S. 223.

¹⁷³ 「成長した小売・サービスセンターの強化と発展」、「経済支援」、「国民への商品とサービス提供の改善」といった、法に規定された任務内容・任務目録が実体法的規定ということになる。もとより、任務内容をどの程度具体化しているかは州によりばらつきがある。

¹⁷⁴ Wellens, a. a. O., S. 231.

¹⁷⁵ 一般に「事業関連 B プラン」と訳されているものである。ドイツにおける「事業関連 B プラン制度」を素材に、行政決定に際して私人が関与する場合の法的諸問題を考察するものとして、野田崇「私人による都市計画？」法と政治 57 巻 3=4 号 289-335 頁。同論文は、「特定の私人が、B プランのような多数の者の権利利益に関わる行政決定に対し、その他の私人とは比較にならないほどの影響力を行使することが、そもそも許容されるのか」（308 頁）を問題にする。

¹⁷⁶ Wellens, a. a. O., S. 235.

を主張し要求を行うことはできない。この点、BID 法が規定している公式な形での関係者・公衆参加手続は、地区詳細計画手続 (Bauleitplanverfahren) における関係者・公衆参加手続に相当し、基本的に問題はないと考えられている。公益を代表する者の公式な参加も規定されるべきであり、実際、多くの州法もそのような内容を規定している¹⁷⁷。

他方、法は、市町村による衡量決定をこえる結果が生じる事態も規定している。それが、全ての州法が規定を置いている「阻止少数議決権」の存在である。これにより、後に公課義務を負うことが予定されている土地所有者・事業者の一定割合は、関係者参加の枠内における異議を通じて BID の整備を阻止することが可能である。このような整備の阻止は、市町村の衡量の中で判断しうる事柄ではなく、それを超える結果である。これは、いわば拒否権であるが、関係者の単なる参加ではなく共同決定として特徴づけられる。しかしながら、「阻止少数議決権」は、それ自体が国家権力の正当性を必要とする行使でもなく、また民主的に正当化された決定の実行を阻止するものでもないとされている¹⁷⁸。以上より、実体法・手続法的な規定が遵守される場合、整備の決定は市町村によって十分に民主的に正当化されていると考えるのである¹⁷⁹。

なお、整備の場面と措置実施の場面を切り分けた場合には、任務担当者による措置の実施自体には、民主的正当性は求められないことは広く受け入れられている。これは端的には、任務担当者が、国家権力を行使しないからである。任務担当者が、市町村が提供するサービス（生存配慮レベル）を超える措置・給付（“On-top-Maßnahmen” または “On top-Leistungen”）のみを実施するにすぎない一方、市町村は、生存配慮の枠内において残りの給付に対して責任を負うからである。さらに、任務担当者は高権的権能を行使しておらず、措置・財政構想及びそれが具体化された経済計画は市町村の判断基準に従うことが予定されている。この基準が十分具体的である限りにおいて、任務担当者の決定余地は制限されていることになる。任務担当者において、条例の変更等によって変更された枠組み条件に対して柔軟に対応する可能性が残されている限りにおいては、基準適合性と柔軟性とのバランスは保たれていると考えられるのである¹⁸⁰。

ii) ガバナンス理論による民主的正当化議論

もう一つの考え方は、ガバナンス理論 (Governance-Theorie) によって BID の民主的正当性を肯定する考え方である¹⁸¹。

ここでいうガバナンス理論とは、制御理論 (Steuerungstheorie) を発展させたものであ

¹⁷⁷ Wellens, a. a. O., S. 241

¹⁷⁸ Wellens, a. a. O., S. 256

¹⁷⁹ Wellens, a. a. O., S. 264

¹⁸⁰ Wellens, a. a. O., S. 268

¹⁸¹ Moeser, a. a. O., S. 173 ff.

る¹⁸²。制御理論によると、公共における集団的事情の決定は、制御主体と制御対象が対置される構造を前提に行われる。これが機能する前提条件は、行為と結果発生との間の計算可能な因果関係をもとに目的に向けた制御行動が可能であるということである。しかし、制御理論には限界がある。一つは、上位のレベルを欠くためにいかなる主体も制御要求を行うことができない場合である。もう一つは、上位のレベルがあるにも関わらず制御要求を行わない場合である。これらの場合には、部分的に制御行動の可能性が欠けるのである¹⁸³。

こうした制御ジレンマに対処するため、制御理論の行為者中心性から離れ、構造と機関を通じて集団的事情が発展する制御システムを設けようとするのが、「ガバナンス理論」である。ガバナンス理論は、制御行動そのものではなく、プロセスに着目する。

ガバナンス理論の特徴は、高権の権能の行使による影響をシステム制御時に考慮するものの、別の調整方式との関連においてその影響を考慮することである。その際、ヒエラルヒーのみならず、ネットワーク、交渉、競争条件もガバナンス構造の本質的特徴としてあらわれる。このようなメカニズムを利用して集団的要件の発展を調整するところに、ガバナンス理論の眼目がある。

ガバナンス理論においては、法の役割も変容する¹⁸⁴。公共団体（Gemeinwesen）による制御が、最終的かつ因果関係のある国家の制御行動によっては行われえない場合、法の特徴は制御手段として変化する。法規を評価するうえでの基準は、その基礎となる目的に求められるのではなく、それによってもたらされる調整に向けられる。異なる利益を有する事業者の貢献（負担）を調整するために、各行為者の動機も考慮に入れられることになる。場合によっては、公益（公共善）指向ではない動機づけも承認されることにより、結果として公共善の増進につながるような調整が、法規には求められることになる。こうして新たな意義を付与された法規の調整のためのアプローチとして、規則と事業者との相互作用調整を可能にする規則構造が構想される。

ガバナンス理論は、民主的正当性の連鎖（Legitimationskette）の考え方に基づいて民主

¹⁸² ドイツにおける「ガバナンス論」は、社会学、政治学、経済学等の概念を法学的に構成したものであり、論者により議論の力点やその射程に差異がある。また何か一つの理論に収斂した議論ではなく、今も多様な要素を取り込みつつ展開を続けている議論である。ガバナンス論における構造制御という考え方については、Gunnar Folke Schuppert, Was ist und wozu Governance?, in: Die Verwaltung 40 (2007), S. 463-511, S. 485; Hans-Heinrich Trute, Doris Kühlers, Arne Pilniok, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysenkonzept, in: Gunnar Folke Schuppert, Michael Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 173-189, S. 174 ff. 邦語文献として、公的任務を遂行する主体が多様化するという意味での多元化社会への対応から、ドイツにおける「制御理論」から「ガバナンス理論」への展開を考察する論攷として、高橋雅人「ガバナンスの法構造—民主的正当化と責任分担の観点から」早稲田法学会誌 61 巻 1 号（2010 年）295-340 頁、312 頁以下。

¹⁸³ Moeser, a. a. O., S. 175 f.

¹⁸⁴ Moeser, a. a. O., S. 186.

的正当性の確保を図ろうとする従来の制御理論モデルの弱点を認めるところから議論を出発させる¹⁸⁵。制御理論においては、集団的要件は国家の目的に向けた制御行動によって規定されるという前提に依拠している。これがなければ、指示・正当性の連鎖は、公共団体の制御が民主的に正当化されていることを保証することが不可能となる。しかし、ガバナンス理論は、制御システムにおける正当性の連鎖という弱点は、関係者に参加権が認められることによってバランスを保つことができると考える。この場合、補充的な正当性が全国民ではなく、一部の関係者を根底に置くため、参加権は民主的正当性の源泉として適していないという考え方も成り立ちうる。しかし、ガバナンス理論は、参加権は市民参加に基づいて法律的事實的・内容的な正当性の効果を強化することで、従来型の制御理論モデルが十分カバーしえないところにも補充的な正当性を与えることができると考えるのである。

以上の議論を踏まえて、次に BID 法の考察にガバナンス理論が応用される¹⁸⁶。BID 法は、土地所有者の負担、市町村及び任務担当者を都市開発地区において調整しようと試みるものである。制御システムの設置は、資金調達の困難さに加えて、私的主体による負担が都市開発に望まれていることから、地区開発における市町村と私人の共同責任を得るために不可欠である。

BID 法は、これらの主体の利害を調整するために階層的な規則に従っている。抽象的・一般的な法規である州法と市町村条例に加えて、個別的就具体的事項は、市町村と任務担当者が締結する公法上の契約によって規律されうる。また、BID 公課によって高権的権能を行使することにより資金調達が行われる。高権的権能の行使が、BID 法の枠組の中では利害調整の手段として用いられている。

他方、法律の規定構造は参加者間の種々の交渉を促すものとなっている。市町村も関係者もそれぞれ「拒否権」を持つことにより、両者の間で対話が要請され、その過程を通じて措置が具体化されることも考えられる。交渉状況が生じるのは、とりわけ、BID が整備される前の段階、措置・財政構想の作成時（場合によっては後に任務担当者による構想からの逸脱行為が発生した時）である。また、法律で規定された投票過程を通じて、参加者はコミュニケーション手段を構築する。これにより、ネットワークに似た構造が、都市開発における任務処理のために生じる¹⁸⁷。

たしかに、高権的権能を行使する行政（市町村）の活動に加えて、任務担当者の活動は民主的正当性を必要とする。BID の整備に関する市町村の決定時と、毎年度の措置・経済計画の作成時における任務担当者の裁量は公的資金の使用に多大な影響を与え、その結果、高権

¹⁸⁵ Moeser, a. a. O., S. 192 ff.

¹⁸⁶ Moeser, a. a. O., S. 201 ff.

¹⁸⁷ ドイツの都市建設法を、持続的都市発展への寄与の観点から分析するものとして、アルネ・ピルニオク (Arne Pilniok)・野田崇 (訳)・前掲注 (135) 221-242 頁。同論文は BID を例に挙げながら、「国家の役割は、調整任務と、区々の私的及び公的主体の諸活動をまとめ上げるネットワーク・マネジメントへと移る」と指摘する (237-238 頁)。

的権能の行使として見なされうるからである。しかし、これは、市町村に帰属できない自由決定が任務担当者に帰属する範囲においてのみ適用されることになる。

任務担当者は、公法上の契約の締結を通じて組織的・人的な意味での民主的正当性 (organisatorisch-personelle demokratische Legitimation) に基づくほか、BID 法の枠組が事実に・内容的な意味での正当性 (sachlich-inhaltliche Legitimation) を付与されていると考える。これに対し、任務担当者に自由裁量が残されている範囲においては、指示の鎖が事実に・内容的な正当性の要素として欠けているのではないかという懸念が生じうる。しかし、このような弱点も、ガバナンス理論の枠組みでは、関係者に参加権を認め、議会が制定する法律の正当化効果が強化されることによって調整されうると考える¹⁸⁸。この場合、基本法 20 条 2 項 1 文に由来する全国民による正当性の命令に対する違反は存在しないことになる。なぜなら、参加によって伝達された正当性は参加者の区別可能な特別利益にのみ該当するからである。ガバナンス理論の枠組みでは、これにより、任務担当者の活動も民主的に正当化されると考えるのである¹⁸⁹。

(補論) 発注法 (Vergaberecht) の適用可能性

なお、BID に関してもっとも議論されているのは、発注法 (Vergaberecht) との関係である¹⁹⁰。具体的には、公共部門 (市町村) による任務担当者の選定が、公法上の契約の締結に先立って、競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB) 97 条以下に規定される発注手続¹⁹¹にしたがって行われなければならないかどうかという問題がある¹⁹²。最後に、この問題に言及する。

これまで実施されてきた BID において、競争制限禁止法が規定する発注手続にしたがっ

¹⁸⁸ Hecker, a. a. O., S. 99 ff も次のように述べる。「古典的・高権的な行為形態の範囲のみならず、国家側からの決定がインセンティブによって実行されるべきであるとしても、基本法の民主主義原則が適用される。したがって、任務担当者の活動も民主主義的に正当化される必要がある。しかしながら、任務担当者の行為は民主主義原則への要求を満たすものである。任務担当者の行為範囲が、基本となる BID 法において十分に規定される一方で、正当性レベルの上昇は、広範囲な参加メカニズムを使用した地区事業者の組み込みにより可能である」。

¹⁸⁹ Moeser, a. a. O., S. 225 ff.

¹⁹⁰ この問題を論じた文献として、Matthias Ganske, Business Improvement Districts (BIDs) und Vergaberecht Ausschreiben! Aber wie?, BauR 2008 S. 1987 ff.

¹⁹¹ 1998 年のカルテル発注法 (Kartellvergaberecht) により、競争制限禁止法 97 条以下に発注法が組み込まれた構造になっている。

¹⁹² 争訟の場面を中心にしたものであるが、ドイツの公共調達法制の概観については、米丸恒治「ドイツ公共調達争訟制度の展開—契約争訟の制度設計へ向けて」高木光ほか編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012 年) 589-605 頁、591 頁以下、荒木修「公共委託発注をめぐる法制度の動向」岡村周一＝人見剛編『世界の公私協働—制度と理論』(日本評論社、2012 年) 196-210 頁。

た任務担当者の選定手続は実施されていないという¹⁹³。この点に関して、各州の BID 法も明確な形で入札義務規定を置いているわけではない。発注法が適用されるか否かは、個々の事案に応じて、発注額が「公共委託の事後審査手続に関する命令」(Vergabeprüfungsverordnung: VgV。以下、「発注命令」という)で規定されている基準額を上回るかどうかによって決定される。発注命令 2 条 3 号が定める配達・サービス委任(Liefer- und Dienstleistungsaufträge)について、発注額が 211,000 ユーロを上回る場合には、EU 発注調整指令(EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie)の影響を受けた競争制限禁止法 97 条以下のカルテル発注法(Kartellvergaberecht)が適用される。それにしただがって、公的委任者が競争制限禁止法 99 条の意義における公的委任を行うと、その委任発注は、発注命令の各関連規定にしただがって公募入札にかけられる必要がある。なお、発注額が基準額を下回る場合には、発注に関する規律は、連邦または州の各財政法によって定められる。

公共部門(市町村)は、BID において任務担当者と公法上の契約を締結する場合、公的委任者に該当するため、発注額が基準額を上回る場合に、競争制限禁止法 99 条の意義における公的委任に該当するかどうかの問題となる。競争制限禁止法 99 条 1 項が定める定義によると、「公的委任」とは、公的委任者と配達、工事又はサービスを対象とする企業との間の全ての有償契約である。

「公的委任」に該当するか否かの一つの解釈論として、BID における契約に関しては、その機能に照らして、公的委任の存在は認められないとする議論が主張されている¹⁹⁴。その理由は、BID の枠内で実施された措置においては、公共部門がそれにより自らの需要をみたすものでないため、公共部門による調達行為にはあたらないとするものである。むしろ、公共部門は、法的な枠組を提供しながら民間イニシアティブを援助するにすぎないのであり、公法上の契約は、任務担当者の義務を、公課支払義務のある土地所有者との関係において確実に履行させる目的にのみ仕えるものと考えられるからである。任務担当者は、民間イニシアティブによって選ばれ、国は公法上の契約締結を通じてこの選択決定に追随するのみである¹⁹⁵。任務担当者に設定される行為義務は、民間イニシアティブのみに基づくものであって、公共部門を通じて具体化されるものではないことも、BID の契約において発注法の適用を受けない論拠の一つに挙げられている。

しかし、この論点に関してはこれまで十分議論の蓄積があるとはいえず、議論の帰趨は定まっていない。近時のヨーロッパ司法裁判所の判例は、発注法を幅広い分野に適用する可

¹⁹³ Lackner, a. a. O., S. 326.

¹⁹⁴ Lackner, a. a. O., S. 326.

¹⁹⁵ そのため、公法上の契約の場合、実質的には第三者のための契約であるかどうかという問題が生じる。また、最近のヨーロッパ司法裁判所(EuGH)の判例によると、国の調達行為は発注法の適用性に対する強制条件とみなされるのではなく、委任者が“要件に沿って”受注者に委任することで足りる。

能性を示しており、BID の公法上の契約にも適用される余地がある。また、入札義務については、とりわけ BID の整備に反対した公課支払義務者が、BID の公課収益が経済的に有用に使用されるか否かについて正当な関心を持つことも発注法の規律を受ける論拠になりうる。BID の契約に発注法が適用されるか否かの問題は、現在議論が進展しているところであり、この点はヨーロッパ法の動向も視野に入れながら裁判所による判断が待たれているところである。

4 小括

以上で、ドイツにおける BID 制度の紹介と考察を終える。

ドイツにおいては、ハンブルクをはじめとした一部の都市・州の立法により BID 制度が導入され、都市建設法もそれを承認する形で BID 制度を規定している。

ドイツにおける BID の特徴は、ハンブルク法に典型的に見られるように、「任務担当者」を置き、任務担当者が実施責任を負うことである。また、整備の前の段階においては、申請の段階において「正の定足数」（ハンブルク法では、100 分の 15 以上）が求められ、他方、行政による審査の後には再度、「負の定足数」（ハンブルク法では、3 分の 1 以上）を満たさないことによって整備が決定される。ここには、市町村と任務担当者、公課支払義務者である土地所有者の三者の相互関係が存在し、それぞれの法主体が事実上協議を行うことを余儀なくされている。それに加えて、関係者・公衆参加手続も用意されている。

法的論点は多岐にわたるが、公法学的観点から興味深いのは、任務担当者の活動に民主的正当性が求められるか、求められるとした場合に民主的正当性の連鎖が途切れている部分についてはどのように考えるかという議論である。任務担当者自体は高権的権能を行使しているわけではない。また、任務担当者が措置・財政計画を作成するとはいえども、最終的な決定は市町村に委ねられており、市町村が関係諸利益を衡量しながら決定を行う。そのような観点からみれば、任務担当者の活動には民主的正当性は要求されないと考えられる。他方で、任務担当者がその活動を容易にするために（すなわち、フリーライドを防止するために）、高権的権能を行使する市町村の助力を求め、なおかつ市町村の計画に影響を与えうる活動を行っている点を重視するなら、逆の結論が導かれることになる。この点を直接問題にした裁判例は見られないものの、学説は、任務担当者の活動にも民主的正当性が及ぶとしながらも、それでもなお民主的正当性が欠ける部分については参加手続の充実によって補完しうるとし、そのような観点からみた場合でも各州法の規定はその水準をみたしていると考えられているようである¹⁹⁶。

¹⁹⁶ 本稿は、BID の文脈に即してその民主的正当性と公衆参加を検討したにすぎない。ドイツにおける民主的正当化論の系譜については、太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正当化 (demokratische Legitimation) 思考の展開—BVerfGE 93, 37 まで」『樋口陽一先生古稀記念 憲法論集』（創文社、2004 年）315 頁。ドイツ都市建設法に定めら

（補論 2）日本における制度構想

1 議論状況

BID 制度については、日本においても同種の制度を導入しようとする動きがある。

最初に、アメリカの BID 制度への言及が見られたのは、中心市街地における公共施設整備と商業振興という政策課題との関連においてである。1998 年に制定された「中心市街地における市街地の整備改善及び商業等の活性化の一体的推進に関する法律」（平成 10 年法律第 92 号）は、「中心市街地整備推進機構」（Town Management Organization: TMO）を規定し、同機構が建築物の整備改善事業や土地の管理・取得等の業務を行うこととされた。これは、BID のような費用負担の仕組みを伴うものではないが、商工会議所等の民間団体を機構の担い手として想定している点において BID を一つの範としたことがうかがわれる¹⁹⁷。「中心市街地の活性化に関する法律」（平成 18 年法律第 54 号）においては、中心市街地整備推進機構、まちづくり会社、商工会又は商工会議所、公益法人又は特定会社により組織される「中心市街地活性化協議会」（15 条）が規定され、市町村による「基本計画」作成の際の協議会への意見聴取（法 9 条 4 項）を通じて、地域を構成する多様な主体の意見をとりいれる仕組みが採用されている¹⁹⁸。

次に、BID 制度は、民間による都市再開発事業終了後の公共施設等の維持管理、住宅地域におけるコミュニティ自治など、より広範な分野において民間主体による地域管理の手法として注目される¹⁹⁹。商業地域においても住宅地域においても、良好な地域環境を保全・維

れている建設管理計画策定の際の公衆参加手続を素材に、参加の民主的機能を検討するものとして、野田崇「市民参加の『民主的機能』について」法と政治 60 巻 3 号（2009 年）505-566 頁。憲法の観点からは、毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社、2012 年）327-344 頁も参照。

¹⁹⁷ 通商産業省『Q & A 中心市街地活性化法の実務』（1998 年）89 頁は、アメリカにおける「DID (BID) 制度」を紹介している。BID との関連では、南部繁樹「中心市街地活性化と TMO」松山大学まちづくり学プログラム委員会編『まちづくりと地方都市—まちづくり（総論）と中心市街地活性化』（松山大学総合研究所、2005 年）393 頁も参照。現行の中心市街地活性化法については、矢作弘＝瀬田史彦編『中心市街地活性化三法改正とまちづくり』（学芸出版社、2006 年）。

¹⁹⁸ いわゆる「まちづくり三法」改正に際しての日本商工会議所・全国商工会連合会・全国中小企業団体中央会・全国商店街振興組合連合会の要望書（「まちづくり推進のための新たな枠組みの構築に関する要望」平成 17 年 7 月 5 日）においては、「中心市街地からの固定資産税収の一部を TMO の人件費、運営費に充当する仕組みを創設するなど、TMO の財政基盤を強化すること」が要望として盛り込まれていた。

¹⁹⁹ たとえば、国土交通省新たな担い手による地域管理の在り方検討委員会「新たな担い手による地域管理の在り方について」（平成 19 年 2 月）。国土交通省土地・水資源局第 16 回国土審議会土地政策分科会企画部会「今後の検討課題について（参考資料）」（平成 18 年 7 月 5 日）は、地縁団体（自治会、町内会等）、非営利法人では脱退が可能で土地等の特定

持することにより土地や資産の利用価値を高めていくうえで、地域の構成員による合意形成は欠くことのできないものである。しかし、地域環境の保全・維持は多くの場合、波及効果を有し、排除原則が働きにくい公共財としての性格を有するものであり、合意後の初期段階では協力的な構成員によって「紳士協定」が守られたとしても、権利関係が複雑に変動する中でその合意内容が遵守されるとは限らない。地域の構成員の合意に基づいて構成員の持続的な参加や新規加入の強制が担保される仕組みが要請されるのはそのためである。そのような観点から、東京都「地域主体の街の管理運営制度に関する検討会報告書」においては、土地区画整理法を援用した新たな「地域管理法（仮称）」が提案されている²⁰⁰。そこでは、地権者等の同意と都道府県知事の認可により設立された「地域管理組合」に経費の強制賦課徴収権を付与することが構想されている²⁰¹。

他方、この10年余りの間に法制上の著しい変化があった地方公共団体における課税自主権の拡大と連動する動きもある。法定外目的税の創設と法定外税の要件緩和、超過課税の要件緩和と制限税率の廃止・緩和等の税率変更権の段階的拡充により²⁰²、たとえば、特定の地域において特定の財政需要が生じた場合に、新たな法定外税の創設や、既存の税目について超過課税を実施することについて、法律上の障害は比較的少なくなったといえる。この場合、イギリスにおける BID 制度のように、地域の構成員の一定割合の同意に基づいて地方税の上乗せ課税を実施し、その使途の決定を地域団体に委ねる仕組みも考えられるところであ

承継人に参加義務がないこと、団地管理組合（区分所有法に基づく組合）、区画整理組合・再開発組合、建築協定ではそれぞれ法の目的ゆえに限界があるため、「地域環境向上に資する取り組みを安定的かつ継続的に実施するための新たな住宅組合形成のための制度が必要」としている。

²⁰⁰ 東京都「地域主体の街の管理運営制度に関する検討会報告書」（平成16年3月）は、公共組合のような高度の公益性を説明できるかが、強制徴収権を定めるにあたっての検討課題となるとしている。なお、地域の共同利益を実現するために利害関係者の合意によって設立される強制加入の団体は、土地区画整理組合（土地区画整理法）、市街地再開発組合（都市再開発法）、住宅街区整備組合（大都市地域における住宅及び住宅地域の供給の促進に関する特別措置法）、土地改良区（土地改良法）、マンション建替組合（なお、これはやや公益性を欠く）等があるが、それぞれ法により設立目的が限定されているうえ、事業終了後も継続して存在することは予定されていない。

²⁰¹ なお、安本典夫「まちづくりの担い手としての公共組合の可能性」小林武＝見上崇洋＝安本典夫編『「民」による行政：新たな公共性の再構築』（法律文化社、2005年）178頁、199頁は、区画整理組合や再開発組合に関して、安全街区形成といった小規模の換地事業を進めていく上での合意形成・合意の発展の組織あるいは事業後の地域管理主体へと特化させることにより、事業の根本的な原理の転換を主張する。

²⁰² 税率設定の自由度を拡大する観点から行われた平成16年法律第17号による地方税法改正により、財政上の必要性だけでなく、財政規模には直接関係なく一定の政策目的を達成するための手段として税率を変更することが可能となった（地方税法1条1項5号参照）。参照、地方税務研究会編『地方税法総則逐条解説』（地方財務協会、2006年）7頁。固定資産税に関しては、同改正により、標準税率のみとなり制限税率が撤廃された（法350条1項）。

る²⁰³。具体的には、土地所有者等の一定割合の同意を要件として、固定資産税の超過課税を実施し、市町村が指定した実施団体に、使途の決定や（公共施設の維持管理を含めた）事業の実施を委ねるといった仕組みが考えられる²⁰⁴。

最近の動きとして、都市再生整備推進法人（都市再生特別措置法 73 条）等を活用した仕組みが検討されている。大阪市 BID 制度検討会は、2013 年 11 月、海外事例を参照しわが国の法令上の課題を検討した上で、①BID 条例（既存制度の活用案）、②都市再生特別措置法の活用案、③国家戦略特区制度の活用案の三つを素案として提示している²⁰⁵。

2 制度設計の視点

BID 制度やそれに類似する制度の導入を検討する場合、日本法のもとでは、以下の三つの観点からの検討が重要になると思われる。第一に、地域の環境整備を担う団体をどのように位置づけるか。第二に、これらの活動に必要な財源をどのような方法（地方税か負担金か分担金化）により負担者から徴収し団体に交付するか、第三に、私人から構成される団体による公共空間の管理・活用を現行の公物管理法制とどのような形で整合性をとるかである。

この中には、現行の国の法令の状況を前提に、地方公共団体（市町村）の独自の条例によって可能になるものも少なくない。たとえば、地域環境整備を行う団体の位置づけについて、市町村の長がそれに相応しい団体を認定する制度を条例により創設することも可能である（前出の横浜市まちづくり推進条例における「地域まちづくり組織」参照）。また、財源の徴収方法については、現行制度のもとでは、固定資産税の不均一課税（地方税法、不均一課税（上乗せ）は同法 7 条）、市町村法定外目的税（同法 5 条 7 項）、分担金（地方自治法 224

²⁰³ たとえば、佐藤和男『土地と課税—歴史的変遷からみた今日的課題』（日本評論社、2005 年）は、イギリスの BID 制度に言及し（同書 354 頁）、その考察を踏まえて、土地保有課税のあるべき体系について、次のような提案を行う。「土地保有税を現在の固定資産税のみとし、都市計画税は廃止する。そのうえで、市町村は一定のプロジェクトについて、関係土地所有者の過半の賛成の下に、特別税を創設できるものとする。」（同書 524 頁）。なお、その書評である、碓井光明・法律時報 78 巻 5 号（2006 年）93-95 頁も参照。

²⁰⁴ 福岡市税財政調査検討会専門小委員会「福岡市税財政調査研究会専門小委員会報告—財政の「矜持」と「気概」の確立に向けて—」（平成 17 年 3 月）は、このような見地に立って「地域における共同負担」を提案している。なお、BID 制度は自然人のみならず法人も投票権者となりうることから、とくに法人課税の場面において、有権者ではない税負担者の負担決定過程への参加機会を補完する手段となりうる。有権者ではない法人への課税のあり方と法人の選挙権との関連を論じたものとして、碓井光明「都心自治体における選挙権のあり方—シドニー市の制度に接して」自治研究 66 巻 8 号（1990 年）3-19 頁、17 頁。

²⁰⁵ 新聞報道等によると（平成 26 年 2 月時点の情報）、大阪市は、当面は、平成 26 年 4 月に施行予定の「大阪エリアマネジメント条例」で BID 制度を開始し、今後国に立法を働きかけていくとのことである。大阪版 BID 制度検討会では、i）現行の法制度のもとで、条例で対応する、ii）都市再生特別措置法 74 条に条文を追加し「都市再生指定管理者制度」で対応する、iii）都市計画法に条文を追加する、の三つの方法を検討している。

条)の活用が可能である(分担金の場合には、受益の範囲の特定性が求められる)²⁰⁶。そのうえで、市町村の長が認定した団体に交付するといった方法が考えられる。公共空間やそれに準ずる空間(公開空地等)の管理を委託するといった方法が考えられる。

しかし、公共空間・半公共空間の管理については、指定管理者制度との法的整合性の問題がある。指定管理者制度(地方自治法 244 条の 2)のもとでは、行政権の行使を伴う事務(占用許可、監督処分等)等は民間に委託できず、道路等を含めた周辺の公共施設と一体的に管理する主体となりえないこととの法的整合性を図るという問題が残されている。このことから、指定管理者制度との法的整合性の確保が図られるかという問題は残る。

このように、現行の国の法令を前提に地方公共団体独自の取り組みにより、BID 類似の仕組みを部分的に構築することは不可能ではないと思われる。しかし、BID 制度は強制加入・強制徴収権をその重要な要素として、それゆえに投票手続を含めた手続保障の密度の高い制度設計が求められるため(パイロット事業・社会実験的性格のものは別として)、最終的には国による立法が必要になると思われる。投票手続等を伴うことから、公権力的な徴収を伴うことから国法レベルの立法が必要と思われる。諸外国においても、国法レベルの法律で対応しているのが実態である。土地等を譲り受けた第三者にも効力を及ぼすのであれば、なおさら新規立法による対応が必要になると考えられる。後で土地所有者になった者にも効力を及ぼすため、法律で規定する必要がある。したがって法律で規定することが必要であると考えられる。

IV おわりに

かつて、遠藤博也は、「行政」とは「社会管理機能」であると提唱された²⁰⁷。このような

²⁰⁶ 現行の国の法令を前提として条例による対応を考えた場合、分担金によるか、地方税によるかという問題がある。分担金による場合は、分担金方式で費用負担を求める場合には、受益を特定し、条例化する必要がある。超過課税と同様の手続を要するが、受益が超過課税と比較してより明確に現れる点に分担金の利点がある。地方税による場合は、事業所税が考えられるが、一定税率であり、税率に関して自治体の裁量はない。なお、目的税の一つである都市計画税は、制限税率(0.3%)が法定されているため、法律上定められた制限税率以上の税率は取り得ない。また、使途も法律上限定されている。三木義一「都市計画と税・受益者負担の再整備—財源のない分権化と地価上昇システムの崩壊—」原田純孝編『日本の都市法 I』(東京大学出版会、2001 年)358 頁は、目的税でありながら固定資産税の付加税的なものととどまる都市計画税について、この税収の使途を一般の議会ではなく、実質的に都市計画区域の住民の判断に委ねることのできるシステムを構築することを提案する。

²⁰⁷ 遠藤博也『行政法 II (各論)』(青林書院新社、1977 年)8 頁以下。同『行政法学の方法と対象—行政法研究 I』(信山社、2011 年)5 頁、7 頁(初出、田中二郎先生古稀記念『公法の理論(下 I)、1977 年』)は、「制度としての行政は、社会管理機能のすべてを吸収したのではない。個々の社会組織に固有の管理機能は当然のこととして、組織間に生ずる紛争の処理のようなものについても、すべてが国家の紛争処理制度の中で処理されているわ

意味での「社会管理機能」を私人が遂行することを公法学は否定していない。むしろ、私人による「社会管理機能」の遂行も行政法学の考察対象に取り込んできた。また、荒秀は、建築協定に関する言及の中で、「法的に制度化された立法・行政の枠の外で、住民自らがこの制度上の不備・欠陥として放置されている行政の補完作用を担っていること、すなわち国民・住民が国や地方公共団体と共に行政の共同形成者となっているということが現代行政の一特色と深く認識すべきである」と述べて、住民自らが「行政の共同形成者」であるという位置づけを示した²⁰⁸。いずれの見解も、行政は「行政権」のみが担当しているわけではないことを示している点において傾聴すべきものがある。

BID は、私人による「社会管理機能」遂行の事例の一つである。BID は、私的主体の活動を公的主体が支援する仕組みである²⁰⁹。具体的には、(あるグループの集合的決定に伴う)フリーライド問題や調整問題を解決するために、(慎重な手続を経た上での)強制加入性がとられ自治体の課税徴収権を利用するなど高権的手段が組み合わされている点が特徴的である。当然のことながら、上記問題を解決するための制度的選択肢は、BID 制度に限定されることはなく、たとえば、日本における建築協定のように、民事的執行の手段を活用することで協定締結者の義務履行を確保することでその実効性を高める方策もありうる。

当該地域が BID 地区に指定されると、それに反対の意思を表明していた少数反対者も負担金を徴収されるなど強制的なルールに服する。そのことから地区指定に際しては詳細な手続が法定されている。二段階にわたる投票手続はその一つである。他方、BID 制度は、地区に指定されるか否か、またどのようなルールが当該地域において適用されるかは当該地区において選択されることになる。その意味では、BID は、当事者の合意に基礎を置く、広い意味での合意形成の手続が法定された仕組みでもある²¹⁰。

けではない。制度外においても、様々の紛争を処理し、利害を調整し、共同の需要を充足するための仕組が存在する。国家行政は、これらのものと社会管理機能を分担するとともに、これらのものの存在を前提として、その具体的なあり方がありうることとなり、また、その機能を果たすことが可能となっている」と述べる。なお、「社会における物事の決定過程のあり方が、国家機関の手から、直接に利害関係者間の交渉の場に委ねられるものとなっているのである」とも述べる (42 頁)。

²⁰⁸ 荒秀ほか編『改訂建築基準法 (特別法コンメンタール)』(第一法規、1990 年) 559-560 頁 (荒秀執筆部分)。

²⁰⁹ なお、日本における公私協働の実際は、アメリカのそれに比して、創意工夫と多様性に富む「私」による活動を「公」が支援し促進するという協働論が脆弱であるとの指摘として、稲葉一将「アメリカ公法学における「協働」の観念について」岡村周一＝人見剛編『世界の公私協働—制度と理論』(日本評論社、2012 年) 69 頁。また、非営利公益団体の税制優遇制度を、納税者が各自の資力を用いて公的組織の意思決定に参画することにより社会の多様な利益が実現される過程として分析する、藤谷武史「非営利公益団体課税の機能的分析 (一) ～ (四・完) —政策税制の租税法学的考察」国家学会雑誌 117 巻 11・12 号 (2004 年) 1021-1129 頁、118 巻 1・2 号 (2005 年) 1-110 頁、118 巻 3・4 号 220-322 頁、118 巻 5・6 号 487-599 頁も参照。

²¹⁰ 磯部・前掲注 (4) 86 頁は、地域環境秩序を形成し管理する法的仕組みとして、「地区内の地権者、事業者、住民の包括的かつ枠組的な合意 (秩序形成的契約) をベースに、

これまでのアメリカ法とドイツ法を中心とする考察を踏まえて、本章の最後に、BID のような法的仕組み、すなわち私的主体による地域管理の法的仕組みが、行政法理論あるいは公法理論にもたらす示唆について三点提示して本章を締め括ることにする。

第一に、地域管理の担い手たる私的主体の側の利益を公法学がどのように位置づけるかという問題がある。私的主体といっても、それを一括りにして論ずることはできず、その主体が個人である場合か企業である場合かなどに応じて変わり、その利益状況も様々である。しかし、少なくとも私的主体の行動は経済合理性に基づいているのであって、そこでは私的利益の実現が目指される。私的主体には、公共の利益・公共善の実現が法律上義務づけられているわけではなく、また、それらを義務づけることは私的主体の活動の自由度を確保する観点からは望ましくない。私人のイニシアティブを活用するためには、私的主体の利益が促進される制度設計でなければならない（もっとも、私企業による事業活動はそれが市場秩序の一部をなしているという意味において、同時に「公益」にも奉仕する活動になることもあるが、ここではその検討はおく）。アメリカの BID において、裁判所が、通常の自治体に適用される「一人一票原則」が BID には適用されず、団体内部のルールについて私企業と同様のガバナンスが妥当すると判断したのは、この観点からは理にかなっている。また、合意的手法の利点をいかすなら、合意内容の形成において自由度の高い制度設計が求められる。具体的には、地域管理の主体となる組織、意思決定の手段、具体的な管理行為の内容などの点において、多様な選択肢を許容する柔軟な制度設計が求められることになる。そのうえで、それぞれの地域がある程度定められたメニューの中から自由に選択できることが望ましい。ドイツの BID において、任務担当者の活動を民主的にコントロールする上で、各州法の実体的規定よりも手続的規定が重視されているのもこのためであると考えられる²¹¹。

第二に、しかし、そのような私的利益の実現を、いかに公共の利益・公共善との間でバランスを図っていくかが課題となる。私的主体は私的利益を促進する決定を行っているにす

そこへ建築協定と同様に何らかの公法的な根拠づけを行うとともに、一定地区内の地権者の参加強制と承継効という基本的な法効果を付与することによって、統合的なまちづくり管理を可能にする『地域環境管理協定』の制度化を提唱する。

²¹¹ BID のみを念頭に置いた議論ではないが、磯部・前掲注 (4) 85 頁は、任意で選べるものを一般制度化することについて、「国家事務として本質的に定型性を維持してきた法定都市計画の制度に、ぽっかりと穴を穿ちつつ、しかもその穴を充填すべき中身については一切法定しないということを意味」し、「一般ルールに対して例外という意味での穴を開けることはよいとしても、その場合その穴を充填するメニューをきちんと用意して公共性が担保されるように設計することこそが法常識なのであって、『その穴の埋め方については、各地域で自由にお考えください、どんなプランであってもそれを公共の利益であると法律は認めます』というような制度設計」は、「公法制度のいちばん苦手とするところであろう」とする。とくに、一般的法制度の中に地域の自主的な選択に委ねられた個別的制度を許容する状態を法的関心に基いてどのように把握するかという作業は、これまで公法学の関心の外に置かれていたといえる。なお、土地利用規制における必要最小限規制については、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 年）7 頁以下の各論攷を参照。

ぎないとはいえ、その決定は、そのコミュニティの内外に存在する多数の人々に影響を与える決定を行っている（少なくともその決定過程に関与している）²¹²。とくに、BIDにおいては、私的主体が直接公権力を行使するわけではないが、私的主体の決定により、（自治体による）公権力の行使を伴った活動が認められることになる。その影響（外部性）を最小化するためには、そもそも私的主体に当該決定に関与させないか、あるいは関与させたうえで手続を整備するかのどちらかが考えられなければならない。前者がとりえないとすれば、後者においてアカウンタビリティ（説明責任）が確保されうる制度を設計する必要がある。この場合、考慮されるべき主体は、大別すると、地区内の負担者、地区内の非負担者、地区外の住民である。とりわけ、問題になるのは、地区内の非負担者、地区外の周辺住民（当該自治体内）である。これらの主体は地区の決定による影響を受けるにもかかわらず、その決定に直接にはかかわらないからである。この問題に対処するためには、早期の段階での公衆の参加手続、行政による監督が及んでいることが法律で規定されていることが最低条件となる。必要に応じて各々の利害関係者に対してアカウンタビリティが確保される仕組みが必要となる。具体的には情報公開や会計報告、サンセット条項などが挙げられよう²¹³。

第三に、上記の私益と公益の調整を図る手段として、複数の行政手段の組合せによる新たな行政機能の創出が認識される必要がある。この点、BIDにおいては、法律で詳細な手続が用意されていることは注目に値する。私益と公益の調整は、個々の団体に対する認定・認証行為、申請に対する審査、投票手続、運営団体との契約等といった個々の点よりもプロセスの中で行われていることが重要である。その過程においては、協議を行うこと自体が法定されているわけではないが、自治体、運営団体（任務担当者）、土地所有者・事業者（負担者）との間に非公式の協議・対話の機会が設けられることは想像に難くないと思われる。関係する主体間の非公式の交渉・協議は手続の中から生み出されているのであり、こうした手続の中から公共性が生み出されているといえる。そこにおいては、何が公共の利益・公共善であるかは最初から決まっておらず、合意・契約（協定）締結に至る手続のみが法定されてお

²¹² ドイツにおける事業関連Bプラン制度（vorhabenbezogener Bebauungsplan）を素材として、行政決定に際して私人が関与する場合の法的諸問題を検討するものとして、野田崇「私人による都市計画？」法と政治 57 巻 3=4 号（2006 年）289-335 頁（前掲注（175）文献）、同「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力（一）（二・完）」法学論叢 145 巻 6 号（1999 年）25 頁、147 巻 5 号（2000 年）47 頁。

²¹³ 河上正二＝大橋洋一「行政行為」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣、2003 年）53 頁、67 頁の「街づくりをするときに、関係者間の契約・協定といった行為法によって対応することもあれば、そうした人々を一つの組織にまとめ上げて、組織として合意を図っていくという組織法に基づく方法も存在する。両者は社会的には同じ機能をもつが、行政法で分析すると、作用法と組織法が分断されてしまい、両者の連関・連続性を把握できない」（大橋洋一発言部分）との指摘は示唆に富むが、公法分野においてどこまでのことが「契約関係」と「団体関係」で説明しうるか、近代公法学が議論を回避してきた団体論との関係も含めて、こうした観点からの考察は、本稿筆者の今後の研究課題とした。なお、公法学における団体論の可能性については、原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007 年）285 頁以下参照。

り、その手続にしたがって公共の利益・公共善が産出されていく仕組みである²¹⁴。ここには、私人の発意、行政による計画案の採用、私人による投票、行政による決定を通じて、「私人を起点とする二往復」のコミュニケーション過程が存在している²¹⁵。この場合の法の役割は、ある特定の望ましい都市の姿を一義的に決定するのではなく、どのような都市をつくりたいかを民主的に決定する基盤・手段の提供である。

かつての行政法学が念頭に置いた利益状況は、行政対私人という二面関係であり、公権力を行使する行政から私人を保護するために、「法律による行政の原理」が行政を法律によって拘束し、その活動を抑制するというものであった。しかし、この状況は、以下の二つの点において変容を余儀なくされている。一つは、行政が唯一の公益決定者として私人と対置しているのではなく、私人も公益の決定を行っていること、それに加えて、その私人も団体性を帯びていることがあることである。多様な利益を有する私人の利益を調整しまとめ上げる調整者としての役割が行政には要請されている。もう一つは、「法律による行政の原理」自体が、議会が実体的内容を規定せず、当事者間の合意に内容形成が委ねられていること（「契約による行政の原理」）でその内容が変質していることが挙げられる。「法律による行政の原理」の変質を補完するのは、事前手続と参加手続を中心とした「手続による行政の原理」であり、手続自体が公共の利益・公共善を生み出す契機となっている。

²¹⁴ このことをかつて指摘していたものとして、遠藤博也『計画行政法』（学陽書房、1976年）52頁。

²¹⁵ コミュニケーションの起点・回数・密度という視点については、角松生史「手続過程の公開と参加」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ—行政作用・行政手続・行政情報法』305頁から示唆を得ている。

結章

【本研究の総括】

法哲学者である田中成明は、1993 年に著した『法的空間—強制と合意の狭間で』において、次のように述べている¹。

「法的空間は、規範・制度レベルを媒介として、事実レベルから価値理念レベルまで、重層的な広がりをもって存立し作動している。強制の契機が、主として事実レベルに位置を占め、法的規範・制度の実効性の確保に関わっているのに対して、合意の契機は、この三つのレベルにまたがった存在形態をもち、強制的制裁の規定や発動だけでなく、一般的に、法的規範・制度や法的活動・議論の正統性に関わっており、それらの正統性の一般的ないし個別の正当化において何らかの形の合意への依拠ないしその形成ということが決定的に重要な位置を占めている。

合意がこのような正当化理由として作用し人びとの間で納得のゆくものとして受け容れられる（ことを要請しうる）ためには、原理上、その合意は少なくとも直接的な強制の排除された状況のもとで自発的になされた理性的なものでなければならない。法的空間においては、合意のこのような性質を確保するために、その合意の内容について実体的規準による規範的枠づけがなされているだけでなく、合意の形成方式についても手続的規制がなされている。法的空間における合意の正当化作用は、このような法的規準・手続による「制度化」自体についての基本的な背景的合意を共通の前提としているところにその特徴が見られる。」

本研究の対象は、重層的に存在する「合意」のうち、規範・制度レベルにおける「合意」であり、なおかつ、それらのうち、行政主体が密接な関わりを有しているもの（行政主体と私人との間の契約、あるいは私人間の合意を行政が認証する行為）を対象にしている。

近代法が前提とする法秩序は、本稿の主題である「合意」という観点に即して述べると、「当事者間の個別的合意であるところの契約」と、「議会を通じて合意が擬制されるところの成文立法」²を基礎的な法カテゴリーとして二元的に構築されてきた。

行政法学は、後者の法カテゴリーに主たる関心を注ぎ、議会で制定された法律の範囲内において公権力を行使することを行政活動の基本的モデルとして理解してきた。たとえば、違法建築物に対する除却命令においては、除却命令という行政行為の効力の根拠は、建築基準法という法律に求められ、さらに言えば、法律の中に認められる国民の事前同意に基礎を置

¹ 田中成明『法的空間—強制と合意の狭間で』（東京大学出版会、1993 年）67 頁以下。

² 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）147-177 頁、163 頁。

く³。換言すると、「法律による行政の原理」は「自己同意の擬制」⁴を発想の出発点にしている。

他方、行政主体は公権力の行使主体としてあらわれるだけではなく、「当事者間の個別的合意であるところの契約」の一方当事者としてもあらわれることも既に承認されている。行政と私人が対等な法主体であるなら、これらの主体の間に成立する個別的合意も、それ自体が一つの法カテゴリーを形成している⁵。行政主体が契約当事者となる場合に、合意の形成方式についてどのような枠づけ・手続的規制がなされるべきか、すなわち「契約による行政の原理」を確立することが課題である。

しかし、こうした二元的法秩序の枠におさまりきらない法の存在形態がある⁶。たとえば、私的主体・私人による相互作用の中から生じる自主的取決めやインフォーマルな交渉・協議過程の中から生ずる法が、それにあたる⁷。これらの法は、制定法による規制の隙間を埋め、

³ 亘理格「行政上の命令・強制・指導—社会的合意論の視点からの展望」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法4 政策と法』（岩波書店、1998年）245頁、249頁以下は、命令・強制等の権威的行政手法の法的正当化を「社会的合意論」と関連させながら考察する。曰く、「実体法論としての社会的合意論が文字通りの意味での当事者相互の「意思の合致」を意味するものではなく、それどころかむしろ、客観的に成立・定着した意識を基盤とした客観的規範を以て当事者等の意思ないし利益に反する公権力の行使・不行使を正当化し得る論理構成であるのに対して、何らかの意思の合致や任意性を以て、より積極的に行政の公権力行使を正当化するための論拠として援用することも考えられる。しかも、行政活動の正当性ないし公共性を構成する価値や利益が多様化し複雑化するに応じて、実体的な正義や社会的合意内容を探求することよりむしろ端的に形式としての合意や任意性を調達することが、より簡便且つ有効な正当化事由としてその重要性を次第に増大させることになる」（同262頁）として、命令・強制・指導といった権威的な行政手法の過程に私的当事者や利害関係人の利害ないし意見反映の場を保障している制度例として、土地区画整理事業における利害関係人の意見書提出の権利（土地区画整理法20条2項等）や都市計画案に対する「関係市町村の住民」の意見書提出の権利（都市計画法17条2項）等を挙げる。

⁴ 「自己同意の擬制」については、原田大樹「法律による行政の原理」法学教室373号（2011年）4頁参照。

⁵ 宮崎良夫「行政法関係における参加・協働・防御」兼子仁・磯部力編『手続法的行政法学の理論』（1995年）67-98頁、97頁は、行政と市民が成立させる合意もそれ自体が一種の規範形成であり、法律による行政の原理の一つの転化した形態であるという議論について、「現実には、行政は権力の担い手であるという事実を無視しえない」として、「行政法においては、個人の権利・利益擁護のための防御型の法制度が基幹になるべきであって、『参加』のシステムも『協働』のシステムもこの延長線上においてかたち作られなければならない」とする。

⁶ 磯部・前掲注（2）158頁は、「現実の社会には、いたるところに地域的な個性を持った多様で微妙な法現象が胚胎しており、いわゆる『部分社会的な法秩序』によって満ちていることはいうまでもない」として、近代主義がもたらした画一的で効率的な法的空間というものの歴史的限界、分権的自治的な法システムへの転換の必然性、それに対応した「法と行政の関係」に関する多元的で実質的な視点の確立の必要性を論じる。

⁷ 田中成明は、これを「自治型法」と呼んでいる。これについては、田中成明「法の三類型（自立型法と管理型法・自治型法）モデル再考—その問題関心と多元的調整フォーラム

あるいは画一的な法規制の欠陥を補う。これらは正規の法形成過程において生成されたものではないが、関係する人々がそれを拘束力をもつ「法」として次第に認識し、自発的に遵守することで一定の社会規範となりうる。これが、公的承認の水準に達すると、自治体はそれを法規範のカatalogの一つに組み入れることがある。このような自生的秩序維持ないし秩序形成機能を果たすインフォーマルな法形成過程も、現代社会における一つの法の一存在形態として承認していく方向性は重要であると思われる⁸。「要綱行政」は、行政法における、関係者の利害が錯綜する中でのインフォーマルな交渉過程が紡ぎだす法と呼べるようなものである⁹。

遠藤博也は、今から 30 年以上前に発表された二つの論攷において、次のように述べている。曰く、「公共施設の建設等にあって、周辺住民に公害防止措置等につき充分に説得の手段を尽くすべきだとして建設を一定期間差止めるタイプのものが珍しくない。また行政実例としては・・・日照確保に関する指導要綱の類において、建築確認手続前に周辺住民の同意を得なければならないものとし、行政行為をするかどうかを周辺住民の意向にかからしめるものがある。ここに見られる行政過程を古典的な法律による行政の原理によって理解することは困難であろう。そもそも議会が法を作り、行政がこれを適用し、裁判所が審査するという法の枠組みをこえたものがある。『参加』は行政法学にとっても今後の重大な課題であるが、これを取扱えるだけの理論的枠組みを用意する必要がある。」¹⁰。また、次のようにも論じている。曰く、「・・・法の空白の場合、法があるときでもその非完結性をおごない、または、法に加えて、たとえば、武蔵野市マンション指導要綱事件（昭和 50 年仮処分決定：本稿筆者による補注）で日照影響をうける周辺住民の同意が要求されるなど、いわゆる住民参加が多様な形で要求される場合に、これらは現地において、あるいは当事者間において利害の調整がはかられているという性格づけをすることが可能である。いわば現地主義ないし当事者自治主義だといってよい。このような現地主義や当事者自治については、法に根拠のない場合については法律による行政の原理より、その他法の画一平等性や予測可能性の見地から、消極的評価もある反面、議会制民主主義の機能不全を補う直接民主主義の要請とか、地方自治の要請から、これに積極的評価を与える傾向もある。しかし、ここでは単なる被害者ではないが、広い意味での利害関係者間の取りきめによって物事の決着が

との関連を中心に」新世代法政策学研究 4 号（2009 年）59-92 頁、75 頁以下参照。

⁸ 法または法秩序の多元的・多層的把握について、藤谷武史「《多元分散型制御》とは何か？—法（政策）学への貢献の可能性」新世代法政策学研究 20 号（2013 年）113-170 頁、119 頁以下は、法の形成・実現過程におけるグローバルな層やローカルな層への目配りから法を一元的に把握すること自体がもはや自明ではないこと、時間的な広がりを持ったコミュニケーションの中において法とその制御対象を論じる必要性を指摘する。

⁹ なお、本稿は、要綱の「法規範説」を承認する立場をとるものではない。要綱も、（本文のこの後に述べるように）代表議会による公的承認を経てはじめて「法規範」たる性質を獲得できると考えるからである。

¹⁰ 遠藤博也「行政法学の方法と対象について」同『行政法学の方法と対象』（信山社、2011 年）39 頁（初出 1977 年）。

つけられる仕組みがとられているわけであって、一般的な直接民主主義でも地方自治でもないわけである。立法、行政をふくめて全体の社会における物事の決定過程そのものが変わっている。一体、法とは何か、民主主義とは何かということが根本的に問い直されているといわなくてはならないと思われる。」¹¹

しかし、そうした要綱やインフォーマルな行政手法の類がそのままの形態でとどまることができるかどうかは議論の余地がある¹²。自生的秩序形成が一定の水準に到達すれば、次はそれを公的に承認する段階へと移行すること（条例化または法定化）が必要である¹³。本研究は、合意形成手続も法定された手続的規律に服し、またそうすること自体に「社会的合意」があるという視点に立って考察を行ってきた。しかし、インフォーマルな形式で行われていた活動が、たとえ、法律や条例に根拠を置くことにより、フォーマルな形式の活動に昇華したとしても、解決されるうる問題とそうでない問題が区別されなければならない。

以下では、上記の観点に基づいて、それぞれの章の内容に即して、本研究の考察・事例研究によりどのような知見が得られたかを中心に、総括的要約を行う。

第1章においては、日本における開発費用負担問題・要綱行政の現状分析を、宅地開発指導要綱の変遷や学説の展開を回顧する形で行った。日本法の特徴として、要綱行政の問題は、

¹¹ 遠藤博也「戦後30年における行政法理論の再検討」前掲注（10）53頁（初出1978年）。

¹² 中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣、2000年）261頁も、「民衆紛争の仲介としての行政指導」の分析に関連して、個々の行政指導を契機に、私的な合意形成を通じて規範意識が形成されることを、次のような表現で述べる。『『調整者としての自治体』の責務が、単発的な紛争だけでなく広汎に発揮されるとすれば、当初は行政組織による政策的価値判断であったものが、最終的には、一定の規範意識となって当該自治体社会に醸成される可能性も考えられるであろう。新たに社会に生ずる利益対立につき、行政がその政策的含意を検討し、解決されるべき課題であると考えた場合に民衆紛争の仲介としての行政指導を行い、その指導に支えられながら、私的当事者間で合意による秩序形成（private ordering）がなされ、それがいくつも積み重なることにより、一種の社会規範が発生するというプロセスである。このように個々の指導を契機に、私的な合意形成を通じて規範意識が形成されるということが仮にありうるならば、当該規範形成（したがって行政指導の内容）は、単に事実上のものとして法的に無視されるべきではなく、様々な私的合意形成の積み重ねから生まれてきた、いわば自生的秩序（意識的に選び取られたというより、必然的に生じてきた秩序）であるとして、無視できない正当性を持つと考える余地もあるであろう」。

¹³ 要綱の「認知的先導性」とその条例化を説くものとして、角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討—メニュー主義と『認知的・試行的先導性』」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ 諸相と動態』（東京大学出版会、2001年）321-350頁。同論文は、指導要綱と社会規範の生成に対して向けられた動態的な視点から、あくまで「理念型」としながらも、「具体的紛争事例の登場→自治体による問題の認知と調整の試み→地域住民による新たな価値の発見・共有→要綱等による試行的な対処→条例による一般ルール化」という道筋を示す。なお、角松は、最近の発表論文において、要綱に何らかの法規範性を承認するのであれば、そのルールの作成手続や裁判機構が用いる法カテゴリーとの関係を整理しなければならないと指摘する（同「宅地開発指導要綱の歴史と現在」論究ジュリスト3号（2012年）43頁）。

任意性が確保されているか否かが主たる争点として争われることが多いということである。任意か強制かが問題となる状況は、開発指導要綱が条例化されても変わることはない。開発と関連性のある負担かどうかの問題となるドイツ法とは異なり、日本法においては、これを行政指導の適法性とその限界という定式で論じられてきたところに比較法的特色が見出される。この思考・議論枠組みの妥当性はともかくとして、しかし、要綱行政の行政過程をトータルに捉えると、これは行政契約の問題でもあり、この問題をより多面的に捉えることはできないかというのが、同章の最後で提示された課題の一つであった。

第2章においては、第1章の課題提示を承ける形で、アメリカ法を素材とした比較法研究を行った。アメリカにおいては、従前、日本と同様に、自治体が開発者に対してインフォーマルな形で開発負担を求めるものが見られたが、1980年代後半から1990年代前半にかけての、Nollan 判決と Dolan 判決の二つの連邦最高裁判決を契機に、開発者が開発負担を負うかわりに、自治体が一定期間土地利用規制形態を変更しないことを約する開発負担協定が見られるようになる。そして、協定の締結は各州が定める授權法に基づいて行われる。このように、インフォーマルな行政手法からフォーマルな行政手法へと昇華したわけであるが、これにより問題が解決したわけではない。各州における授權法以前から問題となっていたことであったが、開発負担の提供と引き換えに、自治体（行政）が州から授權された権限を行使しないことは、規制権限の取引禁止法理との関係で問題となる。この点は、州法が規制の凍結期間を一定期間に限定することで許容されているが、なお議論の余地がある。他方、協定の締結により判例法理によって形成された「連関」や「比例性」を逸脱する負担が開発者（私人）に課せられるおそれがあるという問題が残っている。州法が合衆国憲法から導かれる法理を覆すことは考え難いが、当事者の「合意」がある上に、州法から授權された協定に「連関」や「比例性」の要件がみたされる必要があるかどうかは見解が分かれている。また、協定手法と、公衆参加・透明性との関係についても論じたところである。

第3章では、まず、行政と私人との間の合意という法関係ではなく、私人間の合意・協議という視点から、日本における私人間の協定制度を概観した。近年の協定制度の特色は、協定内容が限定列举ではなく自由度が高いこと、全員合意要件を一定程度緩和していることである。しかし、他方で、費用負担に関しては考慮に入れられていない。むしろ、協定締結の誘因として公的資金援助の仕組みと連動していることが少なくない。私的主体が公的任務を遂行するためには、強制加入性と承継効を含めた強制的ルールが必要であると考えられる。そこで、このような問題意識から、同章では、カナダ、アメリカを発祥とし、近年はイギリス、ドイツにおいて広く普及している Business Improvement Districts (BIDs) 制度を取り上げた。同制度の概要については、同章において述べたとおりであるが、アメリカ、ドイツにおいても若干の相違は見られるものの、負担金賦課の法的性質、民主的正当性が問題となっていることが明らかにされた。本研究の問題関心から見て興味深いのは、申請を受けて「正の定足数」が満たされることにより整備が決定され、その後、公聴会等を経て、再度投票手続にかけられ、その際に「負の定足数」を満たさないことにより負担金地区の設定

が決定されるということである。場合によっては、自治体や少数反対者が拒否権を発動することもある。このように、地域の合意形成が、負担金の強制賦課徴収という内容であることに伴って詳細な手続が州法によって用意されている。そうした過程において、負担者、非負担者、行政との間で対話が促進され、BID の活動の民主的正当性がみたと考えられている。なお、日本においても同種の制度の導入が提唱されており、その場合には両国の制度設計が参考になると思われる。

以上が、本研究のまとめである。「合意による行政」あるいは「契約による行政」は「法律による行政の原理」の枠をこえた内容形成を行政と私人あるいは私人同士の間で自由になしうるところにメリットがあり、同時に、行政が合意内容に拘束される、私人が合意により基本的権利を放棄する可能性、第三者に対する閉鎖性といった弊害もある。そのために、前者の利点をいかしつつ、後者の弊害を取り除くための規律が必要となる。たとえば、行政手続法に一般的規定を置くこと、または一般的な契約手続法を制定することは一つの方途である¹⁴。しかしながら、「合意による行政」が、いくつかの行政領域にまたがっており、また、その主体も行政と私人の間である場合や、私人同士である場合もあり、様々な場合が想定されるため、法的規律の実効性を確保するうえで現実的な方策であるとは言えない。

そこで、それぞれの契約類型ごとに法定化することが考えられる。多様な契約類型が存在することを前提に、それぞれの契約類型に応じて、その締結手続を法定することが重要であると思われる。これは、アメリカ各州における開発負担協定授權法や、ドイツの都市建設法に規定された開発費用負担契約から示唆を得たものである。その際、重要されるべき視点は、どの主体の利益が問題となっており、その利益を考慮するためにどのような仕組みが求められるかということである。

関係する主体については、公益の最終決定者である行政主体、行政上の契約・協定の相手方である私的主体（あるいは私人間協定における私的主体）、契約・協定の当事者以外の私的主体に分けて考えることができる。まず、関係する主体の諸利益を考慮しうる主体になるのは、行政主体をおいてほかにないであろう。行政主体については、原則的に合意内容に拘束されるものの、必要に応じて公益的見地から合意内容に変更を加えることが一定の場合に認められなければならない。そのためには、一定の期間経過後に契約の有効期間の満了を定めたサンセット条項が有用である。次に、行政との契約の相手方である私人には、行政主体との合意によって過度な負担を強いられることのないよう負担の上限を設定するなど実体的コントロールが必要である。私人同士の合意の場合で、強制加入に際して過半数合意要

¹⁴ 大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」同『都市空間制御の法理論』（有斐閣、2008年）346-368頁、362頁以下（初出2003年）は、「一つのアイディアとして、行政契約について、標準的な契約法、契約手続法を制定してみることも考慮に値する。具体的な規律事項としては、行政による契約情報の提供義務、契約で締結された事項についての行政の検査義務、契約締結に際しての第三者保護義務、契約締結に関する審議会等の第三者機関の関与、契約事項を状況変化に応じて変更可能とするための留保条項、要式性を念頭に置いた文書契約の要請などが考えられる」とする。

件を採用する場合には、少数反対者に対する配慮から情報公開を前提に意見表明の機会が与えられるべきである。さらに、契約・協定の直接の当事者ではない私的主体の利益については、行政がその利益を一部考慮することは可能であるものの、そのルートとは別に、参加手続、行政による監督が法定化される必要がある。それに加えて、情報公開などアカウンタビリティを確保する仕組みが必要となる。

「法律による行政の原理」をこえて「契約による行政の原理」の妙味をいかすためには「手続による行政の原理」¹⁵が重要であり、これは、広義の行政手続上の課題であるが¹⁶、契約の締結手続に対する法的統制も上記の観点を加味しながら議論される必要がある。

【残された課題】 制度化された「合意」から制度化された「協議」へ

最後に、本研究が積み残した課題とともに、現時点における今後の研究の展望を示す。

本稿では、私人と行政主体、あるいは私人と私人との間の合意によって公的利益ないしは共同利益が実現される過程（制度化されていないものと制度化されているものの双方を含む）を対象にして研究を行ってきた。

しかしながら、行政過程全体を通してみると、当事者の合意に至るまでには、協議・交渉のプロセスが存在することは言うまでもない。場合によっては、当事者の間に「合意」が成立したことよりも、当事者の間で公正な手続のもと「協議」が行われたこと自体が、その後続く「決定」を正当化するのかもしれない。現代社会は、こうした手続の存在が、決定を正当化する時代に直面している。この過程に焦点を当てて法的観点から認識する作業を行うのが、今後の研究課題の一つである。

すでに現代の行政活動において多く見られるこの協議過程については、多様な観点（法的

¹⁵ この表現については、遠藤博也「手続による行政の原理と行政過程の正常性」同『行政過程論・計画行政法』（信山社、2011年）141頁（初出1978年）。

¹⁶ 行政手続のあり方が行政の個々の行為形式を特色づけるとの指摘につき、大橋洋一「新世紀の行政法理論—行政過程論を越えて」前掲書注（14）326-345頁、340頁（初出2001年）、山本隆司「行政手続法を契機とした行為形式論の再構成」緑会雑誌復刊16号（東京大学法学部緑会、1997年）51頁。

根拠、主体、目的等) から研究を進めていくことが可能である¹⁷¹⁸。行政の行為形式に即して分類すると、一つ目には、本稿で扱ったような契約・協定締結に至る協議過程がある。二つ目には、計画策定に至る協議過程がある。三つ目には、行政による一方的決定(行政処分・行政行為)に至る協議過程がある。協議過程に着目すると、ここで列挙した契約・協定締結、計画策定、行政による一方的決定は、いずれも行政過程全体から見ると協議の結果到達した「点」にすぎないことになる¹⁹。また、それぞれに関して、かかわる当事者の対等性の度合いには幅がある。たとえば、私人から見ると強制的であったり、従来行政法学が行政指導として扱ってきた説得の過程であったり、あるいは、行政と私人が真の意味で対等に交渉し物事を決定していく場合も含まれる²⁰。行政決定の前提としての意見聴取・情報入力の意味合いがある協議であることもある。かかわる当事者の数や組織化・方式(協議会方式など)の観点から見ても多様である。行政主体ないし行政機関が当事者となるもの以外に、許認可申請者に対して利害関係人との事前協議を求める場合もある。ここでも、行政と私人という二面関係に考察が尽きることはなく、三者以上の当事者がかかわる多元的關係において、それぞれの当事者が異なる方向の利害を有し、それぞれの利害が複雑に錯綜する状況下で協議が行われる場合も想定される。

従来、こうした協議に関する手続については、多くの場合、法による枠組み設定は行われず、事実上ないしは要綱に基づいて、協議に対する法的規律が弱い状況のもとで、当事者に

¹⁷ 「協議」に着目した先行研究として、大橋洋一「街づくりにおける法定計画と協定・協議」前掲書注(14)112頁以下(初出2004年)、野田崇「都市計画における協議方式—事業者・所有者・住民」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』(日本評論社、2007年)123頁、北村喜宣「地域空間管理と協議調整—景観法の7年と第2期景観法の構想」高木光ほか編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012年)341頁、碓井光明「行政法における協議手続」明治大学法科大学院論集10号159頁(2012年)、同『都市行政法精義I』(信山社、2013年)59頁以下。碓井・前掲論文は、①法律・条例に基づく許可等の申請に先立って行われる事前協議、②同意・協定の締結に至る手続としての事前協議、③純粹に行政指導目的の事前協議に分類している。

¹⁸ 「協議」という表現は、法文上、行政と私人との関係を規律する行政作用法よりも、むしろ、行政主体間・行政機関間を規律する行政組織法に多く見られる。ここではひとまず考察対象から外しているが、行政主体間・行政機関間の「協議」への考察の重要性を否定するものではない。

¹⁹ たとえば、交告尚史「演習行政法」法学教室289号161頁は、保育所利用関係を例にとり、「保育所入所決定という『点』としての法行為と、保育所の利用という時間的な広がりをもった法関係とを区別しなければならないこと」を指摘する。これに関連して、亘理格「保育所利用関係における合意の拘束力—保育期間中における保育所廃止・民営化に対する法的制約の存否問題を素材に一」小林武＝見上崇洋＝安本典夫編『「民」による行政—新たな公共性の再構築』(法律文化社、2005年)208頁以下も参照。

²⁰ たとえば、「交渉に基づく行政行為」について、参照、大橋洋一「行政手法から見た現代行政の変容」同『行政法学の構造的変革』(有斐閣、1996年)3-24頁、5頁(初出1993年)。

よる自主的な「協議」に委ねられてきた²¹。しかし、最近では、従来から存在していた国法レベルを中心とした協議手続に加えて²²、条例レベルを中心に協議手続の制度化が進行しつつある（協定締結ではなく協議すること自体を制度化しているものも含む）。このように、法令や条例等において協議手続が明確に定められる場面が増加している。

これらの特徴・諸相を有する（行政作用法上の）協議過程が、行政過程全体においてどのような機能・目的・位置づけを有し、いかなる手続的規律の要請に服するのかについては、決定手続の設計とは異なる性質の問題がそこには存在すると考えられ、独自の考察を必要とする。今後は、合意形成過程の一つである協議過程も視野に入れて、都市法領域に限定することなく、環境法、社会保障法などの他の行政領域も視野に入れつつ、類型的考察を行うことにより、「合意による行政」の理論を幅と深さの両面において発展させていくことが、本研究に残された研究課題である。

²¹ 行政庁の側にも協議義務があることを示した事案として、最判平成 16 年 12 月 24 日民集 58 卷 9 号 2536 頁（紀伊長島町水道水源保護条例事件）。

²² 協議に基づく同意・協定制度の例として、法律レベルでは、都市計画法 32 条をはじめ、「大都市地域における宅地開発及び鉄道整備の一体的推進に関する特別措置法」4 条 2 項、新都市基盤整備法 45 条 1 項、都市鉄道等利便増進法 5 条 3 項等。条例レベルでは、各地方公共団体が制定する開発事業に関する調整条例等。