



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」

角松, 生史

(Citation)

諸相と動態:321-350

(Issue Date)

2001-05

(Resource Type)

book part

(Version)

Accepted Manuscript

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002742>



*松生史（九州大学大学院法学研究院助教授）

本ファイルは、原田純孝編『日本の都市法 II--諸相と動態』（東京大学出版会、2001.5）321-350 頁に掲載していただいた拙稿の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

はじめに

いわゆる要綱行政やまちづくり条例などの自治立法による土地利用規制は早くから理論的・実践的関心を集めてきたが、90年代中頃からの議論は新たな展開を示している。行政手続法の施行に伴い行政指導に依拠する要綱行政が困難に直面することとなった一方で、地域の特色を活かしたまちづくりのツールとしてのまちづくり条例に対する注目が高まっている。また、地方分権一括法の施行により地方自治は新たな段階を迎えることが予想される。本稿はかかる状況を踏まえ、自治立法に求められる現代的課題と、その法的位置付けの再検討を試みるものである。Iでは、指導要綱・条例に関する中央省庁の政策をとりあげ、近時の建設省の姿勢が、自治体の活動を一般的に抑圧するのではなく法定メニューの活用を要求する「メニュー主義」が主流になっていることを論じる。IIでは、「メニュー主義」への対抗を意識しつつ、条例による財産権規制をめぐる著名な最高裁判例（ため池条例事件、高知市普通河川条例事件）をとりあげ、その事案を「認知的・試行的先導性」という概念で説明することを試みる。IIIでは、現代的まちづくりの課題について、(i)住民参加による認知的先導性(ii)価値創造的な地域像の自己決定(iii)試行的先導性と独自の規制手法などの諸要素をあげ、真鶴町まちづくり条例にも触れながら論じる。IVでは、以上の検討を踏まえつつ、まちづくり条例の適法性が問われた宝塚市パチンコ店条例事件の検討を通じ、司法審査のあり方を検討する。

I 中央省庁の対応

(a) 1995年「見直し指針」における「対案」の提示

建設省の1995年11月7日通達『『宅地開発等指導要綱の見直しに関する指針』について』（経民発45、住街発45、以下「見直し指針」。建設省建設経済局民間宅地指導室1997）は、80年代初めから一連の指導要綱「行き過ぎ」批判通達の流れ上に位置づけられるが、1983年8月2日建設事務次官通達「宅地開発等指導要綱に関する措置方針」と比較すると、(i)住宅宅地供給状況の変化（開発の小規模化、人口構造の変化、市場環境の変化）が強調されていること (ii)行政手続法の成立もあって、「行政指導に係る公正の確保と透明性の向上」が重視されていること (iii)国庫補助等の助成措置の存在が強調されている。(iv)規制緩和推進計画や経済対策とのリンクが重視されていることなど、興味深い特徴を見出すことができる。

特に、「見直し指針」が、指導要綱の「行き過ぎ」を批判しつつ、(iii)のように、いわば「対案」として国庫補助や各種制度の活用を図るべきことを主張していることは興味深

い。例えば公共施設整備について開発者に負担を求めるのではなく「住宅宅地関連公共施設整備促進事業」等の助成措置の活用を図ること（1(3)、3(1)(ハ))、緑地について開発区域面積の6%以上の公園等の確保を求めるべきではなく、むしろ1995年度の都市緑地保全法の改正により創設された市民緑地制度・緑地協定制度の活用を図ること（4(2))、人口密度規制等を要綱で行うべきではなく、「地区計画制度、建築協定制度等のさまざまなまちづくりに関する法制度」の活用を検討すべきこと（7(2)）などが述べられている。

ここで「対案」が強調される背景には、指導要綱が果たした積極的役割について、建設省の側としても一定程度の評価を前面に出さざるを得なくなったということであろう。担当部局による「解説」は、「措置方針」全文の一部を引用しつつ、「建設省としても指導要綱自体を違法又は不適当とみなしているわけではなく、財産権の制約や住宅・宅地の円滑な供給の観点からその行き過ぎが問題であると考えているものである」（建設省建設経済局民間宅地指導室1997:25）と述べている。しかし他方、建設省は、自らの「手の内」にある国の法制度や事業の枠内での対処こそを優先すべきことを要求する。

「なお、一部においては、国の一律の法制度では地域の実情に応じたまちづくりができないとして、地方公共団体が要綱又は条例により土地利用等に関して独自の規制を行うことを正当化する意見がある。しかし、例えば、都市計画法においては、地域の実情に応じた土地利用への誘導が可能となるよう様々な計画制度が用意されているところであり、用途地域のほか地区計画や特別用途地区などを活用することにより、環境の保全等に必要なきめの細かい用途規制を行うことも可能である。地域の実情に応じたまちづくりを推進するに当たっては、まず、現行法制度上でどのようなことが可能であるか、十分に検討すべきである。」（建設省建設経済局民間宅地指導室1997:25）

(b) 地方分権改革と条例

今次の地方分権改革における建設省の対応にも、同様の姿勢が一貫している。ここでは指導要綱ではなく条例との関係が問題になる。

「現行法は、国民の財産権に対する強い制約を課すという都市計画についての基本的枠組みを定める都市計画法の趣旨、目的からみて、全国的な公平性・平等性を確保すべきものであるとの観点から、また、その中で地域の実情を踏まえた都市計画が決定できるように、制度が組み立てられている。したがって、基本的には、法律で規定するメニュー、内容に沿って、都市計画制度の具体的運用がなされることを想定しており、風致地区内における建築等の規制のように、法目的に対応した規制内容について地域的な行政需要の差が見込まれる場合には、条例への委任を法律上明らかにしている。また、現行法の規定は、法目的に対応して最低限の規制又は規制の上限を定めている規定も多く、この場合には、これら規定と異なる条例の制定は許されないという考え方は、都市計画事務が自治事務と構成されても、変わらないと考えられる。」(1)

自治体独自の取り組みに対して国法上の制度の活用をまず要求するこのような姿勢を以下本稿では「メニュー主義」と呼ぶ。「メニュー主義」は自治体と国との関係のさまざまな局面において見出しうるであろうが、本稿の関心事はさしあたり土地利用規制の分野にある。一般的に言えば、この分野における「メニュー主義」は、自治体固有の制度設計に対して制限的効果を及ぼすものとは言えるが、それが直ちに反分権的性格を意味するとは言えない。例えば分権の観点からは一般に先進的と理解されているドイツの都市計画制度に

しても、土地利用計画（Fプラン）や地区詳細計画（Bプラン）で定めることができる事項は建設法典（5条、9条）及び建築利用令において列挙されているのであり、この列挙は完結的なものと理解されている（Hoppe/Grotefels 1995:113）。

しかし、「開発の自由」「建築の自由」（2）との関係が問題を生ぜしめる。前掲「見直し指針」解説は、都市計画法33条に定める開発許可の技術基準を「良好な市街地を形成する上で必要最小限の基準」であり、「開発行為がこの基準を満たすならば必ず開発許可される」（建設省建設経済局民間宅地指導室 1997:33）ものとして理解している。このような開発許可理解にたつと、開発者に対する自治体の交渉力は当初からかなり限定されたものになる。

法が用意する「メニュー」を使いたくても、使わせるための手段が限られている（3）ことがしばしば起こるのである。同じメニュー主義であっても、そのメニューの豊富さ・使い勝手のよさが先に挙げたドイツとは全く異なると言える。また、「建築・開発の自由」を強調することは、開発者と行政庁との二元的観点でのみ事柄を捉えることに他ならない。地域空間管理への住民の参与権の確保（4）—それは指導要綱の主たる課題のひとつでもあった—は視野から排除される。その帰結として、前掲「解説」は、周辺住民との調整を「理解を得た上で円滑に事業を進めるため」のものとしてしかとらえない（建設省建設経済局民間宅地指導室 1997:93）のである。

また、「メニュー主義」は自治体の創意工夫を制約するのみならず、法律の側の見通しの悪さを招くおそれがあることも指摘しておくべきであろう。五十嵐敬喜は、都市計画法等の相次ぐ改正について、次のように発言する。「例えば容積に関する制度改正がたくさんありますが、東京の一方所でしか想定できないようなものを全国一律の法改正で行っている。これが地方分権とどう関係するのか。あるいは、調整区域内に地区計画を延ばす制度は、一体何が原則で、何が例外なのかわからなくしてしまった……制度が細かくなりすぎて、もうほとんど分からない。法律の最大の失敗は誰も分からないということだと思います。」（五十嵐他 1999:76）

今次の分権改革、そして各地の「まちづくり条例」を評価する上で決定的な論点となるのが、「メニュー主義」への対応だということができよう。先取りして言えば、土地利用規制の分野における制度設計は、この分野における基礎自治体の状況認知能力の相対的な高さと、制度における柔軟性確保という観点とを重視してなされるべきだと考えられる（5）。以下では、このような観点を伏在させつつ、まずは自治体条例による土地所有権の規制に関する最高裁判例を読み直してみることとする。

II 自治体条例に関する最高裁判例—「認知的・試行的先導性」の観点から

土地所有権の条例による規制の可否についての論点は、(i) 憲法29条2項の「法律で…定める」が条例による定めを排除するか、及び (ii) 法律と条例との抵触・法律の先占 が主要なものである。以下では、それぞれに関する代表的な判例だと考えられる奈良県ため池条例最判及び高知市普通河川条例最判をとりあげ、本稿の観点からの読み直しを試みる。

(a) 奈良県ため池条例判決最判（最大判 1963. 6. 26 刑集 17 卷 5 号 521 頁）

本件は、「ため池の堤とうに竹水若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く）を設置する行為」を禁止する奈良県条例に違反した被告人が罰金刑に問われた事件であったが、控訴審が条例の効力を否定して、無罪判決を下し

たため、検察が上告したものである。最高裁は、「なお、事柄によっては、特定または若干の地方公共団体の特殊な事情により、国において法律で一律に定めることが困難又は不適当なことがあり、その地方公共団体ごとに、その条例で定めることが、容易且つ適切なことがある。本件のような、ため池の保全の問題は、まさにこの場合に該当する」と判示して同条例の合憲性を認めた(6)。

上にいう「地方公共団体の特殊な事情」(7)とは、多数意見によれば、「奈良県においては、13000 に余る(マ)かんがいの用に供する貯水池が存在する」ということだと思われる。しかしなぜ「13000 個のため池」が「地域的事情」として、条例の制定を正当化することになるのだろうか。いかにも教室的設例ではあるが、仮にため池が一つしか存在しないA県を想定しよう。A県と奈良県を比較すれば、ため池が1つではなく 13000 個あることで、どこかで決壊事故が起こる確率がより高まるとは言えるが、1つ1つのため池の危険そのものは変わらない。そして、一審判決が挙げる例が示すように、仮に1つのため池が決壊しても多数の死者を生ぜしめる。だとすればこの場合、A県には条例による規制が認められず、奈良県には認められるという帰結を正当化することができるだろうか。

少なくともここで奈良県に見られる「地域的事情」は、例えば、豪雪地帯において雪重に耐えるための特殊な建築物の構造が必要とされるような場合(参照、建築基準法 40 条)におけるそれとは異なる。そうではなく、県内に多数のため池が存在するという事実によって、(i)奈良県がA県や国よりも早く問題の所在を認識しえたこと(ii)ため池問題に関する経験的・科学的知見を深めえたこと(iii)ため池問題が地域社会の幅広い関心を集め、政治過程に上ることとなったこと などが、奈良県の主張しうる「地域的事情」だと思われる。

このように、法的な対処を必要とする新しい種類の問題が生じたときに、現場の事情により通じている地方公共団体の方が、問題の認知あるいは分析において、あるいはその「公共化」において、国よりも先行する現象は、一般的に認めうところであろう。自治体もちうるこのような能力を以下では、「認知的先導性」と呼ぶこととしよう。条例制定権を正当化する「地域的事情」には、上記の豪雪地帯の例のように問題自体が特定地域固有のものである、あるいは地域によって問題の性質が変化する場合のみならず、このような認知的先導性が存する場合(8)をも含めるべきだと思われる。

またそれは、条例制定権の事項的限界の問題と、当該条例の規制の合理性を支える具体的立法事実という二段階の局面で問題になる。前者の局面では、認知的先導性の蓋然性さえ示されれば十分であると考えられる。土地利用規制の領域は、たとえば土地取引規制とは異なり(9)、一般的に自治体、特に市町村にそのような認知的先導性を認めうと言える。その上で、例えばため池の利用規制について、奈良県が実際に認知的先導性を発揮して的確な事態の分析の上に立って条例を制定したかどうかは、後者の具体的立法事実の問題として整理されよう(10)。また、奈良県と前述の設例におけるA県との差異も、後者に整理される。条例制定権の事項的限界の局面では、ため池に関する土地利用規制という問題一般における認知的先導性の可能性を検討すれば足りると考えられる。ため池が1つしかないA県による条例制定も一概に排除されるのではなく、あくまで具体的立法事実の合理性の有無に着目して審査されるべきである。

「認知的先導性」と結びついたものとして、条例の「試行的先導性」を挙げることができる。認知的先導性に裏付けられ、自治体は条例や要綱などの形で、全国的には未だ法的

な対処の対象となっていない事案に対して先導的・試行的に対処することがあり、その結果の検証を経て全国レベルでの法制定につながることは、公害防止条例や情報公開条例のケースに見られるように、周知のところであろう。特に後者は、立法過程において、各地方公共団体における条例の制定状況と運用の経験が綿密に検討され、その結果自治体条例よりも「バージョン・アップ」(大橋 1997、参照、宇賀 1998:10-14)された立法が実現したと言えるだけに重要な事例だと言える(11)。この点からすれば、最終的には法律による全国的規制にたどり着くことこそが望ましいような事案についても、条例の制定を必ずしも排除すべきではなく、むしろそれを促進するような理論形成が期待される(12)。

(b) 高知市普通河川条例最判 (最 1 小判 1978. 12. 21 民集 32 巻 9 号 1723 頁)

土地利用規制に関わる法律と条例の関係、あるいはいわゆる「法律の先占」の問題としては、高知市普通河川条例最判が重要である。

高知市普通河川等管理条例は、河川法の適用・準用を受けないいわゆる普通河川について、「普通河川等」には「公共の安全を保持し、又は公共の利益を増進するためこれらに設けられた堤防、護岸...等の施設を含む」と定めていた。ここで幅員 2.1m の普通河川(その後準用河川に指定)と原告 X の居宅との間に存在する縄手敷について、X は自宅へののぞき見を防止する等の目的で、一般人の通行を排除する木塀を設けた。高知市長は条例に基づき木塀の除却命令を発し、X はそれに対して無効確認訴訟を提起した。控訴審は、当該縄手敷は河川の「護岸」として設置者の同意を有せずして河川区域の一部となり(13)、被告の除却命令は適法有効だとして、原告の請求を退けた。しかし最判は、次のように述べて原判決を破棄差戻した。

「河川の管理について一般的な定めをした法律として河川法が存在すること、しかも、同法の適用も準用もない普通河川であっても、同法の定めるところと同程度の河川管理を行う必要が生じたときは、いつでも適用河川又は準用河川として指定することにより同様の適用又は準用の対象とする途が開かれていることにかんがみると、河川法は、普通河川については、適用河川又は準用河川に対する管理以上に強力な河川管理は施さない趣旨であると解されるから、普通地方公共団体が条例をもって普通河川の管理に関する定めをするについても.....河川法が適用河川等について定めるところ以上に強力な河川管理の定めをすることは、同法に違反し、許されない.....河川法 3 条は、同法による河川管理の対象となる『河川』に含まれる堤防、護岸等の『河川管理施設』は、それが河川管理者以外の者の設置したものであるときは、当該施設を『河川管理施設』とすることについて、河川管理者が権限に基づき当該施設を管理する者の同意を得たものに限るとしている。.....このような河川法の規定および趣旨に照らして考えれば、普通地方公共団体が、条例により、普通河川につき河川管理者以外の者が設置した堤防、護岸等の施設をその設置者等権原に基づき当該施設を管理する者の同意の有無にかかわらず河川管理権に服せしめることは、同法に違反し、許されない」

この判決の評価は微妙である。準用河川との関係で「メニュー主義」に立つものと理解することもできよう。河川法は、市町村長が普通河川を準用河川として指定(100 条)す

るメニューを用意しているのだから、市町村はそれによるべきであり、また、メニュー以上の厳しい規制は許されないということになる。しかし判決は、市町村長ではなく建設大臣あるいは都道府県知事の権限である「適用河川の指定」も挙げている。また一方で、適用河川と同レベル以下の規制であれば、普通河川についての条例制定が許されることも明言しているため、必ずしも厳格なメニュー主義によるものとは言えない(14)。

同判決に対するもっとも説得的な批判はおそらく村上 1980 である。村上は、実務担当者へのヒアリングも経て、(1)適用河川については、同意を要する私有の河川施設は極めて少なく、またその所有者の多くは法人や企業であって、同意を拒否することは殆どない (2)これに対して、普通河川の堤防等は私有地が多く、所有関係は複雑であり、また権利者が個人である場合が多く、同意を得る困難性が高い などの理由を挙げ、「このような地方河川における実状に照らしてみれば、一見財産権尊重という見地からすれば甚だ望ましいと思える同意制度も、実際には極めて非現実的な制度といわざるを得ない」と断ずる。

仮に村上の実態認識が正当であるとすれば、本件条例は、普通河川の実情についての認知・分析が不十分であった河川法の立法者に対し、問題認知能力に優位する市町村が独自の規制を試みた事例だと理解することが、一般論としては(15)、可能である。この場合における市町村の問題認知能力の優位は、偶然的なものではない。国が普通河川を所管せず、他方市町村はこれに対して河川法や条例による管理や、あるいは事実上の管理を行っていることから来る、構造上の差異である。また、自治体が必ずしも問題認知において時間的に先行しているわけではない。しかし、いったん制定された法律も、時間に対して開かれていなければならず、絶えざる見直しが要求される(参照、大橋 1998:40、*松)自治体条例は、そのような見直し作業についての認知的先導性を担うものでもあり得るのである。

さて、法律と条例の関係については、高知市河川条例判決以前に、今日ではリーディング・ケースとみなされている徳島市公安条例最判がある(16)。同最判は、法律と条例の抵触関係について、(i)目的を同じくするか (ii)全国一律に同一内容の規制を施す趣旨か、地方公共団体の別段の規制を容認する趣旨か の2段階のテストを用意する。いわゆるまちづくり条例の一種である宝塚市パチンコ店規制条例と風営法、建築基準法の抵触問題も、同最判の判断枠組に従って処理されているのだが、この点については IV で詳細に分析する。

III 自治体まちづくりの現代的課題

(a)「総合的」まちづくり条例と住民参加

近時の研究は、まちづくり条例の性質の変化を指摘する。第一に、総合化への取り組みである。それぞれ別個の目的を有する個別法令による縦割り構造を基本とする日本の土地利用規制法の体系に対して、近時のまちづくり条例が、複合的な目的を掲げ様々な手法を規定することによって、縦割り行政で対処不可能な課題に総合的に対応していることが指摘されている(17)。第二に、市民・住民参加の試みである。多くのまちづくり条例が理念として市民参加を掲げ、それを早期段階での意見表明権・提案権の保障、まちづくり協議会の位置づけなどによって具体化しようとしている(内海 1999:53)(18)。

第一の総合化は、II で述べた「認知的・試行的先導性」と結び付くことが期待される。行政機関による計画能力の構造的限界を考慮に入れば全国レベルの「総合性」には本質的困難がある。金井利之によれば、詳細空間計画の全国的一元的策定は困難であり、(i)行政組織による分化(ii)総合性の限定(iii)対象空間の限定などの「何らかの限定」が要求さ

れる。それは「行政組織における能力の限界」に他ならない（金井 1998:173-174）。だとすれば、土地利用計画における「総合性」は、国レベルよりも自治体レベルでむしろ実現の可能性が高く、さらに自治体内部でも分権的意思決定が重要になるといえるだろう。

いわゆる「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」への政策の集中を説く 1997 年 6 月の都計審基本政策部会「都市政策ビジョン」(19)も、都市をめぐる総合行政の観点を強調する。同「ビジョン」は、国レベルの総合化と自治体レベルの総合化の双方を強調するが、むしろ後者こそが重要であろう。既成市街地の再構築において重要なのは、例えば各行政目的に必要な土地の総量を決定し、それを合理的に配分する云々といった発想ではない。ミクロの空間単位においてあるべき具体的市街地像をイメージしながらまちづくりに取り組む姿勢こそが重要であり、そのような任務にはもちろん自治体の方がより適している。

ここで第二の観点――市民・住民参加――と結びつく。市民・住民参加がより小さい単位においてより有効に実現されるのはほとんど同義反復的な自明の理であるが、ここで問題なのはそのような一般論のみではない。まさに都市計画の分野において、上のような重点の移動により、計画の目標それ自体が地域住民自身の創発的主体的参画と評価なしにはありえなくなっているのである。水口俊典は都市計画の「公共性」の 80 年代初期以降の変化について、次のように述べる。

「...都市の魅力と個性づくりや地域の活性化などの多様で目標の不確かなテーマの比重が高まっている。このような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。また、地区毎のプロジェクトや部門別の事業を都市全体の中で位置づけて、優先性を判断するとともに施策の効果を向上させる役割がいっそう重要になる。」（水口 1997:24）

現代的な「まちづくり」においては、住民自身による目標の設定・価値の創出の重要性が高まっている。この側面においても、住民により近い組織に認知的優位を見出すことができるだろう。まちづくり条例・要綱についての評価は、このことを踏まえたものでなければならない。

(b)「地域像」の自己決定

近時の都計審答申(20)は、地域住民の参画による都市計画目標の設定を「都市像」という言葉で言い表そうとしている。

「安定・成熟した都市型社会の時代に即応した都市計画制度としては、都市の発展の動向や人口、産業の現状、将来見通しなどを踏まえ、都市計画区域ごとに、現況の問題点や今後の変革の方向を明らかにしながら、あらかじめ目指すべき都市像を地域社会の合意として明確化する。それを具体の都市計画で実現していくという分かりやすい都市計画制度とすべきである。これにより、住民自らが都市の将来像について考えやすくなり、都市づくりに対する合意の形成が促進されると考えられる。」

評価されるべきこのような考え方であるが、問題点もある。第一に、同答申に基づいた 2000 年都市計画法改正（2000. 5. 19 法律第 73 号）は、上の「都市像」を「都市計画区域の整備、開発及び保全の方針」(21)（改正都計法 6 条の 2、以下「方針」）の形で具体化した。

しかし、「一体の都市として総合的に整備し、開発し、及び保全する必要がある区域」（都市計画法5条）として設定される都市計画区域が、あるいは実際の制定者としての都道府県が、果たして「地域社会」を語るのにふさわしく、「合意」の形成過程における住民の創発の主體的参画を実効的に実現するのに適した空間スケールといえるのだろうか。

第二に、「都市像」の内容と個別計画・プロジェクトとの規定関係についてである。答申は、「あらかじめ」都市像を「明確化」して「合意の形成を促進」することを強調する。確かに、「都市像」には、まちづくりのさまざまな側面や段階において交わされる議論の言説空間を規定し、方向付ける効果があるだろう。それが柔軟な十分開かれたものである限り、答申が指摘する「考えやすくなる」効果、住民の主體的創発的参画にとって積極的意義があると言える。しかしそれが硬直的なものであった場合は問題である。例えば「方針」段階で「都市像」＝目的についての議論をいわば「打ち止め」にして、その後はその「実現」＝手段、手法が課題になるという考え方がとられるとすれば(22)、これからのまちづくりにふさわしい発想とは言いがたい。むしろ、具体的詳細計画やプロジェクトについても、地域住民の創発性と主体性を重視したボトムアップ的意思形成を図り、そこから「都市像」へと更にフィードバックすることが可能とされていなければならないであろう。都市像の柔軟性・開放性の程度と、時間的に後行する個別計画への規定性・拘束性とは相関的に捉えられるべきである。第一の点、すなわち広域計画と狭域計画との空間的關係についても、同じような相関性が妥当しよう。

だとすれば、改正都計法6条の2(3)項が、都市計画区域について定められる都市計画について、「方針」に「即したものでなければならない」と規定しているのは、硬直的な上下関係理解につながりかねず、疑問の余地がある(23)。確かに既に整開保および市町村基本構想との関係で同じ表現が用いられていた（都計法18条の2）ところであり、その限りでは現状と変わらない。しかし第一に、整開保についてはその「粗さ」を指摘し、都市計画マスタープランとの関係で特に問題がないとする見解（森村 1998:307）もあった。逆説的だが、「都市計画の方針」が「充実」すればするほど、現実的な問題を発生させる可能性があるだろう。第二に、第二次答申によれば、「方針」には、「都道府県決定の都市計画に関する事項か、市町村決定の都市計画に関する事項かを問わず、当該都市計画区域を整備し、開発し、保全する上で重要な事項を規定する」とされる(24)。市町村決定の都市計画も対象となり、市町村マスタープランの「手続・内容両面での自由度を低める方向で作用する可能性がある(25)。

この点、市町村マスタープランの導入(1992年都市計画法改正)の際の建設省都市局長通達(26)との比較が興味深い。第一に、「地域社会」の把握である。「地域社会共有の身近な都市空間を重視した施策を推進していくことが肝要」という基本認識に立つこの通達は、先の第二次答申と同様、「地域社会」という語を登場させる。しかしここでは「広域的観点からの土地利用の調整……広域的な都市基盤の整備……と併せて」先の施策が推進されるべきという表現が用いられ、「地域社会」と「広域」の区別ないし緊張関係がより明晰に意識されている。「住民に最も近い立場にある市町村が、その創意工夫の下に、住民の意見を反映させて、」具体的将来ビジョンを作ることが強調されているのである。

第二に、市町村内分権である。前記通達によれば、市町村全体を単位とする全体構想に加え、「地域別構想」が策定されねばならない。後者における「地域の設定」は、「地形等の自然的条件、土地利用の状況、幹線道路等の交通軸、日常生活上の交流の範囲、市街化区

域と市街化調整区域の区域区分等を参酌し、例えば既成市街地の住宅地にあつては一ないし数個の小学校区程度の広がりを目安とする等、都市計画区域内の各地域像を描き施策を位置付ける上で適切なまとまりのある空間の範囲となるようにすること」とされ、住民の現実の生活空間と参加可能性に配慮した空間単位の設定が考慮されている。また、この両者の関係については、「全体構想と地域別構想の関係は、全体構想に示されたものを地域別構想において詳細化・具体化する事項と、逆に地域において積み上げたものが全体構想となる事項とがあると考えられるので、相互的・有機的な関係を保つよう留意すること。」と、フィードバック（参照、森村 1998:3）を予定している。

同じ「都市像」なる語が語られても、今次都計法改正の「方針」と、市町村マスタープランでは、大きい相違がある。それが実効的住民参加をどのように可能にするものであるか、また、より狭域的な単位の認知的先導性を促進するものであるかどうかによって「都市像」をめぐる言説は評価されなければならないであろう。

(c) 真鶴「美の原則・基準」と「地域像」

近時の先進的なまちづくり条例の代表的なものとしてしばしば例に引かれる真鶴町まちづくり条例（五十嵐他 1996、森村 1998:281-290）は、上に見た「都市像」ないし「地域像」を自治立法によって実現しようとする試みとして捉えることができる。同条例は、全ての建設行為に対して適用される（6条）ものとして、マスタープランとしての「まちづくり計画」（8条）、独自のゾーニングとしての「土地利用規制基準」（9条）及び「美の原則」（10条）を定める。この「美の原則」は、(1)場所(2)格付け(3)尺度(4)調和(5)材料(6)装飾と芸術(7)コミュニティ(8)眺め の各号からなるが、さらに、規則により定められる「美の基準」（69個の「キーワード」からなる）によって具体化されている。本稿の観点から注目すべきは、以下の4点である。

第一に、「美の原則・基準」の射程の広さである。それは、建設行為にあたり条例が定める事業者・住民・行政の利害調整プロセス（公聴会開催および議会の議決を含む）（15条-25条）において、協議・議論過程の指針として機能する（27）と同時に、条例の定める手続によって作成されたマスタープラン「まちづくり計画」にも、「随所に『美の基準』のキーワードがちりばめ」られている（森村 1998:289）。『美の原則・基準』及びその基盤となっているパタン・ランゲージは、基本計画から個別建設行為に至る全段階において、言説空間を規定する指針となっているといえる（28）。

第二に、住民参加との関連である。制定関係者は、美の基準のキーワードが「言語」でできていることをとりあげ、「全国画一的な規制とは根本的に相容れない」こと、また「小学生を含めて誰でも参加できる」ことを強調する（五十嵐他 1996:132-134）。「線・色・数値」によるテクノクラティックな決定を排し、住民参加による価値創造を強調するのである。また、「基準」が抽象的な「言語」にとどまっていることは、それに依拠した決定が後の議論の過程に開かれたものであることを意味する（29）。このような位置づけは、実効的住民参加による住民自身の価値創造によるまちづくりという上の論点と重なってくる（30）。また、この「参加」は常に開かれた空間を意識すべきものとされる。同条例と前後して制定された行政手続法も意識しつつ、制定関係者は「行政の開発指導担当と事業者の二者の間で閉ざされた空間の中で行われ」る「閉ざされた事前協議」ではなく、本条例は「開かれた協議」のシステムを導入していると強調するのである（五十嵐他 1996:100）。

第三に、独自のゾーニング制度である「土地利用規制基準」との結びつきである。それは、斜面地・山林地という地域的事情、地場産業としての漁業・石材業・観光業の存在を、最初から念頭においた上での地区区分になっていることが特徴的である(31)。まさにメニュー主義に対抗して、「既に制度化されているメニューを地区に当てはめる……ではなく、地区の状況に合わせながら区分を行う」ことが強調されている(五十嵐他 1996:93-95)。

第四に、地域性を重視した価値創造的性質である。「美の原則・基準」については、「一面普遍的であり、一面地域的」(五十嵐他 1996:84)と位置づけられているが、軸足はむしろ地域性におかれるべきであろう。というのは、例えば条例10条の「原則」は確かに「普遍的」といえようが、それは「美」の内容それ自体(何を「美しい」とみるか)を定めたものではなく、いわば「美」を発見的に具体化するための手続的ルールというべきである。それに対して、「基準」の具体的な内容に踏み込んだ部分(例えば「真鶴町まちづくりの象徴」(五十嵐他 1996:132)としての「夜光虫」)は真鶴町固有の歴史性・地域性にあくまで規定されているからである。先ほどの言葉でいえば、住民の参画によって発見的に見いだされた価値に基づくこと、法治国的に正当な手続を経たものであること、また、更なるフィードバックと絶えざる見直しが保障されているという前提で、これを固有の歴史性・地域性に裏付けられた「都市像」ないし「地域像」と呼んでいいであろう。だとすれば、このような「美の基準」の内容は、本質的に法文化困難な面を含んでいることにも留意しなければならない(32)。

本稿の文脈よりすれば、真鶴町まちづくり条例は、(1)デュープロセスによる住民参加に裏付けられた認知的先導性を発揮し、(2)価値創造的な具体的な地域像を形成し、それに加え、(3)手法的側面では独自のゾーニングという試行的先導性を発揮している事例と位置づけることができるだろう。まちづくり条例についての司法審査は、このような条例の登場を視野に入れ、先進的なまちづくりの試みの芽をつままないようなあり方が望まれる。以下では、まちづくり条例の適法性が訴訟で争われた事例である宝塚市パチンコ店等規制条例を例にとって検討することとする。

IV まちづくり条例・指導要綱の裁判的統制

(a) 宝塚パチンコ店等建築規制条例事件

宝塚市パチンコ店等建築規制条例は、パチンコ店等の建築に際して市長の同意を要する(3条)ものとし、また、その位置が市街化調整区域または商業地域以外の用途地域であるときは、市長は同意しないものとしていた(4条)。同市の準工業地域(後述するように、後に特別工業地区の指定を受けている)においてパチンコ店を営もうとするYは、1992年11月、市長に建築同意申請をしたが不同意とされ、Yの異議申し立ても棄却された。Yは建築確認を受けた上で(宝塚建築主事は一旦建築確認申請書の受理を拒否したが、Yの審査請求を受けて、建築審査会が不受理処分を取り消す旨の裁決をし、再度の申請に対して建築確認がなされた)1994年3月、パチンコ店建築工事に着手したので、宝塚市長は条例に基き建築工事中止命令(8条)を発したが、Yは工事を続行した。宝塚市は工事の続行禁止を求めてYを相手に民事訴訟(および仮処分の申請)を提起した。仮処分決定(神戸地裁伊丹支決 1994.6.9 判例地方自治 128-68)では宝塚市が勝訴したが、本訴では1審(神戸地判 1997.4.28 判時 1613-36)、2審(大阪高判 1998.6.2 判時 1668-37)ともに敗訴した(33)。

本件では、いわゆる「法律の先占」の問題、具体的には本件条例の風俗営業法、建築基準法との抵触が主に問題になった。その際裁判所は、前記徳島公安条例判決（最判 1975. 9. 10 刑集 29-8-489）の枠組みに沿って条例の適法性を検討する。即ち、法令の趣旨目的の総合考慮が基本であり、その際前記のように、(i) 目的を同じくすると言えるか(目的テスト) (ii) 全国一律に同一内容の規制を施す趣旨か、地方公共団体の別段の規制を容認する趣旨か（最大限・最小限テスト）という二段階のテストで判断する。伊丹市環境保全条例に係る類似の判決（神戸地判 1993. 1. 25 判例タイムズ 817-177）とも比較しながら、本稿の問題関心に関係する限りで、以下両判決を検討しよう。

第 1 に、まちづくり条例の総合性・体系性の評価である。本件条例は、直接には「パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテル」の建築を規制するものであるが、同時にそれは、理念条例としての「環境保全条例」を根幹とした一連のまちづくり条例の体系の一部(34)となっている。この総合性、体系性を重視すれば、風営法の目的と異なるという議論が可能であるが、裁判所は、結論的には退ける。「本件条例は、……原告の芸術的な色彩と豊かな自然環境という特色を保全、推進して良好な住宅都市づくりを基本目標とする一連の環境保全条例の一つとして位置付けられ、その 1 条からも良好な住宅、自然及び文化環境の保持という目的を有していると認められるものの、パチンコ店が青少年に悪影響を及ぼし、犯罪の温床にもなりかねないとする地域住民の反対運動を契機として制定された経過もある」とした上で、「風俗環境の保持も、広く住宅、自然及び文化教育環境の保持の一部であると考えられ」、目的は「相当な部分で共通し、重なりあう」（1 審 44 頁）というのである。これに対して、伊丹市の事件における裁判所の判断は異なる。伊丹市の場合、裁判所は同市環境基本条例を「良好な教育環境の保持を目的とするもので、いわば、伊丹市の豊かな街づくりを目指す施策に深く関係し、その一貫として、制定されたものという位置づけができる条例」とみなし、そのまちづくり条例的要素を強調し、風営法及び施行条例とは「目的、規制方法を異にする」と判断する。これが適法性の判断に影響している。まちづくり条例の課題の一つに総合的な制度設計があるのは前述した通りであるが、条例がそれにどの程度成功し、また裁判所がそれをどの程度評価するかが、適法性が認められるかどうかの一つの焦点になっていることをうかがうことができる(35)(36)。

「総合性」の実態の評価にあたって重要なのが、上に述べた「地域像」の観点であろう。住民参加による自己決定的地域像が具体化されるような規制システムをまちづくり条例が実現できていれば、それだけ個別法令では対処が難しかった「総合性」への対処としての性格を認めることができ、適法性が認められる余地が広がると思われる。この点、風営法は、従来地方によってまちまちであったという沿革も手伝って、地域像の決定者たるべき市町村ではなく、都道府県に制限地域の指定を委ねている。それは、地域像にもとづいたまちづくりという視点を同法が有しないこと、風営法の単一目的性の表現だと考えられる。それだけに、逆説的ではあるが、目的の相違を語ることがより容易になるともいえる。

第二に、都市計画法・建築基準法との関係におけるメニュー主義の問題である。本件条例は、本件パチンコ店が所在する準工業地域において、建築基準法上建築してはならない建築物として列举されていないパチンコ店等の建築を禁止することになり、その限りにより厳しい規制をとっていると言える。まず裁判所は、(i) 目的について、「良好な住宅環境、自然環境及び文化、教育環境を保持するという目的」の限りにおいて、建築基準法と本件条例は「目的が同一」とする。(控訴審 42 頁。1 審 45 頁は「一部において重なり合

う)そして、(ii)「最大限・最小限テスト」については、「都市計画法及び建築基準法は、基本的に都市計画における12種の用途地域の変更を通じて町づくりを行うという都市計画行政体系を採用し」、「地方公共団体の町づくりは、あくまで都市計画における用途地域の決定、変更及び特別用途地区の設定を通じて行うこととしており、右規制に付、法律の委任を受けない条例が、地域の実情に応じた独自の規制をなすことを予定していない」とするのである。(控訴審42頁;1審46頁。ただし、特別用途地区の位置づけが若干異なる)用途地域中心主義に立つこのような裁判所の立場(37)は、自主条例によるまちづくりについてきわめて消極的といえる(38)。

本件のような住居地域化しつつある準工業地域は、日本の都市計画上一般的に見られる問題であるが、原告宝塚市の主張によれば、本件地域は「全体としてみれば住宅地といって差し支えない状況」にあったところ、なお10社程度の工場が操業を継続していたため、住居地域への指定替えを見合わせたものである(1審42頁)。その意味で本件は、「住宅地化の実態を承認し、また当面の間住工混在を認めていく一方で、住宅地にふさわしくない建築物を排除していく」という地域像に関する宝塚市の政策決定が、そのような地域像を予定しない都市計画法・建築基準法のメニュー主義に阻まれた事例(39)だと言える。そして裁判所は、明確にメニュー主義の立場を採用したことになる。

しかしここには若干の「ねじれ」も見られる。実は本件地域は、1996年2月に至り、特別用途地区の一種である特別工業地区に指定され、条例により地区内パチンコ店建築の禁止は原則的に禁止されている(40)。この種の特別用途地区が仮に本件パチンコ店建築計画以前に設定されていれば、本件紛争は様相を大きく異にしたことであろう。宝塚市は、1972年の建設省通達(41)の下では本件土地を特別工業地区に指定することができず、1993年通達(42)で初めて可能になったと主張する。実情からすれば理解できる(43)が、法的には通用しにくい主張であろう。その意味では本件は、地域像実現のために利用可能なメニューの活用が不十分だった事例とも位置づけることができる。

(b) 法定メニューの活用と自主条例

このような「自治体による法定メニューの活用」と「自主条例によるまちづくり」との関係は、普遍的な問題である(44)。小林重敬は、「画一的な都市づくり法制から、地域特性に配慮した都市づくり法制へ組み替える」二つの方法として、「これまでの都市計画法の枠組みの中で分権化を図る方式」と、「その枠組みから外れて分権化を図る方式」の二つがあることを指摘する。前者は、国の考える分権化であり、「国の法令を中心とした都市づくり法制の秩序化」である。後者はまちづくり条例などの自主条例を重視し、「自治体を中心とした法令、条例、要綱の自立化と機能分担による分権化」とまとめられる。(小林1999b:17-18)分権をめぐる法制度設計において今後ますますこれら二つの「方式」の綱引きが激しくなっていくことが予想され、見通しを示すのは困難であるが、個別自治体としてはその必要に応じて両者を適宜使い分けていくことが望まれる。前者について言えば、1998年都計法改正において特別用途地区の類型が政令事項から市町村が条例で定めることができるものとされたことは、狭い意味でのメニュー主義の枠内を既に超えるものと言える(45)。また、今次の分権改革の過程において、都道府県都市計画決定が自治事務とされ、また市町村都市計画が自治事務であることが確認されたことで(46)、自治体の主体的・創発的法解釈を試みる余地は広がっていることも指摘できる(47)。積極的目的でなく、い

わば法令解釈の土俵から逃げる目的で自主条例が用いられるのであれば、それは必ずしも望ましい姿ではあるまい。

他方、委任条例によるメニュー方式には本質的限界もある。たとえば特別用途地区についても、あくまで「用途地域内の一定の地区」において「当該用途地域の指定を補完して定める」（都計法8条⑬項）ものである以上、用途地域・都市計画区域の範囲が、自治体にとって外在的限界になることもある(48)。また、将来の地域像に関する自己決定を前提とした総合的・体系的まちづくりをメニュー方式でどこまで実現できるかは、状況依存的である。したがって、自主条例をメニュー方式に対して補充的なものと捉え、後者が活用可能な場合には前者の適法性を否定するような判断手法をとるべきではない(49)。

以上のような点を踏まえ、まちづくり条例についての司法審査には、次のような点が要請されよう。まず、法律の先占を緩やかに解することによって、メニュー主義によらない自治体独自の規制の試行的先導性を活かしていくべきだと思われる。しかし他方、まちづくり条例が独自の価値創造的要素を含む以上、実体・手続両面にわたる憲法的観点からの検証も欠かせない。住民により近いことによって生み出される認知的創造性は、逆に「距離の欠如」（大橋 1993:369）によって基本権保障への危険を生ぜしめるおそれを否定することができないからである。例えば真鶴町まちづくり基本計画では、御林地区について、「町の個性を伝える聖地・御林」という目標のもとに、「御林を『聖なる所』として明示する」という方針が掲げられている(50)。真鶴町の場合はそれで問題ないと思われるが、ある種の市町村については、「聖性」が政教分離原則との緊張を強いるようなやり方で強調される危険性がないとはいえない。また、より普遍的な問題として、十分に開かれた言説空間に基礎付けられていない「参加」に基づくまちづくりが少数者の排除につながるおそれには、常に留意しなければならない。法律の先占論によるのではなく、基本的人権や憲法的価値の観点からの統制が必要とされる限りで、裁判所のより積極的な役割とそのための判断手法の確立が求められてくるであろう(51)。

(c) 指導要綱と認知的・試行的先導性

最後に、条例と並ぶ自治立法の手法としての指導要綱に触れる。今日、多くの自治体におけるまちづくり条例と指導要綱との役割分担は、「条例の主な役割が積極的なまちづくりを推進するガイドラインの明示と規制誘導における透明性の確保であるのに対し、要綱は法令の先占領域と抵触する事項を明示する役割を担っている」といったものであるといわれる。しかし今後は「議会の議決を得た条例がまちづくりにおける総合的な役割を担うべき」こと、そして要綱は「早期対応、柔軟かつきめ細やかな対応に従事するという性格が活かされる」べきこと（内海 1999:32-33）が説かれるが、この主張はおそらく広くコンセンサスを得うるものである。仮に近い将来裁判実務がまちづくり条例の可能性をより広く承認するようになれば、指導要綱の重要性は相対的に低下することとなるだろう。

特に実体的上乗せの基準を提示する指導要綱の場合、その問題点は、いわゆる「任意性」の有無—その遵守の確保を事実上強制するような手段が用いられているかどうか—だけではない。それ以前に、「行政機関が、法律・条例外で宣言されていない一定の政策内容を自ら具体的基準として案出した」（中川 1998:499）ことが、法律の留保論における重要事項留保説的観点から強く疑問視されるのである。まちづくりの価値創造的性質、将来の地域像に関する住民参加による自己決定としての性質を強調するのであれば、なおのこと法定の

手続による議会の関与が重要になろう。

しかしだからといって、指導要綱の存在意義が今後全面的に失われることにはならないと思われる。今後要綱に求められる役割としては、第一に、要綱の創造性・柔軟性を活かすことである。たとえば真鶴における「美の基準」のように、本質的に法文化困難な事項を規定することがあげられる。上記「基準」は条例で長に委任された規則という形式がとられ、このことは法治主義的観点からは好ましいものと考えられるが、一般的な立法技術とは相当にかけはなれた内容であることも否定しがたい。五十嵐敬喜は、都市空間を近代法的な権利義務関係、要件→効果という枠組みで捉えることに懐疑的であり、これに対し、指導要綱を、現実の都市問題から出発し、「その要件は地域によって、また時間によって変動するという意味で流動的であり、建築物の建築そのものについて積極的に価値的である」ものとして積極的に捉える（五十嵐 1987:89）（52）。

今後の価値創造的まちづくりにおいては、条例によって基本的な理念・原則・手法を明確に定めた上であれば、要綱はむしろその実験性・柔軟性を活かした役割にこそ期待すべきであろう。「美の基準」がそうであったように、意識的に後の議論空間に開かれた考慮要素を盛り込むことや、試行的に地域像の目標としての数値的基準を定めることが考えられるであろう。特に数値的基準を定めた場合、それは指導要綱の最大の特長である柔軟性を損なってはならない。

この点で反面教師的素材を提供しているのが、宇都宮地裁 1991 年 2 月 28 日判決（53）の事例である。栃木県知事は廃棄物処理法 15 条 1 項の届出制（当時）に基づく産業廃棄物処理施設設置の届出を返戻した。当該処理施設をめぐる事業者と県との長期の交渉過程が存在したが、最終的には行政指導基準としての「栃木県産業廃棄物処理に関する指導要綱」に定める住民同意要件としての「最終処分場の敷地から 500 メートル以内の区域に居住する者の 3 分の 2」の不充足が問題となった。しかし本件の場合、この基準に該当するものは 2 名であり、そのうち 1 名の明確な反対が不充足を招いたものである。「3 分の 2」という数値基準をこの種事例に機械的に当てはめることは、指導要綱の存在理由である実質的合理性と柔軟性とを損なうものであろう（54）。

第二に要綱には、早期対応的性質を活かした「ワン・ポイント・リリーフ」的役割が期待される。特に、「実効ある規制システムのあり方を要綱という形で模索する」（北村 1997:37）ことは、試行的先導性の観点から重要だと思われる。本稿はまちづくりにおける住民参加による価値創造的役割を強調したが、そのような価値は、必ずしも常に地域の実態や住民意識の中に既存のものとしてあるのではなく、むしろ時には紛争も伴う具体的な事例とそれに対する対処の試みを通じて、発見的に明らかになっていくものではないだろうか。

中川丈久は、「民衆紛争の仲介としての行政指導」の分析に関連して次のように述べる。

『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、行政機関限りの政策的価値判断に過ぎなかったものが、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うる可能性は、否定できないであろう。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、指摘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。.... 形成のされかたがこのよう

にインフォーマルである以上、単に事実上のものとして法的には無視すべきなのか、それとも、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（意思的に選び取られたというより、必然的に生じてきた秩序）として、無視できない正当性をもつと考えるか……」（中川 1998:493-494）ここで中川は、こうした「何らかの法規範」の存在を積極的に受け止める論者（磯部力、山下淳、三辺夏雄）の見解が自治体による住環境整備（土地利用の規律）の場面を念頭においたものになっていることを指摘する。その上で、「わが国において、『何らかの法規範』は、それが自治体の住環境整備という『場』においてのみこれを肯定的に評価すべき論拠があるという追求がなされている」とする（中川 1998:495）のである。

ここに示されているのは、指導要綱と社会規範の生成に対して向けられた動態的視点である。指導要綱の法的評価にあたっては、このような視点こそを重視すべきである（55）。あくまで理念型としてであるが、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 という道筋を示すことができるだろう（56）。自治体の認知的・試行的先導性の観念は、指導要綱の生成を正当化する一方で、それを固定的に捉えることを消極的に評価する。試行であり模索である以上、それは学習可能性を伴ったものでなければならない。将来の条例化等も視野にいれ、自己評価システム・自己学習システムを伴ったものであるかが、要綱の正当性についての評価視点となるのではないだろうか（57）。

<注>

(1) 都市計画中央審議会「今後の都市政策は、いかにあるべきか」第一次答申「都市計画における役割分担のあり方について」（1998年1月13日）

(2) これら概念について、本書高橋寿一論文参照。

(3) 上記「見直し指針」は、公共施設の整備は開発者ではなく自治体になすべきことを前提として、国庫補助等の活用を推奨するが、これは中央省庁への自治体の依存度を強めることにつながり、分権の潮流に逆行する結果を招きかねないだろう。

(4) 参照、安本 1993:68。なお、「地域空間管理」の観念については別稿を予定している。

(5) 前述のようにメニュー主義をとるドイツにおいても、「柔軟な計画の必要性和、建設管理計画の硬直的(inflexible)類型との乖離(Auseinanderklaffen)」は問題として認識されているようである。Hoppe/Grotefels1995:94

(6) 本件の多数意見は、きわめて曖昧なものであった。そこでは、(ア)規制の内容が憲法上許容される範囲かどうか、(イ)法律の根拠に基づかず自主条例によって規制することが許されるかという二つの問題、そして(a)内容—行使区別論(b)警察規制(c)内在的制約という少なくとも3つの異なる—相互に関連するものではあるが—法理が、区別されぬまま混在している。近時の学説はため池条例の本文引用部分をもっとも重視する傾向にあるが、それには、(a)-(c)などの文脈を意図的に軽視し、最判の射程を条例による財産権規制一般にまで広げようという正当な実践的志向も伴っているだろう。

(7) 以下、しばしば用いられる「地域的事情」という表現で代替する。

(8) 認知的先導性は、(i)例えば他の地域に比してその問題が多発するなどの理由で特定の地方公共団体にのみ認められる場合と (ii)「現場」への距離の相違から地方公共団体一

般と国との関係で認められる場合があると考えられる。勿論双方を認めうる場合もあるだろう。

(9)財産権の規制に法律を必要と解する見解（雄川 1963）にも、それが「財産権が多く全国的な取引の対象となり得るものである」ことに着目する点で、確かに聞くべきものがある。例えば新たな物権の創出や知的財産権に関する新たな制度設計は、条例によってはなしえない事項であろう。（もっともこれは、憲法 29 条 2 項の問題ではなく、94 条の解釈問題として対処すれば足りるとも考えられる）しかし、土地利用規制に関する限り、(i)場所的に固着している土地の性質から、規制が条例によってなされることによって取引安全を害するおそれは相対的に低い。また、(ii)条例による規制を排除することで法律の規定が錯雑化しかえって予測可能性を害する場合がある ことから、やはり消極説は説得力に欠ける。しかし、取引安全と予測可能性の見地から条例の規定の明確性、規制手続の透明性が重要であることを再確認させてくれる議論ではあろう。

(10)但し本件に関する限り、山田少数意見やいくつかの評釈が指摘するように、奈良県による立法事実の吟味の程度は疑わしい。

(11)ただし情報公開は、自治体情報と国の情報という、一応は区別される事項に対してそれぞれが立法した事例であり、機関委任事務に関する情報などを除けば、法律と条例の抵触はおよそ問題にならなかった種類の事案である。

(12)ここで取り上げた憲法 29 条 2 項の問題とは別に、旧地方自治法 2 条 3 項十八号が、土地利用規制に関する法律の留保を定めたものであるかどうかという論点がある（後記宝塚まちづくり条例事件控訴審（大阪高判 1998. 6. 2 判時 1668-37、参照、本稿**頁以下）は、同号及び都市計画法 10 条の「法律で」定めるという文言から、自治体独自の条例による規制を否定している）が、地方分権一括法で廃止された。

(13)控訴審のこの法解釈は、河川法 6 条 1 項二号を「参照」して典拠としている。しかしそれは、(i)河川法と本件条例との関係が不明なのに加え、(ii)河川法 3 条 1 項の「河川」の定義(iii) 2 項後段の同意要件を無視したものであり、法解釈として理解困難である。またそれは、被告高知市長の控訴審陳述に依拠している。本件縄手敷は河川の「流水そのもの」であるという理解しがたい被告主張（1 審）もあわせ推測すると、河川法の解釈、本件条例との関係について、そもそも被告の認識は不十分だったのではないか。だとすれば本件の立法事実はいささか「筋の良い」事案ではないと言える。

(14)事実最判は、本件条例を無効とするのではなく、その限定解釈を試みる。河川法同様、「普通河川等」に含まれる堤防、護岸等の施設は、河川管理者が設置したものおよび河川管理者以外の当該施設管理者の同意を得たものをいうと解するのである。

(15)但し本件の事案そのものについていえば、前註(13)で示唆したように、河川法の問題点を意識した上で、あえてそれに反する条例を制定したものといえるか、だったかどうか、少々疑わしい。

(16)最大判 1975. 9. 10 刑集 29 卷 8 号 489 頁。上記普通河川条例事件で同最判は引用されていないが、法の趣旨に専ら着目する判断手法は共通している。

(17)都道府県レベルであるが、神奈川県土地利用調整条例は先駆的にかかる方向を目指したものである。参照、神奈川県企画部 1996。

(18)内海 1999:198 は、これら両側面をともに含む意味で「まちづくり条例の総合化」を語るが、本稿では「総合化」をひとまず第一の意味にのみ用いる。

(19) 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. 6. 9)

(20) 「今後の都市政策は、いかにあるべきか」 第二次答申（経済社会の変化を踏まえた新たな都市計画制度のあり方について）(2000 年 2 月 8 日)

(21) 従来の「整備/開発/保全の方針」と比較すると、全ての都市計画区域が対象とされ、未線引き区域にまで拡大された。パブリック・コメントの対象となった 99 年 10 月の「都市計画制度の見直しに当たって」では、「都道府県マスタープランは、都市計画区域内のみにとどまらず、都道府県全域を射程に入れ、さらには隣接都道府県との関わりも踏まえて策定されるマスタープランとして構成することが必要ではないか」と述べられていたのだが、2000 年改正では結局都市計画区域を単位とするものとされた。

(22) 「合意の形成が促進される」という位置づけは、そのような考え方にもつながりかねない危険を孕んでいる。

(23) 上記答申に対するパブリック・コメント (<http://www.moc.go.jp/city/singikai/sn0902.htm>) でも、都道府県マスタープランの優位性・拘束性を確保すべきという意見の一方で、「市町村マスタープランを拘束しないものとし（都道府県マスタープランに『即する』とするのは不適切）」というまさにこの文言を問題にする意見も多数寄せられていたところである。

(24) 一つの背景としては、地方分権一括法による都市計画の自治事務化があるだろう。それとも関連して、都計法 2000 年改正は、都道府県都市計画決定の原案策定について、それを市町村が策定していた実務を見直し、「市町村の原案申出権-都道府県の資料提出等協力要請」と整理する(15 条の 2)。

(25) 第二次答申は、既に市町村マスタープランが定められているときはその内容を尊重すべきとしているが、これから策定されるべきマスタープランについては特に述べていない。さらにこの規定は 2000 年改正では結局脱落した。

(26) 「市町村の都市計画に関する基本的な方針について」建設省都計発第 94 号(1993 年 6 月 25 日)

(27)

五十嵐他 1996:221 は、「住民説明会が協議の場になり、協議の場で『美の基準』がそれぞれの敷地で実現される過程を通して、事業者との対立関係が止揚され、環境を創造するための協力協同の関係になる」という見通しを示している。このようなあり方を、水口 1997:183 は「協議型計画誘導基準」と位置づけている。

(28) マスタープランと「美の基準」の上下関係は、条例から明らかではない。「パタン・ランゲージ」のを法律化の困難さを制定関係者が語っている（五十嵐他 1996:126-129）ことから推測すれば、意図的に選択された曖昧さではないかとも思われる。

(29) 山下 1996:87 は、この点を「操作可能な数値により構成された計画に基づいて具体的な決定をおこなうのではなく、議論することを通じて決定する仕組みである。現代的な計画化が試みられていると言えるし、近代的な計画論からすれば、計画の放棄と批判されもしよう」と評する。

(30) 「参加」に最も適した手段が計画図の作成ではなく「言語」によるキーワードだという主張には、議論の余地もある。例えば、森村 1998:290 は、このような考え方に対して、「マンション立地の荒波を阻止「して静かな町に戻った、そして半島の突端にあるが故に

当面大きな変化も起きず、起こす必要もない町であることを考えると、また、生活環境整備に類する行為は今後かなり必要だとは思われるが、その適否を決めるデュープロセスが条例で整っていることを考えると、真鶴町の場合はそれでいいものとも思える。しかし、より多くの課題を抱え、整備・改善・保全すべき問題の多い、加えて多数の人口を抱えた自治体を考えると、プラン(計画図)が不要という氏の主張には、一般的には与することはできない。議論の手掛りとしてのプランを必要と考えるからである。」と述べている。しかしいずれにせよ、参加と議論により適した手法を選ぶべきことについて、両者は共通の土俵に立っている。

(31)たとえば「景観普通地区」「半島景観特別地区」を定め、両者とも第一種低層住居専用地域の用途制限をベースとしながら、店舗、飲食店、ホテル、旅館、石材採取加工施設(前者のみ)の建築を認めるなどである。なお、地場産業等の経済的要素と都市計画との関係は、大店立地法の評価とも関連する重要問題である。都市計画が前提とする空間が、資本の自由な活動の場としての均質空間なのか、自然・歴史・生活に意味づけられた空間なのかという問題とそれは関わる。

(32)五十嵐他 1996:84 は、パタン・ランゲージと「近代法の世界との亀裂」「非和解的世界」と説くが、筆者には両者のそのような緊張関係こそが生産的であるように思われる。

(33)宝塚市は上告し、係争中である。なお、その後Yは宝塚市を相手に国家賠償訴訟を提起している(読売新聞 1999 年 4 月 1 日)

(34)参照、久 1999:248。本件条例 1 条は、同条例が「環境基本条例第 5 条(現行条例では 7 条)に基づ」くものであると宣言していた。なお、内海 1999:200 は、このような総合化課題への複数条例の体系化による対応を「システムタイプ」と呼ぶ。

(35)総合性・体系性とも関連する論点として、点的規制(風営法および施行条例)と面的規制(本件条例)の相違(野呂 1998:46)があるが、本件両判決は重視しなかった。

(36)但し、実態的側面から見て、宝塚市と伊丹市の条例が、総合性においてどの程度相違があるかは疑問である。伊丹市教育環境基本条例(参照、全国条例データベース(<http://joreimaster.leh.kagoshima-u.ac.jp/>))は、「青少年の健全な育成を図るため、教育環境を阻害するおそれのある建築物の建築等を規制することにより、教青環境の保全に資すること」を目的とし(1条)、旅館業、風俗営業、有害広告物を対象とする(2条)。建築同意を与えない実質上の制限地域は、教育文化施設等からの距離規制(点的規制)に加え、市長が「教育環境の保全のため必要と認める場所」と広い裁量が認められている(4条)。風俗営業法との目的の重なり合いは、宝塚のパチンコ店等規制条例単体で、環境基本条例としての体系性をさしあたり度外視しても、実質的には同レベルなのではなかろうか。

(37)風営法についても裁判所は、「風営法及び県条例は、これによる規制が地域の実情に適合しなくなった場合には、地方公共団体が都市計画における用途地域の変更を通じてこれに対処することを予定して」と用途地域中心主義的に理解する(控訴審 42 頁; 1 審 45 頁)。興味深いことに、建設省は用途地域と風営法上の制限区域の連動にはむしろ消極的である。「建築基準法で定められている用途地域の規制内容が事実上加重されたことにより、また、風俗営業等に係る規制が用途地域制度に付随する規制であるとの誤解を与えるおそれがあるので、好ましくない」(建設省都市局都市計画課 1989:108)というのである。

(38)阿部****: 110 は、「日本の用途地域は地域の実態をかならずしも適切には表していない...むしろ、この制度は、絶対に規制の必要のある地域を拾ったにすぎないのであり、

規制されていない地域は規制の必要がないという意味を有しない。たとえば、住工商混在地域は往々にして準工業地域に指定されるから、パチンコのもたらす悪影響を防止するには、地域の実情を知った市町村が地域指定するのが妥当である」と指摘する。また、宝塚市は訴訟で、「用途地区の実態は長い時間を掛けて徐々に変容していくものであり、変化の兆しが見えたからといって直ちに、用途地区の変更や特別用途地区の指定ができるものではない」（1 審 42 頁）と主張している。

(39)このような観点に立った上で、近代都市計画の基本原則とも言える住工分離を原則とする立場から、むしろ準工業地域が住宅地化したこと自体を問題とする異論もありうるだろう。しかし、(1)そのような状況を招いたのは法令自体の規制の甘さであり、(2)住工分離を前提としても、既に全国的に準工業地域への住宅進出状況が進行してしまっている以上、それに対する対処法がさまざまに模索されるべきである (3)また近時、厳格な住工分離自体問い直される余地があること を指摘できる。

(40)ただし、施行の際現に建築確認を受けた建築物については適用されないため、本件パチンコ店には適用できない。

(41)1972 年 4 月 28 日建設省都市局長通達「用途地域に関する都市計画の決定基準について」都計発 42 号

(42)「用途地域及び特別用途地区に関する都市計画の決定・運用等について」建設省都計発第 92 号建設省都市局長通知

(43)72 年通達はこのような場合における特別工業地区について明確に言及はしないが、反対解釈的に否定する余地はあった。そして地方分権推進委の整理によれば、市町村都市計画決定は旧法化でも団体委任事務であるが、実務では一般的には機関委任事務と認識されてきたようである（地方分権推進研究会 1998:140）

(44)真鶴町まちづくり条例の制定過程でも、風致地区との関係が論点となった。五十嵐他 1996:67-70

(45)改正に際しての建設省建設経済局長・建設省都市局長通達（1998. 11. 20 建設省経民発第 67 号都計発第 118 号）では、「特定の建築物の建築を禁止することのみを目的とする等、まちづくりについて積極的な目的を有しない特別用途地区の指定は妥当ではなく、目的の設定は、目指すべき市街地像を実現する上で適切なものとなるよう、総合的なまちづくりの観点から行われるべきものである」という認識が示されている。本件宝塚市のような条例に対して抑圧的に働く恐れがないとはいえないが、「総合的なまちづくりの観点」を強調すること自体は評価できる。

(46)そこには「同意を要する協議」のたががはめられているし、また、「技術的助言」としての所管庁の法令解釈は今後も行われるだろうが。

(47)この点について、さらに一步先をも見通した分析として阿部 1999 参照。

(48)参照、福川 1999:73。ただし、2000 年都計法改正によって、準都市計画区域（市町村が知事の同意協議の上で設定）にも特別用途地区が設定可能になった。

(49)なお、「建築基準法における都市計画制度の見直し等に関連した課題への対応について」（建築審議会建築行政部会市街地環境分科会報告（2000. 2. 8））は「地方公共団体が、制限すべき建築物の用途の概要を定める特定用途制限地域（仮称）を都市計画で定め、当該地域の良好な環境の形成又は保持を図るために、建築基準法に基づく条例で建築物を制限し、建築確認で担保できるようにすべきである」としている。活用可能メニューの拡大と

して評価できるが、特別用途地区に関する前掲建設省通達との比較からも明らかなように、特定建築物を制限するためのこの制度と、積極的・総合的なまちづくりには性格の相違がある。

(50) 同地区について参照、五十嵐他 1996:20 なお、「聖なる所」は「美の基準」のキーワードの一つである。

(51) 本件宝塚市条例についても、商業地域以外の用途地域についてのパチンコ店の禁止を一律に否定することが営業の自由に対する過剰な制約でないか、議論の余地があり、その観点から違憲と解する見解もある（関 1998:179）また、モーター類似施設建築規制条例に関してであるが、風営法に反しないと解する一方で、係争建物について条例を適用する限り、その規制は「著しく不合理であり相当性を欠くものであって、… 憲法 29 条に反する」と判断した判例（盛岡地判 1997. 1. 24 判例タイムズ 950 号 117 頁）がある。

(52) ただし、同書が指導要綱の『利害調整』的性質のみを強調しているようにも読める点は、実際の要綱の多くに相当に具体的な数的基準も明記されていることに照らすと、なお検討を要する。

(53) 行裁例集 42 巻 2 号 355 頁

(54) 裁判所は、建築確認に関する 1985 年最判（最判 1985. 7. 16 民集 39 巻 5 号 989 頁）の基準を当てはめた上で、(1) 被告知事の主張する紛争の可能性は抽象的なものでしかないこと (2) 本件原告はそれまで事前指導に依拠しているため、本件設置届の受理が行政指導に対する重大な支障になるとはいえないこと を指摘した上で、本件処分（返戻を不受理処分と見立てた）を取消した。原告と県との交渉過程の存在を考慮要素に入れる判断が注目される。

(55) 中川が紹介する諸論者の見解もその側面に重点をおいて読まれるべきである。磯部 1990:19 は「都市的土地利用に関わる秩序ないしルール」が「事実上の地域慣習」から「客観的な慣習法規範」あるいは「都市計画的ルール」へと段階的に生成することを論じる。三辺 1993:251 も「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。

(56) さらに付言すれば、まちづくりに関する具体的紛争の少なからぬ部分は、経済的あるいは法的状況の変化（例えばバブル期のリゾート開発）により、今まで質的あるいは量的にその地域では考えられなかった種類の土地利用が計画されることに起因するものだろう。日本の都市において紛争以前に規範意識が存する例はむしろ稀であり、新たな状況の変化に直面し、初めてそこでこれまでの黙示の「ルール」が再認され、規範意識の生成へと向かうという流れがむしろ一般的なのではないか。

(57) 条例についてもそのような評価システムが望まれる。それを伴ってこそ、条例の認知的・試行的先導性を生かし、その経験を全国へとフィードバックしていくことが可能となるだろう。

<文献>

阿部昌樹 1999:「都市行政における法令解釈権の所在」『都市問題研究』51 巻 3 号 91-105 頁

阿部泰隆 1994:「神戸地判 1993. 1. 25 評釈」判例地方自治 125 号 108-111 頁

五十嵐敬喜 1987:『都市法』、ぎょうせい

五十嵐他 1996:五十嵐敬喜/野口和雄/池上修一『美の条例 いきづく町をつくる』、学芸出版社

五十嵐敬喜他 1999:「座談会・地方分権は都市計画に何をもたらすか」日本都市計画学会
地方分権研究小委員会 1999、69-110 頁

磯部力 1990:『都市法学』への試み」雄川献呈『行政法の諸問題(下)』、有斐閣、1-36 頁

宇賀克也 1998:『情報公開法の理論』、有斐閣

内海麻利 1999:「指導要綱とまちづくり条例の実態」「まちづくり条例の類型とその動向」
「まちづくり条例の総合化」小林 1999、22-34 頁、44-54 頁、198-204 頁

大橋洋一 1993:「条例論の基礎」『現代行政の行為形式論』、弘文堂、341-385 頁

大橋洋一 1997:「演習行政法」法学教室 1997 年 12 月号 116 頁

大橋洋一 1998:「実験法律の法構造」成田古稀『政策実現と行政法』21-41 頁

雄川一郎 1963:「財産権の規制と条例」ジュリスト 280 号 12-16 頁

*松生史 1998:「『らい予防法』の教訓と『感染症予防・医療法』の課題」法学セミナー524
号 29-32 頁

金井利之 1998:「空間管理」森田朗編『行政学の基礎』、岩波、163-180 頁

神奈川県企画部・土地利用調整システム研究会 1996:『土地利用調整システムの研究-公正・透明な行政運営の確保と今後の土地政策の推進方策-』

北村喜宣 1997:『自治体環境行政法』、良書普及会

建設省建設経済局民間宅地指導室(監) 1997:『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

建設省都市局都市計画課(監) 1989:『逐条問答都市計画法の運用(第二次改訂版)』、ぎょうせい

小林重敬(編) 1999:『地方分権時代のまちづくり条例』、学芸出版社、44-54 頁

小林重敬（編）1999a：『分権社会と都市計画』、ぎょうせい

小林重敬 1999b：「近代都市計画における権限配分の歴史とわが国における経緯」小林 1999a、3-21 頁

三辺夏雄 1993：「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」成田退官『国際化時代の行政と法』、良書普及会、225-258 頁

関哲夫 1998：「神戸地判 1997. 4. 28 評釈」判例評論 473 号 176-180 頁

地方分権推進研究会 1998：『自治が広がる』、ぎょうせい

中川丈久 1998：「日本におけるインフォーマルな行政手法論―「行政指導は普遍的か？」についての試論」神戸法学雑誌 48 巻 2 号 443-539 頁

日本都市計画学会地方分権研究小委員会 1999：同編『都市計画の地方分権―まちづくりへの実践』、学芸出版社

野呂充 1998：「神戸地判 1997. 4. 28 評釈」『ジュリスト 1135 号平成 9 年度重要判例解説』

福川裕一「分権型社会に望まれる都市計画の制度改革」小林 1999a、69-101 頁

久隆浩 1999：「環境基本条例によるまちづくりの体系化―宝塚市」小林 1999、248-251 頁

水口俊典 1997：『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

村上義弘 1980：「最判 1978. 12. 21 評釈」『民商法雑誌』81 巻 4 号、533-566 頁

森村道美 1998：『マスタープランと地区環境整備―都市像の考え方とまちづくりの進め方』、学芸出版社

安本典夫 1993：「地域の自治的土地利用ルールの形成と指導要綱―開発指導要綱の見直しを中心に―」福井英雄/高田昇編集責任『地域づくりと住民自治』、法律文化社、65-88 頁

山下淳 1996：「現代行政の変容と紛争」棚瀬孝雄編著『紛争処理と合意―法と正義の新たなパラダイムを求めて』、ミネルヴァ書房、77-87 頁

Hoppe/Grotefels 1995：, Öffentliches Baurecht, Beck Verlag