



都市空間の法的ガバナンスと司法の役割

角松, 生史

(Citation)

現代国家と市民社会の構造転換と法 : 学際的アプローチ:21-44

(Issue Date)

2016-01-30

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90003999>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



〈第 1 章〉

都市空間の法的ガバナンスと司法の役割

角松生史

はじめに

本稿は、都市空間の効果的なガバナンス¹を実現するうえで法システムが果たしうる役割と、そのなかでの司法の位置づけについて考察するものである。

結論を予め述べれば、

「さまざまな利害が交錯する都市空間を、『所有権を中心とする権利配分と、それに対する「公益」の観点からの最小限の国家介入（＝最小限規制原則）』という視点から表象したうえで、国家介入に逸脱がないかどうかを司法が統制する」

1 「ガバナンス」は論者によって意味内容が異なる曖昧な概念であるが、(1)決定過程の分権化(2)多様な主体間の交渉・調整(3)諸アクターによる決定過程・交渉調整過程の種々の方法による制御といった観点が強調される点は共通する。進藤兵「ガバナンス論の批判的検討・試論——『超NPM』ではなく住民参加・公益実現を」東京研究6号（2006年）32-46頁（40頁）。同概念についてさしあたり参照、R. A. W. Rhodes, *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability* (Open University Press, 1997), 猪口孝『ガバナンス』（東京大学出版会、2012年）、マーク・ベビア（野田牧人訳）『ガバナンスとは何か』（NTT出版、2013年）。

というのが「都市空間の法的ガバナンス」の現状であり、それに対して

「ステークホルダー間の交渉と調整を促進し、共有空間の協働的創造を可能にするような権利配分と司法によるその調整」

の要素を組み込んでいくことがこれからの課題になるというのが本稿の主張である。

以下本稿は、まず「『二重の空間分割』によって創出された土地所有権とそれに対立する公益」という理解が都市空間の法的構成のバックグラウンドルールとして存在すること、それが空間のコモンズの性格と緊張関係に立つことを指摘し (1.)、そのような都市空間の「古典的ガバナンス構造」が日本における都市計画法制の展開のなかでどのように位置づけられ、どのような課題が示されていたかを確認する (2.)。そのうえで都市空間の法的ガバナンスにおいて司法が果たす役割の可能性を、「権利モデル」と「協議モデル」を対比したうえで検討する (3.)。

1. 「二重の空間分割」と共有空間

1.1 都市空間の法的構成のバックグラウンドルール＝所有権 vs 公益

さて、「都市空間の法的ガバナンス」としてすぐに想起されるのは、都市計画法・建築基準法などの法令の諸規定であろう。もちろんそれは決して誤っていない。しかし、都市空間ガバナンスにおける法システムの役割はそれに止まらない。そもそも空間の物理的ありようを形成しそれを活動の場とするうえで、なんらかのバックグラウンドルールは不可欠である²。同一の空間をめぐる複数のステークホルダーが存在する以上、そこにはまず権原

2 「正式な計画システムの一つの特徴は、正式な政府、所有権者、市民それぞれの権利を調整し、土地財産権を開発する際に公益をどのように確保するか、特定の開発プロジェクトにおいてそれがどのように現れるかに関して、法に基盤を有する基底的ルールを提供することにある」 Patsy Healey, *Making Better Places. The Planning Project in the Twenty-First Century* (Palgrave, 2010), p.58.

(title) 配分の問題が発生する³。もちろんこの権原配分は「自然」の産物ではなく、なんらかの理由によって法制度が「決定」したものである⁴。

空間をめぐるそのような権原配分はまず「二重の空間分割」によって行われる。そもそも連続的につながっている地表は、それを人為的に区画へと分割⁵しない限り、誰かが所有し、取引の対象とすることはできない。分割が所有権設定の論理的前提になるのである。そして民法は、「土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ」（207条）と定め、地下や空中に対しても所有権が及ぶと定める⁶。都市空間をめぐる法制度は——さしあたり事業的側面でなく規制側面のみを見れば——上のような二重の空間分割によって設定された所有権に対して「公益」の観点から規制をかけるものという二項対立的構造において把握されてきたのである⁷。

歴史的形成⁸をひとまず離れて帰結主義的な説明を試みるとすれば「コモンズの悲劇」⁹の回避が考えられる¹⁰。牛の飼い主たちが共同で利用している

3 「どのような法制度においても必ず直面する第一の論点は、我々が『権原』とよんでいる問題である。国家は、二人以上または二つ以上の集団の利益の対立に直面すると、必ず、どちらの側に与するかを決めなければならない。もし国家がそのような判断を避けると、財産、役務および生命そのものへのアクセスは『力は正義なり』に基づいて決定されてしまうだろう。力の強い者または抜け目のない者が勝つだろう。したがって、法が取り扱う基本的なことがらは、利害の対立する当事者のうちどちらが勝つかを決めることである」（Guido Carabresi and A. Douglas Melamud, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089, 1090 (1972)（松浦以津子訳「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール——大聖堂の一考察」松浦好治編訳『不法行為法の新世界』（木鐸社、1994年）115-172頁（115頁））。

4 「もし、法による権原付与ルールが目に見えず、それにより簡単に選択の自由が保障されるかのように思えるのだとしたら、それは、それらの法的ルールが非常に理に適って自然であって、あたかも法による配分が一切なされていないかのように見えるからである。しかし、これは誤りである」（Cass Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*（Cambridge University Press, 2005）, p.188（角松＝内野美徳監訳／神戸大学 ELS プログラム訳『恐怖の法則——予防原則を超えて』（勁草書房、2015年）260頁）。

5 ドイツ法でいう「地片」（Grundstück）。

6 参照、角松＝島村健＝竹内憲司「環境を守るためのルールとは——環境法」柳川隆ほか編『エコノリーガル・スタディーズのすめ——社会を見通す法学と経済学の複眼思考』（有斐閣、2014年）241-275頁（263頁）。角松「ドグマーティクとしての必要最小限原則——意義と射程」藤田宙靖ほか編『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）82-98頁（86-87頁）。

共有の牧草地があるとする。どの飼い主も自分の利得の極大化をめざす「合理的」な行動をとり、また、その共有地が産出する牧草の量には限界があると仮定する。この場合、飼い主たちはできるだけ多くの牛を共有地に放そうとするだろう。「もう一頭」放牧することによって得られる正の効用（増えた一頭の売却益）はその飼い主一人のものになるが、負の効用（共有地の疲弊）はすべての飼い主に分散されるから、「合理的」な飼い主にはそれを避けるべき動機がないからである。その結果、共有地は、過度の放牧によって疲弊し、使いものにならなくなってしまう。この事態を避けるためにはどうするか。共有地を分割して各飼い主の私有財産とするか、飼い主たちの合意によって放牧時間等を割り当てるのがよいとされる。いずれにせよ、飼い主たち個々人のなんらかの財産的権利が設定されることになるのである。

1.2 コモンズの性格の不可避性

しかし、都市空間に対する上のような「二重の空間分割」が完全に貫徹されることはない。空間が本来的に備えているコモンズの性格は残存し、ある

-
- 7 「都市法領域における空間規制は、法的な面としては、空間の在り方（公益）を根拠に個人の活動（主観的権利）を規制する、という構造だと捉えられてきた。そして、主観的権利保有者（被規制者）が規制の間違った在り方（違法性）に対して異議を唱える、というのがこれまでこれについて考えられてきたコントロールの手法であった」（見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』（有斐閣、2006年）60頁）。
 - 8 「錯雑した諸権利・諸利益の絡み合う中世的な構造から脱却し、物に対する排他的・包括的・観念的支配としての絶対的所有権が近代資本主義社会の要請にともなって成立した」というのが歴史的形成に関する川島武宜以来の古典的説明である。川島『所有権法の理論』（岩波書店、新版1987年（初版1949年））。「近代的所有権」論についての最近のレビューとして、高村学人「過少利用時代からの土地所有権論史再読——フランス所有権法史を中心に」『政策科学』21巻4号（2014年）81-131頁。
 - 9 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, *Science* Vol.162(1968) pp.1243-1248 ギャレット・ハーディン（桜井徹訳）「共有地の悲劇」シュレーダー＝フレチェット編『環境の倫理（下）』（晃洋書房、1993年）445-470頁、参照、角松ほか・前掲注（6）258-259頁、高村学人『コモンズからの都市再生』（ミネルヴァ書房、2012年）2-4頁。
 - 10 参照、角松「経済的自由権」安藤高行編『憲法Ⅱ——基本的人権』（法律文化社、2001年）213-250頁（234-235頁）、森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995年）140頁、Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, *The American Economic Review* Vol.57 No.2(1967), pp.347-359(354-356)（大島和夫訳「財産権理論について」神戸市外国語大学外国学研究 62号（2005年）45-63頁（56-58頁））。

いは再登場する。

それは第一に、都市空間が有する「場」としての性格による。都市は、人々の日常生活のなかにおける出会いと交流が不断に繰り返される場である¹¹。そのような交流は、公道や公共施設のみならず、商店や飲食店といった通常私的所有地の上に存在する空間においても行われる。また、人が道を散策するとき、広場でくつろぐときに目に入る風景は、その多くが私的所有物である建築物が形作る街並みに大きく規定されている。私的な所有物として分割された後も、都市空間は、多くの人々の関わりの中に不可避免的にあり続けるのである。このような「場」のあり方を適切に制御することは、私的所有権への分割のみによっては、少なくとも相当に困難である。

第二に、上で既に示唆したが、都市における風景・景観は、コモنزの性格を必然的に備えている。良好な景観は、主として私的所有物によって構成されるが、「その恵沢」¹²は地域の地権者・居住者その他多くのステークホルダー^{13,14}に享有される。そしてそれは、「節度ある利用をする限り、永続的に利用できる」一方で、少数の者による「近視眼的な利益追求行為によって容易に破壊」¹⁵されうるものである。

社会的注目をあびた国立市マンション事件に関係する判決には、景観のこのような性質を的確に捉えた次のような判示がみられる。

11 「都市は何よりも、くらしのなかで、そこから、さまざまな場を紡ぎ出す物的／社会的空間である。活動目的に応じて分節された場は連続した1つの軌跡を描く。たとえば。人の1日の場の軌跡は、〈すまい〉から出発し、〈みち〉を通り、〈さまざまな場〉にアクセスし、再びすまいに戻るというように、である」(岩見良太郎『場のまちづくりの理論——現代都市計画批判』(日本経済評論社、2012年)87頁)。

12 国立マンション最高裁判決(最判2006年3月30日民集60巻3号948頁)の表現である。

13 景観をめぐるステークホルダーとそれらの利害構造は重層的であり、地域住民のみならず観光客・訪問者についても考えることができる。この点について、高村・前掲注(9)45-46頁、渡邊勉「景観という公共性——社会的ジレンマと正当性」土壌学=篠木幹子編『個人と社会の相克』(ミネルヴァ書房、2008年)175-200頁(184頁)。なお参照、角松「『景観利益』概念の位相」新世代法政策学研究20号(2013年)273-306頁(300-301頁)。

14 景観については、上のような「利益の享有」という視点に加えて、上述の「場」としての性質とも関連する「人びとを時間的にも空間的にある関係の場につなぎとめるメディア……個人的なアイデンティティー、あるいは集合的なアイデンティティーのよりどころ」としての機能も指摘される。若林幹夫「都市の景観／郊外の景観」松原隆一郎ほか『〈景観〉を再考する』(青弓社、2004年)159-215頁(172頁)。参照、高村・前掲注(9)203頁。

「景観は、景観を構成する空間を現に利用している者全員が遵守して初めてその維持が可能になるのであって、景観には、景観を構成する空間利用者の共同意識に強く依存せざるを得ないという特質がある」¹⁶

「このような都市景観による付加価値を維持するためには、当該地域内の地権者全員が前記の基準を遵守する必要がある、仮に、地権者らのうち一人でもその基準を逸脱した建築物を建築して自己の利益を追求する土地利用に走ったならば、それまで統一的に構成されてきた当該景観は直ちに破壊され、他の全ての地権者らの前記の付加価値が奪われかねないという関係にある」¹⁷

既に私有地として分割されてコモンズの悲劇を回避したはずの土地であるが、空間的側面、なにかづく景観に着目すると、そのコモンズの性格が再登場する。それゆえに、利用者の自己利益の追求による景観破壊といったコモンズの悲劇が再び発生することになるのである¹⁸。

このように、都市空間の持つ本質的なコモンズの性格は、第一に、人々の関わり合いの「場」をそれによって制御する困難性において、第二に、自己利益追求によって良質の空間が破壊される危険性において、私的所有権への空間分割という制御手法の必然的限界を露呈する。私的性格と公的性格のこのような二重性¹⁹は、人々の意識にも反映される。「私的領域と公的領域、市民と国家、生活世界とシステム世界との適切な境界として人々が何を意識するかは、流動的・浸透的である。それは常に解釈と再定義に服するものである。のみならず、これらの解釈や定義がなされる制度的な地点ないしアリーナは、静的ではなく、政府の各レベル、社会のさまざまな領域に応じて移

15 伊藤修一郎『自治体発の政策革新——景観条例から景観法へ』（木鐸社、2006年）20頁。伊藤「コモンズのルールとしての景観条例——いつ、どこで行政指導は機能するか」年報政治学 2003、229-244頁（231頁）。

16 東京地判 2001年12月4日判時1791号3頁。

17 東京地判 2002年12月18日判時1829号36頁。

18 角松ほか・前掲注（6）270頁。

19 この二重性こそが、「現代都市法」論の基本的問題意識だった。さしあたり参照、原田純孝「都市の発展と法の発展」『現代の法 9 都市と法』（岩波書店、1997年）1-35頁

動するものである」^{20,21}。

1.3 抽象的「公益」による制限

もちろん都市空間をめぐるこれまでの法制度も、「二重の空間分割」で課題がすべて解決すると想定していたわけではなく、「公益」を根拠とした所有権に対する規制が当然に予定されていた。しかし第一に、そのような「所有権と『公益』的規制」という二項対立構造を中心とした視角からは、その他のステークホルダーの位置づけがどうしても不分明になる。環境関係の事件における地域住民の原告適格²²や行政事件訴訟法10条1項の解釈をめぐる問題²³は、その典型的な現れである²⁴。

そして第二に、日本の立法の実務においては、それが憲法から必然的に導かれる要請とは言えないにもかかわらず、「土地所有権に対しては、公共の利益に対する目前の支障を除くために必要最小限の規制を行うことのみが許される」とする「必要最小限規制原則」²⁵が支配的である。そのため、現実の規制の程度が、上のような都市空間の私的一公的の二重性に応じた適切な

20 Healey・前掲注(2)p.57.ヒーリーのこのような観点は、彼女の都市計画理論の社会構成主義的前提にも規定されているだろう。参照、角松「『協働的プランニング』の社会的構成」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)43-56頁。

21 国立マンション事件において原告団のリーダー的存在だった石原一子は、ディベロッパーM社が行った住民説明会において、次のように発言している。「あなたたちにうまい汁を吸わせるために、私たちは環境を守ってきたのではないんですよ。デベロッパーに一体何の権限があって、土足でわれわれの大事な聖域に踏み込んでくるんですか」(石原『景観にかける』(新評論、2007年)103-104頁)。私的所有権の行使——上で言う「権限」?——としてのマンション建設が、「われわれの大事な聖域」＝「景観利益を有する地域住民の公的空間」に対する侵犯と観念されたことは、私的一公的の線引きに関する表象の相対性を物語っているだろう。そして、「われわれ」という語の私的意味合いと公的意味合いとの緊張関係もまた難問である。なお参照、角松・前掲注(13)286頁注(33)、299頁注(65)。

22 参照、角松「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法律時報79巻9号(2007年)28-34頁

23 参照、角松「都市空間管理をめぐる私益と公益の交錯の一側面」社会科学研究61巻3・4号(2010年)139-159頁

24 筆者自身はこれに替えて空間利用秩序を「当該地域の空間形成に関する権限と利害についての、地権者相互、あるいは地権者と非地権者住民との間における、調整・分配ルール」と捉える可能性を主張してきた。角松「景観保護的まちづくりと法の役割——国立市マンション紛争をめぐって」都市住宅学38号(2002年)48-57頁(54頁)。

ものになる保障は存在しない。

もう少し敷衍しよう。土地所有権の利用がもたらす外部性とそれに対応する公的主体の介入は、相隣関係的規制や用途地域規制などといった、地域空間のコモンズの性格との関係が比較的に見えやすいものもあれば、国土構造全体・インフラ整備に関する国土政策上の優先順位や文化財保護・自然保護といった、空間的に極めて広範囲の利害にかかわるものもある。両者の明確な線引きはもちろん困難であるが、一応は区別できる。前者について言えば、コースの定理に従う限り、取引費用がゼロであれば、初期権利配分がいかなるものであっても、権利者相互の交渉・取引によって最適な資源配分——所得配分の妥当性は度外視して——が達成される可能性がある。

もちろん「取引費用ゼロの仮定」は非現実的である。福井秀夫は、この仮定が成立しない「現実世界バージョン」におけるコースの定理の「実証的な意味づけ」として、(1)「できるだけ権利は明確化せよ」(2)「交渉費用は安い方がよい」(3)「初期の権利配分は事後的な取引費用がより少なくなるように設定しなければならない」という3点を挙げる²⁵。この観点から見れば、上に述べた「二重の空間分割」によって上下に及ぶ所有権を一旦析出することは、錯雑な法関係を排除して明確な権利の内容を設定するという意味において(1)の要請をひとまず充たしているように思える（この点には後で立ち返る）。しかし、(2)(3)について言えば、必ずしもそうとは言えない。(ア)いったん建築主に無制限の高さまで権利を与え、日照利益を享受したい近隣住民がそれを買収して高さを制限する交渉を行う場合と、(イ)高さ20m以上の建築物を

25 「必要最小限規制原則」について参照、藤田宙靖「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き」藤田『行政法の基礎理論（下）』（有斐閣、2005年）323-343頁、角松・前掲注（6）、大貫裕之「土地利用規制立法における『必要最小限規制原則』の克服・再論」法学67巻5号（2003年）740-770頁、亘理格「計画的土地利用原則の確立の意味と展望」藤田退職『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）619-655頁、生田長人『都市法入門講義』（信山社、2010年）5頁、59-61頁。なお生田は、現行用途地域制度において12の用途地域のうち9つが「消極規制」方式——その地域に建築してはならない建築物を列挙する方式——を採用していることを「必要最小限原則」によるものとして批判的に言及する（生田・前掲書59頁、60頁注（2））。

26 福井秀夫「景観利益の法と経済分析」判タ1146号（2004年）67-86頁（74頁）、参照、福井「権利の配分・裁量の統制とコースの定理」福井『司法政策の法と経済学』（日本評論社、2006年）163-185頁。

差し止める権利をいったん近隣住民に与え、建築主がそれを買取ってより高い建物を建築する権利を得る場合とを比較すれば²⁷、(ア)の方が取引費用が安いと直ちには言えない²⁸。

そして(1)についても、何を「権利」として取引対象とするかに応じて異なってくる。先の例において、たとえば日照利益等を念頭において高さを基準とすれば、その内容は明確であり、現行法上も地役権等により比較的容易に取引対象とできる。しかしそれは、都市空間のコモンズの性質から人々が得ることができる厚生のごく一部のみを取引可能にしているにすぎない。ある「場」における楽しみについて、良好な街並みを歩くことによる快適さや、さらには他の人々との「出会い」の可能性について、独立の取引対象とすることは困難である²⁹。もしそれらが低廉な交渉費用で取引可能であれば、コース的な最適資源配分が達成されるかもしれないが、上下に及ぶ土地所有権と用益物権による一定の制限では粗っぽい配分しかできない。その意味で問題は、「二重の空間分割」が権利配分としてむしろ不徹底なことだと考えることもできる³⁰。もっとも、仮に一定の空間から得られるさまざまな人々のさまざまな厚生すべてに「権利」を設定して徹底的に細分化したとすれば、今度はアンチ・コモンズの悲劇³¹が発生し、取引費用が膨大になることもまた容易に予想される。

いずれにせよ、空間がもたらす多様な利益に目を向け、それを法的に視野に入れようとすればするほど、「二重の空間分割」による所有権設定が、上のようなコース＝福井的な要請に必ずしも合致しないことが明らかになってくるのである。

27 もっとも、たとえば近隣住民との交渉によって用途地域規制を緩めるような仕組みは、わが国の都市計画制度の基本装備ではない（参照、福井・前掲注（26）（「景観利益の法と経済分析」）74頁）。

28 角松「建築紛争と土地利用規制の制度設計——情報構造の観点から」日本不動産学会誌 19巻 4号（2006年）58-65頁（62-63頁）では、(イ)の方が取引費用が低いというミシヤンの議論を紹介した。

29 もっとも、特定の構想の下に、これら厚生をすべてパッケージ化した形での面的な開発プロジェクトは想定可能であろう。

1.4 都市空間の古典的ガバナンス構造

都市空間をめぐる法制度のこのような古典的構造は、先に見たガバナンス論の観点——(1)決定過程の分権化 (2)多様な主体間の交渉・調整 (3)諸アクターによる決定過程・交渉調整過程の種々の方法による制御——からみれば、次のように総括できる。まず(1)について言えば、法は、二重の空間分割によって空間利用に関する決定権限を個別の土地所有権へと細分化し、その限りでは「分権化」していた。しかし一方で、当該所有地の内部における決定権は土地所有者に基本的には「集権化」されている。また、その分権化のありようは、「最小限規制原則」によって規定されていたのであり、アクター相互の交渉を容易にする観点から配分されていたわけではない。そして(2)(3)について言えば、私的所有者の上記の決定権限に対峙するのは、抽象的「公益」を担う政府だとされ、多様なステークホルダーの利害は「公益」へと吸収されて観念された。そしてまた、交渉・調整のあり方は、所有権者の自主性に委ねられ、彼らの意思決定や交渉調整を制御するような仕組み³²は、都市計画法制上正面から位置づけられてはいなかった³³のである。

30 以下の指摘も参照。「自分の経済活動が他人に直接影響する場合と間接的に影響する場合の境界線をどこに引くのだろうか。それは『権利』(所有権的に把握された権利)による、といつてよいであろう。この意味での『権利』は、自己の領域と他者の領域の境界を定め、他者に領域侵犯をしない義務を課すものとされ、同時に、権利者の同意によって他者への移転が可能なものとして普通考えられている。(負の)外部性のわかりやすい例として、公害がもち出されることが多い。たとえば、工場の煤煙によって、付近の住民は被害を受けるかもしれない。しかし、ありうるすべての資源について、権利および権利者が定まっているとすれば、全ての影響は直接的なものとなるから、外部性は存在しない。先の例でいえば、煤煙を出す権利……は、工場における生産の生産要素の一つであり、その権利は、工場(の所有者)がもっているか、付近の住民がもっているか、それともそれ以外の人がもっているか、これらのいずれかである。もちろん、すべての資源について権利および権利者が定まっているわけではないからこそ、外部性は存在するのだと考えることもできる。事実、そのとおりかもしれない。しかし、権利の初期状態(アナキーの場合も含む)から出発して、すべての資源について権利が定まるための費用(制度化費用を含む広義の取引費用)が——事実と反し——ゼロだとすれば……すべての権利が最初から確定しているのと経済学的には同じになるから、その場合は、(少なくともここで問題にしている意味での)『外部性』は存在しないことになる。」(亀本洋『法哲学』(成文堂、2011年)391-392頁)。

31 Michael A. Heller, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 *Harvard Law Review* 621-688 (1998).

2. 日本都市計画法制の展開と「古典的ガバナンス構造」

それでは、上で述べたような「古典的ガバナンス構造」を日本の都市計画法制の現実の展開のなかで見てみよう。そこにはどのような課題が見いだされるだろうか。

2.1 1968年都市計画法——「都市化社会」の都市計画

よく知られているように、1968年に制定された現行都市計画法の中心的課題は、住宅を中心としたスプロール現象の防止だった。同法に影響を与えた宅地審議会第六次答申³⁴は、都市化現象＝「近年における高度経済成長と産業構造の高度化に伴い、人口が大規模かつ急速に大都市地域を中心とする都市（への）集中」に伴い、とくに大都市地域においては、「市街地外周部において無秩序な市街化の弊害を生じ、既成市街地内部においては都市環境の悪化、都市公害の深刻化等の問題を生じている」とする。そして、都市の周辺部においては、「単発的開発によるスプロール現象」、すなわち「開発に適しない地域において、いわゆる“バラ建ち”のごとき単発的開発が行なわれ、農地、山林が蚕食的に宅地化されて無秩序に市街地が拡散し、必要最低限度の都市施設である道路、下水をも備えないような不良な市街地が形成され、あるいは住宅と工場との混在を呈し、都市機能の渋滞、都市環境の悪化、公害の発生、公共投資の効率の低下等の弊害」が生じているというのである。

そして、それに対する対処として、「将来一定の期間内に市街化する可能

32 多くの自治体は紛争調整制度を設け、条例上位置づけられる場合もあった（参照、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）158-172頁）が、それらは自主条例としてまちづくりを側面支援しつつ、都市計画・建築法制の本体とはあくまで区別されていた。

33 前掲注（27）で触れたように、たとえば協議・交渉による地役権設定でいわば規制を「強化」することは一応可能でも、当事者の交渉によって用途地域を「緩和」する仕組みは（緩和型地区計画などの特別の制度を除けば）、わが国の都市計画法制が正面から想定するところではない。そのことが逆に、「交渉による緩和の可能性がない以上、規制を慎重にする」という方向に働く可能性もあろう。

34 1967年3月24日「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」。

性のある都市地域について、……優先的、かつ、積極的に市街化すべき地域と、当面できる限り市街化を抑制すべき地域に分け」、前者に「公共投資を集中的に実施することにより、宅地開発の圧力をこれらの地域に誘導し、吸収することとし、その他の地域については、この期間内は原則として市街化を抑制することとする」ことが主張される。これにより設けられた線引き制度が、1968年法の根幹だった。後の都市計画中央審議会答申³⁵に言う「都市化社会」に適合的な都市法だったのである。

「新しい基本法体系」³⁶を一応確立させた1968年法と1970年の建築基準法集団規定の全面改正は、しかし、「最小限規制原則」によっても同時に規定されていた。

たとえば上の宅地審議会答申では既成市街地・市街化地域・市街化調整地域・保存地域という4区分が提言されていたが、現実の立法では市街化区域と市街化調整区域の2区分となり、「運用上の柔軟性を欠き、矛盾が生じた」ことが指摘されている³⁷。立案関係者によれば、その際、「原則として開発を抑止するものとする」保存区域について、「一定期間市街化を抑制又は調整する必要がある地域」としての市街化調整区域とは異なり、「買取請求権なり、あるいは補償なりの裏がないと、それは財産権に対するやや大き

35 都市計画中央審議会基本政策部会中間とりまとめ（1997年6月9日）「今後の都市政策のあり方について」。

36 石田頼房『日本近現代都市計画の展開 1868-2003』（自治体研究社、2004年）245頁

37 石田・前掲注（36）257-258頁。立案関係者は、答申の4区分は「極めて簡明」と評したうえで（大塩洋一郎『日本の都市計画法』（ぎょうせい、1981年）111頁）、同法の内容では、「『既成市街地とその周辺のスプロール地帯』と『計画的に開発すべき区域』を分離して、後者においてはプログラムにしたがって計画的に市街化を進めるという考え方や、また逆に、①恒久的に保存すべき土地と、②将来の計画開発予備軍的な土地と、③さらにその間の弾力的に個別対応すべき土地とを明確に分けて対応しようとする考え方が若干後退したとする。他方で、「既成市街地」と「市街化地域」の区分の困難さ、農地転用で両者を区別する必要がなくなったこと等を指摘し、「現実的な対応としてやむを得なかったとみることもできよう」とも述べる（同上、130頁）。さらに参照、華山謙＝大塩洋一郎「戦後都市政策の展開——政策立案者にたずねる」都市住宅問題128号（1985年）9-26頁（14頁）、養原敬「日本の都市成長管理政策と都市資産の形成」NPO法人日本都市計画家協会（編著）『都市・農村の新しい土地利用戦略』（学芸出版社、2003年）182-201頁（184-188頁）。

38 座談会「線引き制度の成立経過（上）」土地住宅問題128号（1985年）27-44頁（39頁〔宮沢美智雄発言〕）。ただし、土地の買い取りは、宅地審議会67年答申自体も言及している。

い制約ではないか」という法制局の見解があったとされる³⁸。また、市街化調整区域において、後にその運用が問題になる法34条10号のイ³⁹のような例外規定が設けられていたが、それについても市街化調整区域が「調整」であって開発の余地を許すものであることが強調されていたようである⁴⁰。

そして、「おおむね十年以内に優先的かつ計画的に市街化を図るべき区域」とされた市街化区域は、具体的な事業や公共投資能力の裏づけもなく、実際に市街地になる見込みもなく過大に設定されることになった。法案審議時の国会答弁で80万haと想定されていた市街化区域が、実際には100万haを超えて設定されたのである⁴¹。

1968年都市計画法に続いて行われた1970年建築基準法集団規定改正では、用途地域を4種類から8種類とする細分化がなされた⁴²が、用途規制の詳細度は低いものであった⁴³。そして、建築密度規制については、建ぺい率、容積率、そして斜線制限という数値が主たる規制手段となり、個別の建築官庁の裁量がほとんど認められない制度が継続した。これらは、現在まで引き継

39 同号は「開発区域の面積……が政令で定める面積（注：原則20haであり、都道府県の条例により5haにまで引き下げることができる）を下らない開発行為で、市街化区域における市街化の状況等からみて当該申請に係る開発区域内において行うことが当該都市計画区域における計画的な市街化を図る上に支障がないと認められるもの」には開発許可がなされうるものとしていた（なお、同規定は2006年都市計画法改正に至り、地区計画の内容に適合する建築物のための開発行為（10号）に一本化された）。なお、立案関係者は、当初アメリカの近隣住区を参考にして80ha規模を想定していたと述懐している。「小学校が一つ、人口が一万という、それぐらいの規模でないと、公共の世話にならないで、自分で公共施設なんかをつくる開発力がない、（あるとは言えない）」（越澤明ほか編『まちづくり行政を語る』（都市計画協会、2005年）189頁〔大塩洋一郎発言〕）。

40 上記座談会・前掲注（38）42頁〔松本弘発言〕。

41 上記座談会・前掲注（38）40-41頁〔宮沢美智雄発言〕。このような事態が生じたのは、土地所有者の立場の強さに加えて、将来の更なる都市化を見越したフリースペースの確保、という発想があったことを推測することも可能だろう。参照、角松「縮小都市と法」新世代法政策学研究16号（2012年）243-263頁（245頁）。

42 1992年改正によって12種類にまで細分化されている。

43 「最も厳しい第1種住居専用地域……でさえも、出来上がる街の姿を明確に規定できるほど詳細ではなかったということが重要な問題点です。例えば、売り場面積の小さい小売店舗住宅ならばどんな業種でも建設できますし、10m以下の高さなら集合住宅も建つのです。これでは『低層住宅に関わる良好な住居の環境』を実現するという指定目的から想定される地域像とは、相当違う街になるおそれもありました」（石田・前掲注（36）259頁）。

がれる日本の建築法制的な基本的な問題点だと指摘される⁴⁴。

このように1968年都市計画法と1970年建築基準法改正で形作られた基本的なガバナンス・システムは、「都市型社会」における都市の一方的拡大圧力を基本的に前提として、それを客観的・数値的基準で制御しようというものの⁴⁵であり、またその制御は、少なからぬ点で不十分であった。

2.2 1998年・2000年都市計画法改正——「都市型社会」への対応

1990年代末から2000年前後にかけて、都市拡大の圧力が減退したことで、「都市型社会」への対応が政策の主軸になっていく。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）は、「人口、産業が都市へ集中し、都市が拡大する『都市化社会』から、都市化が落ち着いて産業、文化等の活動が都市を共有の場として展開する成熟した『都市型社会』への移行に伴い、都市の拡張への対応に追われるのではなく都市の中へと目を向け直して『都市の再構築』を推進すべき時期に立ち至った」という認識を示す。政策の重点が既成市街地の再構築へ移行したことで、いわゆるアメニティ、都市の個性づくり、地域の活性化などの「目標の不確かなテーマ」の比重が高まることが論者によって指摘されている⁴⁶。

都市の一方的拡張を前提としていた「都市化社会」では、客観的・数値的基準の適用による鳥瞰的制御が一定の有効性を持ちえた。しかし、「都市型社会」では、より一層個別の状況に対応した文脈的制御の必要性が高まる。各地における「まちづくり」の称揚や、2003年の景観法制定は、このような動きを象徴する。また、1998年都市計画法改正から、1999年地方分権一括法を経て、2000年都市計画法・建築基準法改正に至る用途地域決定権限

44 五十嵐敬喜はこのことを「線・色・数値」（五十嵐敬喜ほか『事実の都市』（法政大学出版局、2004年）181頁）と表現する。

45 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）173-185頁（177頁）は、「当時の都市計画制度は、国の機関委任事務として、土地利用計画・事業計画についての個別利益の調整を軸に運用されており、公共的利益を目標像として示すプランに基づいて、公共的利益と個別利益との調整は行われなかった」とする。

46 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。

の市町村への移行、白地地域に関する市町村の規制手法の創出（特別用途地域の自由化、特定用途制限地域制度）といった建設省の分権政策は、都市計画課題のこのような変容の帰結でもあった。「既成市街地再構築」の課題にとっては、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狭域自治体の方がより適している⁴⁷と考えられたのだと思われる。

そしてそこでは、上で見た「場所」のあり方も問われてくる。「抽象的原理、普遍的原理を個々のケースに応用しようとする演繹的な計画の方式……では地域の場所的特性をすくい取ることができない。計画が実行に移されれば場所の特性は失われ、都市空間は均質化した空間になってしまうだろう。建築物も標準化される一方で、標準化された建築物から己を際立たせようとして、こんどは奇をてらった建物が建てられる。町並みは単調を極めるか、もしくは乱雑を極めるかの、いずれか一方の極端に傾きやすくなる」⁴⁸と指摘される。そのような「場所」としての生活世界にとっての意味をも政策課題に取り込むとするならば、所有者と公的主体との関係のみならず、さまざまなステークホルダーとの協議によるまちづくりの必要性が高まってくるだろう。一方向的圧力とそれに対する制御を前提にできないなかで、多様なアクターを関与させ、協議する仕組みの戦略的創出が課題となるのである。

2.3 2000年代後半——「都市縮退」

2000年代後半に至り、「都市型社会」を超えて「縮小都市」への対応が政策課題となる。人口減少を背景として、都市を政策的に縮退する必要性が生じてくるのである。社会資本整備審議会答申「新しい時代の都市計画はいかにあるべきか（第一次答申）」（2006年2月1日）は、大規模商業施設の郊外

47 角松「分権型社会の地域空間管理」小早川光郎編『分権改革と地域空間管理』（ぎょうせい、2000年）2-43頁（18-19頁）、角松「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。

48 間宮陽介「都市の形成」宇沢弘文・茂木愛一郎編『社会的共通資本 コモンズと都市』（東京大学出版会、1994年）159-183頁（175-176頁）。参照、角松「『公私協働』の位相と行政法理論への示唆——都市再生関連諸法をめぐって」公法研究 65号（2003年）200-215頁（205頁）。

立地と中心市街地空洞化の文脈で、次のような認識を示す。

「近年発生していることは、提供するサービスの対象者が広域にわたり、都市全体、さらには複数の都市から多くの来訪者を招くような『広域的都市機能』（広域的な求心性を強く持ち、当該機能に関する限り、都市全体、さらには複数の都市の『中心』としての役割を發揮し、これゆえに、これまではこのような機能は都市の中心部に立地するはずであるということが、都市構造を考える上での前提になっていたもの）が、郊外に立地するようになってきていることである。しかも、それらは、郊外の様々な場所に、バラバラに立地する傾向にある。これから我が国が本格的な人口減少局面を迎え、超高齢社会に突入するにもかかわらず、広域的都市機能をはじめとする様々な都市機能が、薄く、疎な形で拡散し、自動車に依存したものとなっていく傾向が今後とも続くものと見込まれる。逆に、かつての市街地では『空洞化』（『バラ建ち』ではなく、『バラ空地』）が発生し、集積のメリットが消失しつつある。」

かつてのような「中心」を前提としたうえでの郊外への住宅スプロールではなく、商業施設を中心とする新たな形でのスプロールにより、都市構造自体が変化している⁴⁹ というのである。そこで「都市圏内の一定の地域を、都市機能の集積を促進する拠点（集約拠点）として位置付け、集約拠点と都市圏内のその他の地域を公共交通ネットワークで有機的に連携させる『集約型都市構造』」が政策目標となる。

また、1990年代後半以降の地方分権政策に対しても一定の修正が求めら

49 大規模商業施設の立地等に加えて、1968年法のスプロール規制の不十分さ（参照、本稿2.1）も原因たりうる。元国土交通省大臣官房審議官石井喜三郎は、2006年までに市街化区域面積が1.5倍になったが人口密度がそれほど増加していないことを指摘し、「当初の市街化区域は将来の増加を見越し、市場メカニズムの中で徐々に市街地を形成する目論見が、市街化区域もどんどん増やしたために、疎な市街地のままになってしまったとも考えられます。例えば、道路の市街化区域内比率はあまり上がっていません」と指摘する（石井「これからの都市政策の課題と都市計画法の抜本改正」新世代法政策学研究3号（2009年）221-256頁（224頁））。なお石井は、その原因のひとつを市街化区域内農地の宅地並み課税実施の遅れに求める。

れ、広域調整の必要性が強調される。「都市型社会」における一方向的拡大圧力が減少した後も、上記の大規模商業施設などによるスポット的なスプロールの可能性はなお大きい。市町村には、既に触れた特別用途地区の自由化（1998年）や特定用途制限地域制度の創設（2000年）によって、これに対処するためのツールが既に与えられていた。しかし、上記答申が指摘するように、「市町村によっては大規模商業施設の立地がもたらす税収増や雇用を期待してむしろ誘致を行う場合も少なくなく、立地の場所や是非をめぐる市町村間の利害が競合することから、これらの制度はこれまで実際にはあまり活用されてこなかった」。特別用途地区により大型店を規制した豊田市が、隣接市町村の大型店建設で「ひとり損」に陥った例はしばしば参照される。そこでは囚人のジレンマ的状况が不可避免的に発生するのである^{50,51}。

そのため都市計画法 2006 年改正では、10000㎡以上の大規模集客施設の立地が原則として近隣商業・商業・準工業の3用途地域に限定されるとともに、同意協議にあたっての関係市町村からの意見聴取等、都道府県の広域調整機能の充実が図られた。また、2000 年改正に導入された準都市計画区域の指定権者も、市町村による指定実績の乏しさにも鑑み、都道府県へと変更された。

この経緯もまた、ガバナンスの問題を提起する。上記のように都市政策の重点が既成市街地の再構築に移り、空間の快適さに関する認知的優位性やステークホルダー間の協議への対応能力に着目して、地方分権路線が推し進められた。しかし、分権型ガバナンスが上記のような囚人のジレンマ的状况を招く場合は、必ずしも有効に機能しない⁵²。また、「初期設定」が適切になされない場合は、自治体による熟慮した意思決定なしに、既成事実が進行し

50 2006 年都市計画法改正に関与した明石達生は、次のように述べる。「ここから得られる教訓は、市町村に決定権限のある都市計画は、互いに利害が競合することだと、役割を果たし得ないということである。……空間的スケールを無視して、事務能力があるからという理由だけで市町村に権限委譲をしてはならない事柄が、確かに存在した」明石達生「都市計画法等改正の本当の意味」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）33-44 頁（36-37 頁）。参照、角松「条例制定の法的課題と政策法務」ジュリスト 1338 号（2007 年）103-114 頁（112-114 頁）。

51 加えて言えば、大規模商業施設が仮に将来「焼き畑商業」的に撤退するとすれば、長期的観点から見れば当該市町村の利益にもつながらないにもかかわらず、である。

てしまう。明石達生は以下のように指摘する。

「(英国やドイツが、大型店の立地制御を都市計画でしっかり行える—引用者注) 秘密は、自治体のやる気などではない。法律制度が日本とは根本的に違うのだ。その違いとは、日本の都市計画は『自治体が規制したければ規制できる』制度、英独は『法律が原初的に開発を規制してあって、自治体は開発規制を解除したければ都市計画プロセスによって解除できる』制度という違いである。英独の自治体は、極細に言えば開発規制の解除しかしていない。もともと法律で規制されている状態から出発して、規制解除の是非と条件を民主的な調整プロセスに則って決定していくこと。その法的枠組みが自治体の都市計画行政をしっかりと機能させている。……だから、日本の制度は今までの発想を逆転しなければならない。規制の導入を自治体の意思に任せていたのでは、結局ごく一部の自治体しか本当に機能する都市計画行政を行えないだろう。規制できる権限を付与されたところで、実際に自ら規制を導入することは、都道府県であっても大変なことだ。大規模集客施設という、都市構造に重大な影響のある用途に対象を絞ってではあるが、そういう大変なことは建築基準法が最初にやっておき、自治体には都市計画によってその規制を解除できる権限を付与すること。これが、都市計画のパラダイム転換である」⁵³

空間の分割による所有権の配分の場合と同様、単に狭域自治体権限を配分するだけでは、適切な意思決定や協議の場が創出されとは限らない。その権限の背景にある「初期設定」も含めた仕組みが問題になるのである。

2008年以降国土交通省は都市計画法改正に取り組む。2009年6月26日の社会資本整備審議会都市計画・歴史的風土分科会「都市政策の基本的な課題

52 中井検裕は、大規模商業施設の立地問題などについてコース的交渉が機能しないことを指摘する(中井「分権下における広域計画」箕原敬編『都市計画 根底から見直し新たな挑戦へ』(学芸出版社、2011年)128-129頁)。

53 明石達生「新まちづくり三法における都市計画のパラダイム転換」季刊まちづくり13号(2007年)16-17頁。参照、角松・前掲注(51)113頁。

と方向検討小委員会」報告⁵⁴では、都市政策の課題が物理的基盤整備（「舞台」の拡張整備）からさまざまな取組みのコーディネートなど（都市の「演出」）へ移ってきていることが述べられ、「エコ・コンパクトシティ」、「賢い撤退」（スマート・シュリンク）などといった政策的な都市の縮退に関わる理念が提示される。しかし改正作業はその後必ずしも順調に進まない。

都市の縮退が課題になる局面では、圧力を前提としてそれを法的に「制御」という枠組はもはや機能しない。政策的な誘導により、縮退に向くような力を計画主体が創出することが必要になる。また、快適な居住空間を作り出すために、戦略的にステークホルダー間の協議の「仕組み」を構築していくことが重要性を増す。2014年の都市再生特別措置法等の一部を改正する法律によって導入された立地適正化計画と都市機能誘導区域・居住誘導区域制度⁵⁵がこのような方向への一里塚として機能しうるか、その他にどのような手法を開発していけるかが今後の課題となるだろう。

3. 都市空間の法的ガバナンスにおける司法の役割

3.1 法的ガバナンスの意味

ここまでの議論をひとまずまとめると、以下のようなになるだろう。

(1) そもそも都市空間を私的所有権に分割することは、コモنزの悲劇を回避するという意味で、分権型ガバナンスの現れである。しかしなお残る空間のコモنز的性格に鑑みれば、そのような分割のみでは解決にならない。また分割のありようが、上下に及ぶ所有権を前提とした「最小限規制原則」に基づくものであるべきだという論理的要請は存在しない。

(2) 現実の日本の都市計画法制は、最小限規制原則に規定されたことで、「都市化社会」への対応に既に弱点を抱えていた。そして、「都市型社会」「縮小都市」への対応のために協議のための仕組み作りが要請されるなか、その弱点はより露わなものになる。

54 <http://www.mlit.go.jp/common/000043480.pdf>

55 http://www.mlit.go.jp/en/toshi/city_plan/compactcity_network.html

(3) アメニティや価値創造が重視される都市型社会においては、協議・交渉の重要性が増してくるが、それに基軸を置いた制度を実現するためには、初期設定をどのようなものにするかが決定的に重要になる。所有権者と近隣住民というレベルでもそうであるし、協議のための仕組みを運営すべき市町村も、それ自身が他の市町村との間に利害対立を孕むため、制度的条件によって規定されている。そのため、広域計画によって枠をはめるなど、分権的意思決定の制度的前提を形成することの重要性が高まる。

(4) 都市の縮退が課題になる局面では、政策的な誘導と協議の「仕組み」の構築の重要性が増してくる。

さて、まったく練られていない概念ではあるが、ここで都市空間の法的ガバナンスに関する二つのモデル——「権利モデル」と「協議モデル」——を提示してみたい。前者は、理念型的には、空間を分割してステークホルダーにそれぞれ「権利」を与え、分割された範囲内においては空間形成に関する集権的な権限を与えるガバナンス・モデルである。後者は、ステークホルダー間の協議・交渉を促進するためのなんらかの仕組みの創出を志向するガバナンス・モデルである。

両者の関係が排他的なものではないことは、あらためて述べるまでもない。そもそもコモンズの悲劇論やコースの定理が想定する状況は、共有空間を分割することによってそれぞれに権利を設定することによって、権利者同士の相互交渉を可能にして空間に関する最適資源配分を実現することにあつたのである。

このように見てくると、上で見たような日本の都市計画法制の展開は、基本的に「権利モデル」に立脚したうえで「都市化社会」における都市拡張の法的制御を試みたが、それが現実の立法を規定する「最小限規制原則」によってその有効な発動が阻害され、さらに「都市型社会」「縮小都市」の段階に移行するなかで、「権利モデル」を補完するものとしての「協議モデル」の重要性が増大してくる過程と総括することができるだろう。

3.2 司法の役割

2004年行政事件訴訟法改正以降、都市計画に対する争訟可能性が拡大し

つつある行政訴訟の対象（抗告訴訟・当事者訴訟双方）および原告適格の双方について、一定の拡張傾向があり、また、従来から可能だった都市計画決定の付随的審査についても、注目すべき判決がいくつか現れている。都市計画争訟に関する立法論的提言もなされている⁵⁶。

しかし、司法権は、都市計画においてファースト・オーダーの制御を担当する主体ではなく、立法・行政が創設し運用する制度をセカンド・オーダー的にコントロールする役割を担うものである。したがって、ファースト・オーダーとしての立法が「最小限規制原則」に則って構成されている場合、司法統制の強化は、すなわち同原則の実際の現れの強化でしかない。

他方、原告適格拡大は、「最小限規制原則」とは異なる方向性を含む。それは、処分の根拠法令の解釈によって、所有者権者等以外のステークホルダーに対しても法律上保護された利益を構成し、都市空間に対してもたらされる変容に対する司法審査の発動を彼らが請求することを承認するものである。しかしそこにはなお二つの限界がある。

第一に、原告適格の拡大により訴訟要件をクリアーしても問題は本案に投げ返される。実定法制度が「最小限規制原則」に立脚している限り、結局結論は同じなのである。

第二に、これらステークホルダーは、多くの場合、司法救済のタイミングを自らの利益に即した形でコントロールすることはできない。行政法的救済も、民事法的救済も、基本的には「権利侵害」が生じる時点を権利救済のタイミングとして考える発想をとっている。民事法上の差止請求権について権利的構成をとる場合は、このことは自明である。行政訴訟の場合も、抗告訴訟の対象としての「処分」の周知の定義——「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」⁵⁷——に権利義務との結びつきが示されている。この時点において有効な救済が可能かど

56 都市計画協会「都市計画争訟研究報告書」（2006年8月）、都市計画協会「人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調査業務 報告書」（2009年3月）。これらについては角松「自治体のまちづくりと司法統制——都市計画を中心に」大久保規子編集代表『争訟管理——争訟法務』（ぎょうせい、2013年）65-88頁、73-76頁で若干検討した。

うかは、「権利義務」が影響を受ける時点と、地域空間が現実の変容を被る時点との間の時間差の大小に依存する。そして、建築主の権利が「建築の自由の制限」と構成されるのに対して、周辺住民その他のステークホルダーの利益をなんらかの「権利」と結びつけて語るのはかなり難しい。それら利益が原告適格を基礎づけることはありえても、処分性の根拠とはならず、したがって、これらステークホルダーの立場から司法救済のタイミングをコントロールすることは困難なのである⁵⁸。

都市空間ガバナンスに関する上のモデルを用いれば、これまでの司法権の自己理解は、基本的に「権利モデル」に規定されていた。「法律上の争訟」を担当する司法権の役割は、「主観的権利」への侵害を防止することにあるのだから、その「入り口」は、訴訟の対象（処分性）、司法権発動を請求するステークホルダーの範囲（原告適格）の両面にわたり、「権利」に即して限定される。2000年代後半以降の判例は、この制限を徐々に緩めつつあるが、あくまでそれは、「権利モデル」を前提としたうえで、その「防衛線を前進」⁵⁹させていこうという試みである。

また2000年代後半から、本案で都市計画決定を違法とする（ないしその可能性を指摘して差し戻す）いくつかの裁判例があり、注目される⁶⁰。しかしこれらは、いずれも都市計画事業に対して所有者の権利保護を強化——紛争の背景はさておき法的平面においては——したものである⁶¹。他方、管見の限り、都市計画上の土地利用規制の分野において都市計画決定を本案で違法とした裁判例は、はるか以前の宇都宮地判1975年10月14日⁶²を除き、付随的審査も含めておそらく存在しない。そもそも、都市計画による土地利用規

57 最判1964年10月29日民集18巻8号1809頁。

58 角松「地域空間形成における行政過程と司法過程の協働——司法過程のフィードバック機能をめぐって」磯野弥生ほか編『現代行政訴訟の到達点と展望 宮崎良夫先生古稀記念論文集』（日本評論社、2014年）3-24頁（22-23頁）。

59 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）249頁。

60 東京高判2005年10月20日判時1914号43頁（伊東大仁線）、最判2006年9月4日判時1948号26頁（林試の森）等。

61 都市計画道路における予測の要素（伊東大仁線）、公有地があるなかで私有地を都市公園用地にすることに対する説明責任（林試の森）に関して、比較的強度の統制が試みられたのは、そのような法的文脈においてのことである。

制緩和に対して、ステークホルダーが提訴して本案判決に至る事例自体が極めて希少なのである⁶³。

上で見たように、「都市化社会」が終焉し、「都市型社会」さらには「縮小都市」の時代を迎えるなかで、「権利モデル」を「協議モデル」で補完すべき必要性が高まっている。「協議モデル」が求める「ステークホルダー間の交渉と調整を促進するための仕組みづくり」は、基本的には立法・行政の役割であるが、司法も、創設された仕組みの適正な運用を担保することに加えて、交渉・調整の「きっかけ」になることは考えられよう。別稿⁶⁴で検討したように、鞆の浦世界遺産訴訟広島地裁判決⁶⁵は、結果として、ステークホルダー間の協議による「仕切り直し」と架橋埋め立て計画の見直しにつながった⁶⁶。今後の司法統制のあり方を考えていくうえで、権利の所在を確定して「権利がある方を勝たせる」ことを目標にするパラダイムではなく、「ステークホルダー間の協議を促進する」という構想も考えられるだろう。

その場合、司法の判断枠組にどのような変容が期待されるのだろうか。明確なイメージは未だ持ちえないが、以下のような可能性は考えられるのではないか。

(1) 司法統制の手続化。一方では行政内部の判断過程統制、他方では行政の「外部」にある市民参加のプロセスの適正さを問うことが考えられる。もっとも前者については、都市計画事業の分野では、上記伊東大仁線判決の延長線上にある費用便益分析の活用などが考えられるものの、土地利用規制については困難が予想される。また、後者については、立法による制度化なしに司法がプロセスを創出することにはかなりの困難があろう。

(2) 政策決定過程において無視・軽視された規範的価値の拾い上げ。

62 宇都宮地判 1975 年 10 月 14 日行裁例集 29 巻 4 号 504 頁。なお、控訴審東京高判 1978 年 4 月 11 日行裁例集 29 巻 4 号 499 頁は原判決を取消し、訴えを却下した。

63 ただし、総合設計許可等の例外許可類型ではこのような例が時折見られる。参照、最判 2002 年 1 月 22 日民集 56 巻 1 号 46 頁、最判 2002 年 3 月 28 日民集 56 巻 3 号 613 頁（総合設計許可）。

64 角松・前掲注 (58)。

65 広島地判 2009 年 10 月 1 日判時 2060 号 3 頁。

66 もっとも未だにコンセンサスが得られていないとはいえず、最終的帰結も未だ不透明である。また、このような結果が得られたことはやや偶然的であった（角松・前掲注 (58) 6 頁）。

Bryson/Crosby のフォーラム・アリーナ・コート論によれば、司法過程は、「残余紛争の規範的観点からの処理」の役割を担う⁶⁷。有名な日光太郎杉事件⁶⁸や二風谷ダム事件⁶⁹で示されたように、「軽視されがちな価値」を拾い上げるのは司法過程の役割ではないだろうか。そのことは、最小限規制原則の強調とは異なった方向性を意味するものだろう。

(3) 事後的判断の優位性で見直しの促進。時に実効的統制を困難にする行政過程と司法過程のタイムラグを逆に利用し、いわば「後知恵」を活かすことによって、都市計画の見直しを促進することも、司法権固有の役割たりうるのではないか。現在各地で未実現都市計画道路の見直しが進められているが、そこでは長期未実現都市計画道路に関して補償が必要となる場合があることを示唆した最判 2005 年 11 月 1 日藤田補足意見⁷⁰が、自治体が見直しを進めるべき理由づけとして利用されている。「司法による事後的判断が計画の見直しを促進する」ポテンシャルも含めて、司法判断のあり方と、それを前提とした制度設計を考えることはできないか。

しかしいずれにしても、上述したように、司法が登場するのは事後的な局面であり、そこでの役割は基本的にセカンド・オーダー的制御に限られている。しかしながら、そこでの司法の判断が、翻って政策判断に——フォーラム・アリーナ・コート論で言えば少なくとも「アリーナ」に——影響を与えることもいうまでもない。事実、「最小限規制原則」を強化した司法介入は、自治体行政に対してそのような影響を与えた。だとすれば、たとえば司法が新たな法的利益を認知する規範的判断を加えることで、それが「協議モデル」の形成のトリガーとして働く可能性も考えられるだろう。たとえば「景観利益」をめぐる一連の裁判例の果たした役割⁷¹を、その観点から見ることも可能だと思われる。

67 以下の議論も含めて参照、角松・前掲注(56) 77-82 頁。

68 東京高判 1973 年 7 月 13 日行裁例集 24 卷 6・7 号 533 頁。

69 札幌高判 1997 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁。

70 最判 2005 年 11 月 1 日判時 1928 号 25 頁。

71 参照、角松・前掲注(14)、前掲注(62)。