

「まちづくり法の比較法社会学的考察」
その全体構造の再定位にむけて
(概要書)

小川祐之(おがわゆうじ)

序

本論は、まちづくり運動と、それが法学に突きつける反省とを受けとめつつ、まちづくりに関わる法の全体構造を、これまでの伝統的な公法私法二分論にとらわれずに捉え直そうとするものである。この課題迫るため、本論では、全体を3部に分けて考察をおこなうことにする。

まず第1部では、各地のまちづくり運動で、建築協定や組合・法人制度といった私法的手法が用いられ、またその活用が提唱されてきていることをふまえ、土地の利用調整をおこなうにあたっての「私法」の役割と限界を検討するとともに、まちづくりでの私法の活用が、「公法」のあり方そのものにも影響を与えることの確認と、そのような公法を含んだ新しい法の全体構造の把握の仕方について検討する。

第2部では、イギリス都市計画制度の中核を占める「計画許可制度」成立の歴史的背景を振りかえることで、イギリス都市計画制度の最大の特徴といえる地方政府の裁量権が、大土地所有貴族による「私人の都市計画」の上に成立し地方政府が継承した、地方の自律性を基礎としていることが確認されることになる。

第3部では、ニューサンス法と都市計画の関係について、20世紀後半の判例形成を中心として見ていくことにする。これらの判例を通じて確認できるのは、19世紀の公衆保健改革を経た都市計画における公共性は、そうした自らの基礎を破ることができるようなものではない、ということである。それは、ニューサンス訴訟の判例の検討だけでなく、都市計画とニューサンス法の関係全体を視野に入れた考察の中で明らかとなる。

第1部 まちづくり法の全体構造の把握に向けて

1. はじめに

1) 土地所有権の「絶対」とまちづくり運動

建築基準法・都市計画法を中心とする日本の都市計画システムは、私的自治の原則の下、ながらく「必要最小限度」の規制にとどまることを求められてきた。これに、土地所有をもっぱら市場における交換価値からのみ把握する日本的土地所有の特質がくわわることで、交換価値以外の、たとえば生活の場としての価値は、都市計画システムの中に十分に位置づけられることなく今日に至っている。この都市計画システムに代わって、生活の場としての価値の実現を目指したのが、自分たちのまちを自発的につくっていかうとする各地の人びとがはじめた「まちづくり運動」であった。まちづくり運動は、各地の地方政府の条例や、最近では、タウン・マネジメント、エリア・マネジメントといった中央政府の政策にも影響を与えるまでになっている。

しかし、一方で、政策的におこなわれる規制緩和が、たとえば地権者の2/3同意条項の導入などによって、まちづくり運動とは逆に、それまで存在した人びとの法的関係を否定する方向へと作用している。また、都市計画提案制度や民間の指定確認検査機関による建築確認の導入が、地方政府の裁量を奪ってきている。しかし他方では、地方分権化が、都市計画を自

治事務化するなど、地方政府を都市計画システムの運営主体として位置づけ、それに合わせて、独自の運用をおこなおうとするところも見られるようになってきている。

そこで第1部では、以上のような傾向を念頭に置きつつ、また、人びとの自発的なまちづくりに私法を活用することを提案する研究・実務動向があることをふまえて、まちづくり法における私法の役割と限界について考察する。そして、こうした新しい私法の役割をふまえた、この法領域の全体構造を捉え直してみたい。

2. 土地利用調整と私法

1) 土地利用調整に関わる私法

本節では、まちづくりにおける私法の役割と限界を考察するに先だって、まちづくり法においてどのような私法が関わっているのか、まず確認する。ここでは、まちづくり法を、「所有権法を基礎とし、建築基準法・都市計画法などで主に規律されている、ある一定の地域の、隣接する土地の利用についての調整に関わる法領域」(＝土地利用調整法)に限定して、以下考察を進める。

土地利用調整法に関係する私法は、1) 不法行為法、2) 相隣関係法、3) 地役権、4) 契約的手法の4つのカテゴリーに分けて捉えることができるが、このうち、第4の契約的主法には、債権法の契約の章に規定されているものだけでなく、「人同士が、互いに関係を結び合意することで、何らかの法的効果を生み出すためのもの」と広く捉えれば、ここに「組合」や「法人」等の制度も含めうる。

第二・第三のカテゴリーに含まれる法規範が直接に土地に作用するものであるのに対して、これら契約的手法は、直接には土地に作用するものではなく、他のカテゴリーに含まれる手法と合わせることで、はじめて土地の利用調整をおこなうことができるという違いを有している。

2) 人びとの合意と土地利用調整

つぎに、前節で確認した、人びとの合意に基礎づけられる第4のカテゴリーと、その他のカテゴリーとの組み合わせが必要となる問題を、人びとの合意によるまちづくりを行おうとする際の「前提問題」として捉え、そこで発生する問題を、建築協定を例にして4つの整理する。その第1には、「まち」への人の出入りがあった際に人びとの合意という法的効力発生の基本付けが揺らぐという、「当事者の変動」の問題がある。第2には、当事者の人数が多くなればそれだけ合意をとることが難しくなる「多数当事者の問題」がある。また、第3として、所有権者、借地権者だけでなく、借家権者やたんなる同居人といった、従来の都市計画システムにおいては、必ずしも主体性を認められてきていなかった人びとを、どのように当事者として合意に参加させるかという「主体の限定の問題」がある。そして、第4には、土地利用調整は、ある程度の安定性と同時に、時代の変化に合わせて柔軟に変化することが求められることから、この「フレキシビリティと安定性」のどのようにバランスをとるかが問題となる。

3) 日本における土地利用調整私法の特殊性

以上のような「前提問題」にくわえて、日本のまちづくり法の歴史的展開が、さらに私法の活用を許さないような環境を作り上げてきたといえる。イギリス(イングランド)法を比較対象として見たとき、前提問題として扱った、人と人の関係に関する法と物に関する法を媒介するための法的手段が、日本においては全くといって良いほど発展しなかったのである。

媒介のための手段としては、イングランドには、ニューサンス法や制限約款といった存在を指摘することができる。ここで重要なのは、これらの「私」法的手段が、1909年にはじまる「公」法による都市計画システムに先だって、歴史的に存在してきたことである。イギリスにおいては、この公法に先行する私法の存在が、公法のあり方そのものにも一定の影響を与えているのに対して、日本の土地利用調整法においては、公法が、私法と無関係に存在している。このうち、日本の問題については第1部の最後で、そして、前者のイギリスについては第2部、第3部の課題として、それぞれ検討することになる。

3. 土地利用調整私法の可能性と限界

1) 私法活用の可能性

ほとんど公法にのみ土地利用調整を任せている法制度の下で、その公法の規制緩和が行われれば、人びとのあいだに法的関係がなくなるのは当然である。そこで、こうした近年の規制緩和政策に対してもう一度人びとの関係を法的に捉え直すために私法を活用することの可能性と限界を、ここでは先行研究によるそうした提案をふまえつつ考察する。

可能性については、イギリスの制限約款を基礎とするアメリカのCIDが人種差別的に機能してきたのに対して、竹井隆人氏が、政治学の観点から、CIDにはコミュニティの管理のための主体として、組合や法人がつくられることに着目して、日本では、これを共同性構築の場として積極的に捉え直すことができるとする議論をおこなっている。

また、高村学人准教授は、宅地と里山をセットにして販売し購入者たちに「共通の庭」として保有してもらう仕組みづくりをしている稲城市の「里山コモンズ」の取り組みを、既存の伝統的共同体の基盤に依拠しない、新しい「コモンズ」生成のころみとして評価している。また、このような新しいコモンズのための制度設計として、「私法的制度の活用」を検討して、そこでは、一般社団法人といった私法上の制度の活用を提案している。

2) 私法活用の限界と公法

しかし、私法活用には当然に限界がある。CID型のコミュニティ管理は、アメリカにおけるのと同様に差別的に機能することも予想されるし、また、高村准教授が指摘しているように、現在の法制度の下では、里山コモンズのように購入者に里山を維持・管理してもらうとしても、「私法上の所有形態の選択だけでは、固定資産税や里山の維持・管理のためのコストの問題が十分に解決できない」のである。さらには、私法を活用した個別の開発に問題がないとしても、全体

としてみればバランスの欠けたまちが形成されることもあり得る。

こうした限界に対処できるのは、やはり公法なのであるが、以上のように、私法の活用を前提としたまちづくりにおいて登場する公法は、あくまでそれを前提としたものとして捉え直される必要がある。そうした公法として、まちづくりをおこなおうとする人びとを支援するためのさまざまな地方政府によるサポートや、人びとによる規範形成を地区計画やマスタープランを通じて公法に取り入れることが、すでにおこなわれていることをここでは指摘できる。

4. まちづくり法の三層構造的把握

1)「私法」を前提とした「公法」、あるいは法体系の一元論的把握

日本の公法・私法論は、両者を相互に無関係なものとして扱う純然たる峻別論から、やがて公法と私法の融合現象や公法・私法の協働論が指摘されるようになってきた。また、民法では、近時、公共性を民法内在的に理解する有力な主張が登場してきている。そのような背景には、一方で、国家と市民社会を二元的に捉えたうえで、市民社会を脱政治化した経済社会として把握するこれまでのやり方に対する反省(平子友長教授)や、他方で、将来に向けて、「シビル」の思想を再生させ、公共のため他者と共に活動する政治的存在としての市民を民法の主体として把握していこうとする議論(大村敦志教授)などを指摘することができる。

さらに、水林彪教授は、民法内在的な公共性について論じる議論の一つである広中俊雄教授の法体系論が、『特別法』の『一般法』からの独立的側面」のみならず、伝統的な公法私法二元論とは異なる、『特別法』の「一般法」への従属的側面」もが意識されたものであることを指摘する。このような両側面を意識したときの法一元論は、本論で比較の対象とするイギリスの土地利用調整法についても妥当するものと考えているが、そうであるならば、広中・民法体系論が、土地利用調整法が保護対象とする種々の生活利益についての秩序を、「財貨秩序の」ではなく、あくまで「人格秩序の外郭」に位置づけたことが検討されなければならない。

本論では、土地所有権を基礎として、それに付随する生活上のさまざまな利益を含めて、土地の利用調整に関する法領域を捉えてきたが、そのように「土地」があくまで「生活利益」の中核にあるとしたのは、土地所有権を基点として、私的な土地利用調整を経て、公的な都市計画にいたる一連の法秩序を、一個の体系と見ることで、この法領域の全体構造を把握することを意識したものであった。しかしながら、仮に、すべての人の「人格の尊重」が、生活のための土地利用だけに及べばよいのではなく、市場的な土地利用においても、考慮しなくてはならないものだとしたら、土地所有権を人格秩序と財貨秩序に二分して帰属させる体系論は、土地所有の視角から再考する余地があるのではないか。

2)まちづくり法の三層構造的把握

以上の考察をふまえ、第1部の最後では、まちづくり法の構造を、人びとの価値判断が行われる態様に応じて、三層構造として把握してみた。人びとの合意にもとづいて、まちづくりを進

めるべきだとしても、そもそも人びとが合意できる範囲には、現代社会が当然のものとしている法意識や、人びとの合意の対象物(土地)がおかれる社会的・客観的条件から、種々の制約の下におかれることになる(第一層)。これら社会の価値判断が固まり法規範になったものに制約されつつ、人びとは、各地の、多様な、また場合によっては時間とともに変化していく地域性に対応するべく、互いに合意を取り交わし、さらなる規範形成を行う(第二層)。そして、これらを基層として、より広域な人びとの合意による規範形成が行われることになる(第三層)。それには、人びとの合意が、互いにぶつかり合うため調整が必要となり行われる場合もあるだろうし、人びとの合意によっては作り出されない公共的価値を実現する必要がある場合もあるだろう。この三層構造による把握を、一応の前提として、つづく第2部と第3部では、イギリスの都市計画を題材にした比較法研究を行うことになる。

第2部 イギリス計画許可制度成立の歴史的背景

1. はじめに

1) 地方政府の裁量権

イギリスの都市計画制度の特徴は、地方計画当局としての地位を持つ地方政府が、「計画許可制度」と呼ばれる仕組みを使って、開発案件一件ごとに具体的な審査を行い、その当否を判断することにある。この計画許可制度は、原則としてすべての開発につき許可を求めていることにその第一の特徴を有しているが、さらに、許可を審査する際に地方政府が有している裁量権の広さも、この制度を特徴づけている。

2. 現行計画許可制度とその制度史

1) 計画許可制度における裁量とその統制

地方計画当局は、1990年都市農村計画法の70条2項および54A条により、計画許可の審査に際して、あらかじめ用意してある開発計画のほかに、当該開発に関連するさまざまな事項を、「関連考慮事項」として考慮に含めることが認められている。

この「関連考慮事項」に関する問題のうち、「どこまでの範囲」を関連考慮事項に含めうるかについて、裁判所は、「土地の利用・開発に関連するあらゆる考慮」を計画上の考慮として認め、中央政府・地方政府の政策、専門家・関係機関の意見のほか、当該地の過去の経緯など、実務上行われてきたさまざまな考慮を容認してきた。また、関連考慮事項を「どの程度」の重きを置いて考慮すべきかについては、公正性や自然的正義といった行政行為一般に対する裁量統制をのぞいて、完全に決定権者の裁量の下にあることを認めてきた。

この裁量判断については、裁判所の司法審査は及ばず、「計画上訴」と呼ばれる中央政府の担当大臣(あるいは、その委嘱を受けたインスペクター)への事後的な審査のみに服することとなっている。こうした地方政府に大きな裁量を与え制度運用を第一次的に委ね、中央政府

は後見的な介入にとどまる計画許可制度の基本枠組みは、制度が誕生した1947年以来、現在までかわることなく受け継がれてきている。

2) 裁量的許可制度採用の制度史

前節で見た計画許可制度における地方政府の裁量権は、制度論的には、1909年住宅・都市計画法等の下での都市計画スキーム策定の遅延を理由としておこなわれた1922年暫定開発命令等の制度改革に端を発するものであることを確認することができる。

1909年法の下で採用された「都市計画スキーム」による開発コントロールは、たんにスキームに違反した建築物の取り壊し等を地方政府に認めるだけのものであったので、地方政府には、全く裁量が与えられていなかった。ところが、この都市計画スキームには、一種の遡及的効力が認められていたので、スキームの策定作業開始の許可権限を有する中央政府の地方政府庁が、ある地域について、策定作業開始の許可を与えると、以後、スキーム完成までのあいだに建てられた建物のうち、完成後のスキームに合致しないものは、完成後の場合と同様に、地方政府は、建物所有者に補償をする必要なく取り壊すことができたのであった。このような規定があったことにくわえ、スキームの策定作業そのものが遅れたことで、住宅開発に対して大きなブレーキが掛かることとなった。

この立法上の不備を解決するためのものが、1922年暫定開発命令であったのだが、同命令は、「地方当局が課す合理的な条件」を満たしているか審査を経た建物については、たとえその後に完成する都市計画スキームに合致していなくても、取り壊しの際の所有者の費用負担規定適用を逃れることができる旨規定されていた。そして、この地方政府が課すことができる「条件」について、同命令が何も触れていなかったことから、条件設定についての裁量の余地が生まれた。また、この審査に基づく決定については、当時の都市計画を担当する保健大臣もしくは大臣が指定する仲裁人を相手に上訴し、決定を再審査する制度も用意されていた。

3) イギリス都市計画制度の「封建的」起源

しかし、フィリップ・ブース教授によれば、イギリス都市計画を理解するためには、中世以降の長い土地利用コントロールに関する歴史的営みに目を向ける必要があるという。とりわけ計画許可制度誕生の経緯としては、1909年以前に行われていた建築条例の下での規制とそのリアクションに注目する。

3. 計画許可制度の歴史的背景

1) 前史

都市計画に類する法規制は、すでに中世期から、ニューサンス法と呼ばれる法領域で規制が行われてきた。そして、16世紀に入り、ロンドンに郊外化現象が見られるようになると、国王布令による建築規制が行われ、この中には、「同じ通りの他の建物との統一性・調和に配慮す

べきこと」といった景観に関する規制もが含まれていた。しかし、これら国王布令による開発コントロールは、17世紀の二度の革命による国王権力の低下に伴い、下火となっていった。

2) 私人による都市計画(大土地所有貴族の所領経営)

革命までの国王による規制に代わって登場したのが、大土地所有貴族の所領経営の一環として行われる建築規制であった。当時の大土地所有貴族たちは、家産を維持し一族を養い、かつ、次世代に引き継ぐ義務を負わされていたことから、その所領の経営にあたっては、土地からなるべく大きな収益を上げる必要があった。都市においては、専門的知識を有した建築業者に土地の権利を一定期間与え家屋の建築を任せるかたちで開発が行われるのが一般的であったが、その際、契約期限後に業者から回収する建物・インフラ等の資本をなるべく価値あるものにするため、専門家を雇い開発地全体についての詳細なプランを描かせ、開発に際して守るべき基準を定め、建築業者たちに対して、そこで立てる予定の建物の詳細図を提出させ、開発プランと適合するか審査を行い、開発後もそうした条件が守られているか管理が行われていた。その際に、定期不動産権契約を使って、さまざまな制約を建築業者に法的に課すことが行われていたのであるが、このような仕組みは、公的機関による都市計画が不在の中、それに代わる「私的な都市計画」として機能していたといえる。

3) 地域的法律による建築規制

産業革命による都市化と都市問題がイギリス全土に広まるようになると、各地で地域的法律が採用されるなど、ふたたび公的機関による規制が行われるようになった。しかし、当初は、例えば、同じ道路であっても、公道については建築についての改良委員会のほかに公道管理委員会もが管理をおこない、私道についてはまた別の管理主体が管理するなどバラバラなうえ、その管轄地域もきちんと整理されているわけではなかった。また都市法人や改良委員会が、そもそも無規制な状態で利潤を上げている当の本人たちで構成されているなど、1840年代までの建築に関する規制は、無力であった。問題に対処する実効的な地方政府の必要性が認識されつつあったが、その方向へはなかなか進めない状態であった。

4) 公衆保健法改革と中央政府の介入

この状況に進展をもたらしたのが、公衆保健改革であった。岡田章宏教授によれば、公衆保健改革に関連する一連の立法は、1835年都市法人法に代表される「地方の諸事を処理する組織に関する改革」と、1848年公衆保健法に代表される「地方の諸事を処理する権限に関する改革」という二つの方向で進展していくことになる。前者は、「伝統的な『地方の自律性』の構造に一定の民主主義的要素を加えることにより、貴族的支配を排しながら多様な社会矛盾に対応しうる地方政府の編制を指向した改革」であり、そして後者は、「深刻な社会矛盾を一掃する観点から、強力な権限を持つ中央当局とその意志に従う地方当局を個別領域ごとに新

設する改革であり、従来の伝統からすれば著しく逸脱した中央集権体制を一気に導入することにより、効率的な矛盾克服の道を模索しようとするもの」であった。しかし、急速な中央集権化の導入は、地方の自律性を前提とする伝統からのよりもどしを受け、改革は、やがて「過去の伝統を前提に地方を基盤にした漸次的改革」という「地方政府像を軸にしながら次第に一つの方向へと収斂してい」くという。

しかしながら、同じく「地方を基盤にする」とはいえ、民主主義的要素が加わったことで、地方政治の当事者達は、もはや、自分たちだけの利益を追求するために地方政府を用いるのではなく、新しく選挙民となった者たちも含めた地域社会全体の利益の追求、すなわち「公共性」を追求せざるを得なくなった。また、中央と地方の関係も、地方の主体性を前提にした上で、中央の介入は、それを地方が主体的に行わないときに、あくまでその公的な責任を果たさせるための後見的な介入というかたちで受け入れられていく。

公衆保健改革に沿って展開してきた建築規制でも、この中央・地方関係をふまえて関係が構築されていく。公衆保健法は、各地方に比較的簡便な方法で条例を作る権限を与える一方で、中央に、その条例を承認をする権限を与え、中央は、これを梃子にして、モデル条例を示すことで、各地方の条例制定を促すとともに、なるべく統一的な規制を確保しようとしたのである。

5) 条例型建築規制における中央・地方関係の完成

公衆保健改革の中から登場したこの条例型建築規制は、多くの地方で行われるようになり、やがてイギリスの建築規制のナショナル・スタンダードとしての地位を獲得するに至る。

さらには、1868年公衆保健法に、公衆保健を担当する地方当局が、法に定める義務履行を怠った場合に、何人も、地方政府庁を管轄する内務大臣に申し出を行い、内務大臣は、インスペクターを派遣して調査をした上で、地方当局に義務履行を命令する制度が設けられると、1871年には、より財産権侵害の度合いが強い建築規制についても対象とするための公衆保健法改正が行われた。同法は、「(不服申立てを審査する地方政府庁は、)自らが公正と判断するところにしたがい、その案件に対する命令を下すことができ、その命令はすべての当事者に拘束的で最終的なものとする」(268条)と規定したが、これが、先に見た、計画許可制度の前身である暫定開発命令と全く同型のものであることは、明らかであろう。

4. おわりに

1) 歴史から現代のまちづくりへ

絶対王制下ではじまったロンドンの開発規制は、革命を経て大土地所有貴族の手による所領経営へと受け継がれ、やがて、19世紀に登場した地方政府がこれを引き継いでいった。この間、国会と大土地所有貴族との間の個別的な法律と、大土地所有者と建設業者との間で交わす契約とに見られた中央・地方・開発者の関係は、19世紀には、中央政府と地方当局とのモ

デル条例を媒介とした関係と、地方当局が開発者に与える許可となり、さらには、計画許可制度の下での上訴権を背景とした中央政府・地方政府・許可申請者の関係へと移り変わっていったが、このような3者間の関係の連続性を、フィリップ・ブース教授は、「承諾による都市計画」と名付けている。

この関係は、19世紀の、民主的基盤を持った地方政府の登場により、大きな転機を迎える。そこでは、規制の合理性だけでなく、民主的正統性もが要求されることとなり、1870年代に一応の完成を見た中央・地方政府・開発者の関係は、今度は、開発者以外の市民と各政府内の専門家を巻き込んだ対抗関係として、現在においても引き継がれている。

第3部 イギリスにおける都市計画とニューサンス法 ―判例・制度の歴史的展開に見る連続面と切断面―

1. はじめに

1) 問題の所在

イギリスにおいて、都市計画とニューサンス法は、歴史的にみれば密接な関係を有してきた。ところが、不思議なことに、裁判所がこの両者の関係に初めて言及したのは20世紀の後半になってからのことであった。しかも、裁判所で形成された判例は、両者のあいだには一定の切断があるというのである。そこで第3部では、この歴史的展開における「連続面」と、判例にみられる「切断面」を、整合的に説明することを試みたい。

2) 都市計画とニューサンス法の関係史

ニューサンス法と都市計画の歴史的関係は、明白である。たとえば、12世紀後半からはじまるニューサンス訴訟のもと蓄積されていったルールは、各地の「建築規制」へと引き継がれていった。また、時代を下って、19世紀の公衆保健改革は、「制定法上のニューサンス」を生み出すとともに、やがて、それ自身が都市計画へと発展していったのであった。

3) 都市計画以前のニューサンス法(「地域性」の発見)

産業革命は、従前の土地利用を保全するか、あるいは新しい産業の新しい利用形態のために開発するかについて、コモン・ロー裁判所の裁判官たちを悩ませた。裁判官たちは、この問題に対して明確な答えを出さなかったようであるが、異なる利益の衝突がくり返し裁判所に持ち込まれることで、ある土地の利用がニューサンスとなるかは、その土地が属する「地域性」をもとにした一定の限度を超えるか否かによって決まるという考え方が、利益調整の原理の一つとして意識されるようになり、この時代の一連の判決を通じて定式化されたのであった。そこでは、ニューサンスの性質を「プロパティを実質的に害する」ものと、「個人的に不快とを感じる」ものとに分け、地域性に応じてニューサンス成立についての判断が異なるのは、後者だけとされた。

4) 第3部の構成

(略)

2, ニューサンス訴訟における都市計画

1) *Gillingham* 高等法院判決

1991年に都市計画とニューサンス法の関係がはじめて直接に問われた *Gillingham* 判決は、ある開発行為から必然的に発生するニューサンスが、計画当局としての権限を有する地方政府から、その開発につき計画許可を受けたことで、以後、そのニューサンスについては免責されるのか、ということが争われた事例であった。ある地域で行われる開発行為が地方政府から許可を受けることで、その地域は、そうした開発行為が許容される「地域性」を有していると言えるのが、法的な論点となった。この事件は、地方政府が原告となり、24時間開港する商業港を運営する会社へのアクセス道から発生する騒音を、パブリック・ニューサンスとして訴えた事件であった。ただし、この商業港の開発は、原告自らが計画許可を出し、しかも許可段階で、この騒音が発生するだろうことについて原告がすでに認識していたことが、この事例を特徴あるものとしていた。

かつて、直接には「制定法の承認」について争われた別の事件で、「計画当局は、居住者の快適性と利便性に関する近隣地域の性質(＝地域性)を変更する制定法上の権限を有することをのぞいて、ニューサンスを承認する管轄権を持たない」との傍論が述べられたことがあったが、*Gillingham* 判決では、制定法の承認の判断枠組みを計画許可制度へと転用し、この傍論と同じ結論を採用し、原告敗訴が言い渡された。すなわち、原告のかつての計画許可により、この地は24時間商業港が運営される場所となったことで、こうした変更された地域性の下では訴えられた騒音はニューサンスを構成しないと判断されたのである。

Gillingham 判決については、2つのポイントを指摘する必要がある。1つめは、計画許可は、必ず近隣地域の性質を変更するのか、すなわち、許可があれば地域性の変更を通じて必ずニューサンスを免責することになるのかということであり、2つめは、「公益と個々人の利益調整は、計画許可制度の中で十分におこなわれている」との判示が、この問題について、裁判所が事後的に審査することを否定する趣旨であるのか、である。

2) *Wheeler* 控訴院判決

Gillingham 判決が示した、「計画許可は、近隣地域の性質を変更することができ、その結果、性質に変更がなければニューサンスとなったであろう活動を、合法的なものとするができる」という法理は、豚舎からの悪臭が問題となった *Wheeler* 判決(1994)で、控訴院でも認められることとなった。しかし、本件では、計画許可を受けて建てられた豚舎から発生した悪臭は、ニューサンスに該当されると判断された。というのも、本件は、わずか350㎡の土地についての話であり、港の開発とは異なり、近隣地域の性質を変更するような「戦略的な計画決定」で

はないとされたからである。先の2つのポイントに従って整理すれば、①計画許可があっても、近隣地域の性質は、必ずしも変更されるわけではなく、②計画許可制度は第三者に上訴権が与えられていないなど種々の問題があり、そこでの決定で、公益と個々人の利益の調整が済んでいるとは言えず、裁判所の役割はなお残されているとの判断が出されたのであった。

3) *Huntreer* 貴族院判決

高層ビルのテレビ電波受信妨害が問題となった本件は、最終的に、受信妨害はそもそもニューサンスにあたらないとされたことから、計画許可との関係は結論からすれば直接の争点ではなくなってしまったが、傍論として、何人かの裁判官がこの関係に言及することで、*Gillingham*判決は、*Wheeler*判決での修正を経て、貴族院でも受け入れられたと理解されている。

4) *Watson* 控訴院判決

最も新しい*Watson*判決(2009)では、担当のモリット裁判官が、これまでの諸判決と同様の枠組みを採用していると述べながらも、「計画許可の付与そのもの」がニューサンス成立の判断に影響を与えるのではなく、「計画許可の実行」が与えるのだと判示する。この意味するところは現在のところ十分に明らかではなく今後の判例の展開を待つしかないが、これを言葉通りに採るとすれば、計画許可そのものは、ニューサンス訴訟にとって無関係、との解釈さえ可能であるといえる。

5) 小括

*Gillingham*判決からはじまる一連の判決は、現在のところ以下の通り要約できるような判例を形成している。

- 1, 国会制定法は、ある活動から必然的に発生するニューサンスについて、これを承認することで、その責任を免除することができるのに対して、国会制定法である都市農村計画法に基づく地方計画当局による計画許可は、国会がある行為について直接免責できるのとは異なり、ニューサンス責任を免責させることはできない。(「制定法の承認」の抗弁の計画許可への適用を否定)
- 2, 地方計画当局が、近隣地域の性質を変更するような計画許可を与えた場合、ニューサンス訴訟において、救済が与えられるべきかについての決定にあたっては、許可によって変更された後の近隣地域の性質に基づく基準によって決定される。このとき、必ずしも、すべての計画許可が近隣地域の性質を変えるわけではなく、性質を変えるのは、「戦略的な」開発の許可に限られる。
- 3, 計画許可の付与は、ニューサンスに関すること以外の私的権利に対して何らの効果も持たない。計画許可を与えられたからといって、許可内容と相反する内容を持つ他の私的権利や契約が無効とはならない。

判例の展開は、*Gillingham*判決での定式化(上記・要約の1と2)をふまえつつも、計画許可

が、近隣地域の性質を変更することができる場合をさまざまに限定する方向で展開してきたと言える。この中で、裁判官たちが確認してきたのは、個人の法的権利の保護という視点から見たときの計画許可制度の構造上の問題点であった。ようするに、裁判官たちは、*Wheeler*判決のギブソン裁判官が懸念したように、「上訴もできず提訴も難しいような行政決定の結果として、私的権利を消滅させることを黙認する」ことに、きわめて慎重なのであった。その結果、ニューサンス訴訟においては、ニューサンス法と都市計画に、なお一定の切断が見られるのである。

3. 都市計画におけるニューサンス法

これまででは、ニューサンス訴訟において計画許可がどのような位置づけを持つものであるのか確認してきた。ここからは、視点を変えて、計画許可制度においてニューサンスからの保護といった個人の権利・利益がどのように位置づけられているのか、確認していく。

1) 公的機関のネグリジェンス責任

いかなる原理によって、公的機関のネグリジェンス責任を問うことができるのか、という問題について、イギリス法は、安定した原理を確定できずにいる。しかしながら、前章で確認したニューサンス法と都市計画の関係について争われていた一連の判決があった1990年代までには、1) 公的機関が、直接被害の原因を作り出すか、作り出すこととなった過程を高度に規制している場合に、公的機関は有責となりうるのに対して、2) 被害の原因が、直接的には第三者の過誤による場合には、(a) 被害の発生について、公的機関に予見可能性があるか、(b) 公的機関と被害者の関係に近接性が認められるか、(c) 注意義務を認めることが公正で正当かつ合理的かという3つの基準を満たさないかぎり、公的機関は有責とはならない、との区分が確立していた。

2) 計画許可制度の視点

計画許可を含めた地方計画当局の判断も、上記の二分法の後者に当てはまるものであるが、対立する諸利益を調整するためのこの種の権限行使は、必然的に誰かに不利益をもたらすものと言え、裁判所が、これに対して、ネグリジェンス責任を公的機関に負わせることはさらに否定的であった。

これに関する諸判決では、都市計画は「公共の利益のために」するものと理解され、公的機関であるところの地方計画当局が、計画許可などの都市計画を行うにあたって、かりに、ニューサンスからの保護といった誰か個人の権利・利益を考慮しなかったとしても、「公共の利益」を第一の目的とするこの制度の下では、その個人に対して公的機関のネグリジェンス責任を問うことは、きわめて難しくなっている。

3)「公益」を構成する「私益」

しかし、1970年の**Stringer**判決は、「公共の利益」と「私的利益」は、それぞれ別個のものでなく、ときに前者に後者を含めうる可能性があるという。しかし、スティーブン・クロウ教授によれば、こうした考え方は、「アメニティの確保」を目的とした1909年住宅・都市計画等法以来、イギリス都市計画においてずっと採用されてきたものであり、いまでは「よき近隣」の観念のもとで理解されるようになってきているという。そこでは、ニューサンスからの保護を、公共の利益の一部として変換することで確保しているだけでなく、アメニティとしてさらに拡大する契機さえもが用意されているのである。確かに、実際に計画許可の通知書に記載されている不許可や条件付許可の理由には、近隣住民の私的な利益を保護・拡大することを理由としたものを多数見つけることができるのである。

4) 計画許可に対する裁判所の統制

計画許可において、ニューサンスからの保護といった「私的利益」は、「公共の利益」に変換されることで保護されることとなっているとして、そうした計画許可に対して、裁判所はどのような統制が可能となっているのだろうか。計画許可を争う訴訟手段は、裁判所に対する計画審査・司法審査制度と、大臣（・インスペクター）に対する計画上訴制度に大別することができる。このうち、計画上訴は、周辺住民の第三者に上訴権がないという欠陥があるものの、大臣らは、地方計画当局の判断に代えて、もう一度、その裁量判断についての「当否」(merit)の問題を含めて判断のやり直しができる。これに対して、裁判所による審査は、あくまで、法的観点から地方計画当局の判断過程に違法性がないか審査するのに限られ裁量判断の当否の問題には踏み込めないという違いがある。

第2部で論じたとおり、許可審査にあたって考慮される関連考慮事項については、「何を」それに含めうるかについては裁判所の問題となるのに対して、それを「どのように」考慮するかは、決定権者に委ねられているものとされる。これについて、パーデュ教授は、裁判所が監督的役割へと自らを抑制しているものの、必要と考えるときに介入する権利を保持しているものとして、現行の分担の柔軟性を肯定的に捉える。しかし、クロウ教授は、裁判所の審査が、計画上訴のやり直しのように用いられることで、裁量判断によって当該開発について最も「善き、かつ、公正な」決定をおこなうべき計画当局の判断が、歪められることを懸念するのである。この背景には、本来的に両方の性質を有する計画許可を、法的決定と見るか、政治的なそれと見るかの対立がある。

5) 小括

地方計画当局等が担当する計画許可・上訴段階では、ニューサンス法が保護法益とするような生活上の種々の利益は、土地の利用と開発に関する計画上の考慮に変換されることで、ただ保護されるだけでなく、利益を拡大しうる契機が用意されているのであった。しかし、それ

は、あくまで、個人の権利利益をそのように変換し、公共の利益のための計画許可のプロセスに乗せ、それを考慮することで可能となっていたのであって、第三者に上訴権が与えられていないことに見られる様に、公共の利益を担う地方計画当局等を通じてのみ実現されるものであって、個人に権利として認められているものではなかった。これは、都市計画上の判断というものに必然的に含まれる、政策的あるいは政治的決定としての要素が理由と考えられる。

計画許可制度を順に追ってみてみると、ニューサンス法の理念が都市計画に受け継がれているという意味での両制度の連続面が確認できる一方で、ニューサンス訴訟を検討した際に背後に見え隠れしていた問題が、ここでは、「法」と「政治」という根本的な問題に関わって、裁判所と計画当局とのあいだで錯綜しつつ展開していることが確認できる。

4. おわりに

1) 都市計画における基本原理としてのニューサンス法

以上確認してきたとおり、ニューサンス法と都市計画は、歴史的に密接な関係を有するものとして展開してきたが、ニューサンス訴訟においては、ニューサンス法と計画許可のあいだには、なお一定の切断面が見られたのであった。他方、計画許可制度は、基本的価値をニューサンス法と共有しながらも、さらに「アメニティ、利便性」をも確保すべく、すなわち現状の維持だけでなく、積極的な環境創造をも担ってきた。裁判所も、この方向性において、都市計画を担う機関＝地方政府がおこなう活動の自由を確保してきたが、ニューサンス訴訟では、それは、この方向性においてのみ許されると判断されたのであった。それは、「行政決定の結果として、私的権利を消滅させること」に慎重な、「司法部の支配」の伝統の現在における再確認と評することができるが、ニューサンス訴訟においてみられたニューサンス法と都市計画のあいだの「切断面」は、両者が歴史的に密接な「連続面」を有しているからこそそのものであったと言える。

終章

終章では、第2部、第3部での検討が、第1部に対していかなる示唆を有するか検討して結びとしたい。第2部では、地方政府の第一次的な主体性と、それに対して中央政府は後見的な介入にとどまるという関係が、19世紀の公衆保健改革を経る中で、建築・都市計画規制の分野でも形成されてきたことを確認した。これに対して日本では、地方政府は、ながらく国の機関委任事務として都市計画を行ってきた中、まちづくり運動が下からの公共性形成を促していた。日本でも、都市計画が自治事務となったいま、地方政府の位置づけをめぐる日英の違いを確認しておくことは、有益だろう。

第3部では、ニューサンス法と都市計画が、基本的価値を共有しながらも、それぞれの役割の違いから、その関係を切断する場面が確認できた。この関係を日本に置き換えて考察を進

めるとすれば、現在の方向性とは異なるオルタナティブを示すことができる。たとえば、建築基準法65条と民法234条の関係について公法私法一元論を採用した最高裁判決は、必ずしも旧来の公法私法二元論に立ち戻らなくても、批判することが可能となるのである。

まちづくり法の全体構造の再定位にむけては、なお一層の研究が必要であるが、本論を出発点としたい。

以 上