

早稲田大学審査学位論文（博士）

「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

早稲田大学大学院法学研究科
小川祐之（おがわゆうじ）

目次

序

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
- 2, 土地利用調整と私法
 - 1) 土地利用調整に関わる私法
 - 2) 人びとの合意と土地利用調整
 - 3) 日本における土地利用調整私法の特殊性
- 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
 - 2) 私法活用の限界と公法
- 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
 - 2) まちづくり法の三層構造的把握

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
- 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
 - 2) 裁量的許可制度採用の制度史
 - 3) イギリス都市計画制度の「封建的」起源
- 3, 計画許可制度の歴史的背景
 - 1) 前史
 - 2) 私人による都市計画（大土地所有貴族の所領経営）
 - 3) 地域的法律による建築規制

- 4) 公衆保健法改革と中央政府の介入
- 5) 条例型建築規制における中央・地方関係の完成

4, おわりに

- 1) 歴史から現代のまちづくりへ

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
- 2) 都市計画とニューサンス法の関係史
- 3) 都市計画以前のニューサンス法（「地域性」の発見）
- 4) 第3部の構成

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
- 2) *Wheeler* 控訴院判決
- 3) *Huntreer* 貴族院判決
- 4) *Watson* 控訴院判決
- 5) 小括

3, 都市計画におけるニューサンス法

- 1) 公的機関のネグリジェンス責任
- 2) 計画許可制度の視点
- 3) 「公益」を構成する「私益」
- 4) 計画許可に対する裁判所の統制
- 5) 小括

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

終章

序

日本のまちづくり運動は、既存の制度の枠組みにとらわれない各地の人びとの自発的な実践活動を源としながら、過去50年近くのあいだ独自の展開を遂げてきた。この既存の制度の外での運動の展開と成功、そして挫折とが、さまざまな社会制度に対して反省を促しているのであるが、都市計画に関する法制度も、もちろんのこと、その例外ではない。都市計画への住民参加について論じた佐藤岩夫教授によると、都市計画は唯一の公益判断者である行政が行うものであるとする「行政的都市計画観」と、複雑に利害が対立する中から、その公益を「専門合理的に唯一正しい解答」として発見しうるのは専門家のみであるとする「専門家主導主義」とが、日本の伝統的都市計画観を形成してきたという*1。

このような伝統的都市計画観を相対化するものとしての住民参加が、ほかならぬ、まちづくり運動として展開してきたことは、その法制度への反省が、公法私法二分論への批判となること必然であったと言えよう。というのも、日本のまちづくり運動は、たとえば、まちづくりを、行政計画の一種たる都市計画の枠内でのみ捉え、そのプロセスへの参加に満足するのではなく、あるいは、これを既存の政治的プロセスの中で捉え、議会による民主主義的統制を強化することを志向するのでもなく、住民が住民のまま、自分たちのまちを主体的に考え、そして自分たちが決めるという道を模索しながら展開してきたので、そのようにして決定された住民たちの公共的意思の表明を、あくまで「私人の私的な利益の表明」として把握するような、公法私法二分論を前提とした伝統的な法的思考様式は、まちづくり運動を肯定的に受けとめようとすれば、その見直しが避けて通れなくなるからである*2。

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。もとより、この課題は一片の論文で成し遂げられるものではないが、3つの部から構成される本論では、さしあたり、次のとおり論述を進め、この課題に迫っていくことにする。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

*1 佐藤岩夫「都市計画と住民参加」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）405頁以下、とりわけ407～408参照。

*2 なお、「社会と国家の二元的編成を前提とする普遍主義的法システムは、部分社会＝中間集団における自己決定・制御をいかに支援することができるのか、またそのことを通じて法はいかなる変容を遂げるのか」を問う、榎澤能生・名和田是彦「地域中間集団の法社会学―都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基盤」利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪『法における近代と現代』（日本評論社・1993年）参照（引用箇所は、同書449頁）。

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*3。

つづく第2部、第3部では、上記課題を比較法的に検討することになる。比較の対象は、イングランドを中心としたイギリス法である*4。それは、イギリスでは、人々の自発的な「まちづくり」もしくは土地利用調整に関わる紛争解決と、そのような実践に伴って形成されてきた法制度・法理論が、日本とほぼ同様に20世紀の初頭にはじまる、公法ないしは国会制定法に基づく都市計画よりも、歴史的に先行して存在したことに着目したことによる。もちろんのこと、19世紀以前のイギリスの、たとえば、貴族的所領経営の一環としておこなわれた「まちづくり」と、21世紀を迎えた日本のそれとは、大きな違いがあることは当然であるが、しかしながら、特殊イギリスの歴史に規定された中から展開してきたものの中からも、国家以外の者がおこなう公共的实践とその法制度との関わりについての普遍的課題を抽出することはなお可能であるし、そのことが有する意義は大きいと思われるのである。

第1部で確認するとおり、イギリスで公法的都市計画規制に先行する法制度としては、制限約款とニューサンス法の2つを指摘することができる。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」成立の歴史的背景として、制限約款を生み出すもとである捺印契約を利用した「私人の都市計画」と呼びうる大土地所有貴族の所領経営から、19世紀の地方政府制度改革・公衆保健(衛生)改革を経て、現在の中央・地方政府関係の原形が完成するまでを順を追ってみていくことになる。そこでは、計画許可制度ないしはイギリス都市計画制度の最大の特徴とされる地方政府の裁量権が、「私人の都市計画」の上に成立し、それから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、今度は、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。第2部で確認した地方政府の裁量権は、19世紀からの地方制度改革を経て、地方政府を支える基盤が、封建的なものから民主的なものへと漸次移っていく中で、そのような民主的な基盤の上で理解される公共性によって支えられていくことになるのであるが、都市計画におけるその公共性は、同じく19世紀の公衆保健改革を経たニューサンス法・訴訟によって法的に確認されてきたものであって、そうした自らの基礎を破ることができ

*3「市民法論」と「公共性分析論」の両者を「補完的關係」にあるものと捉えて、「基底にある市民の市民による自律的決定と合意とを自生的な法の『ゲネシス』とする規範秩序の『組み替え』」を行うことによって「行政の『公共性』(の)実体化」を展望する、戒能通厚「民主主義社会構築を目指す法戦略」法の科学26号(1997)114頁以下、とりわけ117頁、参照。さらに、この問題意識を受けとめ、まちづくり公法の新しいあり方について検討した、小川祐之「契約的手法による『公法』の組み替え—まちづくり法の領域から—」『法の科学』40号(2009年)参照。

*4本論においては特に限定の必要がない限り「イギリス」の用語を使うこととし、必要に応じて、「イングランド」、「連合王国」等の語によって、指し示す法域を限定する。

るようなものではない。ニューサンス訴訟における都市計画の位置づけが問われ、たとえ都市計画上の決定があったとしても、一定の場合にはニューサンスの成立を認める20世紀後半の判例は、まさしくこのことを確認するものであったのである。それは、ニューサンス訴訟の判例の検討に加えて、都市計画、具体的には計画許可制度についての裁判所の認識と、それに対する裁判所の統制の仕方を含めた、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だろう。

なお、まちづくり法の全体構造を、イギリス法を比較の対象として、以上のように捉え直そうとするのであれば、制限約款を利用した現在の土地利用調整がどのようなになっているかについての検討や、日本の生活妨害に関わる訴訟において都市計画がどのように位置づけられているかについての検討が必要となってくるが、これらは残された課題とせざるを得ない。

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

都市法の存在理由は、原田純孝教授によって明確に示されているように、「都市住民にとって生活の場であると同時に経済活動の場でもある共同の都市空間が、法制度的には私的土地所有権の集合体の上に存立していることに求められる」。このような空間において、経済的利益に対抗し、人びとの生活上の利益を確保するためには、「共同の『場』としての都市空間の公共的性格（『公衆にとって共同のもの』という意味での市民的公共性）の承認を基礎としてその形成と利用配分のあり方を経済＝市場システムの外側から公共的に制御し秩序づける制度的仕組み（建築の不自由）が、どうしても必要となるのである」*5。

そのような制度的仕組みの代表として、日本においては、建築基準法・都市計画法を中心とする都市計画システムが用意されていることになっている。しかしながら、私的所有権ないしは私法制度の外部に位置づけられる公法・公的システムとしての都市計画は、私的自治の原則の下で公共の福祉の見地からする、財産権に対する能動的規制と捉えられ、長らく「必要最小限度」*6にとどまることを求められてきた。これに、土地をもっぱら商品としてのみ把握する日本的土地所有の特質が加わることで、市場における交換価値とは異なる、生活の場としての土地が持っている価値は、この制度的仕組み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*7。

1960年代に激化する、四大公害に代表される各地の公害被害が、多大なる人的被害を出し、また、それに伴って活発となった住民運動が、公害法・環境法の形成を促しただけでなく、都市計画の分野においても、たとえば1968年の新都市計画法の制定に向けて一定の政治的圧力を及ぼしたものの、その後の展開において、公害の発生防止が都市計画の基本的な役割として強く意識されることも、ましてや、人の生命・健康被害を伴わない程度の、アメニティ

*5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）4頁。

*6藤田宙靖「『必要最小限度規制原則』とそのもたらしたもの」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編『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。

*7吉田克己「現行法のパラダイムと土地基本法」本間義人他『土地基本法を読む』（日本経済評論社・1990年）37頁以下、同「土地所有権の日本的特質」前掲・原田（2001）365頁以下、同「民法学の公私の再構成」早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学』（成文堂・2008年）416頁以下、寺尾美子「都市計画における公共性・法・参加―「強い」土地所有の克服に向けて」『都市問題』90巻6号（1999年）19頁以下、参照。

と呼ばれるような、生活の場としての都市空間にとって望ましい諸価値の実現が目指されることも、この都市計画システムの下では、ほとんどなかったと言える。代わって、これを引き継いだのが、ひろく「まちづくり運動」とよばれる、人びとが自ら主体となって、自分たちの「まち」を自発的につくっていかうとする様々な取り組みであった*8。

この、自分たちのまちを自発的につくっていかうとする人びとの取り組みは、1981年の神戸市まちづくり条例などをはじめとして、地区計画制度の導入や開発指導要綱の条例化に合わせてその後に展開する各地のまちづくり条例の中で、一般に、「協議会」と呼ばれる制度によって、その主体的地位が確認されるようになってきている*9。また、もっと最近では、まちづくり三法の導入とその改正、あるいは景観法の制定などに合わせて登場してきた、エリア・マネジメントやタウン・マネジメント政策に見られるように、中央政府の政策にも一定の影響を与えるようになってきている*10。

しかし一方で、そもそものが緩いこの分野での規制に対して、規制緩和政策が、こうした自発的な取り組みを、まさに土台からひっくり返しかねない状況をつくってきていることも事実

*8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）とりわけ第9章、Sorensen, André, *The Making of Urban Japan*, Routledge, 2002, esp. Ch. 6, それぞれ参照。まちづくりの歴史については、広原盛明「まちづくりの歴史とパラダイム転換」白石克孝・富野暉一郎・広原盛明共著『現代のまちづくりと地域社会の変革』（学芸出版社・2002年）12頁以下、参照。

*9協議会型まちづくりについては、小林重敬編著『地方分権時代のまちづくり条例』（学芸出版社・1999年）、とりわけ第2部第4章「地区まちづくり系まちづくり条例」（高見沢実執筆）、「事例1：地区まちづくり協議会から地区住民によるまちづくりへ」（村木美貴執筆）、久保光弘『まちづくり協議会とまちづくり提案』（学芸出版社・2005年）等を参照。この問題の法社会学的考察としては、名和田是彦『コミュニティの法理論』（創文社・1998年）。なお、筆者も、京都市西大路駅周辺地区を対象に、協議会型地区まちづくりの事例報告を行ったことがある。小川祐之「住民参加型地区まちづくりにおける住民・行政の関係と役割—京都市西大路駅周辺地区まちづくり構想策定事業を事例として—」（上）・（中）・（下）『早稲田大学大学院法研論集』104号（2002年）、105号（2003年a）、106号（2003年b）。

*10エリア・マネジメント／タウン・マネジメントについては、小林重敬編著『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）、小林重敬著『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）、国土交通省土地・水資源局土地政策課『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・<<http://tochi.mlit.go.jp/tocsei/chiiki/chiiki01.pdf>>）、同課監修／エリアマネジメント推進マニュアル検討会編著『街を育てるエリアマネジメント推進マニュアル』（コム・ブレイン・2008年）参照。

である*11。たとえば、近年の法改正の中で、最も大きな規制緩和的改革であった2002年からの都市再生政策では、10年間の時限立法である都市再生特措法によって、政令で指定された都市再生緊急整備地域内の都市再生特別地区において、建物の用途、容積、高さ等の既存の規制をすべて適用除外し、新たな都市計画を定めることができるとされた*12。つづく2003年には、都市再生特措法でも採用されていた計画案の提案制度*13が、都市計画法上の「都市計画提案制度」として一般化された。同法では、素案が都市計画基準に適合するものであり、かつ地権者の2/3の同意を得ることを条件として、都市計画の決定等を提案することができることとなった*14。これは、各まちづくり条例が採用した協議会による提案制度と類似したものであるが*15、これらの提案をできる者には、地権者、特定非営利法人、地方住宅供給公社などに加えて、「まちづくりの推進に関し経験と知識を有する」団体が含まれている*16。同時に、都市再開発法も改正され、これにより「再開発会社」が第二種市街地再開発の主体となることが可能となった。この再開発会社は、施行地区内の所有権者、借地権者のそれぞれの2/3以上の同意等を経て設立されると、公用換地・賦課金の賦課・強制徴収等の発動が可能となる*17。同様の仕組みは、2005年の土地区画整理法の改正により、「区画整理会社」として同法にも取り入れられている*18。こうした改正で

*11まちづくり運動の多くが、都市計画法、建築基準法等の公法上の規制を守った「合法」建築物によって引き起こされる紛争に端を発するものであることが想起されよう。近年の規制緩和政策が、紛争を増加させているという指摘は多数あるが、さしあたり、五十嵐敬喜・小川明雄『『都市再生』を問う』（岩波書店・2003年）、同『建築紛争：行政・司法の崩壊現場』（岩波書店・2006年）、平山洋介『東京の果てに』（NTT出版・2006年）を参照。

*12建築基準法第60条の2、都市再生特別措置法第36条。

*13都市再生特別措置法第37条以下。

*14都市計画法第21条の2以下。なお、都市再生特別措置法では、提案ができる者は、「都市再生事業を行おうとする者」（第37条）となっている。両制度の異同と問題点については、見上崇洋『『構造改革』と都市・土地法』同『地域空間をめぐる住民の利益と法』（有斐閣・2006年）145頁以下、参照。

*15「この制度の一つの原型ともいえる」（37頁）ものとして、神戸市まちづくり条例を指摘する、安本典夫『都市法概説』（法律文化社・2008年）。

*16都市計画法第21条の2第2項。現在のところ、過去10年間に開発区域の面積が0.5ha以上の開発行為を行ったことがある等の条件がつけられており、開発業者が念頭におかれていることが分かる（都市計画法施行規則第13条の3）。

*17再開発会社の持つ問題点については、安本典夫「市街地再開発事業の『民営化』－再開発会社制度に即して」『立命館法学』286号（2003年）729頁以下参照。

*18土地区画整理法第3条第3項、第51条以下。

は、地権者さえ2／3という多数の同意の前に無力となりかねないが、これは、多くの協議会型まちづくり条例が、まちづくりの主体を地権者から地域住民の総体へと広げようとしていたのとはベクトルの異なる要素を含んだものである。

さらには、「非裁量化」とでも呼ぶべき傾向を確認することもできる。近年の規制緩和政策は、都市計画を行う公的主体の裁量の余地を奪い、定型的な事務処理で開発を可能とするための仕組みを取り入れてきた。先の都市再生特区での提案制度では、都市計画決定権者は、提案を受け入れるか否かという限定された判断を迫られ、しかも、6ヶ月以内という短い期間での応答義務が課せられているので、そのかぎりで著しく裁量が狭められているといえる*19。これに先立つ1998年には、民間の指定確認検査機関による建築確認が導入されたことで*20、多くの建築行為が、地方政府の認知しえないところで行われることとなり、行政指導等によって地方政府が関与する機会が大幅に失われる結果となった。さらには、総合設計制度の一部の建築確認化*21や、その一般型として評価できる天空率の概念の採用*22も、同様の仕組みと言えよう*23。

一方で、地方分権も、また、近年の法改正の潮流をつくっている。1997年の地方分権一括

*19都市再生特別措置法第41条。ちなみに、都市計画法上の提案制度では、「遅滞なく、計画提案を踏まえた都市計画への決定又は変更をする必要があるかどうかを判断し」なければならないと規定されている（第21条の3）。

*20建築基準法第6条の2。

*212002年改正。建築基準法第52条第8項。

*222002年改正。建築基準法第56条第7項。

*23総合設計制度は、公共のためにオープンスペースを確保することで市街地の環境の向上を図るためのもので、そのためのコストを容積率の割り増し等のボーナス付与によって補うことを認める仕組みであった。したがって、対象となる建物が建てられる場所と周囲の既存環境に応じて、オープンスペースの必要量も、そのためのコストもまったく異なるはずであり、それを補うために必要なボーナスも、裁量によって、場所に応じたものを付与すれば十分なはずであった。ところが、多くの自治体で、一定の技術基準を満たせば許可を与える形の許可基準を作って、これを満たせば、不釣り合いなボーナスを与えることにしたので、これが高層ビルの林立と、無味乾燥な「公開空地」という名のデッド・スペースを作り出している。2002年には、あらかじめ指定した地域内について、政令で定めた技術基準を満たせば、許可ではなく、建築確認によって、1.5倍までの容積率緩和が受けられるという「建築確認型総合設計制度」が制定されるに至っている。総合設計制度の本来の役割と、確認型総合設計制度の問題点については、大方潤一郎・小泉秀樹「建築基準法改正案に対する反対声明」（2002年3月26日・〈<http://up.t.u-tokyo.ac.jp/doc/statement020326.html>〉）、見上崇洋「規制緩和とまちづくりの課題」―総合設計制度を素材として 芝池義一・見上崇洋・曾和俊文編著『まちづくり・環境行政の法的課題』（日本評論社・2007）68頁以下を参照。

法は、それまでの機関委任事務を廃止し、都市計画については基本的に、都道府県、市町村の自治事務とした。そのかぎりでは、地方政府は、それまで自らを枠づけていた様々な制約が取り払われたと言える*24。また、例えば開発許可制度の改正に見られるように、法が条例に委任する事項にも拡大する傾向が見られる。さらには、たとえば2000年には、都市計画上の区域区分制度、いわゆる線引き制度が、原則、都道府県の自由選択制となった。これは規制緩和の一種と捉えることもできるものであるが、地方政府のなかには、区域区分制度によらない新たな規制のあり方を探るきっかけとして捉えるところも出てきている*25。また、その他の規制緩和策についても、当初の中央政府の政策目標とは異なり、地方政府が独自性を発揮して、抑制的に運用しているものがある*26。このような取り組みは、結果としてどのようなまちを実現することになるのかについての検証を待たなければ、その可否を論じることはできないといえ、手に入れた権限を自らの創意工夫によって有効に使っていこうとする、地方分権の肯定的な側面として評価して良いものと思われる。

もちろんのこと、先進的な地方政府の運用をもって、この間の法改正全体を肯定的に評価できるものではない。都市再生政策を中心として、1970年代以降の東京における都市政策を分析した平山洋介教授によれば、高度成長期までの東京は、地理的にも郊外へと向かって拡大するフロンティアを形成する中、住宅政策にせよ、開発政策にせよ、一定の方向性が見られたところ、1970年代以降の東京は、成長の果てに、フロンティアを失い、方向感覚を失い、狂い始めたという。この失われたフロンティア／方向性を政策的に作り出そうとしたのが、70年代以降の東京の都市政策であり、最近では都市再生政策が、それを担っていることになるが、もはや完全に埋め尽くされたフロンティアなき空間に、無理矢理フロンティアを作り出そうというのであるから、それは、周りの文脈を無視して、一部分だけにスポットライトをあてようとするものと

*24 都市計画の自治事務化に関して、残された課題を論じるものとして、(社)日本都市計画学会地方分権研究小委員会編『都市計画の地方分権』まちづくりへの実践(学芸出版社・1999年)、白藤博行・石田頼房「都市計画における国・県・市町村の関係」白藤博行・自治体問題研究社編『改正地方自治法を超えて：分権「改革」と地方自治の課題』(自治体研究社・2000)113頁以下、角松生史「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)2頁以下、野呂充「地方分権とまちづくり」前掲・芝池ほか(2007)39頁以下、参照。

*25 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)、柳沢厚他編『自治体都市計画の最前線』(学芸出版社・2007)第2章参照。

*26 上記の建築確認型総合設計制度は、各特定行政庁が、同制度を適用しない区域を定めることができるが、例えば、埼玉県では、同制度が施行となった2003年1月1日から、現在(2009年11月)まで、その所管する全ての区域で適用しないこととしている。全国の運用については、加藤仁美「全国特定行政庁における確認型総合設計制度の運用状況に関する研究」(『都市計画論文集』39巻・2004・50頁以下)参照。

なる。それは、本来、さまざまな声が混じり合う「矛盾の複合体」であるはずの都市から、複雑さを取り除き、単純化していくことになったという*27。

法を人びとが関係を取り結ぶための一つの契機として捉えたうえで、以上の現状分析をまちづくり法・都市法の文脈に置き換えるとすれば、人びとの声＝発言権を担保していた都市計画制度の緩和は、たとえば、地権者の地位の否定や、非裁量化による地方政府の関与の否定を通じて、まちづくりの主体の関係を切断する作用を果たしてきたと評価することができるであろうか。またそれは、人びとが主体としての地位を求めて展開してきたまちづくり運動や、そのような人びとを主体として確認し他の主体と結びつけるまちづくり条例とその延長線上にあると思われる中央政府の政策と並べてみたとき、まちづくり法・都市法全体という視点から、いったいどのように把握しうるものなのだろうか。

これまでも、まちづくり運動は、法学ないしは都市法に対して大きなインパクトを与えてきた*28。各論者においてバリエーションはあるものの、そこで共通に意識されていたのは、人びとが自発的に集い共に考え決断したことに何らかの公共性を見いだし、それが公益にも私益にも還元しえないが、しかし法的利益であることを承認し、公私に分離した日本の現行法制度のなかにそれを読み込む道筋を見い出そうとするものであったと言える*29。

そこで第1部では、そのような先行研究を引き継ぎつつ、前節で見たような中央政府の政策の2つの傾向と、後述するような、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・実務動向をふまえたうえで、まちづくり法・都市法における私法の役割を確認していく

*27前掲・平山（2006）。このほか、都市再生政策が、ビジョン・全体像を欠いた個別の規制緩和に終わったことを批判するものとして、柳沢厚・山本和彦・吉田不曇・小枝すみ子他「特集座談会・都市再生に関連する法改正について」『都市計画』241号（2003年）40頁以下。

*28まちづくり運動の法学へのインパクトについて言及するものとして、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社・1999年）30～46頁、前掲・見上（2006）2～4頁。生田長人「土地利用規制法制における地域レベルの公共性の位置づけについての考察」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）488～492頁。

*29その例として、「事実上の公共性」（前掲・名和田（1998））、「市民的地域社会共同秩序」（池田恒男「判例批評：建築基準法上の位置指定道路に対する近隣居住者の自由通行権」『判例タイムズ』983号（1998年）63頁以下）、「地域的公序」・「地域的ルール」（吉田克己「『景観利益』の法的保護」『判例タイムズ』1120号（2003年）67頁以下・前掲・吉田（2008））、「地域的公序」（牛尾洋也「都市的景観利益の法的保護と『地域性』」『龍谷法学』36巻2号（2003年）387頁以下）、「小公共」（磯部力「土地利用秩序の分権化」（前掲・藤田ほか（2002）所収）、「共同利益」（亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」『公法研究』65号（2003年）188頁以下）、「共通利益」（前掲・見上（2006））など。

こととする^{*30}。それは、また、この法領域を私法から組み直すことで、公法の役割をも捉え直すことを意図したものである^{*31}。

以下では、まず、この法領域において私法がどのような位置づけを持っているのか確認したうえで、イングランド法との比較を通じて、日本法の特殊性を浮かび上がらせてみたい。次に、私法活用の可能性について触れたいいくつかの先行研究を概観することで、私法の持つ可能性と限界について論じることとする。最後に、近時有力に主張されている、公法・私法を峻別せずに法秩序を一元論的に捉える見解をふまえ、まちづくり法・都市法の全体像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

まちづくり法ないしは都市法において、私法がどのような可能性を持っているのか確認するにあたって、まず、これらの法領域において、私法が、どのような位置づけを持っているのか確

^{*30}都市計画と私法をつなぐ視角を持つ先行研究としては、以下の各論稿があり、本論もこれら研究から影響を受けている。秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係：ドイツ相隣法の考察」（１）～（５）『早稲田法学』７４巻４号、７５巻１号、７５巻２号、７５巻４号、７６巻１号・１９９９～２０００）、同「囲繞地通行権と建築法規：ドイツ法における議論を素材として」（１）～（３）（『早稲田法学』７７巻４号（２００２年）、７８巻２号（２００３年）、７８巻４号（２００３年）、同「ドイツにおける都市計画と併存する地役権：都市空間の制御における地役権の意義を探るために」『早稲田法学』８１巻１号（２００５年）、同「民法における土地利用の調整規範の現代的意義：囲繞地通行権と建築法規との関係を手がかりにして」『私法』６９巻（２００７年）１４９頁以下、宮澤俊昭「都市環境保全における『公法と私法』序論―連担建築物設計制度を出発点として」『一橋研究』２５巻４号（２００１年）、同「環境法における私法の役割（前篇）：ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完」（１）～（３）『一橋法学』２巻１号、２号、３号（各２００３年）、同「環境法における私法の役割（後篇）：集合的・公共的利益の実現に対する民法と行政法の相互補完の可能性」（１）～（３）『近畿法学』５１巻３・４号、５２巻１号、２号（各２００４年）、同「民法と行政法の相互補完の可能性―環境法における議論を起点として」『私法』６７巻（２００５年）１１２頁以下。

^{*31}こうした問題を設定すれば、当然に、「公法」とは、あるいは「私法」とは何かという問題に立ち返らなければならないであろう。しかし、ここでは、叙述がいたずらに煩雑になることを避けることを理由として、民法を私法の一般法、行政法を公法の代表とするような、伝統的、一般的な捉え方で、公法／私法という語を一応のところ捉えて表記することとする。

認しておきたい。ここでは、まちづくり法・都市法を、「所有権法を基礎とし、建築基準法や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)を中心に捉え、論じることとしたい*32。

隣接する土地の利用について調整するということは、すなわち、それぞれの土地所有権を隣接地との関係で制約していこうとするものであるところ、ここでは、そうした所有権を制約するための様々な私法的仕組みを、次のような4つのカテゴリーに分けて捉えることとしたい(図参照)。

*** 4つのカテゴリー ***

1) 不法行為法

2) 相隣関係

3) 地役権

4) 契約的手法

その第一のカテゴリーは、「不法行為法」である。ある土地利用の仕方が、不法行為とされることで、そのような利用形態が否定され、結果、隣接する土地所有者間で、土地の利用が調整されることになる。例えば、一定限度の騒音や振動を引き起こすよ

うな土地利用は、不法行為とされることで、当該土地において可能となる所有権の権利行使の内容からは、除外されているとも評価しうるのである。

第二のカテゴリーは、「相隣関係」である。相隣関係は、通常、「所有権の内在的制約」といった説明がなされる。民法には、工事の際の隣地使用や、排水・流水、あるいは境界の問題などが規定されているが*33、これらも不法行為の場合と同様に、例えば、法定地役権を否定するような土地利用は、当該土地において可能な所有権行使の内容に含まれていないのである。これら2つのカテゴリーに、所有権の内在的制約と理解され、また場合によっては不法行為責任が問われることになる「権利濫用」の問題や、「公序良俗」といった一般条項が関わってくる。ここでは、いずれにせよ、それらによって裁判所が何らかの救済手段を与えるかぎりにおいて、土地所有権に対して、不法行為、相隣関係の場合と同じように機能するものであることを指摘するにとどめたい。

第三のカテゴリーは、「地役権」である。地役権を設定することによって、不法行為でもなく、また相隣関係に規定がない事柄であっても、土地利用についての取り決めることができる。地役権は、その機能に着目すれば、相隣関係と非常に似た機能を持つが、相隣関係が、土地の客観的状況から当然に発生するものであるのに対して、地役権は、土地所有権者同士

*32 まちづくり法・都市法を本文で述べるところの「土地利用調整法」に限定することは、何よりも、叙述の便宜のために過ぎない。土地利用の調整に関する法には、同一の土地内での利用調整に関わる法領域(地上権、永小作権、借地借家法等)も存在するが、本論の対象とはしていない。また、同じく隣接する土地を対象とする土地利用調整法には、農村地域を対象とした法領域(農振法、集落地域整備法等)が当然含まれるべきであるが、これについては、農地法による規制について検討することが欠かせないところ、それについての準備が十分でないことから、直接に言及することはしなかった。

*33 民法第209条以下。

の合意があつて、はじめて生ずるものであるところに大きな違いがある*34。

人の合意に基づいて土地の利用調整が実現するという意味では、第四の категорияである「契約的手法」も同じである。しかし、この category では、さらに、「太い区分線」が引かれることになる。第二・第三の category は、法規範が直接に土地に作用するものであつたのに対して、契約ただそれだけでは、土地に対する作用は間接的なものにとどまるものとなるからである。例えば、地役権は、場合によっては、賃貸借契約によって代替することも可能であるが、相続・売買によって所有権者に変動があつた場合、地役権であれば、新所有者に対しても権利を主張しうるのに対して、賃貸借の場合は債権的効力しかもたないことになる*35。そのため、土地利用調整の手段としての契約には、通常、前3つの category との組み合わせが見られる。例えば、民事契約型の公害防止協定は、公害発生 of 事前予防を、不法行為法の要素を取り入れた契約によって達成しようというものと言えるし、契約的性格を持つ、建築基準法上の建築協定*36は、相隣関係ないしは地役権の契約による拡大と言ひうる。また、もちろんのこと、地役権の設定は、契約によって行われる。

第4の category を「契約的手法」としたのは、この category を債権法の契約の章に規定されているものだけ、というように狭く捉えるのではなく、もっと広く捉えようという趣旨である。仮に、契約的手法を、「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」と広く捉えてしまうことが可能であれば、「組合」や「法人」といったものを含めることができるのではないだろうか。まちづくり法の領域においては、例えば、区画整理や市街地再開発の際に、地権者等が組合を作り施行主体となつて事業を進めていくといったことが行われている*37。そして、のちにみるように、近年、私法制度上の法人・組合制度の活用が主張され、またそれを実践する事例も見られるようになってきている。

さらに、「人同士」の「人」というものに、地方政府を含めうるとしたら、次のようなものも対象となつてくる。先に触れた公害防止協定は、地方政府と企業のあいだで締結されることもあるし、また、建築協定の中には、ディベロッパーが土地を分譲する前に、地方政府と協議の上で、ディベロッパー単独で行う「一人協定」というものもある*38。さらには、開発に際して、何らかの公共施設の提供や、あるいは負担金などを求めるものも、ある種、地方政府と開発者とのあいだでの合意(契約)といった側面がある。一定の公開空地を設けることを条件にして、容積率緩和といったボーナスを認める「総合設計制度」というものが、建築基準法には用意されている

*34 川島武宜・川井健『註釈民法（7）：物権（2）』（有斐閣・2007年）931～932頁（中尾英俊執筆）。

*35 同上、932頁。

*36 建築基準法第69条以下

*37 土地区画整理法第3条第2項、都市再開発法第2条の2第2項。

*38 建築基準法第76条の3

が、これは本来であれば「契約的手法」の一種として、その活用が可能であった制度であったが、先に見たように、そのような可能性は、近年の法改正によって、だんだんと絶たれてきている。

2) 人びとの合意と土地利用調整

人びとが、自分たちの「まち」を自発的につくっていきこうという取り組みは、ここでの文脈において理解するのではあれば、すなわち、人びとの何らかの合意によって、土地利用調整を実現させようという取り組みとして理解できる。しかし、その場合、人びとは、その前提問題として、前節で示した「太い区分線」を乗り越える必要が生じる。人びとの合意は人と人の関係に関する法であるところ、この法を実現させるには、土地法ないしは物に関する法へと媒介されなければならないのである。さらに、次節で確認するように、日本のまちづくり法の歴史的展開に由来する問題が、この媒介を妨げているのである。

第一の「前提問題」については、建築協定を例にして話を整理してみたい^{*39}。というのも、建築協定の仕組みと問題点が、この前提問題についての理解を容易にしてくれるからである。

建築協定は、建築基準法の69条以下に規定されているとおり、「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ついて」（建築基準法第69条）、一定の区域内の地権者が合意することで、地域独自のルールを定めることができる仕組みである。単なる民事上の契約の場合とは異なり、特定行政庁の認可を経ることで、ある土地が売却され、あるいは相続されるなど、最初に合意した地権者とは別の者が地権者となった場合でも、その新しい地権者を、当初の合意に拘束させる効果を持つ^{*40}。この民事上の契約にはない、対世的効力をもたせることができるのが、建築協定の大きな特徴である。

同様の仕組みが、2004年制定の景観法においても、「景観協定」として取り入れられたことで、それまでの建築協定では「建築物」しか対象にできなかったのに対して、建築物以外の、工作物、屋外広告物や、庭、駐車場なども対象とすることができるようになった^{*41}。また1973年制定の都市緑地保全法（2004年より、都市緑地法と名称変更）には、緑地の保全又は緑化に関する「緑地協定」という同様の仕組みが採用されている^{*42}。

建築基準法は、建築協定を締結する際に、一定の区域内のすべての土地所有権者と借地

^{*39}本段落以降の、建築協定に関する記述は、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』（東大出版会・2005年）、同「建築協定とその運用：制度と紛争事例」『Hestia & Clio』6号（2007年）23頁以下に含まれる実態報告と、前掲・安本（2008）に負うところが多い。

^{*40}建築基準法第70条、第75条。

^{*41}景観法第81条以下。

^{*42}都市緑地法第45条以下。

権者(地権者)の合意を要求している。単なる借主は、原則として、これに含まれないが、「建築協定の目的となっている建築物に関する基準が建築物の借主の権限に係る場合においては、その建築協定については、当該建築物の借主は、土地の所有者等とみな」される*43。例えば、景観協定において、屋外広告物に関する規制を設けようとするならば、お店などを経営している借主に同意をとる必要があるし、協定発効後に、新たに借主となった者は、他の協定への参加者と等しく義務を負うこととなる。

とくに大規模な区域で建築協定を結ぼうとする場合、条文が要求する、地権者全員の合意をとることが難点となってくる。ただし、条文上、全ての地権者の合意が要求されているとはいえ、それを技術的に回避することは可能となっている。合意しない地権者がいる土地だけ、建築協定区域から外して区域の設定をすればいいからである。このように、一般的に「穴抜け区画」と呼ばれる土地を残しうる余地が存在することが、ジレンマを作り出すこととなる。というのも、安易に穴抜け区画を認めると、当該区画の地権者は、協定の存在によって良好な空間を享受することができる一方で、自分は、その負担を一切負わなくてすむことになり、そうすると、他の地権者にしてみれば、わざわざ建築協定に加わることのメリットが薄れることとなる。しかし、全員の合意に拘りすぎれば、今度は、協定が締結できないか、あるいは非常に低い水準で協定がつくられることになる。

建築協定は、その執行についても、問題を抱えている。対世的効力を有することを除いては民事上の契約と同じに扱われる建築協定は、その内容を、建築確認申請の際の審査対象とすることはできない。したがって、たとえ協定に反する内容の申請であっても、建築確認することに、建築基準法上の違法性はないことになる。もちろんのこと、実際には、多くの特定行政庁で、協定の内容を遵守するよう行政指導が行われたり、あるいは、確認申請があったことを、建築協定を運営する運営委員会に連絡するといったことが行われている。とはいえ、行政指導ゆえの限界に加えて、1998年の民間指定確認検査機関による確認業務の開始が、そもそも行政指導をする機会すら奪っている。

今度は、違反が現実化した場合の問題についても検討したい。上述の通り、建築協定は、対世的効力を有すること以外、民事上の契約と同じであるので、協定違反に対して、行政代執行のような手続きを採ることはできず、あくまでも民事訴訟によって協定の内容を履行するよう求めていくことになる。しかし、普通の住民にとって、これが大きな負担となるだけでなく、そもそも、普通の住民たちには他人の土地への立ち入り権限がないので、民事訴訟の前段階としての違反の発見そのものが困難となる。

建築協定における「有効期間」も、論点を提供してくれる。建築基準法第70条は、特定行政庁への認可申請の際に、当該建築協定の有効期間を定めることを求めている。このとき、協定によって担保される良好な空間をできるだけ保ちたいと思えば、有効期間をなるべく長く設定

*43 建築基準法第77条。同様の規定として、景観法第91条。

することが必要となるが、そうすれば、時代の変化に合わない協定がいつまでも有効な規制として残るといふことにもなりかねない。しかし、一方で、有効期間を短く設定すれば、今度は、有効期間が切れるたびに、たとえば協定そのものを放棄しようとする契機が生まれてしまう。このフレキシビリティと安定性のどちらをとるのが、ウラオモテの問題として存在する。

以上みてきた建築協定の仕組みと問題点の中に、先に、「前提問題」とした、物に関する法であるところの土地利用調整法と、人と人の関係についての法を媒介させる際の様々な論点が見られている。人びとが、自分たちの「まち」を自発的につくっていきこうという取り組み、すなわち、人びとの何らかの合意によって土地利用調整を実現させようとする際には、これらの論点が必ずついて回ることとなる。

「当事者」となった人たちが同士の合意に、法的効力発生を基礎を置く場合、売買や相続など、その「当事者」についての変更が起こった際に、効力が承継されないという限界が生まれることになる。建築協定では、そのための特別の効力を建築基準法という公法を制定することで持たせていた。

また、人たちが合意することを前提とすれば、必然的に、その人数が多くなると、合意が難しくなる。建築協定で「穴抜け区画」の問題としてみたことが、生じることとなる。土地利用調整法は、ある一定の区域を一体の空間として把握することによって最も機能する法領域であることから、同じく多数から合意を得る場合であっても、たとえば普遍的課題に取り組むNPOの設立のように、とにかく（設立趣旨に賛同する人であれば）どの地域に住んでいるのかということに関係なく誰でも参加すればよい、ということにはならないので、この当事者が多数となることの問題は、非常に重要となる。

当事者の問題は、人数の多さだけでなく、誰が当事者となるのかという「主体性」の問題もある。建築協定は、原則として、土地の所有者と借地権者だけが、当事者となることができた。借主は、その「権限にかかる場合」のみ、当事者となることができたが、そのかぎりにおいてであった。しかし、当然のことながら、「まち」は、所有者、借地権者や借主だけで構成されているわけではない。法的には無権限であるところの「同居人」も、地域社会の重要な構成員であるが*44、土地利用調整法においては、こういった人びとをどう位置づけるかが難しい問題となる。

建築協定の有効期間の問題を検討した際に見た「フレキシビリティと安定性」も、論点の一つとなる。人びとが自分たちの「まち」を自発的につくっていきこうという取り組みは、既存の都市計画制度の硬直性に縛られることなく、その「まち」の多様性に応じた柔軟性に富んだまちづく

*44あるいは、当該地域に通勤・通学してくる者も含めて考える必要がある場合もあるだろうし、ひょっとしたら、そこを通過するにすぎない人びとや、かつてそこに関係を有していた人びとや、その地域に関心を持つに過ぎない人びとさえも含めうる場合があるのかもしれない。前掲・小川（2003a）参照。

りを行おうとするものであろう。ただし、人びとの合意は、それだけでは、対世的な法的効力を持ち得ない。ところが、土地利用調整法は、ある程度の、安定性が要求される分野であり、場合によっては、当事者の変更に影響されないような法的効力が求められる。ただし、そのような効力を広く認めれば、今度は硬直化する。この二つのあいだで、どのようにバランスを取るかが、やはり難しい問題となる*45。

以上、当事者の変動の問題、多数当事者の問題、主体の限定の問題、フレキシビリティと安定性の問題、これらの問題が、人びとの自発的な合意に基づいて私法を活用しようとする際の問題となる。

3) 日本における土地利用調整私法の特殊性

以上の前提問題に加えて、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。ここでは、イングランド法を比較の対象にして話を進めたい。イングランドを対象にするのは、そうすることで、この問題の日本法の特殊性が、はっきりすると思われるからである。

イングランドと比較してみたときの、日本法の特殊性とは、第一に、先に前提問題としてみたとおり、土地利用調整において私法を活用しようとするのであれば、人と人の関係に関する法と物に関する法を媒介する必要があるところ、そのための手段が、日本においては全くといって良いほど発展しなかったことがあげられる。さらに第二には、この第一のこととも関連して、土地利用調整における日本の私法は、公法との関係を形成せず、土地利用調整法が、もっぱら公法のみとして存在することとなったことを指摘することができると思われる。順に説明していきたい。

媒介のための手段としては、イングランドにおいては、まず、ニューサンス法という法領域の存在を指摘することができよう。詳しくは第3部で検討するが、ニューサンスは、国会制定法としての都市計画法の登場のはるか以前から、日照、採光、通風、騒音、悪臭等々の、いまでは都市計画がその保護に重要な役割を果たしている、土地上の種々の利益を保護するための手段として発展してきた。

歴史的にみれば、イングランド法における全ての不法行為訴訟類型の原型となったトレスパス訴訟が、シージン(seisin)の侵奪を伴う不法行為訴訟を扱ったのに対して、ニューサンス訴訟は、トレスパスには至らない二つの場合に用いられる補完物として発展していった。そのうち

*45 都市計画で予定されている道路区域内の土地に対して、60年以上にわたって、何らの補償のないまま都市計画制限（都市計画法第53条、第54条）が行われているといった問題は、「フレキシビリティと安定性」が問われた極端な一例といえるだろう。最高裁平成17（2005）年11月1日判決、裁判所時報1399号1頁以下『判例時報』1928号25頁以下、『判例タイムズ』1206号168頁以下参照。

の一つ目は、他人の土地を部分的に享受する権利を妨害した場合であり、通行権(right of way)や放牧権(pasture)といった地役権の妨害行為が含まれた。二つ目は、間接的な方法によって土地そのものの享受を妨害した場合であった*46。ニューサンス法の歴史は古く、およそ12世紀の後半頃から、のちに「ニューサンスに関するアサイズ訴訟」(the assize of nuisance)と呼ばれるようになる、ニューサンスを自力排除するために用いられるアサイズ訴訟の一種が存在していたといわれる。ただし、悪臭や騒音といった「些末」な問題は、この時代、ほとんどが地域的裁判所で扱われ、こうした訴訟が、国王裁判所で扱われるようになるのは、特殊主張訴訟(the action on the case)が広まる14～15世紀以降のことではあった。しかし地域的裁判所では、すでに、のちの都市計画法制に影響を与えるような制度や実務慣行を成立させていたのである*47。

しかし、土地利用調整「公」法の中心を占める都市計画の先祖として、より重要なものとして、土地の利用についての契約内容が土地の権利者が移転しても承継される制限約款(restrictive covenant)を指摘することができよう。制限約款は、日本の建築協定と非常に似た仕組みであるが、建築協定が、特定行政庁の認可を経て、はじめて対世的効力を持ち得たのに対して、制限約款は、そうした経路を経る必要はないことに大きな差が存在している。コモン・ロー上の法制度であるところの制限約款を、単純に「私法上の制度」として扱うことができるのかという問題はあるものの、当事者同士の合意のみで、対世的効力が生じるのである。

この制限約款も、ニューサンス法や、地役権(easement)と同様、「公」法に基づいた都市計画が19世紀の終わり頃から発達するよりも、歴史的に先行していたことを指摘する必要がある。たしかに、絶対王制期には、国王布令(proclamation)によって、日本の建築基準法と同様の規制を行っていた。これには、採光・通風に関する規定や、一部、景観に関する規定もあった。これを「公」法と捉えることもできる。但し、これも、先に見た、ニューサンス訴訟の積み重ねをもとにしたものであった*48。そして、これら「公」法は、こちらは第2部で確認するとおり、国

*46 以下、ニューサンス法の歴史の概要については、Fifoot, C.H.S., *History and Sources of the Common Law; Tort and Contract*, Stevens & Sons, 1949, esp. at pp. 3 - 213; Baker, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Butterworths, 2002 esp. Ch. 24 'Nuisance', at pp. 422- 435 をそれぞれ参照。

*47 その最も初期のものとしては、1189年のロンドン・シティにおける法規制が知られている。Chew, H.M. and Kellaway, W., eds., *London Assize of Nuisance 1301-1431: A Calendar*, London Record Society vol. 10 (1973) <<http://www.british-history.ac.uk/source.aspx?pubid=155>>; Knowles and Pitt, *The History of Building Regulation in London 1189-1972*, Architectural Press, 1972, at p. 6. ニューサンス法の、現在の都市計画法への影響については、Booth, Philip, *The Control of Discretion: Planning and the Common- Law Tradition*, *Planning Theory*, Vol. 6 (2), at pp. 127-145, 2007 参照。

*48 前掲註47掲載の各論文参照。

王権力の弱体化によって、革命期から19世紀の終わり頃まで、土地利用調整の手段としては下火になっていくのであった*49。そして、この国王布令にかわって登場したのが、領主たちの所領経営の一環としての都市計画であった*50。

このとき領主たちが用いた法的手段が、のちに制限約款(**restrictive covenant**)へと展開することとなる捺印契約(**covenant**)であった。この手法が、所領経営に使われるようになったのは16世紀頃からといわれる。当初は、領主たちが、自分の所領の一部を、定期不動産権(**leasehold**)として誰かに譲渡し、その者に開発させる際に、捺印契約の中に、様々な条件をつけたのがはじまりであった。定期不動産権の期限が切れれば、土地は再び領主の手元に戻るものであったが、その際、土地に残る建築物はもちろん、そのための道路や付属物も同様に領主の手元に入るようになっていたので、採算性のよい所領経営を行うためには、捺印契約証書に、できるだけ状態の良い建築物やインフラが残るための条件を厳しく書くことが必要であったのである。捺印契約の中には、やがて、一定の地域について、あらかじめ基本計画(**general plan**)を定め、それに従うことを条件にして、開発を認めるものも登場する(**development [or building] scheme**)。

日本法の所有権移転に最も近い、自由土地保有権(**freehold**)の譲渡について積極的に使われるようになるには、産業革命を経て中間層の購買力が上昇し、こうした取引が活発になるのを待たなければならなかった。これが、法の世界において、制限約款の登場を導くことになった。それまで自由土地保有権には、(保有権者にとっての)利益しか付加できなかったのに対して、1848年の *Tulk v. Moxhay* 判決*51で、悪意の売り主については、エクイティ上、義務も承継されることが認められると、以後、自由土地保有地の売買にもこうした仕組みが積極的に使われるようになった。その後、1925年に登記制度ができると、契約内容を登記することで、売り主への通知が擬制されることとなり、さらに簡便に義務の承継が可能となっている*52。

英国で最初に計画システムを採用した国会制定法は、1909年に制定されている*53。これにたいして日本の場合は、東京市区改正条例を採れば1889年、全国的な制度であるところ

*49Barnes, T.G., *The Prerogative and Environmental Control of London Building in the Early Seventeenth Century: The Lost Opportunity*, 58 *California Law Review* 1332 (1970); Smuts, R. Malcolm, *The court and Its Neighbourhood: Royal Policy and Urban Growth in the Early Stuart West End*, 30 *Journal of British Studies* 117, 1991; 宮川剛「エリザベス期・初期スチュアート期ロンドンにおける建築規制」『群馬高専レビュー』(2004) 19頁以下参照。

*50後掲・第3部のほか、Booth, Philip, *Planning by Consent: THE ORIGINS AND NATURE OF BRITISH DEVELOPMENT CONTROL*, Routledge, 2003、参照。

*5141 E.R. 1143; (1848) 2 Ph. 774; (1848) L.J. Ch. 83.

*52制限約款の歴史的展開と、都市計画との関係については、Sabey, Donald L., & Everton, Ann R., *The Restrictive Covenant in the Control of Land Use*, Ashgate, 1999 参照。

*53Housing, Town Planning & c. Act 1909 (9 Edw 7 c 44)。

の最初の都市計画法を採れば1919年と、それほど差はないといえることができる。しかし、英国（イングランド）においては、この1909年にはじまる「公」法による規制に、ニューサンス法をはじめとした「私」法の歴史が、一定の影響を与えていることに大きな違いが存在するのである（表1）。

◇表1 日・英の土地利用調整私法と、私法の公法への影響				
	日・私法	日・公法	英・「私」法	英・「公」法
不法行為	過失責任主義 (除：新受忍 限度論など)	私法から の影響をほ んど受け ることなく 公法が存 在。	ニューサンス法。 必ずしも過失を前 提とせず一定の土 地利用を客観的に 否定	Use Classes O rderや計画許 可手続きにニ ューサンス法 からの影響。
地役権	活用は限定的 (若干の判例 法理の発展有 り)。		(不作為義務を課 す地役権設定は限 定的)	計画手法を利用 した制限約 款が、計画に もとづく公 法的開発規制 (都市農村計 画法)へと発 展。
契約	対世的効力を もたせるに は、公法(建 築基準法)が 必要。		制限約款や、基本 計画にもとづく建 築規制契約など。 これにより、様々 な義務設定が可 能。	

「公」
法による
計画シス
テムに先
だて、
計画が用
いられて
いたこと
は前述の
通りであ
るが、ニ

ューサンスと都市計画の関係について論じたマコースラン教授によれば、両者のあいだにも、間接的ながらもはっきりとした影響関係が認められるという^{*54}。例えば、用途区分令(Use Classes Order)は、本屋や八百屋といった土地利用を同一のクラスとして指定することで、同じクラス内の土地利用の変更を許可無く行うことを認めている^{*55}。これは、通常こうした土地利用の変更がニューサンスを引き起こすことがないことから認められているのであって、異なるクラスへの土地利用の変更は、そうではないことから許可が必要とされているという。またニューサンスを引き起こすかもしれない開発について、周辺住民への告知と異議申立を認めているのも、影響の一つとされる。

日本も、公法による都市計画よりも先行する時代に、例えば、江戸時代の日本社会においても、人びとは、「まち」を、互いに関係を取り結んでつくっていたはずである。しかし、それが何らかの法的関係として、現在の私法には受け継がれることはなかった^{*56}。この結果は、日本のまちづくり法・都市法における、私法の不在(ないしは土地所有権の私法的制約の不在)、

^{*54}McAuslan, Patrick, *Land, Law and Planning*, Weidenfeld & Nicolson, 1975, at pp. 48-78.

^{*55}ただし、土地利用の変更に伴って何らかの開発行為が行われる場合は許可を要することに注意。現行令は、Town and Country Planning (Use Classes) Order 1987 (SI 1987/764)。

^{*56}もちろんのこと、明治以降のまちは、江戸時代の都市・村落構造を引き継いでおり、そこには一部ルールの都市計画・建築法制への影響が見られる。その一例として、加藤仁美「市街地建築物法における道路規定の成立経緯に関する考察―幅員9尺規定の由来について」『日本都市計画学会学術研究論文集』24号(1989年)583頁以下、参照。

公法への偏在となって現れているように、筆者には思われる。これは、公法・私法峻別論からはじまった日本の近代法継受事業の、まちづくり法・土地利用調整法での現れと言うことができるであろう。また、それら公法が、私法になんら基礎を置くことなく存在していると言うことができるであろうか。この「公法の前提としての私法」という問題については、第1部の最後でもう一度振り返ることにしたい。

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

以上のように、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、「はじめに」で確認したように、人びとの関係もまた、無くなるというのは当然の話かもしれない。近年の規制緩和中心の法改正が、まちにおいて人びとの関係をばらばらにしようとしているのに対して、もう一度人びとの関係を法的関係として捉え直すのに、私法が果たす役割はないのだろうか。ここでは、私法の活用について考察した先行研究を概観することで、私法の可能性と限界について確認してゆきたい。

もちろん、私法的手法には限界がある。先に説明した、制限約款は、アメリカへと渡り、CID (Common Interest Development) として活用されている。ハイアット&フレンチ(2008)によると、2006年現在、アメリカ国民の約19%にあたる5700万人が、この形態の住宅に暮らしているという^{*57}。このような居住形態を、「私的政府」(Private Government)の創出を許し、アメリカ社会を分断していると批判したのが、E・マッケンジーであった^{*58}。全米各地の人種ゾーニング条例による人種隔離政策が、1917年に連邦最高裁で違憲と判断されると制限約款がそれに変わり、連邦最高裁によってそれが同様の理由から執行不可と判断される1948年まで、条例に代わって人種隔離的開発を推進する主要な法的仕組みとなったことだけでなく、マッケンジーは、制限約款を使った実質的差別が、「人種隔離」から「合法的な階層差別」へと形を変え、現在でもつづいていることを指摘する。制限約款の中には、建物のデザインや庭の芝生などについて細かな規定が置かれるだけでなく、居住者の年齢制限や夜間の門限など個人のライフスタイルにまで深く踏み込むものがあるが、そのような目的に利用することが、ときに、「人種あるいは階層に言及せずに近隣住区の『特性を保持する』、『完全性』、あるいは『安定性』といったよく知られた婉曲な表現により正当化され」ることによって、「ある特定のグループの人

^{*57}Hyatt, Wayne S., & French, Susan F., *COMMUNITY ASSOCIATION LAW*, Carolina Academic Press, 2008, at p. 3. アメリカにおける C I D の法的仕組みの詳細についても同書を参照のこと。

^{*58}McKenzie, Evan, *PRIVATOPIA: Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government*, Yale University Press, 1994; 邦訳、竹井隆人・梶浦恒男訳『プライベートピア：集合住宅による私的政府の誕生』（世界思想社・2003年）。

びとは不動産価値に対する脅威であるとみなされ、排除され」、「その結果、同質性は依然として増幅され、白人と非白人との経済的格差のゆえに、この解決策は必然的に人種差別を継続させることの一助となっている」*59という。

このCIDを、日本の文脈において、むしろ積極的に捉えようとするのが、竹井隆人氏である。竹井氏は、これまで、日本では、どちらかというと建築・都市計画的側面のみが注目されてきたCIDについて、政治学から焦点を当てている。CIDは、どのような形態を取るにせよ、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、この「私的政府」としての住民自治組織を、日本においては、共同性の構築のための場と積極的に捉えることができるのではないかという*60。

法学においては、高村学人准教授が、「里山コモンズ」のための制度構築として議論を展開している。東京都稲城市での土地区画整理事業について、当初は里山開発に対する反対運動であったものが、やがて里山を残すために地権者と互いに協力し合い、宅地を里山とセットにして販売し新住民たちに「共通の庭」としてそれを保有してもらおうという仕組みづくりを進めていく方向へと変化していったことについて、高村准教授は、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」の生成のための試みとして評価するとともに、このコモンズを所有・管理するために、制度設計をどのようにしていくかが課題であるとしている*61。

この制度設計という課題について、高村准教授は、別稿で「私法的制度の活用」を検討している。日本におけるコモンズといいうる法制度である入会権が、理論的にはともかく、「新たに権利集団を設定することが困難」である現状をふまえ、記名共有や、団地管理組合法人、一般社団法人といった私法上の制度の活用による所有・管理制度の設計を展望している。このうち、一般社団法人を活用する方向について、公益性を認めうる里山の保有に対して、たとえば固定資産税が非課税になるといったような、税制上の優遇が何もないというデメリットがあるものの、定款の設計の自由度の高さ、例えば里山の管理について、地権者だけがその主体となるのではなく、他の地域住民などもサポーター会員として定款上位置づけ、負担金や、法人の

*59 前掲・マッケンジー（2003）126頁。

*60 竹井隆人『集合住宅デモクラシー：新たなコミュニティ・ガバナンスのかたち』（世界思想社・2005年）、同『集合住宅と日本人：新たな「共同性」を求めて』（平凡社・2007年）。

*61 高村学人「入会林野から里山コモンズへ」『法と民主主義』413号（2006年）64頁以下。

議決権を傾斜配分することなどが可能であることが示されている*62。実際に、先に指摘したタウン・マネジメントと呼ばれる取り組みのなかにも、まちづくりの主体として、建築協定や地区協定の運営委員会、NPO法人などの他に、団地管理組合法人を活用するところも現れてきている*63。

2) 私法活用の限界と公法

こうした私法を活用した取り組みが、日本でも、マッケンジーが指摘したように、社会を分断する方向へと展開してしまう危険性はないのであろうか。また、そもそも、私法の活用には限界がないのだろうか。

危険性については、もちろんのこと竹井氏も認識しているし、もっと積極的に警鐘を鳴らす論者もいる*64。竹井氏は、オートロックで閉ざされたタワーマンションや、敷地をほぼコの字型に囲むように造るマンションなどを、外部からの侵入を物理的障壁によって完全にシャット・アウトした「究極」のゲートッド・コミュニティと位置づける*65。徐々に戸建て住宅型のゲートッド・コミュニティも登場しつつあるなか、将来的に、アメリカで問題化しているように、社会の中の特定のカテゴリーに属する人びとを排除しようというような反社会的合意によって開発が行われるようになる可能性は無いとは言えないだろう。

もう一方の、限界についても同様に、高村(2007)にて、すでに指摘されている。里山コモンズの例で言えば、「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

*62高村学人「里山をコアに位置づけた住宅コミュニティづくり：コモンズ創出のための制度設計」『都市住宅学』57号（2007年）37頁以下。法人制度を用いれば、先に見た私法活用の際の前提問題としてみた4つのうち、当事者の変動の問題と、主体の限定の問題を解決できるのかもしれない。なお、同様の視角から、区画整理組合や再開発組合等の公共組合について論じる、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頁以下も参照。

*63愛媛県松山市、グリーンヒルズ湯の山の例。前掲・エリアマネジメント推進マニュアル検討会（2008）187頁。

*64主として公共性の観点からの批判として、齋藤純一『公共性』（岩波書店・2000年）、酒井隆史『自由論：現在性の系譜学』（青土社・2001年）、主としてセキュリティの観点からに批判として、五十嵐太郎『過防備都市』（中央公論新社・2004年）。

*65前掲・竹井（2005）92～99頁、前掲・竹井（2007）144～151頁。但し、竹井氏は、物理的閉鎖をすることそのものよりも、人びとがそれに頼り、主体性を喪失することを危険だとしているようである。竹井氏のこの問題の理解については、同「米国のゲートッド・コミュニティの実態とわが国への示唆～物理的閉鎖がもたらす真の課題とは～」『都市住宅学』48号（2005年）19頁以下も参照。

ためのコストの問題が十分に解決できない」のである*66。また、個別の開発において問題がない場合であっても、全体としてみればバランスを失ったまちを作り上げてしまうことも十分に考えられる。仮に、特定の社会的属性の人びとだけで囲いの中で暮らすことや、もしくは、セキュリティ上の理由によって見知らぬ者を地域から排除することに、社会的コンセンサスが得られたとしても、特定の社会的属性を持たない人びと、あるいは「見知らぬ者」も、いずれかで生活をしなければならないのである*67。

こうした、私法活用の危険性ないし限界に対処できるのは、やはり公法であろう。公法が必要となる場合には、人びとの自発的な取り組みだけでは人びとが望むことを実現することが不可能な場合もあれば、人びとの自発的な取り組みをまち全体の視点から調整しなくてはならない場合もあるだろう*68。とはいえ、ここで登場してくる公法は、従来の公法的規制とは、性質的に異なったものが想定されることになる。これまでの公法が、各個人の所有権を外から制約するものと捉えられていたのに対して、私法活用の限界点で登場する公法は、あくまで、私法が作り出す「利用を中心とした所有秩序」を前提とし、その限界に対処しようとするものとなる*69。

都市計画を公共の福祉からの所有権の規制と捉え、公共の福祉を「行政」の独占物とすれば、地区計画というものは、「行政」の一方的な行為にすぎないことになるが、実際のところは、多くの地方政府で、地区計画の策定を、まちづくり協議会といった住民組織に委ね、さらには、策定後の運用についても、引き続き住民にその一部を委ねようとしている。そのような事例では、組合・法人といった法制度に、全くの非法的、自主的な建築規制やデザインコード、あるいは通常の都市計画・建築規制を、地域の事情、目指す目的に合わせて組み合わせている。そして、その多くが、まず自主的な取り組みから始め、建築協定を経て、地区計画へとというように段階をステップアップしてきている。そのとき、地方政府が、住民組織に、専門家の派遣や活動費助成といった支援を行うことが見られるが、こうした取り組みを支える法制度は、私法

*66前掲・高村（2007）40頁。

*67その意味では、景観法の活用にも同じ問題が含まれている。景観法の目的そのものだけを見れば、もちろんのこと「反社会的」ではない。しかし、日本の景観保護を求める住民運動の多くが、マンション反対運動という側面を強く持っている現状を考えると、誰もが第一種住居専用地域内の閑静な住宅街に住むことはできないのだから、本来であれば、景観に対する意識の高まりにあわせて、アフォーダブル住宅、居住の保障といった、「良い景観」の中に住むことができない人びとの問題を検討しなければならないはずである。

*68前掲・名和田（1998）、ならびに明石達生「私的協定と公的規制をつなぐ仕組み」、佐藤岩夫「まちづくり条例と地域の公共性」とともに『都市計画』234号（2001年）それぞれ15頁以下、19頁以下参照。

*69行政法のドグマ的優越性を否定する高柳教授の議論の射程は、同法内部の個別問題の見直しに限られるのではなく、まちづくり法あるいは日本法の全体を捉え直すものとして意義を有していることを改めて指摘しておきたい。高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店・1985年）参照。

の限界を乗り越えるための公法として位置づけることができるのではないだろうか*70。また、人びとの自発的な取り組みのなかで形成された規範（それは、私法的な、あるいは非法的なものすぎないかもしれない）が、地区計画やマスタープランのなかで、（修正・否定されることも、もちろんあるだろうが）受け入れられることで、そこに、私法から公法へと連なる公共性を見いだすことができるのではないだろうか。

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

第1部を締めくくるにあたって、人びとが、自分たちの「まち」を自発的につくっていきこうという取り組みと、それを「私」法制度の活用によって支援していきこうという一連の取り組みとを、公法・私法論という文脈、あるいはまちづくり法・都市法全体に位置づけて考察することにしたい。

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はじまり、やがて、とりわけ第二次世界大戦後に、社会法・経済法の登場、司法裁判所による司法権の一元化等、社会経済状況や法制度が変化してくると、徐々に相互の関係が論じられるようになってきた*71。そして、吉村良一教授によれば、現在では、「かつてのような相互排斥的な二分論は見られない」が、「しかし、公法と私法には規律する関係や法原理による区別があることが承認され（その意味では公私法二分論）」、また、「国家と社会ないし市場の二元論（中略）における変化（市場や社会への国家の介入現象）を背景に、公法と私法の融合現象が見られるようになっていることの指摘も、各論者において共通」するようになったとされる*72。

*70 田中晃代「まちづくり初動期への行政支援」、久隆浩「初動期重視のまちづくりに果たす条例の役割」とともに前掲・小林（1999）所収、前掲・小川（2002）86～88頁参照。

*71 山本敬三・大橋洋一「行政法規違反行為の民事上の効力」（初出・『法学教室』249号（2001年）55頁以下、大橋洋一編『対話で学ぶ行政法』（有斐閣・2003年）所収）、大橋洋一『行政法①』現代行政過程論（有斐閣・2009年）第4章。

*72 吉村良一「民法学から見た公法と私法の交錯・協働」『立命館法学』312号（2007年）225頁。公法・私法の関係について述べた文献は多数あり、すべてを列挙することはできないが、さしあたり、最近のもので全体像を概観したものとして、民法学の立場からのものとして、秋山靖浩「民法学における私法・公法の〈協働〉—生活環境の保全・形成の場面を素材にして—」、また同じく主として行政法学からのものとして、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」がある。いずれも日本法学会2006年度全体シンポジウム「現代における私法・公法の〈協働〉」をもとにした『法社会学』66号（2007年）に所収。その全体シンポジウムの企画趣旨を説明したものとして、同所収の原田純孝「企画の趣旨と問題の提示」も参照のこと。

さらに、日本の民法の領域において、それまでの「公法私法の二分論を前提に、公共性は主として公法に属するものであり、民法に外在的であって民法を外から制約するものとして考える」「伝統的理解」に対して、「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いる」という^{*73}。このような背景には、「はじめに」で確認したまちづくり運動をはじめとして、NPOなどの私的主体が、それまで、中央・地方政府がもっぱら担ってきた公共的利益の実現について、一定の役割を果たすようになってきたという社会現象(公・私の〈協働〉現象)が見られることに加え、そうした現象にも影響を受けながら、景観問題に典型的にみられるように、純粋に私的利益とはいえないものの、さりとて公(法)的手段によっては、十分な保護が期待できない(法的)利益を、どのように実現していくかという課題(公法・私法の〈協働〉論)が、法学研究者のあいだで広く認識されるようになってきたことがある^{*74}。

吉村教授は、民法内在的な公共性の問題の代表的な論者として、「民法は政治社会としての市民社会の基本法であり、公共の福祉は、そのような市民社会の『公序』に関わる法なのであるから、それは、民法に外在的でそれを制約する原理ではない」^{*75}とする池田恒男教授、「社会の基本秩序ないし構成原理を定めたものとして民法をとらえ」^{*76}る星野英一教授・大村敦志教授、市民社会に成立する基本秩序として人格秩序と財貨秩序を置き、その外郭秩序にそれぞれ生活利益秩序・競争秩序、さらには権力秩序が成立するとする広中俊雄教授、その外郭秩序においては「個々の市民の私的・個別的利益と市民総体の公共的利益とが、分離・対立するものではなく、オーバーラップするもの、二重性を帯びたものとして現れる」^{*77}とする吉田克己教授、そして、いわゆる「基本権保護義務論」の立場をとる山本敬三教授の諸説^{*78}を紹介している。

このような議論の背景のひとつとしては、日本が継受したいわゆる「西欧近代法」を生み出した歴史的社会的理解についての変化を指摘することができるだろう。なかでも、従来、政治を

^{*73} 吉村良一「『新しい公共圏』と私法理論」『法の科学』37号(2006年)33頁。

^{*74} 「公・私の〈協働〉」と「公法・私法の〈協働〉」の問題の広がり、両者の関係については、前掲・原田(2007)参照。

^{*75} 前掲・吉村(2006)33頁。

^{*76} 同上、34頁。

^{*77} 吉田克己「民法学と『公共性』の再構成」『創文』2002年7月号)5頁。

^{*78} それぞれ関連する文献は、池田恒男「日本民法の展開(1): 民法典の改正—前三編(戦後改正による「私権」規定挿入の意義の検討を中心として)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』(有斐閣・1998年)115頁以下、星野英一『民法のすすめ』(岩波書店・1998年)、大村敦志「民法と民法典を考える」『民法研究』1巻(1996年)他、広中俊雄『新版民法綱要: 第一巻総論』(創文社・2006年)(その初出として『民法綱要: 第一巻総論上』(創文社・1989年))、前掲・吉田(1999)ならびに山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣・2000年)等がある。

もっぱら担う国家と、脱政治化した経済社会としての市民社会という二元論的把握が行われてきたところ、近年、西欧における市民社会は、ギリシア・ローマ時代以来から、ずっと政治社会としての性格を備えているものと観念されてきており、市民社会を経済社会としてのみ捉えるやり方はむしろ例外的な理解で、その例外的理解が、日本に継受されてきたという指摘がなされてきた^{*79}。また、とりわけフランス法を比較の対象として、民法典(**Code Civil**)の歴史的 성격に関する議論^{*80}と、先に見た公・私の「協働」現象なども受け、現代日本において、「シビル」の思想を再生させ、政治的存在としての市民、すなわち「個人の領分の保障を求める」だけでなく、「と同時に、公共の空間において他者とともに活動し、この公共空間の存立にも一定の責任を負う」^{*81}人びとを、民法の主体として把握していこうという議論^{*82}とが、展開してきている。まさに、自分たちの「まち」を自発的につくっていこうと取り組む人びとは、このような市民の実在といえるであろう。

法史学者として上記の議論をリードしてきた水林彪教授は、『民法綱要』^{*83}に示される広中教授の法体系論を、「伝統的な『公法私法二元論』に対する批判、すなわち、民法を諸法の一般法として位置づけ、『私法』とは異質な『公法』とされてきた行政法をも民法の特別法として観念しようとする法体系論」^{*84}とし、このような捉え方は「近代民法の本源的形態としてのフランス民法典(一八〇四年)に内在する法思想の、今日の段階における復権としての意義を有する、

^{*79}平子友長「市民社会概念の歴史」『法の科学』27号(1998年)191頁以下、同「西洋における市民社会の二つの起源」『一橋社会科学』創刊号(2007年)23頁以下、マンフレッド・リーデル著(河上倫逸ほか訳)『市民社会の概念史』(以文社・1990年)。

^{*80}水林彪「西欧近現代法史論の再構成」『法の科学』26号(1997年)84頁以下、同「ナポレオン法典におけるcivilとcommercial」清水誠古稀記念『市民法学の課題と展望』(日本評論社・2000年)115頁以下、同「日本『近代』における民事と商事」石井三記・水林彪ほか編『近代法の再定位』(創文社・2001年)185頁以下、参照。

^{*81}大村敦志『民法0・1・2・3条』＜私＞が生きるルール(みすず書房・2007年)41頁。

^{*82}前掲註78、81掲載の論文の他、大村敦志『生活のための制度を創る』シビル・ロー・エンジニアリングにむけて(有斐閣・2005年)、参照。

^{*83}前掲・広中(2006)。

^{*84}水林彪「近代民法の本源的 성격—全法体系の根本法としてのCode civil—」『民法研究』5号(2008年a)3頁。また、「事実上一体のものとして構想され、執筆された」(22頁)、同「近代憲法の本源的 성격:société civileの基本法としての1789年人権宣言・1791年憲法」戒能通厚・榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社・2008年)21頁以下も参照。

と評することができるように思われる」*85としている。

水林教授が上記引用の箇所、民法を諸法の「一般法」と呼び、同じ論考の後の箇所でそれを「根本法」と言い換えて使用している用語法には、とりわけ「伝統的な公法私法二元論」に馴染んでいる者にとっては、注意を要するものとなっている。

「近代民法の本源的性格」と題された同論には、そのサブタイトルとして、「全法体系の根本法としての**Code civil**」というものが付されている。この「根本法」には、二つの法の関係のあり方が込められているのであるが、その第一の意味は、『基本法』と『具体化法』の対概念における『基本法』の意味であ*86り、この、ある事柄についての原理を定めた基本法＝根本法と、その応用を定めた具体化法＝派生法の関係が、込められている第一の法の関係のあり方である。その第二は、原則を定めた「一般法」としての根本法と、その例外を定めた「特別法」という関係のあり方に見いだされるものである。このとき、通常「一般法・特別法」の関係として意識される、「(a) 例外的に必要なが認められて『特別法』が用意されている場合には、原則を定めた『一般法』を排して『特別法』が優先的に適用されるというモメント(『特別法』の『一般法』からの独立的側面)」だけでなく、もう一つ、これとは別の、「(b)『特別法』はあくまでも、原則としての『一般法』を基礎として誕生し、そこに根拠を有し、それによって基本的内容が方向付けられているところの、例外的な法であるというモメント(『特別法』の『一般法』への従属的側面)」も、意識されているところが注意を要する点であろう*87。

水林教授は、広中教授が、市民社会の根本的秩序を担う実質的意義における民法を「一般法」とよび、たとえば「人格秩序」に対して、生活利益秩序の「特別法的基準」として環境法などが形成されている*88とするときの「一般法」の用語法に、「先に述べたaとbの両モメントを含ましめているように思われる」*89という。

水林教授が、広中・法体系論における批判対象としての「伝統的公法私法二元論」として読

*85前掲・水林（2008a）8頁。

*86同上、3頁。

*87同上、4頁。傍点は原文。

*88前掲・広中（2006）[33]段落、85～97頁。

*89前掲・水林（2008a）6頁。また広渡清吾教授も、広中・民法体系論においては、「従来の有力な議論である『市民法と社会法』という法体系二分論（自由制限的特別法的領域を市民法原理（民法の原理）に対立する『社会法原理』で基礎づける）は、内容的には否定されないが（一般法・特別法の枠組みで異質性が承認される）、原理的な位置づけにおいて（特別法的領域も原理が対立するのではなく、一般法を基礎にしている）その再検討を迫られる」（278頁）とする。広渡清吾「市民社会論のルネサンスと市民法論」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・2006年）249頁以下、参照。

み取ったのは、穂積八束の「此の所民法入るへからず」*90に標語的に表されるところの、「公法を統治に係する法」、私法を「統治に関わらない私人間の関係の法」とするような観念の仕方であり*91、筆者が先に述べたところのような両者を相互に無関係なものとして扱う純然たる峻別論であった。

これに対して、近代法の本源的性格を有する1804年の**Code Civil**とは、絶対的な自然権を高らかに謳い上げ、それを本源的利益とする(前文・2条)一方で、社会全体の利益の存在をも認める(5条・17条)人権宣言を受けて、前者を第一の保護法益とし、後者をも取り込んだ形で、全法体系の根本法として実定法化したもの、と理解される。そこでの公法と私法の関係は、二つの保護法益を受ける形で、「(A)社会ないし公共の利益に関わる程度が強いか、それとも、(B)諸個人の利益にかかわる程度が強いか、という基準によって、(A) **droit public**と(B) **droit privé**」*92と分けるものの、**Code Civil**が(B)だけを規定するのではなく、日本では「法の適用に関する通則法・法例」に相当する、「法律の公示、効果および適用一般」と題された「序」に始まり、同じく日本法では「国籍法」が担当する「国籍条項」が、第一編第一章におかれ、そして、所有権規定には、日本国憲法29条3項にあたる、正当な補償にもとづく公用収用に関する規定(545条但書き)がおかれていることに見られるように、決して、公法とは別個無関係の法体系として私法ないしは民法典が存在しているのではなく、全法体系の根本法として**Code Civil**がおかれる法一元論的關係が形成されていたとする。

ここで紹介した論考で示された近代民法の本源的性格ないしフランス民法典の性格について、法制史的評価を述べることは、筆者の能力を大きく越えるものである。しかし少なくとも、水林教授が示した、根本法(基本法・一般法)を基礎とし、その展開(具体化法・特別法)として従来の「公法」を位置づける、法一元論的見方は、本論のようにイングランド法を比較の対象として土地利用調整法を考察すると、少なくともイングランド法においては、十分に歴史的基礎を

*90穂積八束「公用物及民法」『法学協会雑誌』15巻9号(1897年)911頁。

*91前掲・水林(2008a)6頁、17～18頁。

*92同上、20頁。傍点は原文。

有するものと考えることができるのである*93。

イングランドを離れ、日本においてこの議論を展開させようとした場合、広中・民法体系論が、財貨秩序の外郭秩序に競争秩序を置き、ここで対象としてきた土地利用調整法が保護対象とする種々の生活利益秩序は、あくまで人格秩序の外郭に存在するとしたこととの関係をどう捉えるか整理する必要があるだろう。この問題をできる範囲で整理すれば、現時点では、次のような疑問点としてしか示すことができない。

(土地)所有権は、周知の通り、「使用・収益・処分」の3つの権能に分類することができるが、このうち、土地の利用(使用・収益)については、土地を特定の空間に配置されているものとして、一定の枠内に秩序づけることによって、はじめて行使することが可能となることはいうまでもない*94。すなわち生活利益秩序が権利の内容の形成に一定の役割を果たしているところ、その権利の行使は、あくまで(財貨移転のための)処分権もが一体となった所有権の行使というかたちを取るのではないだろうか。土地所有権は、人格秩序と財貨秩序に二分して帰属するも

*93法一元論的捉え方が、イングランド法に親和的なのは当然かもしれないが、水林教授の示された行政法の位置づけは、分析法学派の行政法の位置づけと積極的な親和性が見られることをさらに指摘できるかもしれない。英国（イングランドないしは連合王国）においては、「公法」関係を、「人と人の関係についての法」(Law of Persons)のうちの一つとしてとらえる伝統があるが、その発想は、少なくともヘイルやブラックストーンにまでさかのぼることができる (See, Oliver, D., *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999, p. 19.)。ブラックストーンは、『Commentaries』の中で、主権者と臣民 (Sovereign and Subject) の関係を、主人と従者 (Master and Servant)、夫と妻 (Husband and Wife)、父と子 (Father and child) と並べて、「大いなる関係」(Great Relationship)と呼び、「人と人の関係についての法 (Law of Persons)」の章の中で論じている (Blackstone, W., *Commentaries on the laws of England*, 1st edition, Clarendon Press, 1765-69)。こうした発想は、オースティン (Austin, *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law*, two vols., 5th edition (R. Campbell (ed.)), London: John Murray, 1885.) を経由して、分析法学派へと引き継がれたことで、今でも国家をクラウン概念を用いて表すことに見られるように、現代イギリス公法学を特徴付けている。邦文による紹介として、下山瑛二「J. Austin の Administrative Law の概念について」『法学雑誌』11巻3・4号(1965年)63頁以下、岡久男「分析法学における Administrative Law の概念について (一)」『甲南法学』11巻1号(1970年)23頁以下。なお、分析法学派の行政法の位置づけとその現代における問題、あるいは英法における市民社会(国家と社会)の捉え方については、戒能通厚「コモン・ロー法史論における国家と社会」前掲・戒能・棚澤(2008)80頁以下、参照。

*94土地利用調整(規制)が、財産権を形成する側面があることを指摘する、太田裕之「『必要最小限規制原則』の克服」、角松生史「ドグマティックとしての必要最小限原則：意義と射程」とともに前掲・藤田ほか(2002)所収、曾和俊文「まちづくりと行政の関与」前掲・芝池ほか(2007)35頁参照。

のと捉えて問題はないのだろうか*95。

本論において、人格ではなく、土地そのものを「生活利益」の「中核」に求めたのは、あくまで、第一に、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る。それは同時に、土地を財貨としてのみならず生活の場としても捉えることで、土地所有権を中心とする法秩序に、保護法益となりうる生活利益を、現実在即して読み込もうとする試みであった。その際に、自分たちの「まち」を自発的につくっていこうという人びとの取り組みに着目してきたわけだが、公法と私法ないしは法体系全体を視野に入れたこの節での文脈に即して述べるのであれば、それは、公法として存在する都市計画を、私法ないしは人びとの自発的な取り組みによって基礎づけられているものと捉え直そうとしたものであった。他方で、私法に目を向ければ、この人びとが自発的に作り上げる法秩序は、土地所有権を枠づけるもの、(市場におけるそれであれ、生活のためのものであれ)土地の一定の利用を可能にする／制限するものとなる。

中核秩序における土地所有権の位置づけについての上記の疑問に答えるためには、人格秩序における「人格」をどのようなものとして捉えるか、あるいは人格と土地所有権との関係をどのように捉えるのかを検討しなければならないだろう*96。この点については、広中教

*95この点つき、広中教授は、次のように述べる。「抽象的に観念される平等な人格の担い手が人間として捉え直されるなかで環境の問題が見直されるようになると、環境は一競争的な利益追求に従属させられるべきではなく―そのもたらす利益を共同のものとする意味での共同享受の対象とされるべきであるという社会的意識が、社会構成員の間に生成してくる。環境というものが土地と密接に結びついたものであることから諸社会で生じたところの、環境からの利益享受を土地所有権(ないし権原に基づく土地の利用)に由来するものと観念し、環境からの利益享受とそれを害する行為との調整の問題を土地に関する問題の一環として処理する伝統(たとえばドイツ民法九〇六条のインミシオーネン規定)も、ここに見直しを迫られることとなる(以下略)」（前掲・広中（2006）14頁）。また、「土地利用計画によって、生活世界と経済システムの領域を截然と区別し、相互の競争を遮断すること、すなわち競争の棲み分けを図ることが必要である」（389頁）とし、「生活の観点からする『土地＝商品』の論理の制限」のため、「土地所有権を財貨秩序の観点から捉えるだけでなく、人格秩序の観点からも捉える」（390頁）ことを主張する、前掲・吉田（2001）も参照。広中・民法体系論における人格秩序を読み解くものとして、広渡清吾「市民社会論の法学的意義：『民法学の方法』としての市民社会論」（前掲・戒能・榊澤（2008）所収）58頁以下参照。

*96たとえば、全ての人の「人格の尊重」は、生活のための土地利用に及べばよいのではなく、市場的な土地利用においても、考慮すべき場面はないのだろうか。あるいは、両者の接合は、並列的なものなのか、あるいは前者を基礎とする重層的な関係と捉えるべきものなのだろうか。

授の体系論を受けて議論を展開してきた吉田教授が、原島重義教授の論文「民法理論の古典的体系とその限界」*97をふまえたうえで、「中核的秩序は『主観的権利の複合』が法律関係となる領域、外郭秩序は『主観的権利の複合』ではない関係が現れる領域」と分けてきた自らの整理について、「中核的秩序においても『主観的権利の複合』ではない法律関係が現れることがあるかもしれない」と自ら反問されているなかに、すでに一定の解答が示されているのかもしれない*98。

そもそも権利は、その権利の客体がおかれた客観的あるいは社会的諸条件（たとえば、土地がある特定の空間に配置されていることから生じる諸条件や法をはじめとした諸制度）や、その権利が行使されることとなる社会において広範に認識されている法意識にもとづく諸要請（たとえば、人格の尊重）を前提としてしか行使することができないものなのだとしたら、（理念としての法＝権利を措定してみることの是非はともかく、個別具体的な権利行使・紛争解決の場面では、）外郭秩序の有り様を無視して、純粹に「主観的権利の複合」のみを論じることができる場面はそれほど多くはないと思われる。

たとえば、イングランドのニューサンス法においては、ニューサンスに該当するとされる行為が行われた場合には、その行為が当該地域の土地利用にとって通常の利用とはいえず、かつ、行為がもたらす結果が他の土地の利用を妨害する程度が一定の限度を超えるものと評価されれば、ニューサンスを引き起こした者の主観面に関係なく違法と評価される可能性があり、差止め等の責任が生じることとなる*99。

*97原島重義「民法理論の古典的体系とその限界」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』（法律文化社・1973年）。

*98吉田克己「報告・環境秩序と民法（シンポジウム・環境秩序への多元的アプローチ—実定法学のクロスロード—）」『法学論集』56巻4号（2005年）1809頁。なお、同シンポジウムの討論のなかで、曾野裕夫教授が「（生活利益秩序の一部とされる）環境秩序を『人格の外郭秩序』として位置づけることについて若干違和感がありました。」「国立のマンションの事件などを見ると、これは財貨移転の事件ですから、環境秩序から財貨移転に何らかの制限がかかっている側面を持つ事件だと思うんです。」（1823～1824頁）と質問したのに対して（山下竜一教授も同旨の質問（1822頁～1823頁））、吉田教授は、「十分な考えを深めていない段階での直感的な対応ということで」と断った上で、「やはりちょっとそれは違うのではないのという感じです。もちろん環境は、市場に対して、市場のあり方に対して影響を与える。（中略）それは、市場は環境のある一定のあり方を侵害してはいけないというロジックだと思います。なぜ侵害してはいけないかというと、そこから人格という話に入ってくるというのが私の理解で、やはり基本的に環境秩序の話は人格秩序との関係を抜きにしては理解できないのではないか」（1824頁）と答えている。

*99Rogers, W.V.H., *Winfield & Jolowicz Tort*, at pp. 648-659.

これまで、「意思」と「関係」というように対比的に理解されてきた大陸法とコモン・ロー^{*100}を統一的に説明しようという試みを行っているゴードリー教授によれば、英法を継受したアメリカにとどまらず、フランス(*troubles de voisinage*)、ドイツ(*Immissionen*)、ドイツ法を継受したイタリア等の国でも、同様に、加害者の故意・過失ではなく、妨害的な土地利用が当該地域にとって通常の利用と言えるか、および、妨害の程度が一定の限度を超えるかを基準として、歴史通貫的に、各国の法は救済を与えてきたことを指摘している。ゴードリー教授は、これを、「古典＝近代」の限界としての現代法への転換としてではなく、近世自然法学者たちからはじまる意思主義への過度の傾斜が起こる前の、「ローマ法から後期スコラ学者に至るまでの『古典』」の再生として捉えようとしている^{*101}。

日本法においても、生活妨害からの保護は、人格の尊厳がすべての人に承認されるようになったいま、土地所有権者だけが享受すべきとすることはもちろんできない。だからといって、生活利益の中には、隣接する土地(やその上にある自然物・人工物)同士の相対的位置関係を離れて把握できないものもある(日照、採光、通風、景観など)。そうであるならば、この側面から土地所有権を捉え直し^{*102}、それと原理を同じくして、この問題を(土地所有権者間に限定されるものではなく)公共が関与すべき土地利用調整の問題として、都市計画や建築規制が

^{*100}たとえば、木下毅『英米契約法の理論』第2版(東京大学出版会・1985年)第2章、参照。

^{*101}Gordley, James, *Foundations of Private law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford Univ. press, 2006, at pp. 66 - 80.しかしながら、ゴードリー教授の体系論においても、「意思」ないしは法主体の自発性そのものが否定されているのではないことに留意する必要がある。ゴードリー体系論における「意思」の位置づけについては、次を参照。Gordley, James, 'Contract, Property, and the Will—The Civil Law and Common Law Tradition', in Scheiber, Harry N. ed., *THE STATE AND FREEDOM OF CONTRACT*, Stanford University Press, 1998.

^{*102}かつて、末弘厳太郎教授、川島武宜教授は、ニューサンス法やイミシオン法を参照しつつ、民法解釈において生活妨害を相隣関係として把握する考え方を示していた。末弘厳太郎『物権法上巻』(有斐閣・1921年)344～352頁、川島武宜『民法I』(有斐閣・1960年)200～204頁。また、権利濫用・信義則を使って相隣関係を生活妨害にまで拡大させようとしたかつての試みも、民法典の改正が検討されているいま、立法論として再考する余地はないだろうか。藤岡康宏『権利濫用に関する一覚書』生活妨害(公害)における法規範創造的機能を中心として『北大法学論集』26巻2号(1975年)1頁以下、東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察(その三)」『神戸法学雑誌』15巻2号(1965年)347頁以下、新田敏「相隣関係における信義則の機能と限界」『法学研究』60巻2号(1987年)107頁以下、前掲・国土交通省土地・水資源局土地政策課(2008)など参照。

必要とされるのだと連続的に捉えることはできないのだろうか^{*103}。たとえばすべての人格の尊重という私法を含めた法全体を貫く原理は、私法上においては、所有権者に他の人格を否定するような所有権行使を認めず、その限界において働く公法においては、すべての人が快適な生活を送れるように、たとえば、まちづくり法においては、土地所有権者だけでなく、法主体をできるだけ拡大することが要請される。

2) まちづくり法の三層構造的把握

以上のような土地所有権の利用の側面を形成する相隣関係法や不法行為法などは、人びとが「まち」を自発的につくっていかうとする際に取り交わされる「合意」によってつくられる諸規範と、あるいは、いわゆる都市計画などからなる「公」法的規制とは、どのような関係に立つのであろうか。すなわち、まちづくり法・都市法の全体像は、どのように描くことができるのだろうか。この課題について、筆者は、その理念型を形成するための試論として、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いと考えている(表2)。

◇表2 まちづくり法の三層構造的把握(試論)

第3層: 「公」的・政治的決定に価値判断が委ねられるもの

(広域調整・マスタープラン・ゾーニング・戦略的開発・伝統的利用の保全)

第2層: 「私」人同士の価値判断による規範形成(※私法活用のある領域)

(地役権・自主規制・協定・協議会型地区計画・法人・組合・慣習)

第1層: 社会の価値判断が固まり法規範となったもの

(不法行為・相隣関係・法定地役権・人権・単体規定等の禁止的利用調整)

^{*103}この点につき、亘理教授は、「従来は単なる事実上のないし反射的な利益とされてきた諸利益や環境権の一種として主張されてきた諸利益のなかに、憲法による財産権保障の延長線上に位置づけられるべき権利がないかどうか、検討されて然るべきである」(298頁)と指摘した箇所で、脚注として、「財産権の保障を、物に対する人の支配を介して成立する人と人との法的関係を規律するものと捉えんとすると、本文で述べたその外延拡張の主張は、対象となる物の範囲をその物を取り巻く環境ないし空間へ拡張すること、また、その保障内容についても、物の支配という観念よりも拡張されたものとして、つまり物を取り巻く空間の管理への参加とでも称すべき内容を含むものとして捉え直すことを意味することになる」(脚注18)と述べている。亘理格「憲法理論としての土地財産権論の可能性」『公法研究』59巻(1997年)293頁以下。なお、石川健治「空間と財産－対照報告－」『公法研究』同巻305頁以下、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頁以下、同「公物管理から環境管理へ－現代行政法における『管理』の概念をめぐる一考察」成田頼明先生退官記念『国際化時代の行政と法』(良書普及会・1993年)25頁以下なども参照。

三層構造の第一層目は、当該社会において、すでに価値判断が固まり、法規範となっているものがおかれる。不法行為・相隣関係、法定地役権等がそれにあたる。さらに、日本においてはあまり意識されないが、土地利用における「人権」というものも、ここに位置づけられるだろう^{*104}。あるいは、公法の一つとされる建築基準法の中に「単体規定」としておかれるものにも、地域性や、ましてや土地の所有主体に関係なく、一定の土地利用を違法と評価するものがあるから、やはり同様の位置づけが可能となるのではないか。たとえば、震度6強以下の地震で倒壊し人身に被害を及ぼすような、あるいは、防火・準防火地域において「通常の火災を想定した火の粉による建築物の火災の発生を防止」^{*105}しえず、延焼の恐れがある屋根をのせたよ

^{*104}人種差別的な土地利用（例えば、不特定多数を相手とする商業において、特定の人びとを排除するような土地の利用）を認めない法は、それが所有権の（とくに利用の）側面を形成していると評価しうる。通常、各国は、人権に関する特別の法を制定することで、これを行ってきた。日本法においても、たとえば、身体障害者補助犬法では、国などの公的施設、公共交通機関にくわえて、ひろく「不特定かつ多数の者が利用する施設を管理する者は、当該施設を身体障害者が利用する場合において身体障害者補助犬を同伴することを拒んではならない」（第9条）と規定する。さらに、コモン・ローにおける *Common Calling* の法理そのものを、人種差別的な土地利用の禁止を要請する、すなわち、特別の法制定を待たずしても法そのものの存在から土地利用における人格の尊重を導こうとする、ものとして把握しようとする、次のような諸論考がある。Reichman, Amnon, *Property Rights, Public Policy and the Limits of the Legal Power to Discriminate*, in Friedmann, Daniel, & Barak-Erez, Daphne, eds., *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, 2001. See also, Singer, J.W., *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1996; Taggart, Michael, *Public Utilities and Public Law*, in Joseph, P.A., ed., *Essays on the Constitution*, Brooker's (NZ), 1995; Taggart, *The Province of Administrative Law Determined?*, in Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Hart Publishing, 1997. 日本法においても、たとえば、（その相貌が）外国人（風）であることを理由として公衆浴場の入浴を拒否された原告に損害賠償を認めた、札幌地裁平成14（2002）年11月11日判決（『判例時報』1806号84頁以下、『判例タイムズ』1150号・185頁以下）において、原告の「人格権」侵害を認定するにあたり、次のように判示する。「ところで、[被告]には、[被告が経営する公衆浴場]に関して、財産権の保障に基づく営業の自由が認められている。しかし、[被告が経営する公衆浴場]は、公衆浴場法による北海道知事の許可を受けて経営されている公衆浴場であり、公衆衛生の維持向上に資するものであって、公共性を有するものといえる。そして、その利用者は、相応の料金の負担により、家庭の浴室にはない快適さを伴った入浴をし、清潔さを維持することができるのであり、公衆浴場である限り、希望する者は、国籍、人種を問わず、その利用が認められるべきである。」ここにおいてもやはり、問題とされているのは、所有権者の権利行使ないしは人の土地利用における、他者の人格の尊重の問題といえる。

^{*105}建築基準法第22条。

うな、一定規模以上の建築物を建てるために土地を利用することは、何人にも許されていないのである。

しかし、まちづくり法・都市法は、これらだけで十分なわけではなく、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応じて、さらに積極的な規範形成が必要となる。第二層目となる、人びとの自発的な議論と合意によって定まる価値判断によって形成された規範が、まずそれを担うことになる。それらの規範としては、単なる自主規制や非法的な協定が選択される場合もあるだろうし、建築協定や地区計画などの既存の法制度の中でかたちとなる場合もあるだろう。この場合に集まった人びとは、地方政府の条例に位置づけを持つ協議会をつくるかもしれない、また法人や組合といった法的仕組みを利用するかもしれない。

この第二層目までの規範で不十分な場合に第三層が必要となる。不十分な場合とは、各地の人びとの合意が、互いにぶつかり合うために調整が必要な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。マスタープランや都市計画事業が、これまでそれを担ってきたのであるが、これらは、伝統的に公法が規律する仕組みとして存在する、議会や都市計画審議会を通じて価値判断が行われ規範が形成されてきた。社会全体の問題を論じ決定をするための仕組みとして用意されている「政治」制度を通じて行われる価値判断である。

こうした三層的な捉え方は、ある社会の法秩序を静態的に把握したものである。しかし、第二層での価値判断が、より広域から集まった人びとからなる集団においても承認されることで第三層の中に組み込まれることもあるだろうし、第二層、第三層で確立した規範が、やがて社会のなかで広範に承認され価値判断がより確固たるものとなることによって、第一層へと降りてくることは十分に考えられるだろう。そうなれば、法秩序形成の動態的把握へとつながる。明示的な合意があったとは言えないけれども、黙示的な意味でそれが承認できるような各地域での「慣習」は、まず第二層として把握できるものであるが、やがてより広域の集団によって地域のルールとして承認されたり、そのルールが当該社会全体において普遍性を獲得したりすれば位置づけが変わってくるだろうし、人びとの自発的取り組みが景観協定や景観地区等を経て法規範となったものも、同じように把握できるかもしれない。

この三層構造による把握が、どこまで現実を捉えるとともに、あるべき法秩序を照らすことができるものとなるかはさらなる理論的展開を必要とするが、つづく第2部・第3部では、イギリスの都市計画を題材にして、まちづくり法の公法・私法の関係を考察することとしたい。

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」(local planning authority)たる地位を持つ地方政府が、「計画許可(Planning Permission)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、その可否を判断することで個別開発のコントロールを行っていることにある。この計画許可制度の特徴としては、なによりも計画許可の対象となる「開発」の定義^{*106}が広く、原則として開発の定義に当てはまる行為すべてに対して許可を求めていることが挙げられる。そして第二の、そして本論にとってより重要な特徴としては、許可決定に際して決定権者に広範な裁量権を与えることにより、建物の高さや容積率等の、数値による客観的な規制にとどまらず、開発が周囲の環境に与える社会的影響や、あるいはデザインといった主観的な判断が必要な問題も含めてその可否を判断し許可を与えることができる点がある^{*107}。

イギリスの都市計画制度は、この計画許可制度を基にした開発許可制度^{*108}など、日本の都市計画法制に大きな影響を与えている。従って、発祥の国において、その制度が社会の中でどのように機能しているかを知ることは、日本の制度を相対化し、批判的に検討する際の視点を提供してくれる。特に、元の国における制度と社会との関係を見逃した単なる制度の模倣が、社会的に重大な問題をもたらす可能性を考えると、こうした比較法的検討は、不可欠の作業と言える^{*109}。

そこで、第2部では、イギリスと日本における都市計画法制の比較法的検討を行うための準

^{*106}Town and Country Planning Act 1990 (c. 8), S. 55.

^{*107}計画許可制度の詳細については、次の文献を参照のこと。Telling and Duxbury, *Planning Law and Procedure 14th Ed.*, Oxford University Press, 2009; Moore, Victor, *A Practical Approach to Planning Law 10th ed.*, Oxford University Press, 2007.

^{*108}都市計画法第29条以下。

^{*109}今般のマンション・ホテル耐震強度偽装事件の際に注目された、1998年建築基準法改正による建築確認業務の民間開放も、イギリスにおける1984年建築法(Building Act)による、ビルディング・サーベイヤー業務の公的独占の廃止を模倣したものである。耐震偽装事件が何故起きたかについてはさらなる事実関係の解明を待たなければならないが、イギリスでは、もともとサーベイヤーが、19世紀後半まで私的にこれらの業務を行って来たという歴史的経緯と、その過程で形成された職能集団が、医師・弁護士と並ぶ社会的地位を有し、いわゆるプロフェッションとしての自律性を保っているという社会的背景を見逃して制度を模倣したことに、その原因の一端があることは間違いないだろう。

備作業として、計画許可制度の形成の歴史的経緯を振り返ることを目的としたい。とりわけ、地方政府の裁量を前提とした中央・地方政府の政府間関係を中心とすることで、近代的な都市計画制度の下での、政府・専門家・市民という都市形成主体者間の関係の実態とその変遷を理解するための前提となる枠組みを設定したいと考えている。

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

計画許可制度の成立史に入る前に、現行の計画許可制度において、その最大の特徴である裁量権がどのように行使され、また統制されているのか簡単に確認しておきたい。

計画許可申請が地方計画当局に対して行われると、多くの場合、専門的知識を有する行政官(プランナー)が審査を行い、決定権者に対して審査内容につきレポートを提出することになっている。決定は、地方参事会(Council)もしくは参事会より授権された参事会内の専門委員会(もしくはそれを代表する個人)^{*110}が行う。

計画許可における審査項目は、日本の「都市計画法上の開発規制と建築確認中の集団規定を合わせたもの」^{*111}にほぼ該当するが、審査の際の考慮事項はそれにとどまらない。日本法における開発許可・建築確認が、それぞれ、都市計画法33条列举の基準により裁量が厳しく限定される羈束性の強い許可、あるいはまったく裁量の余地のない行政講学上の確認と理解されている^{*112}のに対して、後述の通り、裁判所が認めるあらゆることを考慮に入れて審査し、裁量により決定することが認められているからである。

イギリスの裁判所が行う裁量権の統制原理については、「権限踰越(Ultra Vires)の法理」が知られている。その内容は、国会制定法により、ある機関の裁量権の範囲内とされた事項につ

^{*110}多くの地方政府で、軽微な開発については、Local Government Act 1972, S. 101にもとづき専門プランナーに決定権限を委譲しているが、その範囲は地方政府により様々である。高見沢実『イギリスに学ぶ成熟社会のまちづくり』(学芸出版社・1998年)135頁参照。計画許可制度の運用実態については、渡辺俊一著『比較都市計画序説－イギリス・アメリカの土地利用規制－』(三省堂・1985年)第5章、高見沢(1998)第4章参照。

^{*111}伊藤茂ほか『欧米のまちづくり・都市計画制度』(ぎょうせい・2004年)第2章イギリス編(中井検裕執筆)93頁。

^{*112}但し、法社会学的見地から、建築確認が裁量性のない行政行為と理解できるかは別の問題である。さしあたり、柳沢厚・山島哲夫編著『まちづくりのための建築基準法集団規定の運用と解釈』(学芸出版社・2005年)、1998年法改正前のものであるが、有田智一・岩田司「建築基準法接道義務の但書規定の運用実態とその問題点」『日本建築学会計画系論文集』第531号(2000年)187頁以下、参照。

いては、司法上の審査が及ばず、権限の範囲を超えた場合にのみ司法上の統制に服するとされる^{*113}。計画許可制度における地方計画当局の権限の範囲については、都市計画制度に関する基本法である1990年都市農村計画法70条(2)と、その改正法である1991年計画及び補償法によって追加された、1990年法54A条が次のように規定している。

70条(2):申請を取り扱う際には、当局は、その申請に関連がある限りにおいて開発計画の各条項と、その他の関連する考慮事項(material considerations)について、考慮しなければならない。

54A条:(許可申請に対する)決定は開発計画に従ってなされなければならない。但し、その他の関連する考慮事項が異なることを指し示している場合を除く。

これらの条文から明らかになることは、地方計画当局は、審査に際して、「開発計画の各条項」と「関連する考慮事項」の2つについて考慮しなくてはならないということである。こうした基準によれば、54A条の追加により、開発計画と関連考慮事項のうち、まず開発計画を第一順位に考慮しなくてはならないのではあるが、ある事柄が「関連する」(material)とされうる限り、許可決定の判断材料として含めることができることになる。そこでは、「どこまでの範囲」が関連する考慮事項であるのか、また、関連する考慮事項を「どの程度」の重きを置いて考慮して良いのか、すなわち、裁量権の範囲と濫用の問題が生ずることになる^{*114}。

^{*113}このような伝統的な理解に対しては、近年、厳しい批判が向けられているが、ここでは立ち入らない。Ultra Vires原則に対する批判については、深澤龍一郎「イギリスにおける司法審査の憲法的基礎－議会主権の原則と法の支配－」(一)・(二・完)『法学論叢』153巻5号(2003年)1頁以下、同巻6号(2003年)1頁以下、参照。また、近年のイギリス行政訴訟制度をめぐる議論については、榊原秀訓「行政訴訟制度に関する外国法制調査－イギリス」(上)(下)『ジュリスト』1244号(2003年)238頁以下、1245号(2003年)168頁以下、参照。

^{*114}Moore (2005), Ch. 12: Brady, Malcom, Good Practice Series No 15: Material Considerations, 16 Planning Inspectorate Journal 21; Piatt, Andrew, Public Concern -A Material Consideration, [1997] J.P.L. 397; Stanley, Neil, Public Concern: The Decision-Makers' dilemma, [1998] J.P.L. 919, Ray Kemp, Perceived Risk as a Material Consideration: The Case of Telecoms Developments, [2003] J.P.L. 13、岡村周一「イギリスにおける計画許可に関する『関連考慮事項』」『法学論叢』120巻4・5・6号(1987年)171頁以下、洞澤秀雄「イギリス都市計画における社会的考慮事項」『早稲田政治公法研究』70号(2002年)443頁以下、各参照。

裁量権の範囲の問題に対して裁判所は、1971年の**Stringer**判決^{*115}で、「原則として、土地の利用・開発に関連するあらゆる考慮は、計画上の考慮に含まれると考えられる。この広い定義に該当する特定の考慮事項が、特定の事例において関連するかどうかの判断は、状況による」と判示し、それまで実務上行われてきた様々な考慮を容認する姿勢を見せた。その後の判決でも、中央政府・地方政府の政策、専門家・関係機関の意見、当該地の過去の経緯、代替地の可能性、開発の採算性、改訂中の開発計画といった様々なものを「関連する考慮事項」に入れることを認めてきている。たとえば、「性表現が露骨な映画」を上映するための映画館として、ある土地を利用することの是非が問題になった事例^{*116}では、映画の内容についての道徳上の善悪の判断を考慮することは計画上の考慮とは認められないが、ポルノ映画の上映がもたらす周辺環境への悪影響という点については、計画法上の目的に沿うものとして考慮することが認められるなど、計画の問題との関連が合理的に説明できるのであれば、裁判所は考慮することを広く認める傾向にある。

関連性が合理的に説明できない事項を考慮することは、権限超越になり違法となるとして、それでは関連する考慮事項を「どの程度」考慮することが認められるのであろうか。この「裁量権の濫用」の問題については、裁判所が「何が関連する考慮事項であるかの判断は法の問題であり、それをいかに評価するかは計画上の判断の問題である」^{*117}と述べているように、考慮事項と認められたものをどう評価するかについては、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の法理に服する他は、決定権者の裁量の下にあることになる。

権限を超越あるいは濫用した場合に司法審査が及ぶということは、逆に言うならば権限の範囲内であれば、裁判所の統制が及ばないことになる。この場合、広い裁量権の下で適切に権限の範囲内で行われた決定について不服を持つ当事者は、裁判所に訴えることができない^{*118}。そうした者は、都市農村計画法が用意している別の制度により、この決定を

^{*115}*Stringer v Minister for Housing and Local Government* [1970] 1 W.L.R. 1281; [1971] 1 All E.R. 65; [1971] J.P.L. 114.

^{*116}*Finalay v Secretary of State for the Environment* [1983] J.P.L. 802

^{*117}*Tesco Stores Ltd v Secretary of State for the Environment* [1994] J.P.L. 919, [1995] 1 W.L.R. 759, [1995] 2 All E.R. 636.

^{*118}但し、イギリスの裁判所が都市計画に関する問題で果たす役割は、（とりわけ日本法と比較して）決して小さくないことには注意が必要である。都市農村計画法における裁判所の役割については、Purdue, Michael, *The Changing Role of the Courts in Planning*, in Barry Cullingworth ed., *BRITISH PLANNING, 50 Years of Urban and Regional Policy*, the Athlone Press, 1999; Field, Duncan, *Planning in Court -The Rules and the Role of Judicial Review in Planning*, [2005] J.P.L. Occasional Paper 49; Ligere, Edite, *Locus Standi and the Public Interest: a Hotchpotch of Legal Principles*, [2005] J.P.L. 293; 松尾弘「イギリス法における開発計画に対する司法的統制」小高剛古希祝賀『現代の行政紛争』（成文堂・2004年）、参照。

争わなければならない。この制度は、裁判所による司法審査(Judicial Review)と対比され、計画上訴(Planning Appeal)と呼ばれている*119。

この計画上訴制度は、計画許可申請に対する3つの決定、「許可」、「条件つき許可」、「不許可」のうち後2つの決定がなされた場合に、申請人が、都市農村計画法担当大臣に対して、上訴することを認めるものである*120。上訴が行われた場合、通常、大臣は、インスペクターと呼ばれる専門的知識を有する審査官を指定し、このインスペクターが上訴の審査にあたる*121。インスペクター(及び大臣、以下同じ)は、「第一審で行うのと同じように」審査することが認められている。すなわち、第一審である地方計画当局が行った事実認定、あるいは考慮した事項に限定されることなく、独自の権限でこれら事項を追加あるいは訂正でき、決定も自由になし得る*122。またインスペクターが行う決定は、上述の権限超越に該当しない限り、裁判所も含めた他の機関で審査し得ず、終審とされる*123。

以上のことから、地方計画当局は相当に広範な裁量権を有しており、しかも、裁判所は、その統制に対して限定的な役割しか与えられていないことが分かる。こうした裁量権の広さは、

*119Reviewとは、最広義としては、ある権限の行使が法的観点からみて正当といえるか審査する制度についての呼称である。一方Appealは、下級機関が行った決定について、上級機関に、同一の権限を行使して再審査することを求めることを指す。Reviewがあくまで法的観点からの審査に留まり、原判断の実体的内容(merit)、たとえば裁量権行使の「当否」の問題に踏み込むことができないのに対して、Appealでは、実体的判断が可能なることに違いがある。前掲・榊原(2003)、Wade and Forsyth, *Administrative Law 9th ed.*, Oxford Univ. Pr., 2004 pp. 941- 参照。なお、計画法分野での広義の裁判所の審査(Review)の中にも、裁判所の一般的監督権限(S31 of the Supreme Court Act 1981)に基づく司法審査と、特に計画上の問題に関して行われる都市農村計画法上の審査(Town and Country Planning Act 1990, S288)の2種類がある。詳しくは、前掲註118掲示の各論文参照。なお、2008年都市計画法(Planning Act 2008 (c. 29))の可決によって、同法第三部に列挙される、国家的に重要なインフラ・プロジェクト(Nationally Significant Infrastructure Projects)許可申請については、大臣が指名するインフラ計画委員会(Infrastructure Planning Commission)の同意が必要となった。Duxbury (2009), op. cit., at pp. 247-270.

*120Town and Country Planning Act 1990, S. 78. 同条では、このほか、開発許可の申請から所定の期間を過ぎても決定を行わない場合にも、大臣への上訴が認められている。また、申請人以外の第三者には上訴権が認められておらず、しばしば問題とされる(後掲・第3部、参照)。

*121Town and Country Planning Act 1990, Sch. 6, S. 1. 指定を受けたインスペクターは、大臣と同じ権限を有することとされる(S. 2)。ただし、すべての上訴につき、大臣は、インスペクターへの権限委譲を取消し、自ら決定を行う権限を留保している(S. 3)。

*122Town and Country Planning Act 1990, S. 79 (1)

*123Town and Country Planning Act 1990, S. 79 (5)

地方政府が社会の変化に即した柔軟な都市政策を実行する上で大きな武器となりうるだけでなく、反対に、その行使の仕方によっては、各個別の申請に対して恣意的な判断が行われる可能性も内包していると言える。

実際、この制度が確立した1947年以来、裁量権行使の恣意性が多くの批判に晒され、その合理化のための仕組みを手続・実態の両面から整えてきている。たとえば、多くの地方政府で、法律上の義務はないものの、事前に周辺住民が意見を述べる機会を設け、審査時に申請者・反対者に意見を求めたり、さらには審査の際の基準をできるだけ事前に具体的に示すため、開発計画そのものの他に「補足的計画ガイダンス(Supplement Policy Guidance)」と呼ばれる政策文章を発行するなど、裁量権行使の透明性を高めてきた*124。また上訴制度においても、審査を対審形式にし上訴人に意見表明、反論の機会を確保するなどしている*125。中央政府のレベルでも、計画許可制度を採用した当初から、国レベルでの制度運用の統一性・透明性を確保するため様々な通達を発行し、1988年からは、計画政策ガイダンス(Planning Policy Guidance)として体系化してきている。これら政策文章に強制力はないものの、上訴についての審査権を有することを担保として、各地方政府に対する実質的に有効性のあるガイダンスとして、裁量権行使に一定の枠をはめているのである*126。

計画許可制度の特徴は、以上見てきたように、大きな裁量権を与えることで開発のコントロールを、まず第一に地方政府に委ねることで、各地の実情にあわせることができるという柔軟

*124Supplement Policy Guidanceは、これまで非法定の政策文章とされてきたが、2004年法改正により Supplement Policy Documentsと名称を変え、開発計画である Local Development Frameworkの中に法律上位置づけを与えられることになった。補足的計画ガイダンスについては、Bruton and Nicholson, Non-Statutory Local Plans and Supplementary Planning Guidance, [1983] J.P.L. 432; Bruton and Nicholson, The Use of Non-Statutory Local Planning Instruments in Development Control and Section 36 Appeals [1985] J.P.L. 837; White and Tewdwr-Jones, The Role and Status of Supplementary Planning Guidance, [1995] J.P.L. 471、中井 検裕・村木美貴『英国都市計画とマスタープラン』（学芸出版社・1998年）第9章、各参照。2004年法改正による制度変更については、Upton, William, Planning Reform: the requirement to replace Supplementary Planning Guidance with Supplementary Planning Documents, [2005] J.P.L. 34、参照。

*125上訴制度の準司法的構成については、Barker and Couper, The Art of Quasi-judicial Administration: the Planning appeal and Inquiry System in England, *Urban Law and Policy* 6 (1984) 363-476、来生新「Inquiryの政治性と司法性：イギリスにおける住民参加についての一考察」『計画行政』7号（1982年）10頁以下、参照。

*126現在では、Planning Policy Statements (PPS) と名称を変え、全部で25の文章が発行されている。そのほか、各種計画手法の活用についての実務標準を示す Good Practice Guides等がある。これら各種政策文章のうち最も新しいものについては、<<http://www.planningportal.gov.uk/>>で公開されている。

性を有する一方、中央政府は、上訴制度を中心とした後見的な介入手段を梃子として、制度運用の統一性や、自らの政策の反映を間接的なかたちで計るところにあることがわかる。

確かに、サッチャー政権以降、様々な「都市再生」政策が行われ、その中には、地方政府の関与を排除し、中央政府の直属の特別機関が行政を行うという手法も採られたことがあった。しかし、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るという計画許可制度は、1947年以来60年近く、結局のところ放棄されることなく続いたということは重要ではないだろうか。その理由を考えると、こうした仕組みが、イギリスの歴史的経緯が大きく影響していると思われるのである。

2) 裁量的許可制度採用の制度史

前節までに見てきたような現行の計画許可制度は、どのような歴史的経緯を経て成立してきたのであろうか。そのことが本節以降の内容となるのであるが、はじめに計画許可制度が国会制定法に登場してくる過程をまず確認することにしたい^{*127}。

都市計画を独立の対象としたイギリスにおける最初の立法は、1909年の住宅及び都市計画法等である。確かに、1909年法は、その対象を未開発地・開発予定地に限り、未だ既存開発地も含めた全国土を規制対象としていないという点で現在の法制度とは大きな相違点があるが、この法律は、それまで公衆保健(衛生)法、建築物規制、住宅法等、バラバラに行われてきた都市の空間的規制を、計画という手法によって総合的に行おうとした最初の法体系として、やはりそれまでの法制度とは一線を引くことができる。

現在との比較において、そうした対象の限定ということの他に、第2部での関心からは、同法が開発コントロールを、事後的に裁量的判断で行うのではなく、事前確定的な規制手法で行おうとしていたという違いに着目する必要がある。すなわち、同法は、計画図と規制文章によって構成される「都市計画スキーム」によって開発コントロールを行うことを予定していたのであるが^{*128}、その際、地方政府は、ただ「スキームに違反して建てられた建築物を違反者の費用負担により、移動、取り壊し、変更する」^{*129}権限が与えられたにすぎなかったのである。つまり、ここでは、裁量的に開発の可否を判断することはもちろん、事前にスキームに合致している

^{*127}以下、本節の記述に付き Crow, Stephen, *Development control: the child that grew up in the cold*, *Planning Perspectives*, 11 (1996), pp. 399-411; Cullingworth, Barry and Nadin, Vincent, *Town & Country Planning in UK*, 13th ed., Routledge, 2002 pp. 14-22; 渡辺俊一「イギリス開発規制の成立過程と現行体系」(上)(中)(下)『地域開発』155・157・158巻(各1977年)、渡辺(1985)第3章、それぞれ参照。

^{*128}Housing, Town Planning & c. Act 1909 (9 Edw 7 c 44), S. 54.

^{*129}Housing, Town Planning & c. Act 1909, S. 7.

か審査する機会すら与えられていなかったのである*130。

この都市計画スキームの策定作業を開始するにあたって、各地方政府は、中央官庁である地方政府庁(Local Government Board)に、策定作業開始の許可を求める必要があった。出来上がったスキームは、最終的に地方政府庁が承認する前に、国会の両院に提出され審議の機会が設けられ、その後、地方政府庁の承認が得られると、スキームは国会が制定したのと同様の効力を与えられた。

このスキームの承認過程は、ひとつの問題を含んでいた。というのも、スキームは遡及的効力を有しており、スキーム完成後、地方政府は、いかなるときに建てられた建物であっても、スキームの内容に合致しない建物について、補償をなした上で取り壊す権限を与えられたのであるが、とりわけ、地方政府庁がスキーム策定についての許可を与えると、先の費用負担規定の効力が生じることになっていたので、スキーム策定開始の許可を受けた地域では、それ以後開発を行うと、同規定により、やがて完成するスキームの内容に合致しなければ何らの補償なしで取り壊されるおそれが生じることになったのであった。スキーム策定に関する知的・人的リソースが限られていたことに加え、補償する際の財政措置の不備もあり、結果、策定作業は大幅に遅れることになった*131。そのため、この許可は住宅開発に対して大きなブレーキをかける役割を果たすことになったのであったが、折しも、拡大を続ける都市人口に加え、第一次世界大戦が終了し、その帰還兵とその家族にいかに住宅を供給するかが重要な政策課題となるなか、こうした立法上の不備を何とか解決する必要性が出てきたのであった。

1909年法の改正法である1919年法では、この問題に対処すべく、いくつかの改正が行われた。まず、スキームの普及と策定の迅速化を図るため、人口が二万人を超える地域の地方政府に対して6年以内のスキーム策定を義務づけた*132。さらに地方政府庁に、スキーム策定期間中の開発につき一定の条件で開発を許可することを地方計画当局に認めることを内容とした命令を制定する権限を与えた。この命令は1922年に「暫定開発命令」*133として定められることになったのであるが、この1922年命令の中に計画許可制度へと連なる制度が含まれていたものであった。

同命令は、地方政府がスキーム策定中に行われる開発について許可決定を出す場合に、「地方当局が課す合理的な条件」を満たしているか審査することを求めた。そして、この審査を

*130実際には、後述の建築条例 (building by-law)、あるいは各地の地域的法律 (Local Act) にもとづく審査のため、事前に計画図の提出が必要であったのではあるが、そこでもやはり、地方政府は、条例上の規定に合致しているかのみを審査し、そこに裁量的判断が入り込む余地はなかったのである。

*131前掲・渡辺（1985）62～64頁、前掲・中井・村木（1998）36～7頁、参照。

*132Housing, Town Planning & c. 1919 (c.35), S. 45.

*133Planning (General Interim Development) Order 1922.

経て許可をもらうことで、開発者は、たとえその後にはできる都市計画スキームと合致しなくても、費用負担規定の適用を免れることになったのであった。ところが、1922年の命令には、地方政府が課すことのできる「条件」については明示に何もふれていなかったのも、ここに地方政府にとって条件を定める際の「裁量の余地」が生まれたのである。同時に、この地方計画当局の決定によって侵害を受けた者は、地方政府庁に代わって都市計画担当機関となった保健大臣(the Minister of Health)もしくは大臣が指定した仲裁人(arbitrator)を相手に上訴し、決定を再審査することが認められたのであった*134。

当初、こうした仕組みは、あくまで都市計画スキームが完成するまでの暫定的なものと考えられていた。スキーム完成により、その後は当然にスキームに基づいて開発の可否が判断されることになっていたのである。ところが、この1922年に始まった暫定開発命令が、やがて一般化し、現行の計画許可制度へと至ることになるのであった*135。

3) イギリス都市計画制度の「封建的」起源

以上見てきたように、制度的沿革を振り返ったところでは、計画許可制度は、都市計画スキーム策定の遅延が作り出した住宅開発の停滞という不都合を回避すべく登場してきたものといえる。この暫定的な措置がやがて一般化し、いつのまにかに制度の中核に位置するようになった経緯から、クロウ(Crow, Stephen)教授は、計画許可制度について比喩的に、「寒空の下で育った子供(the child that grew up in the cold)」が、いつのまにか(都市計画制度という)家の中に入り込み、やがて家の中心を乗っ取ってしまったと表現している*136。

しかしながら、既に見てきたような計画許可制度が前提とする特殊な中央政府と地方政府の関係は、クロウ教授が言うように、単に行政上の都合によってこの時期に導入されたものとは言えない。ブース(Booth, Philip)教授はこれを批判し、彼がイギリス都市計画の「封建的起源」と呼ぶところの、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を説いている*137。とりわけ計画許可制度の誕生の経緯については、1909年以前に行われて

*134Housing, Town Planning & c. 1919, S. 64. ここまでの記述につき Crow (1996), op. cit., at pp. 399-402 参照。

*1351922年以降の展開については、ibid., at pp. 402-09.

*136ibid..

*137Booth, Philip, Nationalizing development rights: the feudal origins of the British planning system, *Environment and Planning B: Planning and Design*, Vol. 29, 2002, at pp. 120-139.

いた建築条例(**building bylaw**)の下での規制のリアクションと見るべきであるとする*138。さらには、19世紀を通して行われた公衆保健改革の歴史を振り返ると、この改革に随伴しつつ成立した建築条例による建築規制の仕組みの中に、これまで見てきたような計画許可制度での中央政府の後見的介入という仕組みが、既に現れていることが理解できる。

以下では、一連のブース教授の研究*139による整理に従って、1922年より前の、とりわけ、計画許可制度が採用することになった中央・地方関係の原型が形成される過程である、地主が行ってきた私的な都市計画から公的な都市計画へと転換する時期としての19世紀を中心として、イギリス都市計画史を概観していくことにする。

3. 私人による都市計画から公的規制へ

1) 前史

都市計画に類する法規制は、すでに中世期から見られる。たとえば、コモン・ローは、12世紀頃から、後にニューサンス法と呼ばれる法領域で、様々な土地の利用に対する妨害を法的保護に値する侵害行為として認識していたことが知られる。そこでは、隣接する土地所有者同士の権利調整という形式で、ときにそれぞれの土地利用が生み出す効用の比較衡量、政策判断を法的形式主義の陰に隠れて裁判所が行いながら、様々な都市的土地利用における調整を行ってきた*140。これと並んでロンドンシティでは、繰り返される大火に対応するため、遅くとも1189年には、建築に関する法的規制が行われており*141、そこには、市長(**Mayor**)および長老参事会員(**Alderman**)らがその取り締まりにあたるべきことが定められていた。この1189年の法には、防火上の建築規制だけでなく、書面による権利主張のない限り隣接地の窓をふさぐような建物の建築を認めることや、あるいは慣行採光権(**ancient lights**)の侵害があった場合の裁定手続きについてなど、連担する建物間の利益調整に関する規制、のちの都市計画へと連

*138Booth, Philip, From regulation to discretion: the evolution of development control in the British planning system 1909-1947, 14 *Planning Perspectives* 277-289, 1999; Booth, Philip, A desperately slow system? the origins and nature of the current discourse on development control, 17 *Planning Perspectives* 309-323, 2002; Booth, Philip, *Planning by Consent: THE ORIGINS AND NATURE OF BRITISH DEVELOPMENT CONTROL*, Routledge, 2003, at p. 15.

*139ブース (Philip Booth) の関連する文献としては、前掲の各文献の他、次を参照。Booth, Philip, *Controlling Development: Certainty and Discretion in Europe, the USA and Hong Kong*, UCL Press, 1996; Booth, Philip, From property rights to public control: The quest for public interest in the control of urban development, 73 (2) T.P.R. 153, 2002.

*140Baker, J.H., *An Introduction to English Legal History* 4th ed., Butterworth 2002, at pp. 422-435.

*141Assize of Buildings of Allaying Contentions as to Assizes of Buildings (1189). Knowles and Pitt, *The History of Building Regulation In London 1189-1972*, Architectural Press, 1972, at p. 6.

なるような規制も含まれていた*142。

毛織物をはじめとした輸出品の積出港となったロンドンでは、16世紀に入り、外国貿易の中心として外国人商人をはじめとして大勢の国内外の商人・生産者を集め、早くもこの時期に郊外化による都市の拡大と人口増加が見られていた*143。とりわけのちにウエスト・エンドと呼ばれることになる地区では、ヘンリー八世による修道院領の没収と有力貴族への払い下げにより広大なスペースが生まれ、ここにシティからはじき出された人たちが、(中には勝手に)建物を建てて住みだしていたのであった。

こうした変化は、それまでニューサンス、すなわち隣接土地所有者間の利益調整として処理されてきた様々な土地利用に対する妨害のうち、大多数に影響を及ぼす虞があるもの、例えば、伝染病、火災、超過密化、大気汚染といったものに対する規制が、国王布令(royal proclamation)によって規制されるようになり、刑事罰の対象とされた。これら布令のうち、最も古いものは、エリザベス一世が発布した1580年の布令*144とされており、後のチャールズ一世の時代までに全部で16の建築に関する布令が出されている*145。

この1580年の布令には、ロンドンシティ内及びシティの門から3マイル以内において、それまで建物が建てられたことのない土台の上に新しく建築を行うことと、一軒の家屋に対して複数の家族を住まわせることなどを禁止している。ここから明らかなように、この布令の目的は、新規の開発を抑制し、既存建物への過剰な人口流入を押さえることで、経済成長に伴う首都の膨張・過密化を抑制しようとしたもので、「都市計画に向けての最初の一步」*146といえるものであった。

やがてジェームス一世の頃になると、それまでのように新規の開発を抑制するだけでなく、加えて、既存開発地での開発の際に守るべき建築基準が定められるようになった。例えば、1

*142 Knowles and Pitt (1972), op. cit., at pp. 3-11; Booth (2002), op. cit., at pp. 154-157; Booth (2003), op. cit., at pp. 15-25, pp. 28-40.

*143 A.L. ベーア、R. フィンレイ 編、川北 稔 訳『メトロポリス・ロンドンの成立：1500年から1700年まで』（三嶺書房・1992年）所収各論文、および酒田利夫「近世ロンドンにおける郊外－イースト・エンドとウエスト・エンド－」イギリス都市・農村共同体研究会編『巨大都市ロンドンの勃興』（刀水書房・1999年）、各参照。

*144 STC (2nd ed.) 8123.3.

*145 Barnes, T.G., The Prerogative and Environmental Control of London Building in the Early Seventeenth Century: The Lost Opportunity, 58 *California Law Review* 1332 (1970); Smuts, R Malcolm, The court and Its Neighbourhood: Royal Policy and Urban Growth in the Early Stuart West End, 30 *Journal of British Studies* 117, 1991; 宮川剛「エリザベス期・初期スチュアート期ロンドンにおける建築規制」『群馬高専レビュー』（2004）19頁以下、参照。

*146 Knowles and Pitt (1972), at p. 13.

605年3月1日の布令*147では、「通りに面した建物の壁面にレンガか石材を用いること」、そして、建物前面は「シティ内においては、市長および各区(ward)代表の長老参事会員、シティの外においては当該地区の治安判事があらかじめ規定するところの様式に従って、同じ通りの他の建物との統一性・調和に配慮すべきこと」*148などデザインに関する規制もが規定されていた。こうして遅くとも1625年の布令*149が出される頃には、一連の開発の際に守るべき基準がおおよそ完成し*150、枢密院におかれた「建築物に関する委員会」(Commission for Buildings)を頂点として、ロンドン市長及び各区の長老参事員、シティ外の治安判事、実際にはこれらの人物の下に置かれた大工、石工などの職業人から選ばれた調査受命者(viewer, city viewer)がこれを取り締まるという体制が確立した。

しかし、この時代は同時に、絶対主義化をもくろむスチュアート朝の王達によってたびたび発動された国王大権が、課税に対する議会の同意を要求する議会派の者たち、あるいはコモン・ローの優位を説く裁判官達と激しく対立し、やがて市民革命へと展開していく時代でもあった。抵抗者達は、コモン・ローによらねば奪われるはずのない財産を国王布令によって奪うこと

*147A Proclamation touching new buildings and Inmates, STC 8407, in James F. Larkin & Paul L. Hughes, *Stuart Royal Proclamations Volume I Royal Proclamations of King James I 1603-1625*, Oxford University Press, 1973, at pp. 111-112; 宮川(2004)20頁。

*148同上。

*149A Proclamation concerning Buildings, and Inmates, Within the Citie of London, and Confines of the same, STC 8771, in Larkin, James F., *Stuart Royal Proclamations Volume II Royal Proclamations of King Charles I 1625-1646*, Oxford University Press, 1983, at pp. 20-6;

*150 1619年の布令で、建築規制についての規定はほぼ完成していたが、さらに1625年の布令では、当時の最も基礎的な建築部材であるレンガについての製造工程・価格等の規制が追加された。後の布令では、基本的にこれらの規定が踏襲された。Knowles and Pitt (1972), op. cit., at pp. 18-25; Barnes (1970), op. cit., at pp. 1349-55 参照。

の不当性を訴えた*151。

このようにその正当性を疑われながらも、建築に関する国王布令の違反者たちは星室裁判所に呼び出され、ときに十分な手続きもないまま、罰金を取り立てられ、建物を取り壊されることもあったという。そして議会と対立し、1629年から11年の長きにわたって議会機能を停止させたチャールズ一世の治世にはいると、この国王布令違反による「罰金」取り立ては、徴税に代わる財政策として体よく用いられたという側面もあったようである。但し、財政上の効果は別として、建築に関する国王布令の開発コントロールの手段としての実効性はほとんど無かったといわれる*152。

その後、公的な機関が都市の開発をコントロールしようとする試みは、長い間、表舞台から消えることになる。開発そのもののあり方をコントロールしようという試みは放棄され、防火を中心とした開発の際の守るべき基準が残されたに過ぎなかった*153。いずれにせよ、拡大する都市、経済的圧力の前に布令は無力であった。秩序ある都市の土地利用形成の手段としては、公的な規制は著しく不完全であり、代わってこの役割を担ったのが大土地所有者達であった。

2) 私人による都市計画(大土地所有貴族の所領経営)

1641年のいわゆる「長期議会」での星室裁判所の廃止により、国王布令は、ほとんどその

*151 国王布令は、当初、1539年の制定法(Statute of Proclamation)によりコモン・ローや制定法に抵触しない限りにおいて有効とされた。同法が廃止された後、1610年には、国王布令による統制を強めたジェームズ一世に対して議会が苦情(これには建築に関する布令に関するものも含まれていた)を申し立て、国王は、エドワード・クックら裁判官に意見を求めた(Case of Proclamation)。クックらは、布令はコモン・ローを変更し得ず、従ってコモン・ロー上罪とされないものを罪とすることができないと答申し、さらには違反者を星室裁判所で裁くことをも認めなかった。

建築に関する国王布令へのこうした非難に対しては、1580年のエリザベス一世の布令が1592年に制定法化されていること、および、様々な土地利用に対する妨害がコモン・ニューサンスとして既にコモン・ロー上罰することが可能になっていることが、一応の正当化根拠として持ち出された。さらに、革命直前には、これら国王布令を制定法化しようとする動きがあった。ジェームズ一世、チャールズ一世の時代の国王布令も、議会に提出され、その法的根拠を確かなものにしようとしたが、1611年議会における対立でその機会は失われてしまった。Knowles and Pitt (1972), at p. 24; Barnes (1970), at pp. 1355-62参照。

*152 Knowles and Pitt (1972), op. cit., Barnes (1970), op. cit., 前掲・宮川(2004)。

*153 Booth (2003), at pp. 33-40; Knowles and Pitt (1972), op. cit., at pp. 28-95. なお、シティの6分の5を焼き尽くしたといわれる1666年のロンドン大火の後に再建法(the Act for Rebuilding the City of London)が制定され、国王主導の下、新しい道路計画を含むプランが立てられたが、結局、市民の反対にあい大部分が実現せずに終わっている。

実効性を失ったのであるが、その後の2度の革命が、さらに国王の権力そのものを著しく削ぎ取ることになった。

革命は、一方で、封建的土地所有システムそのものを、他のヨーロッパ諸国のように廃棄することには至らず、むしろ、上級土地所有者の自由を一層拡大させる後押しをした。というのも、すでに土地を媒介とした封建的主従関係が、事実上、放棄され、経済的・契約的關係に移行しつつあったイギリスにおいては、革命の過程で行われた自由土地保有権(**freehold**)が絶対的権利であることの法認は、貴族的土地所有を「私的土地所有権」として承認し存続させただけでなく、「囲い込み」運動に象徴されるように、その利用の絶対的自由をも与えたのであった*154。

しかしながら、貴族的土地所有への絶対的権利の付与は、そのまま貴族の家長が土地を自由に処分できることを意味しなかった。というのも、この時代は、土地所有こそが社会的地位の証であったから、それを維持し子孫に伝えていくのが、家長の何よりの務めとされたからである。とりわけ、所領の分散を防ぐため継承的財産設定(**settlement**)が行われると、ほとんどの場合、家長は自らに生涯権(**life estate**)を設定すると同時に、その長男に残余権(**remainder**)を与え、さらにこの設定が、次の世代でも繰り返されると、土地は、家長の生涯権と長男の残余権に分割されて所有されることになった。こうすることで、財産設定が繰り返されるあいだ、土地は同じ一族の許に留まることになるのであるが、こうした設定では、家長は、たんに土地を自身の生涯の間所有し、かつ長男に受け渡す義務を負う存在となり、決して自由な処分が可能ではなかったのである*155。

これに加え、二男、三男や、姉妹といった一族の残りの者に、あるいは妻が寡婦となったときのための、年金や一時金の支払いが同時に財産設定証書に書き込まれると、家長は、自身の貴族的生活を維持するための経費のみならず、これらの費用を支払うため、農業経営者に土地を貸すなど、積極的に所領の経営を行い土地からなるべく大きな収益を上げる必要に迫られた。

都市においても同様で、大土地所有貴族達は、自らの手によってその所領を開発するのではなく、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た。建築業者たちは、自らが有する権利の存続期間よりも(通例はかなり)短い期間の権利を付けて家屋を貸し出すことで、開発費用を回収し利潤を得ていた。

こうした開発を行う際に、建築業者たちに与えられた最も一般的な権利が定期不動産権

*154 戒能通厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店、1980年)。

*155 継承的財産設定については、栗原真人「婚姻継承財産設定の歴史的意義をめぐって」『香川法学』1巻1号(1982年)141頁以下、同「ボンフィールドの婚姻継承財産設定研究について」『阪大法学』133・134号(1985年)305頁以下、参照。

(leasehold・リースホールド)であった。このばあい、定期不動産権契約の期限が切れると土地の占有は再び地主に戻ることになるのであるが、その際、建築業者たちが土地に投下した資本のうちまだ価値が残っているもの、具体的には道路や排水施設等のインフラあるいはまだ使用可能な家屋は、すべて地主のものとなった。この残された価値を利用して、地主は、自ら何ら資本投下することなく、さらに利益を上げることができるのであった。このことから、採算性の良い土地経営を行うためには、建築業者たちをきちんと指導し、インフラの整備や、丈夫で長持ちし、しかもできるだけ家賃の高い高級住宅を建築させることが必要であった。そこで地主たちは、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した。こうして定められた開発地での規制内容は、制限約款(restrict covenant)として契約に賦されたので、違反があれば、契約の取消しはもちろん、約款次第では、違反金の取り立て等も可能であった。逆に、厳しい規制の見返りに、建築資金の融資や、開発が終了するまでの一定期間の地代の減免などを行う場合もあった*156。

このリースホールド・システムとでもいうべき、定期不動産権契約を媒介にして行われる開発のコントロールは、市民革命以後、総体的に弱体化した王権、すなわち公的機関による都市計画が不在となる中、それに代わる「私的な都市計画」として機能したのである。

リースホールド・システムを利用した初期の都市所領経営として、特に有名なのが、後にベドフォード公爵家となるラッセル家による1630年代に行われたコベントガーデンの開発と、元はサザンプトン伯爵家のもので1669年にラッセル家の土地となったブルームズベリーで行われた、1660年頃から断続的に1860年頃まで続いた開発とされる*157。これらの開発が、「後の『地所』開発(＝都市建設)の基本的型である投機的建築業者を媒介とした『地所』の開発と建物用不動産賃貸借の採用という特質を確定した」*158ものとして重要視されてきた。これらの土地は、前述のロンドンのウエスト・エンド地区に位置しており、イングランドにおける都市化の歴史の中で最も早くから都市開発が行われてきたところと言える。特に前者のコベントガーデンの開発は、イニゴ・ジョーンズが詳細なプランを作成したことで知られるが、中央にピアッツァ(piazza)を配置し、さらに、この地に初めて古典主義の建築というものの実物を示しただけでな

*156 島浩二「イギリス貴族的大土地所有と都市開発」『経済科学通信』22号(1978年30頁以下)。

*157 John Summerson, *Georgian London*, Yale University Press 2003 (Reprint / First published 1945); Donald J. Olsen, *Town Planning in London: The Eighteenth and Nineteenth Centuries*, Yale University Press 1964; Peter Borsay, *The English Urban Renaissance: Culture and Society in the Provincial Town, 1660-1770*, Oxford University Press, 1989; 藤田哲雄「十九世紀末ロンドンにおける『土地問題』」『社会経済史学』41巻4号(1976年)24頁以下。

*158 前掲・藤田(1976)25頁引用。

く、建物の周囲に十分なオープンスペースをとることで通風を確保するなど、良質な住宅地のデザイン・建築規制についての以後二百年のスタンダードを確立したといわれている。

しかしながら最近では、少なくともこのコベントガーデンの最初の開発は、もう少し後の時代で展開される大規模土地所有貴族の私的な都市の所領経営とは、いくらかタイプの異なるものであることがわかっている。先に述べたように16世紀の中頃から早くも開発圧力にさらされていたウエスト・エンドに位置するコベントガーデン周辺では、すでに所有者であるベドフォード伯爵の手とは無関係に、国王布令に反するような建築行為が行われていたのであるが、これを快く思わないチャールズ一世は、伯爵に罰金を科すとともに、国王の望み、すなわち上流階級からなるゆとりあるロンドンを実現するような開発をすることを条件に、国王布令の適用を免除する認可(licence)を与えたのであった*159。国王の意思を貫徹すべくイニゴ・ジョーンズがプラン作りを行い、できあがったプランは、枢密院下の、先の「建築に関する委員会」がその可否を審査している。従って、これは、大土地所有貴族による私的な都市計画と言うよりも、国王布令時代の、国王主導による都市計画とみるべきものであるかもしれない。

また、最近の建築史研究によれば、18世紀のあいだは、定期不動産権契約を利用した開発よりも、むしろ、自由土地保有権そのものの売却によって開発が行われることも多く、また、この時期に投機的建築業者が果たした役割について、再考を迫る論考が著されている*160。さらに、18世紀、19世紀の地主社会の全体像については、継承的財産設定に関するハバカクの定式をめぐる論争*161、大土地所有貴族の抵当債務をめぐるD・スプリングとF・M・L・トムスンとの論争*162などが知られているが、こうした実証研究を踏まえると大土地所有貴族の所領経営を一般的に描くことは、およそ不可能な状況になっている。

同じようにラッセル家が行ってきた初期の開発が、革命期以降の都市所領経営の一般型と

*159Sheppard, F. H. (ed.), *The Parish of St. Paul, Covent Garden, Survey of London*, vol. 39., Athlone Press, 1977, at pp. 25-34; Booth (2003), op. cit., at pp. 40-44.

*160McKellar, Elizabeth, *The birth of modern London, The development and design of the city 1660-1720*, Manchester University Press, 1999. 18世紀建築の全体像を再考するものとして、Arciszewska and McKellar (ed.), *Articulating British Classicism, New Approaches to Eighteenth-Century Architecture*, Ashgate, 2004 参照。

*161論争の詳細については、川北稔「名誉革命期地主社会の変容とマリジ・セツルメントー『ハバカク・テーゼ』をめぐる諸学説ー」川北ほか編『ジェントルマン・その周辺とイギリス近代』（ミネルヴァ書房 新装版・1995年）、同「地主ジェントルマンの二〇世紀ーハバカクとトムソンの理解ー」『歴史評論』577号（1998年）2頁以下、参照。

*162同じく、阿知羅隆雄「19世紀イギリス大土地所有貴族と抵当債務ー二つの『英国貴族の歴史像』の照会を中心にー」『北見工業大学研究報告』23巻2号（1992年）139頁以下、参照。

するにはかなりの留保が必要であろう。しかしながら、リースホールド・システムが、この時代の都市計画的仕組み、すなわち連担する建物間の関係を面的に管理するシステムとしては唯一のものであり、コベントガーデン、ブルームズベリーの開発を端緒としたラッセル家の所領経営が、このシステムのめざすべきモデルとして、ロンドンをはじめ各地で広まっていったことは間違いないようである*163。

ここで重要なのは、都市の所領経営の一般型を描き出すことではなく、ラッセル家の行った開発をモデルとしたリースホールド・システムが、どのような中央と地方の関係を持っていたかにある。当然のことながら、地主は、自らの所領を開発するにあたり、自らの好みの街並みを作ることができたという意味で、広い裁量権を持っていたと言える。しかしこれも、継承的財産設定がなされると、1882年継承的財産設定法までは、21年を超える定期不動産権契約をするためには、国会に個別的法律 (private act) の制定を求める必要があり、法案の審議過程では、土地上のさまざまな権利関係を調整するため、裁判類似の手続きを経なければならなかった*164。

また、残余権が未確定のうちに排除されるのを防ぐ目的で、たとえば信託 (trust) が用いられると、ラッセル家の場合がそうであったが、信託財産の管理のための組織に建築専門家も加わり、地主に代わってこうした専門家たちが、開発の具体的な方針・基準を作成した*165。

3) 地域的法律による建築規制

産業革命がいつにはじまるものであるかは、ここでは問わない。しかしながら、産業の発展が、農村から都市へという人口移動圧力を生み出し都市の人口を拡大させたことは確かなことである。17世紀の政治的混乱以後、18世紀の中頃まで人口が比較的安定していたロンドンは、1750年代頃から再び人口増加を始め、19世紀初頭には既に80万を超える都市に成長し国内で群を抜く大都市となっていた。ロンドン以外の諸地域も、同じく19世紀の初め頃には人口5万人を超える都市が登場し始め、1841年には、ロンドンの人口が180万人に達したの

*163Olsen (1982). See esp. 'Preface to Second Edition', pp. xv-xx; Booth (2003), at p. 44. リースホールド・システムの広まりと地域的偏差については、島浩二「十九世紀後半イギリス都市におけるリースホウルド制について」『阪南論集』社会科学編 16 巻 3・4 号 (1981 年) 49 頁以下、Aspinall, P. J., *The Evolution of Urban Tenure Systems in 19th Century Cities*, *University of Birmingham Research Memorandum*, No. 63, 1978 参照。

*164個別的な法律については、Holdsworth, W. S., *A History of English Law*, Vol. XI, Methuen, 1938, at pp. 613-31; 田中英夫「英米における Private Act (個別法律) — 英米の立法権の觀念に関する一考察」『法学協会百周年記念論文集〔2〕』(有斐閣・1983 年)、参照。定期不動産権契約と個別的な法律の関係については、戒能通厚「土地所有関係法の現代的展開」椎名重明編『土地公有の史的研究』(御茶の水書房・1978 年)、参照。

*165Booth (2002), at p. 160, note 35.

に対して、「マンチェスター(サルフォードを含む)とリヴァプールは25万以上に、バーミンガム、リーズ、ブリストルは10万を超え」ようになった*166。こうしたイギリス全土の産業化の進展は、当然のことながら、ロンドン以外の地域にも都市を、そして都市問題を広めていったのである。

都市問題の全国化に対して、イギリスは、全国一律に適用される法律を採用するのではなく、ひとまずは、全くもって地方ごとのアド・ホックな対応、具体的には、各地域ごとにしか適用されない地域的法律(**local act**)を、各地域が自らのイニシアチブでそれぞれ採用することに任せた*167。もちろん、アド・ホックな対応といっても、何らの拠る術もなく各地域が手探りで都市問題に対処したのではなく、先行する事例、つまりはかつての国王布令による規制のうち、継続された建築規制の部分、とりわけ、1774年のロンドン建築物法(**London Building Act of 1774**)が、建築規制のための具体的な基準に関して参考にされた*168。

但し、ロンドン建築物法を受けた各地の地域的法律が、効果的な規制を行ったというのでは決してなかった。地域的法律における建築規制では、主に各地の改良委員会(**Improvement Commissioners**)が主体となったが、例えば、道路の管理に関して言えば、この改良委員会の他にも公道管理委員会(**Highway Board**)や、私道管理のためターンパイク・トラストなど複数の規制主体が存在したうえ、衛生・保健の問題や救貧に関してはまた別の組織が担当するなどばらばらであった。その上、これら各組織の管轄領域は、都市法人や治安判事の管轄領域と重なるわけではなかったことを考えると*169、地域的法律が、リースホールドシステムに取って代わって、実効的な規制を展開したわけではなかったのである。

加えて「一般に労働者階級の地区は、他の投資に劣らない有利な、純粹の営利事業として建設された。したがって供給される住宅の水準は投資効率によって決められ、最小限の質の

*166 19世紀全般の都市人口の推移については、W.アッシュワース著・下總薫監訳『イギリス田園都市の社会史－近代都市計画の誕生－』（お茶の水書房・1987年）13～22頁、原著：Ashworth, William, *The Genesis of Modern British Town Planning*, Routledge and Kegan Paul, 1954, at pp. 7-14. カギ括弧内、訳書15頁から引用。

*167 例えば、1818年にシェフィールドで、1837年には、石炭輸出の中心地ニューカッスル・アポン・タインで、1842年にはリーズ、リヴァプール、1844年には、マンチェスターで、それぞれ地域的法律による建築規制が導入された。Gaskell, S. Martin, *Building Control -National Legislation and the Introduction of Local bye-laws in Victorian England-*, Bedford Square Press, 1983 巻頭表参照。

*168 Gaskell (1983), p. 5.

*169 澤田庸三「公衆衛生改革(一八五四―一八七五年)の特質」『法と政治』31巻2号(1980年)212頁。前掲・渡辺(1985)によれば、「private actによって設立されたターン・パイク・トラストの数は、1835年現在、1100以上に達し、当時の都市自治体法人の数の5倍にのぼった」(125頁)とされる。

確保すら考慮されることがなかった」*170のであった。ましてや、都市法人や改良委員会といった組織の構成員として選ばれてくる者の多くは、地域の土地持ちの有力者達、つまりは自らの土地を労働者向け住宅地として開発し利潤を上げている当の本人達であったのである。

このように産業革命から1840年代までの建築に関する規制は無力であり、「だらしがなくごみごみして不衛生な『貧民達の長屋街('rookeries')』は、周辺環境に対するコントロールが存在しない中、需要と供給の力が結びついて生み出した」*171ものに過ぎなかった。これに対処する実効的な地方政府の確立が必要なことが徐々に認識されながらも、そうした方向になかなか進めないでいたのが、この間の実状であったのである。

4) 公衆保健法改革と中央政府の介入

産業化の進展に伴う都市問題の原因は、上述のような都市人口の爆発に対して、とりわけ労働者向け住宅の数が圧倒的に足りないことに起因していたのであるが*172、結果、労働者家族は一軒の住宅に何家族も押し込まれ、この「過密状態」が、衛生問題を生み出す最大の原因となったのであった。

地主達による都市計画は、そもそもが自分の所領から低階層の人たちを追い出し、中流以上の人からなる上質なまちを作ることにあつたのだから、彼らに良質な労働者住宅の供給を望むべくもなかった。公的な主体による住宅供給はほとんど存在せず、労働者への住宅供給は営利事業として行われ、その結果、優先されるのは、如何に投資を抑え利益を上げるかということであった。良質な住宅の供給は専ら慈善的な活動(その中には一部の「心ある」地主達も含まれていたが)に委ねられた*173。

1830年代前後になると公衆保健に関する社会の関心はさらに高まり、たくさんの報告書、専門家の見解が出されるようになる*174。これらにおいても、公衆保健と労働者の住環境の問題が結びつけられて論じられるようになる。とりわけ、中央政府の救貧法委員会に属するE・チ

*170前掲・アッシュワース（1987）29頁。1840年報告書、1842年報告書

*171Rodger, Richard, *Housing in urban Britain, 1780-1914*, Cambridge University Press, 1995, p. 27. 'rookeries'とは、「人間が住むような場所ではないという意味で（中略）やがてこの単語は『貧民の住む共同住宅』をも意味する「スラム」(slum)と同義の単語となっていくのである。」（横山北斗『福祉国家の住宅政策：イギリスの150年』（ドメス出版・1998年）24頁）

*172都市の「過密」問題について、前掲・アッシュワース（1987）第2章参照。

*173この時期の住宅供給に関する概説としては、Rodger (1995), op. cit. 参照。

*174この時期の衛生問題に関する調査・報告書については、赤木須留喜「一八四八年の公衆衛生の成立」（正）（続）『東京都立大学法学会雑誌』3巻1・2号（1963年）、4巻1号（1965年）、澤田庸三「一八三四年の救貧法改革と一八四八年公衆衛生改革」『法と政治』30巻3・4号（1980年）他参照。

ャドウィックの主導的役割が知られているが、彼が同委員会への報告書の中で採用した衛生学の見解は、汚物から出る毒気が疾病を生み出す原因であるとする「毒気理論」であったから、当時の言葉を使えば「water, light and air」、すなわち上下水道の整備、日当たりの確保のみならず、建物の周囲を十分に換気することが伝染病予防にとって重要だと考えられていた^{*175}。こうした考え方が、公衆保健にまつわる住居の問題を、建築規制の問題として対処する契機となった。長い間、大土地所有貴族の力に押され、単に建物自体の防火、安全性の確保の問題にとどまっていた中央政府による建築規制は、住戸の周囲に十分な空間を確保し良好な環境を保持するため、都市計画の領域へと再び規制対象を広げることになったのであった。

状況を改善する第一歩は、1840年に出された都市の衛生に関する特別委員会 (the **Select Committee on the Health of Towns**) の報告書^{*176}によってもたらされる。この報告書は、建築規制に関する一般的法律を制定することを提案している。その内容には、責任ある中央政府機関の設立と、地域的法律の有無に限定されず、すべての大都市への強制適用を予定するなど、かなり先進的な内容を含んでいた。具体的な規制としても、十分なオープンスペースと排水設備の無い地下室を居住用に用いることを禁止し、さらには建物の前部だけでなく後部にもオープンスペースを確保させることで、当時、衛生上最も問題のある建築形態とされたバック・トゥ・バック(背中合わせで建てられる住宅)を禁止すること、さらには建物の高さを前面道路の幅と関連させて規制することを盛り込むなど、これまでの建築規制をさらに進める内容を含むものであった^{*177}。

この特別委員会の提案は、翌1841年に法案として実際に提出されたが^{*178}、成立せず失敗に終わっている。しかし、この法案が、その後の建築規制が都市空間について規制するための方向性を指し示すことになった。例えば、1844年に成立した首都建築物法 (**Metropolitan Building Act of 1844**) に、建物の高さや前面道路の幅に関する規定など法案の内容が部分的に取り入れられ、同様に、リーズ、マンチェスター等いくつかの都市の地域的法律にも影響を与えている。さらに、1847年には、都市改良条項法 (**Town Improvement Clauses Act**) が制定され、1841年法案の内容を含めた先行する建築規制の各条項を統合・整理されたことで、各地方当局は、地域的法律を立案する際に、単に同法を参照する条文を用意するだけで良くなった^{*179}。

^{*175}Chadwick, Edwin, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain; with a new introduction by David Gladstone*, Routledge, 1997. See esp. 'Introduction', p. vii.

^{*176}*Report from the Select Committee in the Health of Towns*, 1840, Frank Cass and Company Ltd. 1968 (reprint).

^{*177}Gaskell (1983), op. cit., at pp. 10-12.

^{*178}the Bill for the Better Drainage and Improvement of Buildings in Large Towns and Cities

^{*179}Gaskell (1983), op. cit., at pp. 12-20.

このように「都市計画」へと向かう動きがわずかながらに登場し始めたものの、1840年代頃までの建築規制は、実行面では、ほとんど見るべき結果をあげることができないでいたのは上述の通りである。その原因は、地方政府の不備・不効率にあったのだが、これに対する解決策は、公衆保健改革によってもたらされることになった。

岡田章宏教授によれば、公衆保健に関する一連の立法は、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」を受けて、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」を行うという二つの方向で進展していくことになる。

前者は、大土地所有者たちが支配する「社会構造の動揺を背景に、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」とされる。しかしながら、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^{*180}。

しかしながら、同じく「地方を基盤にする」とはいえ、その意味するところは同じではないことに注意が向けられている。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の道具として地方政府の機関を使うことは許されず、当事者たる資格は、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』の担保をその正統性の根拠とせざるをえなくなった^{*181}のである。

また、中央と地方の関係においても、地方は、全面的に中央政府の介入を排除したわけではなかった。この時期の衛生問題が、階級を問わず襲いかかるほどの苛烈さを極めたことで、地方の側も、問題に対処するためには、中央政府が有していた専門知識を必要とし、そのため中央の介入を受け入れ、やがては、こうした介入も、地方の主体性を前提にした上で、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。これこそが、前段落で示された改革の内実であり、これが「近代的地方自治制度の具体像」^{*182}として定着していくという。

一連の公衆保健改革のうち、中央・地方の役割と責任について画期となった立法は、1848

^{*180}岡田章宏『近代イギリス地方自治制度の形成』（桜井書店・2005年）。引用は、94～95頁。

^{*181}前掲・岡田（2005）277頁。

^{*182}前掲・岡田（2005）95頁。

年公衆保健法であった。この法案に大きな影響を与えた前述のチャドウィックは、地方において、権限が不十分で専門的能力を欠いたうえ、しかもしばしば腐敗した各機関が、こうした問題に対処することになっていることを一番の問題としていたから^{*183}、何よりも専門的知識を有する中央政府機関を設立し、地方には公衆保健全般に関わる権限を有する機関を置き、それを中央機関に直接、統制させることが公衆保健改革の鍵であると考えていた。こうした考えの下、1848年法では、中央政府に中央保健委員会 (**the General Board of Health**) を設置し、土木工学を中心とした専門家をおいた。地方には、同じく地方保健委員会が設置され、1835年都市法人法による法人格を有する地域ではカウンシルが、それ以外の地域では、特別に選挙される組織がその任に当たることになった。

このように特定領域の法の執行に包括的な権限を持つ地方当局の設立と、さらにそれを統一的に統制する中央政府機関の設立は、イギリスの歴史上、特筆すべき事態であった。というのも、この国では、今でいえば公的な問題として統一的権限を持つ地方政府が処理すべき問題を、名誉革命以来、例えば、治安判事職をはじめとした様々な管轄権に分割された職権を通じて、あるいは、これまで見てきたように領主権の行使という私的な権限に基づいて、当時の言葉を借りれば「アングロサクソン以来の伝統」、すなわち「地方の自律性」に基づき、各地域の有力者の手により行われてきたからである。

こうした「地方の自律性」を維持することを望む立場からは、1848年法に対しては、当然に激しい反発があった。こうした反発は、もちろんチャドウィックの改革案発表時から存在し、1848年法成立においても、救貧税を納付している者の10分の1の誓願があった場合、もしくは死亡率が23/1000を超えた場合に限り中央保健委員会は、調査・公開審問を経た上で各地方に同法を強制的に適用させることができたに過ぎず、それ以外の地域は、各地方代表の任意の判断に委ねるなど、一定の妥協が図られたのであった。そして批判は、法律成立後もつづき、1854年に反チャドウィック派のB・ホール (**Hall, Sir Benjamin**) が、中央保健委員会の長となると、この限定的な強制適用に関する条項すら適用しない旨が言明された。そしてついに、1858年には公衆保健法を改正し新たに地方政府法 (**Local Government Act**) を成立させることによって、中央保健委員会は廃止に追いやられることになった。

1858年の公衆保健法・地方政府法は、中央保健委員会を解体し、衛生問題に関する権限は枢密院の医務局に、それ以外の権限のほとんどを内務省下に新設された地方政府法局 (**Local Government Act Office**) に移すこととなった。そして1858年法の下では、伝染病発生地域に対する緊急予防的な強制介入権限を除きこれまで中央保健委員会が有していた強制的権限を廃止し、そのほとんどを各地方の代表機関の任意の適用に委ねるこ

^{*183}前掲・岡田(2005)208～210頁。

とになった*184。

以上のような公衆保健をめぐる1848年と1858年の立法について、建築規制・都市計画に与えた影響という観点から、もう一度整理してみよう。1848年法は、その適用の大部分を地方の任意に委ねていたことは既に述べたが、建築規制に関する部分も例外ではなく、各地方当局が裁量により同法の権限を援用することができるに過ぎなかった。しかもこの立法の主眼は、衛生の問題にあったから、そもそも建物の配置に関わる規制については、排水溝を各建物まで接続させるよう義務づけることができるといったことなど、限定的であった*185。とはいえ、同法は、先行するロンドン建築物法、都市改良条項法を含むいくつかの各地域的法律の諸条項のうち、衛生上の問題に関する条項を中心に組み込んでいた。さらには、比較的簡便な中央保健委員会の承認(confirmation)の手続きを経ることで各地方委員会に条例(bye-law)を作成する権限を与えたことで、これら諸条項を、地域的法律の制定を求める際の面倒で費用のかさむ手続きを経ることなく、各地域で適用することを可能にしたのであった。

1858年になると1847年都市改良条項法、1844年法の改正である1855年首都建築物法(Metropolitan Building Act of 1855)等の諸立法の建築規制に関わる条項が1858年法に組み込まれ、これら諸条項も地域的法律によることなく各地方委員会が援用することが可能になった。

さらに、新設の地方政府法局が、統一的な規制を行うため、各地方委員会にむけてモデル条例(Form of bye-laws)を発表したことが特筆される。「モデル」という形式をとったのは、もちろんのこと、この間の公衆保健改革が作り上げてきた微妙な中央・地方関係をふまえてのものである。条例案の承認権を握り、承認のための一定の条件を具体的な条文形式で示す一方、例えば、壁の厚さ・高さや、不燃材についてなど具体的な数値や使用可能な材質などについては、各地方の実務慣行に合わせることを可能にすることで、地方の自発性を害わないための配慮をしているのである。実のところ、このモデル条例は、とりわけ自前でこの条例案を用意する知的・人的リソースにかける地方に歓迎された。地方政府法局は、こうして限られた助言と監督に関する権限を使って地方に介入し、その影響力を強めていったのである*186。モデル条

*184以上の公衆保健改革における近代的中央・地方関係の成立に関する記述では、前掲各論文の他に、武居良明「中央政府と地方自治（一）－公衆衛生行政の起点－」及び、同「中央政府と地方自治（二）－公衆衛生行政の確立－」武居著『イギリスの地域と社会』経済史学の新しい方法を求めて（御茶の水書房・1990年）第7章、第8章所収に拠った。

*185実際に、1854年までに182の地方保健委員会が設立されたが、このうち建築規制に関する分野について活動を行った委員会は、ほとんど無かったといわれる。
(Gaskell (1983), op. cit., at p. 22)

*186Lambert, Royston, Central and Local Relations in Mid-Victorian England: The Local Government Act Office, 1858-71, *Victorian Studies*, 6 (2), 1962; Booth (2003), op. cit., at p. 50.

例は、まさしく公衆保健改革で形成された中央・地方関係をふまえた上で「規制に関する導入と実行の権限を地方の手に残すようなシステムの中で、国が有する経験を踏まえてその機関が規制を行うことを可能にした」*187のものであり、ここからも1858年法の段階が、単純な「アングロサクソン以来の伝統」への回帰ではないことがうかがえるであろう。

5) 条例型建築規制における中央・地方関係の完成

以上のように、新しい中央・地方関係が形成されつつあるものの、1860年代に入っても、労働者住宅問題に関して、初期の公衆保健問題とよく似た二つの対抗する議論が繰り返された。一つが、公衆保健改革を主導した考えを継ぐもので、公的機関の強力な介入によって問題を解決しようとする議論である。特に、この頃になると、建物単体の安全性、衛生にだけ着目するのではなく、建物間の配置、道路と建物の位置関係といった事項が規制対象として盛んに論じられるようになる*188。一方で、住宅環境の劣悪さを衛生管理の問題としてではなく、モラルの問題として捉え、その改善を通じて問題の解決を図るべきだという考えも根強く主張されていた。後者の考えは、実のところ、チャドウィック的な中央集権化、所有権の抑制、増税、はたまた犯罪者、アイルランド人など、それぞれに対する反発の、かたちを変えた表現であったのかもしれない*189。

後者の考えは、一面では受け入れられたと言える。というのも、労働者に清潔で安価な住居を提供しようとする活動は、この時期に至っても、主に個人やトラストによる慈善活動に委ねられ、公的な機関による住宅供給が開始されるには1890年代まで待たなければならなかったからである*190。しかし一方で、公的な機関が、1858年モデル条例を使って、建物の建て方・配置の問題に介入することについては、次第に受け入れられていったようである。1858年から1868年の間に、568の地域で1858年法が適用され*191、「1860年代の間に、ほとんどの地方都市が新しく建築規制を公布し」ている*192。また、1858年から1871年の間に地方政府法局

*187Gaskell (1983), op. cit., at p. 27.

*188Gaskell (1983), op. cit., at pp. 28-32.

*189Rodger (1995), op. cit., at pp. 44-5.

*190堀田祐三子『イギリス住宅政策と非営利組織』（日本経済評論社・2005年）、前掲・横山（1998）参照。公的機関による最初の住宅供給が始まるのは、1890年労働者階級住居法（Housing of the Working Classes Act）が制定されて以降のことである。慈善活動による住宅供給については、例えば、E・モバリー・ベル著、平弘明・松本茂訳、中島明子監修『英国住宅物語：ナショナルトラストの創始者オクタヴィア・ヒル伝』（日本経済評論社・2001年）参照。

*191これに元々地域的法律を有していた地域をあわせると総数は、もっと増えるだろう。

*192Gaskell (1983), op. cit., at p. 33.

は、(おそらく改正案も含めて)承認を求める約1500の条例案を受け取っている*193。こうした数字から判断するに、1858年のモデル条例案は、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ったと言える。公衆保健改革に随伴しながら成立した、中央の後見的な監督の下、地方の自律性に基づいて施行される建築条例システムは、この頃になると、もはやその正統性を議論される時期を過ぎ、定義の明確さなど、その内容の正当性を高める方向に向かうことになる*194。

続く画期は、1866年に訪れる。1858年公衆保健法はこの年に改正され、新しい公衆保健法49条には、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、何人も、内務大臣に申し出を行うことができ、申し出を受けると、内務大臣は、当地にインスペクターを派遣し調査した上で、地方当局に義務の履行を命令、あるいは第三者に代執行を命令することができることが規定されたのである。このように義務を課し、しかもそれを担保するような制度を設けることは、一見すると、1848年法以上に、地方の自律性を前提とした関係に楔を打ち込むように思えるかもしれない。しかし、すでに地方の主体的立場と、中央政府の後見的な役割とが、それぞれ認められた体制が確立した後においては、地方の自律性という前提は揺らぐことなく、こうした条項の導入も、中央政府の介入を「公衆保健事業が地方の手で広く推進されるための触媒的役割を果たす」*195ものと理解されるようになっていた。

1866年のこの条文は、衛生問題に関するものであり、より財産権侵害の度合いが強い、建築規制に関する条項は任意のままであった。建築規制における分野の制度の完成は、それから後の1869年と1871年の王立衛生委員会(Royal Sanitary Commission)が出した報告書*196と、それを具体化する1871年公衆保健法によって行われる。

1871年法は、二つの報告書の提案を受け、まず、それまでバラバラであった、公衆保健(枢密院医務局)、建築・住宅規制(地方政府法局)、救貧(救貧法庁)を統一する地方政府庁(Local Government Board)を設立した。さらに、地方当局が行った決定について侵害を受けた者は、建築に関する規制によるものも含め、不服申立てを地方政府庁になすことが可能になった。しかも、地方政府庁は、「自らが公正(equitable)と判断するところにしがいい、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(binding and conclusive)ものとする」(268条)とされたのである*197。

*193 Gaskell (1983), op. cit., at pp. 33-39.

*194 Gaskell (1983), op. cit., at pp. 40-51.

*195 前掲・岡田(2005)234頁。

*196 *Report of the Royal Sanitary Commission, 1689; Second Report of -, 1871.*

*197 1869年から1875年に至る改革については、Gaskell (1986), op. cit., at pp. 41-, Booth (2003), op. cit., at pp. 49-57、前掲・岡田(2005)239頁以下。1871年法268条の訳は同書264頁に拠った。

1871年法が採用したこの仕組みが、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。公衆保健法は、1875年に過去の立法をすべて統合する新法が制定され(1875年公衆保健法)、これまでのモデル条例も新しく作り直されることになった(1877年モデル条例(**Model Bye-laws**))。モデル条例は、1899年まで6回改定されながら、1909年の都市計画法制の誕生まで、イギリスの建築規制、そして実質的には都市計画規制の、ナショナル・スタンダードとして機能することになる。ここに計画許可制度が採用した中央・地方関係の「原型」が完成するのである。

4. おわりに

1) 歴史から現代のまちづくりへ

以上、イギリスの都市計画法制の歴史を、中央と地方の関係に焦点を置いて、とりいそぎ振り返ってきた。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、例えば、国会と大土地所有貴族との間の個別的法律と、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。このような3者間の関係の連続性から、ブース教授は、イギリスの都市計画の歴史を「承諾による都市計画」*198と名付けている。

このうち、地主の建築業者に対する承諾は、自らの所領を自らが望むものとするために行うものであったから、当然に地主自身の意向を大きく反映したものであった。この「地方の自律性」という性格は、新しく地域社会の公共性という契機をうちに含むようになりながらも、地方政府がこれを引き継ぎ、中央政府も、この自律性を前提として、その役割を、モデル条例のように、専門的見地から外枠をはめることと、上訴制度のように、後見的に介入することに限定していた。

公衆保健改革の中で作られたこの展開に対して、岡田教授は、この歴史の連続線上で理解される「自治」の観念のうちに、なぜゆえに公衆保健法によって与えられた権限が「地方政府庁や裁判所の事後的統制に服す権限」として扱われ、地方政府に広範な裁量が認められ

*198Booth (2003), op. cit., "*Planning by Consent*"

ているのかを理解する鍵があると説いている*199。

だからといって、こうした歴史の強調により、イギリスを特殊な国と看做して比較を拒絶するのも早計である。たしかに中央・地方・開発者の外形的関係は連続性があるものの、その内実は、徐々に変化している。とくに、19世紀に民主的基盤を持った地方政府が登場すると、制度は、規制の合理性だけでなく、民主的正統性を有することが要求されるようになり、大きな転機を迎えることになる。この転機によって生じた問題をみると、日本も含めた様々な社会と共通の悩みを抱えていることが分かる。

イギリス都市計画の歴史において、もう一つ連続性を有しているのが「アメニティ」という言葉の使用である。アメニティは、ニューサンス法形成期の頃から、土地利用への侵害に対する保護法益を表す言葉として用いられてきたが、地主たちの所領経営では、たとえば、ブルームズベリーで実際に行われていたことであるが、周囲に門を設置することで、「上流人士向け最高級の個人住宅街」の中を、それ以外の者が通ることも許さなかったというように、「排他的・特権的な手段によってそのアメニティが追求された」*200のである。しかし、この言葉は、19世紀のニューサンス訴訟においても繰り返し登場し、そして、1909年法以降も「適切な衛生環境、アメニティ、利便性を確保し」(1909年法54条)と規定されるなど現在の制度でもキー・タームのひとつとして理解されている。というのも、19世紀の都市改善運動の中で、このアメニティという言葉で、この運動を主導した建築・都市計画の専門家たちが拾い上げ、ここでもやはり、その概念を変化させながら、再利用したからであった。

アメニティと都市計画の関係を分析したスミス(1974)によると、19世紀の都市改善運動が形成したアメニティの概念は、「環境衛生、快適さとシビック・ビューティ、(歴史的環境の)保全」という3つの相をもつ複合概念と理解されている*201。20世紀前半の都市計画法は、この新たに作り替えられたこのアメニティ概念を中心に、とりわけ環境衛生の分野で一定の成果を上げてきたのであるが、それは、「アメニティという概念の具体的な形あるいは数値に置き換え可能な部分が実現されたにすぎ」ず、「置き換えが不可能な部分、たとえば、審美的な部分は常に後回しにされ」、「たとえ実現したとしても、直接に関与した人々の趣味にゆがめられ、営

*199前掲・岡田(2005)271～275頁。なお、この問題を論じるには、さらに治安判事制の歴史的展開と、治安判事が行ってきた様々な「公共的」活動を理解しなければならないだろう。戒能通厚「司法国家制の歴史的構造－近代イギリス統治構造分析・序－」『社会科学研究』24巻5・6号(1973年)152頁以下、Webb, Sidney and Beatrice, *English local government from the revolution to the Municipal corporations act*, Longmans, Vol. 1-9, Green and co., 1920-29.

*200前掲・島(1978)38頁。

*201デイヴィッド・L・スミス著、川向正人訳『アメニティと都市計画』(鹿島出版会・1977年)36頁：原著Smith, David L., *Amenity and Urban Planning*, Crosby Lockwood Staples, 1947)但し、一部引用者により補筆・改訳。

利的目的達成のための一手段として使われたにすぎなかった」*202のである。

この審美の問題、なにが「美しい」という主観的な判断こそが、民主的決定において最も難しいものであることは言うまでもない。度重なるモデル条例の改定で数値に基づく厳格な規制となった建築条例型開発コントロール・システムは、安価に、大量に、労働者住宅を造りたいという開発者の要請と重なって、どこまでも同じ敷地、同じ外観の画一的な街並みを創り出した。そしてこの建築条例住宅は、地主の嗜好・裁量により作り出された街並みを一つの理想とする観点から、建築家たちから何よりも美しくないことが批判される*203。都市計画法制の誕生によって、地方政府に拠点を置いた専門家たちは、美しさを生み出すことができる裁量権を手に入れたのであるが、これを誰が、いかに行使するか、という問題は、この審美的判断に関する論争を一つの軸として、その後、展開することになる*204。20世紀の半ばになると、専門家たちも、もはや、かつての地主のように自らの好みを開発者に押しつけることはできず、今度は開発者を含めた市民と、専門家が、中央・地方の各政府機構を通じ、対抗する関係が形成されてくる。

「まち是谁が作るのか。」これは日本のまちづくり運動や景観紛争で繰り返し語られる重要な問いかけであるが、イギリス社会もまた同じ問題を抱えてきた。この問題に対する理解が、現在の計画許可制度と、1870年代に完成した中央・地方関係をつなぐひとつの道すじとなるのであろう。

*202 前掲・スミス(1977)208頁。

*203 西山康雄『アンウィンの住宅地計画を読む：成熟社会の住環境を求めて』（彰国社・1992年）、Unwin, Raymond, *Town Planning In Practice*, 1909, Princeton Architectural Press, 1994. See esp. at pp. 386-403.

*204 Punter, John, A history of aesthetic control: Part 1, 1909-1953, T.R.P. 57 (4), 351-381, 1986; Part 2, 1953-1985, T.P.R. 58 (1), 29-62, 1987; Lubbock, Jules, *the TYRANNY of TASTE: the Politics of Architecture and Design in Britain 1550-1960*, Yale University Press, 1995.

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

あらかじめ定められた計画にもとづいて良好な空間を維持・形成することを目的とする都市計画と、日照、採光、通風、騒音、悪臭等の土地の間接的妨害からの保護を目的とするニューサンス法とは、イギリス(イングランド・連合王国)の歴史において、密接な関係を有してきたといえる。ところが、不思議なことに、裁判所が、この両者の関係にはじめて言及したのが1979年(後掲・*Allen*控訴院判決)、直接の判断を下した判決は、ようやく1991年になって登場したのであった(後掲・*Gillingham*高等法院判決)。しかも、2例目となった判決において、それを担当としたギブソン控訴院裁判官(*Gibson L.J.*)は、都市計画法制とニューサンス法の関係について、次のように、1991年判決が登場するまで、法体系上、無関係であることが前提とされていたと述べるのである。

「[*Gillingham*]判決以前、一般的前提は、ニューサンスがあったと訴える私的権利は、計画許可が付与されたことで影響を受けない、というものであったと思われる。開発者は、自らの活動がニューサンスを引き起こすかも知れない場合、自らのリスク負担において、開発を進めていくことになっていた。」
(後掲・*Wheeler*判決(1994))*205

この両者の関係は、のちに判決がくり返されることで、いまでは、一定の判例を形成するに至っている。しかし、そこに至っても、なお、両者の関係には、一定の切断面が見られるのである。

そこで第3部では、都市計画法制とニューサンス法のあいだに見られる、歴史的展開における「連続面」と、1991年以降形成された判例に見られる「切断面」という、一見すると整合性がない関係から、一貫した説明を可能とするモデルを取り出してみたい。というのも、この都市計

*205 [1996] Ch. 19, at. p. 35.

画法制とニューサンス法との関係を、「公法」と「私法」に置き換えることができるとしたら*206、このモデルは、日本のまちづくり法・都市法において両者の全体構造を分析しようとする際に、有益な視角を提供してくれると思われるからである。

以下、この両者の関係を詳しく見ていく前に、まず、両者の歴史的に密接な関係を確認しておくことにしたい。

2) 都市計画とニューサンス法の関係史

ニューサンス訴訟は、シーズン(seisin)の侵奪からの保護を目的としたトRESPASS訴訟には至らない、他人の土地を部分的に享受する権利や、間接的な方法によって自己の土地を享受する権利を妨害された場合に用いられた訴訟方式であったが、その歴史は古く、およそ12世紀の後半頃から、ニューサンスを自力排除するために用いられる訴訟の一種が存在してい

*206 イギリス法における「公法」と「私法」をめぐることは、1977年からの行政訴訟制度改革とその後のO'Reilly判決（O'Reilly v. Mackman [1983] 2 A.C. 237, [1982] 3 W.L.R. 1096, [1982] 3 All E.R. 1124）に端を発し、従来の大権の救済手段と私法的救済手段に代わって行政活動の適法性を争う特別の制度となった「司法審査制度」について、日本でも多くの議論がなされてきた。本論は、第3部の表題の通り、これとは別の角度から「公法」と「私法」について論じるものである。イギリスの行政訴訟制度に関する邦語文献は数多くの文献があるが、その中でも、公私の区分について直接とりあげているものとしては、木村実「イギリスにおける公法と私法」『拓殖大学論集』55号（1985年）89頁以下、田村泰俊「イギリスにおける司法審査とPublic Lawの概念」『慶應義塾大学法学研究科論文集』20号（1985年）23頁以下、岡村周一「イギリスにおける司法審査の排他性－「公法」と「私法」の側面－」（一）～（七・完）『法学論叢』118巻1号、2号、119巻6号、122巻3号、126巻2号、127巻3号、5号（1986年～1990年）、同「イギリスにおける司法審査申請と代替的救済手段終尽の原則」『法学論叢』132巻1・2・3号（1992年）155頁以下、榊原秀訓「イギリスにおける行政訴訟の排他性論議」『名経法学創刊号』（1994年）42頁以下、同「行政訴訟に関する外国法制調査－イギリス」（上）（下）『ジュリスト』1244号、1245号（2003年）、岡本博志『イギリス行政訴訟法の研究』（北九州大学出版会・1992年）などがある。行政訴訟・司法審査制度改革の概要については、榊原秀訓「司法審査制度の展開」戒能通厚編『現代イギリス法辞典』（新世社・2003年）182頁以下、参照。なお、イギリス法においては、公法と私法の区別を認めるかが、そもそも論点となりうるのであって、「公法」・「私法」一元論の立場からの議論の整理として、D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths 1999、二元論からの議論として、Allison, J.W.F., *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford University Press, 1996 Revised Paperback edition 2004 も参照のこと。

たといわれる*207。これから問題として取り上げるような、悪臭や騒音といった「些末」な問題は、この時代、ほとんどが地域的裁判所で扱われていたようであるが、たとえばロンドン・シティでは、建物から生じるさまざまなニューサンス(悪臭や汚水、採光の問題など)を、市長とアルダーマンたちが、石工や大工といった建築専門家の証言をもとにして、アサイズ訴訟において裁定していたようである*208。これらの訴訟にもとづいて蓄積されていったルールは、未だ「都市計画」の名を与えられてはいなかったものの、各地の「建築規制」の中に引き継がれ、遅くとも18世紀には、建築家でもあり、ロイヤル・クレスセントやザ・サーカスで有名な、かのバースのまちをつくった、その意味では「都市計画家」と呼ぶこともできる、ジョン・ウッド(John Wood, the elder)に、「クイーンズ・スクエアに面するすべての建物について、すべてのプライベート・ニューサンスを、ビルディング・リースで禁止し、通りをきれいに明るくし……て、良く管理された場所の完璧な例とする」*209と、語らせしめているように、ニューサンスの防止が都市をつくる際の重要事項として認識されるまでになっていたのである*210。

もう少し時代を現在に近づけて、ここで取り扱おうとしている二つの制度の密接な関係を探ろうとするのであれば、さまざまな教科書の記述が助けとなるだろう。現在のイギリス都市計画制度・法についての教科書は、制度の歴史的沿革から書き始めるのを常としているが、そのほとんどが、19世紀の産業革命とその負の影響に対処しようとする公衆保健(衛生)改革の話か

*207 以下、ニューサンス法の歴史の概要については、Fifoot, C.H.S., *History and Sources of the Common Law; Tort and Contract*, Stevens & Sons, 1949, esp., at pp. 3 - 213; Baker, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Butterworths, 2002 esp., at pp. 422- 435, Ch. 24, 'Nuisance' をそれぞれ参照。

*208 前述・第2部45～48頁参照。

*209 Wood, John, *A Description of Bath*, 2nd ed., 1765, London, at p. 347, cited in Borsay, Peter, *The English Urban Renaissance: Culture and Society in the Provincial Town, 1660-1770*, Oxford University Press, 1989, reprint 2002, at. p. 77.

*210 ジョン・ウッドの「都市計画」については、Summerson, John, John Wood and the English Town-planning Tradition, in Summerson, *Heavenly Mansions*, The Norton Library, 1963, 87-110 参照。

ら始めているのである*211。

産業革命が、いつ、いかなるものとして現象したのかはさておき、19世紀のイギリスは、健康(health)と住居、そして貧困の問題が、それぞれ密接に結びついたものであることを、労働者たちが置かれた過酷な住環境を目の当たりにすることで気づいたのであった。ここから、公衆保健(Public Health)という観念が生まれ、以後、中央・地方政府の一員となりつつあった各種の専門家たちが、主にこの問題に対処することになっていくのである。

19世紀の公衆保健改革は、地方政府制度や環境法など、さまざまなものを生み出すきっかけとなり、まさに20世紀イギリスの出発点を形成したといえる*212。そのようなひとつには、たとえば、制定法上のニューサンス(Statutory Nuisance)がある*213。この制度は、公衆保健法という名の法律が初めて制定された年である、1848年に制定されたニューサンス除去・疾病防止法に起源を持っている*214。そして現在では、1990年環境保護法の下で、地方政府は、同法第79条に列挙されるさまざまなニューサンスが、自らが担当する区域内で発生していないか調査し、必要に応じて合理的な手段を取る義務を負うとともに、除去通告を行うことも可能となっている*215。

公衆保健改革が生み出した、もう一つ別の例を挙げるとしたら、ここでは当然に、都市計画

*211その主要なものの該当箇所を示すならば、以下の通りである。Cherry, Gordon E., *Town Planning in Britain since 1900*, 1996, Blackwell, at pp. 1-16; Hall, Peter, *Urban and Regional Planning*, 4th ed., 2002, Routledge, at pp. 11-23; Blackhall, J. Cameron, *Planning Law and Practice*, 3rd ed., 2005, Cullingworth, Barry, and Nadin, Vincent, *Town and Country Planning in the UK*, 14th ed., 2006, Routledge, at p.15; Cavendish Publishing, at pp. 1-3; Moore, Victor, *A Practical Approach to Planning Law*, 10 th ed., Oxford University Press, 2007, at p. 1; Duxbury, R.M.C., *Telling & Duxbury's Planning Law and Procedure*, 14 th ed., 2009, Oxford University Press, at pp. 1-3. 日本語文献としては、渡辺俊一『比較都市計画序説』－イギリス・アメリカの土地利用規制－（三省堂・1985年）、東秀紀「イギリス近代都市計画の理念（１）－創世記：公衆衛生から田園都市まで－」『清泉女学院大学人間学部研究紀要』1号（2004年）29頁以下、参照。

*212たとえば、Cocks, Raymond, *Victorian Foundation?*, in Lowry, John, & Edmunds, Rod, *Environmental Protection and the Common Law*, Hart Publishing, 2000; 岡田章宏『近代イギリス地方自治制度の形成』（桜井書店・2005年）、大橋竜太『イングランド住宅史－伝統の形成とその背景』（中央公論美術出版・2005年）、各参照。

*213Gutchen, M. Robert, *Local Improvements and centralization in Nineteenth-Century England*, *The Historical Journal*, Vol. 4, No. 1 (1961), 85-96; Malcolm, Rosalind, and Pointing, John, the Historical Context of Statutory Nuisance and Public Health Legislation, in Malcolm and Pointing, *Statutory Nuisance: Law and Practice*, Oxford University Press, 2002, 19-29.

*214Public Health Act 1848 (11 & 12 Vict. c 63). Nuisance Removal and Diseases Prevention Act 1848 (11 & 12 Vict. c 123).

*215Environmental Protection Act 1990 (c 43) ., s 79 (1) & ss 80-82.

法制を挙げなければならないだろう。第2部で確認してきたとおり、1848年公衆保健法を廃止した1858年地方政府法と、同年に新たに制定された新公衆保健法は、それまでの建築規制を統合した法律であるところの、1847年都市改良条項法や1855年首都建築物法を組み入れることで、各地方政府に、従前のように費用のかかる地域的法律(**local act**)を国会に制定してもらうのではなく、たんにこれらの法律の条項を自らの条例(**by-law**)で援用することで、適用することを可能にしたのであった*216。さらに、1858年地方政府法によって新設された地方政府局(**Local Government Office**)がモデル条例案を作成することで、当時はまだ、自前で条例を作るほどの人的・知的リソースに欠けていた各地方政府に、急速に建築規制を広めるきっかけを作った*217。しかし、そのことが今度は、「条例住宅地」と呼ばれる、条例が定める規格でつくられた、全く同じ形の住宅がどこまでも続く、非人間的な、魅力のない街並みを生み出すことになったのである*218。

この条例住宅地の課題の克服を思想・運動として引受けたのが、エベネザー・ハワードらが提唱した「田園都市論」であった*219。それは、1899年に「田園都市協会」(**Garden City Association**)が設立されることで人的に、さらに、1903年にはじまるレッチワースの建設で物的に、具体的な形となっていった。この田園都市協会は、イギリス最初の都市計画法といえる1909年住宅・都市計画等法*220の制定を期に、「田園・都市計画協会」(**Garden Cities and Town Planning Association**)と名称変更し、その後、同じく法律の名称変更に合わせて、1947年以降、「都市農村計画協会」(**Town and Country Planning Association**)と称するようになるが、その最初期のメンバーの一人であり、レッチワースをはじめ、いくつかの田園都市を実際に設計した、文字通り「都市計画家」と呼びうる、レイモンド・アンウィンは、アメニティというのが全く欠如しているこの条例住宅地を、イギリスの農村の空間構成を理想としながら、徹底

*216Local Government Act 1858 (21 & 22 Vict. c 98). Public Health Act 1858 (21 & 22 vict. c 97). Town Improvement Clauses Act 1847 (10 & 11 Vict. c 34). Metropolitan Building Act 1855 (18 & 19 vict. c 122).

*217前述・第2部58～60頁。

*218西山康雄「開発規制条例住宅地像からの転換」同『アンウィンの住宅地計画を読む』(彰国社・1992年)。

*219Howard., Ebenezer, *Tomorrow: a peaceful path to real reform*, Routledge, 1998, first published in 1898, Swan Sonnenschein; Howard, E., *Garden cities of to-morrow*, Swan Sonnenschein, 1902, (邦訳: 長素連訳『明日の田園都市』(鹿島出版会・1968年))、東秀紀他著『「明日の田園都市」への誘い: ハワードの構想に発したその歴史と未来』(彰国社・2001年)。

*220Housing, Town Planning, & c. Act 1909 (9 Edw 7 c 44).

的に批判したのであった*221。

この新しい運動や、「都市計画」という新しい観念をめぐる世界的な動向*222が、1909年に、イギリスにおける最初の都市計画法制の制定を後押ししたのであるが、そこでは、もちろんのこと、公衆保健(と、その背後にあるニューサンスの問題)も、依然として大きな後押しの一つであったのである。そのことは、1909年法54条1項が、「都市計画スキーム」を策定することの目的として、「アメニティ、利便性」よりも先に、「適切な衛生環境」の確保を挙げていることから明らかである*223。

そして、「その本質において、立憲民主主義における統治過程は、次に来る政権の本性がいかにラディカルなものであったとしても、[歴史の延長であるところの]現状からスタートせざるを得ないような、漸進的なものである。」(傍点は、小川が追加)という一文で始まる論文が、このような公衆保健改革に一つの基点を持つ都市計画の「歴史的パースペクティブ」の重要性を、20世紀も後半になってあらためて指摘しているのであるが、その論文が、1989年に書かれたことに表れているように、都市計画の中心的役割がニューサンス発生の防止にあることは、諸改革をかなりラディカルに行ったサッチャー政権下の荒波の中においてもまったく揺るぐことなく受け継がれ、現在まで意識されつづけていることが分かる*224。

3) 都市計画以前のニューサンス法(「地域性」の発見)

ニューサンス法は、土地に関する不法行為訴訟類型の一つで、その中核をなすプライベー

*221Ashworth, William, *The First Town Planning Act and its Origins*, in Ashworth, *The Genesis of Modern British Town Planning*, Compton Planning Works, Ltd., 1965 (reprinted), 167-190, first published in 1954, Routledge, (邦訳：下總薫監訳『イギリス田園都市の社会史：近代都市計画の誕生』(御茶の水書房・1987年))、前掲・西山(1992)、Buder, Stanley, *Visionaries and Planners*, Oxford University Press, 1990, Chs 7 & 8、西山八重子『イギリス田園都市の社会学』(ミネルヴァ書房・2002年)、Unwin, Raymond, *Town Planning in Practice*, Princeton Architectural Press, 1994. 編者によって新たな序文が付け加えられた同書はリプリント版で、その初出は、最初に都市計画に関する法律が作られた1909年のことである。

*222Sutcliffe, Anthony, *Towards the Planned City: Germany, Britain, the United States and France, 1780-1914*, St. Martin, 1981.

*223Housing, Town Planning, &c. Act 1909, S. 54 (1). 同条は次のように規定する(下線部強調は、小川による。)'A town planing scheme may be made in accordance with the provisions of this Part of this Act as respects any land which is in course of development or appears likely to be used for building purposes, with the general object of securing proper sanitary conditions, amenity, and convenience in connexion with the laying out and use of the land, of any neighbouring lands.'

*224Summerton, Neil W., *Present Concerns in Historical Perspective*, [1989] J. P. L. Supp. at pp. 56-69. 同論文中の1909年法の立法過程についての記述も参照のこと。

ト・ニューサンスが、「土地あるいは土地上の、もしくは土地と関係を有する権利の、利用ないしは享受に対する、不法な妨害」と、一応のところ定義づけされるものである^{*225}。その保護法益は、たとえば根や枝のなどの隣地への侵入、漏水、地役権行使に対する妨害、そして日照、採光、通風、騒音、悪臭等々の、いまでは都市計画がその保護に重要な役割を果たしている土地の上に成立する種々の利益を挙げることができる。

ニューサンス法において、何が「不法な妨害」(unlawful interference)となるかは、ニューサンスとされた行為が「不合理(unreasonable)」であるか否かによって判断される。裁判官たちは、ニューサンス訴訟における共通する指針として「自己の物を使用するに、他人の物を害せざるごとくこれをなすべし(sic utere tuo ut alienum non laedas)」というウルピアヌスの法諺を採用してみたようであるが^{*226}、ローマ時代より、あらゆる法域で昼時の釜戸から立ち上る煙がたとえ隣家に何らかの迷惑を及ぼしたとしても法的に有責とされることはなかったのであって、この法諺は、なぜ、ある行為が「他人の物を害する」として有責とされるのに対して、他の行為は有責とはならないのかについて、何も説明をしなかった^{*227}。

産業革命の進展は、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という、互いに対立する2つの利益のうち、どちらを優先すべきかについて、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、どうや

^{*225}Rogers, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17th ed., Sweet & Maxwell, 2006, at p. 646. 純粋に不法行為として観念されるプライベート・ニューサンス、不法行為であると共に犯罪としても観念されるパブリック・ニューサンスをそのサブ・カテゴリーとして持っている。以下では、主としてプライベート・ニューサンスを念頭に置いて叙述を進めていく。プライベート・ニューサンス責任が成立するためには、それを引き起こしたとされる者に、必ずしも過失(fault)があったことを必要としないが、「犯罪」としてのパブリック・ニューサンス責任を問う場合、たとえば罰金を科す場合には、過失が要件となる。ただし、たとえば、地方政府が、ある行為をパブリック・ニューサンスの一変形である制定法上のニューサンスに該当するとして、それを引き起こしたとされる者に対して除去通告を行った場合、それが認められるには必ずしも過失を要件としない。また、公衆一般に対する違反行為であるパブリック・ニューサンスが問われているとき、特定個人についての損害賠償が認められるためには、公衆一般に解消されない特別の損害を立証する必要がある。Rogers 2006, *ibid.*, at pp. 639-648.

^{*226}For example, see William Aldred's Case (1610) 4 Co. Rep. 84b, 76 ER 1063, at p. 1068; Blackstone William, *Commentaries on the Laws of England*, 1st edition, Clarendon Press, 1765-69, at Book 2, p. 306.

^{*227}Gordley, James, *Foundations of Private law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford univ. press, 2006, at pp. 66-69.

ら明確な答えを出さなかったようである*228。とはいえ、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裁判官たちに強く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。

地域性が、ニューサンス訴訟における合理性の判断に際しての基準の一つであるということとは、*Sturges*判決(1879)でのセシジャー裁判官(Thesiger L.J.)による「ベルグレイブ広場でニューサンスとなることが、バーモンジーでも同様であるとは、必ずしも限らない」*229という有名な一節を用いてしばしば表現されてきた。この問題を検討したペナー(Penner J.E.)教授によれば、*Sturges*判決へといたる重要な判例として、財務府会議室裁判所(Court of Exchequer Chamber)による*Bamford*判決(1862)*230と、貴族院の*St Helen's*判決(1865)*231の2つを検討しなくてはならないという*232。

これらの判例に先立つ*Hole*判決(1858)*233では、「被告の土地利用それ自体が合理的であり、かつ、そのような利用をするのに合理的な場所で行われたとしたら、たとえそのような土地利用が原告の土地の利用・享受をどんなに妨害したとしてもニューサンスとはならない」との判断が人民間訴訟裁判所(Court of Common Pleas)にて出されていた。「他人の物を害せざるごとく」の法諺は、権利濫用の概念を持たないイングランド法においては、仮に推論を加害者とされた者の権利からはじめて、「権利行使」があらゆる意味で「合理的な」行為であり、「他人を害する」ことにはならないと解せば、土地所有者が当然に持つ権利をむしろ肯定する原理

*228この時代のコモン・ロー裁判所の裁判官たちは、土地に関する権利を(しばしば開発に有利に)明確化し、それを実効的に保護することによって産業革命の前提条件を作り出すのに貢献してきたと一般的に言われてきた。しかし社会史的視点を含めて判例を詳細に検討した研究に基づけば、この時代の裁判官たちは、権利を明確化するための原理を作り出すことはできず、社会状況に拘束されつつも、あくまで事件毎のアド・ホックな判断をくり返してきたのであった。MacLaren, *Nuisance Law and the Industrial Revolution - Some lessons from Social History*, 3 Oxford J. Legal Stud. 155 (1983). かつての見解を代表するものとして、Brenner, J.F., *Nuisance Law and the Industrial Revolution*, 3 J. Legal Stud. 403 (1974)。

*229*Sturges v Bridgman* (1879) 11 Ch.D. 852, at 865.

*230*Bamford v Turnley* [1862] EWHC Exch J63; (1862) 3 B & S 66; 122 ER 27.

*231*St. Helen's Smelting Company v Tipping* [1865] UKHL J81; (1865) 11 HLC 642; 11 ER 1483.

*232以下、本節の記述は、Penner, J. E., *Nuisance and the Character of the Neighbourhood*, 5 J. Envtl. L. 1 (1993), pp. 4 - 11に依拠している。

*233*Hole v Barlow*, 1858, 6 WR 619; 4 C. B. (N. S.) 334; 140 ER 1113.

として機能することにもなったのである*234。これに対して、財務府会議室裁判所で出された *Bamford* 判決は、この先例を明確に否定し、被告の行為が、原告が受忍しなければならない一定の限度を超えるか、ということが、合理性の判断の中に組み込まれるようになった*235。被害の発生という事実から推論をはじめて訴訟を組み立てる不法行為訴訟 (an action of torts) の枠内では、ここに権利＝法 (right) を違えたという違法性の契機は重視されず、何らかの違反行為 (wrong) があったことに訴訟の基礎がおかれることになるのであった*236。

同事件は、これにとどまらず、ポロック裁判官 (Pollock C.B.) と、ブラムウェル裁判官 (Bramwell B.) によってニューサンス訴訟における合理性基準の定式化が図られたのである。まず、ポロック裁判官は、次のような *Sturges* 判決へとつながる一節を述べている。

「スミスフィールド市場ではニューサンスとならないことが、グローブナー広場ではニューサンスとなることがあるし、真夜中にニューサンスとならないことが真昼中に行えばニューサンスとなることがある[ママ]。恒常的、継続的に行えばニューサンスとなることが、それを一時的、臨時的に行えばニューサンスとならないことがある。」*237

ブラムウェル裁判官は、さらに進んで、ニューサンスの判断に必要なさまざまな考慮事項、害意 (malice)、一時性 (temporariness) などが、結局は、「被告の土地利用が一般的かつ通常の利用 (common and ordinary use) であるか」という一つの判断項目の下にまとめられうることを示したのである。たとえば害意ある土地の利用は、もはや「一般的かつ通常の利用」とは

*234 イギリス (イングランド) 法における権利濫用の位置づけについては、水に関する権利 (water right) についての歴史であるが、Getzler, Joshua, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford University Press, 2004, esp. at pp. 122-127. また、谷口知平「英米法における権利濫用」『比較法研究』3号 (1951年) 8頁以下、下山瑛二『イギリス法と「権利濫用」』『法律時報』30巻10号 (1958年) 8頁以下、戒能通孝「権利濫用とニューサンス」日本行政法学会編『公害行政』(勁草書房・1968年) 125頁以下 (初出は、戒能通孝「権利濫用とニューサンス」『法律時報』25巻2号 (1953年) 3頁以下)、Taggart, Michael, *Private Property and Abuse of Rights in Victorian England: The Story of Edward Pickles and the Bradford Water Supply*, Oxford University Press, 2002、各参照。

*235 *Hole* 判決と *Bamford* 判決は、ともに煉瓦を焼成するための窯からでる悪臭や煙がニューサンスにあたるかが争われた事件であった。

*236 イギリス法における right と wrong の非対称性と、その Action on the Case for nuisance の発展過程での混入につき、Getzler (2004), op. cit., esp. at pp. 64-65, pp. 100-107 を参照。なお、戒能通孝教授の教示によれば、内田力蔵教授は、この非対称性を持って、「Wrong」の語に「違反行為」(違「法」行為ではなく) の訳をあてたという。ここでもその訳語に倣った。

*237 3 B & S 62, at p. 79; 122 ER 27, at p. 31. [] は、小川による補筆。

言えないし、また建築行為は一時的に行われる「一般的かつ通常の利用」形態であり、たとえ同等の騒音が永続的に出されればニューサンスとなるようなものであっても、一時的な建築行為それだけではニューサンスとならないが、不注意に音を立てたり埃をまき散らしたりすれば、やはり「一般的かつ通常の利用」ではないのである。

この「被告の土地利用が一般的かつ通常の利用であるか」という判断基準は、隣人同士の両方ともを利する原理だと、ブラムウェル裁判官は言う。というのも、「相互に行われるニューサンス(reciprocal nuisances)は、比較的些末な性質を有しており、ある者が訴えたニューサンスそのものが、訴えた者の隣人の土地の通常の利用によって作り出されたものであるならば、訴えた者自身も、自らの土地の通常の利用によって、[同じようなニューサンスを]作り出すことがありえるから」である。ブラムウェル裁判官は、この原理を、「ギブ・アンド・テイク」あるいは「お互い様(live and let live)」*238のルールと言い直すことで、その性格をはっきりさせている。

被告の行為が公共において有用性を持つ場合に、ニューサンスを認めないとする見解について、ブラムウェル裁判官は、「公共の利益のために、ある個人に、補償なしで損失を負わせる」ような考えであるとして、これを明確に否定する。もちろんのこと、「このような理由付けをした場合の唯一の反対意見」として、ニューサンスを被ったある個人が、公共にとって非常に価値のある何らかの活動を訴訟を通じて止めてしまう可能性があることをブラムウェル裁判官は認識していたが、同裁判官は、そのような問題は、個人になんら補償なしで公共の利益の負担を課すことに比べ、「実務上より僅かな重要性しか持たない」と切り捨てるのであった*239。

*St Helen's*判決は、*Hole*から*Bamford*までの諸判決の規範性が、貴族院で検討された事件であるが、ブラムウェル裁判官の「お互い様」のルールは、本事件の事実審担当裁判官が、「法は、些末な不便には関わらない」(the law did not regard trifling inconveniences)と簡潔にまとめ直し、ニューサンスが成立しない場合の一例として陪審員団に正しく説示したことが、貴族院判決の中で伝えられている*240。

しかしながら、*St Helen's*判決の最大のポイントは、ニューサンスの性質を、「プロパティを実質的に害する」(material injury to the property)ものと、「個人的に不快と感じる」(personal discomfort)ものとにわけたところにある。ときの大法官であるウェストベリー裁判官(Lord Westbury)によれば、「申立のあったことが実際に起こった場所の諸状況に大いに依存するのは……後者に関して」であるという。すなわち、地域性が、ニューサンスの成立の際の判断に

*2383 B & S 66, at p. 84; 122 ER 27, at p. 33. ここでブラムウェル裁判官は、お互い様の例として、雑草を焼却すること(burning weeds)、汚物溜を空けること(emptying cess-pools)、修理のあいだ騒音を出すこと(making noise during repairs)といった例を挙げる(122 ER 27, at p. 32)。但し、正当な理由なく他人の家のすぐ近くで汚物溜をひっくり返し悪臭を発生させたのであれば、ニューサンスが成立すると警告している(ibid., at pp. 32-33)。

*2393 B & S 62, at pp. 85-86; 122 ER 27, at p. 33.

*240 (1865) 11 HLC 642, at p. 644; 11 ER 1483, at p. 1484.

影響を与えるのは、「プロパティを実質的に害する」に至らない、人の感覚や神経を乱すような行為だけで、そうでなければ、地域性に関係なく、ニューサンスが成立するとした。この結果、原告の所有するマナ・ハウスは、近隣に被告らが所有する銅精錬所のほか、多くの工場が建ち並ぶ地域にあったにもかかわらず、庭の木々や果樹園の果樹が傷つけられたことについて、ニューサンスが成立したのであった*241。

この貴族院による*St Helen's*判決の14年後に、*Sturges*判決が出されたわけであるが、先に示したセシジャー裁判官の定式は、この一連の判決の文脈の中で理解されるべきものである。ニューサンス訴訟における土地利用調整においては、隣人間で、それぞれが引き起こしかねないようなニューサンスは、そもそも「些末な問題」として考慮から外されることとなっていた。セシジャー裁判官は、これを端的に、「*de minimis non curat lex*」(法は些事にかかわらず)というラテン語法諺で表している*242。逆にニューサンスがプロパティへの侵害*243と評価できる場合には、妨害行為が行われた地域性に関係なく、コモン・ローは救済を与えるのである。

「地域性」に関するルールは、こののち*Polsure and Alfieri v. Rushmer*事件(1907)においても貴族院で確認されることとなるが、この時期にこのように定式化され、現在へと至っている*244。

3) 第3部の構成

*241 本事件の背景とその結末については、Simpson, A.W.B., *Victorian Judges and the Problem of Social Cost: Tipping v. St Helen's Smelting Company (1865)*, in Simpson, *Leading Cases in the Common Law*, Oxford University Press, 1995, 163-194 も参照のこと。

*242 (1879) 11 Ch.D. 852, at 863.

*243 日本法との比較でいえば、ここで問題になっているのが、「生命・身体」ではなく、「プロパティ」であることに注意が必要であろう。さらには、こうした原理的区別には、当然に実際上の区別の困難が伴うことになることにも注意。この点について、ロジャーズ教授は、次のように注記している (Rogers (2006), *op. cit.*, at p. 650, fn. 79)。Hunter 貴族院判決については、後述も参照。

「ウェストベリー卿の判決意見からは、彼が(視角的な悪化(*visible deterioration*))を含む)物理的な損害をまさに念頭においていたことが、かなり明白であると思われる。騒音や悪臭は、主として、個人的な不快を引き起こすものであるが、それらによって影響を受けたプロパティの売却価格を減じたり、プロパティ上で行われている(たとえばホテルなどの)ビジネスを害することがある。仮に、これが「プロパティを害する」ことにならないとしたら、こうした区別が正当であるかが問われることになる。Hunter v. Canary Wharf Ltd [1997] A.C. 655 at 706において、 Hoffman 卿は、「個人的な不快」に分類されるニューサンス事件においてでさえ、土地のアメニティ的価値への影響に対して、損害賠償が与えられることを強調している。」

*244 *Polsure and Alfieri v. Rushmer* [1907] A.C. 121; *Andreae v. Selfridge & Co* [1938] Ch. 11; *Milner v. Spencer* (1976) 239 E.G. 573; cited in Rogers (2006), *ibid.*, at p. 650. See also *Halsey v. Esso Petroleum Co.* [1961] 1 W.L.R. 683.

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の判断となった判決は、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かが、法的な論点となったのであった。のちに詳しく見るように、判決がくり返され判例が形成されるようになった現在においても、ニューサンス訴訟においては、なおニューサンスと計画許可の両制度のあいだには、一定の切断面を見いだすことが出来るのであるが、それでも、ここに、歴史的に形成された連続面を見いだそうとするのであれば、ニューサンス訴訟だけでなく、ニューサンス法の保護法益が、法制度全体において、どのように扱われているのかについても見ておく必要があると思われるのである。

イギリス都市計画法制は、第1部、第2部でみたとおり、1909年に国会制定法として初めて登場し、1947年都市農村計画法^{*245}によって基本的枠組みの一応の完成をみるが、日本やアメリカで採用しているゾーニング・コントロールとは異なり、ほとんどすべての開発行為が「計画許可」(Planning Permission)とよばれる地方政府の裁量許可によって判断され、そして、その判断を、担当大臣が(通常は、インスペクターと呼ばれる専門家が代行して)審理する、上訴制度(計画上訴制度)によって統制していることを特徴としている。そして、これに、裁判所による統制(計画審査／司法審査)がくわわることで、計画許可に対する争訟制度の全体を形成

^{*245}Town and Country Planning Act 1947 (10 & 11 Geo. VI c 51) .

することとなる^{*246}。

以上について、第3部では、次のような順序で、これを検討していくことにする。まず、ある開発行為が、計画許可を受けたことの意味が問われたニューサンス訴訟での諸判決を、順に確認することで、そこで形成されてきている判例と、判例の中にあらわれているニューサンス法と都市計画の関係について考察することにした(2, ニューサンス訴訟における都市計画)。つづいては視点を変えて、都市計画の側から、ニューサンス法がどのような位置づけを与えられているのかについて考察することとする。具体的には、計画許可をめぐる争訟制度の中で、ニューサンス法が保護法益としている権利・利益が、どのような位置づけを与えられているのかを見ていくこととなる(3, 都市計画におけるニューサンス法)。そして最後に、ニューサンス訴訟、計画許可争訟の両視点から見た、ニューサンス法と都市計画の関係を整理し直して、まとめたい(4, おわりに)。なお、各章内部の構成については、それぞれの章の冒頭で示すこととする。

2. ニューサンス訴訟における都市計画

都市計画法とニューサンス法の関係は、その対象とする法益が重なることから、論理的には1909年以降何らかのものが想定しえたはずである。しかし、かつて、直接には「制定法の承

^{*246}計画争訟制度を網羅するには、これらの他に、計画策定段階において、計画そのものの妥当性・適法性を争うものも検討しなければならないが、本論では扱っていない。福家俊朗「イギリスにおける計画法と参加—その法的論理構造と法的位相—」長谷川正安編『現代国家と参加〔公法学研究2〕』（法律文化社・1984年）215頁以下、大田直史「イギリスにおける計画上訴に関する公審問の手続き法理」（一）・（二・完）『法学論叢』123巻5号、125巻1号（1988年、1989年）、榊原秀訓「サッチャー政権における計画上訴改革」法学部開設記念論集編集委員会編『名古屋経済大学法学部開設記念論集』（名古屋経済大学・1992年）577頁以下、中井検裕・村木美貴『英国都市計画とマスタープラン：合意に基づく政策の実現プログラム』（学芸出版社・1998年）102～124頁、松尾弘「イギリス法における開発計画に対する司法的統制」小高剛古稀『現代の行政紛争』（成文堂・2004年）145頁以下、洞澤秀雄「都市計画争訟に関する一考察—イギリス法との対比を通じて—」『札幌学院法学』25巻1号（2009年）、Moore (2007), op. cit., at pp. 66-67; Duxbury (2009), op. cit., at pp. 129-130。また、地方政府についての、いわゆるオンブズマン制度であるところの地方コミッショナー (Local Commissioner) 制度もある (Local Government Act 1974 (c 7) S. 26) が、これも省略した。Moore (2007), op. cit., at pp. 370-374; Duxbury (2009), op. cit., at pp. 580-581.

認」*247について争われた*Allen v. Gulf Oil Refining Ltd*事件(1979年)の控訴院段階における傍論相当部分で、カミング・ブルース裁判官(Cumming-Bruce L.J.)が、「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(the nature of neighbourhood)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」*248と述べたことがあったが、興味深いことに比較的近年まで、それ以上に論じられることはなかった。

*247 国会が、特定の個人・団体に対して、ある活動（たとえば鉄道事業）を行うことを承認（authorize）した場合、そこから必然的に発生するニューサンス（たとえば鉄道車両が通過することに伴い発生する騒音・振動）については、国会主権の原理から、その者は免責されることになる。そして、これを理由として持ち出される不法行為訴訟における抗弁を「制定法の承認の抗弁（Defence of Statutory Authority）」という。制定法による承認は、制定法の文言によって明示されている場合はもちろんのこと、文言が、ある活動を行うことを当然に含意（necessary implication）する場合も認められる（*Allen*事件貴族院判決（表1・④事件、参照）。但し、免責されるのは、制定法によって承認された活動から必然的に生じるニューサンスに限られ、合理性に欠ける行為の結果や、過失によって生じた結果（たとえば鉄道車両の整備不良を原因とする騒音）については、責任を問いうる。このような法律が制定される場合、特定個人・団体が被る損害について補償規定が置かれることがあるが、通例、公衆一般が被る損害について規定されることはない。法律制定時に補償規定が置かれず、補償が受けられなかった者に対してもこの法理は適用される。Harwood, V., *Modern Tort Law*, 6th ed., Cavendish Pub., 2005, pp. 243-245, p. 262も参照のこと。*Allen*事件と制定法の承認の問題を扱ったものとして、西牧駒蔵「一研究ノートーニューサンスの一抗弁事由ー制定法上の許可（statutory authorization）ーイギリスの場合ー」『大阪経済法科大学法学研究所紀要』9号（1988年）137頁以下、がある。ただし、Statutory Authorityの訳語は変更した。

*248 [1980] Q.B. 156, at p. 174. []内は小川による補訳。*Allen*事件は、石油精製所の操業に伴う悪臭、振動等がニューサンスにあたるとして、周辺住民が提訴したものであった。これに対して被告となった石油会社側は、石油精製所の建設のための土地取得とそれに付随する諸目的を果たすことにつき、国会制定法である*Gulf Oil Refining Act 1965*の5条1項が認めていること、および同法15条1項が特定の諸業務を行うことを認めていることから、原告の主張する各ニューサンスは「制定法の承認」を受けたものであると主張し、さらに、精製所の建設につき計画許可を受けていることを主張した。裁判所は、同法が周辺住民になんら補償をしていないにもかかわらず、被告側の制定法の承認の主張を認め、原告側を敗訴させた。そのため、本論で引用した、計画許可についてカミング・ブルース裁判官が述べた部分は、傍論部分に相当することになる。

◇表1: 計画許可とニューサンプ法が争点となった判決(小川調べ) (※印は、表記の問題についての判断が、判決理由を直接構成しなかった事例を指す。)	
①	※ <i>Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.</i> (Court of Appeal*1980)*249 ※ <i>Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.</i> (House of Lords*1981)*250
②	<i>Gillingham Borough Council v. Medway (Chatham) Dock Ltd. and Others</i> (High Court*1991)*251
③	<i>Wheeler v JJ Saunders Ltd.</i> (Court of Appeal*1994)*252
④	<i>Delyn BC v Solitaire (Liverpool) Ltd.</i> (High Court*1995)*253 (※公式判例集未掲載) <i>Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd.</i> <i>Hunter and Others v. London Docklands Development Corporation</i> (Court of Appeal*1995)*254
⑤	※ <i>Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd.</i> ※ <i>Hunter and Others v. London Docklands Development Corporation</i> (House of Lords*1997)*255
⑥	<i>Blackburn v ARC Ltd.</i> (High Court*1997)*256 <i>Watson v Croft Promo-Sport Ltd.</i> (High Court*2008)*257
⑦	<i>Watson v Croft Promo-Sport Ltd.</i> (Court of Appeal*2009)*258

この問題がはじめて直接の争点となったのは、1991年に高等法院で判決が出された *Gillingham Borough Council v. Medway (Chatham) Dock Ltd. and Others* 事件*259 であったが、カミング・ブルース裁判官の上記の定式を受ける形で両者の関係が整理されることとなった。以後1997年に、この問題が貴族院で判断されたことで、一定の判例が形成されるに至っている。

以下では、まず、*Gillingham* 高等法院判決の概要と、そこで持ち上がった両者の関係についての論点を確認し(1, *Gillingham* 高等法院判決)、次いで、同じ論点が控訴院と貴族院で

*249 [1980] Q.B. 156; [1979] W.L.R. 523

*250 [1980] UKHL 9; [1981] A.C. 1001; [1981] 2 W.L.R. 188.

*251 [1993] Q.B. 343; [1992] 3 W.L.R. 449; [1992] All E.R. 923.

*252 [1994] EWCA Civ 8; [1996] Ch. 19; [1995] 3 W.L.R. 466; [1995] 2 All E.R. 697.

*253 93 L.G.R. 614; (1995) 159 L.G. Rev. 449; [1995] E.G.C.S. 11; [1995] N.P.C. 11; Times, February 9, 1995; Independent, February 27, 1995 (C.S.); 1995 WL 1083091.

*254 [1996] 2 W.L.R. 348; [1996] 1 All E.R. 482; [1996] Env. L.R. 138. 本件は、原告を同じくする2つの事件を併合審理している。

*255 [1997] UKHL 14; [1997] A.C. 655; [1997] 2 W.L.R. 684; [1997] 2 All E.R. 426. 前掲註254と同じく2つの事件を併合審理。

*256 [1998] Env. L.R. 469.

*257 [2008] EWHC 759 (QB); [2008] 3 All E.R. 1171; [2008] Env. L.R. 43; [2008] 2 E.G.L.R. 149; (2008) 152 (18) S.J.L.B. 29

*258 [2009] EWCA Civ 15; [2009] 3 All ER 249; [2009] N.P.C. 15.

*259 表1・②事件。

議論されることとなった別の2つの事件で、*Gillingham*判決での定式が修正されつつ確認されていく過程をみることにする(2, *Wheeler*控訴院判決、3, *Hunter*貴族院判決)。そして、最も新しい事件について補論を行った上で(4, *Watson*高等法院判決)、判例として確立されたところの両者の関係をまとめることにしたい(5, 小括)。

1) *Gillingham* 高等法院判決

*Gillingham*事件は、原告(*Gillingham Borough Council*)が、24時間の商業港を運営する会社等を被告として、港への唯一のアクセス道を通る大型輸送車による騒音がパブリック・ニューサンスにあたることの宣言的判決や、夜間(夜7時から朝7時まで)のアクセス道の大型輸送車の通行禁止についてのインジャンクションなどを求めて提訴した事件であった。

この事件を特徴付けるのは、提訴以前に次のような事実経過があったことによる。事件の舞台となった港は、古くから王立海軍工廠として使われてきた場所であったが、1981年に、このドッグヤードが3年後に閉鎖されることが政府より発表された。この地を管理することとなった地元港湾当局(*Medway Port Authority*)は、ここを商業港として開発することを計画し、全額出資子会社である被告・ドック運営会社が、1983年に、本事件で原告となる地方政府(*Gillingham Borough Council*)に、ドッグヤードを24時間運営の商業港として開発する計画許可を申請し、認められていたのであった。

さらに原告は、計画許可の審査を行う際に、24時間運営の商業港の開発を行えば、大型輸送車通過の増大の影響を、港への唯一のアクセス道の周辺住民が被るであろうことをすでに認識していた。というのも、計画許可の審査段階で、地元住民が、この点につき、異議申立てと請願書を提出していたからであった。被告会社も、審査委員会に対して、24時間開港することによって一日に300から400台の貨物自動車能够通过するだろうという予測を提出している。そして、このことにより周辺に環境上の悪影響が及ぶであろうという懸念を表明した地方政府の技師とサーバイヤーによるメモの存在も判決において確認されている^{*260}。

原告・地方政府は、計画許可を与える際に、当時の1971年都市農村計画法52条^{*261}に基づいて、許可に条件を附すことも可能であった。しかし、「おそくとも約3年後にアクセス道について見直しを行う」ということのほか、本件に関係する条件は附されなかったのであった。ヘンリー8世時代以来続いた王立海軍工廠が閉鎖されるという地域経済への強烈な逆風の中で、結局のところ、「[周辺住民が被ることが]分かりきっていた苦痛はいささか軽視され、雇用上、経済上の利益が優先され」^{*262}たのであった。また原告は、提訴時の1990年都市農村計画法1

^{*260} [1993] Q.B. 343, at pp. 352-354.

^{*261} Town and Country Planning Act 1971 (c 78) s 54.

^{*262} [1993] Q.B. 343, at p. 354. [] 内は、小川による補訳。

02条*263などを使って、被告に施設の利用変更を命令することも可能であった。しかし原告は、損失補償を行う必要がある同法上の命令ではなく、その必要のない、安上がりな、1972年地方政府法222条*264に基づいて、パブリック・ニューサンスとして訴えを起こしたのであった。

事実認定が明らかにするところによれば、実際のところ、1985年には、24時間で約300台の大型輸送車の通過が記録され、1988年には、それが750台に増加している。この結果、通り沿いの家の多くが遮音設備を備えていたものの、「住民の夜間・就寝時の快適さ全般」*265が害われていることが認められている。また被告会社は、1985年にフェリー式貨物専用のターミナル建設の計画許可を申請したが、原告・地方政府に拒否され、上訴も却けられている。主に考慮されたのは、間違いなく大型輸送車の増加であった、とされる。ノーフォーク行きのラインが1990年6月に別の港に移転したため、大型輸送車の夜間通行は、一晩につき190台から29台までに落ち込んだ。事件を担当したバックリー裁判官(Buckley J.)は、以上のような事実認定をふまえた上で、「結局のところ、1990年6月以前のひどさより改善したとはいえ、現状は、住民が大型輸送車によるかなりの妨害を受けていることを完全に確信するに至った」*266との判断を示している。しかし続けて、下記のように述べ、インジャンクション等の請求が認められるかは、地域性の判断に係っている旨述べるのである。

「以上の判断は、通常の住宅地の基準による判断である。ラトクリフ氏[＝被告側代理人]が指摘しているように、他の[地域の]人々も同様の被害を受けているし、氏は、シアネス港へと向かう主要道路沿いのイワデと呼ばれるヴィレッジにおいて、これよりひどい事例を提示している。(中略)本事例のすべての状況の下で、ここに言及した妨害の程度は、住民たちが耐えなければならないものであるか、という問題が残されている。」*267

「本事例のすべての状況」を考慮するにあたって問題となったのが、いったいどの時点の地域性をもとにニューサンスであるかどうかの判断を行うのか、ということであった。商業港開発以前、この場所が海軍工廠として使われていた頃は、ドックヤードへの入り口が別にも設けられていたことから、本件で問題となっているアクセス道を通過する車の台数は少なく、訴訟提起の時点で唯一のアクセス道となってしまったこの場所は、「実質的に、生活道路(residential road)であった」*268。住民が被った被害に関する、先のバックリー裁判官の判断によれば、こ

*263Town and Country Planning Act 1991 (C. 8) S. 102.

*264Local Government Act 1972 (c 70) s 222.

*265 [1993] Q.B. 343, at p. 355.

*266 [1993] Q.B. 343, at p. 356.

*267ibid. [] 内は、小川による補訳。

*268 [1993] Q.B. 343, at p. 353.

の開発以前の時点での地域性を基準に結論を出すのであれば、パブリック・ニューサンスが認められることになる。しかし開発後、すなわち24時間運営されている商業港の周辺地域における地域性を基準にすれば、結論は異なりうる。ここにおいて、都市農村計画法上の計画許可が行われたことのニューサンス訴訟における意味が問われることとなったのであった。

バックリー裁判官は、計画許可とニューサンス訴訟の相互関係について直接に考慮した先例が、当事者双方から何ら指摘されなかったことから、ニューサンス訴訟における抗弁の一つであるところの、先の**Allen**事件の直接の争点であった「制定法の承認 (statutory authority)」を用いて、以下のように、この問題にアプローチしている。

「私は、[制定法の承認の]原理が計画許可に使えるように転用される (utilized) べきと考えている。国会は、制定法によるフレームワークを設定し、コミュニティの諸利益と個々人のそれとを、あるいは個々人のあいだの諸利益を衡量する役割を、地方計画当局に委譲している。そこには、[地方計画当局より]提示された許可内容に対して、異議を申し立てる権利と、上訴と審問に関しての規定があり、さらに最終的には、大臣による決定が用意されている。これに加えて、司法審査という安全弁もある。ある計画当局が、その担当地域において、特定の建設行為ないしは[土地]利用に関して許可を与えたのであれば、ほぼ確実に、地域住民の誰かが、自らのプロパティの平穏な享受につき不利益を被ることになるだろう。そうした住民は、ただニューサンス訴訟を提起することで、この枠組みをぶち壊すことができるのだろうか。もしできないというのであれば、何故できないのか。計画許可は、ニューサンスを犯すことができる許可状ではないし、計画当局はニューサンスを承認する管轄権を有していないと言われてきたが、それは間違いのないことである。しかしながら、計画当局は、自らが行う開発計画や決定を通じて、近隣地域の性質を変更することができるのである。近隣地域の性質を変更することは、変更以前には訴訟を基礎づけるのに十分なニューサンスであった活動を、法的責任の無いものへと変える効果を有することがある。」*269

このように都市計画とニューサンス法の間関係を捉えた上で、バックリー裁判官は、本事件においては、計画許可によって近隣地域の性質が変更された後の地域性、すなわち24時間運営する商業港へのアクセス道の周辺という地域性を基にしてニューサンスに関する判断が行われるべきとし、本件の被害は、その地域性からして、訴訟を基礎づけるのに十分なニューサンスにあたらないとして、原告の訴えを全面的に却けた。

Gillingham判決のこのような理由付けに関して、2つのポイントを指摘しておきたい。1つめは、「制定法の承認」との関係である。制定法の承認の類推適用によって、ニューサンス訴訟における計画許可を位置づけた場合、その異同が問題となる。計画許可は、制定法とは異なってニューサンスそのものを免責するものではなく、ニューサンスを判断する際の地域性を変えるのみの効果を有するものだとしても、制定法によって承認があれば、そこから当然に派生するニューサンスを免責するのと同じように、計画許可が行われれば、その後のニューサンス

*269 [1993] Q.B. 343, at p. 359. [] 内は、小川による補訳。

に関する地域性の判断は、必ず、許可が行われたことで従前とは異なったものになったことを前提にして行われなければならないのか。この解釈を採れば、計画許可は、制定法の承認に限りなく近いものとなる。*Gillingham*判決以後、判例評釈などにおいても、判例の射程として疑問が呈された点である*270。

2つめとして、計画許可制度の位置づけの問題がある。バックリー裁判官は、制定法の承認の法理を計画許可に転用するにあたり、地方計画当局に「コミュニティの諸利益と個々人のそれとを衡量」する役割が委譲されていることを指摘していた。また、地方計画当局の判断に対して、上訴制度、司法審査制度が用意されていることを述べていた。さらに、次のように述べることで、都市計画における公共の利益についての判断は、裁判所ではなく、計画当局が判断するか、もしくは計画に関する上訴制度で争われるべきとする考えを明らかにしている。

「ドック会社は、ドックヤードでの商業港の運営を、近隣の住民を妨害することなしに行うことはできない。あらゆる商業活動の目的は、最大の利益を得るために活動すること、すなわち、できるだけ多くの取引を行うことである。ドック会社の活動について、会社が港で行うのを最大限認められている取引の量を制限するため、ボーダーラインを設けようとするなどということは、きわめて非現実的に思われる。地域全体の諸利益、それから地方計画当局[=*Gillingham Borough Council*]と、それが関係する部分のカウンティ・カウンシルの計画書を考慮しなければならないようなことに関わるのは、裁判所にとってその用意が整っていない仕事と思われる。事例によっては、国家的利益さえも考慮に入れなければならないかもしれない。それらは、計画当局、もしくは必要があれば大臣、が決定すべき事柄であり、それは司法審査にのみ服すべきことである。私は、ドック会社が、通常の商業体と異なつて港を運営してきた、あるいは、今現在しているとは思えない。原告は、いますぐにでも、自らが与えた許可に条件を附し、あるいは許可を取り消すことができるのである。原告は、(ケント・カウンティ・カウンシルの同意の下で、)当該道路あるいは港直近の他の道路を規制する交通規則を制定することができる。オウルト氏(原告・地方政府の開発担当官)が率直に私に認めているとおり、原告は、[開発許可に関する]同意を変更ないしは撤回することで1990年都市農村計画法の下で補償を払う代わりに、この訴訟手続を行っているのである……。」*271

バックリー裁判官が言うように、公益と個々人の利益の調整は、計画許可制度の中で十分に行われている問題であるならば、やはり、計画許可よりのちに発生したニューサンスは、許可があったことを前提にした判断を行えば済むことになる。これら2つの点は、その後続いた同

*270Crawford, Colin, Public Law Rules over Private Law as a Standard for Nuisance: OK?, [1992] 4 J.Env.L. 251, at pp. 262-264; Case Comment, [1992] J.P.L. 458, at p. 467; Steele and Jewell, Nuisance and Planning, [1993] 56 M.L.R. 568, at pp. 571-572; Penner, J.E., Nuisance and the Character of the Neighbourhood, [1993] 5 J.Env.L. 1, at p.2.

*271 [1993] Q.B. 343, at pp. 360-361. () 括弧は原文どおり、[] 括弧内は、小川が補訳したもの。

様の争点の判決を理解する上でのポイントとなる。さらにここには、バックリー裁判官が、「地域全体の諸利益」や「国家的利益さえも考慮に入れなければならない」問題は、「裁判所にとってその用意が整っていない仕事」であり「それは司法審査にのみ服するべき」との見解を述べているように、「裁判所と行政機関」、「司法と政治」の役割分担の問題が含まれている（後者の点については、後述、第三章参照）。

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ことができる」という法理は、より上級の裁判所でこの問題が争われた、*Wheeler*控訴院判決（1994）^{*272}、*Hunter*事件の控訴院判決（1995）と貴族院判決（1997）^{*273}によって、再確認されることとなる。しかし、*Gillingham*判決が無条件で受け入れられたわけではなく、その射程は、いくぶん狭められることとなった。

2例目となった*Wheeler*事件は、農家と離れ家を所有し、離れ家をホリデー・コテージとして貸していた獣医と、隣接する農場を利用している七人の被告（養豚会社とその構成員・法人）とのあいだで起こった事件であった^{*274}。

農家・離れ家と農場は、かつては同一の所有の下に、すなわち、のちに第二被告となる養豚会社を構成することとなる者ら（それぞれ第三、四、五、六、七被告）が、年金基金の受託者として両土地を所有していた。獣医は、農家・離れ家の部分だけを購入する契約をし、1987年3月に所有者となっているが、これに先立つ1987年1月に、財産権移転証書で取り決めたとおりに、離れ家をホリデー・コテージとして改築するため計画許可を取得し、後に実際に改築を行っている。一方、農場部分は、それぞれ第一被告となった会社が85%、原告・獣医が15%の割合で出資していた養豚会社（第二被告）に賃貸された。原告は、第二被告となった養豚会社に、マネージング・ディレクターとして経営参加するはずであったが、実際に経営が始まった後に原告と被告らは仲違いし、1988年3月に原告は退任し、以後、両者の仕事上の関係は絶たれた。

1988年6月ないしは7月、および1989年11月に、第一被告会社は、それぞれ400頭、計800頭を収容できる豚舎2棟の建設のための計画許可を申請し、これを認められている。そのうちの棟は、ホリデー・コテージから11メートルしか離れていないところに建てられた。原告は、豚舎からの悪臭がニューサンスにあたることの他、農場を通過して公道へと至る通行権の妨害など10の主張を高等法院に対して行い、悪臭についての損害賠償、豚舎使用の差し止

^{*272}表 1 ・ ③ 事件。

^{*273}表 I ・ ⑤ 事件。

^{*274}以下の事実関係につき、[1996] Ch. 19, at pp. 23-24, 26-27 参照。

め、通行権の妨害など4つの主張について勝訴した。このうち被告らは、悪臭がニューサンスであるとして損害賠償と差し止めを認めた点と、通行権妨害について上訴を行った^{*275}。

控訴院が認定したところによれば、豚舎からの悪臭は、豚舎が建物から11メートルしか離れていなかったことに加え、次のような諸事実によっても、その被害の程度を強めることとなったようである。一つは、豚舎の設計方法が原因となるものである。まず衛生設備であるが、以前から農場にあった豚舎が、糞尿の処理を豚の下に敷いた藁に吸収させる方法を採用していたのに対して、新しく建てられた豚舎は、糞尿が混ざったものが板上を流れていき集められ一週間おきに汲み取られるシステムを採用したとのことである。専門家証人によれば、後者の方式のほうが臭いがいっそうひどくなるという。また、前面部が開放されている構造のため、豚の熱気で暖められた悪臭がそこから放出されることとなったようである。二つ目は、豚の飼育方法に起因するものであるが、従前の餌と水に加え、1989年11月から1990年6月のあいだホエー（乳漿）を豚に与えたため、これも悪臭が増す原因となった。

判決では、担当した3人、スタウトン（*Staughton L.J.*）、ギブソン（*Gibson L.J.*）、メイ（*Sir John May*）各裁判官がそれぞれ意見を書いているが、3人ともが、問題となっている悪臭は、豚舎建築に対して与えられた計画許可を実行すること、すなわち許可通りの位置・構造で豚舎を建築することから必然的に発生すると判断している。そして、計画許可とニューサンスの関係についても、計画許可がニューサンスの判断の条件となる近隣地域の性質を変えることができる、という *Gillingham* 判決の結論を維持したのであったが、今回の事例における計画許可は、350メートル四方を超える程度の小さな土地でのことにすぎず、*Gillingham* 判決とは異なっており、「公益を考慮することによって影響を受けた戦略的な計画決定（*a strategic planning decision*）ではない」（スタウトン裁判官）^{*276}こと、あるいは、従前から豚舎として利用されていた場所に、さらに豚舎を増やしただけの、（利用目的の変更ではなく）「たんなる利用の強化（*merely an intensified use*）」（ギブソン裁判官）^{*277}であることから、計画許可は近隣地域の性質を変更するものではなかったとして被告らのニューサンスを認定し、損害賠償と豚舎使用差し止めのインジャンクションを認めている。

結論に至る理由付けの中には、計画申請時に、豚舎の新築計画が、従前の土地利用方法をたんに継続するものであるというような印象を、被告が何とかして強調しようとしていたという原告代理人の主張を受け入れ、その結果、許可についての審理を行った計画委員会が、開発後に予想されるニューサンスが従前の利用と変わらないようなものと誤判断した可能性がある（スタウトン裁判官）^{*278}との指摘もあった。しかし、3人の裁判官に同様の意見が見られる、本

^{*275} 通行権妨害は、本論の内容と直接に関係がないので、以下では省略する。

^{*276} [1996] Ch. 19, at p. 30.

^{*277} *ibid.*, at p. 35.

^{*278} *ibid.*, at p. 29.

判決の理由付けの中心となったのは、個人の市民的権利を廃止もしくは制限できるのは主権を有する国会のみであって、地方計画当局を含むそれ以外の機関が、なんらも補償もなしにそのようなことができることは認められないこと^{*279}と、それから、計画許可制度には種々の問題があり、**Gillingham**判決でバックリー裁判官が整理していたのとは異なり、そこでの決定で、公益と個々人の利益の調整がすでに済んでいるとは言えないこと、の2点であった。

これら2つの論点は、先の**Gillingham**判決で整理した2つのポイントに対応する。前者の論点の理由付けによって、**Gillingham**判決以降、問題となっていた国会が行う制定法の承認と計画許可の違いはより明確となり、計画許可は、国会制定法による承認とは異なり、許可によって必然的に発生するニューサンスを必ず承認することになるのではなく、それがニューサンス訴訟に影響を与えられるのは、近隣地域の性質の変更を行うような、スタウトン裁判官の言葉を借りれば「戦略的な計画決定」だけであることが、控訴院で確認されることとなった^{*280}。

後者の理由付けについては、上で**Gillingham**判決について述べた際に、計画許可制度についてのバックリー裁判官の意見をそのまま引用した箇所と関係してくる^{*281}。そこでは、ある開発行為における公益と個々人の諸利益の調整が、かならず地域住民の誰かが不利益を被るものであること、また、そのような調整は、地方計画当局が果たすべき役割であり、裁判所がそれを、たとえば、ここで問題としているようなニューサンス訴訟において、地方計画当局に代わって事後的に行うべきことではない、という基本的認識が示されていた。また、地方計画当局が行う計画許可は、地方計画当局自身が行う審査にくわえて、上訴制度（とりわけ地域の諸利益の調整フォーラムとしての公開審問(Public Inquiry)での再審査)と、さらには、裁判所による許可そのものに対する司法審査が用意されており、この、それぞれの段階で、利益調整が十分に行われたことになるという認識が示されていた。

^{*279}スタウトン（[1996] Ch. 19, at pp. 28-30.）、ギブソン（ibid, at pp. 32-34.）、メイ（ibid, at pp. 36-37.）

^{*280}とはいえ、スタウトン裁判官も、次のように自らの意見を締めくくることによって、一般的にどんな計画許可が近隣地域の性質を変えることができるのか、ということについての司法判断を、今後の判例の積み重ねに委ねている。「どんな計画上の決定でも、そこから不可避に生ずることとなるあらゆるニューサンスを承認するということが受け入れられる準備ができていないかぎり、本件の計画許可によってこのニューサンスが承認されたという議論は、不首尾に終わることとなる。（結論的な意見を表明するのではないが、）何らかの計画上の決定が何らかのニューサンスを承認するということはあるかもしれない。しかし、私が進もうとしているのはここまでである。この件については、ニューサンスに関しての免責は存在しないのである。私は、本上訴の第二の論点 [=ニューサンスの不存在を訴える被告からの上訴] を棄却しようと思う。」[1996] Ch. 19, at p. 30. [] 内は、引用者による追記。

^{*281}前掲の註269および註271を附した箇所を参照のこと。

3人の裁判官は、次の各点で計画許可制度には問題があり、諸利益の調整が済んだとはいえないと言うのである。まず、地方計画当局自身による審査の結果、計画当局が申請のあった開発を、許可あるいは条件付許可した場合、この開発に反対する者（本件でいえば、原告であるWheeler氏ら）には、上訴権が与えられていないことが指摘されている（スタウトン裁判官、ギブソン裁判官）*282。さらに、申請者の側による上訴があっても、バックリー裁判官が指摘していた、申請者と反対者が一堂に会して議論する公開のフォーラムである「公開審問」は、多くの事例において開かれることがないのである*283。また、この段階までにおいて異議申立てに失敗した者が、裁判所による司法審査を開始させるには、その申請のための諸条件を満たす必要があるのだが、「その制約については、法律委員会で、このところ議論されてきた」（ギブソン裁判官）と述べているように、必ずしも十分に機能しているものではないのである*284。このように、計画許可制度が、誰か特定個人の開発によって制約されるかもしれない私的権利・利益を保護するためには、必ずしも十分なものとなっていないのは、メイ裁判官によれば、この制度が、「公共の利益の観点から、土地の利用に関して関心を持つものであって、一般的に、私的権利について関心を持つものではない」*285からである。

3) *Huntreer* 貴族院判決

*Hunter*事件は、*Wheeler*判決の結論が貴族院で再確認されることとなった事件であるが、サッチャー改革によって設けられた開発特区制度である「都市開発地域」(Urban Develop-

*282 スタウトン（[1996] Ch. 19, at p. 28.）、ギブソン（[1996] Ch. 19, at p. 34.）。上訴は、計画当局が適切な期間内に結論を出さない場合にも可能となる。See also, Town and Country Planning Act 1990, S 78 (1), (2).

*283 計画上訴の審査機関である Planning Inspectorate が会計年度ごとにまとめている統計によると、2007-08年度、イングランドにおいて公開審問が開かれたのは、上訴を受け付けた全22,897件のうち、1461件（6%）であった。ホームページ上で公表されている1999年度以降の統計も7～9%で推移している。The Planning Inspectorate, *Statistical Report: England 2007-2008*, 2008, <<http://www.planning-inspectorate.gov.uk/pins/statistics/index.htm>>.

*284 [1996] Ch. 19, *ibid.*. *Judicial Review and Statutory Appeals* (Law Com No 226 H.C. 669, 1994).

*285 [1996] Ch. 19, at p. 37.

ment Area)および「エンタープライズ・ゾーン」として指定された、ロンドン・ドックランド地区^{*286}に住むハンター (Hunter) 氏ほか住民らによって提起された二つの訴えの予備的争点について併合して審理した事件であった。訴えのうちの一つは、高さ250メートル、50メートル四方の高層ビルが、建設途中から周辺住民のテレビ電波受信の妨げとなっており、これが権利侵害または(もしくは)ニューサンスにあたるということで、ビル所有会社ほかを被告として訴えたものであった。もうひとつの訴えは、周辺地域の開発を行ったロンドン・ドックランド開発公社 (London Docklands Development Corporation) ほかの被告らが、道路建設に際して、かなりの埃をまき散らしたことが、ニューサンスまたは(もしくは)ネグリジェンスにあたるというものであった。これら訴訟において、予備的争点となったのは、(1)テレビ電波受信に対する妨害が、訴訟提起可能なニューサンスを構成するか、(2)プライベート・ニューサンスを提起するには、妨害を受けたとされる土地に何らかの法的利益を有している必要があるか、というものであった。貴族院の結論は、(1)の点については、何人も(都市計画等の規制にしたがうほかには)自己の土地に自由に建物を建てるができるという原則を確認した上で、テレビ電波受信への妨害は、被告が自らの土地上に建物を建てたことだけを理由にして起こっておりニューサンスにあたらないとして、高等法院の判決を覆した控訴院の結論を維持し、(2)については、ニューサンスは、土地に関する訴訟であることから、訴訟提起できるのは、土地上に法的利益を有する者に限られるとした第一審の高等法院の結論を支持し、土地上の建物を自宅として使用する同居人等も、原告適格を有するとした控訴院判決を破棄した^{*287}。

*Hunter*事件が本論と関係してくるのは、(1)の点で問題となる建物が、地方計画当局に認められたうえで建てられたものだったからである。ただし、エンタープライズ・ゾーン内に位置する本件の建物は、通常の手続きとは異なる、非常に簡易な手続きによって開発が認められることとなっていたことが、他事件とは違う特徴を作り出している。エンタープライズ・ゾーンについて定める1980年地方政府・計画・土地法^{*288}は、都市計画を担当する機関(本件の場合は、

^{*286}都市開発地域、エンタープライズ・ゾーン等のサッチャー改革による都市政策と、ロンドン・ドックランド地区での展開、その成否については、さしあたり、イギリス都市拠点事業研究会著『検証・イギリスの都市再生戦略：都市開発公社とエンタープライズ・ゾーン』（風土社・1997年）、および君村昌・北村裕明編著『現代イギリス地方自治の展開：サッチャリズムと地方自治の変容』（法律文化社・1993年）、とりわけ第9章「都市開発公社とロンドン・ドックランド再開発」（中井検裕執筆）参照。

^{*287}なお、(2)の論点については、後掲各判例評釈・論説の他、佐野隆「イングランドにおける私的ニューサンス法の役割」『比較法』36号（1998年）219頁以下）、宮崎淳「イギリス法におけるプライベート・ニューサンスの不動産との関連性－ニューサンスのハラスメント事案への適用の当否をめぐって－」『創価法学』34巻1号（2004年）63頁以下、を参照のこと。

^{*288}The Local Government, Planning and Land Act 1980 (c 65).

ロンドン・ドックランド開発公社)が、担当大臣に対して、計画スキームを提出し、その承認を受けることで、スキームに所定の開発について、計画許可を不要としていたのであった*289。本件で承認されていた計画スキームは、高さ120フィート(約36.6メートル)以下のすべての建物の開発を認めており、120フィートを超える場合でも、この地区について地方計画当局としての地位を有していたロンドン・ドックランド開発公社の合意(**agreement**)を得れば、建設することが可能であった。以上のことから、被告側代理人は、テレビ電波受信に対する妨害が、1980年法が定める制定法の枠組み、もしくは計画スキームを承認した大臣命令である、1982年アイルオブドッグズ・エンタープライズ・ゾーン指定命令*290、あるいは、本件開発につきロンドン・ドックランド開発公社が承諾を与えたことの、直接の結果であることを理由として、制定法の承認の法理が適用される、もしくは、それによって近隣地域の性質に変更があったと主張していたのであった*291。

制定法による承認ないしは近隣地域の性質変更については、控訴院の3人、貴族院の5人の裁判官全員が、そもそもテレビ電波受信妨害をニューサンスであるとは認めなかったために、先の**Allen**事件と同じく、結果的に、結論を導くための直接の論点とはならなかったが、控訴院で唯一意見を述べたピル裁判官(**Pill L.J.**)だけでなく、貴族院のホフマン卿(**Lord Hoffmann**)、クック卿(**Lord Cooke of Thorndon**)の2人が、**Gillingham**判決、**Wheeler**判決を受け入れる意見を表明している*292。これによって、計画許可は、国会制定法とは異なり、ニューサンスを承認することはできないが、近隣地域の性質変更を通じて、従前、ニューサンスとされた行為をそうではないものにすることがある、ということが貴族院でも確認されることになったのであるが、ここでは、後の記述との関係から、さしあたりホフマン卿の次のような意見だけを紹介しておくことにする。

「計画システムが、開発者と公共の両者の視点からすれば、コモン・ローにおけるニューサンス訴訟を提起する権利を拡大することよりも、ずっと適切なコントロール形態であると、私は考える。計画システムは、計画審問における専門家で構成されるフォーラムの前で、諸論点が議論されることを可能とするし、開発者に、自らが何を建築することができるのかということについて、確実性という利点を与える。

このように述べることで、計画許可の付与が、現行法の下で訴訟提起が可能なニューサンスに当たることへの抗弁となるべきだ、ということを私は示唆するわけではない。計画当局による開発者への許可の付与によって、第三者の私的権利が奪われることを認めることは誤りであると、私は考えるのであ

*289The Local Government, Planning and Land Act 1980 Sch 32.

*290the Isle of Dogs Enterprise Zone Designation Order 1982

*291[1996] 2 W.L.R. 348, at p. 358.

*292 [1997] A.C. 655, at pp. 667-670 (Pill L.J.). [1997] A.C. 655, at pp. 708-711 (Lord Hoffmann). [1997] A.C. 655, at pp. 721-723 (Lord Cooke of Thorndon).

ホフマン卿は、地方計画当局が行った裁量判断について審査するのは、その当否も含めた再審査できる上訴制度（公開審問）が、第一に適切な仕組みであることを承認した上でなお、ニューサンス訴訟にも役割が残されているというのである。

4) Watson控訴院判決

ニューサンス訴訟における計画許可の位置づけは、*Hunter*貴族院判決までで、一定の判例を形成するに至ったと考えられてきたが、もっとも新しい*Watson*判決*294を詳細に検討してみると、判例に変更があったと考えられるような内容がふくまれていることがわかった。*Watson*判決については、まだ判決から日が浅く、その射程について十分に見通せないが、以下のとおり付け加えておきたい。

本事件は、被告であるカー・レース運営会社が定期不動産として保有しているサーキット場近くに住む住民たちが、そこで行われるレースからの騒音をニューサンスとして訴えたものであった。原告となった住民たちは、過去のニューサンスについての損害賠償の他、サーキット場の使用を差し止めるインジャンクションを求めたのであるが、その使用の全面的禁止を求めるのではなく、表2にまとめたとおりの各騒音レベルが想定される事業活動のうち、N1～N4*295について年間20日まで、しかも年間40日を越えなければ、その騒音につき金銭による補償に

◇表2 サーキット場における騒音レベルの指標

- N1: 95dBA以下の騒音が1時間以上続く活動
- N2: 93dBA以下の騒音が起こる活動
- N3: 85dBA以下の騒音が起こる活動
- N4: 78dBA以下の騒音が起こる活動
- N5: 70dBA以下の騒音が起こる活動

よってレース等の開催を許容するものであった。

このサーキット場は、第二次世界大戦中に臨時の飛行場として建設されたものの一部を使つたもので、戦後、1949年から1957年まで、ときどきカー・レースに使われていた。1962年に、前所有者によって、レース場への改修について計画許可の申請が行われたが、当時の審査機

関であったカウンティ・カウンシルによって、予想される騒音を理由に拒否されている。同年、再度、「フォーミュラ・カー・レース開催を年4回以下にする」等の条件を加えて計画許可申請が行われたが、カウンティ・カウンシルは、ふたたび許可を与えず、計画上訴が行われた。上訴によって、翌1963年に、ようやく許可が付与されたのであったが、その際、再申請の際に加えられた条件に全く言及されることなく許可が与えられてしまったのであった。そして、被告会

*293 [1997] A.C. 655, at p. 710.

*294 表1・⑦判決。

*295 この指標は、1998年に被告が行った計画許可申請時に、被告自らが策定したものである（後述参照）。

社の設立者となる人物が、このサーキット場を購入する1979年までには、この場所で、年間20日程度のレースのほか、その予行が行われるようになっていた。

サーキット場が含まれる飛行場跡地については、1981年にも計画許可申請があり、これには許可が与えられている。その内容は滑走路などから堆積物を取り除き耕地に戻すというものであったが、これは実行されなかった。その後、1982年から1994年まで、エンジン・テストが一時期に行われ、またラリークロスが年10日以下開催されたほかは、モーター・カー・レースは行われてこなかった。そして、原告は、この間の1989年に、現住所となる農場を購入し、3軒の住宅建設の計画許可を申請し認められている(1995年には、一部の建物をホテルとして改修する許可も付与されている)。

◇表3:一方的引受の内容

※各指標については表2参照

N1: 年間10日以下

N2: 年間40日以下

N3: 年間70日以下

N4: 年間110日以下

N1～N4の合計: 年230日以下
(N5レベルは、無制限)

1994年に、サーキット場所有者らが、後に本事件で被告となる会社を設立すると、以降は、同会社によって、サーキット場の再開発について計画許可申請(と、原告を含む反対者からの異議申し立て、不許可、上訴)がくり返されるようになる。同会社は、同時に、1963年の計画許可にもとづいてサーキット場の改修を行い^{*296}、翌1995年から1997年まで、

幾度かモーター・カー・レースを開催している。くり返された申請と上訴のうち、判例の事実認定からは、1996年と1998年の計画上訴で公開審問が開かれたことが分かっている。1998年の公開審問の終了後、表3のとおり事業活動を自ら制限する旨、1990年都市農村計画法106条(当時)に基づく「一方的引受」(unilateral undertaking)^{*297}として行うことが被告から表明され、結局、この内容が計画許可の内容として決着することになった。

以上の通りの事実関係に対して、高等法院で判決を行ったサイモン裁判官(Simon J.)は、まず、「この問題に適用される法は、十分に理に適ったかたちで確定しており、次の二つの原理として簡潔に述べることができる」^{*298}と述べて、これまで第3部で検討してきた諸判決を以下のようにまとめている。

「第1の原理は、計画当局(大臣とインスペクターを含む)は、ニューサンスを承認する管轄権を持たないが、近隣地域の性質変更を認める権限(the power to permit)を持つことができる、というものであ

^{*296} 1968年の法改正(Town and Country Planning Act 1968(c 72))まで、計画許可は、計画当局が条件を付さないかぎり、一度付与されれば、その後ずっと有効なものとして扱われた。1968年当初、許可から工事開始まで5年以内とされた有効期限は、現在では、3年以内に短縮されている。See, Town and Country Planning Act 1990 s 91, and Planning and Compulsory Purchase Act 2004 (c.5) s 51.

^{*297} Town and Country Planning Act 1990 (c 8) s 106.

^{*298} [2008] EWHC 759 (QB), para 40.

る。」*299

「第2の原理は、認められた計画許可が、近隣地域の性質を変更して、そうでなければニューサンスの請求権を構成したところのものを無効にするか否かは、事実と程度の問題だ、というものである。」

*300

これら2つの原理をふまえた上で、サイモン裁判官は、1963年に付与された計画許可は基本的に「田園的」(rural)であるこの地域の性質を変更するものではなかったと述べるのである。さらに、1981年の、実際には実施されなかった飛行場跡地を耕地へと戻す開発に対する計画許可が、この地が「田園的」であることを、さらに裏付けるものであるとの判断を下している。

そして、公開審問まで開かれ、この事件の原告・被告の双方が証拠を提出した結果であるところの1998年の計画許可は、それがなければ有効性が否定されない無制約の1963年許可に、不十分ながらも制約を加えようとしたものであって*301、この許可に対する審査を、*Hunter* 貴族院判決でホフマン卿が述べたように、裁判所よりも、「開発者と公共の両者の視点からすれば、ずっと適切なコントロール形態」*302であったと扱うことはできないとする。

*299*ibid.*, para 41. 判決文は、つづけて、*Allen*控訴院判決のカミング・ブルース裁判官（[1980] QB 156, at 174G-H）、*Gillingham*高等法院判決のバックリー裁判官（[1993] QB 343 at 359）、*Wheeler*控訴院判決のスタウトン裁判官（[1996] Ch 19 at 28 A-H and 30 C-D）、ギブソン裁判官（*ibid.*, at 34 G-H）、メイ裁判官（*ibid.*, at 38B）、*Hunter*控訴院判決のピル裁判官（[1997] AC 655, at 669 A-B）、同貴族院判決のクック卿（*ibid.*, at 722 F-G）の各発言を引用している。

*300*ibid.*, para. 47. 前註と同様に、*Wheeler*控訴院判決のスタウトン裁判官（[1996] Ch 19 at 30 D-E）、ギブソン裁判官（*ibid.*, at 35 G）、*Hunter*貴族院判決のホフマン卿（[1997] AC 655, at 710 B-D）、クック卿（*ibid.*, at 722）の発言を引用。

*301サイモン裁判官は、この許可申請の上訴を担当したインスペクターの次のような結論を引用している。[2008] EWHC 759 (QB), para 27.（[] は、判例で引用する際に変更されたまま。）

「この上訴を認めたとしたら、反対者たちはとても怒るだろう。上訴を却ければ、反対者たちが経験するのは、いままでと同じことである。カウンスルは、現行の計画許可の下で強行可能な計画規制のみを有しているにすぎないからである。（中略）仮に、私が、カウンスルや[反対者たち]が言うようなより厳しい規制による条件を課したり、同じような条項を106条に基づいて[被告]に一方的に申し出てもらおうとしても、なんら計画上の目的に貢献しないと思う。[被告]は、許可を放棄して、彼らが持っている権原の通り、現行の計画許可の下、かの地を運営することになるだろう。」

*302 [2009] EWCA Civ 15, para. 26.

こうして、高等法院段階では、被告側の行った「ニューサンスへの接近」の抗弁^{*303}も当然に却けられ、被告側のニューサンスが認められることとなった。しかし、原告が求めるN1～N4レベルの活動を年間20日以内とするインジャンクションについては、原告のニューサンス訴訟の提起が、騒音が起こるようになってから必ずしも速やかに行われなかったこと、原告が年間40日までは、インジャンクションに代えて損害賠償を受ける用意があること、そして、本サーキット場が、地域に対して、雇用と、カー・レースを合法的かつ安全に楽しむ数少ない場を提供していること、の3つを理由として、裁判官の裁量により与えられるこの救済手段は認められなかった。そして、このことから、被告のみならず原告からも控訴院への上訴が行われることとなった。

控訴院では、担当した3人の裁判官のうち、モリット裁判官 (Sir Andrew Morritt)^{*304}のみが意見を述べている。ニューサンスの有無について、モリット裁判官は、高等法院のサイモン裁判官とおなじく、これを認める判断を下しているのであるが、サイモン裁判官による2つの原理の定式化を言い直す形で、次のようにまとめている(下線部は、小川強調、判例引用箇所の一部を略記)。

「第一に、計画許可の付与そのもの ([t]he grant of planning permission as such) が、第三者の私法上の権利に影響を与えないことは、しっかりと確立されている。それは、*Allen*判決のカミング・ブルース裁判官 ([1980] QB 156, 174G-H) によってはっきりと言明され、一貫して、すべての後続の事件において適用されてきた。*Gillingham*判決のバックリー裁判官 ([1993] QB 343, 359)、*Wheeler*判決の全裁判官三人 ([1996] Ch. 19, 28A-H, 30C-D, 34G-H and 38B)、*Hunter*判決のPill裁判官 ([1997] AC 655, 669A-B)、そして、*Cooke*卿の判決意見 (722F-G) を見よ。第二に、計画許可の実行 (the implementation of that planning permission) は、地域の状態と性質を変え、そのことで、ニューサンスかどうかの問題を決する合理的な利用の基準を変えることがある。このことも、また、*Wheeler*判決のスタウトン、ピーター・ギブソン各裁判官の判断 ([1996] Ch. 19, 30D-E and 35G)、*Hunter*判決のクック卿の判決意見 ([1997] AC 655, 722G) に、はっきりと認め

^{*303}原告が、被告がサーキット場を運営し始めた（1963年）後から、その事情を知ったうえでこの地域にやって来た（1989年）という、被告側の抗弁。日本やアメリカとは異なり、イギリスでは、通常、この抗弁が認められることはない。また、澤井裕「『危険への接近』素描」山島正男・五十嵐清・藪重夫古稀記念『民法学と比較法学の諸相』Ⅲ（信山社、1998年）245－277頁、田處博之「生活妨害における先住性の評価・序説—先住加害者の免責を中心として—」『札幌学院法学』24巻2号（2008年）19頁以下、田處博之「生活妨害における先住性の評価—「危険への接近」理論をめぐる近年の判例の展開を中心に—」『札幌学院法学』25巻1号（2009年）1頁以下、参照。

^{*304}判決文には、担当裁判官は、たんに「the Chancellor of the High Court」と記載されているが、このとき同職にあったのは、モリット裁判官である。

られるものである。」*305

モリット裁判官は、過去の各判決から、高等法院のサイモン裁判官が行ったのとはほとんど同じ箇所を参照しながらも、「計画許可そのもの」ではなく、「計画許可の実行」が、地域の性質を代えることがあるという言葉を使いながら、本件では高等法院が事実審として認定したことを覆す事情が見あたらないとして、ニューサンスを認定するのである。その意図は、この引用に続く一文でさらにはっきりとする。

「これら2つのしっかりと確立した原理に照らして、私は、そのような効果が国会によって特に承認されていないかぎり、実行なくして私的権利に影響を与えうるような、計画許可に関する中間カテゴリーといったものが存在しうるのだ、と理解しようとするのは大変難しいように思われる。計画許可の申請と許可の付与を規律する、制定された法典の中に、そのような結果をもたらしうる何らかの条文があると[の証拠]は、われわれは提出を受けていない。この理由のみで、私は、被告らが提出した[計画許可・上訴によって、公益が正しく調整され、結果、地域性に変更されたという上訴理由]を拒否する。」*306

モリット裁判官が、「計画許可そのもの」と「計画許可の実行」を区別したことの判例としての射程は、今のところはっきりしない。いずれにせよ、控訴院は、こうした判断枠組みの下、高等法院と同様にニューサンスがあると認定している。それだけでなく、インジャンクションについても、差し止めに代わる損害賠償を認める際の条件としての判例である *Shelfer* 判決が言うところの「例外的事情」は本件に見受けられないこと、一部金銭支払いを受け入れる用意があることが、一定レベルを超える不便さえも補償することができるものではないこと、を理由としてこれを認め、いわば原告側「全面勝訴」を言い渡したのであった。

5) 小括

以上見てきたとおり、ニューサンス訴訟における計画許可の位置づけについては、高等法院以上での判決が積み重なってきたことで、一定の判例が形成されるに至っている。その内容は、もう一度、代表的な都市計画法の教科書の記述を借りれば、以下の通りに要約することができる*307。

*305 [2009] EWCA Civ 15, para 32.

*306 *ibid.*, para 33. [] 括弧内は、小川が補訳。モリット裁判官は、さらに、「たとえ、何らかの中間カテゴリーがありえると」想定しても、本件では、地域の性質変更はなかったとの判断を示している。 *ibid.*, paras 34-37.

*307 Blackhall (2005), *op. cit.*, at pp. 386-389; Moore (2007), *op. cit.*, at pp. 299-300; Duxbury (2009), *op. cit.*, at pp. 305-306.

- 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（＝「地域性」）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。)*308

結局のところ、確認し得た諸判決の中で、計画許可によって近隣地域の性質変更が行われ

*308 この第3の条件は、表1・④事件をふまえてのものである。本事件は、ここでは扱わないので、資料的な意味で、以下に概要を紹介する。

本事件は、原告・地方政府が、先に開設された市場が持つ権利への、同意のないあらゆる妨害を禁止している1984年食料法(Food Act 1984)の50条に基づいて、被告・会社が開設した土曜市に対して、その開設中止を求めて、中間的インジャンクションを求めたものであった。コモン・ローは、市場開設権(market)を有する者に対して、その市場から6マイルと3分の2以内に、競合する市場を開設させない権利を認めていたところ、被告は、原告が開設している市場から3マイル離れたところに市場を開設しようとしたものであった。

原告は、それまで木曜市を開設していたが、1994年7月、被告が土曜市を開設する2週間前に、土曜日にも市を開き始めた。また、これに先立つ1981年に、被告の持つ市場の前所有者は、原告に対して、冬期2ヶ月間をのぞく全曜日に市場を開設するための計画許可を申請し、これを認められている。この許可は、1983年に修正され、被告が、これを継承している。

結論としては、原告の訴えが認められた。被告側代理人は、1994年の、市場の「開設(opening)」は、実質的に「再開(reopening)」であり、従って被告が先に市場を開設していること、もしくは計画許可が、訴訟から免除される制定法の承認にあたること等を主張したが、担当のJacob裁判官は、計画許可は、計画法に関連することのみの範囲において、許可を実行する権利を与えたものに過ぎず、計画法を離れての何らの普遍的な実定的権利を与えるものではないこと、またGillingham判決、Wheeler判決を引用して計画許可は、訴訟提起からの免除を認めるものではないこと等を判示し、これらの主張を却けている。Blackhall (2005), op. cit., at p. 386 も参照。

たと判断されたのは、最初の判決である、*Gillingham*判決だけにとどまっている*309。同判決は、ヘンリ8世時代以来続く王立海軍工廠の閉鎖という地域への強烈な逆風の中で、地域再生のために行われた商業港への転換であったし、しかも、その判断を、後に原告となる地方政府自らが行ったという特殊な事実関係が大きく影響したと思われる事案であった。その後の判例の展開は、*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。

この射程を限定する道筋の中で、裁判官たちが確認してきたのは、計画許可制度の構造、とりわけ第三者に対する上訴権の欠落や、上訴制度、司法審査制度の利用状況といった、個人の法的権利の保護という視点から見たときの問題点であった。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、*Hunter*控訴院判決のピル裁判官がそれを引用しているように、「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(as a result of administrative decisions)、私的権利を消滅させることを黙認する」*310ことに、きわめて慎重なのであった。

さらに*Watson*控訴院判決でのモリット裁判官の言葉遣いを、仮にそのまま受け取るとしたら、「計画許可そのもの」は、ニューサンス訴訟に対して、なんら影響を持たないものと言うことになる。これは、先に引用した*Wheeler*控訴院判決でのギブソン裁判官が言うところの1991年以前の状態、すなわち、「ニューサンスがあったと訴える私的権利は、計画許可が付与されたことで影響を受けない」に、かぎりなく近づいたかのような印象さえ受ける。少なくとも、*Watson*事件では公開審問まで開かれたにもかかわらず、ニューサンスの成立を肯定しているところからすれば、ニューサンス訴訟は、計画許可のような(ピル裁判官が言うところの)行政決定における政策判断、利益調整の中に解消しえない保護法益が含まれていると理解されており、計画許可をめぐるプロセスにおけるものとは、異なる考慮が働いているということになる。

以上の通り、1991年以降に形成されてきた、ニューサンス訴訟におけるニューサンス法と都市計画の関係には、先行する都市計画上の決定をそのままニューサンス訴訟で受け入れるのではなく、なお、一定の切断面がみられるのである。

3. 都市計画制度におけるニューサンス法

これまでは、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

*309 *Hunter*判決も、原告敗訴であったが、同判決は、テレビ電波の妨害についてのニューサンスの成立そのものが認められなかった事案であった。

*310 [1996] Ch. 19, at p. 35 (Peter Gibson L.J.). [1997] A.C. 655, at p. 669 (Pill L.J.).

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、確認していくことにしたい。

以下では、まず、公的機関が負うネグリジェンス責任一般について、後の論述において必要なかぎりで確認することからはじめる(1, 公的機関のネグリジェンス責任)。ついで、地方計画当局のネグリジェンス責任についての判例を追うことで、計画許可制度が、一般的に、どのような目的を持ったものとして理解されているのか、ふまえたい。そこでは、計画許可制度の第一の目的が「公共の利益」(**public interest**)の実現にあることを確認することになる(2, 計画許可制度の視点)。そのことをふまえた上で、第3節は、「公共の利益」の実現を第一の目的とする制度において「私的利益」(**private interests**)ないしは個人の権利・利益が、どのような位置づけを与えられているのかについて分析を進める(3, 公益を構成する私益)。そして次に、その計画許可に対する争訟制度として用意されている計画上訴・司法審査を概観し、それぞれの役割分担を確認し(4, 計画許可に対する裁判所による統制の性質)、最後に、まとめとしたい(5, 小括)。

1) 公的機関のネグリジェンス責任

いかなる原理の下で、公的機関(**Public Authority**)の責任を問うべきかについて、イギリス法は迷走をつづけている^{*311}。ネグリジェンス責任の観点からこの問題を論じたブース&スクワイアーズ(2006)によれば、*Dorset Yacht*判決(1970)^{*312}以降、20を超える貴族院判決が出されたにもかかわらず(あるいは、そのことがまさに証明しているように)、イギリスの裁判所は、こんにちまで、公的機関のネグリジェンス責任を判断するための安定した原理を確定できずに

^{*311}近年、この問題について論じるため法律委員会(**Law Commission**)が開かれてきたが、そのコンサルテーション・ペーパーからも、これまでの迷走をうかがい知ることができる。Law Commission, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen*, (Consultation Paper No. 187, 2008) <http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp187_web.pdf>. See esp. Part 4 and Appendix A.

^{*312}*Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] UKHL 2; [1970] AC 1004.

きたという*313。

その原因のひとつには、歴史的に私法上の救済として発展し、注意義務違反を帰責事由とするネグリジェンス責任と、裁量を前提とした権限行使が、適法に、すなわち権限の範囲内で行われたかを問うてきた、権限踰越の法理で知られるイギリス公法とが交錯することで生み出される問題がある。一般に、私人については、医師と患者といった「特別の関係」が無いかぎり、不作為について責任を問われない。しかしながら、公的機関が私人とは異なる権限を与えられていることに伴って特別の責任を負うのだとして、権限の不行使(文字通り解せば、それは権限を「踰越」したことにはならない)がもたらす第三者への不利益について、それでは、いつ、どのような原理の下で責任を負わせるべきであるのかが問題となるのである。

このような、イギリス法の歴史的展開の特殊性に由来する問題にくわえて、裁判所と他の公的機関とのあいだに生じる一般的な問題も、原理の確定を妨げる原因として存在する。裁判所が、権限不行使を注意義務違反と捉えて、公的機関に一定の作為を強行しようとするとき、公的機関が行った(裁量的権限が与えられることでその余地が生じる)政策的判断を、そのような権限も用意もない裁判所が代置することにならないのか、という問題である。この問題は、従来、「policy/operational」の区別、すなわち、一定の裁量を前提とする政策的判断と、そのような余地のない作業的行為との区別をしたうえで、前者については、司法判断適合性(justiciability)が無いとして、裁判所は介入を控えてきたのであった*314。

こうした「公法と私法」や「法と政策」という問題の存在が、公的機関の責任を判断する原理の確定を妨げるのではあるが*315、前章までに確認してきた、ニューサンス訴訟における計画許可の位置づけについて争われた一連の判決があった1990年代には、次のような判断枠組みが固まっていたといえる。公的機関の権限行使は、それが直接に誰かに被害を与える場合

*313Booth, Cherie, and Squires, Dan, *The Negligence Liability of Public Authorities*, Oxford University Press, 2005, at pp. 7-28; Bailey, Stephen, Public authority liability in negligence: the continued search for coherence, *Legal Studies*, Vol. 26, No. 2 (2006), 155-184.なお、本節全体について、下記も参照。劉宗徳「イギリス国家責任法の一考察—コモン・ローにおける公法の特殊性をめぐって」(一)・(二・完)『法政論集』104号・105号(1985年)、望月礼二郎「ネグリジェンスの構造・再論」『社会科学研究』42巻1号(1990年)1頁以下、岩井伸晃「イギリス不法行為法上の国家賠償請求事件における行政機関の注意義務及び行政裁量の範囲の判断基準に関する最近の判例の動向について」『法曹時報』42巻4号(1990年)31頁以下。Craig, Paul, *Administrative Law*, 6th edn., Sweet & Maxwell, 2008, ch. 29. Wade, H. W. R. & Forsyth, C. F., *Administrative Law*, 10th edn., Oxford University Press, 2009, Ch. 20.

*314Anns v Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728.

*315Booth and Squires (2005), op. cit.. 同書では、本文記載の2点の理由の他に、公的機関に対する濫訴の恐れと、適切な救済確保のあいだのバランスの問題も指摘されている。

があるものと、建築規制への適合検査のように、直接的には誰か別の者の行為が被害を生み出すもの(たとえば、建築業者による規制に不適合な建物の建築と検査機関によるその見落としによって被害が発生した場合)とに分けることができるが、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、**Caparo** 貴族院判決(1990)*316によって定式化された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されていたのである*317。その3つの基準とは、(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(fair, just and reasonable)か、のそれぞれであるが、「policy / operational」の区別は、このうち、訴訟氾濫の懸念や、権限行使に当たっての公的機関の判断をゆがめる危険といった、公共政策の見地から注意義務の存在を否定すべき点はないかを検討する(c) 基準の中に吸収されていた。

以上のような二分法のうち、後者に当てはまる**Stovin**事件(1996)は、公道管理当局(Highway Authority)であるノーフォーク・カウンティ・カウンスル(NCC)が、当時の英国国有鉄道(BR)の所有する交差点付近の道路脇にある土手のせいで交差点の見通しが遮られ、過去に少なくとも3度事故が起きるなど、非常に危険であることを知っていながら、4度目となる本件のバイク事故が起きるまで、漫然とこれを放置したとして、1980年公道法*318に基づく諸権限を適切に行使しなかったことにつきコモン・ロー上の注意義務違反があったとして訴えられた事件であった。これに対して、貴族院は、3対2という最小差であったが、NCCの注意義務を否定している。1980年公道法の79条は、交差点付近の視界を遮る土地の所有者に対して、公道管理当局が障害物の除去を求める通知(notice)を出すことができる旨を規定し、NCCは、2度目の事故の後に、BRと、土手の除去について協議をおこなったことがあったのだが、その後、担当者が別の仕事に移ってしまったため、それ以上話は進められなかったようである。その結果、3度目の事故が起こっても、結局、土手はそのまま放置されたのであった。控訴院も、そして貴族院で代表して反対意見を述べたニコルズ卿(Lord Nicholls of Birkenhead)も、協議の結果、土手の工事のための予算措置までとられていた本件は、すでに政策的判断を終えたオペレーショナルなものであって、これに対して不作為責任を問うても公的機関の権

*316 *Caparo Industries plc v Dickman & Ors* [1990] UKHL 2; [1990] 1 All ER 568; [1990] 2 AC 605. See also, *X (Minors) v. Bedfordshire County Council* [1995] UKHL 9; [1995] 2 A.C. 633.

*317 Booth and Squires (2005), op. cit., at pp. 663-676. *Caparo* 判決以降の判例の展開については、次の二つの判決を参照のこと。 *Barrett v. London Borough of Enfield*, [1999] UKHL 25; [2001] 2 AC 550; [1999] 3 All ER 193, , [1999] WLR 79. *Phelps v. Mayor Etc. of The London Borough of Hillingdon* [2000] UKHL 47; [2001] 2 AC 619; [2000] 4 All ER 504; [2000] 3 WLR 776.

*318 Highways Act 1980 (c 66).

限をゆがめることにはならず、注意義務を課すことは公正で合理的であるとしていたのだが、貴族院の多数意見は、工事をいつ行い、そして予算執行をどの会計年度で行うのかといった裁量が残されているのであって、これに注意義務を課すことは、「当局の予算上の決定を司法の審問にさらすことにな[り、]これは、地方当局のプライオリティーをゆがめる」*319(ホフマン卿)とするのであった。

2) 計画許可の視点

ここで問題としている、計画許可を含めた地方計画当局が行う諸々の都市計画上の判断も、上述の二分法の後者に当てはまるものがある*320。しかし、この種の権限行使は、対立する諸利益を調整するためにおこなわれるものであって、したがって、建築規制の場合と異なり、その権限行使は、必然的に誰かに(法律上・事実上の)不利益・被害をもたらすものといえる。イギリスの裁判所が、都市計画、環境規制といった、この種の権限行使において、第三者に対する注意義務を公的機関に負わせるのは、さらに否定的である*321。

*Lam*事件(1997)*322は、レストラン兼自宅を所有する者とその家族が、隣接地に、玩具のスプレー塗装のための工場を建てた所有者と、その計画を許可し、また環境法上の諸権限も有する地方政府、ボロー・オブ・トーベイ(Borough of Torbay: BoT)に対して、工場から排出される煙が、健康被害などの人身被害やニューサンスに当たるなどとして訴えた事件であったが、控訴院は、BoTの責任を否定している*323。判決文を作成したポッター裁判官(Potter L.J.)は、「問われるべきは、制定法全体や、立法の履歴等のすべての状況を勘案した上で、当該法律が、第一に、個人の利益のために制定されたものか、あるいは公共一般(public in general)のためであるかのどちらであるか」ということであって、都市農村計画法制は後者にあたるとした、*Strable*判決(1984)におけるスティーブソン裁判官(Stephenson L.J.)をはじめとして、地方計画当局の注意義務を扱った諸判例を検討し、最終的には、石灰岩の採掘計画に対して、いったんは地方計画当局が申請を不許可にしたものを、大臣が上訴において認

*319 [1996] A.C. 923, at p. 958.

*320 なお、前者に当てはまるものとしては、たとえば、地方当局による誤ったアドバイスを信頼したことによって損害を被った場合がある。See *Davy v Spelthorne Borough Council* [1983] 3 WLR 742; [1983] 3 All ER 278.

*321 Booth and Squires (2005), op. cit., at pp. 725-760. Ian Mayers, Local Authority Liability - Common Law Duty of Care: A Matter of Law or Politics, J.P.I.L. (Journal of Personal Injury Litigation) 1998, SEP, 189-196.

*322 *Lam and Others v. Brennan and Borough of Torbay* [1997] EWCA Civ 2247; [1997] P.I.Q.R. 488.

*323 工場所有者に対する差止めと損害賠償の請求権は、工場の移転や、工場主の保険の問題を原因として、控訴院段階で、すでに消滅してしまっていた。

めたものに対して行われた取消訴訟(司法審査)であった**Buxton**判決(1960)の、サロモン裁判官(Salomon J.)による次のような結論を引用するのであった*324。

「都市農村計画法制は、私の判断では、公共全体(public at large)のために開発を制限するためのものであって、提案された開発の近く、あるいは遠くに住んでいようかに関係なく、公共の中の個々の構成員の誰かに新しい権利を付与するものではない。」

ポッター裁判官は、主に1990年都市農村計画法によって規律されている都市計画制度の目的を記述するには、『**Halsbury's Laws of England (4th Ed. Reissue) Vol. 46**』の16頁第1段落に示された記述を採用するだけで十分である*325と言うのであるが、同段落は、「[都市農村計画法の]システムは、公共の利益において、土地の開発と利用を規制するべく設計されている*326という一文ではじまるのである(傍点は、筆者による強調)。

そして、ポッター裁判官は、第三者の利益に対して注意義務が有る、とすることで、「地方計画当局が、ネグリジェンスの点で有責となる可能性におかれることは、公共の利益に対する重要な諸機能を行うことに悪影響を与えるように思われる*327という、本事件の高等法院でのコリンズ裁判官(Collins J.)の判断を受け入れるのであった。控訴院の判決文では引用されていない部分であるが、コリンズ裁判官は、これにつづけて、次のように述べるのである。

「計画許可を付与することは、ニューサンスを作り出す許可を与えることではないのであって(中略)、第三者の権利に優越する何らかが、許可の付与の暗黙の前提になってはいないし、また、そうしたこともあり得ない。このことを受け入れさえすれば、そのような第三者に対して注意義務を負っているのだと言うことは、あり得ないことのように私には思われる。というのも、こうした議論の前提からすれば、第三者の諸権利への違反行為などというものが、許可の付与の内容の中には、存在しえないのであるから。」*328

*324 [1997] P.I.Q.R 488, at p. 499. *Strable v. Dartford Borough Council* [1984] J.P.L. 329, at p. 331. *Buxton v. Minister of Housing and Local Government* [1961] 1 Q.B. 278 at p. 283. See also, *Dunlop v. Woollahara Municipal Council* [1981] 1 All E.R. 1202, *Ryeford Homes v. Minister of Housing and Local Government* [1961] 1 Q.B. 278.

*325 [1997] P.I.Q.R 488, at p. 502.

*326 [1997] P.I.Q.R. 488, at pp. 502-503, quoting from *Halsbury's Laws of England* (4th Ed. Reissue) Vol. 46 of the time, at p. 16 paragraph 1.

*327 *ibid.*.

*328 *Lam*事件の高等法院判決は、『*Current Law Yearbook*』誌に短い要旨が公表されているのみである([1996] C.L.Y. 4140)。しかし、本事件がのちにヨーロッパ人権裁判所に提訴されたことで、その判決から、高等法院の判決内容の一部をうかがい知ることができる。*Lam v UK* (App. no 41671/98) ECtHR, 5th July 2001.

ここでは、計画許可の内容には第三者の権利・利益の侵害を許可することまでが含まれているわけではないという、いわば当然の前提が述べられているのであるが、これを反対に解せば、この前提を犯さない範囲において、地方計画当局は、最大限の政策的判断を行うことができる裁量を与えられているのである。

いままでのところ、地方計画当局のネグリジェンス責任を認めた唯一の例は、**Kane**控訴院判決(2001)*329だけとなっている。**Kane**事件は、道路のカーブ部分の内側に出口を持つフットパス(歩行者用の小道)から出てきた歩行者が、道路を通行中の車に跳ねられた事故が問題になった事例であった。カーブ部分の見通しは、わずか10～15メートルしかなく、車の運転者に事故を避ける機会が全くなかったのは、跳ねられた原告自身が認めているところであった。交差点付近ではなく、また、危険なフットパスの開発についての計画許可を出した地方計画当局を訴訟相手としているものの、見通しの悪い道路で事故が起きたことの責任を問う本件の実事関係は、公道管理当局の責任が問われた**Stovin**貴族院判決と非常に似ているものであった。そのため、ディストリクト裁判所の裁判官も、高等法院の裁判官も、**Stovin**判決や**Lam**判決を先例として、およそ「勝訴する現実的な見込みがない」(no real prospect of succeeding)として、訴えを退けたのであった。しかし、この判断についての中間上訴を受けた控訴院は、以下の点について、本件は**Stovin**判決と区別されると判示したのであった。

本事件で問題となった、公道への出口附近の見通しが悪いフットパスは、周囲の住宅地と一体になって、開発業者によってつくられたものであった。そして、この開発には、本事件の被告であるニュー・フォレスト・ディストリクト・カウンスル(NFDC)が計画許可を与えていたのであったが、その際に、この道路を管理する公道管理当局であるハンプシャー・カウンティ・カウンスルも、そして被告自身も、このフットパスが危険なものであることを認識し、許可後、まだ開発が行われる前に、1980年公道法52条に基づいて、開発業者との3者のあいだで、見通しの改善のため、公道に面した土地を幅3.5メートルを超えない範囲で公道管理当局に寄附する等により、このフットパスの見通しを改善するための合意文書を交わしていた。3者はその後も協議を続け、1994年6月には、公道管理当局が、5～6週間のうちに必要な工事が行われる見込みであるとの回答を、NFDCにしていた。しかし、事故が起きた1995年3月までにこの工事は行われることなく、その間、NFDCは、フットパスの開通をゆるしてしまったのであった。

こうした事実関係につき、控訴院のブラウン裁判官(Simon Brown L.J.)は、「[考察のための]出発点は、カウンスルが危険の源をつくりだしたのではないということである」*330とし

*329 *Kane v New Forest District Council* (No.1) [2001] EWCA Civ 878; [2002] 1 W.L.R. 312; [2001] 3 All E.R. 914; [2002] J.P.L. 409.

*330 The speech of Lord Nicholls of Birkenhead at *Stovin* ([1996] A.C. 923, at p. 929) cited in the opinion of Brown L.J. at *Kane*, [2001] EWCA Civ 878, para 27.

ていた *Stovin* 判決に対して、「本件では、対称的に、出発点は、まさしく、被告らが危険の源をつくりだしていたのだ、ということにならなければならない」*331と判断したのである。本件は、*Stovin* 判決とは異なり、公的機関の作為について責任が問われたものであるという整理なのである*332。

以上の通り、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、すなわち、そのような権利・利益の保護について不作為があったとしても、「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、きわめて難しいといえるだろう。しかし、都市計画において個人の権利・利益がどのように保護されているのか判断するには、計画許可当局についての法的責任とは別の角度から分析を進めていく必要がある。最終的には、地方計画当局の責任を否定した *Lam* 控訴院判決においても、計画許可は、土地の利用と開発に関連した問題のみが検討され、そこでは、ニューサンスを引き起こすことを認めるといった、何らか他の目的についての同意や許可が与えられるものではないこと、と同時に、逆に、土地の利用と開発に関連する問題であれば、誰か個人の利益にすぎないものであっても、許可審査の際の関連考慮事項に含めることができることが確認されていたのである*333。

3)「公益」を構成する「私益」

「計画システムは、誰かの私的利益を、他者の活動から保護するために存在しているのではないが、事例によっては、私的利益は、公共の利益と一致することがある。公共の利益と私的利益を区別することが難しい場合もあるが、ときに、それは必要となることがある。根本において問われるべきは、近隣

*331 *ibid.*, para 28. 訳文で傍点部分は、原文ではイタリック。

*332 *Kane* 事件についての判例評釈で述べられているように、「危険が、作為あるいは不作為によって生じたのか議論の余地がある諸事例が、間違いなく存在し（中略）*Stovin* 事件と *Kane* 事件という2つの事実状況のあいだには多くのグレーの領域が存在している」と言えよう（Peter, Michael, *Claims against Local Planning Authorities*, JPIL 2003, Jan, 48-50, at p. 50）。そして、*Stovin* 事件に関わった全裁判官9人のうち、貴族院で多数派となった3人を除く、6人すべて（事実審理を担当した1人、控訴院の全3人、貴族院で反対意見を述べた2人）が、不作為についての責任を認めていたということをあわせて考えるならば（Mayers (1998), *op. cit.*, at p. 189.）、今後、イギリスの裁判所がこの分野での公的機関の不作為責任を認める方向へと舵を切る可能性は、それなりに高いと言えよう。しかし、いずれにせよ、地方計画当局の不作為について有責とするのは、現在の裁判所が採る立場ではない。

*333 [1997] P.I.Q.R. 488, at pp. 499-500. 「計画上の考慮」、「関連考慮事項（material consideration）」については、次節 *Stringer* 判決参照。

のプロパティ所有者・占有者が、ある開発から金銭上その他の損失を被ることになるか、ではなく、その案件が、公共の利益の観点から保護されるべき土地や建物のアメニティと現利用に対して、受け入れることのできない影響を与えることになるか、である。」*334

第2部で見たとおり、計画許可をはじめとした都市計画上の決定を行う地方計画当局に、幅広い裁量を認めているイギリスでは、中央政府が、上訴についての審査権を有することを担保にして、さまざまな政策文書を公表することで、制度運用の統一性・透明性を確保してきた。それら政策文書は、1988年から計画政策ガイダンス(Planning Policy Guidance Notes: PPG)として体系化されはじめ、現在では、計画政策ステートメント(Planning Policy Statement: PPS)という、2004年計画及び強制収用法*335にもとづく法定の文書として、「持続可能な開発」、「廃棄物」、「デザイン」といったテーマごとの25の文書へと、順次、整備が進められている*336。

本節の冒頭の一節は、当時、都市計画を担当していた副首相府が、2004年法改正に合わせて、従来の「PPG1: 一般政策及び一般原理」をPPSへと改訂するにあたり、そこから最も基本的な部分を分離するかたちで、「計画システム: その一般原理」と題して、2004年に発行した政策文書の一段落である*337。同様の節は、1988年に最初のPPG1を作成した当初から、若干の表現を変えながら、数次の改訂を経て受け継がれているもので*338、先の『Halsbury's Laws of England Vol. 46』の2005年以降の版の冒頭にも採用されるに至っている*339。

この一節は、2004年の改正前の、1997年版PPG1までがそう明示していたように、*Stringer*控訴院判決(1970)*340をきっかけとして確認された考えを表したものである。この事

*334Office of the Deputy Prime Minister, *The Planning System: General Principles*, 2004, para 29 (Private Interests), <<http://www.communities.gov.uk/publications/planningandbuilding/planningsystem>>.

*335Planning and Compulsory Purchase Act 2004 (c 5)

*336前述・第2部41頁。

*337PPSとの分離に関しては、Cullingworth (2006), op. cit., at p. 160 参照。

*338クロウ教授の指摘による (See, Crow, Stephen, What Price a Room with a View? --Public Interest, Private Interests and the Human rights Act, [2001] J.P.L. Dec 1349, at p. 1349 fn. 3; Department of the Environment (DoE), *PPG 1: General Policy and Principles*, 1988, HMSO)。筆者は、1988年版のPPG1を確認することができなかった。しかしながら、少なくとも、筆者が確認し得た1992年と1997年の改訂版には、同様の節が確認できた。DoE, PPG1, 1992, HMSO, paras 39-42 (Third Party Interests). Department for Environment, Transport and the Regions, PPG1, 1997, HMSO, para 64 (Private Interests)。

*339Lord MaCkay of Clashfern, *Halsbury's Laws of England* (4th Ed. Reissue) Vol. 46, 2005, Butterworths at p. 19 paragraph 1.

*340*Stringer v Minister for Housing and Local Government*, [1970] 1 W.L.R. 1281; [1971] 1 All E.R. 65; [1971] J.P.L. 114.

件は、マンチェスター大学が設置した電波望遠鏡に悪影響を与えることを理由に、住宅開発計画を不許可にされ、大臣への上訴でも訴えが認められなかった建築業者が、建設した住宅が利用されることで受けることとなる大学が所有する電波望遠鏡への影響などというのは私的な問題であり、公共の利益について検討する計画許可申請の審査において、そのような問題を考慮に入れたことは権限踰越にあたるとして訴えた事例であった。

計画許可の審査において、地方計画当局は、開発地が含まれる地域の計画そのもののほか、開発に関連するさまざまな事項について、考慮に入れることを認められている。先例となっている判決で、裁判所が「何が関連する考慮事項であるかの判断は法の問題であり、それをいかに評価するかは計画上の判断の問題である」*341と述べているように、何が、この、関連考慮事項(material consideration)に含まれるかは、裁判所が決定すべき問題とされ、地方計画当局が、考慮すべきではない事項を考慮した場合に、裁判所は、計画当局の決定を権限踰越として取り消しうる一方、裁判所が権限踰越とは考えない事項、すなわち正当な関連考慮事項を、どのように評価するかは、地方計画当局に委ねられている裁量の問題となる*342。

高等法院のクック裁判官(Cooke J.)は、先に示したBuxton判決のサロモン裁判官の意見を、「もちろんのこと正しい」としながらも、「原則として、土地の利用・開発に関連するあらゆる考慮は、計画上の考慮に含まれると考えられ」、また「地方計画当局と、上訴における大臣が、私的利益とは反対のものとしての公共の利益についてのみ考慮すべきというのは受け入れがたい」*343として、開発による電波望遠鏡への影響というのが計画上の考慮に含まれうることを承認し、かつ、私的利益であるものは、つねに公共の利益ではないとする考えを排除するのであった。

そして、「個々の土地占有者の諸利益は、全体としての公益を構成する一側面であり、重要な一側面である。公共的な利益と私的な利益のあいだの境界線は、このコンテキストにおいては、誤った境界線であると思われる」*344と述べ、電波望遠鏡への影響を関連考慮事項として含めて審査した地方計画当局の決定を適法なものと認め、建築業者の訴えを退けるのであった。

こうした考えは、周囲の家々の眺望を阻害することで地域のアメニティに悪影響を与えるとして、保全地区内の土地に二階家を建築することを不許可にした判断を、問題がないものと判

*341 *Tesco Stores Ltd v Secretary of State for the Environment* [1995] 1 W.L.R. 759; [1995] 2 All E.R. 636; [1994] J.P.L. 919.

*342 前述・第2部38～41頁参照。

*343 [1970] 1 W.L.R. 1281, at p.1295.

*344 *Ibid.*.

断した *Wood-Robinson* 高等法院判決 (1998) *345 でも採用されている。この二階家の開発予定地は、それまでフラットの庭であったが、計画許可審査の上訴を担当したインスペクターは、この開発が「付近の家々から見たときの眺望を失わせることとなり、それが、付近の住民たちの生活環境を害する[から(中略)、]住宅地のアメニティに望ましくない影響を与えることになる開発地の影響を[開発がもたらす他の利点より]重視すべき結論となる」*346として、上訴人である本件の原告の訴えを退け、地方計画当局の不許可の判断を支持したのであった。これに対して、原告は、本件開発によって失われる利益は、周囲の家々の眺望 (view) という私的利益、しかも、時効取得がないかぎりコモン・ロー上において権利性・利益性を否定されるにすぎないものであり、公共の利益を考慮する計画許可制度において、そのような私的利益を考慮事項に含めることは、公的機関の判断として許されないとして、インスペクターの決定を取り消すべく本件提訴を行ったのであった。しかし、代理裁判官 (deputy judge) としてこの裁判を担当したパーチャス氏 (Mr. Robin Purchas QC) は、*Buxton* 判決他を引きながら、「出発点として、計画上のコントロールの行使は公共の利益の観点においてでなければならないことを、私は受け入れる」*347としながらも、次のように判示するのである。

「しかしながら、エリス氏 [= 原告代理人] が線引きしようとしている、視き見ができたり日影になったりすることによる土地利用への影響と、景色ないしは景観 (outlook or aspect) を奪われることによるそれとの原理上の区別は、私は受け入れることができない。私にとって、指導原理となるべきは、問題となる私的利益が、公共の利益において保護されることが求められているか否か、である。この意味において、視き見ができたり日影になったりすることで居住地の利用者のアメニティが阻害されることは、眺望を妨害されることよりも、公共の利益の観点から、ずっと阻止されるべきものではある。眺望ないしは私的なアメニティの保護が、本事例の置かれた状況において、公共の利益に含まれるか否かは、決定権者が決定すべきことであろう。」*348

このように判示し、決定権者であるところのインスペクターの意見書を詳細に検討をくわえたのちに、パーチャス氏は、本件における眺望の妨害を、土地利用の観点からとらえたうえで計画許可の判断の際の関連考慮事項に含めたインスペクターの判断は、違法ではないとするのであった。

以上の通り、「公共の利益」の中に「私的利益」も含まれるとする考え方は、1970年に裁判所において確認されたものであった。しかし、この問題を検討したクロウ (Crow, Stephen) 教

*345 *Wood-Robinson v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [1998] EWHC Admin 394; [1998] J.P.L. 976.

*346 [1998] EWHC Admin 394, paras 26 & 28.

*347 [1998] EWHC Admin 394, para 16.

*348 [1998] EWHC Admin 394, para 17.

授によれば、この考え方は、1909年住宅・都市計画等法54条の中に、すでに見られるものであるという。先に確認したとおり、同法54条は、都市計画を策定することの目的として、「適切な衛生環境、アメニティ、利便性の確保」を掲げているが^{*349}、たとえば「アメニティ」を確保するための具体的な措置の中には、個々の私的利益を保護することだけでなく、さらにそれを拡大させようとするものさえもが、イギリス都市計画の歴史的展開において、ずっと採用されてきたというのである。そして、そのような私的利益は、いまでは、「よき近隣」(good neighbourliness)という観念の下で理解されるようになってきているという^{*350}。

具体的な措置としてクロウ教授が指摘するのは、1909年法で採用されていたゾーニング制度や、計画実務で採用されているマニュアルである。たとえば、当時採用されていたうちの一つである低密度の住宅地ゾーニングを行う意味には、「公共の利益と同時に所有者の利益」が関わっていることが、当時、都市計画を担当していた保健大臣が発行した解説書に指摘されているという^{*351}。そして、版を重ねている、その意味でイギリスにおける定番と言える実務マニュアルには、「並列する家々の前後は70フィートにするということが、プライバシーを確保するために望ましい最低限度として受け入れられてきた」^{*352}と書かれているのであるが、同じことが、アンウィンが1909年に書いたマニュアルに特に説明をくわえることなく採用されており^{*353}、また今日でさえ、イギリスでは、ほとんどの家が実際に最低20メートル(約65フィート)の間隔を空けて建てられているように、それは、一度も公式の政策としては確認されていないものとはいえ、1909年以前から今日まで続く、いわば、イギリス都市計画の経験則なのだというのである。

このことを確認した上で、クロウ教授は、以下のように小括するのである。「いまや、『アメニテ

^{*349}前掲註 2 2 3 参照。

^{*350}Crow (2001), op. cit.. 「よき近隣」という観念のイギリス都市計画における位置づけについてクロウ教授は、それを当然のこととみなしてか、一切の典拠を示していない。しかしながら、筆者が確認し得た最も古い使用例としては、1947年都市農村計画法の改正のための『白書』で、そこでは、開発補償費をめぐる議論において、補償費の支払いが不要な開発の「ほんの例示」として、公衆の健康や安全を損なうような場合を指摘している。そして、補償が不要な理由は、「よき近隣という原理からして合理的」だからと記されているのであるが、そのような取り扱いは、1932年都市農村計画法にすでに先例があるとしている。See *White Paper on Town and Country Planning Act, 1947: Amendment of Financial Provisions* (Cmd. 8699, 1952), para 35.

^{*351}Ministry of Health, *Model Clauses for Use in the Preparation of (Town Planning) Schemes, with Annotations*, 1923, cited in Crow, ibid., at p. 1351.

^{*352}Keeble, Lewis, *Principles and Practice of Town and Country Planning*, Estate Gazette, 1952, Ch. 18, cited in Crow, ibid..

^{*353}Unwin (1994), op. cit., at p. 350.

イ』は、裁判所によって、公共の利益に関する事柄であると明確に定義されているものの、近隣における公共の利益は、その核心に、隣人同士の私的利益のあいだでの潜在的な衝突を避けることが含まれる。〔(原文、改行)〕以上の通り、この国における制定法による都市計画のまさらにはじめから、われわれは、私的利益に優越する公共の利益だけでなく、私的利益を保護し拡大することを含む公共の利益をも確認することができるのである。〕*354計画許可申請の審査の際に、計画そのもの以外に考慮することが認められていた関連考慮事項とは、かつては、近隣のアメニティに他ならないと言われてきた*355。そして、アメニティという利益が、本来的に私的利益の集合という性格を持っているのであれば、クロウ教授の言うとおりであるかも知れない。

確かに、公共の利益を確保するためのものと裁判所において理解されてきた、地方計画当局が行う計画許可の中には、次のような理由付けによって、開発の不許可や修正を要求するものが多数見られるのである*356。

- ・「良き近隣または居住地のアメニティの利益のために」(ウィルトシャーCC・店舗新築・条件付許可)
- ・「隣接地の占有者にとっての十分なプライバシーを確保するため」(同上)
- ・「近隣の占有者を騒音のニューサンスから保護し、もって『サザック・プラン』(2007年7月)の「政策3. 2:アメニティの保護」に合致するところの近隣占有者のアメニティを保護するため」(サザックLBC・工場の改修・条件付許可)
- ・「隣接居住地のアメニティとプライバシーを保護するため」(ウィンチェスターシティ・樹木の伐採・不許

*354Crow (201), op. cit., at p. 1351. そして、1997年版のPPG1には、本節冒頭と同じ文章につづけて、次のような文が置かれていた。「よき近隣と公正さは、それによって開発提案が測られるところの物差しに含まれるものである。ある特定の居住者が被る、見晴らしや、プライバシーの喪失といった問題を考慮に入れることも、〔計画上の考慮として〕関連性を有する (material) ことがありうる。」PPG1 (1997), op. cit., para 64. 2004年の改訂によって、この二文は削除されているが、それはたんに記述を簡潔にする目的で、何らかの政策変更を意図したものではないものと思われる。

*355前掲・岡村 (1987年) 171頁以下、189頁参照。

*356現在、イギリスの多くの地方政府のホーム・ページで、自らが地方計画当局として行った計画許可審査の決定通知書 (Decision Notice) を公開している。本文で掲載したのは、全くの任意に選んだ、ウィルトシャー・カウンティ・カウンスル<<http://www.wiltshire.gov.uk/>>、サザック・ロンドン・ボロー・カウンスル<<http://www.southwark.gov.uk/>>、ウィンチェスター・シティ・カウンスル<<http://www.winchester.gov.uk/>>の、2009年に出された決定通知書に記載してある条件付許可・不許可の理由である。ここでは、プライバシーへの配慮から、いつ、誰が行った申請に対する決定なのか特定することは避けた。しかし、上記のホームページをあたれば、同じような理由を附した決定通知書は、すぐに見つけることができる。

可)

つまり、地方計画当局の決定は、公共の利益の保護を目的とした政策的判断であって、ここでは、裁判所は、政策的判断をゆがめるような注意義務を課すことに消極的であるのだが、しかし、公共の利益に私的利益が含まれることが確認されているように、土地の利用と開発に関連した問題について検討するための計画許可制度の中で、私的利益は、土地の利用と開発に関わる計画上の問題として変換されることで、関連考慮事項の中に含められ、保護されてきたのであった^{*357}。

4) 計画許可に対する裁判所による統制の性質

以上の通り、私的利益は、計画許可の審査において、計画上の問題として変換されて考慮されるとして、それでは、次に、そのようにして行われた計画許可について、その結論に不服がある場合に用いられる争訟制度について確認しておきたい。

計画許可を争う争訟制度には、「はじめに」で簡単に触れた、担当大臣が(通常は、インスペクターと呼ばれる専門家が代行して)審理する計画上訴(planning appeal)制度のほかに、この上訴について法的観点から裁判所が審査する、都市農村計画法上の特別の制度である計画審査(planning review)ないしは制定法上の審査(statutory appeal)制度^{*358}と、公的機関の行為一般を争うための訴訟である司法審査(judicial review)制度^{*359}の3つに大別することができる^{*360}。

これら制度のうち、大臣による審査(計画上訴)と裁判所による審査(計画審査・司法審査)の違いについて、ここでは、次の各点を指摘する必要がある。まず、開発を求めて許可申請を行った開発者と、それを審査する地方計画当局を、それぞれ対抗する当事者関係と捉える計画許可制度の下では、たとえば周辺住民は、「第三者」として扱われ、審査結果に不服があっても常に上訴制度を利用できるわけではないことが挙げられよう。地方計画当局自身による審査において、計画当局は、申請に対し、一定の期間内に、許可・条件付許可・不許可のいずれかの結論を出さなければならないことになっている。審査に際して、周辺住民には、法律上、意見書の提出が認められているが^{*361}、意見書の提出等によって異議を申し立てたにもかかわらず、計画が許可あるいは条件付きで許可された場合、結果を不服として、計画上訴にて

^{*357}Moore (2009), op. cit., at pp. 199-201.

^{*358}Town and Country Planning Act 1990 s 288.

^{*359}Supreme Court Act 1981 (c 54) s 31.

^{*360}前述・第2部39～40頁参照。

^{*361}多くの地方計画当局が、実務上、さらに公聴会等の開催など、許可申請者と異議申立人双方の意見を直接聞く機会をもうけたりしている。

再審査を求める上訴権は、これを不服とする申請者にのみ与えられており、周辺住民等の第三者にはそれが認められていないことにある*362。

したがって、開発が無条件で許可された場合、あるいは条件付許可、不許可に申請者が納得した場合、「第三者」である周辺住民に残された道は、裁判所に訴えを提起することだけとなる。そうすると、上訴を扱う大臣（インスペクター）は、「第一審として申請を受けたかごとく」*363、地方計画当局の判断に代えて、もう一度、当否の問題を含めて判断のやり直しができるのに対して、裁判所による審査が、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」(merit)の問題には踏み込めないという違いが影響してくることになる。そこでの裁判所の審査は、違法性、手続違反、非合理性という一般的な裁量統制に限られることになるが*364、その中から計画法独自の項目として、前節で確認した、関連考慮事項に含めるべきでないことを考慮していないかという問題を取り出すことができる*365。

先に示したとおり、この関連考慮事項に関する裁判所の審査は、何を関連考慮事項に含めるべきか／べきではないのかという観点から行われるものである。これに対して、地方計画当局や、計画上訴において大臣・インスペクターが、裁判所が考慮することを認めた事項をどの

*362Town and Country Planning Act 1990 s 78 (1) & (2) .

*363Town and Country Planning Act 1990 s 79 (1) .

*364*Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374; [1984] 3 All E.R. 935.

*365このほか、それぞれ、計画審査においては「大臣の決定によって利益を害された者 (person aggrieved)」、司法審査においては、「十分な利益」(sufficient interest) を有する者とされている「原告適格」が問題となりうる。先に見た *Buxton* 判決（前掲註 3 2 4）は、地方計画当局が石灰岩の採掘計画を不許可にし、後に大臣が上訴において計画当局の判断を覆し採掘の許可を与えたことについて、地方計画当局に反対の意見書を提出していた、隣接地に住む農民であるバクストン氏が「利益を害された」として計画審査を求めて提訴した事件であった。担当したサロモン裁判官は、先ほどの引用の通り判示し原告適格を否定したのであったが、これは、当時の 1 9 5 9 年都市農村計画法が、上訴への周辺住民の参加を権利としてではなく、あくまで審理を担当するインスペクターの裁量によって認められるものにすぎないものとしていたことによる。上訴制度改革の結果、周辺住民の意見表明は権利化され、また、裁判所の原告適格判断の緩和傾向と合わさって、現在では、原告適格の議論は、環境団体等の直接の法的利害関係を有さない者にまで認めるかということに関心が振り向けられてきている。権利・利益侵害を主張する者について原告適格が否定されることは、現状では想定しにくく、従って、ここではこの点を論じない。なお、安本典夫「計画許可を争う原告適格をめぐるイギリスの判例の動向」『立命館法学』2 4 3・2 4 4 号（1 9 9 5 年）7 2 頁以下、前掲・洞澤（2 0 0 9）参照。

ように評価するかは、(全く評価しないと結論することも含めて)決定権者に委ねられる問題とされる。

戦後の画期をなす立法である1947年都市農村計画法の制定から50周年を迎えたことを記念して編まれた論文集の中で、パーデュ(Purdue, Michael)教授は、行政一般や都市計画に関する訴訟に関して、この50年間、これら事件の一審を担当する高等法院がだんだんと忙しくなってきたことを認めている。しかしながら、この関連考慮事項の問題においては、「これら条項の正しい解釈についての判断権によって、裁判所は、この[都市農村計画という]システムが働く際の作法について、枢要な役割を果たしてきた」としながらも、それは、「過去50年間、裁判所が、かなりの部分において、敬讓的、あるいは最も控えめにいって、監督的役割、と称するようなものを採用してきた」ことによって、それが果たされてきたという。すなわち、「裁判所は、その言葉[＝「関連考慮事項」]がカバーすることが可能であるような事実関係に関して、かなり一般的なガイダンスを与えることで満足してきた」のであって、かなりの程度の裁量が、「事実と程度(fact and degree)」の問題として決定権者に残されてきたのであった*366。このような役割分担に関して、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*367。

これに対して、前出のクロウ教授は、別稿において、裁判所の、計画許可・不許可決定への介入について、「計画上訴プロセスは、二級の裁判所なのではなく、第一級の行政システムである」として、計画許可に対しては、裁量事項も含めて判断を見直す、いわば行政不服審査制度たる、計画上訴がきちんと用意されていることを確認し、「裁判所への提訴は、それゆえ、著者[＝クロウ教授]の意見では、望ましくない上訴決定の、さらなる上訴のチャンスとして行われるべきではなく、執行機関の非合理あるいは不当な取り扱いに対する、市民にとってのセキュリティとして理解されるべきである」という*368。クロウ教授の懸念は、「決定権者の第一の義務」が、「決定権者が認識するところの公共の利益を拡大するような、善き、かつ、公正な決定を行うこと」にあるのに対して、上訴システムが、だんだんと司法化されてきたことで、近年の裁判所の監督的介入が、決定の「質」の問題にまで及ぶようになり、その結果、最も「善い」解決から離れかねないことにあるようである*369。

*366Purdue, Michael, The Changing Role of the Courts in Planning, in Cullingworth, J.B., ed., *British planning: 50 years of urban and regional policy*, the Athlone Press, 1999, 156-167, at p. 161. 傍点は、原文ではイタリック。[] は小川による補筆。

*367ibid., at p. 163.

*368Crow, Stephen, Challenging Appeal decisions, or the Use and Abuse of the 'Toothcomb', [1998] J.P.L. 419, at p.431. [] による補筆は、小川による。

*369ibid., at p. 420. 傍点は、小川による。

両者は、「何が関連する考慮事項であるかの判断は法の問題であり、それをいかに評価するかは計画上の判断の問題である」という、イギリスの裁判所が判例によって許容しているところの、「裁判所」と「行政」の役割分担を、共に是としながらも、計画許可の性質が純粹に行政的＝政策的・非法的な決定であるとするか否かをめぐって、裁判所の役割について決定的な違いを示しているのである。

サミュエルズ教授の分析^{*370}をふまえれば、これら対立は、本来的に「法的決定」と「政策決定」の両者の性格を併せ持っている計画許可を、1947年法において、いったんは政策決定と性格づけて法制化したにもかかわらず、たとえば1957年のフランク委員会³⁷¹の勧告を受けて計画上訴制度を当事者間の対審構造にあらためるなど、だんだんと、これを(準)司法化していった^{*371}、イギリス都市計画制度の展開を反映しているものである。

確かに、計画上の決定は、サミュエルズ教授が指摘するように、アメニティの問題など価値判断を含むもの、というよりも、しばしば価値判断そのものといえるものであるし、また、そもそもが計画という複雑な価値判断が相互に関連してつくられたものを前提として、個別の計画決定も、それとの整合性を意識して行われなければならないものである。そして、このような決定は、人びとの代表者によって民主主義的に行われるべきものであるが、地方計画当局においては、多くの場合において専門の担当官(あるいは専門の委員会)が審査決定するとはいえ、原理上は、選挙を通じて構成されるカウンシル(参事会)が、計画許可を決定することとされ、また、大臣は、同じく選挙を通じて構成される国会に対して責任を負っていることからして、この問題は、裁判所による権利保障と民主主義的決定との対立問題とも言いえるのである^{*372}。したがって、この点を強く意識すれば、計画許可の位置づけが問題となったニューサンス訴訟において、裁判官たちが、「行政決定(administrative decisions)」としていた計画許可は、実のところ、地方参事会もしくは大臣がおこなう「政治的決定」としての性格を持っているとも理解できる。そうであれば、この問題は、「裁判所」と「行政」のあいだの問題というよりも、「裁判所ないしは法」と「政治」のあいだの問題として捉えられるべきものと言える。

このように問題を捉えたとして、もし、次のような指摘に目を向ければ、現状に対する評価は、クロウ教授のようになるのかも知れない。

「このシステムは、オープンかつ透明なものであり、また、よく周知された法や規則、手続きによって規律されており、最低限、申請が拒否されれば、上訴権もある。上訴を取り扱うインスペクターは、専門家で、「独立」しており、国務大臣は、ほとんど全ての場合に、異議を述べずに、インスペクターの決

^{*370}Samuels, Alec, *The Planning Process and Judicial Control: the Case for Better Judicial Involvement and Control*, [2007] J.P.L. 1570

^{*371}Barker and Couper, *The Art of Quasi-judicial Administration: the Planning appeal and Inquiry System in England*, *Urban Law and Policy* 6 (1984) 363-476. 前掲・太田(1988/89)。

^{*372}前掲・来生(1982年)10頁以下,参照。

定・助言を受け入れる。司法審査が、そのプロセスと手続きが公平なものであったか確認する。計画上の諸問題に関わる公益の観点から、行政上の決定に対して適切な敬意が払われるべきであり、公務に就いている官吏たちは、汚職にまみれていたり、バイアスがかかっていたりしておらず、この行政プロセスの中には、ある種の準司法的要素が存在している。そして、司法審査は、官僚主義を抑制するのに十分な射程を持っている。」*373

しかし、一方で、次のような各点を重視すれば、パーデュ教授の見解となるのかも知れない。

「人びとの参加は、割合と少なく、必要最低限とさえいえ、人びとが期待するところよりはるかに僅かな影響力しかない。もっとも小規模な申請は、一人の官吏、たいていは割合に下級の公務員によって決定される。もっとも大規模な申請は、地方の政治家たちによって決定される。それには、専門家の助言があるものの、たいていは、計画や法についての専門的知識を持たない素人であり、たいていは、政治的にバイアスがあり、たいていは、司法的アプローチのセンスを全く持たない者たちである。反対者たちは、実務上、文書や口頭による意見提出がほとんどの場合に認められているものの、聴聞を受ける権利を持たず、また上訴権もない。上訴を担当するインスペクターは、確かに専門家であり、彼または彼女の職務にある種の独立をもたらすかもしれないが、彼または彼女は、行政部門のメンバーであり、結局のところ、彼または彼女[の決定]は、大臣によって覆されるかもしれない、[ヨーロッパ人権条約の]第6条が意味するところの、公開の審問において市民の権利を決定する独立かつ偏りのない裁定機関であると記述することは不可能なのである。(中略)地方の政治家たちと国務大臣は、理論的に言えば、選挙民に対して民主主義的に説明責任を負っていると記述できるのであるが、だいたい四年ごとの投票の機会は、まったくもって薄っぺらなコントロールしか投票者には与えないのである。決定を行う政府や地方当局は、あらゆる種類の政治的、経済的、財政的、環境的、社会的考慮によって、動機づけられているのである。」*374

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として変換されることで、保護されることが予定されていただけでなく、*Wood-Robinson* 高等法院判決にみられるように、そのような利益を拡大しうる契機が用意されているのであった。このことにより、都市計画は、たんに現状の環境を維持するだけでなく、ニューサンス法の保護が及ばない範囲まで、それを拡大することさえ可能となっていると言えよう。

しかし、それは、あくまで、個人の権利利益を土地の利用と開発の問題に変換し、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、

*373Samuels (2007), op. cit., at p. 1574.

*374ibid..

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、それは、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。

そうすると、こうした利益の上訴制度での扱いが重要となる。すでに見てきたとおり、第三者に上訴権がないことの適否が問題となるが、これについては、イギリスにおいても、くり返し議論の対象となっており、ごく最近も、イギリス政府は、主に審査が遅延しかねないことを理由として、2001年の計画緑書で制度改正を拒否している^{*375}。そして、それに対しても、すでにさまざまな批判が出されている^{*376}。

一方で、裁判所の側でも、ヨーロッパ法ないしは1998年人権法の影響から、司法審査の項目として「比例原則」(proportionality)を承認し、裁判所による裁量統制の密度をさらに高めようとする方向性が展望されているが、このことが地方計画当局等の裁量権の行使のあり方にも影響を及ぼしてくるかも知れない^{*377}。パーデュ教授指摘の通り、何を関連考慮事項とするかと、それをどう考慮するのかという区分線には、他のすべての規範と事実の区分がそうであるように、つねに曖昧さが残るのであって、パーデュ教授が期待する裁判所の介入のこの契機が

^{*375}その経過は、2002年に8つの環境団体が代表となってまとめられた、次の文書に詳しい。Council for the Protection of Rural England, Civic Trust, Environmental Law Foundation, Friends of the Earth, National Council for Housing and Planning, Royal Society for the Protection of Birds, Town and Country Planning Association, WorldWide Fund for Nature, *Third Party Rights of Appeal in Planning*, 2002, at pp. 22-27. See also Barclay, Christopher, *Third Party Rights of Appeal in Planning*, 2002, HC Research Paper 02/38.

^{*376}前掲註375のほか、Grant, Malcolm, *Human Rights and Due Process in Planning*, [2000] J.P.L. 1215; Purdue, Michael, *The case for third party planning appeals*, *Env. L. Rev.* 2001, 3(2), 83-89.

^{*377}たとえば、*Lough v First Secretary of State*, [2004] EWCA Civ 905, [2004] 1 WLR 2557において、控訴院は、結論においては、ビル開発に伴う環境悪化について人権条約8条ほかの違反を訴えていた周辺住民を敗訴させたが、しかしながら、人権は、地方計画当局・インスペクターの審査において、関連考慮事項の一つとして考慮されなければならない、また、そこには比例原則が適用される、との判断を示している。ただし同時に、人権同士や公共の利益との衝突が見られる場合には、「公正なバランス」がとられなければならない、またヨーロッパ人権条約の国内適用にあたっては、各国にMargin of Appreciationが残されていることも確認されているのであって、このmarginがたんに行政裁量・立法裁量へとすり替わるのであれば、ここでもまた「法」と「政治」の問題が生じかねないのである（たとえば*Marcic v Thames Water Utilities Ltd*, [2003] UKHL 66 参照）。このように、ニューサンスと都市計画を論じるにあたっては、人権法の考察が不可欠であるが、この点については別稿を期したい。

持つ妙味は、こうした曖昧さにこそ存在しているように思われるのである*378。

以上の通り、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「法」と「政策」の問題が、ここでは、裁判所と地方計画当局（・大臣・インスペクター）という、制度的区別を伴って、一旦はっきりと浮かびあがったうえで、しかし、「法」と「政治」という根本的な問題に関わって、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

これまで確認してきたように、都市計画は、その前身と言える建築規制の時代から、ニューサンス法と歴史的に密接な関係を保ちながら発展してきたのであったが、産業革命と都市化の進展が、ニューサンス被害の甚大化とともに、地域性という考え方をもたらすこととなり、また、これら被害に対処するために、たとえば一方で、制定法上のニューサンスによって、公的機関に特別の権限と義務を与えるといったことが行われ、他方で、都市に必要とされるさまざまな機能を空間的に分化させる都市計画という手法の存在が認識されるようになった。こうして、19世紀のイギリスは、ニューサンス法と明確に分離した都市計画の領域を認識するようになり、やがて、同時期に成立する地方政府制度が、これを担っていくことになる。

マーティン・ラフリン教授(Loughlin, M.)は、こうした展開を「行政法の歴史」という視点から把握することで、イギリスにおいてなお支配的なダイシー的伝統の下で、歪められて理解されてきた「行政(administration)」という観念を救い出そうとする*379。ラフリン教授は、支配者が、特殊な法としての命令(ordinance)を自ら制定することができ、やがてそれを審査する特別の機関＝行政裁判所を有するに至る大陸ヨーロッパとは異なり、イギリスが、司法部がすべての

*378パーデュ教授は、前掲註366の論文でこれら区分の曖昧さに触れた上で、*Wood-Robinson*判決について、「(私的利益に与えられるウエイトについての)政策上の問題と、特定の私的利益が関連考慮事項にあたるのか否かということとを混同しているように思う」と非難する(Purdue (1999), op. cit., at p. 162.)しかし、裁判所が、ある利益を、新たに関連考慮事項のリストに加えようとするときには、この事件がそうであるように、多くの場合、すでに、その考慮事項が保護するであろう利益に何らかの評価上のウエイトが与えられるべき、との判断を暗に行っていると言っても良いだろう。

*379以下、次の段落までの記述は、Loughlin, Martin, 'Why the history of English administrative law is not written', in Dyzenhaus, Hunt and Huscroft (eds.), *A simple common lawyer: essays in honour of Michael Taggart*, Hart Publishing, 2009, 151-177; Loughlin, Martin, *Legality and Locality*, Clarendon Press, 1996 参照。

行政をコントロールする「司法部の支配 (the Rule of Judicature)」*380の国家であったことに注目する。憲法・統治構造をめぐる17世紀の闘争に議会派・コモン・ローヤーらが勝利したことは、それらの者たちの権力を下支えすることになる「地方の自己統治は古来の国制に端を発する伝統である」という解釈を、信念と呼べるまでに高めることとなったが、さらに、国王が自らのみの権限において命令を行うことは許されなくなり、すべての公的権力は、国会の承認を経なければならず。また、その適用は、すべてコモン・ロー裁判所が審査するという体制を成立させたのである。そして、ここで言及されている国会とは、地方の各代表によって構成され、ときに最終審として、またときに司法的様式を持った手続きによって個別的法律 (private act) を立法する、国会高等裁判所 (the High Court of Parliament) のことなのであり、また、その国会が地方行政を任せるべく公的権力を付与する相手方は、そのような行政職的側面と共に司法職をも兼務する治安判事たちなのであった。

こうした共通の伝統を背負って一枚岩をなす支配者層が渾然一体となっていく「司法部の支配」の伝統が、行政に関するシステムをインフォーマルなものにとどめることとなり、産業革命以後、ようやく各問題ごとに中央の監督の下にあるアド・ホックな組織が地方につくられるようになり、やがて1835年都市法人法にはじまる諸改革の結果登場する、地域において普遍的な権限を有する地方政府がそれらを引き継いで行く19世紀の過程を経ても、「行政法は存在しない」という誤った認識を、かのダイシーにさせることとなったわけである。都市計画に関わる地方政府の権限も、すでに第2部で見てきたとおり、公衆保健問題に関わる建築規制改革の中から出てくることになるのであるが、そこでは、地方政府が建築規制のために作成する条例を審査する権限と、地方政府の行為によって侵害を受けた者の不服申立てを審理する権限が、国会制定法によって中央政府の機関に与えられていたのであって*381、ラフリン教授は、こうしたフォーマルな中央・地方関係に、大陸ヨーロッパと同視できる行政法の端緒を見ようとする*382。

この「行政法」の登場に対して、裁判所は、権限踰越の法理を発展させ公的機関に対する一般的監督権限を有すると主張することで、「司法部の支配の伝統」を形式的にはなんとか維持した*383。しかし、この時期は、土地利用の問題も含めた私的利益の調整過程に、さまざまな公共的利益が放り込まれるようになっていくときでもあり、そのような裁量判断について一般的監督権限を行使する用意は裁判所に備わっておらず、その行使を控えざるを得なかったので

*380Loughlin (2009), op. cit., at pp. 159-.

*381 前述・第2部60～61頁。

*382Loughlin (2009), op. cit., at p.170.

*383Attorney-General v Newcastle-upon-Tyne (1889) 23 QBD 492, cited in Loughlin (2009), op. cit., at p.171, fn. 75.

ある*384。「司法部の支配」をこの国の伝統とし、かつ「救済あるところに法あり(Ubi remedium, ibi jus)」の方の視点からこれを眺めるとしたら、この時期に展開を始めた中央の行政府が司る上訴制度をあくまで公的機関と申請者の二当事者関係からのみ捉え、影響を受ける第三者の救済の道を欠いていたこの時代の「行政法」には、その存在そのものについての判断は別として、「法」としての重要な資質がまだ備わっていなかったという評価もたしかに可能であろう。法の適用と執行のあいだのこのような役割分担は、やがて、まさに都市計画が代表するように、国会制定法によって、より良い環境の「創造」を行うための法的諸権限が地方政府に与えられるようになると*385、その裁量判断の自由の確保がますます正当視され、それら諸権限の執行過程への裁判所の介入を遠ざけるようになる。そして、裁判所が監督権限を行使するだけの用意を調えるには、とりわけ大陸ヨーロッパでの人権法を含めた行政法の発展と、その影響を受けた1960年代以降の司法積極主義の時代を待たなければならなくなる。

このように歴史を振り返ることができるのだとすれば、20世紀の後半になるまで都市計画とニューサンス法の関係を述べる判例が形成されなかったのは、ある程度の必然性を持っていたのかも知れない。都市計画は、先に見た1909年法54条1項にあらわれていたように「適切な衛生環境」の確保という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、再び裁判所が行政の活動を法的にコントロールしようとしている現在、それは、この方向性においてのみ許されるとの判断ができるのは、「行政決定の結果として、私的権利を消滅させること」*386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だろう。ニューサンスに対する保護は、20世紀に始まる近代都市計画に先だって、ながらく法的に承認されてきたのであって、何人であろうと、すなわち公的機関であろうと、それを奪うような行為を行ったと裁判所が評価しうるのであれば、救済が与えられるのである。

一方で、1960年代以降の司法積極主義と一連の行政訴訟制度改革の中で行われた地方政府への裁判所の統制の強化は、上記と同様に「司法部の支配」の伝統の再確認の一環の中で理解することも出来るのであるが、国王の任命と地域における存在そのものが統治の正統性を与えていたかつての治安判事と異なり、原理的には、民主的なプロセスを経た地方参事会の政治的決定であるところの計画許可に、そのような正統性の欠ける裁判所が介入する

*384MacLaren 1983, op. cit..

*385対処療法的なニューサンス法的アプローチないしは「公衆保健アプローチ」の限界と、より積極的な環境創造のための「都市計画」の登場については、戒能通厚・堀部政男「総論―土地法の展開と現代の特徴」渡辺洋三・稲本洋之助編『現代土地法の研究』下(岩波書店・1983年)203頁以下、とりわけ「二『都市計画』の生成と戦前土地法の構造」(戒能教授執筆部分)参照。

*386前掲註310が附されている本文参照。

という、新たな問題を生じさせた。都市計画に関する決定というものが持つ本来的に政治的・政策的な性格が、司法部の支配の伝統と、19世紀以降の地方政府制度・上訴制度の発展という歴史的経緯に規定され、裁判所と、地方参事会ないしは大臣・インスペクターとのあいだの適切な役割分担の問題を投げ掛けているのである。

ここにおいても、両者は、ニューサンス法において確認されてきた基本的価値を共有しつつも、ニューサンス訴訟における都市計画とニューサンス法の関係の切断が、裁判所に、その価値の最終的守り手としての地位を与えるとともに、適法に決定された計画許可であっても、場合によっては事後的にその実現を阻止されうるとすることで、許可を受けそれを実現しようとする者、すなわち土地を占有しそれを利用する者に、ニューサンスを引き起こさないようにする責任が課されることになっている。

そして、「行政」を適切に位置づけるという、現在の公法にとって普遍的課題は、この国においては、以上のように歴史的に規定されながら特殊イギリス的に展開しているのであるが、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ことが確認し得たのである。

終章

本論は、イギリス法を比較の対象としながら、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すことを目的として、ここまで叙述を進めてきた。「序」で述べたとおり残された課題は多いが、さしあたり、第2部・第3部で考察してきたイギリス法の歴史と現在の判例との展開が、第1部で考察したまちづくり法の全体構造をめぐる議論に、どのような示唆を与えるのかについて整理し、それらを確認することで、結びとした。

第2部では、イギリス計画許可制度の最大の特徴である「地方政府の裁量権」が、制度論的に説明されるように、1909年住宅都市計画等法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のではなく、それより以前の、名誉革命体制成立後の大土地所有貴族がおこなった所領経営の一環としての計画的なまちづくりで地主としての貴族が有していた「裁量」を、19世紀に登場する近代的地方政府が、公衆保健改革を経る中で、漸次、その地位を代替していく中で獲得してきたものであったことを確認することができた。そして、その中で形成されてきた中央・地方関係は、地方の主体的立場と、中央政府の後見的な役割とに分かれたものとなっていた。

これに対して日本の地方政府は、1997年によりやう都市計画を自治事務としておこなうようになったが、それまでのながいあいだ、国の機関委任事務の執行機関として、これをおこなってきたのであった。まちづくり運動は、このような制度的前提に対して、まさしく下からの公共性の形成で対抗してきたのであったが、第1部で見たとおり、まちづくり協議会といった公共的主体の登場へと結実し、公共的意思形成をサポートするさまざまな支援を地方政府から受けるまでに至っている。

このように、イギリスでは、私人のイニシアティブによる都市計画を地方政府が吸収する歴史を経たのに対して、日本では、地方政府が「国家の機関」として都市計画をおこなってきたところに、まちづくり運動が、私人のイニシアティブとしての都市計画を行いはじめている。以上の整理からすれば、日本とイギリスとでは、公共性の形成過程における地方政府の位置づけに大きな違いがあるといえるが、日本でも分権化の結果、地方政府の位置づけが変化しつつある中で、その新たな位置づけを考えようとするならば、イギリスの中央・地方関係が一つの参照点となるだろう。

第3部では、ニューサンス法という、個々の土地所有者間で争われる訴訟の中で形成されてきた法が、公法的都市計画にも、その基本原理として受け継がれていることを見てきたが、ここには、公法・私法を越える、法全体にとっての基本原理の一つとしてのニューサンス法の存在を確認できた。第1部では、日本の都市計画においては、もっぱら市場における交換価値だけに偏った土地所有の把握と、それに基づく都市計画の運用に対して、生活の場としての都市空間にとって望ましい諸価値の実現を目指して、まちづくり運動が展開してきていることを見てきた。その日本においても、まちづくり運動によって確認されてきた価値を公法と私法に二分さ

れている現行法制度の中に法的利益として読み込もうとする努力が重ねられてきたのであるが、近年では、民法内在的な公共性や、「特別法」の「一般法」への従属的側面の認識などが議論されるようになってきている。今後の課題としては、これらをふまえて、公法的な都市計画の中にも、例えば住民主導による建築協定や地区計画を通じて、生活上の諸利益を組み込んでいくことが目指されるべきであるが、さらに、法体系論の問題としても、現在の方向とは異なるオルタナティブを示しうるように思われる。

第1部で確認したとおり、現在では、純然たる公法・私法峻別論はほとんど姿を消し、何らかの意味で、公法と私法の協働を認める見解が、通説的地位を占めていると言って良いだろう。ところで、この点についての、まちづくり法における判例としては、いわゆる接境建築についての最高裁判決が知られている。そこでは、建築物の築造の際に「境界線から五十センチメートル以上の距離を保」つことを要求する民法234条と、「防火地域または準防火地域内にある建築物で、外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して設けることができる」とする建築基準法65条の関係について、後者が前者の特則にあたるとする見解が採用されているのである。すなわち、平成元年9月19日の最高裁判決の多数意見が述べるところによれば、「建築基準法六五条は、耐火構造の外壁を設けることが防火上望ましいという見地や、防火地域又は準防火地域における土地の合理的ないし効率的な利用を図るという見地に基つき、相隣関係を規律する趣旨」*387なのだという。これについて、「公法・私法二元論の克服」をめざす立場に立って書かれた行政法の教科書は、建築基準法65条に必ずしも包摂されない相隣関係法が保護する利益を認める立場である非特則説を批判しつつ、「非特則説のように二元論を前提とした思考方法は、結果として建築基準法65条の意義を極めて乏しいものとしてしまう。そうした前提を離れて、建築基準法65条の趣旨を探求するならば、都市部における効率的な土地利用（つまり接境建築）のために民法規定を修正する趣旨の特別法規定と解釈される」*388と説明する。

しかし、「土地の合理的ないし効率的な利用」もしくは「都市部における効率的な土地利用」が、なぜ、あらゆる場面で、相隣関係法が実質的に担保する日照、通風、プライバシー等の利益に当然に優先するのかは、必ずしも明らかではない。また純粹に防火を目的として適用地

*387最高裁平成元（1989）年9月19日判決、民集43巻8号955頁以下、『判例時報』1327号3頁以下、『判例タイムズ』710号115頁以下

*388前掲・大橋（2009年）79頁。

域を決定している、建築基準法65条の現在の運用とも一致しない*389。ここには、二元論を放棄したのだから、そのコローラリーとして、特別法たる公法が当然に優位するかの理解が見られるが、本論での検討を前提とすれば、必ずしも「非特則説のように二元論を前提とした思考方法」に立たなくとも、建築基準法65条があらゆる場面で民法234条に優位すると結論する必要はない。特則説、非特則説のそれぞれにおいて採用されている公法・私法の関係論のいずれでもない、基本的原理を共有する一般法と特別法のあり方を、まちづくり法においても想定することができれば、建築基準法65条の趣旨を、民法234条を没却しない範囲で認めれば十分なはずである*390。少なくとも、建築基準法65条の適用にあたって相隣関係法の保護法益の位置づけの検討を欠いているのであれば、現在の実務慣行の下でも、その規範性を疑わしいものと判断する余地があろう*391。

第2部、第3部で検討してきたイギリス法との比較は、以上のとおり、第1部で主に述べてきた、まちづくり法の全体構造の再定位にむけて、一定の意義を有すると考えられるが、それを成し遂げるには、以上の各点をふまえて、今後のまちづくり法の展開についての実態的研究をはじめとしたなお一層の研究が必要となる。本論がその出発点となることを願う。

以上

*389 鶴野和夫『都市開発と建築基準法』改訂増補（清文社・2002）294～310頁は、「なお、東京都23区のなかで、千代田区、中央区、新宿区、港区、渋谷区、文京区、豊島区、台東区、墨田区、江東区、荒川区は、その区の全域が防火地域または準防火地域に指定されています。」（同書307頁）と述べつつ、実務においては、必ずしも効率的利用が要請されない住居専用地域などにも、防災上の要請から防火地域・準防火地域指定がおこなわれていることを指摘する。

*390 なお、「此の所民法入るへからす」の思想を未だ残す現行民法典が、概して「基本的原理を定める一般法としての地位を有している」といえるかについては、なお検討の余地がある。

*391 多くの実務上でそう行われているとおり、第一種および第二種低層住居専用地域においては、建築基準法54条に基づき、あるいはその他の箇所については必要に応じて地区計画を定めることで（同法68条の2）、敷地境界線からの外壁の後退距離を定める必要があろうし、そのような規制を併せて行うことを、たんにしなかった場合には、そこに「都市部における効率的な土地利用」を追求しようという趣旨を読み込む必要はなく、むしろ行政の不作为責任が問われて然るべきである。