

早稲田大学大学院法学研究科

2010年2月  
博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「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」

申請者氏名 小川祐之

主査 早稲田大学教授  
副査 早稲田大学教授  
副査 早稲田大学教授  
副査 早稲田大学教授

戒能通厚  
秋山靖浩  
糊澤能生  
田村達久

## 小川祐之氏学位審査請求論文審査報告書

2008年3月31日早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程を満期退学した小川祐之氏は、2009年11月6日、論文「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」を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、課程による博士（法学）（早稲田大学）の学位を請求した。下記の四名の者はこの論文を審査してきたが、2010年2月15日、その審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

### 一、 本論文の構成と内容

本論文は、日本各地にみられるまちづくり運動と、それが法律学に提起する論点を受けとめつつ、まちづくりに関わる法の全体構造を、伝統的な私法公法二分論の枠組みを越える新たな視点から捉え直すことを課題とし、この課題をイギリスの都市計画制度の歴史的形成に即して、比較法学的方法により遂行しようとするものである。

本論文の構成は、以下のとおりである。

#### 第1部 まちづくり法の全体構造の把握に向けて

##### 1 はじめに

###### 1) 土地所有権の「絶対」とまちづくり運動

##### 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) Huntres 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

各部の概要は次のとおりである。

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」の役割と限界が検討されている。

まず日本のまちづくり法の歴史的展開が、私法の活用を許さないような環境を作り上げてきたことが指摘される。イギリス（イングランド）法を比較対象としてみたとき、ニューサンス法や制限約款といった、人と人の関係に関する法と、物に関する法を媒介するための法的手段が、日本においては全くといって良いほど発展しなかった。イングランドでは、これらの「私」法的手段が、1909年にはじまる「公」法による都市計画システムに先だって、歴史的に存在してきたことと対照的である。ほとんど公法にのみ土地利用調整を任せている法制度の下で、その公法の規制緩和が行われれば、人びとのあいだに法的関係がなくなるのは当然である。そこで、こうした近年の規制緩和政策の下で、人びとの関係を法的に捉え直すために私法を活用することの可能性と限界が、研究されねばならない。

私法活用の可能性に関する先行研究として、イギリスの制限約款を基礎とするアメリカのCID(Common Interest Development)や、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」のための制度設計としての「私法的制度の活用」(例えば一般社団法人)提案が取り上げられ批判的に検討されている。

また著者は、まちづくりでの私法の活用が、「公法」のあり方そのものにも影響を与えることを確認し、そのような公法を含んだ新しいまちづくり法の全体構造を、三層構造として把握しようとする。即ちまちづくりは、「社会の価値判断が固まり法規範となった」第一層と、「社会の価値判断により規範形成がなされる」第二層、これが組み込まれる形で「公」的・政治的決定による価値判断が形成される第三層からなるものとして分析され、同時にこの三層を動的に関連付ける体系が構想されている。

第2部では、イギリス都市計画制度の中核を占める「計画許可制度」成立の歴史的背景

を振りかえり、イギリス都市計画制度の最大の特徴といえる地方政府の裁量権が、大土地所有貴族による「私人の都市計画」を地方政府が継承して成立したものであること、したがって地方の自律性を基礎としていることを明らかにしている。

都市計画制度の歴史が、先の三層構造論を念頭に置きつつ分析される。すなわち、相隣関係にかかわって発展するニューサンス法が、まず分析対象とされ、次にロンドンの土地貴族所領で展開された私人による「都市計画」が分析される。王権を基礎とした布令による開発コントロールが絶対王制期に一端頓挫した後、市民革命を経て貴族的大土地所有へ絶対的権利が付与され、大土地所有貴族は、自らの所領開発を、専門の建築業者に委ねる。その際に定期不動産権（リースホールド）契約が締結され、土地所有者側から開発地の規制内容として「制限約款」(restrictive covenant)が付された。これが「私的な都市計画」として機能した。さらに産業革命の展開とともに地域的法律がこれにとってかわるようになることが紹介され、この地域的法律による都市計画の限界から、1840年代になって public health（公衆衛生（公衆保健））という概念による計画と行政主体の両面の変動がもたらされる経過が辿られる。著者はここで中央・地方政府の関係の変化とともに、地方の自律性を特質とした両者の関係は、条例を媒介とした規制によって、中央政府、地方政府、私人たる所有者、開発業者の関係が裁判所への上訴権という形で段階的な発展を見せると分析する。

第3部では、ニューサンス法と都市計画の関係について、20世紀後半の判例形成が分析される。ニューサンス法と都市計画は、歴史的に密接な関係を有するものとして展開してきたが、ニューサンス訴訟においては、ニューサンス法と計画許可のあいだに、なお一定の切断面が見られた。他方、計画許可制度は、基本的価値をニューサンス法と共有しながらも、さらに「アメニティ、利便性」をも確保すべく、すなわち現状の維持だけでなく、積極的な環境創造をも担ってきたことが分析される。裁判所も、この方向性において、都市計画を担う機関（＝地方政府）がおこなう活動の自由を確保してきたが、ニューサンス訴訟では、それは、この方向性においてのみ許されると判断されたことが指摘される。筆者はこれを、「行政決定の結果として、私的権利を消滅させること」に慎重な、「司法部の支配」の伝統の現在における再確認と評すると同時に、他方において、ニューサンス訴訟においてみられるニューサンス法と都市計画のあいだのこの「切断面」は、両者が歴史的に密接な「連続面」を有しているからこそそのものであったとする。

裁判所も、この方向性において、都市計画を担う機関（＝地方政府）がおこなう活動の自

由を確保してきたが、ニューサンス訴訟では、現状の維持を超える諸個人の権利の制限は、この方向性においてのみ、すなわち、個人の権利としては認められない都市計画を担う機関を通じて、という方向においてのみ許されると判断されたことが指摘される。ニューサンス訴訟が諸個人の権利の制限という内容を含みつつも、それが直ちに「公共の利益」のための諸個人の権利の制限という方向に行かない、というニューサンス訴訟の流れがあったのである。

筆者はこれを、「行政決定の結果として、私的権利を消滅させること」に慎重な、「司法部の支配」の伝統の現在における再確認と評すると同時に、他方において、ニューサンス訴訟においてみられるニューサンス法と都市計画のあいだのこの「切断面」は、諸個人の利益から「公共の利益」の実現という段階に至る法の形成過程において両者が、歴史的に密接な「連続面」を有しているからこそのものであったとする。

終章では、第2部、第3部での検討が、第1部に対していかなる示唆を与えてくれるかについて、その見通しが述べられている。地方政府の第一次的な主体性と、それに対して中央政府は後見的な介入にとどまるという関係が、19世紀の公衆保健改革を経る中で、建築・都市計画規制の分野でも形成されてきたことが第二部で確認された。これに対して日本では、地方政府は、ながらく国の機関委任事務として都市計画を行ってきた中、まちづくり運動が下からの公共性形成を促してきた。日本でも、都市計画が自治事務となっいま、地方政府の位置づけをめぐる日英の違いを確認しておくことが有益だとされる。

またニューサンス法と都市計画が、基本的価値を共有しながらも、それぞれの役割の違いから、その関係を切断する場面が第3部で確認された。この関係を日本に置き換えて考察を進めるとすれば、現在の方向性とは異なるオルタナティブを示すことができるという見通しが語られる。たとえば、まちづくり法に関わるいわゆる接境建築に関する建築基準法65条と民法234条の関係について、公法私法一元論を採用して都市部における土地の効率的利用を、民法相隣法が保護する利益に優位させた最高裁判決に対しては、必ずしも旧来の公法私法二元論に立ち戻ることなく、両者の切断と連続の新たな法理の形成により、批判することが可能となるとする。

## 二、 評価

1 .本論文は、「まちづくり」という住民の主体的地域形成活動を出発点として、都市法を、私法と公法の二元的構成を超えた新たな次元で再構築するという、スケールの大きな理論

課題に取り組もうとする点に最大の特色がある。その際、私的所有権の自由を公法的規制により制約するという従来型の都市法形成に対し、「私的領域における公共」の観念に立脚した私法的公序形成の可能性を追求しつつ、同時にその限界を見定める中で、「まちづくり法」という新たな法体系を構想しようとする着眼点は、高く評価される。

都市開発関係法の規制緩和と、一定の分権化傾向のなかで、私法的要素の欠落を克服しようという動向が「まちづくり」をめぐる我が国の法理論や判例において看取される。こうした背景のなかでの本研究は、時宜を得たものでありその意義は小さくない。

2. 土地利用調整法に関係する私法を検討する際に留意されるべき論点として、「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」という四つの問題が提起されている。これらは、私法（民法）の活用の際に検討されるにとどまらず、公法学（とりわけ、「まちづくり」行政にかかる法＝行政法学）においても改めて考え直すべき論点であり、私法・公法のいわゆる「協働」のあり方に関する理論を深めるうえで重要な視座を提示してくれるものと思われる。

また「まちづくり法」の三層構造の体系は、同時に近年の私法公法一元論に関する理論展開を踏まえ、これを前進させようとする意図をもつものであり（例えば広中俊雄教授の財貨秩序と人格秩序二元論の克服）、学界での議論に一石を投じるものともなっている。

3. 本論文のもう一つのメリットは、私人間の私的合意のレベルから公共性に根拠を置くべき「都市計画」のレベルにいたる複合的規範の生成過程を、イギリスを事例として具体的に検証していることである。都市計画制度における開発計画許可制度の生成史と、都市計画以前から日照、採光、通風、騒音、悪臭等からの利益保護に重要な役割を果たしてきたニューサンス法を分析対象としている。私的レベルから公共性への規範生成プロセスが、具体的に豊富な事例を通じて解明されており、きわめて説得力がある。

19 世紀に民主主義を原理とする地方政府が登場すると、規制の合理的根拠だけでなく、その民主的正統性が求められるようになるとともに、アメニティという複合的概念が都市計画法に重要な位置を占めるようになる。著者はここで、都市計画における審美的要素を示唆し、その決定権者の正統性の問題を示唆する。我が国現代における「まちづくり」において論争点になっている美観や専門家の役割といった視点が、歴史分析にも生かされており興味深い。

4. 第3部の主題は、「都市計画法制」とニューサンス法の間の「連続と断絶」の関係である。この課題設定には、「まちづくり法」の再定位において核となる、公法と私法の関係論に一

定の視角を付与しようとする意図がある。

1909年、1947年の都市計画関連法をあげたのち、著者は、1990年代以降の判例を検討する。判例が、ニューサンス訴訟を都市計画法上の開発計画許可との関係で位置づけると、私人間の問題と、地域的公共性との相克のみならず、私的合意もしくは行政主体の決定の正統性が問題となる。それ以上に、裁判所が介入するという問題が存在する。ここでの著者の判例分析は独創的である。ことにニューサンス法は、トRESPASS訴訟から派生したため行為者の主観的要素を問題にしないが、計画許可主体の地方政府は、ネグリジェンスによる責任をその裁量的判断について負うべき場合が生じる。つまり、ニューサンス法との断絶面が示唆される。裁判所が、中央政府・地方政府のこの政策的判断、実戦的判断、裁量的判断における主観的側面にどう関わるかは、簡単な問題ではない。計画許可の判断において「考慮すべき」事項のすべてが地方政府の裁量の範囲であれば司法の出番はない。しかし裁判所はニューサンス法の保護法益の独立性に回帰することができる。ここで著者によるイギリスの都市計画法制の分析結果が生きてきて、イギリスにおける私法的関係と公法的関係、つまり私人間の関係から始まった私法的都市計画と都市計画法制という公法的関係との連続面が浮かび上がってくることになる。実にダイナミックですぐれた考察である。

5．しかし本論文にも、疑問点や明確でない点がないではない。

私法・公法の両面から総合的に検討することになる「まちづくり法」という領域を自ら設定しながら著者は、「土地利用調整法」に限定して「まちづくり法」を論じる、としている。このこと自体は、研究の手順としては首肯しうるものの、その前提として、まちづくり法の「全体構造」の「現状」について、適切な把握がなされているか、またそのような限定により、「全体構造」の「再定位」の方向を示すことができるのか、について疑問なしとしない。かかる限定をすることとしても、まちづくり法の全体構造の「現状」がもう少し呈示されることが必要ではなかったか。

まちづくり法の全体構造の「現状」あるいはその「再定位の方向」を分析するために、中央・地方（ないし、国・地方公共団体）間関係の視角から論ずるのであれば有意義であると思われるが、本論文では、イギリス法におけるそれはともかく、少なくとも比較対象の一方である日本法におけるその考察は行われていない。

また「日本における土地利用調整私法の特殊性」として「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」と指摘しているが、イングランド（イギリス）法



史の詳細な分析に比し、日本の歴史的経緯に関する分析が十分になされているとは言い難い。

さらに著者が提起する第1層と第2層の区別において、第1層（「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」）がいわばミニマムなまちづくりを担い、第2層がそれに上乘せをするというような捉え方があるように見受けられるが、第1層は、そこまで固定的・硬直的ではないように思われる。例えば、第1層の不法行為法では、判例による柔軟な法形成が行われ、まちづくりに関わる権利ないし利益が新たに生み出されていること（日照や景観など）に鑑みると、このような把握の仕方には疑問も残る。

最後に基本的な問題として、日本のまちづくり法制の構想に、イングランド法とその歴史の分析がどうかかわるか、という論点が残されたままである。都市計画とニューサンス法との微妙な距離感・関係、切断面に関するイギリス法の動向は、日本法においても、生活妨害を理由とする差止め、損害賠償請求において都市計画等の決定をどのように考慮するかという問題についての解釈論の参考になりうる、と考えられるものの、解釈論における利用可能性のレベルを越えて、あらたな法体系の構想というレベルで、法の歴史の比較理論を、現実の、ことに現代の課題にいかに関用するかについては、なお結論が留保されていると言わざるを得ない。今後に残された大きな課題である。

6. しかしながら、本論文が持つ以上の難点も、まちづくり法の総体的比較分析を目指そうとする上で、時間をかけて克服されるべき性格の問題であり、博士論文としての評価を減ずるものとはいえない。

### III 結論

下記審査委員は、本論文の提出者が課程による博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものであることを認める。

2010年2月15日

#### 審査員

	早稲田大学教授	秋山靖浩
主査	早稲田大学教授	戒能通厚
	早稲田大学教授	棚澤能生
	早稲田大学教授	田村達久