

ブックレビュー：芝池義一／見上崇洋／曾和俊文『まちづくり・環境行政の法的課題』
(日本評論社、2007)

本ファイルは、法律時報 80 巻 10 号(2008.9)に掲載していただいた拙書評の草稿段階のもので、公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

I はじめに

本書は、「まちづくり・環境行政」分野に関する 2 年余の共同研究のまとめとして発刊された。共同研究の中心となった芝池義一による序章「まちづくり・環境行政の法的課題」では、(1)「まちづくり行政に環境の保全・形成の要素を持ち込み、それを強化していくこと」(4 頁)¹、(2)「まちを含む環境の公益性性格」に対応した「都市環境への公的関与の不可欠性」(7 頁)という本書全体の問題意識が示された上で、全 22 編の内容の簡潔的確なまとめが既になされている。そのため以下では、都市法を主たる研究課題の一つとしてきた評者が各論文から何を学んだかを、恣意的に設定したキーワードに即して述べていくスタイルをとることをお許し頂きたい。

なお、「はしがき」では、本書の想定読者として、(1)「『まちづくり・環境行政』に取り組んでいる市民あるいは国や地方公共団体の職員」(2)「法科大学院などで行政法学を学ぼうとしている学生」があげられ、教科書としての利用を想定した構成上の工夫がこらされている。即ち、第2編の各論文は「1 現状と課題 2 現行制度 3 従来の考え方 4 分析と展開 5 今後への提言」という構成がとられ、予備知識が乏しい読者も、順を追って理解しつつ、判例・学説の到達点と筆者の見解を展望できるようになっている。都市法についてのまとまった教科書、特に行政法に軸足を置くそれが少ない²中で、本書の教育上の有用性は高い。

II まちづくりにおける保全と創造

(a)序章冒頭で芝池は、「まちづくり行政」という語が、「価値中立的な観念ないし課題設定ではなく、『まち』を『つくる』ことの対象として捉えるという意味合い」をもち、「その反面として、保全の要素は軽んじられるおそれがある」(3頁)と指摘し、それに対抗すべく、「環境の保全・形成」(「景観などの古きものの保存」「人々の生き生きとした生活(の)保全」)の重要性を強調する(4 頁)このような問題意識は、「まちづくり」と「環境」を一冊で扱う本書全体のモチーフともなり、各論文に一貫した視角を与えている。

*本稿は、同書出版記念の書評会(2007 年 11 月 17 日京大会館)における評者の報告に基づく。

¹以下同書からの引用は頁数のみで示し、敬称は原則として省略する。

²五十嵐敬喜『都市法』(ぎょうせい、1987 年)の問題意識は今日なお新鮮であるが、行政法的側面に必ずしも重きを置いていない。ヴィンフリート・ブローム＝大橋洋一『都市計画法の比較研究』(日本評論社、1995 年)の日本法部分は概観性が高く有用だが、その後の法改正に対応していない。諸制度の簡潔な解説と基本データに関しては、『都市計画ハンドブック(2006 年版)』(都市計画協会)の利便性が高い。論文集として、原田純孝編『日本の都市法 I,II』(東京大学出版会、2001)があり、また、建築基準法の大家による金子正史『まちづくり行政訴訟』(第一法規、2008)が最近刊行されている(脱稿後、安本典夫『都市法概説』(法律文化社、2008)に接した)。

もともと、近時の実践的用法に定位する限り、「まちづくり」という語が「保全」を軽んじているとは必ずしも言えない。田村明は、次のように述べる。

「美しい景観への活動は、法に先行し、法を超えた市民や自治体の自発的な発想と実践のもとに行われた。この一連の動きを総称して、従来の官庁型の都市計画に代え、『まちづくり』という市民用語が用いられるようになった。法律に基づく『都市計画』が、市民や自治体を軽視し、中央集権的なハード優先の官庁計画であったのに対して、地域の個性や歴史を尊重し、市民や自治体中心に行われるハード・ソフトを含む総合的な活動である。」³

ここで強調されている(i)総合性(ii)ソフト面の重視(iii)「官製都市計画」への批判的視点こそが現代的「まちづくり」運動の基調と考えられる⁴。曾和俊文「まちづくりと行政の関与」(第1編第1章)も、「一定地域に人々が住みついて『まち』ができ、その住民が相互に協力して『まち』のあり方を形成するという、自然発生的なものを「まちづくり」の「原点」(21頁)ととらえる。野呂充「地方分権とまちづくり」(第1編第2章)も、「まちづくり」概念は「ハードな基盤整備のみならずソフト面も含む総合的な地域づくり」「住民が地域づくりにいかに関与するかを視野に入れる」とする(44頁)⁵。

(b)もちろんこのような用法のみを超歴史的に絶対化することはできない⁶、80年代から急速に進む「まちづくり」の使用頻度の増大⁷は、用語の含意に関するコンセンサスを失わせしめる方向に働くことも予想される。保全と創造の関係および行政と市民の関係に関わる総論的把握を改めて問い直す必要がある。

今日の環境行政においては、利害対立の複雑性が一層意識される。黒川哲志「都市における緑地の保全」(第2編第16章)が現状凍結的緑地保全制度について、「都市全体に関わる政策を、土地利用の現状凍結という形の緑地所有者の負担によって実現させる点で、負担の公平の見地からは議論が残る」と指摘する(332頁)のも、複雑性の一端を示している。

³ 60年代・70年代初頭からの鎌倉や妻籠の景観保全活動についての記述である。田村明『まちづくりと景観』(岩波書店、2005)104頁。

⁴ 参考、見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』(有斐閣、2006)2頁。

⁵ 用語「まちづくり」に関する渡辺俊一らの一連の文献研究参照。杉崎/高橋/伊藤/渡辺/小泉「用語『まちづくり』の成立過程(1945-1975)」日本建築学会大会学術講演梗概集(1997)537頁、渡辺/杉崎/伊藤/小泉「用語『まちづくり』に関する文献研究(1945-1959)」都市計画論文集32号43頁、神戸/伊藤/渡辺「都市計画分野における「まちづくり」の展開過程」日本建築学会大会学術講演梗概集(1998年)167頁。同研究によれば、「現代的用法」の原型になったのは、京大西山研による住民運動の調査研究を踏まえた70年代初頭の広原盛明らの定義である(参照、広原「住民主体のまちづくり運動論」ジュリ492号271頁)。

⁶ 杉崎他・前掲注(5)537頁によれば、60年代頃までは「まちづくり」が新生活運動などの官製運動のスローガンや、区画整理・都市再開発など「ハード面での『まち』をつくっていく」ことの直接的表現としても使われることがあった。

⁷ NDL-OPAC(<http://opac.ndl.go.jp/>)で、タイトルに「都市計画」「まちづくり」を含む和書を出版年毎に検索した(2008年4月14日)結果は以下の通り。80年代から90年代にかけて頻度が逆転する。

	都市計画	まちづくり
1945-1959	36	0
1960-1969	70	5
1970-1979	161	34
1980-1989	407	313
1990-1999	395	845
2000-	365	997

評者自身は、居住に伴い形成された生活関係を重視する立場から財産権の「現存保障」を強調する⁸が、同時に、明確な伝統的市街地像を必ずしも有しない日本の都市においては、まちの価値について絶えず見直す必要がある。野呂・前掲論文が指摘するような都市化社会から都市型社会への変容によって、その必要性はさらに増大する。ボトムアップ型の意思形成(42-43 頁)を重視した上で、保全と創造の交錯、その緊張と均衡が課題となる。2004年成立の景観法2条5項が「良好な景観の形成は、現にある良好な景観を保全することのみならず、新たに良好な景観を創出することを含む」とするの、このような観点から理解できる。佐伯祐二「景観法・景観条例」(第2編第15章)が述べるように、自治体には「その領域内のどの範囲で、どのような景観の維持・誘導を行うべきか、コンセンサスの確認又は形成」(316 頁)を図ることが求められる。

(c)かつて芝池義一は、行政権制御理論における「行政・国民対抗論という見方と行政・国民同質性論という見方の自覚的な接合、すなわち行政権の統制論と行政活用論の自覚的な接合」の重要性を説いた⁹が、「官製都市計画」へのアンチテーゼとしての用語「まちづくり」をめぐる認識・実践両面における緊張関係もその一局面といえよう。

山下竜一「循環型社会の形成とまちづくり」(第2編第14章)は、現行制度を、排出者としての住民に経済的負担を課すことで大量消費を転換しようという「手段論」に偏し理念論が不十分と批判し、住民の「より大きな役割が与えられるべき主体」としての側面を強調する。大田直史「まちづくりと住民参加」(第2編第5章)は「反対運動や抵抗としての意味だけではなく、より建設的な内容をもったものとして展開されるようになってきている」(156 頁)住民参加の現状を踏まえ、具体的な制度設計を論じる。そして、住民参加の二つの見地—「権利利益防禦の必要性」と「行政過程における民主主義の保障」—について、「いずれかの要素だけを持つ手続は実際には存在しない」と指摘した上(157 頁)で、それぞれの見地から要求される手続を検討している。この二つの見地の区別と相互交錯もまた、「保全と創造」に関わる。「防禦」されるべき「権利利益」を土地所有権その他に限るか、それとも景観保全等により生じる土地の付加価値、あるいは居住に伴う生活利益などにまで広げるかという点が参加適格者の範囲に関わってくるが、それは、従来の地域像の「保全」にかかる利害関係者の抽出作業である。そのような作業と、地域の「将来像」の「創造」に関与する権限を与えられるべき主体の確定作業とは、密接に関連しつつも、同一とは言えない。

III まちづくりにおける空間と時間

(a)見上崇洋「規制緩和とまちづくりの課題—総合設計を素材として」(第1編第4章)は、都市法における規律の対象としての「地域空間」をめぐる利益の重層性を強調する¹⁰。都市計画プランナーにはなじみ深い「空間」概念は法律学においては必ずしも一般的ではなく¹¹、むしろ「財産権」と「公益」的規制という二面関係的把握が基本だった¹²。「空間」に着目することによって、物理的連続性に基礎づけられた利用者の相互関係を適切に分析の俎上に載せること、空間が形成されるべき対

⁸ 拙稿「憲法上の所有権?」社会科学研究 45 巻 6 号 1 頁、「経済的自由権」安藤編『憲法 II』(法律文化社、2001) 213 頁

⁹ 芝池「行政法理論の解雇と展望」公法研究 65 号(2003 年)50 頁(60 頁)

¹⁰ 見上・前掲書(注 4)、特に 32-33 頁参照。

¹¹ 法律学における「空間」概念について、拙稿「分権型社会の地域空間管理」小早川編『分権改革と地域空間管理』(ぎょうせい、2000)2-43 頁(3 頁)

¹² 参照、見上・前掲書 58 頁、拙稿「景観保護的まちづくりと法の役割」都市住宅学 38 号(2002)48 頁(54 頁)

象であることを強調することが可能になる。また、そこが人々の生活の場であること、「公共空間」「言説空間」などのイメージと接続する対話の場でもあることもより強く意識される。大田・前掲論文は、空間における相互影響性をひとつの根拠として、住民参加の必要性を説く(161頁)。曾和・前掲論文も、「地域空間という限られた共通の舞台で、相互関連性のある(ある者にとってのプラスの行為が他の者にとってのマイナスの行為になる)営み」という性質を指摘する(27頁)。

都市計画とは、空間を段階的に分節化した上で法的に規律する過程でもある。久保茂樹「都市計画と行政訴訟」(第2編第1章)はこの分節化と争訟制度の関係を的確に整理する。古典的な行政処分を念頭に置いた現行の行政訴訟制度と、都市計画訴訟の諸要請—法的安定性、合一的処理、利害調整、計画化、計画変更—との不整合(85頁)を前提として、確認訴訟の問題点(90頁)と「手続としての争訟」論や客観訴訟としての都市計画訴訟の可能性が検討される(92頁)。規制計画の場合、合一性処理と排他性原則適用の要請は事業計画ほど強くない(95頁)という指摘も重要である。評者自身は、空間利用秩序を「当該地域の空間形成に関する権限と利害についての、地権者相互、あるいは地権者と非地権者住民との間における、調整・分配ルール」¹³ととらえる理論枠組を志向している¹⁴。

(b)「まちづくり」を時間の側面から見る場合、長い時間を要するその性質、言い換えれば事情変更への不確実性が重要である。前田雅子「公共事業と都市計画」(第2編第2章)が指摘する、都市計画事業の遅延と都市計画の変更(113頁)¹⁵は一つの側面である。また、小谷真理「条例による土壌汚染対策」(第2編第17章)が分析する環境リスクとしての土壌汚染対策の問題(337頁)、そして、環境法の最大のトポスの一つとも言える予防原則は、まさに時間的な長さと人間の知識の限界から生じる不確実性への対処手法を問うものであろう。そこでは情報的手法の重要性とそのコスト負担(338頁,350頁)がクローズアップされる¹⁶。

なお、上で述べた空間的な段階的分節化による規律は、それぞれの法的行為が時間軸に沿って、それぞれ異なった時間的スパンを予定してなされる点に着目すれば、時間的な分節化でもある。前田・前掲論文が指摘する(113-117頁)、都市計画決定の法令的側面と行政処分的側面、それと違法判断の基準時との不整合は、このような面から理解することもできよう¹⁷。

IV まちづくりの主体・協議

本書の各著者が強調するのは、まちづくりに関与する主体の多様さと相互調整の重要性である。曾和・前掲論文が指摘するように、まちづくりには、所有者、住民、開発事業者、専門家とNPO、国・地方公共団体などの多様なアクターが参加する。また行政も、規制主体のみならず、公物管理主体、事業主体、資金援助主体、計画主体といった多面性を有しつつまちづくりに関わる(23-32頁)。野田崇「都市計画における協議方式」(第2編第3章)は、地区計画制度や再開発等促進区制度を素材として、自治体・所有者・住民の間の協議を分析する。島田茂「まちづくり紛争解決のシステム」(第1編第3章)は、地域住民相互、あるいは地域住民と開発事業者の間の事前調整手続と紛争調整手続を連続的に考察している。

¹³ 拙稿「前掲『都市住宅学』54頁、

¹⁴ 但し後述V(b)参照

¹⁵ 久保・前掲論文 97頁も参照

¹⁶ 参照、拙稿『『公私協働』の位相と行政法理論への示唆』公研 65号(2003)206頁

¹⁷ 参照、拙稿「都市計画の司法統制」都市計画 272号(2008)5頁(7頁)

自然発生的な交渉チャンネルだけでは足りないことが認識されてきたため、自治体が協議や紛争調整の「場」を設定するわけであるが、その際重要なのは、第一に協議の対象の特定と諸当事者の交渉力の調整であり、第二に、協議の土俵を設定する共通の目標・考慮要素などを示すことであろう¹⁸。島田・前掲論文が分析する「住民参加によるローカルルール」(62 頁)の法的強制力に限界があるとすれば、交渉の枠組みを形作るソフトなルールとしての意義がむしろ重要になる。

他方で協議の意義に対する制約要因も見据えなければならない。野田・前掲論文は、再開発等促進区制度において『市街地像』を決定づけるような開発の基本構想は、開発事業者が既に自己の事業計画として決定しているはずである。……事業計画の採算性を支える根幹的部分……までも協議の対象とすることは、開発事業者にとって困難」と鋭く指摘する。都市型社会における目標設定の重要性にも関わらず、自治体にとって現実にはイエスノーの選択しかないのである(127 頁)。また、マスタープランによる「協議」の枠付けの限界も正しく指摘されている(135 頁)。

V まちづくりへの参加と「権限配分」

(a)住民参加を主題とする論文が6本あり、本書の「最大派閥」になっている。西田幸介「計画策定手続と参加」(第2編第6章)、金敏祚「韓国の都市計画策定過程における住民参加」(第2編第10章)は、早期参加の制度化の重要性を強調する(177 頁、240 頁)。他方で、小田直樹「条例に基づく住民投票」(第2編第7章)が検討する住民投票は、むしろ一連の過程のかなり遅い段階で、「二者択一式」の選択肢に絞られてはじめて有意義たり得る(201 頁)。まちづくりの過程の各段階における住民参加の異なった位置づけを踏まえた検討が深化されなければならない。金・前掲論文は「計画段階別の住民参加の運営計画」の必要性を説く(240 頁)。大田・前掲論文が的確に整理(155 頁)するように、住民参加には(ア)行政による何らかの決定過程への住民の参加(イ)住民によるまちづくりについての合意形成の過程、(ウ)住民の協働による行政の実施・執行の3つの意味内容があり、区別して論じられねばならない。

中国韓国における住民参加に関する比較法的検討(朱芒「中国の都市計画策定における市民意見の聴取」(第2編第9章)、金・前掲論文)も、本書の重要な貢献である。東アジアにおける行政手続法・情報公開法・行政争訟制度における相互参照¹⁹は既に活発であるが、都市計画制度・住民参加制度の相互参照も将来の分析課題になる。ただし、基本的な法制度上の文脈の相違に加え、まさに地理的要素・社会学的要素が大きく影響を与えうるこの分野では、他国の制度の単純な輸入が期待された効果をもたらさないことも多いかもしれない。

(b)小見出しで評者が用いた「権限」という語は、前述の「当該地域の空間形成に関する権限と利害についての……調整・分配ルール」という把握を前提とする²⁰。現行法の基盤となっている土地所有権を軸にした空間の分割は、空間形成権限を第一次的に土地所有者にわりあてるものに他ならない。評者はこれまで、そのことを浮き彫りにするイデオロギー批判的作業に主軸を置いていたが、今後、財産的権利、あるいは「権利」言説一般が有する機能の再定位も必要となる。

稲森公嘉「福祉のまちづくり」(第2編第4章)は、従来の「都市計画的アプローチ」による「福祉のまちづくり」立法の限界を踏まえ、差別禁止法的「権利論的アプローチ」の必要性を説く。移動の

¹⁸ 参照、拙稿・前注(12)、54 頁

¹⁹ 「相互参照」に関しては伊藤修一郎『自治体発の政策革新』(木鐸社、2006)

²⁰ 参照、石川健治「空間と財産」公研 59 号 305 頁(309 頁)、「空間形成への参与権」

確保は現状では裁判規範ではないとしても、「立法ないし政策策定規範としての権利である」(152頁)とされる。個人の尊厳に関わるかかる領域では、空間形成の「権限」よりも個人の「権利」が前面に出るべき局面が存在することは否定できない。

朱・前掲論文は、財産的利益の主体による公聴会への参加(=権利防禦参加)が、行政との対立関係を通じて、「行政運営の措置」から「市民参加」への発展の芽を含むと指摘する(232頁)。**磯村篤範「まちづくりへのPFI導入と住民参加」**では、PFIの事業実施過程における、自治体と民間事業者との協定に基づく住民参加(211頁)が検討されているが、これも権利防禦参加的性格が強いと思われる。

(c)法律と条例の関係を中心的課題とする「分権と集権」の問題は、上記の「調整・分配ルール」の決定をめぐる二次的ルールの問題と位置づけられる。南川和宣「条例による土地利用規制」(第2編第18章)は、法制度設計において国法上の制度の利用を優先する「メニュー主義」の限界を踏まえ、近時の学説において展開されている「標準法」「標準設定」論²¹も踏まえながら、自主条例・法定条例²²それぞれの法律との関係、両者の結合の可能性を検討する。

北村和生「ラブホテル等の近隣迷惑施設をめぐる諸問題」(第2編第11章)、岩本浩史「産業廃棄物処理施設に対する自治体による規制」(第2編第13章)は自治体が直面する現実の課題に即して、法律と条例の関係を考察する。北村論文は、建築規制条例と法令との抵触の有無について、「対象拡大型」条例と「地域拡大型」条例に分け、適法性と制度設計を検討する。近隣迷惑施設が住環境に与える影響の相対的な大きさを規制根拠と捉え、地域特性と関連することから住民参加の必要性が説かれる(255-256頁)一方で、業者の救済手続(257頁)や実効性確保の問題(258頁)も考察される。岩本論文は、水道水源保護条例の適法性を中心に考察し、徳島市公安条例最判²³の定式の理解に関する「二段階基準説」と「単一基準説」の対比を強調した上で後者の立場をとる²⁴。また同論文は、装置・システムの設計に関して用いられることが多いフェイル・セーフの考え方を立地規制に応用することを試みているが、その意義と射程についてなお検討を要しよう。

(d)野呂・前掲論文は、第一次地方分権改革を中心にしたサーヴェイ的論文である。評者の拙い仕事も含む諸文献を簡潔的確に位置づけた上で、明快な整理がなされる。その上で、中心市街地活性化などをめぐって今日現れている分権の限界²⁵をどう評価するかが、今後の理論的課題の一つとなろう。評者自身は、従来認知的先導性に係る狭域的単位の優位を強調し、住民・基礎自治体・国の関係をいわば同心円の構造において捉えていた²⁶が、今後はむしろ各単位の認知・行動能力の構造的な相違を踏まえた再検討の必要性を認識している。

VI 公益・個別的利益・潜在的住民？

²¹北村喜宣『分権改革と条例』(弘文堂、2004年)、斎藤誠「分権時代における自治体の課題と展望(上)」ジュリスト1214号23頁、櫻井敬子「自治事務に対する法令の制約について」自治研究77巻5号68頁

²²同論文は、従来の「委任条例」に替えてこの語を用いる。

²³最大判1975.9.10刑集29巻8号489頁

²⁴「二段階基準説」は、法令と条例の目的が異なる場合であってもなお「法律の目的・効果を阻害」するか否かの判断が必要であり、阻害されている場合は違法とする考え方であり、「単一基準説」は、両者の目的が異なっていれば直ちに法令の「目的・効果を阻害しない」ことになるという考え方であるとされる(岩本・283-284頁)。なお、松本英昭『逐条地方自治法(第4次改訂版)』(学陽書房、2007)162頁は、趣旨・目的が異なる場合は「原則として」法令に違反せず、目的・効果を「特に阻害するような場合」は例外という立場をとる。

²⁵参照、拙稿「条例制定の法的課題と政策法務」ジュリスト1338号113頁

²⁶拙稿「自治立法による土地利用規制の再検討」原田編『日本の都市法II』(前掲注2)321頁(326頁、330頁)

(a)まちづくりをめぐる公益と私益の問題に触れる。抗告訴訟の原告適格に関連して、一定の利益が「一般的公益の中に吸収解消」されるのか、「個々人の個別的利益」としても保護されているかが論じられた。湊二郎「マンション紛争と行政訴訟」(第2編12章)は、周辺住民の「居住環境利益」のうちで判例上個別利益性が認められるのが日照だけで、通風・採光・眺望・プライバシーについては認められないことに批判的である(272頁)²⁷。この点、小田急訴訟最判²⁸が事業により「騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者」に原告適格を認め、「生活環境」という把握を示したことが注目される。国立マンション最判²⁹の「景観利益」ともあわせ、種々のアメニティ的利益へと広がる可能性を示すものとも理解できる³⁰。

(b)公益に吸収されない個別利益性を論じる文脈からは、原告個人への利益の帰属に焦点を当てた「私益性」が強調される。「生活環境」という把握をとっても、結局はそこから原告個人が享受する利益を特定化することになるとすれば、それでどこまでいけるだろうか。野呂・前掲論文は「まちづくり権」を検討しつつ薄井一成の見解を紹介する(53頁)。そこでは「孤立した個人の生き方」と対比されるところの「社会関係を通して自己を形成し、また、社会を構築する生き方」の保護が「まちづくり権」の基盤とみなされる³¹。「近代法の枠組み」³²をここまで相対化できるかについては慎重な検討が必要であろう。しかし、例えば国立マンション事件を契機に展開された「互換的利害関係論」や「景観共同形成型」³³という把握では、一定の生活利益の個人による「享受」という枠組みを超える要素が何ほどか含まれるのではないだろうか。評者も、「地域空間の歴史的形成過程」と、日常景観と結びついて「紡ぎ上げられた住民の生活関係」に着目してきた³⁴。

(c)福井秀夫は、国立マンション事件を契機とした論稿において、開発事業者の「エンドユーザーたる潜在的住民の利害代弁者」³⁵としての役割を強調する。開発事業者の利益＝資本の論理、住民の利益＝人格的利益といった二分法的見方の欠陥を指摘する点で鋭い議論である。他方、「都市空間は、たまたまそこに財産権を持ったり、居住したりしている人だけのものではなく、本来広く国民の公共的財産」とした上で、「狭い区域の既得権者のみのバイアスのかかった政治的判断のみに土地利用が翻弄される」ことを批判する論旨³⁶は、潜在的住民の利益＝公共性、既存住民の利益＝地域エゴという趣旨だとすれば、やや行き過ぎのレトリックではなかろうか。野田・前掲論文は、この議論に対し「経済活動はすべて、それが市場秩序の一部を成しているという意味では、『公益』のための活動ともいえる。つまり、『大状況』のみから開発事業者の利益の性質を導くことはできない」(129頁)と的確に指摘する³⁷。とはいえ、福井の論旨に本格的に応答するためには、法と経済学の問題提起を踏まえた上で、法による「利益」の保障のあり方—例えば、帰結としての個別

²⁷評者もかつて、「さまざまな居住生活利益のうちで日照だけを健康に関わるものとして特権化することが妥当か、疑問の余地がある」と述べた(「判批:最判2002年3月28日」法学教室267号131頁)

²⁸ 最判2005.12.7民集59巻10号2645頁

²⁹ 最判2006.3.30民集60巻3号948頁

³⁰ 拙稿「まちづくり・環境訴訟における空間の位置づけ」法時79巻9号(2007)28頁(32頁)

³¹ 薄井『分権時代の地方自治』(有斐閣、2006)212-213頁。

³² 同書213頁

³³ 吉田克己「景観利益の法的保護」判タ1120号69頁。

³⁴ 拙稿「景観保護と司法判断」矢作／小泉編『成長主義を超えて』(日本経済評論社、2005)257頁(262頁、267-269頁)

³⁵ 福井秀夫「景観利益の法と経済分析」判タ1146号(2004)67頁(68頁)。

³⁶ 福井前掲・68頁、70頁。同論文では「蜘蛛の糸」の比喩も援用される。

³⁷ 見上・前掲論文75頁も、この点を検討する。なお参照、拙稿「建築紛争と土地利用規制の制度設計」63頁注(8)

利益の総和の最大化が法の「直接」の目標たり得るかなど一や、「公益」概念が果たしうる意義などについて³⁸考察を深めていく必要がある³⁹。

³⁸ 参照、芝池義一「行政法における公益・第三者利益」『行政法の争点(第3版)』(有斐閣、2004)12頁

³⁹ 本書はしがきには、「本書の執筆者は、大学院において、あるいは共同研究会において、芝池教授から直接、間接に指導を受けた研究者であり、このような経過からも、本書に芝池先生の還暦をお祝いする気持ちをこめさせていただきたいと思う」とある。私事にわたるが、大学院博士課程でドイツ収用法制を研究対象とした評者にとって、「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立(1)-(3)」(法学論叢92巻1号62頁、93巻2号21頁、93巻4号40頁)は、常に身近においていた文字通り座右の論文であった。的確な制度理解の上に立った法律学的「構成」の確かな意義を常に教えてくれる先生の各業績は、そのような作業を必ずしも得手としない評者にとって、いつも立ち返るべき対象であり続けている。先生の一層のご壮健とますますのご活躍を心より祈念申し上げます。