

# 「公私協働」の位相と行政法理論への示唆 ―都市再生関連諸法をめぐって―

角松 生史

本ファイルは、公法研究 65 号(2003 年 10 月) 200-215 頁に掲載していただいた拙稿の草稿段階のものです。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。

## 一 本報告の課題

今日、行政の様々な領域において「公私協働」現象の意義が強調され、それ自身を標題とする行政法学上の業績<sup>1</sup>も見られる。本稿の課題は、報告者がこれまで研究してきた都市計画・まちづくりの分野に素材をとって、「公私協働」が何を意味し、何を意味しないのかを検証することにある。この作業を通じて、一方では行政法理論の再検討、他方ではこれからのまちづくりのありかたをめぐる示唆が得られれば幸いである<sup>2</sup>。

具体的には、小泉内閣の主要政策の一つとして掲げられている「都市再生」<sup>3</sup>関連諸法にみられる「民間」概念に触れた後(二)、「行政＝情報処理システム」という観点の提示を試みる(三)。その上で、上記の都市再生関連諸法の仕組みの評価とこれからの都市計画・まちづくりのあり方を考える(四)こととしたい。

## 二 都市再生関連諸法における「民間」の位置付け

### 1 都市再生関連諸法

いわゆる「都市再生」関連諸法一第 154 国会で成立した都市再生特別措置法、都市再開発法一部改正、建築基準法一部改正<sup>4</sup>—の原型をなした 2001 年 12 月 4 日の都市再生本部決定<sup>5</sup>は、冒頭に、「現下の経済状況に鑑み、経済活性化に貢献するとともに、構造改革につなげるため、従来の『行政』主導の取り組みから、都市再生の重要な担い手としての『民間』の役割に注目し、その力が最大限発揮できるよう、緊急に制度改革に取り組む」という政策目標を掲げた上で、具体的施策とし

<sup>1</sup> 山本隆司「公私協働の法構造」金子古稀『公法学の法と政策(下)』有斐閣、2000、531-568 頁。

<sup>2</sup> 既に角松「第二報告へのコメント」自研 79 卷 4 号(2003) 28 頁以下で簡単に触れた。

<sup>3</sup> さしあたり五十嵐敬喜/小川明雄『「都市再生」を問う—建築無制限時代の到来』(岩波書店、2003)、都市問題 93 卷 3 号(2002)、都市問題研究 54 卷 6 号(2002)の各特集、大久保規子「都市再生をめぐる法制度改革の特徴と課題—サステイナブル・シティ構築の観点から」遠藤傘寿『現代民法学の理論と課題』(第一法規、2002)685 頁

<sup>4</sup> 2002 年 7 月 12 日法律第 85 号。立案サイドは建基法改正を「都市再生関連法案」に含めていないようであるが、実質的関連性を重視してここであげる。参照、小泉秀樹「地域発意と都市再生」都市問題研究 54 卷 6 号(2002) 47-61 頁(50 頁注(5))。

<sup>5</sup> 「都市再生のために緊急に取り組むべき制度改革の方向」(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/tosisaisei/dai5/5siryou2.html>)

て、「(1)民間事業者の力の発揮による都市再生の推進(2)地域住民の主体的なまちづくりの取組みの推進」の二類型におけるさまざまな政策項目を列挙する。

ここでは、特段の定義なしに示された「民間」概念のうちに、開発事業者・「土地所有者」・「居住者」・「まちづくり組織」等がひとくくりに包括され、それら「民間」の「力を最大限発揮」する都市形成が構想されている。さまざまなアクターの性質や立場の差異は抽象的「民間」概念によって捨象され、それらが非国家的なセクターであるという1点のみが注目される<sup>6</sup>。

## 2 『民間』の活動領域の拡大

「民間」の「力を発揮する」ための仕組みとしてまず挙げられるのは、「民間の活動領域の拡大」である。主として民間事業者の活動に関わるものとして、計画レベルでは(a)都市再生事業都市計画決定提案制度（再生37-41）、事業レベルでは(b)民間都市再生事業計画制度（再生20-35）がある。前者は、都市再生緊急整備地域内における都市再生事業に係る一定の都市計画について、(1)都計法13条その他法令で定める基準への適合と(2)地権者の3分の2以上の同意等を条件として、都市再生事業を行おうとする者<sup>7</sup>が都市計画の提案を行うことができる制度である。提案に対して、都市計画決定権者は6ヶ月以内に判断を下すものとされている。後者は、都市再生緊急整備地域内において民間事業者が「民間都市再生事業計画」の認定を国土交通大臣に申請し、認定された場合金融等の支援を受けることを可能にする制度である。また、(c)再開発会社制度（再開発2の2③）は、施行地区内の地権者の3分の2以上の参画によって設立される株式会社・有限会社に、市街地再開発事業の施行権を認めるものである<sup>8</sup>。地権者やまちづくり組織に主に関わるものとしては、(d)都市計画提案制度（都計21の2-21の5）がある。ここでも法令

---

<sup>6</sup> 「民間」という語の使用自体は必ずしも珍しくはない。法令名中の使用例だけでも「民間都市開発の推進に関する特別措置法」「民間事業者の能力の活用による特定施設の整備の促進に関する臨時措置法」（1987-88年）、「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（PFI法）」（1999年）「民間事業者による信書の送達に関する法律」（2002年）が挙げられる。なお、前二者の背景となった行革審答申の「民活」概念について、「基本的には民間大企業の活力のほか（なら）ない—にもかかわらず、それを個人や家庭・社会諸集団といった一般国民まで含めて抽象的な「民間」概念によって根拠づけている」と既に指摘されていた（晴山一穂「『民間活力の活用』をめぐる諸問題」公法49号(1987)164-176頁（166頁）ところである。

<sup>7</sup> 提案権を有するのは都市再生事業を行おうとする民間事業者のみであり、地権者・NPO等による提案は予定されていない。

<sup>8</sup> 批判的検討として、安本典夫「市街地再開発事業『民営化』の法的検討—再開発会社制度に即して」立命286号（2002）317-352頁。

で定める基準への適合と地権者の3分の2以上の同意が必要とされ、計画提案に対して都市計画決定権者が「遅滞なく」判断するものとされている<sup>9</sup>。

### 3 『民間』の時間リスク軽減

都市再生関連諸法によって強調されるもう一つの要素は「民間の時間リスク軽減」である。まず上記のように、民間都市再生事業計画制度及び都市計画決定提案制度においては、(1)「期限を区切った都市計画決定」という性格が重視された制度設計になっている。また、(2)「規制の事前明示性の確保」も強調されている。典型的な例として、建基法改正による建築確認型総合設計制度の創設があげられる。

建築基準法が従来から定めていた総合設計許可制度（建基 59 条の 2）は、一定規模以上の敷地内に一定割合の公開空地を有する建築物について、容積率制限（建基 52）、絶対高さ制限（建基 55）、斜線制限（建基 56）などの集団規制の緩和を特定行政庁が許可するものである。規制緩和をインセンティブとして、公開空地整備などによる市街地環境の改善を図ることを目的とするが、内容上類似する特定街区制度（建基 60、都計 9<sup>⑧</sup>）と異なり、都市計画決定を要せず簡易に運用可能のため、こちらの方が圧倒的に活用されている。しかし、まさにこの「都市計画決定を要しない」という点に対して、従来から、「元来容積率、高さ制限などは都市計画の観点からの集団規制であるから、建築規制を本来の職務とする特定行政庁より都市計画所管行政庁が判断するのが妥当」<sup>10</sup>という根本的批判が提起されていた。また、法文上は「総合的配慮」「市街地の環境の整備改善」という総合判断的要件が定められているが、実務では総合設計許可準則・同技術基準・各特定行政庁の要綱等により、かなりの程度まで定型的・数値的基準に基づいた運用が行われていた<sup>11</sup>。

建基法改正により創設された建築確認型総合設計制度とは、従来の運用による定型的・数値的な緩和基準を政令化し、また、従来の総合設計許可→建築確認の二段階手続を建築確認のみの一段階手続へとおきかえるものである。これに伴い建築審査会の同意（建基 59 の 2<sup>②</sup>、44<sup>②</sup>）も不要となる。まず容積率については、一定以上の敷地面積及び空地割合を確保する住宅系建築物について、政令で定める算出方法により本来の指定容積率の 1.5 倍以下の緩和を認めている（建基 52<sup>⑦</sup>、施行

<sup>9</sup> 地権者は一人でも提案者となれるが、非地権者たる居住者の場合は、まちづくり組織の構成員としてのみ提案者になりうる。また、いずれの場合でも、提案が都市決定権者によって考慮されるためには、地権者の 2/3 の同意が必要である。都市計画への参加における地権者中心主義は、ここでも貫かれている。

<sup>10</sup> 荒秀「総合設計制度批判」獨協法学 39 号（1994）32 頁。

<sup>11</sup> ただし、福井秀夫「権利の配分・裁量の統制とコースの定理」塩野古稀『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001）403-432 頁（417 頁）は、総合設計制度において処分庁に「広範な裁量を与えられている」ことを前提に議論を展開する。

令 135 条の 14 - 15<sup>12)</sup>。また、斜線制限については、一般的な斜線制限と「同程度以上の採光・通風が…確保される」建築物については当該制限を適用しないものとされた（建基 56<sup>⑦)</sup>「採光・通風」の確保の程度は天空率（天空を水平面に正射影した場合の、全天に対する空の面積の割合、施行令 135 の 5）が指標とされる<sup>13)</sup>。

改正の背景にあるのは、「事前明示性の確保」一専ら民間都市開発事業者にとってのそれであることは言うまでもないが一という観点に加え、1998 年改正で単体規定に導入された「性能規定」的発想の集団規定への導入である<sup>14)</sup>。斜線制限等はあくまで敷地単位の規制として位置づけられ、街並みや都市像との関連性は省みられない。それらは別の制度で対応すべき対象と割り切られる。所管課監修の解説書は、この点率直である。「（建築確認型総合設計制度は）直接に建築物の高さや壁面の位置を規定し整形な街並みを形成する手法とは趣旨が異なり、敷地単位で採光、通風等の低下を防ぎつつ建築計画の自由度を高める観点から合理的な方法を定めるものであり、建築物の形態が不統一となることは否めないものと考えられます。」

<sup>15)</sup>

### 三 情報処理システムとしての行政と「私人」

それでは都市再生関連立法に見られるこれらの公私協働現象は、行政法学の枠組みにどのような示唆を与えるものであろうか。まずは、これまでのアプローチの確認から始めよう。

#### 1 行政法学における「私人」

##### (1) 「私人による行政」

第一に、「私人による行政」現象に対する近年の行政法学の注目である。伝統的行政法学もこの問題に「行政権限の委任」という形で関心を寄せてきたし、視野を広くとれば、公共性を強く有する事業が私人によって営まれる現象を「公企業の特許」としてとらえる古典的枠組みも、着眼点を共有していたといえる。

しかし、「私人による行政」が特に注目されたのは、やはり 1980 年代における規制緩和論・民間化論を受けてのことであろう。公法学会においても晴山一穂<sup>16)</sup>、

---

<sup>12)</sup> ただし自治体条例による一定限度の上乗せ規制が認められる（施行令 135 の 15）。

<sup>13)</sup> 定型的基準に適合しない建築物にかかる容積率制限緩和手続として、総合設計許可制度もなお存続する。

<sup>14)</sup> 「集団規定の性能規定化」は、総合規制改革会議第 1 次答申(2001.12.11)社会資本整備会第 1 次答申(2002.1.30)で強調されている。

<sup>15)</sup> 建築・都市法制研究会編『Q&A 平成 14 年改正建築基準法等の解説』(2002)123 頁。同書は形態規制手法として壁面線指定（建基 46・47）、高度地区（建基 58）・地区計画制度（建基 68 条の 2 等）をあげる。

<sup>16)</sup> 晴山・前掲注（6）

米丸恒治<sup>17</sup>による部会報告がなされたところである。筆者自身もドイツにおける民間化現象について、拙い比較法研究の作業を行ったことがある<sup>18</sup>。

## (2) 「私人の公法行為」と行政過程論

第二に、行政過程において私人が果たしている役割を、伝統的行政法学は「私人の公法行為」（申請、届出等）として受け止めて論じてきた<sup>19</sup>。一方では私人の公法行為が行政行為とどのように性質を異にするか、他方では、私的自治による法関係形成と私人の公法行為との性質の相違という二層の問題意識を背景として、私法上の法律行為との異同、その前提としての行為能力・権利能力概念等が論じられた。先行業績の総括の上に立って、「行政の営為を行政機関による行政作用の展開からのみ観ることによっては、行政における諸現象を正確に把握することはできない…。行政における諸現象は、これを法的に考察するときは、各具体的行政関係事象について、その発生から終結に至るまで系統的連続を保ちつつ進展する国や公共団体及び行政庁と私人との間に存する法によって規制される関係における現象と観るべきであろう。それは、行政関係における私人の主体性ないし当事者性を顕現せしめることとなろう。」<sup>20</sup>という指摘が夙になされていたところである。

広い意味での「行政過程」論的考察も、スナップショットとしての行政行為に考察を凝縮させる定点的方法ではなく行政過程全体を広角的・経時的に視野におさめようとする志向から、「私人」の位置づけを強く意識する<sup>21</sup>。例えば塩野宏は給付行政分野における契約的手法の存在や、申告納税システムのように私人の行為による権利義務関係確定の例をあげ、次のように述べる。「行政行為によって権利変動が生ずるといっても、法的にはそれに先行する私人の行為が要件となっている場合が多い。これは、営業免許等の申請→許可（免許・認可）というのが、行政のごく通常の過程であることから明らかである。その意味で、行政主体の側の行為形式のみならず、私人の側の行為が行政過程上重要な機能を果たす。」<sup>22</sup><sup>23</sup>このような問

<sup>17</sup> 米丸恒治「公的規制と『私的』規制—公的規制の機能的把握とその法的統制」公法 60号（1998）（米丸『私人による行政』（日本評論社、1999）377-393頁所収）。

<sup>18</sup> 角松「『民間化』の法律学」国家 102 卷 11=12 号（1989）719-777 頁。

<sup>19</sup> 美濃部達吉『日本行政法上』（有斐閣、1941）175-180 頁、田中二郎「私人の公法行為の観念について」『行政行為論』（有斐閣、1954（初出 1938））305-332 頁、同『行政法総論』（有斐閣、1957）246-249 頁。

<sup>20</sup> 新井隆一『行政法における私人の行為の理論』（第 2 版、成文堂、1980（初版 1973））6 - 7 頁。

<sup>21</sup> 行政作用をめぐる「私人相互間の利害の衝突」は行政過程論の主要な問題意識として挙げられている（遠藤博也「行政過程論の意義」北法 27 卷 3・4 号 585-617 頁(590 頁)）。

<sup>22</sup> 塩野宏「行政過程総説」『行政過程とその統制』（有斐閣、1989）4 - 34 頁（26 頁）。「免許制度の前提には私人の行動の自由があり、その行動の自由の実現の一つの過程として、申請、免許・許可という私人と行政庁の行為がなされるのであって、免許・許可行為だ

題意識から、行政法学が「受理」行為の性質決定等にもとりくみ、行政手続法の規律にも影響を与えたのは周知のところであろう。

「私人」は「私人」でありつつも行政過程の本来的・本質的な構成部分であるということは、以前から行政法学の共有知見だった。「公私協働」は、しばしば「現代的」現象として語られるが、許認可のような最も「古典的」な行政過程の中にも、「私人」は当然のアクターとして予定されていたのである。従って、「現代的」な要素があるとすれば、「公私協働」の存在自体ではなく、公私協働における行政組織と私人との役割分担の変容に見出されるべきであろう。そこで以下、「現代的」現象からいったん離れ、古典的・典型的な行政法現象とみられる広義の許可制にひとまず定位して問題を考えてみることにしたい。

## 2 情報処理システムとしての行政

### (1) 許可制における行政と私人の役割機能分担

行政は、環境から情報を受け入れ、それを処理し、決定の形で出力する情報処理システム<sup>24</sup>として理解できる<sup>2526</sup>。「情報」概念の厳密な定義はここでは保留し、

---

けを取り上げて、行政過程における私人の行政客体性を論ずるのは妥当でない」(塩野『行政法 I』(第3版、有斐閣、2003) 317-318頁。

<sup>23</sup> 「(行政の)行為形式論を包摂あるいは克服するものとして『行政過程論』、『(行政作用の)法的仕組み論』といった基本構想が示されてきているが、行政に限らず私人の側についても、『行為』ではなく私人の行動に関わる一連の『過程』、『法的仕組み』の全体を考察の中心に据えるべきであると思われる。」横田光平「行政法における未成年者の手続法的地位」塩野古稀(上)、615-636頁(634頁)。

<sup>24</sup> Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 5. Aufl., Frankfurt am Main, 1991, S.101 (馬場靖雄/上村隆広訳『目的概念とシステム合理性』(勁草書房、1990) 68頁)による。(原文で「行政」「システム」は共に複数形である)さらに参照、Luhmann, *Politische Planung*, 2. Aufl., Opladen, 1975, S.117 - 118.)。ルーマン理論についての検討は筆者の能力をはるかに超えるが、「社会内部で環境に関するコミュニケーションがなされることはあっても、社会・環境間のコミュニケーションは論理的にありえない」

(江口厚仁「法・自己言及・オートポイエシス」法政研究 59 卷 3・4 号(1993) 389-432 頁、404 頁。参照、村上淳一「現代法分析の視角」『ドイツ現代法の基層』(東京大学出版会、1990) 76 - 77 頁) という立場を取るとされる後期ルーマンは、「外部世界 (Außenwelt) の情報の持ち込みではなく内部的な情報産出」(参照、Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, 1989, S.98. 土方透/野崎和義訳『オートポイエシス・システムとしての法』(未来社、1994)131 頁) を問題にするだろうから、初期ルーマンの代表作における上記の記述は不徹底ということになる。本文の記述は理論的精密さを求めるものではなく、あくまで検討の叩き台にすぎない。

<sup>25</sup> 参照、塩野・前掲注(22)285 頁、藤原静雄「行政と情報」法教 275 号(2003) 32 頁。

<sup>26</sup> 本文の記述は、「案件処理過程」=「行政機関のもとで当該案件が認知され、それについて検討が行われ、その結果得られた判断に従って処置が決定され、実行される……という一連の過程」(小早川光郎『行政法上』(弘文堂、1999) 63 頁、同『行政法講義下 I』(弘文堂、2003) 1 頁) として行政を理解する立場に近い。この場合、「個別執行案件」も行政内部規定・計画等の「基本決定案件」もひとしく「案件」としてとらえられ、それぞれの処理についての「一連の過程」が検討される。これに対して行政過程

さしあたり「伝達のために選択され組織化されたデータ<sup>27</sup>であって、表示・記号・シグナルなどの手段によって、事象のもつあいまいさ（ランダムネス）を減じ、不確実性を減少させて、そのことを通じて主体の意思決定をたすける機能を果たすところに基本性格がある。」<sup>28</sup>という素朴な理解に従って考えていくことにする。

行政が情報を受け入れるための仕組み<sup>29</sup>としては、行政組織が能動的に活動する「行政調査」<sup>30</sup>もあるが、許認可においては、私人による情報提供としての「申請」が重要な役割を占める<sup>31</sup>。どのような情報を行政が有意味なものとして受け入れるかは、法律が定める許可要件や政令省令等で定められる書式等によって規定される。

一般的に言って、許可制の仕組みにおいて、私人には、個別具体的な、自らの支配圏に近いデータ・情報の提供が求められ<sup>32</sup>、行政組織はそれらの処理・加工を担当する。処理・加工の準則を提供するのは、法定の基準、通達等の内部規則、あるいは経験的に組織としての行政に蓄積された専門能力<sup>33</sup>である。

ここで重要なのは、個別具体的な情報とそれらの処理・加工準則との区別である。後者は、「一般的情報」あるいは「知識」という言葉で呼ぶこともできる。データ・

---

論は、「マクロのプロセス」における複数の行為形式の「結合」を重視する。例えば行政計画と行政処分は「個別具体の法律によって明示的に承認された、あるいは憲法秩序の枠内で行政段階で選択された価値の実現の過程」として連続的に捉えられる（原田大樹氏（九州大学）の教示に示唆を受けた）。前者における「過程」が「特定された物事の推移」という意味で用いられているのに対し、後者ではいわばアイデアの現実化としての「過程」が念頭におかれていると言えるだろう。

<sup>27</sup> 本稿は「情報」をより抽象化・概念化された概念としての「知識」も含めた意味（参照、長尾真／安西祐一郎／神岡太郎／橋本周司『マルチメディア情報学の基礎』（岩波書店、1999）30-33頁（長尾執筆））で用いる。

<sup>28</sup> 宮沢健一『制度と情報の経済学』（有斐閣、1988）28頁。「情報の定義は情報科学者の3倍くらい」（田中一『情報とは何か』（新日本出版社、1994）10頁）と皮肉られるこの概念の詳細には立ち入らない。なお、「複製可能なものが情報である」（野口悠紀雄『情報の経済理論』（東洋経済新報社、1974、23頁）という定義は、情報の特徴を示し外延を画するうえで有効（特に経済学的考察において）だが、情報の内容・機能を示すものではない（永谷敬三『入門情報の経済学』（東洋経済新報社、2002）11頁）ため、採用しなかった。

<sup>29</sup> 行為形式論を行政＝情報処理過程という見方から見直す可能性について、角松「演習行政法」法教 258号(2002)131頁で簡単に触れた。

<sup>30</sup> 情報の収集・管理システムという観点から「行政調査」を位置づけるものとして、曾和俊文「行政調査」法学教室 226号(1999)25頁、大橋洋一『行政法—現代行政過程論』（有斐閣、2001）128頁、阿部泰隆『行政の法システム（上）』（新版、有斐閣、1997）303頁。

<sup>31</sup> 従来から届出制に関して「情報収集機能」が指摘されてきたが（大橋・前掲注(30) 320頁、小早川・前掲注(26)198頁）、許可制においても同様に重要である。

<sup>32</sup> 参照、Jens-Peter Schneider, Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 1996, S.38-65 (S.40)

<sup>33</sup> 「行政は私人からの情報を詳細に必要とするが、経験およびその中に貯えられている蓋然性の想定・評価は公共的知識の在庫として行政にとってアクセス可能なのである」（Karl-Heinz Ladeur, Die Zukunft des Verwaltungsaktes, VerwArch 1995, S.511 - 530(S.517) ドイツ行政法理論研究会訳「行政行為の将来」法政研究 66巻 3号 292頁）。

情報とそれに対する意味付与活動との区別と捉えることもできるだろう<sup>34</sup>。許可制の仕組みは、その支配圏に近い個別具体的な情報に関する限り、私人が行政決定に影響を及ぼすことを当然に予定し、他方で同時に、それら情報の生産コストを私人に負担させるもの<sup>35</sup>なのである。このような仕組みは、行政決定にとってそれら情報がレバントであるという「法」の側からの評価を前提とした上で、(i)自らの支配圏に近い情報については、私人が認知上の優位性をもっているという想定、及び(ii)そのような情報の処理・加工コストが私人による方が相対的に低廉であることによって正当化することができる。

以上の考え方は、従来の行政法学にとっても必ずしも遠いものではない。例えば行政手続法制への注目を大きく高める契機となった個人タクシー事件最判<sup>36</sup>は次のように述べる。

「被上告人の免許申請の却下事由となつた他業関係および運転歴に関する具体的審査基準は、免許の許否を決するにつき重要であるか、または微妙な認定を要するものであるのみならず、申請人である被上告人自身について存する事情、その財産等に直接関係のあるものであるから、とくに申請の却下処分をする場合には、右基準の適用上必要とされる事項については、聴聞その他適切な方法によつて、申請人に対しその主張と証拠の提出の機会を与えなければならない」

この前提の上に立って最判は、①「被上告人の転業の意思その他転業を困難ならしめるような事情」および「運転歴中に含まるべき軍隊における運転経歴」という申請者の支配圏の中にある情報について、②その情報が行政過程に入力されていれば「異なる判断に到達する可能性がなかったとはいえない」と述べ、処分の違法を認定する。情報への「距離」に応じて行政過程への情報入力権限を配分していこうという志向を見出すことができるのである。

戦後行政法学の一つの重要な潮流として、たとえば行政規則に関する諸業績<sup>37</sup>に示されているような、情報の処理・加工準則の透明化志向をあげることができる。行政手続法は審査基準・処分基準の定立を求める比較法的にも先進的な規定を有することになったが、その立法過程において「透明性」という標語が確立する。情報の処理・加工過程のブラックボックスを可能な限り解体していこうとする志向性をここにも見出すことができる。

<sup>34</sup> 「データ」「情報」「知識」の三者の関係につき参照、長尾他・注(27)、32-33頁

<sup>35</sup> 阿部泰隆「行政監督と情報の活用」塩野古稀(上)455-484頁(459頁)は、権力を活用した情報の能率的収集により情報の非対称性を安価に是正できることに行政監督の根拠を求める。

<sup>36</sup> 最判1971年10月28日民集25巻7号1037頁。

<sup>37</sup> 平岡久『行政立法と行政基準』(有斐閣、1995)、大橋洋一『行政規則の法理と実態』(有斐閣、1989)など。

## (2) 情報処理システムの変容:環境法制を素材に

今日、以上のような情報処理システムの一定の変容を語る事ができる。不確実性の増大や価値の多様化により、一般的情報ないし情報の「意味付与」に関する行政の専門的能力の限界<sup>38</sup>が示されている。特に、「参照領域」としての環境法において顕著<sup>39</sup>である。

典型例は、環境影響評価制度におけるスコーピング手続（影響5）である<sup>40</sup>。ここでは、ある事業を行うことによって自然環境に与える影響について、そもそもどのような項目が配慮に値する重要な事柄であるかについて、第一次的には事業者自身の調査が求められている。その上で、公衆に対して情報・意見の提出を求める手続が定められる。事業の許認可等といった行政決定（影響4）にとっていかなる環境情報がレバントであるか、法と行政による予めのフィルタリングが行われていないのである。第一次的には事業者自身、第二次的に公衆に対して情報・知識の提供が求められる。いわば「問い」自身が開かれている。

開発事業者自らが環境影響評価を行うということは、自らの支配圏を離れたところの一般的情報・知識に関する産出コストを負担するということでもある<sup>42</sup>。このようなコスト負担は、(1)事業内容・使用技術について事業者の方が知悉していること、(2)自然環境に関する知識は、一般的情報・知識ではあるが、同時に事業の具体的な現場とのかかわりから産出され続けていくものでもあること、(3)事業からの受益と情報コスト負担のバランス、そしておそらくもっとも重要な点として、(4)環境情報を探索し知識を生成することが、事業者の自己学習能力を高めていくことにつながるによって正当化されるだろう。ここで行政は、もはや環境に関

---

<sup>38</sup> 「情報・知識が輻輳すると、行政機関が必要な情報・知識を取得ないし処理することが困難ないし不可能な場合が増え、行政機関は、情報・知識の取得・処理能力の限界を前提にして決定を行うためのメカニズムを開発せねばならなくなる。特に、社会における情報・知識の形成・流通過程の全体を視野に入れた上で、情報・知識の形成・流通過程において、行政機関が社会における他のアクターと協働することが必要となる」山本隆司「行政法総論の改革」成田頼明他編『行政の変容と公法の展望』（有斐閣学術センター、1999）446 - 453 頁(449 - 450 頁)。

<sup>39</sup> ドイツ環境法における情報手法の分析として、勢一智子「環境情報の行政法的機能について」川上古稀『情報社会の公法学』（信山社、2002）239-260 頁。

<sup>40</sup> 参照、Ladeur・前掲注(33), S.523（邦訳 99 頁）。

<sup>41</sup> 影響評価制度総合研究会報告書(1996年6月3日)は、環境影響評価法における公衆参加制度を「合理的な意思決定のための情報の交流を促進する手段」と理解し、「政府の意思決定そのものへの住民の参画」と区別する。行政＝情報処理システムという本稿の立場は、このような「意思決定参加」と「情報提供」の二分論の一定の相対化につながる。なお、山下竜一「行政法理論の方向性：第一報告へのコメント」自治研究 79 卷 4 号(2003) 14-18 頁(18 頁)は、環境アセスメントの「利害調整・規範創造機能」に注目する)。

<sup>42</sup> Schneider・前掲注(32), S.40

する一般的情報・知識の第一次的作成者ではない。私人の作成した一般的情報・知識に対する「追試的職権調査」<sup>43</sup>がその役割となるのである。個別具体的情報—処理加工準則の区別に即した前述の役割分担は変容を遂げている。

環境法という参照領域におけるこのような知見の一般化が仮に許されるならば、情報産出能力と情報コスト負担に着目した制度設計を試みることこそが、行政法学に今日課せられた課題なのではないだろうか。公私協働論に即して言うならば、様々な社会的立場・利害・能力を有する私人をひとしなみに「民間」「市民」と一括するのではなく、実際の属性（立場・利害・能力）に応じた各種情報との「距離」や産出コストの相違に着目した制度設計こそがなされなければならない。

#### 四 都市再生関連諸法の意味するもの

以下、都市計画・まちづくりの分野に立ち戻り、冒頭に検討した都市再生関連諸法の意味するものを再検討したい。

##### 1 都市計画の課題の変容

いわゆる「都市化社会」から「都市型社会」への移行に伴い、都市計画の課題は変容する。「都市化社会」を前提とした従来の都市計画は、農村的土地利用から都市的土地利用へという一方向的圧力を前提とし、規制と計画によってその力を適切な方向に整流し誘導することによって、新規市街地形成のコントロールという目的をある程度まで達成することができた。この場合、主にインフラ整備とのバランスを念頭において、典型的には容積率のような数値的基準によって、マクロ的・鳥瞰的・受動的に対応することで足りた。しかし、都市化圧力という「力」の存在をもちや前提できない「都市型社会」にあつては、単に受動的な対応だけでなく、公共主体が能動的・積極的にまちづくりに取り組んでいくことが必要とされる。また、重点が既成市街地の再構築に移ったことから、いわゆるアメニティ、都市の個性づくり、地域の活性化などの「目標の不確かなテーマ」の比重が高まる<sup>44</sup>。

このような価値の多様化に伴い、普遍的・数値的基準の適用による鳥瞰的制御の限界が明らかになり、状況化・文脈化した制御が求められる。

*「抽象的原理、普遍的原理を個々のケースに応用しようとする演繹的な計画の方式…では地域の場所的特性をすくい取ることができない。計画が実行に移されれば場所の特性は失われ、都市空間は均質化した空間になってしまうだろう。*

<sup>43</sup> 山本・前掲注(1)543頁、Schneider 前掲注(32), S.55

<sup>44</sup> 「都市の魅力と個性づくりや地域の活性化などの…価値創出的なテーマについては、情報の集中によって公共団体が先験的に計画の目標とその実現方法を定めることがより困難である。地域住民や関係する企業との計画協議によって計画を発意、評価して合意形成を図り、協同してその実現に向けて分担するという進め方が重要になる」水口俊典『土地利用計画とまちづくり—規制・誘導から計画協議へ』（学芸出版社、1997）24頁。

建築物も標準化される一方で、標準化された建築物から己を際立たせようとして、こんどは奇をてらった建物が建てられる。町並みは単調を極めるか、もしくは乱雑を極めるかの、いずれか一方の極端に傾きやすくなる。」<sup>45</sup>

ここでいう「場所」とは、生活世界レベルにおける価値や意味に立脚した概念である。岩見良太郎は「場所」を人間の「居住空間への多様な欲求を包み込み、さらには発見に導くようなカテゴリー」と定式化する。「いうまでもなく、場所は空間を離れてありえない。しかし、空間は即場所ではない。では、空間から場所の生成を媒介するものは何か。それは意味ないしは価値である。空間に意味が発見され、価値が見出されたとき、その空間は場所として認められるのである。」<sup>46</sup>このような「意味」ないし「価値」、それは従来の都市計画行政にとっても、ましてやそれをコントロールする法にとっても必ずしもレバントなものとして認められていなかったかもしれない。しかし今日、まさにそのような意味や価値を踏まえうえでのまちづくりとその法的制御が求められているのである。

特定の空間にいかなる「場所」的意味が認められるかについては、現場における生活主体としての居住者に認知能力の相対的優位性が認められる。今日の都市計画においては、計画の目標それ自体が居住者としての地域住民自身の創発的主体的参画と評価なしにはありえない。住民自身による目標の設定・価値の創出の重要性が高まっているのである<sup>47</sup>。

ただし、居住者にとっても、空間の場所的意味や価値は必ずしも所与ではない。それはしばしば「発見される」ものである。もちろんそのような意味構造に常にとりまかれつつ居住者は日々の生活を営んでいるのだが、言語化されたものとしての意味や価値として立ち現われてくるためには、「発見のプロセス」を伴わざるを得ない。それはしばしば、現実の建築案件が登場し、従来の居住空間に決定的な変容が加えられる可能性が明らかになった後で初めて生じる<sup>48</sup>ものである。都市計画プランナーによる以下の記述は示唆的である。

「（「『まちづくりの実践』として挙げられる）これらの例は、初めから明確なかたちの理念が存在していたのではない。現実の問題がおきてから、初めて裏山

---

<sup>45</sup> 間宮陽介「都市の形成」宇沢弘文・茂木愛一郎編『社会的共通資本 コモンズと都市』（東京大学出版会、1994）159-183頁（175-176頁）。

<sup>46</sup> 岩見良太郎「居住空間の再生と都市計画」鈴木浩/中島明子編『講座現代居住3 居住空間の再生』（東京大学出版会、1996）259-280頁（260-261頁）参照、間宮陽介「都市の思想」宇沢弘文・堀内行蔵編『最適都市を考える』（東京大学出版会、1992）15-43頁（36-39頁）。

<sup>47</sup> 参照、角松「自治立法による土地利用規制の再検討—メニュー主義と「認知的・試行的先導性」原田純孝他編『日本の土地法II』（東大出版会、2001）321-350頁（330頁）、角松「分権型社会の地域空間管理」小早川光郎編『分権改革と地域空間管理』（ぎょうせい、2000）2-43頁（10-11頁）。

<sup>48</sup> 参照、角松・前掲注(47)「自治立法」348頁注(56)。

の緑、水辺や水路、自然の緑、里山などという価値に目覚めて、それが理念になった。「まちづくり」の理念とは、抽象的でなく具体的で、多くは実践を通じて認識されてくる。ふだんはその価値に気がつかず、いつまでもあるものと思っていたのが、ある日突然に失われそうになってその価値に目覚め、『まちづくり』の理念になったものだ。理念がはっきりすれば、現実の動きを変える具体的な行動として反対運動を起こす。だがそこに止まらずに、ある時点からまちづくりの実践活動に転換していった。理念を一層よく実現し、もっと「まち」全体の将来を考えたいからである。」<sup>49</sup>

## 2 都市再生関連諸法

### (1) 計画提案制度

以上に鑑みて、都市再生関連諸法の用意した諸制度はどのように評価されるだろうか。まず、計画提案制度である。前述のように、これには(a)地権者・まちづくり組織による都市計画法上の都市計画提案制度と(b)都市再生事業者による都市計画決定提案制度の二種類があった。まず(a)は、「一般的情報」のレベルにおける私人からの情報・知識を行政過程に入力することを制度的に承認するものである。都市のあり方についての多様な発意を受け入れる点では評価できる<sup>50</sup>。ただし「入力権限」が認められるには地権者の3分の2の同意が必要であることに注意しなければならない<sup>51</sup>。(b)については、そこでいう「計画」が、「明らかに事業系の計画制度」<sup>52</sup>、すなわち特定の事業の手段として要求される都市計画決定・変更であることに留意しなければならない。これが「一般的情報」のレベルにおける私人との協働といえるか、評価は微妙である<sup>53</sup>。

<sup>49</sup> 田村明『まちづくりの実践』（岩波新書、1999年）49-50頁。

<sup>50</sup> 小泉・前掲注(6)52頁。都市計画における「多様な発意」の意義について参照、小泉「都市計画の構造転換—地域社会からの発意と都市計画の公共性」新都市 56巻1号(2002)10-19頁。

<sup>51</sup> 小泉・前掲注(6)52頁は、「都市計画の公共性を民主的・政治的に判断する制度システムが実質的に確立されていない現行法」における計画提案制度の「暴走」の危険を指摘した上で、3分の2の同意要件について、「少数の同意にもとづいた提案と、多数の同意を得た提案とを公正に評価する機会を奪う意味でも、問題がある」とする。

<sup>52</sup> 安本・前掲注(10)340頁は、本法改正以前にもあった計画提案制度が「事業系の制度として展開してきた」ことを指摘する。小泉・前掲注(6)55頁は、「開発事業者にのみ都市再生特別地区に関する提案権が付与されており、社会的公正の観点からみて偏った制度」、仲野「行政法理論の方向性：第二報告」自研 79巻4号19頁は「既存の土地利用計画との整合性を度外視している点で計画参加というより計画破壊」とそれぞれ評価する。

<sup>53</sup> 都市再生事業者による計画提案制度に類似するものとして、ドイツの「事業・地区整備計画」(Vorhaben- und Erschließungsplan)および「事業関連的地区詳細計画」(vorhabenbezogener Bebauungsplan) (参照、野田崇「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力(1)(2)」法学論叢 145巻6号(1999)25-36頁、147巻5号(2000)47-69頁)がある。インフラ整備が立ち遅れた旧東独地域において迅速に整備を図るため

## (2) 事前明示型規制

建築確認型総合設計制度のような定型的基準による事前明示型規制には、許認可の透明性を増大させ、当事者のリスクを減少させるメリットがある。しかし、このメリットの享受者が専ら民間開発事業者に限られ、居住者ではないことは改めて指摘するまでもない。本来、予測可能性は事業者のみならず居住者にとっても必要なもの<sup>54</sup>であるが、将来の開発によってどのような街が形成される可能性があるかを都市計画による定型的基準から通常の居住者が予測することが困難であることは容易に想像できるだろう。

また、空間の意味・潜在的効用に関する情報・知識には、そもそも普遍的基準とすることが難しい種類のものもあり、具体的建築案件が登場してから事後的にのみ見出されるような価値もある。このような潜在的価値・効用に関する情報・知識が未だ産出されない間に、開発によって空間の準不可逆的変更がもたらされる危険がある<sup>55</sup>。そのため、情報・知識を制度的に産出するメカニズムが必要になるのである。

---

特別法により導入されたこの制度は、その後全国に拡大し、1998年改正で、一般法としての建設法典(12条)にとりこまれた。学説は、市町村の形成的な計画裁量をこの制度が阻害すること(「先取りの拘束」「孤島の計画(Inselplanung)」)を問題にしてきた。一般制度化にあたり、事業者の計画とそれを受けた市町村の計画との区別が明確になり、後者が地区詳細計画の一類型であり建設法典の定める衡量諸要素が考慮されるべきことが明確になった(また、市民参加を制限する特別法規定も継承されなかった)。しかし、その際の計画衡量が、環境影響評価制度類似の「追試的衡量」になる構造(野田・前掲注(2)55頁以下)は維持される。「まさに(この制度に)おいてこそ、先取りの危険を予防するため、詳細な市民参加が不可欠である」(Angela Faber, *Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung (Vorhaben- und Erschließungsplan §12BauGB)*, Planung: Fs. für Werner Hoppe zum 70.Geburtstag, S.425-438(438))という指摘は、わが国においても示唆的であろう。

<sup>54</sup> 「近隣住民からいっても、この辺は日照、眺望が保護される地域と思っていたら、突然、実はそれが幻想だとされると期待はずれである」阿部泰隆「民法と行政法における違法性と救済手段の違いと統一の必要性—建築紛争を中心として—」都市住宅学 38号(2002) 41 - 47頁(42頁)。

<sup>55</sup> ここで問題なのは、空間開発が準不可逆的である一方で、空間利用に関する需要・選好に不確実性が伴う(価値の発見)という事態である。環境財に関して一般に問題にされるオプション価値(「環境を利用するというオプションを残しておいてほしいと思うことに由来する価値」植田和弘『環境経済学』(岩波書店、1996) 78頁)や、準(疑)オプション価値(「一度、資源の利用方法が変更されるとその利用方法をもとに戻せないような不可逆的な開発が検討されている場合、資源の利用者は開発に伴う便益を減免するように評価を行う」(松本茂「環境資源と価値—不確実性と便益評価」関西大学経済論集 50巻1号(2000)41-52頁(48頁))について、さまざまな論争があるようである(岡敏弘『厚生経済学と環境政策』(岩波書店、1997) 133 - 141頁、C・D・コルスタッド(細江守紀/藤田敏之監訳)『環境経済学入門』(有斐閣、2001) 233 - 243頁)が、筆者の分析能力の及ぶところではない。

### 3 制度設計と法の役割

それでは、情報産出能力と情報コスト負担に着目した上で、どのような制度設計が考えられるだろうか。

#### (1) 「都市計画アセス」と「協議型まちづくり」

まず、空間の従来的利用を保持することの意味・価値や潜在的効用に関する情報については、前述のように居住者に認知上の優位—上記の限界を伴った相対的な優位であるが—が見出されるだろう。他方で、空間利用を変更することによってもたらされる効用に関しては、開発事業者・NPO等に（それぞれ異なった種類の）認知的優位がある。それら双方を生かすような制度設計が求められるだろう。

一例を挙げれば、都市計画の決定・変更にあたり、例えば容積率がフルに活用されれば将来どのような都市が実現される可能性があるのかをシミュレーションするしくみ、いわば「都市計画アセスメント」<sup>56</sup>制度を構想できる。これは、将来の都市像についての情報を産出すると同時に、かつては現実の建築案件が登場することによってしか産出されなかった現在の居住空間の意味・価値にかんする情報の産出にも資することになるだろう。

また、事後的交渉を前提とした「協議型まちづくり」<sup>57</sup>は、うまく制度設計できれば、さまざまな価値発見と細やかな利害調整を可能にし、「事業者・地元住民双方納得のいく（win-win の）建築計画」<sup>58</sup>を実現するものでありうる。再開発地区計画制度などの特例型緩和制度は、この面からは積極的評価に値する。しかしこの制度の機能は、初期条件の設定—協議以前のデフォルトとしての規制水準の設定<sup>59</sup>及び緩和インセンティブの程度<sup>60</sup>—により内実が大きく異なってくる<sup>61</sup>。そのため、基準設定の重要性が再度強調されるべきである。

---

<sup>56</sup> 必ずしも自然環境に関わるものではないが、いわゆる「戦略アセス」の一類型として捉えることができる。

<sup>57</sup> 小林重敬編『協議型まちづくり』（学芸出版社、1994）。

<sup>58</sup> 大方潤一郎「都市再生と都市計画」都市問題 93 巻 3 号(2002)17 - 36 頁。大方は「あらかじめ、都市像を明確にし、計画を明示し、適切な建築規制を定めておくのは事前の調整であり、開発案が提起された後、市民参加や協議の過程を適切に進行し、紛争を回避しつつ合意に至るのは臨機の調整」と述べる。

<sup>59</sup> 協議型まちづくりにおける「協議」を「権利を配分されなかった当事者が権利を再配分してもらうための交渉」（福井・前掲注(11)415 頁）と理解できるとすれば、取引費用が相対的に低い建築主に対して「より少なく権利を配分（＝厳しめの規制を設定）」した上で、「協議」による再配分を行う方が資源配分上望ましいという理解も可能となるだろう。ただし、福井・前掲は協議型まちづくりには触れず、むしろ住民参加と事後的交渉との相違を重視する（421 頁）。おそらくそれは、権利配分に関する終局的な決定を前提とした事後的な再配分交渉を専ら念頭におくからであろう。

<sup>60</sup> 大方潤一郎／小泉秀樹は「公開空地の整備など市街地の環境向上に貢献する開発に対するインセンティブとしては、2 割増程度の容積率割増で十分である」と主張する（「建

## (2) 法システムの役割

情報産出・処理にはコスト—機会費用も含む—を伴う以上、どのような情報を産出し、処理システムに受け入れるかについて、法による規定が必要になる。

まず、マスタープラン等によって「地域像」を予め決定しておくことで、計画策定過程における住民参加で何が議論され、どのような情報が受け入れられるべきか、すなわち情報＝言説空間のあり方を制御することが考えられる。ここでは、個別利害から一定の「距離」をおいた言説のありようが要求される。人見剛は、「民主主義的参加」が、「住民の個人的な利益主張・要求のルートではなく、全体としての地域社会の諸問題に係わる公的政策の形成・決定への参画のルート」であり、住民は「個人的な利害を超えた公共の見地からの意見表明が求められる」ことを強調する。「むろん、公益と私益は画然と区別されるものではないので、住民個人の利益が公益と合致している、若しくは公益に含まれている場合も当然あり得、そのときには、その私益の主張は、このレベルの参加においても排斥されるべきではない。ただ、その場合は、自己の利益を公益すなわち地域の共同生活上の共通利益として規定し直した上で主張すべきなのであろう。（傍点は引用者）」<sup>62</sup>個別利害を剥き出しの形で噴出させるのではなく言説空間に即した言葉に翻訳されなければならないという意味における「距離」の必要性をここで語ることができるだろう。様々な分野におけるコミュニケーションシステムのあり方を制御することに法の役割を見出すことができよう。

他方で法システムは、柔軟性を確保し、絶えず新たな価値に開かれている必要がある。そのためには、第一に、「規定されない言説空間」が不可欠であろう。法によって規定された言説空間を背後から支えるものとして、「決定」の形による外部への出力を直接には予定せず常に新たな意味づけに開かれた言説空間の存在が必要だと思われる。第二に、立法・行政による制度設計で全ての問題が汲み尽くされることはありえず、新たな問題を認知し対処する必要が後日生じることは不可避的である。「包括的・持続的な制御」を個別事情に即した「繊細で状況反動的な制御」で補う<sup>63</sup>必要性がある。その点で、個別当事者の利益衡量を重視する民事法の役割が重要である。「行政法による規制は、あらゆる事態を想定して立法化されるものではありません。むしろ、問題が発生してそれが社会的に受容できなくなるとはじめて法律が制定されるというのが一般的でしょう。法律がない、あるいは法律が不十分である場合に提起される民事訴訟は、法的規制の必要性を指摘し、環境法を進

---

築基準法改正案に対する反対声明」

(<http://up.t.u-tokyo.ac.jp/doc/statement020326.html>) 参照、大方・注(58)31頁。

<sup>61</sup> 角松・注(47)「地域空間管理」12 - 13頁。

<sup>62</sup> 人見剛「都市住民の参加と自律」『現代の法(9) 都市と法』(岩波書店、1997) 279-303頁(294-295頁)。

<sup>63</sup> 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000) 323頁。

化させる役割を持っているのです」<sup>64</sup>。たとえば日照権は民事紛争の中から「権利」として生成したものである。仮に今日の日影規制の合理性に疑問を投げかける余地があるとしても、それは「硬直化」が問題なのであって、訴訟における「権利」言説が新たな意味を発見したことそれ自体は、高く評価され続けなければならない。

---

<sup>64</sup> 畠山武道／大塚直／北村喜宣『環境法入門(新版)』（日本経済新聞社、2003）70頁(北村執筆)。計画の「予測リスク」と民事法の関係について、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(5・完)」早法 76 卷 1 号 (2000) 1-43 頁(27 頁)。