

本ファイルは、論究ジュリスト 03 号(2012.11) 36-46 頁に掲載させていただいた拙稿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。

宅地開発等指導要綱の歴史と現在

—武蔵野マンション事件(最判平成 5・2・18 民集 47 卷 2 号 574 頁)

I はじめに

1971 年 10 月 1 日、東京都武蔵野市は、市議会全員協議会への報告を経て、「宅地開発等に関する指導要綱」を制定した。全 19 項目からなる同要綱は、1000 m²以上の規模の宅地開発事業について、①事業区域内における道路(幅員 6 m 以上)の無償提供②3000 m²以上の開発の場合、面積の 6% - 10%の公園・緑地を設ける③20 戸以上の建設計画について、市の定める基準による学校用地の提供又は用地取得費の負担)・建設費用負担などを定める。また、地上高 10 m 以上の中高層建築物の建設事業についても、④日照の影響について市との協議、付近住民の同意⑤上記③の教育施設負担金規定の準用などを定めていた。また、⑥従わない者に対して、「上下水道等必要な施設その他必要な協力を行わないことがある」という規定も置いていた¹⁾。

本稿が取り上げる武蔵野市教育施設負担金最高裁判決(最判 1993.2.18 民集 47 卷 2 号 574 頁。以下「本件最判」)において問題になったのは同要綱の上記③の「教育施設負担金」に関する規定である。本稿は、同判決をめぐって宅地開発指導要綱及び行政指導について展開されてきた議論について、歴史的な文脈をおさえつつ振り返ることを試みるものである。

II 宅地開発等指導要綱

(1)1967 年の兵庫県川西市による制定を嚆矢とする宅地開発指導要綱²⁾は、急速に全国に拡大する。これら指導要綱は①公共施設整備費用の負担を原因者である事業者へ転化する②公共施設の整備水準を法定基準よりも底上げする③自らの市町村への人口集中を抑制する④周辺住民との事前調整により紛争を防止するといった機能を期待して³⁾制定されたもの

¹⁾ 同要綱の全文は、武蔵市百年史編さん室編『要綱行政が生んだ日照権—宅地開発等に関する指導要綱の記録』(ぎょうせい、1997)。以下『指導要綱の記録』472-474 頁に掲載されている。

²⁾ 指導要綱の初期の歴史について参照、五十嵐敬喜『都市法』(ぎょうせい、1987) 319-324 頁

³⁾ 生田長人『都市法入門講義』(信山社、2010) 245-246 頁の整理に依拠し、若干表現を変更している。さらに参照、安本典夫『都市法概説』(法律文化社、2008)252-255 頁。

である。

背景にあったのは、急速に進展する「都市化社会」におけるスプロール現象がもたらす諸問題である。新都市計画法(1968年)制定に大きな影響を与えた宅地審議会第6次答申は、「都市の周辺部においては、開発に適しない地域において、いわゆる”バラ建ち”のごとき単発的開発が行なわれ、農地、山林が蚕食的に宅地化されて無秩序に市街地が拡散し、必要最低限度の都市施設である道路、下水をも備えないような不良な市街地が形成され、あるいは住宅と工場との混在を呈し、都市機能の渋滞、都市環境の悪化、公害の発生、公共投資の効率の低下等の弊害をもたらしている。」⁴と要約する。このような状況下、人口が急増する市町村にとって、道路・公園・学校・上下水道などの公共施設建設のための莫大な経費を賄うための財源確保が急務となった⁵。しかし、「安定的な人口動態を基本的前提として組み立てられ....急速な都市化とそれに伴う自治体の財政支出の急増を予定して(いなかった)」当時の財政制度はかかる事態に適合できない。そのために自治体がやむなくとった⁶自衛策が指導要綱だった⁷のである。

武蔵野市の場合、マンションの急増が特に問題視された。指導要綱制定当時、直前の2、3年間に1954戸のマンションが市内に建設され、人口増は「学校・児童遊園・上下水道・清掃・消防等に関する新たな行政需要を招き、市の計画的な都市基盤整備、施設配置及び財政運営を不可能にする恐れがあった」⁸とされる⁹。

上記の宅地審議会第6次答申は、都市施設の整備負担に関する原則を提唱した。市街化区域内においては、幹線道路、下水道幹線等の「市街地形成の根幹となるような」公共施設は国・公共団体の負担により整備し、支線的な道路・排水施設等は開発者の負担において整備するというものである。根幹的公共施設一宅地周り施設を区別するこの負担区分の原則は、その後の各種の公共施設整備事業制度において「ルール」として確立されているとされる¹⁰。

(2)マンション建設の急増は、公共施設整備費用負担の観点のみならず、先住市民との間にも軋轢を生じさせた。「武蔵野市宅地開発等調査委員会」の1976年答申¹¹は、指導要綱制

⁴ 「都市地域における土地利用の合理化を図るための対策に関する答申」(1967年3月24日)。

⁵ 参照、内海麻利『まちづくり条例の実態と理論-』(第一法規、2010)61-63頁、21-22頁

⁶ しばしば「緊急避難的」という比喻も用いられる。参照、(内海麻利「宅地開発指導要綱の奇跡と地方分権」自治総研28巻12号(2002)1-35頁(5頁)

⁷ 宇賀克也『行政手続法の理論』(東京大学出版会、1995)91-92頁

⁸ 『指導要綱の記録』522頁

⁹ スプロール対策は、当時における宅地開発の「基本的な発想転換」を迫るものであった。田村明「郊外宅地開発の基本方向」後藤編『都市づくり要綱裁判』(日本評論社、1985)181-204頁(188頁)(初出1968年)

¹⁰ 日本住宅総合センター『開発利益還元論』(1993)51頁(生田長人)。参照、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)166頁以下、294頁以下、藤田『行政法の基礎理論(下)』(有斐閣、2005)417頁以下

¹¹ 参照、後述*頁

定時(1971年)の状況を、高層マンション建設により「武蔵野の面影をとどめる閑静な住宅地の中にこの風土と不調和な一郭が現れ始めた……市民が愛着をもって築き上げてきた生活基盤と良好なコミュニティがマンションを誘引し、この好条件の利益を享受しようとして進出してきたマンションが、市民によって形成されていた秩序と慣習を踏みにじりはじめた」¹²とまとめる。このような状況から生じる相隣紛争の予防の必要性に鑑みて、指導要綱の対象を宅地開発事業のみならず中高層建築物の建設にまで拡大したのが、武蔵野市の要綱の特徴的な点であった。

III 紛争

1. 給水拒否事件

本件教育施設負担金最判以前に武蔵野市宅地開発指導要綱が大きな社会的注目を集めたのが、Y社による一連のマンション建設をめぐる紛争¹³である。武蔵野市による給水拒否が行われた2件のマンションに関する訴訟が特に行政法学の注目を浴びた。

(事例①—仮処分事件) Y社はマンションAについて指導要綱に基づく「承認審査願」を市に提出したが、日照同意・教育施設負担金寄付願書のいずれも添付されなかったため、市は承認しなかった。Y社は東京都の建築確認¹⁴を得て着工し、生活用水の供給を申し込んだが市は応じず、Y社は上下水道の供給を求める仮処分を申請した。1975年12月8日、東京地裁八王子支部は、(i)付近住民の同意が得られていないこと、(ii)教育施設負担金の不納付のいずれも水道法第15条の「正当の理由」にはあたらないとして、上水道についてY社の申請を認める決定を下した¹⁵。

(事例②—刑事事件)Y社が計画するマンションBについて、付近住民は、既に訴訟に発展していたY社の別マンションとの関係で複合日影を危惧し、日照同意を与えなかった。Y社は着工し、建物完成間近の1977年11月、Y社は市に水道工事申込書・排水設備申請書を郵送したが、指導要綱不遵守を理由に市は返送する。1978年2月からマンション購入者が順次入居し、Y社は水道を他の自社ビルからホースで給水、下水についてはバキュームカーによる汲取りと隣地下水柵への接続の方法を併用して対処した。同年7月における東京都日影条例制定・10月の市指導要綱改正による住民同意・教育施設負担金条項の削除¹⁶に至って、市は上下水道の利用拒否を解除した。

¹² 『指導要綱の記録』522頁。先住住民が作り上げてきた住環境秩序を「よそ者」による破壊から守る、という当事者達の表象はその後のマンション紛争でもしばしば見出される(例えば石原一子『景観にかける』(新評論,2007年)103-104頁)。

¹³ 武蔵野市における指導要綱とマンション建設をめぐる訴訟としては、Y社をめぐる一連の事件及び本件教育施設負担金事件に加えて、もう一件別の事業主に関するものがある。参照、『指導要綱の記録』406-410頁

¹⁴ 3ヶ月以上の留保の後下されたものである

¹⁵ 東京地裁八王子支決1975.12.8判時803号18頁。但し、公共下水道に関する部分は民事訴訟法における仮処分になじまないとして却下した。

¹⁶ 後述 頁

1978年3月、Y社およびマンション入居者6名は武蔵野市長Gおよび担当職員を告訴、同年12月5日、東京地検八王子支部はG市長を水道法違反の疑いで起訴した。第一審判決¹⁷・控訴審判決¹⁸はいずれも、G市長の行為を、「正当の理由」（水道法15条）なくして給水契約の申し込みを拒んだものとみなし、Gを罰金刑に処した。1989年11月8日、最高裁判決も上告を棄却¹⁹、Gの有罪が確定した。

2. 本件教育施設負担金事件

(1)本件はY社とは別の原告によるものであるが、Y社に対する給水拒否事件が大きな影響を与えている。原告Xらは、1977年5月頃、武蔵野市内に3階建てのマンションの建築を計画したが、開発面積が1000㎡を超えるため、指導要綱の適用対象となった。事前協議の際に教育施設負担金1523万2000円の納入を求められたXらは、設計事務所を通じて担当者に減免等を二度にわたり懇請したが拒絶される。結局Xは、同年11月に負担金を納付し、1978年3月にマンションは竣工した。しかし、同年10月の指導要綱改正で教育施設負担金条項が削除される予定であることを知ったXは強い不公平感を持ち、同改正の施行直前に、本件寄附の意思表示は強迫によるものであるから取消すと主張し、寄附金返還を求めて提訴した。

(2)1審²⁰は、強迫の成立要件としての「相手方が畏怖していることを知りながらその畏怖に乗じて意思表示をさせた場合」にあたる事情があるかを検討し、「本件において教育施設負担金を負担することは建設工事の前提であり、負担を拒否すれば工事を断念する以外にないというのが種々交渉の末原告の到達した認識であり、そこに畏怖の入り込む余地はなく、被告において、原告が本件指導要綱に基づく給水等制限措置に畏怖しているのに乗じて本件教育施設負担金の寄付を強制したという認識をもっていたことは到底うかがえない」として強迫の成立を否定し、原告の請求を棄却した。強迫をめぐるこの点の判断は、控訴審・上告審も同様である。

(3)控訴審段階でXらは、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求を追加した。これに対する判断として東京高裁は、本件指導要綱という制度そのもの(下線は引用者)について、「全く問題がないとはいえないにしても、給水等の制限措置は規定上も当然に発動されるわけではなく、強制によるものでなく、任意に教育施設のためにとの目的をもって拠出された金員を、その趣旨に従って、右施設の整備に充てること、そのこと自体は違法とはいえない」とする。

また、本件における行政指導の具体的な態様(同上)についても、①亡X²¹による教育施設負担金の減免要求がさほど強いものではなく、②市の担当者も、給水制限措置をほのめか

¹⁷ 東京地判1984.2.24時1114号10頁

¹⁸ 東京高判1985.8.30高刑38巻2号136頁

¹⁹ 最決1989.11.8判時1328号16頁

²⁰ 東京地判八王子支部1983.2.9判時1028号95頁

²¹ Xは控訴審係属中に死亡し、妻が訴訟を承継している

すといった強制にわたる言動がみられなかったこと③ 本訴訟が提起されたのは、右納付後間もなく、教育施設負担金条項が廃止されることが公表され、亡 X がこれに強い不満を抱いたからであることといった事実を認定し、④「納付時の心境として、進んで納めたとはまではいえないとしても、これまでも本件指導要綱に従って、(Y 社)を除く事業主全員が納付したことも話され、また長く武蔵野市に居住し、本件指導要綱の意義も承知していたので、その時点では一応納得して教育施設負担金を納付したのではないかと窺えるし、少なくとも、被控訴人側の限度を越えた行政指導があったから、これを納めたものとは認められない」として、違法ではないとしている²²。

(4)X らの上告に対して最高裁は、まず①(以下付番は引用者)「行政指導として教育施設の充実に充てるために事業主に対して寄付金の納付を求めること自体は、強制にわたるなど事業主の任意性を損うことがない限り、違法ということはできない」とする。その上で、②本件指導要綱が、「水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、事業主に一定の義務を課するようものとなっており、また、これを遵守させるため、一定の手続が設けられている…」こと、③「教育施設負担金についても、その金額は選択の余地のないほど具体的に定められており、事業主の義務の一部として寄付金を割り当て、その納付を命ずるような文言となっている」ことをあげて、④「右負担金が事業主の任意の寄付金の趣旨で規定されていると認めるのは困難である」とひとまず結論づける。

続いて最高裁は、⑤水道法違反刑事事件の最高裁判決を引用して、給水拒否という制裁が「水道法上許されないものである」こと、さらに「右措置が採られた場合には、マンションを建築してもそれを住居として使用することが事実上不可能となり、建築の目的を達成することができなくなるような性質のものである」ことを指摘する。また、⑥市が X に対し教育施設負担金の納付を求めた当時においては、指導要綱に基づく行政指導に従うことができない事業主は事実上開発等を断念せざるを得なくなっており、Y 社を除いてこれに従わずに開発等を行った事業主がなく、またその Y 社に対しては上下水道の給水拒否が行われていたことが新聞報道されていた⑦X の減免申請に対して前例がないとして拒絶した担当者の対応からは、本件教育施設負担金の納付が事業主の任意の寄付であることを認識した上で行政指導をするという姿勢をうかがうことができないといった事情をあげる。

そして、

「右のような指導要綱の文言及び運用の実態(下線は引用者)からすると、本件当時、被上告人は、事業主に対し、法が認めておらずしかもそれが実施された場合にはマンション建築の目的の達成が事実上不可能となる水道の給水契約の締結の拒否等の制裁措置を背景として、指導要綱を遵守させようとしていたというべきである。被上告人が X に対し指導要綱に基づいて教育施設負担金の納付を求めた行為も、被上告人の担当者が教育施設負担金の減免等の懇請に対し前例がないとして拒絶した態度とあいまって、X に対し、指導要綱所定の教育施設

²² 東京高判 1988.3.29 判時 1268 号 39 頁

負担金を納付しなければ、水道の給水契約の締結及び下水道の使用を拒絶されると考えさせるに十分なものであって、マンションを建築しようとする以上右行政指導に従うことを余儀なくさせるものであり、Xに教育施設負担金の納付を事実上強制しようとしたものといえることができる。」

として、市の行為は、国賠法1条1項にいう違法な公権力の行使にあたる」と判示した。

(5)同判決において最高裁は、まず指導要綱の「文言」に着目することにより、「行政指導として寄付金の納付を求めること自体」の適法性をまず検討し(①—④)、それが「任意の寄付金」にあたるかという問題を設定する。これは「制度レベル」の問いである。この問いに対して判決は、給水拒否という制裁措置を背景とした義務的な文言が置かれていること(②)、一律的な基準が設けられていること(③)を指摘し、否定的な解答を提示する。そして、「運用の実態」として、給水拒否という制裁の違法性とその効果の強さ(⑤)、指導要綱が貫徹されていた実態(⑥)、担当者の対応(⑦)といった事情をあげ、本件における教育施設負担金の納付が「事実上強制」であったという結論を導いているわけである。⑦を除けば²³本件における具体的な折衝過程等についてはほとんど触れず、主に「制度設計と全体的な運用状況」に着目して結論を出していることが、控訴審と対照的な判断手法といえる。

これらの分析を最高裁は、結局は、「任意性」の判定²⁴ないし、「任意と強制の線引き」²⁵という伝統的な問題に還元させる。しかし、(i)ここでいう「任意性」の内容が、(指導要綱を扱っていないが)行政指導に関する先行判決たる最判1985.7.16民集39巻5号989頁(以下「品川マンション事件」)とは異なるのではないか、(ii)その相違が「一方が民衆紛争の仲介としての指導、他方が財源不足のゆえに肩代わりの負担を私人に求める指導という、事案類型の違い」²⁶に由来するのではないかというのが、この判決を論じる多くの文献に共通する問題意識²⁷だった。

IV 行政指導をめぐる視線の交錯

1. 「取引・交渉」対「基準設定」

(1) 宅地開発等指導要綱は、その名称自体が示すように、行政指導の基準として策定されたものである。既に1960年代から日本行政法学の考察対象となっていた²⁸行政指導は、「官

²³ ⑦についても、「指導の相手方の態度がどのようなようであったかには一切触れず、逆に指導する側の態度...だけを取り上げている」(中川丈久『行政手続と行政指導』(有斐閣、2000)255頁)ことに注目すべきであろう。

²⁴ 中川・前注(23)、255頁

²⁵ 山田洋・本件評釈・別冊ジュリスト168号77頁。

²⁶ 中川・前注(23)、255頁

²⁷ 亘理格「武蔵野市教育施設負担金事件上告審判決の意義と射程」ジュリスト1025号41頁、大橋洋一・本件評釈・平成5年重判47頁、千葉勇夫・本件評釈・民商法雑誌109巻4・5号845頁。

²⁸ 例えば成田頼明「行政指導」雄川一郎／高柳信一編『現代の行政』(岩波書店、1966年)

尊民卑の思想」「日本人の低調な法意識及び政府と癒着した日本企業の体質」²⁹と結びついて捉えられ、否定的な評価をされることが多かったが、まさに宅地開発指導要綱が登場する頃から、肯定的評価を下す議論も見られるようになり、また、それが必ずしも日本特有の現象ではないのではないかという認識も徐々に共有されるようになってきた³⁰。

海外の日本法研究者にとっても、行政指導現象は強く興味を惹きつける対象であった³¹が、規制手法としてのその特徴を明らかにしようとした業績として、マイケル・ヤング論文³²があげられる。ヤングは、宅地開発指導要綱による行政指導には、日本の行政機関が「規制負担を配分する主要な装置として取引と交渉をあげめ奉っている(enshrine)」³³ことが示されているとする。

「指導要綱を制定するにあたり、地方自治体は付近住民の通風や日照に対する侵害がどこまで許されるかについての基準を作ろうとは決してしなかった。そうではなく自治体は、単にディベロッパーに対して不協力の姿勢を示したのである。この点に関する規制負担の正確な配分は、ディベロッパーと付近住民との交渉にほとんど全面的に依存する。....政府はこの紛争の最終的仲裁者としてすら現れて来ない(間接的な方法によるそれは別として)。自治体は、お互いがお互いを真剣に受け止めて誠実に交渉できるように関係当事者間のパワーバランスを再構築する。それがなされれば自治体はいったんその場から降り、当事者自らによる問題解決がなされてから再入場するのである」³⁴

行政機関が、自らは規範的基準を定立せず当事者達による交渉による解決に委ねる「私的秩序形成(private ordering)の重視」「取引と交渉の強制」(enforced bargaining or negotiation)³⁵をヤングは、日本の行政スタイルの重要な特徴とみなす。「中央集権的政府が

131-168 頁、塩野宏『行政過程とその統制』(有斐閣、1989)181-201 頁 (初出 1966 年)

²⁹ 田中二郎「行政指導と法の支配」『司法権の限界』(弘文堂、1976)260-292 頁(初出 1975 年)273 頁、289 頁。

³⁰ 参照、中川・前注 (23) 208 頁、198 頁

³¹ 文化的・社会的要素(「タテ社会」「甘え」「義理」「公と私の理解」「法意識)」を強調する文献として Wolfgang Pape, Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan, Heymann, 1980, S.41-50.

³² Michael K. Young, Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan, 84 Columbia Law Review 923. ヤングの議論に触れるものとして、藤田宙靖「行政指導の法的位置づけに関する一試論」『行政法の基礎理論上』(有斐閣、2005)179-205 頁(初出)1991 年) 181 頁、192-193 頁、中川・前注 (23) 239-242 頁、266 頁。

³³ Young・前注 32)、p.941

³⁴ Young・前注 32)、p.942.

³⁵ Young・前注 32)、p.943. 「取引・交渉の強制」に注目するヤング論文は、日本の調停制度に関する先行研究 (D.Henderson, Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Japan, Univ. of Washington Press, 1965))の問題意識を継承するものである(Young・前注 32)、p.941 n.78)

市民のニーズ.....を把握する能力についてのこの謙虚さは、日本政府はきわめて指示的・管理的だというアメリカ人に広く共有されている信念³⁶と矛盾するものである」と述べる。

そして、このような行政スタイルがとられた場合、司法権もまた基準設定を回避するものとして理解される。中野区指導要綱に関する東京地判 1977.9.21 日判時 886 号 15 頁、品川マンション事件（同事件では指導要綱自体は問題になっていないが）の 1 審判決（東京地判 1978.7.31 判時 928 号 79 頁）をとりあげてヤングは、裁判所は行政機関を「対立する利害団体の間の紛争を裁断し、少なくとも調停するというより広い任務」を有するものとみなし、その際裁判所自身も、「対立する権利要求のいずれにも絶対的な優位を与えることを回避する」とする。これは、裁判所を「二項的紛争において既存の法規範を適用し、一方当事者の権利を他方に優先させるという結論を下す」コモン・ロー、大陸法共通の法伝統と異なっている³⁷というのである。

このようにヤングは、交渉の強制と私的秩序形成を重視する行政スタイル、そして権利の所在について明確な判断を下さない司法権のありかたに日本法の特徴を見出すが、そのことを、「権利意識の低さ」とは捉えない。むしろ逆である。「指導要綱に従って、地方政府が当事者に交渉と取引を強要したとき、政府は周辺住民に対して権利・権原に類似した何ものかを創出したのである。」これは、法と経済学の古典的文献たるカラブレイジ＝メラムド論文³⁸のいう「所有権ルール」にあたり、日本人の強い権利意識を示しているというのである³⁹。

藤田宙靖は、行政指導をめぐる法状況について、西欧近代法の「紛争文化」に対して日本の「紛争回避文化」を対比する仮説を提示する⁴⁰。重要な指摘であるが、指導要綱に基づく行政指導に関していう限り、この「紛争回避文化」が法的紛争に際して有効に機能するためには、周辺住民の利益について、それが「何らかの保護に値する利益としての性質を有する」－それが「権利」とまでは言えるかどうかは別として－という観念が法適用者の間に共有されていることが必須であろう⁴¹。たとえば単なる隣人間の所有権紛争においてトラブルを起こすことが「紛争回避文化」からマイナスに評価されることがあるとしても、

³⁶念頭におかれているのは Chalmers Johnson, *MITI and the Japanese Miracle*, Stanford University Press, 1982(矢野俊比古訳『通産省と日本の奇跡』(TBSブリタニカ、1982年)のような理解である。

³⁷ Young, 前注 32),p.974-975

³⁸ Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review* 1089,p.1092(邦訳・松浦好治編『不法行為法の世界』(木鐸社、1994) 111-172 頁(117 頁)。

³⁹ Young, p.945-946.ただし、条例のような法的手続によって設定された「権利」ではなく、その行使が私的交渉に委ねられているという特殊性も指摘されている

⁴⁰藤田・前注 32),196-197 頁

⁴¹そのような価値評価をおよそ共有しない論者にあつては、この過程は、利害調整による「私的秩序形成」としてではなく、「ディベロッパーから地域住民への現金の移動」を介した地方政府が住民の支持調達過程としてしか目に映らない。Mark Ramseyer/Minoru Nakazato, *Japanese Law. An Economic Approach*, University of Chicago Press, 1999,p.207

それとはまた区別される別の要素が、指導要綱における住民と建築主の交渉過程に対する裁判例・学説による法的評価には含まれていたのではないだろうか⁴²。

(2)上記のように、「行政が自ら基準を設定せず、関係当事者の交渉によって具体化される」というのがヤング論文の主要な関心事であった。しかし、本件教育施設負担金事件においては、住民と建築主との交渉過程はおよそ問題とされていない⁴³。本件はむしろ、指導要綱自体によって負担金の額が「選択の余地のないほど具体的に定められており、事業主の義務の一部として寄付金を割り当て、その納付を命ずるような文言となって」いた(本件最判)事案であった。

フランク・アップームは、先のヤング論文と類似する問題意識から、日本的行政規制のスタイルを「規制の私化」(privatized regulation)に見出す⁴⁴。念頭に置かれているのは、大規模小売店舗法の出店規制、放送局免許、運送事業免許などにおける調整過程である。指導要綱に基づく行政指導にも類似する特徴を認めつつ、論者は相違にも敏感である。

「同一又は関連業界が水平的基盤の上で相互に交渉する『規制の私化』とは異なり、要綱指導の構造は垂直的なものである。伝統的なコマンド&コントロールのモデルにきれいに合致し、公的領域で活動する規制者と私的領域で活動する被規制産業との間の線引きもまた明確なのである」⁴⁵

このように見てくれば、品川マンション事件と本件最判における「事案類型の違い」⁴⁶、すなわち行政が具体的な基準に関する政策決定を行っていること、「取引・交渉」による水平的調整の要素が希薄であることといった点は、行政法上の法関係の基本的要素に関わる相違と言ってよいだろう。だとすれば、両判決の分析にあたり、判決文上強調はされないこの点に着目することについて、「観察者の視点」にとつての意義はさしあたり認められよう。

2. 「影」を追いかけて

(1)藤田宙靖は、指導要綱・行政指導といった地方公共団体の「法外的手段」について、

⁴² 「建築紛争の解決を当事者間の合意に委ねたからといって、それが地方公共団体の政策的価値観とまったく無関係であるわけではない。…地方公共団体の政策的関心と呼ぶ利害対立状況であったからこそ、建築主を附近住民との交渉のテーブルにつかせようとしたと言うのが正確であろう」(中川・前注(23)、240頁)

⁴³ 高さ10mを下回る同マンションについて、判例集から日照紛争の経緯を読み取ることもできない。

⁴⁴ Frank K. Upham, Privatized Regulation: Japanese Regulatory Style in Comparative and International Perspective, 20 Fordham Int'l L.J. 396 (1996).

⁴⁵ Upham・注(44),p.477.ただし、アップームの分析は、指導要綱の負担金条項と住民同意条項を明確に区別して論じてはいない。

⁴⁶ 前述*頁

日本の判例・学説は、「基本的には、伝統的な理論の枠を守りながら、これらの『法外的手段』が、既存の法制度・法理論の上に落す『影』を捉え、それを通して間接的な形で、これを行政法上『認知』する試みを展開している」⁴⁷一方で、「法外的手段の私人に対する法的拘束力を承認する方向へと、理論的な模索をしている」学説もある⁴⁸と議論状況を整理する。

そして、伝統的な理論の「公理」が①「行政主体」と「私人」との二元的対立②「法律による行政の原理」であったのに対して、後者のような学説は、行政と市民との関係の基本像を「市民相互間の紛争—例えば日照問題、建築紛争等—について行政が調整役として機能するケースにおいて典型的に見られるような、調整関係であり、協働関係」ととらえる「理論モデル」の下でこそ理論的に成立しうるものであるとして、藤田はこれを「ニューモデル」と呼ぶ⁴⁹

その上で、例えば原田尚彦の議論を子細に検討すると、それは実は「基本的には旧モデルの思考枠組みを崩さず、しかし、ニューモデル的発想から、既存の法律の諸規定の意義・目的を新たに問い直そう」とする発想であるとして積極的に評価するのである⁵⁰。

確かに本件最判を初めとする裁判例においては、藤田が指摘するように、指導要綱・行政指導は「影」としてしかとらえられない。例えば給水拒否事件では水道法 15 条の「正当の理由」該当性、品川マンション最判では国賠法上の違法の前提としての建築確認留保の適法性が問題になった。そして本件最判では、一方では強迫の成立要件としての「畏怖に乗じて意思表示をさせた」事実の有無、そして、国賠法上の違法の有無が問題になる。「指導要綱・行政指導それ自体の適法性」という正面からの問題設定は必ずしもなされていない。

もっとも、例えば取消訴訟において行政処分について根拠法規違反の違法性が問題になる場合、あるいは行政処分の根拠となる法規命令が法律の委任の趣旨に反して違法ではないかが問題となる場合のように、ある行政活動「それ自体の違法」が必ず正面から問われる場合はそもそも比較的限られている。例えば「既存の法制度・法理論」に含められるであろう通達についても、墓地埋葬法通達最判⁵¹11というように、「元来、法規の性質をもつものではない」とされる以上、「通達の適法性」という問題設定がなされるかどうかは、具体的事案と訴訟上の文脈に応じて相対的である⁵²⁵³。訴訟との関係では⁵⁴「影」を追いかける

47 藤田宙靖「地方公共団体の『法外的』手段とその法的性質」藤田・前掲書注(40), 164-178頁(166頁)

48 藤田・注(47)166-167頁。原田尚彦、真砂泰輔、吉田善明の議論があげられている。

49 藤田・注(47)168-171頁。このようなモデルの理論的基盤として西ドイツにおけるメント・シューレや松下圭一の「機構信託論」があげられている。

50 藤田・注(47)177頁

51 最判 1968.12.24 民集 22 卷 13 号 3147 頁

52 例えば都市計画事業認可の適法性を審査する場合、その前提となる都市計画自体の適法性を審査することが裁判実務上ほぼ定着している(例:最判 2006.11.2 民集 60 卷 9 号 3249 頁(小田急事件))。また、行政手続法施行後、指導要綱に「審査基準や処分基準と同様、裁

しかないのは、「ニューモデル」が問題になる場合に必ずしも限られないのではなかろうか。その意味では、本件最判は、国賠法 1 条の判断の枠内ではあるが、具体的な交渉過程よりもむしろ指導要綱の制度設計と全体的な運用状況に着目した制度レベルの問いを立て、「行政指導自体」の適法性を論じている⁵⁵ことがむしろ特徴的だと考えられる⁵⁶。

(2)上で藤田も指摘するように、指導要綱をめぐる行政法学上の議論では、「要綱行政積極論」の論者も含めて、その法規範性の承認までは主張しないのが大多数であった⁵⁷。

指導要綱に積極的に法規範性を認めるべき根拠としてほぼ唯一語られたのは「慣習法」であった。しかし、例えば 1971 年に制定された武蔵野市指導要綱が 1974 年の給水拒否事件の時点までの 3 年間、「市民と業者に理解され、遵守されてきたという事実」⁵⁸をもって「慣習」を語るのはさすがに苦しい⁵⁹だろう。むしろ、行政が指導要綱を設定したのではなく「市民生活の中から形成された新しい慣習法」⁶⁰として日照その他の住環境の保全それ自体に要保護性を見出し、その限りにおいて周辺住民に、先にヤング論文について見たような法的な保護利益を認める議論⁶¹の方が可能性があるのではないだろうか。ただしそうな

判上の基準としての機能が認められることになる」（野口貴公美「行政立法」行政法の新構想 II(有斐閣、2008)25-47 頁(36 頁)とする見解—ただし「裁判上の基準」の意味は十分詰められてはいない印象を受ける—もある。

⁵³ 本件最判に関する調査官評釈は、品川マンション事件との相違を次のように説明する。「開発負担金の納付を求める行政指導において、行政指導の違法性が争われるのは、通常はやむなくこれを納付した後のことであるから、『行政指導に協力できない旨の真摯かつ明確な意思の表明』がなければ行政指導が違法ではないとするのであれば、開発負担金の納付を求める行政指導が違法とされるのは、右のような意思を表明した上で負担金を納付した場合などに限られそうである」水上敏・本件解説・平成 5 年度最高裁判所判例解説民事編(上)248 頁。本文に述べたように本稿は、「観察者の視点」としては両者の区別として事案類型の相違を重視すべきと考えるが、行政指導の適法性が、具体的事案と訴訟上の文脈に落とす「影」としてしか問題にならないことを踏まえれば、特に法「適用者の視点」としては、このようなテクニカルな説明も、あながち排斥できないと思われる。

⁵⁴ ただし、藤田・前注(47)は必ずしも訴訟の場面に限定せず「既存の法制度・法理論の上に」(166 頁)に落とす「影」について論じていることには注意が必要である。

⁵⁵ 前述 頁

⁵⁶ これに対して、品川マンション事件の場合は議論の余地がある。参照、中川丈久「国家賠償法 1 条における違法と過失について」法教 385 号 72-95 頁(94-95 頁)

⁵⁷ 参照、三辺夏雄「地方公共団体における開発指導要綱」成田先生退官記念『国際化時代の行政と法』(良書普及会、1993) 225-258 頁(246 頁)。参照、芝池義一「行政法における要綱及び協定」基本法学 4 (岩波書店、1983) 277-311 頁(281 頁)

⁵⁸ 篠塚昭次『『生ける法』としての要綱の法的意味』後藤編『都市づくり要綱裁判』105—112 頁

⁵⁹ 参照、三辺・前注(57) 249 頁

⁶⁰ 武蔵野市宅地開発等調査委員会答申(1976 年 6 月 24 日)『指導要綱の記録』526 頁

⁶¹ 例えば国立マンション訴訟民事一審判決(東京地判 2002.12.18 判時 1829 号 36 頁)の「景観利益」概念と、それを「地域的ルール」と読み替える見解(例えば吉田克己『『景観利益』の法的保護』判タ 1120 号 71 頁)や、「共通利益」(見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』)、「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)188-199 頁)、「地区集合利益」(岩橋浩文『都市環境行政法論』(法律文化社、2010)

ると、もはや「指導要綱という形式」自体に意味を認めようとする議論ではなく、その後にある社会的事実から規範性を発見していく方向の議論となるだろう。

開発指導要綱をめぐる議論において、その「形式」に着目して法規範性を認めていく方向の議論は、萌芽こそ見られる⁶²ものの、殆ど展開されることがない。そのために必要な「ルールの作成・成立についての手続的要件」や、既存の裁判手続・既存の強制機構が「前提しているところの法的カテゴリー」との関係の検討がなされることはほとんどなかったのである⁶³。

V むすびにかえて

1. 指導要綱の総合的展開

(1)武蔵野市宅地開発等指導要綱は、1978年に改正されるが、その際、一連の紛争で問題となった住民同意方式および教育施設負担金についても大きい変更が加えられた。改正の原形をなしたのは、1976年6月24日の宅地開発等調査委員会答申⁶⁴（以下「答申」）である。

「答申」は、まず日照に関する住民同意方式について、それが相隣紛争の「自主解決」につながった成果を認めつつ、それは「多くの場合に金銭補償による解決を意味していたのであり、半永久的に日影になる地面は、住民同意方式の下でも、確実に増大している」と指摘する。さらに、「周辺住民の側に、自分ひとりの反対でも建設計画を全般的に阻止できるという信念を抱かせ、無制限の自己主張を生み出してきたきらいもなしとしない」⁶⁵と、かなり強い言葉で問題点を指摘し、要綱を条例化して法的拘束力を有する具体的な日照基準を定めることを「答申」は提唱する⁶⁶。

また、教育施設負担金については、「武蔵野市において集合住宅等の開発規制を更にいっそう強化しなければならない一つの主要な理由は、集合住宅等の開発に伴って必要となる公共公益施設整備用地の取得難にあり、金銭の納付を受けても、適地を取得できるわけで

を観念する試みなどはそのような方向性の延長にあるだろう。

⁶²例えば住民参加的性質に着目する議論(参照、真砂泰輔「地方公共団体における行政指導」足立忠夫他編『現代政治と地方自治』(1975, 有信堂) 235-264頁(247頁)。なお、なお、行政指導と区別された「行政権」の行使として行政指導の規範的な正当性を説明する可能性について、中川・前掲注(23) 357-358頁

⁶³ Lorenz Ködderitzsch, Die Rolle der Verwaltungsvorschriften im japanischen Verwaltungsrecht, Nomos., 1995, S.17-18は、日本行政指導への海外研究者の関心にも関わらず、それが「しばしば体系化され、『指導要綱』と呼ばれる行政規則によって導かれている」ことが、西洋の文献においてこれまでテーマとされたことはない」と述べる。しかし、本文に照らせば、行為「形式」との関係において指導要綱を真剣にとらえなおす議論は、日本でも十分だったとは言えないだろう。なお参照、中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分」高木光他編『行政法学の未来に向けて』59-87頁(78頁)

⁶⁴ 『指導要綱の記録』520頁以下

⁶⁵ 『指導要綱の記録』525頁

⁶⁶ 『指導要綱の記録』529頁

はない」として、原則として金銭負担の方法を廃止し、用地・施設の無償提供または自費施工の方法によるべきものとする⁶⁷。

「答申」を受けて、市も条例化の準備を進めたが、1976年の建築基準法改正(56条の2)による日影規制の導入とそれを受けた東京都日影条例⁶⁸の制定を受けて、最終的に条例化を断念し、1978年、指導要綱の改正によって上記の住民同意方式の削除と教育施設負担金の原則廃止がなされた。1996年の指導要綱改正で雨水浸透施設の設置、駐輪施設設置義務、ワンルーム集合住宅の指針、ガラスの飛散防止指針などが新たに定められ、ないしは他要綱の規定が編入される。規制対象が多様化し、内容はより総合的なものになっていった。

内海麻利は、規制誘導対象からみた指導要綱の展開の経緯を①開発許可を補完する指導要綱本来の系統②開発許可制度対象外の新たな開発を規制する系統③積極的まちづくりを誘導するための系統の3種に整理する。「従来、画一的な法令に基づく開発許可基準の上乗せにより地域の課題に対応してきたが、近年、地域の多様なニーズに対応するため細分化している」⁶⁹とされる。緊急避難的な対応から出発しつつ、都市計画法・建築基準法の規定の補完や上乗せだけでは果たせない課題にも応える総合的なまちづくりへと展開をとげていったことが、宅地開発指導要綱が「戦後自治体行政の最高傑作」⁷⁰と呼ばれる所以であろう。

2 指導要綱の条例化

(1)1980年代前後から、多くの自治体において指導要綱を条例に移行させる動きが進む。その背景としては、まず指導要綱の様々な限界に自治体が直面したことがあげられる。

第一に、既に見た給水拒否や開発負担金をめぐるさまざまな訴訟の動き、なかんずく品川マンション最判や本件最判によって行政指導の適法性に関する判断基準が示されたことである。また、品川マンション最判を参考にして条文化されたとされる行政手続法(1993年)の制定も大きいインパクトを与えた。

第二に、中央省庁による指導要綱の「行き過ぎ是正」に関わる一連の通達があげられる。建設省・自治省の共同通達である「宅地開発指導要綱等の運用について」(1982年)は、(1)開発協議に要する期間の短縮(2)関連公共・公益施設の整備水準(「他の地方公共団体における整備等の水準と大幅にかけ離れた高い水準」でないか)(3)寄付金等の受入れ及び使途の適正化並びに収支の明確化を求めた。また、建設省通達『「宅地開発指導要綱に関する措置方針」について』(1983年)では、公共公益施設について踏み込んだ技術的指導がなされる。『「宅地開発等指導要綱の見直しに関する指針」について』(1995年)は、これらについてより強い表現で「行き過ぎ是正」を求める。

⁶⁷ 『指導要綱の記録』531頁。ただし、負担の均衡との関係から金銭負担も存続する可能性も想定している。

⁶⁸ 東京都日影による中高層建築物の高さの制限に関する条例(1978年条例第63号)

⁶⁹ 内海・前注(6)、11頁、参照、内海・前注(5)63頁

⁷⁰ 五十嵐・前注(2)、319頁

これら一連の「行き過ぎ是正」指導は、指導要綱を「良好な都市環境を形成しうる上で一定の役割を果たしてきた」と評価した上で、急激な大規模開発の減少と経済成長と地価上昇の鈍化により事業者も以前ほど容易に指導要綱の負担をカバーしにくくなってきた状況⁷¹を踏まえてなされたものであるが、生田長人は、上記（3）のような「当然行われるべきもの」もある一方で、公共施設整備水準については、「地域の実態を踏まえてその妥当性が検討されるべきであり、全国一律で判断すべき性質のものではないと考えられるものもあり、妥当性を欠くものもあった」と指摘する⁷²。しかし、当否は別として、これら「行き過ぎ是正」指導で示された国の姿勢は、自治体が指導要綱の見直しや条例化に踏み出す大きい要因になった⁷³。

(2)他方、分権改革の動向は、自治体が条例制定で課題に対応していこうとする上で、積極的方向からの追い風になった。2000年施行の第一次分権改革において条例制定権の範囲に関して立法的変更がなされることはなかったが、自主条例による財産権規制の妨げになるとも理解されてきた旧地方自治法2条3項18号・19号が削除されたことは実務上少なからぬ影響があった⁷⁴。また、都市計画法2000年改正によって、地域的事情により、政令の基準の範囲内で自治体が開発許可基準を強化・緩和することができるようになったこと(33条3項)で、指導要綱が従来規定していた内容の受け皿としての委任条例の活用も想定できる⁷⁵。

さまざまな分野における取り組みを総合した「まちづくり条例」は、指導要綱が展開してきた「総合性」を受けつぎ、それを明確にルール化する動きと整理することができよう。武蔵野市も、2008年に至り、まちづくりの理念、都市計画決定手続と住民参加、開発事業

⁷¹ 建設省建設経済局民間宅地指導室監修『実務のための宅地開発等指導要綱見直しのポイント』（ぎょうせい、1997）3頁、7-8頁

⁷² 生田・前注3）・250頁

⁷³ 「宅地開発等指導要綱の適正な見直しについて」（2003年3月4日総行地第22号・国総民第42号・国住街第137号）は、「指導要綱については、客観性の確保、公正性、透明性の向上の観点から、議会の議決による条例の形式をとることが望ましいことを踏まえ、指導要綱の条例化について検討されたいこと。特に、開発事業者に対する実質的な強制とみなされる場合については、条例によるべきこと」としている。上記「宅地開発等指導要綱の見直しに関する指針」（1995年）の解説書が、「建設省としての指導要綱自体を違法又は不相当とみなしているわけではなく、財産権の制約や住宅・宅地の円滑な供給の観点からその行き過ぎが問題であると考えているものであり、この行き過ぎの内容は条例で規定するものであっても、指導要綱で規定するものであっても、基本的には変わるものではない」（前掲注（ ）、25頁）と述べていたことと比較すると、矛盾はしないまでもトーンの変化を見出すことができよう。

⁷⁴ 内海・前注(6)、27頁

⁷⁵ 参照、内海麻利「開発許可基準の改正と開発指導要綱の条例化」小林重敬編『条例による総合的まちづくり』（学芸出版社、2002）175-198頁。ただし、出石稔『条例によるまちづくり・土地利用政策』84頁は、政令・省令の基準がある以上「實際上ほとんど自治体の裁量を加味することはできず....かえって自治体の条例制定権を抑制する効果を生み出してしまいう危険性」を指摘する。

等に関する調整の仕組みなどを盛り込んだ「武蔵野市まちづくり条例」を制定している。

(3)しかし、指導要綱の条例化で課題がすべて解決するわけではない。まず一般論として、条例の制定後も、要綱の実験性・柔軟性を活かした役割、早期対応的性質を活かした「ワン・ポイント・リリーフ」的な役割は失われたいと考えられる⁷⁶⁷⁷。

そして、まさに本稿で問題になった住民同意条項や開発負担金条項は、「問題視される制度」⁷⁸として、そのまま条例化することには本質的困難がある。

住民同意条項については、なお検討の余地があるものの、憲法上の問題を否定できない⁷⁹。また、武蔵野市指導要綱に関する前記「答申」が指摘するように、実際の運用が金銭補償中心になってしまう可能性もある。金銭補償を一概に否定的に評価する必要はないとしても、それが自治体が条例をもって取り組むべき政策目的とは言い難いだろう。

そこで条例化にあたっては、住民に任意の「拒否権」を与える制度設計ではなく、より透明度が高い形での紛争調整制度として制度化することが考えられる⁸⁰。また、より広い範囲の住民参加の下に、「事業者・地元住民双方納得のいく（win-win の）建築計画」をめざす「協議型まちづくり」としての制度設計を目指すこともできるだろう⁸¹。

(4)他方、開発負担金条項については、受益者負担・原因者負担の観点から一定の合理性を有するものであり、他方で地方財政法第 4 条の 5 の割当的寄附金の禁止との関係における適法性を主張することには困難があり、条例化が求められること⁸²がつとに指摘されて

76 *松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」原田純孝編『日本の都市法 II』(東京大学出版会、2001) 321-350 頁 (340-342 頁)、参照、大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」小早川光郎編著『地方分権と自治体法務』(ぎょうせい、2000) 188-206 頁(202-205 頁)

77出石稔(「神奈川県横須賀市における土地利用調整関係条例の整備」柳沢厚/野口和雄/日置雅晴『自治体都市計画の最前線』(学芸出版社、2007)261-271 頁 (270 頁)は次のように指摘する。「条例による基準化は、公益を実現するために必要最小限のものでなければならぬ。要綱時代に指導要綱にまったく従わない事業者が仮に 1 割いたとして、残りの 9 割は要綱による行政指導に沿って適切な土地利用行為を進めていたのに対し、条例化後は、条例に従わない事業者はほぼ皆無となる反面、大多数の事業者は、条例による(最低限の)基準をクリアするように土地利用計画を練るようになり、行政指導の余地が明らかに縮小していると痛感する。……条例を画一的に運用するのではなく、いかに現場の個々の事象にマッチした柔軟な対応ができるかが課題となっている」

78 内海・前注(5)65 頁

79北村喜宣「同意制条例」北村『行政法の実効性確保』35-72 頁および同論文 56 頁注(27)掲記の文献参照

80 横須賀市特定建築等行為条例(内海・前注(5)158 頁以下、出石・前注(75)49 頁以下)の例は興味深い

81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 (32 頁)。参照、*松『公私協働』の位 相と行政法理論への示唆」公法研究 65 号(2003.10)200-215 頁 (208 頁)

82 碓井光明「原因者負担の考え方の可能性」日本住宅センター『開発利益還元論』209 頁、碓井『要説自治体財政・財務法(改訂版)』(学陽書房、1999)143 頁。都市開発における受益者負担制度の意義について、清水千弘「都市基盤整備財源としての受益者負担制度の課題」

きた。

まさに本件最判の原告にとっては、開発負担金制度が廃止されたことによる不公平感こそが提訴の動機であったとされる。純然たる任意の寄付と位置づけるのでない限り、開発負担金は、「皆さんに一律にお願いしている」ということでしか自発的協力を求めることができない制度なのである。住民同意条項に基づく協議によって、個別の場所の状況に適応した設計変更を行うような場合とは、事柄の性質が異なる。ここで、指導要領の長所としての「柔軟性・個別性」を活かす余地はない。ローカル・ルールとして開発負担金を制度化しようとするのであれば、一律に適用される条例によるしかないであろう。

もともと、指導要綱発祥時と異なり、開発に伴う公共公益施設整備の財源捻出に自治体が困窮するといった状況は現在では少ないと考えられ、多くの自治体は、指導要綱の見直しにあたって開発負担金の制度化を断念しているようである⁸³。ただし、短期的必要性は別として、開発に伴う費用負担をどのように社会的に配分するのが合理的か、根幹的公共施設一宅地周り施設の区別に関するこれまでのルールが本当に妥当なのかという視点はあってよい。またそのルールがナショナル・ルールであるべきなのか、地域毎に異なるローカル・ルールがあってよいのかについての検討も必要であろう。都市の縮退を踏まえた法制度設計が求められる今日⁸⁴、かつてのインフラの「後始末」に係る費用負担についても、新たな観点に立った議論が必要になってくるかも知れない。

計画行政 32 卷 1 号 74-82 頁

⁸³ 内海・前注(5)66 頁

⁸⁴ 内海麻利「拡大型・持続型・縮退型都市計画の機能と手法」公法研究 74 号(2012 年)173 頁、*松「縮小都市と法」新世代法政策学研究 16 卷 243 頁