

「第2章第3節第2款:ドグマーティクとしての必要最小限原則:意義と射程」

本ファイルは、藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表/土地制度に係る 基礎的詳細分析に関する調査研究委員会『土地利用規制立法に見られる公共性』(発行:(財)土地総合 研究所)(2002.12)の第2章第3節第2款(82-98 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。

1 はじめに--「ドグマーティク」としての必要最小限規制原則

1.1 「原則」の位置づけ

本 WG の検討対象である「必要最小限規制原則」について、藤田 2000:701 (本報告書第一章?) は次のように述べている。

「我が国従来¹の土地諸立法の前提として存在したような意味合いにおける『必要最小限の規制』という原則…。」

「我が国の従来¹の土地立法には、少なくともその出発点として、『必要最小限の規制』という原則が、抜き難く存在しているように見える」

まず問われなければならないのは、「必要最小限規制原則」が語られる際の「原則」なるものの法的な位置づけである。

上記の「原則」は、「我が国従来¹の土地(諸)立法」を規定している(「前提として存在」「出発点として…存在」)ものとして語られている。それでは藤田は、「立法」の上位にある、憲法から導かれたところの法原則としてこれを説いているのだろうか。少なくとも、憲法に対する論者自らの直接の解釈として「原則」が導出され、導かれた「原則」を下位規範たる法律に演繹的に適用するという作業が試みられているわけではないだろう¹。

またここにいる「原則」は、対象としての事物に客観的に存在するものとして観念されるところの法則性を認識しようという試み--「法の解釈」と区別されたところの「法の科学」(宮沢)--の産物でもないだろう。藤田が言う「必要最小限規制原則」には、「規制対象についての『必要最小限』」と「規制目的についての『必要最小限』」との二通りの意味があるとされる(藤田 2000:702-703)が、それらの意味は、建築規制・開発規制に関する実定法の具体的な定めを例証として「確認」されている。さしあたり前者の点について見てみよう。建築確認制度の対象が一定の規模以上の建築行為に

¹ 確かに藤田 2000,700-701 は、憲法29条に基づく法律による内容規定にあたり「一方で『公共の福祉』による制約があるものとしても、他方で……憲法13条の定める個人の『幸福追求権』の存在に考慮したものでなければならない」と述べ、憲法解釈を前提に立論している。しかし引用部は、必要最小限規制原則そのものについて語っている箇所でないことに加え、叙述の重点は、公共の福祉と憲法13条との上記の関係において、立法権の広範な形成の自由を認めることにあるように思われる。

限定されていること、極めて小規模な建築物についてのいくつかの法規定の適用除外といった規制の仕方から、建築基準法が「土地の所有者には、その土地の上に建築をする自由があることを大前提として認めて、公共の福祉の見地から必要な限りにおいて最小限の規制を行うことを目的としている」という理解が示される。また、開発規制制度における裾切りも「『開発の自由』を前提として認め…必要最小限度の権利制限を行う、という発想から出発」しているとされる。

しかし、いわゆる「裾切り」型の規制手法がとられているからといって、(ア)「建築の自由」ないし「開発の自由」の「前提」としての存在と(イ)それに対する「必要最小限」の規制という「原則」を認識することというのは、必ずしも論理必然的な帰結ではない。「裾切り規制」の存在理由としては、一般に、①規制の必要性の高いものに重点を置き、限られたリソース（予算、行政職員）での監視を容易にする②中小企業の負担過剰を防止する③小口の企業の負担は小さいの3点があげられる（阿部1997, 94）。このような手法は広い意味での環境負荷を問題にする法制度において、かなり一般的に見られるものであるが、そこで直ちに、規制対象とされている活動に関する「自由」が語られるとは限らない。例えば水質汚濁防止法で裾切り規制がとられているからと言って、「水を汚染する自由」を観念し、それに対する規制は必要最小限でなければならないといった論法がとられることはまずないだろう。「必要最小限」が問題にされるとしても、ここで「営業の自由」が問題となることから、国家活動は謙抑的でなければならないといった、より抽象度の高い言説となるだろう。

したがって、藤田2000が語るところの必要最小限規制「原則」とは、憲法に対する論者自らの解釈作業によって導出されたところの立法の上位にある法原則でもなければ、現実に存在する土地諸立法に対する純粋な認識作用として導かれた事実としての共通性、でもないように思われる。

1.2 「柔らかいドグマティック」

結局のところ、藤田2000が行ったのは、建築基準法や都市計画法といった個別的規制法の諸規定を、ひとつひとつばらばらに考察するのではなく、「原則」によって体系化して理解しようという、法解釈の伝統的な営みにきわめて忠実な作業であろう。

しかしこの「原則」は、建築基準法ないし都市計画法という個別法の仕組みの内在的理解にとどまるものではなく、「我が国従来土地諸立法」全体に跳ね返っていくものとしてとらえられる。まさに問題視されるのは、既にある個別法の仕組みよりもむしろ、政府諸機関の考え方がこのような「原則」に支配されたことが、大深度地下利用制度や計画白地地域の開発規制制度などの法律立案過程で「大きな足かせ」として機能するに至ったという事実なのである（藤田2000:713）。

したがって、「必要最小限規制原則」とは、法的仕組み・制度設計の一つの選択肢として立法政策の問題に一元化されはしない。同原則は、立法者の判断との緊張関係において理解されるものである。そうである以上、前述のように、先験的な憲法・憲法原理から演繹されたものでこそないが、藤田自身も意識しているように、憲法・憲法原理と無関係でありうるはずもない。個別領域の法と憲法原理との間の「視線の往復」

によって導出されたドグマーティク（参考、山本 1999:446）が、この「原則」のよってたつところであると考えられる。

しかし、本報告書第 4 章（憲法学の立場からの必要最小限原則）においても述べられているように、我が国憲法学の通説的理解において、「立法者のそれに反する選択・制度設計に対しては当該法律及びそれに基づく行為の違憲無効（の主張）を以て応じる『堅いドグマーティク』」（太田 1999:838）としての地位を同原則が認められているとは言えない。もちろんそれは同原則を明示的な形ではおそらく始めて定式化した藤田 2000 の意図するところでもないであろう。同原則に存在価値を認めるとしても、それは、立法との緊張関係を維持しつつ立法者の形成余地を十分に認める「柔軟い法ドグマーティク」（太田、同上）としてのものでなければならない。

「法ドグマーティク」を認識することの利点は、第一に、個別行政領域の法多様性から距離を置いたなんらかの一貫性を可能にすることにある。個別領域の法やそこにおける言説を単なる関係者のジャーゴンに陥らせるのではなく、相互比較可能な市民に開かれた場とする役割がドグマーティクに期待される。そして第二に、ドグマーティクを意識することで、自らの思考の被規定性の認識が可能になるであろう。いくぶん逆説めくが、ドグマーティクからの自由を可能にすることこそがドグマーティクを認識することの意義なのではないか。（山本 1999, 447；山本 2000, 10 注(19), 261）

とすると、「ドグマーティク」に対する論者の姿勢のとり方には、さまざまなバリエーションがありうる。太田 1999 の挙げる例に即して言えば、行政手続法制や情報公開法制に関して憲法・行政法学者が提示したドグマーティクは、それに共感し、制度形成の局面において積極的に活用していこうという論者達自身の「意欲」と、決して無縁ではなかったと思われる。他方、「公定力」論に関する戦後行政法学の試みは、伝来理論を改めて「ドグマーティク」として再認識し、それを「行政権の優越性」の反映と総括した上で、憲法構造の転換と当該ドグマーティクとの不適合を「問題」として浮上させるという試みであったと考えられる。この場合、「ドグマーティク」を析出することは、批判のターゲットとするための総括と対象化の作業に他ならない。

「必要最小限規制原則」について藤田 2000 が行った作業も、後者の作業に属するものではなかろうか。同論文は、「従来の土地立法」について、その「出発点」としての「必要最小限規制原則」をいったん構成的に認識し、その上で、土地基本法の制定によって、同原則自体を修正する「新たな調整」が行なわれたのだと主張する。そのことによって、同原則の拘束から我々を一気に解放することが試みられているのである。日々の営みとしての我々の法解釈作業を規定し、拘束するものとしてのドグマーティクを認識することで、逆にそのようなドグマーティクから自由になろうとする、そういった機制をわれわれはそこにみてとることができる²。

²土地基本法に依拠することによってそのような一挙的解決が可能かどうかについてはなお議論の余地がある。本 WG において必ずしも深められなかった点であり、本稿もまたその点に立ち入ることはしない。

現実の立法に「抜き難く存在する」ところの「必要最小限規制原則」を意識に上せることによってこそ、同原則の意義と射程の批判的吟味、従来の思考図式の問い直しが可能になると思われる。以下の記述も、拙い、また範囲も限定された、そのような試みに他ならない。

2 必要最小限規制原則と地域空間管理―同原則の空間的意味

まずは、藤田 2000 によって定式化された「必要最小限規制原則」の意味内容を改めて確認するところから始めよう。第一に、必要最小限規制原則は、上で既に見たように、土地の所有者に対して、「建築の自由」「開発の自由」を「大前提として」認めるものである。土地所有権という「権利」に対応してまず「自由」を措定し、法規制をそのような自由に対する「制限」として認識する「自由-制限図式」に基づく思考がここで採られている。第二に、必要最小限原則は、「『土地の利用規制は、都市計画、農業振興といった特定の目的からする（強調は引用者）必要最小限のものに限られるべきである』とする発想」（藤田 2000, 714）をとるものである。「目的-手段図式」に立脚した立法・行政のコントロール手法がここで用いられている。第三に、上記二点とも対応して、規制を導入しようとする際、その必要性が「現実のものとして目前に存在する」（藤田 2000, 709）ことを要求する、いわば「立証責任」を規制側に負担させる機能も、必要最小限原則は営んでいる。

以下ではまず、地域空間管理の場面に例をとって必要最小限原則の空間的な意味を検証し（2）、ついで同原則を時間的側面から見た場合、すなわち将来の不確実性への対処の問題（3）を検討する。最後に、同原則がとっている目的-手段図式の意義と限界について触れ（4）、拙い考察を閉じることにする。

2.1 二重の空間分割としての土地所有権

「『国民の基本的人権は、公共の福祉のために制約を受けるとしても、それは、公益達成のために必要最小限のものでなければならない』ということ自体は、ある意味ではいわば自明のことである。しかし、そこでいう『公益』そして『必要最小限』の内容及び意味は、土地の有する特性に鑑みれば、他の私権の場合と決して同じではない。土地基本法第2条が『公共の福祉を優先させる』と述べるのは、まさしくこうした意味であるに他ならない。」

藤田 2000, 714 の上記の記述は、「土地の有する特性」に着目することによって、「必要最小限規制」というドグマティックから距離をおこうという試みととらえることができる。それでは、「土地の有する特性」とは何だろうか。

まず、土地所有権に限られず財産権一般に妥当する特徴であるが、他の自由権的基本権には必ずしも見られない、競合性・排除性を前提とした資源配分的性格である。特定の土地についての財産権をある者に承認することは、財産権者の自由を意味すると

同時に、素朴に考えれば、その土地に関する限り、他者の利用の制限＝財産権者以外の不自由を意味する。これに対し、ある者に表現の自由を権利として保障することは、（その行使がときに他の者の人格権等と衝突することはあるにせよ）そのこと自身で他者の表現の不自由を招来するものではない（*松 2001, 232）。財産権に関する規律は、資源配分＝有限の財の分配的な性格を明確に有していることに特徴がある³。行態規範ではなく権限規範としてのその法的位置づけ（Alexy 1996, 215-21, 220-222）も、財産権のこのような性格と関連しているだろう。

第二に、土地所有権の空間的性格である。そもそも土地所有権は、(1)本来的に連続性を有する地表を個別的地片に分割した上で、(2)さらに土地の所有権は上下に及ぶ（民法 207 条）と定めることによって上部・下部の空間も分割するという意味で、「二重の空間分割」によって析出されたものにとらえることができる。しかし、このように創出された土地所有権は、いうまでもなく、空間的特性から切り離されてあるわけではない。それは場所的に固着したものとしての特性を有し、空間的位置関係それ自体によって価値を与えられ、さらにその利用が隣接した空間に対して外部的影響を必然的に及ぼす⁴（参照、大庭 2000, 56-57）。空間によって規定され、また空間を規定することに、土地所有権の本質的特徴を見い出すことができる。

2.2 空間形成と土地所有権規制

都市計画法における空間の位置づけについて、見上崇洋は以下のように論ずる。例えば区域区分（市街化区域・市街化調整区域）の目的は「無秩序な市街化を防止、計画的な市街化を図る」（都市計画法 7 条）ことであり、地域地区は「良好な住居の環境」「業務の利便」等の多様な目的のために設定されるものであるが（都市計画法 9 条）、これらはいずれも空間形成に関わる目標として空間利益（空間に関わる住民や生活者の利益）に関わるものである。しかし、このように制度目的として空間形成的目標が掲げられているにもかかわらず、実際の制度を形作るのは開発許可等の具体的判断の積み重ねであり、そこではこれら基本目標ではなく財産権に関わる具体的な規制基準が専ら考慮される。つまり、空間形成的目標を専ら財産権規制を手段として実現しようとしているのが、現行都市計画法制の基本構造だとされる（見上 2001, 12-13）。

「具体的規制が個人の権利利益に対する規制として働く場合には、そのコントロールは厳格に行うべきであるとの観念の裏返しとして、確立した権利利益に関わらない場合にはコントロールはなくてもよい、との侵害留保説的な理解に基づいて、行政作用の規制対象が、確立した権利利益であるかどうかが決定的な意味をもたされることになった。そして都市法の分野では、土地利用＝土地財産権に焦点があたることにより、確立された権利が財産権に収斂する形をとった」（見上 2001, 13）

³ 但し藤田 2000, 714 は、「他の私権」という競合性を前提としたとも読める用語を選択している。

⁴ 亘理 1997, 297「土地財産権というのは”公共的空間の中の一部に対する支配権---c”である限り、周辺地との相互依存性ないし隣接性に伴う特質と制約を内在させる必然性を有している……c からは、相隣関係等の財産制度に端的に見られるように、土地所有権の社会的な被制約性と同時に権利対象のある種の拡張の可能性も導かれる。」なお、公共性のトポスとしての「空間」概念のこのような用法について参照、*松 2000, 5。

このような構成によって、被規制地権者以外の附近住民-地権者および非地権者--が空間に対して有している多種多様な利害は、法的にレレバントではないものとして、視界からさしあたり消去される。被規制地権者と都市空間を共有する附近住民は、財産権規制による反射的利益の受益者としての位置づけにとどめられることになるのである⁵。

ここでさらに、財産権に関する最小限規制原則を導入することは、財産権者相互や財産権者と非財産権者の多種多様な利害の均衡として現われる都市計画的空間利用規制において、附近住民の利害を尊重すべき理由が明確に示されない限り、規制を受ける財産権者の利害の方を優先すべきだということになりかねない。被規制地権者の生活利益を縮小する時には、明確な「目的」が必要とされるが、逆の場合はそれが要求されないことになろう。

国立市のマンション紛争に関わる東京地判 2002 年 2 月 14 日には、このような思考が端的に示されている。

「景観保持の観点から新たな法的規制をする際には、その規制内容が適正なものか否かに加えて、その規制が既存の権利者にいかなる影響を及ぼすものかを慎重に検討することが必要である。このことは、行政の一貫性の観点からあらゆる行政上の法規制に妥当することであり、建築基準法 6 8 条の 2 に基づく条例を制定するに当たっては、同条 2 項が当該区域内における土地利用の状況を考慮要素の一つとしていることから導けることであるが、取り分け景観保持を目的とする規制については、それが上記のような法的保護の対象として成熟していないことから、このことが強く要請されるものと考えられるのである。このような観点からすると、本件地区計画の決定及び本件条例の制定は、本件土地についての既存の権利者である原告が高層マンション建築のために多額の投資をしている点を無視しているばかりか、その行動を積極的に妨げようとしている点において、景観の保持の必要性を過大視するあまり、既存の権利者の利益を違法に侵害したものであるというほかない。」

この国家賠償訴訟では、用途地域上認められているが、従来の地域像にそぐわない景観破壊をもたらすおそれがある建築案件に対して地区計画・建築物制限条例で対抗した附近住民および市の行動が問題とされた。地区計画および条例の制定行為を違法と断ずる上記判決は、行政による「規制」と「既存の権利者」との二面的な関係のみを念頭におくものである。しかも、「適正」な規制であっても、「既存の権利者」への影響次第では差し控えなければならないとすら考えられているようである。被規制者の立場に対する慎重な配慮の一方で、前述のように、彼らと都市空間を共有する附近住民の存在は、視界から消去されていると言える。

⁵ 国立市マンション紛争をめぐる法定外抗告訴訟において、東京地判 2001 年 12 月 4 日(判例自治 225 号 74 頁)は、地区計画・建築物制限条例によって定められた高さ制限によって生まれる地区内地権者の景観に対する利益を「建築基準法によって保護された法律上の利益」とする判断を前提として、訴訟の適法性を肯定している。地権者相互の「互換的利害関係」に着目していることとあわせ、大きい注目に値する判示である。直接この論点にかかわるものではないが、同判決について参照、薄井 2002、*松 2002。

他方、都市計画的規制の変更にあたり、規制受益者の既得権的利害の尊重を強調する下級審判決も存在する。準工業的地域指定を抗告訴訟の対象として認めたうえで、同指定を裁量権の濫用として違法とした宇都宮地判 1975. 10. 14 判例時報 796 号 31 頁である。

「原告らの主張によれば、本件地域はもともと田畑であったところ、その良好な住環境が喜ばれ、急速に宅地化し、昭和四一年三月三十一日から本件指定にいたるまでは、都市計画法による住居地域に指定されており、したがって、住民の大多数は、その住環境が行政的に保全されることを期待し、そこに永住する目的で、土地と住居をもとめ、住みついた人々である。そして、一般、普通の人にとって、土地と住居をもとめることがおそらく一生に一度の大事業である現状にかんがみると、このような期待利益は、最大限に尊重されなければならない。したがって、このような沿革を有する地域を、住居地域以外の用途地域に指定替すれば、右にのべた住民の期待を大きく裏切る結果となりかねないのであるから、それをあえてするためには、その指定替が、はたして都市計画の全体像から見て必要欠くべからざるものであるかどうか、およびそれにより住民の環境上の利益を不当に侵害するおそれがないかどうかについて慎重に配慮すると同時に、それが都市計画行政上必要不可欠と判断される割合には、その理由について、住民の理解を得るため、最善の努力がなされねばならない。その配慮及び努力を欠いた指定替は、裁量権の濫用であ（る）」⁶

2.3 最小限規制と最適均衡

現実の土地財産権は、上記の都市計画的規制のように、その内容を法律で定められた（憲法 29 条 2 項）ものとして存在する。ここで二つの「もののみかた」が対立することになる。このような土地財産権を（1）法律以前に所与としての財産権の内容がまずあって、法律がそれを制限していると考えなのか、（2）財産権に予め所与としての内容があるのではなく、法律によって、財産権の内容が形成されていると考えなのかという、思考図式の差異である。最小限規制原則は、前者を論理的前提とすることになる。「起点」としての財産権の内容⁷が想定されていて初めて、それに対する規制の「最小限」を語ることができるからである。

⁶ この判示は「訴えの利益」判断部分に関するものであり、最高裁の原告適格理論確立以前に出された同判決は、本文のような認識から、住民の「生存権」に基づき用途地域指定処分の取消をもとめる法律上の利益を有すると述べる。同判決の再評価を試みるものとして見上 2001, 20。

⁷ 前者の思考図式をとる場合でも、「起点」をどこにとるかによって、さまざまなモデルがありうる。まず、公法-私法の区別を意識するかによって、(ア)「完全に自由な所有権」を先在するものとして観念し、それに公法的・私法的法規制によってさまざまな制限が加えられているものと考えなのか、(イ)相隣関係規定等も含む民事的法律に内容を与えられた所有権が公法的規定によって制限するものか（参照、*松 1994, 16）という相違がありうる。また、(ウ)現に存する全ての法規によって形成された所有権の法的状態＝「現状」を起点として、それに対する「制限」になっているかどうかを考える現存

これに対して、後者の発想によれば、公法的・私法的なさまざまな法規制によってその内容を規定された具体的な土地財産権は、当該土地をめぐる多様な主体のさまざまな生活利益に関する配分・調整ルールの特産物とみなされることになる。例えば地域地区指定型都市計画によって設定されるルールは、当該地域の空間形成に関する、財産権者相互、あるいは財産権者と非財産権者たる附近住民との間における権限配分・利害調整である（参照、*松 2002, 54）。ルール形成にあたって目指されるのは、多様な利益主体の利害の均衡点（参照、原田 1997, 21）の設定であるから、「最小限規制原則」は適用されず、そもそも何が「最小限」であるのかも、一義的ではないことになる。たとえば容積率規制も、更地の所有権の「制限」というよりむしろ、従来の「ルール A」から「ルール B」への移行、と捉えることが可能になるのである。

このように財産権の「形成」という発想を強調することは、必ずしも立法・行政にフリーハンドを与えることではない。さまざまな主体の利害に配慮しつつ、それらの最適な均衡点を求めるべき当為は、予測可能性の保障などによる経済システムの安定性への配慮も含めて、立法・行政に課せられているのである。土地利用の「自由」の「制限」の程度に一方的に焦点をあてるのではなく、多様な利害を衡量すべきだ、というのがここで述べたいことであり、憲法的観点からのコントロールの緩和を直ちに主張するものではない。最適均衡を目指す上での司法審査の適切な密度と手法とを模索していくことが、今後の課題となるだろう⁸⁹。

3 必要最小限規制原則と不確実性への対処――同原則の時間的意味

保障的所有権観もなりたたないではない(Alexy 1996, 305Fn.174 は、連邦憲法裁判所の砂利採取決定(BverfGE 58,300(さしあたり参照、*松 1994)をこのように理解する)。

⁸理論的には Alexy 1996(参照、桑原 199*, 106; 松本 2001, 223; 小山 1998, 103, 189, 203 注(26))に端を発し、計画法など行政法の分野でも議論の対象となっている「最適化要請」(Optimierungsgebot)(Vgl. Würtenberger/Haller /Riedel 1999)と、本稿で述べた「最適均衡」との関係については、検討課題としたい。「最適化要請」概念の理解自体、それで多種の「原理」(Prinzip)、従って多様な利害の衡量がありうるかと考えるのか、特定の利害を優先することにこそ同概念の意義を見出すのかなどについてさまざまな捉え方があり(参照、Würtenberger/Haller /Riedel 1999, 185(Riedel))また、「最適解」の認識可能性や民主制原理との関係(参照、桑原 199*, 106)などについて問題が残る。ここで指摘したかったことは、「最小限規制」でなく「最適均衡」を目指すとしても、司法審査密度が直ちに現在以上に緩められるわけではない、ということに過ぎない。

⁹ 藤田 2000 は、論者が「最近におけるいくつかの土地関連立法の企画立案過程に参加した……経験を踏まえ」(, 698 頁)、必要最小限規制原則が「現下における土地諸立法」に与えている現実の影響(707)に関心の焦点をおいているため、同所で検討されているのはあくまで立法的・制度形成的側面での必要最小限規制原則の働きである。本稿で述べられているような制度運用レベルの具体的な地域空間管理のありよう-例えばダウンゾーニングや地区計画策定など--は藤田 2000 の直接の射程外にある。しかし必要最小限規制原則は、思考図式としては、ここでも同様の機能を果たしうるものである。

「大深度地下法制において一般的な開発規制制度を導入するためには、現下においては当面乱開発のおそれは現実に存在しないとしても、将来のそのような可能性（リスク）を考慮し、当面利用をしていない土地については、現状のままに保全しておく、という発想が認められる必要がある。こういった発想は今日、例えば環境法分野では既に、基本的になじみのあるものとなっているといつて良いであろうが、広く『環境資源』という捉え方に立つまでもなく、『土地』という資源を、将来の世代と共に有効に利用することを考えようとする発想に立つならば、こういった『土地の節約的利用』『将来に備えてのリザーブ』という目的もまた、土地に対する私権に優先する『公共の福祉』であると言うことが、承認されなければならないであろう」（藤田 2000, 713）

藤田 2000 の上の記述は、論者自身も指摘するように、環境法分野における予防原則（事前配慮原則）（さしあたり参照、松村 2002、勢一 2001、勢一 2000、山下 1991）¹⁰の考え方と通じるものがある。特に、開発形態の土地利用が「今後の利用可能性を事実上限定してしまう」ことから要求される慎重性、という観点（藤田 2000a, 176）が重要である。

予防原則の主たる根拠は、自然的・物理的環境における物質作用の不確実性に求められるであろうが、そのような意味での自然科学的不確実性が、開発形態の土地利用について常に存在するとまではいえないであろう。しかし、開発形態の土地利用をめぐる問題についても、以下のような意味での不確実性は重要な問題として存するのである。

日本の都市法制における「建築自由原則」¹¹を批判的に考察する高橋 2001 の「問題の焦点」は、「未線引き白地区域や都市計画区域外の区域においては、開発圧力が基本的には極めて弱いのであるから、濫開発が生じるおそれがあるなどの必要な場合にのみいわば例外的に市町村が区域指定をして開発・建築をコントロールすれば足りる」という考え方の当否であるとされる。藤田のそれと大幅に重なる¹²このような問題意識を受けて、高橋は、以下のように指摘する。

「建築自由を原則とし、必要に応じて建築不自由区域を設定するというわが国の方式においては、濫開発が開始されてからかかる区域が指定されるまでの間にどうしてもタイムラグが生じざるをえない。すなわち、開発の動向やテンポに応じて逐次区域を指定する方法では、ある程度開発が進行した段階でかかる区域指定の必要

¹⁰ 現状保護原則（参照、勢一 2001, 66）との関連も検討に値する。

¹¹ 同論文にいう「建築自由・不自由原則」概念は、例えばドイツ法における「建築の自由」論争とは区別された独自の意味に用いられている。「建築不自由原則」は「個別の土地所有者の利害のみならず当該土地を含む一定の面的単位における多様な利害を、単なる技術的適否のみならず立地の適否も含めた上で総合的に衡量して当該企図の実現が正当化される場合にのみ、初めて当該開発・建築行為が可能となること」、「建築自由原則」は「ある土地を建築的利用に供する際に上の衡量過程を経ることなく専ら土地所有者の意思のみで自由に開発・建築行為を行いうことが法制度上の原則とされていること」と定義される。（高橋 2001, 40, 57 注(6)）

¹² 特に藤田 2000, 709-712

性が認識され区域指定の手続に入ることが多いと推測されることから、区域が指定されるまでの間に生じる濫開発ないしはスプロールの開発については防ぐことができないであろう。かかる見解はその意図はともかく実際上は、開発区域の済し崩しの拡大を結果的には容認するべく機能するものでしかないのである。これに対して、建築不自由を原則とする場合には、このようなタイムラグが生じる余地はない。こちらの場合には土地利用計画の策定などに一定の時間を要するために開発動向に適時に対応できない可能性はあるが他面で望ましくない開発はかなりの程度抑制することができるのである。」(高橋 2001, 52-53)

ここでは、常に変動する土地利用動向という人為的不確実性にどのように対処するかという問題が提起されている。この問題は、具体的な区域設定についても生じるが、新たな形態の土地利用に対応した、新たな種類の「建築不自由区域」の設定を問題とする制度設計局面においても生じうるものであろう。後者の場合、法制度を設計・導入・改正するにあたっての初期条件＝デフォルトの設定をどうするのが合理的かという、いわばメタレベルにおいてこの問題は現われることになる。

高橋 2001 の上の引用部が指摘しているのは、土地利用動向についての情報の限界と、制度設計者の意思決定に要する時間から生じる、構造的に不可避なタイムラグの存在である¹³。デフォルトを「建築自由原則」に設定すれば「濫開発」のリスク、「建築不自由原則」に設定すれば、「開発動向に適時に適応（した開発が）できない」というリスクを負うことになる。どちらのデフォルトを選択するかは、上記のタイムラグから生じる二種類のリスクのいずれを選択するか、という問題に他ならない。本稿が対象とする「必要最小限規制原則」を認めることもまた、前者のリスクを選択したということであり、そのような選択の妥当性こそが検証されるべきであろう。

4 最小限規制原則と「目的-手段」図式

上述のように、必要最小限規制原則の一つの要素として、「目的-手段図式」に立脚した立法・行政のコントロール手法が挙げられる。藤田 2000, 703-707 において指摘されているのは、(ア)建築基準法が集団規制を都市計画区域に限り、一般的規制としては単体規制しか行っていないことが、同法の規制目的の消極性と関連していること(イ)規制目的をより積極的なものに広げた都市計画法も、現実には「都市の健全な発展と秩序ある整備」が乱される現実のおそれを防止する制度としてのみ機能せしめられていること(ウ)国土利用計画法は「総合的かつ計画的な国土の利用」を目的として掲げているが、現実には都市計画法、農振法、森林法、自然公園法、自然環境保全法等の個別法がそれぞれの目的から規制する土地利用を調整することでしかないことの3点である。これは、(1)日本の国法レベルの土地立法において、総合的見地からの体系的規制手法

¹³ なお、情報の限界と意思決定に要する時間から生ずるタイムラグの問題は、空間規制権限に関する分権化の必要性にも示唆を与える。*松 2001a では、このような認識から、「認知的・試行的先導性」という未熟な概念の提示を試みた。

は存在せず、個別法規制の「調整」としてのみ総合性が見出せること(2)個別法規制において、法の「目的」を示した上で、それに必要最小限の「手段」を設定するという仕組みがとられていることと言い換えることができる。

計画法的領域における目的-手段図式の意義であるが、おそらくは、市民の予測可能性の保障以上¹⁴に、計画策定主体にとっての複雑性の縮減の方がより大きい意義だろう。行政組織が有限の人的・物的資源によって運営されている以上、その計画策定能力には構造的に限界がある。そこで日本の都市計画法制においてとられている対処は、(i)詳細性を低めて鳥瞰空間計画とする (ii)総合性を限定して部門を特定化することであった¹⁵。個別法における目的の限定は、行政組織の専門分化とも対応した、(ii)の法制度的表現でもあったのである。

しかし、今日「都市化社会から都市型社会への移行」によって、生活世界の充実がより重要な政策目標となっているという認識(小林 1997, 69-79)を前提とすれば、個別的目的設定では今後のまちづくりに十分には対応できないであろう。「都市の魅力と個性づくりや地域の活性化などの多様で目標の不確かなテーマの比重が高まっている。このような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 1997, 24)からである。住民参加による総合的・価値創造的まちづくりが求められている現在、目的-手段図式による最小限規制原則的な制度説明には、本質的限界がある。「現在は、都市、農地、森林、公園といった個別法毎に分断されている土地利用規制を、一元的土地利用コントロールが可能となるように整理統合すること」(小泉 2001, 216)が今後の課題となるであろうが、その際、「都道府県や市町村が各々地域の現状や市民の合意に応じるかたちで条例や計画を策定することにより土地利用計画・規制制度を『自己組織化』しうるような、そうしたことを支援するような法の枠組みを作り出す」(同上)必要性は、否定しがたいと思われる。

それではそこで、目的-手段図式にはどのような意味が見出されるであろうか。第一に、法制度そのものの内在的説明として目的-手段図式をとるのではなく、(財産権以外の)基本権保障や少数者排除の防止など、恣意性を防止する外在的統制手段(参照、*松 2001a, 339-340)としては、存在意義が認められるのではないかと思われる。第二に、目的-手段図式の利用は、規制対象の活動の「自由」を必ずしも前提とせず、また、被侵害的利益と公益とを比較する比例原則的思考とは、いったん切り離して考えることができるものである。

¹⁴ 実際のところ、地域指定型計画を例にとってみれば、計画策定段階においては別段、既に策定された計画を具体的案件に適用する過程においては、集団規定も含めて、ほとんどが基準の機械的適用で処理され、「目的」が意味を持つことはほとんどない(参照、見上 2001, 12)。この局面では計画法の特徴として指摘される「目的プログラム」の登場の余地はなく、伝統的な「条件プログラム」に席を譲っているのである。

¹⁵ もう一つの可能な対処として、全国政府の関与の度合いを低めて、狭域政府の策定権限を可能にすることがありうるだろう。参照、*松 2000, 16-18

「『目的-手段準則』の適用にあたって重要なことは、第一に、正当な目的をだれがいかにして定立するか、第二に、この準則をいかなる場面で用いるかということに尽きるといっても過言ではない。この点についてハバカーテは、前者たる『比例原則』適用の前提としての価値決定は議会が法律の形でこれを決定すべきであるとし、後者たる適用場面として侵害行政のみならず給付行政についてもこれを拡大したのである。(櫻井 199*, 109)」

立法レベルの制度設計から法の運用としての計画策定、そして個別的案件への適用に至る一連の立法・行政過程において、特定の段階で特定の主体に目的-手段的言説の提示を課することは十分に考えられる。また、その際の「目的」にどれだけの詳細性を求めるのかについても予め吟味しておくべきであろう¹⁶。最小限規制のドグマーティクからいったん離れた上で、目的-手段図式のいわば戦略的な活用を模索することが可能なのではないか。

＜参考文献＞

- 阿部泰隆 1997:『行政の法システム（上）（新版）』有斐閣
- 薄井一成 2002:「街づくりと法-国立高層マンション建設事件を手がかりに」一橋論叢 127(4)、430-445
- 太田匡彦 1999:「権利・決定・対価--社会保障給付の諸相と行政法ドグマーティク、基礎的考察（3）」法協 116（5）
- 大庭健 2000:「所有という問い」大庭/鷺田清一編『所有のエチカ』ナカニシヤ出版、42-80
- 金井利之 1998:「空間管理」森田朗編『行政学の基礎』岩波書店、163-180
- * 松生史 1994:「憲法上の所有権?--ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」社会科学研究(東京大学) 45(6)、1-64
- * 松生史 2000:「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、1-43
- * 松生史 2001:「経済的自由権」安藤高行編『憲法 II 基本的人権』法律文化社、213-250
- * 松生史 2001a:「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』」原田純孝編『日本の都市法 II』東京大学出版会 321-350
- * 松生史 2002:「景観保護的まちづくりと法の役割--国立市マンション紛争をめぐって」都市住宅学 38、48-57
- 桑原勇進 1995:「国家の環境保全義務序説(4)・完-基本権との関係を中心に」自治研究 71(8)100-124
- 小泉秀樹 2001:「都市計画法からまちづくり法へ--1968年都市計画法における土地利用計画・規制の問題点とまちづくり条例--」原田純孝編『日本の都市法 I』(東京大学出版会) 209-244

¹⁶ 実際のところ、藤田 2000,705も指摘しているように、都市計画法の規制目的は、建築基準法と比べてかなり広範かつ積極的なものである。「最小限規制原則」と結びついて適用範囲を限定することは別として、目的-手段図式が本来果たすべき意義としての恣意性防止にとって、このような広範な目的規定が本当に役に立つのか、疑問なしとしない。

- 小林重敬 1997:「都市の構造転換と都市計画のあり方の変化」『現代の法 9 都市と法』岩波書店、69-96
- 小山剛 1998:『基本権保護の法理』成文堂
- 櫻井敬子 1993:「資金交付活動の統制に関する考察（3・完）」自治研究 69(1)106-119
- 勢一智子 2000:「ドイツ環境法原則の発展経緯分析」西南学院大学法学論集 32(2/3), 147-194
- 勢一智子 2001:「法原則の中間的規範性—ドイツ環境負荷抑制の法理を題材として」西南学院大学法学論集 33(4), 53-93
- 高橋寿一 2001:「『建築自由・不自由原則』と都市法制—わが国の都市計画法制の一特質」原田純孝編『日本の都市法 II』東京大学出版会、37-60
- 中村民雄 2001:「遺伝子組み換え作物規制における『予防原則』の形成——国際法と国内法の相互形成の一事例研究」社会科学研究（東京大学）52(4), 85～118
- 原田純孝 1997:「都市の発展と法の発展」『岩波講座 現代の法 9 —都市と法』岩波書店
- 藤田宙靖 2000:「土地基本法第2条の意義に関する覚え書き」金子古稀『公法学の法と政策』（下）695-715
- 藤田 2000a「土地に関する規制緩和論の筋道」『広瀬川を望む丘にて』有斐閣学術センター、176-177
- 松村弓彦 2002:「次世代に向けた環境法の課題(17) 予防原則」法律のひろば 55(2)76-80
- 松本和彦 2001:『基本権保障の憲法理論』大阪大学出版会
- 見上崇洋 2001:「現代都市法における空間の法的コントロールについて—地域的な共通利益の視点からの問題提起」社会科学研究（東京大学）52(6)3-25
- 山下竜一 1991:「西ドイツ環境法における事前配慮原則」法学論叢 129(4)32-53, 129(6)41-59
- 山本隆司 1999:「行政法総論の改革」河中喜寿『行政の変容と公法の展望』446-453
- 山本隆司 2000:『行政上の主観法と法関係』有斐閣
- 亘理格 1997:「憲法理論としての土地財産権論の可能性」公法研究 59、293-304
- Alexy, Robert 1996: Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main
- Würtenberger, Thomas/Haller, Herbert /Riedel, Eibe 1999: Rechtliche Optimierungsgeote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58, 139-280