

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 16 日現在

機関番号：32686

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2012～2014

課題番号：24730017

研究課題名(和文)土地利用規制における協議・協定手法の公法学的研究

研究課題名(英文) A Legal Study on the Consultation Procedure and the Agreements in the Land Use Regulation

研究代表者

田尾 亮介 (TAO, Ryosuke)

立教大学・法学部・助教

研究者番号：50581013

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,500,000円

研究成果の概要(和文)：「合意による行政」または「契約による行政」は、法律による行政の原理をみだす限りにおいて当事者による自由な内容形成を可能にする一方、行政が合意内容に拘束されること、私人が合意により基本的権利を放棄する可能性、利害関係を有する第三者に対する閉鎖性等の問題を含む。本研究は、外国法を含めた事例研究を行うことでそれらの問題の所在を明らかにするとともに、それに対して考え得る法的手立てや手続的規律についていくつかの提示を試みたものである。

研究成果の概要(英文)：The so-called “contract-based administration” makes it possible for citizens and government to make unrestrained arrangements unless it is against the Rule of Law. However, it includes some problems: forcing administrative agencies to carry out the agreements whatever happens; enhancing the possibility of the waiver of fundamental rights by citizens; weakening the transparency in government decision-making. This study identifies these challenges, investigating some cases in foreign countries, and suggests some solutions from legal perspective.

研究分野：公法学

キーワード：行政契約 行政指導 行政手続 協議手続 公共契約

1. 研究開始当初の背景

行政主体と私人が協働して公的任務・サービス提供の担い手となる、所謂「公私協働」または「公業務の私化」と呼ばれる現象が多く、その法的枠組みのあり方を巡る議論が人口に膾炙するようになって久しい。こうした現象は、同時に、行政主体と私人の法律関係が、公権力の行使によって形成される関係から、契約や協定（本研究においては行政主体が契約当事者になるものには限定せず、一般私人同士で締結される契約や協定も含むことにした）、それらに至る協議や交渉によって形成される関係になることに対して、これまで以上に目を向けることを要請するものである。

本研究が、多くの法分野の中からとりわけ土地利用分野を研究対象として取り上げたのは、当該分野においては「協議」や「契約化」に着目するに価する好個の素材が十分に揃っていると考えたからである。また、現行の土地利用規制は、行政主体が中心となって、全国画一的でその時点において最適な土地利用を固定的にかつ必要最小限度の規制の範囲内において義務づけるものであるのに対して、今後は、まちづくり協議会などの非行政組織が担い手となり、地域により選択が可能であり、かつ状況の変化という時間の要素をも考慮した、地域裁量的で動態的なルールの設定と運用を可能にする制度の構築が要請されると考えられる。

現行の土地利用規制においては、既に建築協定（建築基準法 69 条以下）がよく知られているところであるが、地域環境の保全維持等の「管理」の側面と、地域の構成員による「合意」に着目して、これまでの制度の隙間を埋めるであろう何らかの包括的な制度の法定化が構想されるのではないかとというのが、本研究の出発点にあった問題意識であった。

折しも、本研究の実施期間中には「人口減少」や「都市縮小」という言説が巷間語られることになり、「持続型・縮小型社会における新たなガバナンス」の構築という実践的課題とも向き合いながら本研究は実施されることになった。

2. 研究の目的

本研究の開始当初に設定していた目的は、次の三つである。第一は、土地利用分野を対象として、日本及び諸外国において協議・協定手法が多用される実態を明らかにし、それが何に由来するのか、また、どのような経緯がそれぞれの国における差異をもたらすのかを明らかにすることである。第二は、そうした実態・運用によって新たに提起される問題としてどのようなものがあるかについて日本法及び外国法の文献・資料を通じて明らかにすることである。第三に、かりに望ましい公共制度の設計が考えられるとすればそれはどのようなものであるかについて政策

的観点からいくつかの方策を提示することである。

本研究に通底する問題意識は、公益的な決定や事務遂行が当事者間の合意によってなされることの意義と限界は何かということである。もとより、公法学はこれまでこれらの課題に全く無関心であったわけではない。本研究の特色は、それらの課題について、契約や協定が多用される現代の文脈の中でより多様な視点からの議論の提示を試みることにある。

3. 研究の方法

本研究は、以下に述べるように三段階に分けられ、それぞれの段階において研究の方法は異なる。

第一段階においては、本研究に関連する先行研究を渉猟したうえで、日本法においてこれまでどのような研究がなされてきており、その一方で、どのような研究がなされてこなかったかについて、主に文献調査を通じて明らかにしていく作業を行った。その作業の成果として外国法研究の意義を認めることができ、研究対象地域を特定する作業を行った。その結果、アメリカとドイツを選択することになった。

第二段階においては、外国法研究が研究作業の主要部分を占めることになった。その研究過程においては、国法、州法、判例等の一次資料の収集、ロー・レビューをはじめとした二次資料の収集と分析を行ったほか、隣接社会科学分野の文献収集も行い、並行して情報の整理を行った。また、長期休暇（夏休み）を利用して海外における聞き取り調査も行っている（2014年8月、アメリカ・ワシントン等）。この外国法研究を通じて、当該国における議論の詳細を明らかにするとともに、それを通じて、日本法とは異なる問題のあらわれ方や、それと対比させる形での日本法における議論の特色を浮き彫りにする作業を行った。

第三段階においては、それまでの研究をやや広い視野から鳥瞰することを心がけ、上記研究成果が日本法の理論面及び実務面の両面においてどのようなインプリケーションを有するかを明らかにする作業を行った。

本研究の実施期間全体を通じて言えることは、先行研究をはじめとして、なるべく多くの文献・資料に接することを心がけたことである。また、理論的問題の空隙を明らかにしたうえで、そこを充填すべく具体的事例に即した研究（事例研究）を行った。

本研究の実施期間中には、適宜、中間総括という形で研究発表も行い、その結果を自身の研究内容にフィードバックさせ、現在は、学会発表とともに、数回の連載からなる比較的分量の多い論文に研究成果を結実させるための準備を行っている。

4. 研究成果

(1) 本研究の到達点 概観

行政主体と私人との間で締結される契約・協定及び私人の発意または私人間の合意の調達を前提として行政決定が行われる仕組みは「合意による行政」と呼ばれる。行政による一方的決定とは別に、行政主体と私人が双方の合意に基づいて法律関係を形成することは、現代の社会においては「協働型行政」あるいは「対話型行政」にも適合的であり、学説及び実務において広く関心を引くテーマの一つである。

本研究は、土地利用分野及び都市法領域における地域環境整備を対象とし、アメリカにおける開発負担協定と Business Improvement Districts (BID) の事例研究を通じて、適宜、日本法やドイツ法と比較対照させながら、「合意による行政」の過程が含み持つ問題点を浮き彫りにし、その解決の道筋を制度設計の観点から提示したものである。

本研究は、大別すると以下の三つの研究から構成される。以下、その研究成果を具体的に述べる。

(2) アメリカとドイツの比較研究(1)

開発負担協定を素材として

まず、一つ目の研究として、アメリカの開発負担協定 (development agreements) に関する研究を行った。当該研究においては、アメリカの土地利用規制において協定が多用されるようになった背景をゾーニング制度の歴史的変遷から跡づける作業を行い、協定の多用あるいは契約化により提起されつつある諸問題について考察を行った。具体的には、協定が自治体の行使しうる権限を制約しうる「規制権限の取引問題」(contracting away the police power) との関係、当事者間の合意を盾に自治体はその権限を濫用するおそれがあるという問題の一つのあらわれである「違憲の条件付けの法理」(unconstitutional conditions doctrine) との関係、協定の締結に至る交渉過程や政策決定過程が利害関係を有する第三者や公に開かれたものではなく透明性に欠けるという「公衆参加・透明性」(public participation; transparency) との関係に整理し、それぞれ考察を行った。

当該研究が日本法に対して有益な視点を提供すると思われるのは、次の二点においてである。第一に、アメリカの土地利用規制においても、行政と私人の関係が、画一的・固定的な法規制によって規律されながらも、他方で、交渉や協議という個別的で柔軟な秩序形成の中にその位置を占めていることである。交渉や協議と類似した概念である、行政指導やインフォーマルな行政が日本に固有のものではないということはつとに指摘されるが、そのことをアメリカ法研究により(部分的ではあるものの)実証的に裏付けたことに本研究の意義があると考えている。第

二に、開発負担協定の存在は各州法によって承認されており、各州法が協定の内容とその締結手続に関して一定の枠をはめていることである。これは、行政契約を法的に、かつ手続的に統制するという観点からは重要な示唆を含んでいる。

開発負担協定については、ドイツにおいても同種のものが見られ(例えば、「開発費用負担契約」(Folgekostenvertrag)があり、「高権の切り売り」(Verkauf von Hoheitsakten)や「連結禁止原則」(Koppelungsverbot)との関係においてその法的許容性や限界づけが論じられる)、日本法において既にその紹介を含めた先行研究の蓄積が見られるが、アメリカに関してはこれまで上記観点に立って包括的に論じられたものは少なかったのではないかと考えられる。当該研究は、アメリカ法の知見を明らかにしたことと、それにより、ドイツとアメリカを同一平面で比較することが可能になったこと、さらに、そうした作業を通じて日本法へのインプリケーションがより明らかになったことの三点において意義があると考えている(以上の研究成果については、「雑誌論文」が該当する)。

当該研究は、アメリカの開発負担協定に典型的に見られる契約化現象への考察を通じて、自治体・地域レベルではあるものの、社会全体で生ずる公的ニーズを充足するための費用調達・分担のあり方について一つの方向性を提示した。しかしながら、より巨視的な視点に立ってこの問題を鳥瞰するならば、都市をめぐる法政策が開発規制型から管理運営型へと大きな転換期を迎える今日においては、一般私人に課せられる負担の内容やそれに対する法的統制のあり方も現在とは異なった様相を呈してくるのではないかとすることも、当該研究の最後において示唆されていたことの一つである。そのことを扱ったのが、次に述べる、Business Improvement Districts (BID) を素材とした事例研究である。

(3) アメリカとドイツの比較研究(2)

Business Improvement Districts (BID) を素材として

次に、二つ目の研究として、年来文献調査を進めてきた Business Improvement Districts (BID) 制度について研究を行った。BID 制度とは、アメリカにおいては、州法に根拠を置く制度であり、地域団体が地域環境整備に必要な活動を行い、その財源を自治体が土地所有者・事業者から徴収した負担金で賄うものである。一定割合の私人からの申請に基づいて行政が審査を行い、公聴会等を開催したうえで投票や異議申立手続を経て地区の設立が決定される。ドイツにおいても同様であり、各州法に基づき、街区レベルにおける資産価値向上を目的として、当該区域内の土地所有者・事業者が措置・財政構想

(Massnahmen-und Finanzierungskonzept) を策定し、その実施に必要な資金を所有者等に課される負担金 (Abgabe) により賄う仕組みである。負担金は他の公租公課とともに自治体により徴収され、任務担当者 (Aufgabenträger) に交付される。任務担当者は自治体と公法上の契約を締結しその任務を遂行する。この制度は、国と地域により多少の相違はあるものの、もともとカナダとアメリカに由来し、最近では、イギリスとドイツにおいて普及、定着しつつある。

ここでは種々の問題が検討されるが、公法学の観点から興味深いと思われる点は、こうした地区の設立と運営が負担者 (土地所有者) 本位主義になっていることに対する評価である。この問題は、アメリカにおいては、地区の運営理事会の理事選出選挙において一人一票原則が適用されるか否かという形であらわれる。裁判所の判断は、同原則の適用を否定し、学説もそれを概ね支持するが、地区の活動は周辺の利害関係者にも影響を及ぼすため、情報公開や自治体による監督を通じて各利害関係者へのアカウントビリティを確保する措置が講じられる必要がある。他方、ドイツにおいては、民主的正当性の観点からこの問題が論じられる。学説においては、手続的規定の規律により、または、行為の主体への規律ではなく各行為者の相互作用と調整過程に着目する「ガバナンス理論」により、その民主的正当性は確保されうると考えられている。

当該研究によって得られた知見が日本法に対して有する示唆は、私人の発意をいかした法システムの構築とそれがもたらす外部性への対応手段としての利害関係者の参加制度の法定であると考えられる。具体的には、実体面において、具体的な内容形成の自由を確保し、他方、手続面において、私的利益の追求により考慮の外に置かれる諸利益の衡量について、行政に最終決定権を留保しつつ関係者の利益が表出される機会を確保することである (以上の研究成果については、現在公表の準備を進めているところである) 。

(4) 日本法における協議手続の実態研究

本研究は、当初、契約・協定締結に至る交渉・協議過程を対象にして研究に着手したが、他方で、行政と私人との間の法律関係を一方的に変動させる行政処分・行政行為の前段階においても当事者間で「協議」が行われることは実際上少なくない。最近では、従来から存在していた国法レベルの規律に服する協議手続に加えて、各地の条例において協議手続を制度化する事例が多く見られる。ここでは、協定締結ではなく協議すること自体が制度化されていることが特徴的である。

そこで、三つ目の研究として、協議手続については決定手続の設計とは異なる性質の問題が存在するとの考えに立って、行政作用

法上の「協議」が行政過程においてどのような機能・目的・位置づけを有し、それがいかなる手続的規律の要請に服するかについて考察を行った。その研究成果の一つが、「協議に関する手続」である ([雑誌論文] が該当する) 。当該研究は、日本における協議手続の実態を明らかにしたうえで、その法的規律のあり方を検討したものである。分析対象としたものの中には従来行政法学が「行政指導」の認識枠組みの中で論じてきたものもあれば、そうでないものも含まれる。今後は、行政と私人との間の合意形成の重要な一手法でありながら、理論体系上は行政契約と行政指導との間で埋没してきたと思われるこの「協議」の仕組みについて、新たな枠組みで対象または現象を認識することが不可欠であると考えており、当該研究はその萌芽的研究に位置づけられる。

(5) 本研究から派生的に生じた研究成果

本研究に関連する研究成果として、判例評釈を2件 ([雑誌論文] と [学会発表] が該当する) 、外国法文献紹介を2件 ([雑誌論文] と [雑誌論文]) 、過去に執筆した日本語論文の英語雑誌への投稿と掲載 ([雑誌論文]) をそれぞれ行っている。とりわけ、本研究と密接な関連性を有するのが [雑誌論文] と [雑誌論文] である。前者は上記 (3) の研究の系譜に連なるものであり、後者は上記 (2) の研究の着想を得る手がかりになったものである。

(6) 総括と展望

行政法の理論体系と実定法制度が行政行為概念を中心に構築されてきたのとは対照的に、実態面における行政主体と私人との法律関係は、合意にもとづく契約・協定により規律されることが少なくない。行政法学は、主として「行政契約」という行為形式を通じてこれを認識してきたが、行政契約を取り巻く実態はより多面的な検討を必要としている。本研究においては、以下の二つの方向への議論の拡張を試みたものである。一つは、行政契約を、行政過程というプロセスの中に位置づけた場合にどのような知見が得られるかという課題である。もう一つは、公私協働の進展に伴い、私人からの発意あるいは私人同士の合意の調達を前提に行政決定が行われる制度が近年増加しているが、そこにはどのような課題があるかということである。本研究においては、この二つの方向に拡張された議論を「合意による行政」と呼び、それらの課題について外国法研究を含めた考察を行ったものである。

「合意による行政」または「契約による行政」は、法律による行政の原理をみだす限りにおいて当事者による自由な内容形成を可能にする一方、行政が合意内容に拘束されること、私人が合意により基本的権利を放棄す

る可能性、利害関係を有する第三者や公に対する閉鎖性等の弊害も否定できない。前者の利点を活かしつつ、後者の弊害を取り除くための規律としては、それぞれの契約類型ごとにその締結手続を法定化することが考えられる。その際、重要されるべき視点は、どの主体のどのような利益が問題となっているかを整理し、それぞれの利益を考慮するためにどのような仕組みが要請されるかということである。本研究においては、契約や協定の直接の当事者ではない利害関係者への情報公開や参加の機会の拡充を図ることが重要であるとの暫定的な結論を得るに至っている。

本研究の基層にある問題意識は、行政資源の有限性と公的任務の増大から社会に存在するさまざまな資源を利害関係者の「合意」のもとに公的領域の中に組み込む法制度のあり方にある。目下検討すべき課題は、より具体的な制度構想である。本研究における構想の一つは、ある一定の地域の構成員の合意を基礎に、そこへ（建築協定と類似の）行政庁による認証・認定行為を介在させて公法的根拠づけを行い、地域の構成員の強制参加と承継効という法効果を付与することにより、都市環境の継続的な維持管理を担保する協定の締結を可能ならしめる制度の法定化である。実際、そのような仕組みがフォーマルな法制度として運用されはじめている事例がある。例えば、大阪市では、2014年4月に「大阪市エリアマネジメント活動促進条例」が施行されている。「縮小型」・「持続型」都市の時代をひかえ、地域環境の維持という「管理」の側面に重きを置き、地域の構成員による「合意」を基礎として、そこに費用調達・分担の観点を加味した制度を描出したいと考えているが、日本法の下でのより精緻に組み立てられた制度構想は今後の課題である。しかし、本研究課題の遂行から得られた諸々の含意は、最早、土地利用分野に限定される理由はなく、都市法、さらには、行政法個別領域への拡張可能性をも含んだものとなっている。

他方、本研究については今後に向けて積み残した課題も少なくない。それは、小さな課題と大きな課題とに分けられる。一つ目の小さな課題は、「契約」と「行政行為」という二つの概念の区別の相対化に関する研究である。本研究課題を遂行する過程において、次第に「契約」と「行政行為」が截然と区別できる場合が少なくないのではないかとということに着想が至り（既に学説においても同様の問題提起はなされつつある）、両概念の区別の相対化を議論する新たな場が、例えば、当事者訴訟の活用などの訴訟法の構造変化を契機として提供されつつあるのではないかと考えている。また、両者の関係については、一つの法制度の中に両者が組み合わせて用いられる場合をはじめとして、契約と行政

行為の重畳、結合、交錯等の現象が見られる。「合意による行政」の研究をより深化させていくためには、従来それとは対照的な地位に立ち、行政法学の中核的概念であり続けた、行政による一方的決定である「行政行為」の概念についても再度光を当てたうえで、契約と行政行為の関係をめぐる議論の再整理を行っていく必要がある。

もう一つのより大きな課題は、行政決定や私人同士で行われる公益的決定が合意にもとづいてなされることの意義と限界についてのより立ち入った検討である。これは、本研究の根幹にあたる部分である。行政法学において「契約」を観念しえなかったかつてのドイツ公法学説（及びそれを継受したと思われる日本法の学説）と、契約が公法分野においてもさまざまな場面で用いられる現代社会を与件とした諸学説とでは、その相貌は大きく異なる。今後は、両者の学説の間を往還し、英米法やフランス法を含む諸外国の学説と実務の動向をも含めたより広い比較の見通し図の中に本研究を位置づけ、新たな研究課題を設定する段階に進みつつある。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計6件)

田尾亮介、学界展望 < 財政法 > Nina Jarass Cohen, Vergaberecht und städtebauliche Kooperation: Ein Anwendungsfall der Urban Governance, 国家学会雑誌、査読無、128 巻 3・4 号、2015、192-195

田尾亮介、協議に関する手続、法律時報、査読無、87 巻 1 号、2015、30-38

田尾亮介、交渉・合意・協働 アメリカにおける開発負担協定を素材として、行政法研究、査読無、2 号、2013、65-112

田尾亮介、< 論文紹介 > 土地利用規制における契約化の進展 Daniel P. Selmi, The Contract Transformation in Land Use Regulation, 63 STAN. L. REV. 591、アメリカ法、査読無、2012-1 号、2012、10-14

田尾亮介、都市計画施設区域内の事業予定地における土地買取制度と譲渡所得税特例の要件、自治研究、査読無、88 巻 10 号、2012、124-137

Ryosuke Tao, Public Sector Accounting: An Interdisciplinary Field Involving Accounting, Economics, and Jurisprudence, Journal of Public Policy Review, 査読無, Vol.8, No.1, 2012, 45-66

〔学会発表〕(計1件)

田尾亮介、地方公共団体が長等に対して有する請求権を放棄する旨の議会の議決の適法性 最二小判平成24年4月20日(平成22年(行ヒ)102号)民集66巻6号2583頁、公法判例研究会、2013年7月12日、東京大学(東京都・文京区)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

田尾 亮介 (TA0, Ryosuke)

立教大学・法学部・助教

研究者番号：50581013

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者 なし