

私人による都市計画？

野 田 崇

序 章

第一節 日本における「協議型まちづくり」

日本における「協議型まちづくり」の系譜の一つである地区計画制度が導入されたのは、昭和五五年のことであつた（昭和五五年法律三五号）。地区計画制度は、住民により密着した市町村に策定権限を付与することで、用途地域よりも詳細な規制を行うことを目指していた。この制度はもっぱら、狭域での規制強化のためのものであつた。⁽²⁾そのため、情報収集を主たる目的とし、⁽³⁾したがって参加人を土地所有者等に限定していない通常の都市計画決定手続に加えて、区域内の土地所有者等利害関係人の意見を求めるための手続の追加が予定されていた。また、その策定にあたっては、土地所有者等の同意は求められていなかったが、全員同意に基づいて策定するよう努力することが求められていた。⁽⁴⁾

私人による都市計画？

この地区計画制度はその後、一方では、特例的規制緩和により民間建築にインセンティブを与えつつ、いわばその見返りに公共施設の整備への協力を得る手法として発展した。すなわち、再開発地区計画制度が市街地再開発法上の制度として昭和六三年に導入された（昭和六三年法律四九号⁽⁵⁾）のをはじめとして、用途別容積型地区計画制度、住宅地高度利用地区計画制度、道路上下の一体的整備の制度（平成二年法律六一号）、さらに平成四年には、誘導容積型地区計画制度、容積適正配分型地区計画制度が導入された（平成四年法律八二号）。

他方で、土地所有者等一定の範囲の利害関係人に、計画策定に当たって特別の役割を与える制度が拡充された。例えば、前述したように、地区計画制度は制度創設当初から、土地所有者等のための特別の参加制度を予定していた。また再開発地区計画制度は、特例的規制緩和をインセンティブとして、民間資本による都市開発と公共施設整備を進めるための制度であり、事業者による開発事業の発意を前提としている。そのため、一定の条件のもとで再開発地区計画の策定を要請しうるとする制度が導入された⁽⁷⁾。同様の要請制度は、その後、都市計画法上の地区計画制度についても導入された（平成四年法律八二号）。これらはいずれも、土地所有者のイニシアチブを都市計画制度に取り入れようとするものであった。しかし、対象となる地区は再開発地区計画または地区計画の基本方針等が定められている地区のみであり、かつ、土地所有者等の全員合意を前提として、さらに詳細で具体的な地区整備計画の策定を要請しうるとするものであった。私人の側から計画策定を働きかけるというこの制度は、その後、拡充されてゆくことになる。平成一二年（法律七三号）には、都市計画決定手続に関する条例において、住民又は利害関係人から地区計画等決定や変更、又は地区計画等の内容となるべき事項を申し出るための方法を定めることができるとされた（都市計画法一六条三項）。そして、平成一四年に至り、都市計画策定

における私人の役割を大幅に拡大する一連の法改正が行われた。

平成一四年法律八五号による都市計画法改正により新たに導入されたのが、都市計画決定提案制度である。⁽⁸⁾この制度によれば、土地所有者またはまちづくりNPOは、土地所有者等の三分の二の同意を以って、素案を添えて、都市計画の決定または変更を提案することができる。提案の対象は、都市計画区域の整備、開発及び保全の方針（都市計画法六条の二）、都市再開発方針等（同七条の二）を除く都市計画である（同二二条の二）。提案を受けた都道府県又は市町村は、提案にかかる都市計画決定の要否について遅滞なく判断し（同二二条の三）、必要が無いと判断した場合には遅滞なくその旨とその理由を、提案をした者に通知しなければならない（同二二条の五）。つまり、都市計画決定の提案を受けた都市計画決定権者には、審査応答義務、および都市計画決定を行わない場合の理由附記義務が課せられているのである。また、同様の提案制度は、都市再生特別措置法⁽⁹⁾（平成一四年法律二二号）にも定められている。それによると、都市再生事業⁽¹⁰⁾を行おうとする者は、当該都市再生事業を行うために必要な一定の種類の都市計画等を、素案を添えて提案することができる。土地所有者等の三分の二の同意を要すること、提案を受けた都市計画決定権者に審査応答義務が課せられている点は同様である。

以上をみると、一方で、住民主導の地区計画による規制強化的地区計画を通じた街並み保存、まちづくりの動きがあるといえよう。住民に主導権を与えることで、規制強化への合意を調達しようとするのである。他方で、規制緩和型の狭域計画（再開発等促進区、その他の規制緩和型地区計画、都市再生特別地区等）を通じて、民間による大規模開発を実現し、同時に、民間に公共施設を整備しようとする流れがある。

そして、特例的規制緩和にしても、特例的規制強化にしても、比較的狭い地区について、利害関係人の意向を

私人による都市計画？

論 説

四

強く反映する形で計画策定が行われる点で共通している。それら利害関係人は、通常の都市計画決定手続の枠内での参加手続とは、恐らく質的に異なる方法・態様で、都市計画決定という行政決定に大きな影響を与えることになるのである。

- (1) 大方潤一郎「日本の協議型まちづくりの系譜」小林重敬(編)『協議型まちづくり』(一九九四)二〇〇頁以下。
「協議型まちづくり」に関しては、見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』(二〇〇六)第二部、同「制度論からみた開発をめぐる協議システム」都市計画二二四号(二〇〇〇)五頁以下、同「まちづくり論における協議システムの法的課題」白石克孝(編)『分権社会の到来と新フレームワーク』(二〇〇四)二五九頁以下、角松生史「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』(二〇〇〇)一頁以下を参照。
- (2) 高橋進『「地区計画」新立法の概要』ジュリスト七二二号(一九八〇)一五一、一五四頁。今日では、地区計画は用途地域による規制を強化するためにも、緩和するためにも用いることができる。
- (3) 佐藤英善「計画策定手続の問題点」雄川一郎／塩野宏／園部逸夫(編)『現代行政法大系』(一九八四)一三一、一六七頁以下。
- (4) 高橋、前掲。その他、導入当初の地区計画制度については、参照、成田頼明「生活拠点づくりの法制度的課題」ジュリスト増刊総合特集・現代人の生活拠点(一九八〇)二三七頁以下。
- (5) 詳細な検討として、水口俊典『土地利用計画とまちづくり』(一九九七)二七〇頁以下がある。
- (6) 再開発地区計画制度は、当初は市街地再開発法上の制度として導入されたが、平成一四年に都市計画法に取り入れられ、「再開発等促進区」として、地区計画の一類型として位置付けられた(平成一四年法律八五号)。
- (7) 都市再開発法(平成一四年法律八五号による改正前のもの)七条の八の二によれば、再開発地区計画には、当該区域の整備及び開発に関する方針(同二項一号)、政令で定める道路・公園等の公共施設の配置及び規模(同二号、いわゆる二号施設)、地区施設及び建築物等の整備並びに土地の利用に関する計画(同三号、再開発地区整備計画)

が定められる。このうち、前二者が定められているが再開発地区整備計画が定められていない地区について、当該地区の土地所有者等の全員合意で当該再開発地区計画の内容に従った整備等を行う旨の協定を締結した場合に、当該地区について再開発地区整備計画を策定すべきことを申請しうるとする制度である。

(8) 申出制度から提案制度への変化については、大久保規子「市民と行政法解釈」公法研究六六号(二〇〇四)二二六、二四二頁以下を参照。

(9) 参照、角松生史『公私協働』の位相と行政法理論への示唆」公法研究六五号(二〇〇三)二〇〇頁以下。

(10) 都市再生緊急整備地域(都市再生特措法二条三項)内における都市開発事業であって、当該都市再生緊急整備地域の地域整備方針に定められた都市機能の増進を主たる目的とし、当該都市開発事業を施行する土地の区域の面積が政令で定める規模以上のもの(都市再生特措法二〇条一項)。

第二節 その背景

では、以上の動きの背景はなにであろうか。

既に地区計画制度の導入の際に、画一的大規模開発から個性・多様性重視への変化、住宅問題の量から質への変化、コミュニティ再形成の必要性、クリアランス型再開発から修復型再開発への重点の変化、街並み保存の必要性が指摘されていた。そのため、住民の利害関係を調整し、住民の建設的な意見を反映するための住民参加を強化した狭域のまちづくりを進める手段として地区計画制度が創設されたのであった。¹¹⁾

しかし、まちづくり・都市計画の今日的課題を示したものとしては、平成九年に公表された都市計画中央審議会基本政策部会中間とりまとめ「今後の都市政策のあり方について」が著名であろう。それは、標語風に表現す

私人による都市計画？

五

れば、『都市化社会』から『都市型社会』へ」というものであった。「我が国の人口のピークが間近に迫る中、都市の拡張テンポが低下してきており、加えて郊外の自然を守ろうとする動きはかつてなく強い。一方で都市の内部には、大都市、地方都市を問わず解決すべき問題が数多く残されているとともに空洞化など新たな問題が出てきている。人口、産業が都市へ集中し、都市が拡大する『都市化社会』から、都市化が落ち着いて産業、文化等の活動が都市を共有の場として展開する成熟した『都市型社会』への移行に伴い、都市の拡張への対応に迫られるのではなく都市の中へと目を向け直して『都市の再構築』を推進すべき時期に立ち至ったものということができる。」このような認識に立った上で、新たな検討課題を示しているが、自治体の役割の強化と、住民参加の拡充が中心とされている。そのうち、住民参加については以下のように述べられている。「都市住民の間におけるまちづくりに対する参加意識の向上や、地域固有の多様なニーズに関するきめ細かな対応の必要性の増大、都市という限定された場において高密度に居住すること等による利害対立の先鋭化等を踏まえ、プロセスを重視した公民協働のまちづくりを進めるシステムの確立が必要である。このため、都市整備の各段階において、地方公共団体の判断でより柔軟な意見交換等ができるよう、運用・制度面での充実を図ることが重要である。さらに、これらの施策と併せて、街並みとの関係を重視した土地利用や、共同住宅の住まい方、身の回りの公共空間の整備方法など、都市型社会にふさわしい住民の意識の醸成に努めることも重要である。」

それに対して、平成一四年に公表された社会資本整備審議会都市計画分科会中間とりまとめ⁽¹²⁾は、都市化社会から都市型社会への変化とともに既成市街地の質の向上が課題となる、という認識を示した上で、建築物の更新活動を的確に誘導する必要を指摘している。そのために必要な施策として、土地利用規制の事前明示性・予見可能

性の向上、民間の取り組みの中に公的なものを認めること、高層化のための規制緩和の三点を挙げている。その上で、全国的には住民の取り組みを都市計画に反映させることが必要であるのに対し、都市部では、民間投資の阻害要因をできるかぎり取り除くことが必要であるとしている。この中間とりまとめを受けて最終的にまとめられた、「都市再生ビジョン」¹³は、「コミュニティ（地域社会）が持続できる『生活・活動・交流』の場」としての都市再生、「世界中の人々を我が国に惹きつけ、国際競争力を増し、経済社会の活性化」につなげるための都市再生が急務であるとしている。そしてそのための政策システムとして、それぞれの都市が個性や多様性を発揮できよう、「住民の主体的参加」、「官民協働」、そして「市場を通じて民間活力が適切に発揮される仕組み」の構築を挙げているのである。その上で、東京圏、大阪圏では、国際競争力の高い世界都市を創るために民間投資を促進すべきであり、その他の都市では個性と活力ある地方都市へと再生を果たすために、地域が自ら考え自ら行動するまちづくり活動を支援すべきとされている。

以上のような、まちづくり・都市計画を巡る近年の政策論議を見てみると、今日の課題として挙げられている事項は、およそ次の二点にまとめることができよう。第一に、住民主導のまちづくりである。特に、地区計画による規制強化を通じて都市景観・街並みを保全しようとする場合、この規制強化は比較的狭い地区での特例的規制強化となるので、住民の主導がなければ困難であろう。¹⁴地区計画提案制度や、NPOも提案者となることのできる都市計画決定提案制度の創設は、住民の主導性を強めるものであるといえる。ここでは、地区計画にかかる都市計画決定を行うか否かの決定及びその内容が、事実上、「地区内の地権者」や「住民」といった特定の私人ないしその集団に大幅に委ねられることになる。

私人による都市計画？

第二に、民間投資の促進である。都市としての国際競争力を向上させるために、規制緩和を通じて民間の投資意欲を高めること、民間の開発事業に公益的な側面があることを認め、そのような事業を促進する必要が指摘されている。このような課題に対応しているのが、再開発地区計画制度をはじめとする狭域的な特例的規制緩和制度と、地区整備計画要請制度、都市計画決定提案制度である。ここでも、開発事業を希望する事業者が、都市計画決定という行政決定を行うか否か、またその内容に決定的な影響を与えるのである。

(11) 成田・前掲二三八頁以下。

(12) 平成一四年二月七日社会資本整備審議会都市計画分科会「国際化、情報化、高齢化、人口減少等21世紀の新しい潮流に対応した都市再生のあり方はいかにあるべきか」中間とりまとめ。

(13) 平成一五年一二月二四日社会資本整備審議会「国際化、情報化、高齢化、人口減少等21世紀の新しい潮流に対応した都市再生のあり方はいかにあるべきか」答申。

(14) 参照、成田・前掲、高橋・前掲。

第三節 本稿の課題

しかし、都市計画は、本来、都市計画法の目的、および都市計画基準に従って、私的利益に対して中立的な行政により策定されるべきものである。特定の私人が都市計画に対して特別の影響力を持つことは許されない筈である。¹⁵⁾

ところが、再開発地区計画制度におけるように、特定の私人が計画策定に深く関与する場合、私人が都市計画決定の原案を事実上作成しているか、または、都市計画決定の内容が事実上、一定の範囲の私人の同意にかから

しめられることになる。いずれにせよ、特定の私人が、通常の都市計画決定手続における土地所有者や、況やその他の一般市民と比較して大きな影響力、場合によっては事実上の決定力を有することになるのである。これは、そもその都市計画決定の姿とは異なるのではないか。

都市計画決定の内容を事実上決定することもある事業者等の私人は、それ自体としては、自由に営利を追求しうる純然たる私人である。それらは公共の利益への配慮を法的に義務付けられているわけではない。そのような者が作成した計画原案に基づいて都市計画決定が行われるとすると、公益に反するような内容の都市計画決定がなされかねない。そこで、事業者が自らの利益となるような都市計画決定原案を作成し、特別の影響力を持つようになるとことを容認するとしても、公共の利益・公共善「*Gemeinwohl*」が確保されるようにするための予防措置が必要ではないか。

本稿は、第一節で挙げた地区計画制度や都市計画決定提案制度のように、私人が行政決定に特別の影響を与える制度について、それらにはどのような問題点があるのか、またそれら諸問題に対応するために、どのような措置が必要となるのかを検討する。その際、影響力を持つ私人としては地元住民・地権者と、開発事業者とが考えられるが、本稿では開発事業者が自己の事業を実現しようとしている場合を念頭に置いた上で、ドイツの議論を参照する。

ドイツの建設法典一二条は「事業関連Bプラン」[*Vorhabenbezogener Bebauungsplan*]¹制度を定めているが、この制度は、次章で説明するように、開発を希望する事業者が、自己の開発事業を可能にするような都市計画をゲマインデに策定させるための制度である。特定の事業者に特別の影響力が与えられている点では、上述した、

私人による都市計画？

近年の日本の諸制度に類似した点がある。⁽¹⁶⁾ またドイツにおいては、私人による行政決定の準備に際して遵守されるべき憲法上の諸準則が活発に議論されている。本稿では、ドイツの「事業関連Bプラン」制度の問題点と、その問題点への対処を巡るドイツの議論を紹介、検討し、日本法への示唆を得ることを目的とする。

(15) 塩野宏『行政法I「第四版」』（二〇〇五）一七九頁は、裁量権の行使といえども相手方との交渉の結果ではなく、独自の公益判断によって行使すべきというのが日本における一般的な考え方であるとしている。

(16) 日本とドイツとは、都市計画制度に根本的な違いがあるため、単純に比較することは無論できない。本稿では、私人が行政決定に特別の影響力、すなわち、一般的な参加手続に参加する私人とは質的に異なる影響力を持つことに注目する。特に、都市計画決定提案制度（都計法二二条の二第一項によれば、都市計画決定等を提案する際には「素案を添えて」しなければならない。）も、自称で説明する「事業関連Bプラン制度」も、私人が行政決定の準備を行う点で共通している。

第一章 ドイツにおける「協議型まちづくり」

第一節 制度史と概要

一 二〇〇四年建設法典⁽¹⁷⁾一二条は、「事業・地区施設整備計画 [Vorhaben- und Erschließungsplan]（以下、単に「VEP」とする）」という標題の下、事業者に大幅な主導権を与える特別のBプラン [Bebauungsplan] 策定制度⁽¹⁸⁾、すなわち「事業関連Bプラン」制度を定めている。⁽¹⁹⁾ 事業者に主導権を与えるこの計画制度は、旧東ドイツで一九九〇年に発布された「ゲマインデにおける秩序ある発展と投資の確保のための政令（建設計画および許可令 [Bauplanungs- und Zulassungsverordnung] (BauZVO)）」⁽²⁰⁾ 五五条を嚆矢とする。当初は、旧西ドイツで事実上行わ

れていた、ゲマインデと事業者の協働によるBプラン策定実務をそのまま旧東ドイツに持ち込むことで、旧西ドイツと同様の拘束的都市建設計画の策定を促進し、もって投資を促進することが目指されていたようである。⁽²¹⁾ただし、この制度はBプランを策定するための制度ではなく、それとは区別される「事業・地区施設整備計画条例」を制定するための制度であった。この制度はドイツ統一後も、一九九〇年建設法典二四六a条一項一文六号により、旧東ドイツ地域に限って一九九五年まで存続することとされたが、⁽²²⁾通常のBプラン策定手続とは異なる手続が取られるため、雇用確保や住宅整備、インフラストラクチャー整備など、旧東ドイツ地域で緊急に必要な事業に限定して適用できることとされていた。⁽²³⁾その後、一九九三年に「投資の容易化と宅地の指定のための法律」により、建設法典措置法七条として連邦全土に導入され、かつ、特定の投資目的への限定がなくなった。最終的に一九九七年の「建設および国土整備法」⁽²⁵⁾による建設法典改正により、この制度は一九九八年以降、建設法典上の一般的制度であるBプランの一類型、すなわち「事業関連Bプラン」として位置付けられ、今日に至っている。⁽²⁶⁾

この制度は、当初はBプランとは性質の異なる「事業・地区施設整備計画条例（VEP条例）」を策定するためのものであり、旧東ドイツ地域での住宅建設や工場建設、インフラストラクチャーの整備等を、都市建設上の秩序を維持しつつ、迅速に実施するための特別の手法であった。それに対して、一九九三年法の政府提案理由書は、この制度を連邦全域に適用する目的として、ゲマインデの計画策定費用と地区施設整備費用からの解放、および計画策定における私人のイニシアチブの強化を挙げていた。⁽²⁸⁾そして、VEP制度を一般法上の恒久的制度とした一九九七年の「建設および国土整備法」は、計画策定手続の迅速化と制度の簡素化、それによる「立地としてのドイツ [Standort der Deutschland]」の地位の強化を目指していたのである。⁽²⁹⁾

私人による都市計画？

一一

以上によれば、建設事業を実施しようとする事業者を計画策定過程に関わらせる事業関連Bプラン制度は、民間事業者によるBプラン策定手続の一部を担わせることによりゲマインデの財政負担を軽減すること、および、民間事業者の意向を都市計画に迅速に反映させることを通じて、国際経済競争において有利な地位を占めることを目的にしていたと言えよう。

二 次に、二〇〇四年建設法典一二条が定める事業関連Bプラン制度を簡単に紹介しておく。この制度の特徴は、事業主体「Vorhabenträger」がゲマインデとの協議を経て作成したVEPが、建設法典所定のBプラン策定手続を経て、「事業関連Bプラン」としてゲマインデにより公布される点、および、事業主体がゲマインデと契約を締結し（実施契約）、その中で事業主体が、VEPに従った建設事業の約定の期間内での実現、計画策定費用および地区施設整備費用の負担を約束する点にある。⁽³⁰⁾ 事業主体は、自己の建設事業を可能にするようなBプランを手にする代償として、計画作成費用と地区施設整備費用を負担するわけである。⁽³¹⁾ 事業関連BプランもBプランであるから、市民参加手続⁽³²⁾、行政庁参加手続を経なければならない。また実体的には、建設法典一条七項が定める衡量原則に従っていない⁽³³⁾なければならない。

「事業・地区施設整備計画（VEP）」は、ゲマインデとの協議を経て作成されるものであるが、あくまでも事業主体が独自に作成するものである。事業主体は、自己の事業計画として、VEPを作成するのである。事業関連Bプラン制度にあっては、Bプラン策定手続の開始決定は、⁽³⁴⁾ 事業主体による手続開始申請を受けて行われる。申請を受けたゲマインデは、義務適合的裁量「pflichtgemäßes Ermessen」により、手続開始の可否を決定する「entscheiden」（建設法典一二条二項一文）。手続開始決定は行政行為である。したがって、取消訴訟の対象とな

る。⁽³⁵⁾ 事業主体はBプラン策定請求権を有さず、またそのような請求権は契約によっても根拠付けることはできない（建設法典一条三項二文）。しかし事業主体は、Bプラン策定手続開始決定について、無瑕疵裁量行使請求権を有する。⁽³⁶⁾ 手続開始決定後は、通常のBプラン策定手続と同様の手続が履践される。上述した実施契約は、遅くとも、ゲマインデ議会によるBプラン条例の議決（建設法典一〇条一項）、すなわち事業関連Bプランの議決までに締結されなければならない（建設法典一二条一項一文）。つまり、事業主体がVEP実現等の義務を負う場合にはじめて、ゲマインデは事業関連Bプランを策定することができるわけである。⁽³⁷⁾ また実施契約は、一定期限内のVEP実現を事業主体が約束するものであり、そのVEPは事業関連Bプランの内容となる（建設法典一二条三項一文）。したがって、実施契約と事業関連Bプランの内容が異なっていることはないことになる。実施契約において合意された事業とは異なる事業を可能とするような事業関連Bプランは、瑕疵を帯びる。⁽³⁸⁾

問題が生じるのは、公衆参加手続（建設法典三条）、行政庁参加手続（建設法典四条）の結果、事業者が作成したVEPを変更する必要がある場合である。VEPは実施契約の内容ともなるので、ゲマインデが一方的にVEPを修正した上でそれを事業関連Bプランとすることはできない。参加手続によりVEP修正の必要が生じたとしても、事業主体の同意を得て修正することになる。

上述のように、事業主体はBプラン策定請求権を与えられるわけではない。したがって、事業関連Bプラン策定手続の全過程を終えた後で、当該Bプランを策定しない、という結論に至ったとしても、Bプランを策定しないこと自体は適法である。しかし、VEP策定のための協議にはじまるゲマインデと事業主体の交渉過程は、一定の信頼関係を生み出す。そのことから、事業主体には、例えば契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権が生

私人による都市計画？

じ得る。⁽³⁹⁾

以上のように、VEPは事業主体とゲマインデとの間の協議を通じて作成され、実施契約の内容となるとともに、事業関連Bプランの内容ともなる。事業関連Bプランは、形式上は条例としてゲマインデの意思のみに基づいて策定されるが、その内容を決定付けるのは、事実上は事業主体である。その意味で、事業主体は事業関連Bプランという行政決定に対し、極めて大きな影響力を持つ。⁽⁴⁰⁾ また、VEPは、それ自体は事業主体の事業計画を示すものであるとしても、ゲマインデとの協議の過程で、ゲマインデにとっても達成すべき目標と化す可能性もある。

(17) Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004, BGBl. I S. 2414.

(18) ドイツの都市計画制度の全体像については、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』(一九九五) 一三頁以下を参照。

(19) 事業関連Bプラン制度の制度史と概要の詳細については、拙稿「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力(一)」法学論争一四五巻六号(一九九九)二五頁以下を参照。

(20) Gesetzblatt-DDR, I S. 739.

(21) Walter Bielenberg, Neues Baurecht für die Deutsche Demokratische Republik, DVBl. 1990, S. 841 [842].

(22) 一九九〇年に締結された統一条約の議定書第一四章第二節による。BGBl. II S. 1122.

(23) Vgl. Ulrich Battis / Michael Kratzberger / Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch, 9. Aufl., 2005, § 12 Rn. 1.

(24) Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland (Investitionen- und Wohnbaulandgesetz) vom 22. April 1993, BGBl. I S. 466.

(25) Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuch und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998—BauROG) vom 18. August 1997, BGBl. I S. 2081.

(26) なお、建設法典は二〇〇四年に大幅な改正をみている (Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) vom 24. Juni 2004, BGBl. I S. 1359.) が、事業関連Bプラン制度に関する第二二条は改正されていない。Vgl. Krautberger/Bernhard Stürer, Städtebaurecht 2004: Was hat sich geändert? DVBl. 2004, S. 781; Krautberger/Stürer, Städtebaurecht 2004: Umweltprüfung und Abwägung, DVBl. 2004, S. 914.

(27) Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 5. A., 1996, BauGB-MaßG, § 7 Rn. 7.

(28) BT-Drs. 12/3944, S. 21 ff.; Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 5. Aufl., BauGB-MaßG, § 7 Rn. 3.

(29) BT-Drs. 13/6392, S. 31.

(30) Bプランが策定されている地区では、建設は、それがBプランに違反しておらず、かつ、地区施設整備「Erschließung」が行われている場合に許可される (建設法典二〇条)。ここで建設許可の要件となる地区施設整備とは、土地が公道に接続していること、電気および上下水道への接続である。地区施設整備はゲマインデの任務である (建設法典二二三条一項)。ゲマインデは、地区施設整備を実施した場合には、関係土地所有者から分担金を徴収することができる (建設法典二二七条以下)、総費用の少なくとも一〇パーセントはゲマインデが負担しなければならない (建設法典二二九条一項三文)。そのため、地区施設整備はゲマインデにとって財政負担となるのである。Vgl. Walter Krebs, Baurecht, in: Eberhard Schmidt-Almann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005 S. 407 ff., Rn. 165 ff.

(31) この費用負担が、ゲマインデの大幅な負担軽減につながる、実施契約の重要な要素である。Vgl. Axel Wirth, Der Bauherr als Baubehörde: Chancen des Vorhaben- und Erschließungsplanes, BauR 1999, S. 130 [132].

(32) もっとも、事業関連Bプランの策定において、どの時点で早期市民参加を実施するのかが問題である。通常のBプランの場合、早期市民参加は計画策定決定 (建設法典二条一項二文) の時点で行われることが多い (Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 3 Rn. 8)。それに対して、事業関連Bプランにあっては、事業主体の申請に基づく手続開始決定 (建設法典二二条二項一文) の時点では、既にゲマインデと事業主体の協議を経てVEPが作成さ

私人による都市計画?

れており、市民参加の結果を計画内容に反映させるのは容易ではないからである。少なくとも、ゲマインデと事業主体の秘密交渉は禁止される。市民に対する情報提供と聴聞が何時行われるべきかは、個別事情によるが、先取りの決定の内容や重要性に対応した参加手続が行われるべきである (Klaus Joachim Grigoleit, Normative Steuerung von kooperativer Planung, Die Verw. 33 (2000), S. 79 [99 f.]).

(33) Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 12 Rn. 26, 39.

(34) この決定は、建設法典二条二文の定める、Bプランを策定する旨の「決議 [Beschluss]」とは異なるものである。Bプラン策定が「決議」となると、計画予定区域では現状変更が禁止されるが (建設法典一四条ないし一八条)、事業関連Bプラン策定手続の開始決定には、そのような効力はない (建設法典一二条三項二文後段)。Bプラン策定決議が、あくまでもゲマインデの内部的意思決定であり、ゲマインデの自己拘束ではないのに対して、事業関連Bプラン策定手続開始の決定は、それ以前の協議過程で生み出されたゲマインデと事業主体の信頼関係を、さらに強化するものである (Grigoleit, Die Verw. 33, S. 79 [98]).

(35) Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 12 Rn. 44.

(36) Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 12 Rn. 22.

(37) BayVGH, Urt. v. 24. Juli 2001, BauR 2001, S. 1870. 実施契約は、事業主体とゲマインデの代表者との間で署名された後、各ラントのゲマインデ法により契約締結権限を有するゲマインデの機関による承認を受けなければならない。実施契約は、署名から承認までの間、一時無効 [schwebend unwirksam] である。したがって、実施契約が承認を受けていない場合、その瑕疵が治癒される (建設法典二一五 a 条一項) までの間、当該事業関連Bプランは効力を発しない (行政裁判所法四七条五項四文)。実施「契約」という文言が用いられているので、事業主体による一方的債務負担行為は要件を満たさない。

(38) BVerwG, Urt. v. 18. 9. 2003, NVwZ 2004, S. 229.

(39) 拙稿「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力 (二)・完」法学論叢一四七巻五号五四頁注九一を参照。

(40) Vgl. Hans-Georg Dederer, *Korporative Staatsgewalt*, 2004, S. 64.

第二節 問題点

第一款 追試的衡量

ゲマインデは、都市建設上の発展と整序のために必要である場合に直ちに、かつその場合に限り、建設管理計画を策定しなければならない⁽⁴¹⁾（建設法典一条三項一文）が、建設管理計画の策定が「必要」とされるのは、ゲマインデの都市建設上の構想からみてそれが「必要」と見なされうる場合である⁽⁴²⁾。この構想こそが、ゲマインデの独自性を示すものである。そして、構想という営為が現状の評価と将来予測に基づくものである以上、Bプランを策定するゲマインデには、Bプランを策定するか否か、またどのような内容のBプランを策定するかについて極めて広範な裁量が認められざるを得ない。

この広範な裁量に対する法的拘束として⁽⁴³⁾もっとも重要なのが、衡量原則である⁽⁴⁴⁾。ゲマインデは、Bプランを策定する際には関係する様々な公益・私益を相互に「*gegenseinander und untereinander*」⁽⁴⁵⁾適正に衡量しなければならぬ（建設法典一条七項）。この衡量原則が、計画決定の法構造を規定するものであり、計画が法治国にふさわしいものとなるための中心的な要請である⁽⁴⁶⁾。この衡量原則の枠内で、ゲマインデは自らの責任において（建設法典二条一項一文）、自らの都市構想を実現すべくBプランを策定するのである⁽⁴⁷⁾（「計画者の形成自由」⁽⁴⁸⁾）。そして、この都市構想は、ゲマインデの都市建設上の発展の整序、つまり公益のためのものであるから、専ら私益の実現のみに向けられたBプランの策定は許容されないことになる⁽⁴⁹⁾。

私人による都市計画？

そのため、私人には、Bプラン策定請求権は認められない（建設法典一条三項二文前段）。契約によって請求権を根拠付けることも許容されない（同後段）。なぜなら、そのような請求権は、Bプランの策定がゲマインデの都市構想の表現であること、ゲマインデには、Bプラン策定について「計画者の形成自由」が認められていることと矛盾するからである。⁽⁵⁰⁾ どのようなBプランを策定すべきかは、ゲマインデの構想に基づく利益衡量を通じて初めて明らかになるはずの事柄であり（衡量の開放性）、契約に基づくBプラン策定請求権はそのような前提に反するのである。

ところが他方で、一九九〇年代以降、都市建設分野での私人と行政の協働は進展していった。駐車場建設代替契約⁽⁵¹⁾や結果費用契約⁽⁵²⁾といった、それ以前から多用されている契約類型に加えて、多様な都市建設契約が利用されるようになり、一九九三年には建設法典措置法六条で連邦レベルの法制度として公認されるに至った。事業関連Bプラン制度も、都市建設法における契約的手法の導入、それを通じた公私協働の促進という、一九九〇年代以降の流れの中にある。⁽⁵³⁾

事業関連Bプラン制度は、事業者の事業実現を主たる目的としている。ここでは事業者にイニシアチブがあり、計画原案も事業者が作成する。確かに、事業者が作成するのは、「事業・地区整備計画（VEP）」であり、それがそのままBプランとなるわけではない。通常のBプランと同様の参加手続が行われ、最終的にゲマインデ議会が条例として（建設法典一〇条一項）議決するのである。しかしその際、ゲマインデは、事業主体が準備したVEPに基づいてBプラン原案を作成する。事実上、私人がBプラン原案を作成していることになる。しかもその私人は、策定されるべきBプランに直接的な利害関係を有しているのである。他方で、事業関連Bプランにも、

通常のBプランと同様に、衡量原則が妥当する。ここで、衡量原則と、公私協働によるBプラン策定の利益とが緊張関係に陥るのである。⁽⁵⁴⁾

上述したように、建設法典が想定している衡量は、ゲマインデがその枠内で自己の都市構想を表現するような、「計画者の衡量」⁽⁵⁵⁾である。それに対して事業関連Bプランで行われる衡量は、事業者が作成したVEPを前提とした「追試的衡量」[nachvollziehende Abwägung]⁽⁵⁶⁾である。これは、建設法典が想定しているような利益衡量とは異なる。このような衡量が、法治国的計画に要請される衡量として認められるのだろうか。

この問いの手掛かりとなるのは、連邦行政裁判所一九七四年七月五日判決⁽⁵⁷⁾、いわゆる「板ガラス判決」である。この判決は、計画内容に関してゲマインデが先取りの自己拘束を行っている場合、それ自体は、衡量の過程を縮減させるという意味で衡量の欠陥であるが、以下の三つの条件を満たす場合には、違法ではなくなるとする。

- ① 決定の先取りがそれとしてザッハリッヒに正当化されうるものでなければならない。
- ② 先取りに際して計画法上の管轄秩序が維持されていなければならない。
- ③ 先取りされた決定は内容上異議のないものでなければならない。とりわけ、その決定は、それがゲマインデによる衡量として行われていたとしたら満たさなければならぬであろう諸要求に一致していなければならない。

板ガラス判決は、追試的衡量の許容性が争われた事例ではなく、ゲマインデによる先取りの自己拘束により衡量の欠陥が生じている場合に、それが例外的に許容されるための要件を述べたものである。しかし、③要件のうち「ゲマインデによる衡量として行われていたら」という部分は、ゲマインデが先取りの自己拘束なしに計画を

私人による都市計画？

策定していたとしたらどうであったか、法が想定している通常の過程を経ていたらどのような計画を策定していたか、という仮定的な検討を行うことを要請しているものである。これはまさに、追試的衡量により計画内容を検討することであろう。つまり、板ガラス判決は、Bプラン策定の際に行われるべき利益衡量として、追試的衡量も許容していたと言えるのではないか。⁽⁵⁸⁾

建設法典一二条の定める事業関連Bプラン制度においては、ゲマインデによる衡量は「追試的衡量」たらずを得ない。板ガラス判決によれば、それは否定されるのではなく、個別的に正当化を要することとなる。⁽⁵⁹⁾ 結局のところ、事業関連Bプラン制度においては、その制度構造上、事業者の私的利益に事実上の優先権が与えられていることになるが、それがいわゆる衡量の瑕疵をもたらすか否かは個別事例の問題であると言わざるを得ない。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

それに対してより根本的な問題は、特定の私人が、Bプランのような多数の者の権利利益に関わる行政決定に対し、その他の私人とは比較にならないほどの影響力を行使することが、そもそも許容されるのか、ということである。

(41) 建設管理計画は、ゲマインデ全域にわたる都市建設の構想が概要において示され、法的拘束力を有さない土地利用計画 [Flächennutzungsplan] と、この構想を基礎として、ゲマインデの一部分について策定される、拘束力を有する地区詳細計画 [Bebauungsplan] とからなる (建設法典一条二項)。

(42) Batts/Krautberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 1 Rn. 26.

(43) 計画策定の際に認められる計画裁量の性質と、それに対する統制原理については、芝池義一「計画裁量概念の一考察」広岡隆／高田敏／室井力 (編)『現代行政と法の支配 杉村敏正先生還暦記念』(一九七八) 一八八頁以下、同

「西ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」法学論叢一〇五巻五号一頁以下を参照。

- (44) Krebs, Baurecht, Rn. 100 ff.
- (45) 公益どうし、私益どうしがそれぞれ衡量され、さらに公益と私益が衡量される。Krebs, Baurecht, Rn. 103.
- (46) Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 87.
- (47) 計画者たるゲマインデが「計画者としての独自の決定」としてBプランを策定することについては、拙稿「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力(二)・完」法学論叢一四七巻五号(二〇〇〇)四七、五六頁以下を参照。
- (48) BVerwG, Urt. vom 12. 12. 1969, BVerwGE 34, S. 301 [304].
- (49) Krebs, Baurecht, Rn. 91.
- (50) Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, 9. Aufl. § 1 Rn. 31.
- (51) 建築規制法上の駐車場設置義務の履行に代えて、ゲマインデに対し公共駐車場設置費用を支払い、本来の駐車場設置義務の免除を得る契約。大橋洋一「行政契約の比較法的考察」同『現代行政の行為形式論』(一九九三)一六一、一八七頁以下参照。
- (52) 住宅建設等の結果として必要となる学校や幹線道路などの公共施設の設置費用を負担する契約。ゲマインデが一定内容のBプランを策定する義務を契約中に定めることはできないため、開発事業者が費用負担義務を負う片務的契約であるが、事実上一定内容のBプランが策定されることを前提に締結される。そこから生じる法的問題については、村松勲「都市建設契約における計画契約手法とその法的統制(一)(二)」福井大学教育学部紀要Ⅲ(社会科学)四九号(一九九五)一二三頁以下、五〇号五頁以下を参照。
- (53) Krautzberger/ Stier, DVBl. 2004, S. 914 [915].
- (54) Bernd Beckmann, Der Wandel staatlicher Aufgabenwahrnehmung und seine rechtliche Bewältigung am Beispiel der vorhabenbezogenen Bebauungsplanung, 2005, S. 173.
- (55) Winfried Erbguth, Bauleitplanung und private Investitionen — Städtebauliche Verträge, Vorhaben- und Erschließungs-

私人による都市計画？

plan, BauROG 1998—, VerwArch. 89 (1998), S. 189 [208].

(56) Jens-Peter Schneider, Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch. 87 (1996), S. 38 [56]. 角松・前掲、拙稿・前掲五九頁以下をも参照。

(57) BVerwGE 45, S. 309. この判決の詳細については、遠藤博也『計画行政法』(一九七六)一四四頁以下、とりわけ一五三頁以下を参照。

(58) Vgl. Grigoleit, Die Verw. 33, S. 79 [95 f.]. グリゴライトは、板ガラス判決を「多段階的衡量」を許容したものと理解している。前段階の衡量決定が、次の段階の衡量決定を拘束することは、ゲマインデ議会が多段階的衡量のすべての段階に参加している場合には、許容される。その場合、策定されるべき計画の内容の方向性は前段階で決定付けられるので、後の段階では代替案が十分には検討されないこととなるが、そのことは、多段階的決定プロセスの効率性と、それによって促進されるべき公私協働のために容認されることになる。したがって、計画策定過程の終結である最終決定の段階では、もはや包括的な衡量は行われなければならないことになる。通常の場合ならば、このような衡量の縮減は、板ガラス判決の三原則に照らして正当化されなければならないが、事業関連Bプラン制度は法律が創設した多段階的衡量制度なので、その必要はないとしている。

(59) Grigoleit, Die Verw. 33, S. 79 [95 f.].

(60) ただし、事業関連Bプラン制度は事業主体の開発意欲を前提とし、それを実現させるための制度であるから、構造上、衡量の瑕疵がもたらわれやすい。Vgl. Angela Faber, Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung (Vorhaben- und Erschließungsplan § 12 BauGB), in: Wilfried Erbguth/Janbernd Oebbecke/Hans-Werner Rengeling/Martin Schulte (Hrsg.), Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, 2000 S. 425 [433].

(61) Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 [184] は、事業関連Bプラン制度を、板ガラス判決が確立した、計画内容の先取的拘束の許容性に関する上述の三原則を発展させたものと捉えている。事業関連Bプラン制度は、一方で、

実施契約を通じた計画内容の事実上の契約的拘束を明示的に承認している。他方で、ゲマインデに最終決定権限、すなわちBプラン策定権限が残されている点で、参加条項や衡量原則など、法治国的計画化の重要要素は維持されている。その点で、板ガラス判決の三原則を立法化したものと捉えるのである。

第二款 行政決定の質の確保

一 事業関連Bプラン制度については、行政決定の質を維持するための憲法上の要請が無意味になってしまう、との批判がなされることがある。⁶²⁾

行政決定に対しては、憲法上の民主主義原理および法治国原理から、決定のための組織・手続に関する形式的要請がなされているが、それらの要請は、決定の準備から最終決定までの全ての過程を行政が単独で担う場合を想定している。⁶³⁾ここでは、そのうち民主主義原理から生じる、行政決定に対する要請を中心に検討する。

連邦憲法裁判所によると、すべての「国家権力」が国民から生じるとしているドイツの基本法二〇条二項は、国民主権と、そこから導かれる国家権力の民主的な組織化と正統化の必要性を定めている。二〇条二項によれば、国民は、国家権力を、選挙および国民投票によるほか、立法権、執行権および裁判権の各機関を通じて行使する。それら各機関の行為も、国民による国家権力の行使なのであるから、その行為は国民の意思に還元され、国民に対して責任を負わなければならない。⁶⁴⁾すなわち、国家任務の遂行や、国家の権能の行使は、国民の意思に還元されなければならない。国家による支配権の行使は、とりわけ議会議員選挙、執行権の行動基準としての議会制定法律、政府の政策に対する議会の影響力行使、政府に対する行政の原則的な指示被拘束性[Weisungsgebundenheit]

私人による都市計画?

を通じて、国民の意思に還元される。これが「民主的正統化 [demokratische Legitimation]」である。⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾

民主的正統化の方式には、機能的・制度的正統化 [Funktionelle und Institutionelle demokratische Legitimation]⁽⁶⁷⁾、人的正統化 [Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation]、内容的正統化 [Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation] の二つがあり、それぞれあいまって、具体の行政決定が国民の意思に由来しているといえるだけの十分な水準の正統性を作り出すことが求められている。行政活動の民主的正統化にあって問われるのは、正統化の形式ではなく、正統化の実効性である。⁽⁶⁸⁾

これらの正統化方式のうち、本稿との関係で重要なのは、人的正統化と内容的正統化である。人的正統化とは、職務を担当する個々の官職者 [Amtsträger] について、国民にまで還元される「途切れのない正統化連鎖 [rückendlose Legitimationskette]」が存在していることである。ある官職者を任命した者が、直接に選挙で選出されているか、あるいは直接に選挙で選出された者に任命されている場合、その官職者は、人的に正統化されていると言われるわけである。また、この連鎖は「途切れのない」ものでなければならないから、この連鎖の途中に、正統化されていない機関が介在してはならない。それに対して内容的正統化とは、国家権力の行使が、その内容からみて、国民の意思に由来しているといえることである。国民代表議会の制定した法律への拘束、人的に正統化された機関による指示への拘束などにより、この意味での正統性がもたらされる。⁽⁶⁹⁾

基本法二〇条二項が定めている民主的正統化の要請は、このように、行政活動に対して、一定の組織のあり方と、職務遂行の方法とを求めているのである。人的正統性の面では、選挙で選出されているがゆえに民主的に正統化されている大臣が、個々の職員を個々の官職に任命することで、その職員には人的正統性が伝達される。⁽⁷⁰⁾ 内

容的正統化の面では、官職者は、それぞれの大臣の指示に拘束される。それらを通じて、「官職[Ant]」を特徴付ける専門知識、人的信頼性、中立性、客観性といった要素も確保されるのである。⁽⁷²⁾

問題は、以上の憲法上の諸要請が適用されるはどのような場合か、である。国家の活動のすべてに、そのような意味での正統化が求められるわけではない。基本法二〇条二項は、「国家権力」が行使される場合には、それは民主的に正統化されなければならない、と定めているのである。問題は「国家権力」の意義であるが、これは「決定としての性格を有する職務行為」であるとされる。⁽⁷³⁾直接的に対外的効力を有するか、それとも、行政内部的にのみ、職務遂行の前提を作り出すに過ぎないのかは問われない。行政内部的に行われる決定も民主的正統化を要する。⁽⁷⁴⁾提案権の行使も、他の行政主体がその決定権能の行使に当たってそれに法的に依存している場合には、決定としての性格を有する。⁽⁷⁵⁾

したがって、基本法二〇条二項によれば、行政が自ら決定準備を行い、最終決定するという場合には、以上の諸要請が満たされていなければならない。それに対して、最終決定は行政が行うが、最終決定の準備のために必要な情報収集や決定原案の作成などの準備行為の一部ないし全部が私人に委ねられている場合はどうか。最終決定が、民主的に正統化された官職者によって行われていれば、それで足りるのであるか。それとも、準備行為を行う者も、一定水準の民主的正統性を備えている必要があるのだろうか。

二 従来のBプラン策定制度は、伝統的行政組織を前提としている。情報収集手段としての市民参加⁽⁷⁶⁾、その結果を受けて行われる、行政内部での情報加工・分析、その産出物としての計画案、最終的に直接に民主的に正統化された議会による条例議決、という過程を経て、Bプランは策定される。行政決定がこのような過程を辿るので

私人による都市計画？

あれば、そのための組織・手続に対しては、民主的正統化の要請をはじめ、憲法上の諸要請が妥当することは明らかである。⁽⁷⁷⁾

それに対して事業関連Bプラン制度にあっては、情報収集・加工、および計画案の策定を、事業者が担当する。事業者は私人である以上、基本権に基づいて行動するのであって、民主的正統化を必要としない。つまり、事業者は公共善の実現を義務付けられてはならず、もっぱら自己の利益を追求することができる。⁽⁷⁸⁾ それに対して、行政機関による決定に対しては民主的正統化が要求されるが、それが満たされれば公共善も実現される、と想定されているのである。⁽⁷⁹⁾ とすると、活動するにあたって民主的正統化に依拠する必要のない民間事業者が行政決定の内容を事実上決定することを通じて、公共善が実現されなくなることが懸念されるのである。

連邦憲法裁判所の判例によれば、単なる行政決定の準備や、コンサルタント的業務を行う者については、その者が共同決定権限を有しているか、その者の提案を俟たなければ行政決定を行えないなどの事情がないかぎり、民主的正統化を必要としない。⁽⁸⁰⁾ このような考え方の背後には、国家と社会の区別を前提に、国家と市民の関係の分析に集中してきたドイツ国法学・行政法学の伝統的思考がある。そのような思考にあって、重要なのは市民の権利義務に変動をもたらす「対外的行為」であった。それに対して決定の準備行為は、「内部的行為」として法的にはイレバントなものと捉えられていたのである。⁽⁸¹⁾ したがって事業関連Bプラン制度についても、最終決定権限がゲマインデに保持されていることに着目するならば、それ以前の準備を誰がどのような形で行おうとも問題はなことになる。民主的正統化要請を惹起する「公権力の行使」、すなわち「国家の決定」を形式的に把握すると、最終決定がゲマインデに残されている以上、準備段階の民主的正統性を問う必要はないことになるから

である。⁽⁸²⁾

しかし、「準備」と「決定」は、形式的には区別可能であるが、現実には、その区別はなしがたい。⁽⁸³⁾ 行政は自ら準備できなくなったために準備過程を私人に委ねるのである。そのような行政は、私人による準備過程の成果物を、独自の立場から評価する能力を、もはや欠いているかもしれない。その場合、Bプラン策定という行政決定が、事実上、私人により行われる、ということになりかねない。⁽⁸⁴⁾ そのとき、最終決定を行うのが行政自身であれば何の問題もないとは言えなくなるのではないか。事業主体が完全なBプラン案を作成し、ゲマインデ議会がそれを事業関連Bプランとして可決するという構造において、決定に対するゲマインデの責任が維持されているといえるか。

三 一つの説明は、上でも触れたように、事業・地区整備計画にあっても、正式のBプラン策定権限は、ゲマインデが保持していることに着目するものである。事業関連BプランもBプランの一種であるから、建設法典が定める参加手続が実施される。ゲマインデはそれを踏まえて事業関連Bプランを作成し、条例として可決するのであるから、準備段階で事業主体が関与していても、それには問題はないと捉えるのである。⁽⁸⁵⁾ しかし、ゲマインデに最終決定権限が残されているとはいえ、ゲマインデには必要な専門知識も人的時間的リソースも存在しないことが多い。⁽⁸⁶⁾ そのため、実質上、私的行為者に一定の内容的・組織的および手続的な義務を課することが考えられるのである。⁽⁸⁷⁾

VEP制度にあっては、「通常の」Bプランとは明らかに異なる過程を経て事業関連Bプランが策定される。VEPを作成する事業者の影響力も大きい。そのため、決定準備を事業者に委ねることで事業者の影響力を拡大

私人による都市計画?

・強化することの代償として、何らかの代償的制度が必要となる。そしてそのような措置は、行政決定の「民主的正統性」を確保するためだけではなく、ゲマインデによる利益衡量が「追試的衡量」であらざるをえないという、制度的欠陥を補うことをも目的とするのである。

(29) Udo Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbststeuerung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235 [266 f.].

(30) Martin Burgi, Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturschaffungspflicht, Die Verw. 33 (2000), S. 183 [190].

(31) BVerfG, Bes. v. 24. 5. 1995, BVerfGE 93, S. 37 [66].

(32) BVerfG, Urt. v. 31. 10. 1990, BVerfGE 83, S. 60 [71 f.]; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht (24te Aufl. HbStR 24te Aufl.), Bd. I, 1987, § 24 Rn. 11°.

(33) 民主的正統化については、ベッケンフェルトおよび連邦憲法裁判所の見解が有力である (Vgl. Helmut Schulze-Fielitz, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, Die Verw. 32 (1999), S. 241 [256 f.])。しかし、批判的討論を必要とする。例えば、Brun-Otto Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59; ders., Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staauswissenschaften und Staatspraxis, 5 Jahrgang (1994), S. 305; Thomas Groß, Grundlinie einer pluralistischen Interpretation des Demokratieprinzip, in: Demokratie und Grundgesetz, S. 93; Schulze-Fielitz, Die Verw. 32 (1999), S. 241 [257 f.] など、ベッケンフェルトおよび連邦憲法裁判所の民主政理解が狭すぎることを批判している。また、連邦憲法裁判所が「民主制と国家のヒエラルヒー構造の本質的連関」を前提としている (Alfred Rinken, Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des

Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, KritV 79 (1996), S. 282 [291]) のことについて、行政組織の内部構造の課題適合性に独自の正統化効力を認める見解として、Gunnar Folke Schuppert, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation — Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedanke, AöR 114 (1989), S. 127 [135 ff]; Jens-Peter Schneider, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 [125 f., 135 ff]; Hoffmann-Riem, Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Abmann/ders. (Hrsg.), Verwaltungsgewalt und Public Privat Partnership, VerwArch. 91 (2000), S. 540 [562 ff] がある。連邦憲法裁判所一九九五年判決 (BVerfGE 93, S. 37) の詳細な批判的検討として、Rinken, KritV 79 (1996), S. 282. 日本語文献としては、ベッケンフエルト理論を批判的に検討する、毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢一五二巻二号 (二〇〇二) 一頁以下、民主制の組織法的意義に関する連邦憲法裁判所の判例を分析した、大田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主制の正統性」『憲法論集樋口陽一先生古稀記念』藤田宙靖／高橋和之 (編) (二〇〇四) 三二五頁以下を参照。

(67) 基本法二〇条二項は、立法権、執行権、司法権の存在を予定している。したがって三権は、それぞれ、憲法制定権者から機能的・制度的な意味での民主的正統性を与えられている (BVerfGE 49, S. 89 [125])。

(68) BVerfGE 83, S. 60 [72]; 93, S. 37 [67]. Vgl. Böckenförde, HbStR, § 24 Rn. 14 ff.

(69) BVerfGE 93, S. 37 [66 ff.].

(70) BVerfGE 83, S. 60 [73]; Böckenförde, HbStR, § 24 Rn. 16.

(71) Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, HbStR Bd. III, 1988, § 57 Rn. 60 ff.

(72) Vgl. Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [190 ff.]; Di Fabio, VVDStRL 56, S. 235 [265 ff.].

(73) BVerfGE 83, S. 60 [73].

(74) BVerfGE 93, S. 37 [68].

私人による都市計画？

- (75) BVerfGE 83, S. 60 [73]; BVerwG, Bes. v. 17.12.1997, BVerwGE 106, S. 64 [75 f.]; Böckenförde, HbStR, §24 Rn. 12.; Schmidt-Assmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AoR 116 (1991), S. 329 [341 f.].
- (76) Vgl. Walter Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), S. 179, [184 f.].
- (77) Burgi, Die Verw. 33, S. 183.
- (78) Isensee, Grundrecht und Demokratie, Der Staat 20 (1981), S. 161 [167 f.].
- (79) 民主的正統化の諸要素は、行政の公共善志向的な組織構成のために必要な諸条件を簡約したものである (Hans-Heinrich Trute, Die Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbststeuerung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950 [955 f.], vgl. ders. Funktionen der organization und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 249 [272 ff.]). ベッケンフェルトらの民主政理解は、ヘーゲル以来の国家観、すなわち、社会と対置される国家が、社会に存在する多様な利害を調整して公共善を実現するという観念を前提としている。国家の構成原理としての民主主義原理から要請される民主的正統化の形式を遵守すれば、即ち公共善が実現される、という一連の論理 (Vgl. Schulze-Fieitz, Die Verw. 32, S. 241 [256])。しかし、行政組織の民主的正統化が、行政活動を公共善の実現へ方向付けるものであるならば、例えば「人的正統化の連鎖」を厳格に要求することが、公共善の実現という観点からはむしろ不適当であるような場合があり得ることになる。
- (80) BVerfGE 83, S. 60 [73 f.]; Böckenförde, HbStR, §24 Rn. 13; Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl., 2003, Art. 20 Rn. 29. Markus Heintzen, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 220 [251 f.] は、「決定」と「決定の準備」を厳格に区別し、後者を私人に委ねても、民主的正統化の問題は生じないとするが、その際、行政が私人による準備行為を独自に再審査する能力を保持していることを前提としている。
- (81) Winfried Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: HbStR Bd. II, 1987, §36 Rn. 30.

(82) Heintzen, VVDStRL 62, S. 220 [251 f.].

(83) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 [295]. 大田・前掲三四八頁以下、毛利・前掲一六頁以下。

(84) 計画決定のように、複雑な状況下で決定が行われる場合、情報提供者が事実上の共同決定者となることは、夙に指摘されていた。Schmitt Glaeser, VVDStRL 31, S. 179 [202].

(85) Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), S. 160 [184].

(86) Voßkuhle, VVDStRL 62, S. 266 [295].

(87) Voßkuhle, VVDStRL 62, S. 266 [295].

第二章 予 防 措 置

第一節 私人に対する行政上の義務の賦課

前述したように（第一章第二節第二款）、行政機関自身が、行政決定の準備から最終的決定に至るまでを担当する場合には様々な組織上・手続上の要請がなされる。⁽⁸⁸⁾ それらの要請を、行政決定の準備行為を行う私人に一つ一つ適用してゆくことが考えられる。⁽⁸⁹⁾ しかしそれは否定されている。⁽⁹⁰⁾ なぜなら、準備行為を行う事業者はあくまでも私人であり、基本権としての自由を行使しているのであるから、それを国家の活動と見なして憲法上の諸拘束を適用すれば、自由の著しい毀損となり、また、行政に対するのと同様の拘束を行えば、私人に準備行為を委ねることで目指された、民間企業の経済合理性の取り入れなどが困難になるからである。⁽⁹¹⁾ また、より原理的には、民主制は国家の構成原理なのであって、社会の秩序原理なのではないことも指摘されている。⁽⁹²⁾

私人による都市計画？

憲法上の諸拘束は、国家権力が行使されている場合にのみ適用されるが、私人の行為を国家権力と把握するためには、それが公的任務（公共の利益を実現するための行為）であることや、一種の社会的権力といい得ることだけでは足りない。その行為それ自体が、国家の行為と同視されうるのでなければならぬ⁽⁹³⁾。事業関連Bプラン制度における事業主体の行為、すなわちVEPの作成は、あくまでも事業者自身による自身の利益のための活動であって、ゲマインデに代わって関係諸利益を衡量して作成するというものではない。したがって、VEPの作成という、Bプラン策定準備行為に対して憲法上の拘束が直接に及ぶということとはできないであろう。

(88) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 372 ff.

(89) Trute, DVBl. 1996, S. 950 [955].

(90) Trute, DVBl. 1996, S. 950 [955]; Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 337 f.

(91) Voßkuhle, VVDStRL 62, S. 266 [295].

(92) Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 337.

(93) Voßkuhle, VVDStRL 62, S. 266 [293 f.].

第二節 国家が負うべき義務

一 上述のように、行政決定の準備行為の一部ないし全部を私人に委ねる場合にも、当該私人に直接に憲法上の諸要求が妥当することはない。しかし、そのような場合、国家は一定の憲法上の水準を維持することが義務付けられると考える方がある。

ホフマン＝リームは、行政庁と私人による手続責任の分担は複雑な事実関係の解明や複雑な利害関係の処理、

利害関係人による行政決定の受容の向上、行政の負担軽減のために不可欠であるとする。しかし他方で、複雑な事実関係の下で行政決定を行うために重要な関係諸利益の調査、整理が私人により実施される場合、恣意的な利益選択が行われるおそれがある。そこで、行政庁は、公共善実現を受託した者として、結論の正しさのみならず手続にも配慮すべきであるとしている。そして、私的手続が適切に行われるよう配慮することが、国家に義務付けられるとしている。⁽⁹⁴⁾

二 トルーテは、国家が私人を行政活動に取り込む場合、国家は「正統化責任 [Legitimationsverantwortung]」に基づいて、一定の公共善確保措置をとることが義務付けられるとする。⁽⁹⁵⁾ トルーテは、私人が決定準備を行う場合など公私の責任分担がなされている場合にも行政による最終決定が特定の私的利益の影響を受けずに行われるべきことを求める考え方、すなわち、国家の「最終決定責任」を強調する見解を批判する。また、民間団体の行政活動への取り込みや、自主規制活動などを、国家と社会の区別という憲法理念から批判しつつ、支配要求を伴う公権力と、社会における個人の自由の区別を強調する見解も批判する。⁽⁹⁶⁾ なぜなら、それらの見解がとっている想定、すなわち、自己完結的行政組織が社会の影響を受けずに自律的に公益判断を行うという想定は非現実的であり、むしろ、国家が問題処理能力を喪失していることを覆い隠し、私人による自主規制活動の結論の鵜呑みになりかねないからである。したがって、事業関連Bプラン制度における事業者によるVEPの作成や、民間団体による技術規格の制定、行政決定に関与する専門家にあって問題となる、行政決定の民主的正統性の喪失への対処として、国家の最終決定責任の理念は、現実的な選択肢ではないとされる。⁽⁹⁷⁾ しかし、私人が決定準備を行い、行政がそれに事実上ではあれ拘束されるのであれば、行政自身が決定準備から決定までを自ら担当する場合を想

私人による都市計画？

定した、民主的正統化の要請などの公共善確保措置は、十分には機能し得ないことになる。

トルーテによれば、解決策として考えられるのは、適切な制度的予防措置をとることによって、国家による最終決定の前段階で公共善が十分に確保されるよう配慮することである。⁽⁹⁸⁾ そのような義務を根拠付けるのが、国家の正統化責任である。国家の正統化責任とは、行政活動の組織や手続に対する憲法上の諸要求を、国家の決定が私人の影響を受けるようなところでも妥当させようとするものである。⁽⁹⁹⁾ 行政決定に至る一連の過程の一部が私人に委ねられる場合、すなわち、行政決定に対する責任に一部が私人に委ねられるというかたちで、行政と私人とで責任分担が行われる場合、任務遂行の組織的、人的および内容的な面で欠陥を生じうる。なぜなら、民主的正統化の要請は、行政決定を公共善の実現へと方向付けるものであるが、行政決定に至る過程に私人が取り入れられれば、そのような方向付けが失われる可能性があるからである。そこで、行政が法律上は最終決定権限を保持しているが、私人が準備行為を通じて行政決定に事実上の影響力を持っている場合、民主的正統化の要請は、その波及効果「Vorwirkung」⁽¹⁰⁰⁾として、国家に対し一定の予防措置を取るよう求めるのである。その措置は、私人に対して、それが実際に果たしている役割、例えば行政決定を準備しそれを通じて行政決定の内容に大きな影響を及ぼすという役割を考慮して一定の義務を課し、それによって、決定内容に対する行政の影響力の喪失を代償するのである。⁽¹⁰¹⁾ では、どのような予防措置が求められるのだろうか。

トルーテによれば、行政の民主的正統化の議論とは、行政組織の組織構成やその制御のための重要な要素を、公共善の観点から論じるものであった。⁽¹⁰²⁾ 例えば官職者は大臣を頂点とするヒエラルヒー構造に組み込まれることで、人的に正統化される。これは、官職者を、大臣を頂点とする指揮命令系統の中に置くことを通じて、その中

立性が確保されると考えられたためである。⁽¹⁰³⁾ 正統化責任とは、民主的正統化という名の下で求められる諸要素が、私人が準備行為を行う際にも満たされているようにする責任である。その典型的な内容としてトルーテが挙げるのは、事物に即した任務遂行の要請、バランスの取れた利益考慮の要請、中立性確保のための十分な制度創設の要請である。⁽¹⁰⁴⁾

三 ブルギは、トルーテを批判しつつ、国家の「構造創設義務 [Strukturschaffungspflicht]」を提唱する。⁽¹⁰⁵⁾

ブルギも、私人による行政決定の準備行為により、憲法が行政決定に対して課している諸拘束が意味を喪失する危険があることを指摘する。この点の問題意識はトルーテと同様である。ただし、国家の正統化責任が、私人の行為に及ぶという構想に反対している。ブルギによれば、民主的正統化の要請や法治国的手続の要請は、行政機関による法律執行行為を対象としたものである。立法者は、行政の組織・手続を、一連の民主的・法治国的諸要請に適合するよう形成することを義務付けられているのである。トルーテ説では、以上の義務が、私人の活動を規律する義務に転化するための前提が明らかにされていない、またそのような憲法解釈は、憲法をとりまく現実的条件の変化だけでは説明できない、というのが、ブルギによるトルーテ批判の中心である。⁽¹⁰⁶⁾

それに対してブルギは、構造創設義務を提唱する。この考え方も、トルーテ説と同じく、行政に対する憲法上の組織・手続に関する諸要求を一定の場合に私人に及ぼそうとするものである。トルーテとの違いは、憲法が立法者に課した、民主主義原理・法治国原理上の要請に沿った行政活動のための組織・手続を形成する義務が、私人の活動にまで及ぶことの説明を行った点にある。憲法レベルの抽象的な要請と、私人による行政決定準備行為に適用される具体的な基準との間をつなぐ説明を行うものである。⁽¹⁰⁷⁾

私人による都市計画？

行政が自ら決定準備を行い、それに基づいて最終決定を行うという通常の任務遂行過程であれば、行政が決定過程と決定内容の双方を行政自身が支配していると言える。民主的正統性の要請という形で行われる、公共善を確保するための憲法上の諸要求は、以上のような通常の場合を想定しているのである。それに対して、決定準備行為の一部または全部が私人に委ねられている場合のことは想定されていない。確かに、決定そのものは行政が行う。しかし、決定準備を行う者は、自身の専門知識や行政側の専門的能力の程度、また委ねられた準備行為の範囲によっては、行政決定に対し事実上大きな影響力を持つようになる。したがって、公共善を確保するための憲法上の諸要求を、このような場合に適応させるべきである。⁽¹⁰⁸⁾では、どのように適応させるのか。

一つの考え方は、基本法二〇条二項に言う「決定」を広く捉えるものである。例えば外部の専門家が行政決定の準備段階に参加している場合、当該私人の活動を「共同決定行為」と捉え、憲法上の諸要求を適用してゆくとするものである。⁽¹⁰⁹⁾ いわば、「要件」の拡大解釈による解決である。しかしブルギは、そのような解決は、憲法上の諸要求の遵守が要請される場合の要件を曖昧にすると批判する。⁽¹¹⁰⁾

ブルギは、「決定」概念の拡張という要件面からの解決ではなく、「決定」が存在している場合にはその民主的正統化が要請されるという、法効果面から考えることを主張している。⁽¹¹¹⁾ すなわち、決定の存在という要件に、伝統的な正統化要請に加えて、行政決定に関与する私人が満たすべき、組織・手続に関する一定の水準を設定する義務という追加的な法効果を結びつける。国家が、行政決定に対する責任の一部分を、決定準備を私人に委ねるというかたちで分割した場合、国家に課された、憲法上の手続・組織に関する諸要求を遵守する義務は、私人との関係での構造創設義務に変化する、と考えるのである。⁽¹¹²⁾

ブルギの言う構造創設義務の具体的内容は、場合により様々である。具体的にどのような措置がとられるべきかは、一方で形式上の要請を行うことで公共善を確保することの利益、他方で私人に準備行為を委ねることで行政決定の準備をより効率的にするという利益を比較衡量して決められる。⁽¹¹³⁾

基本的内容としては、決定準備行為を行う私人の中立性・客観性、消極的利害関係人の聴聞、決定準備行為を行う私人に対する各種の統制、が挙げられている。また、行政自身が任務を遂行する通常の場合よりも厳格な要求は課せられない。⁽¹¹⁴⁾

まず、決定準備を行う私人には中立性・客観性が求められる。私人の作成する決定案が、その高度の専門性・複雑性のゆえに、決定権限を有する行政機関によってはもはやその正しさが確認され得ないという場合、準備行為が適切な結論を導くよう、当初から多様な背景を有する複数の私人を準備に参加させる必要がある。しかし、事業関連Bプラン制度のように、制度の構造上「偏見ある」私人に決定準備を委ねることが予定されている場合、私人の中立性・客観性は求められない。⁽¹¹⁵⁾ しかし、まさにこの点が問題であるとも言える。事業者によるVEP作成段階での偏向的な利害調整を防止する制度的装置がなければ、事業者が予定する事業に対立する諸利益が適切に考慮されないままになる恐れがあるからである。⁽¹¹⁶⁾

そのような事態を予防するための制度的装置として、消極的利害関係人の聴聞が求められる。聴聞は行政決定を行う段階ではなく、それ以前の、決定過程において重要な役割を果たすものである。それゆえ、決定案の準備という決定過程の重要部分が私人に委ねられている場合、聴聞の必要性が重視されるべきである。私人が決定準備を行う場合、利害関係人は、直接その私人に対して、または管轄行政機関を通じて、意見を表明する機会を与

私人による都市計画？

えられなければならない。Bプラン策定のように、事実関係に依存した複雑な手続においては、Bプラン策定にとってレレバントな事実を収集することが特に重要である。そのような事実は、主として利害関係人参加を通じて得られるものである。特に事業関連Bプラン制度は、一定の事業の実現を希望する事業者が、Bプランの事実上の原案を作成するのであるから、事業者が予定している事業により影響を受ける者に、適時に意見を述べる機会が与えられるべきである。⁽¹¹⁷⁾ その意味で、「私手続法」⁽¹¹⁸⁾を構築することが求められるのである。

第三に、私人による決定準備行為に対する統制のための仕組みを作り上げることが求められる。構造創設義務の目的は、行政決定に対する私人の影響力を考慮に入れ、行政決定が、私人により確定された決定の単なる批准に陥る危険に対抗することである。この目的を達成するためには、効率的かつ柔軟に取扱い可能な統制の仕組みを設けることが必要である。ここで言う統制とは、実体的基準に従った任務遂行を確保するためのあらゆる可能性を指している。例えば、事後的な指示、私人が決定準備を適切に行わない場合に行政が自ら準備を行うという選択肢を残しておくことなどである。⁽¹¹⁹⁾

四 正統化責任にしても、構造創設義務にしても、具体的内容に大きな違いはない。大雑把に言えば、決定準備行為を行う私人の属性に対する要求と、当該私人の活動が適正に行われるようにするための予防措置である。ブルギは、トルーテ説が明確には説明していなかった、「責任」ないし「義務」が生じることに理論的説明を与えたと言えよう。⁽¹²⁰⁾

(64) Wolfgang Hoffmann-Riem, Ökologisch orientierte Verwaltungsverfahrenrecht — Vorklärung, AöR 119 (1994), S. 590 [609 ff.; 623 ff.].

- (95) Trute, DVBl. 1996, S. 950 [955]. トルテについては、山本隆司「公私協働の法構造」碓井光明／小早川光郎／水野忠恒／中里実（編）『公法学の法と政策下巻』（二〇〇〇）五三一頁以下を参照。
- (96) Di Fabio, VVDStRL 56, S. 235 [273].
- (97) Trute, DVBl. 1996, S. 950 [954].
- (98) Trute, Verantwortungsleistung als Schlüsselbegriff, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 13 [34].
- (99) Trute, DVBl. 1996 S. 950 [956]; ders., in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, S. 13 [34].
- (100) Trute, in: Schmidt-Abmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 249 [290 ff.].
- (101) Trute, DVBl. 1996, S. 950 [956].
- (102) Trute, in: Schmidt-Abmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 249 [270].
- (103) もともと、現実には、大臣による任命行為のみを通じて個別利益からの中立性が確保されるわけではない。中立性を確保するためには、予断条項 [Befangenheit] や政党からの隔離などの法律規定が必要である (Trute, in: Schmidt-Abmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 249 [274].)。
- (104) Trute, in: Schmidt-Abmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 249 [291]; ders. Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht, in: Schmidt-Abmann / Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 167 [209].
- (105) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 378 ff.; ders. Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturpflicht, Die Verv. 33 (2000), S. 183 [200 ff.].

私人による都市計画？

三九

- (106) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 378; ders. Die Verw. 33, S. 183 [199].
- (107) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 378.
- (108) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 372.
- (109) Brohm, HbStR, §36 Rn. 31 f., 38.
- (110) Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [198].
- (111) 上の点では、ヘルマンも同様である。
- (112) Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [201].
- (113) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 381.
- (114) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 381.
- (115) Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [204].
- (116) Trute, DVBl. 1996, S. 950 [961 f.].
- (117) Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [204 f.].ブルギは、法治国的衡量原則を初めとする実体的な計画基準を追求する数十年の努力の中で、参加手続の重要性が忘却されてしまったと述べている。板ガラス判決には、実体面とは区別される手続固有の意義を曖昧にする面があったことについては、拙稿「ドイツ都市建設法における行政と私人の協力(二)・完」法学論叢一四七巻五号五三頁以下を参照。
- (118) Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 381.
- (119) Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [205 f.].
- (120) Beckmann, Der Wandel staatlicher Aufgabenwahrnehmung und seine rechtliche Bewältigung am Beispiel der vorhabenbezogenen Bebauungsplanung, S. 169 f.

第三節 検討

上述のように、私人への憲法の適用は原則として否定される。しかし、国家が負うべき責任という形で、事実上、行政活動に対する憲法上の諸要請が、私人にも適用されることになる。もちろん、行政活動に私人を取り込む目的は、行政任務ごとに区々であろうから、私人に対する憲法的拘束も区々である。

そして、事業関連Bプラン制度に関しては、「協議」規定の存在、通常のBプラン策定のための参加手続規定の適用、及び最終決定を行うのはあくまでゲマインデであること⁽¹²¹⁾を理由に、必要な予防措置は取られている、という評価がある⁽¹²²⁾。また、事業関連Bプラン制度においては、事業主体は自己の事業を実現するためにVEPを作成し、それを正式のBプランにしようとするのであるから、中立性・客観性は当初から想定されていない⁽¹²³⁾。しかし、特に第三者の利益の保護の観点で、事業関連Bプラン制度は不十分であるとの指摘もある。Bプラン策定のように実体的拘束が緩やかな行政決定にあつては、決定に至る過程のあり方が、決定を合理的なものとするために独自の意義を持つが、決定過程の大きな部分を私人が担う場合、その意義が失われかねないからである。そのため、私手続法の創設が提唱されたのであつた⁽¹²⁴⁾。

憲法上の民主主義原理、法治国原理からは、行政活動に対し様々な要求がなされている。従来は、大臣を頂点とするヒエラルヒー組織を通じて、それらが遵守される体制になっていた、と捉えられてきた。それに対して私人は、原理的に自由な存在であり、国家からの違法な侵害から保護されるべき存在である。そしてその前提は、憲法に拘束された公権力主体と、基本権の主体たる私人の原理的な区別であつた⁽¹²⁵⁾。本稿で扱った事業関連Bプラン制度をはじめとして、従来の国家任務の遂行に私人を組入れるような新種の制度は、その区別を曖昧化すると

私人による都市計画？

いう意味で、行政による任務遂行のありかたを原理的に変更するものである。

そのような変化への対応として、計画内容の先取りが許容されるための条件や追試的衡量であってもそれが適正になされるための方法が検討されてきた。また、私人が決定準備を行うことでゲマインデの決定を事実上拘束しているという問題、換言すると、民主的正統性を有さない主体（事業主体）が行政決定を決定付けているという問題については、上述のように、「正統化責任」なり「構造創設義務」なりが論じられているのである。いずれにせよ、制度の変更により生じうる欠陥を塞ぐ試みである。それに対して、かかる変化への原理的批判は現実の変化を受け止めていないがゆえに、却って無批判の現状追認になりかねないとして批判されるのである。⁽¹²⁷⁾ それよりも、代償措置（「正統化責任」や「構造創設義務」）を取ることを求め、あるいは行政過程への私人の取り込みが「職務にとっての適切性」[Funktionsgerechtigkeit]⁽¹²⁸⁾を持つならば、そのこと自体が正統化につながると捉えた上で、適切さの内容を検討するほうが生産的である、ということなのであろう。

(121) 後二点は、事業関連「Bプラン」という位置づけから明らかなことである。

(122) Beckmann, Der Wandel staatlicher Aufgabenwahrnehmung und seine rechtliche Bewältigung am Beispiel der vorhabenbezogenen Bebauungsplanung, S. 171 f.

(123) Burgi, Die Verw. 33, S. 183 [204]; Beckmann, Der Wandel staatlicher Aufgabenwahrnehmung und seine rechtliche Bewältigung am Beispiel der vorhabenbezogenen Bebauungsplanung, S. 193.

(124) Vgl. Trute, DVBl. 1996, S. 950 [961].

(125) Di Fabio, VVDStRL 56, S. 235 [252 f.]; Heintzen, VVDStRL 62, S. 220 [235 ff.]; Folkhule, VVDStRL 62, S. 266 [286 ff.].

(126) Di Fabio, VVDStRL 56, S.235 [273 ff.]

(127) Trute, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlanke“ Staat*, S. 13 [33].

(128) Mehde, *VerwArch.* 91, S. 540 [561 ff.].

おわりに

以上の検討を経て、日本の再開発等促進区をはじめとする特例的な狭域的規制緩和制度や、都市計画決定提案制度の問題点は明らかであろう。既述のように（序章第二節）、これらの制度は都市構造の変化とともに、都市の再構築が必要になったとの認識のもと、民間のアイデアを受け止めるための制度として導入されたが、現実に期待された機能は、都市間競争、さらに国際競争を意識した民間投資の促進であった。そのために、民間事業者の意向が強く反映される計画制度が創設されたのである。もちろん、再開発地区計画のように民間事業者の発意を端緒として行政側と事業者側が協議により計画内容を詰めて行くような制度や、都市計画決定提案制度のように、私人に言わば申請権を与えるような制度には利点もある。それらは、行政側の対応に関する予測可能性を高めることで、民間資本による都市開発を容易にするであろう。また、事業者による開発の発意を受けた行政と事業者の協議の中で、行政側も事業内容に影響を与えることができる。この点に着目するならば、公益や第三者の利益に配慮するよう事業者を促す制度である、との捉え方も不可能ではない。

しかし、第三者の権利利益や公益を保護するための制度的装置は不十分であると思われる。都市計画決定のための参加手続としては、任意的な公聴会の開催（都市計画法一六条一項）、地区計画等については土地所有者等

私人による都市計画？

利害関係人の意見書提出等（同条二項）、また公告縦覧・意見書提出（同一七条）がある。しかし、都市計画決定の提案を拒否する場合には理由付記義務が課せられているのに対して、参加手続において提出された意見の取扱いは定められていない。すなわち、参加手続の結果が考慮される制度的担保が存在しないのである。また、地区計画等の狭域的な計画については特別の参加手続が定められているが、参加人は区域内の土地所有者のほか地上権、賃借権者などである（都市計画法施行令一〇条の三）。これらの者は、例えば都市計画決定提案制度が用いられる場合には同意を求められるのであり、開発を希望する事業者との間ではいわば交渉力を有しているのである。また、そもそも開発事業者が開発事業を行うために都市計画決定提案を行う場合、事業者は対象地区の土地の所有権を得ている場合が多いだろう。それに対して、計画周辺地区の住民など、生活環境への影響を受ける者の利益を保護するための制度的仕組みが欠けている。また、所有者等の意向に基づくスポット的な規制緩和や規制強化は、市民一般に対する行政の責任という観点からも、問題を含むものである。都市計画決定を行う際に、土地所有者等の意向を重視し、またその地区の事情を熟知した者に都市計画決定の提案をさせることは、より実態に即した実効的な都市計画を可能とするだろう。しかし、それらの者はあくまでも私人であって、自己の利益のみを追求することができ。それらの者が主観的には公共善を追求しているとしても（景観保護、生活環境の保護などのように）、それが客観的にも公共善として承認される必然性はない。そのような意味での公共善の追求は、政治的責任を問われる長の指揮監督下にある行政機関が行うことなのだろう。だとすれば、公共善の追求が適正に行われるようにするためには、私人ないし私的団体の都市計画決定への（参加手続以外での）関与を排除するか、あるいは、そのような関与を認めた上で、公共善が確保されるようにするための制度を創設すべきこ

とになる。前者の方法をとることが今日では非現実的あり、また好ましいものでもないのだとしたら、後者の道を探ることになる。少なくとも、事業者と行政との協議過程の公開、付近住民等が事業者に対しても意見を述べることのできる制度の創設などが必要であろう。

最後に、いくつかの指摘を行って本稿を閉じることとする。

第一に、ドイツでは、私人が行政活動に関与する様々な制度を対象として、その民主主義原理、法治国原理との関係が検討されている。本稿で取り上げた事業関連Bプランも、そのような私人の参加の一例である。上で見てきたように、行政活動に私人が取り入れられる場合、民主主義原理、法治国原理との抵触問題が生じる。それへの対応として、正統化責任や構造創設義務が主張されたわけである。しかし他方で、民主的に正統化され基本権に限界付けられた国家と、基本権としての自由を享受する社会の原理的区別、支配要求を伴う公権力と、自己実現的社会における個人の自由との原理的区別の維持を重視する学説も存在する。そのような学説から見たら、行政活動への私人の参加、すなわち国家領域への私人の侵入を、それ自体としては容認した上で代償的措置を考えるという姿勢は、国家と社会の区別による個人の自由の保護という基本的前提を危険にさらすものであろう。⁽¹²⁹⁾その意味で、公私協働や民間化に対しては、基本的に樂觀的な論者と、原理的な意味で懐疑的な論者との間で、受け止め方に基本的な違いがあるように思われる。⁽¹³⁰⁾そしてそのような基本的な評価の違いが鮮明に現れる分野のひとつが、事業関連Bプラン制度なのである。⁽¹³¹⁾

第二に、事業関連BプランにおけるVEP作成のように、一連の手続過程の一部が私人に委ねられる場合について、当該私人の活動に憲法上の諸拘束を直接に及ぼすことは、一般に否定されているようである。その代わり

私人による都市計画？

に、国家がそのような私人の活動が適正に行われるように配慮すべきこととされる。そしてその責任は、最終的決定に対する国家の責任から派生すると説明されるのである。しかし、都市計画のように広い範囲の市民の権利利益に影響を与えるような行政決定に対して特定の私人が特別の関与を行う場合には、それ自体を理由として、任務遂行のための組織・手続に関して憲法レベルの何らかの義務を負っているとは言えないか。行政決定の一定の質を確保するために決定主体の組織、手続について憲法上一定の要請がなされているという認識を前提として、そのような要請の波及効果として、国家は決定準備を行う私人についても一定の枠組を作るべきである、というのが前章で紹介した考え方である。しかし、そのように考えるのではなく、任務の性質それ自体が、それを担当する主体に対して、それが私人であったとしても、その任務遂行方法に対して一定の要請を行う、と考えることもできるのではなからうか。⁽¹²⁹⁾つまり、行政活動に参加する私人を「国家化」するのではなく、また国家活動との関連を根拠として、公法的規律を及ぼすのでもなく、公共性ある活動を行う私人には当然に、その公共性に見合った拘束が課せられると考える可能性もあるのではないか。しかし、この検討は今後の課題である。

(129) Di Fabio, VVDStRL 56, S.235 [273 ff.]. ディーファビオによれば、基本権主体たる市民と、公権力の主体、すなわち基本権に拘束されている国家の原理的区別が、「距離」[Distanz]である。私人による自主規制 [Selbstregulierung] や決定準備にあつては、この距離が失われるため、基本権の主体と基本権に拘束された者の区別が曖昧となり、基本権保護が危うくなる。

(130) VVDStRL 56 におけるシュミット＝プロイスと、ディーファビオの態度の違いがこのことを示している。前者が個別制度ごとに民主政・法治国原理からの許容条件を検討するに留めているのに対して、後者は、本文で述べたように、根本的な疑義を述べている。

(131) Christoph Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, VerwArch. 90 (1999), S. 187 [194 f.].

(132) この点で示唆的であるのは、内田貴「民営化 (privatization) と契約—制度的契約論の試み (1) (6・完)」ジュリスト一三〇五号 (二〇〇六) 一一八頁以下、一三〇六号七〇頁以下、一三〇七号一三二頁以下、一三〇八号九〇頁以下、一三〇九号四六頁以下、一三一一号一四二頁以下である。内田は、一定の財やサービス (例えば電気、ガス) を提供する契約に特別の制約が課される理由として、そのような財・サービスに内在する公共性を挙げる。そこで言う「公共性」とは、「多数の人々に影響を及ぼすような、重要な社会的選択」であるという意味で「外部性」を有しているということである。そして、「そのような選択の主体が国ではなく民間事業者であったとしても、選択の性質は同じであるから、同様のアカウンタビリティが求められる」。具体的には、手続面では決定にとって重要な情報の開示、利害関係人の意思を反映するための手続、実体面では決定が社会の基本的価値に反しないこと、また、事後的な司法審査の可能性が挙げられている (内田・前掲 (3))。内田の議論の主眼は、あくまでも「現代における契約を理解するための新たな理論的枠組」として「制度的契約概念」を提唱することにある (内田・前掲 (1))。しかし、活動の「公共性」、すなわち「外部性」のゆえに、その活動主体が国であるか私人であるかにかかわらず、「アカウンタビリティと表現される価値」を担保するために一定の制約が課せられるという発想は、私人による行政決定の準備という場面にも適用可能ではないかと思われる。すなわち、たとえば都市計画決定に、事実上ではあれ決定的影響力を及ぼすような活動を行う私人は、都市計画決定が「多数の人々に影響を及ぼすような、重要な社会的選択」であるがゆえに一定の制約を課せられる、と考えるのである。

私人による都市計画?