

水災害予防のための土地利用規制に関する法的評価（試案） —憲法理論・行政法理論を踏まえて—

一般財団法人土地総合研究所 専務理事 佐々木 晶二
ささき しょうじ

1. はじめに

「土地総合研究」本号の国土交通省水・国土保全局に所属されている築田祐貴氏、児子真也氏の論考で説明されているとおり、近年の水に係る災害被害を受けて、2000年の土砂災害警戒区域等における土砂災害防止対策の推進に関する法律（以下「土砂法」という。）、2011年の津波防災地域づくりに関する法律（以下、「津波法」という。）、2021年の特定都市河川浸水被害対策法（以下「特定都市河川法」という。）改正などによって、新たな土地利用規制制度が創設されてきている。また、これに連動して、都市計画法の開発許可基準も強化されている¹。

その一方で、災害リスクを住民等に情報提供する、いわゆるイエローゾーンの適用は比較的順調に進んでいるものの、具体的な開発規制、建築規制が働くレッドゾーンの指定は必ずしも順調とはいえないという評価もある。

そこで、本稿では、災害予防のための土地利用規制制度を正確に把握するとともに、従来の「補償なしでの土地利用規制を認めるための憲法理論、行政法理論」（以下、「土地利用規制法理論」という。）に照らして、これらの災害防止のための土地

利用規制の課題を明らかにする。

なお、土地利用規制法理論について、行政側が論考を公にすることが乏しく²、また、学界でも災害予防についての議論は管見の限りそれほど活発ではなかったものの、近年の著作³で、突っ込んだ議論がみられる。これらの論考を踏まえつつ、本稿では、議論が拡散するのを防ぐため、現行制度における水災害予防のための土地利用規制を「是」としたうえで、これを土地利用規制法理論からどう説明できるか、という思考方法を試みる。

また、以上のような、憲法理論、行政法理論まで遡って、「なぜそのような規制ができるのか」についての議論を整理することは、水災害予防のための土地利用規制が、現状で住宅等が立地している地区に新たに規制をかける場合が実態として多く住民や地権者の反発も想定されることから、これらの住民等に対してどういう理屈で説明し理解を得るか、という実務的な課題にも役立つ可能性がある⁴。

¹ 本稿では、誘導措置である立地適正化計画の防災指針と居住誘導区域外での勧告・公表制度については、誘導措置であって、法令の規定によって明確に権利制限の内容が明らかにはならないため、分析の対象外としている。なお、分析の対象外としたのは土地利用規制法理論の分析を条文上で行う観点からであって、これらの分析対象外の制度自体の意義を否定する趣旨ではない。

² 例外的に理論的な分析をした実務者の論考として、坂本武「都市計画法関係」（西村宏一ほか編『国家保障体系4・損失補償法の課題』（日本評論社、1987）58頁-70頁がある。

³ 野田崇「V 都市整備と法」大橋洋一編『災害法』（有斐閣、2022）参照。

⁴ 本稿は、拙稿「近年制定された災害予防のための土地利用規制の現状把握及び法的評価」土地総研リサーチ・メモ2022年12月1日を加筆修正したものである。リサーチ・メモからの主な修正点は、都市計画法第34条第8号の2の記載を追加したこと、周藤利一と野田崇の議論を追加したこと、水災害予防のための土地利用規制を

2. 水災害予防のための土地利用規制制度の概要

(1) 制度の概要

災害予防のための土地利用規制制度としては、特定都市河川法の浸水被害防止区域、津波法の津波災害特別警戒区域、土砂法の土砂災害特別警戒区域、地すべり等防止法（以下、「地すべり法」という。）の地すべり防止区域、急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律（以下、「急傾斜地法」という。）の急傾斜地危険区域及び建築基準法の災害危険区域がある。

また、それぞれの区域に関連して、都市計画法に基づく開発許可（以下、「開発許可」という。）、建築基準法に基づく建築確認（以下、「建築確認」という。）が一部連動していることから、それも合わせて、整理したものが、表1から表5である。セルの色が同じ部分は、複数の災害対応で共通な部分、赤字の部分は特定の災害対応で特徴的な部分である。

(2) 制度間の比較評価

第一に、都市計画法に基づく開発規制について述べる。

緑のセルの部分は、都市計画法第33条第8号に基づくもので、同じ内容の規制である。自己用住宅開発については、規制の対象外としている。自己業務用開発（2020年改正で規制対象に追加）及び非自己用（以下「販売用等」という。）の開発では、対象区域を開発区域に含むことができないことから、結果として開発を禁止している。この点について、表1、表2、表4、表5の行1の緑色のセルでは、「・自己住宅用開発○、自己業務用開発○→×、販売用等開発×」と表示している。

なお、市街化調整区域では、本来市街化を抑制する区域であり、また、都市計画法第34条第11項及び第12項の条例で開発許可を緩和する制度の対象から災害危険区域等を除外することを義務付けていること⁵を踏まえると、開発許可権者の裁

量によって、自己住宅用開発であっても、開発許可を認めず禁止することが適切と解釈し、表1、表2、表4、表5の行1列Bのセルでは、開発が禁止されることを意味する「自己住宅用開発×、自己業務用開発×、販売用等開発×」と記載している。また、2020年改正によって、市街化調整区域内で災害危険区域等から安全な地区への移転のための開発は許可されることになったので、表1、表2、表4、表5の行1列Bのセルで、「浸水防止地域等からの移転開発○」と記載している。

なお、津波災害特別警戒区域は緑のセルのグループとは異なり、都市計画法第33条第9号に基づき、開発は禁止せず、技術的基準の適用のみとなっていることから、表3の行1列A、行1列C、行1列Dでは、技術基準が適用されることを意味して「自己住宅用開発△、自己業務用開発△、販売用等開発△」と表示している。なお、表3の行1列Bの市街化調整区域での開発規制については、市街化調整区域での開発許可規制を条例で緩和する区域から除外すべき対象として津波災害特別警戒区域は規定されていないこと（都市計画法施行令第29条の9、第29条の10）から、災害危険区域等と異なり、自己住宅用、自己業務用、販売用等の開発にあたって、通常市街化調整区域の規制以上に裁量的に開発許可権者が裁量的に開発を禁止すべきという趣旨は法令上明らかでないと解して、いずれも技術基準が適用される趣旨で、「自己住宅用開発△、自己業務用開発△、販売用等開発△」と表示している。

第二に、建築基準法に基づく道路位置指定について述べる。

11号及び第12号の条例緩和区域の設定での除外には、いわゆるレッドゾーンである土砂災害特別警戒区域以外に、イエローゾーンである土砂災害警戒区域も含まれている。土砂法という個別法では開発等の規制をしないにもかかわらず、都市計画法の開発許可制度では規制をすることについては一定の論点整理が必要だが、本稿では、この論点は扱わず、土砂法等の特別法で開発等の行為規制を行うレッドゾーンに分析対象を限定している。

根拠づけるための「計画の公共性」の視点での評価を積極的な方向に修正したことなどである。

⁵ 厳密には、土砂法の関係では、都市計画法第34条第

表1から表4の行2の青のセルで示している、建築基準法に基づく道路位置指定制度は、開発許可の対象面積（いわゆる「足切り」）より小さな面積規模での開発を規制する手法であることから、行1の都市計画法の開発許可の次の行2に記載している。しかし、災害危険区域を除き、災害防止のための区域とは規制内容が連動していない、また、自己住宅用、自己業務用、販売用等の開発目的の区分にかかわらず、すべて開発を禁止する、または、災害危険区域等の指定に従って技術基準を強化する内容は存在しない。これを規制対象とはしていない。これを、表1か表4の行2では、「自己住宅用開発-○、自己業務用開発-○、販売用等開発-○」と記載している。なお、市街化調整区域においては、開発許可の「足切り」が存在しないので、表1から表4の行2列Bでは斜線としている。また、建築基準法の道路位置指定制度は、都市計画区域内⁶で適用されることから、表1から表4の列Bも斜線としている。

これに対して災害危険区域については、規制内容は条例に委任していることから法律上は明確ではないものの、道路位置指定に関する規制内容も条例に規定することは可能であることから、条例の定め方によっては禁止、技術的基準適合を定めるなどの内容を定められると解される。これを表5の行2では、「自己住宅用開発-□、自己業務用開発-□、販売用等開発-□」に記載している。なお、市街化調整区域及び都市計画区域外の考え方は、表1から表4と同じである。

第三に、個別法に基づく開発規制について述べる。

浸水被害防止地域と土砂災害特別警戒区域においては、それぞれの根拠法に基づき、自己居住用住宅開発を除いて、自己業務用住宅開発、販売用等住宅開発及び社会福祉施設等の制限用途のための開発に対しては、表1の行3、表2行3のオレンジ色のセルのとおり、技術的基準をチェックす

るための開発規制を行っている。ただし、浸水被害防止地域は条例により制限用途の追加を規定している。これに対して、津波災害特別警戒区域では、自己居住用住宅開発に加えて自己業務用住宅開発、販売用等住宅開発も対象外にした上で、条例での制限用途を追加することとしている。これについては、表3の行3のとおりである。

第四に、建築基準法に基づく建築行為に対する規制について述べる。

建築基準法に基づく建築行為に対する規制は、表1の行5、表3の行4、表4の行3の赤のセルで示しているとおり、災害防止のための区域とは規制内容が連動せず特段の規制は発生せず、また、その内容について、自己住宅用、自己業務用、販売用等開発に区分に関係がない。これを表1の行5、表3の行4、表4の行3「自己住宅建築-○、自己業務用建築物の建築-○、販売用等建築物の建築-○」と示している。ただし、それぞれの表の列Bの市街化調整区域については、行1の開発行為での解釈に連動して、表1の浸水被害防止地域では開発許可を認めない解釈をしていることから、行4の建築行為も原則として許可されないと整理できる。これを、表1の行4列Bでは、「自己住宅建築-×、自己業務用建築物の建築-×、販売用等建築物の建築-×」と記載している。地すべり防止区域、急傾斜地危険区域に関する表4の行3列Bも同じ整理である。

一方で、津波災害特別警戒区域は、通常の市街化調整区域の規制以上に裁量的に開発許可権者が裁量的に開発を禁止すべきという趣旨は法令上明らかでないとは解して開発許可を禁止されるとは限らないと整理したことから、建築行為についても、同様に禁止されるとは解さないという整理としている。これが表3の行4列Bの「自己住宅建築-○、自己業務用建築物の建築-○、販売用等建築物の建築-○」の記述の意味である。

これに対して、土砂災害特別警戒区域では、建築基準法施行令第80条の3に基づいて、具体的な構造基準を定めており、これと建築確認がリンク

⁶ 本稿の分析では、準都市計画区域は対象にしていない。

する形になっている。これについて、表2の行4では、「自己住宅建築-△、自己業務用建築物の建築-△、販売用等建築物の建築-△」と示している。なお、土砂災害特別警戒区域における市街化調整区域での建築規制の考え方は、表1の浸水被害防止区域と同じ解釈から、原則として建築行為ができないと整理している。これが表2の行4列Bで「自己住宅建築-×、自己業務用建築物の建築-×、販売用等建築物の建築-×」と記載している趣旨である。

災害危険区域における建築行為の規制については、既に、道路位置指定に関して述べた点と同様に、建築行為に対しても、規制内容は条例に委任していることから法律上は明確ではない。ただし、条例の規定によって、禁止、技術的基準適合を求めるなどの内容を定められると解される。これを表5行3では、「自己住宅用開発-□、自己業務用開発-□、販売用等開発-□」と記載している。なお、市街化調整区域での規制の考え方は、表1の浸水被害防止区域、表2の土砂災害特別警戒区域と同じであり、表5の行3列Bで「自己住宅建築-×、自己業務用建築物の建築-×、販売用等建築物の建築-×」と記載している。また、道路位置指定とは異なり災害危険区域の指定は、都市計画区域内に限定されていないため、建築確認対象建築物に限定はされるものの、条例によって禁止、技術的基準の適合などの規制を定めることができる。これについて、表5の行3列Dでは、「自己住宅用開発-□、自己業務用開発-□、販売用等開発-□」と記載している。

第五として、建築基準法以外の個別法での建築行為に対する規制内容を述べる。

まず、土砂災害特別警戒区域と地すべり防止区域、急傾斜地危険区域では、個別法による建築規制への規制は存在しない。

次に、浸水被害防止区域では、土砂法のように建築基準法で構造基準が定められていない一方で、特定都市河川法において、自己居住用、自己業務用、販売用等のすべての全ての住宅建築と、社会福祉施設、学校、医療施設等の建築を対象として、一定の技術基準適合を義務付けている。これを、表1行5のとおり、「住宅建築（自己居住用・自己業務用・販売用を含む）-△、社会福祉施設、学校、医療施設等の建築-△」と示している。これに対して、津波災害特別警戒区域での建築規制は、こちらも建築基準法で構造基準が定められておらず、さらに、対象建築物については、原則としてすべての住宅を対象外としつつ、社会福祉施設、学校、医療施設等と条例制限用途の建築を対象として、一定の技術的適合を義務付けている。これを表3の行5では、「社会福祉施設、学校、医療施設等の建築-△、条例制定用途-△」と示している。

以上のとおり、特定都市河川法の浸水被害防止区域、津波法の津波災害特別警戒区域、土砂法の土砂災害特別警戒区域、地すべり法の地すべり防止区域、急傾斜地法の急傾斜地危険区域及び建築基準法の災害危険区域については、いずれも広い意味での水災害予防のための土地利用規制であるが、開発行為、建築行為の規制根拠法、規制の対象となる行為、規制の基準や強度について、それぞれの違いがある。

詳細は以下の表1から表4で比較していただきたい。なお、各表の備考でそれぞれの記載内容についての追加的な説明も記載している。

表1 特定都市河川法の浸水被害防止区域に関する規制内容

		A	B	C	D
		市街化区域	市街化調整区域	非線引き都市計画区域	都市計画区域外(注5)
1	都市計画法の開発許可基準による規制内容	・自己住宅用開発-○(注1) ・自己業務用開発-○→×(注2) ・販売用等開発-×(注3)	・自己住宅用開発-×(注4) ・自己業務用開発-× ・販売用等開発-× ・浸水防止地域からの移転開発-○	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○→× ・販売用等開発-×	(1ha以上の開発に限り) ・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○→× ・販売用等開発-×
2	開発行為	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	注6	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	
3	特定都市河川法による浸水被害防止区域における規制内容	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用住宅・販売用住宅開発、社会福祉施設、学校、医療施設等のための開発-△ ・条例制限用途-△(注7)			
4	建築行為	・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○	(都市計画法第43条に基づく建築制限前提、注8) ・自己住宅建築-× ・自己業務用建築物の建築-× ・販売用等建築物の建築-×	・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○	(建築確認対象建築物に限り) ・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○
5	特定都市河川法による浸水被害防止区域における規制内容	・住宅建築(自己居住用・自己業務用・販売用を含む)-△ ・社会福祉施設、学校、医療施設等の建築-△			

注1:○:規制がないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注2:○→×は以前は規制がなかったが、2020年都市計画法改正で開発行為に含むことができなくなり禁止されることを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注3:×は、開発区域に含むことができないことから、禁止されることを意味する。販売用等は自己住宅用、自己業務用のいずれでもないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注4:市街化調整区域において、例外的に開発が認められる場合には、都市計画法第33条の規制の対象外に自己用住宅開発はなる。ただし、開発許可は裁量性のある処分であり、2021年改正で市街化調整区域の開発規制を緩和する条例対象区域等から浸水被害防止地域を除外することを求めていることからいって、自己用住宅開発について不許可にすることが可能と考えられることから、×としている。
 注5:準都市計画区域は存在しないものとして整理している。
 注6:市街化調整区域においては、開発許可対象面積の足切りが存在しないことから、斜線として整理している。
 注7:△は、災害防止のための技術基準が適用され、禁止までは含まないことを意味する。
 注8:都市計画法第43条に基づき、開発許可をうけていない区域は原則建築禁止であることを前提にして、自己住宅建築、自己用業務用建築物の建築、販売用等建築物の建築物をいずれも×としている。

表2 土砂法の土砂災害特別警戒区域に関する規制内容

		A 市街化区域	B 市街化調整区域	C 非線引き都市計画区域	D 都市計画区域外(注5)
1	都市計画法の開発許可基準による規制内容	・自己住宅用開発-○(注1) ・自己業務用開発-○→×(注2) ・販売用等開発-×(注3)	・自己住宅用開発-×(注4) ・自己業務用開発-× ・販売用等開発-× ・土砂災害特別警戒区域からの移転開発-○	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○→× ・販売用等開発-×	(1ha以上の開発に限り) ・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○→× ・販売用等開発-×
		・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	注6	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	
2	建築基準法の道路位置指定における規制内容	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	注6	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	
3	土砂法による特別警戒区域における規制内容	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発、販売用住宅開発、社会福祉施設、学校、医療施設等のための開発-△(注7)			
4	建築基準法に基づく建築行為への規制内容	・自己住宅建築-△(注8) ・自己業務用建築物の建築-△ ・販売用等建築物の建築-△	(都市計画法第43条に基づく建築制限前提、注9) ・自己住宅建築-× ・自己業務用建築物の建築-× ・販売用等建築物の建築-×	・自己住宅建築-△ ・自己業務用建築物の建築-△ ・販売用等建築物の建築-△	(建築確認対象建築物に限り) ・自己住宅建築-△ ・自己業務用建築物の建築-△ ・販売用等建築物の建築-△

注1:○:規制がないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注2:○→×は以前は規制がなかったが、2020年都市計画法改正で開発行為に含むことができなくなり禁止されることを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注3:×は、開発区域に含むことができないことから、禁止されることを意味する。販売用等は自己住宅用、自己業務用のいずれでもないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注4:市街化調整区域において、例外的に開発が認められる場合には、都市計画法第33条の規制の対象外に自己用住宅開発はなる。ただし、開発許可は裁量性のある処分であり、2021年改正で市街化調整区域の開発規制を緩和する条例対象区域等から土砂災害警戒区域(いわゆるイエローゾーンを含む)を除外することを求めていることから、自己用住宅開発について不許可にすることが可能と考えられることから、×としている。
 注5:準都市計画区域は存在しないものとして整理している。
 注6:市街化調整区域においては、開発許可対象面積の足切りが存在しないことから、斜線として整理している。
 注7:△は、災害防止のための技術基準が適用され、禁止までは含まないことを意味する。
 注8:建築基準法施行令第80条の3の構造基準は、居室を有する建築物を対象にしているが、自己住宅用、自己用業務用建築物、販売用等建築物にはいずれも居室があることを前提にして△としている。以下同じ。
 注9:都市計画法第43条に基づき、開発許可をうけていない区域は原則建築禁止であることを前提にして、自己住宅建築、自己用業務用建築物の建築、販売用等建築物の建築物をいずれも×としている。

表3 津波法の津波災害特別警戒区域に関する規制内容

		A 市街化区域	B 市街化調整区域	C 非線引き都市計画区域	D 都市計画区域外(注3)
1	都市計画法の開発許可基準による規制内容	・自己住宅用開発-△(注1) ・自己業務用開発-△ ・販売用等開発-△	・自己住宅用開発-△(注2) ・自己業務用開発-△ ・販売用等開発-△	・自己住宅用開発-△ ・自己業務用開発-△ ・販売用等開発-△	(1ha以上の開発に限り) ・自己住宅用開発-△ ・自己業務用開発-△ ・販売用等開発-△
		・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	注4	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	
2	建築基準法の道路位置指定における規制内容	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	注4	・自己住宅用開発-○ ・自己業務用開発-○ ・販売用等開発-○	
3	津波法による特別警戒区域における規制内容	・社会福祉施設、学校、医療施設等のための開発-△ ・条例制定用途-△			
4	建築基準法に基づく建築行為への規制内容	・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○	(都市計画法第43条に基づく建築制限前提、注5) ・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○	・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○	(建築確認対象建築物に限り) ・自己住宅建築-○ ・自己業務用建築物の建築-○ ・販売用等建築物の建築-○
5	津波法による特別警戒区域における規制内容	・社会福祉施設、学校、医療施設等の建築-△ ・条例制定用途-△			

注1:△は災害防止のために技術基準が適用され、禁止までは含まないことを意味する。以下同じ。
 注2:市街化調整区域の開発規制を緩和する条例対象区域等から津波災害特別警戒区域を適用除外としていないことから、市街化調整区域において、開発許可権者の裁量によって、自己住宅用、自己業務用、販売用等の開発許可が認められる可能性があるとして整理し、その場合にも災害防止のための技術基準が適用されることから、△としている。
 注3:準都市計画区域は存在しないものとして整理している。
 注4:市街化調整区域においては、開発許可対象面積の足切りが存在しないことから、斜線として整理している。
 注5:都市計画法第43条に基づき、開発許可をうけていない区域は原則建築禁止であることを前提にしつつも、注2に述べたとおり、市街化調整区域において、自己用、自己業務用、販売用等の建築のための開発許可が認められる可能性があることから、○と整理している。

表4 地すべり法の地すべり防止区域、急傾斜地法の急傾斜地危険区域
における規制内容

		A	B	C	D
		市街化区域	市街化調整区域	非線引き都市計画区域	都市計画区域外(注5)
1	開発行為	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○(注1) 自己業務用開発-○→×(注2) 販売用等開発-×(注3) 	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-×(注4) 自己業務用開発-× 販売用等開発-× 地すべり防止区域、急傾斜地危険区域からの移転開発-○ 	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○ 自己業務用開発-○→× 販売用等開発-× 	(1ha以上の開発に限り) <ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○ 自己業務用開発-○→× 販売用等開発-×
	2	建築基準法の道路位置指定における規制内容	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○ 自己業務用開発-○ 販売用等開発-○ 	注6	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○ 自己業務用開発-○ 販売用等開発-○
3	建築行為	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-○ 自己業務用建築物の建築-○ 販売用等建築物の建築-○ 	(都市計画法第43条に基づく建築制限前提、注7) <ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-× 自己業務用建築物の建築-× 販売用等建築物の建築-× 	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-○ 自己業務用建築物の建築-○ 販売用等建築物の建築-○ 	(建築確認対象建築物に限り) <ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-○ 自己業務用建築物の建築-○ 販売用等建築物の建築-○

注1:○:規制がないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注2:○→×は以前は規制がなかったが、2020年都市計画法改正で開発行為に含むことができなくなり禁止されることを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注3:×は、開発区域に含むことができないことから、禁止されることを意味する。販売用等は自己住宅用、自己業務用のいずれでもないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注4:市街化調整区域において、例外的に開発が認められる場合には、都市計画法第33条の規制の対象外に自己用住宅開発はなる。ただし、開発許可は裁量性のある処分であり、市街化調整区域の開発規制を緩和する条例対象区域から地すべり危険区域、急傾斜地危険区域を除外することを求めていることから、自己用住宅開発について不許可にすることが可能と考えられることから、×としている。
 注5:準都市計画区域は存在しないものとして整理している。
 注6:市街化調整区域においては、開発許可対象面積の足切りが存在しないことから、斜線として整理している。
 注7:都市計画法第43条に基づき、開発許可をうけていない区域は原則建築禁止であることを前提にして、自己住宅建築、自己用業務用建築物の建築、販売用等建築物の建築物をいずれも×としている。

表5 災害危険区域の規制内容

		A	B	C	D
		市街化区域	市街化調整区域	非線引き都市計画区域	都市計画区域外(注5)
1	開発行為	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○(注1) 自己業務用開発-○→×(注2) 販売用等開発-×(注3) 	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-×(注4) 自己業務用開発-× 販売用等開発-× 災害危険区域からの移転開発-○ 	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○ 自己業務用開発-○→× 販売用等開発-× 	(1ha以上の開発に限り) <ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-○ 自己業務用開発-○→× 販売用等開発-×
	2	建築基準法の道路位置指定における規制内容	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅用開発-□(注6) 自己業務用開発-□ 販売用等開発-□ 	注7	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-□ 自己業務用建築物の建築-□ 販売用等建築物の建築-□
3	建築行為	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-□ 自己業務用建築物の建築-□ 販売用等建築物の建築-□ 	(都市計画法第43条に基づく建築制限前提、注8) <ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-× 自己業務用建築物の建築-× 販売用等建築物の建築-× 	<ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-□ 自己業務用建築物の建築-□ 販売用等建築物の建築-□ 	(建築確認対象建築物に限り) <ul style="list-style-type: none"> 自己住宅建築-□ 自己業務用建築物の建築-□ 販売用等建築物の建築-□

注1:○:規制がないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注2:○→×は以前は規制がなかったが、2020年都市計画法改正で開発行為に含むことができなくなり禁止されることを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注3:×は、開発区域に含むことができないことから、禁止されることを意味する。販売用等は自己住宅用、自己業務用のいずれでもないことを意味する。以下、他の欄でも同じ。
 注4:市街化調整区域において、例外的に開発が認められる場合には、都市計画法第33条の規制の対象外に自己用住宅開発はなる。ただし、開発許可は裁量性のある処分であり、2021年改正で市街化調整区域の開発規制を緩和する条例対象区域等から浸水被害防止地域を除外することを求めていることから、自己用住宅開発について不許可にすることが可能と考えられることから、×としている。
 注5:準都市計画区域は存在しないものとして整理している。
 注6:□は災害危険区域条例の定め方によって、禁止、技術的基準適合を求めるなど内容が変わる可能性があることを意味する。
 注7:市街化調整区域では、開発面積の足切りが存在しないことから、斜線として整理している。
 注8:都市計画法第43条に基づき、開発許可をうけていない区域は原則建築禁止であることを前提にして、自己住宅建築、自己用業務用建築物の建築、販売用等建築物の建築物をいずれも×としている。

(3) 制度理解の上での留意点

4. 以下において、表1から表5で整理した災害防止のための土地利用規制について、土地利用規制法理論に関係する論点を分析する。

ここでは、土地利用規制法理論には直接関係しないものの、各制度を理解し運用する上で留意を要する点を、以下のとおり整理する。

- a) 浸水被害防止区域、津波災害特別警戒区域、土砂災害特別警戒区域では、開発規制と都市計画法に基づく開発規制が独立したものの整備されているのに対して、地すべり防止区域、急傾斜地危険区域は開発規制は都市計画法のみであること
- b) 建築規制をみると、浸水被害防止区域、津波災害特別警戒区域は独自の建築規制基準が設定されているのに対して、土砂災害特別警戒区域は建築基準法側に独自の構造基準があり、さらに、地すべり防止区域、急傾斜地危険区域は独自の建築規制が個別法及び建築基準法双方に存在しない、という三つのグループが存在すること
- c) 独自の開発許可制度を創設している特定都市河川法、津波法、土砂法、さらに、独自の建築規制制度を設けている特定都市河川法及び津波法において、許可権者が都道府県知事又は政令指定都市、中核市となっており、一方で都市計画法の開発許可権者、建築基準法上の特定行政庁は、中核市以下の市が権限を保有する実態がある。よって、前者の許可権者と主体の異なっている行政区域では、相互に整合性をとって運用する上で課題があること
- d) 個別法で独自の開発規制を創設した制度の間でも、浸水被害防止区域と、土砂災害特別警戒区域、津波災害特別警戒区域で、開発規制の対象がそれぞれ微妙に異なること、同様に個別法で独自の建築規制を創設した浸水被害防止区域と津波災害特別警戒区域で、対象建築行為が微妙に異なること

以上の点は、立法時期の違いなど立法担当者としてはそれぞれの事情があると推測されるが、少

なくとも第三者からは災害ごとの違いを論理的に理解するのは困難である。

以上の a) から d) の論点は、実際に制度を運用する地方公共団体職員、さらに住民、土地所有者等の利害関係人にとっても、制度理解を妨げる可能性があるという留意点のみを指摘し、本稿ではこれ以上の分析は行わない。

3. 土地利用規制法理論の振り返り

(1) 人権一般論からの視点

財産権を含む人権は、日本国憲法(以下、「憲法」という。)第13条に「すべて国民は、個人として尊重される。」と最初に規定されているとおり、人権保障は「個人としての尊重」が基本原則である。

この「個人としての尊重」から導かれる人権の限界、人権を制約できる根拠としては、第一に、それぞれの個人の人権を尊重する結果として、「人権の行使が他者(公益を含む)の利益を害すること」は、人権として認められないという視点が導かれる。

第二に、他者の利益を害さないという第一の基準の裏表として、他者を害さない場合であれば、仮に本人を害するようになっても、本人のために人権を制約すること、即ち、「パターンリズムとしての制約」は原則として認められないという視点も導かれる⁷。なお、パターンリスティックな制約が例外として通常指摘されるものとしては、判断能力が未熟な未成年者などのために人権を制約する場合などである⁸。

⁷ 憲法テキストの人権総論参照。例えば、新井誠ほか『憲法Ⅱ第2版』(日本評論社、2021)13頁で次のように記載されている。「人権の限界に関する基本的な考え方として 重要なのは、19世紀イギリスの政治思想家 J. S. ミルの主張した「他者加害原理(harm principle)」である。それによれば、個人の自由を正当に制約しうる唯一の目的は、他人に対する危害の防止であり、本人自身にとって有益であるという理由で制約すること(「パターンリスティックな制約」という)は認められない。このことは、日本国憲法における公共の福祉の解釈にあたっては念頭におく必要がある。」と述べている。

⁸ 高橋和之「人権論の論証構造-「人権の正当化」論と「人権制限の正当化論」(1)」ジュリスト No. 1421 2011. 4. 15、55 頁によれば、「パターンリズムが人権制

(2) 二重の基準論からの視点

憲法学説上は、精神的自由と経済的自由を分けて、財産権の制限を含む後者に比べ、前者の制約は厳格な基準で判断すべきというものである。なお、二重の基準については、判例における一般的な視点とはなっていないものの、経済的な自由を制約する場合に引用するものがある⁹。

(3) 土地利用規制の無補償に関する議論からの視点

土地利用規制については、本来は、「土地利用規制を認めることができるか」という論点と、「その土地利用規制が無補償でいいか」の論点は本来は別の論点ではあるが、行政法学での議論は、前者の政策目的は適切であることを前提にして、後者に集中している¹⁰。

このため、この区分に留意しつつも、「土地利用規制を認めることができるか」と「その土地利用規制が無補償でいいか」を一体的に論じる。

無補償を導く理論としては、判例及び学説も、「特別の犠牲」を、「特定の者に強いるものかどうか」を論じ、「特別の犠牲」を強いる場合には、憲法第29条第3項に基づく補償が必要となるとされてきた。

この「特別の損害」にあたるかどうかの基準については、侵害行為が広く一般人を対象にするのか、特定人を対象とするのか（形式的基準）と、侵害行為が財産権の本質的内容を犯すほど強度なものであるか（実質的基準）を示した田中二郎説、社会的共同生活の調和を図っていくために必要な場合は補償を要しないが、それ以外の公益目的に

は補償を要するとした今村成和説があった。

現在は、これらの議論を昇華して、実質的基準に着目して、これを詳細化して、①規制による損失の程度、②利用規制の性質・目的に加え、③計画的規制の視点、④既得権剥奪（既存利用の禁止）の有無、⑤状況拘束性、⑥規制期間の長短、⑦相隣関係論などを総合的に考慮して判断するとされる¹¹。

なお、水災害防止のための土地利用規制については、これらの論点のうち、

- ・既存の建築物が建っている地区での規制によって従来と同じ建築物が建てられないという意味で④既得権を奪う内容を含んでいること
- ・⑤状況拘束性という意味からも、現状の土地利用である建築物と同じものが建てられないということから、状況拘束性の原則を満たさないこと
- ・水災害のための土地利用規制は近い将来廃止することを想定していないので、⑥制限の期間は少なくとも短いとはいえないことから、④既得権剥奪（既存利用の禁止）の有無、⑤状況拘束性、⑥規制期間の長短の論点からは無補償を導くのは難しいと考える。

その一方で、②の規制の目的からみれば、水災害予防は、人の命を守ることが目的であり、高い公共性を有していると言える。

そこで、本稿では、無補償に関する、その他の法的な論点のうち、③の計画的規制の視点（総合的な計画のなかで公共性が位置付けられているか）、⑦相隣関係論（制約を受ける者がメリットを受ける面があるか）という論点に注目し、その上で、①の規制による損失の程度がどうなっているかを確認していく。

約の正当化根拠となりうるのは、自己の利益を自ら判断することが困難な状況が認められる極めて例外的な場合に限定される。その典型的な例が、判断能力の未成熟な未成年者を保護するための、未成年者自身に課された人権制約である。」とする。

⁹ 最判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁参照。

¹⁰ 遠藤博也「土地所有権の社会的制約」ジュリスト1971年4月10日、通巻476号、99頁参照。

¹¹ この①から⑦の論点は、福永実「損失補償と互酬性（reciprocity）(1)」大阪経済大学第58巻第6号、157頁-158頁から引用した。塩野宏『行政法Ⅱ（第6版）』（有斐閣、2019）383頁-390頁も参照。

表6 土地利用規制法理論の分析の視点の整理

論点	A	B
	分析の視点	内容
1 土地利用規制が認められるか？	利用規制の性質・目的	財産権への制約は、二重の基準の議論からは、精神的自由に比べ制約が認めやすい
2	他者へ害をもたらさない視点	本人の行為のうち、他者へ害をもたらすものは、その本人の行為を抑制するための規制は認められる
3	パターンリスティックな制約を避ける視点	本人の行為のうち、他者には害をもたらさず、本人にのみ害をもたらすものに対しては、その行為を抑制する規制は認められない
4 土地利用規制が無補償で認められるか？	相隣関係論の視点	本人、他者とも規制を守ることによって、双方が利益を得られる場合に無補償が認められる
5	広く薄いメリットの視点	本人、他者とも規制を守ることによって、時間をかえて望ましい姿が実現し、巡り巡って広く薄くではあるものの、本人に利益が認められる場合には無補償が認められる
6	計画による公共性の視点	計画に基づく規制であれば、公共性が確保されることから無補償での規制が認められる

4. 憲法学説、行政法学説からの災害防止のための土地利用規制の論点

3. の議論を土地利用規制に関して再整理し、さらに補充したものが、表6のようになる。以下、表6の整理の順に説明する。

最初に、行2から行4と行5から7の「土地利用規制が認められるか」と「土地利用規制が無補償で認められるか」の二つの視点については、論理的には別のものであるので、分けて論じる。

行1の利用規制の性質・目的は、これらの議論をする前提として、規制の必要性を明らかにする項目である。その具体的な内容としては、3(2)に述べた二重の基準の議論を踏まえ、行1列Bに記載のとおり、土地利用規制の前提となる土地所有権については、精神的な自由に比べて比較的制約が認められやすいと整理している。

行2の他者への害をもたらさない視点は、3(1)に述べたとおり、憲法の基本原理である「個人の尊重」から論理的に導かれるものであり、その内容は行2列Bに記載のとおり、他者への害をもたらす行為は規制することが認められるというものである。

行3のパターンリスティックな制約を避けると

いう視点も、3(1)のとおり憲法の「個人の尊重」から導かれるもので、行2の視点の裏側として、他人に害をなさずに本人だけが害を受けるようにみえる行為については、外部から害があるようにみえても本人が最もその行為のプラスとマイナス面を正確に把握できることから、それを尊重して規制は認められない、という視点である。

その例外としては、3(1)に述べたとおり、本人が未成年であるなど、判断能力が十分でないことが明らかな場合に限定される。

次に、行4の相隣関係の視点は、3(3)で無補償を認めるための理由として、既に指摘した。相互に規制を守って、それによって相互に利益が得られるのであれば、その規制自体は無補償でできるという視点である。既に述べた行2の他者へ害をもたらさないという視点が成立する行為のうち、本人と他者が論理的に置き換わり可能な場合（第一種低層住居専用地域にパチンコ屋を作ろうとするのは本人の場合もあるし、隣の他人の場合もあるのがその例）には、相隣関係論の視点を導くことができる。逆に、後述のように、本人と他者が置き換わらない場合には、他者へ害をもたらさない視点を満たしても、相隣関係論の視点は満たさないことがありうる。

なお、相隣関係の視点は、「互酬性」という用語が用いられることもある。

行5の広く薄いメリットの視点は、行4の相隣関係論における本人、他者が規制を守ることのメリットをより抽象化したものである。工業専用地域などの厳しい用途規制や市街化調整区域などの規制を説明する際のロジックとして学説上用いられている¹²。また、米国での判例でもこのロジックが使われている¹³。

この「広く薄いメリット」の視点は、要は、本人の行為が他人に対してどのような確実性をもって、広く薄いにもかかわらずメリットをもたらすことができるか、という論点を伴っており、この確実性を補強するものとして、次に述べる計画による公共性の視点があると解することもできる。その意味では、広く薄いメリットの視点は、計画による公共性の視点などでそのメリットの互酬性が担保される場合に無補償の理屈、視点になりうると考える¹⁴。

行6の「計画による公共性」の視点は、3. (3)③を再掲したものである。これについては、都市計画に基づく土地利用規制の拡大の際に行政法学者から指摘され、また、行政実務者の説明として

¹² このタイプの説明の例としては、遠藤博也の以下の記述がある。「それぞれの地域の都市機能を純化し、特化したうえで適当に配分することによって、全体として都市機能の高度化と都市生活環境の保全をはかっている。これらの利益の享受者はほかならぬ当該都市の住民である。局部的・短期的視野でみれば、敷地を存分に使えないとか、やりたい商売ができないなどのマイナスは否定できないが、全体的・長期的視野で見れば、自分もそのマイナスによってえられる利益に均霑することが可能である以上、補償は必要ないと考えられているのであろう」遠藤博也『行政法のスケッチ』（有斐閣、1987）253頁参照。

¹³ 米国では互酬性という観点から無補償の土地利用規制を位置付ける判例が多数存在している。福永実「損失補償と互酬性(reciprocity) (3)」大阪経大論集第59巻第2号参照。

¹⁴ 注12で述べた遠藤博也の記述も都市計画に基づく用途規制に関するものであり、また、注13にあげた福永実の論じている米国判例Penn Central Transportation Co. v. New York Cityにおいても、New York市歴史的建造物保存条例によって市全体としての歴史的建造物保全という規制の総合性が評価されたと理解することが可能である。

も述べられている¹⁵。代表的な説明として、遠藤博也は「公共性は、具体的には、個別の計画の合理性によって担保せざるをえない」と述べており「計画に位置付けることによって公共性が確保され、土地利用規制も無償で課すことができるという」説明である¹⁶。

ただし、「計画に位置付けているから公共性がある、土地利用規制も無償でできる」という説明は、それ自体は住民や地権者等に対して納得してもらえない論理を有していないとはいえない。藤田宙靖も「単に都市計画手続きに基づき都市計画に定めただけでは公共性が説明できず、より実質的な説明が必要である」というコメントを併せて述べている。

「計画による公共性」は計画によって、結局、計画に一定の規制内容が位置付けられることによって、規制による負担とそれに伴うメリットが直接的には結びついていない場合であっても計画の総合性とその策定手続の適正さによって、規制を受ける者に対するメリットを論理的に保証する仕組みと理解することができるのではないかと考える。

このように解釈することによって、一つ前に論じた、「広く薄いメリットの視点」と「計画の公共性」の視点を統合して理解することが可能になると考える。

なお、「計画による公共性の視点」は主に、土地利用規制が無補償で行える理由を説明する際に用いられるが、前提として計画自体によって規制の公共性が確保するための視点も有している。ただし、議論の重複を避けるため、「計画の公共性」の視点は、表6の「土地利用規制が認められるか」の項目には記載していない。

¹⁵ 例えば、第58回国会参議院建設委員会（第16号昭和43年5月7日）の竹内藤男都市局長答弁参照。

¹⁶ 遠藤（1987）68頁、藤田宙靖『西ドイツ土地法と日本の土地法』（創文社、1988）170頁-176頁参照。

表7 災害予防のための土地利用規制をめぐる最近の議論比較表

	A 周藤利一	B 野田崇
1	他人の法益を害する土地利用行為が、財産権の正当な行使として許されないのは当然であり、原因規制の根拠はこの点に求められる。(2-60)	開発により開発地内又は周囲に危険を生じさせるおそれのある場合には、内在的制約の現れとして、無補償での規制が許容される。(225)
2	情報の不足や判断のための知識の不足により自己責任原則を貫徹できない場合には、国民の生命身体財産を保護するために必要な範囲内において政府が補完する必要がある。 (国民が災害リスクを正確に把握していない場合には)敷地の用途制限や防災措置の義務付け、建築物の構造・形態・使用規制といった被災地規制を行うことが合理的である。(2-61)	販売用不動産としての開発や不特定多数が利用する事業用地のための開発についてはその土地に存する災害の危険を十分に知らない者が利用することになるので、そうしたものの生命身体及び財産を保護するための規制は正当化することができよう。 災害の危険を甘受した上で自己使用目的で行われる開発を規制する場合であって、危険が急迫しているままでいえない状況であれば、むしろ危険性と利便性と比較考慮した上で、利便性を選択し災害危険のある場所への居住を選択するという自己決定はあり得るのではないかと思われる。(226)
3	(上記の場合は)経済学で言う市場の失敗により政府の介入が正当化される場合である。(2-68)	
4	自己責任原則との関係について付言すると、全面的な利用禁止を除けば、被災地規制は当該土地の利用に対し災害リスクに見合ったコストの負担を求めるに過ぎない仕組みである。例えば、土砂災害対策法により特別土砂災害警戒区域に指定された土地で居住目的等の建築物を建築しようとする場合には、通常の建物よりは土砂災害に強い構造で建築する必要があるが、この規制は、こうした構造強化のためのコストを支払ってでも住宅等を建築しようとする者に対しては、その行為を許容するものである。(2-61)	
5	土地所有者・利用者が自己の計算において当該土地を効率的に利用するために災害対策に係る負担を公共に当然求めることができると考えることはできず、むしろ、論理は逆であって、公共資源の投入をより少なくするような利用をすべきであるというのが、(土地基本法第3条の)「公共の利害に関する特性…公共の福祉を優先」の正しい理解であるとする。(1-54)	社会的コストは、立地適正化計画における誘導区域の指定のように情報提供による誘導を行うことの正当化根拠としては認めることができよう。しかし社会的コストに基づく自己決定の制限の許容は過度の社会管理につながるおそれを否定できない。(226)

(備考)A列の文章の最後の(1-〇〇)は、生田・周藤(2014)の〇〇頁を意味し、(2-〇〇)は、生田・周藤・大田(2015)の〇〇頁を意味する。列Bの文章の最後の(〇〇〇)は野田(2022)の頁数を意味する。
列Bの空欄は、周藤の主張に対する野田のコメントが確認できない事項である。

5. 災害予防のための土地利用規制の根拠をめぐる最近の議論

(1) 最近行われた議論の整理

近年発行された大橋洋一編著『災害法』(有斐閣、2022)での野田崇論考¹⁷では、災害予防のための土地利用規制に関する周藤利一の主張¹⁸に対して、基本的な疑問を呈している。

この点について説明を簡便化するため、その主張の対立点を、表7で示す。

(2) 最近行われた議論へのコメント

表7で整理した論点について、以下、それぞれコメントをする。

なお、結論を最初に述べると、周藤は、災害予防のための土地利用規制について大胆な理屈づけを述べているが、野田が現在の憲法理論、行政法理論に基づいて慎重な意見を述べており、筆者も野田の意見が説得力があるものとする。

行1のいわゆる他者を害する行為については、災害予防の観点から土地利用規制ができること、そしてその規制は無償で行うことが可能であることには、周藤、野田とも異論はない。この規制を周藤は「危険発生源対策」たる規制と整理している。

これに対して、周藤の行2から行5の意見は、

¹⁷ 野田崇「V 都市整備と法」大橋洋一編『災害法』(有斐閣、2022) 参照。

¹⁸ 生田長人=周藤利一「防災の法制度に関する立法政策的研究—その1—」国土交通政策研究 114号(2014年)、生田長人=周藤利一=大田秀也「防災の法制度に関する立法政策的研究—その2—」国土交通政策研究 114-2号(2015年) 参照。

いずれも、他者を害するのではなく、自らが危険な地区の居住などするといった自分に対して害を生じさせる行為について、「被災地対策」の規制としてその規制が可能な理屈を述べている。この点について、以下、野田のコメントも含めつつ、論点を整理する。

行2の周藤の主張は、個人が情報等の不足がある場合には、行政主体がその立地や防災措置、建築物の構造などを規制できるというものである。

これに対しては、情報不足の場合には適切な情報を提供することまでは政策として位置付け可能としても、災害予防という事態が急迫していないときに、その立地等を規制するのは規制することはできず、自己決定に委ねるべきというのが、野田のコメントである。

個人尊重を基本原則とする現憲法に基づけば、周藤の理屈は、まさに3(1)で述べたパターンリスティックな制約そのものであり、未成年などの特別な場合を除いて認められないと考えられる。また、その議論の前提としては、本人自身の問題は行政ではなく本人が最も適切な判断ができるという考え方があり、これ自体も、現行憲法における個人の尊重の基本原則から導かれる。

行3の情報等の不足に伴う行政の規制が、経済学でいう市場の失敗により政府の介入が正当化される場合という周藤の主張に対しては、野田はコメントをしていない。

しかし、論じている事象は、土地所有者が自ら（周藤でいうところの）情報等不足によって災害に危険な地区での建築をしようとする場合に、これを規制できるかどうか、ということであって、この議論の前提には市場が存在するわけではなく、経済学でいう市場の失敗の議論ではない。周藤の趣旨を慮ると、例えば、水害の危険性の高い地区の土地を第三者が購入すると言う場合には、土地取引という市場が発生するが、その場合にも、通常の経済学では、情報の非対称性を緩和するための適切な情報の提供などは論じるものの、この市

場取引の分析から、開発・建築行為を規制する土地利用規制を行うべきという議論がでてくるわけではない。

行3の周藤の議論は、要は構造対応なのを求めただけで禁止までは求めていることを規制の根拠とする。これに対して、野田はコメントしていない。

しかし、2(1)で述べたとおり災害予防のための土地利用規制は構造基準などを求めるだけではなく、開発禁止の内容を含んでおり、構造対応に限られるものではない。また、仮に、構造対応を求めるにしても、行政法に基づく通常の補償の考え方からいえば、特別の犠牲を土地所有者に課すものであれば補償が必要になるのであって、その補償額が土地利用を全面的に禁止する場合には土地の価格全額に、構造対応などの対応をすることを求めるのであれば、その対応費用に相当する額を補償することが必要となるはずである。

要は土地利用規制の程度が禁止よりも軽いからといって、無補償で規制することには一概にならない。仮にその議論が成立するのは、構造対応による土地所有者等に対する負担が軽微であるという説明がつく場合に限られるはずである。

行5の周藤の議論は、「公共資源の投入が少ないような土地利用を本来すべき」というものであり、これに対して、野田は「社会コストのために自己決定を抑制するのは過度の社会管理につながる」と批判している。

野田のコメントはやや理念的なものになっているが、具体的事例に則して論じても周藤の主張には無理があると考えられる。周藤がいうところの公共資源はほぼ財政投入のことと理解すると、例えば、「堤防などの公共事業に対する財政投入が限界にきているので、浸水する地区には住まない、浸水しない地区に住むべき」という主張になると思われる。この行政側の土地利用に関する考え方は、将来の土地利用計画としては合理的だとしても、すなわち、土地利用規制を行う公共性はあるとし

ても、そこから、ただちに、無補償で規制を行うべき、無補償で規制ができるという議論にはならない。

上記の堤防の例をさらに税などの負担の部分まで具体化した事例を設定してみると、「従来は、堤防整備ということで広く市民からの税負担で行っていたが、さらなる堤防整備には膨大な予算がかかる。このため、堤防整備を行わずに、現状の堤防で浸水が想定される区域の立地を規制する」というケースが想定される。この場合には、従来の、広く市民の税負担で行ってきた堤防整備に代わって、浸水が想定される特定の地区の土地所有者に立地や開発を規制するということになる。これは、まさに市民全体の税負担ではなくて、特定の土地所有者に対して「特別の犠牲」を課すことから、土地所有者に対して一定の補償をするのが理論的には求められる。また、広く市民に対して税金を課してきた堤防整備が不要になった財源の一部を用いて、土地利用規制を受ける土地所有者に対して補償を行うことは、全体としての財政効率化を図るという意味でも適切であるし、また、実現可能であるという議論もありうる。

以上のとおり、行5の公共資源の効率的な投入という観点から、特定の土地所有者に対して無補償で開発行為や建築行為を規制できるという理屈を導くのは、野田の述べる「過度の社会管理」という批判に加えて、現行憲法下での損失補償の議論からしても無理筋と考える。

以上、土地利用規制法理論についての論点を整理してきた。以下、土地利用規制法理論に基づく視点整理を踏まえて、2.で整理した水災害予防のための土地利用規制について、その規制が認められる理由と無補償となる理屈や説明ぶりを整理していく。

先に大まかな方向性を述べておくと、土地利用規制法理論に基づいて、現行の水災害予防のための土地利用規制はおおむね位置付けることが可能であり、上記の周藤が提案したような、大胆、かつ、従来の憲法理論、行政法理論から超越した理

論に基づかなくても、制度の合理性を説明することは可能である。

6. 都市計画法に基づく開発規制の法的論点

(1) 規制が認められる理由

- 1) 他者への害をもたらさない視点からの説明（表9の行2列A参照）
 - a) 都市計画法第33条第8号に基づく災害防止のための開発禁止は、表6行2の視点である、開発等に伴って他者への害をもたらす行為を規制するという「他者への害をもたらさない視点」に基礎付けられていると解することができる。
 - b) 他者への害という観点からは、災害の種類ごとに制定されている規制制度によって差があることが想定される。
 - c) 具体的には、地すべり防止区域、土砂災害特別警戒区域や急傾斜地崩壊危険区域のうち、特に、山や斜面などを対象にした造成工事を伴う開発行為については、造成すればするほど周囲も危険になるので、開発行為が他者へ害をもたらすことが説明しやすい。
 - d) これに対して、浸水被害防止区域は、仮に浸水が想定される区域に開発行為をした場合に、周辺の住民等に対して発生する「害」を抑制するという説明しにくいという場合がある。農地などの間に開発行為をして建物を建てる場合には周辺農地に浸水の被害をもたらすといえる可能性がある。しかし、既に市街化をしている地区で開発行為をする場合には、その開発行為によって周辺の他者に対して害をもたらすことは想定しにくい。
 - e) 津波防災特別警戒区域は、現状が農地であろうと宅地であろうとそこで開発行為をしたからといって津波の被害が増加する可能性はないので、他者へ害をもたらさない視点からの説明は難しい。
 - f) これを模式的に書くと図1の赤の線のように書くことができ、災害の種類ごとに他者へのニューサンス防止の視点の説明力の差があると思われる。

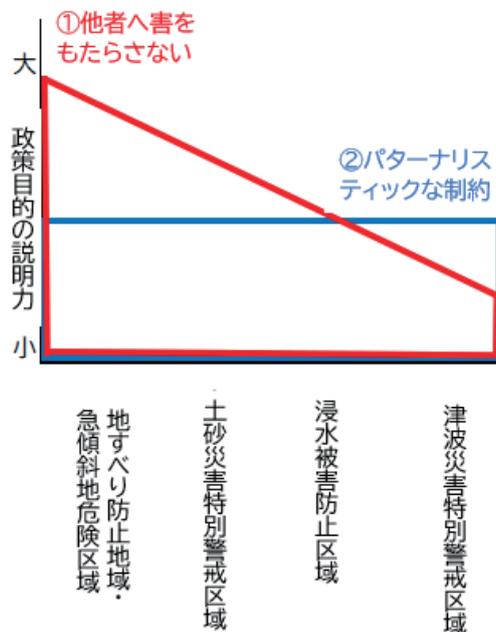


図1 災害防止のための土地利用規制とニューサンス防止の視点、パターンリスティックな制約の関係

g) 以上の整理を踏まえると、都市計画法第33条第8項の開発禁止という厳しい規制については、図1の赤線に示すとおり、他者への害をもたらさない視点からは、地すべり防止区域、急傾斜地危険区域、土砂災害特別警戒区域、浸水被害防止区域が説明できるのに対して、開発に伴って他者へ害をもたらすことが想定できない津波災害特別警戒区域は、開発禁止ではなく、権利制限の程度が小さい都市計画法第33条第7号の技術的基準適合に止めていると整理することが可能である。

2) パターンリスティックな制約を避ける視点からの説明 (表9の行3列A参照)

a) 開発した本人への害をもたらすからといってパターンリスティックな制約はしないという視点は、災害の種類ごとに設けられた土地利用規制に共通に存在すると考えられる。これを模式的に示したのが図1の青の線である。

b) 都市計画法第33条第8号で開発禁止をしている地すべり防止区域、急傾斜地危険区域、浸水被害防止区域、災害危険区域という4つの規制区域においては、自己住宅用を開発禁止の対象

外としており、「パターンリスティックな制約を避ける視点」からの対応がされている。なお、津波災害特別警戒区域については、技術的基準の適用という弱い規制であることから、弱い規制だからといってパターンリスティックな制約をおこなってよいという理屈はないものの、実質的な実害が少ないことから、自己住宅用開発を適用除外としなかったと考えられる。

c) なお、上記の説明は、市街化区域、非線引き都市計画区域等に当てはまる。一方で、市街化調整区域については、開発に伴う「他者への害をもたらさない視点」に加えて、望ましい都市構造を実現するという観点から市街化を抑制するという位置付けが同時にあり、二重の規制目的が存在することから、自己用住宅開発を含めて、すべての開発を禁止したとの説明が可能と思われる。

d) 2020年に自己業務用開発を開発禁止対象に追加した点については、制度創設時には小規模な自己業務用開発を想定していたのに対して、近年の大規模な自己業務用開発が多く認められることから、開発後に勤労者や消費者が集中することが想定され、これらの他者への「害」を無

視できなくなったため、対象に追加したと説明することが可能である¹⁹。

(2) 規制が無補償とされる理由

- 1) 相隣関係論的な視点 (表9の行4列A参照)
 - a) 都市計画法第33条第8項の災害防止の観点から開発禁止を無補償で課することができる理由としては、基本的には6.(1)1)で述べた、他者への害をもたらさない視点のうち、本人と他者が置き換わる可能性があるもの、いわば「お互い様の関係」があるものが原則である(周辺を災害に対してより危険にしてしまう開発を行うのは、本人が行う場合もあるし、隣の他者が行う場合もある。その場合にはお互いが無補償で規制されても納得できる)ことから、相隣関係論的な視点から説明することができる。
 - b) ただし、自己業務用開発、販売用等開発については、自己業務用開発、販売用等開発を規制対象にしたときに他者として想定する、開発後に商業業務施設に集中する勤労者や消費者、あるいは販売用等住宅を購入した者は、自己業務用開発等をした本人と置き換わることが想定できないことから、相隣関係論的な視点では無補償は説明できない。
 - c) 地すべり防止区域、急傾斜地危険区域、土砂災害特別警戒区域、浸水被害防止区域に比べて、津波災害特別警戒区域については、開発禁止の規制に対して、無補償の理屈が立ちにくい点に留意する必要がある。
- 2) 広く薄いメリットの視点(表9の行5列A参照)
 - a) 津波災害特別警戒区域については、図1のとおり、他者へ害をもたらさない視点の説明力が低く、相隣関係論から開発禁止の無補償を説明することが難しい。一方で、津波災害特別警戒区域での開発行為に一定の技術的基準を適用して安全な都市構造を実現することは、巡り巡って

集団としてのより安全な市街地を作りあげることができる。また、後述の「計画による公共性の視点」とあいまって、この評価を前提にして、津波災害特別警戒区域における開発行為等への技術的基準を適用することは、「広く薄いメリットの視点」に基づき、無補償で行うことができると説明できる可能性がある。

- b) 自己業務用開発、販売用等住宅開発の規制については、「広く薄いメリットの視点」に基づき、土地所有者等からみて、自己業務用開発を抑制することによって、後述の「計画による公共性の視点」とあいまって、安全な都市構造を実現することによって、結果として都市の利便性や環境が改善して都市の魅力向上のメリットを間接的に土地所有者等も得ることができる、といった説明ができる可能性がある。
- 3) 計画による公共性の視点(表9の行6列A参照)
 - a) 都市計画法第33条第8項の開発を禁止する区域自体は、地すべり防止区域、急傾斜地危険区域、土砂災害特別警戒区域、浸水被害防止区域をそのままちいている。
 - b) 一方で、地すべり防止区域等の指定手続きは、後述するように必ずしも適正な手続きという観点から十分でなく、また、災害防止という観点から指定されるもので、上記2)で述べた安全な住宅立地や事務所立地などの総合的な観点から定められるものではない。しかし、都市計画法第33条第1項第8号のただし書きで記載されているように都市構造全体をみている開発許可権者の判断で適宜開発区域にこれらの区域を含むかどうかを判断できることから、都市計画による総合的な都市構造実現に資するものとして、「計画による公共性の視点」から無補償での規制を位置付けることが可能である^{20 21}。

¹⁹ 立法作業を行った喜多功彦も「災害ハザードエリアにおける開発規制の見直し」土地総合研究 2020年夏号 49頁で同趣旨を述べている。

^{20 21} 津波災害特別警戒区域に関する都市計画法第33条第1項第7号の基準については、同条同項第7号のようなただし書き規定は存在しないものの、津波法とは別に技術的基準を都市計画法の開発許可で確認して許可することから、都市計画による総合的な都市構造実現の視点が含まれるとして、「計画による公共性の視点」からの

c) よって、「計画による公共性の視点」を適用するために重要な、計画の総合性、適正な手続きを満たしていることから、「計画による公共性の視点」によって、当該規制を位置付けることができる。また、この「計画による公共性の視点」は、安全な都市構造を実現することを通じて、既述のとおり、規制を受ける者に対して「広く薄いメリット」をもたらすという意味で、「広く薄いメリットの視点」を補強する要素を有する。

7. 建築基準法の建築確認（土砂災害特別警戒区域関係）の法的論点

(1) 規制が認められる理由

- 1) 他者に害をもたらさない視点からの説明（表9の行2列B参照）
- a) 道路位置指定及び建築確認は、表1行2及び行4、表2の行2、表3の行2及び行4、表4の行2及び行4において、特段の災害防止の規制を行っていない。これについては政策論的な論点はあるものの、土地利用規制法理論の観点からは特段の問題は指摘できない。
- b) 表5の災害危険区域の規制も法律上特段の具体的な要件を示していないので、同じく、土地利用規制法理論の観点を条文上からは指摘できない。
- c) これに対して、表2の土砂法においては、行4に示すとおり、自己用住宅、自己業務用住宅、販売用等住宅の区別なしに一定の技術的基準を課すという規制（以下、「土砂関係建築基準規制」という。）を講じている。この規制については、6. (1) 1) で述べたことと同様に、「他者へ害をもたらさない視点」から、規制根拠を位置付けることができると考える。

2) パターナリスティックな制約な制約を避ける視点（表9の行3列B参照）

- a) 土砂関係建築基準規制については、「パターナリスティックな制約を避ける視点」が存在しない。この点については論理的な説明は難しいものの、技術的基準への適合を求めているだけで禁止までしていないという規制強度の低さから、自己居住用建築を除外しなかったと解釈できる可能性がある。
- b) なお、建築基準法においては、そもそも、自己用と販売用等を区別して規制内容を変える制度がもともと存在せず²²、この建築基準法のそもそもの考え方に土砂関係建築規制が影響を受けた可能性は否定できない。なお、建築基準法そのものがパターナリスティックな制約となっている部分がある点を問題として指摘する見解もある²³。

(2) 規制が無補償とされる理由

- 1) 相隣関係論的な視点（表9の行4列B参照）
- a) 土砂関係建築基準規制を無補償で課することができる理由としては、土砂災害特別警戒区域内で建築をしようとする者は、本人の場合もあるし、周辺の地権者であるというように、本人と他者が置き換わる可能性がある、「お互い様の関係」があることから、相隣関係論的な視点から説明することができる。
- b) 特に、土砂災害特別警戒区域は、6. (1) 1) で

無補償で説明が可能と考える。

²¹ 以上の説明は、都市計画法施行令第29条の9で、市街化調整区域での緩和条例の対象区域のうち、水防法に基づく浸水想定区域のうちで、さらに都市計画の観点から一定の限定をかけるという考え方とも整合している。

²² 建築基準法には都市計画法の開発許可基準のように自己住宅用という観点、要は自分が自分のリスクで住む場合には規制を避けることを直接目的とした条文は存在しない。ただし、建築確認の対象となる建築行為について、建築基準法第6条に規定しているとおり、人がある程度密集して居住していて、不良な建築物に周辺への被害が想定される都市計画区域、準都市計画区域はすべての建築物の建築行為を原則対象にしているのに対して、その他の区域では、一定規模以上の大規模な建築物、多数の人が利用する建築物や共同住宅など他者への害が想定される特殊建築物に限定して建築確認対象にしておき、他者への害をもたらす視点が全く存在しないわけではないと解することもできる。

²³ 阿部泰隆「まちづくり、集合住宅づくりは誰が決定すべきか」都市住宅学22号1998 SUMMER、82頁参照。

述べたとおり、相対的にみて、浸水被害防止区域よりは、他者への害をもたらさないという視点が説明しやすいことから、無補償の理屈が立ちやすい点に留意する必要がある。

- c) ただし、自己業務用建築、販売用等建築については、自己業務用建築開発、販売用等建築を規制対象にしたときに他者として想定する、建築後に集中する勤労者や消費者、あるいは住宅購入者は、自己業務用開発等をした本人と置き換わることが想定できないことから、相隣関係論的な視点では無補償は説明できない。
- d) 規制強度は建築禁止ではなく技術的基準適合を求めるものであることも無補償の説明をしやすくなる要素となる。

2) 計画に基づく広く薄いメリットの視点 (表9の行5列B参照)

- a) 土砂関係建築基準規制について、広く薄くではあるが結果として規制を受ける者にもメリットがある、という視点から、特に述べる点はない。

3) 計画による公共性の視点 (表9の行6列B参照)

- a) (1) 3) で述べたとおり、土砂関係建築基準規制は、前提となる土砂災害特別警戒区域の設定に係る計画に係る住民手続きがないことなど一定の限定があるものの、土砂法に基づく土砂災害特別警戒区域の指定であることから、「計画による公共性の視点」も一応認められる。
- b) ただし、都市計画法の開発許可のように安全な都市構造を実現して、規制を受ける者が広く薄くメリットを受けるといふ説明は難しく、「計画による公共性の視点」はやや抽象的な説明に止まる。

8. 特定都市河川法、津波法及び土砂法 (以下、「特定都市河川法等」という。)に基づく開発規制等の法的論点

(1) 規制が認められる理由

1) 他者への害をもたらさない視点からの説明 (表9の行2列C参照)

- a) 特定都市河川法等に基づく開発規制及び建築規制については、6. (1) 1) で述べたとおり、「他者に対するニューサンス防止の観点」から、規制根拠を位置付けることが可能である。
- b) ただし、6. (1) 1) で述べたとおり、ニューサンス防止の観点には、図1の赤線で示しているとおり、それぞれの法制度で差があり、特に、津波災害特別警戒区域ではその説明が難しい点に留意が必要である。

2) パターナリスティックな制約を避ける視点 (表9の行3列C参照)

- a) 浸水被害防止区域及び土砂災害特別警戒区域での「開発」規制については、自己住宅用を規制の対象外とし、販売用住宅開発、社会福祉施設、学校、医療施設等のための開発に対して技術的基準を適用しており、この視点に対応している。また、津波災害特別警戒区域においても、条例で対象用途を決める部分はあるものの、自己住宅用を具体的に規制対象としていないので、一応、パターナリスティックな制約を避ける観点に対応していると評価できる。
- b) 津波災害特別警戒区域における「建築」規制についても、自己住宅用開発を含む住宅全般を規制の対象外としているので、パターナリスティックな制約を避ける視点からみて問題はない。
- c) これに対して、浸水被害防止区域における「建築」規制では、自己居住用建築であっても、技術的基準の適用対象としており、パターナリスティックな制約となっているという指摘はまぬがれない。浸水被害防止区域における開発行為規制では、自己住宅用開発を対象外としているのに対して、建築行為については自己居住用建築は対象としており、この違いは、参照したと

想定される都市計画法と建築基準法の違いという以外に、論理的に説明するのは難しい。

(2) 規制が無補償とされる理由

- 1) 相隣関係論的な視点 (表9の行4列C参照)
 - a) 特定都市河川法等に基づく開発規制及び建築規制を無補償で課することができる理由としては、基本的には6.(1)1)で述べたとおり、他者の害をもたらさない視点を有する行為のうち、本人と他者が置き換わる可能性がある性格を有すること(「お互い様の関係」があること)が基本であることから(周辺を災害に対してより危険にしてしまう開発等を行うのは、本人が行う場合もあるし、隣の他者が行う場合もある)、相隣関係論的な視点から説明することができる。
 - b) ただし、特定都市河川法等で建築又は開発規制をしている社会福祉施設、学校、医療施設等の開発等については、この開発等の他者として想定する福祉施設入居者、通学者、病人などが、開発等を行う者と置き換わることが想定できないことから、これらの他者を前提にして相隣関係論的な視点では無補償は説明できない。
 - c) 土砂災害特別警戒区域、浸水被害防止区域に比べて、津波防災特別警戒区域については、開発・建築行為の規制に対して、他者への害をもたらさない視点が乏しいため、一層、無補償の理屈が立ちにくい点に留意する必要がある。
 - d) 一方で、規制強度が建築禁止ではなく技術的基

準適合を求めるものであることも無補償の説明をしやすくなる要素となる。

- 2) 広く薄いメリットの視点(表9の行5列C参照)
 - a) 特定都市河川法等に基づく開発規制及び建築規制について、この観点から述べる点は存在しない。
 - 3) 計画による公共性の視点(表9の行6列C参照)
 - a) 浸水被害防止区域と津波災害特別警戒区域の指定には住民参加手続きがあるものの、土砂災害特別警戒区域には住民参加手続きがないこと、また、いずれの指定行為においても、専門家による第三者審議機関の手続きがないなど、やや課題はある。しかし、いずれも、法律に指定手続きが明記されており、「計画による公共性の視点」も一応認められる。
 - b) ただし、都市計画法の開発許可のように安全な都市構造を実現して、規制を受ける者が広く薄くメリットを受けるという説明は難しく、「計画による公共性の視点」はやや抽象的な説明に止まる。

以上の6.から8.までの説明はかなり入り組んでいるので、表8において、これまでの記述をまとめて示す。青字は土地利用規制法理論に適合して説明ができているもの、黄色は、留意が必要なものである。

表8 土地利用規制法理論からみた、現行制度の説明可能性の有無等

論点	分析の視点	A	B	C
		都市計画法の開発許可	建築基準法の建築確認(土砂災害特別警戒区域関係)	特定都市河川法等の開発行為・建築行為規制
1	利用規制の性質・目的	自然災害の防止という目的は一般的にみて公共性が高いので規制が認められる		
2 土地利用規制が認められるか？	他者へ害をもたらさない視点	<ul style="list-style-type: none"> ・開発に伴い周辺への危険を増大させることから、この視点から規制が認められる ・「地・急」「土」「浸」はこの視点から説明できるが、「津」は困難なことに注意 	<ul style="list-style-type: none"> ・建築行為に伴い周辺への危険を増大させることから、この視点から規制が認められる 	<ul style="list-style-type: none"> ・開発等に伴い周辺への危険を増大させることから、この視点から規制が認められる ・「地・急」「土」「浸」はこの視点から説明できるが、「津」は困難なことに注意
	パターンリスティックな制約を避ける視点	<ul style="list-style-type: none"> ・「地・急」「土」「浸」「災」では自己住宅用開発を規制対象外としていることで、この視点に対応している ・「津」で、自己住宅用開発を対象外としていないのは、開発禁止ではなく規制強度が低いと一応説明できる ・2020年の自己業務用開発を規制対象に変えたのは、自己業務用開発地の規模が拡大して従業者、消費者などの集中が想定されるためと説明できる 	<ul style="list-style-type: none"> ・この視点からの対応がされていないのは、技術的基準対応ということで規制強度が低いという説明がありうる ・建築基準法本体がこの視点に乏しいことが影響している可能性がある 	<ul style="list-style-type: none"> ・「浸」「土」「津」での開発規制については、自己住宅用を規制の対象外としており、この視点に対応している ・「浸」は自己住宅用建築を対象としており、建築基準法の並びという説明以外の説明は難しい
	相隣関係論の視点	<ul style="list-style-type: none"> ・行2列Aの他者へ害をもたらさない視点に対応して相隣関係論的説明が可能であることから無補償が説明できる ・自己業務用開発、販売用等開発における他者として想定される勤労者や消費者、住宅購入者と、開発する本人が置き換わる可能性が極めて低いので、相隣関係論的説明が困難 ・「津」では相隣関係的な視点からの説明が困難 	<ul style="list-style-type: none"> ・行2列Bの他者へ害をもたらさない視点に対応して相隣関係論的説明が可能であることから、無補償が説明できる 	<ul style="list-style-type: none"> ・行2列Cの他者への害をもたらさない視点に対応して相隣関係論的説明が可能であることから、無補償が説明できる ・社会福祉施設、学校、医療施設の開発・建築で想定される他者である入居者、通学者、病人は、開発等を行う本人と置き換わることができないので、相隣関係論的説明が困難 ・「津」では相隣関係的な視点からの説明が困難 ・この視点から説明ができない部分に対しては、技術的基準対応ということで規制強度が低いという説明がありうる
3 土地利用規制が無補償で認められるか？	広く薄いメリットの視点	<ul style="list-style-type: none"> ・「津」では、計画による公共性の議論とあいまって、この視点から、なんとか無補償の説明がつく可能性がある ・自己業務用開発、販売用等開発については、計画による公共性の議論とあいまって、無補償の説明がつく可能性がある 	<ul style="list-style-type: none"> ・特になし 	<ul style="list-style-type: none"> ・特になし
	計画による公共性の視点	<ul style="list-style-type: none"> ・対象区域を特定都市河川法等からそのままもってきているものの、都市構造全体と考える開発許可権者の視点から開発許可を運用することによって、「計画の公共性」は確保されている。よってこの視点から位置付けることが可能である。 	<ul style="list-style-type: none"> ・土砂法の対象区域指定手続きはやや不十分な点があるものの、法律の枠組に基づいており、この視点も満たしている ・ただし、計画内容に総合性が乏しいため、規制を受ける者が広く薄くメリットを受けるという説明は困難 	<ul style="list-style-type: none"> ・特定都市河川法等の対象区域指定手続きはやや不十分な点があるものの、法律の枠組に基づいており、一応、この視点も満たしている ・ただし、計画内容に総合性が乏しいため、規制を受ける者が広く薄くメリットを受けるという説明は困難

(備考)「地・急」は、地すべり防止区域と急傾斜地危険区域、「土」は土砂災害特別警戒区域、「浸」は浸水被害防止区域、「津」は津波災害特別警戒区域を意味する。

9. 災害予防のための土地利用規制全体を通じた論点

表8で明らかなどおり、都市計画法の開発許可、建築基準法の建築確認（土砂災害特別警戒区域関係）、特定都市河川法等の開発規制・建築規制については、青字又は黄字で説明でき、現行制度については、3.4.で論じた、これまでの伝統的な土地利用規制法理論によって十分説明が可能である。

ただし、都市計画法の開発許可規制は、開発禁止という規制強度の高い制限内容をもっていることから、本来は、都市計画の持っている、適切手続き、総合的な計画という側面を活かして、「計画による公共性」から説明がよりうまく説明できるような仕組みを今後検討してもいいように思う。

例えば、都市計画法第33条第8号の開発規制に特定都市河川法等の規制を組み込む際に、都市計画決定権者が当該区域について都市計画決定手続きに基づき、都市計画に定める、又は都市計画決定手続きに準じる手続きを経て、都市計画決定権者が当該地域を指定するなどの手続きを経てから、開発基準にリンクさせることも一案のように思う²⁴。

これによって、制限に反発する土地所有者等に対して、単なる災害予防という観点だけでなく（災害予防という目的だけだと「自分は危なくてもかまわないから開発・建築させろ」という意見がでてくる。これは「パターンリスティックな制約を避ける視点」で懸念している状況である）、「将来の都市構造から考えて、そこには開発・建築することは望ましくない」「また、それは今、規制を受けるかもしれないが、めぐりめぐって規制を受けるあなたのメリットにもなる」といった説明が可能となるように思う。

さらに、実務的にも、災害予防の区域設定は自動的に都市計画法に基づく開発禁止にリンクする法形式になっているので、特定都市河川法等に基づく技術基準適合だけを制限として適用させるということができなくなっている。「技術的基準適合という規制強度が弱い制限」と「開発禁止という規制強度の強い制限」を分けて、柔軟に適用するという観点からも、特定都市河川法等の区域を都市計画法の開発許可基準に自動的にリンクさせない方が望ましいという議論もあるように思う。

10. まとめ

近年、様々な災害が頻発することを受けて、従来の行政による堤防などの公共事業による対応に加えて、被害が想定される区域に対する土地利用規制の制度が整備されてきた。

これらの法律の立案作業を行うにあたっては、既存の法制度について追加的に改正を積み上げていくのは当然であるものの、そもそもなぜ土地所有者に対して規制できるのか、また、その規制はなぜ無補償でいいのか、という論点は、必要に応じて、憲法理論、行政法理論に遡って確認することは有意義だと考える。

特に、水災害予防のための土地利用規制は、従来自由に行えていた開発・建築行為に対して追加的に規制を行うものであることから、今述べた規制のそもそも論を十分理解したうえで、関係する地権者や住民に説明することが求められると考える。

この論点は、学界でも実務の世界でも、引用した野田論文などを除き、あまり突っ込んだ議論がされてこなかった。このため、本稿は、やや筆者の思考実験をそのまま記述した点があることは否めない。本稿が、水災害予防という重要な政策課題に対して、土地利用規制がどのように活用されるべきかの、議論の契機になればありがたいと考える。

²⁴ 市街化調整区域の緩和条例については、もともとが条例という手続きを入れていたこともあり、水防法の浸水想定区域では、開発許可所管部局による条例によって具体的な区域を決めるという発想がある。このような発想をさらに展開する可能性もあるという問題意識である。