

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消 及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件

—— 高松高判平成25年5月30日（判例地方自治384号64頁） ——

判例研究

高松高裁平成25年5月30日判決〔平24（行コ）11号・18号〕（一審徳島地裁平成24年5月18日判決〔平成22（行ウ）第3号〕）

山 本 寛 英

[事実の概要]

本件は、控訴人（一審原告） X_1 が老人デイサービスセンターを設置するため控訴人（一審原告） X_2 から敷地用地として購入した土地につき、都市計画法（以下「法」という。）30条に基づく開発許可申請を行うにあたり、当該開発行為に関係がある公共施設の管理者である被控訴人（一審被告）小松島市（ Y_1 ）の市長に法32条1項所定の同意を求める同意願いをしたところ、同市長から同意しない旨の不同意通知を受けたことから、同市長の同意のないまま前記開発許可申請を行い、被控訴人（一審被告）徳島県（ Y_2 ）の知事から公共施設管理者の同意を得たことを証する書面の添付がないとして上記申請についての不許可処分を受けたことについて、 X_1 が、 Y_1 に対しては、法32条に基づく同意をしない旨の不同意通知による処分の取消し（行政事件訴訟法3条2項）及び Y_1 市長が前記同意願いに対する法32条に基づく同意をすべき旨を命ずること（同条6項2号の義務付け訴訟）を、 Y_2 に対しては、前記開発不許可処分の取消し（同条2項）を、それぞれ求める抗告訴訟を提起するとともに、 X らが Y_1 に対して、同市長において違法に法32条に基づく同意をしな

かったことによって、それぞれ1,000万円以上の損害を被ったと主張して、それぞれ1,000万円の限度での損害賠償等の支払を求める国家賠償請求訴訟を提起した事案である。

原審は、 X_1 の Y_1 に対する不同意通知による処分の取消しを求める訴え及び同意をすべき旨を命ずることを求める義務付けの訴え並びに Y_2 に対する開発不許可処分の取消しを求める訴えをいずれも不適法であるとして却下し、 X_1 の Y_1 に対する国家賠償請求につき、これを一部認容し、 X_2 の Y_1 に対する国家賠償請求を棄却したところ、 X_1 、 X_2 が控訴し、 Y_1 が附帯控訴した。

[判旨]

1. 本件不同意通知の処分性について

「開発許可申請には、開発行為に関係のある公共施設の管理者の同意を得て、その同意書を添付しなければなら（ないと）の定めは、開発行為が、（中略）開発区域の周辺の公共施設についても、変更、廃止などが必要となるような影響を与えることが少なくないことに鑑み、事前に、開発行為による影響を受けるこれらの公共施設の管理者の同意を得ることを開発許可申請の要件とすることによって、開発行為の円滑な施行と公共施設の適正な管理の実現を図ったものと解される。」

「例外的な私人による同意の許否の性質をもって、（中略）行政機関等（中略）による同意の許否の性質を決することは相当ではない」。「公共施設に影響を与える開発行為であっても、公共施設の管理者は、開発行為に対する同意不同意を自由に行い得る権限を有すると解する根拠はな」い。

「開発許可の申請に対し、最終的に都道府県知事の許可に至るまで法32条の同意や協議が一つの仕組みを形成しているものであって、法32条の同意と開発許可との関係が、公共施設の管理者の同意がなければ、開発許可の申請そのものすらできないという結果をもたらすという意味で、双方が密接に連動する仕組みを形成している。」

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件

「したがって、法32条所定の公共施設の管理者による同意が不当になされなかった場合には、正当に開発行為の許可を求める国民は、開発行為の途を閉ざされる結果となり、そのような場合にも法律の規定がない限りは救済されないとすることは、ひいては憲法29条あるいは22条1項の趣旨に反する。」

「法32条所定の公共施設の管理者の同意を得た上、これを証する書面が開発許可申請に添付されることは、開発行為を許可するに当たっての前提要件となっており、それ自体、国民の権利義務を左右する重要な意味を持つ行為であって、開発不許可処分とは処分行政庁も異なり、独自性を有するものであり、しかも、法30条の公共施設の管理者の同意書面の添付要件について、不当に同意がされなかった場合には、同意書面の添付要件を満たすものと見なしうると解することは、解釈論上、無理がある」。

「不同意が開発許可に及ぼす影響及びその意義を考えると、法32条所定の同意をしない旨の措置は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。」

「法32条所定の同意を拒否する行為が抗告訴訟の対象となる処分に当たらないとした（中略）最判平成7年3月23日（中略）は、本件とは事案を異にする上、（中略）その後、上記の厳格性を緩和し、当該行為の及ぼす効果や意義に着目して法の欠缺を補充し、処分性の範囲をいくらか広げてきた最判平成17年7月15日（中略）、最判平成17年10月25日（中略）、最判平成20年9月10日（中略）等の流れや、最判平成7年3月23日判決後、『公共施設の管理者又は公共施設を管理することとなる者は、公共施設の適切な管理を確保する観点から、第2項の協議を行うものとする。』と法32条3項が付加されたことなどに鑑みると、最判平成7年3月28日（中略）は、本件において、そのまま妥当しない」。

2. 本件不同意通知の適法性及び同意しないことが裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるか

「開発行為は、所有権その他の土地の使用収益権限に基づく行為であり、法

33条所定の要件を満たす限り許可をしなければならない」。

「地方公共団体（中略）が、公共施設の管理者として、法32条の同意をするか否かを判断するに際しては、その管理者に相当の裁量が認められるべきではあるが、公共団体の判断として是認できる程度の合理性を備えることが求められ、私人と同様に同意するか否かの自由があるということとはできない。」

「公共施設の適切な管理を確保するうえで支障があるか否かは、対象となる開発行為ないしその後の対象土地の利用によって当該公共施設の管理上直接的に生じる支障の有無・程度という観点から判断されるべきである。例えば、その後に予定される県の開発許可の基準を満たさない事情があるとしても、教示・指導の範囲を超えて、それを法32条の同意をしない理由とすることは裁量権の範囲を超えるものというべきであるし、また、特定の開発行為に反対する者から当該公共施設の管理についての協力が得られなくなるなどの間接的な支障は、直ちに同意をしない理由とすることはできず、その反対理由が当該公共施設の管理上直接的に生じる支障として合理的か否かを管理者の責任において判断すべきであり、その判断に必要な調査・検討をすることなく、法32条の同意をしないことは、その裁量権の範囲を超える」。

「排水同意書添付は法的に要求されたものでもなく、排水同意書の添付がないこと自体を理由として同意をしないことには合理性がない。」

「農業従事者の大半が、本件開発行為に反対しているからといって、何らの客観的裏付けもなく、本件公共施設の管理上の支障が生じるか否かを判断することを法は予定していると解することはできない。」

「本件では、管理上の支障についての相応の調査、検討を経た形跡は認め難く、むしろ、排水同意書の添付がない場合は必要書類の不備であるとの認識の下に法32条の同意をしなかったものと推認されるところ、そのような運用は、実質的に排水同意書の添付を義務化するものであり、法32条等の想定する公共施設管理者の裁量の範囲を超える」。

「本件不同意通知による同意をしない旨のY₁市長による処分は、違法であるから取り消すべきであり、Y₁市長において、本件同意願いに対し、同意し

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件
ないことは、その裁量権の濫用ないし逸脱が認められるものとして、行政事件訴訟法37条の3に基づき、Y₁市長に対し、上記同意をすることの義務付けを命じるのが相当である。」

3. その他の請求に対する判断

判決は、次いで、XらのY₁に対する国家賠償請求につき、Y₁が不同意通知をするに際しての過失の存在を認めたものの、損害が発生していないとしてこれを棄却し、Y₂に対する開発不許可処分取消請求につき、審査請求を経していないことについて正当な理由がないとし、また、仮に訴えが適法であるとしても、不許可処分時において法32条所定の同意を得たことを証する書面が添付されておらず、また、本件訴訟の口頭弁論終結時においても同意を義務づける判決は確定していないことを理由として不許可処分は適法であるとし、いずれにせよ、X₁は、同意を義務付ける確定判決を得た上で、あらためて開発許可申請をなすべきことにならざるを得ない、として訴えを却下した。

[評釈]

1. 本判決の意義

本件の主要な論点であるところの、法29条に規定される開発許可の申請に際して予め必要となる法32条1項所定の公共施設の管理者による同意の処分性（以下、単に「同意の処分性」という場合がある。）については、周知のとおり、本判決も参照する最判平成7年3月23日（以下、「平成7年最判」という。）がすでにこれを否定していたところ、本判決は、その後行われた各種法改正や処分性の判断を緩和してきた一連の最高裁判決を踏まえ、前記最判と異なる判断を示した点に大きな特徴を有する。また、本判決はこれに止まらず、同意の義務付け請求についてもこれを認容しており、注目を集めたところである。

なお、本稿においては、紙幅の都合上、Xらの各請求及びこれに対する裁判所の判断のうち、Y₂に対する開発不許可処分取消請求及び国家賠償請求につ

いては検討を割愛する。

2. 判例及び学説の状況

同意の処分性については、平成7年最判までに、当該最判の原審及び原々審を含め、4つの下級審判決が存在していた。東京地判昭和63年1月28日、最判の原々審である盛岡地判平成3年10月28日、及び、水戸地判平成6年9月27日が処分性を否定し、最判の原審である仙台高判平成5年9月13日がこれを肯定していた。

これに対し、平成7年最判は、行政機関等の同意が得られなければ公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことができないのは、法が、法令の要件を満たす場合に限って開発行為を行うことを認めた結果にほかならないのであって、同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止または制限する効果をもつものとはいえず、開発行為を行おうとする者が同意を得ることができずに、開発行為を行うことができなくなったとしても、その権利ないし法的地位が侵害されたものとはいえない、とし、さらに、立法政策上そのような行為を抗告訴訟の対象とすることも可能としつつ、法32条の同意に関しては、手続、基準ないし要件、通知等に関する規定が置かれていないこと、不服申立て及び争訟に関する法50条及び51条が同意をその対象として規定していないことから、その処分性を否定したのである。

これに対し、学説は二分しているが、関連判例に対する評釈の中では、宇賀が、結論として同意の処分性を否定する見解を示している¹⁾。その理由とするところは、平成7年最判も述べるところの、法において、同意に関する申請手続、要件、通知に関する規定が置かれていないこと、及び、審査請求や取消しの訴えの対象として同意は含まれていないことに加え、都市計画法上の公共施設としては私人が管理するものも含まれることとなり、その管理者たる私人が同意を行う主体となり得るところ、私有地を任意に広場、緑地等として公共の

1) 宇賀克也「都市計画法32条の同意・協議」ジュリスト906号（1988年）54頁以下。

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件用に供していた者がその廃止・変更に同意することを公権力の行使とみることはできないことを挙げている。

もっとも、宇賀は、同評釈内において、立法者が、関係施設管理者の同意が得られなければ、そもそも開発許可申請が受理されないこととなるようなシステムを採用したということは、公共施設の廃止変更は住民に重大な影響を及ぼすものであり、公共施設の機能の維持は開発に優先するという政策判断にたつて、関係施設管理者に同意を与えるか否かにつきフリーハンドを与えたとみるべき旨を述べているが、この点、及び、上記私人の同意の性質を援用する点については、後に改説している²⁾。ただし、これによって同意の処分性を認めただけではなく、なお、前記昭和63年東京地判及び同平成3年盛岡地判も用いたところの、都市計画法32条が「同意」という公権力の行使としての性格を読み取りにくい用語を用いて、その要件も規定しておらず、それが処分であることを窺わせる法令の規定がないことを根拠として、同意の処分性を否定する結論自体は維持している。

宇賀はなお、同意の拒否は申請権を侵害するともいえることを認めつつ、そのことのみから直ちに同意の処分性を肯定することはできないとし、また、民法414条2項ただし書きにより同意を求める訴えを提起し、その勝訴判決の正本を開発許可申請書に添付することで、法30条2項の「同意を得たことを証する書面」の添付としての要件を満たすとみるべきことを理由に、同意を処分として構成しなくても救済の道が閉ざされるわけではない、とする。

綿引調査官解説³⁾は、例外的な私人による同意の拒否の性質をもって、行政機関等による同意の拒否の性質を決することには、論理の飛躍があることは否定できず、行政機関等による同意・不同意の根拠を公共施設の管理権限に求める以上、その行使が所有権の行使のように無制約であるとはいえない、とす

2) 宇賀克也「都市計画法32条の公共施設の管理者の不同意の意思表示に処分性を認め、これが取り消された事例」ジュリスト1061号（1995年）121頁以下。

3) 綿引万里子「公共施設の管理者である国若しくは地方公共団体又はその機関が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為と抗告訴訟の対象」曹時49巻6号（1997年）229頁以下。

る点において、上記改説後の字賀説を含め、大半の学説と同旨を示す。その一方で、綿引は、公共施設の変更、廃止が必要となるなど公共施設に影響を与える開発行為であっても、国民は、本来的にこれを自由に行い得る権利を有すると解する根拠はなく、開発行為が公共施設に右のような影響を及ぼす場合には、開発行為と公共施設の適正な管理との間の調整を図る必要があるのであって、どのような方法によってその調整を図るかは立法政策に委ねられているところ、法は、公共施設に影響を与える開発行為については、32条所定の関係公共施設の管理者の同意を得た場合に限り開発許可を申請する権利を付与する、という立法政策を採用したとみるべき旨述べたうえで、そうであるとすると行政機関等が裁量権の範囲を逸脱または濫用して同意を拒否した場合でも、国民は、適法な開発許可の申請ができないことにならざるを得ないが、このような場合における国民の救済方法としては、適法に裁量権の行使がされることを信頼して行動したことによって損害を受けたことを理由とする国家賠償請求が残されるにとどまる、としている。

これらに対し、まず阿部は、私道が、個人が私的な必要により開設するもので廃止変更も原則として自由であるから都市計画とは関係がない旨を指摘して、私道が公共施設であることを立脚点とする論旨には誤りがあるとし、また、公共施設の管理は個別の公共施設管理法に基づくものでそれぞれの法律による制約があるのであって、同意するとならないとの自由があるわけではない、としたうえで、同意は、予め暫定的な審査に基づき事情変更の留保の下に公共施設の廃止変更を自己拘束的に表明するもので、一種の予備的な許可と解するのが妥当である、とする⁴⁾。なお、この阿部評釈は、本判決を除いてこれまで唯一同意の処分性を認めた前記平成5年仙台高判に決定的な影響を与えたとされている⁵⁾。

4) 阿部泰隆「都市計画法32条の公共施設管理者の同意」法学セミナー405号（1988年）126頁。

5) 田村泰俊「都市計画法32条の公共施設管理者たる自治体の『同意』拒否が処分性を有せず抗告訴訟の対象とならないと判示された事例」東京国際大学論集経済学部編15号（1996年）75頁以下、78頁。

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件

山村も、農地法に基づく農地の競売適格証明申請拒否を例に挙げて、農地の競売許可を受けても同法3条の買受資格がないと同条の許可が受けられず買受けないので、予め買受資格があることの証明を知事から受けてそれを提出した者にのみ競売への参加を認める、という法構造における当該証明が予備的許可に当たるとし、予備的許可については、それ自体要件規定がなくても本来の許可要件に基づいて適法性を判断できること、その段階で救済手段がないと本来の許可を求める機会も奪われることになることを理由に、予備的許可の拒否が本来の許可申請権を侵害することになる場合は処分性がある、としたうえで、本件同意の拒否も開発行為の許可申請権を侵害する効果を持つ点で行政処分と解することができる、という説を述べる⁶⁾。

見上は、行政法学における伝統的な理解によれば、判断の表示に法令の定める法効果が結びつくしくみがあれば準法律行為的行政行為となることを前提に、同意は、開発行為と都市計画の抵触の有無について判断を行うものであるから、そのような行為である同意が得られなければ公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことができない、という効果が結びつくしくみがとられているとの認定でもって準法律行為的行政行為として処分性があるとの結論を導くことができる旨述べる⁷⁾。

櫻井の見解は、上記一連の学説群とは、同意の性質論において一線を画す⁸⁾。櫻井説は、法32条における既存公共施設の管理者の同意と新設公共施設の管理者との協議とは、ともに来るべき開発行為に備えて公共施設管理者ができるだけこれに連動して対応しようよう要請された「事前の協議」たる共通の性格を有するものであって両者の区別は相対的であるとし、後者の場合、開発許可申

6) 山村恒年「都市計画法32条の不同意・不協議に対する不作為の違法確認等請求事件」判自治131号（1995年）66頁以下。

7) 見上崇洋「公共施設の管理者である国若しくは地方公共団体又はその機関が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為と抗告訴訟の対象」民商114巻2号（1996年）99頁以下、109頁。

8) 櫻井敬子「行政判例研究：都市計画法32条に基づく公共施設管理者のなす同意の性質」自研71巻6号（1996年）101頁以下。

請の段階では協議の経過を示す書面の添付で足り協議が整う必要がないことから、公共施設管理者との調整の成否が、開発許可段階においても重畳的に審査されるのであれば、法32条が添付書類なき申請を許容しない趣旨と解釈する必然性は存在しない、とする。「施設整備に関して、開発許可権者の判断と公共施設管理者の判断は一応重複する」としていることから、開発許可権者は、申請に係る開発行為の是非を公共施設の管理上の支障の観点からも審査することができることを前提に、同意書の添付のない開発許可申請をもいったん受理すべきとするものと解される。櫻井は、結論として、同意ないし協議に不首尾があればそれは本体たる許可処分の中で解決されるべき問題であり、開発許可権者に対する申請が添付書類の不備を理由に事実上受理されなかった場合にはこれを拒否処分として争うことができる、とする。

その他、荒は、同意の処分性について、理由は明らかではないものの「肯定説を妥当と解している」とし、これを取消訴訟で直接争えることとしなければならない、とする⁹⁾。一方、齊藤は、「開発行為者は知事を相手とするのではなく、あくまでも公共施設管理者自身に対して、不同意としたことは違法であると主張するべきではないか」とし、その端的な方法は、公共施設管理者を相手方に公法上の法律関係に基づくものとして実質的当事者訴訟によることであるとしたりうえて、取消訴訟の適法性を疑問¹⁰⁾としていることから、同意の処分性については否定的見解を示しているものと解される。また、金子は、あくまでも平成7年最判を前提として開発許可申請拒否処分取消請求訴訟の可能性を検討しており、結論としてこれを肯定している¹¹⁾。¹²⁾

9) 荒秀「開発許可の法と実務（一）」独協法学44号（1997年）1頁以下、59頁及び61頁。

10) 齊藤徹史「公法判例研究：公共施設の管理者である国若しくは地方公共団体又はその機関が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分当たらないとした事例」法学65巻3号（2001年）147頁以下、153頁。

11) 金子正史「都市計画法32条に係る『公共施設の管理者の不同意』を争う行政訴訟の可能性（試論）」同『まちづくり行政訴訟』（2008年・第一法規）所収30頁以下、40頁。

12) このほか、平成7年最判に対する評釈として、北村喜宣「開発許可に係る公共施設管理者の同意」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ（第6版）（別冊ジュリスト212号）』（2012

3. 同意の処分性に係る論点

本件判決は、同意の処分性につき、結論として平成7年最判とは異なる判断を示しており、判決中には、このことについて「事案が異なる」旨の記述があるもののその具体的な差異は明らかではなく、実質的に、平成7年最判の判例変更を迫るものといえる。

その根拠としては、[判旨]において記したとおり、積極的理由として、同意と開発許可との関係が、同意がなければ開発許可の申請そのものすらできないという、両者が密接に連動する仕組みを形成していることから、同意が不当になされなかった場合に救済されないとすることは、憲法29条あるいは22条1項の趣旨に反する、という点を示し、消極的理由として、不当に同意がされなかった場合には同意書面の添付要件を満たすものと見なしうると解することは解釈論上無理がある、という点を示している。本判決がその結論において異なる平成7年最判は、これもすでに記したように、同意が得られなければ開発行為を適法に行うことができないのは、法が、法令の要件を満たす場合に限って開発行為を行うことを認めた結果であって、同意拒否行為それ自体は開発行為を禁止または制限するものではなく、同意の拒否が開発行為者の権利ないし法的地位を侵害するものではない、という理由とともに、法32条の同意に関する手続及び基準等の規定の欠如、及び、不服申立て手続の根拠規定における同意に関する規定の欠如という2点を援用している。両者の判決が、同一の論点について述べていると解されるのは、開発許可制度における同意行為の位置づけに関する部分のみであり、それ以外の根拠については、互いにすれ違っている

年) 338頁以下、高野修「都市計画法32条の同意」『平成7年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1091号)』(1996年) 32頁以下、青野洋士「都市計画法32条所定の公共施設管理者が行う同意拒否行為の行政処分性(消極)」西村宏一ほか編『平成7年度主要民事判例解説(判例タイムズ臨時増刊913号)』(1996年) 312頁以下、馬橋隆紀、大熊克則「都計法32条の『同意』に賛否両論」判自治146号(1996年) 9頁以下がある。なお、本件高松高裁判決及びその原審である徳島地裁判決に対する評釈は、筆者が調べた限り公刊が確認できなかった。

ように見える。

ただ、最判が述べる規定の欠如に関する二点については、判断の根拠としてはあくまでも補完的な位置づけが与えられているに過ぎないと考えられるうえ、行政機関等の特定の行為の性質を論じるに当たっては、規定の細かな文言等に囚われるのではなく、法構造全体における位置づけを検討すべきであると思われ、これらを過大に評価することは適切でないものと思われる。このことは、一部下級審判例において同意の処分性を否定する際に用いられたところの、「同意」という文言が公権力の行使としての性格を読み取りにくい、という理由についても、そのまま妥当するところであろう。

また、公共施設の管理者としては私人もこれに含まれ得ることから、行政機関等が行う同意行為の性質についても、これを自由に行い得る私人の行為と同列に論じようとするについては、すでに、学説、判例とも、管理者として例外的な私人の場合における同意の性質を強調すべきではなく、むしろ、行政機関等による公共施設の管理行為自体が公共的公益的観点からなされるものであることから、同意をなすか否かについての判断にも一定の制約がかかるべきであって、そこに裁量の余地はあるものの、まったくの自由裁量とは言えないとする点でほぼ一致しているものと考えられるところである。

一方、本判決も指摘するように、平成7年最判以後、処分性については結果的にこれを緩やかに解する最高裁判例が蓄積され、国民のより実効的な権利救済のための手段の充実が図られてきたところであり、これらに対して学界は概ね好意的な評価を示してきたのであって、これら一連の最高裁判例が企図してきた権利救済の方向性、及び、そのために構築されてきた判断枠組みと齟齬を来すような解釈はとられるべきでない。具体的には、行政機関等の特定の行為の性質を論じるに当たっては、その行為による法的かつ直接的効果のみに目を奪われるのではなく、法体系全体の構造から、その行為によって相手方国民が受ける事実上の、あるいは、間接的な影響をも考慮に入れるべきであるということと、仮に当該特定の行為を処分と構成しない場合、当該行為によって一定の権利若しくは法的地位を侵害される国民にとって、別途何らかの有効適切な

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件救済方法が存在するか否かを検討すべきであるということの2点が重要である。

したがって、このような観点から、以下の同意の処分性に係る検討においては、上記2点の考察に重点を置いて論を進めることとする。

4. 開発行為者の権利若しくは法的地位に対する侵害

平成7年最判と本判決とで同意の処分性に関する判断が異なった最大のポイントは、不同意が開発行為者の権利や法的地位に与える影響の捉え方である。この点、最判は、不同意それ自体が開発行為を禁止または制限する効果を持つものとはいえない、とするが、その前提として、法が同意を得るという要件を満たす場合に限って開発行為を行うことを認めたものであるとする見解を示す。前記綿引解説によれば、開発行為者には、開発権はおろか、開発許可申請権すら認められないと解しているようである。同意の処分性を認める学説の多くが、明示・黙示の違いはあれ、開発行為者には少なくとも許可申請権があることを前提とし、これが侵害されることを以て処分性を認めようとする論理構成をとることと比べると、その違いは甚だしく、両者はその出発点において相容れないもののように思われる。

このような違いは、思うに、法律による財産権規制のあり方に対する根本的な捉え方の違いによって生じている。開発行為を行おうとする者は、財産権たる土地所有権を有することを前提に、その中核をなす使用収益権の行使としてこれを行おうとしていると捉えることができる。憲法29条2項は、財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律が定める旨を規定するが、その前提としては、同条1項による財産権の保障が存在するのであって、2項に基づいて法律が財産権の内容を規定し得るとしても、それが1項による権利保障規定を没却する程度に至るものであってはならない、とするのが一般的理解であろう。この点、不同意が違法になされた場合でも当該土地の使用収益権の行使を断念せざるを得ないと解することは、土地所有権の核心部分が不当に侵害される結果を招来するのであって、同条1項の趣旨を没却しかねない。綿引解説は、2

項の規定の意義を重視するあまり、1項との間のバランスを失した解釈に陥っているものと思われる¹³⁾。

この点、本件判決は、不当な不同意を受けた開発行為者は開発行為の途を閉ざされる結果となり、そのような場合にも法律の規定がない限りは救済されないとするのは、財産権や居住移転の自由を保障した憲法の規定の趣旨に反することにつながることを、同意の処分性を認める際の重要な手がかりとしている。財産権や居住移転の自由に対する侵害を裁判的救済の直接の根拠としているのかどうかについては、必ずしも明らかではないが、少なくとも、開発権や開発許可申請権といった立法レベルで認められるか否かが議論され得る権利や法的地位を直接の手がかりとするのではなく、より高次の権利自由に対する侵害を認めようと志向したものと評価できるものと思われる。

財産権には、もとより内在的制約が存するが、このことによって、法の趣旨を逸脱した不当な不同意によってもたらされた制約をも正当化することはできないであろう。そのような制約は、財産権の内在的制約を超えるものであり、財産権の実質的内容を侵害するものと評価することが可能であると思われる。本件判決は、このことから端的に、これに法的救済の途を開くべきことを導いており、論理的にもすっきりしているといえる。

5. 開発不許可処分取消訴訟の有効性及び適切性

ただし、そのような場合であっても、他の方法によって容易に救済可能なのであれば、処分性を認める実益には乏しい。この点、本件で問題となるのは、同意書の添付のないまま開発許可申請を行った際の争訟提起可能性、及び、救済可能性である。

この点、櫻井説は、もともと、同意書の添付がない開発許可申請であって

13) なお、このことについては、すでに北村が、「結論の違いは、財産権を憲法レベルで理解するのか制定法レベルで理解するのかに関する解釈論の目線の置き所の違いを反映しているように思われる」として、おそらくは同旨の指摘をしている。前掲註12北村339頁。

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件

も、開発許可権者はこれを受理すべきとするものと思われ、公共施設管理者の不同意の正当性についても開発許可権者が審査することとなる以上、仮に申請が不許可となれば、その取消訴訟を提起し、その中で不同意の適法性を争うことが可能となる、としているものと解される。金子が、平成7年最判を前提としてではあるものの、開発許可申請不許可処分の取消訴訟の提起を適法と結論付けていることについてはすでに触れたが、その理由とするところは、おそらく櫻井説と同旨であると思われる。しかしながら、このような解釈が、そもそも法30条2項の明文規定に反すると言わざるを得ないのは、本件判決が指摘するとおりであり、仮に、櫻井の言うように、法全体の趣旨から、都道府県知事が開発許可の審査過程において同意の妥当性を判断し得るとしても、それは、法の定める手続要件を満たした申請に対してのみ行い得る片面的権限であると解するのが妥当であると思われる。

一方、開発許可権者は、不同意の実体的内容に立ち入って審査することができず、したがって、形式的に同意書が不添付であることを以て直ちに当該開発許可申請を不許可とするほかないと解する場合はどうであろうか。法の規定上も、そのように解するほうが自然であると思われ、このことは本件判決も明確に述べているところであるし、実際、現在は、このような運用がなされているとみられるところでもある。この場合も、開発許可申請者は結局のところ、申請に対する不許可処分を争い、その中で不同意の違法を主張せざるを得ないこととなる。しかしながら、不同意は開発許可権者自身が行ったものではないし、開発許可権者に不同意の実質的内容について審査する権限がないとすれば、開発許可権者のみを被告として訴訟を成立させることは不可能であり、不同意の主体たる公共施設管理者を訴訟参加させるほかない。このような訴訟構造は、争いの実態を反映したものとなっていないし、このような訴訟形態をとること自体が原告にとって負担となることも考えられる。事案に即して適切な解決法とはいいい難い。

また、上記いずれの解釈をとるとしても、不同意があった時点でその取消訴訟を提起し得ると解する場合と比べると、時間的経済的コストが大きくなるこ

とは否定できない¹⁴⁾。土地区画整理計画の決定や病院開設中止勧告に比べると、事後の処分を受けるまで手続を進行させても、開発行為者が負担するコストは相対的に小さくなる可能性もあるが、紛争の早期解決を図ること自体が実効的救済に資することを考えれば、本件のような場合に処分性を認めることに消極的になるべきではない。また、不同意という明確な意思表示がなされている時点では、開発行為者にとって少なくとも手続法上適法な開発許可申請ができないということが確定するのであって、紛争の成熟性にも欠けるところはない。さらに、同意を処分と捉えることによって、本件とは逆に、仮に違法な同意行為を争いたいと考えている事実上の公共施設管理者等にとっても、早期かつ実質的な問題解決を図ることに資することとなる。

一方、上記とは別に、齊藤説のとする実質的当事者訴訟はどうであろうか。この場合、請求の趣旨としては、公共施設管理者に対して同意すべきことを命じることを求める給付訴訟ということになる。

6. 同意の義務付けの是非

同意の義務付けの是非に関しては、平成7年最判が同意の処分性を否定したことから、その後の行訴法改正で義務付け訴訟が法定された後も、裁判の俎上に載ることがなかったものであり、本判決が、この点について判断を示した最初の判決であると思われる。

判決は、行政機関たる公共施設管理者として同意をなすか否かを判断するに当たっては、当該公共施設の管理上支障が生じるか否かという観点からこれを行うべきことを前提に、同意をするか否かを判断するに際しては管理者に相当の裁量が認められるべきではあるが、当該判断には公共団体の判断としては認める程度の合理性を備えることが求められるところ、排水同意書添付は法的に要求されたものでもなく、これがないこと自体を理由として同意をしない

14) この点、田村は、いずれの訴訟類型を認めるべきかについて、コストの問題を考察する視点を示している点で正当であると思われる。前掲註5田村80頁。

都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件

ことには合理性がないとしたうえで、Y₁市長は排水同意書の添付がない場合は必要書類の不備であるとの認識の下に法32条の同意をしなかったものと推認し、そのような運用は実質的に排水同意書の添付を義務化するものであり法の想定する公共施設管理者の裁量の範囲を超える、とする。また、農業従事者の大半が、本件開発行為に反対しているからといって、何らの客観的裏付けもなく、本件公共施設の管理上の支障が生じるか否かを判断することを法は予定していると解することはできない、としたうえで、本件では、管理上の支障についての相応の調査、検討を経た形跡は認め難い、という点も述べている。

判決は、Y₁市長が、公共施設を事実上管理している任意団体の排水同意書が添付されていないという事実から機械的に同意をしないという判断を行ったと認定しているのであり、この点が、法が公共施設管理者に一定の裁量を与えた趣旨に反する、としているものと思われる。

もとより、法は、公共施設管理者が同意をなすか否かについての要件を何ら定めておらず、この点につき、裁量を与えられているとすることに異論はないであろう。また、すでに述べたように、行政機関等による公共施設の管理行為自体が公共的公益的観点からなされるべきものであって、同意をなすか否かについての判断についてもこのような観点からの一定の制約がかかる应考虑すべきことについても、現在においては異論を見ないところである。そうであるとすれば、当然ながら、公共施設管理者としては、同意を求められた開発行為が、その管理に係る公共施設に対して及ぼす影響を客観的に評価し、これに対して何らかの対処を行うべきか否か、かつ、それが種々の社会的条件から可能かどうかを適正に検討したうえで、同意をなすか否かを判断すべき義務を負っているというべきであって、これらを公正に判断するに足る最低限の情報を収集する責務があるといえよう。仮に、そのような情報の収集を怠り、公正な判断に必要な情報が不足していたとすれば、裁量判断に必要な客観的な事実の基礎を欠くこととなるし、公共施設の管理に対して生じ得る支障とは客観的に無関係な事情を考慮したとすれば、他事考慮となろう。また、排水同意書の添付がないこと自体から機械的に不同意とするのであれば、いわゆる個別事情考

慮義務違反として、それ自体が裁量権限の与えられた趣旨に反することとなる。

義務付け訴訟においては、裁量の逸脱濫用があった場合には義務付けを認めることとされており、本件において裁量の逸脱濫用が認められる以上、義務付けを認める結論以外はとり得ない。理由、結論とも判旨は正当と考える。

7. 結論

判旨賛成である¹⁵⁾。

15) なお、北村は、「争われている行政の行為の法的性質を、法律の仕組み全体の観点から評価するという近時の最高裁の判断傾向からすれば、不同意に対して取消訴訟が提起された場合は、判例変更の可能性もあるだろう」と夙に指摘していたが、本件判決は、これを先取りしたかたちとなった。前掲註12北村339頁。