



都計法三二条に係る「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)

著者	金子 正史
雑誌名	同志社法學
巻	56
号	6
ページ	83-116
発行年	2005-02-28
権利	同志社法學會
URL	http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000007548

都計法三二条に係る「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)

金子正史

- I はじめに
- II 平成七年最高裁判決
- III 救済方法は国家賠償請求訴訟に限定されるのか
- IV 公共施設の管理者の同意と内部行為
- V 開発許可申請拒否処分取消請求訴訟の可能性
- VI 国家賠償請求訴訟による救済は充分か
- VII おわりに

I はじめに

(1) 都市計画法(以下、適宜「都計法」あるいは単に「法」という。)二九条一項によれば、都市計画区域または準都市計画区域内において開発行為をしようとする者(以下、適宜「開発許可申請者」という。)は、都道府県知事

等の開発許可を得なければならぬとされている。この場合、法三二一条によると、開発許可を申請しようとする者は、あらかじめ「開発行為に関係がある公施設施設の管理者」と協議し、同意を得るか、あるいはまた、「開発行為又は開発行為に関する工事により設置される公施設施設を管理することとなる者その他政令で定める者」と協議しなければならぬ(同条一・二項)と定めている。⁽¹⁾

国土交通省の開発許可制度担当者の見解によれば、開発許可を申請する前に公共施設の管理者の同意等を得なければならぬとした趣旨は、「開発許可の円滑な施行、公共施設の管理の適正等を期することをねらった」点にあるとしている。⁽²⁾

そして、法三〇条二項によれば、開発許可申請者は、開発許可の申請書に「同意を得たことを証する書面」、「協議の経過を示す書面」を添付しなければならないと定めている。これらの書面(以下、同意を得たことを証する書面を「同意書」、協議の経過を示す書面を「協議書」という。)の添付は、開発許可申請の要件と解されている。

(2) ここで、同意書は公共施設の管理者の同意がなければ得ることができない。これに対し、協議書は法三〇条二項によれば、「協議が整ったことを示す書面」ではなく、「協議の経過を示す書面」(法三〇条二項)である。そこで、協議の申し入れに対し、協議が拒否された、あるいは協議がなされたけれどもそれが整わなかった、また、協議を申し入れたけれど公共施設の管理者が不作為を決め込み全く応じてくれなかった場合などは、開発許可申請者としては誠実に協議を申し入れたが、公共施設の管理者は合理的な理由もなく協議に応じなかったこと等の「協議の経過を示す書面」を添付して開発許可を申請すれば、その申請は受理され、審理されると解されている。⁽³⁾

したがって、問題は、同意が拒否された場合あるいは同意の申し込みに対する不作為があった場合（以下、「同意拒否」および「同意の不作為」は共に同意がないということなので、両者をまとめて、適宜「不同意」という。）、同意書を開發許可申請書に添付できない。この場合、開發許可の申請をしたとしても、その申請は、添付書類がなく申請の要件を欠くことになるので、申請は拒否されると解されている。

このように同意書が得られなくて申請ができない場合、開發許可申請者が、不同意には違法があると判断したとき、公共施設の管理者の不同意を法的にどのようにして争いうるのだろうか。本稿は、公共施設の管理者の不同意に関する救済方法、特に行政訴訟（審査請求を含む。）による救済方法を検討しようとするものである。

Ⅱ 平成七年最高裁判決

(1) 開發許可申請者の申請に対する公共施設の管理者の不同意に関して、まず、考えられる開發許可申請者等の救済のための訴訟類型は、直接、同意拒否を争う同意拒否取消訴訟あるいは同意を行政処分と見立ててする同意に関する不作為違法確認訴訟であろう。

同意拒否取消訴訟や不作為違法確認訴訟で争う場合、問題となるのは同意拒否あるいは同意の処分性が問題となる。同意拒否の処分性は認められるのだろうか。^④

学説、判例を検討すると、最高裁平成七年三月三日判決（民集四九卷三号一〇〇六頁、判時一五二六号八一頁、判タ七八五号七〇頁。以下、略して単に「平成七年最高裁判決」という。）以前においては、同意拒否の処分性を肯

定する見解⁽⁶⁾と処分性を否定する見解⁽⁷⁾が見られた。

しかし、平成七年に至り、最高裁判決(最判平成七年三月二三日)は同意拒否の処分性を明確に否定した。

(2) 平成七年最高裁判決の処分性を否定した考え方は、以下のごとくである。

すなわち、①同意が拒否されると開発行為を行うことができなくなるが、これは、法が同意を得られた場合に限りて開発行為をおこなうことを認めた結果にほかならないので、「同意を拒否する行為がそれ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない」。したがって、「同意を拒否する行為が、国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない」。また、②立法政策として、同意の拒否を抗告訴訟で争い、うとすることは可能である。しかし、「法の定める各種処分に対する不服申立て及び争訟について規定する法五〇条、五一条も、右の同意やこれを拒否する行為についてはなんら規定するところがない」というものである⁽⁸⁾。

Ⅲ 救済方法は国家賠償請求訴訟に限定されるのか

(1) 平成七年最高裁判決が同意拒否の処分性を否定した考え方については、検討の余地がないわけではないが、最高裁の明確な判断であるので、その是非についてはここでは触れないこととしよう。この平成七年最高裁判決によって、同意を行政処分としてその拒否を取消訴訟で争ったり、その不作為を不作為の違法確認訴訟で争ったりすることは不可能となったことは確かである。したがって同意拒否の処分性の問題には一応の決着がついたと考えられるからである。

(2) ところで、平成七年最高裁判決については、最高裁判所調査官の手による判例解説（以下、「最高裁判例解説」という。）⁽¹⁰⁾があり、そこに公共施設の管理者の同意が得られなかった場合の救済方法に関して、きわめて興味深い見解が示されている。少々長くなるが、以下において、その「最高裁判例解説」を引用させて頂くこととしよう。

すなわち、「本判決（平成七年最高裁判決——筆者）がいうように関係公共施設の管理者である行政機関等が法三二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しない場合でも、国民は、適法な開発行為の申請ができないことにならざるを得ない。このような場合における国民の救済については、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つて損害を受けたことを理由として、国家賠償請求をすることができるとどまる（傍点筆者）ことになろうが、これは、法が開発行為が関係公共施設の管理上適当なものであるかどうかについては管理者の判断にゆだね、公共施設に影響を与えるような開発行為は、管理者の同意が得られない以上、その申請さえ行うことができないものとする立法政策を採用した帰結であるというほかはない。」⁽¹¹⁾としておられる。

「最高裁判例解説」の見解は、要約すれば、同意拒否には、処分性がないのだから、同意拒否に裁量権の逸脱、濫用があり違法であったとしても、その救済手段は国家賠償請求ができるにとどまる、すなわち行政訴訟は提起できない。これは、同意がない場合には、申請さえなしえないという立法政策の帰結であるとするものと解される。

(3) たしかに、同意の処分性が否定される限りは、同意拒否取消訴訟、同意の不作為の違法確認訴訟は提起できないといえる。しかし、そうであるからといって、不同意の違法を争う手段としては、本来に国家賠償請求ができるに

とどまるのだろうか。⁽¹²⁾

「最高裁判例解説」の見解が、公共施設の管理者の不同意の違法を争う訴訟方法が、国家賠償請求以外いかなる行政訴訟も提起できないということの意味するのだとすると、若干検討の余地があるのではなからうか。

すなわち、「最高裁判例解説」の見解は、公共施設の管理者が同意拒否あるいは同意の不作為により同意しない場合、開発許可申請者が同意書無添付で開発許可を申請し、開発許可申請に対する拒否処分を得て、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起し、その訴訟において、不同意の違法性を主張することまで不可能とするのであろうか。この点について、以下において、検討することとしよう。

IV 公共施設の管理者の同意と内部行為

(1) 公共施設の管理者の違法な不同意について、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起して、その訴訟で不同意の違法性を争うことについて、このような訴訟は、「法の仕組みが公共施設の管理者の同意を行政の内部行為としていないため困難と思われる」とし、このような訴訟を否定する見解⁽¹³⁾がある。

まず、この見解について検討しよう。

この見解は、このような訴訟が困難だとする理由を特に詳述しているわけではないが、筆者の理解が誤っていないければ、おそらく、開発許可における公共施設の管理者の同意類似の制度である建築基準法上の建築確認(六条一項)申請の際における消防長の同意(消防法七条一・二項、建築基準法九三条一・二項)を想定して、以上のように述べ

ておられるのではないかと推測されるので、以下において、これを素材として検討しよう。¹⁴⁾

両者は、同じまちづくりの分野の法制度であり、確かに類似しているようであるが、相違点も多い。

(2) 消防同意は、建築確認申請者が建築主事に対して申請し、これを受けて建築主事が内部手続で消防長に対し同意を求め、その同意を得るという制度である。このように、消防同意は、消防長が直接、国民に対してする同意ではなく、消防長が建築主事に対してする行政機関相互間の内部行為としての同意の制度として構成されている。

消防同意は、本来は、行政機関がする処分性が認められる外部行為であったが、二重行政排除という行政経済の見地から行政機関相互間の内部行為とされ、このことによって処分性が否定されたものである。消防同意は、これを直接取消訴訟で争いえないが、同意の拒否や取消を前提としてなされた建築確認取消訴訟において、その違法性を争うことは可能である。¹⁵⁾

これに対し、公共施設の管理者の同意は、開発許可を申請しようとする者が公共施設の管理者に対し、直接、同意を求め、公共施設の管理者から同意を得て、その同意書を開発許可申請書に添付して開発許可権者に申請する。したがって、開発許可申請者が公共施設の管理者の同意を得る行為は、少なくとも内部行為ではない。すなわち外部行為といえるであろう。

公共施設の管理行為は、そもそも本来的な公権力の行使には当たらず、また私人が公共施設の管理者に含まれることから、外部行為であっても処分性が認められない。したがって、公共施設の管理者に私人が含まれることから、私人をこれから排除しない限り行政機関相互間の内部行為として、法の仕組みを構成し直すことはできない。

以上のことから、次のことが窺える。

法制度を、①公共施設の管理者から私人を除く、②開発許可申請者が開発許可権者に直接、開発許可の申請をし、開発許可権者が公共施設の管理者の同意を得る、というように改正すれば、公共施設の同意の内部行為化は可能であろう。⁽¹⁵⁾

このような同意制度ならば、たしかに開発許可申請拒否処分取消請求訴訟で不同意の違法性を争い得るであろう。

(3) しかし、これは、都市計画法の定めた開発許可制度の改正を要する。したがって、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起して、この訴訟の中で不同意の違法性を争い得ない理由として、同意が内部行為でないことを挙げる見解は、立法論を述べるものである。法制度の改正を行い、同意を内部行為とすることが早急に可能ならばともかく、そうでない現状をかんがみると、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起して、その訴訟の中で不同意の違法性は争いえない理由を、同意が内部行為でないことに求めることは、結局、このような訴訟は、現行の同意制度の上では、解釈論として否定することにもなりかねず、説得的ではないように思われる。

(4) ところで、公共施設の管理者は、同意の申し込みに対して、どのような観点から、同意あるいは不同意の判断をしなければならないのだろうか。

すでに述べたように、公共施設の管理者の同意を定めた法三三条一項は、開発行為に関する工事によって既存の公共施設の機能を損なうことがないようにする必要がある、かつ、変更を伴うときはそれを適正に行わせる必要があるからである(前掲注(2))。このことは、同条三項が、「前二項に規定する公共施設の管理者又は公共施設を管理す

ることとなるものは、公共施設の適切な管理を確保する観点から、前二項の協議を行うものとする」と定めているからうかがうことができる。

同条三項は、平成一二年の都市計画法の改正により、付け加えられたものであるが、同意制度に新たな趣旨を加えたものではない。これまで、同意は「公共施設の適切な管理を確保する観点」からなされるよう通達により指導されてきたところであるが、まだ法の趣旨を逸脱した運用が行われている経緯を踏まえて、その趣旨を明確化し、徹底させるために改正、付加されたものである。¹⁹⁾

(5) したがって、開発行為により既存の公共施設の機能が損なわれない。いうならば、開発行為が公共施設になら悪影響を与えない場合は、公共施設の管理者は同意しななければならない義務があと解される。²⁰⁾ すなわち、公共施設の管理者は、公共施設の適切な管理を確保する観点からの裁量判断の誤りに基づいて不同意はなし得ない。また公共施設の適切な管理の確保の観点とは無関係な、たとえば、当該自治体のまちづくりの理念に合わない用途の建築物である、開発区域の近隣住民が開発計画に反対している、あるいは事業者が負担金に応じない、ということなどを理由として、同意の拒否はできないし、同意の不作為もできない。

このような場合に、公共施設の管理者がした同意拒否や不作為は、同意制度の趣旨を逸脱・濫用した運用として、違法性を帯びると解される。

以下においては、現在の同意制度を前提として、解釈論により、不同意の違法性を主張する開発許可申請拒否処分取消請求訴訟の提起の可能性があるか否かを検討しよう。

V 開発許可申請拒否処分取消請求訴訟の可能性

さて、公共施設の管理者の同意拒否の違法性を開発許可申請拒否処分取消請求訴訟で争うことは可能なのだろうか。このような訴訟を認める見解もなくはないが、その根拠は、さほど詳述されているわけではない。²¹⁾

以下において、このような訴訟が認められるか否かを検討することとしよう。

(1) まず、実際に公共施設の管理者の不同意が問題となる場合は、開発許可の申請があったが、公共施設の管理者が、それは公共施設の機能を損なう開発行為の申請であると判断し不同意の対応をしたが、これに対し、開発許可申請者が、それは公共施設の適切な管理に関する裁量判断に誤りがある、あるいは公共施設の管理とは無関係な他事考慮等に基づく不同意であると判断している場合である。すなわち、公共施設に影響を与えるような開発行為であるか否かについて、公共施設の管理者の判断と開発許可申請者の判断とが食い違っているのである。

(2) このような場合、開発許可申請者が、同意書無添付で開発許可を申請したとしたら、知事等の開発許可権者は、この申請に対して行政手続法(以下「行手法」と略す。)の下でどのような対応しなければならないのだろうか。申請が事務所に到達したとき、同意書の添付のない開発許可申請は、申請の形式要件を満たしていないので、このような申請は法制度上認められないとして、不添付を理由として、処分庁が取下げを強要したり、返戻するなどの対応をすることは、行手法上は認められないはずである(行手法七条)。公共施設の管理者の不同意の判断が客観的に見て、まったく瑕疵がなく適法であり、逆に、開発許可申請者の判断に、たとえ何人が見ても、一見明白にして重大

な瑕疵があったとしても、同意書不添付を理由として、申請書の取下げの強要、返戻の対応をすることは、行手法に反する措置といえるであろう。²³⁾

申請が処分庁の事務所に到達したとき、処分庁には、「遅滞なく」審査義務が生ずると解される。行手法七条は「申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければなら」ないと定めているのである。

そして、申請に対する審査としては、まず、第一に形式要件の審査がなされることとなる。形式要件の審査とは、申請書の記載事項、添付書類、申請期間その他の政令に定められた形式上の要件の審査である。²⁴⁾形式要件の不備が発見されなければ、直ちに申請の諾否に関する実体（質）要件の審査をしなければならない。

しかし、形式要件の不備が発見された場合、すなわち、申請に際し同意書の不添付という申請の形式要件を欠いていると判断された場合は、処分庁は開発許可申請者に対し、「相当の期間を定めて当該申請の補正を求め」るか、手続的不備、形式要件に不備があることを理由として、「当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならぬ」（行手法七条）という対応をとらざるを得ない。

補正要求をするか申請拒否処分するかは、処分庁の裁量判断にゆだねられているが、特段の事情のない限り補正を求めることが原則と解されているので、通常は、補正が求められることとなろう。²⁵⁾

しかし、公共施設の管理者の不同意による同意書不添付の場合は、補正を求められても、同意書不添付の原因は公共施設の管理者の側にあり、申請者自身の側の不手際で同意書が添付できなかったわけではない。そこで、申請者が補正に応じようと、再度、同意を求めたとしても、同意は得られないだろうから、通常、ほとんど補正には応じられ

ない結果になると思われる。⁽²⁶⁾したがって、この場合は、開発許可権者としては拒否処分をせざるを得ないことになる
と解される。

(3) 開発許可権者による申請の拒否処分がなされる場合は、「理由付記」、すなわち行手法八条によれば「理由の提示」が必要である。当然のことながら、同意書不添付という形式的要件を満たさないことによる拒否処分にも理由の提示が必要である。⁽²⁷⁾

拒否処分につき提示される理由の内容・程度は、処分の性質と理由付記を命じた各法律の趣旨・目的に照らしてこれを決定すべきである⁽²⁸⁾とされており、単に根拠条文の提示だけでは理由の提示としては不十分で、いかなる具体的事実に基づき拒否処分が行われたか申請者に認識しうる程度の理由の提示が必要と解されている。⁽²⁸⁾理由の提示の意義は、手続的公正さだけでなく、実体的公正さの担保にもあるといえる。

しかし、公共施設の管理者の同意書不添付による拒否処分の場合は、後述するように、解釈論としては、不同意の
実質的理由を審査して、拒否処分をすべきであろうが、しかし、通常は、開発許可権者は、同意書が添付されていた
か、添付されていなかったかという外形的、形式的審査により拒否処分をすることになるので、理由の提示といっ
てもごく簡単な理由しか提示しえないといえるであろう。⁽²⁹⁾したがって、ここでの理由の提示は、それほど大きな意味を
持つものではないといえるかもしれない。

(4) つぎに、同意書の添付がない申請要件を欠いた不適法な申請だとしてなされた拒否処分には、処分性が認めら
れており、⁽³⁰⁾開発許可申請者は、開発許可権者を被告とし、開発許可申請拒否処分の取消しを求めて行政訴訟(行政訴

訟ばかりでなく「審査請求」も含む。なお、法二九条の開發許可にかかる取消訴訟の提起に際しては、法五二条により「審査請求前置主義」が採られている。）を提起しうると解される。

開發許可申請拒否処分取消請求訴訟では、原告は、公共施設の管理者の不同意は、申請者の側の責任ではなく、公共施設の管理者の側の違法な不同意によるものである。すなわち、不同意は、公共施設の適切な管理を確保するという観点とは無関係な、いわゆる他事考慮等により為されたもので、その裁量判断には踰越、濫用があり違法である。したがって同意書の不添付を理由とする申請拒否は、違法であると主張して、申請拒否処分の取消を求めることができる³¹⁾と解される。

以上は、行政手続法の、申請に対する処分³²⁾に則って説明したが、行政手続法の制定前でも採りうるひとつの考え方と解することができる。

(5) さて、開發許可申請拒否処分取消請求訴訟で、原告が同意書の不添付を理由とする拒否処分は違法だと主張しうると解される理由は、以下の通りである。

すなわち、法三三条一項は、開發許可の技術基準を定めるものである。同条一項柱書きは、「都道府県知事は、開發許可の申請があった場合において、当該申請にかかる開發行為が、次に掲げる基準（……）に適合しており、かつ、その申請の手續（傍点筆者）がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していないと認めるときは、開發許可をしなければならない。」と定めている。

この条文によると、開發許可が申請されたときクリアしなければならぬ基準は、同項一号ないし一四号の技術

基準と「申請の手続」が適法であることである。⁽³²⁾ すなわち、それらが審査対象ということである。

「申請の手続」とは、開発許可の申請のための手続のことである。都市計画法上、開発許可の申請のためのさまざまな手続きが要求されており、⁽³³⁾ 法三三条の公共施設の管理者の同意書の添付手続は、要求される手続きのうちでも重要な手続きのひとつと考えられる。

ここでいう公共施設の管理者の同意書の添付手続の審査は、ただ単に同意書の添付があつたか否かを審査するということだけでない。すなわち、同意書不添付で申請がなされてきた場合は、同意書不添付の原因である不同意が実体的に適法か否かを審査する必要があるといえよう。⁽³⁴⁾

このように、申請の手続きの審査では、不同意が実体的にも適法であることを審査する必要があると解される。⁽³⁵⁾ 不同意が実体的に適法であつて初めて「申請の手続」が適法と考えられるからである。

法三三条一項柱書きをこのように解することによって、開発許可申請者は公共施設の管理者の不同意の違法を開発許可申請拒否処分取消請求訴訟によって争いうることになる。ここにおいて、不同意に違法があつたと判断されれば、開発許可申請拒否処分は取消されなければならない。

(6) 開発許可申請拒否処分取消請求訴訟では、被告は開発許可権者である。そこで、開発許可権者と公共施設の管理者が同一でない場合、知事等の開発許可権者は市町村の關係公共施設について具体的管理権を持っていないので、公共施設の管理に精通していない。したがって、被告である開発許可権者は不同意の違法性を主張されても、十分な反論ができない。また、肝心の公共施設の管理者が自らの意見を述べる場がないことになる。このような事態を避け

るため、不同意の判断をした公共施設の管理者に訴訟参加（行訴法二二条・二三条）を求めることになる。と解される（審査請求の場合は、行審法二四条の「参加人」あるいは関係人としての出頭（都計法五〇条三項）の制度によることになる）。

また、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟において、不同意が違法と判断され、開発許可申請拒否処分が取消されると、判決の拘束力（行訴法三三条、行審法四三条）により、関係行政庁を拘束することになるので、公共施設の管理者は不同意を取消し、同意すべき義務を負うと解される。

VI 国家賠償請求訴訟による救済は充分か

「最高裁判例解説」は、不同意の違法性を争うには、国家賠償請求訴訟をすることができると過ぎないと述べておられる。しかし、国家賠償請求訴訟は、原告の救済手段として充分なのだろうか。また、国家賠償請求訴訟には、取消訴訟ほどの違法行政抑止機能（あるいは法律による行政の原理の維持機能）が認められるのだろうか。これらが、積極的に解されるのであれば公共施設の管理者の不同意を争う救済手段として国家賠償請求訴訟だけで充分といえるであろう。

この点を以下で検討しよう。

(1) 取消訴訟では、一般に、処分性、原告適格、訴えの利益等の訴訟要件を論じなければならないが、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟では、審査請求前置（法五二条）を経て、出訴期間（行訴法一四条）（審査請求の場合は「不

服申立て期間」(行審法一四条)さえ満たせば問題となりそうな訴訟要件はない(開発許可申請拒否処分取消請求訴訟の場合は「訴えの利益の消滅(行訴法九条かつこ書き)」は考慮する必要がないだろう。ただし、公共施設の管理者の同意の違法を開発許可取消請求訴訟(前掲注(34))で争う場合は、「訴えの利益の消滅」の問題がありうる。)。そして、本案審理では、開発許可申請拒否処分の適法性に係る公共施設の管理者の不同意の適法性の審理がなされることとなる。

これに対し、公共施設の管理者の不同意を国家賠償請求訴訟で争う場合は、国家賠償法一条一号の下で、公務員の公権力の行使による賠償責任を問うことになる。この場合、制定法上、国家賠償責任が認められるためには、さまざまな要件を満たさなければならないが、公共施設の管理者の不同意を争う場合、それらの要件のうち、故意・過失と違法性が問題となろう。

違法性とは当該行為たる不同意の違法という客観的要件に関するものであり、故意・過失とは当該行為者たる公共施設の管理者の故意・過失という主観的要件に係るものである。すなわち、国家賠償請求の場合は、取消訴訟に比べると、原告が勝訴するためには、公務員のした行為に違法性があることのほかに公務員の行為(公権力の行使)に故意・過失があることも要求される。

(2) ところで、故意・過失について、国家賠償責任の考え方に關する通説の代位責任説によると、故意とは、公務員が職務を執行するに当たり、自分の行為によって違法な事実が発生することを認識しつつ、あえてこれを行う場合をいい、過失とは、注意義務を欠いたため、その発生を認識すべきであったにもかかわらず、認識しないでこれを行う

場合をいうとされている。⁽³⁶⁾ 故意・過失の認定は、具体的には、法令の解釈適用、要件事実の認定、客観的事実の認識の誤りなどについてなされなければならない。

しかし、故意・過失の認定は難しく、上告審で破棄される事件が多く見られ、最高裁での過失の認定は厳しいとの評価がある。⁽³⁷⁾

平成七年最高裁判決における公共施設の管理者の不同意に故意・過失は認められるだろうか。平成七年最高裁判決の事案において、盛岡市に対する国家賠償請求に関して、控訴審判決（前掲仙台高判平成五年九月一三日）は、この事案における公共施設の管理者の不同意は、「本来、不同意とはできない理由で不同意及び協議拒否をしたものであり、違法な職務の執行である」（行集四四卷八〇九号七八九頁）とし、公共施設の管理者の不同意の違法性を認めた。

しかし、公共施設の管理者がした、不同意の判断は、公共施設の管理者としての法律解釈としては、故意・過失がないとして、原告の国家賠償請求を棄却した（七〇九頁）。このように、公共施設の管理者の不同意は、法解釈についてのもので、故意・過失の認定が難しいと思われる。⁽³⁸⁾ したがって、不同意の違法が認められても、多くの場合、故意・過失が容易に認められなくて国家賠償請求が否定されることになりかねないであろう。

(3) 次に、違法性であるが、取消訴訟における違法性（以下「取消違法」という。）と国家賠償請求における違法性（以下「国賠違法」という。）はどのような関係にあるか。国賠違法が取消違法より広い場合もありうるとする見解もないわけではない。⁽³⁹⁾ しかし、この場合、取消違法が認められないわけではない。

ところが、最近、国家賠償訴訟において、取消違法は認められるが、国賠違法は認められないとする見解が見られ

るようになった。この見解は、国家賠償訴訟において、違法性を故意・過失と別個に判断するのではなく、一元的に判断するというものであり、主に裁判実務上見られるようである。このような違法性の判断方法は、職務行為基準説と称されている。この見解によると、国賠法における違法を、客観的法規範違反と解するものではなく、職務上の注意義務違反と解するものである。この説は、国賠違法と取消違法は相違するとするもので、たとえ取消違法があったとしても公務員に職務上の注意義務違反がない、すなわち過失がなければ国賠違法はないと解するものである。⁽⁴⁰⁾

したがって、もし公共施設の管理者の不同意を争う国家賠償請求訴訟において、判決が職務行為基準説による場合は、公共施設の管理者の不同意の判断について職務上の注意義務違反(過失)がないとされると、不同意に取消違法があったとしても、当該不同意には、国賠法一条一項の違法性がないとされることになる。この場合、不同意が違法であるということが判決文の表面に出てこない可能性がある。

そこで、もし、国家賠償請求訴訟において、職務行為基準説によらなければ、不同意に違法はあったが、職務上の注意義務違反(過失)がないということで、原告敗訴になったとしても、判決文に不同意の違法が記載され、このことにより、公共施設の管理者による不同意の職権取消しがなされ、国家賠償請求訴訟が結果として、制裁機能、違法行政抑止機能を果たすことになる場合がある。しかし、判決が職務行為基準説によると、故意・過失がないと不同意について違法の判断がなされないのので、国賠請求訴訟の制裁機能、違法行政抑止機能も期待できない結果になる場合があると考えられる。⁽⁴¹⁾

このようなわけで、国家賠償請求訴訟は、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟に出訴期間の徒過があるというよう

な場合は、当然これによらなければならず、意義があると解される。しかし、国家賠償請求訴訟には、以上に述べたような、救済方法として必ずしも充分でない側面があり、また制裁機能、違法行政抑止機能も充分でない側面もあるといえる。このようなことからすると、違法な不同意を開發許可申請拒否処分取消請求訴訟により争う方法を検討することは、まったく意味がないということはできないと思われる。

Ⅶ おわりに

平成七年最高裁判決に關する「最高裁判例解説」が公共施設の管理者の不同意を争う方法は国家賠償請求訴訟が残されているだけで、これ以外に行政訴訟の提起はなしえないと述べて以来、まったくといって良いほど公共施設の管理者の不同意を争う行政訴訟は見られなくなったようである。「最高裁判例解説」の影響は大きかったといえようか。⁽⁴²⁾

ところが、すでに述べたように、公共施設の管理者の不同意の違法を争うおうとするときは、開發許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起して、その取消訴訟で不同意の違法を争いうるとする見解は、確かに見られる。⁽⁴³⁾しかし、これらの見解を述べる論者は、この訴訟が認められるのは当然であるとの認識なのであるうか、その認められる論拠を詳述しているものはない。実は、筆者も、自分なりの理解で、このような訴訟は認められると漠然と認識してきた。筆者が委員を努めている開發審査会では、筆者が委員を努める前から現在に至るまで、このような訴訟が認められるとの認識の下で、不同意を争うための開發許可申請拒否処分の取消しを求める審査請求の提起を認め、不同意の実体審理をし、裁決を下してきたという経緯がある。⁽⁴⁴⁾しかし、「最高裁判例解説」の存在もあり、筆者はこのような訴訟

(審査請求)が認められることに若干の疑念を抱かなかつたわけではなかつた。

このような訳で、法文の解釈その他に誤解があるかも知れず、充分とはいえないが、現時点における筆者の考え方の整理という意味で、多くの批判があると思われるが、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟の提起の可能性の検討を、あくまでも試論という形で述べさせて頂いた。

(1) 行政処分は、通常、単独の組織単位によってなされるのが基本である。しかし、たとえば、行政処分・行政計画・行政立法というような行政庁の行為に関して、行政組織全体のなかの異なつた組織単位相互の間でとられる各種の手続きが要請される場合がある。すなわち、一つの行政庁の権限に属する案件が他の行政庁の所管事項と関連するために、前者から後者にたいして、同意、協議、承認、意見聴取、措置要求等というような組織間での手続きをとることが法制度上要求されている場合がそれである。これらの組織間手続きは、一定の行政目的を達成する為に置かれるものであり、最終的な行政庁の行為がなされるについて、しばしば重要な役割を演ずる。都市計画法三三条で定める開発許可を申請する場合に必要とされる公共施設の管理者の同意あるいは協議もこのような組織間手続きのひとつと解されなくはない。

このような組織間手続きを定めた法令の規定は多く見られる。まちづくりに係わる都市計画法、建築基準法を見ただけでも、たとえば、都計法三三条五項、消防法七条・建基法九三条の消防同意、都計法施行規則六〇条の適合証明書、建築基準法四三条一項ただし書き・四八条一三項ただし書きの建築審査会の同意等その例は多い。組織間手続きに関しては、とりあえず、小早川光郎「行政内部手続と外部法関係」兼子仁・磯部力編『手続的行政法学の理論』一〇四頁(一九九五頁)、遠藤文夫「行政機関相互の関係」雄川一郎ほか編『現代行政法大系七(行政組織)』一八五頁(一九八五年)、畠山武道「許認可の際の同意の性質—行政行為概念再考の一素材として—」(二)(三)(四・完)民商六九卷一六〇頁、五号八四〇頁、七〇卷二二六頁・五号八三三頁(一九七三年、一九七四年)、荒木修「ドイツにおける建築許可の規律内容」阪大法学五一卷一五二頁(通卷二二二号)(二〇〇一年)を参照

されたい。

しかし、後述するように、公共施設には私人の管理する道路（私道）、緑地、広場等も予定されており、したがって公共施設の管理者には私人も含まれる場合があり、都計法三三二条の公共施設の管理者の同意は、必ずしも行政組織間手続として制度化されていないわけではない。公共施設の管理者の同意制度は、むしろ、開発許可申請があつたとき開発許可に先立って行政指導に基づき申請者に対して要請される近隣住民の同意の制度に類似していると言えそうである。

- (2) 国土交通省総合政策局民間宅地指導室監修『全訂（改訂八版）開発許可制度の解説』一三五頁（二〇〇二年）。本文の内容を敷衍すれば、「同意を得なければならない」とされたのは、開発行為に関する工事によつて既存の公共施設の機能を損なう事のないようにする必要があり、かつ、変更を伴う時はそれを適正に行わせる必要があるからである。したがって、この同意は、開発行為のうち、関係のある部分について行われれば足りる。」としている（一三五頁）。また、「協議を要することとされたのは、開発行為により設置される公共施設の管理の適正を期そうとしたからである。開発行為により設置される公共施設は、適切に管理される必要があり、このため、公共施設の管理者となるべき者と開発許可を申請しようとするものとの協議をあらかじめ行わせ、これを確保しようとしたものである」としている（一三七頁）。なお、建設省都市局都市計画課編『都市計画法解説』一六〇頁（一九七〇年）、三橋壮吉『都市計画法（特別法コンメンタール）』一六九頁（一九七三年）、吉田公二編著『都市計画（新時代の都市計画）』二五六頁「隈元道雄執筆」（一九八五年）も参照。

- (3) 国土交通省総合政策局民間宅地指導室監修・前掲注（2）一三八頁、建設省都市局都市計画課監修『逐条問答 都市計画法の運用（第二次改訂版）』三六五頁（一九九〇年）。また、判例として盛岡地判平成三年一〇月二八日行集四二卷一〇号一六九二頁、仙台高判平成五年九月一三日行集四四卷八〃九号七八八頁などを参照。

- (4) 同意拒否取消訴訟で争われる対象は、同意拒否であり、同意ではない。そこでは同意拒否に処分性が認められるか否かが問題とされるが、同意拒否に処分性が認められるか否かと同意に処分性が認められるか否かは、裏腹の関係であり、同じ意味・内容と考えられる。すなわち、同意拒否に処分性が認められるということは、同意に処分性が認められることである。また、不作為違法確認訴訟は、同意を行政処分と見立てて提起する訴訟であるので、同意に処分性が認められなければ不作為の違法確認訴訟の提起は不適

法却下となる。

なお、同意拒否ではなく同意そのものを争う、たとえば、開発区域の近隣住民が公共施設の管理者の同意の取消を求めて争うということも考えられるが、これまで、このような訴訟はこれまで見られなかった。判例に現れた公共施設の管理者の同意をめぐる実際の訴訟は、いずれも同意拒否、同意の不作為を争う場合だけであった。なお、この点に関しては、後掲注(34)を参照。

- (5) ちなみに、協議の処分性に関しては、これを認めないことに学説・判例は一致しており、この点に関しては問題はない。学説として、宇賀克也「判批(時の判例)」ジュリ九〇六号五五頁(一九八八年)、同「判批(下級審・時の判例)」ジュリ一〇六一号二二頁(一九九五年)がある。判例として、東京地判昭和六三年一月二八日判時一二七二号九三頁、盛岡地判平成三年一〇月二八日行集四二卷一〇号一六八六頁、この控訴審判決、仙台高判平成五年九月二三日行集四四卷八〇九号七七頁がある。なお、協議が整った場合における合意の拘束性については、大阪地判昭和六一年一〇月二八日判時一二三四号九頁、大阪高判昭和六三年六月二二に判タ六七六号七〇頁を参照。

- (6) 処分性を肯定する学説として、阿部泰隆「都市計画法三三条にいう開発許可に対する公共施設管理者の同意」『行政法の解釈』二八九頁(一九九〇年)(判例評論三五九号七頁(判時一二九一号一六九頁)(一九八九年)、山村恒年「判批」判例自治一三一号六六頁(一九九五年)、見上崇洋「判批」民商一一四卷二九二頁(一九九六年)がある。判例として、仙台高判平成五年九月二三日行集四四卷八〇九号七七頁がある。なお、北村喜宣「判批」行政判例百選Ⅱ「第四版」四〇六頁(一九九九年)は肯定説か。また、田村泰俊「判批」東京国際大学論集(経済学部編)一五号七五頁(一九九六年)、高野修「判批」平成七年度重要判例解説(ジュリ一〇九一号)三二頁(一九九六頁)、馬橋隆紀「判例最前線」都計法三三条の「同意」に賛否両論」判例自治一四六号九頁(一九九六年)も参照。

- (7) 処分性を否定する学説として、宇賀・前掲注(5)ジュリ九〇六号五五頁・ジュリ一〇六一号二三頁、櫻井敬子「判批」自研七一卷六号一―三頁以下(一九九五年)。判例として、東京地判昭和六三年一月二八日行集三九卷一―二号四頁、盛岡地判平成三年一〇月二八日行集四二卷一〇号一六八六頁、水戸地判平成六年九月二七日判例自治一四一―三四頁がある。

- (8) 平成七年最高裁判決の事実関係、一審判決(盛岡地判平成三年一〇月二八日行集四二卷一〇号一六八六頁)、控訴審判決(平成五

年九月一三日行集四四卷八〇九号七七二頁）の内容は以下のとおりである。

開発許可を申請しようとした原告・会社（控訴人・被上诉人）は、山林約一〇万平方メートルについて、都計法二九条の開発行為許可申請の事前準備として、公共施設の管理者である被告・盛岡市長、盛岡地区広域行政事務組合消防長（被控訴人・上诉人）以下「盛岡市長等」という。）に対し都計法三二条の同意および協議を求めた。しかし、被告・盛岡市長等は、本件開発行為は、盛岡広域都市市街化区域及び市街化調整区域の整備・開発又は保全の方針（以下「整備・開発・保全の方針」という。）に適合しない、また岩手県作成の盛岡広域都市計画基本計画（以下「基本計画」という。）で自然緑地として、保全に努める地区とされているが、これに反するなどとして、同意および協議はできないとの不同意回答をした。これに対して、原告は、不同意回答は処分に当たらないとして、不作為の違法確認訴訟（第一次請求）、不同意回答が処分に当たるとして、その取消訴訟（第二次請求）、被告に同意および協議の作為義務があるとして、民法四一四条一項ただし書により被告に同意および協議することを求める作為請求訴訟（第三次請求）および盛岡市に対する国賠請求訴訟を提起した。

一審判決（前掲盛岡地判平成三年一〇月二八日）は、同意および協議の処分性を否定し、不作為の違法確認訴訟（第一次請求）と取消訴訟（第二次請求）を却下し、第三次請求、国賠請求を棄却した。控訴審判決（前掲仙台高判平成五年九月一三日）は、同意拒否の処分性を認めたが、協議拒否の処分性を否定した。同意拒否に処分性を認めた理由は、「公共施設の管理者が同意を拒否すると、開発行為者の開発許可申請は不適法となり（三〇条一項）、開発行為者は開発対象地に対する開発をすることができなくなる立場に置かれることとなり、開発行為者が本来有する開発をするという権利を侵害されることになる」（行集四四卷八〇九号七七二頁）からであるとしている。そして、本件の不同意回答の理由は、本件開発行為が「整備・開発・保全の方針」及び「基本計画」に適合しないとするものであり、本来不同意とはできない理由で同意を拒否したもので違法であるといわざるを得ない」（七八九頁）とした。市長が告示し、最高裁判決は、本文中で述べるように、同意拒否の処分性を否定し、原判決を破棄した。

- (9) 同意の拒否の処分性を否定する理由として、平成七年最高裁判決が述べた理由以外に、前掲東京地判昭和六三年一月二八日は、①公共施設には私道その他私人が事実上公共の用途に供しているものが含まれているので、私人も公共施設の管理者となりうることに、②そもそも公共施設の管理行為が本来的には公権力の行使であるとはいえないこと、③法三二条が「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、かつそれをするについての要件を規定しておらず、それが処分であることを窺わせるに足る法令の規定がないことなどを挙げている。前掲盛岡地判平成三年三月二八日、前掲水戸地判平成六年六月二七日も基本的には同旨と考えられる。

(10) 綿引万里子「時の判例」ジュリー一〇七一号九九頁(一九九五年)、「最高裁 時の判例Ⅰ(公法編)」二二二頁(二〇〇三年)に所収。また、同「最高裁判所判例解説」法曹時報四九卷六号一五七一頁(一九九七年)、「最高裁判所判例解説(民事篇)」平成七年(上)「三八〇頁(一九九八年)に所収。なお、判時一五二六号八二頁のコメントも同旨。

(11) 綿引・前掲注(10)一〇〇頁、なお、宇賀・前掲注(5)ジュリー九〇六号五五頁は、「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になる」と述べているが、ほぼ同旨と思われる。

(12) 宇賀・前掲注(5)ジュリー一〇六一号一三三頁は、同意拒否があった場合の救済方法として、民法四一四条二項ただし書きにより、同意を求める民事訴訟を提起し、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、都計法三〇条二項の「同意を得たこと」を証する書面」の添付という要件を満たすことができると指摘し、同意拒否の処分性が認められなくとも、開発許可申請者の救済の道を閉ざすことにはならないこととしている。この見解は、同意拒否の処分性の存否とは無関係に、同意拒否の司法審査を可能とするものであり、ひとつの考え方と解される。しかし、桜井・前掲注(7)一四頁は、以上の指摘には消極的である。原告は、一審、控訴審において、民法四一四条二項ただし書きにより同意することを求めていたが、控訴審判決(前掲仙台高判平成五年九月一三日行集四卷八〇九号七八九頁)は、原告(控訴人)は、被告(被控訴人)を行政庁(市長)として、訴を提起しているが、請求からすると被告は行政主体であるべきであり、坑告訴訟以外に当事者能力がない行政庁(市長)は被告たりえないとして、この点に関しては不適法却下した。この点に関しては、平成七年最高裁判決も同旨である。

(13) 高野・前掲注(6)三三二頁

(14) 高野・前掲注(6)三三二頁では、日本土地法学会「都市計画法・固定資産税の再検討」(土地問題双書三)一一〇頁(一九七五年)が引用されており、ここでは消防同意に触れつつ公共施設の管理者の不同意の争い方に関しての質疑・応答がなされている。

(15) 消防庁予防救急課Ⅱ消防庁危険物規制課共編「消防法解説」六八頁、七二頁(一九八七年)、総務省消防庁監修Ⅱ消防基本法制研

究会編集「逐条解説 消防法」一〇四頁（二〇〇三年）、関東一「四訂版 消防行政法要論」二七三頁、二七八頁（二〇〇一年）。

- (16) 最判昭和四四年一月二九日民集一三卷一号三二頁によれば、消防同意は、行政機関相互間の行為であるので、直接国民に対して法的効果を生ずるわけではないから消防同意の処分性は否定され、同意拒否や同意取消があった場合、消防長を被告として同意拒否や同意取消の取消訴訟は提起できないが、同意拒否や同意取消を前提にせよなされた建築確認等の拒否処分について、建築主事を被告として取消訴訟を提起して、その訴訟において、消防同意の違法性を争うるとされている。この最高裁判決についての判例評釈として、永良系一「判批」行政判例百選Ⅰ「第四版」八八頁（一九九九年）、菊井康郎「判批」行政判例百選Ⅰ一四二頁（一九七九年）、南博方「判批」民商四一巻一号九〇頁（一九五九年）、田口精一「判例研究」法研三三巻五号五二頁（一九六〇年）を参照。
- (17) 都計法三二条の定める公共施設の管理者の同意制度は、都計法が昭和四三年五月の第五八国会において制定（昭和四四年六月一日四日施行）されて以来、平成一二年に改正（平成一二年五月一九日公布（平成一二年法律第七三号）、平成一三年五月一八日施行）され、開発行為について公共施設の管理者等の同意・協議の観点を明確化するために二項、三項が設けられた以外は、制度改正はなく、基本的には、制定当初のままであったと言える。しかし、都計法の定める開発許可制度を先取りして、その原型（前身）を定めていた「住宅地造事業に関する法律（以下「住造法」という）」が廃止され、昭和四三年に都計法が制定されたとき若干の改正があった。興味深いので、この点を瞥見しよう。

住造法は、昭和三十六年六月、第四六回国会で制定（同年七月九日公布）され、同年一〇月一日施行に施行されたが、都計法の制定により昭和四三年に廃止された。住造法の廃止は、都計法における開発許可制度の創設に伴い住造法が開発許可制度に発展的に吸収されたため、住造法を存続させる必要がなくなったためである。住造法の廃止に伴う経過措置については、都市計画法施行法七条に規定されている。

住造法によると、その目的は、「この法律は、人口の集中に伴う住宅用地の需要の著しい都市及びその周辺の地域において相当規模の住宅地の造成に関する事業が行われる場合に、当該事業の施行について災害の防止及び環境の整備のため必要な規制を行い、あわせて、その適正な施行を促進するため必要な事項について規定することにより、良好な住宅地の造成を確保し、もって公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。」（一条）とされていた。すなわち、同法の目的は、人工の集中に伴う住宅用地の需要の著し

い都市及びその周辺の地域において、相当規模の住宅地の造成に関する事業が行われる場合に、(1)災害の防止及び環境の整備を図ること、(2)事業の適正な施行を促進するため必要な助成措置を講ずること、により良好な住宅地の造成を確保しようとするものであった。

同法の適用区域は、人口の集中に伴う住宅用地の需要の著しい都市およびその周辺地域について、関係都道府県の申出に基づき建設大臣が指定した「住宅地造成事業規制区域」に限定される(三条、四条)。同法は、主として住宅建設の用に供する目的で一団の土地について行う土地の区画形質の変更を「住宅地の造成」と定義し(二条一項)、政令で定める規模以上の一団の土地について行う住宅地の造成に関する事業を「住宅地造成事業」(二条二項)とし、住宅地造成事業規制区域内において住宅地造成事業を施行しようとする事業主は都道府県知事(指定都市の長)の「認可」を受けなければならない(四条)としている。

そして、認可を申請しようとするものは、「第四条の認可を申請しようとする者は、あらかじめ、事業計画に関係がある公共施設の管理者及び施行地区となるべき土地の区域内の土地又はその土地にある工作物につき当該住宅地造成事業の施行の妨げとなる権利を有する者の同意を得、かつ、当該住宅地造成事業により設置される公共施設を管理することとなる者に協議しなければならない。」(七条)と定めていた。この公共施設の管理者の同意の制度が都計法三二一条の同意制度の原型と解される。

ところが、都計法の制定に際して、同意制度は、「開発行為に関係がある公共施設の管理者」の同意に限定され(法三二条一項)、「妨げとなる権利を有する者」の同意を得なければならないとの要件は、開発許可の技術基準の中に繰り入れられてしまった(法三三条一項一四号)。何故このように、両者が区別されたかは定かではない。

「公共施設の管理者」から私人を除く法改正の方法として、「公共施設の管理者」の同意を、このように法三三条一項で定める技術基準の中の組み入れることが考えられるであろう。

なお、住造法の制定に関しては、藤沢孝栄「大都市周辺の宅地造成の規制と助成」時の法令五一四号一頁(一九六四年)、同「住宅地造成事業に関する法律について」地方自治二〇一四四頁(一九六四年)、石津正一「住宅地造成事業に関する法律」法時三六卷一〇号七一頁(一九六四年)を参照。

(18) 通達「開発許可に関する事務の迅速化について」(昭和六二年一月三十一日建設省様民発第四三三号建設経済局長通達)。通達は、

「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」(平成二年四月一日施行)により都市計画法が改正され、開発許可が自治事務化されたので廃止された。なお、これらの通達は、「開発許可制度運用指針」として策定し直された(「開発許可制度運用指針の策定及び関連する通達の廃止」平成十三年五月二日国土交通省総民発第九号)。

(19) 建設省都市局都市計画課ほか監修「平成一二年改正 都市計画法・建築基準法の解説Q & A」七七頁(二〇〇〇年)。

(20) 東京高判平成二年六月二三日判時一三五七号八三頁。阿部・前掲注(6)三〇一頁、三橋・前掲注(2)一七〇頁を参照。また、国土交通省総合政策局民間宅地指導室監修・前掲注(2)一三五頁、建設省都市局都市計画課編・前掲注(2)一六〇頁も参照。

(21) 荒秀Ⅱ小高剛編『都市計画法概説』一一四頁(安本典夫執筆)(一九九八年)、北村・前掲注(6)四〇七頁を参照。また、櫻井・前掲注(7)一一四頁は、「ある開発行為を許容するか否かにかかわる『統一的国意思』(…)は開発許可権者を通じて二元的に表明されることが合理的であるから、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と考えるのが妥当であり、本件のように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」としている。

(22) 平成七年最高裁判決によれば、公共施設の管理者の不同意は行政処分ではないので、行手法八条の適用はないが、条理上、理由の提示(理由付記)は要求されるであろう。実際、実務上は、通常、不同意に際しては公共施設の管理者による書面による理由の提示があるといつてよい。なお、前掲仙台高判平成五年九月一二日行集四四卷八〇九号七七六頁を参照。

(23) 小早川光郎『行政手続法逐条解説』(ジュリスト増刊)九六頁(一九九六年)において、塩野宏教授は、「申請が到達したなら審査するのが当たり前なので、それを受理するとか受理しないとかいうことはありえない」と述べておられる。

もし、同意書不添付の申請を形式要件の不備を理由として、申請書類を「返却(あるいは不受理、返戻)したならば、その行為は、法的には、①補正指導行為、②形式的拒否処分、③実体的拒否処分のいずれかであると解される。参照、兼子仁『行政手続法』七四頁(一九九四頁)。なお、申請書が事務所に到達したにもかかわらず、①②③のいずれでもなく不作為の状態が続いているならば、不作為の違法確認請求訴訟で不作為が違法と判断される場合もありうるであろう。事業者に対して、廃棄物処理法に基づく許可申請の前に要綱で要求されている住民との協議書を提出しなかったとして申請書を返戻した行為について、この行為は行政処分に

当たらないとして、不作為の違法確認請求が認められた事例として、仙台地判平成一〇年一月二七日判時一六七八号四三頁を参照。したがって、「最高裁判例解説」は、都計法は「公共施設に影響を与えるような開発行為は、管理者の同意が得られない以上、その申請さえ行うことができないものとする立法政策を採用した」(ジュリ一〇七一号一〇〇頁)と述べておられるが、この意味するところが、同意書不添付という申請の形式要件の欠如がある場合は、申請は拒否処分という取扱いを受けるということであれば納得できる。しかし、この意味が、そもそも申請手続きをとりえない、したがって、行政実務上、申請があったとしても申請書類の「返却」(あるいは、不受理、返戻)が可能だということの意味するのであれば、少なからず疑問がある。

(24) 塩野宏・高木光『条解 行政手続法』一五四頁(二〇〇〇年)、総務省行政管理局編『逐条解説 行政手続法「増補新訂版」』一〇頁(二〇〇二年)、その他。

(25) 南博方・高橋滋『注釈 行政手続法』一五八頁(二〇〇〇年)によれば、補正を求めることが可能である場合には、原則として補正を求めるべきであり、補正を求めずに安易に拒否処分を行うことは裁量権の濫用になると解される(東京地判昭和四六年一月二九日判時六四〇号三六頁、東京高判昭和五九年一月二八日判時一一四八号一四二頁)としている。なお、宇賀克也『行政手続法の解説「改訂版」』八二頁(一九九四年)、仲正『行政手続法のすべて』四二頁(一九九五年)、室井力ほか編者『行政手続法・行政不服審査法(コンメンタール行政法I)』九三頁(梶哲教執筆)(一九九七年)を参照。

(26) 国土交通省総合政策局民間宅地指導室監修・前掲注(2)一三八頁は、「市町村が他事考慮により同意・協議手続を遅延させている場合には、都道府県においては、本条の規定の本来の趣旨に沿った同意・協議手続が迅速に進められるよう、当該市町村に対して具体的に事情の疎明を求めること等により、申請者と市町村との間の所要の調整を積極的に行う必要がある」と述べている。このような考えであると、公共施設の管理者の「公共施設の適切な管理」の確保の観点とは無関係な他事考慮により不同意があった場合、都道府県の以上のような対応により、補正がなされるかもしれない。都道府県の以上の対応は、法的な義務ではないが、妥当な見解と思われる。これは、公共施設の管理者と開発許可権者が異なる場合であるが、公共施設の管理者が都道府県、指定都市等(指定都市、中核市及び特例市)である場合は、開発許可権者と公共施設の管理者が同一地方公共団体内にあり、一体的であるので、不同意に関する両者の判断の齟齬は生じないので、補正に応じるということは、よほどのことがない限り、考えられないといえる。

(27) 室井力ほか編著・前掲注(25)九八頁(久保茂樹執筆)、総務省行政管理局編・前掲注(24)一一三頁、南Ⅱ高橋・前掲注(25)一六六頁。

(28) 塩野Ⅱ高木・前掲注(24)一六二頁、南Ⅱ高橋・前掲注(25)一六八頁。最判昭和三七年二月二六日民集二六卷二二号二五五七頁、最判昭和三八年五月三一日民集一七卷四号六一七頁、最判昭和六〇年一月三日民集三九卷一号一頁、最判平成四年二月一日判時一四五三号一六頁。

(29) 提示される理由は、通常は、開発許可申請書に同意書の添付がないこと、これが都計法三〇条二項に違反すること、となるであろう。しかし、前掲注(22)で述べたように、開発許可申請者は、公共施設の管理者から不同意の理由について面書による理由の提示を得ているので、開発許可申請者は、何故に拒否処分がなされたかという実体的理由は充分に理解しているはずであるので、拒否処分の際の理由の提示が簡単なものであっても、大きな問題とはならないと解される。

(30) 申請要件の不備を理由とする申請拒否は、補正指導ということはありえても、これを受付拒否という意味での申請書の返戻と解することはできない。前掲注(23)を参照。補正指導以外の、申請拒否は拒否処分であり、拒否処分は、それが申請要件欠如を理由とする形式的申請拒否処分であれ、実体的申請拒否処分であれ、処分性が認められることは学説、判例上確立している。

学説としては、雄川一郎『行政訴訟法』七〇頁(一九六六年)、南博方「取消訴訟の対象」『実務民事訴訟講座八(行政訴訟Ⅰ)』一六頁(一九七〇年)、渡部吉隆Ⅱ園部逸夫『行政事件訴訟法体系』一〇五頁(渡部吉隆執筆)(一九八五年)、兼子仁『行政手続法』七四頁(一九九四年)、田中真次「拒否処分に対する抗告訴訟について」『法曹時報七卷一号一三一頁(一九五五年)』を参照。また、申請拒否に処分性を認めた判例として、たとえば最判昭和二八年二月二八日民集七卷一三〇号一五六一頁を参照。つぎに、申請要件が不備だとして申請書の返戻が為された場合、補正指導とする判例(京都地判平成元年一〇月六日判例集未登載)、形式的申請拒否処分とする判例(宇都宮地判平成三年二月二八日行集四二卷二二号三五五頁)および実体的申請拒否処分とする判例(東京高判平成三年四月二三日行集四二卷四号五九二頁)をも参照。

(31) 法で要求されている図面添付がなく、申請としての形式的要件を欠いて申請がなされた場合に、この形式的瑕疵を理由とする特許庁長官の不受理処分を申請を拒否する却下処分と解して、本案審理をし、不受理処分は違法だとして、これを取消した実用新案特

許出願に関する東京地判昭和四六年一月二十九日行集三卷一号一一頁を参照。

なお、許可の申請拒否ではなく、届出の受理拒否に関してはあるが、要綱行政の下で、行政指導により要求されている近隣住民の同意が得られなかったので、産業廃棄物処理施設を設置しようとする者が同意を得ないまま産業廃棄物処理施設設置の届出書を提出した事案があった。しかし、同意を得られなかったという届出の形式要件の不備を理由として、知事が届出書の受理を拒否(返戻)した。これに対し、産業廃棄物処理施設を設置しようとする者による産業廃棄物処理施設設置届受理拒否処分取消請求訴訟の提起が認められ、行政指導により要求されている同意がないことを理由に届出書の受理を拒否することは、違法な拒否処分だとの判断がなされた事例があった(宇都宮地判平成三年二月二十八日行集四二巻二号三五五頁、判時一三八五号四二頁、判タ七六三号一三九九頁)。この事案は、届出の受理拒否に関するものであり、許可の申請拒否に関するものではない。また、公共施設の管理者の同意制度のように、同意の要求が、届出制度を定めている産業廃棄物処理法において定められているのではなくて、同法とは別個の自治体の定めた指導要綱によるという相違はある。しかし、この事案は、近隣住民の同意がないことを届出要件の不備として、届出が受理されず、受理拒否処分がなされた場合、届出受理拒否処分取消請求訴訟の提起を認めるといえるものであり、これは、同意がないことを申請要件の不備として、開発許可の申請に対する申請拒否処分がなされた場合、申請拒否処分取消請求訴訟の提起を認めることと同じと解されないだろうか。

(32) 国土交通省総合政策局民間宅地指導室監修・前掲注(2)一六一頁は、「申請に係る開発行為が、本項の要件に適合しないか、あるいは、手続違反がある場合(傍点筆者)は許可してはならないかどうかについては、直接規定されていないが、本条の趣旨から当然許可をしてはならないと解する」としている。三橋・前掲注(2)一七六頁(一九七三年)も同旨。

(33) 申請の手続きとして、とりあえず、公共施設の管理者の同意(法三三条一項)、協議(法三三条二項)、政令で定める者との協議(法三三条二項)、権利者の同意(法三三条一項一四号)、同意書・協議書等の添付書類の作成、その他設計説明書・計画図等の作成などが考えられる。参照、遠藤博也『都市計画法五〇講』九二頁(一九七四年)。

(34) 申請の手続きの審査は、同意書の添付がある開発許可の申請の場合もなされなければならないと解される。なお、前掲注(5)を参照。すなわち、同意書の添付がある申請は、形式的に同意書が添付されておれば良しとするのではなく、同意が実体的にも適法

であるか否かを審査する必要があると解される。近隣住民が、なされた同意には、裁量濫用があるので違法であると主張して、開発許可処分取消請求訴訟を提起した場合に、同意の違法の实体的内容が審理がなされることとなる。このような、開発許可処分取消請求訴訟において、同意の違法を主張する事案は、これまで見られないようであるが、提起の可能性が十分予測される訴訟方法である。

(35) 法三三条一項柱書きの趣旨からすれば、開発許可の申請を受けた開発許可権者、開発審査会、司法裁判所が同意あるいは不同意の適法性を実体的にも審査することになると解される。これが法制度の趣旨と解される。

しかし、申請を受けた段階で、開発許可権者がこのような審査を行うことは期待できないと思われる。なぜならば、開発許可権者と公共施設の管理者が同一であるときは、両者でその判断が相違することは無い。また開発許可権者が都道府県知事で公共施設の管理者が市町村長であるときは、両者の判断に齟齬があったとしても、開発許可権者たる知事は、公共施設の管理者たる市町村長が公共施設の管理という自治事務について自主的にした同意、不同意という判断については、実際は、その判断を尊重することとなると解されるからである。この意味において、法三三条一項柱書きは、開発許可権者の審査の場合より、開発審査会の審査、司法審査の場合に大きな意義を有するといえる。

なお、私人が、私道のような私有公物たる公共施設の管理人である場合でも、その管理者たる私人は、何の制約もなく、まったく自由に同意または不同意の判断をしても良いわけではなく、公共施設の適切な管理を確保するという観点から同意あるいは不同意の判断をすべきであろう。この観点から、開発許可権者、開発審査会および司法裁判所は、私人の同意あるいは不同意を判断することになると解される。

同意手続についてはなく、協議手続についてであるが、建設省都市局都市計画課監修『逐条問答都市計画法の運用〔二次改訂版〕』三二六頁（一九九〇年）は、協議書の添付があったとしても、「協議が整っていない場合に、協議の経過如何によつては相互に誠意のある協議がなかったものとして手続の欠陥を理由に開発許可を不許可にすることができるともありうる」と述べている（同「増補改訂版」三三三頁（一九七六年）も同旨）。このことは、協議手続について、協議書が単に添付されていたか否かではなく、添付されている協議書の内容について、実体審査することが必要と述べていると解される。

なお、「最高裁判例解説」は、公共施設の管理者の不同意を争う訴訟手段として、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を否定しておられるが、その理由を、別の判例解説(「最高裁判所判例解説」曹時四九卷六号一五九一頁(一九九七年))の中で、次のように述べておられる。すなわち、「実質的にみても、関係公共施設の管理者でもない開発許可権者が、関係公共施設の適正な管理を行う上で、開発行為によってもたらされる影響に問題があるかどうかについての適切な判断をすることができるとは考えられないし、また、例えば、開発行為を行おうとする者が開発行為に伴って計画している進入路に当たる道路の舗装、拡幅等が右道路の管理上適切なものであると開発許可権者が判断したとしても、将来、右舗装、拡幅等の工事が道路管理者によって承認(道路法二四条参照)される保証もないまま、開発許可をすることが適切であるとも思われない。」と。

(36) とりあえず、宇賀克也『国家補償法』六八頁(一九九七年)、古崎慶長『国家賠償法』一五二頁(一九七一年)、阿部泰隆『国家補償法』一五五頁(一九八八年)など参照。

(37) 古崎・前掲注(36)一五六頁、阿部泰隆「判批」法協八四卷一〇号一四四〇頁(一九六七年)。

(38) 古崎・前掲注(36)一五六頁は、「法律解釈の問題については、見解の相違ということで、過失の認定が難しい分野であることは、……明らかである」と述べている。

(39) この見解を説く論者として、とりあえず、下山英一『国家補償法』一三六頁(一九七三年)。なお、遠藤博也『国家補償法上巻』一六六頁以下(一九八一年)も参照。

(40) 職務行為基準説は、その適用の範囲は、当初は、最判昭和五三年一〇月二〇日民集三三卷七号一三六七頁(検察官の公訴の提起(別件事件))、最判昭和六〇年一月二二日民集三九卷七号一五二二頁(国会議員の立法行為)、最判平成八年三月八日民集五〇卷三号四〇八頁(警察官の被疑者の逮捕)等の国・地方公共団体の特殊な行政活動の分野に適用されていたといえる。しかし、最近、職務行為基準説は、たとえば、運転免許取消処分国家賠償事件(東京地判平成元年三月二九日判時一三二五号四二頁)や奈良県過大更正国家賠償事件(最判平成五年三月一日民集四七卷四号二八六三頁)に見られるように通常の行政処分や住民票統柄記載国家賠償事件(最判平成一年一月二二日判時一〇〇二号九四頁)のような事実行為(事務処理)の違法性の判断においても採用され、それらの行政活動において公務員に職務上の義務違反(過失)がない場合は、その行政活動に取消違法があっても、国賠法一条

一項の違法はないとされる例が見られるようになってきた。ただし、最判平成三年七月九日民集四五卷六号一〇四九頁（監獄法施行規則幼児接見不許可事件）のように、職務行為基準説によっていない場合もある。

- (41) 宇賀克也『国家補償法』六二頁（一九九七年）。職務行為基準説を批判する見解として、とりあえず、塩野宏『行政法Ⅱ』〔第三版〕行政救済法』二七三頁（二〇〇四年）、兼子仁『行政法学』二〇五頁（一九九七年）、原田尚彦『行政法要論（全訂第四版増補版）』二七三頁（二〇〇〇年）、藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）』四八〇頁以下（二〇〇三年）、芝池義一『行政救済法講義第二版』二一〇頁（二〇〇〇年）などを参照。

- (42) 「最高裁判例解説」が公にされてから、不同意の違法を主張して開発許可申請拒否処分の取消しを求める審査請求で、処分庁（開発許可権者）は、不同意の理由について内容審査を行わず、「最高裁判例解説」と同趣旨の判例時報一五二六号八一頁のコメントを引用し、「法の仕組みは、法三二条に規定する同意がなければ、その理由のいかんを問わず、もはや法二九条第一項に定める許可を得て開発行為を行うことはできないものと解すべきである」（神奈川県開発審査会裁決平成八年三月二九日）と主張する例が見られるようになった。

- (43) 前掲注(21)を参照。

- (44) 法二九条の開発許可に関する許可については、法五二条により審査請求前置主義が採られている。筆者が委員を務める開発審査会では、最近、一〇年間で開発許可に係わる一五件の判決がなされた。そのうち、五件が公共施設の管理者の不同意（同意拒否・同意の不作為）に関するものであった。これらの内で、不同意が違法であったとして、開発許可申請拒否処分が取消された事案があった。その中で以下のような事案があった。

すなわち、開発許可権限が知事から委任されているY市において、公共施設の管理者たるY市（「開発許可権者」と「公共施設の管理者」が同一である。）が、パチンコ店の建設が禁止されていない工業地域でパチンコ店を建設しようとした開発許可申請者Xに対し、パチンコ店の建設に反対する住民の意向等を理由として、同意・協議に応じなかった。そこで、Xが、開発許可権者Yに対し、同意書・協議書不添付で開発許可の申請をしたが、必要書類不添付ということで、申請は拒否（却下処分）された。これに対し、Xが、開発許可申請拒否処分の取消を求める審査請求を提起し、審査会において、公共施設の管理者Yの同意の不作為は公共施設の

適切管理とは無関係な他事考慮によるものだと理由で、審査請求は認容された(神奈川県建築審査会裁決平成七年二月一七日)。そこで、公共施設の管理者Yは、裁決の拘束力に従って作為義務を果たしたが、その回答は、不同意であった。同意拒否の理由は同意の不作為の理由と同じであった。裁決の拘束力を考慮すると、公共施設の管理者Yが、同意の不作為の理由と同じ理由で同意拒否できるか否か、疑問があるが(不作為についての審査請求には行審法四三条は準用がない。五二条二項)、Xは、再び、開発許可を申請した。開発許可権者Yは、添付書類不備で、開発許可の申請を拒否した。そこで、Xは、再び、開発許可申請拒否処分の取消しを求める審査請求を提起したが、ここで、審査会としては、審査請求を認容し、拒否処分を再び取消した(神奈川県開発審査会裁決平成八年三月二十九日)。これに対し、裁決の拘束力があるにもかかわらず、公共施設の管理者Yは、裁決を無視し、また、不同意をしたので、Xがこれを受けて無添付の開発許可の申請をし、開発許可権者Yは、無添付申請を理由とし、その申請を再び拒否した。そこで、Xは、また、開発許可申請拒否処分の取消しを求めて、審査請求をした。この拒否処分は、同一事情の下における同一理由に基づく拒否処分なので、拘束力に反し取消・無効となろう。しかし、この審査請求が認容されたら、Xは、不同意の違法を争うため司法裁判所に開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起できなくなるという事態にならざるを得ない。審査会としては、このような事態を避けるため、平成八年三月二十九日の裁決に関する(二度目の)審査請求に係る拒否処分の事案とこの(三度目の)審査請求は実質的に同一事案であると判断し、既判力あるいは一事不再理の原則の下で、「すでになされた裁決対象と同一の対象の蒸し返しは許されないという法理」により、この審査請求を却下した(神奈川県開発審査会裁決平成八年一月二六日)。このような、事案の処理の仕方が妥当であったか否か疑問がなくなるかもしれない。しかし、ともかく、Xは、開発許可申請拒否処分取消請求訴訟を提起しうることとなった(なお、現在この訴えは取下げられている)。

以上の事案で考えられることは、裁決の拘束力に従わない公共施設の管理者が不同意(同意拒否、不同意)を繰り返したとしても、拘束力に対する不服従には、法制度上強制執行の手段がないので、開発許可申請拒否処分の取消しを求める審査請求は無意味になりかねないと言えるだろう。以上の事案は、審査請求であったが、裁判所の訴訟においても公共施設の管理者が同様のことを繰り返したら、同じことが言えるだろう。この場合は、公共施設の管理者の不同意は、国家賠償請求訴訟で争う以外ないと考えられる。なお、荒秀「開発許可の法と実務(二)」獨協四四号一頁(一九九七年)を参照。