

公共施設管理者の同意に関する一考察

— 平成25年5月30日の高松高裁判決を契機として —

山下 義 昭*

- I はじめに
- II 平成25年高裁判決の内容
- III 平成25年高裁判決と平成7年判決の分析
- IV 処分性の有無と実効的な救済
- V むすび

I はじめに

都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為¹をしようとする者は、原則として、都道府県知事の許可（開発許可）を受けなければならない（都市計画法29条1項）。この許可申請につき同法32条1項は、開発許可申請者は公共施設²の管理者——既存の公共施設の管理者——と「協議」をし、その「同意」を得なければならないと規定し、同条2項は「公共施設を管理

*福岡大学法科大学院教授

¹ 都市計画法4条12項は「開発行為」とは「主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行なう土地の区画形質の変更をいう」と規定する。

² 都市計画法4条14項は「公共施設」とは、「道路、公園その他政令で定める公共の用に供する施設をいう」と規定し、同法施行令1条の2は「政令で定める公共の用に供する施設は、下水道、緑地、広場、河川、運河、水路及び消防の用に供する貯水施設とする」と規定する。

することとなる者」(その他政令で定める者)——開発行為等により将来設置される公共施設の管理者——とは「協議」しなければならないと規定する。すなわち、「協議」を1項、2項の場合に共通する開発許可申請の要件とし³、「同意」は1項の場合の要件としている⁴。また、同条3項は「前2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者は、公共施設の適切な管理を確保する観点から、前2項の協議を行うものとする」と定める。なお、同法30条2項は、開発許可申請書の形式要件として「第32条第1項に規定する同意を得たことを証する書面、同条第2項に規定する協議の経過を示す書面その他国土交通省令で定める図書を添付しなければならない」と規定している。

以上の都市計画法の定めによれば、(既存の)公共施設の管理者が開発許可申請予定者で同意申出人(以下「申請予定者」という)の同意の申出に対し同意を拒否した場合、申請予定者は、開発許可申請の要件を欠くことになるので、開発許可の適法な申請はできないことになる。しかし、同意拒否(以下「不同意」も同義として用いる)が違法である場合もありうるとすると⁵、かかる場合には申請予定者に何らかの法的救済が必要となろう。この場合、

³ 開発許可制度研究会編著『開発許可質疑応答集』(加除式)(以下『応答集』という)は、「協議」を必要とする趣旨について「開発行為により設置される公共施設及び関係する公共施設の管理の適正を期するためです。したがって、協議の内容も、公共施設の配置、規模、構造等に関する事項、公共施設の管理の方法及びその期間、土地の帰属及び帰属に伴う費用の負担に関する事項がその主な内容になります」と説明している(609-610頁)。

⁴ 『応答集』は、1項の場合に「協議」に加え「同意」も要件としている理由として、開発行為によって「既存の公共施設に物理的改変を加え、又は加えることとなること」から、「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のないようにする必要がある、また、このような工事を行う際には、各公物管理法に基づく承認等の処分等が必要になることから、あらかじめ公共施設管理者の同意を得ることとすることにより、開発行為の円滑な施工及び公共施設の管理の適正を期したものと説明している(612、638頁)。なお、自治体における開発許可と同意の実態については、参照、荏原則「都市計画法32条による公共施設管理者の同意制度」同志社法学67巻2号20頁以下。

法的救済として考えられるのは、違法な同意拒否を是正し開発行為に途を開く救済と損害賠償であるが、申請予定者にとって実効的な救済といえるのは当然前者ということになろう。それでは、とくに前者について具体的にどのような法的救済が考えられるか。

この問題については、次のような見解が述べられている。まず、同意拒否を争うのは抗告訴訟に抛るべきとする見解がある（以下「A説」という）⁶。この見解は、同意拒否を行政処分と解する立場に立つものである。一方、同意拒否は行政処分ではないと解する立場に立つ場合、同意拒否をどのように争うか見解が分かれる。ある見解は、同意拒否の場合にその是正を求めることはできず、損害賠償のみ可能としている（以下「B説」という）⁷。別の見解は、同意拒否を是正する救済を認めるが、具体的な救済方法は異なる。そのうちのある見解は、同意拒否の行政主体を被告とし、民法414条2項の

⁵ 現行規定では公共施設の管理者には、「公共施設の適切な管理を確保する観点」（都市計画法32条3項）から同意の可否をすべきことを定める明文の制約があるので、当該規定に違反する不同意通知が違法であることは明らかである。当該規定は、2000（平成12）年の都市計画法改正で追加されたものである。もっとも、改正前より同意・不同意については公物管理権に基づく制約が認められていたのであり（例えば、阿部泰隆「都市計画法三二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』299頁（1990））、改正規定は新たな制約を課したというより、管理権に基づく制約があることを確認した規定と捉えるべきではないかと思う。

⁶ 同意拒否の処分性を認める学説としては、阿部・前掲309頁、山村恒年「判批」判自131号66頁（1995）、見上崇洋「判批」民商114巻2号291頁（1996）などがあり、裁判例としては、仙台高判平成5.9.13（判タ856号205頁）、後述の高松高判平25.5.30（LEX/DB文献番号25504602）などがある。同意拒否の処分性を認める立場では、同意拒否の取消訴訟はもちろん、平成16（2004）年の行政事件訴訟法の改正以降は取消訴訟・義務付け訴訟によることのできることになる。なお、この場合の義務付け訴訟につき、高松高裁は行訴訟3条6項2号のいわゆる申請型義務付け訴訟になる旨判示している。そうすると、同意申請権が認められていることになるが、高松高裁はこの点について特段の説明はしていない。この点、阿部・前掲（309頁）は、不作為の違法確認の訴えとの関係においてではあるが、同意について法令に基づく申請権が解釈上認められる理由を述べている。

⁷ 後述の平成7年3月23日最高裁判決の調査官解説の立場である（綿引万里子「判解」『最高裁判所解説（民事編）平成7年度（上）』395頁）。

⁸ 宇賀克也「判批（下級審・時の判例）」ジュリスト1061号123頁。

ただし書きに基づく、同意を求める民事訴訟に拠ることを主張する（以下「C1説」という）⁸。また、ある見解は、当事者訴訟によることを主張する（以下「C2」説という）⁹。さらに、同意がないまま開発許可申請をし、それに対する不許可処分（拒否処分）がなされたら当該処分の取消訴訟を提起し、当該訴訟において同意拒否の違法を争うことができるとする見解（以下「D説」という）も¹⁰ある。

周知のとおり、平成7年3月23日の最高裁判決¹¹（以下「平成7年判決」という場合がある）は、これらの見解のうちA説を明確に否定した。そのため、当該判決によって、少なくとも、同意拒否の処分性に関する問題については、判例理論上、一応の決着がついたものと思われた¹²。しかし、近時、裁判例に新たな動きが見られる。すなわち、平成25年5月30日の高松高裁判決¹³（以下「平成25年高裁判決」という場合がある）は、平成7年判決後の最高裁判例の動向等を理由として、平成7年判決を事実上否定して、A説を採ること、したがって、同意拒否を行政処分と解する立場に立つことを明らかにしたのである。

本稿では、このような状況を踏まえて、平成25年高裁判決の内容を確認した上で（Ⅱ）、不同意通知の処分性にかかわる部分を中心にして、当該判決と平成7年判決の分析を行い（Ⅲ）、あらためて同意・不同意の処分性を認めることの当否と実効的救済の在り方について考察することとしたい（Ⅳ）。

⁹ 安本典夫『都市法概説〔第2版〕』95頁。

¹⁰ 安本・前掲95頁などD説を肯定する見解は少くない。なおD説に否定的な見解としては、高野修「判批」ジュリスト1091号32頁がある。

¹¹ 民集49巻3号1006頁。

¹² このことを指摘するものとして、例えば、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）」『まちづくり行政訴訟』32頁、北村喜宣「判批」行政判例百選Ⅱ（別冊ジュリスト212号）339頁など。なお、北村は判例変更の可能性にも言及している。

¹³ 判例自治384号64頁。

Ⅱ 平成25年高裁判決の内容——同意・不同意の処分性に関して

1. 事案の概要

本判決の認定する事実は概ね以下のごとくである。

A社は、介護保険法に基づく居宅介護支援事業などを目的として設立された株式会社であるが、徳島県小松島市田浦町内にある土地をBから取得して老人デイサービスセンターを設置・運営することを計画した。本件土地上に老人デイサービスセンターを設置するに当たっては、本件土地の開発行為（以下「本件開発行為」という）が必要であったが、本件土地の東側には、開発行為に関係がある公共施設として市道及び水路（以下、併せて「本件公共施設」という）が存在する。A社は、同センター設置のため都市計画法30条に基づく開発許可の申請をするに当たり、本件公共施設の管理者である小松島市長に対し平成21年7月21日付で同法32条の同意願を提出した。しかし、同年8月20日、小松島市長は、A社が水路を事実上管理している小松島市田浦町協議会から水路への排水の同意を得ていないこと、本件開発行為に周辺住民が反対していること等を理由として、同法32条の同意をしない旨通知した（以下「本件不同意通知」という）。

A社は、平成21年10月13日、徳島県開発審査会に対して本件不同意通知についての審査請求を行ったが、同審査会は、不同意通知は処分にあたらないことなどを理由に本件審査請求を却下する旨の裁決を行った。A社は、小松島市長の同意のないまま平成21年10月19日付けで徳島県に対して本件開発行為に係る開発許可を申請したが、徳島県知事は、公共施設の管理者の同意を得たことを証する書面が開発許可申請に添付されていないことを理由として、平成22年1月15日付けで不許可処分を行った。そこでA社は、小松島市に対しては、本件不同意通知の取消し及び小松島市長が法32条に基づく同意をすべき旨を命ずること、並びに、違法な不同意通知によってA社が

被った損害の賠償を¹⁴、徳島県に対しては、開発不許可処分の取消しを、それぞれ求める訴訟を提起した。

第1審（徳島地判平24. 5. 18）は、不同意通知の取消請求と同意の義務付け請求については、不同意の通知は処分ではないことを理由に却下し、開発不許可処分の取消請求については、開発審査会の審査請求を経ずに取消訴訟を提起したことが不適法であるなどとして、小松島市と徳島県に対する抗告訴訟をいずれも却下した。ただ損害賠償請求については、不同意の違法性を認定して、小松島市の賠償責任を認めた。

この判決に対して、A社らが控訴した。高松高裁は、小松島市に対する抗告訴訟について第1審判決を変更して、不同意通知の処分性を肯定し、小松島市に対する不同意通知の取消と同意の義務付けを認めた。なお、損害賠償を認容した部分は取消し、徳島県に対する控訴は棄却している。以下では、このうち不同意通知の処分性に関わる判示部分に絞って取り上げる。

2. 不同意通知の処分性に関する判示

本判決は、不同意通知の法的性質についてについて次のように述べる。「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、その管理権限の行使が無制約であるとはいえないことから、行政機関等が公共施設の管理権限を有する場合には、行政機関等が法32条の同意を求める相手方となり、行政機関等がその同意を拒否する行為は、公共施設の適正な管理上当該開発行為を行うことは相当でない旨の公法上の判断を表示する行為とすることができる」。

本判決は、不同意通知が申請予定者の権利利益を侵害することを明確に認めた上で、法律の規定の有無にかかわらず、かかる権利利益の侵害に対して

¹⁴ 損害賠償請求はBも提起しているが、本稿のテーマに直接かかわらないので触れていない。

司法的救済が認められるべきものとする。すなわち「法30条2項、32条1項によれば、開発許可の申請については、公共施設の管理者の同意書面を添付する必要があるので、この同意がないと開発許可の申請ができない構造となっており、公共施設の管理者がこの同意をしない場合には、…同意書の添付がないという理由で開発許可の申請に対し不許可処分がなされる結果となる。…このように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。…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のは、ひいては憲法29条あるいは22条1項の趣旨に反することとなる。」

本判決は、司法的救済の観点から、次のように述べて、前述のA説の立場に立つことを明らかにする。「法50条は、審査請求の対象につき、開発行為許可に係る処分は該当すると規定する一方で、法32条の同意をしない旨の措置は該当するものと明記していないところ、法が、審査請求前置が義務づけられた処分に関して、審査請求の対象と定めていない措置については、抗告訴訟の対象とすべき処分性を有しないと解するならば、不当に同意がなされない場合の救済としては、開発不許可処分に対する不服申立手続の審理において、不同意の不当性についても判断の対象とする途をとるべきこととなる。…しかしながら、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せうと解することは、解釈論上、無理があるといわざるを得ない。したがって、上記の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。』

不同意通知を処分と解する場合、最高裁判例に抵触することになるが、この点、本判決は次のように説明する。「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最判平成7年3月23日第一小法廷判決（民集49巻3号1006頁、以下「最判平成7年3月23日判決」という。）は、本件とは事案を異にする上、当該行為自体について国民の権利ないし法律上の地位に影響を与えるかどうか、法令に直截に争訟の対象となる旨明記されているかを厳格に考えることを所与のものとしているところ、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拡げてきた最判平成17年7月15日第二小法廷判決（民集59巻6号1661頁）、最判平成17年10月25日第三小法廷（裁判集民事218号91頁）、最判平成20年9月10日大法廷判決（民集62巻8号2029頁）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日判決は、本件において、そのまま妥当しないものというべきである。』

Ⅲ 平成25年高裁判決と平成7年判決の分析

1. 「不同意通知」に対する救済の必要性

（1）平成25年高裁判決の見解

平成25年高裁判決は、開発許可を求める者は、同意の拒否（「不同意通知」）によって適法に開発許可申請ができなくなり、開発行為の途が閉ざされるという理解の下で、（同意拒否を争うことができるとする法律の規定はないが）法律の規定がないことを理由に不当な同意拒否に対する救済を認めないことは「憲法29条あるいは22条1項の趣旨に反する」と述べ、同意拒否に対する救済が憲法上の要請であることを明確に認めている。これは、開発行為について次のような理解に立つものと考えられる。すなわち、開発行為は、憲法の保障する財産権や職業選択の自由ないし営業の自由に含まれ得るもので、それ自体権利利益として観念できるものであること、それ故、（公共施設の管理者の同意を開発許可申請の要件とするような）開発行為の制約——開発行為が公共施設に影響を与える場合に法律による制約が可能なことを当然の前提として——が違法な場合には救済の途が開かれていなければならないことである。なお、ここでいう救済は、開発行為の途を開く救済の謂いであって事後的な損害賠償で足るとの趣旨ではないと考えられる¹⁵。

（2）平成7年判決の見解

平成7年判決は、都市計画法が開発許可の申請の際に公共施設管理者の同意をえて、これを申請書に添付すべきことを要求する趣旨を「開発行為が、開発区域内に存する道路、下水道等の公共施設に影響を与えることはもとより、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

¹⁵ このことは、本判決が抗告訴訟とは別に損害賠償の途を認めている（ただし本判決では損害なしとしている）ことから明らかであろう。

うな影響を与えることが少なくないことにかんがみ、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」と解した上で、「こ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はできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を行うことを認めた結果にはかならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、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」と判示する。この判示は、直接的には「不同意通知」の処分性を否定する文脈の中で述べられているものであるが、以下に見るとおり、間接的には開発行為に途を開く救済に否定的な判断を示したものと考えられる。

平成7年判決の調査官解説（以下「判解」という）は、上記判示について、次のように説明している。「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のあることは明らかである。この場合に、どのような方法によって右の調整を図るかは、立法政策にゆだねられたものといえよう。そこで、法がどのような立法政策を採っているのかの点についてみてみると、法32条、30条2項、33条1項の規定するところからすると、法は、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ことによって、開発行為と公共施設の適正な管理との調整を図るとい立法政策を採用したものとみるのが、その文理にかなった解釈であるといわざるを得ないのである。」¹⁶

この説明を前提にすれば、平成7年判決の見解は次のようなものと考えら

れる。すなわち、公共施設に影響を与える開発行為は当然に権利利益と観念することができるものではなく、これをどのように法的に保護するか——あるいは保護しないか——は立法政策に委ねられている。どのような立法政策が採られているかという問題は法（都市計画法）の解釈の問題である。かくして都市計画法の規定に照してみれば、同法は「同意」が与えられた場合に限り「開発許可を申請する権利」（傍点筆者。以下同じ）が付与される——言い換えれば「同意」がない限りかかる権利は付与されない——という立法政策を採っていると解される。そうすると、「同意」の拒否は「開発許可を申請する権利」が付与されないということの意味するだけで——「開発許可を申請する権利」はそもそも生じていないので——かかる権利の侵害にはならない。また、公共施設に影響を与える開発行為は当然に権利利益と観念することができるものではないから¹⁷、「同意を拒否する行為それ自体」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」ということになる。

このような見解では、同意拒否が違法な場合、国家賠償請求の余地はあるとしても、同意拒否を是正する司法的救済は認められていないということになろう¹⁸。そうすると、「判解」に拠れば本判決は、前述の「B説」の立場ということになろう。

¹⁶ 「判解」392-3頁。

¹⁷ 「判解」は、「…原判決は、違法に同意を拒否されると、開発行為をしようとする者は、『本来有する開発をするという権利を侵害される』と判断し、処分性肯定説に立つ見解は、『公共施設との適正な調整のうえで開発をする権利を侵害される』…、『本来の申請権を侵害する』…と指摘して、同意の拒否は、国民の権利義務又は法律上の地位に直接影響を及ぼすという。しかしながら、国民が本来的に右にいわれるような権利を有していると解することは困難であると思われる」とする（392頁）。

¹⁸ 「判解」は、「行政機関等が裁量権の範囲を逸脱又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…。このような場合における国民の救済方法としては、適法な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ことになろう…」とする（395頁）。

2. 「不同意通知」の処分性

(1) 平成25年高裁判決の見解

平成25年高裁判決が「不同意通知」の処分性を肯定する理由は、結局のところ、開発行為の途を開く救済のためには、同意・不同意の処分性を認めなければならない、ということにあると思われる。それは、どのような論理によるのか。

1で見たように、本判決によれば、「不同意通知」がなされた場合には、それによって申請予定者の開発行為の途が閉ざされ、——開発行為を行なうという——権利利益が侵害されるので、開発行為の途を開く救済が認められなければならない。ところで、法の構造上、「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」が「開発行為を許可するに当たっての前提要件」となっているので、「不同意通知」がなされた場合における開発行為の途を開く救済は、「同意書面の添付要件」を満たすものでなければならないということになる。本判決は、このような救済として「不同意通知」の取消訴訟と「同意」の義務付け訴訟が適切であることを前提として、「不同意通知」の処分性、つまりは、同意・不同意の処分性を認めたものと思われる。その一方、本判決は、同意書面を添付せず開発許可申請をして不許可処分を受けた上で、当該不許可処分を争い、そこで「不同意通知」の違法性が認定されれば「同意書面の添付要件」を満たすこととなるという見解¹⁹については、解釈論上無理があるとしている²⁰。以上のことからすると、本判決は、開発行為の途を開く救済は、「不同意通知」の取消訴訟と「同意」の義務付け訴訟の方法のみであると判断して

¹⁹ この見解については注10参照。

²⁰ 平成25年高裁判決が「解釈論上無理がある」とする理由は、必ずしも明確でないが、「〔同意・同意拒否の判断は〕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」（亀甲括弧は筆者）と述べていることからすれば、同意権は公共施設の管理者のみが有することが理由になっているものと思われる。

いるものと思われる。

（２）平成７年判決の見解

１で見たように、平成７年判決によれば、同意の拒否によって「開発行為を適法に行うことはできない」ことになるが、それは前述した「立法政策」によるものであって、「同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえない」ので、当該行為は処分ではないとされる。他方、同意書面を添付せず開発許可申請をして不許可処分を受けた上で、開発不許可処分の争訟手続において不同意通知の違法性を争う方法については、本判決自体は特段触れるところがない。しかし、「判解」はこのような方法にも否定的である²¹。

３．両判決の抵触

Ⅲの１、２での分析のとおり、平成25年高裁判決は、開発行為を行うこと自体を権利利益と捉え、「開発行為の途」を閉ざす措置に対して法令に明文の定めがあるか否かにかかわらず司法的救済を認めなければならず、そのためには不同意の処分性を肯定し、これに対する抗告訴訟を認めるべきであるとしているので、平成７年判決と抵触することは明らかである。このことに関し、平成25年高裁判決は、いくつかの理由を挙げて、平成７年判決は当該事案にそのまま妥当しないとの理解を示し、かかる抵触を正当化している。具体的には、①両判決は「事案を異にする」こと、②平成７年判決後、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日第二小法廷判決、最判平成17年10月25日第三小法廷、最判平成20年9月10日大法廷判決等の流れがあること、③平成７年判決後、「公共施設の管理者又は公共施設を管理する

²¹ 「判解」399頁。

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、前2項の協議を行うものとする」とする法32条3項が付加されたことである。

これら理由として挙げるところが抵触——とくに不同意の処分性に関する抵触——を正当化するかについては、1、2で述べたところも含め、IVで検討することとし、ここでは、平成25年高裁判決が、平成7年判決との抵触を十分認識しつつ下されたものであるということを確認するにとどめておきたい。

IV 処分性の有無と実効的な救済

IVではⅢでの分析を踏まえて、不同意に対する救済の必要性の問題、さらに不同意の処分性と実効的な救済の問題について検討することとしたい。

1. 不同意通知に対する救済の必要性

前述のとおり、平成25年高裁判決は、平成7年判決と異なり、開発行為自体を権利利益と捉える見解を示しており、学説にもこの見解を採っているものがある²²。このような立場に立つ場合、開発行為の途を閉ざすことになる不同意通知に対して開発行為の途を開く司法的救済が認められるのは当然だということになる。一方、「判解」は、前述のとおり、開発行為自体を権利利益と捉える見解には否定的であり、不同意通知に対して開発行為の途を開く司法的救済が認められるか否かは立法政策の問題だとする。その上で「判解」は、都市計画法は不同意通知に対して開発行為の途を開く司法的救済を

²² 例えば、阿部・前掲は「開発者は、公共施設の廃止変更を求める権利こそ有しないけれども何の権利も有しないものではなく、公共施設との適正な調整のうえで開発をするという権利を有すると解すべきである」とする(308頁)。開発行為の申請者が開発行為に係る土地の所有権等の権利を有している場合、当該権利には開発行為を行うこともその内実として含まれると解するのは——所有権等土地利用権限の中に開発行為が含まれることは明らかであるので——自然な解釈というべきであろう。

認める立法政策はとっていないと解している。そこで、以下では、Ⅲでの分析を踏まえ、「判解」の論理を中心として、あらためて不同意に対して開発行為に途を開く司法的救済の必要性の問題を検討することにしよう。

「判解」がいうように「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」について「公共施設の適正な管理との間の調整を図る必要のあること」は当然であり、「この場合に、どのような方法によって…調整を図るかは、立法政策にゆだねられたもの」であることも²³、一般的にいえばそのとおりであろう。問題は、法がどのような立法政策を採っているかにある。この点、「判解」は「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ことによって、開発行為と公共施設の適正な管理との調整を図るという立法政策を採用したとみるのが、その文理にかなった解釈で」あり、「この同意獲得の過程を通じて、開発行為と既存の公共施設の適正な管理との調整を図るというのが、法が採用した方策である」とする²⁴。その上で、法は「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、その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、その申請さえ認めないという立法政策を採用した」と解している²⁵。しかし、法がこのような立法政策を採用しているか疑問である。

「判解」のいうように、法32条の「同意」をするか否かについて公共施設の管理者に裁量が認められるとしても²⁶、公共施設の管理者が「裁量権の範囲を逸脱又は濫用して同意を拒否した場合」は違法な同意拒否ということに

²³ 判解392頁。

²⁴ 判解393頁。

²⁵ 判解395頁。

²⁶ 判解は、「開発行為によって公共施設に変更、廃止などが必要となるような影響が生ずる場合に、その適正な管理を行っていく上で、これを受け入れるかどうかの判断は、広く当該公共施設の管理者の裁量判断にゆだねられてしかるべき事柄で」としている（395頁）。

なる。「判解」によれば、かかる違法な同意拒否の場合でも、「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」ず、「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」とされる²⁷。このことは、事実上、公共施設の管理者に——信頼利益の賠償を覚悟すれば——開発行為拒否の権限を認めることを意味することになろう。しかし、このような結果を法が許容していると解することは、以下に縷々述べるとおり、困難であると思われる。

法32条の「同意」は、それ自体独立した手続ではなく開発許可手続の一環をなすものであることは明らかであるが、「公共施設の管理者の同意も含め開発許可手続全体を管理する」のは「開発許可権者」である、というのが行政解釈である²⁸。ところで、「開発許可権者」は、開発許可申請が法33条1項所定の要件を満たす限り、「開発許可をしなければならない」ことになっている。すなわち、法は、かかる場合、「開発許可権者」に、許可をするか不許可にするかの裁量を許容せず、許可処分を義務付けるという立法政策をとっているのである²⁹。なるほど法33条1項各号が定める基準への適合・不適合の認定の幾つかについては「開発許可権者」の裁量的判断が許容されていると解されるものがある³⁰。しかし、当然のことながら裁量の逸脱濫用がある場合には、不許可処分の取消し、さらに義務付けの要件を満たすときは

²⁷ 判解395頁。

²⁸ 『応答集』616頁。

²⁹ このことは、法が、前述の申請予定者の利益に配慮していることを示すものと解釈する根拠となりえよう。

³⁰ 例えば、2号の「道路、公園、広場その他の公共の用に供する空地…が、次に掲げる事項を勘案して、環境の保全上、災害の防止上、通行の安全上又は事業活動の効率上支障がないような規模及び構造で適当に配置され、かつ、開発区域内の主要な道路が、開発区域外の相当規模の道路に接続するように設計が定められていること」などの要件認定については裁量を許容していると解される。

許可処分義務付けという司法的救済の途があるので、法が開発行為の可否を「開発許可権者」の判断に委ねていないのは明らかである。そうすると、「判解」のように、「同意」の可否を公共施設の管理者——開発手続きに関わりをもち「開発許可権者」の管理の下にある——に委ね、事実上開発行為拒否の権限を認めることは、この立法政策との整合性が欠けることになるのではないか。

以上の指摘に対しては、法32条の公共施設管理者の「同意」が開発許可手続の一環をなすものだとしても、「同意」をするかどうかは公共施設の管理者が独自に「同意」の適否の判断するものであるから、法の規律のあり方が「開発許可権者」が開発許可要件の認定判断をする場合と異なっても立法政策の整合性が欠けることにはならない、との反論があるかもしれない。しかし、行政解釈では、「同意」の適否について限定的ではあるが、「開発許可権者」も判断できるとされているのであり³¹、「同意」を「開発許可権者」の権限から完全に切り離して、専ら公共施設の管理者の判断に委ねられるとしているわけではない。そして、「開発許可権者」が判断した場合については、それが違法であれば当然司法による是正が予定されているのであるから、公共施設の管理者——繰り返し述べているように「開発許可権者」の管理の下にある——が判断する場合に限って、司法による是正を排除するというのは立法政策として整合性が欠けると考えられる。

以上のことからすれば、不同意に対して開発行為の途を開く司法的救済については、開発行為自体を権利利益と捉える立場ではもちろんのこと、当該

³¹ この点『応答集』は次のようにいう。「開発許可を受けようとする者が、公共施設管理者である市町村の指導に従い、真摯かつ誠実に同法32条第1項に基づく公共施設管理者の同意を得る努力をしたにもかかわらず、当該開発行為を阻止、禁止することを直接の目的・主たる動機とするなど同意権の著しい濫用があり、明らかに違法なものといえるような不同意がなされ、申請内容が他のすべての許可要件を満たす場合には、同意書の添付がない申請であっても、開発許可権者の判断により許可できる場合があります」（640-641頁）。

救済の可否を立法政策の問題とみる立場でも、肯定すべきことになろう。

2. 不同意の処分性と実効的な権利救済

(1) 不同意を処分と解すべきか

開発行為の途を閉ざすことになる不同意通知に対して開発行為の途を開く司法的救済が認められなければならないとした場合、具体的にどのような救済方法が考えられ、またどのような救済方法が適切か。前述のとおり、平成25年高裁判決は、このような救済方法として抗告訴訟（取消訴訟・義務付け訴訟）が適切であり、その前提として同意・不同意の処分性を認めるべきであるとしている。確かに抗告訴訟による救済は直截的で実効的なものであると思われるが、問題は、同意・不同意を処分と解することができるかである。

一般に行政上の措置を処分とするか否かは立法政策の問題と考えられるが、都市計画法の規定の仕方——とくに都市計画法50条1項が同法32条の同意を審査請求の対象から除外していること——などからみれば、立法者は同意に処分性を認めていないと解釈する方に説得力があり³²、同意・不同意を処分と解するのは、やや無理があるように思われる。それにもかかわらず、平成25年高裁判決が同意・不同意を処分と解するのは、抗告訴訟以外に開発行為に途を開く実効的救済方法はないとの理解からであろう。もし、そうであるとすれば、この点にも疑問があり、同意・不同意の処分性を否定しても、後述するように、当事者訴訟の活用等、不同意に対する実効的な救済方法は他にもありうると考えられる。

また、前述のとおり、同意・不同意を処分と解することは、処分性を否定している平成7年判決との抵触が問題となる。この点、平成25年高裁判決は、前述のとおり、両判決は「事案を異にする」こと、平成7年判決後の処分性

³² 参照、宇賀・前掲123頁。

の拡大を図る最高裁判決の流れ、さらに、都市計画法32条に3項が付加されたこと等を理由にして実質的な判例変更——同意・不同意の処分性の肯定——がなされているとの理解のようであるが、果たしてそのように理解してよいか疑問が残る。

このうち両判決が「事案を異にする」ことについては、どちらの事案も不同意の処分性が直接争点になっているのであるから、そのことが最高裁判例の実質的な変更にかかわるとは考え難い。また、平成7年判決後の最判平成17年7月15日第二小法廷判決、最判平成17年10月25日第三小法廷、最判平成20年9月10日大法廷判決等は、確かに処分性の拡大を図るものであるが、何れの判決も「実効的な権利救済を図るという観点」からのもので³³、処分性を認めなければ実効的な救済は困難なケースであった。しかし、平成25年高裁判決の場合は処分性の拡大を図らなくとも実効的な救済が可能なケースであるので、処分性拡大の最高裁判例の流れがあるからといって平成7年判決が実質的に変更されているとはいえないのではないか。さらに、都市計画法の改正で、第32条3項が追加されたことについては、前述したところであるが³⁴、それに加え、同改正で第50条1項に変更がなかったことも、不同意が処分か否かの解釈に同改正が影響しないことを示唆するものといえよう。そうすると処分性については、なお平成7年判決との抵触があると考えらるべきであろう。

以上のことからすれば、不同意は処分ではないと解するのが妥当であろう。

（２）同意義務の確認訴訟

同意・不同意は処分でないとして解する場合、不同意に対する救済としては、前述のB説、C1説、C2説、D説に拠ることになろう。このうち、是正的

³³ 判解民事篇平成20年度453頁。

³⁴ この点については注5を参照されたい。

救済を認めないB説が適切でないことは既に述べたが、C1説についても、不同意に対する救済として民事上の強制履行に関する規定を適用することが可能であるのか疑問である³⁵。そうすると、残るのはC2説とD説ということになるが、ここでは、まずC2説(当事者訴訟説)をとり上げることとする。

ここで問題になる当事者訴訟としては、申請予定者が原告となり、不同意を拒否した公共施設の管理者が所属する行政主体を被告として、①同意を求める「給付の訴え」、あるいは、②同意の義務があることの「確認の訴え」が考えられる。このうち①については、都市計画法上、申請予定者に実体上の同意請求権を認めるのは困難と思われるので、結局、②の「確認の訴え」に拠ることになろう。そこで、以下では、当該訴訟に拠るとした場合の問題点について、検討することしよう。

まず、そもそも、公共施設の管理者に同意義務が認められるかの問題があるが、この問題を検討する上で、同意・不同意につき公共施設の管理者に裁量が認められること、また、その裁量権の行使には「公共施設の適切な管理を確保する観点」からの制約があることが前提になることについては、おそらく異論はないと思われる³⁶。ところで、同意がない場合、申請予定者は開発行為の途を閉ざされるという重大な不利益を被ることを考慮すれば、裁量権の制約は、申請予定者のための制約でもあると解される。そうすると、不同意が「公共施設の適切な管理を確保する観点」から不合理と判断される場

³⁵ 「判解」は、この説について「民法414条2項ただし書は、法律行為の成立に必要な同意もしくは承諾、債権譲渡の通知、登記の申請などをなす債務については、このような行為をすべしことを命ずる裁判があるときは、これによって右の意思表示ないし準法律行為があったと同一の効果を生じさせることにして、これらの行為の強制履行に代えることとしたものであって、開発行為をしようとする者の関係公共施設の管理者に対する『同意履行請求権』の実体法上の根拠となる規定でないことは明らかである」などと否定的見解を述べている(399頁)。当該規定適用の前提としての同意請求権の存在を都市計画法から基礎づけるのは困難であるから、「判解」の指摘は妥当なものと思われる。

³⁶ 平成7年判決も平成25年高裁判決もこれを認めていると思われる。

合、すなわち、裁量権の逸脱濫用と判断される場合、公共施設の管理者は、申請予定者との関係で、同意が義務付けられると考えてよいことになる。

それでは、どのような場合に不同意が「公共施設の適切な管理を確保する観点」から不合理と判断され、裁量の逸脱濫用となるか。すなわち、同意義務が認められるか。この点について、仙台高裁平成5年9月13日判決は、「同意は既存の公共施設の機能を損なわないようにし、また、変更などを伴うときは適正に変更することが必要であることに鑑みると、開発行為により既存の公共施設の機能が損なわれない場合は同意すべき義務があるというべきであって、当該公共施設の機能の維持とは全く関係のない理由で同意を拒否することはできないものと解すべきである」と判示している³⁷。また、平成25年高裁判決は、第1審の判示を引用して、「開発許可と法32条の同意の関係、法32条の趣旨等に照らせば、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」としている³⁸。

これらの判決は、開発行為が既存の公共施設の機能を損なわない、つまり開発行為を行っても公共施設の管理に支障ないと客観的に判断される場合、公共施設の管理者に同意義務があることを認めるものといえよう。このような解釈は、行政解釈に照らしても妥当なものといえる³⁹。なお、既存の公共施設の機能を損なうか否かについては、専門技術的判断を含む場合もあり、

³⁷ 行裁例集44巻号8・9号771頁。

³⁸ 第1審（徳島地判平24.5.18）は、同意の処分性を否定したが、損害賠償責任を認める中で同意義務を認定している。平成25年高裁判決は、第1審の当該認定に依拠して同意の義務付けを認容したものである。

³⁹ 行政解釈は直接同意義務には言及していないが「本来の公共施設の管理者の立場を超えた理由（いわゆる他事考慮）により同意・協議を拒んだり、手続きを遅延させたりすることは、法の趣旨を逸脱した運用となるおそれがあります」（『応答集』610-611頁）と述べているので、同意義務に親和的な解釈と理解してよいと思われる。

この点で管理者の裁量が問題になり得る。しかし、かかる場合も、裁判所は鑑定等の活用により実質的判断が相当程度に可能なのであるから、裁量が認められるとしても限定的なものにとどまると解すべきであろう。

以上は、開発行為が既存の公共施設の管理に「支障がない」と判断される場合の同意義務についての問題であるが、「支障がある」と判断される場合にはおよそ同意義務は問題にならないのであろうか。これに関し「判解」は、「開発行為によって公共施設に変更、廃止などが必要となるような影響が生ずる場合に、その適正な管理を行っていく上で、これを受け入れるかどうかの判断は、広く当該公共施設の管理者の裁量判断にゆだねられてしかるべき事柄であり、管理者が開発行為を行おうとする者個人との関係で同意を義務付けられるというようなことはほとんど想定しがたい」と述べる⁴⁰。確かに、申請予定者が当初の開発行為（＝開発計画）に固執し何らの変更も容れないのであれば、「判解」のいうとおりであろう。しかし、申請予定者と公共施設の管理者との協議の過程において「開発行為によって公共施設に変更、廃止などが必要となるような影響が生ずる」ことが明らかになった場合、開発行為の実現を望む申請予定者は公共施設の管理者に対し、当初予定していた開発計画を修正したり、あるいは、変更・廃止が必要な既存の公共施設を補完ないし代替する施設の設置等の条件を提示したりすることは十分考えられるところである。このような場合、公共施設の管理者は、申請予定者の提案等も考慮に入れた上で⁴¹、「公共施設の適切な管理を確保する観点」から同意・不同意の適否を判断すべきものと思われる。

この場合の判断は、前述した（申立にかかる）開発行為が既存の公共施設

⁴⁰ 「判解」395頁。

⁴¹ 提案の内容は勿論、実現可能性等も含め考慮されることになろう。なお、申請予定者の提案等は、開発許可の際に「開発許可権者」が開発許可の条件（都市計画法79条）とすることも考えられる。

の機能を損なうか否かの判断の場合に比して、公共施設の管理者に広い裁量が認められるものと解される。もっとも、広範な裁量が認められる事案においてもある程度積極的な裁量審査を行うようになってきている近時の最高裁判例の傾向からすれば⁴²、不同意が、考慮すべき事項を十分考慮していない等の理由で、裁量の逸脱濫用と判断されることも十分に考えられるところである。そうすると、「判解」のように「同意を義務付けられるというようなことはほとんど想定しがたい」ということはできないであろう。

以上検討したところから公共施設の管理者に同意義務が認められる場合がありうることは確認できたものと思う。このことを前提として、次に問題になるのは、同意義務の確認の訴えが開発行為に途を開く実効的な救済手段となり得るかである。この点、同意義務の確認の訴えが認容された場合、行政事件訴訟法33条1項により「関係行政庁」である「開発許可権者」は、判決内容に拘束されることになる。そうすると、当該訴訟の原告である申請予定者が開発許可申請をした場合、公共施設の管理者の同意がないことを理由にして申請却下処分をすることはできないはずである。このことからすれば、同意義務の確認の訴えは、開発行為に途を開く実効的な救済手段となり得るといってよいであろう。

⁴² 周知のとおり、最高裁平成18年11月2日判決（民集60巻9号3249頁）は、都市施設に関する都市計画の変更という「諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠」で「行政庁の広範な裁量にゆだねられている」判断についても「その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」には裁量の逸脱濫用を認める。判断過程の審査については文献の紹介も含め、参照、村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報85巻2号10頁以下。

(3) 開発許可申請却下処分に対する抗告訴訟において不同意の違法性を争う方法

同意・不同意の処分性を否定する場合、前述のD説、すなわち、同意がないまま開発許可申請をし、それに対する不許可処分（拒否処分）がなされたら当該処分の取消訴訟を提起し、当該訴訟において同意拒否の違法性を争う方法について、これを認めるべきか問題になる。この点、平成25年高裁判決は「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」としてD説には否定的である。しかし、前述のとおり⁴³、「開発許可権者」も「同意」の適否について——限定的ではあるが——判断する権限があるという解釈をとると、同意義務が認められるべき事案で、開発許可権者が実質的審査をすることなく、都市計画法30条の同意書面がないことのみを理由として開発不許可処分をした場合、当該処分は違法ということになる。そうすると、当該処分の取消訴訟において裁判所が公共施設の管理者の同意義務を認定して取消判決をした場合、行政事件訴訟法33条1項の拘束力により、「開発許可権者」は、許可申請者の申請について「同意書面の添付要件を満たすもの」と取り扱わなければならないことになる⁴⁴。

このように考えれば、D説を否定する理由はないと思われる。

V むすび

以上不十分ながら、本稿において、平成25年高裁判決を契機として、同判

⁴³ これについては注31を参照されたい。

⁴⁴ 公共施設の管理者については、行政事件訴訟法23条1項により訴訟参加ができるので、同意権者として必要な主張をすることが可能である。

決の検討並びに平成7年判決を再検討し、以下の諸点を確認した。

すなわち、①不同意については開発行為に途を開く実効的救済が認められなければならないこと、②実効的救済の一つとして抗告訴訟が考えられるが、その前提となる不同意の処分性を認めるのは困難であること、③公共施設の管理者に同意義務が認められる場合がありうること、そして、④同意義務の確認の訴えは、実効的救済たりうることである。

なお、③に関して、開発行為が既存の公共施設の管理に「支障がある」と判断される場合にも同意義務が問題になる余地があることを指摘したが、指摘にとどまり、十分な検討はできていない。不同意を争う例が少なく、裁判例の集積には期待しにくい分野であるので学説での議論の深化が必要と思われる。