

開發許可の法と実務（二）

荒

秀

目次

序

第一章 概説

- 一 土地行政における開發許可制度
- 二 開發許可制度における諸活動形式

第二章 開發行為

- 一 現行実定法における開發行為の事例
- 二 都市計画法における開發行為
- 三 開發行為為該当性についての問題
- 四 開發行為為該当性判断の処分性

第三章 開發許可の法的性質

- 一 開發許可の行政行為における性質

- 二 申請の取り下げ
 - 三 許可の付款
 - 四 許可の承継
 - 五 許可の職権取消しと撤回
 - 六 違法性の承継
 - 七 許可の通知
 - 八 許可の変更
 - 九 許可の失効等
 - 一〇 開発許可行為の羈束性、裁量性
- 第四章 開発許可手続
- 一 開発許可権限者
 - 二 開発許可不要の場合
 - 三 開発許可手続
- 四 公共施設の利用者との関係（三二条の同意・協議）
- 第五章 開発許可基準 三三条と三四条
- 一 三三条
 - 二 三四条（以上その一）
- 第六章 開発許可後の問題
- 一 工事完了の届出、検査、公告
 - 二 建築制限の指定、解除等

三 開発行為の廃止

四 公共施設の管理・代替施設の帰属

五 開発登録簿の閲覧請求・情報公開

第七章 監督処分、立入検査

第八章 権限の委任、大都市の特例

第九章 建設大臣の報告、資料の提出請求並びに勧告、助言及び国・自治体の援助

第一〇章 不服申立て

第十一章 開発審査会

第十二章 罰則（以上 その二 本号）

第十三章 その他の諸問題（以下 次号）

第十四章 開発許可判例総覧

第六章 開発許可後の問題

一 工事完了の届出、完了検査、公告（二六条、令二九条～三二条）

① 建築や工事を伴う事前の確認や許可を受け工事完了したとき、その建築物・工事が安全・適切になされ、使用してもよいかを判断するため、当該関係法令又は許可基準並びに付款に合致したか否かを審査する必要がある。そのため多くの法令は工事完成後の検査制度を定めている。建築基準法（完了検査七条）、公有水面埋立法（竣工認

可二二条)、電気事業法(使用前検査四五条)、原子力法(二八条)、飛行機製造法、船舶安全法(製造検査等六条以下)等。これらの検査の法的性質、手続などは、それぞれの個別法の規定により検討されなければならない。建築基準法の完了検査などは特別の場合を除いて一般的にはこれを受けなくても使用が可能なので現実には完了届出がなされない場合が多く十分な完了検査の実効性が果たされていないようである。本法の場合は、工事完了届出、検査、公告(三六条、令二九く三一条)の手続が定められ、完了検査を受けなければ法三七条による建築制限は解除されない事となっている。

すなわち、開発行為を完了したときには開発許可を受けたものは省令の定めるところにしたがいその旨を知事に届け出ねばならない。建築確認の場合は工事完了後四日以内に到達するように届出なければならないが(建築基準法七条一項)、開発行為についてはこのような制限規定はおかれていない。検査を受けるためには原則的に完了したものが届出をすることが必要で、行政側からの能動的検査を受ける仕組みになっていない。無届けに対する罰則規定はおかれていないが、検査を受けねば、検査を受けることにより生ずる建築制限禁止の解除などの法的効果を享受することはできない。また、都道府県知事はこの届出を受理したとき、建築確認の場合、建築主事は七日以内に検査をする義務をおわされて居るが、開発行為においては検査につき確定期限は定められていない。しかし行政手続法の趣旨から合理的な期限内に行われなければならない、違法な遅延については不作為違法確認争訟の対象となる。適合して居るときは関係省令の定めるところにしたがい検査済証を開発許可証を受けたものに交付しなければならない(三六条二項)。この交付をしたときは遅滞無く都道府県知事は省令の定めるところにより工事完了の公告をしなければならない(同三項)。許可を受けた者は区域の全部につき工事を完了しなければ検査は受けられないが、工区を分けて工事をを行う事になっていればその工区の工事の全部が完了すると検査を受けることができる

（同一項）。

公共施設の工事についてはその部分についての届出を認めているが、これは他の工事に先立って検査し、関係者への引継ぎ、土地の帰属、費用負担手続を迅速に行う必要があるからである。

② 検査の内容は開発許可の内容に適合しているかどうかであって、法令に適合しているかどうかではない。建築確認の場合は確認内容との適合性でなく関係法令への適合性であるのと対比される（建築基準法七条二項）。旧住宅地造成事業に関する法律を踏襲したことによるのであろう（同法一二条一・二項）。したがって、開発許可の内容が違法であっても、その違法が申請者の帰責原因に基づくものでない限りそれを信頼し工事を行った者を一応保護し、許可内容に適合した工事には検査済証を交付することとし、それを保護できないような強度の公共性保護の必要性が生じた場合には八一条の監督処分で担保する建前を採用していると言える。しかし、違法な開発許可に基づく開発行為が監督処分がなされるまでは居座ることを容認する法現象は決して好ましいことではない。また八一条の監督処分は裁量行為であることから、十分な措置を期待することもできない。災害防止の上からも問題がある。また、開発許可権者と工事完了検査者とが同一であるから、開発許可の違法は完了検査の違法に承継されるとも考えられ、工事完了検査並びに公告を取り消し、開発許可の内容を変更したうえで（あるいは新しい条件を付加し）、新たな内容に適合するように改善工事を命じ得るとする見解もある（遠藤前掲一二六頁）。この場合損失補償あるいは国家賠償の問題が生ずる場合があり得ようが、このように解するのが妥当ではなからうか。開発許可に条件が付された場合はその条件に適合することも必要であることは言うまでもない（七九条 八一条一項三号参照）。

③ 完了検査の結果、都道府県知事は適合していると判断したときは検査済証を交付し遅滞なくその旨を公告し、開発登録簿にその旨を登録しなければならない（四七条二項）。

工事完了届出の方式、検査済証の様式及び工事完了公告の方式については、規則二九条〜三一条で定められている。

検査済証は不動産登記法による土地の地目の変更登記申請書に添付されると、登記官吏の現地確認の手続きが省略されることとなっている。

④ 完了検査の法的効果

適合している旨の判断が下されると検査済証が交付され、その旨の公告がなされ、適合性の公の証明が為されることとなり、また三七条による建築制限の解除、また三九条による公共施設の市町村への管理・帰属、四〇条による代替公共施設の用に供する土地の国又は当該地方公共団体への帰属等の法的効果が生ずる。

これに関する判例として、完了検査済証の交付の非処分性につき、交付に際し工事が開発許可の内容に適合しているかどうかを確認することは内部的な行為であり独立の行政処分該当しない(千葉地裁 平成二・三・二六、例集 四一・三・七七一、判例タ 七四一・一〇九、判例自治 七六・五六)とするもの、また、建築基準法一九条四項の崖崩れのおそれについての建築主事の建築確認との関係について、都市計画法、宅地造成規制法の規制区域内の土地で崖崩れ防止のための規制はこれらの法で規制されるから建築主事は建築確認に当たり都市計画法二九条の開発許可書及び宅地造成等規制法八条一項に基づく工事の許可書、その検査済証によって建築基準法一九条四項の適合性を判断すれば足りるとするものがある(昭和六一・七・九神戸地裁 訟務月報三三・四・九九三)。

完了検査により建築制限の解除などの法的効果が発生することから見れば処分と見ることも可能である。また、完了検査後の開発許可取消訴訟の訴えの利益については一般的に判例上否定されている。

⑤ 完了検査と請負民事契約

なお、完了検査後を、最終代金支払い時期並びに移転登記の時期とするのが多いようであるが、工事完了前の分譲広告や売買契約の締結は禁止されておらず（宅建業法三三条・三六条）、また工事請負人の引き渡し時期は契約に特別の定めがなき限り、行政上の工事完了検査の終了とは言い切れないであろう。

これを信頼して譲渡を受けた者に、後で違法と判明したことにより職権で検査証明行為の取り消しをして是正命令を発し得るか、発した場合の国家賠償問題が発生しよう。

既に完了し使用されて居る場合に検査完了証明を発し得るかであるが、検査の法的効果を事実上享受していてもそれは違法なものであるから証明を発することはできると言えよう。

⑥ 許可不許可の通知 すでに（その一）二三四頁で簡単に触れたが再述する。

許可申請があったときは遅滞なく許可又は不許可の判断をし、その通知を、文書で行わなければならない（法三五条、同旨規定建築基準法六条三項、ただし二一日、七日と期日を確定している）。行政手続法は標準処理期間を定めることと「速やかに」審査、応答することを定めている。法令用語上「遅滞なく」とは「速やかに」よりは遅いが遅れる事なくの意味と言われているようであるが、何れにせよ相当期間内に行わなければ不作為として争われよう。これらの規定は行政手続法の制定前から定められている。また、行政手続法八条により不許可の場合は理由の開示が必要である。開発許可のような周辺環境に影響を与えるいわゆる複効的行政処分の場合には、許可処分の場合にも理由を公にする必要があるのではないかの問題がある。すなわち、第三者は当該処分について事後救済が認められていても、都市計画法上事実上並びに法的に当該処分の適法違法の判断資料としては四六、四七条による登録閲覧簿の閲覧の手段しか与えられていない。情報公開条例が存する場合にそれにより補充しうるが公開は保証されていないし、情報公開条例が制定されていない場合はなおさら違法か否かの判断資料は得られないことになるか

らである。

この通知は文書による要式行為であることとこれを当該申請者に通知しなければならない。許可か不許可かは相手方にとって重要なことであるからこれを明確に伝えるために要式行為にしたのであるから、文書によらないときは無効と解される。

許可、不許可の効力はこの通知が相手方に到達することにより発生する。到達とは特段の事情がない限り相手方が知り得る客観的状态に至ればよく、現実には知ったか否かは問わない。社会通念上本人に手渡されると思われる同居の親族、家族、雇人に渡されればこれを否定し得る特段の事情がない限り到達と解してよい。

⑦ 変更の許可 (三五条の二) これについても (その一) 一三頁で触れているが補論する。

(i) 事業は当初の計画通りに行われることは少なく、工事に伴い予想しなかった事態、新しい発想が生ずることが珍しくない。この場合当初の計画の本質を変更するようなものでなく軽微のものであれば改めて変更許可を取るまでもなく届出をすれば足りるが (三項、施行規則二八条の四)、それを越えて当初の計画と同一と見られない変更の場合は、新しく許可を取り直す必要が生ずる。しかし、そこまで行かない変更の場合は許可の変更を認めるのが手続経済の面で合理的である。新規の許可に当たらないが一〇号に該当するような場合には審査会の議を経ることが必要である。それに至らぬ軽微の場合は報告又は意見を求めることでよいと思われる (建築基準法一七条参照)。従来変更許可を要する範囲、許可を要しない軽微な変更の範囲、申請書の様式等につき各県の取り扱いがバラバラであったことから総務庁の「許認可当行政事務手続きの簡素・平明化等に関する調査」でその整理が指摘されていたことからそれに沿った改正が行われた。

許可を必要とする場合は(1)開発区域 (工区を分けたときは工区) の位置、区域、規模、(2)予定される建築物又は

特定工作物の用途、(3)開発行為に関する設計、(4)工事施工者。三三一条一三号は開発許可の一基準として施工者の工事完成能力を掲げている。これは言うまでもなく工事の適正な実現を期待しているものであるからこの変更については許可を必要とする。(5)自己用、非自己用、居住用、業務用の区別、(6)調整区域内における開発行為の場合は当該開発行為が該当する都市計画法三四条の号及びその理由(7)資金計画である。

また変更許可は開発許可後、完了公告前のものでなければならぬ。

変更許可については開発許可の手続きが準用されるが、特に開発行為に関係する公共施設を変更する場合にはその管理者の同意・協議が改めて必要となり、また、法三二条及び令二三条に規定する公益的施設の管理者（義務教育施設設置義務者、水道事業者、一般電気事業者、一般ガス事業者、鉄道事業者、軌道事業者）と協議を行った事項のうち二〇ha以上（一般電気事業者、一般ガス事業者、鉄道事業者、軌道事業者は四〇ha以上）を変更する場合には公益的施設の管理者との協議が改めて必要となる。

(ii) 審査会との関係では実務的には以下の場合には審査会の議を経ないで行われている。

三四条一〇号イの場合で1土地利用計画及び公共施設の配置計画を基本的に変更するものでなく、2計画変更の内容が技術的なものである場合、ロの場合、1軽微な変更で開発目的又は予定建築物の用途を基本的に変更するものでないこと、予定建築物の規模を著しく変更するものでないこと、計画変更の内容が技術的なものであること、2予定建築物の構造のみを変更するもの。

審査会の議を経た内容と著しく相違するもの、立地要件、面積、予定建築物の用途等審査内容にかかわる場合は再議が必要としている所もある。また、調整区域の場合は開発区域、建築物の用途の変更は変更許可になじまないとする見解もある。（平成十五年横浜市）。

二 建築制限の指定、解除等

① 調整区域内における知事の建築制限の指定

(i) 知事が調整区域内で開発許可を行う場合に必要と認める場合には、当該開発区域内の土地について「建築物の敷地面積に対する建築面積の割合、建築物の高さ、壁面の位置その他建築物の敷地、構造及び設備に関する制限を定めることができる」こととされている(四一条)。元来調整区域では開発を抑制する区域であるから原則的に用途地域は定めなから、用途地域を前提とする高度地区、空地地区、容積地区などを定めないので、建築物の建ぺい率、高さ、容積率等の制限は課し得ないことになる。しかし原則的に開発を禁止する地域に例外的に開発を許可をする場合には、当該地域の状況によってはこれらのことを全く無視することはできない。そこで必要に応じて知事は建築物の敷地面積に対する建築面積の割合、建築物の高さ、壁面の位置、その他建築物の敷地、構造及び設備に関する制限を定めることができるものとした。しかし用地地域そのものを本項で定めることを許容しているものではない。この指定は立法行為に該当するが、開発許可に当たってという個別行為であるので、言わば開発許可の付款とも解し得よう。其の意味では七九条の特別規定とも言える。何れに解しようとも知事より指定されたこれらの制限は建築確認の対象法令に該当することとなるが、建築確認を受けようとするときは申請にかかる計画が本条の規定に適合していることを証する書面を申請書に添付しなければならない(基準法施行規則一条五項、本法規則六〇条)。

小規模開発行為については近接隣接する用途地域に準じて建ぺい率を制限しているが、大規模開発行為については、その他個々の具体的に必要な制限を付しているようである。この場合開発審査会ほどの程度かわるかが問題

とされたことがあるが、開発審査会は指定づきの許可について議するということになる。建築審査会のような建議権も与えられていないので要望としてはともかく、付款なしで提案された許可申請につき積極的に付款を付して同意するということは法の予定していないところであろう。（昭五九年神奈川県）。

第一項の指定基準としては近隣隣接地域の状況から相当と認められる用途地域を想定し、当該市街化調整区域の整備、開発保全の方針に応じて判断すべきである。この指定を受けた区域が後日市街化区域に編入されたときは直ちに用途地域を定めこれに応じた建ぺい率などに拠るべきである。

第一項による指定は開発登録簿に記載されねばならない。

(ii) 指定の効果 第一項の指定に反して開発許可を受けた者はもちろんのこと開発区域内で建築しようとする者も（四三条）制約を受けるが、知事が当該区域及び其の周辺の地域における環境の保全上支障がないと認め、又は公益上やむを得ないと認めて許可したときはこの限りでない（本条二項）。この許可の場合は建築基準法五五條、五七條、五八條等に規定する制限の運用に準じて行うべきものとされている。

② 開発許可を受けた土地における建築制限

(i) 開発許可を受けた土地においては完了検査の公告以後は建築制限が解除されるが、建築できる建築物は原則として、予定建築物等以外のものは新築・新設してはならず、また改築・用途変更をなしえない（四二條）。すなわち、開発許可申請に当たって予定されている建築物については其の用途が申請書に記載され、その他の種々の条件が勘案されて道路、公園、排水施設などの規模が決定されることとなっているから、これら以外の建築物が建築されれば規制目的が達し得なくなるからである。この規制は開発許可を受けたものだけでなく、「何人」にも適用され、当該開発区域で新築、改築、又は用途の変更を行おうとする者に適用される。

建ぺい率などの指定等、建築確認の申請に当たって本条の規定に適合して居る証明書の添付が必要とされる。

ただし、一項但し書きにより知事が開発区域内における利便増進のため、あるいは区域並びに区域周辺の環境保全上支障がないと認めて許可したとき、又は建築物及び第一種特定工作物で建築基準法八八条二項の政令で指定する工作物の場合で用途地域が指定されて居る場合は例外とされる。

国が行う行為について、当該国の機関は開発許可機関と協議を成立させれば許可があったと見なすこととしている(同上二項)。この場合国と見なされるのものは、住宅・都市整備公団、地域振興整備公団、日本鉄道建設公団、本州四国連絡橋公団、農用地整備公団、日本道路公団、首都高速道路公団、阪神高速道路公団、簡易保険福祉事業団、日本下水道事業団、石油公団、新エネルギー・産業技術総合開発機構等である。

(ii) 四二条一項但書適用の実例として次の如きものがある。

長男死亡のため分家していた次男が本家に入り、三男が分家住宅に入る場合、第三者が買い受ける場合の取り扱いとして分家は属人的であるので用途変更として扱うとする例、新たな分家住宅として許可できるものであれば新規の二九条許可として扱うとする例、書面で報告を求めることによりとする例、令三六条一項三号として扱う例があり、第三者については具体的な事情を総合的に判断し真にやむを得ない場合に四二条一項但し書きもやむを得ないものとしている例、やむを得ない場合一〇号口として扱う例、包括基準の既存集落内の自己用に該当している場合は許可しているが四三条の場合は許可の取り直しを指導している例等がある(平五年千葉市)。

③ 開発許可を受けた土地以外の土地における建築制限

(i) 何人も市街化調整区域のうち開発許可を受けた土地以外の土地においては、知事の許可を受けなければ、二九条二・三号以外の建築物の新築または第一種特定工作物の新設、また、建築物の改築又は用途変更をして、二九

条二・三号以外の建築物としてはならない（四三条）。其の趣旨は、都市計画法の目的は建築用の開発行為の規制だけでなく市街化調整区域では開発行為を伴わない建築行為そのものも規制しなければいわゆるスプロールを抑制することができず、またこの目的は建築基準法の規制だけでは達し得ないからである。

(ii) この許可基準は二項により開発行為規制の三三条、三四条の基準に準じて政令（三六条）で定められている。ただし、一項一号から七号所定の場合には許可不要である。すなわち、①国もしくは二九条四号に規定する地方公共団体もしくは港務局が行う建築物の新築、改築もしくは用途変更または第一種特定工作物の新設、②都市計画事業としての建築物の新築、改築もしくは用途変更、第一種特定工作物の新設、③非常災害のための応急措置としての建築物の新築・改築・用途変更、第一種特定工作物の新設、④仮設建築物の新築、⑤二九条九号に掲げる開発行為その他の政令で定める開発行為が行われた土地の区域内において行う建築物の新築、改築もしくは用途の変更又は第一種特定工作物の新設、⑥イ 市街化区域に隣接・近接し、建築物がおおむね五〇戸以上連たんしている地域。近接要件としては、当該市街化調整区域の規模、態様、市街化区域との位置的關係、集落の具体的状況が考慮され、自然的・社会的条件から市街化区域と地形、地勢、地物状況や文教、公益、利便交通施設などの利用状況から一体性を判断できること。五〇戸の連たんとは、一戸一戸が一定の間隔で連続し、一定の戸数が相当程度の集落性を有していることである。ロ 既存宅地の確認。確認にあつたては土地登記簿、固定資産課税台帳によるが、その他の資料、状況により市街化調整区域とされた時点で当該土地の現況が宅地であったことの蓋然性が強いこと、ただし、当該地目変更の原因日付と登記年月日との間が著しく離れているような場合など、登記簿の記載が不自然と考えられるような場合には、規則三四条の二第二項に規定する書類として別途の裏付け資料の提出を求め等々の慎重な取り扱いが必要とされよう。昭和五七年局長・室長通達による航空写真、農地転用許可、農業委員会

の諸証明など農業的土地利用から宅地的土地利用への転換を証する書類、宅地造成等規制法、建築基準法などに基づく宅地的利用を証する書類、公的機関等の証明により立証できない場合であっても調整区域とされた時点より確認申請に至るまで農業的土地利用の経過及び土地の現況により宅地であることの蓋然性が極めて高いと判断されることも可能である。この既存宅地における面積規制として例えば一五〇m²等と審査基準で又は行政指導で行っている所もあるようである。また、住宅金融公庫の融資基準もあるのでそれにゆだねている所もあるようである。⑦通常の管理行為、軽易な行為その他の行為で政令で定めるもの。

⑥は昭和四十九年の改正で加えられたもので、其の趣旨は市街化区域内の土地でも其の土地が市街化区域と同一の日常生活圏を構成するような一定規模(五〇戸以上)を構成する集落内にあり、また線引きされた時点で既に宅地とされているものについてまで建築を否定する合理的理由が薄いからである。

建築許可についても承継の規定がおかれている(四四条)。

(画) 本条の許可、確認の法的性質について、以下のごとき判例、裁決がある。

(イ) 判決例

既存宅地確認の違法確認訴訟につき、本件訴訟は法定抗告訴訟に該当せず、無名抗告訴訟というほかなく、かかる訴訟が認められるか否かはさておき、無名抗告訴訟の原告適格については法律上明文で規定されていないが、一般の抗告訴訟と等しく自己の権利もしくは利益を侵害又はそのおそれある者で、法律上保護説によるべきであるとして、近隣に既存宅地確認を得てパチンコ営業がなされる事により自己のパチンコ営業が侵されるとしてその違法確認を求めた事例がある。判決は一条、七条、二九条等を根拠に公益性を述べ、続いて四三条一項六号はその例外の一つであるが、同号の趣旨は、市街化調整区域内の土地であっても、その土地が市街化区域と同一の日常生活圏

を構成する一定規模以上の集落内にあり、しかも市街化調整区域とされた時点で既に宅地になっている等の者についてまで一律に市街化調整区域としての建築などの制限を行うのは実情にそぐわないことから、そのような宅地で都道府県知事の確認を受けた者においては、許可を必要としないこととしたものと解し、これらの規定から鑑みると、この制度は公益目的の実現するためのもので当該土地の近隣でパチンコ店を経営する者について、その近隣で他社のパチンコ店が開業しえないことによる営業上の利益を個別的に保護すべき趣旨を含むものでないとして原告適格を否定した（判例 奈良地裁 平成元・一〇・二五、判例自治 七二・六一）。

原告適格についての判断は正しいと思われるがそもそも本既存宅地確認が処分性を有しているかどうかは問題ではないかと思われる。すなわち、既存宅地確認受けるだけでは建築行為を開始できるものではなく、この確認を受ける事は本法の建築許可を得ることを不要とするだけで、建築基準法またはその他の関係法令により課さる建築確認・許可まで不要とならないのでこれらの建築確認・許可をうけることにより現実の建築行為が法的に可能になるのである。この既存確認だけでは具体的な積極的法的効果が生ずるのではなく、少なくとも建築基準法の建築確認を得て初めて建築が可能となる。したがってこの既存宅地確認だけでは処分性はないかと思われる。

四三条による令三六条一項二号（現三号）につき、市街化調整区域内における専用住宅の建築許可申請に対し、施行令三六条一項二号（現行三号）に該当しないとしてした知事の不許可処分が争われた事例で関係通達が争われ、右通達における例示は、施行令三六条一項二号ハの事務処理基準を定めるものとして極めて適性、妥当なものであり、それは制限例示であり、不許可処分は適法であるとされた事例がある（千葉地裁 昭和五九・五・二五、判例 自治 八・九七）。

また、市街化調整区域内の農業用倉庫を機械部品加工作業場とする建築物用途変更許可につき、令三六条が一項

一号イで排水路その他の排水施設による敷地内の下水の有効な排出並びにその排出による当該敷地及びその周辺の地域に対する溢水などによる被害の防止について配慮しているが無秩序な市街化を防止して都市の健全な発展と秩序ある整備という公益の実現を図ることの一環として当該敷地に一定水準の排水施設が整備されていることあるいはされるべきことを定めたものと解されるから、同法四三条で本件建物の用途変更が県知事の許可にかからしめられ、またその許可基準が定められていることによって、結果的に原告の居住環境が保護され平穩で安全な都市生活を送り得ることとなるとしても、それは同条が都市の健全な発展と秩序ある整備という公益の実現を目的とする都市計画法の趣旨を担保しようとしていることに由来する反射的利益に過ぎない。したがって原告は原告適格をもたないとされているものがある(広島地裁 昭和五五・九・二、例集 三一・九・一七四五)。

なお、参考判例として、調整区域内に或る土地につき町の税務課長が発行した内容虚偽の宅地課税証明書により既存宅地であると誤信して買い受けた場合に町に損害賠償義務があるとされた事例がある(浦和地裁 平成六・一・一七、判例時報 一五一三・一四〇)。

(ロ) 裁決例等

裁決例として、既存宅地の確認申請が排水について住民の同意書が添付されていないと言うことで八カ月保留されたが、この措置は妥当で、これを無視して行われた工事の撤去命令は違法でないとした例(山梨県 昭和五一・一二・二四裁決)、実務上問題とされたものに、土地改良により既存宅地が移動し従前の農地が宅地として換地された場合三四一条一〇号ロで扱いか四三条一項六号ロによるべきか(平成二年群馬県)につき、既存宅地の制度は土地の事実的利用形態に着目したものであり、土地の権利関係の変動に関する法的処理の問題とは異なるから、分離して考慮しなければ為らなとする例、農業振興地域の整備に関する法律に基づく事業による換地交換分合につい

ては従前の土地のすべての権利を受け継ぐとする例、四三条一項六号ロに該当せず、収用による移転と同様な取り扱いをしている例、地目が宅地として換地されれば既存宅地として扱って支障なしとする例等がある。また、既存宅地確認における建築物の内容がバラバラである（平成元東京都）ことにつき、原則として一世帯毎に独立した建築物であるが、車庫、物置その他の付属建築物はこれを含む全体の敷地を一個としてカウントしている例、住宅、工場、店舗などを取り扱っているが車庫、物置などの付属建築物は含まないとする例、農業用施設で 1 ビニールハウスは認めない 2 牛舎、豚舎、倉庫等は原則として認めない、仮設建築物は認めない、違反報告されている違反建築物は認めないとしている例 (1) 市街化区域からおおむね五〇〇m以内の区域、(2) 旧町村役場を中心として発達した集落、主要道路の沿道に発達した集落などの地域内でおおむね五〇戸以上の建築物の連坦している所とする例、既存宅地もその戸数に算入してよいが少なくとも現に二〇戸以上の建築物があることとしている例、アパート、学校、工場などで同一敷地内に存する建築物を一つの建築物として扱い、同一敷地内の付属建築物を含めた全体の敷地が、原則として五〇m以内の間隔で五〇戸以上の連坦するか三haの区域内に五〇戸以上存在することを条件としている例、建設通達二八号、三一号に基づき敷地相互間の間隔は五〇m程度としており、また一定の区域の範囲内（半径一〇〇m程度）に相当程度の集落が形成されていると判断される場合には、個々の状況により「おおむね五〇m程度」の運用として一割前後を付加する場合もあるとする例、建築物の規模に比べ敷地が広大なゴルフ場などについては個別的に検討している例等がある。

建設省としては五〇戸連坦の建築物は車庫、物置など付属物は含まないが工場など住宅以外の建築物を除外するものではないとの見解が示されている。

次に既存宅地における用途規制の可能性（昭和五九年千葉県）につき、用途規制はできないとする例もあるが、

多くは何らかの方法で指導しているようである。例えば一種住居専用地域に準じた規制として、宅地確認申請書に建築計画図面を添付させ、建築確認と連動する態勢をとり、また確認基準を公表し基準の徹底を図っている例、既存宅地確認申請書に建築物の平面図及び立面図を提出させて、その用途及び形態が原則として一種住居専用地域に適合するように指導し、また確認通知書に用途、建ぺい率制限及び高さ制限に関する事項を記入指導し、建築主に對する注意事項としている例、集落内の既存建築物の用途及び近接する市街化区域の用途地域と整合するように指導している例、将来想定される用途地域などの適合させるとともに周辺の環境を著しく悪化させるものでないこととしている例等がある。

既存宅地確認につき登記官の錯誤によるとして宅地が農地に変更され、また登記簿以外の資料により調査した結果線引き以前において農地であることが判明した場合、この確認を放置することが公共の福祉の要請から著しく不当であるので、其の取り消しによって現在の土地所有者が受ける損害の程度、其の損害の賠償又は防止の程度及び方法などの事情を総合的に考慮し取り消すべきであること、既存確認申請者と現土地所有者と異なるときの取り消しの相手方は確認申請者であること、取り消しが行われたときは現土地所有者は審査請求をなし得ること四三条についての審査請求は開発審査会に對すること、の通達が発せられている(昭和五七年二月二日)。

三 開発行為の廃止

開発行為を途中で中止ないしは廃止されると土地の造成上の危険な状態が放置されたり、公共施設の機能や環境の阻害等の問題が生ずる。これに對しては工事状況の追跡をしてその安全を確保する制度が必要であるが、本法はその廃止の場合に知事に対する届出を義務づけ、その後の措置が適切にとれるようにしている(三八条)。

工事の安全性確保のために本法はあらかじめ開発許可基準、付款、完了届出、完了検査、監督処分等の制度を置いて、工事中途で廃止された場合の安全確保手段を置く必要がある。工事継続中の危険な場合には八一条で工事の安全を許可申請者等に求めることが可能であるが、廃止された場合は許可に関する関係では相手方が存しなくなる特別な場合となるから別個の規定を必要とする。

廃止とは言わば開発許可申請の撤回に当たり、工事の一時中止ではない。また、一時中止の場合であってもその期間が長期にわたるような場合には崖崩れ、溢水の危険、公共施設の機能阻害等の問題が生ずる可能性があるから同様な配慮、措置が必要となる。

かかる撤回が単なる一方的届出だけで可能とすると、三二条の同意・協議を経た公共施設の管理者との関係、三四条一四号の同意の権利者との関係はどうなるのか。したがって許可に当たってかかる場合を想定して適切な条件を付すことが望まれ、あるいは、許可申請の撤回権の制限さらには公的にその継続を担保する制度、其の際の課徴金等の制裁制度、さらに他の民間開発業者への承継制度（四四条）の斡旋等が検討に値しよう。特に工事中で既に土地の分譲がなされ、廃止後はかかる一般人の権利所有者だけの集団となると事業の継続、安全性の確保はこれらの一般人の集団では処理仕切れなくなる。何らかの方法を考慮しておかねばなるまい。また、八一条による適切な監督処分が行われなければならない事言うまでもない。

また、かかる中途廃止という不祥な事態は一面では行政側の責任も有り得るので、できるだけかかる事態を避けるためにも行政側による中間検査又は指導制度を採用すること等が考慮されるべきであろう。

無届けで廃止すると二〇万円以下の過料に処せられる。大規模開発のような場合には実際の安全・危険性から考慮してこの額は軽易過ぎるのではないかと思われる。

また、近隣住民の抵抗を一時そらすために一時中止することも考えられるので、一時中止か撤回かが不明確な場合に備え、権限者は職権による許可の撤回処分をしておくことが後の争いを防ぐことになろう。建築基準法上も同様な問題が生じ、東京都の場合は念のための職権による建築確認の撤回を行っている。

開発行為が廃止されると開発登録簿も閉鎖される(規則三七条)。

なお、かかる廃止に備えて全国的にいかなる許可条件が付され、実行されているかの実態調査が必要である。

四 公共施設の管理・代替施設の帰属

① 開発行為により設置された公共施設の管理

開発行為又は開発行為の工事により設置された道路、公園、排水施設などの公共施設は、工事完了の公告の翌日に原則として市町村の管理に属することとなる(三九条)。これは法が開発に当たって適切な公共施設の設置を求めるとともに、適切な管理運営を図るためには、設置された公共施設を責任をもって適正な管理運営をなしうる者の下におかれなければ所期の目的を達し得ないからである。

すなわち開発行為又は開発行為に関する工事により設置された公共施設の管理は三六条の三項の工事完了の公告の日の翌日において原則として地元市町村に引き継がれる。公共施設とは四条一二項の定めるものである。

開発行為のほか「開発行為に関する工事により設置された公共施設」とは開発区域外の幹線道路との接続道路等(類似の制度として区画整理法一〇六条、都市再開発法一〇九条、新住宅市街地開発法二八条、首都圏開発二八条、流通市街地三一条等)を含める趣旨である。

本条により属するのは管理権であって、公共施設の存する土地の所有権の帰属については四〇条二項の定めによ

る。

ただし書の、「他の法律に基づく管理者」とは、道路法、河川法等の公物管理法により管理者が特別に定められている場合の管理者で、それらの者が管理する。また三二条協議により別段の定めをした場合にはそれによる。三二条協議により市町村以外のものが管理者となる場合としては許可申請者、宅地分譲の場合などの譲受人等の権利者その他団地組合、第三者等が想定されるが、将来的には管理経費負担の問題、また将来発生する可能性の有る管理上のトラブルを考えると市町村の管理が最も妥当である。

三二条協議で管理者が決定されなくても、本条で市町村に管理（権・義務）が発生することになるが、その引継の円滑性を考慮すると十分な協議を経ることが望まれる。

本条の管理権は公物法上の管理権と異なるから、本条の管理権の帰属を受けても、道路法上の道路の路線の認定、区域指定や供用開始・廃止決定や都市公園法上の設置が自動的になされる訳ではなく、これらは別個に公物管理法上の権限によらなければならない。言わば本条により帰属される管理とは所有権などの権原にもとづく管理権と解されている（三橋二〇二頁）。

公物管理法上の対象とならない公共施設の場合は管理権行使の根拠となる権限を固有事務条例などにより取得する必要があろう。

「三二条の協議により管理者について別段の定めをしたとき」として考えられるのは協議の結果開発行為者自ら管理をする場合、居住者が管理組合を作って管理する場合、第三者である民間会社・団体などに管理を委託する場合が考えられるが（遠藤掲掲一〇八頁）、本来的に法が予定して居るのは市町村が管理することであらう。

この公共施設の管理者となる者は工事完了の公告の翌日にその用地の所有者となることとし、管理体制を明確に

している。例外は代替的公共施設(四〇条一項)の用地及び開発許可を受けたものが自ら管理する場合である。

② 代替施設用地の帰属

三九条が新たに設けられる公共施設に関する規定であるのに対し、四〇条は既設の公共施設に代えて新たな公共施設が設けられるようになった場合の従前の公共施設の用に供していた土地で国又は地方公共団体が所有する土地の帰属に関する規定である(四〇条)。

一項は、従来の公共施設が廃止されれば当該土地は開発行為者が買収などとして利用することが必要となるが、従前の公共施設に代えて新しい公共施設が設けられれば、従前の土地と新しい公共施設の用地を交換すれば事務処理上便宜である(類似の新旧交換規定を見ると、区画整理一〇五条、新市街地二九条、流通市街三二条、首都圏開発二〇条の三、近畿圏開発二九条等)。しかしこの場合は旧地の所有権は開発許可を受けた者に帰属することとなっていない。公共施設の整備を伴う区画形質の変更である点では区画整理と同じであるのにかかる差はなぜ生じるのか。遠藤一一一頁)。法四〇条一項はこれを定め、国有財産法並びに地方公共団体の公有財産処分に関する法令の特例を認めたものと解されて居る。しかし、かかるアンバランスに対しては疑問が提起されて居る(遠藤一一〇頁)。

代替公共施設については従前のものと比しその構造、規模などが同一であることを要せず、また、従前の公共施設が複数であっても、それらを単一の公共施設にまとめて整備する場合でもよく、また等価であることを要することは解されていない(三橋二〇四頁、遠藤一一〇九頁)。従来の施設に代わり得るものであればその内容上の細かなことは問題にしない趣旨であろう。

また、本条は従前の土地が国又は公共団体の土地の場合にのみ適用され、民有地の場合には適用されない。民有地の場合はあくまでも申請者と土地権利者との合意によるべく、法律により帰属を一方的に決定できないからであ

る。開発許可を受けた者は必要な権原を取得する必要がある。私有地を除いていることは法三二条の公共施設には私的なものを含めない一つの根拠になり得る。

従前の公共施設の土地が新しく公共施設となる土地の所有者に帰属することとしなかったのは開発許可を受けた者に帰属させた方が管理上複雑にせず済み、また、一般的にかかる土地は開発許可を受けたものの所有であることが通常であるからである。なお、この帰属についても不動産登記法の登記が必要である。

なお工事完了の公告の翌日前に従前の土地が表示の登記及び所有権保存登記をしていない場合の嘱託登記については、「都市計画法による公共施設の用に供する土地の帰属にかかる不動産登記嘱託書の様式等について」と言う都市計画局長通達（昭和四五・七・二八）で定められて居る。

判例に、開発許可にあたり公園を市に帰属させることになっていたが、なぜか登記をしない状態が継続されたため四〇条二項は開発許可を受けたものが自ら管理するものを除くとして、登記をしないことを理由にその帰属を拒否したことに對して、既に話し合いの中で市に帰属させる合意がなされ土地所有者も承諾しているとして市への帰属が認められた事件がある（宮崎地裁 平成四・一〇・二六、判例時報 一四五七・一三三三）。また、三二条協議により原告市に帰属すべき公園用地であるが、この土地につき強制競売がなされようとしたので、原告市が強制執行の停止並びに第三者異議の訴えを提起したのに対し、被告は原告に対し所有権移転の登記をせよとの判決をした例、また、遊水池は令一条の二の定める「下水道」にあたるかにつき、法四条一四項・令一条の二の公共施設は限定的列挙であり、遊水池は公共用水域に排出する排水管が完備されない場合にこれによって処理できない雨水・融雪水を集める池を設けることによって雨水などを処理することを目的とするもので、雨水を一時的暫定的に貯留し地下に浸透させることで処理する施設であるとともに下水道本管に排出する施設であり、下水の処

理施設ないし排水施設であり、法四条一四項、令一条の二の下水道に該当するとしたものがある（札幌地裁 平成五・一〇・八、判タ 八四一・一一五）。

法四条一四項・令一条の二の公共施設となるためには具体的な用途目的が定められて設置される必要があり、それらの具体的用途を定めず単に公共施設用地とするだけでは、施行令の定める公共施設には該当しない。

法四〇条二項の所有権帰属は管理権と所有権の帰属主体が異なることによる公物管理上の支障を避ける趣旨のもので法的には一種の原始取得の性格を有し錯誤規定の余地はない。

第三項は都市施設の整備に要する費用の負担区分について定めた規定である。昭和四二年の宅地審議会の答申に基づき市街化区域内の根幹施設については国又は公共団体が其の費用を負担し、その他の施設（市街化区域内における支線的施設及び調整区域内の施設）については開発者が負担するのが合理的との考え方に基づく。負担を求めることができる施設、及び其の手続きは令三二・三三条に規定されている。請求できるのは土地の取得費であり、工事費は含まないが、別途任意に管理者と協議して定めることができる。

土地の取得費とは当該土地の取得費ではなく、当該開発行為の着手時の時価を基準とすること、またこの場合、地価公示法六条の規定により土地鑑定委員会が公示した標準地の価額を参考とすること、当該公共施設の種類、利用者の範囲、整備が予定されていた時期などを勘案することとなる。この請求権は形成権ではなく、したがって請求されても国又は公共団体が応じなければ意味のない事になるから、国又は公共団体は誠実に対応することが望まれる（建設省 解説 二〇二・三頁）。

法四〇条二項につき札幌地裁五・一〇・八判例タイムズ八四一・一一五は管理権と所有権の帰属主体が異なった場合に生じる公物管理上の支障を避けるため、各帰属主体を同一主体とするために公共施設などの管理権者に対

し、法律上当然に所有権を帰属させるといふ趣旨に基づいて定められたもので、法的には一種の原始取得の性格を有するから、同条項に基づく所有権帰属につき、錯誤に関する規定の適用の余地はない。

五 開発登録簿の閲覧請求・情報公開

元来土地の公法的制限は善意の第三者や利害関係人に影響を与えるためその取引保護のための情報提供し、また違反行為の予防や把握をするともに、建築主事などの関係行政機関がその内容を常時、容易にアクセスできる状態にしておくことが必要であるので、本法は開発登録簿の調整・保管を知事に義務づけた（四六条・四七条）。

作成権限・義務者は知事であり、その権限・義務の内容は開発登録簿の「調整」と「保管」である。また登録事項は開発許可に係る事項である。

単に「作成」と言わず「調整」という語を使用している。登録簿に登録すべき事項は法定されており（四七条一項各号参照。二項完了検査事項、三項監督処分による一項各号の修正）調整という語を使用する必要性は必ずしも明らかでないが、省令三六条により開発登録簿が調書及び図面により構成されることとなっていることからである。

登録事項は四七条一項で、（１） 開発許可の年月日、（２） 予定建築物等（用途地域等の区域内の建築物及び第一種特定工作物を除く）の用途、（３） 公共施設の種類、位置及び区域、（４） 前三号にかかげるもののほか、開発許可の内容、（５） 四一条一項による制限の内容、（６） 前各号に定めるもののほか、省令で定める事項が定められ、二項で三六条の完了検査を行い当該工事が当該開発許可の内容に適合すると認めるときは、その旨を付記しなければならない。また四一条二項但し書き、四二条一項但し規定による例外許可（四七条三項）、八一条一項の処

分により登録内容に変更が生じた場合には登録簿の修正が必要となり(四七条四項)、また開発許可内容の変更の場合も、二九条の規定が当然変更の場合にも適用されるものと解されるので、変更許可の場合にも登録変更を行わねばならない。

現在行政情報の公開について多くの条例が定められており、国レベルでも情報公開法の制定が予定されているが、都市計画法は既に開発許可にかかる開発登録簿の公衆への閲覧並びに請求が為されたときの写しの交付を定め(四七条四項)、閲覧所の設置、閲覧規則の制定等については省令が定める(四七条六項)。これらの告示を定めている(規則三八条)。開発登録簿で記載されている以外のもので条例による開示事項該当の情報は情報公開条例による。土地収用法においては裁決手続き開始の決定が行われるとその旨の登記がなされその後の権利変動による手続きの混乱を防ぐこととなっているが、開発許可についてはそこまで行われぬ。しかし、登記手続きが煩瑣になることの非難を別とすれば土地の戸籍にも匹敵する地籍制度の中に私法的権利変動記録と共に開発許可等公的規制とその解除を一般的に記載、登録する制度の確立は検討課題であろう。

なお、建築基準法九三条の二は確認申請書に関する図書の閲覧に関する規定をおいている。

開発登録簿の保存期間は特別規定がないから原則として永久保存である。当該開発許可にかかる土地につき開発行為の廃止がなされれば其の必要性がなくなるかもしれないが、後日問題が生ずることもあり、其の事実・経過の記録保存の必要性が全くなくなることにはならない。工事廃止届出があったときは登録簿を閉鎖しなければならぬ(令三七七条)、その趣旨は取引上の誤解を避けるためであろうが、廃棄処分することとはされていない。そのようなことが無い限り原則として永久保存と解されている(例 神奈川県文書保管規則)。実務上は廃止の記録をしたものを登録簿に保存し閲覧に供しているようである。

この登録簿に民事上の権利を確定する公信力がある訳ではないことはもちろん、開発許可（変更）処分は登記簿の有無によってではなく、許可書による通知（法三五、承継も四四、四五）により発生する。したがってその法的効力としては新たな法的効果の発生をするものではなく、したがってその意味では登録行為そのものは抗告訴訟の対象としての処分性は薄いと見えようが、閲覧請求権は法により認められた請求権であるから閲覧拒否・写し交付拒否は抗告訴訟の対象となり、登録内容訂正・取消しを求める請求、登録不作為に対する訴訟等が認められよう。また、登録行為は国家賠償法上の公権力の行使には該当するから、記載の不作為、過誤の処分性を認め、またこれによる損害については国家賠償問題が生ずることは有り得る。

開発許可権者は常に開発登録簿を公衆の閲覧に供するように保管し、かつ、閲覧請求があったときはその写しを交付しなければならぬ（四七条四項）。そのために閲覧所を設け閲覧規則で閲覧時間その他の閲覧秩序維持の規則、請求手続等を定めることとなる。写しの交付にあたっては真正の写しであることを証明する事が必要である。

第七章 監督処分、立入検査

① 八一条は開発行為についてのみならず本法上の六五条の事業制限等都市計画を適切に推進するため、一般私人を対象にした違反行為に対する監督処分規定であるが、ここでは開発行為についてのみ触れる。なお一項括弧書きで都市計画の決定又はその変更にかかる行為は特定人に対する処分にあらず、法二四条の定める建設大臣の指示等の監督処分によるとされているので除かれる。

知事は次の四号のいずれかに該当する者にたいして、本法上の、許可、承諾、確認の取消、変更、効力の停止、

条件変更、新条件の付加、工事等の停止、建築物等の除却など必要な措置命令を発し得る。

1 ①法令規定又はそれに基づく処分違反者、②その違反事実を知って土地、建築物等を譲り受け又は賃貸借などの使用権を取得した者

違反行為に対する故意、過失を基礎とする処分で、客観的には違法でもそれを知らずに譲り受けた者には命令を発し得ない。

2 法令・処分違反する工事の注文主もしくは請負人（下請負人を含む）または請負契約に基づかず自ら工事を行っている者もしくはした者

この場合は注文主、請負人、下請負人は違反行為を知らなくても客観的に違法であれば命令の対象者となる。

3 許認可、承認に付された条件違反者

一号後段の譲り受け者などもこれに含まれよう。

4 詐欺等の不正手段により本法上の許認可、承諾、承認を受けた者

虚偽の予定建築物の用途、道路、排水施設的能力を軽減した設計図書の提出、無資格者の設計に資格者の名称を用いて許可を受けた場合等。

都市計画決定・変更など処分的でない行為は除かれている。

措置命令の類型としては許可、承認、確認の①取消、変更、効力停止、②条件の変更、付加、③工事その他の行為の停止、④建築物等の改築、移転（建築の停止は前号に入る）もしくは除却、⑤その他これらに限られず、違反是正に必要なと解される必要な措置。

命令対象となる行為である許可、承認、確認の具体的事例としては二九条開発許可、四一条、四二条、四三条、

建築許可など、四五条許可の地位の承継の承認、四三条一項六号ロ既存宅地の確認があげられる。限定的列举と解されるが、仮設建築物等の認定等も含まれよう。

命令は言うまでもなく命令の目的から都市計画画に必要な限度並びに条理上の限界に服する。

また、命令の形式は特に規定が無いので口頭でもよいが、緊急時など特段の事情がない限り、処理の確実を期すため書面によることが望ましいこと言うまでもない。聴聞手続や理由の提示などは行政手続法による。

命令の効力発生は到達主義による。相手方を確知できないときの特例として、建設大臣又は知事は、そのもの負担において当該措置を自ら行い、又はその命じた者もしくは委任した者にそれを行わせることができる。この場合においては、相当の期限を定めて、当該措置を行うべき旨及びその期限までに当該措置を行わない時は、建設大臣もしくは都道府県知事又はその命じた者もしくは委任したものが当該措置を行う旨を、あらかじめ公告しなければならぬ事となっている（本条二項）。

② 命令手続 八一条旧二項の聴聞規定は行政手続法によって代わられた。聴聞は被処分者に弁明の機会を与えて利益を保護する趣旨にあるから、聴聞を経ず行われた命令は個々のケースに応じて考慮しなければならないであろうが原理的には無効と解すべきであろう。相手方が正当な理由なく応じない場合（行政手続法二三条一項）や緊急な場合（同法一三条二項一号）は聴聞を行わないでなし得よう。

正当な理由とは、相手方の主観的事情によるのではない社会通念上客観的にやむを得ない場合と解され、具体的ケースに応じて聴聞の期間、被処分者の状況、違反是正の緊急性の度合などを総合的に判断するよりほかない。恣意的に処分を遅延させようとするような場合には正当性がないと言えよう。

緊急の場合とは無許可開発行為により崖崩れなどの災害の危険があり、気象条件などから見て緊急に防災措置を

必要とする場合等である（建築基準法九条一〇項、七項参照）。但し書き運用については聴聞の通知の方法及び期間、被処分者の状況、法令違反の是正の緊急性など、聴聞の相手方の権利侵害にわたらないことへの配慮が必要である。

聴聞の通知の形式は書面によらねばならない（手続法一五条一項）。

③ 過失なく命令の相手方の所在を確知しえない場合の代行（法八一条二項）

命令の中で代替的作為義務を内容とするものについては、一般法である行政代執行法によるが、必要な措置を命じようとしても過失なくして相手方が確知しえない場合で、その命令が代替的作為義務の場合には、建設大臣又は県知事はそのものの費用負担において当該措置を自ら行い又は第三者に行わせることができる。相手方が過失なくして確知し得ない場合の特別規定である。このような特別規定をおかないと、河川法などのように民法九七条の二による公示方法を用いる必要が生ずるからである。過失なくしてとは知事が一般的に要求される調査をしなくても知り得ない場合を言う。

第三者に行わせる方法としては知事の指揮監督に服する職員に対する命令又は知事の指揮監督に服さない他の地方公共団体の長又は職員への委任の方法がある。この代行措置をとるときは相当の期限を定めて当該措置を行うべき旨及びその期限までに当該措置を行わないときには建設大臣又は知事又はその命じた者又は委任を受けたものが当該措置を行う旨の公告を、あらかじめ行わなければならない（建築基準法九条一一項も同旨であるが、それを放置することが著しく公益に反することが要件に付加されている）。

公告は官報、公報その他の所定の手段によらねばならないが（施行令四二条一項）、公報その他の所定の手段とは、公告を行う場合に通常とられている方法であり、公告が公報の代わりに特定の新聞に掲載することによって行われ

ている場合は、当該新聞に掲載することがこれに該当する。公報その他所定の手段によるほか、公告の内容その他必要な事項を、措置を行おうとする土地の付近その他の適当な場所に公告をした日から一〇日間（初日は含まれないから一日目まで）掲示しなければならない。これがなされなければ公告があつたことにしないのが法の趣旨であらう（施行令四二条三項）。

非代替的作為義務、不作為義務については現行法上は強制方法はない。

代執行以外に命令の実効性を図るためには行政指導として粘り強い説得のほか罰則による心理的強制手段に頼るほかない。一項の命令違反に対しては一年以下の懲役又は三〇万円以下の罰金に処せられる（九一条）。

④ 標識の設置（法八一条三項・四項）

悪質な業者は監督処分を受けたまま善意の第三者に違反物件を譲渡する事例が生じている。これに対処するため一項の命令をした場合には標識の設置又は省令の定める方法により公示しなければならない。この標識は命令にかかる土地又は工作物などもしくは工作物などの敷地内に設置することができる。この場合その敷地の所有者、管理者または占有者はその設置を拒み又は妨げてはならない（建築基準法九条一四、一五項同旨）。ただし、罰則規定はおかれていない。

平成四年付則八条は旧都市計画法上の命令違反に対して適用しないこと、また八一条四・五項は旧八一条の下での譲渡貸借には適用しないことを定めている。

⑤ 行政実例としての裁決等

許可内容と異なる建築物の撤去命令に対し、許可内容と異なったのは工事者が敷地位置を間違えたことによる事、また既に入居者がいるとを理由に取り消しが求められたが「請求人は当該建築物について建築中に工事停止命

令を受け取り、また、許可内容の通りには是正するように指導を受けたことから、当然に法及び建築基準法に違反して建築が行われていることを予知しており、それにもかかわらず工事を続行して建築を完成させた」(横浜市五二・四・一二裁決) ことが認定されている。

また違反建築物を取得した者に対する徐却命令については違反をしたのは建築主であること、移転したからと言って違反行為が免責されるものでないことから建築主に対し行おうとする説、権原なき者に対する作為命令はなし得ないから有効な命令たり得ないとする説、譲受人と譲渡人との間に共同謀議がある場合には譲受人にもなし得るとする説、建築主には所有権なくまた善意の所有者に不測の損害を与えるから徐却命令を発し得ず、罰則で対処すべしとする説、対物処分だから譲受人にも及ぶとする説等がある(昭和六三年東京都)。

市に許可権限を委任したとき、是正命令権限まで委任したことになるのか、又は別個に是正命令の権限委任の規定が必要か。八六条は第三章第一節の規定による権限委任に関する規定だから八一条は除かれている。

⑥ 違反是正指導の実態(平成四年栃木県)

出先機関(土木事務所)に課長一名、担当者一名、建築巡視員一名、臨時職員一名よりなる建築課をおき、違反が発見されるとまず現場確認、事情聴取を行い、違反報告書を本庁に上げ本庁と一体では正指導する例、専任の執行体制をとらず通常の業務の中で把握、指導などを行う例、六人を配置し、都市計画法、宅地建物取引業違反に対応、県出先機関には宅地指導班を配置している例、事務違反が発生すると調査、事情聴取、指導など事務量が増大し通常事務に影響を与えたとする例、専任をおかず許可、検査事務の中で是正を行っている例、二三区の中には事務委任をしているとする例、二名の専任の違反担当職員をおき、初期の段階で発見できるようパトロールを実施し是正できるようにしている例、兼務で行っている例等が報告されている。

他に多くの違反建築を放置しておきながら本建築物にのみ是正命令を発することは平等原則憲法一四条に違反すると争われたのに対し、何時、いかなる命令を発するかは行政目的達成の必要性、緊急性、相手方の違反の対応、行政側の働きかけに対する義務者の対応等、諸般の一切の事情を考慮して行われる裁量行為と解されるとし、労働者八〇名を収容する宿舍など六棟に及ぶ違反建築物でその違反の程度は重大で、また除却のための指導から二年八か月も経過して居ること、かつ、誓約書などにおいて審査請求人自身その違反を詫び移転を約束して居る事情を換算座売れば裁量権の濫用に当たらず、他に除却命令が出されて以内違反建築物が損するからといって、憲法一四条に違反するとは言えず、金銭の不足を理由に移転先の取得難を主張するが、金銭不足という主観的な事情で違法状態を正当化するものではなく、最初の指導から約三年間経過しその間三回の行政指導が行われた事から見ても、裁量権の踰越、濫用が存するものとは認めがたいとされた例がある（神奈川県 昭和五七・六・一〇 裁決）。

除却命令の前提である聴聞の出席者が本人の息子であった場合の違法性につき、処分庁が息子を本人と誤認して居たことが認められるが、本人が病氣、高齢、事案についての不案内という請求人側の都合により処分庁に妥当な手続きを取らずに息子を聴聞に出席させ、その息子は本人の署名捺印をし、本人の事業の実質的経営者は息子で本人との意思疎通は十分になしうる状況にあるので聴聞の機会を与えなかつたとは言えず、処分命令を違法化するものとは言えない（神奈川県 昭和五八・四・一一 裁決）。

都市計画変更が間近かであることを理由になされた是正命令が違法かにつき線引のための都市計画決定は住民への事前周知のための縦覧、公聴会の開催、住民の意見書の提出、都市計画審議会の審議及び建設大臣の認可など厳格な手続きを義務づけており行政当局の恣意によって一方的に決定することが許されるものではなくしたがって推測により監督処分を行うべきでなくあくまでも現存の線引の状況によるべきであるとされた事例がある（神奈川県

昭和五八・四・一一 裁決。

判例にはドライブイン建築を目的とした申請者の意図に沿う行政指導をすべき義務はないとした事例（大阪高裁 二・一〇・四、判例時報 一三七五・七四）や開発許可を必要とした行政指導を脱法行為として争った事例がある（横浜地裁 昭和六三・四・二八、判例時報 一三〇二・一二九）。

⑦ 立入検査

八一条を実施するためには十分な調査を必要とする場合が生ずる。そのため合意により調査が行われればそれにこしたことはないが、その調査が拒否されたときに、罰則で調査の執行を担保する方法もあるが（九三条一号）、それでは現実の調査は為し得ない。そのため、八二条は必要な場合には強制的な土地への立ち入りと、検査を行うことを認めた訳である。土地の所有者、占有者は立ち入りを拒み得るが、立入権が有効に成立していれば、相手方が拒まない限り立入り、検査を行うことができる。立ち入りの際には身分証明書の携帯、並びに関係者から請求があったときの提示義務、また立ち入り検査権限が犯罪捜査のために用いられてはならないことは一般の立ち入りの場合と同様に規定されている。

しかし、憲法上の刑事手続きにおける令状主義の例外でもあるので、必要限度の立ち入り方法と検査に限られる比例原則に従わねばならないこと言うまでもない。このことは第四項でこの立ち入り検査が犯罪捜査のために認められたものでないことを注意的に規定していることから理解できる。

工事完了検査についても三六条二項により本条の適用を受けるが、開発許可にあたって必要な検査については本条は該当しないことから適用されないとされている。もっとも、申請人は許可を受けねば開発行為を為し得ないことになるからその前提となる立ち入り拒否することは通常あり得ないであろう。

第八章 権限の委任、大都市の特例

① 権限委任

地方自治法一五三条二項は知事の事務の一部を市町村長に委任し得ることを定めているが、開発許可は専門的かつ技術的判断を要し、そのための一定の行政能力を必要とし、また、都市計画の人口をある程度有すること、また、このような資格ある自治体の自主的判断をできるだけ尊重する必要性から権限の委任を特別に定めた。（八六条）。開発は当該市町村に最も影響を与えるものであるから、地方分権委員会の報告に沿って、市の執行体制、能力を見極め、できるだけ委任の方向で進めるべきであろう。

権限委任を受けると審査会に対する付議並びに審査請求は県の開発審査会にたいして行うこととなり、また、開発許可の手数料は市長が徴収することとなる。

知事は開発許可に関する事務で臨港地区にかかるものを令四四条に定めに従い、港務局長又は港湾管理者である地方公共団体の長に委任できるとされている。令四四条により委任し得る事務は (1)、公有水面埋立法による竣工認可を受けた埋立地にかかる事務と (2)、港湾法三九条一項の規定により指定された分区にかかる事務である（(1)を除く）。

受任庁は自己の名と責任でその権限を行使し、審査請求においても受任庁が被請求人となる。ただし審査庁は県の審査会であり、また、付議案件も県の審査会に付議されることとなっており、受任庁の自治体で独自の審査会は設けられない。建築行政における建築審査会と異なる。分権に関する一つの問題点にならう。

付則五項により未線引都市計画区域における開発許可制度においても適用される。

② 大都市の特例

建設大臣または都道府県知事は指定都市を含む都市計画区域の都市計画の決定又は変更をする場合には、従来は当該指定都市の長とは無関係に決定される仕組みになっていたが、法改正により、協議することとされた(八七条一項)。

開発許可に関するものについては言えば法第三章の都道府県又は都道府県の長が処理するものとされている権限に属する事務で政令の定めるものは指定都市又は中核市(以下指定都市等と言う)が政令の定めるところによりこれらについて指定都市等又はそれらの長が処理し事務を行うこととされた(同二項)。これを受けた政令四五条は、これについて自治法施行令一七四条の三八の定めるところとされている(一項は指定都市につき二項は中核市について)。規制事務だけでなく、開発審査会も指定都市が設置することとなる。この場合の裁決に対する不服は建設大臣に対する再審査請求をすることとなる。

第九章 建設大臣の報告、資料の提出請求並びに勧告、助言及び自治体の援助

建設大臣は国の機関以外の施行者に対し、また知事は施行者である市町村又はこの法律の許認可、承認を受けた者に対してこの法律施行のために必要な限度で報告もしくは資料の提出を求め、又は必要な勧告もしくは助言をすることができ(八〇条一項)。また、市町村又は施行者は建設大臣又は都道府県知事に対し、都市計画の決定もしくは変更又は都市計画事業の施行の準備もしくは施行のため、それぞれ都市計画又は都市計画事業に関し専門的知

識を有する職員の技術的援助を求めることができる（同二項）。

適切な都市計画の施行のためには十分な資料を必要とすることは言うまでもない。そのため監督者としての建設大臣又は知事は市町村に対し都市計画事業の進捗状況や開発行為の実情につき報告や資料の提出を求めるとし、又は勧告もしくは助言をすることとした。それとともに市町村又は施行者が上級機関の専門職員の技術的援助を要請し得ることとし、両者の協力関係を維持できることとしている。報告、資料の提出を求められ、応ぜず、又は虚偽の報告、資料の提出をした者は九三条一号で処罰される。提出を求めるときはこのことを明示して行うべきである。八一条の監督処分の前提ともなる。

国又は地方公共団体の援助につき四八条は国又は地方公共団体は市街化区域内で開発許可を受けた事業に対し良好な開発行為が実現できるよう積極的に援助措置を講ずる努力規定を定めている。この対象となる事業としては民間大規模事業を予定していると考えられるが、なぜ民間開発行為に対して援助するのかの合理的理由が問題となる。しかし、基本的に開発を抑制する調整区域と異なり、公共施設の集中的・効率的・計画的な公共施設の整備の下に開発を認容する市街化区域の開発については、公共、公益施設など都市形成に強い影響を与えるからである。

この援助は法的には宣言的・努力義務であって国や自治体に対する積極的な請求権を開発者に与えたものではない。援助の手法としては立法、行政運営、資金援助等が考えられる。

なお、開発許可を受けた民間宅地開発で、規模等が一定の要件に該当するものについては昭和四六年度から日本開発銀行、昭和四七年度からは住宅金融庫の融資の途が開かれている。ただこれは一種の公共事業的性格を与える結果になるものであるから、その融資の用途については厳格な監視が必要である。

第一〇章 不服申立て

① 一般的に行政上の不服申し立ては一般法としての行政不服審査法による。これによると審査請求事項は一般概括主義により、原則的に上級機関に対する審査請求を行うこととされ、其の審査は書面審理によることとされている。また、其の審査請求に対する応答としての裁決を行うべき期間については特に期限の制限規定はない。

しかし、本法五〇条は一項で審査請求事項を限定し、また、審査機関を第三者機関である開発審査会と規定し二項は裁決期間を制限し三項は公開口頭審理を定め、四項は建設大臣に対する再審査請求を認める等の特別規定を設けた。また五二条で訴訟との関係で審査前置主義がとられている。

五〇条一項は、開発審査会に対する審査請求事項は二九条、四一条二項但し書き、四二条一項但し書きもしくは四三条一項の規定に基づく処分もしくはこれにかかる不作為又はこれらの規定に違反した者に対する八一条一項に基づく監督処分と明文により限定的に定めているので、これ以外の事項については知事が処分権限者の場合は建設大臣に、市長が処分権限者の場合は知事にたいして行うこととなる。後者の場合は建設大臣に対し再審査請求をなしうるかであるが、都市計画法は五〇条四項で再審査請求の規定は開発審査会の裁決に不服ある場合を定めるのみであるので、否定的に解さざるを得ない。

積極処分に対しては審査請求をなすこととなる。異議申し立てを認める特別規定はないので、異議申し立てはできないが、不作為については開発審査会に対するのと二者択一でなしうることとなる。

審査請求は天災などがあった場合を除き、処分があったことを知った日の翌日から起算して六〇日以内に行わな

ければならない。処分があったことを知った日とは処分が違法であることを知った日または処分の内容を知った日ではなく、処分の存在を現実知った日または処分が相手方に到達したことを当該第三者が了知した日と解されている。現実知ったかどうかの事実認定について争われる場合が多いが、建築確認の場合には確認済みの標識を見やすいところに掲示することが義務づけられておるので、一般的にその掲示がなされたときに知ったことが事実上推定されるが、開発許可の場合も神奈川県の場合、都市計画法に基づく開発行為の規制に関する規則一九条一項により、開発許可済みの標識設定が義務づけられており、その標識項目として、許可年月日、番号、許可者、許可を受けたものと工事施工者の住所、氏名、土地の所在、建築物の用途を見やすいところに掲示することとされている。多くの自治体も同様であろう。しかし、この標識が設置されたかどうかの事実認定はその判断が困難な場合が多い。設置の写真を撮る等の義務づけが必要であろう。

審査請求に対する裁決は審査請求を受理した日から二カ月以内に裁決しなければならぬ。一般法としての行政不服審査法にはかかる規定はなく、正当な理由がないときに不作為となるが、本条は明文の制限規定をおいた。権利保護と言う点では、他の権利保護と特に異なることはないと思われるが、類似的建築基準法の取り扱いや、また第三者的合議機関としての審査会による裁決という事が考慮されたのであろうか（建築基準法の建築審査会の審査請求においても一カ月というより短い限定期間をおいている）。

裁決の遅延は裁決固有の違法となるか。旧特別都市計画法に基づく換地処分に関する事件において判例（青森地裁 平成四・九・二九、判例タイムズ 八二二・一七二）は申し立てから約一〇年後になされた裁決につき、審査前置主義をとる処分についても、審査請求後三カ月を経過しても裁決がないときは裁決を経なくても処分取り消し訴訟が提起できること、また審査庁を相手に不作為違法確認訴訟を提起できることから裁決の遅延は裁決固有の

違法事由には当たらないとした(同旨 東京地裁 平成四・五・一一、判例時報 一四三五・三九)。遅延か否かは事件の種類につき一律に断じえないであろうが、一般国民にとって前記の三カ月とか不作為違法確認訴訟とかは知らない場合も有り得ることであるから、このことは別に、事案の性質により遅延期間が許容できるかどうかを判断すべきではないかと思う。

② 不服理由が鉱業、採石業又は砂利採取業との調整を必要とする場合、市街化調整区域において鉱業権者から三四条二号該当として開発許可申請があった場合に鉱物資源の有効な利用のためにはその必要がないとして不許可処分をしたときに当該鉱物を営むために必要不可欠であるとして不服申し立てを行う場合などにつき五一条が規定されており、この場合には一般の不服審査法の不服申し立てはできず、誤って提出されたときは開発審査会はすみやかに関係書類を公害等調整委員会に送付し、その旨を審査請求人に通知しなければならない(五一条)。

これに関する判例として以下の如きものがある。調整委員会の裁定は、当該開発行為が同法三三条一項各号所定の要件に適合するかどうかを審理、判断するものではなく、開発行為の許可を受けたものと、開発区域内において鉱業権などに基づいて現に事業を行っているもの、又は、少なくとも社会的にみて現実に事業の展開を行い得る実態を備えたものとの間で土地利用に関して調整を要する場合に、双方の公益性の比較考量を行って調整判断を行うものであり、その判断にあたっては、開発行為の許可を受けたものの事業と鉱業とについて、具体的な事業の遂行及びその結果の公益性を比較考量すべきであり、抽象的な意味での鉱物資源の確保などの必要性や公益性を判断すべきものではない。また裁定が実質的証拠に基づくとした(東京高裁 平成五・一一・八、判例時報 一四九一・九二)。

③ 審査請求と訴訟の関係として審査請求前置主義が採られる

開発許可など五〇条にかかる訴訟については行政事件訴訟法八条一項の但し書きが定めるいわゆる審査請求前置主義が取られ訴訟提起前に審査請求を経ることが要求されている。其の理由として件数も少なくないことが挙げられるが、実際上件数としてはおびただしいほどの件数ではない。むしろ、前置主義採用の理由としてはその処理について専門的、技術的、客観的な知識・経験が特に第三者機関としての開発審査会に期待されているということであろう。また、裁判官の本来の守備範囲とは言えない都市政策的、技術的裁量的要素が強い問題でもあるから、不当問題の解決も期待できることにもある。しかし、明文上実質的証拠の原則が取られている訳でもない。

行政事件訴訟法八条二項は、審査前置主義の例外として、審査請求があつて三カ月を経過しても判決がないとき、② 処分、処分の執行又は手続きの続行により生じる著しい損害を避けるため緊急の必要があるとき、③ その他裁決をへないことにつき正当な理由があるときが定められている（公害等調整委員会に最低の申請をすることができる事項に関する訴えを除く）。三四条一〇号のような許可権限者が判断をする事前に開発審査会の議を経る事とされているような場合（実務上建築審査会の同意と同様に扱われている）、一度審査会が許可を妥当と判断しても、理論的には審査会は前の判断を違法とする事は可能であるが、一般的に先の判断資料を覆すほどの新しい資料が発見されない限り（審査会独自に其の資料を発見する事は通常困難であり、同一資料に基づき審査会が異なる判断結果に至れば自己の否を認めることとなる）、また異なる判断がなされることを期待することは特殊の場合を除いて困難である。このような言わば同一機関による再審理に該当するような場合には行政訴訟法八条二項三号の正当な理由あるものとして除外規定の適用を認めることが妥当と思われる。イギリス的自然的正義の原則による自己の判断を下したことについて自己が裁判官となりえない点からすれば問題がある。また、近時の建築、開発行為が完了すれば原告適格を認めないとする最高裁判例からすれば、事実上前置主義で時間をとればそれだけ完了し

近くなり、ひいては裁判を受ける権利の障害となる。このことは審査手続の在り方にも関連する。例えば弁明書の提出を処分庁が故意に遅らせることにより、審理を長引かせることができ、それに対する適切な制裁制度、例えば時期に遅れた攻撃防御に対する不利を与える制度等はない。また、その他、審査会と事務局との関係、殆ど予算の点などで利用されていない鑑定制度等、事後救済制度としての審査前置主義は今後十分な再検討を要する点である。

ゴルフ場開発に伴う都市計画法ならびに森林法上の開発許可につき争われた事件で（判例 平成五・九・六、浦和地裁 判例自治 一一一五八頁）、開発審査会の委員に土木関係の専門家がいないことを理由に、排水・防災計画等につき開発審査会が裁決をする能力がないことを理由に裁決を経ないで開発許可の取り消し訴訟が求められた事件で、裁判所は土木工学の専門家がいなくても鑑定制度の利用により能力不足を補うことができるから開発審査会にチェックする能力がないとは言えないと判断した。審査会の委員はその道の専門家によって構成されることとその設立趣旨であるが、現実には専門家と言ってもその守備範囲などに限界があることは否めず、また、実務上、審査法で定められている鑑定制度がどの程度利用されているかといえ、筆者の経験からすれば絶無と言ってよい。また、この事件は該当しないようであるが、開発審査会が許可前に審議し、OKを出した事件について（三四条一〇号イ、ロ）審査請求が提起されたような場合には、審査前置主義を固執しなければならぬかは、大いに疑問で、むしろ争う意思のあるものには、直ちに訴訟で決着をつけるほうが、自治体にとっても、請求人にとっても妥当ではないかと思われる。

第二章 開発審査会

1 都市計画法は都市計画に関する機関の中に都市計画審議会、都市計画地方審議会のほかに、開発許可に関して開発審査会をおいている。

開発審査会の権限の第一は法五〇条一項に定める審査請求に対する裁決、第二にこの法律によりその権限に属せしめられた事項を行う機関としておかれた。

五〇条については公正な裁判を行う第三者機関として設けられたわけであるが、この法律により権限を与えられている事項については三四条一〇号による開発許可並びに四三条による建築許可に関し、専門的知識により、開発許可権限者の適正な権限行使を担保するために設けられたものと言われている。後者については建築審査会の場合「同意」権限であるが、開発審査会の場合は許可権限者の付議にたいする応答であって、建築審査会の「同意」権限より弱い表現になっている。しかし、現実の実務上は建築審査会の同意権限と同様に機能している。すなわち開発審査会の承認がないときは許可しない実務として運営されているので、実質的には単なる諮問機関でなく参与機関として機能している。

開発審査会は都道府県の付属機関としておかれる。指定都市には八七条二項により置かれるが、一般の委任市には置かれない。したがって委任市においてなされた五〇条に関する審査は都道府県の開発審査会が行う。

2 委員

委員数は法律、経済、都市計画、建築、公衆衛生、又は行政に関し優れた経験と知識を有し、公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者の七名で構成されることとなっている（建築審査会は五名ないし七名である）。欠員が生じたときは審査会を有効な構成をしていないから、適法な会議は開けない。

3 任命権者は都道府県知事である。

4 欠格条項

一 ① 禁治産者、準禁治産者または破産者で復権を得ていない者、② 禁固以上の刑に処せられ、その執行を終るまで又はその執行を受けることがなくなるまでの者。「執行を受けることがなくなるまで」とは、1、刑の執行猶予の言い渡しを取り消される事なく、執行猶予期間を経過したため、刑の言い渡しがその効力を失う場合。2、刑の言い渡しを受けたものが、刑の時効により刑の執行の免除を受ける場合。3、大赦または特赦日より刑の言い渡しが効力を失う場合。4、特赦により刑の施行を免除される場合である。

この場合は絶対的欠格条項であるから、これらを任命しても無効である。①または②に該当するかどうかは客観的に決定できるものであるから、任命権者の裁量にかかる余地はない。これに該当するときは任命権者解任しなればならないが(五項)、これは言わば確認的行為と言えらる。

二 これに対して① 心身の故障のため職務の執行に耐えないと認められるとき、② 職務上の義務違反その他委員たるに適しない非行があると認められるときにはその委員を解任することができることとなっている(六項)。言わば相対的欠格事由と言えよう。

三 委員は一、二に該当しない限りその意に反して解任されることはない。

5 審査請求に関与できない場合

開発許可などの審査請求の審査の公正性を確保するため当該事件に委員が一定の利害関係を有する場合にはその裁決に関する議事議決に関与できないこととしている。具体的には自己又は三親等以内の親族の利害関係にある事件についてである。

6 以上のほか、開発審査会の組織及び運営に関し必要な事項は、政令で定める基準に従い、都道府県の条例で定めることとなっている。八項に基づく政令は施行令四三条である。

7 開発審査会の事後救済制度としての問題点については後述する。

第二章 罰 則

罰則は九一〜九六条で定められているが、開発許可については八一条一項による命令違反に対し（九一条）、また二九条又は三五条の二第一項、三七条または四二条一項、四一条二項または四二条一項または四三条一項違反に対し（九二条三、四、五、六、七号）、また八〇条一項及び八二条一項違反に対し（九三条）、また三五条の二第三項又は三八条違反に対し（九六条）規定されているほか、付則⑥でも規定されている。なお付則⑧は過料の規定を置いている。