

開發許可の法と実務(一)

荒 秀

序

都市計画法による開發許可制度が発足して約三〇年を迎えることになる。その間、開發許可制度の導入は地価の高騰を招くとか、無補償による財産権制限への批判等がなされたが、スプロールの抑制、公共投資の計画的・経済的有効性等の効果を果たして来た事は否定できないであろう。そして実務的に経験を積み、また判例の蓄積もかなりなものとなったことからその運営は法的にもまた実務的にも安定しているように見える。しかし、地方分権推進委員会の都市計画の地方自治体への権限委譲、経済審議会行動計画委員会の土地の有効利用に対する提言がなされるところにも、従来の開發許可の運営自体にも、予想もしていなかったような新しい問題が生じている事も事実である。総務庁の平成五年九月一六日の経済対策閣僚会議決定に基づく開發許可にかかる各種許認可などについての事務処理状況調査によると、(一)関係行政機関の横断的調整、進行管理等により事務処理の促進を図るための土地利用

調整会議などを設置していないもの、設置していても調整対象の関係区域や開発規模を限定しているため効果的な活用が図られていないものがあること、(二)建設省が示している期間よりも長期の標準期間を設定しているものがあることなどの問題を指摘するとともに、建設省に対し(一)土地利用調整会議などの設置及び其の効果的な活用について指導を徹底すること、(二)事前協議など及び本審査にかかる標準処理期間について、通達の趣旨を徹底し適切に設定するよう指導することなどを通知している(MC Views No.42 p.17)。また、立法の際に予期していなかった諸問題が生じていることも顕著な事実である。さらにかかる開発許可制度がいわゆる都市計画区域内だけに限定したことが良かったのかは、建築基準法六八条の九の規定の採用からも再検討の必要性を示すものである。このような段階で、従来の運営を法的にまた実務的に跡付けることは今後の実務と法的問題の解決に何らかの便益を与えることになるのではないかと思つたのが本稿の動機である。

本稿は、実務的解説に止まらず、訴訟の問題のほか、担当部局が日々当面している具体的な問題と、従来あまり検討されぬまま見逃されている審査請求に登場した多くの司法的未解決な事件も取り上げている。土地行政事件は審査前置を要求され、紛争の多くは審査請求の裁決の段階で決着がつき、訴訟で取り上げられ、行政法学の俎上に上げられるものは、紛争の実態から見ると数少ないと言えよう。しかし、土地行政法の実質的解明をするためにはこれらも公開し学問的俎上にあげる必要性があり、そのことにより従来ともすれば実務家による解説書しか見当たらない現状を切り開くのに有益と思われるからである。本稿で実例と裁決例をできるだけあげたのもその趣旨による。ちなみに、建築審査会裁決例集は、例えば東京都等では毎年発行されているのに対し、開発審査会裁決例集は発行されていない。両者の間にこのような差をもたらす合理的な理由があるかどうかは検討されねばなるまい。情報資料、公文書の公開に関し、判決書は当事者氏名なども含め、私的出版社の雑誌により公開されている事

も考慮さるべきであろう。また、再審査裁決は建設省の有権的・公的解釈を知ろうえで判決に劣らぬ極めて重要な資料となるものであるが、全国開発審査会会議資料としては配布されているが、一般的には公開されておらず、むしろ消極的な感触を抱く。これらはより公開されるべきものと思われる。

第一章 概 説

一 土地行政における開発許可制度

土地基本法を頂点として、国土利用計画法、首都近郊緑地保全法、新都市基盤整備法、宅地造成等規制法、建築基準法等多数の法が土地利用規制を行っている。それらはそれぞれ特定の目的を達成するための戦略として制定されたものであるが、これらの中で都市計画法の開発許可制度は言うまでもなく主としてスプロールの阻止と公共投資の効率性を図るためにあることがその特色である。

また都市計画法の中における開発許可制度の位置付けを見ると、都市計画法の内容は、大要、広義の地域制度（ゾーニング）並びにそれに伴う行為規制、計画の策定並びにそれに基づく規制、都市施設、ならびに都市計画事業法の分野に分けられるが、その大部分の具体的な実施手法等はそれぞれの関係個別法にゆだねられている。例えば用途地域の計画決定については都市計画法で定めるもののその具体的執行は建築基準法で定めており、また、区画整理についての計画決定及び基本的な事項については都市計画法で定め、具体的事業執行は土地区画整理法という事業法にゆだねている。

これに反して開発許可制は広い意味でのゾーニング制度における行為規制に属し、具体的手法としては乱開発の防止、都市施設の整備・充実、開発行為の安全性の確保を目的とするが、一般の用途地域制度と異なり、その具体的実施を個別法に譲らず都市計画法自体身のなかに、いわば自己完結的な形で、直接規制規定を置いている。

また、乱開発防止は線引きによる調整区域を主としてねらった新しい規制手段であるが、都市施設の整備・充実及び開発工事の技術的安全性の確保は旧住宅地造成事業に関する法律で定められていたものである。本法の開発許可は、かかる技術的規制を整備するとともに、工業開発の規制を含ませる必要から、規制対象を宅地に限定していた旧宅地造成事業法を発展的に吸収・廃止することとした。これも現行都市計画法の特色と言える。

関連法体系の立法論としては都市計画における基本事項としての都市計画の種類・内容(都市計画区域、広義の地域地区、都市施設、都市計画事業の基本事項等)及び決定手続については「都市計画基本法」として定め、「建築基準法」は現在の単体規定を中心として構成し、現在の基準法で定められている都市計画と密接な関係を有している事項、例えば用途地域におけるの例外許可や現在の大都市においては建築行政というよりは都市計画的行政に属すると思われる総合設計や一団地認定等の集団規定は建築基準法から外し、開発許可と共に「建築・開発許可法」と統合・独立化し、事業については現行法による各事業法に規定することにすれば明快に整備されることになるのではないかと思われる。

二 開発許可制度における諸活動形式

現行都市計画法上の開発許可制度が予定している行政活動形式は多様である。許可申請の受理、開発行為の許可・不許可(二九条)、その通知(三五条)、変更の許可(三五条の二)、設計資格者の認定(令一九条一項ト)適合証明

(規則六〇条)、開発行為非該当証明行為、令三一条但し書きの面積指定、許可の地位承継の承認(四四・四五条)、公共施設管理者の同意・協議(三二条)、開発審査会の議(三四条一〇号)および裁決(五〇条)、完了検査済証の交付・公告(三六条)、仮設建築物並びに開発区域内で完了検査前に建築できる旨の認定(三七条一号)、開発行為の廃止届出の受理(三八条)、工事完了後の公共施設管理(三九条)、調整区域内における建ぺい率、高さ、壁面の位置の指定とその例外許可(四一条)、開発許可を受けた建築物以外の例外許可(四三条)、既存宅地確認(四三条一項六号ロ)、許可・認可・承認の条件・付款(七九条)、開発登録簿の調整、保管、登録、写しの交付(四六・四七条)、国及び地方公共団体の市街化区域内で許可を受けた者に対する援助(四八条)、手数料の徴収(四九)、是正命令など各種の監督処分(八一条)、立ち入り検査(八二条)、八〇条による報告などを求め、または勧告、援助、開発審査会その他の開発許可権限者による裁決・執行停止、建設大臣の再審査請求に対する裁決のほか現代行政における特色として多くの分野で用いられている指導要綱や口頭による行政指導及び開発協定等多様な手段が与えられている。これらは行政側の活動であるが、このほか申請者側の申請、届出や他の三三条一項一四号のような第三者側の行為も多く行われる。立法活動については八八条による政令制定のほか個別法による省令制定が多く定められており、裁判活動としては開発審査会の審査、裁決、建設大臣の再審査請求に対する裁決等がある。これらの活動形式は例えば法三二条の同意の性質が問題になったように、実体法的・訴訟法的性質は個別的に検討されなければならないが、争訟について特に開発審査会の審査対象となるものが制限規定のように見えることが問題となる(五〇条)。すなわち、開発審査会に対する不服申し立てがこれらのすべての処分につき不服申し立てをできるとせず、其の理由は必ずしも定かでないが、二九条、四三条二項但し書き等に限定列記している。一般的にこれについての唯一の理由としてあげられているのは特に専門的技術的知識による公正な判断事項を必要とする

ために第三者機関が、必要とされたというのであるが、二九条、四三条二項但し書き以外の事項でも専門的技術的事項があると思われるものが除外されている理由は明白ではない。例えば開発行為自体に該当するかいなかの判断は二九条の対象外と一般的に解されているようであるが、これは優れて都市政策的判断行為であるので国が法律で決定し、訴訟では、裁量行為とされる可能性が強であろうが、判断事項とはするが、審査会はその例外処分である開発許可の違法、不当のみを判断することにしたのであろう。しかし、立法の際にこれらの問題が十分に検討されたかどうかはかなり疑問の余地がある。

第二章 開発行為

一 現行緒実定法における開発行為の事例

開発許可制度とは一般的に開発行為を制限し一定の要件を満たしたときにその制限を解除する制度である。したがって開発行為に対する許可であるから、まず、「開発行為」とはなにか、そしてこれに対する許可とはなにかが明らかにされなければならないが、現行実定法上、明文で開発行為を定めているのは都市計画法だけではない。開発行為の内容については森林法(一〇条の二 土石、又は樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為)、森林の土地の自然的条件、その行為の態様等を勘案して政令で定める規模をこえるものをいう)、農業地域振興地域の整備に関する法律(一五条の一五 宅地の造成、土石の採取その他の土地の形質の変更又は建築物その他の工作物の新築、改築もしくは増築をいう)などがあり、また明文上開発行為の用語は用いていないが類似の行為を規

定しているものとして自然公園法、宅地造成等規制法、風致地区規制条例、鉱業法、河川付近地制限令等がある。しかしこれらはそれぞれの法の趣旨目的によってその内容は決定されることとなる。

二 都市計画法における開発行為

本法における「開発行為」の内容については四条四項一二号で「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う土地の区画形質の変更」と定義している。つまり特定目的のための特定の行為である。

① 開発行為の目的は「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ためのもの」であるからこれらの目的外の区画形質の変更は含まれないとともに、区画形質の変更行為でなければならぬから既存宅地における建築行為、建築行為と不可分な一連の行為は四三条の建築行為に該当するとしても開発行為には該当しない。「主として」の明確な判断基準を一義的・具体的に定めることは困難で土地利用の一般的通念で判断せざるを得ないが、要するに当該建築、建設を目的としなければその開発行為の動機を決定づけない場合と言えよう。

② この定義規定の中で「建築物」とは建築基準法二条一号の定める「建築物」を、「建築」とは同条一三号に定める「建築物」をいい(法四条一〇号)、「特定工作物」とはコンクリートプラントその他周辺の地域の環境の悪化をもたらすおそれがある工作物で政令の定める第一種特定工作物またはゴルフコースその他大規模な工作物で政令で定める第二種特定工作物を言うとき(法四条一一号)。

「建築物」は住宅に限られないから、宅地造成事業に関する法律より広義であるが、かつては建築物の建築のみを主たる目的としていたため、建築物の建築を主としていないゴルフ場の造成などは開発行為に該当しないと解されて来たが、付属的建築物であるクラブハウスのほか、プレイヤーのための宿泊施設使用人の宿泊施設等が設置

されるに伴い、従来開発行為に該当しないと処理されてきたのが、災害防止、地域環境保全、都市環境維持の観点から、コンクリートプラントなどともに昭和四九年六月の改正によりこれらの工作物の開発行為も許可対象に加えられることとなった。コンクリートプラントを含めたのは、市街地におけるコンクリートプラント排除というスプロール防止を目的とした開発規制とはやや異なる趣旨目的によるものと言えよう。

③ 「区画形質の変更」とは、「区画」または「形質」の変更で、建築物の建築のための区画の変更、切土、盛土、整地をいい、単なる土地の分合筆のごとき都市計画的観点から関係のない観念的・抽象的な権利区画の変更概念は含まれない。また、開発行為は建築行為などの前段階の行為として法的に位置づけられているので、建築行為と不可分な一体的行為である整地、基礎打ち、土地の掘削などの行為は建築行為に当たり開発行為ではないとされている(三橋「都市計画法」コンメンタル二三頁)。形質をさらに形(shape)と質(quality)に分ける考え方もある。形は一般的に切土、盛土などの土地の形状を言い、質は土質を意味すると言われ、土質とは一般的には砂利、真砂土、関東ローム、硬質粘土、軟岩、風化の著しい岩等を言い、土地の土質を変更することが災害、地域環境に影響を与える場合もあるから quality の変更も開発行為に含めることができようが一般的には農地など宅地以外の土地を宅地とする場合を土質の変更として捉えて開発行為となると解しているようである。しかし、一般的に法令用語として「用途」については明確に「用途」の語を用い(例えば用途変更と言い、「質」の変更とは言わないう)、 「質」に「用途」を含ませるようなことはあまりしなないと思われるので、このような取り扱いは都市計画的な観点から含まれたものと思われるが、用語に一工夫する必要があるろう。

この区画形質の用語は土地区画整理法三条一項、土地改良法二条二項二・三でも用いられ、また宅地造成等規制法二条二号は区画を除き土地の形質の変更のみを規定しているほか、大都市地域における住宅及び住宅地の供給の

促進に関する特別措置法二条四号の住宅街区整備事業における土地の区画形質の変更、新都市基盤整備法二条二項の土地整理における土地の区画形質の変更、都市緑地保全法五条一項二号における緑地保全区域内での土地の形質変更の制限、土地の開墾、土石の採取、鉱物の掘削その他の土地の形質の変更、生産緑地保全法八条一項二号での宅地の造成、土石の採取その他の形質の変更、河川付近地制限令、採石法、鉱業法、土地の開墾、形状の変更を定める自然公園法、公有水面埋立法、土地収用法二八条の三による事業認定告示後の形質変更の禁止等の規定があるが、これらは用語として同一でも法令の趣旨目的によりその内容が異なるから、それぞれのコンテキストに応じて解釈されねばならないであらう。区画整理法では分筆、合筆換地は区画形質の変更に該当すると解されている(松浦「土地区画整理法」コメンメンタール 第一法規 一七頁、「土地区画整理法討議」四頁)。

判例にも宅地造成等規制法八条一項の許可との関係につき、宅地造成規制法の施行令三条は、切土、盛土についてその高さ又は面積が一定限度を超えるものとしていること、また両法の趣旨目的が異なること、また併存すべきものであること、また、実際上も一、〇〇〇㎡以上の比較的大規模な切土、盛土については、崖崩れなどによる災害の防止などの必要性が一層大きいと考えられることなどから、宅地造成等規制法が都市計画法の特別法とはならないとしている(大阪高裁 昭和五〇・七・一五、判時 八一五・二九、判タ 三二九・三〇二)。

また判例には、従来昭和四七年以来原っぱとして資材置き場、又は運動場などとして利用されて来た広場に五棟一六九室よりなるマンション建築が計画された件につき、これが土地の利用形態に急激な変更をもたらすものだから土地の形質の変更に当たり開発行為に該当するとの主張に対し、開発審査会は積極に解したのにたいし、当該土地の地目が既に昭和四七年以前から「宅地」であったことを考慮すると土地利用形態の変更があったからと言って「土地の形質の変更」があったとは到底認められないとするものがある。(本件はその他、六〇条証明書発布処分)

対する審査請求庁は開発審査会でなく知事市長であること、隣接住宅居住者は六〇条証明発布についての審査請求適格を有しないこと、都市計画法二九条は建築基準法六条の「敷地に関する法律」であること等重要な問題にも触れている。(京都地裁 昭和六二・三・二三、大阪高裁 昭和六三・九・三〇、判時 三〇四・八二、判タ 三二九・三〇二) 六九一・一六六、判例自治 三九・五五、六六・四一)。多数人口の増加を伴うような場合には都市計画的考慮が含まれると思われるが、それは別箇の問題とすることであろう。

裁決の中には、区画形質の変更が建築物の建築後であっても、二九条の趣旨が良好な市街地の計画的段階的な整備を図ることを目的として四条の開発行為を規制する趣旨から、建築物の建築の前後で判断すべきでなく、区画形質の変更の実態、建築物との相互関係、周囲の状況等から建築物の用に供する区画形質の変更であるか否かを具体的に、客観的に判断すべきであるとするもの(千葉県裁決五六・六・八)、また、繁茂した雑木雑草の除去の際、瓦礫が多数出土したので整理整地したに止まり開発行為でないとの主張に対し、「道路、区画などを設け一般住宅分譲に酷似した形態にしたことは、たとえ、その際の工事が、いわゆる通常の宅地造成工事のごとく大規模なものではなく、整理整地程度のものであっても、土地の区画整理の変更に該当する」とするものがある。

同裁決はさらに建築を目的としない開発行為で、家庭菜園、資材置場と表示し道路などを築造し現況有姿分譲が建物建てられないことを承知する旨の誓約書を取り交わして行われているが、かかる情報を得次第、現地に建物が建てられない旨の表示を行いトラブルの発生を防止して居る所がある。裁決には建築物が建築できない旨の物件説明書への記載、了解を得ても、それによって直ちに「主として建築物の建築の用に供する目的」がないとは言えず、その土地の形態、周辺の状況から客観的に判断すべきであるとしている(横浜市裁決昭和五七・一・一九)している。

なお、法二九条は開発行為から除外される建築物の建築の用に供する場合を定めている(二九条二・三・一四号)。これらについては開発許可基準のところでも述べるが、一一号についての政令で除外される仮設建築物につき、開発許可から除外される仮設建築物は専ら臨時的かつ短期間使用の目的で設けられるものだから、建築物の規模、構造などの形態をとらえて判断すべきものでなく、また建築主の主観により任意に決められるべきものでないとするもの、また三号による同裁決は公益的建築物を規制対象から除外したのは総じてこれらが都市にとって必要不可欠であること、同時に地方公共団体が設置主体でそれぞれ「管理法」が存在し、行政庁の許可を受けなくても弊害が少ないことによるのであるから、これに該当するか否かについては法令に示された範囲内の物に限定すべきで、本件廃棄物処理のための建築物は、廃棄物処理業の許可申請は不許可になっており、また廃棄物処理法八条の届出もなされていない事実から令二一条のゴミ処理施設に該当しないとしている裁決がある(東京都裁決昭和五七・四・二二)。

④ 「主として」 開発行為は「主として」建築物の建築を目的とするものでなければならぬが、主としてはその建築物の建築を抜いては開発行為をなし得ないような一体的な場合と理解し、具体的には社会通念によつて決するよりほかない。建築基準法においての用途上不可分の判断と同じように考えられる。本法は区画形質の変更を伴わない建築行為だけの場合も許可制の下に置き、その許可基準も開発許可の許可基準である法三三条、三四条を準用しているから、もともと建築行為の許可だけでも目的を達し得るとも言える。しかし、住宅地造成事業法の目的である区画形質変更の安全性の確保を継続すると共に秩序ある都市形成の観点から「建築物の建築」に「主として」の限定句をつけたのであろう。いずれにせよ、開発行為の安全性のほか都市形成の秩序を乱すことにならぬか否かと言う都市計画的観点から判断すべきであらう。

なお、開発区域のとり方(敷地境界)について、区域は申請者が自己の土地利用計画に基づいて申請するもので、其の敷地境界に作為があるかどうかは審査対象とはならないとする裁決がある(神戸市五〇・七・一五)。

三 開発行為為該当性の判断についての問題

自己又は第三者が行おうとしている行為が開発行為に該当するか否かにつき疑問があるとき、其の該当性又は非該当性を確認してもらふ証明を求めることは規則六〇条の適合証明を求めることとなるのか(適合証明として考えられるのは(一)開発許可を得たとき、(二)法令上許可不要と定められているとき、(三)開発行為に該当しないときが考えられる)、これが否定されたとき、あるいは求めても不作為の場合争えるのか、また近隣の者にとっては開発行為に該当すると思われる行為が開発許可を受ける事なく行われているとき不適合証明の発布を求めることができるか、あるいは是正命令を求める手段が認められないとすれば、近隣の者は民事上または当事者訴訟の手段によってでなければ該行為を差し止められないのか、開発行為者は開発行為に該当しないと判断して行為を行ったのに対して開発行為に該当することを理由とする是正命令にたいする不服審査は開発審査会にたいして提起するのか、また、開発行為の要件である「建築物の建築」の判断は建築主事のような建築行政関係者を除外して開発許可権限者だけで行ってよいのか等の問題がある。

開発許可を行う場合、その前提として開発行為為該当性の問題を抜きにしては考えられない。しかし、都市計画法は開発許可権と別に開発行為為該当性を判断する権限者を別個に規定するところはない。したがって、審査会が三三一条一〇号については許可権限者が許可しようとする場合のみ許可基準に該当するか否かを判断することに限定され、開発行為の該当性は審査会の判断権からは除外されていると解することもできる。また、審査請求につい

ては五〇条で開発審査会の審査対象事項として、①二九条の開発許可、②三五条の二第一項の二の許可変更にかかわるもの、③四一条二項但し書きの開発許可を受けた土地において指定された建ぺい率などの例外許可、④四二条における開発許可を受けた土地における建築制限の例外許可、⑤四三条一項による開発許可を受けた土地以外の土地における建築許可、⑥以上の不作為、⑦これらの規定の違反者に対する監督処分を止めている。

建築基準法における建築審査会が「この法律又はこれに基づく命令もしくは条例の規定による特定行政庁、建築主事又は建築監視員の処分又はこれにかかる不作為についての審査請求」全般を審査するものとしておられるのと対比すると、法文上は明らかに開発審査会のそれは限定列記であることが分かる。したがって其の立法政策の当否は別として、条文解釈としてはこの立法が違憲又は具体的判断が無効でない限りは開発審査会は判断権を持たないことになりそうである。

四 開発行為該当性判断の処分性

開発行為自体の判断が開発許可の中で行われるとしても開発行為自体の判断が処分であるかについて、裁決の中には請求人の隣地で行われている工事につき行政庁が調査を行いその結果、開発行為でないとした判断は内部行為で公権力の行使として行われたものでないから審査請求の対象外としたもの（茨城県裁決昭和五六・一・二〇）、事前相談に対して許可不要との意思は処分当たらず、また開発許可を必要とする旨の意思を求めるとは義務づけ請求であって認められないとするものがある（大阪府裁決昭和五五・七・二二）。

開発行為に当たるか否かの判断は国民の自由に任せ、もともと該当しないものであれば自由になし得るものと見、違反があれば事後的に是正・監督処分として処理するというのが法の建前であり、このことは例えば風俗営業許可

の場合、まえてもって特定行為が当該風俗営業行為に該当するか否かの判断を求めるようなことはなく、風俗営業許可申請が提出された段階で判断することとなるから—アメリカのような宣言的・確認を求める方法は一般的にはない—これが問題になるのは都市計画法で建築確認との関係で適合証明制度を導入したことにより生じた問題と言えらる。事前に該当性につき窓口での口頭応対は一般的には指導的・暫定的解釈にとどまることが多いであろうが、適合証明書と言ふ文書により行われた場合は一種の有権的判断と言えよう。しかし、開発行為に該当すると判断されても開発許可申請をすることにより当該開発行為が可能となるから、これを処分と扱う必要はないと言えるが、非該当性の証明を受けた場合の近隣住民はその後当該行政判断をコントロールし、またその後は争いの対象となりうる行政行為は予定されていない訳だから民事手段を除いては救済の道は残されていないこととなり、問題が残る。

もともと開発行為が該当性・非該当性の判断は一般の営業行為などの場合は許可判断の中で、言わば内部的確認行為として行われて来たもので、開発許可の場合、建築確認申請を契機として顕在化して来たものと言えらる。アメリカでの宣言的判決で取り上げられて来たのが、本法では行政作用で顕在化したものと言えよう。

開発行為が該当性の要件と、許可要件とは異なり、非該当であれば自由になしうる地位を与え、該当とされれば許可申請を必要とされるから、法的地位を明確化するものであるから（一般の営業許可等の場合規制対象となる行為の証明手続規定などは存しない）、処分性を認めるべきではないかと思われらる。もつとも処分性を認めたとしても、この開発行為が該当性の判断行為は、都市政策に関するものであるから裁量性の強い行為で司法審査には制約が強くなるものと思われらる。

裁判に非該当証明行為の性質につき、許可不要なことが確認されることになるので準許可または確認行為とする裁判がある（神奈川県裁判平成一・九・二五）。

なお、開発行為が非該当証明に関するこれらの理は、二九条一項各号該当による許可不要の証明についても当てはまるものである。

第三章 開発許可の法的性質

一 開発許可の行政行為における性質

この開発行為をする場合には法二九条にしたがって許可を得なければならないが、従来の伝統的な行政法学では許可については警察許可、規制許可、統制許可、経済許可、公企業許可、警察許可と公企業許可の中間的なものとしての計画許可または調整許可(高木光 判例研究 自治研究 六九・一〇・一二五頁、遠藤博也 行政法Ⅱ各論 青林 昭和五二、一八五頁)などに分類されているが、共通的な伝統的定義としては一般的に禁止されている行為を特定の場合に解除し、適法にその行為を為すことを得させる地位を付与する行政行為と言われて来た。この定義に従えば開発許可も特定の要件を充たした時に適法に開発行為をなし得る法的地位を与える行為である。法文上も開発行為を行うためには開発許可を受けることが要求され(法二九条一項本文)、無許可で開発行為を行った場合には是正監督処分を受け(八一条)、さらには五〇万円以下の罰金に処せられる(九二条三項)。

判例にも(鶴見総持寺事件)その趣旨が述べられている。これは開発許可区域内に自己の土地の所有権を有するものがその同意を得ていないことを理由に許可の無効確認を求めてきた事件で、第一審は開発許可が講学上の一般的な禁止の解除に止まり私人間に何らかの権利変動をもたらすものでなく、公共的観点からの許容の性格をもつに

止まるとし、したがって許可を受けても第三者の土地を開発できる訳でなく、また同意をしていない者に開発許可に伴う建築制限がおよぶわけでもない。もし何らか権利侵害を受けることがあれば所有権に伴う私法上の妨害予防、排除の対抗措置で対処できるとしている。第二審の東京高裁も同意見であるが、さらに「開発区域内の土地の一部につき申請者と第三者との間で所有権の帰属をめぐる争いがあるような場合でも許可を与えることが妨げられるものでなく、この場合に開発許可後に確定的にそのものの所有権が否定されるに至ったとしても、それゆえに開発許可の効力が失われるものではない」事を付け加えている(東京高裁 平成一・八・一〇、判例自治 七一・八五、横浜地裁 平成一・一・二五)。

しかし、此のような分類は根本的な疑問が提起されていることは周知のことであり、むしろ個別規定の趣旨、目的、規定の内容などにより個別具体的に検討すべきものと思われる。此の観点から開発許可の性質を見れば、社会的・公共の安全、秩序の維持を目的とした伝統的な概念である警察許可に該当するもの(三三条所定の災害防止、環境保全、交通の安全、消防に対する配慮、地盤・擁壁への配慮、騒音、振動防止などの開発基準)だけでなく、積極的に国土の均衡ある発展と都市の健全な発展を目的とした都市計画実現と言う積極的形成的な性質を併有している(一条、二条、七条、三四条等)。農林漁業関係事業の保護(三四条四号)、中小事業の共同化、集団化等に寄与することなどは従来の都市計画的観点より広範な視野を含むものといえる。

また、開発許可の技術基準はその前身である住宅地造成事業に関する法律などの許可と類似の性質を有するが、同法には都市計画的配慮は薄く、宅地造成規制法も同様である(判例 大阪高裁 昭和五〇・七・一五、判時 八一五・一一九)はこれらの規制の目的・対象が異なる処から、「都市計画法が宅地造成法の特別法であって、一、〇〇〇平方メートル以上の宅地造成については宅地造成法上の工事の許可が不要となるものとは到底解せられない

い」と述べている)。

また特に大規模開発許可制度の場合には、それが民間事業者による場合であっても、住宅政策に支えられた公共性の旗印の下に、公共施設の管理帰属等の制度をおき、また、区画整理事業や再開発事業におけるように権利者の三分の二以上の同意と同じように開発区域内で事業を妨げる権利者の相当数の同意を得させることにより許可を与え事業の積極的推進を図り、またこのことは当該区域内の土地所有者は他の相当数の所有者が同意をすると、残されることの不安から、開発者の事実上の支配力並びに環境変化による影響の不確定性への不安から、現実的にその流れに抗しえなくなり、同意を余儀なくされるという、残存者問題も生じ、開発許可は事実上事業認定または強制取用権の設定に近い事実上の支配権を許可申請者に与えたと同じような影響力を及ぼす。また、開発許可を得た地位は同一の内容については重複して与えることは予想しておらず、また許可の地位は承継することを予定しているから、設権的性格を備えているといえよう。このような力を単なる事実上の効果と見ることは疑問の残るところであり、開発許可の特許性が感じられると共に、公共施設の充実を義務づけるなど極めて国土利用、都市形成の面で公的性格が強いといえる。また、建築確認(許可)などは、当該建築予定地の所有権を有する事は必要なく建築計画の関係法令への適合性の判断活動と言われ、予定地の所有権・借地権を示す証明などは必要なものとされており、従って同一土地に他の者が確認(許可)申請をしてきた場合それが適法であれば確認(許可)しなければならぬと言われてきた。しかし開発許可の場合、三四条の開発を妨げる権利を有するものの同意を必要ならしめ、現実には許可申請のときには実際問題としてその九〇%以上の同意(土地の取得の可能性の確保。通達では三分の二以上とされ、実務上はほぼ全員の同意と扱われている)を担保させることとしており、並びにその事業者が当該事業を遂行できる資力、能力を有している事を求めていることは、その事業が現実を実現することを期待して

いることが何われ、このことは公共事業の適切な完成を予期しているのと同じであり、この意味では特定の開発権を設定するものと言うことができ特許と性質が似ており、建築確認・許可とは大いに異なるところである。その意味では一般的な用語として開発権と言う語が用いられているのも理解できるところである。判例の中にも「三二条の同意は、このような開発権の発動をあらかじめ暫定的内審査に基づき、事情変更の留保の者に拘束力をもって将来予定すると解され」と述べまた、同意を得られなければ、終局的に開発許可を得られなくなり、「開発をするという権利」が侵害されることとなると述べているものがある(仙台高裁 平成五・九・一三、例集 四四・八・七七 一、判例自治 一二二・五二)。

他方、現行法上は省令一五条で完了予定期間の記載を求め其の完了につき無関心である訳ではないが、許可後一定期間内の工事開始義務規定はおかれておらず、また許可の特定承継だけではなく一般承継の規定を置き(四五条)、事業継続の経済性、形質変更による危険防止の機能を果たしているからいわゆる重複許可は認めていないと解される反面いわゆる唾つけ許可だけを得て後はその地位の転がし利益を期待することも可能であり、特にその事例も見受けられる。従って、事業が確実に着手・実現される見通しを慎重にすることと、事業認定等のように許可後一定期間内に着手しなければ許可の効力が消滅することとし(土地収用法二九条、三四条の六、その他道路運送法八条)、その継続を希望するときは許可の取直し、又は更新する等の、工事開始義務の法定化が問題となる。しかし、伝統的な講学上の許可は第三者を排除したり、物権、債権のような法的権利を与えるものではないと解されているから、何らの権原を有しないものが開発許可を得ても現実に開発行為を行うためには最終的にはその土地の有権などを取得しなければ現実の開発行為はなし得ないので(高松地裁 昭和五三・三・三一、高松高裁 昭和五四・四・二五、五四・七・一六)、土地の権利者は何らの権利侵害を受けていないことから、第三者に与えられた

開発許可の取消訴訟の原告適格を有せず、又、権利をめぐり紛争中である土地につき開発許可がその一方に与えられても、許可を与えられたものに権利があることの決着をつけたことにならないのは当然である。裁決にも開発許可は設権的行為でなく開発区域内に請求人の土地が含まれているとしても請求人の権利にはなんら制限は加わらず、三三条一項一四号の同意を与えない限り三七条の規定からも明らかなように土地所有権は侵害されないとしている裁決がある(神戸市裁決五六・六・五)。

また、一概に開発許可と言っても大規模開発と小規模開発とは性格が同じではない。三四条九号の経過規定や農家の二・三男の分家についての小さな小規模許可は、スプロール阻止の目的を阻害しないかどうかというよりは、無補償による制約措置を補完代替する弱者救済の意味合いを含むもので、言わば線引きによる権利制限から生ずる不合理を調整する消極的な目的の作用で、禁止行為に対し積極的な要件を課するものではない。

また先にも触れたように、許可と確認、許可と届出、許可と特許等の区別は必ずしも明確でなく、また、許可の性質も実定法の個別的規定の文言、趣旨、目的により決定されるものである。開発許可対象となる開発行為の内容も、先に示したように森林法の開発行為では「土石又は樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為で、森林の土地の自然的条件、その行為の態様などを勘案して政令で定める規模を越えるもの」であり(一〇条の二一項本文)、農業振興地域の整備に関する法律一五条の一五第一項本文は「農作物の新築、改築、もしくは増築をいう」とされ都市計画法のそれと同一ではない。これに関連して民有林開発行為申請受理についての判例がある(平成五年九月二二日 長崎地裁 例集 四四・八一九・八一五)。

二 申請の取り下げ

申請後許可あるまでに当該開発行為を中止することとなれば申請行為の取り下げ（正しくは申請の撤回）を行うこととなるが、開発行為着手後中止する時には其の届出をしなければならない（三八条。これに対して念のため許可の撤回も行おうのが望ましい）。此の取り下げ、廃止届出がなされれば爾後の許可申請は重複申請には当たらないことになる。四五頁参照。

三 許可の付款

七九条は許可等（二九条、五三条、五九条、六五条等）につき不当な義務を課すものでない限り付款を付し得ることを規定している。二九条について言えば、開発行為の着手及び完了の期日、工事を安全・適正に行うために必要な防災措置などである。これらについては一般原則に従い必要を越える条件は比例原則に反することになる。

判例には、開発許可に当たり、開発行為の実施により喪失する農業用水を確保するために井戸による揚水方式の利水計画を実施し、農業用水を供給することを実質的な許可条件としているにもかかわらず、許可を受けた会社は揚水確保の設備を一切行わないから取り消されるべきという主張に対し、処分庁は処分通知書別紙で「許可に付する条件」との記載のもとに工事施行上の注意事項を指示して居るが右「条件」は、法七九条の付款でなく、その内容は漠然としていて一般抽象的で工事施行上の注意事項を付したに過ぎず、一種の行政指導に過ぎないとの反論がなされたが、本案前で解決されている例がある。

四 許可の承継

開発許可の内容は技術的・物的要素が強いからいわゆる対物的性格を持つが、自己の居住用に供するとか、農家

の次三男の分家とか、工事施工者の工事能力とか、三四条九号の既得権保護のための要件、資力、信用の必要性等は主観的・一身専属的なものである。開発行為や建築行為は経済的・営業的行為並びに財産権問題を抱えることとなるので相続、事業経営上の理由から承継の問題が起き、承継者が其の事業の継続を望む場合、支障なき限りその承継を認めることが事業目的の完成並びに経済的な面からも望ましい。また此の事業の継続を認めることにより事業中止による崖崩れなどからの安全性の確保を図ることもできる。そのため法四四条は相続人のみならず合併後存続する法人を含めて「一般承継」を認めた。相続などによる一般承継人が開発工事の継続を望まない場合には工事廃止届出を行う必要がある。次男から三男への承継は相続に準じて承継を認めることができる。

さらに四五条は開発許可を受けた者から開発区域内の土地の所有権を取得した者又は工事施工の権原を取得した者は知事の承認を受けることにより地位の承継を認めることとしている(特定承継)。土地の所有権その他工事の施行権原の取得者(特定承継人)は、新しく許可を取る事なく知事の承認を受けることにより開発許可の地位を承継する(四三条の建築許可の承継は認められていない)。これを認めた理由は、何らかの事情で、開発許可に基づく工事を、許可を受けた者あるいはその承継人が継続できなくなった場合の当該開発計画を中止することによる不経済性と、工事の中途放置による危険の防止にある。そのため知事の承認によりその継続を認めることにしたものである。許可基準と承認基準とは同一であるが、特に三四条一〇号イに該当する場合には開発審査会の議をへることが望ましい。

承継人が承継するのは当該許可に基づく法的地位の総体で、具体的には適法に当該開発行為等をなし得ること、付款、公共施設管理者との協議・同意の法的効果、三四条一四号の権利者による同意・不同意、工事完了・廃止の届出義務等である。また此の開発許可の承継はこれと関係ない民事問題とは関係ないことはいうまでもない。

知事の承認権は土地の所有権などの権原、開発行為の継続・完了の能力の有無、三四条の適合性等であるが、三四条の絶対的の一身専属的なものはなし得ないと解されている(三橋 前掲二一八頁)。承継を受けた次男が三男に譲る場合は相続に準じて解してよいであろう。

判例に四五条に基づく知事の承認は開発許可に基づく地位を承継させる効果が付与されて居るだけであるから、右処分により隣接居住者の権利もしくは法律上保護された利益が侵害され又は必然的に侵害されるおそれがあるものとは言えず、したがって原告らは法律上の利益を有する者に当たらないと、原告適格が否定されたものがある(千葉地裁 平成二・三・二六、例集 四一・三・七七一、判タ 七四一・一〇九、判例自治 七六・五六)

五 許可の職権取消しと撤回

許可に原始的瑕疵があれば不服申し立て・訴訟の提起の有無にかかわらず、取消権制限の枠の中ではあるが、原則的に職権によっても取り消さなければならぬ。また事業者側の法令違反、あるいは当該許可事業を維持できないような客観的後発的事情の発生があるときは撤回をなし得る。判例には岡山県土保全条例における開発許可基準としての信用につき、贈賄行為や国土利用計画法違反(無届け)が、「事の性質上基本的な社会常識や法令遵守ないし規範尊重の精神の欠落も甚だしく」開発行為の適法性、公平性を根幹から揺るがすもので適正な事業遂行を到底期待し得ないとしているものがある(岡山地裁 平成七・一二・一二、判例自治 一五〇・四五)。

六 違法性の承継

都市計画決定、公共施設の管理者の同意・協議、妨げる権利者の権利者の同意等の先行行為の瑕疵が許可に承継

されるかであるが、開発許可は①決定された都市計画に基づき計画決定基準とは別個の目的に基づく許可基準にそってなされるものには、無効の場合は別として、原則的に承継はない。②三二条の同意、不同意もそれぞれ別個の観点からのものであるから、両者が同一権限者であるような場合で権限濫用にわたるような特別の場合を除いては承継は認められない。③三四条一四号の同意がないとされれば其の不同意を主張する区域を除いて行為を行えるのであるから、其の不同意を主張する者の土地が開発許可において不可欠であるような場合を除いては承継されないと解してよいのではないかと思われる。

七 許可の通知

開発許可申請があったときは遅滞無く許可または不許可の処分をし、文書でこれを通知しなければならない(三五条)。不許可のときはその理由を併せて通知することが必要である。これらは現在行政手続法に一般原則として定めているが、都市計画法は開発許可につき行政手続法に先んじて定めていた。遅滞なくとはすみやかより遅い用語とされているが正当理由なく遅れることのないことである。書面によらない処分は無効である。通知の効力は相手方が受領し得る状態におかれれば到達したことになる。

八 許可の変更

許可の変更(三五条の二) 従来、変更規定がなかったが、軽微の変更を除いて、主要な要素を変更する場合は許可を改めて得ることを必要としていた。地方公共団体等手数料令一条一項二〇一号においては変更の許可にかかると手数料の規定をおいていることがその根拠と理解されていた。しかしどのような場合が新たな許可を取り直さね

ばならないかあるいは変更許可でよいかが明確でないので、本条がこれを明らかにした。本条によると三〇条一項各号に掲げる事項を変更しようとする場合には変更許可を受けなければならない。すなわち、開発区域の位置、区域及び規模、予定建築物または特定工作物の用途、開発行為に関する設計、工事施行者、その他省令で定める事項の変更の場合である。この場合は変更の許可申請書を提出しなければならない(二項)。しかし、二九条該当行為または省令で定める軽微な作為の場合は遅滞なく届出をすれば足りる(三項)。

軽微な変更として施行規則二八条の四が定めるものは①設計の変更のうち予定建築物などの敷地の形状の変更(ただし敷地の規模の一〇分の一以上の増減を伴うものと、住宅以外の建築物または第一種特定工作物の敷地の規模の増減を伴うもので、敷地規模が一〇〇〇㎡以上となるものを除く)、②工事施行者の変更。ただし、非自己居住用、開発区域面積が1ha以上の自己業務用の開発行為は工事施行者の氏名、名称、住所の変更に限る。③また、工事の着手予定年月日または工事の完了予定年月日の変更である。

変更許可、軽微の変更に該当しないような、当初の開発行為と同一性を失うような変更には新たな開発許可を必要とする。

変更許可をうけまたは届出をした場合には三六条(工事完了検査)、三七条(建築制限) 三九条(公共施設の管理)、四〇条(公共施設の用に供する土地の帰属)、四二条(開発許可を受けた土地における建築などの制限)、四三条(開発許可を受けた土地以外の土地における建築制限)、四四条・四五条(許可に基づく地位の承継)、四七条二項(開発登録簿への記載)については変更許可、届出後の内容が開発許可の内容と見なされる(五項)。変更が三一条ならびに三二条に関係するときの手續、基準などについては、許可についての規定が準用されることとなっている(四項)。

当初許可されてから変更申請までの間に許可基準の改正があったときは、原則として変更許可には改正後の基準が適用されるが、予測可能性があったか、変更に至る経緯、開発区域の周辺などの諸般の状況から判断して新基準を適用することが著しく不適當な場合には例外を認める余地がある。

九 許可の失効等

現行法上は許可後工事の着手・完了予定期間の規定(施行規則一五条)はあるものの、あくまでも予定であつて、法律による一定期間経過後の失効規定が考慮されるべきであろう。特に大規模開発の場合には既に述べたごとく、取用における事業認定のような法的効力をもたないとは言え、都市形成と言う公共性を有しており、また事実上ではあるが私権に対する圧力をかけ、また特許的性格を法的にも与えられていることから検討されなければならない問題たるを失わない。なお、開発許可においては違法性の治癒、転換並びに事情判決の法理が適用される可能性が強いと思われる。

一〇 開発許可行為の裁量性・羈束性

許可要件の裁量性はそれぞれの規定の仕方、趣旨、目的などにより判断されることになるが、行為裁量又は効果裁量については三三条と三四条の表現に相違が認められる。即ち三三条の場合は所定の要件を満たすときは「許可しなければならない」と許可を与える方向に積極的であり、三四条の場合は要件を満たさないときは「許可をしてはならない」と許可を与えないことに消極的あるいは拒否的姿勢が強く示されている。いずれも行為裁量を否定する表現であるが三四条の場合は調整区域における開発行為である所から特に抑制的表現で注意を促したものと思われ

る。「[「することができ]」「[することを妨げない]」等の文言と比しより拘束的表現であるが、これだけで決定するとは不十分で法の趣旨・目的を合理的に解釈して決定すべきであらう。

判例に、申請されたドライブインが市街化区域から一キロメートル離れていないことから、通達並びに開発審査会提案基準の要件に合致しないことで不許可にした件につき、市街化調整区域は開発行為が厳格に規制され三三条に定める一般的要件を満たす外、それが三四条各号の一つに該当すると認める場合でなければ、知事は開発許可をすることはならないとして、不許可処分は違法性はないとし、開発行為の行為裁量がないことを判断しているものがある(名古屋地裁 昭和五一・一二・二二、判時 八四八・五九)。そして、ドライブインは市街化区域から近距離であれば不要で、遠距離になればなるほど必要となるから、一キロメートルが最も妥当か否かは別として不許可にしたことに合理性を有すると要件審理をしている。

裁決の中には二九条の開発許可は国の機関委任事務であり三三条に定める要件に合致し、申請手続きが合法であれば必ず許可をしなければならない義務が課されているとするもの(神戸市五〇・七・一五)、開発許可は三三条と三四条の基準で行われるもので農地転用許可の農業委員会の不許可意見、市議会における火薬庫設置反対陳情了承及び地元住民の反対を理由に本件開発許可が裁量権の濫用には当たるとはいえないとしたものがある(神奈川県、S五五・八・八)。

要件を充足していても許可の時期や行為の選択、また条件を付し得る場合にどのような付款を付すか等は裁量にゆだねざるを得ない場合が多いと思われる。羈束行為と裁量行為の相対性が指摘されるが、現代行政において専門技術的政策的行政の増大により行政の裁量性は広く拡大化して来ている。特に都市計画は政治、経済、産業、都市環境の変動さらに国際的影響を強く受けていることも事実である。このようなことから裁量の統制手段の確保が重

要である。

また裁量行為については特に其の基準並びに手続き規制が強く望まれ、立法的には特に大規模開発許可の場合には都市計画決定手続におけるような公聴会、意見書提出手続が望まれ、行政手続法の規定で十分かいなかの検討がなされなければならない。

また、一般的に警察許可は羈束行為で、先願主義が適用され、裁量行為には適用されないとされている。開発許可は両者の性格をもつが、同一条件にある申請者相互間においては特別な理由がない限り先願主義が及ぶと解してよいのではないかと思われる。同一条件の場合にはタッチの差の利益を認めても止むを得ないと思われる。

第四章 開発許可手続

一 開発許可権限者

開発行為をしようとする者は特別の例外を除いて開発許可申請書を許可権限者に提出しなければならない。開発許可権限者は次のとおりである。

① 原則として都道府県知事(二九条)であるが、② 法八条二項により指定都市・中核市についてはその長が(法八七条二項)、③ また都道府県知事は地方自治法一五三条二項で委任を為し得る場合より制限され、人口一〇万以上の市の長に限り委任することができる(八六条一項、委任を受けた市を委任市と呼ぶ)。又、④ 知事は臨港地区にかかる開発行為等の規制については、政令の定めるところにより、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こととなっている（八六条二項）。

しかし、許可権限者が最終判断を下すまでに諸機関がこれに関連し、少なからず影響を与えているのでこれにつき若干一瞥しておくこととする。

開発許可権限者は開発許可制度が機関委任事務であることから建設大臣の指揮監督に服すると共に、当該地方公共団体の多くの分野に少なからざる影響を与えるために、地方公共団体の関係機関と全体的総合的視野からの検討・協議が必要となる。多くの自治体は其のための機関として関係機関により構成される土地利用調整委員会等、名称は多様であるがこれらを設け、内部的調整を図っている。そのほか、三二条の公益施設の管理者（開発許可権限者と競争する場合もある）、また、法的には開発許可をするに当たって議会の同意または議を経ることを必要とする規定はないが、間接的に開発審査会の委員に議会の常任委員会としての建設常任委員会長がなることにより立法機関による統制・監視を期待している所もある。開発許可制度には学識経験者による第三者機関としての開発審査会が設けられているが、建築審査会のような同意権限は与えられておらず、また、都道府県、政令指定都市においてのみおかれ、建築審査会のように特定行政庁のある所におかれるのと異なる。ちなみに、建築審査会は、全国の会長会議を独自に開き建設省関係者を招待し年に一回の合同研究会を開催しているが、開発審査会は建設省の招集で開かれている。これも機関委任事務の性格を示していると言えるが、開発審査会が果たしている実質的機能の検討も必要である。

そのほか、関連所管課との関係は以下の通りである。

①内部諸機関部局課と長の関係 内部機関のすべてが長の意見と異なる一つの意見でまともであっても、特段の事情がない限りは不服審査、訴訟で対抗できない。長が政治的信念により明らかな権限濫用・無効と解される独断的行

動に走った場合のチェック方法も検討に値しよう。

② 煙害防止用の焼却炉設置計画書・図面につき大気保全課から同意を得ていることから黙示の開発許可を得ているとの主張に対し、開発許可は要式行為であること(三五条二項)、煙害は都市計画とは別の公害関係法令によるものであること、口頭審理の結果大気保全課の同意があったとは見られず、むしろ処分庁は建築制限に付き行政指導していたことが認められることから開発許可があったとは認められないとした裁決例がある(東京都五七・四・二二裁決)。

③ 既存宅地確認に関連し農業委員会委員が現地調査をして全く宅地のないところでないからよろしいでしょうと言ったので工事に着手し、撤去命令を受け、その取り消しが求められたが、農業委員会の命令は判断対象外とされた(山梨県五一・一二・二四裁決)。

④ 公害等調整委員会については五一・五二条の規定がおかれている(後述)。

⑤ 環境アセスメント審査会 開発行為は環境アセスメントと関連してくるが、神奈川県では環境影響評価条例施行規則四条に基づく別表(三)の(六)・(四)で都市計画法による宅地造成・住宅団地の造成の場合に開発許可申請前に環境影響評価書案の提出を義務づけている。この場合、知事のほか、市町村、並びに諮問機関として環境影響評価審議会等が関係する。

⑥ 議会請願の採択 開発行為に対する反対住民の請願にもとづく議会の採択あるいは継続審議(実質上の凍結)が行われると、行政側はこれを尊重し処分を行うことを控える傾向が顕著に見られる。権限者である長はこれを許可申請に対する不作為又は拒否の理由に借用する場合もある。この意味では議会も事実上重要な関係機関として作用している。議会の住民代表性から議会意志の尊重は必要であるが、権力分立ならびに請願者の住民全体にたいす

る代表性の資格からみて、並びに行政手続法・条例の趣旨から安易に不作為を認める訳には行かなくなったと言える。議会の反対意思のみを理由とする不作為は違法と解さざるを得ない。

⑦ 住民、利害関係者 ⑥のほか、開発許可制度においては都市計画決定におけるような住民に対する公聴会、意見書の提出などの制度は認められていない。開発指導要綱において説明会、あるいは住民同意等を定めている所もあったが、周知のようにその行き過ぎが主張されて、是正されている。これらは法的に効力がないことは言うまでもない。ただ大規模開発のような場合に近隣住民の意見聴取が全く必要ないかどうかは検討課題であろう。行政手続法十条の趣旨から準公聴会が行なわれることが望ましい。

⑧ 建設大臣 法八一条の建設大臣の監督処分に見られるように開発許可制度は機関委任事務である。

⑨ 建築主事・都道府県知事 建築確認の判断に当たって都市計画法または流通業務市街地整備事業法上の建築物の敷地、構造、建築設備に関する規定は確認対象法令となり、また確認申請書の受理要件として適合証明が規定されて居る(建築基準法施行規則一条八項)。

二 開発許可不要の場合

開発行為をしようとする者は原則として開発許可の申請をし、許可権限者は申請内容が法令に定める許可基準に適合しているか否かを判断することとなるが、法は一定条件を満たす開発行為については、それが開発行為に該当していても許可不要とする場合を定めている。

都市計画区域内で開発行為をする場合には原則的に開発許可を得なければならないが(都市計画区域内で市街化区域、市街化調整区域の決定がなされていない場合は政令で定める一定規模以上のものは付則四項の許可が必要で

ある。)、法二九条は特に開発許可を必要としない場合を列挙している。開発行為に該当する場合であってもその規模、安全性、地域環境への影響等、法一条の目的を阻害しない開発行為は規制するまでもないので法二九条はそのような行為を許可不要としたわけであるが、その概要は市街化区域内では小規模の開発行為、また調整区域においては農林漁業関係の建築物、駅舎等の公益上必要な建築物、国などの公的団体の行う行為、都市計画事業等の公的事業、災害による応急措置、軽易な行為等の種々の観点からのものが規定されている。

なお、市街化区域・調整区域の設定の際、現に行われている開発行為には二九条の許可を要しないが、其の土地が市街化調整区域に含まれるようになった場合には付則四項により許可を受けた場合を除き、四三条許可は必要である。現に行われている行為が開発行為に該当するかどうかは社会通念により判断することになる。

許可不要とされるのは以下の通りである。

① 市街化区域内では政令で定める規模未満（一、〇〇〇㎡。ただし、都道府県規則で状況により知事は三〇〇㎡以上一、〇〇〇㎡未満の範囲で定めることができる。令一九条）の開発行為。これら市街化区域内の小規模開発行為は建築基準法上の建築確認の際に接道義務、敷地についての規制、排水等のチェックを受けるだけで十分と考えられた事による。市街化調整区域ではかかる面積による緩和はない。三〇〇㎡までの引き下げは、執行体制、一般住民に対する影響などと引き下げの必要性を総合的に比較考慮して行う必要がある。

なおこの区域の取り方に関連して、一、一四四㎡のうち九九九㎡の開発を行うことが、残地の形状、位置、独立利用の可能性、隣地と合致させても区分の仕方が極めて不自然で利用価値がないことから、脱法行為であり、其のためになされた開発許可を得るようにとの行政指導は違法ではないとした判決がある（横浜地裁 昭和六三・四・二八、判時 一三〇二・二九、判タ 六七九・二四四）。

② 調整区域内で農林漁業用で政令で定める建築物またはこれらの業務を営むものの居住の用に供する建築物の用に供する目的で行うもの(令二〇条)。これらの場合はスプールの弊害はなく、また農林漁業との適正な調整という観点からもやむを得ないと言えるからである。農林漁業の範囲は日本標準産業分類によるのが妥当とされている。政令二〇条各号は具体的な適用除外例を列記している。①直接農林漁業活動にかかる建築物で、畜舎、温室、集乳施設など生産、集荷用建築物その他農作業舎、魚類畜用施設、米麦乾燥調製施設、タバコ乾燥施設、野菜集か施設、漁獲物水揚げ荷捌き施設等があげられている。②堆肥舎、サイロ、種苗貯蔵施設等の貯蔵・保管建築物のほか物置、漁船漁具保全施設、養殖用飼料等保管施設、漁船用補給施設が含まれると解されている(開発許可制度の解説 建設省監修 五〇頁以下)。③家畜診療の用に供する建築物、④用排水機、取水施設等農用地の保全・利用に必要な施設の管理用の建築物、⑤面積が九〇平方メートル以内の建築物である。業務に従事する者には被備者、兼業者は含まれるが臨時的な従事者は含まず、また調整区域においてこれらの業務に従事していることが必要で、農業センサスで農業従事者と扱われているか、農業委員会から農業従事者との認定を受けていなければならない。農業に従事とは一〇アール(北海道の場合は三〇アール)以上耕作する者、もしくは自らの生産物で年収五万円以上の年収がある者、または農業生産法人構成員でその業務に必要な農作業に年間六〇日以上従事する者もしくはその法人に一〇アール(北海道の場合は三〇アール)以上のうちの所有権などを移転し、その業務に必要な農作業に従事する者、のいずれかに該当することが一応の目安となる。この適用除外については従事者であることを必要としないとする照会回答が出されているようである。

③ 公共施設の建築のためなどの公共性をもった事業のための開発行為で国や公共団体、これらに準ずる法人が

設置主体であったり、管理法が有り弊害が生ずるおそれが少ないもの(令二一条)。鉄道駅舎、社会福祉施設などのほか令二一条では土地収用法三条の収用適格事業がほとんどそのまま挙げられている。学校のうち大学と各種学校が除かれたのは、これらは市街地形成上必要不可欠の施設と認められず、また、周辺の市街地を促進するおそれが比較的大きいので、開発許可を要するとされた(運用二一九)。

④ 許可権限者またはそれと同等以上の機関は当然都市計画と調整のとれた開発を行うと考えられるので適用除外とした。国、都道府県、指定都市、中核都市、委任市、および、都道府県、指定都市、中核都市もしくは委任市が加わっている一部事務組合、広域連合会、もしくは港務局、もしくは都道府県などが設置した地方開発事業団がこれに該当する。住宅・都市整備公団、地域振興整備公団などの政府機関は国と見なされ、地方住宅供給公社、土地開発公社などは都道府県・指定都市と見なされる。その他、日本鉄道建設公団、公害防止事業団、労働福祉事業団、雇用促進事業団、中小企業事業団、新東京国際空港公団、空港周辺整備機構等。都道府県がその組織に加わっている一部事務組合とは、都道府県以外に市町村がその組織に加わっている場合を含み、都道府県が設置団体である地方開発事業団とは都道府県以外の市町村がその設置団体に加わっている場合を含む趣旨である。市町村、民法上の法人である第三セクター的な地方公社は含まれない。もとより国の施設といえども法の趣旨に合致せねばならない。

なお、許可不要の陸運事務所、法務局の移転に伴う関連建築物としての代書業、司法書士業などにつき、移転施設周辺の一団の敷地に集約的に立地され、規模は最小限とし、道路及び排水施設の設備など公共施設に支障がないものを認めた例、都市計画審議会で都市計画決定された大規模墓地に供される石材店を認めた実例がある。

⑤ 都市計画事業 四条一五項の事業である。これらは関係法令に基づき都市計画的に十分な配慮の下に行われ

るからである。

⑥ 土地区画整理事業 都市計画事業として行われる土地区画整理事業は⑤で除外されるから、ここでは都市計画区域で定められた施行区域外で行われる個人ないし組合施行の土地区画整理事業がこれに該当する。これを除いた理由は区画整理法上開発許可に準じた規制が別途あるからである(区画整理法九条二項、二一条二項)。個人・組合施行の区画整理事業については施行法並びに区画整理法九条二項及び二一条二項参照)。

区画整理事業完了後、当該事業の内容としてでなく別個の開発行為を行う場合には許可を要する。別個の行為かの判断については具体的な状況で同一性を有するか否かで判断することにならう。

⑦ 公有水面埋立法二条の免許を受けた埋立地で、まだ同法二二条の竣功認可を受けていないものにおいて行う開発行為。同法二条、二三条で良好な宅地造成等のため、別途知事の許可などにかからしめられるなどの規制があり、さらに規正の必要がないからである。神奈川県の大規模開発許可の第一号は馬堀海岸の公有水面埋立地であったが、本来は除外されるものと考えられたが、念のためということで許可対象として扱った例がある。

⑧ 非常災害のために必要な応急措置として早急に行う必要がある場合。

⑨ 通常の管理行為、軽易な行為などで無秩序な市街化の防止という見地から著しい弊害が生じないもので政令で定める行為 令二二条は仮設建築物、車庫・物置等の付属建築物、増築で当該床面積が一〇平方メートル以内であるもの、改築で用途変更を伴わないもの、改築で床面積が一〇平方メートル以内であるもの、周辺の市街化調整区域の居住者の日常生活に必要な物品の販売・加工・修理などを営む店舗等の建築物で、延べ面積が五〇平方メートル以内のものの新築の用に供する目的で、当該開発区域周辺の市街化調整区域居住者が自ら当該業務を営むために行う、その規模が一〇〇平方メートル以下の開発行為(この一〇〇平方メートル以上のものも、法三四条一号で

許可が与えられる)。日常生活に必要な物品の販売、加工修理に限られ、理容業、美容業など物品に関係ないサービス業はこれに該当しないとされている。

⑩ 線引きの際に現に行われている開発許可不要であるが、現に行われていたかどうかは具体的事例に即し社会常識・通念で決定するほかない。また既に述べた通り都市計画区域内で市街化区域、市街化調整区域の決定がなされていない場合には付則四条により許可が必要である。

許可不要の建築物が後に何らの手続きになした用途変更に対し、八一条以外の対応しかなしえないとする例、法に適合する用途変更の場合には変更手続きを取らせ、適合しない場合の用途変更の場合には八一条の手続きを取るとする例、農家住宅として相当長期間使用されていたもの的一般専用住宅への変更を認めた例、無断転用している場合には農業用倉庫・作業所など適用除外建築物の使用を指導し、それに従わない場合は除却命令を行うとする例、農業用倉庫を自動車のタイヤショップに無断使用したのに対し農地転用部を連携を取り是正措置を取った例、用途変更に至る経緯や変更後の建築物の用途などを総合的に勘案して、真にやむを得ないと認められるので令三六条一項三号ハ該当として、農業用倉庫を産業廃棄物の中間保管施設として認めた等の実例が報告されている。

三 開発許可手続

① 開発許可申請書等の提出

i 開発許可をするためには法三〇条が定める記載事項(開発行為の開発区域の位置、区域及び規模(一号)、予定建築物・特定工作物の用途(二号)、開発行為に関する設計(三号)、工事施行者(四号)、その他省令で定める事項(五号、規則一五条))を記載した開発許可申請書(規則一六条)を知事に提出しなければならない。

「開発区域」とは四条一三号が定めるところであるが、工区を分ける場合にはその工区も定めねばならない。これは完了検査の単位でもある。既に触れたが裁決に開発区域の取り方(敷地境界)の審査につき、区域は申請者が自己の土地利用計画に基づいて申請するもので、その敷地境界に作為性があるかどうかは審査対象とはなっていないとするものがある(神戸市五〇・七・一五裁決)。また、「予定建築物の用途」は三三条一項による用途適合性及び四二条による開発許可を受けた地域における予定建築物のみ建築しうることに意味をもち、また用途地域などの区域内のものを除いて、開発登録簿に登録される(四七条)。「開発行為に関する設計」は設計説明書及び設計図で定められねばならない。このほか資金計画書も添付することとなっている(規則一五・一六条)。「工事施行者」は許可前に決定することは困難であることもあるが、行政運営上は事前審査の手続きを活用する等の方法で解決できるものと期待されている。

三〇条一項五号の省令(規則一五条)で定める記載事項は、工事の着手・完了予定年月日、自己居住用住宅又は自己業務用建築物のための開発行為にあつては、自己用とそれ以外とは許可基準が異なるのでその旨(三三条の項参照)、調整区域における開発行為の場合は、三四条の該当号及びその理由ならびに資金計画である。設計説明書、設計図の作成の仕方は規則一六条三・四項で定められている。三一条は設計図書の作成資格者を定めているが、この資格者は建築士、技術士、測量士、不動産鑑定士等に要求される国家試験などによるものでなく省令(一九条)で定める資格を有する者であればよい。したがって特別な資格認定又はその取り消し処分はなされない。一ヘクタール未満の開発行為については特段の資格は定められていないが(省令一八条)、①一ヘクタール以上二〇ヘクタール未満の開発行為と②二〇ヘクタール以上の開発行為とで資格が区別されている。①については省令一九条一項イへ並びにトとして「都市計画法施行規則一九条第一号イからへまでに掲げる者と同等以上の知識及び経

験を有する者を定める件」(昭和四五年一月一二日建設省告示第三八号)で定められ、②については大規模開発であるため単なる道路、水路等を超えた総合的な知識経験を必要とすることから建設大臣の認定にからしめられているが、現在特段の定めはない。①のイ、ハの場合は、学校教育法又は旧大学の大学、短期大学、専門学校等で正規の土木、建築、都市計画または造園に関する課程を卒業し、かつ必要年限の宅地開発技術に関する実務経験を有することが必要とされる。ホの技術士法による試験のうち「建設大臣が定める部門」とは昭和四五年一月一二日建設省告示第三九号により、建設部門、水道部門、衛生工学部門と定められている。

無資格者による設計図書が基礎となり許可を受けた場合、瑕疵ある違法の許可として取り消し又は変更等の理由となり得る。しかし、無資格者の行為に対しては罰則規定はおかれていない。

資金計画については一六条関係別記様式第三で収支計画と年度別資金計画で定めることとなっている(規則一六条第五項)。

なお、裁決に許可申請に当たって開発行為にかかわる土地について所有権紛争があったにもかかわらず、申請者がその事実を隠蔽し処分庁に報告をしなかったとしても当該開発許可申請は違法ではないとするものがある(宮崎県五〇・八・九裁決)。

共同複数申請についてであるが、複数者の申請の場合代表者を定めている申請もあるが、税法上の理由などから連名の共同申請もなされることがある。かかる場合でも開発行為が適切に行われる事が期待できるものであれば否定する必要はない。これに関する明文規定はないが、代表者を定めておけば事務の繁雑を避ける事ができるから、その指導をすることが望ましい。代表者を定めた場合でもその責任は平等であり、資金計画は金融機関の残高証明や借入証明の添付を求めてなされるが、かかる場合には合算により、資力、信用などは各申請人ごとに総合的に判

断すべきであろう。

許可後、法人代表者が辞任する場合について、辞任は法人登記簿謄本により解るが、一連の委任手続きがなされておき、許可後代表取締役変更手続きがなされており、現在でも同様の開発行為の施行意志があるような場合は既に補充・追認がなされており、また、許可が法人に対して行われたものであり、申請代理人が代表者変更を看過して申請したに過ぎず、処分を無効・取り消しすべき重大な瑕疵あるものとは言えないとする裁決がある(横浜市裁決五七・四・二〇)。

ii 既設の公共施設管理者の同意書・協議経過書の添付

三〇条二項はこの申請書の提出に三二条の同意を得たことを証する書面、並びに協議の経過を示す書面その他省令(規則一七条一項)の定める図書の添付を要件づけている。すなわち申請者は「あらかじめ、開発行為に関係がある公共施設の管理者の同意を得、かつ、当該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共施設を管理することとなる者その他政令で定めるものと協議しなければならない」こととされている。この同意・協議の法的性質については後述する(四五頁以下)。

「公共施設」とは法四条一四項で定める道路、公園その他政令一条の二で定める下水道、緑地、広場、河川、運河、水路及び消防の用に供する貯水施設である。この道路に私道も含まれるかについては四七頁以下参照。「同意」を義務づけたのは言うまでもなく開発行為により既設の公共施設の機能に影響を受けるおそれがあるからである。したがってこの公共施設は開発区域内のもののみならず、開発区域外の施設でも変更・廃止等の影響を受ける可能性のあるものが含まれる。「関係」があるとはその趣旨である。この同意は、あたかも保安林の指定を受けていたものが軍事基地に使用するために指定解除をするのと似ているが、其の処分性について、ならびにさきの私道が公共

施設に含まれるかの問題と共に項を改めて三二条の解説で述べる。

管理者と所有者が異なる場合には、処分権限まで委任されているような場合は別として、用地の所有者の同意も要すると解するのが妥当と解されている。例えば道路の中には表面管理・ないしは機能管理だけを委任・委託しているような場合もある。かかる場合には特別な意思表示（黙示のものや慣習、行政先例も含めて）がない限り当該道路の廃止、変更にかかるような場合も委任・委託していると解し得ないから、所有者の同意も必要と解される。ただし従前の公共施設に代えて新しい施設が設置される場合には法四〇条一項により公共施設の管理者の同意をもってたる。また、農業用水路の管理者の同意につき、当該水路と一体の揚水機又はため池で当該水路の管理者と異なる管理者があるときはそのものの同意も必要と解されている。

同意を得るためには単に申請者が同意申請書を提出し同意権者が書面で審査するというのではなく、事実上申請者と管理者との協議を経ることとなるが、法はその手続についてはなら規定していない。現実には指導要綱などによる事前協議手続により協議が行われているようである。つまり法はかかる行政指導である要綱の運営を容認・期待しているということができ、行政手続法では行政指導を悪と見ている反面、この場合は行政指導に寄りかかっている訳で、法の整備を早急にせねばならない。

iii 公共施設管理者となる者との協議と協議経過書の添付

「協議」三二条が定める協議は開発行為により新設される公共施設の管理者となる者と申請者の協議を義務づけ、その協議の結果を許可申請書に添付する事としている。既設の施設の代替え設置の場合は同意事項である。

この趣旨は新設される公共施設の適切な管理を確保するためあらかじめ設置者と管理予定者の協議を予定したものである。管理予定者については三九条の定めるところである。協議の対象は管理に関することだけでなく費用負

担についても行い得ると解されている(四〇条三項参照)。

この協議の結果、双方の同意に至れば最高の結果となりその同意内容を書面で添付することになるが、同意に至らなくてもその協議経過の内容を書面で提出すればよい。新しく設置するものであるから、許可申請の段階で協議が調うことが困難でもその後にも調うことも考えられ、また代替的手段を考える余地が絶無とは言えないからである。法的には協議が調うことを要件としていないから、協議が調わなくても許可をなし得る。

iv 政令で定めるものとの協議 政令二三条

法三二条が委任している政令(二三条)は二〇ヘクタール以上の許可申請者に①開発区域内に居住する者に関係する義務教育施設の設置義務者、②開発区域を給水区域に含む水道法三条五項に規定する水道事業者、③一般電気事業者、一般ガス事業者、④鉄道事業者、軌道事業者との協議を義務づけている。四〇ヘクタール未満の申請者は③と④は除外される。

なお、判決の中には開発許可にあっては住民の同意を必要とするという内容の慣習法が存在するということができないとし、また、市長が開発許可をする場合には住民の同意を要件とすると言明しても、それは法律以外の要件を加重したもので法的効力を持たない(横浜地裁 昭和五七・一一・二九、判タ 四九一・一一六)とするものがある。

添付書類がない場合受理拒否ができるか。都市計画法の開発許可申請については「受理」と言う言葉はないから一般法である行政手続法によることとなる(法三三・三五条と建基法六条二項の相違)。

② 開発許可と他法令上の許可(申請)等との関係

開発許可申請にあって必要とされているのは法的記載事項を充たした申請書、設計説明書、設計図及び資金計画

である。此れに関し次のような他法令上の許認可との関係調整が問題となる。

一 農地法上の農地転用、権利移転の知事の許可は、市街化区域内では開発許可を受けた後に届出をすることとなっているが(農地法四・一・⑤、五・一・③)、調整区域内では知事の許可が必要である。実務上開発許可をする際、農地関係部局と事前調整をし、農地転用などの許可相当の判断を受けて開発許可をしているが、原則的に同時に行っているようである。

二 宅地造成等規制法上の宅地造成工事規制区域内で開発工事を行う場合には法の趣旨目的が異なるから、同法上の工事許可を受けねばならないが、開発許可申請の添付要件とはされていない。

三 旧宅地造成事業に関する法律上の造成事業の知事の認可は本法の開発許可制度に吸収され、同法は廃止された。

四 森林法一〇条の二による開発許可の規制については、一と同様に解される。

五 建築基準法との関係として確認対象法令、適合証明については後述する。

六 卸売市場について都市計画審議会の議を経て特定行政庁が位置決定の許可処分をした後に開発許可がなさるべきであるのにその前になされたことが争われた事例がある。これに対し都市計画法三三条一項一号の用途地域は八条一項一号並びに建築基準法一部改正法付則一九号に定められた用途地域のことであって、建築基準法五一条は開発行為自体には適用されない。五一条但し書きについて都市計画審議会の審議が虚偽の資料・情報に基づいているので許可は違法というが、開発許可権限庁はその審議の不当につき判断権限を持たず、適法に審議会が開催され結論が出された以上、その結論に基づいたとしても開発許可が無効となるものでもないとする裁決がある(東京都四八・六・五裁決)。

なお、開発許可と三七条承認を受けての建築については建築確認の手続きが必要である。特定工作物の建設につき確認を要するものについても同様とされている。

七 開発許可と地区計画との関係 三三条一項五号により地区計画の内容は開発許可の基準である(五八条の二一⑤)による届出・勧告の適用除外)。

八 首都近郊緑地保全法、近畿圏の保全区域の整備に関する法律、古都保存法、砂防法などによる許可(風致地区を含む)を要する場合、開発許可申請の要件ではないが事前調整をして許可することが望ましい。

③ 申請の処理期間

申請がなされた場合、法三五条はこれを受けた許可権限者は遅滞無く許可又は不許可の処分をしなければならぬことを定めている。建築確認申請書の受理を要件とし、処理期間を七日ないし二一日と法定しているのと異なる(建築基準法六条三項)。これは行政手続法七条が申請が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て、記載事項に不備がないこと、必要な書類が添付されていること、申請期間内に申請がなされたものであること、その他の法令に定められた申請上の形式要件に適合しないものについては、速やかに申請者に対し相当の期間を定めて補正を求め、又は申請により求められた許認可などを拒否しなければならないとしているのと同旨である。いたずらに返戻、受理拒否が行われるのを避けた訳である。したがって行政指導による受理留保は認められず、特段の理由により認められる行政指導による留保も審理に入ってから許可留保としてなされる。

判例には三五条一項、三三条一項の規定から協議にたいする遅滞無き応答義務に触れているものがある(東京高裁平成二・六・一三 判時 一三五七・七九)。

また、行政手続法六条は申請者が事務所に到達してから処分をするまでに通常要すべき標準的な処理期間を定め

開発許可の法と実務(一) (荒)

[資料]

＝都市計画法等の許可可等標準処理期間一覧表＝神奈川県

許 認 可 事 務	根 拠 法 令	処 理 日 数	経 由 日 数
市街化区域又は市街化調整区域内の開発行為の許可	都市計画法（昭和43年法律第100号）第29条	45	5
市街化区域又は市街化調整区域内の開発行為の許可	同法第29条（5ヘクタール以上のもの	60	5
市街化区域又は市街化調整区域内の開発行為の変更許可	同法第35条の2第1項	30	5
開発区域内の建築制限の解除許可	同法第37条	14	5
指定区域内における指定基準外建築物の建築の許可	同法第41条第2項	21	5
開発許可を受けた土地における予定建築物以外の建築物の新築等の許可	同法第42条第1項	21	5
開発許可を受けた開発区域以外の区域内の新築等の許可	同法第43条第1項	45	5
既存宅地の確認	同法第43条第1項第6号	21	5
開発許可に基づく地位承継の承認	同法第45条	14	5
未線引き区域の開発行為の許可	同法附則第4	45	5
未線引き区域の建築制限の解除許可	同法附則第5	14	5
都市計画法第29条に規定する開発行為の許可を要する宅地造成工事の許可	宅地造成等規制法（昭和36年法律第191号）第8条第1項	45	5
都市計画法第29条に規定する開発行為の許可を要しない宅地造成工事の許可	同法第8条第1項	14	5
工事計画の変更許可	神奈川県宅地造成等規制法施行規則（昭和37年神奈川県規則第37号）第4条	14	5
個人短期譲渡所得に係る優良宅地の認定	租税特別措置法（昭和32年法律第26号）第28条の4第4項	14	
個人長期譲渡所得に係る優良宅地の認定	同法第31条の2第2項	14	
法人長期譲渡所得に係る優良宅地の認定	同法第62条の3第4項	14	
法人短期譲渡所得に係る優良宅地の認定	同法第63条第3項	14	
優良宅地造成認定に係る宅地の造成計画の変更申請	租税特別措置法に基づく優良な宅地の造成の認定並びに優良な住宅及び良質な住宅の新築の認定に関する規則（昭和49年神奈川県規則第46号）第4条	14	

るよう努め、それを提出先の事務所に備え付ける等適当な方法によって公にしておかねばならないことを定めている。神奈川県処理期間の資料参照

④ 市町村を経由する申請手続

許可権限者である知事が指導として、時には規則を定めて(委任規定なしでかかる規定を定めることができるかも問題であるが) 開発許可申請を関係市町村經由とする場合がある。これは申請者にとって便利であることもあり、また関係市町村にとってその申請の存在を知ることができ、許可権限者に直接影響を受ける市町村の意見を述べる機会を与えることにもなる。しかし反面、市町村が当該開発行為に反対意見をもった場合にその申請書を許可権限者に送付せず握り潰す不作為あるいは申請書の返戻現象が生じた。

判例には条例に基づきゴルフ場開発事業者が知事に対し提出する申請書を経由機関である町長に提出したが町長が返戻したのにたいし、知事の受理拒否取り消し、予備的に町長の受理拒否の取り消しが求められた。知事の受理拒否の処分性を認め、違法な処分とした(千葉地裁 平成四・一〇・二八、判時 一四七一・八四)。建築確認申請書についてであるが県施行規則が建築物所在地の市町村を経由しなければならない旨定めている場合、同規定が申請書の受付機関を定めるものとして適法であり、申請者が市町村役場の所定窓口において確認申請の意志を明示したうえ確認申請書を担当者に提示すれば申請書の効果が発すると判断されている(名古屋地裁 平成八・一・三一、例集四七・一一二・一三一)。また、裁決についてであるがゴルフ場開発許可に関する再審査請求が県經由で出されたが県が受理しなかったことによる国家賠償請求が認容された例がある(長崎地裁 平成六・一・一九、判例自治 一一九・一一〇)。

⑤ 申請の撤回

申請後許可・不許可処分あるまでは申請人はその申請を撤回することができる。許可されたが工事開始前であれば自由に撤回でき、又は工事開始後でも法的に絶対的な事業の完結義務を課されていないから撤回をなし得ると解されるが、工事開始後の撤回は当該区域並びに周辺地域の安全性の確保の必要性などからその届出を義務づけている(三八条)。明文上は「工事の廃止」となっていて、単なる工事の一時中止ではないから、申請を前提とする開発許可においては実質上は開発許可申請の撤回と解され、許可権限者が特に開発許可の撤回行為をしなくてもその許可は効力を失うこととなる。ただ近隣住民の反対のほとぼりが冷めるまで冷却期間を置くために利用される一時中止もありうるので、その旨を明確にしておく為に許可権限者も開発許可の撤回行為をしておけば法律関係を明確にしトラブルを防ぐことになる。しかしその撤回は申請行為が撤回された結果、開発許可が消滅したことの確認に過ぎないから処分には当たらない。工事完了後の撤回は申請内容が実現してしまったのであるから法的に不能な行為である。

四 公共施設の管理者との関係(三二条の同意・協議)

(一) 同意

① 趣旨・目的

開発予定区域内あるいはその近隣周辺に既に公共施設が存在している場合にはそれが当該開発行為により影響をうける場合があり、また新たに公共施設が設置される場合にはその後の当該施設の機能維持や適切な管理問題が生ずることとなる。そのため、あらかじめ公共施設の管理者の同意を得させ、あるいは設置される公共施設の予定管

理者との協議をなさせるため、開発許可申請の場合に公共施設の管理者の同意書又は管理者予定者との協議の経過を記した書面の添付を必要とした。三二条はこの同意・協議につき定めている。建築確認の場合の適合証明の添付要件は規則（建築基準法施行規則一条八号）により定められているが、ここでの同意書、協議経過書の添付要件は法律要件（三〇条二項）とされており、それだけ重要な要件であることが示されているということが言える。

② 公共施設

ところで都市計画法上、公共施設とはすでに三九頁でも触れたが法四条一四号で道路、公園その他政令で定める公共の用に供する施設と定め、施行令一条の二は下水道、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定めている。鉱業法六四条は公共施設を鉄道、軌道、道路、水道、運河、港湾、河川、湖、池、橋、堤防、ダム、かんがい排水路、公園、墓地、学校、病院、図書館およびその他の公共の用に供する施設と定め（ちなみに、同法は正当の理由がなければ同意を拒み得ないこと、しかし承諾を得られなかったときは通商産業局長の決定を求めることとできることとなっている。六四条の二）、区画整理事業二条五項では道路、公園、広場、河川、その他政令六七条によるものとして運河、船だまり、水路、堤防、護岸、公共物揚場、緑地を、また、都市再開発法二条四号では道路、公園、広場、その他政令一条で定める緑地、下水道、河川、運河、水路等（七条の一）で事業計画に対する施設管理者の同意）が挙げられているが、それぞれの法目的が異なることからその内容は同一ではない。

③ 私有公物

開発許可の場合に必要とされる同意対象である公共施設には私有公物もある。さらに道路と言っても、道路法上の道路、道路交通法上、建築基準法上等のものがあり、特に問題となるのは私道である。後の判例にも見られるこ

とく、これが同意の処分性を決定する一要因とさえなっている。私道は建築基準法上の道路位置指定道路、二項道路、一般私道などあるが、公共の用に供すると言っても私道は公共の用に供すること自体が本来の目的でなく、本来第三者に通行を認めるという意味での公共性は制限的なものであり、また、すべてが、固定資産税の減免の対象とされる不動産登記法上の公衆用道路(不動産登記令三条)となるわけではなく、減免対象とされてもこれは租税の面での考慮規定にすぎない。また私的な緑地、広場もともと公共に使用させる目的でなく結果的に地域の環境維持に役だっているようなものは、極めて制限された公共目的を課されるにとどまり、現実に管理法というべきものはほとんど存在せず、存するとしても一人所有の場合よりも二人以上の権利者による場合も、私道の管理についての私法上の契約は締結しないのが一般的で、結ばれたとしてもほとんどのものは明確な意識に基づいたものでなく、また明確な内容を持っているものではないが多い。また、建築基準法上の道路廃止をする場合には、廃止の承諾を得てなされる場合もあるが事実上廃止状態に至れば廃止され得るとも言われている。この外、私道は公共施設としての役割を果たしている場合であっても、最終的に問題になるのはその所有権等の私権であるから、それは三二条の問題と言うよりは、むしろ三四条一四号が法の予定している管轄ではないかとの解釈も成り立ち得よう。また、三二条に私道を含ませる意志であれば、法令用語として「管理者」という語ではなく「権利者」という語を併せて使用したのではないかと思われる。また、立法の場合に私法的な道路、公園、緑地等を含める意図があればより慎重な規定をおいたと思われるのであるが、この点から見ると立法者は公的なものだけを考えていたのではないかとも思われる。かかる私的財産権の所有者は管理者というよりは弱い公用制限の付いた所有者として扱うのが妥当ではないかと思われる。このような特殊な例外的で比重の軽い私道の性質を「公共施設」の性質判断に決定的なものとして扱い、通常の公共施設の管理についての同意を私道と同じように自由に決定できるとい結

論を引き出すことは理論が逆ではないかと思う。そしてこのことが「開発許可」の結論に決定的影響を与える結果になることは問題で、かかる私法上の権利者の同意に開発許可申請権を阻止する法的効果を与えることに問題があるように思われる。

公園も自然公園法、都市公園法、都市計画決定を受けずに設置される営造物公園のほか、私営の公園、緑地、広場も無いではなからうが、特定街区、総合設計など法により義務づけられた公開空地等以外は三三一条一四号の管轄と解し、事業者との話し合いに任かされていると解して不都合はないのではないかと思われる。また、三三一条の公共施設は公的なものに限定し、特定街区、総合設計により設けられた公共公開空地などのような公的制限の性格の強いものについてはその管理者はこれらの許可を受けたものと許可を与えた者の共同管理と解することが妥当であろう。

公共施設に関する判例として①開発行為による排水を開発地に接続する土地(道路)に埋設されている既設の排水管に接続し流出せしめている場合には、この排水流出は開発行為の実施に伴って変更を生ずる公共施設に該当し、直ちに形式的・構造的・外見的な面において変更が生じないとしても、その実質的内容には変更に該当するか三三二条による無償帰属を内容とする協議書(無償帰属契約)は有効とするもの(大阪高裁 昭和六〇・七・三一、判タ 五六〇・二九七、判例自治 一三・一〇五)、②法四一条一四項及び施行令一条の二によれば、道路、公園、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を指すものとされて居る。しかるに、同法関係法令は、右の公共施設について格別の定義を定めていないから、右の各公共施設の意義は行政法上一般に用いられている意義に従い理解するのが相当である。例えば、道路についてこれを見るに、道路法二条一項、三項に規定する道路、道路運送法二条八項に規定する自動車道及び一般交通の用に供するその他の場所(道

路交通法二条一項一号参照)がすべて含まれると解される。そうすると、この道路には、国もしくは地方公共団体又はその機関が管理するいわゆる公園のほか、私人が事実上一般交通の用に供しているいわゆる私道(建築基準法四二条一項五号参照)も含まれるものといえることができる。また、道路以外の公共施設についても、道路の場合と同様、私人が事実上その用途に供しているものが含まれているものと解されるとするものがある。すなわち、管理者には私人も含まれ、その私人は当該公共施設の敷地、施設などにつき、所有権などの私的権限を有し、この権限に基づき当該施設を管理しているものとして認めるものがある(東京地裁 昭和六三・一・二八、判時 一二七二・一一三、判タ 六六四・五八)。

そもそも、公共施設と言っても一律ではなく多様である。国道と村道等のような公共施設の規模、公共性の強弱と開発規模の大小・目的(大規模住宅開発と農家の次男・三男の分家)による当該公共施設ならびに周辺に与える影響度、公共施設に必要とされる変更の程度等の相違があり、また、都市計画決定によるものとそうでないもの等がある。また、管理権の委任がなされている場合もある。いわゆる赤道のような国有地で市町村に機能管理が委任されて居るような場合もある。また、特殊な事例として鎌倉市内に横須賀市の水道道と呼ばれる道(横須賀市へ水道を運ぶための水道管が埋設したある道)が走っており、その表面管理が鎌倉市に委任されているような事例があり、横須賀市は同意に異存がなかったにもかかわらず、開発許可権限者である鎌倉市が同意しなかった例もある。

④ 関係がある

本条該当の公共施設は開発区域外のものでも当該開発行為に「関係がある」ものも含まれる。同様に開発区域内でも「関係」がないものについては同意は不要となる。裁決にも開発行為に「関係する公共施設とは開発区域内にあるもののほか、開発区域外にあって開発行為の実施に伴って当該公共施設が変更又は廃止に至る場合を指し、開発

行為のため、単に通常の用法で使用するとき場合（林道の一般使用）で拡張整備の必要もなく現状のままで使用可能な場合にまで当該施設の管理者の同意を要求しているものとは解されないとするものがある（神奈川県裁判 昭和五五・八・八）。

判決には「関係がある」とは廃止変更を要するとの意味に限定的に解釈すべきこと、三二条の同意は三三条の一四号の同意と基本的に同趣旨であることを述べているものがある（東京地裁 昭和六三・一・二八）が、関係ある場合とは廃止・変更の場合が主としたものであろうが、これに限定されるか否かは具体的事情により決定されると思われる。しかし、三二条の場合はこの同意がなければ許可の可能性はなくなるのにたいし、三三条一四号の場合には相当数の同意であればよいのであり（実務上は全員同意を得るようにしているが全員同意を得られず、不同意者の土地を除いて許可される場合もある）、開発を認めるか否かの裁量の余地が広いことになる。

⑤ 管理者

長と規定せず管理者と規定したのは、自治体以外の公共組合などを予想してのことでもあろうが、公共施設の管理者に独自の権限を与え、この権限は管理そのものにあることを示し、開発許可権限とは別個のものであること示したものであることができる。このことは、開発許可権限者が知事で、公共施設者が市町村長である場合のみならず、両者が同一長である場合たとを問わない。両権限が重複するときは特にこのことを留意しなければならぬ。

公共施設の管理権者は管理法に基づき決定され、道路についてはいえばその内容は路線の認定、廃止、占用許可関連権限、道路保全権限等で、都道府県市町村道についての管理は自治事務であり、開発許可の国の機関委任事務に より指揮監督できないと解される。しかし、道路、河川などは自治事務とは言え他の自治体との関係もあり少なく

とも都道府県または国の調整事務に属せしめられ建設大臣又は都道府県知事が裁定することとされている。

⑥ 同意

管理者は何を同意するのか(同意の要件、同意審査基準、事業者は何について同意申請をするのか)と云えば、開発計画に基づく開発行為により受ける公共施設の影響について同意を与えることである。したがって同意するか否かの判断は公共施設の管理上の問題が同意基準になることは問題がない。しかし、さらに、公共施設の変更・廃止が自治体を与える都市計画上のインパクトの問題のほか、当該開発がその自治体の都市計画にどのような影響を与えるかの考慮まで含められるかについては、現実には両者が重複するものが絶無とは言い切れない場合もあろうが、法的には判断基準はそれぞれ別個と見るべきであろう。事業者が求める同意も開発許可自体についてでなく公共施設の管理上の変更・廃止等についてである。鎌倉市で工業地区内でパチンコ店建築を目的とした開発許可申請が提出されたが市長はパチンコ店の進出阻止のため、市長の権限であった同意権を用いて同意権の不作為、後にこの不作為の権限乱用の裁決を受けたので、不同意を行うことにより実質的に不許可をなした。このような公共施設の管理以外の考慮による同意権の判断は権限の濫用に当たると思われる(本件についてはそのほか裁決の拘束力、既判力、道の管理における表面管理、機能管理の問題があるが後に述べる)。本同意が行政処分でないという最高裁の判断によれば行政手続法の審査基準の策定義務は本同意については直ちに適用されないことになり、また、現実には多様な状況が考えられるので一律的な判断基準の制定は困難なようで、実務上は開発許可についての開発指導要綱が其の機能を果たしている。同意の手続、同意書の形式についても法は特に規定していない。行政処分か公法行為か否かにかかわらず少なくとも施行規則または長の規則等の明文によって規定すべきであらう。

⑦ 同意の法的性質

これについては最高裁判所の採る公法行為説とこれに対する行政処分説の対立がある。実定法上の「同意」の用語例としては、私法上は別として、行政法規上は本法上、本三二条のほか、三三条一四号の「妨げる権利を有するものの同意」、また建築基準法上、建築確認・建築許可の際の消防長の同意、建築審査会の同意等に見られる。また、旧住宅造成事業法七条は公共施設の管理者の同意と妨げる権利を有するものの同意の両者を同一規定で定めていた(本法ではこれを分離して規定することとなった理由が検討されねばならない)。

また、消防長の同意は建築主事・特定行政庁の判断の中で処理されるもので、言わば純粹に内部的行為であり、建築審査会の同意も許可申請者に対してなされるものでない点では共通するものの特定行政庁とは別個独立の第三者機関の行為である点で本同意と似ているがその内容は一樣ではない。したがって個々の実定法の趣旨、目的、規定内容、他の行為との関係等から「同意」の性質を決定せざるを得ない。「同意」の用語自体は一応非権力を示すものと窺え、また、一般的に公共施設の管理行為は権力性をもたないと言われ、また、三二条並びに本法上この同意に権力性を伺わせる規定もないことから処分性が否定される傾向が強いが、これらの理由も絶対的なものではなく、また救済の面から見ると処分性を否定することに若干の疑問も残る。

建築確認における消防長の同意は行政機関相互の内部的関係であることから三二条同意と異なるが、これも公共施設の管理者の同意と同じように確認申請者が同意申請することも立法上考えられるのであるが、建築主事に最終決定権を与えることとした。その同意に拘束力があるかどうかについては意見の対立があるが(荒等編 改訂建築基準法 第一法規 コメントール 七〇七―七〇八頁)、何れにせよ公共施設の同意についてはそのままではまらない。三二条の同意を建築確認・許可における消防長の同意のように、許認可制度の簡易化により、開発許可の判断をする場合に開発許可権限者が管理者の同意を求めるように内部的にした場合とどのように異なるか。特に

開発許可権限者と公共施設の管理者が同一人である場合にはこのように内部判断に組み込む方が無用な混乱を招かず、その方が妥当であるようでもある。もっとも不同意を理由として不許可になった場合には不同意の理由開示が求められるれば不合理であろう。建築審査会の同意は公正独立な第三者機関と位置づけられた機関が建築主事又は特定行政庁から求められて行うものである点で、開発許可申請者に対して直接行われる公共施設についての同意と異なる。これらから見ると、同意は、協議が合意に達しなくてもその経過を報告すればよいのに対して、公共施設管理者が開発行為が公共施設に与える影響を勘案して公共施設の安全、周囲に与える効用等の影響上支障ないことから、当該開発行為を承認する意思表示で、一般的にかかる行為は通常行政内部の協議に任されるのであるが、これを対外的な同意によることとしたのは、それだけ公共施設の管理権限者の判断権を尊重することにあつたと言えようが、同意・不同意が権限の濫用等重大かつ明白な瑕疵に基づく場合は、その開発許可は無効行為を前提としたものだから無効となろう。また公共施設は都市計画の重要な要素であるから、消防長の同意のように開発許可の内部判断の中に組み込むことが無用な法的混乱を招かなくてすむことになるのではなからうか。

この同意を最高裁のごとく公法行為として理解するとしても、行政処分との実体法的性質の差は必ずしも明らかにされている訳ではない。一般的に公法行為については、一方的解除権、申請に対する応答義務等が実体的な特色の内容として挙げられているに止まる。また、この同意は管理法上の行為そのものを求めるのではなく(それは管理法上の申請によるべきである)、その予行的・先行的な性格をもつという意味での公法行為であらうが、廃止・変更に至らない使用規制などは同意基準に入るのか、若干の修理等をなせば同意を認められるような場合不同意にすることは裁量権の濫越、濫用に当たるか、違法な不同意に対し、あるいは同意に対する近隣住民の救済方法等多くの問題は未解明である。

同意を処分と認めなければ、同意のないことを理由とする許可の拒否処分（不許可処分と呼ばれよう）を争う取消訴訟、あるいは許可申請行為に入れない場合には開発許可申請不受理行為の取消訴訟ないしは不作為の違法確認訴訟で同拒否の違法性を争うこと等が考えられる。

前述の鎌倉市の事件では、開発許可権限が神奈川県から鎌倉市に委任されていたが、同市内に水道道と呼ばれる横須賀市の道（横須賀市に運ぶ水道管が埋設されており、横須賀市と鎌倉市の間に協定が結ばれており、表面管理を鎌倉市に委任かつ使用許可をしていた）が存し、それに接する土地でパチンコ店建築を目的とする開発許可申請が提出された。鎌倉市長は当該地区は工業地区であったがパチンコ店に反対なため、当初同意の不作為を行ったため、許可申請人は許可申請をし、不許可処分を受けた。これに対し審査請求がなされ開発審査会はその不作為が権限乱用に当たるとして不許可処分を取り消した。これを受けた鎌倉市長は不同意の回答をしたがその理由はパチンコ店進出反対以外に明白な理由のないまま同様に不許可処分をなした。公共施設の管理上の問題として、さらに開発許可基準に、パチンコ店進出阻止は存しないから、鎌倉市長は裁判の拘束力から言えば許可をしなければならぬ道をたどることになるのであるが、市長は再度、不許可処分をした。市長はこの態度を変更する意図は全く見られなかった。この場合、不許可処分を取り消せば申請人は審査請求で勝ったことになるから、訴訟の提起がなくなる。審査会は既判力の理論で請求を却下し、現在申請人は不許可取り消し訴訟を提起中である。このような事件を見ると同意を処分として扱った方が便利ではないかと思う。

同意の内容について次のような建設大臣の裁決がある。A市は請求人に対して、本件開発行為が市の総合計画などに反するものであること、及び市が管理する公共施設に支障があることを理由とする開発に対する不同意書を交付しているが、前者については、法第三二条が予定している公共施設の管理者としての判断ではないことは明らか

であると共に、後者については本件開発行為が市の管理する市道などに及ぼす支障の詳細内容がこの文面からは明確でない。しかしながら、このような場合に、市が事業者に対し、公共施設管理上の支障などの具体的な内容を示さずに不同意とすることは法の予期するところではなく、当該市は各公共施設の管理上、本件開発行為が具体的にどのような支障を生じさせる事となるのか、支障を除去するため実施する対策はどのようなものか、その対策はどのようなものか、その対策は市又は事業者によって行い得るものかどうかなどの説明、協議などを遅滞無く行うべきであり、その結果、支障が除去されることとなれば同意をするとの姿勢に立つべきであるというのが法の規定の趣旨にかなうものである。特に、本件については、開発行為の計画されている土地は市街化区域内第一種住居専用区域に存しているのであり、開発許可申請が法第三三条の基準に適合するときは許可をしなければならぬものであるという線引制度の、及び市街化区域における開発許可制度の趣旨から言えばその必要性は一際高いものであるといふべきである(七月二六日神経民五九号)。

⑧ 同意の処分性についての判例

まず処分性を認める判例(仙台高裁 平成五・九・一三、例集 四四・八一九・七七一、判例自治 一二二・五二)であるが、一審の盛岡地裁平成三・一〇・二八が私道が含まれることを理由に私法上の同意と判断したのに対して、不同意の意思表示は国民の権利義務又は法律上の利益に影響を及ぼす性質を有する行政庁の処分に該当すると結論づけた。その大要は次のようである。

三三条一項一四号が右私的権利を有する者の相等数の同意を知事に許可の要件としていることからすると、三二二条の公共施設には都市計画と無関係で、管理法をもたない公共施設の外見を有するようなもの含まれない(例えば、一般私人が自らの費用負担で開設し、その道路敷に対して所有権・借地権を有し、その維持・管理について権

限者の自由に任せられているいわゆる私道は含まれない。)、と解するのが相当である。

開発許可後例えば道路の工事の承認などの行政処分、その他の管理行為をすることとなるのであるが、三二条の同意は、このような管理権の発動をあらかじめ暫定的な審査に基づき、事情変更の留保の下に拘束力をもって将来予定する性格を有すると解され、この暫定的な審査も、道路法、河川法、下水道法などの公共施設管理法に基づくものであるから、適切な管理をするうえで広範な裁量権が与えられているとしても、私的所有権のような無限定的なものではあり得ず、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、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。

「整備、開発・保全の方針」及び「基本計画」に適合しないとして不同意の回答をしたものであるが、その内容は、本件開発対象地は市街地の無秩序な拡大を防ぎ、また市街地を取り囲む緑辺部の景観を構成している外郭緑地として位置づけられていること、自然緑地として保全に努める地区とされていることというものであって、市街化調整区域に関する開発について開発審査会が審議すべき事項を先取りしているもので、これは当該公共施設の機能の維持とは全く関係のない事由であり、これは本来拒否できない理由に基づき同意及び協議を拒否したもので違法と言わざるを得ない。

同意についての申請手続き、同意、不同意の要件、通知、不服申し立てについての規定をいっていないが、同意が拒否されると申請ができなくなり、本来有する開発をする権利を侵害されるから行政処分に該当する。

被控訴人消防長は開発の位置が「基本計画」に整合しない事が周知のことという理由で協議を拒否したものであり、これも、公共施設の管理の適正を期するという観点からのものではなく違法な協議拒否と解される。しかしこ

の協議は処分には当たらない。

しかして、右三二条に基づく公共施設管理者の同意、不同意について、都市計画法は申請手続き、同意不同意の要件、通知、不服申し立ての規定を設けてはいないが、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、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。したがって、公共施設管理者の不同意に意思表示は、国民の権利義務又は法律上の利益機に影響を及ぼす性質を有する行政庁の処分に該当する。

これに対して処分性を否定した判決（東京地裁 昭和六三・一・二八、判時 一二七二・七七、判タ 六六四・五八、判例自治 四三・五二）は大意以下のごとく述べる。

公共施設の管理者には私人も含まれ、私人が行政庁となる場合は関係法令にその旨の規定がおかれるのが一般的であるが、都市計画関係法令にはその趣旨を伺わせる規定はないのでこれを処分とは言えない。またそもそも公共施設の管理行為が本来的に公権力の行使であるとは言えないこと、都市計画法三二条が「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伺わせるに足りる法令の規定がないこと、また、右に述べた私人の場合と区別して、関係施設管理者が国もしくは地方公共団体又はその機関である場合にのみ、そのする同意に公権力の行使としての性格を与えて居ることを認めさせるに足りる法令の規定もないことなどを併せ考えると、関係施設管理者のする同意は、たまたま国も市区等の地方公共団体又はその機関である場合でも、私人である場合と同様、全く自由に決めることができるもので公権力の行使とは言えず、処分としての性格を有しないものというほかない。右のように解される以上——開発許可申請者は開発行為の内容を変更して、同意の得られない公共施設を開発行為の対象から除く等の措置を採る

ほかないというべきである(東京地裁 昭和六三・一・二八、判時 一二七二・一一三、判タ 六六四・五八)。

このように同意の処分性については学説も判例も一致していなかったが、最高裁は其の処分性を否定した(最高裁 平成七・三・二三、判時 一五二六・八一、第一審盛岡地裁 平成三・一〇・二八、例集 四二・一〇・一六八六、第二審仙台高裁 平成五・九・一三、例集 四四・八一・九・七七一、判例自治 一二二・五二)。

要約すると、公共施設の管理者の同意がなければ開発許可を得られないとしている法意は、開発区域のみならず、周辺の公共の施設に影響を与え、変更、廃止に至るような影響を受けることとなることもあるので、其の管理者の同意を得ることを許可申請の要件として、開発行為の円滑な施行と公共施設の適切な管理の実現を図ったものである。同意拒否の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示す行為で、これを得なければ開発行為を適法に行い得なくなるが、それはこの要件を満たす場合に限りて開発行為をなし得ることを認めた結果に依るのであって、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持つものとは言えない。したがってその結果開発行為ができなくなっても其の法的権利ないし法的地位が侵害されたものとは言えないから同意拒否の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はない。かかる公法上の判断については立法政策上一定の者に右判断権を求める権利を付与し、これにかかる行為を抗告訴訟の対象とすることも可能だが、其の場合にはそれに相応する法令の定めが整備されるべきところ、法及びその関係法令には法三二条の行為に関する規定がおかれていないのみならず、法の定める各種処分に対する不服申し立て及び争訟について規定する法五〇条および五一条もこの同意やこれを拒否する行為についてなら規定するところがないのである。

この点について民法四一四条二項但し書きに基づく同意を求める請求につき判断しなければならぬが、その訴

えは権利義務の主体たり得ない行政機関に対する民事上の請求であるから不適法で、かかる場合にはこの部分の原審判決を破棄し、この請求を棄却した一審判決を取り消し右請求にかかる訴えを却下するのが相当とした(学説 処分性否定説 宇賀克也 ジュリスト 九〇六・五四、一〇六一・一二一、肯定説 阿部泰隆 判時 一二九一・一六九、山村恒年 判例自治 一三一・六六)。筆者も肯定説を妥当と解している。

また同意の裁量性につき言及した判例に前掲仙台台高裁 平成五・九・一三、例集 四四・八一九・七七一、判例自治 一二二・五二がある。

⑨ 同意手続

まず、同意申請がなされ、許可申請者と公共施設の管理者との間で協議が行われる。その手続規定並びにその審査基準は法定されていないので事実上、自治体の開発指導要綱により行われ、両者の合意が得られれば同意ということになる。同意が得られれば同意書を添付して開発許可申請ということになる。これから設置される場合に必要とされる協議の場合は申請者側のみによって協議経過書を提出することができるから不作為の問題は生じないが、同意の場合には起り得る。

⑩ 開発許可における公共施設の考慮との関係

同意と開発許可の関係については両者を一連の開発許可行政全体における包括的な行政過程の中でそれぞれの位置づけを考慮することが必要であろう。立法例としてはかかる中間的な同意としては消防長、建築審査会など(これらの性格は異なるが)、が挙げられるが、消防長のそれは独立の同意、つまり国民が直接申請できることとなっておらず、同様に建築審査会の同意も建築主事・特定行政庁は確認・許可を行う中でなされることとなっている。公共施設の管理者の同意も同様な形をとり得ることが可能であったにもかかわらずそれは、単に旧

法である住宅地造成事業法を踏襲したにとどまるのか、あるいは公共施設管理者の権限を尊重するとの観点からであったのである。開発許可の事務は機関委任事務であるが、公共施設の管理は固有事務である場合が多いことから、開発許可権の内部的行為に取り入れなかったものと思われる。

しかし都市計画法の重要な一つの柱は公共施設の充実と整備であるから、開発許可と密接に関連する。法三三条の許可基準に公共施設又は公共のように供される施設が適切に設計・配置されることを求める多くの規定がおかれている。ここに両者が重複する所があるのであるが、三二条の場合はあくまでも管理上の観点からの者であることに留意すべきであろう。同意・不同意についての開発許可権限者の審査権の範囲は単に外形的に同意書の存在だけで、同意・不同意が無効の場合は別として、当該同意内容が三三条の公共施設に関する許可基準の該当性は開発許可権限者独自の判断事項である。法が添付要件として規定する意味は公共施設に関する管理権者の同意の存在のみであって、開発許可基準を充足する事を認めるものではない。

⑪ 同意の付款、同意を得られなかった区域を除外しての許可の可能性

付款内容を協議によって同意内容に含めるのが一般的であるが、場合によってそれに至らないような場合には、同意に付款を付すことも妨げない。物理的変更・廃止に至らない使用方法などの選択も有り得よう(例えば道路交通における自動車の重量制限)。

当該施設の同意が得られない許可申請に対し開発許可権は当該施設並びにその周辺区域を除外して許可をなし得るかにについては法三三条一四号の場合これを除外して許可を与えることは可能であるが、公共施設の性質から、また、明文の除外規定がないことからなし得ないと解すべきであろう。

⑫ 開発許可判断の先取りによる同意判断

開発許可権限者は知事で、公共施設の管理者は市町村長と両者が異なる場合でも、開発許可権限の委任がなされると両者が同一となる場合が生ずる。この場合同一市長が権限行使をすることになるから、開発不許可の判断がまづ形成され、それに引きずられてその市長が同意権を利用して管理権限の判断権以外の理由で不同意ないしは不作為を行ない、その結果不許可処分がなされたとき、許可申請者が不許可処分の取り消しを求める場合が考えられる。この場合、同意・不同意が処分でなければ開発審査会は原則として不許可の前提となる同意・協議については、それが無効でない限り、審査権限を持たないと解されている(五〇条)。もつとも、五〇条が二九条と定めているのは、二九条に関連するものを含む意味と解することも考えられるが、五〇条で定めている三五条の二等の規定も開発許可に関連するものであり、これらが二九条とは別個に規定していることから考えればこの考え方は適切ではないであろう)。同意を公法行為と解せば当事者訴訟によることとなるが、これは救済として優れていないから、不許可取り消し訴訟で直接争えることとしなければならない。

⑬ 同意の違法性の許可への承継

それぞれの趣旨目的が異なるから無効の場合を除き、違法性の承継はないと言えよう。不同意とされた時その理由書を添付させて許可申請書を提出させることとし、許可権限者が其の内容に著しい権限濫用のないことを審理させる手続が検討課題となる。

⑭ 同意申請に対する応答義務

行政手続法が準用されるものと解し、また、公法上の契約法理として法律により認められた申請権に基づき管理者側は原則的に応答義務あるものと解し、当事者訴訟として給付訴訟という形で争えるか。前掲最高裁判決(五八頁参照)は民法四一四条二項但書によるとの見解をとっているようである。この場合、これが長期にわたって争わ

れた場合には、同意書の不添付を理由として開発不許可処分がなされた場合、不許可処分取り消し訴訟の中で関連請求として不同意を争う道が開けていなければ、給付訴訟で勝訴するまでに不許可処分取り消し訴訟の出訴期間が経過するおそれもある。

また県知事が許可権限を市長に委任していなければ、市長の権限濫用にもとづく不同意を理由とした不許可を無効と判断できるのに、たまたま委任の結果、開発許可権限者と同意権限者が同一となったことから不可能になることは同一県下における法の平等原則からも問題である。かかる場合に知事の指導が行なわれても従われなければ自治法一五一条の適用や職務執行命令は角が立つ。開発審査会が不許可処分を取消しても市長が裁決の拘束力を無視した場合の適切な方法も検討されなければならない。

二 協議

〔協議〕

協議制度を設けた趣旨は、判例にも述べられているように（東京高裁 平成二・六・一三、判時 一三五七・七九）、開発行為によって設置される公共施設は、その工事了の公告の翌日において、その公共施設の存する市町村の管理に属するものとする定められている（法三九条）ため、開発許可の審査をする前に、開発許可の申請をしようとするものと公共施設の管理者となるべき市町村との間で協議をさせることにより、開発許可の手続き及び開発行為を円滑に進行させ、かつ、開発行為によって設置される公共施設の管理の適正等を期するためである。またこの協議を通じて、市町村側から見でどのような方式、程度、規模、能力などを有する施設ならば都市計画法の趣旨的に照らし公共施設として安全で瑕疵がないと言えるかについて慎重に検討し、万全を図ることができることになる」と述べている。

この判例はまた、協議対象としての排水施設が公共施設として十分な構造及び能力を有すると共に、通常有すべき安全性を備えていることを要求するものであるから、下水道の設置を要する開発行為についての協議の申し出を受けた市町村としては、当該開発区域及びその周辺の地形、関係河川の改修状況、既存排水施設の構造、能力、当該市町村における下水道整備計画の進捗状況、その他諸般の条件を勘案して、その各時点で、設置すべき排水施設についての具体的な指導をなしうる客観的条件が整っているか、これが整っているとすれば、どのような方式で、どのような構造及び能力を有する排水施設を設置すべきであるかを慎重に判断したうえ、その協議の申し出をした者に対し、その時点でなし得る限りの適切な指導をなし、意見を述べる義務を負担することとなり、その時点で十分な調査ができず、協議に応じられなければその説明をし、猶予を求めれば足り、それ以上に、設置すべき排水施設についての具体的な指導やその設置に関する将来の明確な見通しについての意見の表明を行う義務まで負うものではないと述べている。また、公共施設管理者が協議に応じなくても、その経過を記せば三二条二項の協議の経過を示す書面と言えるから、開発許可申請を妨げることにほならないとしている。

協議書の内容を管理者側の確認を得る事なくし得ることは適正手続きの観点から若干問題であり、同意・協議を公法上の当事者関係と見るならば管理者側にも協議内容の報告書を提起する機会が与えられるか、参加の機会があたえられるべきであろう。管理者側が提出して来た場合、開発許可権限者はそれを拒否できないであろう。

同意・協議の内容は公共施設の管理権に関する事項(利便・効用性、経済性、安全性、他の公共施設との関係などその他管理上の問題点)であり他事考慮は権限の濫用となるが、協議は開発行為により新たに設置される公共施設の配置、規模、構造などに関する事項、管理の方法及びその機関、土地の帰属及び帰属に伴う費用負担に関する事項等が主たる問題となる。ただ、協議の場合は新たに設置する場合であるから、同意事項よりは考慮範囲は広く

なると解される。既存のものとして新しく設置する場合とは、都市計画的判断は新しく設置する後者の場合に入り易く、前者においては管理法上のものに限定される傾向が強いであろう。したがって協議内容の評価についての最終決定権限を開発権限者に委ねることとしたものと解される。

協議が調い同意に達すれば同意書を添付することを否定するものではない。しかし、同意と異なり、協議については協議が調うことは要件とされておらず、また、この協議は許可申請者が施設管理予定者などと現実に協議した場合のほか、開発許可申請をしようとするものが誠意をもって施設管理予定者などに協議を申し入れたが、管理予定者などが合理的理由なく応じなかった場合も含むものと解されるから、誠意をもって協議の申し入れをしている限り、開発許可の申請をすることに支障はないものといえることができる。

協議についての判例として、協議の対象となる排水路その他の排水施設が、公共施設として、必要にして十分な構造及び能力を有するとともに、通常有すべき安全性を備えていることを要求するものであるから、下水道の設置を要する開発行為についての協議の申し出を受けた市町村としては、当該開発区域及びその周辺の地形、関係河川の改修状況、既存排水施設の構造、能力、当該市町村における下水道整備計画の進捗状況、その他諸般の条件を勘案して、その各時点で、設置すべき排水施設についての具体的な指導をなし得る客観的条件が整っているか否か、これが整っているとすれば、どのような方式で、どのような構造及び能力を有する排水施設を設置すべきであるかを慎重に判断したうえで、その協議の申し出でを了した者に対し、その時点でなし得る限りの適切な指導をなし、意見を述べるべき義務を負担することになるのである。またこの判例は、十分な調査ができず、その時点では協議に応じられない事情がある時はその説明をし猶予を求めればたり、それ以上に、設置すべき排水施設についての具体的な指導やその設置に関する将来の明確な見通しについての意見の表明を行う義務までは負わないと述べている

(東京高裁二・六・一三 判時 一三五七・七九)。

また、判例には協議が求められた場合、公共施設の管理の適正を期するという観点からのものではないものは違法な協議拒否となるが、三〇条二項は協議が調うことまで要件とせず、単に協議の経過を示す書面の添付を要求しているのみで、開発行為者が誠実に求めこれに応じなかった場合にはその経過を示す書面を提出すればよいのだから予定者がこれに応じなくても許可申請ができるのであるから処分に該当しないとすもの(仙台高裁 五・九・一三、例集四四・八一九・七七一 判例自治 一二二・五二)、並びに、協議の申し出を受けた市町村は遅滞無くその協議に応じなければならぬ義務があるが、協議に応じなければならぬ時点に関連して、開発区域並びにその周辺に溢水などの危害を与えないか、防ぐための方式の構造及び能力を有する排水路その他の排水施設を設置すればよいかをいまだ正確には判定し難い状況にあると認められ時にはその旨を述べそのような状況にあるため、直ちには具体的な協議に応じることができないこと説明して、その協議の猶予を求めれば足り、それ以上に、設置すべき排水施設についての具体的な指導やその設置に関する将来の明確な見通しについての意見の表明を行う義務まではおわれないとするものがある(東京高裁 平成二・六・一三、判時 一三五七・七九)。

〔協議する者〕

協議すべき者について、二〇ヘクタール以上の開発行為について、政令二三条により、一、義務教育施設(小・中学校)の設置者、二、水道事業者、三、一般電気事業者、一般ガス事業者、四、鉄道事業者及び軌道経営者(四〇ヘクタール未満の開発行為にあっては、三及び四を除く)と協議する必要がある。通達では農業用水の管理者と用水路と一定して影響を受ける揚水機又はため池の管理者がこれと異なるとき、その協議(同意)も必要とされている。

〔協議の処分性〕

また施設管理予定者等には私企業・私人が含まれていること明らかであるのに、私人を公権力行使の主体とする明文の規定なく、またその趣旨を伺わせるに足りる規定もなく、また、協議という公権力としての性格を読み取りにくい用語を用いていること、また、協議に必ず規定も置かれていないことなどから処分ではないとの判決例がある（東京地裁 昭和六三・一・二八、例集 三九・一一二・四、判時 一二七二・九三、判タ 六六四・五八、判例自治 四三・五二、同旨 盛岡地裁 平成三・一〇・二八、例集 四二・一〇・一六八六）。協議に応じないときはその旨の報告書を提出すればよいことになる。

〔協議に応ずる義務と国家賠償〕

開発許可申請をしようとする者から協議の申し出を受けた市町村は遅滞無くその協議に応じなければならない義務があるが、その遅延につき正当な理由があれば、協議に応じられない旨説明し、協議の猶予を求めれば足り違法とならない。いまだ具体的にどのような方式、構造、能力を有する排水路その他の排水施設を設置すればよいかをいまだに正確には判定し難い状況にあると認められ場合には、右協議の申し出をしたものに対して、その時点では、右のような状況にあるため、直ちに具体的な協議に応じることができないことを説明して、その協議の猶予を求めれば足り、それ以上に、設置すべき排水施設についての具体的な私道やその設置に関する将来の正確な見通しについての意見の表明を行う義務までは負わないとして、国家賠償が棄却された事例（東京高裁 平成二・六・一三、判時 一三五七・七九）や同意・協議すべき法的義務は認められず、損害賠償の理由もない（盛岡地裁 平成三・一〇・二八）とされた判例がある。

〔事前協議事項の宅地買受人に対する拘束力〕

開発許可の下で分譲された土地の所有者が前面道路に面した部分に車庫を設置しようとしたが、開発許可権者と開発者との間に三二条協議で車庫を設けない宅地として開発がなされたことを理由に市は道路占用許可申請を不許可にしたがその取り消しが求められた。当初の開発業者との協議とそれを引きついで業者による計画変更に基づく協議とで若干内容の変更が有った模様であるがそれを総合的に見ると「開発時においては本件道路を、通園する児童、園児の交通安全に対する一般の危険を想定して、その安全確保のため防護柵が設置されて居る箇所に面する土地についてはさしあたり車庫を設けない土地として開発することとし、右土地に将来車庫を設けることを認めるかどうかはその時点で改めて個別協議の対象とする事にしたのであって、児童、園児の交通安全に対する具体的危険が認められない場合において道路法所定手続きをへて車庫を設置することまで絶対的に禁止する趣旨ではないと解さざるをえない。——協議は「宅地造成をするに当たつての開発許可に際してのもので、開発許可後分譲された宅地を買い受けた原告を法的に拘束しないから、この点に関する被告の主張は失当であり、右協議の存在はせいぜい本件申請に対する許否の一要素となりうるに過ぎない(大阪地裁 昭和六一・一〇・二八、判タ 六二三・一〇一)。

第五章 開発許可基準 三三三条と三四条

開発許可の基準としては、①旧宅地造成事業法上の危険防止、公共施設の適切な設置・配置のほか環境保全、事業者の能力、用地取得を通じた事業の円滑性の確保などを目的としたもの等、市街地の水準を確保するための物理的、技術的観点からの基準と(三三三条)、②スプロール防止を目的とした、経済的、社会的配慮からの基準(三四

条。一般的にこれを三三条の技術基準と区別する意味で立地基準などと呼んでいるようである)に分けられる。

三四条の基準は市街化調整区域において適用されるものであるが、三三条はこのような区別はない。また、この三三条の要件は宅地の一般的水準の確保のための規定でこれに合致したものは必ず許可しなければならないという羈束性の強い表現を取っている。

平成四年に、多数のものが利用する市街地のホテルなどの施設の立地により開発区域の周辺に交通渋滞などの支障が生じたり、自己用開発行為の工事の中途での倒産などで開発行為の中断・放置がなされ、防災上の支障が生ずる例が見られたので、自己用の開発行為においても、従来適用のなかった道路、公園等の公共用地、給水施設に関する基準を適用することとしたほか、一定規模以上の業務用開発行為については資力信用などの基準及び工事施行能力についての基準を適用することとした。以下①と②を分説する。なお行政手続法にしたがい各自治体は詳細な審査基準を定めているが神奈川県のを資料として巻末(次号予定)に掲げる。

① 三三条要件(技術基準)

i 予定建築物が用途地域等に適合しなければならない(一項一号)。用途地域が指定されていれば建築確認の際審査されるが、予め宅地造成の際その適合性についてチェックすることとしている。用途の適合性は建築主でなくとも一応判断できるからであろう。

ii 旧住宅地造成事業法は工事に伴う災害危険防止と公共施設の適切性の確保を目的としていたが(同法七条、八条)、これらを引き継ぎ法三三条一項二・三・六・七・八・九・一一・一三号は災害危険防止の面を、また同一項二・三・四・五・一〇・一一号は市街地の良好な水準を維持するための公共施設の整備について定めた。

以下これらの各号を概観する。

一項二号は道路、公園、広場等、公共の用に供する空地（消防のため必要な場合には消防施設を含む）が、開発区域の規模、形状及び周辺の状況、開発区域内の土地の地形及び地盤の性質、予定建築物の用途、敷地の規模及び配置を勘案して、環境の保全、災害の防止、通行の安全、事業活動の効率などに支障がないように規模・構造で適切に配置されているか、また主要な道路が開発区域外の主要な道路に接続するように設計されていることを定めている。令二五条、規則二四条が技術的細目的事項を定める。

これに関する具体的事例につき下されたを裁決・判例は以下の通りである。

一項二号の主要な道路とはすべての道路を意味しない。本件許可処分計画では、区域内の道路の幅員が六・五mと三・五mの部分があるが、六・五mの方のみを主要な道路として考えても、本件許可処分の目的、すなわち、予定建築物、鉄筋三階建分譲住宅からして適法である（横浜市五四・一一・二一裁決）。

令二五条二号括弧書を適用し四・三mの道路に接するものとして開発許可したものであるが、当該道路は既成市街地の区画細街路として、主として道路に面する住民が通行する生活道路で、予定建築物住戸数は二四で、発生交通量を勘案しても通行に支障あるものとは言えず、かつ、当街区の延長は令二五条二号括弧書に規定する「小区間で、通行上支障がない場合」に該当する（神戸市五八・二・七裁決）。

一項二号と令二五条四号幅員六・五m以上道路に接続させることは困難な状況にあり、括弧書の道路周辺の道路状況によりやむを得ないときに該当するとされた事例（東京都五一・七・二三裁決）。

同様のものとして、現況道路の拡幅の可能性、大型車両の交通規制、交通量などを総合的に勘案して令二五条四号の周辺の道路の状況によりやむを得ないと認められるときは、車両の通行のない道路と判断しても直ちに違法とは言えないとするものがある（横浜市五四・一一・二一裁決）。

調整区域内の工場などの開発行為に伴う既存の取り付け道路(法三三条一項二号)並びに緩衝地帯(三三条一項一〇号)の取り扱いにつき、道路拡幅工事は極めて困難なので、土地利用計画で周辺の公共施設整備計画と整合のとれた開発計画とすること、また一ヘクタール未満の開発行為に緩衝地帯の設置は困難だがその趣旨の成果が得られるように指導しているとする例、一ヘクタール未満に緩衝地帯を義務づけておらず、騒音、振動等による生活環境の保全は関係法による公害対策が適当とする例、道路は既に整備されているか、又は自費工事により整備が確実な場合に許可しており、公害については公害対策局が建築物の構造等につき指導、一ヘクタール未満の緩衝帯については緑の条例により工場敷地の一五%〜二〇%の緑化・植樹を定めている例、工場立地法による緑地面積の要件を踏まえて適切な緩衝地帯を指導している例などがある。

一項三号は降水量、放流先の状況等を勘案して、排水路、排水施設が有効な排出その他溢水等の被害が生じないような構造・能力で配置されるよう設計されていることを定め令二六条、規則二六条がその技術的細目的事項を定めている。

裁決に、降雨強度は放流先の都市下水路に關し適用されるが、六年確率、当該開発区域内調整池に關して三〇年確率降雨強度値から求められるとするもの(兵庫県五四・五・八裁決)、開発行為と溢水の因果関係につき、河川流域一帯が海面からの標高の差が僅少である等の地理条件もあって従来から豪雨時にあっては溢水する実情にあることは争いのないところだが、「この溢水の被害と、当該開発行為との因果関係について見るに、当該開発区域内の排水施設については当該開発区域内において想定される下水を有効に排出できるように函渠の勾配及び断面積が定められており、また、接続する放流先であるK水路は当該区域内の下水を通常の場合有効かつ適切に排出する能力があることを確かめたうえで本件処分がなされているので、当該開発行為と当該地域の溢水との因果関係は認めら

れないとするもの(山口県五三・六・一〇裁決)がある。

一項四号は給水施設が当該開発区域の需要を満たすものであること。特に技術的細目的規定はないが水道法による基準に適合していれば本号の要件を満たすものと解されている。

一項五号は、地区計画又は沿道整備計画が定められているときは予定建築物等の用途又は開発行為の設計がこれらの内容に即して定められていることとされている。

一項六号は開発区域の利便の増進と開発区域の開発区域及びその周辺の地域における環境の保全とが図られるよう公共施設、学校その他の公益施設、予定建築物の用途が配分されていること。なお、四〇ha以上の開発行為の場合には道路、鉄道などによる輸送の便などから見て支障がないと認められること(一一号 令二四条)。

一項七号は軟弱な地盤の土地、崖崩れ又は出水のおそれが多い土地、その他これらに類する土地であるときは、地盤の改良、擁壁の設置等安全上必要な措置が講ぜられていること。

裁決に、周辺は過去に崖崩れなどの災害が発生し、開発区域には災害危険区域、急傾斜崩壊危険区域が含まれているが、防災工事が施されており、また計画では平坦部の雨水は直接下水道に放流することとしているので、危険度の増大は考えられず、樹木の伐採は現状のままの計画であり、これらを総合的に考えると、むしろ開発行為によってむしろ安全になると考えられるものがあり(横浜市五四・一一・二一裁決)、また、判例に、宅地造成規制法又は都市計画法の規制区域内においては、がけ崩れの防止措置に関しては、原則として宅地造成規制法又は都市計画法の規定によって規制されるものであって、建築基準法は適用されず、建築主事の確認の対象とはならないとするもの(昭和六〇・七・三一 大阪高裁 訟務月報三一・五・一〇四七)、ならびに、市街化区域であるとともに宅地造成等規制法三条に定める宅地造成工事規制区域内に存する土地については、がけ崩れ防止のための規制

は右各法の規定に基づきなされるべきであり、建築基準法一九条四項は適用されないから、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)。

八号は自己の居住・業務用以外の開発行為の場合には建築基準法の災害危険区域、地すべり等防止法の地すべり防止区域等を含まないこと。

iii さらに環境保全のための緑地・緩衝帯

九号では政令で定める規模(一ha。ただし都道府県規則で〇・三ha以上一ha未満の範囲で定めることができる)以上の開発行為については開発行為の目的などを考慮して開発区域内の植物の生育の確保に必要な樹木の保存、表土の保全等がなされるような設計がなされていることを、一〇号は政令で定める規模(一ha)以上の開発行為の場合には騒音、振動などによる環境悪化の防止上必要な緑地帯その他の緩衝地帯が配置されるよう設計されていること。規則で規模の引き下げを行っていない場合もある(東京都五一・七・二三裁決)。

風致地区における緑の保全につき、当該開発区域一帯は恵まれた高級住宅地であり、一種住専、風致地区に指定されており、開発行為はこれらの規制に従い、周辺の風致、景観を考慮してなされるべきものである。この場合、当該区域内に残された緑の自然環境が、より十分に保全されることは望ましいとしても、このことは、「風致地区内における建築等の規制に関する条例」二条に基づく許可処分について問題とされるべきものであるとする裁決がある(兵庫県五四・五・裁決)。

iv またこれらの工事が適切に行われるため、申請者に必要な資力、信用、工事施行者に必要な能力を要件づけ

ている(同一二・一三号)。国土利用計画法に關連して贈賄行為を行ったり県土保全条例上の虚偽の報告をしたことを理由に信用を否定した判決がある(岡山地裁 平成七・一二・一二、判例自治 一五〇・四五)。

v さらに開発区域内にまたは開発行為に關する工事をしようとする区域内に存する土地、建築物、工作物につき、工事の実施の妨げとなる権利を有するものの相当数の同意を得る事を必要と定めている(同一四号)

その趣旨は開発許可を得ても同意を得られず結果的に開発ができないこととの不合理性への配慮と、その反面すべての利用権を取得することを要求することとなると申請者の負担が少なくなることにあると解されている。

「開発行為に關する工事」とは、開発区域の工事のほか、既存の道路、排水施設に接続させるために設置する開発区域外のいわゆる取り付け道路などの工事を指す(神奈川県昭和五五・八・八)。

次にこの同意の法的性質が問題となる。本法上の同意の形式でなく純粹の民事売買契約を締結し所有権を取得してしまえばこの同意は不要になる訳である。したがってまだ明確な売買契約の締結に至っていないがその途上にあるような場合を想定しているのであろう。民事上の所有権等の譲渡の契約ないしは予約となるかどうかは、同意書の内容にもよろうが、一般的には開発行為の承認ではあるが、民事的に事業者がその土地の取得を必要とすることを承知で同意するのであろうから、特段の事情なき限り少なくとも予約的行為が含まれると解する余地がありそうであるがこれについて、三三条一項一四号の同意の私法上の効果を否定した判例がある。すなわち、宅地造成規制区域内の開発許可申請になされた開発許可に対し、その工事に対し生ずる崖崩れ、地滑り又は土砂の流出による生命、身体、健康、精神及び生活環境を享受する権利を侵されるおそれ、並びに崖面で行われるアースアンカー工法が土地所有権を侵害するから、相当数の同意を得ていないとして許可の取り消しが求められたが、二九条の許可は

個々人の個別具体的な権利、利益を保護したものでなく、許可されることにより私法的権利、権原を付与するものでないから侵害又は侵害のおそれはないこと、また、三三条一項一四号の同意は「相当数の同意」と言う極めてあいまいな表現を用いており、又同意権者の範囲もあいまいであり、不同意に対する不服申し立ての規定もあいまいから、専ら開発許可処分を担保するという意味において、当該開発行為の許可の審査基準としての意義を有するものであり、同号が開発許可申請者と同意権者との間の私法上の個別具体的な権利関係に介入しているのとまで解することができないとして、同意権者であると主張する者の原告適格を否定している(横浜地裁 平成六・一・一七 訟務月報掲載予定。東京高裁 平成六・六・一五 控訴棄却。上告中)。

また、公共施設の管理者の場合、三三条の同意の他に財産権者としてこの同意を必要とするかであるが、不要と解してよいのではないかと思われる。道路、公園、広場などの空地については、三三条一項二号で審査されることとなっている。

この同意は一般的に私人・私企業である申請者に対して行うものであるから、私法行為として捉えられるであろう。妨げる権利者が公共事業者、例えば区画整理事業の施行組合等のときはその権利が公共施設であれば三三条の対象となろう。

さらに、三三条一項一四号の同意の権利者が国又は公共団体である場合につき、関係権利者の相当数の同意とは、開発許可の申請者の資力及び開発行為に関する工事施行者の能力に関する規定とあいまって、開発行為に対する事前の承諾を得て開発行為が円滑確実に完遂されること確保しようとするものであり開発行為関係者以外の私人、例えば開発区域の周辺住民の権利等具体的利益を直接保護することを目的としたものではないと解するのが相当である。たまたま同意する権利者が国又は公共団体であったとしてもそのことから当該国又は公共団体がする同

意の性格が私人の行う同意と異なり、第三者の個人的な権利又は具体的利益を保護することを目的とすることになると解する根拠は全くないとする判例がある(判例一一 横浜地裁 昭和五九・一二・二四、訟務月報 三一・八・一九四一、判タ 五六四・二〇五、判例自治 一一・一〇九)。

「妨げる権利」とは開発行為を実施するに当たって支障を来たす権利である。土地、土地における建築物・工作物の所有権、地上権、賃借権、質権、抵当権、先取特権を有するものほか、土地の保全処分をしたものも含まれると解されている(同旨裁決 神奈川県昭和五五・八・八)。農地転用許可を条件として買い受けた土地を譲り受けたものの開発許可に当たり初めの売り主は妨げる権利者に入らない。東京高裁 昭和五五・一二・二四 判タ 四四六・一一五)

「相当数」の同意についてであるが、区画整理事業、再開発事業等の場合は三分の二以上の同意、また、建築協定の場合は全員同意となっているのに対し、この場合は「相当数」としたのは、区画整理事業などの場合は具体的な権利変動権利規制が及ぶからであるが、開発許可の場合は同意自体で直接、私法上の権利変動に及ぶものでなく開発許可事業が許可目的に沿って実現できることを担保しようとするに過ぎないからと言える。したがって、相当数という表現は、数の面で極めて曖昧だから、同意権者に原告適格を認める事を否定する判決があるが、相当数というのは起業者の事業推進担保のための表現である。判例にも「許可が得られるかどうか不明の段階で全員の同意を得ることを要件とするのは、開発行為の申請者に対して過大な経済的危険負担を負わしめることとなるおそれがあるから、「相当数」としたと解される」と述べているものがある(横浜地裁 平成六・一・一七、訟務月報 一〇・二五四九、都市計画法 ぎょうせい 二五九)。ただ、このようにしてまで起業者を保護する必要があるのかどうかは別問題である。

「相当数」につき運用上権利者の三分の二以上の同意を得、かつ同意を得た土地の面積が三分の二以上であるとされていると言はれているが（建設行政実務研究会編 都市計画 一六三頁）、神奈川県の実情ではこれより高い比率で考えられており、大規模開発の場合でも同意しない者を除いて許可される場合は比較的稀である。

また、同意制の結果当該地域の権利者はあたかも都市計画事業決定が行われたような事実上の影響を受けることとなる。土地を売って離れるのが得か、居座った方が得か等を他の権利者の挙動を伺いながら、意志決定せねばならない方向に追いやられ、多くの者は浮足立ち同意することとなる。事業者にとっては許可不要の場合には自らの手で取得せねばならないのにたいし、開発許可を要する場合には同意制により事実上売買予約的な効果が与えられる。

共有物に関連し、共有物分割協議による所有権は停止条件付きのものであり、二名以上いるときは全員の同意が必要で、一人だけの場合は違法であると主張された。これに対し許可は禁止行為を解除するに止まり私権の設定・付与をするものでなく、同意を必要としたのは開発行為の実現性についての配慮によるものであり、当該同意の性質もこの趣旨を満たす限度で考慮すれば足り、この同意権は概括的に行使するものであって、都市計画法上固有に認められた権利であって、私法上の合意とは異なり、したがって同意権者の範囲及び権利行使は同条の規定のみに従い、各権利者が独自に行使できるので、各共有者もそれぞれの所有権に基づいた同意権を有していると言うべきで、共有分割協議者が三人おりその二人が同意しているので三分の二の同意があるから「相当数の同意」についての要件を満たしており、分割協議の効力について判断するまでもなく処分は違法不当ではないとした裁判がある（茨城県五七・三・一六裁判）。

同意していないものが同意したものとしてなされた開発許可の無効確認の原告適格につき、同意していない開発

区域内の土地の所有者が、同意をしたものとしてされた開発許可処分が無効確認訴訟において右所有者には都市計画法三七条および同法四二条一項の建築制限が課されるとして、その原告適格及び訴えの利益を認めた事例がある(平成六・一〇・一二 奈良地裁 判例集未搭載)。また、開発区域内に自己の所有地があると主張するものがその同意がない開発許可の無効確認を求めた事例において、開発許可処分によって同意していないものの権利が害される関係はないとして原告適格を否定した事例がある(横浜地裁 平成一・一・二五、判例地方自治 六三・七三、同控訴審東京高裁 平成一・八・一〇、判例地方自治 七一・八五)。

次に、大規模開発行為の場合、個々の権利者の同意権が金銭的な個別撃破の形で処理されているのが現実のようであるが、権利が具体的に影響されない場合の都市計画決定のときでさえ、公聴会、意見書の提出の方法がとられているのに、より具体的な権利影響を受ける本同意権利者や近隣住民の公聴会的な意見聴取を必要としないかは検討されてよいであろう。区画整理事業計画の決定の場合は権利者はその事業の中に組み込まれ、開発許可の場合には本同意権利者の場合は権利者は同事業から排除され、また近隣住民も地域環境の変更という影響を受けるのであるから、意見聴取の機会を与えることが必要なのではないかが問題となる。しかしかかる要件は法律以外の要件であり、判例に開発許可については慣習法上住民の同意を必要とするとの主張を否定しているものがある(横浜地裁 昭和五七・一一・二九、判タ 四九一・一一六)。

vi その他

また、行政指導と許可基準との関係につき、近隣住民の反対に会い関係機関が事業者の説明がない限り許可しないとの約束が履行されないからと言って許可基準を満たす許可申請を留保することは許されず、行政指導は許可の法的前提条件ではないとした裁判もある(横浜市裁決五七・四・二〇)。

一般的環境問題について、裁決には水質汚濁、日照、自然景観、環境破壊は開発許可基準外の問題であり、当該土地は開発区域外にあるとしながら、当該土地への進入道路の機能は従来通り保持されており、出水のおそれについては調整池の設置、護岸等河川の改修措置が計画され安全は確保されているとその安全性につき判断して居るものがある(神奈川県裁判決五二)。また、実務上、公害防止条例が適用される時点でクリアーされることが必要とする例、別個の法の履行又はクリアーが確実視されない限り付議しないとする例、公害関係につき準備中のものについては、許可後個別法にしたがって手続きを行うよう指導するとする例、関係各課で構成する幹事会で問題なく許可見込みとされたもののみ付議する例、規模の小さいもの以外は環境影響調査を義務づけ、許可に際しては環境部局とともに可能な限り事業者に指導、他法令の許可を要するもののみあらかじめ関連担当部局と相互調整し許可見込みのもののみ付議する例などがある。

また、環境権ないしは近隣居住権につき、火薬庫が設置されることにより災害発生の場合危険に直接さらされるおそれのある地域住民が含まれるかにつき、一四号の権利は所有権などの権利であり、また、都市計画法は住民が災害の危険にさらされる事なく良好な環境の下で生活を営むことを目的とするものであるが、環境権はまだ確立された権利でなく、本号の「妨げとなる権利」としてとらえられず、また近隣居住権の内容も権利として認められるほど明確なものではないとした裁決がある(神奈川県裁判決五五・八・八)。

多くの自治体は環境アセスメント条例を制定している所が多いが、開発許可申請に先立ってアセスメント手続きを行うこととされているようである。判例に、環境アセスメントとの関係につき、土木工学の専門家が審査会のメンバーにいないことが裁決を経ないことが正当理由に当たるとの主張に対して、三三条一項七号、九号などの基準の適合性は環境アセスメント手続きに委ねられているというが、埼玉県において開発行為の許可処分をするについ

ては環境アセスメント手続きを経ることになつていても、県審査会はもとよりその結果も審査の対象とし、これになんらか問題が存するときは、独自の調査をすべきであり、環境アセスメント手続きにゆだねて、自らの権限行使を怠ることなど、到底許される所ではなく、審査会はただ当局がした処分を追認するだけの機関に惰しているとの主張は原告の主観に過ぎず、これを開発許可取り消しの訴えにつき審査請求を經ていないことに正当な理由があるかどうかの判断の資料とするのは相等ではないとするものがある(浦和地裁 平成五・九・六、判例自治 一一一・五八)。

また、鳥獣・文化財保護と区画整理事業につき、これらは開発許可の基準とされておらず、処分庁の権限外であると認められるので開発審査会もこの点について判断すべき立場にないとする裁決がある。

また、ゴルフ場の開発許可に対し区域が重複すると鉱業権者が三三一条一四号に当たるとして争つたのに対し、同号の規定は、開発行為の妨げとなる権利を有するものの相当数の同意を得させることにより、処分庁としての開発行為の完遂の確実性を確認しようとする趣旨のものであって、不服裁定制度の目的である鉱業などにかかる土地利用の調整を図るための規定ではないと裁定されている(公害調整委員会裁定 四・六・二二、判時 一四二七・二四)。訴訟においても三三一条一項では知事に開発行為と他の産業との実質的な調整を判断することを求めておらず、五一条が鉱業権との調整についての不服についての裁定を認めたものだから開発審査会の審査事項ではないとしている(東京高裁 平成五・一一・八、判時 一四九一・九二、判タ 八六〇・一三七)。

vii なおこれらの基準について詳細な技術的基準の細目は政令で定められている(法三三三条二項)。

viii 公有水面埋立地での開発行為で公有水面埋立法二条一項の免許条件で三三一条一項各号の事項の規定があるときはその定めを開発許可基準とする(本条三項)。

ix 市街地再開発促進区域内については一項のほか別に法律(都市再開発七条の八)で定められている(本条四項)。

② 三四条要件(スプロール抑制・立地基準)

調整区域内での開発行為が許容される場合を一号より一〇号に限定的に列記し、これらに該当する場合でなければ、開発許可をしなければならないのである。三三条の要件は技術面のものであるのに対して、三四条の要件は立地性に着目した基準である。そのため立地基準と言われることがある。また、三三条本文の「許可をしなければならぬ」と比し三四条本文は「許可をしなければならない」と、三四条の場合はその拒否的性格が強く表現されていると言える。この基準は次のカテゴリーに分けられる。

i 地域住民の日常生活に不可欠なサービス提供業務用のための開発行為(一号)。住民の日常品として、小売業、修理業、理容業、美容業などのほか、状況に応じてガソリンスタンド、自動車用液化ガススタンド、農林漁業団体事務所、農機具修理施設、農林漁家生活改善施設などの建築のための開発行為も含まれると解されている。

ii 鉱物資源、観光資源その他の資源利用のための建築物(二号) 温度、湿度、空気等特別な条件を必要とする政令で定める事業のための建築物又は一種特定工作物(三号)、ただし政令未制定のため許可されたものはないという)、農林漁業用の建築又は建設のための開発行為(四号)。

「鉱物資源の有効な利用上必要な建築物又は第一特定工作物」とは、日本標準産業分類Dの鉱物に属する事業及び当該市街地調整区域において産出する原料を使用するセメント製造業、生コンクリート製造業、粘土かわら製造業、碎石製造業などに属する事業にかかる建築物・第一種特定工作物とされ、鉄鋼業、非鉄金属製造業、コークス製造業は含まれないと解されている。

「観光資源」の意味と観光基本法の「優れた自然風景地」との関係につき、岡崎リゾートホテル不許可事件(名古屋地裁 平成四・四・二四、判例自治 一一・七三)がある、三河スカイラインは三河湾の景観を楽しむためにもうけられたもので観光資源に当たりますが、本件建築物は時間的・距離的にも不便で、調整区域にあえて設ける必要はない。本件の場合申請場所から調整区域を一旦出て市街化区域を通過することが必要だから、宿泊施設が必要であっても市街化区域にもうければたりるとしている。このように市街化区域内の方がベターと言うことを付け加えるべきかどうかは問題と思われるが、景観条例が発展している状況から参考になる事案である。

判旨は次の通りである。

三河湾リゾートホテル観光資源事件で三四条二号が調整区域内に存する観光資源などの有効な利用上必要な建築物の用に供する目的で行う開発行為を許可し得るとしたのは、観光資源などの国土の資源を有効に利用することが国土の均衡ある発展を図るために必要なことであり、また、実際上も資源が利用される場所が特定されて、無秩序な市街化が図られることも少ないからであると解される。

観光資源の意義については法に特段の定義規定も設けられておらず、かつ、三四条の前記の立法趣旨からしても特殊な意味を有するものとして用いられていると解すべき事情は窺えないので社会通念に従って決するほかない。観光基本法一四条が観光資源の一つとして「すぐれた自然の風景地」をあげていることは、社会通念上、これが観光資源に該当することを示す有力な根拠となるといふべきで、「すぐれた自然の風景地」は法三四条二号に言う「観光資源」に当たると解するのが相当である。桑谷展望台及び三河湾スカイラインは三河湾などの景観を楽しむために、本件区域内のみ川湾国定公園区域の中でも特に景観がよく観光客が訪れるような場所に設けられたものであることが認められるのであるから、これらの施設ないしその存する場所が優れた自然の風景地として観光資源に当た

ることは明らかである。観光資源のために必要な施設としては鑑賞のための展望台等利用上必要な施設、観光価値を維持するための施設、宿泊又は休憩施設などで客観的に必要性を認められるものである。「その他の資源」には水が含まれ、取水、導水、利水、浄化のための開発行為は本号に該当する。

三四条二号の建築物かどうかは調整区域に認められる開発行為に該当するかの観点から、当該建築物が当該観光資源を利用するために必要かつ適切なものであるかということとともに、その建築予定地が観光資源を利用するために必要な場所として特定され、無秩序な市街化が図られるおそれのないものであるかということなどを考慮して総合的に判断すべきものである。そして、当該建築物が宿泊施設である場合には、当該観光資源と宿泊施設建築予定地との場所的関係及びこれらを結ぶ道路、交通状況等に照らし、当該建築物が当該観光資源を利用するために必要かつ適切な宿泊施設であるか否かということとともに、当該市街化調整区域内にこれを建築することが必要やむを得ないことであるか否か等が重要な要素として考慮すべきである。本件土地から原告が本件区域内の観光資源と主張する三河湾スカイライン、桑谷展望台などに至るためには、自動車で相当程度の時間走行し、しかも、途中で一旦本件区域内を出て市街化区域を通過することが必要であるから、これらの施設などを有効に利用するために宿泊施設が必要であるとしても、時間的・距離的に便利な右市街化区域内にこれを設ければ足りるのであって、時間的・距離的に不便でありしかも市街化調整区域内にある本件土地にあえてこれを設ける必要はないと言わべきであると判決している(名古屋地裁 平成四・四・二四、例集 四三・四・六四〇、判タ 八〇七・二一〇、判例自治 一一一・七三)。

四号は農林漁業用に供する建築物で二九条二号の政令で定める以外のものの建築又は調整区域内で生産される農林水産物もしくはその処理、貯蔵、加工に必要な建築物・一種特定工作物の建築・建設のための開発行為。後段に

属するものとしては畜産・水産食品製造業、野菜・果実かん詰、農産保存食品製造業、動植物油脂製造業、精穀・製粉業、砂糖製造業、配合飼料製造業、製茶業、でんぶん製造業、一般製材業、どう子業などが挙げられている。

判例と裁決に疊の芯になる藁を加工する業がこれに当たることが問題となったことがあるが、現在稲の藁を農家は利用せず廃棄しており、当該調整区域外から集めて行うような内容の申請であったこともあって疊製造業及び藁貯蔵庫などの建築の用に供する開発行為は四号該当しないとして不許可処分が容認された判決がある(浦和地裁 平成六・一二・二六、判例自治 一三九・七三)が認めされた。これ以前に同様な判断が神奈川県で裁決されている。

iii 五号は市街化区域内で困難・不適當な事業を定めている。中小企業の振興のための配慮であるが、原則的には市街化区域で行うべきであるので、許可するに当たっては慎重に行わなければならない。調整区域内に存する既存中小工場の敷地拡張は五号、一〇号ロでも対応が困難と解している例がある(栃木県裁決昭和五九年)。まして大企業の進出は本号に該当しない。

iv 六号。調整区域内の既存の工場の事業活動に密接な関連を有する事業の用に供する建築物などで、事業活動の効率化を図るため調整区域内で建築などを行うことが必要な開発行為。「密接な関連」を有するとは、自己の生産物の原料又は部品の五〇%以上を依存し、あるいは自己の生産物の五〇%以上を原料又は部品として納入する等の関係が必要なこと、また質的改善、価格低減などが必要な場合に限ると解されている。

v 七号。危険物の貯蔵又は処理に供する建築物又は一種特定工作物。これらは市街化区域内に立地することは適当でないからである。火薬庫などは、火薬類取締法により厳格な規制を受け、本法発足当初から調整区域内での

立地が認められて来た。

火薬庫設置のための開発許可につき、火薬庫設置に伴う爆薬などの貯蔵、搬送過程における災害発生時の危険な状況の防止、あるいは、地震時における火薬庫の防災対策等についても火薬取締法などによって規制されるべき問題であって都市計画法の範囲外の問題であるとする裁決がある(神奈川県裁決 昭和五五・八・八)。

vi 八号。以上挙げたもののほか、市街化区域に立地することが不相当と認めるもので、政令二九条の三で定める建築物等の開発行為。政令が定めるものは、道路の円滑な交通を確保するために適切な位置に設けられる道路管理施設、休憩所、給油所、火薬類取締法上の火薬類製造所である建築物である。ドライブイン、ガソリンスタンドは当初は一〇号ロで処理されていたものである。

vii 八号の二 集落地区整備計画が定められている集落地区計画の区域内で、集落地区計画の内容に適合する建築物又は一種特定工作物の建築・建設のための開発行為。

viii 九号。経過措置等。 都市計画決定又は変更されて区域拡張のため調整区域内の土地の権利者が自己の居住用または業務用に供する目的で有していた場合、計画決定から六カ月以内はその目的で行う開発行為。一般的にかかる新しい法を制定することによって既存の権利者権利を阻害するような場合には経過規定をおくことが多い。本号はその一つの方法で既に計画決定がなされる時期に近接している時期に建築などの計画を立てていたようなものを救済する趣旨である。社員住宅を建てたり、有料老人ホームを建設するような場合には自己の用に供する場合には含まれない。また、許可を受けたものの相続人その他の一般承継人はその地位を承継すると解される。ただしいつまでもこの特権を与えることは法の趣旨ではないので、令三〇条により五年以内に開発行為が完了するもののみ許可が与えられる。

裁決に、九号届出をしたが資金の都合つかず県と市の関係機関に相談したところ、五年毎の線引の見直しを待つしかないと言われ、許可申請したが不許可になった。「請求人は昭和五〇・七・三一以降家を建築できないことを十分承知のうえで四三条一項の許可申請をしたものである。また借家の取り壊し問題や、消防署からの危険地帯に指定され再三立ち退きを求められていることは家主との間の関係であり、請求人が経過措置期間内に建てられなかった事は請求人の事情によるものであって本件処分との関係はないとするものがある(千葉県裁決五七・三五)。

ix 一〇号 開発規制による不合理な結果の調整的な例外措置 以上掲げたほか、適切な能力、資力を有する大企業による秩序ある開発が予定される大規模開発とか、具体的事情によって前記以外の場合でもスプロールの弊害のない場合や、損失補償なしで権利制限をしたことへの配慮等から例外を認める必要性が生ずる。本号はそのための例外規定である。したがってこの例外は大規模開発の場合には相当の都市政策的専門知識を要しました小さな財産権者の保護という面で法的考慮を必要とするため構成・慎重な審議を要するため第三者機関としての開発審査会の議を経ることを必要としたのである。開発審査会は建築審査会のような参与機関でなく諮問機関とされている。しかし、現実の運営においては建築審査会の同意案件におけるように全員の承諾を得て許可をしているようであり、実質的には参与機関的に機能している。ところで三四条の中で一〇号だけが開発審査会の議を経ることとされているのは、一〇号が一号から九号までの規定と比較して、一般的、包括的な定め方をしているので、公正かつ慎重な運用が要請され、そのため土地、住宅、都市、経済政策並びに法知識についての第三者としての学識経験者の判断が必要とされるからと言われるが、そのほか、一〇号以外で無補償で行われる財産権の制限等の具体的な個別事情から生ずる不合理な場合は是正を判断しなければならないからであろう。条件をつけて審査会は了承または承認

をなし得るかについては、付議されたものを了承するかいなか権限を与えられているので、条件は付し得ないと解されている。しかし、実務的に付帯決議の形で希望条項を付している場合がある。許可には条件を附しうる(法七九条)。

一〇号イ 開発区域の面積が(調整区域の内外にわたる場合はその全体の面積)政令(三一条)で定める面積(二〇ha、ただし、知事は諸般の事情から区域及び目的または種別を限り、五ha以上二〇ha未満の範囲内で別に指定できる)をくだらない開発行為で、市街化区域の市街化の状況等から見て計画的な市街化を図る上で支障がないと認められるもの。

本号の運用については、(一)市街化区域内の市街化の動向から見て開発区域の位置及び予定建築物などの用途が合理的な土地利用を図るうえで支障がないこと、(二)開発区域の大部分が集団的優良農地、災害防止の多面保全すべき土地、均衡緑地と区別保全地区などとして積極的に保全すべき土地でないこと、(三)開発行為の位置及び自然的条件から見て交通施設、排水施設その他の施設の計画に支障を来すおそれがないこと、(四)当該開発行為に関して必要となる公共施設などを開発行為を行うものが自らの負担で整備すること、(五)一定期間内に良好な宅地として造成されることが確実に確保されること、が要件とされている。

経済的社会的諸条件から市街化区域などと一体的な日常生活圏を構成するものとして計画的な整備を図ることが適当と認められる地域の該当性の判断基準については、特別な基準を設けていないところもあるが、当該開発区域の過半数以上が鉄道又は市町村役場もしくは支所、の存する土地から、おおむね五〇メートル以内存し、かつ既存集落に隣接する区域としているところ、教育施設研究開発施設及びこれらの付帯施設、交通、水道などの公益施設の配置計画の適切性等を考慮するところ、またこの決定に当たって、名称はそれぞれ異なる

が、関係部局により構成する幹部会、土地利用調整委員会などにより審議されるところが多い。

以下実務例を若干挙げておく。

令三一条但書の具体的な基準及び手續については、住居系開発の場合は市街化区域に隣接していることを条件としているとする例、近接地域の要件は特に設けていないとする例、具体的基準は設けていないが、市街化区域などの建築物の連担状況等から見て、一体の市街化形成が見込まれ、開発行為に伴い必要となる道路、義務教育施設、水道などの公共公益施設の配置計画が適切か否か等を判断材料としており、県土地利用調整会議の同意を得た後、審査会に付議しているとする例、住宅系の開発行為は対象としていない例、開発区域の過半数以上が鉄道駅又は市町村役場もしくは支所(旧市町村役場を含む)の存する土地から、おおむね五〇〇m以内に存し、かつ既存集落に隣接する区域としている例、また、一 市の産業構造の高度化、雇用機会の拡大又は地域経済の活性化に著しく寄与する開発行為(研究開発施設など)、二 市の教育、文化の振興に著しく寄与する開発行為、三 調整区域内の既存住宅地の居住環境の改善に著しく寄与する開発行為、四 緊急に整備を要する根幹的公共施設の建設に著しく寄与する開発行為とする例、日常生活の利便施設、公共公益施設の有無、交通体系などを総合的に判断し、「計画的な整備」については、都市計画サイドと協議し、審査会への付議は要綱の事前協議の成立を前提としているとする例、住居系開発は一切認めず、教育文化施設、研究開発施設及びこれらの付帯施設のみ認めている例、判断困難な場合は町内関係部局及び建設省と協議を行っている例などが見られる。

イの大規模開発の際の環境アセスメント審議会と開発審査会との関係については、環境アセスメントの結果を事前協議段階で提出させるようであるが、これが許可するか否かに影響を与えたとすると、問題なので審査会への諮問時期はアセスメント後がよいとする見解、環境影響評価し同要綱により五〇ヘクタール以上の宅地開発事業を行

う場合環境アセスメントを事前協議段階で諒する事とされており、他の問題を含め「宅地問題協議会」の議を経て開発審査会に付議するとの例、開発審査会での審議内容は当該開発行為が都市計画区域において計画的な市街化を図る上において支障がないかが中心になるとする見解等がある。

一〇号口の市街化を促進するおそれがないと認められ、かつ、市街化区域内で行うことが困難又は著しく不適當と認められるものについて次のような問題と実務例がある。

これに該当する具体的内容として、一 農家の二三男の分家住宅、二 調整区域内の土地が収用の対象となったために移転しなければならないとき、三 分家する場合のこれに代わる建築物等、四 社寺仏閣納骨堂、五 研究対象が市街化調整区域に建設することがやむを得ないと認められる研究施設、六 事業所に従事するものの住宅、寮でやむを得ないものと認められるもの、七 区画整理事業施行区域内の建築物が、通達で定められている。法律の規定は極めて抽象的であるが、これを下位法令に委ねる場合、一般的には法律の内容は第一に政令、省令により肉付けされるのが憲法四一条、六三条六号の、また法律による行政の原理の要請であり、政令、省令でなお具体化されないようなときには内部規範である通達によらざるを得ないのであるが、一〇号口の場合は政令、省令による具体化作業手順を省略し、直ちに通達で内容が定められていることは問題であろう。特に一〇号口は財産権制限に対する無補償原則の例外的救済の機能を課されていることから問題ではないかと思う。この通達に従い、特に口については開発審査会提案基準が行政手続法制定以前から都道府県で作成されていたが、行政手続法の制定によりこれを整備し審査基準が定められている。なお、この審査基準は都道府県により多様であることが注目される。

分家住宅の許可立地要件として、既存集落内又は既存集落に近接することと、おおむね五〇戸の連たんにあること、市街化区域内に土地を有していないこと、有しているときはその土地の形状、面積、現在の利用状況等から分

家住宅の建築が不適當であるかを勘案、分家するものの就職先が通勤圏内にあること、許可を受ける土地が線引前より本家が所有していた土地であること、独立世帯を構成する必然性、申請土地周辺の公共施設の整備状況等を考慮、通常の分家発展と認められる範囲を考慮して、既存集落を本家の存する同一町内、「その周辺の地域」を隣接町内で本家の敷地から一キロメートル以内として運用し、市街化区域内に土地を所有している場合は当該土地が狭小なために建築できないなどの場合を除いて許可しないとしている例などがある。

分家住宅が譲渡された後の取り扱いとして、譲渡しない旨の念書を提出させ指導している所がある。譲渡されても住宅として供されていれば用途変更とは扱わない例、真にやむを得ないかどうかで判断するが、その基準設定は困難ではあるものの基準設定で不公平はある程度回避できるとする例、個別具体的事情を総合的に勘案し真にやむを得ないと認められる場合に限り令三六条一項三号ハ該当として扱っている例もある。

分家住宅の違反譲渡後の用途違反の取り扱いとして、基準作成が必ずしも違反行為防止に役立たないのではないか、かえって違反行為を促すという説もある。四三条によるもので総合的に勘案してやむを得ないものを令三一条一項三号ハ該当として扱い、二九条許可の場合は四二条の適用を受けるものと解さざるを得ず、審査会への付議ができないことから公平を欠くこととなるとする説などが見られる。

社寺仏閣納骨堂に信者を教化育成する道場、宿泊施設を含むかについては、一般的に宿泊施設は含めていない。

判例にドライブインなどの沿道サービス施設についての運用基準である「市街化区域から原則として1km以上離れた位置であることに該当しないとして県知事がした不許可処分が違法でない」とされた例があるが、前述のごとく現在は八号に含められた。実際上の運用は通達によって行われており、それによると沿道サービス施設で適切な位置に建設されるものが定められている。「適切な位置」かどうかは市街化区域からの距離が最も重要な基準として

考えられるべきもの、提案基準も市街化区域から原則として1km以上離れた位置を定めている。1kmが最もと言えるか否かは別として、合理性を有すると言うことができる。「市街化区域において行うことが困難又は著しく不適当と認められるもの」とは、客観的に見て、その用途などにより市街化調整区域内に存することが相当なため、市街化区域において行うことが困難又は著しく不適当と認められるものというのであって、原告の言う「市街化区域において所有地ないし賃借不動産を有しない」とか、市街化区域において既に家が建っていて空地が取得しにくいと言った個人的事情は含まれないと解すべきで、近隣1km以内に飲食店が許可された事から不平等を主張するが、これらは沿道サービス施設としてでなく、周辺住民の日常生活の利便施設として認められたもので平等原則に違反するものではないと判断している(名古屋地裁 昭和五一・一二・二二、訟月 二二・一二・二八六三、判時 八四八・五八)。

その他、山梨県のような地場産業(宝石研磨の中小企業)育成のため、調整区域での製造、製品の展示即売のための工場、展示場認めるべきか、私人のヘリコプター所有の増加に伴い調整区域内で格納庫の設置が求められたのにたいし、令二一条九号以外のものについて市街化区域に設けるのは不適當であり、騒音、風害落下防止など当該周辺への影響、地元市町村の土地利用計画との斉合制等を総合的に考慮のうえ認めるとするもの、令三六条一項三号ハの適用を考えるとするもの、三四条一〇号口の適用を考慮するとするものや、屋内スキー施設のような、二種特定工作物の区域内に設ける屋内スポーツ施設を一〇号口で認めた例や、敷地拡張を伴う既存建築物の建て替えにつき、原則として認めないが、自己用住宅又は店舗併用住宅でも敷地が過小又は著しく劣悪のものは認める例、調整区域になる以前の建築物、調整区域になってからでも四三条許可を受け一〇年を経過し、三〇〇㎡未満のもの、三〇〇㎡までに拡張して従前と同一の用途の建て替えの場合は認める例、自己用住宅でなくても製造業にかか

る工場で従前の敷地内で一体的な土地利用を図るものである場合に認める例、労働安全、公害防止等の質の改善をする場合など特別理由あるとき認める例などがある。

また、調整区域内での既存工場の敷地増を伴う開発行為につき、原則として認めないが、三四条一項六号の宅地要件等あるとき三四条一〇号口対象として扱う例、線引前からの工場に対してはある程度やむを得ないとする例、各種法令により既存の工場に対し改善勧告等がなされて居る場合の敷地増を伴う建て替え、拡張しようとする土地が四三条一項六号の宅地確認の基準に該当する場合やむを得ないものとして三四条一〇号口として扱う例などがある。同様に調整区域内にある既存中小工場の敷地拡張、規模拡大につき、原則的には認めないが、事業の量的拡大を伴わない質的改善のためのもの、厚生施設、関係機関から指示を受けた公害防止、防災、操業時の安全確保のためのものは例外的に認めてよいとするもの、六号の趣旨を踏まえて一〇号口を適用すべしとする考え方などがある。線引前から操業を行い、既存工場敷地と隣接して居ること、拡張がやむを得ないので、周辺の市街化を促進しない事の要件の下で認めるとする所がある。

工業専用地域の工業団地の工場の隣接調整区域への増設、関連会社の移転のような場合は都市計画の変更により対応すべしとする例、市街化を促進するおそれあり市街化区域で行うことが困難又は著しく不相当とは認められないなどの理由から多くは否定的である。また四三条一項六号の宅地確認に該当するような場合なら三四条一〇号口もやむを得ないとするもの、スプーロールのおそれがないか、また立地することがやむを得ないと認められるかを総合的に考慮するとする例がある。

収用法との関係で、共通して居ることは既存集落地あるいはその周辺、既存集落地に適当な土地がないときは近隣市町村を含めて合理的な範囲内の土地を斡旋するよう起業者に要請、被収用者が所有して居る土地があればその

土地を含めて考慮している例、収用に伴う市街化区域から調整区域への建築物の移転として、敷地、建築物の同一性、予定建築物は既存建築物の移転又は除却を承諾した日から一年以内に建築されるものとしている例がある。また、収用対象事業として認められる時期につき、施行時期が未定でも都市計画決定がなされていけばよいかにつき、土地売買契約並びに物件補償契約書、企業者の証明により判断するといふのが多い。将来収用されることが分かって居ながら建築された五三条一項許可を受けた建築物を収用対象事業移転として扱うのは公平上問題があるのではないにつき、五六条の買い取りを行わない場合はやむを得ない、あるいは五三条の許可は計画決定後事業施行される期日が不確定な期間に建築物を建築する場合に行うものと考えられるもので、起業者からの要請に基づいて収用対象事業として扱って居るので特に過大な補償とはならないと解している例がある。また、残地の扱いについては、特に用途規制はしていないようである。残地が一宅地として機能しないような場合は全面移転を認めているところ、道路の付属地帯として整備し、市が管理して居るところなどがある。

身体障害者雇用促進法により、雇用促進事業団から助成金を受けて調整区域に重度心身障害者雇用の工場は許可されるかについては、身障者対象のモデル工場として図書館製本関連工場・施設・宿舎を認めたところがあり(栃木五五)、ノーマライゼーションの社会的要請が強まっている状況であるが、両者は法の趣旨・目的は一応別個であるので慎重に扱うべきであろう。社会的使命をもつ工場等が増加する傾向にあるが、都市計画法とは別の法体系の問題であるため十分な検討が必要である。

打球場が建築物であるゴルフ練習場、更衣室などが付属するテニスコートで、規模が一ha未満のものや、二種特定工作物の区域内に設ける屋内スキー場やテニス場などのスポーツ施設が三四条一〇号ロに該当するかが問題になった(茨城県裁決昭和五五、神奈川県裁決昭和六一)。

自己用住宅以外の既存建築物の建て替えについては自己用住宅以外は認めない通達に従い既存工場の建て替えなどは認めていない例、自己用住宅の敷地拡大は規模が著しく過小、不整形のとき等特段の場合にのみ認める例、事業拡大に伴う敷地増は認めないが、労働安全、公害防止等質の改善を要する場合など特別理由ある場合は一〇号ロの案件として扱う例などがある。

従来の審査会提案基準以外のいわゆる「その他」で扱われていた事例には次のようなものがある。

成田空港周辺の騒音区域内居住者の移転並びに空港関連施設、プラスチック製品製造業の事業の合理化のための施設としての倉庫、屠畜場に近接する関連食肉加工施設、社会福祉施設の職員住宅・寮でその距離がおおむね三〇メートル以内で徒歩で通える場所にあるもの、バキュームカー、汚物収集車の車庫、住宅地内の塗装業者の在来倉庫、作業所で周辺住民・消防署から立ち退きを求められた例、の県指定の史跡区域内の住宅で県に買収されたことにより隣接の調整区域に許可した例、医療施設に準ずるものとしてはり、マッサージ等のための建築物、崖崩れなど従前の敷地での建築が非常に危険なときの移転建築物、私鉄駅前に設けられる自転車置場の建築物、県無形文化財の刀剣製作（刀鍛冶）作業場、同対策事業による公営住宅の建設、部落集会所等がある。

一〇号の付議がないにもかかわらず許可がなされてしまったとき当該許可は無効か否かの問題については開発審査会がいわゆる諮問機関であれば伝統的論理からは違法とはならないこととなろうが、実質的に全員同意の実務の積み重ねを重視すると違法と解される。

「適切な位置」とは対象道路、既存類似施設からの離間距離、当該施設の規模、利用状況等、さらには近接する市街化区域の用途地域及び市街化の状況等により決められるものであるが、これを総合的に勘案のうえ判断すべきものである（埼玉県裁決昭和五八・六・二八）。