

開発許可における公共施設管理者の同意制度と財産権

永 松 正 則

- 一 はじめに
- 二 平成7年最高裁判決までの学説
 - 1. 同意の処分性を否定する見解
 - 2. 同意の処分性を肯定する見解
- 三 平成7年最高裁判決以降の学説
 - 1. 平成7年最高裁判決
 - 2. 平成7年最高裁判決に対する評価
 - 3. 平成25年高松高裁判決
- 四 公共施設管理者の同意制度と財産権条項
 - 1. 財産権条項の構造
 - 2. 森林法違憲判決
 - 3. 内容形成論
- 五 公共施設管理者の同意制度と立法裁量
 - 1. 開発許可制度の趣旨
 - 2. 同意の処分性と権利救済手段
- 六 おわりに

一 はじめに

都市計画法は、「都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、……都道府県知事……の許可を受けなければならない。」(29条1項)と規定し、また開発許可を申請しようとする者

は、「あらかじめ、開発行為に関係がある公共施設の管理者と協議し、その同意を得なければならず」(32条1項)、「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……と協議しなければならない。」(32条2項)と規定する。そして、開発許可申請手続にあたっては、「同意を得たことを証する書面、……協議の経過を示す書面……を添付しなければならない」(30条2項)。以上の手続によれば、開発許可申請者は、公共施設管理者の同意(以下、協議を含む)を得ることができなければ、開発許可申請書に必要な書面を添付することができず、開発許可申請の要件を満たさないので、開発行為は認められないことになる。

この公共施設管理者の同意を得ることができなかった事案において、公共施設管理者の不同意を処分とみなして、かかる不同意の取消を求める取消訴訟が提起されたが、平成7年最高裁判決¹は、不同意の処分性は認められないと判示した。

学説においては、平成7年最高裁判決を支持するものがある一方で、実効的権利救済のためには同意の処分性を肯定する必要があると説いて、同判決を批判するものも多い。「この判決は誤りであり、変更が必要である」²とする見解もある。このような状況の中、下級審ではあるが、平成25年高松高裁判決³は、平成7年最高裁判決と事案を異にすると留保を付けながらも、不同意の処分性を認めた。

1 最高裁第一小法廷平成7年3月23日判決(民集49巻3号1006頁)、以下「平成7年最高裁判決」と表記する。評釈として、本文中に挙げたもののほか、見上崇洋「公共施設の管理者である国若しくは地方公共団体又はその機関が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為と抗告訴訟の対象」民商114巻2号99頁、齊藤徹史「公法判例研究 公共施設の管理者である国若しくは地方公共団体又はその機関が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為は、抗告訴訟の対象となる処分にあたらないとした事例」法学(東北大学)65巻3号147頁、金子正史「都計法32条に係る『公共施設の管理者の不同意』を争う行政訴訟の可能性(試論)」同志社法学56巻6号83頁などがある。

2 安本典夫『都市法概説【第3版】』(法律文化社、2017)105頁。なお、安本典夫は、同書第2版では、2000年の都市計画法改正に伴い、32条3項が「公共施設の適切な管理をする観点から」との文言を規定したことから、同判決を「先例としての意味はなくなっただと思われる」と表現している(96頁)。

3 高松高裁平成25年5月30日判決(判例地方自治384号64頁)、以下「平成25年高松高裁判決」と表記する。

以上のような学説の対立の背景には、同意制度の位置づけ、法律の文言、実効的権利救済のあり方、財産権条項の理解など種々のものが挙げられる。とりわけ同意の処分性を肯定する学説および平成25年高松高裁判決は、憲法の財産権保障を強調している点に特徴がある。そこで、本稿では、憲法29条が定める財産権条項との関連から、公共施設管理者の同意の処分性について検討して、なお平成7年最高裁判決に先例的価値があるのかを考察する。

二 平成7年最高裁判決までの学説

同意の処分性に関する下級審判決⁴を巡っては、処分性を否定する見解（処分性否定説）とこれを肯定する見解（処分性肯定説）とが示されてきた。以下では、平成7年最高裁判決に先立ち、まずこれらを確認しておく。

1. 同意の処分性を否定する見解

宇賀克也は、処分性を否定する昭和63年東京地裁判決⁵および処分性を肯定する平成5年仙台高裁判決⁶に関する評釈において、同意の根拠を公共施設の管理権に求める以上、公共施設管理者の同意・不同意は無制約なものではなく、公共施設の機能に支障がない限り、同意を拒否し得ないとしつつも、これをもって同意の処分性が肯定されるものではないとしている⁷。その理由として、都市計画法33条1項14号を例に、国や地方公共団体が私人に対して与える同意であっても処分性を有しない場合があることを挙げる。また①同法29条が開発行為に「許可」という文言を用いて、申請手続、許可基準を法定しているのに対して、同32条は「同意」という文言を用いて、申請

4 下級審では、処分性を消極的に解する東京地裁昭和63年1月28日判決（行集 39巻1・2号4頁）、盛岡地裁平成3年10月28日判決（行集 42巻10号1686頁）、水戸地裁平成6年9月27日判決（判例地方自治 141号34頁）、一方で、処分性を肯定する仙台高裁平成5年9月13日判決（行集 44巻8・9号771頁）がある。

5 東京地裁昭和63年1月28日判決（行集 39巻1・2号4頁）。

6 仙台高裁平成5年9月13日判決（行集 44巻8・9号771頁）。

7 宇賀克也「都市計画法32条の公共施設管理者の不同意の意思表示に処分性を認め、これが取り消された事例」ジュリスト1061号122頁。また同・ジュリスト906号54頁参照。

手続、同意要件、同意申請の審査義務、同意・不同意の通知、不同意の理由提示について法定していないこと、②同法50条1項が同意を開発審査会に対する審査請求の対象としていないことを指摘し、同意を処分として構成していないと見る方が「素直」であると指摘する⁸。宇賀克也の見解は、都市計画法の文言と立法者意思に着目し、処分性を否定するものと位置づけることができよう。

櫻井敬子は、平成5年仙台高裁判決に関する評釈において、公共施設管理者の同意が、「開発許可後をにらんだ『事前調整』」という特徴を持つ制度であり、同意が開発そのものをブロック・アウトするようなものではないと解する。したがって、不同意の違法性が開発許可段階においても重畳的に審査されるものとするれば、開発許可申請段階においては不同意に対する裁判的救済を要請するような独立の意義が乏しいのではないかと結論づける。櫻井敬子の見解は、同意の処分性を否定した場合、開発許可処分に対する取消訴訟を用いて、実効的な権利救済をはかることが可能であると解して、同意の処分性を否定するものである⁹。すなわち櫻井敬子は、違法な不同意がなされた場合は、ただちに開発許可申請を行いうるのであって、そして不同意の違法性は、申請許可権者を通じて審理されうるものと結論づける。

2. 同意の処分性を肯定する見解

一方で、阿部泰隆は、不同意の処分性を否定した昭和63年東京地裁判決を詳細に分析し、同意の処分性を肯定する¹⁰。阿部泰隆は、昭和63年東京地裁

8 なお、同意の処分性を否定した場合、実効的な権利救済との関連で救済の途が閉ざされるのではないかという批判に対しては、民法414条2項ただし書により同意を求める訴えを提起できるのであって、立法者意思や文理解釈に抵触する方向で処分性を肯定する必要性はないとする（ジュリスト1061号123頁）。

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

10 阿部泰隆「都市計画法32条にいう開発許可に対する公共施設管理者の同意」判例評論359号7頁。阿部泰隆の見解は、平成5年仙台高裁判決に反映されていると評される（たとえば、山村恒年「都市計画法32条の不同意・不協議に対する不作為の違法確認等請求事件」判例自治131号66頁を参照）。

判決に対して、公共施設管理者の同意拒否権にも、公共施設管理という観点から法的制約があり、これを濫用して開発を阻止することは許されないことを指摘する。そして開発者は何ら権利を有しないのではなく「公共施設との適正な調整のうえで開発するという権利」を有しており、したがって、同意拒否によって開発許可申請手続に入ることができない場合には、かかる権利を侵害されることになるから、同意拒否は行政処分であると結論づけている¹¹。阿部泰隆は、とりわけ、公共施設管理者の同意権の濫用により、「権利救済が完全に不可能にならないように救済策を講ずる」ことの重要性を説き、同意を「行政法的な制約のある事前の包括的な・概括的な予備的許可」と解してその処分性を肯定する¹²。

また山村恒年は、「同意の拒否は、開発行為の許可申請要件とリンクされていて、かつ公共施設法による処分申請権の拒否にもつながる点で二重の申請権を侵害する効果を持つ点で行政処分と解することができる」が、同意によって必ずしも開発許可がなされるわけではないから『『開発を受ける権利の侵害』というのとは適切ではなく、手続上の権利としての申請権を侵害する』とすると同意の処分性を肯定している¹³。

三 平成7年最高裁判決以降の学説

以上のように下級審判決についての見解には、処分性肯定説と処分性否定説とが存在してきたが、平成7年最高裁判決は、公共施設管理者の同意の処

11 阿部泰隆『行政法の解釈』（信山社、1990）308頁以下。また阿部泰隆は、昭和63年判決が私人の私法上の行為と位置づけて自由に同意を拒否できることを同意の処分性を否定する根拠として挙げている点を批判している。この点については、都市計画法33条3項が改正されて、「前2項に規定する公共施設の管理者又は公共施設を管理することとなる者は、公共施設の適切な管理を確保する観点から、前2項の協議を行うものとする。」と規定された。この結果、阿部泰隆は、公共施設管理者の同意に対して裁量権の限界があることを明確にしたものであるから、文理上も同意の処分性を肯定する根拠がなお一層明白となったと解していると思われる。阿部泰隆『行政法再入門（下）』（第2版）（信山社、2015）102頁、同『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009）105頁も参照。

12 阿部泰隆「都市計画法32条にいう開発許可に対する公共施設管理者の同意」判例評論359号（前掲注10）14頁。

13 山村恒年・判例自治131号（前掲注10）66頁。

分性を否定する判決を下した。そこで、まず平成7年最高裁判決の論理を確認しておきたい¹⁴。

1. 平成7年最高裁判決

最高裁は、開発許可申請にあたって公共施設管理者の同意を得なければならず（都市計画法32条）、申請手続においては同許可申請書に同意書の添付を要求し（同30条2項）、かつ申請された開発行為が基準に適合し、申請手続に違反していない場合には、開発許可をしなければならない（同33条1項）と定める諸規定から、それらの規定が「開発行為が、開発区域内に存する道路、下水道等の公共施設に影響を与えることはもとより、開発区域の周辺の公共施設についても、変更、廃止などが必要となるような影響を与えることが少なくないにかんがみ、事前に、開発行為による影響を受けるこれらの公共施設の管理者の同意を得ることを開発許可申請の要件とすることによって、開発行為の円滑な施行と公共施設の適正な管理の実現を図ったもの」と解する。そして「この同意が得られなければ、公共施設に影響を与える開発行為を適法に行うことはできないが、これは、法が前記のような要件を満たす場合に限ってこのような開発行為を行うことを認めた結果にほか

14 平成7年最高裁判決は、公共施設管理者の不同意の法的性質論に「一応の決着をつけた」と評されている（北村喜宣「開発許可に係る公共施設管理者の同意」『行政判例百選Ⅱ〔第7版〕』325頁）。

平成7年最高裁判決の事実関係を簡単に確認しておきたい。X（被上告人）は、盛岡市市街化調整区域内の山林を対象地として開発行為をするため、都市計画法に基づき、公共施設の管理者である盛岡市長及び同盛岡地区広域行政事務組合消防長に対して、平成2年2月16日付けで、32条に基づく同意および協議を求めた。これに対して、盛岡市長、同消防長は同意できない（協議に関しては協議しない旨を含む。）と回答した。その理由は、盛岡広域都市市街化区域及び市街化調整区域の整備・開発又は保全の方針に適合しないこと、盛岡広域都市計画基本計画において、自然緑地として保全に努める地区とされており、これに適合しないことなどであった。Xは、岩手県知事に対して、開発許可申請をしたところ、開発行為許可申請書に添付すべき①同意を得たことを証する書面、②同条に規定する協議の経過を示す書面がないとの理由で、不受理となった。そこで、Xは、盛岡市長及び同消防長がなした不同意回答は処分当たらないとして、何らの処分をしないことの不作為の違法確認を求める（第一次請求）、不同意回答は処分にあたるとして、その取消を求める（第二次請求）、申立てに対して同意及び協議の義務があり、その履行を求める（第三次請求）、各請求を行った。

ならないのであって、右の同意を拒否する行為それ自体は、開発行為を禁止又は制限する効果をもつものとはいえず、「国民の権利ないし法律上の地位に直接影響を及ぼすものであると解することはできない」と結論づけて、公共施設管理者の不同意は処分性を有しない判示した。

2. 平成7年最高裁判決に対する評価

平成7年最高裁判決は、開発許可申請に対する公共施設管理者の同意が、法制度上、開発許可要件として公共施設管理者の同意を必要とするのではなく、開発許可申請要件として同意を必要とすると解する。そこでまず平成7年最高裁判決に関する調査官解説¹⁵を確認しておきたい。同調査官解説は、国民が本来的に開発する権利、開発許可申請権を有していると解することは、困難であると主張する。その理由として、公共施設に影響を与える開発行為は、公共施設の適正な管理との調整を図る必要があることを挙げて、この調整方法は立法政策に委ねられているとする。そして具体的な立法政策として「公共施設の管理者の同意を得た場合に限り、開発許可を申請する権利を付与」したものであって、同意を拒否する行為それ自体が開発行為を禁止又は制限する効果を持つものではないと解する。このような解釈を「文理にかなった解釈」という。また、かかる立法政策については、その合理性があるかどうか議論があるとの留保を付けながらも、「違憲の問題を生ずる余地はないと思われる。つまり、法の定めは、財産権の内容を公共に福祉に適合するように定めたものといえよう」と結論づけている。調査官解説によれば、平成7年最高裁判決では、同意が拒否された場合の救済手段としては「国家賠償請求が残されるにとどまる」ということになる。

平成7年最高裁判決を支持する齊木敏文は、平成7年最高裁判決の結論を

15 綿引万里子「公共施設の管理者である国若しくは地方公共団体又はその機関が都市計画法32条所定の同意を拒否する行為と抗告訴訟の対象」『最高裁判所判例解説（民事篇）平成7年度（上）』380頁以下。同・法曹時報49巻6号229頁以下。同・ジュリスト1071号99頁以下。

「行政実務の実情に照らしても妥当であろう」¹⁶と述べる。公共施設管理者の同意を得ることができなかつた者に対する救済手段の問題については、上述の調査官解説と同様に、法的利益が認められるため国家賠償請求を認める。また同意書を添付せず開発許可申請をし、不許可処分を受けた上で、取消訴訟を提起し、そのなかで不同意の違法性を主張することが可能であるかについては、「都市計画法30条2項、33条1項の規定の文言からすれば、同意書の添付はあくまでも手続的要件として定められており、不同意の違法性を判断する仕組みにはなっていないとみるほうが自然である」と結論づける¹⁷。

以上のように、平成7年最高裁判決を支持する見解がある一方で、同意の処分性を肯定すべきであるとして、平成7年最高裁判決の結論を批判する多くの見解がある。

阿部泰隆は、平成7年最高裁判決を「奇妙な理屈」と批判し、公共施設管理者は、公物管理権を与えられているのであるから「公共施設の管理以外の観点からは不同意にできないこと」は当然であり、不同意は「適正な事業を挫折させ、財産権を殺すに近い」ので、開発行為を制限禁止する効果をもつと主張する。そして、この不同意を救済する手段としては、やはり公共施設管理者の同意に処分性を肯定すべきであると考えている¹⁸。

安本典夫は、同意拒否では、「許可を受けて開発をすることのできる地位」が否定されることになり、同意・同意拒否に法的効果があることに間違いはないとして、「その法効果が法律の規定によるものであっても、そのことは同意・不同意が処分であることを妨げない」と主張する。また、同意・同意拒否が「都市計画法50条に列挙されていない」ことを理由に、平成7年最高裁判決がその処分性を否定する点についても、都市計画法には処分とされ得

16 齊木敏文「公物管理権の性質」『行政訴訟〔改訂版〕』（青林書院、2012）467頁以下。

17 なお齊木は、実質的当事者訴訟の可能性については、開発計画が頓挫し相当程度の財産的損害が生ずる事例を想定すると、認めざるを得ないように思われるとして、同意を拒否した行為または同意をしない不作為が違法であることの確認訴訟の可能性を限定的に肯定する（同471頁）。

18 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（前掲注11）105頁および同『行政法再入門（下）〔第2版〕』（前掲注11）101頁以下参照。

るものが存在していることを挙げ、同条に列挙されていないことが直ちに処分でないことの根拠とはならないと述べている¹⁹。

大橋洋一は、平成7年最高裁判決によれば、救済手段は国家賠償請求だけとなり、どのような行政訴訟類型を用いたとしても、同意の獲得は不可能であると言う。このような理解では、「許可申請者の財産権の否定につながるものであり、憲法29条との関連で疑問である」と主張する。そして本件では、不同意の処分性を肯定して取消訴訟を認めるべきであるとする²⁰。

山本寛英は、平成7年最高裁判決が「法律による財産権規制のあり方に対する根本的な捉え方の違い」によって生じているとしている。「開発行為を行おうとする者は、財産権たる土地所有権を有することを前提に、その中核をなす使用収益権の行使としてこれを行おうとしている」のであるが、「不同意が違法になされた場合でも当該土地の使用収益権の行使を断念せざるを得ないと解することは、土地所有権の核心部分が不当に侵害される結果を招来するのであって、同（憲法29——筆者注）条1項の趣旨を没却しかねない。」と主張し、核心部分の侵害の可能性を示唆して、公共施設管理者の同意の処分性を肯定すべきと捉えている²¹。

3. 平成25年高松高裁判決

上述の通り、平成7年最高裁判決に対して多くの学説が批判的な見解を示している中で、処分性を肯定する平成25年高松高裁判決²²が下された。平成

19 安本典夫『都市法概説【第3版】』（前掲注2）105頁。

20 大橋洋一『行政法Ⅱ【第3版】』（有斐閣、2018）66頁。仮に処分性が否定されるのであれば、同意を求める公法上の当事者訴訟や民事訴訟を許容すべきことにも言及する。

21 山本寛英「都市計画法32条に基づく開発行為に対する不同意の取消及びこれに対する同意の義務付け請求控訴事件：高松高判平成25年5月30日（判例地方自治384号64頁）」愛媛大学法文学部論集39号65頁以下。

22 平成25年5月30日高松高裁判決（判例地方自治384号64頁）に関する評釈として、山下義昭「公共施設管理者の同意に関する一考察」（福岡大学法学論叢 64巻4号1367頁）、山本寛英・愛媛大学法文学部論集39号（前掲注21）65頁）がある。

本判決に関する事実関係を簡単に確認しておく。X₁は老人デイサービスセンターを設置するためX₂から敷地用地として購入した。この土地につき、都市計画法に基づく開発許可申請を行うにあたり、公共施設管理者である小松島市長に同意願いをしたが、

25年高松高裁判決は、次のように述べて、不同意通知の処分性を肯定する。

〔都市計画——筆者注〕法30条2項、32条1項によれば、開発許可の申請については、公共施設の管理者の同意書面を添付する必要があるので、この同意がないと開発許可の申請ができない構造となっており、公共施設の管理者がこの同意をしない場合には、前記同意書の添付がないという理由で開発許可の申請に対し不許可処分がなされる結果となる。

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

したがって、法32条所定の公共施設の管理者による同意が不当になされなかった場合には、正当に開発行為の許可を求める国民は、開発行為の途を閉ざされる結果となり、そのような場合にも法律の規定がない限りは救済されないとするは、ひいては憲法29条あるいは22条1項の趣旨に反することとなる²³。

同市長は不同意通知を行った。X₁は公共施設管理者の同意を得たことを証する書面の添付がないまま、徳島県知事に対して開発許可申請を行ったが、同知事から同書面の添付がないことを理由に不許可処分を受けた。そこでX₁は、小松島市長に対しては、不同意通知による処分の取消および小松島市長が同意をすべき旨を命ずることを、徳島県に対しては、開発不許可処分の取消を求める抗告訴訟を提起した。また併せて国家賠償請求訴訟を提起した。

23 平成25年高松高裁判決は、同意の処分性を否定する平成7年最高裁判決と抵触する可能性がある。この点について、同判決は、平成7年最高裁判決が「本件とは事案を異にする上、当該行為自体について国民の権利ないし法律上の地位に影響を与えるかどうか、法令に直截に争訟の対象となる旨明記されているかを厳格に考えることを所与のものとしているところ、その後、上記の厳格性を緩和し、当該行為の及ぼす効果や意義に着目して法の欠缺を補充し、処分性の範囲をいくらか広げてきた最判平成17年7月15日第二小法廷判決（民集59巻6号1661頁）、最判平成17年10月25日第三小法廷（裁判集民事218号91頁）、最判平成20年9月10日大法廷判決（民集62巻8号2029頁）等の流れや、最判平成7年3月23日判決後、『公共施設の管理者又は公共施設を管理することとなる者は、公共施設の適切な管理を確保する観点から、第2項の協議を行うものとする。』と法32条3項が付加されたことなどに鑑みると、最判平成7年3月28日判決は、本件において、そのまま妥当しないものというべきである。』と述べている。山本寛英は、こ

平成25年高松高裁判決は、平成7年最高裁判決に対する多くの学説の批判に応えたものとみることでもでき、とりわけ憲法上の財産権条項に言及している点に批判的学説と共通点がある。そこで以下では、公共施設管理者の同意制度と財産権条項との関連を検討してみたい。

四 公共施設管理者の同意制度と財産権条項

以上の通り、平成7年最高裁判決に対する批判的見解および平成25年高松高裁判決が指摘しているように、公共施設管理者の同意を処分と捉えるかどうかは、憲法上の財産権条項の理解によるところが大きいことが明らかとなった。また、批判的見解ばかりでなく、平成7年最高裁判決調査官解説においても「違憲の問題を生ずる余地はないと思われる。」と財産権条項との関連について言及している²⁴。そこであらためて批判的見解の財産権条項からみた主張を確認しておこう。

まず阿部泰隆は、「市町村は、開発区域内に公共施設があり、その廃止変更が必要となるかぎり、その管理者としての同意にことよせて、とにかくいかなる開発をもブロック・アウトすることができることになる。業者の救済方法もないのである。しかし、これでは、公共施設が改善される場合でも公共団体はこの同意権を濫用して法律に基づくことなく開発を差し止めることができることになり、こうした運用は憲法が保障した財産権の制限の限界をこえることになる」と述べる²⁵。さらには「開発権者の開発権なりその財産権を合理的な理由なく制限したものととして違憲になろう。」²⁶とも言及する。高野修は、平成7年最高裁判決によって「財産権の行使が制限されることになるのは明らかである」と解説している²⁷。平成25年高松高裁判決もまた、

の点について本判決は「事案が異なる」としているが、具体的な差異は明らかではないと指摘して、「実質的に、平成7年最判の判例変更を迫るものといえる」と述べる（山本寛英・愛媛大学法文学部論集39号（前掲注21）75頁）。

24 綿引万里子『最高裁判所判例解説（民事篇）平成7年度（上）』（前掲注15）395頁。

25 阿部泰隆・判例評論359号（前掲注10）7頁。

26 同（前掲注10）10頁。

27 高野修「都市計画法32条の同意」『平成7年度重要判例解説』32頁。

上述の通り、憲法29条の趣旨に反することになると判示する。また北村喜宣は、処分性肯定説・否定説の「結論の違いは、財産権を憲法レベルで理解するのか制定法レベルで理解するのかに関する解釈論の目線の置き所の違いを反映しているように思われる」と述べている²⁸。

ところで、開発許可制度が、財産権を制限しつつ健全なまちづくりを実現するための制度であると位置づけられていることからすれば、この観点からも財産権条項の検討が不可欠であるように思われる。より一般化していえば、すでに亘理格が言及しているように、「土地財産権に対する過度に大胆な対応と微温的な対応とが並存するという状況にあることに鑑みると、憲法29条1項及び2項に基づく財産権の保障範囲と制限可能性双方を共通に論じるためのルールを確立しておくことが不可欠である」。「最高裁判例は、明らかに、土地財産権の内容について一定のあるべき客観的法原則を想定している。そのような判例傾向を斟酌しつつ、立法裁量に対する実体的なコントロールの可能性を土地財産権保障の領域でも確保しようとするならば、29条2項固有の憲法的保障のあり方を究明することが不可欠であると考える」²⁹。

1. 財産権条項の構造

財産権条項の構造を理解することは、それが下位の法規範の解釈に影響を与える可能性があり、かりに下位の法規範の合憲性が審査される場合には、司法審査の厳格性にも影響を与えるものと考えられることから、極めて重要である。また財産権は、すでに多くの者によって論じられているが、法制度に依存する権利という特徴を持っている。すなわち、財産権は法制度による内容決定を必要とする制度依存的な権利である点に特徴がある。たとえば、赤坂正浩は、『財産権』の保障は、民法などの憲法下位法令なしにはまったく現実化されない。……『財産に関する権利』なるものはそもそも法的構成物であって……国家法なしに財産権を観念すること」はできず、「憲法は、

28 北村喜宣「開発許可にかかる公共施設管理者の同意」(前掲注14) 325頁。

29 亘理格「憲法理論としての土地財産権論の可能性」公法研究59号293頁以下。

立法者に対して、憲法上の財産権を具体化するための法律上の財産権の形成を義務づけていると考えなければならない」と述べる³⁰。また中島茂樹は、財産権論の課題に対応するためには、「既得権の現状保障を出発点とし、主として、これへの法律による介入を侵害ないし制限と捉える通説的な財産権思考をもってしては対処でき」ないと主張し、財産権を制度として保障することは、「法律の機能を個々人の人格的自由に対する制限としてだけでなく、積極的に法律による内容形成の余地を肯定するもの」と述べる³¹。松井茂記もまた、「財産権は、通説がいうように憲法以前から存在する自然権を確認したものとは考え難い。財産権は、法律及び裁判所によって初めて認められるのではなかろうか。そして憲法は、法律等で保障された一般的な財産権を個別法で『制限』するとき、あるいは法律で個別的な財産権を保護するとき、その法律による財産権の定義が公共の福祉に適合しているように求めているのである。……立法によって定義された財産権を憲法的に保障するというのは、意味のないことではない」と述べる³²。

上述の通り、本稿でも同様に、財産権は法律に依存する権利であり、それを具体化する制度の一つとして、開発許可制度を捉え、そしてかかる制度における公共施設管理者の同意制度も含めて、土地財産権の課題と考える。そこで、以下ではまず、財産権条項の構造を確認しておきたい。

すでに多くの論者において明らかにされていることではあるが、憲法29条1項で保障された「財産権」とはなにかについては、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定する2項との関係で議論が展開されてきた。通説的理解は、1項は「個人の現に有する具体的な財産上の権利の保障と、個人が財産権を享有しうる法制度、つまり私有財産制の保障という二つの面を有する」とする³³。周知のように、このような

30 赤坂正浩「人権と制度保障の理論」『憲法の争点』（有斐閣、2008）70頁。

31 中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成——戦後補償問題の立法的解決によせて——」立命館法学287号62頁。

32 松井茂記『日本国憲法』（有斐閣、1999）549頁。

33 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015）233頁。

通説的理解と財産権に関するリーディングケースとなった森林法違憲判決との間で、「素朴な疑問」を提示が提示された³⁴。

2. 森林法違憲判決³⁵

最高裁は、通説と同様に、財産権条項を次のように述べる。憲法29条1項および2項は、「私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至つたため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである」。続いて、森林法186条は、「共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者（持分価額の合計が2分の1以下の複数の共有者を含む。以下同じ。）に民法256条1項所定の分割請求権を否定している。」と述べ、かかる分割請求権は「各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、……公益的目的をも果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分自由とともに、民法において認められるに至つたものである」。さらに「分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべき」である。そして「森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法186条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであつて、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。」と結論づけた。

34 安念潤司「憲法が財産権を保障することの意味——森林法違憲判決の再検討」『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）138頁以下。

35 最高裁昭和62年4月22日大法廷判決（民集41巻3号408頁）。本判決に関する評釈については、多くのものがある。たとえば、巻美矢紀「共有林の分割制限と財産権の保障——森林法共有林事件」『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』214頁および同評釈に掲げられたものなど。

以上の通り、森林法違憲判決は、分割請求権が憲法によって保障されているという認識が前提となっているのであり、単独所有を憲法上の財産権の内容と理解していることになろう。

これに対して、安念潤司は、「個別保障テーゼ」によっても「在来型の制度保障テーゼ」によっても森林法違憲判決を理解できないと結論づけている³⁶。そして、安念潤司は、在来型の制度保障テーゼとは異なる「自由な財産権が財産権の原形（プロトタイプ）であり、この意味での原形こそが憲法上（制度として）保障されている」として、これまで十分に議論されてこなかった在来型とは異なる別の制度保障論の存在を提示することに成功している³⁷。

以上の安念潤司による批判、そしてそれに応える学説が目にするように、在来型の制度保障論とは異なる制度理解による財産権条項の構造を分析することには意義があると思われる。とりわけ、財産権が法律に依存した権利であるとの理解が広く認識されつつある状況の中では、本稿が対象とする公共施設管理者の同意制度と土地財産権との関係を明らかにするためには、より一般論として法制度に依存する財産権の特徴が検討される必要があると考える。

36 安念潤司「憲法が財産権を保障することの意味」（前掲注34）144頁。

37 最後に、安念潤司は「単独所有を憲法が制度として保障していると解すべき根拠は明らかではない」と述べ、森林法違憲判決とそれを支持する学説を「出発点において誤っている」と批判した（安念潤司「憲法が財産権を保障することの意味」151頁（前掲注34））。この批判に 대응する見解として、学説では、石川健治による「ローマ法的（近代的）所有権（一物一権主義）」観念を憲法上の所有権と観念する見解がある（石川健治・L S憲法研究会編『プロセス演習憲法〔第4版〕』（信山社、2011）302頁以下）（なお小山剛は、石川健治の制度保障論は森林法違憲判決の説明としてはもっとも説得的であろうと評する（小山剛「私法の自律性と憲法上の権利」『法学研究』88巻1号192頁））。その他、長谷部恭男による「法律家集団による共通理解」もあげられる（長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016）133頁）。なお、財産権条項の性質を分析するものとして、高橋正俊「財産権不可侵の意義（1）（2）」『香川法学4巻3号558頁、5巻4号507頁、平良小百合『財産権憲法的保障』（尚学社、2017）、清水潤「憲法上の財産権保障の意義について」東京大学法科大学院ローレビュー3号86頁などがある。

3. 内容形成論

本稿では、とくに内容形成論に注目する。というのも、内容形成論によれば、「憲法29条1項の法制度保障は《既存の制度の核心部分を侵してはならない》という消極的保障に加えて、《各人が自分の生活を自己責任的に形成できるように、財産法秩序を継続的に形成しなければならない》、という積極的要請をも含む」ことになり、このように解釈することによって、「制度の周辺部分についても、立法府による制度形成がこの積極的要請の履行として『適切かどうか』という観点から、一定の統制を及ぼすことが可能になる」からである³⁸。すなわち、内容形成論は立法者に対して適切な立法を義務付けるとする客観法的保障を財産権条項の内実と捉えるものである。このような理解は、土地財産権と開発許可制度、さらには土地政策一般と親和的あり、多くの示唆を与えるものである³⁹。内容形成論を展開する小山剛はまた、財産権の法制度保障（客観的保障）から得られる上述のような結論は、「財産権という権利の法的構造に適合的であるばかりでなく、財産権という権利の意義にも適っ」ていると指摘する。すなわち「技術革新を含む社会・経済の変化に直面する財産権は、この任務を適切に果たすためには、立法者による新たな規律や法制度の改変を必要とする。……社会・経済の変化は、

38 小山剛「権利の保障と制度の保障」小山・駒村編『論点探求憲法〔第2版〕』（弘文堂、2013）54頁。

39 平良小百合は、都市法領域における「必要最小限規制原則」に基づき、非常に緩やかな土地利用規制しか行われていないことの問題点を指摘して、内容形成論に基づく財産権論の優位性を指摘している（平良小百合『財産権の憲法的保障』（前掲注37）45頁以下）。また内海麻利は、日本の財産権規制（土地利用規制）の基本構造について、「必要最小限規制（警察規制）を旨とする近代国家法の基本的価値判断の下で、建築の自由が制度化されて」おり、このような日本の考え方は、『土地の公益的価値』を前提とした建築の不自由が制度化されている」西洋諸国から取り残されたものになっていると述べて、日本の土地利用規制の課題を指摘する（内海麻利「土地利用規制の基本構造と検討課題——公共性・全体性・時間制の視点から」論究ジュリスト15号9頁）。また拡大型都市法から持続型都市法へのパラダイム転換、さらに縮退型都市法の登場という事情が、土地所有権の考え方についても新たな考え方を要請すると主張し、必要最小限原則の克服を提唱するものとして、吉田克己「1 人口減少社会と都市法の課題」吉田・角松『都市空間のガバナンスと法』（信山社、2016）37頁以下。藤田宙靖「必要最小限規制原則とそのもたらしたもの」藤田ほか編『土地利用規制立法に見られる公共性』（土地総合研究所、2002）7頁。

財産権が可塑的であることを要求する。客観法的構成は、その時点時点において財産権を再形成する立法者に対して、その前任者の決定に過度に拘束させることなく、適切な余地を残すものでもある。」と述べている⁴⁰。

そこで、まず小山剛による内容形成論を取り上げたい。小山剛は次のように述べている。「憲法は、人格発展という憲法上の規準をよりよく実現するように、制度を不断に改善する義務を国会に課していると考えらるべきであろう。財産権保障の理念を財産法領域における個人の自己責任に基づく生活形成と見るならば、社会・経済的与件の変化に対応して財産権保障の理念を実現するためには、旧来の法をそのまま維持するだけではならず、既存の財産法制に適宜、手を加えることも必要となるためである。……基本権内容形成論は、憲法を規準に立法者に拘束を加えると同時に、立法者に対して、社会・経済の変化に対応した所有権の再定義の可能性を与える」⁴¹。

小山剛は、ドイツ憲法学説、憲法裁判所諸判決を詳細に検討し、憲法29条の財産権条項の立法者拘束性を回復する論法として「原形テーゼ」と「内容形成テーゼ」とに分けて論じる。そして原形テーゼが「明らかに現状保障的に作用するという問題がある」ことを理由に、「内容形成テーゼ」の優位性を説く。内容形成テーゼは「基本権と法律の関係は、原則—例外ではなく」、上述の通り、「憲法を規準に立法者に拘束を加えると同時に、立法者に対して、社会・経済の変化に対応した所有権の再定義の可能性を与える」と論じる。

次に、中島茂樹による内容形成論を取り上げたい。中島茂樹は次のように述べている。現代の財産権の課題に対処するためには「財産配分における既得権の現状保障を出発点とし、主としてこれへの法律による介入を侵害ないし制限と捉える通説的な財産権思考をもってしては対処できない」。「国家の活動は、もはや第一義的に個人の権利の制限とみなされるのではなく、……個々人の人格的自由の保障のための財産権を発展させるための諸条件の一

40 小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004）306頁。

41 小山剛「民法学からの問題提起と憲法学からの応答」法律時報81巻5号12頁以下。

つとみなされる必要がある」。このような財産権についての「制度保障という理論的枠組みは……積極的な役割を果たすものと考えられる」。中島茂樹が説く制度保障の観念は、「制度保障に典型的な構造上のメルクマールとして人格的自由と内面的関連を持つ財産権の保障を中心に据える制度保障」である。このような制度保障の特質は、「その作用が立法者に向けられるものと理解しつつも、そこでの法律の機能を個々人の人格的自由に対する制限としてだけでなく、積極的に法律による内容形成の余地を肯定する」ものである。したがって立法者は「個々人の人格的自由と内面的関連をもつ財産権の実質が侵害されていると見なされる状況がある場合、これを放置することは許されず、被害回復のための積極的な立法措置を講じる法的義務を負うものといわなければならない」と結論づけている⁴²。

内容形成論は、本稿との関連でいえば、かりに都市計画法が公共施設管理者の同意に処分性を認めていないと解するならば、立法者が財産権に対して適切な立法をしなければならないという要請に答えていないことになるのかを司法審査することを意味する⁴³。

五 公共施設管理者の同意制度と立法裁量

四によって、財産権が法律に依存する権利であるとともに、内容形成論によれば財産権を具体化する法律が立法者をも拘束するものであることが明らかとなった。かかる内容形成論によれば、制度形成、制度改変においては立法者の内容形成の自由、立法裁量が認められることになる。もっとも、立法裁量が認められるといえども、憲法に適合しているものでなければなら

42 中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学287号62頁以下。

43 財産権に関する立法裁量に対する厳格な違憲審査基準論は、森林法違憲判決に見られるように、個人の生活に不可欠なもの、近代法の基本的な理念に反するものであるような理由づけができるケースに限定されることになると考えられる。小山剛は、森林法違憲判決の審査密度が比較的厳格であったのは、「各人の自己責任による生活形成に奉仕するという法制度の核心に近い部分に制約を加えたため」と分析している（小山剛『憲法上の権利』の作法（第3版）』（尚学社、2016）158頁）。

い⁴⁴。以下では、この観点から、公共施設管理者の同意制度について検討するとともに、同意の処分性が認められるかを合わせて考察する。

1. 開発許可制度の趣旨

公共施設管理者の同意制度は、開発許可制度の一手続として設けられているものである。都市計画法は、「都市の健全な発展と秩序ある整備を図り……国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与すること」（1条）を目的に、また「農林漁業との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保」し、「適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきこと」（2条）を基本理念としている。そして、昭和30年代以降の経済発展に伴う土地利用の変化により、スプロール現象といった無秩序な市街地の開発が行われ、地方自治体は、道路、排水施設を備えていない宅地開発に対して、非効率な公共投資を強いられる事態が起こってきた。都市計画法はこれに対応するために都市地域を市街化区域と市街化調整区域とに分け、計画的な都市化を図ることとし、この制度を担保するための制度として創設されたのが開発許可制度である⁴⁵。

開発許可制度は、「許可」という文言に着目すると、本来自由であるものを一律に制限し、要件を満たす場合に解除するものと解される。33条が「許可しなければならない」と規定していることも、このような理解を支えるものであり、開発行為は本来自由であるとの観念を背景にした制度である⁴⁶。しかし、土地基本法の定める「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、そ

44 神橋一彦「憲法と行政法——行政法における基本権『侵害』の意義を中心に」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅰ 現代行政法の基礎理論』（日本評論社、2016）59頁以下も参照。

45 たとえば開発許可制度研究会編『開発許可制度の解説（第三次改訂版）』（ぎょうせい、2015）3頁以下、荒秀「開発許可の法と実務（一）」獨協法学44号1頁以下、確井光明『都市行政法精義Ⅰ』（信山社、2013）182頁以下参照。

46 安本典夫『都市法概説【第3版】』（前掲注2）98頁。

の価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等公共の利害に関係する特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させるものとする。」(第2条)、「土地は、その所在する地域の自然的、社会的、経済的及び文化的諸条件に応じて適正に利用されるものとする。」(3条1項)、「土地は、適正かつ合理的な土地利用を図るため策定された土地利用に関する計画に従って利用されるものとする。」(同条2項)との諸規定に照らせば、土地利用が本来自由であるとの考えは相当に後退せざるを得ず、むしろ計画に沿って制限された土地利用という考え方に近づくものといえる。安本典夫もまた「まわりと調整をしてはじめて開発できる、と考えるべきだろう」と指摘している⁴⁷。かかる開発行為の円滑な施行、公共施設の管理の適正等を確保することを目的として、公共施設管理者の同意制度が設けられているのである。

2. 同意の処分性と権利救済手段

以上のことに鑑みれば、土地財産権との関係で、開発許可制度をどのように制度形成するかについては、広い立法裁量が認められるという解釈が成り立ちうる。このように理解すると、平成7年最高裁判決もまた財産権条項が制度に依存する権利であることを正面から認めた上で、論じられたものと位置づけることができるように思われる。最高裁による「もとより、このような公法上の判断について、立法政策上、一定の者に右判断を求める権利を付与し、これに係る行為を抗告訴訟の対象とすることも可能ではあるが、その

47 安本典夫『都市法概説【第3版】』(前掲注2)98頁および同4頁以下参照。また野田崇「人口減少時代の都市計画」自治研究94巻1号10頁以下。平良小百合『財産権の憲法的保障』(前掲注37)45頁以下。磯部力は、「建築自由・開発自由」原理に対して批判的に考察した上で、「都市空間管理法としての都市法が関心を寄せるのは、一定の限度を超えるような都市空間の使用形態なのであって、公共の利益の観点から利用調整が必要になる場合には、公法的ルールが優先する」と述べている(磯部力「都市空間の公共性と都市法秩序の可能性」法哲学年報1999年51頁以下)。そのほか前掲注39に掲げた文献も参照。

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32条の同意に関し、手続、基準ないし要件、通知等に関する規定が置かれていないのみならず、法の定める各種処分に対する不服申立て及び争訟について規定する法50条、51条も、右の同意やこれを拒否する行為については何ら規定するところがないのである。」との説示は、黙示的に、広範な立法裁量を認めるとともに、財産権条項が法制度に依存するものであることを示していると考えられよう。

もっとも、広い立法裁量が認められるからといって、自動的に公共施設管理者の同意の処分性が否定されるわけではない。結論を先取りしていえば、同意の処分性を否定することによって財産権に対する権利救済手段を失わせるものとなるのであれば、財産権の要訣と考えられる自由な使用・収益・処分を否定することになるので許されない⁴⁸。しかし、抗告訴訟以外の（国家賠償訴訟とは別の）権利救済手段の可能性がある以上、あえて同意の処分性を認める積極的な理由を見いだすことはできないと思われる。

前述の通り、山本寛英は、憲法29条「2項に基づいて法律が財産権の内容を決定し得るとしても、それが1項による権利保障規定を没却する程度に至るものであってはならない……。この点、不同意が違法になされた場合でも当該土地の使用収益権の行使を断念せざるを得ないと解することは、土地所有権の核心部分が不当に侵害される結果を招来するのであって、同条1項の

48 小山剛は、「内容形成テーゼは、民法上の原則ないし権利を自動的に憲法上の所有権概念の構成要素とするものではない。しかし、自由な使用・収益・処分は『財産法領域における自由の空間』（ハンブルク堤防整備法判決）の要諦であり、公法上の規定が……これに規制を加えるのは合理性を欠き違憲である」と述べる（小山剛「人権と制度」『岩波講座憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2007）64頁。さらに「法的生活における各人の自己決定の法的インフラを創設すること」が財産権の法制度保障の第一次的な意義であるとしている（小山剛『憲法上の権利』の作法（第3版）』（前掲注43）160頁）。また中島茂樹は、前述のように「個々人の人格的自由と内面的関連を持つ財産権の実質を侵害することは許されない」と述べる（中島茂樹・立命館法学287号（前掲注31）63頁）。小山剛および中島茂樹が展開する立法者による財産権の内容形成に対する適切さについての判断基準は、財産権の取用については生命身体取用の取用が許されないことに鑑みれば適切であると考えられる。

趣旨を没却しかねない」と指摘する⁴⁹。このように山本寛英は同意の処分性を認める根拠として財産権条項に依拠したことは明らかである。そのうえで、山本寛英は、続けて、他の方法によって救済が可能である場合には、処分性を認めることに乏しい（この点では本稿と同じ視点に立っている）として、同意書添付のない開発許可申請についての訴訟提起可能性、救済可能性を検討するが、これらの救済手段が「容易」ではないことを理由に、同意の処分性を認めるものとの結論に達したと思われる。

一方で、平成7年最高裁判決調査官解説は、立法政策として公共施設管理者の同意の処分性を否定して、それが抗告訴訟の対象となることを否定するばかりでなく、救済手段としては、国家賠償請求に限られると解する。これに対しては、山下義昭は、国家賠償と引き換えに公共施設管理者に開発行為の拒否権を認めることになり、このような立法政策を採用していると考えすることは困難であると結論づけている。すなわち、①同意制度は、開発許可手続の一環をなすものであり、公共施設管理者の同意も含めて開発許可手続全体を管理するのが開発許可権者であるというのが行政解釈であること、②開発許可基準を定める33条の文言から、開発許可の可否については開発許可権者の裁量が許容されていないことと、同意の可否については公共施設管理者の裁量が認められることとの間で整合性がないこと、③同意の適否について、限定的ではあるが開発許可権者も判断できるというのが行政解釈であること、を挙げて、「不同意に対して開発行為の途を開く司法的救済については、開発行為自体を権利利益と捉える立場ではもちろんのこと、当該救済の可否を立法政策の問題とみる立場でも、肯定すべきでことになろう」と結論づけている。そのうえで、同意を処分とみるべきかについては、都市計画法50条1項が同意を審査請求から除外していることなどから、「同意に処分性を認めていないと解釈する方に説得力があり、同意を処分と解するのは、やや無理があるように思われる。」と述べ、当事者訴訟の活用等の他の実効的

49 山本寛英・愛媛大学法文学部論集39号（前掲注21）77頁。

な権利救済手段の可能性を指摘している⁵⁰。

私見でも、上述の通り、法律に依存する権利であるという財産権の性質、都市計画法に定められた開発許可制度の趣旨、都市計画法50条が同意について規定していないこと、また同意に関する手続、基準、要件等の規定が存在していないことから、公共施設管理者の同意の処分性を認めることは困難であると考ええる。このような結論は、同法32条3項が追加された際に、50条1項が変更されなかった点でも、立法政策として、同意の処分性を否定する見解が妥当であるということができるようと思われる⁵¹。処分性肯定説は、公共施設管理者の同意に処分性を認めることにより直截的な争訟手段を確保することによって、権利救済を図るという思考のもとで、展開されたと考えられるが、かりに同意の処分性を否定したとしても当事者訴訟による救済が可能であり、あえて文理を離れて処分性を拡大する必要はないと考える。

六 おわりに

以上検討したとおり、本稿では、開発許可制度における公共施設管理者の同意制度に関する平成7年最高裁判決とそれに対する批判的見解および平成25年高松高裁判決が、ともに憲法上の財産権条項の理解に関わっていること

50 山下義昭・福岡大学法学論叢 64巻4号（前掲注22）1380頁以下。そのほか、すでに言及したものであるが、齊木敏文は「違法確認請求訴訟の提起を認めざるを得ないように思われる」（前掲注16）471頁と述べている。また処分性肯定説をとる山本寛英もまた、実質的当事者訴訟を積極的に否定しているわけではない（山本寛英・愛媛大学法学部論集39号（前掲注21）80頁）。さらに阿部泰隆は、平成7年最高裁判決が見直されるべきであるとの結論ではあるが、「他の訴訟（同意義務の確認を求める当事者訴訟、民事の意思表示を求める訴えなど……）が仮に適切と考えとしても、それに変更するように釈明するとか、最高裁で今更訴えの変更ができない場合でも、それに読み替えて本案審理をすべきである。」（阿部泰隆『行政法再入門（下）[第2版]』（前掲注11）102頁、同『行政法解釈学Ⅱ』（前掲注11）105頁とも述べており、当事者訴訟の可能性を一切否定しているわけではない点にも注目しておきたい。

51 平成25年高松高裁判決は、都市計画法32条3項が追加されたことで、平成7年最高裁判決がそのまま妥当せず、結論において処分性を認めると判断しているが、むしろ、都市計画法50条と関連づけて解釈するならば、処分性を否定したとみるほうが自然であろう。山下義昭も都市計画法第32条3項の追加で、「第50条1項に変更がなかったことも、不同意が処分か否かの解釈に同改正が影響しないことを示唆するものといえよう。」と述べている（山下義昭・福岡大学法学論叢 64巻4号（前掲注22）1385頁）。

を明らかにした。そして、財産権が法制度に依存する権利であることを前提として、森林法違憲判決を契機とした在来型の制度的保障論を含む財産権の制度的理解に関する憲法学説の深化、とりわけ内容形成論を取り上げた。内容形成論に着目した理由は、上述の通り、同理論が現代的な財産権の課題に親和的であることにある。その結果、内容形成論によれば、制度形成および制度改変にあたって立法者に広い裁量があることを確認したうえで、立法者が諸利益を適切に判断したかどうか憲法上問われることになる。このような理解を、公共施設管理者の同意制度について当てはめた場合、同意の処分性を肯定することは困難であるとの結論に達した。また、都市計画法32条3項が追加改正された際に同50条が変更されなかった点でも、同意の処分性を肯定することは困難であって、したがって平成7年最高裁判決についてはなお先例の価値を有すると考える。ただし、本稿は、平成7年最高裁判決調査官解説のごとく、処分性を否定し、かつ国家賠償請求のみが認められるとするのではなく、権利救済手段として当事者訴訟の可能性が内容形成論から引き出されうると考える。

なお、平成7年最高裁判決調査官解説では、繰り返しになるが、立法政策が強調され、権利救済手段としては国家賠償によるほかない旨が述べられている。かかる理解にたいして、本稿では当事者訴訟による権利救済の可能性を指摘したが、一方で、財産権条項が法律に依存する権利であることをふまえると、立法政策という観点から、土地利用計画にも目を向ける必要があると思われる。都市計画法は、市街化区域と市街化調整区域との区分を設け、市街化調整区域においては開発行為を原則として禁止し、開発を許可するのはあくまでも例外的な措置である⁵²。そうすると、例外があるにせよ、市街化調整区域では、非常に厳しい制限を課し開発行為はそもそも認められないと考えることも可能である。かりに、このように解すれば、市街化調整区域での公共施設管理者の同意と市街化区域のそれとは異なる取扱いも考えられ

52 生田長人『都市法入門講義』（信山社、2010）202頁。安本典夫『都市法概説【第3版】』（前掲注2）55頁。

得る。すなわち、最高裁が、市街化区域と市街化調整区域とで結論を異にする可能性、具体的には市街化調整区域では国家賠償請求のみを許容し、他方で市街化区域では当事者訴訟等の権利救済手段を認める可能性もある⁵³。かりにこのように解した場合、「開発の自由」、「必要最小限規制原則」という考えは、相当程度後退するものと思われる。この点については今後の検討課題としたい。

53 開発許可の取消を求める訴えの利益に関するものであるが、市街化調整区域における開発許可と市街化区域におけるそれとを区別する平成27年12月14日最高裁判決（民集69巻8号2404頁）がある。本判決に関する評釈として、たとえば林俊之「市街化調整区域内における開発行為に関する工事が完了し検査済証が交付された後における開発許可の取消しを求める訴えの利益」法曹時報 第69巻 第11号445頁、洞澤秀雄「開発許可取消訴訟と狭義の訴えの利益——最高裁平成27年12月14日判決（民集69巻8号2404頁）を中心に——」南山法学40巻1号1頁、岡田正則「市街化調整区域内の開発工事完了後における開発許可取消訴訟の訴えの利益」『平成28年度重要判例解説』43頁、島村健「市街化調整区域における開発許可の取消しの利益」民商法雑誌152巻2号183頁、山下竜一「工事完了後の開発許可の取消しを求める訴えの利益」法学セミナー736号119頁などがある。