

【ポイント】

- ・ 特別用途地区条例に基づく許可手続において、住民参加手続等を省略することについて、憲法、行政手続法から問題であると、直接指摘することは困難である。
- ・ 特別用途地区条例に基づく許可手続において住民参加手続等を創設するにあたって、行政側の事務手続の増大に対応する案を提案する。

1. はじめに

昨年11月29日及び本年1月31日の2回のリサーチ・メモにおいて、都市計画法制のなかで枠組み法化が最も進んでいる特別用途地区制度について、地方公共団体における条例の実態分析及びその法的分析を行った。

第二回目のリサーチ・メモにおいて今後の課題とした、地方公共団体独自の条例に基づく許可手続に関する、

- ①憲法からの分析
- ②①に関連して行政手続法及び行政手続条例からの分析
- ③行政の事務負担軽減の提案

について、本リサーチ・メモで分析する。

なお、分析の前提となる特別用途地区条例の実態を再掲する。分析の前提としての問題意識は、「建築基準法第48条の許可においては、専門家審査手続（2018年改正で一部省略化）と住民参加手続（これは省略を認めない）が必須である」ことに対し、「地方公共団体が制定している条例に基づく許可手続では、約半分の条例が専門家手続を省略し、約8割の条例が住民参加手続を省略している」という点に法制上の問題があるかどうかである。

詳細の数字は図表1のとおり。

（図表1）

|       | 地方公共団体の独自の許可規定あり | 住民手続と専門家審査手続あり | 専門家審査手続のみあり | 住民手続のみあり | 地方公共団体の許可に伴う手続規定なし |
|-------|------------------|----------------|-------------|----------|--------------------|
| 市町村条例 | 391              | 85             | 196         | 1        | 109                |
|       | 100.0%           | 21.7%          | 50.1%       | 0.3%     | 27.9%              |
| 都県条例  | 3                | 0              | 1           | 0        | 2                  |
|       | 100.0%           | 0.0%           | 33.3%       | 0.0%     | 66.7%              |

条例の検索方法など調査方法については、昨年11月29日づけのリサーチ・メモと同じである。

2. 憲法上の論点

(1) 行政手続と憲法の関係の整理

特別用途地区条例に基づく許可は、講学上は「申請許可手続」と解される。このような申請許可手続のほか、不利益処分などを行う際の手続を含めて、行政手続全体についての、憲法上の位置づけに関する学説は以下の4つが存在する<sup>1</sup>。

①憲法 31 条説

②憲法 13 条説

③憲法第 31 条・13 条説併用説

④手続的法治国家説（憲法の具体的条文によるのではなく、日本国憲法における法治国の原理から手続的保障が憲法の要請と考える説）

以上のとおり学説では明確な通説というものは存在しない。

次に最高裁の判例をみると、憲法 31 条の条文の適用は否定しないものの、直ちに具体的な行政手続き法理を導くこともせず、個別に判断している。

申請許可手続に関するものとして、原子炉設置許可処分に関する判決（最判平成 5 年 3 月 1 日）では、以下の枠内のおり述べ、憲法第 31 条の適用は認めつつも、住民参加手続きが措置されていない原子炉設置許可処分について、違憲ではないとする。

行政手続は、憲法三一条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、常に必ず行政処分の相手方等に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるなどの一定の手続を設けることを必要とするものではないと解するのが相当である。そして、原子炉設置許可の申請が規制法二四条一項各号所定の基準に適合するかどうかの審査は、原子力の開発及び利用の計画との適合性や原子炉施設の安全性に関する極めて高度な専門技術的判断を伴うものであり、同条二項は、右許可をする場合に、各専門分野の学識経験者等を擁する原子力委員会の意見を聴き、これを尊重してしなければならないと定めている。このことにかんがみると、所論のように、基本法及び規制法が、原子炉設置予定地の周辺住民を原子炉設置許可手続に参加させる手続及び設置の申請書等の公開に関する定めを置いていないからといって、その一事をもって、右各法が憲法三一条の法意に反するものとはいえず、周辺住民である上告人らが、本件原子炉設置許可処分に際し、告知、聴聞の機会を与えられなかったことが、同条の法意に反するものともいえない。以上のことは、最高裁昭和六一年（行ツ）第一一〇号平成四年七月一日大法廷判決（民集四六卷五号四三七頁）の趣旨に徴して明らかである。

これ以降の最高裁判決のうち、憲法 31 条と申請許可手続について論じた判例としては、教科書検定手続に関する 2 つの判決（最判平成 5 年 3 月 18 日平成 17 年 12 月 1 日）がある<sup>2</sup>が、考え方は同じである。

## （2）建築基準法に関する許可手続と憲法について

建築基準法の許可手続に特化して、憲法との関係を議論した学説は管見のかぎりみあたらない。

このため、まず、建築基準法第 59 条の 2 の総合設計は、住民参加手続を省略していることから、総合設計について憲法の観点から争った判決を地方裁判所まで対象を拡大して収集して分析する。

結果としては、**図表 2** のとおり。

「総合設計」又は「建築基準法 59 条の 2」と「憲法」という単語で判例検索をしてみると、憲法を根拠として争った判例は 2 件（図表 2 の 4 番と 9 番の判例）のみであり、いずれも、憲法 31 条等の観点から、総合設計の許可手続を争ったものでない。また、いずれも違憲ではないと判断している。

(図表 2)

| 裁判所判例集 | west law | lex | 判決日         | 裁判所  | ポイント  |
|--------|----------|-----|-------------|------|---|
| 1      | 1        | 1   | 昭和54年3月5日   | 大分地裁 | 建築基準法の総合設計を扱っていない。  |
| 2      |          | 1   | 平成4年8月6日    | 京都地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 3      |          | 1   | 平成6年1月31日   | 京都地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 4      |          | 1   | 平成8年9月25日   | 東京高裁 | (2) 控訴人らは、法律に根拠を置かない許可要綱とその解説部分に基づいて、総合設計許可のみならず高度斜線適用除外許可の判断基準として許可要綱を用いて建築の自由を制限することは、憲法に違反する旨主張する。<br>しかし、法五九条の二によれば、特定行政庁である被控訴人知事は、総合設計許可の権限を有するところ、許可要綱は、右権限に基づいて被控訴人知事が定めたものであることは明らかであるから、法律に根拠を有するものというべきである。また、前記認定のとおり、高度斜線適用除外許可と総合設計許可は、極めて密接な関係を有するものであるから、被控訴人知事において、総合設計許可のみならず高度斜線適用除外許可の判断基準として、許可要綱を用いることは何ら違法なものではないというべきである。 |
| 5      | 1        | 1   | 平成13年4月25日  | 横浜地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 6      | 1        | 1   | 平成16年6月18日  | 東京地裁 | 建築基準法の総合設計を扱っていない。  |
| 7      |          | 1   | 平成20年5月19日  | 大阪高裁 | 建築基準法の総合設計を扱っていない。  |
| 8      |          | 1   | 平成20年 9月30日 | 大阪地裁 | 建築基準法の総合設計を扱っていない。  |
| 9      | 1        | 1   | 平成23年12月14日 | 東京高裁 | 原告（控訴人）らは、本件許可処分は原告らの人格権を保障する憲法13条、25条に反するなどと主張するが、その内容は結局のところ本件台東区マスタープランに反するという主張にすぎず、具体的な権利ないし法的利益の侵害を主張するものではないから、これを採用し得ない。  |
| 10     |          | 1   | 平成24年7月18日  | 山口地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 11     |          | 1   | 平成24年11月14日 | 東京地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 12     |          | 1   | 平成25年12月13日 | 東京地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 13     |          | 1   | 平成26年12月19日 | 東京地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |
| 14     |          | 1   | 平成27年7月24日  | 京都地裁 | 総合設計に関する憲法論は扱っていない。   |

### (3) 特別用途地区条例に基づく許可手続と憲法との関係

(1) と (2) で述べたとおり、最高裁判例においては、憲法31条が許可申請手続の判断について適用されることは否定しないものの、住民参加手続がない場合であっても憲法の規定から直接違憲とは判断していないこと、住民参加手続が省略されている総合設計制度においても、憲法を根拠としてその手続を争った事例も存在せず、別の観点から総合設計の違憲性を争った場合にも裁判所は合憲との判断をいずれも下している。

以上の分析を踏まえると、特別用途地区条例に基づく許可手続において、住民参加手続等が省略されていることについて、憲法に照らして問題があるという指摘はあたらない。

## 3. 行政手続法上の論点

### (1) 行政手続法における申請許可手続の論点

行政手続法では、申請処分に対して、第5条の審査基準作成、第7条の審査、応答、第8条の理由開示については義務化するとともに、第6条の標準処理期間、第9条の情報の提供、第10条の公聴会等の開催については努力義務としている。

特別用途地区条例に基づく許可制度を検討するにあたっては、特に同法第10条の公聴会等の開催の規

定の解釈が重要である。

**行政手続法 第十条** 行政庁は、申請に対する処分であつて、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならない。

同法第十条の「申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合」について、学説上は建築確認のように第三者に取消訴訟の当事者適格が認められている場合に拡張して解釈する考え方<sup>3</sup>と、行政の示した公定解釈のように文字通り、「他の産業の利益を損じないこと」のように、第三者の利害を考慮することが明記されている場合に限定する考え方<sup>4</sup>がある。

しかし、いずれにしても、当該規定は努力義務であることから、行政手続法第十条の規定をもって、他の法令における規定の当不当を判断することが困難である<sup>5</sup>。また、判例においても、行政手続法第十条の趣旨に反する主張を行ったものは見当たらない<sup>6</sup>。

## (2) 行政手続条例上における許可申請手続

行政手続法は第3条第3項の規定に基づき、地方公共団体が行う処分のうち法令に基づく処分は適用対象とし、条例又は規則に基づくものは適用対象外としている。その上で、第46条で行政手続法適用対象外の処分についても、「この法律の規定の趣旨にのっとり、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図るため必要な措置を講ずるよう努めなければならない。」という努力義務がなされている。

この結果、ほとんどの地方公共団体で行政手続法とほぼ同じ内容の行政手続条例が制定されている<sup>7</sup>。

特別用途地区条例に基づく許可手続については、個々の地方公共団体が定めた行政手続条例との関係も整理する必要がある。

条例のうち行政手続法第十条と同じく公聴会等の開催を努力義務として規定しているものは1619件と大多数である。

許認可申請にあたっての公聴会等の開催についてより義務化に近い条例としては、以下の2種類、合計で4条例が存在する。

①条例上、「必要に応じ」「設けるものとする」と規定しているもの

- 鳥取県行政手続条例
- 鳥取県智頭町行政手続条例
- 鳥取県湯梨浜町行政手続条例

②条例上、「必要に応じ」「設けなければならない」と規定しているもの

- 上越市行政手続条例

ただし、これら4条例は、語尾は他の行政手続条例よりは強いものの、「必要に応じ」という規定が残っていて、完全に義務化とはいえない。

## (3) 特別用途地区条例に基づく許可手続と行政手続条例との関係

行政手続法では、許可申請手続において公聴会の開催については努力義務にとどめており、大部分の行政手続条例においても同様である。

ただし、公聴会の開催等についてより義務化に近い規定ぶりを定めている「県、市町」のうち、特別用途地区条例のある<sup>8</sup>上尾市の条例（上尾市特別用途地区内における建築物の制限に関する条例）では、当

該条例第4条に基づく許可手続きには、建築審査会と利害関係人による公聴会の開催を義務付けている。

これを踏まえると、一般法である行政手続条例での公聴会の開催等の義務化に向けての動きがあれば、これと連動して、特別用途地区条例に基づく許可手続が充実していく可能性がある。

ただし、現状においては、特別用途地区条例制定の県及び市町村の行政手続条例においては、行政手続法第10条と同等の努力義務規定にとどまっていることから、行政手続条例を根拠にして、特別用途地区条例における許可手続について、当不当を評価することは困難である。

#### 4. 住民参加手続における事務負担軽減の提案

##### (1) 住民参加手続規定を措置するにあたっての事務負担軽減の必要性

建築基準法に基づく許可手続に関する住民参加手続は地方公共団体が公聴会を開催する仕組みとなっている。(建築基準法第9条、第46条、第48条、第72条)

このような行政が主体となる仕組みは、建築確認事務が指定確認検査機関に外部化されることなどの時代背景から審査体制が十分に確保できていない特定行政庁にとっては、事務作業が負担になる可能性が高い。

一方で、住民参加手続が法定化されていない総合設計の許可手続においては、建築を行う事業者が近隣住民に説明を行い、その結果を行政側が聴取するという運用が多くなされている<sup>9</sup>。

##### (2) 行政の事務負担を過大にしない形での住民参加手続の提案

第二回のリサーチ・メモでは、特別用途地区条例に基づく許可手続については、単に運用として住民の意見を聞くだけでなく、条例上必要な手続を規定した方が、利害関係人や周辺住民にとって、意見を述べる機会が明確になるというメリットだけでなく、行政側にとっても、紛争になって訴訟手続にはいった場合に行政の判断を尊重される可能性が高まるという点を指摘した。

このように住民、行政相互にメリットのある、住民参加手続の条例化に対して、ネガティブな影響を与える可能性の高いものとして、「事務手続き問題が組織体制からみて過大となるという問題」がある<sup>10</sup>。

この問題に対応するため、条例上、事業者側に一定の住民説明手続を事前に行うことを求める規定を提案したい。

類似の条例上の規定は、特別用途地区条例ではないものの、類似の性格を持つ地区計画条例で、条例に基づく許可手続の前に事業者に地元説明を求めている例、すなわち、東京都練馬区の「練馬区地区計画の区域内における建築物の制限に関する条例」第10条及び同条例施行規則第5条が参考になると考える。

例えば、この条例を参考にして、別用途地区条例上、許可規定の次の条文に以下の条文を追加することが考えられる。

第●条 第×条但書に規定する許可を申請する者は、規則の定めるところに基づき、説明会を実施し、近隣住民の意見及び当該意見に対する申請者の見解を市町村長に報告しなければならない。

#### 5. まとめ

本リサーチ・メモにおいては、前2回のリサーチ・メモで今後の課題になっていた、特別用途地区条例に基づく許可手続において住民参加手続等が省略されていることに対して、憲法及び行政手続法・行政手続条例上は、具体的に当不当を述べることができないことを明らかにした。

また、同じく今後の課題となっていた、行政の事務負担の問題から住民参加手続が講じることが難しい点についても、実態に即して事業者側が住民説明をする手続規定の提案を行った。

今後は、条例に基づく許可手続について住民参加手続を規定することによるメリットをより明確にした上で、これまでのリサーチ・メモを一つの「研究ノート」としてまとめていく予定である。

(佐々木 晶二)

---

<sup>1</sup> 塩野宏『行政法 I (第六版)』(有斐閣、2015) (以下「塩野 I」という) 298 頁から 303 参照。

<sup>2</sup> 許可申請手続と憲法 31 条関係の判例について、裁判所裁判例検索、LEX/DB インターネット (以下「lex」という)、Westlaw Japan (以下「westlaw」という) のデータベースで「憲法 31 条」+「手続」で検索して確認した。

<sup>3</sup> 室井力他編著『コンメンタール行政法 I (第 3 版) 行政手続法・行政不服審査違法』(日本評論社、2018) 145 頁、宇賀克也『行政手続法の解説 (第四次改訂版)』(学陽書房、2003) 95 頁参照。

<sup>4</sup> 一般財団法人行政管理研究センター『逐条解説 行政手続法 (27 年改訂版)』(ぎょうせい、2015) (以下「行政解釈」という) 154 頁参照。

<sup>5</sup> 学説においては、行政手続法第 10 条が努力義務にとどまっている点を批判するものもある。ジュリスト 1039 号 21 頁から 23 頁、宇賀克也他編『対話で学ぶ行政法』(有斐閣、2003 年) 120 頁、121 頁参照。

<sup>6</sup> 裁判所判例検索、lex、westlaw のデータベースで「行政手続法第 10 条」という用語で検索すると、該当する判例は令和元年 12 月 16 日 (東京地裁) のみ。この判決は、あんま、あん摩マッサージ指圧師、はり師及びきゅう師の養成施設の認定の申請にあたって被告側が行政手続法第 10 条に基づいて適切に処理したと反論したのみで、判決文ではこの点については特段の意見を述べていない。

<sup>7</sup> 特別用途地区条例を制定している市町村と都県のうち、行政手続条例を制定していないのは、北海道新得町と岡山県早島町の 2 町だけである。

<sup>8</sup> 鳥取県及び智頭町、湯梨浜町では特別用途地区条例は存在しない。

<sup>9</sup> 藤井さやか他「近隣調整による総合設計許可手続き長期化の実態」(2002 年度第 37 回日本都市計画学会学術研究論文集) 643 頁-648 頁参照。

<sup>10</sup> 行政解釈 154 頁では、申請に対する処分に対して公聴会等の開催を努力義務とした理由の一つとして、一律に意見聴取を行うことが「行政効率を著しく阻害すると考えられるケースがあ」とする。