

第18回 岡本二丁目マンション計画外部調査対策委員会会議録

- 1 日時 平成21年8月19日(水) 10時00分～12時00分
- 2 場所 鎌倉市福祉センター2階 第1・第2会議室
- 3 出席者
出席委員：安富委員長、増本委員、安達委員、小沢委員、川口委員
事務局：まちづくり政策部長、経営企画部次長、まちづくり政策課長、まちづくり政策課課長補佐、まちづくり政策課まちづくり政策担当副主査
- 4 議題
 - (1) 会議録の確認について
 - (2) 「原因解明及び改善策について(素案)」に対する意見の整理について
 - (3) 「原因解明及び改善策について(素案)」について
 - (4) その他
- 5 会議の概要
冒頭、配布資料の確認、本日の議事進行及び傍聴の取り扱いについて確認が行われた後、具体的な議論が行われた。

委員長：第18回岡本二丁目マンション計画外部調査対策委員会を開きます。傍聴の皆様につきましては、事務局から説明があったと思いますが、傍聴のルールをお守りいただきたいと思います。それでは日程1「会議録の確認について」お手元に資料1としてお配りしてありますが、特段ご発言はありませんか。誤字・誤植等ありましたら後ほどお伝えしていただくとして、この段階では確定ということにさせていただきたいと思います。

委員長：日程2「原因解明及び改善策について(素案)」に対する意見の整理について」であります。これにつきましては、本年4月に「原因解明及び改善策について(素案)」が内部委員会からの素案がお示されたため、これまでに当委員会で議論を行ってきたものについて、事務局がまとめたものが資料2ということになります。それでは、資料2の内容につきまして、事務局から説明をお願いします。

事務局：(「原因解明及び改善策について(素案)」に対する意見の整理について)について、資料2に基づいて事務局から説明。)

委員長：ただいまの事務局からのご説明がありましたが、各委員から何かご意見、ご質問などありましたらお願いします。ご発言された趣旨とは違う整理がされているということでしたら、ご指摘していただきたいと思います。これは、素案に沿って今までの論点を事務局が整理したわけですが、県の開発審査会の許可取

り消しの裁決を受けたことについて、その手続きがよかったのかということの見直しや、あるいは、他にも論点があるのではないか、ということがあればご発言いただいても結構ですので、いかがでしょうか。

川口委員：資料2の2ページの中ほどの他市との比較とありますが、素案を見ますと県下の11市との比較になっています。他市がやっているからいいということではないと書かれていますけど、これはあくまでも県内の11市との比較で、全国と比較しているわけではありませんので限りがあると思います。素案の中身を見ますと32条と33条の解釈として「33条1項14号で不同意とすることが想定されますか」とのアンケートについて、不同意とするケースは考えられない、実例がないということで、そこからある程度の結論を導き出しているのが、アンケートに恣意的なイメージがあります。32条で同意している案件の中で、33条でひっかかるということが稀である、ほとんど例外的なもので実質的にはないということだとすると、もっと詳細に調べたら、違う条件では他の市において33条で不同意にしたケースがあるのかも知れないので、あくまでも11市の中での比較であるということを書いておいたほうがいいと思います。それから、ウの権利の濫用のところで、下から5行目の「私にはよくわからない部分である。」のところの、「私には」という表現は報告書の内容としては削除したほうがいいと思います。

小沢委員：3ページのところの6行目のところで、32条と33条の解釈の中で、32条このような判断をするので33条もそれに合わせて判断をしなければいけないという理由付けとして、正確には市のほうがどのような説明をしようとしているのかについて、事務局でまとめていただければいいと思います。ここに書いてある「32条のほうがより広範、あるいは深い」ということだけでは意味が分からないので、ここは市のほうでどのような理由なのかということについて、端的にまとめていただければいいと思います。

事務局：市の考え方というのは、32条の判断をもって33条と一体で考えていくということで、中間報告書の中の再々弁明書のなかでも付してございますように、財産管理者と公共施設管理者が同一の場合は32条の同意をもって33条の同意の趣旨を包含するという、そういう考え方を当時はとっているということがございます。そうなりますと、32条のほうがより広範に考えているのですね、という形でのご回答だと思ったところです。

小沢委員：今まで仰っていること自体の全体はわかるのですが、32条の同意が33条を包含するという表現を使っている理由が、何故そうなるのかという、32条の結論に33条をあわせなければいけないということになる理由付けがどういうことか、端のご説明いただくとどのようなことになるのでしたでしょうか。

事務局：中間報告書の119ページに再々弁明書に書いてございます。下から2行目に「第

32 条第 1 項の同意は～解されるのである。」、その理由としてはその前段に書かれているのですけれども、下から 11 行目から 3 行目まで「しかし～第 33 条第 1 項第 14 号の同意は要しないと解される。」ということで包含します、という考え方を当時は採っていたと認識しております。

委員長：今は、当時そう考えていたということで、再々弁明書が出されたのは平成 18 年 10 月 10 日でありますので、その当時に市の考え方としてお示ししていたのだと思います。この点は後で議論させていただこうと思いますが、果たしてそうなのか、その解釈の合理性、妥当性についてはこれまでも当委員会でも議論してきたところではありますが、当時の考え方はそうであったということで、承りたいと思います。他にはいかがでしょうか。

安達委員：1 ページの最初のところですが、1 接道要件に関する事項の(1)主な質疑のアの最初の 3 行の後の答えのところですが、その 3 行目「道路管理者の～捉え方が違っている」という答えになっていまして、質問としては事実関係はどうであったかということなのですが、この質疑はわかりにくいです。議事録を読むとわかるのですが、これだけを読んでも何を答えているのかわからないです。簡単にまとめるのは難しいかもしれませんが、もう少しわかりやすくないものかという気がしています。要するにここでの議論は、恐らく道水路管理課が最初に道路と判断したことを受けて、開発指導課が道路と判断したというのが事実関係だったと思います。そうすると、道水路管理課が道路と判断したことが大きなポイントだったのではないかという気がしますので、それが事実関係だったのではないのでしょうか。道水路管理課が当初に道路と判断したことに依拠して、その後の事態が推移したのが事実関係ではなかったかどうかということです。

委員長：第 16 回の会議録の 4 ページの真ん中辺りで書かれている、事務局からの回答を簡略化したものだと思うのですが、確かに安達委員ご指摘のように、昭和 39 年に管財課より財産として受け、擁壁を作って道路とすることで行政財産として道路だという認識で管理をしてきたということですが、そのところに行政財産の取り扱いに関するズレがあったと思います。そこで道水路管理課の道路であるという判断を受けて、開発指導課が道路と判断したという流れだったと思います。その辺は事実関係としてもう少し整理をして、今後の進めていきたいと思えます。

安達委員：最後の部分なのですが、5 ページの「6 その他の課題」、これは前回までの質疑の取りまとめですから、前回までに明確に私から申し上げなかったのですが、開発と緑の保全の調整について、鎌倉市の本件の対応に関してどのようなスタンスであったのかハッキリしないという意見に補足的に申し上げたいのは、素案の 11 ページの「(1) 課題及び改善の考え方」の部分で「開発事業に関する～

方針作りを行っている。」とありますが、結局ここの部分が課題として重要なポイントではないかと思えます。緑は緑、景観は景観、開発は開発ということで、各分野ごとにそれぞれ基本計画を持っているということですが、それを総合して、全体として見渡してどうするかという点については、それについての体制が十分ではなかったのではないかと。所管課ごとの縦割りで判断が完結していて、横断的に総合調整するという仕組みが庁内体制としてあったのかどうかというのが気になる部分です。当該分野で解決する課題もあると思えますが、総合的・横断的な観点から、まちづくりとして取り組むべき課題もあるのではないかと。というように考えますと開発か緑保全かということ縦割りで考えていくと、それぞれのところでは完結しています、ということで終わってしまっています。しかし、実際には十分に関係者の納得が得られない事態というものが生じてきていると思えます。本来、地方自治体の場合は国と違って、縦割りのではなく横断的な総合調整がしやすい体制が出来ると考えますので、庁内体制づくりとして何らかの改善すべき点ではないのかという気がします。その点を課題として追加していただきたいと思えます。

委員長：貴重なご意見をありがとうございます。資料 2 の 1 ページの(2)主な意見の A の部分で、以前川口委員からグレーゾーンという表現を使ったご意見がありましたが、ご発言の趣旨としてはどのようなことなのでしょう。

川口委員：今回の 260 - 2 については緑地保全推進地区に入っているわけなのですが、緑地保全推進地区というのは開発をしてはいけないという法的な強制力はないところなので、他にも道路法 18 条の区域に入っていなかったということが後からわかったのですが、他にも保全についての法的拘束力を持たないような土地や、何か問題になりそうだという区域、潜在的に問題になりそうな箇所は市内にはかなりあるはずですから、当然グレーゾーンとしてピックアップしておけば、この区域が開発事業区域に入ってきた場合にはこのような問題が発生しそうです。とうことで相談があった時点で相談体制が組めるということで、データベース化してピックアップしておくことが、特に鎌倉のような場合には必要だと思いますのでこのような表現を使いました。

委員長：市街化区域や市街化調整区域のほかに、古都法の 6 条ですとか 4 条ということで規制にかかっている箇所は既にわかっていると思うのですが、その上でということなのでしょう。

川口委員：その上で、グレーゾーンにかかっているということがすぐにわかりますので、特定の課や個人で判断することのないように、直ちに組織の中で協議をするという仕組みを作るという意味です。都市計画法の 33 条のなかに 4 項、5 項というものがあまして、敷地の最低面積を定めたり景観行政団体が許可基準を定めることが出来るのですが、緑地保全推進地区についてはそこまで強制力はな

いので、自動的に協議に入れるような仕組みを作っておくということです。

安達委員：今の議論に対して補足的に意見を申し上げたいのですが、緑地保全推進地区という制度自体は強制力がないということなのですが、今回の場合に当該地が緑地保全推進地区に入っているという認識を当初市がお持ちだったのかということ、当初お持ちでなかったという話を伺っていたのですけれども、後から調査していただいたら入っていたということかなと思うのですが、それはともかくとしまして、緑地保全推進地区という制度の中で強制力を働かせるということは限界があるということだとしても、その中に市有地がある場合に、少なくともその地域は緑地として保全していこうという方針を市がお持ちだったとしますと、その市有地について、土地所有者として緑地を保全するという姿勢を持つことは十分可能ではないかということです。緑地保全推進地区にたまたま入っていたということではないと思うので、その点が気になるところです。

委員長：他にいかがでしょうか、それでは、これまで整理していただいた内容につきましては、今後当委員会におきまして、これらを精査しながら意見をまとめるうえでの下敷きにさせて頂きたいと思います。次に、日程3「原因解明及び改善策について(素案)」について、32条と33条1項14号の関係につきまして、小沢委員にどの様に法律上の問題点を整理したらいいかということについて、ご意見をまとめていただくようお願いをしていたところ、資料3のとおりレポートが提出されました。小沢委員からご説明をお願いします。

小沢委員：都市計画法の32条と33条1項14号の同意について、以前から議論してきたところなのですが、鎌倉市の「原因解明及び改善策について(素案)」のなかでも、あるいは前回の事務局の話のなかでも、なかなか鎌倉市として32条と33条を切り離して判断するという点については、他法令との調整の問題等の理論的な問題があるのではないかと強く懸念されていることから、その点を無視して話を進めるわけには行かないだろうということで、その部分について整理をしました。本件において法32条の同意が義務付けられることは自明なのか、という表題をつけたのですけれども、32条の同意については今まであまり議論をしてこなかったこともあって、本件との関係でそれが主要な争点になるかどうか分かりませんが、仮に紛争が国賠請求ということになった場合、32条の同意がどのようなものなのかが問題になると思われました。32条の同意についての鎌倉市の考え方は、本件開発行為については、既存の公共施設の機能は損なわれないと判断しており、そのような判断をしている以上、同意を拒否する裁量の余地はないと判断しています。そこで、本件について同意を拒否することは裁量権の濫用になり、それ自体が違法になるのかということについて考えたいというのがこの項です。施設管理者は施設管理上何が適切と判断するかということ自体が裁量行為であり、その裁量行為が違法と評価されるのは、

裁量権の濫用がある場合となります。どのようなことが適切なのかということは、まさに管理者の判断することなので、同じ事実を前提としても適切と判断する場合もあれば、しない場合もあると考えられるので、ある程度の裁量の余地はあるわけです。本件の開発行為については、斜面である 260 - 2 を切り崩し平坦にするというもので、従前の道路の形状は大きく変更されます。このような変更は、一方では車両の通行が可能となる等、利便性が向上すると評価できる面もありますが、他方では、マンションへの開口部を広くとることにより、階段の勾配が急になるという計画であることから、結果的に歩行者にとっての利便性は低下するという評価もし得るのではないのでしょうか。一方で利便性は向上するけれども、他方では利便性の低下に繋がる部分があるということから考えると、本件については、いずれとも判断できたのではないかと、つまり、本件について 32 条の同意をしなかった場合でも裁量権の濫用とまでは言えない、との考え方が出来たのではないかと問題提起です。

第 2 項が本論なのですが、32 条の同意と 33 条の同意との関係についてです。鎌倉市の考え方は、32 条で同意すべきだと考えられる場合には、当然に 33 条の同意もしたことになる、あるいは 33 条の同意も義務付けられるというもので、とにかく 32 条の判断がまず先行して、その結果に 33 条の同意は服従しなければいけないという判断です。そもそも、32 条の同意と 33 条の同意は統一的な判断であることが求められるのか、32 条で同意をしておきながら、33 条で不同意することは同じ市がやることなのに違っていたらおかしいのではないかと、というご意見があったと思います。その点についてなのですが、もし、32 条の同意も 33 条の同意もどちらも行政処分性があるということになれば、それは両者の判断に齟齬が生じるとまずい、ということは確かに考えられると思います。その点は、32 条についての最高裁判例がありまして、行政処分性は否定されています。32 条の同意について行政処分性が否定されている以上、33 条 1 項 14 号の同意も行政処分ではないというのは（少なくとも今の判例上は）当然のことだと考えられるので、いずれの同意も行政処分ではないと考えていいと思います。行政処分性のない公法上の判断について、必ずそれを統一しなければならないかということについては、ある開発行為について複数の法令の適用がある以上、結果的に一つの行政機関がある手続きでは開発を認める方向の判断をし、他の手続きのなかではでは開発を認めない方向の判断をすることはあり得るのではないかと思います。それぞれの規制目的が違うわけですから、結果ごとの判断というものがあるのではないかと、そうであるとすると、何故 32 条と 33 条の場合だけ同意について統一的な判断が求められるのかについて、理論的な根拠があるとは考えられないし、鎌倉市の今までの書面等でも検討されていないように思われます。次に、32 条の同意イコール 33 条の同意ではないにしても、

32条の同意が義務付けられることの効果として、結果的に33条の同意が義務付けられるのではないかということについても、何故そうなるのかということについての理論的な根拠があまり明らかになっていません。会議の前半部分で中間報告書の119ページの再々弁明書の説明として、当時この判断をした段階では「開発許可制度の解説」という解説本のなかに、32条の同意があった場合には、(手続き上は)改めて33条の同意を取り付けなくてもいいという記述があるということでしたが、これはあくまでも手続き上そうだというだけで、32条の同意があった場合には33条の同意も義務付けられると書かれているわけではありません。少なくともこの本の解説の部分を理論的な根拠として使うことは出来ないと思います。それ以外にそのような記述がされている文献は見つけ出せませんし、この点についての理論的な根拠はないと思われます。仮に32条の同意をしないことが裁量権濫用に当たり、国賠請求が認められるという場合であっても、33条の同意をしないことまで裁量権の濫用に当たるとは評価できません。33条の同意というのは、同意をするかしないかの自由は所有者にあるわけで、それが裁量権の濫用になるという法的評価は難しいと思います。次に、そもそも、33条の同意についても32条の同意と同じように、所有者たる市が公共施設管理者でもあることから、公共施設管理上の観点からの判断が義務付けられるのか、という問題についてなのですが、公共施設の管理権の考え方については、ここに阿部先生の(判例評釈の抜粋だと思いますが)記述があり、「行政機関等が有する公共施設の管理権は、公共施設の管理に関する法令の規定ないし公共施設の設置目的等により法的に制約されており、その行使には、私人の所有権のようなオールマイティーの自由があるわけではない」と書かれています。ただし、これは32条の同意をするかどうかということについて述べたものであって、33条という場面で所有者として同意する場合にもそうなるのだと言及されているわけではないです。33条の同意についても、同意権者が公共施設管理者であれば、公共施設管理上の観点からの判断が義務付けられるとする学説は、少なくとも文献などを調べた限りでは見つけることは出来ませんでしたし、理論的にもそのようにはならないのではないかと思います。以上が理論的な部分です。

(資料3 2)(2)のところでは、具体的な支障が生じるのかということについてです。まず、本件についてどうかというと、前回事務局からご説明がありましたが、本件については鎌倉市が33条の同意をしなければ、開発事業者は相当数の同意を得られないこととなりますので、開発許可の要件を満たさないことから、結果的にそこで開発許可が下りないということになり、それ以上の法的な問題は生じないということになります。本件のケースではありませんが、仮に市が33条で不同意としたが、他の権利者が同意をして開発許可の要件を満た

し、開発許可がなされるという結果になった場合について、前回事務局から道路法等との関係というご指摘があったのですけれども、仮に道路法の道路に関する工事等で改変の工事をしなければいけなくなったとしても、それは道路法を適切に運用した結果そうなったというだけであって、だからといって、そこから遡って都市計画法 33 条の同意が義務付けられるということにはならないのではないかと。他の法令で結果的にどうなるということを取引して、結果的にこうなるのだから 33 条でも同意するというのは理論構成上おかしいのではないかと思う。

3 番目の行政訴訟、国賠訴訟について、というところですが、このような問題で争っていくと訴訟に発展する場合というのは沢山ありまして、今までに出された判例は、事業者が開発行為をしたいので行政機関に 32 条の同意を求めたところ、なかなか同意をしてもらえない、交渉を延ばされることで開発許可申請が出来ないということから、行政訴訟になったという事例が何件かあります。行政訴訟というものが、そもそも 32 条の同意をしないことについて、裁量権の濫用で行政処分として違法だ、という抗告訴訟が認められたかということについては、最高裁の平成 7 年の判決があります。それが出る前は地裁・高裁レベルでは、行政処分性は認める、だから抗告訴訟も認められ、行政機関が同意をしないという行政処分は違法である、という判決もあったのですが、最高裁の平成 7 年判決が出たことによって、その問題にはとりあえず決着が付いたと考えていいのではないかと思います。今回の場合、鎌倉市が 32 条の同意をしないということがあったとしても、最高裁の平成 7 年判決によって、事業者としては同意をしない処分が違法である、という抗告訴訟は起こすことが出来ないということになったと思います。他に事業者から争われる余地はないのかということになりますと、国賠訴訟は有り得ると考えています。最高裁の平成 7 年判決に対する判例評釈のなかで、「法 32 条の同意を拒否する行為が抗告訴訟の対象となる処分に当たらないとすると、行政機関等が裁量権を逸脱又は濫用して同意をしない場合でも、国民は、適法な開発許可の申請ができないことにならざるを得ない。このような場合における国民の救済については、適法に裁量権の行使がされることを信頼して行動したことによって損害を受けたことを理由として、国家賠償請求をすることができるにとどまることになるが、これは・・・立法政策を採用した帰結であるというほかない。」ということで、国賠請求の余地はあるということが書かれています。32 条の同意については裁量権の濫用ということはあるわけで、ここでの国賠請求は考えられますが、33 条の同意をしないことが国賠請求の理由となるのかということについては、32 条の場合よりも請求する側にとっては高いハードルがあると考えます。まず、33 条の同意も公権力の行使に当たるのかということですが、33 条の同意という

のは行政機関ではない一般の方の同意を前提とした規定であることから、これについても公権力の行使に当たるといえるのかどうか。2 番目として、33 条の同意をするかどうかということについても、公共施設管理上の観点からのものに制限されて自由な判断ができないということになるのかという、両方の問題をクリアしないと国賠請求というのは認められないということになりますので、現在の判例や学説の状況からは、なかなか国賠請求が認められるということにはならないのではないかと考えます。ここで結果的に申し上げたかったことは、このような問題の設定の仕方をしたのは、鎌倉市は 32 条については施設管理者としての同意が義務付けられるので、33 条の同意についてはそれに包含されるということですが、本件について、そもそも開発行為を推進する方向で考えるのか、あまり推進しない方向で考えるのかというような、政策上の判断をする余地がなかったのか、そのようなことをする場面もなかったし、当然そのような判断もしていないということで、この事業を進められてきたのだと思いますが、そうではないだろうと思います。この場所にマンションを建てる開発について、鎌倉市はどのような政策的な判断をするのか、緑地を守るという方向なのか、それとも開発を認めるという方向なのかということについての政策判断をきちんとすべきであるし、もちろんその判断をするに当たっては住民の方、市民の方の声を聞くという手続きも必要であったろうし、いずれの判断をするにあたってもどういう理由でこのような判断をするに至ったのか、という説明をすべきだったと思います。

委員長：今のご説明を聴いて、何かご質問等ありますか。

安達委員：ここには 2 つの考え方があると思います。まず一つは 1 ページの 1 のところで、そもそも都計法 32 条の同意の行為が持つ意味ですけれども、小沢委員が言われるように、同意をするかしないかについては、公共施設管理者にとって比較的広い裁量の余地が元来あるのです。32 条には同意するかしないかについての具体的な基準を明確には書いていないわけですし、32 条 3 項に「公共施設の適切な管理を確保する観点から」という規定があるだけです。そうすると、公共施設の適切な管理を確保できると判断するか、管理を確保できないと判断するかは一義的には公共施設管理者の裁量に任されているということです。本件の場合に即して考えてみますと、同意をしたということが直ちに違法かということもそれも難しい、逆に不同意だったという場合に違法かということもそれもなかなか難しい問題です。それぞれについて根拠があれば、同意をする、あるいは、公共施設として管理上支障があるというように、一定の根拠に基づいて判断をする場合には不同意の根拠になりますから、どちらにもなり得るということです。従って、32 条の同意が義務付けられるという表現はあまり適切な表現ではないと思います。前段で裁量的判断をしているわけで、その裁量的判断の結果とし

て同意するかしないかということになるわけです。そういう意味では、どちらも法律上はあり得るだろうと、そうすると問題はこの場合、公共施設管理者として同意するかしないかについて、どの基準のもとに判断したのかという部分になります。何らかの基準があったはずで、その基準の適切性の問題もありますが、適切な基準のもとに行った判断であればそれなりの根拠が示せるというわけです。小沢委員のご意見だと、ここではその基準によっては不同意という判断もあり得たのではないかと、それも別に違法とはいえないというそういう論点がひとつあるということです。公共施設管理者として同意をしたということについては、それ自体は直ちに違法ではないということについては、その通りという気がします。

第2の論点が2以降の32条同意と33条同意の関係で、32条の同意を持って33条の同意も含まれるかどうかということになります。中間報告書の119ページで行政解釈が引用されていますけれども、行政解釈を見る限りでは、あくまでも公共施設管理者とその用に供する土地の所有者が同一の場合については32条1項の同意だけで足りるという表現ですから、両方が一致する場合については、32条の同意があれば33条の同意は別個にやらなくていいという趣旨だと思います。32条の同意に代えていい、あくまでもそれは代えていいという話であって、代えなければならないというわけではありません。代えることもできるという、その程度ではないかという気がしまして、本件の場合に即して考えますと、対象となっていた土地が住民の通行の用に供されている本来の道路であった場合にはよくわかります。本来の道路であればその分について公共施設管理者が支障ないと判断しているのであれば、それをもって33条の同意に代えるということもあり得るだろうと思いますが、本件はやや特殊で、道路の擁壁ということですから、通行の用に供している道路ではないということですので、その分については、土地所有者として別個の判断があるという場合であれば、別個の判断をすることも法律は否定していないということではないでしょうか。32条の同意をもって33条の同意に代えることが出来るということと、代えなければならないということはイコールではないはずですから、法律上は一端32条の同意をしたら33条の同意を義務付けられる（これもややオーバーな表現ですが）そこまでは言えないのではないかと気が私も致します。

誤植があります。3ページの(2)国賠請求についてというところの8行目、「意見の問題」の問題とありますが「違憲の問題」ですよね、私からは以上です。

委員長 : ありがとうございます。小沢委員、安達委員からのご意見について事務局からのご発言ありますか。これまでの話を聞いていて今のようなご意見は十分あり得ると思いますが、260-2について、擁壁は道路を防護するためのもので、

一体となって道路であるとの認識が、260 - 2 についての基本的な位置付けについて、出発点において若干のズレが生じていて、認識の違いがあったのかなと思います。いわゆる法律論としての 32 条と 33 条の同意についてのご説明だったのですが、何かご意見等ありますか。

川口委員：32 条の公共施設管理者の同意ということで、今回はこの時点では同意をしたということなのですが、本件ではない場合で、開発自体が悪影響を及ぼすなどの理由で同意が整わない場合がある。国土交通省の指針のなかで、同意が整うことが望ましいが、法律上は必須ではなく、協議の経過を示す書面が添付されていれば許可も出来るが、内容を精査し開発自体に問題がある、公共施設が適切に管理されるための指針がわからない等の場合には許可をしないこともあり得るということが書いてあります。手続きの欠陥を理由に許可をしない場合もあります、その場合訴訟となる場合もありますので、住民との間に説明会をもって下さいといったことが書かれた指針がありました。協議が整わないことによって許可しないということもあり得るといいますので、それは違法ではないのではないかと思います。33 条については、今議論になっているのは 1 項 14 号（妨げとなる権利を有する者の同意）についてで、これについて問題がなければ許可ということになるのですが、実際にはほかに 2 号については広場、公園、道路の環境の保全上の適正配置というものが規定されています。県審査会から違法と判断されたのは、この 2 号に依っているのですが、2 号で道路の構造上、規模で問題があれば許可しないことができるということなんだと思います。ずっと 14 号を議論の対象としていますが、2 号で問題がありますから許可しないということもあり得るのではないかと、32 条で同意している時点で色々精査して同意しているということなので、そこらへんが微妙なんだと思いますが、技術的・規模的に問題があるので許可をしないということもあり得るのではないかと考えています。

小沢委員：前半部分のところの付け足しなのですが、32 条については、同意を得ることと協議をしなければいけないということの 2 本立てになっています。同意については開発行為に関係がある公共施設の管理者の同意を得ることが必要で、それとは別に、協議については開発行為によって設置される公共施設を管理することとなるべき者と協議をしなければいけないとなっているので、今回の場合、事業者は、鎌倉市から開発行為に関係がある公共施設の管理者としての同意を得なければならないし、開発行為によって新たに道路が出来る部分があるので、それを管理することとなるべき者としての鎌倉市と協議もしなければいけないということに、細かく言うとなっています。

委員長：ありがとうございました。ほかにご意見はありませんか。

増本委員：補足的な意見なのですが、**「開発許可制度の解説」**の 115 ページに、公共

施設管理者とその用地の所有者が異なる場合でも、公共施設管理者にその用地の処分権限までも委任されている場合には、改めてその用地の所有者の同意を要しないと考えるべきである旨が述べられている。非常に鎌倉市では重視されています。当時から重視されていたのか、本件の争いが起きてから出てきたのかわかりませんが、現在、一つの基準としてこれが用いられているのですが、何故ならこうであるという根拠までがきちんと述べられていませんし、手続き的には改めて 33 条の同意までいいということであって、今問題になっている 32 条と 33 条の関係をきちんと理論的に述べているとまでは言えないのではないかと。この解説書の意図もどのようなケースを想定して解説したのかわからないのですが、当然 32 条の公共施設管理者と 33 条の土地の所有者の意見も同じである場合には 33 条の同意を持ち出すまでもないというように読めるので、あまりこの解説本だけでは根拠にはならないのではないかと思います。

安達委員：解説の経緯は全く知りませんので、お答えできるものは何も用意していないのですが、33 条の同意を兼ねることができるという趣旨だと思いますので、同意を兼ねなかったら違法になるというところまでは言っていないはずですから、あくまで一般論として 32 条同意をもって 33 条同意も兼ねることができる場合はやればいいですし、それは一般原則であって一切例外を認めないものではないと考えられますので、何か特別な事情があれば別個の判断をするということは十分にあり得るとするのは普通の解釈ではないでしょうか。

委員長：ほかにいかがでしょうか、当委員会として、32 条の同意、33 条 1 項 14 号の同意について、32 条は公共施設管理者としての同意、33 条 1 項 14 号については財産管理者としての同意と判断権者が違うなかでの議論となりますが、この議論は当委員会で議論を進める中で出てきた論点でありまして、当時の 260 - 2 に関する市の判断について、意識して両者を比較して判断した経過はないと思われる。いずれに致しましても、概ね素案についての当委員会での議論はだいたい出尽くしたと思いますので、外部委員会としての考えをまとめて市の内部委員会にお示しして、ご検討いただきたいと思います。他にご意見ないようでしたら、日程 4「その他」について、事務局からお願いします。

事務局：日程でございます。次回の日程について事前に調整をさせていただきます、次回は 9 月 18 日金曜日 9 時 30 分から、場所は講堂でございます。よろしくお願いいたします。

委員長：それでは、本日は終了します。ありがとうございました。