

2、ラブホテル建築規制条例をめぐる紛争 【解説】

第1、設問1

1、乙市市長による不同意の処分性の判断

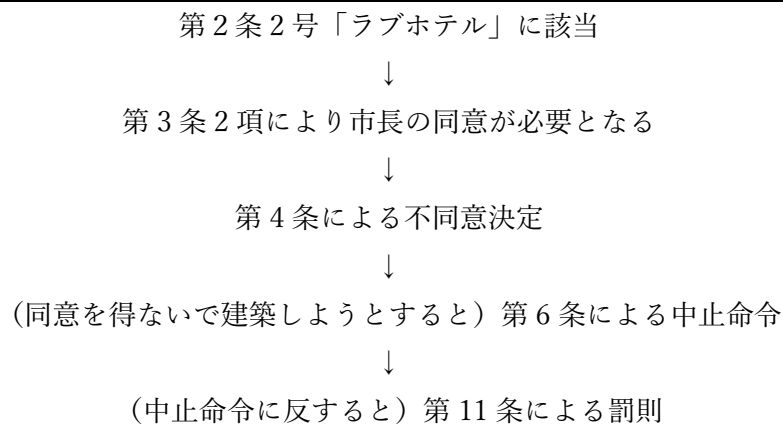
「処分」とは、①公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、②その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものである。

すなわち、処分性の有無の判断においては①公権力性と②広義の法効果性の観点が存在する。

(1) ①の公権力性については、論文上問題とならないことが多い。公権力性が否定される場合として想定されうるのは、当事者同士が対等な立場で結んだ合意や、契約の場合である。

本件でも、乙市市長という一方的優越的地位から不同意決定がなされているため、①の公権力性については問題なく認められる。

(2) では、②の広義の法効果性については認められるか。処分性が問題となる論文では、この要件が主戦場となることがほとんどである。広義の法効果性の有無についての判断をするにあたっては、まず根拠法規の仕組みを解釈をすると役立つことが多い。本問における「乙市遊技場等及びラブホテル等の建築等の規制に関する条例」(以下、「条例」とする。)の仕組みを解釈すると、以下の通りになる。



本件では、第4条に基づく不同意決定の段階で広義の法効果性が認められるかが争われている。乙市としては、不同意決定はなんらの法効果も発生させることのない事実行為である。との主張や、第6条による中止命令が出た段階で争えば足り、不同意決定は単なる中間行為にすぎず、やはり法効果性が認められないとの主張をなすことが考えられる。

これに関しては、同様に行政庁の中間行為に処分性を認めた、最判平 20.9.10 が参考になる。この判例は、土地区画整理事業計画決定→換地処分というプロセスをたどる行政庁の行為について、a 事業計画決定の段階で既に換地処分を受けるべき地位に立たされたこと b 換

地処分がなされた後に換地処分を対象に取消訴訟を提起したとしても、事情判決（行訴法 31 条 1 項）のおそれがあり、原告の実効的な権利救済の観点から事業計画決定の段階で争わせるべきであるという 2 つの理由から事業計画決定に処分性を認めた。

これを本件についてみると、a 過去同様の事案で乙市はほぼ確実に建築中止命令を出しているということから、不同意決定の時点で建築中止命令を受けるべき地位に立たされたといえる。b 実効的な権利救済の観点からすれば、不同意決定の時点で争えないとなると、原告としては時間的、経済的リスクを冒してまで、中止命令が出る段階まで建築の準備にとりかからなければならない。これでは、実質的に建築を断念せざるを得なくなってしまう。そのため、不同意決定の段階で争えるように法効果性を認めることが原告の実効的な権利救済につながると思われる。

そのため、本件不同意決定に②広義の法効果性が認められ、処分性が認められると考えてよいであろう。

第2、設問2

1、Aが提起する訴訟類型

Aの生の主張としては、建築基準法 6 条 4 項に基づく建築確認、確認済証の交付を望んでいる。そこで、行政庁に対し一定の作為を求める申請型義務付け訴訟（行訴法 3 条 6 項 2 号）を提起することが考えられる。

Aがした建築確認申請に対する応答がないことを理由に、不作為の違法確認訴訟（行訴法 3 条 5 項）を提起することも考えられなくもないが、かかる訴訟でAが勝訴したとしても、行政庁は申請に対する何らかの応答をする義務を負うにとどまるため、Aの生の主張を適えるより直截的な方法として、申請型義務付け訴訟が適切だと思われる。その上で、不作為の違法確認訴訟を併合提起（行訴法 37 条の 3 第 3 項 1 号）することになる。

2、甲県の対応の行政法上の評価

本件において、甲県はAから建築確認の申請を受けたが、乙市と協議して条例 3 条 2 項に基づく同意をとるようといった行政指導を続け、建築確認の留保をしている。このような行政指導に基づく許可の留保は、行政指導の性質との関係で問題となる。

というのも、行政指導とは相手方の任意の協力を前提とするものであり（行手法 32 条 1 項）、行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをすることは許されない（行手法 32 条 2 項）。

※地方公共団体の機関がする行政指導は行手法 3 条 3 項により、適用除外となる。よって、本件では行政手続法ではなく甲県行政手続条例の適用を受けることに注意が必要である。

そのため、最判昭 60.7.16 は、「建築主が右のような行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、…行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正誤の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法であると解するのが相当である。」と判示した。

本件においても、A は既に甲県の行政指導には従わない意思を明言しているため、上記特段の事情がない限り、建築確認の留保は行政法上違法との評価を受けることになる。そして、A の出店計画自体には違法がない以上、特段の事情の存在は認められないであろう。

したがって、本件の甲県の対応は行政法上違法との評価を受けることになる。

2、ラブホテル建築規制条例をめぐる紛争 【解答】

第1、設問1について

1、乙市市長の本件不同意には処分性（行政事件訴訟法（以下、法令名略）3条2項）が認められるか。

(1)「処分」とは、①公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、②その行為によって直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう。

(2)本件不同意は、乙市市長という一方的優越的地位から一私人たるAに対してなされているため、公権力性については問題なく認められる（①充足）。

(3)では、②広義の法効果性についてはどうか。不同意決定は、国民の権利義務を何ら変動させることのない、事実行為や中間的行為とも思えるため問題となる。

まず、乙市遊技場等及びラブホテル等の建築等の規制に関する条例（以下、「条例」とする）の仕組みについて解釈する。建築予定物が条例2条1項2号で定義される「ラブホテル」にあると、条例3条2項により市長への申請、またその同意を要する。そして、条例4条に規定される要件に該当した場合、市長は条例3条3項により不同意決定を行い、申請者に対しかかる決定が行われた旨を通知することになる。加えて、不同意決定を受けた者は市長による同意を得ずにラブホテルを建築しようとした場合、条例6条による中止命令を受け得ることとなり、かかる命令に反した者には条例11条で罰則が設けられている。

ア、そうだとすれば、Aとしては不同意決定の時点をもってラブホテルの建築をやめなければならないという義務が発生するため、広義の法効果性は認められると主張することが考えられる。

イ、これに対し、乙市としては不同意決定の内容に反して強行的に建築を開始したとしても、中止命令に反した場合と異なり不同意決定に反したことに対する罰則は設けられていないため不同意決定は強制力を伴わない事実行為であり、行政指導の一種である。そのため、国民の権利義務を形成したとは言えず、法効果性は認められないと反論することが考えられる。また、原告の権利救済の観点からしても、中止命令が出た段階で不同意決定について争えば十分である。よって、不同意決定はあくまで中間行為としての性質を有するものであるから、この点からしても法効果性は認められないと主張することが考えられる。

ウ、条例の運用の実情として、本件と同様の事例で過去乙市はほぼ確実に建築中止命令を出している。そのため、本件不同意がAに対し通知された時点で、Aとしてはそのまま建築を開始すればほぼ確実に中止命令を受けることとなる。したがって、本件不同意決定の通知を受けた時点で、Aは中止命令を受けるべき地位に立たされたといえる。

また、原告の実効的権利救済の観点からは、たしかに中止命令が出た時点で不同意決定について争えば十分かとも思える。しかし、条例6条によれば中止命令はあくまで建築に着手しようとした時点で発せられるものである。実際に建築に着手するまでには、材料の調達

や、現場で建築にあたる人材の確保など、多様な準備が必要となり、経済的負担も大きい。そのため、不同意決定がなされた時点で不同意決定について争えないとすると、原告としては時間的、経済的リスクを冒して建築の準備に取り掛かることとなり、権利救済として十分とは言えない。

したがって、権利救済の観点からも、本件不同意決定の時点で広義の法効果性を認めるべきである(②充足)。

(4)以上より、①、②双方を満たすため、本件不同意決定は処分性が認められる。

第2、設問2について

1、Aとしては、甲県から建築確認を出してもらえるよう、訴訟を提起したい。

そこで、不作為の違法確認訴訟(3条5項)と申請型義務付け訴訟を甲県に対し併合提起する。

2、甲県の対応の行政法上の評価

(1)甲県はAが建築確認の申請書を提出しているにもかかわらず、乙市と協議し、同意をとるようにと指導を続けて建築確認を留保している。行政指導とは、相手方が任意に従うことを期待してなすものである。また、甲県行政手続条例33条は、「申請者が」「行政指導に従う意思がない旨を表明したにもかかわらず」「申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない」と規定している。

そのため、①建築主が建築確認を留保されたままでの行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明している場合で、②行政指導への不協力が社会通念上正義の観念に反するといえるような特段の事情がないときは、建築確認の留保は違法である。

(2)本件で、Aは甲県に対し出店計画を一切変更するつもりはなく、迅速に建築確認を行うよう伝えているため、真摯かつ明確な意思の表明がされている(①充足)。

また、Aの出店計画は違法な点は存在していないのだから、上記特段の事情もない(②充足)。

(3)したがって、甲県の対応は違法である。

以上