

# 反論書

令和2年4月18日

沖縄県開発審査会 御中

審査請求人ら代理人 柳田 裕行

審査請求（令和2年3月30日受付開審第9号、以下「本件審査請求」とする）について、沖縄県知事（以下、「処分庁」とする）が提出した弁明書（令和2年4月9日付け土建第43号）について、次のとおり反論する。

## 1. 反論の趣旨

弁明書における処分庁の主張は、不的確であり理由がない。よって、本件審査請求書記載のとおり、「第29-088号の開発許可処分（以下、「本件処分」とする）を取消す」との裁決を求める。

## 2. 処分庁の弁明に対する反論

- (1) 審査請求の理由（ア）については、反論する。
- (2) 審査請求の理由（イ）については、反論する。
- (3) 審査請求の理由（ウ）については、反論する。
- (4) 審査請求の理由（エ）については、審査請求書記載のとおりであり、本書面にて反論は行わない。
- (5) 審査請求の理由（オ）については、審査請求書記載のとおりであり、本書面にて反論は行わない。
- (6) 行政不服審査法第18条ただし書についての主張に対して、反論する。

## 3. 反論の理由

### (1) 審査請求の理由（ア）について

請求人は、本件処分に付された条件が成就不能な不能条件である事実を基礎として、本件処分に付された条件は違法であると主張している。その主張に対して、処分庁は、「したがって、本件処分に付された条件に違法性はない」と結論付け否認しているが、その主張は、争いのない事実を重ねている

だけで、否認の根拠となる事実は示されておらず、否認には理由がないことから反論する。

① 処分庁の主張は、争いのない事実の積み重ねであり、審査請求の理由を否認する根拠が示されていないことについて。

a 処分庁は、本件処分の通知（平成30年3月28日付け沖縄県指令土第302号）において「11. その他必要事項」欄に記載されている「建築基準法による確認が必要。」及び「浄化槽処理水の地下浸透処理について、沖縄県浄化槽取扱要綱に基づく事前協議が必要。」について、「条件として記載されているものの、都市計画法の及ばない他法令であり、注意喚起のために記載している。」と主張し、いずれも本件処分に付された条件であることを認めている。一般に、行政処分に付される条件は、附款と呼ばれ、行政処分の効力の発生又は成立を、発生の不確実な事実にかからしめるものであり、条件成立の時まで効力の発生を停止する停止条件と、条件成立の時に効力を消滅させる解除条件に分けられる。本件処分に付された条件は、停止条件である。請求人は、本件処分に付された条件が、処分庁の裁量に基づいて付された停止条件であると主張している。したがって、処分庁が本件処分の通知の「11. その他必要事項」欄の記載事項が、条件であると認めていることは、請求人の主張を裏付けている。したがって、処分庁の主張は、審査請求の理由（ア）「当該開発許可処分に付された条件は違法であり、処分は取消されなければならない。」を否認する理由がない。

b 請求人は、審査請求の理由（ア）① a において、本件処分に付された条件が処分庁の裁量に基づくものであると主張した。この主張に対し、処分庁は、当該条件について「注意喚起のために記載している。」と主張し、「11. その他必要事項」欄に当該条件を記載し、本件処分に付与することが処分庁の裁量によって行われたことを自ら認めている。処分庁の主張は、請求人の主張を裏付けるものであり、本件処分に付された条件が不能条件であるという事実やその違法性を否定する根拠にはならない。したがって、処分庁の主張は、審査請求の理由（ア）「当該開発許可処分に付された条件は違法であり、処分は取消されなければならない。」を否認する理由がない。

- c 処分庁は、「開発許可は都市計画法、確認申請は建築基準法、浄化槽処理水の浸透処理は浄化槽法に基づいて法令を所管しているところが審査を行う。」と主張しているが、これは争いようのない事実であり、審査請求の理由を否認する理由にならない。なぜなら、本件処分に付された条件が違法である理由は、処分庁の裁量に基づいて本件処分に付された条件が、条件の内容とされた保健所による行政手続きが開始される前から成就不能な不能条件であることが明らかになっているという事実にある。処分庁の主張は、行政の所管事務を示しているにすぎず、本件処分に付された条件が不能条件であるという事実やその違法性を否定する根拠にはならない。したがって、処分庁の主張は、審査請求の理由（ア）「当該開発許可処分に付された条件は違法であり、処分は取消されなければならない。」を否認する理由がない。
- d 処分庁は、弁明書の【証拠（1）】について「開発許可書の手交の際に交付している」と主張しているが、【証拠（1）】記載の事実は、そもそも請求人がすでに審査請求書添付の【証拠2の資料3】で示した事実である。文書交付の有無は、本件処分に付された条件が不能条件であるという事実やその違法性を否定する根拠にはならない。したがって、処分庁の主張は、審査請求の理由（ア）「当該開発許可処分に付された条件は違法であり、処分は取消されなければならない。」を否認する理由がない。
- ② 請求人の主張に対して、否認する根拠となる事実を示す主張がなされていないことについて。
- a 請求人は、本件処分の通知において「11. その他必要事項」欄に記載され、本件処分に付された条件は不能条件であり、民法では、不能の停止条件を付した法律行為は、無効とする」（第133条第1項）と定められているところ、私法上の法律行為に比べて、より高い公益性が求められる行政行為に付される条件の内容は、その行政行為の目的に照らし、必要かつ合理的なものでなければならないことから、本件処分は違法であると一貫して主張している。しかし、処分庁による弁明には、本件処分に付された条件が不能条件であることに係る主張がなく、審査請求の理由（ア）「当該開発許可処分に付された条件は違法であり、処分は取消されなければならない。」を否認する理由がない。

b 処分庁は、本件処分に付された条件について「都市計画法の及ばない他法令であり、注意喚起のために記載している。」と主張している。この主張は、開発許可を受けた開発行為計画が、のちに都市計画法の及ばない他法令で審査を受ける事実や、審査の結果、開発行為計画に変更の必要が生じる可能性があるという事実を示すことで、条件に係る手続きは処分庁が行う処分の範囲外であると主張する趣旨であると思われる。しかし、請求人は、本件処分に付された条件である「建築基準法による確認」や「沖縄県浄化槽取扱要綱に基づく事前協議」が処分庁の所掌事務であると主張しているわけではない。また、他法令に基づいて開発許可処分後に行われる審査の結果、開発行為計画が変更される必要が生じる結果、開発許可を受けた計画が、そのままでは実施できなくなることを違法性の理由にしているわけでもない。なぜなら、本件処分の後、現在までに他法令による審査は全く開始されていない。にもかかわらず、本件処分を受けた開発行為計画は、計画を変更しなければ着手することができない状態にある。つまり、本件処分は、処分庁の裁量によって不能条件が付されたために、「開発に着手できない開発許可処分」となってしまったのである。処分庁の主張は、開発許可に付される条件の一般的性質を述べるにとどまり、本件処分に付された条件が不能条件であるという事実に対して、その違法性を否認する根拠を示していないのは明らかである。したがって、処分庁の主張は、審査請求の理由（ア）「当該開発許可処分に付された条件は違法であり、処分は取消されなければならない。」を否認する理由がない。

## （２）審査請求の理由（イ）について

請求人が、浄化槽放流水の地下浸透処理について、「下水を有効に排出する」かどうかの判断に沖縄県浄化槽取扱要綱が定める基準を適用すべきと主張したのは、都市計画法の開発許可の基準には、浄化槽放流水の地下浸透処理について許可相当とする基準がないからである。つまり、浄化槽放流水の地下浸透処理は、法第 33 条第 1 項第 3 号の規定に基づいて審査すると許可にならないので、許可相当と判断して開発許可処分を行うことは違法となる。したがって、処分庁が浄化槽放流水の地下浸透処理を含む開発行為計画に対して行った本件処分には重大かつ明白な瑕疵があり、審査請求の理由（イ）のとおり違法である。

処分庁は、「開発許可の審査では、法第 33 条第 1 項第 3 号に規定されている排水施設の構造及び能力、並びに放流先の能力の審査を行うことで、下水を有効に排出することについて確認をすることとなっている。」と主張し

ている。しかし、処分庁による主張は、一般的な開発許可の審査について述べているにすぎず、本件処分の審査において、浄化槽放流水の地下浸透処理施設（以下、「本件地下浸透施設」とする）について、本来であれば開発許可の基準として法令に定められている技術基準に照らして「排水施設の構造及び能力、並びに放流先の能力の審査を行う」べきところ、透水試験の結果に基づいて「透水性がある」と主張しているだけである。そもそもこの主張にも重大な事実誤認があることに加え、処分庁の主張には、法第33条第1項第3号に基づいて適法な審査を行ったとする事実や開発許可の基準として適用すべき技術基準に照らし、本件地下浸透施設を許可相当と判断した根拠が示されていない。したがって、処分庁の主張には、審査請求の理由(イ)「当該開発許可は、開発許可基準（法第33条第1項第3号）に反し違法」を否認する理由がない。本件地下浸透施設が、開発許可の基準に違反している理由を以下に述べる。

#### ① 法第33条第1項第3号に関連する適用法令等について

処分庁の主張のとおり、排水施設についての開発許可の審査は、法第33条第1項第3号に基づいて行われる。ただし、法第33条第2項で、「前項各号に規定する基準を適用するについて必要な技術的細目は、政令で定める。」と規定されており、処分庁は、政令（都市計画法施行令）と政令が参照する省令（都市計画法施行規則）が規定する技術細目に基づいて審査を行わなければならない。開発区域内の排水施設が技術細目に相当しない、または反している場合は、法第33条第1項第3号が規定する基準である「下水を有効に排出する」とは認められないだけでなく、「開発区域及びその周辺の地域に溢水等による被害が生じないような構造及び能力で適当に配置されるように設計が定められている」とも認められず、法第33条第1項第3項に違反し、違法となる。政令では、第26条第1号から第3号が開発許可の基準の技術細目にあたる。そして省令（都市計画法施行規則）では、第22条第1項および第26条1号から7号までが参照・適用される。なお、開発許可処分は、開発許可の基準に係る法令の適用および解釈について、処分庁には裁量の余地のない羈束行為と考えられている。加えて、沖縄県は「都市計画法に基づく開発許可制度に関する運用基準」（以下、「運用基準」とする）を定めている。運用基準158頁から170頁に「都市計画法に基づく開發行爲に関する技術基準」が記載されており、166頁から169頁に排水施設に関する技術基準が記載されている【証拠6】。開発許可の審査においては、これらすべてが適正に適用されなければならない。

② 本件地下浸透施設が、政令第26条第2号に反していることについて

政令第26条第2号は、「開発区域内の排水施設」についての規定であり、法第33条第1項第3号の技術細目として、汚水と雨水のどちらも含めたすべての排水施設に適用される。前段では、排水施設について「開発区域内の排水施設は、(中略)下水道、排水路その他の排水施設又は河川その他の公共の水域若しくは海域に接続していること。」と規定している。開発許可制度の逐条解説を記した「最新 開発許可制度の解説 第三次改訂版 開発許可制度研究会(編集)」(以下、「逐条解説」とする)は、処分庁が開発許可制度の運用を行う際に参照している図書だが、政令第26条第2号について、「開発区域内の排水施設の接続について規定したものである。開発区域内の排水施設がその下水を有効かつ適切に排出することができるように、下水道、河川、湖等へ接続していなければならない旨規定している。「有効かつ適切に」とは、地形などから考え無理なく排出できるものであると同時に、接続先の能力が十分あるということ及び接続先の本来の機能に照らして汚水および雨水を排出することが適切であるという意味である。」と解説している【証拠7】168頁②。つまり、開発区域内の排水施設は、下水道、河川、湖等へ接続することが必須条件になっている。しかし、本件地下浸透施設は、「開発区域内の排水施設」であるが、排水施設の終端であるため、「下水道、排水路その他の排水施設又は河川その他の公共の水域若しくは海域に接続して」いない。したがって、本件地下浸透施設は、明らかに政令第26条第2号に反している。

また、政令第26条第2号は後段で、「この場合において、放流先の排水能力によりやむを得ないと認められるときは、開発区域内において一時雨水を貯留する遊水池その他の適当な施設を設けることを妨げない。」と規定しているが、この規定は「雨水」に限定して適用されるもので、汚水には適用がない。逐条解説は、【証拠7】169頁2行目から、「後段は、放流先の排水能力が集中豪雨等の一時的な集中排水時にのみ不十分となる場合で他に接続しうる十分な排水能力を有する放流先が存在しない場合には、雨水に限り遊水地、ため池等を設け、一時貯留することができる旨の緩和規定である。」と解説していることから、本件地下浸透施設に政令第26条第2号の後段は適用されない。また、後段は、前段が定めるとおりに「接続していること」が前提であり、あくまで集中豪雨等の一時的な集中排水時についての細分化規定であることは、国土交通省都市局にも確認済みである。

本件地下浸透施設が、政令第26号第2号に違反している事実は、県の運用基準に照らしても明らかである。運用基準【証拠6】166頁 6. 排水施設(2)では、「排水施設は、放流先の排水能力、利水の状況等を勘案して雨水および汚水を適切に排出できる開発区域外の排水施設又は海、湖沼、河川その他公共の水域に接続させること。」と規定し、政令第26条第2号を基礎として基準化している。しかし、本件地下浸透施設は「開発区域外の排水施設又は海、湖沼、河川その他公共の水域に接続」していないので、運用基準にも違反し、政令第26条第2号に反している。したがって、本件地下浸透施設は、政令第26条第2号に反しており、審査請求の理由(イ)に示した通り、当該開発許可は、開発許可基準(法第33条第1項第三号)に反し、違法である。

③ 本件地下浸透施設は、省令第26条第2号に反していることについて

省令第26条第2号は、政令第29条に基づいて法第33条第1項第3項の技術細目として定められている。省令第26条第2号では、「排水施設は、陶器、コンクリート、れんがその他の耐水性の材料で造り、かつ、漏水を最小限度のものとする措置が講ぜられていること。ただし、(中略)、専ら雨水その他の地表水を排除すべき排水施設は、多孔管その他雨水を地下に浸透させる機能を有するものとしてすることができる。」と規定し、ただし書で「専ら雨水その他の地表水」に限って地下浸透処理を許しているが、本件地下浸透施設のように、汚水である浄化槽放流水を多孔管で地下に浸透させる機能を有する排水施設は許されていない。逐条解説は、省令第26条第2号のただし書について、【証拠7】170頁 3行目から「ただし書の規定は、平成十六年の特定都市河川浸水被害対策法の施行に伴い、同法第二条第二項の特定都市河川流域において雨水の流出抑制に係る措置を講じることが義務付けられたことを契機に、(中略) 専ら雨水その他の地表水を排除すべき排水施設に限り、多孔管等の浸透機能を付加することを可能としたものである。」と解説しており、汚水の排水施設が、省令第26条第2号ただし書の対象にならないことは明らかである。

よって、開発許可の技術基準である省令第26条第2号の規定により、多孔管を使用して地下浸透処理できるのは、雨水とその他の地表水に限られることから、多孔管を使用して汚水を地下浸透させる本件地下浸透施設は、省令第26条第2号に違反している。したがって、審査請求の理由(イ)に示した通り、本件地下浸透施設を開発許可相当とした本件処分は、開発許可基準(法第33条第1項第三号)に反し、違法である。

- ④ 政令第26条第3号は、本件地下浸透施設を開発許可相当とする理由にならないこと

政令第26条第3号は、「雨水（処理された汚水及びその他の汚水でこれと同程度以上に清浄であるものを含む。）以外の下水は、原則として、暗渠によって排出することができるように定められていること。」と規定している。逐条解説169頁③【証拠7】で、「令第二十六条第三号は、雨水以外の下水は、原則として暗渠により排出すべきである旨規定している。ただし、処理された汚水および工場排水等で衛生上問題のないものについては、暗渠による排水の義務は課せられていない。（中略）「原則」の例外として道路側溝等に排出することが認められることとなる。」と解説している。よって、同条第3号は、開発区域内で多孔管を使用して汚水を地下浸透処理する排水施設についての規定ではなく、同条前号が規定する接続規定の例外を定める規定でもない。したがって、政令第26条第2号は本件地下浸透施設を開発許可相当とする理由にならない。

- ⑤ 処分庁の主張には、汚水に係る開発許可の審査について、重大な事実誤認があることについて

処分庁は、「開発許可の審査では、法第33条第1項第3号に規定されている排水施設の構造及び能力、並びに放流先の能力の審査を行うことで、下水を有効に排出することについて確認をすることとなっている。浸透能力については、宅地防災マニュアルに基づいた方法で透水試験が行われており、透水性があることを確認している。」と主張し、本件処分の審査に際して、宅地防災マニュアルに基づいて行われた透水試験によって示された透水性を、下水を有効に排出することの根拠としていると主張している。

しかし、処分庁が開発許可の審査で参照している「宅地防災マニュアルの解説」（編集 宅地防災研究会）【証拠8】（以下、「宅地防災マニュアル」とする）には、治水・排水対策の章で、269頁5行目から7行目にかけて、「現行の下水道施設の計画・設計においては、汚水と雨水を分留して処理するのが一般的である。このため、本マニュアルにおいては、汚水を除いた雨水処理のための治水・排水対策にかかる計画・設計・施工上の基本的な考え方や留意事項等について述べることとする。」と記載されている。つまり、そもそも宅地防災マニュアルは雨水処理を対象としており、汚水処理について対象外としていることから、宅地防災マニュアルに基づいた試験結果を理

由に、汚水の排水計画である本件地下浸透施設について、開発許可の基準に対する相当性を確認することはできない。処分庁は、本件地下浸透施設について、重大な事実誤認に基づいて開発許可の審査を行っていることが明らかになったといわざるを得ない。したがって、処分庁の主張は、審査請求の理由（イ）を否認する理由がない。

⑥ 処分庁は、本件地下浸透施設を開発許可相当とした法的根拠を示していないことについて

処分庁は、⑤で示した通り、事実誤認に基づいた主張をしていることに加え、請求人の主張を否認するために必要な、本件処分が違法でない、または重大明白な瑕疵がないなど、本件地下浸透施設を開発許可相当とした法的根拠を示していない。開発許可の審査では、法第33条第1項第3号が定める「下水を有効に排出する」かどうかは、法令の技術基準に照らして判断されるが、上記①から④で述べたように、本件地下浸透施設は開発許可の技術基準に違反しており、開発許可相当と判断することはできない。

ちなみに、運用基準【証拠6】168頁（7）、（8）には、省令第22条各項および省令第26条各号をもとに污水管きょについて、計画水量に対しての流速や管の材質が基準として規定されている。しかしこの基準は、②で述べたとおり、「開発区域外の排水施設又は海、湖沼、河川その他公共の水域に接続」することが前提となるので、開発区域内の污水排水施設の終端であり、接続条件を満たしていない本件浸透施設の開発許可の基準にそのまま適用することはできない。しかも、③で述べたとおり、汚水の排水施設は、多孔管を使用して地下浸透させる機能を有することが認められていないので、多孔管を使用して汚水を地下浸透させる本件地下浸透施設は、運用基準【証拠6】168頁（7）、（8）の基準に照らして開発許可相当性を判断することができない。よって、本件地下浸透施設については、開発許可の基準、運用基準のいずれも開発許可相当であると判断する根拠にならない。

なお、開発許可処分については、法によって許可の基準及び適用が厳格に定められており、適用にあたっては、詳細な逐条解説によって法令解釈も明確に定められている。また、高い公平性、公益性が求められることから、処分庁が裁量によって法令の適用の範囲を拡大または縮小したり、裁量によって法令の解釈を変更したりすることは、裁量権の濫用にあたり、違法である。審査請求の理由（イ）に係る本件処分の違法性判断においては、審査にあたり、特にこの点が重要であることを付しておく。

### (3) 審査請求の理由(ウ)について

請求人は、行政不服審査法第1条第1項に基づいて、本件処分が不当であり、取消されなければならないと主張しており、本件処分の違法性についての主張は行っていない。この点、審査請求の理由(ウ)④については、「沖縄振興特別措置法に違反し」と主張しているが、そもそも沖縄振興特別措置法に第84条の3は努力義務を定めた規定であることから、規定の及ぶ範囲は国及び地方自治体の裁量に係り、明確な基準に基づいた違法性判断ができないことを理由に、不当であると主張している。

そもそも不当とは、「法に違反していないが制度の目的から見て適切ではないことをいう、例えば、裁量権のある者が権限の枠内で不適切な裁量をした場合には、違法ではないが不当であるなどという」(法律学小辞典(第3版)有斐閣 29頁)とされている。言い換えれば、裁量の範囲逸脱・濫用に至らない程度の裁量の不合理な行使をいう。ちなみに、国税不服審判所が公表している平成22年12月1日裁決は、違法ではなく不当として青色申告の承認取消処分を取り消した事例である。国税不服審判所は、不服申立てを受けた承認取消処分について、処分の違法性の有無の判断とは別に、不当性の有無の判断を行い、納税制度に求められる正確性が担保されているか、信頼性が損なわれていないか、処分庁の指導による処分事由回避の可能性など、様々な事情を総合勘案して不当性の有無を審理し、裁決している。審査請求の理由(ウ)は、処分庁の裁量に基づいて本件処分に成就不能の条件を付したことに基づいている。開発審査会による審査は、国税不服審判所同様、行政不服審査法に基づく審査を行う機関であり、同様に同法第1条第1項に基づいて不当性の有無の判断を行わなければならない。

ところが、処分庁の主張は、本件処分について違法性の有無に関する主張を繰り返すだけで、審査請求の理由として示された不当性の有無についての主張がない。したがって、処分庁の主張には、審査請求の理由を否認する理由がない。

以下に、本件処分の不当性の有無を判断するために総合勘案すべき事情を改めて整理する。

#### ① 本件処分に付された条件が、処分庁の裁量による停止条件であること

開発許可処分は、都市計画法によって開発許可の基準が定められており、処分権限を有する処分庁には、許可について裁量の余地のない羈束行為である。しかし、開発許可に付される条件は、行政処分の法律上の効果を制限するために行政庁が付す付加的な規律で、附款と呼ばれる。附款には、条件(解

除条件と停止条件)、期限、負担、撤回権の留保、法律効果の一部除外の5種類があり。本件処分に付された条件は、条件(停止条件)にあたる。この点、処分庁は本件処分に付した条件に注意喚起の意図を有していたと主張しているが、処分庁の意図の有無によって、当該条件が停止条件である事実是否定されない。また、処分庁が本件処分の通知に「その他必要事項」として条件を付することは、処分庁の裁量の範囲内の行為として認められている。

② 本件処分が合理性を欠いていること

本件処分は、処分庁の裁量によって、成就不能な条件が付されたことにより、本件処分を受けた開発行為計画は、証拠4で明らかになった通り、そのままでは実施できない状態に陥っている。本件処分は、「開発に着手できない開発許可処分」であり、許可制度として合理性を欠いているのは明白である。

③ 開発許可処分に不能条件を付することは、法の趣旨、目的にそぐわない

都市計画法は、第1条で「都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて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を目的」として規定している。法第3条第1項では「国及び地方公共団体は、都市の整備、開発その他都市計画の適切な遂行に努めなければならない。」と規定しているところ、処分庁が裁量によって成就不能な条件を付し、「開発に着手できない開発許可処分」を下すことは、法が目的とする「秩序ある整備」とは言えず、「開発の適切な遂行」でもなく、法の趣旨、目的に照らして不合理である。よって、処分庁が本件処分に裁量によって成就不能な条件を付したことは、都市計画法上、明らかな違法とはいえないとしても不当であり、不能条件が付されて着手できない本件処分は、取消されなければならない。

④ 「開発に着手できない開発許可処分」を行うことは、開発許可制度の信頼性を損ない、行政処分に求められる公平性、公益性の観点から許されない。

⑤ 処分庁は、本件地下浸透施設が本件処分に付した条件を満たさない可能性を事前に承知しており、本件処分の名宛人に対して指導を行うことで、条件が不能条件となることを回避することができた。

処分庁は、本件地下浸透施設が沖縄県浄化槽取扱要綱が定める土壤浸透処理可能な土地条件（以下、「土地条件」とする）を満たさない可能性があることについて、本件処分の前に八重山保健所に行った意見照会に対する回答（平成30年3月8日付）を受けて承知していた【証拠2の資料3】。しかも、当該回答欄の見出しは、「1. 所管する法令等への抵触の有無及び手続状況について」となっており、法令に抵触する可能性があることが、誤認しようない様式で明示されている。よって、処分庁は、本件地下浸透施設が土地条件を満たさないために、本件処分に付した条件が不能条件となる可能性を承知していたと認められる。

処分庁は、「本件処分は都市計画法に基づいて適法に行われている。」と主張しているが、地下浸透処理される汚水は、都市計画法が定める開発許可の審査の対象である「下水」（法第33条第1項第3号）に含まれることから、本件地下浸透施設も処分庁による開発許可の審査の対象であることは言うまでもない。開示された公文書（指摘事項①の3頁 平成30年1月16日付）【証拠9】には、「23. 浄化槽処理水の地下浸透に係る処理方針について、ボーリング孔B-1の透水試験の結果を元に、八重山保健所と再度協議を行ってください。また、協議の結果を協議録簿等に示してください。」と記載され、処分庁が、本件処分の名宛人に対して、本件地下浸透施設について指導している事実が記載されている。しかも、提出された業務打合せ記録簿（平成30年1月26日付）【証拠10】には、本件地下浸透施設が汚水を浄化するために必要な土壤の厚さや透水速度が基準値の範囲を超えていることなど、土地条件を満たさない事実が記載され、それらの土地条件は自然的条件であることから、微細な設計変更や再調査で対応可能な条件でないことがわかる。

つまり、処分庁は、開発許可の審査において、本件地下浸透施設に係る指導を行い、証拠10で本件地下浸透施設が、土壤浸透処理可能な土地条件を満たしていない事実を認識し、その後、保健所に意見照会を行い、それに対する回答によって本件地下浸透施設が法令に違反する可能性を認識している。その後、平成30年3月28日に本件処分を行っている。したがって、処分庁は、保健所からの回答を得た後、本件処分を行う前に本件地下浸透施設について、法令違反となる可能性がないように設計の検討を行うように指導することは十分可能であった。すなわち、本件処分に付した条件が不能条件となることを回避できたことは明白である。

以上の①から⑥の事由を総合勘案すると、処分庁が裁量によって本件処分に成就不能な条件を付したことは、都市計画法上、明確に違法とは言えないとしても、不当であり、回避可能であった。しかも、「開発に着手できない

開発許可処分」である本件処分は合理性を欠いており、制度の信頼性を損なっている。したがって、本件処分は取り消されなければならない。

(4) 審査請求の理由 (エ) について

審査請求書記載のとおりであり、本書面にて反論は行わない。

(5) 審査請求の理由 (オ) について

審査請求書記載のとおりであり、本書面にて反論は行わない。

(6) 行政不服審査法第18条ただし書についての主張に対して

処分庁は、行政不服審査法第18条ただし書が定める「正当な理由」について、法令の出典を示さず「審査請求期間が教示されなかった場合及び誤って長期の審査請求期間が教示された場合であって、請求人が他の方法で正しい審査請求期間を知ることができなかつたような場合を含む。」と例示している。そして、請求人が主張する正当な理由が、自ら示した例示に該当しないことのみを根拠に本件請求の提出を認めることはできないと主張している。

しかし、そもそも行政不服審査法の目的は、第1条第1項に「この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民が簡易迅速かつ公正な手続の下で広く行政庁に対する不服申立てをすることができるための制度を定めることにより、国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする。」と定められている。よって、審査請求期間経過後に不服申立てを行う正当な理由があるかどうかは、例えば、繁忙や仕事上の都合、病気など自ら甘受すべき事情で審査請求期間を経過した場合は正当な理由にあたらぬとするなど、法の目的に照らし、個別に総合的に判断するべきである。請求人においては、差止訴訟によって、本件処分が「開発に着手できない開発許可処分」であるという、およそ開発許可制度が予定していない内容であることが明らかになり、その処分が違法または不当であることを理由として、自らの権利利益の救済のために不服申立てを行うことが可能になった。

以上のように、不服申立ての機会が差止訴訟によって得られたことを否定する余地はなく、審査請求期間が経過したのは、請求人が甘受すべき事情とは言えない。そして、請求人は差止訴訟判決後、すみやかに審査請求を行っている。また、処分庁が本件処分に付した条件が不能条件であったことから、本件計画は着手されないままになっている。このような事態が生じたのは、処分庁が行った本件処分が適正を欠いていたからであり、本件審査請求によ

って処分庁による開発許可制度の適正な運営が確保されることは、行政不服審査法の目的に合致するものである。

4. 証拠4の2頁「理由」2 原告らが「本件訴えを取り下げた」時期について  
沖縄県開発審査会事務局より、令和2年4月17日付のEメールで「反論書について（照会確認事項）」として、反論書に記載するように要請があった表題のことについては、次のとおり。

令和2年1月27日に、那覇地方裁判所に取下書【証拠11】を提出した。

なお、原告らによる取下げは、取下書記載のとおり、「頭書事件に関し、「現行の排水計画のままでは、（中略）本件ホテル工事を着工することは事実上不可能な状態にあること」が判明した」ことを理由としており、被告もその事実を認めていたことから、ホテル建築工事によって被告人の権利が侵害されるおそれが、訴訟を継続しなければならないほど具体化していないことが明らかになったことによる。しかし、被告はホテル建設の中止を表明したわけではなく、計画変更を検討していることから、開発許可処分によって、依然として原告ら（請求人とおなじ）の権利利益が侵害される可能性は失われず継続している。

5. 次の文書を証拠として提出する。

証拠6 都市計画法に基づく開発許可制度に関する運用基準の抜粋

166～169頁

証拠7 最新 開発許可制度の解説 第三次改訂版 168～171頁

証拠8 第二次改訂版 宅地防災マニュアルの解説 267～269頁

証拠9 指摘事項①（平成30年1月16日付）

証拠10 業務打合せ記録簿（平成30年1月26日付）

証拠11 取下書（2020年1月27日付）

以上