

主 文

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。

(主位的請求)

- 2 渋谷区長が平成19年10月30日付け開発許可第○号をもってした原判決別紙物件目録記載の各土地に係る開発許可が無効であることを確認する。

(予備的請求)

- 3 渋谷区長が平成19年10月30日付け開発許可第○号をもってした原判決別紙物件目録記載の各土地に係る開発許可を取り消す。

第2 事案の概要

- 1 渋谷区長は、平成19年10月30日、A株式会社（以下「A」という。）に対し、原判決別紙物件目録記載の各土地（以下「本件土地」または「本件開発地」という。）に係る開発行為（以下「本件開発行為」という。）について、都市計画法（平成20年法律第40号による改正前のもの。以下「法」という。）29条1項に基づく許可（番号第○号）（以下「本件許可」という。）をした。

本件は、本件土地の近隣等に居住する控訴人らにおいて、渋谷区長には開発行為の許可をする権限がなく、また、本件許可に法33条1項に定める開発許可の基準に適合しない違法があると主張して、主位的に本件許可の無効確認を求め、予備的にその取消しを求めた事案である。

原審は、控訴人らには、本件抗告訴訟について、いずれも原告適格がなく、本件訴えはいずれも不適法であるとして却下したので、控訴人らにおいて控訴した。

当審において、被控訴人は、本件許可の申請者であるAから本件開発行為に係る工事（以下「本件開発工事」という。）が完了した旨の工事完了届が提出され、渋谷区長において、Aに対し、開発工事の検査済証を交付し、本件開発工事が完了した旨を公告したので、本件抗告訴訟については、訴えの利益がなくなった旨主張した。控訴人らは、いまだ本件開発工事は完了していないなどと主張して被控訴人の上記主張を争っている。

2 前提事実、争点及び当事者の主張の概要は、当審における被控訴人の主張を次項3のとおり、控訴人らの主張を後記4のとおり、それぞれ付加するほかは、原判決「事実及び理由」欄の「第2 事案の概要」の1及び2（原判決2頁22行目から16頁13行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する（ただし、原判決10頁11行目の「これを」の次に「一般的に禁止して」を加え、原判決別紙「付近見取図」中の「特別区道〇〇号」を「特別区道〇〇号」に改める。）。

3 当審における被控訴人の主張

(1) 渋谷区長は、平成22年8月23日、本件処分の申請者であるAから、本件開発工事が完了した旨の工事完了届（乙18）が提出され、検査したところ、同工事が法29条に定める開発許可の内容に適合していたため、同月26日、Aに対し、本件開発工事の検査済証（以下「本件検査済証」という。）を交付し、本件開発工事が完了した旨の公告をした（乙19）。

(2) 法29条に基づく開発許可処分について、許可の対象である開発工事が完了し、その検査済証の交付がされた場合においては、開発許可を受けなければ適法に開発行為を行うことができないという開発許可の効果が消滅し、他にその取消しを求める法律上の利益を基礎付ける理由も存しないから、その取消しを求める訴えの利益は失われると解すべきであり（最高裁平成5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号4955頁。以下「平成5年の最判」という。）、また、開発許可処分の無効確認を求める訴えも、その取

消しを求める訴えと同様，当該開発工事が完了した場合には，その利益が失われると解すべきである。上記のとおり，本件開発工事は，平成22年8月26日に完了したから，本件訴えは，その利益を欠くに至ったものである。

4 当審における控訴人らの主張

(1) 訴えの利益について

ア 法29条1項は，開発行為をしようとする者は，あらかじめ開発許可権者の許可を受けなければならないと定めているところ，当該許可は，「開発行為」の許可を意味しており，「開発工事」だけの許可を意味しているわけではない。すなわち，開発行為は，開発許可に係る工事の完了をもって終了するのではなく，当該土地の区画形質の変更が存続する限り継続しているものと解すべきである。そうでなければ，違法な開発行為であっても工事が終了してしまえば，そのまま許容されることになり，法の趣旨が没却されることになる。開発行為は，当該開発工事が終了した後も，半永久的に原型からの区画形質の変更がされた状態の土地として，それが存在する都市計画区域の都市インフラの基盤の上に厳然として存在し続けるものであって，行政訴訟による審査の対象とされるべきである。平成5年の最判は，法29条などが定める開発行為と開発許可の意味を誤って解釈しており，不当である。

イ 本件開発行為に関する工事は，同工事の完了検査を行ったとされている平成22年8月24日までに完了しておらず，本件検査済証の交付は，虚偽又は偽装によるものである。

すなわち，Aは，平成22年9月に入ってから，本件土地の近隣住民宅に，「工事名（仮称）α計画新築工事－改修工事」と題する文書（甲26添付資料）を配布しているが，同文書には，南側改修工事を同月1日から同月25日まで，西側改修工事及び北西部改修工事を同月1日から同月30日まで行う予定である旨の記載がある（以下「平成22年9月の工事」

という。)。しかしながら、本件開発工事が「完了」しているにもかかわらず、その直後から約1か月間の改修工事（平成22年9月の工事）をしなければならないということ自体が不自然である上、同工事は、いずれも本件開発地と外周道路との接続部分の工事で、それは、本件開発地の土地の区画形質の変更に関する工事である。すなわち、本件開発工事の基本工事に関するものであって、改修工事ではなく本件開発工事そのものである。実際にも、例えば、本件開発地北西部に位置するいわゆる提供公園から区道×号に上る階段の頂上付近は、道路、擁壁、切り土、盛り土等によって土地の物理的形狀の変更が行われている。また、本件開発地の北西側が外部の道路と接する部分において、地盤の段差を生じさせ、さらに、擁壁等により、本件開発地の西側が外部の道路と接する部分における地盤の掘り下げ工事が行われ、土地の物理的形狀の変更が行われている。Aの工事完了届は事実に反する虚偽のものであるし、これに対する本件検査済証の交付も虚偽又は偽装によるものである。

(2) 本件許可の違法性について

ア Aのした本件開発許可申請において、予定建築物は、本件許可申請書（乙10）に添付した土地利用計画図（乙20の2。以下「本件土地利用計画図」という。）に記載されているように、10棟の建物（以下「本件各建築物」という。）であることを前提にしており、渋谷区長は、これに対して本件許可をした。しかし、本件各建築物は、10棟それぞれが独立した建築物ではなく、用途上も、構造上も、機能上も一体となった1棟の建築物（各棟が巨大な「ロの字」形に結合されている。）であって、土地利用計画図記載の予定建築物は、本件各建築物の実体とは異なるものである。本件許可は、開発行為に関する設計（法30条1項3号）について、虚偽のものをを用いた申請に基づくものである。

本件各建築物には、各棟に通じる片面ガラス張りの屋内共用廊下（以下

「本件廊下」という。)がある。ところが、本件廊下は、本件土地利用計画図にも、その基になる「地下1階面積算定図」にも記載がない。本件廊下は、本件各建築物にとって、構造上も機能上も不可欠な構造物である。これを欠いた本件土地利用計画図は、本件各建築物の実際の計画と異なった内容虚偽の申請である。また、本件土地は、第二種低層住居専用地域に指定されている地域に存在し、建ぺい率は60パーセントとされているところ、本件各建築物の建築面積合計の敷地面積合計に対する割合は45パーセントであるが、「ロの字」に囲まれた中庭部分の面積を建築面積に算入した場合は、法定の建ぺい率を超過することは確実である。さらに、本件土地の有効敷地面積に対する法定許容容積率は200パーセントとされているところ、本件各建築物の建築計画によれば、本件各建築物の建築面積合計の敷地面積合計に対する割合は322パーセントとなり、これから容積率対象床面積以外の面積を除いたとしても、上記中庭部分を床面積に算入した場合は、法定の容積率を超過することは確実である。

Aは、予定建築物の容積率等に関する規制を逃れるため、実際には1棟の建物であるにもかかわらず、ことさらに10棟と偽装した結果、多くの矛盾が生じたのである。本件許可申請は、実体法上も違法に違法を重ねたものであり、これに基づきされた本件許可の違法性は重大かつ明白であるから、本件許可は、当然に無効であり、そうでないとしても取り消されるべきである。

イ 本件開発地は、幅員9メートル以上の道路に接していることが開発許可基準とされているにもかかわらず、その接道する道路として申請された区道〇〇号は、β町内は幅員9メートルを維持しているものの、その他の部分では7.89メートルないし8.32メートルであって、上記基準に適合していない。よって、本件許可は、法33条1項2号、同条2項、都市計画法施行令25条2号、都市計画法施行規則20条に違反しており、そ

の違法性は重大かつ明白であるから、無効である。なお、Aは、本件の開発行為の接道要件を満たす道路として、当初「渋谷区特別区道〇〇号」を挙げており、全くの架空の道路を挙げていた。実際には、本件開発地が接しているのは「渋谷区特別区道〇〇号」であるから、それだけで本件処分は無効である。

第3 裁判所の判断

- 1 当裁判所は、控訴人らの本件訴えは既にその利益が失われたからいずれも不適法であり、これを却下すべきものと判断する。その理由は、以下のとおりである。
- 2 本件開発行為の工事完了の有無
 - (1) 証拠（乙21，22の1～3，乙23，26～29）及び弁論の全趣旨を総合すると、① Aは、平成22年8月23日付けで、渋谷区長に対し、本件開発工事が同日完了した旨の工事完了届出書を提出したこと、② これを受けて、渋谷区都市計画課土地利用審査係のBほか1名において、同月24日、本件開発地に赴き、本件開発工事によって造成された提供公園、排水施設、提供道路などの形状等が本件許可の内容に適合しているか検査をするとともに、関係箇所の写真を撮影したこと、③ その結果、Bは、上記工事の結果が本件許可の内容に適合しているものと判断し、同月25日、本件開発工事の検査済証の交付及び完了した旨の公告に関する書類を起案し、同月26日、同区都市整備部長の決裁を受けた上、渋谷区長は、同日、Aに対し、本件開発工事の検査済証を交付し、同工事が完了した旨の公告を行ったこと、以上の事実が認められる。
 - (2) 控訴人らは、「Aは、本件開発工事の完了検査を行ったとされている平成22年8月24日以後である同年9月に入ってから、本件開発地の外周道路の接続部分の工事（工事名（仮称）α計画新築工事－改修工事。平成22年9月の工事）を行っているところ、これは、本件開発地の土地の区画形質

の変更に関する工事であるから、開発工事の基本工事に関するものであって、改修工事ではなく開発工事そのものである。例えば、本件開発地北西部に位置するいわゆる提供公園から区道×号に上る階段の頂上付近は、道路、擁壁、切り土、盛り土等によって土地の物理的形状の変更が行われている。また、本件開発地の北西側が外部の道路と接する部分において、地盤の段差を生じさせ、さらに、擁壁等により、本件開発地の西側が外部の道路と接する部分における地盤の掘り下げ工事が行われ、土地の物理的形状の変更が行われている」旨主張する。

ところで、開発行為とは、主として建築物の建築又は特定工作物の建設の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更をいうところ、前掲証拠及び弁論の全趣旨によれば、平成22年9月の工事は、本件許可に係る工事が完了した後、本件開発地東側入りロゲートの工事、提供公園北東側にある階段沿い・敷地塀の北側端部の縮小、敷地内フェンスの南側への後退、ドライエリア立ち上がり壁の上部の一部撤去、駐輪場入りロゲートの北側への後退などの外構工事（建物本体以外の外回りの工事）をしたものであることが認められ、平成22年9月の工事終了後の状況を見ても、これらの工事が土地の区画形質の変更に関する工事であると評価することは困難である。その他、平成22年9月の工事について、本件土地の区画形質の変更に関する工事であることを認めるに足りる証拠はない。

そうすると、Aの平成22年8月23日付け工事完了届出書の提出、渋谷区都市整備部都市計画課土地利用審査係による同月24日の検査、渋谷区長による同月26日付け完了公告及び同日付け検査済証の交付は、いずれも事実に基づき適法に行われたものというべきである。

3 訴えの利益の有無

- (1) 控訴人らは、「開発行為は、開発許可に係る工事の完了をもって終了するのではなく、当該土地の区画形質の変更が存続する限り継続しているもの

と解すべきであり、当該開発工事が終了した後も、半永久的に原型からの区画形質の変更がされた状態の土地として、それが存在する都市計画区域の都市インフラの基盤の上に厳然として存在し続けるものであるから、本件開発行為は、なお行政訴訟による審査の対象とされるべきである」旨主張する。

(2) しかしながら、法29条に基づく開発許可は、あらかじめ申請に係る開発行為が法33条1項各号所定の要件に適合しているかどうかを公権的に判断する行為であって、これを受けなければ適法に開発行為を行うことができないという法的効果を有するものであるが、許可に係る開発行為に関する工事が完了した時は、開発許可の有する上記の法的効果は消滅するものというべきである。そして法81条1項1号は、都道府県知事等は、法若しくは法に基づく命令の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反した者に対して、違反を是正するため必要な措置を採ることを命ずることができるところ、開発許可の存在は、上記の違反是正命令を発する上において法的障害となるものとはいえず、また、仮に開発許可が違法であるとして判決で取り消されたとしても、違反是正命令を発すべき法的拘束力を生ずるものでもない。そうすると、開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされた後においては、開発許可が有する本来の効果は既に消滅しており、他にその取消し又は無効確認を求める法律上の利益を基礎付ける理由も存しないことになるから、開発許可の取消し又はその無効確認を求める訴えは、その利益を欠くに至るものというべきである。控訴人らは、平成5年の最判が法29条などの定める開発行為と開発許可の意味を誤って解釈していると主張するけれども、控訴人らの独自の見解であって、当裁判所において採用することはできない。

(3) 控訴人らは、本件許可が無効であること又は取り消すべきものであることについて、当審においても様々な主張をしているが、前説示のとおり本件許可に係る工事が完了（なお、前掲2(1)の証拠及び弁論の全趣旨によれば、平成22年9月の工事も完了していると認められる。）し、本件許可の無効

確認又は取消しを求める法的利益が消滅した以上，本件許可の適法性についての判断の必要をみない。

- 4 以上のとおり，控訴人らの本件訴えは，いずれもその利益を欠くに至ったというべきであり，これを却下すべきものとした原判決は，結論において正当であるから，本件控訴を棄却することとし，主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第23民事部

裁判長裁判官 鈴木 健 太

裁判官 小 宮 山 茂 樹

裁判官 吉 田 徹