
論 説

開発許可取消訴訟と狭義の訴えの利益

——最高裁平成 27 年 12 月 14 日判決
(民集 69 卷 8 号 2404 頁) を中心に——

洞 澤 秀 雄

- I. はじめに
- II. 事案の概要と本判決
 - 1. 本件の概要
 - 2. 本判決
- III. 検 討
 - 1. 開発許可取消訴訟と狭義の訴えの利益をめぐる判例と
本判決の位置付け
 - 2. 本判決の射程
 - 3. 平成 5 年最判と平成 11 年最判の再考

I. はじめに

行政事件訴訟法 9 条 1 項かつこ書きでは、処分等の効果がなくなった後においても取消しによって回復すべき法律上の利益があるかという、狭義の訴えの利益が問われる。その一分野として、建築確認や開発許可等の一定の工事を伴う行為を認める行政処分について、工事の完了等によって処分の効果がなくなり、その後に取り消しを求める法律上の利益が失われるのかが議論されてきた。本判決（最判平 27・12・14 民集 69 卷 8 号 2404 頁，判時 2288 号 15 頁，判タ 1422 号 61 頁，判自 406 号 73 頁）は、この点に係る判例の射程について興味深い

判断を示すものである。なお、以下では、特に断らない限り、「訴えの利益」は狭義の訴えの利益を指すものとして用いる。

工事の完了等¹⁾と訴えの利益という論点については、建築確認に係る最高裁判決が出発点となる。最判昭 59・10・26 民集 38 卷 10 号 1169 頁（以下、「昭和 59 年最判」とする）は、建築確認の取消訴訟について、建築基準法の規定の解釈から、建築確認に係る建築物等の「工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる」とした。その後、開発許可の取消訴訟について、最判平 5・9・10 民集 47 卷 7 号 4955 頁（以下、「平成 5 年最判」とする）が、類似の論理により、都市計画法の規定の解釈から、「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、……開発許可の取消しを求める訴えは、その利益を欠くに至るものといわざるを得ない」とした。平成 5 年最判の事案では建築物の建築工事も完了していたが、開発許可に係る予定建築物について建築確認がなされていなかった最判平 11・10・26 判時 1695 号 63 頁（以下、「平成 11 年最判」とする）においても、平成 5 年最判の射程内として訴えの利益が失われると判断された。

こうしたなか、本判決²⁾は、市街化調整区域における開発許可の取消訴訟について、都市計画法の規定の解釈から、検査済証の交付後も訴えの利益が失われずとし、平成 5 年最判の射程が及ばないとした。本稿は、本判決の判旨に賛同した上で、本判決を平成 5 年最判及び平成 11 年最判との関係で位置付けて、その射程を論ずる。さらに、本判決を契機に、平成 5 年最判及び平成 11 年最判の再検討についても省察する。

II. 事案の概要と本判決

1. 本件の概要

鎌倉市（Y）内の約 3400 m² の土地を開発区域とし、予定建築物を自己居住用住宅とする事業者 A による開発許可申請（都市計画法 29 条 1 項）に対して、

鎌倉市長が2012年12月28日に開発許可（以下、「本件許可」とする）をした³⁾。これに対して、周辺住民Xらが、開発審査会への審査請求を経て、2013年12月25日に本件許可の取消しを求める訴えを横浜地裁に提起した。なお、本件許可に係る開発行為については、工事が完了し、提訴の翌日（12月26日）に検査済証が交付され完了公告がなされているが、本件許可に係る予定建築物の建築確認申請は、最高裁の口頭弁論終結時にも未だ行われていなかった⁴⁾。

第一審（横浜地判平26・9・10民集69巻8号2414頁）は、開発許可に係る開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付もされていることから、開発許可の取消しを求める訴えの利益を欠くとして訴えを却下した。これに対して、原審（東京高判平27・2・25民集69巻8号2423頁）は、都市計画法43条及び42条の解釈から、「市街化調整区域内における開発許可については、当該開発許可に係る開発行為に関する工事が完了し、検査済証の交付がなされた後においても、当該開発許可に係る予定建築物等の建築等を行うことができるという法的効果が残っているのであるから、その取消しを求める訴えの利益は失われない」とし、本件でも訴えの利益は失われていないとして、第一審判決を取り消し、第一審に差し戻すと判断した。

2. 本判決

「都市計画法の規定によれば、開発許可は、あらかじめ申請に係る開発行為が同法33条及び34条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ところ、開発許可に係る開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付されたときは、当該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（前掲第二小法廷判決〔筆者注：平成5年最判〕参照）。」

「そこで、このような場合にも、なお開発許可の取消しを求める訴えの利

益があるか否かを検討する。

市街化調整区域のうち、開発許可を受けた開発区域以外の区域においては、都市計画法 43 条 1 項により、原則として知事等の許可を受けない限り建築物の建築等が制限されるのに対し、開発許可を受けた開発区域においては、同法 42 条 1 項により、開発行為に関する工事が完了し、検査済証が交付されて工事完了公告がされた後は、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の建築等が原則として制限されるものの、予定建築物等の建築等についてはこれが可能となる。そうすると、市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付されて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずるものということができる。

したがって、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発行為については当該開発行為に係る予定建築物等の建築等が制限されるべきであるとして開発許可の取消しを求める者は、当該開発行為に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しによって、その効力を前提とする上記予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除することができる。

以上によれば、市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可に関する工事が完了し、当該工事の検査済証が交付された後においても、当該開発許可の取消しを求める訴えの利益は失われないと解するのが相当である。」Xらは、本件開発許可の取消しを求める訴えの利益を有するとした。

「……所論引用の判例〔著者注：平成 5 年最判，平成 11 年最判〕は、市街化区域内における土地を開発区域とする開発許可に関するものであるところ、市街化区域においては、開発許可を取り消しても、用途地域等における建築物の制限（都市計画法 10 条，建築基準法第 3 章第 3 節）等に従う限り、自由に建築物の建築等を行うことが可能であり、市街化調整区域における場合とは開発許可の取消しにより排除し得る法的効果が異なるから、本件に適切でない。論旨は採用することができない。」

III. 検 討

1. 開発許可取消訴訟と狭義の訴えの利益をめぐる判例と 本判決の位置付け

(1) 開発許可取消訴訟における訴えの利益に係る判例の整理

都市計画区域又は準都市計画区域内において開発行為をしようとする者は、原則として、行政庁の開発許可を受けなければならない（都市計画法 29 条 1 項。以下、都市計画法を「法」と省略することがある）。開発許可申請においては、開発区域内において予定される建築物（予定建築物）の用途が記載される（法 30 条 1 項 2 号）⁵⁾。申請に基づき開発許可がなされると、土地の区画形質の変更といった開発行為に係る工事が可能となる。工事完了後、行政庁に届出がなされると、行政庁は当該工事が開発許可の内容に適合しているかどうかについて検査し、適合していると認めるときは検査済証を交付し、工事完了公告を行う（法 36 条）。

こうした都市計画法の仕組みの下で、開発許可に対する第三者による取消訴訟において、工事が完了し検査済証が交付された後にも、訴えの利益が認められるかが問題となる。開発許可の取消判決によって除去すべき法的効果があるのか、開発許可の取消しによって回復される法的利益があるのかが検討されることになる。

建築基準法の建築確認の取消訴訟において、建築等の工事完了後には訴えの利益が失われるとの判断が昭和 59 年最判においてなされており、平成 5 年最判はそれと類似した論理で、開発工事の検査済証交付後には開発許可の取消訴訟の訴えの利益が失われると判断した。平成 5 年最判の事案では、開発区域の土地は市街化区域にあり、開発許可に係る工事が完了し検査済証が交付され、後の建築確認に係る工事も完了していた。

その後、同様に市街化区域にある土地を開発区域とする開発許可につい

て、開発許可に係る工事が完了し検査済証が交付されていたが、建築確認がまだなされていない事案において、平成11年最判は、平成5年最判の射程内として、開発許可取消訴訟の訴えの利益を認めなかった。平成5年最判については学説において多くの批判があるが、この点についてはIII.3.で触れる。

本件では、市街化調整区域にある土地を開発区域とする開発許可の取消訴訟において、開発許可に係る工事が完了していたが、予定建築物に係る建築確認申請がまだなされていない状況で、最高裁判所は、検査済証交付後も訴えの利益が失われなかったとした。そして、市街化調整区域に係る本件では、平成5年最判の射程が及ばないとした。

なお、本件と同様に、市街化調整区域における開発許可取消訴訟の訴えの利益については、少し前に最高裁まで争われた事件があった（最決平21・11・13判例集未登載）⁶⁾。この事件では、原告側が訴えの利益について市街化区域と市街化調整区域との規制の差異に基づく主張をしていなかった。第一審（岡山地判平20・10・2判例集未登載）は、市街化調整区域内であることを検討せず平成5年最判に依拠して、工事が完了し検査済証が交付されていたため訴えの利益を欠くとした。原審（広島高判21・6・18判例集未登載）でもその判断が維持され、最高裁は上告を不受理とした。

（2）市街化区域・市街化調整区域等での規制の差異

都市計画法では、都市計画区域について、「すでに市街地を形成している区域及びおおむね10年以内に優先的かつ計画的に市街化を図るべき区域」である市街化区域と、「市街化を抑制すべき区域」である市街化調整区域の区域区分が設けられうる（法7条）。

両区域での規制の差異は、本判決と関連する限りで述べれば、次のようである。まず、「市街化区域については、少なくとも用途地域を定めるものとし、市街化調整区域については、原則として用途地域を定めないものとする。」（法13条1項7号）。開発許可の許可基準としては、市街化区域に係る開

発行為の許可基準は法 33 条の基準のみであるが、市街化調整区域に係る開発行為の許可基準はそれに加えて法 34 条の基準も加重されている。また、開発許可における効果裁量にも法 33 条と法 34 条とでは差異がある。

建築制限については、まず、開発許可との関係で生じ、両区域で適用されるものがある。開発許可を受けた開発区域内の土地においては、建築物の建築等の制限がかかる（法 37 条）。この制限は、開発許可に係る工事完了公告により解除される。他方で、工事完了公告後、当該開発許可に係る予定建築物等以外の建築物の新築等を行うことが制限される（法 42 条 1 項）。但し、この予定建築物以外の建築制限は、用途地域等が定められている場合などには働かない（同項但書き）。それゆえ、法 42 条の建築制限は用途地域が定められる市街化区域では働かない。

これらとは異なり、法 43 条の建築制限は、開発許可を受けた開発区域以外で働く制限である。市街化調整区域において、「開発許可を受けた開発区域以外の区域で行われる建築物の新築……」について、法 29 条 1 項と同様の趣旨から制限を行おうとする規定で、「市街化調整区域においては、開発行為を伴わない、つまり、開発許可を要することなく行われる建築行為等を本条により規制する」⁷⁾ものである。これにより、市街化調整区域において開発許可を受けた土地以外での建築等が原則として禁止される。市街化区域では、この規定は適用されず、開発許可を受けた開発区域以外の区域での建築物の新築等については、都市計画法上は用途地域等に係る制限のみが及ぶのである。本判決が、「市街化区域においては、開発許可を取り消しても、用途地域等における建築物の制限……等に従う限り、自由に建築物の建築等を行うことが可能であり」と述べる⁸⁾のは、こうした開発区域以外での建築等の制限の差異ゆえである。

(3) 本判決における訴えの利益の根拠

本判決は、法 43 条 1 項と法 42 条 1 項の制限に触れた上で、「市街化調整区域においては、開発許可がされ、その効力を前提とする検査済証が交付さ

れて工事完了公告がされることにより、予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果が生ずる」とし、開発許可の取消しによってこの法的効果を排除することができることを根拠に、Xの訴えの利益を認めた。

法42条により検査済証の交付後も開発許可の法的効果が残る点は、既に学説において指摘されている⁹⁾。学説では、工事完了により開発許可の法的効果は消滅するとした平成5年最判への批判の文脈で、(建築確認とは異なり)開発許可では検査済証の交付後もその法的効果が残るという議論の中で、次のように主張されている。つまり、「同法42条1項は、都計法29条許可により土地開発がなされた後に行われる建物の建築について、許可の内容通りに建築を行うことを要求する規定である」¹⁰⁾といったように、法42条の建築制限の法的効果が建築行為時にも残ると論じられている¹¹⁾。

確かに、法42条に基づき検査済証交付後も開発許可の法的効果が存続していると解することはできよう。しかしそれは、周辺住民等が開発許可の取消しによって回復される法的利益があることには直接はつながらない。本判決が法42条だけでなく法43条をも用いるのは、両規定を通じて初めて回復される法的利益が認められるためである。つまり、開発許可が取り消されることで、法42条の予定建築物以外の建築制限が解除される一方で、当該区域が開発許可を受けた開発区域以外の区域となるため、法43条により建築を行うことができなくなるという形で、周辺住民らの法的利益が回復されるのである。本判決が「予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除する」というのはこうした状況を指しているものであろう¹²⁾。

これが市街化区域などの法43条の適用区域外であれば、どうであろうか。開発許可の取消しにより、法42条の予定建築物以外の建築制限という法的効果がなくなり、用途地域等の制限に従う限り、都市計画法上の建築制限が働かなくなることになり、周辺住民らにとって法的利益の回復につながらないのである¹³⁾。それゆえ本判決は、法42条のみでなく法43条をも併せて根拠として、訴えの利益を認めたのである。

(4) 平成5年最判，平成11年最判との関係

平成5年最判及び平成11年最判について，本判決は，「市街化区域における土地を開発区域とする開発許可に関するものである」として，本件には及ばないとした¹⁴⁾。それでは平成5年最判及び平成11年最判は，その射程が市街化区域に限られるもので市街化調整区域には及ばないことを含意していたであろうか。つまり，これらの最判がその射程を市街化区域に限ると含意していたのであれば，本判決は両最判の射程を明確にしたといえるが，両区域に及ぶと含意していたのであれば，本判決は両最判の射程を制限したといえよう。

平成5年最判は，法29条の開発許可について，「あらかじめ申請に係る開発行為が同法33条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」などと説明し，法34条には言及していないことから，市街化区域での開発に係る規定のみから判断を下している。但し，係争開発許可に係る土地が市街化区域にあるか否かには言及していない。

これに対して，平成11年最判では，その射程が市街化区域内に限られることが含意されていたように考えられる。平成11年最判は，原審の適法に確定した事実として，「市街化区域内にある土地を開発区域として」と言及した上で，平成5年最判の射程範囲内であるとしている。この言及の意味については，平成11年最判についての判例時報等の匿名解説が参考になるかもしれない。匿名解説は，平成5年最判が「開発許可の法的効果について，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効果のみを説示しており，これを受けなければ適法に予定建築物等の建築等を行うことができないという効果については一切言及していない。」とし，平成5年最判の時点では予定建築物に係る規制（法42条・43条）は考慮されていなかったことを暗に示している。しかし続けて，市街化区域内ではこうした法的効果が認められがたいとし，「本件許可に係る開発区域は市街化区域内にあるから，本件許可については，これを受けなければ適法に予定建築物等の建築等を行うことができないという法的効果を認めることはできないといえよう。」

としている¹⁵⁾。さらに、「市街化調整区域内における建築物等の建築等については、……開発行為に関する工事が完了し検査済証の交付がなされた後においても、なお、開発許可の取消しを求める訴えの利益を肯定する余地があるのではないかが問題となる。」¹⁶⁾として、匿名解説は、本判決における解釈の余地を既に認めているのである¹⁷⁾。

このように解すると、少なくとも平成 11 年最判の段階では平成 5 年最判の射程が市街化区域に限られるものと考えられており、本判決は両最判の射程を明確にしたものと位置付けられる。なお、本判決は判例変更をしているわけではないが、平成 5 年最判以降の裁判例及び行政実務が市街化区域と市街化調整区域とを区別することなく平成 5 年最判に基づく解釈をしてきたため、実務に与える影響は大きいであろう¹⁸⁾。

2. 本判決の射程

(1) どの区域にまで射程が及ぶか：区域的範囲

本判決は、「市街化調整区域内にある土地を開発区域とする開発許可」について、検査済証交付後であっても開発許可取消訴訟の訴えの利益が失われないとする。本判決の射程は市街化調整区域内であるように解される。しかしながら、本判決が用いた都市計画法 43 条と法 42 条とでは建築制限が及ぶ区域の範囲に差異があるため、本判決の射程を正確に理解するには両規定の適用範囲を検討する必要がある。

法 43 条の建築制限は、市街化調整区域を対象としている。これに対して、法 42 条の建築制限は、同条但書きにあるように、用途地域等¹⁹⁾が定められた地区以外の区域を対象としている。確かに、「市街化区域については、少なくとも用途地域を定めるものとし、市街化調整区域については、原則として用途地域を定めないものとする。」(法 13 条 1 項 7 号)とされていることなどから、用途地域等が定められた地域は市街化区域、定められていない区域は市街化調整区域という区分は、概ね当てはまる。しかし正確には、法 42

条1項の制限の適用区域は市街化調整区域の範囲とは差異がある。

第1に、市街化調整区域であっても用途地域が定められることがある。例えば、都市計画運用指針において、「市街化区域から市街化調整区域へ編入する土地の区域の用途地域のうち、無秩序な市街化が進むおそれがある場合で、用途地域の存置による実効ある土地利用規制が期待できる場合は、取り消さないことが望ましい場合もある。」²⁰⁾といった例がある。

第2に、用途地域等が定められていない地域としては、市街化調整区域だけでなく、区域区分が定められていない都市計画区域（非線引き区域）において用途地域等が定められていない地域（白地地域）（いわゆる「非線引き白地地域」）（参照、法7条1項）、準都市計画区域において用途地域等が定められていない地域（法8条2項）がある。しかしこうした地域には法43条の建築制限は及ばない。

本判決は法43条と法42条の両方を根拠として検査済証交付後の訴えの利益を認めていることから、両規定の制限が及ぶ地域が本判決の区域的な射程となる。そうすると本判決の射程は、市街化調整区域ではなく、「用途地域等が定められていない市街化調整区域」に及ぶことになる。

（2）訴えの利益が失われる時点：時間的範囲

本判決は、いつまで訴えの利益が残るのかについて判断していない。本件では予定建築物に係る建築行為に係る工事が進んでいないため、法的判断が必要でなかったためである。本判決が開発許可取消判決により「予定建築物等の建築等が可能となるという法的効果を排除することができる。」としていることからすれば、予定建築物の建築を可能とする法的効果が存続している限りにおいて、訴えの利益が認められることになる。昭和59年最判からすれば、この法的効果は予定建築物の工事の完了によってなくなることになろう。本判決の認めた訴えの利益は、予定建築物の工事の完了によって失われると解される。

3. 平成 5 年最判と平成 11 年最判の再考

(1) 平成 5 年最判への学説の批判

平成 5 年最判に関しては、開発許可に係る規定の解釈をめぐって学説から様々な批判がなされている。本判決も、平成 5 年最判の解釈を維持した上で法解釈を展開しており、これまでの学説の批判は未だ有効である²¹⁾。著者もこれらの批判には概ね合意する。

まず、平成 5 年最判に対しては、昭和 59 年最判に対してと同様に、第三者が開発許可及び建築確認を争う際の現実的救済の観点からの批判が多くなされている。この点について現在では、法状況の変化ゆえにこうした救済の困難さは多少緩和された面がある。行政事件訴訟法の改正により、差止訴訟が法定化されたことで処分前から訴訟を提起できることが法的に明確になり、執行停止の要件が緩和されたことで処分の執行停止による工事の中断の可能性が多少広がった²²⁾。また、2014 年「行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」により、開発審査会、建築審査会への審査請求前置が廃止された。今後は裁判までの時間が短縮されることになる。

現実的救済可能性の観点からの批判とは別に、平成 5 年最判の法解釈に対する批判は次の 2 つに大別されよう。第 1 に、都市計画法の開発許可に係る規定の解釈についての批判であり、昭和 59 年最判²³⁾における建築基準法の建築確認に係る規定の解釈と類似した解釈をしている点が問題視されている。平成 5 年最判は、昭和 59 年最判と類似した論理で、① 工事完了により開発許可の法的効果が消滅するとし、② 開発許可が違反是正命令の法的障害とならないことなどから、工事が完了し検査済証が交付された後には開発許可の取消しを求める法律上の利益を欠くに至ると判断した。これに対して、①については、都市計画法 35 条の 2、42 条、47 条などから検査済証交付後も開発許可の法的効力が存続するといった批判がなされ²⁴⁾、②については、違反是正命令の要件解釈に疑義が呈されている²⁵⁾。こうした点につ

いては既に詳細に議論がなされているため、本稿ではこれ以上検討しない。

第2に、都市計画法の開発許可と建築基準法の建築確認との法的関係を切斷している点についての批判がある。都市計画法諸規定への適合証明書が建築確認の審査において作用することから、開発許可と建築確認が法的に結びついているとして訴えの利益の存続を認めようとする議論である。この点は金子正史教授によって考察されている²⁶⁾が、もう少し議論を展開する余地があると考えられるため、以下で検討を加える。

(2) 都市計画法諸規定への適合証明書を通じた訴えの利益の存続

この適合証明書に係る論点は、平成5年最判の段階では主張されなかったため検討がなされていないが、平成11年最判の事案では、控訴審の段階で周辺住民等である控訴人（原告、上诉人）から主張された。その主張は、「開発区域において建築確認を申請する場合は、当該建築に係る敷地が開発許可を受けた開発行為によって宅地造成されたものである等、同法29条、37条、41ないし43条までの規定に適合する旨の証明書（以下「適合書面」という。）を添付しなければならないとされている（建築基準法施行規則1条7項及び都市計画法施行規則60条）。そうすると、開発行為の許可が有効であることを前提として建築確認がなされるのであるから、開発行為の許可が取り消されれば、当該場所においては、一切の建築物に関して建築確認がなされることはないのである。」というものであった。平成11年最判の控訴審では、この点が十分に検討されずに、平成5年最判を根拠に退けられた。平成11年最判では、特段の判断がなされずに原審の判断が維持された。なお、本件の第一審においてもこの点の主張が原告からなされていたが、退けられた。

建築基準法6条1項では、建築確認申請について、建築等の計画が建築基準関係規定に適合することの確認がなされる。建築基準関係規定としては、建築基準法令の規定とともに政令で定めるものとされ、建築基準法施行令9条が具体的な定めを置いている。そこでは、都市計画法の諸規定も挙げられ

(建基法施行令9条12号)、都市計画法29条1項、42条、43条1項等の規定で建築物の敷地、構造又は建築設備に係るものが建築基準関係規定とされている²⁷⁾。

これを受け、都市計画法のこれらの規定に適合していることを証する書面(適合証明書)を建築確認申請書に添付することが求められている(建基法施行規則1条の3第9項表2第77項～第81項)。また、建築確認を受けようとする者は、都市計画法の諸規定に適合していることを証する書面の交付を行政庁に請求することができるとされている(都計法施行規則60条)。

こうした仕組みの下で、建築確認申請の審査において都市計画法29条1項への適合が審査され、適合証明書によってその適合が示されることになる。法29条に係る適合証明書としては、① 開発行為非該当証明書、② 開発許可不要証明書、③ 開発許可がなされたことの証明書(狭義の適合証明書)がある。実務上、③は開発許可の通知で代えられることもある。

第三者による開発許可の取消訴訟で関わるのは③の適合証明書(以下、「29条適合証明書」とする)である。開発許可が取り消されると、29条適合証明書の発行前であれば発行がなされず、発行後であれば適合証明書が失効すると解される。そうすると、建築確認申請前であれば、申請書に適法な適合証明書を添付することができなくなる²⁸⁾。また、建築確認処分後²⁹⁾であれば、開発許可の取消しにより、当該確認処分が建築基準関係規定である法29条の適合について適法な証明書によらずに判断されたものとなる。

適合証明書は建築主事を拘束するものではないとされ³⁰⁾、建築主事は都市計画法29条1項への適合を自ら判断することができると解される。そうであれば、たとえ適合証明書がなくても、又は失効したとしても、建築主事が建築確認を行うことには影響はない。また、既になされた建築確認における法29条への適合審査は、適合証明書とは無関係に、建築主事が自ら判断したものとみえよう。

しかしながら、都計法29条1項への適合に係る判断は開発許可の許可権者に属するとされ、この点に係る建築主事の審査は外形的・形式的なものに

とどまると解されている³¹⁾。こうした解釈からすれば、建築主事が開発許可の許可権者による適合証明書から離れて、自ら都計法 29 条 1 項に適合しているかを判断することはできない。そうすると、適合証明書が失効した場合には、建築確認処分前であれば、法 29 条への適合につき審査できないことになり、建築確認処分後であれば、当該確認処分が法 29 条への適合につき実体的瑕疵のあるものとなりうる。

適合証明書におけるこうした法的効果から、開発許可に係る検査済証交付後であっても、開発許可を取り消すことで得られる法的利益があると解する余地がある³²⁾。

このような解釈について、平成 11 年最判の匿名解説は、「建築確認における適合書面の申請書への添付は、都市計画法とは別個の法律（建築基準法）による別個の法目的からする規制であるから、右の点を根拠に予定建築物等について少なくとも建築確認がなされるまで開発許可の取消しを求める訴えの利益を肯定することも困難なように思われる。」とする³³⁾。

しかしながら、訴えの利益の検討が、処分の根拠法令のみの考慮によるべきとするのは適切ではなく、関連法令をもその対象とするべきであろう。また、両法の規制は別個の法目的からなされているというよりも、むしろ同一目的を果たすものとしてあえて手続上リンクさせて立法されていると考えられる。後者の点について、1968 年都市計画法の立法に強く関わった大塩洋一郎は次のように述べている。開発許可制度の補足説明として、違反の是正に関して、「都市計画の開発規制と建築基準法の確認とを手続上リンクさせて、前者の違反を後者の確認の際にチェックすることであります。このため、建築基準法施行規則をこの度改正して、手続上この脱法を押えるように致しました。すなわち、法第 29 条の開発許可、第 37 条の開発許可を受けた開発区域内での工事完了前の建築制限、第 41 条の市街化調整区域内での開発許可に付する建蔽率、高さ等の制限、第 42 条の開発許可を受けた土地における建築等の制限、第 43 条の市街化調整区域内の開発許可を受けた土地以外の土地における建築等の制限等——要するに、開発規制関係のすべての

制限のほか、道路、公園等の都市計画施設の区域内のいわゆる都市計画制限についても、すべて建築基準法の確認とリンクさせることとしたのであります。……この両者のリンクによりまして、都市計画法における開発規制等の脱法の防止が一段と強化されるものと思います。」³⁴⁾。

少なくとも立法関係者としては、都市計画法の開発規制と建築基準法の建築規制とをリンクさせる手段として、建築基準関係規定に開発許可等に係る都市計画法の諸規定を含めたのである。その適合を証する適合証明書は、両規制を結びつけるものとしての効果をもたせるような、上記の解釈は適切であろう。

以上のように、本判決は、開発許可取消訴訟における訴えの利益に係る判例の射程を明確にし、「用途地域が定められていない市街化調整区域」については、予定建築物に係る建築工事の完了までは訴えの利益が存続するとしたものであると解される。しかしながら、平成5年最判による判例に対する学説の批判が解消されたわけではなく、今後も判例についての議論と再考が求められよう。

注

- 1) 工事の完了「等」としているのは、建築確認取消訴訟の場合には工事の完了という事実により訴えの利益が失われるが、開発許可取消訴訟の場合には工事の完了ではなく、その後の検査済証の交付という行為により訴えの利益が失われ、法制度の相違により訴えの利益が失われる契機が異なるためである。
- 2) 本判決についての判例解説としては、島村健「解説」民事判例 XII 2015 年後期 (2016 年) 118 頁、山下憲治「解説」新・判例解説 Watch Web 版：行政法 No.164 (2016 年) 1 頁以下、山下竜一「解説」法学セミナー 736 号 (2016 年) 119 頁、深澤龍一郎「解説」法学教室 430 号 (2016 年) 131 頁がある。
- 3) 本件の係争地は、当初は分譲宅地としての造成が計画されていたが、開発許可申請時には自己居住用住宅を予定建築物として申請がなされている。しかしながら開発許可に係る工事完了後、鎌倉市まちづくり条例に基づく大規模開発事業の基本的事項の届出においては、自己居住用住宅ではなく、予定建築物の用途を「専用戸建住宅 10 区画」とする分譲宅地開発の計画へと変更をしている。

- 4) 本件の開発許可、鎌倉市まちづくり条例に基づく手続、添付図書等については、鎌倉市の HP を参照 (<http://www.city.kamakura.kanagawa.jp/tochiriyou/kaitetu/26-2.html>)。
なお、原告側の HP「鎌倉の緑を守ろう」(<http://kamakuramidori.jp/>)もある。[いずれの URL も 2016 年 8 月 31 日にアクセス。]
- 5) 予定建築物の用途等が勘案されて道路、公園、排水施設の規模等が決定され(法 33 条 1 項 2・3・4 号等)、また、市街化調整区域においては、一定の用途以外の予定建築物等の建築等を目的とする開発行為が認められない(法 34 条 11・12 号)といった形で、開発許可において機能する。
- 6) この事件の存在については、下山・前掲注 2) 4 頁の指摘に負っている。
- 7) 開発許可制度研究会編『開発許可制度の解説〔第 3 次改訂版〕』(ぎょうせい、2015 年) 305 頁。
- 8) この判示について、下山・前掲注 2) 3-4 頁は、「最高裁判決の背景には開発者の『開発自由(建築自由)』の発想がみられる」と指摘する。
- 9) 山本隆司「平成 5 年最判解説」法学協会雑誌 112 巻 9 号(1995 年) 130 頁、高橋滋「平成 7 年最判解説」判例時報 1582 号(1997 年) 22 頁、金子正史「開発許可取消訴訟における訴えの利益」同『まちづくり行政訴訟』(第一法規、2008 年) 11-12 頁、安本典夫『都市法概説〔第 2 版〕』(法律文化社、2013 年) 93-94 頁。
- 10) 高橋・同上。
- 11) 法 42 条のみを根拠に開発許可の法的効果が残るとして、検査済証の交付後も訴えの利益が認められるとすると、法 42 条の適用範囲は市街化調整区域に限られないことから、本判決の射程が少し広く解されることになる(III.2. を参照)。
- 12) 本判決の匿名解説も、「本件の開発区域における予定建築物の建築を回避して自らの法的利益を回復することが可能となる。」とする(判例時報 2288 号(2016 年) 17 頁)。
- 13) 控訴審において被控訴人(鎌倉市)は、法 42 条の制限と法 43 条の制限とを分離して、平成 5 年最判の射程内との主張をしていた。
- 14) 原審判決も「建築物等の建築等禁止の一部解除という法的効果を有しない市街化区域内における開発許可に関するもので、本件とは事案を異にする。」とした。
- 15) 判例時報(2000 年) 1695 号 63 頁。
- 16) 同上 64 頁。
- 17) 予定建築物に係る開発許可の法的効果について、平成 5 年最判の際には主張されなかったため争点とならなかったが、平成 11 年最判では原告人(第一審原告)から主張されたため検討がなされた。しかし平成 11 年最判は、市街化区域内の事案であったため結論としては変わらなかったがゆえに、平成 5 年最判の射程内として処理したと見られる。

- 18) 下山・前掲注2) 4頁。また、山下・前掲注2) 119頁は、「実効的権利救済の立場から軌道修正したといえる」と評価する。
- 19) 用途地域等は、「用途地域、特別用途地区、特定用途制限地域、特定用途誘導地区、流通業務地区又は港湾法第39条第1項の分区」(法33条1項1号イ)とされている。参照、開発許可制度研究会・前掲注7) 297頁。
- 20) 国土交通省『第8版 都市計画運用指針』(2015年) 68頁。
市街化区域の市街化調整区域への編入はこれまではほとんど現実的ではなかった。しかしながら、人口減少下での都市計画の課題として、市街化調整区域への編入が検討されるべき事柄とされている(同上58頁)ことからすると、今後はありうるものであろう。
- 21) 参照、高橋滋「行政判例の動き」平成27年度重要判例解説(2016年) 33頁、高橋滋『行政法』(弘文堂、2016年) 359-360頁。
- 22) 差止訴訟に関しては、訴訟要件のハードルが高く、建築確認や開発許可を争う第三者による差止訴訟は適法な訴訟とはされにくい。
執行停止に関して、建築確認について執行停止を認めた例として、たぬきの森事件がある(東京高決平21・2・6判自327号81頁、最決平21・7・2判自327号79頁)。但し、決定文からは要件緩和が影響したかは不明ではある。また、建築審査会においても、マンション建設等に係る建築確認の執行停止例が散見される(参照、飯田明「世界遺産下賀茂神社敷地内でのマンション建設計画と倉庫建設問題」環境と正義2016年1/2月号3頁)。
- 23) 昭和59年最判については学説上批判も多いが、ほとんどは現実的救済の観点からの批判であり、建築基準法の法解釈としては(やむを得ないが)妥当な解釈であるとされている。例えば、荒秀「昭和59年最判解説」判例時報1151号(1985年) 176頁以下、寺洋平「昭和59年最判解説」行政判例百選II〔6版〕(2012年) 378頁以下、高橋・前掲注9)。
- 24) 山本・前掲注9) 130-131頁、高橋・前掲注9) 184頁、金子・前掲注9) 10-12頁。参照、見上崇洋「平成5年最判解説」民商法雑誌110巻6号(1994年) 137頁、深澤・前掲注2) 131頁。
- 25) 山本・前掲注9) 129頁、高橋・前掲注9) 185頁。参照、荒秀「平成5年最判解説」法学教室162号(1994年) 101頁、古城誠「平成5年最判解説」平成5年度重要判例解説(1994年) 62頁。
なお、平成5年最判についての調査官解説として、編引万里子「平成5年最判解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成5年度』(法曹会、1995年) 840頁以下があり、その解釈に賛同するものとして加藤幸嗣「平成5年最判解説」判例時報1540号(1994年) 163頁以下がある。
- 26) 金子・前掲注9) 15-19頁。

- 27) 参照, 逐条解説建築基準法編集委員会『逐条解説 建築基準法』(ぎょうせい, 2012年) 63-64頁。
- 28) 金子・前掲注9) 17-18頁は, 適合証明書の添付を受理要件とし, 添付なき申請は受理が拒否されるとする。同旨, 島田信次・関哲夫『建築基準法体系〔第5次全訂新版〕』(酒井書店, 1991年) 384頁。
- 29) 金子・前掲注9) 28頁の注39では, 建築確認後で建築工事完了前については, 「まだ訴えの利益は存続すると考えられる」とされるが, 立ち入った検討はなされていない。
- 30) 浦和地判平4・10・26判自111号84頁。参照, 大分地判昭59・9・12判例時報1149号102頁。いずれも適合証明書の処分性の文脈での判断である。
- 31) 島田・関・前掲注28) 384頁。仙台高決昭58・8・15判タ511号181頁, 仙台地判昭59・3・15行集35巻3号247頁, 東京高判平4・9・24行集43巻8・9号1172頁, 東京高判平12・4・13判自204号68頁。いずれも, 開発許可が不要であることに係る29条適合性に関し, 建築主事の審査範囲について判断したものである。参照, 荒秀・関哲夫『建築基準法の諸問題』(勁草書房, 1984年) 13-16頁。
- 32) 建築工事の完了により建築確認の取消しを求める法的利益がなくなる(昭和59年最判)ため, この訴えの利益も当該建築工事の完了によって失われる。
- 33) 判例時報1695号(2000年)64頁。
- 34) 大塩洋一郎『増補・都市計画法の要点』(住宅新報社, 1975年) 134-135頁。「調整区域内の違反防止について」という項の中で述べられているが, 市街化区域にも当てはまる議論である。

〔付記〕 本稿は, JSPS 科研費・若手研究(B)〔課題番号:15K21483〕及び JSPS 科研費・挑戦的萌芽研究〔課題番号:16K13318〕による研究成果の一部である。

なお, 名古屋大学行政判例研究会での報告(2016年3月5日)の際に, 参加者の方々から貴重なご意見を賜った。ここに記してお礼を申し上げたい。

