

裁 決 書

審査請求人

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○○○

○○○○○○○○○○○○○○○○○○丁目○○番○○号

○○○○

処分庁

杉並区長 田中良

上記審査請求人らが、令和3年6月23日付けで提起した開発行為許可処分
の取消しを求める審査請求に対し、次のとおり裁決する。

主 文

- 1 審査請求人○○○○、同○○○○、同○○○○○、同○○○○、同○○
○○、同○○○○、同○○○○、同○○○○○及び同○○○○○の各審査請
求をいずれも却下する。
- 2 審査請求人○○○○、同○○○○、同○○○○○、同○○○○、同○○
○、同○○○○及び同○○○○○の各審査請求をいずれも棄却する。

事 案 の 概 要

第1 当事者の申立て

1 審査請求人ら

杉並区長（以下「処分庁」という。）が、令和○年○月○○日付開発行為許可第○○○号をもって、事業主○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○（以下「事業主」という。）に対し都市計画法（昭和43年法律第100号。以下「法」という。）第29条第1項の規定に基づいてなした別紙物件目録記載の土地（以下「本件開発区域」という。）に対する開発行為許可処分（以下「本件許可処分」という。）を取り消す、との裁決を求める。

2 処分庁

(1) 本案前

本件審査請求を却下する、との裁決を求める。

(2) 本案

本件審査請求を棄却する、との裁決を求める。

審理関係人の主張の要旨

第2 当事者の主張

1 本案前

(1) 審査請求人ら

ア 本件許可処分に係る開発行為（以下「本件開発行為」という。）により本件開発区域内にあった通路（以下「本件通路」という。）が廃止され、通行権が侵害されており、災害時の避難路も阻害されている。

イ 本件通路は杉並区（以下「区」という）のホームページにも紹介され、町内会の申請で街路灯（街路灯番号○○○○○○。以下「本

件街路灯」という。)が設置されるなど、区は住民の通行を確認していた。

ウ 本件通路は、国有畦畔だったため、付近住民に通行する権利がある。

エ 本件許可処分に係る開発行為許可書の許可条件(以下「本件許可条件」という。)の第7項において「開発区域周辺の住民には、事前にその工事の内容を十分に説明すること。また、周辺住民との調整により変更が生じた場合には、速やかに変更等の手続きを行うこと。」となっているが、事業主は周辺住民への説明において、近隣住民への配慮も変更もしないとの主張をしたため、区に相談したところ、「許可したものについては、区は要望を事業主に伝えることができるだけであり、旧畦畔の通行を求めるには、開発審査会への審査請求をしてほしい。」との指導に基づきなしたのであるから、適格がある。

オ 処分庁が引用する判例は、国有畦畔について述べておらず失当である。

カ 以上により、審査請求人らは、いずれも、不服申立適格が認められる。

(2) 処分庁

以下により、審査請求人らについて、本件許可処分の取消しの訴えにおける不服申立適格はない。

ア 通行権について

(ア) 行政処分に対して不服申立てできる者は、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は、必然的に侵害されるおそれがあり、その取消しによってこれを回復すべき法律上の利益を有する者に限られるところ、審査請求人らはこれらに該当せず、同人らが主張する区の指導の有無によらず、不

服申立ての適格はない。

(イ) 法第33条第1項第14号は、開発行為の施行等につき相当程度の同意があることを許可要件とすることによって、無意味な開発許可がなされることを予め防ごうとする趣旨と解されるので、同意を得るべき権利者個々人に対し、その有する権利を保護する趣旨を含むものと解すべき根拠を見出すことはできない。

(ウ) 区において定めている「都市計画法」の規定に基づく開発行為の許可等に関する審査基準（以下「区審査基準」という。）では、法第33条第1項第14号の権利は、「所有権、永小作権、地上権、賃借権、抵当権、先取特権、地役権等を有する者及び土地の保全処分をした者」とされているが、審査請求人らの本件通路に係る通行権の法的性質の具体的内容は明らかにされておらず、土地登記簿謄本でも同人らの権利は確認できない。

(エ) ○○○○○丁目○○○○番○○の土地（以下「○○○○番○○の土地」という。）は、通路状の土地とは一致していない。

(オ) 旧畦畔の通行を求めるには審査請求してほしいとの指導は行っていない。開発許可が不当であることを主張したい場合の手段について聞かれた際に、東京都開発審査会に審査請求することや、裁判により争う手段があることを伝えたに過ぎない。

イ 避難路について

(ア) 法第33条第1項第2号は、開発区域内の居住者等について、環境の保全、災害の防止、通行の安全又は事業活動の効率といった利益を図るために、道路、公園、広場等を設けるべきこととしたものであると解するのが相当であり、開発区域外の周辺住民の利益を保護すべきこととしたものとはいえないと解される。

よって、災害時に開発区域内の土地を通過して最寄りの避難所に到達することを周辺住民の個別的利益として保護する趣旨を含む

ものと解すべき根拠を見出すことはできない。

(イ) 仮に、同号について、開発区域外の周辺住民の利益を保護すべきこととしたと解する余地があるとしても、開発区域内に道路等を設置すること又は設置しないことにより周辺住民にもたらされる可能性がある影響は、広い意味での生活環境の悪化であって、直ちに周辺住民の生命、財産等に著しい被害を生じさせたりすることまでは想定し難い。基本的には公益に属する利益というべきであって、法令に手掛りとなることが明らかな規定がないにもかかわらず、法が周辺住民等において上記のような影響を受けないという利益を、周辺住民等の個別的な利益としても保護する趣旨を含むと解するのは困難と言わざるを得ない。

2 本案

(1) 農地法違反、開発許可前の開発行為等について

ア 審査請求人ら

(ア) 農地法（昭和27年法律第229号）第4条第1項第8号において、「あらかじめ農業委員会に届け出て」とあるとおり、事前に届出がなければ、許可なく整地作業を行うことはできず、審査請求外〇〇〇（本件許可処分後に事業主へ所有権が移転する前の土地所有者。以下「前地主」という。）が業者を使い整地作業を行ったことは、違法である。

(イ) 「都市計画法第33条第1項にその申請手続が同法等に違反していないと認めるときは」とあり、すべての法令に違反がない事が条件である。しかし、前地主は農地法第4条に違反しており、同法第5条による届出とその後の土地の売買についても違法であり、受理されるべきではない。処分庁は、売買の無効と所有権移転登記の抹消を行うべきであり、宅地造成は、一旦農地に原状回

復させるべきである。

(ウ) 本件開発区域において前地主が行った伐根整地作業（以下「本件伐根整地作業」という。）を行った業者と本件許可処分に係る開発造成工事を行っている業者とは、同一である。農地法に違反した行為が前地主によって行われた時点で、開発許可の申請条件を満たしておらず、違法である。

(エ) 本件開発行為と一体である本件伐根整地作業が本件許可処分に着手されているが、これは法第29条に違反している。

処分庁は、令和〇年〇月〇〇日の住民からの通報により違反行為との疑念が生じたにもかかわらず、調査もせず、翌日〇月〇〇日に本件開発行為に係る許可申請（以下「本件許可申請」という。）を許可した。

(オ) 本件伐根整地作業の途中に1メートル以上の掘削埋め戻しを行っており、巨木が多数あって整地に一月かかっていることから、開発許可が必要な工事と言えいえる。

イ 処分庁

(ア) 農地転用は、本件許可処分とは直接関係ない。

(イ) 開発行為を許可する際の審査、判断事項は法定されており、法第33条第1項各号に掲げる基準に適合し、かつ、その申請手続が同法等に違反していないと認めるときには開発許可をしなければならないとされている。開発行為をすることについて農地法上の手続が必要であったとしても、その手続を行うことは開発許可の要件とはされていないのであるから、審査請求人らの本件許可処分の違法事由としては、それ自体失当である。

(ウ) 法第33条第1項に規定される「都道府県知事は、開発許可の申請があった場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準（第4項及び第5項の条例が定められているときは当該

条例で定める制限を含む。)に適合しており、かつ、その申請の
手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反していない
と認めるときは、開発許可をしなければならない。」の「この法律」
とは「都市計画法」であり、審査請求人らの主張は誤りである。

(エ) 開発許可を要する行為とは、建築行為等の目的で行う土地の区
画形質の変更であり(法第4条第12項)、形質の変更においては、
区審査基準に基づき、切土が1メートルを超える場合又は盛土が
1メートルを超える場合である。

(オ) 本件許可処分前日の本件伐根整地作業は、前地主が行ったもの
で、建築物の建築を目的としたものではなく、樹木を伐採、伐根
及び切断し、その後に搬出する工事であり、土の搬出や搬入を行
っておらず、1メートルを超えるような切土や盛土は生じていな
いことを施工者から聴取している。この切土又は盛土とは、現況
地盤と計画地盤との差を示すのであって、建築物の解体や樹木の
伐根により一時的に1メートルを超える切土が発生しても、形質
の変更には該当せず、開発許可を要しない。

(2) 通行権の侵害(畦畔の廃道)について

ア 審査請求人ら

(ア) 本件通路が廃止され、通行権が侵害されている。

(イ) 本件通路は区のホームページにも紹介され、町内会の申請で本
件街路灯が設置されるなど、区は住民の通行を確認していた。ま
た、本件通路は、国有畦畔であったため、付近住民に通行する権
利がある。

(ウ) 本件通路は畦畔であり、平成18年の地方分権法による一括譲
与の際に、区が譲与を受けるべきものであった。

国会答弁によれば、両側が同一地主の場合において、住民の通
行権を守るために畦畔を国有地とした経緯があるが、区(都市整

備部土木管理課道路認定係)は、区が管理していないことを根拠に、前地主の使用する土地家屋調査士に対し、譲与対象外と回答した。これにより、関東財務局は旧畦畔を前地主に払い下げ、本件許可申請の発端となった。このような譲与対象外の判断が、住民への確認もせずに行われている。

法第32条に違反しており、法第33条の審査を受理できる内容ではなかった。

(エ) 本件街路灯が設置されていた部分が実際の畦畔であり、本件通路は畦畔である。前地主が私道と主張するのは、平成28年に畦畔の位置を確定した時に、図面上と実測の補正を理財局との間で公図に基づいて行ったからである。現況と公図との位置のずれがある場合、現況優先で行われるのが常だが、本件畦畔の両側が同一地主であったため、確定時に畦畔を購入する地主に有利な形に決められたにすぎない。

(オ) 前地主及び使用している土地家屋調査士のいい加減な調査のため、本件開発区域周辺は、公図と実体のずれが生じている。

(カ) 本件通路は、付近住民が材料や費用を持ち寄り、敷石を置くなどして管理してきた通路である。

(キ) 処分庁は、本件通路について、本件開発区域内に建っていた2軒の借家人のために設けたものと前地主から聴取したと主張していたが、実際には既に撤去された当該2軒のさらに奥に、審査請求人〇〇〇〇及び同〇〇〇〇〇の居宅(敷地の所有者は前地主)が存在するのであり、この両名の承諾を得ないということは、関係者3名中2名の承諾を得ていないということである。

イ 処分庁

(ア) 通行権については、最高裁判所では、(i) 建築基準法(昭和25年法律第201号)上の私道であり、現実的に開設されている

こと、(ii) その通行が日常生活上不可欠であること、(iii) 通行を認めることにより私道所有者に著しい損害を生じないことの3点の要件をもとに通行を認める判例があるが、本件通路に関しては、(i) 建築基準法上の道路ではなく、(ii) 処分により未接道敷地は生じておらず、本件通路の位置から北側へ10メートルに満たない距離で、南北に通り返ける道路があつて、2方向避難が可能であり、(iii) 本件通路は、前地主から、本件開発区域内の借家人のために設けた通路と聴取しており、本件許可処分後に土地の所有権を取得した事業主は、本件通路を廃止し、12区画の宅地を造成する計画であるという事実が認められる。

(イ) 審査請求人らにより本件通路に係る通行権の法的性質等の具体的内容が明らかにされておらず、土地登記簿謄本においても審査請求人らの権利は確認できない。

(ウ) 区審査基準では、開発許可を要する区画の変更に関わる道路は、私道の場合、建築基準法第42条に該当する道路としており、審査請求人らが主張する通路の廃止のみでは、開発行為に該当せず、許可を要しない。

畦畔は国有財産であり、開発行為の区画変更に関わる「道路、河川、水路等」に該当しない。つまり、畦畔の廃止のみでは開発許可を要しない。

開発許可を要しない計画で本件通路を廃止する場合は、法による手続は不要である。また、本件通路は建築基準法第42条の道路に該当しておらず、廃止に関して同法の手続も不要である。開発許可を要しないにも関わらず、法第33条第1項第14号の「当該開発行為に関する工事」に該当しているとは考え難い。

(エ) 本件許可処分時において、本件開発区域内に財務省の所有地は存在せず、全て前地主の土地である。

(オ) 本件許可処分前に行われた旧財務省所有地の売買は、本件許可処分と関係がない。

処分庁は、提出された公図及び土地謄本で所有権を確認しており、所有権移転の事実は確認したものの、移転の経緯までは不知である。

(カ) 本件街路灯が設置された時期は昭和47年であるが、「杉並区民有灯の整備等に関する条例」(昭和57年4月1日条例第7号。以下「民有灯条例」という。)の制定前であったため、当時の設置条件は不明である。また、本件通路は、前地主から聴取したところによると、本件開発区域内に建っていた2棟の借家人のためのもので、関係のない者の通行を注意していたことから、道路交通法(昭和35年法律第105号)上の「一般交通の用に供する」道路には該当せず、法第4条第14項に規定する「公共施設」には当たらない。

仮に、本件通路が同項による公共施設であったとしても、法第32条に規定する公共施設管理者の同意は、本件許可処分時における当該私道の土地所有者の前地主から得ている。

(3) 避難路の阻害について

ア 審査請求人ら

(ア) 本件開発区域内にあった本件通路が廃止され、災害時の避難路が阻害されている。

(イ) 「行き止まり道路は原則認めない。」「既存通り抜け道路の一部廃止は、当該道路の延長を阻害するので原則として認めない。」という原則を適用できるにもかかわらず、例外規定による行き止まり道路を許可している。

(ウ) 「防災上の観点から行き止まり道路は極力避けるようにする。」との注記があり、審査請求人らは、間口1.8メートルの旧畦畔

に代わる通路として、開発道路を西側に通り抜けにすることを提案した。

本件開発行為では旗竿地が2区画計画されているが、本件開発区域に西側で接する道路（うち北側は建築基準法第42条第1項第5号による道路であり、うち南側は同条第2項による道路である。以下、それぞれ「西側位置指定道路」及び「西側2項道路」といい、併せて「西側各道路」という。）に入り口を設置すれば、旗竿地の問題もなくなり、道路を通り抜けできるようになり、開発の例外として認められている袋路の問題にも対応するため、周辺住民として審査請求人らは、通行量が増えるとしても、防災上より良い街並みとなると考え提案した。

区は、本件開発行為に防災の観点が見えていないことについて、事前相談で指導できることすら行わなかった。これは、行政の不作為による通行権の廃止行為である。

(エ) 都市計画法施行規則（昭和44年建設省令第49号。以下「法施行規則」という。）第24条第5号には、道路が袋路状でないことのただし書として、「当該道路の延長若しくは当該道路と他の道路との接続が予定されている場合又は転回広場及び避難通路が設けられている場合等避難上及び車両の通行上支障がない場合は、この限りでない。」とあるが、「及び避難通路」とあるので、避難路を不要とする処分庁の主張は誤りである。

処分庁は、南北に抜ける避難路の確保を弁明しているが、審査請求人らが主張するのは、東西に抜ける避難路である。

イ 処分庁

(ア) 法第33条第1項第2号において、道路、公園、広場その他の公共の用に供する空地が、同号のイないしニに掲げる事項を勘案して、環境の保全上、災害の防止上、通行の安全上又は事業活動

の効率上支障がないような規模及び構造で適当に配置されていることを開発許可の基準としている。

- (イ) 本件開発区域に東側で接する道路（特別区道第〇〇〇〇号路線。以下「東側区道」という。）は通り抜け道路であり、西側2項道路は南端で行き止まりとなっているものの、本件開発区域内の本件通路の位置から北側へ10メートルに満たない距離で、南北に通り抜けできる道路に接続している。東西両道路とも2方向の避難経路は確保されている。また、未接道となる敷地もない。

西側各道路については4メートルの幅員を確保できるように本件開発区域側に後退させて拡幅し、災害の防止、通行の安全上支障がないようにしている。

- (ウ) 法第33条第1項第2号を適用する技術的細目は、都市計画法施行令（昭和44年政令第158号。以下「法施行令」という。）第25条第1号、同条第2号、法施行規則第24条第5号であるところ、本件開発行為は、(i) 本件開発区域外の道路の機能を阻害しておらず（法施行令第25条第1号）、(ii) 住宅の建築の用に供する目的で行う開発行為であり、本件開発区域内に新設される道路（以下「本件新設道路」という。）の利用者は、当該道路に面する敷地の居住者に限られ、その道路延長がおおむね街区の一辺の長さ（120メートル）以下のものであるため、区審査基準に基づき、「小区間で通行上支障がない場合」に該当しており、同基準の表（道路延長35メートル以下で行き止まり型の場合の道路幅員は4.5メートル）に適合しており（同条第2号）、(iii) 「小区間で通行上支障がない場合」に該当しており、区審査基準では、道路延長距離と道路幅員に応じて転回広場の設置を求めているところ、当該計画では転回広場を設けなくても基準に適合するが、事業主の意向により転回広場を設けており、避難上及び車

両の通行上支障がなく（法施行規則第24条第5号）、これらの規定にそれぞれ適合している。

(エ) 法施行規則第24条第5号のただし書に規定する「転回広場及び避難通路」は「避難上及び車両の通行上支障がない場合」の例示に過ぎず、避難通路が必ず必要ではないため、区審査基準には記載していない。(i) 本件新設道路の幅員が4.5メートルであり、緊急車両等の大型車（幅2.5メートル）の進入や小型自動車（最大幅1.7メートル）のすれ違いや停車車両の追い越し等の円滑な交通が可能な幅員が確保されていること、(ii) 緊急車両の駐停車時にも本件開発区域内から東側区道へ避難可能な幅員が確保されていることから「避難上及び車両の通行上支障がない場合」に該当すると判断した。

本件開発行為では、専用住宅用地12区画の築造を目的としており、本件新設道路の利用者が当該道路に面する敷地の居住者に限られていることから、(i) 通過交通が少なく、かつ、一日当たりの交通量も少ないこと、(ii) 歩行者の数が多くないこと、(iii) 予定建築物の用途が、多数の車両の出入りが見込まれるものでないこと、という「開発許可制度運用指針」における「通行の安全」の要件を満たしていることから、避難上支障がないと判断した。

(4) 付近住民への説明が十分でないこと

ア 審査請求人ら

(ア) 開発許可の事前ルールとして、「周辺住民に説明を行うこと」との規定があるが、事業主及びその代理人は、1名のみで平面図を交付し、ごく数人に開発が行われると口頭で説明したのみで、処分庁には住民説明済みと報告した。

(イ) 処分庁は、「付近住民に説明を行う事」との規定を否認しているが、令和〇年〇月〇〇日の「開発行為・宅地造成の事前相談書」

の「相談経過」において、「南側法外通路は、開発区域を經由して西側に通り抜けていた。同一地主であるが、行き止まりとすることの説明を近隣にすること。」という指示を出している。

(ウ)「開発許可制度運用指針」によると、「開発に伴う係争が生じる蓋然性が高いと認められる場合で、その未然防止の観点から、これらの権利を有しない開発区域の隣接地主並びに周辺住民との調整を行わせることが望ましいと判断される場合においては、(中略)、合理的な範囲で開発許可手続とは別に説明、調整を行うよう申請者に指導することが望ましい。」とあるにもかかわらず、処分庁は、このような調整を行っていない。

(エ) 本件許可条件に「開発区域周辺の住民には事前にその工事の内容を十分に説明すること」とあるが、審査請求人らは事前に説明を受けていない。また、事業主は、近隣住民への配慮も変更もしないとして、十分な説明を行わず、図面の開示や盛土の必要性についての説明を拒絶した。

イ 処分庁

(ア) 開発行為を許可する際の審査、判断事項は法第33条第1項により法定されており、同項には、周辺住民への説明に関する規定は見当たらず、区審査基準においても、開発許可以前に周辺住民に説明を行うことは規定されていない。

(イ) 事前相談の資料の内容は、事業主に対して適切な住民対応を求めた行政指導であるため、事業主の任意の協力によってのみ実現されるものである。

(ウ) 本件許可条件の「事前にその工事の内容を十分に説明すること」という事前説明の時期は、工事着手前のことであり、開発行為許可前の説明を求めている(工事着手届出書による工事着手日は令和〇年〇月〇日)。

そして、処分庁は、事業主から、工事着手前に周辺に説明を行ったとの報告を受けている。また、審査請求人らからは、事業主の説明内容に対する要望をこれより前に何度も受けており、事業主から周辺住民への説明があったと承知している。

(エ) 杉並区まちづくり条例（平成14年12月3日条例第45号）で、面積が5,000平方メートル以上の区域での開発行為等、大規模開発事業の場合は説明会を開催する規定などがあるが、本件開発行為は該当しない。

(5) 街路灯の廃止について

ア 審査請求人ら

(ア) 公図とはずれがあり、本件街路灯のある部分が実際の畦畔であるが、旧畦畔にあった本件街路灯について、使用している住民の合意がないにもかかわらず、住民合意済みであるとして、町内会共同代表に廃止同意書への押印をさせた。

(イ) 公共物である本件街路灯の廃止は、本来、法第32条の協議事項であるところ、本件許可処分後に、町内会共同代表を言い含めて署名捺印をさせ、廃止手続を行っている。

イ 処分庁

(ア) 開発行為を許可する際の審査、判断事項は法第33条第1項に法定されており、同項には街路灯の廃止に関する規定は見当たらないし、区審査基準においても規定されていない。

(イ) 審査請求人らは法第32条を根拠規定として主張しているが、管理者に協議し、同意を得るべき公共施設とは、法第4条第12項に規定されており、道路、公園、下水道、河川等であり、街路灯は公共施設ではなく、法第32条の対象とはならない

(ウ) ○○○○番○○の土地は通路状の土地とは一致しておらず、また、本件街路灯は同地番内に設置されていない。

(6) 盛土に関する違法について

ア 審査請求人ら

(ア) 区の「開発許可の手引き」にある「盛土は周辺より現況地盤が低い場合など、必要性がある場合に限る。」に反し、全面において原地盤最高部を越える面を形成し、傾斜地の低地部には1.3メートルに及ぶ過大な盛土を正当な理由なく申請し、許可を受けている。

(イ) 事業主は、法第33条の要求に基づく図面において、本件開発区域の西側の盛土は西側2項道路を基準として1.3メートルであるにもかかわらず、最大0.8メートルの盛土であるとの虚偽の申請に基づき審査・許可を受けた。

(ウ) 開発許可標識の設置前に工事しており、「都市計画法に規定する開発行為等の規制に係る施行細則」第9条に違反している。

(エ) 事業主が令和〇年〇月〇日付けで処分庁に提出した「工事着手届出書」に開発許可標識の写真が添付されているが、同日には現場に掲示されておらず当該写真は虚偽である。

イ 処分庁

(ア) 盛土の高さについては、造成行為前の地盤高と造成後の地盤高の差で示すものであり、道路や隣地との高低差ではない。本計画では、盛土の最大値は西側で約0.88メートル、南側で約1.08メートルである。

(イ) 開発行為を許可する際の審査、判断事項は、法第33条第1項に法定されているが、同項には、造成後の地盤面の適否等を審査、判断する規定は見当たらない。多少関係あると思われる法第33条第1項第7号に掲げられた基準は、造成後に崖崩れ等が発生しないように地盤の改良や擁壁の設置など安全上必要な措置が講ぜられているかどうか審査するものである。よって、審査請求人ら

の主張は、本件許可処分 of 違法事由としては、それ自体失当である。

(ウ) 区審査基準において、「必然性のない盛土は行わないこと」との記載があるが、当該記載は、法令に基づく許可基準ではなく、住宅としての利用比率の高い区において、住宅都市としての良好な住環境を守るために配慮を求める趣旨により行政指導している項目である。「開発許可制度運用指針」や「都市計画運用指針」では、行政指導について、行き過ぎたものとならないよう留意することや、開発申請者に必要以上の負担を求めることがないよう十分配慮すべきとの記載がある。

(エ) 盛土の必然性に関しては、本件開発区域及びその両側の道路が南下がりに傾斜していることから、専用住宅の敷地として土地利用をする上で、整地する必要がある。また、東側区道下の既設下水管を利用して排水を適切に行うために行うものであるため、必然性のある盛土であるといえ、区審査基準に適合している。

(オ) 「盛土の必然性」の必然性とは、技術的に可能である限りということではなく、事業主のものではない私設管へ放流することに伴う管の延伸、入替え及びその権利者への同意や、埋設深さが浅いことから起こる排水管の破損の危険性が高まることなど、必要以上の負担を求めることがない範囲で行うものである。

(カ) 西側位置指定道路下にある私設管（以下「本件私設管」という。）については、その所在する土地の所有者及び同私設管の管理者が現存しない解散した法人であると事業主が近隣住民から聞きとっており、不明確である。このため、法第33条第1項第14号では、関係権利者の相当数の同意を求めているが、本件私設管について、関係権利者を特定することや、現存しない解散した法人の同意を取ることとは困難であり、事業主に負担が生じる。

また、管理者が不明な本件私設管に排水することにより、下水を有効に排出できない事態や破損等の危険性に対して、補修に係る承諾や費用負担の問題が生じうる。また、宅地分譲後に事業主にそのような危険性への対応を求めることは、事業主に過度な負担となる。

東側区道下に排水する計画では、道路の管理者は区、下水管の管理者は東京都下水道局と明確になっており、前述の危険性への対応は、管理者や原因者によって行われる。

(キ) 下水管の土被りについては、区審査基準において、「下水管の最小土被りは原則として1.2メートルとする。」としているが、本計画では計画地盤高を下げるように事業主に検討させ、土被りは0.885メートルとなったものである。

(ク) 法第33条第1項第7号は、宅地の安全性についての規定であり、同号の適用に必要な技術的細目である法施行令第28条、区審査基準に基づき、(i) 地盤沈下等が生じないように、土の置換えや水抜きその他の措置を講じており（法施行令第28条第1号）、(ii) 雨水等の崖地盤への浸透や崖面の侵食が生じないように、高低差を生じる箇所には擁壁を設置しており、また、擁壁の水抜き穴等からの雨水等を排除できるよう、雨水処理施設を設置しており（同条第2号）、(iii) 約20センチメートル程度の切土で、地盤に滑りが生じることはなく（同条第3号）、(iv) 盛土は30センチメートル毎に機械転圧を行うこととしており（同条第4号）、(v) 著しく傾斜している土地の盛土ではなく、法面が生じる箇所は、30度以下とし、滑りが生じないように措置を講じており（同条第5号）、(vi) 宅地造成等規制法施行令第14条の規定による国土交通大臣の認定を受けた擁壁を使用する計画であり（同条第6号）、これらの規定にそれぞれ適合してい

ることを確認した。また、本件開発行為は、区審査基準上、「地下水により崖崩れ又は土砂の流出が生じる恐れがあるとき」（同条第7号）の対象外である。

(ケ) 「都市計画法に規定する開発行為等の規制に係る施行細則」は、本件開発行為には適用されない。

(コ) 処分後の標識掲出や工事着手届は、本件許可処分とは関係がない。また、写真が虚偽という根拠が不明である。

(7) 審査請求人らのその他の主張

ア 処分庁は、平成22年以後、他の許可権者と異なり区審査基準を改定しておらず、現行法令に合致した審査の上、開発行為許可処分が行われているか、疑義がある。

イ 処分庁は、証拠資料として判例を全文コピーして提出しているが、これは二次著作権に違反しており、証拠として使えないものである。

(8) 結論

ア 審査請求人ら

よって、今回の「区の開発許可」については、取消しを求める。

イ 処分庁

以上の理由により、本件許可処分は適法かつ適正に行われたものであり、本件審査請求は棄却する、との裁決を求める。

第3 口頭審理

令和3年8月17日、公開による口頭審理を行い、審査請求人〇〇〇〇、同〇〇〇〇、同〇〇〇〇、処分庁杉並区長田中良指定代理人〇〇〇〇、同〇〇〇〇、同〇〇〇〇、同〇〇〇〇が出席した。

理 由

本 案 前

1 不服申立適格について

(1) 行政不服審査法（平成26年法律第68号）第2条は、行政庁の処分に不服がある者は審査請求ができる旨規定しているところ、同条にいう「不服がある者」とは当該処分につき不服申立をする法律上の利益を有する者をいうものと解されるので、行政不服審査手続における不服申立適格の有無は、行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）第9条の規定の趣旨を勘案して判断されるべきである。

そして、行政事件訴訟法第9条第1項にいう「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいい、当該処分を定めた行政法規が不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もまたここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は原告適格を有するものと解されている。

また、行政事件訴訟法第9条第2項は、処分の相手方以外の者について法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定の文言のほか、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものと定めるとともに、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分がその根拠となる法令に違反してなされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質をも勘案するもの

と定めている。

(2) 法第33条第1項第2号に基づく不服申立適格

ア 法第33条第1項第2号は、開発区域内に設置すべき道路、公園、広場その他の公共の用に供する空地（消防に必要な水利が十分でない場合に設置する消防の用に供する貯水施設を含む。）が、環境の保全上、災害の防止上、通行の安全上又は事業活動の効率上支障がないような規模及び構造で適当に配置され、かつ、開発区域内の主要な道路が、開発区域外の相当規模の道路に接続するように設計が定められていることを開発許可の基準としている。

この規定は、空地の確保が不十分な状態又は開発区域内の主要な道路が開発区域外の相当規模の道路と接続しない状態のまま開発行為が行われると、消防活動等の災害防止措置等に支障が生じ、開発区域のみならず開発区域に近接する一定範囲の地域に居住する住民の生命、身体が脅かされるおそれがあることに鑑み、そのような被害を防止するために、開発許可の段階で、開発行為の設計内容を十分に審査し、上記のような設計が定められている場合にのみ許可をすることとしているものと解される。

このような同号の趣旨・目的、同号が開発許可を通して保護しようとしている利益の内容、性質等に鑑みると、同号は空地の確保や開発区域外への道路の接続が不十分な場合に、火災等による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域の住民の生命、身体的安全等を個々人の個別的利益としても保護する趣旨を含むものと解すべきである。

そうすると、開発区域内の空地の確保や開発区域外への道路の接続が不十分な場合には、火災等による災害の直接的な被害が及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、不服申立適

格を有すると解すべきである。

イ（ア）そこで、本件についてこの点を検討すると、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇は、本件開発区域南西側に位置する敷地に建設された住宅を所有し居住しているところ、本件開発区域で火災等が発生した際、消防活動等の災害防止措置等に支障が生じた場合は、本件開発区域に面し、西側各道路を隔てて居住する〇〇〇〇、〇〇〇、〇〇〇〇及び〇〇〇〇並びに南側で隣接する〇〇〇〇〇の各住居には、延焼等により直接的な被害が及ぶ可能性がある。また、本件開発区域の南側に居住し西側２項道路にのみ接道している〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇〇については、本件開発区域で火災等が発生した際、居宅から避難するためには、当該道路を利用するほか方法がないところ、同道路は南端が行き止まりになっているため、北側への避難が容易とは言い難く、直接的な被害が及ぶ可能性がある。

（イ）このため、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇〇については、本件許可処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者と解される。

ウ（ア）これに対し、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇は、本件開発区域の西側に、第三者の土地・建物及び既存道路を挟んだ先の土地上の建物に居住しており、本件開発区域とその居住建物との最短距離は約４０メートルである。また、同じく〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇は、それぞれ本件開発区域の西側に第三者の土地及び建物を挟んだ先の土地上の建物に居住しており、本件開発区域とその居住建物との最短距離は約１５メートルである。

このように、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇については、いずれも居住している建物と本件開発区域との間に第三者の土地・建物や既存道路が存在する等本件開発区域に隣接していないし、また、西側各道路以外の道路を利用して避難することが可能である。

(イ) そうであるとすれば、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇については、本件開発区域で火災等が発生した際、直接的な被害が及ぶ可能性があることを認めることは困難であり、本件許可処分取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者とはいえない。

(3) 法第33条第1項第7号に基づく不服申立適格

ア 法第33条第1項第7号は、地盤の沈下、崖崩れ、出水その他による災害を防止するため、開発区域内の土地について、地盤の改良、擁壁又は排水施設の設置その他安全上必要な措置が講ぜられるように設計が定められていることを開発許可の基準としている。この規定は、安全上必要な措置を講じないまま開発行為が行われると、崖崩れ等の災害が発生して、人の生命、身体安全等が脅かされるおそれがあることに鑑み、そのような災害を防止するために、開発許可の段階で、開発行為の設計内容を十分審査し、上記措置が講ぜられるように設計が定められている場合にのみ許可をすることとしているものと解される。

このような同号の趣旨・目的、同号が開発許可を通して保護しようとしている利益の内容、性質等に鑑みると、同号は、崖崩れ等による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域の住民の生命、身体安全等を個々人の個別的利益としても保護する

趣旨を含むものと解すべきである。そうすると、崖崩れ等による直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に居住する者は、開発許可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、不服申立適格を有すると解するのが相当である。

イ そこで、本件についてこの点を検討すると、本件開発区域及びその両側の道路が南下がりに傾斜していることから、盛土を行う計画となっており、西側2項道路中央部と本件開発区域南西端区画の地盤面との差としては、約1.3メートルの高低差となる計画である。

ウ (ア) 審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇は本件開発区域の南西側に居住しているところ、これらの者の各住居は、本件開発区域に面した土地又は南側に下り勾配となった先の土地にあり、本件開発区域で本件開発行為に伴う崖崩れ等が発生した際には、これらの者の財産権について直接的な被害が及ぶ可能性がある。

(イ) このため、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇については、本件許可処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者と解される。

エ (ア) これに対し、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇については、居住している建物と本件開発区域との間に第三者の土地・建物や既存道路が存在していることから、崖崩れ等による直接的な被害が及ぶ可能性は想定されない。

(イ) そうであるとすれば、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇については、本件開発区域で本件開発行為に伴う崖崩れ等が発生した場合においても、それによって、これらの者に直

ちに直接的な被害が及ぶ可能性があることを認めることは困難であり、
本件許可処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者とは
いえない。

(4) 法第33条第1項第14号に基づく不服申立適格

法第33条第1項第14号は、開発行為をしようとする土地等につき
当該開発行為の施行等の妨げとなる権利を有する者の相当数の同意を得
ていることを許可基準と定めている。しかし、本規定は、開発許可をし
ても、許可を受けた者が開発区域等について私法上の権原を取得しない
限り開発行為等を行うことはできないことから、開発行為の施行等につ
き相当程度の見込みがあることを許可の要件とすることにより、無意味
な結果となる開発許可の申請をあらかじめ制限するために設けられてい
るものと解され、開発許可を行うことは、開発行為の施行等の妨げとな
る権利に何ら影響を及ぼすものではない。したがって、本規定が当該権
利者個々人の権利を保護する趣旨を含むものと解することはできない。

よって、審査請求人らが本件開発区域に通行権その他の権利を持つか
どうかにかかわらず、法第33条第1項第14号に基づく不服申立適格
を認めることはできない。

- 2 以上により、本件においては、審査請求人らのうち、〇〇〇〇、〇〇〇、
〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇〇については、
不服申立適格を認めることが相当と解されるものの、審査請求人らのう
ち、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、〇〇〇〇、
〇〇〇〇、〇〇〇〇〇〇及び〇〇〇〇〇については、いずれも不服申立適格を
認めることはできない。

1 処分庁は、開発許可の申請が法第33条第1項に掲げる基準（第4項及び第5項の条例が定められているときには、当該条例で定める制限を含む。）に適合しており、かつ、その申請の手続が法令に違反していないと認めるときは開発許可をなすべく羈束されているところ、法第33条第1項各号に規定する基準を適用するに際して必要な技術的細目は法施行令、法施行規則等に定められており、申請に係る開発行為が法施行令、法施行規則等の定める基準を満たしていれば、特段の事情が無い限り、法第33条第1項の基準を満たしているものと認めるのが相当である。

2 農地法違反、開発許可前の開発行為等について

(1) 農地法違反について

審査請求人らは、農業委員会への届出前に行われた前地主による本件伐根整地作業は、農地法違反であると主張する。

しかしながら、開発行為を許可する際の審査、判断事項は法定されており、処分庁は申請があった場合には法第33条第1項各号に掲げる基準に適合し、かつ、その申請手続が同法等に違反していないと認めるときには開発許可をしなければならないとされている。開発行為をするに当たり農地法上の手続が必要であったとしても、その手続を行うことは開発許可の要件とはされていないのであるから、仮に許可申請者に農地法違反行為があったとしても、それは違反者に農地法上の罰則等が適用されるべきものであり、開発許可処分の違法事由となるものではない。

したがって審査請求人らの主張は、それ自体失当である。

(2) 開発許可前の開発行為について

審査請求人らは、本件許可処分より前に行われた前地主による本件伐根整地作業について、事業主による本件開発行為に係る工事と一体のもので、開発許可前の開発行為であるとして違法であるとの主張をしてい

る。これに対し、処分庁は、前地主が行った本件伐根整地作業は建築行為等の目的で行う土地の区画形質変更ではないため、開発許可を要する開発行為には該当しないと主張している。

この点、開発行為を許可する際の審査、判断事項は法定されており、処分庁は申請があった場合には法第33条第1項各号に掲げる基準に適合し、かつ、その申請手続が同法等に違反していないと認めるときには開発許可をしなければならず、それは処分時における申請内容が法の規定に適合しているかどうかにより判断されるものである。審査請求人らの主張は、処分時における本件許可処分の違法性又は不当性とは別個の問題を主張するものであり、審査請求における取消し事由の主張としては失当である。

なお、仮に許可を受けずに開発行為が行われていた場合については、法第92条に基づく罰則の問題であり、また、処分庁が法第81条により監督処分の対象とするか否かを裁量により判断すべき問題である。

3 通行権の侵害（畦畔の廃道）について

(1) ア 当事者双方が認めるとおり、旧財務省所有地（〇〇〇〇番〇〇の土地）は、本件通路と必ずしも位置が一致するものではないが、いずれにせよ本件許可申請前に国が前地主に適法に払い下げたものである。

イ 審査請求人らは、本件通路が畦畔であったとの前提に立ち、本件通路を廃止することにより、本件通路を通行する権利（通行権）を侵害されたと主張するが、上記通行権は不動産登記簿等により公示される権利ではなく、外形上も明らかな権利とは言えない。

ウ 法第33条第1項第14号では、「当該開発行為をしようとする土地若しくは当該開発行為に関する工事をしようとする土地の区域内の土地又はこれらの土地にある建築物その他の工作物につき当該開発行

為の施行又は当該開発行為に関する工事の実施の妨げとなる権利を有する者の相当数の同意を得ていること。」とされているところ、処分庁に私法上の権利の有無を確定する権限がない以上は、この「相当数の同意」を得るべき権利者については、不動産登記簿等から外形上明らかな権利を有している者と解するのが相当である。したがって、処分庁が、土地登記簿謄本をもとに申請時の土地所有者を確認し、前地主の同意をもって同号の適合を判断したことに違法な点は認められない。

- (2) ア 審査請求人らは、本件通路上に本件街路灯が設置されていたこと等をもって、本件通路が法にいう「公共施設」であると主張する。確かに、区が本件街路灯を設置していたこと、区は特に公益上必要と認めた道について民有灯の整備等を行うことができると定めていること（民有灯条例第4条第2項）、区は「すぎナビ」と銘打ったサイトを開設し、街路灯を設置する場所を表示し本件通路上の本件街路灯も表示されていること等からすれば、本件通路が一般公共の用に供されていたと考えることは不合理ではない。

イ 法第4条第14号に定める「公共施設」に当たる「道路」とは、「道路法第2条第1項に規定する道路、道路運送法第2条第8項に規定する自動車道及び一般交通の用に供するその他の場所（道路交通法第2条第1項第1号）」と解されている。

そして、道路交通法第2条第1項第1号に規定する「一般交通の用に供するその他の場所」とは、「現に一般公衆及び車両等の交通の用に供されているとみられる客観的状況のある場所で、しかもその通行することについて通行者がいちいちその都度管理者の許可を受ける必要のない場所をいうもの」と解するのが相当である。

この点、本件通路は、事実上、付近住民により通行されていたことが認められるものの、幅員の狭さ、敷石の設置状況等から車両の通行

は困難と認められること、また、当該通路の土地所有者であった前地主が付近住民に対し通行を注意していたことから、「一般交通の用に供するその他の場所」には当たらないものと認められる。よって、本件通路は、法第4条第14号に定める「公共施設」には当たらない。

なお、本件許可申請時において、前地主は、本件通路の廃止につながる本件開発行為に同意している。

ウ したがって、本件通路の廃止につき、事業主が申請前に本件通路の管理者とあらかじめ法第32条第1項に基づく協議をし、その同意を得る必要はない。

4 避難路の阻害について

(1) 審査請求人らは、本件開発区域内にあった本件通路が廃止され、新設される道路が行き止まりとなる計画となったことにより、災害時の避難路が阻害されると主張しているため、道路の設計等の基準である法第33条第1項第2号の適合性について検討する。

(2) ア 同号では、「道路、公園、広場等その他の公共の用に供する空地が」「災害の防止上」「支障がないような規模及び構造で適当に配置され、かつ、開発区域内の主要な道路が、開発区域外の相当規模の道路に接続するように設計が定められていること。」と規定されているところ、「災害の防止上支障がない規模及び構造」とは、災害時に、開発区域内に居住し、又は、事業することとなる者の避難に支障がないこと、また、開発区域内で消火・救助活動等を行う上で支障がないことが求められている。

イ そして、法施行規則第24条第5号では、「道路は袋路状でないこと。ただし、当該道路の延長若しくは当該道路と他の道路との接続が予定されている場合又は転回広場及び避難通路が設けられている場合等避難上及び車両の通行上支障がない場合は、この限りでない。」と

規定されているが、本計画では道路は袋路状となっており、ただし書を適用するには、「避難上及び車両の通行上支障がない」ことが求められる。

ウ 区審査基準によれば、自動車の転回等が困難であると判断される場合（転回広場が必要となる場合）としては、開発区域内に設ける道路の幅員が6メートル未満で、かつ、転回広場の設置が必要な道路延長が35メートルを超える場合は、35メートルから60メートルに1箇所転回広場を設置することが必要とされている。

エ 建築基準法第42条第1項では、道路の幅員は4メートル以上とされているが、一般に幅員が4メートルあると、駐車車両がなければ消防ポンプ車が通行でき、消防活動も可能であるとされているほか、小型自動車（車幅1.7メートル）であればすれ違いが可能であるとされている。

(3) 本件新設道路においては、道路延長が34.69メートルであり、35メートル未満であるにもかかわらず転回広場を設置し、道路幅員も4.5メートルの設計となっている。

そうすると、本件新設道路は、主として当該道路に接して新設される12戸の専用住宅の居住者の通行に供されるものであり、上記の転回広場の設置、道路幅員によれば、火災等の災害が発生した場合においても、消防車両等の緊急車両の通行や車両同士のすれ違いについても支障が生じるとは認められず、行き止まりとなる道路延長からも、災害時に消防車両等が活動中に本件開発区域内の居住者等が徒歩で避難することは困難と言えず、本件開発区域の災害の防止上支障があるとは言えない。

(4) よって、当該計画は、避難上及び車両の通行上支障がなく、法施行規則第24条第5号に適合していると言い得るため、法第33条第1項第2号を逸脱するとは言えない。

5 付近住民への説明が十分でないことについて

- (1) 審査請求人らは、本件許可申請に当たり付近住民への説明が不十分であるとして違法を主張するが、あらかじめ開発区域の周辺住民に対し説明を行うことは法第33条第1項各号に掲げる基準にはなく、開発許可の要件とはされていないので、審査請求人らの主張には理由がない。
- (2) その他、審査請求人らは、開発許可処分後に事業主が付近住民への説明を十分に行わないことは、本件許可処分について法第79条に基づき付された「開発区域の住民には、事前にその工事の内容を十分に説明すること。また、周辺住民との調整により変更が生じた場合には、速やかに変更等の手続きを行うこと。」という本件許可条件に反し違法であると主張する。しかし、開発許可処分は、処分時における申請内容が法の規定に適合しているかどうかにより判断されるものであるところ、審査請求人らの主張は、処分時における本件許可処分の違法性又は不当性とは別個の問題を主張するものであり、審査請求における取消し事由の主張としては失当である。

本件許可処分において、本件許可条件を付して行われたことについて違法又は不当な点はなく、仮に本件許可条件に違反する行為があった場合については、事後的に、処分庁が法第81条による監督処分の対象とするか否かを裁量により判断すべき問題である。

6 街路灯の廃止について

- (1) 「公共施設」を廃止する場合には、法第32条第1項に基づき、あらかじめその管理者と協議し、その同意を得る必要があるところ、法にいう「公共施設」とは、法第4条第14号及び法施行令第1条の2によると、道路、公園、下水道、緑地、広場、河川、運河、水路及び消防の用に供する貯水施設とされている。したがって、「街路灯」がこれに当たらないことは明らかである。

(2) よって、審査請求人らその他付近住民の同意を得ずに本件街路灯を廃止したとしても、法第32条第1項に違反したとはいえない。

7 盛土に関する違法について

(1) 審査請求人らは、区の「盛土は、周辺より現況地盤が低い場合など、必要性がある場合に限る。」という定めを反し、正当な理由なく過大な盛土である等として本件許可処分の違法性を主張するので、検討する。

(2) 盛土に係る基準について

盛土については、これにより地盤の沈下、崖崩れ、出水その他による災害が発生する可能性があるため、法第33条第1項第7号において「地盤の沈下、崖崩れ、出水その他による災害を防止するため、開発区域内の土地について、地盤の改良、擁壁または排水施設の設置その他安全上必要な措置が講ぜられるように設計が定められていること」とされている。しかし、法において、盛土の高さについての規定はない。

盛土に関しては、区審査基準中に「杉並区内は、既成市街地であり、盛土が周辺に与える影響が大きいと、必然性のない盛土は行わないこと」という記載があるが、これについて処分庁は、住宅としての利用比率の高い区において、住宅都市としての良好な住環境を守るために配慮を求める趣旨の行政指導であって、法令に基づく許可基準ではないと主張をしている。

この点、確かに上記の記載が形式上は区審査基準に記載されているとはいえ、「必然性」という以上に、いかなる時にいかなる程度の盛土であれば認められるのかといった具体的な数値等による基準はなく、法第33条第1項第7号も含め同条の許可要件との関係性も認められない内容であることも考慮すると、「必然性のない盛土は行わないこと」との記載は、区がまちづくりの観点から望ましい開発行為のあり方を示し、極端に過大な盛土が行われないよう開発許可申請者に協力を求めるため

の行政指導であると認められ、処分庁の主張に不合理な点はない。

そうすると、盛土の必然性に関する行政指導に従わないからといって、そのことを理由に開発行為の許可をしないことにはならず、また、その許可処分が違法となるわけではない。

(3) 盛土の必然性について

ア 本件開発行為においては、本件開発区域及びその両側の道路が南下がりに傾斜しており、専用住宅の敷地として土地利用をする上では、整地する必要があることから、一定の盛土の必要性が認められる。

イ また、本件開発区域内に生じる排水について、西側位置指定道路下の本件私設管に排水するためには、本件私設管の管理者やその工事のために掘削する道路の土地所有者の同意が必要とされるところ、それらの者が不明確であることから、同意の取得は困難と認められる。他方、東側区道の管理者は区であり、埋設される下水管の管理者は東京都下水道局であると判明している。したがって、本件開発区域内の排水について、西側位置指定道路下の本件私設管を利用せず、東側区道下の下水管を利用することは、工事の実現性のみならず、布設後の維持管理の面を考慮しても、極めて合理的であると言える。そうすると、本件開発行為における盛土は、東側区道下の下水管を利用するために必要な盛土であると言える。

ウ よって、本件開発行為における盛土については、上記(2)の行政指導にも従ったものと認められ、何らの違法性及び不当性も認められない。

(4) 盛土の高さについて

ア 本件開発行為における盛土は、上記(3)イのとおり、東側区道下の下水管を利用するために必要な盛土であると言えるため、盛土の高さに関係するものとして、本件開発行為により新設する下水管の土被り(地表面から下水管頂部までの埋設深さ)の量について検討する。

区審査基準によれば「下水管の最小土被りは原則として1.2mとする」と定められているが、下水管の土被りについては、東京都下水道局の定める「排水設備要綱」によると、私道排水設備における管の場合は、「車両交通のあるところについては、0.75m以上」とされ、国土交通省（当時は建設省）発出の通知によると、「下水道管の本線以外の管を車道の地下に設ける場合には、その頂部と路面との距離は当該道路の舗装の厚さに0.3メートルを加えた値（当該値が0.6メートルに満たない場合は0.6メートル）…（中略）…以下としないこと。」とされている。これらの基準はともに、下水管の維持管理を確保する趣旨から土被りの最低数値基準を定めたものとなっている。

この点、本件開発行為においては、東側区道下に埋設されている既設下水管との接続部分において約1.2メートルの土被りとした上で、排水の自然流下に必要な管渠の勾配をとりながら、本件開発区域内に新設する道路の西端部において土被り0.885メートルと設計したことが認められ、上記各定め の範囲内にあることから、著しく不当な土被りであるとは認められない。

イ そうすると、本件開発区域における盛土は、下水管を本件開発区域内に適切な管径・勾配で引き込むために必要なものといえ、西側2項道路を基準として最大約1.3メートルの高低差が生じることについても不合理な点はない。

(5) その他、審査請求人らは、本件開発区域西側の盛土は1.3メートルであり、申請において約0.8メートルとしているのは虚偽であると主張している。しかし、処分庁が、「造成計画平面図」において、隣地との高低差は南西端住宅敷地の計画地盤高と西側2項道路の東端部の地盤高との差で約1.27メートルと表示しているとおりに、虚偽の意図は認められない。

(6) 以上のとおり、本件開発行為に係る盛土に関して、許可を取り消すような違法性も不当性も認められない。

8 その他の主張について

(1) 審査請求人らは、処分庁が他の許可権者と異なり10年近く改定していない区審査基準により本件許可処分を行ったことに疑義があると主張するが、審査基準は、各許可権者が所管する地域の実情に応じて定め、また、改定をするものであって、改定のないことのみをもって違法又は不当であるということとはできない。

(2) 審査請求人らは、処分庁が本審理手続において証拠資料として、第一法規出版株式会社が提供する判例検索サイトから出力した複数の判例情報を全文で提出していることについて、二次著作権違反である旨の主張をしている。しかし、処分庁は、本件許可処分の適法性を主張する必要の範囲において上記判例情報を引用したに過ぎず、また、当審査会において証拠資料としての提出を受け付けない理由はないため、審査請求人らの主張は認められない。

9 以上のとおりであり、また、当審査会としては、他に本件許可処分が違法又は不当であることをうかがわせる事実も認められないため、本件許可処分は適法かつ妥当であったものと認められる。

結 論

よって、行政不服審査法第45条第1項及び第2項の規定により、主文のとおり裁決する。

付 言

なお、杉並区長は、処分庁として開発許可処分を適法に行う法的責任を持つことはもとより、開発指導を含む開発行政の妥当性・公正性を確保する責任を負う。この観点からは、住民（本件では区民）に対して、許可処分に限られず、開発に関わる行政過程の適切性について説明し、必要に応じて柔軟に対応する責務（答責性・応答性）を担うものである。杉並区長においては、行政不服審査過程で住民である審査請求人らから出された質問等に対しては、争訟としての法的な弁明に留まることなく、また、事業主に住民への説明を指導することに留まることなく、自ら行政過程の適切性について可能な限り丁寧かつ十分な意思疎通と対話が早期からなされることが望まれる。

令和3年9月15日

東京都開発審査会

会 長 金 井 利 之

会長代理 鈴 木 一 洋

委 員 杉 原 陽 子

委 員 谷 口 久美子

委 員 田 村 達 久

委 員 藤 井 さやか

委 員 松 澤 龍 人

教示

- 1 この裁決については、この裁決があったことを知った日の翌日から起算して6か月以内に、東京都を被告として（訴訟において東京都を代表する者は東京都知事となります。）、裁決の取消しの訴えを提起することができます。

ただし、この裁決の取消しの訴えにおいては、不服申立ての対象とした処分が違法であることを理由として、裁決の取消しを求めることはできません。

処分の違法を理由とする場合は、この裁決があったことを知った日の翌日から起算して6か月以内に、杉並区を被告として（訴訟において杉並区を代表する者は杉並区長となります。）、処分の取消しの訴えを提起することができます。

- 2 ただし、上記の期間が経過する前に、この裁決があった日の翌日から起算して1年を経過した場合は、裁決の取消しの訴えや処分の取消しの訴えを提起することはできなくなります。なお、正当な理由があるときは、上記の期間やこの裁決があった日の翌日から起算して1年を経過した後であっても裁決の取消しの訴えや処分の取消しの訴えを提起することが認められる場合があります。

別 紙

物 件 目 録

1 開発区域に含まれる地域の地番

東京都杉並区〇〇〇〇〇丁目〇〇〇〇番〇

同 〇〇〇〇番〇

同 〇〇〇〇番〇

同 〇〇〇〇番〇〇

同 〇〇〇〇番〇〇

2 開発区域の面積

〇, 〇〇〇. 〇〇平方メートル