

建築確認と行政争訟での裁決・判決時説

——「二重敷地」と違法判断の基準時——

田村 泰俊

目次

- 一 問題の所在
- 二 違法判断の基準時と学説
 - (1) 現在の学説の動向
 - (2) 処分時説か判決時説か
- 三 判例とその動向
- 四 通説が前提とする「行政処分」観
- 五 解決のための理論モデル
- 六 建築確認の法的性格と実務運用
 - (1) 二重敷地とは何か
 - (2) 建築確認処分の位置付け
 - (3) 二重敷地に関する判例・裁決例
- 七 職権取消・撤回義務
- 八 実務と学説への提言

一 問題の所在

現在、建築確認処分が、付近住民等により提起される建築審査会に対して行われる審査請求事件で争われる場合、いわゆる違法判断の基準時について、審査会は裁決時によるべきではないかとの問題が生じてきている（この理解は、行政訴訟の場合には判決時説ということとなる）。

一方、現在の審査会の審査実務は、違法判断の基準時を建築確認の処分時に求めるのが通例であると言ってよいであろう。現に、建築審査会関連の実務書は、次のように述べている。

すなわち、処分時説を採る理由として、3つの理由を掲げている。少し長い
が、そのまま引用してみることにしたい。

「1 審査請求の裁決は建築審査会が処分庁とは異なる第三者としての立場
で行う判断行為であり、裁判所の判断に近いものである。そのため、建築審査
会の判断は、基本的に行政的ではなく司法的であることが望ましいと考えられ
る。

2 審査請求では処分庁が行った処分について争われている以上、処分庁が
処分した時点とは別の事実や、改正された別の基準を前提として判断すること
を迫られることになるのは適切ではない。

3 裁決時説を採った場合、処分当時の基準に照らせば何ら問題のない処分
が、裁決時までに法令が改正された結果、裁決時の基準に適合せず、違法な建
築物となる問題が生じ、建築基準法3条2号の既存不適格の規定と齟齬が生じ
る。」⁽¹⁾というものである。

さて、以上の実務上の見解は、例外は認めるものの、⁽²⁾原則は処分時説によ
るというものであることは理解できよう。

そして、その前提は「処分がなされた後、裁決をなすまでの間に、処分が違
法・不当であるか否かを判断する前提となるべき法令や、法令適用の前提とし
て据えるべき事実（用途地域等の都市計画決定等）が変化した場合」⁽³⁾に求められ
ている。

以上のように、この実務マニュアルの立場は、従来の行政訴訟における違法
判断の基準時の理解をそのまま引き継いでいる。⁽⁴⁾

ところで、処分時説か（裁決）判決時説かとの論争の前提は、すでに見たよ
うに、処分時の事実や法令が、裁決や判決時に変化したり改廃等が行われたと
いう点にある。それを前提とする限りでは、マニュアルや従来の行政訴訟での

議論は、一見、合理性があるようにも思われる。

しかし、いはば、この当然とも言える事実の変化や法令の改廃等とは異なるシチュエーションが建築確認が争われる争訟には存在する。つまり、処分時と裁決や判決時とで、「事実や法令には全く変化はない」しかし、「裁決や判決時には建築基準法に違反していることが明らかとなっている」という現実が存在する。

この問題を明らかにしている最近の重要な報告が、野口和俊弁護士による「(接道)二重敷地問題について」⁽⁵⁾なのである。

この報告では、現実には接道要件を充足していないにもかかわらず、書類上だけ充足しているとし申請がなされるので、書面審理の義務のみを負い、実際の内容を審査しない(つまり提出された書類(申請図書)のみの形式審査で現場での計測・調査等を行わない)という建築主事や民間の指定確認検査機関⁽⁶⁾の審査にあつて書類上は合法ではあるが、付近住民の争訟の提起により現実の計測・調査等が行われ、始めて不接道等の接道要件の不充足が明らかになるケースが採りあげられている。

つまり、重要なことは、処分時と審査・審理および裁決や判決時で、「現状や事実・法令には全く変化はない」という点にある。

この種のケースでは、特に民間の指定確認検査機関では、⁽⁷⁾書面審理・形式審査のみが自らの法的義務であると主張することが多いようであり、その場合、実体としては接道要件を充足していないにもかかわらず、建築審査会は、建築確認合法の裁決を出さざるを得ないという矛盾に落ち入ることとなる。

実は、書面や書類(申請図書)上は合法であったとしても、第3者による争訟の提起で始めて不接道等の現実や実際が明らかとなった場合、裁決や判決で建築確認処分違法との判断(すなわち、裁決・判決時説ということとなろう)を示すべきではないか、あるいは争訟の提起により書面上(申請図書)上は合法ではあったとしても、そのような場合は処分庁は法的に取消しあるいは撤回義務

を負うとすべきではないか⁽⁸⁾これが本稿の関心となっている。

そこで、まず、本稿では、本稿に必要な限りで、従来の違法判断の基準時に関する判例や学説の整理を試み、ついで、建築確認処分の法的性格を確認し、最後に、取消し・撤回義務の問題にふれつつ、少なくとも建築確認処分については、接道要件を満たすために他人名義の土地を書類上自己の敷地として建築確認申請を行い建築確認が現実に下りるいわゆる二重敷地等の場合、違法判断の基準時を裁決や判決時に求めるべきであるという提言を行うこととしたい。⁽⁹⁾

二 違法判断の基準時と学説

(1) 現在の学説の動向

建築審査会や行政訴訟で確認処分が争われる場合、すでに見たように、いわゆる行政法総論で論じられてきた違法判断の基準時の議論が前提とされてきている。そこで、ともかくもこの従来からの議論を、本稿の目的から確認しておこう。⁽¹⁰⁾

まず、ここでは、その中でも現在の学説の説明を確認しておくこととしたい。この訴訟における違法判断の基準時とは何か、つまりいわばその定義とでも呼ぶべきものを見てみることにしよう。まず代表的テキストは、次のように述べている。

塩野 宏名誉教授は、「処分の時とその処分に対する取消訴訟の判決の時との間には常に時間的経過があることから、その間に事実関係の変更、法令の改廃が行われることがあり、その場合にいずれの時を基準にして違法性を判断すべきかという問題」⁽¹¹⁾とされている。

阿部泰隆名誉教授は、「処分後に、処分の根拠となった法令が改廃されたり、または処分要件の存否に関する事実状態が変わった場合に、裁判所は、処分時

と判決時（事実については、正確には事実審の最終口頭弁論終結時）のいずれの時点
を基準にすべきか……（略）……という問題」⁽¹²⁾とされている。

宇賀克也教授は、「判決までの間に法令が制定・改廃されたり、事実状態が
変動したり」⁽¹³⁾とされている。

なお、宇賀教授は、例として建築確認拒否処分を掲げておられるが、その後
「高度地区の指定がなされたり……（略）……建築規制が緩和され」⁽¹⁴⁾ている
ように、いわゆる二重敷地等、事実には全く変化がない、建築確認が形式審査・
書面上のみの審査から生じる問題は意識されていない。

大橋洋一教授は、やはり、「法令や事実状況が変更になった場合」⁽¹⁵⁾とされて
いる。

橋本博之教授も、「事実状態あるいは法令が変動し」⁽¹⁶⁾とされている。

以上のように、現代の代表的テキストは、いずれも処分時と事実が変わった
か、法令に改廃等があった場合を前提としており、形式的・書面上の審査ゆえ
に、「事実には全く変化はなく、争訟時に始めて真の事実が明らかとなる」よ
うな建築確認申請での二重敷地等のような問題の存在を全く念頭に置いていな
いことを理解することができる。

それでは、次に、同様に、代表的な論文の定義付けをみてみよう。

小早川光郎教授は、「法または事実状態のいずれかについて何らかの変動が
生じた場合……（略）……これが“取消訴訟における違法判断の基準時”の問
題である」⁽¹⁷⁾とされている。

新山一雄教授も、「事実は行政事件にあってはむしろ変更するものをつねと
する」⁽¹⁸⁾とされる。いずれも、事実の変化のない二重敷地等の問題は意識され
ていないと言えよう。

最後に、実務書等を見てみよう。

長屋文裕弁護士は、「取消訴訟の口頭弁論の終結の時までの間には、当該行
政処分の根拠法規が改廃されることもあり、事実状態も転変を免れない……

(略) ……これが従来『違法判断の基準時』と呼称されてきた問題である⁽¹⁹⁾としている。

斎藤 浩弁護士は、いわゆる伊方原発訴訟最高裁判決⁽²⁰⁾に関し、「基準時間問題は処分時と判決時とで法規が変化した場合⁽²¹⁾としている。

ここでも、事実状況に変化のない形式審査たる建築確認のような問題は意識されてはいない。

そして、このような傾向は、初期の段階から同様であったと考えてよいようである。例えば、高田 敏教授は、1964年当時の論文で、「当該処分の根拠となった法令が改正されもしくは事実状態に変動を生じた場合⁽²²⁾とされ、橋本公巨名誉教授も、1959年の判例評釈で、「法及び事実状態が変わった場合⁽²³⁾とされている。

そして、この点は、筆者の推測とならざるを得ないが、この定義のルーツとも呼ぶべきものは、ドイツ法に求められて来ているようである。現に、ドイツ法でのこの問題を初期の段階で論じている、宮田三郎名誉教授の1962年当時の論文は、「訴訟係属中に生じた新事実および法状態の変動⁽²⁴⁾とされている。加えて、この宮田論文の説明は、同名誉教授の1996年の論文でも「事実および(または)法状態の変動の結果⁽²⁵⁾としてほぼそのまま引きつがれている。

ところで、この1996年の宮田論文は、「第三者取消訴訟は、とくに建築法、環境法および技術的安全法の領域で、提起される⁽²⁶⁾とその冒頭で述べている。

確かに、現在でいう、いわゆる「三面関係⁽²⁷⁾を捉えている点は評価しうるとして、問題は、建築法を指摘しながら、事実全く変動や変化のない形式審査たる建築確認処分が全く意識されたり考慮されていない点であろう。なお、建築基準法の施行は、昭和25年(1950年)のことである。おそらく、その原因は、この論文が、ドイツの建築法の議論をそのまま導入している⁽²⁸⁾ことにあるのではないかと思われる。

以上のような、わが国のテキスト、論文、実務書の説明からは、次のような

ことが言えるのではないと思われる。

それは、ドイツ法で転開され、それを基本に立てられた初期のわが国での「法や事実の変動や変化」という前提が、無批判に受け次がれて来たという点であろう。

そして、本稿の冒頭で採りあげた建築審査会のマニュアルも、この定義あるいは前提を、「事実に変化のない」こともありうる建築確認処分にもいはば忠実に受けついでいる。⁽²⁹⁾

(2) 処分時説か判決時説か

それでは、以上のような「法および事実の変動や変化」を前提に、処分時説あるいは判決時説の議論は、どのようなになっているのであろうか。

さて、言うまでもなく、周知のように違法判断の基準時との争点における処分時説とは、裁判所は、行政庁が行政処分を行った時点での法令や事実に照らしてその行政処分の合法・違法を破断すべきであるとするものであり、一方で、判決時説は、判決すなわち口頭弁論終結時のそれをもって判断すべきであるとするものである。⁽³⁰⁾

わが国の明治憲法下の旧行政裁判所が、現在でいう判決時説を採っていたケースもみられる⁽³¹⁾ためかどうかは不明だが、これもまた周知のこととして、初期のわが国の有力説は、判決時説を採っていた。⁽³²⁾

その主要な論拠は、現在でもよく指摘されるように、それは、行政処分が常にそれが有権的判断の対象となしうる最新あるいは直近の時点で法令等に適合していることを求めるまさに、行政の「現在」の法適合性と行って良いであろう。あるいは、法令という法的規律への適合を重視する理解と言えよう。⁽³³⁾

なお、感想的なコメントとはなるが、科学技術法令の多い行政実体法では、国民、住民の生命・身体の安全確保から、直近あるいは改正後の現在の法令や事実による判断が望ましい場合もあり、この点では、科学技術あるいは専門・

技術的法令の目的から従来の「法令や事実の変動や変化」という前提からの判決時説をもう一度評価し直してもよいのではないかと思われる（なお、実際の審理にあたっては、個別法令の解釈から判決時によることが、後にも述べるように、多くは導き出されることとなろう）。⁽³⁴⁾

さて、一方で、一般に、現在の通説は、処分時説であると認識されている。⁽³⁵⁾

それでは、いわゆる処分時・口頭弁論終結時に違法判断の基準を求める理解は、どのような点に、その主要な論拠を求めているのであろうか。

それは、以下のような点に求められている。すなわち、行政と司法という権力分立、そこから導き出される行政の第一次判断権とそれに対する裁判所の事後審査という訴訟の性格と言って良いであろう。⁽³⁶⁾

実は、建築審査会のマニュアルも、この通説がよって立っているところの論拠に基づいて、処分時によることとしている。⁽³⁷⁾

しかし、建築確認処分は、書面上の形式審査であり、その実体的内容を審査するものではないから、そもそもその実体的内容について、処分庁の第一次的判断権という考え方それ自体が成立していないことは明らかである。いわゆる「二重敷地」のような場合は、その実体的内容については、行政不服申立が提起された後、建築審査会の段階で明らかとなる場合が多い。

ともあれ、ここでみたように、判決時説か処分時説かという、取消訴訟での違法判断の基準時と呼ばれる問題は、よく指摘されるように、行政訴訟、とりわけ取消訴訟の性格やその本質論をめぐって議論されてきたものであった。⁽³⁸⁾

三 判例とその動向

それでは、この違法判断の基準時に関する判例の動向は、どのようなものだったのだろうか。

それは、原則としては、いわゆる処分時説を採っているとされる。⁽³⁹⁾

ところで、この判例理論に分析を加えている文献が採っている代表的分析手法を、一応、見ておくべきではないかと考える。それは、判例が処分時説に立つとの結論に至る過程から、後に示す筆者の判例理論に対する理解といはばコントラストをつけてみたいとの試みを行うために他ならない。

例えば、判例理論を詳細に分析している長屋論文は、いわゆる違法判断の基準時について次のような分析手法を採っている。⁽⁴⁰⁾すなわち、「処分要件と後発的事由」との項目の中に、「処分要件と取消事由との関係」「処分要件等の時間的要素」「処分要件と新たに生じた事実」「処分要件の要素をなす法律状態の遡及的変動」を⁽⁴¹⁾、「後発的・遡及的瑕疵と争訟制度」との項目の中に、「後発的・遡及的瑕疵を是正するための制度と取消訴訟」「後発的・遡及的瑕疵を是正するための制度が設けられていない場合の取消訴訟における主張の許否」を、⁽⁴²⁾そして「後発的事由と特に法定された失効事由等」⁽⁴³⁾となっている。

最後のものは、法律制度により帰結されるとして、前二者は、処分要件や瑕疵論であるから、処分のまさに「中味」ということが当然の前提とされているようであり、処分の「中味」すなわち実体的要件は全く見ない形式審査たる建築確認については、その対象にとり込みづらい分析手法となっている。

次に、小早川光郎教授の分析手法⁽⁴⁴⁾を見てみよう。小早川教授は、その項目として「不利益処分の場合」「申請拒否処分の場合」「申請認容処分の場合」を立てておられる。⁽⁴⁵⁾

すなわち、行政手続法の処分手続に引きつけた分析手法となっている。ここでも、処分の実体的内容を見るのか、そうではなくして形式的審査のみの処分なのかという違いは、やはり捉えづらいように思われてならない。

以上の分析手法を念頭におきつつ、ともかくも、代表的判例をみてみよう。例えば、この違法判断の基準時との争点に関するリーディングケースと考えられる⁽⁴⁶⁾最高裁昭和27年判決は、次のように判示している。

すなわち、「行政処分の取消又は変更を求める訴において裁判所の判断すべ

きことは係争の行政処分が違法に行われたかどうかの点である。行政処分の後法律が改正されたからと言って、行政庁は改正法律によって行政処分をしたのではないから裁判所が改正後の法律によって行政処分の当否を判断することはできない⁽⁴⁷⁾と判示している。

しかし、本件は、自作農創設特別措置法に関し附則の改廃が争点とされたケースであることは忘れてはならないように思われる。すなわち、この法律の特別な政策目的から、処分時説しかとり得なかったケースと読むことも可能ではなからうか。

また、事情の変更についても、確立した判例理論として説明されている一連の判決⁽⁴⁸⁾も同様に考えられる。例えば、最高裁昭和34年判決⁽⁴⁹⁾も自作農創設特別措置法のケースであったし、同様に、昭和35年判決⁽⁵⁰⁾も同じく自作農創設特別措置法のケースである。

加えて、弁護士会が行った弁護士に対する懲戒処分後、懲戒請求者と示談が成立したとの事案に対する最高裁昭和34年判決⁽⁵¹⁾も、被害者の救済という以上に、弁護士倫理の維持という客観目的が弁護士法の理念や目的としてあると考えれば、やはり処分時の事実によることがその法的性格から合理性があったケースと捉えることもできよう。

また、租税法に関する昭和57年判決⁽⁵²⁾も無効確認訴訟によるのか減額更正の請求によるのかという点から捉えるべきであり⁽⁵³⁾後者によるべきであるということであり、その点で無効確認訴訟では別ルートがあるので処分時によるべきこととされているにすぎない。

以上のように、少なくとも筆者の目から見れば、判例理論が処分時説をとっているというよりは、問題となった具体的な法律の制度や趣旨・目的・政策理念・目標等から、そもそも処分時説によって事案処理をすることが合理的であったというだけであり（処分時説により判断すべき場合が多いことは筆者も認める）、判決時説をもって処理すべきケースのありうることを否定してはいないと読みう

るのではないかと考えている。

そのような意味で、処分時説が、「変哲もない結論」⁽⁵⁴⁾とされるのには、筆者は疑問をいただいている。

建築審査会のマニュアルは、「判例は処分時説を採っています」⁽⁵⁵⁾としているが、そう単純に考えてよいのかに疑問を持ってみてもよいのではないだろうか。

なお、念のために述べておけば、このことは、行政処分以外が争われたり、取消訴訟以外のフィールドの判例を見ても言えることなのではないであろうか。

例えば、計画決定→事業認可とのプロセスを踏む行政計画に関する平成11年最高裁判決⁽⁵⁶⁾は、計画決定時に判断の基準時を置くが、これは都市計画法施行令2条の解釈から導き出される帰結であり、一般的に後の状況や制度を排除したとすることはできないのではなかろうか。現に、都市計画法に関する平成18年最高裁判決⁽⁵⁷⁾は、昭和39年の都市計画決定とその後、計画を変更し平成5年に新たな決定が行なわれたものであり、判旨は平成5年の決定を審理の対象とするが、これは計画変更の性格から後になされる計画が対象とされたものである。

また、別のシチュエーションとして不作為については、判決時説が採られていると指摘されるが、⁽⁵⁸⁾これも不作為という法的状況や性格から来るものということができよう。⁽⁵⁹⁾

いずれにせよ、判例理論が、処分時説を採っている、あるいは都市計画法のような場合も、処分時説に準じる考えを採っている、とは言えないのではないであろうか。要は、むしろ処分時か判決時かという択一的発想を、そもそも判例理論は採っていないと考えるべきではないであろうか。

四 通説が前提とする「行政処分」観

さて、この違法判断の基準時という争点は、すでに本稿で見てきたように取

消訴訟を中心に議論が行なわれてきた。

そこで、取消訴訟の対象としての行政処分について、学説は、いはば「行政処分」観とでもいったものを、どのように想定して来たのかをみておきたい。

この点について、違法判断の基準時との関係で明確に述べられているのが新山一雄教授の論文である。新山教授は、次のように述べられている。

すなわち、「行政行為が有効に成立するためには、その主体、内容、手続、形式等のすべての点について、法の定める要件に適合することを要する。主体については、一定の権限を有する者により、正常な意思に基づき、その権限内の事項について行なわれることが必要であり、内容については、法律上不能でないこと、法に違反するものでないことが必要であり」⁽⁶⁰⁾と説明されている。そして、処分時説との関係そして判決時説との関係では、「その処分の内容が妥当であるのか、法に適合するのかがどうか審査される」⁽⁶¹⁾と述べられている。

このように、そもそも違法判断の基準時との争点で前提とされていたのは、処分内容の審査であり、内容には踏み込まず、形式審査のみ行なわれる建築確認処分のような処分は、想定されていないことが理解できる。

そして、この行政処分の「内容」に対する審査という前提は、抗告訴訟一般について言えることだと考えてもよからう。⁽⁶²⁾

例えば、周知のこととして、裁量審査に関する手続的審査⁽⁶³⁾の基本的な理解は、本来は処分「内容」について審査すべきではあるが、専門・技術的行政実体法や、それに基づく行政処分「内容」については、裁判所の審査能力に限界がある場合もあるので、むしろ「内容」というよりは「手続」に審理の焦点をあてるという発想もあり得るのであろう。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

いずれにせよ、形式審査という建築確認処分については、そもそもこの「内容」についての審査は、処分時に全くなされていないことは、もう一度、思い出しておく必要があるだろう。

五 解決のための理論モデル

「法令の改廃や事実の変動・変化」を前提とするわが国の学説の中にも、形式的書面審査のみ行なわれる建築確認処分、とりわけ、二重敷地等の問題で、裁決・判決時説を採りうることに利用できる理論モデルというべきものが存在する。

例えば、代表的な見解を見てみることにしよう。

まず、注目されるのは、鈴木庸夫教授の見解である。鈴木教授は、「違法判断の基準時の問題はみぎにみたように、行政実体法、手続法の問題に解消されるべき課題である」⁽⁶⁶⁾とされる。

この鈴木教授の発想を問題解明の基礎としてすえてみた場合、鈴木教授の論稿を引用しつつ、次のように述べる、塩野 宏名誉教授の理解が、現在の理論モデルの到達点を示しているのではないかと思われる。それは、「従来のような取消訴訟本質論ではなく、具体の行政過程における法律の仕組みごとに考慮すべき」⁽⁶⁷⁾とされている。

そして、判例理論も、この点から、十分に説明できるのではないかと考えられる。⁽⁶⁸⁾

一方で、処分時説・判決時説とも例外を認める⁽⁶⁹⁾あるいは、「両説は実は接近している」⁽⁷⁰⁾とし、処分時説か、あるいは判決時説か、どちらかによりつつ例外を許容するという理論モデルも、当然ありえよう。しかし、古典的・伝統的な理論や枠組みにこだわり、どちらかにより例外を認めるよりは、具体的な実体法や手続から、むしろ考えるべきであろう。それは、現状の行政処分の根拠となる法令が、それぞれ別個・独立に複雑化しているからに他ならない。

六 建築確認の法的性格と実務運用

(1) 二重敷地とは何か

それでは、以上のように、処分時説か判決時説かという、「択一的発想」ではなく、具体的な法令の制度や内容から考えることとなるが、それでは、まさしく建築確認の法的性格はどのようなものであろうか。

まず、本稿執筆のきっかけとなった「二重敷地」とは何かをまずもって再び確認しておくこととしよう。

そこで、野口和俊弁護士の説明をみてみよう。すなわち、二重敷地とは、「『不接道』の敷地であるにもかかわらず、他人が建築物の敷地としている土地や通路として通行の用に供している土地を自分の敷地の一部に含めて、敷地が接道義務を満たしているとする確認申請に対して建築確認がなされ」⁽⁷¹⁾ているものを言う。そして、なぜ、建築確認が行なわれるのかは、「建築主事や指定確認検査機関には『形式的審査権』しかない……(略)……私法上の権原の有無について審査する権限を有しないし、義務もないと解」⁽⁷²⁾されているからである。

そして、二重敷地たることが、建築審査会への行政不服審査法に基づく審査請求が提起されて始めて明らかとなる場合が典型例である。

この場合、裁決時を基準に違法として取消裁決を出せるのか。これが、本稿の主たる関心となっている。もちろん、実体的事実には確認時と裁決時とでは変化はない。

(2) 建築確認処分の位置付け

以上のような問題を提起する建築確認処分について、代表的文献から、その法的位置付けを確認しておくこととしよう。⁽⁷³⁾

周知のように、建築確認の法的理解については、許可説と確認説とが存在する。⁽⁷⁴⁾そして、通説・判例は、確認との理解、つまり後者の立場をとっていると言える。⁽⁷⁵⁾

ここでは、わが国の伝統的行政法学でいう準法律行為の行政行為のうちの確認行為とされている。⁽⁷⁶⁾

それでは、なぜ、確認行為たるものが、形式的審査に結びつくのであろうか。表面上の理由は、それは法的には確認行為だからということであろう。

しかし、実質的理由は、通説は、まず第1に、「申請行為」を前提としているからではないかと思われる。

例えば、代表的文献は、「確認は建築主の側の申請行為をまって初めて行われるいわば受動的行為で、この申請は行政法学の私人の公法行為に該当する」⁽⁷⁷⁾としている。ここからは、建築主事や指定確認検査機関に積極的な実体内容の調査義務を見い出すことは困難となろう。

第2に、沿革的理由があるようである。それは、旧法すなわち市街地建築物法においても同様の理解がなされていたというものである。⁽⁷⁸⁾現に、現行建築基準法の制定過程では、許可制への異論があり、確認制度が発案されたようである。⁽⁷⁹⁾

第3に、技術上の理由があったようである。その1つに、大量に行なわれる処分であり、いちいち内容面にまで立ち入れないという発想がある。例えば、その証左として、次のような点が指摘されている。それは、「建築基準法の前身である市街地建築物法の下で長の権限であった許可を比較的下級機関である建築主事に下ろしたのは、確認事項内容が一義的・機械的に単純に認識しうるものと考えたから」⁽⁸⁰⁾という記述からもうかがい知ることができよう。

さらに、その2つめとして、それと関連し、建築基準法の立法過程で、過度の規制の強化に時代的要請から批判があったことが指摘されている。⁽⁸¹⁾

第4に、条文の構造が掲げられる。それは、建築基準法6条1項と5項が別々

に規定されている点である。つまり、6条5項の禁止規定ゆえに確認を受けないと建築できないとの法効果が発生するものであり、法令等への建築計画の適合を求める1項は、公的に確認することのみを求めているというものである⁽⁸²⁾（もっともこれを分断論と批判し、1項と5項は一体のものとして捉えるべきとの理解もある⁽⁸³⁾）。いはば、立法技術上の問題からの要請であったと言ってよいであろう。

ともあれ、通説・判例は、実体的内容に立ち入らない形式審査として建築確認を捉えており、処分内容の適正を求める一般の行政法が想定する処分とはその性格を異にすると実務上は理解されている。

(3) 二重敷地に関する判例・裁決例

本稿執筆のきっかけとなった野口報告は2つの判例及び裁決例を主に掲げている。

1つは、京都市建築審査会平成18年3月10日裁決（公刊物未登載）であるが、これは後に接道要件を充足するに至ったケースであり、⁽⁸⁴⁾これは、いわゆる瑕疵の治癒で十分説明できるケースであった。⁽⁸⁵⁾

もう1つは、東京地判平成24年3月13日（公刊物未登載）である。⁽⁸⁶⁾

しかし、このケースは、原裁決たる世田谷区建築審査会平成20年3月20日裁決⁽⁸⁷⁾を見ると、建築確認時に処分庁が二重敷地たることを了知していたケースであり、このような場合には、処分庁に審査義務が発生し、それを行なわなことが違法とされたケースとも言えそうである。

そこで、裁決・判決時説で対応すべき、例えば、二重敷地やその他接道要件を満たしていない他のケースで、そのような事情を処分庁が了知しておらず、そのような状況の中で建築確認が行なわれた場合については、もし処分時説に立てば、処分庁には審査義務はないので、違法ではあるが請求棄却で対応せざるを得ないケースについては明確な判断が示されていないと言って良いであろう

う。そのような中で、各建築審査会では、処分時説による法運用が行なわれている。

七 職権取消・撤回義務

さて、建築主事や指定確認検査機関が、実務では、申請にあたって提出された申請図書に対する形式審査のみが行なわれるので、その申請図書の範囲では不接道たることが判明せず建築確認がなされ、後に審査請求等の提起により不接道の事実が明らかとなった場合、処分庁に当該建築確認の取消・撤回義務があるのだろうか。⁽⁸⁸⁾

このような場合、筆者は、職権取消ないし撤回義務が生じると考えるべきであると思う。この点、違法判断の基準時との関係で明白に述べられているのが鈴木庸夫教授の見解である。それは、「第三者による取消訴訟が提起された後、事実状態、法的状態の変動によって当該許可取消処分が違法となった場合、行政庁としては原則的に取消ないし撤回、変更など新処分を行う法的義務がある」⁽⁸⁹⁾と述べられている。また、事情の変更や法令の改廃に対し、法律等が特別の規定を有しない場合、撤回ないし変更義務がありうることは長屋弁護士も認めている。⁽⁹⁰⁾

以上のような学説の理解から、建築確認後に不接道の事実が明らかとなったような場合、本稿六(2)で示したように、形式審査が技術的理由を主要な根拠としていることから、それを無視して放置することまで、建築基準法が認めているとは解されないこととなるので、建築主事や指定確認検査機関には職権取消あるいは撤回義務が生じると解すべきである。法の支配や法律による行政という法の一般理論からも、これが妥当な結論と言えよう。⁽⁹¹⁾

八 実務と学説への提言

争訟実務については、次のような提言を行いたい。

二重敷地等の場合で、建築確認後に不接道等が明らかとなった場合、裁決や判決は、裁決時、判決時を基準に行なうべきである。

それは、かりに判例法理が処分時説に立っているとの立場を採ったとしても、そもそも取消訴訟における違法判断の基準時との争点が行政の第一次的判断時には存在しなかった法令や事実の変動を前提としているから、法令や事実には変動のない二重敷地等の問題に処分時説をあてはめる必要はない。

そのことは、処分時説の主要な論拠が行政の第一次判断権にあるが、申請図書に対する形式審査という建築基準法の現在の理解からすれば、実体的内容への処分庁の第一次判断権を建築基準法自体が否定しているわけであるから、裁決・判決時・を基準としても何ら法制度に矛盾するものではない。

むしろ、具体的な法制度や仕組からアプローチをかける最近の学説からも、建築基準法の制度や仕組みから、二重敷地等の場合、裁決・判決時を基準とすることが当然に導き出される。また判例理論も必ずしも処分時説というわけではなく、このような立場と読むことができる点は本稿で示した。

加えて、建築確認後、不接道等の事実が明らかとなった場合、すでに述べたように実体的違法を了知しつつその違法を放置することまで建築基準法は認めているとは解せないので、建築主事や指定確認検査機関には、職権取消・撤回義務が発生するから、なおかつ職権取消・撤回をなさない場合、取消・撤回義務違反として裁決・判決を行うべきである。⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾⁽⁹⁴⁾

一方、学説には、次のような提言を行いたい。

それは、違法判断の基準時に関し、学説は法令の改廃や事実の変化・変動を前提とする。しかし、本稿でみたように、処分時と裁決・判決時とで、法令の

改廃や事実の変化・変動がない場合でも、基準時の問題は生じることに留意すべきである。そこで、法令の改廃や事実の変化・変動「等」あるいは「その他」ぐらいの記述の変更は、それぞれの執筆者は行うことを望みたい。

そもそも、実体法が複雑化している現代では、古典的・伝統的な法的ツールでは説明しづらいものが生じてきているので、ドイツ法等を基礎に設定され、異論がないとされるものこそ疑ってみるべき場合が多いのではないかと思われる。

注

- (1) 全国建築審査会審査請求マニュアル策定委員会『審査請求に係る建築審査会運営マニュアル』150-151頁（全国建築審査会協議会、2012年）。
- (2) マニュアルは、例外として、例えば始めの確認処分が違法であったとしても、建築物につき計画変更の確認が行われ、当初の違法が解消されたといった、いわゆる「瑕疵の治癒」を掲げている（全国建築審査会審査請求マニュアル策定委員会・前掲書注(1)）151頁。
- (3) 全国建築審査会審査請求マニュアル策定委員会・前掲書注(1) 150頁。
- (4) 現に、このマニュアルでは、「取消訴訟における違法判断の基準時の問題として論じられてきたところと共通する議論であり……（略）……通説・判例は処分時説を採っています」（全国建築審査会審査請求マニュアル策定委員会・前掲書注(1) 150頁）と述べられている。
- (5) 全国建築審査会協議会『第59回全国建築審査会長談 発言資料』5頁以下（2012年）
- (6) この実務の理解の一面は、田村「取消し・撤回理論の再構成の視点」『阿部泰隆先生古希記念 行政法学の未来に向けて』54頁（有斐閣、2012年）
- (7) 民間の指定確認検査機関とは異なり、自治体の建築主事は書面審査のみではなく現場を実際に見分する場合が比較的多いと言われる（筆者の自治体実務者からのヒアリングによる）ので、建築主事が行う建築確認処分とでこの種の問題で差異が生じているようである（田村・前掲論文注(6)）54頁。
- (8) この種の関心は、田村・前掲論文注(6) 54頁。
- (9) なお、あわせて、違法判断の基準時の判例・学説での問題の捉え方の変更の必要も提言することとしたい。筆者は、従来から、個別法から行政法総論等を検討すべきことを提言してきている（田村「建築基準法上の2項道路と公法上の法律関係確

建築確認と行政争訟での裁決・判決時説

認の訴での違法性—違法性承継論を手がかりに一』『慶應義塾創立150年記念法学部論文集 慶應の法律学 公法Ⅱ』185-186頁（慶應義塾大学法学部，2008年）。

そのような筆者の従来立場からも、最近では、刊行された亘理 格・北村喜宣編著『重要判例とともに読み解く個別行政法』（有斐閣，2013年）には期待したい。なお、この文献でも建築基準法がとりあげられている（亘理 格=北村喜宣編著・前掲注（9）278頁以下）。

- (10) このように、本稿は、いわゆる違法判断の基準時一般について検討するものではないから、この問題に関する代表的文献のみを引用・掲記していることをおことわりしておく。
- (11) 塩野 宏『行政法Ⅱ〔第5版〕行政救済法』200頁（有斐閣，2010年）。
- (12) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ 実効的な行政救済の法システム創造の法理論』247-248頁（有斐閣，2009年）。
- (13) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法〔第3版〕』245-246頁（有斐閣，2011年）。
- (14) 宇賀・前掲書注(13) 245-246頁。
- (15) 大橋洋一『行政法Ⅱ現代行政救済論』124頁（有斐閣，2012年）。
- (16) 橋本博之『要説行政訴訟』67頁（弘文堂，2006年）。
- (17) 小早川光郎「判決時説か処分時説か」法学教室第160号120頁（1999年）。
- (18) 新山一雄「処分取消訴訟における判決時説の意義と行政事件の解決」成城法学第11号65頁（1982年）。
- (19) 長屋文裕「違法判断の基準時」藤山雅行=村田齐志編『新・裁判実務大系 行政訴訟〔改訂版〕』325-326頁（青林書院，2012年）。
- (20) 最（一小）判平成4年10月29日民集46卷7号1174頁。
- (21) 斎藤 浩『行政訴訟の実務と理論』179-180頁（三省堂，2007年）。
- (22) 高田 敏「違法判断の基準時」ジュリスト第300号102頁（1964年）。
- (23) 判例評論第22号5頁（1959年）。
- (24) 宮田三郎「抗告訴訟における行政処分の違法の判断基準時」専修大学論集第30号77頁（1962年）。
- (25) 宮田三郎「第三者取消訴訟における違法の判断基準時」朝日法学論集第14号2頁（1996年）。
- (26) 宮田・前掲論文注(25) 2頁。
- (27) この問題は、多くの文献で述べられているので文献掲記は略するが、筆者の説明は、田村編著『最新ハイブリッド行政法〔改訂第2版〕』12頁以下（八千代出版，2011年）。
- (28) 宮田・前掲論文注(25) 10頁。
- (29) マニュアルも、「法令や……（略）……事実……（略）……が変化した場合」（全

建築確認と行政争訟での裁決・判決時説

国建築審査会審査請求マニュアル策定委員会・前掲書注(1) 150頁)と述べられている。

- (30) この処分時説・判決時説の意義や定義については、周知のことであり文献引用は不要とも考えられるが、とりあえずは、宇賀・前掲書注(13) 246頁、大橋・前掲書注(15) 124-125頁。
- (31) 橋本・前掲評釈注(23) 5頁。
- (32) 田中二郎『行政争訟の法理』118頁(有斐閣, 1954年), 同『新版 行政法 上〔全訂第2版〕』348頁(弘文堂, 1974年), 雄川一郎『行政争訟法』219頁(有斐閣, 1957年)。
- (33) 例えば、長屋・前掲論文注(19) 327頁、高田・前掲論文注(22) 102頁、また、この点に関する学説の詳細な分析として、鈴木庸夫「違法判断の基準時」成田頼明編『ジュリスト増刊 行政法の争点(新版)』218頁(1990年)。
- (34) 本稿注(20)で指摘している平成4年最高裁判決や産業廃棄物処理施設に関するいわゆるエコテック訴訟(千葉地裁平成19年1月31日判時1988号66頁、東京高判平成21年5月20日判例集未登載の裁判所ウェブサイト)など、このような視点で捉える努力をしてみてもよさそうである。

なお、平成4年等、原発訴訟と違法判断の基準時についての代表的文献として、高橋利文「伊方・福島第二原発訴訟最高裁判決」ジュリスト第1017号57頁(1993年)。阿部泰隆＝淡路剛久＝交告尚史＝小早川光郎＝高橋 滋「座談会伊方・福島第二原発訴訟最高裁判決をめぐって」ジュリスト第1017号18-19頁(1993年)、エコテック訴訟については、とりあえず、田村泰俊＝千葉 実＝吉田 勉『自治体政策法務』141-142頁(八千代出版, 2009年)、なお、エコテック訴訟高裁判決が千葉県が行った産業廃棄物最終処分場設置許可処分を判決で取り消すにあたり、高裁判決が改正法を適用した点を報道したものとして、朝日新聞2010年9月11日がある(この報道は、最高裁の上告不受理決定に関するものである)。

なお、本件高裁判決に関する代表的評釈として、清水晶紀・別冊ジュリスト「環境法判例百選〔第2版〕」156頁(2011年)、千葉実・INDUST24巻第7号29頁(2009年)、地裁判決につき、高橋正人・東北法学第33号145頁(2007年)、千葉実・INDUST27巻第3号5頁(2012年)。また環境法では法の適用関係が問題になるケースが多い点につき、エコテック訴訟にもふれつつ指摘する文献として、北村喜宣『環境法〔第2版〕』189頁(有斐閣, 2013年)。

- (35) 例えば、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民法法雑誌第130巻4=5号658頁(2004年)、長屋・前掲論文注(19) 327頁、橋本・前掲書注(16) 67頁。
- (36) このような理解は、その初期の段階からあったと言ってよい。例えば、橋本・前掲評釈注(23) 6頁、宮田・前掲論文注(24) 82-83頁、高田・前掲論文注(22) 102頁。

- (37) マニュアルは、「処分庁が行った処分について争われている以上、処分庁が処分した時点とは別の事実や、改正された別の基準を前提として判断することを迫られることになるのは適切ではない」(全国建築審査会審査請求マニュアル策定委員会・前掲書注(1) 150頁)と述べている。
- (38) 鈴木・前掲論文注(33) 219頁, 長屋・前掲論文注(19) 328-329頁。
- (39) この点を指摘する代表的文献として, 鈴木・前掲論文注(33) 218頁, 長屋・前掲論文注(19) 326頁, 小早川・前掲論文注(17) 121頁。
- (40) 長屋・前掲論文注(19) 332頁以下。
- (41) 長屋・前掲論文注(19) 332-341頁。
- (42) 長屋・前掲論文注(19) 341-347頁。
- (43) 長屋・前掲論文注(19) 347-352頁。
- (44) 小早川・前掲論文注(17) 120頁以下。
- (45) 小早川・前掲論文注(17) 121-123頁。
- (46) 例えば, 長屋・前掲論文注(19) 327頁。
- (47) 最(二小)判昭和27年1月25日民集6巻1号22頁。本件の代表的評釈として, 多賀谷一照・別冊ジュリスト「行政判例百選Ⅱ〔第6版〕」420頁(2012年)。なお, 最(三小)判昭和28年12月15日民集7巻12号1437頁は, 計画の流れという, 計画自体の実体法の性格から判断されたもので, 矛盾はないと考える。
- (48) 長屋・前掲論文注(19) 327頁。
- (49) 最(二小)判昭和34年7月15日民集13巻7号1062頁。
- (50) 最(一小)判昭和35年9月15日民集14巻11号2190頁。
- (51) 最(二小)判昭和34年12月4日民集13巻12号1599頁。
- (52) 最(三小)判昭和57年2月23日民集36巻2号215頁。
- (53) 長屋・前掲論文注(19) 352頁。
- (54) 小早川・前掲論文注(17) 123頁, これを肯定的に引用する長屋・前掲論文注(19) 353頁。
- (55) 全国建築審査会協議会審査請求マニュアル策定委員会・前掲書注(1) 150頁。
- (56) 最(一小)判平成11年11月25日判時1698号66頁。代表的評釈として, 磯野弥生・別冊ジュリスト「行政判例百選Ⅰ〔第6版〕」118頁(2012年), また, 大橋・前掲書注(15) 127頁。
- (57) 最(一小)判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁。本件に関する代表的評釈として, 日野辰哉・別冊ジュリスト「行政判例百選Ⅰ〔第6版〕」161頁(2012年), また, 山本隆司『判例から探求する行政法』244頁以下(有斐閣, 2012年)。
- (58) 例えば, 東京地判昭和48年9月10日行集24巻8=9号916頁, この判例を引用する文献として, 山村恒年編著『実践判例 行政事件訴訟法』168頁(三協法

規出版, 2008年)

- (59) 橋本・前掲書注(16) 67-68頁。
- (60) 新山・前掲論文注(18) 68頁。
- (61) 新山・前掲論文注(18) 72頁。
- (62) 新山教授も「『実体的真実探求』の要請である, と一般に説かれている」(新山・前掲論文注(18) 75頁)と述べられている。
- (63) この点については, 本稿の直接の対象ではないので, 文献掲記は原則として略するが, 最近の代表的文献として, 村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報第82巻第2号10頁以下(2013年)。
- (64) 例えば, 高木 光=稲葉 馨『ケースブック行政法〔第4版〕』101頁(弘文堂, 2010年), 濱 秀和『行政訴訟の実践的課題』62-66頁(信山社, 2012年)。
- (65) もちろん, 手続的審査については, その他, 行政手続きとの関係, 再処分の可能性等, 様々な争点があるが, これらについて, 注目すべき分析や提言を行っている重要な文献として, 阿部・前掲書注(12) 35-37, 272-275頁。
- (66) 鈴木・前掲論文注(33) 219頁。
- (67) 塩野 宏『行政法Ⅱ〔第5版〕行政救済法』201頁(有斐閣, 2010年), また, これを引用する, 長屋・前掲論文注(19) 330頁。なお, 塩野名誉教授の理解は, 可部恒雄「違法判断の基準時」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 8』244頁(日本評論社)以後の傾向である点を指摘する, 長屋・前掲論文注(19) 330頁。
- (68) 例えば, 長屋・前掲論文注(19) 330頁も同様の理解に近いのではなからうか。
- (69) 例えば, 宇賀・前掲書注(13) 247頁。
- (70) 橋本・前掲書注(16) 67頁。
- (71) 野口・前掲報告注(5) 5頁。
- (72) 野口・前掲報告注(5) 5頁。
- (73) 平成11年建築基準法施行令9条で建築確認対象法令が明文化されているが, 建築確認の法的性格ないし位置付けについては変更はないと考えられるから, 平成11年以前のものを利用することをおことわりしておく。
- (74) 本稿は, 二重敷地等に対する実務との関連で執筆されているので, この2つの説の分析は基本的には行わないこととする。この2つの理解については, とりあえず, 荒 秀『建築基準法論 I』2-4頁(ぎょうせい, 1989年)。
- (75) 判例として, よく引かれるのは, 山口地岩国支判昭和36年2月20日下民集12巻2号320頁, 行政実例として, 昭和39年8月18日住指発154号愛媛県土木部長あて建築指導課長回答, これらにつき, 荒・前掲書注(74) 9頁。
- (76) 荒・前掲書注(74) 2頁。
もっとも, 筆者は, 建築行政で十年一日のごとく続けられているこの法律行為

的行政行為・準法律行為的行政行為といった点からの説明は、もう一度検討してみる必要があると思う。

なぜなら、最近のいわゆる行政行為（処分）の分類は、より水準が高くなっている。例えば、塩野 宏名誉教授は、「機能の観点からの分類」として、「命令行為」「形式行為」「確定行為」に分類され（塩野 宏『行政法Ⅰ〔第5版〕行政法総論』119-123頁（有斐閣、2009年））、建築確認については、次のように述べられている。すなわち、「建築確認（建築基準法6条）は、確認という言葉が用いられているが、それにより建築の自由を回復させるのが建築確認制度という法的仕組みなのであるから、むしろ形成行為に入れるのが妥当である」（塩野・前掲書注(76) 121頁）とされ、その「形成行為とは、私人に対し、法的地位を設定するもの」（塩野・前掲書注(76) 120頁）とされている。

- (77) 小宮賢一＝荒 秀＝関 哲夫『特別法コンメンタール建築基準法』84頁（第一法規、1984年）。
- (78) 例えば、荒 秀＝関 哲夫編『建築基準法の諸問題』1頁（勁草書房、1984年）。そして、判例もそのように解していたと言われる、東京地判昭和27年6月25日行集3巻5号1078頁、これを引用する、荒 秀＝関 哲夫・前掲書注(78) 1頁。
- なお、市街地建築物法から現行法への制定過程を分析する重要な文献として、三宅博史「建築基準法における建築手続きの成立過程に関する研究—建築確認および完了検査制度を中心に〔上〕〔下〕」都市問題2011年12月号88頁以下、2012年1月号92頁以下。
- (79) 三宅・前掲書注(78)〔下〕93-96頁。
- (80) 荒・前掲書注(74) 3頁。なお、内容面にまで立ち入ると、負担が重くなる点は、野口・前掲報告注(5) 5頁でも指摘されている。
- (81) 三宅・前掲論文注(78)〔下〕93-94頁。
- (82) 荒・前掲書注(74) 2-3頁。
- (83) 小宮賢一＝荒 秀＝関 哲夫・前掲書注(77) 111頁。
- (84) 野口・前掲報告注(5) 8-9頁。
- (85) 判決時説によらなくとも、瑕疵の治癒で説明できる場合のあることは、多賀谷・前掲評釈注(47) 421頁。
- (86) 野口・前掲報告注(5) 6-8頁。
- (87) 平成20年度特別区建築審査会年報295頁以下。
- (88) 形式審査という点に焦点をあてれば、審査自体に違法はないので撤回と構成することも可能だが、不接道という実体に着目すれば要件を満たさない確認処分であり職権取消しとすることも可能であろう。
- (89) 鈴木・前掲論文注(33) 219頁。

- (90) 長屋・前掲論文注(19) 337-338 頁。
- (91) 注(87) の平成 20 年世田谷区裁決は了知していたことを理由に取消裁決を行っている。この延長線上で、了知した時点で職権取消ないし撤回義務が生じるとすることは建築紛争の実務からも導き出せるであろう。
- (92) 同様の発想は、鈴木・前掲論文注(33) 210 頁。
- (93) 建築審査会のマニュアルがもし改訂される機会があれば、私見が参考にされることを望みたい。
- (94) これは、一敷地一建物に関する国家賠償のケースたる東京地判昭和 52 年 4 月 22 日判時 873 号 70 頁、東京高判昭和 54 年 9 月 27 日判時 939 号 26 頁からも言えるように思われる。代表的文献として、西谷 剛・街づくり・国づくり判例百選 46 項 (1989 年)、荒 秀・判時 985 号 63 頁 (1981 年)。

〔追記〕

二重敷地といわれる違法判断の基準時について、もう一度、検討すべきではないかの御教示を野口和俊先生から受けた。本稿が野口先生から与えられた宿題に十分に応えるものでないことは承知しているが、現在の筆者の考えを一応、論文の形としておくこととした。