

行政判例研究

高野修

一 建築確認は敷地の宅地造成等規制法適合性の審査にまで及ぶか

東京高裁昭和五四年一月二六日民二部決定（昭五三（行ス）四二号・行政処分執行停止申立却下決定に対する即時抗告事件）、抗告棄却、『判例時報』九二七号一七九頁

【事案の概要】 訴外Nは、宅地造成等規制法（以下宅造法とする）

の規制区域内にある傾斜地の中腹に深さ約四メートルの切土（根切り）をして地上三階地下一階のマンションを建設する計画をたて、Y（被申立人横須賀市建築主事）から建築確認を得た。なお、切土によって生ずるがけ面には地階壁面が密着して建てられるため、がけ面は生じない計画となっている。X（申立人本件土地の下方の居住者ら）は、本件確認に伴う建築によりがけ崩れ等の危険のおそれがあることを根拠にして、宅造法上一定以上の勾配地で二メートル以上のがけを生ずる切土をする場合には知事の許可を要すると定められているのに、Yが切土がけ面に密着した建築を行う場合には切土でなく掘削であって宅造法上の許可は不要であると解して無許可のまま建築確認を行ったことには重大かつ明白な瑕疵があるとして、別訴で本件建築確認処分

の無効確認を求めるとともに、執行停止を求めた。

原審（横浜地裁昭和五三年一〇月二日民一部決定、『判例時報』九二六号五〇頁）は、工事に伴い一時的にがけ面が生ずるだけで工事完了後にがけ面の生じない場合は宅造法施行令三条にいう「がけを生ずることとなるもの」には該当しないという点から申立を却下した。

【判旨】 一、建築確認の対象法令について、「ここ（建築基準法（以下建基法とする）六条一項、三項——筆者注）にいう『建築物の敷地に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例』が具体的に何を指すかは右規定自体からは必ずしも明確ではない」から、建基法と宅造法及びその付属法令との関係について検討しなければならない。

二、「そこで、建築基準法と宅造法との関係について考えるに、両法律の制定の目的（各第一条参照）及び規定の内容等を比較検討すると、両法律はそれぞれ規制の対象を別異にするものであり、等しく擁壁に関する規定であっても、その適用されるべき対象が明瞭に区別されている」。

「したがって、擁壁の設置（建築基準法第一九条四項）が宅造法による規制区域内における場合には、原則として宅造法の規定による許可を受けなければならないのであって、建築基準法は適用されないこととなる。

三、「しかしながら、宅造法第八条第一項に規定する許可は、都道府県知事がこれをするものであることから見ても、建築主事は、建築物の敷地につき、それが宅造法及び付属法令の規定に適合するかどうかを審査する権限を有しない」と解すべきである。

四、そうすると、本件建築工事に伴い本件土地に加えられる工事が、「宅造法第八条第一項に規定する『宅地造成に関する工事』に該当するものであるとしても、相手方には、その工事の計画が同法の要請を満たすものであるかどうかについて審査する権限がなく、したがって、相手方が、同項の規定による許可を受けていない建築主に対し、そのことのみを理由として建築確認を拒絶することは許されない」となり、従って、宅造法上の許可を不要として本件建築確認をしたとしても、それだけで違法ということはできないから、「本案について理由がないと見えるとき」に該当する。

【研究】 一 本件は、建基法六条一項、三項に言う「敷地に関する法律……」に宅造法が含まれるかという問題について、それを否定する解釈を示した先例として大きな意義を有するものであると紹介され、評釈においても「判旨はおおむね正当」とされている。⁽¹⁾確かに、建築主事が審査すべき対象法令の範囲はどこまでかということが建基法施行以来実務で問題になって来たことからすれば、本件工事は宅造法上許可を要しない場合であるから同法上の許可のないまま行われた建築確認も違法ではないとした地裁決定よりも、建基法と宅造法の関係自体の検討から始めて宅造法は確認対象法令でないとした本件決定の方が、理論的に筋に沿った考え方であり、実務に対しても宅造法が除外されることを明確にしたという点で意義を有すると評されよう。

しかし、単に建基法と宅造法の関係と言っても漠然としており、両者を比較する視点が明確にされなければ単なる一般的な比較に終わり、結局の所、確認対象法令に該当するか否かを判別する基準として

何が重要であるのかという問題解決の基礎自体が不明確のままに終わりがけない。本件決定はまさにこの点で不十分であるように思われる。以下この点に絞って検討してみよう。

二 本件決定は、判旨で示したように、建基法と宅造法そのものを「制定の目的及び規定の内容等」から比較して、両法律が規制の対象を別異にすることと権限機関が別であることをもって、建築主事には本件建築工事に伴い本件土地に加えられる工事の宅造法適合性審査権限がないとしている。この決定の考え方に従うならば、法律は通常それだけが独立の趣旨目的を有するが故に各個別の法律として制定されるのであり、行政機関は特別の規定なしには他の機関の権限を行使しえないのが原則だから、そもそも建築主事の確認対象法令が建基法及びその付属法令以外に及ぶことはほとんどありえなくなる。むしろ問題は建基法六条が建築主事の確認対象法令を「この法律」に限定しなかったことから発生しているのであり、⁽²⁾⁽³⁾このことの意味、即ち、建築主事の確認権限がこのことによってどのような形態で規定されることになったかから問い直されねばならない。

そこで建基法の規定を見るに、建築主事の確認権限は、六条に権限の根拠が一般的な形態で定められ、第二章一九条以下で確認の具体的基準が定められるという形態になっている。従って、建築主事の権限の具体的内容は主事が確認する具体的基準によって定まることになる。所が前述の通り、建基法は具体的基準が他の法令にも存在することを前提にしている。しかも他の法令については特別の限定は何らなされていない。結局、建築主事の確認権限は、建基法六条自体等によ

一般的な枠組があるだけで、その具体的内容は流動的であつて広汎な可能性が開かれているということになる。

建築主事の権限がかような構造で規定されているとすると、建築確認にとつて他の法令の規定がいかなる関係で問題にされるかは直ちに明らかである。他の法令の規定は建築主事の確認行為の具体的基準として用いられるにすぎないのであり、他の法令上の権限機関にとつての本来の意義で用いられるわけではない。従つて、他の法令(の規定)がそれ自体いかなる趣旨目的を有していようと、いかなる機関の権限事項を定めていようとそれは関係してこない。⁽⁴⁾要は建築確認基準として用いられる内容を有しているか否かである。この点で、工学技術的意味での基準は各種の法目的の差異にかかわらずなく通用しようということが重要である。本件の例で言えば、宅造法及びその付属法令の定める安全基準を同法上の趣旨目的をはなれて土木工学的技術基準として見て、同時に建基法の観点から建物の敷地の安全基準として用いることができるかが問題なのである。

建築主事が宅造法上の許可の有無を確認対象となしうるかは、⁽⁶⁾先の問題が肯定されて初めて出てくる。何故ならば、許可の有無それ自体は建築確認にとつて何の意味もないからである。尤も、他の法目的のために行われる許可の審査であっても、それが同時に建築確認の目的を事実上カバーするものである限り、その許可の有無をもって建築主事が当該事項について確認する代わりとすることはむしろ合理的であるろう。

現在、筆者にはこれらの問題について詳細な議論を展開する準備が

ない。しかし一般論として次のように考えることができるだろう。がけ崩れや土砂の流出防止のための技術的基準は、それが宅地造成一般の見地からであれ建物の敷地の安全の見地からであれ、通常は共通する。従つて、建築主事は、建物の敷地の安全の観点から技術的基準として宅造法適合性を確認しようとする余地がある。その場合、宅造法上の許可が宅造法に固有の要素を含んでなされるのでない限り、同許可の有無をもって確認に代えうる。⁽⁶⁾

三 建築主事の確認権限が他の法令の適合性審査にも及ぶというこの意味が以上に述べたような意味であるとすると、その範囲を画定する基準として何が重要であるかは自ずと明らかになる。建築主事は飽くまでも建基法上の確認権限を行使するのであるから、その範囲は、他の法令の本来の趣旨目的にとらわれることなく何よりもまず建築確認制度の趣旨目的によつて決せられねばならない。これは当然自明のことであつて、これによつて直ちに具体的な範囲が画定されるわけではない。しかし、この問題についての議論には問題の出発点から遊離して混乱していると思われるものがあるので、それを整理することには役立つであろう。例えば、本件決定が敷地の安全の確認に資する要素が宅造法の中にも見出せるか否かを具体的に探究することなく、漫然と両法律を比較しその趣旨目的、権限行政庁の別異なること——これは当然のことである——をもって理由としたのは正当でないことは既に述べた。

同様のことが他の法令がいわゆる公法か私法かという基準⁽⁷⁾にも言えよう。私法上の規定だから当然に建築確認が及ばないのではなくて、

私人間の関係を定める規定には建築確認に資するものが原則としてないからであろう。⁽⁸⁾

また、確認行為の性質上確認対象法令は具体的技術的基準を定めたものでなければならぬと言われているが、⁽⁹⁾筆者は、前述の如く、工学技術的な基準の有する法目的をこえた汎用性の故であると考へた。

最後に、建基法施行規則の定めた申請書記載事項に確認対象を限定することについて考へてみたい。確認対象事項が限定されれば、自ずと確認対象法令も限定されるからである。荒氏は、これを肯定する立場から消極的立場へ⁽¹⁰⁾と見解を変えたように窺える。理由は、建基法六条一項によれば確認対象事項は確認対象法令の定める全ての事項であるが、建築主事の確認についての直接の規定である六条三項には申請書記載事項に限定する旨の意図は全然示されていない、それにもかかわらず規則で制限するのは行政立法上問題があるといふのである。⁽¹²⁾しかし、確認対象法令の範囲自体からして建基法上限定されていないのだから、建基法が確認対象法令の定める全ての事項を確認対象事項としていと解することは、建基法上確認対象事項は二重に流動的であるといふことになり、建築主事の確認権限の具体的範囲も同様に流動的なものとなる。こうした場合には、明確な限定性を欠く法律の定めをその施行規則で合理的に限定することはむしろ立法技術上当然のことと言わねばなるまい。なる程、下位規範が上位規範に反しえないことは当然であるが、上位規範の論理的可能性の範囲内で下位規範が具体的に定められることは、上位規範に適合しこそすれ違反するもので

はない。また、法文上行政機関の規制権限がきわめて広汎な範囲に及ぶことになりうる場合に、施行規則でその範囲を具体的に明確化して限定することは、必ずしも行政立法として問題があるとは言えない。因に、都市計画法上の許可の存否が確認対象とされたのは建基法施行規則一条五項(六項か)⁽¹³⁾によってである。宅造法上の許可についてはかかる規定がない以上対象外と解さざるを得ないとする見解⁽¹⁴⁾の方が正当であると筆者は考へている。本件で最も重要だったのはこの点ではなかったのか。

以上の外に建築主事的能力(確認事務量への配慮も含む)や特別の規定の存否等⁽¹⁵⁾が確認対象法令の範囲を判断する基準として使われることは正当であろう。

(1) 『判例時報』九二七号一七九頁以下の本件解説、荒秀「宅地造成等規制法上の許可と建築確認の関係」『判例時報』九五二号一四八頁(『判例評論』二五三号一〇頁)以下。

(2) 建基法六条一項で「この法律」という文言が使われなかった事情については、荒前掲評釈の注(1)参照。

(3) 本件決定は判旨一に示した如く敷地に関する法令についてのみこの問題が生ずると考へるのであるか。この点につき関哲夫『建築基準法の基本問題』六頁以下参照。

(4) 荒氏は、確認対象法令か否かの判別基準の一つとして権限機関の問題を挙げ、「建築主事の権限から外されて特定行政庁のみあるいは建築審査会の議を経ることとされているものとの対比」(荒秀『建築基準法論』(1)一三頁)としていたのを、本件評釈では「他の行政庁(特定行政庁を含めて)の権限事項とされているか否か(荒前掲評釈一五〇頁)と変えて、本決決定の趣旨に適合する方向で拡大している。筆者はむしろ旧

説を正当と考へる。

(5) 「事前に神奈川県知事の許可を受けるべきものであった」とする原告の主張からすれば、本件で問題なのはまさにこの点である。荒氏は、都市計画法上の許可の存否を確認対象事項とする旨の建基法施行規則一条五項（建設省住宅局内建築基準法研究会編『建築基準法資疑応答集』基礎編(2)二七八三頁以下によれば六項となっている——筆者注）の如き規定がないこと及び建基法八八条五項を理由に消極的に解している（前掲評釈一五〇頁）。筆者は後者の理由には同意しがたい。何故ならば、同条は工作物として建基法の準用を受けていた擁壁が宅造法の施行によって宅造法の対象となると定めたにとどまり、このことよって建築物の敷地に関する主事の確認権限は何らの変動を受けないからである。

(6) 宅地一般としての安全の外に、当該建築物の敷地としての安全等の確認がさらに行われねばならないことは当然である。

(7) 建築基準法研究会前掲書基礎編(1)三五〇頁、島田信次・関哲夫『建築基準法体系』二九〇頁参照。

(8) 建築物の境界線に関する民法二三四、二三六条と建基法六五条の關係について、私法規定と公法規定で両者は關係がないとする見解（例えば東京地裁昭和三八年七月二四日判決『判例時報』三四七号二二頁以下）のみならずいわゆる特則説に立つ判例（東京地裁昭和四〇年二月一六日判決『判例時報』四一五号二七頁以下）さえもが、建基法及び確認の性格から直ちに確認対象性を否定しているのは疑問である。確認対象たる可能性を一応前提にして、現実の土地利用形態や建基法が（準）防火地域以外には規定をおかないことを理由として否定する見解（荒前掲書一六頁以下）の考へ方の方が正当であろう。

(9) 建設省監修『詳解建築基準法』七六頁、建築基準法研究会編前掲書基礎編(1)三五〇頁、島田・関前掲書二九三頁参照。確認行為の行政法講上の性質論から確認行為の対象を限定するのは、悪しき概念法学的思考であって、むしろ理論的に言えは、建基法上の確認行為の内容をそのま

ま認識した上で、それが講学上のいかなる行為に該当するかが語られるべきであろう。なお、建基法の役割の社会的変化をふまえて解釈論的見地からこの問題を論じた荒秀「建築確認をめぐる諸問題」『法令解説資料総覧』一〇号一九三頁以下参照。

(10) 荒前掲書二二頁以下。

(11) 荒前掲評釈一五〇頁、同注(2)。

(12) 荒前掲書八二頁注(6)参照。

(13) 前注(5)参照。

(14) 荒前掲評釈一五〇頁参照。

(15) 荒前掲評釈一五〇頁参照。