

建築確認をめぐる審査請求ア・ラ・カルト

大阪学院大学名誉教授・弁護士

南 川 諦 弘

1 自己紹介と本日のテーマ設定の趣旨

ただ今、ご紹介いただきました南川でございます。よろしくお願い致します。簡単ですがレジュメを用意しておりますので、それに基づいてお話をさせていただきます。

岡山行政法実務研究会につきましては、立ち上げの段階から大変興味・関心を持っていました。本研究会にはこれまでも数回参加させていただいておりましたが、本日は、講演の機会を与えていただき、まことにありがとうございます。

私は現在、大阪市の建築審査会の会長を務めておりますが、これまで10件ばかりの審査請求事案を審理・裁決してきましたので、その中から法解釈上議論があり、行政実務や法科大学院の学生の皆さまの学修にも役立つような事例を2件取り上げ、一緒に考えてみたいと思っております。

2 道路廃止不承認処分に対する審査請求申立事件

2-1 早速ですが、レジュメの2の道路廃止不承認処分に対する審査請求申立事件についてお話をさせていただきます。本事案は、建築確認処分そのものに対する審査請求ではありませんが、建築確認を受けるためには接道要件を満たす必要があり、原則4メートルの道路に2メートル以上接していなければ建築確認を受けることができないことになっております（建築基準法43条1項、同42条1項）。そういうことで、建築確認をめぐる道路の存在が重要な争点となります。

2-2 本事案は、本件2項道路の半分程度を所有するXが、Y（大阪市長）に対し同道路の廃止の承認申請をしましたが、同道路の半分程度を所有するAの承諾書が添付されていないことを理由に不承認の処分を受けました。そのためXは、同不承認処分の取消しを求める審査請求を申し立てたという事案です。本件2項道路の位置及び周辺の状況につきましては、別紙1（省略）を添付しておりますので、ご覧いただければと存じます。

まず「2項道路」ですが、建築基準法（以下「建基法」という。）42条2項に規定されている道路ですので、2項道路と呼ばれております。同条項は、「この章の規定が適用されるに至った際現に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみなし、その中心線からの水平距離2メートル…の線をその道路の境界線とみなす。…」と規定しています。「この章の規定が適用されるに至った際の」「この章」と申しますのは、都市計画区域等における建築物の敷地、構造、建築設備及び用途について規定した章のことです。「この章の規定が適用されるに至った際」ですので、建基法が制定された昭和25年から又は都市計画区域や準都市計画区域に指定されるようになった時から、ということになります。その際に「建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみな（され）」ます。

別紙1（省略）をご覧くださいますと、X所有の土地はたくさんありますが、以前はそこに建物が建っていました。現在はそれらの建物が取り壊され、駐車場になっています。ですので、Xにとってはもはや本件2項道路は要らないということで、廃道の申請をしたわけです。ちなみに、東側の道路については、平成25年に既に廃道承認を受けています。今回の申請で問題になりました2項道路というのは、その西側の部分です。対象道路と書いておきましたが、広さは125.75平方メートルあります。この土地は元はXの所有でしたが、Aが対象道路に接する北側の土地をXから買った際に対象道路の北側の半分も買い取っています。したがって、現状はXとAがそれぞれ本件2項道路の約半分を所有する状態になっています。Xは、上述したような理由で本件2項道路について廃道の申請をしましたが、Aはそれに同意しなかったため、不承認となったわけです。

2-3 またレジュメの2-3に戻っていただきまして、関係条文を確認しておきたいと思います。

①から④まで挙げておりますので、ご覧下さい。

まず①ですが、建基法45条1項は、「私道の変更又は廃止によって、その道路に接する敷地が第43条第1項の規定又は同条第2項の規定に基づく条例の規定に抵触することとなる場合においては、特定行政庁は、その私道の変更又は廃止を禁止し、又は制限することができる。」と規定しています。

次に②ですが、大阪市では建基法施行条例を制定しており、その5条1項で、「私道を変更し、又は廃止しようとする者は、市規則で定めるところにより、市長の承認を得なければならない」と規定しています。

そして③ですが、同規定を受けて大阪市建基法施行細則12条は、「法第42条第1項第5号に規定する道路…の位置の指定を受けようとする者は、第12号様式による申請書正本及び副本にそれぞれ第9条に規定する図書とともに次に掲げる図書を添付して、これを市長に提出しなければならない」と規定しています。この「法第42条第1項第5号に規定する道路」というのは、いわゆる位置指定道路と呼ばれるものです。そして、同施行細則12条の5号に、「指定を受けようとする道路の敷地となる土地及び当該土地にある建築物又は工作物に関して所有権その他の権利を有する者並びに当該指定に利害関係を有すると市長が認める者の承諾書」が規定されています。本件は2項道路の廃止ですので、上記施行細則の14条が適用されますが、同条は、「条例第5条第1項の承認を受けようとする者は、第12号様式による申請書正本及び副本にそれぞれ第12条第1項…に規定する図書（当該道路を前面道路として利用する者の承諾を含む。）を添付して、これを申請しなければならない」と規定しています。したがって、本件の場合、Aの承諾書が必要だということになっているわけです。

2-4 レジュメの2-4ですけれども、審査請求人は本件不承認処分の違法性についてどのような主張をしたかを簡単に紹介しております。主な主張は、次の3点です。

第1は、岡山地裁平成11年12月21日判決、札幌地裁平成12年3月28日判決、大阪地裁平成14年7月12日判決（以下「大阪地裁判決」という。）、大阪高裁平成15年2月18日判決を挙げ、判例では廃道申請を不承認とできるのは建基法43条の接道義務に違反する場合に限られており、本事案の場合、Aの土地は公道に接し、本件2項道路を使わなくとも通行に支障はなく、建築確認を受ける際の接道要件を欠くこともない、という主張です。

第2は、最高裁昭和47年7月25日第三小法廷判決（民集26巻6号1236頁 以下「47年最高裁判決」という。）が、「法43条1項違反の結果生ずることを看過してなされた違法な道路位置廃止処分であ

っても、当該処分の後、事情により、違反状態が解消するに至ったときは、処分当時の違法は治癒され、もはや、これを理由として、当該処分が当然に無効であるとするのは許されないと解するを相当とする。」と説示している点を論拠にして、本件のように廃道処分をしてもAに法違反状態が生じないような場合には、所有者の承諾がなくても廃道処分は有効である、という主張です。なお、47年最高裁判決にかかる事案では、廃道処分後、原告が公道に接する北側の土地を購入したことにより袋地でなくなった、という事情が存在しています。

第3は、Aが廃道に同意しないのは所有権の濫用に当たるという主張です。

2-5 ところで、建基法94条2項では、審査請求を受理した日から1月以内に裁決しなければならないと規定していますが、簡単な事案であっても1ヶ月で裁決を行うのは困難なうえ、本事案については委員間で意見が分かれ、結局1回2時間程度の審議を8回行ってようやく棄却という結論に至った経緯があります。以下に、審査会が棄却裁決をした理由をご紹介しますと思います。

理由の第1は、地方分権下では、地方公共団体は当該地方公共団体の実情に応じて廃道の要件及び手続を条例で定めることが認められると解されるからです。すなわち、地方自治法2条11項は、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づき、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない。」と規定し、地方自治に関する立法にあたって、地方自治の本旨と国・地方役割分担原則に基づく必要があるとするとともに、12項で、その解釈及び運用も地方自治の本旨と国・地方役割分担原則を踏まえなければならないとし、さらに13項において、国は地方公共団体が地域の特性に応じて自治事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない旨規定しています。ちなみに、建築確認の事務は、平成11年の地方分権改革前は機関委任事務でしたが、分権改革により自治事務となっています。

理由の第2は、審査請求人がいくつかの下級審裁判例を挙げて、判例が確立しているとおっしゃっているのですが、判例というのは最高裁判決によって形成され、下級審の裁判例によって判例が確立することはないのではないかと考えております。それはそれとしまして、いくつか取り上げられている裁判例のうち大阪地裁判決を除く裁判例はいずれも、利害関係者が当該私道の敷地を所有している人（以下「廃道敷地所有者」という。）ではないということです。この大阪地裁判決に関しましても、地裁、高裁ともに問題となっている土地が誰の所有かをはっきりさせることができなかったため、そのことについて言及しておりません。これらに対し、本件事案の場合、Aは本件2項道路の半分程度を所有しております。ですので、審査請求人が挙げている裁判例をそのまま本件不承認処分に適用するのは必ずしも妥当とはいえない、と考えたわけです。

理由の第3は、47年最高裁判決は決して廃道処分に廃道敷地所有者の承諾が不要だと考えていないということです。同判決をどう理解するかについては審査会で随分議論しましたが、同判決は、廃道敷地所有者の承諾が必要であるとする東京都建基法施行細則の規定は適法であるという前提に立って、廃道敷地所有者の承諾を欠いてなされた廃道処分は違法だということを認めています。現在、東京都建基法施行細則8条は改正され、弾力的な適用が可能になっておりますが、当時は廃道処分に廃道敷地所有者の承諾が必要とされており、同判決はそれを欠く廃道処分は違法であるということを認めたわけです。ただ、この事案は複雑で、廃道敷地所有者が昭和28年になされた廃道処分を昭和34年になってから同処分の無効確認を求めた訴訟であります。取消訴訟の出訴期間

が徒過しておりますので、無効確認訴訟を提起したわけです。したがって、同事件では、当該廃道処分は無効かということが争点となっています。この点について最高裁は、位置指定道路廃止処分をする場合における所定の権利者の承諾は、道路位置指定処分をする場合における権利者の承諾と異なって、指定による私権の制限の解除を意味するものであるのみならず、当該廃道敷地所有者は、廃道処分の意味を正しく理解してはいなかったとはいえ、私道が従前より狭くなる程度のことを承知のうえで本件道路位置廃止申請書添付の図面に押印したことがうかがわれるとして、廃道敷地所有者の承諾を欠いた申請に基づく廃道処分を当然無効とした原審判決（東京高裁昭和41年2月21日判決 行集17巻2号134頁）を破棄し、原審に差し戻しています。ところで、この最高裁判決については、何人かの先生がコメントをされていますが、その一つに、この判決は承諾を欠く廃道処分の無効を一律に判断することなく、具体的事情のもとにおける瑕疵の程度を考慮したものとして評価をされている見解があります（芝池義一・行政判例百選Ⅰ〔第四版〕183頁）。

理由の第4ですが、審査請求人は、47年最高裁判決が「基準法43条1項違反の結果を生ずることを看過してなされた違法な道路位置廃止処分であっても、当該処分の後、事情の変更により、違反状態が解消するに至ったときは、処分当時の違法は治癒され、もはや、これを理由として、…当該処分が当然に無効であるとするは許されないと解するを相当とする」と説示していることをもって、本件のように廃道処分をしてもAに建基法第43条違反の状態が生じない場合には、所有者の承諾がなくても道路廃止処分は有効になる、と主張しています。しかし、47年最高裁判決が説示しているのは、原告が北側の土地を購入することによって公道に接することになり袋地でなくなったということについて、建基法43条1項違反の結果を生ずることを看過してなされた廃道処分の違法が治癒された（違法状態が解消された）といっているのであって、廃道敷地所有者の承諾を得ないでなされた廃道処分の違法が治癒された（違法でなくなった）といっているではありません。したがって、審査請求人のこの点についての主張も妥当とはいえません。

理由の第5は、Aにも本件2項道路の存在により、自己の所有地への日影が生じ又は増加することが避けられるとか、大阪市の場合ですけれども、角地による建ぺい率の緩和措置を受けられることになるといったメリットが考えられます。そのようなことから、Aが廃道を承認しないことをもって権利の濫用だとは必ずしもいえない、と判断した次第です。

2-6 以上の理由から審査請求を棄却する裁決をしましたが、Xはその後、大阪地裁に建築確認処分の取消を求める訴えを提起しました。これに対し、大阪地裁平成28年7月15日判決は、原告（審査請求人）の請求を棄却する判決を下しております。同判決の重要な部分をご紹介しますと、上述した大阪市の条例・細則の規定の趣旨について、「私道権利者が複数存在する場合を念頭に、申請者に対し、申請者以外の私道権利者の承諾書の提出を求めることによって、私道の廃止の判断を私道権利者全員の意思にかからしめ、もって各私道権利者の判断権を担保する点にあると解される（さらには、私道を廃止したことをめぐる私道権利者間の事後の紛争を防止する点にあると解する余地もある）」とし、「建基法は、私道権利者相互間の調整を図るという目的について、特段の規定を設けていないところ、上記の調整を図ることには相応の合理性があることからすれば、上記規定の欠如が上記目的についていかなる規定も設けることなく放置すべきものとする趣旨に出たものであると解することができない。したがって、建基法は、条例が私道権利者相互間の調整を図ることを目

的とした規定を設けることを、何ら禁じていないというべきである。」と説示して、原告の請求を棄却しています。なお、Xは同判決に対し控訴しましたが、控訴審でも棄却となっております。また、最高裁に上告しましたが、棄却となっております。

以上のような次第で本件は最終的には決着がつかしましたが、建築審査会の審議では委員の間でなかなか意見の一致が得られなかったため、裁決とは別に、次のような「会長見解」を出すことで折り合いを着けることができました。

記

「私道の変更・廃止（以下「廃道」という。）については、建築基準法第45条が、『私道の変更又は廃止によって、その道路に接する敷地が第43条第1項の規定又は同条第2項の規定に基く条例の規定に抵触する場合においては、特定行政庁は、その私道の変更又は廃止を禁止し、又は制限することができる。』と規定するのみで、その要件並びに手続について規定していない。

そこで、本市では、建築基準法施行条例第5条1項で、『私道を変更し、又は廃止しようとする者は、市長が定めるところにより、市長の承認を得なければならない。』と規定し、これを受けて、建築基準法施行細則（以下「細則」という。）第14条は、『条例第5条第1項の承認を受けようとする者は、第12号様式による申請書正本及び副本にそれぞれ第12条第1項（第3号を除く）に規定する図書（当該道路を前面道路として利用する者の承諾書を含む。）を添付して、これを市長に提出しなければならない。』と規定し、廃道処分についても道路位置指定処分と基本的に同じ手続を求めているところである。

しかし、廃道処分は、私権の制限を伴う道路位置処分と異なり、指定による私権の制限の解除を意味するものであることから、廃道処分をする場合における所定の権利者等の承諾は、自ずと道路位置指定処分をする場合における権利者等の承諾と異なるところがあると考えられる。

したがって、廃道処分における権利者等の承諾については、具体的妥当な処分が可能となるよう、細則第14条の規定を改めることが望ましいと考える。」

3 開発許可に関する違法を理由とする建築確認処分の取消審査請求事件

3-1 次に、レジュメ4頁の3です。開発許可に関する違法を理由とする建築確認処分の取消審査請求事件についてお話しさせていただきます。

建築確認に対する審査請求において議論のある問題の一つに、開発許可と建築確認の関係に関する問題があります。

3-2 今日取り上げる事案は、建築確認処分にかかる建築計画の敷地周辺に居住する住民らが、当該建築確認処分にはその前提となる開発許可が必要であるにもかかわらず、それを得ていないということを理由にその取消を求めた事案です。ただ、本事案については、建築審査会の棄却裁決の取消を含め建築確認処分の取消訴訟が現在、大阪地裁に継続中でありますので、具体的な事案の紹介は避けたいと思います。したがって今日は、主として法解釈上の問題点を提示し、皆さんのご意見を聞かせていただくことにしたいと存じます。

3-3 それではまず、レジュメの①～⑨で紹介している関係条文を見ておきたいと思います。

①ですが、都市計画法（以下「都計法」という。）4条12項は、「この法律において『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築の用に供する目的で行う土地の区画形質の変更をいう。」と規定し、開発行為に該当するのは、建築物の建築又は特定工作物の建築の用に供することを主な目的として（ですから、例えば青空駐車場の建設を目的とする土地の造成は開発行為に該当しません。）、「土地の区画形質の変更」をする行為です。区画の変更は土地の分筆・合筆などをいい、形質の変更は切土・盛土などをいいます。本事案では、開発行為該当性が争点となりました。

②ですが、都計法29条1項は、「都市計画区域…において開発行為をしようとする者は、あらかじめ、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事（地方自治法…第252条の19第1項の指定都市…の区域内にあっては、当該指定都市等の長…）の許可を受けなければならない。ただし、次に掲げる開発行為については、この限りではない。1～11略」と規定しています。大阪市は政令市ですので、大阪市長が開発許可権者ということになります

③ですが、都計法33条1項は、「都道府県知事は、開発許可の申請があつた場合において、当該申請に係る開発行為が、次に掲げる基準…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。1～14略」と規定し、開発許可基準を定めています。本事案では、3号及び7号が争点となっています。

④ですが、都計法50条1項は、「第29条第1項若しくは第2項、第35条の2第1項、第41条第2項ただし書、第42条第1項ただし書若しくは第43第1項の規定に基づく処分若しくはその不作為又はこれらの規定に違反した者に対する第81条第1項の規定に基づく監督処分についての審査請求は、開発審査会に対してするものとする。…」と、開発審査会に対する審査請求について規定しています。

⑤ですが、都計法施行規則60条は、後に紹介する建基法施行規則1条の3に対応して、「建築基準法…第6条第1項…又は第6条の2第1項の規定による確認済証の交付を受けようとする者は、その計画が法第29条第1項…の規定に適合していることを証する書面の交付を都道府県知事（指定都市等における場合にあっては当該指定都市等の長…とする。）に求めることができる。」と規定しています。

⑥ですが、建基法6条1項は、「建築主は、第1号から第3号までに掲げる建築物を建築しようとする場合（増築しようとする場合においては、建築物が増築後において第1号から第3号までに掲げる規模のものとなる場合を含む。）、これらの建築物の大規模の修繕若しくは大規模の模様替をしようとする場合又は第4号に掲げる建築物を建築しようとする場合においては、当該工事に着手する前に、その計画が建築基準関係規定（この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）その他建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で政令で定めるものをいう。以下同じ。）に適合するものであることについて、確認の申請書を提出して建築主事の確認を受け、確認済証の交付を受けなければならない。」と、建築確認制度について規定しています。同条項が「建築基準関係規定」と「建築基準法令の規定」を書き分けていることに留意して下さい。

⑦ですが、建基法94条1項は、「建築基準法令の規定による特定行政庁、建築主事若しくは建築監視員、都道府県知事、指定確認検査機関又は指定構造計算適合性判定機関の処分又はその不作為についての審査請求は、行政不服審査法第4条第1号に規定する処分庁又は不作為庁が、特定行政庁、建築主事若しくは建築監視員又は都道府県知事である場合にあっては当該市町村又は都道府県の建

建築審査会に、指定確認検査機関である場合にあっては当該処分又は不作為に係る建築物又は工作物について第6条第1項…の規定による確認をする権限を有する建築主事が置かれた市町村又は都道府県の建築審査会に、指定構造計算適合性判定機関である場合にあっては第18条の2第1項の規定により当該指定構造計算適合性判定機関にその構造計算適合性判定を行わせた都道府県知事が統括する都道府県の建築審査会に対してするものとする。…」と、建築審査会に対する審査請求について規定しています。同条項が建築審査会の審査の対象について「建築基準法令の規定による…処分又はその不作為」と規定していることに留意して下さい。

⑧ですが、建基法施行令9条は、「法第6条第1項…の政令で定める規定は、次に掲げる法律の規定並びにこれらの規定に基づく命令及び条例の規定で建築物の敷地、構造又は建築設備に係るものとする。1～11、13～16略」と規定し、その12号で、「都市計画法…第29条第1項及び第2項、第35条の2第1項、第41条第2項（同法第35条の2第4項において準用する場合を含む。）、第42条、第43条第1項、第53条第1項並びに同条第2項において準用する同法第52条の2第2項」と定めています。都計法29条1項及び2項が建基法6条1項にいう「建築基準関係規定」に含まれることが規定されています。

⑨ですが、建基法施行規則1条の3は、「法第6条第1項…の規定による確認の申請書は、次の各号に掲げる図書及び書類とする。以下 略」と規定し、都計法29条1項又は2項の規定に適合していることを証する書面（いわゆる開発行為適合証明書）の添付を求めています。

3-4 ご意見をお聞きしたい問題点は、以下の諸点です。

3-4-1 第1は、建築確認権者は、建築計画が開発行為に該当するか否か、開発行為に該当するとして開発許可が必要か否か、開発許可が必要であるとして許可すべきか否かについて判断することができるか、という問題です。この点については否定説（消極説）と肯定説（積極説）に分かれています。

否定説は、建築確認権者は建築確認申請書に都計法施行規則60条の証明書が添付されているか否かを確認するという形式的・外形的な審査権を有するに止まると解しており、このような解釈を採るものとして、次のような行政解釈や裁判例があります。

- ① 建設省住宅局建築指導課長通達（昭61・3・28建設省住指発80号）
- ② 仙台地裁昭和58年6月3日決定（判タ511号185頁）
- ③ 仙台高裁昭和58年8月15日決定（判タ511号181頁）
- ④ 仙台地裁昭和59年3月15日判決（行集35巻3号247頁）
- ⑤ 水戸地裁平成3年10月29日判決（訟務月報38巻6号1054頁）
- ⑥ 東京高裁平成4年9月24日判決（行裁集43巻8・9号1181頁）
- ⑦ 横浜地裁平成11年10月27日判決（判例自治198号59頁）
- ⑧ 横浜地裁平成17年2月23日判決（判例自治265号83頁）

ここでは、これら裁判例等の内容を詳しくお話できませんが、否定説を採る理由は、以下のよう整理できます。

i) 都計法は、都道府県知事等を同法29条の開発許可権者と定め、開発許可の要否についての判断も開発許可権者に委ねていると解される（上記④・⑤・⑦判決）。

- ii) 同法29条1項及び2項が建基法施行令9条12号により建基法6条1項の「建築基準関係規定」とされた趣旨は、同法の開発規制が建築物の敷地及び構造の安全性等に関する建基法19条及び20条による規制と密接な関連性を有することから、建築確認に当たって建築物の敷地の安全性等に関し、都計法の規定の適合性を確認することにより、開発許可制度によって保護しようとしている利益の確実な保護を図り、最終的にはそれを通じて建基法1条の目的の実現を確保するためである（上記⑧判決）。
- iii) 都計法施行規則60条及び建基法施行規則1条の3は、都道府県知事等に開発許可権限があることを前提として、密接な関係にある都計法と建基法との整合性を確保するため規定されたものであり、これらの規定から、開発許可の要否を判定する権限が建築主事等にあり、都道府県知事等はただその証明行為を行うだけであるとは解されない（④・⑥判決）。
- iv) 公共的又は公益的施設の整備等の都市計画的観点から定めることを要する都計法における開発行為の規制と、個々の建築物の安全又は衛生の維持を目的として定められている建基法6条等の当該建築物の敷地についての規制とは、その趣旨及び目的が異なる（上記⑥判決）。
- v) 積極説を採ると、開発許可権者が当該建築物の建築について開発許可を要するものと判断しているにもかかわらず、建築主事が開発許可を不要と判断したために開発許可のないまま建築工事が進められることになったり、逆に、開発許可権者が開発許可を不要と判断しているにもかかわらず、建築主事が開発許可を要するものと判断したために開発許可を受けなければ建築ができないこととなったりする（少なくとも理屈の上で）のは不合理であり、都計法における都市計画制限の制度の趣旨を没却する（上記④・⑤判決）。
- vi) 都計法29条は開発行為の規制に関する権限が都道府県知事等にあることを規定しているが、建築主事については都計法に何ら規定がない（上記⑥・⑧判決）。

これに対し、建築確認権者は開発行為非該当及び開発許可不要判断について実質的な審査権限を有する、と解する肯定説には以下の裁判例があります。

- ⑨ 大分地裁昭和59年9月12日判決（判時1149号102頁）
- ⑩ 京都地裁昭和62年3月23日判決（判時1232号77頁）
- ⑪ 浦和地裁平成4年10月26日判決（判例自治111号84頁）
- ⑫ 東京高裁平成12年4月13日判決（判例自治204号68頁）
- ⑬ 大阪地裁平成21年9月9日判決（判例自治331号75頁）
- ⑭ 大阪地裁平成30年3月22日判決（判例集未登載）

これらの裁判例が肯定説を採る理由は、以下のように整理できます。

- i) 建基法6条4項により、建築主事が申請にかかる建築物は建築基準関係規定に適合していることを確認すると、当該建築計画が建築物の敷地に関する法令に適合していることが公権的に確定されることになるのであるから、少なくとも開発行為非該当又は開発許可不要について公定力を有する判断を行うのは建築主事である（上記⑨・⑬判決）。
- ii) 開発許可不要証明書や開発行為非該当証明書が発行され建築確認申請書に添付される場合、いずれも建築主事が受け容れるべき許可、不許可の行政処分がない場合であるから、建築主事は、必要な添付書類の存否を判断することを通じて、独自に建基法6条1項の敷地等に関する法令適

合性を判断することができる（上記⑫判決）。

iii) 建基法6条1項及び4項並びに建基法施行令9条12号の各規定によれば、建築主事は、開発許可がなされていない場合において、建築計画が都計法29条1項に適合しているかどうかにつき独自に審査する権限（実質的審査権限）を有していると解するのが文言上自然である（上記⑭判決）。

以上のように、裁判例では否定説と肯定説はほぼ拮抗していますが、学説の多数は否定説を採っており、私も否定説が妥当であると考えています。ちなみに、本事案について審査会も否定説を採っております。

もっとも、建築確認権者と開発許可権者は、通常互いに連携しながら建築確認行政及び開発許可行政を行っていると思われるし、そう期待しうる関係にあると考えられます。特に本事案の場合、両者は同じ大阪市の行政機関であることから、建築確認権者と開発許可権者との間で開発行為をめぐる権限争いが生じることは想定しがたく、その意味で、本問題は理論上の問題に過ぎないといえます。しかし、建築確認を拒否された建築主や建築確認の取消を求める近隣住民にとって、本問題について否定説と肯定説のいずれを採るかは、以下に取り上げる行政争訟による救済問題に影響してきます。

3-4-2 ご意見をお聞きしたい問題点の第2は、建築審査会は開発許可権者が行った開発許可不要判断や開発不許可判断の違法性を審査できるか、という問題ですが、これについても否定説と肯定説に分かれています。

否定説は、審査請求に対する建築審査会の審査は建築確認権者が行った建築確認が違法又は不当であったかどうかを審査することであるから、建築審査会の審査権は建築確認権者の審査権の範囲を超えることはできない（超えるべきでない）との考えに立っています。したがって、3-4-1において否定説、すなわち建築確認権者は建築確認申請書に都計法施行規則60条の証明書（開発行為非該当証明書又は開発許可不要証明書）が添付されているか否かを確認するという形式的・外形的な審査権を有するに止まると解する立場からは、建築審査会の審査権も形式的・外形的審査に止まると解することになります。

また、これとは異なる観点から建築審査会の審査権を限定する見解があります。すなわち、建基法94条は、「建築基準法令の規定による…建築主事若しくは…指定確認検査機関…の処分又はその不作為についての審査請求」と規定していることから、建築審査会の審査は、建築基準関係規定による処分・不作為ではなく、「建築基準法令の規定」による処分・不作為に限定される。したがって、都計法29条1項に関する都計法施行規則60条の適合証明書の実体的内容の適否については審査権が及ばない。しかし、適合証明書は、建基法6条1項に基づき同法施行規則1条の3で定められている建築確認申請書の添付資料で、建築確認の申請の受理要件であり、適合証明書の添付のない建築確認書の受理は違法であるから、建築審査会は、審査請求において、確認申請書に適合証明書が添付されているか否かの審査はなしうる、とする見解（金子正史・『事例研究 行政法〔第2版〕』第2部・〔問題4〕ティーチャーズマニュアル）です。一般に論じられていない解釈ですので、この見解の当否についてご意見をいただきたく存じます。

肯定説にも異なる2つの考え方があります。一つは、3-4-1において肯定説を採る立場からのものです。上述の⑩判決は、「都市計画法29条の規定は、建築基準法6条1項にいう『その計画が

当該建築物の敷地…に関する法律』に当たり、建築主事はこの点を実質的に判断しなければならず、…そうすると、開発許可を要する場合かどうかに関する不服は建築確認に対する審査請求において主張することができる」と説示しています。

もう一つは、建築確認をする行政庁（建築主事）が、「先行行為の適法違法・不当についての実質的判断権を有するかどうかという問題は、当該建築確認を争う争訟で主張されうる違法性の範囲とは別の問題である。」（安本典夫・立命228号137頁）との考えから、3-4-1の問題に関して否定説を採りながら、この問題について肯定説を採る見解です。同見解は、建築計画不適合通知処分取消請求事件に関する東京地裁昭和59年12月20日判決（判例自治11号117頁）が、審査請求に対する裁決を経ないことにつき行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）8条2項3号の「正当な理由」が認められないとして訴えを却下した理由の中で、「建築審査会は、原処分の当否の審査に際して、当該処分が前提とした本件都市計画の存否及びその効力の有無についても審査する権限を有する」と説示している点について、最高裁昭和57年4月22日判決（判時1043号41頁）等によって形成された「判例理論の当然の帰結である」としています。

都計法50条1項及び行政不服審査法の審査請求の対象である「処分」については、行訴法3条の「処分」と基本的に同じ意味に解されていますが、最高裁昭和39年10月29日判決（民集18巻8号1809頁）は、「行政庁の処分とは、…公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」と説示しています。したがって、このいわゆる39年定式によれば、都計法施行規則60条に基づく証明書交付行為は、「建築確認について、開発許可担当部局と建築確認担当部局との間の連絡を確保して、迅速、的確かつ統一的な事務処理を行わせるために、建築主事の判断に資するための資料を確保、提供する」（上記⑪判決）ためのものであり、「法律の規定により定まっている要件に該当する事実の存否を個人に知らせ、確認し、又は証明する等の効果しか有しない」（上記⑦判決。同旨⑧・⑬判決）として行政処分性が否定されるため、開発審査会に対し開発行為非該当証明書や開発許可不要証明書の交付行為の取消を求める審査請求は認められない（審査請求は却下される）ことになる。しかも、平成26年の建基法改正前は審査請求前置主義が採られていたため、取消訴訟も提起できず、その結果、開発許可権者の開発行為に係る違法な判断に対する行政争訟による救済の道が閉ざされるという不都合が生じた。そのような意味から、肯定説の第2見解は傾聴に値します。

しかし、審査請求に対する建築審査会の審査は建築確認権者が行った建築確認が違法又は不当であったかどうかを審査することですから、建築審査会の審査権は明文規定がない限り建築確認権者の審査権の範囲を超えるべきではないと解すべきでありますし、今日では審査請求前置主義も廃止されていることから、私は、否定説が妥当であると考えています（ちなみに、私は、開発行為非該当証明書や開発許可不要証明書の交付行為は都計法施行規則60条に基づく行為であり、建築確認申請の受理要件でもあることから、同交付行為に行政処分性を認め、開発審査会に対する審査請求を認めるのが筋ではないかと考えています）。

3-4-3 問題点の第3は、建築確認処分取消訴訟において裁判所は開発許可権者が行った開発許可不要判断や開発不許可判断の違法性を審査できるか、という問題です。

3-4-1の問題について肯定説を採れば、裁判所は、都道府県知事等が建築計画について開発

行為非該当又は開発許可不要と判断したこと、すなわちその旨の適合証明書を交付した行為が違法であるとして、建築確認処分を取り消すことができると解することになるのは当然といえます。

問題は、3-4-1で否定説を採った場合です。行政法学の一般理論の一つに先行行為の違法性が後行行為に承継されるか、という違法性の承継論があります。通説によれば、行政処分相互間には原則として違法性の承継は認められませんが、先行処分と後行処分が連続した一連の手続を構成し一定の法律効果の発生を目指している場合（例えば、土地収用手続における事業認定と収用裁決）には例外的に先行処分の違法性が後行処分に承継されると解されています。

しかし、前述したように、いわゆる39年定式によれば、都計法施行規則60条に基づく証明書交付行為には行政処分性は認められないし、開発行為非該当及び開発許可不要の判定ないしその旨の証明書交付行為と建築確認処分が一連の手続を構成し一定の法律効果の発生を目指しているとはいえないことから、違法性の承継論により本論点の肯定説を導くことはできません。

この点で、3-4-1で否定説を採りながら、本問題について肯定説を採る裁判例として上述の⑧判決が注目されます。すなわち、同判決は、「建築主事において、建築確認処分をするに際しての審査に当たり、当該建築計画が開発行為を伴うものであるかどうかについては、権限を有する知事等の審査・判断を経由しているかどうかを形式的、外形的に判断すれば足りるとされていることと、実体的には当該建築計画が開発行為を伴うものであって、これについて許可を要するものであったにもかかわらずこれを受けていない場合に、当該建築計画にともなう開発行為の取消訴訟においてその取消事由として主張することができるかどうかということは…区別して考えるべき問題である」とし、「行政事件訴訟法の解釈上も、当該建築確認処分の取消訴訟において開発行為該当性の点に関する知事等の判断の誤りを当該建築確認処分の取消事由として主張することを制限すべき根拠を見出すことはできないし、かえって、このような主張が許されないものとすれば、上記の開発行為該当性に関する判断に不服のある周辺住民等が、都市計画法29条1項に規定する開発許可制度によって保護されるべき利益の救済を求めて訴えを提起する途は閉ざされてしまうことになる」、「建築主事の開発行為該当性に係る審査権限の点は、基本的には、建築基準関係規定に適合した建築計画に係る建築物の建築工事を許容するという特定の効果の付与に向けた行政事務処理上の合目的性の観点からする、行政庁相互間の権限分配の問題にとどまるものというべきであって、この審査権限の点を根拠として…建築確認を受けるために本来必要な開発許可が欠落している事実を当該建築確認処分の取消事由として主張し、その取消を求めることが許されないとはできない」と説示しています。

同判決の解釈は、前出の最高裁昭和57年4月22日判決等によって形成されている判例理論に適合した解釈であり、妥当と考えます。

以上、私からのお話はこれで終わりとさせていただきます。ご静聴ありがとうございました。

（質疑応答は省略）