【2019年度秋季全国大会（学術講演会）ワークショップ】 建築確認をめぐる問題の諸相

荒木 哲郎	弁護士
Tetsuro ARAKI	Attorney at law
杉浦 林太郎	名城大学准教授
Rintaro SUGIURA	Meijo University
北見 宏介	名城大学准教授
Kosuke KITAMI	Meijo University

I. ワークショップの位置づけ

耳目を集めた、いわゆる小石川マンション事件を受けて、2016年学術講演会のワークショップ「建築確認をめぐる諸問題と今後のあり方」で事件とそこでの論点を検討した（日本不動産学会誌30巻4号106頁）。当時は、建築確認の効果に関わる訴訟が係属中であったが、2019年8月に建築確認の取消という形で確定した。このタイミングで事件のフォローを行うべく本ワークショップを企画開催し、かつ、小石川事件とは異なる問題図式の建築確認をめぐる紛争にも視野を広げ、そこに含まれる民事法上の問題にも目を向けた検討を行い、フロアとの質疑を通じて考察を深めた。

II. 「建築確認制度の概要と争訟に関する諸論点」

北見宏介（名城大学）

建築基準法6条では、「建築主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等に適合するものであることについて、建築主事の確認を受けなければならない」とされている。この建築確認を受けることにより工事を行うことが可能になる。建築確認はこの効果を生じさせる行政処分である。

違法建築物をめぐるのは建築主と周辺住民との間で紛争が生じうる。建物の建築後に、周辺住民と建築主の間での訴訟になる場合、建築主に、また国民の多くに専門性はあるか。紛争を全て事後的に争うことは適切か。他方、建築に関連するさまざまな法令としては、建築基準法、その施行令・規則、さらに各自治体が条例を作る（東京都の場合には安全条例等）他、様々な法規に非常に多くの規定がある。こうした多くの諸規定への建物の適合性は、やはり工事の前に専門性を有する者が審査す

ることが望ましい。こうしたことから建築確認制度がある。

建築確認の処分は、建築主事と指定確認検査機関が行うことができる。指定確認検査機関とは、民間の団体企業などが指定を受けることにより、建築確認を行うことが可能になるというもので、私人による行政といった表現がされる場合もある。確認処分というのは事実または法律関係の存否を確定するというもので、法の基準に適合しているか否かのチェックだけだから、民間企業でもできるというロジックで民間による行政処分の制度は説明されてきた。

こうした法制度の下で、もしも建築確認を違法として周辺住民がこれを争おうという場合、①裁判所に対してこの確認処分の取り消しを求めることになる。申請があっても建築確認を出さないようにと、前もって差し止めを求めることも理論的にはあり得る。

裁判所とは別に、行政に置かれる建築審査会もある。訴えではなく、②この審査会に対して建築確認の誤りを主張し、取消を求める審査請求を行うことも可能である。また、建築確認の処分というのは公権力の行使であり、③裁判所に対して国家賠償を求めるということもあり得る。

提訴や建築審査会への審査請求を行っただけでは、工事は継続する。これは執行不停止原則と言われ、建築確認の効果は訴訟や審査請求の手続を行っている間は止めてほしいという場合、別個に申立てを行い、これに対して裁判所や建築審査会が執行停止の決定を出すことが必要になる。この決定が出ると、手続の間は工事が進行することがなくなる。ただ、この執行停止が認められることは、少なくとも従前は稀であった。さらに、建築確認は工事をしてもいい、というものなので、この訴訟や審査請求が係属中に工事が完了したら、もはや、取消の対象が存在せず、周辺住民側が負けることとなる。

建築工事については後戻りできないという象徴的な評

価がなされるが、これは経済的側面だけでなく法的な側面でもいえる。執行停止が認められない限り、工事が進み中で争わざるを得ない法制度になっている。

小石川マンション事件は、指定確認検査機関が行った建築確認に対し、周辺住民が審査請求を行ったところ、東京都建築審査会が建築確認を取り消す裁決を下したものである。すでにならかなり工事が進行しているところで執行停止の決定が出て、その後、建築確認が取り消されたことで工事が続行できなくなった。この建築審査会の判断に対し、建築主の側が審査会の裁決の取消を求めて提訴し、これが前回のワークショップの時点では裁判所に係属中であった。

前回のワークショップでは、指定確認検査機関という仕組みの適切性、指定確認検査機関のミス防止の方法の有無、執行不停止原則のもとでの工事の進行と建築確認の事後的な取消がもたらすコストの大きさ、周辺住民らも交えた事前の協議調整のような場の必要性、その協議調整を経た後における建築関連法規違反を理由とした建築確認が取り消される可能性の存続、など論点は多岐にわたった。

事件の経緯のごく一部として2012年以降のいくつかの動きを取り上げる。2012年7月26日に指定確認検査機関が建築確認を行い、付近住民9名が東京都建築審査会に審査請求を行った。執行不停止で、翌年の2月1日に建築工事は開始された。その翌年の2014年になって販売活動が開始され、これが2015年になり完売した。審査請求を行っていた周辺住民らは建築審査会に対して執行停止の申立てを行ったところ、執行停止決定を出して建築工事がストップした。それからおよそ2カ月後、建築審査会が建築確認を取り消すという裁決を出した。完成前に、建築確認処分の効果が消滅したため、2016年2月1日になり、事業者がマンション購入者との契約の解除を通告した。その一方で、同年5月10日になり事業者側が裁決の取消を求めて提訴した。取消裁決が取り消されれば、建築確認の効果が復活し、また工事ができるようになるからである。

しかし2018年5月24日に東京地裁で請求棄却の判決が下され（判時2388号3頁）、事業者は敗訴した。事業者側が控訴したが、東京高裁平成30年12月19日（公刊物未登載）も事業者の請求を認めなかった。事業者側は最高裁に上告をしたが、時系列的には平行的に、2019年1月の時点でマンション購入者が事業者を相手に、損害賠償を求める訴えを提起している。その一方で、事業者の側も東京都を相手に約107億円の国家賠償を求めて出訴してもいる。

その後8月になって事業者側の上告を最高裁が認めず（最三小決令和元年8月16日・公刊物未登載）、この建築確認の取消が確定した。

最高裁判決の後、事業者が今度は指定確認検査機関を

相手に約107億円の国家賠償請求を求めている。現在、東京都を相手とする訴えと、損害賠償を求めるこの訴えと併合して現在係属中のようなものである。

このように、建築主、周辺住民、民間企業の指定確認検査機関、東京都の建築審査会、マンション購入者といった当事者、また設計会社が訴訟参加をするなど複雑に入り組んだ利益状況で、これが裁判所というフォーラムに集まっているというものとして見ることができよう。

実体的な争点は次のようなものであった。このマンションの駐車場ではスロープ、斜面のかたちで地上階に上がるという計画を立てていた。東京都建築安全条例32条6号では、「大規模な駐車場については避難階以外の階に設ける場合は、避難階または地上に通ずる直通階段を設け避難階段とすること」になっていた。避難階とは、直接地上へ通じる出入口のある階であるが、駐車場と地上階の高さの差が実際には約2.5mと1階分あったといい、だとすると、この駐車場は避難階ではなく地下1階に設けられており、避難階段は備わっていないから違法だという話になった。

裁決をめぐるいくつかの論点についても拾い上げてみる。まず第1に、周辺住民に審査請求人適格（訴訟の場合には原告適格）である。小石川のマンション建築が全国的に報道され、これに接したとしても、例えば名古屋に住んでいる私には、出訴は認められない。出訴には、請求が認められる（建築確認の取消）ことで、自らが得をするという利害関係が必要とされる。そしてそれは法律上の利害関係でなければならない。今回の周辺住民にはこの法律上の利益があると判断された。「生活環境に掛かる著しい被害が直接的におよぶことが想定される、周辺の一定範囲の地域に存する、他の建築物の居住者の生命、身体の安全および生活環境やその所有者の財産上の利益を建築基準法は保護している」ということで、すべての周辺住民とまでは言い切れないが、相当範囲の周辺住民を法的な利害関係者と考えた法制度になっている、という判断であった。

第2に、この周辺住民の利益に関係しない違法性を「審査請求で」主張できるかということも論点になった。行政事件訴訟法10条1項では、「取消訴訟においては」自己の法律上の利益に関係のない違法を理由として取消しを求めることができない、と規定する。先の駐車場と避難階段に関する条項は、マンション住民を守るためのものであり、この規定への違反を周辺住民は主張できないと、事業者側は述べていた。しかし裁判所は、審査請求は訴訟ではなく、訴訟のような主張制限があるわけではないとし、むしろ審査請求は訴訟とは異なり、職権探知主義（対象行政処分の適法性・妥当性を当事者の主張によらずに審査できるという考え方）が取られているから、訴訟に関する主張制限の規定は類推適用されない、としている。

建築審査会のメンバーには衛生、建築、法律等の専門家が就くことになっており、こうした専門家が審査を行う点が1つのメリットとも考えられるが、これに加えて訴訟にはない審査請求のメリットの存在を示唆している。

第3に、事情裁決/判決と言われる仕組みがある。事情裁決の場合、「処分が違法または不当であるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合」、審査請求人の損害の程度やその賠償など一切の事情を考慮した上で、「処分を取り消すことが公共の福祉に適合しない」、例えばマンションがすでにできあがっており、それを部分的にあるいは全面的に壊すということが「公共の福祉に適合しない」と審査庁が認めるときは請求を棄却する（取り消さない）ことができる、という規定がある。事業者側はこの規定を使わなかったことを違法と主張していた。これに対し裁判所は、裁決で建築確認が取り消された理由は避難階段に係る違反で、災害時の避難の安全を確保し、人の生命、身体を保護するためである。だとしたら、これこそが公益、公共の福祉だとして、建築確認を取り消すことが公共の福祉に適合しないとは言えない。こういった趣旨の判決を下した。

小石川マンション事件では、建築審査会の判断を裁判所がほぼ全面的に肯認し、最高裁も業者側の上告、上告受理を認めず、この判断が確定した。

もっとも、現在、業者から東京都、さらに指定確認検査機関に対して損害賠償請求が行われている一方、購入者から業者に対しての損害賠償請求でも訴えが起されている。建築確認についての後始末が、なおも損害賠償めぐる争いとして裁判所で続いている状況である。

Ⅲ. 「いわゆる二重敷地問題に関する裁判例について」

荒木哲郎（赤坂山王総合法律事務所・弁護士）

私の方からは、いわゆる二重敷地問題に関する裁判例について、最近、桜上水マンション事件と呼ばれている事件を中心に、全部で3つの裁判例について説明する。

まず、桜上水マンション事件とは、東京地方裁判所の平成29年4月28日判決で、判例タイムズにも取り上げられている裁判例である（判タ1450号212頁）。当該マンションは借地権マンションで昭和46年に建築されたものであるが、その敷地について、建物部分の敷地とは同じ所有者で、当該マンションの駐車場とされていた数筆の土地が別にあった。便宜上、この土地を「本件各土地」という。当該マンションを建てた当時は、当該マンションの建築主は、本件各土地の所有者であった者と、本件各土地を将来も当該マンションの敷地として提供すること等を合意していたが、借地権の設定はしていなかった。当該マンションの敷地と本件土地は、その後、競売等で転々譲渡されたが、その過程で合意が曖昧になってし

まったところ、平成25年に当該マンションの敷地及び本件各土地を競売で手に入れたA社は、本件各土地だけを第三者に売却しようとし、それを最終的に購入したB社が、本件各土地にいわゆる戸建て住宅を建築した。当然、戸建て住宅を建てる際には、建築確認申請をしているわけであるが、本件各土地が当該マンションの敷地であった点は特に問題とはされずに建築確認を受けられてしまったという事案である。

もう少し詳しい状況としては、平成25年の11月1日に、A社が、競売で当該マンションの敷地及び本件各土地を取得し、同月22日に、本件各土地だけについてB社との間で売買契約をしたのであるが、その時に、当該マンションが所在する区から本件各土地に新たな建物が建築されると、当該マンションが建築基準法や東京都建築安全条例等に適合しない、重大な違法建築物になるとして、本件マンションを適法な状態にすることを求められている。

ここで本件が特殊なのが、A社がそのような指導を受けたことから、当該マンションの敷地と本件各土地の所有者が同一である場合は建築確認が困難であるのではないかと、それなら別人に一度本件各土地を売れば良いのではないかと考え、一度、関連会社のC社に所有権を移転し、その上でまたB社に売ることが計画した。ただ、指導を受けた時点で、A社は、代理人を通じて、当該マンションの管理組合に2億円ぐらいで買っているの、これを管理組合で同じ程度以上の金額で買ってくれないかと一応提案をしている。しかし、その回答期限をわずか4日後に設定していたことから、当然、管理組合はそのような短期間では答えられず、A社は、回答期間が経過する前にB社との間の契約を解除した上でC社に本件各土地を売却し、さらにC社がまたB社との間で売買契約を締結して、結果として行政指導をくぐり抜けることになった。そして、その後、B社は本件土地を分筆とかした上で、建築確認を受けて戸建て住宅を6棟建てた。それにより、当該マンションは、建築基準法52条の容積率違反となり、また、東京都建築安全条例19条という避難経路を確保しなければいけないというような条例などにも違反することになってしまった。

そこで、本件の原告は、まず本件各土地について、原告が地役権を時効取得しているのではないかと主張や、もともと本件各土地については、当該マンションの敷地として提供する合意があり、A社にも承継されたとして、主位的に妨害排除を請求した上で、予備的に原告の生活環境にかかわる法益侵害に基づいて、本件戸建てのうち2棟の取去をB社に対し請求し、あと、全ての被告らに対し、本件各戸建てを建築することを目的として、本件各土地を被告B社に取得させたことが共同不法行為に当たるなどとして、区分所有権価格の下落分および慰謝料等の損害賠償の請求をした。

なお、戸建て建物の保存登記がなされたのは平成27年

4月だが、その前の平成26年の段階で、原告が建築差し止めの仮処分を請求したものの、同年9月に却下され、本件裁判になっている。

位置関係としては、当該マンションの敷地の東側がもともと駐車場だった本件各土地であり、その北側の部分がマンションの全体の入口である。本件各土地と反対の西側にマンションの1階各戸の玄関があって、戸建て建物に面した面がベランダ側窓になっていることから、1階住居は日差しがほとんど当たらず、また、窓の前に家が建っている状況なので、眺望も全くないということになっている。ただ、当該マンション自体は、南側にすぐ甲州街道が通っていて、また、桜上水マンション事件と言われるように、桜上水という私鉄の駅が徒歩5分ぐらいのところにあることから、立地としてはすごく良い場所で、そのためB社は、本件各土地に戸建てを建てることを計画したと推測される。しかし、先ほどの容積率の問題や、戸建て建物が建ったことで、道路に面しているベランダ側の窓の部分の前方の空間がなくなってしまう、避難経路が確保されていないということや、路地でしか接道していないということで、東京都の条例違反にもなったということである。

次に、判決の要旨であるが、結論から述べると、地役権や債権的合意に基づく妨害排除請求等は全部否定されてしまい、慰謝料に関する損害賠償請求だけが認められた。その法的構成であるが、かなり技巧的な構成を取っている。すなわち、まず、敷地を売却したということ自体は問題だとはされておらず、当該マンションは借地権マンションであるところ、賃貸人であるA社はその借地権の目的である土地を、建築基準法の敷地として適法の状態に維持する義務を負うとされた。ただ、かかる義務は、その借地契約に付随した義務にとどまる以上、借地契約の目的となっていない他の土地の管理処分権を制約したり、他の土地を建物敷地として提供すべき義務を課したりするものではないとして、結局、本件各土地については借地契約の対象になっていないことから、そこを処分等してはいけないという義務までは負わないとされた。しかし、A社は本件借地契約に付随する信義則上の義務として当該マンションの区分所有者らが、本件各土地を敷地として利用することに協力すべき義務を負うとした。

そして、本件の場合、本件各土地を売却する場合には区分所有者らに対し、これにより当該マンションが建築基準法上等で違法になることを説明し、区分所有者らにおいてかかる事態を避ける手段を講ずる機会を与えるなどして、当該マンションを法に適合させるべく誠実に協力すべき信義則上の義務を負っていたということを言った上で、先ほど話に出た、4日しか期間をおかないで管理組合に購入を申し入れたものの、それが無理と言われると、すぐに売却したという点で、借地契約に付随する信

義則上の義務に違反するものとして不法行為が成立するという、かなり技巧的な構成で慰謝料30万円と、その1割の金額で弁護士費用が認められている。

請求としては区分所有建物について違法建築になってしまったので、物件価格が下落したであろうということと、その下落分も請求をしていたが、それについては請求が認められていない。

本判決に対しては、どちらも控訴しているが、本件訴訟は1人の区分所有者の方が提起した裁判だったところ、その後、ほぼ全部の区分所有者で集団訴訟を提起し、その中で、原告らが先ほどの本件各土地を、B社が購入した金額とほぼ同額でB社から購入するという形の和解が成立して終了し、本訴訟に関しては、取り下げとなっている。ただ金額が大きいので半額だけ和解してすぐに支払い、残額については6年の分割払いという内容になっている。

そして、現状はどうなっているかということ、本件各土地自体はまだB社のものになっているが、和解で購入代金の残金は6年の分割払いということになっていることから、それを完済した時点で管理組合に所有権を移転するという条件付の仮登記が付けられている。建物もまだB社所有のままということで、もともとは分譲で考えていたと思うが、このような和解になったので、賃貸にされ、その賃料を残額の支払いに充てるという約束になっているのではないかと推測される。現状としては本件各土地にまだ建物が建ったままということなので、まだ違反状態は続いているということになるかと思われる。

次の東京地方裁判所平成30年6月21日の判決は、先ほどの桜上水マンション事件が民事訴訟なのに対し、こちらは行政事件である。これは最近の判例タイムズに出たばかりの裁判例であるが（判タ1464号100頁）、事案自体はほとんど先ほどの事案と一緒に、もともとマンションを建てた時には、当該土地を第三者に譲渡せず、また、駐車場として、建物は建築しないという合意があったが、当該土地が転売される間に合意がわからなくなってしまい、本件の場合、第三者の会社が、別のマンションを隣接して建てる敷地の一部として手に入れたという事案である。

本件では行政事件というかたちで、指定確認検査機関である被告が建築確認処分をしたことについて、原告が処分の取消を求めているが、もともとのマンションの敷地に隣接して新マンションの計画敷地があり、当該土地を手に入れて新マンションの敷地の一部にしたことで、その部分が、両方のマンションの敷地になってしまっている。

本件判決は、建築確認制度の趣旨を述べた上で、民法その他の私法法規との関係については、それが建築基準関係規定の内容を構成するものである場合を除き、審査の対象には含まれないという前提で、敷地の重複申請を

することを禁止する旨の規定や、かかる申請に対する建築確認処分を禁止する旨を規定が存しないということから、これを考慮しないとした。この判決は、さらに「例え何らかの事情により当該申請が敷地の重複申請に当たると知り、あるいは建築主の私法上の権限の有無等について疑念を生じさせるような事情を認めたとしても、当該申請が敷地の重複申請の当たるという不適合と認めることは許されない」としており、ここまで言われてしまうと、行政事件としては、これ以上は争いようがないのではないと思われる。

判例タイムズに載ったのは地裁判決であるが、記録を確認してみたところ、本件は、その後、控訴が棄却され、上告も不受理になって終了してしまっていた。当該地は、既に新マンションが建ってしまっていて、一見、普通にマンションが並んで建っているようにしか見えないが、もともとあった一方は違法建築になってしまっているということになる。

先ほどの桜上水マンション事件について、私が以前に別な学会で報告した時は、珍しい裁判例なのではないかという話があって、実際に、そのように書いてある文献もあったのであるが、調べると、実はマンションの例だけでも幾つかあり、東京高裁平成14年1月23日という、やはりこれも判例タイムズに載っている事件があって、こちらは桜上水マンション事件と同様の事案で損害賠償を請求したものであるが、一審では区分所有権価格の下落分の損害賠償請求を認めて原告を勝たせたが（判タ1069号162頁）、その後、高裁では逆転されて請求を棄却されたというものであった。

最後に紹介するのは、東京地裁平成24年3月13日判決（公刊物未登載）である。これは今までの件と違って、マンションの事案でもなく、単に接道義務との関係で、所有者からまったく承諾とか得ておらずに、他の地役権の目的になっていた土地を敷地の一部に入れて申請したところ、建築確認を取り消されたことから、その裁決について争われた事件である。

事案としては、所有者から承諾を得ていないとして、当該土地について敷地であることを否定されると、敷地が接道義務を果たせなくなる場合であったというものである。

この裁判例をなぜ取り上げたかという点、この判決においては、建築確認申請において敷地が実質を有しないものでないと、公益的な見地から建築を規制しようとした趣旨は画餅に帰し、その目的は達成できないということから、敷地に関しては当該建築物のために実質的に支配できるものでなければならない、ということをもって建築確認を取り消しているのであるが、申請自体ではわからない事情で取り消しているからである。

確かに、この裁判例では、そうすることが必要だから

ということにはなっていて、「建築確認をするに当たっては一般の敷地の使用権限は問題とされない」と書いているにもかかわらず、申請にかかる計画において敷地とされた土地が、建築基準関係規定が予定する敷地となり得ないことが客観的に認められる場合には、「建築基準法に基づいて建築基準関係規定に適合しない旨の通知をすることは、土地の利用権限等について審査権限を有しないことと矛盾するものではないばかりか、それが建築基準法の要請するところである」としている。

この点、2番目の裁判例では、当該申請が敷地の重複申請に当たるとを知っていたとしても建築確認機関は考慮しないとされていたのに対し、こちらの裁判例ではそのような建築確認申請自体からわからない事情でも、わかったらそれは考慮して取り消している。

これはどのような違いから生じているかというと、前述のように、二重敷地の問題は建築基準関係規定では禁止されていないのに対し、本件は接道義務違反の問題で、建築基準関係規定で禁止されているものであるという違いであり、建築基準関係規定に規定されているのであれば、建築確認申請自体からはわからなくても、それを考慮して取り消すべきということである。

今回は全部地裁の裁判例なので、裁判所が統一的に判断しているかはわからないが、このような違いがあることが矛盾していないかについては、個人的には疑問があるところである。

以上から現状をまとめると、指定確認検査機関は、建築基準関係規定に適合していない事情がない限りは、二重敷地の事実を知っても許可を出さざるを得ないということで、二重敷地の問題は行政事件では争いづらいと思われる、この状況が変更されるかは、もう立法論の問題ではないかと考えている。

ただ、敷地を処分等した当事者の対応によっては、損害賠償請求ができるかも知れないが、慰謝料程度しか認められていない状況である。

Ⅳ. 「建築確認をめぐる争訟への民事法の観点からのコメント」

杉浦林太郎（名城大学）

私は、民法・民事法の観点から建築確認と建築確認をめぐる訴訟についてコメントを行う。

まずは、北見先生が報告をした小石川マンション事件についてだが、この事件はそもそも民事的な手段を使うことがあまり問題になる事件ではなかった。というのも、周辺住民が訴えを起こす対象として考えられるのは、建築確認の実施主体か、建築を行った事業者や建築主であるが、まず、住民から建築確認の実施主体に対して請求を行う場合について考えてみると、地方自治体の建築主事が建築確認を行った場合のほか、民間の指定確認検査

機関が建築確認を行った場合でも、私人による行政という扱いになるので、いずれにしても行政訴訟を行っていくことになる、民事的な手段を行使できる余地はない。

そうすると、民事的な手段を行使する可能性があるとするれば、住民から建築主に対して訴えていくという場合である。住民から建築主に対して訴えを行っていくとするならば、契約関係にない当事者に対して請求を行っていくことになるので、債務不履行等に基づく損害賠償請求のような契約関係の存在を前提とした訴えは行うことができず、不法行為による訴えを起こしていくことになる。しかし、不法行為責任は、民法709条に「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定されている通り、「権利又は法律上保護される利益を侵害」された場合でなければ行使できないので、小石川マンションの事例では、避難階を設けていなかったということによる周辺住民の「権利又は法律上保護される利益の侵害」が観念できないので、住民から建築事業者に対する不法行為法上の請求はできない。ただし、違法建築の場合に全く民事法上の請求が行えないという訳ではなく、建築の態様によっては、日照権やその他の人格的利益または国立マンション事件のような景観利益等が侵害されたということに基づく損害賠償請求、建築差止め請求、違法建築の撤去請求などを行っていく可能性はある。また、本件とは異なるが、違法建築物の買主から売主に対して、あるいは注文者から建築業者、請負業者に対して、瑕疵担保責任を追及して売買契約、請負契約を解除する、それと合わせて損害賠償を請求する、あるいは瑕疵があった場合に、その瑕疵の除去や修補、代金の減額等の請求をするということが考えられる。

次に、荒木先生が報告をした二重敷地の問題についてだが、民法の場合には、同じ不動産が二重に売買されたり、同じ不動産上に相容れない権利が設定されたりすることになった場合には、先に登記をした方が優先されるという対抗要件主義が採用されていて、すなわち、先に登記をするというしかるべき対応をした当事者が優先されるという、「早い者勝ち」が原則となっている。しかし、今回問題となっている二重敷地の問題については逆で、先行して建築されたマンションの敷地として建築確認がされていた土地が売買されて、その土地について後から別の建築確認がされて建物が建ったという場合に、後から建築確認がされた建物が優先されて、先行して建っていたマンションが後発的に違法建築物になるということで、民法の原則と相反する結果となっている。ただし、民法の登記を先にそなえた方が優先されるという原則を可能にせしめるには、登記によって権利関係がはっきりと公示されているということが必要とされる。マンションの敷地利用権については、敷地の権利関係というものが、かつては明白に公示されていなかったという歴史的

背景がある。先ほどの荒木先生の報告でも少し触れていたが、現行の区分所有法の下では、占有部分と敷地利用権とを分離して処分することができなくなっている。すなわち、区分所有法22条1項で「敷地利用権が数人で有する所有権その他の権利である場合には、区分所有者はその有する占有部分と、その専有部分に掛かる敷地利用権とを分離して処分することができない」と規定されており、それを反映するかたちで、敷地利用権が不動産登記法によって敷地権として登記された場合には、公示性と第三者に対する対抗力を持つことになるという制度になっており、敷地権があるのかないのかよくわからないという状態は、今の法の下ではなくなっている。

しかし、かつては、今の区分所有法が改正されたのは1983年、昭和58年であり、それ以前は占有部分と敷地の利用権との分離処分の禁止ということがそもそも規定されていなかった。また、専有部分に対応する敷地利用権の登記の方法というのが、1つの登記に登記するというかたちではなかったもので、権利関係を把握することが著しく困難であったという背景があった。東京地判平成29年の桜上水のマンションも昭和46年建築で、区分所有法が改正されて制度が変わる以前の建築物であり、2番目に紹介されていた東京地裁平成30年の芝浦のマンションも昭和56年建築で、区分所有法改正以前に建てられたマンションであり、そういうことで区分所有法と不動産登記の方法が変わる以前というのは、敷地利用権が不明な登記というものがいっぱいあるという状態であった。そもそも桜上水のマンションのように敷地利用権自体が設定されていなかったという場合もあるし、敷地利用権が設定されていてもその登記がしっかりされていないままになっていて、現在に至るまではっきりされていない状態になっているものというものもあるようで、まだそういった物件については同じような問題が起きてくる可能性がある。

そうした、かつての権利状態を残しているマンションに関しては、区分所有者側としては予防措置をとれる。まずは、建物が建っている部分以外の敷地に対する土地利用権をしっかりと設定しておく、借地権等をしっかりと契約で設定しておいて、そして、それを登記しておく。また、それから土地利用権は設定してあるけれども、登記がそれに直っていないという場合に、現行の登記制度に合わせて敷地権を登記して、はっきり公示するということによって、ある程度は今回取り上げられているような問題に対する予防措置、予防策になるのではないかと思う。昭和59年以降に建った建築物については、そのあたりははっきりしているところなので、今後はこうした敷地の二重利用の問題というのは、完全になくなるかというのは、先ほど荒木先生も最後にまだ今後も起こりうるものではないかと分析していたが、完全になくなるかどうかはともかく、問題自体は減少していくのではないかと

と考える。

ただし、登記の方で公示がはっきりされていったとしても、敷地の二重利用が起きてしまうのには、建築確認制度自体の在り方にも問題があると思う。建築確認の際に、敷地の重複申請に当たるかについて確認しなくてもいいということになっているが、考慮はできないか。土地の登記事項として敷地であるか否かということが書かれているので、技術的な困難は少なくなっているのではないか。

建築許可の取れない土地が生まれても、敷地権が登記されているので、知らずに敷地を取得するケースは少なくなっているだろうし、仮に知らずに敷地を取得した買主については、民事上の救済で、たとえば、錯誤で契約を無効に（民法改正後は取消し）するとか、建物を建てられない瑕疵ある土地の売買として解除や損害賠償の請求をすること等の民事上の救済で処理できるのではないか。

最後に、桜上水のマンションの事件のように、不動産価値の低下ということで訴えても、区分所有不動産の場合だと転売目的で購入しているのではなくてあくまでも居住を目的としているということになるので、直後に売る予定があったのに売却価格が低下したというような特殊な事情があれば別だが、損害が認定されないという場合が多くなる。結局、契約に付随する信義則上の義務違反で慰謝料30万円の賠償というようなことが認められたとしても、本質的な問題解決や、被害者の救済にはまったくならない。

民事上の手段というのは、基本的には事後的な損害賠償による被害者の救済になるが、そうした事後的な救済ということではなくて、むしろ予防的な手段を整えていくということが必要ではないか。その上で、二次的な手段として、発生してくる損害については民事上の手段を使うこともあり得る。第一次的には民事的な手段ではなくて、公法的な領域で考えていく問題ではないか。

V. 質疑

北見：以上の3報告では、一方で、単体規定違反の建築に対する建築確認の効果が争われ、後に、複雑な形で損害賠償として争われているという事案が、いま一方で、建築確認によって、その対象建築物とは別の建築物に対して、違法状態を生じせしめるという場面での紛争という、建築確認をめぐる2タイプの争われ方を扱う報告であった。両タイプで交錯する点もあるが、どちらについてでも、ご意見などをお出しいただきたい。

発言者A：桜上水のマンションは、全体の戸数は何戸か。

荒木：11階建てのマンションで、全体で148戸である。

発言者B：小石川の事件においては、周辺住民としては確認を争うのが目的ではなく、不服の本質はやはり、周辺住民の色々な改善要望を一切無視して建築を強行とし

ようとした事業者に対して、今の法制度の下では建築確認のチェック漏れを探し出すぐらいしか、対抗方法がないということにある。

報告でもあったように周辺住民や行政との協議調整の仕組みがあれば、本来、周辺に対する影響等をそこでチェックして、一種の建築許可的に運用すればいい話ではあるが、そうしたものが存在しないということである。また、民事の請求に関しては、違法建築であることに基づく請求というよりはむしろ、日照権や景観利益、圧迫感といったかたちでの損害賠償というのが、通常、周辺住民からの請求として考えられるが、東京地裁ではここ30年ぐらい、その手の請求の認容事例はない。大学の授業では民事の建築差し止めの請求はできるという話がされるけれども、実務的にはそれは事実上ほとんど無理である。それだからこそ、さほど認容の可能性が高いわけではないが、確認の取消というようなかたちでの問題のチェックしか有効な手段がないというのが現状である。

小石川事件の特殊な点として、建築確認を得て着工した後に、高度地区の変更があった。通常の確認取消の場合、取り消された後に、違法とされたところを直して建築確認を取り直すことにより、建築がなされることはちょくちょくみられるところであるが、小石川事件の場合は、確認を取り直そうとすると、上の2層ぐらいを削らなければならず、通常の手直しでは適法化できない。ここに事件の特殊性がある。

また、荒木先生の報告で2つの事例が、矛盾しているのではないかという旨の発言があった。新しく建てる建物が適法建築かどうかを建築確認は本来チェックすることであれば、桜上水マンション事件では、新しく建てた分譲住宅は、敷地があってそれに適応しているという点で適法だったわけである。もう1つの事件での、接道が取れないという点は、建てようとするものが違法になるという事案である。こうした整理によれば、さほど矛盾していないのではないと思われる。すでに存在した建物が違法になるという点は、チェックの対象外として整理できるのではないかと考えている。

荒木：私もその点に関しては、異論はない。私が矛盾していると申し上げたのは、確認機関の方で知ってしまった事情を考慮できるか否かという点である。建築基準関係規定に接道義務は当然定められているが、確認書類ではわからなかったことが他の何かでわかった時に、一方では確認機関がそこを考慮して取り消しているのに、二重敷地の桜上水事件の方では、それをわかったとしても、行政側がまったく何もやる必要がないというところが、矛盾というか、納得いかないところである。ご指摘の、現在既にある建物を確認の対象とするかどうかという点については、仰るとおりだと思っている。

発言者B：似たような例が最近の東京地裁の事件で存在する。やはり敷地の接道が問題になった。これは、2項

道路で接するという接道を取ったが、2項道路の所有者が塀を作ってしまった「通せんぼ」してしまった事案に関するものである。それまで所有者は2項道路を使っていなかったため、民事上は通行権がないという判決が確定していた。確認機関は、その判決の存在は知っていたけれども、2項道路に接しているということで建築確認を出したところ、その取消訴訟において、その道路はもう通れないのだから接道とすることはできないとして、確認を取り消したという事例である。多分、今の裁判所的には、確認機関がそれを積極的には調べなくていいが、知っていればその事実は考慮しなければいけないということであろう。桜上水の事件では、多分知っていても、それで違法になるのは昔の建物なので、そっちについては言いようがない、という趣旨なのではないか思っている。

北見：建築確認が出されることによる民事の2事件は、いずれも指定確認検査機関が建築確認を行った事例なのか。

荒木：後の裁判例の方は間違いなく機関ではある。

発言者B：日本では、95%ぐらい民間の指定機関であるから、おそらくは民間である。

北見：桜上水の事件では杉並区がかなり前面に出てきている。先ほど高度地区に関する指摘で、有名な昭和60年のいわゆる品川マンション事件の最高裁判決（最三小判昭和60年7月16日・民集39巻5号989頁）が思い出された。ここでも事件に前後して高度計画が変わることが問題となった。同事件では建築確認の主体が確認処分を出すことを留保した。

その許容性は、自治体、行政庁は地域のことを考えるべき存在だから、というものであった。地方自治法の旧2条の自治体の任務の規定を参照した上で、最高裁は判断を下した。ここでは、自治体には、調整の役割が建築確認の局面においても存在する、したがって建築確認を出さないということ自体もまずは許される。しかし事業者の側が「もう調整は不可能だ」と、真摯に表明した場合には、建築確認を出さずにいることは違法だということ、こうした枠組を最高裁は示した。桜上水事件では、旧来の建物を違法状態にさせる状況がわかっているからこそ杉並区は動いた。判決では、指定確認検査機関等という主語の下に、「当該申請が敷地の重複申請に当たることを理由、不適合と認めることが許されないものと言うべきである」と、純粋な確認の法的性質論だけで判断し、確認処分の主体の役割には注目せずに判示をしたようにも読める。建築確認の留保自体まで、最高裁はもとより認めており、自治体に関しては、建築確認の局面での何らかの調整も最高裁が認めているという読み方も考えられたことから、各事件に際して、建築確認の主体を確認したかった。

荒木：判決文では明確ではないが、杉並区の行政指導についても、一度その確認申請がされた後、問題があるということで一度留保されて、やり直している。この

チェックを経て、杉並区による対応がなされている。

北見：指定確認検査機関から申請に係る情報が送付され、それを受けて杉並区による対応が取られたが、にもかかわらず、建築確認によっては対応ができなかった事案であったと理解できた。

発言者C：荒木先生の報告で、桜上水事件でのマンション建築が昭和46年との言及があった。この時期の、東京都での事件について思い起こした。行政がこの確認を出さなかったことで、確認申請を出した事業者の方から、建築確認を出せという訴訟を受けて、結局東京都が負けたという事件があった。これに関して東京都の法務部長が、これでは建築行政は絶望的であるというようなコメントを何かの論文で書いておられたケースがあった。それが、今になってこうしてまだ続いており、むしろ判決の年代を追っていくと、偶然かもしれないが、新しい判決の方が、確認申請に対してそこまで調べる必要もなく、わかったとしても事情を探る必要がないと、審査の密度を弱めるような傾向になっているのではないかと感じられた。40年前と変わらない状態が続いていて、一方で厳格になったのか、一方でザルになったのか、なかなか評価が分かれることと思われる。

杉浦先生の報告に関して、二重利用が減少していくのではないかとこの見通しを示された。対処の方法として40年ほど前には、当該敷地に、——当該敷地というのは、容積を借りた敷地に、であるが——、不作為の地役権を設定するという方法も、だいぶ検討されていたが、こうした案はその後どのような検討がなされたのか、報告内には言及がほとんどなかったが、こうした解決の視点、ポイントもあるのではないかと。借地権を設定すると、排他的な利用ができってしまうことになり、底地の利用を妨げることになる。建物の容積のために敷地を使いたい場合は、底地人の利用を妨げるわけではなく、駐車場を使っても別に構わない。そういうときに、容積の対象になる建物を建てさせないという策を設定するという方法である。

他方、仮に容積オーバーになってしまった場合に、その建物を既存不適格とする対応はありえないか。建物をめぐっての既存不適格という状況はよくある話であるから、そうした位置付けで建物を取り扱うというのは、ありうるのかどうかということについて、ご意見を伺いたい。

杉浦：そういう方法はありえようかと思われる。桜上水の事件の場合においては、地役権は土地の所有者でなければ設定できないというところで、地役権の設定ができなかったという事件だったと思う。

北見：40年前のその仕組みについて、自身が十分に理解していないところだが、権利の設定を行った上で、その方法による場合において、既存不適格の状況の生じ方はどのようなものになるか。

発言者C：隣のその土地を失ったことによって、区分所有建物が容積オーバーの状態になる。この状態を今回の事件では是正しようという方向で紛争が生じているようであるが、是正なくても仕方がない、不適格の建物になってしまったとして、後から高度地区をはかったら不適格の状態になってしまったというような場面と同じように、割り切る見方が、—— 解決方法ということではないが、—— ありうるのかとも思われた。

北見：その建物を既存不適格として残しておき、次の建築の時点で解消をスライドさせるというアイデアで興味深い。ただ、既存不適格を使うべきかという点、この建築確認という事前手続を、もしも法律関係について調整するという局面としても見る場合には、この既存不適格として残す方法は、結局のところ失敗に終わったとの位置付けにならざるを得ないと思われる。確かに、問題の解決方法の1つではありうるし、経済的にはコストを下げるという面で、これが最も合理的かもしれないが、既存不適格は、基本的には法令等の改正への対処の一種の猶予と考えられ、行政－建物使用者の関係が念頭にある。今回のような、第三者に対して違法状態を生じさせる新たな行政処分については、本来的には既存不適格は必ずしもフィットせず、この建築確認という手続は一体何なのか、ということとの関係で、もう少しいろいろなことを考えなければいけないのではないかと。

発言者D：荒木先生に質問したい。駐車場には借地権設定はしなかった、借地権ではなかったと資料に示されている。そうすると、1戸建てを建てられてしまった部分は使用貸借みたいなかたちの権利として利用されていたというように考えざるを得ないのか。その使用貸借における、賃料の支払い等はどのように関係してくるのか。

荒木：そこは私も疑問があって、記録等も見ただけであるが、はっきりとはわからない。ただ、普通に考えると、無償で土地を提供するということはないはずで、その合意の時に所有者は何かもらっているはずなのではないかと思われる。したがって、本当であれば、支払いをしているのに合意に違反したとして、損害賠償を請求する方法もあり得ると思う。もっとも、かなり転々と譲渡されており、時間も経っているので、かなり厳しいであろう。

補足すると、桜上水マンション事件は和解になって終局したが、実は、和解できず判決で負けた時に備えてなのか、一応もともとの販売会社等に対して、訴訟告知を行っていて、敗訴したらそちらに損害賠償請求訴訟をすることを考えていたらしい。ただ、その訴訟をしたとして、どういう結果になったかはわからないところではある。

北見：活発なご議論に感謝申し上げます。以上で本ワークショップを終了する。