

司法試験

武山茂樹講師のピンポイント講義

～ 行政法 国家賠償法1条マスター ～

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 153089

LL15308

2015.11.25

LEC東京リーガルマインド専任講師 武山茂樹

1、条文と法的性質

(1) 条文

国家賠償法1条

- ① 国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ず。
- ② 前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する。

つまり、公務員の違法行為によつて損害を被つた個人は、国又は公共団体に損害賠償請求できる（国賠法1条1項）

＝民法715条1項と類似の規定

(2) 法的性質

では、国又は公共団体は、公務員の負う賠償責任を肩代わりするのか（代位責任）、それとも国又は公共団体は、公務員を使って、危険が発生する国家作用を行っているので、危険の発現による損害賠償責任を直接負っているのか（自己責任）。

この点、国家賠償法は成立要件として、加害公務員の故意・過失という主観的要件を要求している。

従つて、本来公務員が負う責任を国が代わつて負う、代位責任と解するのが相当である（判例）。

(3) 加害公務員の特定

国家賠償請求にあつては、加害公務員を被害者側で特定しなければならない。なぜなら、国家賠償法1条1項の国の責任は代位責任なので、個々の公務員の行為に不法行為が成立していることが論理的前提となるからである。

しかし、加害公務員の特定を常に必要とすると、被害者の賠償請求の道を閉ざしてしまう結果にもなりかねない。

そこで、一連の行為のうちいずれかに行為者の故意または過失によるものでなければ被害が生ずることがなかったことが認められ、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国または公共団体が賠償責任を負う関係にあるときは、加害公務員の特定は不要と解する。

※最一昭 57.4.1 (百選Ⅱ 237事件)

健康診断を受けたが結核の通知を税務署長から受けなかったXが長期の療養を余儀なくされ、担当医師が読影を誤ったのか、医師が結果の報告を怠ったのか、医師の報告を税務署長に伝える過程で過誤があったのか、報告を受けた税務署長が適切な措置を取らなかったかわからなかった事案において、最高裁は上記規範を示した上、医師の一般的診断行為が公権力の行使たる性質を有するものではないとした。

2、要件

(1) 要件の概要

- ① 「公権力の行使」にあたる公務員の行為
- ② 職務を行うについて
- ③ 公務員の故意・過失
- ④ 加害行為の違法性
- ⑤ 損害の発生
- ⑥ 因果関係

(2) 各要件の検討

- ① 「公権力の行使」にあたる公務員の行為

ア) 「公権力の行使」

＝権力的行政作用に限らず、国家賠償法2条1項の営造物の設置・管理作用および私経済活動を除くすべての行政活動を含む(広義説、通説)

※行政活動には、権力的行政行為、非権力的行政行為、私経済活動、営造物に関する瑕疵の4種類ある。もちろん、広義説で範囲外とされたものも、一般不法行為や国賠2条の責任追及は可能

イ) 規制権限の不行使

<論証例>

規制権限の不行使が、違法となるか。

この点、<あてはめ>法令の趣旨から、行政が規制権限を行使するか否かに裁量が付与されている。そして、裁量権も逸脱濫用があると違法となる。

とすれば、行政の規制権限の不行使が、逸脱濫用と評価されれば、国家賠償法上も違法となると解する。

※考慮要素としては、①危険の切迫、②予見可能性、③結果回避可能性、④補充性、⑤権限行使に対する国民の期待可能性等が考えられる。

・最二平成元.11.24（百選Ⅱ 229事件）

宅建業者の不正行為により損害を受けた者が、知事が業務停止処分等の規制権限を行使しなかったことが違法である旨主張した事案。

まず、免許の付与・更新処分の違法性が主張された。最高裁は、法の趣旨を有害な宅建業者の関与を未然に排除し、取引の公正を確保し、宅地建物の円滑な流通を図るところにあると解した上で、法には確かに取引関係者の利益の保護を顧慮した規定をおいており、免許制度も究極的には取引関係者の利益の保護に資するものであるが、上記趣旨を超えて、免許制度が、免許を付与した宅建業者の人格・資質等を一般的に保障し、ひいては当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が被る具体的な損害の防止、救済を制度の直接的な目的とするものとは解せないので、知事等による免許の付与ないし更新それ自体は、たとえ法の免許基準に適合しない場合であっても、個々の取引関係者に対する関係において、直ちに国家賠償法1条1項にいう違法行為にはあたらないと判示した。

次に、当該業者の不正な行為によって個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的状況の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとした。

・最二平成 7.6.23（百選Ⅱ 230事件）

薬の副作用により網膜症に罹患した患者等が、国に対して規制権限の不行使の違法性を主張した事案。

医薬品の副作用による被害が発生した場合であっても、厚生大臣が当該医薬品の副作用による被害の発生を防止するための各権限を行使しなかったことは...副作用を含めた当該医薬品に関するその時点における医学的、薬学的知見の下において、薬事法の目的及び厚生大臣に付与された権限の性質等に照らし、右権限の不行使がその許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使は、副作用による被害を受けた者との関係において同項の適用上違法となる。

・最二平成 16.10.15（百選Ⅱ 232事件）

水俣病の発生および被害拡大防止のために規制権限を行使することを怠ったことが国家賠償法1条1項の適用上違法となると主張した事案。

最高裁は、「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法1条1項の適用上違法となる」との一般論を述べた上で、国が昭和34年11月末の時点で多数の水俣病患者が発生していることを認識し、その原因物質の排出源が特定の工場であることを高度の蓋然性をもって認識しうる状

況にあったこと、その工場の排水の定量分析をすることが可能であった事情を認定し、同年12月末までに水質二法に基づいて規制権限を行使しなかったことは著しく合理性を欠き、国家賠償法1条の適用上違法であったと判断した。

また、県にも、国と同様の状況を認識あるいは認識しえたことを認定し、旧熊本県漁業調整規則に基づいて、工場排水につき除害に必要な設備の措置を命ずるなどの規制権限を行使しなかったことは、国家賠償法1条の適用上、違法となるとした。

※その他、最三平成 16.4.27（百選Ⅱ 231事件）等

ウ) 立法・司法・検察作用

・国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該行為を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない（最一昭和 60.11.21 百選Ⅱ 233事件）

→平成になって、最高裁は、上記規範を實質上緩めた（判例変更はしていない）。

国会議員の立法行為または立法不作為は、その立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法1条項の適用上、違法の評価を受ける（最大平成 17.9.14 百選Ⅱ 215事件）。

・裁判官の裁判に国家賠償責任の問題が生ずるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを使用したものと同認めるような特別な事情があることを必要とする（最二昭和 57.3.12 百選Ⅱ 233事件）。

・刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるというこはない...起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる（最二昭和 53.10.20 百選Ⅱ 235事件）。

エ) 公務員

・民間人であっても、公権力を行使する権限を与えられた者は、公務員に含まれる

例) 弁護士会の懲戒委員会の委員

・ 県知事が児童養護施設に入所させた児童、同施設に入所していた他の児童から暴行を受けた事件において、施設における養育監護は本来都道府県が行うべき事務であり、児童養護施設の長は、本来都道府県が有する上記権限を当該都道府県のために行使するのであるから、児童施設の職員等による養育監護行為は、都道府県の公権力の行使であるとした。但し、養護施設への請求は、国家賠償請求が認められるときに公務員の個人責任が否定される趣旨から否定。県への請求のみ肯定（最一平成 19.1.25 百選Ⅱ 239事件）。

② 職務を行うについて

＝加害行為が客観的に職務行為の外形を備えるものであればよく、公務員個人の主観的意図は問わない（外形標準説、判例通説）。

③ 公務員の故意・過失

＝公務員が職務上要求される標準的な注意義務に違反していると認められる場合には、過失を認定すべき（抽象的過失論）

理由）個々の公務員を基準とすると、被害者保護に欠ける

④ 違法性

ア) 学説の状況

i) 結果の不法か行為の不法か？

・ 結果不法説

結果的に法益が侵害されたら国賠法上違法←被害者救済重視

・ 行為不法説

侵害行為の態様が違法なら違法

・ 相関関係説

被侵害利益と侵害態様の相関関係で考える

ii) 行為不法説内部の対立

・ 職務行為基準説

公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことをもって違法とする

・ 公権力発動要件欠如説

公権力発動要件の欠如をもって違法とする

iii) 違法一元論と違法二元論

上記 i) ii) の分類とは別に違法一元論と二元論が存在する。

抗告訴訟の違法性と国賠の違法性を一致させるのが一元論、一致させないのが二元論で

ある。

結果不法説、行為不法説の職務行為基準説、相関関係説が二元論となり、行為不法説の公権力発動要件欠如説が二元論となる。

イ) 司法試験での実戦的な考え方 (私見)

原則、職務行為基準説をとる。そして、過失を客観的に判断する以上、違法性と過失の判断は重なるので、違法性は過失に含めて判断する。

但し、法令解釈の誤り等の法令違反行為においては、(法令違反＝違法と書いたほうが素直で書きやすいので)、過失と違法性は二元的に判断し、過失は当時の当該公務員を取り巻く具体的状況を考慮に入れて判断する。

※具体的な書き方は、最後の論証を参照！

ウ) その他の論点、判例等

・公務員が後に違法と判断された厚生省の通知に従って、被保険者証の交付を拒否する処分を行った事例。本件処分は違法であるが、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解し、これに立脚して公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとすることは相当でない」と判断した (最平成 16.1.15)。

・原爆被爆者が健康管理手当の受給権取得後に外国に移住した場合には、その受給権を失うとの通達が違法であるとして、国家賠償請求した事案。当該通達を違法とし、職務行為基準説をとりつつ、通達発出時において、上級行政機関である国が法律の解釈及び運用が法の客観的解釈として正当なものといえるか否かを検討し、その違法性を職務上通常尽くすべき注意義務を尽くしていれば、違法性を当然に認識することが可能であったとして、通達発布に対する国賠請求を認めた (最一平成 19.11.1 百選Ⅱ 228 事件)。

・警察官が...交通法規等に違反して車両で逃走する者をパトカーで追跡する職務の執行中に、逃走車両の走行により第三者が損害を被った場合において、右追跡行為が違法であるというためには、右追跡が当該職務目的を遂行する上で不必要であるか、又は逃走車両の逃走の態様及び道路交通状況等から予測される被害発生の具体的危険性の有無及び内容に照らし、追跡の開始・継続若しくは追跡の方法が不相当であることを要する。(最一昭和 61.2.27 百選Ⅱ 224 事件)。

・水俣病と認定すべき旨の申請を熊本県知事に対して行ったが、知事から何らの応答処分を受けなかったため、処分遅延による損害賠償請求を行った事案。一般に処分庁が認定申

請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がなされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁にはこうした結果を回避すべき条理上の作為義務がある。そして、処分庁が右の意味における作為義務に違反したといえるためには、客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分できなかったことだけでは足りず、その期間に比して更に長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によって遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要である（最二平成3.4.26百選Ⅱ 226事件）。

⑤ 損害の発生

- ・財産的損害、精神的損害の両者が含まれる。民法の不法行為と同様の論点。
- ・申請者の焦燥感、不安感を抱かされないという利益も一定の場合は、法的保護の対象となる。

⑥ 因果関係

- ・相当因果関係（民法415条類推）。民法の不法行為と同様の論点。

（3）論証例

国家賠償法1条の要件である、「公権力の行使」とは、国家賠償法2条1項の营造物の設置・管理作用および私経済活動を除くすべての行政活動を含む。なぜなら、1条1項は国家賠償責任の一般法だからである。

次に、「職務を行うにつき」であるが、加害行為が客観的に職務行為の外形を備えれば足りると解する（外形標準説）。国家賠償の趣旨である国民の権利救済を広く実現させるためにこう解する。

さらに、「過失」であるが、国家責任が個々の公務員の主観により左右されるのは妥当でないので、公務員が職務上要求される標準的な注意義務に違反している場合は、過失は認められると解する。

また、過失を客観的に判断するため、法令違反行為以外は、過失と違法性の判断は実質上重なることになるので、違法性は過失に含めて判断する。

※過失二元論

公務員が、当該行為が適法だと信じていたが、事後に裁判所に違法と判断された場合、当該公務員の行為がすぐに有過失だと評価されるのは妥当でない。

そこで、過失と違法性は二元的に判断し、過失は当時の当該公務員を取り巻く具体的状況を考慮に入れて判断すべきである。

3、効果

- ・国又は公共団体に賠償義務が発生

※民法715条1項と異なり、国又は公共団体の免責規定はない

- ・国賠1条2項の要件を満たせば、国又は公共団体から加害公務員へ求償できる。

- ・国又は公共団体が賠償責任を負う場合、当該公務員は、被害者に対して、直接個人責任を負わない（判例）。←求償権がある、国家に責任を負わせることで被害者救済は達成できる、公務員の萎縮を防ぐ

※但し、公務員に故意・重過失がある場合には、個人責任を認める下級審判決が相当数あることには注意

以上

〔第2問〕(配点：100)

県甲川市に土地を所有するAは、Aの所有する土地の一画にある通路について建築基準法第42条第2項にいう2項道路に該当するとの判断を甲川市の職員が表明したことから、当該通路及びこれに隣接するA所有の土地の価格評価が下落することになると考え、訴訟提起の可能性につき相談するため、J弁護士事務所を訪ね、弁護士K及びLと面談した。

本件紛争及び紛争へと至る事実関係(資料1)、及びA、K、Lの間のやり取り(資料2)を踏まえて、主任の弁護士Kから報告書を作成するよう指示を受けた若手弁護士Lの立場で、次の設問に具体的に解答しなさい。

〔設問〕

1. 本件通路が2項道路に該当しないことをAが訴訟によって確定させるためには、どのような訴訟を提起し、どのような主張をすべきか。
2. 土地の価格評価の下落による損害について市に対して賠償を求めるためには、Aは、だれのどのような行為に着目して、どのような主張をすべきか。

なお、本件で問題となっている2項道路の制度については、資料3にその説明があり、建築基準法の抜粋は、資料4に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

資料1 事実関係

- (1) 県乙山町は、平成15(2003)年4月1日に建築主事を置いている近隣の甲川市と合併し、合併後の名称を甲川市とした(以下、合併前の甲川市を「旧甲川市」、合併前の乙山町を「旧乙山町」、合併後の甲川市を「新甲川市」という。)

ところで、旧乙山町には建築主事は置かれていなかったため、旧乙山町の特定行政庁は 県(正確には、 県知事)であった。そして、合併の時点まで旧乙山町に適用のあった 県建築基準法施行細則第18条は、2項道路を一括して指定する方式を採用していた。具体的には、細則第18条は「建築基準法第3章の規定が適用されるに至つた際に存在する幅員4メートル未満2.7メートル以上の道で、道路の形態が整い、道路敷地が明確であるもの」と規定していた。

これに対して、旧甲川市は、合併前から建築主事を置いており、独自の建築基準法施行細則を制定していた。そして、旧甲川市の中心市街地は整理が遅れ、戦前からの入り組んだ町並みが残されていたために、旧甲川市の建築基準法施行細則第18条は、2項道路の幅員を1.8メートル以上と規定して、2項道路の指定基準を県の基準より緩和し、建築基準法第42条第1項にいう道路(同法第43条参照)に接していない敷地の所有者に配慮する政策を採っていた。

したがって、合併後の新甲川市において2項道路指定につきどのような立場が採られるかは、戦前からの町並みが古くから残っている地域に土地・家屋を有する者にとって、重要な関心事項となった。例えば、指定基準が緩和されることにより、現在は接道要件を満たしていない家屋が新たに接道要件を満たすこととなって、増改築等ができる可能性が出てくる。他方、緩和された指定基準に該当する通路の属する敷地の所有者にとっては、それまで2項道路ではなかった通路が今後は2項道路に指定されることとなり、自分が増改築しようとする、当該通路の中心線から2メートルの線までセットバックする義務が新たに生ずる状態に陥ることになる。

このため、合併前に開催された合併協議会の場においては、この問題について、旧甲川市、旧乙山町の区域について、それぞれの接道義務に関する規定を暫定的に適用し、本格的な検討は、

合併後に行われる市長選挙等の結果を待って行うことで合意が成立した。

- (2) 合併後に実施された新甲川市の市長選挙においては、旧甲川市長M、旧甲川市市議会議員N、旧乙山町長Pの3名が立候補し、激しい選挙戦の結果、Mが当選した。そして、当選後、Mは、2項道路の指定に関する新甲川市建築基準法施行細則（以下「新細則」という。）を制定して平成15（2003）年6月1日に公布した。新細則は、道の幅員等の要件は旧甲川市建築基準法施行細則と同じ内容であったが、適用地域の限定はされていない。市が配布したパンフレットによれば、そのような新細則を制定した理由は、「整備が遅れた地域の多い新甲川市の状況に照らし、接道要件を可能な限り緩和する政策を維持し、かつ、これを新市域全体に適用することが適当である」というものであった。

これに関し、ある地元新聞には、大要、次のような解説記事が掲載された。「都市近郊の高級住宅街として、区画が整理された地域の多い旧乙山町においては、合併前の 県建築基準法施行細則においては幅員2.7メートル以上の道だけが2項道路指定を受けていたこともあって、指定基準の緩和には批判的な雰囲気が高く、特に、2項道路の指定を新たに受けることによって、2項道路の敷地、さらに、2項道路に指定された道の中心線より2メートル以内にかかる部分に突出している敷地について、その価格評価が下がることによる不利益等を受ける者は少なくない。他方、旧乙山町の有力者の中には、たまたま、賃貸している家屋について指定基準の緩和により新たに接道要件が満たされることによって利益を受ける人々が複数おり、Mは、選挙においてそれらの有力者の支持を取り付けるために指定基準の緩和を約束していたと証言する関係者もいる。」

- (3) Aは、旧乙山町区域内に家屋及びその敷地を所有しているほか、敷地部分の東側に台形状の土地を所有している。この台形状の土地には隣人のEのための通路が南北に走っており、通路の幅員は2.0メートルから2.2メートルであって、道としての形態は縁石等により整えられており、いわゆる私道として利用されている（以下、通路を含む台形状の土地を「本件通路部分」、通路を「本件通路」という。）

本件通路部分は、Aの家屋の敷地から分筆して登記されており、その際の地積測量図によるとその大きさは、南北に伸びる長さが約6.0メートル、東西に伸びる上辺の長さは約2.3メートル、下辺の長さは約3.0メートルである。

また、本件通路部分は、東西に伸びる長方形の土地（以下「本件長方形部分」という。）の東端部に対して直角に接続しており、接続部は曲がり角となっている。本件長方形部分の大きさは、東西方向の長さが約35メートル、幅員は3.6メートルであり、その全体が私道として利用されている。なお、本件長方形部分はA及びその隣人2名の共有であるが、この所有関係は本件と直接関係はない（ から につき、後記「説明図1」参照）。

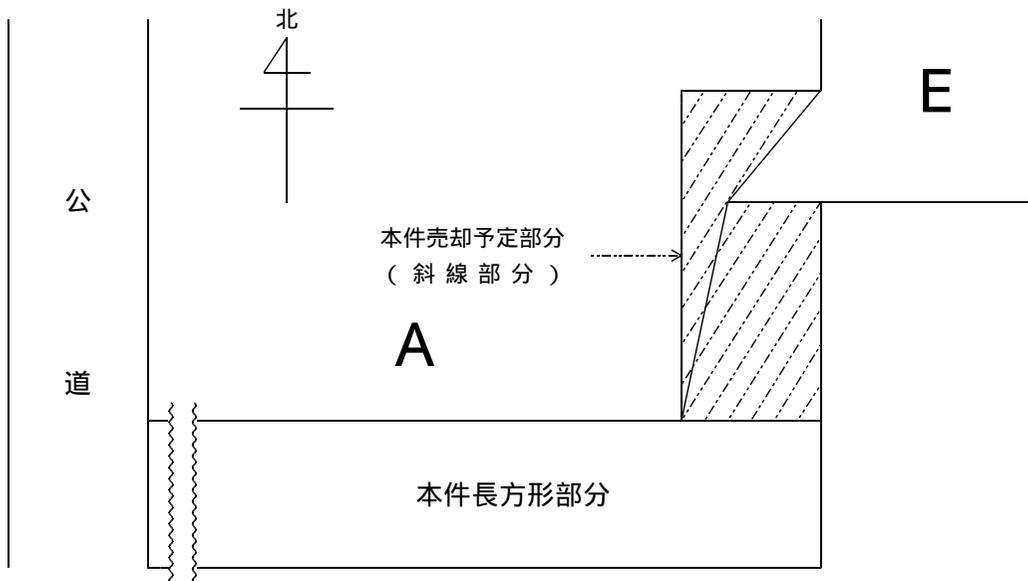
紛争が生じた平成17（2005）年夏の時点において、本件通路部分及び本件長方形部分の周囲には、昭和25（1950）年の時点で既に存在していた5軒の家屋がある。

これらの家屋のうち、まず、本件長方形部分の北側に位置するAの家屋の敷地及び本件長方形部分の南側に位置するBの家屋の敷地は、幅2メートル以上にわたり直接に公道に接している。次に、同じく本件長方形部分の南側に位置するCの家屋の敷地、本件長方形部分及び本件通路部分の東側に位置するDの家屋の敷地は、本件長方形部分に接し、これを經由して公道へとつながっている。そして、Eの家屋の敷地は、本件通路及び本件長方形部分を經由して公道へとつながっており、他に公道に出る手段はない。

本件長方形部分の私道は従来から2項道路に該当すると認識され、かつ、C及びDの家屋の敷地はこの私道に幅2メートル以上接しており、従前より接道要件を満たしていると考えられてきた（ につき、後記「説明図2」参照）。

(4) 本件通路部分を所有するAは、Aの父親の代から、隣人Eに本件通路を生活道路として使用することを承認してきた。平成17(2005)年春ごろ、Eは、自宅を解体してこれまでの2倍以上の床面積を有する家屋を建築する計画を立て、そのため、容積率・建ぺい率の関係で敷地を大幅に拡張する必要が生じ、本件通路部分に隣接するDの敷地の一部を買い取る旨Dに申し入れたほか、本件通路部分及びそれに隣接するAの家屋の敷地の一部(以下「本件売却予定部分」とする。後記「説明図3」参照)も買い取ることにして、Aに買取りを申し入れた。Aは、亡父から土地家屋等を相続したことから生じた税金を支払う必要があったため、Eとの売買交渉に入ることにした。

説明図3 本件売却予定部分



そして、交渉の結果、AとEは、本件売却予定部分の価格を、その現状価格に関する不動産鑑定会社Fによる鑑定結果に基づいて決定することで合意し、この合意の時点においてAはEから手付金200万円を受領した。そこで、A及びEの依頼を受けたFの職員は、平成17(2005)年5月、新甲川市の建築指導課に出向いて、本件通路が2項道路に該当するか否かの照会をした。これに対し、担当課長Gは、「現地の状況を確認しないと何とも言えないので、詳細な調査をした上で回答する。」と返事をした。その後、Gは、課員に現地を見分させ、関係資料を調査させるなどし、その結果、本件通路は2項道路に該当するとの判断を得た。Gのこの判断は、本件においては、本件長方形部分及び本件通路を一体的にとらえて2項道路該当性を判断すべきであり、そこには、現在のA、B、C、D及びEの各建築物が基準時において立ち並んでいたと認められること(ちなみに、「基準時」とは、建築基準法第42条第2項にいう「この章の規定が適用されるに至った際」のことをいい、本件では昭和25(1950)年である。)、又は、仮に本件通路だけで2項道路該当性を判断すべきだとしても、同じく、現在のA、D、Eの各建築物が基準時において立ち並んでいたと認められること、かつ、以上の、のいずれの考え方に立つにせよ、本件通路は最も狭いところでも幅員が2.0メートルあり、新細則による2項道路

の指定要件に欠けるところはないことを根拠とするものであった。そこで、Gはその旨を平成17(2005)年6月にFに伝えた。

- (5) このような市の判断を不動産鑑定会社Fから伝え聞いたAは、本件通路が2項道路と判断されたことに対して、大きな不満を抱いた。そこで、Aは、平成17(2005)年6月、7月、8月の3度にわたって、自ら市役所に出向いて不満を述べる等の行動をとったが、市の立場は変わらなかった。

Aは、市の判断になお納得がいけないが、他方、相続税納付の期日が迫っており、Eから手付金を受領している等の事情もあることから、市の見解を前提としてEとの間に売買契約を結ばざるを得ないとも考えた。結局、Aは、あれこれ悩んだ末、平成17(2005)年9月初めにJ弁護士事務所を訪れ、相談した。第2回の面談では、A、主任の弁護士K及び若手弁護士Lとの間で、概略、資料2のような会話が交わされた。

資料2 A、主任の弁護士K及び若手弁護士Lの間のやり取り

A: 私は父親の代からの家を大事に守ってきました。それに、父親からは、「古くからの知り合いのEさんだから通路として使わせてあげているけれども、あんな狭い通路は正式な道路とは認定されっこないから、安心していい。」と言われていたのです。

それを、旧甲川市の基準を私たちに一方的に押し付けるなんて、M市長の方針は絶対に間違っています。大体、旧乙山町は旧甲川市とは事情が違うのです。今更、通路の中心線から2メートルのセットバック義務があるだなんて…。通路部分以外の売却予定地の現状価格もかなり下がってしまって、本当に困っているのです。しかも、通路を使っているのは、Eさんだけです。それ以外の人たちは、皆で共有している長方形の道しか使ってないのですから、Eさん一人のために、あの通路が2項道路に指定されるなんてとても納得がいきません。

K: L君、Aさんが最後に言われた点は、建築基準法の解釈適用の問題としては…。

L: はい…。建築基準法の解説書、特に同法第42条の部分をチェックしたのですが、私は、市が本件通路を2項道路に当たるとしている根拠に問題があると思います。

第1に、本件通路と本件長方形部分を一体的にとらえて判断するとしている点です。この二つの部分は、接続してはいますが、形状からすればそれぞれ別々に2項道路該当性を判断すべきものでしょう。

そして、そのことを前提としてですが、第2に、建築基準法第42条第2項にいう「建築物が立ち並んでいる」という要件の解釈適用が問題になります。この第42条第2項は、一方で第43条によって厳しい接道要件が定められたことと、他方で、ある一つの道の周りに安定的に形成されている土地利用の現状を一定程度保護する必要があることとの兼ね合いで置かれた、政策的な規定だと考えられます。そうだとすれば、この要件は、その道が幅員4メートル未満であるために接道要件を満たさないこととなるような建築物が立ち並んでいるという限定的な意味に解すべきものでしょう。本件通路に関しては、それに該当するのはEさんの家だけです。この要件が満たされているとはいえないのではないのでしょうか。

K: なるほど、それは主張として成り立つかもしれないね。ところで、Aさんは、そのほかに、旧甲川市の基準を旧乙山町の区域にも及ぼすという新市長の措置そのものにも御不満なのですね。

A: そうです。

L: 本件の場合、新市長が執った措置は、建築基準法施行細則による2項道路の一括指定というわけでした。これ自体が抗告訴訟の対象となる行政処分当たることは、平成14年1月17日の

最高裁判決で認められています。しかし、取消訴訟の出訴期間は既に経過しています。

K: 要するに、問題は、一つには、Aさんの本件通路が2項道路に当たらないということを確定できるような訴訟のやり方だね。L君、さらに考えてみてください。もう一つには、Aさんは、本件売却予定部分の評価が低下することを御不満に思っておられるわけだけれども、Eさんとの関係では、實際上、低い評価価格で売却せざるを得ないという御事情もおありのようで、そうだとすると、そのような行政上の原因による不利益について原因者に損害賠償を請求するという方策も必要だね。普通の民事上の不法行為と対比して独特な問題も有り得るので、L君、注意して主張を整理してみてください。

Aさん、次回の面談は一週間後ですから、行政相手の訴訟経験のあるL君に、だれに対してどのような訴訟を提起すれば、Aさんの御不満を適切にくみ取れるかを報告してもらいましょう。

ただ、訴訟を提起するとすると、勝ち目というものを考える必要がありますから、彼の報告を聞きながら、方針をじっくり検討することにしませんか。

A: よろしくお願いします。

資料3 2項道路の制度について

(1) 建築基準法(以下「法」という。)第43条第1項によれば、法第3章(第8節は除く。法第41条の2から第68条の8まで)の規定が適用される区域(主として都市計画区域がこれに当たる。)においては、建築物の敷地は同法に規定する道路に2メートル以上接していなければならず(以下、これを「接道要件」あるいは「接道義務」という。)、その要件を満たしていない敷地の建築物は違法建築物として建築基準法上の取締りの対象となる(法第9条)。そして、この場合に取締りの権限を有しているのは、特定行政庁である(特定行政庁については、法第2条第32号参照)。

また、法第6条第1項各号に該当する建築物の建築(新築、増築、改築又は移転をいう。)、大規模な修繕、大規模な模様替えをしようとする場合には、同条第2項に定める例外を除き、建築主事等に対して建築確認の申請をし、確認を受け、確認済証の交付を受けなければならず(法第6条第1項等)、申請に係る建築物の計画が「建築基準関係規定に適合しない」等の場合には確認を受けることはできない(法第6条第5項等)。

さらに、建築確認を受け工事を実施した建築主は、建築主事等による検査を受け、検査済証の交付を受ける必要がある(法第7条第1項等)、この場合においても、建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合していない場合には検査済証の交付を受けることはできない(法第7条第5項等)。

(2) 以上のような接道要件を満たすための「道路」として、どのようなものがあるのかを規定しているのが、法第42条である。同条第1項によれば、まず、接道要件を満たすために必要となる道路には、国道、県道等の道路法上の道路(同項第1号)、都市計画法、土地区画整理法等による道路(同項第2号)、「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」に関する法第3章の規定が適用されるに至った際現に存在する道(同項第3号)等であって、幅員4メートル以上のものが含まれる。したがって、幅員4メートル未満の道路に接しているだけでは法第43条第1項の接道義務を果たしたことはない。

しかしながら、都市計画制度が未整備であった時期が長く続いた我が国にあっては、上記の接道要件を満たすことができない敷地は多く存在している。特に、建築基準法の前身である市街地建築物法においては、昭和13(1938)年改正前は、接道要件を満たし得る道路は幅員9尺(約2.7メートル)以上のものとされていた経緯があり、法第43条第1項の規定を厳格に適用すると、古くからの土地家屋を所有してきた者に対して酷な結果となりかねない。これらの土

地家屋の所有者は、法第3条第2項の規定により、これまでの利用を維持できるものの（これを「既存不適格」という。）、増改築や大規模の修繕等の行為をすることは許されなくなるからである。

- (3) そこで、交通、避難、防火、衛生上安全な状態に都市環境を保つために十分な道路への接合を敷地建物について要求する必要性と、未整備な都市計画制度の下で以前より土地建物を所有してきた者の既存の利益を保障する必要性とを調和させる見地から設けられた制度が、法第42条第2項に規定する2項道路である。

まず、同項によれば、法第3章の規定が適用されるに至った際に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あって、特定行政庁が指定したものは、第1項の道路であるとみなされる（これを「2項道路」という。）。この規定により、狭あいな通路にのみ接道する敷地の所有者も、特定行政庁の指定を受ければ接道要件を満たすものとして取り扱われることになる。その一方、同項は、2項道路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旨の規定を同時に置いているので、境界線の内側に現に存在している建築物等は2項道路に突出していることになる。

そして、2項道路内に突出している建築物については、直ちに違法建築物として取り扱われることはない（法第44条第1項、法第3条第2項）ものの、いわゆるセットバック義務、すなわち、建築物の増改築、大規模の修繕等をしようとするときには、2項道路内の部分を除却する義務が生ずる（法第3条第3項第3号及び第4号）。

- (4) 以上に述べてきたように、2項道路は、未整理で入り組んだ所有関係にある地域に古くから土地家屋を有してきた者の既得の利益を尊重しつつ、将来において良好な都市環境が形成されることを期待して設けられた制度である。

なお、2項道路の指定の方法としては、道路を個別に指定する方式と、一定の条件（例えば、「幅員2.7メートル以上」）を満たす道路を一括して指定する方式とがあり、いずれも適法な指定方式であると考えられている。

資料4 建築基準法（昭和25年5月24日法律第201号）（抜粋）

（用語の定義）

第2条 この法律において次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一～三十一 （略）

三十二 特定行政庁 建築主事を置く市町村の区域については当該市町村の長をいい、その他の市町村の区域については都道府県知事をいう。（以下略）

（適用の除外）

第3条 （略）

2 この法律又はこれに基づく命令若しくは条例の規定の施行又は適用の際現に存する建築物若しくはその敷地又は現に建築、修繕若しくは模様替の工事中の建築物若しくはその敷地がこれらの規定に適合せず、又はこれらの規定に適合しない部分を有する場合においては、当該建築物、建築物の敷地又は建築物若しくはその敷地の部分に対しては、当該規定は、適用しない。

3 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する建築物、建築物の敷地又は建築物若しくはその敷地の部分に対しては、適用しない。

一、二 （略）

三 工事の着手がこの法律又はこれに基づく命令若しくは条例の規定の施行又は適用の後である

増築，改築，大規模の修繕又は大規模の模様替に係る建築物又はその敷地

四 前号に該当する建築物又はその敷地の部分

五 (略)

(建築物の建築等に関する申請及び確認)

第6条 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。当該確認を受けた建築物の計画の変更(国土交通省令で定める軽微な変更を除く。)をして，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も，同様とする。

一 別表第1(イ)欄に掲げる用途に供する特殊建築物で，その用途に供する部分の床面積の合計が100平方メートルを超えるもの

二 木造の建築物で3以上の階数を有し，又は延べ面積が500平方メートル，高さが13メートル若しくは軒の高さが9メートルを超えるもの

三 木造以外の建築物で2以上の階数を有し，又は延べ面積が200平方メートルを超えるもの

四 前3号に掲げる建築物を除くほか，都市計画区域(都道府県知事が都道府県都市計画審議会の意見を聴いて指定する区域を除く。)，準都市計画区域(市町村長が市町村都市計画審議会(当該市町村に市町村都市計画審議会が置かれていないときは，当該市町村の存する都道府県の都道府県都市計画審議会)の意見を聴いて指定する区域を除く。))若しくは景観法(平成16年法律第110号)第74条第1項の準景観地区(市町村長が指定する区域を除く。))内又は都道府県知事が関係市町村の意見を聴いてその区域の全部若しくは一部について指定する区域内における建築物

2 前項の規定は，防火地域及び準防火地域外において建築物を増築し，改築し，又は移転しようとする場合で，その増築，改築又は移転に係る部分の床面積の合計が10平方メートル以内であるときについては，適用しない。

3 (略)

4 建築主事は，第1項の申請書を受理した場合においては，同項第1号から第3号までに係るものにあつてはその受理した日から21日以内に，同項第4号に係るものにあつてはその受理した日から7日以内に，申請に係る建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかを審査し，審査の結果に基づいて建築基準関係規定に適合することを確認したときは，当該申請者に確認済証を交付しなければならない。

5 建築主事は，前項の場合において，申請に係る計画が建築基準関係規定に適合しないことを認めるとき，又は申請書の記載によつては建築基準関係規定に適合するかどうかを決定することができない正当な理由があるときは，その旨及びその理由を記載した通知書を同項の期限内に当該申請者に交付しなければならない。

6 第1項の確認済証の交付を受けた後でなければ，同項の建築物の建築，大規模の修繕又は大規模の模様替の工事は，することができない。

7 (略)

(建築物に関する完了検査)

第7条 建築主は、第6条第1項の規定による工事を完了したときは、国土交通省令で定めるところにより、建築主事の検査を申請しなければならない。

2 前項の規定による申請は、第6条第1項の規定による工事が完了した日から4日以内に建築主事に到達するように、しなければならない。ただし、申請をしなかつたことについて国土交通省令で定めるやむを得ない理由があるときは、この限りでない。

3 前項ただし書の場合における検査の申請は、その理由がやんだ日から4日以内に建築主事に到達するように、しなければならない。

4 建築主事が第1項の規定による申請を受理した場合においては、建築主事又はその委任を受けた当該市町村若しくは都道府県の吏員(以下この章において「建築主事等」という。)は、その申請を受理した日から7日以内に、当該工事に係る建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合しているかどうかを検査しなければならない。

5 建築主事等は、前項の規定による検査をした場合において、当該建築物及びその敷地が建築基準関係規定に適合していることを認めるときは、国土交通省令で定めるところにより、当該建築物の建築主に対して検査済証を交付しなければならない。

(違反建築物に対する措置)

第9条 特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物又は建築物の敷地については、当該建築物の建築主、当該建築物に関する工事の請負人(請負工事の下請人を含む。)若しくは現場管理者又は当該建築物若しくは建築物の敷地の所有者、管理者若しくは占有者に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限を付けて、当該建築物の除却、移転、改築、増築、修繕、模様替、使用禁止、使用制限その他これらの規定又は条件に対する違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。

2～15 (略)

(道路の定義)

第42条 この章の規定において「道路」とは、次の各号の一に該当する幅員4メートル(特定行政庁がその地方の気候若しくは風土の特殊性又は土地の状況により必要と認めて都道府県都市計画審議会の議を経て指定する区域内においては、6メートル。次項及び第3項において同じ。)以上のも(地下におけるものを除く。)をいう。

一 道路法(昭和27年法律第180号)による道路

二 都市計画法、土地区画整理法(昭和29年法律第119号)、旧住宅地造成事業に関する法律(昭和39年法律第160号)、都市再開発法(昭和44年法律第38号)、新都市基盤整備法(昭和47年法律第86号)、大都市地域における住宅及び住宅地の供給の促進に関する特別措置法(昭和50年法律第67号)又は密集市街地整備法(第6章に限る。以下この項において同じ。)による道路

三 この章の規定が適用されるに至つた際現に存在する道

四、五 (略)

2 この章の規定が適用されるに至つ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(中略)の線をその道路の境界線とみなす。ただし、当該道がその中心線からの水平距離2メートル未満でがけ地、川、線路敷地その他これらに類するものに沿う場合においては、当該がけ地等の道の側の境界線及びその境界線から道の側に水平距離4メートルの線をその道路の境界線とみなす。

3～6 (略)

(敷地等と道路との関係)

第43条 建築物の敷地は、道路(次に掲げるものを除く。第44条第1項を除き、以下同じ。)に

2メートル以上接しなければならない。ただし、その敷地の周囲に広い空地を有する建築物その他の国土交通省令で定める基準に適合する建築物で、特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めて建築審査会の同意を得て許可したものについては、この限りでない。

一 自動車のみ交通の用に供する道路

二 高架の道路その他の道路であつて自動車の沿道への出入りができない構造のものとして政令で定める基準に該当するもの(第44条第1項第3号において「特定高架道路等」という。)で、地区計画の区域(地区整備計画が定められている区域のうち都市計画法第12条の11の規定により建築物その他の工作物の敷地として併せて利用すべき区域として定められている区域に限る。同号において同じ。)内のもの

2 (略)

(道路内の建築制限)

第44条 建築物又は敷地を造成するための擁壁は、道路内に、又は道路に突き出して建築し、又は築造してはならない。(以下略)

LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL15308