

判 例 研 究

建築主事による建築確認と国家賠償法 1条1項の違法性

—— 最高裁第三小法廷平成 25 年 3 月 26 日判決 ——

古 谷 貴 之

1 はじめに

2005 年 11 月に問題が発覚した耐震強度偽装事件⁽¹⁾をきっかけに、建築確認行政の問題点が浮き彫りにされ、建物の安全性について社会的関心が集まった。耐震強度偽装が何故おこったのか、責任の所在はどこにあるのか、現に生じた問題の解決のあり方や行政の対応はどうあるべきかなどについて、これまでもさまざまな議論が行われてきた⁽²⁾。本稿は、構造計算書に偽装が行われた建築物について建築確認をした建築主事の行為が国家賠償法上の責任を生じさせるかどうか⁽³⁾が争われた訴訟の最高裁判決について検討するものである。

注

- (1) 「姉齒（あねは）建築設計事務所による構造計算書の偽造とその対応について」（国土交通省、平成 17 年 11 月 17 日）。
- (2) 八木寿明「耐震強度の偽装と建築確認」調査と情報 500 号（2005 年）1 頁、陣野誠一「建築確認と自治体の責任」月刊自治研 48 号（2006 年）13 頁、田中修一「耐震偽装事件——状況分析と建築設計会の対応」判タ 1218 号（2006 年）4 頁などを参照。民事法の観点からは、耐震偽装物件の請負契約をめぐる注文者と請負人との間の紛争や、当該物件の売買をめぐる売主と買主との間の紛争などについて議論がある。たとえば、丸山英氣「構造偽装マ

ンションの法学的課題」日本不動産学会誌 20 巻 1 号（2006 年）56 頁、小賀野晶一「耐震偽装の民事責任」判タ 1218 号（2006 年）12 頁、鎌野邦樹「耐震強度偽装事件と法律問題」NBL830 号（2006 年）15 頁を参照。

（3） 最三判平成 25 年 3 月 26 日集民 243 号 101 頁、裁時 1576 号 8 頁。

2 事案の概要

平成 13 年 8 月 24 日、X（建築主——原告、控訴人、上诉人）は、京都府丹後市所在の土地にビジネスホテルの新築を計画し、建築基準法 6 条 1 項所定の確認の申請書を提出した。当該確認申請書は、A 一級建築士事務所の一級建築士から依頼を受けた B 建築士が、建設大臣または国土交通大臣の指定ないし認定を受けたプログラム（「大臣認定プログラム」という。）の一つを用いて作成したものである。同年 9 月 10 日、X は、建築基準法 6 条 4 項に基づき、建築主事から、本件建築物の計画が同条 1 項所定の建築基準関係規定に適合するものであることについて確認を受け、確認済証の交付を受けた。平成 17 年 12 月、B 建築士のいわゆる耐震強度偽装事件を契機に、本件構造計算書に偽装がされていることが判明し、Y（京都府——被告、被控訴人、被上诉人）は、X に対し、改修計画の作成および改修工事の実施を要請し、X はこれを実施した。X が、建築基準法（平成 14 年法律第 22 号による改正前のもの。以下同じ。）6 条 4 項によりその計画の確認をした建築主事が属する Y に対し、確認の申請書に添付された構造計算書に一級建築士による偽装が行われていたことを看過してされた確認は国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法であり、それによって改修工事費用等の財産的損害を受けたとして、同項に基づき損害賠償を求めたのに対し、原審（大阪高判平 22・7・30⁽⁴⁾）は、次のとおり判示して、X の請求を棄却した。

- （1）「公務員の公権力の行使が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法と評価されるためには、当該公務員が被害者個人に対して職務上の法的義務を負っており、当該公務員がその義務に違反したことが必要であ

るところ、そもそも、建築主事は建築主の申請に係る建築物の計画について建築確認をするに当たり建築主である個人の財産権を保護すべき職務上の法的義務を負うものとはいえない。」。

- (2) 「本件構造計算書に上記……のような偽装がされていたとしても、本件建築主事には本件建築確認において建築物の計画が建築基準関係規定に適合するかどうかの審査をするに当たり何らの職務上の注意義務違反も認められない。」。

これに対し X が上告。

注

- (4) 公刊物未搭載。引用部分は、最高裁判決による。

3 判旨（上告棄却）

(1) 建築確認制度の保護対象について

「建築士が設計した計画に基づいて建築される建築物の安全性が第一次的には上記(1)〔報告者注——建築士法及び建築基準法上の各規定ならびにその趣旨。以下同じ。〕のような建築士法上の規律に従った建築士の業務の遂行によって確保されるべきものであり、建築士の設計に係る建築物の計画についての建築主による建築基準法6条1項に基づく確認の申請が、自ら委託（再委託を含む。以下同じ。）をした建築士の設計した建築物の計画が建築基準関係規定に適合することについての確認を求めているものであるとはいえ、個別の国民である建築主が同法1条にいう国民に含まれず、その建築する建物に係る建築主の利益が同法における保護の対象とならないとは解し難い。建築確認制度の目的には、建築基準関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを通じて得られる個別の国民の利益の保護が含まれており、建築主の利益の保護もこれに含まれているといえるのであって、建築士の設計に係る建築物の計画について確認をする建築主事は、その申請をする建築主との関係でも、違法な建築物の出現を防

止すべく一定の職務上の法的義務を負うものと解するのが相当である。」。

(2) 建築主事の注意義務について

「イ 建築主事が負う職務上の法的義務の内容についてみるに、上記(1)のとおり、建築士の設計に係る建築物の計画について建築主事のする確認は、建築主からの委託を受けた建築士により法令又は条例の定める基準に適合するように設計されたものとして当該建築主により申請された当該計画についての建築基準関係規定との適合性の審査を内容とするものであり、建築士は建築士法に基づき当該計画が上記基準に適合するように設計を行うべき義務及びその業務を誠実に行之建築物の質の向上に努めるべき義務を負うものであることからすると、当該計画に基づき建築される建築物の安全性は、第一次的には建築士のこれらの義務に従った業務の遂行によって確保されるべきものであり、建築主事は、当該計画が建築士により上記の義務に従って設計されるものであることを前提として審査をすることが予定されているものというべきである。このことに加え、上記(1)のとおり申請書及び法令上これに添付すべき図書（以下併せて「申請書類」という。）の記載事項等がこれらの様式や審査期間を含めて法令で個別具体的に規定されていること等に鑑みると、建築主事による当該計画に係る建築確認は、例えば、当該計画の内容が建築基準関係規定に明示的に定められた要件に適合しないものであるときに、申請書類の記載事項における誤りが明らかで、当該事項の審査を担当する者として他の記載内容や資料と符合するか否かを当然に照合すべきであつたにもかかわらずその照合がされなかったなど、建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の記載を確認していればその記載から当該計画の建築基準関係規定への不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過した結果当該計画につき建築確認を行ったと認められる場合に、国家賠償法1条1項の適用上違法となるものと解するのが相当である（なお、建築主事がその不適合を認識しながらあえて当該計画につき建築確認を行ったような場合に同項の適用上違法となることがあることは別論であ

る。〕。

ウ もっとも、上記イに示した場合に該当するときであっても、建築確認制度は建築主が自由に建物を建築することに対して公共の福祉（建築基準法1条）の観点から設けられた規制であるところ、建築士が設計した計画に基づいて建築される建築物の安全性は第一次的には上記(1)のような建築士法上の規律に従った建築士の業務の遂行によって確保されるべきものであり、建築主は自ら委託をした建築士の設計した建築物の計画につき建築基準関係規定に適合するものとして建築確認を求めて建築主事に対して申請をするものであることに鑑みると、その不適合に係る建築主の認識の有無又は帰責性の程度、その不適合によって建築主の受けた損害の性質及び内容、その不適合に係る建築主事の注意義務違反の程度又は認識の内容その他の諸般の事情に照らして、建築確認の申請者である建築主が自らの申請に応じて建築主事のした当該計画に係る建築確認の違法を主張することが信義則に反するなど認められることにより、当該建築主が当該建築確認の違法を理由として国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求をすることができないものとされる場合があることは否定できない。〕。

(3) 結 論

本件では、①本件建築物の2階以上の梁間方向の耐震壁が1枚の有開口耐震壁としてモデル化されていた点、②本件建築物の1階の剛性率が10分の6以上とされていた点、および、③耐力壁の断面の検討における設計用せん断力に虚偽の数値が用いられていた点のいずれについても、「建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の記載を確認していればその記載から本件建築物の計画の建築基準関係規定との不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過したものと認められず、他にそのように認められるべき事情もうかがわれないから、本件建築確認が国家賠償法1条1項の適用上違法となるとはいえない。〕。

なお、本判決には、田原睦夫裁判官、寺田逸郎裁判官、大橋正春裁判官

の補足意見が付されている。

4 検 討

本件は、ビジネスホテルの建築確認を受けた原告 X（建築主）が、被告 Y（建築主事を置く京都府）に対し、建築主事による建築確認処分の違法を理由に国家賠償法（昭和 22 年 10 月 27 日法律 125 号。以下、単に国賠法という。）に基づく損害賠償を求めた事案である。本件では、主として、建築確認制度の保護対象および建築主事による建築確認処分の違法性が争点となっている。そこで、まず、この順に従って本判決を検討することとしたい。その後、補足意見を含めて若干の検討を行う。

（1）建築確認制度の保護対象

X は、建築主事が耐震強度の偽装された本件ビジネスホテルについて建築確認をしたために、改修工事費用等の財産的損害を被ったとして、Y に対し、かかる損害の賠償を求めた。本件では、まず、このような建築主個人の財産的利益が建築基準法上の建築確認制度の保護対象に含まれるかどうかが問題となる。

Y は、建築主の権利・利益は建築基準法の直接の保護対象ではなく、単なる反射的利益にすぎないと主張した。第 1 審（京都地判平 21・10・⁽⁶⁾30）はこの主張を認め、「建築基準法上は、建築物というものが、その建築物内にいる者、その近隣に居住する者、通行人などの利益を侵害する危険があるものなので、特に規制しているというべきであり、その保護の対象もそれらの者の利益であると考えられるのである。これとは別に、特に建築物に限ってだけ、その所有権という私権を、建築主事又はその属する地方公共団体が、後見的に保護しなければならない理由は見いだせない。」。「国家賠償法 1 条との関係でいうならば、建築主のその建築物の所有権については、建築基準法が直接保護の対象としていない以上、建築主事が建築基準関係規定適合性の判断を誤っても、原則として違法とは評価できな

いことになる。」と判示⁽⁷⁾し、原告の請求を棄却した。控訴審（大阪高判平22・7・30）も第1審と同様の観点から、「建築主事は建築主の申請に係る建築物の計画について建築確認をするに当たり建築主である個人の財産を保護すべき職務上の法的義務を負うものとはいえない。」とした。第1審および控訴審のように、そもそも原告の保護されるべき法律上の利益が存しないとすれば、国賠法が明示するその他の要件の検討を行うまでもなく、原告の請求は棄却されることになる⁽⁸⁾。これに対して、本判決は、「建築確認制度の目的には、建築基準関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを通じて得られる個別の国民の利益の保護が含まれており、建築主の利益の保護もこれに含まれているといえるのであって、建築士の設計に係る建築物の計画について確認をする建築主事は、その申請をする建築主との関係でも、違法な建築物の出現を防止すべく一定の職務上の法的義務を負うものと解するのが相当である。」〔下線筆者〕として、Yの主張を退けている。

建築基準法上の建築確認制度の保護対象に建築主の財産的利益も含まれるかどうかについては、従来の下級審において見解が分かれていたところ、最高裁が正面からこの問題に取り組み、これを肯定した点に、本判決のひとつ目の意義が見出される⁽⁹⁾。

(2) 違法性と過失

国賠法に基づく国または公共団体の責任が認められるためには、公務員の行為が少なくとも「過失によって」、「違法に」行われたことが必要となる（国賠法1条1項）。国賠法の学説において、違法性と過失の関係をどのように捉えるべきかについては、これまで種々論じられてきた。すなわち、違法性の本質に対する理解の相違も相俟って、違法性と過失の捉え方についても、両者を二元的に理解する見解（違法過失二元論）と一元的に理解する見解（違法過失一元説）が対立している。

まず、国賠法にいう違法性の本質をめぐる議論において、学説には、一定の行為規範違反をもって違法と捉える考え方（行為不法説⁽¹¹⁾）、損害とい

う結果の発生をもって違法と捉える考え方（結果不法説⁽¹²⁾）、さらに行為規範性を違法性の基本的要素としつつ損害発生という結果も重視する考え方（相関関係説⁽¹³⁾）がある。通説は、行為不法説とされる。

次に、具体的な違法の判断基準について、行為不法説のなかの代表的な見解によれば、違法とは、公権力発動要件が欠如しているにもかかわらず、公権力を行使したこと（または、公権力の発動をする要件が備わっているにもかかわらず、公権力を行使しなかったこと）をいう（公権力発動要件欠如説⁽¹⁴⁾）。そして、この見解は、違法性とは別に、過失の要件のなかで、公務員が当該行為の違法性を認識（予見）することができたか否かを判断する（違法過失二元論）。他方、行為不法説のなかには、違法性評価と過失評価の二段階での評価を否定し、違法と過失を同一の観点から評価する立場もある。職務行為基準説⁽¹⁵⁾と呼ばれるこの立場は、公務員が職務上尽くすべき注意義務の違反をもって違法と捉える。そして、職務上尽くすべき注意義務は、客観的に理解される過失概念と同義であり、それゆえ、この立場は、違法性と過失を同一平面でとらえる（違法過失一元論）。判例は、さまざまな事件類型で職務行為基準説を採用しており、基本的に、違法・過失一元的判断を行っているといえよう⁽¹⁶⁾。本件でも最高裁は、この基本的な判断枠組みに即して、次のように判示している。

「建築主事による当該計画に係る建築確認は、例えば、当該計画の内容が建築基準関係規定に明示的に定められた要件に適合しないものであるときに、申請書類の記載事項における誤りが明らかで、当該事項の審査を担当する者として他の記載内容や資料と符合するか否かを当然に照合すべきであったにもかかわらずその照合がされなかったなど、建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の記載を確認していればその記載から当該計画の建築基準関係規定への不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過した結果当該計画につき建築確認を行ったと認められる場合に、国家賠償法１条１項の適用上違法となるものと解するのが相当である」。

以上のように述べたうえで、具体的な注意義務違反の有無について、本

判決は、①建築物の2階以上の梁間方向の耐震壁が1枚の有開口耐震壁としてモデル化されていた点、②本件建築物の1階の剛性率が10分の6以上とされていた点、および、③耐力壁の断面の検討における設計用せん断力に虚偽の数値が用いられていた点を個別に検討したうえ、いずれの点についても建築主事の注意義務違反は認められないとし、結論としてYによる建築確認処分の違法性を否定した。注意義務違反の判断基準は、基本的に従来の下級審裁判例で用いられていたのと同様であると解される。⁽¹⁷⁾ すなわち、原則として申請書類の形式審査を行えばよいが、申請書類に明らかな誤りがある場合など特段の事情がある場合には例外的に実質審査が必要であるとの判断基準が示されている。⁽¹⁹⁾

(3) 違法性の人的相対性について

本判決には、田原睦夫裁判官の補足意見と、寺田逸郎＝大橋正春裁判官の補足意見が付されている。建築主事の違法行為による京都府の損害賠償責任を追及しているのが、虚偽の申請データを作出した建築士の委託者に当たり、建築確認申請をした建築主であるということをどのように位置付けるか、換言すれば、損害賠償請求権者が建築主かそれ以外の第三者かによって違法性判断に違いが生じるかどうかが問題とされている。

寺田＝大橋補足意見は、建築主と第三者では「被侵害利益の種類・性質において意味のある違いがある」から、「相手方行為者の注意義務の内容・レベルにおいて両者の間に差を見いだすことにさほど困難があるとも思えない」とし、請求権者の人的属性に即して違法性の判断を行う余地があるとする。これに対し、田原補足意見はこの考え方に反対する。田原補足意見においては、まず、建築主の財産的利益は建築確認制度の保護対象に含まれないことが確認される。同制度による保護の対象は当該建物自体の安全性（所有者、居住者、利用者の安全、健康の確保）および周辺住民の安全、健康の確保（日影規制、防火性、防災上の見地からの接道規制、道路位置指定等）にあるという。そして、建築確認処分の違法性の有無はその対象となる建築物の計画そのものが法令上の要件を満たしているか否

かという観点から判断すべきであるとされている。田原裁判官はこれに続けて、建築主が建物の所有者、居住者、利用者である場合に建築主との関係で建築確認処分の違法性が認められたとしても、その建築主が自ら建築確認処分の違法性を主張することができない場合がありうるが、それは過失相殺や信義則等の一般法理によるのであり、決して建築確認処分の違法性が請求者の人的属性により異なるからではないという。

さて、三人の裁判官の間で議論の対象となっているこの問題——違法性の人的相対性をめぐる問題——は、違法性の本質をめぐる問題と密接に関係する。上記(2)で確認したとおり、学説には、行為不法説、結果不法説および相関関係説の対立がある。このうち、結果不法説ないし相関関係説によれば、違法性判断にあたり被侵害利益の種類・性質を個別的に考慮する考え方になじみやすく、被害者の人的属性により違法性判断を個別的行うことに理論的な障害はない⁽²⁰⁾。これに対して、二つの補足意見はいずれも行為不法説——判例の職務行為基準説はこの考え方を基礎に置く——に立つと解されるが、違法性の人的相対性を認めるか否かについては見解が真っ向から対立している。その原因は、建築確認制度の保護対象および国賠違法の本質/違法性の判断基準に関する理解の相違にあると解される。寺田＝大橋補足意見は、「国家賠償法の制定以前からの解釈論の進展を前提に、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を中心として判断されてきた一般不法行為法上の『違法性』を、権利を含めた法律上保護された利益の侵害と客観的様相を深めた行為義務違反としての過失とを総合的に判断する契機として捉えることができるとすると、このような注意義務を総合的に判断する契機としての『違法性』の枠組みの中では、本来、基準に適合する建物であることを確保すべき義務を負っている建築士への委託者であり、建築主事の審査について申請人の立場にある建築主と基準に適合し損なった建築物によって被害を受けた第三者とでは被侵害利益の種類・性質において意味のある違いがあるから、賠償を求めるについての相手方行為者の注意義務の内容・レベルにおいて両者の間に差を見いだすことにさほど困難があるとも思えない」とし、基本的にこ

の考え方が国賠違法の判断にも妥当するという。そして、「それを一歩進めるならば、……被侵害利益を異にする場合の賠償請求におけるそれぞれの加害公務員側の注意義務の内容・レベルには違いがあるとしても解釈として可能な範囲内にある」と述べる。この補足意見は、違法性の判断基準について基本的には職務行為基準説に立つものの、実質的には被侵害利益の重大性と加害行為の態様を相関的に見て違法判断を行う相関関係説の考え方に理解を示すものといえよう。かかる見解に対して、行為不法説を徹底する立場（法令等の行為規範からの逸脱をもって違法とする立場——公権力発動要件欠如説）からは、違法評価が利害関係人の間で異なってくることに對して批判の目が向けられる⁽²²⁾。同一の行為（建築確認処分）が一方で（建築主との関係で）適法と評価されるにもかかわらず、他方で（第三者との関係で）違法と評価されるのはおかしい（評価矛盾）ということになる。田原補足意見のように「建築確認処分……の違法性の有無は、その対象となる建築物の計画そのものが法令上の要件を満たしているか否か」で判断されとする見解によれば、違法性判断のなかで被侵害利益の種類・性質が考慮される余地はない。この見解は、基本的には職務行為基準説を基礎に置きつつも、公権力発動要件欠如説に近い立場を示しているといえよう。

法廷意見は、2つの補足意見の折衷的な考え方を示している。すなわち、「建築確認制度は建築主が自由に建物を建築することに対して公共の福祉（建築基準法1条）の観点から設けられた規制であるところ、建築士が設計した計画に基づいて建築される建築物の安全性は第一次的には……建築士法上の規律に従った建築士の業務の遂行によって確保されるべきものであり、建築主は自ら委託をした建築士の設計した建築物の計画につき建築基準関係規定に適合するものとして建築確認を求めて建築主事に対して申請をするものであることに鑑みると、その不適合に係る建築主の認識の有無又は帰責性の程度、その不適合によって建築主の受けた損害の性質及び内容、その不適合に係る建築主事の注意義務違反の程度又は認識の内容その他の諸般の事情に照らして、建築確認の申請者である建築主が自らの申

請に応じて建築主事のした当該計画に係る建築確認の違法を主張すること
が信義則に反するなど認められることにより、当該建築主が当該建築確
認の違法を理由として国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求をするこ
とができないものとされる場合があることは否定できない。」という〔下
線筆者〕。

法廷意見では、寺田＝大橋補足意見のような違法性の人的相対性を認める考え方は直接には採用されていない。しかし、信義則判断の枠組みで、被害者の置かれた立場ないし被侵害法益の性質——建築基準関係規定への不適合に係る建築主の認識の有無又は帰責性の程度、その不適合によって建築主の受けた損害の性質及び内容——を考慮しており、この点は寺田＝大橋補足意見の趣旨を汲み取るものといえよう。本件は建築主との関係で建築確認処分の違法性が認められる事案ではないため、信義則違反の判断基準を明示する必要はなかった。その意味において、法廷意見のこの部分は傍論である。しかし、傍論とはいえ、今後、同種事案について本判決が参照されることに鑑みると、この判示部分の潜在的な影響力は大きいと思われる。

(4) おわりに——本判決の意義と射程

本判決は、事例判決ではあるが、社会の耳目を集めた耐震強度偽装・国家賠償請求事件について最高裁が初の判断を示したものであり、実務上重要な意義を有する。また、理論的にも、本判決が、①建築主の財産的利益を建築確認制度の保護対象に含めるとした点、および、②職務行為基準説に基づいて建築主事の注意義務違反の具体的な判断基準を示した点に重要な意義が認められる。なお、耐震強度偽装事件を契機に建築基準法が改正され、構造計算適合性判定制度（平成19年6月20日施行の改正建築基準法6条）が導入された。この制度の適用を受ける建築物に関して新たに生ずる紛争については、本判決の射程——とりわけ、建築主事の注意義務について判示した部分——が直ちに及ぶわけではないことに留意する必要がある。⁽²³⁾

注

- (5) 本判決の評釈として、下山憲治「判批」新・判例解説 Watch 行政法 No. 126 (2013 年) 1 頁、朝田とも子・法セ 703 号 (2013 年) 143 頁、新堂明子「いわゆる耐震強度偽装事件において、建築主事の建築確認が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となるとはいえないとされた事例 (最三判平成 25・3・26 裁時 1576 号 8 頁) についての覚書」NBL1009 号 (2013 年) 33 頁以下、神橋一彦・法教「判例セレクト 2013[Ⅱ]」(有斐閣、2013 年) 11 頁、北島周作「偽装を見過ごした建築確認の国家賠償法上の違法」民商 148 巻 4・5 号 (2013 年) 456 頁、渡邊拓「判批」横浜法学 22 巻 3 号 (2014 年) 343 頁がある。
- (6) 判時 2080 号 54 頁。
- (7) 判時 2080 号 61 頁。
- (8) もっとも、第一審判決によると、建築確認を経たことによるその建築物の安全性への建築主の信頼が全く保護の対象とならないともいえないとすると、建築主事が建築基準関係規定適合性につき故意に虚偽の判断をしたり、誤った判断をしたことにつき建築主事に重過失があったような場合には、国賠法 1 条の違法が認められることがないとはいえないとされる (判時 2080 号 61 頁)。
- (9) 建築主の利益が建築確認制度の保護対象に含まれるとした判決として、①名古屋地判平 21・2・24 判タ 1301 号 140 頁、判時 2042 号 33 頁 (半田市ビジネスホテル耐震偽装損害賠償請求事件第一審判決。本判決の評釈として、戸部真澄「判批」『法学セミナー増刊速報判例解説 Vol. 5』(2009 年、日本評論社) 61 頁、小粥太郎「判批」判時 2075 号 (2010 年) 184 頁、大野武「判批」明治学院大学法律科学研究所年報 26 号 (2010 年) 169 頁、沖中康人「判批」『平成 21 年 行政判例解説』(ぎょうせい、2011 年) 183 頁。)、②名古屋高判平 22・10・29 (①事件の控訴審) がある。含まれないとした判決として、③前橋地判平 21・4・15 判時 2040 号 92 頁がある。建築確認制度の保護対象に触れることなく、端的に建築主事の過失 (注意義務違反) の有無を問題として国賠責任を否定した事例として、東京地判平 21・7・31 判例集未搭載 (評釈として、福永実「判批」『法学セミナー増刊速報判例解説 Vol. 6』(2010 年、日本評論社))、東京地判平 23・3・30 判時 2126 号 73 頁 (評釈として、堀田次郎「判批」『平成 23 年 行政判例解説』(ぎょうせい、2013 年) 221 頁) がある。
- (10) 下山・前掲注(5)3 頁は、建築主の財産的利益も保護対象とされたことについて、「[本判決の] 結論は、本件第一審・原審など僅かな例を除き、従来の下級審裁判例の大方の判断と一致しており、また、公法学説でも大きな異

論はないであろう。」という。

- (11) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997年) 61頁、塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣、2013年) 313頁以下。
- (12) 松岡恒憲「国家賠償法1条の違法概念」北九州大学商経論集8巻1=2号(1972年) 25-29頁、34頁を参照。
- (13) 遠藤博也『国家補償法上』(青林書院新社、1981年) 166頁、村重慶一『国家賠償研究ノート』(判例タイムズ社、1996年) 34-35頁、秋山義昭・国家補償法(ぎょうせい、1985年) 71頁、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について——相関関係説、違法性相対説による理解の試み——」成蹊法学64巻(2007年) 1頁以下。
- (14) 宇賀・前掲注(11)61頁。
- (15) 詳しくは、神橋一彦『「職務行為基準説」に関する理論的考察——行政救済法における違法性・再論——』立教法学80号(2010年) 1頁、同『行政救済法』(信山社、2012年) 354頁以下などを参照。
- (16) 判例は当初、この判断基準を刑事事件の文脈で採用し(最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁[芦別事件])、その後、裁判作用(最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁[ミシン留置事件])および立法作用(最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁[在宅投票事件])、さらには一般的な行政処分(最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁[奈良民商事件]、最判平成20年2月19日民集62巻2号445頁[メープルソーブ事件])においても採用している。もっとも、昭和53年最判については、職務行為基準説を採用した判例かどうかをめぐって見解の対立がみられる。「職務行為基準説をとることを明らかにしたもの」との解説があるが(篠田省二「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇・昭和53年度(法曹会、1982年) 475頁)、一方で、本判決は公権力発動要件欠如説を確認したにすぎず、これに「職務行為基準説」という特別の名称を付する必要はなかったとの指摘もある(宇賀394頁、稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学73巻6号(2009年) 38-40頁)。近時の議論状況を整理するものとして、福永実「国賠法1条の違法性」法教360号(2010年) 36頁、神林・前掲注(15)354頁以下を参照(なお、神林394-395頁は、判例が違法性一元論(同一説)的な判断を完全に放棄したともいえないと指摘する。))。
- (17) 過失を否定した事例も肯定した事例も、その判断枠組み(原則として形式審査であるが、例外的に実質審査が必要な場合がある。)については同じであると解される。たとえば、否定例として、奈良地判平20・10・29判時2032号116頁は、「本件において〔建築士〕が作成した構造計算書には、……大臣認定プログラムを使ったことを証明する旨の利用者証明書が添付されていた上、同計算書の末尾には、『一連計算処理をすべて正常に終了』、

『ERROR 数 0』とそれぞれ表示されていたことが認められるのであるから、被告〔指定確認検査機関〕が、これらを確認したことをもって、必要な強度を満たしていると判断したとしてもやむを得ないといえる。」という。福岡地判小倉支部平 21・6・2 判時 2054 号 117 頁は、「本件確認審査当時、大臣認定プログラムを使用して作成された構造計算書については、適正な利用者によるものであること及びコンピューターによる一連計算処理すべてが正常に終了し、その過程で『ERROR』が検出されていないことなどを確認すれば、その計算過程に誤りはないと一応信頼することができ、特段の事情のない限り、その数値を検算等により確認することまでは求められていなかったものと解するのが相当である。」という。国賠違法を認めた事例（半田市ビジネスホテル事件第一審判決）では、名古屋地裁が次のように判示している。すなわち、「建築確認行為の性質、審査期間の制限等にかんがみれば、これらすべての技術的基準を満足するか否かの審査を要求することなどは非現実的というべきであるし、建築物の構造すべてについてそのモデル化の適切さを審査することも、構造の要所について検算等を行うことも困難である。」。しかし、「建築主事としては、モデル化の当否についても一応審査の対象とし、建築に関する専門家の常識に反するようなモデル化がされている場合には、少なくともその真意を設計者に確かめるべきであり、また、建築の専門家の間で一般的に通用する技術的基準に反するような構造設計がされている場合も同様であって、そのような調査確認も建築確認審査の一内容をなすものというべきである。」。

- (18) 形式審査の論拠として、建築物の安全性は、第一次的には建築士のこれらの義務に従った業務の遂行によって確保されるべきものであり、建築主事は、当該計画が建築士により上記の義務に従って設計されるものであることを前提として審査をすることが予定されていることや、申請書類の記載事項等がこれらの様式や審査期間を含めて法令で個別具体的に規定されていることなどが挙げられている。
- (19) 下山・前掲注(5)4 頁も参照。これに対して、北島・前掲注(5)463 頁は、「本判決の内容からすれば、特段の事情がある場合に設計者への確認を行うなど、建築主事が申請書以外の情報を調査して審査することまで要求しているかは必ずしも明らかではない。」と分析している。
- (20) たとえば、遠藤・前掲注(13)172 頁は、「違法性判断が被侵害法益ないし損害の重大性と関係するものとすれば、つぎに、被害者たる人に対する関係において判断されるべきものであって、そのいみで人に対する関係で相対的なものである。誰に対する関係で問題とするかによって違法性の判断が異なることがありうる」という。
- (21) 最判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁、最二判平成元年 11 月

- 24 日民集 43 卷 10 号 1169 頁、最三判平成 20 年 4 月 15 日民集 62 卷 5 号 1105 頁。
- (22) 法秩序の統一という観点から、違法性評価が関係者の間で異なってくることに對し疑問を抱く見解として、西埜章「国家賠償法における違法性をめぐる諸問題」法政理論 17 卷 4 号（1985 年）15-16 頁、同『国家賠償責任と違法性』（一粒社、1987 年）84 頁を参照。
- (23) 下山・前掲注(5)4 頁、北島・前掲注(5)464 頁を参照。

（付記）

本稿は、平成 26 年 3 月 4 日に開催された法学部・法政研究会における報告原稿に加筆修正を加えたものである。研究会の席上では、先生方から多くの貴重なご意見を頂戴した。ここに記して感謝申し上げたい。