



建築基準法三条二項の解釈をめぐって : 国立市マンション建設差止仮処分事件(東京高決二〇〇〇年一月二二日)を素材にして

角松, 生史

(Citation)

法政研究, 68(1):97-125

(Issue Date)

2001-07-09

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90001114>



建築基準法三条二項の解釈をめぐる

—— 国立市マンション建設差止仮処分事件（東京高決二〇〇〇年二月三日）を素材にして ——

角 松 生 史

- 一 はじめに
- 二 紛争の経緯
- 三 仮処分決定
- 四 既存不適格への適用除外
- 五 「現に建築工事中の建築物」
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

建築基準法三条二項は、建築基準法令の規定の適用が除外されるいわゆる既存不適格建築物として、「現に存する建築物（若しくはその敷地）」に加えて、「現に建築、修繕もしくは模様替えの工事中の建築物（若しくはその敷地）」を掲げているが、この「現に建築：工事中の建築物」であるかどうかの判断はしばしば困難である。東京都国立市のマンション紛争をめぐる建設差止仮処分請求に対する東京高裁二〇〇〇年十二月二日決定（判例集未登載）⁽¹⁾⁽²⁾は、同条の解釈について「建築行政の『常識』と異なる」と評された判断を下した。⁽³⁾本稿は、同事件を主な素材として、上記の点に関する若干の検討を試みるものである。

二 本件マンション紛争の経緯

(a) 背景

東京都国立市は、堤康二郎率いる株式会社箱根土地によって、建設当初から学園都市を意図して、大正後期から昭和初期にかけて建設された都市であるが、一九五二年の文教地区指定運動など、まちづくり住民運動の伝統を有し、景観等の保全のための住民意識が高いことで有名である。特にJR国立駅から南にのびるいわゆる「大学通り」（幅員約四四m）は国立市まちづくりのシンボルと位置づけられている。⁽⁵⁾

しかし一九八九年の用途地域の指定替・高度制限の緩和をきっかけとして国立駅周辺に高層マンションの建設ラッシュが起き、それに対抗して、景観保護の住民運動も活発化した。⁽⁶⁾一九九六年八月には、東京都・国立市に対して、用途地域規制緩和による景観権侵害を主張する損害賠償訴訟が提起されている。⁽⁷⁾また、一九九四年の直接請求に端を發し

た国立市都市景観形成条例⁽⁸⁾が一九九八年三月に制定されている。

このような状況下で、本件マンション計画が持ち上がる。同マンションは大学通りに面した損保会社の情報システムセンター跡地に計画されたものである⁽⁹⁾。損保会社から本件土地を一九九九年七月に購入した不動産会社Y1は、高さ五三m、一八階建てのマンション計画を立案した⁽¹⁰⁾。同計画に反発する附近住民（学校法人T学園を含む）は、『東京海上跡地』から大学通りの環境を考える会⁽¹¹⁾という団体を結成し、反対運動を展開した。一九九九年四月に当選した環境保護派の新市長の下、市のまちづくりのシンボリックな大学通りに位置し、景観条例重点地区候補地に位置する本件計画を、市も問題視することとなった。

(b) 地区計画制定へ

当初国立市は開発指導要綱及び景観形成条例による行政指導を試みたが、最終的に決裂する。

X1は国立市開発行為等指導要綱（一九九六年四月一日）に基づく事前協議書を提出し受理されたが、住民説明会の要否等をめぐって市と対立し、市は事前審査手続に入ることを拒否。結局指導要綱の定める手続を履践しないまま、X1は着工に踏み切ることになる。

また、同市景観形成条例は本件マンション建設も該当する「大規模行為」について事業主の届出（二六条一項）を求め、「大規模行為が景観形成基準」に該当しないと認められる行為についての市長の助言・指導（二八条一項）、さらには勧告（二八条二項）・不服従事実の公表（二九条）を定めていた。本件マンションについて、市長は大学通りの「周辺建築物や二〇mの高さで並ぶイチョウ並木と調和するように」高さを低くすることを求めたが、具体的高さの明示は行わなかった。Y1は建物の規模は景観条例に適合していると回答し、両者の主張は平行線をたどる⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

反対運動を続ける附近住民側がいわば最後の手段として依拠したのが、地区計画策定運動であった。十一月一日には、周辺の地権者六七人中五四人が⁽¹⁴⁾素案を添えて市に地区計画策定を要望する。十一月二四日には地区計画原案の公告縦覧を開始、市都市計画審議会の議を経て二〇〇〇年一月二四日に公示され、都市計画法上の効力が生じている。市町村は、地区計画で定める内容のうちに重要と思われる事項について、条例制定により建築基準法上の制限に移行させることができるが（建築基準法六八条の二①）、市は既に一九九九年二月二四日に建築物制限条例を制定し、市が定めた地区整備計画区域について、用途、容積率、最低敷地面積、高さ制限等について定めていた。一月三十一日に議会では、本件土地を含む国立市中三丁目地区整備計画地域について二〇mの高さ制限を定める内容の改正条例を議決、翌二月一日に公布・即日施行されている。

(c) 建築確認・工事・仮処分請求

Y1は二月三日に東京都多摩西部建築指導事務所建築主事に建築確認申請を行う。周辺住民及び国立市長は慎重審査を求めるが、建築主事は、上記国立市開発指導要綱・都紛争予防条例・市景観条例等は建築確認の際審査対象となる法令に含まれないという解釈を前提として、二〇〇〇年一月五日に建築確認を下した。同日Y1は、根切り工事⁽¹⁵⁾を開始し、一月二六日からは、同工事によって掘削された部分の崩れを防止する山留め工事⁽¹⁷⁾を並行して行い、前掲建築物制限条例が施行された二月一日時点で、これら工事を継続していたが、「杭打ち、基礎又は地下躯体工事」には着手していなかった。

改正建築物制限条例の議決に先立つ一月二四日、本件マンションに隣接する学校法人T学園（X1）及びX1の学校の生徒X2、X8、近隣住民X9、X14（以下一括して「Xら」とする）は、Y1及び建設会社Y2を相手取って、本件マンションの建築禁止（主位的）及び高さ二〇mを超える部分の建築禁止（予備的）⁽¹⁸⁾を申立て、仮処分を申請した⁽¹⁹⁾。これが本件仮処分事

件である。

三 仮処分決定

(a) 原決定（東京地裁八王子支部二〇〇〇年六月六日）

差止めの根拠としてXらは、①本件マンションの建築基準法・建築物制限条例違反②X1及びX9-X14の日照阻害③X2-X8の眺望侵害、プライバシー侵害などを主張したが、原決定は、②、③は受忍限度の範囲内にあると判断し、請求を退けた。

また、①については、「現に建築…工事中であるとは、当該建築工事について建築確認処分を取得した上で、当該土地上において何らかの建築工事を現実に開始し、かつそれが続行されている場合をいうと解すべきである」という判断基準を設定し、建築物施行条例の施行日前に根切り工事に着手し、その後施行日まで根切り工事及び山留め工事を継続している本件マンションは三条二項に該当すると判断している。

(b) 本件決定（東京高裁二〇〇〇年一月二十二日）

抗告審も、Xらの日照被害等は受忍限度を超えない⁽²¹⁾として請求を退けるが、建築基準法三条二項該当性の判断については、原決定と全く異なった判断を示している。

「『現に建築の工事中』であるといえるためには、建築請負契約の締結や建築の材料、機械の敷地への搬入をし、敷地の掘削等敷地に改変を加えるだけでは足りず、建築物の躯体中の基礎を除いた部分の工事に至っていることまでは要しないものの、敷

地において、地中であれ、地上であれ、計画された建築物の基礎又はこれを支える杭等の人工の構造物を設置する工事が開始され、外部から認識できる程度に継続して実施されていることを要すると解するのが相当である」

という基準を設定した上で、人工の構造物を設置する工事に着手していたとは認められない根切り工事の段階では、三条二項にいう「現に建築の工事中」であったとは認められず、本件マンシヨンの二〇mを超える部分は建築物制限条例に違反することになるというのが抗告審の判断である。⁽²²⁾

なお、原決定及び本件決定で請求が却下されたことを受け、T学園・生徒・近隣住民らは、Y1らに対して①本件マンシヨンの高さ二〇mを超える部分は建築物制限条例に違反することの確認②二〇mを超える部分の建築禁止③二〇mを超える部分の撤去などを請求とする、民事本訴（二〇〇一年三月二九日）及び、特定行政庁・建築主事に対して①本件マンシヨンの建築物制限条例違反の確認②建築禁止・除却命令の不作为確認、除却命令の義務づけ③検査済証不交付を求める訴訟（二〇〇一年五月三十一日）を提起している。⁽²³⁾

四 既存不適格への適用除外

(a) 仕組み

上に見たように、本件では国立市建築物制限条例の施行日において、「現に建築の工事中の建築物」が存在したかどうかが本件における建築基準法三条二項をめぐる主要な争点であった。⁽²⁴⁾ 考察の前提として、まず、建築基準法の既存不適格制度の仕組みを見てみる必要がある。

既存不適格建築物に対する適用除外を定める建築基準法三条二項は、建築基準関係規定の施行・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えの工事中の建築物若しくはその敷地」について、不適合部分がある場合はその限りで建築基準関係規定を適用しないとしている。従前の規定で既に違法であった建築物には、この適用除外は適用されない（三条三項一号）。新規定の施行・適用後の増築・改築、大規模修繕、大規模模様替の際には、既存不適格の恩典は消滅し、不適格な部分も含めて建築物全体を新規定に適合させねばならない（三条三項三号）。ただし、三号には例外があり、防火関係、用途地域関係、容積率関係等の制限規定に適合しない既存不適格建築物の増改築については、政令で定める範囲内で行う場合に限り、ひきつづき適用除外を認めている。（八六条の七、施行令一三七条の二―一三七条の九）「わずかばかり手を加えるだけで建築物全体を適法にしなければならないということ（²⁵）は、実際問題として厳しすぎ、また、経済的にも不合理」だというのがその理由だとされる。

(b) 法律不遡及の原則？

「既得権尊重の立法例」⁽²⁶⁾の一例としての既存不適格建築物への適用除外制度の趣旨を「法律不遡及の原則」に由来するものと説明する見解が見られる。⁽²⁷⁾しかし、この理解に対しては、行為責任と状態責任を区別する立場から、若干の留保を要する。⁽²⁸⁾

法律不遡及の原則の典型的なあらわれとされる憲法三九条は「実行の時に適法であった行為」に対する刑事責任の遡及適用を禁止しているが、この原則は、不利益的效果を与える行政法規についても類推適用されると解される。⁽²⁹⁾過去の行為について、事後的な立法によって消極的な評価を与え、行為者に対して不利益を及ぼすことは、憲法上原則として禁止されていると考えられる。「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用についてはなお従前の例による」と定める建築基準法附則はこの例である。しかし、新たな法規の施行・適用時点で当該行為がなお継続中であって公益に支障を及ぼす場合に当該行為を禁止することや、行為の結果作出された公益に反する状態を解消すべき責任を行為者に

負わせることは、同原則によって直ちに禁止されるものではないだろう。⁽³⁰⁾ 既存不適格建築物に対する適用除外は、作出された「状態」に対して新法を適用しないというものであり、⁽³¹⁾ 法律不遡及の原則が適用される典型的な行為責任的事例とは性質が異なるといえよう。⁽³²⁾

建築基準法一〇条が、単体規定不適合の既存不適格建築物について、「著しく保安上危険であり、又は著しく衛生上有害である」と認める場合、除却、移転等を命ずる権限を特定行政庁に与えているのは、上述のような状態責任的特質に着目したものと考えられる。これを法律不遡及原則の例外と解すると、安易に例外が認められることになり、かえって適切でない。

(c) 制度趣旨

法律不遡及原則そのものは既存不適格問題には必ずしもあてはまらず、この問題の処理は基本的に立法裁量に服する。⁽³³⁾ しかし、立法者の制度設計にあたり、同原則の実質的根拠とされる法的安定性や信頼保護は、⁽³⁴⁾ やはり考慮されなければならない。第一に、建築物の現在の利用の保護が要請される。第二に、予測可能性の保障である。建築物完成後に新たな規制によって利用が不可能になることがありうるとすると、利用可能年数の見込みが立たず、建築行為やその前提としての土地投資・取引を妨げることになる。第三に、新たな規制に適合させるための建築物の改修・除却に要する社会的費用も考慮しなければならない。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾ ここで、第二・第三の要素は、立法者による制度設計の合理性の問題であるのに対し、第一の要素は、立法政策にとどまらず、状況によっては憲法二九条一項の現存保障の対象ともなりうる。特に「実際に生活が営まれている」⁽³⁷⁾ 建築物については、財産権の生存保障的機能も考え合わせれば、より強い保障が及ぶと考えられる。

この観点から建築基準法三条二項を見ると、「現に存する建築物」に対する既存不適格の保護がいわば同条のコ

アであり、憲法上の要請への応答という側面を強く有しているのに対し、「現に：工事中の建築物」に対する保護は、種々の要素を考慮して、立法政策的に保障の外延を拡大したものと理解することができよう。同条の解釈にあたっても、この点に留意されなければならない。

(d) 本則での規定と委任立法の統制

既存不適格問題の処理は、経過規定の性質を有している。一般に法律の附則で定められることが多い経過規定の問題を、建築基準法が附則ではなく本則で定めた理由については、「三条二項↓例外としての三条三項各号↓さらにその例外としての八六条の七」という構造を附則で定めることが、建築基準法がたびたび改正されることも考えると、立法技術的に困難なためと説明されている。⁽³⁸⁾

上の説明は首肯できるが、経過規定の既得権保護が本則で定められているのは、何も建築基準法三条二項だけではなく。例えば店舗型性風俗特殊営業の禁止区域について規定する風俗営業法二八条三項は、施行・適用の際「現に：届出書を提出して店舗型性風俗特殊営業を営んでいる者」の営業に対しては提出しないと、やはり本則で定めている。この場合、上述のような法技術的複雑性は必ずしも見出せない。本則で定めるかどうかについては、法技術的複雑性のみならず、対象事項の重要性が一要素となっていることをうかがうことができる。

経過規定の既得権保護は、本来的には、改正法の立法にあたりその都度定められる事項である。しかし、建基法三条二項や風営法二八条三項のように、経過規定の内容を本則に定めた場合、それは、実質的に、以降の改正において原則的に従うべき一般ルールとして機能することになる。このような「重み」が本則で規定される一つの理由であろう。

もう一点付け加えれば、規制内容について委任立法の方式がとられている場合、本則に経過規定ルールが規定されていることは、委任を受けた制定権者の権能の制約を意味する。上記の風営法二八条三項は、都道府県条例で定める禁止

区域についての規定であり、言い換えれば、都道府県は、この点について、既得権保護を限定するような独自の経過規定を定める権限が奪われていることになる。建築基準法六八条の二の委任によって建築基準法上の効力が与えられている本件建築物制限条例についても同様である。経過規定を規律する権限は、通常立法権と一体となっているものであるが、この場合は限定されることになる。本件において国立市は、地区計画と建築物制限条例によって建築ルールの内容を形成する権限は建築基準法によって与えられているが、経過規定について法三条二項の既得権保護を縮小する権限は与えられていなかったのである。⁽³⁹⁾ここでは法三条二項が自治体の（委任）立法権の制約として機能している。

五 「現に建築工事中の建築物」

(a) 建築行政の常識？

ある建築専門誌は本件抗告審の「現に建築工事中の建築物」についての判断を、「建築行政のこれまでの『常識』とは、考え方から結論に至るまで異なるもの」と評している。

「建築行政のこれまでの『常識』とはなにか。ここでは、「工事中」とは工事着手以降、との前提に立つ。そのうえで、どの時点を「工事着手」と言うのか、を判断している。「工事中の建築物」とはなにかを、「工事着手」とはなにか、に置き換える考え方だ。では、「工事着手」をこれまでどうとらえてきたのか。……（国や特定行政庁の主な考え方は）結論から言えば、基礎工事のための根切り工事や杭打ち工事を「工事着手」とみている点ではほぼ共通している。⁽⁴⁰⁾」

ここで『常識』とされているのは、①三条二項の「現に建築工事中の建築物」に該当するかどうかの判断を、「工事

の着手」ないし着工の時期の判断に置き換えること②根切り工事または杭打ち工事の段階以降を「現に建築工事中」とみなすことの二点である。以下、これら二点が本当にどこまで「常識」だったか、そしてその「常識」の妥当性について検証してみることとしよう。

(b) 「現に建築工事中の建築物」 Ⅱ 「工事の着手」以降？

(ア) 関哲夫は、『『現に工事中』』とは、『工事の着手』（建築基準法三条三号参照）以降の段階をさすと解されているので、工事の着手ないし着工があったといえるか否かが、新規定・新制限の適用の有無を決する分水嶺である⁽⁴¹⁾と、このような考え方を明示的に示している。また、特に説明なく、「工事中」を「着工していることを意味しますが」⁽⁴²⁾「現に工事に着工していることが必要である」⁽⁴³⁾とする文献もある。また、後記国会答弁や、特定行政庁の見解などにもこれを前提としていると思われるものが見られる。

これに対して、異なる前提に立つ見解もある。例えば建設省住宅局内建築基準法研究会編『建築基準法質疑応答集』は、次のように問題を整理している。

「最も典型的な建築物に関する工事が完了するまでの過程として、

- ① 建築物の建築等を目的とする契約の締結
- ② 建築材料、建設機械の現場搬入
- ③ 資材の加工作業
- ④ 根切り工事または基礎杭打ち工事の進行
- ⑤ 建て方の進行

の場合を例にあげることができるが、この場合において、はたしてどの段階で「工事中」というべきであろうか。法の趣旨にた

ちかえって考えるにしてもその判断はむずかしい。当事者にとってみれば、契約の時点で建築物の用途、規模等は確定しているのが通常であるから、①をもって工事中とし、後は既得権により保護されるべきだといいたいかもしれない。一方、文言上『工事中』とあるから、法第六条の『工事に着手する前に』に比べより工事は進行しており、また実質的にも工事の変更の可能性のうすい⑤の段階でこそはじめて既得権の保護を与えるべきであるとする意見もあろう（傍線は引用者）。『工事中』であるか否かについて、右の二つの考え方はいずれも極端にすぎ、採ることはできず、②から④までのうちから、それぞれの工事の実態を考慮しつつ判断することになるが、既得権保護の要請に十分な客観性をもって応えるためには④の段階まで達していることが最も無難と思われ、各地方公共団体の実際の取り扱いも、おおむね④の段階をもって『工事中』と解しているようである。」（三六七頁）

下線部の見解で注目すべき点は、六条（建築確認）の「工事に着手」と明らかに切り離された形で三条二項の問題が考察されていることである。この立場は結論的に退けられているが、それは、三条二項の解釈として「極端にすぎ」という評価がなされたからであって、「工事中」と「工事の着手（六条）以降」とを同義に解すべきだとされたからではない。

(イ) それでは、「現に工事中」＝『工事の着手』以降」とみなすことにはどのような利点があるだろうか。第一に、「着手」の認定の相対的容易さがあげられる。どのような工事工程を「工事の着手」とみなすかを外形的に決し、その認定で基準時を確定することは法技術的な整理に適している。また行政庁としては、「着手」の事実とその時点を確認することによって当該建築物の法的取扱いは確定するのであれば、実務上の便宜となるだろう。

しかし、「現に工事中」＝『工事の着手』以降」という立場に立ちつつ、工事が「ある程度進行している」⁽⁴⁶⁾ないし「相当程度進捗している」⁽⁴⁷⁾ことを要するとする文献も少なくない。この場合、「着手」の認定の相対的容易さという上記

利点は失われることになる。これら見解は、事柄の実質―既存不適格の恩典を与えるに足るだけの既成事実の必要性―を認定の容易さに優先したものであろう。

また、「現に工事中」の解釈にあたっては、それを「工事の着手以降」と等置する文献も含めて、「工事の継続性」を要求するのがほぼ一致した見解である。「根切工事は終了したが、半年以上工事を行わない状態が続いたような場合には、特段の事情がない限り『現に工事中』ということとはできず、その後工事を再開した場合は、右再開の時点に改めて工事の着手があったものとして取り扱うべきものと考え⁽⁴⁸⁾」とされる。妥当と考えられるが、この見解に立つ限り、「着手」後の工事の進行の有無も、行政庁としてはやはり確認せざるを得ない。認定の容易さによる優位性はやはり失われるといえる。

(ウ) この点に関連して注目されるのが、建築基準法三条二項の意義について判示した、東京高決一九七七年一月二七日（判時八八三号三一頁）及びその原審東京地決一九七七年八月三〇日（判時八八三号三六頁）である。

この事件では、マンション建設紛争の過程で、東京都知事が商業地域（容積率五〇〇％）から近隣商業地域（容積率三〇〇％）への用途地域指定替を行ない、建築主が告示前の着工を試みたが、反対住民と紛糾の末、「杭打ち是一本に限り認め、着工の定義には言及しない。杭打ち終了後直ちに機材を引揚げる」旨の合意が成立し、建築主は同合意に基づき杭を一本打って引き揚げることとなった。建築主が反対住民を相手取った妨害排除仮処分申請に対する判断において、上記原審は「容積率三〇〇％の範囲内で建築するのを妨害してはならない」と判示すると同時に、その余の申請を却下するという実質住民勝訴の決定を下し、抗告審もこれを支持する。

その際原審は、

「債権者らが本件土地上に杭一本を打込んだという一事のみをもってしては（建築基準法三条二項の適用があるとは見られず）、右の結論が左右されるものとは考えられない」

抗告審は、

「抗告人らが、本件九階建建物建築の準備作業も整わない段階で、本件土地上に杭一本打ち込んだからといって、右建物が建築基準法第三条二項所定の『建築中の建築物』に該当するといえるかどうか疑問である。仮に『建築中の建築物』に該当するとしても、そのことは叙上の判断を左右するものとは考えられない（建築基準法に適合するとして建築確認を得た建築物でも、受忍限度を超える日照阻害等があれば、違法な建築として差止請求が認められるのである）」

と、ともに建築基準法三条二項の適用を否定ないし疑問している。⁽⁴⁹⁾

この判示は、「現に建築工事中の建築物」の判断にあたり、「工事に至るまでの過程の正常性」を要求するものと理解することができる。原審は、(i)旧家屋八棟中六棟がなお使用中であること(ii)旧家屋三〇戸分のガス管・水道管が埋設されていること(iii)仮設事務所の設置がなく、仮囲い、整地、遣方等が不十分のまま杭打ちがなされたものであることなどの事実を認定している。このような状況の下で、「現に建築工事中」の判断標識を外形的に満たそうとする行為を試みても、建築基準法三条二項は適用されないとするのは、妥当な見解であろう。しかし、「工事に至るまでの過程の正常性」が要求されるとすれば、この点についても「現に工事中」＝「工事の着手以降」とすることによる認定の容易さは失われる。工事過程全体を、一定の評価的な視点を加えつつ観察することが要求されることになるのである。

(エ)「現に工事中」＝『工事の着手』以降⁽⁵¹⁾というらえ方をすると、既存建築物の増築（三条三項三号）⁽⁵⁰⁾、建築確認の時期（六条一項）⁽⁵¹⁾など、建築基準法の他の条文で使われている「工事の着手」概念との連動が可能となるため、その可否を検討する必要がある。

(i) 既存建築物の増築（三条三項三号）

既に見たように、建基法三条三項三号は、既存不適格建築物であっても増築等を行う場合は、新規定に適合させねばならないことを定めているが、同号が適用されるのは、「工事の着手」が建築基準法令の規定の施行または適用の後で

ある場合とされている。仮に、三条二項の「現に建築工事中」を「工事の着手」よりも工事が一定程度進行した段階を示すと解するとすると、既存不適格とされる時点が、新築建築物と既存建築物とで異なることになる。それを避けるべきだとすれば、やはり「現に建築工事中」＝「工事の着手」以降」と解すべきだということになろう。

しかし、新築建築物と既存建築物とで既存不適格とされる時点が異なっていたとしても、さほど問題ではないのではなかろうか。前述のように、建築基準法は、建築物の現在の利用の保護を考え、八六条の二で三条三項三号を一定程度緩和している。財産権の現存保障の観点から⁵²⁾既存建築物とその利用の保護を新築建築物に比べて拡大することは、必ずしも不合理とは思われない。また、増改築の場合、工事工程の多様さが新築以上に大きいと考えられ、「一定程度の進行」の判断基準を設定することがより困難になることも、既存建築物については「工事の着手」で割り切ることの理由になると思われる。

(ii) 建築確認（六条一項）

建築基準法六条一項は「工事に着手する前」に確認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るべきことを定めている。ここでいう「工事の着手」の時点と、「現に建築工事中」の時点の異同は重要である。

工事着手以前に建築確認の申請と取得を要求するという「事前申請・処分手続」の仕組みがとられているのは、「行政処分がないと投資できないものとし、投資後に違法状態を是正する場合にかかる費用を回避する効果、又は、法益を侵害する可能性のある行為は行政処分がないとできないものとし、損害発生を嚴重に予防する」趣旨によるものと解される。⁵³⁾その意味で、違法な建築を抑止して公益に資すると同時に、建築主に対する「サービスの意味」もある。⁵⁴⁾だとすれば、抑止の確実性を高め、同時に建築主側の損害を少なくする観点から、敷地に有意な変更を加えることになる根切り・山留め工事より以前の段階で建築確認を求めることに合理性があると考えられるだろう。⁵⁵⁾

しかし、このような意味での建築確認の時期としての「工事に着手する前」と、新しい規制目的の達成を犠牲にして

建築主の既得権的地位を保護する既存不適格制度の適用の有無の基準としての「現に建築工事中」とを連動させる必然性は必ずしもないように思われる。

なお、右と直接の関係はないが、建築確認の取得の有無と「現に建築工事中」とは、切り離すべきだとする学説が有力である。建築確認を経たからといって、現実の工事が開始されていなければ「現に建築工事中」にあたらないのは言うまでもない。他方、無確認のまま新築工事が強行されて既成事実が作られた場合であっても、建築基準法三条二項が適用されざるを得ず、「無確認建築に対する罰則：や工事停止命令等違反に対する罰則：により対処するしかない」とされる。三条二項の文言からするとやむをえないところのようにも思われるが、建築基準法の罰則の機能不全の現状⁽⁵⁶⁾からすると問題が残る。⁽⁵⁸⁾

(エ) 以上述べてきたことからすれば、「現に建築工事中の建築物」（三条二項）該当性の判断を、「工事の着手以降」の判断に置き換えるべき必然的な理由は必ずしもない。そこで項を改めて、上記「常識」の第二点、「現に建築工事中の建築物」概念それ自体の検討に移ることにしよう。

(c) 「現に建築工事中」——「根切り工事又は杭打ち工事」？

(ア) 本件マンション紛争を念頭に置いた国会審議において、建設省住宅局長は、次のような答弁を行っている。

「建築基準法では着工を具体的に明文化して定義しておりませんが、一般的には根切り工事あるいは基礎ぐい打ち工事に着手している段階をもって着工というふうに理解しております。東京都を初め各地方公共団体もそのような理解のもとに判断をしているというふうに思っております。お尋ねのように、いろいろな準備工事というものはあると思うんですが、建築材料を現場に運び込んだり建設機械を搬入したりというようなことだけの、そういう段階であれば、これは着工したとは言えな

いというふうに扱われるものと思われ⁽⁵⁹⁾ます」

確かに今日、国土交通省や多くの特定行政庁は、「根切り工事又は杭打ち工事」をもって「着工」であり、従ってそれ以後は「現に建築工事中」とみなされると判断しているようである⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾。上で引用した『質疑応答集』も、結論的にはそのような立場をとっている⁽⁶²⁾し、その他この基準を採用する文献も見られる⁽⁶³⁾。

他方、「現場を整地・掘削し又は工事材料を搬入したのみでは工事に着手したとはいえず、基礎工事がある程度進行していることを要するであろう」と根切り工事だけでは三条二項に該当しないと読める文献⁽⁶⁴⁾もある。また、実務においても、上で「建築工事」と「地面を掘る」ことを区別する一九五九年の国会答弁を引用して（前注（55））示唆したように、この点は必ずしも自明の「常識」として制定当初から実務を規定していたわけではなく、徐々に定着してきた⁽⁶⁵⁾取り扱いのようであり、再検討の余地が充分にあると思われる。

(イ) 上に引用した『質疑応答集』は、「④ 根切り工事または基礎杭打ち工事の進行」をもって「工事中」と解する理由として、「既得権保護の要請に十分な客観性をもって応えるためには、④の段階まで達していることが最も無難」（二六七頁）と述べている。

「最も無難」という言い回しに如実に現れているように、上の引用部を見ると、この解釈は必ずしも「論理的」に導かれたものではなく、建築主の既得権と規制目的との調整に際しての具体的な利益衡量が行われているわけではない。おそらく、「十分な客観性」という文言に示されているように、実務上の認定のしやすさを重視したものだと思われる。基準が利益衡量上妥当かどうかよりも、基準が明確であるかが重視されているのである。

(ウ) この点について、原決定と本件抗告審決定の判断手法を比較してみよう。

(1) 原決定の特徴は、建築工事の「準備行為」を保護することの即自的必要性を重視する点にある。

「現実の建築工事の手順についてみるに、建築工事は、そのための土地の取得、設計図の作成、諸機関との協議、建築確認申請、建築確認処分取得等の手順をした上で、初めて適法かつ有効に実行することができるのであり、したがって、建築主としては、着工までかなりの費用や時間を費やすことになるのが通常である。そうすると、建築主の既得権保護と言う観点を重視すれば、現行の法律に則って建築工事の準備行為に取りかかった時点で、新法の適用はされないとするのが妥当ということになる。しかし、『建築工事の準備行為』といっても、どこまでが『準備行為』といえるのか不明確になりやすいし、このような不明確な基準によって、新法の適用を免れるようになると、脱法行為が横行することも十分に考えられる。そこで、建築基準法三条二項は、建築主の既得権保護を重視しつつ、『工事中』との文言を用いて、基準の明確化を図り、脱法行為を防止しようとしたものと思われる」

原決定の論理によれば、建築工事のみならずその準備行為が本来信頼保護の対象として既得権的保護に値するものであり、「工事中」という要件は、本来的な保護対象を、線引きの明確さのためにあえて限定したものだということになる。⁽⁶⁶⁾

(2) 前述のように、抗告審は三条二項該当性について、

「敷地において、地中であれ、地上であれ、計画された建築物の基礎又はこれを支える杭等の人工の構造物を設置する工事が開始され、外部から認識できる程度に継続して実施されていることを要する」

という判断基準を示す。

その理由としては、

「（建築基準法三条二項の）趣旨は、建築確認を受けて建築した建物であっても、後に法令の改正等により同法七条三項の検査済証の交付が受けられない事態がありうることを当然の前提としながら、建物の建築が一般に高額な費用と相応の準備及び期間を要して完成に至るものであることにかんがみ、三条二項に該当する場合には、結果的に同法の規制に適合しないこととなっても、建築を許容することとすると解せられる。これにより、新たな規制によって法が実現しようとした目的は一部達成されないこととなるが、法に適合するとの判断を受けて建築工事を開始したにもかかわらず、完成時には法に適合しないとされることによる予期しない損失を避けることができる」

と述べられているが、この理由から上の判断基準へと帰着する論理的理由は十分には示されていない。しかし、おそらくは、(i)「準備行為」も含めた建築主の既得権を一方的に強調する原決定に対し、抗告審が「建築主の既得権の保護と新たな規制の目的の達成との調整」を重視していること (ii)原決定が「傾聴すべき」としつつ退けた債権者の主張——「土工事の段階ではそもそも建築物自体全く存在しないのであるから文理解釈からも「建築：工事中」の「建築物」⁽⁶⁷⁾とはいえない——を採用した——という二点が、抗告審の判断基準につながったと理解できるだろう。

(エ) 財産権の現存保障を中心として既存不適格建築物の保護を理解する本稿の立場からすれば、「現に存する建築物」の保護こそがコアであって、「現に建築工事中の建築物」の保護は、種々の事情から外延が拡大したものと考えられる（前述一〇四頁）。そして、既に建築された「人工の構造物」の保護が現存保障の観点からも要求されるのに対し、「準備行為」の問題は、既に現存保障の問題ではなく、むしろ予測可能性をどの程度保障するかという問題と整理される。

「現に工事中の建築物」で保護の範囲を区切る建築基準法三条二項は、「準備行為」を含めた予測可能性の保障に適し

た構造にはなっていない。「準備行為」として、たとえば土地取得に要した費用の大小と既存不適格認定とを関連させようがないのである。「準備行為」を本来的な保護対象とする原決定の見方は、支持することができない。⁽⁶⁸⁾

(オ) そこで、「根切りあるいは杭打ち」という行政実務上の基準と、抗告審の「人工の構造物を設置する工事」という基準の優劣であるが、これは即断することが困難な問題であり、ここでは考察の枠組みを述べるに止める。

① 抗告審が述べるように、これは「建築主の既得権の保護と新たな規制の目的の達成」との利益衡量の問題である。⁽⁶⁹⁾ もちろん基準設定にあたっては、この利益衡量は個別の建築計画についてではなく類型的になされる必要がある。

② その際の「既得権の保護」として、「準備行為」の費用を考慮する必要は基本的になく、現存保障の観点から、既に行われた建築工事が「無駄」になるかどうか、また、その場合の費用が検討されるべきである。

③ 「根切り工事」に関して言えば、上物との密接関連性の程度が問題である。上物に関する規制が強化された際、根切り工事のやり直しが必要になるかどうか、またその場合の費用が検討されるべきである。⁽⁷⁰⁾

六 むすびにかえて

(a) まとめ

本稿の主張は、以下の二点にまとめられる。①建築基準法三条二項の「現に建築工事中の建築物」概念を「『工事の着手』以降」と置き換える必然性は必ずしもない ②どの段階をもって「現に建築工事中」とするかは、財産権の現存保障を中心として既存不適格制度を理解する立場から、建築主の損害と規制によって達成される公益との比較衡量によって客観的に判断されるべきである。

(b) 「駆け込み規制」vs「駆け込み工事」？

(ア) 本件は、マンション建設をめぐり、自治体によるいわば「駆け込み規制」と建築主の「駆け込み工事」とが対立した事例であり、その中で建築基準法三条の二の既存不適格制度が、いわば「管制高地」的役割を果たすことになったものである。

この種の事例は、今後も少なからず生じることが予想される。本件の経緯がまさに示唆しているように、法的強制力を持ち得ない指導要綱や、性質上明確な数値的基準を持ち得ず、また、建築確認対象法令ともみなされていない景観条例のような「ソフト」な規制手法は、紛争が最終段階に至ってしまった場合、もはや効力をもち得ないからである。

本件の経緯を、抗告審は次のように総括する。

「右のような事実の経緯については、相手方Y1においては、本件土地の取得後、当時の法令の許容する範囲内で本件マンションの建築を計画したものの、高層建物の建築について、これにより日照被害を受ける者を含め、長年にわたって維持されてきた当該地域の景観の破壊を危惧した住民から強く抵抗を受け、国立市においても、建物の高さについて制限する旨条例を改正するに至ったのであり、相手方ら及び住民においては自らの利益を確保する行動をし、国立市においては、住民と当該地域のあるべき姿を維持するための行動として条例を改正したとみることができる」

本件条例を「狙い撃ち的」と批判しその無効を主張する建築主側に対して、抗告審は「経済活動や犯罪が従前予想しなかった態様により行われるとともに、これらを規制するための立法が後追的にされることは、常にあることで、異とすべきことではない」と答えた。あらゆる場合にそう言い切れるかは別にしても、まちづくりをめぐる自治立法に関しては、問題の認知から対処に至る動態的生成過程を重視する必要があると思われる。日本の都市において紛争以前に規範意識が存する例はむしろ稀であり、紛争による状況の変化に直面し、初めてそこでこれまでの黙示の「ルール」が

再認され、規範意識の生成へと向かうという流れがむしろ一般的なのではないだろうか。⁽⁷²⁾

(イ) しかしある意味で、本件国立市は、景観意識の高さと住民運動の伝統を有する上の「稀な例」に近い都市であつた。⁽⁷³⁾ 抗告審はそういういわば「生成途上の規範意識」を法的評価に取り入れようと試みている。

「(Y1は) 本件土地を購入するに当たり、当該地域が景観上も評価の高い地域であり、同所に高層マンションを建築するとすれば、住民の強い抵抗を受けることは十分知っていたか、又はこれを予想しながら、敢えてこれを取得し、本件マンションの建築を進めた。(Y1は)、本件土地を取得して初めて、当該地域の景観の特色を知ったかのように主張するが、当該地域が景観において優れたとされる地域であること、及び、方法や行動自体に異論があり得るとしても、当該地域においては、これまで、景観等の地域の住環境の保全のために住民が熱意を持って活動してきた実績があることは公知の事実に属し、(損保会社) が本件土地の再利用を断念した経緯があることも (Y1は) 知っていたと推認される」

建築関連法規上の建築可能性が存しても、地域性・住民の意識等の諸事情によつては、民事利益衡量のレベルにおいては、その建築可能性に十全の保障を与えないという解釈の可能性がここに示されている。⁽⁷⁴⁾ 民事差止訴訟の受忍限度の利益衡量判断において、「住民と誠実に話し合う義務」「手続的瑕疵」などを考慮する余地があることは、学説判例上も既に認められていることも踏まえれば、このような解釈は既存の枠組みに接合可能と思われる。⁽⁷⁵⁾

(ウ) さらに一步を進めて、このような要素を既存不適格という行政法的判断に当たっても、考慮に入れることは不可能であろうか。前述(一一〇頁)した「工事に至るまでの過程の正常性」という判断要素の中に組み入れることはありえないではないようにも思われる。⁽⁷⁶⁾

しかし民事法的規律の「繊細で状況反応的な制御」に対して行政法的規律は「包括的・持続的制御」に適していると(76)いう一般論はひとまずおくとしても、上のような評価的判断と、既存不適格を第一次的に判断するのが完了検査・中間検査を行う建築主事あるいは指定確認検査機関であることとのすりあわせが必要になるだろう。⁽⁷⁷⁾ これは、集団規定も含

む建築規制システムが裁量を排除する形で構成されているという日本の建築法規の基本的課題⁽⁷⁸⁾に関わる問題であるが、ここでは問題の指摘に止まらざるを得ない*。

- (1) 二〇〇〇年五月現在、以下のURLで全文が参照可能である。http://www.linkclub.or.jp/~erisa-25/kosakuin/warehouse/kunitati/kousaihanketu.htm http://www5a.biglobe.ne.jp:80/~mamoru_k/saiban/new_page_5.htm
- (2) 以下、同決定を単に「本件（抗告審）決定」、その原審決定を単に「原決定」と呼ぶことがある。
- (3) 日経アーキテクチュア二〇〇一年二月五日号八〇頁
- (4) 以下の記述は、本件決定・原決定における事実認定のほか、新聞記事（主に読売新聞東京版）、本件債権者サイドのホームページ（子ども達の教育環境を守る会（http://www5a.biglobe.ne.jp:80/~mamoru_k/index.htm）「東京海上跡地」から大学通りの環境を考える会（http://www.kangaerukai.com/）「国立市ホームページ」（http://www.n-net.ne.jp/~kunicity/）に依拠している。
- (5) 大学通りに歩道橋を設置するという東京都の一九七〇年決定は激しい反対運動を引き起こし、行政法研究者には周知の国立歩道橋決定（東京地決一九七〇・一〇・一四行集二二巻一〇号一八七頁、原田尚彦『訴えの利益』（一九七三、弘文堂）一二二頁以下。一連の判決につき、畠山武道・木佐茂男・古城誠編著『環境行政判例の総合的研究』北大図書刊行会、一九九五、二四三―二四八頁、大橋洋一・公害環境判例百選、一九九四、二〇〇―二〇一頁）など、いくつかの裁判例を産み出すこととなる。
- (6) しかし、一九九九年四月の国立市長選挙で、上記訴訟のリーダー格的存在であった現市長が当選したことから、国立市との間では和解協議が進行中である。
- (7) 参照、http://www2k.biglobe.ne.jp/~kensoken/ken112.html
- (8) http://www.n-net.ne.jp/~kunicity/htm/keil.html
- (9) 一橋大学以南の大学通り沿道のかなりの部分は第一種低層住居専用地域に指定されているが、同センターがあったため、既存不適格建築物を出さないという観点から、本件土地は第二種中高層住居専用地域とされていたようである。
- (10) この計画は後に高さ四四m一四階建てに変更される。
- (11) 前注（6）参照。
- (12) その後、勧告を経て、二〇〇〇年七月二七日に不服従事実の公表がなされている（国立市告示第一〇五号）。
- (13) なお本件では、東京都中高層建築物の建築にかかる紛争の予防と調整に関する条例との関係も問題になったが、この点について

ての記述は省略する。

- (14) 読売新聞一九九九年一月二五日。 <http://www.kangaerukai.com/shucho004241.html> によれば「五五人」。
- (15) 建築基準法六条①項によれば、建築確認の際適合性審査の対象となる法令は「建築基準関係規定」、即ち(ア)「この法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定」と(イ)「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」である。(イ)に属する法令が何かは、かつては通達で指定されているだけであったが、一九九八年建築法改正で政令事項(建築基準法施行令九条)とされている。
- (16) 建物の基礎を造るために、地面を掘り下げること。日本建築技術者指導センター編『新しい建築用語の手びき 増補(第八次)改訂版』霞ヶ関出版社、二〇〇一、二〇一頁。
- (17) 参照、前注『手引き』二六八頁。
- (18) 抗告審で、工事が既に二〇mを超す部分にかかっているため、「二〇mを超える部分の撤去」に変更された。
- (19) 二〇〇〇年二月二四日には、Y1が、本件地区計画及び本件建築物制限条例の一部無効確認を請求する訴訟を提起している(読売新聞二〇〇〇年二月二五日)。
- (20) その際原決定は、「ある建築物が周辺の他の建築物に対して日影を生じさせ一定程度の日照被害を与えている場合であっても、その地域において適用されている日影規制に基づいて算出された日影時間が右規制の許容する範囲内のものであれば、特段の事情が存在しない限り、右日影による日照被害は受忍限度の範囲内にあり、私法上も適法と解すべきである」と述べている。
- (21) X1らが主張した環境・景観阻害等については、抗告審は、それらが個々の住民の利益というより地域社会全体の利益であることから、国・地方自治体による法令制定と行政を通じて維持されるべきものであって、「私人間に偶発的に発生する紛争の解決を通じては、有効かつ適切に維持されるとは解されない」と論じ、裁判規範となる立法が存しない現状では、環境・景観に対する住民の利益は『本件マンションの建築を差し止める根拠(被保全権利の発生原因事実)』とはなりえないと解すべきである』としている。
- (22) 前述のように本件決定は、(ア)本件マンションの建築基準法・建築物制限条例違反を認定しつつ(イ)受忍限度を超える被害の存在を否定して請求を退けている点でも、理論的に興味深い論点を提示している。本稿の対象から離れるので詳しい分析は割愛せざるを得ないが、本件決定は、一般的な枠組み(参照、最判一九九四年三月二四日判時一五〇一号九六頁)に従い、(イ)の受忍限度判断の「一つの重要な要素」として(ア)公法法規への適合・不適合を認定していると考えられる(参照、名古屋地決一九九七年二月二一日判時一六三二七二頁、金子正史「行政判例研究」自治研究七五巻三号九七頁(一一〇頁))。しかも本件の場合、受忍限度をめぐる両当事者の利益衡量にあたり、「高さ二〇mを超える部分の住戸が販売できないことに伴う売上減少」を考慮しないという形で、建築基準法三条二項該当性が判断手法に明確な影響を及ぼしている点が興味深い。

- (23) 参照、<http://www.kangaerukai.com>
- (24) 建築基準法三条二項の適用にあたり、本件マンションの四棟を別々に考察するか一体的に考察するかという点も争われたが、この点については割愛する。
- (25) 建設省住宅局監修『詳解建築基準法（改訂版）』（ぎょうせい、一九九一）九〇九頁。
- (26) 阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策(1)」自治研究六八巻七号一頁（八頁）、阿部泰隆『行政の法システム(下)』（有斐閣、一九九七）七四四頁。
- (27) 荒秀編『新建築基準法五〇講』（有斐閣、一九九四。以下『五〇講』）三二頁（金子正史執筆）、荒編『建築法規入門』（有斐閣ビジネス、一九九五）一九九頁（佐藤淳一）、荒編『建築基準法入門』（青林書院、一九八〇、以下『入門』）七六頁（荒）。
- (28) 以下については既に、角松「演習行政法」法学教室二〇〇一年六月号一二三頁で少し触れた。
- (29) 田中二郎『新版行政法(上)』（弘文堂、一九七四）六六頁。塩野宏『行政法Ⅰ（第二版増補）』（有斐閣、一九九九）五三頁（法治国原理に根拠を求める）、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、一九八三）一〇二頁（条理法に根拠を求める）。
- (30) 安本典夫「防災まちづくりと既存不適格建築物の扱い」法時六七巻九号四一頁以下（四三頁）。「過去の事実」と「継続的な事実」という区別を示すものとして、阿部・前掲注(26)、七四〇頁以下。
- (31) 加えて、「現に工事中の建築物」については、残工事自体を「継続的行為」とみなす余地がある。
- (32) 建設省住宅局内建築基準法研究会編『建築基準法質疑応答集』（以下、『質疑応答集』）（第一法規（加除式）一九八九）、三六五頁は、建築基準法三条二項について「法律の一般の不遡及原則に単純に従ったのではなく、より実質的な理由に基づいて規定されたと思われるべきである」とする。
- (33) 島田信次／関哲夫『建築基準法体系（新版）』（酒井書店、一九八五、以下『体系』（同書のより新しい版は入手し得なかった）七五頁（関執筆）。『質疑応答集』（前注32）三六六頁は、「憲法第二十九条（財産権に関する規定）上の制約はあるものの、ポリシー（政策）の問題」と述べる。
- (34) 塩野・前注(29)、五三頁。
- (35) 『質疑応答集』（前注(32)）三六五頁は、制定前のものにも適用した場合、建築関係基準改正にあたり「法の実効性確保の要請から既存の建築物の現況がブレーキとなって十分に建築物の安全性を確保できない内容にとどまらざるを得なかったり、いつまでも望ましい都市づくりができない結果にならざるを得ないことにもなりかねず、知見の蓄積等による建築物の安全性の確保を図りにくい」という興味深い観点を付加している。
- (36) 他方で、財産権を過度に優先して、生命・健康上の危険を放置することも、国家の基本権保護義務に反し、憲法上許されない

と考えられる。

(37) 参照、石川健治「空間と財産」公法研究五九号三〇六頁及び三一八頁。ただし、既存不適格建築物への適用除外を「かつて一度は許容された建築確認の法的効果の一部」と説明することは、工事完了とともに建築確認の法的効果が消滅するという最高裁の理解に立つ限り（最判一九八四年一〇月二六日民集三八卷一〇号一一六四頁）、そもそもできないことになる。現存保障について参照、角松「経済的自由権」安藤高行編『憲法II』（法律文化社、二〇〇二）二二二頁以下。

(38) 『質疑応答集』（前注(32)）三六二頁、荒・『五〇講』（前注(27)）、三三頁。

(39) 逆に既得権保護を拡大する形の規律であれば、施行時の調整によつて、少なくとも実質的に可能ではある。

(40) 前注(2)日経アーキテクチュア二〇〇一年二月五日号八二頁。

(41) 関哲夫「建築制限の適用除外―『工事の着手』の意義」『建築基準法の基本問題』（ぎょうせい、一九七九（同書新訂版は入手し得なかった）一四〇頁）。同趣旨、『体系』（前注(33)九五頁注2（関執筆）。（但し後注(46)（64）及び該当本文参照）。なお、関哲夫氏は本件でY1の代理人を務めておられる。

(42) 『入門』（前注(27)）七七頁（荒執筆）。

(43) 『五〇講』（前注(27)）三四頁（金子正史執筆）。

(44) 後注(59)。

(45) 前注(3)は、東京都、横浜市の見解を紹介する。

(46) 『体系』（前注(33)九五頁注2。ここでは「基礎工事がある程度進行していることを要する」とあるが、「基礎工事」が何をさすかは必ずしも明らかではない。

(47) 『基本問題』（前注(41)）一四二頁。①根切工事②杭、シートパイルの打設③現場以外の場所における、他の現場に転用できない木材の刻み・鉄材の資材加工作業の実施のいずれかが「相当程度進捗していることを要する」とされている。また、前掲『質疑応答集』三六七頁も根切り工事または基礎杭打ち工事の「進行」という語を用いている。

(48) 『基本問題』（前注(41)）一四二頁。荒秀／関哲夫編『建築基準法の諸問題』（勁草書房、一九八四）四六頁は「現実には杭とかシートパイルを二・三本打つて、そこで着工があったとして止めてしまう例がかなり見られ、これを着工として取扱うか、すなわち新規定の適用の除外を認めるかどうか、しばしば問題になっています」（関発言）と指摘されている。

(49) 引用部から既に判断できるように抗告審のこの判示は明らかに傍論であるが、原審は、建築基準法三条二項の適用がないため「人格権侵害」は排除されないという論理をとっているため、全くの傍論とまでは言い切れない。

(50) 『体系』（前注(32)九五頁注(2)では、「『工事の着手』（同条三項三号）以降の段階」という表現が用いられている。

(51) 『入門』（前注(27)四〇頁は、建築確認の箇所において、「着手時期」を検討し、「単なるブルドーザー等による整地や予定敷地の地耐力試験実施のための土地の掘削だけでは足りない」と解されており、基礎工事に着手した時と見るのが妥当と思われる。ある地方公共団体は根切工事またはシートパイルの打設を着手と認めています」と述べている。

(52) 参照、前述一〇四頁。

(53) 山本隆司「最判一九九三年九月一〇日（民集四七巻七号四九五五頁）評釈」法協一一二巻九号一二九四頁（一三〇二頁）。ここであげられている「違法状態を是正する費用」とは、建築主の側の費用と行政や地域社会の費用の双方がありうると考えられる。

(54) 荒秀／関哲夫編『建築基準法の諸問題』（勁草書房、一九八四）一二頁（小宮発言）。

(55) 一九五九年三月三日参議院建設委員会において、稗田治建設省住宅局長は、「分割確認」と「事前着工」をめぐる議論の中で、「現在におきまして、工事をする場合に、根切りをするとか、あるいは山どめ等の工事をするというのは、建築工事そのものの工事というようには取り扱っていないわけでございます。従いまして確認前におきまして、基礎のために地面を掘るといようなことができるように取り扱っておるわけでございます」（会議録第一三三号。参照、<http://kokkai.ndl.go.jp>）と述べている。この答弁は「建築行政の常識」が少なくとも不変のものではなかったことを物語るものであるが、今日では、建築確認の時期に関する限り、本文に述べたように、採りえない内容の答弁と言わざるを得ないであろう。

(56) 『基本問題』（前注(41)一四二頁）。

(57) 大橋洋一「建築規制の実効性確保」『対話型行政法学の創造』（弘文堂、一九九九）一九六頁（二〇二頁）。

(58) 一つの可能性として、「工事に至るまでの過程の正常性」（前述一一〇頁）の判断要素として、建築確認取得の有無を組み入れることも考えられる。なお参照、後注(66)。

(59) 二〇〇〇年四月一四日、末松義規議員質問に対する那珂正建設省住宅局長答弁。第一四七回国会衆議院建設委員会会議録第九号（参照、<http://kokkai.ndl.go.jp>）前注(3)日経アーキテクチュア八二頁では、この国会答弁と並んで、東京都・横浜市が同様の見解をとっていることを紹介している。

(60) なお、杭打ち工事の要否は、建築工事の実態に応じて異なるようである。

(61) この判断基準を明示した通達・処理基準等はないようである。但し、一九六六年三月一七日建設省住宅局建築指導課長回答（住指発第八三号）は、「地耐力試験実施のために土地を掘削するのみでは、未だ建築基準法にいう建築工事の着手に該当しないと述べている。

(62) 別の箇所では「根切り工事・山留め工事、ウエル工事、ケーソン工事その他の基礎工事または基礎杭の打設の開始の時」（三七五）と述べている。

(63) 『質疑応答集』(前注(32)) 三六七頁、『基本問題』(前注(41)) 一四〇頁、『体系』(前注(32)) 九五頁注(2)(ただし、これら文献の「進行」の解釈が微妙であることについて、前掲一〇八頁)。

(64) 『体系』(前注(32)) 九五頁注(2)。

(65) 日本建築士会連合会『建築基準法解説』(二九九〇) 五九頁によると、全国建築行政連絡会議(全国の特定行政庁の建築行政担当者の全国会議)が一九六九年に「着工」について次のような見解を示している。「建築の着工とは、基礎工事着手(修祓式、縄張り、整地、根切、捨てコンを含まず、杭打ち、フッティングを含む。着工届とは無関係)」「工事着手とは杭打工事を以て、また杭を用いない場合は基礎工事の配筋を以て着手とみなす」(昭四四全建行連発四号、昭四四全建行連発七号)。ただし、前記会議は今日現存せず(国土交通省住宅局建築指導課への照会)、これら文書も入手し得なかった。

(66) 原決定のもう一つの特徴として、三条二項の適用に「建築確認処分取得」を要求している点があげられる。その理由は「建築確認処分を取得するには前記のような相当程度の準備を行っていないから、ただ新法適用を免れるためだけに、何ら工事に向けた準備もしておらず、その意味で本来に建築工事を行い得るのか否か不確定なまま、土地を少し掘削しさえすれば、新法の適用を免れ得るといような脱法行為を封じることができるといえるからである」とされる。興味深い見解であるが、三条二項の文理との関係が問題になり、むしろ「工事に至るまでの過程全体の正常性」の枠組みの一要素として建築確認を問題にする方が筋がいいように思われる。なお参照、前注(58)。

(67) 建築基準法二条一号は、建築物を「土地に定着する工作物のうち、屋根及び柱若しくは壁を有するもの」等と定義するが、屋根・柱・壁を備える段階にならなければ「現に工事中の建築物」といえないということは常識的理解に反するし、債権者もそのような主張を行うものではないようである。

(68) また、建築確認処分取得を前提としてではあれ、原決定がいう「何らかの建築工事」という基準はあまりに曖昧で、かえって予測可能性を害するおそれがある。

(69) 「社会通念上客観的に建築意思が動かしえないとみられる物理的状況が発生した段階を着手時期とみるべき」(荒編『入門』(前注(27)) 四〇頁)という見解があるが、一般的に言えば主観的な「建築意思」よりも、客観的な利益衡量を重視すべきと思われる(参照、関『基本問題』(前注(41)) 一四一頁)。特に、現存保障の観点から既存不適格を理解する本稿の見解からすれば「意思」を問題にする余地は小さい。ただし上の見解は、「物理的状況に反映された建築計画の確定性(変更困難性)」を問題にするものとも考えられ、そうであれば本文に述べたところと基本線において相違ないともいえる。

(70) 「現に建築工事中の建築物」(三条二項)と、緊急工事停止命令の対象たる「建築、修繕又は模様替えの建築物」(九条一〇項)との関係も問題になりうる。仮に前者に「根切り工事」段階を含めない解釈をとり、両概念を同義に解したとすると、根切り工事

段階で緊急工事停止命令を発することはできなくなる。両概念を同義に解する必然性は必ずしもないようにも思われるが、仮にそのばあいでも、根切り工事段階で緊急工事停止命令が出せないことの弊害はさほど大きいものではないであろう。

(71) 抗告審は、「狙い撃ち」故に条例の効力が問題になることをおおよそ想定していないように思われるが、建築主に対する（建築計画に対してではなく）シカーネ的意図で制定されたような場合は、問題とする余地があるのではないだろうか。

(72) 詳しくは角松「自治立法による土地利用規制の再検討―メニユー主義と『認知的・試行的先導性』」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ』（東京大学出版会、二〇〇一）三三二頁以下（三四〇―三四二頁、三四八頁注56）。

(73) それでも本件のような紛争とならざるを得なかったことが、問題の深刻さを物語っているといえよう。

(74) もっともそれは、本件では全くの傍論にとどまっている。

(75) 大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（八・完）」法協一〇七巻四号五一七頁以下（五七六―五七七頁）。但し、大塚「生活妨害の差止に関する裁判例の分析（四・完）」判タ六五〇号四三頁は、消極的侵害では手続的瑕疵は判例で「問題にされることが稀」とする。

(76) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇）三三二―三三四頁。

(77) 但し、上述（一一〇頁）のように、現在の実務上の取り扱いでも、評価的視点を完全に排除できるかどうか疑問である。

(78) さまざまな面からの問題点の指摘として、荒秀『建築基準法論Ⅱ』（ぎょうせい、一九八七）一三頁以下、五十嵐敬喜『都市法』（ぎょうせい、一九八七）三三頁以下、九一頁以下、原田純孝『日本型』都市法の形成』日本の都市法Ⅰ（東京大学出版会、二〇〇一）四〇頁以下。

*Xらの代理人白井徹弁護士より、本件決定・原決定を送付頂いた。また、都市法研究会（東京大学社会科学研究所、二〇〇一年三月一〇日）における筆者報告に対するコメント（秋山靖浩氏）と議論、そして「街づくり工作員ML」（<http://www.linkclub.or.jp/~erisa-25/kosakuin/index.htm>）における教示、長谷川貴陽史氏の個人的教示に感謝を表する次第である。