

平成20年（行ウ）第9号 建築確認処分取消請求事件

原告 佐藤 上 外5名

被告 熊本市

## 準備書面（7）

平成21年3月27日

熊本地方裁判所民事第2部合議B係 御中

〒861-2105 熊本市秋津町秋田3442-40

(送達場所) 原告 佐藤 上

電話 096-365-6218

FAX 096-365-6218

mail noboru@laketown.pc-door.com

同 \* \* \* \*

同 \* \* \* \*

同 \* \* \* \*

同 \* \* \* \*

同 \* \* \* \*

第1 被告第3準備書面への反論を述べ、第2 原告らの主張を補足する。

第1 被告第3準備書面への反論

1 当初建築確認と本件建築確認の処分の関連性について

被告は、原告らが本件建物の「焼鳥屋」部分から受ける環境被害を原告適格（を主張するについて）の理由に挙げ、「中華料理店」について何も主張をしていな

いから本訴えは不適法であり、また当初建築確認は出訴期間が徒過していると主張している。そもそも、本訴えに係る建築確認は、本件建物である「\*\*\*\*\*」を一処分事項としてなされているもので、原告らは、法律上保護されるべき利益として、同建物内の焼鳥屋部分からの環境被害を被らないことのみを挙げて主張しているのではないし、既に存在していない事項についての出訴期間の概念は実体もなく論じるべき根拠がない。しかしそれはさておき、まず、被告第3準備書面で「建築変更確認は当初建築確認全体を消滅させるものではない。」との、一建築物の建築確認に係る複数の処分が併立している旨の、行政としての公式な法律解釈が審査請求及び本訴えを通じて初めて明らかにされた。まさに、原告らと被告の間の重要な法律解釈の真っ向からの対立が浮彫りになるものであるから、原告らの本案前を含む本訴えのすべての主張の基礎でもある、建築主事のなす当該建築物の（原）建築確認と、工事途中における計画変更に伴う建築変更確認の処分の関連性、そして、被告が反論している同建築確認と原告らの原告適格の関係等について、次に改めて原告らの見解をまとめ、本訴えの適法性を主張する。

- (1) 被告は、熊本市の都市計画・建築行政をなす自治事務のプロとして信じがたいほど、最も基本的な法律解釈の誤りを犯している。訴状にも挙げたが、本件建物は建築基準法第6条1項により、訴外会社建築主（以下、「建築主」という。）が飲食店建物の全体構造による当初の建築計画を提出して建築確認申請をし、同条4項により、建築主事は当初建築確認（市建第180\*\*\*号）をなした。そして、根切り工事を出発点とする本件建物の建築工事が始まったのであるが、その工事途中において、建築主は建物内部の厨房ほかの構造の計画変更による建築変更確認申請をし、建築主事は建築変更確認（市建第180\*\*\*-1号。以下、「変更確認-1」という。）をなし、これによって建築工事が進められた。さらにその後、建築主は建物内部のテナント部分の計画変更による建築変更確認申請をし、建築主事は本件である建築変更確認（市建第180\*\*\*-2号。以下、

「変更確認－２」という。)をなし、これによって建築工事が進められた。このような「テナント誓約付確認処分」の手法は、訴状で挙げたとおり、被告が用いているものである(建築審査会裁決書。甲第10号証, 5枚目11行目)。同法第7条各項に基づき、建築主は建築工事が完了すると、4日以内に建築主事に届出て、完了検査を申請しなければならないが、未だ同届出はなく、建築主事による完了検査は実施されておらず、検査済証は交付されていない。したがって、本件建物は工事開始から3年近くを経ても依然工事途中にあり、建築主は残りの建物内部テナント部分の建築計画が決まれば、建築変更確認申請をし、建築主事の建築変更確認(「変更確認－３」)を得た上でさらに工事を進める心算のようである。つまり、建築物内部の複数の部分個別に各々建築確認がなされるものではなく、「一敷地一建築物」との建築基準法の原則(同法施行令第1条1項)に基づき、飲食店用途である本件建物を一処分事項として建築確認がなされているものである。現在の建築工事は「変更確認－２」である本件建築確認(市建第180\*\*\*-2号)の法的効果に基づくものであることは疑うべくもないが、これについて次の(2)以降に詳しく述べる。

(2) ところで、建築物の建築工事に先立ち、建築主事の建築確認が必須であることは論を待たないが、最高裁判決は、「建築確認は、…当該建築物の計画が建築関係規定に適合していることを公権的に判断する行為であって、それを受けなければ右工事ができないという法的効果が付与されており、建築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目的としている。」としている(最二小判昭和59年10月26日・民集38巻10号1169頁。以下、「昭和59年最高裁判決」という。)。この判決は、建築工事完了後に建築確認の取消しを求めた場合の原告の訴えの利益の有無について下された最初の有名な判決であるが、建築確認という処分の性格をも実に簡明に表している。具体的には、建築基準法第6条1項において、建築主は、一定の建築物を建築しようとする場合には、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、とし、確認を受けた建築物の計画の変更をして、建築物を建築しようとする場合も、同様とする、と定めている。つまり、確認を受けた建築物の計画の変更をして、建築物を建築しようとする場合も、当初の建築の計画の場合と同様に取扱うものとしているから、同定めは、確認を受けた建築物の計画の変更がある場合には、建築主は、工事に着手する前に、変更に係る建築物の建築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、改めて、建築主事の確認を受けることを義務付けているものである。このような文言の意味するところ及び定め趣旨に照らすと、同条項は、当初の建築物の計画についての確認の効力がそのまま存続することを前提として、その変更部分についてのみ、建築主事の確認を受ければ足りる、としているものではなく、変更に係る建築物の建築計画の全体について、建築主事の確認を受けることを義務付けているものである。したがって、建築主事の側からすると、建築変更確認は、原建築確認が有効であることを前提として、変更に係る部分についてのみ、これが建築基準関係規定等に適合することを確認するものではなく、変更に係る部分以外の部分を含む変更後の「新建築計画」全体について、改めて建築基準関係規定に適合するか否かを判断し、適合すると判断した場合には、既になされた建築確認を変更、更新する処分であるから、建築変更確認がなされると、これにより既存の原建築確認は取消され、消滅することになると解される。すなわち本件では、当初建築確認は「変更確認－１」により既に消滅しており、「変更確認－１」は「変更確認－２」により既に消滅しており、この「変更確認－２」である本件建築確認（市建第１８０\*\*\*－２号）が本件建物の建築工事の法的根拠に係る唯一の建築確認の処分である。なお、建築確認の有効性については、判例によれば、「完了検査が終わり検査済証が交付されると、建築確認の取消の訴えの利益がなくなる。」ことから、建築確認済証が交付されてから、次の建築主事による処分である工事完了の検査済証または、新たな建築確認として建築変更の確認済証が交付されるまでの間であると解される。

(3) 右の解釈は、一般的な建築主事のなす建築確認と建築変更確認の関連性として判例の中でもよく示されているが（(6)で判例を提示する。）、建築確認は、昭和59年最高裁判決のように、建築主事が審査をした時点における、建築確認に係る建築計画が建築基準関係規定に適合しているとの行政庁の判断の表示であり、建築確認の処分を得た者は、当該建築物の工事をすることができるが、これはその者に対し、法が特に与えた法定効果である。そして、新たに建築変更確認がなされた後においては、原建築確認はいわば過去の歴史上の事実に過ぎないこととなり、原建築確認に基づく建築物を適法に建築することができるという法的効果は失われる。なぜなら、原建築確認と建築変更確認とは同一行政庁による同一事項についての処分であるから、行政法の一般論として、先行処分である原建築確認の内容と法的効果は、後行処分である建築変更確認によって取消されたとみるのが自然かつ相当であるからである。また、実質的にみても、仮に原建築確認の法定効果としての建築工事の自由が、建築変更確認の法的効果としての建築工事の自由によっても、消滅せずに併立するものとする、両者の自由の行使による建築物の内容が互いに矛盾抵触し、收拾がつかなくなるからである。このように結局、建築変更確認は、新規の建築計画に基づく新規の建築確認の処分と同義である。ちなみに、被告から本件建物に係る複数の建築確認申請調査票が提示されたが（乙第8号証の1～同証の6）、このどれが真に法的効果のあるものなのであろうか。（はからずも、本件処分をなした被告自身はその誤った解釈によって、既に自己矛盾に陥っているが、これは次の2（3）で述べる。）。ごく簡単にたとえると、普通自動車免許所持者が大型自動車免許試験に合格すれば、その者には新しい運転免許証が手交され、従来の運転免許証は返納、廃棄されるのと同じであり、パソコンのソフトウェアをアップデートすれば、古いプログラム部分は自動的に削除されるのと同じ理屈である。

(4) わけても、本件のような開発区域における新築建築物に係る建築確認の場合は、原告ら準備書面（3）5頁5行目～18行目で述べているように、秋津レークタ

ウンという住居用地造成のための大規模開発を許可するに当たり、都市計画法第33条に基づく予定建築物の用途、敷地の規模、配置等に総合的な検討が加えられ、同条各項及び関係法令の定める技術基準、技術細目によって道路、排水、公園等の公共施設及び周辺地域住民の生活の為の教育、病院、購買等の公益的施設が適正に設計・配置されている。特に加えて、市街化調整区域では同法第34条各号に該当する開発行為でなければ開発許可がなされない等（秋津レークタウンは同条10号イに該当する。）、厳しく制限されている。このような開発区域で開発工事の完了後、開発許可に係る予定建築物以外の建築物が立地されると、開発許可制度による規制の効果が著しく失われるので、建築確認の申請がある毎に、当初の計画部分及び計画変更部分を含めた「新建築計画」についてこれを総合的に、建築主事が改めて審査することとしているものとも解される。すなわち建築主事は、当初建築確認に際して、建築基準関係規定である都市計画法第29条1項、第35条の2第1項、第41条2項、第42条または第43条1項への適合性を実質的に確認審査する必要があるのみならず、建築変更確認に際しても、同じく何れの審査も省略することはできず、当然、土地用途の適合性についても、改めて適法に厳正に審査をすることが求められているのである。（しかるに、被告は「すなわち、変更確認処分という制度においては、建築主事は変更に係る部分についてのみ審査すれば足り、改めて建物全体に係る審査をやり直すことまでは求められていない。」〔被告第3準備書面2頁下から10行目〕、とし、また「すべての項目について改めて確認を下ろし直すことを法は要請していないというべきである。」〔同書面3頁1行目〕、と主張しているのであるから、原告らの主張のとおり、被告が本件建物の土地用途の適合性について、確認の審査をしていないことはあまりに明白である。）

- (5) 建築確認という行政処分が、行政不服審査法における審査請求、及び行政事件訴訟法における抗告訴訟の対象になり立ち、原告らが右に縷々主張しているように、建築確認は一建築物を一処分事項としてなされるものであるから、原告らが

本訴えを提起する時点で当該建築物に対して法的効果を与える唯一の処分，すなわち，本件建築確認を対象に，原告らの自己の法律上の利益に係る違法事由を挙げ，これを取消すことを裁判所に求めることは適法である。そして，裁判所が原告適格を判断するに当たり，「生命，健康，財産を阻害されるおそれがあることを理由として建築確認処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有するというためには，その者の生命，健康，財産が本件建物の建築によって直接阻害され，又はそのおそれがあるという関係があることをもって足り」るのであるから（最三小判平成14年1月22日・民集56巻1号46頁ほか。原告ら準備書面〔1〕20頁最下行～21頁8行目），原告らが原告適格を主張するについての理由の一つとして，当該建築物が原因で発生していることが明白な鶏肉等肉類の焼ける臭気，油煙，深夜の嬌声等の騒音，及びこれらによる通風の阻害，安眠，健康の阻害等を挙げるのは何ら不適法ではない。被告の反論はつまるところ，「環境被害を出している焼鳥屋部分を理由に原告らが訴えるのは手遅れ」との趣旨であろうが，同環境被害を挙げるについての「出訴期間」や被害の期限のような概念は実体がなく，論じるべき根拠がない。建築確認の法律解釈を誤っており，被告の主張は失当である。原告らは，本件建物の建築工事が完了するまでの間に，当該工事的法的根拠に係る建築確認の処分の取消を求める訴えを，適法な手続きにより提起することができる。また，建築工事が3年近く経ても完了していないのは原告らの所為でもなく，原建築確認と建築変更確認の間隔が長くなり，一方で現実に焼鳥屋の営業を始めさせ，新規テナントのために建築計画の変更確認申請があつたら，建築主事も，個々の飲食店部分を個々の建築物と捉えて扱うような誤解を生じやすくなるであろう。しかし，何時完了するとも知れず続く建築工事途中の，仮使用による焼鳥屋が元で不断の環境被害を受ける周辺住民が，既に消滅して存在しない建築確認を対象にしか訴えを提起できなかつたとするなら，著しく法的公平を欠くと言わざるを得ない。次に右主張を補強する。

① 一般的には，建築確認がなされてすぐ後に，処分の直接の当事者でない周辺住

民が環境被害等を予測して自らの原告適格を確認し、急ぎ審査請求、訴えの提起がされ、審理の上判決が下される、というケースが多いが、本件は建築工事が長期間になっているため、原告らが環境被害等を実体験しつつ、その原因となる建築物の違法な建築確認の取消を裁判所に求めるという、特殊なケースであると考えられる。しかし、このような事態に至ったことは原告らの責任ではない。

② 被告が提示した、建築確認申請調査票等（乙第8号証の1～同証の6）でも明らかのように、被告の建築確認の審査は飲食店建物全体を対象としており（建築面積は当初建築確認時＝396.06㎡、「変更確認－1」時＝403.80㎡、「変更確認－2」時＝407.28㎡に増えた。）、建築工事の順序でたまたま焼鳥屋部分が最初になったというだけで、当初建築確認が焼鳥屋に特定してなされたものとは言えないし、そのような法のシステムにはなっていないことは明白である。被告でさえ、本件建物について元々飲食店の業種・業態は把握していないし、関知していないのである。

③ 原建築確認は建築変更確認によって更新されるものであるから、当初建築確認における建築主事の土地用途の適合性を含めた都市計画法に係る審査についての瑕疵は、改めて実質審査をしない限り治癒されることはなく、本件建築確認の瑕疵として承継されているものと解される。

④ 原告らが、中華料理店からの環境被害について述べていないのは、本件建物の一部分からは顕著な臭気等の発生はない、という状況、現象の一側面に過ぎない。繰り返すが、本件建築確認は一建築物に対する処分であり、焼鳥屋部分、または中華料理店部分のどちらにも対象を特定されたものではない。

(6)（判例について）最高裁判所のホームページの判例検索システムを活用し、「建築確認・変更確認」等をキーワードに調べると、容易に次の近年の7件の行政訴訟判決を閲覧できる。これらの判例で示されているのは、原告らが主張するように、「原建築確認は建築変更確認によって更新される。原建築確認は消滅する。」ということに尽きるのである（代表的な判例、甲第73号証及び甲第74号証）。

建築主事のなす当初建築確認とそれに次ぐ本件変更確認との関連性についての法律解釈は、既に原告らの主張のとおり確定しているものと解される。

参考 1 : (当初建築確認と建築変更確認の関連性に係る判例)

㉑ << 裁決取消等請求事件 >> (控訴審=甲第 7 3 号証)

平成 17 年 12 月 16 日 東京地裁 平成 17 年 (行ウ) 第 45 号 原審  
平成 18 年 5 月 11 日 東京高裁 平成 18 年 (行コ) 第 18 号 控訴審

㉒ << 建築確認処分取消請求事件 >>

平成 18 年 9 月 29 日 東京地裁 平成 17 年 (行ウ) 第 323 号等

㉓ << 建築確認処分取消請求事件 >> (控訴審=甲第 7 4 号証)

平成 18 年 11 月 22 日 横浜地裁 平成 14 年 (行ウ) 第 16 号 原審  
平成 19 年 8 月 29 日 東京高裁 平成 19 年 (行コ) 第 1 号 控訴審

㉔ << 建築確認処分取消請求事件 (甲事件),

訴えの追加的併合申立事件 (乙事件) >> (参考 2 : 参照)

平成 19 年 1 月 16 日 東京地裁 平成 17 年 (行ウ) 第 620 号等

㉕ << 建築確認処分取消請求事件 >>

平成 19 年 9 月 27 日 東京地裁 平成 18 年 (行ウ) 第 482 号

参考 2 : 右 ㉔ の事件の判決について、原告らが主張するものと趣旨  
が同じである該当部分の抜粋を次に掲げる。

イ まず、建築基準法 6 条 1 項、6 条の 2 第 1 項は、建築主事又は指定確認  
検査機関 (以下「建築主事等」という。) による確認を受けた建築物の計  
画変更をして建築物を建築しようとする場合、建築主は、変更に係る計画  
について建築主事等の確認を受けなければならないと規定するところ、建  
築確認変更処分は、既にされた建築確認処分を前提とするものではあるが、  
建築主事等としては、建築確認変更処分をするに当たり、既にされた建築  
確認処分が建築基準法令の規定等に適合するものであることを所与の前提  
として、変更に係る部分についてだけ、建築基準法令の規定等に適合する

か否かを判断するものではなく、変更に係る部分及びその余の部分の全体につき、改めて建築基準法令の規定等に適合するか否かを判断し、適合すると判断した場合に既にされた建築確認処分を変更することになるのであるから、新たな行政処分である建築確認変更処分がされると、これにより既にされていた建築確認処分は取り消され、消滅することになると解するのが相当である。

したがって、本件では、①本件変更処分1により本件確認処分は取り消されて消滅し、②本件変更処分2により本件変更処分1は取り消されて消滅し、③本件変更処分3により本件変更処分2は取り消されて消滅したことになる。

ウ …… 略 ……

エ 上記説示したところによれば、甲事件及び乙事件の各訴えは、審査請求に対する裁決を経ていないために不合法ということはできない。ただし、上記イで述べたとおり、本件変更処分1及び本件変更処分2は既に取り消されて消滅したから、これらの処分に係る訴えは、その対象を欠き、不合法である。したがって、以下の争点に対する検討は、主に本件変更処分3について行う。…

## 2 被告の反論と法律解釈の誤りについて（被告第3準備書面2頁6行目2）

原告らの建築確認処分の法律解釈は、右1において主張しているとおりである。被告は、反論のまとめとして、「しかし、変更確認処分は、必ずしもそれによって変更を受ける当初の建築確認処分の全体を消滅させるものではないと解すべきである。」と主張するが、全体が消滅しないのであれば、それでは原建築確認のどの部分が消滅せず法的効果が残るものか、を証拠により明らかにできていない。工事途中の焼鳥屋は、当初建築確認か、「変更確認-1」か、それとも「変更確認-2」なのか、どの建築確認のどの部分によって、法的効果を得ているのであろうか。根拠が曖昧であるというほかない（判例によれば、これらの複数の

建築確認に対して訴えを提起しても、不適法として却下されることとなる。)。また被告は続いて、この反論の理由を(1)(2)(3)として挙げ、独自の論理を展開しているのです、次に各々反論しておく。

- (1) (提出資料の省略との関係) 建築基準法施行規則第1条の3の定める申請書及び添付図書は、これら提出すべき書類等について、つまり物理的な申請手続きについて示しているものであり、これは、原建築確認に係る部分の同資料等は、行政庁が既に保有しているものであるから、経済上、無駄を省くために提出を求められていないというだけのことである。建築変更確認の処分の際に、原建築確認の申請書等を過去の歴史的事実、経過を記録している資料として保存しておくのは行政庁として当然必要なことであろうが、同手続きは、建築主事が建築変更確認の審査に当たり、これら建築計画変更の余の部分について審査を省略し、あるいは疎かにしてもよい、ということを示しているものではないし、ほかにも同規則には審査の省略についての定めをみつけることはできない。
- (2) (建築確認の下ろし直し) 建築計画の変更は、当初の計画部分と計画変更部分を含めると、被告が言うような建築物の形態等が変動する可能性だけでなく、土地用途(建築基準法では建築物の用途)が変化することとなる場合もある。都市計画法第42条1項の適合性の審査は、申請のあった建築物が開発許可に係る予定建築物かどうか、同項ただし書許可を要するものであれば市長の同許可があったかどうか等の(原告ら準備書面〔6〕の予定建築物の基準についての主張のとおり)、厳正な審査を要するのであるから、用途が店舗であればその業種・業態をも把握しなければならず、被告の本案での主張のような、店舗あるいは飲食店というだけで実質審査を省略することはできない。確認申請があった「新建築計画」についてこれを総合的に、改めて審査することが法律上求められているのである。被告の主張では、当初建築確認において、計画の定まっていないテナント予定部分を含めて、すべてが「建築確認予約済」の約束手形を交付したもののよう解されるが、建築主事という建築のプロがなす建築確認の処分はそのようないい加

減なものであろう筈がない。(しかし事実、建築主・工事監督者はそのように誤解し、建築確認を得ずに違法工事を開始し、市民からの告発によって、市長から建築基準法第6条1項違反の「赤紙」警告を受けた。本件建物に係る当初からの設計者・工事監督業者を更迭し、改めて建築確認申請を提出させたのでもある[\*\*\*\*\*から\*\*\*\*\*へ変更。甲第10号証7枚目1行目、参加人の主張]。)

- (3) (建築物の工事中の仮使用の承認と建築確認との関連性) 原告らが 1 (3) で「被告自身が自己矛盾に陥っている。」と言うのは、この被告反論で(被告第3準備書面3頁4行目(3))、建築物の建築工事途中であっても、建築基準法第7条の6第1項1号の定めにより、「市長が安全上、防火上及び避難上支障がないと認めて仮使用の承認をしたとき。」には、当該建築物を使用することができることと、当該建築物の建築工事について法的効果を与えた建築確認、またはその後の建築変更確認との関連性において、行政として抜差しならぬほどの誤った解釈をしているからである。これらは、建築確認というものの基本的な法律解釈を誤っていることが元の問題であろう。本来、仮使用の承認をした市長が行政の運用をどうするかの問題であって、本訴えとは直接関係がないし、原告らには、原告ら自身が行政庁ではないので、建築物の工事中の仮使用の承認と、仮に同承認後に建築確認が取消された場合の行政庁が執り得る措置、及び当該建築物の去就について、案じたり解説をしなければならない責任はない。しかし、被告から、建築確認の取消によって、マンションの仮使用承認に係る部分の入居者が路頭に迷うような、およそ思いもつかないような発想の行政の主張がここでされているので(だからこそ、原告らはそのような事態が発生しないように、建築主事の専門性の高い、適法な建築確認の審査をすべきだと主張しているのである。)、素人が老婆心的ながら、若干の見解を次に加え述べておく。
- ① 昭和59年最高裁判決の論理は、次のとおりである。すなわち、(ア) 建築確認は、それを受けなければ建築工事をすることができないという法的効果が付与

されている（に過ぎない）。（イ）工事完了検査および違反是正命令は、建築物が建築確認どおりに建築されているか否かを基準とするものではなく、建築確認とは関係なく、建築物が建築基準関係規定の実体規定に適合しているか否かのみを基準として発せられる。したがって、（ウ）建築確認が存在しているとしても、検査済証の交付を拒否できるし、違反是正命令を発し得る。また、（エ）違反是正命令を発するか否かは、特定行政庁の裁量に委ねられている。（オ）建築確認が取消されたとしても、検査済証の交付を拒否し、違反是正命令を発すべき法的義務が生ずるわけでもない。

② 被告の主張する仮使用の承認という市長の行為を、右の最高裁判決の論理と、原告ら準備書面（１）で引用した最高裁藤島昭裁判官の意見との関連性で吟味考察すると、（ア）建築確認の存在・不存在は、仮使用承認の法律解釈において何ら障害にはならない。つまり建築確認は、被告が思込みをしているような、「仮使用の適法性を担保する前提条件になる。」わけではないし、（イ）「取消されると、マンション２階の入居者が使用停止、退去等の損害を被るおそれがある。」ことにもならない。（ウ）また、違反建築物、既存不適格建築物に対する、あるいは法令との不適合が生じた場合の是正命令は市長に権限があり、裁量に委ねられている（のではないかと）。…と思量するものである。しかしいずれにせよ、訴えを提起した原告らが案じなければならない課題ではない。

③ なお、被告が一貫して建築確認を「下ろす。」という表現をしているが、建築確認は純然たる行政による確認行為であり、結果、申請者に法的効果を付与するものであるとはいえ、許認可権限とは明らかに性格が異なるものである。

(4) また、工事完了後に建築基準法第7条5項の定めによる検査済証に当初の建築確認済証番号、建築変更確認済証番号を併記しているのは、被告が自身の判断でしていることであり、参照資料番号として、これらの歴史的事実があることは読み取れるものの、何らかの法的効果を有することを証するものではない。昭和59年最高裁判決の判示するとおり、建築主事の建築工事完了の検査済証の交付に

より、当該の建築確認済証の法的効果は消滅する。

### 3 原告適格についての反論について（被告第3準備書面5頁1行目 3）

(1) 原告適格の判断において、そもそもの受忍限度論は既に破綻している。第一種住居専用地域に隣接する、違法な建築確認によって建築された飲食店建物によって環境被害を受け、日常の保健衛生上不断の悪影響を受け、業務用大型火器使用及び外部に設置されたLPガスボンベ（バルク）による火災の危難のおそれなしとは言えず、本訴えで原告らが挙げた違法事由による違法な建築確認の処分がなければ損なわれることのなかった法律上の利益が損なわれ、またはそのおそれがあるから、原告らには訴えの利益がある。また、同環境被害によって、周辺住民である原告らの所有する不動産の価値は低減するので、財産上の保護を受けられるという利益を損ね、建築基準法第69条及びこれに基づく熊本市建築協定条例（昭和46年条例10号）に基づいて定められた秋津レークタウン建築協定を、行政が不法行為によって実質的に毀損している事実は（民法第709条）、建築協定の締結者、すなわち土地の所有者等の住民、原告らの建築協定の目的（同協定第1条）でうたっている利益である「住宅地の環境を高度に維持増進すること」が損なわれ、さらにこのことにより各々個別に所有する不動産の価値を低減せしめるものであるから、原告らには訴えの利益があり、原告適格を有すると言えるものである。

(2) 被告反論では（被告第3準備書面6頁下から7行目）、熊本市開発許可の基準等に関する条例第3条により、都市計画法第34条10号イによる開発区域の面積を5haと定めたことについて、「これを同号の趣旨と同一であるから、個別的な利益の保護の根拠とはならない。」としている。そして、そもそも「条例は、開発許可の条件を一定範囲で緩和する規定であって、これから『住環境の改善』の利益を保護する趣旨を読み取れる余地はない。」と主張する。地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律（「地方分権一括法」平成11年法律第87号）により、機関委任事務が廃止され都市計画法に基づく開発許可等の

権限は自治事務へ移ったことを契機として、条例は地方自治体独自の特色を生かした政策を進める牽引役を務めることができるようになった。原告らが主張しているように、地方自治体のある区域について、「居住環境の改善」を条件の一つとして開発区域の面積制限を緩和することができる、としているのであるから、行政をなす当事者から「開発後の快適な生活環境の確保については特段意図するものではない。」との主張は支離滅裂で失当である。幾度となく挙げてきた国土交通省の開発許可制度運用指針（甲第65号証20頁下から23行目（8））と照らしても、同条例が都市計画法第34条10号イに基づく大規模開発の「開発区域の特性にふさわしい良好な環境が将来にわたって保持されることを基本に」定められていることは疑うべくもなく、したがって、秋津レークタウンが法令により居住環境を保護された開発区域であり、この居住環境の保護は公益に吸収されるのみならず、違法な建築物によりその周辺の住民の環境が損なわれる場合は個別にこれも保護すべき利益として認められていると解される。

#### 4 本案主張に対する反論について（被告第3準備書面7頁13行目 第2）

被告の本案への主張は、ほとんど中身がないが、若干の反論を加える。

##### (1) ⑦ 「60条証明書」について

「60条証明書」の意義については、原告ら準備書面（6）に主張しているとおりである。確かに被告が主張するように、同証明書は形式要件であるが、だからと言っていい加減に扱っていいというものではない。申請書に添付しなければならないものである以上、添付がなければ行政手続法第7条により補正が必要である。被告は、同証明書に代わるものとして、建築確認申請事前調査報告書（甲第71号証）を用いているとしているが、■のチェックだけでは市長の判断・処理の事実は正確に伝わらない。建築確認の先行行為として市長の都市計画法上の適合性が審査されているかどうか、それに処分性があるかどうか、処分性がなければ建築主事が改めて実質審査をしなければならない、という関係がある（これは被告自身が主張していることである。甲第49号証）。「許可を要しない。」

という市長の判断には確定力、公定力がない。それでも建築主事は実質審査をしなかったのであるから、都市計画法に係る審査については「許可を要しない。」との判断について、誰も責任を持って判断をしたのではないこととなる。そうすると、被告が主張するような、「建築主事の判断を助け、都市計画担当行政庁等との連絡を密にする目的で設けられた」同報告書は何の役割も果たしていないことになる。原告らはこのことを指摘しているのである。いずれにせよ、最終責任は建築主事が建築確認の瑕疵として負うしかない。「外形的な審査で足りる。」というのは、審査をした市長が実質的審査をしたことが明白な場合であって、市長自身が「建築主事に審査権限がある。」とボールを建築主事に投げている以上、もう形式的、外形的では済まされなくなっているのである。建築確認の審査の違法性は免れない。原告ら準備書面（6）で挙げた平成17年2月23日横浜地裁判決（判例自治265号83頁。被告横須賀市は控訴せず確定）では、従来判例は、建築主事の審査が形式上に留まる以上、判決も実質判断には踏込めないものとされていたが（本件においても、熊本市建築審査会は判断の対象外であると裁決した。）、市長の先行判断の瑕疵が建築確認の取消事由になり得ることを論理的に説示しており、充分説得力のある納得のいく判決であると言える。

(2) ⑩「1号店舗」の主張について

都市計画法第34条1号に定める「1号店舗」は、被告がスーパーマーケット駐車場に本件建物を建築することの正当性を一貫して主張してきた根拠である。国土交通省の開発許可制度運用指針に下線まで入れて強調し（乙第12号証）、弁明してきたものである。裁判でのこの⑩での「焼き鳥店や中華料理店が『1号店舗』に該当することによって、都市計画法42条1項に違反しないと判断したわけではない。」との、虚偽の主張は戒められなければならない。原告らが、審査会での被告の主張を証拠として挙げるのは当然のことであり、行政がなした行為についてまるで異なる主張をすることは信義上考えられない。従来主張を翻すのであれば、そのように述べるべきである（甲第7号証1頁下から4行目～2

頁10行目。同3頁21行目～29行目。甲第38号証4頁16行目ほか多数)。

## 第2 原告らの主張の補足

### 1 原告らの法律上保護される利益（建築協定、財産の保護等）

原告らは、第13(1)で原告適格について、被告第3準備書面の主張に反論しているが、これは原告らの法律上保護される利益のうち、特に建築協定に関するもの及び財産の保護に関して、これまでの主張に追加、補充するものである。

### 2 建築協定に係る行政の信義則または公序良俗違反

被告が建築協定制度について、行政としてこれを推奨し、提案する立場を市民に明らかにしながら（「都市美観」パンフレット。甲第59号証）、これにしたがって住民らが締結した建築協定について、認可した被告自身が行政執行に当たって、これを軽視するばかりか、建築協定に違反する計画の建築確認の申請をした訴外会社建築主に対し、自治会長等の同意書の提出を指導をし、建築確認をなした行為は、行政たる被告と原告らの間の信義則または公序良俗違反である。

### 3 都市計画法第41条による建築物の形態制限について

原告らは、県知事の指定する建築制限（甲第3号証）は、都市計画法第41条に基づく建築物の（建ぺい率等の）形態制限と、同法第42条に関連して、開発許可に係る予定建築物を併記したものであると解するが、被告はこれを認めず、同法第79条による開発許可時の付加条件によると主張しているようである。しかし、同第79条は、条件を「附することができる。」との文言の意味するところ、開発行為の着手及び完了の予定期日、工事施工中の防災措置、開発行為の適正な施行の確保、その廃止等に関するものであり、工事完了後も効力を持つ附款とは解せない。（国土交通省開発許可制度運用指針。甲第65号証31頁33行目、Ⅲ-16 法第79条関係）また、同条は建築基準関係規定ではないから、建築主事の建築確認において審査されないこととなるが、それでは行政の公平性が保てないから（甲第5号証）、原告ら準備書面（2）での主張のとおり、同法

第41条に基づく県知事の制限の指定に、開発許可に係る予定建築物を併記したものであると解すべきである。そうすると、被告がA地区について、これを第二種中高層住居専用地域を想定する、と主張するのは、失当である。

#### 4 都市計画法第42条1項における「予定建築物」の判断について

被告は、本件建物の建築について、都市計画法第42条1項ただし書「許可を要しない。」と判断した根拠に、店舗は予定建築物であり、飲食店は店舗で問題ないと主張するから、原告らは他行政庁の例を提示して反論主張した（甲第62号証-1～同証-3）。そのほか、建築基準法第6条1項1号の定めによる、建築主が工事に着手する前に建築確認を得なければならない建築物について「別表第一(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㎡を超えるもの」とあり、同法第87条によって、この特殊建築物の用途を変更する場合でも建築変更確認を受けなくてもよい類似の用途の例外規定として、同法施行令第137条の17に、「8 百貨店、マーケット、その他の物品販売業を営む店舗」「10 待合、料理店」とあり、それぞれ当該各号に掲げる他の用途間では建築確認を受けなくてもよい、というのであるから、公法的には明らかに店舗の中でも物品販売業を営む店舗と飲食店は区分されている。このように、建築基準法では、建築物の用途について、それを適用する条項の性格によって使い分けてあり、少なくとも、被告の主張するように開発許可に係る予定建築物として、「店舗」であれば何でもよいという明白な根拠はみつからない。都市計画法第42条1項はそのただし書許可の文言の意味から「当該開発区域における利便の増進上若しくは開発区域及びその周辺の地域における環境の保全」を周辺住民の保護の対象としていると解される。よって、予定建築物以外の建築物が立地されると開発許可制度による規制の効果、及び同法第42条1項によって保護される周辺住民の利便及び環境の利益が著しく失われる。

以上