

# 指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする 国家賠償請求訴訟の賠償責任者

金子正史

はじめに

第一節 最高裁決定の考え方

第二節 最高裁決定以降の判決の検討

第三節 国家賠償請求訴訟の賠償責任者は誰か

第四節 建築確認事務は指定確認検査機関に帰属するとする考え方  
おわりに

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の  
賠償責任者

同志社法学 六四卷七号

八一 (二二〇七)

## はじめに

(1) 一九九八(平成一〇)年六月に約五〇年ぶりに建築基準法(以下、適宜「建基法」或いは「法」という。)は大きな改正(翌年五月一日施行)をみた。この改正で、指定確認検査機関制度(法七七条の一八ないし七七条の三五)が創設され、「建築確認・検査業務の民間開放」がなされたのである。<sup>(1)</sup>今年で、指定確認検査機関制度が実施されてから、一三年を経たことになる。

この一三年間で、指定確認検査機関をめぐる法的问题は多々あった。特に注目を集めた法的问题は、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟(以下、適宜「国賠請求訴訟」と略す。)における被告について判断した平成一七年六月二四日に下された最高裁判所の決定(以下、単に「最高裁決定」という。判時一九〇四号六九頁。)に係るものであった。<sup>(2)</sup>

最高裁決定での問題は、指定確認検査機関のした建築確認の取消訴訟の訴えの利益が消滅し、行政事件訴訟法(以下、適宜「行訴法」という。)二二条一項により国賠請求訴訟への訴えの変更の申立てがなされた場合、被告は指定確認検査機関か地方公共団体かということであった。この問題について、最高裁決定は、指定確認検査機関の建築確認事務は地方公共団体の事務であり、したがって、訴えの変更後の被告は指定確認検査機関ではなく地方公共団体であるとした。<sup>(3)</sup>

(2) 最高裁決定に関して、研究者や実務家の手による判例批評等が数多くなされた。判例批評等には、最高裁決定を妥当とするもの、その妥当性についての疑問を提示するもの、或いはその妥当性を肯定した上で最高裁決定の適用範囲を検討するものが多かったといえる。<sup>(3)</sup>

(3) 最高裁決定以降、訴えの変更ではなく、訴え提起の当初からなされた指定確認検査機関のした建築確認の違法を理

由とする国賠請求訴訟に関するいくつかの判決が現れるにいたっている。そこでの問題は、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟を提起する場合の被告は誰か、であった。しかし、国賠請求訴訟は給付の訴えであり、原告によりその義務者と主張されている者が被告であるので被告のすべてが賠償責任を負うとは限らない。本案審理で実体的審理がなされた結果、被告であっても賠償責任を負わないとして本案判決で請求棄却となることがあるからである。したがって、ここで問題とされる被告とは、国賠請求訴訟において、本案審理における実体判断の結果、原告に対し賠償義務を負うことになる賠償責任者としての被告のことである。

本稿は、訴えの当初から、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟を提起する場合の、以上の意味での賠償責任者としての被告は誰か、具体的にいえば、賠償責任者としての被告は地方公共団体が指定確認検査機関かについて、最高裁決定に言及しつつ、これまでの判例を素材として若干の検討をなそうとするものである。

(1) 建設省住宅局建築指導課・市街地建築課監修、建築行政研究会編集『改正 建築基準法のポイント』三頁以下（一九九八年、米九恒二「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学七巻三（通巻一六号）二五三頁（二〇〇〇年）、金子正史『まちづくり行政訴訟』二五九頁以下（二〇〇八年）などを参照。

(2) 指定確認検査機関制度が設けられてから、最近十数年間に建築基準法をめぐって様々な事件があったが、そのうちでも二〇〇五年二月に報告された耐震偽装事件が社会の人々の耳目を引いた大きな事件であったといえる。耐震偽装事件は、大きな社会問題であり指定確認検査機関が関係する事件ではあったが、刑事、民事或いは行政責任に広く係わる事件であり、また建築主事としての建築確認においても構造計算書の偽装に係る責任が問われた案件もあって、専ら指定確認検査機関に固有の問題のみを含んだ事件とはいえないといえる。なお耐震偽装事件に関しては、五十嵐敬喜「小川明雄『建築紛争』（岩波新書）（二〇〇六年）、産経新聞社会部取材班『無責任の連鎖 耐震偽装事件』（二〇〇六年）、藤田東吾『月に響く笛 耐震偽装』（二〇〇七年）、野辺公一編著『耐震偽装 安全なマンションに暮らしたい』（二〇〇六年）、『第一回・第二回・第三回・第四回マスコミ報道では知られざる真実』『建築知識』二〇〇六年二月号・五月号（通巻六〇三号・六〇六号）（二〇〇六年）などを参照。

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

同志社法学 六四巻七号

八三（二二〇九）

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

同志社法学 六四巻七号

八四 (二二一〇)

(3) 判例評釈等として、たとえば以下を参照。白藤博行「法律時評」マンション耐震強度偽装問題にみる「構造改革政策の歪み」法時七八巻二号(通巻九六六号) 一頁(二〇〇六年)、見上崇洋「判批」判評五六八号二頁(判時一九二五号一七二頁、長谷川佳彦「判批」論叢一六一巻一号九三頁(二〇〇七年)、伊藤清隆「判批」行政判例研究会編『平成一七年行政関係判例解説』一〇頁(二〇〇七年)、阿部泰隆『対行政の企業法務戦略』一八三頁以下(二〇〇七年)。(2)ジネス法務二〇〇六年四月号一〇〇頁、米丸恒治「判批」民商二三巻四二五号八六〇頁(二〇〇六年)、「民」による権力行使」『新たな公共性の再構築』「民」による行政』七二頁(二〇〇五年)、越智敏裕「判批」『法』判例速報二〇〇五年一月号八九頁、宇佐見方宏「建築確認制度と自治体」自治体法務研究No.四 五九頁(二〇〇六年)、野口和俊「法務解説」日経アーキテクチャ二〇〇五年一〇月三日号三四頁、小幡純子「建築基準法と耐震構造偽装事件」学術の動向六一頁(二〇〇六年)、仲野武志「判批」ジュリスト臨時増刊(平成一七年度重要判例解説)(行政法四) 一一三三四頁、山本隆司「判例から探究する行政法⑩ 私人の行為による国家賠償(2)」法教三四三三九頁(二〇〇九年)、高石直樹「判批」判タ二二二五頁二八六頁(二〇〇六年)、鈴木庸夫「指定確認検査機関の責任と法構造」辻山幸宜編『耐震偽装の政治責任——建物の安全の制度設計』七頁以下(二〇〇六年)、秋山靖浩「判批」別冊ジュリスト二〇〇号(消費者法判例百選) 一五六頁(二〇一〇年)、松塚晋輔「判批」別冊ジュリスト二二一号(行政判例百選I「第六版」) 一四頁(二〇一二年)、金子正史「判批」法資二八五号二二頁(二〇〇五年)、自治総研二〇〇六年一〇月号(通巻三三六号) 一一三頁など。

## 第一節 最高裁決定の考え方

### 一 最高裁決定

訴え提起の当初から、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由となされた国賠請求訴訟の賠償責任者としての被告は誰かを検討するには、最高裁決定の理解は不可欠であると考えられる。

(1) まず、最高裁決定の主要な部分を紹介しよう。

「建築基準法六条二項の規定は、建築主が同項一号から三号までに掲げる建築物を建築しようとする場合においては

その計画が建築基準関係規定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旨定めているところ、この規定は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることを確保することが、住民の生命、健康及び財産の保護等住民の福祉の増進を図る役割を広く担う地方公共団体の責務であることに由来するものであって、同項の規定に基づく建築主事による確認に関する事務は、地方公共団体の事務であり（同法四条、地方自治法二条八項）、同事務の帰属する行政主体は、当該建築主事が置かれた地方公共団体である。」（以上を、「A部分」という。以下同じ。）

「そして、建築基準法は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることについて、指定確認検査機関の確認を受け、確認済証の交付を受けたときは、当該確認は建築主事の確認と、当該確認済証は建築主事の確認済証とみなす旨定めている（六条の二第一項）。」（「B部分」）

「また、同法は、指定確認検査機関が確認済証の交付をしたときはその旨を特定行政庁（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う。二条三三号）に報告しなければならない旨定めた（六条の二第三項）上で、特定行政庁は、この報告を受けた場合において、指定確認検査機関の確認済証の交付を受けた建築物の計画が建築基準関係規定に適合しないと認めるときは、当該建築物の建築主及び当該確認済証を交付した指定確認検査機関にその旨を通知しなければならないと認めるときは、この場合において、当該確認済証はその効力を失う旨定めて（同条四項）、特定行政庁に対し、指定確認検査機関の確認を是正する権限を付与している。」（「C部分」）

「以上の建築基準法の定めからすると、同法は、建築物の計画が建築基準関係規定に適合するものであることについての確認に関する事務を地方公共団体の事務とする前提に立った上で、指定確認検査機関をして、上記の確認に関する事務を特定行政庁の監督下において行わせることとしたことができる。そうすると、指定確認検査機関による確認に関する事務は、建築主事による確認に関する事務の場合と同様に、地方公共団体の事務であり、その事務の帰属す

る行政主体は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であると解するのが相当である。」「(D部分)」

「したがって、指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、指定確認検査機関の当該確認につき行政事件訴訟法二一条一項所定の「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」に当たるといふべきであつて、原告人は、本件確認に係る事務の帰属する公共団体に当たるといふことができる。」「(E部分)」

また、本件会社は本件確認を原告人の長である特定行政庁の監督下において行ったものであること、その他本件の事情の下においては、本件確認の取消請求を原告人に対する損害賠償請求に変更することが相当であると認めることができる。」「

(2) 最高裁決定は、以上のごとくであり、原決定（東京高決平成一六年一〇月五日判例集未登載）の判断を正当として是認し、原告人（横浜市）の抗告を棄却するものであつた。原決定は、建築確認にかかる事務の帰属は地方公共団体であるとして、基本事件である指定確認検査機関を被告とする建築確認処分取消訴訟を地方公共団体（横浜市）に対する損害賠償請求訴訟に変更することを許可した原ケ決定（横浜地決平成一六年六月二三日判例集未登載）<sup>4</sup>の判断を相当であると述べている。そして、その理由については、原々決定を引用しその文章を若干改めるものであつたが、原ケ決定とほぼ同旨の理由で、原告人の抗告を理由がないとして棄却したものであつた。

## 二 最高裁決定の考え方

(1) 紹介した最高裁決定が訴えの変更後の被告を地方公共団体とした考え方は、要約すると以下のようになっている。

すなわち、建築主事がする確認事務は、地方公共団体の事務である（A部分）。建築基準法では、指定確認検査機関の確認及び確認済証の交付は建築主事の確認及び確認済証とみなされる（B部分）。また、建築基準法は、指定確認検査機関のした違法な建築確認について不適合を認定し通知することを通じて当該確認済証を失効せしめるという指定確認検査機関のした建築確認の是正権限を特定行政庁に付与している（C部分）。

以上のことから、建築基準法は確認事務を地方公共団体の事務であるとの前提に立った上で、指定確認検査機関をして確認事務を特定行政庁の監督下において行わせることとしたといえる。そうすると、指定確認検査機関の確認事務は、建築主事による確認事務と同様に地方公共団体の事務であり、確認事務の帰属する行政主体は当該確認に係る建築物について確認権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体である（D部分）。したがって、当該確認に係る建築物について確認権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体が、行政事件訴訟法二一条一項の定める「事務の帰属する公共団体」に当たる（E部分）、と判断したといえる。

(2) なお、原々審は、「建築基準法が、同条六条の二の規定を設けることによって、市町村又は都道府県に帰属する行政事務である建築確認事務のうち、指定確認検査機関がする確認及び確認済証の交付の事務については、これを市町村又は都道府県の建築主事において処理する確認及び確認済証の交付等の事務とは切り離し、指定確認検査機関という建築確認事務の一部が帰属する新たな行政主体（公共団体）を創設したものとまで解することは到底できないというべきである」としていた。

また、原々審は、特定行政庁が指定確認検査機関に対し指揮監督権を有することについて、不適合認定通知の制度に加えて、指定確認検査機関の特定行政庁に対する照会制度（建基法七七条の三二第一項）及び特定行政庁の指定確認検査機関に対する指示制度（同条第二項）も挙げている。

最高裁決定は、以上のように、行政事件訴訟法二二条一項により、指定確認検査機関のした建築確認の取消訴訟を指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟に訴えの変更した場合の被告は地方公共団体であるとされた。

(3) 最高裁決定に基づく訴え変更後の国賠請求訴訟（基本事件）については、平成一八年にいたり、横浜地裁平成一八年八月九日判決において下された。<sup>(5)</sup> 横浜地裁判決によれば、指定確認検査機関のした建築確認に国賠法上の違法はないとの判断がなされただけで、原告の請求は棄却された。したがって、横浜地裁判決は、訴え変更後の被告である地方公共団体（横浜市）が国賠請求訴訟の賠償責任者となりうるか否かについては、何ら判断していないと解される。

(4) 金子正史「判批」法資二七三号一〇八頁（二〇〇四年）。

(5) 横浜地判平成一八年八月九日判例集未登載。本判決本文についての「判批」は、金子・前掲注（一）四三九頁以下（初出・金子正史「指定確認検査機関のした建築確認に係る国家賠償請求訴訟——横浜地判平成一八年八月九日を契機として」山田二郎先生喜寿記念『納税者保護と法の支配』三八五頁（二〇〇七年）を参照。

## 第二節 最高裁決定以降の判決の検討

最高裁決定以降、行政事件訴訟法二二条一項の訴えの変更ではなくて、訴えの当初から、地方公共団体或いは指定確認検査機関を被告として、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由として提起された国賠請求訴訟がいくつか見られた。

以下において、それらの判決を警見しつつ、そのような国賠請求訴訟の賠償責任者たる被告は誰か、について検討することしよう。なお、事案によっては、地方公共団体や指定確認検査機関ばかりでなく建築主等も国賠請求訴訟（損害賠償請求訴訟）の被告となっている場合があるが、建築主等に係る部分は、本稿の検討の対象ではないので省略させて頂いた。

一 東京地判平成一七年一月二二日判時一九一五号三四頁（以下「東京地裁平成一七年一月二二日判決」という。）

## （二） 事実の概要

本件は、工場跡地に一五階建ての大規模な分譲マンションが建設されることとなり、マンション建設により景観権・環境権が侵害され、日照、通風その他の被害を受けると主張する十数名の周辺住民が原告となり、建築主、工事を請負った建設会社及びマンションの建築確認を行った指定確認検査機関を被告として損害賠償の支払いを求めた事案である。

## （二） 判旨

（1） 被告である指定確認検査機関は、本案前の答弁として、次のように指定確認検査機関に対する損害賠償請求は認められないと述べた。

「平成一七年六月二四日最高裁判所第二小法廷の決定に照らすと、民間指定確認検査機関の建築確認の違法を主張する損害賠償請求の被告は適格は、当該建築物につき確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であるから、

被告E R Iに対する原告らの本件訴えは被告を誤るものであって、本件訴えは却下されるべきである。」

この答弁に対して、本判決は次のように述べて、被告の答弁を退けた。

「原告らの被告E R Iに対する請求は、営利法人に対する金銭の現在給付請求であるから、主張自体理由がないことを理由として請求棄却となることはあつても、訴訟要件（訴えの利益、被告適格）を欠くことを理由に訴え却下となることは考えられないものというべきである。」（以上を「前半部分」という。）

(2) 「上記最高裁決定は、訴え提起当初は指定確認検査機関を被告とする建築確認の取消しを求める行政事件訴訟として係属した事件を行政事件訴訟法二二条一項の規定により損害賠償請求に訴えを変更する場合に、当該指定確認検査機関の確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体は、同条項にいう「当該処分又は裁決に係る事務の帰属する国又は公共団体」にあたり、訴えの変更には被告の変更を伴うので、地方公共団体が損害賠償請求の訴えの被告となる旨を示したにすぎないと解される。

原告らの被告E R Iに対する本件訴えは、訴え提起当初から行政事件訴訟ではなく、被告E R Iに対する民事訴訟として係属したものであり、行政事件訴訟法二二条一項による行政事件訴訟から民事訴訟への訴え変更の場面とは無関係であることから、この点に関する被告E R Iの主張は失当である。」（以上を「後半部分」という。）

(3) 本判決は、以上のように述べて被告の本案前の答弁を退け、本案審理に入り、請求原因について審理し、被告（指定確認検査機関）の不法行為責任については、被告のした建築確認の違法性についてのみ審理し建築確認に違法はないと判断し、この判断のみで原告の請求を棄却した。

### (三) 検討

(1) 本判決は、平成一七年の最高裁決定以降、おそらく、初めて最高裁決定に触れた指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする損害賠償請求訴訟について下された判決であったと思われる<sup>(6)</sup>。

(2) まず、本案前の判断の前半部分で、被告は、最高裁決定を引用して、指定確認検査機関は損害賠償請求の被告適格を欠くので本件訴えは却下されるべきであるとの主張をしたが、本判決は、本件は金銭の給付請求訴訟であるから、訴訟要件としての被告適格を欠くことを理由に訴え却下となることはなく、その場合でも本案審理がなされ請求棄却となるだけであると述べている。

この点について、学説は、給付の訴えにおいては給付の訴えの形式をとったこと自体で給付請求権をめぐる対立構造が明確になり原告適格と被告適格が肯定されるので、給付の訴えでは、一般に訴訟物たる請求権をもつと自ら主張する者に原告適格があり、原告によってその義務者と主張される者には被告適格があるとしている<sup>(7)</sup>。判例も、給付の訴えにおいては、その訴えを提起する者が給付義務者であると主張している者に被告適格があり、その者が当該給付義務を負担するか否かは本案請求の当否にかかわる事柄であるとしている<sup>(8)</sup>。したがって、原告の主張自体からみて被告が請求に対する義務者たりえないことが判明した場合であつても被告適格を欠くとして訴えを却下すべきでなく、被告適格はあるとして、あとは本案の問題と考えられるので請求棄却となると解される。以上の学説、判例からすると、本判決の前半部分の考え方は妥当な判断であると解される。

(3) 次に、本判決の本案前の判断の後半部分は、最高裁決定は行政事件訴訟法二一条一項による取消訴訟から民事訴訟への訴えの変更後の被告について判示したものであるが、本件は指定確認検査機関を被告として訴えの当初から民事損害賠償請求訴訟として提起され継続しているのであるから、最高裁決定は本件とは無関係であるとして解される。

したがって、この後半部分の判断によれば、本判決は訴え提起の当初から民事損害賠償請求訴訟を提起した場合の賠償責任者としての被告について、指定確認検査機関であるともないとも判断していないし、地方公共団体であるともないとも判断していないことになるかと解される。

(4) 本判決の本案の判断であるが、本判決は、指定確認検査機関の不法行為による損害賠償責任については、故意・過失、違法性・権利侵害、因果関係、損害の発生という不法行為成立の要件のすべてについて判断することなく、被告のした建築確認の違法性についてのみ審理して、建築確認には違法性がないとの判断のみで請求を棄却した。したがって、本判決は、被告である指定確認検査機関が賠償責任者であるか否かについては判断していないと解される。

本判決は、本件のような指定確認検査機関のした建築確認に係る損害賠償請求訴訟において適用が推測される法条、たとえば国家賠償法（以下、適宜「国賠法」という。）一条一項或いは民法七〇九条などには、一切触れていない。<sup>9)</sup> 本判決は、その条文のどちらが適用されるとしても、建築確認に違法性がないならば請求は棄却されると判断して、適用法条の特定を留保したと解される。

すでに述べたが、本判決は、最高裁決定は本件とは無関係と述べただけで、訴え提起の当初から指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した場合の賠償責任者としての被告は誰かについては、何も述べていないと解される。

二 横浜地判平成一七年一月三〇日判自二七七号三一頁（以下「横浜地裁平成一七年一月三〇日判決」という。）

## (二) 事実の概要

本件は、斜面地に大規模共同住宅（地上三階、地下七階、戸数三六）の建築が計画され、六名の周辺住民が本件建築

物の建築により日照権の侵害、住環境・景観権の侵害、風害、プライバシー権が侵害されるなどと主張して、指定確認検査機関のした本件建築確認の取消しを求めるとともに、確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体（横浜市）を被告として国家賠償法一条一項に基づく国賠請求訴訟を提起したものである。<sup>10)</sup>

## （二） 判旨

本判決は、国賠請求訴訟の被告について次のように述べ、原告らの請求を棄却した。

(1) まず、「指定確認検査機関による確認に関する事務は、建築主事による確認の事務の場合と同様に、地方公共団体の事務であり、その事務の帰属する行政主体は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体であると解するのが相当である（最高裁判所平成一七年六月二四日第二小法廷決定参照。）」と述べた（以上を「前半部分」という。以下同じ）。

(2) 次に、「そうすると、指定確認検査機関による建築確認処分は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体の公権力の行使であるといえるから、当該地方公共団体は、指定確認検査機関による建築確認処分に係る事務の違法それ自体を理由として、国家賠償法一条一項の『公共団体』として賠償責任を負うと解するのが相当である」と述べた（後半部分）。

(3) 最後に、本判決は、「被告検査機関が行った本件確認処分が原告らとの関係において、国家賠償法上も違法と評価され、その点に故意又は過失があつて賠償を要するものであれば、被告横浜市は国家賠償法一条一項の『公共団体』としての賠償責任を負うべきである。」と述べた。

そして、指定確認検査機関のした建築確認処分は建築確認取消訴訟では違法であるとの判断をしたが、国賠請求訴訟

では建築確認処分が「国家賠償法上において違法と評価されるものであるか否かを問わず、被告検査機構には故意又は過失は存しないというべきである」と判断し、被告横浜市に対する請求を棄却した。

### (三) 検討

(1) 最高裁決定は、前半部分のみであつて、後半部分はなかつた。すなわち、最高裁決定は、訴えの変更後の被告が地方公共団体となる根拠を、前半部分、すなわち指定確認検査機関のする確認に関する事務が地方公共団体に帰属することのみに求めていた。これに対し、本判決は、前半部分に加えて、後半部分を付け加え、地方公共団体が賠償責任者であると述べている。

後半部分を付け加えた理由は、本件は、行政事件訴訟法二一条一項の訴えの変更の場合でなく、訴え提起の当初から指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟を提起した場合であるからである。本判決は、指定確認検査機関の建築確認事務は、当該確認に係る建築物について確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体の事務であるという最高裁決定を前提とすれば、指定確認検査機関がする建築確認処分は当該地方公共団体の公権力の行使であると判断して、当該地方公共団体は、国家賠償法一条の「公共団体」に当たり、賠償責任を負うと判断したと解される。

(2) 最高裁決定は、訴え変更後の被告を地方公共団体としただけで、訴え変更後の被告は賠償責任者であるとは述べていなかった。したがつて、訴え変更後の被告が賠償責任者となりうるか否かは大きな争点であると解されていた。

ところが、本判決は、最高裁決定を引用しただけで、さしたる検討を加えることなく、訴えの当初から指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由として提起された国賠請求訴訟の賠償責任者は地方公共団体であるとした。本判決は、

この点について、いまま少し、立ち入った検討を加え、説得的な考え方を示すべきではなかったか、という疑問がある。

(3) この疑問は、本判決が引用した、指定確認検査機関の確認事務は建築主事の事務と同じく地方公共団体の事務であるとした最高裁決定に対する疑問といえるが、この疑問については、すでに多くの論者によって論じられてきた。最高裁決定に対する疑問を、ごく簡単に述べると以下のごとくである。<sup>(11)</sup>

本判決が引用した最高裁決定が、指定確認検査機関の確認事務は地方公共団体の事務であることとしている理由は、建築基準法は確認事務を「地方公共団体の事務とする前提に立った上で、指定確認検査機関をして、上記の確認に関する事務を特定行政庁の監督下において行わせることとした」ということができる」からであるとしている。この最高裁決定の考え方は、建築基準法の定める不適合認定通知制度（旧法六条の二第三項、四項。現行法六条一〇項、一一項）<sup>(12)</sup>をして特定行政庁の指定確認検査機関に対する監督権の根拠としていると解される。しかし、すでに指摘されているように、この考え方には少なからず疑問がある。

すなわち、指定確認検査機関の指定権、指定取消権を有する国土交通大臣・都道府県知事（法七七条の三五第一項、二項）が監督行政庁であるとするならばともかく、個別建築確認処分<sup>(13)</sup>の失効をもたらすにすぎない不適合認定通知権のみを有する特定行政庁（都道府県知事が特定行政庁の場合は、都道府県知事には指定権・指定取消権と不適合認定通知権限の両方がある。）を指定確認検査機関の監督官庁であると位置づけることは合理的ではないのではなからうか、という疑問である。また、確認済証の報告（旧法六条の二第三項）では、報告書の内容が極めて限られており、報告書の内容からは確認済みの建築物全体の適法性を審査できないと解される。このような報告に基づく特定行政庁の不適合認定通知制度は、特定行政庁の指定確認検査機関に対する監督権を根拠づけるものとしては甚だ心許無いものと考えられないであろうか、という疑問である。

以上のような、疑問からすると、横浜地裁平成一七年一月三〇日判決が最高裁決定を引用し、さしたる検証なしに指定確認検査機関のする建築確認事務は建築主事が置かれた地方公共団体に帰属すると解し、この考え方を根拠に、訴えの当初から指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由として提起された国賠請求訴訟において、地方公共団体は国家賠償法一条一項の「公共団体」として賠償責任者となつたことは、十分な説得力があるとはいひ難いと解される。

(4) さて、それでは、本判決の考え方によれば賠償責任者たる地方公共団体の負う賠償責任の内容は、選任監督者責任か費用負担者責任かのどちらと考えられるのであろうか。

最高裁決定のように指定確認検査機関は特定行政庁の監督下にあると解することには、以上のように少なからぬ疑問があるが、しかし、指定確認検査機関は特定行政庁の監督下にあるという最高裁決定を前提とすれば、事務の帰属する地方公共団体の負う賠償責任の内容は、国家賠償法三条一項でいう公務員の選任監督者の賠償責任と解されよう。この点について、ある学説は、国家賠償法一条に基づく責任主体の判断基準として費用負担者の他もう一つ挙げなければならぬのは公権力の行使たる事務が帰属する国・公共団体であるとしつつ、この事務の帰属主体は、国家賠償法三条がいう公務員の選任監督者と通例一致するとする見解がある<sup>(13)</sup>。

(5) 最高裁決定は、指定確認検査機関を被告として提起された取消訴訟を国賠請求訴訟に訴えを変更すると事務の帰属主体である地方公共団体が訴え変更後の国賠請求訴訟の被告になるとしていたが、本判決は、地方公共団体を被告として、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由として提起された国賠請求訴訟において、被告たる地方公共団体が国家賠償法一条一項の賠償責任者であるとするものであるものであるので、最高裁決定の適用の範囲を拡大したと解することができる。

しかし、本判決は、最高裁決定の趣旨からすれば指定確認検査機関の違法な建築確認について地方公共団体が実体法上、国家賠償法一条の賠償責任を負うとしているが、このような本判決の最高裁決定の解釈については吟味を要するとする有力説による指摘がある。<sup>14)</sup>

三 東京高判平成二二年三月二五日判例集未登載（以下「東京高裁平成二二年三月二五日判決」という。）

## （一） 事実の概要

本件は、東京都渋谷区において計画された大規模共同住宅（敷地約六、〇〇八平方メートル、地上九階・地下二階、高さ約三〇メートル、戸数九三）の周辺に居住する原告ら六名が、指定確認検査機関（財団法人日本建築センター（判決では「建築センター」と呼ばれている。）のした二つの建築確認（以下、「本件各建築処分」という。）には建築基準法に違反する違法事由があり、それによって日照被害等の健康及び生活に直結する権利、利益が侵害されており、これらの侵害に対し東京都及び建築主の両者は民法七一九条により共同不法行為の責任を負うべきであるとし、東京都に対しては国家賠償法一条一項に基づき、建築主に対しては民法七〇九条に基づき、損害賠償請求訴訟を提起したものである。

## （二） 判旨

（一） 原審（東京地判平成二〇年四月二五日判例集未登載）及び本判決は、いずれも被告である指定確認検査機関のした本件各確認処分は違法はないとして、原告らの国家賠償法一条一項に基づく東京都に対する国家賠償請求を棄却した（建築主に対する請求も請求棄却であった。）。

ところが、本判決は、「3 被控訴人東京都の本件各確認処分に係る責任主体性について」として、指定確認検査機関の賠償責任について興味深い考え方を示している。本判決は判例集未登載なので、少々長くなるがこの部分を引用しよう。

(2) 本判決は、次のように述べている。

「3 被控訴人東京都の本件各確認処分に係る責任主体性について

(1) 控訴人らの被控訴人東京都に対する国家賠償法一条一項に基づく本件損害賠償請求は上記のとおり理由がなく失当なものであるが、上記請求原因のうち本件各確認処分の違法を理由とする点については、同被控訴人の公権力行使の主体性に疑問があることを否定できないので、以下にこの観点からも検討を加えておく。

(2) 平成一〇年法律第一〇〇号建築基準法の一部を改正する法律(平成一一年五月一日施行)は、従前建築主事が行ってきた建築確認・検査事務を民間に行わせることとし、国土交通大臣又は都道府県知事が一定の要件の下に指定した指定確認検査機関が建築確認・検査をすることができるようになるとともに、これらの機関が行った建築確認・検査に建築主事が行った場合と同様の法的効果をあたえることとしたのである。

本件における建築センターも、この指定確認検査機関の一つであり、国土交通大臣により指定を受けた財団法人である(乙一五)。ところで、二以上の都道府県の区域における指定確認検査機関を指定するのが国土交通大臣である(平成一八年法律第四六号による改正前の建築基準法六条の二第二項、七七条の一八)が、それに伴い同大臣の指定に係る指定確認検査機関に対して包括的な監督権限や指定の取消権限を有するのは同大臣であって(同法七七条の三〇、七七条の三五ほか)、都道府県知事は上記権限には全く関知するところではなく、したがって、被控訴人東京都は、建築センターに対する包括的な監督権限も指定の取消権限も有していないものというべきで

ある。

また、建築センターの予算関係についてみると、本件においては、同センターの設立及び運営等に関して被控訴人東京都がなんらかの予算措置を講じるなどしていることの立証は全くされていない。

(3) 以上を踏まえて、指定確認検査機関の行う建築確認行為(処分)が被控訴人東京都の公権力の行使といえるかどうかについて考察するのに、同被控訴人は、上記(2)のとおり、建築センターに対して包括的監督権限も指定の取消権限も有していない上、何らかの予算上の権限を有していることも認めるところ、更に建築センターの行う建築確認検査事務に関する同被控訴人の具体的な関与の態様・程度についてみれば、同被控訴人は同センターからその行つた建築確認処分に係る報告書及び建築計画概要書が提出される程度であつて、当該提出資料によつてはおよそ当該建築物が建築関連法令等に適合しているか、ひいては同指定確認検査機関の職務執行状況がいかにされているかといった点について審査・検討を加えるに足りる情報を得られるわけではないのであるから、同被控訴人は建築センターを具体的・実質的に指揮・監督する立場にはないものといふべきであるし、もとより同被控訴人が建築センターに対して建築確認検査事務を委任しているとみる余地もない。前記の法改正は、このように、従来行政機関が行つていた建築確認検査事務を民間組織がこれに代つて適切に行うという仕組みを構築し、建築に関する規制に対する行政の直接的な関与から間接的なコントロールに移行させ、行政機関は本来的に行政でしかできない業務にその精力を集中することにより全体として建築規制の実効性を確保しようとしたものといふことができるのである。そうすると、建築センターの行う建築確認検査事務に係る行為が、国家賠償法一条の適用に関して被控訴人東京都の公権力の行使であるとする控訴人らの主張は全く法的根拠も無いものといわざるを得ない(むしろ本件各確認処分についてその公権力行使の主体といひ得るのは、その確認

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

検査事務それ自体の法的性質及び事務のあり方、確認検査員を始めたとする職員等の法的地位（前記改正前の建築基準法七七条の二五、七七条の二六）などに照らして、建築センターであると解するのが相当とすべきである。）。

控訴人らは、本件各確認処分が被控訴人東京都の事務に帰属することを根拠として、当該公権力行使の主体は同被控訴人であり国家賠償法上の責任を負うべき旨主張するが、事務の帰属先いかんという観点から直ちに本件における公権力の行使主体が論理的に導き出されるわけではないし、控訴人らの上記主張は、被控訴人東京都と建築センターの間の実質的な指揮監督関係等についての考察を一切欠いた見解であって、採用することはできない。

(4) したがって、控訴人らの被控訴人東京都に対する本件各確認処分の違法を理由とする本訴請求部分は、同被控訴人が本件各確認処分について国家賠償法上の公権力行使の主体にはなり得ないという点において、そもそも失当というべきものである（以上、傍線は筆者）。

4 以上の検討によれば、控訴人らの主張はいずれも採用することができないとすべきであり、控訴人らの請求をいずれも棄却した原判決は相当であって、本件各控訴はいずれも理由がないからこれを棄却することとし、本文のとおり判決する。」

### (三) 検討

(1) 本判決は、指定確認検査機関の行う建築確認行為（処分）が被控訴人東京都の公権力の行使といえるかどうかについて考察し、引用した判決の傍線部分のように述べた。

結論として、建築センターの行う建築確認検査事務に係る行為が、国家賠償法一条の適用に関して被控訴人東京都が

公権力行使の主体であるとする控訴人らの主張は法的根拠がないとし、本件各確認処分についての公権力行使の主体といえるのは、建築センターであることが相当であると、賠償責任者は指定確認検査機関であるとしたと解される。

(2) 本判決は、地方公共団体は賠償責任者(本判決では「公権力行使の主体」と呼んでいる。)たりえないとしているが、建築確認事務の帰属先はどのように考えているのであろうか。また、建築確認事務の帰属先は地方公共団体であるとする最高裁決定とはどのような関係にあるのであろうか。

本判決は、建築確認事務の帰属主体が指定確認検査機関か或いは地方公共団体かについては、明確には述べていない。そして、建築確認事務の帰属先いかにという観点から直ちに公権力行使の主体が論理的に導き出されるわけではないとしている。このことは、本判決は、建築確認事務の帰属先であるからといって、その帰属先が公権力行使の主体であるとは限らないとしていると解される。また、本判決は、指定確認検査機関の建築確認事務の帰属先が地方公共団体であるということから、地方公共団体が国家賠償法一条一項の公権力行使の主体であり、国家賠償法上の賠償責任者であるとするのは、地方公共団体と指定確認検査機関の間の実質的な指揮監督関係等の考察を一切欠いた見解であるとし、控訴人らの主張を否定したといえる。

以上の考え方の下で、本判決は建築確認事務に係る国家賠償法一条一項の賠償責任者は、指定確認検査機関であるとされている。しかし、本判決の建築確認事務の帰属主体についての考え方は必ずしも定かではない。とはいえ、本判決は、建築確認事務の帰属主体が地方公共団体であるとする最高裁決定の考え方を、明白に否定してはいないと解される。したがって、筆者の理解に誤りがなければ、本判決は、建築確認事務の帰属主体は地方公共団体であるとしてしていると解することができる。

(3) 本判決は、指定確認検査機関という私的な団体が公権力を行使する団体として、国家賠償法一条の賠償責任を負うとしている。ここで、私的な団体が国家賠償法一条の責任を負うことがあるのであろうかが問題となろう。

この点について、学説の有力説は、国家賠償法一条が適用されるかどうかは、当該加害行為が、公権力の行使に当たるかどうかが先決事項で、これが決まれば、その公権力の行使をする団体が賠償責任を負うという仕組みになっている。公権力を行使する団体か否かは、個別法の解釈によって定まるのであり、国又は地方公共団体以外の団体であっても公権力を行使する団体であれば国家賠償法一条一項の団体たりうるとしている。<sup>(15)</sup>

以上のような観点から、これまで、弁護士会の弁護士に対する懲戒処分は「公権力の行使」に当たるとして弁護士会が（東京高判平成一九年一月二十九日判時一九九一号七八頁）又日本自転車振興会の会長等が行う競輪選手の登録抹消及び幹旋留保は「公権力の行使」に当たるとして日本自転車振興会が（東京地判昭和四七年二月二十五日判時七〇八号四八頁）、それぞれ私的な団体であっても、国家賠償法一条一項の「公共団体」に当たると解されたといえる。

これを、指定確認検査機関についていえば、指定確認検査機関は、法的権利主体として企業活動を営む私的な団体であるが、その行う建築確認が「公権力の行使」に当たり、国家賠償法一条一項の「公共団体」に当たると解されるかが、問題となろう。この点について述べれば、指定確認検査機関に所属する確認検査員が建築確認をすれば（建基法七七条の二四第一項）、建基法上、当該建築確認は指定確認検査機関自体の権限としてなされたことになり、建築確認は行政処分とされている（建基法九四条一項）。したがって、建築確認をした確認検査員が所属する指定確認検査機関は「公権力の行使」をした団体として国家賠償法一条一項の「公共団体」に当たると解することができる。

(4) 本判決は、行政事件訴訟法二二条一項の訴えの変更ではなく、当初から、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由として提起された国賠請求訴訟において、初めて賠償責任者は地方公共団体ではなく指定確認検査機関であるこ

と示した判決で、その意義は大きいといえる。

四 東京地判平成二二年五月二七日判時二〇四七号二二八頁（以下「東京地裁平成二二年五月二七日判決」という。）

## （二） 事実の概要

原告（建築主）は、東京都杉並区において地上一〇階、地下一階の店舗兼共同住宅（以下「本件建物」という。）の施工を訴外一級建築士事務所（原告補助参加人）に請け負わせて建築した。ところが、指定確認検査機関の建築確認を受けて建築された本件建築物は、第三種高度斜線制限に違反する建築物となつてしまい、特定行政庁（杉並区長）からその違反部分について建築基準法九条二項の除却命令を受けるにいたつた。

そこで、原告は、本件建築物について建築確認済証を交付した指定確認検査機関を被告として、指定確認検査機関は特定行政庁から本件建築物の所在する地域に第三種高度斜線制限がある旨の指摘を文書により受けたにもかかわらず、それを見落とし、原告が建築確認申請業務を委任した訴外一級建築士事務所に連絡等をせず、漫然と建築確認済証を交付した過失がある。そのため、原告は第三種高度斜線制限に違反する本件建物を建築してしまい損害を被つたとし、被告に対し建築確認検査業務委託契約に基づく業務の履行について善管注意義務違反があつたとして損害賠償請求をした。

## （二） 判旨

（1） 本判決は、建築主と指定確認検査機関の間の建築確認検査業務委託契約の成立を認め、確認検査業務の履行につき指定確認検査機関に善管注意義務を怠つた債務不履行があつたとして、大略、以下のように述べ、原告の損害賠償請求

を一部認めた。

まず、本判決は、被告（指定確認検査機関）による、最高裁決定によれば被告には被告適格がないという主張に関しては、本件は債務不履行に基づき損害賠償を請求する給付訴訟であるから被告には被告適格が認められること、また本件は、訴えの変更に係る最高裁決定とは無関係であることを述べた。

(2) ついで、「原告と被告との間には、公法上の関係と併存して、本件建物の建築確認につき、上記約款に定められた内容の確認検査業務委託契約が締結されたことを認めることができる」と述べ、原告と被告の間に確認検査業務委託契約が締結されていると判断した。

そして、被告の善管注意義務違反の有無について以下のように述べた。

「指定確認検査機関は、その業務の性質上、法律上の規定がなくとも、区から指摘を受けた当該建物の建築の可否に関係する事項については、建築主に対して確認するなどして、適法な建築確認をすることが当然期待されるから、本件の事実関係の下では、前記善管注意義務の一内容として、区からの前記指摘事項を建築主に通知して適切に対処すべき義務を負うと解すべきである。

それにもかかわらず、2で認めることができる事実からすると、被告は、杉並区から第三種高度地区であるから高さ制限がある旨の指摘を受けた事実を通知せず、これを見落としたまま漫然と建築確認をしたということができるのであるから、確認検査業務の履行につき、善管注意義務を怠った債務不履行があるといふべきである。」

### (三) 検討

(1) まず、「被告適格について」であるが、本判決は、最高裁決定によれば指定確認検査機関には損害賠償請求訴訟の

被告たり得ないという被告の主張に関して、前掲東京地裁平成一七年一月二一日判決と同じ考え方で、被告の被告適格についての主張を退けたが、この判断は妥当と解される。

(2) 次に、「確認検査業務委託契約の成否」について、本判決は、建築主と指定確認検査機関の間に建築確認の申請と受理という公法上の関係と並存して民事上の確認検査業務委託契約が成立することを認めた。本判決は、初めて、建築主と指定確認検査機関の間に確認検査業務委託契約の締結を認めた判決といえる。指定確認検査機関は、建築主事とは異なり業務委託に関しては建築主との関係において独立の契約主体であるから、指定確認検査機関と建築主の間には民事上の契約を締結しうると解されるので、本判決が確認検査業務委託契約の締結を認めた見解は妥当と解される。<sup>(16)</sup>

また、「被告の善管注意義務違反の有無」について、本判決は、指定確認検査機関は成立した確認検査業務委託契約の下で善良な管理者の注意義務をもって建築確認検査業務を行わなければならないとした。本件では、原告が、「高度地区につき『第三种』と『無』の両方にチェックを入れた道路・敷地関係調査票を添えて、原告名の建築確認申請書を被告に提出し」、被告がこの道路・敷地関係調査票を特定行政庁に送付し、その後、特定行政庁から被告に対し、「上記調査票における両方の用途地域が第三种高度地区であつて、高さ制限について調査すべき旨の指摘が記載された文書の送付を受けた」にもかかわらず、被告はこの指摘を見落とし、「原告や訴外一級建築士事務所に何らの問い合わせや連絡をすることなく、本件建物について、建築確認済証を交付した。」以上のような、被告の対応について、本判決は、すでに引用した判旨のように述べて確認検査業務の履行につき善管注意義務を怠った債務不履行があったとして損害賠償請求を認めた(民法四一五条)。但し、原告の側にも過失ありとして四割の過失相殺が認められた。

(3) さて、本判決は、指定確認検査機関の善管注意義務を怠った債務不履行による損害賠償請求を認めたが、これは建築主と指定確認検査機関の間の民事上の関係における責任である。

ところで、建築主と指定確認検査機関の間には、民事上の関係と併存する申請による建築確認という公法上の関係があることは前述した。本件では、この公法上の関係においても、指定確認検査機関は、建築確認に際して、注意義務違反による違法な建築確認をしたということになる。この場合、建築主は、指定確認検査機関に対する債務不履行責任とは別に、指定確認検査機関の不法行為責任を問う、すなわち指定確認検査機関のした違法な建築確認を理由とした国家賠償法一条一項に基づく国賠請求訴訟を提起しうるか否かが検討されなければならないであろう。<sup>17)</sup>

これまで、建築主が指定確認検査機関或いは地方公共団体を被告として、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した事例は存在した(たとえば、後述する、①奈良地判平成二〇年一〇月二九日判時二〇三二号一六頁、②福岡地小倉支判平成二二年六月二三日判時二〇五四号一一七頁、③東京地判平成二一年七月三一日判時二〇六五号八二頁など)が、故意・過失(注意義務違反)がないとの判断で請求は棄却されており、賠償責任者は誰かについては答えていない。

したがって、もし、建築主が指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟を提起した場合、賠償責任者は地方公共団体か指定確認検査機関かが問題となる<sup>18)</sup>。

この場合、国家賠償法一条一項の賠償責任者が地方公共団体であるとするならば、債務不履行責任を問う場合と被告が異なることになるかと解される。これに対し、もし、国家賠償法一条一項の賠償責任者が指定確認検査機関ならば、債務不履行責任を問う場合と同じ被告ということになると解される。

(4) なお、本判決は、指定確認検査機関のした違法な建築確認について、建築主と指定確認検査機関の間に締結された確認検査業務委託契約における指定確認検査機関の善管注意義務を怠った債務不履行の賠償責任を認めたものであるので、契約当事者でない第三者たる周辺住民が原告となって、指定確認検査機関の債務不履行責任を問うことはできない

と解される。

周辺住民が、指定確認検査機関の建築確認の違法を理由として損害賠償請求訴訟を提起できる場合は、国賠請求訴訟において不法行為責任を問う場合のみということになる。

#### 五 奈良地判平成二〇年一〇月二九日判時二〇三二号一六頁などの判決。

(1) 以上において、平成一七年の最高裁決定以降に下された、訴えの当初から指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由として提起された国賠請求訴訟（損害賠償請求訴訟）に関する四つの判決を概観し検討した。しかし、以上の四つの判決以外にも地方公共団体若しくは指定確認検査機関又はその両方を被告として提起された国家賠償請求訴訟（損害賠償請求訴訟）があった。

すなわち、①奈良地判平成二〇年一〇月二九日判時二〇三二号一六頁は、指定確認検査機関を被告とする民法七〇九条による損害賠償請求訴訟に関するものであり、②福岡地小倉支判平成二二年六月三日判時二〇五四号一七頁は、指定確認検査機関を被告とする国家賠償法一条一項若しくは三条一項又は民法七〇九条若しくは七一五条による損害賠償請求訴訟に関するものであった。

また、③東京地判平成二二年七月三十一日判時二〇六五号八二頁は、地方公共団体及び指定確認検査機関を被告としてそれぞれ国賠法一条一項により提起された国賠請求訴訟に関するものであり、④東京地判平成二三年一月二六日判例集未登載は、指定確認検査機関及び地方公共団体を被告としたもので、前者に対しては不法行為責任を求めた訴え、後者に対しては国家賠償法一条の国賠責任を求めた損害賠償請求訴訟に関するものであり、⑤東京地判平成二三年五月二五日判例集未登載は、指定確認検査機関及び地方公共団体を被告として、前者に対しては民法七〇九条又は七一五条の不

法行為責任を、後者に対しては、国家賠償法一条一項の国家賠償責任を求めた損害賠償請求訴訟に関するものであった。(2) 以上の五つの事案は、給付の訴えであるから、原告により義務者と主張されている地方公共団体或いは指定確認検査機関にはすべて被告適格が認められた。しかし、本案審理で、指定確認検査機関のした建築確認における故意・過失(注意義務違反)の存否のみを審査し、そのほかの不法行為成立の要件については審査することなく原告の請求を棄却した。したがって、以上の五つの判決では、賠償責任者は誰かを判断することはなかったといえる。

(6) 本判決前後に、指定確認検査機関の建築確認の違法を理由とする損害賠償請求訴訟がないわけではなかった。東京高判平成一八年七月二六日判例集未登載(原判決・東京地判平成一七年九月一五判例集未登載)がそれであるが、本件では、建設会社と指定確認検査機関が被告であった。控訴審判決は、原判決を維持したが、その理由は指定確認検査機関のした建築確認には違法がなく、本件建物により原告の権利利益に対し受忍限度を超える侵害を与えていると認められないとして、請求を棄却している。これらの判決は、賠償責任者は誰かについて判断していないといえる。控訴審判決及び原判決ともに最高裁決定を意識していなかったようである。

(7) 中野貞一郎『民事訴訟法の論点I』一〇一頁(一九九四年)、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(上)』二二七頁(二〇〇九年、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』二九〇頁(二〇一一年)、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義(第二版補訂版)』一四九頁(福永二二〇〇八年)。

(8) 最判昭和六一年七月一〇日判時二二三号八三頁。判例評釈として、福永有利『町村泰貴「判批」民商九六巻六号九〇頁(一九八七年)、福永政彦「判批」判タ六七七頁二二頁(一九八八年)、小林秀之「判批」法セ三九四号一四頁(一九八七年)などを参照。

(9) 本判決を掲載している判時一九一五号三五頁は、コメントにおける「参照条文」として、民法七〇九条を挙げているが、これは連帯して訴えられた指定確認検査機関以外の被告(建築主・建設会社)の不法行為責任の根拠条文であろうと推測される。

(10) 本件に関しては、江原勲「判批」判自二八四号六頁(二〇〇七年)、金子・前掲注(一)三八四頁(初出「指定確認検査機関のした建築確認の法的問題」横浜地裁平成一七年一月三〇日判決を契機として(上)(下)「自治研究八二巻九号、一〇号(二〇〇六年)を参照。

(11) たとえば、塩野宏『行政法Ⅱ「第五版」行政救済法』三〇四頁(二〇一〇年)(以下『行政法Ⅱ』と略す。)、『行政法Ⅲ「第三版」行政組織法』一〇三頁以下、一五二頁以下(二〇〇六年)(以下『行政法Ⅲ』と略す。)、阿部・前掲注(3)一八六頁、安本典夫『都市法概説』二二九頁(二〇〇

八年)、金子・前掲注(一)二六八頁以下などを参照。

(12) 不適合認定通知制度とは、旧法では、指定確認検査機関は、確認を行った日から七日以内に別表第一六号様式による報告書に建築計画概要書(別表第三号様式)を添えて特定行政庁に報告しなければならないとされていた(法施行規則三条の四)。この報告を受けた特定行政庁が建築物の計画が建築基準関係規定に適合しないと認め不適合認定がなされると建築主及び指定確認検査機関に対し不適合認定通知がなされ確認済証が失効する(旧法六条の二第四項、現行法六条の二第二項)という法制度である。なお、現行法は、指定確認検査機関は、国土交通省令で定める期間内(七日以内)。法施行規則三条の第五第一項に確認審査報告書(別表一六号様式)を作成して、建築計画概要書を添えて、これを特定行政庁に提出しなければならぬと変わった(同規則三条の第五第三項)。指定確認検査機関の報告がなかった場合、旧法では罰則規定がなかったが、現行法では罰則規定が設けられた(法一〇二条一号)。

(13) 芝池義一『行政救済法講義(第三版)』三〇六頁(二〇〇六年)、阿部『国家補償法』五四頁(一九八八年)。

(14) 塩野・前掲注(11)『行政法Ⅲ』一〇四頁。

(15) 塩野・前掲注(11)『行政法Ⅱ』三〇二頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ(行政救済法)【第二版】』三九六頁(二〇一一年)、『国家補償法』三四頁(一九九七年)、西整章『国家補償法概説』三〇頁(二〇〇八年)。

(16) 建設省住宅局建築指導課・市街地建築課監修、建築行政研究会編集「改正 建築基準法のポイント」一四頁、二六頁(一九九八年)、鎌野邦樹「判批」判評六一五号一八頁(判時二〇六九号一八四頁)。

(17) なお、鎌野・前掲注(16)二三頁(一八五頁)を参照。

(18) もっとも、建築主が原告となり、建築主事が建築物の偽装を看過したことにより建築物の所有権が侵害されたと主張して建築主事をした建築確認の違法を理由として建築主事の置かれた地方公共団体に対し国賠償請求したことについて、以下のような見解がある。すなわち、「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、特に規制を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。国家賠償法二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。」(京都地判平成二二年一〇月三〇日判時二〇八〇号五四頁)。この判決は、建築主事による建築確認に係る事案であるが、この判決のような考え方に立てば、建築主が建築物に対する所有権の侵害を主張して指定確認検査機関のした建築確認の違法を賠償責任者

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の

理由とする国家賠償請求訴訟を提起することも原則として困難となると解されるであろう。

### 第三節 国家賠償請求訴訟の賠償責任者は誰か

以上において、訴え提起の当初からなされた指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟の賠償責任者に関する判決を概観し検討してきた。検討の結果、不法行為に基づく国賠請求訴訟の賠償責任者について判断している判決が二つあった。横浜地裁平成一七年一月三〇日判決及び東京高裁平成二一年三月二五日判決の二つがそれである。前者は、賠償責任者は地方公共団体であるとし、後者は、賠償責任者は指定確認検査機関とした（なお、【追記】も参照。）。どちらの考え方が妥当なのだろうか。以下において、この点について、二つの判決の考え方をごく簡単に纏めることとしよう。

#### 一 横浜地裁平成一七年一月三〇日判決

(1) 本判決は、訴えの当初から地方公共団体を被告として提起された国賠請求訴訟において、さしたる検証もなしに、最高裁決定を、ほぼそのまま引用して、指定確認検査機関の建築確認事務の帰属主体は地方公共団体であり、指定確認検査機関は特定行政庁の監督下で建築確認事務を行っているとした。そして、指定確認検査機関のした建築確認は地方公共団体の公権力の行使であるから、地方公共団体は国家賠償法一条一項の「公共団体」として賠償責任を負うとした。最高裁決定に関しては多くの判例批評等の文献があり、すでに述べたように（第二節 二(三) (3)、最高裁決定について核心をついた疑問が提示されていたが、本判決は、基本的には、以上のような最高裁決定に対する疑問、すなわ

ち特定行政庁は指定確認検査機関に対し賠償責任を負うに相応しい監督権限を有しているのかという疑問に答えることなく最高裁決定をそのまま引き継いでいるので、十分な説得力があるとはいい難いと解される。

(2) 本判決によると、国賠請求訴訟において地方公共団体が負う国家賠償法一条一項の賠償責任の内容は、選任監督者としての賠償責任と解されることは前述した。この理由は、最高裁決定が指定確認検査機関は特定行政庁の監督下にあるとしているので、最高裁決定を前提とする限りは、地方公共団体の負う責任は選任監督者としての責任となると解されるからである。したがって、建築確認の事務経費及び建築確認をする確認検査員の給与などの経費を負担するのは指定確認検査機関であるので、指定確認検査機関が賠償責任を負うのであれば、指定確認検査機関は確認事務の費用負担者としての責任（国賠法三条一項）を負うことになる<sup>(19)</sup>と解される。したがって、本判決によっても、訴え提起の当初から、費用負担者としての指定確認検査機関を被告として国賠請求訴訟を提起することができる<sup>(20)</sup>と解されるのではなからうか。

そうすると、被害者である原告は、指定確認検査機関のした違法な建築確認を理由とする国賠請求訴訟では、選択により地方公共団体と指定確認検査機関のいずれに対しても訴えを提起できる（国賠法三条一項）ことになるであろう。(3) 残された問題は、最終的な賠償責任者は、誰かということであるが、これは行政の内部的求償関係の問題なので被害者（原告）との関係では直接問題とならない。しかし、この点について、若干、述べると、おそらく次のように考えられであろう。

すなわち、最終的な賠償責任者については、費用負担者説、選任監督者説及び寄与度説があるとされている。最高裁判例及び学説の多くは、損害賠償費用は負の費用負担と考えられるので費用負担者説が妥当としているといえる<sup>(20)</sup>。そこで、確認検査事務の費用の負担について見ると、すでに述べたように指定確認検査機関が負担しているので、確認検査

業務の事業費用の負担は、指定確認検査機関の計算において行われていると解される。したがって、損害賠償の支出も確認検査業務の費用の一部とみることができるので、費用負担者たる指定確認検査機関が最終的な賠償責任者になると解される。

以上からすれば、地方公共団体を被告とする国賠請求訴訟において、地方公共団体が敗訴し損害を賠償した後に、地方公共団体は国賠法三条二項に基づき最終的な賠償責任者たる指定確認検査機関に対して求償権を行使することができ。或いは、地方公共団体は、指定確認検査機関に故意又は重過失がある場合に限定されているが、国家賠償法一条二項による求償権も行使できるということになる<sup>2)</sup>。

## 二 東京高裁平成二二年三月二五日判決

(1) 本判決は、国家賠償法一条一項の賠償責任者（本判決では「公権力行使の主体」と呼んでいる。）は、地方公共団体ではなく指定確認検査機関であると判示した。

本判決は、控訴人らの最高裁決定に依拠した主張を、すでに引用した判旨の傍線部（第二節 三（二）(2)）のように述べて否定したが、その理由は、以下のとおりである。すなわち、①地方公共団体（特定行政庁）は、指定確認検査機関に対し包括的監督権限も指定の取消権限も有していない、また、②地方公共団体は指定確認検査機関に対し何らかの予算上の権限を有していることも認めることができない、③地方公共団体は、指定確認検査機関から建築確認処分に係る報告書及び建築計画概要書が提出される程度であって、当該提出資料によってはおよそ当該建築物が建築関連法令等に適合しているかなどについて、審査・検討を加えることができないことなどである。

ところで、本判決は、その判決文からは事務の帰属主体についての記述がない。しかし、最高裁決定の指定確認検査

機関の建築確認事務の帰属主体が地方公共団体であるということを明文で否定しているわけではないので、前述したように、本判決は最高裁決定と同じように指定確認検査機関の建築確認事務の帰属主体は地方公共団体としておりと解することができるであろう。

本判決の考え方は以上のごとくであるが、建築確認事務の帰属主体に関する考え方において、後述するように、建築確認事務は指定確認検査機関に帰属するとする筆者の考え方とは相違するものがあるが、これ以外は説得的で納得できるものがあるといえる。

ところで、本判決は、指定確認検査機関が国家賠償法一条一項の「公権力行使の主体」であると述べているが、指定確認検査機関の負う責任の内容については述べていない。この点を推測すると、指定確認検査機関の負う責任は、確認検査員の給与その他の確認検査に要する事業費用を負担している費用負担者としての責任ということになろう（建築確認処分をする確認検査員に対する指定確認検査機関の幹部職員の選任監督者としての責任も含めて考えることもできると解される）。

(2) さて、それでは、本判決が、指定確認検査機関の建築確認事務の帰属主体について以上のように、地方公共団体であるとされているのだとすると、指定確認検査機関のした建築確認の取消訴訟を行政事件訴訟法二二条一項により訴えを変更した場合、国賠請求訴訟の被告はどのように考えられるのであろうか。

本判決によれば、行政事件訴訟法二二条一項による変更後の被告は、同項を文字通り解釈して、建築確認事務の帰属主体である地方公共団体となろう。ところが、この訴え変更後の国賠請求訴訟では、被告となった地方公共団体は賠償責任者でないものであるから請求棄却とならざるを得ないと解される。なんとすれば、地方公共団体は、建築確認事務の帰属主体ではあるが指定確認検査機関に対する監督権限を有していないのであるから選任監督者責任を負わないと解さ

れる。また、建築確認事務に関し一切の費用負担がないのであるから費用負担者責任も負わないと解されるからである。法に定めたとおりの訴えの変更による被告であっても、その被告は賠償責任者たりえないということは奇異に感ぜられなくもない。しかし、このような考え方は、あながち的外れではない。すなわち、行政事件訴訟法二二条一項は、被告の変更について定めているだけで、国家賠償法一条の賠償責任者のことまでは必ずしも想定している訳ではないとの考え方があからである。<sup>(23)</sup>

したがって、問題の解決方法としては、建築確認取消訴訟の訴えの利益が消滅した場合、行政事件訴訟法二二条一項により国賠請求訴訟への訴えの変更によるよりは、別訴として指定確認検査機関を被告とする新たな国賠請求訴訟を提起する方がより適切と解されるであろう。

(3) ところで、以上のように解すると、原告が改めて国賠請求訴訟を提起しなければならないので、紛争解決としては如何にも迂遠であるので、本判決の考え方は、行政事件訴訟法二二条一項の訴えの変更の場合は合理的に機能しないという批判が起こりそうである。

しかし、行政事件訴訟法二二条一項に関する次のような解釈によれば、以上の批判を避けることができるのではなからうか。

すなわち、厳格な文言解釈にはいささか反することにはなるが、行政事件訴訟法二二条一項の「事務の帰属する国又は公共団体」には、事務の帰属する国又は公共団体のほか国賠法三条一項の費用負担者も含むとし解釈して、指定確認検査機関を「事務の帰属する国又は公共団体」に当たると解釈するのである。<sup>(23)</sup> このような解釈は、県知事が国の機関委任事務として入院命令等の取消訴訟を、国ばかりではなく県も国家賠償法三条にいう「管理に当る者」又は「管理の費用を負担する者」として賠償責任を負担するから県も行政事件訴訟法二二条一項にいう「当該処分に係る事務の帰

属する公共団体」に当たるとして、県を被告とする損害賠償請求訴訟に変更することが許されたとした下級審判決（名古屋高決昭和四二年七月一七日行集一八巻七号九一五頁）においてすでに採られたものであるが、学説、実務家にも支持されているとされている。<sup>(20)</sup>

以上の解釈によると、訴えの変更前後の被告が同じであるから訴訟資料の活用ができ、真実の発見、訴訟進行に有益であると思われる。また、訴訟資料の不十分な地方公共団体が被告となり訴訟遂行をなし、敗訴判決を得た後に地方公共団体と指定確認検査機関という内部的求償関係の問題の解決を図るよりも合理的と解される。

(19) 最判平成一九年一月二五日民集六一巻二号一頁、判時一九五七号六九頁（積善会訴訟）は、「国又は公共団体以外の者の被用者が第三者に損害を加えた場合であつても、当該被用者の行為が国又は公共団体の公権力の行使に当たるとして国又は公共団体が被害者に対して同項に基づく損害賠償責任を負う場合には、被用者個人が民法七〇九条に基づく損害賠償責任を負わないのみならず、使用者も同法七一五条に基づく損害賠償責任を負わないと解するのが相当である。」としている。この最高裁判決は、平成一七年の最高裁決定とは、適用法条、具体的状況が異なるので、本稿の検討の対象とする問題の先例となるとは言えないと思われるが（塩野宏・前掲注（11）『行政法Ⅱ』三〇四頁）、もしこの最高裁判決の考え方が指定確認検査機関の場合においても妥当するのであれば、指定確認検査機関の賠償責任は否定されるということになるのかも知れない。

なお、積善会訴訟については、とりあえず、豊島明子「判批」平成一九年度重要判例解説（ジュリスト一三五四号）五六頁（二〇〇八年）を参照。  
(20) 費用負担者説に立つ最高裁判例として、最判平成二二年一〇月三日民集六三巻八号一八四九頁（裁時一四九四号一頁）を参照。学説として、塩野・前掲注（11）『行政法Ⅱ』三五〇頁、雄川一郎「行政上の損害賠償」『行政法講座（第三巻）行政救済』一五頁（一九六六年）、西椋章『国家賠償法概説』一五八頁（二〇〇八年）、古崎慶長『国家賠償法』一三三九頁（一九七一年）。また、前田正道編『法制意見百選』二六六頁（一九八六年）なども参照。以上の点に関する、判例及び学説の動向については、西椋章『国家賠償法コンメンタール』一〇〇六頁以下（二〇二二年）を参照。

(21) 阿部・前掲注（3）一八八頁、安本・前掲注（11）一三一頁、米丸・前掲注（3）八六六頁などを参照。

(22) 塩野・前掲注（11）『行政法Ⅲ』一五四頁、芝池義一『行政法読本（第二版）』四〇五頁（二〇一〇年）、前掲注（13）三〇八頁、山本・前掲注（3）

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

同志社法学 六四巻七号

一一五（二二四一）

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

同志社法学 六四巻七号

一一六（二二四二）

九〇頁、長谷川・前掲注（3）九九頁。なお、塩野宏編『日本立法資料全集五行政事件訴訟法（1）』六二五頁以下（一九九二年）を参照。

（23）この点につき、行訴法二一条は、「訴えの変更」の場合も国賠法三条とリンクさせて、「当該処分または裁決の違法を理由として賠償責任を負う国または公共団体を被告とすると定めるべきであった」のであり、立法者は国賠法三条の存在を知らなかったであろうとする指摘がある。阿部泰隆「国家補償法」六一頁以下（一九八八年）。

（24）阿部・前掲注（23）六一頁、古崎慶長「国家賠償法研究」二二三頁（一九八五年）、南博方編『注解行政事件訴訟法』一九四頁〔仲江利政・南三郎（一九七二年）、「条解行政事件訴訟法」五六四頁〕小磯武男（一九八七年）園部逸夫編『注解行政事件訴訟』三二六頁〔青柳馨（一九八九頁）〕。

#### 第四節 建築確認事務は指定確認検査機関に帰属するとする考え方

一 最高裁決定以前における行政事務が指定法人に帰属するとする考え方

（1）平成一七年の最高裁決定は、指定確認検査機関の建築確認事務は地方公共団体の事務であるとしたが、指定確認検査機関の建築確認事務の帰属主体について、最高裁決定以前は、どのように考えられていたのであるか。

一九五〇（昭和二五）年の建築基準法制定以降、一九九（平成一一）年に地方分権推進一括法により地方自治法が改正（二〇〇〇（平成一二）年四月施行）されるまでは建築主事がする建築確認事務は機関委任事務として国の事務とされてきた。しかし、改正地方自治法の下では、建築主事のする建築確認事務は、自治事務として特定行政庁が置かれた地方公共団体の事務とされた。

一方、一九九八（平成一〇）年に約五〇年ぶりに建築基準法が改正され指定確認検査機関制度が創設され、一九九（平成一一）年五月に制度が施行された。したがって、一九九（平成一一）年五月から二〇〇〇（平成一二）年四月までの間、指定確認検査機関のした建築確認事務は、法制度上は、なお機関委任事務であったと解されるのである。

か。もし、そうだとすると、指定確認検査機関の建築確認事務が地方公共団体の事務なのか指定確認検査機関の事務なのかという問題は、指定確認検査機関制度が発足した後、約一年経って改正地方自治法が施行された二〇〇〇（平成一二）年四月以降の問題と解される。

(2) さて、平成一七年の最高裁決定以前は、指定法人（あるいは、「指定機関」ともいう。）が比較的新しい法概念であったからなのであろうか、指定法人の事務の帰属主体いかに関する研究は、それ程多くはなかったといえよう。

しかし、建築基準法による指定確認検査機関制度の創設以前において、この点に関する学説がまったくなかったわけではない。

この点について、まず、一九九〇（平成二）年に実務家の論文<sup>25</sup>がみられ、次いで、一九九三（平成五）年には、塩野宏教授の論文<sup>26</sup>がみられた。

以上の二つの論文は、指定法人一般に関するもので、特に建築基準法の指定確認検査機関制度に関するものではなかった。これらの二つの論文は、行政庁により指定法人として指定されると一定の処分権限ばかりでなく行政事務も指定法人に委任（あるいは委譲）されるとしている。この考え方によれば、国土交通大臣または都道府県知事により指定確認検査機関に指定されると、建築確認の権限ばかりでなく建築確認事務も指定確認検査機関に委任されると解される。

また、一九九四（平成六）年には、米丸恒治教授は、指定法人一般についての論文<sup>27</sup>において、指定法人として指定がなされても権限の委任があるのみで、行政事務の委任はないとする考えを示していた。しかし、米丸教授は、建築基準法の改正による指定確認検査機関の創設を契機として二〇〇〇（平成一二）年に執筆した論文<sup>28</sup>においては、建築基準法の指定確認検査機関は従来の指定法人とは相違して、指定法人の指定により処分権限ばかりでなく建築確認事務も指定確認検査機関自らの事務となるとの考えを示している。

なお、藤田宙靖前最高裁判事は、指定機関一般についてであるが、指定により、指定機関の業務自体が当該法人そのものの事務として委託されたと解するの、当該法人は一定の権限の委任を受けているに過ぎないと解するの、についての最終的判断は留保しておきたいと述べておられた<sup>29)</sup>。

(3) 以上の論文を見る限りは、指定法人のする行政事務は、指定法人ではなく行政主体に帰属するという解釈はみられなくはなかったが、指定法人の指定により処分権限と共に行政事務も指定法人に委任されるとする考え方も存在したといえる。しかし、この点に関する裁判例はなかったようである。

## 二 最高裁決定以降における建築確認事務は指定確認検査機関に帰属するとする考え方

(1) 最高裁決定について論ずる多くの文献の中には、最高裁決定に疑問を提示しつつ、指定確認検査機関のする建築確認事務の帰属主体は指定確認検査機関であると考える方がみられる。

たとえば、この点について、塩野宏教授は、「最高裁判所が建築基準法は建築確認事務を地方公共団体の事務とする前提に立って、指定機関をして、特定行政庁の監督の下に確認事務を行わせることとしたとしている点も疑問がある。すなわち、一つには、建築基準法は、建築主事による建築確認の事務を法定受託事務としていないので当該事務は自治事務となるが、そのことは当然に、抽象的な建築確認という事務を地方公共団体の事務としたことにはならないのではないか。……(略)……不適合認定権限を監督とみるのは問題であるし、当該地方公共団体の事務を行わしめる者の選定権限を当該地方公共団体以外の者(国・都道府県知事)に委ねるといふ構成をとるのは地方自治の観点からするとすこぶる問題がある。」<sup>30)</sup>と述べて、最高裁決定の事務の帰属主体の考え方に疑問を呈しておられる。

また、米丸恒治教は、建築確認の民間開放は、建築主事の確認権限に加えて、指定確認検査機関による民間参入が認

められ民間業務が創出され、これに建築確認処分権限が付与されたとして、指定確認検査機関の建築確認事務は、指定確認検査機関の事務であるとしている。<sup>31)</sup>

指定確認検査機関の指定は、建築確認権限と建築確認事務の委任であるとする論者は少なくないといえる。<sup>32)</sup>

(2) 建築基準法の改正による一九九八(平成一〇)年の指定確認検査機関の創設は、その改正の根拠となった一九九七(平成九)年三月二四日の建築審議会の答申にみられるように、建築確認・検査の民間開放であった。<sup>33)</sup> 指定確認検査機関の創設は、機関委任事務制度の下で、国の監督の下で、その下級行政機関として特定行政庁が建築確認検査業務を遂行していたのとは異なっている。改正された建築基準法によれば、指定確認検査機関は、行政機関とは別個の企業活動を営む独立した法人であり、公権力の行使を自己の権限として自己の計算によって行うよう制度設計されているといえる。

また、建築基準法の定める特定行政庁の不適合認定通知権限(法六条の二第一項)は、指定確認検査機関がした建築確認という個別行政処分を失効せしめる制度にすぎないのであり、この制度をもって特定行政庁(法二条三五号)の指定確認検査機関に対する監督権の根拠とすることはできないと解される。したがって、指定確認検査機関のした事務の帰属主体は地方公共団体と解することはできないといえる。以上のように考えると、指定確認検査機関のした建築確認の事務の帰属主体が地方公共団体とした最高裁決定に関しては、大きな疑問があるといえる。

(3) しかし、指定確認検査機関のする建築確認事務の帰属主体が指定確認検査機関であるとする、指定確認検査機関のした建築確認処分の取消訴訟を訴えの変更により国賠請求訴訟としようとする場合、指定確認検査機関は公共団体でないのから、指定確認検査機関が行政事件訴訟法二二条一項の「事務の帰属する国又は公共団体」に当たるといえるか否かが問題となろう。

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

この点について、塩野宏教授は、「行政事件訴訟法二一条二項との関連からすると、文理上は無理があるが、法制度の進展に対応させる意味で、指定機関を行政事件訴訟二一条一項の公共団体に含めて解釈する途もあったと思われる」としておられる。<sup>(34)</sup>

指定確認検査機関は、企業活動を営む私的な団体であるが、私的な団体であつても公権力を行使する団体であれば国家賠償法一条一項の「公共団体」たりうるのであり、また指定確認検査機関は以上に述べたように建築確認事務の帰属主体であると解釈できるので、行政事件訴訟法二一条一項の「事務の帰属する国又は公共団体」に当たると解釈することに違和感はないといえるであらう。<sup>(35)</sup>

- (25) 露木康浩「委託制度と指定機関制度に関する一考察（下）」（立花書房、一九九〇年）警論四三巻一号一〇五頁、一一一頁。
- (26) 塩野宏「指定法人に関する一考察」『法治主義の諸相（行政法研究第七巻）』（二〇〇一年）四五七頁、四六七頁（初出・芦部信喜先生古希祝賀「現代立憲主義の展開 下巻」四八三頁（一九九三年））。
- (27) 米九恒治「私人による行政」三二五頁（一九九九年）（初出・指定機関による行政の法律問題——日本における「私人による行政」手法の法的統制」法学論集二九巻一・二号二四一頁—三〇二頁（一九九四年））。
- (28) 米九恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学七巻三号（二〇〇〇年）二六一—二六五頁。
- (29) 藤田宙靖『行政組織法（新版）』（二〇〇一年）一八五頁、『行政組織法』一五七頁（二〇〇五年）。
- (30) 塩野・前掲注（11）『行政法Ⅲ』一五三頁。
- (31) 米九・前掲注（3）「判批」八六四頁（二〇〇六年）は、建基法の仕組みをもって、「旧機関委任事務のように指定確認検査機関の建築確認についても事務の帰属を地方公共団体として国賠償責任ありとの解釈をするのか……略……、そうした権限委任の關係ではなく、もともと建基法主事の確認権限に加えて、民間参入が認められ、民間業務が創出された（そしてそれに確認行為に伴う処分権限が付与された）」とみて、その過誤については、基本的には指定確認検査機関が損害賠償責任（ここでは公権力の行使に関するものとして国賠償責任）を負うのが「争点だとして、後者の解釈が建

建築準法の仕組みに適合的であるとしている。なお、米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部・小阜川・芝池編『行政法の新構想Ⅲ「行政救済法」』三〇九頁（二〇〇八年）も参照。

(32) たとえば、阿部・前掲注(3) 一八六頁、小幡・前掲注(3) 六一頁、山本・前掲注(3) 九七頁、安本典夫・前掲注(11) 一三〇頁などを参照。

(33) 建築法改正の根拠となった、一九九七（平成九）年三月二四日の建築審議会の「二世紀を展望し、経済社会の変化に対応した新たな建築行政の在り方に関する答申」では、「建築行政においては、官民の役割分担の見直し等により、簡素で効率的な執行体制へと改革すること」を意図していた。そのためには「具体的には民間企業等が、建築確認・検査を行政に代わって行う仕組みを構築し、行政による直接的な対応を中心とする枠組みから、監査や処分の厳正な実施等の間接的コントロールにより制度の適正な運営を確保する方式へと移行すべきである。」とした。そして「建築主が自ら選択により、効率的で、かつ、的確に建築物の安全性等を確保すること」を可能とするため、一定の要件を満たし信頼の置ける民間企業・団体等が、建築主の依頼により、建築計画の確認、施工時の中間検査や工事完了時の完了検査等を実施する途を開くべきである。」としていた。

(34) 塩野・前掲注(11)『行政法Ⅲ』一五三頁。なお、福井秀夫・村田斉志・越智敏裕共著『新行政事件訴訟法』五六頁、九七頁、三三六頁（二〇〇四年）を参照。

(35) 建築確認事務が指定確認検査機関に帰属するとする学説として、たとえば、阿部・前掲注(3) 一八七頁、安本・前掲注(11) 一三〇頁、米丸・前掲注(3)「判批」八六四頁、金子・前掲注(1) 二七二頁以下などを参照。

## おわりに

(1) 本稿では、訴えの変更ではなく、当初から、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟を提起した場合の賠償責任者は誰か、について検討してきた。

横浜地裁平成一七年一月三〇日判決は、指定確認検査機関のした建築確認事務の帰属主体は地方公共団体であるとする最高裁決定を引用しつつ指定確認検査機関の建築確認処分は地方公共団体の公権力の行使であるとし、地方公共団

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

同志社法学 六四巻七号 二二二（二二四七）

体が国家賠償法一条一項の賠償責任者であるとした。この判決の考え方であっても、地方公共団体は選任監督者として賠償責任を負うと解されるので、建築確認事務の費用負担者である指定確認検査機関は費用負担者としての賠償責任を負う（国賠法二条一項）と解される。

また、東京高裁平成二一年三月二五日判決は、地方公共団体が賠償責任を負うことを否定し、建築確認事務の帰属主体は地方公共団体としつつ、国家賠償法一条一項の賠償責任者は指定確認検査機関とした。

次に、前述したように（第四節 二(1)）、学説の有力説は、指定確認検査機関の建築確認事務は指定確認検査機関に帰属すると考えて、指定確認検査機関を賠償責任者と解しているといえるであろう。

以上のことから、訴え変更ではなく、当初から指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟を提起する場合の被告は、賠償責任者としての指定確認検査機関を被告とすれば妥当と考えられる。

(2) 最高裁決定後、被告を地方公共団体（横浜市）とした国賠請求訴訟（基本事件）では、横浜地裁平成一八年八月九日判決（第一節 二(3)）において、指定確認検査機関のした建築確認に国賠法上の違法はないと判断され請求棄却の判決が下された。この判決では、訴え変更後の被告である地方公共団体が賠償責任を負うか否かは、判断されなかったといえる。このことから、最高裁決定によった場合、訴え変更後の被告である事務の帰属主体である地方公共団体（横浜市）が賠償責任を負うとは必ずしもいえないのではないかとこの大きな疑問が残ったままであるといえよう。<sup>36</sup>

そうすると、建築工事の完了により建築確認取消訴訟の訴えの利益が消滅した場合、訴えの変更により建築確認取消訴訟を国賠請求訴訟に変更するよりは、指定確認検査機関を被告とする新たな国賠請求訴訟を提起する方が迅速・的確な紛争解決となると解される。

(3) 現代行政の特徴の一つとして、行政の民間解放（「民による行政」或いは「行政の民営化」などともいう。）が、言

われて久しい。<sup>(37)</sup> 指定確認検査機関制度は、行政の民間解放の一つであり、建築基準法に基づく指定（法七十七条の一八第一項）による指定法人である指定確認検査機関が営利活動として建築確認検査という行政活動を行うものである。最近、行政の民間開放の場合、私人が行う行政処分などの行政活動をめぐり行政或いは私人の国賠責任が問われる事案がかなり見られるようになった。ここにおいて、既に見たように、行政部門と民間部門の間の責任の分担が大きな争点になっている。

本稿は、指定確認検査機関という指定法人のした建築確認処分の違法を理由とする国賠請求訴訟の賠償責任者は、地方公共団体か指定確認検査機関かについて、建築基準法、行政事件訴訟法及び国家賠償法の解釈を通じ検討したにすぎない。しかし、行政の民間開放は建築基準法の分野だけではないことは周知のごとくである。

(4) 最近、福祉行政の分野の民間開放における責任分担について最高裁判決（最判平成一九年一月二五日民集六一巻一号一頁）が下された。この最高裁判決は、児童福祉法二七条一項三号所定の入所措置により社会福祉法人の設置運営する児童養護施設に入所した児童が、当該施設内において他の入所児童の暴行により傷害を負った損害について、その社会福祉法人の使用者責任（民法七一五条）を否定して、県の国賠責任のみを肯定したが、この最高裁判決に対する疑問を述べる論者がみられる。<sup>(38)</sup>

行政の民間開放における、行政部門と民間部門の間の責任の分担の問題は極めて解決困難と解される。指定確認検査機関の建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟における賠償責任者は誰かに関する最高裁判決はまだない。行政の民間開放の趣旨を踏まえた説得的な最高裁判決が期待されるところである。

(5) なお、二〇〇五年（平成一七年）に発覚した耐震偽装事件を契機として、翌年（二〇〇六年（平成一八年））、建築基準法の改正がなされた。改正の主な内容は以下のごとくである。その一は、構造計算適合性判定制度が創設され、一

定規模以上の建築物について、ピュアチェックのシステムが導入されることとなった(たとえば、法六条第五項、六条の二第三項、一八条の二等)。

その二は、特定行政庁による指定確認検査機関に対する監督権限が強化された。すなわち、指定権者は指定確認検査機関の指定に際し特定行政庁から意見聴取しなければならなくなり(法七七条の一八第三項)、損害賠償能力など指定確認検査機関の指定要件の厳格化がなされ(法七七条の二〇第三号)、特定行政庁による指定確認検査機関への立入検査権限が付与され(法七七条の三一第二項) また指定確認検査機関に対し特定行政庁への報告書の作成・提出が義務付けられた(法六条の二第一〇項)のである。

改正法は、全体として指定確認検査機関に対する行政の規制を強化する内容であるといえよう。<sup>39)</sup> 改正法は、二〇〇七年(平成一九年)に施行された。しかし、改正法の下で本稿の検討の対象——指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠請求訴訟が提起された場合の賠償責任者としての被告は誰かということ——について、裁判所の判断が下された事例は、未だ見られないようである。本稿は改正前の法令の下での判決の検討にすぎないが、改正法の下で本稿の検討課題について、裁判所においてどのような判断が下されるか極めて興味深いものがある。

(36) 塩野・前掲注(11)『行政法Ⅲ』一〇四頁、一五四頁、芝池・前掲注(22)『行政法読本(第二版)』四〇五頁等を参照。

(37) 碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎・碓井光明編『法の再構築Ⅰ国家と社会』三頁(二〇〇七年)、松塚晋輔『民営化の責任論』(二〇〇三年)。また、小林・見上・安本編『民』による行政(二〇〇五年)及び原野・浜川・晴山編『民営化と公共性の確保』(二〇〇三年)所収の各論文などを参照。

(38) 碓井・前掲注(37)三六頁。米丸・前掲注(31)「行政の多元化と行政責任」磯部・小早川・芝池編『行政法の新構想Ⅲ「行政救済法」』三二二頁。

(39) 改正の内容については、櫻井敬子「耐震偽装事件と建築行政」『行政法講座』二四七頁(二〇一〇年)、国土交通省住宅局建築指導課監修・建築法

制研究会編集『建築基準法・建築仕法の解説』（二〇〇九年）、国土交通省住宅局建築指導課監修・建築法規研究会編集『Q&A 改正建築基準法・建築士法』（二〇〇九年）、戸田敬里『Q&A平成一八年 改正建築基準法等のポイント』（二〇〇六年）などを参照。

二〇一一年（平成三三）年一〇月二六日脱稿

## 【追記】

本稿脱稿後、次の二つの判例に接した。

東京地判平成二三年三月三〇日判時二二二六号七三頁及び横浜地判平成二四年一月三一日判時二二四六号九一頁の二つである。以下、二つの判決について簡単な説明をしよう。

### (1) 東京地裁平成二三年三月三〇日判決

本判決は、構造計算書が偽装された分譲マンションの購入者らがマンションについて建築確認権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体を被告として建築物として安全性を欠くマンションを購入したことにより損害を被ったとして損害賠償請求をした事案である。本判決は、地方公共団体に対する国賠法一条一項に基づく訴訟損害賠償請求に関して、指定確認検査機関の確認検査員には構造計算書の偽装を発見できなかったことに注意義務違反があったとはいえないとして、地方公共団体に対する損害賠償請求を棄却した。

本判決は、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする損害賠償請求訴訟における賠償責任者について判断していないと解される。

### (2) 横浜地裁平成二四年一月三一日判決

本判決は、マンションの各区分所有権を購入した者ら（三七世帯五三名）が原告となり、マンションの耐震強度不足に関し、マンションの建築確認を行った指定確認検査機関、横浜市、マンションについて設計及び工事管理業務を受託した建築設計事務所に対し、損害賠償を求めた事案である。本判決は、指定確認検査機関はその従業員の過失により本件マンションの耐震強度不足を生じさせたのであるから国家賠償法一条一項に基づき損害賠償責任を負うが、横浜市は国家賠償法上の責任を負わないとした。本判決は、指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国賠法一条一項に基づく損害賠償請求訴訟における賠償責任者は、指定確認検査機関であるとしたのである。このような考え方を取る判決は、本文で述べた東京高裁平成二二年三月二五日判決に次いで二例目であるが、実際に指定確認検査機関に対する賠償責任を認めた判決としては本判決が最初の判決といえる。

本判決の地方公共団体（横浜市）の責任を否定した判決部分は以下のごとくである。

「指定確認検査制度は、建築確認等の事務の主体を地方公共団体から民間の指定確認検査機関に移行したものであって、指定確認検査機関は、自ら設定し

指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者

同志社法学 六四卷七号 一二五（二二五一）

手数料を收受して、自己の判断で建築確認業務を行っており、その交付した建築確認済証は、建築主事が交付した確認済証とみなされるものである。そうすると、指定確認検査機関は、行政とは独立して、公権力の行使である建築確認業務を行っているのであって、指定確認検査機関の行った建築確認に瑕疵がある場合には、その国賠法上の責任は指定確認検査機関自身が負うものと解するのが相当である。」

なお、本判決は、特定行政庁（横浜市）の指定確認検査機関に対する不適合通知等の監督権限（平成一九年改正前の建築基準法施行規則三条の四、旧建築基準法六条の二第三項（現一〇項）、六条の二第四項（現一一項）、六条の二第五項（現一二項）、九条一項、一〇項）を認めているが、この点については、本判決は、特定行政庁たる横浜市は監督権限の行使を怠ったとは認められないとして横浜市の国賠法上の責任を否定した。

また、本判決は、原告らが平成一七年六月二四日の最高裁決定を引用してした国賠法上の賠償責任者は横浜市であると主張に対しては、「同決定は、指定確認検査機関の建築確認の事務の帰属先について判断したものであり、事務の帰属先と、指定確認検査機関が行った建築確認について地方公共団体が国賠法上どのような場合に責任を負うかとは別問題であるから、同主張は採用することができない。」とした。本判決の以上の考え方は、建築確認事務の帰属先は、地方公共団体であるとしているといえる。このような本判決の考え方に疑問なしとしないが、本判決の考え方は一つの考え方であろうと思われる。