

建築規制の実効性確保：建築基準法を素材として

大橋, 洋一
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/2125>

出版情報：法政研究. 65 (3/4), pp.1-40, 1999-01-21. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

建築規制の実効性確保

——建築基準法を素材として

大橋洋一

- 一 建築規制制度の現状
- 二 現行法に対する改善提案（概論）
- 三 間接強制の発展可能性
- 四 九八年改正法の批判的検討

一 建築規制制度の現状

(一) 法的仕組み (概論)

建築基準法は、建築物の安全性など品質確保と、良好な市街地の形成・環境の確保という二つの目的を含むものである (参照、同法一条)。前者を実現するための基準を定めた規定は単体規定と呼ばれ (参照、同法一九条から四一条「建築物の敷地、構造及び建築設備」、後者に関するものは集団規定と呼ばれる (参照、同法四一条の二から六八条の九「都市計画区域等における建築物の敷地、構造及び建築設備」)。集団規定とは妙な名称であるが、具体的には、用途地域に関する用途規制、容積率の制限、建蔽率の制限、接道義務、日影規制、壁面線の指定などを含む。

建築基準法は、さまざまな執行上の問題を抱えているが、建築審議会答申にも現れているように、今日の重要課題として、検査体制の確立と違反建築物対策の二点を挙げる⁽¹⁾ことができる。前者は、着工前の建築確認に加えて、これまで充分に行われてこなかった、工事終了後の完了検査の実施を確保するものである。もう一つの課題である違反建築物対策とは、法律で規定された是正命令、代執行、罰則といった手法が有効に機能していないという現状の改革を指摘したものである。本稿では、建築規制制度の仕組みと実態を概観した後⁽²⁾に (一)、従来説かれてきた改革提案を検討し (二・三)、最後に九八年の改正建築基準法を素材にそこに盛り込まれた執行問題の改革案を分析する (四)。
このように建築基準法を対象とした趣旨は、わが国における行政上の義務履行確保手段の機能不全問題を同法が端的に表していると考えたからである。⁽²⁾

(二) 建築物規制の手続

(1) 事前規制手続—建築確認制度

建築確認を必要とする建築物は、(ア)学校、病院、百貨店等の特殊建築物や一定の規模・構造の建築物（六条一項一号から三号）（以下では、これを大規模建築物と呼ぶ）及び(イ)都市計画区域内等の建築物である（六条一項四号³⁾。例えば、市民が建築する戸建て住宅などは後者に含まれる。

建築確認の申請（六条一項）に対して、建築主事による審査がなされる（同条四項）。例えば、一九九四年には、年間一〇〇万件程度の建築確認申請がなされている。このうち、七〇万件程度は第四号建物、つまり木造の戸建て住宅である。これに対し、三〇万件程度を占める申請、つまり右の一号から三号の大規模建築物に係る建築確認申請は、近時増大傾向にある。こうした比較的規模が大きく、多くの手続を要する建築物は建築行政にとっても重い負担となりつつある。建築確認を受けない工事に対しては、三〇万円以下の罰金という制裁が予定されている（九九条一項二号）。しかし、無確認の建築に対する告発（刑法二二九条）がなされるのは年間数件程度であり、したがって、罰金による無確認規制は機能していない状況にある。

建築確認の後に初めて適法に工事が可能となり、工事が完了すると、四日以内に建築主は完了届を提出しなければならぬ（七条一項）。しかし、現実には、完了届けは提出されることが多く、提出率は三五パーセントに止まっていた⁴⁾。完了届け提出の後に、行政による完了検査が行われ（同条四項）、建築物及び敷地が建築物の敷地・構造・建築設備に関する法令・条例に適合している場合に、検査済証が交付される（同条五項）。先に述べた建築確認対象建築物のうち、大規模建築物に関しては、この検査済証があるまで使用が禁止されている（七条の六第一項）。他方、四号建物については検査済証交付を待たずに、使用が開始されてしまう仕組みとなっている。

(2) 事後的規制手続—是正命令及び代執行制度

(a) 通常手続

違反建築物に対して、特定行政庁は是正命令を発することが可能である（九条一項）。是正命令の内容としては、工事施行の停止、使用禁止・使用制限、除去、移転、増築、模様替、その他の是正措置が可能である。この是正命令の事前手続として、予告通知及び意見書・証拠提出の機会付与（九条二項）と公開の意見聴取請求権（九条三項）が規定されている。是正命令が下されると、その内容は公示されねばならない（九条一三項）。是正命令に従わない者に対して刑罰が規定されているが（参照、九八条一号は一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金を規定する）、これも実際には機能していない。是正命令に従わない者に対する行政的執行手段としては、代執行が規定されている（九条一二項）。一般に、法律の定めた代替的作為義務については行政代執行が可能であるが（行政代執行法二条）、建築基準法は一層容易に代執行を可能にする趣旨で（実体要件を緩和した）特別規定を置いている。⁽⁵⁾

(b) 緊急手続

右に述べたような事前手続（つまり、予告通知・意見書等の機会付与、公開の意見聴取）を踏むことができないほど緊急の事例については、事前手続の省略が認められている。施行中の建物に関して違反が明らかかな場合には工事施工の停止命令（九条一〇項）が、完成建物に対しては仮使用禁止・仮使用制限の命令（九条七項）が発令可能である。これでは是正されない場合には、上記の通常手続と同様に行政的執行の問題となる。

(三) 違反建築物の実態とその背景

(1) 実 態

現行制度の下において、今日では違反建築物が多数存在する。⁶⁾ 建設省もすべての違反件数を把握できていないわけではない。行政の把握した違反建築物のうち約三割は建築確認を受けていないものである（無確認の違反）。他方、六割は集団規定違反である（特に多いのが、ア)建蔽率制限・容積率制限の違反、イ)斜線・高さ制限の違反であり、この二つで違反全体の五割を占める）。つまり、違反の内訳を整理して述べると、建築確認を受けずに違法建築物を建てたケースが全体の三割、建築確認は受けたが確認とは異なった建築物を建て、その違反が集団規定違反にあたるものが全体の六割となっているのである。

では、こうした違反建築物の是正はどのようになされているのであろうか。是正されるものの多くは行政指導を機縁としたものであり、違反建築物三二〇〇〇件の内の三割程度は行政指導を通じて是正されている。これに対して、指導では是正されない七割程度の違反建築物のうち、九条の是正命令が下されるのは悪質な事例に限定される。同条の是正命令で最も多いのが一〇項の工事施工停止命令で年間九〇〇〇件程度である。この他には、一項の是正命令と七項の仮の使用制限命令はいずれも極めて限定的に発令されている（それぞれ年間一〇〇〇件から二〇〇〇件程度である）。こうした命令が下されたにも関わらず、なお是正されないものの中で、代執行にまで至るのは年間〇件または一件といった状況である。つまり、行政指導では是正されない違法建築物は極めて悪質な一部のものを除いて、大半は放置されている。ここに、違反建築物対策が要請される理由が認められるのである。⁷⁾

(2) 背 景

違反建築物が多数存在すること、とくに大都市圏でそうした傾向が顕著である理由の一つは、地価の高さに還元す

ることができず、つまり、極めて狭い敷地面積に建築基準法に従って建築した場合には、十分な床面積を確保できず、買い手がつかないという問題である。例えば、大阪近郊では四〇平方メートルの狭い敷地に建蔽率六割の三階建てでは床面積が七二平方メートルにしかならず、高額な対価を払ってまで購入する者はいないという状況がある。こうした理由から、建蔽率八割といった容積率違反の建築物が登場するのである。その場合、そもそも建築確認を受けずに工事をすると、建築確認を受けた上で確認時の建築計画とは異なって工事を実施するという二通りの違反形態がある。どちらの違反形態も、完了検査を行う行政職員が少なく、完了検査が厳格に行われない行政の実態、履行確保が強硬でないという現行の行政実務を見越しての違反である。さらには、建築士法の定める建築士による工事監理（同法一八条三項）が機能していない点も、こうした傾向を助長している。⁽⁸⁾ この結果、建築物の買主は検査済証の交付されていない建物を買うこととなる。ここで着目すべき点は、集団規定（特に容積率制限）に対する違反を、建築主と業者の双方が望んでいることである。しかし、こうした利得を得るために建築確認や完了検査を回避した結果、建築主は単体規定に合致した建物であることを行政に審査してもらう機会を失うこととなる。換言すれば、集団規定上のメリットを得るために、単体規定の保護法益を放棄する格好になっている。⁽⁹⁾ この場合、建築業者が手抜き工事をすれば、そのツケは購入者（及び後の転売者）に回ることとなる。先の阪神の大震災でこうした工事例が報道されたが、欠陥住宅の大量発生は、上記のようなシステムによりもたらされるものであるといつてよい。

（四）履行確保手段の機能不全の理由

先に見たように、建築基準法においては、代執行が義務履行確保の中心に置かれ、それに罰則を加えた二つの仕組

みが柱になっている。しかし、両者はともに極めて限定的にしか利用されていない。以下では、その制度的な要因を挙げることにしよう。

(1) 代執行の機能不全

代執行が機能していない理由の一つは、代執行手続が煩雑にすぎることがある（過大な執行コスト）。そのため、大量の事務処理量と法律知識・経験が必要性とされる事務について、専門性が自治体には欠け、そうした経験の蓄積を欠くという問題がある。¹⁰ 現在では大規模建物の建築確認事務処理に人員を必要とされる一方で、担当職員数は全国で約七五〇〇人、建築主事は約一八〇〇人とここ数年、執行体制の規模も増大しておらず、人員が絶対的に足りないという事情がある。第二に、代執行手続に伴う強権的なイメージは市民との摩擦をうみやすく、こうした紛争事例についてマスコミも行政を支援することはない。とりわけ、市町村のレベルでは、行政と市民との距離が近すぎるため強硬手段は採りにくいという事情も存在する。第三に、行政にとって執行がメリットとならないシステムになっている（低い成功のインセンティブ）。例えば、建築物に関する情報公開制度の不備に起因して、違法状態が市民の目に見えるような形になっていない（とくに違反建築の大半をしめる集団規定違反は通常の市民が外から見ても容易には判明しない）ために、市民によるコントロールも難しい。¹¹ その上、現在の判例は行政が代執行をしない自由を認めているため、¹² 結果として代執行を促すような仕組みにはなっていない。このように、代執行に伴うデメリットが大きく、他方、メリットはほとんど存在せず、行政代執行をしない自由が行政側に認められているために、代執行は機能しないのである。

(2) 罰則の機能不全

戦後、行政上の義務履行を間接的に促進する手法として罰則は多くの法令で規定されてきたが、その利用は低調なものに止まっている。建築基準法でも同様に、告発件数も年間数万件程度と少ない。具体的には、以下の理由が考えられる。

第一に、行政機関は刑事事件として処理することを好まない。その理由は、刑事手続に要する膨大な時間と労力、行政機関のプライドなどを挙げることができる。刑事手続に委ねることは自己の失敗を組織として認めたことになるという公務員の意識や、司法警察が捜査に乗り出すか、検察が起訴にまで踏み出すのかという点が不確定なことが告発の消極性につながっている。

第二に、刑罰の威嚇力がない点である。つまり、告発がまれであるうえ、かりに起訴されても、刑事裁判の判決が下されるのは年一件程度、それも罰金刑に止まる（この場合でも罰金額はせいぜい三〇万円であった）。一般人が行政刑罰と聞いて連想するような有期の実刑などほとんどなく、威嚇力に欠けるのである。

第三に、警察・検察・裁判所といった刑事事件を担当する組織も行政犯の処理を好まない傾向にある。換言すれば、殺人、強盗、悪質な詐欺等の重要な刑法犯の処理で右の組織は手一杯の状況なのである。⁽¹³⁾

二 現行法に対する改善提案（概論）

前章で見たように、建築基準法は数多くの執行上の不備を抱え、これに対して従来からも改革の提案が提起されてきた。以下では、こうした改善案の概要を把握することとしよう。

(一) 運用の改善

(1) 中間検査・完了検査の徹底

先にも述べたように、建築確認がなされるものの、申請とは異なる建物が建てられ、それが以後行政の検査の対象とされていないといった事案が多数見られる。したがって、こうした建物を検査により発見すること、とくに完成前の時点で違反建築を防止することが重要である。この場合に、問題は、検査に必要な職員数を用意できるのかという点に存在した。この点に関して、九八年改正の建築基準法は民間業者による検査制度と中間検査制度を導入した。この点は、四で改めて論じることとしよう。

(2) 専門家責任の強化

上記のように行政職員によるコントロールに限界があるとすれば、建築行政に関与している専門家の責任を強化するという方策が考えられる。この点で期待されるのが法律上施行を監理する立場にある建築士であるが、現実には業者の側に立った監理に終始してきた。こうした慣行を改める上では、二つの観点が重要であろう。一つは、法律学の観点から一種のリーガル・プロフェッションとして建築士の地位を確立すること、そのためにも違反建築に関与した建築士の氏名公表なり、情報公開を進めることである。このことを通じて悪質な建築士をマーケットから排除することが可能となる。また、宅地建物取引業法における重要事項の説明義務（同法三五条）の重視も同様の理由で不可欠となろう。もう一つの方法は、長期的視点に立って、建築士の専門家としての倫理（professional ethic）を強化していくことである。¹⁴ 施主の立場を代弁するという役割を明確化した上で、建築士による施行業者の監理の厳格化、両

者の間の緊張感を高めていくことが肝要である。こうした取り組みは、建築士の業界団体（例えば、建築士法二二条の二に定める建築士会及び建築士連合会）による自己規律によっても進められるべきであろう。

(3) 連結の拡張

(a) 競争入札参加資格、指名停止

今日、行政主体は私人と同様に売買契約を締結して、机・椅子から、パソコン、図書、文房具等を大量に購入し、庁舎・校舎・道路の工事を大規模に発注している。このように、大量購入者・受給者であるという立場に着目して、地方自治法二三四条一項・二項は売買契約や請負契約について、一般競争入札を原則とした規制を設けている。こうした競争入札では参加資格が問題となり、例えば滞納の事実が経営状況に問題があることを示すものとして滞納者を競争入札資格から排除することが説かれたりした（参照、地方自治法二三四条六項、施行令一六七条の五第一項）。同様に、行政上の義務履行を行わない者について競争入札参加資格を制限することも、今後検討されるべきである。

(b) 住宅金融公庫の融資条件としての検査済証

同様に、住宅金融公庫の融資手続の中で工事の中間検査を経て初めて融資を受けられるようにする運用も参考になる⁽¹⁵⁾。このように公的融資制度を用いて建築確認制度利用のインセンティブを与えていくことが重要である。同様に、民間金融機関に融資の条件として検査済証の提示を要請するなど、融資手続を用いた行政指導を考えていくことも一つの方策である。

(c) 給水拒否

新しい手法として給付拒否が挙げられることがある。しかし、例えば給水拒否の場合、給水拒否の正当化事由は水

道法固有のものに限定され、他の政策目的の実現と給付の提供を連結することは最高裁判決の認めるところではない⁽¹⁶⁾。したがって、新しい立法で連結の方法を明確化する以外には、給水拒否を行政上の義務履行確保に活用することは困難である。建築行政と電気・ガス・水道の供給行政とが密接な協力関係にあるべきことは、かつて建設省の住宅局長と厚生省の環境衛生局長・通産省の公益事業局長との間で違反建築物に対する供給停止の覚え書きが取り交わされた点にも明確に現れている⁽¹⁷⁾。覚え書きと行政指導に立脚した従前のシステムが違法とされた以上、こうした覚え書きを法律に明記すること（具体的には、水道法一条の目的規定に秩序ある都市形成を掲げ、同法一五条一項の給水拒否事由として違反建築を明記すること）が、今後は要請されよう。この点の改善が進まないのは、行政の縦割り主義と、中央省庁が自治体に給水拒否権限を正式に与えることへの躊躇があるように思われる。

(4) 代執行の経験の蓄積（人事ローテーションの見直し）

代執行の手續やそれに要するコストを考えると、代執行手續の改善は不可欠である。しかしながら、そうした改善を行ったとしても、現状では、なお代執行が多用されるとは考えられない。その理由は、悪質で重大な違反行為に対して市町村が毅然とした対応を取れないからである。したがって、代執行制度それ自身の改革よりはむしろ、担い手である行政の機構・人員を見直す必要がある。つまり、強制徴収の機能障害と代執行の機能不全に共通する執行体制の不備を改善すべきである⁽¹⁸⁾。具体的に述べれば、市町村職員が法律的素養に乏しく、執行事務についての蓄積を欠くといった専門性の欠如を克服することである。これは、根本的には「ゼネラリストとしてのみ自治体職員は育つ」という哲学の下に三年程度のサイクルで人事異動を繰り返してきた自治体の人事政策に原因がある。今後は、自治体の職員であっても、法律事務、執行事務に明るい職員を整備するといった「緩やかな専門性」に傾斜した人事システム

を採用することが不可欠である。そのためにも人事異動の期間を長くするとか、研修制度の充実が不可欠である。これがなければ、いつまでたっても自治体は行政指導を繰り返すしか能力のない素人集団に止まることとなる。充分な職員規模を確保できない自治体は、他の市町村との連携を模索すると共に、都道府県がそうした自治体の後方支援にあたることも一つの有力な課題である。こうした仕組みの重要性は、近年の介護保険制度の導入に伴う要介護判定業務をめぐる自治体間協力に見ることができよう。

(5) 民事執行の活用

右の他にも、今日では、行政上の義務の執行について民事訴訟を活用していく方法が考えられる。⁽¹⁹⁾ 例えば、判例の中には、特定行政庁の出した工事停止命令（建築基準法九条一〇項）が無視されたために、国（債権者）による工事続行禁止の仮処分申請を容認した決定が存在する。⁽²⁰⁾ ただし、代執行が法律・条例で認められている場合についてまで民事執行を認める点については、否定的な見解も見られる。⁽²¹⁾

(6) 刑罰の活性化

交通反則通告制度（道路交通法第九章以下）により、交通事件（一九九三年）約八六九万件のうち反則事件として処理されるのは約七五三万件（八六・六パーセント）にものぼっている。反則者は通告処分に従い反則金を納付すれば、その事件については公訴を提起されない。反則事件の実質は行政罰であるが、刑事手続の遅滞や違反者の簡便性を考慮して、行政手続における反則金の賦課で処理しているのである。⁽²²⁾ このように、刑事手続に先行する形で行政手続を設定し、そこに反則金といった金銭賦課の仕組みを埋め込むことも立法にあたり一つの選択肢となろう。ただし、

この場合は警察との連携の問題があるので、建設行政を警察がどの程度支援してくれるかという点がポイントになる。

(7) 直接強制の活用

直接強制の見直しも、一つの選択肢である。これまでも、例えば一九六七年の建築審議会の答申に、封印による工事中止制度が提案され、刑法の封印破棄罪という刑事罰で担保する制度が提案されていた。⁽²³⁾ 直接強制というところまで権力的なマイナスイメージがつきまといってきたが、子細に検討すると代執行の中にも直接強制の特色が同様に認められるのである。つまり、代執行が市民の財産に物理的な力を加える点では直接強制の定義に合致するところであり、両者を区分する理由は直接強制が代執行を除いた補完的なものであるという定義にある。⁽²⁴⁾

したがって、直接強制が批判されてきた理由を問い直すことが肝要となる。それは、具体的には、その内容の包括性、緩やかな法律の留保、不十分な行政手続にある。換言すれば、こうした点を改善すれば、ドイツの建築行政にみられる封印制度のように、直接強制を立法化することも可能であろう。⁽²⁵⁾ モデルとしては、ドイツの仕組みを参考に、まず口頭ないしは文書で停止命令を下し、それでも従わないときには建築現場で封印、監視ないしは素材の保管を行うことなどが考えられよう。

(二) 情報の活用

(1) 住宅情報の整備

現在では、建築業者は建築確認を受けて顧客に行政のお墨付きを受けた信用ある建築物である点を広告として利用

している。しかし他方で、建築確認とは異なる違法建築物を作って販売する例は決して少なくないのである。建築確認は本来、建築計画と建築法規との適合を内容とするものであり、確認時の敷地の現状調査が義務づけられておらず、建築確認後の検査が伴わない現状では、上記のような現象は必然的に生ずるところとなる。そこで、建築物の安全性等を希望する市民は、例えば、(割高な)大手建築会社の住宅を購入するというブランド料を払うことにより自己防衛に努めざるをえないこととなった。換言すれば、単体規定の遵守に関する情報が流通していないために、このような出費を市民は余儀なくさせられてきたのである。したがって、右のような違反情報を収集可能な公簿が完備すれば、建築規制の遵守が建物取引にとつても一つの誘因となりうる。後に述べる九八年改正建築基準法が建築台帳の整備を盛り込んだのも、こうした点に着目したものである。

(2) 制裁的氏名公表

右に述べた公簿に違反建築であることが記載されたり、それに対する行政の対応が明らかにされれば、市民による違反是正の圧力を形成することにもつながる。⁽²⁶⁾ 制裁的氏名公表は、先にも指摘したように建築主の氏名公表として制度設計することも可能であれば、建築士や工事施行者の氏名公表という形で整備することも可能である。⁽²⁷⁾ ただし、そこに制裁的な性格が読みとれる以上、法律の根拠が必要であろう(ここでいう法律には条例も含まれる⁽²⁸⁾)。つまり、公表のもたらす現実のダメージ及びその基底にある「行政側の制裁意図」に着目すれば、法律の留保を制裁的氏名公表に拡大する必要性が明確となる(ちなみに、ドイツ法は今日ではそのような立場をとっている⁽²⁹⁾)。さらに、氏名公表のための行政手続も整備される必要がある。わが国では氏名公表を規定する法律や条例が増加傾向にあるにも拘らず、氏名公表に関する適正手続の規定はほとんど置かれていない。わずかに、神奈川県条例が氏名公表に先立つ勸

告発令の段階で審議会への諮問を規定したり（同県個人情報保護条例三七条一項）、東京都の条例が弁明の機会を規定しているに止まる（東京都環境影響評価条例四三条）。公表制度が今日では一般的な制度と呼べるほど普及してきた点に着目すると、今後は、聴聞、理由付記、公表事実が間違っていた場合の事後訂正（及びその公表）義務とその方法などをルール化すべきであろう。³⁰

とりわけ氏名公表が社会的制裁として大きな威力を持つ点を理由に、実際の利用は重大な違反事件に限定されることが予測され（要件でこうした趣旨を明記するものも少なくない）、公務員も公表に抑制的な態度をとることが経験的に知られるところである。そこで、公表事例に該当することを判定する第三者機関を関与させることで、右の判定に及び腰である公務員をサポートする仕組みも重要になる。こうした補完措置を講じなければ、現在の行政土壌では、氏名公表も結局は「伝家の宝刀」に止まることとなろう。

三 間接強制の発展可能性

建築基準法の執行上の問題を是正する上で、経済的インセンティブに期待した提言が増えつつある。以下では、こうした問題を扱うこととしよう。

(1) 執行罰の再評価

執行罰は行政執行法（一九〇〇年制定）の時代においても、利用されていなかったと言われている。それは、一つには、一層簡単に利用可能で効果的な手法、例えば検束などが存在した点に理由がある。検束などが治安維持目的で

使われたために、戦後、行政の自力執行型の義務履行確保については、懐疑的な姿勢が見られた。そういう時代背景のもとに制定されたのが、現行の行政代執行法である。そこにも見られるように、戦後制定された行政制度の基本的な哲学は、刑罰のもつ間接的な強制力に期待するものであった。つまり、刑罰は刑事手続による点で、行政限りで進めていた戦前の義務履行確保よりも優れていると考えられたのである。このような事情から、執行罰は個別の法律が定めを置く場合に限り用いることができる⁽³¹⁾とされ、今日ではわずかに砂防法三六条に規定されているだけである（これは整理漏れであると言われている）。

かくして、執行罰は、(ア)その効用が乏しいことと、(イ)行政罰によって同様の効果が期待できることの二点を理由に、戦後重視されてこなかった。二点のうち、(イ)の点に関しては、これまで述べてきたように行政罰自体の機能不全を語ることが可能であり、この点で戦後に見られた立法者の期待はずれたように解される。他方、(ア)の点については、執行罰は金額の設定に失敗しただけであり、履行を促すのに適切な金額を設定しさえすれば執行罰も有用な履行確保手段になるという見解が近時では有力となりつつある⁽³²⁾。とくに、違反が是正されるまで繰り返し賦課できる点に着目して、建築法や環境法の分野で広く見られる執行の欠缺に対して、執行罰が有用ではないかといった見解が強まりつつある。

執行罰に対して期待が寄せられるのは、それが新しい義務履行確保手法（例えば、課徴金、公表、給水拒否）のもつメリットを有している点にその理由がある。つまり、第一に、司法手続を踏まなくて済む点で簡単に使えること、第二に、効果が大きいこと、第三に相手方の市民に直接手を加えないために公務員にとって使いやすい点の三点である⁽³²⁾。

執行罰の具体的なイメージとしては、一九七〇年の法改正の段階で議員修正案として出されたものが参考になる

（これは今日まで実現していない）。これによると、建築基準法九条に次のような新たな項を設けることが要請されている。⁽³³⁾

「特定行政庁は前項の規定（建築・修繕・模様替え工事の禁止〔筆者注〕）に違反して工事を行う者に対して、※※円以上※※円以下の強制金（執行罰）を課することができる。なお、工事を続行する者に対しては、一日につき※※円以上※※円以下の強制金を課することができる。」

「前項の強制金は、国税滞納処分の例によりこれを徴収することができる。」

このような条文を設けることに伴う法律的問題点を以下では、分説することとしよう。

(2) 間接強制と二重処罰の禁止

間接強制については、二重処罰の禁止（憲法三九条）との関連を問う見解も見られる。

この問題を考える前提としては、執行罰と刑罰の法的性格を比較することが有益である。第一に、刑罰は過去の行為に対する制裁であるから、現在違法状態がやんでいても、過去のことについて責任を問うことは可能である。これに対して、執行罰は、現在の違法状態を除去する点に目的があるので、違法状態が存続する限りで課される。この点から、刑罰に対しては二重処罰の禁止という原則が働くのに対して、執行罰の方は反復的に科すことが可能であると説かれてきた。

第二に、罰金刑の場合、刑法の体系上の理由から、建築基準法違反だけ罰金額の面で突出するわけにはいかないという議論も見られた。それに対して執行罰であれば、経済的な不当利得を基準にすれば、額の設定は高いものにもなり得る（ただし、この場合でも刑罰との均衡論を意識すると、執行罰の額は再び低いものに止まる）。

最後に、刑罰と執行罰との一番大きな違いは、刑罰には司法手続が必要であり、裁判所の手をかりなければならぬ点である。これに対し、執行罰の方は行政機関限りで実施可能である点、つまり行政手続で足りる点で異なる。

このように刑罰と執行罰との間には、刑事手続と行政手続という手続的な違いもあれば、先ほど述べたような違法状態との関連でも相違が認められる。さらに、制度目的の点でも、執行罰には履行確保という目的が認められる。つまり、執行罰の場合には、目前に違法状態が具体的な形で存在するわけであるから、切迫度の点を理由に額の設定を高くできるという議論も可能であろう。このように、執行罰は罰ではなく（ドイツでは強制金という）、過去の違法状態に対する制裁である刑罰と制度目的も違うのであるから、均衡論は不必要であると考ええる。なお、執行罰を制度設計する場合には、執行「罰」という誤解を生じやすい名称は用いないことが適切である。

(3) 間接強制と義務者の自主性

賦課金のような経済誘導措置のメリットとして説かれるのは、私人の自主選択を尊重するという点である。³⁴⁾ 例えば、容積率違反に対して、どこを壊すべきか、公務員にもわからない場合が少なくない。このように、どこか特定しなければならぬ行政代執行制度と比べると、金銭を課して間接強制により義務者に自ら選択させた方が、義務者の意思を尊重できると説かれている。この場合、行政の側には、情報収集のコストがかからないというメリットが伴う。

しかし、ドイツの警察法の古典原則にもあるように、自己に最も緩和な履行方法を請求する権利を義務者に認めれば、³⁵⁾ 代執行の場合でも義務者の意思を尊重することは可能である。したがって、自由意思の尊重という点は、賦課金のメリットとは必ずしもいえないように考える。

(4) 間接強制の手續及び徴収機関

既に述べたように、戦後の行政制度の設計にあたり、行政的執行に対する不信が存在した。したがって、行政的執行に対する手続的要請を重視した制度形成を行う必要がある。例えば告知聴聞手続を賦課金のような間接強制手法に對しても要請することである。この点に関しては、地方自治法二五五条の二第一項（これは行政罰の一種の過料の規定である）のように、弁明の機会を与えるという立法例も存在する。

これに對し、例えば行政手続法一三条二項四号などは、金錢に係る処分について不利益処分手続の適用除外を定めている（具体例としては道路法五八条規定の原因者負担金納付命令などについて、手続の適用除外を認めるものである）。これは、大量処理の要請、事後的精算で足りるということから、行政手続法上の適用除外を認めたものである⁽³⁶⁾。しかし、この点について学説上強い批判が存在する点には留意すべきである。

(5) 名称の多義性

経済的手法として統一的に語ることのできるものが、法律学の世界では、執行罰、課徴金、賦課金、負担金、強制金、使用料、料金など、様々な名称が用いられている。このように扱われてきた理由は、法律学の体系が直接規制を中心としてきたために、右に挙げた様々な手法が末席に位置づけられてきたという点にある。

経済的インセンティブの利用という場合、一定の義務を前提としてその履行確保手段として性格づけるのか、そうではなくて一定の望むべき目標へと私人の活動を誘導する点に主目的がある⁽³⁷⁾と考えるのか、が重要な区分となる。前者に關して、例えば、独占禁止法上の課徴金（同法七条の二）は違法を前提として、義務違反があることに對して課徴金を課している。これに對して、後者の例としては、便乗値上げや売り惜しみによる物価高騰を防ぐ目的から、大

臣が価格を設定して、超過利潤を国税滞納処分の例によって徴収して、国庫へ納入する制度がある（国民生活安定緊急措置法一一一条）。ここでは、特定標準価格を設けているが、この価格で売ることを命じた規定はない。つまり、義務違反を必ずしも前提としていないのである。

(6) 徴収可能性

現在の強制徴収の実務を前提とすると、義務履行を促す目的で賦課金の額を高く設定した場合に、はたして本当に徴収ができるのかという点に疑問が残る。例えば、現在でも税の滞納に基づく差押とか代執行費用について、徴収は充分にできていない⁽³⁸⁾。したがって、賦課金を課して行政上の義務を金銭債務に変えても、履行が確保できない状況は変わらないのではないかといった批判が考えられる。賦課金を考案して強制徴収で裏打ちするのであれば、確実に金銭徴収可能なシステムを確立するのだから、間接強制導入の説得力は弱いものとなる。例えば、固定資産税が比較的よく徴収できているのであれば、そういう税の徴収手続と連結可能なのかも一つの論点となる。

さらに、賦課金の件数が非常に多くなった場合には、行政側の執行コストを考えて、一定基準以上に関してのみ徴収を考えるとという問題もある。

(7) 法形式

賦課金を設計する場合の論点として、法形式の選択問題が存在する。これは、例えば、租税として構成することが可能かという問題である。立法者が規制税というような形で制度形成することも立法裁量のうちに入り、税の形式が財政目的でも使えると考えれば、租税形式も可能となる⁽³⁹⁾。

経済的インセンティブと経済的ディスインセンティブに着目して、考えられる法形式を示したものが図1である。経済的な賦課によつて政策誘導しようとするものが、課徴金、料金、規制税、租税重荷措置である。これに対して、経済的インセンティブを与えるものが、租税優遇措置、補助金である。以下では、経済的ディスインセンティブを用いた手法、つまり課徴金、料金、規制税、租税重荷措置を扱う。

区分の視点として、第一に、税金として構成するか、という点が一つのポイントとなる。租税であれば、規制税や租税重荷措置が考えられる。こうした仕組みを採用する場合に対しては、租税制度の複雑化を招くといった批判が考えられる。

税か、税以外の形式（課徴金や料金）か、という相違は、具体的には徴収主体の違いに結びつく。つまり、税の形式をとる手法の場合には、徴収に租税行政部門（国税であれば、国税庁、税務署）があたるのに対して、税ではない課徴金や料金の場合には、誘導を必要としている行政部門が徴収にあたることとなる。⁽⁴⁰⁾

第二に、税金の中を区分する視点としては、創設手続の違いに着目する必要がある。つまり、形式面から見た場合、既存の税を前提として、その税負担を加重するという形式をとるのが租税重荷措置であり、これに対して、新たな税として創設されるものが規制税である。⁽⁴¹⁾

第三に、税金でないものの中を区分する視点としては、反対給付の存在を想定できるのか、がポイントとなる。課徴金と料金は経済的ディスインセンティブとして同様の機能を果たしうる。しかし、料金の場合には賦課の対象となる活動が反対給付として肯定的に捉えられるのに対して、課徴金の場合には、賦課の対象となる活動に対するマイナス評価が前提に存在する。つまり、課徴金の場合には、収入は少なければ少ないほど望ましいという事情が存在する。

(8) 財源調達の可能性

賦課金とか課徴金のメリットとして、それにより特定の行政目的に向けた財源調達ができるという点が挙げられている。⁽⁴²⁾つまり、通常の規制であれば行政が費用を支出せざるを得ないのに対して、賦課金の場合には反対に金銭が入ってくるという点である。この場合に、金銭が入ってくるとして、たんに国庫に入ることだけなのか、国庫に入り、さらに例えば建築の場合では基盤整備であるとか日照被害対策というような形で特定の財源として使うことまで可能なのか、という点がポイントになる。一つの可能性としては、税金として構成し、収入を特定の用途に固定した目的税の形式をとることが考えられる。⁽⁴³⁾もう一つの方式としては、法定外普通税と構成した上で、自治体が予算措置の段階で当該収入を特定の行政目的に利用するといった運用方法が考えられる（もつとも、その場合には自治大臣の許可が必要である。地方税法二五九条、六六九条等参照）。後者の例としては、原子炉で使う核燃料の量に依り課税する「核燃料税」（二二道県で導入）や青森県で見られるような放射性廃棄物に対する課税（茨城県でも検討を開始している）などを挙げる⁽⁴⁴⁾ことができる。

(9) 額の算定方法

賦課金の額の算定方法に関して、賦課する場合の料率とか、基準をどこに置くのかが、法律論として問題になるように思われる。その場合に、経済学でどこまで基準を提供できるのかという点が、とりわけ重要である。⁽⁴⁵⁾私見では、ある程度課してみても、それで成果が上がらなければ額を変更していくこと、つまり、実験的な要素を正面に出す方がよいように考える。⁽⁴⁶⁾実験的要素を認めるためには、モニタリング制度を制度設計の当初から組み込んでおくことが必要になる。

(10) 市民の役割

私人がこの制度の中でどれだけの役割を果たし得るのか、を考えることが必要である。例えば、先に述べた情報流通の促進は私人の監視機能に着目した仕組みである。そうした機能を重視するのであれば、市民が利用しやすい行政訴訟及び訴訟理論の構築が不可欠である。しかしながら、一九八四年の最高裁判決を契機に、私人が建築確認を争うことは（執行停止が活用されるのでなければ）不可能になってしまった⁽⁴⁷⁾。このように訴訟制度を閉ざしてしまうことは、クレーム産業といわれるほど紛争の多い建築行政過程にとつては、制度矛盾であるときえいえよう。右の最高裁判決を取り消して建築工事完了後の建築確認取消訴訟を認めるとか、積極的に違反是正命令の義務づけ訴訟を肯定するとか、建築確認取消訴訟における執行停止制度活用等の改善が不可欠である。市民の訴訟提起といった最も基本的な意見提出のルートを封じておいて、市民自治の確立・市民参加を望むことは背理であろう。

右の他にも、市民による調査請求を認めることも重要である。学説で説かれたものとしては、義務履行請求権⁽⁴⁸⁾、行政監察請求権⁽⁴⁹⁾があるが、このほかにも、オンブズマン制度、住民訴訟とのリンクも今後の課題である。

(11) 直接的規制との関連

間接規制は新しい制度であり、どこまで効用があるのか、という点に関しては不明な点が残されている。とくに間接規制で問題なのは、重大な違反事実があるときに、実効的に機能するのかがという点について、確実性が代執行に比べ低い点である⁽⁵⁰⁾。そのような場合に、直接規制と間接規制というものを二者択一の形で考えるのか、悪質な事例には両方に対応していくという形で制度化を図るのか、両者の組み合わせがポイントになる。

四 九八年改正法の批判的検討

一九五〇年以来、最大規模といわれる建築基準法の改正が行われ、一九九八年六月二二日に改正法が公布された〔建築基準法の一部を改正する法律「一九九八年法律第一〇〇号」〕。これまで述べてきた建築基準法の執行上の欠陥に対し、右の改正はどのような貢献を果たせるのであろうか。以下では、そこに盛り込まれた方策を具体的に検討することとしよう（以下で扱う(1)から(3)の三つの改正点は、いずれも公布の日から一年以内に政令の定める日から施行されるものである）。

(1) 建築確認・検査業務の民間委託

(a) 改正理由

本稿の問題意識から最も興味深い点は、改正法が従来地方公共団体の建築主事が行ってきた建築確認や検査業務を民間機関（指定確認検査機関）に開放した点である。これは、大きく分けて、二つの考え方に立脚するものである。

一つは、規制緩和の潮流である。つまり、電気通信分野における国際通信事業開始の条件緩和、KDD・CATV外資規制の撤廃、医薬品分野における新薬承認期間の短縮、外国臨床試験データ受け入れ拡大、金融サービス分野におけるビッグバン、流通・競争政策分野における大店法の廃止等の規制緩和の流れに呼応して、建築分野においても建築確認の制度を国や都道府県が指定した民間業者に委ねる可能性が開かれたのである。従来、日本の建築物のコストがアメリカ等に比較して高く、その理由の一つとして海外資材の使用を阻むなど、不必要な規制を盛り込んだ建築基準法にあると言われてきたのである。二つには、本稿でも扱ってきたように、違法建築が山積し、建築確認の制度が

機能していない点、とくに建築主事の人的リソースが不足している点を補うために、民間の活力を導入しようとした点である。具体的には、地方自治体の公務員で検査業務を担当する建築主事は一九九六年度末で一八二一人にすぎず（これは人口一〇万人あたりでは米国の五分の一にすぎないと言われている⁽⁵²⁾）、法で義務づけられた完了検査が三五％程度しか行われていない状況を前提としている⁽⁵³⁾。右の人員で年間約一一〇万件を越す申請を処理しなければならぬとすれば⁽⁵⁴⁾、一人当たり、着工前の確認や完成後の検査を年間約六〇〇件もこなさなければならぬこととなる⁽⁵⁵⁾。

(b) 改正の内容

今回の改正により、指定確認検査機関が行った建築確認・建築確認済証の交付、完了検査・検査済証の交付は建築主事のそれとみなされたのである（六条の二第一項、七条の二第五項⁽⁵⁶⁾）。かくして、建築確認と完了検査には、①従来型の建築主事による確認審査（六条一項）及び工事完了検査（七条五項）と、②民間機関（指定確認検査機関）による確認・完了検査という二つのルートが用意されたこととなる。このような二者択一関係は次の図2を参照されたい。

指定確認検査機関に建築確認業務や完了検査業務を開放することにより、行政庁が監督役に回ることができ、行政のリソース不足を補うことが可能となる。つまり、図3に見られるように、特定行政庁は民間機関に指示を出し、民間機関の交付した確認済証を場合によっては失効させることができる（六条の二第三項から第五項）。また、図4に示したように、完了検査は民間機関に委ね、その不適合という結果を受けた違反是正措置対策に特定行政庁は集中する仕組みとなっている（七条の二第六項、第七項）。

民間機関を利用する者は、契約により手数料を支払うこととなる。従来の建築主事による確認の料金がほぼ全国画一で（税金が投入されたため）低い水準の料金に抑えられていたことからすると、民間機関の利用料はそれよりも高

いものとなろう。また、今回の改正を契機に、確認、中間検査、完了検査ごとに料金の設定がなされる⁽⁵⁷⁾。そこで、こうした料金を支払うインセンティブが民間機関による確認・検査に認められるのか、がポイントとなる。現在説かれているところでは、審査期間の短縮とそれに伴う着工期間の短縮、設計変更等への柔軟な対応の可能性が挙げられている⁽⁵⁸⁾。例えば、処理期間が法律上は七日または二一日と定められているが（六条四項）、現実には長期間要している点⁽⁵⁹⁾が、民間機関の利用を通じて短縮できるというメリットである。改正法は、民間機関が「確認検査を行うべきことを求められたときは、正当な理由がある場合を除き、遅滞なく、確認検査を行わなければならない」（七七条の二六）と定めている。

(c) 民間委託に対する反対論

（民間機関の中立性批判）

日弁連の反対理由は、新たに確認、検査をビジネスにする会社を設立すれば、設立母体は既存の住宅メーカー、建築・住宅業界となり、公正中立、厳格な確認・検査が期待できないという点にある⁽⁵⁹⁾。同様の批判は、欠陥住宅被害全国連絡協議会の第五回大会（九八年四月二五日）でも提起されている⁽⁶⁰⁾。

こうした中立性に関する疑問に対して、中立性確保の方策が示される必要がある。この点に関し、一九九七年三月二四日の建築審議会答申⁽⁶¹⁾によれば、民間企業を活用する際の条件として、次の点が提示されていたところである⁽⁶²⁾。つまり、①技術能力の点で性能機能化に応じた高い確認・検査能力、一定の確認検査組織をもつこと、②保険制度の活用等による自己や紛争等に対応した責任体制をもつこと、③第三者性の点で対象建築物の設計者、工事管理者、工事施行者と利害関係をもたないことである。こうした条件は、建設大臣又は都道府県知事が指定確認検査機関を指定する際に（六条の二第二項、七条の二第二項⁽⁶³⁾）、審査しなければならぬ指定基準として定められている（七七条の

二〇）。これによると、資格試験⁽⁶⁴⁾に合格した確認検査員が一定数以上であるほか（一号）、中立性確保の点から、役員構成が業務の公正な実施に支障を及ぼすおそれのないこと（四号）、確認等の業務以外の業務を行うことにより業務が不公正になるおそれのないこと（五号）である。つまり、主事資格をもつ社員を多数抱えるゼネコンやその子会社はそのまま指定機関になることはできず、複数の会社や団体と共同出資した場合に可能性が開かれるのである⁽⁶⁵⁾。

建設省住宅局長は、「確認検査員というのは決して共同出資会社の社員ではないのであって、共同出資してつくられた確認検査会社の職員で」あるから、中立性は確保されると説くが、形式論にすぎると思われる⁽⁶⁶⁾。

右に述べたものは法律の留保学説に言う「制度的留保 (institutioneller Gesetzesvorbehalt)」の問題である⁽⁶⁷⁾。つまり、民間機関に任務を委ねることにより行政責任が不明確になる等の弊害が生じないように、そうした危険に備えて予め民間機関の組織と手続を法律で定めておくという考え方である。換言すれば、民間検査機関の中立性を担保する規定を置くことが立法者に課されているのである。改正法は、こうした要請に依えていないように解する。

(d) 民間委託に関する論点―執行確保の方策

さらに、民間機関の適正・公正な業務を確保するために厳正的確な監査を確保し、不法行為を行った者に対する厳格な処分の実施が挙げられている⁽⁶⁸⁾。つまり、民間機関を厳しく監督・処分するというのであるが、そこで予定されている執行手段自体はこれまで論じてきた刑罰など既存のものに止まり、わずかに罰金の額が若干引き上げられた程度の改正に止まる（例えば、九八条では三〇万円以下が五〇万円以下に、九九条では二〇万円以下が三〇万円以下に、一〇〇条では一〇万円以下が二〇万円以下になっている）。したがって、民間機関に対する執行の場面では、本稿で扱ったような執行問題を再発しないという保障はなんら存在しないのである。そのため、法改正の後においても、三で見たとような経済的誘因を利用した新しいタイプの執行手法に対する要請は依然として存在しているものといえよう。

(e) 自治体の事前協議との関係

建築確認制度は従来の判例によれば、第三者の利益をも保護する趣旨のものと解され、したがって、建築確認取消訴訟に対する近隣住民の原告適格が肯定されてきた⁽⁶⁹⁾。この点で、民間機関が確認行為を行うことにより行政訴訟の対象を失うという問題が生じる。同様に、建築確認を機縁とした行政指導を自治体が行い、地域の居住環境の保護、緑化、景観保護に努めてきた。最高裁は、行政指導の限界を示したが、確認留保という行政指導の許容性は肯定してきたのである⁽⁷⁰⁾。このような要綱行政にとって重要な契機であった建築確認が、その民間委託により失われることになるのである。換言すれば、確認対象法令適合を理由に簡単に民間機関が建築確認を出すと、開発指導要綱やまちづくり条例は無力なものとなる⁽⁷¹⁾。つまり、建築確認と一体として実施されてきた要綱に基づく行政指導が、建築確認業務の民間開放により独立化されたため、行政指導の規制根拠及び手続を一層明確化するよう自治体は要請されることとなったのである⁽⁷²⁾。

他方建築確認はクレームの伴う業務であるので、民間の参入はリスクを伴うという意見もある⁽⁷³⁾。

(f) 集団規定に対する関係

民間機関に、建築確認や完了検査といった権力的な行為を委ねる今回の法改正は、公的監督・公的規制を中心としたわが国の伝統的な仕組みを修正するものである。しかし、民間委託という場合でも、技術的な単体規定のように比較的機械的に判断できるような事項の他に、とりわけ裁量性が高く、都市計画的性格をもつ集団規定まで民間機関に委ねられるのか、という点は民営化の一般法理にとっても重要な論点である⁽⁷⁴⁾。この点に関し、改正法は、例えばみなし道路の指定（四二条二項）を特定行政庁の権限として維持し、民間に開放することはしなかった。また、接道義務の特例（四三条一項但書「交通上、安全上、防災上及び衛生上支障がない」）、道路内の建築制限の特例（四四条一項

二号「公益上必要な建築物」並びに建蔽率の特例（五三条四項三号「安全上、防災上及び衛生上支障がない」は右の括弧内に示したように要件面で裁量規定を含むが、改正法はこれを民間機関の行う建築確認に委ねることとはせず、特定行政庁の許可事項と変更している。つまり、特定行政庁が建築審査会の同意を経て許可をするという形で、確認事項から許可事項に変更したのである⁽⁷⁵⁾（四二条六項、四三条一項、四四条二項、五三条四項三号参照）。

(2) 中間検査の導入

阪神大震災で最も手痛い被害を受けたのが木造家屋だったことや、手抜き工事による欠陥戸建て住宅問題が後を絶たないことから、今回の改正で中間検査が導入された。この中間検査も指定確認検査機関に開かれている（七条の四第五項）。したがって、同機関は確認、中間検査、完了検査を行うこととなる。中間検査は、建築物の地盤、基礎など工事の節目ごとに、工事を中断して実施するもの、つまり設計と完了の間で行われるものである。このような規制の導入により工期の延長や建設コストが増加する点に対しては、業界関係者から批判が提起されている⁽⁷⁶⁾。

中間検査はすべてについて行われるものではなく、特定行政庁が区域、期間、建築物の構造、用途、規模を限定して指定した特定工程（七条の三第一項）について、建築主が検査をし義務づけられるとされている。この点に関しては、現行の完了検査でさえうまく機能していないのに、建築主が検査料を負担しなければならず、工事ストップの可能性を含む中間検査の届出をするのかという批判が提起されている⁽⁷⁷⁾。

中間検査に関しては、一戸建て住宅、プレハブ住宅について設計監理する建築士が書面を提出すれば実地検査を省略する特例を認められている。このような四号建築物に対する中間検査の省略に対しては日弁連から批判が提出されている⁽⁷⁸⁾。つまり、第一は、手抜き工事による被害が最も深刻な戸建て住宅問題であり、建売住宅の場合、購入者によ

る中間検査が不可能であるにもかかわらず、右のような省略を認めた点に対する批判である。第二には、このような省略の特例を建築士の判断に委ねた点に関する批判である。つまり、これまで欠陥住宅被害の最大原因が建築士の工事監理の形が化にあり、それは建築士が業者の社員や下請けだったり、監理しないことを前提とする名義貸しの横行に起因していた点に着目した批判である。このように建築士法による建築士の工事監理が機能してこなかったという、これまでの慣行を前提とすれば、中間検査は実施されない可能性が大きい。⁽⁷⁹⁾

(3) 特定行政庁による建築物の台帳整備義務と図書の閲覧

建築物の敷地、構造、建築設備、又は用途に関して記載した建築台帳の整備を特定行政庁に義務づけた改正法（二条五項）は、二つの機能を重視したものである。一つは、建築物の安全性に関する情報流通を通じて社会の自己制御による監督機能の代替に期待した手法である。⁽⁸⁰⁾ 二つには、将来的には、違法建築を減らして商品価値の定まった住宅を増やし、中古建築物市場の拡大につなげようという考えである。

現在では、確認台帳は非公開であり、確認図面も確認図書のうち表紙部分、案内図、配置図程度は開示請求に対して公開されているが、平面図・立面図はプライバシー、著作権の関係で非公開とされている。⁽⁸¹⁾ したがって、例えば中古の住宅を購入しようとする者にとって公的な公開文書の閲覧を通じてその建築法規適合性を確認できるような情報は、これまで流通されていなかったのである。計画概要、（中間検査や完了検査の）検査履歴、許可の有無等の書類閲覧を認めた新規定（九三条の二）は、この点を変えようとするものである。情報を手にした市民による行政の監視という視点は、自らの執行機関をもたないEU法で発展してきた考え方である。⁽⁸²⁾ わが国の建設行政も執行のリソースを充分にもたない点からすると、EU法の展開は示唆的である。さらに、違反者に依頼された議員の介入から自治体

職員を守る意味でも、台帳整備と図書閲覧制度は重要であろう。⁽⁸³⁾

今回の改正法に定められた改正措置の中で、履行確保の観点から長期的に最も期待できるものが、情報流通を前提とした市民監視制度の確立である。しかしながら、右の台帳整備に関する市民への周知徹底は極めて不十分なものに止まっている。

なお、土地や建物に関する台帳は他にも存在し、例えば法務省の管理する土地登記簿が存在する。これは右の台帳とは別個のものとされている。しかし、市民の立場から見た場合には、省庁の縦割りに応じた文書管理システムの並立よりはむしろ統合型のデータベースの構築が将来的には望ましいものと考えられる。

(1) 建築審議会「二十一世紀を展望し、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」一九九七年三月二四日、(3)参照。

(2) 建設省住宅局長は、現状の建築確認や完了検査について、「世間からザル法と言われている」点を認めている（九八年三月一七日日経産業新聞）。建築基準法を素材にした執行研究は、これまでも水準の高い成果が公表されている。代表的な作品としては、宮崎良夫「行政法の実効性の確保」成田頼明他編『行政法の諸問題上』（有斐閣、一九九〇年）二〇三頁以下と福井秀夫「行政代執行の課題」公法研究五八号（一九九六年）二〇六頁以下が存在する。この他、広く様々な素材を基に執行の欠缺の問題を実証的に論ずるものとして、北村喜宣『行政執行過程と自治体』（日本評論社、一九九七年）と阿部泰隆『行政の法システム（下）（新版）』（有斐閣、一九九七年）三九九頁以下が挙げられる。行政執行に関する概観性の高い作品として、関根謙一「行政強制と制裁」ジュリスト一〇七三号（一九九五年）六二頁以下が有益である。

(3) 一号建築物とは、劇場、映画館、病院、ホテル、共同住宅、学校、体育館、百貨店、倉庫等の特殊建築物であり、その用途に供する部分の床面積の合計が一〇〇平方メートルを超えるもの、二号建築物とは、木造の建築物で三以上の階を有し、又は延べ床面積が五〇〇平方メートル、高さが一三メートル若しくは軒の高さが九メートルを超えるもの、三号建築物とは、木造以外の建築物で二以上の階数を有し、又は延べ面積が二〇〇平方メートルを超えるもの、四号住宅とは、一号から三号以外

の建築物で都市計画区域内又は都道府県知事が指定する区域内のものをいう。

(4) 九八年六月一三日朝日新聞夕刊参照。

(5) 参照、浪岡洋一「建築行政と都市計画」時の法令七三九号（一九七〇年）四頁、荒秀「建築基準法の執行体制上の問題」ジュリスト四八一号（一九七一年）三四頁。東京高判一九八五年八月八日判例自治二三号七三頁は、建築基準法九条一二項が行政代執行法二条所定の要件「他の手段によってその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反する」を不要とする趣旨であると解している。

(6) 本文で述べた建築違反の山積や、その同様の理由は、今から約三〇年前にも認めることができる。参照、荒・前掲注(5)二七頁以下、暉峻淑子「改正建築基準法と違反建築物」ジュリスト四八一号（一九七一年）六二頁以下。

(7) 同様のデータは、福井・前掲注(2)の中にも確認することができる。本文掲載のデータは著者の聞き取りに基づく。

(8) その理由は、建築士が業者の社員や下請けだったり、監理しないことを前提とする名義貸しが横行してきたからである。

(9) 建設法の発展過程として、警察規制として生命・財産の保護という要請から単体規定を整備し、その後、街としての機能の確保から集団規定や都市計画が発展するという発展史観を前提とした場合には、本文で述べたわが国の展開は逆説的な帰結となっている。

(10) 例えば、大阪市が九六年一〇月に実施した事例では、解体資材の保管倉庫の手配、地元議員一四名への説明、地元説明会、警察・消防との打ち合わせ、建設省への連絡、仮の宿舍の確保等の手続を要し、代執行体制に二五名の職員を配置している。代執行の費用二八〇万円あまりも徴収できていない。

(11) 建築確認申請書添付文書をめぐる情報公開判例として、例えば横浜地判一九八九年五月二三日判例時報一三一九号六七頁は、分譲マンションの平面図も表札、郵便受け等と結びつけることにより居住する個人を容易に識別可能であるとして、個人識別型情報該当性を理由に公開拒否処分 of 適法を判示している。

(12) 東京高判一九六七年一〇月二六日高裁民集二〇巻五号四五八頁、東京地判一九八〇年五月二〇日判時九八一号九二頁。

(13) 関根・前掲注(2) 六八頁。

(14) 建築家という職業の倫理的要素につき、参照、足立忠夫『学際的研究論』（ぎょうせい、一九八〇年）一三九頁以下。専門家の倫理を強化するという視点に関しては、今里滋教授から教示いただいた。ここに記してお礼申し上げます。

(15) 柏市建築指導研究会『建築指導課』（ぎょうせい、一九九三年）四五頁以下。

- (16) 参照、最判一九九三年二月一八日民集四七卷二号五七四頁以下。
- (17) 参照、暉峻・前掲注(6) 六五頁。
- (18) 行政徴収をめぐる行政実務の実態分析として、参照、山下稔「地方公共団体における納税義務の履行確保」法政研究六五巻一号(一九九八年) 一四九頁以下参照。
- (19) 一般的な文献として、細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商法雑誌八二巻五号六四一頁(一九八〇年)、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」自治研究五五巻六号三頁(一九七九年)。
- (20) 横浜地決一九八九年一月八日判タ七一七号二二〇頁。神戸伊丹支決一九九四年六月九日判例自治一二八号六八頁、大阪高決一九八五年一月二五日判例時報一一八九号三九頁、盛岡地決一九九七年一月二四日判例時報一六三八号一四二頁。
- (21) 参照、最判一九六六年二月二三日民集二〇巻二号三二〇頁、バイパス理論について、ジュリスト増刊『行政強制』一九七七年一九頁(塩野宏教授発言)。これに対して、代執行が可能な場合についても民事執行の可能性を肯定する見解として、阿部・前掲注(19) 一三頁以下、岐阜地判一九六九年一月二七日判例時報六〇〇号一〇〇頁(これは行政代執行を「非常の場合の救済手段」とするが、理由は述べられていない)。
- (22) 村上曆造「行政庁による処罰」ジュリスト七六四号(一九八二年) 一一五頁、関根・前掲注(2) も参照。
- (23) ジュリスト増刊・前掲注(21) 75頁。
- (24) 参照、塩野宏『行政法I(第二版)』(有斐閣、一九九四年) 一八六頁以下。
- (25) ジュリスト・前掲注(21) 七七頁。
- (26) 行政上の義務を履行しなかったり、行政の指示に従わない場合に、そうした事実を公表するという制裁を置く法律規定が登場してきている(国土利用計画法二六条、国民生活安定緊急措置法六条三項、七条二項、障害者の雇用の促進等に関する法律一六条、再生資源の利用の促進に関する法律一二条二項、一五条二項、一七条二項、二〇条二項、下請代金支払遅延等防止法九条四項)。公表規定を盛り込んだ条例は枚挙にいとまがないが、有名なものとしては、神奈川県個人情報保護条例三七条二項、京都市飲料容器の散乱の防止及び再資源化の促進に関する条例二六条、東京都環境影響評価条例四三条、宮城県消費生活保護に関する条例二〇条二項、練馬区中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例二三条、湯布院町潤いのある町づくり条例五四条二項、掛川市生涯学習まちづくり土地条例一二条などがある。氏名公表制度を用いた法律・条例の研究として、北村喜宣「行政指導不服従事実の公表」成田先生古稀記念『政策実現と行政法』(有斐閣、一九九八年) 一三三頁以下があ

- る。
- (27) 建築士法に処分対象者の公表規定がないために、行政実務が氏名公表に慎重な点に関して、福井・前掲注(2) 二一六頁参照。
- (28) 氏名公表は伝統的な義務履行確保ではないので、行政代執行法一条の厳格な法律の留保には服さない(塩野・前掲書(24) 二〇一頁)。
- (29) 大橋洋一『行政法学の構造的変革』(有斐閣、一九九六年) 三六頁。
- (30) 阿部・前掲書(2) 四四三頁。
- (31) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社、一九六二年) 六二頁以下、一〇六頁以下、阿部泰隆「義務違反防止のための金銭の賦課」室井力・塩野宏『行政法を学ぶ1』(有斐閣、一九七八年) 二二八頁、兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、一九八三年) 二〇九頁、同『行政法学』(岩波書店、一九九七年) 一六二頁、村上義弘「直接強制・執行罰」成田頼明編『行政法の争点(新版)』(有斐閣、一九九〇年一〇二頁、磯野弥生「行政上の義務履行確保」『現代行政法大系2』(有斐閣、一九八四年) 二四五頁、宮崎・前掲注(2) 二四七頁、福井・前掲注(2) 二〇六頁以下、碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究五八号(一九九六年) 一四五頁。
- (32) 関根・前掲注(2) 七〇頁参照。
- (33) 暉峻・前掲注(6) 六四頁参照。
- (34) 福井・前掲注(2) 二一四頁。
- (35) 大橋洋一『現代行政の行為形式論』(弘文堂、一九九三年) 二九八頁。是正方法の選択権に関しては、ジュリスト・前掲注(21) 四七頁以下も参照。建べい率違反のように違反部分が特定できない場合に、実務では、違反者の意思に基づく是正計画をなさせるようである。参照、柏市建築指導実務研究会・前掲注(15) 九七頁。
- (36) 宇賀克也『行政手続法の解説(第二次改訂版)』(学陽書房、一九九六年) 一〇八頁。
- (37) 課徴金の性格づけに関しては、ジュリスト・前掲注(21) 九三頁以下。畠山武道「行政強制論の将来」公法研究五六号(一九九六年) 一六九頁は、本文で述べた二つの課徴金類型を示す用語として、義務の希薄化という表現を用いている。
- (38) 山下・前掲注(18) 一五四頁以下、福井・前掲注(2) 二二一・二二二頁。
- (39) 畠山・前掲注(37) 一七六頁、中里実「経済的手法の法的統制に関するメモ(上)」ジュリスト一〇四二号(一九九四年) 一

二五頁は肯定的である。なお、中里実「環境政策の手法としての環境税」ジュリスト一〇〇〇号（一九九二年）一二二頁以下、同「誘導的手法による公共政策」『岩波講座 現代の法四』（岩波書店、一九九八年）二八五頁も参照。

- (40) 中里・前掲注(39) (メモ (上)) 一二三頁。
- (41) 中里・前掲注(39) (メモ (上)) 一二三頁。
- (42) 畠山・前掲注(37) 一七五―一七六頁。
- (43) 目的税に関しては、参照、金子宏『租税法（第六版補正版）』（弘文堂、一九九八年）一七頁。
- (44) 九八年一〇月一六日朝日新聞朝刊。
- (45) 福井・前掲注(2) 一二四頁は、経済学の知見を応用して外部限界費用を求めることが可能であると説く。
- (46) 実験法学に関しては、大橋洋一「実験法律の法構造」成田・前掲注(26) 一二頁以下参照。
- (47) 最判一九八四年一〇月二六日民集三八巻一〇号一一六九頁以下。この判決に対する批評としては、山本隆司・法学協会雑誌 一二二巻九号一二六頁以下に見るべき点が多い。
- (48) 磯野・前掲注(31) 一二七頁、一二四頁。
- (49) 福井・前掲注(2) 一二五頁。
- (50) これは、近時のドイツ法で、間接規制に対して承認されている点である。
- (51) 建設省住宅局建築指導課・市街地建築課監修『平成一〇年六月一二日公布 改正建築基準法』（新日本法規、一九九八年）二四二頁。
- (52) 九八年三月一七日日本経済新聞朝刊。
- (53) 九八年六月一三日朝日新聞夕刊。
- (54) 建設省・前掲注(51) 一二四二頁によれば、一九九六年度で一一三万七八九一件である。
- (55) 九八年四月二八日朝日新聞朝刊。
- (56) 確認検査機関の行う確認や完了検査は建築主事のそれとみなされるので、救済の方法も従前の仕組みによる。つまり、右機関の処分に対する不服は建築審査会への審査請求前置が義務づけられ（九四条一項、九六条）、なお不服な場合には、建設大臣に再審査請求するか（九五条）、取消訴訟を提起することとなる。
- (57) 日経アーキテクチュア「建基法改正の影響度Q&A」九八年三月二三日一二二頁。

- (58) 建築基準法研究会編著『建築基準法大改正』（日経B P社、一九九七年）一四六頁。
- (59) 一九八五年八月八日日本経済新聞朝刊。
- (60) 一九八四年四月二六日毎日新聞地方版。
- (61) 一九九七年三月二四日建築審議会答申「二一世紀を展望し、経済社会の変化に対応した手新たな建築行政の在り方に関する答申」・一(二)(一)。
- (62) 建築審議会・前掲注(1)。
- (63) 複数の都道府県で業務を行うものについては、建設大臣が指定する(建築基準法六条の二第二項、七条の二第二項)。
- (64) 受験資格は、一級建築士試験の合格の他、確認実務に二年以上従事していることであるが、民間人に確認の実務経験はないので、当面は行政官のOBがあたることとなる。日経アーキテクチュア「建基法改正案を閣議決定」一九八四年四月六日一二二頁参照。建築確認検査機関として、当面は県の建築センターが想定されている。参照、日経アーキテクチュア「特集改正建基法の深層」一九八七年七月一三日九八頁。
- (65) 日経アーキテクチュア・前掲注(57) 一〇八頁参照。
- (66) 一九八五年五月一五日衆議院建設委員会・小川忠男(建設省住宅局長) 発言、建築知識一九九八年九月号一一二頁参照。
- (67) E・シュミットリアスマン(海老原明夫)「ドイツ行政法の最近の発展(上)」自治研究七二巻九号一一頁以下参照。Vgl. E. Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S.166f.; G.C. Burmeister, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991.
- (68) 建築審議会・前掲注(61)・1(2)(1)。
- (69) 参照、広島高判一九七五年九月一七日程集二六巻九号九九四頁、神戸地判一九八六年七月九日訟務月報三三巻四号九九三頁。判例の概観には、法務省訟務局行政訟務第一課職員編『判例概説建築基準法』(ぎょうせい、一九九四年)一三〇頁以下が便宜である。
- (70) 最判一九八五年七月一六日民集三九巻五号九八九頁。
- (71) 野口和雄「都市計画法・建築基準法の改正は都市計画の退廃だ」住民と自治九八年五月号五三頁。
- (72) 一九八四年四月二四日衆議院本会議・瓦力(建設大臣) 発言、建築知識・前掲注(66) 一一四頁参照。
- (73) 日経アーキテクチュア・前掲注(57) 一一三頁。

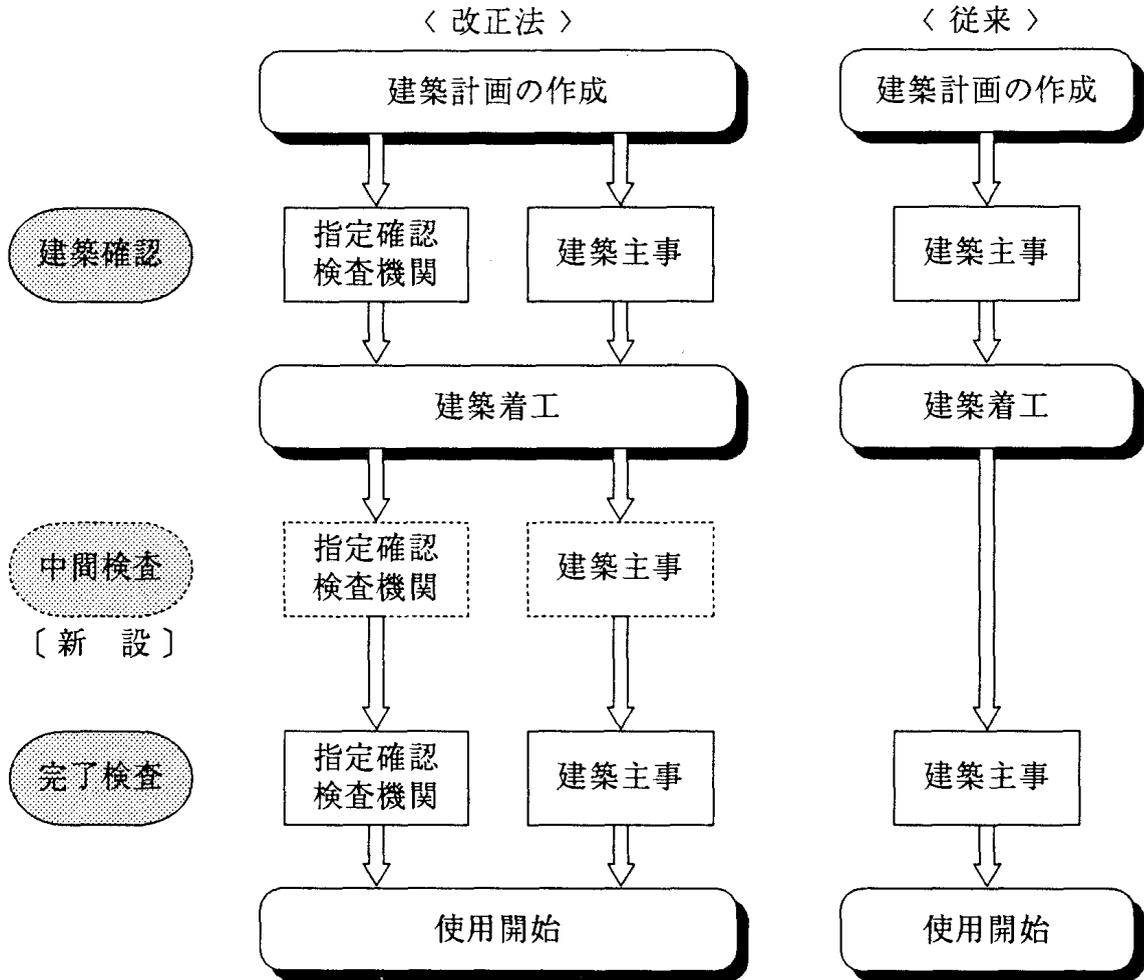
- (74) 建築基準法研究会・前掲注(58) 一五二頁参照。
- (75) 日経アーキテクチュア・前掲注(64) 一一三頁は建築審査会の開催回数が増すと予測する。建築審査会の実態研究として、荒秀「建築審査会の法と実務」獨協法学四二号（一九九六年）一頁以下参照。
- (76) 九八年三月一七日日経産業新聞。
- (77) 日経アーキテクチュア・前掲注(64) 一一三頁。
- (78) 九八年五月八日日経新聞朝刊。日経アーキテクチュア・前掲注(57) 一一四頁。
- (79) 九八年三月二〇日日経産業新聞、九八年六月一三日朝日新聞夕刊。
- (80) 宇賀克也教授は情報公開の意義を、「情報を共有した市民を参加させ、市民との討論を通じて、合意を形成していく行政過程への転換を促すもの」と総括する（同『行政公開法の理論』（有斐閣、一九九八年）五頁。大橋・前掲注(29) 一九五頁以下も参照。
- (81) 建築基準法研究会・前掲注(58) 一六四頁。
- (82) ハンス・ハインリッヒ・トゥルター（山本隆司訳）「ドイツにおける行政法および行政法学の発展」III 1 (d)（自治研究近刊予定）。
- (83) 議員の介入に関しては、柏市建築指導実務研究会・前掲注(15) 一一一頁参照。

本稿の第一章から第三章は、「建築基準法の実効性確保のための方策に関する研究会」（座長・八田達夫教授）に委員として参加し担当した報告（九七年三月二五日）を基礎としている。研究会への参加を誘って下さった福井秀夫教授を始めとして、研究会の席上ご教示いただいた委員各位に心よりお礼申し上げます。

(図1) 経済的手法の概観

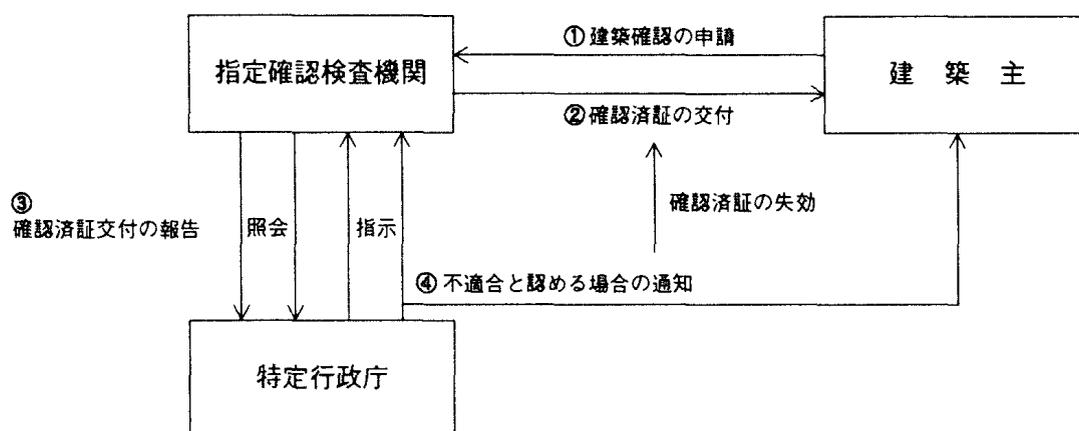
(名 称)	補助金	租税 優遇措置	租税 重荷措置	規制税	課徴金	料 金
(性 格)	経済的インセンティブ		経済的ディスインセンティブ			
(税 金 性)	—	税 金			—	
(税の種類)	—	財 政 税 (租税特別措置)		規制税	—	
(執行機関)	所管行政機関	国税庁・税務署			所管行政機関	
(対 価 性)	無					有

(図2) 行政手続の新旧比較

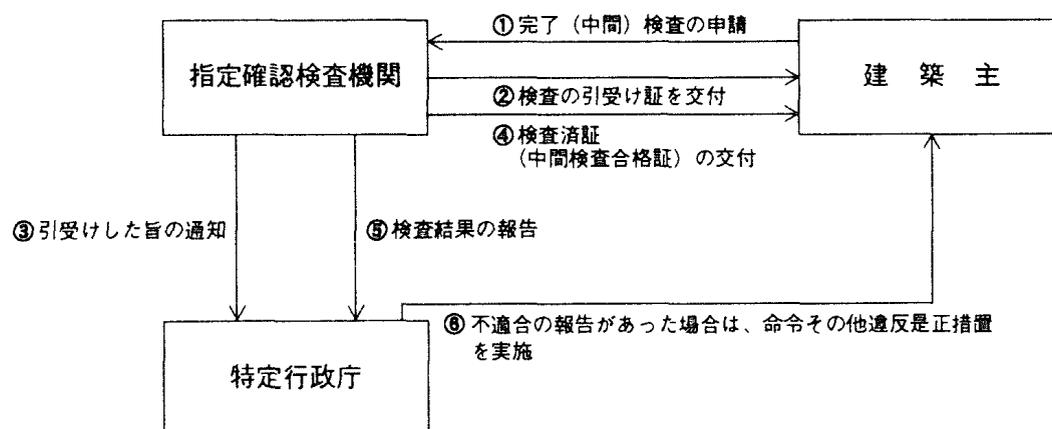


建設省住宅局建築指導課・市街地建築課監修『改正建築基準法』（新日本法規・1998年）6頁を一部修正のうえ引用。

(図3) 建築確認の行政過程



(図4) 建築検査の行政過程



いずれも建設省住宅局建築指導課・市街地建築課監修『改正建築基準法』（新日本法規・1998年）7頁より引用。