

## 建築審査会の法と実務

荒

秀

### 第一章 建築審査会概要

#### 一 序

(沿革、成立経過)

昭和二五年に制定された現行建築基準法は関係行政機関として建築審査会を設けているが、その関係規定として第五章に「建築審査会」と題して八カ条の規定のほか、四八条の用途地域の例外許可の同意権のほか幾つかの規定を設けている<sup>①</sup>。

建築基準法の前身である市街地建築物法は建築行政関係機関としては主務大臣、行政官庁、地方長官等を規定し、現行法の例外許可に当たたる権限は物法施行令により行政官庁に与えられ、建築審査会のような機関は置かれて

いなかった。ただ補償について関係官庁、高等官四名、公共団体の吏員二名、公共団体の議員四名、学識経験者二名の合計一二名からなる、補償義務の有無並びに補償額の裁定権を与えられた補償審査会がおかれているが、それ以外は現行法上の同意、建議、調査審議を行う機関の規定は全く見当たらない。訴願に対しては一般の訴願法の規定により、また訴訟については行政裁判所が審査していた(市街地建築物法二一条、二二条)。「審査会」と言う名称は前述の「補償審査会」でみられるほかには見当たらない。建築基準法制定に当たって、GHQの影響が存したことは容易に想像できるが、アメリカのゾーニングボードの影響を受け、特殊な特定行政庁、建築主事等の制度の採用とともに、アピール制度の採用等我が国の行政組織原理との調整をはかりながらこのような審査会が生まれ来たことが推測できる。<sup>233)</sup>

(審査会の設置目的)

建築審査会は自治法上の付属機関と云われる。一般的に付属機関としての審議会又は審査会の設置目的は、専門知識の導入、公正の確保、利害の調整、各種行政の総合調整、並びにこれらの根源にある行政に関する国民の直接的参加にあると言われており、論者の中にはこの中での総合調整が最も重要とする者もある。<sup>234)</sup>何が最も重要であるかは審査会・審議会と言ってもその設置目的は多様であるから、それぞれについて判断さるべきことであるが、一般論から言えば設置目的・趣旨規定に集約されると思われる。建築審査会の場合は諮問に対する答申権、建議権が定められているが、同意権と審査請求の審査・裁決権が重要である。特に同意権は後にも述べるように行政委員会的人格を示すと云われているが、現在においては都市計画のスポット的修正変更権から、更にそれを越える大きい影響力を与える変更についての同意権にまで拡大されていると言える。

前記注2の小宮見解では審査会設置の目的が例外許可と言う行政処分<sup>235)</sup>の公正担保のためであると言われるが、現

行法上は例外許可だけでなく同意のほか審査請求の審査、裁決権（例外許可のほかその建築確認や除却命令など他の処分の正当性、適法性の担保も含まれる）、建議、諮問の機能も明文で与えられている。審査請求は利害関係者の準司法的事後的救済機能にあり、建議また諮問にたいする答申は能動、受動の相違はあるものの救済的なものというよりは特定行政庁或いは関係機関にたいする基準法運営に係わる包括的、政策的或いは具体的運営上の意見の具申である。これらを総合すると建築審査会設置の目的は必ずしも単一的でなく、より多目的である。

## 二 機関としての法的性格

### （付属機関）

建築審査会は自治法第七章二〇二条の三、別表七規定の付属機関として置かれて居るが、この付属機関の一般的性格としては、自治体の意思決定表示権限をもたず、執行機関の要請によりその行政執行の前提として必要な調停、審査、審議、調停等を行う機関と言われて居り、合議体であることが一般的である。例外的に同法一三八条の四が定める自治紛争調停委員会が調停案を作成しこれを関係者に公表する権限を与えられていることについて（同法二五一条）、調停の開始が専ら知事の要請により行われ、調停は当事者が知事に受諾の意志を表示して初めて成立するという事からなお付属機関に属すると言われている<sup>⑤</sup>。建築審査会の同意権限は、住民からの要請や住民の受諾によるものでなく特定行政庁からの付議により開始される補完的なもので直接住民に対してなされるものではなく、また、重要事項に対する調査審議は諮問に対する答申であるとともに建議は関係行政機関に対する自発的な意見表明であり、いずれも住民に対してなされるものでない。また、審査請求に対する裁決は自治体の長の要請によるものでなく、法律の規定に基づき、請求人の審査請求により開始されるものであり、裁決書には建築審査会の対

外的責任の表明である記名押印をしなければならない(審査法四一条)。したがってこの点では対外的顕名権・義務を持たない付属機関に含めて解することができない面をもつ。これらのことをとらえて、建築審査会を行政庁と性格づけをする者も居る。また、審査請求の裁決は憲法上前審的裁判権としてとらえられながら、しかも再審査前置主義は採られていないが、裁判所ではない行政機関としての建設大臣の再審査により破られ得るという行政統制・行政監督に服させられる面も備えている。これらから、建築審査会は例えば類似的の開発審査会と比較すると、より複合的な権限を与えられた性質を有していると理解した方がよいのではないかと思われる。要するに付属機関と言っても実定法の規定の仕方により多様であって一律にその法律的性格を決定できないということになる。自治紛争調停機関もまさにその一つで、実定法により対外的表示権を直接与えられているという様に理解すべきであろう。国家行政組織法八条は不服審査、調査審議その他学識経験者などの合議により処理することが適当な事務をつかさどる合議機関を包括的に定めているが、建築審査会はほぼこれに該当すると言える。

ところで一般的に審査会と審議会が区別されているが、杉村、山内編、「行政法辞典」によると、審議会は一般的に付属機関として置かれる合議機関で、学識経験者を主たる構成員として諮問機関の性格を有するものであり、審査会は合議機関のうち法律関係又は法律事実の存否の認定に当たるもので、一般的に付属機関であるが、諮問機関であることもあり、参与機関である事もあり、行政委員会であることもあると両者が区別されている。国における建築審査会と比較すると建築審査会はまさにこの審査会の分類に当てはまる。<sup>(67)</sup>

(諮問機関・参与機関・行政委員会としての性格並びに開発審査会との相違)

一般的に同意案件については参与機関、調査審議・建議については諮問機関、裁決については行政庁的審査庁の性質を有し全体としては行政委員会に近い性質を有すると云われる。また、執行機関としての委員会ではないが、

参与機関と言われる。此の参与機関と云われるものの性格は十分に解明されているとは言えないが、此の決定に行政庁が従わなければならない法的義務があるとすれば、一般的に同意がなされた段階で内部的な最終的行政決定が成立し、特定行政庁による外部的表示行為が残されるだけであるから、審査会は行政庁的機関となる。もちろん、特定行政庁が申請に対して許可しようと思ふときだけに審査会に諮られるものと一般的に解釈されているから（条文上は必ずしもそのように断定できないと思ふが）、審査会が同意したことは特定行政庁の意志と全く異なるといふことにはならないから審査会は行政庁的参与機関と言えよう。また、このほか、行政委員会の特色として準立法権（規則制定権）を有することが挙げられるが、建築審査会は審査会条例で認められる単純な審査会の運営事務的なものを除いた法規制定の意味での立法権は与えられていない（後述の一括・包括審査基準の設定が問題となる）。法八三条は、建築審査会の組織、議事並びに委員の報酬及び費用弁償その他建築審査会に關して必要な事項を条例で定めることを授權しているが、建築審査会に対する法律による法規授權規定は一切置かれていない。また、行政委員会の準司法権に基づく判断は、一般的に行政機関によつては取り消されず、裁判所で審査対象となるものであるが、建築審査会の裁決は建設大臣に対する再審査請求の対象となることとされている。このようなことから、純粹な意味での行政委員会とは言い切れない面を多く有する。

なお、最近では諮問機関と参与機関の絶対的区別が薄れてきているが、一判決は都市計画地方審議會は単なる諮問機関でなく、利害關係人の権利、利益を保護するための重要な機関だから、当然提出されるべき重要な資料が提出されず、重要な事実につき誤った前提のもとに審議されるなど審議が尽くされていないときはそれをもとになされた決定は違法となり、都市計画課長の計画変更について審議委員に対する説明が概略的に過ぎて、重要な事項である原告の土地収用問題についての論議を避けるような著しく不誠実な答弁をしたことは、審理不度でこれをもとと

した決定の取り消し理由を構成するとしているのが注目される。

このように諮問機関と参与機関の相対化現象が見られるが、行政手続法上、審査基準・処分基準を定める義務化から審査会もこれに基づき判断することとなるであろうから、両者の区別はますます不明確になることと思われる。

(機関委任事務からの検討)

建築行政が機関委任事務とすれば、組織法上は自治体設置の機関ではあるが、権限行使上は国の機関ということになる。裁決については建設大臣への再審査裁決による取り消しを受ける。この場合の建設大臣は準司法的権限というよりは指揮監督機能としての行政作用と言える。しかし、裁決権の行使については当然のことながら独立に行い、同意案件についても独立機関と考えてよい。独立性についての明文規定は置かれていないが、特定行政庁の最終的決定に先立ち別個の第三者的機関に同意権限を与えたこと、第三者機関を保証するために委員の身分が保障されていることから、独立性が認められていると解しえよう。また、建設大臣の都道府県の建築主事に対する、都道府県知事の市町村の建築主事に対する指揮監督、建設大臣の都道府県知事に対する指揮監督、建設大臣の特定行政庁に対する報告又は必要な資料提出を求める権限についての規定はあるが、建築審査会に対するかかる規定は一切置かれていない。また都道府県知事や特定行政庁の建築審査会に対する指揮監督権の規定も一切おかれていない(法一六条、一七条)。

三 審査会の構成

機関の性質は従来は組織法上の問題で国民の権利に直接関係を持たないとして軽視されて来たが、付属機関が行

政過程上果たしている役割を考えれば、委員の構成、選任方法、被選任資格等重要な問題である。

（構成）

審査会は「法律、経済、建築、都市計画、公衆衛生、又は行政に關しすぐれた知識、公共の福祉に關し公正な判断をすることが出来る」委員から構成されるものとされている。この構成要素は都市計画法上の開発審査会と全く同じである。云わば都市計画法は基準法の建築審査会の規定を範にしたと言えるのであるが、必ずしも両者の審査会の趣旨目的は同じでないのに、等しく都市に關係するという漫然とした共通意識からか、先例に従った節がないとは言えない。しかし、開発審査会は七人の數值的画一性を採っているのに対して、建築審査会は七人から五人と選択の幅を置いている。<sup>9)</sup>これは、その地域の人口、建築予想數等からの配慮であろうが、開発審査会についても都道府県相互間で人口、開發程度は相當の相違が見られるのである。また、五人とした場合どの分野の委員が優先性を持つかが問題となるが、「建築」分野からの選出は最優先であろう。<sup>10)</sup>審査請求処理のためには法律分野も不可欠であろう。用途地域の例外許可や総合設計許可をする場合などの時に欠かせない。環境・衛生も欠かせない。とすると、何れの分野を削るといふ事になると経済という見解もある。<sup>11)</sup>開発審査会の構成と比較するとこの見解も合理的理由がないとは言えないであろう。「衛生」というカテゴリーも、現在では「環境」と範圍を広げるのが妥当ではないかと思われるが、現行の基準法の規定内容からすると環境保護はその分野にゆだねるのが無難であり、原告適格の問題でも混乱を招こう。また、昭和四六・一・二九住指発四四号建設省住宅局長通達によると法定の各分野の最低一名を含むことは必ずしも要求されないが、これら以外の分野からの学識經驗者を委員に任命できないとされている。任命権者のこの任命行為は行政の内部的行為として処分性・原告適格は一般的に否定されるであろうし、また、認められたとしても特段の事情なき限り行政機關内の裁量判断行為と解されるので、これをめぐって司

法救済は困難であろうが、内部組織としての建築審査会が同意権という強力な形で作用法上に影響を及ぼす審査会の性格から今後より検討さるべき問題であることを失われない。

(委員の数) 七名又は五名となっている。具体的には必ずしも人口数によらないようであるが、都道府県または政令指定都市は七名、市は五名、東京都の特別区も五名である。これらの実態、統計は「建築法令の研究」一三の矢吹茂郎「建築審査会の現状」に詳しく報告されているので参照されたい。七名又は五名となっていて七名ないし五名ではない。これは、奇数の法が決定に可非同数にならない便宜のためのような説明がなされて居るが、同数の場合は議長の決するところによるとすればよいので必ずしも説得力あるものでない。広く専門分野を含める意味であれば七名と、一律化してもよいと思われるし、適任者が選び得ないときは六名でも違法ではあるまい。

(住民参加) また、委員の構成要素には住民参加の理念・考慮は全く含まれていない。建築審査会の設立趣旨が専門知識による補完である以上当然であったろうし、また、立法当時の住民の参加意識の低い状況、専門知識の欠如からは当然であろう。しかし、地域住環境への影響が問題となる現状を考慮すると、当該地域についての現場の経験、知識を熟知する地域住民の意見をなんらかの形で適切に反映できる方法として、地域団体等の(地域ボスが支配しやすい自治会など問題点があることは指摘されているが) 妥当な単位から、或いは同意案件さらに進んでは審査請求事件においても個別案件毎にその利害関係者の代表メンバーを選任(その選任方法は慎重に検討を要するが)して参加させること等も検討されてよい。すなわち、例外許可についての同意機関の場合は当該地域の近辺に直接利害関係を有するものを加えることが考えられる。四八条の例外許可のような場合には公聴会の義務づけが置かれているが、これが実体上十分な機能を果たしているかの検討も必要であるし、また、総合設計のような場合には、事実上準公聴会が開かれている所もあるようであるが、それが法的には義務づけされていない。法制度として



公聴会とは別に、申請事案毎に利害関係を有する地域住民代表を参加させる合理的理由があると思われる。現代の都市形成においてはその地域に直接かかわりを持たない専門的知識経験者による第三者機関のみの意見だけでなく、当該地域住民の意見反映がなされるべきシステムが必要とされている時代に来ている。少なくとも、建築行政と都市計画行政との接境的分野については公聴会のみならず利害関係者の参加制度を定める事が考慮されてよいであろう。

（法律家・経済家） 橋本前掲注<sup>(19)</sup>五七頁に、東京海上ビル事件を機として昭和四五年の法改正により従来メンバーとされていなかった法律家が入られるようになった理由や問題点が述べられて居る。東京都では審査会委員とは別に、審査請求担当として六名の弁護士、同意案件担当の四名の技術専門家からなる専門調査員が置かれ専門的知識を補充している。これは自治法一七四条の専門委員ではなく条例に基づくものである。特にかつては法律家などが審査会の必要委員でなかったために訴訟等<sup>(20)</sup>のときに特に必要とされたからであろう。論者によっては法律家は二名必要とする意見もある。経済分野からの選出に疑問を提出する説があることは既に述べた。東京都の場合には経済分野からの委員は選ばれていない。確かに建築基準法条は、都市計画法上の都市計画審議会や開発審査会と異なり、あまり経済分野は関係がないと思われるが、ただ、現実には土地政策、住宅政策、景気浮揚政策に基づく建設業対策等、本来建築行政とは無関係とも言える要素の影響を受けていることに、建築行政の現代的問題が潜んでいる。

（行政分野・議員・学者） また、行政分野からの選出は通常行政OBから選ばれることになっており、これが同じ穴のムジナ論者の疑惑を一層深めることとなる。同じ県のなかで他の自治体の委員を交換的に派遣しているような例もある。また、議員を必ずいれることにも批判がある。慣習的に建設常任委員会の議長が委員になったり、ま

た、議員が審査会議長になる慣例の所もあるようである。これはかつては、建築審査会の委員が議会の同意によることの代替的措置とも考えられるが、現在その妥当性は疑わしい。議員は地域の実情をつぶさに知っており、特殊な地域的利害偏見を持って判断しない限り、地域利害関係者の公益的代表者の役割を期待することもでき、また、民主的コントロールの代替的機能を期待できるとも云われる。学者委員についての批判も含め、審査会・審議会一般について「企業の代弁者や古手役人又は当該行政領域につきなら専門知識をもたない大学教授らを利用し、したがって内容的にも、行政当局の原案を鵜呑みにするか、あるいはせいぜい若干の理論的粉飾をこらすもの止まって来た。このような現状を打破し、かつ、行政の科学化をはかるためには、それらの構成員および運営の民主化が必要不可欠であろう」との手厳しい批判も見受けられる。<sup>15)</sup>

同意権限の内容が道路内建築物に対する例外許可(法四四条) 壁面線指定(法四六条一項)、用途地域規制の例外許可(四八条)、日影による高さ制限(五六条の二)、総合設計許可(法五九条の二)であり、また現実に処理している同意案件から見ると筆者が関係している東京都の場合は総合設計が主要な位置を占めているが、地域によりそのウエイトが一樣でないと思われる。大都市においては都市計画の変更である用途地域における例外許可の同意や総合設計案件が多いと思われるので、このような自治体では都市計画関係二名、建築関係二名、法律関係一名、(東京都の場合は専門調査員として弁護士を一案件につき一名を付しているが、これは審査請求の口頭審査、審議に参加し専門的立場から意見を述べるため参加することとなっており、また技術専門調査員がおかれ、同意案件に出席して専門的立場から意見を述べている。)

「行政」関係委員として一般的に地方議会議員、当該自治体の旧有力OB、現役行政職員が選ばれることがあるが、OBは知識経験が豊富であるとともに組織内あるいは対外的にも豊富なコネクションをもつことからマイナス

作用を及ぼすことも注意しなければならないだろう。

（委員の任命） かつて採用されていた議会の同意制度の廃止は、政治的影響力の排除のためと言われるが、その反面、住民監視の排除でもあり、また、都市形成の中で審査会の占めるウエイト・評価の低落の反映でもある。また、行政サイドのみによる選任は、行政サイドに不利な者の選任はなされないことに傾斜することは避け得ない。委員の交替の場合、従来の審査会の運営につき何らかの意見・要望を有しているかもしれないが、法的には既存委員に対する意見聴取の必要もない。行政サイドのみによるこの方法は、建築審査会が利害代表的諮問機関でなく専門知識諮問機関であることから肯定できる面があるが、専門家による推薦制度などの公正な選任制度の検討も考慮されてよい。より根本的には専門的諮問機関としてのみでなく、利害関係者を含めた審査会への検討がなされるべき時期に來ているのかもしれない。さらに一歩進めれば委員任命についての申請権を住民に認めることも考えられよう。委員会を政治的紛争の場に引きずり込む危惧もあろうが、立候補制度とともに検討されてよい。

（任命権者） 市区町村長又は都道府県知事（法七九条二項）である。

（欠格事由） 建築基準法八〇条の二は、①禁治産者もしくは准禁治産者又は破産者で復権を得ない者、②禁固以上の刑に処せられ、その執行を終わるまで又はその執行をうけることがなくなるまでの者は委員となり得ないこととなっている。禁治産者、准禁治産者、破産者復権の意義については民法、破産法の定めによる。禁固以上の刑に処せられたについては刑法、刑事訴訟法による。欠格委員の任命は無効であるが、欠格委員が審議・口頭審査・裁決に参加した場合の、これらの審議、議決の効力が問題となる。絶対的に無効とする説、欠格委員の票を控除しても結果に異動が生じない場合には有効とする説、*de facto*（事実上の公務員）理論により有効とする説が考えられるが、特段の事由がない限り現実的配慮から控除説によるのが妥当であろうか。

（解任事由） 基準法八〇条の三は、①任命後委員が欠格事由に該当するに至った場合（絶対的欠格事由）、②心身の故障のため職務の執行に堪えないと認められる場合か職務上の義務違反その他委員たるに適しない非行があると認められる場合には、委員は解任される。具体的にどのような場合がこれに当たるかは第三者的専門独立機関の委員であること、一般的には解任がその者の生活に直接かわらないことから、一般的な公務員法の原理より厳しくて良いと思われるが、任命権者の判断による。

（委員の任期） 任期は二年とされ、再任されることとなっているが、回数<sup>16</sup>の制限規定はないから、二回に限定する趣旨ではない（法八〇条一、二項）。同一人を三回以上任命することも妨げないとされているが、東京都の場合は二〇年継続した場合退任する慣習が守られているようである。特定行政庁の事務局職員は比較的短期間に交替し（場合によっては相当数の交替もある）過去の事例を必ずしも熟知していない場合もあり、また、委員の方は実務的に慣れるまでには比較的時間を要するので、短期間での交代は望ましくないが、特別の事情がない限り長期間の固定化は避けるべきであろう。この実態も調査されるべきであろう。「再任」の言葉に拘泥する必要はないとの説もある<sup>17</sup>。任期満了した委員は後任の委員が任命されるまでその職務を行う（法八〇条三項）。死亡、解任、退任などで中途に委員が欠けた場合は任命権者は補欠を選び、補欠委員は前任者の残存期間職務を行う（八〇条一項ただし書）。

（会長の選出） 会長は互選により選ばれ建築審査会を代表する。したがって、裁決書には会長名だけを記しても違法とはならない。会長の事故の場合に備えあらかじめ互選されたものが職務代理することとされている（八一条一・三項）。しかし、互選というものの、委員同士は専門分野が異なるので必ずしもお互いを熟知して居る訳ではないので事務局があらかじめ検討し会長予定者が選ばれるのが慣例であり、また建築関係者が選ばれる傾向にあ

る。

（委員の除斥、忌避、回避）一般的には訴訟において、事件が公正な判断を得ることが期待できない者による判断を防ぐために、除斥、忌避、回避の制度をおくのが通例である。行政不服審査法は書面審理を原則として居るためか、かかる規定をおいていないが、建築基準法は除斥についての規定のみを置いている。これは、審査請求事件についてのみならず、同意案件においても等しく適用されることとなつて居る。その趣旨は、紛争・同意案件の判断機関の委員が具体的事件と特別な関係を有して居るときには公正な判断を期待できないおそれがあることから、かかるものを職務から排除する訳である。除斥は一定の事由のあるとき法律上当然に職務から排除する制度である。忌避はこれ以外に事由あるとき関係者の申し立てにより決定に基づき職務から除外する制度であり、回避は委員が自ら職務執行から身を退く制度であるが、建築基準法は八二条で委員自身又は委員と三親等以内の親族の利害関係のある事件であることを除斥事由としている。除斥事由に当たる委員が議決に参加した場合の議決の効力については意見が分かれる。判例は除斥委員の数を除いても結果に移動がなければ有効と解する傾向が強いが、かかる委員の参加自体が公正性を疑わさせるとして無効と解する説もある。利害関係の有無の除斥決定は審査会の職権により又は本人又は請求人の申し立てにより審査会の決定による。除斥以外の事由による請求人の忌避申し立てが認めべきかが問題となるが、口頭審査を特別に認めた建築基準法の趣旨からは訴訟に類した方法をとることが妥当と思われる。審査会の判断にゆだねるのが妥当であるうが、特段の理由がない限り忌避されることはないであろうし、その決定判断については審査法上争われることはない（不服審査法四条一項但し書き）。建築基準法が忌避の規定を置いて居ないことから忌避権を否定する説もある<sup>18</sup>。回避については、委員が公正性を自らが不安に思う場合はそれを尊重することが望ましいであろう<sup>19</sup>。

(事務局) 東京都を例に挙げると条例上、事務局としては幹事、書記が置かれることとなっており、幹事として都市計画局指導部長、総務部長、地域計画部長の三名が、書記として建築指導部監理課長、総務部総務課長、建築指導課長、防災課長、調査課長の五名。独立の事務局はかつては存したようであるが、監理課が事務を所掌。東京都の職員定数としては一名、そのほか一名を付しているのが現状<sup>20)</sup>。所掌事務は審査会の運営事項であるが、同意案件の開催にまつわる諸般の事務、関係者にたいする応対、審査会後の特定行政庁に対する回答、審査請求審理にまつわる開催等の諸般の事務、審査会の審議決定に基づく裁決文案の作成にかかる諸般の事務である。

独立の事務局をもたないことから、実質的に行政委員会の名と体は異なり同じ穴のムジナの実態が指摘されて久しい。御用機関とも言われ、行政の責任逃れ、隠れ蓑等芳しくない言葉で表現されて居る。そのための名案の必要性が主張されるが未だ発見されていないどころか、検討の動きも全くない。独立の機関の設置が事務量の面から、多い所で(東京都)月一回、神奈川県でもほぼ二カ月に一回弱の開催という点から、理念的には問題あるとしても不経済と云う現実面からの理由もある。また、法的に付属機関は法律又はこれに基づく政令に特別の定めたあるものを除き、それ独自の補助職員をおくことを許さず、付属機関の庶務(事務部局に属する事務)は、その属する執行機関が当然司さざるものとされている。当該付属機関が、長の付属機関であれば、長は当該付属機関の職務をつかさどる部課を指定すべきものである<sup>21)</sup>と言う。私の経験からも事務側は非常な注意を行っていることを知っているが、それでも同一の建物の同一のセクションで毎日同類の仕事をして居る訳であるから、公正性が疑われても仕方がない構造的なものであるから、このような制度自体は検討されるべきで、今後適切な制度作りが検討されなければならぬ。また、「法律上の機関」として必要以上の権威付けを行うことに注意を促す第一次の臨時行政調査会の改革意見を述べる意見もある<sup>22)</sup>。

付属機関の事務局は自治法上当局が行う旨の明文規定があるが、付属機関と云っても憲法上の裁判を行う機関の事務局が処分庁と同じ機関ということは、いくら権限分配がなされおり、その独立性に配慮していると云っても、同一の職場で、監督長が同じである事を考えれば社会通念上十分に疑わしい事情があると言えよう。

（公正独立性の限界） 独立の事務局のないところから種々の批判があることは周知のところである。審査会の審査資料は事務局から提出されるもののみと言ってよい。独自の職権収集については必要資料の提出が事務局に求められることは絶無ではないが、すくない。しかしまた、東京都の場合、反対者からビラ、陳情書等の委員に対する配布の依頼が事務局があれば、事務局は審査会委員に配布している。

委員の独立性に関連して付言せねばならない問題として、利害関係人が個人的に又は集団で個人的に委員会を求め意見を述べる機会を求めたり、意見書や陳情書を送付してることがあることである。公正独立性の確保の観点から委員は飽くまでも審査会という合議体のメンバーとして、委員会を通じて活動するものであり、個人的なプレイは行われるべきではないであらう。

（審査会に期待されている専門的能力の限界）

審査会はその専門分野の優れた知識見識を持つ者より選ばれていると言えるが、審査会で論議される問題は多岐にわたる。例えば地下三〇メートルの変電所建設に伴い近隣の由緒ある池の枯渇が問題になったとき、地下水がどのように流れるかが検討された。この地下水の流れについての研究は未発達で専門家は少ないようであった。このようなどき鑑定人を求めればよいが実態としては鑑定を求めた事例は皆無である。おそらく審査請求事件でも鑑定人と呼んだ事例は殆ど無いのではないかと思われる。鑑定依頼の実態を調査すべきであらう。判例には特定の専門的事項についての委員がいなくても違法にならないとの判決があるが、問題になっている事項の性質、重大性、欠

席・不在の委員の専門領域、審査請求か、確認事項か同意事項か等の具体的状況によって異なってくるのではないかとと思われる。

筆者の経験で悩むことは法律家は一人であるため、自己の見解が通説又は裁判所の見解と異なる場合、自分の個人的見解を審査会の見解とすることに躊躇せざるを得ないことである。数人の法律学者間での議論になればその数的結果は必ずしも自分の見解にはならないであろうと思うときには自己の見解を固持することにブレーキがかからざるをえない。通常は専門調査員との協議で意見が調整されるが専門調査員において居ない審査会の委員の場合は苦勞されて居るのではないかと思う。裁判所の見解をどうしても不合理だと思えば審査会委員の場合には利益否定であるが、自分がどうしても納得できなくても最終的に最高裁まで行けば否定されるということになれば、他の理由で処分性または利益なしとして却下できない場合の最後の手段として使用することとなる。

(委員の法的地位) 非常勤で特別職の地方公務員であり(自治法二〇三の三Ⅱ、地方公務員法三Ⅲ二)、法令の定める限度で公務員法の適用を受ける。報酬、費用弁償を受ける(二〇三・Ⅲ)。

(審査会の設置義務)

建築審査会を設けるのは建築主事を置く市町村及び都道府県である。しかし、九七条の二又は九七条の三に基づく建築主事を置くときは建築審査会は設置されない。同意権、裁決権を持たない単なる限定特定行政庁の諮問建議機関としての建築審査会を設けることが出来るかにつき肯定的な意見もある。<sup>24)</sup>

(管下市町村が審査会をもつようになった場合県審査会は必要か) 松山雅昭 建築基準法解説 第一法規 四一頁は、同意、裁決は、無くなるが、基準法施行に伴う重要事項の調査審議あるいは同法の施行に関する事項についての関係行政機関に対する建議の事務処理の必要があるから存置すべしという。<sup>25)</sup>



（議事） なお定足数は $\frac{1}{2}$ 以上、議決は出席委員の過半数で決するのが一般であるが、条例で小委員会制度を設けたり（例横浜市審査会条例七条―九条）、また緊急の場合に書面の廻付による議決を認めているものもある（例名古屋市長条例5条）。

注

（1） 現行建築基準法が定める行政機関の種類には建築主事、特定行政庁、建築監視員、建設大臣、知事、市町村長、都市計画審議会、保健所長、消防長等が規定され、それぞれの権限分配がなされ、そのほかに建築審査会が設けられている。その組織権限の大綱は建築基準法並びに自治法で、またその運営については条例（建築審査会条例）で定めることとしている。

（2） 建築基準法解説 日本建築士連合会 第五編 建築基準法の成立経緯一・四 建築審査会 五二六頁「建築法草案には、建築委員会の制度があった。これは行政庁が命令その他重要な処分をする場合の諮問機関で、例外許可などの安易な運用を正すのが目的であった。建築基準法の場合も当初はこれを考えて居たが、行政簡素化の趣旨もあって断念した。ところがGHQから Board of appeal を設置せよという指示があった。この異議申立制度は訴願制度で採用していたので不要と思ったが、この建築委員会のことが頭にあったので、指示に従って建築審査会による異議申立制度を追加し、これに許可などの同意を行わせる事にした。この異議申立制度では、従来の訴願制度ではなかった不作為に対し不服申立を認め、また裁定に強制力を持たせないかわりに、手続きの簡略化と裁決の迅速化を図った。これはその後行政不服審査法による審査請求制度にかわって、この特徴が失われたのは残念である。」

（3） 基準法制定に当たって強い影響を与えたと思われるアメリカでの機関は各自治体で異なり一様ではないが、building permits を含む appeal zoning に対する例外許可権限は Board of appeal, review, or adjustment が持っているものである（Ameic an Jurisprudence, IX RELIEF FROM ZONING RESTRICTION, § 8.194〜）。極めて早期の時代において一八九七年のインローンは State Board of Examiners of Architects が設けられたと

- う。Friedman, *History, of American Law*, p465
- (4) 佐藤功 審議会 行政法講座 第四巻 行政組織 一〇八頁、兼子 仁「諮問手続」は利益代表制審議会と専門技術的審議会を区別しフランスの利益代表制審議会につき考察して居る
- (5) 長野士郎 逐条地方自治第七次改訂版 三九一頁
- (6) 杉村、山内編 行政法辞典、藤田 宙靖 行政組織法 一〇二頁
- (7) 付属機関の中で、調停的機能(法一三八条の四自身が規定する自治紛争調停委員会、都道府県建設工事紛争審査会)のほか裁断的判断権をあたえられている機関としては、地方自治法別表は建築審査会のほか土地の権利移転の許可についての審査請求についての土地利用審査会、保険料等についての徴収金に関する処分に関する不服の審査請求についての国民健康保険審査会、開発許可に関する審査請求についての開発審査会を掲げている。条例上のものとして情報公開審査会があげられる。これらの機関の性質は多様で一律に性格づけられない。建設工事紛争審査会などは民事裁判所の性格をもつ。これらについての参考文献として。浦井康 建設紛争審査会について困ったこと 自由と正義三三・三P一四二―一四四、兼子 仁 情報公開審査会 地方自治職員研修一九・二P一〇二―一〇四、安本典夫 都市計画行政の過程における争訟のあり方―建築審査会の審査―立命館法学二二P一―三〇、松崎勝 開発許可と開発審査会、地権者の同意 判例地方自治八六P一一五―一六、高橋滋四八条二項居 以下の取り消し、建築審査会の同意、自治研究六二・一〇、P一二八―一三七、平岡久 開発許可不要証明 地方自治判例六六P四一―四三
- (8) 広島地裁平成六・三・二九判決 判例地方自治一二六、五七
- (9) 奇数を採用したのは議決を容易にするためと言われる。島田・内田 争訟法三五頁
- (10) かつては「建築審査会の委員は、建築、都市計画、公衆衛生、又は行政に關し学識経験のあるものの中から、市町村にあってはその長が、都道府県にあっては都道府県知事が、それぞれ当該市町村又は都道府県の議会の同意を得て命ずる。但し、建築に關し学識経験のあるものうちから命ぜられる委員の数は、委員の総数の二分の一を下ることができない」と定められて居たが、皇居前の東京海上ビル的美観事件で現行法のように改正されたことは周知のことである。また、七人の場合には建築関係の者が五人ぐらい置かれていたという。
- (11) 建築法令の研究二・一三号における白石氏発言

- (12) 建築関係法令の研究。一・二・一三における白石博三氏の発言
- (13) 建築関係法令の研究・一二、二〇頁以下
- (14) 日経新聞、九五・一〇・三朝刊にも、九月二十九日の閣議決定を受けて、審議会に諸官庁OBは要らないとの社説を掲げている。総務庁の調べによると、二〇七の審議会の総数四、六三〇の委員のうち、自治省OBは九・六％、会長ポストのOB比率は三二・四％、OBが会長を占める割合は農水、通算に多く、これらに厚生、運輸、大蔵、建設が続ぎ、規制緩和が進まないのも、審議会構造と無関係でないと指摘している。
- (15) コメ 地方自治法 杉村、室井、三二二頁 室井力 行政裁量と住民運動 都市問題六五卷六五号
- (16) 改定建築基準法 荒・関・矢吹六四二頁 関執筆
- (17) 島田・内田 三五頁
- (18) 島田、内田 四〇頁
- (19) 東京海上火災事件 回避事件 都市計画地方審議会と兼ねていた委員が、建築確認の違法理由として都市計画地方審議会手続の違法が主張された事件で審査請求人から回避の勧告が出され、当該委員が自ら回避した事件が報告されている。
- 橋本 建築審査会論下ジュリスト七七七号五六頁
- (20) 橋本 前掲では六名となっているが、特別区への事務移管などに伴い減少
- (21) 橋本前掲六二頁
- (22) 長野士郎 逐条地方自治法六一三頁
- (23) 佐藤功 前掲一一〇
- (24) 松山雅昭 建築基準法解説四一、四二頁 第一法規

## 第二章 同意案件

### 一 他の審議会・審査会で同意権限が与えられている例

建築基準法四八条一三項は特定行政庁が例外許可のとき建築審査会の同意を「得なければならぬ」と羈束行為の表現をとっている。ここに参与機関として位置づけられる根拠があるが、この同意権限が他の審議会、審査会で規定されている例を参考のため概観してみよう。

土地区画整理審議会は評価委員の選任(六五条一項)、過小宅地、過小借地の基準となる地積の決定(九一条二項、九二条三項)、地積が小さくて換地を定めることが適当でないとの判断(九一条四項・九二条三項)、地積が大きい土地の地積を特に減じて換地を定める判断(九一条五項・九二条四項)、立体換地をする判断(九三条一・二項)、換地計画において特別の定めをしようとするとき(九五条七項)、保留地を定めようとするとき(九六条三項)に同意権が与えられている。これに関し、松浦基之 土地区画整理法二五三頁は同意事項は施行区域内の権利者に直接大きな影響を与える事項或いは手続き上重要な事項だからであり、同意なき処分は無効となるが同意があったからと云って、審議会はあくまでも諮問機関だから、必ずその処分をしなければならないというものではないとし、法が同意事項と意見を聞く場合とを分けていることから意見を聞く場合に意見を聞かなかった場合でも無効とはならないとし最高裁の判例(最高判昭和五九・九・六、判例時報一一四九・九三、判例タ五五〇・一三六)を引用している。また、区画整理法は六四条で会議が開られない場合の措置規定を置いている。同一議題で再度招集

されても正当理由なく会議を開かないときには同意、又は意見を聞かなくとも処分ができるとしている（建築審査会条例の中には類似の規定が置かれている所もあるが、これを範に取ったのであろうか）。

都道府県建築士審査会 建築士法一〇条四項・二六条四項は、一・二級建築士、木造建築士の業務停止又は免許の取り消しの懲戒処分を建設大臣又は都道府県知事が行う場合中央建築士審査会又は都道府県建築士審査会の同意を要し、建築士事務所の登録取り消し閉鎖命令を発する場合も準用されている。

都道府県建設業審議会 建設業法制定当時は諮問、建議のほか都道府県知事の行う監督につき同意・不同意の議決権が与えられていたが、審議会の簡素化の要請から昭和二六年の改正で同意権は排除され、昭和三年に任意機関となった。

都市計画法三二条の公共施設の管理者の同意 開発許可申請の添付要件となっている公共施設の管理権者の同意については最高裁は行政処分でない公法行為と判断した。同意の申請につき応答義務があるものかどうかについては判断して居ない。この控訴審である仙台高等裁判所はこの同意を行政処分と見、かつ同意に対する応答義務あるものと解した。

都市計画法三四条一四号の開発行為を妨げる権利を有する者の同意 これは全くの私法上の行為である。

## 二 同意制度採用の意義と再検討の必要性

建築審査会に開発審査会のような「議を経る」権限を越えて同意権を与えたことの意義は、例外許可を行使する場合の専門的、公益的配慮による慎重性・公正性の確保にあると思われる。しかし、専門性・公益配慮は等しく、そして、用途地域の例外許可の場合は特に都市計画行政と建築行政の調整を期待したと言えよう。本来は両者は別

個の機能を有すると解されるのであるが現行の建築基準法は都市計画的事項の執行を付与されている。これは本来建築基準法制定当時には、都市計画的事項でも小規模の修正事項は都市計画機関でなくとも、特定行政庁による建築行政に委ねる方が簡便・迅速に対処し得るとの趣旨であったのであろう。現在の総合設計のように当初の予想の枠を超え、都市計画事項である特定街区あるいは地区計画で行うべきものと思われるものにまでに拡大される事までは考えていなかったと思われる。この小規模の修正でも、建築行政側に委任することから生じ得る危険を阻止するため、特定行政庁だけでなく都市計画等の専門家を構成員にいたれた第三者機関としての建築審査会を設け、しかも、単なる「議を経る」機関としてでなく、より強力な同意機関のチェックの下におくことが望まれたのである。しかし、現在の都市の形成にこの制度が適切かどうかは再検討せねばならぬ問題である。前述の総合設計の例にそれを見る。また、特殊な例であるが、建築基準法制定当時には予想されていなかった軍事基地問題などが絡んだり、大きな国家的プロジェクトについての例外許可も建築審査会にはヘビーな問題である。建築審査会の管轄権の再検討がなされなければならない。

### 三 同意の法的性質

前述のように実定法上用いられて居る同意の内容は多様であるが、建築審査会に近似して居るものとの比較をしてみよう。

まず、開発審査会であるが、条文上は「議を経る」となっているが、実務的には審査会全員の同意を得ることによって行っているのが実情と云われるが、それをもって両者の法的性質が同一と解するのは即断であって、やはり明文は両者を文字上区別して使用しているのであるから、法的には性質を区別しなければなるまい。開発審査会の

場合は諮問機関の性質が強いものと言えよう。

（消防長の同意との異同） 消防長は行政組織上通常の内部組織であるが（例外許可申請人は直接建築審査会に同意申請権を持つものではない。この同意・不同意の法的性質「処分性」については判例があることは周知のことである）、建築審査会の同意は直接国民を相手としないという広い意味では内部的とは言え消防長とは異なり、付属機関・第三者機関の同意である。建築サイドが直接知識経験をもたない防火消防活動の面からの検討と、建築とかわりをもつ専門知識を導入する点では同じであるが、防火活動については消防についての行政機関があるためそこに行わせ、法律、経済分野等については付属機関たる第三者機関に委ねたというのであろう。消防長に対し建築主が直接同意あるいは許可という行政処分を求める方法については既に議論されたところである。また、建築審査会の委員に消防の専門家をいれ、第三者的に判断することと内部機関に判断させることを比較考量しどちらがベターかを検討することも考慮に値しよう。

保健所長 類似の目的のために尿尿浄化槽などの確認申請について特定行政庁又は建築主事にたいし意見の具申（九三条四・五項）がなされることとなっているが、同意までは求められて居ない。

都市計画審議会 ①都市計画区域内で建築確認を必要としない区域を知事が指定する場合（六条一項四号）、②特定行政庁が都市計画区域内で防火地域内の市街地で屋根を不燃材で作る、ふかねばならぬ区域を指定する場合（二二条二項）、③特定行政庁が卸売市場などの特殊建築物の位置の制限に対する例外許可を指定する場合（五一条）、④全面道路の幅員による容積率の制限を一〇分の一がけとする区域を特定行政庁が指定する場合（五二条一項）で、①②の場合は都市計画審議会の意見をきくこと、③④の場合は議を経て行うこととされている。

このほか土地公法以外でも同意の用語が多く使われているが、その意味内容は個別法のそれぞれの使われ方に

よって決定しなければならない。以上のことから建築基準法上の用いられ方から、消防長、保健所長、都市計画審議会の係わり方と比較して参与機関と解することが妥当である。

(行政監督行為としての同意)

事前チェックとしては、基準法上の審査会の同意は、上級機関の指揮監督権限の行使としての事前許認可<sup>25</sup>と同じ機能を果たすかもしれないが、行政機関相互間のチェックであっても、上下関係のものでなく、第三者的機関としての、内部的チェックと云うよりはむしろ独立外部機関からのチェックである点で極めて異なると言えよう。また、この同意は特定行政庁より許可相当と判断された第一次のスクリーニングを経過したときに付議される点で、建築確認や例外許可の判断手続過程のなかで求められる消防長の同意と異なり、また、都市計画法三二条の公共施設の管理者の同意とも異なり、また同法三三条一項一四号の権利者の同意とも異なる。

#### 四 立法制定時の状況推測

建築基準法の制定時に当たってはアメリカ法の影響を推測できるが、アメリカの行政委員会—ゾーニングコミッティー—として建築行政機関を執行機関の一つ(行政委員会)として考慮したと思われるが業務の量がそれほど多くないため、その期待は日本では変則的な特定行政庁という内部機関を自治体の長とは別個の機関を設けるとともに、その代替的補完的措置として建築審査会を設け、それに強い同意権を与えることにより、両者を併せて行政委員会的な機能役割を期待したのではないかと思われる。

(同意付議に至るまでの経過と、審査会に対する判断の基礎となる情報の公開)

特定行政庁が許可をしようとするときに初めて同意審議手続きに入るとされているが、どのような



状況になれば付議するのか。特定行政庁の判断が成熟したもののみを付議するのか、たとえば九〇%と言ったある程度のゴーサインに至れば付議するのか等、付議に至る経緯の状況は分からない。特定行政庁の判断が必ずしも一〇〇%煮詰まっていない場合もあり得るのか。また、特定行政庁は形式的には単独機関ではあるが、いわゆる関係機関との合議・庁議がもたれるのが一般と思われるので、そこでどのような討議がなされたのが、少なくとも審査会にはすべて公開されなければならないと思われる。審査会に先入観を与える危惧からあまり説明されない場合も考えられるが、委員会が十分な審議ができるのは内部での赤裸々な討議内容が必要なのである（従来は委員から説明が求められたときは若干の説明がなされるが）。情報公開の面でいまだ熟していない内容を国民、住民に公開できないことは合理的な理由があるが、第三者機関として、また専門機関として、国民、住民の代替的機能もおわされて審議する審査会には十分な情報提供がなされるべきであろう。また、例外許可申請がなされ、しかし建築審査会に付議されなかった事案（却下、取り下げ、不許可処分）がどのような事案であるかも審査会に知らされるべきではないかと思う。また、根本的に許可申請されたものは全て必ず付議しなければならないのではないかの問題も再検討すべきであろう。そもそも「許可をする場合」の文言を特定行政庁が許可しようと思ったときにのみ建築審査会に同意の付議すると理解すべきかどうかも疑問が残るのではないかと思われるからである。実務上、特定行政庁は同意が得がたいと思われるときは行政指導で申請をさせないようにし、審査会に付議しない取り扱いとしていると云われ、申請者がこの行政指導に屈せず審査会への付議を求めたときは特定行政庁は同意を求める手続きを取らねばならぬとする意見もある。行政手続法上もかかる内部的行為についての整理が必要とされよう。

## 五 会議内容の委員に対する事前説明の程度

東京都の場合、会議に先立ち審議事件の概要を予め委員に送付し、また、重要な案件、あるいは、例えば総合設計の要綱改正や用途地域の変更が近い将来予定されて居るような場合等には事前にその内容、用途地域の変更作業の状況等についての説明がなされている。

(事後報告) 同意には条件を付し得ないと一般的に解されているが、同意を与えるにあたって付帯的意見・行政指導的要望が付される場合がある。特にこのような要望が付された場合は勿論のこと、一般的な例外許可の事例につき、それがどのように建築され、周辺に与える環境を具体的に及ぼしたかを見聞し、その後の許可の判断資料にすべきであるが、事後のフォローは殆どなされていない。

(同意案件と公聴会) ①同意案件については四八条のように、公聴会を前置している場合とそうでない場合がある。この区別の基準に合理的理由があるかどうかも問題であるが、その有無と審査会の同意審議方法に相違があるかについては法的には同一に扱われている。公聴会が義務づけられているときはその記録が審査会に開示、説明される事は法的要件と思われるが(明文上は並列的に規定されて居る)、公聴会が義務づけられていないときの同意審議に公聴会に準ずる記録が必要でないかが問題となる(東京都の場合は審査会に提出されている)。総合設計における準公聴会については、「行政庁の裁量により公聴会を行うことを要望した」と云われている<sup>28)</sup>。これが正規の建議として行われたか否かは不明だが、実質的には建議によったと理解してよいと思われる。

(同意案件の所要時間) 同意案件につきどのくらいの時間がかけられ、どのような討議が行われるかは当然当該案件の事案の難易によるから一概には言えない。事務局の資料整備にもよる。

（保留案件の実態） 後述の自衛隊十条事件のように特別な場合を除き、一般的に事務局は詳細な検討を経ており、また、総合設計のような場合には要綱により基準が設定されているので、それに該当するかいなかの判断は比較的時間を取らずに判断される。行政手続法による審査基準設定は審査会の審査密度に影響を与えよう。

（同意に付帯する要望、指導の要望） 同意に条件を付けられないとされているが、現実には要望を付す例が少なくない。云わば、これは審査会の行政指導といふべきものだが、審査会はかかる行政指導を行うことが可能なのか。すなわち所掌事務のなかに含まれるのかが問題であろう。この場合は特定行政庁に対する行政指導ということになる。しかし、実例を挙げれば、東京都の場合、二種住専地区内での自衛隊建築物の四八条二項許可につき、審査会は特定行政庁に「(一)今回の都市計画法の改正に基づく地域地区の見直しにあたって、当該地区については建築審査会での審査意見を踏まえ、今後とも適正に環境が維持されるよう配慮されたい。なお、地区計画制度の適用についても検討されたい。(二)一〇〇メートルの高さの铁塔についての良好な景観の保持や電波障害対策について、建築主に対して適切な指導をされたい。(三)本件計画を実施するにあたっては、緑化計画、駐車場の利用等についての協議の場として、地元北区と防衛庁との連絡協議会などの設定について検討されたい。」(平成五年三月八日)という審査意見を文書で提出している。このようなことは、文書でなくとも、しばしば行われており、特定行政庁はこれを受けて善処することを合意しているので、事実上は条件を付した場合とあまり変わらない状況になっているとも言える。しかしこれの法的拘束力は認められず、事実上の影響力を期待するに止まるから、審査会の自己満足に終わるといふことも言える。

（同意案件の一括審査） 手続経済・簡略化のため四八条一項但し書き該当の第一種住居専用地域における公益建築物などの例外許可につき、一定基準のものは原則許可とし、添付図書は位置図（付近の用途地域図を兼ねるも

の)、配置図、平面図及び立面図のみとして簡略化した審査を受けることとすることが了承されている(昭和六三年六月二〇日審査会同意議決<sup>(28)</sup>)。

また、五五条三項二号の(一種住宅専用地域内における建築物の高さ制限にかかると小学校、中学校及び高等学校の建築許可昭和四九年六月二一日東京都建築審査会同意議決省略)、同様に、日影規制にかかると既存の不適合建築物の増改築許可につき昭和五三年一〇月二四日の審査会同意議決で一定規模以上の敷地面積等、ならびに以下の場合に分けて一括審査する基準を定めている(添付図書など省略)。建築審査会の場合は、開発審査会の場合のように付議事項でなく、同意事項の簡略化であるところから内部規範で処理するのではなく条例事項ではないかとも思われるが、規定内容が妥当であり、また、事前にその基準を審査会が承認しており、また、添付資料の提出の簡略化だけのことであるからこの方法を採用することは問題がないと思われる。

神奈川県建築審査会の包括承認の場合は、より簡略化しており、事後報告による了承形式を採用している。五六条の二第一項但し書きによる許可にかかる包括同意基準(神奈川県建築審査会昭和六二年一〇月二九日改訂)では軽易な一定の数値以下のものはあらかじめ建築審査会の同意を得ておき、これに該当するものは許可し、その後初めて開かれる審査会で報告することとしている。具体的基準としたは、(一)計画建築物の高さが法別表第四(は)欄に掲げる数値以下のもの。(二)次のアからウに該当するもの。ア 計画建築物の外壁又はこれに代わる柱の中心から隣地境界線間での距離が三メートル以上であること。イ 建築面積及び延べ面積の敷地面積に対する割合は、それぞれ法定規制値に一〇分の九を乗じた数値以下であること。ウ 計画建築物の外に建築物がないものと見なしたときに生じる真太陽時八時から一六時の各時間の日影が、別表第四(は)欄の高さにおける水平面において敷地境界線から五メートル以内におさまるもの、と定めている。

（会議録の公開） 情報公開条例の結果、記録の取り方が従来より消極的になったのではないかが問題となろう。委員発言の特定化は避け得ても会長発言は分かっってしまうであらう。公開を避けるため重要部分を除くことがないよう、記録の採り方の検討も必要である。口頭審査の場合は速記録による審査記録そのものを開示して居るが、同意案件等では問題があらう。<sup>30</sup> また、会議記録の保存期間、管理方法の整備も問題となる。

（現地調査の実態） 同意案件、審査請求事件ともに現地調査は、あまり行われているとは言えない。事務局による調査で十分であることによる。ただ、例外許可や、条件、あるいは要望が付された同意などの事後処置がどうなされたか、総合設計にたいする許可などの場合の状況等、後の審議のために調査しておくことは必要と思われる。

注

(25) 藤田宙靖 行政組織法、六六頁は、このようなものは「同意又は承認権」と称した法が適切と云う。

(26) 橋本、前掲 ジュリスト七七六号

(27) 改定建築基準法 荒・関・矢吹、六四〇頁 関執筆

(28) 橋本 下―五七

(29)

〔記〕

延べ面積が一〇〇平方メートル以下、軒の高さが七メートル類か及び建築物の高さが一〇メートル以下の建築物で、次の一から四までに掲げるもの

一 基準

- (一) 都市公園法二条二項の公園施設で、公園の境界線から五メートル以上離れて建築されるもの
- (二) 地方公共団体等が管理する運動施設内の公衆便所、更衣室、管理事務所その他これらに類するもの、
- (三) 震災対策用可搬ポンプ格納庫、消防分団施設、防災用備蓄倉庫その他これらに類するもの

(四) 道路運送法第三条第二項第一号の一般乗合旅客自動車運送事業の用に供する停留所

二 議案添付図書 ①公聴会における聴聞の趣旨、②位置図(付近の用途地域図を兼ねるもの)、③配置図、④平面図、

⑤立面図]

(30) 橋本 下―五八では、委員の忌避に関する会議録では結論だけでそこでのやり取りは公表された記録ではすべて削除されていることが指摘され、未公表部分を一部抄録している。

### 第三章 裁決案件

#### 一 概 観

建築基準法は同意案件の外建築審査会が建築基準法上の不服申立につき審査庁としての権限を与えているが、第三者機関を審査庁としている例としては建築審査会のほかには、開発審査会、社会保険に関する社会保険審査会、労働保険に関する労働保険審査会、公務員に関する人事委員会、公平委員会、船員保険に関するものがあり、また第三者に準ずるものとして、国税不服審判所が上げられる<sup>31)</sup>。不服審査法は行政訴訟に比べて信頼性に劣るところがある<sup>32)</sup>ので、日常生活あるいは経済活動の基盤をなし、また技術的専門的知識を要する建築行政において、より独立、第三者的機関たる審査会に期待し、かつ必要的口頭審査を採用したと言われる。また、判例の中には事件の迅速性と訴訟経済の観点から審査会が適切であることを指摘する判決もある<sup>33)</sup>。

審査会に不服審査が求められる理由としては、第三者機関として公正性がより期待されること、書面審理でなく口頭で意見を聞いてもらえる期待等の外に、民事紛争を有利に導くため、あるいは民事訴訟のため行政側の資料を

得るために、更には感情的な鬱憤を晴らすため、時には政治的、住民の対立抗争の場として利用され、あるいは、他に紛争解決の手法が無いための最終の寄り所としての利用などが挙げられる。書面審査でない、第三者機関としての審査庁による口頭審査が国民に必要以上の期待を与えているかもしれない。

まず、審理に入る前の実務上の若干の問題につき触れたいと思う。

（審査請求の受理） 審査会は常時開かれている訳ではない。審査請求書が提起されたとき、次回の審査会まで一、二カ月開かれない場合、受理してから一カ月以内に裁決を要求する法の迅速性の趣旨から考えると、正規の審査を開くまでに相当の時間が経過することとなる。補正命令を発すべきか、受理の決定をすべきかを事務局の判断に委任することが条例を定めればできるか、審査会の規則で定めることができるか。法は、審査会にかかる規則制定権を認めていないと思われる。法八三条は「議事」に関する事項は条例事項としてるので、この中に含まれるとして、何らかの法的手当を行うべきで、審査会自身が知らぬ所で、事務局の手で補正、受理などが処理されるということとは是正されるべきであらう。

（口頭審理の期日の決定と審理方法） 期日指定は請求人・処分庁あるいは不作為庁並びに代理人（弁護士）、参考人、委員などの都合を確かめて決定する（東京都の場合は長年の慣例として毎月第三月曜日とされている）が、請求人の一方的都合により欠席される場合がある。その理由が、多忙であったとか、この期日指定がそんなに厳しいものとは思わなかったとか極めて主観的な場合は、処分庁のみの出席の下で口頭審理を行い裁決をする場合もある。このようには具体的な証明の提出がなければ（例えば、勤務先の長の発する多忙である旨の状況説明書）客観性のないものとして判断せざるを得ない。期日指定は非常勤の委員並びに多数の関係者の都合を調整して決定されるものであるから、常勤の裁判官によりなされる訴訟よりも厳格に解されてよいのではないかと思われる。

る。東京都の場合欠席理由を問合せ、単に多忙のためなどの主観的理由だけの時には欠席のまま裁決した事例がある。また、審査法が規定する迅速性は請求人の為に早く審理を進めるということであるが、早く訴訟への道を開くと言う意味もあろう。

これに関連して弁明書の提出についてであるが、法は一定の期限を付して処分庁にその提出を求めるが、指定された期限までに弁明書が提出されないと期日設定がなしくくなる。請求書受理後一カ月以内の裁決規定を訓示規定と解するとしても、ずるずると延ばされるのは問題である。また、建築完了後は訴えの利益無しとする判決からすると、この引き伸ばし作戦は建築行為の早期完成を助けることとなる。この是正措置が規定期限内に行われぬときは処分庁に不利となる制裁を科すべきではなからうか。国民側にばかり審査請求期間の制限を課し、行政庁側には一切かかる期間についての制裁を課さないのはいささか片手落ちと言える。

（審理手続き） 東京都の場合は口頭審査と一般の同意案件と一括して審理している。自治体により分離して行う場合もある。東京都の場合はまず会長が当事者出席のもとで開会を宣言し同意案件を含めた当日の会議次第を述べ、審査請求があるときは先に口頭審理を行う。口頭審理が終了すると関係者を退場させ評議し、方針の決定を行い、続いて一般案件の同意案件の審議に入る。自治体によっては開会宣言の後事務局が当事者の入場をさせるところもある。一般案件がないときには稀に口頭審理だけで行うときもある。特定行政庁の閑忙によるのであろう。

口頭審理に先立ち請求人の請求内容、問題点につき委員の理解を深めるため事務局から資料により事前説明が行われる。また、法律委員と法律専門委員は審理の法的側面から当事者に対する釈明を求める必要から、特別な詳細な説明を受けることとなっている。

会長の開会宣言に引き続き審理の秩序維持のための注意を述べられるのが一般である。



当事者の主張、反論の内容は既に請求書、弁明書、反論書、再弁明書、再反論書で示されているので、その補足の陳述、それに対する反論が述べられ、委員からの質問並びにそれに対する答弁が行われる。その場で十分な陳述をなし得ないときは必要に応じて一定の期間を定めて書面での提出が認められる場合がある。当事者同志の交互尋問は認められず（現実にはそのような場面に展開しそうなときもあるが、会長の交通整理が行われる）、相手方に対する質問も会長が行い、会長から相手方に質問する形で行っている。会長が質問を取り上げるか否かは職権による。委員からの質問が終了すると会長の請求人、処分庁に対する補充陳述の有無の確認の後、口頭審査は終了する。一般的に一件約一時間で終了する。審理内容は速記者による速記録が取られ、請求により公開される。（同意案件の場合の会議内容も速記録が取られ、特定行政庁によっては後で、二、三名の委員が交替でその記録を確認するところもある。その内容は行政側のみにより作成され、住民の検認はなされていない。）

## 二 審査請求法上の若干の問題

以下若干の思いついた問題につき記す。

① 審査会の審査は不服審査法に基づく審査庁としての審査で裁判所によるものでないこと、しかし、不服審査法上、明文規定により執行停止における処分庁の意見聴取（三四条三項）、処分取消し、事実行為の変更命令（四〇条五項）等で、一般上級行政庁が審査庁である場合との相違が見られ、また、明文規定がない場合でも異なる適用を受けるのではないかと思われる事項もある。審査会と言わば裁判所と、行政機関による審査との中間的地位にあるように思われる。すなわち、審査法は一般的な「審査庁」を定めるほかに、「処分庁の上級庁」とそれ以外の「処分庁の上級庁以外の審査庁」を区別して居る場合があるが、かかる場合建築審査会は後者に該当する。裁決に

よる処分又は事実行為の変更を命じ、裁決でその旨の宣言をなし得るのは前者のみとされている。しかし不作為についてはかかる制限はされておらず、一般の上級行政庁が命令を発し得ると同じ権限が与えられ、裁判所に許されて居る違法確認の枠をこえた権限を付与されている。また、執行停止については、上級庁が行う場合には当事者の意見聴取は要求されておらず、また、裁判所が行う場合には当事者の意見を聞かねばならないことになっているのに対して、審査会が行う場合には処分庁のみの意見聴取を義務づけている。執行停止の一般的内容としては、「処分の効力、処分の執行又は手続きの続行」のほか「その他の措置」が含まれているのにたいし、審査会の行う執行停止からはこの「その他の措置」が除外されている。また、上級審査庁の行う執行停止は職権でも行うことができるのに対し、審査会の場合には審査請求人の請求がある場合にのみ行いうることとなっている（審査法三四条二項）。これらは審査会が当該処分を直接担当し、行政責任を負うものでなく、また審査請求があつて初めて当該事案について審理することとなるからと説明されている。<sup>33</sup>変更権が認められないのも同じ理由に基づくと解されている。

② 審査法一条は違法性以外に不当性の救済も定めて居る（手続の不当性、四三条二項、再審査請求における不当性の審査、五五条）。準司法機関と言われる建築審査会はこの不当性につき他の一般審査庁と同じく判断できるか。明文規定では除外されていないこと、また、審査会が判断できないとすることは、純粹に行政機関である建設大臣の再審査請求の段階では不当性も判断できることになっていることと整合しないこととなるから、判断できると解さざるを得ない。とすると、建築審査会が第三者機関という司法機関的性格が薄まるようにも感ぜられる。なお、不当とはなにかが改めて問われよう。一般の裁量権についての外、羈束行為について本来は不当概念は生じないであろう。立法の不当を追求することが考えられるが審査法一条は処分について規定するのみであるから、立法

の不当は訴訟と同様に請求の対象にならない。不当の意義については意外にも法律辞典では適當でないこと位の説明しかなされず、行政法教科書の索引にも見当たらない。教科書の裁量行為の記述や、不服審査法的一条の説明の箇所、自治法の住民監査請求の箇所では簡単に触れられているものの、その内容についての説明は皆無と言つてよい。有斐閣、法令用語辞典では独禁法一条、会計検査院法三四条等を挙げて、禁止規定、取締規定や、公序良俗違反のような法の理念に対する違反、また法律違反でないが制度の目的から見て適當でないことと説明されている。旧法令用語辞典、学陽書房では、それぞれの場において、その制度の目的を考え、社会通念に照らして具体的に判断すべしと述べられている。不服審査法の解説書においてすら明確な説明がなされていない。社会通念などの条理も不文法としての法的価値判断であるから、それ以外の不当性という判断者の主観的良心、正義感ということになるであろうか。もちろんこの事は不服審査法一般についての問題であるが、不当判断は第三者機関の場合と一般上級機関の判断の場合と特に明文上時に区別していないのであるがその範囲は全く同一なのであろうか。

③ 建築審査会はその判断形成においては何人の指揮にも属さず独立に行う意味で第三者機関であるが、その裁決は再審査請求による建設大臣の再審査裁決により破られ得るのであって、行政機関の中で最終性を有するものではない。これは、司法機関における審級性による統一性からの要請からのものか、行政機関における上級機関による指揮監督の要請に基づくものであるが、裁決権そのものは独立に行使でき、再審査請求は訴訟提起の必要要件とされていないことから、どちらかといえば前者によるものと解される。

④ 口頭審査の採用 口頭審査によることが不服審査一般と大きく異なる点であり、厳格な執行が要求されるが、口頭審査を経ずに却下裁決をなし得る例外を全く認め得ないかについては、期間徒過等補正できないことが明白で、やむを得ない理由があったと認められない場合には、口頭審査を経なくとも、却下しうるとされている。<sup>34)</sup>

⑤ 許可案件で同意した事件の取消訴訟で審査前置が必要か。前置主義を採用したのは訴訟経済と審査会の専門技術性にあるといわれている。しかし、許可同意案件と同一許可の審査案件は審査対象を同一とするから、相当な理由なく従前の判断を覆し得ない。しかし、同意の際に発見できなかった違法性が審査時に発見されるということもあろう。許可同意時における提出資料、事実認定等につき審査請求の趣旨、理由を下にして再度精査することが必要となる事もあるから、そのときは先入観を排除し、公平な審査がなされなければならない。そもそも許可判断の範囲と、同意判断の範囲は決して同一とは言えない。事務的にも許可の事務担当と、審査請求事務の係は別個で、審査請求については出来る限り公平性が確保できるよう注意が払われている。建築審査会のような専門知識を有する独立した第三者機関による専門技術的色彩の強い事項について前置主義は積極的な意義が認められるから、特定行政庁のなした無効の処分について建築審査会に対する審査請求の提起を許さない（提起しても不適法な審査請求として、却下の裁決によって門前ばらいされる）との解釈がある<sup>35)</sup>。

また前置主義を取ることが建築完了を進めることになり訴えの利益否定につながるから批判的な判決もある<sup>36)</sup>。

⑥ 審査請求適格 行政訴訟の原告適格とほぼ同一という点では一般的に容認されているが、全く同じかという点も必ずしも明確ではない。簡易、迅速に救済する目的から言うと、不当まで救済を広めているところから、広く間口を広げてよいという感覚が生ずるからである。また、建築という日常の生活環境に係わる紛争であること、また、建築基準法の制定時と現在の環境状況が大いに变化して来ており、基準法だけではそれに適切に対応できないこと、また法律保護説は必ずしも十分と言えないことなどから、東京都では建築紛争予防調整条例における申立資格にならって、原則として建築物の高さの二倍の距離内の者に審査請求適格を認めている。

⑦ 口頭審理方式については、建築基準法は口頭によること以外は特別な手続規定がおかれていない。以下若干

の問題点を述べる。

(1) 総代規定は書面審理主義のときは余り問題がないと思われるが、口頭審理のときは審理の適切、迅速な運営のために重要な意味をもつて来る。多数の当事者のとき総代選出命令が発せられたにもかかわらず、指定期日までに選出されないとき、口頭審理を開かず却下できるか。実務として、期限まで総代の選出がなかったたのでその理由を書面で聞き、選挙のため多忙であり、期限の指定がそのように厳格なものとは思わなかったなどの理由によるとき、客観的、合理的な理由に当たらないとして口頭審査を開かず却下した例がある。一部の者のみの総代が選出されたとき、選出しなかったものと分離して審理を開始するとしても、総代を選出しなかったグループをどう扱うか。筆者の体験では四、五〇〇名に上る審査請求が三グループに別れて提出され、その中の二グループは総代の選出がなされたが、他の一つのグループはその中の一五〇名ほどは総代の選出がなされたが、残りの多数については総代が期日指定までに選ばれなかったたので口頭審理をせず却下をした。これについては学説は分かれる。このような多数のグループによる請求のときには、この請求書提出の段階で総代を選出し得るようにしておくことが必要であろう。審査請求書提出のときに言わば纏め役が連署により請求書を提出できると、いわゆる数を集めるだけの運動がなされ、烏合の衆による請求がなされ、総代が結局選ばれず、事務局はその対応に振り回されることとなる。事務量的みならず各種の通信のための郵送費用だけでも馬鹿にならない。このような場合には住所、氏名が不明な場合も少なくなく、郵送しても返送されることが多く、公示送達に類した方法を探らざるをえない。

(2) 違法判断の基準時点 違法判断の判断時期について処分時説と判決時説との対立があり、判決の大勢は処分時説と言われている。不服審査請求の場合は行政庁が行うのであるから、少なくとも違法なものが裁決時に適法になっていれば救済してもよいように思われるが（逆の場合は既存不適格建築物となる）、審査会は上級庁でなく

裁判所的人格を強く認めれば処分時説を採用しやすくなる。建築という点の配慮もあるが、行政機関であることを重視すれば、処分を維持するか否かについては処分後の状態を考慮に入れ、判断時に維持されるべきか否かを判断することが妥当という判断も可能になる。

(3) 執行停止・第三者機関、あるいは準司法機関が行うという点でこれが認められる可能性が強いのではないかと期待が無い訳ではないが、実態を見ればその可能性は絶無ではないが極めて少ない。審査会はむしろ行政機関であり、執行停止の要件は同一である。また、執行停止の決定に当たっては処分庁の聴取のみが義務づけられている点が一一般の場合と異なることは既に述べた。

(4) 再審査請求の意義 第三者的機関として設けられた機関の裁決に争訟の道を設けた一つの理由は一般の行政組織で行使できる建設大臣の直接の指揮監督による統一性確保の代替性にあると思われる。審査会の前置主義採用が審査会の専門技術的性質にあるとすれば、再審査制度は余り意味がない。

(5) 口頭審査を行う時期 処分庁、不作為庁の弁明書提出期間、請求人の反論書提出期間それぞれ二週間ぐらいつとし、請求後一カ月の間に補正命令、弁明、反論、再弁明を経て口頭審査を行うとなると、二カ月以上を要するので必ずしも双方の主張が尽くしてからでなくとも、論点が明確になった段階でよいのではないか。不明な点は口頭審査で明確にすればよいので、特段の事情なき限り文書による主張、反論は原則として各一回でよいと考える。

立法論として審査会から処分庁に期間を定めて弁明書の提出を求めても長期間その提出がなされず、口頭審査が事実上引き伸ばされた場合(もちろん請求人の場合にも有り得る)、審査会としてその提出を促すが、それでも引き伸ばされているような場合には、建築物完了後の訴えの利益の否定の判決を考慮すると、なんらかのペナルティ

が考えられてよい。時機に遅れた攻撃防御の理論を考慮してよいのではないかと思われる。

当事者の欠席。期日に処分庁が欠席することはまずあり得ないが、請求人が欠席することについては既に述べたが、代理人たる弁護士が欠席した事例がある（この場合審査請求人は出席していたので問題がなかった）。天災、急病などの特殊な理由があるときは、別の期日の設定が必要であろうが、通常の場合は代理人制度があることも考慮されるべきであろう。

(6) 必要的口頭審理 対審的構造の内容

不服審査法では採用されていない必要的口頭審査方式の採用は対審構造を前提とするものと解され、審査会はその審理方式に十分この点を配慮することが必要であるが、<sup>(39)</sup>反対尋問、交互尋問までは要求されないと解される。実務上も審査請求人が処分庁（不作為庁）に質問したい場合は審査会長に申し立て会長がそれを必要と判断したときに相手方に陳述を求めるとしている。処分庁の方から請求人に質問することはほとんど無い。時に当事者が興奮し当事者同志のやり取りが行われそうになることがあるが、会長の指揮監督により是正されている。

(7) 評決の仕方 審議の結果、方針又は結論に到達すれば裁決書案は事務局に委ねるのが実態のようである。

東京都では審査会が方針決定した後、専門委員と法律専門委員の指示のもとに事務局が裁決案文を書き、審査会が審議し決定する。この段階で根本的な変更はなされないが表現上の問題を含め訂正がなされることは珍しくない。

(8) 裁決書の形式上の問題点。裁決書はできるだけ簡易化し読み易くすることが主張されている。<sup>(40)</sup>署名捺印については会長だけの署名捺印とする例、全委員の署名をする例、裁決の最終表決のときの出席委員の署名捺印をする例などに別れる。東京都の場合は口頭審査、審議に参加していても審査会の決定は最終決定にあるから、最終決定に出席した委員のみの署名捺印としている。

(9) 情報公開、会議の記録の取り方、開示請求、記録の保存上の問題点

不服審査法三三条に閲覧請求の規定がある。口頭審理前における審査請求書、弁明書、反論書の公開請求は、公開することにより当該審議に著しい支障を生ずるおそれがあり、意志形成過程情報、合議機関情報に該当するの非公開とされる。しかし、終結後は公開。付属機関の会議にかかる審議資料、議決事項、会議録などについて、付属機関の議事運営規程又は議決により開示しないことを定めているものおよび開示することにより公正又は円滑な議事運営が著しく損なわれると認められるものは開示しないことができるのが一般である。委員名簿の公開が現実の問題となる。委員は特別職の公務員であるからその構成はできるだけ公表されることが望ましいから、プライバシー保護を配慮して氏名、年齢、職業、主な経歴、選出分野を開示するのが妥当であろう。圧力、陳情等審議の妨げが予測されるので開示していない所、また、申し出であれば氏名、年齢、職業、選出分野を開示するところもある。新聞報道で名簿が公表され申請者が各委員に直接陳情した例が少なくない。審査会議事録を非公開とする所もあるようであるが、議事録は作成に当たって個人名をつけず公開する傾向にある。申請者の資格信用証明書、施工能力証明書類、権利者の同意書類、設計者の資格証明書類が拒否された例がある。個人情報、事業活動情報以外は拒否できない。処分庁においてその文書が開示できるものとされているかを判断の基準とするところもある。東京都では審査会年報を作成し、審査請求裁決書その他の審査会の活動を公表しているが、東京都以外でも行われている。

(10) 審査会その他の活動 建築審査会は全国的組織として、全国建築審査会協議会、全国建築審査会長会議が、設立されており、毎年議題を提起し全国的規模での検討・情報交換を行っている。これは都市計画法上の開発審査会が建設省主催であるのと異なり、審査会が主催し、建設省が陪席するという形を採っている。なお、関東ブ



ロックのような圏域単位、さらには都道府県単位の会議も開かれそのとき時の問題を検討し、建設省も出席し問題に対する所見を発表し、国と自治体の相互疎通を図っている。

注

- (31) 南・小高 前掲 九六
- (32) 神戸地裁昭和五五年四月一五日 判例時報九八四号五五号
- (33) 田中・加藤 解説一五一等
- (34) 名古屋地裁昭和五九〇一／三〇 行政裁判例集三五〇一／六九。この原則を認めながら原子炉収容施設についての建築確認処分が違法として住民からの審査請求を却下した裁決が違法として取り消した事例。浦和地裁昭和四四〇一／二九、例集二〇〇一／一五二三
- (35) 無効確認（取り消し）と審査前置主義の関係 関 基本問題 無効処分と審査庁 二七一、二七八、安本典夫 都市計画行政の過程における総称のあり方―計画を争う争訟と建築審査会の審査―、立命館法学二二八号、一九九三年第二号において、不服申し立て前置の緩和につき詳細な検討がなされている
- (36) 横浜地裁昭和四〇年八月一六日行政裁判例集一六卷八号一四五一頁
- (37) 島田、内田 五九頁
- (38) 却下説、田中・加藤 解説改訂版 一〇六頁、反対 南・小高 注釈九〇頁
- (39) 同旨 島田・内田 七三頁
- (40) 橋本 下 五九頁

## 第四章 会議の公開

### 一 一般論

① 序 議事に関する一つの問題に公開の問題がある。建築審査会において議事としては同意案件（建議、諮問も含め）と審査請求案件並びに諮問・建議事項の審議決定の段階に分かれる。

ところで会議の公開の趣旨・目的・態様は一律的でなくそれぞれの会議の性格により異なり得る。同意案件の場合に公開の聴聞が義務づけられている場合でも、その結果が審査会に適切に提出されているかは住民にとっての関心事であろうから公正性の観点からも公開は必要であろうし、また逆に公聴会が法的に義務づけられていない場合にはより住民監視により公正性の確保が必要と解されよう。また、審査請求の口頭審理の場合は紛争が存在し、双方の主張が展開され、証拠などが示された後その裁断が為されるわけで、同意案件のようにその後は正の機会が残されている訳ではないので、法的にも公開が義務づけられているがその具体的な運用が問題となろうし、また法的にも公開とされているのは口頭審査だけであり、その後の審議・評決は法的には公開とはされていない。これらの具体的な検討に入る前にこのような公的審議の公開性についての現行法の概要を見ておこう。

② 公開の現行法の状況 公的審議の公開の趣旨目的は、国会（憲法五七条一項）、地方議会（地方自治法一一五条、但し書きによる秘密会）においては、国民・住民による監視機能、民意の反映、実質的参政の促進（但し、常任（特別）委員会については少数による実質的審議を自由に行わせるため非公開のほか、国会法六二条の公開の

停止）にある。

裁判所による裁判は憲法八二条により対審と判決の公開法廷が保障されている。ただ、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれのあるときの例外（憲法八二条二項）が定められ、さらに、その例外が禁止される場合が定められている。ここでは公開の態様・形式が具体的問題となる。刑事訴訟法廷においては、一般の会議と異なり、刑罰を追求される被告人を国家権力による秘密処理から護り、裁判の公正と司法の權威を保持することにあるが、公衆への犯罪防止の役割も見逃せないと言われる。民事訴訟法廷においては、刑事訴訟法廷と同様に裁判の公正性の確保にあるが、刑事と異なり私的利益の対立の場であるのでプライバシーや企業秘密が関連することが多い。そこで民事の場合は公正性そのものが目的でなく、その手段とも解されている。逆にプライバシーや企業秘密の保護を求め側には非公開請求権が与えられるべきだとの主張もなされる。

裁判の公開は公正性の担保が目的（公開しないことは憲法三二条の裁判請求権を認めた趣旨に合致しない）で、議会の公開はこれに対して代表原理と密接に関係する。憲法七八条も公の弾劾を定め、人事官の弾劾手続きも「公開」と規定している（国家公務員法八条一項二号）。公開の意味は傍聴の自由、さらに忠実な報道の自由を含む（但し、取材の方法は、法廷秩序維持のため制限でき、刑事訴訟規則二一五条が写真撮影の許可を裁判所の裁量にゆだねているのは違法でない）とされている。最高三三、二、一七）。憲法上の例外措置（非公開）を認めない場合―憲法第三章の基本的人権の制限に違反したことが犯罪構成要件に該当するとされた場合―がある。公開が保障される裁判には非訟事件手続、家事審判手続は含まれないとされる。担当裁判官全員一致で公開を停止し得る対審も政治犯罪、出版に関する犯罪の刑事裁判は絶対に秘密裁判は許されない。刑事事件に限定せず、政治部門による人権侵害の保護が大事だから、行政権による人権侵害を争う行政訴訟も必ず公開されなくてはならない。

行政訴訟においては、民事訴訟特に同じに扱われるが(行政事件訴訟法七条)、特に行政の秘密主義の打破、知る権利に基づく代表民主制の実質化、国民の政治・行政に対する信頼の確保、偏った国民・住民の圧力の排除等の要請から公開であることはより強く要求されよう。

行政庁自体は独任機関であるのが普通であるから会議は考えられないが、実質的には行政庁の最終決定に至るまでに内部会議(庁議)を繰り返すのが通常であるが、最終段階までの多様な議論を公開することにより無用な摩擦、軋轢、誤解、責任問題等の混乱を引き起こすおそれがあるので、一般的に公開にはなじまない。内部機関でなく、他の行政主体の長との会議、あるいは、いくつかの機関相互間の会議等があるが、これらは一般的に行政庁の決定過程の未熟な意志形成の途中のものである所から、特別の理由なき限り非公開とならう。行政手続法の聴聞は原則的非公開であるが(行政手続法二〇条六項)、収用委員会の裁決の口頭審査(収用法六二条)の公開、独禁法の審判の公開(独禁法五三条)、海難審判における公開(同法三六・五二条)、特許法一四五条四項における例外的口頭審理の場合の公開や東京都の建築紛争予防調整条例における建築計画の公開等が見られる。行政庁が決定を行うにあたっての一過程として利害関係人の意見聴取を行う場合の公聴会はその手続きが問題となる場合があるが、言うまでもなく公開である(行政手続法一〇条)。不服審査においては書面審査が原則であるから公開は問題とならないが、建築審査会、開発審査会の審査は原則として公開と定められている。一般の不服審査の場合に審尋が採られても、原則的な書面審理に対し、例外的な公開規定が置かれていないことから非公開とならう。審議会・審査会等の諮問機関は、行政庁以外の専門知識または第三者的地位からの独立性・公正性の確保が目的であるから公開が求められる度合が強くなる。行政が構造的な体質として完全に脱ぐいきれない政治権力との癒着、片寄った側の住民圧力を排除するためにも原則的にその排除が求められよう。

議会の公開は議員が国民の代表者として行動しているかどうかを国民の監視に置くと共に、審議内容を国民に知らせ国民参政の一端を担わせる—直接民主性への補充—の機能もあるから報道、取材の自由は大幅に認められなければならないが、裁判の場合な公正性の担保であり、また、多くの事件は政治的・公共の関心事でもない。

この審議の公開と情報公開との関係の問題があるが、両者は必ずしも同一にはならず、会議の非公開が会議録の非公開に直ちにはつながらない。<sup>④⑤</sup>

③ 会議公開の機能 言うまでもなく会議公開は国民・住民の知る権利（行政側の知らせる義務）を保障し、民主主義を実質化することにあるほか、議会の議事が公正に行われることを担保し、住民の権利に関する案件について住民をして審議状況を知らせることにある。殊の外、現代行政には建築行政・都市行政に止まらず、広く技術的又は政策的決断を要求される裁量問題が多い。このような場合には行政側の裁量に委ねられざるをえない事になるが、その法的統制はその濫越・濫用による違法性に止まり、不当性は審査請求の対象となるものの、最終的な救済手段である訴訟では審理から外される。公開はその手続的統制の有力な一手法として期待される。此の公開は情報公開、行政手続法とあいまって行政の透明性、公正性を確保することができる。

④ 公開の内容。公開の内容は傍聴の自由、報道の自由及び会議録の公表よりなる。

(1) 公開の重要な要素は傍聴の自由で、言うまでもなく審議の内容を秘密主義におく事なく、国民・住民の監視の下に置くことにある。傍聴を認めた場合の委員に対する影響として、特に政治的問題がからんだ場合など発言しにくくなることは否めないであろう、また、何か発言しなければ委員としての職責を全うしないと見られる虞れから、傍聴のないときより発言が多くなる傾向がない訳ではない。

場所（傍聴席）上の制約による人数制限は秩序ある円滑な進行のため認められる。豊中市の教育委員会会議規則

は「会議は公開する」と規定されていたが狭くて傍聴席は設置できないとの理由から、テレビモニター方式に切り替えたことが傍聴権の侵害であり、不要なモニターの購入は不当な公金の支出に当たるとの理由で、市が被った損害の補填が求められた住民監査請求事例がある。これに対して監査委員は、新設された教育委員会室が狭隘で傍聴席を確保することが困難と判断した教育委員会からの要請で設置したもので会議の公開あるいは傍聴を阻害するものではなく、本件設備にかかる公金の支出についての財務会計場の事務手続きは合法に行われているとして、請求を棄却した。

東京都の場合、旧庁舎の時、大講堂で口頭審理で行ったことが有るが、新庁舎になり、二種住宅専用地域での自衛隊施設の四階建建替えの例外許可を含む十條自衛隊問題の時、用意した部屋には到底収容できない多数者が集まり、結局抽選で三〇名を選ぶ方法をとったが、政治的対立する傍聴者の間（防衛庁関係者も来ていたという噂もあった）でその抽選方法自体が認められないとか、また、抽選のやり方で争いが生じ結局調整が取れなかったため、抽選をすることができず、報道関係者と都議会議員のみの傍聴の中で行った事例がある。一般傍聴希望のために集まったものに対しては別室でマイクで討論内容を聞くことができるようにした。それでも、騒ぐものが出、審査している途中で壁をたたく音が伝わったり、委員は緊張感を漂わせていた。場合によっては、これらのものが乱入、占拠のおそれも有り委員の監禁も予想されたので、事務局は委員のための簡易トイレを部屋の中に用意しておくという状況であった。この審理は第一回は保留となったが第二回も同じような状況になり、非公開のまま審理が行われた。

傍聴の際の写真撮影、テープ録音、メモ、写生、スケッチ等については、多くの条例や実務においては審議開始後は制限している。その理由はシャッター音、フラッシュの閃光、カメラマンの移動等の雑音等が委員・関係者乗

り施行能力を散漫にすること、録音、メモは、後に正規の議事録・記録が作成発表されることから意図的誤報の危険を阻止することにあると言われている。刑事裁判に関する北海タイムス事件で裁判長の制止を無視した写真撮影を理由に法廷秩序維持法違反として過料に処せられたことが違憲でないとした事例、弁護士資格を持つ外国人記者が証券取引訴訟で、日本人記者には許されていたメモが不許可になったことによる国家賠償請求訴訟で、法廷警察権の目的範囲を著しく逸脱したり、その方法がはなはだしく不当でないと言われている。最近のビデオなどはフラッシュも音もなく、議場を乱すこともなくなりつつあり、アメリカでは五〇州中三四州ではカメラ持ち込みが市民権を得つつあることは、シン普森事件で我々も知るところであり、今後この問題に示唆を与えるものである。

(2) 報道の自由。傍聴の自由の中で重要な役割を果たすのは社会的に信頼を持つ新聞等の役割りであること言うまでもない。正確な報道の伝達とそれに対する適切な論評は正しい世論の形成に資すること大であるからである。しかし、新聞記者も傍聴人として取り締まり法令に服する。報道機関に事前に審査会案件として申請者の住所、氏名、開発行爲の場所、面積、建築物の用途、規模程度に限定して情報を提供できるか。社会的な関心、影響の強いものに限り報道機関の求めに応じ提供する必要も生ずるが個人情報保護はトラブル防止の観点から事前に報道機関に知らせる必要はない。

(3) 秩序維持のための指揮権 やじ等の制止、退場 傍聴人の野次・拍手等あるいは傍聴人同志の争論で、傍聴席が騒然となり正常な会議が統行できなくなり、数度の議長制止注意も効果なく会議進行が不可能な場合には、その妨害者に対して退場措置が執られる。しかし、一般的には会場が騒然となっても直ちに退場措置を取るのには妥当でなく、数度の制止措置を取った後に行うものと解されている。全員の退場が命令されれば事実上非公開となるから、非公開で行うか、会議を中止するかの決定を行う必要がある。非公開で行う場合退場されたものが直ち

に再度傍聴を求めて来たときは傍聴規則に適合する限り合理的な理由がなければ拒否できないと解されているようであるが、一度退場を命じられた者には、特段の状況変化が認められない限り拒否できよう。非公開となった場合でも報道の自由は確保されなければならない。この点で秘密会と異なる(自治法一三〇条、衆議院規則第七章傍聴二二一条〜二三一条、参議院規則第七章二二〇条〜二三一条)。

審理の指揮権についてであるが、当事者が何度も同一の事項の繰り返しや、明白な事項を述べる事が屢あるが(特に弁護士が代理人となったとき、数人の依頼人の発言の機会を与えるためにこのような戦法を取ることが見受けられる)。かかる場合は審査会会長適切に指揮権を発動し制限すべきであろう。また明白に無関係な事項の発言も同様に解すべきであろう(南・小高 前掲二〇二、橋本 建築審査会 上 ジュリスト七七六/五七)。

(4) 警察活動 議場が混乱を極めて議事の続行の不能だけでなくそれを上回る刑事的事態に至れば警察の出勤を求めることになるが、警察官は議長の要求に応じなければならないものではなく、議長の要求を不当と認めるときは応じないことができる。また、警察官は、議長の請求がなければ、開会中に傍聴人が喧噪を極め、会議を妨害しても、自ら進んで傍聴人を退場させることはできない。

⑤ 会議録の公開。前掲福島地裁「議事の公開には当然に会議録の閲覧請求権の承認を含むのであるから、…議会は特段の自由なき限り閲覧請求権を拒み得ない」。しかし、住民が直接に会議構成員の活動を確認・監視できる傍聴の自由がより重視されるべきである。ただ、人数制限や閲覧に要する手間を考えると積極的な広報活動の活発化が望まれる。



注

(41) 浦和地裁昭和五九年六月一日 判例時報一一二〇〇/三

(42) アメリカの「Government in the Sunshine Acts (政府日照法 一九七六年九月一三日)」の概略内容。宇賀克也  
 一一アメリカ行政法二六―二九によると、FOIAが記録の公開ののに対し行政庁の意志決定過程自体の公開を主眼とした法律。この適用を受ける行政庁判断したときは定義づけられており、約五〇あると言われる。また適用を受ける「会議」も定義づけられている。例外的に適用除外される場合も列記されていると言う。ただ、FOIAの場合は行政庁間、又は行政庁内の覚書や書簡が除外されるのに対し、GSA判断したときはまさに審議過程の公開を意図したもので、そのような除外規定はないこと、また、通貨、証券、商品など投棄機を招くような、時期尚早な情報、計画された行政の執行を著しく阻害するようなことは適用除外となっている。非公開決定のためには、全構成員の過半数の賛成投票が必要で、それは記録に止められなければならない。またプライバシーを侵害するような場合、非公開の請求ができるが、構成員の請求に基づく記録投票の結果過半数の賛成が必要。公開に関する投票の記録の移しは投票後一日以内に公衆の閲覧に教師、非公開決定のときはその理由を十分に説明する文書を公衆の閲覧に供する。また、会議の少なくとも一週間目に会議の日時、場所、議題、公開の有無、会議につき照会する議員の氏名、電話番号を公表することを義務づけている。非公開のときの会議の完全な議事録又は録音を保存しなければならない。これらは少なくとも会議後二年間、当会議と関連する行政庁の手続きの終結後一年のいずれか遅く到来する時期まで保存しなければならない。  
 また、比山節男 アメリカ合衆国規則制定協議法逐条論点解説―共生の時代における合意形成の試み―（法学論集 三四号 六一、八八、一三三、注四五、大阪経済法科大学）連邦諮問委員会法（FACA）により諮問委員会の会合は原則として連邦公報で予告したうえで一般市民に公開しなければならないと定めている。米大統領の諮問機関である医療保険制度改革特別部にクリントン大統領夫人ヒラリー夫人が参加しているが、非公開であることが医師団体から訴訟が提起され、ワシントンDC連邦地裁はヒラリー夫人は公務員と解釈できないとし、連邦高裁は常勤の政府職員と判断し非公開は適法と判断したと云う。

(43) 福島地裁四四・一一・七、行集二〇・一一・一三七(二)。

(44) 非公開でも報道関係には公開されることがあるが、報道関係者にも非公開される言わば厳密な秘密会がある（憲法五七

条一項、自治法一一五條)。議長又は議員三人以上のは発議により、三分の二以上の特別決議。最高裁は「一人の発議に基づき採決後全員異議なければその秘密会でした決議は無効でない。」としている(二四・二・二二民集三・二・四四)。秘密会の趣旨は審議の秘密なので議決の段階では公開すべきとする見解もある(最高裁は反対)。会議公開の例外は最少に止めるべきで、秘密会にする採決自体も秘密会で行うことはできないと言われるが(逐条 地方自治法 長野士郎)。秘密会の動議あればそれについての討論は行わず直ちに裁決に入っているようである。秘密会を解く場合の動議、表決数についての規定はない。また、秘密会の記録は会議原本には記載すべく、閲覧請求に対してはその旨明記して削除することになる。

## 二 建築審査会の場合

建築審査会については同意案件と審査請求並びに諮問答申、建議の会議の公開が問題となる。審査請求につき必要的公開口頭審査を採用したのは個人の権利利益に関するのみならず公共性をもち、また、事案が司法的処理になじむからといわれる<sup>45)</sup>。しかし、公共性と言えば他の行政事件も公共性を有しているし、公共性が要求されるのも建築に関する審査請求だけでないから、このことはあまり説得力をもたない。日常の生活環境に関するGHQの影響による事もあろう。ともあれ、審査請求の口頭審査は明文によって公開となっているのでその態様が問題となるが、それ以外の場合は公開するか否かが問題となる。審査請求以外の会議は公開については明文の義務はないが、判例には、<sup>46)</sup> 条例で公開を定めることを否定するものではないとしている。昭和四八年七月一〇日の大阪府からの照会に対し建設省は「建築基準法第八三条の規定に基づく条例により、同法第九四条第三項の規定による口頭審査の場合を除き、建築審査会の会議は、これを公開しない旨を定めることは差し支えないものと解する」旨の見解を發して

いる。これに倣ってか資料一で見ると非公開を定める条例が散見するが、大都市においては公開に踏み切っている所が殆どである（資料一）。情報公開とあいまって行政の透明性、国民、住民の知る権利の要請から、口頭審査以外においても公開とされる傾向が強く、問題は公開のあり方に移っていると思われる。また、審査会に小委員会を設け機動的・円滑な運営を図っているところがあるが、法は本会議を対象としているので小委員会には公開制は及ばないと解され、委員会条例で許可制の下においてるのが圧倒的である。しかし、実質審議が小委員会で固められる可能性ある実情からすると問題である。本会議、小委員会いずれにおいても非公開事由は原則的に異ならないと思われる。条例の中には許可制を採用しながら傍聴希望者の記帳制により実質的な公開制を採っているところもある。

同意案件の中には法四八条のように公聴会が開かれることとなっている場合がある。かかる場合審査会の議事も当然「公開」と言うことにならないか。立法者がその意向であれば審査会の同意についても同様に公開規定を入れたのではないか、また、行政機関の内部的行為としての行為にはもともと傍聴を許すという発想はなかったと見るのが妥当ではないかなどが問題となる。利害関係人の意見を聴くのと審査会の審議とは別個のものであるからこれらは直ちに結び付くものとは言えないであろう。アメリカの連邦諮問委員会法は原則的に会議公開を定める政府日照法は情報公開法と異なり内部的なものも公開の対象になると言われている。

また、口頭審理の公開開催についてであるが、そのこと自体が周知されていなければ公開の実効性が減少する。そのため通常、公報により登載して広く知らせている。そして、傍聴券を六〇名に配布して人数制限するものの、可能な限り傍聴を認めているところもあり、公報により知らせていないが、入り口に口頭審理会場である旨を表示して居るところもある。また、通常、傍聴人名簿に氏名の記載をさせている。公開は審査手続きの公正性を担保す

ることが目的なので公報は必要でなく当日会場に表示し一般住民が傍聴できるようにしておけばよいとしているところもある。公示については市民広場の掲示板に開催日一週間行うとする所もある。傍聴者数の記録は様々である。傍聴人の選出は先着順で決めるのが普通であるが、政治的対立などの争いあるときはその奪い合いの暴力も生じるので、籤で決める方法も取られた例がある。<sup>(47)</sup>

注

(45) 橋本下六一

(46) 東京地裁昭和五二・四・二七

(47) なお、書面審理の原則の下での審査法二五条一項但し書きによる意見陳述の公開性につき、全訂注釈行政不服審査法南・小高二〇一〜二〇二は明文規定がないこと、審査庁に審理指揮権が与えられていないこと、処分庁に出席が認められていないことから法律上は公開性は認められていないと解している。法はこの口頭審理のほかに三〇条で審尋制度を置いており、これは職権によるだけでなく、申し立てによることもできるものであり、処分庁なしで行い得るものである。

### 三 非公開に関する若干の問題

#### ① 非公開の態様とその根拠

非公開については(一)前以て全面非公開とする場合、(二)公開原則の下で会議の实质審議に先立ち非公開決定する場合、(三)会議を公開して行っている途中で四囲の状況の下で非公開決定をする場合に分けられよう。

全面非公開とする根拠は条例に公開規定がないということにあるようであるが、条例に根拠規定が無い事が直ちに全面非公開を肯定する根拠になるとも思われない。条例は公開、非公開につき沈黙しており、その決定は関係法

規全体の解釈から判断されることになると思われる。ところで非公開が取られる理由としては公開しなくても文書で事後にその内容が報告されること、企業秘密を提供する事になること、委員発言が萎縮したり、逆に傍聴者への迎合発言を導きやすくし審議の公正性を歪めることとなること等が指摘されている。しかし、これらは十分な根拠となるであろうか。報告書が提供される保証は明文上何もない。企業秘密と公開による利益とのバランスについては常に企業秘密が優先するとは言えない。委員が萎縮するかは委員の性質に依存するかも知れないが、傍聴人がよほどの態度をとらない限り、公開に習熟することにより十分克服できると思われる。私の経験では例えば神奈川県での湘南国際村の開発許可の際にテレビが入ったり、東京都の審査会においては傍聴から野次が若干飛ばされたり、右翼の威圧を感じさせられたりしたことがあるが、会議は淡々と進められた。これらのデメリットより、例外許可の場合の公聴会、準公聴会の内容がどのように審査会で報告されるかの担保を含め、どのような審議が行われるかを見守る機会を奪う方が、実質的行政手続法上問題があると思われる。

② 非公開決定の実体的・手続的要件

(1) 非公開となし得る場合として、公共の福祉、秩序維持、会議の運営上の必要性から及び会長が特に必要と認めるときなどが実的要件として定められている。言わば、公共の福祉は曖昧な表現であるが、事項的非公開事由であり、原則的に会議を開く以前に判断し得るものであり、秩序維持などは会議場をめぐる傍聴人等の状況的非公開事由と言えよう。これらがより明確に規定されることが望まれるとともにプライバシーに係わることについてはサンシャイン法におけるように、プライバシーが侵されるおそれあるものは非公開を請求できるという逆請求制度も考慮されなければならない。また、情報公開制度における非公開対象事項が会議非公開事由にも参考になる。議長不相当と認める場合の要件は具体的状況によらざるを得ないが、一般的に議長の審理指揮権の裁量に任せられよ

う。私の経験ではその裁量権はほぼ適切に行われていると思う。

(2) 手続的な問題として、非公開決定の審議議決自体を公開しなければならないかについて、会議公開の例外は最小に止めなければならず、公開して決定しなければならないとの説がある。公開、非公開は実質内容についての問題でないから、この決定は非公開でよいのではないかとの考えもある。非公開の決定を会長のみの判断にかからしめている例があるが、一般議員の会議招集権(神奈川県三条一項(五))や動議権から見ても、現実には会議にかけることとなる。この場合一般の過半数によるのか、特別多数決によるのか、全員一致によるのかの問題がある。会議に秘密会の決定のときは三分の二、裁判の場合の非公開は全員一致によることとなっている。口頭審査の場合から、一般の過半数では十分でないように思われる。また、議長は、法八一条の会務の総理、代表の規定から、また、審理指揮権、秩序維持権限から、強い動議権を有するものと解され、委員内で結論が得られなければ表決によらず議長裁定にゆだねることも考えられ、その決定は議長の裁量権限に属すると解してよいであろう。

なお、非公開決定の方法として米国のいわゆるサンシャイン法 Government in Sunshine Actはこの決定は記名投票により行われ、委任投票は認められないこと、投票結果は記録に止められなければならないこと、非公開決定後一日以内に十分に説明した理由書、非公開会議に出席するものの氏名、電話番号など必要資料を公衆の閲覧に供しようとしなければならないこと、先に述べた逆請求がなされたときは当該政府機関は投票により公開、非公開を決定することが定められている(§五五二b(d)二(三))また、非公開とされた事項を公開する場合には実行可能な最も早い時点で開催会議の時期、場所、主題を公告する事、非公開議事録、録音の保存期間を会議後二年とすること、また、非公開決定に対する救済として、宣言的判決、インジャクシオン等による救済が与えられ、

被告が挙証責任を負い、裁判所は、公衆に開示されていない議事録を非公開で審理できることとし、被告が違法に非公開をしたと認められるときは原告の弁護料、訴訟費用を被告に課すとともに、原告の濫訴の場合には原告に課すこととするなど、非常に行き届いた規定をおいているのが参考になる。<sup>(4)</sup>

(3) 非公開決定と報道の自由

非公開決定がなされても報道機関は審議の自由、公正性を害することは一般的に考えられないので、報道の自由は認められると解される。この点秘密会と異なる事は先に触れた。一つの報道機関に限られないことが望まれる。現実には非公開となっても関係自治体の議員を傍聴させている所もある。運営で住民代表を入れることも考えられるが、代表者の選出が争いの種となることもある。

③ 審議と決定

裁判においては公判廷は公開するが評議・評決は非公開である（裁判所法七五、七七条）。不服審査の口頭審査の場合も請求人と処分庁のやりとりや、委員の質問、釈明にたいするやり取りは公開されるが、それが終了すると当事者と傍聴者を退場させ委員の評議となり裁決方針の決定という段取りを踏むこととなり、言わば公開と言っても主として請求人と処分庁のやりとり対審の公開ということとなる。ここでの公開の主たるねらいは処分庁の処分の根拠が明白にされるということにと止まり、裁決庁の本来の審議の公開とはなっていないことである。しかし、本来的に会議の公開と言えば評決・決定は一応別としても、審議そのものの公開を意味するものと言えよう。その意味では裁判・口頭審査の公開は全面的公開でなく部分的公開である。しかし、これらの場合は、両当事者から十分な主張、弁明を尽くさせた後での審議・裁断行為であるとの理由から、それで公開の趣旨を十分果たしているということであろう。

これに対して同意案件は行政側からの資料のみを主としており、利害関係者からの主張は広聴会・準公聴会記録を除けば、直接ヒアリングしているわけではない。行政側からの資料は利害関係人にとってはいまだ知らされていないものが多いと思われる。これは公開に十分値する。同意案件は公開制を採るところでは最終決定まで公開である。

ただ、審議の運営上の問題として、一般的に事案が複数、連続して審議されるので審議と決定を一件毎に離して行うことが事務処理として複雑なため事案を連続して行っているが、もし審議と議決を切り離し、審議は公開、決定は非公開となると、一件毎に決定のときに傍聴者に退場してもらうとなると面倒になる。東京都の場合、公開のまま連続して審議と議決を行う。ただ、最後に議長がすべての事案につき賛成かどうかを再度確認する方法を採っているが、このような方法で全ての議決を非公開にして委員に最後にまとめて問うという方法も考えられる。

#### ④ 非公開議事録の公開

非公開議事録が当然非公開になるかについては情報公開に関連した判例であるが、<sup>④</sup>会議の非公開が直ちにその議事録の非公開に連ならないとされているものがある。会議の公開は会議の自由な意見公開を保証する事を目的とするもので、議事録の公開非公開の問題とは別個の問題で、明文で記録の公開が排除されて居るか、又は条例の当然解釈として肯定できる場合のとき以外は公開を否定できないとして居る。妥当な判断と思われる。

議事録の公開に関し、議事録が保存されていなければ問題とならないので、実務上公文書がどのように保存されているのかの法的、実態的状态を確認する必要がある。東京都の文書管理規程（昭和六〇年三月二十五日）及びこれに基づく都市計画局文書保存年限表（平成七年四月一日）によると、同意案件、審査請求案件にかかる会議録（口頭審査の場合は口頭審査診差速記録を含む）、裁決書は長期・永久保存とされ、建議・諮問の答申は五年、会議の



開催招集通知は一年とされていると云う。

神奈川県が発審審査会にかかる裁決書及び議事録の保存について（神奈川県文書管理規程昭和五八年三月一〇日）によると、文書保存は法令に特別規定ある場合を除き、三〇年、一〇年、五年、又は一年とされ、具体的な保存期間は担当機関の作成するファイル基準表によっている。それによると、審査会の開催通知、提案書などは一年、会議録、審査請求事案は「常用文書として必要な期間」とされている。文書には、原則として、一件毎に具体的な保存期間が設定されることとなっているが、相当長期にわたって処理が継続する等の理由により、常時使用するものはあらかじめ具体的な保存期間を定めることが困難なので、文書管理規程において、このような文書については、保存期間を定めずに各課が必要な期間保管して利用することができることとしているが、これを常用文書（実質上は永久保存）として扱っている。

なお、アメリカでは毎年度非公開決定措置の理由、訴訟の記述を含む報告書を連邦議会に提出することとされている<sup>50</sup>と云う。

⑤ 非公開決定に対する救済

非公開により行われた同意の違法性については、それを基礎に行われた許可処分を取り消し訴訟で争われることになる。裁決の口頭審査の違法性については裁決の取り消しが求められる。公開しない裁決は現実に傍聴者がいかどうかを問題とするまでもなく違法と解される<sup>51</sup>。

原則公開を事前に非公開決定した場合の執行停止が問題となるが、不服審査法上は争えないからその場合は別として、それ以外の場合には、会議が開催され終了してしまえば、執行停止については訴えの利益が否定されることになる。

なお、訴えの利益について言えば、公開規定及び公聴会規定の存在と訴えの利益につき、産業廃棄物中間処理施設開発許可と近隣住民後における原告適格に関し、開発審査会の公開審理は審理の公平確保のためのもので、この規定の存在から直ちに都市計画法が周辺住民の個人的利益を保護したとの解釈を導くことはできないこと、公聴会についても同旨を述べている判例がある。<sup>(52)</sup>

アメリカにおいては、宣言的判決、差し止めインジャンクション等による救済が与えられる。開催以前又は六〇日以内に提起できる。被告は三〇日以内に答弁をしなければならず挙証責任を負う。裁判所は公衆に開示されて無い議事録などを非公開で審理できる。非校区が違法に非公開であったと認められるときは原告の弁護料、訴訟費用を被告に課すと共に、原告が濫訴の場合であるときは原告に課す。<sup>(53)(54)</sup>

注

(48) なお、奥平康弘、知る権利 岩波親書、宇賀克也 アメリカ行政法参照

(49) 浦和地裁昭和五九年六月一日、行裁判例集三五・六・六九九

(50) 前掲奥平P・二五五

(51) 島田・内田一〇八

(52) H・四・一・一六宇都宮地裁 判例地方自治二一四、八九)

(53) 奥平P・二五四～二五五)

(54) 九五、九、三〇、朝日新聞朝刊によると、政府は政府の審議会や人事の透明化を目指し、会議を原則として公開する事や審議会を所管する象徴のOBを委員に加えないことなどを盛り込んだ改善策を閣議決定したことを報じている。その内容は、①議の内容が臨時的な審議会については設置の期限を設け、新設の審議会については一〇年をメドに必要性を再検討する。②審議会を所管する省庁OBは原則として委員や会長に選ばない。③過去五年間に委員が任命されていなかったり、設置後一〇年以上経過している審議会は、今年度中に必要性を再検討し、所要の措置を講じる ④会議や議事録は原

則として公開し、非公開とする場合は理由を明示する ⑤行政運営上の意見交換の場として設けられている懇談会などの運営についても、審議会の措置に準じて透明性の確保に努めると言うもの。首相や各大臣の諮問機関など二一九がたい小となるが、企業秘密や個人のプライバシーにかかわる可能性がある等の二七の審議会を対象から外した。具体的な運営ではさらに例外を認め、その判断は個々の審議会に任せると言う。その後、一〇月一八日朝日朝刊によると、その後の省庁の反応はたゞく、新たに公開を打ち出した省庁はなく、議事録の公開は二〇省のうち通産省、運輸省の二省のみで議事の要旨の公開は大蔵、経済企画庁、科学技術庁の三省庁に止まって居ると言う。他の省庁の多くは個々の審議会の判断に任ず等として統一的な対応を打ち出しておらず、消極的な姿勢が目立って居ると言う。議事録の公開については、通産省は事前に委員の了承が得られたものを公開、運輸省は委員の自由な発言を確保するため発言者を匿名にして居ると言う。会議の公開については、二一九の全審議会のうち、閣議決定される前に北海道開発審議会、北海道開発庁など総理府と六省庁の計一五の審議会（部分的な公開も含め）が実施して居るが、他では検討中であるが委員の抵抗が強いことが報じられて居る。

資料

建築審査会の会議公開の状況 横浜市建築局総務部調整担当

H 7. 4. 7 調査

都府・市	審査会の公開・非公開	傍聴事例	公報	傍聴規定等	公開の範囲	今後の対応	備考
札幌市	非公開 (条例に規定なし) 審査会で非公開決議					当面は非公開の方針	H26.12. 4条例制定
仙台市	公開(条例)	なし	市民に周知していない	作成していない	対応を考えていない	傍聴の申し出があれば認めざるを得ない	S 46. 3条例制定 条例上議長の判断で傍聴人の人数制限可能
千葉市	非公開 (条例・規則に規定)					当面は非公開の方針	S 42. 3. 25条例制定 S 42. 8. 1条例施行規則

	なし							制定
東京都	公開（条例） 議長判断で非公開可能	数例あり	都民に周知していない	東京都建築審査会 運営規程	議案説明・質疑応答・採決を全て公開			S25.10.31条例制定 傍聴の受付は当日のため 会場の都合で人数制限を 行う
名古屋市	非公開 （条例に規定なし） 審査会で非公開決議						従来どおり非公開の方針	S31.11.1条例制定
京都市	非公開 （運営規定で定める）						今後も非公開の方針	S31.11.1条例制定 H元.6.27運営規定制定
大阪府	非公開 （条例に規定なし）						公開規定がないので当面は非公開の方針	S31.10.1条例制定
広島市	公開（条例） 議決で非公開可能	なし	市民に周知していない	作成していない			申し出があれば審査会で個別に判断する	S27.4.1条例制定
福岡市	公開（条例） 議決で非公開可能	なし	市民に周知していない	作成していない	対応を考えていない		申し出があれば審査会で個別に判断する	S39.4.1条例制定
北九州市	非公開 （条例に規定なし）						従来慣行による当面非公開	S38.4.1条例制定
	公開（議事規則）	平成3年				平成3年の例		S25.12.22条例制定

大阪府	委員の同意で非公開可能	に新聞記者に公開した例あり	公報に登載	作成していない	では採決まで公開	公報登載しているので事前に申し出あり
-----	-------------	---------------	-------	---------	----------	--------------------

会議の公開に関する建築審査会条例の規定

横浜市建築局総務部調整担当調べ

都府県市	条例規程等の別	条 例 ・ 規 程 等 の 内 容
札幌市	建築審査会条例	規定なし
仙台市	建築審査会条例	第6条 会議は公開とする。ただし、議長は傍聴人の数を制限することができる。
千葉市	建築審査会条例	規定なし
	同施行規則	規定なし
東京都	建築審査会条例	第6条 会議は、公開する。ただし、法第94条第3項の規定に基き口頭審査を行う場合を除くほか、裁定の評議その他議長が公開を不適当と認めるときは、この限りでない。 2 議長は、傍聴人の数を制限することができる。
	同運営規程	第3条 条例第6条第1項の会議を公開する場合において、傍聴人は静粛を旨とし、次の各号を守らなければならない。 一 会議における発言に対し、拍手その他の方法により賛否を表明する等発言を妨害しないこと。 二 みだりに席を離れ又は談笑する等の方法により会議の秩序を乱し、又は会議の妨害をしないこと。 2 傍聴人が議長の指示に従わない場合は、議長は退場を命じることができる。

(注) 採決次第の付録掲載

名古屋市	建築審査会条例	規定なし	3 傍聴人は、会議の会場において写真等を撮影し、又は録音をしてはならない。ただし、あらかじめ議長の許可を得た場合は、この限りでない。
京都府	建築審査会条例 同運営規程	規定なし 第2条 (第1項～第3項 会議；内容略) 4 会議は、非公開とする。ただし、行政不服審査法第29条第1項の規定による現場検証（以下「現場検証」という。）及び建築基準法第94条第3項の規定による口頭審査（以下「公開口頭審査」という。）にあっては、この限りでない。	第4条 (第1項 議事録の作成；内容略) 2 条例第6条第1項ただし書の規程に基づいて会議を公開しなかつた議事に係る議事録は、これを公開しないことができる。 3 前項に掲げるもののほか、審査会の運営について必要な公文書の公開については、審査会が別に定める。
大阪市	建築審査会条例	規定なし	
神戸市	建築審査会条例	規定なし	
広島市	建築審査会条例	第7条 審査会の会議は、公開する。但し、議長は傍聴人の数を制限することができる。 2 議長又は委員の発議により出席委員の3分の2以上の多数で議決したときは、秘密会を開くことができる。	
福岡市	建築審査会条例	第6条 会議は公開とする。ただし、公共の福祉、秩序の維持のため必要があると認めるとき	

		は、審査会の議決によりこれを公開しないことができる。
北九州市	建築審査会条例	規定なし
大阪府	建築審査会条例	規定なし
	同議事規則	第5条 審査会の会議は、これを公開する。この場合において会長は、傍聴人の数を制限することができる。 2 会長は必要があると認めるときは出席委員の同意を得て、前項の規定にかかわらず秘密会とすることができる。
神奈川県	建築審査会条例	第6条 会議は公開する。但し、公共の福祉、秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決によりこれを公開しないことができる。
横浜市	建築審査会条例	第6条 会議は公開する。但し、公共の福祉、秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決によりこれを公開しないことができる。

会議の公開に関する建築審査会条例の規定  
(神奈川県下)

横浜市建築局総務部調整担当調べ

県市	条例規程等の別	条 例 ・ 規 程 等 の 内 容
神奈川県	建築審査会条例	第6条 会議は公開する。但し、公共の福祉、秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決によりこれを公開しないことができる。
横浜市	建築審査会条例	第6条 会議は公開する。但し、公共の福祉、秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決によりこれを公開しないことができる。
川崎市	建築審査会条例	第6条 会議は公開する。ただし、公共の福祉、秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決によりこれを公開しないことができる。

横須賀市	建築審査会条例	第6条 会議は、これを公開する。但し、公共の福祉又は秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
藤沢市	建築審査会条例	第6条 会議は公開とする。ただし、会議の秩序の維持、その他会長が特に必要と認めるときは、審査会の議決により公開としないことができる。
相模原市	建築審査会条例	第6条 会議は公開とする。ただし、会議の秩序の維持その他会長が特に必要と認めるときは、審査会の議決により公開としないことができる。
	建築審査会傍聴について (昭和62年7月20日第65回建築審査会議決)	相模原市建築審査会(以下「審査会」という。)の行方会議及び公開口頭審査(以下「会議等」という。)の傍聴に関しては、次のとおり取り扱うものとする。 (傍聴の申出等) 1 会議等を傍聴しようとする者は、係員に申し出てその指示により、審査会が発行する傍聴券に住所、氏名及び年齢を記入し、その半券の交付を受けなければならない。 (傍聴の禁止) 2 次の各号の一到該当すると審査会が認められた者は、傍聴することができない。 (1) 酒気を帯びている者 (2) 凶器その他危険な物品を携帯している者 (3) フラカード、旗その他公開による審査会の会場(以下「会場」という。)に持ち込むことが不適当であると認められる物品を携帯している者 (4) はち巻き、たすきの類を着用する等通常の服装をしていない者 (5) 前各号に掲げるもののほか、審査会において不適当と認められた者 (傍聴人の守るべき事項) 3 傍聴人は、次の事項を守らなければならない。 (1) 静粛に傍聴し、放歌、談笑その他騒がしい行為をしないこと。



		<p>(2) 会場における言論、行為に対し、拍手その他の方法により公然と可否を表明し、又は批判しないこと。</p> <p>(3) みだりに自席を離れないこと。</p> <p>(4) 飲食又は喫煙しないこと。</p> <p>(5) 審査会の許可を得ないで、撮影、録音、記録又は放送しないこと。</p> <p>(6) 前各号に掲げるもののほか、会場の秩序を乱し、又は審査の進行の妨害となる行為をしないこと。</p>
鎌倉市	建築審査会条例	第6条 会議は公開とする。ただし、公共の福祉、秩序の維持のため必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
厚木市	建築審査会条例	第6条 会議は、公開する。ただし、会議の秩序維持その他会議の運営上特に必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
平塚市	建築審査会条例	第6条 会議は、公開とする。ただし、会議の秩序の維持、その他会長が特に必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
小田原市	建築審査会条例	第6条 審査会の会議は、公開する。ただし、公共の福祉又は会議の円滑な運営確保のため会長が特に必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
秦野市	建築審査会条例	第6条 会議は、公開する。ただし、会議の秩序維持その他会議の運営上特に必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
茅ヶ崎市	建築審査会条例	第6条 会議は公開とする。ただし、会長が会議の秩序の保持、その他会議の運営上特に必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。
大和市	建築審査会条例	第6条 会議は、公開とする。ただし、会議の秩序の維持その他会議の運営上必要と認めるときは、審査会の議決により、これを公開しないことができる。

五 文献

- 一 橋本公且 ジュリスト No.七七六、七七七建築審査会論
- 二 白石健三 亀田健二 矢吹茂郎 建築関係法令の研究No.一二、No.一三
- 三 広岡隆 建築審査会に対する審査請求—その実態とそれについての感想 ジュリストNo.八二九
- 四 安本典夫 立命館法学No.二二八 都市計画行政における争訟の在り方—計画を争う争訟と建築審査会の審査
- 五 藤谷正博建築行政における市民の行政参加土地住宅問題二五号六〇頁以下
- 六 伊藤功一 開発審査会 判例タイムズNo.七二八 裁判外紛争処理機関の現状と展望
- 七 畠山武道 許認可の際の同意の性質(一)〜(四)・完 民商法雑誌六九巻一号・五号、七〇巻二・五号
- 八 稲葉馨 行政組織の法原理(一九九四)
- 九 金子正史「審議会行政論」現代行政法体系七 行政組織 有斐閣
- 一〇 荒・関 建築基準法の諸問題 勁草書房一七一頁以下。
- 一一 新一雄「会議公開」ジュリスト情報公開・個人情報保護 所収
- 一二 室井敬司「自治体合議制機関の会議・会議録の公開」アジア法学二三巻一号二九頁
- 一三 阿部泰隆「会議・会議録公開の法と政策」都市問題研究三七巻一号七〇頁
- 一四 兼子仁「諮問行政手続」現代フランス行政法 所収
- 一五 佐藤功「審議会」行政法講座四所収
- 一六 山内一夫「合議機関通論」行政法論考 所収