

大阪学院大学

法学研究

第 46 卷

第 1・2 号

研究ノート

建築審査会の実務上の諸問題

湯川 二朗

判例研究

大学の学部の入学プログラムとアファーマティブ・アクション

—Gratz v. Bollinger 判決—

有澤 知子

大阪学院大学法学会

目 次

研究ノート

建築審査会の実務上の諸問題	湯 川 二 朗	1
---------------------	---------------	---

判例研究

大学の学部の入学生プログラムとアファーマティブ・アクション — Gratz v. Bollinger 判決 —	有 澤 知 子	31
--	---------------	----

〈研究ノート〉

建築審査会の実務上の諸問題

湯 川 二 朗

京都府建築審査会委員及び京都市建築審査会委員として建築審査会実務に携わる機会を得たので、そこで考えたことを記してみたいⁱ。

1. 建築審査会

建築審査会は、建築基準法（以下単に「法」という。）により、次の事項を行う権限を有する合議制の行政機関として設けられた。

- ①建築基準法に規定する特定行政庁の行う許可等についての同意
- ②建築基準法令の規定による特定行政庁、建築主事若しくは建築監視員、都道府県知事、指定確認検査機関又は指定構造計算適合性判定機関の処分又はその不作為についての審査請求に対する裁決についての議決

i 本稿は私の個人的見解を記したものであり、京都府建築審査会や京都市建築審査会の意見ではないことを予めお断りしておく。ちなみに、京都府建築審査会委員は平成27年11月から令和元年10月まで、京都市建築審査会委員は令和元年7月から就任している。

③特定行政庁の諮問に応じて建築基準法の施行に関する重要事項の
調査審議

④法の施行に関する事項について、関係行政機関に対する建議

建築審査会に相当する行政機関は、法の前身である市街地建築物法時代にはなかったものであり、建築基準法ではじめて設けられた。それも、建築基準法の当初日本政府案には盛り込まれておらず、建築基準法案策定途中に、GHQの修正意見の中で、建築行政における地方分権、手続の適正・民主化、市民の権利保護の一環として行政不服審査機関 Board of Appeal 設置の要請がなされ、その結果、建築主事の制度とともに創設されたものであるⁱⁱ。

法制定時の建築基準法令解説には、建築審査会について「建築審査会は建築基準法の行政を公正に行うために設置される重要な機関である。その任務は第一に法94条による異議申立の裁定であり、第二に壁面線の指定及び用途地域や高さに関する但書の許可をする場合の同意の議決である。これは従来行政処分が都道府県知事の一方的判断により行われていたのに比べて著しい改善である。」と述べられ、また建築審査会の組織

ii 日本近代建築法制100年史編集委員会編「日本近代建築法制の100年」(2019年6月、日本建築センター) 241～247頁に詳しい。建築基準法案に関する建設大臣の提案理由説明の要旨によれば、建築行政の地方分権の運用については「地方自治を促進する見地から、地方公共団体において条例で地方の実情に即して、この法律に規定する建築の制限の強化、または緩和できるようにするとともに、この法律の執行は地方公共団体の責任とし、特に能力のない市町村についてのみ知事の責任とした。」、建築主事による建築確認については「建築物がこの法律に定める最低基準に適合することを確保する手続きについては、従来のような都道府県知事の認可制度を廃止して、建築行政に関する専門的知識、経験を有する市町村又は都道府県の建築主事の確認をもって足りること、かつ、その処理期間を決定して事務処理の責任を明らかにし、手続きの簡易迅速化を図った。」、建築審査会については「この法律を施行する手続きの適正、民主化を図るために、重要事項については公開による聴聞の制度を設けるとともに、市町村及び都道府県に民主的な構成を有する建築審査会を設置して、建築主事の処分に対する異議申し立ての処理その他この法律の施行に関する重要事項について諮問すべきものとした。」とされている(同241～242頁)。

については、「建築審査会はその任務の性質上、従来の審議会的な構成では不適当であるので委員会方式の少数委員制を採用したのである。審査会の委員は学識経験者から任命されるが、特定行政庁の処分に対する異議申立機関である以上、その行政庁の吏員が委員になることは不適当であると思う。」ⁱⁱⁱと紹介されている。

2. 同意に関する実務上の問題

(1) 同意事務

特定行政庁に対する同意事務の中で多いのが、法43条2項2号に係る同意事務である。

なお、現行法43条2項2号に係る条文の変遷を最初に見ておく。

法43条2項2号は、平成30年改正により、旧法43条1項が改正されて設けられた。旧43条1項は、「建築物の敷地は、道路（次に掲げるものを除く。44条1項を除き、以下同じ。）に2m以上接しなければならない。ただし、その敷地の周囲に広い空地を有する建築物その他の国土交通省令で定める基準に適合する建築物で、特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めて建築審査会の同意を得て許可したものについては、この限りでない。」と定めていた。

それが、平成30年改正で、法43条1項は「建築物の敷地は、道路（次に掲げるものを除く、法第44条第1項を除き、以下同じ。）に2m以上接しなければならない。」と改正されて、新たに法43条2項が設けられた。新43条2項は、「前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する建築物については適用しない。1号 その敷地が幅員4m以上の道（道路に該当するものを除き、避難及び通行の安全上必要な国土交通省令で定める基準に適合するものに限る。）に2m以上接する建築物のうち、利用者が少

iii 前掲「日本近代建築法制の100年」246～247頁

数であるものとしてその用途及び規模に関し国土交通省令で定める基準に適合するもので、特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めるもの。2号 その敷地の周囲に広い空地を有する建築物その他の国土交通省令で定める基準に適合する建築物で、特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めて建築審査会の同意を得て許可したもの。」と定められた。

これは、従前、旧法43条1項但書に基づき特定行政庁が建築審査会の同意を得て許可していたものにつき、建築審査会の同意を不要とする認定通路（1号）と、従前どおり建築審査会の同意を必要とする通路（2号）に区分したものである。これまでの許可実績を踏まえて、建築審査会の同意まで得る必要がないもの（幅員4m以上の道に接する一定の敷地）を1号として切り出して特定行政庁の認定のみにかからせ、それ以外の敷地についてだけ建築審査会の同意を得るものとして制度の合理化を図ったものとされる。

これまで私の経験したことのある同意事務としては、この接道義務免除の例外許可の他、重要文化財等に指定された建築物の法適用除外の同意（法3条1項2号）^{iv}、道路内の建築許可の同意（法44条1項2号）、高さ制限の例外許可の同意（法56条の2第1項但書）、用途制限の特例許可の同意（法48条15項）がある。

iv 京都府文化財保護条例に基づく京都府指定有形文化財に指定されている建築物や京都市歴史的建築物の保存及び活用に関する条例に基づく保存建築物の登録をされた建築物等が対象となる。文化財等の保存の要請（文化財行政）と交通上、安全上、防火上及び衛生上支障のないことの確保の要請（建築指導行政）の調整は、極めて難しいと感じるところである。特に法の適用除外は、他の例外許可とは異なり、許可申請のなされた建築物の、その時点だけその周辺の環境の調整を図ればよいのではなく、今後継続的に当該建築物に対する法規制を適用除外することとなるので、保存活用状況について定期的な報告を徴収するなど建築行政の見地からの継続的関与のあり方が検討されなければならない。

（2）一括同意基準による包括的同意の運用は許されるか

（ア）一括同意基準とは

同意事務に関する実務上の問題として、一括同意基準（包括同意基準）の取扱いがある。一括同意基準というのは、その基準に該当するものについては、建築審査会は包括的に同意する取扱いとして特定行政庁限りで許可できるものとし、事後的に特定行政庁が建築審査会に報告^vをすれば足りるとする運用である。

先に見た通り、法は、「特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めて建築審査会の同意を得て許可したもの」と定めているので、文理解釈としては、建築審査会の同意は特定行政庁の許可の前に個別に要するものと読むのが自然であろう。但し、そう解したとしても、同意の時期が明示されているわけではないので、特定行政庁の許可の後に事後的になされた建築審査会の同意が無効であるとまでは解されない（事後的な同意で瑕疵が治癒される）と思われる。

次に、接道義務免除の許可にあたり建築審査会の同意を要することとされた趣旨から考える。その趣旨は、もともと接道義務の免除は、建築主事が建築確認の際にあわせて判断していたところ、平成10年法改正により、それまで特定行政庁の建築主事が行ってきた確認検査事務を民間の指定確認検査機関にも開放したことから、接道義務の免除の要件の認定の判断に公平性、客観性を持たせるため、これを特定行政庁の許可に掛かせるとともに、公平な第三者機関である建築審査会の同意を要件として規定されたものである。そのような法の趣旨に照らして考えると、

v 建築審査会への報告についても、1件ごとに報告する取扱いもあれば、同一類型のものについてはそのうちの一例のみを報告することとして時間を短縮する取扱いもある。建築審査会の開催頻度が年に3、4回程度ということになると、1回の建築審査会で報告される件数も多くなるので、審査の時間の関係上、後者の取扱いとなるが、月1回等頻繁に開催されている場合は報告案件の数も少なくなるので、前者の取扱いとなるが多くなろう。

やはり、特定行政庁の許可の前に建築審査会の同意がなされるのが望ましいと考えられる。しかし、許可の後に同意がされても無効だ（事後的な同意による瑕疵の治癒は認められない）と解する理由もないので、事前の同意がなければ特定行政庁の許可が違法となるとまでは言えないように思われる。

(イ) 実務

この点、実際の取扱いがどうなっているかという点、特定行政庁による旧法43条1項ただし書の許可にも時間がかかるばかりか、建築審査会の同意の手続はそれが合議制の諮問機関であることに照らしても、少なからざる時間を要する（建築審査会は、法律、経済、建築、都市計画、公衆衛生又は行政に関しすぐれた経験と知識を有する5人以上の委員から構成されるから、委員会を招集するだけでも時間がかかる^{vi)}）上、同許可の申請は建築確認等に先立ってされるものであるから、建築審査会の審議を経てから特定行政庁の許可をしていたのでは、建築主に及ぼす負担が極めて大きくなることが予想される。そこで、許可に関する事務の迅速かつ効率的な処理を確保する観点から、建築審査会では、法施行規則10条の2各号の基準に従って事案を類型化した上各類型ごとに具体的な同意基準をあらかじめ設定し、当該基準に該当する場合には同法43条1項ただし書（現在は43条2項2号）の同意をしたものとして、建築審査会の個別の事前の同意を経ることなく許可をする運用が全国的に行われてきた。これが一括同意基準（包括同意基準）である。

果たしてこのような運用が適法と言えるのか検討してみたい。

vi ちなみに、京都市では、毎月1回定例で委員会を開催しているが、京都府では1年に3回程度、審議案件の件数を見ながら、その都度委員の都合を確認して委員会を招集していた。

（ウ）大阪地裁判決

このような一括同意基準の運用が問題となった事件に大阪地裁平成18年10月25日判決（判タ1237号181頁、判例地方自治291号85頁）がある。

この事案は、隣地の土地の所有者が法43条1項但書許可の取消しを求めた事案である。法施行規則10条の2第3号「その敷地がその建築物の用途、規模、位置及び構造に応じ、避難及び通行の安全等の目的を達するために十分な幅員を有する通路であって、同法42条1項の道路に通ずるものに有効に接すること」に該当するかどうか争われたが、直接的には、大阪府が法43条1項但書に係る判断基準、提案基準及び一括同意基準を定めており、その一括同意基準の中に、道路に至るまでの最小幅員が2.7m以上のものであって、「平成11年5月1日時点において既に立ち並びのある通路」であり、「昭和45年6月20日時点において既に立ち並びのある通路」のうちの一定のものはあらかじめ建築審査会の同意を得たものとして取り扱うと定められていたため、その「立ち並び」要件該当性について争われた。大阪地裁は、一括同意基準が適法であるかどうかを判断するにあたり、その運用について、以下のとおり判断した。

「平成10年法律第100号による改正前の建築基準法43条1項ただし書は、「建築物の周囲に広い空地があり、その他これと同様の状況にある場合で安全上支障がないときは、この限りでない。」とのみ規定することにより、接道義務の免除の要件の認定を建築確認における建築主事の判断にゆだねていたところ、上記建築基準法の改正により、それまで特定行政庁の建築主事が行ってきた確認検査事務について、新たに必要の審査能力を備える公正、中立な民間機関（指定確認検査機関）もこれを行うことができるものとされたことから、接道義務の免除の要件の認定について、その判断に公平性、客観性を持たせるため、これを特定行政庁の許可に掛からせるとともに、公平な

第三者機関である建築審査会の同意を要件として規定したものと解される。もっとも、建築基準法43条1項ただし書の許可及び同意の手続にはその性質上時間を要する上、建築確認等に先立って同許可の申請がされる場合も少なくないと考えられることなどからすれば、同項ただし書の規定は、許可に当たり常に建築審査会の個別の同意を要するとまでする趣旨のものとは解し難く、当該許可に関する事務の迅速かつ効率的な処理を確保する観点から、建築審査会において建築基準法施行規則10条の2各号の基準に従って事案を類型化した上各類型ごとに具体的な同意基準をあらかじめ設定し、当該基準に該当する場合には同法43条1項ただし書の同意をしたものとして、建築審査会の個別の同意を経ることなく許可をする運用を行うことも、当該基準が同項及び同規則10条の2の規定の趣旨及び目的に適合するものである限りにおいて、同法43条1項の許容するところと解される。」

なお、注意すべきは、大阪地裁判決は、一括同意基準の定める通路の基準が法及び施行規則10条の2の趣旨目的に適合するか否かを判断したものであって、建築審査会の同意が「個別的でかつ事前」の同意であることを要するか（一括同基準に該当するときは建築審査会の個別的で事前の同意なしに特定行政庁が許可しても「建築審査会の同意を得て」許可したといえるのか）という手続要件について判断したものではない。

(エ) 検討

まず、一括同意基準の法的性質について考える。行政手続法は法令に基づく申請に対する処分については審査基準を定めることを求めている（行手法5条1項）から、特定行政庁は許可の基準を定めなければならない。他方、建築審査会の同意は、法令に基づく申請に対する処分ではないから行政手続法の適用はないが、行政手続法の審査基準の趣旨に照ら

せば、建築審査会も同意基準を定めることが望ましい。そして、特定行政庁の許可と建築審査会の同意は、別の行政機関による別の意思決定であるから、特定行政庁の許可の基準と建築審査会の同意の基準は別に定めなければならない。但し、それらを別々に定めなくても、特定行政庁と建築審査会が協議の上、一つの基準を定めることも許されよう。ただ、いずれにしても、建築審査会の同意基準は建築審査会が定めなければならないのであって、特定行政庁の許可基準をそのまま建築審査会の同意基準とすることは許されない。

次に、一括同意基準の運用について考える。当然のことであるが、審査基準を定めることと審査基準に基づいて申請に対する処分をすることとは別である。審査基準を定めたからと言って、審査基準に適合する申請が、処分庁の判断を経ることなく、自動的に処分されるものではない。建築審査会が一括同意基準を定めたとしても、建築審査会が一括同意基準適合性判断を省略できるわけではない。一見明白な場合でない限り、一括同意基準に適合しているかどうかの審査判断は建築審査会が行わなければならない。

それでは、「一括同意基準に適合するときは個別の同意を経ずとも包括的に同意する」と定め、「一括同意基準に適合すると特定行政庁が判断するときは建築審査会の個別の同意を得ずとも許可することができる」とする運用を行うことは許されるのか。結論から言うと、そのように定めることは許されるが、それをそのように運用することは許されない。ただし、そのような運用は、一括同意基準適合性判断を特定行政庁に委ねることになり、特定行政庁の許可に建築審査会の同意を要するとした法の趣旨に反するからである。例外的に一括同意基準が定型的形式的機械的に判断できるような明確な数値基準として定められていて、あえて建築審査会が審査する必要もないと考えられる一見明白な場合に限って許

されよう。しかし、それ以外の場合は、建築審査会は一括同意基準を定めたとしても、建築審査会自身がその基準適合性について審査判断しなければならない。

そして、同意の時期は、事前の同意が望ましいが、事前に同意がなくても、事後的には審査の上同意するかどうかを審査の上判断しなければならない。

一括同意基準の運用としては、特定行政庁は許可後速やかに建築審査会に報告することとされているが、実際には、「報告」とは言っても、単に特定行政庁が報告するだけではなく、その報告を受けて建築審査会が質疑する等その内容を審査した上、報告を了解するというをしている。このような運用にあっては、実質的に建築審査会が審査の上同意したと評価でき、事後的な同意があったものとみることができるから、その運用が違法とまでは言えないであろう。しかし、報告が許可後相当期間を経過しているとき、報告の内容が一括同意基準適合性判断をするに不十分であるとき、建築審査会が報告を了承しないときは、同意がなかったものとして特定行政庁の許可は違法なものとして取り扱われるべきであろう。

今後は、一括同意基準の運用としても、報告事項ではなく、審議事項として取り扱うべきであると考える。

そこで、振り返って大阪地裁の事案を検討してみるに、大阪府建築審査会一括同意基準にも「立ち並び」の要件についての明確な判断基準が定められておらず、また「立ち並び」に関する判断も統一されているわけではなかった（当該通路にのみ接する建築物の敷地が2以上あって、その建築物の玄関等主な出入口が当該通路に面しているか否かを判断基準とする見解・運用と、当該道を中心に建築物が寄り集まって市街の一区画を形成し、道が一般の通行の用に供され、防災、消防、衛生、採光、

安全等の面で公益上重要な機能を果たす状況にあるかどうかを判断基準とする見解・運用とが対立していた）というのであれば、建築審査会が事後的であっても「立ち並び」要件に該当しているかどうかを個別事案に照らして審査判断すべきであったのであり、特定行政庁が一括同意基準に該当すると判断して建築審査会の同意を得ずに許可をすることは許されないというべきであったのではないだろうか。

（3）特定行政庁が提案基準に該当しないとして建築審査会に付議しない
ときの取扱い

建築審査会の同意事務の経験からいうと、特定行政庁が同意案件として建築審査会の審議に付してきた案件や、一括同意基準に該当するとして許可報告してきた案件は、特定行政庁の判断も堅くて、建築審査会としても同意するのがしかるべき事案が全部であったが、中には、提案基準や一括同意基準に該当しうるにもかかわらず、特定行政庁がスクリーニングして万が一にも建築審査会で同意されないようなことのないように建築審査会に付議しない案件もあるのではないかと思われる。その場合、建築主の救済はどうすべきだろうか。

考えられる方法としては、特定行政庁が建築審査会に対して同意を得よう提案しないことの不作为の審査請求や、特定行政庁が建築審査会に対して提案すべきことの義務付けの訴え、あるいは同意を得ていないことを理由とする不許可処分を受けてその取消しの審査請求をするということが考えられる。その中でも、不許可処分の審査請求は、その審査庁は建築審査会となるので、審査請求の審査を通して実質的に建築審査会の同意の審査に代えることができるから、建築審査会の同意を得る手法としては最も適切であると考えられる。

なお、不許可処分の取消の訴えも考えられるが、建築審査会の同意が

許可の要件であるのにそれを得ていない以上許可要件を満たさないことは明らかであるし、建築審査会は合議制機関であって、しかも、客観的に要件に適合していれば同意すべきことが義務付けられるものでもないから、建築審査会が取消訴訟に訴訟参加することで同意が得られることになるものでもないので、取消しの訴えは適切とは考えられない。

その他の手法として、同意の義務付け訴訟も考えられるが、建築審査会の同意は取消訴訟の対象となる処分とは解されないから、不適法である。建築審査会の同意が処分ではないことから、当事者訴訟として建築審査会に対して同意の給付訴訟を提起することも考えられるが、建築審査会は行政主体・当事者ではないから、それも不適法である。

したがって、特定行政庁が建築審査会に不当に付議しないときの建築主の救済方法としては、不許可処分の審査請求を建築審査会に申し立てるのが最も適切であろう。

3. 建築審査会審査請求に関する実務上の問題

(1) 行政不服審査法改正

行政不服審査法は平成26年に全面改正された。そのポイントは、審査請求期間の3か月への延長、審理員による審理手続と行政不服審査会への諮問手続の新設、審理員の口頭意見陳述でのすべての審理関係人の出席の義務化と審査請求人の処分庁への発問権の保障、処分庁から提出された書類その他の物件の閲覧又は写しの交付請求権の整備である。

しかし建築審査会審査請求については、審理員は置かれず、従前どおり建築審査会が審理・裁決するという構造のままであって、行政不服審査法改正によって変更されたのは審査請求期間の延長と審査請求前置の廃止くらいである。

なお、処分庁からの物件の提出に関しては、処分庁が指定確認検査機

関である場合、建築審査会が処分庁に対して建築確認図書の提出を求め、処分庁はなかなか確認図書の提出に応じないとされる。行政不服審査法改正前であるが、国交省が平成22年3月31日付で「建築審査会への書類その他の物件の提出について」と題する通知を発して、その中で「指定確認検査機関は、行政不服審査法第28条（注：旧法の規定）に基づき建築審査会から書類その他の物件の提出を求められた場合は、正当な理由がない限り、当該物件を速やかに提出する必要がある。従って、指定確認検査機関は、形式的に建築基準法第77条の25に定める秘密保持義務を理由として一律に拒否することはできないと解されるので、法の趣旨を踏まえ、適切に対応されたい。」と指導している^{vii}。

（2）審査のあり方

建築審査会の審査は、公開口頭審査（法94条3項）が求められているが、行政不服審査法に基づく審査請求の審理と同じく、書面主義・職権主義であり、弁論主義・当事者主義が適用されるものではない。したがって、「審査請求人の主張は採用できない（認められない）」という判断は許されない。審査会が違法不当かそうでないかを判断しなければならない。そして、違法不当かそうでないかを判断するに足る調査をせずに、その判断をしない場合は、建築審査会の裁決は審査判断過程の瑕疵を理由に取り消されることもある。

建築審査会の審査は職権主義ではあるが、すべての違法不当事由を審査会が審査請求人に代わって検討判断する（職権探知する）ことは事実上不可能であるから、判断事項は当事者によって提示されるべきであり、また職権主義とは言え、当事者に不意打ちとなるような判断をすること

vii 日弁連行政訴訟センター編「行政不服審査法の実務と書式（第2版）」（民事法研究会、2020年1月）205、206頁

は公平を害するから、審査会から見て当事者の主張に疑問があるときや、さらに主張立証を促すのが相当であるときには、審査会は当事者に主張立証を促す（釈明を求める）べきである。そして、建築審査会が当事者に適切な釈明を求めず、あるいは適切な職権調査をしなかったときは、当該審査判断過程の瑕疵を理由に裁決が取り消されることもあろう。

たとえば、建築物の周辺住民が審査請求人となって建築確認の取消しを求めているときであって、審査請求人が請求人適格のあることを示すために建築物の敷地の崖が崩れてくるおそれがあることを主張しているのに、建築確認の違法事由として建築物の敷地の安全性（法19条4項）の主張をしていない場合は、法19条4項に係る主張を違法事由として追加するのかを釈明するのが適切である。

(3) 開発行為非該当証明と違法

建築確認の違法事由として、建築確認申請書に添付されている開発行為非該当証明書の違法が主張されるケースがある。それに対しては、処分庁からは、建築主事等の審査は所定の書面が添付されているか、開発許可権者が開発許可を必要と判断しているか否かを審査するという形式的・外形的審査にとどまる旨の反論がされる。

これについては、建築基準関係規定の中に都市計画法29条1項が含まれる（法施行令9条12号）のであるから、建築計画が開発行為を前提にしているにもかかわらず開発許可が得られていない場合は、建築確認は違法となると言わざるを得ない。法施行規則や通達により、建築確認申請書には都市計画法施行規則60条書面（開発行為非該当証明書を含む）を添付することが求められ、建築主事等はそれを形式的に確認すれば足りるものとされているが、それは通常の手続を定めるだけで、建築主事等の実質的な審査権限を否定するものではない。

しかも、仮に開発行為非該当証明書が事実と反して誤っていて、それにもかかわらず、それを理由に建築確認が取り消されることがない場合は、周辺住民には他に開発行為非該当証明判断に対する不服申立ての途が全くないことになってしまうのであり、これは許されない。

したがって、開発行為非該当証明の誤り、すなわち開発許可を得るべきことを求める建築基準関係規定に違反していることを建築確認の違法事由として主張することは認められるべきであり、建築審査会は建築計画が都市計画法29条1項に適合するか否かを実質的に審査すべきである^{viii}。

その場合、処分庁には開発許可に関する調査をすべき権限も資料もないから、建築審査会が職権で調査することとなる。具体的には、建築審査会は、都市計画法29条1項に係る所管行政機関に対し、どのような資料に基づいてどのような検討をした上で開発行為非該当判断等をしたのかについて物件の提出要求や陳述を求めることになる。審査請求関係人の不意打ち防止のために、建築審査会は審査請求関係人に対しその結果を伝えた上で、意見を求めるべきである。

（4）違法を理由とする取消裁決について

違法とは個別的な建築関係基準規定違反を意味する。

（ア）違法事由として法1条（目的）違反の主張は許されるか。

建築審査会の裁決例では、法1条違反の主張は失当であるとされる。

建築審査会の裁決をまとめた「建築審査会裁決例集」^{ix}をみると、次の

viii これに対し、金子正史「建築確認取消訴訟と60条証明書－横浜地裁平成17年2月23日判決を契機として－」（自治研究82巻5号、2006年）は、建築審査会は建築主事等の行為を審査して建築基準法に基づく建築基準行政の適正・公正さを担保するために設置された行政機関であるから建築主事等が確認審査の際に行使した審査権の範囲以外には及ばないこと、行審法は行訴法と異なり、行政庁の参加規定を置いておらず、開発許可権者の参加が予定されていないことを根拠に実質審査はできないとする。

ix 荒秀編著、ぎょうせい

ような裁判例が代表的な例としてあげられている。

- ①千代田区建築審査会昭和58年12月1日(4274)「請求人らは建築確認における審査は単に個々の条文にとらわれず法1条の目的から日照、採光、通風の阻害、空気の汚染等について審査すべきであると主張するが、法は第1条の目的を達するために具体的に個々の条文を規定しているものであり、個々の条文を離れて法1条の抽象的な規定により建築確認における審査をすべきとする請求人の主張は採用しえない。」
- ②中野区建築審査会平成12年3月8日(4563.95)「請求人は本件各建築物の建築により請求人宅への日照が阻害され、「健康で人間的な生活ができなくなる」と主張しており、結局これは法第1条に基づく主張であると解される。この点、法第1条は法全体の趣旨と目的を明らかにしたものであり、その趣旨と目的を実現するために法第2条以下に個別の規定を設けている。この個別の規定のうち、日影規制の観点からは法第56条の2の個別規制の規定を設けているのである。とすれば、法第1条の趣旨と目的の実現の観点から法第2条以下の個別の規定の解釈・運用の上で法第1条の趣旨を反映させることが必要であり、かつそれで十分というべきである。本件各建築物の高さに関する状況は前記のとおりであるから、前記の法第56条の2の適用対象外であり、その他の関係法令に具体的に違反するという事実も認められない。よって、請求人の主張には理由がない。」

確かに「健康で文化的な生活ができない」とか、「法1条違反だ」というだけでは、抽象的で不明確であるから、本当に何を問題としているのか、その具体的な主張を掘り下げる必要があり、そのような努力をすれば、日照、採光、通風の侵害等個別規制の問題に還元できる場合が多いであろう。しかし、法1条違反を主張する場合というのは、往々にして

個別行政法規違反の問題に必ずしも還元できない場合が多いのではないのか。あえて法1条違反を主張するのは、日照、採光、通風の侵害であっても、個別行政法規違反のレベルには至っていないものや個別行政法規からは漏れているものを問題としている場合が多いのではないかと思われる。たとえば、日照の問題というときも、中高層住居系商業地域における日影規制違反が問題とされるときのように、法56条の2の日影規制はクリアしているが、なお日照不足で非健康的な生活を強いられるのは不当だという意味で主張されている場合があるのではないか。そのときに個別行政法規の違反の有無のみを検討するのでは、審査請求人の不服に応えたことにはならない。このような場合は、法1条違反の主張は、むしろ「不当」の主張として理解して検討することが求められているのではないだろうか。

法1条は抽象的な目的規定であるために審査請求人の法1条違反の主張も抽象的になりがちであるが、審査請求人が不服とする個別的な事情を具体的に丁寧に拾い上げ、それを個別行政法規違反の問題として構成できるのであればそのように釈明を求めて主張し直してもらい、個別行政法規違反としては構成できないという問題については、法1条違反というのではなく、不当の問題として構成し直すことで、違うものが見えてくると思われる。この点は不当の問題として、後述することとしたい。

（5）景観、風致、条例違反と違法

審査請求では、都市景観を害する、景観条例違反、風致地区条例違反（都計法58条1項違反）、都市計画法に基づく景観計画違反等が違法事由として主張されることが多い。

しかしながら、建築確認は建築基準関係規定に適合することを確認すること（法6条1項、法6条の2第1項）であるから、建築確認の違法

とは建築基準関係規定に適合しないこと、すなわち、建築基準関係規定違反を指す。建築基準関係規定とは、建築基準法並びにこれに基づく命令及び条例の規定（以下「建築基準法令の規定」という。）と、建築物の敷地、構造又は建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例の規定で建築基準法施行令9条で定めるものをいう。建築基準法施行令9条に列挙されている法令には、都計法であっても、29条1項、2項等特定の条文しか掲げられておらず、景観法に基づく条例や都計法58条1項の風致地区条例は施行令9条に列挙されていないから、建築基準関係規定にはあたらないので先の違反はいずれも違法事由とはならない。

しかしながら、これらの主張も「不当」の主張として検討することが求められるのではないか。この点も、不当の問題として次に検討することとする。

(6) 不当を理由とする取消裁決について

法94条1項は

「建築基準法令の規定による特定行政庁、建築主事（略）、指定確認検査機関（略）の処分又はその不作為についての審査請求は、行政不服審査法第4条第1号に規定する処分庁又は不作為庁が、特定行政庁、建築主事（略）である場合にあっては当該市町村又は都道府県の建築審査会に、指定確認検査機関である場合にあっては当該処分又は不作為に係る建築物又は工作物について第6条第1項（略）の規定による確認をする権限を有する建築主事が置かれた市町村又は都道府県の建築審査会に（略）対してするものとする。」

と定める。建築審査会への審査請求は行政不服審査法に基づくことを予定しているから、審査請求は建築確認が違法又は不当である場合に行うことができる（行審法1条）。

そうすると、建築確認は建築計画が建築基準関係規定に適合していることを確認する処分であり、その処分には建築主事等の裁量の余地はなく、羈束処分であるとされるから、建築主事等はたとえ建築確認が不当であると思っていなくても、建築基準関係規定に適合している限り建築確認をしなければならない。ところが、審査請求がなされると、建築審査会は、建築基準関係規定に適合していても、建築確認が不当であると認めるときは、建築確認を取り消すことができることになる。

法が行政不服審査法を適用する以上当然の結果ではあるが、実務家からすると、この不整合性は気持ちが悪い。だからこそ、建築審査会の実務でも、建築基準関係規定に適合している限り、不当を理由とする取消裁決はしていないのではないか。先の法1条違反を理由とする違法取消裁決が一般には行われていないのもそのためであろう。

しかし、思うに、平成10年改正で、建築確認は形式的機械的に建築基準関係規定適合性判断をすれば足りるという理由で指定確認検査機関に民間開放され、裁量の余地が認められる処分は特定行政庁に委ねられ、さらに特定行政庁が許可するにあたっても建築審査会の同意が求められることになり、特定行政庁がいくら許可相当と考えていても建築審査会が同意しない限り特定行政庁は許可できないということとされたから、建築審査会は建築行政におけるある意味広汎な裁量の余地が認められていると考えられる。建築審査会委員は、「法律、経済、建築、都市計画、公衆衛生又は行政に関しすぐれた経験と知識を有し、公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者」の中から任命されることになっているから、法は建築審査会に、専門的技術的判断の余地、さらにはまちづくりの観点からする政策的判断の余地を広汎に認めていると考えられる。したがって、建築主事や指定確認検査機関がいかにも不当と思っていなくても建築基準関係規定に適合している以上確認せざるを得なかった建築計画

であっても、建築審査会が不当であると認めるときは、建築基準関係規定に適合していても建築確認を取り消すことができると考えることに何ら問題はない。法は、建築審査会に、その地位の特殊性故に、建築主事等の権限よりも広い権限を与えたものと解されるのである。

それでは、建築審査会が「不当」を理由として建築確認を取り消すことができるのはどのような場合か。どのような不当事由があるときに審査会は建築主事等のなした建築確認を取り消すことができるのか。

一般論として言えば、社会通念に照らして甚だしく不当であるとまでは認められなくても、建築基準関係規定に照らして、あるいは憲法・条理に照らして、建築確認等を取り消すのを相当と認めるときは、不当を理由に建築確認等を取り消すことができるということが出来る。具体的な場合を次に考えてみたい。

1) 建築基準関係規定の考慮事項に係る不当

たとえば、高さ規制をわずかだけ下回る建築物（法の規制の潜脱的な建築）、線引きの仕方のおかしい用途規制に適合する（反する）建築物（都市計画の不当な線引き）、商業地域ではあるが住居系中高層建築物が建ち並ぶ地域での隣接家屋の日照を害する建築物等、建築基準関係規定の基準への違反はないが、実質的にはそれに違反していると考えられるような場合が不当を理由に取り消すことができる第一の類型として考えられるのではないかな。

たとえば、周囲の敷地の日照を確保するための高さ制限規定として日影規制がある。中高層建築物が建築されると、その北側の敷地の日当たりが悪くなるため、その日影を一定の時間内に抑えるように規制する必要がある。そこで法56条の2は、冬至の日（一年で最も太陽の位置が低くなる日）の午前8時から午後4時（北海道では午前9時から午後3時）

の間、周辺の敷地に長時間に渡って日影ができないように規制している。ところが、日影規制は商業地域には適用されない。そのため、商業地域であっても、住居系中高層建築物が建ち並ぶ地域にあっては、南・東隣に新たに中高層マンションが建築されても、日影規制の適用がなく、そのため住戸によっては一日中日影となるところも出て来る。しかし、それではいくらなんでも隣接マンション住民の生活環境・居住環境を著しく侵害するおそれがあるのではないか。そのような中高層マンションの建築計画は、日影規制には反しないので適法とは考えられるが、法が日影規制を定めた法の趣旨に適合するものではなく不当であるとして、取り消しうるのではないか。

これは、都市計画の用途地域は直接的には日影確保を目的とするものではないこと、用途地域に関する都市計画は過去の一時点で定められたものであって、その後の地域の都市化の進展状況等事情の変化を踏まえればその用途地域は変更されるのが相当であるのにそのまま維持されている場合も多いこと、法が用途地域とリンクさせて日影規制を行うのは全国一律・最低限の規制をするためであって、地域の事情を反映させた個別の日照権保護を目的とするものではないこと^x、に照らせば、法56条の

x 荒秀編「新建築基準法50講 有斐閣双書」（有斐閣、1994年1月）215頁によると、日影規制は、住宅地における居住環境を保護するため、一定の地域において中高層建築物による一定時間以上の日影を一定範囲内に制限し、それらの地域における日照等の環境を確保することを目的としたものであるが、公法規制としての各地域の環境目標は都市計画の用途地域に反映されているという前提で用途地域制とリンクしてなされることとされたこと、地域レベルでの環境を確保することを目的とし、私法上の相隣問題に相当するレベルの問題とは區別して低層住宅による日影や敷地境界線付近の日影は規制の対象外としたこと、客観的かつ公平な規制基準の観点から周囲の土地・建物状況に左右される日照確保方式は不適當であり、規制対象である建築物の日影そのものをとらえる日影規制方式によることとされたという。このような制度趣旨に照らしても、日影規制は、建築確認のための一義的形式機械的判斷ができるように定められたものに過ぎず、日照権保護のための必要条件にしすぎないのであって、日影規制に違反しないからと言って近隣住宅の日照権侵害がないとは全く言えない。

2 適合性判断は、建築審査会において周囲の状況等に鑑みて実質的に行うことは許されるものとする。

そのような制度の趣旨も考えるならば、法の定める日影規制の基準には適合しているものの、地域の現在の実情や審査請求人が現に被る不利益の性質及び程度を踏まえて、建築計画が法の定める日影規制の趣旨に実質的に適合しないと認められる場合は、建築審査会は、建築計画が不当であるとして取消しうるものとするに問題はないというべきである。

2) 建築基準関係規定ではない法令違反に係る不当

景観条例、風致条例、中高層建築物条例違反は前述したとおり、建築基準関係規定には当たらないので、仮にこれらの違反があったとしても、建築確認が違法とはならない。しかし、不当を理由に取り消しうる場合があるのではないか。

そもそも何が建築基準関係規定かは現行法では政令で定めるとされているが、何が建築基準関係規定であるかの基準は明示されていない。

法施行令9条は、建築基準関係規定として、消防法、屋外広告物法、港湾法、高圧ガス保安法、ガス事業法、駐車場法、水道法、下水道法、宅地造成等規制法、流通業務市街地の整備に関する法律、液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律、都市計画法、特定空港周辺航空機騒音対策特別措置法、自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律、浄化槽法、特定都市河川浸水被害対策法といったまちづくり関連法を指定するが、都市計画法であっても、建築基準関係規定に含まれるのは29条1項、2項等に限定されている。はたしてそれらのみが建築基準関係規定であって、それ以外のものが建築基準関係規定に含まれないというのが適切であるのかは明瞭ではない。

すなわち、法施行令9条が法6条1項の委任の範囲の全部である保証はない。

現に高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律14条4項や都市緑地法41条等のように、法施行令第9条では建築基準関係規定とはされていないが、個別法において、建築基準関係規定とみなすとされているものもある。

もともとは平成10年法改正以前は、法6条1項の建築確認の対象法令は「当該建築物の敷地、構造及び建築設備に関する法律並びにこれに基づく命令及び条例」とのみ定められていて、建築基準法の規定以外の建築基準を定めた法令を広く含みうる書きぶりとなっており^{xi}、ましてや現行法に見るような政令による限定は付されていなかった。そのため、建築確認対象法令の範囲は実務上各特定行政庁においても一致しておらず、たとえば、旅館業法が構造設備を定めているのは建築確認対象法令に含まれるのか等について不明確であった。そこで、建設省（当時）が建築確認対象法令を限定する通知（昭和61年3月28日住指発第80号）を出して17法令を示し、その後、平成10年法改正の建築確認の民間開放に伴い、確認対象法令を明確化するために、施行令9条で14法令を定めたという経緯がある^{xii}。

さらに遡れば、建築確認は、戦前の市街地建築物法の下では許可制であったのを、建築基準法制定時に、建築主の財産権保障の見地から、建築行政から行政庁の裁量を排除する目的で、建築主事による確認の制度が創設され、建築基準関係規定適合性を形式的に判断すれば足りる、裁

xi 前掲「日本近代建築法制の100年」456頁には、建設省住宅局建築指導課での法制審査の際に、建築基準を定めた法令が沢山あって、その所管庁も運用もバラバラなので建築主事がこれらの規定も全部確認することにすれば非常に助かるとの参事官とのやりとりで、「この法律」とある中の「この」を消して、建築行政の一元化を達成しようとしたのがこの条文の趣旨であったと紹介されている。

xii 前掲「日本近代建築法制の100年」456、457頁

量の余地は認めないという趣旨で、市街地建築物法の長の許可を建築主事という下級行政機関の権限に下して、その制度も許可・認可ではなく「確認」に改めたのである^{xiii}。したがって、建築確認により適合性判断を求められる建築基準関係規定は、建築主の財産権を侵害しないよう、そのような形式的判断になじむ最低限の規定、確認事項は一義的機械的に単純に認識しうるものという趣旨で定められたものであり^{xiv}、その範囲は運用実績を踏まえて最終的には裁判所の司法判断に委ねるという制度設計であった。

このような建築確認制度の趣旨や歴史に鑑みれば、建築基準関係規定が法施行令9条の定めるところに限定されるという合理性もないし、少なくとも建築審査会が、建築確認等に対する審査請求において、個別的な事情に鑑みて、法施行令9条に定める建築基準関係規定には含まれないまちづくり関連法令違反を不当条項で拾えないとまでいう必要はないのではないか。まちづくり関連法令の中にも、バリアフリー法や都市緑地法以外でも、その趣旨目的を実現し、規制の実効性を担保するために

xiii 前掲「日本近代建築法制の100年」245頁には、次のように紹介されている。「建築基準法制定時に建設省官房文書課長であった小林興三次氏は、建築基準法制定の中で最も重要なものとして建築主事の確認制度を取り上げ、「許認可制度をやめて、建築行政から行政庁の裁量的処分を排除したことは、建築行政にとって革新的な意義を有するもの」と評している。その考え方として、「建築に関する法的規制は、第一に、その内容が客観的に確定したものであるべき…。第二に、そのはっきりした規制にもろもろの建築が適合するための最低限度の制度的保障を考へることであり、…許可するとかしないとかの問題は始めからなく、裁量的判断の入り込む余地はない。法令通りか否かを照合するだけである。…建築基準法は、確認制度を採用するとともに、その確認事務を地方公共団体の長の権限とせず、新たに（国家の資格検定を経た）建築主事の制度を採用した」としている。また、法制定時の「建築基準法令解説」においては、「確認とは、計画の内容と法令とを照合して、法令の規定に適合していることを公式に認定することである。従来（市街地建築物法）の許可、認可が裁量的且つ主観的な行政処分であるのに対して、確認は準則的かつ客観的な行政処分ということもできる」と記している。」

xiv 前掲「新建築基準法50講 有斐閣双書」69頁、注 xi

建築確認において考慮すべきものが他にもあって、建築審査会はそれを考慮しうるのではないか。

建築審査会委員には、法律、都市計画、経済、公衆衛生の専門家がそろっているものであり、さらにはその事務局を行政の建築部局が担っているのであるし、建築の当否はすぐれて地方分権的判断の要素を含むものであるから、建築審査会が建築基準対象法令該当性を判断し、あるいはその趣旨に鑑みて建築確認等の当否を判断するとしても実質的に問題はないというべきである。

そこで、建築審査会は建築確認において考慮すべき建築基準関係規定が施行令9条以外にもあると考える場合は、不当条項を用いて建築確認を取り消すことができると解するべきである。また、そうすることによって、政令で建築基準関係規定を拡大していく契機ともなる。

そこで、関連法令の趣旨目的と建築基準法の趣旨目的との関係・関連性（建基法の趣旨目的の範囲内か、重なっているか、関連しているか、どのように又どの程度関連しているか）、関連法令の趣旨目的の実現を建築確認の中で考慮するのが適切か、建築確認の取消しにより建築主に及ぼす損害の内容及び程度、建築確認の取消しにより得られる公益、建築確認を取り消さないことによる公益に及ぼす影響その他諸般の事情を考慮して、建築確認を取り消すのが相当かを判断することが許され则认为る。

たとえば、史跡の南側にあって、周囲が低層戸建て住宅街で景観・眺望が保全されてきた地域なのに、当該地域の用途地域が第1種住居地域、15m高度地区、風致地区第5種にしか指定されていないため、山林を伐採して高さ10m超えの地上5階建て地下1階建て中高層マンションを建築する例（船岡山マンション事件^{xv}）や、第1種中高層住居専用地域、準

xv 京都地判平成22年10月5日（判例時報2103号98頁）は、周辺住民の景観利益の侵害は否定し、建設工事の騒音被害による損害賠償責任のみを認めた。

防火地域で、低層戸別住宅が建ち並ぶ地域の東側にこれまで10m以上の離隔距離を置いて東西に長く南北に短い中層社宅が敷地にゆとりをもって複数建ち並んでいた社宅跡地に、容積率建ぺい率を目いっぱい使って、建築物も敷地の西側に寄せて南北及び東西に建ち並ぶ中高層マンションを計画する例を考えてみよう。

前者のケースでは、近隣の住民はその地域の特殊性・愛着故に、皆一律に低層住宅しか建てずに景観を守ってきたのだから、建築主に高さを少しでも下げてほしいと求めた。

後者のケースでは、西側低層戸別住宅の住民は、住宅から数mしか離れていないところに高さ15mの壁のようなマンションが建築され、圧迫感も甚だしく、日照も通風も害され、プライバシーも侵害されるから、建築主にせめて10m離隔距離をとってほしいと求めた。

いずれのケースも、個別の建築基準関係規定に実質的に違反しているとも言えないが、国民の生命身体財産の保全のためには、このような周辺の住環境に適さないボリュームのある中高層建築物に対しては、法の定めのない後退距離規制や高さ規制がされてもよいのではないか。また、風致や景観は主観的な判断を伴うものであるために建築主事等の建築基準関係規定適合性判断にはなじまないということで建築基準関係規定には指定されなかったが、風致や景観の維持保全も良好な住環境を維持するためには不可欠であるから、建築主事等の建築確認では審査されなくても、建築確認がなされた後、周辺住民からの審査請求を受けて、事後的個別的に建築審査会が審査するに際しては、建築確認対象法令として考慮されてもよいのではないか。

このように、現在の建築基準関係規定に還元することができず、現在の規制メニューの中にはないものの、近隣住民の生命、健康、財産、そして住環境を不当に害するおそれのある建築計画は、不当なものとして

取り消しうるのではないだろうか。それは、住環境の保全のために中高層建築物に対する新たな規制メニューを先駆的に提起するきっかけとなるものでもあるし、また、本来建築確認対象法令としてあげられるべきものでありながら、建築主事等による形式的機械的判断になじまいとして建築基準関係規定に取り込まれなかったものを建築審査会で個別に審査する際に考慮することが禁止されているとまでは考えられない。

3) 小結

以上をまとめると、不当条項は次の場合に用いることができるのではないか。

①法の隙間・規制逃れを許さず、法改正や都市計画のきめ細かな変更の方向性を示す法整備のパイオニアとしての役割　日影規制や地下室マンション規制^{xvi}等はその時々々の社会状況に応じて規制強化の必要があり、法改正をして実現してきたものであるが、そのような問題が生じたときに法改正を待たないと建築を認めざるを得ないというのは不当であるし、どのような法整備をするかを考えるにあたって参考となるパイオニア的判断を示すものとして不当条項の活用が考えられる。法改正の受け皿として不当条項の利用である。事実上の改正法の遡及適用の手法として活用される場合もあろう。

②法の全国一律基準を地域の実情に応じて地方分権的に適用する役割　建築基準関係規定は全国一律に適用されることが予定されているナショナルミニマムであり、都市計画法の用途地域を基準とするものも多いが、地域の実情に応じたきめ細かい適用を図るために不当条項を

xvi 平成6年に住宅地下室容積率不算入措置が認められたため、斜面地を利用して高さ制限10mの第1種低層住居専用地域に、斜面下からは地上7階建て高さ20mのマンションにしか見えない、地上3階、地下4階建てマンションが建築されるようになって、社会問題化した。

用いることが考えられる。

- ③法1条の活用 法1条は違法事由とはならないとするのが裁決の先例であるが、法1条をそのように限定的に解する必要はなく、法1条を柔軟に活用してよいのではないか。不当条項を用いるのがはばかれるのであれば、不当条項に代えて法1条違反を用いることもできれば、逆に、これまで積み上げられてきた裁決の先例を覆すのが難しいということであれば、不当条項を用いることも考えられる^{xvii}。

- ④建築基準関係規定の拡張 施行令9条の建築基準関係規定には含まれないまちづくり関連法令であっても、その趣旨目的に反する建築計画を排除する必要があるときは、不当条項を用いて取り消すことも考えられる。法施行令9条の建築基準関係規定には含まれなくても、都市緑地法やバリアフリー法のように建築基準関係規定とみなすことも許されるのであれば、建築審査会が、法施行令9条に含まれないまちづくり関連法令であっても、それが建築基準関係規定にあたりと判断するのであれば、不当条項を用いて建築確認を取り消すことが禁止されていると考える必要もない。そして、これは法施行令9条の改正を促し、それを先取りする機能を果たすものである。

(7) 裁決の公表

法は裁決の公表を定めておらず、行政不服審査法85条でも、「裁決等の内容その他当該行政庁における不服申立ての処理状況について公表するよう努めなければならない」とされているに過ぎないため、各自治体でも公表について定めているところはなく、各自治体において請求の骨子

xvii 暴力団事務用途の建築計画につき、国民の生命身体保護のために、法1条違反を理由として建築確認を取り消した例があると聞かすが、出典を確認できなかった。

や結果等の裁決の簡単な概要を公表している^{xviii}。

しかし、建築審査会の裁決は裁判所の判決と同様、否、専門的な内容であるだけに判決以上に、その内容は建築行政や国民・事業者の財産権・営業活動に及ぼす影響は大きいし、行審法では、行政不服審査会の答申についてはその内容の公表は原則とされている（79条）のであるから、その内容の全文公表が必要である。

全国建築審査会協議会も、平成21年10月付「建築審査会の機能強化に向けた提言書」の中で、建築審査会間の判断のばらつきをなくすために、全国的に利用が可能なデータベースとして、図面等の資料を含めて、裁決結果のデータベースの整備と活用を求めている。しかし、裁判所の判決でも公開されるのは全体の2%程度に止まっていることや住民からの情報公開条例による開示請求による開示が可能であることを理由に、現段階でも裁決書の公開は今後の課題として実現されていない。

以上、私の考えたことを少しまとめてみたが、関係者各位からの批判を大いに期待するとともに、これが建築審査会実務の発展に少しでも貢献できるところがあれば幸いである。

xviii 私が調べた限りでは、横浜市建築審査会のように裁決の全文を公開している例もあれば、東京都中野区建築審査会のように、裁決の要旨を割と詳細に記載している例もあるが、請求の骨子と結果だけを記載している例が多い。

〈判例研究〉

大学の学部の入学プログラムと アファーマティブ・アクション —Gratz v. Bollinger 判決—

有 澤 知 子

1. はじめに
2. アファーマティブ・アクション
3. グラッツ判決
 - (1) 事実
 - (2) 連邦地方裁判所判決
 - (3) 合衆国最高裁判所判決
 - ① 法廷意見
 - ② 裁判官の個別意見
4. グラッター判決とグラッツ判決
5. おわりに

1. はじめに

2003年6月23日に、合衆国最高裁判所は、ミシガン大学ロー・スクールの入学試験に関してグラッター対ボリンジャー (Grutter v. Bollinger¹⁾) 事件並びに同大学の文学、自然科学、人文学部 (College of Literature, Science and the Arts (LSA)) の入学試験についてグラッツ対ボリンジャー (Gratz v. Bollinger²⁾) 事件という2つの事件について判決を下し、それらで用いられたアファーマティブ・アクションについて前者を合憲、後者を違憲とした。

ミシガン大学では、その入試制度において、アフリカン・アメリカン、ヒスパニック、ネーティブ・アメリカンなど人種的に過少なマイノリティを優遇する政策を採用している。ミシガン大学訴訟では、このような政策が、合衆国修正第14条の平等保護条項、公民権法 Title VI、及び 42U.S.C. § 1981に反しないかどうかが争われた。

この訴訟で、合衆国最高裁判所が判決の拠り所としたのが、25年前のカリフォルニア州立大学理事会 (デービス校の医学部) 対バック (Regents of the University of California v. Bakke³⁾) 判決のパウエル裁判官の意見である。医学部では、100人の合格者のうち16人が、マイノリティのグループのためにとってあった (セットアサイド)。それだけでなくマイノリティの学生は成績が良ければ、それ以上の人数の合格者になることも

1) 539 U.S.306, 123 S.Ct. 2325; 156 L.Ed.2d 304 (2003) 吉田仁美『平等権のパラドクス』「第8章 高等教育の入学選考における人種の考慮の合憲性—Grutter 判決」(106-112頁) (2015年)、紙谷雅子「大学とアファーマティブ・アクション」アメリカ法 [2004-1] 53号 (53~68頁) 等参照。

2) 539 U.S.244 123 S.Ct. 2411; 156 L.Ed.2d 257 (2003)。

3) 438 U.S.265 (1978)/ バック判決については、グラッター判決におけるバック判決第45巻2号参照。拙稿「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に関する2つのアプローチ—メトロ対連邦通信委員会判決を中心に」大阪学院大学法学研究19巻1・2号 (1993年) 参照。

できた。このような入学枠を設けることが割当制にあたるとして違憲とされたが、入学者選考において人種を一要素として考慮すること（ハーバード方式）は認められるという判断が下された。

パウエル裁判官は、このような人種による優遇措置の場合も疑わしい区分として厳格審査が妥当すると判断した。そして、①黒人の少ない医学部に黒人を補う、②社会的な差別を是正する、③現在医者が少ない地区に対して医者を増加させる、④民族的に多様な学生集団を確保するという4つの政府の目的について検討した。そして結局第4の目的が正当であると認めた。しかし、人種を一考慮要素とする制度と異なり、特別枠を設けることまでは許されないと結論した⁴⁾。グラッター判決でもこの考えを取り入れて、多様な学生集団から教育の利益が生まれるとして人種を考慮する入学試験を合憲としている。

それに対してグラッツ判決では合計150ポイント中の人種に対する20ポイントの配分は（クオータという言葉は使っていないが）、いわゆる割当制に当たるものとして違憲とした。

ドイツでもプレーメンのカランケ事件を EC 司法裁判所が EC 法（EC 均等待遇指令）に違反するかどうかを判断したとき、男性と女性が同じ資格があるときに「女性の自動的な昇進を優先する」という州の規定は割当制であるから認められないという判決が出たことがあった⁵⁾。理由はポジティブ・アクションは個人の権利を侵害するので、自動的にクオータを用いることは認められないというものであった。その後、マルシャル判決で、男性側の事情も考慮するなら、女性の優先処遇は認められる

4) 松井茂記『アメリカ憲法入門（第7版）』397-398頁（2012年）。

5) 「公職における女性優遇規定と EC 均等待遇司令—カランケ判決を中心に—」世界人権問題研究センター研究紀要3号（1～29頁）（1998年）「カランケ以降の女性優遇施策と EC 均等待遇司令—マルシャル判決を中心に—」世界人権問題研究センター紀要4号（149-170頁）（1999年）。

という判決が出され、ポジティブ・アクション指令なども出て、現在では、私企業の女性の役員を40%にするというクオータまで認められている。差別をなくすには、アファーマティブ・アクションやポジティブ・アクションといったいわゆる暫定的特別措置が効果的であるし、その中でもクオータは一番強力な実質的な平等を実現するための手段である。前回の法学研究では、グラッター判決について検討したが、今度は、グラッター判決と同じ日に出されて、違憲となったグラッツ判決について、検討してみようと思う。

まずは、アメリカにおけるアファーマティブ・アクションについて検討する。

2. アファーマティブ・アクション⁶⁾

「アファーマティブ・アクション」という表現を最初に用いたのはケネディ大統領で、1961年に雇用機会均等委員会が創設された時、「人種差別をしない」というコンテキストで用いられたという⁷⁾。1960年代半ばに、アファーマティブ・アクションは「差別をしない」というだけでなく、

6) アファーマティブ・アクションについて私が書いたものとしては、合衆国最高裁判所の判決の動向を取り扱ったものとして、拙稿「合衆国最高裁判所の積極的平等施策に関する2つのアプローチ—メトロ対合衆国連邦通信委員会判決を中心に」大阪学院大学法学研究第19巻1・2号(1~49頁)1993年、メトロ判決を覆して、厳格な審査のみ適用すると判示したアダランド判決を取り上げた拙稿「積極的平等施策と合衆国最高裁判所—アダランド判決と積極的平等施策の今後—」法学新報103巻2・3号(209~232頁)(1997年)、アファーマティブ・アクションの賛成派と反対派の議論について書いた拙稿「合衆国におけるアファーマティブ・アクションについての議論」法学新報108巻3号(483~510頁)(2001年)等がある。

7) Susan Low Bloch, Looking Ahead: The Future of Affirmative Action, 52 Am.U.L.Rev.1507, n3 (2003). 紙谷雅子 前掲注1) 53頁、参照。

「アメリカ社会の中で主流ではないマイノリティ、特に過去に差別された人種集団に属する人々の参加を積極的に確保する」プログラムを意味するようになった。そして、1964年、人種・宗教・性別等による差別を禁止し、雇用の分野での機会均等の実現を目指した公民権法第7篇が成立したのち、1965年9月25日、ジョンソン大統領によって大統領命令11246号が発せられた。連邦政府と5万ドル以上の契約を締結している50名以上の労働者を雇用する企業および下請け業者、あるいは、連邦政府より財政援助を受けている建設業者およびその下請け業者、さらに連邦政府資金や資金を取り扱う機関に対して、人種・国籍・宗教等による雇用上の差別是正のために適切かつ必要なアファーマティブ・アクション計画の立案・実施を義務づけた。違反に対する制裁は。違反の使用者（企業）名の公表、連邦政府との契約停止または将来における契約締結資格の剥奪などがある。連邦政府契約遵守監督署（OFCP）が実施機関として設置されている。大統領命令11246号は、1967年大統領命令11375号により修正されて、性差別もその対象となった。そのほか使用者の自主性または団体交渉や労使協定に基づき、様々なアファーマティブ・アクションが行われている⁸⁾。

アファーマティブ・アクションは、大きく分けて、5つの分類に分けることができる。①大統領命令につき、連邦政府が発するアファーマティブ・アクション、②個別の連邦法律が直接、履行を命じている場合に反するアファーマティブ・アクション（公共事業法など）、③裁判所が衡平法上の救済手段として命ずるアファーマティブ・アクションや裁判所のコンセント・デクレ（同意判決）に基づくアファーマティブ・アクション、④州や地方自治体が、それぞれの議会立法に基づいて発するア

8) 大脇雅子「4条 差別とならない特別措置」90-92頁、国際女性の地位協会編『女子差別撤廃条約注解』（1996年）参照。

ファーマティブ・アクション、⑤企業や学校などが自発的・任意に行うアフーマティブ・アクションなどである。しかし、差別を撤廃するために制定されたアフーマティブ・アクションは一定の人種を優遇するがために保護されない人種が、保護されている人種（マイノリティ）に反感を持たせてしまうこともある。優遇措置を受けない人種や性にとってアフーマティブ・アクションは逆差別（リバース・デスクリミネーション）となってしまうこともある。今回扱うのは大学の学部における入学の際の逆差別の訴えであり、上記の⑤にあたる。

同じミシガン大学の入学についての訴えであるが、ロー・スクールの入学を扱ったグラッター判決ではハーバード方式を用いており、個別に審査しているので合憲、学部の入学に関するグラッツ判決では、一律に人種に対して20ポイントを加算することはいわゆるクオータにあたるとして違憲とした。ハーバード方式とは、1966年ハーバード・ロー・スクールが、他の入学者とは成績の異なるレベルのアフリカン・アメリカンを学生として入学させたのが、高等教育、大学院（プロフェッショナル・スクール）におけるアフーマティブ・アクションの最初の例であるという。これを契機にマイノリティの教育に対して積極的な役割を果たすべく、多くの大学と大学院が、多様な学生集団を実現し、マイノリティの中からも社会的な指導者を輩出する機会を提供するという理念に基づいて、マイノリティに対する特別選考制度等を設けるようになったという⁹⁾。

次に前回検討したグラッター判決と今回検討するグラッツ判決はどこが違うのか検討してみることにする。

9) 吉田仁美「高等教育におけるアフーマティブ・アクション」関東学院法学13巻3号49頁、53-54頁（2003年）等参照。

3. グラッツ判決

(1) 事実

グラッツ¹⁰⁾ は、ミシガン州に居住するコーカサス人であったが、1995年秋にミシガン大学の文学、自然科学及び人文学部 (Literature, Science and the Arts LSA) に出願したが、4月になって入学を許可しない旨の連絡を受けた。ハーマチャー¹¹⁾ もミシガン州に居住するコーカサス人で、1997年秋に学部に出願したところ、4月になって入学を許可しない旨の連絡を受けた¹²⁾。

ミシガン大学では、受け取られた多くの願書の検討において一貫性を促進するために大学の学部入学オフィス (OUA) は、毎年入学年に文書の指針を変更している。指針はこの訴訟に関する期間の間何度も書き換えられた。OUA は 入学決定をするために多くの要素を検討する、高校の成績、標準化された学力テストの点数、高校の質、カリキュラムの長所、地理、出身地域、卒業生との関係、リーダーシップの資質などの他に、人種、出身民族、社会的経済的な苦境の克服、志願先における少数者などを含んでいる¹³⁾。全ての関係する期間の間、大学は、アフリカン・アメリカン、ヒスパニックおよびネーティブ・アメリカンが、過少なマイノリティであり、大学がこれらのグループから実質上常に質の良い応募者を入学させることに異議がなかった。これらのグループの学生は、入学資格があれば、全員入学が許可されていたと大学も認めている。現在の指針は、過少の人種または民族のマイノリティグループの全ての応募者

10) グラッツは、ミシガン大学ディアボーン校に入学し、1999年に卒業した。

11) ハーマチャーは、ミシガン州立大学に入学した。差別的な入学制度が廃止されたなら学部にも編入の出願をするつもりであると主張していたが、2001年にミシガン州立大学を卒業した。123 S.Ct. at 2417 n.1.

12) 123 S.Ct. at 2311, 2117.

13) Id. at 24. 18-2419.

に選抜方法を用いていて自動的に入学を保証するのに必要な100点のうち20点を付与している¹⁴⁾。

1995年と1996年の間、OUA のカウンセラーは SCUGA 要素と呼ばれる基準レートポイントの平均を結合させたものによって応募を評価した。これらの要素は応募者の高校の資質 (S)、応募者の高校のカリキュラムの強さ (C)、応募者の通常でない授業 (U)、応募者の地位的な享受 (G)、応募者の卒業生との関係 (A) を含む。これらのスコアが応募者の GPA 2 のスコアに加えられ、入学カウンセラーは1セットの指針に照らして、垂直の軸に GPA 2 の連なり、アメリカの大学テスト／スコアチェックアタッチチュード CT/SAT) のスコアを垂直の軸にならべる。これらの表は多くのアクションのコースに含まれるセルに分割され、「入学」、「不合格」、「遅れる」について入学の態様が含まれ再考される。

次に、同じ GPA のスコアと ACT/SAT スコアを持った応募者の人種または民族の地位に基づくこととなる入学の結果を受ける。例えば、コーカサス人でミシガン州に居住していると、グラッツの GPA 2 のスコアと ACT のスコアは彼女の入学の決定のためのセルの中に入る。州に居住するか州外に居住するマイノリティの候補者はグラッツのスコアとともに入学のためにセルにいれられる。

1997年に、大学はその入学手続きを変更した。特に、応募者の GPA 2 のスコアを計算する定式が SCUGA 要素における U カテゴリーの中に過少なマイノリティとの価値を含むよう作り変えられた。この新しいシステムの下で過少なマイノリティの地位、社会経済的不利益者、または高校の成績が良くないマイノリティの人々または学生が応募しているが

14) 123 S.Ct. 2118～2020.

1997年の手続きのもとで、ハーマチャーの GPA 2 スコアと ACT スコアは彼を居住する応募者の表の中に入れて最後の入学決定の「遅れる」ところに置いた。

1998年に始まる学期では、OUA はライン表を免除して SCUGA とポイント制度を150ポイントを最大とするポイントに基づくセレクション指標を選んだ。この指標は次のような入学の方向に従って志願する学生の山に分かれる。100-150（入学）95-99（入学または延期）90-94（延期するか入学）75-89（遅れるかまたは将来入学）、74以下（遅れるかまたは不合格）。

成績平均点である GPA を高校の質、カリキュラム内容、出願者に特有の事情、地理的考慮、卒業生との関係に基づいて、修正した成績と標準学力試験成績（ACT／SAT）から割り出すと、グラッツがマイノリティであれば確実に入学を許可されていた。ハーマチャーの修正された成績と試験成績から判断すれば、マイノリティであれば一般論として入学を許可されていた。1998年から OUA は高校の成績、高校の質、カリキュラムの内容、州の住民、卒業生との関係、エッセイ、指導者としての素質、その他の個人的な特徴を点数化し、150ポイントを満点とする選抜指標を設けた。100ポイント以上であれば大学は入学を許可しており、少数者の場合、20ポイントが加算された。運動選手、外国人、予備役士官訓練集団（ROTC）候補者と少数者が優先的に考慮される集団を形成した。1999年には入学選抜審査委員会が設立され、学業について最低限の指標を達成し、重要な特徴を備えている志願者を別途考慮するという手続きが導入された¹⁵⁾。

15) 紙谷雅子 前掲注1) 61-62頁 注28参照。

(2) 連邦地方裁判所判決

1997年に、グラッツとハーマチャーは、ミシガン大学の学部の、グラッツが出願した当時の学長であったデュダーシュタットとハーマチャーが出願した時の学長であったボリンジャーを被告として、連邦地方裁判所ミシガン東部地区裁判所にクラス・アクションを訴え、とりわけ、州立大学評議員に対して、学部の入学における大学の人種の優先の使用は、平等保護条項、公民権法の Title VI および 42 U.S. § 1981 に抵触する人種差別に違反すると主張した。そして、過去の侵害に対する補償的損害賠償および懲罰的損害賠償、差別のない取り扱いを受ける権利を侵害したという宣言判決、修正第14条に抵触する人種に基づく差別の継続を禁止する差し止め命令およびハーマチャーを編入生として入学を許可するということを学部を求める命令を求めた。訴訟はクラス・アクションとして確認され、訴訟を責任の認定と損害賠償の算定の二つに分け、人種的、出身民族的に多様な学生集団を達成することは、非常に重要な政府の利益であるという確固たる証拠があると認定し、学部の入学者選抜ガイドラインがその利益を達成するよう厳格に起草されているかどうかを判断し、1999年以降の入学者選抜プログラムが厳格に起草されていて、社会の人種構成を反映する均衡、比率を確保しようとはしていないと評価した。パトリック J. ダッガン裁判官は、1995年から1998までのプログラムに関しては原告の、1999年と2000年のプログラムに関しては被告の申し立てを認めた。

被告はパウエル裁判官のバック判決¹⁶⁾ における意見をもとに答弁した。それは、人種の考慮を入学の一要素としてやむを得ない政府の利益を満たす幾つかの事件において認めるものである。被告は LSA が人種の又は民族的な多様な学生集団から結果として教育的な利益を持つ、そしてそ

16) Regents of Univ. of Cal. V. Bakke, 438 U.S.265, 317 98 S.Ct. 2733, 57 L.Ed.2d 750,

のプログラムが限定的に作り上げられていると主張した。しかしながら、裁判所は1995年から1998年までのLSAの入学ガイダンスは、バッキ判決のパウエル裁判官の意見の中で表されたクォータと機能的に同様なものとして作用していると認めた。そしてこれらについて被告の入学プログラムに関して簡易の裁判を申請人に下した。中間判決の控訴は第6巡回裁判所において未解決になったが、裁判所はグラッター対ボリンジャー判決の意見で、ロー・スクールによって用いられている入学プログラムを確認した。

ミシガン大学の学部入学における人種優先の使用が修正第14条、1964年の市民権法の Title VI、42U.S.C. § 2000d または42U.S.C. § 1981を侵害するかどうかを判断するために第6巡回控訴裁判所の中間判決の控訴は未決としながらも、この問題をさらに検討するために、サーシオレイライは与えられた。

(3) 合衆国最高裁判所判決

最高裁判所は、レーンクイスト長官が法廷意見を述べた、

①申請人は、宣言的および命令的な救済を求める原告適格を持つ。原告適格については、スチーブンス裁判官が主として反対意見を述べたが、法廷意見は宣言判決と差し止め命令に関する当事者適格があると判断した。

②学部の入学者選抜ガイドラインにおいて志願者の人種を考慮する大学の現在の新入生入学政策は平等保護条項を侵害する。人種の使用は被告人の主張する多様性における「やむを得ない州の利益に達成するために」「限定的に作り上げられている」のでないからである。

③ Title VIおよび § 1981はまたこの政策によって侵害されるとして連邦

地方裁判所の判断を覆した。一部棄却差戻し

レーンクイスト長官が法廷意見を執筆し、オコーナー裁判官、スカリア裁判官、ケネディ裁判官、トーマス裁判官が同意している。オコーナー裁判官は、一部プレイヤー裁判官が参加する（最後の文章以外）補足意見を述べた。トーマス裁判官は補足意見を述べた。プレイヤー裁判官は判決の結論に同意する意見を述べた。（6人の裁判官の意見）

スチーブンス裁判官は原告の当事者適格を争点として最初に意見を述べたが、その意見にソウター裁判官が同意している。ソウター裁判官の反対意見の Part II にギンスバーグ裁判官が一部参加する反対意見を述べた。ギンスバーグ裁判官の反対意見に、ソウター裁判官が加わり、プレイヤー裁判官が Part I だけ加わる反対意見を述べた。（3人の反対意見）判決はこのように6対3の僅差のものであった。

さらにこの判決について法廷意見と裁判官の個別意見について詳細に検討する。

レーンクイスト裁判長が法廷意見¹⁷⁾を述べた。

我々は大学が学部の入学試験において応募者の人種を考慮した方法は、これらの憲法上の法律上の規定を侵害するので、連邦地方裁判所のガイドラインを確認する部分を取り消す法廷意見を書き、差し戻した。

1. 申請人は宣言的なそして命令的な救済を求める原告適格がある。当裁判所がスチーブンス裁判官の主張を棄却するのは、ハーマチャーは実際に編入生として入学を求めているからである、彼の将来の損害の訴えはせいぜい現実的および直接的というより推測的な仮定的なものだからである。「事実」における「損害」は、このタイプのケースにおいては

17) 123 S.Ct. 2411-2430.

原告適格確立するために必要であり、障害を置くことから出てくる平等取り扱いの否定であり、利益を確保する最後の不能ではない。このような障害の表面に、原告適格を確立するために、当事者は、それができ、なす準備があること、差別的な政策が平等な側面でそれをするを妨げることを行うことのみ必要である。学部の入学における大学の人種の使用に対して彼の平等保護の訴えを持ち込んで、ハーマチャーは、大学は平等な側面での入学の機会を彼に否定したと訴えた、ハーマチャーは大学に新入生候補者として入学を否定された、彼と同じ資質を持つ過少なマイノリティの応募者が入学したのにもかかわらず。不合格になった後で、ハーマチャーは、編入生として入学することができるし、その準備がある、大学は学部の入学において人種を用いることをやめるべきだと主張した。彼はそれによって大学の継続的な人種の使用に関して予想される救済を求める原告適格がある。また、スチーブンス裁判官の主張は棄却される。学部の編入学のそのような使用は、大学の学部の新入生に入学における大学の人種の使用と異なる。そしてハーマチャーは後者に挑戦する。申請人は宣言的なそして命令的な救済を求める原告適格がある。学部の入学における大学の人種の使用に対して彼の平等保護の訴えを持ち込んで、ハーマチャーは、大学は平等な側面での入学を行う機会を彼に否定したと訴えた。彼はそれによって大学の継続的な人種の使用に関して予想される救済を求める原告適格がある。また、スチーブンス裁判官の主張は棄却される、学部の編入学のそのような使用は、大学の学部の新入生に入学における大学の人種の使用と異なる、そしてハーマチャーは後者に挑戦する。毎年、OUA は LSA の入学を求める人のために書類で示したが指針を提供している、新入生と編入生を含めてである。編入学応募の指針は特別にクロス・レフェレンス要素と資格が新入生の応募者を評価するために検討され得ている。事実、編入生が多様性に寄

与するかどうかを判断するのに用いるクライテリアは、新入生を評価するための基準と同一である。唯一の違いは、すべての過少なマイノリティの新入生は20ポイント受け取り、「実質的に最低限の資質のすべてのものが入学する、他方「一般的な」すべての少ない資質のマイノリティ編入生は無条件で入学させられる。この違いは限定的に作られているという基準に重要であり、申請者の学部入学の人種の大学の使用を争う多様性は学部応募者の人種の考察を正当化するやむを得ない州の利益を主張する。連邦地方裁判所は注意深くこのクラス・アクションを証明するために検討した¹⁸⁾。

今まで、全ての人種の分類は平等保護条項のもとで審査できるが厳格な審査をしなければならないと証明されている¹⁹⁾。この審査基準は特別の分類によって負担または利益を受ける人種に基づくものではない²⁰⁾。このようにして、すべての人は、人種の意見にかかわらず、最も厳格な法的審査のもとで不平等な取り扱いを受ける人種を憲法による政府の行為者は正当化することを求める権利を持つ²¹⁾。

厳格な審査の分析に耐えるには、被告は大学の現在の入学プログラムがやむを得ない政府の利益を促進するために、限定的に作り上げられている手段をも用いていることを示さなければならない²²⁾。というのは「人種の分類は単に非常に有害なので正当化と分類の間の正確な関係意義のないものを許さないからである²³⁾。我々のこのような要件に合致するかど

18) Id., at 2422-2426.

19) Adarand Constructors, inc. v. Peña 515 U.S.200, 224, 115 S.Ct. 2097, 132 L.Ed.2d 158 (1995).

20) Richmond v. J.A.Crosby Co, 488 U.S.469, 494, 109 S.Ct. 706, 102 L.ED.2d 854 (1989).

21) Adarand 515 U.S. at 224, 115 S.Ct. 2097.

22) Id., at 227, 115 S.Ct. 2097.

23) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S.448, 537, 100 S.Ct. 2758, 65 L/Ed/2d 902 (1980).

うかを審査することが必要でなければならない²⁴⁾。我々は大学の政策が、自動的に20ポイント与えるかまたは入学を保証するのに必要なポイントの5分の1を与えているが、全ての過少なマイノリティ応募者に対して人種を理由として、被告がそのプログラムを訴える教育の多様性における利益を達成するために限定的に作られていないと認める。

バックリ判決において、パウエル裁判官は人種や民族の出身以外の理由で全ての一つのメンバーを優越することはその目的のための差別であると繰り返した²⁵⁾。しかしながら、彼の見解によれば、大学が人種または民族の背景が特定の応募ファイルを「プラス」する入学プログラムを用いることが許される。彼は説明する、このようなプログラムが特定の黒人の応募者のファイルが比較するとき、例えばもし後者が利益のある教育の多様性を促進するような性質を示すと考えられるなら、イタリアンアメリカンのような同質の応募者の人と、決定的な人種の要素なくして要請に貢献しうると考えられることが許されるかもしれない。このような制度は、パウエル裁判官の意見においては全ての応募者の特定の資質に鑑みた要請の全ての適切な要素を考慮するのに十分柔軟であろう。

パウエル裁判官のバックリ判決における意見は、それぞれ特定の応募者を個人として考える重要性を強調し、次に、個人が持っている資質の全てを評価して、そして独特の高等教育の設定に寄与する個人の能力を評価するものである。しかしながら。パウエル裁判官が述べた入学プログラムは、すべての一つの特徴的な自動的に特別のそして同一の多様性への寄与が確保されることを熟慮していない²⁶⁾。例えば、連邦通信委員会の

24) Adarad supra at 223, 115 S.Ct. 2097 (Quoting *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 276, 273, 106 S.Ct. 1842, 90 L.ed.2d 260 (1986)).

25) *Bakke* 438 U.S. at 307, 98 S.Ct. 2733 (1978).

26) See id., at 315, 98 S.Ct. 2733. See Also *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 618, 110 S.Ct. 2997, 111 L. Ed.2d 445 (1990).

政策は、特定の応募者が、人種または民族のみによって、他の応募者よりも価値があると結論づけている、というのは応募者は異なる視点を提供しうるからである、その人種に関係する方法で人々が考える推定に基づいて価値のある個人として認められないからである。これに代えて、パウエル裁判官の述べるアプローチのもとでは、それぞれの特定の応募者の性格は応募者の完全な適用を評価することにおいて考察される。

現在のLSAの政策はこのような個人的な考察をして提供するものではない。LSAの政策は。自動的に大学によって定義されたような「過少なマイノリティ」のグループからのそれぞれの単一の応募者に20ポイントを提供するものである。このポイントの配分を加える唯一の考察は、個人がこれらのマイノリティのグループの一員であるかどうかを判断するための実際の適用審査である。さらに。パウエル裁判官の例と異なり、特定の黒人の応募者の人種が明白でないと考えられうる特定の黒人の応募者の人種である場合に、自動的な20ポイントの配分は過少なマイノリティの応募者の全ての最小限の資質を実際に持っている人種の明白な要素である。

また、LSAの制度の考察における教育的なものはパウエル裁判官が、バック判決でのその意見を検討した付与したハーバード大学の入学プログラムの記載に提供した例である。その例はハーバード大学のプログラムのもとで人種に付与する重要性の種類を示すために含まれている。それは次のように提供されている。

入試委員会は、満たすのに残されたいくつかについて、A、素晴らしい学術の行いをする学術界における成功している黒人の医師の子どもである、とBその学術的な能力は低いがエネルギーとリーダーシップ同様に

明らかな黒人パワーが永続する中流の黒人のゲッターで育った黒人との間の選択をそれ自身判断する。もし、Bが少なくAが多く黒人学生が入学していたら、委員会はBを好むかもしれない。逆もまた同じである。もし、C、白人の学生で非常に芸術的な才能を持ち、また残っている場所の一つを求めているとすると、彼の独特の資質はAとBの双方以上に残りを彼に与えるかもしれない。クリチカル・クライテリアは、個人の資質または経験に伴う何かであり、人種に基づくものでない。

この例はさらにLSAの入学制度の問題のある性質を示している。例えば、学生Cの素晴らしい芸術的な才能は、ライバル、モネやピカソと争うが、応募者はLSAシステムのもとで5ポイントを受け取る。同時に、過少なマイノリティの応募者は、学生AとBを含めて。応募者に自動的提示される20ポイントを受け取るであろう。明らかにLSAのシステムは、ハーバードの例に示される個別的な選抜に応募者に提供しているのではない。異なる背景、経験および学生A、B、Cの特徴はどのように大学に利益を与えるかを考察するのに代えて、入学カウンセラーはLSAの応募を審査することは単にA及びBの双方に20ポイント与えるであろう、というのはその応募は彼らがアフリカン・アメリカンであり学生Cは特異の才能に対して5ポイント受け取ることになるからである。

被上告人は、LSAはARCによって個人的な考察に対して応募者のファイルを落第させる可能性を作っている事実を強調する。我々は、落第の問題をパウエル裁判官によって書かれたものと比較した時全体として大学の制度の欠陥を強調すると考えている。また、学生A、B、そしてCがそのポイントを明らかにする。第一に学生Aは、決して落第しないであろう。このことは、大学が認めているように自動的に与えられる20ポイ

ントは本質的に常に権限を与える過少なマイノリティの応募者が入学するからである。学生 A は素晴らしい学業成績を約束された応募者で確かにこの事実に当てはまるであろう。このようにして自動的な20ポイントの配分の結果は、大学が決して A の個人的な背景、経験、および個人的な多様性への寄与の可能性を評価する特徴を考慮していないであろう。それに代えて全ての学生 A のような応募者は単純に入学させられるであろう。

学生 B および C は落第させられるか個人として考慮される可能性がある。このことは学生 B は20ポイント配布されたが入学していない、学生 C は少なくとも70の追加のポイントを集めることができることを仮定する。しかし事実、審査委員会は個人的に応募をみることができそのポイントを見捨てる。一度その応募は落第であったから、我々の厳格な審査のもとでは満たされていない。その記録はどのくらい多くの応募が個人的な考察のために落第させられるかを明確に表してはいないが、このような考察は LSA の入学プログラムの運用において例とされる規則でないことは明らかである。入学決定の大きさは EWG による選抜インデックススコアの要因に基づいて実行される。追加として、個人的な審査は、唯一入学カウンセラーの自動的な配分の後にはのみ与えられる、大学の本質的に全てに最小限に限定する過少なマイノリティの応募者に人種に与えられる「プラス」の大学の見解を自動的に配分する後にはのみ提供される。

被上告人は「応募の量および応募者の情報の公表については本日グラッター判決で当裁判所によって判決された入学制度の使用は LSA にとっては実際的ではない」と主張する。

しかし、個人的な考察を提供することができるプログラムの履行は現

在の入学の訴えの事実であるが、憲法上ではないが、他の点で問題のある制度である²⁷⁾。疑いのある分類の面で憲法の限定的なものとして「行政上の便宜」を棄却している。バッキ判決のパウエル裁判官の意見の何も大学が厳格な審査によって課せられた制限に関するものなしに多様性の状態の目的を達成することを望むことを何が意味するのかについて示していない。

我々は、従って、大学の現在の新入生の入学政策における人種の使用は、被上告人の主張する多様性におけるやむを得ない利益を達成するために限定的に作られていないので、その入学政策は修正第14条の平等保護条項に違反する。我々はさらに、その入学政策がタイトル VI および 42 U.S.C § 1981 に違反する。従って、我々は、連邦地方裁判所の被告人の責任に関する簡潔な判決を認めた部分を破棄し、この意見と一致する手続きについての判決を差し戻す。

大学の現在の新入生の入学政策における人種の使用は、被告の主張する多様性における利益を達成するために限定的に作られていないので、その政策は平等保護条項を侵害する。その理由については *Grutter v. Bollinger* 判決に示されている。当裁判所は今日申請人の主張である多様性はやむを得ない州の利益を構成しないとして棄却した。しかしながら、当裁判所は大学の現在の政策は、自動的に入学を保証するのに必要なポイントの5分の1または20ポイントを提供するものであるが、過少なマイノリティの応募者が人種であるので多様性を達成するために限定的に作られていないことを認めている。バッキ判決で、パウエル裁判官は、彼の見

²⁷⁾ See *J.A. Croson Co.* 488 U.S., at 508, 109 S.Ct. 706 (citing *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 690, 98 S.Ct. 1764, 39, L.Ed.2d 583 (1973)).

解を説明している、大学が人種または民族は特定の公募者のファイルに「プラス」とする入学プログラムである。彼は、しかしながら、それぞれの特定の応募者を個人として考えることが大事であると強調し、個人の持っている資質を全て評価し、そして高等教育の独特性に貢献する個人の能力を評価する。パウエル裁判官の述べる入学プログラムは、すべての一つの性格的自動的に特別な確認しうる大学への貢献熟慮するものではない。現在の LSA 政策はパウエル裁判官が熟慮した個別的な考察を提供するものではない。全ての過少なマイノリティからの全ての応募者に20ポイントの自動付与は実際個人がこれらのマイノリティ・グループの一つの構成員かどうか判断するための事実上の審査である。さらに、パウエル裁判官の例と異なり、特定の黒人の応募者の人種が決定的なことなくして検討されうる。LSA の20ポイントの付与は「人種の要素が明白で」実質的で全ての最小限の資格のある過少なマイノリティの応募者に実際に限定する効果を持つ。」LSA は個人の検討のために目をつけられた応募者のファイルの可能性を作っているという事実は、パウエル裁判官が述べたものと比較した時全体として大学の制度の流れを強調している、その記録は何人の応募者が目をつけられているかを明白に明らかにしないが、このような検討は例外で LSA のプログラムにおけるルールでないことは異議のないものである。また、この個人的な審査は入学カウンセラーが自動的に実質的に捨て最小の資質を持つ過少なマイノリティの応募者に対して人種を明白な要素にする「プラス」の大学の見解を施した後にみなされている。当裁判所は応募者の量および応募者情報のプレゼンテーションがグラッター判決で今日確認された入学制度を LSA が用いることができるという被告人の主張を棄却した。個人的な検討を提供することができるプログラムは経営上の課題を提供するかもしれない

が他の点では問題のある制度を憲法上与えるのではない²⁸⁾。大学がどのような意味で厳格な審査を課す限界について多様性を達成するために何を使用するかを示していない。

大学の現在の新入生入学政策における人種の使用が平等保護条項を侵害するので、それはまた Title VI および § 1981 も侵害する。よって、当裁判所は連邦地方裁判所の被告の責任に関する簡易裁判をした一部を棄却する。

②裁判官の個別意見

- A) オコーナー裁判官の補足意見に、ブライヤー裁判官が（連邦地方裁判所の判決を覆すという法廷意見に同意するという）最後の 1 郡を除いて同意している。学部の用いた選抜手段が、個別具体的な背景、経験、資質を考慮せず、機械的であることを指摘し、人種以外の加算がその保護にないこと、入学者選抜審査委員会の審査は、例外に過ぎず、ほとんどの志願者に対し、個別的評価はなされ得ないことを問題視している²⁹⁾。
- B) トーマス裁判官の補足意見は、平等条項が一律に高等教育における入学者選抜過程で、人種差別を禁止していることを強調し、マイノリティ間の差別はないが、マイノリティ間では人種以外の区別よりあまりに差がないことも問題であると述べている³⁰⁾。
- C) ブライヤー裁判官は、法廷意見の結論には同意しつつも、その意見には同意していないこと、オコーナー裁判官の意見には、法廷意見に同意するという 1 行以外に同意していること、ギンスバーグ裁判

28) See e.g. *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.A. 489, 508, 109 S.Ct. 706, 102 L/ED/2d 854.

29) 123 S. Ct. 2431-2433.

30) *Id.* at 2433.

官の反対意見の Part 1 に同意するが、地方裁判所の判断を覆すべきという部分には同意しないことを述べ、合衆国憲法の平等の要請を実現するために政府が政策が包含であるか、排除であるかを区別することが必要であるというギンスバーグ裁判官の見解に賛同するといふ³¹⁾。

- D) スチーブンス裁判官の反対意見に、スータ裁判官が同意している。スチーブンス裁判官は、ミシガン大学が、連邦地方裁判所において違憲とされた、1995年から1998年までの入学者選抜方針については、サーシオレイライを申し立てなかったことから、合衆国最高裁判所の審理対象は、1999年以降の入学者選抜方針に限定されるはずであると指摘し、原告は過去の違法な入学拒否に対する損害賠償請求に関する原告適格はあるものの、先例からすると将来の損害について差し迫った脅威がないので、同じような被害を第三者が被ることを防止する将来的な差し止め命令に関して原告適格はないと判断する。原告の編入の主張は仮定であり、新入生の選抜方針は編入生の選抜方針とははっきり異なっており、新入生としての選抜方針から受けた被害に対する侵害権を根拠にそれとは全く別な編入生としての選抜方針に関する過程的な損害を主張することができないこと、そして、新入生のため選抜方針を修正するという差し止め命令は、編入のための選抜方針に影響があるとは考え難いこと、ミシガン大学が編入生のための選抜方針が多様性を持って正当化されるのか、ポイント制度が厳格に起草された分析に影響するかどうか、検討されていないことから、個人的な損害を主張できない原告には将来的な差し止め命令に関して、当事者適格は認められない。Id. 2434-2438.
- E) スータ裁判官の反対意見の part 2 にギンスバーグ裁判官が同意してい

31) *Id.*, at 2433-2434.

る。スータ裁判官は法廷意見は原告には適用されない政府プログラムの違憲性を主張する正当性はないという、合衆国憲法第3編の基本原則を無視して、仮に当事者適格があるとしても、多様性は教育において人種を意識した決定を正当化する非常に重要な政府の利益であるので。ハーマチャーには宣言的判決と将来的差し止め命令に関して当事者適格はないというスチーブンス裁判官に同意し、仮に法廷意見のように本案について判断できるとしても、原判決を支持するという。スータ裁判官は、ギンスバーグ裁判官の同意した Part 2 おいて、ミシガン大学学部新生選抜の制度は、バッキ判決で否定された仕組みよりは、グラッター判決で肯定された制度に近いこと、人種がバッキ判決の時のように決定的な要素となっていることが立証されているわけでもないことを指摘し、入学審査委員会の実態を知ることなく判断できないこと、他の州では実施されているプログラムも人種を意識しており、それへの言及は意図的に議論を混乱させることを指摘している³²⁾。

- F) ギンスバーグ裁判官の反対意見にはスータ裁判官が同意している。また、ブライヤー裁判官はこの意見の Part 1 にだけ同意している。ギンスバーグ裁判官は、公式な人種に基づく分類に対する司法審査の基準は同一という法廷意見に対し、最近まで存在した差別の残滓ようはまだ明らかであるので。平等保護条項を実現するにあたり、人種に基づく「排除」と「包含」の政策を区別し、人種を疑わしいカテゴリーとするのは人種的不平等を維持する危険があるからこの時に憲法は「カラー・ブラインド」であるが、平等を達成するために人種が考慮される時には直ちに禁止されるわけではなく、差別を永続させることなく、過去の差別の影響をなくすために、憲法は「肌の

32) Id. at 2438-2442.

色を意識している」という。ギンスバーグ裁判官はその原則をミシガン大学の入学者選抜方針に適用し、特別な考慮の対象となったマイノリティは集団として歴史的に差別されてえおり、特別枠を設けたわけでもなく、他の人の入学の機会を不当に制限するわけでもなかったと指摘ここで問題とされている、アフーマティブ・アクションに依拠できなくなるとしたら、大学は間接的に提供される情報を用いて、隠れて人種を意識した選抜を行うことになるので、正直に人種を考慮する方針を正確に開示することの方が望ましいという³³⁾。

4. グラッター判決³⁴⁾ とグラッツ判決³⁵⁾

ミシガン大学ロー・スクールでは、約10～12%のマイノリティを入学させている。バーバラ・グラッターは、GPA3.8 LSAT161を持つ白人女性であったが、入学選考試験を受けた際に白人であるという理由からマイノリティに対する特別入学枠のような優先入学制度は適用されなかった。しかし、グラッターと同じ年に入学試験を受けたマイノリティの学生は彼女より低い点数であったにも関わらず、マイノリティのための特別枠を割り当てられて合格した。このことを不服として、グラッターはミシガン大学ロー・スクールに対して訴訟を起こした。連邦地方裁判所は、2001年3月、グラッターの訴えを認め、ロー・スクールのアフーマティブ・アクションが1964年公民権法Ⅵ及び修正第14条の平等保護条項

33) Id. 2442-2446. 紙谷雅子 前掲注1) 65頁参照。

34) Grutter v. Bollinger, 539 U.S.306 (2003). 拙稿「公的分野への割当制の導入」116頁、ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力と憲法裁判』(2013年) 参照。

35) Gratz v. Bollinger, 539 U.S.244 (2003). 拙稿 前掲注23) 116-117頁参照。

に反するという判断を示した。これに対して、大学側は、直ちに控訴して、2002年5月に出された第6巡回控訴裁判所の判決では一転して合憲とされた。

ミシガン大学の学部課程ではマイノリティの学生に対して、150ポイント中20ポイントを自動的に上積みするアファーマティブ・アクションに基づく優先入学が行われていた。ジェニファー・グラッツ（1995年受験）とパトリック・ハーマチャー（1997年受験）は白人であったため、この制度が適用されない、2人よりも低い点数のマイノリティの学生が入学を許可された。2人はこのことを不服としてミシガン大学に対して訴訟を起こした。2002年12月に出された連邦地方裁判所の判決は、1995年度から1998年度の措置を違憲としたものの、1999年度と2000年度のアファーマティブ・アクションは合憲としていた。

2003年6月23日に、合衆国最高裁判所は、2つのミシガン大学の入学に関するアファーマティブ・アクションの裁判について、9人全員の裁判官で判決を下した。ミシガン大学のロー・スクールのプログラムについては5対4で合憲、学部の入学者選抜プログラムについてのグラッツ判決では6対3で違憲と分かれただけでなく、全部で13の意見が表明された。

最後にアファーマティブ・アクションを判断したアダランド判決³⁶⁾の基準によれば、人種に基づく分類については厳格審査の対象となることと、プログラムは、非常に重要な政府の利益を実現するため、厳格に起草されていなければならないこと、またそれが限定的に作り上げられていなければならない。

グラッター判決では、高等教育の場での多様性は重要であるとし、そ

36) Adarand Constructors inc. v. Peña supra 19).

の説得力もあるとした。大学内で人種の多様性により教育的利益を得ることができるとし、入学選考制度においては人種を判断基準のうちの1つとして「プラス」考慮（ファイル・レビュー）することは限定的に作り上げられたものであるとした。総合評価性をとっていた。さらに必要最低限（クリチカルマス）のマイノリティを確保するために使用される制度や目的そのものは割当制に当たらないと述べた。

グラッター事件に合衆国裁判の判決が下された数分後、グラッツ事件にも判決が下された。6対3で学部のアファーマティブ・アクションは、修正第14条の平等保護条項に違反するという違憲判決が下された。高等教育の場での多様性は重要であり、ミシガン大学学部課程の主張にも説得力があり、人種の多様性により学生は教育的利益を得ることができるとしながらも、ポイントシステムを取り、高校の成績や標準試験の結果、小論文などの様々な要素にそれぞれ最大のポイントを定めていた。合格するには150ポイントのうち100ポイントが必要になる。マイノリティの志願者に対してのみ150ポイント中20ポイントの自動加算をする制度は限定して作り上げられた措置ではないとした。合衆国最高裁判所は、人種は一人一人を評価する際のみ利用するようにと判断した。大学側は、当初、学部生は膨大な人数のため個別に判断するには費用がかかりすぎるとして個人の評価の措置を取ることを渋っていたが、判決が下された時にはそのような費用を負担する構えを示した。

5. おわりに

アメリカは多人種、多民族社会である。そうでありながら、多様な社会を形成しているかというところでもない。非常に多くの人々が、出身

民族その他の属性ごとに似た者同士だけで集まり、住み暮らしている。個別的分断社会となっているという現実があり、多くの人は、他の人種、出身民族などについて個人的な知識がないので、日常時に接触することが減多になく、お互いの常識を共有していない。だから、対等な市民と知っての相互理解と、隔離された経験の克服が必要であるという、アメリカ社会全体の統合が多様性実現の目的ということになる³⁷⁾。マイノリティが実際に一緒に住んでいるという現実を、またお互いにいろんなことを知ってコミュニケーションできることが必要である。そのためには大学の段階で人種を考慮して学生を集めて相互理解を図ることも必要なことだと思う。ミシガン大学の考え方は、理解できるが、マイノリティに対する自動的な20点の付与は好ましくないとと思われる。しかしながら、ロー・スクールではおよそ4,000人の中で400人を選抜すればよかったが、学部課程ではとてつもない応募者がいると考えられる。そのためミシガン大学は多額のお金が必要であるとして、反発したが後にそれを了承した。かといって、150ポイント中の20ポイントの付与は大きすぎるのではないと思われる。確かに落とされた応募者から見れば、不合理に思えるのではないと思う。人種の配慮は必要であると思うが、それに反感をもたせるような事態は好ましくない。しかしながら、マイノリティが通常貧しい家庭に育ち、十分に学問の機会を与えられないことを考えれば、何らかの優遇は必要であるし、人種同士が相互理解することによって、卒業後の社会も変わっていくのではないと思われる。人種差別のない多様な社会を作るためには人種への配慮も必要である。アメリカに

37) 紙谷雅子 前掲注1) 67-78頁。下級裁判所の選挙区割りについて、ゲリマンダリングという考えがあり、マイノリティの代表を出すために彼らの居住地を含むいびつな選挙区を作ることも認められている。拙稿「人種を配慮した下院議員選挙区割りの改定と合衆最高裁判所—Jonson v. Miller」大阪学院大学法学研究第22巻2号(1~35頁)(1997年) この判決以降この分野の研究をしていないので、現在の状況については、わからない。

において多様なお互いに理解しあえる社会が形成されることを祈っている。

そのためには、大学やロー・スクールの段階で少数者の学生に配慮することも必要であると思うが、極端なクォータを導入することには逆に反発も起こりうると思う。程度な学生の多様化は、教育に利益を与えるし、その後の社会においても相互に理解することがより容易になるであろう。少数であっても人種をもつ人も人間として社会で共に生きているのである。相互理解のできる社会、互いに配慮できる社会の形成が必要である考える。

大阪学院大学法学会会則

- 第1条 本会は大阪学院大学法学会と称する。
- 第2条 本会の事務所は大阪学院大学図書館内におく。
- 第3条 本会は本学の設立の趣旨にもとづいて、法学または政治学に関する研究発表を通じ、学問の進展に寄与することを目的とする。
- 第4条 本会は次の事業を行う。
1. 機関誌「大阪学院大学法学研究」の発行
 2. 研究会、講演会および討論会の開催
 3. その他本会の目的を達成するために必要な事業
- 第5条 本会の会員は次の通りとする。
1. 大阪学院大学・大阪学院大学短期大学部の専任教員で法学または政治学を専攻する者
 2. 本会の趣旨に賛同し、役員会の承認を得た者
- 第6条 会員は本会の機関誌その他の刊行物の配布をうけることができる。
- 第7条 本会には次の役員をおく。任期は2年とし、再選をさまたげない。
1. 会 長 1名
 2. 副 会 長 1名
 3. 庶務委員 2名
 4. 編集委員 3名
- 第8条 会長は会員の中から選出し、総長が委嘱する。
副会長は会長が会員の中から委嘱する。
委員は会員の互選にもとづいて会長が委嘱する。

- 第9条 会長は本会を代表し、会務を統轄する。
- 副会長は会長を補佐する。役員は役員会を構成し、本会の企画・運営にあたる。
- 第10条 会長は役員会を招集して、その議長となる。
- 第11条 会長は会務執行に必要なとき、会員の中から実行委員を委嘱することができる。
- 第12条 総会は年1回これを開く。ただし、必要あるときは会長が臨時に招集することができる。
- 第13条 本会の経費は大阪学院大学からの交付金のほかに、有志からの寄付金、その他の収入をもってあてる。
- 第14条 各学会の相互の連絡調整をはかるため「大阪学院大学学会連合」をおく。
- 本連合に関する規程は別に定める。
- 第15条 会計は毎年4月1日に始まり、翌年3月31日に終る。
- 第16条 本会会則の改正は総会の議を経て総長の承認を得るものとする。

附 則

1. この会則は、昭和49年10月1日から施行する。
2. 平成2年10月1日改正
3. 平成5年4月1日改正
4. 平成13年4月1日改正
5. 平成24年4月1日改正
6. 平成25年4月1日改正

大阪学院大学法学研究投稿規程

1. 投稿論文はその内容が法学・政治学に属するものでなければならない。
2. 投稿資格者は、原則として本学法学会の会員に限る。ただし、助手が投稿する場合は、指導教員の推薦を必要とする。
3. 会員外の投稿は役員会の承認を必要とする。
4. 原稿は次のように区分し、この順序にしたがって編集する。論説、研究ノート、判例研究、資料、学内消息など。
5. 原稿は未発表のものに限り、枚数は原則として200字詰80枚を超えないものとする。

これ以上の枚数については、編集委員会で検討の上で分割掲載することがある。なお、ワードプロセッサ等による原稿の取り扱いもこれに準じるものとする。
6. 原稿の提出先は、編集委員とする。なお、本学指定の原稿提出票は図書館事務室で配付する。
7. 発行は原則として、前期・後期の2回とし、年間総ページ数を原則として300ページとする。
8. 抜刷は40部を限り無料進呈し、特に本人の希望のある場合は編集委員会で検討のうえ、有料で200部まで配布することがある。
9. 投稿され掲載された成果物の著作権は、著作者が保持する。

なお、出版権、頒布権は大学が保持するため、論文転載を希望する場合は、学会宛に転載許可願を提出願うこととする。
10. 投稿された論文の著作者は、当該論文を電子化により公開することについて、複製権および公衆送信権を大学に許諾したものとみなす。大学が、複製権および公衆送信権を第三者に委託した場合も同様とする。

この規程は、平成28年7月11日から適用する。

以 上

大阪学院大学法学研究執筆要領

原稿について

1. 原稿は確定稿であること。校正の段階でページ替えとなるような加筆を要しないものであること。
2. 原稿用紙は原則として、200字詰たて書とする。原稿はコピーではない原本を提出し、必ず原稿提出票を添えること。
3. 欧文はタイプライトまたは活字体でなければならない。
4. できるだけ現代かなづかいと当用漢字を用い、難字は欄外に判り易い様に大書すること。
5. 印刷字体その他印刷上のスタイルなどの指定は、執筆者が原稿に直接朱筆すること。特に数式については留意すること。

図・表について

6. 図と表は原稿とは別紙に書いて1枚ごとに番号と執筆者名を記入し、本文中に挿入箇所を指示すること。また図の説明文は、別紙にまとめること。
7. 自分でスミ入れして完成させた原図や写真の場合は、厚手の台紙にはりつけて希望の縮尺を記入すること。

校正について

8. 執筆者校正は2校までとし、朱筆で記入すること。2校以前でも校正の必要がなくなれば、校了または責了とすること。
9. 次の場合は、必要経費の一部が執筆者負担となることがあるのでとくに注意されたい。
 - ア. 校正の際に内容に大きな変更を加えることは認められないが、やむをえず行って高い組換料が生じた場合。
 - イ. 特殊な印刷などによって通常の印刷費をひどく上まわる場合。

以 上

学 内 記 事

○2019年度法学会総会（2020年2月25日）

議題 「大阪学院大学法学研究」の年号表記について

諸報告

法学会役員名簿（2019年度）

会 長 有 澤 知 子

副 会 長 繁 田 泰 宏

庶務委員 大久保 卓 治

庶務委員 田 村 真 弓

編集委員 石 川 優 佳

編集委員 梶 哲 教

編集委員 戸 浦 雄 史

執筆者紹介（掲載順）

湯 川 二 朗 法 学 部 教 授
有 澤 知 子 法 学 部 教 授

2020年(令和2年)3月31日 発行

発行兼
編集者 大 阪 学 院 大 学 法 学 会

代 表 有 澤 知 子

〒⁵⁶⁴₈₅₁₁ 大阪府吹田市岸部南二丁目36番1号
T E L (06) 6 3 8 1 - 8 4 3 4 (代)

印刷所 大 枝 印 刷 株 式 会 社

〒⁵⁶⁴₀₀₃₁ 大阪府吹田市元町28番7号
T E L (06) 6 3 8 1 - 3 3 9 5 (代)

OSAKA GAKUIN DAIGAKU

HOGAKU KENKYU

OSAKA GAKUIN LAW REVIEW

Vol. 46

March 2020

No. 1 • 2

Contents

Note

Practical Issues in Architecture Review Board

..... Jiro YUKAWA

Case Note

University Undergraduate Admission Program and Affirmative Action

—Gratz v. Bollinger—

..... Tomoko ARISAWA

PUBLISHED BY
THE OSAKA GAKUIN UNIVERSITY LAW ASSOCIATION
OSAKA, JAPAN