

裁判官田原睦夫の補足意見は、次のとおりである。

本件は、差戻審において、本件損失補償裁決の適法性が一から審理されることになるところ、その審理の参考に供する趣旨で、本件記録から認められる若干の問題点について私の考えるところを以下に補足的に指摘しておくこととする。

(1) 本件直接施行の瑕疵の有無について

本件損失補償裁決が適法か否かの判断をなすに当たっては、その裁決と前提となる各手続の瑕疵の有無が問われるところ、本件においては、本件直接施行が土地区画整理法77条の規定に基づくものと評価できるか否かが問われることとなる。

ところで、上告人らの主張によれば、東広島市が上告人らに対して、平成15年10月30日付で、同16年2月10日を期限とする同条2項に基づく本件「通知及び照会」をした時点では、その移転先たる本件仮換地は、同地上に存したパチンコ店等の取壊し、撤去が未だなされておらず、その後に行われる宅地造成工事等の完成予定日も未定であったというのである（原判決の認定によれば、仮換地の造成工事の完成検査は、本件「通知及び照会」で移転期限とされた平成16年2月10日より後の同年3月30日である。）。

上告人らの上記主張どおりの事実が認められる場合には、本件「通知及び照会」に定められた期限内に上告人らにて本件建物等を移転することは物理的に可能であったか否か自体に疑問が存し、仮に、その期限内に移転することが物理的に困難であったと認められる場合には、本件「通知及び照会」の瑕疵は重大なものといわざ

るを得ず、ひいては本件直接施行をもって同条に基づくものと評価することができるか自体に疑問が生じるといわざるを得ない。

また、上告人らは、本件建物は、建築基準法施行前の建物であって、その移転工事をするには、同法に基づき建築確認手続が必要である旨主張しているところ、仮に上告人ら主張どおり建築基準法の手続が必要であるならば、本件における移転期限を定めるに当たっては、その手続に必要な期間をも考慮する必要があるといえるのであって、かかる観点からも、本件「通知及び照会」の瑕疵の有無及び程度が検討される必要があるといえよう。

(2) 土地区画整理法78条1項の移転の完了の有無について

上告人らは、本件建物の移転は、建築基準法に定められた手続を経ていないから、土地区画整理法78条1項の移転の完了とはいえないと主張しているのに対し、原判決は、同項の移転の完了の有無は施行者の判断に委ねられているところ、直接施行による移転が完了したとするには、施行者が物理的に移転したものと判断し、その旨を客観的に明らかにすれば足りる旨判示する。

しかし、同法77条7項による移転が行われる場合、その建築物等の所有者及び占有者は、その移転の開始から完了に至るまでの間は、その建築物等を使用することができないとされ（同条8項）、その完了後にはその使用をすることができるところ、それは、移転前において適法な状態の建物として使用することができていた場合には、移転後においても適法な建物として使用できることが予定されているといえるのであって、単に物理的に移転を終えただけでは、直ちには、同法78条1項の移転の完了とは評価し得ないものというべきである。

ところで、上告人らは、曳家工法で移転がなされた本件建物は、その移転前は建

築基準法施行の際に現に存する建物として同法は適用されない建物であったところ（同法3条2項），曳家工法による移転であっても，その移転には同法の適用がある旨主張している。

上告人らの主張するとおり本件建物の移転にも同法が適用されるならば，移転した建物が同法に違反する場合には，同法9条により除却，修繕，使用禁止，使用制限等の措置を命じられる可能性が存するのであり，仮に本件移転後の建物に対して上記措置が命じられる現実の可能性が存するときには，物理的に移転したことのみをもって移転が完了したと評価できるかは疑問であるといわざるを得ない。

原判決の如く，移転後の建物につき建築基準法が適用されるか否か，適用される場合には，本件建物が同法の定める基準に適合しているか否か，適合していない場合に上記措置が命じられる可能性の有無，程度等について何らの検討を加えることなく，物理的な移転の完了をもって，土地区画整理法78条1項の移転が了したと解するのは，粗雑な解釈であるといわざるを得ない。

また，仮に移転した建物が建築基準法上の違法な建築物として是正命令の対象たり得るような建物である場合に，土地区画整理法78条1項の定める「通常生ずべき損失」を適正に算定することができるかについては，大いに疑問である。

差戻審においては，以上の諸点をも参考にして，更に審理が尽くされることを望むものである。

（裁判長裁判官 寺田逸郎 裁判官 田原睦夫 裁判官 岡部喜代子 裁判官
大谷剛彦 裁判官 大橋正春）