

東京都建築安全条例上の「認定」と 行政訴訟での違法性の承継

—最高裁判所平成 21 年 12 月 17 判決の分析—

田 村 泰 俊

目 次

- 一 問題の所在——「訴訟ルート活用の理論」の視点から
- 二 平成 21 年最高裁判所判決
 - (1) 関連する法システム
 - (2) 事実の概要
 - (3) 東京高等裁判所判決
 - (4) 最高裁判所判決
- 三 伝統的な「違法性承継論」の視点
 - (1) 学説の動向
 - (2) 判例と学説との関係
- 四 最近の学説・判例の動向
 - (1) 学説の動向
 - (2) 林試の森公園事件
- 五 平成 21 年最高裁判所判決への若干の分析
 - (1) 認定を争う機会
 - (2) 訴えの成熟性
- 六 建築行政における平成 21 年判決の射程
 - (1) 認定を争う機会の観点から
 - (2) 訴えの成熟性の観点から
- 七 課題と展望

一 問題の所在——「訴訟ルート活用の理論」の視点から——

従来、筆者は、建築行政の視点から、現在まで、行政法理論に関し、その分

析の1つの切り口として、2つの関心を有して来た。それは、第1に、訴訟ルート
の活用であり、第2に、「行政法総論」と言われてきた理論の分析である⁽¹⁾。
本稿も、この2つの関心から、執筆することとなったが、この2つの関心につ
いて、さらに敷衍して、一言、述べておくこととしたい。

まず、第2の関心について述べれば、個々の行政エリアや法令には、それぞ
れ異った政策目的・目標があることは当然であろう⁽²⁾。そこで、この政策目的・
目標から、行政法の理論面を見ておく必要がある⁽³⁾。従って、まず、具体的な
「政策」それ自体を見た上で、それに利用しうる法手法や争点を見ておくべき
であろう⁽⁴⁾。

次に、もう1つの視点、すなわち訴訟ルートの活用について、一言、筆者の
研究の経過について述べておくこととしたい。

まず、筆者は、この視点に関し、建築基準法42条第2項に関し、その包括
指定に訴訟法上の処分性を許容した平成14年最高裁判所判決⁽⁵⁾の位置付けと
して、訴訟ルート(抗告訴訟)の利用を訴訟法上認めた判例として理解すべき
ことを示した⁽⁶⁾。そこで、平成14年判決は、単に訴訟ルートとして抗告訴訟(処
分不存在等)を認めただけなので、当事者訴訟の利用は、平成14年判決の下で
も認められると解した⁽⁷⁾。また、それは、行政実務を支える建築基準法施行規
則の改正に関しても道路台帳等への記載自体を争う手段として必要であること
も示した⁽⁸⁾。そして、この包括指定(処分)→その後の有権的行為(非処分)
の関係の中で、前者を抗告訴訟、後者を当事者訴訟の対象とするとした場合、
これを、「違法性の承継の理論」で理論的な説明を行った⁽⁹⁾。

さて、最近、この建築基準法・建築行政のエリアで、筆者が分析して来た、
訴訟ルートの活用と個別行政エリアからの行政法総論の分析という2つの関心
から、きわめて注目すべき最高裁判所判決が示された。

そこで、この判決について、本稿で、わずかばかりの検討を加えてみること
としたい。

二 平成 21 年最高裁判所判決

(1) 関連する法システム

違法性の承継が問題となる建築基準法と条例の関係規定は、次のようなものとなっている。

すなわち、建築基準法は、その 43 条 1 項で、敷地が道路に 2 メートル以上接していることを求めている。そのことを前提に、同条 2 項は条例での付加条項となっているが、具体的には、「地方公共団体は……(略)……前項の規定によっては避難又は通行の安全の目的を十分に達し難いと認める場合においては、条例で、必要な制限を付加することが出来る」と規定している。東京都においては、その条例が、東京都建築安全条例⁽¹⁰⁾となっている。

具体的には、この条例は、その第 4 条で「延べ面積……(略)……が千平方メートルを超える建築物の敷地は、その延べ面積に応じて、次の表に掲げる長さ以上道路に接しなければならない」と規定し、千平方メートルを超え 2 千平方メートル以下については 6 メートル、2 千平方メートルを超え 3 千平方メートル以下については 8 メートル、3 千平方メートルを超えるものについては 10 メートルの接道を求め、同条 2 項では「延べ面積が三千平方メートルを超え、かつ、建築の高さが十五メートルを超える建築物の敷地に対する前項の規定の適用については、同項中『道路』とあるのは『幅員六メートル以上の道路』とする」とされている。

一方で、同条例第 4 条第 3 項は、以上の例外として「前二項の規定は、建築物の周囲の空き地の状況その他土地及び周囲の状況に依り知事が安全上支障がないと認める場合においては、適用しない」と規定する。これが、いわゆる「認定」である。

そして、この「認定」後に、建築主事等の「建築確認」がなされるという法の仕組み⁽¹¹⁾ないしシステム⁽¹²⁾となっており、結局、この「認定」と「建築確認」の間での「違法性の承継」が問題となった。

(2) 事実の概要

本件の事実の概要は、次のようなものであった。

本件敷地は、東京都建築安全条例第4条第1項により8メートル以上の接道が求められるが、この要件に達しないことから、新宿区長に対し、同条3項による安全認定が申請され、区長は、平成16年12月22日に、この申請を認め、認定を行った。その後、この認定に基づき、建築確認申請がなされ、これも平成18年7月31日、新宿区建築主事により認められた。

そこで、これに対し、隣接するマンションの管理組合と付近住民らが、新宿区建築審査会に対し、認定及び建築確認の取消を求めたというものである。

新宿区建築審査会が却下及び棄却裁決を行ったので、取消訴訟が提起され、東京地方裁判所は、平成20年4月18日に、認定の取消、建築確認取消請求のうち管理組合の請求等につき却下、それ以外につき棄却の判断を示した。

(3) 東京高等裁判所判決

東京高等裁判所は、平成21年1月14日⁽¹³⁾次のような判断を示した。以下、本稿との関連部分を見てみることにしたい。

まず、結論のみを示すと、実質的には、安全認定処分と建築確認処分との間に違法性の承継を認めている。

まずその前提として、判決は、「安全認定処分は抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解されるから、たとえこれに違法があったとしても、それ自体の取消訴訟などによって公定力が排除されない限り、原則として、安全認定処分を前提としてされる後行の行政処分（建築確認）の取消事由としてその違法

性を主張することは許されない筋合になるものである」と述べ、以下のように、それにもかかわらず、後の建築確認処分を争う取消訴訟で、先行の安全認定処分を争いうる理由を、次のように判示している。

すなわち、「安全認定処分は、以下のとおり、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるといふべきである……（略）……知事が上記認定をしなかった場合には、本件安全条例4条1項及び2項の規定に基づくより厳しい接道の規制を受けることとなり……（略）……申請者の法的地位に直接影響を与えるものであり、申請者個人に対する権利義務を形成し、又はその範囲を確定するものといふべきであり……（略）……たとえこれに違法があったとしても、それ自体の取消訴訟などによって公定力が排除されない限り、原則として……（略）……後行の行政処分（建築確認）の取消事由としてその違法性を主張することは許されない……（略）……なお、知事により安全認定処分がなされた場合、申請者に通知はされるが、建築確認（建築基準法89条参照）の場合のようにこれを外部に表示する措置等は義務付けられていない……（略）……安全認定処分をしたとしても、建築確認に際して建築主事ないし指定確認検査機関が当該建築物を共同住宅等の特殊建築物に当たると判断すれば……（略）……特殊建築物については本件安全条例第2章においてより厳しい制限が課されているのであるから、同項の安全認定処分はその効力を発揮しないことになるのである（すなわち、同項の安全認定処分は、建築確認の段階までは、その効力を発揮するかどうか確定しないものなのである……（略）……安全判断については別の行政庁が行政処分の形ですることになり、安全判断に対して独立した争訟の機会が付与されることになったが、それは申請者の権利保護のため争訟の機会を増やす趣旨のものとして捉えるのが相当で……（略）……建築確認の段階においてはもはや安全判断の違法を争うことをできなくするという趣旨までは含まれていないと解するのが相当である」と判示している。

わずかばかりのコメントを筆者なりに付すとすれば、この高裁判決について

は、次の2点を指摘しうるとされる。

第1点として安全認定、及び建築確認という双方の処分を争いうるとするのは、申請者への争訟の機会の増加という目的であること。そうであるとすれば、付近住民の場合、安全認定という行政処分は外部に表示されるわけではないので、申請者と異なり認定自体を争うことは困難なので、建築確認を争う取消訴訟で、安全認定すなわち先行処分の違法性を争いうると判示した点。

第2点として、別の行政庁による先行処分の効力の発揮の有無が定まることを認めた点である。

第2の点については、筆者は、別の行政庁による「撤回」を、通説とは異なり、認める立場を従来からとっている⁽¹⁴⁾、その一例になるとは考えている。ただ、この点は別稿を予定しているので、本稿では第1の、いわゆる違法性の承継にしばって分析を加えてみることにしたい。

(4) 最高裁判所判決

最高裁判所は、以下のように判示している⁽¹⁵⁾。

すなわち、「建築確認における接道要件充足の有無の判断と、安全認定における安全上の支障の有無の判断は、異なる機関がそれぞれの権限に基づき行うこととされているが、もともとは一体的に行われていたものであり、避難又は通行の安全の確保という同一の目的を達成するために行われるものである。そして……(略)……安全認定は、建築主に対し建築確認申請手続における一定の地位を与えるものであり、建築確認と結合して始めてその効果を発揮するのである

(2) 他方、安全認定があっても、これを申請者以外の者に通知することは予定されておらず、建築確認があるまでは工事が行われることもないから、周辺住民等これを争おうとする者がその存在を速やかに知ることができるとは限らない……(略)……そうすると、安全認定について、その適否を争うための

手続的保証がこれを争おうとする者に十分に与えられているというのは困難である。仮に周辺住民等が安全認定の存在を知ったとしても、その者において、安全認定によって直ちに不利益を受けることはなく、建築確認があった段階で初めて不利益が現実化すると考えて、その段階までは争訟の提起という手段は執らないという判断をすることがあながち不合理であるともいえない。

(3) 以上の事情を考慮すると、安全認定が行われた上で建築確認がされている場合、安全認定が取り消されていなくても、建築確認の取消訴訟において、安全認定が違法であるために本件条例4条1項所定の接道義務の違反があると主張することは許されると解するのが相当である」と判示している。

判例タイムズ解説は、この判断について、「違法性の承継を最高裁が正面から肯定した初めての事例ともいえ」⁽¹⁶⁾とこの判決を位置付けている。

そこで、筆者なりに、この違法性の承継を最高裁が認めた法理論的な根拠と思われる点を、コメント的に2点、指摘しておくこととしたい。

その第1点は、東京高裁判決と同様に、付近住民は、安全認定を必ずしも知うとは限らないので、その違法性を後の建築確認で争わせる必要があるという点。

第2点として、「不利益が現実化」した時点ということから、いはば「訴えの成熟性」⁽¹⁷⁾とでも言うべき発想に近い点である。

なお、その他判例タイムズ解説が示しているように、本件全体としては、マンション管理組合の原告適格や安全認定自体の処分性という関心もあるが、これらについては、前者については、これを肯定すべきとの見解を別稿ですでに、私見として示しているし⁽¹⁹⁾、後者については判例タイムズ解説も筆者の論稿を引用しているように⁽²⁰⁾、これもそれを肯定する立場から別稿で論じているので⁽²¹⁾、本稿では違法性の承継に焦点をあてて、本件を分析してみることにしたい。

三 伝統的な「違法性承継論」の視点

(1) 学説の動向

いわゆる違法性の承継は、住民訴訟でも論じられるが⁽²²⁾、基本的には取消訴訟との関係で議論が行われて来たと言って良いであろう。

そこで、この分野での代表的な文献として判例タイムズ解説も引用する⁽²³⁾田中二郎『新版 行政法(上) [全訂第2版]』によれば、次のような理解となっている。それは、「これは、相連続して行なわれる行為が一つの目的の実現に向けられた行為であるかどうかによって決められるべきものと解してよい」⁽²⁴⁾とされ、さらに、「先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合」⁽²⁵⁾とされ、定義としては、「数個の処分が相連続して行なわれ、全体が一連の手続として一定の法律効果を生ずる場合に、先行処分が違法であるときは、これに続く後行処分も、その違法性を承継し、これもまた違法処分となるかどうか、ここでいう違法性の承継の問題である」⁽²⁶⁾としている。

わずかばかりのコメントを筆者なりに付すとすれば、処分それ自体の違法性という実態の問題にのみ、その焦点と関心はあるように思われてならない。

なお、この場合、「後続処分自体には違法が存在しないとき」⁽²⁷⁾この承継の問題が生じることとなる。

さて、次に、行政事件訴訟法14条(出訴期間)から、むしろ説明しようとする傾向が強くなっていったように思われる。例えば、外間 寛名誉教授は、「行政行為(後行行為)が他の行政行為(先行行為)を前提として行なわれるものであって……(略)……違法性の承継が認められる場合には、先行行為について出訴期間が徒過し、不可争力が生じていても、後行行為の取消事由として、先行行

為の違法を主張することができる」⁽²⁸⁾と述べられているが、この傾向の代表的な説明と言って良いであろう。

このように、出訴期間との関係からの説明がなされる主要な理由は、塩野宏名誉教授の説明が、これをよく示しているのではないかと思われる。すなわち、「承継を認めるかどうかの判断に際しての利益衡量は、行政過程の早期確定にあるのであるから、ここでは、取消訴訟の排他的管轄そのものというよりは、取消訴訟制度の内容となっている出訴期間の制度の運用が問題となっている」⁽²⁹⁾とされている。

(2) 判例と学説との関係

さて、次に、判例と以上の学説との関係を知る意味で、注目すべき表現を、塩野宏名誉教授のテキストの中に見い出すことができる。それは、「従来の判例によると、租税賦課処分と滞納処分については承継は認められず、事業認定と収用裁決には承継が認められるとされている」⁽³⁰⁾との記述なのである。

判例タイムズ解説が述べているように、公務員の昇任の違法と待命処分⁽³¹⁾、納税義務の確定手続の瑕疵と第二次納税義務の告知⁽³²⁾の間で、最高裁は消極判断を示し、肯定例とされるケースたる自作農創設特別措置法における買収計画と買収処分の関係も⁽³³⁾、実は処分自体が違法性を有するケースとされるので、これも肯定例となし得ないとすれば⁽³⁴⁾、まさしく学説の関心は、事業認定と収用裁決に向くこととなったと理解することもあながち、誤りとは言えないように思われる。

ともあれ、これを確認する目的から、スタンダードな基礎知識の取得やそれを基にした応用力の取得を基本的には目的としていると考えられるケース・ブック等を、代表的な文献を例に見てみることにしてみたい。

そこで、その前提として、土地収用法が定める法システムを、本稿に必要な限りで見しておくこととする。

まず、法は、企業者の申請を受け、国土交通大臣あるいは都道府県知事は公共事業の事業認定を行う（法16条、20条）。なお、この事業認定は、その告示により土地の形質変更が禁止されるので（法26条、28条の3）、行政処分と解される。その後、企業者は、取用委員会に取用裁決の申請を行ない、取用裁決（権利取得裁決及び明渡裁決）がなされる（法39条、47条の2、48条、49条）というものである⁽³⁵⁾。

さて、比較的早い時期のケース・ブックとして、法20条3号の要件を充足しないことを主要な理由とする裁判例⁽³⁶⁾を引用した文献がみられる。

そして、最近のケース・ブックでは、いわゆる二風谷ダム訴訟⁽³⁸⁾を採り掲げる傾向がある。

そこで、代表的なケース・ブックは、「違法性の承継が認められるためには、まず、事業認定と取用裁決とが行政行為であることが要件となる。事業認定の処分性を正面から認めた最高裁判例はまだないが、最1小判平成4年11月26日（民集46巻8号2658頁）や最1小判平成11年11月25日（判時1698号66頁）が、事業認定と同一の法律効果を持つことを理由に、それぞれ第二種市街地再開発事業の事業計画決定や都市計画事業の認可・承認の処分性を認めたことを重視すると、最高裁も実質的に事業認定の処分性を認めていると……（略）……通説は肯定説である」⁽⁴⁰⁾と述べている。

以上のような傾向を踏えると、筆者の目からは、少くとも通説の立場は、最高裁判例はないとしても、判例法理全体から、判例は違法性の承継という理論を認めていると集約しようという理解を示しているのではないであろうか。

もちろん、福井秀夫教授の見解、すなわち「現行実定法システムの下で、このような理論を正面から認めるべきか否かについては相当程度疑念がありうる」⁽⁴¹⁾との指摘も一方では存在する。

ともあれ、通説の立場からは、判例タイムズ解説が述べているように、平成21年判決は「違法性の承継を最高裁が正面から肯定した初めての事例」⁽⁴²⁾とい

う位置付けとなろう。それは、土地収用法改正で承継は、少なくとも、この具体的法律の下では認められないとの有力な見解⁽⁴³⁾が存在することからも、違法性承継論を判例として許容した先例として重要性を有してゆくこととなろう。

四 最近の学説・判例の動向

(1) 学説の動向

それでは、最近の学説の動向とでも言うべきものは、どのような傾向にあるのだろうか。

最も注目すべき点は、別稿でも既に分析を加えたように⁽⁴⁴⁾、従来の違法性承継論が、行政処分（行為）間のみはその承継を対象とする（いはば「閉じられた違法性承継論」）のに対し、処分とそれ以外の行為型式との間でも承継を認める（いはば「開かれた違法性承継論」）という点であろう⁽⁴⁵⁾。

また、これとの関連で、行政計画等に公正な手続を要件として遮断効を認め、後続処分を争い得ないとする見解⁽⁴⁶⁾や租税賦課処分と不当利益返還訴訟間をやはり遮断効で説明する見解⁽⁴⁷⁾など、遮断効の面から承継の許容性を考える重要な傾向もある⁽⁴⁸⁾。

加えて、最近の最も注目すべき見解として、阿部泰隆教授の見解がある。関連部分をそのまま引用してみることにしよう。すなわち「先行行為について裁判を受ける権利が実質的に保障されているかどうかで決めるべき……（略）……なお、先行行為が処分でなければ、それを取り消し訴訟で争うことはできないから、後行行為を争う段階で先行行為の違法を理由とすることができるのは、裁判を受ける権利の保障上当然」⁽⁴⁹⁾と述べられている。

判例タイムズ解説が、「権利救済の必要性があるかという手続法的視点」⁽⁵⁰⁾と述べているのは、文献引用がないので確定的なことは言えないが、このような

最近の重要な学説を意味しているのではないかと考えられる。

(2) 林試の森公園事件

判例として、それを違法性の承継と呼ぶのかどうかはともかくとして、以上の学説の傾向から注目されるのは、いわゆる林試の森公園事件であろう⁽⁵¹⁾。

このケースについては、別稿ですでに取り掲げているので⁽⁵²⁾、本稿の視点から、必要最小限のコメントを付すに止めたい。

このケースは、都市計画決定（非処分）→都市計画事業認可（処分）との関係で、後行の認可取消訴訟で、先行の都市計画決定の違法性を審理したというものだった⁽⁵³⁾。

このケースは、すでに見た、最近の学説の傾向から言えば、計画決定に遮断効は認めがたいであろうし、それを認可取消訴訟でしか争う、いはばフォーラム、を有しないケースであったと思われる⁽⁵⁴⁾。

五 平成 21 年最高裁判所判決への若干の分析

(1) 認定を争う機会

すでに本稿で示したように、本件最高裁判所判決は、まず、安全認定は処分ではあるが、外部には表示されるわけではないので、付近住民がこれを争訟として争うことが困難な場合が想定されることを、後続処分にその違法性が承継される根拠としている。

判例タイムズ解説が指摘するように⁽⁵⁵⁾、従来は、違法性の承継を、「認められる場合があるとしても、極めて限定されている」⁽⁵⁶⁾との理解を否定したものの⁽⁵⁷⁾と解して良いであろう。

ところで、安全認定や建築確認は、敷地や建築物といった客観的なものを対

象としているので、おそらく対物処分⁽⁵⁸⁾として位置付けられることとなると思われる。

一方、本件最高裁判決は、違法性の承継を判例タイムズ解説が指摘するように、「原則——例外思考による過度の単純化」⁽⁵⁹⁾を否定した判断⁽⁶⁰⁾と評価して良いものと思われる。それでは、最高裁が否定した理解を、行政処分の法的性格とでも呼ぶべき側面から見るとすれば、それは、どのようなものなのであろうか。おそらく、それは「処分それ自体」に着目した理解であり、本件に則して言えば、対物処分に着目するような理解であると言って良いのではないであろうか。

他方、本件最高裁判決は、争訟の機会をどこに求めるのかという最近の学説⁽⁶¹⁾を基礎としつつ、争訟の機会が与えられていない可能性の高い付近住民という、いはば「人」に着目した判断を示したものと評価することができよう。

そこで今後、その「人」の範囲が議論されてゆくこととなると思われる。

(2) 訴えの成熟性

次に、本件最高裁判決は、これを訴えの成熟性と呼ぶかどうかはともかくとして、「不利益が現実化」した時点に着目しているので、少なくとも、これに近い発想を有していると言って良いのではないと思われる。

ところで、この訴えの成熟性に関しては、わが国の最も代表的なテキストは、土地区画整理事業計画についてその処分性を否定した判例⁽⁶²⁾を変更した平成20年判決⁽⁶³⁾を軸に論じている⁽⁶⁴⁾。

ところで、これら土地区画整理事業計画については、「段階的行政決定」⁽⁶⁵⁾と表現されている⁽⁶⁶⁾。加えて、この判例変更には、違法性の承継との関係も場面は異なるが指摘されている⁽⁶⁷⁾。

さて、建築行政のエリアは、例えば、都市計画法に基づく開発許可→建築基準法に基づく建築確認のように、まさしく「段階的行政決定」⁽⁶⁸⁾を採ってい

る⁽⁶⁹⁾。そして、本件最高裁判決での条例に基づく完全認定→建築確認も、同様に段階を構成している。

この種の段階的な構成については、阿部泰隆教授の次のような重要な指摘がある。以下、この重要な見解を引用してみよう。すなわち「処分性とはどの段階でどの論点で紛争が成熟し、また実効性ある権利救済が図られるのかどうかという観点から、機能的に考える概念だと考えれば……(略)……事業計画自体の違法を主張できるだけ紛争が成熟していると考えればよいのである……(略)……本来は、計画、規則、通達などを争わせるべきかどうかは、行政行為概念にとらわれず、争点ごとに争わせるべきかどうかを、タイミング、つまり、成熟性、最終性といった観点から考察すべきである」⁽⁷⁰⁾と述べておられる。そうであるとすれば、平成21年判決は、まさに、平成20年判決と整合性を有する判決であると評価しても良からう。加えて、伝統的な違法性の承継の理解からは離れたものと理解できよう。

六 建築行政における平成21年判決の射程

(1) 認定を争う機会の観点から

それでは、平成21年判決は、建築行政(広義として利用しているので、都市計画エリアも関連エリアとして含む)では、どのようなケース(紛争)へ、その判決法理は適用されるのだろうか⁽⁷¹⁾。

まず、認定を争う機会の観点から、これを見てみよう。

この点に関し、最近の川崎市開発審査会の裁決⁽⁷²⁾が参考となるのではないかと思われる。このケースは、1997年宅造法での宅造許可処分及び宅造検査済証の交付を1998年受けたというものだった。

そして、その後、隣地に対する2009年4月1日に川崎市の行った開発許可

処分に対しての不服申立て、事実上 1997 年の宅造法での処分（擁壁の安全性）を争ったというものである。

都市計画法 33 条 1 項 7 号は、「地盤の沈下、崖崩れ、出水その他による災害を防止するため、開発区域内の土地について、地盤の改良、擁壁又は排水施設の設置その他安全上必要な措置が講ぜられるように設計が定められていること。この場合において、開発区域内の土地の全部又は一部が宅造法第 3 条第 1 項の宅地造成工事規制区域内の土地であるときは、当該土地における開発行為に関する工事の計画が、同法第 9 条の規定に適合していること」と規定している。

本件では、1997 年の宅造許可処分にに基づき構築された既存擁壁の安全性につき、1998 年宅造検査済証交付を理由に、隣地に対する全く別の 2009 年の開発許可処分にあたっては、処分庁は、安全性についての技術基準に適合していると判断したものである。

伝統的な違法性承継の理論の下では、1997 年の宅造許可処分と 2009 年の開発許可処分は、隣地とはいえ、全く別の土地に対する対物処分であるから、「全体が一連の手續として一定の法律効果を生ずる場合」⁽⁷³⁾にあたるとは言えないように思われる。

川崎市開発審査会の裁決は、違法性の承継についての言及はない。おそらく、都市計画法が宅造法 9 条への適合を求めていることによるのであろう。

しかし、裁決は、「平成 10 年 3 月 4 日付けで宅造検査済証の交付を受けている」ことにウェートを置いている。

ところで、平成 21 年最高裁判決は、付近住民という「人」に焦点をあてて、違法性の承継を認めている。

そこで、特に、訴訟では、川崎市のケースがそうであるかどうかは別として、本件に類似したケースのような場合、仮りに、宅造許可処分「後」に宅地を購入したような場合、後の開発許可処を争う型で、宅造の許可処分を前提とする

検査済証交付⁽⁷⁴⁾を対象とし、安全性を争いうる、あるいは、開発許可処分よりさらに後の建築確認を対象にやはり宅造許可処分や検査済証交付を争いうる可能性も事案によっては生じることともなろうか。

(2) 訴えの成熟性の観点から

筆者は、かつての論稿で、建築基準法 42 条 2 項に基づく、包括（一括）指定たる 2 項道路に関し、最高裁が訴訟法上の処分と判示している⁽⁷⁵⁾ことから、非処分たる後の何らかの有権的な行為も、当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）で争うるとの法理論的説明として違法性承継論でこれを行う試みを示した⁽⁷⁶⁾。そしてそれは、告示の一般基準もそれ自体は違法とは言えないものの、告示等で行われた包括（一括）指定が、後の何らかの行政庁の行為により具体的な道に適用された場合、包括指定が具体的適用により違法状態をまねくという意味で、そもそも具体的道を見捨てて行われた包括（一括）指定には違法性が「内在化」しており、この内在化された違法性が承継されると考えたからに他ならない。特に告示基準たる中心線の明白性から、中心線の位置そのものが争点となるような場合、後の何らかの有権的行為を争うしか、争う場のない場合が多いように思われる。すなわち、本稿に側せば、後の非処分成熟性が生じる場合と言える。

そうであるとするならば、いはば訴えの成熟性から違法性の承継を認めた平成 21 年最高裁判決は、林試の森事件最高裁判例と併せて読んだ場合、あながち、筆者のような理解が否定されるべきものではないということもできようか。

ただ、後の非処分を処分の違法性を承継すると構成し当事者訴訟たる確認訴訟で争う場合、次のような点が問題となりうるのかもしれない。

さて、都市計画エリアでの代表的な文献は、「確認訴訟の主たる眼目は権利義務紛争の個別的解決にあるから……（略）……違法とする判決が出て、その効力は当事者にしか及ばないので（相対効）……（略）……拘束力（行訴 41 条

1項, 33条1項)の働きに期待するほかない」⁽⁷⁷⁾と述べている。この指摘はいわゆる2項道路でも同様であろう。この見解は、おそらくは民事訴訟法での確認訴訟に関する通説が、その既判力に関し相対的効力説を採っているので⁽⁷⁸⁾、これに基づいているものと思われる。

ただ、筆者は、2項道路のような場合、具体的な道について2項道路かどうかの判断が裁判所で示された場合、訴訟当事者以外にもその効力を及ぼす必要があるから⁽⁷⁹⁾、当事者訴訟たる公法上の法律関係確認の訴については、民事訴訟と行政訴訟の相違から、例えば行政処分との連動を重視するなど絶対的効力説の可能性も検討されるべきではないかと考えている。あるいは、中心線の位置や2項道路かどうかは、対物処分と同様、非処分の行為によったとしても客観的「物」の状況の確認という「対物」への行為であるから、「対人」を基礎とする民事訴訟法の相対的効力との理解を、排除し、絶対的効力を確認判決に認めることも可能かもしれない。

七 課題と展望

平成21年最高裁判決は、本稿で分析を加えたように、「人」に焦点をあてた争う機会と訴えの成熟性から、安全認定と建築確認間に違法性の承継を認めた。

すでに本稿でも引用した阿部泰隆教授の裁判を受ける権利⁽⁸⁰⁾、争うタイミング⁽⁸¹⁾に近い理解を示した判断とも言えるようにも思われる。

その意味で、伝統的な違法性承継論から離脱したと評価されてゆくこととなるのであろう。もちろん、この点については、筆者も肯定的に考えている。

ただ、今後、その射程の範囲は問題となるであろう。その意味で、その推移を見守りたい。本判決は、違法性の承継で、いはば訴訟ルートを活用を拡大したケースと考えられるので、この点は重要であるし、加えて、本稿で示したようなエリアへの判例の拡大適用を願う⁽⁸²⁾。

注

- (1) 特に、第1の関心も同様ではあるが、第2の関心についても、阿部泰隆教授の論稿から触発や多くの発想を得た。このエリアでの阿部教授の代表的著作として、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ・Ⅱ 実質的法治国家を創造する変革の法理論』（有斐閣、2008-2009年）。
- (2) この点から筆者は政策法務に関心を与えて来たが、この点、田村泰俊=千葉実=吉田 勉『自治体政策法務』（八千代出版、2009年）。なお、筆者の政策法学は、阿部泰隆教授から多くの示唆を受けている。同教授のこのエリアでの代表的著作として、阿部泰隆『政策法学講座』（第一法規、2003年）、同『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年）、同『政策法務からの提言』（日本評論社、1993年）。
- (3) 筆者の1つの試みとして、田村編著『最新ハイブリッド行政法〔改訂版〕』（八千代出版、2006年）。
- (4) 例えば、高木 光=稲葉 馨編『ケースブック行政法〔第4版〕』（弘文堂、2010年）は、その項目として、「個別法の解釈と行政活動の違法性」が、「行政処分」「行政指導」等のいわゆる行政の行為型式と、行政の「実効性確保」の後に置かれている（高木 光=稲葉 馨・前掲書注4）182頁以下）。しかし、例えば、行政の実効性確保や行為型式の選択は、そもそも具体的な個別行政エリアで現実に定められなければ行うことができない。筆者であれば、むしろ、行為型式等の前に置くべきとの発想を持つ。なお、加えて付言すれば、このケースブックは、そこで個別法解釈の実例として本稿でその対象としている建築基準法に言及し、次のようにその政策「目的」を説明している。すなわち、「建築の自由は国民の生命・健康・財産の保護のため必要最小限の制約を受けるべきであるとの価値観に立ち、知事や建築主事等の行政機関に、建築物の敷地、構造、設備、用途の制限に関わる種々の権限を与えて、その価値観を具体化し実現しようとする法律である」（高木 光=稲葉 馨編著・前掲書注4）182頁）という、いはば古典的な警察行政法令として説明している。

しかし、現代の建築基準法を中心とする建築関連法令は、より積極的な、まちづくりや環境といった政策「目標」も合わせて有している。例えば、「宅地開発についても……（略）……昭和43年都市計画法に開発許可制度が導入（特別区は現在面積500m²以上）されるまで建築行政が受け持ってきている」（塩田徳二『建築行政と道路問題（杉並区狭あい道路拡幅事業とその実績）』37頁（財団法人 杉並区まちづくり公社、1999年））に加え、「地区計画制度」（昭和55年）は、都市計画法に導入され、建築基準法にも“予定道路の指定”などが規定された」（塩田・前掲書注4））に付

東京都建築安全条例上の「認定」と行政訴訟での違法性の承継

されている「建築行政と道路問題」3頁)ことからこれを知ることができよう。また、最近の行政実務の動きとして、2010年東京都は、9月より、法律による基準容積率は東京都の許可によりその緩和が可能なことから、環境や高齢者対策に配慮した場合、その緩和の対象とすることとした(NHK2010年5月3日7時台ニュース報道)。

確かに、まちづくりは都市計画法を中心に行われている(このエリアでの最近の文献として、内海麻利『まちづくり条例の実態と理論——都市計画法制の補完から自治の手立てへ——』(第一法規, 2010年))。しかし、建築基準法を中心とする建築行政も、歴史的な沿革、現在の行政実務等は、環境やまちづくり行政もその政策目標であることを忘れてはならない。一方で、同ケース・ブックが別の章で採り掲げている(高木 光=稲葉 馨編・前掲書注4)337頁以下)建築基準法59条の2、都市計画法8条1項による総合設計許可及び都市計画許可に関する最判平成14年1月22日民集56巻1号46頁、判時1781号82頁が、快適な居住環境の確保と地震・火災等からの居住者への被害の防止双方を指摘するのも警察行政法令以外の趣旨も含むものと思われる。

今後の改訂の際、ここで指摘したことが参考とされることを望みたい。

- (5) 最(1小)平成14年1月7日民集56巻1号1頁、判時1777号40頁、判タ1085号173頁。
- (6) 田村「行政事件訴訟法における訴訟ルート選択の混乱と処分性の問題——建築基準法上の『包括指定』たる2項道路を契機として——」明治学院大学法学研究第76号125頁以下(2003年)。
- (7) 田村・前掲論文注6)143-146頁、田村「建築基準法上の二項道路と救済——改正行政事件訴訟法と行政不服審査法をめぐって——」慶應義塾大学法学研究第78巻第5号276-278頁(2005年)。
また、最近、筆者と同様、2項道路について当事者訴訟を平成14年判決の下でも認められるとする見解を示した文献として、小早川光郎『行政法講義(下Ⅲ)』334頁(弘文堂, 2007年)。
- (8) 田村「建築基準法上の2項道路と施行規制の改正に伴う行政訴訟での要件判断——信義則に関する2つの判例を手がかりに——」明治学院大学法学研究第85号1頁以下(2008年)。
- (9) 田村「建築基準法上の二項道路と公法上の法律関係確認の訴での違法性——違法性承継論を手がかりに——」『慶應義塾創立150年記念法学部論文集 慶應の法律学 公法Ⅱ』181頁以下(慶應義塾大学法学部, 2008年)。
- (10) この条例については、東京都建築士会編『東京都建築安全条例とその解説(改訂32版)』(北斗社, 2007年)。

東京都建築安全条例上の「認定」と行政訴訟での違法性の承継

- (11) 「仕組み」とのコンセプトについては、塩野 宏『行政法Ⅰ〔第5版〕行政法総論』58頁（有斐閣、2009年）参照。
- (12) 法システム等のコンセプトについては、阿部泰隆『行政の法システム（上）（下）〔新版〕』（有斐閣、1997年）からおかりした。
- (13) 最高裁判所ホームページ。
- (14) 田村・前掲書注3）頁以下。
- (15) 最（一小）判平成21年12月17日判タ1317号81頁。
なお、この最高裁判決に関しては、仲野武志教授による報告が、2010年7月16日の行政判例研究会で行なわれたが、現時点でその内容を承知していないので参照はなし得なかったことをおことわりしておきたい。
- (16) 判例タイムズ1317号81頁。
- (17) なお、本稿は「訴えの成熟性」についてそれを直接の対象とするものではないので、この理論についての文献は基本的には略することをおことわりしておく。ただ、最も代表的文献として、塩野 宏『行政法Ⅱ〔第5版〕』108頁以下（有斐閣、2010年）のみここでは掲記しておくこととしたい。
- (18) 判例タイムズ1317号81-83頁。
- (19) 田村「建築基準関係法令と改正行政事件訴訟法での管理組合の原告適格」明治学院大学法科大学院ローレビュー第6号25頁以下（2007年）。
- (20) 判例タイムズ1317号83頁。
- (21) 田村「建築基準法43条2項に基づく条例上の『認定』と行政争訟における処分性」明治学院大学法学研究第81号29頁以下（2007年）。
- (22) この点に関する筆者の分析として、田村「住民訴訟（納税者訴訟）」小川英明＝松沢 智＝今村 隆編『新・裁判実務大系18 租税争訟〔改訂版〕』308頁以下（青林書院、2009年）。
- (23) 判例タイムズ1317号82頁。
- (24) 田中二郎『新版 行政法（上）〔全訂 第2版〕』147頁（弘文堂、1974年）。
- (25) 田中・前掲書注24）327頁。
- (26) 田中・前掲書注24）330-331頁。
- (27) 杉村敏正＝室井 力編『行政法の基礎』126頁（保木本一郎執筆）（青林書院新社、1977年）
- (28) 山田幸男＝市原昌三郎＝阿部泰隆編『演習 行政法（上）』266-267頁（青林書院新社、1979年）、ほぼ同様の説明として、金子芳雄＝広岡 隆＝山本徳栄編『行政法 上』130頁（市原昌三郎執筆）（法学書院、1974年）。
- (29) 塩野 宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』148頁（有斐閣、2009年）。
- (30) 塩野・前掲書注29）148-149頁。

東京都建築安全条例上の「認定」と行政訴訟での違法性の承継

- (31) 最（三小）判昭和 39 年 5 月 27 日民集 18 卷 4 号 711 頁。
- (32) 最（二小）判昭和 50 年 8 月 27 日民集 29 卷 7 号 1226 頁。
- (33) 最（二小）判昭和 25 年 9 月 15 日民集 4 卷 9 号 404 頁。
- (34) 判例タイムズ 1317 号 82 頁。なお、農地買収計画と処分との関係を中心に論じる文献として、浅賀 栄『行政訴訟実務総攬（改訂版）』240 頁以下（酒井書店、1978 年）。
- (35) 市川正人＝曾和俊文＝池田直樹『ケースメソッド 公法〔第 2 版〕』66 頁（日本評論社、2008 年）が理解し易い説明を適切に行っているため、これを参照し、そこで示されているフローに従った。
- (36) 熊本地判昭和 43 年 11 月 14 日行集 19 卷 11 号 1727 頁。
- (37) 市原昌三郎＝広岡 隆＝外間 寛『ワークブック行政法〔新版〕』91-92 頁（保本一郎執筆）（有斐閣、1986 年）。
- (38) 札幌地判平成 9 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁。本件については、市川正人＝曾和俊文＝池田直樹・前掲書注 35) 68-69 頁、及び同 81 頁で引用されている、大貫裕之・平成 9 年度重要判例解説 49 頁以下（1998 年）、山村恒年・判例自治第 178 号 109 頁以下（1998 年）、松本祥志・法学セミナー第 518 号 18 頁以下（1998 年）、常本照樹・国際人権第 9 号 51 頁以下（1998 年）、中村英樹・法政研究第 64 卷第 4 号 833 頁（1998 年）、国際法エリアからの文献として、今井直・国際法判例百選 98 頁以下（1998 年）、岩沢雄司・国際人権第 9 号 6 頁以下（1998 年）。
- (39) 市川正人＝曾和俊文＝池田直樹・前掲書注 35) 67 頁以下、大橋洋一＝斉藤 誠＝山本隆司『行政法判例集 総論・組織法〔第 2 版〕』316 頁以下（有斐閣、2006 年）が、このエリアでの代表的文献であろう。
- (40) 市川正人＝曾和俊文＝池田直樹・前掲書注 35) 67-68 頁。
- (41) 福井秀夫「土地取用法による事業認定の違法性の承継」西谷 剛他編『政策実現と行政法』（有斐閣、1998 年）。なお、東京高決平成 15 年 12 月 25 日判時 1842 号 19 頁。このケースを引用する、大橋洋一＝斉藤 誠＝山本隆司・前掲書注 39) 317 頁。
- (42) 判例タイムズ 1317 号 81 頁。
- (43) 宇賀克也『行政法概説 I』288 頁以下（有斐閣、2004 年）。
- (44) 田村・前掲論文注 9) 199-203 頁。
- (45) 代表的見解として、小早川光郎『行政法講義〔下 II〕』186 頁（弘文堂、2005 年）、芝池義一『行政救済法講義〔第 3 版〕』72 頁（有斐閣、2006 年）。
- (46) 原田尚彦『行政法要論〔全訂第 6 版〕』184 頁（学陽書房、2005 年）。
- (47) 小早川光郎「先決問題と行政行為」『田中二郎先生古希記念 公法の理論 上』373 頁以下（有斐閣、1976 年）、それを引用する塩野・前掲書注 11) 152 頁。

- (48) 判例タイムズ解説は、「現在の学説の有力な見解は、先行処分が後続処分にとって先決性を有するかという実体的視点に」（判例タイムズ1317号82頁）と述べているのは、文献引用がないので確定的なことは言えないが、小早川・前掲論文注47）を意味するのかもしれない。
- しかし、遮断効から見た場合、原田・前掲書注46）からも、それは、行政処分以外も含むし、行政手続的視点も入っていると理解すべきものように思われる。
- (49) 阿部・前掲書注1）II 178-179頁。また、関連する重要な文献として、阿部泰隆「収用と補償の諸問題（上）（下）」自治研究第62巻第11号・12号（1986年）。
- (50) 判例タイムズ1317号82頁。
- (51) 本件については、代表的文献として、日本弁護士連合会行政訴訟センター編『最新重要行政関係事件実務研究』131頁以下（青林書院、2006年）、佐藤英世・ジュリスト第1332号50頁（2007年）、山田健吾・法学セミナー増刊速報判例解説2007年10月号51頁以下、山村恒年・判例地方自治285号112頁以下（2007年）、久保茂樹・民商法雑誌第136巻第2号267頁以下（2007年）、野呂充・受験新報2007年1月号20頁以下、岡田正則・法学セミナー第627号115頁（2007年）。
- (52) 田村・前掲論文注9）196-199頁。
- (53) 最（2小）判平成18年9月4日判時1948号26頁、判タ1223号127頁、東京高判平成15年9月11日判時1845号54頁、東京地判平成14年8月27日判時1835号52頁。
- (54) その他重要な参考文献として、斉藤浩『行政訴訟の実務と理論』180頁以下（三省堂、2007年）、行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』205頁以下（ぎょうせい、2007年）、南博方＝高橋滋編著『条解行政事件訴訟法〔第3版〕』151頁以下（2006年）。なお、本稿は平成21年判決を建築行政エリアから分析を試みるものであり、違法性承継論一般を対象とするものではないから、文献引用も本稿の目的とスタンスに添った必要最小限のものに止められているので、他の違法性承継論に関する文献の引用は略することをおことわりしておく。
- (55) 判例タイムズ1317号82頁。
- (56) 司法研究所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』187頁（法曹会、2000年）を判例タイムズ1317号82頁は、引用している。
- (57) 判例タイムズ1317号82頁。
- (58) 対物処分については、阿部泰隆『行政法の進路』254頁以下（中央大学出版部、2010年）。
- (59) 判例タイムズ1317号82頁。
- (60) 判例タイムズ1317号82頁。
- (61) 阿部・前掲書注1）II 177頁以下。特に、「裁判を受ける権利が実質的に保障

東京都建築安全条例上の「認定」と行政訴訟での違法性の承継

されているかどうか」(阿部・前掲書注1)) 178頁。

- (62) 最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁。
- (63) 最大判平成20年9月10日民集62巻8号29頁。本件に関する代表的評釈等として、山本隆司・法学教室第339号57頁以下、同第340号73項以下(2009年)、山村恒年・判例地方自治第313号67頁以下(2009年)、宇賀克也・別冊判例タイムズ第25号278頁以下(2009年)、大貫裕之・判例時報第2069号164頁以下(2009年)、大久保規子・法学セミナー第649号123頁(2009年)、人見剛・平20年度重要判例解説52頁以下、中川丈久・法学教室第341号20頁以下(2009年)、白藤博行・法学セミナー増刊速報判例解説第4号47頁以下(2009年)、山下竜一・民商法雑誌第140巻第3号344頁以下、和久田道雄・法律のひろば第61巻第12号49頁以下(2009年)、松浦基之・法と民主主義第432号47頁以下(2009年)、藤巻秀夫・札幌法学第20巻1=2号113頁以下(2009年)、渡邊互・白鷗法学第15巻第2号181頁以下、江原勲・判例地方自治第312号5項(2009年)、市野瀬音子・税研JTR第124巻第3号80頁以下(2009年)。
- (64) 塩野・前掲書注17) 108-109頁、阿部・前掲書注1) II 101-102頁、115頁以下。
- (65) 塩野・前掲書注17) 108頁。
- (66) 塩野・前掲書注17) 108頁。
- (67) 阿部・前掲書注1) II 118頁。
- (68) 塩野・前掲書注17) 108頁。
- (69) このような点に着目している文献として、金子正史『まちづくり行政訴訟』(第一法規、1998年)、及び「違法性の承継(広義)」とのコンセプトを利用する金子・前掲書の書評として、久保茂樹・ジュリスト第1359号115頁(2008年)。
- (70) 阿部・前掲書注1) II 118頁。
- (71) このように、本稿は、建築行政での紛争の研究の一環なので、違法性承継論一般をその対象としているものではない。そこで、文献引用もそのスタンスから必要最小限のものとなっていることをおことわりしておく。
- (72) 平成22年5月18日川崎市開発審査会裁決。なお、川崎市の裁決には事件番号等は付されていない。
- (73) 田中・前掲書注24) 330-331頁。
- (74) 筆者は、後の行政庁の行為が非処分であってもそれは当事者で争いうるとの論理を採っている(田村・前掲論文注9))、検査済証交付が処分か否かは別として訴訟の対象となることとなる。
- (75) 最(1小)判平成14年1月7日民集56巻1号1頁。
- (76) 田村・前掲論文注9)。
- (77) 久保茂樹「都市計画と行政訴訟」芝池義一=見上崇洋=曾和俊文編著『まちづ

くり・環境行政の法的課題』90頁（日本評論社，2007年）。

- (78) 本稿の直接のテーマではないので文献は略することをおことわりしておく。
- (79) この点については、野口和俊弁護士より御指摘を受けた。なお、当事者訴訟の確認訴訟での絶対的効力説についても、同様に、本稿の直接の対象ではないので、関係文献は略することを合わせておことわりしておく。
- (80) 阿部・前掲書注1) II 178-179頁。
- (81) 阿部・前掲書注1) II 118頁。
- (82) なお、2項道路を違法性の承継で説明するのは問題だとの見解もある。しかし、当事者が、道路調書への書き入れ（非処分）そのものではなく、具体的な道への包括処分そのものの適用を争い処分を対象とする場合（最高裁平成14年判決のおそらく立場）、抗告訴訟たる無効等確認の訴では対応できない場合が想定される（この点、すでに別稿で示した）。そうすると「処分そのものの違法」という構成を法理論としては採らざるを得ない。そこで、告示等により、対象となし得ない道にも観念的にはその程度の告示内容では告示（包括処分）がなされたという意味で違法性が内在し、取消訴訟は出訴期間から利用できないから、これが当事者訴訟に承継されると考える。

もちろん、本来は、包括指定（告示）を「行政立法」と構成し、その後の行政の有権的行為こそ「処分」とすれば何ら問題はなかったはずである。最高裁判決の矛盾を知っていただくための説明でもある。

なお、本稿脱稿後に、次の文献に接した。野口貴公美「当事者訴訟の利用の可能性」法学教室第360号（2010年）。

- [追記] 本稿脱稿後に平成21年判決に関する次の文献に接した。大久保規子・法学セミナー第667号119頁（2010年）、羽根一成・地方自治職員研修第43巻第5号54頁（2010年）、岩橋浩文『都市環境行政法論—地区集合利益と法システム—』（法律文化社，2010年）。