

# 違法性承継論の動向

由喜門 眞治

## 【目次】

1. はじめに
2. 学説と判例
3. 都市計画争訟制度案と承継論
4. おわりに

## Ⅰ はじめに

違法性承継論は、相連続していくつかの処分が行われた場合に、先行処分に不可争力が発生しても、後行処分を争う際に、原告が先行処分の違法の主張をした場面に一般的に登場する<sup>1)</sup>。裁判所により先行処分の違法の主張が認められれば、その違法性が後行処分に承継されたということになる。ここでは、権利救済の要請と法的安定性の確保という二つの要請をいかに調整するかが問題となるが、行政事件訴訟法（以下、行訴法という）が出訴期間を設け、法的安定性を早期に確保する趣旨であることを考慮すると、その要請を上回る権利救済の要請がある場合に承継を認めることになろうが、それはどのような要件のもとで判断するかが、違法性承継論の中心的課題となる。他に、先行行為が処分でない場合も、違法性承継論に取り込むか否かという論点もあるが、ここでは先行行為を処分とすることを前提とする<sup>2)</sup>。

承継論については、多くの論稿が存在するが<sup>3)</sup>、本稿では学説、判例を整理し、最近の判例や都市計画争訟制度に触れ、承継論の現状と動向を述べてみたいと考えている。

## Ⅱ 学説と判例

### 1. 承継論に関する学説・判例

田中二郎<sup>4)</sup>は、一つの手続ないしは過程において複数の行為が連続して行われる場合で、これらの行為が結合して一つの法効果の発生をめざす場合に承継を認め、別個の効果を目的とする場合には承継を否定する。したがって、複数の行為が関連するとしても一つの効果の発生をめざす場合としているので、目的となる特定の法効果を見出すことが必要となる。判例は、現在も承継の認否については基本的に本説に立脚している<sup>5)</sup>。

遠藤博也<sup>6)</sup>は、先行行為の具体的違法事由が後行行為の法律効果と関係すること、すなわち先決問

1) 阿部泰隆「違法性の承継」行政判例百選Ⅰ（第三版）174頁。

2) この問題も含めて、違法性承継を意思決定の瑕疵の承継として先行行為を処分に限定しないものとして、山村恒年・行政過程と行政訴訟（信山社、1995年）27頁（初出「違法性承継論の再検討」民事研修388号10頁以下（1989年））。

3) 承継論に関する諸学説（美濃部、田中、遠藤、小早川説等）を検討するものとして、岡田春男・行政法理の研究（大学教育出版、2008年）57頁以下（初出「行政行為における違法性の承継」大阪学院大学法学研究10巻1＝2号207頁（1985年））。

4) 田中二郎・新版行政法上巻全訂第二版（弘文堂、1974年）327頁。芝池義一・行政法救済法講義（第3版）（有斐閣、2006年）73頁は、承継の要件として田中説を引用する。

5) 司法研修所編・改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究（法曹会、2000年）186頁。

6) 遠藤博也・行政法スケッチ（有斐閣、1987年）307頁（以下、本書をaという）、同・行政行為の無効と取消（東京大学出版会、1968年）336、345頁参照（以下、本書をbという）。小早川光郎「先決問題と行政行為」雄川編・公法の理論上（有斐閣、1976年）387頁も、この見解を支持する。

題であること（実体法的側面）と、権利救済の必要性（手続法的側面）を承継の要件とする。そして、後者については、先行行為に対する争訟手段が整備されていても、先行行為が後行行為によって完成されるべき「法効果実現にむけて行われる一連の手続の一環を構成するものにすぎない」ので、後行行為にいたるまで「争訟提起の切実性がそれほど深刻に感じられない」場合には、先行行為に対する争訟の可能性が承継を排除する趣旨ではないとする。

遠藤説は、後行処分の実体法的側面から先行処分の具体的違法事由の範囲を決めるとした点で特色をもつ。その際、違法性の承継を認める場合に、複数の行為を一つの法効果実現の一連の手続と位置づけていることから田中説の影響を受けているといえるであろう。しかし、一つの法効果実現という目的を承継の要件とすることについては（以下、これを目的要件という）、違法性の承継が否定される典型例である課税処分と滞納処分は、いずれも租税の徴収という一定の法効果実現を目的とするともいえることから、有効な要件とはいえないとの指摘がある<sup>7)</sup>。

課税処分と滞納処分を例にすると、「課税要件を具えていない者から税金を強制徴収することは許されないという常識的な判断」により、先決性が決まる<sup>8)</sup>と考えられるので、あれ（先行行為の要件）なければこれ（後行処分の法律効果）なしという関係があれば、先決性の要件をみだすことになるであろう。当然のことであるが、先行処分が無効であれば不可争力は発生しないので、違法性の承継の問題ではなく、後行処分が無効の主張はなし得る。遠藤説は、むしろ、手続法的側面を指摘した点が重要である。ここで、手続は争訟手続を示していると思われる<sup>9)</sup>。先行処分を抗告訴訟で争うことができるのであるから、先行処分の段階で、その救済手段を使うという客観的な「切実さがみとめられないときに、主要な論点を全力投球で争うことを強いるのが酷な

場合」<sup>10)</sup>が問題となるが、この問題は実体法的側面と有機的に連関しており、先行処分が一つの法効果実現のための手続の一部であるという場合になるのであろう。そうすると、この点でこの目的要件は意義をもつことになる。なお、遠藤説の反対解釈により先行処分の段階で救済を求める切実さが存するにもかかわらず、争訟提起しなかった場合は、承継の否定を導くことができる。

この点に関し、岡田春男<sup>11)</sup>は、先行行為の取消訴訟についての出訴期間制限規定が法律関係の早期確定の趣旨であるので、違法性の承継は原則否定され、例外的に、「先決関係をなして相連続する行政行為間について」、利害関係人に特段の事情ある場合と承継を認める実定法の明文の規定ある場合には肯定されると述べる。そして、特段の事情としては権利防衛本能を刺激しないような場合に「出訴期間が経過する場合をあげ、その事情に該当しない場合として「権利防衛の措置を講ずるのが自然と思われる状況において出訴期間を漫然と徒過した場合」であるとする。例えば、事業認定については、遠隔地に居住する土地所有者が、事業認定の告示も知らず、また補償の通知も受けていないというような場合であれば、事業認定を争わないことに特段の事情があることになるのであろう。この見解に対しては、利害関係人の特段の事情を承継認否の基準とすると、同一の処分について、それを争う者により承継を肯定する場合と否定する場合が生じるという指摘がなされている<sup>12)</sup>。それに対しては、岡田は課税処分の無効につき瑕疵の明白性を不要とした最高裁昭和48年4月26日判決・民集27巻3号629頁を根拠にして、被処分者の個別の事情を考慮することは合理的であると反駁する<sup>13)</sup>。また、岡田説には、被任用者の特段の事情に承継を左右させることは、起業者や被任用者が承継ありと予測して、あるいはなしと予測して適切に行動することを困難にするのではないかと

7) 例えば、山内一夫・行政法（第一法規、1986年）437頁。

8) 小早川・注6、387頁。

9) 遠藤・注6 b、345頁以下参照。

10) 遠藤・注6 a、307頁。

11) 岡田・注3、75頁。

12) 福井・注26、268頁。

13) 岡田・注3、110頁（初出「ドイツにおける行政行為の再審手続—違法性の承継との関連において—」大阪学院大学法学研究25巻2号83頁（1999年））。

いう指摘がなされている<sup>14)</sup>。ただ、特段の事情に、被収用者が後行行為によって完成されるべき「法効果実現にむけて行われる一連の手続の一環」として先行処分をとらえ、先行処分を争わなかったという場合を含めるとすれば、その先行処分の一連の手続における位置づけについての裁判所の判断が承継認否を決めることになるので、承継についての肯定説との違いは相対化するであろう。

遠藤説の手続法的側面という手続の範囲を争訟手続と述べたが、小早川光郎は課税処分の一環としての主張する根拠として、課税処分には理由附記を場合により法律が要求し、通知書の送達が発成立要件となり、不服申立・訴訟制度が用意されていることをあげることから、争訟手続のみならず行政（事前）手続も含めている<sup>15)</sup>。岡田説も、小早川のいう手続を前提にする<sup>16)</sup>。

阿部泰隆<sup>17)</sup>は、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否かが、承継の判断基準となるとする。そして、先行処分について、通常人であれば争うことが期待しにくいのであれば、承継を肯定すべきであり、逆に、通常人であれば訴訟を提起すべきときに、出訴期間を徒過しているのであれば承継は否定されるとする。通常人であれば訴訟を提起すべきか否かに関して、阿部は、課税処分と滞納処分については、課税処分の救済方法は教示されるし、課税処分に従わなければ滞納処分を受けることは常識であるので、承継を否定しても合理的であり、事業認定の段階では土地所有者が収用裁決において決められる補償金額を知らないことなどを承継肯定の理由としてあげている<sup>18)</sup>。また、阿部は、行政手続を「違法な処分から身を守る有力な武器」<sup>19)</sup>ととらえ、行政救済法の一環として位置づけることから裁判を受ける権利の実質的保障を考

慮するに当たっては、行政手続も含める趣旨であろう。したがって、行政手続、争訟手続も含めた法制度からみて、処分を争う者の判断が合理的か否かを検討するという立場であろう。裁判を受ける権利を根拠に権利救済の必要性を重視する点が特色である。

宇賀克也<sup>20)</sup>は、取消訴訟の排他的管轄を根拠に、原則承継を否定し、例外的に承継を肯定する場合として、先行行為を取消訴訟の排他的管轄に服せしめることが、実効的権利救済の点から不合理であり、先行行為の法効果の早期安定の要請を犠牲にしても、実効的権利救済の要請を優先すべき場合をあげる。そして、その判断のためには、手続的権利保障が不十分であれば、承継肯定に傾くと述べる。ただ、厳密にいうと承継を肯定しても、取消訴訟の排他的管轄を害することにはならないであろう<sup>21)</sup>。後行処分の取消訴訟で後行処分が先行処分の瑕疵を理由に取り消された場合に、先行処分も判決の形成力により取り消されることにはならず、拘束力により判決理由中の判断にしたがって先行処分庁が先行処分をやり直すということになるからである。この見解は、取消訴訟の排他的管轄と手続的権利保障を結びつける点、手続について行政手続の整備の程度を重視する点が特色である。

山本隆司<sup>22)</sup>は、違法性承継の認否の基準として、先行行為の違法性を是正する手続を先行行為の段階に組み込むことに強い合理性があること、先行行為の違法性を後行行為の段階で是正することが、先行行為・後行行為を通じた行政過程ないし行政手続全体に著しい混乱をもたらすことを避け、さらに関係者に対する手続保障の程度、権利保護手続の実効性（先行行為を争うことを強いる十分に実効的な権利保護手続が定められている）を承継肯定の要件とする。

14) 山田・注25、310頁。

15) 小早川・注5、388頁。

16) 岡田・注3、70頁。

17) 阿部泰隆・行政法解釈学Ⅱ（有斐閣、2009年）178頁。

18) 阿部「収用と補償の諸問題（上）」自治研究62巻11号20頁（1986年）。

19) 阿部・注17、4頁。

20) 宇賀克也・行政法概説Ⅰ 行政法総論【第3版】（有斐閣、2009年）326頁。

21) 塩野宏・行政法Ⅰ【第5版】（有斐閣、2009年）148頁では、違法性の承継は取消訴訟の排他的管轄というよりも出訴期間の問題であるとするが、後行処分が取り消されると先行処分の効果は無に帰することになるので、取消訴訟の排他的管轄とは無関係ではないとする。

22) 山本隆司「判例から探求する行政法第8回」法教340号74頁（2009年）。

前述のように出訴期間規定の趣旨を考慮すると、違法性承継を否定する場合に、先行行為を争わせる強い合理性の存在（下線部 引用者）とするまでもないであろう。また、同様に出訴期間の趣旨を考慮すれば、承継を否定する場合として、承継を肯定することによる著しい混乱の発生（下線部 引用者）とするまでもないであろう。混乱が発生する場合には、事情判決で対応できる場合があるであろう。また、行政手続の整備の程度を重視するのは、宇賀説などと同様である。

これらの学説を参考にすると、私見は次の通りである。違法性の承継の認否は後行処分にとり先行処分の瑕疵が先決性を有することを前提として、権利救済の必要性を考慮して決せられる。権利救済の必要性を考慮する際には、出訴期間の規定に裏付けられる法的安定性の要請を考慮してもなお、承継を肯定すべきとする関連法制度に内在する合理的理由の存在を検討することになる。具体的には、処分により侵害される、あるいはそのおそれのある権利・利益を保護するための行政手続の整備の程度、より広く争訟のための手続整備の程度、そしてそれらが仮に整備されているとしても先行処分について争訟を提起しない場合に、不提起について関連法制度に基づく合理的な理由の有無を検討することになる。なお、承継は原則否定、例外肯定とする見解（宇賀説）において、承継を例外的に肯定する場合でも、行訴法の出訴期間の趣旨を考慮し検討することになるので、原則例外という立場をとらないとしても、前述の権利救済の必要性の考慮要件に早期の法的安定性の確保という要請が加わり、それ相応の重み付けをもって、他の要件と衡量されるので、結論として違いはないであろう。また、承継を主張する者個人の特段の事情の有無により承継の認否を決すとの見解において、法制度に内在する理由に基づき先行処分を争わないこと（先行行為が後行行為によって完成されるべき法効果実現にむけて行われる一連の手続の一環を構成するものであるから先行行為を争わなかったという場合）を特段の事情と認めれば、個人的事情により承継認否を判断しない他説との違いは相対化されるであろう。

## 2. 最近の判例と承継論

（一）最高裁平成21年12月17日判決・判時2069号3頁<sup>23)</sup>は、建築基準法43条2項に基づき定められた都建築安全条例において、安全上支障がないとして、条例により加重された接道義務を軽減する処分（以下、安全認定という）の違法を建築確認取消訴訟で周辺住民が主張できることを認めた。なお、原告は、安全認定の取消訴訟も提起したが、出訴期間の経過を理由に却下されている。

その理由として、概略次のものをあげる。

a 「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、「避難又は通行の安全確保という同一の目的を達成するために行われ」、「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、「建築確認と結合して初めてその効果を発揮する」ものである。

b 安全認定の存在を、それを争う予定の周辺住民に速やかに知らせる手段が建築確認の場合（建基89条1項）のように用意されていないし、建築確認があるまでは工事が行われることもないので、周辺住民がその存在を速やかに知ることができるとは限らず、争うための手続的保障が十分ではない。

c 仮に安全認定の存在を知ったとしても、不利益が建築確認により現実化すると考えて、その段階で争訟を提起するという判断をしても不合理ではない。

すなわち、建築確認の法効果が安全認定の瑕疵と密接な関係を有することを前提にして（上記 a 遠藤説の実体法的側面あるいは目的要件）、ここでの違法性の承継を認める決め手は権利救済の必要性であるといえるであろう。救済手段である先行行為に対する訴訟の利用を促す手続的保障の程度（b）、先行行為に係る救済手段を利用しないことの合理的理由の有無（c）にかかることを示している。ここで手続的保障は、処分後の公示手続が存しないので十分ではないことをいう。そして、先行行為に係る救済手段を利用しないことの合理的理由として、不利益の現実化を指摘しているのは興味深い。不利益の現実化は、法制度に内在する理由（a）、すなわち、安全認定が建築確認と結合して、同一の目的を実現

23) 本判決解説として、北村和生・TKCローライブラリー速報判例解説行政法№70、大久保規子・法セミ667号119頁。

するもので、建築確認がなされることにより、両者結合して目的が完成するということと一体と考えることもできるであろう。

(二) さらに先行行為の処分性を否定する従前の判例の立場を変更して、その処分性を肯定した場合にも、違法性の承継が問題となり得る。土地区画整理事業計画の決定の処分性を肯定した最大判平成20年9月10日判決・民集62巻8号2029頁がそれである。そこで、近藤裁判官の補足意見(今井裁判官が同調)は、土地区画整理事業計画の決定の処分性を認めたのであれば、それを取消訴訟で争うことができ、事業計画の適否に関する争いは早期に確定させることが合理的であるので、後行処分である仮換地の指定や換地処分には、その違法性は承継されるべきではないとする。先行行為の処分性を肯定することに伴う後行処分への承継の認否という問題である。都道府県・市町村が事業計画を定める場合の法定手続は、事業計画を公衆に縦覧し、利害関係者の意見書の提出を定め、都計審議会が意見書を審査した後に(手続は不服審査法の異議申立ての審理規定の準用)、意見採択の議決あれば知事は必要な修正をし、あるいは市町村に修正を求め(この場合には、修正部分について前述の公衆への縦覧に始まる手続をふまなければならない)、不採択の議決の場合には、その旨意見提出者に通知することになっている(区画整理55条)。この手続的保障を十分であるとすると、判例による制度についての解釈変更により経過措置として判決前に出訴期間が経過した土地区画整理事業計画決定について承継を認める必要を説く近藤意見は説得力をもつことになる。

(三) 名古屋地裁平成20年11月20日判決・判自319号26頁<sup>24)</sup>は、代執行費用納付命令取消訴訟において、措置命令(廃棄物19条の5)や代執行の違法が費用納付命令に承継されないとした。その理由は田中説に基づき、各々が別個の手続で別個の法律効果を目的とするというものであった。しかし、それらは生活環境保全上の支障の排除を実現するという一つの

目的をもつともいえるもので、むしろ権利救済上の必要性が承継認否の要件となると考える。すなわち、措置命令の手続や代執行の戒告あるいは代執行令書による通知といった代執行手続は手続的保障の点からは十分であり、措置命令や代執行過程の段階で不利益が現実化する制度であるので、費用納付命令にはそれらの違法性が承継されないと考えることができる。ただ、本件では、措置命令取消訴訟・無効確認訴訟が提起されていたが、その係属中に代執行が完了したので、狭義の訴えの利益を欠くとして却下されている。その場合には、訴えを変更して、不利益を排除するための代執行に係る差止訴訟や取消訴訟を提起しないことに合理的理由がないことを承継否定の理由としたとも考えられる。本判決も代執行について取消訴訟を提起できたのにもかかわらず、原告がそれを争わなかったことに触れている。

また、違法建築物是正命令と代執行の戒告との間では、承継は否定されているが、それは是正命令の手続的保障に問題もなく、そしてその段階で不利益が現実化しているからであろう。

先行処分が特定の相手方に対する個別的な行政処分であれば、本判決は目的要件(後行処分とは目的が別個であること)を主たる根拠にして承継を否定するが、逆に目的要件(目的が同一であること)を根拠にして肯定する場合もある。肯定する例としては、仮換地指定処分と建築物等の移転除却命令がある<sup>25)</sup>。

(四) 違法性の承継が認められる典型例である事業認定と収用裁決について検討する<sup>26)</sup>。判例は肯定するものが多い。

例えば、札幌地裁平成9年3月27日判決・判時1598号33頁は、概略次のように述べ、違法性の承継を認めた。ア両処分は、それらが結合して当該土地を取得するという法効果を完成させる一連の行政行為であり、その法効果の完成は収用裁決に留保されている、イ事業認定が独立の争訟の対象となるが、法律関係の早期確定を意図して事業認定を争わなけ

24) 土居正典「本判決解説」判自326号60頁。

25) 高松地裁平成2年4月9日判決・判時1368号60頁。これに対して、大場民男・続土地区画整理－その理論と実際－(新日本法規、1997年)87頁は、承継に否定的見解をとる。

26) これについては、岡田春男・注2、83頁以下(初出「事業認定と収用委員会の収用裁決」民商法雑誌113巻3号1頁(1994年))、山田知司「権利取得裁決」中野=飯村編・裁判実務大系29 公用負担・建築基準関係訴訟法(青林書院、2000年)298頁以下、小澤道一・逐条解説 土地収用法 <第二次改訂版>(ぎょうせい、2003年)711頁以下参照。

れば、その違法の主張を収用裁決で排除する趣旨ではない、ウ国民の権利利益に大きな影響を与える行政行為につき、各段階で争訟の機会を設けることにより、手続を慎重にし、手続・内容の適正を確保する趣旨である、と。被告収用委員会は、市町村長による起業地表示図面の長期縦覧(26条の2第1項)、土地所有者等への補償等の周知措置(28条の2)がなされ、事業認定の申請は、用地取得が相当進んだ段階で行われるというのが実情であるので権利者は不服申立ての機会を失うことはないことを理由に承継を認める必要はないと主張した。これに対して、判決は、前記イ、ウを述べ、土地所有者への通知は個別の通知ではなく、単に官報に告示されるだけで、告示内容も字名が表示される程度で地番の表示はなく、起業地表示図面の縦覧場所は市町村役場であるので、土地所有者等が実際に縦覧する可能性は乏しく、一般的には土地所有者等は収用裁決がなされて初めて事態の深刻さを認識するのが通常であるとした。判決の特色は、事業認定と収用裁決が国民の権利利益に対して与える影響の大きさゆえに、法的安定性の要請を犠牲にしても、違法性の承継を認め権利保護を図るというものであるが、法制度自体に存する問題点を指摘し、それを原因として事業認定を争わないことには合理的理由があることを認める。

学説にも肯定説が多いが、承継否定説もある。個人的事情を承継認否において考慮し、原則承継を否定する前述の岡田説の他に、福井秀夫<sup>27)</sup>は、事業認定申請後の起業地等の市町村長による公告・申請書の縦覧(収用24条2項)、それに対する利害関係人の意見書の提出(25条1項)、事業認定の告示(26条1項)、市町村長による起業地表示図面の長期縦覧(26条の2第1項)、起業者による土地所有者等への補償等の周知措置(28条の2)などから土地所有者等は事業認定を認識できること、行訴法における出訴期間設定の趣旨、土地収用法(以下、収用法という)が不服申立期間について不服審査法の特則(130条1項)を設けていることなどから関係法が事業認定の早期確定を図っていることを根拠とする。この説は、平成13年改正前の収用法に基づき展開さ

れている。その後、平成13年改正により、事業認定前の起業者による利害関係を有する者に対する事業目的・内容の説明の義務付け(15条の14)、利害関係者からの請求に基づく公聴会開催の義務付け(23条)、事業認定庁による社会資本整備審議会や審議会等の意見聴取・その尊重(25条の2)、事業認定の理由の告示(26条1項)が設けられたが、これらの規定により、さらに福井説は補強されるであろう。この説に対しては、平成13年改正をふまえたうえで、小澤道一は、違法性の承継は不可争力が発生した後でも違法性は消滅しないという点で、不可争力を超越した理論であること、事業認定の告示は官報や公報への掲載により行われるので、周知手段としては必ずしも十分ではないこと、出訴期間の起算日を告示日とするのが通説・多数判例であること、周知措置(28条の2)に関して、手続保留地についてはこの措置はとられず、起業者の確知しない者には個別の通知は行われず、また起業者が周知を懈怠することがあるので、この措置は必ずしも完全ではないことを理由に、承継を肯定する<sup>28)</sup>。個別の通知が採られていないのは、補償の事業認定時主義(71条)と結びついているからである<sup>29)</sup>。

これらを考慮すると、事業認定と収用裁決間の承継認否については、法制度自体の手続的保障が十分か否かの境界線をどのあたりに設定するか、その際被収用者の権利利益に対する影響の大きさをどの程度考慮するかが問題となるということであろう。ただ、行訴法の平成16年改正により、「正当な理由」があれば出訴期間の制限が緩和されるが、起業者の懈怠により、あるいは手続保留地であるがゆえに周知措置がなされない場合であれば、それらは「正当な理由」に該当する可能性があるが、告示については、それを知らなくても「正当な理由」にはならないので、否定説の立場にたつと事業認定を争う機会を失うことになり、肯定説が妥当であろう。問題は、実際には原告である被収用者が事業認定の告示により、それを知り、また補償等について周知されていた場合である。このような場合でも、前述のように多くの判例、通説は、複数の処分により一つの

27) 福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」西谷ほか編・政策実現と行政法(有斐閣、1998年)251頁以下。

28) 小澤・注26、713頁。

29) 小澤・注26、387頁。

### 3 都市計画争訟制度案と承継論

法効果を目指していることや告示の内容などを理由に、法制度として手続的保障が十分とはいえないので、承継を肯定してきた。平成13年収用法改正後でも、この見解を正当化する理由としては、被収用者の権利利益に対する影響の大きさ（これも個人差があるが）になるであろう。これを考慮すると、私は、解釈論としては、あえて承継を否定するまでもないであろうと考えている。

（五）最高裁平成17年12月7日大法廷判決・民集59巻10号2645頁（小田急事件）は、建設大臣（当時）が東京都に対して行なった小田急小田原線の連続立体交差化（高架化）事業認可（以下、都計事業認可という）の取消しを求めた周辺地域の住民の原告適格を、従来の見解を変更して認めた。都計事業認可に関する都市計画法（以下、都計法という）の規定の趣旨・目的、都計事業認可制度により保護しようとしている利益の内容・性質等を考慮すると、都計法は騒音、振動等により健康または生活環境に係る著しい被害を受けないという利益を保護する趣旨であるということを根拠とした。

本判決が「事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある」周辺地域の住民について、都計事業認可取消しの原告適格を認めたが、同様に、告示が土地収用法上の事業認定の告示とみなされる（都計70条）ので、収用裁決について原告適格を認めることになるのが問題となる。収用裁決は、被収用者の有する土地に対する権利を起業者に移転させる、補償金額の確定、被収用者に明渡義務を発生させるといった効果をもつものであり、収用裁決についての規定が第三者の利益を保護する趣旨ではないので、これについて第三者の原告適格は認められないであろう。したがって、土地所有者、関係人（収用8条3項）について都計事業認可と収用裁決間では、違法性の承継を肯定するとしても<sup>30)</sup>、前述の範囲の周辺地域住民については、両処分間に違法性承継の問題は生じないということになるであろう。

（一）現在、都市施設や市街地開発事業、および土地利用規制を定める都市計画決定について、争訟手続を定めることが検討されている<sup>31)</sup>。これまで処分性ではないとされてきた先行行為について、立法により争訟手段を定めることを考えるのであれば、違法性の承継をどうすべきかが問題となる。

都市計画争訟研究会（以下、研究会という）は都市計画決定（以下、都計決定という）について不服申立てに対する裁決について訴訟を認めるという裁決主義に立つ裁決取消訴訟案を提言し<sup>32)</sup>、他方、都市計画争訟のあり方検討委員会・ワーキンググループ（以下、委員会という）は都市計画違法確認訴訟案を提言する<sup>33)</sup>。違法性の承継については、各報告書には次のような記載が見られる。

まず、研究会報告書には、都計決定の違法性をいつまでも主張することにより法的安定性が害されること、承継が認められた瑕疵を理由に後行処分が取り消された場合に都計決定のやり直しにより、当初の利害調整手続の効果が著しく減殺され、手続への信頼を失墜することをあげて、承継を認めるべきではないとの考え方が示されたとの記述が見られる。また、その報告書によると、不服申立期間について他の不服申立制度の期間とのバランスを考慮し、都計決定について公聴会、公告・縦覧等の手続により決定以前から関係者に十分な周知がなされることを踏まえて不服申立てができることが議論されている<sup>34)</sup>。承継を否定する場合には、十分な行政手続の保障が必要であるという趣旨であろう。

委員会報告書は、都市施設・市街地開発事業に関する都市計画については、都計決定の段階で「施行区域内の地権者等が以後の建築制限の内容を認識することが容易である」ので後行処分の取消訴訟において都市計画の違法性の主張を制限することが考えられるとし、土地利用規制に関する都市計画については、後行処分がなされる段階になって「地権者等が建築制限または建築制限緩和の効果を認識するこ

30) 水戸地裁昭和47年1月27日判決・訟月18巻8号1253頁。

31) 大橋洋一「都市計画の法的性格」自治研究86巻8号3頁以下（2010年）。

32) 西谷剛「都市計画争訟について」新都市60巻9号77頁以下（2006年）。

33) 大橋洋一「都市計画争訟制度の発展可能性」新都市63巻8号90頁以下（2009年）。

34) 財団法人都市計画協会・都市計画争訟研究会「都市計画争訟研究報告書」注32、114・115頁。

とが一般的である」と考えられるので、後行処分  
の取消訴訟で都市計画の違法性の主張の制限は困難  
であるとする<sup>35)</sup>。また、訴訟制度についても検討して  
いる。ここで注意すべきは、地権者等の都市計画に  
よる建築制限の認識の難易に着目して、都市施設・  
市街地開発事業に関する都市計画については違法性  
の承継を否定し、土地利用規制に関する都市計画に  
ついては、承継を肯定するということである。委員  
会委員長である大橋は完結型計画については、計画  
訴訟でその瑕疵を是正する機会が用意されれば、後  
行処分にその瑕疵が承継されるという問題は予防的  
に解決されるとして、それでもなお承継が肯定され  
る事例は例外事例と述べる<sup>36)</sup>。

(二) ここでいずれかの都市計画争訟制度が立法化  
されるとすると<sup>37)</sup>、例えば都市施設に関する都市計  
画と、それに続く都市計画事業認可については、い  
ずれの報告書の立場でも違法性の承継が否定され  
ることになるであろう。そこで、違法性の承継を否定  
する場合には、明文の規定をおくことが解釈上の疑  
義を排するために必要であろうが、その場合に侵害  
される権利利益保護のための手続的整備が求められる。  
特に、小田急事件最大判で示された事業地の地  
権者以外の第三者である事業地周辺地域住民の、騒  
音、振動等により健康または生活環境に係る著しい  
被害を受けないという利益のための手続整備の程度  
が問題とされるべきである。都市計画の住民参加に  
ついては、多くの議論がなされているところである<sup>38)</sup>。

現行の都計法では、都市施設の都計決定（都市施  
設以外の都市計画についても同様である）は、「必  
要があると認めるとき」の「公聴会の開催等住民の

意見を反映させるために必要な措置」(16条)、公告・  
縦覧 (17条 1 項)、意見書の提出 (17条 2 項) など  
を経て決定・告示 (20条) される。これらの規定は  
権利保護のための手続としては不十分で、いわば「最  
低限の手続」として、自治事務である都市計画決定  
につき、各自治体により「手続の付加」が行われて  
いる<sup>39)</sup>。事実審型聴聞や前述の土地区画整理事業計  
画決定手続のような双方向型のコミュニケーション  
を実質化することが必要であろう。また、付言する  
と不服申立期間も含め不服審査制度の充実に向けた  
行政不服審査法の改正も早期に求められる。

## 4 おわりに

最後に本稿をまとめてみる。

違法性の承継の認否は、後行処分にとり先行処分  
の瑕疵が先決性を有することを前提として、権利救  
済の必要性を考慮して決せられる。権利救済の必要  
性を考慮する際には、出訴期間の規定に裏付けられ  
る法的安定性の要請を考慮してもなお、承継を肯定  
すべきとする関連法制度に内在する合理的理由の存  
在を検討することになる。具体的には、処分により  
侵害される、あるいはそのおそれのある権利・利益  
を保護するための行政手続整備の程度、争訟のため  
の手続整備の程度、そしてそれらが仮に整備されて  
いるとしても先行処分について争訟を提起しない場  
合に、不提起について関連法制度に基づく合理的な  
理由の有無、すなわち複数の処分が一つの法効果実  
現のための手続といえるか否か、不利益が先行処分  
の段階で現実化しているといえるか否かを検討する  
ことになろう。このような判断枠組みを用いて個別

35) 国土交通省都市・地域整備局都市計画課「人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調査業務報告書」注  
33、113頁。

36) 大橋・注31、25頁。

37) それが立法化されていない現段階では、処分性が認められた土地区画整理事業計画の決定と仮換地処分や換地処分との関  
係で違法性の承継が問題となる。私は土地区画整理事業計画の決定手続が利害関係人の意見を反映させるに十分なものであ  
り、土地区画整理事業計画の決定の段階で不利益が現実化しているため、仮換地処分や換地処分に違法性が承継するとはい  
えないと考える（前述② 2 (二)）。

38) 広く住民参加については、小高剛「住民参加」成田編・行政法の争点（新版）114頁、野口貴公美「行政過程における住  
民参加」芝池=小早川=宇賀編・行政法の争点（第3版）66頁。西田幸介「計画策定手続と参加—都市計画を素材として」  
芝池=見上=曾和編・まちづくり・環境行政の法的課題（日本評論社、2007年）171頁、大田直史「まちづくりと住民参加」  
同154頁、久保茂樹「まちづくりと合意形成手続」小早川編・[分権型社会を創る⑨]分権改革と地域空間管理（ぎょうせい、  
2000年）150頁。

39) 西田・注38、174頁。



的に判断されることになる。

最高裁平成21年12月17日判決は、目的要件、手続的保障の程度に着目して、第三者が承継を主張する場合には、安全認定と建築確認の間に承継を認めたが、目的要件について、さらに不利益の現実化の有無を考慮した点で特色をもつものである。

最大判平成20年9月10日判決のように先行行為の処分性を認めると、承継の認否を考慮しなければならないという問題が発生する。

先行処分が個別処分である場合には、処分の相手方に対する承継の認否は目的要件により判断するのが判例の傾向である。

一般処分である事業認定については、その効力発生要件を取用法は告示とする。これまで取用裁決との間では承継を肯定する判例が多かったが、取用法

の改正により手続が整備されたので、承継が否定される可能性はあるであろう。判例の動向が注目されるが、解釈論としては権利救済の必要性、手続的保障上の問題点を根拠に承継を肯定する見解が魅力的である。

また、やがて都市計画争訟手続が導入されることになろうが、明文の規定で違法性の承継を認めないとする事も予想される。その場合には、都市計画決定についての自治体を含めた手続的保障の拡充が必要である。

脱稿後、最高裁平成21年12月17日判決評釈として内山忠明・判時2087号170頁に接した。

また、同判決の評釈として、校正に仲野武志・自治研究87巻1号148頁に接した。