

8. 違法性の承継～最判平21.12.17【百選】81】

【論述例】

1 本件建築物の建築計画に対して建築基準法6条1項に基づき新宿区建築主事がした本件建築確認について、本件建築物の敷地の周辺に建物を所有し又は居住するXらは、その「取消しを求める」「処分の取消しの訴え」（行政事件訴訟法3条2項。以下「取消訴訟」という。）を提起している。

2 ここで、Xらは、本件安全認定は違法であるから本件建築確認も違法であると主張している。しかし、安全認定は、抗告訴訟の対象となる「処分」（同法3条2項）にあたるところ、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と主張することは許されるか。

(1) 行政処分は、たとえ違法であっても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有するものと解すべきである（公定力、取消訴訟の排他的管轄）。また、行政処分の早期の安定を図る趣旨で不可争力（取消訴訟の出訴期間制限、同法14条）が認められているのに違法性の承継を認めるとこの趣旨に反する。したがって、先行処分である安全認定が取り消されていない場合、たとえこれが違法であるとしても、その違法は後続処分である建築確認に承継されず、本件において本件安全認定が違法であるとの主張はできないのが原則である。

もっとも、実体法・手続法両側面からみて、本案の取消請求による権利救済上、先行行為の違法主張を認めるのが合理的な場合には、違法性の承継を肯定すべきである。具体的には、①相連続して行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、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目指しこれを完成するものであるかどうかという実体的基準に加え、②前段階の処分に対する争訟の手段が不十分かどうか、初期段階で争訟手段を尽くすべきかどうかといった事情を考慮すべきである。

(2) 本件条例4条1項は、大規模な建築物の敷地が道路に接する部分の長さを一定以上確保することにより、避難又は通行の安全を確保することを目的とするものであり、これに適合しない建築物の計画について建築主は建築確認を受けることができない。同条3項に基づく安全認定は、同条1項所定の接道要件を満たしていない建築物の計画について、同項を適用しないこととし、建築主に対し、建築確認申請手続において同項所定の接道義務の違反がないものとして扱われるという地位を与えるものである。

平成11年東京都条例41号による改正前の本件条例4条3項の下では、同条1項所定の接道要件を満たしていないにも関わらず安全上支障がないかどうかの判断は、建築確認をする際に建築主事が行うものとされていたが、この改正により、建築確認とは別に知事が安全認定

を行うこととされた。これは、平成 10 年法律 100 号により建築基準法（以下「法」という。）が改正され、建築確認及び検査の業務を民間機関である指定確認検査機関も行うことができるようになったこと（6 条の 2、7 条の 2、7 条の 4、77 条の 18 以下参照）に伴う措置であり、上記のとおり判断機関が分離されたのは、接道要件充足の有無は客観的に判断することが可能な事柄であり、建築主事又は指定確認検査機関が判断するのに適しているが、安全上の支障の有無は、専門的な知見に基づく裁量により判断すべき事柄であり、知事が一元的に判断するのが適切であるとの見地によるものと解される。

以上のとおり、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、前記のとおり、安全認定は、建築主に對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初めてその効果を發揮するのである。

- (3) 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限らない（これに対し、建築確認については、工事の施工者は、法 89 条 1 項に従い建築確認があった旨の表示を工事現場にしなければならない）。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障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。
- (4) 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と主張することは許されると解するのが相当である。

注 1) 論述例 2(1)第 1 段落第 1 文については最判昭 30.12.26 【百選 I 65】、同第 2 文については倉地康弘・最判解民事篇平成 21 年度（下）971 頁、同第 2 段落については倉地・前掲書 970 頁乃至 972 頁を参照。

注 2) 論述例 2(1)第 1 段落第 1 文に関連して、最大判平 20.9.10 【百選 II 147】近藤補足意見は、「ある行政行為について処分性を肯定することは、その行政行為がいわゆる公定力を有するものであるとすることをも意味する。すなわち、正当な権限を有する機関

によって取り消されるまでは、その行政処分は、適法であるとの推定を受け、処分の相手方はもちろん、第三者も他の国家機関もその効力を否定することができないのである。」
「そして、このことがいわゆる違法性の承継の有無を左右することになる。すなわち、先行する行政行為があり、これを前提として後行の行政処分がされた場合には、後行行為の取消訴訟において先行行為の違法を理由とすることができるかどうかが問題となるが、一般に、先行行為が公定力を有するものでないときはこれが許されるのに対し、先行行為が公定力を有する行政処分であるときは、その公定力が排除されない限り、原則として、先行行為の違法性は後行行為に承継されず、これが許されないと解されている（例外的に違法性の承継が認められるのは、先行の行政処分と後行の行政処分が連續した一連の手続を構成し一定の法律効果の発生を目指しているような場合である。）」と述べている。

また、最判平 17. 10. 25 の藤田補足意見は、「医療法 30 条の 7 による勧告を、行政事件訴訟法 3 条にいう『処分』であるとして性格付けたとき、それでは、この勧告は、いわゆる公定力を有することになり、取消訴訟以外の方法によって、その適法性を争うことはできないのか、また、取消訴訟の出訴期間の適用を受け、これを徒過した場合には、もはや出訴の道を塞がれることになるのか（例えば、本件において、勧告自体を直接に争うことなく、後に、保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟で争うこととした場合、この後の訴訟においては、もはや、勧告の違法性を主張することはできないのか）が問題となる。法廷意見も明示するとおり、この勧告それ自体の性質が行政指導であることは、否定するべくもないから、それは、相手方に対する法的拘束力を持たず、従って又、理論的に厳密な意味での（最も狭い意味での）公定力を有するものではない。しかし、行政事件訴訟法の定めるところに従い取消訴訟の対象とする以上は、この行為を取消訴訟外において争うことはやはりできないものというべきであって、こうした取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効は（これを公定力の名で呼ぶか否かはともかく）否定できないものというべきである」と述べている。

※ ただし、倉地・前掲書 970 頁乃至 971 頁は、「後続処分取消訴訟において原告が主張するには先行処分の違法性にすぎず、その効力を否定するのでもその取消しを求めるのでもない。違法性の承継の有無は公定力（取消訴訟の排他的管轄ともいわれる。）によって説明できる問題ではないというのが現在の学説の共通の理解である……。」「違法性の承継が否定される理由として現在の学説が挙げるのは先行処分の不可争力（取消訴訟の出訴期間制限）である」と述べている。