

# 違法性の承継をめぐる最近の動向と 若干の検討

大 沼 洋 一

第1 最高裁平成21.12.17一小判決（民集63巻10号2631頁。以下「本判決」という。）の事案の概要と位置づけ，判決の内容，判例の動向，学説の動向検討すべき課題

## 1 はじめに

違法性の承継については，後述するとおり，これを認めるのが古くからの通説であり，土地収用法の事業認定と収用裁決など一定の事案については下級審の裁判例が肯定してきた。しかし，その根拠は明確ではなく，それゆえ違法性の承継が認められるための基準，認められる範囲についても様々な見解があり，あいまいなままとなっている。そのような状況の中，最高裁として違法性の承継を初めて正面から認めた注目すべき判決が本判決である。

本稿では，本判決の事案の概要，判決の内容を概観したうえ，これまでの判例，学説の動向を踏まえ，本判決の位置づけを明らかにし，その後，従来から議論されてきた公定力と違法性の承継との関係，行政処分不可争力と違法性の承継との関係について検討を加えたうえ，その結果を踏まえ，そもそも違法性の承継とは何か，それが認められる法的根拠は何かを検討し，違法性の承継が認められる場合の基準と認められる範囲について若干の考察を試みることにしたい。

## 2 本判決の事案の概要

(1) 本件建築物の敷地は，別紙図面のとおりでである。本件敷地は，新宿の下落合，氷川神社近くであり，本件敷地の南側には野鳥の森公園があり，西側には薬王院東長谷寺がある。本件敷地の東側は，樹木が繁るスポットが

連続してあり、さらにおとめ山公園へと続いている。

本件建築物は、明治初期に建てられた歴史的建造物である。付近住民らは、この敷地、建物付近を公園にしたいと考え、募金活動も行っており、合計2億以上の寄附を集めている。

この敷地、建物は、通称タヌキの森の重層長屋とよばれており、付近は、猛禽類のツミやタヌキの他貴重な動植物が生息する地域である。

- (2)ア ところで、建築基準法43条1項によると、建築物の敷地は道路に2m以上接していれば良いとされている。ただし、同法43条2項は、建築物の延べ面積が合計1,000m<sup>2</sup>を超える建築物と道路との関係については、避難、通行の安全の目的を十分に達成し難いと認める場合には、条例で必要な制限を付加することができるとしている。この接道義務の趣旨は、平常時における通行を確保するためだけではなく、火災等の災害が発生した場合における避難、消火及び救助活動を迅速かつ適切に行うことにある。

東京都建築安全条例（以下「本件条例」という。）4条1項は、建築基準法43条2項に基づき、同条1項に関して制限を上乗せした規定であり、延べ面積が1,000m<sup>2</sup>を超える建築物の敷地は、その延べ面積に応じて所定の長さ道路の接しなければならないと定めている。

- イ 本件は別紙図面のとおり、本件敷地は、斧のような形状をしており、長さ約34m、幅員約4mの路地状部分で道路と斜めに接している（斜めに接している部分の長さは8.169m）。本件建築物の延べ面積は約2,820m<sup>2</sup>なので、本件条例4条1項によると、延べ面積2,000m<sup>2</sup>超3,000m<sup>2</sup>以下である本件建築物の敷地は8m以上道路に接しなければならないことになる。

上記路地状部分は道路に対し斜めに交わる形状となっているため本件敷地と道路が接する部分は約8.169mあるが、路上部分の幅員が上記のとおり約4mにとどまるため、実質的に考えると、8m接しているとはいえない。

- ウ もっとも、本件安全条例4条3項は、「建築物の周囲の空地の状況その他土地及び周囲の状況により知事が安全上支障がないと認める場合」に限り、同条1項及び2項の規定を適用しないことを認めている。同条

1 項及び 2 項の上記趣旨、目的等をも考慮し、同条 3 項が知事の認定に当たり「建築物の周囲の空地の状況その他土地及び周囲の状況」を勘案し、当該建築物が火災等により炎上するなどの事態が生じた場合に、これに隣接する建築物等やその居住者等に重大な被害が及ぶことのないかどうか、安全かどうかを判断し、安全と判断した場合にはその旨の認定（安全認定）をして、同条 1 項の規定は適用しないと定めている。

この安全認定があると、本件条例 4 条 1 項の適用が排除されるため、建築基準法 43 条 1 項により 2 m 道路に接していればよいことになり、本件建築物は建築基準法令に適合していることになる。

エ 本件において、東京都新宿区長 A は、特別区における東京都の事務処理に関する条例（平成 11 年東京都条例第 106 号）に基づき、安全認定に係る権限を有している。

B 社、C 社は、平成 16 年 12 月 17 日、安全認定の申請をし、新宿区長 A は、その 5 日後の同月 22 日、本件安全認定をした。

(3) 本件訴訟が提起される前である平成 17 年 1 月 12 日、本件建築物から約 45 m の距離にあるマンションの X 管理組合は、新宿区建築審査会に対し、本件安全認定の取消しを求める審査請求をした。だが、同審査会は、同年 7 月 6 日、本件認定には処分性がないとして、審査請求を却下する旨の裁決をした。

そこで、X 管理組合は、平成 17 年 9 月 1 日に前記裁決の取消しを求める訴えを、同年 10 月 5 日に本件安全認定の取消しを求める訴えをそれぞれ提起した。

裁判所は、本件安全認定の処分性は認めしたが、X 管理組合は原告適格を有しないと判断し、平成 19 年 7 月 6 日、最高裁で、この判断が確定している。

(4) ア B、C 社は、新宿区建築主事に対し、平成 18 年 1 月 30 日、本件建築物の建築計画について、建築基準法 6 条 1 項に基づく建築確認申請をし、平成 18 年 7 月 31 日、建築確認を受けた。

そこで、X らは、新宿区建築審査会に対し、平成 18 年 9 月 5 日、本件安全認定、本件建築確認の取消しを求める本件審査請求をし、平成 19 年 5 月 26 日、本件安全認定、本件建築確認の取消しを求める訴えを提起した。

これが本件訴訟である。

新宿区建築審査会は、平成19年6月11日、本件審査請求について、X管理組合の審査請求を却下し、その余のXらの審査請求をいずれも棄却する旨の本件裁決をした。Xらは、同裁決の取消を求める訴えを提起し、同訴えは、上記訴えに追加的に併合された。

イ 第1審である東京地裁平成20.4.18判決は、隣接マンション居住者は遅くともその管理組合が本件安全認定に対する審査請求をした平成17年1月12日までは、本件安全認定があったことを知っていたと推認され、それ以外の者も紛争の経緯から遅くとも平成18年3月30日まではこれを知ったと推認されるとし、本件安全認定に対する審査請求は審査請求期間経過後になされた不適法なものであり（行服法14条1項）、本件安全認定取消の訴え、裁決取消の訴えを不適法として却下した。また、本件建築確認取消の訴えについては、本件建築物から距離が遠い原告らとX管理組合は原告適格を有しないとして却下し、それ以外の原告らの訴えは、本件安全認定取消の訴えが不適法であって取り消されるべきものとはいえず、本件建築確認は適法であるとして請求を棄却した。

結局、本件建築物から10m以内に住む住民についてのみ原告適格を認めたと、その本案については、本件建築確認取消の訴えのうち本件安全認定の取消しを求める部分は不適法であって、本件認定が違法であり、取り消されるべきものということできないから、原告らの上記主張はその前提を欠くとして、違法性の承継を認めず、請求を棄却した。

ウ 第2審である東京高裁平成21.1.14判決は、本件安全認定取消の訴えと裁決取消の訴えについては第1審の判断を維持した。これに対し、建築確認取消の訴えについては、原告適格については第1審の判断を維持した。

しかし、本案については、安全認定のついでに違法性が建築確認にも承継されるとしたうえ、本件安全認定は新宿区長が裁量権を逸脱濫用してした違法なものであり、本件建築確認はその違法性を承継して違法となると判断し、Xらの請求を認容して本件建築確認を取り消した。

Xらは、第2審判決と不服として上告受理の申立てをし、そこにおいて、安全認定は、本件条例4条1項排除の法効果を生じさせるものであ

り、建築確認が目指している建築禁止の解除の法効果とは異なるから、違法性の承継が認められるような1つの法的効果を目指している関係にはないなどとして違法性の承継を認めるべきではないと主張した。

### 3 本判決の内容

- (1) 本判決は、(2 審判決前に死亡していた原告につき訴訟終了宣言をしたのを除き)、以下の理由により上告を棄却した。

ア 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年東京都条例第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くても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、同条例の改正により、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年法律第100号により建築基準法が改正され、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(平成18年法律第46号による改正前の建築基準法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初めてその効果を発揮するのである（以下「判旨①」という。）。

イ 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（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（以下「判旨②」という。）。

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（以下「判旨③」という。）。

#### 4(1) 本判決が違法性の承継を認めた先行行為と後行為の関係

安全認定は、建築主に対して建築確認申請手続において本件条例4条1項所定の接道義務の違反がないものとして扱われる地位を与えるものといえるから、処分性が認められる。建築確認は、建築の一般的禁止を解除する法効果を生じさせるから処分性が認められる。つまり、両者は、先行処分と後行処分との関係にあり、本判決は、かかる場合について、先行処分の違法を後行処分の取消訴訟において主張できることを認めたものである。

#### (2) 本判決のまとめ

前述したように、本判決は、判旨①で、安全確認も建築確認も避難、通行の安全の確保という同一の目的を達成するためのものであり、目的は同じだとし、安全認定は、建築確認申請手続において本件条例1項の接道義務違反がないという法的地位を与えるものであり、建築確認と結合して初

めてその効果を発揮するとした。

判旨②で、一般的にみて、安全認定について争訟を行うための手続的保障が十分ではない、事実上困難だという明らかにした。

そして判旨③で、仮に住民が安全認定の存在を知り、その取消訴訟を行うことが事実上可能であったとしても、不利益が現実化するのには建築確認の段階だから、その段階まで争訟を提起しないと考えることが不合理とはいえないとした。これは安全認定の段階での改正の提起を期待できないという意味だといえよう。

## 5 違法性の承継をめぐる判例、学説と本判決の位置づけ

### (1) 違法性の承継をめぐる従来の最高裁判決

違法性の承継をめぐる本判決以前の最高裁判決は、次のとおりである。

#### ① 最判昭和25.9.15民集4巻9号404頁

同判決は、自作農創設特別措置法第5条に違反した買収計画に基づいて買収処分が行われたときは、所有農地を買収された者は、買収計画に対する不服を申し立てる権利を失った後も、買収処分取消の訴において買収計画の違法を攻撃することができるとしたものである。同判決は、後行行為（農地買収処分）の違法による権利侵害を予防するため、先行行為（買収計画）の段階で簡便な違法行為是正及び権利保護の手続を付加している特殊な制度に関するものである。

上記判決は一見すると、違法性の承継を認めたものと解し得る余地がないではない。しかし、上記判決は、買収計画の内容に関する瑕疵（買収し得ない土地を買収の対象としたなど）は、同時に買収処分の瑕疵となるから、買収処分に「固有の瑕疵」があるとしたものであり、厳密な意味での「違法性の承継」とはいえない。

#### ② 最判昭和39.5.27民集18巻4号711頁、判タ164号77頁

同判決は、町の職員につき、所定の定数を超えた違法な昇任によって過員が生じ、それを整理するために特定の職員に対して待命処分が行われた場合に、昇任の違法は待命処分に承継されないとしたものである。

条例定数を超えては職員を任用できないのに任用したことなどには任命権者の義務違反があるが、その義務違反は、任用された者又は他の職

員に対する関係においての違法とはいえず、待命処分を受けた職員はその違法を主張することができない（行訴法10条1項）と説示した。

定数オーバーの任用は義務違反だが、これは組織管理者としての義務違反であり、個々の職員との関係での義務違反ではないから、待命処分の違法事由にはならないとしたものと解される。

③ 最判昭和50. 8. 27民集29巻7号1226頁

同判決は、国税徴収法及び地方税法の定める第2次納税義務につき、本来の納税義務者の納税義務の確定手続における判断は第2次納税義務の納付告知の効力に影響を及ぼさないとしたものである。

同判決は、第2次納税義務の納付告知は、主たる課税処分等により確定した主たる納税義務の徴収手続上（傍点は筆者が付加したもの。以下同じ）の一処分としての性格を有し、納付告知を受けた第2次納税義務者は、あたかも主たる納税義務について徴収処分を受けた本来の納税義務者と同様の立場に立つから、主たる納税義務の瑕疵は第2次納税義務の納付告知の効力に影響を及ぼさないと説示している。

つまり、第2次納税義務者も納税告知義務以降は徴収処分を受けた本来の納税義務者との同一の立場に立つとして、徴収手続の問題となるとし、納税義務の瑕疵は影響を及ぼさないとしたものである。納税義務の確定の問題とその後の徴収、強制執行とは全く別の手続であるとする最高裁の従来の考え方を反映したものと見える。

以上によれば、これまで最高裁で違法性の承継を認めた判決はない。本判決が最高裁として初めて正面から違法性の承継を認めた判決ということになる（本判決に関する調査官解説）。

(2) 違法性の承継をめぐる学説の動向

ア 違法性の承継についての学説として、古くは、美濃部達吉教授が、日本行政法上巻（有斐閣・昭和11年。940頁）の中で、「数個の行為が結局において或る単一の目的の爲めにし、其の全体の結合に依って其の目的たる法律的效果を発生する場合には、其の総ての行為は其の効果の生ずる法律原因たるもので、其の効果が適法である爲めには、其の原因たる総ての行為が適法でなければならぬ」としていた。これは、単一の目的のために行政過程の全体が結合して一つの効果が発生する場合には、す



べての行政過程が法律原因となるという考え方を示している。

また、同教授は、公法判例大系上巻（昭和8年。630, 632頁）において、「若しそれ等の行為が或る単一な法効果を目指して行はるる連続した行為であり、其の双方の結合に依って或る法律上の効果を完成する場合であれば、行為の違法性は当然後の行為にも承継せられ、従って、前の行為が違法であることを理由として、後の行為に対して行政訴訟を提起することができる。」としている。

上記は、訴訟制度が現在とは異なる時代の見解であるが、違法性の承継という表現が用いられている。同表現を踏まえ、後記田中教授を初めとする学説が「違法性の承継」という用語法をそのまま踏襲したのが、そもそもの始まりであったといえよう。

イ また、田中二郎教授は、「新版行政法（上）（全訂第2版）」（弘文堂・昭和49年。146頁，327頁）において、違法性の承継を「手続に関する瑕疵」の項目の中で記述している。

その内容は、「手続に関連して、数個の行政行為が連続して行われる場合に先行行為の違法性が後行為に承継され、後行為も違法とされるか、すなわち、違法性の承継が認められるか（後行為の違法の理由として先行行為の違法であることを主張できるか）が問題となる。これは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によって決められるべきものと解してよいであろう。」というものである。

田中教授は、違法性の承継を「手続に関する瑕疵」の項目で記述しており、違法性の承継は「（行政）手続に関連」する問題であるとし、「相連続して行われる行為が1つの目的の実現に向けられた行為である場合、先行行為の違法は、後行為の違法として承継される」としておられる。

ウ(ア) 前記田中説をベースにして、違法性の承継に関する議論を発展させたのが遠藤教授の見解であり、同教授は、「実定行政法」（有斐閣・平成元年。114, 115頁）の中で違法性の承継を「一個の手続ないし一連の過程を構成する行政処分の取消訴訟において、先行する行政の行為の違法を本案たる後行処分<sup>イ</sup>の取消事由としての違法事由とすることができるか」の問題であるとしている。そして、「実体法的側面からみ

れば、先行行為の具体的違法事由が本案請求の成否にとって決定的なものかどうかという先決性の問題である。」としたうえ、「多段階の一連の手続過程からなる複合的作用においては、最終段階の処分が前段階の処分内容の主要部分をも集約してその内容とする場合が少なくない。」としている。

そして「手続法的側面」として、「前段階の処分に対する争訟の手段が不十分なきには、最終段階の処分を争うときに前段階の処分の違法を主張させる必要性が強い。そればかりでなく、前段階の処分に対する争訟の手段が十分なきであっても、最終処分による法効果実現に向けておこなわれる一連の手続過程の一環であるため切実さの乏しい初期段階で争訟手段を尽くすべきだとして、最終段階での主張を全面的に排除すべき必然性がとうぜんには認められない場合がある」としている。

そして、「結局、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みとめるのが合理的な場合に、違法性の承継が肯定される。多くは各段階に共通する実体的内容にかかわるものと各段階それぞれの手続の存在理由を無意義とするような重要な手続上の違法がこれにあたるであろう。」している。

- (イ) また、同教授は、「行政行為の無効と取消」（東京大学出版会・昭和43年。336～349頁）において、「違法性の承継についても、法律効果の単一性、または集行的行為なりや否や、より実質的に法律状態の安定と権利の保護救済の要求の調和によって解決すべきものとされているのである。」として、違法性の承継を認めるべきか否かの考え方をいくつか挙げたうえ、このような説明方法にはそれぞれニュアンスの違いはあるが、目指しているところは同じであるように思われる。」としている。

そして、「先行行為の違法が本案たる法律効果の違法を惹起するものでなければならぬのは当然である。すなわち、先行行為を違法ならしめている一定の事情は同時に後の行為によって完成される特定の法律効果をも違法とならしめる底のものでなければならぬ。」としている。

そしてこの判断においては、「最終的行為をまって完成される特定の法律的效果の方より考察して一定事由に至り、ついで、それが先行行為の違法を構成するものであるとの筋道をたどる」として、後行行為から遡って先行行為の違法が後行行為の違法を構成するか否かを検討すべきだという考え方を提案し、「ある行為によって実現される法効果が適法であるためには、その行為の主体・手続・前提要件などの点で瑕疵のないものであることを要する。そこで、これらの点と関連する先行の種々の行政行為（公務員任命、手続上の行為、他機関の同意承認等、構成要件要素を形成する行政行為など）が登場し、その違法が本案の効果の瑕疵となるであろうか、という判断を受けることになるのである。」としている。

そのうえで、「最初に、この争訟手段の有無等は必ずしも決定的な意義をもつものではないことに注意しなければならない。」とし、「基本的なところは、実体的な法律関係において決定されているのであって、そこで本案たる法律効果がまったく関係がなければ、先行行為の違法をもち出す余地は最初からないわけである」などとして、違法性の承継の問題が実体的法律関係にあり、争訟手段の有無等は決定的な意義をもたないと述べている。

そして、実体的な法律関係のみによって決着がつくのは、「基本的なところとかまたは典型的場合」に限られるとして、「基本的ではない派生的な問題とか、典型的ではない場合については、権利保護の要請と法的安定の要請の調和、争訟手段の如何もかなり重要な意味をもつ」として、次のような整理をしている。

「先行行為について固有の争訟手段が認められている場合、これが完全なものである限り、後の手続で違法の主張を認める必要は原則としてないものとしてよい。」、「これに対して争訟手段が認められていない場合、認められていても争訟手段が不完全な場合には違法性の承継が認められる」としている。

そして、上記不完全な場合として、「先行行為について、通常の場合よりも短期の争訟提起期間しか認められていない場合」の他に、「争訟提起の可能性（難易）」を挙げ、「事実上の難易」として「戦後の農

地買収」の例を挙げ、「期待可能性」の例として、「例えば、法規的行為について争訟手段を認めたとところで、将来これの適用行為によって権利を侵害されるであろうすべての人間に先行行為の争訟提起を強いるのは、妥当ではない。」としている。

エ 最近の学説として、山本隆司教授は、「行政訴訟補遺・最大判平成20.9.10裁時1467号1頁」(法学教室340号74, 75頁)において、「違法性の承継の可否を判断するための重要な基準の1つは……先行行為の違法を是正する手段をとることが、先行行為・後行行為を通じた行政過程ないし行政手続の全体に著しい混乱をもたらすか否か、という基準である。……ただし、もう1つ考慮すべき基準がある……先行行為の段階で、後の権利利益侵害の程度に見合うだけの手続保障がなされ、先行行為をその段階で争うことを関係者に強い得るほど十分に実効的な権利保護手続が整備されているか否か、という基準である。」としている。

オ なお、近時は、不可争力との関係で違法性の承継が論じられているところ、その概要は、後掲(第3, 1)のとおりである。

### (3) 本判決の位置づけと検討すべき課題

ア 前述したように、本判決は、違法性の承継を認める理由として、①「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に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初めてその効果を発揮するものである。」(判旨①)としたうえ、②「他方、安全認定があってもこれを申請者以外のもの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ものがその存在を速やかに知ることができるとは限らない……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。」(判旨②)、③「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。」(判旨③)と説示した。

イ 説示①は、前記田中説、遠藤説等の従来の通説とほぼ同一の見解と解される。

ウ これに対し、説示②は、安全認定はその申請者に対し行われるもので周辺住民等第3者に対する通知は行われておらず、安全認定に関しては建築基準法89条が建築基準につき定めているような工事現場における表示がされないこと、安全認定があっても建築確認があるまでは工事は始まらないなどの「制度の仕組み」に照らし、周辺住民が先行処分について出訴期間内に提訴することについての手続保障が不十分であることを述べたものである。

この説示は出訴期間の徒過(不可争力)の例外を認める必要があることを述べた趣旨とは解し難い。本判決における原告らは、安全認定の存在を知らずに出訴期間を徒過したのであり、上記例外を認める必要がないことが明らかであるからである。

上記説示は、実定法の解釈として、安全認定を争ううえでの手続的保障が十分ではない以上、法が安全認定の早期確定、法的安定を求めているものではないことを述べたものと解される。実定法が安全認定の早期確定、法的安定を求めていることは、違法性の承継を認めるうえでの消極要素となるのであり、上記説示の意義は、同要素の不存在を指摘したことにある。

エ さらに、説示③は、仮に周辺住民が安全認定の存在を知ったとしても、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もあながち不合理とはいえないとしている。

本件で周辺住民が安全認定の存在を知ったとしても、同時点ですべての住民に争訟の提起を強いるのは疑問である。安全認定があっても、それのみで当然に建築確認がなされるとはいえないから、同認定の時点で住民に対する不利益が生じているとはいえない。かかる場合に、周辺住

民に安全認定についての争訟の提起を強いるのは相当ではなく、その期待可能性があるとはいえない。そうすると、説示③は、前述した学説の中では、遠藤説に最も近い考え方を示したものと解される。

オ 以上のように、本判決は、従来の通説を基礎としながら、遠藤説に近い見解をとり、一歩発展させたものと位置づけることが可能である。

ところで違法性の承継については、公定力との関係をどのように考えるべきか、不可争力との関係をどのように考えるべきか、そもそも違法性の承継が認められる法的根拠は何か、今後違法性の承継はいかなる基準により、いかなる範囲で認められるべきかなどについては、本判決は直接の答えを示していない。

そこでこれらについて、以下検討することとしたい。

## 第2 公定力の遮断効と違法性の承継について

1 公定力の根拠を行政行為の優越的地位にあるとし、その内容は適法性の推定を含むとする見解について

- (1) かつては、行政行為の公定力の遮断効により、先行行為の違法性を後行行為の違法として主張することは許されないとする見解が一般的であった。
- (2) 公定力は、古くはオットー・マイヤーにより、立憲主義を前提とした国家構造の下「行政行為の特色として、官庁が行政行為の有効性を自ら確認しているのであるから、より強い権限によってのみ打ち破られるとする見解（自己確認説）が説かれていた。これを手がかりに、行政行為は法律により羈束されているが、法律自ら行政主体の意思の発動である行政行為に優越的地位を認めているのであり、ここに公定力の根拠があるとする説が通説を占めていた（前掲田中・行政法総論102頁）。

その影響を受け、判例は、公定力について「違法の行政処分も、当然無効の場合は別として、正当な権限を有する機関による取消のあるまでは、一応、適法の推定を受け、相手方はもちろん、第3者も、他の国家機関も、その行政処分の効力を無視することができない効力」であると説示していた（最判昭30.12.26民集9巻14号2070頁）。

上記伝統的見解は公定力を実体法的な効力であるとし、これを受けて上

記判例は公定力により行政行為は適法性の推定を受けると解していたのである。この場合、取消訴訟は、公定力を排除する訴訟としての機能を営むことになろう。

この考え方を徹底すると、公定力により、先行処分は適法性の推定を受けるのであるから、同行為の取消をまたずに違法性が後行処分に承継されることはないことになる。したがって、公定力は違法性の承継を遮断する効力を有することとなり、(無効の場合を除き)先行行為が取り消されることのないまま違法性が承継されることはなろう。

- (3) しかし、現在では、上記「自己確認説」が存在した時代に行政権に絶対的権威を認めていた君主制という国家的基盤が消滅している。「国家的権威」を根拠として行政行為が優越的地位を占めているという思想は、現在の法的根拠がないものとして廃れている。行政庁が「自己確認」をしているのであるから行政行為には適法性の推定が働くという見解も、同様に法的根拠がない。同説は、その歴史的役割を終えたというべきであり、現在においては妥当しないとわざるを得ない。

## 2 公定力の根拠を取消訴訟の排他的管轄にあるとする見解について

- (1) 判例は、公定力とは、行政処分が権限ある機関によって取り消されない限り、原則として有効とされる効力をいう、として公定力を認めている(最判昭和30年12月26日・民集9巻14号2070頁, 最判39年10月29日・民集18巻8号1809頁)。
- (2) 現在の多数説は、公定力の根拠は、行訴法3条が定める「取消訴訟の排他的管轄」にあり、その内容は、行政行為は仮に違法であっても、取消権限のある者によって取り消されるまでは、何人(私人, 裁判所, 行政庁)もその効果を否定することはできない、と言う点にあるとされている(塩野行政法1(第4版)132頁等)。
- (3) そして、公定力の根拠を取消訴訟の排他的管轄(行政処分の効力を取り消してもらうためには特別の取消訴訟が必要とする制度)がとられている理由として、紛争処理の合理化・単純化につながり救済制度が単純、明快なものとなること、争いの原因行為をしたものを当事者とする事で訴訟資料を豊富にすることにより裁判所の審理・判断に資するし、行政行為に

より意図された行政目的が行政庁の知らないところで覆滅されるのを防ぐことができることなどを挙げている(塩野宏・行政法Ⅰ第4版132, 135頁)。

もっとも、公定力の根拠が「取消訴訟の排他的管轄」にあるとするならば、公定力を行政処分内在する実体法上の特殊な効力と観念する必要はなく、手続的な効果をしてとらえることが可能である。このように考えると、公定力は排他的管轄の反射的效果にすぎないことになるので、さらには、公定力を否定し、排他的管轄の効力としてのみ説明すれば足りるとする有力な見解(大浜敬吉・行政法総論・第3版285, 290頁等)が登場している。

ちなみに、日本の行政法の母法ともいえるドイツにおいては、公定力理論は存在せず、「取消訴訟の排他的管轄」をもとに、それに関わる規律・法形式、形式的確定力等が論じられているといわれている(山本隆司・行政訴訟に関する外国法制調査ドイツ上・ジュリスト1238号97, 98頁)。

- (4)ア 思うに、公定力をもって、行政処分が権限ある機関によって取り消されない限り、原則として有効とされる効力と解する場合、取り消されるまでは有効であるというのは、「取消制度一般の本質的效果」である。民法における無効(初めから無効)・取消(取り消されるまでは有効、取り消された場合、遡及的に無効)とその本質において差がない。

排他的管轄の根拠とされる行訴法3条(抗告訴訟)のメニューをみると、処分の効力が「取り消されない限り有効」なものとして取り扱われているといえるのは、同条2項の取消訴訟のみである。同条4項の無効等確認訴訟は、初めから処分が無効(ないし不存在)であるし、同条6項の義務付け訴訟、7項の差止訴訟は、いまだ処分がなされていない段階での訴訟であるから処分の効力そのものが生じていない。

他方、処分の取消は、裁判所のみならず、行政庁自身や不服申立があった場合の上級行政機関など他の権限のある機関がすることができる。

したがって、行政処分が他の権限ある機関によって取り消されない限り、原則として有効とされる効力とは、「取消制度一般の本質的效果」にすぎず、「取消訴訟の排他的管轄」が適用される訴訟の場面での問題は、上記本質的效果が訴訟の場で発現されたにすぎないといえよう。

イ 確かに、行訴法3条の抗告訴訟が「排他的管轄」をもって存在する以



上、同訴訟の対象事項を他の民事訴訟等によって争うことは原則として許されないのは制度上当然のことといえよう。

しかし、これは、(無効確認訴訟を除き)義務付け訴訟、差止訴訟にも当てはまる帰結である。排他的管轄は、同一事項を他の民事訴訟等で争うことができるか否かの問題であるから、公定力とされる、行政処分が取り消されるまで有効か否かの問題とは直接の関係がない。

ウ このように考えると、有効なものとして通用するという意味での公定力概念は、「排他的管轄」の効果というより、「取消制度一般の本質的効果」の行政法の場面における発現とみるべきである。

取消訴訟の本質的効果や抗告訴訟の排他的管轄とは別に、公定力というドイツ法等にはない概念を独自に認める必要性は、現在、乏しいものとなっているというべきである。

### 3(1) 公定力(ないし排他的管轄)と違法性の承継

ところで、公定力概念の法的根拠をめぐる問題をひとまずおき、多数説に従い、公定力を先行処分が権限のある機関により取り消されるまでは有効であるとする通用力と解した場合、それが違法性の承継、すなわち、先行処分の違法を後行処分の取消訴訟で主張できるか(ないしは、先行処分の違法により後行処分が違法となるか)の問題といかなる関係があるのだろうか。

従来、行政行為には原則として公定力が認められるとしたうえ、その限界ないし例外が違法性の承継を認めるべき場合とされてきた。

しかし、先行処分が有効であるという場合には、適法でありかつ有効な場合と、違法でありかつ有効な場合との2つが含まれるところ、先行処分が有効であることと同処分が適法か違法かとは別の問題である。先行処分が有効なものとして取り扱われることは、先行処分の違法を後行処分の取消訴訟で主張できないという、違法性の承継を遮断する根拠とはなり得ない。

公定力から先行処分の違法を後行処分の取消訴訟で主張できないという効果が生じ得るのは、かつての見解である公定力が「適法性の推定」という効力を併せ持つという説に立った場合のみであろう。先行行為につき適

法性の推定が働けば、違法性の承継は原則として遮断される。だが、現在の多数説は、かつての学説と異なり、公定力概念から適法性の推定という効力を排除しているから、上記意味での遮断効は生じない。

- (2) したがって、違法性の承継は、後行行為の違法として先行行為の「違法」を主張できるか否か、換言すると先行行為の違法が後行行為の違法をもたらすか否かという問題であり、先行行為の「効力」を否定したりその取消を求めるものではないから、違法性の承継の肯否は、公定力理論とは直接の関係がないと解するのが論理的であり、それが現在の多数説といえよう（後掲藤田宙靖第4版行政法Ⅰ総論（改訂版）218頁、塩野宏・行政法Ⅰ（第5版）148頁ほか。本判決に関する調査官解説である法曹時報64巻1号205頁。ただし、塩野前掲は、違法性の承継を認め、その違法が認定されると、国家賠償請求と異なり、結局のところは、先行処分の効果は無に帰することになるので、その意味では取消訴訟の排他的管轄と無関係ではないという。）。
- (3) ちなみに、上記考え方は、排他的管轄と違法性の承継との関係についても当てはまるものであり、違法性の承継は、先行行為の違法が後行行為の違法をもたらすか否かという問題であるから、行政処分は行政事件訴訟法3条等が定める訴訟によってしか争えないという意味での排他的管轄とは、直接の関係を有しない。

### 第3 行政処分の不可争力と違法性の承継について

- 1 現在の多数説は、違法性の承継における重要な問題は、行政処分の不可争力（行政事件訴訟法14条）との関係にあるとする。違法性の承継を認めた場合、先行処分に出訴期間を設けた趣旨が没却されるので、それを認めるのは例外的な場合に限るとするのである（塩野前掲148頁、153頁。前掲調査官解説206頁）。

同説のうち、いかなる場合に例外を認めるべきか否かについては、①前述した田中説に好意的な見解（芝池義一・行政救済法講義（第3版）71頁）、②行政事件訴訟法14条各項ただし書にいう「正当な理由」に匹敵する事情がある場合に限って認めるべきとする見解（内山忠明・判評621号8頁・判時

2087号170頁), ③個別の事情を重視すべきとする見解(岡田春男「行政行為における違法性の承継—事業認定と取用裁決を中心に—」民商111巻1号1頁), ④先行行政処分に対する取消訴訟を行うことを関係者に強い得る程に十分な実効的な権利保護手続が整備されていない場合に違法性の承継を認めるべきとする見解(太田匡彦・行政訴訟実務研究会編・自治体法務サポート行政訴訟の実務(加除式)679頁, 681頁, 山本隆司・法教365号103頁, 105頁)等に分かれている。

- 2(1) 先行行為の違法性を後行為に承継することを認めても、先行行為の不可争力に直接抵触するわけではない。先行行為自体の取消訴訟を出訴期間経過後に認めるのではなく、後行為の取消訴訟の内容において先行行為の違法を主張できるとするにとどまるからである。だが、先行行為の違法を後行為の取消訴訟で主張できるとすると、実質上、先行行為の取消訴訟の本案を後行為の取消訴訟の本案の中でなすことができることになる。また、取消訴訟には、拘束力(行訴法33条1項)が生じるので、後行為の取消訴訟で先行行為の違法が認定されると、行政庁は先行行為を取消、変更せざるを得ないことになる。そうすると、実質的には、違法性の承継を認めることは、先行行為の不可争力を没却させるおそれがないとはいえない。

上記①ないし④の見解は、このような視点から、不可争力の例外として違法性の承継を認めるべきだとするものである。

- (2) 確かに、上記不可争力との関係で違法性の承継を論ずる見解は、傾聴すべきものがあるが、次の疑問がある。

第1に、上記見解は、先行行為の不可争力の例外としての違法性の承継を認めて良いとするのみで、そもそも、何故かかる場合に違法性の承継が認められるのかという点についての根拠が判然としていない。

先行行為が違法である場合、後行為が違法となる根拠についての十分な議論を欠いたまま、違法性の承継を認めることが実質上不可争力に反するとしたり、逆に、不可争力の例外として違法性の承継を認めるというのは論理的におかしい。違法性の承継による不可争力侵害を議論する以前に、違法性の承継がいかなる場合に認められるべきかとその根拠とを検討すべ

きであり、不可争力侵害の議論は、違法性の承継についての十分な検討を踏まえたうえでの派生的議論にすぎない。

第2に、上記と関連するが、違法性の承継は、行政訴訟法(訴訟手続法)上の問題というより、それ以前に行政実体法・手続法の問題の問題であるはずである。行政実体法・手続法において、行為が完全に適法であり、違法となる余地がないにもかかわらず、不可変更力(出訴期間徒過)の発生によりその必要性が生じたからという理由で違法性の承継が認められ後行行為が違法となるはずがない。行政実体法・手続法の解釈により決まるべき問題である違法性の承継について、不可変更力(出訴期間の徒過)により、オン・オフが生じることはない。

第3に、不可争力(行政事件訴訟法14条)の例外として違法性の承継を認めるというが、そうであるならば、違法性の承継を認めるよりは、先行行為の出訴期間の徒過につき「正当な理由」があることを認め、先行行為の取消訴訟等を認めれば足りるはずである。何故、かかる場合に出訴期間の延長ではなく、違法性の承継を認める必要性があるのかに疑問がある。

- 3 したがって、行政処分の不可争力の例外を認めるべきか否かという視座から訴訟手続上の問題として違法性の承継をとらえようとする見解には疑問がある。

本判決は、原告らが安全認定処分がなされたことを知り、その出訴期間を経過した事案、すなわち、不可争力の問題としてとらえた場合、救済のしようがない事案(不可争力の例外を認める余地がない事案)について違法性の承継を認めた。このことは、本判決が、違法性の承継を不可争力とは直接の関係がない問題ととらえていることを示唆するものといえよう。

#### 第4 違法性の承継が認められる法的根拠と範囲について

##### 1 違法性の承継が認められるべき根拠(行政過程の違法)

- (1) 思うに、違法性の承継とは奇妙な概念である。文字通りにとらえると、先行行為の違法性が後行行為に承継されることになろうが、そのままの意味での「承継」を肯定すべき法的根拠がないことは明らかである。

違法性の承継なる概念は、田中教授が美濃部教授の表現をなぞって自己の見解を定立したことから生まれたものであり、後行行為の抗告訴訟（取消訴訟等）において先行行為の違法が後行行為の取消事由となることを意味しており、これを違法性の承継と表現しているにすぎない。本判決が違法性の承継という表現は用いず、「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項の接道義務の違反があると主張することは許される」という表記をしたのは正しい表現といえよう。とはいえ、後行行為の抗告訴訟（取消訴訟等）において先行行為の違法が後行行為の取消事由となることをもって、違法性の承継というのは、学説上、既に定着した表現方法であるので、本稿でもその意味でこの概念を用いることとしたい。

- (2)ア 翻って考えると、行政実体法・手続法の観点からみた場合、違法性の承継とはそもそもどのようなものであろうか。

思うに、後行処分が違法となるのは、同処分が根拠法令・関連法令に違反するか（実体的違法）、同処分に先行する行政手続に違法（手続的違法）があり、その違法が後行処分の違法事由となるかのみのはずである。違法性の承継は、そのいずれかに属するもののはずであり、それ以外の独自のものとしてこれが許容されると解すべき法的根拠はない。

違法性の承継は、先行行為の違法により後行処分が違法となるという問題である。後行処分の根拠法令等の違反の問題ではないから、実体的違法ではない。そうすると、違法性の承継とは、先行手続の違法により後行行為が違法となることを意味するものであり、（行政手続法が想定する狭義の手続とは異なるという意味での）広義での手続的違法ないしは行政過程の違法の問題と言い得る。以下では、狭義の手続的違法と区別したうえ、（広義での）手続的違法ないしは行政過程の違法ということとする。

- イ 先行行為が独立した行政行為（処分）の場合、それ自体が国民の権利義務に一定の法的効果を生じさせ、独立した取消訴訟の対象となるのであるから、そのような性質を有しない狭義の手続とは異なるものがあることは当然である。

しかしながら、行政行為には公定力があるとしたうえ違法性の承継を

その例外としてとらえるのであればともかく、現在においては公定力と違法性の承継とは直接の関係がないと考えるのが多数説である。

そうであるとすれば、先行行為が行政行為（処分）であることは、違法性の承継を肯定するうえで何らの障害になるものではなく、先行行為が行政行為であろうとなかろうと、違法性の承継が認められるか否かの論拠は共通の視座に立ち検討されるべき問題といえよう。

ただし、違法性の承継が問題となる場合は、通例、後行行為の取消訴訟においてであるので、後行行為は処分性を有することが前提となる。

そこで、先行行為については、処分性があるか否かを問わない（事実行為の場合を含む）という意味で、「先行行為」と表記し、後行行為については、処分性があることを前提とするという意味で「後行処分」と表記することにする。

ウ 先行行為が後行処分による法効果実現に向けておこなわれる一連の行政過程の一環に当たる場合には、後行処分は、先行行為がその目的の実現のために予定していた法効果を生ずる処分であり、後行処分をなすうえで、先行行為の存在が前提となる関係にある。かかる場合、先行行為は、それ自体独立した処分であるか否かに関係なく、同時に、一連の行政過程の一環であり、後行処分の前提となる（広義の）手続・行政過程としての性質を有することになる。かかる場合、先行行為が違法であれば、それは後行処分にとって、先行する行政行政過程の違法に当たり、これにより後行行為自体も違法となり得る（狭義の行政手続の違法と同様、先行行為の違法が後行処分の違法をもたらすか否かは別途検討が必要である。）と解するのが相当である。

- (3) 前述したように、田中二郎教授は、違法性の承継を「手続に関する瑕疵」の項目の中で、「手続に関連して、数個の行政行為が連続して行われる場合に先行行為の違法性が後行行為に承継され後行行為も違法とされるか、すなわち、違法性の承継が認められるか（後行行為の違法の理由として先行行為が違法であることを主張できるか）が問題となる。これは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によって決められるべきものと解してよいであろう。」と論じておられる（田中前掲146, 147頁）。

上記記述を素直に読む限り、田中教授の説は、違法性の承継とは（広義の）行政手続の瑕疵の問題であり、相連続して行われる行為が1つの目的の実現に向けられた行為である場合、先行行為は後行行為との関係では「先行手続」になるとみたうえ、「先行手続」の違法は後行行為の違法として承継される（後行行為の違法の理由として先行行為が違法であることを主張できる）とする見解であると解すべきであろう。

- (4) また、遠藤博也教授は、違法性の承継について、「この問題は、まず、実体法的側面からみれば、先行行為の具体的違法事由が本案請求の成否にとって決定的なものかどうかという先決性の問題である。」としたうえ、「手続法的側面からみれば、前段階の処分に対する争訟の手段が不十分なきには、最終段階の処分を争うときに前段階の処分を違法を主張させる必要性が強い。そればかりでなく、前段階の処分に対する争訟の手段が十分なきときであっても、最終処分による法効果実現に向けておこなわれる一連の手続過程の一環であるため切実さの乏しい初期段階で争訟手段を尽くすべきだとして、最終段階での主張を全面的に排除すべき必然性が当然には認められない場合がある。結局、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みとめるのが合理的な場合に、違法性の承継が肯定される」と論じている（前掲実定行政法114、115頁）。

すなわち、故遠藤教授の説は、違法性の承継について、実体法的側面からみて先行行為の具体的違法事由が後行処分の違法（本案請求の成否）について決定的なものかどうかという「先決性」の問題であるとしたうえ、「手続法的側面」からみて、先行処分に対する争訟の手段が不十分なきはもとより、先行処分に対する争訟の手段が十分なきときでも、最終処分による法効果実現に向けて行われる一連の手続過程の一環であるため、切実さの乏しい初期段階で争訟手段を尽くすべきだとして、最終段階での主張を全面的に排除すべき必然性が当然に認められない場合には、違法性の承継を認めるべきとする見解である。

同説は、実体法・手続法両側面から違法性の承継をとらえておられ、その手続に関する記述は、争訟手続と行政手続とが含まれているが、先行処分に対する争訟の手段が不十分でも十分でも、違法性の承継を認めるべき

であるのは、田中説同様「最終処分による法効果実現に向けて行われる一連の<sup>・</sup>手<sup>・</sup>続<sup>・</sup>過<sup>・</sup>程<sup>・</sup>の<sup>・</sup>一<sup>・</sup>環<sup>・</sup>」であること等にその論拠があるとしておられる。そうすると、遠藤説は、基本的には、田中教授の見解を踏まえ（田中教授の見解も上記意味での「先決性」はその前提としているものと解される。）、より詳細に論じたものといえよう。

同教授のいわれる「実体法的側面」としての先行行為の具体的違法事由が後行処分の違法（本案請求の成否）について決定的なものか否かという基準をどのように位置づけるかは上記の記述のみでは理解が難しいが、要は、手続的側面だけではなく、先行行為の具体的違法事由が後行行為の違法をもたらす程の決定的なものであることを必要とする見解といえる。

これは、狭義の手続的違法があってもそれにより後行処分が当然に違法となるものではないと解されていることと、考え方を近しくするものといえよう。

例えば、教育委員会が懲戒免職処分を行うための会議は公開するのが原則であるところ、当該瑕疵が具体的事案における違反の程度及び態様が議案の議事全体との関係からみて実質的に公開原則の趣旨目的に反するといふに値しないほど軽微であって、その瑕疵が議決の効力に影響を及ぼすとするには足りない場合には、免職処分の議決そのものを取り消すべき事由とするには当たらないとされており（最判昭和49年12月10日・民集28巻10号1868頁）、一般乗合旅客自動車運送事業の免許申請却下処分は、運輸審議会の諮問（公聴会）を経る必要があるところ、同公聴会において申請者に対し、申請計画の問題点等を具体的に明らかにし、補充資料、釈明、反駁を提出させるための措置がとられていない場合でも、仮にかかる措置がとられたとしても運輸審議会の認定判断を左右するに足る意見及び資料を追加提出しうる可能性があったとは認め難い場合には、処分を違法として取り消す理由とはならないとされている（最判昭和50.5.29・民集29巻5号662頁）。

したがって、行政過程の違法についても、先行行為が後行処分にとって先行する行政過程に当たるといふ関係にあるというだけで、先行行為の違法により後行処分が違法となるとは必ずしもいえない。遠藤教授が、先行行為の具体的違法事由が後行行為の違法をもたらす程の決定的なものであ



ることが必要としているのは、前記狭義の手続的違法の場合と思考を同じくするものといえよう。

(5) 私見

ア 処分に先行する行政過程（広義の意味での手続）に違法がある場合、それを前提としてなされる後行処分が違法となる場合がある。従来の通説が説く先行行為が後行処分による法効果実現に向けておこなわれる一連の行政過程の一環であるという関係にある場合とは、やや比喩的な表現であり、別の表現をすれば、先行行為が後行処分をなすうえでの不可欠の前提であり、後行処分は先行行為があって初めてこれをなし得るという関係にある場合といえよう。

すなわち、後行処分は先行行為が有効に存在することを前提としており、後行処分は先行行為があって初めてこれをなし得るという関係にある場合（例えば、先行行為によって後行処分をなす権限が生じるという関係にある場合）、先行行為の違法は、後行処分の違法をもたらすことになる。

例えば、これまで違法性の承継が認められる代表例と解されてきた土地取用法の事業認定と取用裁決がこれに該当する。事業認定は取用裁決をなすうえでの不可欠の前提であり、取用裁決は事業認定があって初めてこれをなし得るという関係にあるからである。

このような場合は、後行処分をなすうえで行行為が適法であることが要請されており、先行行為が違法であるにもかかわらずなされた後行処分は、その行政過程に著しい瑕疵があるものとして、特段の事情（例えば、先行行為と後行処分とは制度の趣旨目的を全く異にするとか、法の解釈として先行行為の早期安定化が強く要請されているなど）がない限り違法となる。

イ これに対して、先行行為が存在する場合、それが後行処分をなすうえでの前提となるという関係には一応あるが、不可欠の前提とはいえ、先行行為が後行処分による法効果実現に向けて行われるとは必ずしもいえない場合がある。換言すれば後行処分は先行行為があって初めてこれをなし得るという関係にない場合には、先行行為が違法であるとしても、それにより後行処分が直ちに違法となるとはいえない。

かかる場合に先行行為が違法であれば、後行処分にとってはその行政過程に違法があることにはなるが、その違法が後行処分自体の違法をもたらすまでいえるか否かにはさらなる検討が必要であるからである。

この場合には、違法性の承継を認めることにより後行処分の段階で先行行為の違法性を主張させる必要性の有無、程度（特に、先行行為についての争訟手段が完全に認められているか、同時点での訴訟提起を期待し得るかなど）、先行行為と後行処分のそれぞれの趣旨目的、先行行為の早期安定化の要請、程度等を慎重に検討する必要がある。

そして、先行行為が存在する場合、それが後行処分をなすうえで前提となるという関係には一応あるだけでなく、後行処分の段階で先行行為の違法性を主張させる必要性が高く、先行行為の早期安定化の必要性が必ずしも高くはない場合について、違法性の承継が認められるべきである。

ウ このように、違法性の承継の問題は行政過程の違法の問題であり、先行行為の違法が後行処分における行政過程の違法として、同処分の違法をもたらすか否かの問題としてとらえるべきである。

そして、先行行為が処分性を有しない場合にその違法を後行行為の違法として主張できるか否かと先行行為が処分性を有している場合にその違法を後行行為の違法として主張できるか否かとは、（公定力とは直接の関係がないとされている現在）共通した視座により検討すべきことになる。

## 2 違法性の承継が認められるべき基準

- (1) 上記のような考え方をもとに、いかなる場合に違法性の承継が認められるかについて、従来論議されてきたことをもとに、判断基準を積極的基準と消極的基準とに分け、検討することとしたい。

### ア 積極的基準

- ① 先行行為が後行行為をなす前提となる行政過程であること

違法性の承継を行政過程の違法の問題であり、先行行為の違法が後行処分における行政過程の違法として、同処分の違法をもたらすか否かの問題としてとらえる考え方に立つとき、先行行為が後行行為をな

す前提となる行政過程であることが必要条件となる。

前述したように、先行行為が後行処分をなすうえでの不可欠の前提であり、後行処分は先行行為があって初めてこれをなし得るという関係にある場合には、後行処分をなすうえで先行行為が適法であることが要請されており、先行行為が違法であるにもかかわらずなされた後行処分は、その行政過程に著しい瑕疵があるものとして、特段の事情（例えば、先行行為と後行処分とは制度の趣旨目的を全く異にするとか、法の解釈として先行行為の早期安定化が強く要請されているなど）がない限り違法となる。

これに対して、先行行為が存在する場合、それが後行処分をなすうえで前提となるという関係には一応あるが、不可欠の前提とまではいえず、先行行為が後行処分による法効果実現に向けて行われるとは必ずしもいえない場合、換言すれば後行処分は先行行為があって初めてこれをなし得るという関係にない場合には、先行行為が違法であれば、後行処分にとってはその行政過程に違法があることにはなるが、その違法が後行処分自体の違法をもたらすとまでいえるか否かにはさらなる検討が必要である。

この場合には、違法性の承継を認めることにより後行処分の段階で先行行為の違法性を主張させる必要性の有無、程度（特に、先行行為についての争訟手段が完全に認められているか、同時点での訴訟提起を期待し得るかなど）、先行行為と後行処分のそれぞれの趣旨目的、先行行為の早期安定化の要請、程度等を慎重に検討する必要がある。

② 違法性の承継を認めることにより後行処分の段階で先行行為の違法性を主張させる必要性が高いこと

必要性が高い場合は、より具体的にいうと、先行行為について固有の争訟手段が認められていないか、認められていても不完全な場合であることである。

先行行為について争訟手段が認められていてもそれが不完全な場合とは、先行行為について、通常の場合よりも短期の争訟提起期間が定められている場合、争訟の提起が事実上困難である場合（戦後の農地買収につきしばしば指摘されている。）、争訟提起についての期待可能

性がないか乏しい場合（例えば、終局的な権利侵害の生ずる前に、先行行為の時点で多数の人間に争訟提起を強いるのは、期待可能性が乏しい場合がある。）、争訟手段の実効性が乏しいなど、先行行為による権利侵害についての救済が不十分か否かを検討すべきことになる。

同基準は、違法性の承継を認める必要性が高いか否かの問題であり、先行行為について固有の争訟手段が認められていないか、認められていても不完全な場合には違法性の承継を認める必要性が高いことになる。もっとも、不完全の程度は様々であるうえ、仮に先行行為について争訟手段が完全に認められていても、訴え提起を期待できない場合などにはそれにより直ちに違法性の承継が否定されることにはならない。

同基準は、基準①が本質的判断基準であるのに対し、違法性の承継が認められるか否かについての副次的判断基準である。先行行為が存在する場合、それが後行処分をなすうえで前提となるという関係には一応あるが、不可欠の前提とまではいえない場合について、違法性の承継を認める必要性の程度により、肯否を判断するためのものといえよう。

#### イ 消極的基準

- ③ 先行行為と後行処分の趣旨・目的が異なり、両者が独立した異なる制度であること

先行行為と後行処分との制度の目的・趣旨が異なるときには、違法性の承継は生じない。

例えば、国税通則法、所得税法に基づく国税の更正決定（課税処分）とその後の国税徴収法に基づく滞納処分とでは、前者が納税義務の範囲を形成する処分であるのに対し、後者はその強制執行手続であるので、両者は制度の趣旨・目的を異にした独立のものであり、違法性の承継を生じない。先行行為が後行処分をなすうえでの先行手続ないし先行行政過程という関係にないからである。

- ④ 先行行為の早期安定化の必要性があること

立法者がその意思により違法性の承継を認めるか否かを定めることができるのは当然である。

立法により、先行行為の早期安定化の必要から、違法性の承継が否定されている例として、厚生年金保険法90条4項が定める被保険者の資格又は標準報酬に関する処分と当該処分に基づく保険給付に関する処分など（仲野武志「建築確認の取消訴訟において東京都建築安全条例4条3項に基づく安全認定の違法を主張することの可否」・自治研究87巻1号152, 153頁。同教授は前記規定は不服申立における主張制限の規定であるが、訴訟において主張が制限されることを前提としているとする。）の場合に、違法性の承継が認められないのは当然である。

なお、法が明示的に違法性の承継を否定していない場合であっても、黙示的に否定していると解される場合、すなわち、法解釈により先行行為の早期安定化の必要が強く認められる場合についても、同様に違法性の承継が否定されることになる。このような解釈に当たっては、基準②の先行行為について固有の争訟手段が認められていないか、認められていても不完全か否かの検討が必要となる。固有の争訟手段が認められていないか、不完全な場合には、法解釈としても、立法者が先行行為の早期安定化の必要が高いと判断したとは解し難いことになるからである。

基準②と基準④とは、もとより異なる観点に基づくものではあるが、判断が微妙な場合について、密接な関連性を有するのである。

ウ 上記のような考え方に対しては、先行行為の段階でそれを争うだけの十分な手続的保障がなされている場合には、違法性の承継を認めるべきではないとの見解もあり得よう。基準①において、先行行為が後行処分をなすうえでの不可欠の前提であり、後行処分は先行行為があって初めてこれをなし得るという関係にある場合であっても、基準②において、先行行為の段階でそれを争うだけの十分な手続的保障がなされている場合には違法性の承継を否定する見解である。

例えば、違法性の承継が認められる典型とされてきた土地収用法上の事業認定と収用裁決の関係についても、その後、土地収用法上、事業者による利害関係者に対する説明会（同法15条の14）、関係図書の縦覧（同法24条）、認定庁による公告を経たうえでの公聴会（同法23条）、利害関

係人の意見書の提出（同法25条）、事業認定の告示（同法26条）、図面の長期縦覧（同法26条の2）の手續が法定され、審査請求、抗告訴訟も可能であり、周到な周知・権利救済措置が用意されていることから、違法性の承継について否定的ないし懐疑的な見解が登場している（福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」成田古稀251頁、同「土地収用法による事業認定の違法性の承継」・政策実現と行政法（平成10年）259頁ないし261頁、宇賀克也行政法概説1第2版306頁）。

しかし、①の積極的基準は、先行行為と後行処分との関係を検討のうえ、先行行為である行政過程の違法が直ちに後行処分の違法性をもたらすか、他の事由と相俟って処分の違法性をもたらすかという点についてのものであるのに対し、②の積極的基準は、違法性の承継を認めて権利救済をなす必要性がどの程度あるかという問題である。

違法性の承継を行政過程の違法により後行処分の違法がもたらされる場合として考える限り、①が本質的判断基準であり、②は副次的基準であるとみるのが相当といえよう。

①の基準に関し、先行行為が後行処分をなすうえでの不可欠の前提であり、後行処分は先行行為があつて初めてこれをなし得るという関係にある場合には、後行処分をなすうえで先行行為が適法であることが要請されており、先行行為が違法であるにもかかわらずなされた後行処分は、その行政過程に著しい瑕疵があるというべきである。かかる場合には、特段の事情がない限り、直ちに後行処分の違法をもたらすとして、違法性の承継が肯定されるべきであろう。

したがって、上記土地収用法における事業認定と収用裁決のような事案について違法性の承継を否定するという見解には賛成できない。

## (2) 本判決の位置づけについて

本判決の安全認定と建築確認の場合、事業認定と収用裁決のような違法性の承継が認められる典型例ではない。安全認定と建築確認とは、先行行為が後行処分をなすうえでの不可欠の前提であり、後行処分は先行行為があつて初めてこれをなし得るといふ関係にはない。

換言すると、安全確認は、建築確認をなすうえでそれより常に先になされなければならないわけではなく、建築確認をするうえでの不可欠の前提

ではない。ただ、安全確認が存在する場合には、建築確認をなすうえでその前提となるという関係が一応あり、同存在により建築確認の最終的な判断が異なることがあるというものである。安全確認がなされている場合、そこに違法があると、その後の建築確認との関係では先行する行政過程の違法となり得ることになるに留まり（基準①を一応は充たすと解される。）、それにより直ちに建築確認の違法がもたらされるわけではない。

このような非典型的な場合については、さらに、違法性の承継を認める必要性について検討する必要がある、その必要性が高い場合について違法性の承継を認めれば足りると解される。

つまり、本判決の事案は、先行行為について争訟を提起することが事実上可能かどうか、それを周辺住民の多数に強いることが妥当かどうか、期待可能性があるかを判断する必要がある場合（基準②）であったといえよう。

本判決が前記判旨①に加え、前記判旨②、③（第1、3）について説示した趣旨は、安全確認が建築確認をなすうえでの不可欠の前提ではなく、同事案が違法性の承継が認められる典型的な場合ではなかったためではなからうか。

付言すると、本判決は、法的安定性の要請（基準④）について触れていないが、仲野前掲論文は、「接道義務に係る要件判断（その適用除外に関する判断を含む）は建築確認における他の要件判断と順不同的に行うことが性質上可能であり、安全認定と建築確認とは順不同的関係にある。しかも安全認定を受けただけでは、工事に着手することができないから、先行処分により形成される事実状態の安定を尊重する必要もない。（略）」として、安全認定は、「段階的に安定化させる必要がない行政過程」であるとしている（仲野前掲156頁）。

したがって、前記積極的基準①、②に該当するのみならず、本件における安全認定は手続的安定の要請（消極的基準④）に該当しない先行行為であるということからも、違法性の承継を認めることが適切な事案であったといえよう。

### 3 違法性の承継が認められる範囲

(1) このように解した場合の最大の問題は、違法性の承継がどの範囲まで認められるかにある。以下、これまで違法性の承継が問題とされてきた場合について検討してみることにしたい。

(2) 先行行為に処分性が認められる場合

ア 違法性の承継が肯定される場合

#### ① 土地収用法の事業認定と収用裁決への違法性の承継

土地収用法の事業認定の違法性は収用裁決に承継されるとするのが裁判例の趨勢（東京高判平成5年8月30日判タ863号168頁、名古屋高判平成9年4月30日判タ950号125頁など。その他の裁判例につき最高裁事務総局・主要行政事件裁判例概観5・379頁）である。その理由は、事業認定と収用裁決とが、違法性の承継に関する通説の判断基準である先行処分と後行処分とが相結合して一の効果の実現を目指しこれを完成させるものであるという関係にあるためである。

これに対して、前述のとおり、事業認定に関しては、土地所有者等不明などの例外的な場合を除き、実質的には収用裁決の名宛人となる可能性がある者に対するの直接の通知がなされているに等しい実態が存在しているとみて差し支えないから、収用裁決の取消訴訟において事業認定の違法を主張するとの判断は、前提を欠くとの見解が存在する（前掲福井、前掲宇賀の各頁）。

確かに、事業認定の時点で、不服申立てのうえ、争訟手続をとることについては制度的保障がなされており、訴訟を提起するうえでの事実上の障害は乏しいといえる。しかし、前述したように、事業認定がなされると事業予定地の土地所有者等は収用裁決を受け得るという法的地位に立つことになり、最終処分としての収用裁決は、事業認定と目的を同じくする最終処分であり、法が予定している効果（収用による所有権等の喪失）も共通している。事業認定は収用裁決をなすうえでの不可欠の前提であり、収用裁決は事業認定があって初めてこれをなし得るという関係にある。収用裁決をなす権限は事業認定により生じたものであるから、収用裁決をなすうえでは事業認定が適法であることが要請されている。事業認定が違法であるにもかかわらずなされ



た収用裁決は、その前提となる行政過程に著しい違法があるといわざるを得ず、その違法は、収用裁決の違法を招来するのに十分なものというべきである（基準①）。

なお、仮に、上記違法のレベルが事業認定の違法のみでは収用裁決の違法を招来するのに十分とまではいえないとの見解に立つとしても、事業認定の段階で事業予定地内の所有者等の多数に対し、直ちに不服申立て、争訟手続を提起することを強いるべき必然性があるか、その期待可能性があるかは疑問である（基準②）。

事業認定の違法を収用裁決の取消訴訟で主張させることが事業認定の手續の安定を害するおそれがあるとしても、それが公共の福祉に適合しないときには事情判決により対処することが制度上担保されている（行訴法31条1項）のであり、それで足りるといえよう。

② 土地区画整理事業計画の決定（最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁）と換地処分への違法性の承継

同判決は、土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者を換地処分と受けるべき法的地位に立たせ、換地処分等がなされた段階で取消訴訟を提起することができるとしても事情判決（行訴法31条1項）がされる可能性が相当程度あるので権利侵害に対する救済が十分に果たされるとは言い難いことを理由に、同決定につき処分性を認めたものである。

これは、事業認定と収用裁決と同様、違法性の承継を認め得る典型的な場合であり、事業計画の決定は換地処分をなすうえでの不可欠の前提であり、換地処分は事業計画決定があつて初めてこれをなし得るという関係にある。換地処分をなす権限は事業計画の決定により生じたものであるから、事業計画決定と換地処分との関係は極めて密接である。事業計画決定の違法は換地処分の前提となる行政過程において著しい違法があるといわざるを得ず、前者の違法は、後者の違法を招来するのに十分なものというべきである（基準①）。

また、仮にそうではないという見解に立つとしても、事業計画決定の段階で事業予定地内の所有者等の多数に対し、直ちに不服申立て、争訟手続を提起することを強いるべき必然性があるか、その期待可能

性があるかは疑問であり、違法性の承継をい認める必要性が高いケースといえよう(基準②)。上記ケースは、違法性の承継を認めて良いカテゴリーに属すると解される。

これにつき、近藤崇晴判事は、同判決の補足意見として、「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ことを意味する。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3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」としたうえ、「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」と述べる。公定力が「適法性の推定」を生じさせるとすれば、そのような結論となるが、現在においてこのような見解は少数であり、疑問がある。

#### ③ 法務大臣の裁決と退去強制令書発付処分

出入国管理及び難民認定法51条によれば、(入国審査官、特別審理官の判断に不服がなかったと同様)主任審査官は法務大臣の裁決に従い退去強制令書を発付するものとされている。そうすると、不服申立を経て法務大臣の裁決(異議申立棄却裁決)と主任審査官の退去強制令書発付処分との関係は、前者が後者の不可欠の前提をなす行政過程に当たり、後者は前者があって初めてこれをなし得るという関係にある(基準①)。

したがって、法務大臣の裁決の違法は主任審査官の退去強制令書発付処分の違法を招来する行政過程の著しい違法となると解すべきである。

#### ④ 差押えと公売処分

差押えと公売処分とは、滞納処分における一連の手続であるので、差押えの違法は、公売処分の手続的違法となり得る。差押えは、公売処分にとっての不可欠の前提となる手続であるので、差押えの違法は、公売処分の違法を招来するに十分な行政過程の著しい違法となるといえよう(基準①)。

なお、例えば、差押えに超過差押えの違法があったとしても、徴税当局が差押土地を分割し、超過しない範囲でその一部を公売した場合には、超過差押えの瑕疵は公売処分の時点で治癒されたとみるべきで

あり、超過差押えの違法が上記公売処分の違法を来すとはいえないであろう（東京地判昭和39.9.30行集15巻9号1732頁）。

#### イ 違法性の承継が否定される場合

- ① 病院開設の中止勧告と保険医療機関の指定拒否処分への違法性の承継（最判平成17.10.25判例時報1398号4頁）

病院開設の許可申請をした上告人が、被上告人知事から医療法30条の7に基づく病院開設の中止勧告を受け、その後許可処分を受けたものの、保険医療機関の指定申請を拒否する旨の指摘を受けたことから、上記中止勧告の無効確認または「本件許可処分中に付した本件病院の開設の中止を勧告する附款部分」と上告人が主張する上記指摘部分の無効確認を求めた事案の上告審で、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告を保険医療機関の指定の及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、上記中止勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう行政庁の処分等に該当するとして、行政指導としての性質を有する中止勧告に処分性を認めたものである。

これにつき、藤田宙靖判事は、補足意見として、「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。もっとも、従来の判例学説上、一般に行政指導は「処分」ではないとされて来たから、これを専ら取消訴訟で争うべきものとするのは、国民に不測の不利益をもたらしかねない、という側面があることを否定できない。しかし、この勧告につき処分性が認められることになれば、今後は、通常の場合、当事者において、まずはその取消訴訟を通じて問題の解決が図られることになるものと予想される外、必要に応じ、行政事件訴訟法46条に定める行政庁の教示義務、出訴期間等徒過についての「正当な理由」条項(同法14条1項及び2項における各ただし書を参照)等の活用がなされることにより、対処することが可能であると考えられる。」としている。

思うに、この場合は、医療法の勧告と健康保険の健康保険医の指定とでは、根拠となる法律を異にしており、法制度の目的が異なるばかりでなく、医療法の勧告が健康保険の健康保険医の指定をなすうえで前提となるという関係にはないから、前者の違法が後者の違法を招来する余地がない(基準①)。上記ケースは、違法性の承継は認めるべきではないカテゴリーに属するといえよう。

② 課税処分と国税滞納処分、土地収用法に基づく土地の明渡裁決(又は建築基準法に基づく建築物除却命令)と行政代執行上の戒告

これらは、先行行為が直接国民の権利義務を形成しその範囲を確定する行為であるのに対し、後行行為はその強制執行手続という関係にある。そうすると、先行行為と後行行為とは、それぞれ完結した別の手続であり、制度の趣旨・目的を異にしているから、先行行為の違法が後行行為にとっての手続的違法となるとはいえないと解される(基準③)。

③ 青色申告承認取消処分と法人税額更正・決定処分

青色申告の承認の取り消しは、帳簿書類の備付の不備等を理由とする処分であるのに対し、法人税額の更正・決定の処分は提出された納税申告書の記載の違法又は納税申告書を提出すべき者がこれを提出しなかったことを理由とする処分である。青色申告の承認取消処分は、法人税額の更正・決定処分に先行し、後者の前提となる手続ではない

(基準①)。

したがって、青色申告承認取消処分の違法が法人税額更正・決定処分の違法をもたらすという関係にはないので、違法性の承継は生じないと解される。

(3) 先行行為に処分性が認められない場合

ア 公共施設管理者の同意拒否（処分性がないことについて最判平成7.3.23民集49巻3号1006頁）と開発許可

この場合は、公共施設管理者の同意拒否の違法が開発許可処分に承継されるかという問題ではない。公共施設管理者の同意拒否の違法が開発許可申請の却下処分に承継されるかという問題である。公共施設管理者の同意拒否については処分性を否定するのが判例（最判平成7.3.23民集49巻3号1006頁）であるが、前述したように公定力及び抗告訴訟の排他的管轄の有無は違法性の承継とは直接の関係がないという見解に立つ以上、先行行為に処分性がある場合とない場合とを区別して考える必要はない。

開発許可を申請する際には公共施設の管理者の同意が必要であり（都市計画法32条1項）、許可申請に際しては、その同意書を添付しなければならず（同法30条1項）、添付がない場合、「申請の手続がこの法律又はこの法律に基づく命令の規定に違反」とされ許可申請が不適法として却下される。

公共施設の管理者の同意・不同意は管理者として管理上支障があるか否かについての意見を表明するものにすぎず、それにより開発許可を受け得る法的地位を生じさせるものではない。先行行為と後行行為とでは（課税処分と国税滞納処分ほどではないにせよ）法の趣旨・目的が異なり、事業認定と取用裁決のような不可欠の前提とそれに基づく後行処分という関係があるわけではない。

しかしながら、公共施設の管理者の同意拒否により開発許可の申請手続は違法となるから、同申請は必然的に却下されるという関係にある。このことから上記同意拒否は開発申請却下処分の一つの前提であるという関係があり、前者の違法が後者の違法をもたらし得ると解することになる（基準①）。

さらに、公共施設の管理者の同意については処分性がなく、実質的当事者訴訟でこれを争うにしても確認の利益が認められるかは微妙であるため、十分な争訟手段があるとは言い切れない点を考慮すると(基準②)、公共施設管理者の同意拒否の違法は、開発申請の却下処分の違法をもたらすとみるべきであろう。

イ 都市計画決定と都市計画事業認可

都市計画決定は都市計画事業認可をなすうえでの不可欠の前提であり、後者は前者があって初めてこれをなし得るという関係にある。

そうすると両者の関係は事業認定と取用裁決の关系到近いというとらえ方が可能であり、都市計画決定の違法は事業認定の違法をもたらすというべきである(基準①)。

実質的にみても、都市計画に処分性がない以上、先行行為について十分な争訟手段が設けられているとはいえないから、違法性の承継を認める必要性が極めて高いというべきである(基準②)。

したがって、都市計画決定の違法は都市計画の事業認可の違法をもたらすというべきである(東京地判平成13.10.3判時1764号3頁,最判平成18.11.2民集60巻9号3249頁)。

- (4) 以上、違法性の承継が問題となるケースについて検討を加えたが、違法性の承継が問題となるケースは他にも様々あるのであり、今後、いかなる場合に、いかなる範囲で認められるべきかを検討していく必要がある。

【参考】

○東京都建築安全条例(昭和25年東京都条例第89号。以下「本件安全条例」という。)

1条

建築基準法(以下「法」という。)第40条(…(略)….)による建築物の敷地、構造及び建築設備並びに工作物に関する制限の附加、法第43条第2項による建築物の敷地及び建築物と道路との関係についての制限の附加、建築基準法施行令(…(略)….)第128条の3第6項による地下街に関する令と異なる定め並びに令第144条の4第2項による道に関する令と異なる基準については、この条例の定めるところによる。

1条の2

第4条, 第10条の2, 第10条の3, 第22条, 第41条及び第82条の規定は, 都市計画区域及び準都市計画区域内に限り適用する。

4条

1項 延べ面積（同一敷地内に2以上の建築物がある場合は, その延べ面積の合計とする。）が1,000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。

延べ面積 長さ

1,000平方メートルを超え, 2,000平方メートル以下のもの	6メートル
2,000平方メートルを超え, 3,000平方メートル以下のもの	8メートル
3,000平方メートルを超えるもの	10メートル

2項 延べ面積が3,000平方メートルを超え, かつ, 建築物の高さが15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6メートル以上の道路」とする。

3項 前2項の規定は, 建築物の周囲の空地の状況その他土地及び周囲の状況によ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。

