

第1問	行政法	先行処分の違法性の主張	司法試験 H24-22
-----	-----	-------------	-------------

〔第1問〕

建築基準法が同法所定の接道義務について条例による制限の付加を認めていることを受け、東京都建築安全条例（以下「条例」という。）は、接道義務を厳格化している。条例の定める安全認定（以下「安全認定」という。）は、接道義務の例外を認めるための制度であり、接道要件を満たしていない建築物の計画であっても、適法に安全認定を受けていれば、建築確認申請手続において、接道義務の違反がないものとして扱われることとなる。安全認定が行われた上で建築確認がされている場合に、建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することの可否について判断を示した最高裁判所の判決（最高裁判所平成21年12月17日第一小法廷判決、民集63巻10号2631頁）に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。

- ア. この判決は、安全認定に処分性が認められないことを前提として、建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することができるとしたものである。
- イ. この判決は、周辺住民には安全認定の取消訴訟の原告適格が認められないことを考慮して、建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することができるとしたものである。
- ウ. この判決は、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ことを考慮して、建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することができるとしたものである。
- エ. この判決は、安全認定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ことを考慮して、建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することができるとしたものである。

第1問	行政法	先行処分の違法性の主張	正解 ア2 イ2 ウ1 エ1
-----	-----	-------------	-------------------

行政過程が複数の行為によって構成されている場合に、先行行為の違法性を後行行為の取消訴訟において主張できるかという問題を、一般的に違法性の承継の問題という。この問題については、後行行為の取消訴訟において先行行為の違法性を主張することが遮断されないと、違法性が後行行為に承継され、先行行為の公定力が実質的に否定されてしまうことから、原則として違法性の承継は否定されると考えられている。本問で取り上げられた最高裁判所平成21年12月17日第一小法廷判決（以下「本判決」という。）は、違法性の承継を最高裁判所が正面から肯定した初めての例であると理解されている。ただ、本判決は、違法性の承継に関して一般的な基準を立てているものではなく、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」という実体法の観点と、②「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」こと、及び、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」という訴訟手続における国民の権利利益救済の実効性に着目して結論を導いたことには注意が必要である。

ア誤り。最判平21.12.17。本記述では、本判決が安全認定に処分性が認められないことを前提としているのかが問題となる。

本判決は、東京都建築安全条例4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。」としているところ、これは安全認定について処分性を肯定するものと理解されている。

したがって、本記述は、安全認定に処分性が認められないことを前提としている点で、誤っている。

イ誤り。最判平21.12.17。本記述では、本判決が建築確認の取消訴訟において安全認定の違法性を主張することを認めた理由として、周辺住民に安全認定の取消訴訟の原告適格が認められないことを考慮しているのかが問題となる。

本判決は、安全認定の取消訴訟につき周辺住民の原告適格が否定されるかについては触れていない。

したがって、本記述は、周辺住民には安全認定の取消訴訟の原告適格が認められないことを考慮しているとしている点で、誤っている。

ウ正しい。最判平2 1. 12. 17。本記述では、本判決が建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することを認めた理由として、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が避難又は通行の安全の確保という同一の目的の達成に向けられていることを考慮しているのかが問題となる。

本判決は、「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。」とした上で、「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」としている。

したがって、本記述は正しい。

エ正しい。最判平2 1. 12. 17。本記述では、本判決が建築確認の取消訴訟において安全認定の違法を主張することを認めた理由として、安全認定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ことを考慮しているのかが問題となる。

本判決は、「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…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。」とした上で、「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」としている。

したがって、本記述は正しい。

【MEMO】