慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	
Author	田村, 泰俊(Tamura, Yasutoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法II： 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.181- 205
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000002-0181

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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——

田村泰俊

一　問題の所在
二　具体的な二項道路の認定「時」
三　行政実務の動向とその具体例
四　二項道路と具体的認定「時」を捉えた訴訟
五　「連続性」の法のフローと判例法理
六　連続性のフローと違法性の承継
七　二項道路の争訟への提言

一　問題の所在

最高裁判所は、平成一四年、建築基準法四二条二項、いわゆる「二項道路」「みなし道路」の「包括指定」に行政事件訴訟法上の「処分性」を許容する判断を示した。[1]

そこで、この判断を受け、一般的には、この二項道路については、行政事件訴訟法上、抗告訴訟たる処分不存在確認訴訟で、今後は争いうるものと理解されていると言ってよい。[2]

ところで、この平成一四年最高裁判所判決の下で当事者訴訟の公法上の法律関係確認の訴の利用につき、完全に否定する見解もないわけではない。[3][4] しかし、この争点については、むしろ「オープン・ザ・クエスチョン」と考える学説が有力であると言ってよいように思われる。[5]

その主要な理由は、包括指定の処分不存在確認訴訟はともかくとして処分存在確認訴訟については、[6] それを現在の行政事件訴訟法のフレーム・ワーク（行訴三条四項）の中で許容することに相当な困難がありうるからにほかならないからであろう。[7]

以上の争点につき、筆者は、まず行政事件訴訟法改正前に、平成一四年最高裁判所判決の下においても、当事者訴訟は排除されないとの見解を示した。[8]

その後、改正行政事件訴訟法の下で、高木光教授が「本来は、確認訴訟によって紛争を解決すべき事案であったと考えられる」[9]との見解を示された。

一方、筆者は、改正前から、平成一四年最高裁判所判決の下でも当事者訴訟は、二項道路につき排除されないとの見解を示していたので、[10] 改正法の公法上の法律関係確認の訴えは従来の理論を、それこそ確認的に明示したものであるから、[11] 当然、これにより争いうるとの見解を示した。

そして、この当事者訴訟により二項道路の包括指定につき争いうるとの見解に、理論的な親和性を示す見解は見られるものの、[12] 具体的な法律構成は示されないままとなっていると言って良いのではないかと思われる。

そこで、筆者は、この問題につき、平成一四年判決の下でも当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）は排除されないとの立場を一貫して採っているので、「違法性承継論」をヒントに、これに一つの試論を提供してみたいと考える。[13]

（1）最（一小）判平成一四年一月七日民集五六巻一号一頁、判時一七七七号四〇頁、判タ一〇八五号一七三頁。

（2）実務サイドの見解として、宮田祥次「建築基準法上の道路を巡る公法上・私法上の諸問題」中野哲弘＝安藤一郎編『新・裁判実務体系　住宅紛争訴訟法』四一頁（青林書院、二〇〇五年）、この問題に関し検討する文献として、晴山一穂「二項道路一括指定を争う訴訟型式」専修ロー第二号一頁以下（二〇〇七年）、また、新司法試験第一回公法系論文式第二問で二項道路が出題されたが、その解説として、曽和俊文・法セ増刊『新司法試験の問題と解説二〇〇六』、米丸恒治・ロースクール研究第三号（二〇〇六年）、野呂充・受験新報二〇〇六年八月号。

（3）この判決の代表的評釈として、金子正史・法教第二四四号一三一頁（二〇〇二年）、竹田光宏・ジュリ第一二三二号一七四頁（二〇〇二年）、久保茂樹・平成一四年重要判例解説三二頁以下（二〇〇三年）、長屋文裕・平成一四年度主要民事判例解説（判タ増刊第一一二五号）二七二頁（二〇〇三年）、松戸浩・法学第六七巻第四号一七四頁（二〇〇三年）、伴義聖＝小安政夫・判例自治第二三八号五頁（二〇〇三年）、立川淳一・訟月第四九巻第一号三〇七頁（二〇〇三年）、桐澤秀雄・行政判例百選Ⅱ三三七頁（第五版、二〇〇六年）、その他、荏原明則「告示により一括して指定する方法でされた建築基準法四二条二項所定のいわゆるみなし道路の指定と抗告訴訟の対象」民商第一二七巻第二号一二一項（二〇〇二年）、行政訴訟一般論の中で本判決を肯定的に評価する文献として、阿部泰隆「誤解の多い対物処分と一般処分」自研第八〇巻第一〇号三八頁（二〇〇四年）、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性――改正行政事件訴訟法の理論的インパクト――」民商第一三〇巻第六号三四頁（二〇〇四年）。

（4）宮田・前掲論文注（2）四一頁。

（5）この学説の傾向については、晴山・前掲論文注（2）二三頁。そこで引用されている、金子・前掲評釈注（3）一三一頁、久保・前掲評釈注（3）三三頁など。

（6）処分不存在確認訴訟と処分存在確認訴訟とも、平成一四年判決の下では抗告訴訟で扱うべきである見解として、近田正晴・平成一三年度主要民事判例解説（判タ臨時増刊第一〇九六号）二六一頁、この見解の分析として、晴山・前掲論文注（2）二四頁。

（7）晴山・前掲論文注（2）二四頁および、そこで引用されている金子正史「二項道路指定処分不存在確認訴訟等判決（三件）」法資第二三六号一四八頁（二〇〇一年）。

（8）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』たる二項道路を契機として――」明学第七六号一二五頁以下（二〇〇三年）。

（9）高木光「改正行訴法の評価――確認訴訟の可能性――」自正二〇〇四年一二月号五九頁。最近、ほぼ同様のスタンスを採ると思われる文献として、高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」法曹第五九巻第八号二四～二五頁（二〇〇七年）。

（10）最も代表的な文献のみ示せば、園部逸夫＝芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』一二頁（ぎょうせい、二〇〇六年）、小林久起「改正法成立に至るまでの経緯及び改正法の概要」ジュリ第一二七七号七頁（二〇〇四年）、小早川光郎＝高橋滋編『改正行政事件訴訟法』一〇八頁（第一法規、二〇〇四年）、橋本博之『解説　改正行政事件訴訟法』八九頁（弘文堂、二〇〇四年）。

（11）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――」法研第七八巻第五号二七一頁以下（二〇〇五年）。

（12）例えば、晴山・前掲論文注（2）二五頁。

（13）二〇〇七年七月二一日明治学院大学法律科学研究所において、一橋大学大学院（当時）の河合敏樹氏の「現代環境行政法における環境管理の法理論の研究」に接した。この報告の要諦として、環境法という個別法領域から行政法総論の再検討を行なおうとするものであった。筆者もこのようなアプローチは正しいと考える。それは、わが国の研究は総論からのアプローチ

を中心としてきたからに他ならない。むしろ、これからは、行政法研究者は一つは個別法領域の研究テーマを持つべきではないかと考えている。筆者の建築行政からのアプローチもこのような関心から行なわれてきた。すでに本稿で引用した論稿の他、田村「建築基準法四三条二項に基づく条例上の『認定』と行政争訟における処分性」明学第八一号二九頁以下（二〇〇七年）、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」明学ロー第六号二五頁以下（二〇〇七年）、田村「都市計画法三六条及び三九条等と法システム的解釈――行政訴訟における狭義の訴えの利益を手がかりに――」新報第一一二巻第一一・一二号四二九頁以下（二〇〇六年）。

また別の個別法領域からのアプローチとして、田村編著『最新ハイブリッド行政法』（八千代出版、改訂版、二〇〇六年）。

そして、この種の発想の代表的文献として、兼子仁『行政法と特殊法の理論』（有斐閣、一九八九年）。

二　具体的な二項道路の認定「時」

1　最高裁判所平成一四年判決

この問題の前提として、平成一四年最高裁判所判決[14]をふりかえってみよう。[15]

さて、最高裁は、二項道路の包括指定につき「告示によって二項道路の指定の効果が生じるものと解する以上、このような指定の効果が及ぶ個々の道は二項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され（法四四条）、私道の変更又は廃止が制限される（法四五条）等の具体的な私権の制限を受けることになるのである。そうすると、特定行政庁による二項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものということができる。

したがって、本件告示のような一括指定の方法による二項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分に当

たると解するべきである」と判示した。[16]

そこで、この判決を受け、包括指定にかかる二項道路は、その告示「時」にその存否は実態としてはっきりしていると考えるためであろうか、行政事件訴訟法上は、抗告訴訟たる処分不存在確認訴訟によることとなると一般には理解されている。[17] また、すでに本稿で指摘した高木光教授の見解も、「本来は」とされていることから、[18] このような理解に立つものと解して差しつかえはないのではないかと思われてならない。それゆえ、当事者訴訟の利用については、いわば学説の傾向はオープン・ザ・クエスチョンとなっていると理解しているわけである。[19]

すなわち、以上の理解は、二項道路か否かについては、道路の具体的内容まで含め、昭和二五年当時等の基準日、告示時に明確となっているとの前提に立っているようである。[20] なぜなら、四二条二項の条文が「この章が適用されるに至った際」となっていることからも、以上のような前提に最高裁は立っていると理解すべきであろう。[21]

2　実際上の二項道路認定「時」

ところで、「本来は当事者訴訟」と考えるのか、[22] それとも「その可能性を否定しきれない学説の動向」[23] に添って考えるのかは別として、当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）の可能性を筆者が肯定してきたのは、次のような理由による。

それは、行政上の実務において包括指定にかかる二項道路が具体的に明確になるのは、建築主事による建築確認「時」であるのが一般であったからに他ならない。[24]

そこで、最近の当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）の可能性を捨て切れない学説からも次のような指摘がなされることとなる。例えば、高橋滋教授は「一括処分自体の違法性を争わず、原告の照会に対してみなし道路に該当するとした担当者の回答を争う趣旨であれば、公法上の当事者訴訟に該当するとの判断を示す可能性はあ

ったと考えられる」とし、[25] 晴山一穂教授は「一括指定不存在確認訴訟は、一括指定そのものの違法性を攻撃するものではなく、一括指定の適法性・有効性は前提としたうえで特定の道路が一括指定の要件に該当しないことの確認を求める訴訟である」[26] とされている。

すなわち、包括指定にかかる道が二項道路に具体的に当るのかどうかは、何らかの型で、行政サイドの具体的認定があった「時点」を捉えるしかないことが理解しうるであろう。

しかも、別稿でも指摘したように、[27] 二項道路たる具体的な私権制限の内容は、中心線や後退線から来るもの等となるが、中心線の位置等の争いで、具体的な中心線の確定も行訴三条四項所定の抗告訴訟（処分の存在・不存在の確認）で争うというのは、いかにも無理があるように思われる。

ともあれ、以下、行政実務から、具体例を見てみよう。

（14）最（一小）判平成一四年一月七日民集五六巻一号一頁、判時一七七七号四〇頁、判タ一〇八五号一七三頁。

（15）筆者は、前掲注（8）（11）（13）のそれぞれの論稿を、平成一四年判決を批判的に捉えた上で、この問題ある最高裁判決を前提に、なおかつその条件の下でどう対応すべきかとのアプローチをとっており、本稿もその一つの試みである。問題ある最高裁判所判決につきどう対応すべきかについての重要な文献として、阿部泰隆「宝塚市パチンコ店条例門前払い最高裁判決を受けて、市はどうすべきか」自治実務セミナー第四二巻一〇号四頁以下（二〇〇三年）、また同『続政策法学講座』（第一法規、二〇〇六年）。

（16）この判決前の二項道路と争訟についての代表的文献として、金子正史「二項道路に関する二、三の法律上の問題（上）（下）」自研第七八巻第二号三頁以下、第三号三頁以下（二〇〇二年）。

（17）代表的文献として、宮田・前掲論文注（2）四一頁。

（18）高木・前掲論文注（9）五九頁。

(19) 晴山・前掲論文注（2）二三頁。

(20) しかし、告示の変更により本当に具体的道が二項道路としてその実体も含め明確となっているとは言えないのではないであろうか、告示の変更に伴う問題点につき、内山忠明「建築基準法四二条二項の規定に基づく道路について――包括指定処分の性質とそれに対する訴訟の可否――」島田信次＝関哲夫編『地方行政をめぐる紛争解決の理論と実際〔応用編〕』第一一四項目（第一法規、一九七七年、加除式）。

(21) 田村「建築基準法上の二項道路と行政事件訴訟法上の処分性再論――当事者訴訟の利用と立法論への要望――」明学ロー第七号二～三頁（二〇〇七年）。

(22) 高木・前掲論文注（9）五九頁参照。

(23) 晴山・前掲論文注（2）二二頁以下参照。

(24) この実務につき、内山・前掲論文注（20）七頁。

(25) 高橋・前掲論文注（9）二五頁。

(26) 晴山・前掲論文注（2）二四頁。

(27) 田村・前掲論文注（21）八頁。

三　行政実務の動向とその具体例

1　中野区建築審査会裁決

まず、平成一四年最高裁判所判決前のケースではあるが、包括指定にかかる二項道路の具体化を知るうえで適切な例と思われる中野区建築審査会[28]の平成一三年になされた裁決[29]を見てみることとしよう。

本件の事実の概要は、以下のようなものであった。すなわち、本件は、争点とされた道が告示により包括指定

された二項道路であるか否かについて利害関係を有するAが、書面による照会を処分庁（中野区）に対して行ったというものだった（具体的には「申入書」及び「要望書」）。これに対し中野区担当課が「建築基準法第四二条第二項道路に係る申入書について（回答書）」との文書をもって行なった二項道路であるとの通知に処分性があるかどうかが争われたケースであった。そして、本件で注目すべき点は、この回答にあたり、裁決書によれば、「本件通知書を見ると、処分庁は特定行政庁として本件通知をなすにあたり、本件道が本件告示の要件を充たしているか否かを『調査』したうえで、『判断』した旨が記載され」それを基に二項道路であるとの判断を示している点にある。

この通知に処分性を認めた中野区建築審査会の裁決は、次のように述べている。

すなわち、「本件道が二項道路に該当することを処分庁が具体的かつ対外的に明確に示したのは本件通知が初めてである。したがって、本件通知により、処分庁はもとよりのこと、中野区建築主事も本件道を二項道路として以後取り扱うことになるものと考えられる」と述べている。

さらに、告示要件から一つのみ、この種の争訟の解決の現実の姿を知る目的から「中心線の明確性」[30]についてのみ摘示すれば、次のように述べている。

すなわち、「本件道部分の基準時における位置を明らかにする図面、標石及び壁面等の存在は明らかでない。この点、本件道部分の昭和四十年前後頃の状況を撮影した写真が証拠……（略）……として提出されているものの、その状況を見ても本件道部分の幅員及び道路敷地の範囲は必ずしも一定しない状態であり、写真中の敷石の存在をもってしても、それよりも相当前の基準時において『中心線が明確である』とまでは認めることができない。

なお、職権調査の結果、本件道部分の南側端付近には四個の標石が、本件道部分の北側端付近には一個の標石

が、それぞれ現存することが一応認められるが、これらのうち二点を結ぶ線が本件道の中心線ないし道路敷地の範囲を画する線であるとまでは認める証拠がない」とし、二項道路ではないという認定を行っている。

以上のように、中心線などの具体的内容まで含め、二項道路であるか否かは、包括指定「時」ではなく、行政サイドの何らかの有権的行為「時」に確定するものであり、争訟を扱う審査会や裁判所もそのような中味に入って審査を行うこととなる。[31]

2　道路台帳等の整備

1では、平成一四年最高裁判所判決前のケースを見たので、ここでは、判決後の自治体実務からの動きを見てみることにしたい。

この包括指定にかかる二項道路問題に関して、最近、国土交通省[32]および特別区建築審査会委員等連絡協議会建議案検討委員会[33]がほぼ同様の解決案を示した。

その包括指定にかかる二項道路についての解決案として、道路台帳等の整備が提案されている。

本稿では、より詳細な参考図等も含まれている特別区の報告書によりつつ、その概要を見てみることとしたい。[34]

特別区報告書は、次のように述べている。少し長くなるが、そのまま引用することとしたい。

すなわち「二項道路の存否や位置についての判定作業を積極的に推進することを提案するものである。そして、その調査結果を『二項道路図』……（略）……として整備して備え付け、公衆の閲覧に供するようにすべきであるというものである。

二項道路問題の抜本的解決という要請を考えると、この『二項道路図』の内容としては、当該図面の記載に基づいて二項道路の位置を現地で特定し、明示することが可能でなければならない（適切な表現が他にあるかもしれ

ないが、これを以下『現地復原性』ということとする。）。なぜなら、既述したように、二項道路の敷地についての財産権問題をも考慮するならば、二項道路の存否及び位置を現地で特定し、明示できないような内容の図面では、二項道路問題の抜本的解決のために十分に寄与し得ないからである。

ところで、『二項道路台帳』の整備状況に関して行ったアンケートに対する回答によると、『整備済』と回答した区が数区見受けられるが、『やや進んだ』、『進まない』と回答した区も相当数存在する。これらの回答においてイメージされている『二項道路台帳』は、具体の道が二項道路であると判定された場合に、その位置を住宅地図（縮尺は一／一五〇〇その他が用いられているようである。）に表示したものであるが、概要を把握できるものの、上記のような現地復原性の観点からは十分とはいえず、当委員会が提案する上記『二項道路図』とは図面の記載内容の精密度において異なったものであるかのように思われる。もしもこの認識に大きな誤りがなければ、『二項道路台帳』の整備状況に関するアンケートに対して数区が『整備済』と回答しているものの、二項道路問題を抜本的に解決できるほどに詳しい内容が記載された図面が既に整備されていると評価することはできないのではなかろうか。したがって、『二項道路台帳』の整備が完了していない区においてはもちろんのこと、『整備済』と回答した区においても、『二項道路図』の整備を目指して今後も引き続いて積極的に作業を推進することが必要であると考える[35]」と提言している。

そして、報告書は、ここでの「二項道路図」つまり、報告書でいう「現地復原性」をイメージするために、杉並区の『現況図』作成例を掲記しているが、そこでは、L形溝、雨水ます、中心線、後退線などを含んだかなり詳しいものとなっている[36]。

そして、筆者も、包括指定にかかる二項道路に関しては、このような解決方法しかないのではないかと考えている。

以上、ここで、裁決例、報告書を見てきた。そこから知りうるのは、いずれにしろ、包括指定にかかる二項道路は、行政庁（特定行政庁）の有権的な具体的な認定が示された「時点」で、具体的な道が二項道路か否かが決定するものであり、それは、建築基準法制定時、基準日、告示日ではないという現実から来る事実なのである。

そこからは、二項道路の具体的内容（例えば、中心線、後退線）も含め、特に、特別区報告書のような方向性を考えた場合、争訟という場面でも考えておかなければならないということとなろう。

そして、そうであるとするなら、行政庁の有権的認定を捉えて、訴訟提起を行いうる方法を考えるべきである。

（28）建築審査会一般につき分析を加えた文献として、日置雅晴「建築審査会・開発審査会における審査の現状と課題」自正二〇〇七年七月号一〇二頁以下。

（29）九中建審・請第六号審査請求事件（平成一三年二月七日裁決）。

（30）この要件については、例えば、金子・前掲論文注（16）（上）一九頁。

（31）なお、国土交通省は、平成一四年最高裁判決を受け、通知の処分性を否定し中野区建築審査会の裁決を取り消している（平成一六年六月二八日国住街第八七号）。

（32）平成一九年二月二八日、指定道路に関する法施行規則の一部改正案、及び同六月一九日建築基準法施行規則等の一部を改正する省令。

（33）特別区建築審査会委員等連絡協議会建議案検討委員会『建議案検討委員会報告書』（二〇〇七年四月）。

（34）国土交通省改正施行規則では、「指定道路図及び指定道路調書を調整し」（規則第一〇条の二）となっている。なお特別区建築審査会委員等連絡協議会建議案検討委員会・前掲報告書注（33）八頁。

（35）特別区建築審査会委員等連絡協議会建議案検討委員会・前掲報告書注（33）六～七頁。

（36）特別区建築審査会委員等連絡協議会建議案検討委員会・前掲報告書注（33）三四頁。

四　二項道路と具体的認定「時」を捉えた訴訟

さて、筆者は、平成一四年最高裁判所判決は、道路の存否つまり「存在不存在」あるいは言葉を換えれば、もっぱら「路線」にのみ焦点をあてたものではないかと推測している（あるいは、この平成一四年判決を扱った法律学からのアプローチも同様であったと言っては言いすぎであろうか）。そして、道路の存否や、もっぱら路線に焦点をあてた場合、それは二項道路たることの処分不存在確認訴訟と結びつくこととともなろう。

しかし、すでに本稿三で見たように、二項道路に関する争訟は、何も道路の存否のみにあるのではなく、その位置すなわち中心線等の具体的内容もその重要な争点となりうる。そして、その位置すなわち具体的な内容等も含めて明らかになるのは、法制定時、基準日、告示日ではなく、建築確認の他、通知や台帳記載といった行政庁の具体的道や敷地に対する有権的な認定が行われた日なのである。そこで、二項道路問題の争訟では、この具体的になされた有権的認定を争う必要がある。

しかし一方で、包括指定に処分性を許容した問題のある平成一四年最高裁判決が存在していることもまた事実であり、現実には判例変更は相当むずかしいと考えてよいであろう。

そこで、最高裁判決の下では、二項道路についての行政上のフローは、包括指定（処分）→具体的な有権的な認定（非処分）という流れとなり、これを前提に、争訟の問題も考えなければならないこととなる。

そこで、筆者は、かつての論稿で、多少強引であるとの批判を受けるかもしれないが、最高裁は、この「包括指定」を「処分」とし争う「訴訟ルートを許容」したと判例を読み、具体的な有権的な認定については当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）で争いうることは排除されないとの見解をとった。[37] そして、この見解は、本来は、包括指定ではなく具体的な行政庁の有権的解決そのものを「処分」とすれば、その時点を捉えて処分内容の具体

的中味まで争いうる抗告訴訟で具体的処分内容を争えば足りるとする理論的立場が、そもそも存在することは言うまでもない。

しかし、包括指定「時」等を「処分」とした場合、道路の存否そのもののみならず、その処分の具体的内容も争いの対象となりうるわけだから、本稿ですでに指摘した晴山教授の指摘のように告示それ自体は適法だが具体的な道路についての争いとなることを考えると、[38]道路の存否が前提となるから処分不存在確認訴訟なのか、有権的な認定内容を争うから当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴え）なのか、訴訟ルート間のいわば「キャッチ・ボール」[39]が生じるので、筆者には、いずれ当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴え）も平成一四年最高裁判決の下でも排除されてはならないとの発想があったわけである。[40]

そして、この筆者の見解[41]すなわち、告示要件たることの具体的な内容、例えば、中心線の具体的位置など（いわゆる「現地復原性」等）[42]が明確になる有権的行政庁の認定等を当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴え）で争いうるとの見解は、平成一四年最高裁は、包括指定を処分とするのであるから、後の有権的認定等は、論理上処分ではないこととなろうから、処分ではないものを争わせるという二〇〇四年の行政事件訴訟法の「公法上の法律関係確認の訴え」の明示[43]の趣旨とも矛盾していないものと考える。

加えて、行政実務では、例えば中心線の具体的位置は、建築部所と土木部所では異なった立場をとっていることなどから[44]具体的に有権的に図面等を基に行政庁が認定した時点を捉えるということの方が現実の紛争解決にも添ったものではないかと思われる。

（37）田村・前掲論文注（8）一四三頁以下、前掲論文注（11）二七四頁以下。

（38）晴山・前掲論文注（2）二四頁。

(39) この「キャッチ・ボール」の生じる可能性の一般論に関しては、濱秀和「改正行政事件訴訟法とその運用等」ジュリ第一二七七号四六頁（二〇〇四年）。

(40) 田村・前掲論文注（11）二七六～二七八頁。

(41) 晴山・前掲論文注（2）は「一括指定そのものの瑕疵を争う抗告訴訟（一括指定の取消訴訟・無効確認訴訟）と一括指定への該当・非該当の確認を求める当事者訴訟（一括指定存在・不存在確認）の双方の成立可能性を視野に入れた議論が可能」（晴山・前掲論文注（2）二五頁）と述べておられる。この晴山教授の見解は、基本的には筆者と発想を同じくするものと考えるが、「存在・不存在」にウェートがあるようであり、筆者からはやはり「路線」に基礎を置いた見解のように思われ、筆者のように告示要件たる中心線の位置など具体的な二項道路の内容まで争いうることまで意味する見解であるのかは不明である。

(42) 特別区建築審査会委員等連絡協議会建議案検討委員会・前掲報告書注（33）七頁。

(43) この点、周知のことなので代表的文献のみ示すと、山田洋「確認訴訟の行方」法時第七七巻第三号四五頁（二〇〇五年）、橋本・前掲書注（10）八九頁。

(44) この点、行政実務からの分析として、塩田徳二『建築行政と道路問題（杉並区挟あい道路拡幅事業とその実績）』一六頁以下（財団法人　杉並区まちづくり公社、一九九九年）。なお、行政実務一般につき、長井幹＝水上秀巳＝小林重敬「『二項道路』の実体分析と行政対応に関する研究」日本都市計画学会学術研究発表会論文集第一七号（一九八二年）。

五　「連続性」の法のフローと判例法理

以上のように、問題ある最高裁判例たる平成一四年判決を前提とした場合、包括指定（処分）→具体的な有権的認定（非処分）という流れ（フロー）として、法的には構成されることとなる。

そこで、この「処分」「非処分」とのフロー（「非処分」「処分」という逆のフローも含め）に、なるべく建築行政に近接したエリアに、これを扱った判例を求め、そこに何らかの法理論を見出す努力をしてみても良いのではな

いかと思われる。

そして、それを筆者は、最近の都市計画法の判例に求めてみたいと考える。その理由は、旧都市計画法や建築基準法の前身たる旧市街地建築物法以来、両法は「姉妹法・車の両輪ともいわれている」[45]からに他ならない。

そこで、以上の視点から、最高裁判所平成一八年九月四日第二小法廷判決[46]を、例として、本稿に必要な範囲[47]で見てみることとしよう。

本稿に必要な範囲での事実のみを示せば、その概要は、以下のようなものであった。

昭和三七年、建設大臣は、公園設置の都市計画決定を行い公告した（旧都市計画法三条、なお、昭和六二年計画決定の変更が行われている）。その後、東京都は、都市計画事業認可を申請し、平成八年事業認可がなされ告示された（都市計画法五九条二項）。そこで、計画決定の段階で、国有地ではなく、民有地をその対象としたことが違法であるとして、事業認可の取消訴訟が提起されたというものであった。

第一審[48]は、昭和三二年の計画決定の違法性を裁量権の逸脱として認めた上で、次のように判示した。すなわち「都市計画決定自体が行政処分ではないとしても……（略）……昭和三二年決定の違法性が、本件認可の違法性として承継されるものであることは、前記のとおりであるから……（略）……本件認可は違法である」とした。

第二審（原審）[49]は、逆に「昭和三二年決定は適法であるから、昭和三二年決定（形式的には昭和六二年決定）に基づいてされた本件認可は適法である」と判示した。

最高裁は、「都市計画を決定するに当たり……（略）……民有地に代えて公有地を利用することができるときには、そのことも上記の合理性を判断する一つの考慮要素となり得ると解すべきである……（略）……南門の位置を変更することにより林業試験場の樹木に悪影響が生ずるか等について十分に審理することなく、本件都市計画決定について裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用していたものであるということはできないとした原審の判

断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」として、破棄・差戻しの判断を示した。

以上の判断をあくまでも本稿の視点[50]から整理を試みるとすれば、次のようなものとなろう。

まず、ここで争点とされた都市計画法は、都市計画決定（非処分）→都市計画事業認可（処分）という「連続性」の法のフローとして組み立てられている。

つぎに、この連続性というフローから第一審はそこにいわゆる違法性の承継を認め認可取消訴訟で昭和三二年の決定の違法性について判断を加えている。東京高裁・最高裁とも違法性の承継という表現は利用していないものの、取消訴訟で非処分たる決定の違法性判断を行っているので、同様の発想がその判断の根底にあると評価しても誤りではないであろう。

もちろん、本件の中心的な争点は、裁量判断にあることは言うまでもない。[51] しかし、一方で、連続性のフローという視点からは、違法性の承継に着目する文献がみられることが注目される。[52] そこで、以下、この点について、学説を中心に分析を加えてみることとしたい。

（45）塩田・前掲書注（44）三六頁。

（46）最高裁（二小）平成一八年九月四日判時一九四八号二六頁、判タ一二二三号一二七頁（いわゆる「林試の森公園」事件）。

（47）本稿は、平成一八年判決を、直接、その分析の対象とするものではないので、この判決に関しては、本稿の目的にとって必要な最小限の文献の引用に止めることをおことわりしておくこととする。

（48）東京地判平成一四年八月二七日判時一八三五号五二頁。

（49）東京高判平成一五年九月一一日判時一八四五号五四頁。

（50）そこで、本稿では、いわゆる林試の森公園事件第一審から最高裁までに関し、評釈、論文等については、いずれも、本稿に必要な限度での代表的文献の引用に止めていることをおことわりしておく。

(51) 裁量判断から本件を分析する代表的な文献として、評釈としての、山田健吾・法セ増刊速報判例解説二〇〇七年一〇月号五一頁以下、山村恒年・判例自治第二八五号一一二頁以下（二〇〇七年）、久保茂樹・民商第一三六巻第二号二六七頁以下（二〇〇七年）、野呂充・受験新報二〇〇七年一月号二〇頁以下、岡田正則・法セ第六二七号一一五頁（二〇〇七年）。

(52) 最も代表的な文献のみ示すと、最高裁判決の評釈として、佐藤英世・ジュリ第一三三二号五〇頁（二〇〇七年）、下級審段階の文献として、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』一三一頁以下（青林書院、二〇〇六年）。

六　連続性のフローと違法性の承継

包括指定にかかる二項道路については、その後の建築確認等の有権的行為により現実には確定する。そこで、平成一四年最高裁判決は、包括指定を訴訟法上の処分としたので、後の有権的行為（非処分）を捉える必要がある。そこで、本稿では、処分と非処分（又はその逆）を連続性フローとして把握する必要から、同じ行政エリアの都市計画法の判例を概観した。そこでは、いわゆる違法性の承継という理解が参考とされていた。

従って、以下では、違法性承継論につき、本稿で必要な限りで整理を試み、それを二項道路に応用してみることとしたい。[53] その際、本稿では、いわば「閉じられた違法性承継論」と「開かれた違法性承継論」[54]という視点からこの整理を試みてみることとしたい。[55]

さて、福井秀夫教授が指摘されるように「現行実定法のシステムの下で、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」[56]ことは認めて良いであろう。[57] しかしそれは、筆者の理解によれば、「閉じられた違法性承継論」すなわち従来型の行政行為（処分）の一般法理のそれを指した指摘ではないかと思

われる。

それでは、従来型の違法性承継論とは、どのような理解なのだろうか。それは、周知のように、行政行為と行政行為との間で、しかも取消訴訟、特に出訴期間（行政事件訴訟法一四条）との関係で論じられて来た。[58] 代表的な文献に、その姿を求めてみよう。外間寛名誉教授の見解にその例を求めれば、「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」[59] とされている。また、市原昌三郎名誉教授も「先行行為が出訴期間の徒過によって不可争力を発生し、その行政行為自体の取消しはもはや求めえなくなっても、それに続く後行行政行為がなされた場合に、当該行政行為にはなんら固有の瑕疵が存在しないのにもかかわらず、先行行為の瑕疵を理由に、当該後行行為の取消しを求めて争うことが許されることがある」[60] とされている。

以上のように、伝統的な違法性承継論は、行政行為（処分）相互間に限定（閉じて）され、加えて、取消訴訟の出訴期間に限定（閉じて）して議論されて来た。

一方で、いわば開かれた違法性承継論とはどのようなものなのであろうか。その代表的な見解が、小早川光郎教授の見解であろうと思われる。すなわち、小早川教授は、「それぞれ一定程度独立の意味ないし効果をもつ前後二個の行為が、連続的行政過程（下Ⅰ三〜四頁参照）のなかで行われる場合に、先行行為段階に瑕疵のあることが後行の処分を違法として取り消すべき事由になるかどうかが問題となることがある（ここでは、取消訴訟における処分の違法性の問題を論じている関係上、少なくとも後行行為のほうは取消訴訟の対象たりうる処分であることを前提としている）[61]」と述べられている。つまり、この見解は、行政行為（処分）間相互に、違法性を限定して（閉じて）理解するのではなく、行政行為（処分）とそれ以外の行政の行為形式との間にも違法性の承継を開いて認

める理解なのである。[62]

さらに、最近の行政事件訴訟法[63]のコンメンタールでは、判例理論を基礎に、住民訴訟での違法性承継が積極的に取り掲げられている。[64]それは「住民訴訟について言われる違法性の承継とは、地方公共団体の機関・職員による、特定された財務会計行為に当たらない行為・決定の違法を理由に、通常はそれに後続する、特定された財務会計行為が違法と判断されることを指す」[65]とされる。すなわち、取消訴訟以外のフィールドでのこの種の理論が認められている。この面でも、取消訴訟以外にも開かれた理論であると言ってよかろう。

ともあれ、違法性承継論が、いわば処分以外のもの、取消訴訟以外にも開かれた理由は、行政の多様な行為形式論[66]、承継について、実体法的視点と手続法的視点の分離[67]、争訟手段の多様化[68]等に求めうるであろう。[69]

最後に、この理論は違法性承継論の根本的フィロソフィーが、結局の所、救済にあるのであるから、救済手段が具体的な行政作用に対し十分であるのかどうかに帰着することとなる。例えば、阿部泰隆教授は、「出訴期間内に抗告訴訟で争うことが期待できるか」[70]とされ、それを引用する福井秀夫教授も、「先行行為の段階における私人の救済手段がどの程度充実しているかということが重要な要素」[71]と述べておられることからも、このことは容易に理解されよう。

(53) 田村・前掲論文注（21）一一頁で、筆者は、「何らかの承継」を包括指定と有権的行為との間で認める可能性を違法性承継論を参考に示している。

(54) これらは、表現の問題なので、仮に同様の表現をとる文献があったとしても引用はしないこととすることをおことわりしておく。

(55) 本稿は、いわゆる違法性承継論一般を分析する論稿ではないので、違法性承継論に関する文献の引用は、本稿の目的に必

要な限りに止められていることを、おことわりしておく。

(56) 福井秀夫「土地収用法による事業認定の違法性の承継」西谷剛他編『政策実現と行政法』（有斐閣、一九九八年）二五二頁。なお、この具体的制度に関する代表的文献として、芝池義一「違法性の承継」法教第五二号九六頁（一九八五年）。

(57) それゆえ筆者は、別稿で、「何らかの承継を認め」としている、田村・前掲論文注（21）一一頁。

(58) その最も代表的な見解は、田中二郎『新版行政法　上』三三〇頁以下（弘文堂、全訂第二版、一九七四年）。

(59) 山田幸男＝市原昌三郎＝阿部泰隆編『演習　行政法（上）』二六六～二六七頁（青林書院新社、一九七九年）。

(60) 金子芳雄＝広岡隆＝山本徳栄編『行政法　上』一三〇頁（法学書院、一九七四年）。

(61) 小早川光郎『行政法講義〔下Ⅱ〕』一八六頁（弘文堂、二〇〇五年）。

(62) なお、小早川教授は、「ここでは、取消訴訟における処分の違法性の問題を論じている関係上」（小早川・前掲書注（61）一八六頁）と述べられているので、他の場合には、処分（先行行為）と非処分（後行行為）との間の承継、そして取消訴訟以外のフィールドも想定されていると理解しうる（田村・前掲論文注（21）一一頁）。

(63) 改正前の行政事件訴訟法の下での、関連する小早川教授の論稿として、小早川光郎「専決問題と行政行為」雄川一郎編『公法の理論　上』三七二頁以下（有斐閣、一九七六年）。

(64) 南博方＝高橋滋編著『条解行政事件訴訟法』一五一頁以下（弘文堂、第三版、二〇〇六年）。

(65) 南博方＝高橋滋・前掲書注（64）一五一～一五二頁。関連文献として、そこでも引用されている、関哲夫『住民訴訟論』九三頁（勁草書房、新版、一九九七年）。また、金子芳雄『住民訴訟の諸問題』三〇頁（慶應通信、一九八五年）。

(66) 最も代表的文献として、大橋洋一『現代行政の行為形式論』（弘文堂、一九九三年）。

(67) 小早川・前掲書注（61）一八七頁、同様に、実体法的な側面と訴訟法上のそれかとの問題として、渡部吉隆＝園部逸夫編『行政事件訴訟法体系』二一九頁（西神田編集室、一九八五年）、それを引用する、芝池義一『行政救済法講義』七九頁（有斐閣、第三版、二〇〇六年）。

(68) 例えば、小早川＝高橋編・前掲書注（10）一五頁以下、橋本・前掲書注（10）三〇頁以下。

(69) また、芝池教授も、違法性の承継は、行政行為間には限定されず、「訴訟」との関係、すなわち、まさに「訴訟」の対象と

なる行為として捉えられている、芝池・前掲書注（67）七二頁。

（70）阿部泰隆「収用と補償の諸問題（上）」自研第六二巻第一一号二〇頁（一九八六）、阿部教授の関連する文献として、阿部泰隆「収用と補償の諸問題（下）」自研第六二巻一二号（一九八六）、評釈として、同・行政判例百選（第三版）一七四頁（一九九三年）。

（71）福井・前掲論文注（56）二五五頁。そこで、かつてからこのフィールドで議論が続いてきた事業認定についても、土地収用法改正で承継は認められなくなるとの見解（宇賀克也『行政法概説Ⅰ』二八八頁以下（有斐閣、二〇〇四年）も合理性を有する見解であると言えよう。なお、これら最新の学説に言及する代表的な文献として、行政事件訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』二〇五～二〇八頁（ぎょうせい、二〇〇七年）。また同様に、計画段階の手続の整備により遮断効が発生するとの見解として、原田尚彦『行政法要論』一八四頁（学陽書房、全訂第六版、二〇〇五年）。

七　二項道路の争訟への提言

以上の分析を踏まえ、二項道路の争訟へ若干の提言を行ってみたい。

まず、現代のいわば開かれた違法性承継論[72]は、処分とそれ以外の行政の行為形式との間でもその承継を認めている。いわゆる、都市計画法に関する林試の森公園事件第一審判決もそのような流れの中で理解されるべきケースと言ってよかろう。ところで、すでに示したように、建築基準法上の包括指定にかかる二項道路については、包括指定（処分）と現実の有権的な認定（非処分）という関係で、具体的な道が二項道路か否かが定まることとなる。一方で、従来からの違法性承継論は、「最終的行為をまって完成される法律的効果[73]」に着目してきた。そうであるとするなら、まさしく包括指定にかかる二項道路は、後に行なわれる建築確認等の現実的な有権的行為により最終的完成をみるのであるから、ここに何らかの承継を認めることには矛盾はないこととなろう。しかも

判例や最近の開かれた違法性承継論は、処分と非処分たる別の行政の行為型式間にも違法性の承継を認めるのであるから、包括指定と後の何らかの有権的行為の間に何らかの承継[74]を認めることも、これまた矛盾はないこととなる。

次に、違法性の承継は、住民訴訟でも議論されている[75]。すなわち、取消訴訟以外でも認められることとなる。加えて、二〇〇四年改正行政事件訴訟法は、橋本博之教授の言葉を借りるなら「行政上の法律関係の多様化に対応するため、公法領域に関する紛争を取消訴訟という枠組みに押し込めて処理するという考え方にとらわれるのではなく……（略）……公法上の法律関係の確認訴訟を明示した[76]」わけである。そうであるとするなら、当事者訴訟の公法上の法律関係確認の訴というフィールドでも、違法性の承継を認めても矛盾はないであろう。

最後に、違法性承継論は、先行行為に対する救済が不備な場合のための理論であろう。そうであるとするなら、包括指定に対する処分不存在確認訴訟では、十分対応できないと考えられるので、後の何らかの有権的行為を争わせることが必要となる。

以上の点から、包括指定（先行行為）と後行行為たる何らかの有権的行為（例えば、道路台帳への記載なども含め）間に何らかの承継を認め、当事者訴訟の公法上の法律関係確認の訴で、後の有権的行為を争わせることも可能と言うべきであろう[77]。

（72）すでに指摘したように、福井教授の見解が示すとおり、いわゆる伝統的な違法性承継論には、その理論を認めるかどうかも含め問題が多い（福井・前掲論文注（56）二五二頁）ので、筆者は前稿においては「何らかの承継」（田村・前掲論文注（21）一一頁）とし、本稿では、「連続性の法のフロー」と表記した。

（73）遠藤博也『行政行為の無効と取消』三三六頁（東京大学出版会、一九六六年）。

（74）二項道路か否かの判定にあたっては、処分の存在確認も求められるので、いわば合法性の承継とでも呼ぶべきものも考える必要もあろうか。

（75）最近の文献として、斉藤浩『行政訴訟の実務と理論』一八〇～一八一、三五七頁（三省堂、二〇〇七年）。

（76）橋本博之『要説行政訴訟』二三頁（弘文堂、二〇〇六年）。

（77）なお、本稿では、二項道路たることの判断の行政上の実際を考慮し、「判定」ではなく「認定」との表現を利用した。また、本稿脱稿後、松尾直「行政事件訴訟法における確認訴訟」高岡第一九巻一・二号一頁（二〇〇八年）及び、「違法性の承継（広義）」とのコンセプトを利用する書評としての久保茂樹・ジュリ第一三五九号一一五頁（二〇〇八年）に接した。