

について検討しよう。

(イ) 本件構造計算適合性判定の取消訴訟の訴訟要件

被告は指定構造計算適合性判定機関たるDである（行訴11条2項）。Aらの原告適格（行訴9条）は、本件建築確認取消訴訟と同様に認められるであろう。訴えの客観的利益についても、本件構造計算適合性判定が取り消されれば、本件建築確認が当然に失効するか、当然には失効しないとしても、判決の拘束力（行訴33条1項）により、Cにおいて本件建築確認を取り消す義務および特定行政庁において建基法6条の2第6項が定める不適合通知により本件建築確認を失効させる義務が生じると考えられるので、問題なく認められる。審査請求前置主義の定めはない。

問題になるのは、本件建築確認取消訴訟と同様、出訴期間である。本件構造計算適合性判定が行われた2019年4月8日から客観的出訴期間は徒過しておらず、本件建築確認と異なり表示板が設置されたわけでもないので、主観的出訴期間も徒過していないと言やすい。ただし、本件建築確認に係る表示板の設置や工事の開始によって本件構造計算適合性判定がなされたことも知ることができたと解する場合や、その他本件構造計算適合性判定がなされたことをAらが知っていたという特別な事情がある場合には、本件建築確認取消訴訟と同様、出訴期間徒過後に訴えを提起することにつき「正当な理由があるとき」に当たると主張する必要がある。

本件構造計算適合性判定取消訴訟を提起できる場合、請求が認められれば、本件建築確認が当然に失効し、または判決の拘束力により取り消される可能性が高いが、本件建築確認の効力を確実に消滅させるため、本件構造計算適合性判定の取消請求が認容されることを条件として本件建築確認の取消または無効確認を求める訴えも提起すべきであろう。



コラム 行政処分の違法性の承継

ある行政処分が行われたことを前提にして後続の行政処分が行われる場合にお

いて、先行する行政処分（以下「先行行為」という）の違法が、後続の行政処分（以下「後行行為」）の違法をもたらすことを、行政処分の違法性の承継という。違法性の承継を認める実益は、先行行為の出訴期間が徒過して取消訴訟を提起することができない場合においても、後行行為の取消訴訟において、先行行為の違法性を後行行為の取消事由として主張しうる点にある。しかし、違法性の承継を無制限に認めると、先行行為の出訴期間の制限を潜脱することになるため、違法性の承継は例外的にのみ認められると解されている。

最高裁が、違法性の承継を実質的に初めて認めた判例が、前掲・最1小判平21・12・17である。事案は、建築主が、東京都建築安全条例に基づく安全認定を受け、これを前提として建築確認を受けたところ、周辺住民が、安全認定が違法であるとして、安全認定と建築確認の取消しを求めたというものである。安全認定についての取消訴訟の出訴期間が徒過しており、不適法とされたことから、安全認定から建築確認への違法性の承継の有無が重要な争点となった。

前提となっている法令の仕組みは以下のようなものである。東京都建築安全条例は、建基法43条2項（現3項）の委任に基づき、建基法が定める接道要件（建築物の敷地が原則として幅員4m以上の道路に2m以上接していなければならないという要件）よりも厳しい接道要件を、大規模な建築物について定めていた。安全認定は、知事が、安全上支障がないと認めて、条例が付加した制限を不適用とする処分である。つまり、建築主は、条例が付加した接道要件を満たさない建築物であっても、安全認定を受ければ建築確認を受けて建築することができる。

最高裁は、以下の3つの事情を考慮して、違法性の承継を認めた。

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ものである。そして、……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」。

②「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」。

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」。

以上の3つの事情のうち、①は、先行行為と後行行為の実体的な関係を問題にしており、両処分が同一の目的を有し、両処分が結合して1つの効果をもたらすことを、違法性の承継を認める前提とするようである。伝統的な通説や従来の多くの裁判例は、これを違法性の承継の主たる要件としていた。②および③は、それぞれ、手続的な観点から、先行行為の違法性を先行行為の取消訴訟でしか争え



コラム 答案を読んで②

1. 「各種学校における教育活動は本来自由である」という視点に言及していない答案が多かったが、この視点は、なぜ各種学校規程に規定されていない事項を考慮してはならないかを説明するうえで、重要である。

2. 裁量権の行使にあたって「処分によって得られる利益（公益）と失われる利益（私益および公益）を比較衡量すべきである」とした答案があったが、これは東京高判昭48・7・13行集24巻6=7号533頁（日光太郎杉事件、CB4-1）において、土地収用法20条3号の解釈として述べられたものであり、裁量処分一般にあてはまるわけではない。行政処分をするにあたって何を考慮すべきか（考慮すべきでないか）については、当該処分の根拠法令の趣旨から判断すべきであり、本問では、各種学校の認可制度の趣旨から、「過当競争の防止」を考慮すべきでないことが導かれる。比較衡量によって導かれるわけではない（本書ミニ講義3参照）。

〔関連問題〕

以下の資料を参照しながら、設問1～2に答えなさい。

1. C県では、「C県私立幼稚園設置認可取扱要領」（以下「本件取扱要領」という）3条に基づき、知事が新たに私立幼稚園の設置を認可しようとする場合には、既設幼稚園からの距離が1km以上であることを原則とし、既設幼稚園からの距離が1km未満のときは、設置予定地周辺の幼児数（増加の見込みを含む）が他地域に比べて特に多い場合、または当該既設幼稚園の同意がある場合に限り、認可するという取扱いをしている。その趣旨は、C県の主張によると、幼児の徒歩通園可能距離が概ね500mであることから、就園を希望するすべての幼児が概ね500mの範囲内にある幼稚園に通園できるような適正配置を目指して、不足地域への幼稚園の新設を誘導すること、および、既設幼稚園の園児数が減少して財政基盤の悪化により教育の質が低下することを防ぎ、幼児教育の実質的な機会均等を図ることにある。このような取扱いは適法か。上で検討した予備校と、幼稚園との違いに注意して、検討しなさい。なお、本件取扱要領は、法律の委任に基づくものではなく、C県知事が定めたものである。解答にあたっては、本件取扱要領の法的性質を明らかにしなさい。
2. DはC県内で私立幼稚園を設置・運営していたが、Dの幼稚園から600mの位置で、新たにEが私立幼稚園の設置認可の申請をした。これ