

X I . 行政処分の瑕疵

2013.6.19 石崎

1、瑕疵とは

①行政行為が不当であったり違法であったりすると、それは取消の理由となる。

このような取消原因となる不当性や違法性を行政行為の瑕疵という（瑕疵とはキズあるいは欠陥という意味である）。櫻井・橋本p.98

- ・不当→法令に違反するものではないが、行政目的からみれば不適切な処分という事
- ・違法→法令に違反すること（実体的及び手続的要件を満たさない処分）。

※両者の違い

- ・不当な処分は、行政庁が職権で取り消したり、不服申立て（異議申立て・審査請求・再審査請求）で取消することができるが、裁判所が取消訴訟で取消することはできない。
- ・違法な処分は、行政庁も裁判所も取り消すことができる（国民から不服申立てや取消訴訟が提起されたときは、取り消さなければならない）。

②最近では、瑕疵を違法の意味に限定して使う見解もある（宇賀 I p. 324参照）。

2、瑕疵の諸類型

(1) 主体に関する瑕疵

権限のない行政機関が行った処分

合議制機関が有効に成立していない状態で決定された処分

他の行政機関の同意が必要な場合にそれを欠く処分

行政庁の意思表示に瑕疵のある処分など

主体の瑕疵に関する例として東京地裁平成19.1.25判決（判時1960-145、LEX/DB 28131094）

理事会はその招集手続に瑕疵があり、理事会決議は無効であって、その後開催された理事会の信任決議は不存在であるとした事例

(2) 手続に関する瑕疵

法令上あるいは条理上必要とされる手続を欠く処分

事例は、レジュメ p. 144以下参照

(3) 形式に関する瑕疵

- ・書面が求められる処分を書面によらずに行った処分
- ・必要な署名押印を欠く処分や必要な日付記載を欠く処分
- ・必要な理由付記を欠く処分（最高裁判例によれば、必要な理由付記を欠く処分はそれだけで取消理由となる。これらは行政手続法・条例違反でもあるが、私見ではこれは形式的瑕疵と考えている。）

最高裁昭和60.1.22判決（民集39-1-1、ケースブックp.86、判時1145-28）旅券発給拒

否事件
 最高裁平成4.12.10判決（判時1453-116）警視庁情報公開請求事件
 最高裁平成23.6.7判決（民集65-4-2081、判時2121-38、レジュメp.137）

（４）内容に関する瑕疵（実体的違法）－瑕疵の多くはこれに当たる

- 事実誤認・要件判断の誤り
- 法律の認める効果を逸脱する処分
- 裁量権の逸脱または裁量権の濫用
- 内容の不能・不特定

講義では十分に取り上げることができないが、処分がどのような理由で違法とされたかを見ておくことは重要である。→最近の取消事例参照

3、取消理由となる違法（瑕疵）と無効理由となる違法（瑕疵）
 櫻井・橋本p.99

（１）区別の意義

①行政処分はたとえ違法であっても、それが正式に取り消されるまでは有効である。しかし、その違法の程度が余りにひどく、誰が見ても違法という場合には、そもそも効力は発生しなかったと考えるべきである。このような処分は「無効」である。

②取り消しうる処分と無効の処分との違い

取り消しうる処分	無効の処分
<ul style="list-style-type: none"> ・公定力がある（取り消されるまでは有効で、国民も行政庁も裁判所もその効力を否定できない）。 ・不可争力が生じる（出訴期間経過後は、もはや国民の側から取消を求めすることはできなくなる）。 	<ul style="list-style-type: none"> ・公定力はない（最初から効力が発生せず、国民も行政庁も裁判所もそれを無視してよい） ・不可争力は生じない（国民は必要があればいつでも無効確認訴訟を提起することができるし、民事訴訟・当事者訴訟でいつでも処分の無効を主張できる）。

（２）処分が無効であるとは

- ①公定力は生じないので、公法上の当事者訴訟や民事訴訟で、裁判官は行政処分の効力を否定することができる。つまり、無効な課税処分によって徴税されているときは不当利得返還請求で勝訴しうる。無効な公務員免職処分の場合は、地位確認請求訴訟で勝訴しうる。
- ②不可争力は発生しないので、無効確認訴訟をいつでも提起できるし、通常の民事訴訟でいつでも無効の主張をしてよい。
- ③不服審査をしなければ取消訴訟を提起できないとされている場合（審査請求前置主義）でも、不服審査を経ずに無効等確認訴訟を提起できる。
- ④他の行政機関も国民も無効の処分には拘束されない。

(3) 行政処分が無効となる要件

①最高裁判例の立場

原則として重大かつ明白な瑕疵を無効要件としつつ、例外的に明白性を欠いても無効となる場合があることを認める。

a) 最高裁昭和36.3.7判決（民集15-3-381、判時257-17、ケースブックp.47、LEX/DB 21014440）→重大明白説を採用

行政処分が当然無効であるというためには、処分に重大かつ明白な瑕疵がなければならずここに重大かつ明白な瑕疵というのは、「処分の要件の存在を肯定する処分庁の認定に重大明白な瑕疵がある場合」を指すものと解すべきことは、当裁判所の判例である（昭和34・9・22第三小法廷判決、民集13巻11号1426頁）。右判例の趣旨からすれば、瑕疵が明白であるというのは、処分成立の当初から、誤認であることが外形上客観的に明白である場合を指すものと解すべきである。もとより、処分成立の初めから重大かつ明白な瑕疵があつたかどうかということ自体は、原審の口頭弁論終結時までにはあらわれた証拠資料により判断すべきものであるが、所論のように、重大かつ明白な瑕疵があるかどうかを口頭弁論終結時までには現われた証拠及びこれにより認められる事実を基礎として判断すべきものであるということとはできない。また、瑕疵が明白であるかどうかは、処分の外形上、客観的に、誤認が一見看取し得るものであるかどうかにより決すべきものであつて、行政庁が怠慢により調査すべき資料を見落したかどうかは、処分に外形上客観的に明白な瑕疵があるかどうかの判定に直接関係を有するものではなく、行政庁がその怠慢により調査すべき資料を見落したかどうかにかかわらず、外形上、客観的に誤認が明白であると認められる場合には、明白な瑕疵があるというを妨げない。

※明白性の意味について（判例上二つの見解がある）

a) 外見上一見明白説→処分成立の当初から瑕疵であることが外形上客観的に明白であること、上記最高裁昭和36.3.7判決参照

b) 調査義務説→職務上要求される調査義務を履行すれば容易に判明できるような過誤も明白の範囲にされる。東京高裁昭和34.7.7判決（行集10-7-1265）

b) 最高裁昭和48.4.26判決（民集27-3-629、判時759-32、ケースブックp.48、LEX/DB 21042490）→例外的に明白性が不要であるとした

もつとも、課税処分につき当然無効の場合を認めるとしても、このような処分については、前記のように、出訴期間の制限を受けることなく、何時までも争うことができることとなるわけであるから、更正についての期間の制限等を考慮すれば、かかる例外の場合を肯定するについて慎重でなければならないことは当然であるが、一般に、課税処分が課税庁と被課税者との間にのみ存するもので、処分の存在を信頼する第三者の保護を考慮する必要のないこと等を勘案すれば、当該処分における内容上の過誤が課税要件の根幹についてのそれであつて、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請を斟酌してもなお、不服申立期間の徒過による不可争の効果の発生を理由として被課税者に右処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情のある場合には、前記の過誤による瑕疵は、当該処分を当然無効ならしめるものと解するのが相当である。……

彼比総合して考察すれば、原審認定の事実関係のみを前提とするかぎり、本件は、

課税処分に対する通常の救済制度につき定められた不服申立期間の徒過による不可争的効果を理由として、なんら責むべき事情のない上告人らに前記処分による不利益を甘受させることが著しく不当と認められるような例外的事情のある場合に該当し、前記の過誤による瑕疵は、本件課税処分を当然無効ならしめるものと解するのが相当である。……

しかるに原判決が、上記に指摘した諸点を顧慮することなく、本件課税処分は課税要件のないところに課税したもので、その瑕疵は重大であるが、なお明白であるとはいえないとして、これを無効でないとして即断したのは、課税処分の無効に関する法の解釈適用を誤つたか、または審理不尽、理由不備の違法があるものというべく、論旨はけつきよく理由があり、原判決は破棄を免れない。

最高裁平成9.11.11判決（判時1624-74、LEX/DB 28022347）も同様の見解

雇用対策法17条が、事業主に対して支給されるものを除く職業転換給付金が求職者等の生活や求職活動を支えるための給付であることを考慮して、これに課税することを禁止していることに照らせば、本件処分が右の各禁止に違反してされたとするならば、本件処分には課税要件の根幹についての過誤があるものというべきであり、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請を斟酌しても、なお、不服申立期間の徒過による不可争的効果の発生を理由として上告人に本件処分による不利益を甘受させることが著しく不当と認められる例外的な事情のある場合に該当するものというのが相当である

c) しかし最高裁平成16.7.13判決（判時1874-58、ケースブックp.63、LEX/DB 28091989）は、課税処分の無効について、b)の判例理論の適用を排除している。

課税庁においてC研究所が法人でない社団の要件を具備すると認定したことには、それなりの合理的な理由が認められるのであって、仮にその認定に誤りがあるとしても、誤認であることが本件各更正の成立の当初から外形上、客観的に明白であるということとはできない。

また、仮に本件各更正に課税要件の根幹についての過誤があるとしても、前記事実関係によれば、Bは、税務対策等の観点から講事業の社団化を図り、自ら、C研究所の定款の作成にかかわり、発起人会、会員総会及び理事会を開催し、C研究所の名において事業活動を展開するとともに、C研究所に所得が帰属するとして法人税、法人事業税、法人県民税及び法人市民税の申告をし、申告に係るこれらの税を納付して、高額の所得税の負担を免れたというのである。そうすると、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請をしんしゃくしても、なお、不服申立期間の徒過による不可争的効果の発生を理由としてBに本件各更正による不利益を甘受させることが著しく不当と認められるような例外的な事情がある場合（最高裁昭和42年（行ツ）第57号同48年4月26日第一小法廷判決・民集27卷3号629頁参照）に該当するということもできない。

以上によれば、本件各更正が当然無効であるということとはできず、原審の前記判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

※b)の判決が述べるように、第三者の利益保護を考慮しなくてよいことだけは明白性要件が不要となるのではない。「被課税者に右処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情のある場合」でなければならない。c)の判決は、そのような例外的場合に当たらないとし

たわけである。このように最高裁の立場は、原則は「重大明白な瑕疵」を無効要件としつつ、例外的にそれを欠いても無効が認められる場合があるとす
るものである。

②下級審判例の動向

ア) 下級審判例も含め、行政処分は無効要件を「重大かつ明白な瑕疵」とするのが基本的な考え方である。重大明白な瑕疵を有するとして無効確認請求が認容された事例に、さいたま地裁平成16.5.26判決（判例自治270-100、LEX/DB 28102345）道路位置指定処分
名古屋地裁平成18.3.23判決（判タ1259-212、LEX/DB 28111183）難民不認定処分
などがある。

イ) ところが、最高裁のb)判例の立場に立ち、明白性を欠いても無効とする例も増えている。

横浜地裁平成20年3月19日判決（判例時報2020号29頁、LEX/DB 28141785）

神奈川県臨時特例企業税条例が地方税法に違反し無効であることを理由に、同条例に基づく課税処分を無効としたが、次のように述べる。

一般に、課税処分が課税庁と被課税者との間にのみ存するもので、処分の存在を信頼する第三者の保護を考慮する必要のないこと等を勘案すれば、当該処分における内容上の過誤が課税要件の根幹についてのそれであって、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請を斟酌してもなお、当該処分の効力を争うには法定の手続に従って当該処分の取消しを訴求すべきという負担を被課税者に負担させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情のある場合には、上記の過誤による瑕疵は、当該処分を当然無効ならしめるものと解するのが相当である。

※本件控訴審は本件条例を有効としたが、最高裁平成25年3月21日判決は下級審判決を支持した。

東京高裁平成24年9月12日判決（LEX/DB 25482926）

難民認定拒否し在留特別許可をしない処分（本件在特不許可処分）を無効とした。

本件在特不許可処分ホは、難民に該当する控訴人P1を、難民でないとの前提のもとに、同人を迫害するおそれのあるミャンマーに送還する結果となるものであるところ、難民条約33条1項は、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見のために生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し又は送還することを禁じ、拷問等禁止条約3条1項は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し又は引き渡すことを禁じており、これらを前提として入管法53条3項が定められていることを考慮すれば、上記の瑕疵は入管法の根幹に係るものであり、出入国管理行政の安定とその円滑な運営の要請を考慮してもなお、出訴期間の経過による不可争的効果の発生を理由として、難民である控訴人P1に対して在留特別許可をしないという不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的事情があると認められる。したがって、本件在特不許可処分ホは、無効というべきである。

※なおこの判決は難民認定拒否及び在留特別許可拒否の裁量濫用につき、判断過程

審査を行っている点でも参考になる。

- ハ) もんじゅ無効確認訴訟差戻後控訴審名古屋高裁金沢支部平成15.1.27判決（判時1818-3、ケースブックp. 58、LEX/DB 28081336）は、b) 判決とは別の理由で、すなわち、違法な処分による不利益が特に人間の生存に関わる重要なものである場合には、例外的に明白性は不要とする見解を示した。

原子炉の安全性の適否が争われる原子炉設置許可処分の無効確認訴訟においては、その処分無効の要件として、違法（瑕疵）の明白性を要するか否かを検討する。

ア 原子炉設置許可処分は、申請者に原子炉の設置を許可するものであるから、申請者にとっては、その処分の可否は重大な利害に係わるものである。そして、原子炉設置許可に続いて、設計及び工事の方法の認可を受ければ、申請者は、原子炉の建設に着手することができ、その場合には、建設に巨額な資金を投ずることとなるばかりでなく、第三者である工事関係者なども、処分を前提にして様々な法律関係を形成することになるのであるから、原子炉設置許可処分の法的安定の必要性和第三者の信頼保護の要請は、他の行政処分と比較しても、相当高いものがあるといえることができる。また、処分庁にとっても、原子炉の設置は我が国の中長期的なエネルギー需要の充足に少なからざる影響を及ぼすものであるから、原子力行政の遂行及び運営上、許可処分がいつまでも不安定であることは、決して好ましいことではない。

以上のことからすると、原子炉設置許可処分の無効要件を緩和することは、相当ではないようにも思われる。

イ しかしながら、原子炉は、ウランなどの核燃料物質を燃料とし、その核分裂反応によって発生する熱エネルギーを電気エネルギーに転換する装置であり、その稼働により、原子炉容器内には人体に極めて有害な放射性物質を大量に発生させるものであって、正常に維持、管理されても、常に潜在的危険性を有する構造物である。そして、原子炉にひとたび本格的な重大事故が起これば、旧ソ連邦のチェルノブイリ事故の例を見るまでもなく、それが付近住民と環境に与える影響及び被害は、その内容、態様、程度、範囲において、深刻かつ甚大であって、その悲惨さが言語に絶するものとなることは、容易に推測できることである。原子炉がかかる潜在的危険性を有するものであることからすると、その設置許可の段階における安全審査において、その調査審議及び判断の過程に重大な過誤、欠落があるとすれば、当該原子炉は、付近住民にとって重大な脅威とならざるを得ない。この場合において脅威にさらされるのは、人間の生命、身体、健康、そして環境であり、換言すれば、人間の生存そのものといえることができる。かかる何事にも代え難い権利、利益の侵害の危険性を前にすれば、原子炉設置許可処分の法的安定性並びに同処分に対する当事者及び第三者の信頼保護の要請などは、同処分の判断の基礎となる安全審査に重大な瑕疵ある限り、比較の対象にもならない、取るに足りないものというべきである。

ウ 以上のことからすれば、原子炉設置許可処分については、原子炉の潜在的危険性の重大さの故に特段の事情があるものとして、その無効要件は、違法（瑕疵）の重大性をもって足り、明白性の要件は不要と解するのが相当である。

本判決について、高木光「裁量統制と無効（上・下）」自治研究79巻7号41頁・同8号23頁は、判決が明白性を不要としたことには賛成しつつも、取消原因と無効原因の区別を曖昧にしている点に疑問があり、さらに根本的には「隠れた実体的判断代

置方式」に陥っており、結果として、原子炉等規制法のとる「相対的安全性」という基本原則に反していると批判している。

なお、もんじゅ第二次上告審最高裁平成17.5.30判決（民集59-4-671、判時1909-8）は、伊方原発の司法審査方式を適用して、原子炉等規制法の許可処分に違法性はないとした（つまり重大明白どころか通常の瑕疵もないという判断）。

③明白性補充要件説（塩野 I p.162）について

塩野宏は、明白性補充説という考え方を示した。この考え方は、無効の本質的要件は重大な違法であり、明白性は法的安定性や第三者保護の見地から補充的に求められる要件であると考えられるものである。適法行政の要請と、公定力が認められるべき根拠の調整という点からは、重要な指摘を含んでいる、この立論では、重大な瑕疵だけで無効となるのが原則で、例外的に明白性が必要とされる場合があるということになる（塩野 I p.164の注（1）参照）。この見解を明示的にとった判例はまだない。

③重大説：重大な瑕疵で無効となるという見解

やや古い判例であるが、大阪高裁昭和25.6.21判決（行集1-7-104）や名古屋高裁金沢支部28.12.25判決（民集10-4-446、行集4-12-3127）が、重大な瑕疵だけで無効としている。

④具体的価値衡量説：違法の程度・違法な行政行為によって発生する不利益・無効を認定したときに生じる不利益を総合的に衡量して判断する見解。藤田宙靖『第4版 行政法 I（総論）【改訂版】』（2005年）p.249以下参照。

学説では、判例の動向を踏まえて、必ずしも「重大かつ明白」で判断できるものではなく、複雑な利害関係を十分に考慮して判断すべきものとする見解が出されていた。例：今村成和『行政法入門（第8版）』（2005年、初版は1966年）p.98、山内一夫『行政行為論講義』（1973年）p.98、原田尚彦『行政法要論（全訂第6版）』（2005年）p.179等を参照。このように、④を支持する学説は少なくない。

4、瑕疵の治癒、違法行為の転換

（櫻井・橋本p.101）

（1）瑕疵の治癒

①当初は瑕疵を有していた行政処分が、その後、その欠けていた部分が追完されることによって、瑕疵を有しなくなったとされることを、瑕疵の治癒という。

最高裁昭和36.7.14判決（民集15-7-1814）

最高裁昭和47.7.25判決（判例時報680号35頁、LEX/DB 27000546）

（道路位置廃止処分が違法であったとしたうえで）道路の廃止によつて、いったん、基準法43条1項の規定に違反する結果を生じたとしても、その後の事情の変更により、右の違反状態が実質上解消するに至つた後においては、もはや、基準法45条に定める処分をする必要はなく、また、これをすることもできないものと解すべきである。この趣旨に即して考えれば、基準法43条1項違反の結果を生ずることを看過してなされた違法な道路位置廃止処分であつても、当該処分の後、事情の変更により、違反状態が解消するに至つたときは、処分当時の違法は治癒され、

もはや、これを理由として当該処分を取り消すとか、当該処分が当然に無効であるとするは許されないと解するを相当とする。

岐阜地裁平成6.11.24判決（LEX/DB 22007644）とその上告審である最高裁平成8.9.26判決（LEX/DB 28030311）は、超過差し押さえにつき瑕疵の治癒を認めた。
なお、上記さいたま地裁平成16.5.26判決は、瑕疵の治癒を認めていない。

②理由提示を欠いていた行政処分は、後に理由を提示することによってもその瑕疵は治癒されない。

東京地裁平成10.2.27判決（判時1660-44）

東京高裁平成13.6.14判決（判時1757-51）

最高裁平成4.12.10判決（判時1453-116）警視庁情報公開請求事件

（2）違法行為の転換

ある行政処分が、当初の処分としては違法であるが、別の処分としてみれば適法な行政処分と考えられるという場合に、後者の行政処分であるとして、その効力を維持しようとする考え。但し、それを認めるには慎重であるべきである。

最高裁昭和29.7.19判決（民集8-7-1387）

旧自作農創設特別措置法施行令43条による買収計画としてはその要件を欠くが、同令45条の買収計画としては適法であるとした事例。

※違法行為転換の主張を排斥した最近の事例に、徳島地裁平成15.12.26判決（LEX/D B 28090813）

5、違法性の承継

（1）「違法性の承継」の意義

①一般には、「先行処分と後行処分が連続した一連の手続を構成し一定の法律効果の発生をめざしているような場合、いかにいけば、先行処分が後行処分の準備として行われているにすぎない場合には、違法性の承継を容認し、先行処分が違法ならば後行処分も違法となると解されてきた。」と説明されている（原田尚彦『行政法要論（全訂第6版）』p.183～184）。

②行政処分は公定力を有するので、先行処分を前提として後行処分が行われる場合、先行処分がたとえ違法であったとしても、それが取り消されていない限り、先行処分が有効であるとしてなされた後行処分が違法となることはないが、違法性の承継が認められる場合は、先行処分が取り消されていなくても、先行処分の違法が後行処分の違法事由となる（不服申立ての審査庁や取消訴訟の裁判所は、先行処分が取り消されていなくても、先行処分の違法を理由に後行処分を取り消すことができる。）

※土地区画整理事業計画決定の処分を認めた最高裁平成20.9.10判決（民集62-8-2029、判時2020-21、ケースブックp.298、LEX/DB 28141939）では、処分性を認めたことの結果として、違法性の承継の有無が問題となっている（近藤裁判官の補足意見参照）。本件の原告の居住地は、本件事業計画に関する換地処分や仮換地処分がなされていない。そこで、もし原告らが事業計画取消訴訟とは別に仮換地処分や換地処分の差止め訴訟を提起したとすれば、そこで事業計画の違法を主張できるかという問題が生じる。

③違法性の承継が認められる根拠及び基準について、伝統的学説は先行処分と後行処

分の一体性、密接不可分性以上の議論をしてなかったが、1970年代頃から、先行処分に対する原告の争訟手段等の手続法的考慮も考慮すべきだという議論が強まる（遠藤博也『行政行為の無効と取消』1968年、山内一夫『行政行為論講義』1973年、小早川光郎「先決問題と行政行為」田中二郎古稀記念『公法の理論（上）』1976年）。最近の議論として宇賀 I p. 338参照。

（2）違法性の承継が認められた例

①農地買収計画と後続の買収処分

最高裁昭和25. 9. 15判決（民集4-9-404、LEX/DB 27003517）

ところで法（自作農創設特別措置法のこと）第5条はその各号の一に該当する農地については買収をしないと規定しているのであるからこれに該当する農地を買収計画に入れることの違法であることは勿論これが買収処分の違法であることは言うまでもないところである。従つて右の如き違法は買収計画と買収処分に共通するものであるから買収計画に対し異議訴訟の途を開きその違法を攻撃し得るからといって買収処分取消の訴においてその違法を攻撃し得ないと解すべきではない。（中略）買収計画に対し異議申立や訴願をせず又は訴訟判決に対する出訴期間を徒過したときは当事者はもはや買収計画に対しその取消を請求する権利を失うのであるからその意味では確定的効力があるのであるがその確定的効力は買収計画内容に存する違法を違法なしと確定する効力があるものではない。買収の計画は買収手続の一段階をなす市町村農地委員会の処分に過ぎないので更に都道府県農地委員会の承認及び都道府県知事の買収令書の交付を経て買収手続は完結するのである。しかして買収計画の確定的効力は前記の如くその内容に存する違法を違法なしと確定する効力がないのであるから都道府県農地委員会の買収計画承認の権限は買収計画の内容の適否を審査する権限を包含するものと解すべく更に都道府県知事は買収計画又はその承認の決議に対しこれを再議に付して是正させる権限を有するのである（農地調整法第15条ノ28）故に都道府県農地委員会や知事が右権限の適正な行使を誤つた結果内容の違法な買収計画にもとづいて買収処分が行われたならばかかる買収処分が違法であることは言うまでもないところで当事者は買収計画に対する不服を申立てる権利を失つたとしても更に買収処分取消の訴においてその違法を攻撃し得るものといわなければならない、

※本件の違法は買収計画（これも処分性を認められている）の違法と同時に賠償処分それ自体の違法事由とも解しうる余地があり、違法性承継を正面から認めたものであるかどうかについての疑問も出されている。

最高裁昭和28. 12. 25判決（民集7-13-1669、LEX/DB 27003237）

本件農地が、不在地主（被上告人）の所有する小作地であること、かつ本件農地は自創法5条5号にいわゆる「近く土地使用の目的を変更することを相当とする農地」に該当することは原判決の確定するところである。尤も、右農地に関しては同法5条5号所定の市町村農地委員会又は都道府県農地委員会の指定のないことは、また、原判決の確定するところであるけれども、市町村農地委員会が農地につき同法3条による買収計画を樹立するにあたって、その農地が本件のごとく客観的に同法5条5号所定の「近く土地使用の目的を変更することを相当とする農地」に該当する場合においては、都道府県農地委員会の承認を得て同号所定の指定を行い、これを同3条の買収の目的から除外すべきものであつて、かくのごとき農地について、右の指定を行わずして買収計画を樹立するがごときは違法であるとい

わなければならない。然らば右買収計画に基く買収処分の違法なことは勿論であつて、右と同趣旨に出た原判決は正当であり、論旨は理由がない。

最高裁昭和30.4.5判決（民集9-4-411、LEX/DB 27003061）

市町村農地委員会が同法3条による買収計画を樹立するにあつて、その農地が本件のように客観的に同法5条5号所定の「近く土地使用の目的を変更することを相当とする農地」に該当する場合においては、都道府県農地委員会の承認を得て同号所定の指定を行い、これを同法3条の買収の目的から除外すべきものであつて、かかる農地につき右の指定を行わずして買収計画を樹立することは違法であり、このような違法な買収計画に基く買収処分もまた違法たることを免れない。

②土地収用における事業認定と収用裁決で、大阪高裁平成9.10.30判決（行集48-10-821）が違法性の承継を肯定。

類似のものとして、都市計画事業認定と収用裁決（広島地裁平成6.3.29判決＝行集47-7-8-715、判例自治126-57など）

事業認定と収用裁決に違法性の承継の認められる根拠について、（1）①のような一連性ではなく、手続的観点から説明しようとするものに、宇賀 I p.337以下

※土地収用について違法性の承継を否定したものに、成田空港土地収用裁決取消訴訟千葉地裁昭和63.6.6判決（判時1293-51）がある。また土地改良事業計画と換地処分につき前橋地裁平成10.9.18判決（訟月45-8-1414）も違法性承継を否定

③在留不許可処分の異議申出を棄却する法務大臣の裁決と主任審査官の発付する退去強制令書の関係につき、神戸地裁昭和52.3.17判決（訟月23-3-523）。

（3）最高裁が違法性の承継を否定した例

①最高裁昭和39.5.27判決（民集18-4-711、判時379-11、LEX/DB 27001912）

原判決の認定するところによれば、前記7名の吏員昇任は競争試験又は選考の方法によらないで行なわれたというのであるから、いずれにせよ、右7名の昇任は、原判決も判示しているとおり、違法といわなくてはならない。（中略）

前記7名の昇任の違法は、上告人に対する待命処分まで違法ならしめるものではなく、この点に関する原判示は正当である。

②最高裁昭和50.8.27判決（民集29-7-1226、判時789-25、LEX/DB 21051421）

国税徴収法及び地方税法の定める第二次納税義務は、主たる納税義務が申告又は決定もしくは更正等（以下「主たる課税処分等」という。）により具体的に確定したことを前提として、その確定した税額につき本来の納税義務者の財産に対して滞納処分を執行してもなお徴収すべき額に不足すると認められる場合に、租税徴収の確保を図るため、本来の納税義務者と同一の納税上の責任を負わせても公平を失しないような特別の関係にある第三者に対して補充的に課される義務であつて、その納付告知は、形式的には独立の課税処分ではあるけれども、実質的には、右第三者を本来の納税義務者に準ずるものとみてこれに主たる納税義務についての履行責任を負わせるものにほかならない。この意味において、第二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の一処分としての性格を有し、右納付告知を受けた第二次納税義務者は、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に至るものというべきである。したがつて、主たる課税処分等が存在又は無効でないかぎり、主たる納税義務の確定手続における所

得誤認等の瑕疵は第二次納税義務の納付告知の効力に影響を及ぼすものではなく、第二次納税義務者は、右納付告知の取消訴訟において、右の確定した主たる納税義務の存否又は数額を争うことはできないと解するのが相当である。

※違法性承継を否定した最近の下級審事例

名古屋地裁平成20.11.20判決（判例自治319-26、LEX/DB 25440290）

代執行は措置命令に後続し、費用納付命令は代執行に後続するという関係にはあるが、これらは、それぞれ別個の手続で、別個の法律効果を目的とするものであり、先行行為と後行行為とが同一の目的を達成する手段と結果の関係を成しこれらが相結合して一つの効果を完成する一連の行為となっているものではないから、費用納付命令は、代執行の違法性を承継するものと解することはできないし、代執行の前提となる措置命令の違法性を承継するものと解することもできない。

（４）違法性承継に関する新判例

新宿区「タヌキの森」訴訟**最高裁平成21.12.17判決**（民集63-10-2631、判時2069-3、LEX/DB 25441567）

（ア）事件の概要

- ①東京都建築安全条例 § 4①は、建築基準法 § 43②に基づき同①に関して制限を付加した規定であり、延べ面積が1000㎡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（最低6m）以上道路に接しなければならないと定めている。ただし、本件条例 § 4③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、同①の規定は適用しないと定めている（以下、「安全認定処分」という）。特別区は、特別区における東京都の事務処理の特例に関する条例（平成11年東京都条例第106号）により、安全認定に係る事務を処理することとされ、区長がその管理及び執行をしている。
- ②東京都建築安全条例適合性または区長の安全認定処分は、建築確認の際の審査事項である。新宿区長は平成16年12月22日に安全認定処分をした。
- ③その後紆余曲折があったが、新宿区建築主事が平成18年7月31日にしたマンションの建築確認を行ったので、周辺に建物を所有し又は居住する被上告人（原告）らが平成18年9月5日に安全認知処分と建築確認に対する審査請求を行い、平成19年5月26日にこれらに対する取消訴訟を提起した。
- ④第1審東京地裁平成20.4.18判決（民集63-10-2657、LEX/DB 25451095）は、安全認定処分に対する審査請求及び取消訴訟は審査請求期間経過後のものであるとして却下し、建築確認取消請求は棄却した。
- ⑤控訴審東京高裁平成21.1.14判決（民集63-10-2724、LEX/DB 25450858）は、本件の安全認定処分が違法であり、かつ原告は当該違法を建築確認取消事由のひとつとして主張できるとして、建築確認を取り消した。

（イ）最高裁判旨

- 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、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。
- ②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。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。

- ③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解するのが相当である。

(ウ) 本判決の評価

- ①最高裁が正面から違法性の承継を認めた最初の事例
- ②違法性の承継を承認するに当たり、二つの要素を総合評価して違法性の承継を認めたものと考えられる。
 - a. 建築確認との関連性（同一目的性、結合性）
 - b. 先行処分を争うための原告の手続保障の不十分性

(エ) 石崎のコメント

- ① (ウ) ②の二要素の論理積 (aかつb) が違法性の承継が肯定されるための十分条件であり、両要素の論理和 (a又はb) がその必要条件であると判断できるが、両要素の論理積 (and) が違法性承継の必要条件であるとは断定できないと思われる（むしろ否定すべきであろう）。他方、両要素の論理和 (or) が十分条件であると直ちに断定することはできないが、その論理的筋は探求に値するように思う。
- ②伝統的通説はa.だけで違法性承継を認めていた。これにさらに必要条件を追加することは疑問。

最高裁調査官は、もし原告に安全認定を争う原告適格が否定されたら、原告は建築確認取消訴訟で当然に安全認定の違法性を主張できるとするが（ジュリスト14 15-84）、それは上記b.だけで違法性の承継を認めるという論理につながる。従って、十分条件論理和説（十分条件としてのor説）は荒唐無稽な説ではないように思う。つまりa.を理由とする違法性承継とb.を理由とする違法性承継のそれぞれの追求が可能ではなかろうか。
- ③本判決の射程につき、仲野武志（東北大）は、「本判決の射程は、安全認定と時を同じくして・・・建築確認から先行分離された建築基準法43条1項ただし書、同法44条1項2号又は53条5項3号に基づく特例許可と建築確認に当然及ぶ。・・・また建築基準法に限らず、先行・後行処分がされるまで事実状態に変動のない類型の行政課程全般についても、恐らく結論として承継が肯定されることとなるのであろう」としている（自治研究87巻1号156～7頁）。この結論については賛否を保留するが、上記a.を重視しているように思われる。