

## 〔論 説〕

## 処分性の拡大と公法上の当事者訴訟との 役割分担について（その1）

小 島 延 夫

- I はじめに
- II 3つの行政活動の分野と行政処分のメリット，行政処分の意味
  - 1 3つの行政活動の分野と行政処分
  - 2 行政処分のメリット
  - 3 処分性をどのような場合に認めるのか
- III 中川論文（行政訴訟の諸類型と相互作用）について
  - 1 中川論文について
  - 2 日本の訴訟の現実から，処分性の拡大が望ましい分野もあるのではないか
    - (1) 処分性の否定と公法上の当事者訴訟の否定が関連している
    - (2) どのような場合に確認の利益や法律上の争訟性が認められるかが不明確である
  - 3 私法上の法律関係であっても，行政処分を介在させることは可能である
  - 4 処分性を認めることによる，紛争の一次的解決性や行政手続き整備へ
    - (1) 第三者効を発生させる必要のある事例もあるのではないか
    - (2) 行政手続きの整備の必要性
  - 5 小括
- IV 土地利用に関する都市計画決定について
  - 1 土地利用に関する都市計画決定と処分性についての最高裁判決とその問題点
    - (1) 土地利用に関する都市計画決定と処分性についての最高裁判決
    - (2) 法的効果は抽象的なものなのか
    - (3) 「後行処分を争うことによって，権利救済の目的を達する途が残されているから，格別の不都合は生じない」のか
    - (4) 紛争解決方法としてのあり方について
    - (5) 公法上の当事者訴訟で，この問題は解決できるのか
    - (6) 小括
  - 2 浜松土地区画整理事業最高裁判決との関係
    - (1) 浜松土地区画整理事業最高裁判決の判示内容
    - (2) 土地利用に関する都市計画決定との関係
    - (3) 権利救済としての関係

## I はじめに

平成16年の行政事件訴訟法改正と前後し、従来処分性が認められるのか議論のあった問題について次々と処分性を肯定する最高裁の判決が下された。

就学援護費請求事件（最判平成15年9月4日判例時報1841号89頁）、食品衛生法16条違反の旨の検疫所長の通知（最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁）、医療法30条の7についての最高裁判決（最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁）、浜松土地区画整理事業の事業計画についての大法廷判決（最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁）、横浜保育園事件（最一小判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁）などである。

その一方で、平成16年の行政事件訴訟法の改正の一つの力点は、公法上の当事者訴訟の活用によって、多彩な争訟手段を提供するということであった。判例上も、在外投票違憲判決（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）や君が代処分予防訴訟の最高裁判決（最一小判平成24年2月9日民集66巻2号183頁）などのように、公法上の当事者訴訟を活用していく動きが続いている。

処分性を拡大していくかのように見える最高裁の動きと、公法上の当事者訴訟の活用活発化の動きはどのように、整理されるべきであり、それぞれはどのような役割を担うべきなのか。以下考えていきたい。

## II 3つの行政活動の分野と行政処分のメリット、 行政処分の意味

### 1 3つの行政活動の分野と行政処分

行政処分は、法律上は、行政事件訴訟法、行政不服審査法、行政手続法で定義されているが、いずれも、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」と定義されている（行政事件訴訟法3条2項、行政不服審査法1条2項、行政手続法2条2項）。

この定義からして、行政処分概念は、もともと、行政活動のうちの規制行政における、権力的行政作用を念頭において規定された。

しかしながら、今日、行政活動は、規制行政分野に限られるわけではなく、

権力的行政作用だけを法的に規律していれば適正な行政活動が確保できるという状況にない。

社会保障などのサービス提供活動もあれば、私的法律関係による行政活動もある。日常生活の中においては、共稼ぎの夫婦にとって切実な問題となっている、保育園への入所は、児童福祉行政というサービス提供活動である。また、多くの人が直面する可能性もある介護保険給付の際の認定も、高齢者福祉というサービス提供活動である。こうしたサービス提供活動は、従来、給付行政として分類されてきたものであるが、そうした分野において、処分はどのような意味を持つのであろうか。

こうしたサービス提供の中には、供託業務、公営住宅の提供や水道供給のように、形態としては私法上の法律関係とされているものもある<sup>1)</sup>が、そこにも、行政処分が介在する場合がある。

また、私的法律関係による行政活動については、従来、「行政法学にとって重要なのは前二者（規制行政と給付行政）である」<sup>2)</sup>などとされ、重要性が低いものとされてきた。しかし、この分野は、行政による民間からの買上げ、行政の所有する不動産の民間への払下げ、公共事業の発注、公共施設の管理の発注なども含まれる。行政活動における不正行為は、多くが民間からの不動産の買上げ、不動産の民間への払下げ、公共事業の発注などに関連して起きており、公正で合理的な行政活動の確保という点からみて、この分野の規制をどのように行うのかということは、行政法の主要問題の一つである。また、行政活動の民営化が進められる中で、公共施設の民営化が様々な形で行われており、既存の公共施設の民間への移譲、あるいは、新規公共施設の民設民営によるサービス提供などの際に、その業者の決定が何らかの形でされ、その公正さ・合理性の担保も重要な課題である。

では、これら3つ（規制的行政活動、サービス提供活動、私的法律関係による行政活動）の行政活動分野との関係では、行政処分はどのような意味を持つのであろうか。

規制的行政分野においては、ある特定の行為を行政処分とすることによって、不当な権利自由の制限を防ぐ（不当な権利自由の制限があった時にそれに対し争いうる）

<sup>1)</sup> 供託について、最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁、公営住宅の利用関係について、最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁。

<sup>2)</sup> 塩野宏『行政法I [第五版補訂版]』（有斐閣、2013年）8頁。

という点が多い。それとともに、私人の権利利益を侵害するような私人の行為について、行政が適切な権限行使をすることを求められる場合に、その権限行使を行政処分とすることで、抗告訴訟手続きを通じ、その権限行使を義務付けて、私人の権利利益侵害を防ぐことができる。

サービス提供活動では、社会権を保障し、適切な公益サービスを提供するということが同時に、公正・平等なサービスを提供するということが重要であるが、あるサービスの給付・不支給の決定や給付状態の撤回などの際に、それを争わせることができるようにすることで、権利実現、適切な公益サービス提供、公正・平等の確保などができる。処分性を付与することは、審査請求制度などの簡易迅速な救済手段を提供することにもつながる。介護保険サービスの認定制度がその典型例である<sup>3)</sup>。

また、私的法律関係による行政活動においては、公正で合理的な行政活動となるように、透明性を有し説明責任を果たすこと、効率的で有効な運用がされることが重要である。この分野では、用地の払下げの入札に対する応答や公共事業落札者・施設管理業者の決定を処分とすれば、それについて基準設定や応答・決定の理由の説明が必要となり、また、利害関係を持つ者（例えば、施設の利用者など）が争うことが可能となるので、そこで、透明性や効率性などが確保できる。

## 2 行政処分のメリット

上述した 3 つの行政活動分野において、行政処分がそこに述べたような機能を果たしうるのは、処分性を認めた場合に存在する、以下の利点と関連する。

①（訴訟の対象）何を争えばいいかが明確である。したがって、そこで問題となる法令も明確である。処分性がない場合、権利関係を争うことになるので、常に権利関係に引き直した議論となる。

②（確認の利益の有無）公法上の当事者訴訟の場合、確認の訴えでは、確認の利益の検討が必要であるが、それが不要である。

③（訴訟の相手）誰を相手にすればいいかが明確であり、かつ、一番適切な相

---

<sup>3)</sup> 介護保険サービスは、民間事業者とサービスを受ける人が契約を交わして実施されるので、保険制度の活用という点も含め医療サービスと類似している。しかし、介護保険サービスにあたっては、介護事業者にどのようなサービスを保険によって提供すべきかを事業者が判断することが適切ではないことから、行政がその点の判断を認定という形で行い、不服があればすぐに争える方法を整備した。

手と争うことができる。この点、平成16年の行政事件訴訟法改正で、被告が処分庁ではなく、処分をした法的主体となったものの、法律上も処分庁の特定が必要である（行政事件訴訟法11条参照）上、現実に訴訟を担当するのは、その処分をした担当部局が中心となる（行政不服審査手続きでは、形式的にも処分庁が当事者となる。行政不服審査法29条）。この結果、処分をするにあたり、一定の資料収集をし、分析検討をし、判断をした者が実質的な相手方となるので、訴訟の相手方として適切な者を相手にして訴訟をすることができる。

④（判決の効果）判決の効果が明確である。すなわち、処分が効力を失い、状態が覆る（遡及的に原状回復）だけではなく、以後、処分に基づく行為を行政はできなくなる（将来に向かって差止め）。取消訴訟は、同時に差止訴訟でもある。しかも、第三者効もあるので、紛争の画一的解決ができる。公法上の当事者訴訟としての確認の訴えの場合、行政事件訴訟法は、32条を準用しておらず、素直に解釈すれば、第三者効はない。

⑤（手続的統制）行政処分であれば、行政手続法の第二章及び第三章の適用を受けるのが原則となると考えられるので、行政処分となることによって、行政手続きにおける透明さが確保され、手続の公正さの確保や、関係当事者の権利としての手続保障がされる。

### 3 処分性をどのような場合に認めるのか

以上から考えると、処分性をどのような場合に認めるのかということは、上述した行政処分のメリットに、デメリット（遮断効が発生する点、提訴期間制限がある点）を考え合わせ、合目的的に判断すべきことと考えられる。

もちろん、その場合、最高裁が抗告訴訟の対象である「行政の処分」の定義としている「法令に基づく行為のうち、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為で、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」は基本となるが、この判断基準は、①直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているという点と、②公権力の主体として国または公共団体が行う行為という2つの要素に分解できる。

このうち、後者は、行政事件訴訟法、行政不服審査法、行政手続法で定義されている行政処分、すなわち「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」で

いう「公権力性」と同一の点であるが、処分性の有無は合目的的に考慮すべきで、かつ、私的経済活動においても公権力性が認められる場合があることを考慮すると、「公権力性」あるいは「公権力の主体として国または公共団体が行う行為」の意味は、法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうか、またその点について合理性があるかということとなる。言葉の本質的意味の「公権力的性格」は不可欠な要素ではない。まして、行政処分は、行政の優越的地位に基づいて存在するとの見解は適切でない。

なお、従来、「公権力性」の判断要素として、一方行為性をあげる見解も多い<sup>4)</sup>。しかし、この見解は、いろいろな意味で適切ではない。なぜなら、「公権力性」の有無は、契約との区別で用いられることが多いが、その場合、行政の行為は、私人からの申込行為に対する応答として行われ、決して一方的行為ではない。飲食店の営業許可などにおいても、私人の申請内容と無関係に、期間や条件が定められるわけではなく、双方のやり取りの上で許可内容が定まっていく。また、営業許可の停止や取消は、継続的契約関係における債務不履行があった場合の解除などと、一見したところその差異を見出すことは難しい。さらに、そもそも、前述した通り、私的法律関係による行政活動においては、本来的に一方的ではないからである。

したがって、「公権力性」は、法令が当該行為を抗告訴訟の対象としているかどうか、またその点について合理性があるかによって判断することになる<sup>5)</sup>。

### Ⅲ 中川論文（行政訴訟の諸類型と相互作用）について

#### 1 中川論文について

中川丈久氏は、平成 16 年行政事件訴訟法改正の際に深く関与し、早くから、

<sup>4)</sup> 桜井敬子=橋本博之『行政法〔第2版〕』（弘文堂、2009年）272頁など

<sup>5)</sup> 前出の供託についての最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁は、①措置、処分、決定、却下といった用語を使用しているかどうか、契約といった用語を用いているかどうかといった法令の文言②行政不服審査法等の不服申立や取消訴訟を予定する規定が設けられているなど特段の争訟手続きが用意されているかといった法律の規定の仕方を手掛かりにして、処分性を肯定している。今日では、さらに、「行政手続法第2章・第3章などの適用を排除する規定があるかどうかといった点」もあわせて考慮されることになる。

公法上の当事者訴訟の活用についての論文を書いているが、2015年発刊の現代行政法講座Ⅱの「行政訴訟の諸類型と相互作用」（以下「中川論文」という）において、抗告訴訟は、本来的に公法上の当事者訴訟でカバーできると指摘する。

この指摘は理論的には正しい議論を含んでいる。

しかし、日本の訴訟の現実を見ると処分性を認めて、取消訴訟によって解決することにも相当の意味があるように思われる。

## 2 日本の訴訟の現実から、処分性の拡大が望ましい分野もあるのではないか

### (1) 処分性の否定と公法上の当事者訴訟の否定が関連している

過去の裁判所の動向として、処分性が認められない行為について、公法上の当事者訴訟の訴えの利益や法律上の争訟性を認めることに消極的な姿勢がある。

その典型例が、立法行為や法律上の拘束力を持つ行政計画などについての対応である。

一例は、土地利用についての都市計画決定である、用途地域についての都市計画決定、高度地区の決定、さらには、地区計画などである。これらは、いずれも、その決定によって、土地所有者に対し、土地利用の形態を具体的かつ明確に規定しているので、権利制限などが法的効果として発生している。しかし、それについて、最高裁は、処分性を否定した<sup>6)</sup>。その後、公法上の当事者訴訟が認められた例もない<sup>7)</sup>。

また、高根町別荘水道事件（最判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁，東高判平成14年10月22日判例時報1806号3頁）のように、私法上の法律関係によってサービスが供給される場合に約款が条例や規則で定められた場合の扱いである。最高裁は、約款の内容を規定する条例の制定行為について処分性を否定したが、その際、公法上の当事者訴訟として、同条例の制定行為を争いうるのかは判断しなかった。最高裁は、「本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行

<sup>6)</sup> 用途地域指定変更の都市計画決定について，最判昭和57年4月22日民集36巻4号705頁，地区計画について，最判平成6年4月22日判例時報1499号63頁。

<sup>7)</sup> 地区計画について公法上の当事者訴訟も否定したものとして，東地判平成14年2月14日判例時報1808号31頁。平成16年改正後のものとしては，道路の都市計画決定についてはあるが，東地判平成27年11月17日裁判所ウェブサイト。

として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである。」と判示している。この判示からして、この条例の制定行為について、その違法または無効の確認を求める公法上の当事者訴訟を起こした場合に、確認の利益がないとされ、さらに、法律上の争訟にも当たらないとする可能性がある。水道供給は一般に私法上の法律関係となるので、高根町を相手に債務不存在確認訴訟を起こしてもそれは通常の民事訴訟となり、既発生の債務についてしか争えない上、判決効も既発生部分の債務の存在不存在の点についてのみ生じる。その点で効果は限定的となる。このように、処分性の否定によって、その点を争う方法が限定され、十分な救済を得られない可能性がある。

(2) どのような場合に確認の利益や法律上の争訟性が認められるかが不明確である

また、在外投票違憲判決（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）や君が代処分予防訴訟の最高裁判決（最一小判平成 24 年 2 月 9 日民集 66 卷 2 号 183 頁）や、タクシーの乗車距離制限をめぐる一連の下級審判決をみても、どのような場合に、公法上の当事者訴訟の確認の利益が認められるのかが不明確である。

例えば、前述した通り、高根町の事件では、条例の制定行為について、その違法または無効の確認を求める公法上の当事者訴訟を起こした場合に、確認の利益がないとされ、さらに、法律上の争訟にも当たらないとする可能性がある。

具体的に検討すると、君が代処分予防訴訟の最高裁判決（最一小判平成 24 年 2 月 9 日民集 66 卷 2 号 183 頁）では、「勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生する危険の観点からも、都立学校の教職員の法的地位に現実の危険を及ぼし得るものといえるので、このような行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする訴訟として構成する場合には、公法上の当事者訴訟の一類型である公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法 4 条）として位置付けることができると解される。」（下線部は筆者）としており、将来の不利益処分の防止だけでなく、行政処分以外の処遇上の不利益が発生するという点に着目して、公法上の当事者訴訟の確認の利益を認めており、将来の不利益処分の差止訴訟では救済できない不利益がある場合に限って確認の利益を認めているように読める。

しかし、他方、タクシーの乗務距離制限についての名地判平成 25 年 5 月 31 日



判例時報 2241 号 31 頁は「本件乗務距離規制違反を理由として法 40 条に基づく処分や警告を受ける蓋然性が高く、これが反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在するのであるから、本件乗務距離規制によって、原告の法的地位に現実の危険ないし不安が生じており、事後的な損害の回復が著しく困難な状況にあるというべきである。」として、公法上の当事者訴訟の確認の利益を認めている。この判断は、その後名古屋高裁及び最高裁で維持されているが、ここで言っている「危険」は、まさに将来の不利益処分を受けることによる不利益であり、行政処分の差止訴訟における重大な損害の内容に他ならない。この訴訟では、「本件乗務距離規制違反を理由とする法 40 条に基づく処分」についての差止訴訟について、裁判所は、訴訟要件を満たしているとしているから、判決理由に記載されている限りにおいては、公法上の当事者訴訟の訴えの利益と行政処分の差止訴訟の重大な損害がほとんど重なり合っていることになる。この判断は、一見したところ、君が代処分予防訴訟の最高裁判決（最一小判平成 24 年 2 月 9 日民集 66 卷 2 号 183 頁）における、公法上の当事者訴訟と行政処分の差止訴訟の両方が提起された場合の公法上の当事者訴訟の訴えの利益についての判断と矛盾抵触している様にも見える。おそらく、実質的には、タクシーの乗務距離制限は、タクシー事業者の営業の自由を直接的に制約するという点で、直ちに不利益を発生させており、その不利益回避のためには、公法上の当事者訴訟を認める他ないということになるという点を考慮しているように思われるが、その様な判決理由は、前記の名古屋地裁には記載されていない。

この様に、確認の利益をどの様な場合に認めるかという判断の基準はかならずしも明確なものでなく、不安定なものである。法曹実務家としては、確認の利益という訴訟要件の問題で、訴訟が前に進まない事態は避けたいところである。処分性を認めた場合には、確認の利益についての判断は不要であり、無用な争点の議論を避けられ、その点は大きな利点となる。

### 3 私法上の法律関係であっても、行政処分を介在させることは可能である

その上、処分性は、公法上の法律関係についてのみ認められるわけではない。私法上の法律関係でも考えられる。

過去の判例としては、供託金取戻請求却下処分事件についての最大判昭和 45 年 7 月 15 日民集 24 卷 7 号 771 頁があるが、用地の払下げの入札に対する応答

や公共事業落札者・施設管理業者の決定を処分として、公正さや合理性確保を図ることも考えられる。

その点では、公法上の当事者訴訟として置き換えられる部分を超えており、取消訴訟は、公法上の当事者訴訟ではカバーできない分野も対象にしている。

また、この場合、なぜそれを行政処分とするかは、大きく二つの場合があるように思われる。

① 行政に対応を義務付け、簡易迅速な救済手段を設ける。例としては、公営住宅の賃貸借開始、供託法、介護等級認定など

② それを争いの対象とすることによって、行政活動の透明性・公正さを確保する。例としては、不動産の払下げの際の入札結果への応答を行政処分にする、公共事業の発注の際の業者決定を行政処分にする、公共施設の管理者の決定を行政処分にする、など

#### 4 処分性を認めることによる、紛争の一回的解決性や行政手続き整備へ

(1) 第三者効を発生させる必要のある事例もあるのではないか

さらに、取消訴訟の判決と公法上の当事者訴訟の判決の違いは、第三者効の有無である。前述した高根町別荘水道事件などでは、第三者効を生じさせる必要があったのではなかったのだろうか。

(2) 行政手続きの整備の必要性

また、処分性が認められた場合、行政手続法の第2章及び第3章の適用につながり、手続の公正さの確保や、関係当事者の権利としての手続保障につながる。

#### 5 小括

以上からすれば、第1に、公法上の当事者訴訟ではなく、処分性を認めていく分野があってもいいのではないか。そのことによって、訴訟提起の際の見通しが良くなり、かつ、無用な訴訟要件論争が減らせる。

第2に、行政活動の3番目の分野（私的法律関係による行政活動）について、行政処分を介在させ、行政のある特定の行為を、行政処分と定め、抗告訴訟の対象にすることもありうるのではないか。この分野では、行政活動は私的法律関係でなされることから、取消訴訟は、公法上の当事者訴訟ではカバーできない分野も含

まれる。

第3に、判決の第三者効による紛争の一次的解決を図る、また、ある行為を行政処分として位置付けることにより、その行為についての行政手続整備をすすめる、手続の公正性の確保や、関係当事者の権利としての手続保障をはかるためにも、一定の処分性の拡大を進めることがあってもいいのではないか。

ということになり、処分性を認めて、取消訴訟によって解決する道を従来の判例より広げていくことにも相当の意味があるように思われる。

## IV 土地利用に関する都市計画決定について

### 1 土地利用に関する都市計画決定と処分性についての最高裁判決とその問題点

#### (1) 土地利用に関する都市計画決定と処分性についての最高裁判決

具体的に、検討する最初の事例として、土地利用に関する都市計画決定を取り上げてみたい。

土地利用に関する都市計画については、最高裁は、用途地域指定変更の都市計画決定について最判昭和57年4月22日民集36巻4号705頁で、地区計画について最判平成6年4月22日判例時報1499号63頁で、いずれも処分性を否定している。

最判昭和57年4月22日民集36巻4号705頁が詳しく判示しているのでそれをみると、同判決では、「都市計画区域内において工業地域を指定する決定は、都市計画法八条一項一号に基づき都市計画決定の一つとしてされるものであり、右決定が告示されて効力を生ずると、当該地域内においては、建築物の用途、容積率、建ぺい率等につき従前と異なる基準が適用され（建築基準法四八条七項、五二条一項三号、五三条一項二等）、これらの基準に適合しない建築物については、建築確認を受けることができず、ひいてその建築等を行うことができないこととなるから（同法六条四項、五項）、右決定が、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できない」と、用途地域指定変更の都市計画決定が法的効果を生じさせていることを肯定している。

それにもかかわらず、第一に「かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合におけると同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があつたものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。」とし、第二に、「地域内の土地に現実に前記のような建築の制限を超える建物の建築をしようとしてそれが妨げられている者が存する場合には、その者は現実に自己の土地利用上の権利を侵害されているということが出来るが、この場合右の者は右建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の地域指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じない」としている。

これらの点について、以下検討を加えていきたい。

## (2) 法的効果は抽象的なものなのか

まず、第一の点についてみてみよう。最高裁は、用途地域指定変更の都市計画決定における法的効果について、それは、当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なものに過ぎないとする。

それは正しいのであろうか。

そもそも、用途地域指定変更の都市計画決定は、当該地域内の不特定多数の者に対するものなのだろうか。

用途地域指定は、土地利用に関する都市計画の基本を構成するものであり、直接的には、その対象地域での建物の用途を指定し、その地域で建築できない建物を定めるものであるが、それにとどまるわけではなく、建築基準法の規定からも明らかな通り、建ぺい率や容積率も用途地域に応じて変更され、また、北側斜線制限や日影規制の内容や有無までも変わってくる。その意味では、どのような建物が建てられるかという、土地利用の可能性全般にわたる極めて重要な都市計画決定である。日本では、土地の価格の決定は、その土地においてどのような建物が建築できるかということも重要な一つの要素としてなされるので、土地利用規制は土地の価格にも直接影響を及ぼす。

このように、用途地域指定は、その土地の利用にとって非常に重要なものであることから、どの土地のどの部分がどのような用途地域に指定されているかは、

明確かつ具体的に定められている。土地の全部について同一の用途地域となることが多いが、一つの土地がその一部と残りの部分で別の用途地域となることもあり（道路沿いのところで沿道部分だけ商業地域で残りは住居系の用途に指定という例など）、その場合など、明確な線引きが必要になる。

以上の通り、用途地域指定変更の都市計画決定は、当該地域内の不特定多数の者に対するものではなく、当該地域の特定の場所に対するものである。

最高裁は、建築基準法 42 条 2 項道路の指定について、「都市計画区域内において建築基準法施行の際現に建築物が立ち並んでいる幅員 4m未満 1.8m以上の道」という、いわゆる一括指定の方法をとった場合についても、この指定は、行政処分であるとした（最一小判平成 14 年 1 月 17 日民集 56 卷 1 号 1 頁）。この指定では、具体的な対象土地は示されていない。そのため、特定性に欠けるのではないかとの批判もあるところである<sup>8)</sup>。それと比較して、用途地域指定変更の都市計画決定は、具体的に対象土地を示しており、特定性に欠けるところはない。

特定性の問題だけでなく、土地利用に関する都市計画決定では、その対象地域での建物の用途を指定し、その地域で建築できない建物を定め、さらに、様々な建築規制も定められるなど、具体的に法的効果が発生しており、それは一般的抽象的ではない。

この点、最高裁判決には、現行の建築規制の仕組みに対する重大な誤解があるように思われる。すなわち、最高裁判決は、「制約を課する法令が制定された場合におけると同様」と言っているところから見て、一般的な規制立法が制定された場合を念頭においているように思われる。確かに、一般的な規制立法においては、制約を法令で定めても、同法令は、自由や権利を制約できる要件を定めただけで、具体的な制約は、その法令に基づく処分によって生じる場合が多い。しかし、建築基準法は、そういった仕組みを取っていない。建築基準法 6 条及び 9 条をあわせて読めばわかるように、建築基準法は、用途地域指定などの土地利用に関する都市計画決定において具体化された建築規制に適合しない建築物は、当然に建築してはならないとしている。ある建築物が違法建築かどうかは、建築確認を取ったことあるいは取れなかったことによって決まるわけではなく、その建築物が用途地域指定などの土地利用に関する都市計画決定において具体化さ

<sup>8)</sup> 金子正史「2項道路一括（包括）指定の処分性」法学教室264号（2002年）130頁など。

れたものを含む建築基準に適合するかどうかで決まるのである。建築基準法 9 条 1 項は、建築基準関係法令に反する建築物が違法としている。建築確認と異なる建築物を建てたからといって当然に違法建築物になるとはしていない。そういう意味では、用途地域指定などの土地利用に関する都市計画決定は、土地利用規制に関する最終的な権利変動を確定するものであり、法効果も具体的に発生させるものである。

さらに、土地利用に関する都市計画決定は、土地利用規制が本体をなしており、それ自体を目的としているものである。したがって、その本質的効果として、法効果を発生させている。

以上に関連する点について、最高裁は、横浜市での保育園の民間委託についての条例の処分性が問題になった事案で、「本件改正条例は、本件各保育所の廃止のみを内容とするものであって、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る上記の法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るものといえることができる。」と判示している（最一小判平成 21 年 11 月 26 日民集 63 卷 9 号 2124 頁）。

この判断に照らして見ると、土地利用に関する都市計画決定は、①土地利用規制を生じさせることをその本質的効果としており、②その規制基準は、他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により都市計画決定の内容に沿った法効果を発生させ、③対象土地という特定の対象の土地の地権者に対し、財産権の制限という効果を発生させているのであるといえることができ、その点からみても、行政処分というべきということになる。

(3) 「後行処分を争うことによって、権利救済の目的を達する途が残されているから、格別の不都合は生じない」のか

また、最高裁は、「建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、前記の地域指定が違法であることを主張して右処分の取消を求めることにより権利救済の目的を達する途が残されていると解されるから、前記のような解釈をとつても格別の不都合は生じない」とする。

しかし、これは、重大な間違いである。

第一に、前述の通り、権利制限は、都市計画決定によって、特定の不動産につ

いて、具体的に発生している。その結果、土地の価格にも影響が及んでいる。土地の価格というものは、財産権の中核をなす重要な価値であり、それに影響を及ぼす制限は、重要な権利制限である。

この財産権制限による不利益は、後行処分によって具体化するわけではなく、後行処分なくして直ちに発生している。しかも、土地の価格に関係しては、後行処分というものも想定されない。不動産の売却を考えている者など土地の価格を具体化しようとしている者は、後行処分を争うことによって、権利救済されない。

さらに、この制限は、都市計画決定の本質的効果である。土地利用に関する都市計画決定は、その土地の具体的な利用方法を決定しているのである。価値の変化などは、この本質的効果としての都市計画決定の効果によって生じているのである。

そうしてみると、都市計画決定の本質的効果として、権利変動を生じ、それが財産権者に価格の低落などの重要な影響を及ぼしているにもかかわらず、そうした価格低落を争おうとする者に対しては救済手段が与えられていないこととなる。

第二に、土地利用に関する都市計画決定がされた場合、それは土地環境にも重要な影響をもたらす。例えば、厳格な高さ制限があり、建ぺい率や容積率も限定的な第一種低層住居専用地域から、より制限の緩やかな住居地域や近隣商業地域へと用途地域変更がされた場合、店舗などや高層建築物の建築が可能となり、また、日影規制なども緩和され、土地環境は一変していく。都市計画で用途地域を変更した場合、それに沿って土地利用が変化していくことは当該都市計画決定としては本来予定していたことではあり、そうした方向へ誘導していくことをそもそも目的としている。この場合、自分の土地や近隣地などでない、そこで建築を争う原告適格もない土地において、建築が進められた場合、地権者や住民の意向とは関係なく、新しい都市計画決定に基づいて、新しい土地利用が進行していく。都市計画決定の適法性について争う機会が生じるのは、都市計画決定から10年以上経過した後だということもある。その時点までに、土地利用が変化していった場合（この場合は都市計画が当初の目的を達成したとも言える）、10年以上前の都市計画決定が違法だとして争うことができるのであろうか。

法的には、事情判決ということもありうるだろうし、事実状態が変化している

中では、裁判所の判断として、違法性がないとの判断となることも十分にありうる。

その意味では、変更前の都市計画決定によって、良好な環境を享受してきた者から見ると、後の建築確認がされた時点で争うるといっても、実効的な権利救済が得られるか極めて疑問である。

さらに、第三に、最高裁は、後行の処分を争う中で、都市計画決定の違法性を争うるから問題がないと考えているようであるが、後行の処分として通常予定される建築確認と都市計画の決定プロセス及び実質的な決定権者を考えると、まったく実態に即していない立論である。

すなわち、通常、用途地域指定変更などの都市計画決定は、各地方公共団体の都市計画部署が担当している。他方、建築確認は、都市計画部署とは別の建築審査を担当する部署が担当しており、行政庁としても、建築主事という独自の機関が担当している。建築主事は、建築基準関係法令（建築基準法6条）と建築計画の適合性をチェックすることとしており、建築基準関係法令の中に含まれる、都市計画決定の適法性などはチェックしない。民間の建築確認検査機関が処分庁となっている場合では、この問題はより強いものとなる。

そうすると、後行の処分を争う行政不服審査の中で、主な違法事由として、都市計画決定の違法性を主張した場合、行政庁である建築主事としてはそのような点は自分としては関知しないところであるとして認否自体不能であるとするし、行政不服審査に対する審査機関である建築審査会は、都市計画決定の適法性を審査するという点は通常考えていないことから、どのように審査するのか戸惑ってしまうことになる<sup>9)</sup>。

この点において、最高裁のこの判断は、後行の処分たる建築確認に対する争いは、誰を相手とするものなのか、また、どういった点が審査の内容となるのかといった点を考慮に入れていないものであって、まったく実態に即していないと言わざるを得ない。

#### (4) 紛争解決方法としてのあり方について

そもそも、後行処分で争えばいい、都市計画決定の段階で処分性を認める必要はないという最高裁の判断は、都市計画決定の段階で争う必要性はないとする

---

<sup>9)</sup> 筆者自身そのような建築主事の対応をしばしば経験した。



ことに結びつく。

しかし、それが適切なのだろうか。

前述の通り、都市計画決定の段階で、その直接的効果として発生する権利制限による土地の価格への影響が生じ、また、土地環境の変化が開始されるのであるから、その時点で、何らかの権利救済の手段を講じる必要がある。

また、都市計画決定に先立って、参加手続きや環境影響評価手続きがなされる<sup>10)</sup>ので、都市計画決定の段階で、それが適法かどうか審議させ検討させることは、紛争の適切な解決としても望ましい。

さらに、不服申立てを審査する機関という点で見ても、後行の処分である建築確認の適法性を審査する建築審査会などよりも、都市計画決定の適切さについて審査する独立の審査会を設ける方が実効的な解決ができるのではないかと<sup>11)</sup>と思われる。

以上から見ると、紛争の本質的解決の適切さとしても、都市計画決定の段階で、都市計画決定を争わせることが必要である。

(5) 公法上の当事者訴訟で、この問題は解決できるのか

以上のように、用途地域指定などの土地利用に関する都市計画決定については、都市計画決定の段階で訴訟や行政不服申立ての対象とすることが相当である。そうすると次に、都市計画決定を公法上の当事者訴訟の対象として認めることでこの問題を解決する方法では、適切ではないのかという点が問題となる。

行政処分とするのではなく、公法上の当事者訴訟で争うとした場合のメリットは、処分性を認めた場合のデメリットとしてあげた2点（遮断効が発生する点、提訴期間制限がある点）を回避できることにある。

しかしながら、公法上の当事者訴訟で争うとした場合、前述の通り、確認の利益をその事例ごとに判断していくことになるので、都市計画決定によって

---

<sup>10)</sup> 都市計画法16条、17条の通り、都市計画に関しては、都市計画決定の前の段階で、市民参加手続きが取られ、その後の手続きにおいては、そうした手続きは予定されていない（建築基準法上は、建築確認にあたって周辺住民の意見聴取その他の参加手続きはない）。また、都市計画決定がされる事業について、環境影響評価が行われる場合、そうした環境影響評価は、都市計画決定の前の段階でされるのが通例であり都市計画決定の議決をする都市計画審議会には、参加手続きで出された意見（都市計画法18条2項）とあわせて、環境影響評価の結果も出される。

<sup>11)</sup> 財団法人都市計画協会が設置した都市計画争訟研究会の都市計画争訟制度についての提言（都市計画争訟研究会「都市計画争訟研究報告」新都市60巻9号（2006年）92-123頁）は参考にできる。

土地の価格に影響を受けた人がそれを争いうるかどうかなどについて、類型的定型的に判断されず、権利救済が得られるのかどうか、不安定さ・不明確さはなお残ることになる。

提訴期間制限や遮断効については、むしろ、都市計画決定に至る、参加手続きをより実効的なものにしたるなどして、都市計画決定を社会的合意の結節点にしていくということの不都合は回避できるのではないか。ドイツでは、計画確定手続きを設けて、その確定以後は、争えないとしているが、事前に、実効的な参加手続きを定め、関係者や環境保護団体などの公益団体が十分に意見を言ってそれが決定に反映され、社会的合意形成ができる手続きを取っている。その意味で、十分な手続き整備をする前提であれば、提訴期間制限や遮断効が生じることによる問題は一定程度回避できるのではないかと考える<sup>12)13)</sup>。逆に、制度全体の手戻り防止や法的安定性の確保という点からは、いつまでも、どのような形でも争える、公法上の当事者訴訟ルートではなく、提訴期間などが明確に定まっている抗告訴訟ルートの方が適切なように思われる。

さらに、この点は、行政不服申立てを考えるとより明確になる。現在のところ、行政処分については、行政不服申立制度が整備されているが、行政処分でないものについては、そうした制度的な争訟手段がない。都市計画決定のような専門的なものについては、訴訟手続きとは別に、行政に、専門家を含めた審査機関を設けることは有効であると思われる<sup>14)</sup>。建築確認については、行政不服申立ての審査機関として、専門家からなる建築審査会が存在しているが、裁判所よりも、建

---

<sup>12)</sup> 藤田宙靖裁判官は、後述する最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁において、「一般的に言って、行政計画については、一度それが策定された後に個々の利害関係者が個別的な訴訟によってその取消しを求めるといような権利救済システムには、そもそも制度の性質上多少とも無理が伴うものと言わざるを得ないのであって、立法政策的見地からは、決定前の事前手続における関係者の参加システムを充実なものとし、その上で、一度決まったことについては、原則として一切の訴訟を認めないという制度を構築することが必要というべきである」と意見を述べている。ドイツの計画確定手続きを参照していることから、ここでいう「一度決まった」というのは、計画決定に対する訴訟手続で最終判断が下されるまでという意味であることは間違いないが、処分性を認めることによって、それに伴う公定力を付与していく（同判決の近藤崇晴裁判官の補足意見参照）以上、必要な手続き整備を進めることが必須なのは当然のことであり、そうした手続き整備を促すためにも、処分性を認めるということはあるのではないか。

<sup>13)</sup> 食品衛生法16条違反の旨の検疫所長の通知（最判平成16年4月26日民集58巻4号989頁）についてなどのように、処分性が肯定されたことによって、手続き整備が進められた例がある。

<sup>14)</sup> 前記の都市計画争訟研究会の報告参照・前掲注11)。

築審査会の方が、建築確認の取消を命じている例は多い<sup>15)</sup>。その意味からしても、都市計画決定について、処分性を肯定することは適切である。

#### (6) 小括

以上の通り、用途地域指定などの土地利用に関する都市計画決定については、処分性を認め、訴訟や行政不服申立ての対象とすることが相当である。

## 2 浜松土地区画整理事業最高裁判決との関係

### (1) 浜松土地区画整理事業最高裁判決の判示内容

最高裁は、法的拘束力のある行政計画のうち、土地区画整理事業の事業計画決定について、行政処分に当たらないとしてきた従来の判断（最大判41年2月23日民集20巻2号271頁及び最判平成4年10月6日裁判集民事166号41頁）を、浜松市の土地区画整理事業についての判決において変更し、処分性を認めた（最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁（以下「浜松土地区画整理事業最高裁判決」という））。

### (2) 土地利用に関する都市計画決定との関係

この判決の対象とする計画決定は、都市計画事業についてのものである。都市計画事業であるので、段階を経て進行しており、土地区画整理事業においては、都市計画決定→事業計画決定→仮換地→工事実施→換地という過程を経る。その過程における事業計画決定についての判断であり、いわゆる非完結型である点で、対象地域について、土地利用規制に関する最終的な権利変動を確定する、土地利用についての都市計画決定と異なる。

また、土地区画整理事業の事業計画決定は、土地収用法20条の事業認定、都市計画法59条の都市計画事業の認可と同じ性質を有する<sup>16)</sup>という点において、都市計画事業の過程で言えば、都市計画決定よりも後の段階で、より強力な土地利用規制を有する決定に相当する。

しかし、法的拘束力のある行政計画のうち、行政処分に当たらないとしてきたものについて明示的に判例変更している点で、土地利用についての都市計画決定においても、参照できる点がないか検討を要する。

---

<sup>15)</sup> 日置雅晴『改正行政不服審査法と不服申立実務』日本弁護士連合会行政訴訟センター編（民事法研究会、2015年）160頁、その理由としては、審査会のほうが、訴訟要件を柔軟に解釈していることと、技術的理解にすぐれていることが挙げられている（160頁、169頁）。

<sup>16)</sup> 浜松土地区画整理事業最高裁判決の泉徳治補足意見に詳しい。

最高裁は、浜松土地区画整理事業最高裁判決において、土地区画整理事業の事業計画決定について処分性を肯定するにあたり、事業計画決定によって「当該土地区画整理事業の施行によって施行地区内の宅地所有者等の権利にいかなる影響が及ぶかについて、一定の限度で具体的に予測することが可能になる」「いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。」といった点を認めた上で、「建築行為等の制限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられ」「しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分の公告がある日まで、その制限を継続的に課され続ける」とする。そして、「施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされ」、したがって、「その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということはできない。」としている。

この判断は、処分性を認める論理として、もって回った論理をとっていることが特徴である。

その点、同判決に「意見」として付された、涌井紀夫裁判官の意見（「意見」であり、結論は多数意見と同一だが、理由づけが異なるものである）の方がより端的である。

涌井紀夫裁判官の意見は、「事業計画が定められ所定の公告がされると、施行地区内の土地については、許可なしには建築物の建築等を行うことができない等の制約が課せられることになっているのであるから、この事業計画決定が個人の権利・利益を直接に侵害・制約するような法的効果を持つものであることは明らかである。」とした上で、「この建築制限等の効果が発生すると、施行地区内の土地は自由に建築物の建築を行うことができない土地になってしまい、その所有者には、これを他に売却しようとしても通常取引の場合のような買い手を見つけることが困難になるという、極めて現実的で深刻な影響が生じることになるのである。このような効果は、抗告訴訟の方法による救済を認めるに足りるだけの実質を十分に備えたものということができよう。」としている。

すなわち、土地区画整理事業の事業計画決定によって直接法効果が発生するのであり、それは救済すべき実質を持った権利制限であるのだから、処分性を肯定すべきだといっており、論旨は明解である。

しかし、多数意見は、前記の通り、このようなストレートな理由づけを用いていない。

なぜだろうか。

その点は、泉徳治裁判官の補足意見に記されている。すなわち、「土地区画整理事業の事業計画の決定及び公告の本質的效果は、都市計画事業としての土地区画整理事業の施行権の付与にある。法76条1項の規定による建築行為等の制限は、事業計画の決定及び公告そのものの効果として発生する権利制限ではなく、事業の円滑な施行を図るため法律が特に付与した公告に伴う付随的な効果にとどまるというべきである。」という点にある。

すなわち、多数意見は、付随的效果である以上、それだけを理由に処分性を認めることには難があると考えたのである。

しかし、他方、「都市計画事業としての土地区画整理事業の施行権の付与が本質的效果」といっても、施行権の付与というのは、本来、行政内部の手続きの問題に過ぎず、その点だけでは、内部的行為にとどまり、外部的効果を有する行政処分として認めるには難があることになる。本来、土地区画整理事業の対象となる地権者に直接、本質的效果としての権利変動が及ぶのは、仮換地による土地の仮の指定、その後の物理的な工事、最終的な権利変動を確定する換地処分である。その前の段階であり、本質的效果としては、施行権の付与にとどまる、事業計画決定の段階でなぜ処分性が認められるのかには、付随的效果だけではかならずしも十分ではないとする多数意見の立場からすれば、特段の説明が必要になる。

そこで、多数意見は、「当該土地区画整理事業の施行によって施行地区内の宅地所有者等の権利にいかなる影響が及ぶかについて、一定の限度で具体的に予測することが可能になる」「いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。」といった点を積み上げ、将来の、地権者に本質的效果としての権利変動が及ぶ換地処分等を、事業計画決定に結びつけ、かつ、「建築行為等の制

限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられ」「しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分公告がある日まで、その制限を継続的に課され続ける」として、付随的效果としての建築行為等の制限を本質的效果に関連させ、処分性を肯定していったのである。

その点、土地利用についての都市計画決定は、付随的效果ではなく、本質的效果として、具体的に土地利用の内容を規定し、直接的かつ究極的に<sup>17)</sup>、権利変動を生じるのである。

最高裁は、土地区画整理事業の事業計画決定の場合のように、その本質的效果そのものでは権利変動を生じさせない場合であっても、付随的效果を関連付けることができ、また、将来の権利変動に結びつけることができれば、処分性を肯定しているのであるから、土地利用についての都市計画決定について、処分性を認めることに問題はないように思われる。

### (3) 権利救済としての関係

もっとも、その場合に、権利救済として認める必要があるのかという点はさらに検討を要する。

この点について、最高裁は、浜松土地区画整理事業最高裁判決において、土地区画整理事業の事業計画決定について、最終的処分として換地処分などがあることから、そうした後行の処分を争うことで権利救済は可能ではないかという点については、「換地処分等がされた段階では、實際上、既に工事等も進ちよくし、換地計画も具体的に定められるなどしており、その時点で事業計画の違法を理由として当該換地処分等を取り消した場合には、事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねない。それゆえ、換地処分等の取消訴訟において、宅地所有者等が事業計画の違法を主張し、その主張が認められたとしても、当該換地処分等を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決（行政事件訴訟法31条1項）がされる可能性が相当程度あるのであり、換地処分等がされた段階でこれを対象として取消訴訟を提起することができるとしても、宅地所有者等の

---

<sup>17)</sup> 藤田宙靖裁判官は、補足意見において、「規制の内容自体から言えば、完結型土地利用計画は、まさに「完結型」なのであって、私人の権利への侵害は、（土地区画整理事業計画決定に伴う建築行為等の制限の場合と同様、あるいは見方によってはより一層）直接的かつ究極的な（暫定的規制に止まらない）ものである。また、対象となる地域についても、規制区域の範囲はかなり限定的なものとなるケースも無いではない。」と述べている。

被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいい難い。そうすると、事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるというべきである。」と判示している。

本稿の1の(3)においてみたように、土地利用に関する都市計画決定がされた場合、土地環境にも重要な影響をもたらす、激変することもある。その意味では、上記の浜松土地区画整理事業最高裁判決の判示は、土地利用に関する都市計画決定においても妥当する。

しかし、この点、藤田宙靖裁判官が、補足意見において、「完結型土地利用計画の場合には、例えば各種用途地域において例外許可が認められることもあるように、仮に個別的開発行為や建築確認等の段階でその許可等の拒否処分が争われ、その前提問題として計画自体の違法性が認定され取消判決がなされたとしても、そのことが直ちに、システムの全体に著しい混乱をもたらすということにはならない（少なくとも、裁判所が事情判決をせざるを得ないといった状況が広く生じるものとは考えられない。）」と述べているので、その点検討を要する。

しかし、この意見には、重大な誤解があるように思われる。

既に述べた通り、土地利用についての都市計画決定は、そもそも、その方向にまちづくりを誘導していくというものであるため、当該計画の対象地域では、計画に従って、新しい建築物が建てられ、あるいは建てられない状況が発生し、一定の新しい秩序が作り出される。そうした中でも、計画自体の違法性が認定された場合、行政機関は、違法とされた都市計画決定をそのまま放置しておくことはできない。その判断に従って、計画自体を変更すべき立場になる。その場合、すでに形成された新しい秩序との間で、著しい混乱が生じる可能性がある。

この混乱を防ぐためには、計画に沿って利用されてきた土地利用状況が存在する場合には、計画決定した時点の状況を前提とすれば違法な計画であっても、建築確認を取り消すことにより「公の利益に著しい障害を生ずる場合」（行政事件訴訟法31条）となって、事情判決となる状況となるおそれがあることは否定できない。

確かに、土地利用についての都市計画決定は、それによって、直接的かつ究極的な権利制限を発生させるという点では、完結型であるが、その都市計画決定がされたことによって、ただちに土地環境が固定されるわけではない。都市計画で

ある以上、その方向に街を誘導していくものであり、それに従って街は変化していくのである。変化していく以上、時間を経過した後に違法とした場合の矛盾混乱、場合によってはの事情判決などもありうるものであり、それらの可能性が低いとするのは、システム自体を正しく理解していないものと言わざるを得ない。

その意味で、後行の処分を争うことで権利救済として欠けるところがないということにはならない。

さらに、浜松土地区画整理事業最高裁判決の涌井紀夫裁判官が意見において、「例えば施行地区内の土地に建築物を建築したいと考えている土地所有者の場合には、その建築に対する不許可処分が行われるのを待ってその不許可処分の適否を争わせることで、その建築制限等に伴う不利益に対する救済としては足りるものと考えられることも可能であろう。しかし、このように所有地に自己の建築物を建築したいというのではなく、所有地を他に譲渡・売却する際の不利益を排除するためにこの建築制限等の制約の解除を求めている者の場合には、後にその適否を争うことでその目的を達することのできるような後続の行為なるものは考えられない（例えば、土地区画整理事業の進行に伴って後に行われる換地計画等の行為の取消請求が認容されたとしても、それによって当然にこの建築制限等の効果が解消されることとなるものではないし、仮にこの段階で当初の事業計画決定自体が取り消されることとなったとしても、それまでの間継続して被ってきた不利益がさかのぼって解消されることとなるものでもない。）のであり、抗告訴訟の方法でその権利・利益を救済する機会を保障するには、事業計画決定の段階での訴訟を認める以外に方法がない」としている点は注目すべきである。

土地利用についての都市計画決定においては、権利制限は、本質的効果であるのであるから、こうした制限によって、後行処分を争うことによって救われることのない重大な不利益（涌井裁判官のいう、所有地を他に譲渡・売却する際の不利益）が本質的効果として発生する以上、浜松土地区画整理事業最高裁判決の枠組みからしても、処分性を肯定すべき権利救済必要があることとなるのではないかと考えられる。

(以下、続く)