

土地利用規制と司法救済

——取消訴訟か？ 確認訴訟か？——

春 日 修

目 次

- 1 はじめに
- 2 用途地域指定処分性否定論の再検討
- 3 用途地域指定に対する救済の必要性
- 4 用途地域指定にかかる救済方法の検討
- 5 他の土地利用規制にかかる救済方法の検討
- 6 おわりに

1 はじめに

最高裁判所は、平成 20 年 9 月 10 日大法廷判決（民集 62 巻 8 号 2029 頁。以下、「平成 20 年判決」という。）において、(i) 土地区画整理事業計画の決定により「施行地区内の宅地所有者等は……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るものということができ、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とはできない」こと、(ii) 後続の換地処分等の時点で、それらの処分を対象として取消訴訟を提起することができるが、その段階では、工事等

も進捗しており、「事業計画の違法……が認められたとしても、……事情判決……がされる可能性が相当程度あるのであり、……宅地所有者等の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い難い」ことを理由に、土地地区画整理事業計画の処分性を肯定した。

この判決の補足意見で、藤田宙靖裁判官は、「私人の権利を直接に制限する法的効果を伴う他の計画決定行為（例えば都市計画法上の地域・地区の指定等、いわゆる「完結型」の土地利用計画）……に関してはおそらく、まずは従来の当裁判所判例に従い、これらの土地利用計画は一種の立法類似の行為としての性格を持つものとして、土地地区画整理事業計画決定とは区別され、行政処分とは認められない、とすることが考えられよう」としており、一般にも、平成 20 年判決は、事業型・非完結型の行政計画に関するものであって、その射程は、地域・地区計画の指定などの非事業型・完結型の行政計画には及ばないものと考えられている⁽¹⁾。

したがって、都市計画法 8 条に基づく用途地域指定の処分性を否定した最高裁昭和 57 年 4 月 22 日判決（民集 36 巻 4 号 705 頁、以下、「昭和 57 年判決」という）は、平成 20 年判決の射程外にあり、昭和 57 年判決は依然として先例としての価値を有していることになる。

ただし、この昭和 57 年判決に対しては批判も強く、用途地域指定につき司法救済の途を開くべきだとする主張も根強い⁽²⁾。藤田補足意見も、

-
- (1) このような見解をとるものとして、人見剛「判批」ジュリスト 1376 号・平成 20 年度重要判例解説（2009 年）53 頁、大久保規子「判批」ジュリスト 1373 号（2009 年）62 頁、増田稔「判批」ジュリスト 1373 号（2009 年）70 頁、和久田道雄「判批」法律のひろば 61 巻 12 号（2008 年）55 頁など。
- (2) 枚挙に暇がないが、ここでは、詳細な批判を展開したものとして、阿部泰隆『行政訴訟改革論』（1993 年）94 頁以下、近年のものとして、草薙真一「判批」別冊ジュリスト 182 号・行政判例百選Ⅱ〔第 5 版〕（2006 年）332 頁以下、判決当時のものとして、山村恒年「判批」民商法雑誌 88 巻 3 号（1983 年）341 頁以

「従来の判例が前提としてきた、完結型の土地利用計画は『不特定多数の者を対象とした一般的、抽象的規制である』という性格付け自体が、果たして（少なくとも）すべての場合に納得し得るようなものであるか否かについては、なお問題が残らないではない。例えばまず、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、（……）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。こうしてみると、……将来においてはこういった問題も新たに登場して来る余地があることを想定しておいた方が、賢明であるように思われる」と指摘している。非事業型、完結型土地利用計画につき、救済を認める必要があるか、必要がある場合、どのような手段によるべきかということは、平成20年判決以降に「残された問題」なのである。

この問題を解決するための手段として考えられるのは、立法により都市計画に関する特別の争訟制度を設けることである。例えば、財団法人都市計画協会都市計画争訟研究会の報告書⁽³⁾は、①区域区分、地域地区、都市施設、市街地開発事業等の住民等の権利義務に直接関わる都市計画につき、②その処分性を認め、③第三者機関が関与する審査請求（計画取消しのみならず、内容変更を命ずることも可能とする）の対象とした上で、④裁決主義による司法審査の途を開き、④後行処分に対する争訟においては、先行計画の違法性の主張を制限する、という争訟制度の創設を提案している。

行政計画の特殊性を考えれば、特別な争訟制度を設けることが望ましい

下の3点を上げておく。

- (3) 財団法人都市計画協会都市計画争訟研究会「都市計画争訟研究報告書」新都市60巻9号（2006年）92頁以下。なお、その解説である西谷剛「都市計画争訟について」新都市60巻9号（2006年）77頁以下も参照。

とはいえよう。しかし、現時点では、このような制度の立法化にめどが立っているわけではない。平成 20 年判決の藤田補足意見も「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う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」としつつ、「問題のパーフェクトな解決は、立法技術の上でも必ずしも容易な問題であるとは言えないのである……（このことは、問題提起は早くからなされているにも拘らず、今日に至るまで、この種の立法が実現していないという事実、既に表れている。）」と指摘している。

しかし、立法的に難問があるからといって、必要とされる救済を先延ばしにするわけにはいかない。将来的には立法で解決するとしても、それまでの「つなぎ」を考える必要がある⁽⁴⁾。

また、都市計画を対象とする争訟制度が創設されたとしても、対象は限定されることが予想される。その場合、都市計画争訟制度の対象とならないが、それと類似の法的効果を持つ行為の救済は、一般法たる行政事件訴訟法によることになる。例えば、河川法 6 条 1 項 3 号に基づき、河川区域として指定された堤外の土地は、土石等の採取、工作物の新築、土地の掘削につき、河川管理者の許可を要することとなる（同法 25～27 条）。自らの所有地を河川区域として指定された者が当該指定が違法であると考えた

(4) 都市計画につき早期確定の必要性から個別法により排他的訴訟制度を創設すべきであるが、それまでの暫定的訴訟および個別法による訴訟からこぼれ落ちる事例につき、当事者訴訟を利用すべきものとする見解として、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌 130 巻 6 号（2004 年）996 頁。

場合、指定を対象とした行政訴訟を提起して救済を求めることができるのであろうか、それとも、許可申請をして申請拒否処分を受けた後に取消訴訟で、あるいは、無許可でこれらの行為をし、起訴された後に刑事訴訟で、指定の適法違法を争いうるに留まるのであろうか。仮に、指定そのものを行政訴訟で争うことができるならば、それは取消訴訟によるべきなのか、確認訴訟（当事者訴訟）によるべきなのか。このような問題は、都市計画等にかかる特別の争訟制度が創設された後も、残されることになる。

本稿では、①昭和 57 年判決が用途地域指定の処分性を否定した理由の妥当性について、2 項道路一括指定に処分性を認めた最高裁判例などとの対比により再検討し、②用途地域指定につき指定段階で出訴を認める必要の有無を、学説の検討や救済の必要から例外的に処分性を認めた最高裁判例との比較を通じて明らかにし、③現行法制下において、指定時に訴訟を認める場合、抗告訴訟と当事者訴訟のどちらが適切と考えられるかについて考察し、④以上の考察結果を他の土地利用規制にどの程度当てはめることができるかについて考えてみたい。

2 用途地域指定処分性否定論の再検討

一般的抽象的效果論

昭和 57 年判決は、自らの経営する病院を含む地域が、工業地域に指定された者が、病院の拡張がきわめて困難になること、病院としての環境が破壊されることを不服とし、当該用途地域指定の無効確認を求め、予備的に同指定の取消しを求めて出訴したところ、最高裁判所が「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 8 条 1 項 1 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（……）、これらの基準に適合しない建

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することができないこととなるから（……）、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が、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」として、用途地域指定の処分性を否定したものである。

これに加え、最高裁判所は、上記「のような法状態の変動に伴い将来における土地の利用計画が事実上制約されたり、地価や土地環境に影響が生ずる等の事態の発生も予想されるが、これらの事由は未だ右の結論を左右するに足りるものではない。なお、右地域内の土地上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えることができるが、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いうべきである」とも付け加えている。

さらに、最高裁判所は、同日の高度地区変更決定取消請求事件でも、①指定による効果が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こと、②建築実現を阻止する具体的処分をとらえて取消訴訟を提起し、その中で指定の違法性を主張すれば権利救済の目的は達成されるので不都合はないことを理由に、高度地区指定の処分性を否定している。

このうち、処分性否定の主たる理由は、「公権力の主体たる国または公

共同体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成した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」⁽⁵⁾ という最高裁の処分性の定式に照らすと、①のいわゆる一般的抽象的法効果論であると考えられる。

一般的・個別的

昭和 57 年判決は、「一般的抽象的」という一括した表現を用い、「一般的」とは何か、「抽象的」とは何かを別々に説明してはいない。ここでは、「一般的」と「抽象的」を別々の概念としてとらえ、処分性の有無を決定する要素として、それぞれどのような意味を持つのか、検討してみよう。

まず、「一般的」であるが、これは「個別的」の対義語である。立法は不特定多数を対象とするものであるから「一般的」であり、A、Bなどの個人を名あて人とする命令、許認可などの行政行為は「個別的」といわれる。

昭和 57 年判決は、「不特定多数の者を対象とした」とも述べているので、用途地域指定の相手方を「不特定多数」と認識し、そのことをもって「一般的」といっていると考えられる。用途地域等の土地利用計画は、個別具体的な土地を想定して、境界づけを行い、その境界内の個々の土地の利用可能性を制約するものであり、その制約が図面や数値等によってきわめて具体的なものであるものの、現在の土地所有者等に限定された人的範囲を名あて人とするわけでも、特定された敷地だけに限定されたものでもなく、土地利用計画によって規律される事案も不特定多数に及ぶので、土地利用計画による基準設定は基本的に立法的（一般的抽象的）規律を行うものであると整理すべきであるという見解⁽⁶⁾もある。

(5) 最判昭和 39 年 10 月 29 日民集 18 卷 8 号 1809 頁。

(6) 山下淳『土地利用計画と規制』原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(2004 年) 654 頁。

しかし、用途地域指定を「不特定多数の者を対象とした一般的」な性格を持つといいきってしまっているのだろうか。用途地域指定は「対象とする土地がおおむね特定されれば、それに伴って権利者である相手方も特定する。権利者が変わっても規制は継承され、一々個別的に相手方に通知されないからといって、その処分性を否定しえない」とする見方⁽⁷⁾もある。

さらに、「不特定多数」あるいは「一般性」を厳格に解すれば、対象者が多数ではあるが、無数ではなく、特定される場合は、「一般的」ではないという見方もできる。これによれば、例えば、道路廃止処分は相手方が不特定、無数であるから、「一般的」であるが、建築制限効果をもった都市計画決定は名あて人が多数ではあるが、無数でもなく、特定されるので、「一般的」ではない⁽⁸⁾ことになる。

建築基準法 46 条により壁面線が指定されると、同法 47 条により、壁面線を越えて建築物の壁、高さ 2 メートルをこえる門・へいなど建築が禁止される。最判昭和 61 年 6 月 19 日判時 1206 号 21 頁は、壁面線の指定につき、処分性が認められることを前提として行政不服審査法上の教示義務の有無につき判断していることから、最高裁判所は、その処分性を認めているものと解される。

壁面線指定も特定の街区に土地を所有する複数（多数）の者の権利に影響を与えるものである。壁面線指定により影響を受ける者の数は、用途地区指定により影響を受ける者の数よりも、比較的少ないであろう。「壁面性の指定については、指定の効果の個別性、具体性の程度において、……工業地域の指定や高度地区の指定とは同一に論ずることができないものがあり（法 46 条 1 項後段は、壁面線を指定する場合には、指定に利害関係

(7) 山村恒年「判批」民商法雑誌 88 巻 3 号（1983 年）348 頁という見方もある。

(8) 阿部泰隆「誤解の多い対物処分と一般処分」自治研究 80 巻 10 号（2004 年）31～33 頁。

を有する者の出頭を求めて公開による聴聞を行わなければならない旨を定め、同条2項は、そのための公告の手続を規定している)、必ずしも……「最高裁昭和57年4月22日」判決の射程距離内にあるものとは解されない⁽⁹⁾という見方もわからなくはない。最高裁平成4年11月26日判決(民集46巻8号2658頁)で処分性が認められた第二種市街地再開発事業計画や、平成20年判決で処分性が認められた土地区画整理事業計画も、「多数」の者の土地所有権に影響を与えるものであるが、これについても、用途地域指定よりは対象が限定されているという見方ができるかもしれない。

しかし、「相手方が多数だが特定されている」場合と「相手方が無数であり特定されていない」場合には、質的な違いがある。反対に、「相手方が特定されている多数の人々」と、「相手方が特定されている少数の人々」の間には連続性が認められ、これらの間に明確な一線を引くことはできない。例えば、9人(10人……)以下は少数だが、10人(11人……)以上は多数とみなすといった便宜的な線引きは可能であるが、処分性の存否の判断において、このような考え方がとられているわけではない。

さらに、最高裁判所は、平成14年1月17日判決(民集56巻1号1頁。以下、「平成14年判決」という。)において奈良県知事がなした「幅員4メートル未満1.8メートル以上の道」を2項道路とする旨の一括指定の処分性を肯定した。

この判決に対しては、一括指定は、対象たる道路を特定せず、観念的に指定するもので、一括指定の段階ではどの道路が2項道路であるかは、利害関係人はもとより特定行政庁も知らないはずであり、特定個人の具体的な権利利益にいかなる影響も及ぼしておらず、ある道路が2項道路であるかが確定するのは、当該道路に接する敷地につき、建築確認が申請され、確認または拒否がなされた時点、あるいは、道路内建築制限に違反したとし

(9) 石川善則「時の判例」ジュリスト871号(1986年)77頁。

て、建築物除却命令が出された時点であって、一括指定を受けただけの段階では、その要件を満たす道路であっても、2項道路として確定しないのだから、告知による一括指定は、ある種の立法行為と解される⁽¹⁰⁾とする批判がある。

一括指定と用途地域指定を比べてみると「一括指定が対象の不特定多数性の点で地域地区の指定と本質的に異なるとするのは困難」⁽¹¹⁾である。そればかりか、用途地域指定により影響を受けるのは、①指定された地域の土地（その所有者等）であり、②影響を受ける範囲は特定されているし、指定の時点で確定している。これに対して、2項道路の一括指定の場合は、①'特定行政庁の管轄下にある一括指定の要件に合致するすべての道路に面した土地（その所有者等）であり、②'観念的には特定されているとしても、（明確に確定されるのは、建築確認や除去命令の段階であって）指定の時点で明確に確定はしていない。「一般性」を厳格に解さず、「特定少数の者に影響を与えるに過ぎない場合には一般的ではないが、不特定多数の者に影響を与える場合には一般的である」と考える立場をとったとしても、一括指定の方が用途地域指定よりも「一般的」といえる。

また、平成14年判決に理由があるとみる立場からは、この判決で最高

(10) 金子正史「判批」法令解説資料総覧247号（2002年）105頁。同様の理由で、一括指定の処分性に疑問を投げかけるものとして、荏原明則「判批」民商法雑誌127巻2号（2002年）275頁以下。これに対して、「各個の土地が……指定の対象とされているかどうか具体的に判別されるのは、行政処分としての建築確認申請に対する処分や除却命令を待たなくてはならないが、それは事実上の問題であって、上記処分がこれを確定する後続の行為として位置づけられているわけではない」とする見解（長屋文裕「判批」判例タイムズ1125号平成14年度主要民事判例解説（2003年）272頁）もある。

(11) 小林邦夫「判批」行政判例研究会編『平成14年度行政関係判例解説』（2003年）248頁。

裁は、2項道路の個別指定は特定の者に私権の制限が加えられるのでその処分性が認められることを前提にして、これと同様の指定方法であることに一括指定も処分性が認められると解したのではないか⁽¹²⁾といわれている。このような見方によれば、「個別的」な場合に処分性が認められるのと同様の法的効果を持つ行為が、「不特定多数を対象として一般的」に行われた場合、それが「一般的」であることをもって、処分性は否定できないことになる。

以上のように考えてみると、判例は「不特定多数を対象とする一般的」性格を有するというだけでは処分性を否定する立場をとっているとはいえず、「不特定多数を対象とする一般的」という性格を有することを処分性の有無を判断する際の一要素として用いることはできるとしても、「一般的」というだけで処分性を否定することはできないと考えられる。

抽象的・具体的

次に「抽象的」というのは、「具体的」の対義語である。平成14年判決は、2項道路の処分性が認められる理由を「このような指定の効果が及ぶ個々の道は2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44条）、私道の変更又は廃止が制限される（法45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2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

(12) 小林前掲249頁、久保茂樹「判批」ジュリスト1246号平成14年度重要判例解説（2003年）33頁など。また、「処分性について法律効果ないし法律上の地位に対する影響という観念的な要素を重視する伝統的裁判実務の見地に立てば、法42条2項の採用した法技術的な仕組みからして、一括指定による2項道路の指定にも処分性が肯定されるのは当然の帰結というべきである」という見解（長屋前掲注⑩272頁）も、このような意味であろう。

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」からであるとしている。これに対して、昭和57年判決は、用途地域指定「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(……)、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……が、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……抽象的なそれにすぎ」ないとしている。

これらの相違については「都市計画法に基づく用途地域等の地域地区の指定決定は、後続手続が予定されておらず、それ自体として自己完結的なものであり、当該決定自体により、その地域地区内においてどのような建築が不可能であるかが直接決まってしまう問題点において、一括指定と同様の性質を有する」¹³⁾ という側面があるものの、2項道路指定と用途地域指定には、法的効果の点で違いがあるのは確かである。

2項道路に指定されると、建築基準法42条2項によりセットバック義務が課せられる(基本的にその中心線からの水平距離2メートルは私有地であっても、道路とみなされる)同法44条1項は「建築物又は敷地を造成するための擁壁は、道路内に、又は道路に突き出して建築し、又は築造してはならない」としている。すなわち、2項道路指定により道路とみなされることとなった私有地においては、それ以前は建築可能であったのに、原則として¹⁴⁾ 建築が禁止されるのである。なお、最高裁判所が処分性を認めていると思われる壁面線指定についても、これと同様の法的効果が認められる。

13) 小林前掲249頁。

14) 建築基準法42条1項1～4号により例外的に建築が認められる場合があるが、2項道路の場合、その性質上、例外的許可が認められるケースは、ほとんど想定しがたい。

これに対して、用途地域指定は建築物の用途、容積率、建ぺい率等が規制されることで、建築できる建物の種類や規模を制限されるものの、一切の建築が原則として禁止されるわけではない。さらに、用途地域指定がなされていない場合であっても、建築基準法は、建築物の用途（48条13項）、容積率（52条1項6号）、建ぺい率（54条1項6号）等につき規制を行っている¹⁵⁾。したがって、指定替の場合だけではなく、新たに用途地域指定がなされた場合であっても、指定により新たに制限に服するようになるわけではなく、従来服していた制限の程度や様態が変更されるに過ぎない。

このような法的効果の違いにより、処分性の有無に差が生じているのであれば、それなりに理由があることといえることができる。

3 用途地域指定に対する救済の必要性

救済の必要と処分性拡大論

最高裁判所は、厳密に言えば、行政処分に該当しない行為であっても、救済の必要が認められる場合、その行為の処分性を肯定して、取消訴訟の俎上に乗せてきた。この種の判例としては、輸入禁制品に該当する旨の税関長の通知に処分性を認めた最高裁昭和54年12月25日判決（民集33巻7号753頁）、輸入品が食品衛生法に違反する旨の検疫所長の通知に処分性を認めた最高裁平成16年4月26日判決（民集58巻4号989頁）があった。

15) 現在の条文を示した。なお、昭和57年判決で問題となった昭和48年当時の建築基準法によれば、用途地域指定がない場合の建築物の用途の制限はなかったが、建ぺい率（52条1項4号）、容積率（53条1項4号）は存在した。さらに、昭和57年判決は、準工業地域から工業地域への指定替が問題になった事例であるから、用途についても、新たに規制がなされたのではなく、用途が変更されたことになる。

さらに、最高裁判所は平成 17 年 7 月 15 日判決（民集 59 卷 6 号 1661 頁、以下「平成 17 年判決」という。）で、病院開設中止勧告につき、「医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらす」とし、「我が国においては、健康保険、国民健康保険等を利用しないで病院で受診する者はほとんどないから「保険医療機関の指定を受けることができない場合には、実際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる」として、その処分性を認めたうえで、「後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない」と付言した。

用途指定地域指定と救済の要否

このように法的効果の点では、処分といえない場合であっても、救済の必要があれば、処分性は肯定されている。しかし、用途地域指定については、先に見たように「建築の実現を阻止する行政庁の具体的処分をとらえ、……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」として、指定段階での救済の必要性を否定した。

しかし、これに対しては、用途地域指定により土地利用に制限を受けた者は「建築確認の段階で争う方法がないではないが、この方法では建築主はわざわざ用途地域制に反する建築設計をして建築確認を拒否されたうえで、その取消訴訟を提起するという迂遠な方法をとらざるをえず、実際上こうした建築設計に協力する業者は少ないのみならず、右訴訟で結局用途地域の指定が適法とされた場合には、建築主は用途地域の指定に対し直接取消訴訟の提起が認められるとすれば支出を要しない建築設計費用を負担

せざるをえない。右訴訟で勝訴したら費用は無駄にならないというだけでは、建築主の危険と負担は軽減されない⁽¹⁶⁾として、建築確認拒否に対する取消訴訟では、十分で実質的な救済方法たり得ないとの指摘がある。

さらに、用途地域指定の利用制限により、自らが望む建築ができなくなっている場合と、平成 17 年判決の状況を比べると全く同じではないが、かなりの類似性が認められる。先行行為の時点で、後行の処分⁽¹⁷⁾が相当程度の確実さをもって予想できることである。平成 17 年判決で、最高裁判所は、中止勧告の段階で、これに従わずに病院を開設しても、「相当程度の確実さをもって」保険医療機関の指定が受けられないことが明らかになるとした。用途地域指定の場合も、指定により当該地域では建てられないとされた建物は、(建築基準法 48 条各項は例外的許可を定めているので、絶対確実とはいえないが)「相当程度の確実さをもって」当該建築物にかかる建築確認申請は拒否されることが明らかになる。

さらに、後行の処分を争うことは、法的には可能であるが、資金等の関係で現実には困難であり、先行行為の段階で出訴を認めなければ、実質的に救済が困難になりかねない。平成 17 年判決の場合、中止勧告は、これに従わなければ保険医療機関指定を受けられないことになるので、病院開設を事実上断念させる結果をもたらす。中止勧告に従わず、病院開設を進

(16) 阿部泰隆『行政訴訟改革論』(1993 年) 78～79 頁。同様の指摘は、草薙真一「判批」別冊ジュリスト 182 号行政判例百選〔第 5 版〕(2006 年) 333 頁など多数に及ぶ。また、山村前掲注 (6)・353 頁は、用途地域指定がなされた段階で、これに矛盾する建築確認を求めることが「期待され得ない」とする。

(17) 「後の建築基準法に基づいてなされる建築確認の手続を、右地域地区の指定の内容を具体化する後続処分と理解することは疑問の余地もあるように思われる」(涌井紀夫「抗告訴訟の対象 (1)」裁判実務大系 (1) 33～34 頁) との指摘もあるが、都市計画法上の用途地域指定と建築基準法の建築確認は、二つの法律に別れているものの、一体となって建築規制のシステムを形成しているといえよう (山村前掲注 (6)・352 頁を参照)。

め保険医療機関定の申請をし、その拒否処分を経て、それを争うことはできる。しかし、病院開設には非常に多額の資金や労力を要するため、このような方法で救済を求めるのは現実には不可能である。用途地域指定の場合も、指定により自らの望む建築物が建てられないとされた者は、自らの資金や労力を費やして、(相当程度の確実さをもって拒否される)申請書類を作成し、申請拒否処分を受けた後なら、それを争うことはできる。建築確認申請にかかる費用や労力は、病院開設に比べれば、格段に少ないとはいえ、拒否されることがほぼ確実である以上、通常人が二の足を踏む程度には大きいものといえよう。

以上のようなことから、平成 17 年判決の事例で、救済の必要から病院設置勧告時点での出訴が認められるのであれば、用途地域指定についても、指定の時点で出訴が認められていいとも考えられる。

また、用途地域指定により、住環境が悪化するとして、地域住民がその不利益の除去を求める場合、指定以前であれば許されない建築物の建築確認をまって、その取消訴訟を提起し、そこで用途地域指定変更の違法を主張することになるが、「第一に、建築確認取消判決の理由中で用途地域の変更を違法とする判断がなされても、用途地域の指定替自体が取り消されるわけではないから、それで用途地域指定がもとに戻るわけではない。したがって地域住民が目的を達するためには、少なくとも、理論的には、住居地域では許されない建築確認がなされるたびに……未来永劫、訴訟を提起する必要がある。……第二に、建築確認を争う原告適格を有するのは当該建築確認にかかる建物の隣人に限ると解されるおそれがある……。第三に、建築確認の取消訴訟は、実は係争中に建物が完成すると、訴えの利益を失うとするのが近時の判例であるから、地域住民にとってはほとんど救済にならない」⁽¹⁸⁾ といった問題点がある。したがって、この場合も建築確

(18) 阿部前掲注 (16)・99 頁。また、山村前掲注 (6)・354 頁も付近住民の権利保護の

認申請の段階より指定の段階で救済を認める方が適切といえる。

また、所有地に建物を建てたいというわけではなく、所有地を売却したいが、(違法な)用途地域指定による制限の結果、(低い価格でしか)売却ができないといった場合については、争訟の対象となる後続の処分は存在しないので、指定の段階での出訴を認めなければ、救済の機会は与えられない。

さらに、建築確認申請を待って訴訟を提起する場合、指定替から相当程度の年月(何年何十年)と経って、指定に反する建築を行うことになりかねず、そのような時点で出訴しても、「おそらく証拠も散逸し、審理は進まない。それでは用途地域の指定替が違法になされたとしても、救済は拒否されることになるだろう」⁽¹⁹⁾ という訴訟上の問題が生ずるという指摘もある。

反対に、用途地域指定の違法性を主張して、救済を求めようとする場合、建築確認申請拒否処分の段階まで待たせたとしても、紛争内容が明確になる等のメリットがあるわけではなく、この観点からも指定の時点での出訴を認める方が合理的であるといえる⁽²⁰⁾。

以上のようなことから、用途地域指定については、上記のような諸事情が認められる場合には(少なくとも、指定によりある程度具体的に予定し

問題を指摘をしている。

(19) 阿部前掲 106 頁。

(20) 平成 20 年判決の紛争は、土地区画整理計画の換地内容などではなく、事業それ自体の違法性にあるのであり、換地処分等の段階まで待たせてみても、紛争内容が明確になる等のメリットがあるわけではなく、事業計画の時点での出訴を認めないことに何ら理由はない。したがって、平成 20 年判決の意義は、原告が法令違反をすれば、不利益処分がなされ、その取消訴訟を提起することができるから、それで救済機会としては事足りるといった救済タイミングに関する発想を明示的に転換しようとするものであるところにあるという指摘がある(中川丈久「判批」法学教室 341 号(2009 年) 28~29 頁)。

ている土地利用が妨げられる場合に限っては⁽²¹⁾、指定の時点で救済を認める必要があり、また、その方が合理的であるといえそうである。

4 用途地域指定にかかる救済方法の検討

抗告訴訟と当事者訴訟

2004 年の行政事件訴訟法改正以前、行政活動により権利利益を侵害された私人に対する行政事件訴訟法上の救済手段は、抗告訴訟、なにかんずく、取消訴訟にほぼ限られるとみなされていた。そのため、行政の行為に関する救済の必要性は、当該行為の処分性を肯定すべきであると主張とほぼ結合していた。

しかし、2004 年の行政事件訴訟法改正において、当事者訴訟の中に確認訴訟が含まれることが明記されることによって、当事者訴訟とりわけ確認訴訟の活用をはかるべき旨の立法者の強いメッセージ⁽²²⁾が発せられて以降は、救済の必要性和処分性肯定は直結しなくなった。以下、本節では、現行制度のもとで、用途地域指定により権利利益の侵害を受けた私人を救済するためには、取消訴訟（抗告訴訟）と確認訴訟（当事者訴訟）のいずれが適切で、望ましいものであるかについて、①用途地域指定を「処分」とみなすことに無理はないのか、②用途地域指定を争う際に、処分そのも

21) 確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益の存在という文脈においては、計画があるというだけでは確認の利益は認められないが、計画により具体的な危険や不安の存在があれば確認の利益が認められるべきであるという見解が唱えられている。例えば、「（研究会）改正行政事件訴訟法」ジュリスト増刊『改正行政事件訴訟法研究』（2005 年）159 頁〔齊藤発言〕。

22) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（2004 年）84～85 頁、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト 1277 号（2004 年）17 頁、山田洋「確認訴訟の行方」法律時報 77 巻 3 号（2005 年）45 頁。

の適法性を争いうる取消訴訟と、基本的に法律関係について争う確認訴訟（当事者訴訟）のどちらがより使い勝手がいいか、③用途地域指定を処分とみて、取消訴訟の対象とすると出訴期間の規定が適用され、その適否を早期に確定させることができるが、その必要性はどの程度高いのか、④取消判決の形成力・対世効は用途地域指定による権利侵害への救済を実効的なものとするにどの程度寄与しうるのか、という4つの観点から検討し、さらに、これらを総合的に考慮してより適切な救済方法はいずれかについて私見を述べてみたい。

法的性格

取消訴訟（抗告訴訟）の対象である「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」の典型例は、講学上の行政行為、すなわち、行政庁が法律に基づき個人に対して一方的に義務を課したり、法的地位を設定変更したりする行為であると考えられてきた。最高裁も「現行法上行政訴訟において取消の訴の対象となりうるものは、国民の権利義務、法律上の地位に直接具体的に法律上の影響を及ぼすような行政処分等でなければならない」^{〔23〕}としている。

前節でみたように、最高裁判所が救済の必要性から、厳格に言えば処分性を否定すべき（あるいは、処分性に疑義の残る）行為に、処分性を認めてきたのは事実であるし、学説も、形式的行政処分の概念により、この傾向を積極的に評価し、後押ししてきた。

しかし、これは行政活動への救済手段が、取消訴訟（抗告訴訟）に限られると考えられてきた時代の発想である。確認訴訟（当事者訴訟）で救済が可能であれば、本来処分性を認めがたい行為につき、強引に処分性を認めて、取消訴訟（抗告訴訟）の俎上に乗せる必要はない。安易に処分性を

〔23〕 最判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁。

肯定すると、行政法における重要な概念である行政処分の外延が不明確になるという理論上の問題が生ずるだけではなく、抗告訴訟の対象が曖昧になるという形で実務にも跳ね返ってくる。確認訴訟（当事者訴訟）による救済の可能性が開かれたことで、私人の救済のため重荷を負わされてきた取消訴訟（抗告訴訟）の過重負担を軽減し、本来的な意味での行政処分に起因する救済の制度として純化させるべきではないだろうか。つまり、2004年行訴法改正には「『処分性概念の純化』を志向する、あるいはそのことを暗黙の前提としたかのような基本的スタンス」²⁴⁾が認められるのである。

救済のための処分性拡大は、さまざまな副作用をはらんでいる。例えば、検疫所長の通知の処分性を認めた最高裁平成16年4月26日判決に対しては、検疫所長の通知に処分性を認めたことで、「それ以前の行政実務が予定していない不利益処分を解釈論で創出することになり、不利益処分に係る行政手続上のルール、不服申立てや取消訴訟の教示、出訴期間の制約、違法性の承継の否定、取消し判決の効力などの仕組みが当然に付着」することになるとの指摘²⁵⁾がある。

出訴期間の制約や違法性の承継の否定の問題については、後で別に検討することとして、ここでは、行政手続法と行政不服審査法の適用問題と教

24) 橋本博之『行政反映と仕組み解釈』（2009年）207頁。また、取消訴訟の対象たる処分の定義を「行政庁の法令に基づく行為のうち、不利益処分、申請に基づく処分その他その行為によって直接国民の権利義務の範囲を確定し又は形成することが認められているもの」と改め、条文に明記することで「クリアな仕切り」の要請を満たすべきであるとする見解（高木光「処分性の概念」ジュリスト1234号（2002年）19～20頁）も、同様の発想によるものと考えられる。

25) 橋本前掲注24・25頁。なお、同書は続けて「裁判所が食品衛生法の届出制度とそれに伴う積戻し・廃棄の行政指導を、食品輸入に係る許可制度（申請に対する処分）へ作り変える、すなわち、紛争局面での妥当な解決にあわせて立法を書き換えている」のではないかと批判している（前掲26頁）。

示義務について指摘しておきたい。例えば、平成17年判決で処分性が認められた病院開設中止勧告は、①行手法上の「処分」とみなされるのか、「行政指導」とみなされるのか⁽²⁶⁾、②勧告が行手法上の「処分」とみなされる場合、行手法上の「不利益処分」とみなされるのか⁽²⁷⁾という問題が生じてくる。教示義務については、処分性が認められた以上、教示の対象になるであろうが、最高裁が処分性を認めた病院開設勧告はいいとして、それに類似の行為が行われる場合、教示をするべきか否かの問題が生ずることになる。このような類似行為をどのように扱うかについては、行手法においても同様に問題となるだろう。

救済手法が取消訴訟（抗告訴訟）に限られているのであれば、私人の権利利益の救済という必要性が、これらの問題点を凌駕してあまりあると考えられる。しかし、確認訴訟（当事者訴訟）でも救済が可能であるなら、

26) 最高裁は、病院開設中止勧告につき、「医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められている」と認めつつ、処分性を肯定しているので、「処分」とも「行政指導」とも解する余地がある。

27) 行手法が不利益処分を「行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分」としつつ「事実上の行為」「申請により求められた許認可等を拒否する処分その他申請に基づき当該申請をした者を名あて人としてされる処分」はこれから除くと定めている（行手法2条4号）。病院設置勧告は「直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する」とはいえないと思われるが、「病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義」を考え合わせるなら、不利益処分と解する余地もなくはない。ただし、不利益処分としても、「事実上の行為」「申請に基づき当該申請をした者を名あて人としてされる処分」に該当するということも考えられる。勧告が不利益処分にあたり、「事実上の行為」等にあたらないとすれば、行訴法第3章の適用を受けることになってしまう。また、勧告が「申請に基づき当該申請をした者を名あて人としてされる処分」とみなされるとなると、行訴法第2章の適用が問題となる。いずれの場合も、微妙で難しい判断を強いられることになる。

このような問題を生じさせないという点で、確認訴訟（当事者訴訟）に優位性が認められる。

用途地域指定については、これを「不特定多数」を対象とする処分であるとみなせば行手法上の問題は生じないと思われるが、①その対象者が多数に及び、②その権利義務、法律上の地位に直接具体的な影響を及ぼすような行為ではないという点で、本来的な行政処分＝行政行為とは性格を異にすることは明らかである。したがって、救済の便宜のためとはいえ、用途地域指定に処分性を認めることは、その法的性格の点からは、回避すべきである。

用途地域指定のような行政計画や行政立法については、公権力の行使に該当するので、当事者訴訟ではなく、抗告訴訟の対象となるはずであるとの考えもある⁽²⁸⁾。しかし、国家賠償法における「公権力の行使」の概念が、行政法学における通常の「公権力の行使」の概念と一致していないように、行政事件訴訟法における「公権力の行使」の概念が、行政法学におけるそれと一致している、あるいは、一致しなければならないという必然性はない⁽²⁹⁾。行政立法や行政計画の違法確認訴訟は抗告訴訟ではないかという問

(28) 公権力の行使に当たる行為につき、抗告訴訟としての違法確認訴訟を、当事者訴訟、民事訴訟における違法確認訴訟とは別に、構想するものとして、芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部努、小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』所収（2008年）45頁以下がある。なお、芝池義一「抗告訴訟の可能性」自治研究80巻6号3頁も参照。

(29) 例えば、小早川光郎、高橋滋編『詳細改正事件訴訟法』（2004年）〔黒川哲志執筆部分〕106頁は、「取消訴訟の対象となる『処分その他公権力の公使に当たる行為』と抗告訴訟の対象となる『公権力の行使』とは必ずしも一致するものではない……。行政立法、行政計画など、処分性は認められなくても「公権力の公使」に当たるものが存在する……。……処分に当たらない「公権力の公使」である行政立法や行政計画の違法性を争う無名抗告訴訟の可能性については、議論が始まったばかりである。……行政立法や行政計画の違法性確認訴訟が、無名

題設定はあまり生産的ではない⁽³⁰⁾し、最高裁も無名抗告訴訟と実質的当事者訴訟の「振り分けに腐心するのではなく……紛争の実態にかんがみ、どの段階で、どのような訴訟形態の争訟を認めるのが適切であるのかといった観点からの検討に重点を置いているように思われ……公法上の当事者訴訟であるのか無名抗告訴訟であるのかの振り分けのいかんによって、訴えの適否の判断が実質的に異なるのは相当ではないことを示唆」してきたと考えられている⁽³¹⁾。また、2004年行訴法改正は、行政立法や行政計画といった「公権力の行使」の性質を持つ行為により、権利利益の侵害を受けた私人に対する救済手段としては、確認訴訟（当事者訴訟）を想定していた。

以上のようなことから、用途地域指定の法的性格の観点からは、取消訴訟（抗告訴訟）よりも、確認訴訟（当事者訴訟）での救済が適切であり、望ましいものといえよう。

訴訟の対象

取消訴訟は、処分という行政の行為そのものをとらえて、それが法規に適合しているか（適法か違法か）を直接争うことができる訴訟であり、確認訴訟は現在の法律関係（権利義務の存否）を争う訴訟である。

行政が行為規範に従ってする行為については、取消訴訟の方が使いやすと考えられている。特に、当該行為につき行政に裁量権が認められる場合、当該行為に際して、裁量の踰越濫用があったり、手続的過誤があって

抗告訴訟としての違法性確認訴訟と位置づけられるか、公法上の当事者訴訟としての違法性確認訴訟と位置づけられるかは、『公権力の公使』と処分との関係の理解に左右されるものであろう。」とする。

(30) 高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号（2004年）18頁。

(31) 司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究〔改訂〕』（2000年）317頁

も、かならずしも特定の行為をなすべく義務づけられないので、権利義務を争う確認訴訟（当事者訴訟）は機能しにくいが、取消訴訟であれば、当該行為を取り消して、拘束力により、瑕疵のない行政処分をさせることが可能である³²⁾。

確認訴訟は現在の法律関係（権利義務の存否）の確認を求める訴えであり、過去の事実又は過去の法律関係の確認を求めることは原則として許されず、確認の対象を現在の法律関係や権利義務に引き直さなければならない。

例えば、衆議院議員選挙小選挙区等において、在外邦人に選挙権行使が認められなかったことの適否が、国家賠償請求訴訟と確認訴訟で争われた最高裁平成17年9月14日判決（民集59巻7号2087頁）において、①改正前の公職選挙法が小選挙区等の選挙権の行使を認めていなかったことが違法であることの確認を求める訴えは、「過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえない」ので不適法であり、②改正後の公職選挙法が小選挙区等の選挙権の行使を認めていないことが違法であることの確認を求める訴えは、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては……予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといえることができる」から、不適法であり、予備的確認請求である③次回の選挙において在外選挙人名簿に登録されていることに基づき小選挙区等の投票をすることができる地位にあることを確認を求める訴えは、救済に有効な確認対象であって、適法であるとされている。

32) 阿部前掲注⑩・61頁。なお、引用元では抗告訴訟と民事訴訟の優劣問題が論じられているが、取消訴訟（抗告訴訟）と確認訴訟（当事者訴訟）の優劣問題も同様に考えられる。

用途地域指定の場合を考えると、「建築主が当該指定により『建築制限を受けないことの確認』などを求める訴訟が事案により認められる余地はあるが、「確認訴訟は消費者の利益や環境利益など法律関係ないし権利義務関係に引き直しにくい場合には機能しづらい」^[33] ため、用途を緩和する用途地域指定替により住環境の悪化を懸念する「近隣住民が『他人の開発行為が規制を受けるべきことの確認』を求めることができるかは疑わしい……。端的に『計画の違法確認』を求めることができるのであればともかく、そうでない限り見過ごせない問題である」^[34] との指摘がある。

ただし、当事者訴訟における確認の対象については、「民間の紛争とは異なり、行政に対する市民の地位は権利義務の還元しにくい場合が少なくないため、確認の対象としては、原告の権利義務等の確認だけではなく、行政活動の違法の確認といった形態も排除されないと解すべき」^[35] であるとか、「民事訴訟でも例外的に過去の法律関係や事実の確認が認められていること、公法の世界では当事者自治の原則が妥当せず、確認の利益をより広く認めるべきであることから、行為の違法確認も可能である」^[36] といった見解も有力である^[37]。また、前記最高裁判決も「確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場

33 越智敏裕「判批」別冊ジュリスト 182 号・行政判例百選Ⅱ〔第 5 版〕(2006 年) 429 頁。

34 大久保前掲注(1)・63 頁。

35 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報 77 卷 3 号(2005 年) 47 頁。

36 高木光「行政事件訴訟制度改革の意義と評価」法律のひろば 57 卷 10 号(2004 年) 18 頁。

37 例えば、塩野宏『行政法Ⅱ〔第 4 版〕』(2005 年) 238 頁も、通達や行政指導の違法性を直截に求めることが可能であるとする。しかし、違法確認は無名抗告訴訟の中で許される場合があると思うが、当事者訴訟として違法確認は難しいとする見解(市村陽典、越智敏裕、福井秀夫、深山卓也、阿部泰隆「座談会・新行政事件訴訟法の解釈」判例タイムズ 1147 号(2004 年) 38 頁〔市村発言〕)もある。

合」には過去の法律関係の確認も許容されるし、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができ」ない場合には、法律の違法確認も許容されるように読め、行為の違法確認を必ずしも排除してはいないようである。

用途地域指定の変更による規制緩和の結果、以前は許容されなかった建築物が許容されるようになったので、住環境を守るために近隣住民が争う場合を考えると、その原因となるのが用途地域指定の緩和であり、権利関係に引き直しにくいこともあり、指定自体の違法性を争う方が当該紛争の抜本的解決になる³⁸⁾。このような場合には、指定自体の違法確認が認められてもいいのではないだろうか。

以上のように、訴訟の対象の観点からは、当事者訴訟で行為の違法確認が認められるということを前提とすれば、取消訴訟も確認訴訟の間には優劣の差はない。ただし、行為の違法確認が認められるのかが不確実な現状においては、取消訴訟にその分だけアドバンテージがあるといえよう。

早期確定の要否

取消訴訟には出訴期間の規定があり、原則として、処分があったことを知った日から6ヶ月、処分の日から1年を経過すれば、取消訴訟で処分を争うことはできなくなる。さらに、先行処分を前提とする後行処分がある場合、先行処分の違法性は後行処分に継承されないことが、原則であるとされており、先行処分が出訴期間の経過により確定すれば、原則として後行処分において先行処分の違法性を主張することはできない。これらが相まって、処分の内容は比較的早期に確定することになる。

これに対して、確認訴訟（当事者訴訟）には、出訴期間の定めがなく、

38) 越智敏弘「まちづくり紛争における行政訴訟の可能性」法律のひろば 57 巻 10 号（2004 年）32 頁。

先行行為を前提とした後行行為がある場合、先行行為を争うことなく、後行行為の段階で、先行行為の違法性を主張して、後行行為を攻撃することも妨げられない。

平成 20 年判決は、土地区画整理事業計画に処分性を認めたが、これにより、土地区画整理事業計画の公告の日から 1 年を経過すれば、もはやこれを争うことができなくなった。この判決の補足意見において、近藤裁判官は土地区画整理事業計画の違法性が仮換地指定や換地処分に承継されない⁽³⁹⁾ことを前提として、「事業計画の決定の処分性を肯定する結果、その違法を主張する者は、その段階でその取消訴訟を提起しておかなければ、後の仮換地や換地の段階ではもはや事業計画自体の適否は争えないことになる。しかし、土地区画整理事業のように、その事業計画に定められたところに従って、具体的な事業が段階を踏んでそのまま進められる手続については、むしろ、事業計画の適否に関する争いは早期の段階で決着させ、後の段階になってからさかのぼってこれを争うことは許さないとすることの方に合理性があると考えられるのである」としている。これが処分性肯定の理由の一つであったとはいえないが、少なくとも処分性肯定に伴うメリットとして意識されていたことは間違いないだろう。また、平成 17 年判決についても、2 項道路の一括指定に処分性を認めたことは、出訴期間による土地所有権内容の早期確定機能を期待したと評することもできる⁽⁴⁰⁾との見方もある。

都市計画について、早期確定や安定が求められることは、広く認められているところである⁽⁴¹⁾。「都市計画は、一旦確定したら市民が共同でその

(39) ただし、事業認定の違法性は取用裁決に承継される（例えば、札幌地判平成 9 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁）とされていることとの均衡の問題が残る。

(40) 中川前掲注(4)・996 頁。

(41) ただし、「地域地区の指定が、その指定の時に当該地域内に土地等を所有する

実現に協力しなければならない。地域地区計画、地区計画などはまさに市民の行為の集合によって成り立つ計画である。……計画は一定期間経過後は争えないものとし、それ以後は市民共同行為の確定的基準となることが好ましい。出訴期間制限の下で取消訴訟の処分性を認めることがこれに対応する」⁽⁴²⁾ という見解は説得力がある。

早期確定の必要性という観点からは、用途地域指定についても、出訴期間の制限があり、違法性の承継が否定される取消訴訟による救済が望ましいといえよう。

判決の効力

取消判決には形成力があり、判決が確定すると、処分は遡及的に消滅し、処分がなかった状態に復帰する。義務付け判決などと異なり、行政の行為を待たずに、判決の段階で救済が達成される。さらに、取消判決には対世効があり⁽⁴³⁾、形成力と相まって、紛争を一挙に解決できるというメリットがある。

土地区画整理事業計画のように、事業型の都市計画については、一挙解決の必要性はとりわけ高いが、用途地域指定のように、完結型の都市計画も、事業型計画ほどではないにせよ、「空間の整序という計画の性質上」、

者のみならず、その後になって右区域の土地を取得する者にたいしても、同様にその土地所有権等の内容に一定の制約を一律に課することになるという、きわめて一般的な法的効果を持った処分であることを考えると、この地域地区の指定に右のような公定力は種々の不都合な結果を招来するように思われる」(涌井前掲注(17)・36頁)という見解もある。

42 西谷前掲注(3)・79頁。

43 ただし、東京地決昭和40年4月22日行裁例集16巻4号708頁のように、立法的性格を有する行為については、第三者効といっても相対効しかなく、原告以外の第三者までが取消判決の効力を享受するものではないとする見解もある。

一挙解決の必要が認められ、そのため、確認訴訟が適しているのは計画失効のような事案等に限定され、土地利用計画に関する紛争の処理には取消訴訟（抗告訴訟）がより適している⁽⁴⁴⁾との見解がある。ただし、「規制計画においても、地域の一体性あるいは一体的な市街地像が破られることは好ましくないが、例外を広く許容するわが国の規制計画のもとでは、一体性の要請は絶対的なものとまではいえない」⁽⁴⁵⁾ ことにも留意する必要がある。

取消判決の形成力は、諸刃の剣である。仮に、用途地域指定が取消判決により取り消されてしまった場合、当該地域が規制のない、あるいは、規制の緩い状態に復帰してしまい、建築主が早急に工事に着手すれば、取消判決を受けて、新たにやり直される計画により規制を免れる⁽⁴⁶⁾という事態になりかねない。そのため、「行政計画のように、それをめぐって行政、原告および第三者の利害が複雑に入り組んでいる行為については、取消訴訟による取消しは影響するところが極めて大きい」ので、取消訴訟より確認訴訟に優位性があるという見解⁽⁴⁷⁾もある。

取消訴訟では、処分の一部を取り消す判決も可能であり、計画の一部のみの取り消しに留めれば、影響は限定的になる。しかし、この場合、「実質上計画は一つの総体であるからその一部だけを取り消し変更することが果たして可能か」⁽⁴⁸⁾ ということが問題となる。取消判決であっても、「用

(44) 大久保前掲注(1)・63頁。

(45) 久保茂樹「都市計画と行政訴訟」芝地義一『まちづくり・環境行政の法的課題』（2007年）96頁。

(46) 山本隆司「判例から探求する行政法第8回 行政訴訟補遺」法学教室340号（2009年）77頁。

(47) 芝池前掲注28・43～45頁。なお、引用元では、行政計画を争う訴訟は、当事者訴訟としての違法確認訴訟ではなく無名抗告訴訟としての違法確認訴訟と考えている。

(48) 西谷剛『実定行政計画法』（2003年）277頁。

用途地域指定のやり直しに通常必要な期間をこえた将来の時点において用途地域の指定を取り消しても、公の利益に著しい障害を生じないので、裁判所は、たとえば本判決の言渡後一年を経過した日から将来に向かって取り消すという方法」⁽⁴⁹⁾ も考えられる。

他方、確認判決には対世効が認められず、原告が勝訴した場合の救済は、判決の拘束力によることになる。例えば、用途地域指定により自らの望む建物が建てられない土地所有者が、用途地域指定が違法であることを理由に、建築制限に服する地位にないことの確認を求め、勝訴した場合、拘束力により、原告がなす建築確認申請に対し、それが違法とされた用途地域指定で認められていないことを理由に、申請拒否処分をすることはできないと解することで、原告の救済は実現する。また、判決理由において、指定の違法性が指摘された場合、当該地域にかかる用途地域指定を見直すことが必要になろう。住環境悪化を防止するために、地域住民が当該地域の用途緩和を内容とする指定の違法確認を求め、それが認められた場合などは、このような救済方法がとられることになるが、指定替の手續にかなりの時間を要することが予想され、その間に、違法とされた用途地域指定に適合した建築確認申請があった場合、どのように扱えばいいのかという大きな問題が残されることになる。

用途地域指定などの都市計画にかかる司法救済を確実なものとし、予想しうる弊害を防止するためには、指定の変更請求や再指定があるまでの暫定措置を命ずる判決⁽⁵⁰⁾や、計画が違法とされた場合に判決理由に従って行政が立て直した計画を、当初の計画時に遡って発効させる仕組み⁽⁵¹⁾などが必要となるだろうが、これはもはや立法論の問題である。

(49) 阿部前掲注(46)・111頁。

(50) 久保前掲注(45)・92頁。

(51) 山本前掲注(46)・78頁。

判決の効力の観点からは、取消訴訟と確認訴訟の間に、優劣関係は認められず、むしろ、どちらによった場合でも、かなり大きな問題が残されているように思われる。

総合的考慮

以上、4つの観点から、用途地域指定にかかる救済方法として、取消訴訟（抗告訴訟）と確認訴訟（当事者訴訟）のどちらが適切か検討してきたが、最後に、これらを総合的に考慮した上での私見を述べておきたい。

まず、①現行の行政事件訴訟法における救済方法と、②新たな立法による救済方法は、別個に考える必要があると思う。①は現行制度や積み上げられてきた判例の拘束をうけるが、②はそのような拘束から基本的に自由である。

新たな立法による救済方法であれば、先に紹介した都市争訟研究会のような解決方法、すなわち、(a) 専門性を有する第三者機関が関与する不服申立て手続を前置させ、(b) 出訴期間を限定した特別の訴訟手続の対象とするとした上で、これ以外の訴訟（建築確認（申請拒否）処分取消しの訴えなど）では指定の違法性の主張は原則としてできないこととし、(c) 取消判決、違法確認判決の他、必要に応じて、再指定までの暫定命令や判決を経て作り直された計画の遡及的適用を可能とする判決を出しうる制度を、特別法により創設することが望ましいといえるだろう。

他方、現行法における救済方法としては、確認訴訟（当事者訴訟）が望ましいものとする。用途地域指定は、抗告訴訟の本来の対象である個別具体的処分とは性格を異にしており、一般的抽象的で立法に類する性格を有する。判例は、救済の必要に応じて、一般的抽象的性格が認められる行為（例えば、2項道路一括指定⁵²⁾）にも処分性を肯定してきたが、これは

52) 2項道路一括指定に処分性を認められたため、そのもとで、特定の道路が2項

本来の「処分」の概念をゆがめ、その外延を曖昧にするものであり、理論上はいうまでもなく、行政手続法の適用や教示義務などの副作用が生じかねないことを考えれば、実務上も望ましいものではない。

住環境の悪化を防止するため、地域住民が規制緩和を内容とする指定を争う場合も、行為の違法確認が認められれば、取消訴訟との間に優劣は生じない。行為の違法確認を認める必要は、行政計画以外の場合にも存在し⁽⁵³⁾、「行為の違法確認が認められるかどうかかわからないから、取消訴訟に優位性がある」と考えるのではなく、「救済のために必要だから、行為の違法確認が認められるべきである」と考えるべきものと思う。さらに、最高裁も救済のための必要があれば、行為の違法確認をすることを必ずしも否定していないのである。

用途地域指定につき、早期確定や一挙解決の要請があることは否定できない。しかし、そのような必要性は、行訴法上の処分性をゆがめることでなく、立法によって充足されるべきである。民事訴訟には出訴期間の規定はなく、これに基づく、違法性の承継云々の議論も当然存在しない。当

道路にあたるのが争いになった場合、2項道路指定処分の不存在確認（存在確認）訴訟で救済を求めることになった。しかし、一括指定が特定の道路との関係で不存在である（存在する）というのは技巧的である。一括指定の一般性を理由にその処分性を否定し、確認の利益が認められれば指定の段階において、あるいは、特定の道路が2項道路に該当しない（該当する）と判断された段階で、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を求める方が適切ではないか。金子前掲注(10)・106頁、高木前掲注(22)・18頁も同趣旨をいう。

53) 例えば、特定の業者の製造にかかる函数尺の販売等が計量法に違反する旨の通知につき、当該函数尺の製造業者がその取消しを求めた東京地判昭和46年11月8日行裁例集22巻11・12号1785頁のような事例については、2004年行訴法改正以後は、確認訴訟（当事者訴訟）で争うことになるのだろうが、このようなケースも、権利義務関係に引き直すことが難しく、行為の違法確認が必要となるケースといえよう。

事者訴訟も同様である。出訴期間は、行政事件訴訟法が、（裁決を含む）処分取消しの訴えに、特別に設けた制度であり、そのため、違法性の承継が制限されるとされてきたのである。このような特別の規定や特別の効果は、立法によって特別に認められた場合に限られるべきである。行政事件訴訟法制定時に、立法者は「処分」については、出訴期間の制限が必要であると判断して、14条を設けた。用途地域指定にも同じような制限が必要であれば、同じく立法者の判断により、これを設けるのが筋であろう。処分性をゆがめることで、いわば裏口から早期確定を図るのは筋違いである。

平成20年判決の近藤補足意見は、土地区画整理事業計画に処分性を認めたことで、早期確定効果が生じたことを基本的に評価している。しかし、処分性が認められたのは、あくまで「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……換地処分を受けるべき地位に立たされるもの」ということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずる」と判断されたからである。用途地域指定には私人の法的地位に直接の影響を与えるとといった性格は認められない。

以上のようなことから、現行制度下で、用途地域指定そのものを争おうとする場合、取消訴訟（抗告訴訟）ではなく、確認訴訟（当事者訴訟）によることが適切であると思料する。

5 他の土地利用規制にかかる救済方法の検討

土地利用規制にかかる「指定」の類型と処分性

用途地域指定などの都市計画法に基づくもの以外にも、行政が法律に基づいて私人の所有する土地の利用を制限することがある。その場合に「指定」という枠組みが用いられることが多い。すなわち、（a）一定区域を指定し、その区域につき、一定の行為をする際に、行政の許可を要するこ

ととするもの（指定—許可型）、（b）一定区域を指定し、その区域につき、一定の行為をする前に、行政への届出を要し、行政は当該行為の中止変更等を命じるとされるもの（指定—届出・命令型）があり、さらに、規制とはいえないものの、（c）一定区域を指定し、その区域につき、一定の行為をする前に、行政への届出を要し、行政は当該行為の中止変更等を勧告できる（指定—届出・勧告型）とされるものもある。

2004年の行訴法改正前は、このような制度における「指定」に不服がある場合、「指定」を処分とみなして、取消訴訟で救済を求めるしか救済方法はないと考えられてきた。本節では、このような「指定」に関する下級裁判所の裁判例を検討した上で、前節までの用途地域「指定」に関する検討結果が、他の「指定」にも適用できるか、考えてみたい。

I 自然公園法の特別地域指定

岡山地判昭和 53 年 3 月 8 日訟月 24 卷 3 号 629 頁

この事件は、所有する山林が自然公園法に基づく国定公園に指定され、さらに、同法の特別地域にも指定された原告が、山林内にスキー場、ゴルフ場を開設する計画を断念せざるを得なくなるなど、本件各指定によって本件山林の自由な使用収益ができなくなり、財産上の損害を被ったにもかかわらず、これらの損害につき補償がなされないのは憲法 29 条 1 項に違反するとして、各指定の無効確認、取消しを求めたものである。

岡山地裁は（訴の利益もしくは原告適格という文脈においてであるが、明らかに）特別地域指定の処分性を肯定した。裁判所は、自然公園「法第 17 条第 3 項は、同条第 1 項に基づいて指定された国定公園内の特別地域内においては、同条第 3 項所定の行為（その殆んどは、土地の使用収益に関する行為である）は都道府県知事の許可を受けなければしてはならない旨規定している」から、特別地域の指定自体によつて、当該地域内に在る土地の所有者は、その所有地の使用収益に関する法第 17 条第 3 項所定の

行為の具体的不作為義務を課せられることになるものということができる。被告は、特別地域の指定自体によつて具体的に制限を課するのではなく、法第 17 条第 3 項に基づく許可申請に対し不許可処分がなされた場合にはじめて具体的に制限が課せられたことになると主張するが、右の許可申請に対して許可処分がなされた場合には、特別地域の指定によつて課せられていた具体的な不作為義務が解除されるのであり、他方、右の許可申請に対する不許可処分は、既に課せられている具体的な不作為義務の解除の申立を棄却するに過ぎず、これによつてはじめて具体的な不作為義務を課するのではないと解すべきである。……してみると、特別地域の指定自体によつて、その区域内に在る土地の所有者は、その所有地の使用収益に関する法第 17 条第 3 項所定の行為の不作為義務を課せられることによつて、指定処分の適法、違法を訴訟の対象とするに値する法律上の不利益を受けるものというべきである」と判示した。(ただし、本件特別地域指定に違法なところはないうして、請求棄却)。

本事件の控訴審である広島高裁岡山支部昭和 55 年 10 月 21 日判決（訟月 27 卷 1 号 185 頁）も、地裁判決を支持している。

* ①特別地域に指定されると、工作物を新築増改築、木竹の伐採、鉱物の掘採又は土石の採取、河川湖沼等の水位水量に増減を及ぼさせること、広告物等の掲出設置、水面の埋め立て又は干拓、土地の開墾その他土地の形状の変更、高山植物等の採取損傷等、屋根壁面等の色彩の変更につき、厚生大臣・都道府県知事の許可を得なければならず（旧法 17 条 3 項、現行法では 13 条 3 項が相当）、②厚生大臣・都道府県知事は、前記②の規定に反した者に対して、原状回復命令、措置命令を発することができ（旧法 21 条、現行法では 27 条が相当）、③前記①の規定に反した者は、6 ヶ月以下の懲役または 5 万円以下の罰金に処せられる（旧法 50 条 1 号、現行法では 70 条 1 号が相当）。以上、春日が補足

II 河川法上の河川予定地指定

熊本地判昭和55年3月27日行裁例集31巻3号752頁

この事件は、河川予定地指定に係る区域内に、土地建物を所有又は賃借している原告らが、指定は、「河川予定地の指定は、河川工事を施行するため必要があり、かつ当該河川工事を施行することが、当該工事の実施の計画からみて確実となつた日以後でなければならない」とする河川法56条の規定に反して行われたものであり、このような違法な河川予定地指定により、4年近く財産権行使を制限されたとして、河川予定地指定の無効等の確認と、損害賠償を求めたものである。

熊本地裁は、以下のような理由で、河川予定地指定行為の処分性を否定した。すなわち、「河川予定地の指定……が公示されると、河川予定地において、土地の掘さく、盛土若しくは切土その他土地の形状を変更する行為、又は、工作物の新築若しくは改築をするには、河川管理者の許可を受けなければならない（同法57条1項）ことになっているが、これは、河川工事施行を円滑かつ効率的に行う必要に基づき、法律が特に付与した河川予定地指定の公示に伴う附随的な効果にすぎないのであつて、右公示自体によつて、法律上、河川予定地の所有者、賃借人、同地上の建物の所有者等の有する権利に対し具体的な変動を与える効果は生じないのである。のみならず、右許可を要する各行為につき許可を受けられなかつた場合には、この不許可処分につき抗告訴訟を提起し、この中で、右不許可処分についての違法事由のほか、河川予定地指定についての違法事由をも主張できると解されるのであるから、河川予定地について、右各行為が不許可となつた場合に生ずる具体的な権利侵害は、右の救済手段によつて十分達成できるのである。したがつて、公示された河川予定地の指定に対して抗告訴訟の提起を認めなければならないような直接の権利侵害があると解することはできず、一般処分である河川予定地指定行為が抗告訴訟の対象となる行政処分であるということとはできない」。

Ⅲ 自然公園法に基づく国定公園指定

I と同一事件

I の事件で、岡山地裁は、特別地域指定の処分性を肯定する一方で、以下の理由で、国定公園指定の処分性を否定している。すなわち、「国定公園の指定自体によつて（特別地域の指定を受けることを除く）、その区域内に在る土地の所有者が受ける制約は、当該土地について法第 20 条* 第 1 項所定の行為をしようとする場合には、都道府県知事に対して同項所定の届出をしなければならない義務を負うこと、右の届出をした場合、同条第 5、6 項に定める期間（原則として届出をしてから 30 日間）届出をした行為に着手してはならない義務を負うこと、右の各義務の違反について罰則（5 万円以下の罰金）があることのみであり、右の制約は法律上の制約でありかつ罰則を伴う制約ではあるが、国定公園の区域内に在る土地の所有者に対して、国定公園の指定によつて直ちに具体的な義務を課するものではなく、区域内において法第 20 条第 1 項所定の行為をしようとする場合およびする場合にはじめてその者に具体的な義務を課するに過ぎず（前記の国定公園の普通地域について課せられる制約のうち、法第 20 条第 2 項に基づく都道府県知事の処分によつて課せられる制約は、国定公園の指定自体によつて課せられる制約といえないことは明らかである）、右のような程度のしかも具体化されていない未必的な義務を生じさせるに過ぎない国定公園の指定自体は、その区域内の土地の所有者に対して、指定処分の適法、違法を訴訟の対象とするに値する法律上の不利益を与えるものとはいえない」。

* 現行法では 26 条各号に相当。以上、春日が補足。

IV 国土利用計画法の監視区域指定

広島地判平成6年11月29日行裁例集45巻10・11号1946頁

この事件は、国土利用計画法27条の2に基づく監視区域に指定された区域内に土地を所有する原告が、当該指定は同法の定めた「地価が急激に上昇し、又は上昇するおそれがあり、これによって適正かつ合理的な土地利用の確保が困難となるおそれがあると認められる区域」という指定の要件を欠くもので違法であり、これにより、土地の適正な取引を著しく阻害されたとして、指定の取消しを求めたものである。

広島地裁は、以下のような理由で、国土利用計画法における監視区域の指定の処分性を否定した。すなわち、「法によれば、一定面積以上の土地売買等の契約を締結しようとする当事者は都道府県知事（指定都市にあってはその長。以下同じ。）に対する右契約に関する事項の届出の義務を負い、一定期間は当該契約の締結が禁止され（法23条、44条）、また、一定の場合には、当該契約の締結の中止等の都道府県知事による勧告がなされることがある（法24条）ところ、監視区域内の土地については、土地売買等の契約の届出及び勧告について特例が設けられ、監視区域外よりも土地売買等の契約に係る土地の面積が小さい場合においても当該契約が右届出等の対象となり（法27条の3）、勧告がなされ得る場合もより多く定められている（法27条の4）。したがって、本件指定により、これがなされない場合に比較して、土地売買等の自由度が一定程度制約される結果がもたらされることは否定できない。しかしながら、このような本件指定の効果は、当該監視区域内の土地に関する権利を有する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から、このような効果を生ずるということだけから直ちに本件指定が個人の法律上の地位ないし権利関係に対し直接に何らかの影響を及ぼすような性質のものであるということはできない」。また、広島高裁も平成7年5月26日判決（行裁例集46巻4・5号550頁）において、この判決を支持した。

「指定—許可型」における指定と昭和 57 年判決の関係

上記のⅠとⅡは、指定—許可型における指定が問題となったケースである。このうち、Ⅰは、(指定変更がない限り)恒久的に許可制の下に置くというシステム、Ⅱは事業進行中に一時的に許可制の下に置くというシステムである点で、性格を異にする。

このうちⅠは、用途地域指定の処分性を否定した昭和 57 年判決以前のものなので、昭和 57 年判決により先例の意味を失ったと考えられるかも知れない。指定により、一定区域における一定の行為を許可制の対象とすることは、昭和 57 年判決のいう①「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」性格を有し、②「地域内の土地上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……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」とみなすことができるからである。このような見方によれば、Ⅰのような「指定—許可制」は処分性が認められるという判示内容は、昭和 57 年判決により覆されたことになる。

しかし、昭和 57 年判決における用途地域指定(指定替)の場合、都市計画区域内ではすべての建築物につき、建築確認が必要であり、用途地域指定(指定替)により、用途、容積率、建ぺい率などの確認の要件が変更されるに留まる。すなわち、用途地域指定は「指定により規制の内容が変更される」ものに過ぎないのである。

これに対して、Ⅰ自然公園法の特別地域指定については、指定前にはそもそも許可を受ける必要がない行為につき、指定により許可を受けなければならないという性格を持っている。つまり、特別地域指定は「指定により新たに許可制の下に置かれる」という性質を持っている。いわば、Ⅰの指定は、平成 14 年判決で処分性が認められた「指定により利用が原

則的に禁止される」という場合と、昭和 57 年判決で処分性が否定された「指定により規制の内容が変更される」という場合の中間に位置づけられるものとみることでもある。このような見方によれば、特別地域指定は、昭和 57 年判決の射程外にあると考えることもできる。

さらに、Ⅰの利用制限は恒久的であり、土地区画整理事業の処分性を否定した最高裁昭和 41 年 2 月 23 日判決（民集 20 巻 2 号 271 頁）が「付随的效果」とした「施行地区内において宅地、建物等を所有する者は、土地の形質の変更、建物等の新築、改築、増築等につき一定の制限」（土地区画整理法 76 条は、これらの行為につき、大臣等の許可を要すると規定する）と異なり、事業進行中の一時的制限ではない。したがって、Ⅱのように「付随的效果論」⁵⁴⁾により処分性を否定することもできない。

Ⅰに近い性格を持つ行為は、むしろ長沼ナイキ事件判決（最判昭和 57 年 9 月 9 日民集 36 巻 9 号 1679 頁）で問題となった森林法上の保安林指定解除であろう。保安林に指定されると、立木の伐採につき、都道府県知事の許可を要することとなるという「新たな規制の下に置かれる」ことになる。長沼ナイキ事件判決は、保安林指定解除に処分性があることを前提と

54) 平成 20 年判決の涌井意見が「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……。……本件で問題とされている土地区画整理事業の事業計画の決定については、それが上記のような建築制限等の法的効果を持つことのみで、その処分性を肯定することが十分に可能であり、また、そのように解することが相当なものと考えられる。……多数意見の考え方は、上記のような建築制限等の法的効果についても言及はしているものの……。……上記の建築制限等の効果が発生することによって個人の被る不利益は、それ自体を独立して取り上げると抗告訴訟による救済の対象とするには足りないものと考えていることになるのである」というように、平成 20 年判決は、付随的效果論を否定したものではないと解すべきである。

して、その原告適格、訴えの利益につき、判断している。

ただし、森林法上の保安林指定と自然公園法の特別地域指定を同等のものと見ることができるかについては、なおも、検討が必要である。

まず、保安林指定は、指定時の指定施行要件により、立木の伐採の方法及び限度並びに立木を伐採した後において当該伐採跡地について行う必要のある植栽の方法、期間及び樹種が定められ（法 33 条 1 項）、伐採はこれに適合する場合に許可されることとなっている（法 34 条 3 項）。したがって、指定の段階での権利制限は、ただ「許可制の下におく」というだけに留まらず、指定により具体的かつ直接に保安林所有者の権利を制限しているとみることもできる。これに対して、自然公園法の特別区域指定にはこのような性格はない。ただし、現行の許可基準（自然公園法施行規則 10 条）をみると、工作物の建築などはかなり厳しく制限されており、土地利用の制限の程度は用途地区指定などとは比べものにならない。

次に、保安林指定の場合、指定若しくは解除に利害関係を有する者に、指定申請権（法 27 条 1 項）、意見書提出権（法 32 条）が与えられている。また、保安林の指定又は解除に際しては、当該指定又は解除にかかる保安林（予定森林）の所在場所、指定施業要件が、都道府県知事により、森林所有者等に通知される（法 30 条）こととなっており、これも処分性肯定の足がかりとなり得る。これに対して、特別地域指定にはこのような規定は存在しない。

さらに、長沼ナイキ事件で問題となったのは、保安林指定ではなく、指定解除である。指定と指定解除が全く同じ意味を持つかどうかは、さらなる検討が必要である。例えば、指定により一定の広がりを持った区域を規制の下に置き、その後、個別的な申請により、当該指定を解除して、規制を撤廃するような場合、指定の処分性は否定されるが、指定解除の処分性は肯定されるということも考えられる。

したがって、「指定により新たに許可制の下に置かれる」場合に、当該

指定に処分性が認められるかは最高裁判例によれば不明確であり、下級審の裁判例に処分性を認めたものがある⁽⁵⁵⁾という見方も成り立ちうる。

救済の要否と救済方法の検討

前節までの用途地域指定に関する検討に倣って、ⅠからⅣにつき、指定時点での救済の要否を検討し、救済が必要であると考えられる場合、現行制度下での救済に適するのは取消訴訟（抗告訴訟）か、確認訴訟（当事者訴訟）かを考えてみよう。

まず、Ⅰについてであるが、特別地域指定が違法であり、自己の所有地が自然公園法 13 条 3 項及び同法施行規則 10 条の利用制限に服するいわれ

(55) 「指定一許可制」における指定の処分性に関する裁判例としては、次のようなものもある。①東京高裁昭和 55 年 9 月 18 日判決（行裁例集 31 巻 9 号 1911 頁）は、森林法上の保安施設地区指定につき、処分性があることを前提に判決を下したものと解することができる。森林法は、水源のかん養、土砂の流出の防備、土砂の崩壊の防備等の目的を達成するため、森林の造成事業又は森林の造成若しくは維持に必要な事業を行う必要がある限度において、原野その他の土地を保安施設地区として指定することができるものとしている（同法 41 条）。保安施設地区に指定されると、立木を伐採につき、知事の許可を要する（同法 44 条で 34 条を準用）ほか、国保安施設地区において国等が行う森林土木事業その他の保安施設事業の実施行為等につき、受忍義務が課せられ（同 45 条 1 項）、指定の有効期間終了後に森林であるものについては、保安林として指定されたものとみなされる（同 47 条）。②大阪高裁平成 7 年 7 月 28 日判決（判タ 905 号 139 頁）は、文化財保護法における史跡指定につき、処分性があることを前提に判決を下したものと解することができる。文化財保護法は、記念物のうち重要なものを史跡、名勝又は天然記念物に指定することができるものとしている（同法 109 条）。指定された史跡等につき、文化庁長官がその管理に関し必要な指示をすることができ、所有者は法律、省令、長官の指示に従い、重要文化財を管理しなければならない（同法 120 条で 30 条、31 条 1 項を準用）などと規定するとともに、その現状変更等に際しては、長官の許可を受けなければならない（同法 125 条 1 項）としている。

がないと考える場合、指定の時点で救済を認める必要はあるだろうか。自然公園法施行規則 10 条をみると、特別地域の利用制限がかなり厳しく、指定後は通常の土地利用ができなくなるので、①事前にこのような規制の対象になるかならないかを確定しておく具体的必要がある場合については、②工作物の新築等の申請をしてその拒否処分を受けて訴訟を提起するという方法は迂遠であり、設計や申請等の労力が無駄になるばかりではなく、③指定が違法であると主張している者に、指定の時点で出訴を認めず、許可申請を強いるのは法的矛盾をはらむ（仮に、指定の処分性が認められるなら、公定力により、指定が違法であると考えても、有効なものとしてそれに従っておけといえるかもしれないが、指定が処分であれば、申請拒否処分など待たずに、指定の時点で取消訴訟の提起が認められるべきであり、反対に指定に処分性が認められないのなら、違法な指定に従って申請をする義務はないはずの）ものであり、④指定が違法でそれに従う義務がないというのであれば、許可を要する行為を無許可で行い、(1) これに対する原状回復命令・措置命令を待って、これらの命令に対する取消訴訟を提起するか、(2) 刑事告発されるを待って刑事訴訟で、指定の違法を主張すればいいという考えもありうるが、このような方法は私人にとってリスクが大きすぎ、実際にこのような方式により指定の違法性を争うことは現実には期待できない。したがって、指定の時点で救済を認める必要があるものといえよう。

そして、I の救済方法としては、特別地域指定を用途地域指定と区別した上で、その処分性を認め、取消訴訟での救済を図るという方法も考えられるが、(a) 指定が区域的広がりを持ち、一般性を有すること、(b) 指定の法的効果が、指定により直接何らかの義務を課すというのではなく、一定の行為につき許可制の下に置くというものであり、私人の法的地位に直接具体的な影響を与えるものとはいえないので、確認訴訟（当事者訴訟）によるべきもののように思われる。さらに、(c) 指定の早期確定の要請は

必ずしも大きくないこと、(d) 指定に実体的違法性が認められた場合、(たとえ、指定の一部であっても) 指定そのものを取り消すより、その違法を確認するにとどめ、行政庁が判決の拘束力に従って一定期間内に指定をやり直すという方が、自然公園法の趣旨にかなうことから、確認訴訟の方が望ましいと考えられる。

次に、Ⅱ⁽⁵⁶⁾の河川予定地指定についてであるが、河川法上の河川予定地指定については、工事が完成すれば、河川区域となり、土石等の採取、工作物の新築等、土地の掘削につき、河川管理者の許可を要することとなる(同法 25～27 条)。河川予定地指定における、土地の掘削等、工作物の新築等の許可制はいわばその先取りであるとみることができ、河川予定地におけるこの効果を「河川工事施行を円滑かつ効率的に行う必要に基づき、法律が特に付与した河川予定地指定の公示に伴う附随的な効果」としたⅡの判断には疑問が残る。

違法な指定により自己の所有地等が河川予定地に組み込まれたと主張する者が、①その土地につき河川予定地でも河川区域でも許容されないことが確実な行為(工作物の新築や土地の掘削等)を行いたいと思っており、それを事前に確定しておく、ある程度具体的な必要がある場合には、②申請の後にその拒否処分を争うのは迂遠でありまた負担が大きく、③指定が違法であると主張している者に、申請を求めるのは法的矛盾をはらんでおり、④後続の監督処分や刑事手続で指定の違法を主張するのはリスクの点で非現実的であるから、指定の時点で救済を認めるべきである。

60) Ⅱの事件では、河川予定地指定時に争いが提起されているわけではなく、指定から4年近く事業が進展せず、制限が継続していることが問題となっている。このような不服であれば、確認訴訟(当事者訴訟)により、指定が失効していることを理由に、指定による制限を受けない地位にあることの確認を求めることが考えられる。

また、河川予定地の指定は、(a) 指定が区域的広がりを持ち、一般性を有すること、(b) 指定の法的効果が、指定により直接何らかの義務を課すというのではなく、一定の行為につき許可制の下に置くというものであり、私人の法的地位に直接具体的な影響を与えるものとはいえないので、確認訴訟（当事者訴訟）によるべきもののように思われる。

Ⅲについても、違法な指定により自己の所有地等が国定公園に組み込まれたと主張する者が、① 国定公園普通地域で許容されないことが確実な行為（禁止命令等がでることが確実な行為）を行いたいと思っており、それを事前に確定しておく、ある程度具体的な必要がある場合には、Ⅰ、Ⅱの②～④と同様の理由で、指定段階において救済を認める必要があり、Ⅰ、Ⅱの(a)(b)と同様の理由で、救済方法としては確認訴訟（当事者訴訟）が適切であると考えられる。ただし、どのような場合に、ある行為が国定公園普通地域で許容されないことが確実（禁止命令等がでることが確実）といえるか（不利益処分基準に明示されている行為、過去に禁止命令等が出た行為などが考えられるが、このような行為であっても、禁止命令等が出ることが確実といえるか）は難しい問題であり、実際に確認訴訟で救済はかなり限られたものになるう。

Ⅳのような「指定一届出・勧告制」については、③指定が違法であると主張している者に、届出を求めるのは法的矛盾をはらんでいるということはいえるものの、このような事情と届出の義務が課され、それが刑罰で担保されているということだけで、救済の必要があるというには十分ではないと思われる⁽⁵⁷⁾。

57) 中西又三「判批」自治研究 72 巻 11 号（1996 年）105 頁以下も、土地利用計画法 72 条の 2 に基づく監視区域指定に処分性が認められなかったことを正当であるとする。

6 おわりに

以上、用途地域指定を中心に、土地利用規制を内容とする「指定」につき、救済の要否と救済方法につき検討してきた。その結果、

- (1) 最高裁が処分性を認めた2項道路一括指定と、処分性を認めなかった用途地域指定には法的効果において差があり、扱いを異にすることには理由がある。
- (2) 少なくとも、用途地域指定により、ある程度具体的に予定している土地利用が妨げられる場合には、指定の段階で救済を認める必要がある。
- (3) 現行法制下において、用途地域指定を指定の段階で争う場合には、取消訴訟（抗告訴訟）ではなく、確認訴訟（当事者訴訟）によるのが適切である。
- (4) 土地の利用を規制する効果を有する他の指定についても、当該指定により、土地所有者等がある程度具体的に予定している土地利用が妨げられる場合には、指定の段階で、確認訴訟（当事者訴訟）による救済を認めるべきである。

という結論を得た。

最後に、本稿で検討しながらも、詰め切れなかったことを指摘して結びとしたい。処分性を純化して、個別具体的な一方的法行為のみを取消訴訟（抗告訴訟）の対象とし、残りは確認訴訟（当事者訴訟）による救済の対象とするという考えによれば、本件で問題とした規制的效果を有する「指定」は、その一般的抽象的性格ゆえに、確認訴訟（当事者訴訟）の対象となる。しかし、個別的法行為と一般的法行為は、明確に分けることができるわけではない。通常は、ある程度の広がりを持った多数者を対象とする行為は「一般的」とみなされる。では、限定された少数者を相手とする行為は、例えば、ある街区を対象とする壁面線指定や2項道路個別指定のよ

うな行為は、「個別的」「一般的」どちらの性格を有するのであろうか。本論で述べたように、対象者がどの程度の数になれば、「一般的」となるのかは判然としないのである。不特定で無数を対象とする場合のみを「一般的」とし、多数でも特定されている行為と区別するという方法も考えられるが、そうすると、かなりの広がりを持った多数者を対象とする行為であっても、対象が特定できる場合は、「一般的」とはいえないことになる。そうすると、「一般的」でないから、「個別的」ということになるのだろうか。それとも、「一般的」と「個別的」に間にある別の性格付けがあるのだろうか。

同じく抽象的法効果と具体的法効果の間の境界も曖昧である。前節で「指定により新たに許可制の下に置かれる」場合、当該指定を一般的抽象的行為として、確認訴訟（当事者訴訟）の対象とすべきであるとしたが、これについては必ずしも抽象的行為といいきれないところがあると思う。保安林の指定のように、指定時に定める指定施行要件で、立木の伐採方法や限度、伐採後の植栽の方法・期間・樹種までが定められる場合、指定を「抽象的」といってよいのか。また、文化財や建造物などにつき、それを「新たに許可制の下に置くための指定」がなされる場合、これは「個別的ではあるが抽象的」な規制ということになるのだろうか。

そして、このような「中間的」行為は、取消訴訟（抗告訴訟）と確認訴訟（当事者訴訟）のうち、どちらの対象となるのか。「中間的」行為については、クリアな仕分けは必要ないのか。これらについて、さらに検討することは、今後の課題としたい。