

都市計画と都市計画事業

—— 都市計画変更義務の実効化に向けて ——

専修大学名誉教授 晴山 一穂

<目次>

- I 問題の所在
 - 1 都市計画と都市計画事業
 - 2 都市計画に関する基礎調査と都市計画の変更
 - 3 本稿の課題
- II 都市計画変更義務の法的性格
 - 1 法21条の趣旨
 - 2 変更義務の法的性格
- III 都市計画の変更と都市計画事業の関係
 - 1 法21条違反の都市計画に基づく都市計画事業は違法か
 - 2 阿部泰隆氏の見解
 - 3 阿部説の検討
- IV 都市計画の違法判断の基準時
 - 1 これまでの裁判例
 - 2 変更義務の実効性確保の観点から見た考察
 - 3 都市計画の法的性質の観点から見た考察
 - 4 伊方原発訴訟最高裁判決の観点から見た考察
 - 5 行政の第一次的判断権論をどう見るか
 - 6 小括
- V 補論：行政処分の違法判断の基準時
 - 1 「行政処分の違法判断の基準時」と「都市計画の違法判断の基準時」
 - 2 従来通説：処分時説
 - 3 処分時説の立場に立ちながら問題を多面的・具体的に考察しようとする見解
 - 4 最近の考え方：処分時説か判決時説かという前提に立たない見解
 - 5 本稿のテーマとの関係

I 問題の所在

1 都市計画と都市計画事業

都市計画法（以下、単に「法」ともいう）は、4条1項で、「この法律において『都市計画』とは、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用、都市

施設の整備及び市街地開発事業に関する計画で、次章の規定に従い定められたものをいう」として、「都市施設の整備」を都市計画で定めるべき内容のひとつに位置づけている。ここでいう「都市施設」とは、都市計画において定められるべき法11条1項各号に掲げる施設とされ（法4条5項。なお、同条6項は、都市計画において定められた都市施設を「都市計画施設」と呼ぶ）、法11条1項では、道路その他の交通施設、公園その他の公共空地、水道その他の供給施設または処理施設、河川その他の水路、学校その他の教育文化施設、病院その他の医療施設または社会福祉施設などの施設が列挙されており、同条2項で、これらの都市施設については、「都市計画に、都市施設の種類、名称、位置及び区域を定めるものとするとともに、面積その他の政令で定める事項を定めるよう努めるものとする」とされている。

他方で、都市計画法は、13条1項で、「都市計画基準」として、「都市計画区域について定められる都市計画（括弧内略——引用者）は、……当該都市の特質を考慮して、次に掲げるところに従って、土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを、一体的かつ総合的に定めなければならない」としたうえで、同項11号において、都市施設に関する都市計画基準として、「都市施設は、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより、円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めること」を規定している。

以上に見たように、都市施設は都市計画の重要な内容のひとつをなすものであるが、この都市施設の整備に関する事業は「都市計画事業」と呼ばれ、法59条の規定による認可を受けて行われるものとされている（法4条15項）。法59条1項によれば、都市計画事業は、市町村が都道府県知事の認可を受けて施行することとされているが、市町村が施行することが困難なまたは不適當な場合その他特別の事情がある場合においては、国土交通大臣の認可を受けて都道府県知事が施行することができることとされている（同条2項）。認可の基準としては、申請手続が法令に違反しないことのほか、事業の内容が都市計画に適合し、かつ、事業施行期間が適切であることなどが定められている（法61条）。

2 都市計画に関する基礎調査と都市計画の変更

他方で、都市計画法は、6条1項において、「都道府県は、都市計画区域について、おおむね五年ごとに、都市計画に関する基礎調査として、国土交通省令で定めるところにより、人口規模、産業分類別の就業人口の規模、市街地の面積、土地利

用、交通量その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び将来の見通しについての調査を行うものとする」として、都市計画に関する基礎調査を都道府県に義務づけている。この基礎調査の趣旨およびそれがおおむね5年ごととされていることの理由については、以下のように説明されている。

「都市計画の策定とその実施を適切に遂行するためには、都市の現状、都市化の動向等についてできる限り広範囲なデータを把握し、これに基づいて計画を策定することとしなければならない。そのため、都道府県知事がおおむね五年ごとに都市計画区域について人口規模、産業分類別の就業人口の規模、市街地の面積、土地利用、交通量等の現況及びその見通しについての調査を行わなければならない旨を規定したものである。

おおむね五年ごとに基礎調査をすることとした理由は、計画論として都市計画がおおむね二〇年の長期的見通しのもとに策定されるものであり、また、市街化区域がおおむね一〇年の動向を見定めて決定することになっている（法七条二項）のに対し、現在のように都市の流動化の激しい時代に都市の現状、都市化の動向等を正確に把握していくためには少なくとも五年ごとに基礎調査をくりかえす必要があるからである。したがって、この基礎調査の結果に基づいて、市街化区域及び市街化調整区域その他の都市計画を五年ごとに見直すべきことになる（法二一条一項）」¹

そして、1で紹介した法13条1項11号が定める都市施設に関する都市計画基準の適用に当たっては、「第六条第一項の規定による都市計画に関する基礎調査の結果に基づき、かつ、政府が法律に基づいて行う人口、産業、住宅、建築、交通、工場立地その他の調査の結果について配慮すること」が求められるとともに（同項19号）、法21条1項によって、「第六条第一項若しくは第二項の規定による都市計画に関する基礎調査又は第十三条第一項第十九号に規定する政府が行う調査の結果都市計画を変更する必要が明らかとなったとき……その他都市計画を変更する必要が生じたときは、遅滞なく、当該都市計画を変更しなければならない」ものとされている。

以上を要するに、都道府県は、都市計画区域についておおむね5年ごとに法令で定める事項に関する基礎調査を行うことが義務づけられており、都市施設に関する

1 建設省都市計画局都市計画課監修・都市計画法研究会編著『逐条問答 都市計画法の運用<第2次改訂版>』（ぎょうせい、1990年）47-48頁。

都市計画基準の適用は基礎調査の結果に基づいてされなければならないと同時に、基礎調査の結果都市計画の変更の必要が明らかになったときには、都市計画を変更することが義務づけられているということになる。

3 本稿の課題

法61条が規定するように、都市計画事業の内容はその前提となる都市施設に関する都市計画に適合したものでなければならないが、都市計画決定がなされてから都市計画事業の認可がなされるまでの間に相当長期間が経過し、その間に都市計画決定時に前提とされた「土地利用、交通等の現状及び将来の見通し」が大きく変化し、都市計画事業認可の時点では、もはや都市計画事業が「土地利用、交通等の現状及び将来の見通し」に適合しなくなってしまう事態が想定される。こうした事態を避けるために、法はおおむね5年ごとの基礎調査を義務づけ、調査の結果都市計画を変更する必要が明らかになったときには都市計画を変更しなければならないとしていることは上記の通りである。

しかし、5年ごとの基礎調査とそれに基づく都市計画の変更が法の要請通りに行われず、変更すべき都市計画が変更されないままに当初の都市計画に基づく都市計画事業の認可がなされた場合、いったいどのようなことになるのであろうか。この場合、都市計画事業は、決定時の都市計画には適合しているものの、その後の「土地利用、交通等の現状及び将来の見通し」の変化を考えるならば、それを施行することは法の理念・趣旨から見て到底許されるはずのない事業ということになる。こうした観点に立って都市計画事業認可処分の違法性を主張して取消訴訟を提起した場合において、はたして認可の違法性をどのように構成することができるのであろうか。

都市計画事業に関する従来訴訟では、都市計画決定の処分性を否定する判例のもとで都市計画そのもの取消訴訟を提起できないため、都市計画事業認可の取消訴訟において事業認可の前提となった都市計画の違法性を主張する例が多く見られる。この場合、当該都市計画が決定時においてそもそも違法であることが主張されるケースが多いと思われるが、本稿が想定するようなケースにおいては、都市計画決定自体は決定時の都市計画基準を充足している——この意味で、決定時を基準として見る限り当該都市計画は適法ということになる——ので、事業認可の違法性をどのような仕方で主張できるのかが独自に重要な問題となってくる。

このような事例が実際にどれだけ存在するかは客観的なデータがないため明らか

ではないが、以下のような指摘に接すると、こうした事態は決してまれでなく、むしろ都市計画事業をめぐる常態に近い状況といっても過言でないのではないかと推測される。

「日本では、都市計画決定はもともとは単に図面に線を引くだけなので（今は多少の住民参加がある）、簡単に行われ、都市計画事業の認可により事業化するには膨大な予算が必要なので、なかなか順番が回ってこない。実際に都市計画事業が行われる頃には、都市計画決定当時とは街がすっかり変わっているのが普通である」。²

「都市計画施設に関する都市計画は、財政的事情等から都市計画決定が行われてから何十年経っても事業が着手すらされておらず、将来的にも見通しが立たないまま放置されている場合も少なくない」。³

法はこうした事態を想定した明示的な定めを置いてないため、問題の解決は、現行法の仕組みを前提とした法の合理的解釈に委ねられることになる。本稿は、こうした事態を想定した場合の現行都市計画法に関するひとつの解釈の試みである。

II 都市計画変更義務の法的性格

1 法21条の趣旨

Iの2で見たように、法21条は、法6条に基づく基礎調査および法13条1項19号に基づき政府が行う人口等に関する調査の結果都市計画を変更する必要性が明らかになったときその他都市計画を変更する必要性が生じた場合には、当該都市計画を遅滞なく変更しなければならぬ旨を定めているが、その趣旨については、一般に次のように解説されている。

「都市計画は、都市の将来の発展の見通しを適確に把握して定めるべきものであるが、時代の進展に伴い、社会的、経済的条件の変化などにより、都市計画もこれに応じて変更する必要性が生ずる場合がある。このため、都市計画区域の変更、都市計画に関する調査等の結果、都市計画を変更する必要がある場合にはすみやかにその変更を行なうべきことおよびその手続は軽微な変更を除き、都市計画決定の手続を準用することについて定めたものである。なお、基礎調査

2 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）252頁。

3 川崎興太・大村謙二郎「長期間未整備の都市計画道路をめぐる都市計画訴訟に関する研究」日本都市計画学会都市計画論文集No.43-3（2008年10月）271頁。

はおおむね五年ごとに行なわれるので、都市計画は五年ごとに全面的な再検討（review）が行なわれ、必要があれば変更されることになる。ここに『変更』とは廃止を含むと解する」。⁴

「都市計画事業は、都市計画を実現するものであるため、都市計画適合性がその認可・承認の基準である。したがって、事情変更等の理由から、事業の内容を変える必要の生じた場合には、都市計画の方をまず変えなくてはならない。さもないと、都市計画決定における公告縦覧・意見書の提出等の手続が回避されてしまうことにもなるからである」。⁵

これらの指摘にも示されるように、都市計画は、法2条の定める基本理念を踏まえて、その内容が社会的・経済的諸条件に適合するように定められなければならない。人口規模、産業分類別の就業人口の規模、市街地の面積、土地利用、交通量等が計画決定時から変化した場合には、変化した状況に適合するように変更することが義務づけられていることになる。そして、本稿の課題との関係では、この変更義務の法的性格をどのように解するかがまず問題となってくる。

2 変更義務の法的性格

(1) 都市計画変更の判断基準

以上に見たように、都道府県または市町村は、都市計画を変更する必要が生じたときは、遅滞なく当該都市計画を変更しなければならないものとされており、この場合、「都市計画を変更する必要」の判断は、結局のところ、法13条の都市計画基準に基づいて行われることになる。すなわち、法13条は都市計画を定める場合の基準を明らかにしたものであるが、都市計画を変更する必要が生じたか否かの判断の基準もまた同条の基準に求められ、時の経過に伴う都市をめぐる状況の変化によって既存の都市計画の内容が同条の基準に適合しなくなった場合には、遅滞なくそれに適合するように都市計画を変更しなければならないことになる。

(2) 都市計画変更の裁量性

もっとも、法13条の定める都市計画基準については、「このうちには、単なる努力義務にとどまるべき性格のものもあり、このような場合には、これらの基準に従っていない場合にもその適正さが疑問視されることにはなっても、それゆえに、

4 三橋壮吉『〈特別法コンメンタール〉改訂 都市計画法』（第一法規，1979年）140頁。

5 遠藤博也『都市計画法50講〔改訂版〕』（有斐閣，1980年）189頁。

当該定められた都市計画の効力が直ちに否定されることにはならないものと解される」⁶との指摘も見られる。また、同条各号には、抽象的な文言で定められた規定も多く含まれており、必ずしも同条の基準を満たしているかどうかが一義的に明確とはいえない場合も少なくないと思われる。

この点について、小田急訴訟に関する最高裁平成18年11月2日判決・民集60巻9号3249頁は、「(都市計画法の定める——引用者) 基準に従って都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であるといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、これらを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきであって、裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を判断するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である」として、都市施設に関する都市計画の決定・変更が行政庁の広範な裁量判断に委ねられているとの見解を示している。

このような理解は、林試の森事件に関する東京地裁平成14年8月27日判決・判時1835号52頁など、同種の判例において広く見られるものであり、この裁量権の性質や広狭の程度についてはなお吟味する必要はあるものの、都市施設に関する都市計画決定において行政庁に相応の裁量権が認められていること自体は、これを否定することはできない。

(3) 裁量権の濫用による違法

この裁量権の性質とその広狭については様々な議論がありうるところであり、慎重な検討が求められる。たしかに、都市計画の決定・変更に当たっては種々の利益衡量の必要も否定できないし、技術的観点や政策的観点からの裁量も必要となる。しかし、こうした一般的な裁量判断の必要性から、ただちにその裁量が極めて広範であるという結論を導き出すことは、事実上、都市計画の決定・変更に対する法的統制を放棄することにもなりかねない。

6 三橋前掲注4・81-82頁。

たとえば、技術的裁量といっても、都市計画に関する研究や技術・知見は専門家のそれを含めてかなりの程度蓄積されているはずであり、それを踏まえた法的評価は相当程度可能であって、むしろ行政庁に委ねられた技術的裁量はかなり程度制約されていると考えることもできる。また、利益衡量や政策的裁量といっても、都市計画法には、都市計画の基本理念（2条）、国・地方公共団体の責務（3条）が明示され、それを踏まえた都市計画基準がそれ相応の具体性をもって定められているのであって（13条）、利益衡量や政策的裁量の必要性といった一般論・抽象論で行政庁の広範な裁量を正当化できるものではないはずである。この意味において、都市計画の決定・変更における裁量権は一定の制約を受けたものであり、行政裁量に対する法的統制の強化を志向する最近の学説・判例の動向も踏まえるならば、それに対する司法審査は相当程度まで可能と考えるべきである。

もしこのように解するのでなければ、都市計画の決定・変更は行政庁の広範な裁量の名のもとに事実上法的統制から解放され、法が都市計画の理念を明示し、それに基づく都市計画基準を定めたことの意味が無に帰することになりかねない。これを都市計画の変更に即していうと法21条が定める変更義務は単なる訓示規定の意味しかもたないことになってしまうが、このような解釈が成り立ちえないことは都市計画法の趣旨からも明らかである。

このことは、上記林試の森事件一審判決が、都市施設に関する都市計画決定に広範な行政裁量を認めるかのごとき一般論を述べながら、実際にはかなり踏み込んだ審理を行って事業認可を違法として取り消したこと、また、上告審である最高裁平成18年9月4日判決・判時1948号26頁が、行政庁の裁量を広く認めて請求を棄却した第2審の東京高裁平成15年9月11日判決・判時1845号54頁を破棄し、「本件国有地ではなく本件民有地を本件公園の区域と定めた建設大臣の判断が合理性を欠くものであるということができるときには、その建設大臣の判断は、他に特段の事情のない限り、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものとなるのであって、本件都市計画決定は、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるのである」として、事件を原審に差し戻したことにも示されている。

こうして都市施設に関する都市計画の決定は、裁量権の濫用（以下、裁量権の逸脱も含めて裁量権の濫用という）があった場合には違法となることになり、したがってまた、法21条が行政庁の法的義務を定めたものである以上、都市計画を変更しなかったことが裁量権の濫用に当たる場合にも同条違反の違法を生じさせることになる。

Ⅲ 都市計画の変更と都市計画事業の関係

1 法21条違反の都市計画に基づく都市計画事業は違法か

都市計画決定後に都市をめぐる状況が変化するなどして「都市計画を変更する必要が生じた」（法21条1項）にもかかわらず、これを変更しないで行われた都市計画事業認可を法的にどのように考えたらよいであろうか。変更すべき都市計画を変更しないことが裁量権の濫用として法21条違反の違法となることは上記の通りであるが、問題は、そのことから当初の都市計画に適合するとして行われた都市計画事業認可を違法といえるのか、いえるとしたらどのような理由で違法といえるかということである。このことについて法自身は何らの規定も置いていないので、問題の解決は、こうした法の不備を補うための法の理念・趣旨を踏まえた解釈に委ねられざるをえないことになる。

この点については、後述するように（Ⅳの1参照）、都市計画の違法判断はその決定時を基準とすべきであり、決定時に適法であった都市計画は仮にその後事情の変化があったとしても違法とはならず、したがって、当該都市計画に基づいて行われる都市計画事業は決定後の事情の変化の如何にかかわらず適法であるとの議論が判例においては有力である。

この議論によると、決定時に適法であった都市計画に基づく都市計画事業は、決定後いかに都市の状況が変わって当該事業が現況に適合しなくなったとしても、当該事業は適法なものとして施行されるべきことになる。しかし、法21条が単なる訓示規定ではなく行政庁の法的義務を定めたものである以上、同条に基づき変更すべき都市計画を変更しないまま都市計画事業を実施することが法の許容するところでないことは先に述べた通りであり、そうした都市計画事業が行われることは、もともと法の想定するところではないと考えるべきである。このことを踏まえるならば、法の本来の理念と法21条の趣旨を踏まえて、できる限りこのような都市計画事業が許容されないための解釈論が求められることになる。

2 阿部泰隆氏の見解

管見の限りこの問題を正面から論じたものは見当たらないが、この点について示唆的な議論を提起しているのは、以下にあげる阿部泰隆氏の見解である⁷。

7 阿部・注2・252-253頁。

阿部氏は、Ⅰの3で紹介した「実際に都市計画事業が行われる頃には、都市計画決定当時とは街がすっかり変わっているのが普通である」との文章に続けて次のように述べる。

「そして、都市計画決定には処分性がないので、その違法は、都市計画事業の認可処分に承継される。そこで、忘れた頃に行われる都市計画事業の認可処分の取消訴訟において、先行行為である都市計画決定の違法性が争われるが、その判断基準時は、都市計画決定が行われた時であるとされている（いわゆる小田急訴訟最判2006〔平成18〕・11・2民集60巻9号3249頁では平成5年の都市計画決定が基準となっている）。しかし、計画の基礎となった街はどんどん変わっていくものであるから、昔の計画を基準として今事業を実施すべきではない」。

このように、阿部氏は、変更すべき都市計画が変更されないまま当初の都市計画に基づいて都市計画事業を実施することは許されないとする。それでは、それを防ぐためにどのような解釈が考えられるのか。氏はいう。

「これを説明する理論として、1つの方法は、計画の適法性を判断する基準は現時点であるという考え方であるが、それは違法性の判断基準時を処分時とする一般理論にも反する。むしろ、計画は、街の現状を前提に将来を描くものであるから、変化の激しい日本の街では、計画は数年で失効することとして、現時点で計画を作り直さなければならないとすべきところである」。

氏は、上記の文章に続けて、土地収用法ではこうした事態を防止するための仕組みが定められているが、都市計画法ではその仕組みの適用が排除されていることを述べたうえで、次のように続ける。

「長期間経って、事情が著しく変わった場合には、この法制度（土地収用法の仕組みが排除されている都市計画の法制度——引用者）はきわめて不合理であり、財産権を著しく侵害する点で違憲性を帯びる。そこで、この法律にもかわらず、都市計画決定が失効したとするか、少なくとも現時点の情勢に合わせて見直さなければ効力を存続しないと解すべきである」。

3 阿部説の検討

(1) 阿部説の理解

氏の議論には解釈論なのか立法論なのかがはっきりしない点があるが、“現状に合わなくなった都市計画に基づく都市計画事業は実施すべきではない”とする氏の主張は明解である。氏は、そのために考えられる議論として、最初に、都市計画の

適法性判断の基準時を現在、つまり都市計画事業が行われる時点とするという解釈（以下、便宜上これを①という）をあげるが、この解釈は、違法性の判断基準時を処分時とする一般理論に反するという理由で退けられ、むしろ、計画は数年で失効することとし新たに計画を作り直さなければならないとすべきところであるとする（以下、便宜上これを②という）。そのうえで、氏は、土地収用法の仕組みが排除されていることも踏まえて、事情が変わった場合には、都市計画決定が失効したとするか、少なくとも現時点の情勢に合わせて見直さなければ効力を存続しないと解すべきであるとする議論（以下、便宜上これを③という）を提示している。

ここでは、まず①の議論が解釈論として提示され、それが退けられたうえで②の議論が提示されているが、②はその内容から見て立法論を説いたものと思われ、この立法論を現行法の解釈に生かす形で提示されているのが③の議論ではないかと思われる。したがって、現行法の解釈論としては①と③の2つが提示され、①が違法判断の基準時に関する一般理論に反するとして退けられることから、結局、現状に合わなくなった都市計画に基づく都市計画事業を実施すべきでないとする氏の主張を根拠づけるための解釈論としては、③の議論が提示されているものと理解される。

(2) 阿部説の評価

阿部説は、結局のところ、都市計画決定以後事情が変わった時点から都市施設に関する都市計画は失効するというものであり（現状に合わせて見直さない限り効力を存続しないというのもほぼ同旨であろう）、これによれば、都市計画事業は、都市計画が失効した時点でその法的根拠を失い違法になる、ということになる。本来、法21条に実効性をもたせるのは立法の責任であるにもかかわらず、そのための制度が用意されていないという現行法のもとで、氏のこの議論は、法の間隙を埋めるための解釈論として十分に成り立ちうる傾聴すべき議論と思われる。氏が、数年ごとに計画を失効させ新たに計画を作り直すべきであるとする②の立法論を述べ、法が土地収用法の仕組みを排除していることを批判しているのも、氏の議論が、こうした現行法の不備を補うための解釈論として提示されたものであることを示している。この意味で、氏の議論は、法の理念と法21条の趣旨を実質化するための解釈論として十分な正当性をもつものと評価できよう。

同時に、現行法を前提とした解釈として私がより魅かれるのは、阿部氏が退ける①の議論、すなわち、都市計画事業の違法性の判断は、その根拠となった都市計画の決定の時点ではなく、事業が行われる時点（事業認可の時点）を基準にしてなされるべきであるという議論である。

以下、次節において、いくつかの観点からその理由について敷衍することとしたい。

IV 都市計画の違法判断の基準時

1 これまでの裁判例

都市計画事業認可が争われたこれまでの裁判例においては、認可の基礎となった都市計画の違法性の判断は決定時に求められる傾向にある。

(1) 小田急訴訟最高裁判決

阿部氏は、都市計画決定の違法性の判断基準時が決定時とされている例として小田急訴訟最高裁判決をあげているが（Ⅲの2参照）、同判決においては、争われた鉄道事業認可の基礎となった平成5年の都市計画が決定時において適法か否かが審理の対象とされている。

(2) 最高裁平成11年判決

都市計画法施行法2条は、1968年に制定された現行都市計画法（新法）の施行の際現に旧都市計画法（大正8年）の規定により決定されている都市計画は新法の規定による都市計画とみなす旨規定しているが、最高裁平成11年11月25日判決・裁判集民事195号387頁は、旧法のもとで適法・有効に決定された都市計画に定められた都市施設を整備する事業を行う場合には、施行者は直ちに当該事業の認可申請を行えば足り、法61号1項の適用においても事業の内容が旧法下で決定された都市計画に適合していれば足りるとした。そのうえで、旧法下で都市計画の基準として公害防止計画への適合は必要とされていなかったのであるから、旧法下で決定された環状6号線整備計画は、その後定められた公害防止計画に適合するか否かにかかわらず、現行法（新法）の下においてもそのまま適法・有効な都市計画とみなされずとして、環状6号線道路拡幅事業は適法であるとした。

(3) 林試の森事件第1審判決

林試の森事件に関する第1審東京地裁平成14年8月27日判決・判時1835号52頁は、「都市計画についても、都市計画決定後に法令あるいは事実状態の変化があった場合には、都市計画決定自体が処分ではないとしても、行政処分と同様に、都市計画決定をした行政庁が第一次的判断権を行使すべきであって、裁判所がこれを持たずに都市計画決定後の法令あるいは事実状態に照らして都市計画決定の違法性を判断することが行政庁の第一次的判断権を侵すことになることになりはしないか

ら、都市計画決定の違法性も、都市計画決定のされた時を基準として判断すべきである」としている（二審判決も引用）。

2 変更義務の実効性確保の観点から見た考察

私見は、このような判例の立場とは反対に、都市計画の違法判断の基準時は、都市計画の決定時ではなく都市計画事業の認可時に求めるべきであるとするものであるが、その最大の理由は、法21条の都市計画変更義務に実効性をもたせるためにほかならない。同条が単なる訓示規定でなく裁量権の濫用があった場合には都市計画を変更しないことが違法になることはすでに見た通りであるから、都市計画を変更しないことが違法である場合には、当初の都市計画は現状に合わない計画として違法となり、それに基づいて行われた都市計画事業認可もまた違法になると考えるべきである。この点はこれまでも繰り返し述べてきたところであるが、以下に述べる解釈論の基底に据えられるべき原則的視点として、ここで改めて確認しておきたい。

3 都市計画の法的性質の観点から見た考察

(1) 都市計画の法的性質

都市計画のひとつである用途地域の指定の処分性を否定した最高裁昭和57年4月22日判決・判時1043号41頁は、用途地域が決定・告示されると、当該地域内に各種の建築制限が課せられることになり、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制限を課しその限度で一定の法状態の変動を生ぜしめることは否定できないとしながらも、「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（ない）」ことを理由にして、その処分性を否定した。都市施設に関する都市計画も、それが決定されると各種建築制限が課せられることになる（法53条以下）ことから、用途地域の指定に関する上記と同様の論理が妥当することになる。これによって、都市施設に関する都市計画決定は処分性を否定されることになるが、上記判決で、最高裁は、都市計画決定に伴う制限をあたかも法令による制限と同様の一般的抽象的な効果に過ぎないとして、都市計画の決定を法令の制定と同様の効果をもつものと判示している。

(2) 法令の違法判断の基準時

以上のように、最高裁によって、都市計画は、その法的効果の点で法令と同様の性質をもつとされたことになるが、それでは、法令の違法性が問題となった場合に

において、その違法判断の基準時は一体どのように考えたらよいのであろうか。

a 法律に違反する法規命令の場合

法規命令（政令、省令のほか法規性を有する告示や規則等）がその上位法である法律（場合によっては憲法も含めてよい）に違反する場合、その法規命令は、違法で法的効力をもたない。この点に関して、これまで、最高裁は、①未決拘留により拘禁された者と14歳未満の者との接見を禁止する旧監獄法施行規則の規定を同法の委任の範囲を超え無効とした平成3年7月9日判決・判時1399号27頁、②児童扶養手当の支給対象から「父から認知された児童」を除外する児童扶養手当法施行令の規定を同法の委任の範囲を超え無効とした平成14年1月31日判決・民集56巻1号246頁、③公務員が議員の解職請求代表者となることを禁止する地方自治法施行令の規定部分を同法の委任の範囲を超え無効とした平成21年11月18日判決・判時2065号12頁など10件近い違法無効の判決を下しているが、これらの法規命令の違法性を判断するに当たって、最高裁は、制定時の状況を基準に判断しているわけではなく、判決の時点の状況を当然の基準として判断している。

たとえば、①で問題となった規定は明治41年に制定されたものであるが、この規定が法律に違反するかどうかの判断に当たって、制定時に当該規定を設ける必要性があったかどうかなど制定時の状況は判断の基準とはされておらず、逆に、「これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても」としているくんだり、仮に制定時にそのような配慮があったとしても、そうした制定時の事情や背景の如何にかかわらず、現在（判決時）の時点に立って当該規定が違法かどうかの判断をしていることをうかがわせるものである。

以上は法規命令が違法とされた例であるが、適法とされた例も含めて、一般に、法規命令の法律適合性が問題となった事件において、その判断基準は制定時ではなく現在（判決）の時点に置かれていることがわかる。

b 憲法に違反する法律の場合

同じことは、法律の合憲性が問題となった場合にもいえることである。これまで最高裁は10件の法令違憲判決を下しているが、いずれにおいても、その違憲の判断は、法律制定時の状況に依拠するのではなく、判決時の状況に基づいて行われている。立法時の国民感情や社会状況などから見て合憲として制定された法律が、その後の時代状況の変化を踏まえて後に違憲と判断されることがありうることはごく当然のことであって、法律の合憲性判断の基準時を法律制定時に求め、制定時に

合憲であった法律はその後いくら事情が変わっても合憲である，などという議論が成り立たないのは自明の理である。

(3) 都市計画の違法判断の基準時

以上のように，法規命令であれ法律であれ，法令は上位法に違反すれば違法（場合によっては違憲）・無効となり，その違法性判断は，法令の制定時ではなく現在（判決時）を基準に行われている。

都市計画は，法令そのものではないが，前記昭和57年最高裁判決がいうように，あたかも法令のごとく不特定多数の者に対して一般的抽象的な法的規律を加えるものである点で，その法的性質は法令と同視しうるものである。上記のように，法令の適法性の審査に当たっては，判断の基準時が制定時か判決時かという発想自体がそもそも問題となりえず，当然のこととして判決時を基準にその適法性の審理，判断が行われているのである。そうすると，法令と同様の性質をもつ都市計画について，ことさらにその違法判断の基準時を問題とすること自体がきわめて不自然ということになる。都市計画の違法判断の基準時が，決定時ではなく，当該都市計画の違法性が争われている時点，本稿のテーマとの関係でいえば都市計画事業認可が争われている時点に求められるべきことは，事柄の性質上当然のことといわなければならない。

先にも触れたように，もし違法判断の基準時を都市計画決定時に求めるとなると，その後の事情の変化によって都市計画の内容がいかに現実から乖離したものとなっても当該都市計画は永久に適法ということになるが，このような理屈が成り立ちえないことは，同様の性質をもつ法令の場合を考えれば明らかである。

4 伊方原発訴訟最高裁判決の観点から見た考察

伊方原発訴訟に関する最高裁平成4年10月29日判決・判時1441号51頁は，原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理，判断のあり方について，以下のように判示している。

「原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理，判断は，原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって，現在の科学技術水準に照らし，右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり，あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとした原子力委員会若

しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過しがたい過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである」。

ここでは、原子炉設置許可処分という高度に専門技術的な裁量処分について、裁判所は、「現在の科学技術水準」に照らしてその裁量判断に不合理な点があるかどうかという観点から審査、判断すべきであるとされている。

この判示部分については、違法判断の基準時に関する判決時説を採用したものとする理解も示されているが、この点について、同判決の担当調査官は、以下のように解説している。

「この問題を、取消訴訟における違法判断の基準時論で律することは適当ではないように思われる。どの時点の科学技術水準により判断すべきは、科学的経験則の問題であり、従来の科学的知識の誤りが指摘され、従来の科学的知識に誤りがあることが現在の学界における通説的見解となったような場合には、現在の通説的見解（これが当該訴訟において用いられるべき科学的経験則である）により判断すべきであろう。（中略）処分当時の科学的知識によれば、当該基本設計が講じている事故防止対策で十分安全であると判断された場合であっても、現在の通説的な科学的知識によれば、右事故対策は不十分であり、その基本設計どおりの原子炉を設置し、将来、これを稼働させた場合には、重大な事故が起こる可能性が高いというようなときには、当該原子炉の安全性を肯定した設置許可処分は違法であるとして、取り消すべきものであろう」。⁸

ここには、原子炉設置許可という科学技術的裁量処分の取消訴訟における裁判所の審査のあり方が示されている。これによれば、処分時の科学的技術的評価がその後の研究の発展や新事実の発見などによって変化した場合は、判決時の新たな科学技術的評価を踏まえた処分の適法・違法の判断がなされるべきことになる。伊方原発訴訟は原子炉の安全性という科学技術的判断が問題となった事例であるが、伊方最判の提示する判断枠組み自体は、原子炉の安全性といった特殊専門的なケースだけに限られるわけではない。処分時には分からなかった事実がその後判明したり、処分時の評価がその後の新たな事実の発見や研究の進展によって誤りであることが明らかになるケースは、公害、薬害、食品公害などを見るまでもなく数多く見られ

8 高橋利文「伊方・福島第二原発訴訟最高裁判決」ジュリスト1017号（1993年）57頁。

るところである。

これに関連して、藤田元最高裁判事が以下のような指摘を行っていることが注目される。

「処分時の法令の内容または事実の存否についての解釈・理解が後日異なることとなった場合、処分当時の通念に照らせば当該処分は適法（または違法）であると思われるような場合であっても、裁判所は、判決時において正しいと考えられる法解釈・事実認定に従って判断すべきである。言葉を換えて言えば、法及び事実をどう解釈し認定するかは、本来裁判所の権限に属する事項なのである」⁹。

このような裁判所の審理のあり方自体は、裁判所においても、学説においても、さらにいえば一般社会においても、これまで広く受け入れられてきたものと考えられる。

以上は行政処分取消訴訟において取消しの対象とされた処分の違法性に関する裁判所の審査のあり方にかかわる議論であり、都市計画事業認可処分の取消訴訟において事業の前提とされた都市計画（非処分）の違法性判断そのものに直結するものではない。しかし、処分であれ非処分であれ、ある行為の違法性が裁判で争われており、その行為がなされた時点から判決の時点までの間にその行為をめぐる事実関係や状況、あるいはその行為についての科学的・社会的評価が行為時から大きく変化したような場合に、裁判所が、いつの時点を基準にしてその行為の適法・違法を判断するのかという問題としてとらえるならば、上記伊方最判の考え方を、事業認可取消訴訟において都市計画の適法・違法が問題となる場合について排除する理由は見出しがたい。

5 行政の第一次的判断権論をどう見るか

従来、行政権と司法権の関係にかかわる理論のひとつとして、「行政の第一次的判断権」の理論があった。これは、ひとことでいえば、行政庁がある行政行為をするかしないか、またどのような行為をするかは行政庁が第一次的に判断する権限を有し、それが行使される以前に裁判所が行政庁に対して一定の行政行為をすることまたはしないことを義務づけることは行政の第一次的判断権を侵害し、ひいては権力分立の原理に違反することになる、という議論である。

都市計画の違法判断の基準時にかかわってもこの議論が顔を出すことがあることは、先に見た林試の森事件第1審判決が、都市計画決定後に法令あるいは事実状態

9 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）482頁。

の変化があった場合に、裁判所がそれを踏まえて都市計画決定の違法性を判断することは行政庁の第一次的判断権を侵すことになるとして、都市計画決定の違法性の判断は決定時を基準とすべきであるとしていることにも現れている。

しかし、もともと行政の第一次的判断権論は、義務付け訴訟や差止訴訟が法定されていなかった行政事件訴訟法改正以前の時代において、解釈論としてこれらの許容性が認めようとする学説の見解を批判し、その許容性を否定するための理論として主張されてきたものである。こうした実定法上の根拠をもたない抽象的・観念的な議論に対しては以前から強い批判が加えられてきたが、行政事件訴訟法の改正によって新たな訴訟類型として義務付け訴訟や差止訴訟が法定されることになった現在においては、もはや通用性を失った理論といってよい。現行法のもとでは、かつてのような行政の第一次的判断権論を大上段に振りかざして司法権に対する行政権の優位を根拠づけようとする見解は、ほとんど見られなくなっているといえる。

6 小括

以上、いくつかの観点に立って、都市計画の違法判断の基準時が都市計画事業の認可の時点に求められるべきことの理由を述べてきた。

たしかに、都市計画決定から事業認可までの間に都市の状況に大きな変化がない場合には、都市計画の違法判断の基準時を都市計画決定時とするか事業認可時とするかは大きな意味をもたないことになるが、その間に都市の状況が大きく変化した場合には、当初の都市計画に基づく都市計画事業をそのまま実施することは、「健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動」（法2条）の確保という都市計画法の基本理念から見て取り返しのつかない結果を招くことになる。したがって、都市計画が違法か否か（都市計画基準を始めとする法の要請を充足しているか否か）の判断の基準時を都市計画事業認可の時点に求めることは、都市の現状から乖離した事業の施行を防ぎ、ひいては現状に適合したより適切な都市計画事業の遂行を可能とすることにもなる。

以上は、阿部泰隆氏の問題提起を受けて、都市計画変更義務の実効化を図るために考えた現行都市計画法に基づく解釈論であるが、内容的にいえば、阿部氏が提起した解釈と大きな違いはないということにもなる。すなわち、都市計画決定後の状況の変化に基づき変更すべき都市計画を変更しないで行った都市計画事業認可の違法性を、阿部説のように状況が変わった時点から都市計画は失効しそれに基づく事業認可は違法だと説明するか、本節で述べたように事業認可の時点を基準として現状に

合わなくなった都市計画は違法だと説明するかは、単なる説明の仕方の違いともいえるからである。法21条の定める都市計画変更義務に実効性を付与し、法の理念と法の定める都市計画基準から乖離した都市計画事業の実施を防止するための解釈という点では、いずれも共通しており、いずれも成り立ちうる解釈ということになる。

V 補論：行政処分の違法判断の基準時

1 「行政処分の違法判断の基準時」と「都市計画の違法判断の基準時」

従来「違法判断の基準時」というテーマは、行政行為論の一環として、行政行為（行政処分）を対象に論じられてきた。他方で、都市計画それ自体は行政処分ではないとするのが今日の一般的理解であるが、それにもかかわらず、都市計画の違法判断の基準時の問題と行政処分の違法判断の基準時の問題が明確に区別されないままに、後者の議論が前者にも当然妥当するかのごとく解する見解も見られる。たとえば、前述の林試の森事件第1審判決が、「都市計画決定後に法令あるいは事実状態の変化があった場合には、都市計画決定自体が処分ではないとしても、行政処分と同様に、都市計画決定をした行政庁が第一次的判断権を行使すべきである（傍点は引用者）」として、都市計画決定の違法性も決定時を基準として判断すべきである、としているのはその例である。また、阿部泰隆氏が、都市計画の違法判断の基準時を現在（都市計画事業の時点）に求める解釈の可能性を示しながらも、それが違法判断の基準時を処分時とする一般理論と矛盾すると指摘する際に、この一般理論として想定されているのは、従来の行政処分の違法判断の基準時に関する通説とされてきた処分時説のことではないかと推測される。

先に見たように、都市計画は判例上行政処分ではなくむしろ法令に近い性質の行為ととらえられており、処分に関する違法判断の基準時に関する議論を都市計画の違法判断の基準時論にそのまま持ち込むのは妥当ではなく、両者はもともと別の次元の問題として考える必要がある。しかし、これまでの議論においては、両者の違いが明確に意識されないまま前者の議論が後者にもそのまま妥当するがごとき理解が見られ、さらには、行政処分の違法判断の基準時に関する通説が処分時説であることから、都市計画の違法判断の基準時もまた決定時であるとする考えが、意識的か無意識的かはともかくとして、これまでの議論に一定の影響を与えているのではないかと思われる。

そこで、両者が本来別次元の問題であること自体はまず確認したうえで、行政処

分の違法判断の基準時に関する従来の通説とされてきた処分時説が、都市計画の違法判断の基準時を決定時とする議論に一定の影響を与えてきたと思われることを踏まえて、行政処分の違法判断の基準時そのものについても、最近では従来の通説＝処分時説が見直され、今日ではもはや処分時説が通説とはいえない状況になっていることを最後に付論として付け加えておきたい。

2 従来の通説：処分時説

従来の行政法学において「違法判断の基準時」の名のもとで論じられてきたのは、行政処分（行政行為）がなされた後に、処分をめぐる事実関係が変動したり処分の根拠となった法令が改廃された場合に、裁判所はいつの時点の事実関係や法令を基準として行政処分の違法性を判断すべきかという問題である。これについては、従来から処分時説と判決時説の2つの見解が存在し、判例（最高裁昭和27年1月25日判決・民集6巻1号22頁、最高裁昭和28年10月30日判決・行集4巻10号2316頁など）は処分時説を採用し、学説の多くも処分時説の立場をとってきた。学説が処分時説をとった理由については、処分後の事情に基づいて裁判所が処分の適法・違法を判断することは行政庁の第一次的判断権を侵すことになること、取消訴訟の本質は処分時における行政庁の具体的権限の存否の確認にあることなど、取消訴訟の本質論・性質論と結びつけて論じられてきた。

これに対して、学説のなかには、当初から判決時説をとる有力な見解も存在していた。たとえば、戦後の行政法学を代表する田中二郎氏は、取消訴訟の本質を行政庁の第一次的判断を媒介として生じた違法状態の排除にあるととらえる立場に立って、「取消訴訟の判決は、原則的には、判決時（最終口頭弁論終結時）の法規及び状態を基準としてされるべき」であるとし¹⁰、雄川一郎氏も、過去の法規や事実関係ではなく現在のそれを基準として判断すべきであるとした¹¹。他方で、両氏とも、選挙訴訟や農地関係訴訟（上記2つの最高裁判決も農地関係の訴訟である）のように一定時点を基準に判断すべき場合や競願関係にある場合などは処分時を基準とすべきであるとして、判決時説に対する例外を広く認めていたので、「判例・通説＝処分時説」、「少数説＝判決時説」という図式は、見かけほど明確なものではなかったということもできる。

10 田中二郎『新版行政法上巻』（全訂第2版）（弘文堂、1983年）348-349頁。

11 雄川一郎『行政争訟法』（改訂版）（有斐閣、1966年）219-220頁。

3 処分時説の立場に立ちながら問題を多面的・具体的に考察しようとする見解

こうしたなかで、「判例・通説＝処分時説」という従来の見解を見直し、様々な角度から問題をより柔軟に考察していこうとする動きが強くなっていく。たとえば、藤田元最高裁判事は、一応処分時説に立ちながらも、問題をより多面的・具体的に考察すべきであるとして、「状況によっては、裁判時の法令・事実を前提として判決がなされたとしても、実質上支障は無いのみならず、手続の経済といった見地からすればかえって合理的と考えられるようなケースも、あり得ないわけではない」¹²とする。また、山下竜一氏は、処分時説が妥当であるとしながらも、同時に処分時説がはらむ難点も指摘し、原発訴訟など判決時説をとるべきケースもあるとする¹³。また、深澤龍一郎氏も、「取消訴訟における違法判断の基準時の問題については、一概に処分時説か判決時説かを論じるよりも、原則的には判例と学説の多数に従って処分時説をとりつつ、例外的にどのような場合に判決時説をとりうるかを検討することが有益であるように思われる」として、一応処分時説に立つものの、ケースに応じて柔軟に判決時説をとりうることを許容する¹⁴。

かつて私も以下のように述べたことがあるが、それは、以上のような学説と基本的に同様の考え方に基づくものであった。

「権力分立論や行政庁の第一次的判断権論といった抽象的な概念論からただちにこの問題についての具体的な解決が導かれるとは思われない。結局、この問題は、処分の性質や内容に即して具体的に考えていかなければならないと思われるが、一般的には、原告は処分時における処分の違法性を争っているものであり、また、取消訴訟は処分時における行政処分の適法・違法を審理するものであるから、基本的には処分時説の立場に立つのが正当である」¹⁵。

4 最近の考え方：処分時説か判決時説かという前提に立たない見解

以上のように、当初、取消訴訟の本質や目的・性質をどう見るかという観点から論じられてきた違法判断の基準時に関する議論は、その後、取消訴訟の本質論・性

12 藤田前掲注9・483頁。

13 室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』〔第2版〕（日本評論社、2006年）360-361頁（山下竜一執筆）。

14 南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2014年）226頁（深澤龍一郎執筆）。

15 室井力編『基本法コンメンタール 行政救済法』（2版）（日本評論社、1986）326頁（晴山一穂執筆）。

質論から導くのではなく、より広い視野に立って具体的・現実的観点を踏まえて考察すべきであるという考え方に大きく変わってきたといえる。そして、こうした学説の動きは、最近になって、処分時説か判決時説かという問題の立て方そのものを否定する見解を生み出すようになってきている。

たとえば、鈴木庸夫氏は、処分時説も判決時説も議論の立て方にそもそも問題があったとして、「違法判断の基準時をどう採るかの問題は取消訴訟の基本的問題ではな」く、「行政実体法、手続法の問題に解消されるべき課題である」とする¹⁶。また、藤田氏と並んで現在の行政法学を代表する塩野宏氏は、「従来のような取消訴訟本質論ではなく、具体の行政過程における法律の仕組みごとに考察すべきものと思われる」¹⁷として、処分時説か判決時説かという問題の立て方自体を見直し、問題となっている具体の行政過程における法律の仕組みに即した個別的考察の必要を説くに至っている。そして、より最近の学説においては、塩野氏の提起する方向をさらに具体化する形で、問題を考える際の様々な考慮事項や判断要素を示しながら、処分時を基準とすべきか判決時を基準とすべきかを实际的・機能的観点に立って個別的・具体的に考察していこうとする見解¹⁸が支配的になっているといえることができる。

5 本稿のテーマとの関係

先に触れたように、本稿で検討してきた都市計画の違法判断の基準時の問題は、従来から議論されてきた行政処分の違法判断の基準時の問題とは同一に論じられるべきものではない。それにもかかわらず、往々にして両者の違いが明確に意識されないまま、後者の考え方が前者にも妥当するかのよう——したがってまた、後者の通説である処分時説が前者にも妥当するかのよう——受け止め方がされてきた嫌いがあることもすでに指摘した通りである。しかし、もともと論じられてきた行政処分の違法判断の基準時についても、現在の支配的見解がもはや従来のような処分時説ではなくなっていることは、以上に概観してきたことから明らかであることを最後に確認しておきたい。

16 鈴木庸夫「違法判断の基準時」成田頼明編『行政法の争点』（新版）（1990年）219頁。

17 塩野宏『行政法Ⅱ』（第6版）（有斐閣、2013年）211頁。

18 山本隆司「取消訴訟の審理・判決の対象——違法判断の基準時を中心に（1）（2・完）法曹時報66巻5号・6号（2014年）、横田明美「違法判断の基準時」『行政判例百選』（7版）（2017年）など参照。私も、このような最近の研究動向を踏まえて、基本的に処分時説に立っていたかつての見解に代えて、問題となっている個々の行為に即して、かつ様々な要素を考慮しながら個別的に検討すべきであるとする見解に改めることとしたい。