

# 建築基準法上の位置指定道路と事実上の廃道 及び行政実務への影響

——平成 28 年東京高裁判決の分析——

田 村 泰 俊

## 目 次

- 一 問題の所在
- 二 事実の概要
- 三 新宿区建築審査会裁決
- 四 東京地方裁判所平成 28 年判決
- 五 東京高等裁判所平成 28 年判決
- 六 位置指定道路（1 項 5 号）の法的性格
- 七 本件に関する一部評釈への疑問
- 八 2 項道路との相違
  - （1）1 項 5 号と 2 項との法律構成の相違
  - （2）通りぬけ 2 項道路の事例
  - （3）事実上の廃道及び 3 号道路との関係
  - （4）判例への視点
  - （5）立ち並び要件との関係
- 九 2 つの信義則適用の場面
- 十 結びに代えて

## 一 問題の所在

わが国の道路の特殊事情として、その道路の土地所有権が私人にある、すなわち私道が多いことに異論はあまり存在しないであろう。そして、この私道であることから、様々な問題が生じているが<sup>s(1)</sup>、その 1 つが所有権を土地所有者

が現実に行使する目的から、廃道を求めるあるいは主張する場面がある。

ところで、私道たる道路に関する建築基準法上の制度はいくつか存在している。具体的には、1項5号道路（位置指定道路）、2項道路（みなし道路）、3号道路、そして道路ではないが43条但書通路（通路協定）<sup>(2)</sup> などである。そして、これらのそれぞれの制度は、その規定ごとに、法的構成あるいは仕組み等を異にしている部分がある。

一方、廃道を論じるわが国の文献の中には、これらの制度の法的構成を無視して論じるものがみうけられる<sup>(3)</sup>。しかし、それぞれの法的構成・仕組み等に相違がある以上、廃道における要件・基準等は当然に異なることとなる<sup>(4)</sup>。

事例判断的ケースではあるが、上記の異なる点から考えた場合、強い疑問を筆者がもった見解の評釈があることから、それぞれの建築基準法上の制度に法的構成・要件・基準に相違がある点、及びこのケースの行政実務への影響を、新宿区建築審査会平成27年2月9日裁決<sup>(5)</sup>、東京地裁平成28年6月17日判決<sup>(6)</sup> 東京高裁平成28年11月30日判決<sup>(7)</sup> に求め確認してみたい（もちろん、これらの判断は、同一事案に関するものである）<sup>(8)</sup>。また、東京高裁判決が「事実上の廃道」を認めた点も、野口和俊弁護士の評釈をのぞき、十分な検討が加えられていない。この「事実上の廃道」を認めた点にこそ、事例判決の本件判決の判例法理上の意義がある（この点、特に、新宿区建築審査会裁決と東京高裁平成28年判決を対比してみると、よく理解できよう）。この点も、本稿ではわずかばかりの検討を行うこととする。なお、関連し、野口弁護士がその見解の基礎としたと考えられる信義則も検討する。（この点は、事後の訴訟対応と関連する。）

## 二 事実の概要

事実の概要は、以下のようなものであった。

昭和26年6月13日、東京都知事は、本件位置指定道路につき、四棟の建物

の建築を計画したA株式会社の申請に基づき、位置指定の処分を行った。なお、この申請は、四棟中三棟の接道要件を充たすためであり、当該道は築造された。また、本件法律関係に関係ある隣接土地と本件土地は、この当時から、西側が幅員4メートル以上の区道に接している。

その後、昭和32年、AはB株式会社に吸収合併されたものの、この状態が昭和46年まで継続した。この間、隣接土地所有者は、本件土地に面した部分に出入口を設けず、本件土地を通路として使用することもなかった。

本件原告は、昭和46年9月Bより、この土地を買受け、このころ前記四棟の建物は取り壊された。その後、昭和47年1月、本件原告は、七階建てマンションの建築を計画し、西側区道に本件土地が接し、接道要件を充たしていることから、本件土地全体を一つの敷地として、東京都建築主事から建築確認処分を得た。この過程の中で、本件位置指定道路は、区画形質の変更により壊わされて無くなった。すなわち、この位置指定道路であった土地は、このマンションの敷地として取り込まれた。そして、この状況が、以後、40年以上に渡り継続してきており、従って不接道敷地も存在しない。

一方、本件の隣接土地との間には、塀が建設されたが、隣地土地所有者も、ことさら意義を述べることもなく、当然、通行にも利用はされなかった。ところで、昭和55年9月、隣地土地では従前の建物を取り壊され、共同住宅が建設されたが、接道要件は区道のみに求められることが前提とされていた。平成24年10月隣接土地上のこの共同住宅は取り壊され、この土地は、第三者に売り渡たされ、その後、転々と譲渡されたが、これを取得した開発業者は、本件隣接土地と南側の土地を敷地とした建築計画を立案し、位置指定道路を前提とし、それによる各種制限の緩和を含む建築確認処分を受けた。本件原告は隣地土地の開発事業者及び本件被告に対し、平成25年12月に、本件道路位置指定の取消申請を予定していること及び位置指定でないことを前提とすれば違法建築物になるおそれのあることを通知した。しかし、指定確認検査機関は、

位置指定道路であることを前提に建築確認通知を行った。

本件原告は、平成 26 年 4 月に、本件道路位置指定の取消（撤回）申請を行ったが、本件被告（新宿区）は、隣接土地の所有者、抵当権者等の承諾を得よう求めた。しかし、本件原告が、これに応じなかったので、平成 26 年 7 月 18 日に、却下処分が行なわれた。

なお、隣地では建築工事がなされ、平成 27 年 1 月 7 日に、検査済証を受領している。

### 三 新宿区建築審査会裁決

平成 26 年 9 月 4 日、新宿区建築審査会に審査請求が提起された。平成 27 年 2 月 9 日裁決の関連部分は、以下のようなものである。

「請求人は処分庁が本件隣地の所有者の承諾を求めたことに関連して、最高裁昭和 47 年 7 月 25 日第三小法廷判決を引用して、最高裁判所は、廃道処分にあたり、少なくとも接道義務に接触しない隣地所有者の承諾を法的には不要であることを前提としていると主張している。同判決が示した結論は、東京都建築基準法施行細則が位置の指定を受けた道路の廃止処分をするについては当該道路敷地の所有者の承諾が必要とされているにもかかわらず、承諾を欠く道路指定廃止処分の瑕疵はその後の事情により瑕疵が治癒され無効でないとしたものである。すなわち、最高裁判決は原審判決と同様に当該道路敷地の所有者の承諾を欠いた処分は違法な処分であると明言していて、そのような場合でも瑕疵が治癒されたと認められる場合には当該道路敷地の所有者の承諾を欠く道路位置廃止処分も無効ではないとしたものである。したがって、請求人が主張するように、最高裁判決は位置指定道路の廃道処分にあって少なくとも接道義務に抵触しない隣地所有者の承諾を法的には不要であるとの見解を採用しているとは到底解されないところである。

さらに、請求人は、大阪地裁平成14年7月12日判決及び大阪高裁平成15年2月18日判決を援用し、『本件隣地の所有者等の第三者の承諾がないことを理由として本件廃道申請を却下することが違法である』と主張するので、この点についても述べておくこととする。

そもそも、これらの判例は、指定取消しする私道を所有はしていないが、前面道路として使用している者の承諾がないことを理由に廃止申請が却下されたことについて争われたものである。本件申請において承諾が必要である本件隣地の土地所有者は、道路に沿接する敷地の所有者であるだけでなく、道路の土地の所有者でもあるから、単に『前面道路として使用している者』ではない。この点から言って、本件はこれらの判例とは事案が異なる」と述べ棄却裁決を行っている。

わずかばかりのコメントを付しておくこととする。

すでに述べたように、筆者は、本件は、あくまでも事例判断的ケースであると考えている。例えば、本件では、一度、築造された位置指定道路が、現在は全く道路形状を有していない点（事実上の廃道）、かつて、東京都建築主事が、この位置指定道路が存在しないものとして建築確認処分を行っていることなどである。一方、新宿区建築審査会裁決は、記載されている事実経過や審査会の判断を見ても、これらの事情はほとんど考慮されておらず、むしろ、判例法理の一般論からのみ判断を行っている。加えて、本件においては、土地所有権を有する者の承諾という点に、かなりのウェートを置いた判断となっている。

そこで、新宿区建築審査会裁決は、まさに紙の上では、この位置指定道路は、現在も存在しているということを前提としている<sup>(9)</sup>。

#### 四 東京地方裁判所平成28年判決

新宿区建築審査会の棄却裁決とは対照的に、東京地裁平成28年6月17日判

決は、新宿区の位置指定の取消を行わない旨の処分に対し取消しの判断を示している。

関連する部分は、以下のようなものである。「法 45 条第 1 項が、私道の変更又は廃止によってその道路に接する敷地が接道義務を満たさなくなる場合に、私道の変更又は廃止を制限又は禁止することができることを定めたものであることからすれば、同項は、私道の変更又は廃止によって、その道路に接する敷地が接道義務を満たさなくなる場合に、特定行政庁において、法 45 条第 2 項の規定により当該変更又は廃止に係る事実上の行為の制限又は禁止をすることができることのみならず、その道路の位置の指定の取消しの申請に対し、その敷地又は敷地上の建築物の権利者の承諾がない限り、これを拒否する旨の処分をすることができる趣旨をも含むものと解するべきである。しかしながら……（略）……承諾を要する者の範囲を定めた規定は見当たらない……（略）……義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない……（略）……ことからすれば、法令の根拠に基づかずに新宿区法施行細則や本件取扱基準によって新たに私人の権利を制限することはできない……（略）……以上によれば、位置指定道路の敷地である土地の所有者が、道路の位置の指定の取消しの申請をした場合に、その申請を受けた特定行政庁である新宿区長は、その取消しにより、接道義務に違反することとなる敷地及びその土地上の建築物の権利者の承諾がないときには、上記申請を拒むことができるものの、その取消しにより、接道義務に違反することとなる敷地がない場合において、当該道路の敷地である土地やその土地上の建築物又は工作物の権利者や、当該道路に接する敷地及びその土地上の建築物又は工作物の権利者の承諾がないことを理由として上記申請を拒むことはできない」と判示している。

わずかばかりのコメントを付しておくこととしたい。まず、新宿区建築審査会裁決とは異なり、1 項 5 号（位置指定道路）の法的構成を正確に捉えている。

すなわち、位置指定道路は、そもそも、接道要件を充たすことを目的として、私人の申請により基準法上の道路として扱われる。そうであるなら、不接道敷地が存在しない状況となった場合、当然、その廃止は認められるべきであり、関係権利者の承諾は不要となる。この当然の法の仕組み<sup>(10)</sup>を明らかにした判断である（法的構成にウェートがある判断）ということができる。

次に、これは何もこの判決だけではなく、関係評釈等も含め、位置指定道路という路線としてこの制度をイメージしているのではないかとの印象を有している。しかし私道は、部分的な廃道（後に言及する2項道路に関する川崎市建築審査会裁決）も可能である<sup>(11)</sup>。このことは、わすれられてはならないように思われる。

## 五 東京高等裁判所平成 28 年判決

東京高等裁判所判決<sup>(12)</sup>の関連部分は、以下のようなものである。

「本件土地は、『道』が壊されて無くなった昭和 46 年以降は、『道』に該当しないし、『これから築造しようとする道』にも該当しない……（略）……なお、『道』が壊されて無くなった場合であっても、このことにより接道義務を満たさない土地が発生するなどのトラブルが生じる場合には、『道』が壊されて無くなるのと同時に道路位置指定をする必要性が消滅したとはいえない。このような場合には、道路位置指定の必要性が消滅しない限り、法 42 条 1 項 5 号の適用上は壊された場所に依然として『道』があるものとみなすべきである。しかしながら、本件のように……（略）……道路位置指定をする必要性が消滅し、接道義務を満たさない土地が発生するなどのトラブルが一切生じていない場合には……（略）……法 42 条により定義される道路には該当しないものとみるのが、条文の読み方として自然である……（略）……ある程度の期間経過して近い将来築造される見込みもない場合……（略）……申請がなくても道路位置

指定の取消処分をすべきであり……（略）……本件のように、混乱や紛争発生のもととなるので、早期に解消すべきである……（略）……平成26年4月の時点においては、昭和46年に『道』が壊されて無くなるのと同時に道路位置指定をする必要性が消滅してから、半世紀近く経過している……（略）……から、申請を認めて取り消すべきは当然であり、この点について処分行政庁（新宿区長）に裁量の余地はない……（略）……また、新宿区施行細則及び本件取扱基準は……（略）……道路敷地の上に権利（所有権、賃借権、抵当権など）を有する者のみならず、最高裁昭和47年判決に言及のない者の承諾（道路隣地の上に所有権、抵当権などの権利を有する者の承諾）を、一律に求めている……（略）……これらの承諾書を全部取得し、かつ提出しなければならないとすると……（略）……申請者に過大な負担を課すことになり……（略）……行政の判断基準としての妥当性を欠く……（略）……昭和47年に……（略）……東京都の建築主事は、本件道路位置指定がなく……（略）……建築敷地として使用できるものと認識し……（略）……たものと推認される。他方、平成25年以降に隣地土地上の建物の建築確認と工事完了検査を行った指定確認機関は、現地を見れば、本件土地の現況が『道』ではなく本件マンションの敷地であることが一見して明白であるにもかかわらず、観念的には本件道路位置指定処分が取り消されずに存在していたことから……（略）……誤認して隣接土地上の建物の建築確認と工事完了検査を行ったものと推認される……（略）……これとの対比において、現況が『道』でなく『建物敷地』であることが明白な本件土地を『道路』と扱って建築規制の緩和を受けることは善良な個人や善良な事業者には思いつかないところである。コンプライアンスが励行され、コーポレートガバナンスが機能している企業であれば、内部統制機能が働き、規制の緩和を受けるのはおかしいのではないかという常識的判断に立脚して、規制の緩和は受けないはずである」と判示し、処分取消しと義務付けの判断を示した。

わずかばかりのコメントを、付しておくこととする。まず、東京高裁判決は、

東京地裁判決と結論は同様のものとなっはいるが、むしろ、本件の事実関係、つまり、築造された位置指定道路は、その後、現実には壊され、長期間、建築敷地として利用されてきた点に判断のウェートを置いている、すなわち、事実上の廃道を認めている（本稿注（13）野口評釈参考）。

次に、当然、1項5号の目的から、接道義務を満たさない土地がない場合、これが廃止の要件の中心であり、承諾者の範囲もそこから定まることを明らかにしている。

最後に、野口和俊弁護士の本件評釈が指摘するように、本判決が「事実上の廃道」を認めたことから理解できるように、民間の指定確認検査機関の建築確認業務等での判断手法について、それは形式的な書面審査、つまり観念的審査に強い警鐘をならしている<sup>(13)</sup>。

## 六 位置指定道路（1項5号）の法的性格

東京高等裁判所の判断が典型であるように、本件は、道路形状が全く存在しない観念的な位置指定道路が争点となっている点で、事例判決的要素が強いケースと言える<sup>(14)</sup>（むしろ、新宿区建築審査会裁決や東京地裁判決は、これを一般化の方向へもって行こうとする傾向がみられるように思われる）<sup>(15)</sup>。しかし、一方で、位置指定道路の法的性格を捉える点でも意味がある判断が示されているので、別稿でも検討したが<sup>(16)</sup> ここでもう一度この制度の趣旨を確認しておくこととする<sup>(17)</sup>。

まず、最も代表的コンメンタールの説明をみてみよう。それは、1項5号の趣旨は、「敷地予定地が接道要件をみたすようにするため」<sup>(18)</sup>あるいは、「接道義務……（略）……との関係で……（略）……私道を築造するしかない」<sup>(19)</sup>とし、法の趣旨が、接道義務充足にあることを明らかにしている。

また同様に、最近の実務書も、「もともと道路でない土地を建築基準法上の

道路とすることによって、その接する土地を建築物の敷地として利用することができることとなり」<sup>(20)</sup>と述べている。また、これを別の表現をとるとすれば、野口和俊弁護士の「敷地の接道要件を充たすために土地の所有者などが行政に申請して設ける私道を『位置指定道路』という」<sup>(21)</sup>という明確な指摘が行なわれている。

さらに、現在、理論水準が最も高いと思われる碓井光明教授も「位置指定は、『土地を建築物の敷地として利用するため』の行為」<sup>(22)</sup>であるとして、やはり接道要件を充足することを目的とすることを明らかにしている。

ところで、行政庁から位置指定を、私人の申請により行政処分として受けた場合、それは、建築基準法上の道路となる。そして、この基準法上の道路となった場合には、それは、道路として一般に利用されることとなるから、法律上、各種の制限が土地所有者等にはかけられることとなる。例えば、通行に対する妨害排除、妨害禁止を入格権から論じた最高裁平成9年判決<sup>(23)</sup>や、法律上も、基準法44条のように擁壁等を道路に突き出すことが禁止されるなど<sup>(24)</sup>の制限がかかる。実は、申請に対する承諾書<sup>(25)</sup>も、このような制限から求められている制度であることはわすれられてはならない。

なお、本件では、位置指定道路のごく一部が、隣地に属している。しかし、ここで、みたように、接道義務違反が生じる敷地がない以上、むしろ隣地にとってみれば、権利回復が廃道によってもたらされていると見ることもできよう<sup>(26)</sup>。そうであるとすれば、現実には存在しない道路による緩和にのみ目を向ける、特に、新宿区建築審査会の裁決には強い疑問が生じることとなる。

## 七 本件に関する一部評釈への疑問

以上、本稿六で確認した点から、本件に関する洞澤教授の見解<sup>(27)</sup>は、基本的に誤りであると考えている。

前提として、洞澤教授の本件評釈で示された見解を確認しておくこととしよう（筆者の目から見れば、承諾者の範囲という一般論に終始している）。

まず、1項5号の廃道の場合に必要な承諾者に関する学説を、以下のように説明されている。すなわち、「（1）道路敷地権利者のみとする見解，（2）廃止処分により接道義務規定に抵触する沿接敷地の権利者のみとする見解，（3）（1）と（2）の両者とする見解，（4）承諾は不要とする見解がある」<sup>(28)</sup>とする。そして、結論としては、「取消しにおける承諾が（特定行政庁の規制でなく）昭和47年最判を含む建基法の解釈によって根拠づけられるのであれば、建基法及びその施行規則が念頭に置いていない沿接敷地権利者を対象にすることはできず……（略）……（1）説が妥当であろう」<sup>(29)</sup>とされる。なお、東京高裁判決については、「（2）の権利者の承諾の要否は明示的に判断していないため，（1）説か（3）説のいずれかと位置付けられよう」<sup>(30)</sup>とされる。なお、この点のみ、とりあえず、筆者の見解を示せば、廃止処分により不接道となる者は、1項5号の法としての趣旨は、接道要件を充足することにあるから、この承諾は当然必要となるから、判断を示さなかっただけで（しかも、本件は、これに該当する敷地は存在しない）、洞澤教授のいう（1）説か（3）説かという見方は、必ずしも当をえているとは思われない。

さて、洞澤教授は、教授のいう（1）説、すなわち、「道路敷地権利者のみとする見解」<sup>(31)</sup>を「私見としては……（略）……（1）説が妥当」<sup>(32)</sup>とされる。

しかし、野口和俊弁護士の見解が示すように、私道の敷地の権利者は、「廃道により負担を免れるという利得を得る」<sup>(33)</sup>のだから、むしろ、「その承諾は不要と考えてよい」<sup>(34)</sup>わけである。そうであるとすれば、洞澤教授のいう（1）説、つまり「道路敷地権利者のみとする見解」<sup>(35)</sup>は、むしろ承諾がそもそも不要な者のみ承諾を求める見解ということとなるのではなかろうか。

そして、洞澤教授は、教授のいう（1）説を妥当とするから<sup>(36)</sup>、教授のいう（2）つまり、「廃止処分により接道義務規定に抵触する沿接敷地の権利者のみとす

る見解」<sup>(37)</sup>は、採られていない。しかも教授のいう（１）説とするのであるから<sup>(38)</sup>（２）は承諾のいらない者ということになるのであろう。しかし、野口和俊弁護士も述べているように、「私道がなくなると接道要件を満たせなくなってしまう沿接敷地の権利者が『権利を有する者』に該当することは理解できるだろう。廃道によって、建築物を建築することができなくなるという重大な不利益を受けるから」<sup>(39)</sup>、廃道により不接道となる敷地の所有者は、最も承諾が必要な権利者ということとなる。

洞澤教授の見解は、おそらく、御自身の一般論の見解というよりは<sup>(40)</sup>、本件東京高裁判決に対する、高裁がどの立場によっているのかという「私見」<sup>(41)</sup>ということであろうか。

しかし、すでに述べたように、本件は、そもそも不接道敷地が存在しないケースであり、高等裁判所は、承諾を最も必要とされる者についてはあえて本件判決で判断する必要はなく、本件は、一部ではあれ道の一部が隣地所有者の所有であるから<sup>(42)</sup>、道路敷地所有者について判断しているだけではないのであろうか。そうであるとすれば、法45条との関係を考えてとしても高裁判決が、道路敷地権利者のみの承諾を求めているという不合理な立場をとったとは、とうてい言えないであろう<sup>(43)(44)</sup>。

## 八 ２項道路との相違

### （１）１項５号と２項との法律構成の相違

前提として、１項５号位置指定道路と２項（みなし道路）との法律構成の相違をみてみることにしよう<sup>(45)</sup>。

この法律構成の相違<sup>(46)</sup>については、まず、それぞれの行政処分の発出の原因について指摘することができる。それは、１項５号、位置指定道路は、建築

敷地とするため、不接道状況を解消し、接道要件を充足するため、私人の申請により、つまり、私人の意思による申請を受け、行政処分として指定される。碓井光明教授の説明を示せば、「私人の申請に基づいて私人の負担により築造される幅員4メートル以上の私道である。建築基準法上の道路とするには、その区域を明確にし、かつ、要件を充足していることを確実に担保する必要があるために『指定』行為を要件としている」<sup>(47)</sup> というものである。なお、この説明からも理解できるように、本件では、築造された位置指定道路は、その後、破壊されて、現実には存在しないので、新宿区建築審査会の判断は不合理であり、東京地裁及び東京高裁判決にその合理性を求めることができる。

一方、42条2項道路<sup>(48)</sup>はどうであろうか。その沿革を、金子正史名誉教授の説明からみてみることにしよう。それは、「2.7メートル（九尺）以上の道も市街地建築物法上の道路と認められていたので、市街地建築物法下で接道義務を適法に満たしていた多くの建築物が、現行の建築基準法の下で、一挙に違法建築物となる……（略）……以上のような多くの違法状態の建築物を暫定的に救済する法制度」<sup>(49)</sup> とされている。すなわち、旧法たる物法上、道路であったものを道路とするのが、42条2項の沿革となっている。換言すれば、すべての敷地が、中心線から2メートルまでセット・バックすることにより基準法上の道路となることが予定されている<sup>(50)</sup> と言うことができる。このことから、42条2項の場合には、その道、すなわち路線に接する全ての敷地が対象となっていることを知ることができる。それゆえ、1項5号が、申請者の意思による私人の申請という構成をとるのに対し、2項の場合は、行政庁の一方的指定という行政処分とされているわけである。

ところで、この2つの異った法律構成の制度について、本件に関する洞澤教授の評釈は、筆者の本稿注（4）の論稿を引用しつつ、「5号道路と2項道路とで区別すべきと議論する……（略）……しかし、取消しが接道義務違反を生じさせない限り道路敷地権利者の意思に委ねられているという本判決の解釈から

すると、両者に差異はないであろう。近年の裁判例も両者で区別をしていない<sup>(51)</sup>と断定している。

このように判例法理を理解した場合、一部廃道のような場合、実務上、不合理な状況を作り出すことを、以下、示してみよう。この点でも、洞澤教授の見解は、あやまりであると考ええる。

## (2) 通り抜けの2項道路の事例

別稿での指摘した事例ではあるが<sup>(52)</sup>、川崎市平成26年10月15日裁決<sup>(53)</sup>をみてみよう。この事案は、両トバ口が基準法上の道路と接続している2項道路の廃道申請が争点とされた。具体的には、一方のトバ口の道路敷地所有者が、自己の敷地に接する2項道路の所有道路敷地の廃道を申請し、川崎市が申請拒否処分を行ったことを争ったものである。この事案では、仮りに、廃道申請を認めても、この2項道路は、もう一方のトバ口も基準法上の道路に接続していることから、この路線に接する全員が廃道がなされても不接道敷地とはならない状況であった。

また、この事実を前提とした場合、仮定の例ではあるが、この2項道路の路線に建築敷地が接している道路敷地所有者は、路線のまん中の者であれ、トバ口から2軒目の者であれ誰でも、一番最初であれば、自己の敷地の2メートル部分をのぞき、廃道申請を行ったとしても、他の全員は、道は、両はしのトバ口は基準法上の道路に接する行き止まりの2項道路となるだけであり、不接道敷地は一切生じない状況である。要するに、この路線のうち1人だけは、確実に他に不接道敷地を生じさせずに廃道申請が可能となる。

しかし、これは、通りぬけという道路機能を完全にそこなうこととなる。川崎市裁決は、この点、「本件私道全体の現状の機能と当該規定の制度趣旨を勘案し、承諾を必要とする権利者の範囲を判断する必要性がある」と述べて川崎市の申請拒否処分を合法と判断している。

洞澤教授の見解<sup>(54)</sup>に従えば、それは「接道義務違反を生じさせない限り道路敷地権利者の意思に委ねられている」<sup>(55)</sup>のであるから、川崎市のケースは、廃道申請が認められることとなるのであろう。

筆者には、このような、きわめて不合理な結論を判例が導き出しているとは思われない。具体的な事件は、具体的な事実との関係で判断されるから、川崎市のようなケースがもし裁判所で争われた場合、裁判所が1項5号と2項を同様の要件で判断するとは限らないと考えるべきであろう。

事例判決をベースに、判例法理全体を不合理な理解に至らせることはできないように思われてならない。

また、洞澤教授は、「路線」の廃道のみイメージし「一部」廃道を考慮していないのではないかと思われる。これも、実務から言えば、非現実的である。

### (3) 事実上の廃道及び3号道路との関係

次に、本件は事例判決的判断とはいえ、野口和俊弁護士が指摘するように事実上の廃道を認めた点に判例としての意味があるが、(2)とも関連することとして、2項道路は、告示要件たる1.8メートルを充足していないものが現実にはめずらしくないという事実がある<sup>(56)</sup>。すなわち、敷地の道路境界線は、現実には幅員1.8メートルのラインを道側を超えてくい込んでおり、1.8メートルラインを越えてくい込んだ部分は事実上は敷地となっているから、事実上の廃道状態に、長期間、おかれているものである。この場合、廃道申請により廃道処分を求める前提として事実上の廃道を認めるとするならば、通りぬけの場合、他の路線上の敷地は不接道とならないから、いつかは、4メートルの道路が完成するという42条2項の制度趣旨は、完全に頓挫するという結果に至ることとなる。

この点で、興味を引かれるのが、あまり論じられることのない3号道路に関する最近の中野区建築審査会裁決にかかる事案である。3号道路は、基準時以

前から4メートル幅員が確保されている道路を、基準法でも道路と認める制度である。すなわち旧法上も現行法上の道路要件を充たしているものを道路とする制度である（従って、指定等の処分は存在しない）。つまり、指定処分という行政処分が存在しないので、公的には、どこが正確な道路境界線か確定しているとは言えない場合がある。

そこで、確井光明教授の説明をみてみることにしよう、それは、「法第3章の規定が適用されるに至った際『現に存在する道』（＝現存道路）」<sup>(57)</sup>であり、「法42条3号の規定によって直接道路として扱われるのであるから、行政処分が介在しているものではない」<sup>(58)</sup>というものである<sup>(59)</sup>。そして、この3号道路は、当然私道もありうるし<sup>(60)</sup>指定処分が不要どころか、従来からの実務では、「公告などの手続を要せず同法上の道路」<sup>(61)</sup>として扱われる。

そこで、この3号道路は、処分や広告という行政の意思（あるいは確定行為）<sup>(62)</sup>は存在しないから、事実上の廃道は、当然にありうる。そして、これを前提とした廃道申請も、当然、可能となる。

このような事態を予想させる事案が、中野区建築審査会平成30年4月11日裁決<sup>(63)</sup>である。

中野区のケースでは、通りぬけの道路が争点とされた。審査請求人は、自己所有の土地の隣地に建築予定の建築物は、3号道路の敷地境界線が、審査請求人の主張どおりであれば、それは不接道敷地になるというものであり建築確認処分取り消しを求めた。一方、処分庁（指定確認検査機関）の主張は、審査請求人の主張する道路境界線の内側に3号道路の境界線があり、この場合には不接道とはならないというものだった（なお、審査請求人主張の境界線と処分庁主張の境界線の間の道路敷地は、審査請求人の所有するものとも主張されている）。裁決書の本稿との関連で注目すべき点は、以下の部分である。

すなわち、「特定行政庁は、沿道の地権者等の合意等があれば、1項3号道路の位置についてその認定を変更するという実務をとってきた模様である……

(略) ……そうすると、前面道路屈曲部分の沿道の地権者が、幅員 4 m を相当程度超過している道路部分を、合意の上で狭めることも実際問題として可能であったと思われ、そうであるとする、基準時よりも後の一定時期に地権者等が合意によって基準時よりも幅員を狭めた結果を反映している」という判断である。

このことから、次の点を指摘しうるであろう。まず、実務としては、沿道の地権者等の合意を求めてきたという点である。これは、道路であったものを道路として維持するという理解に立っているものと思われる。

次に、この事案では、処分庁及び建築主は、長期間占有しており、事実上廃道されているとの主張を（具体的事案では主張はしていないが）審査請求人の主張に対し行い、不接道ではないとの主張を行い得た。つまり、廃道の主張が可能である。

最後に、廃道の主張が可能であるということは、この事案とは異なり、前面の 3 項道路の敷地が自己の所有にかかるような場合、2 メートルの接道部分を残し、廃道処分を求める申請が可能となる。加えて、位置が公定的に行政処分等で確認されていない 3 号道路にあっては、このようなことは、当然、予想される。

従って、3 号道路の場合、道路が道路になることを予定することから、不接道敷地となる土地所有者のみならず、沿道の関係権者全員の承諾が必要と解すべきであろう（「事実上の廃道」を正面から認めた場合、行政実務上、きわめて重大な問題を引き起こすことになるケースのありうることに留意すべきであり、これへの対応を考えるべきというのが本稿の立場である。そこで、認める基準の定立が求められる）。

以上のような観点からも、洞澤教授の、「取り消しが接道義務違反を生じさせない限り道路敷地権利者の意思に委ねられている」<sup>(64)</sup> という見解は、事実上の廃道と主張しうるような現実の道や道路が多いことから、不合理であると言わざるを得ない<sup>(65)</sup>（通りぬけの場合、沿道のうち、一人のみが、他に不接道敷地を生

じさせず、この見解は可能とすること及び、1.8メートルの幅員のない2項道路等を、もう一度、思いだしてほしい。

#### (4) 判例への視点

以上のように、そもそも1項5号と2項や3号道路とでは、接道要件のみの充足を目的とした制度と、道路となる、あるいは道路を道路として認め、道路機能を将来にわたって整備する制度としてそれぞれ相違があり、このことが、前者では私人による申請、後者では、行政庁からの一方的行政処分、あるいは処分不要との法的構成の違いとなっていることを知り得た。

ところで、洞澤教授は、1項5号と2項について「近年の裁判例も両者を区別していない」<sup>(66)</sup>と断定されている。はたして、そう理解すべきなのであろうか。

洞澤教授が、その論拠として指摘している判例が、2項道路に関する大阪地裁平成14年7月12日<sup>(67)</sup>及びその控訴審たる大阪高裁平成15年2月18日判決<sup>(68)</sup>である。この事案は、1項5号位置指定道路と2項道路の廃道申請が同時になされたものである。

しかし、この2つの判例は、かつて筆者が別稿で指摘したように<sup>(69)</sup>、この廃道申請の対象となった具体的な道は、ほぼ道路としての機能や形状がなくなっているようなものであったと聞いているし、この道に接しているのは一軒のみで、しかもこの一軒も幅員約12メートルの別の道路に接し接道要件を満たしているというものだった（そのような意味では、新宿区の本件事案に近いともいえようか）。つまり、沿接権利者に同意を求める必要性が全くないと考えられる事例であり、しかも、事例判決的な、まさに判決である。すなわち、裁判所も、1項5号と2項の相違等に言及する必要性はない事案であり、これをもって、「近年の裁判例も両者で区別していない」<sup>(70)</sup>とは、とうてい言えない事案であるように思われる。2項道路に則してみても、その目的である、将来、道路に

なるということが、もはや予定し得ないような事案であったようである。

次に洞澤教授が掲げているのが、東京地裁平成 19 年 6 月 29 日判決<sup>(71)</sup>、その控訴審たる東京高裁平成 19 年 12 月 19 日判決<sup>(72)</sup>である<sup>(73)</sup>。

しかし、このケースは、東西 2 本の道路（西側が争点とされた道路）に接している隣地土地所有者が、将来、敷地を 2 つに分割した場合、西側に接する部分の不接道となると主張し、裁判所は、この抽象的利益をこれが無効確認訴訟での訴えの利益にあたるのかどうかという訴訟要件を判断したにとどまるものである。しかも、この 2 つの判決には、図面等も付されていないうえに、練馬区が廃道処分を行うに至った経緯やそれを支えるどのような状況の 2 項道路であったのか（例えば、通りぬけなのか、道路形状があるのかどうか、立ち並びの状況はどうか）については全く判決文ではふれられていない。具体的事実関係を考慮することなく、これをもって、1 項 5 号と 2 項を同一に扱ったとする判例とみることはできないように思われる。

以上のように、川崎市建築審査会にかかる事案のようなものについて裁判所が 1 項 5 号と同じと判断したのであれば別だが、そうでない限り、裁判所の判決の全てが、一般論として、1 項 5 号と 2 項を同じ要件で判断している、あるいはそれを前提としていると断定することはできないのではないだろうか。

例えば、仮りに本件（新宿区の例）が 1 項 5 号ではなく、2 項道路であったと仮定してみた場合、道路形状は全くなく、不接道敷地も全くないことから、沿接土地所有者等の承諾について裁判所は判断を示す必要はない。従って、このようなケースでの評釈で、しかも、ほぼこれに近い大阪地裁・高裁の例をもって、1 項 5 号と 2 項を判例が同じと扱っているとの結論とするには、無理があるように思われる。

そもそも、2 項道路の廃道申請の場合、道路形状のない場合や道路として維持する必要のない場合が多いということが想定され、一部廃道のような例が少ないことが、洞澤教授のような誤った見解に至る原因ではないかと考えられる。

## (5) 立ち並び要件との関係

なお、最後に、2項道路は、1項5号と異なり、法律要件として指定にあたって立ち並びをその要件としている。この点、碓井光明教授は、「複数の建築物が沿接して存在するのみならず、当該道を中心に建築物が並んで市街地の一面を形成し、一般通行の用に供され、かつ、防災、衛生等の面で公益上重要な機能を果たす状況にあることが必要であるとする説……(略)……(東京高裁昭和57・8・26行集33巻8号1690頁、最高裁昭和59・7・17判例地方自治8号101頁)……(略)……に賛成したい」<sup>(74)</sup>とされており、筆者も合理的な理解であると思う<sup>(75)</sup>。すなわち、この法律要件から理解しうるように、2項は接道のみを考えた規定ではない。

以上のような理解で立ち並び要件を見た場合、基準法上の道路として完成することが行政の意思による一方的処分としての2項道路であるから、このような2項道路を廃道する場合(まさに川崎市のケースは、この典型とも言えるものである)、沿接敷地の所有者の承諾は必要となる。指定の時の法律要件を無視して、廃道の要件を考えるべきではない。

この立ち並び要件等の判例を合わせて読んだ場合、判例が1項5号と2項とを全く同じとしていると読むことはできないのではないと思われる。

## 九 2つの信義則適用の場面

一般法理としての信義則が、行政上の法律関係にも適用されることは周知の事実である<sup>(76)</sup>。

この一般法理たる信義則では、本件にあっては、2つの場面で、その適用が考えられる<sup>(77)</sup>。

第1の場面は、本件原告は、かつての本件土地上の建築物につき、本件位置

指定の道路は存在しないものとして東京都建築主事から建築確認を得ている点である。

そして、第2の場面は、隣地建築物と新宿区との間でのこの一般法理の適用問題である。

まず、第1の場面について、わずかばかりの検討を加える。参考となるのは、平成19年12月26日東京地方裁判所判決<sup>(78)</sup>であろう。このケースでは2項道路が争点とされ、行政的判断として過去に2項道路として扱っていなかったとしても法律上の要件を充足している場合それは、信義則をもって2項道路に該当しないとすることはできないと判示している<sup>(79)</sup>。そうであるとするなら、過去における東京都建築主事の建築確認をもって信義則違反との主張を構成しづらかったと考えられ、むしろ平成19年東京地裁判決は、過去の取扱いがどうであれ、法律要件等を充足しているかどうかで判断しているので、本件でも、現実に築造された位置指定道路は、その後、こわされ無くなっているという現実によったものと考えられる。

それでは、第2の場面はどうであろうか。この点に言及するのが、野口和俊弁護士の評釈である。野口弁護士は本件隣地マンションにつき、「マンションを建設した事業者や設計者は、行政とも事前協議を経たうえで建築確認を受けたのではないだろうか」<sup>(80)</sup>と指摘した上で、東京高裁判決により隣地マンションは違反建築物となるが、「違法建築物と化した……(略)……マンションに対して、区が是正を命じることには問題があるだろう。建築確認は指定確認検査機関が行なったものだが、確認に際して道路の存否などについて特定行政庁に照介し……(略)……その意見に従っていると考えられ、行政の責任は否定できない」<sup>(81)</sup>と指摘されている。そして、その根底にあるのは、おそらくは信義則による構成であろう。

この野口弁護士の指摘を前提とした場合、一般論として、道路の廃道の場合、判決により違反建築物となる建築物が生じることは予想されるから、この違反

建築物とされた建築物の所有者等の救済ルートも検討しておくことが必要となる<sup>(82)</sup>。

本件の場合、仮りに判決を受けて、新宿区が是正命令を発出した場合、隣地マンションは、信義則を理由として処分取消訴訟を提起することが考えられる。しかし、さらに、一步、進めて考えるとすれば、「先にずらされた取消訴訟」<sup>(83)</sup>とも呼ばれる抗告訴訟としての差止訴訟も検討する価値がありそうである。この点、感想程度のコメントを付すとすれば、建築基準法上の是正命令は、制度上、命令を行政庁が行うことができるという裁量規定となっている<sup>(84)</sup>。そこで、是正命令を行わない裁量権があるわけだから、差止訴訟は有効な救済ルートであるように思われる。

また、是正命令の内容は<sup>(85)</sup>、除却の他、改築や使用禁止、使用制限も含み、刑事罰での担保もあり、差止訴訟の要件を充足する可能性があるのではなかろうか。今後の検討課題としたい。

## 十 結びに代えて

本稿では、最高裁昭和47年判決<sup>(86)</sup>については別稿で分析を加えているので<sup>(87)</sup>、あえて、その分析は行わない。ただ、感想のみを付け加えるとすれば、最高裁昭和47年判決も特定の事情や事実の下で示された判断であることは思い出されるべきであろう。わが国の評釈等は、このような判例から、普遍的なルールをやや強引に導き出そうとしているような印象を受ける<sup>(88)</sup>のは筆者だけであろうか。野口弁護士の評釈をのぞき、事実上の廃道に言及がない・あるいは不十分なのは、このような点に起因しているのではないだろうか。

むしろ、一般基準は建築基準法が1項5号、2項、3号等について、どのような法的仕組みをとっているのか、これが基本であるべきではないであろうか。

加えて、現実の道は、その道路形状等千差万別である。この具体的事実を無

視して、判例を見るべきではないのではないか。一般基準も、これを土台に求めるべきであろう。

最後に、本判決が実務に与える行政実務上の影響を考えれば、やはり「事実上の廃道」を認めた点、そして判決により訴訟当事者以外の者が、違反建築物となった場合への法的対応であろう<sup>(89)</sup>。野口弁護士の評釈をのぞくと、代表的本件評釈が、これらについて十分な検討を加えていないのは残念である。この「事実上の廃道」にこそ、事例判決的な本件の意義があるので、この点への言及がない、又は不十分である場合、評釈として争点や意義を見落としていると指摘されても、やむを得ないであろう<sup>(90)</sup>。

## 注

- (1) 例えば、憲法との関係での筆者の最近の論稿として、田村「狭隘道路行政と公費による工事受忍義務の法的構成——2項道路を中心に——」明治学院大学法学研究第102号57頁以下(2017年)。
- (2) 43条但書道路については、田村「建築基準法43条但書許可と自治体実務の動向——『通路協定』の法的性格序論——」北村喜宣＝山口道昭＝磯崎初仁＝出石稔＝田中孝男編『鈴木庸夫先生古稀記念 自治体政策法務の理論と課題別実務』50頁以下(第一法規、2017年)。
- (3) その代表的文献として、およそ私道との発想が強いように思われる東京地裁昭和46年5月29日判時629号53頁の評釈たる中西又三・判例評論第152号14頁以下(1971年)。なお、筆者から見れば、中西評釈は、私人の公法行為という言葉に、拘泥しているように思われ、それが相違を見おとしている原因ではないか。
- (4) この点、田村「建築基準法42条2項道路の廃道申請・撤回処分と承諾書——1項5号道路との区別——」明治学院大学法学研究第99号42頁以下(2015年)。本稿での誤植を、ここで訂正する。それは「大坂」を「大阪」(29頁、32頁等)。
- (5) 平成27年度特別区建築審査会年報48頁。
- (6) 判時2325号30頁、判タ1431号177頁。
- (7) 判時2325号21頁。
- (8) 最近、筆者は、具体的判例につき、判例評釈ではなく、論文形式で詳しく分析する必要を感じている。最近の筆者の試みとして、田村「都市計画法32条の公共施設管理者の不同意と処分性——平成25年高松高裁・平成24年徳島地裁判決

- を中心に」行政法研究第25号39頁以下(2018年)。なお、この論文には誤植があるので、ここで訂正する。52頁5行目「倫理」→「論理」、59頁注(72)「注釈」→「評釈」、「不動産研究」→「不動産研究」。
- (9) 最近、筆者は、この建築行政での紙の上の姿と現実のズレとの問題に強い関心を有している。例えば、水路敷が暗渠化され道路状に整備された場合、現実の敷地面積と紙の上の敷地面積あるいは道路境界線にズレが生じたり(なお、このような場合、水路敷は国に帰属しているので無番地の場所も生じる例がある)する場合などである。また、長期間の事実上の占有により時効取得の問題も生じよう。
- (10) 本稿では、仕組みという視点を入れているが、仕組み解釈については、最も代表的な文献として、塩野 宏『行政法Ⅰ〔第6版〕行政法総論』66頁(有斐閣、2015年)。
- (11) 関 哲夫『新訂 建築基準法の基本問題』289頁(ぎょうせい、1989年)。
- (12) 現在までの代表的評釈として、洞澤秀雄・自治研究第94巻第5号139頁以下(2018年)、久末弥生・新・判例解説 Watch 環境法70号1頁以下(2017年)。
- (13) この点で、この平成28年判決が、「事実上の廃道」を正面から認めたとする評釈として、野口和俊・日経アーキテクチュア2018年8月23日号24-25頁。また、本稿注(15)の判例時報コメントもこの「事実上の廃道」を指しているのではないかと思われる。この形式審査に関する筆者の論稿として、田村「建築確認と行政争訟での裁決・判決時説——『二重敷地』と違法判断の基準時——」明治学院大学法学研究第95号51頁以下(2013年)。筆者の見解を批判する文献として、阿部泰隆『行政法再入門(下)』163頁(信山社、2015年)。
- (14) 洞澤・前掲評釈注(12)143頁。
- (15) 東京高裁判決判例時報コメントも「本判決は、第一審判決のような一般論は避けて、本件の実実関係(道が無くなった時に接道義務を満たさない土地の発生などのトラブルが生じておらず、道路位置指定の必要性は消滅した。)に則した判断を行った」(判例時報2325号21頁)と述べて、2つの判決の関係を捉えている。
- (16) 田村・前掲論文注(4)40頁以下。
- (17) 関連する代表的文献として、野口和俊「新設は簡単だが廃止は面倒 位置指定道路が抱える問題点とは」日経アーキテクチュア2003年9月1日号42頁以下、内山忠明「私道の廃止」日本法学第66巻第4号90頁以下(2001年)、実務書として、末光祐一『Q & A 道路・通路に関する法律と実務』(日本加除出版、2015年)。
- (18) 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎『特別法コンメンタール 改訂 建築基準法』372頁(第一法規、1984年)。
- (19) 逐条解説建築基準法編集委員会編著『逐条解説 建築基準法』703頁(ぎょうせい、2012年)。

- (20) 末光・前掲書注 (17) 136 頁。
- (21) 野口・前掲論文注 (17) 42 頁。
- (22) 碓井光明『都市行政法精義Ⅱ』183 頁 (信山社, 2014 年)。
- (23) 最高裁平成 9 年 12 月 18 日民集 51 卷 10 号 4241 頁, これを引用し, 判例を詳細に分析する, 碓井・前掲書注 (22) 186 頁。
- (24) 理解しやすい説明として, 安本典夫『都市法概説〔第 3 版〕』125 頁 (信山社, 2017 年)。
- (25) 承諾書については, 最も代表的文献として, 碓井・前掲書注 (22) 186 頁以下。
- (26) 例えば, 「私道敷地権利者も, 廃道により負担を免れるという利得を得るだけで不利益を格別受けない」(野口・前掲論文注 (17) 43 頁)。
- (27) 洞澤・前掲評釈注 (12) 146-147 頁。
- (28) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (29) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (30) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (31) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (32) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (33) 野口・前掲論文注 (17) 43 頁, 同様の見解として, 碓井・前掲書注 (22) 194 頁。
- (34) 野口・前掲論文注 (17) 43 頁。
- (35) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (36) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (37) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (38) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (39) 野口・前掲論文注 (17) 43 頁。
- (40) 別のページでは, 「沿接敷地権利者の承諾は, 取消しにより接道義務違反が生じない限りは不要」(洞澤・前掲評釈注 (12) 148 頁)。
- (41) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。なお, 「道路敷地所有者について…… (略) ……承諾が必要」(洞澤・前掲評釈注 (12) 147-148 頁) ともされているので, 一般論の可能性もある。
- (42) この点, 東京高裁判決文では, 判時 2325 号 22 頁, わかり易い図として, 同 30 頁, すなわち, トバ口の隅切り部分 1 平方メートルである。東京地裁判決での認定でも, 「本件土地の面積は 73 平方メートルであり, その余のいわゆる隅切り部分である隣地…… (略) ……土地の面積は 1 平方メートルである」(判タ 1431 号 179 頁) とされている。
- (43) 久末教授の評釈は, 「廃道を求める者は道路敷地の権利者の承諾書を添えて申請するのが一般的」(久末・前掲評釈注 (12) 4 頁) とするが, 本文でも指摘したよ

うに、これらは制限を解除される者であり、むしろ承諾が不要とされる性格のものである。

- (44) なお、洞澤教授の見解が、本稿注(41)で示したように、まさにこの問題についての教授の一般的見解であるとすれば、道路敷地所有者の承諾は必要とされるが道路権利者の承諾は必要がない(洞澤・前掲評釈注(12)147-148頁)ということとなろうから、この場合でも、制限が解除される権利者の承諾を求めることとなろう。
- (45) 2項道路に関する筆者の主要な論稿として、田村「行政事件訴訟における訴訟ルート選択の混乱と処分性の問題——建築基準法上の『包括指定』たる2項道路を契機として——」明治学院大学法学研究第76号125頁以下(2003年)、同「建築基準法上の2項道路と行政事件訴訟法上の処分性再論——当事者訴訟の利用と立法論への要望——」明治学院大学法科大学院ローレビュー第7号4頁以下(2007年)、同「建築基準法上の2項道路と条例等による協議手法——協議内容違反と自治体による民事訴訟の可否——」慶應義塾大学法学研究第81巻第12号347頁以下(2008年)、同「建築基準法上の『2項道路』と旧物法上の『建築線』(1項5号道路)に関する政策法学的分析——行政訴訟での政策目標の判断の視点から——」明治学院大学法学研究第89号1頁以下(2010年)、同「建築基準法上の2項道路と救済——改正行政事件訴訟法と行政不服審査法をめぐって——」慶應義塾大学法学研究第78巻第5号271頁以下(2005年)、同「2項道路と公法上の法律関係確認の訴に関する訴訟法上の覚書——即時確定の利益・判決の効力の検討——」明治学院大学法学研究第93号151頁以下(2012年)、同「建築基準法上の2項道路と公法上の法律関係確認の訴での違法性——違法性承継論を手がかりに——」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立150年記念論文集 慶應の法律学 公法Ⅱ』181頁以下(慶應義塾大学法学部、2008年)、同「狹隘道路行政と公費による工事受忍義務の法的構成——2項道路を中心に——」明治学院大学法学研究第102号57頁以下(2017年)。
- (46) この点につき、田村・前掲論文注(4)42頁以下。内山・前掲論文注(17)98、118-119頁。
- (47) 碓井・前掲書注(22)181頁。
- (48) 代表的文献として、金子正史『まちづくり行政訴訟』63頁以下(第一法規、2008年)。
- (49) 金子・前掲書注(48)64-65頁。
- (50) 金子名誉教授はこれを、「2項道路は、非常に長期間を経ることにより、幅員4メートルの道路を確保することを想定した制度」(金子・前掲書注(48)65頁)とされている。碓井光明教授も、「長期的には、沿道の既存の建築物がすべて建て替

## 建築基準法上の位置指定道路と事実上の廃道及び行政実務への影響

えられ、あるいは改築されて、境界線まで後退することによって幅員 4 メートルの道路を確保することを狙っている制度」(碓井・前掲書注 (22) 197 頁) とされている。

- (51) 洞澤・前掲評釈注 (12) 146-147 頁。
- (52) 田村・前掲論文注 (4) 32 頁以下。
- (53) 平成 26 年度神奈川県特定行政庁建築審査会実務実績・審査請求例集。
- (54) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (55) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (56) この点、行政実務家へのヒアリングによる。平成 28 年東京高裁判決が「事実上の廃道」を認めたと評価されているので(野口・前掲評釈注 (13) 24-25 頁)、これとの関係は重要と考える。
- (57) 碓井・前掲書注 (22) 176 頁。
- (58) 碓井・前掲書注 (22) 177 頁。
- (59) 3 号に該当しないことが、2004 年行政事件訴訟法の公法上の法律関係確認の訴で認められた札幌地裁平成 25 年 4 月 15 日判時 2197 号 20 頁を争訟の例として碓井教授は指摘している(碓井・前掲書注 (22) 177 頁)。そこで、道路境界線の位置等についても、同様の訴訟ルートによるものと思われる。
- (60) 碓井・前掲書注 (22) 177 頁。
- (61) 荒 秀編『建築法規入門』113 頁(有斐閣ビジネス, 1995 年)。
- (62) 「確定行為」については、塩野・前掲書注 (10) 134 頁以下。
- (63) 平成 30 年特別区建築審査会年報登載予定。
- (64) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (65) そもそも、建築基準法やその関連法令は、従来からまち作りという政策目的を有している(この点、塩田徳二『建築行政と道路問題(杉並区狭あい道路拡幅事業とその実態)』(財団法人杉並まちづくり公社, 1999 年)。2 項や 3 号道路のように道路にすること、道路機能を維持する制度で、接道要件のみに目を向けることは、この政策目的にも反することとなる。なお、洞澤・前掲評釈注 (12) 及び久末・前掲評釈注 (12) は、ともに、この事実上の廃道に本件判決の意義がある点を、十分に捉えていない(筆者の印象からは見落としている)ように思われる。事例的判決を一般化しすぎているからではないだろうか。
- (66) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (67) 裁判所ウェブサイト 28152262。
- (68) 裁判所ウェブサイト 28151711。
- (69) 田村・前掲論文注 (4) 29-32 頁。なお、裁判所ウェブサイトでは図面等がこれらの判例には添付されていない。他の自治体職員とはいえ、筆者の当時の建築

行政担当の職員へのヒアリングによれば、現実の具体的な場所は、ほぼ道路形状や機能がいないというのが事実であるようである。また、筆者は、現場の写真を見る機会を得たが、大部分は駐車場となっており、道路形状は、ほとんどない状況と言ってよいようである。従って不接道敷地も含めこれに沿接し接道している土地所有者等も全く考慮する必要のないケースである。

- (70) 洞澤・前掲評釈注 (12) 147 頁。
- (71) 裁判所ウェブサイト。平成 18 年 (行ウ) 220。
- (72) 裁判所ウェブサイト。平成 19 年 (行コ) 247。
- (73) 洞澤・前掲評釈注 (12) 145 頁。
- (74) 碓井・前掲書注 (22) 199 頁。
- (75) また、参考となる判例として、東京地裁平成 19 年 2 月 22 日判時 1963 号 78 頁。これを引用する、碓井・前掲書注 (22) 206-207 頁。
- (76) この点を詳細に説明する代表的テキストとして、大橋洋一『行政法 I 〔第 3 版〕現代行政過程論』43-48 頁 (有斐閣, 2016 年), 宇賀克也『行政法 I 行政法総論〔第 5 版〕』43-53 頁 (有斐閣, 2013 年)。最近の代表的論文として、中川丈久「行政法における『信義則』と『権利濫用禁止』の概念」法律時報第 90 巻第 8 号 22 頁以下 (2018 年)。論文集として、乙部哲郎『行政法と信義則』(信山社, 2000 年)。関連する最近の文献として、大橋洋一「民法原理・民法規定の行政法における受容と変容」法学教室第 457 号 (2018 年)。
- (77) なお、建築行政での信義則については、田村「建築基準法上の 2 項道路と施行規則の改正に伴う行政訴訟での要件判断——信義則に関する 2 つの判例を手がかりに——」明治学院大学法学研究第 85 号 1 頁以下 (2008 年)。
- (78) 判例集未登載、東京地裁平成 19 年 (行ウ) 122 号。
- (79) この判例の分析としては、田村・前掲論文注 (77) 10-17 頁。
- (80) 野口・前掲評釈注 (13) 25 頁。
- (81) 野口・前掲評釈注 (13) 25 頁。
- (82) 違反是正命令の場合、取消訴訟の他、従来は、命令の発出を求める義務付訴訟やそれと関連する国家賠償訴訟が多く論じられてきた。この点、碓井・前掲書注 (22) 142 頁以下。
- (83) 阿部泰隆『行政法解釈学 II 実効的な行政救済の法システム創造の法理論』307 頁 (有斐閣, 2009 年), それを引用する大橋・前掲書注 (76) 245-246 頁。
- (84) この点の分析として、碓井・前掲書注 (22) 142-149 頁。
- (85) このような法の内容についての分析として、碓井・前掲書注 (22) 137-139 頁。
- (86) 最 (3 小) 判昭和 47 年 7 月 25 日民集 26 巻 6 号 1236 頁, 判時 680 号 35 頁, 判タ 283 号 134 頁。

- (87) 田村・前掲論文注(4) 34 頁以下。
- (88) 本件は「事実上の廃道」を認めた点に意義があるので(野口・前掲評釈注(13)・判例時報コメント注(15)参照)、例えば、「昭和 47 年最判を含む建基法の解釈」(洞澤・前掲評釈注(12) 247 頁)。また、久末教授の評釈は、「最高裁昭和 47 年判決自体についても積極的な意義を見いだそうとする本判決」(久末・前掲評釈注(12) 4 頁)とされるが、これらの見解は、筆者には、よく理解できない。特に、久末教授の評釈は、地裁判決は「平成 11 年地方自治法改正を前面に押し出すかたち」(久末・前掲評釈注(12) 4 頁)として、御自身の見解を示されている。しかし、高裁判決は「事実上の廃道」を認めたので承諾書を不要とする結論に至った(この見解は、野口和俊弁護士からの御教示による)というのが合理的理解であろうから、昭和 47 年最高裁判決に何か積極的意義を与えた(久末・前掲評釈注(12) 4 頁)判例と高裁判決を読むことはできないであろう。このように高裁判決は、事実上の廃道から帰結しているので、やはり、最高裁昭和 47 年判決等から示された判断(洞澤・前掲評釈注(12) 247 頁)と位置付けうるものでもないであろう。最判 47 年判決については、各裁判所は「事案が異なる」で対応可能である。
- (89) この点、野口・前掲評釈注(13) 参照。
- (90) なお、本年(2018 年)建築基準法 43 条但書が改正された。本稿で論じたことに類似する問題は、従来から、この 43 条但書の「協定通路」(田村・前掲論文注(2) 参照)でも生じている。改正法の各自治体の今後の運用を注視してゆく必要であろう。この改正については、国土交通省住宅局建築指導課・市街地建築課から平成 30 年 7 月「建築基準法の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備等に関する政令案及び建築基準法施行規則の一部を改正する省令案並びに関係告示の改正案について(概要)」が出されている。

(追記)

鈴木庸夫先生の指導教授市原昌三郎先生と私の指導教授金子芳雄先生は、明治学院理事も務め、又、草創期の明治学院大学法学部でゼミも担当された(白金法学会会員よりの聞き取り)田上穰治先生の兄弟弟子であった。又、市原先生は慶應義塾大学大学院において科目も担当され、筆者も受講させていただいた。このような関係から鈴木先生からは若いころより多くの御配慮をいただいた。この論文を感謝のしるしとして鈴木庸夫先生に捧げたいと思う。田上先生の明治学院での軌跡は、筆者の今後の研究課題の 1 つとしたい。