

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——

田 村 泰 俊

目 次

- 一 問題の所在
- 二 2 項道路と同意書（承諾書）の不存在を理由とする不許可を違法とする判例
 - （1）大坂地方裁判所平成 14 年判決
 - （2）大坂高等裁判所平成 15 年判決
- 三 2 項道路と同意書（承諾書）の不存在を理由とする不許可を合法とする裁判例
- 四 従来の関連判例
 - （1）最高裁昭和 47 年判決
 - （2）最高裁平成 20 年判決
 - （3）岡山地裁平成 11 年判決
- 五 廃道の法的仕組みと新たな視点の必要
 - （1）一般論
 - （2）1 項 5 号道路と 2 項道路の区別の必要
- 六 二重効果的行政処分との関係
- 七 撤回理論との関係
- 八 結語

一 問題の所在

建築基準法 42 条第 2 項が適用される道、いわゆる 2 項道路や 42 条 1 項 5 号の位置指定道路の土地所有権は、私人にある場合が多い。

この場合、建築敷地が建築基準法上は問題なく要件がととのった道路と 2 項道路双方に接しているような場合、この敷地が要件のととのった道路に接し、

法律の定める接道要件等を充足し、建築物の建築が可能であることから、敷地に接する 2 項道路等の廃道申請がなされることがある。

この廃道申請に対し、特定行政庁は、その 2 項道路等の路線に接道している他の敷地所有者の同意書（実務上は「承諾書」と呼ばれる）を、この廃道申請にあたり求めるという実務が建築行政の現場では行なわれることがある。

そして、この同意書（承諾書）を申請者が得られない場合、廃道申請に対し不許可処分が行なわれた場合、同意書（承諾書）の不存在を理由とすることを違法とみるのか合法とみるのかが、実務上、問題となっている。

これについて、最近の下級審判例や建築審査会の裁決例は、その判断が分かれている。

ところで、この行政実務やそれに法的評価を与えている判例・裁決例には、検討を加えてみるべき点が多いように思われる。

その第一が、下級審判例の位置付けやその射程距離をどうとらえるのかという問題であり、そこには法 1 項 5 号道路と 2 項道路の相違が十分に意識されていないのではないか。

第二は、行政法学の理論面、具体的には、二重効果的（複効的）行政処分論そして撤回理論との関係である。

そして第三に、そもそも、建築基準法 42 条第 2 項等の趣旨・目的（政策目的）をどう捉えるのかという根本的問題がある。

まず、第一の点、下級審判例の位置付け、あるいは射程距離を検討する必要は、次のような点に求められる。それは、最近の建築基準法関係の下級審判例の傾向として、ある判決が出ると、その後は、それが無批判的に、別の裁判所でもほぼそのままくり返し利用される場合が見受けられる⁽¹⁾。

そこで、本稿では、2 項道路に関係がみられる廃道申請と同意書（承諾書）につき判示されている数少ない下級審判例を事例判決としてとらえ、同じく 2 項道路をストレートに扱った川崎市裁決と区別し、同意書（承諾書）の不存在

を理由とする不許可処分が合法であることを論証することとしたい。

この本稿の結論との関係で、第二及び第三の点からの分析が加えられることとなる。

それは、同意書（承諾書）は、廃道申請に対する審査という、行政処分の実体的内容として説明しうるのではないかという視点の提供を行いたいと考えている。同意書（承諾書）については、周知のように、例えば、廃棄物処分場予定地の付近住民から事業者にとることを求めるといった手続的な捉え方が多かったように思われる⁽²⁾。これに対し、本稿では、二重効果的（複効的）行政処分という実体的側面からのアプローチを加える試みを行ってみることとしたい。

加えて、それに関連し、撤回理論からの分析も行ってみることとしたい。

以上の点から、2 項道路に関しては廃道申請者に、路線に敷地を有する他の住民から同意書（承諾書）をとることを求めることは合法であり法的要請であるとの結論を導き出してみることとしたい。

そして、その結論を導くにあたり、2 項道路と 1 項 5 号道路との相違という視点をおり込んでみることにしたい。

二 2 項道路と同意書（承諾書）の不存在を理由とする不許可を違法とする判例

（1）大坂地方裁判所平成 14 年判決⁽³⁾

事実の概要は、次のようなものであった。本件で廃道申請を行った者は、所有する土地が一部は建築基準法 42 条 1 項 5 号での位置指定道路認定、一部が同法 42 条 2 項での私道認定がなされ（なお、現状は全て駐車場となっており道路形状は全くない）ている者であり、道路位置指定廃止及び私道認定廃止を求めた。

特定行政庁は、この位置指定道路を前面道路として使用している者の承諾書が添付されていないことを理由に廃止申請を却下した。そこで、この却下処分

の取消が求められた。

なお、本件では、この全面道路として使用している者は、一軒のみのようであり、この一軒は、その敷地は、別の、車道だけでも 10 メートル幅員を有する道路（歩道も含めると幅員約 12 メートルの道路）に接道している。

判旨は、却下処分を取消すとの判断を行い、次のように述べている（なお、承諾書の添付は、寝屋川市建築基準法施行条例をうけた施行細則にその定めがある）。

「位置指定道路及び 2 項道路は、私人が自己の所有する土地又は借地等を提供して築造する道路でその管理も私人が行うものであるから、本来私道の変更又は廃止は、原則として自由なはずであるところ、当該私道によって法 43 条の接道義務を満たしていた第三者の建築物の敷地がある場合には、当該指導が変更又は廃止されることによって違法な状態が生じうることとなるところから、法 45 条 1 項は、私道の変更又は廃止によって道路に接する敷地が法 43 条の接道義務に抵触することとなる場合に、特定行政庁は私道の変更又は廃止を禁止し、または制限することができるものとしているのである。

以上に照らすと、本件細則 4 条の 2 が、市長に対して私道の変更又は廃止の申請書を提出する場合に『当該道路を前面道路として利用している者の承諾書』を提出することを求めているのは、当該私道が変更又は廃止されることにより当該私道を前面道路として利用している者が所有あるいは占有する建築物の敷地が接道要件をみださなくなり、事後的に違法状態に陥るおそれがあることから、かかる不合理な結果が生じないようにするため、私道の変更又は廃止の申請書を提出するにあたり、上記『利用している者』の承諾書を提出することを定めたものと解される。しかして、本件細則 4 条の 2 は、私道の変更又は廃止により接道義務に抵触することになるかどうかを区別することなく、当該道路を前面道路として利用している者の承諾書を要求しているところ、上述の法 45 条 1 項の要旨及び本件条例及び本件細則の趣旨に照らすと、特定行政庁がかかる承諾書が提出されていないことを理由に手続要件を欠くとして申請を却

下することができるのは、当該道路につき私道認定が変更又は廃止されることにより当該道路を前面道路として利用している者の所有あるいは占有する建築物の敷地が法 43 条の接道義務に抵触する場合に限られるものと解される……（略）……本件位置指定道路が廃止されたとしても概ね 12 メートル以上の公道に接しており接道要件を満たしている……（略）……から……（略）……廃止申請を却下した本件処分は違法である」と判示している。

わずかばかりのコメントを、ここで付しておくこととする。まず、具体的事案処理としては、本件位置指定道路に接しているのは一軒のみであり、しかもその敷地は別の約 12 メートルの道路に接し接道要件を廃止により害されることはないので、妥当であると考えられる。

しかし、法の趣旨や理論面では、かなり問題があるように思われる。それは、まず、この判決は、「接道要件」にのみ目を向けている。それは、この判例が、「私道の変更又は廃止は、原則として自由なはず」としているところから言いうるのではないかと思われる。さらに、1 項 5 号道路と 2 項道路を区別することなく論理を展開している。

次に、後の川崎市裁決と比較すると理解できることとなるが、例えば、通りぬけの 2 項道路でしかも建築物が立ち並んでいる場合、この路線の建築敷地の所有者は、誰でも自己の所有または占有する敷地のうち接道要件たる 2 メートル部分を除き自己の所有または占有する敷地の他の前面部分の廃道申請が可能となる（すなわち他の立ち並んでいる者の接道は全く害さない）という全く不合理かつ不自然な結果をこの判決からは可能とされることとなる。この点は、後に、二重効果的（複効的）行政処分論から分析を加える。

最後に、この廃道申請に対する処分を特定行政庁の例から見れば、これは講学上の撤回にあたることとなる⁽⁴⁾。さて、本件位置指定道路および 2 項道路は、ほぼ道路としての形状が失われているケースであり、その意味では、事情変更があり、撤回理論からも何ら問題は存在しない事案であった。一方、本件判決

は、接道要件しか見ていないので、この判決論理からは、道路形状が残っており、現に通行に一般の人々が利用している場合にも廃道が可能とされる場合も生じることとなる。

(2) 大坂高等裁判所平成 15 年判決⁵⁾

本判決は、平成 14 年大阪地裁判決の控訴審判決である。本稿との関係部分については、次のように述べている。

「当裁判所も、複控訴人の控訴人に対する本訴請求には理由があり、これを認容すべきものと判断するが、その理由は、次のとおり付加するほか、原判決の事実及び理由……(略)……記載のとおりである」と判示している。付加された理由は、容積率や道路斜線制限の適用、そして水道管等のライフラインにつきそれは反射的利益であるとするものであった。

以上のように、原判決をそのまま追認するものとなっている。

三 2 項道路と同意書(承諾書)の不存在を理由とする不許可を合法とする裁決例

平成 26 年川崎市建築審査会裁決⁶⁾が、裁決例として存在する。

事実の概要は、次のようなものであった。本件では、道の両サイドにかなりの数の住宅が立ち並んでいる、しかも通りぬけの 2 項道路の廃道申請が問題となった。そして、この通りぬけの 2 項道路の両終端部はそれぞれ要件を備えた道路とつながっている。従って、両終端部の 4 軒分の敷地は、2 項道路にかかわりなく接道要件を充足している。そこで、一方の終端部に敷地を有する申請者が、自己の敷地の前面の部分についてのみ 2 項道路の廃道申請を行ったものであり、路線の他の敷地の所有者または占有者は、2 項道路への接道要件は何ら害されず、ただ、2 項道路が通りぬけができなくなり、路地上のあるいは行き止まりのある 2 項道路となるにすぎないものであった。特定行政庁は、申請

者の対面の敷地所有者の承諾書が存在しないことを理由に不許可とした。この不許可の取消を建築審査会に求め、1 項 5 号位置指定道路の私道廃止の判例理論と廃止により不接道敷地が生じないことを主要な論拠として、審査請求を提起したというものである。

なお、この承諾書は、川崎市建築基準法施行細則 16 条及び道路の位置の指定に関する取扱い要領にその法的根拠が定められている。

裁決は、本稿に関係する部分について、次のように述べている。

廃道部分が、行政処分の撤回にあたることを前提に、「本件関係権利者の承諾書は、審査請求人のように本件道路を廃止したいという積極的な動機付けではないにしても、これに同意する意向を確認するために必要なものであって、本件道路を廃止することに対し、本件関係権利者が承諾するということは、換言すれば、本件道路の廃止について共同して申請することとみなす」と対面に敷地を有する者の所有権から述べている。

そして、旧法たる市街地建築物法から昭和 13 年に幅員 4 メートル以上を求めた点などの経過をふまえ、「次第に幅員 4 メートルの道路が形成されてゆくことになる。当該規定の制度は、上記のとおり、既存建築物所有者の既得的地位の保護と、道路拡幅による一般公益増進の要請とを、巧みに調和せしめた……(略)……最高裁判所においても……(略)……2 項道路についてもこの点は同様である……(略)……判示しており」と 2 項道路の政策目的を確認している。

そこで本件では、「仮に本件道路が廃止された場合、本件私道全体のうち本件道路とは反対の一端の土地の権原を有するものが道路の変更又は廃止をしようとする、本件私道全体の両端が他の道路に接続しないことにより、道路としての機能が損なわれることとなるため、本件道路とは反対の一端の土地の権限を有する者は、道路の変更又は廃止をすることができなくなり、土地の利活用方法が制限され、私有財産権が制限されることとなり、所謂、二重効果的処

分である……(略)……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」とし、承諾書がないことを理由とする不許可を合法とし、請求を棄却している。

以下、わずかばかりのコメントを付しておく。

まず、承諾書による同意を実体法の仕組みから導き出していると見てよいようである⁽⁷⁾。その基礎理論として、撤回、二重効果的(複効的)行政処分論が利用されている。さらに、他の敷地の所有者、占有者の申請権侵害という理解がある。

四 従来に関連判例

(1) 最高裁昭和 47 年判決⁽⁸⁾

事実の概要は、次のようなものだった。なお、本件道については、異例なことではあるが、建築基準法上の適用条項に見解の相違がある。すなわち、本件道は、戦前、旧法たる市街地建築物法による建築線の指定が行なわれていた⁽⁹⁾。

そこで、この道については、本件第 1 審および第 2 審は、42 条 2 項道路として扱い、最高裁は 42 条 1 項 5 号の位置指定道路として扱っている。なお、本件に関する代表的評釈が指摘しているように⁽¹⁰⁾、附則 5 項の道路であるとする見解⁽¹¹⁾もある。

ともかくも、昭和 28 年訴外 A は、工場を増築するにあたり、この道にはみ出る建築となることから、X に対し単なる建築線の廃止申請にすぎないと偽り、図面上に捺印を得た上で特定行政庁に対し、道路廃止申請を行ったというものだった。そして廃止処分がなされたため X 等の敷地は法律上、不接道敷地となったため、この廃止処分に対する無効確認の訴が提起された。

第 1 審東京地裁判決⁽¹²⁾は、承諾が必ずしも求められるべき要件ではないこと

を主要な理由として請求を棄却した。第 2 審東京高裁判決⁽¹³⁾は、承諾は必要要件であることを主要な理由として 1 審判決を取消し請求を容認した。

最高裁判所の判断は、次のようなものであった。

「東京都建築基準法施行細則……(略)……および原審確定の事実を徴すれば、本件処分をするにあたっては、被上告人の承諾を必要とするにかかわらず、これを欠いていたことは、原判示のとおりである。したがって、本件処分は違法な処分といわざるをえない。しかし、本件において適用されるべき基準法関係法令の諸規定に徴すれば、基準法 42 条 1 項 5 号に基づく位置の指定を受けた道路につき道路位置廃止処分をする場合における所定の権利者の承諾は、道路位置指定処分をする場合における権利者の承諾と異なって、主として、指定による私権の制限の解除を意味するものであるのみならず、原判決の確定した事実を徴すれば、被上告人……(略)……は、その意味を正しく理解していなかったとはいえ、私道が従前よりは狭くなる程度のことを承知のうえで本件道路位置廃止申請者添付の図面に押印したものであることがうかがわれる。それゆえ、被上告人らの承諾を欠く申請に基づいてされた本件処分であっても、その承諾の欠缺が申請関係書類上明白であるのにこれを看過してされたというような特別な場合を除いて、これを当然に無効な処分と解することはできない……(略)……事情の変更により……(略)……処分当時の方は治癒され」たと判示した。

以下、わずかばかりの分析を行うこととする⁽¹⁴⁾。

まず、本件は、行政法一般論としての「無効」に関する判例とし位置付けられることが多いようである。本件の代表的評釈もこの視点からの分析を行うものが多い⁽¹⁵⁾。ただ、この点に関し、建築基準法およびその行政実務上の法運用の面から見た場合、判旨は、「承諾の欠缺が申請関係書類上明白であるのにこれを看過してされたというような特別の場合を除いて、これを当然に無効な処分と解することはできない」としているのみであって、「本件処分は違法な処分といわざるをえない」としているのだから、廃道申請にあつて、同意書を求

める行政実務そのものを違法としたわけではない。

その証左に、無効に焦点をあてる評釈も、現代で言う二重効果的（複効的）行政処分であることを意識している⁽¹⁶⁾。

一方で、本最高裁判決は、いわゆる行政法一般理論としての「瑕疵の治癒」を認めている。もちろん、瑕疵があり、それが治癒されたとするのだから、承諾書を求める行政実務の必要性を認めている点はそのとうりであるとして、問題が全く存在しないわけではない。それは、本件最高裁判所調査官解説が、接道要件を欠くことを違法事由として主張されたことを受けて、「関係権利者の承諾を必要とする趣旨の理解にも影響する。すなわち……（略）……法 43 条 1 項違反の結果の防止（接道要件の確保）という意味をも有することとなり」⁽¹⁷⁾とし、接道要件にのみその関心が向いているのではないかという点なのである。この場合、すでに本稿でも指摘したように、通りぬけの道の場合、その路線に接する敷地の所有者または占有者は、誰でも 2 メートル接道部分をのこし廃道申請が可能となり、通りぬけができなくなることも認められることとなる。つまり狭隘道路拡幅という政策面に目が向けられていない。

さらに、本件に則しても、接道義務という点からでも次のような指摘がなされている。それは、「民法上の袋地の解消と、建築基準法上の接道義務の趣旨を混同したあやまり」⁽¹⁸⁾があるとするものである。それは、本件では、土地の買い足しにより接道することとなろうが、「買い足したとしてもその土地がもし別の建築物の敷地として使われておれば……（略）……接道義務を満たしたことはない」⁽¹⁹⁾からである。

（2）最高裁平成 20 年判決⁽²⁰⁾

事実の概要は、次のようなものだった。本件では、いわゆる包括指定たる建築基準法 42 条 2 項の 2 項道路の範囲が争点とされた。すなわち、本件道は、その両端が要件の定まった道路と接続しているようであるが、昭和 25 年（基

準時) 当時, 一方の端 A 点から B 点までは 2 項の定める立ち並び要件が充足されていたものの B 点からもう一方の端の C 点までは立ち並び要件を充足していないというものだった。そこで, 指定処分の不存在の確認が求められた。

第 1 審⁽²¹⁾は, 権利制限の効果が生じることから道の範囲は, その目的上最小限の範囲となることを主要な理由として請求を認容したが, 第 2 審⁽²²⁾は, 道の両端が道路と接続していることを必要とし, A 点から B 点そして C 点全体が 2 項道路であるとして 1 審判決を取消した。

最高裁判所は, 次のように判示して, B 点から C 点は 2 項道路ではないとの判断を示した。

「2 項道路の制度は, 建築基準法第 3 章の規定が適用されるに至った際現に建築物が立ち並んでいる幅員 4m 未満の道で特定行政庁の指定したものを 1 項道路とみなすことにより, 幅員 4m 未満の道に接する敷地上の既存建築物を救済するとともに, 原則としてその中心線からの水平距離 2m の線をその道路の境界線とみなすことにより, その境界線内の土地について道路内の建築制限(同法 44 条 1 項)を及ぼし, 将来的に幅員 4m の道路を確保するという公益上の要請を満たそうとしたものである。

建築基準法上の道路については, これに接する敷地上の建築物の利用者の避難, 防災, 衛生, 通行の安全等に支障が生じないよう保障する機能を果たすことが期待されているものであり, 2 項道路についてもこの点は同様であるが……(略)……必ずしもその道の両端が同法上の道路に接続していることを要するものでなく……(略)……現に建築物が立ち並んでいる道の範囲を必要以上に広くとらえて関係者の権利を害することのないようにしなければならない」とした。

なお, B 点から C 点までを 2 項道路と認めなかった具体的理由としては, 「B 点から C 点までの道も相当の長さ(約 60m)を有していたというのである」点, および「B 点から西方に向う幅員 4m 未満の道が分岐し, B 点からこの道を経

由して 1 項道路に至ることも可能」である点に求められた。すなわち、A 点から B 点と B 点から C 点とは別々の道という判断であろう。

以下、わずかばかりの分析を試みる。まず、留意しなければならないことは、原審たる大坂高裁は、A 点から B 点そして C 点までが同一の一つの道ととらえているのに対し、最高裁は、A 点から B 点と B 点から C 点とは別々の道ととらえたことである。

さて、本件については、いくつかの評釈が発表されている⁽²³⁾。そこに共通性を見出すとすれば、これらの評釈は、2 項道路を路線として捉えているということであり、それは本件最高裁もまさにそのように問題を捉えたということに他ならない。例えば、杉山評釈は、「道の単位について論じた学説は見当たらないが、行政実例で 2 項道路の指定要件とされている『一般の通行の用に供されている』といえるかについて『行止り道等』（通り抜けできない道）でもよいとする見解が多い」⁽²⁴⁾としている。また、山田評釈も、「道の範囲が争点となった」⁽²⁵⁾としている。

そこで、本判決を本稿との関係で整理すれば、次のようなものとなる。

まず、2 項道路は、路線として見るべきである。

そこで、次に、最高裁も、「将来的に幅員 4m の道路を確保する」としている。狭隘道路拡幅という視点が入っていると見ることもできよう。

最後に、そこで、本判決からは通りぬけであることは求められない⁽²⁶⁾が、「4m 道路の確保」という点から、すでに通りぬけているものをあえて道路廃止申請により行き止まり等の道にすることは、原則として許されないこととなる。

(3) 岡山地裁平成 11 年判決⁽²⁷⁾

事実の概要は、次のようなものだった。

原告は、特定行政庁に対し、道路位置指定一部廃止申請を行った。この申請に対し、行政庁は、道路に面した土地・建物の所有者等および隣接住宅団地の

住民の承諾書や了解が添付されたり、得られたりしていないことを理由に、廃止しない旨の通知を行ない、建築審査会も却下の裁決を行ったので、本件通知処分が違法であるとして訴えが提起された。

本稿との関連部分では、通知処分を取り消し次のように判示されている。

「建築基準法……(略)……42 条 1 項 5 号に定める道路位置指定が当該私道を築造しようとする者の申請に基づき 43 条 1 項本文に定める建築物の敷地に必要な接道要件を充たすために設けられた制度である……(略)……当該私道を廃止し又は変更することができるのはこれによって接道要件を充たさないこととなる建築物の敷地が存在しない場合に限られる……(略)……本件私道に接する……(略)……土地の上に建築されている建物は……(略)……仮に廃道されてもその出入りにつき支障がなく……(略)……の土地はそもそも建物の建築が物理的に不可能な形状の土地であることが認められる」と判示している。

このように、本件は、そもそも承諾書が不必要なケースであることは留意すべきであろう。

なお、本件に関する代表的評釈を見ると、昭和 47 年最高裁判決との関係から、接道要件にほぼその焦点をあてているもの⁽²⁸⁾、接道要件充足・不充足の判定の困難性から承諾書が存在しないことを理由とする棄却処分もありえるもの⁽²⁹⁾、がある。

ともかく、ここでも判決・評釈ともほぼ接道要件にのみ目を向けていることを知ることができよう。このような傾向が川崎市裁決の審査請求人の主張に影響を与えたのではないかと推測される。

以上のように、関連判例は、ほぼ 1 項 5 号道路のケースであり、一方で 20 年判決は 2 項道路の存否、最高裁昭和 47 年判決の原審が 2 項道路との前提でのケースであり、争われる対象や争点の相違があることを知ることができる。

五 廃道の法的仕組みと新たな視点の必要

(1) 一般論

さて、ここで廃道についての法律上の仕組み⁽³⁰⁾について確認しておくこととしよう。

この点、最近、明確な説明を行っているのが碓井光明教授である⁽³¹⁾。それは、「道路位置の指定に関しては、法に定めがあるといえるが、廃止に関しては、実体要件に関して法自体に明示的な規定がない……（略）……そこで、地方公共団体の規則等において廃止についての手続が求められている」⁽³²⁾と問題点を明らかにしている。

ところで、この道路の「廃止」の法的性格に関し、従来から、事実行為と解する理解と行政処分と解する理解の対立が存在した⁽³³⁾。しかし、碓井教授が指摘されているように「道路位置指定に係る道路の場合には、このような解釈の分かれは十分に認識されることなく……（略）……廃止は行政処分であると解されている」⁽³⁴⁾と指摘されている。

そこで、本稿では、この点に関する筆者の見解を、一言、述べておくこととしたい。まず、結論から述べれば、筆者は、「廃止」は行政処分と解すべきだと考えている。

その理由は、位置指定や 2 項道路の指定は行政処分として理解されていること⁽³⁵⁾。また、法 45 条 1 項が、特定行政庁による私道の廃止・変更に対する禁止または制限が可能としていること、そして、その 45 条 1 項の措置命令については、45 条 2 項で法第 9 条の違反建築物に対する措置（是正命令）の規定が準用されていること⁽³⁶⁾に求められるように思われる。

(2) 1 項 5 号道路と 2 項道路の区別の必要

ところで、筆者などは、より問題なのは、この廃道申請と同意書（実務上の承諾書）について、判例や学説が 1 項 5 号道路と 2 項道路の相違に全くと違っていいほど意識を向けていない点にあると思う。

例えば、判例では、すでに指摘したように、最高裁昭和 47 年判決のケースが、下級審が 2 項道路として扱い、最高裁は 1 項 5 号として扱っていることや、大坂地裁平成 14 年判決が「位置指定道路及び 2 項道路は」としていることを思い出してみれば、このことは、明らかであろう。

評釈も、本稿ですでに指摘したように岡山地裁平成 11 年判決に関する評釈に代表されるように接道要件のみに関心が向くものが多い⁽³⁷⁾。

しかし、1 項 5 号道路と 2 項道路では、そもそもその法律上の性格が、現行法の上では異っている。

まず、1 項 5 号道路は、最近の代表的コンメンタールは、次のようなものと述べている。すなわち、「接道義務……（略）……との関係で、建築基準法上の道路がない未開発の地、あるいは、大きな敷地を細分化して利用しようとする場合等には、新たに道路を築造しなければ、建築物の敷地として利用することはできない。このような場合には、私人の負担において幅員 4m 以上の私道を築造する以外にないが、築造しようとする者は私道の区域を明確にする意味で、その位置について特定行政庁の指定を受けなければならない」⁽³⁸⁾とされている。

すなわち、1 項 5 号道路は、新しく道路が作られることがその中心的な意味と性格であると言ってよい。

一方、2 項道路は⁽³⁹⁾、「道路の中心線から左右に振り分けて 2m ずつ後退した線を道路の境界線とみなすものとしている……（略）……その結果、この後退した線と実際の道路との間にはさまれた部分は、道路部分とみなされるので、

敷地として利用できなくなる。沿道の既存の建築物が全部建て替えられ所定の境界線まで後退することによって、将来幅員 4m の空間が確保されることを期待する趣旨の規定⁽⁴⁰⁾となっている。別の論者の表現をかりれば、「道路の『緩慢な拡幅』を容認する制度」⁽⁴¹⁾とされている。

つまり、道はすでに存在しているのであり（法の立並び要件を考えればこのことは明らかであろう）、拡幅によりいつかは 4m 道路が完成するという制度である⁽⁴²⁾。

また、その指定も 1 項 5 号道路が、私人の申請による⁽⁴³⁾のに対し、「特定行政庁が一面的に行う」⁽⁴⁴⁾こととなる。

そこで、廃道に関する、同意書（承諾書）についても別々に区別して考えてみる必要があるはずである。

六 二重効果的行政処分との関係

五 (1) の最後に確認したように、本稿では、道路の廃止は、廃止申請に対する処分と理解しているので、実務上の承諾書との関係では、二重効果的（複効的）行政処分との関係が問題となる。

そこで、代表的なテキストに、二重効果的行政処分の理論的説明を、前提として、求めてみることにしたい。

塩野 宏名誉教授は、「相手方に対しては授益処分となるが、隣の人には侵害効果をもつ……（略）……かかる場合に第三者の地位を行政過程でどのように位置づけるか、つまり、聴聞等の対象とするかどうか、あるいは、取消訴訟の原告適格の関係でいかに位置づけるかなどの諸点が問題となる」⁽⁴⁵⁾とされた上で、芝池義一名誉教授の論稿⁽⁴⁶⁾を引用し、「効果が及ぶ第三者の多様性、効果自体の多様性から……（略）……一律に解答が導き出されるものではない」⁽⁴⁷⁾とされる。

1 項 5 号道路と 2 項道路につき、承諾書の扱いを分けて考えるべきとの本稿

の立場から示唆に豊む見解と思われる⁽⁴⁸⁾。

宇賀克也教授は、「『二重効果的処分』を第三者に対する事実上の利益・不利益を含まず、法律上の利益・不利益が生ずる場合に限定する用法もある……(略)……ただし、『二重効果的処分』に該当するか否かは、行政行為の類型のみならず、具体的状況によっても変化しうる」⁽⁴⁹⁾とされる⁽⁵⁰⁾。そして、本稿との関係で注目されるのは、二重効果的行政処分を行政手続法第 10 条が「視野に入れてい」⁽⁵¹⁾るとされる点と、後に本稿でもとりあげる撤回との関係で論じている⁽⁵²⁾点であろう。特に、実務上の承諾書を行政手続法第 10 条の趣旨から理解してみることに、強い示唆を受けた。

以上の代表的学説から、同意書(承諾書)の法的性格は、次のようなものとして理解できる。まず、承諾書は、申請者以外の第三者に法的効果が及ぶことから二重効果的(複効的)行政処分という処分自体の実体的要請として求められることとなる⁽⁵³⁾。次に、この二重効果的(複効的)行政処分を行うにあたり、特定行政庁は、行政手続法第 10 条の趣旨を実現する手段として承諾書を求めることともなる。

すなわち、筆者の見解は、承諾書は、行政処分の実体的要請と手続的要請という複合的性格にあると考える。

それでは、法 1 項 5 号道路の場合、この複合的性格から承諾書は、どのように理解されるのだろうか。すでに、本稿で確認したように 1 項 5 号道路は、建築物の敷地とするため私人の申請による行なわれる行政処分であるから、その承諾書の範囲や性格は接道要件という点から考えても合理性は、一応、存在すると言ってよいのかもしれない。

しかし、2 項道路の場合には、すでにある道がいずれ道路になることが予定されている。その場合、特に本稿で関心を向けてきた通りぬけ道路のような場合、廃道申請が必ずしも接道要件の不充足をもたらさないことから、原則、接道要件のみで考えることはできない。そこで、接道要件が廃道によっても充足

されている者も含め、原則、沿線に敷地の所有権や占有権を有する者全員から承諾書を求めることが求められるというべきである⁽⁵⁴⁾。

さらに、通りぬけの 2 項道路については、次の点も指摘しておきたい。それは、もし 1 人の申請を認め廃道した場合、他の敷地の所有者や占有者の行政手続き上の「申請権」をも侵害することとなりうる。この点からも、原則、沿線全員の承諾書を申請者には求めるべきである⁽⁵⁵⁾。

七 撤回理論との関係

廃道申請に対する廃道を認める処分は、講学上の撤回と理解されている⁽⁵⁶⁾。

そこで、わが国の代表的テキストで、必要な範囲で、撤回理論を確認しておくこととする。

塩野 宏名誉教授は、「瑕疵なく成立した法律関係について、その後の事情により、その法律関係を存続させることが妥当ではないということが生じたときに、この法律関係を消滅させる行政行為」⁽⁵⁷⁾とされている。まさに、わが国のスタンダードな見解である。

阿部泰隆名誉教授は、「元の処分とは別であるから、原則として、法律の根拠が必要とされる……（略）……法律上明確な規定がなくても……（略）……当該法律のシステム上公益上の必要性が高い場合には……（略）……撤回が許されるとすべき」⁽⁵⁸⁾とされる。建築基準法上の明確な規定を欠く廃道処分も、このような理解から許容される。

大橋洋一教授は、「授益的行政行為……（略）……その撤回には聴聞または弁明の機会の付与が必要である」⁽⁵⁹⁾として、手続に関心を向けており、承諾書実務にも参考となる見解となっている。

以上の理解から、事情変更が撤回の要件となるが、承諾書については、二重効果的（複効的）行政処分の性格から、手続的要請として必要となるし、実体

的には廃道を認めるための事情変更があったのかどうかを考慮されなければならないこととなる。

この点、法 1 項 5 号道路の場合には、廃道したとしても接道要件を充足しない敷地が、位置指定申請等と異なり存在しなくなったということで、実情変更として認めうるのかもしれない。

しかし、2 項道路の場合は、将来的に 4m 道路として完成されることが予定されていることを忘れてはならない。そこで、そこでの事情変更も、2 項道路指定時と異なり、およそ道路としての形状や機能が完全に失われているといったこと等でもなければ事情変更と認めることは困難であろう。逆に、原則、道路としての形態と機能がある限り、不接道の敷地は廃道しても存在しないといた状況では、撤回理論から廃道は認められないこととなる。

判例は、すでに本稿でもみたように、あまりこの撤回理論との関係を考慮しているとは思われない。

八 結語

このエリアのリーディング・ケースとされる最高裁昭和 43 年判決と原審判決との相違は、実は、1 項 5 号道路と 2 項道路の差と捉えることができる。その意味では、最高裁が判決時にそのような意識があったのかどうかは分からないが、論理としては、最高裁は原審を否定はしていないこととなる。

しかし、その後の争訟実務やそれらに対する多くの評釈は、1 項 5 号と 2 項の相違を意識することなく、およそ「私道」として、承諾書に関し捉えてきている、あるいは、そういう傾向がある⁽⁶⁰⁾。

それが、2 項道路の廃道申請に関する平成 26 年川崎市建築審査会裁決での審査請求人の主張に、如実に表われている。裁決書の中に示されている審査請求人の判例上の根拠は、昭和 47 年最高裁判決と平成 11 年岡山地裁判決に求め

られている。しかも、ここでも「私道」という点からそれらの判例に主張の根拠が求められているようである。

しかし、この両判決とも、1 項 5 号の位置指定道路に関する判決であることを思い出す必要がある。確かに、1 項 5 号道路の場合、不接道の敷地が存在しなければ、廃道にも合理性が生じる可能性がある。

しかし、2 項道路の場合はどうであろうか。まず、判例を見ると、昭和 47 年最高裁判決は、1 項 5 号についての判決であり、当該道路を 2 項道路とした原判決の判決論理（すなわち 2 項道路について）、最高裁の判決論理で否定したわけではない。加えて、最高裁は、すでに本稿で見たように、平成 20 年判決では、2 項道路は、将来的に 4m 道路が確保されることをねらった制度であることを認めている。

そうであるなら、二重効果的（複効的）行政処分や撤回理論から、次のような扱いとなる。

まず、2 項は、その立並び要件の存在からも、自分の敷地の前面のみの廃道申請は、路線に所有あるいは占有する敷地を有する者の廃道申請権をうばうこととなるから、原則、その全員の同意（承諾書）が必要であり、不接道の敷地が存在しないという 1 項 5 号に関する主張から、承諾書の添付が不要との結論を得ることはできない。その意味で、全員の承諾書の必要は、実体法上の要求となる。

次に、その一部が 2 項道路となっており、位置指定部分も不接道となる敷地が存在しない平成 14 年大阪地裁判決、平成 15 年大阪高裁判決（従って、同意書（承諾書）不要については事例判決）から受ける示唆として、2 項道路の場合の事情変更は、2 項道路の目的から⁽⁶¹⁾原則、およそ道路形状がなくなっているような場合等にものみ廃道が可能である。

川崎市建築審査会裁決は、従来、廃道申請につき明確に意識されてこなかった、1 項 5 号と 2 項との相違を明らかにしたケースといえよう⁽⁶²⁾。

その他の争点については、今後の課題としたい⁽⁶³⁾。

注

- (1) 田村「建築基準法と其の変更確認処分の法的性格と行政争訟」明治学院大学法学研究第 98 号 143 頁以下 (2015 年) では、このような傾向を批判的に分析した。
- (2) このような制度を「住民同意」とのコンセプトで説明する重要な文献として、北村喜宣『環境法〔第 3 版〕』475-476、508-509 頁 (弘文堂, 2015 年)。
- (3) 大坂地方裁判所平成 14 年 7 月 12 日裁判所ウェブサイト 28152262。
- (4) 2 項道路に則して考えれば、具体的なそれぞれの道ごとの指定が処分であり、そのそれぞれの道ごとに対する廃道処分 (撤回) となるはずである。
このような意味からも、包括指定に処分性を認めた最 (1 小) 判平成 14 年 1 月 7 日民集 56 卷 1 号 1 頁は矛盾した判決であることを理解することができる。最高裁平成 14 年判決からは、包括指定の撤回となるのだろうか。説明は、困難であろう。この判決については、田村「行政事件訴訟法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)。
- (5) 大坂高等裁判所平成 15 年 2 月 18 日裁判所ウェブサイト 28151711。
- (6) 川崎市建築審査会平成 26 年 10 月 15 日判決 (平成 26 年度神奈川県特定行政庁建築審査会実務実績・審査請求例集登載予定)。
- (7) 仕組み解釈については、塩野 宏『行政法 I 〔第 5 版補訂版〕行政法総論』58 頁 (有斐閣, 2013 年)。
- (8) 最 (3 小) 判昭和 47 年 7 月 25 日民集 26 卷 6 号 1236 頁, 判時 680 号 35 頁, 判タ 283 号 134 頁。
- (9) 旧法上の建築線については、田村「建築基準法上の『二項道路』と旧物法上の『建築線』(一項五号道路)に関する政策法学的分析——行政争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 89 号 1 頁以下 (2010 年)。
- (10) 岩下啓希・別冊ジュリスト第 103 号 40 頁 (1980)。
- (11) 関 哲夫『新訂建築基準法の基本問題』231 頁 (ぎょうせい, 1989 年)。
- (12) 東京地判昭和 38 年 4 月 30 日行裁例集 14 卷 4 号 918 頁。
- (13) 東京高判昭和 41 年 2 月 21 日行裁例集 17 卷 2 号 134 頁。
- (14) 注 (10) 以外の本判決に関する代表的評釈として、佐藤 繁・法曹時報第 25 卷第 4 号 158 頁以下 (1973 年), 小高 剛・民商法雑誌第 68 卷第 2 号 309 頁以下 (1973 年), 芝池義一・別冊ジュリスト第 122 号 166 頁以下 (1993 年), 村上武則・別冊ジュリスト第 61 号 193 頁以下 (1979 年), 関 哲夫・地方自治職員研修第 14 卷第 10

建築基準法 42 条 2 項道路の廃道申請・撤回処分と承諾書

- 号 42 頁以下 (1973 年), 著者名が記載されていない, 法律時報第 44 卷第 14 号 182 頁 (1972 年)。
- (15) 例えば, 芝池・前掲評釈注 (14) 167 頁, 村上・前掲評釈注 (14) 193 頁, 小高・前掲評釈注 (14) 124 頁以下。
- (16) 芝池・前掲評釈注 (14) 167 頁, 小高・前掲評釈注 (14) 315 頁。
- (17) 佐藤・前掲評釈注 (14) 161 頁。
- (18) 岩下・前掲評釈注 (10) 41 頁。そこでは, 関・前掲書注 (11) 234 頁が引用されている。
- (19) 岩下・前掲評釈注 (10) 41 頁。
- (20) 最 (3 小) 判平成 20 年 11 月 25 日判例時報 2029 号 20 頁, 判例タイムズ 1287 号 85 頁, 最高裁判所裁判集民事 229 号 215 頁, 裁判所時報 1472 号 1 頁。
- (21) 京都地判平成 17 年 9 月 7 日 LEX/DB25420715。
- (22) 大坂高判平成 18 年 12 月 19 日 LEX/DB25420827。
- (23) 杉山正己・別冊判例タイムズ第 29 号 300 頁以下 (2010 年), 山田健吾・法学セミナー増刊速報判例解説第 5 号 49 頁以下 (2009 年)。
- (24) 杉山・前掲評釈注 (23) 301 頁。
- (25) 山田・前掲評釈注 (23) 51 頁。
- (26) この点については, 学説, 例えば, 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎編著『特別法コンメンタール 改訂建築基準法』391 頁 (第一法規, 1990 年) を引用する杉山・前掲評釈注 (23) 301 頁を最高裁は追認したこととなる。
- (27) 岡山地判平成 11 年 12 月 21 日判例地方自治 201 号 96 頁。
- (28) 白井皓喜=湯木貞博・判例地方自治第 204 号 7-8 頁 (2000 年)。なお, この判決前の初期の代表的評釈として中西・後掲評釈注 (34) 14 頁以下も, ほぼ接道要件のみに目を向けているようである。
- (29) 相川忠雄・法学新法第 108 卷第 2 号 236-237 頁 (2001 年)。
- (30) 「仕組み」とのコンセプトについては, 塩野・前掲書注 (7) 58 頁。
- (31) 碓井光明『都市行政法精義Ⅱ』190 頁以下 (信山社, 2014 年)。
- (32) 碓井・前掲書注 (31) 191 頁。また, 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎・前掲書注 (26) 410 頁。
- (33) 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎・前掲書注 (26) 410-411 頁。
- (34) 碓井・前掲書注 (31) 192 頁。例えば, このような指摘があてはまるのではないと思われる評釈として, 東京地判昭和 46 年 5 月 29 日判時 629 号 53 頁に関する, 中西又三・判例評論第 152 号 14 頁以下 (1971 年)。
- (35) 位置指定につき, 碓井・前掲書注 (31) 192 頁。2 項道路については, どの時点を含む指定の場合処分と見るのかについては理解は分かれようが (判例は, 包括指

建築基準法 42 条 2 項道路の廃道申請・撤回処分と承諾書

定に処分性を認めることは、本稿注 (4) 掲記の最高裁平成 14 年判決で判示されている、判例法理は、平成 14 年判決も処分と認めている。

- (36) この法律の仕組みに着き、碓井・前掲書注 (31) 191-192 頁、建築基準法令研究会編著『わかりやすい建築基準法 [新訂第 2 版]』278-279 頁 (大成出版社, 2009 年)。
- (37) 岡山地裁判決以外の評釈も含め例えば、白井皓喜=湯木貞博・前掲評釈注 (28) 7-8 頁、相川・前掲評釈注 (29) 236-237 頁、中西・前掲評釈注 (34) 14 頁以下。
- (38) 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)。
- (39) 2 項道路については、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)、また、本稿では、2 項道路指定を処分たる点で言及したので、この点に関する筆者の論稿として、田村「行政事件訴訟法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)、「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 1 頁以下 (2007 年)。
- (40) 逐条解説建築基準法編集委員会・前掲書注 (38) 708 頁。
- (41) 碓井・前掲書注 (31) 197 頁。
- (42) そこで、現実にはかつて都市計画道路の役割を担った旧法上の建築線との関係も生じることがある。この点、田村「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)。
- (43) この点、碓井・前掲書注 (31) 181 頁。
- (44) 碓井・前掲書注 (31) 198 頁。
- (45) 塩野・前掲書注 (7) 116 頁。
- (46) 芝池義一「行政決定と第三者利益の考慮」法学論義第 132 巻 1・2・3 号 87 頁以下 (1992 年)。
- (47) 塩野・前掲書注 (7) 116 頁。
- (48) なお、二重効果的 (複効的) 行政処分と行政救済法のリンクの必要性につき、阿部泰隆『行政法解釈学 I 実質的法治国家を創造する変革の法理論』34 頁以下 (有斐閣, 2008 年)。なお、阿部名誉教授の表記は、「二重効果的 (複効的) 行政行為 (行政処分)」(阿部・前掲書注 (48)) 34 頁とされている。本稿では、筆者が従来から「行政処分」とのコンセプトで説明するスタンスをとっている (田村編著『最新ハイブリッド行政法 [改訂第 2 版]』217 頁以下 (八千代出版, 2011 年)) 阿部名誉教授の表記を参考に「二重効果的 (複効的) 行政処分」としている。
- (49) 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論 [第 4 版]』311 頁 (有斐閣, 2011 年)。なお、

建築基準法 42 条 2 項道路の廃道申請・撤回処分と承諾書

宇賀教授は、「二重効果的処分（複効的処分）」との目次立てとなっている（宇賀・前掲書注（49）310 頁）。

- (50) また、行政指導、情報提供にも二重効果が見られる点は、阿部・前掲書注（48）34 頁。
- (51) 宇賀・前掲書注（49）311 頁。一方、承諾書を 5 条の処分基準とする見解として、相川・前掲評釈注（29）239 頁。
- (52) 宇賀・前掲書注（49）356 頁。
- (53) 相川・前掲評釈注（29）235 頁は、この筆者の見解に近いものなのかもしれない。
- (54) なお、筆者の問い合わせに対し、小田原市は、2 項道路については、かりに川崎市裁決のようなケースの場合、沿線全員に承諾書を求めざるを得ないとの見解を示した。このように、本文での見解は、行政実務上も受け入れられる見解であると思われる。
- (55) 申請権については、塩野・前掲書注（7）292 頁以下、宇賀・前掲書注（49）411 頁以下。
- (56) 荒 秀 = 関 哲夫 = 矢吹茂郎・前掲書注（26）414 頁。
なお、筆者の撤回理論に関する見解は、田村「取消し、撤回理論の再構成の視点」『阿部泰隆先生古希記念 行政法学の未来に向けて』45 頁以下（有斐閣、2012 年）。
- (57) 塩野・前掲書注（7）172 頁。
- (58) 阿部・前掲書注（48）106 頁。
- (59) 大橋洋一『行政法 I 〔第 2 版〕』196 頁（有斐閣、2013 年）。
- (60) およそ「私道」という発想が表われ、1 項 5 号が他の私道とどこが異なるのか明確とはされていない評釈は、このエリアでは、かなり初期から見られるように思われる。最高裁昭和 47 年前のものも含め、筆者の視点から、そのような評釈として思われる代表的評釈として、中西・前掲評釈注（34）120-121 頁、岩下・前掲評釈注（10）40-41 頁、小高・前掲評釈注（14）314 頁以下。
- (61) 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）』（財団法人杉並区まちづくり公社、1999 年）。
- (62) 関哲夫博士は、「道路位置指定処分及び廃道処分をめぐる争訟の多くは、関係権利者の承諾の真否をめぐるものである」（関・前掲評釈注（14）45 頁）と指摘されている。
一方、川崎市裁決では、関係権利者の承諾の真否が争われているわけではない。ここでも、位置指定道路と 2 項道路とでは、具体的な争点が異なっていることを知ることができよう。
- (63) なお、従来から位置指定道路について、指定申請と廃道申請とでの承諾者の範囲の関係が論じられている（例えば、小高・前掲評釈注（14）314-315 頁）。

建築基準法 42 条 2 項道路の廃道申請・撤回処分と承諾書

しかし、位置指定が行なわれた場合、例えば、道路斜線制限、容積率等で影響が出る場合もある。容積率を例にとれば、指定により増加する場合があります、これはプラス効果なので、当然その効果を受ける者の承諾書は不要となる。一方、この道路を廃止する場合は、逆にマイナス効果があるので、承諾書を求めることは必要となる。