

道路位置指定取消処分の義務付け等請求控訴事件（私道の廃止）

【文献種別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 平成28年11月30日
【事件番号】 平成28年（行コ）第255号
【事件名】 道路位置指定取消処分の義務付け等請求控訴事件
【裁判結果】 控訴棄却（確定）
【参照法令】 建築基準法42条1項・43条1項・45条1項
【掲載誌】 判時2325号21頁

LEX/DB 文献番号 25545771

事実の概要

X（原告）は昭和46年に東京都新宿区の土地（以下「原告土地」という）の所有権を取得したが、原告土地については、昭和26年に4棟の住宅敷地として使用するために、建築基準法（以下「建基法」という）42条1項5号による道路位置指定を受け、これに従って私道がつくられたという経緯があった。Xは原告土地全体を一棟のマンション敷地として使用するために住宅と私道を取り壊したが、道路位置指定は取り消されないまま長期間が経過した。

平成25年に隣接土地の新所有者Aが道路位置指定を前提として建築確認を取得したため、平成26年にXはY（新宿区）に対して昭和26年の道路位置指定の取消しを申請したが、Yは隣接土地とその地上建物の権利者（A、抵当権者等）の承諾がないことを理由に、Xの申請を却下した。そこでXが、却下処分の取消しと取消処分の義務付けを求めて出訴した。

一審がXの請求を全部認容したため、Yが控訴したのが、本件である。

判決の要旨

控訴棄却（確定）。

**1 建築基準法42条1項5号の
位置指定道路該当性**

① 「本件土地が壊されて無くなった昭和46年

以降、本件土地は、法42条により定義される道路（法42条1項5号の位置指定道路）に当たらないものであったというべきである。

本件土地は、昭和26年に道路位置指定を受けていったん『道』が築造され、その20年後の昭和46年に『道』が壊されて本件マンションの敷地に取り込まれ、同時に道路位置指定をする必要性も失われて、そのまま半世紀近く経過して現在に至る。本件土地に『道』があった期間（20年）の2倍以上の期間にわたって『道』が無い状態が継続し、半世紀近くの間、公法上も私法上も何らの紛争がない状態が継続してきた。そうすると、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……。したがって、本件土地は、……昭和46年以降は（少なくとも本件で問題となる平成24年以降は）、法42条において定義される道路には該当しない。

なお、『道』が壊されて無くなった場合であっても、そ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、『道』が壊されて無くなった時点において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、……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。」

⑥「道路位置指定があったのに『道』やこれに接道予定の宅地が築造されないまま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（不動産開発業者が倒産したまま現場が放置された場合など）には、『これから築造しようとする道』が無くなってしまったものとして、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、この場合には道路敷地所有者の承諾は必須の要件ではない。また、道路位置指定に従って築造された『道』がその後に壊されて無くなるのと同時に土地の区画の変更等により道路位置指定の必要性もなくなった場合にも、道路位置指定の取消処分をするに当たり敷地所有者の同意は必須の要件ではない。」

⑦「結局のところ、少なくとも本件のように道路位置指定を受けていったん築造された『道』がその後壊されて無くなり、壊されて無くなった時点において道路位置指定の必要性も消滅していた場合には、その場所は法 42 条において定義される道路に該当しなくなり、当該道路位置指定の取消処分をするのに道路敷地及び道路隣地並びにこれらの地上建物についての権利者の承諾は不要であり、取消処分の申請を認めて取り消すべきは当然であって、この点について特定行政庁に裁量の余地はないことになる。特定行政庁は、取消処分の申請が無くても、公益の見地から指定の取消処分をすべきである。」

2 最三小判昭 47・7・25 民集 26 卷 6 号 1236 頁（以下「最高裁昭和 47 年判決」という）の適用の有無

⑧「最高裁昭和 47 年判決の中心的判示事項は、道路位置廃止処分（本件における道路位置指定の取消処分に相当する。）が違法な処分に止まる（出訴期間制限がある。）か、無効な処分である（出訴期間制限がない。）かという論点である。敷地所有者の同意や接道義務違反の発生の有無は、その前提問題である。このようなことから、その判決文を、本件との関係においてどのように捉える

かが難しい。その判決文に照らせば、法の解釈として、当該事案の事実関係の下においては、①道路位置指定処分及び道路位置指定の取消処分をするには道路敷地所有者の承諾が必要であること、②道路位置指定の取消処分は法 43 条 1 項違反の結果を生じるときは違法な処分になることの 2 点を判示したものとみられる。」

⑨「行政処分の要件を地方自治法 15 条の規則で定めることはできない。したがって、最高裁昭和 47 年判決が道路敷地所有者の承諾が必要であることの根拠として地方自治法 15 条の規則にすぎない東京都建築基準法施行細則（昭和 25 年東京都規則第 194 号）8 条を判決文の中に掲げているのは、枕詞的な意味しかないとみられる。すなわち、敷地所有者の承諾が必要であることの根拠は、法に明文の規定はないが、法の趣旨に鑑み、法の解釈として、当該判決文のように解釈されるという点に最高裁昭和 47 年判決の真意があるとみられる。地方自治法 15 条の規則にすぎない東京都建築基準法施行細則は、処分の要件の根拠規定として登場したものとみられない。」

⑩「最高裁昭和 47 年判決によれば、道路位置指定の取消処分をするには道路敷地所有者の承諾が必要であるかのようなのである。しかしながら、最高裁昭和 47 年判決は、道路位置指定の対象となる場所に現実に『道』があり、かつ、道路位置指定の必要性が消滅していない（接道義務違反となる土地がある。）状態の下で道路位置廃止処分があった事案である。道路位置指定の対象となる場所に現実に『道』が存在せず、道路位置指定の必要性が消滅し（接道義務違反となる土地がない。）、そのような状態が長期間継続してきた本件とは、事案を異にするものである。

そうすると、最高裁昭和 47 年判決が本件に当然に適用されることにはならない。」

判例の解説

一 建築基準法上の「道路」と位置指定道路（5号道路）

建築基準法上の「道路」とは、地上にある幅員 4m 以上のもので、次のいずれかに該当するものをいう（建基法 42 条 1 項）。すなわち、

- ・道路法による道路（同項1号）
- ・都市計画法、土地区画整理法、旧住宅地造成事業に関する法律、都市再開発法、新都市基盤整備法、大都市地域における住宅及び住宅地の供給の促進に関する特別措置法、密集市街地整備法による道路（同項2号）
- ・建築基準法第3章（都市計画区域等における建築物の敷地、構造、建築設備及び用途）の規定の適用時点で現に存在する道（同項3号）
- ・道路法、都市計画法、土地区画整理法、都市再開発法、新都市基盤整備法、大都市地域における住宅及び住宅地の供給の促進に関する特別措置法、密集市街地整備法による新設または変更の事業計画のある道路で、2年以内にその事業が執行される予定のものとして特定行政庁が指定したもの（同項4号）
- ・土地を建築物の敷地として利用するため、道路法、都市計画法、土地区画整理法、都市再開発法、新都市基盤整備法、大都市地域における住宅及び住宅地の供給の促進に関する特別措置法、密集市街地整備法によらずに宅地造成・建築しようとする者が、政令で定める基準に適合しているとして、特定行政庁から道路位置指定を受けたもの（同項5号）

の各号の1つを満たす場合である。このうち5番目の位置指定道路（5号道路）に、原告土地の私道が該当するのかが問題となったのが、本件である。

広大な敷地を細分化して宅地造成する際に、敷地を接道させるために新たに道路をつくる必要がある場合がある。こうした場合に、道路部分の土地を共有しながら特定行政庁に道路位置の指定を申請してつくられるのが位置指定道路（5号道路）である。つまり、「建築物の敷地は、道路に2m以上接しなければならない。」（建基法43条1項）という接道義務を、私有地を道路に提供することによって満たす手法を定めたのが建基法42条1項5号である¹⁾。ミニ開発²⁾の分譲地や建売住宅でよく見られ、道路に2m以上接していない奥まった敷地の所有者が周辺住民の協力を得て、道路位置指定を受ける例もある³⁾。道路位置指定の流れは、指定地の所有者など権利関係者の同意を得る→建築基準法施行令144条の4で定める築

造基準に適合する道路位置指定申請書を作成する→特定行政庁に申請し、築造承認を得て工事を行う→築造後、特定行政庁の検査に合格したものが道路として公示される、という大きく4段階とされている⁴⁾。また、位置指定道路（5号道路）には築造後、市町村に移管されて公道になるものと、私道のままのものがある。なお、道路は一般に公道と私道とに区別されているが、その区別基準や定義は必ずしも明らかではない。私道の変更または廃止について規定する建基法45条1項に着目して、準拠する法律に独自の廃道制限に関する規定を欠くものを「私道」と定義づける見解もある⁵⁾。通常は、“一般私人が自らの費用負担で築造し、道路敷を所有し、管理している道路”あるいは“私人が所有し、私的に利用している道路”などと説明されるのが私道である⁶⁾。

建築基準法においては「道路」と「道」の用語が区別されており、「道路」の語が用いられるのは同法第3章、つまり「都市計画区域及び準都市計画区域内に限り、適用する」（建基法41条の2）規定に限られる⁷⁾。もっとも、同章においても例えば建基法42条1項が「道路」を定義する一方で同項3号・5号、同条2項・4項1～3号には「道」が併存しているし、そもそも建築基準法が公道だけでなく私道も「道路」として扱う場合があるのは、位置指定道路（5号道路）に公道と私道とが混在する例⁸⁾からも明らかである。

本判決は、原告土地の私道が単なる私道ではなく“建築基準法上の道路である私道⁹⁾”としての位置指定道路（5号道路）に当たるのかどうかを検討し、これを否定した。「昭和46年に『道』が壊されて本件マンションの敷地に取り込まれ、同時に道路位置指定をする必要性も失われて、そのまま半世紀近く経過して現在に至る。」し、「『道』が壊されて無くなった時点において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」（判決の要旨1⑩）という、物理的に「道」が存在せず、道路位置指定の必要性も消滅したまま半世紀近くが経過した現状を、客観的に踏まえての判断であろう。環境破壊につながるミニ開発を促進する手段に他ならないとして、急増する道路位置指定が大きな社会問題となった昭和40年代

後半からは、もはや隔世の感がある¹⁰⁾。位置指定道路（5号道路）に該当しないのであれば、私道の廃止のための権利者の同意を特に論じる必要もないが、最高裁昭和47年判決の位置づけを確認する意味で、次に検討する。

二 私道の廃止と権利者の同意

——最高裁昭和47年判決の位置づけ

そもそも、「道路位置指定の対象となる場所に現実に『道』が存在せず、道路位置指定の必要性が消滅し（接道義務違反となる土地がない）、そのような状態が長期間継続してきた本件」（判決の要旨2㉔）が、最高裁昭和47年判決の射程外とされる点は先に述べた。

ところで、私道の変更・廃止によってその道路に接する敷地が接道義務違反となる場合には、特定行政庁はその私道の変更・廃止を禁止または制限することができる（建基法45条1項）。また、私道の廃止を絶対的に禁止する法の規定がないので道路位置廃止も可能だが、道路位置廃止の手続規定が国の法令にはないので、多くの特定行政庁は道路位置指定の手続規定（建築基準法施行規則9条）を準用しており、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べきとされるのが一般的である¹¹⁾。こうした状況を背景に、第一審判決（東京地判平28・6・17判時2325号30頁）は「最高裁昭和47年判決は、平成11年法律第87号による改正前の地方自治法の下において、……判断したものであるのに対し、本件では、……上記改正後の地方自治法の下において、道路の位置の指定の取消しに際し、法45条の趣旨から、その取消しにより接道義務に違反する敷地がある場合に、その敷地及び敷地上の建築物の権利者の承諾がない限り、その取消しをしないことができる」と解されるほかは、国の法令及び普通地方公共団体の条例には、私道の変更又は廃止を制限する旨の規定や、承諾を要する者の範囲を定める規定はなく、他に、位置指定道路の敷地である土地の所有者がその取消しを求める場合に、これを制限することができる旨の国の法令及び普通地方公共団体の条例の規定がないのであるから、事案を異にするものである。」として、平成11年の地方自治法改正を前面に押し出すかたちで、最高

裁昭和47年判決の射程外であることを理由づけた。「敷地所有者の承諾が必要であることの根拠は、法に明文の規定はないが、法の趣旨に鑑み、法の解釈として、当該判決文のように解釈されるという点に最高裁昭和47年判決の真意があるとみられる。」（判決の要旨2㉔）という本判決の判示部分と対比すると、権利者の同意のみならず最高裁昭和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の姿勢がうかがわれるだろう。

●——注

- 1) 法務省訟務局行政訟務第一課職員編『判例概説 建築基準法』（ぎょうせい、1994年）283頁。
- 2) 開発行為を要しない宅地開発を意味し、昭和47年頃から急増するようになった。ミニ開発が環境破壊につながる一方で、道路位置指定はミニ開発を事実上是認したのと同様の結果を招くことから、宅地開発のためになされる道路位置指定はミニ開発の手段に他ならないとして新たな社会問題となった。ミニ開発を抑制するための行政指導の存在意義を認め、ミニ開発に連なる道路位置指定の留保の適法性を認めた判例として、東京地判昭54・10・8判時952号18頁がある。広岡隆『判例・建築基準法』（有斐閣、1990年）98～100頁。
- 3) 鶴野和夫『改訂増補・都市開発と建築基準法』（清文社、2002年）330頁。
- 4) 谷村広一『世界で一番くわしい建築基準法』（エクスナレッジ、2011年）37頁。
- 5) 関哲夫『新訂・建築基準法の基本問題』（ぎょうせい、1989年）172～173頁。
- 6) 安藤一郎『私道の法律問題〔第6版〕』（三省堂、2013年）5頁、安本典夫『都市法概説〔第3版〕』（法律文化社、2017年）123頁。
- 7) 谷村・前掲注4）34頁。
- 8) みなし道路（2項道路）や都市計画法等による開発道路（2号道路）においても、公道と私道とが混在している。もっとも2号道路は、公道なのが一般的である。荒秀＝関哲夫＝矢吹茂郎編著『改訂建築基準法』（第一法規、1990年）362頁。
- 9) 安本・前掲注6）123頁。
- 10) 注2）も参照。
- 11) 広岡・前掲注2）93～94頁、法務省訟務局行政訟務第一課職員編・前掲注1）298頁。

大阪市立大学教授 久末弥生