

あるのに、全く使用しておらず、本件工事は不完全なものと認めざるを得ない。

(2) また、Yの支払済の一〇万円を超える施行がなされたと認めるに足りる証拠はない。

(3) よって、Xの請求は理由がなく、棄却する。

三 まとめ

白蟻をめぐる紛争は多いが(本誌二三号三五頁)、判決になったものは少ない。

本件は、白蟻業者との紛争であるが、白蟻駆除工事は油剤を使用しなければ不完全であるとする、珍しい判決である。

最近の判例から

(14)

二項道路の一括指定処分

(大阪高判 平一〇・六・一七 判タ九九四一四三三) 森末 一巳

建築基準法四二条二項の道路を一括指定する処分は、個別具体の道路を指定するものではなく、一般的・抽象的な基準を定めるに過ぎないから、処分性を認めることはできないとして、指定処分の不存在確認を認容した第一審判決を取り消し、訴えを却下した事例(大阪高裁 平成一〇年六月一七日判決 上告判例タイムズ九九四号一四三頁)。

一 事案の概要

Y県知事は、昭和二五年一月の告示で、「都市計画区域内において法施行の際現に建築物が立ち並んでいる幅員四m未満一・八m以上の道」を二項道路として指定し、昭和三七年一二月の告示で、同指定を廃止し、改めて「幅員四m未満一・八m以上の道」を二項道路として指定した(一括指定)。

Xは、平成元年六月、Y県土木事務所長か

ら本件道路が二項道路であるとの回答を受けて、建物を建築した。しかし、その後、本件道路の南側所有者が本件道路が二項道路であることを前提として建物を建て、Xとの間で通行権確認請求訴訟が起った。

Xは、本件道路が二項道路であることを争い、Yに対し、指定処分不存在の確認を求めた。

第一審(奈良地判平九・一〇・二九判タ九九四一四四)は、一括指定方式による処分であっても、その拘束が現実的、具体的で、その排除についての訴えの利益が認められる場合、当該処分の効果として生ずる義務の存在を争うことができ、本件の場合、Xには訴えの利益があり、かつ、法施行当時幅員が一・八m以上あり、建築物が立ち並んでいたとは認められないとして、Xの請求を認容した。

Yが、控訴した。

二 判決の要旨

(1) 本件告示は、包括的に一括して「幅員四m未満一・八m以上の道」を二項道路とすると定めたのにとどまり、本件通路部分等の特定の土地について個別具体的に指定したのではなく、一般的基準の定立を目的とした、講学上の一般処分にあたるものである。

(2) 本件告示のような包括的指定処分によっては具体的にどの道路が二項道路に当たっても不明であり、告示自体によって直ちに建築制限等の私権の制限が生じるものと認めることはできない。

(3) 本件通路部分について、本件告示による指定に基づき具体的な行政処分がなされたとき、その処分を争うことができるから、それ以前に本件告示のように不特定多数の者に対して一般的抽象的な基準を定めるに過ぎない処分を争わせるべき必要性は認められない。

(4) よって、Xの訴えを却下する。

三 まとめ

建築基準法四二条二項の、法施行の際現に建築物が立ち並んでいる幅員四m未満の道の

指定、いわゆる二項道路の指定をめぐって、その処分の取消し又は不存在の確認を求めて争いとなることがある。

個別具体的に指定については、抗告訴訟の対象となるとされているが、「現に建築物が立ち並んでいる」か否かが争われたことがある（最高判昭五九・七・一七判自八一〇一）。一括指定については、一般処分として成熟性に欠けると指摘されて来たが（東京高判昭五七・八・二六判時一〇五〇―五九、静岡地判昭五六・九・一八行集三三一九―一六四〇）、これ

までは、行政庁が処分性を争わないこともあって、具体の要件に立ち入って、争われている。東京地判平七・八・四（判時一五四六一五、判タ八八九―二三七）では「一般の交通に使用されて」いるか否かが、東京地判昭五七・三・二三（判タ四七五―一五七）では「その道のみ接する建築敷地がある」か否かが、争われた。なお、建築確認不適合通知をめぐって争われたものに、東京地判平二・三・三〇（判時一三五〇―五五判タ七二三―二四七）、東京地判昭五八・八・二五（判タ五三四―二四七）がある。

本件は、行政庁が一括指定の処分性を争ったものであり、本件判決は、一括指定の処分性を認めた第一審判決を破棄して、処分性は

ないとした。

これに対して、包括的なみなし道路の指定は、用途地域の指定等の一般処分と異なり、個別の土地に向けて具体的な私権制限を発生させる処分というべきであるから、抗告訴訟の対象となる処分と解すべきであると見る見解もある（判タ八八九―二三七）。

上告審の判断が注目されるところである。

（企画調整部調整第一課長）