
第12章 法令制限（建築基準法）に関する紛争

1 道路に関する紛争

(1) 目的物の一部に道路がある場合

① 瑕疵担保責任があるとしたもの

イ 2項道路

【12- 01】

★東京地判 昭58. 2. 14 判時1091-106, 判タ498-129

買主業者Xは、昭和55年5月、売主Yから土地をビル建築の目的で買い受けた。本件土地には私道部分が存するが、契約の際、Xは、Yから、本件私道部分は本件土地の借地人の便宜のために開設したもので、何らの公的規制はない、と説明された。しかし、その後調査の結果、本件私道部分は建築基準法42条2項道路に指定されていることが判明した。Xは、契約の目的を達成することができないとして、契約を解除し、損害の賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、本件道路が2項道路に指定されているので、その廃止、変更をなすには、付近住民の同意が必要となるが、その同意を得ることは甚だ困難な状況にあるから、隠れたる瑕疵にあたり、Yは損害を賠償する義務があるとし、その損害額については、私道部分の更地価格から私道としての価格を差し引いた額であるとして、その支払いを命じた。

【12- 02】

★東京地判 昭45. 12. 26 判時627-49

買主Xは、昭和38年媒介業者Aの媒介で、倉庫敷地として利用するために、土地(54.37坪)を、売主Yから買い受けたところ、その一部(8.8坪)が建築基準法42条2項の道路に指定されており、建物の建築が禁止されていた。Xは、これを知らずに建設会社Bに請け負わせて倉庫新築工事に取りかかったところ、行政庁から工事停止命令を受け、工事の中止、請負契約の解除を余儀なくされた。Xは、この道路の指定は、売買の目的物の隠れたる瑕疵にあたるとして、Yに対し、損害賠償を求めた。Yは、売買当時本件道路指定部分が一般通行の用に供されていることをXが知っていたから、Xに過失があると主張した。

これに対して、裁判所は、建築基準法42条2項の道路に指定されれば、同法44条1項により建物の建築等が禁止されるから、このような道路に指定された部分のあることは土地の通常の利用を阻害するものであって、瑕疵にあたり、かつ、Y主張の事実は認められるが、このことから直ちに建築制限があるかもしれないと推測して、特別の調査をすべき義務がXにあるとはいえないから、隠れたる瑕疵というべきであるとして、Yに対し、信頼利益の損害(代金減額分、建築確認申請分)について賠償を命じた。

ロ 隅切り

【12- 03】

★東京地判 昭49. 9. 6 判時770-61, 判タ313-308

買主Xは、昭和46年6月媒介業者Aの媒介で、売主Yから土地(15坪)を店舗(スナック)付住宅建築の目的で買い受け、手付金を支払った。契約の際、Yらは当該土地の南西角の道路に面する隅切りの長さは5.1mと説明したが、その後の調査で6mであることが判明し、Xは、契約の目的を達成することができなくなった。Xは、契約を解除し、違約金の支払いを求めた。

これに対して、裁判所は、隅切りの長さが6mであることは、僅か15坪に過ぎない本件土地の利用上致命的な欠陥であり、この欠陥は通常の注意をしても発見することができなかつたのであるから、隠れたる瑕疵があるとして、Xの契約の解除を認め、賠償額については、本件解除は隠れたる瑕疵によるものであって、債務不履行によるものではないとして、手付金相当額の支払いを命じた。

② 認めなかつたもの

イ 軽微な隅切り

【12- 04】

★東京地判 昭56. 6. 15 判時1020-70

買主業者Xは、昭和54年5月媒介業者Aの媒介で、売主Yから土地建物を買い受け、手付金を支払った。しかし、その後Xは、その土地の公道に面する部分の一部に道路位置指定の対象となっている隅切りがあり、本件土地に建物2棟を建てて販売する目的が達せられなくなつたとして、契約の解除と手付金の返還、違約金の支払いを求めた。

これに対して、裁判所は、隅切部分は使用上の制限を受けるものであるから、隠れたる瑕疵があるが、その面積は1.47㎡(0.6坪)に過ぎず、これによって売買契約の目的を達することができないと認めることはできないとして、Xの請求を斥けた。

ロ 買主に過失があったとしたもの

【12- 05】

★東京地判 昭43. 11. 4 判タ230-276

買主Xは、売主Yから土地を買い受けた。本件土地には、私道として使用されている部分があり、Xも知っていたが、買受後宅地として利用できないことが判明したとして、Yに対し、瑕疵担保責任に基づく損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、住宅地においては建築基準法等の法的規制を受けることが当然予想されるのであるから、買主には同規制を調査検討する注意義務があり、Xは同注意義務を果さなかった過失があるから、本件瑕疵は隠れたる瑕疵ではないとして、Xの請求を斥けた。

(2) 位置指定道路に関するもの

① 接続道路が位置指定道路でないもの

イ 瑕疵担保責任

【12- 06】

★東京高判 昭62. 6. 30 判時1240-66, 判タ658-129

買主Xは、昭和50年11月、売主業者Yから土地を買い受けた。契約の際、XはYから即時建築可能な土地との説明を受け、簡易建築物を建築して入居した。しかし、その後本件土地に接する道路は建築基準法上の道路位置指定を受けていないため、建築確認を受けられないことが、判明した。Xは、Yに対し、不法行為責任又は瑕疵担保責任があるとして、昭和58年11月契約を解除し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、① Yの不法行為責任については、「不動産の売買、媒介等の業務を行う者は、土地の売買契約を結ぶに当って業者として当然土地付近の状況を事前によく調査し、土地上に建物が建築できるか否かについて、建築基準法上の問題点をも調査しておくべき義務がある」ところ、Yは、これを怠り、建築基準法所定の道路があると軽信して売り渡したから、不法行為にあたるが、Xは自己都合により転居したのであるから、相当因果関係に立つ損害は発生していないとしたが、② 瑕疵担保責任については、本件土地には隠れたる瑕疵が存し、Xは買受けの目的を達することができなかったのであるから、解除することができるとして、建築費、登記費用、税金について、損害賠償を認めたが、値上り益の喪失については、履行利益の賠償にあたり、慰謝料についても、原状回復と経済的損失で足りるとして、認めなかった。

【12- 07】

★大阪地判 昭44. 8. 28 判時585-67

買主Xは、昭和40年3月媒介業者Aの媒介で、売主Yから山林を病院建設の目的で買い受け、手付金を支払った。Xは、契約に先立ち現地で見分したところ、本件山林は幅員一間余の堤防に接しているので支障がないと考えて契約したのであるが、その後行政庁で調査の結果、この堤防は認定道路ではなく、病院を建築するためには、何らかの道路を開設する必要があることが、判明した。Xは、契約を解除し、手付金の返還を求めた。

これに対して、裁判所は、本件売買は、日常交通量の多い建物の建築所有を目的とするものであることはYも了知しており、かつ、本件土地は全く公路に接せず、公路に通ずる利用可能性も具備していないのであるから、隠れたる瑕疵があり、認定道路が開設されない限り、病院建築の許可は不能の状況にあったから、Xは契約の目的を達成することができず、解除することができるとして、Yに手付金の返還を命じた。

ロ 買主業者の自招行為

【12- 08】

★東京地判 昭59. 12. 26 判時1152-148, 判タ555-236

買主業者Xは、昭和54年12月媒介業者Yの媒介で、売主Aから土地(983.4㎡、2筆)を建売住宅用地とする目的で買い受け、Aに手付金及び中間金を、また、Yに手数料の一部を支払った。しかし、当該土地に接する道路は、建築基準法上の道路位置指定を受けておらず、また、町の開発指導要綱で500㎡以上の宅地造成は行政指導の対象とされており、速やかに建築確認を得ることが難しい状況であった。Xは、契約を解除し、Yに対して損害の賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、① 「仲介契約の目的が、速やかに建築確認を得ることのできる建売住宅用地としての売買である以上、仲介業者は、本件土地が右目的に適合する条件を備えているかどうか、接道義務の問題、指導要綱に規定された行政指導の問題につき調査及び説明義務を負う」ところ、本件道路は、町では事実上公衆用道路と認めていたが、県では建築基準法第42条所定の道路と認めることはできないとの見解であったこと、また、本件土地は2筆に分かれているが、一括して売買の対象となり、行政指導の対象となるものであることからして、Yは仲介業者としての調査義務を尽したということではできないが、② 他方、Xも宅地建物取引業者であり、本件売買に先立ち町の担当者から本件土地の法令上の制限について説明を受けていて、買主の計画どおり建物の建築ができないことを容易に理解できたにかかわらず、Aと協議して画数、区割を決定したのであるから、本件土地の買受目的を達せられなかったのは、Xの自招行為によるものであるとして、Xの請求を棄却した。

ハ 私道設置の特約

a 口頭の約束があったとしたもの

【12- 09】

★横浜地判 昭58. 1.27 判タ498-141

買主業者Xは、昭和47年、売主Aから土地を自宅の建築用地として買い受けた。本件土地は、建築基準法上の道路に通じていない土地であったが、Aは、契約の際4m巾の道路をつけることにしている、と説明した。しかし、契約書には、私道設置の特約は記載されていなかった。Aが私道を設置しないので、Xは、昭和55年私道用地を買い受け、Aの相続人Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、契約書上私道設置の特約は記載されていないが、AはXから自宅建築のための敷地を頼まれ、売り渡したものであり、当時接道義務を満していないことを知りながら、幅員4mの私道を公道に通ずるよう設置することになっていると説明したのであるから、口頭の約束があったとして、Xの請求を認めたが、その損害額は買受額の約1割がAの債務不履行と相当因果関係のある損害とした。

② 道路位置指定処分

イ 承諾のないもの

a 無効としたもの

【12- 10】

★神戸地判 昭52. 1.17 判時863-86, 判タ360-223

Xは、昭和35年7月、Aと土地を交換し、本件土地を取得したところ、同年12月、Bが同土地中の一部163.50㎡等を位置指定道路とすることについて、Aの承諾書を偽造し、道路位置指定処分を受けた。Xは、昭和39年Y県知事を相手として同処分無効確認訴訟を提起して、昭和44年無効確認判決が下り、確定した。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、Yは道路位置指定処分を行うにあたり、関係権利者の承諾に関し真実性の調査をしないまま処分を行ったことについて過失があるとして、同土地の賃料相当額101万円を賠償するよう、Yに命じた。

【12- 11】

★東京地判 昭39. 5. 28 行集15-5-900

Y知事は、昭和28年10月、Aの申請に基づき、Xらが所有する本件土地について道路位置指定処分をした。Xらは、Aの申請を知らず、承諾を与えたことはなく、Xらの承諾書の署名捺印はAが勝手に偽造して作成したものであり、本件道路位置指定処分は無効であるとして、Yに対し、その確認を求めた。

これに対して、裁判所は、他人の土地につき所有者に無断で道路位置の指定がなされた瑕疵は重大な瑕疵であり、本件申請書に添付された土地所有者の承諾書が偽造で、その名に誤記があるから、Yが当然行うべき調査を尽せば容易に判明した筈で、Yの瑕疵は明白であり、本件指定処分は無効であるとして、Xらの請求を認容した。

【12- 12】

★東京地判 昭34. 3. 19 行集10-3-606

Y知事は、昭和28年2月、Aの申請に基づき、Xの所有する本件土地について道路位置指定処分をした。Aの申請書には、Xの妻Bの承諾書が添付されていたが、本件手続にあたった業者Cが所有者をBと誤認し、かつ、X及びBの承諾を得ることなく、勝手に署名捺印したものであった。Xは、Yに対し、本件指定処分の無効確認を求めた。

これに対して、裁判所は、所有者の承諾を欠く申請に基づく道路位置指定処分は、法の定める要件を欠く瑕疵あるものとして違法であり、本件瑕疵は重大で、かつ、登記簿等に徴すれば、容易に発見し得た明白なものであるから、本件指定処分は無効であるとして、Xの請求を認容した。

【12- 13】

★東京地判 昭34. 11. 11 行集10-11-2237

Y知事は、昭和27年10月、Aの申請に基づき、Xらが所有し、使用している本件土地について道路位置指定処分をした。Aの申請書には、Xらの承諾書が添付されていたが、Aが申請意図を告げずに勝手に押印したものであった。Xらは、Yに対し、本件指定処分の無効確認を求めた。

これに対して、裁判所は、本件道路位置指定処分は関係者の同意のあることが有効要件で、Yは事前に調査すべき義務があり、現場調査又は関係者への照会をすれば、容易に関係者に承諾の意思のないことが判明したのに、書類上の調査に止ったことは、重大かつ明白な瑕疵であり、本件指定処分は無効であるとして、Xらの請求を認容した。

【12- 14】

★東京地判 昭42. 8. 16 判時492-48, 判タ213-181

昭和30年1月、都知事がX名義の申請に基づき、Xの所有地について道路位置指定処分をした。本件申請にはXの承諾書が添付されていたが、本件申請は、AがXに無断

で、Xの印鑑を偽造して行ったものであった。道路位置指定事務は、昭和40年4月から特別区長の権限となったので、Xは、昭和41年、Y区長に対し、本件指定処分の無効確認を求めた。

これに対して、裁判所は、土地所有者の承諾は道路位置指定処分の重要かつ不可欠の前提要件をなすから、土地所有者の承諾を欠く申請に基づく道路位置指定処分は無効であるとして、Xの請求を認容した。

b 無効とはいえないとしたもの

【12- 15】

★東京高判 昭50. 12. 26 行集26-12-1556

★東京地判 昭46. 5. 29 行集22-5-801

Aは、昭和27年8月建物所有者Bの承諾を得て、本件道路の道路位置指定の申請をし、都知事は同年2月付で道路位置指定処分をした。しかし、Xは、昭和40年になって、昭和27年4月A及びBから土地建物を買い受け、同年9月建築確認申請の建築主名義をBからXに変更する届出をしていたから、本件道路位置指定処分は無効であるとして、Y区長に対し、その確認を求めた。

これに対して、裁判所は、道路位置指定の申請者が登記名義人であり、申請書に同土地の建物の建築確認書上の建築主の承諾書が添付されている場合、同土地の真実の所有者が所有名義人と異り、かつ、指定処分までに同建物の建築主の名義が変更されていたとしても、同瑕疵は客観的に明白であるとはいえず、同指定処分は無効とはいえないとして、Xの請求を棄却した。

ロ 分譲地の売買

a 承諾があるとされたもの

【12- 16】

★大阪地判 昭54. 4. 17 判タ395-124

買主Xは、昭和41年8月、売主業者Aから分譲地の一区画を診療所開設目的で買い受けた。本件土地は、三方が私道に面しており、Xは、私道が設けられることを承知で買い受けた（その際、買受面積に私道が含まれることの説明があったか否かは判然としない）。Aは、Y府知事から道路位置指定処分を受けた。その後昭和51年になって、Xは、本件土地の一部が私道にとられ、有効面積が減ったことについて苦情を述べ、Yに対し、本件処分はXの承諾を欠くから無効であると、提訴した。

これに対して、裁判所は、「分譲地の一区画を購入した者が、私道の負担が多いため予定していた利用が困難であることが判明したような場合には、売買契約の解除、代金

減額請求等の法的手段によって分譲業者と買受人との間で法的に解決されるべきであり、それは道路の指定の申請手続の問題ではない」とした上で、本件の場合、Xは、買受時道路位置指定申請手続に関心がなく、Aにおいてその申請をすることを承諾し、まかせていたのであるから、Xの承諾書が添えられていなかった形式的、手続的な瑕疵は、本件処分を無効とするものでないとして、Xの請求を斥けた。

【12- 17】

★東京地判 昭59. 9.20 判自11-110

買主Xは、昭和29年、売主業者Aから土地（私道負担付）を買受けた。本件土地はAが宅地分譲したもので、昭和31年5月都知事Yから道路位置指定処分がなされ、同年7月Xが建築確認を受けて、住宅を建築した。その後昭和53年になって、Xは、Yに対し、本件処分はXの承諾書の添付がなかったから無効であると、提訴した。

これに対して、裁判所は、Xは、本件処分により本件道路を接道義務をみだす道路として建築確認を受けたものであり、Xが提訴するまで20年間異を唱える者はいなかったから、Xは本件処分当時道路位置指定を受けることを承諾していたとして、Xの請求を斥けた。

【12- 18】

★東京地判 昭62. 4.20 判自37-69

昭和27年、Aの申請に基づき、都知事が本件土地について道路位置指定処分をした。Aの申請書には、土地所有者Xらの承諾書が添付されていたが、Xらは、昭和58年になって、Y区長に対し、本件指定処分の無効確認を求めた。

これに対して、裁判所は、本件一帯の土地はBの分譲に係るもので、Xらは本件私道部分を了承の上購入したものであり、かつ、本件承諾書のXの印鑑は極めて特徴的で、三文判でないことからすれば、本件申請にXらの承諾を欠いていたとは認められないとして、Xの請求を棄却した。

b 治癒されたとするもの

【12- 19】

★東京高判 平 4. 6.29 判自108-87

★浦和地判 平 3. 8.26 判自91-92

買主Xは、売主Aから土地（私道負担付）を買受け、昭和46年住宅を建築した。本件土地は、昭和37年業者Bが開発、分譲したもので、Aは私道負担付で買受け、昭和40年Y市長から道路位置指定処分がなされた。Xは、本件道路を前面道路として建築確認の申請をし、その確認を受けたが、平成2年になって、Yに対し、本件処分はXの承諾を欠くから無効であると、提訴した。

これに対して、裁判所は、承諾書中のA名義の名前の記載及び押印に不備があるからといって、Aの承諾がなかったとはいえず、また、仮にAが承諾していなかったとしても、Xは、本件処分が有効なことを前提として建築確認を受けたのであるから、追認したものというべきであり、かつ、Xが提訴するまで25年間誰も不服を述べる者はいなかったのであるから、治癒されたというべきであるとして、Xの請求を斥けた。

【12- 20】

★東京地判 平 5. 4. 12 判時1462-94 , 判タ838-204

昭和30年9月、Aらの申請に基づき、都知事が、従前の3号道路を廃止し、本件道路について道路位置指定処分をした。本件道路の敷地の一部の所有者Xは、昭和31年11月本件道路を接続道路として建築確認を受け、建物を建築したが、昭和57年になって、本件申請にはXの承諾がないから、本件指定処分は無効であるとして、Y区長に対し、その確認を求めた。

これに対して、裁判所は、Xは本件指定に係る道路の存在を容認し、特段の異議をさしはさむことなく利用しているのであるから、事後において黙示的に承諾し、本件指定処分の瑕疵は治癒されたとして、Xの請求を棄却した。

ハ 行政指導

【12- 21】

★東京地判 昭54. 10. 8 判時952-18, 判タ413-139

業者Xは、練馬区内の土地(350.41㎡)について、75.00㎡を位置指定道路とし、残り275.41㎡を7区画に分割して建売住宅の建設分譲を計画し、昭和52年1月26日、Y区長に対し、道路位置指定の申請をした。Yは、ミニ開発抑制のため、Xに対し行政指導を行ったが、Xは、4月1日不作為違法確認の訴を提起し、Yは、行政指導を打ち切って、5月2日道路位置指定処分を行った。しかし、Xは、処分の遅延により損害を受けたとして、Yに対し、賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、本件指定処分は審査に通常必要な相当期間を過ぎてなされたものであるが、Yにおいては、ミニ開発抑制のため行政指導を行ったものであり、適法なものであるから、Xの主張は失当であるとして、Xの請求を斥けた。

③ 道路位置廃止処分

イ 承諾のないもの

a 無効としたもの

【12- 22】

★東京地判 昭46. 5. 29 判時629-53, 判タ266-271

Y知事は、昭和27年、Aの申請に基づき、本件道路位置廃止処分をした。Aの申請書には、土地所有者はB一人で、関係権利者としてXらの承諾書が添付されていたが、Xは、昭和38年になって、Xも土地所有者であり、承諾書は偽造である等として、Yに対し、本件廃止処分の無効確認を求めた。

これに対して、裁判所は、都施行細則8条の趣旨は、道路位置が廃止されると、以後関係権利者において建築基準法43条1項等の制限を受けることになるので、関係権利者の承諾がある場合に限り、同廃止申請をすることができることとしたものであり、同申請が関係権利者の承諾を欠き、又は承諾書が偽造である等重大な瑕疵があるときは、その申請は無効で、同申請に基づく廃止処分も無効であるとして、Xの請求を認容した。

ロ 治癒されたとしたもの

【12- 23】

★最高判 昭47. 7. 25 民集26-6-1236, 判時680-35, 判タ283-134

★東京地判 昭38. 4. 30 民集26-6-1245

★東京高判 昭41. 2. 21 民集26-6-1260, 判タ190-181

Y知事は、昭和28年、Aの申請に基づき、本件道路位置廃止処分をした。Aの申請書には、関係権利者としてXらの承諾書が添付されていたが、Xらは建築線の廃止の承諾をしたもので、本件道路を廃止するものではないと理解して、押印したものであった。本件道路の廃止によって、Xらは袋地となったが、その後Xらが買収をした袋地でなくなった。しかし、Xは、昭和34年、Yに対し、本件廃止処分の無効確認を求めた。

第一審は、Xが敗訴した。

控訴審は、本件処分は違法な処分であり、無効であるとした。

上告審は、① Xの承諾を欠く本件処分は違法な処分であるが、Xらは私道が狭くなることを承知して押印したものであるから、当然に無効な処分とはいえず、② また、建築基準法43条1項違反の結果を生ずることを看過してなされた違法な道路位置廃止処分であっても、当該処分の後、事情変更により、違反状態が解消するに至ったときは、処分当時の違法は治癒され、もはや、これを理由として当該処分を取り消すとか、当該処分が当然に無効であるとするのは許されないとして、原判決を破棄し、原審に差し

戻した。

④ 買主の承諾義務

【12- 24】

★横浜地判 昭54. 1. 24 判時931-101, 判タ386-106

売主業者Xは、昭和43年、宅地を造成し、私道負担付でAらに分譲した。買主Yは、同年11月Aから私道負担付で買い受け、翌44年5月本件私道敷について建築基準法42条1項5号の道路位置指定手続がなされたときは承諾する旨、Xと契約を締結した。しかし、昭和52年にXが道路位置指定申請をしようとして、建築基準法施行細則9条の承諾書を求めたところ、Yは、これを拒否した。Xは、Yの承諾を求めて、提訴した。Yは、公法上の行為にあたるから、不適法であると主張した。

第一審(神奈川簡判昭52. 11. 28)は、Xの請求は、私権の実現を求めるものでなく、公法上の行為の実行を求めるものであるから、請求自体許されないとした。Xが、控訴した。

控訴審は、本訴は、既に共同で開設されている私道を、これに接続する(公道に面していない)各分譲宅地上の建築確認を得るために、道路位置指定を受ける必要があるところ、Yが承諾しないので、XがYとの契約等に基づき、その承諾義務の履行を求めるものであるから、私人の公法上の行為にあたるとしても、その理由でもって直ちにかかる義務の履行を求める訴を不適法とすべき理由はなく、本件「承諾書」に代えて、民法414条2項、民訴法736条に基づく「承諾を命ずる判決の正本」をもって充足されるべきであり、本訴請求は適法であるとして、原判決を取り消し、原審に差し戻した。

⑤ 位置指定道路敷地の共有物分割請求

イ 分割できないとするもの

【12- 25】

★横浜地判 昭62. 6. 19 判時1253-96

業者Aは、4区画の土地付建売住宅の分譲をするに際し、本件土地(94.78㎡)を共用の私道として、土地建物の購入者X及びYらに、本件土地の共有持分権を付加して譲渡した。その後、Xが、Yらに対し、本件土地の共有物分割の請求をした。

これに対して、裁判所は、共有者全員が私道として使用している共有土地は、その権利に内在する制約として、共有関係が設定された共同の目的、機能が失われない間は、他の共有者の意思に反してその分割を求めることはできないとして、Xの請求を棄却した。

ロ 分割できるが、通行地役権が顕在化するとするもの

【12- 26】

★東京高判 平 4. 12. 10 判時1450-81

★東京地判 平 4. 2. 28 判時1442-116

買主業者Xは、平成2年、千代田区三番町でビルを建築することとし、用地を買収したが、Yの所有地については、価額交渉が難航し、買収できなかった。Xは、本件私道用地(123.57㎡)について11分の10の持分を取得したとして、Yに対し、共有物分割の請求をした。Yは、権利濫用であると主張した。

第一審は、本件土地は昭和25年1月当時の所有者Aらが建築線指定の承諾をし、同年11月建築基準法付則5項により道路位置指定があったものとみなされたものであり、公法的規制を受けるが、私道であるから、所有関係に変動を生ぜしめる処分は、私人の自由に任されており、共有物分割請求は権利濫用にならないとして、Xの請求を認容した。Yは、通行地役権があるとして、控訴した。

控訴審は、本件土地については、Aらにおいて互いの通路として使用する旨の合意があり、同合意は、将来分割される場合には、沿接所有地のために互いに利用を必要とする限度で、各自に分割帰属する部分について、潜在的に通行地役権を設定する趣旨を含んでおり、その分割により顕在化するとして、Xの自動車出入りに必要な範囲において通行地役権を認めた。

⑥ 通行妨害排除請求

イ 認めたもの

a 日常生活上不可欠の利益を有する者

【12- 27】

★最高判 平 9. 12. 18 民集51-10-4241, 判時1625-41, 判タ959-153

★横浜地裁川崎支判 平 6. 3. 30 民集51-10-4251

★東京高判 平 8. 2. 20 民集51-10-4253

昭和33年、本件土地周辺の大規模宅地開発に伴い、本件土地が道路として開設され、道路位置指定を受けて、以後Xらが通行の用に供して来た。しかし、昭和61年12月、Yが本件土地を取得し、平成3年Xらの自動車通行をやめさせるため簡易ゲート等を設置し、翌平成4年2月本件土地の通行を不可能とする工事施工の通知をした。Xらは、自動車で公道に出るには他に道路がないとして、本件土地についての通行妨害行為の排除と将来の通行妨害行為の禁止を求めて、提訴した。

原審は、Xらが勝訴した。

上告審は、「建築基準法42条1項5号の規定による位置の指定を受け現実に開設されている道路を通行することについて日常生活上不可欠の利益を有する者は、右道路の通行をその敷地の所有者によって妨害され、又は妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が右通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のない限り、敷地所有者に対して右妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有する」として、Yの上告を棄却した。

ロ 認めなかったもの

a 日常生活上必須とはいえないもの

【12- 28】

★仙台高判 平 2. 1. 29 判タ744-144

Xは、昭和49年5月、Aから土地建物を買受けた。Aは、同年12月Xの隣地をYに贈与し、Yは、昭和54年Aの私道への出入部分にブロック塀を設置して、Xの出入りを2m幅に狭めた。Xは、Yに対し、同土地は位置指定道路であるとして、その排除を求めた。

これに対して、裁判所は、道路位置指定による私人の通行利用は、日常生活上必須な自由通行を妨害されたとき不法行為となるが、本件においては、Xは多少出入りが不便になったものの、日常生活上必須な自由通行を妨害されたものとはいえず、また、そのおそれもないから、Xの請求は理由がないとして、棄却した。

ハ 囲繞地通行権があるとしたもの

【12- 29】

★東京高判 昭40. 5. 31 判タ180-135

★東京地判 昭38. 6. 25 判時347-20

Xらは、昭和32年、業者Aから分譲地を買受けた。Aは、分譲にあたり、道路を開設し、建築基準法42条1項5号の道路位置の指定を受けて、後日購入者に無償譲渡することを約束し、それまでの間Xらの使用を承諾していたが、昭和36年A社の解散に伴い、本件道路部分についてBに登記が移転され、BはYに譲渡して、Y名義に登記が移転された。Yは、所有権を主張して、Xらの通行を妨害した。Xらは、通行権の確認を求めた。

第一審は、XらとAとの間には地役権設定の合意があったとした上で、本件土地は道路位置の指定のなされたものであるから、道路位置の廃止がなされない限り、Yは道路として公共の用に供する負担を負い、Xらの通行地役権について対抗要件が欠けていることを主張する正当な理由を有する第三者に該当しないと、Xらの請求を認容した。

Yが控訴した。

控訴審は、Xらは地役権設定の登記がなく、また、道路位置の指定によりXらが通行し得る利益は反射的利益に過ぎないから、Yに対し対抗することができないとしたが、本件宅地分譲により袋地となったから、Xらは民法213条による囲繞地通行権を有するとして、Yに対しXの通行を妨害してはならないと命じた。

⑦ 位置指定道路建設工事

イ 工事の瑕疵

【12- 30】

★東京高判 昭52. 9. 20 判タ366-239

建設業者Xは、昭和46年2月、業者Yから、Yの分譲宅地の取付道路（位置指定道路）建設工事を請け負い、監理技師Aの作成した設計図書に基づき施工して、同年4月引き渡した。しかし、Yは、本件道路は自動車登坂が非常に困難であり、請負工事に瑕疵があるとして、代金を支払わなかった。Xは、Yに対し、代金の支払いを求めた。

これに対して、裁判所は、本件請負契約は位置指定道路築造目的で、自動車の乗入れ可能な道路の建設が契約内容とされていたのであるから、Xが、設計図どおり施工すると契約の趣旨にそった道路が完成しないことを知りながら、これをAに告げず、工事を完成させたときは、工事の瑕疵となるとし、瑕疵に基づく損害賠償請求権の範囲で相殺を認めた。

(3) 2項道路に関するもの

① 接続道路

イ 2項道路でないもの

【12- 31】

★東京高判 昭61. 8. 6 判時1206-30

買主業者Xは、昭和55年2月、売主Yから、土地を、宅地に造成して転売する目的で、買い受けた。Xは、その契約締結に先立ち、Yの代理人Aに対し、この目的を告げて、本件道路と建物の建築について確認したところ、Aが本件道路は公道で建築基準法42条2項道路でもあり、建物の建築は可能であると答えたので、これを信じて、手付金及び中間金を支払った。しかし、その後Xが市役所で確認したところ、本件道路は

2項道路ではなく、現状のままでは建物を建築できないことが判明したので、Xは、契約は無効であるとして、支払済の金銭の返還を求めた。

これに対して、裁判所は、Xは本件土地を宅地に造成して転売する目的で買い受けるものであるから、本件道路が2項道路であり、本件土地上に建物の建築が可能であることが売買契約の前提をなすものであり、Xはその旨誤信して本件土地売買契約を締結したものであるから、Xのなした本件売買契約の意思表示はその要素に錯誤があるといわば、本件売買契約は無効といわざるを得ないとして、Xの不当利得返還請求を認めた。

ロ 公図上袋地であるが、2項道路に接続するもの

【12- 32】

★東京地判 平 6. 9. 1 判時1533-60

Yは、平成3年5月、媒介業者Xの媒介で、売主Aから、土地(281㎡)を1億9,550万円で買い受け、手付金1,900万円及び媒介手数料592万円を支払った。しかし、本件契約は、平成4年4月、合意解除された。Xは、Yに対し、残金の支払いを求めた。Yは、本件土地は公図上袋地で、Xに債務不履行があると主張した。

これに対して、裁判所は、Xは、本件土地は2項道路に接しており、セットバックすれば建てられること、本件地域は公図と現況が異っており、公図には本件道路は表示されていないが、売買は実際の測量図に基づいてすること等を説明しており、Xに債務不履行はないとして、Xの請求を認容した。

② 賃貸借と2項道路

イ 履行不能にならないとしたもの

【12- 33】

★東京地判 平 5.11.29 判タ872-237

Xは、昭和60年5月、Aから土地(119.30㎡)を賃借し、建物を建てた。同年10月、本件借地のうち3.10㎡を外すことで同意したが、Aは、平成2年5月、同3.10㎡を含む8.33㎡をYに売り渡した。Yは、同土地の中に建築基準法42条2項の指定道路0.37㎡があるから、本件賃貸借は履行不能であると主張した。Xは、Yに対し、賃借権の確認を求めた。

これに対して、裁判所は、本件みなし道路は建築基準法上の私道であり、所有者がその土地を賃貸することは可能であるから、賃貸人の債務が履行不能となるものではなく、Xは賃借権を有しているとして、Xの請求を認容した。

③ 2項道路指定処分

イ 「現に建築物が立ち並んでいる道」

【12- 34】

★最高判 昭59. 7. 17 判自8-101

★東京高判 昭57. 8. 26 判時1050-59 , 判タ481-106

★静岡地判 昭56. 9. 18 行集32-9-1640 , 訟月27-12-2323

Y県知事が、昭和52年5月Aの申請により、建築基準法42条2項のみなし道路の指定をしたところ、隣接地の所有者Xが、Yに対し、同処分の取消しを求めた。

第一審は、Xが敗訴した。

控訴審は、法42条2項にいう「現に建築物が立ち並んでいる……道」とは、建築物が道を中心に2個以上存在していることだけではなく、道を中心に建築物が寄り集まって市街の一面を形成し、道が一般の通行の用に供され、防災、消防、衛生、採光、安全等の面で公益上重要な機能を果たす状況にあることを要し、本件指定地はこれに該当しないとして、Yの処分を取り消した。

上告審は、原審の判断に違法はないとして、上告を棄却した。

ロ 「一般の交通に使用する」

【12- 35】

★東京地判 平 7. 8. 4 判時1546-15 , 判タ889-237

Y区の建築主事は、平成4年2月、本件道路が2項道路であることを前提に、Aに対し、建築確認をした。Xは、本件道路は一般交通の用に供されていないから、2項道路の指定条件を満していないとして、2項道路指定処分不存在の確認を求めた。

これに対して、裁判所は、Yは昭和50年の告示で、「基準時において、現に存在する幅員4m未満1.8m以上の道で、一般の交通に使用されており、その中心線が明瞭であり、基準時にその道のみ接する建築敷地があるもの」について2項道路とする旨の指定をしたが、本件道路は、Xが公道に面して門柱及び門扉を設け、私人の建物の敷地であることを外部に明らかにしていたものであり、一般の交通に使用されていないから、建築基準法42条2項に基づくYの指定処分は存在しないとして、Xの請求を認容した。

ハ 「その道のみ」に接する建築敷地

【12- 36】

★東京地判 昭57. 3. 23 判タ475-157

Y区は、昭和50年の告示で、「基準時において、現に存在する幅員4m未満1.8m以上の道で、一般の交通に使用されており、その中心線が明瞭であり、基準時にその道のみ」に接する建築敷地があるもの」を2項道路として指定(基準指定、包括指定)したが、昭和55年、Xが、Yに対し、その所有する本件土地について、2項道路指定処分不存在の確認を求めた。Xは、本件道路の北側土地は、本件道路と同時に北側道路についても2項道路の指定を受けており、本件道路は「その道のみ」に接する建築敷地があるもの」に該当しないと主張した。

これに対して、裁判所は、本件告示の「その道のみ」に接する建築敷地」とは、本件告示による道路指定をまたなければ接道義務を満すことができない建築敷地を指し、ある土地の接道義務を満すために南北二つの私道について同時に2項道路の指定をしても、建築基準法42条2項の規定違反するものではないとして、Xの請求を棄却した。

ニ 一括指定の処分性

【12- 37】

★大阪高判 平10. 6. 17 判タ994-143

★奈良地判 平 9. 10. 29 判タ994-144

Y県知事は、昭和25年の告示で、「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4m未満1.8m以上の道」を2項道路として指定し、昭和37年の告示で、同指定を廃止し、改めて「幅員4m未満1.8m以上の道」を2項道路として指定した(一括指定)。Xは、平成元年6月、Y県土木事務所長から本件道路が2項道路であるとの回答を受けて、建物を建築したが、その後、本件道路の南側所有者が本件道路が2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2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1.8m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。

控訴審は、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2項道路に当たるかも不明であり、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ず、処分性を認めることはできないとして、Xの訴えを却下した。

④ 建築確認不適合通知

イ 2項道路に該当しないとしたもの

a 「その道のみ接する建築敷地」

【12- 38】

★東京地判 平 2. 3. 30 判時1350-55 , 判タ723-247

Xは、昭和61年7月A区Y建築主事に対し、本件道路が2項道路であることを前提に建築確認を申請したが、Yは、同年9月2項道路に該当しないとして、不適合の通知処分をした。Xは、Yに対し、処分の取消しを求めた。

これに対して、裁判所は、Aは昭和50年の告示で、「基準時において、現に存在する幅員4m未満1.8m以上の道で、一般の交通に使用されており、その中心線が明瞭であり、基準時にその道のみ接する建築敷地があるもの」について2項道路を指定する旨告示したが、基準時に本件道路に接する建築敷地は、いずれも公道又は建築線に接しており、本件道路のみ接する建築敷地はなかったから、Yの処分に違法はないとして、Xの請求を棄却した。

ロ 敷地内に2項道路があるとしたもの

【12- 39】

★東京地判 昭58. 8. 25 判タ534-142

Xは、昭和54年10月、建築確認申請をしたところ、A区Y建築主事は、同年12月、計画敷地内に2項道路が存在するとして、不適合通知をした。Xは、Yに対し、処分の取消しを求めた。

これに対して、裁判所は、Aは昭和50年の告示で、「基準時において、現に存在する幅員4m未満1.8m以上の道で、一般の交通の用に使用されており、道路の形態が整い、道路敷地が明確であるもの」について2項道路を指定する旨告示したが、当該道のみによって接道義務を充足する建築物が複数存在する場合には、「現に建築物が立ち並んでいる」と解してよく、また、少なくとも2世帯以上の者が通行の用に供する場合は、「一般の交通の用に使用されている」と解してよく、本件敷地には2項道路が存在するとして、Xの請求を棄却した。

ハ 行政指導

【12- 40】

★仙台高判 平 2. 9. 27 判時1384-56

Xは、昭和42年土地を取得して、住宅を建築するため、2項道路に接道するとして、建築確認の申請をした。しかし、本件道路が2項道路であるか否かについては疑問があり、その認定に相当の日時を要することが見込まれたが、Xが公庫融資を受けるため早期の確認を希望したため、Y県において西側隣接土地所有者Aの使用承諾をとる方法がある旨を示唆したところ、Xは、Aに40万円を支払って、その使用承諾をとり、建築確認を得た。しかし、その後昭和54年Bが本件道路を2項道路として建築確認申請をし、同確認を得た。Xは、これを不服として、同処分取消訴訟を提起したが、訴の利益がないとして、上告審でも敗訴した。Xは、Yに対し、Aに対する出捐金40万円の損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、本件確認申請時2項道路認定は相当の日時を要するため、YがXの善処方の申入れに対し好意的に一方法を示したところ、Xが自らの自由な判断によりAの使用承諾を得たものであるから、Xの請求は理由がないとして、斥けた。

⑤ 通行妨害排除請求

イ 認めなかったもの

a 現実に道路として開設されていないもの

【12- 41】

★最高判 平 5. 11. 26 判時1502-89, 判タ857-100

★東京地判 平 1. 2. 28 判タ712-147

★東京高判 平 1. 9. 27 判時1326-120

Yは、昭和62年居宅建替えの際、従前の塀を取り壊して、ブロック2枚分の幅ほど南側に張り出した位置(2項道路の中心線にほぼ沿った位置)に新設する工事に着手し、区の工事停止命令に従わず、設置した。なお、残余の部分には、幅員3mの道路状の土地部分があった。同道路の反対側のXは、Yに対し、ブロック塀の撤去を求めた。

第一審は、Xが敗訴した。

控訴審は、Yのブロック塀の設置は、Xの自由権(人格権)を侵害しているとして、Xの請求を認容した。

上告審は、本件ブロック塀の内側部分は、現実に道路として開設されておらず、Xが通行していたわけではなく、また、本件ブロック塀の設置により狭められた範囲はブロック2枚分の程度にとどまり、その外側には公道に通ずる通路があるから、Xの人格的

利益が侵害されたとはいえないとして、原判決を破棄し、Xの控訴を棄却した。

ロ 認めたもの

a 日常生活に必須な道路利用

【12- 42】

★東京地判 昭57. 1.29 判タ473-168

Xは、昭和52年、5階建のビルに建て替えようとしたところ、前面の道路(2項道路幅員1.7~2.2m)に、Yが自動車を駐車し、古テレビ等を置いて、自動車通行を妨害しているので、Xは、Yに対し、妨害の排除を求めた。

これに対して、裁判所は、私人の日常生活に必須な道路利用については、民法上保護に値する自由権(人格権)として保護されるべきであり、Xの自動車通行が他に方法がないと認められる部分については、Yは通行を妨げてはならないとして、Xの請求のうち、一部を認容した。

(4) 3号道路及び4号道路に関するもの

① 3号道路に関するもの

イ 建築確認不適合通知

【12- 43】

★神戸地判 平 4. 6.24 判自101-77

Xがその所有地内に車庫の建築確認申請をしたところ、Y建築主事は、同建築敷地内に建築基準法42条1項3号の道路(基準時において現に存在する幅員4m以上の道路)が存在し、同法44条1項に抵触するとして、不適合通知をした。Xは、同処分の取消しを求めた。

これに対して、裁判所は、Xの父が昭和25年3月本件土地を買い受けた際、「地先道路幅員4mは共同使用すること」と契約し、現にそのように利用されていたから、本件通路は基準時(昭和25年11月)において3号道路に該当し、本件処分に違法はないとして、Xの請求を棄却した。

② 4号道路に関するもの

イ 指定処分取消請求

a 具体的着手があったとされたもの

【12- 44】

★東京高判 平 4. 2. 24 判タ806-108

★東京地判 平 3. 3. 28 判タ768-70

Y区は、昭和60年3月、本件道路について、建築基準法42条1項4号（道路法等による新設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）の道路指定を行った。Xらは、本件道路指定は、周辺住民が反対し、学校があるから違法であると主張して、Yに対し、道路指定処分の取消しを求めた。

これに対して、裁判所は、「2年以内にその事業が執行される予定のもの」とは、2年以内にその事業の執行に具体的に着手される予定があるものを指し、本件道路については、用地の一部取得がなされているから、事業の執行の具体的着手があり、本件指定に違法はないとして、Xらの請求を棄却した。

b 事業の執行が遅れても、義務懈怠はないとしたもの

【12- 45】

★東京地判 昭62. 10. 7 判時1252-32

都Yは、昭和33年9月、本件道路を建築基準法42条1項4号の道路として指定したが、事業の執行が遅れ、相当期間経過しても、道路が築造されなかった。昭和55年、Aが本件道路を前面道路として建物を建築し、Xらが、日照等を阻害された。Xらは、Yに対し、事業執行義務を懈怠したとして、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、事業の遅れはYの責に帰し得ないやむを得ない事情によるものであり、Yに違法行為はないとして、Xらの請求を棄却した。

c その後供用開始されたもの

【12- 46】

★仙台地判 平 6. 6. 30 判自139-85

業者Aは、マンション建設のためBから土地を購入しようとしたところ、接道要件を満さなかったため、Bが市道との間の私道予定地をY1市に寄付した上、建築基準法42条1項4号の道路指定申請をし、Y1は、平成3年2月同指定をした。これを受けて、同市建築主事Y2は、Aの確認申請に対し、同確認をした。近隣住民Xらが、Y1、

Y2に対し、本件指定処分及び確認処分の取消しを求めた。なお、本件道路は、平成5年4月供用開始された。

これに対して、裁判所は、① 本件指定地は建築基準法42条1項1号の道路として供用されているから、同条同項同号の本件指定処分はその効力を失い、本件処分の取消しを求める訴えの利益はなくなったとし、② また、建築確認については、接道要件を満しているから理由がないとして、請求を棄却した。

なお、本件は、がけ条例に違反しているとして控訴された(【12-99】参照)。

ロ 損失補償請求

【12-47】

★東京高判 昭56. 4. 16 判時1005-99, 判タ446-101

★東京地判 昭53. 4. 27 判タ369-226

借地権者Xは、昭和27年10月、土地区画整理事業内の本件土地に、建物を建築しようとして、建築許可申請書を提出したところ、昭和26年2月都Yが建築基準法42条1項4号の道路指定処分をしており、同法44条1項の建築制限があるとして、不許可とされた。Xは、Yに対し、財産権の侵害であるとして、損失補償を求めた。

これに対して、裁判所は、本件道路指定の制約は事業の完遂を容易ならしめるための暫定的に加える土地利用の制約であり、権利者において受忍すべき性質のものであるとして、Xの請求を棄却した。

(5) 接道義務に関するもの

① 路地状部分の幅員制限

【12-48】

★最高判 平 9. 11. 28 建築判例1-2971

★横浜地判 平 8. 8. 7 判タ947-212

★東京高判 平 9. 4. 15 行集48-4-255

業者Xは、平成4年6月、路地状部分17m(幅員2m)の敷地について、建築確認申請を行ったところ、Y市建築主事は、Y市建築基準条例4条により、路地状部分17mの場合は幅員3mを要するとして、不適合の通知処分をした。Xは、本件市条例4条は特殊建築物の敷地に関する建築基準法43条2項を根拠とするもので、本件処分は違法であるとして、Yに対し、その取消しを求めた。

原審は、Xが敗訴した。

上告審は、「建築物の敷地が路地状部分のみによって道路に接する場合に、路地状部分の長さに応じてその幅員を所定の数値とすべきことを条例で定めることは、建築基準法40条に基づいて許されるとした原審の判断は、正当として是認することができる」として、Xの上告を棄却した。

② 業者の説明義務

イ 誤った説明

a 媒介業者及び売主業者の責任

【12- 49】

★東京地判 平 6. 7.25 判時1533-64

買主Xは、昭和62年9月25日媒介業者Y1の媒介で、売主業者Y2から、買換目的で土地建物を代金2億4,000万円で買い受けた。本件物件は、もとAらの所有するもので、公道に幅1.23mでしか接していなかったが、Aらは、B所有の隣地6.15mも含まれるかのような図面（公道に接する幅1.83m）で、昭和62年7月17日建築確認を得た上、その後これを取り止めて、同月23日Y2に約1億9,000万円で売り渡した。その際、AらがY2に交付した地積測量図では、接道部分1.23mが明瞭に記載され、Y2もこれを承知の上、買い受けたものであった。Y2は、Y1の照会に対し、Aらの建築確認が下りていることを伝え、同図面の写し、地積測量図等を交付した。Y1は、地積測量図の接道部分1.23mを看過し、本件土地の接道部分は1.83mであると誤信して、Xにその旨伝えた。契約日当日重要事項説明が行われたが、Y1は、「敷地等と道路との関係」欄を空白として、説明をせず、また、Y2も説明をしなかったため、Xは、接道部分は1.83mであると誤信して契約を締結した。その後Xは、本件土地に自宅を新築することとし、Y2、Y1に請け負わせて、接道部分1.83mで建築確認を受け、昭和63年4月入居したが、Bは、本件隣地部分の譲渡の意思はなく、通行を認める文書も作成しなかった。Y1、Y2は、その後和解金として200万円の申出をしたが、Xは、平成3年、Y1、Y2に対し、1億6,000万円の損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、① Y1に対しては、本件土地の説明をするにあたり、土地の範囲や接道状況等について十分調査し、説明すべき業務上の注意義務があるところ、これを怠り、誤った説明をして、Xを誤信させ、契約を締結させるに至らしめたから、過失があり、不法行為責任を負うとし、② Y2に対しては、本件土地のみを申請敷地とした場合、適法に建築することはほとんど不可能であるから、契約の締結に先立ち、Xに対して、その認識に誤りがないかどうかを自ら確認すべき注意義務があるところ、これを怠り、何ら説明及び確認をしなかったから、過失があり、不法行為責任を負うと

して、本件契約時の土地の価格と売買価格との差額約1億1,200万円の約8割9,000万円の支払いを命じた。

本件は、控訴後和解が成立している。

b 媒介業者の責任

【12- 50】

★東京高判 平 7. 9. 26 判例集未掲載

★横浜地判 平 5. 9. 24 判例集未掲載

買主Xは、昭和62年5月、媒介業者Y1の媒介で、売主Aから土地(165.28㎡)を、共同住宅建築目的で、代金3,800万円で買い受け、同年7月Y1の仲介で、Cの建物建築請負契約を3,208万円で締結し、内金1,000万円を支払った。本件契約にあたり、Y1の担当者Bは、本件土地は市道に間口4.5mで接道していると説明したが、市道との間にはDの所有地が介在し、本件土地は袋地であった。また、XCの契約は、Y1が不当な高額の中介手数料を取得するため、増額されたものであった。Xは、Y1に対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、Y1は本件土地が接道に問題があることを知りながら調査を怠り、Xの希望する建物の建築が可能であるかのように説明して、代金を支払わせた点、債務不履行があるとともに、請負契約に関して不当に高額の中介手数料を取得したとして、Y1に対し、Xに1,600万円の支払いを命じた。

【12- 51】

★東京高判 平11. 2. 16 金商1072-32

【12-50】のXが同債権の一部の弁済を受けたところ、Y1は、平成4年2月免許取消処分を受けて、債務超過となり、唯一の資産である賃料債権を業者Y2(Y1の関連会社)に譲渡した。Xは、Y1Y2の譲渡契約は詐害行為であるとして、Y2に対し、残債権484万円の支払いを求めた。

これに対して、裁判所は、Y1Y2の賃料債権の譲渡契約は、既に債務超過の状態にあったY1とY2とが、通謀の上、Y2らに優先的に債権の満足を得させる意図の下に、Y1がY2に譲渡し、取り立てさせたもので、訴訟行為として取消しの対象となとして、Xの請求を認容した。

ロ 条例の付加義務の説明義務

【12- 52】

★東京地判 平 8. 8. 30 判例集未登載

買主Xは、平成元年12月媒介業者Yの媒介で、売主Aから本件土地(377.41㎡)を転売目的で、代金6億2,810万円で買い受け、平成2年2月引渡しを受けた。Yは、重要事項説明の際、本件土地の容積率を150%と説明したが、都建築安全条例10条の3(500㎡~1,000㎡のマンション建築の際の6m以上の接道義務)を説明しなかった。Xは、平成3年7月になって、同条例の制限により容積率は133%になると主張し、平成5年、Yに対し、7,000万円の損害賠償を求めて提訴した。Yは、Xが契約時マンション建築予定を伝えなかったと主張した。

これに対して、裁判所は、Xがマンション建築予定をYに伝えていなかったとしても、本件土地の立地条件や面積等に照らせば、マンション等の建設は十分に予測可能であったから、YはXに対し都建築安全条例10条の3の説明義務があるとしたが、他方、Xは、契約締結時具体の計画を有しておらず、従って容積率にさほどの関心がなく、また、本件の場合同条但書適用の可能性もそれなりにあるから、Yの説明義務違反によりXが損害を被ったとは認められないとして、Xの請求を斥けた。

③ 法43条1項

イ 但書に該当しないとしたもの

【12- 53】

★最高判 昭58. 7. 15 判自4-128

★和歌山地判 昭56. 12. 21 行集32-12-2231

★大阪高判 昭57. 9. 24 行集33- 9-1883

買主業者Xは、昭和48年12月7日媒介業者A及びBの媒介で、売主Cから土地を宅地造成分譲目的で買い受けた。契約締結に際し、Xは、本件土地と町道を結ぶ通路の承諾を売主側で取得するよう、Aに求めた。A及びBは、本件通路の両側に建築物が建っているが、幅員が2.92mなので、県に相談し、県で調査したところ、同通路は法42条2項のみなし道路には該当しないこと、しかし、誤って両側の建築物の建築確認が与えられていたことが判明し、県の内部で協議を重ねた結果、県は12月20日Bに対し町道認定を受ける必要があると回答した。しかし、Xは、その前に、同通路の地役権が設定されたので、本件売買契約を締結した。その後Xは、宅地造成工事を行い、建築確認の申請をしたところ、本件造成地は建築基準法上の道路に接続していないとして、却下された。通路敷の町への寄付も、全員の賛成は得られなかった。Xは、建築主事Yに対し、処分の取消しを求めた。

原審は、本件敷地は法43条1項但書に該当しないとした上で、Xは、本件通路が建築基準法所定の要件を具備するか否かを事前に調査すべきであるにもかかわらず、私法上の通行権を取得したことで足りるとして、調査を十分行わないまま本件敷地を取得したため、建築確認を得られないこととなったものであるから、Xの宅地分譲が不可能になったとしても、Xの責に帰すべき事由がないとはいえない等として、Xの請求を斥けた。Xが上告した。

上告審も、原審の判断は正当であるとして、上告を棄却した。

ロ 違反の特約

a 無効としたもの

【12- 54】

★東京高判 昭55. 9. 11 判時985-78, 判タ431-83

Xは、昭和41年8月、Yに土地を賃貸したが、その際、「Xが東側隣地のX所有建物を改築し、玄関を公道側（東側）に作るときは、Yは本件土地の私道部分の幅員を3分の2に減じ、残りの3分の1の部分をXに返還する」旨の特約を締結した。Xは、昭和44年建物を改築し、玄関を東側公道に面して作り、Yに対し、同特約の履行を求めた。Yは、同特約は建築基準法43条1項に違反し、無効であると主張した。

これに対して、裁判所は、Yが現に使用し得る私道幅員は2mであるから、これを3分の2（1.33m）に縮減する契約は、建築基準法43条1項の規定に違反し、同条項は建築物使用者の便益と安全を確保するための最低限度の基準を定めた强行法規であるから、同契約の効力は生じないとして、Xの請求を斥けた。

④ 転得者に対する責任

【12- 55】

★東京高判 昭61. 2. 27 東民37-1~3-9

売主Aは、買主Bに対し、土地建物を、接道要件を充足しているとして売り渡し、Bは、その後Xに転売した。しかし、本件物件は、接道要件を充足していなかった。Xは、Y（Aの相続人）に対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、ある土地が接道要件を充足しているとして売買された後、充足できないことが判明した場合、買主は、その瑕疵の存在を知らなかったことにつき過失がなかったときは、民法570条の規定により契約の解除又は損害賠償請求をすることができるが、この売主の接道要件に適合して売買すべき義務は、専ら買主に対する義務であって、転得者に対しては、売主が買主と共謀して欺罔したときとか、転得者が既に特定しているとき等特段の事情のない限り、不法行為責任を負わないとして、Xの

請求を斥けた。

⑤ 行政指導に従ったもの

【12- 56】

★神戸地裁尼崎支判 平 8. 2. 27 判タ919-82

買主Xは、昭和63年10月媒介業者Aの媒介で、売主Y1から土地付建売住宅を2,724万円で買い受け、内金470万円を支払った。本件建物の建築確認は、建築にあたったAの依頼を受けて、B建築士がX名義で行い、本件土地の北側通路を建築基準法42条1項3号道路として申請し、平成元年1月Y2県の建築主事Cから確認を受けた。しかし、同北側通路は、Dの私有地で、42条1項3号道路ではなく、Dは、同年6月通行承諾をしていないとして、本件建築工事を中止させるようCに申し入れた。Cは、放置すれば接道要件を具備しない違法建築物になるとして、Y1に対し、Dの通行承諾を得るまで工事を中止するよう行政指導をした。Y1は、これに従い工事を中断したが、Dとの交渉が難航し、平成3年3月本件契約を解約して、受領済みの内金470万円を供託した。Xは、その還付請求をして、受領したが、Y1、Y2に対し、損害賠償を求めた。Y2は、行政指導に違法性はないと主張し、Y1は、本件契約には「居住用建物が建築できない場合は白紙解約する」との特約があると主張した。

これに対して、裁判所は、① Y2については、Cの行政指導は適法かつ妥当なものであり、Cの審査に違法性はないから、Y2に責任があるとはいえないとし、② Y1については、本件特約は建築確認上のトラブルが生じた場合にも適用されるものであり、Dの翻意を求めるのは不可能であったから、Xは本件特約に基づく解除をすることができるとしたが、Y1に接道要件具備について調査確認義務があるとしても、Xの主張する支払家賃相当額、慰藉料等は、債務不履行の損害として認めることはできないとして、Xの請求を斥けた。

⑥ 通行承諾書の交付義務

イ 媒介業者の責任

【12- 57】

★大阪高判 昭61. 11. 18 判タ642-204

買主業者Xは、昭和56年4月媒介業者Yらの媒介で、土地建物を売主Aの代理人Bから買い受けた。Xは、買受けにあたり、建物を取り壊した上建売住宅として転売する予定であることを告げ、本件土地が公道に接していないため、私道通行承諾書が必要であるので、Aにおいて通行承諾書を取り付け、Xに交付することとともに、隣地との境界を明示することを特約条項とした。Bがこれらを履行して、Xは引渡しを受けた。し

かし、その後この通行承諾書のうち隣地所有者Cに係るものはBが偽造したものであり、また、境界標はCが承諾したものでなかったことが判明し、Xは、これを解決するため、示談金をCに支払うこととなった。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、宅地建物取引業者は「公道に接しない宅地については、私道の通行承諾があり、その通行に支障がないことを近隣者や私道所有者などに問い合せて調査し、買主に土地建物売買の目的を達成させ、損害の発生を未然に防止すべき義務がある。特に買主からその要請指示があり、仲介業者もこれを承諾した場合、私有地通行承諾書の取付け交付、境界の確定については、単に売主側の言を轻信し、そのまま買主に伝えたのみでは足りず、信義誠実を旨とし、疑義があれば、その真偽や境界確定権限の有無に注意する等の業務上の一般的注意義務がある」ところ、Yらは必ずしも信用のおけないBが残代金決済当日漸く持参した通行承諾書と、Cから一切を委されたというBの言を轻信し、その真偽の確認をせず、そのまま真正なものとして説明した点、調査注意義務を怠った過失があるとして、示談金相当額について損害賠償義務があるが、Xも業者であるから過失があるとして、4割を相殺した。

⑦ 違反建築物の売買

イ 詐欺罪

【12- 58】

★東京高判 昭57. 2. 18 東刑33-2-9

売主業者Yは、昭和53年、本件建築物が接道義務違反の建築物で、建築確認を受けられないことを知りながら、これを秘し、引き渡すことができるかのように装って、建売住宅として、買主Aに1,500万円で売り渡し、代金の交付を受けたが、1,200万円を費消し、引き渡すことができなかった。Yが、詐欺罪で起訴された。

これに対して、裁判所は、建築基準法の接道義務に違反する共同住宅について、その建築確認が受けられない事情を秘し、建売代金という名目で金員の交付を受けた者は、それだけで詐欺罪を成立させるに十分であるとして、Yを有罪とした。

⑧ 令132条の合憲性

【12- 59】

★東京地判 平 7. 11. 6 判タ915-253

売主業者Yは、平成4年1月調布市の本件土地（近隣商業地域。北側15m道路、南側4m道路）を購入し、平成5年9階建分譲マンション（90戸）の建築確認を得て、工事に着手し、同建物を完成した。本件建物は、施行令132条（建築物の敷地が幅員の異なる2以上の道路に接している場合は、同敷地の一定部分について、幅員の狭い道路

からの高さ制限についても、幅員の広い前面道路による高さ制限によることができる)の規定により、高さ制限に適合していたが、南側隣地所有者Xらが、同規定は違憲であるとして、Yに対し、建物の除却を求めた。

これに対して、裁判所は、施行令132条は、道路環境の保護の側面に配慮しつつ、同要請と土地の適切な高度利用の必要性との合理的調整を図ったもので、法56条に違反するとはいえないから、違憲であるとはいえないとして、Xらの請求を棄却した。