

〈不動産取引紛争事例等調査研究委員会（第300回）検討報告〉

建築基準法42条1項5号による道路位置指定の取消処分申請を却下した処分が取り消され、かつ、道路位置指定の取消処分の義務付けの訴えが認容された事例

＜処分取消請求、道路位置指定取消請求事件＞

◎東京高裁 平成28年11月30日判決

平28（行コ）255号

判例時報2325号21頁

調査研究部

（調査研究部長：小林正典）

はじめに

第300回の委員会では、位置指定道路の大半の所有者がその指定取消を特定行政庁に申請したところ、その一部の所有者ほか、沿接する土地や建物の権利者の承諾が得られていない、として道路の位置の指定の取消しをしない旨の処分をされたことについて、処分の取消と道路の位置の指定を取り消す旨の決定をすることの義務付けを求めた事案（東京高裁 平成28年11月30日判決）を取り上げた。

昭和46年に、X（被控訴人・一審原告、不動産賃貸業）は原告土地をAより購入した。

本件土地（原告土地の一部である土地P、及び隣接土地の一部である土地Q）には、昭和26年、Aの申請により本件位置指定道路の指定がなされていたが、Xが原告土地を購入した時点では道路として使用はされておらず、Xはその存在を知らないまま、賃貸マンションを建築し検査済証を受け使用していた。

平成25年12月、隣接土地の所有者D及び隣接土地の南側土地を所有するEは、Eが建築主となって両者の所有地を一体とした隣地へ新たに建物を建築することとし、本件位置指定道路が存在することを前提として、指定確

認検査機関により建蔽率の緩和規定等を受けた建築確認を受けた。

Y（控訴人・一審被告、行政庁）からの通知により、本件位置指定道路の存在を知ったXは、Y及びDらに対して、本件位置指定道路の指定取消申請を行う予定であること、ならびに、隣接土地の建築確認申請受付時には、本件位置指定道路が存在することを前提にしないように通知した

平成26年4月、XはYに対し、本件位置指定道路の指定取消申請を行ったが、YはXに対し、同取消申請について、位置指定道路の隅切部分の所有者Dらの承諾印を受けるよう補正を求める通知をした。

Xは、Yに対し上記の補正の求めに応じない旨通知した。Yは、Xが補正の求めに応じないとして、本件位置指定道路の指定取消を行わない旨の処分（本件処分）をした。

Xは、Y区建築審査会に対し、本件処分の取消しを求める審査請求を行ったが、棄却されたため、Xは、本件位置指定道路の指定取消を求め東京地裁に提訴した。

第一審ではXが勝訴、Yは控訴したが、控訴審においてもXの請求が認められた。

その後、Yが上告しなかったことから本件判決は確定、平成29年1月、Yは本件位置指

定道路の指定取消を行った。

委員会では、本件事案における問題点等について、意見交換が行われた。詳細は「委員会における指摘事項」を参照していただきたい。

また、委員会に先立ち行われたワーキンググループ（不動産事業者、行政等で構成）において、道路・通行権調査実務等に関する意見交換を行なったので一部紹介する。

<ワーキング意見>

○ 本件判決に対する感想

- ・各参加者からは、本件裁判所の判断について、「妥当な判断である」との意見が多く聞かれた。
- ・行政としては、過去の実務との平衡感等から、ある程度「杓子定規」な対応をせざるを得ないところはあるのではないかという意見も一部見られた。

○ 外見上存在しない道路が、敷地内に存しないかの調査について

- ・1社を除き、調査対象物件内に位置指定道路等が存在するかどうかを全案件調査するような社内規定・マニュアルは設けていないとの意見であった。
- ・その他の調査（現地・公図・前面道路等）において何らかの徴表があれば、当然のことながら、媒介業者の責務として、敷地内の位置指定道路の有無について調査を行う必要があるが、本事案のX所有物件（土地・建物）の調査にあたり、位置指定道路の存在を認識し得たかどうか自信はない、という意見が多かった。

○ 道路・通行権等に関し、対応に苦慮した事例について

- ・行政庁の位置指定道路図面と現況が相違し

現況道路幅員が4m未満であった土地において、そのままでは再建築不可との行政庁の見解が示されたことから、位置指定道路に面する土地の各所有者から同意書を徴求して解決したことがある。

- ・売買の媒介において、決済後に土地の一部（現況宅地）に道路位置指定があることが、他の所有者からその位置指定道路の廃道協力の依頼があつて判明したことがあった。
- ・私設の埋設管（上下水・ガス）の修繕や接続についての苦情が寄せられたことがある。
- ・自動車通行の可否も含め、通行権に係るいさかいが散見される。中には、売主が隣地等の所有者と合意書面を締結していても、当事者間の感情的な問題が買主に飛び火してしまうこともある。

<事務局意見>

○一般的な住宅の取引では、水路を占用使用している場合など、一目瞭然であることが多いが、今回のような事象は都会の大きな敷地規模の物件でも、稀ではあるが見られる事例と言える。

○道路については行政においても所管が分かれているのが一般的で、幅員については道路課等の部署、建築基準法上の道路か否かなど道路種別については建築指導課等、位置指定道路については開発指導課等が所管していることが多いと思うが、売買目的が分譲などの開発目的ではなく、土地建物の売買である場合に、つい失念しがちなのが開発指導課での確認である。

○接道・道路調査は不動産取引において重要な要素として行政への問い合わせも多く、行政・調査者双方の必要性（省力化）から、ネットを含むシステム閲覧となっているケースが多い。位置指定道路のデータベース化は未だに少ない状況であるが、本件

のように紛争に至れば各所への影響が大きいため、トラブル回避のために調査を徹底したい項目である。

1. 委員会資料

<当事者>

X：被控訴人・一審原告（法人・不動産賃貸業）

Y：控訴人・一審被告（特定行政庁）

（関係者）

A：法人 原告土地の前所有者

本件指定道路の申請・開設者

B：個人 隣接土地の元所有者

C：法人 隣接土地をBから購入しDに売却

D：個人 隣接土地の現所有者

E：法人 隣接土地の南側土地所有者、隣地
新築建物の建築主

<本件土地の概要>

（原告土地・X所有）

所在：東京都〇〇区

地目：宅地

地積：536.55㎡

うち本件土地（土地P）

位置指定道路部分73.00㎡

（隣接土地・D所有）

所在：東京都〇〇区

地目：宅地

地積：178.38㎡

うち本件土地（土地Q）

位置指定道路部分1.00㎡

<判決の内容>

[主文]（控訴審）

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人の負担とする。

[請求内容]（控訴人・一審被告）

- 1 原判決中、控訴人の敗訴部分を取り消す
- 2 被控訴人の請求をいずれも棄却する
- 3 訴訟費用は、第一審、第二審とも被控訴人の負担とする

[参考：第一審判決]

- 1 Y区長のXに対する、平成26年7月18日付道路の位置の指定の取消しをしない旨の処分を取り消す。
- 2 Y区長は、X申請の土地に係る道路の位置の指定の取消しをせよ。
- 3 訴訟費用はY区の負担とする。

<争点及び当事者の主張>

《Xの主張》

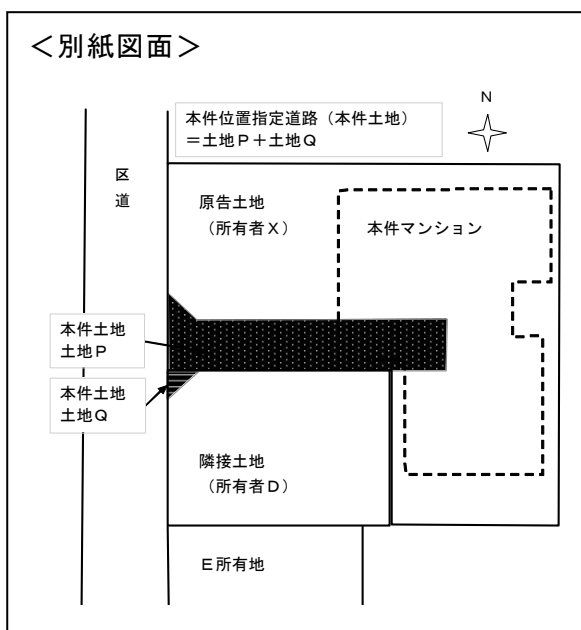
一 争点①（却下処分の違法性の有無）

(1) 却下処分の違法性

ア 道路位置指定取消処分につき道路敷地所有者の承諾が必要とする処分行政庁の見解は、誤りである。位置指定道路の廃止は、本来、私道の所有者の自由である。

私道の廃止の実質的要件を定めるのは法45

<別紙図面>



条1項の規定（道路に接する敷地が接道義務に違反することとなる場合等に限って特定行政庁が私道の廃止を禁止又は制限できる。）のみである。本件においては、接道義務違反となる土地は生じない。公道に接する隣接土地は、本件道路位置指定の取消しがあっても接道義務に違反しないから、隣接土地の権利者の承諾は要しない。道路位置指定の取消しは、私権制限の解除であるから、隣接土地の権利者の承諾は要しない（東京地裁平成19年6月29日判決参照）。

イ 処分行政庁は、法律の委任もないのに、地方公共団体の規則や通達にすぎないY区法施行細則や本件取扱基準により、取消処分の要件を加重することはできない。Y区法施行細則や本件取扱基準が取消処分の要件を加重しているのであれば、これらの規定は無効であり、憲法29条2項（財産権の制限は法律で定める）及び地方自治法14条2項に違反する。

一審被告は、特定行政庁は、位置指定道路の指定の取消しの実質的要件を地方公共団体の規則で定めることができると主張する。また、Yは、特定行政庁には、Y区法施行細則や本件取扱基準にかかわらず、位置指定道路の指定の取消しをしない裁量がある旨主張する。これらの主張は、憲法29条2項及び地方自治法14条2項に違反する。

ウ 最高裁昭和47年7月25日第三小法廷判決・民集26巻6号236頁（以下「最高裁昭和47年判決」という。）は、道路敷地の所有者兼道路隣地の所有者の承諾を欠く道路位置指定の取消処分の事案であり、接道義務違反が生じる道路隣地がある場合においては、隣地所有者の承諾なしにされた道路位置指定の取消処分は違法な処分になると判断したものである。道路位置指定の取消処分をするについて、接道義務違反が生じない道路隣地所有者

の承諾が必要としたものではなく、道路敷地及び道路隣地所有者の承諾を必要としたものでもない。

したがって、本件道路位置指定の取消しに当たり、道路隣地所有者等の第三者の承諾を得る必要はない。本件処分は、道路敷地及び道路隣地所有者等の承諾がないことを理由としたものであり、違法である。

(2) Yの主張（一(2)）に対する反論

ア Yが一(2)アで主張する点は、考慮すべきでない。私人間の権利関係は、通行地役権や権利濫用等の民法上の権利関係の調整に委ねられ、最終的には裁判所が判断するものである。処分行政庁は、私人間の権利義務を調整すべき立場になく、法の定める要件のみに基づいて判断すべきである。

イ 本件土地が法42条において定義される道路であることによる『①建ぺい率に関する規制、②防火戸その他の防火設備に関する規制、③高度地区による高さの制限及び④日影による中高層の建築物の高さの制限』の緩和の利益は、容積率緩和や道路斜線制限の緩和等のような反射的利益にすぎない。このような反射的利益を失うことは、事実上の不利益にすぎない。

ウ 本件道路位置指定の取消処分の要件としては、道路敷地及び道路隣地並びにこれらの地上建物の権利者の承諾は、不要である。これらの承諾がないことを理由とする処分行政庁の却下処分は、違法である。

(3) 道路廃止の具体的実情及びこれを前提として形成された市街地環境

ア 本件の具体的事実関係によれば、本件道路位置指定は取り消すべきである。本件土地は、昭和46年から40年以上にわたって道路としての実態がない。この間、Xは、誰からも道路の実態がないことについて指摘を受けたことがない。Xは、昭和47年、本件土地が位

置指定道路でないことを前提として、東京都建築主事から建築確認を受け、本件マンションを建築した。隣接土地の所有者の言動も、昭和46年から平成24年まで（隣接土地が譲渡されるまで）は、本件土地が位置指定道路ではないことを前提としていた。

イ 前記(2)イの①から④までの規制の目的は、防災、防火や市街地の環境維持等の点にあり、実態のある道路の存在が規制緩和の前提条件となる。実態のある道路が存在しないのに、道路の存在を前提条件とする規制緩和を行うべきでない。

平成25年に登場した隣接土地上の建物の建築主（以下「隣地開発業者」という。）にとっては、本件土地の現況がマンション敷地であって道路でないことは、現地を見れば一見明白である。隣地開発業者は、本件土地がマンション敷地であって道路としての実態がないことを知りながら、本件道路位置指定が形式的に残っていることを奇貨として（2）イの①から④までの規制の緩和を受けて、隣接土地上に建物を建築した。

Xは、平成25年に、新たな隣地所有者及び隣地開発業者に対し、本件道路位置指定取消処分申請の予定を告げて、本件土地が道路でないことを前提に設計施工するよう要請したが、無視された。道路の実態がないのに、道路の実態があることを前提とする規制緩和を受けることは、公益に反する。

二 争点②（本件道路位置指定の取消しの義務付けの可否）

前記一のとおり、処分行政庁において、本件申請に基づき道路の位置の指定の取消しをすべきことは明らかであるから。その旨の決定をすることの義務付けを求める。

《Yの主張》

一 争点①（却下処分の違法性の有無）

(1) Xの主張（一(1)）に対する反論

ア Xは、廃道処分の要件を定めた規定は法45条1項のみと主張する。法45条は、その2項（法9条の是正措置命令に準じた手続）に主眼を置いた規定であり、廃道処分の実質的要件が法45条1項に限定されるとはいえない。法45条の趣旨から、接道義務違反が生じる場合に限らず、廃道により第三者の建築物が接道以外の理由で法違反となる場合や、地域の防災、防火、避難などの点で支障が生じる場合には、地方自治法15条の規則により廃道を制限できる。

イ Y区法施行細則は、法所定の事務が有機的に機能して執行されるように、裁量判断の基準を定める。基準定立の根拠は、国の定める法、法施行令及び法施行規則に規定のない事項についても法から立法権も含めて一定の裁量が付与されていること及び地方公共団体の長には規則制定権限（地方自治法15条）が与えられていることにある。Y区法施行細則の規定は、国の定める法、法施行令及び法施行規則に係る地方公共団体の法規範として有効である。

ウ 最高裁昭和47年判決は、道路敷地の所有者の承諾を欠く道路位置指定の取消処分を違法であると判示する。最高裁昭和47年判決は、道路位置指定の取消処分について、法45条1項に規定がない事項についても、特定行政庁が地方自治法15条の規則で取消処分の要件を定めることを認め、また、特定行政庁の裁量権の行使として法45条1項に規定がない事項を考慮することを認めている。

(2) 却下処分の適法性

ア 本件取消処分の基礎となるY区法施行細則及び本件取扱基準の定めは、法の趣旨にかなう。

Y区法施行細則17条2項及び本件取扱基準は、道路位置指定取消しの申請者に、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権利を有する者の承諾を受けることを求めている。特定行政庁には、位置指定道路の指定の取消しをしない裁量がある。前記の権利者の承諾は、指定取消しの裁量判断を行う際の要件として運用している。その理由の第一は法43条1項に違反する土地が生じないことの確認、第二は申請者以外の道路敷地所有者の承諾があることの確認、第三は道路隣地住民等の利益保護である。

道路敷地の権利者については、当該土地を道路として使用するか否かの権利利益を有しているという観点からも、その承諾を要する。住民等の利益保護とは、位置指定道路を基礎として市街地や住民の日常生活が形成されていることから、道路の廃止による支障の有無を確認すること及び道路の廃止により違反建築物が生じる場合に調整することである。位置指定道路の廃止により生じる違反建築物には法3条2項の適用がなく、特定行政庁は法9条1項の是正措置命令の行使を検討することとなる。そうなる前に、承諾書を得るという形で、申請者と道路隣地の所有者等との協議に委ね、両者による自主的な是正・解決を求めるという趣旨である。本件道路位置指定の全部取消しは、道路敷地の一部を成す隣地所有者の意思に反する。本件道路位置指定のうち原告土地部分のみの一部取消しは、不整形な道路の一部（隣接土地部分）の残存を招く。

イ 隣接土地は、平成25年以降、本件土地が法42条により定義される道路であることを前提として、後記①から④までの各種規制を緩和して、建物が建築された。本件道路位置指定が取り消されると、「①建ぺい率違反（法53条）、②防火戸その他の防火設備違反（法64条、2条9号の2の口）、⑤高度地区による高さの制限違反（法58条、都市計画法9条

17項）、④日影による中高層の建築物の高さの制限違反（法56条の2）の違反建築物となる。市街地に違反建築物を作らないという公益的見地からも、本件道路位置指定の取消しは、認められない。Y区法施行細則及び本件取扱基準の定めにかかわらず、法の趣旨から、前記①から④までの点を考慮して、本件道路位置指定の取消処分をしないという裁量が特定行政庁にある。

ウ 本件申請は、「道路（位置）指定・指定変更・指定取消申請図」の承諾者欄に記載がなく、Y区法施行細則17条2項の要件（承諾者欄に道路敷地及び道路隣地並びにこれらの地上建物の権利者を記載の上、承諾者の印鑑登録証明書を提出）を満たさない。

(3) 道路位置指定及びこれを前提とする市街地環境

ア 本件道路位置指定は現存するから、本件土地の現況がどうであろうと本件土地は法42条により定義される道路でありその上に建つ等の点において本件マンションは違反建築物である。本件マンションの所有者であるXが、適法な建築確認を受けた隣地所有者に保護される利益がないと主張することはできない。

イ 現実の道路開設がなくても道路位置指定処分があれば法42条により定義される道路となること、したがって本件土地が道路であることを前提とする隣接建築物の建築主の行動に問題はないこと、建築主事に道路位置指定の取消しの権限はなく、昭和47年に本件マンションの建築確認があったからといって本件道路位置指定の効力は失われないこと、道路隣地の元所有者が本件土地が位置指定道路ではないとみていたことは根拠薄弱なことからしても、Xの主張は理由がない。

Xは、道路隣地の建物所有者を被告として、本件道路位置指定の取消処分を承諾する旨の意思表示をすることを求める訴訟を提起し

て、勝訴の確定判決を得ることにより、私人間の権利関係の調整を図るべきである。

二 争点②（本件道路位置指定の取消しの義務付けの可否）

本件義務付けの訴えは、行政事件訴訟法3条6項2号所定のいわゆる申請型の義務付けの訴えである。本件処分は適法であって取消事由はないから、本件義務付けの訴えは、行政事件訴訟法37条の3第1項2号の要件を欠き、不適法却下されるべきである。

2. 裁判所の判断

第一 認定事実

証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

一 原告土地と隣接土地とは、別紙図面ののような位置関係にあり、いずれも昭和26年当時から西側が幅員4m以上の区道（法42条1項1号の道路）に接している。昭和26年当時原告土地を所有していたA株式会社は、原告土地を敷地として4棟の建物を建築することを計画した。うち3棟の建物の敷地は、区道に接していなかった。Aは、3棟の建物について法43条の定める接道義務を満たすために、本件土地について法42条1項5号の道路位置指定の申請を行った。面積的に本件土地の大部分を占める土地Pは当時Aの所有する原告土地に属するが、土地Q（区道との接続地点の南側の隅切り部分1㎡）は当時Bが所有する隣接土地に属していた。そこで、Aは、Bの承諾を得て、申請を行った。東京都知事は、同年6月1日、本件土地について本件道路位置指定をした。

Aは、昭和26年頃、本件道路位置指定のとおり本件土地に路地状の「道」を築造し、原告土地（「道」である本件土地の部分を除く。）に4棟の住宅を建築した。うち3棟の建物の敷地は、路地状の「道」である本件土

地（法42条において定義される道路）に接することにより接道義務を満たしていた。このような状態が昭和46年まで続いたが、その間、隣接土地の所有者は、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したことはなかった。

二 Xは、昭和46年9月にAから原告土地を買い受けた。そのころ、前記4棟の住宅は取り壊された。Xは、本件道路位置指定の存在を知らなかった。Xは、原告土地の全体（土地Pを含む。）を一棟の建物（七階建て賃貸マンション）の敷地として利用することを計画した。原告土地は、西側が区道に2m以上接しているため、全体を一棟の建物の敷地として用いる場合には、接道義務は容易に満たすことができた。Xは、昭和47年1月に原告土地の全体（土地Pを含む。）を敷地として建築主事から建築確認を取得した上、七階建て賃貸マンション（以下「本件マンション」という。）を建設し、昭和47年11月30日に東京都の建築主事から工事完了検査を受けた（検査済証は同年12月7日付け）。本件マンションについては、昭和47年12月21日に、X名義の所有権保存登記がされた。

本件マンションの建設準備の過程において、原告土地の全体（土地Pを含む。）について区画形質の変更が行われた。この区画形質の変更により、本件土地の上にあった「道」は、壊されて無くなった（法45条所定の事実行為としての「私道の廃止」に該当する。）。土地Pは、原告土地のその余の部分と一体化して本件マンションの敷地に取り込まれた。「道」を壊すという事実行為の実行に当たって、特定行政庁からの法45条の権限の行使はなかった。「道」が壊されて無くなった時点において本件土地が法42条において定義される道路に該当しなくなると仮定しても、昭和46年又は47年の時点において、本件土地の

近隣においては、接道義務に違反する状態その他の法に違反する状態は発生しなかった。このような状態は、その後40年以上継続している。

本件土地の一部である土地Qを所有するBは、「道」を壊して無くすこと及び後記塀の設置に反対しなかった。Bは、昭和46年又は47年の時点において本件道路位置指定の取消しについて意見を求められた場合は、反対しなかったことが確実である。建築主事による本件マンションの建築確認や工事完了検査の時点では、本件土地について、「道」は壊されて無くなっていたが、本件道路位置指定は取り消されていなかった。本件マンションの建築確認申請においては、土地Pは建物敷地の一部として扱われて建ぺい率等の計算がされ、本件マンションの一部は本件土地の上に建築されるという内容になっていた。実際にも、本件マンションの一部は、建築確認の内容のとおり、本件土地の上に建築されている。東京都の建築主事は、本件道路位置指定が観念的に残っているという事実気付かず、土地Pは、建物の建築が禁止される位置指定道路ではなく、建物の建築が禁止されない宅地（本件マンションの敷地）であるという前提で、建築確認や工事完了検査を行った。

Xは、本件マンションの建設と同時に、原告土地と隣接土地の境界線に沿って、区道に接するところまで、塀を建設した。本件土地は、塀によって土地Pの部分と土地Qの部分に分断され、一体利用ができなくなった。隣接土地の所有者は、塀の建設に異議を述べず、従前どおり土地Pを通行しないという近隣土地の利用方法を継続し、土地Qを隣接土地にある建物の敷地であるかのように利用した。

Bは、昭和55年9月、隣接土地にあった従前の建物を取り壊した上で、隣接土地の上に共同住宅を建築した。当該共同住宅は、区道

にのみ接道するという前提で、建築された。Bは、従前どおり、土地Pを通行しないという近隣土地の利用方法を継続した。

三 Bは、平成24年10月に、隣接土地上の昭和55年9月に建築した共同住宅を取り壊し、平成24年11月に隣接土地を第三者に売り渡した。隣接土地は、転々と譲渡されたが、これを取得した隣地開発業者が隣接土地とその南隣の土地を敷地として建物建築計画を立案した。その計画は、本件土地が法42条の規定により定義される道路（位置指定道路）でないことを前提とすれば、「①建ぺい率違反（法53条）、②防火戸その他の防火設備違反（法64条、2条9号の2のロ）、③高度地区による高さの制限違反（法58条、都市計画法9条17項）、④日影による中高層の建築物の高さの制限違反（法56条の2）」の違反建築物となるものであった。しかしながら、本件土地が法42条の規定により定義される道路（位置指定道路）であることを前提とすれば、法等により前記①から④までの各種規制が緩和されて、違反建築物にはならないものであった。平成24年11月から同25年にかけて、当時の本件土地の現況が「道」ではなく建物敷地であることは、現地を見れば一見して明らかであり、善良な個人、善良な事業者であれば本件土地を道路として扱うのはおかしいのではないかと思うはずのところであった。しかしながら、隣地開発業者は、本件土地が法42条により定義される道路であるという前提で建築確認を受けて、建物が建築された。

平成25年8月頃、Yの担当者は、Xに対して、本件道路位置指定が存在すること及び本件土地が法42条において定義される道路（位置指定道路）と扱われることを通知した。Xは、この時点で初めて、本件道路位置指定の存在を知った。Xは、隣地開発業者の建築計画が本件土地が位置指定道路であることを前

提としたものであることを知り、同年12月に、Y及び隣地開発業者に対して、本件土地について本件道路位置指定の取消しを申請する予定であること、本件土地が位置指定道路でないことを前提とすればこれから建築する建物は違法建築物になるおそれがあることを通知した。指定確認機関は、平成25年12月に隣地開発業者に対して、建築確認通知（本件土地が位置指定道路であることを前提に審査を行ったもの）をした。

Xは、平成26年4月に本件道路位置指定の取消申請をした。Yの担当職員は、土地Qや隣接土地及び建築申の地上建物の所有者、抵当権者などの承諾を得るように申請の補正を促したが、Xは、これに応じなかった。そこで、Y区長は、同年7月18日に、平成26年7月18日付本件土地に係る道路位置指定の取消しをしない旨の処分（却下処分）をした。

隣地開発業者は、本件土地の現況がマンション敷地であって「道」ではないことを知りながら、隣接土地に建物建築工事を進め、建築確認のとりの建物を建築し、平成27年1月7日には指定確認機関の工事完了検査を受けて、検査済証を受領した。

第二 以上の認定事実に基づき検討する。

一 本件却下処分の違法性と指定取消処分の義務付けの可否

(1) 法第三章には、「道路」、「道」及び「私道」という三種類の用語が使われている。「道路」は、後記のとおり、法42条における定義語である。「道」は、法42条1項3・5号、2項において用いられ、「一般公衆の通行の用に供される場所」という程度の意味の普通名詞である。「私道」は、法45条において用いられ、私有地にある「道」という程度の意味の普通名詞である。法42条によれば、法（第三章に限る。）における「道路」とは、「次の各号の

一に該当する幅員4m以上のもの」であり、本件で問題となる同条1項5号の位置指定道路に当たるというためには、さらに次の5つの要件が必要である。

- ①土地を建築物の敷地として利用するためのものであること
- ②道路法等によらないで築造されるものであること
- ③政令で定める基準に適合すること
- ④指定対象土地が「道」又は「これから築造しようとする道」であること
- ⑤特定行政庁からその位置の指定を受けたこと

法42条1項5号の指定を受けたいわゆる位置指定道路は、事実的要素である「幅員4m以上の道（又は築造予定の道）」と、観念的要素である行政処分たる「指定」の2つの要素から成ることが分かる。

(2) 第一における認定事実によれば、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（これから道を築造しようとする者がいたことを認めるに足りる証拠はない。）。したがって、本件土地は、

上記(1)の④の要件を満たさないから、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項五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、前記(1)の④の要件を満たさないものとして法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。

(3) 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。事実として「道」や「これから築造しようとする道」が後発的に存在しなくなり、道路位置指定の必要性も存在しな

い（接道義務違反となる土地がない。）のに、観念的に道路位置指定だけが残っているような場合においても、敷地所有者の同意がなければ道路位置指定の取消処分ができないとすると、市街地の健全な発展の障害となり、公益を損なうからである。事実状態として「道」が壊されて無くなり、道路位置指定の必要性も消滅したのに、観念的に道路位置指定だけが残っているという状態は、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。

(4) 本件道路位置指定の取消申請があった平成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。本件道路位置指定の取消申請時には、本件土地については、道路位置指定をするための要件（幅員4m以上及び上記①から④まで）のうち少なくとも④を欠くことになる。新たに道路位置指定をするための要件を欠く土地であって、道路位置指定の必要性もないものについて、道路位置指定の取消申請があったのであるから、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（Y区長）に裁量の余地はない。「道」が壊されて無くなり道路位置指定の必要性が消滅してから半世紀近く経過した後、観念的に残っている道路位置指定に着目して建築規制の緩和を受けようとして新たに登場した隣地所有者の立場に配慮しようとすることは、論外である。

(5) 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、取消処分申請が無くても、公益的見地から指定の取消処分をすべきである。したがって、Xの請求は、道路位置指定の取消処分をしない処分の取消請求も、取消処分の義務付け請求も、いずれも理由があることになる。

(6) なお、X及びYの双方の主張にかんがみ、関連条文の規定、最高裁昭和47年判決の理解の仕方、Yの裁量（義務付けの可否）、隣地建物の建築確認や工事完了検査の効力などについて、以下にふえんして説明することとする。

二 関連条文の規定（法45条）について

(1) 法45条は、事実的要素の側面から、行政庁が私人に対して事実行為としての作為又は不作为（私道の変更又は廃止の禁止又は制限）の実行を命令し、かつ、私人が自ら実行しない場合に行政庁が代執行を行うための要件について規定する。私道を壊すことにより接道義務を満たさない建物敷地が新たに発生する場合には、行政庁が同条の規定により事実行為としての作為又は不作为命令を私人に対して発し、かつ代執行ができることを規定する。法9条（建築物除却命令等と行政庁の代執行について定める。）と同じタイプの規定である。

(2) 事実的要素の側面について定める法45条の規定の趣旨からすると、観念的要素の側面である行政処分としての道路位置指定の取消処分についても、取消処分により接道義務を満たさない建物敷地が新たに発生しないことが、道路位置指定の取消処分の要件になると解される。後記三の最高裁昭和47年判決も、以上と同旨をいうものと解される。

(3) いずれにせよ、本件においては、道路位置指定の取消処分をしても、接道義務を満た

さない建物敷地が新たに発生することはないから、この点は、指定取消処分をしない理由にはならない。

三 最高裁昭和47年判決について

(1) 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二点を判示したものとみられる。

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はみられない。

(2) 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ものである。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であった事案である。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。特に、道路位置指定の必要性が消滅して長期間が経過した本件においては、私権の制限（道路位置指定）の解除という性格を有する道路位置指定の取消処分について、道路敷地所有者（隣地所有者）の承諾が必要であるというには無理がある。

(3) Yは、最高裁昭和47年判決をもとに、各地方公共団体が地方公共団体の規則で道路位置指定の要件や道路位置指定解除の要件を定めることができるかの主張をする。しかしながら、最高裁昭和47年判決はそのようなことを正面から説示していないし、国民に義務を課し又は権利を制限するには、法律、法律の委任に基づく政省令又は法律の委任に基づく条例（法令に反しない場合に限る。）によらなければならないのがわが国の国法体系である。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規則が最高裁昭和47年判決の判決文の中に出てくるのは、前記のとおり、枕詞的な意味しかないと思われる。Yの主張は、わが国の国法体系に反するものであって、採用することができない。

四 Yの主張する裁量について

(1) Yは、道路位置指定の取消処分をするに当たって処分庁には裁量権があり、裁量権行

使の判断資料として、Y区法施行細則（地方自治法15条の規則）及び本件取扱基準（通達ないし訓令の類のもの）を定めて、これらを形式的要件としていると主張する。しかしながら、取消申請に対して、Y区法施行細則や本件取扱基準を機械的に当てはめて判断するのであれば、国民に義務を課し又は権利を制限する処分の要件を地方公共団体の規則や通達で定めるのと同じことになり、そのような取扱いには適当でない。

(2) また、Y区法施行細則及び本件取扱基準は、道路位置指定の取消処分の要件として、最高裁昭和47年判決が判決文の中で指摘する事項（道路敷地所有者の承諾や法43条違反の土地を生じないこと）の範囲を超える事項を定めている。

すなわち、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。また、最高裁昭和47年判決に言及のない場合（法43条1項違反の土地が生じるおそれのない場合）にも、これらの承諾書の提出を一律に求めている。Y区法施行細則及び本件取扱基準に従うとすると、これらの承諾書の全部を取得し、かつ提出することができない者は、取消処分が得られない。

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、法43条1項違反の土地が生じるおそれがなく、道路位置指定の必要性が消滅しているのに、たまたま道路隣地の一部に区分所有者が数百名に及ぶ大規模マンション（位置指定道路に出口がなく、位置指定道路を通路として使うつもりのないもの）があり、そのうち数10%が賃貸に供されているような場合は、申請者に過大な負担を課すことになり、非常識な結果を生み出す。

Y区法施行細則や本件取扱基準は、行政判断の過程において考慮すべきでない事項を考慮に入れる結果をもたらすことがあるものであって、行政の判断基準としての妥当性を欠く。

(3) 道路位置指定の取消処分申請書の用紙を統一して、道路敷地及び道路隣地並びにこれらの土地上にある建物について権利を持つ者を記載させる欄を作ることは、申請者に分かる範囲のことを任意に記載させる（記載がないことを理由に却下しない。）という運用を実行するのであれば、手続規定としての合理性があり、異なる用紙を用いた申請を却下することも許される。行政権限の行使に必要な情報であって申請者が知っているものを処分行政庁に届け出させること及び申請書式の統一は、適正迅速な行政の実現に役立つからである。また、申請書の用紙を統一して、これらの者の承諾印を押す欄を作ることも、申請者が承諾印を得られる場合にのみ使用する欄として運用する（承諾印がないことを理由に却下しない。）という運用を実行するのであれば、手続規定としての合理性があり、異なる用紙を用いた申請を却下することも許される。行政権限の行使に必要な情報であって申請者が情報提供することが可能なものを処分行政庁に届け出させること及び申請書式の統一は、適正迅速な行政の実現に役立つからである。

しかし、道路敷地及び道路隣地並びにこれらの土地上にある建物の権利者の承諾印の提出を取消処分の必須の要件とするYの取扱い、国民に過度な負担を負わせるものとして不適当である。特に、本件のように、昭和47年に道が壊されて無くなってから問題なく半世紀近くが経過したという事案について、Y区法施行細則や本件取扱基準を機械的に適用するのは、国民に無理を強いるものである。

五 隣地建物の建築確認・工事完了検査につ

いて

(1) 昭和47年に本件マンションの建築確認と工事完了検査を行った東京都の建築主事は、本件道路位置指定がなく、土地Pは建物敷地として使用できるものと認識して、本件マンションの建築確認と工事完了検査を行ったものと推認される。他方、平成25年以降に隣接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、本件土地は法42条において定義される道路（法42条1項5号の位置指定道路）であると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。

Xは、隣接土地上の建物の建築確認等が本件土地（法42条において定義される道路でないもの）を道路として扱った点において法違反であると主張する。これに対して、Yは、東京都の建築主事が行った昭和47年の建築確認と工事完了検査を自己否定して、本件土地（法42条において定義される道路であるもの）を建物敷地として使用している点において本件マンションが法違反であると主張している。話をややこしくしているのは、隣接土地上の建物は、本件土地が法42条において定義される道路ではないとしても接道義務違反は生じないが、本件土地が法42条において定義される道路ではないとすれば建ぺい率などの点で違法建築物になるということである。

(2) 前記認定事実によれば、Aは、道路位置指定の申請を建築確認申請の一部と認識していたものと推認される。すなわち、昭和26年の道路位置指定の申請は、4棟の住宅の建築確認申請と一体となるものであって、建物の取壊後も独立して効力が存続するものではな

いという意識の下に申請したものと推認される。そして、建物の建築と異なり建物の取壊しには行政処分を得る必要は無いから、建物の取壊しに伴い不要となる「道」を壊して無くす場合に行政処分をもらわなくても支障はない（道路位置指定は建築確認と一体であるから、建物の取壊後に存続することはない。）と考えていたものと思われる。道路位置指定を取り消しておかないと、後に本件のようなややこしい事態が生じるということまでは思いが至らなかったものと推認される。そして、当時の国民の常識的感覚に照らすと、善良な個人や善良な事業者であっても道路位置指定の取消申請は忘れてしまいがちであって、昭和46年の建物取壊しの時点で行政処分を得る（道路位置指定の取消処分を得る。）ことに思いが至らなかったことが、著しい落ち度であったとはみられない。

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付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、規制の緩和を受けないはずである。

本件マンションは、形式的にも、実質的にも、法に違反することなく建築されたとみることができる。事実行為として「道」が壊されて無くなった後の本件土地は、前記のとおり、法42条において定義される道路ではない。いったん築造された「道」が壊されて無くなった後は、道路位置指定が観念的に残っているというだけで、自動的に指定の対象である場所が法42条において定義される道路となるものではない。昭和46年以降平成25年まで観

念上の存在として残ってしまった本件道路位置指定という一点を除けば、本件マンションには法違反の疑いをかけられるような問題点は存在しない。そして、位置指定の必要性もないのに観念的に道路位置指定が残っているだけで、いったん築造された「道」が壊されて無くなってしまった場合には、当該場所（「道」の跡地）はもはや法42条において定義される道路といえないことは、前記説示のとおりである。したがって、本件マンションは、法に違反しない。

(3) 現在の隣接土地上の建物の所有者は、本件土地の現況が「道」でないことが一見して明白であるにもかかわらず、本件土地が法42条において定義される道路であるという前提で建築確認を取得して当該建物を建築した。そうすると、隣接土地上の建物は、法に違反する。そして、本件土地の現況が「道」でないことは一見して明白であり、現況が「道」であることを前提とした建ぺい率等の緩和規定の適用を受けて建物を建築すれば、法が維持しようとする都市環境の水準を劣化させることも明白である。隣接土地上の建物の所有者は、法が維持・向上させようとする都市環境の水準を劣化させることが明白なことを承知の上で当該建物を建築したものであるから、その建築確認の瑕疵は重大である。

六 結論

以上によれば、Xの請求は、道路位置指定の取消処分をしない処分の取消請求も、取消処分の義務付け請求も、いずれも理由があり、原判決主文はこれと同旨である。そうすると、原判決は、結論において正当であるから、本件控訴を棄却することとして、主文のとおり判決する。

3. 委員会における指摘事項

○ 建築基準法上の基準を充足しない道路位

置指定の取消処分と利害関係者の同意について

- ・基本的には関係当事者の承諾必要と思われる。承諾が得られなければ、訴訟手続による。
- ・行政事件訴訟法が改正され、本件のような義務付け訴訟の請求も広く認めてもらえるようになっている。
- ・事実行為として、昭和47年に道を壊してしまった際に、特定行政庁は建築基準法45条の権限を行使できたのかどうかという問題があるが、本件では、その権限行使は出来なかったと考えている（位置指定そのものが建築制限のかかる私権制限であることもあり）。
- ・多くの裁判例は、道路位置指定があることをもって、通行権があるとまでは言えないとしている。通行権は反射的利益である。

○ 宅建業者の敷地内に存する外見上存在しない道路の調査義務について

- ・現地調査、公図、謄本等において、道路の存在をうかがわせる事情があれば、調査説明義務があるといえる。
- ・一部の行政庁においては、建築基準法上の道路について一元管理し情報提供しているところも見られる。行政庁での前面道路の調査において、敷地内道路の存否についても知りうることはできたとすれば、宅建業者に調査説明義務があると言えるであろう。

4. 参考資料

[参考裁判例]

1. 昭和47年 7 月25日 最高裁 判例時報 680-35
- 自己所有地が無道路地になることを十分認識せずに、位置指定道路の廃止申請書に承諾印を押印したとする土地所有者が、その

廃止処分の取消しを求めた事案において、承諾を欠く申請に基づきなされた処分であっても、申請書類上その承諾がないことが明白なものでもないため、その処分を当然に無効とすることはできないうえ、その後当該土地所有者が隣地を購入したことにより、当該土地の建築基準法上の接道義務が果たされていることから、その廃止処分の違法性も治癒されているとされた事例。

2. 昭和62年11月24日 最高裁 判例時報 1284-56

- 里道の近くに居住し、その通行による利便を享受することができる者であっても、当該里道の用途廃止により各方面への交通が妨げられるなどその生活に著しい支障が生ずるような特段の事情があるといえないときは、その用途廃止処分の取消しを求めるにつき原告適格を有しないとされた事例。

3. 平成 3 年 4 月19日 最高裁 金融商事判例872-42

- 道路位置指定処分がされた土地上に存在していた生垣の内側にブロック塀が築造されたことに対してなされた工作物の撤去請求について、その部分は現実に道路部分として開設されていなかったとして、請求が認められなかった事例。

4. 平成 5 年11月26日 最高裁 判例時報 1502-89

- 道路位置指定処分がされた土地上に存在していたブロック塀が築造し直されたことに対してなされた工作物の撤去請求について、再築造により減少した幅員はブロック 2 枚分程度にとどまり、その通行等日常生活に支障が出たとも認められないとして、請求を棄却した事例。

5. 平成27年 4 月23日 最高裁 判例時報
1625-41

○現実に開設されている位置指定道路を通行
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、敷地所有者によりその通行

を妨害される等のおそれがあるときは、特
段の事情のない限り、敷地所有者に対して
妨害排除及び将来の妨害行為の禁止を求め
る権利を有するとされた事例。

[時系列]

※ 判決文より一部抜粋、一部裁判記録より加筆

昭和 26 年 6 月	・ Aにより、本件位置指定道路（全体：74 ㎡、うち本件土地部分・土地 P：73 ㎡、本件隣地部分・土地 Q-B 所有：1 ㎡）の申請がされる。 ・ その後 A は、本件土地（位置指定道路部分・土地 P を除く）に住宅4棟を建築。（うち3棟は、本件位置指定道路のみが接面道路）
昭和 46 年 9 月	・ X は、本件土地を A から購入。（同時点では、4 棟の住宅は取壊されており、X は、本件位置指定道路の存在を知らなかった。）
昭和 47 年 12 月	・ X は、本件土地全体（位置指定道路部分を含む）を敷地として、賃貸マンションを建築し検査済証を得た。（この時、行政庁は本件位置指定道路の存在を看過した。）
昭和 55 年 9 月	・ B は、本件隣地において、西側区道のみを接面道路として共同住宅を建築。
平成 24 年 2 月	・ B は C に、本件隣地と共同住宅を売却。 ・ C は共同住宅を取壊し、11 月に本件隣地を D に売却。
平成 25 年 1 月	・ D と本件隣地の南側土地を所有する E は、E が建築主となり、両者の所有地を一体として、建物を建築する方向とした。
平成 25 年 8 月	・ X は、Y から本件位置指定道路の指定があることの通知を受けた。
平成 25 年 12 月	・ E が建築主となり、D と E の所有地を一体として建築する建物（本件隣地建物）の建築確認が、指定確認検査機関によりなされる。 ・ X の代理人弁護士は、Y 及び D らに対し、本件位置指定道路の指定取消申請を行う予定であること、ならびに、隣接土地の建築確認申請受付時には、本件位置指定道路が存在することを前提にしないように通知した。
平成 26 年 4 月	・ X は、Y に対し、本件位置指定道路の指定取消申請を行った。
平成 26 年 6 月	・ Y は、X に対し、上記取消申請について、隅切部分の所有者(D)らの承諾印を受けるよう補正を求める通知をした。
平成 26 年 7 月	・ X の代理人弁護士は、Y に対し、上記の補正の求めに応じない旨通知した。 ・ Y は、X に対し、補正の求めに応じないとして、本件位置指定道路の指定取消を行わない旨の処分（本件処分）をした。
平成 26 年 9 月	・ X、Y 区建築審査会に対し、本件処分の取消しを求める審査請求を行う。
平成 27 年 1 月	・ 本件隣地建物竣工、指定確認検査機関より検査済証が発行された。
平成 27 年 2 月	・ Y 区建築審査会は、上記審査請求を棄却した。
平成 27 年 5 月	・ X は、本訴を東京地裁に提訴した。
平成 28 年 6 月	・ X の請求を認める第一審判決が言い渡された。Y 控訴。
平成 28 年 11 月	・ 東京高裁において、Y の控訴が棄却（Y は上告せず、判決確定）。
平成 29 年 1 月	・ Y は、本件位置指定道路の指定取消を行い告示した。