

建築基準法四二条二項所定のいわゆる みなし道路の指定と抗告訴訟の対象

— 最高裁判決 —

道路局道路交通管理課 千木良 敦之

はじめに

本件は、第一審判決添付の物件目録記載の土地（以下「本件通路部分」という。）に面し一部が本件通路部分に含まれる土地を所有する上告人が、本件通路部分について、建築基準法四二条二項の規定により同条一項の道路とみなされる道路（以下「みなし道路」という。）に指定する旨の被上告人の処分が存在しないことの確認を求めている事案である。本件の第一審は、その処分性を肯定して本案の判断をし、本件通路部分はみなし道路に当たらないとして、原告の請求を認容したが、

原審は、本件告示は一般的抽象的な基準を定立するものに過ぎず、具体的にどの道路がみなし道路に当たるかも不明であり、告示自体によって直ちに私権制限が生じるものではなく、道路内建築制限違反による建物除却措置命令や建築確認等の行政処分を通じて初めてその指定が現実具体的に個人

人の権利義務に影響を及ぼすか否かが判然とするのであるから、本件告示は行政処分にあたらないとして、第一審判決を取り消し、本件訴えを不適法として却下した。原告が上告受理申立て。本判決（平成一四年一月一七日）は、一括指定の方法によるみなし道路指定も抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるとして、破棄差戻しをした。以下概要を紹介する。

第1 事案の概要

本件は、本件通路部分に面する土地及び同通路部分の一部を所有する原告が、所有地上の建物建築工事に先立ち、本件通路部分が建築基準法四二条二項の規定する同条一項の道路とみなされる道路、いわゆるみなし道路に当たるか否かを建築主に照会したところ、みなし道路に当たるとの回答がされたため、本件通路部分はみなし道路に当たらないとして、同条二項の特定行政庁である被

告に対し、本件通路部分について被告のみなし道路指定処分が存在しないことの確認（処分不
存在確認）を求めた事案である。

第2 争点

一括指定の方法によるみなし道路指定が抗告訴訟の対象となる行政処分にあたるか否か。

第3 主文

原判決を破棄する。
本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

第4 理由

一 原審の確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

(1) 本件通路部分を含む奈良県南葛城郡御所町（現在の奈良県御所市）は、法の施行日である昭和二五年一月二三日以前から都市計画区域に指定されていたところ、被上告人は、同年二月二八日付け奈良県告示第三五一号により、「都市計画区域内において建築基準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」を二項道路に指定し、同三七年十二月二八日付け奈良県告示第三二七号（以下「本件告示」という。）により、上記第三五一号の告

示を廃止するとともに「幅員四m未満一・八m以上の道」を二項道路に指定した。

(2) 上告人が、前記所有地上の建物新築工事の建築確認申請に先立ち、本件通路部分が二項道路に当たるか否かを奈良県高田土木事務所に照会したところ、平成元年一月三〇日、建築主事から本件通路部分は二項道路である旨の回答がされた。

二 原審は、上記事実関係の下で、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にとどまり、本件通路部分等特定の土地について個別具体的にこれを指定するものではなく、不特定多数の者に対して一般的抽象的な基準を定立するものにしていないのであって、これによって直ちに建築制限等の私権制限が生じるものでないから、抗告訴訟の対象となる行政処分当たらないとし、本件訴えを不適法なものとして却下した。

三 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は次のとおりである。

(1) 法四二条二項は、同条一項各号の道路に該当しない道であっても、法第三条の規定が適用されるに至った時点において、現に建築物が立ち並んでいる幅員四m未満の道で、特定行政庁の指定したものは、同項の道路とみなし、その中心線から水平距離二mの線を道路

の境界とみなすものとしている。同条二項の特定行政庁の指定は、同項の要件を満たしている道について、個別具体的に対象となる道を二項道路に指定するいわゆる個別指定の方法でされることがある一方で、本件告示のように、一定の条件に合致する道について一律に二項道路に指定するいわゆる一括指定の方法でされることがある。同項の文言のみからは、一括指定の方法をも予定しているか否かは必ずしも明らかではないが、法の前身というべき市街地建築物法の建築線制度における行政官庁による指定建築線については行政官庁の制定する細則による一括指定もされていたこと、同項の規定は法の適用時点において多数存在していた幅員四m未満の道に面する敷地上的の既存建築物を救済する目的を有すること、現に法施行直後から多数の特定行政庁において一括指定の方法による二項道路の指定がされたが、このような指定方法自体が法の運用上問題とされることもなかったことなどを勘案すれば、同項はこのような一括指定の方法による特定行政庁の指定も許容しているものと解することができる。

本件告示は、幅員四m未満一・八m以上の道を一括して二項道路として指定するものであるが、これによって、法第三条の規定が適

用されるに至った時点において現に建築物が立ち並んでいる幅員四m未満の道のうち、本件告示の定める幅一・八m以上の条件に合致するものすべてについて二項道路としての指定がされたこととなり、当該道につき指定の効果が生じるものと解される。原判決は、特定の土地について個別具体的に二項道路の指定をするものではない本件告示自体によって直ちに私権制限が生じるものではない旨をいう。しかしながら、それが、本件告示がされた時点では二項道路の指定の効果が生じていないとする趣旨であれば、結局、本件告示の定める条件に合致する道であっても、個別指定の方法による指定がない限り、特定行政庁による二項道路の指定がないことに帰することとなり、そのような見解は相当とはいえない。そして、本件告示によって二項道路の指定の効果が生じるものと解する以上、このような指定の効果が及ぶ個々の道は二項道路とされ、その敷地所有者は当該道路につき道路内の建築等が制限され（法四四条）、私道の変更又は廃止が制限される（法四五条）等の具体的な私権の制限を受けることになるのである。そうすると、特定行政庁による二項道路の指定は、それが一括指定の方法でされた場合であっても、個別の土地についてその本

来的な効果として具体的な私権制限を発生させるものであり、個人の権利義務に対して直接影響を与えるものといえることができる。

したがって、本件告示のような一括指定の方法による二項道路の指定も、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたると解すべきである。

(2) そして、本件訴えは、本件通路部分について、本件告示による二項道路の指定の不存在確認を求めらるるもので、行政事件訴訟法三条四項にいう処分の存否の確認を求めらるる抗告訴訟であり、同法三六条の要件を満たすものといえることができる。

四 以上によれば、本件訴えは適法なものとするべきところ、これと異なる見解に立つて本件訴えを不適法として却下した原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本案について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

おわりに

いわゆる個別指定の方法によるみなし道路指定の処分性については、これを明確に否定する見解

は見当たらず、裁判例としては個別指定の処分性を明確に肯定した東京高判昭五七・八・二六行集三三・八・一六九〇、本誌一〇五〇・五九(一)審判岡地判昭五六・九・一八行集三三・九・一六四〇も同旨)がある。なお、同判決は上告審(最三判昭五九・七・一七判例地方自治八・一〇二)でも維持されている。一括指定の場合の処分性については、これが行政処分であることを前提として、処分の不存在確認訴訟につき本案判断を下級審裁判例は多数存在するが、この点を明確に論じた学説等はそれほど多くなく(久保田浩史「建築基準法上の道路(二)」「みなし道路指定処分」裁判実務大系29、金子正史「二項道路に関する二、三の法律上の問題」自治研究七八・二号、三号、なお、本件の原判決の評釈としては、山村恒年・判例地方自治一九六・五七、岩倉広修・行判解平一〇・一七八等がある)。また、この点を判示した最高裁判例はなかった。

一括指定の処分性を否定する論拠の一つとしては、指定の対象自体が個別に特定されていないことや、一括指定があつただけではいまだ私権制限が生じていないことなどの指摘をするむきがあるが、一括指定の方法自体をみなし道路の指定方法として法が許容していないとか、指定対象の特定がないということになれば、その処分性を論ずる以前に建築基準法四二条二項の指定としての有効

性が問題となるであろうし、また、みなし道路指定自体は特定行政庁の行為としては完結的なもので、その後の建築物除去命令等は、一括指定により一定の条件に合致する道についてみなし道路指定による建築制限等の効果が生じていることを前提にされるもので、これによって初めて私権制限が具体化するものとはいえないと思われる。

本判決は、まず、法は一括指定の方法によるみなし道路指定も許容しており、本件告示により、同条二項の要件を満たす道のうち、告示の条件に合致する道すべてにつきみなし道路の指定がされたことになり、そうした道につき指定の効果が生じるとして、本件告示による一括指定の方法自体が有効であることを前提とした。そして、そうである以上、その指定の効果が及ぶ個々の道につき、その本来的な効果として、みなし道路として道路内建築が制限され、私道の変更廃止が制限されるなどの具体的な私権の制限が及ぶことになるから、こうした一括指定も個人の権利義務に直接影響を与えるものとして、抗告訴訟の対象となる行政処分にあたると判断したものである。

また、本件訴えは、行政事件訴訟法三条四項の処分の存否の確認を求めらるる抗告訴訟として提起されているが、本判決は、同法三六条の要件を満たすとして、本件訴えは適法な訴えであるとしている。