

Title	建築基準法上の二項道路と条例等による協議手法： 協議内容違反と自治体による民事訴訟の可否
Sub Title	Developing administrative methods of improving narrow roads and civil suit
Author	田村, 泰俊(Tamura, Yasutoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.12 (2008. 12) ,p.347- 369
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	藤原淳一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20081228-0347

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

建築基準法上の二項道路と条例等による協議手法

——協議内容違反と自治体による民事訴訟の可否——

田 村 泰 俊

- 一 問題の所在
- 二 二項道路判定・認定「時」と二項道路の「政策化」
- 三 建築基準法の空白と条例等の「協議」手法
- 四 行政的手法による理解とその問題点
 - (1) 協議・協定手法と行政的手法からの理解
 - (2) 宝塚パチンコ条例事件とその判例法理の適用可能性
- 五 協議・協定手法による道路拡幅と民事訴訟の利用
 - (1) 協議・協定手法の法的性格
 - (2) 最近の判例法理と条例
 - (3) 私法契約としての位置付け
- 六 課題と展望

一 問題の所在

建築基準法第四二条第二項は、旧市街地建築物法にかえて、現行法が制定されたおり、現行法が建築敷地が最低メートル幅員の道路に接道することを求める(第四二条第一項)こととの関係で、これより幅員の狭い道に接道する建築物を救済する目的から規定されたといわれている⁽¹⁾。現に、条文上も、第二項は「この章が適用されるに至った際」となっている⁽²⁾。そして、この二項道路か否か、すなわち、二項道路たることの指定は、個々具体的に「な道」ごとに行われることが理想ではあったが、告示による包括指定方式によった場合が多い⁽³⁾。このことが、訴訟実務・行政実務に、今日、様々な問題や矛盾を投げかけることとなった。

しかし、この問題点や矛盾点を克服すべき課題との関係で集約した場合、次の二点に、収斂することとなるように思われる。それは、第一に、個々具体的な道が現実に二項道路か否かの判定・認定であり、第二に、その判定・認定の上に立って、建築基準法上の最低四メートル幅の道路の実現、すなわち狭隘道路を解消し、災害等に對する安全なまちづくり⁽⁴⁾を⁽⁵⁾図るといふ点に収斂される。

それゆえ、筆者は、過去のいくつかの論稿で、二項道路問題は、この二点に帰着することを論証しようと試みて来た。

そこで、本稿では、この二点に帰着することを、本稿の前提として確認した上で、これに対する自治体実務の一例(後に述べるように、具体的には東京都杉並区・神奈川県小田原市の協議手法)を基に、将来予想されうる、二項道路を含む狭隘道路拡幅政策の実効性確保の一駒に関し、一つの提言を行ってみることにしたい。

二 二項道路判定・認定「時」と二項道路の「政策化」

周知のように、平成一四年、最高裁判所は、この包括指定にかかる二項道路につき、告示等による包括指定それ自体に、行政訴訟上の処分性を許容する判断を示した。⁽⁷⁾この判断は、告示日、基準時という「時」に焦点を当てているので、包括指定にかかる二項道路については、処分の不存在確認訴訟（抗告訴訟）で争うべきものと解されている。⁽⁸⁾

ところで、この抗告訴訟たる処分不存在確認訴訟は、告示日・基準時に焦点を当てた理解であるから、包括指定にかかる道が、具体的に二項道路かどうかという判定・認定時、すなわち後の行政庁の何らかの有権的行為時（例えば、建築確認、道路台帳等の整備）に焦点を当てた場合、別の訴訟法上の理解が可能となってくる。⁽⁹⁾

その一つは、当事者訴訟の利用であり、もう一つは、平成一四年判決の下では実務上は許容は困難であろうが、後の何らかの有権的行政庁の行為を捉えて、それに対し処分内容そのもの（例えば、中心線の位置など）を争う、後の行政庁の何らかの有権的行為を「処分」とした他の抗告訴訟の可能性である。⁽¹⁰⁾

そこで、筆者は、従来の研究で、平成一四年判決を前提としても、実務上可能な、当事者訴訟の利用に目を向けて来た。

まず、行政事件訴訟法改正前、平成一四年最高裁判決の下でも、当事者訴訟もなお判例理論上、許容されることを示した⁽¹¹⁾（なお、それは、行政実務の現実から、最高裁の理解とは異なり、「現在」の法律関係（中心線等）を争うことを認めるべきとの理解があったからに他ならない）。

その後、行政事件訴訟法が改正され、平成一四年判決に関し、「本来は」公法上の法律関係確認の訴えによるべきケースだったとの指摘が高木 光教授からなされた。⁽¹²⁾筆者は、当然のことながら、改正行政事件訴訟法で当

事者訴訟に明示された「公法上の法律関係確認の訴」は、新たな訴訟ルートを創設したのではなく、改正前法の訴訟理論を確認しただけなので、⁽¹³⁾ 改正法の下でも、二項道路に関する訴えは、この公法上の法律関係確認の訴えによることは可能だとの見解を採った。⁽¹⁴⁾ また、この当時、行政実務サイドからも、当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）の二項道路への利用を肯定する見解も見られた。⁽¹⁵⁾ そして、その後、晴山一穂教授の見解や⁽¹⁶⁾ 日本都市センターの報告書が、当事者訴訟（公法上の法律関係確認の訴）の二項道路での利用に肯定的見解を示すようになった。そこでは、筆者と同様に「現在」に問題の関心のウエートが置かれている。⁽¹⁹⁾

もともと、日本都市センターの報告書の見解は、以下の点で、筆者の見解とは異なっていると、筆者はそれに二項道路問題の現実から多少の違和感を感じている。

そこで、日本都市センターの見解の關係部分を引用してみよう。それは、「一括指定が原告の家の前の道路については不存在であることの確認というタイプの処分無効等確認訴訟（不存在確認訴訟）を抗告訴訟として提起すること（略）しかしこれは、実質的には当事者訴訟（略）条文を見ればわかるように（略）実際に二項道路たるためには（略）一括指定（最低幅員要件）と建基法上の要件（建物建ち並び、形状）という法規範を、具体の道路にあてはめ（略）不存在確認訴訟とは、実態としては（略）二項道路ではないというあてはめを主張しているわけで、むしろ当事者訴訟ではないかと思われる。行政処分の法効果に対する不服を申し立てているわけではないからである」⁽²⁰⁾と述べている。

以下、筆者の見解との相違点に留意しつつ、この見解の問題点を指摘し、本稿の直接のテーマへの橋渡しとしてみることにしたい。

まず、日本都市センターの見解は、処分不存在確認にウエートが置かれている（それは、後に述べるように、法効果に対する不服申し立てではないと言い切っていることから、こう評価して良いのだろうと思われる）。しかし、従来

から、筆者が指摘して来ているように、二項道路問題は、「処分の存在確認」にも十分に留意して、その処理を考える必要がある⁽²¹⁾。

次に、筆者が、平成一四年判決の下でも、当事者訴訟を利用しようと主張して来たのは、「現在」に焦点をあてる必要からであった⁽²²⁾。一方、日本都市センターの見解は、法律要件と幅員要件のあてはめを重視している。しかし、法律要件は「違法」に焦点をあてることとなり、立証上も実務上はほとんど無理な状況にある⁽²³⁾。さらに、現実には、告示要件たる「中心線の位置」などが、処分の存在を肯定しつつ争われるケースもある⁽²⁴⁾。筆者の見解では、過去に焦点をあてつつ当事者訴訟を肯定的に解するのは矛盾となる。なお、筆者は、別稿において、この要件の問題については「現在」では「ゆるやか」あるいは「推認」という方法で対処すべきことを示した⁽²⁵⁾。

さらに、日本都市センターの見解は、あてはめに対し法効果を争うものではないと言い切る。一方、筆者は、平成一四年判決が包括指定に処分性を許容したので、後の後行行為を当事者訴訟で争うというとの構成を採る⁽²⁶⁾。もし、平成一四年判決がなければ、後の後行行為（日本都市センターというあてはめ）に、むしろ処分性を肯定すべきとの見解（本稿でいう他の抗告訴訟の可能性）を採って来ている⁽²⁷⁾。それは、狭隘道路問題を考えた場合、建築基準法第四三条第一項但書通路と異なり、⁽²⁸⁾ 具体的な狭隘道路を二項道路と判定・認定することは、まさにそれに「法効果」を与えるメリットや目的があるからに他ならない。一例のみ指摘すれば、二項道路の認定は肯定しつつ、中心線・後退線の位置を争うことを考えれば、位置により、利用可能な土地の範囲が定まることなどを考えれば良いであろう。

以上、概観したように、二項道路に関する法律学上の関心は、訴訟のあり方にはほぼ注力されて来たと言つてよろ⁽²⁹⁾。

しかし、二項道路を支える法的思想は、本稿冒頭でも示したように、基準時における狭隘道路に接する敷地上

の建物の救済の他に、この種の道の拡幅による安全なまちづくりという点にも置かれている⁽³⁰⁾。そして、処分性とそれに対する訴訟ルートのあり方に注力して来た学説の分析は、まさに前者の思想(基準日等における救済)に力点が置かれた議論であったように思われてならない。

しかし、「まちづくり政策」の視点から見た場合、たまたま提起される訴訟により、その訴訟の対象となった道のみが二項道路かどうかの判定・認定が裁判所によりなされることのみでは、それぞれの自治体「全域」にわたる狭隘道路拡張という政策は、実現されないこともなろう。

そこで、二項道路問題そのものを考える場合、訴訟による紛争解決以上に、「現在」に焦点をあて、現在から将来に向けての安全なまちづくりの一環としての⁽³¹⁾、それぞれの自治体全域を対象とした狭隘道路拡幅政策が重要となってくる。それゆえ、筆者は、かつての論稿で、自治体の、過去の基準時等ではなく、現在に焦点をあてた自治体全域の道路拡幅政策の一環として捉える行政実務を「二項道路の政策化」として分析を加えた⁽³²⁾。

ところで、この現在から将来への「まちづくり」として、筆者のいう「二項道路の政策化」すなわち道路拡幅政策を考えた場合、それは、まさしく、現在から将来を捉えたスタンスなので、その実効性確保手法を制度的な担保として考えておく必要がある。

そこで、以下、政策化の具体的手法たる、自治体の「協議・協定手法」とその実効性確保手法につき分析と提言を行ってゆくこととしたい。

三 建築基準法の空白と条例等の「協議」手法

さて、平成一四年判決を前提とする場合、包括指定は、行政処分なのであるから、その処分により私人に課さ

れる義務（例えば、後退線へのセット・バック）違反に対しては、行政代執行で対応することとなるのであろう。ところで、周知のように、行政代執行法の法運用に関しては、その機能不全が報告されている。⁽³³⁾ 加えて、二項道路に関しては、確かに建物それ自体が違法建築である場合には、建物自体の除却を行う代執行は可能ではあるが、道路に関しては、大きな問題が存在している。政策面からその問題点を、行政実務家の指摘を引用することで明らかたしてみよう。それは、「基準法も建築の際に後退義務を課しているが、後退部分を道路状に建造する義務規定はなく制度的に空白となっている」⁽³⁵⁾との指摘なのである。

そこで、法的には、この空白部分をうめようとする法手法が「協議」「協定」手法であると言つてよいであろう。それゆえ、この空白をうめる目的での協議・協定手法の実効性確保手法としての民事訴訟の利用の可能性を探ろうとするのが本稿の目的となるが、その前提として、協議・協定手法の代表例として杉並区条例と小田原市の要綱とを概観してみることとしたい。

まず、杉並区条例（「杉並区狭あい道路拡幅整備条例」平成元年四月一日条例第一七号⁽³⁶⁾）を見てみよう。この条例は、第一条で、良好な居住環境の確保と災害に強いまちづくりを目的とするとし、具体的には、第三条で、建築主と区長との事前協議の義務付け、第四条で、協議成立後、整備承諾を要件とする区長による拡幅整備、そして、第五条で、その助成金交付の可能性を規定している。

また、同様の手法を要綱で実施している代表的自治体が小田原市である。⁽³⁷⁾ 「小田原市建築行為等に係る後退用地の確保及び整備に関する要綱」（昭和六一年）は、次のように定めている。まず、この要綱の対象・目的は、後退用地の確保及び整備を図ることにより、狭あい道路の拡幅を促進することにあると、その第一条で定められている。具体的には、杉並区と同様の手法⁽³⁸⁾、すなわち市長との協議が第五条で、市長による整備・管理が第八条で定められているほか、杉並区と異なり、市への譲渡（買取り）が第三条で定められている。

以上の二つの自治体の協議・協定手法フローを確認すると、次のようなものとなる。すなわち、事前相談→事前協議→現場調査→協議成立→建築確認申請→整備工事というフローとなる。

ところで、本稿の問題の関心は、協議成立後、建築確認申請後、協議に反し、ブロック壁等などの設置等で整備工事等がなし得ないような場合、自治体としてどのような対応を採りうるのかに向けられている。この場合、一般論としては、二つの可能性が生まれることとなる。

その第一は、このような条例・要綱上の協議は、建築基準法の具体化であるから、例えば包括指定にかか二項道路では、最高裁判成一四年判決によれば包括指定時が「処分」であり、それにより後退義務等が課されているので、行政代執行等の行政的手法によるとの理解である。そして、第二は、こうした協議は、協定手法の類型であり、自治体独自の政策手法であり、むしろ行政との契約として、民事訴訟による可能性をそこにさぐる理解なのである。

四 行政的手法による理解とその問題点

(1) 協議・協定手法と行政的手法からの理解

協議・協定手法の法的理解を行政法的に、例えば行政処分等との手法とリンクさせてその法的性格と理解するのか、それとも、私法的な手法として理解する⁽³⁹⁾のか、この相違により、対応策が法的には異なってくる。

かりに前者を採るとして、その法的性格を位置づけた場合、行政代執行等の行政的手法によることとなり、民事訴訟すなわち民事的手法には、よることはできないこととなる。

その場合、二項道路に関しては、次のような問題点が生じることとなる。その問題点を、金子正史教授の指摘

から見てみることにしたい。金子教授がこの問題の指摘をなす契機となったのは、以下のようなケースだった。⁽⁴¹⁾
 それは、Xらは、いわゆる行き止まっている道路状の道を自宅敷地から公道に通じる道として利用していたが、Yらがこの道にブロック塀、タイヤ止め、立て看板を設置するなどしてその通行を妨害するようになったことから、この道が二項道路であることを前提に、Xらが、Yらに対し、人格権に基づく妨害排除請求の訴を提起したというものだった。

最高裁判所は、Yらが、この道が二項道路であることを接道要件の充足の根拠として建築確認を得ていることから、訴訟においてこの道は二項道路ではないとのYらの主張は、信義則上許されないと判示している。

さて、この最高裁判所判決への評釈の中で、金子教授は、「特定行政庁の是正措置命令」⁽⁴²⁾にふれられ、次のように指摘されている。少し長くはなるが、そのまま引用してみることにしたい。

すなわち、「本判決によると(略)二項道路であっても、状況によっては、人格的権利に基づく民事上の妨害排除請求が認められない場合がありうる。そうすると(略)民事訴訟以外にどのような手法があるかを検討する必要がある(略)建築法九条一項の特定行政庁の是正命令を用いて道路上の妨害物件を排除するということは、その妨害物件を建築法四四四一条一項の道路内建築物の制限の規定に違反する建築物と見て、この妨害物件の所有者等に対し特定行政庁がその除却(撤去)を命ずる是正命令を発することである。

しかし建築法九条一項によると、是正命令の対象は、『建築物又は建築物の敷地』に限定されている。そこで、建築物の定義(建築法二条一号)を検討すると、ブロック塀は建築物そのものではないが建築物に付属するものと見ることができるので是正命令の対象となると解される。しかし、本件のタイヤ止めや立て看板は、これらを建築物と見ることができないので是正命令の対象となると解される。したがって、これらを排除するためには、是正措置命令で対処することは不可能といえる(略)建築法は、建築確認(六条一項、六条の二第一項)により二項道路と認めた道路を特定行政庁の

是正命令(九条一項)。なお、建築監視員については九条の二を参照)及び代執行(九条二二項)により維持することとしている。

しかし、すでに述べたように、是正措置命令の発付も代執行の執行も裁量行為で、極めてまれにしかなされない。また是正措置命令の対象は、建築物又は建築物の敷地に限定されており、本件での車止め、立て看板はその対象にならない。これまで、妨害物件として良く見られた通行妨害のために設置する道路上の金属製ポール(略)及び簡易ゲート(略)等も是正命令の対象とはならない⁴³⁾と金子教授は述べておられる。

以上の金子教授の指摘から明らかなように、行政代執行制度による場合、通行妨害に対して、空白領域が生じることとなる。このことを前提に、宝塚パチンコ条例事件とその適用をみてみることにしたい。

(2) 宝塚パチンコ条例事件とその判例法理の適用可能性

最高裁判所の、いわゆる宝塚パチンコ条例事件判決⁴⁴⁾の理解いかんによっては、協議・協定手法で二項道路の幅員拡張政策を実現しようとする場合、協議後の通行妨害に対しては、すでに見た空白領域を有する行政代執行制度を利用せざるを得ないこととなる。

ともかくも、本稿に必要な限りで、この最高裁判所判決をふりかえってみることにしたい。

本件は、「宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」(昭和五八年条例第一九号)に基づき、宝塚市長が、パチンコ店を建築しようとする者に対し工事中止命令を出したが、これに従わなかったため、民事訴訟として工事続行の中止を求める訴を提起したというものだった。

最高裁判所は、以下のように判示している。

「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる（略）国又は地方公共団体が提起した訴訟であつて、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが（略）専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法三条一項にいう法律上の争訟にあたらず（略）本件訴えは、地方公共団体である上告人が本件条例八条に基づく行政上の義務の履行を求めて提起したものであり（略）不適法というほかはない」

以上のように、自治体は、行政権の主体として民事訴訟の提起を本判決によりなし得ないこととなるが、本判決は行政代執行との関係については、「行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては（略）一般法である」と述べているので、代執行を利用すべきエリアでは代執行によるべく、民事訴訟は利用し得ないこととなる。そこで、本稿ですでに確認した二項道路に関する平成一四年判決と本判決を単純に交叉適用した場合、通行妨害については、すでに指摘した空白領域を有する代執行によるべきこととなるのであろう。

ところで、その場合、協議・協定手法によつた道路拡幅に関し、通行妨害が生じたような場合、これも行政代執行によるべきものと考えらるべきなのであろうか。

ところで、宝塚パチンコ条例事件最高裁判決の判決論理は、最近の訴訟実務では拡大適用されていると報告されている⁽⁴⁵⁾。そして、これが協定手法にも拡大適用されるのではないかとの危惧が指摘されたりもしている⁽⁴⁶⁾。

以下、狭隘道路拡幅政策、特に二項道路との関係で、宝塚市パチンコ条例判決論理の適用を否定的に捉える立場から考察を加えてみることにしよう⁽⁴⁷⁾。

五 協議・協定手法による道路拡幅と民事訴訟の利用

(1) 協議・協定手法の法的性格

最高裁判所は、宝塚パチンコ条例事件判決で、すでに見たように、財産権の主体としてであれば、自己の財産上の権利利益の保護を目的とする民事訴訟の提起を自治体に許容している。

そこで、この財産権の主体であることを前提として、協議・協定手法の法的性格に分析を加えてみることにしたい。

さて、協議・協定手法が、現代行政の合意形成手法であることは疑いはない。⁽⁴⁸⁾問題は、二項道路に即した場合、平成一四年判決の効果を實現するためのツールとして「協議・協定」を捉えるのか、それともそれとは分離したものとしてこれを捉えることが可能かという点であろう。そして、後者として構成し民事訴訟の利用を肯定する場合、協議・協定を「契約」として位置付けることが必要となる。⁽⁴⁹⁾

さて、協議・協定手法を契約⁽⁵⁰⁾と位置付ける場合、その法的性格については、一般的には、私法契約説、公法契約説、行政契約説ということとなると報告されている。⁽⁵¹⁾そして、ここでは、協議・協定一般がそれらの説のいずれかというのではなく、個別具体の協定や条項がどのような法的性格かというアプローチが現代の行政法理論であると言つてよからうと思われる。⁽⁵²⁾念のために、本稿の視点に必要な限度で付言すれば、実際の効果に着目した場合、行政処分等との連動によつては「付款」と同様の機能を営む可能性のあること、⁽⁵³⁾運用や制度設計によつては、法律より重い義務を課しうること等から、公法契約説、行政契約説が妥当する場合がありうる。そうであるなら、これらの点をクリアできれば、二項道路等の拡幅手法たる協議を私法上の契約として構成することが可能となる。⁽⁵⁶⁾

(2) 最近の判例法理と条例

従来、協定手法が契約として構成しうるのか否かが争点とされ、消極判断が示されたケースもあるが、本稿では、最新のケースを参考としてみたい。⁽⁵⁶⁾

それは、福岡高判平成一九年三月二二日である。⁽⁵⁷⁾ 本判決では許可権限なき自治体と廃棄物処分業者との間の公害防止協定に基づき、自治体の使用差止請求が棄却されている。

本判決では、この協定を行政契約としているが、その理由は、おそらくは、同判決にいう、「それ以外の選択肢はなかった⁽⁵⁹⁾」という点に求められるのであろうから、私法契約とは位置づけにくかったのであろう。

そうであるとするなら、別の選択肢の可能性があればこれを私法契約として構成しうることもなろう。

さらにユニークな条例として、最近、敦賀市土地利用調整条例が報告されている。⁽⁶⁰⁾ この条例では、市は、開発事業者と、協議後、協定を締結しうろが、ユニークな点は、協定違反につき、「過料」をその実効性確保手法として定めている点であろう。

北村喜宣教授は、常識的には違法とされつつ、「その法的性質は、実は違約金なのであり、したがって、賦課・徴収手続きは、地方自治法によるのではなく、あくまで民事訴訟による⁽⁶¹⁾」との構成を可能性として示されるが、いずれ、この見解からも、協定につき締結しないという選択肢があれば私法契約でありうる場合を知ることができよう。⁽⁶²⁾

(3) 私法契約としての位置付け

以上を踏まえ、検討を加えてみることにしたい。まず、杉並区・小田原市等の狹隘道路拡幅のための協議手法⁽⁶³⁾と行政処分等との連動関係を見てみることにしよう。

すでに見たように、建築基準法の基本的なフローは、少なくとも平成一四年最高裁判所判決を前提とした場合、二項道路たることの包括指定(処分)→具体的な建築確認(処分)→違反是正命令(処分)→行政代執行というシステムとなる⁽⁶⁴⁾。そして、このシステムでは、平成一四年判決は、二項道路たることの包括指定により、私人は、「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(略)個人の権利義務に対して直接影響を与える」ということとなる。そして、その場合、通行妨害に対しては、代執行の対象となし得ない、いわば空白部分が生じることとなる。

さて、一方で、建築基準法は、セット・バックは義務付けているものの後退部分を道路状にする義務を敷地所有者に負わせているわけではない。そこで、後退部分を道路状に整備する段階は、平成一四年判決や建築基準法上の行政処分とは切断されたエリアとして構成すべきこととなる。

確かに、宝塚パチンコ条例最高裁判決を最大限に拡大解釈・適用した場合、協定手法もその対象として取り込まれる可能性が生じることとなる⁽⁶⁵⁾。そして、その可能性を二項道路について見た場合、杉並区等の協議・協定手法が、平成一四年判決が認める「義務」の延長線上になければならないこととなる。しかし、すでに見たように、平成一四年判決上の「義務」の中に建築基準法のシステムから後退部分を道路状にするための義務を導き出すことはできない。そこで、後退部分を道路状にするための協議・協定手法は、宝塚パチンコ条例事件最高裁判決の射程外となると解すべきであろう。

加えて、小田原市の場合には要綱であるから当然のこととして、条例による杉並区の場合も、協議を行うべきことは求めるものの、協議内容が成立することを求めるものではないので、後退部分を道路状にする整備工事や助成金を受け入れないという選択肢があるので、選択肢という点からも「契約」としてその法的性格を位置付ける

ことができる。

問題は、その契約が、他にそれを公法契約あるいは行政契約と呼ぶ契約類型があるのかどうかはともかくとして、それらとは別の「私法契約」として構成しうるのかどうかという点に帰着する。

そこで、参考となるのが兵庫県神戸市の試みであろう。神戸市は平成二十一年、「近隣住環境計画」を策定し、二項道路に関し、中央部二・五メートルを道空間とし、両サイドそれぞれ〇・七五メートルを花壇状に整備することとしている。⁽⁶⁶⁾これは、まちづくりという政策面から二項道路問題を捉える試みとして、評価されるべきであろう。さて、花壇状にすることは、すでに見た、規制的な効果をねらう平成十九年福岡高判の例とは異なり、明らかにプラス a をねらうものであるから、これは私法契約とすべきであろう。

加えて、協議・協定を私法契約として構成すべきことは、杉並区条例等の対象からも言いうるであろう。すなわち、これらの制度は、狹隘道路拡幅政策からのものなので、四三条但書道路等⁽⁶⁷⁾もその対象となろうから、同じ条例等による整備事業でありながら、二項道路については、それは平成一四年判決の延長線上にあり、それ以外の道はそうではなく、あるいは二項道路については行政契約等であり、それ以外は私法契約というのは、いかにもバランスを失することとなろう。

以上の点から、狹隘道路拡幅政策上の協議手法は、協定手法の一種であり、それは私法契約と位置付けられるので、宝塚バチンコ条例事件最高裁判決でいう、自治体が「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求める」ものに含まれることとなるから、成立した協議内容に違反する場合、あるいはそれにより通行妨害等が行われている場合には、自治体は民事訴訟を提起することが可能と解するべきこととなる。

六 課題と展望

道路の通行妨害に対し、行政執行の空白エリアが生じることとなっているのは、建築物を中心とする是正命令による法制度ゆえであろうと思われる。それはすなわち、「違反建築物」を対象とし道路は考慮の外に置かれた結果に他ならない。

また、中心線等、具体的な道路の内容に判例の目が向かず、包括指定に処分性を認め、処分不存在確認訴訟によるとされたものも、道路拡幅政策という行政の現実の政策が考慮の外に置かれたからではないであろうか。

このような中で、まちづくりという政策から、むしろ二項道路を中心に、狭隘道路拡幅政策という面から(二項道路の政策化)、協議手法を利用してきたのが杉並区等の試みであったと言つてよいであろう。そして、このような試みは、現行法や判例の枠組みの中という限界との関係では、評価されてしかるべきであろうし、それゆえ本稿では、その実効性確保手法としての民事訴訟の利用を肯定的に捉える試みを行った。

しかし、別稿でも指摘したことがあるが、昭和二五年当時の建物の救済のみに目を向けるのではなく、この問題の根本的な解決には、狭隘道路拡幅という点から、関係条文や制度を総合的な政策的視点によつて捉え、全面的に改正する立法的措置が望まれることは言うまでもない。この点を再び指摘し、本稿をしめくくるとした⁽⁷²⁾。

(1) この規定一般については、金子正史『まちづくり行政訴訟』六三頁以下(第一法規、二〇〇八年)。

(2) これを「基準日」と呼び(原則昭和二五年一月二三日)、この時点で法律要件等を満している道の救済となる、金子・前掲書注(一)六五頁、関哲夫「新訂 建築基準法の基本問題」二一四頁(ぎょうせい、一九八九年)。

(3) 筆者の行政実務家へのヒアリングによれば、包括指定によつたことは、当時としては、現実の状況から、やむを

得なかったと言われている。

(4) 自治体政策における「安全・安心」という概念の多義性については、田村「条例制定の『リーガル・メソッド』と『ジュリスプリュデンス』に関する覚書——茨城県内自治体の生活安全条例を手がかりに——」明学第七九号一七五頁以下（二〇〇六年）。

(5) 「まちづくり」は、政策法学においては、十分に法的コンセプトとなっているように思われる。参考として、金子・前掲書注(1)はしがき参照。その他、注目すべき文献として、出石稔「条例によるまちづくり・土地利用政策——横須賀市が実現したまちづくり条例の体系化」(第一法規、二〇〇七年)。

(6) そこで、本稿での引用文献は、この限度で必要な限りに止められていることをおことわりしておく。

(7) 最(二小)判平成一四年一月七日民集五六卷一〇一頁、判時一七七号四〇頁、判タ一〇八五号一七三頁。代表的評釈として、金子正史・法教第二六四号一三二頁(二〇〇二年)、竹田光宏・ジュリ第一二三二号一七四頁(二〇〇二年)、久保茂樹・平成一四年重要判例解説三三二頁以下(二〇〇三年)、長屋文裕・平成一四年度主要民事判例解説二七二頁(二〇〇三年)、松戸浩・法学第六七巻第四号一七四頁以下(二〇〇三年)、伴義聖「小安政一・判自第二三八号五頁(二〇〇三年)、立川淳一・訟月第四九巻第一号三〇七頁以下(二〇〇三年)、洞澤秀雄・行政判例百選Ⅱ(第五版)三三七頁(二〇〇六年)、荏原明則・民商第一二七巻第二号二二一頁以下(二〇〇二年)。

(8) この立場の代表的文献として、宮田祥次「建築基準法上の道路を巡る公法上・私法上の諸問題」中野哲弘「安藤一郎編『新・裁判実務大系 住宅紛争訴訟法』四一頁(青林書院、二〇〇五年)。

(9) この点の筆者の分析として、田村「建築基準法上の二項道路と行政事件訴訟法上の処分性再論——当事者訴訟の利用と立法論への要望——」明学ロー第七号一頁以下(二〇〇七年)。

(10) 告示日、基準時等の「過去」に焦点をあてた処分不存在確認訴訟ではなく、「現在」に焦点をあてたほかの抗告訴訟を考える場合、他の何らかの後の行政庁の有権的行為による具体的な道への指定処分取消訴訟(現在に焦点をあてるので、行政事件訴訟法一四条の出訴期間はクリアできる)や、二項道路たる指定を行うべきとの義務付け訴訟などが考えられようが、さらに論理構成によつては、中心線の位置などの処分内容の義務付けや、例えば、行政法総論の付款論を利用・応用して、指定内容たる中心線の位置(二項道路であることは認めつつ)のみの取消などの訴訟が

考えられようか。なお、この点は、本稿の直接の対象ではないので、仮りに同様の理解を示す文献があったとしても引用はしないことをおわりしておく。

- (11) 田村「行政事件訴訟法における訴訟ルート選択の混乱と処分性の問題——建築基準法上の『包括指定』たる二項道路を契機として——」明学第七六号一二五頁以下(二〇〇三年)。
- (12) 高木光「改正行訴法の評価——確認訴訟の可能性——」自正二〇〇四年一二月号五九頁。
- (13) この点、代表的な文献として、関部逸夫・芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』一二頁(ぎょうせい、二〇〇六年)、小早川光郎・高橋 滋編『改正行政事件訴訟法』一〇八頁(第一法規、二〇〇四年)、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』八九頁(弘文堂、二〇〇四年)。
- (14) 田村「建築基準法上の二項道路と救済——改正行政事件訴訟法と行政不服審査法をめぐって——」法研第七八巻第五号二七一頁以下(二〇〇五年)。
- (15) 特別区建築審査委員会等連絡協議会建築案検討委員会『建築案検討委員会報告書 2 建築基準法第四二条二項に定める道路に関する提案』一九頁(二〇〇五年)。
- (16) 晴山一穂「二項道路一括指定を争う訴訟形式」専修ロー第二号一頁以下(二〇〇七年)。
- (17) 日本都市センター『自治体訴訟法務の現状と課題』(中川丈久執筆)一二八頁以下(二〇〇七年)。
- (18) 田村・前掲論文注(9)八頁。
- (19) 晴山・前掲論文注(16)二四頁、日本都市センター・前掲書注(17)一二八—一二九頁。
- (20) 日本都市センター・前掲書注(17)一二八頁。
- (21) 田村・前掲論文注(11)一四五ページ、同・前掲論文注(14)二八二頁。
- (22) 田村・前掲論文注(9)四、八頁。
- (23) 田村・前掲論文注(9)二—三頁。
- (24) そこで、筆者の見解は、この種の争いや告示要件も勘案している、田村・前掲論文注(9)七一—八頁。
- (25) 田村「建築基準法上の二項道路と施行規則の改正に伴う行政訴訟での要件判断——信義則に関する二つの判例を手がかりに——」明学第八五号一頁以下(二〇〇八年)。

- (26) 田村・前掲論文注(9)一一頁、同「建築基準法上の二項道路と公法上の法律関係確認の訴での違法性——違法性承継論を手がかりに——」『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集(公法Ⅱ)』一八一頁以下(慶應義塾大学法学部、二〇〇八年)、では、何らかの違法性承継でこの関係の説明を試みている。
- (27) 田村・前掲論文注(9)八頁。
- (28) これについては、田村・前掲論文注(9)五一―六頁。
- (29) 建築基準法上の最近の訴訟の動向については、金子正史「最近の建築行政訴訟」(東京都特別区建築審査会委員等連絡協議会、二〇〇八年)。
- (30) 田村・前掲論文注(9)四頁。
- (31) 包括的な「まちづくり条例」一般については、代表的文献として、野口和雄「まちづくり条例の作法」(自治体研究社、二〇〇七年)参照。
- (32) 田村・前掲論文注(9)五頁。
- (33) 代表的文献として、大橋洋一「行政法——現代行政過程論——」〔第二版〕三九二頁以下(有斐閣、二〇〇四年)、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第二版〕』二〇〇頁以下(有斐閣、二〇〇六年)。
- (34) この点に関する筆者の分析として、田村「行政強制制における『対物』との視点からの『ジュリスプリュデンス』——行政代執行の機能不全とアメリカ合衆国の『対物』手続きを手がかりに——」国土交通省国土交通政策研究第四四号一頁以下(二〇〇五年)。
- (35) 塩田徳二「建築行政と道路問題(杉並区狭あい道路拡幅事業とその実績)」七頁(財団法人 杉並区まちづくり公社、一九九九年)。
- (36) 杉並区条例については、塩田・前掲書注(35)二七頁以下、田村・前掲論文注(9)六頁以下。
- (37) 小田原市を例とするのは、ここが、まちづくりに対して積極的な政策を試みている自治体の一つであるからである。小田原市のまちづくり政策の一部が紹介されている文献として、藤川眞行「小田原市における新たな景観政策の制度づくり」ジュリ第一三二―四号七二頁以下(二〇〇六年)、同「まちづくりルール形式の実践ノウハウ」(都市計画・景観・屋外広告物)——市町村における街づくりの法制第一(ぎょうせい、二〇〇八年)、小田原市「連たん区域

- 開発許可制度のあらまし」(二〇〇七年)。
- (38) 杉並区都市整備部土木管理課「あなたがつくる安全で快適なまち」(二〇〇六年) 参照。
- (39) その一般論の代表的文献として、大橋洋一「まちづくりにおける法定計画と協定・協議」『ジュリ増刊』『行政法の争点(第三版)』二二八頁以下(二〇〇四年)。
- (40) 私法的に理解する分権として、見上崇洋「まちづくりと法」『ジュリ増刊』『行政法の争点(第三版)』二二三頁(二〇〇四年)。
- (41) 最(一小)判平成一八年三月二三日判時一九三二号八五頁、判タ一二〇九号七二頁。
本件の代表的評釈として、金子正史・自研第八三卷第九号一二七頁以下(二〇〇七年)、秋山靖浩・民商第一三六卷第一号四九頁以下(二〇〇七年)、筆者の分析として、田村・前掲論文注(25)八頁以下。
- (42) 金子・前掲評釈注(41)一三八頁以下。
- (43) 金子・前掲評釈注(41)一三八—一四三頁。
- (44) 最(三小)平成一四年七月九日民集五六卷五号九五八頁、判時一七九八号七八頁、本件の代表的評釈として、江原勲Ⅱ北原昌文・判例自治第二三六号七頁(二〇〇三年)、曾和俊文・法教第二六四号一四五頁以下(二〇〇二年)、福井章代・ジュリ第一二四〇号一一九頁以下(二〇〇三年)、高木光・平成一四年重判解説四六頁以下(二〇〇三年)、田倉 整・発明第九九卷第九号九四頁以下(二〇〇二年)、大田照美・別冊ジュリ第一八一号二二六頁以下(二〇〇六年)、人見剛・別冊ジュリ第一七二号二八頁以下(二〇〇四年)、宇賀克也・判タ臨時増刊第一二二五号六八頁以下(二〇〇三年)、南川諱弘・判時第一八二二号一七三頁以下(二〇〇三年)、筆者によるものとして、田村・自研第八〇巻第二号一三六頁以下(二〇〇四年)。本判決に関する重要な文献として、阿部泰隆『行政訴訟要件論——包括的・実効的行政救済のための解決——』一五五頁以下(弘文堂、二〇〇三年)、神橋一彦「行政法における『義務』概念・再論」『藤田宙靖博士東北大学退職記念 行政法の思考様式』一三頁以下(青林書院、二〇〇八年)、村上武則「宝塚市パチンコ店規制条例事件と法治主義」『高田敏先生古希記念集 法治国家の展開と現代的構成』八二頁以下(法律文化社、二〇〇七年)、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』六九頁以下(有斐閣、二〇〇七年)、塩野 宏『行政法Ⅱ(第四版)』二五二頁以下(有斐閣、二〇〇五年)。その他、本件についての代表的文献として、大田匡彦「民事

- 手続きによる執行」ジュリ増刊『行政法の争点(第三版)』七二頁以下(二〇〇四年)、斉藤誠「自治体の法政策における実効性確保——近時の動向から」地方自治第六六号二頁以下(二〇〇二年)、原島良成「裁判を通じた行政上の義務の履行強制——宝塚市パチンコ店等建築物規制条例最高裁判決——」上法第四七卷第二号一七六頁以下(二〇〇三年)、高野修「地方公共団体が行政権の主体として行政上の義務の履行を求める訴えの適否」岩手大学アルテスリベラレス第七六号七七頁以下(二〇〇五年)、人見剛「宝塚市パチンコ店等規制条例事件最高裁判決——行政権の主体としての地方公共団体の出訴資格について——」自治総研二〇〇六年五月号四三頁以下。筆者のものとして、田村「行政の実効性確保手法としての行政的執行に関する研究の必要——宝塚市パチンコ条例事件最高裁判所判決を契機として——」国土交通省国土交通政策研究第二二・二三号一頁以下(二〇〇三年)、曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」公法第六五号二二三頁以下(二〇〇三年)。
- (45) この点を報告・分析する重要な文献として、阿部泰隆「区と都の間の訴訟(特に住基ネット訴訟)は法律上の争訟にあたらないか(上)(下)」自研第八二卷第一二号一頁以下(二〇〇六年)、第八三卷第一号一六頁以下(二〇〇七年)、山本未来「行政主体間の争訟と地方自治——逗子市米軍住宅追加建設訴訟を契機として——」愛大第一七七号一頁以下(二〇〇八年)。
- (46) 山本・前掲論文注(45)五二—五三頁。
- (47) 宝塚パチンコ条例事件の判決論理を、判例変更が本稿執筆の現時点でなされていない以上、限定すべきとの理解は、阿部・前掲書注(44)、阿部・前掲論文注(45)、山本・前掲論文注(45)の論旨およびこれらの文献の各所でなされている具体的指摘を参照。本稿は宝塚パチンコ条例事件一般を扱うものではないので、これらの文献の論旨全体の意味が重要と考え、本稿の前掲とされるべきものと考えるので、頁数の引用ではなく、このような表現の引用とした。
- (48) まちづくり・環境法エリアでの合意形成手法一般については、内海麻利「都市計画・まちづくり制度と合意形成」自治総研二〇〇八年三月号九〇頁以下、また最近の注目すべき文献として、千葉実「産業廃棄物処理施設設置における周辺住民の安心度の向上と設置手続き」月刊いんだすと二〇〇七年九月号六一頁以下、一〇月号四二頁以下、一一月号五六頁以下、一二月号三三六頁以下。
- (49) 本稿は、協議・協定手法一般を対象とする論稿ではないので、最も代表的と思われる文献を、本稿に必要な限り

で引用するに止まっていることをおことわりしておく。このエリアでの詳細な研究として、河中自治振興財団『地域整備における契約的手法に関する研究』（一九九〇年）。なお、この研究も、この種の手法を「合意形成手法」と位置付けている（二四頁以下）。

(50) 同じ建築エリアでも、建築協定は合同行為と解されている、小早川光郎『行政法 上』三二〇頁（弘文堂、一九九年）。

(51) この三分類から法的性格を報告する文献として、安達和志「行政上の契約・協定の法的性格」ジュリ増刊『行政法の争点（第三版）』三六頁以下（二〇〇四年）。

(52) 最も代表的な文献として、北村喜宣『自治体環境行政法（第四版）』五六頁以下（第一法規、二〇〇六年）。

(53) 河中自治振興財団・前掲書注（49）三三頁。

(54) 北村・前掲書注（52）六七頁、公害防止協定については、安達・前掲論文注（51）三六頁。

(55) 協議・協定手法が、行政と住民との対等関係を基礎とするものである見解（宇賀・前掲書注（33）四〇六頁）からも言いうるであろう。

(56) 札幌地判昭和五五年一〇月一四日判時九八八号三七頁、関連するケースとして、大阪地判昭和六一年一〇月二八日行集三七卷一〇・一一号、これらの動向につき、河中自治振興財団・前掲書注（49）三二頁、北村・前掲書注（52）六七頁。

(57) Lexis 判例速報二一号一〇七頁。本件を引用し分析する文献として、山本・前掲論文注（45）五三頁。

(58) Lexis 判例速報二一号一〇頁（越智敏裕コメント）。

(59) Lexis 判例速報二一号一〇九頁。

(60) 北村喜宣『自治力の達人』七五頁以下（慈学社、二〇〇八年）。

(61) 北村・前掲書注（60）七七頁。

(62) 業者がこの協定を、締結しないことのできる点につき、北村・前掲書注（60）七七頁。

(63) 条例等には、「協定」との文言はないが、広い意味での「協議・協定」手法と考えられる。

(64) 「法システム」とのコンセプトは、阿部泰隆『行政の法システム（新版）（上）（下）』（有斐閣、一九九七年）か

らお借りしている。

- (65) 山本・前掲論文注(45)五二頁。
- (66) 柳沢厚Ⅱ野口和雄Ⅱ日置雅晴編『自治体都市計画の最前線』一八九頁(学芸出版社、二〇〇七年)。
- (67) これについては、田村・前掲論文注(9)五頁以下を参照されたい。
- (68) 違反建築物に対する是正命令・代執行に関する最近の文献として、増淵昌利編著『違反建築ゼロ——住まいの安全・神戸の挑戦——』四六頁以下(学芸出版社、二〇〇七年)。
- (69) 平成一四年判決前に処分不存在確認訴訟に言及する文献として、久保田浩史「みなし道路指定処分」中野哲弘Ⅱ飯村敏明編『裁判実務大系 公用負担、建築基準関係訴訟』四六〇頁以下(青林書院、二〇〇〇年)。あるいは、平成一四年判決は、これらの実務を追認したものと読むこともできよう。
- (70) この点から、協定、条例等の動向を分析する最近の文献として、宇都宮深志Ⅱ田中 充『事例に学ぶ 自治体環境政策の最前線——持続可能な地域社会の実現をめざして——』(ぎょうせい、二〇〇八年)。
- (71) 田村・前掲論文注(9)八頁。
- (72) なお、本稿脱稿後接した文献として、武藤博己『道路行政』五一六頁(東京大学出版会、二〇〇八年)は、行政学の立場として緊急車輛等が入れないことなどのアプローチから「狭隘道路問題」として二項道路を捉えている。昭和二五年当時の基準日等に拘泥しない見解で、歓迎したい。