

狭隘道路行政と公費による工事受忍義務の法的構成

——2項道路を中心に——

田村 泰俊

目次

- 一 問題の所在
- 二 杉並区答申の内容
- 三 財産権制約とその憲法理論
- 四 財産権制約とその憲法判例の理論
- 五 2項道路の行政争訟上の理解
- 六 学説・実務における2項道路の理解
- 七 行政処分 성격からの分析
- 八 結語——目的・手段・比例原則

一 問題の所在

建築基準法42条2項は、敷地は、原則として最低幅員4メートルの道路に2メートル接していることが求められる（接道義務）のに対し、その例外として幅員4メートル未満の道に接する敷地であっても、法律及び告示要件を充足すれば、中心線から2メートルまで後退（セット・バック）することを条件に、建築を認めるとする、いわゆる「みなし道路」に関する規定である。

ところで、この法42条2項は、建築確認を得て建築を行なおうとする者に、後退義務は課しているものの、後退部分について道路状に整備する義務は負わせていない。

そこで、次のような問題等が生じてくることとなる。それは、典型的なケー

スとしては、後退義務を条件に建築確認を得て、建築を行った後、再び後退前の状況に敷地をもどすことなどが多くみられることとなる。

この点を、井上 隆氏は、次のように説明している⁽¹⁾。少し長いが、引用してみることにしよう。井上氏は、横浜市を例に34パーセントが未後退である事実を指摘した上で⁽²⁾以下のように述べている。それは、「後退していないもの内容は、門や塀が出ているとか、擁壁がまだ下がっていないとか、植栽とかなのですが、驚くことに、1,200件のうち200件が、確認を行った……(略)……市の担当者が、確か確認が出たときに、現場で工事をやっているのをチェックしに言ったら、塀はなかったり下っていて突出はなかったのだが、今回のこの調査で(確認の2～3年後に)現場に見に行くと、出てきた……(略)……再突出だったということです……(略)……2～3年でこれですから、これを放っておくとどんどん出てきて、実は4割超え……(略)……それが実際の後退の状況ということでした」⁽³⁾という現実である。そして、その原因は、「基準法は後退部分の整備まで視野に入れていないので、基準法だけではこれをコントロールはできない」⁽⁴⁾からとしている。そこで、自治体のこの問題への対応として、「建て替えを行うに際し豊島区は、ブロック塀とか生垣であるとか、門であるとかそういった道路をつくるのに支障がある物件については、補償の考え方で助成金を出して撤去してもらっています。さらにこの後退部分、L型側溝が……(略)……できていますが、豊島区がお金を出して業者に委託をして、この部分を整備しています」⁽⁵⁾としている。なお、筆者のヒアリングでは、豊島区は、法的には、協力義務が課されているという考えをとっているようであり、拒否事例はないということであった。

ところで、最近、杉並区から、公費による道路状への整備というこの問題と憲法の財産権につき報告がなされた。⁽⁶⁾本稿では、この杉並区の報告書につき、わずかばかりの検討を加えることとしたい。

二 杉並区答申の内容

この答申の前提となる諮問について、答申書は、次のように述べている。それは、「区は、平成元年に制定した『杉並区狭あい道路拡幅整備条例……（略）……』に基づき……（略）……建築主等が自主的に拡幅整備をすることを選択した敷地において、道路としての空間が確保されていない状況が多くみられます。

その結果、災害時の緊急用車両の通行や避難路の確保ができず、また、平常時においても、歩行者や車いす利用者等の円滑な移動、介護車両などの安全な乗り降りや、効率的なごみ収集作業などの……（略）……支障が生じています」⁽⁷⁾とし、その上で「1 私有財産である土地を道路状に整備する場合において、憲法 29 条（財産権）との関係について、2 条例の実効性を確保するための手法について」⁽⁸⁾を諮問事項としている。

そして、本稿の関心からの関連部分について、杉並区答申は、次のように述べている。すなわち「拡幅整備を区で実施することに関して、財産権との関係で2つの考え方がある。

一つは、区が公費をもって拡幅整備を行うとしても、私有財産の使用は基本的には本人の意思が可能な限り尊重されるべきであり、周辺住民の利便性を確保するために後退用地の権利者に受忍義務を課すことは、必要以上に後退用地の使用権の制約を強制することになる、という考え方である。

二つは、……（略）……区が公費をもって行う拡幅整備については、後退用地の権利者に対して、受忍義務を課したとしても、『特別な犠牲』に相当するとはまでは言えず、憲法 29 条に抵触することはない、という考え方である」⁽⁹⁾とし、両論併記という形で、結論は示していない。

そして、答申書には、この2つの立場をさらに詳しく述べる意見1と意見2が付されている。

なお、筆者は答申に示されている第2の立場、すなわち受忍義務を果たしたとしても憲法上の問題は生じないとの理解が合理性を法的に有すると考えている。そこで、この立場を支える意見2は、必要に応じて引用することとし、本稿の批判の対象とされる意見1を、ここでみとめることとしたい。それにあたっては、筆者は、この意見1については、きわめて強い疑問を持っているので、少し長くはなるが、意見1の論者の見解を正確に伝える意味から、ここで引用してみることとする。

意見1の問題の部分は、次のように述べている。すなわち、「このセットバックする後退部分は、建築基準法との関係を除けば、道路として扱われるものではなく、その性格は基本的には私有地（私有財産）です……（略）……この後退部分は、そこに接する土地に建築される建築物との関係で建築基準法上道路とみなされた土地であり、一般公共の道路として供されているもの（供すべきもの）ではありません。この後退部分を道路状に整備するため、拡幅整備を行うことや支障物件の設置を禁止することは、その私有権を奪うことにはならないとしても、私有地を自由に使用する権利を制約することになります……（略）……また、杉並区が公費で行う拡幅整備の受忍を所有者等に義務付けることによって平常時を含め道路状の空間を確保することについては、建築基準法は、接道する敷地の建築物との関係で道路として扱うこととしているのであり、周辺地域の利便性の確保にまで配慮して4mの空間を確保することを義務付けているものではありません。後退部分について支障物件の設置が禁止されていれば、周辺の地域への配慮を含め建築物の利用における安全は確保され最小限の必要性は確保されています。

私有財産の使用は基本的には本人の意思が可能な限り尊重されるべきであり、周辺住民の利便性を確保するために所有者等に受忍義務を課すことは、必要以上に後退部分の使用権の制約を強制することになると考えます。財政的な負担を生じさせず公費で道路状への整備を行うこととしても、所有者等の同意、

協力を求めることが必要であり、拡幅整備について区との協議を義務付けることは認められるとしても、受忍を義務付けることは困難であると考えます⁽¹⁰⁾と述べている。

筆者のこの意見1についての見解を、まず、ここでは、結論のみ示せば、次のような理解となる。

まず、この意見1は、憲法29条の財産権について、憲法の権利章典上の位置付けや理解を誤っている。現代の憲法理論からは、近代憲法成立時の所有権を絶対視する見方とは異なり、受忍義務は認められる⁽¹¹⁾。

次に、現代行政法解釈で行われている仕組み解釈⁽¹²⁾からも建築基準法や42条2項について根本的な理解を欠いている。

そこで、本稿では、まず、憲法及びその判例理論からの分析を行い、次いで、建築基準法の仕組みを確認し、最後に理論上の試論を提示してみることとする。

三 財産権制約とその憲法理論

意見1は、それを支える論拠として、本稿二で引用した部分以外で、「道路としての最小限の機能を確保する……(略)……ことは、公共の福祉に適合する⁽¹³⁾」と述べていることから、最少限・最低限の規制を考えているのではないかと考えられる。

なお、この必要最少限の規制との基準は、憲法訴訟との関係では、通常、いわゆる「厳格な合理性との違憲審査基準」である⁽¹⁴⁾ことに留意しつつ、憲法学説を見てみよう。

さて、いわゆる憲法訴訟で展開されている違憲審査の基準は、何も訴訟の場のみではなく、規制立法を行う場合の立法実務の面でも、将来かりに当該法律・条例が訴訟で争われることも想定せざるを得ないので、当然、立法上の指針となるべきものである。そこで、この違憲審査基準の憲法学説を、本稿に必要な

限りで概観する⁽¹⁵⁾。

その前提として、経済的自由権の憲法上の性格を確認しておこう。この点をよく整理しているのが、渋谷秀樹教授のテキストであろう。渋谷教授は、「『財産権』とは、経済的（金銭的）価値があるものに対する権利をいう」⁽¹⁶⁾とされた上で、「内在的制約は、憲法上のすべての権利に共通する制約であり、文言上の根拠が13条の『公共の福祉』にあるとすれば、29条2項の『公共の福祉』は、もっぱら政策的制約のみを意味すると解するのが論理にかなう」⁽¹⁷⁾とされている。重要なのは、財産権は、政策的制約に服する権利だという点なのである。

この点は、アメリカ合衆国最高裁判所の判例理論⁽¹⁸⁾に由来する二重の基準論からも確認できる。そして、アメリカにおいては、この理論は、経済的自由権については、周知のように、むしろ政策判断を重視するという判断であった。ともあれ、この二重の基準論を代表的テキストは、次のように述べている⁽¹⁹⁾。例えば、長谷部恭男教授は、「表現の自由を典型とする精神的自由は経済的自由に比べて優越的地位を占め、それを制限する立法の合憲性審査には、経済的自由の制約立法に一般に妥当する合理性の基準よりも厳格な審査基準が用いられている」⁽²⁰⁾とされている。

そして、通説的な立場からは、「具体的な違憲審査は、『二重の基準論』を大きな枠組として、憲法の保障するそれぞれの基本的人権の性質に応じて行われていく」⁽²¹⁾こととなる。

さて、具体的な争訟の場では、違憲審査は公益と私益の対立という型で表われるから、この2つの利益の衡量が求められる⁽²²⁾。この利益衡量を行う場合、さらに具体的な基準については、これを2つに分ける理解と3つに分ける理解があることも、これまた周知のことであろう。

いはば、2分説は、目的・手段の合理的関連性を求める合理性基準と、利益の重大性からする目的、必要最少限の手段から見る厳格な審査基準である⁽²³⁾。三分説は、これに、いわゆる中間審査基準を加えるものである⁽²⁴⁾。

ともあれ、経済的自由権については、基本的には合理性の基準があてはまる⁽²⁵⁾。

なお、この後にみる判例の理解のためには、「厳格な審査、厳格な合理性の審査、合理性の審査」⁽²⁶⁾という中間審査基準を入れてから見ておく必要がある。

そして、杉並区答申の意見1は、おそらく、このうち、厳格な合理性審査(基準)を念頭に書かれているものと思われる。それは、この基準の1つの表われ方として、「より制限的でない他の選びうる手段(LRA基準)」があり⁽²⁷⁾、一方で、意見1は、区による整備を利便性に求め、これを行わなくとも「災害時・緊急時には緊急用車両の通行等は可能と考えられることから……(略)……高い必要性があるとは言えません」⁽²⁸⁾とし、規制を消極的・警察目的と解しているからに他ならない⁽²⁹⁾。

四 財産権制約とその憲法判例の理論

経済的自由権と違憲審査基準に関する中心的判例は、昭和50年薬事法距離制限違憲判決⁽³⁰⁾であろう。そして、このケースは、憲法29条(財産権)に関するものではなく、憲法22条(職業選択の自由)に関するものである。そして、杉並区答申意見1の消極目的の規制は最少限・最低限のものとなるとの理解は、一般に、この昭和50年判決の判例法理⁽³¹⁾によると言われる。

すなわち、この昭和50年判決は、規制の側面を、積極的経済政策目的と消極的警察規制(社会にとって必要最低限の秩序維持)目的の2つに分けたと理解されている。そして、前者すなわち積極的経済政策目的の審査基準については、明白性の原則による緩やかな違憲審査基準を、後者すなわち消極的警察規制目的については、厳格な合理性基準をとったものとされる⁽³²⁾。別の表現をとれば、前者が合理性の基準、後者が厳格な合理性の基準ということとなろう⁽³³⁾。

さて、杉並区答申意見1は、2項道路について、次のように述べる。それは、「後退部分は、建築物との関係では防火、衛生、安全を確保する道路としての

空間・機能を確保することが義務付けられ……(略)……周辺住民との関係でも生命や財産の保護の支障を生じさせないように最小限の道路としての空間・機能の確保」⁽³⁴⁾としているので、明らかに2項道路の性格を、消極的・警察目的規制と解している。

しかし、判例がとる積極的経済政策目的と消極的警察目的との分類による審査方法は、あくまで憲法22条に関するものであり、29条の財産権については、最高裁は必ずしもこのような分類によっているわけではなさそうである。

以下、本稿に必要な範囲で判例を確認しておくこととしよう。

周知のように、憲法29条財産権に関するリーディング・ケースは、昭和62年の森林法に関する最高裁判決である⁽³⁵⁾。確かに、この判決の理解については、学説は分かれている⁽³⁶⁾。しかし、昭和50年薬事法判決の積極的経済政策目的と消極的警察目的を「採用しなかった点で重要な特徴をもっていた」⁽³⁷⁾とする辻村教授の重要な見方がある。加えて、長谷部教授の次の指摘も考慮する必要がある。それは、「財産権規制については、職業選択の自由の場合と異なり……(略)……二分論をとるべき理由がそもそも乏しい」⁽³⁸⁾との指摘である。

もっとも、昭和62年判決のみでは、最高裁が、この問題にとってどのような理解を示しているか明らかでないという指摘⁽³⁹⁾もそのとおりであろう。

そこで、次に見なければならないのは、インサイダー取引に関する平成14年の証券取引法に関する最高裁判決である⁽⁴⁰⁾。

この判例につき、代表的テキストは、「森林法判決には存在した『積極的』『消極的』という言葉が注意深く削除され……(略)……一定の方向が暗示されている」⁽⁴¹⁾とし、代表的評釈も、この点を重視している⁽⁴²⁾。

その後も、例えば、平成21年の建物区分所有法に関する最高裁判決⁽⁴³⁾も平成14年判決を「踏襲した」⁽⁴⁴⁾と評価されている⁽⁴⁵⁾。

そこで、現在の判例理論の評価は、22条29条双方を含めた経済的自由権全体についても、代表的テキストは「二分論は……(略)……その射程が相当限

定されてきていることは間違いなさそう」⁽⁴⁶⁾としているし、財産権すなわち憲法 29 条については、辻村教授は「財産権については目的二分論を採用していないことが『鮮明になった』(百選 I 214 頁 [松本哲治執筆])」⁽⁴⁷⁾されている。

それでは、このような判例理論に至っている主要な理由は、どのような点に求められるのであろうか。それは、長谷部教授が指摘されているように、「経済規制立法を、これら 2 つの目的に応じて明確に振り分けることができない」⁽⁴⁸⁾からに他ならない。現に、佐藤幸治名誉教授も、建築基準法を例の 1 つとして、「内在的規制 (消極規制) か政策的規制 (積極規制) かは混在して判然としない場合も少なくない」⁽⁴⁹⁾と指摘している⁽⁵⁰⁾。

以上のように、現在の判例理論やそれを基礎とする学説からは、杉並区答申意見 1 のような、建築基準法 42 条 2 項は、消極的警察目的なので、最少限・最低限の規制しかできないから、公費による道路状にする場合、土地所有者に受忍義務を課すことができないとの見解は、これが財産権規制であることから、成り立たない見解と言わざるを得ない。事実、建築基準法 42 条 2 項は、いつかは道路として完成するという積極的政策目的も安全性という消極目的の他に有している⁽⁵¹⁾。

以下、この点について述べて行くこととする。

五 2 項道路の行政争訟上の理解

さて、2 項道路の積極的経済政策目的の基本は、いつかは 4 メートル幅員の道路が完成するというものである。判例・建築審査会の裁決例も、これを、当然のこととして認めている。

例えば、包括指定たる 2 項道路の範囲が争点とされた最高裁平成 20 年判決⁽⁵²⁾や、川崎市建築審査会平成 26 年裁決⁽⁵³⁾などである。

ところで、本稿との関連で筆者が目したいのは、包括指定に処分性を認め

た最高裁平成14年判決⁽⁵⁴⁾なのである。それは、2項道路との関係で、「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……(略)……一括指定もされていた」という判示部分である。実は、旧法の建築線は、まちづくり、という政策目的を有していた。

六 学説・実務における2項道路の理解

まず、42条2項についての代表的学説を確認することとしたい。

金子正史名誉教授は、「2項道路の指定の効力が顕在化するのには、建築物の新築あるいは増改築に際してである。このように、2項道路は、非常に長期間を経ることにより、幅員4メートルの道路を確保することを想定した制度である」⁽⁵⁵⁾とされ、安本典夫教授も、「順次幅員4mの道路が形づくられていく」⁽⁵⁶⁾と述べている。

次に、実務的な立場から執筆されている代表的コンメンタールは、次のように述べている。例えば、「沿道の既存の建築物が全部建て替えられ所定の境界線まで後退することによって、将来幅員4mの空間が確保されることを期待する趣旨の規定である」⁽⁵⁷⁾としている。また、別のコンメンタールは、42条2項も含め、「本法上の道路たる私道の性格としては……(略)……維持管理者に対して、当該道路を一般交通の用に供すべき公法上の義務が負われ」⁽⁵⁸⁾とされ、注目すべきは、「本条が……(略)……幅員4メートル以上のものであれさえあれば、いかなる構造形態のものでも差し支えないとする趣旨とは解されない」⁽⁵⁹⁾とし、2項については、やはり「しだいに幅員4メートルの道路が形成されてゆく」⁽⁶⁰⁾と説明している。このように、一般の交通の用に供する公法上の義務が土地所有者等には課され、その目的に添った現時点での道路構造によるべきことを42条は2項も含めて求めているわけである。現代の基本的な道路構造はL字側溝を入れ舗装を行うことによるのであるから、工事費用を

土地所有者等に負担させるのであれば別だが、公費でL字側溝、舗装を行うことを受忍する義務は、法42条2項の求めるところであると言わなければならないであろう⁽⁶¹⁾。このような意味で、杉並区答申意見1は、建築基準法上も誤った見解と評価せざるを得ない。

一方で、杉並区答申意見2は、「公費整備を受忍しなければならないという義務（整備受忍義務）を条例で課すことは認められるものとする。後退用地は道路状に整備されて安全な通行を確保することが必要であり」⁽⁶¹⁾と述べているので、筆者とほぼ同様の理解ではないかと思われる。

最後に、道路行政には、そもそも歴史的にも、都市計画、まちづくり政策という思想があったことは忘れてはならない。杉並区答申は、「杉並区狭あい道路拡幅整備条例」の改正の方向性をさぐることがその目的と考えられるが⁽⁶²⁾、そもそも、この条例制定につき、当時の実務者たる塩田徳二氏は、次のように述べている。それは、平成14年判決が言及する旧法の建築線との関連で、「宅地開発についても、土地区画整理区域外は、指定建築線（道路位置指定）により、昭和43年都市計画法に開発許可制度が導入……（略）……されるまで建築基準法が受け持ってきている……（略）……この建築線は広い意味での‘みなし道路’ということが出来る……（略）……4メートル未満の道の中心線から2メートル後退の考え方は建築基準法に引継がれている」⁽⁶³⁾と述べておられる。そして、塩田氏は、旧法が4メートル以上に改正されたのは旧国家総動員法の公布等「戦時色が強まった時代であり……（略）……財源などから後退部分を道路上に築造するのは誰にするか定められなかったからではないか」⁽⁶⁴⁾と述べ、そもそも、本来は、後退により4メートルとなった場合、本来「道路状」によることが予定されることを示唆している。

以上のように、2項道路には、道路整備により（道路状にすることも含め）まちづくりを行うという積極的経済政策目的も、歴史的に、存在してきていることを知ることができる。

以上のような意味からも、積極的経済政策目的が2項道路等狭あい道路行政には存在しているので⁽⁶⁵⁾、これを消極的警察規制目的からのみとらえている杉並区答申意見1は、そもそもの前提自体も誤って理解していると評価せざるをえない。

七 行政処分の性格からの分析

さて、筆者の目から見れば、杉並区答申意見1の誤りは、憲法に関する判例法理や学説の評価、及び、建築基準法の趣旨や仕組みに止まらない。

さらに、行政処分の性格からの理解も誤っているように思われる。

まず、筆者の見解の結論のみを示せば、公費による道路状に整備する工事も受忍する義務は、建築確認や2項道路等の指定処分から、それらの処分の性格上、当然に、処分内容から導き出すことができる。

第1に、杉並区答申意見1は、財産権を制限する、侵益的な処分と理解しているようであるが、2項道路等の指定は、これにより本来であれば死に地ともいふべき土地が、建築や増改築が可能になるという受益処分的性格を合わせて持っている。この点を、明確に意識しているのが杉並区答申意見2であろう。それは、「土地の権利者は、2項道路によって建築物を建築することができ、あるいは土地・建物を適法なものとして売買、賃貸等することが可能とされるという利益を享受できる」⁽⁶⁶⁾と述べている。

ところで、この一つの処分が授益・不利益双方の性格を合わせもつ典型が、いわゆる二重効果的行政処分であり、2項道路の廃道等では、この問題が生じることがある⁽⁶⁷⁾。

それでは、逆に、2項道路等の指定処分等の場合はどうであろうか。

前提として、二重効果的行政処分とは何かを確認しておくこととしよう。特にこれを、建築確認との関係で論じられているのが塩野 宏名誉教授である。

そこでの説明は、「建築確認もその1つで、これをする事は相手方に対しては授益処分となるが、隣の人には侵害の効果をもつ。これを複効的処分ないし二重効果的行政行為といわれる」⁽⁶⁸⁾とされ、「かかる見地から……(略)……建築確認処分……(略)……に対する取消訴訟の原告適格が近隣住人や付近住民にも認められるようになった」⁽⁶⁹⁾とされている。

このように、いわゆる二重効果的行政処分の理論的目的は、国と個人という二面関係のみで考えた近代法に対し、付近住民の利益を法的に構成する三面関係において⁽⁷⁰⁾、原告適格を許容するという実践的理解にあると言ってよからう。

ところで、建築確認の前提となる二項道路たることの判断や指定処分から来る侵益的な効果は、建築や増改築を行うことができる(すなわち授益的效果を受ける)本人に生じる効果であることは忘れてはならない。そこで、本人の財産権に対する制限とはいっても、消極的警察規制目的での必要最少限のものであることは求められないと解すべきであり、むしろそれは、積極的経済政策の視点から考えられるべきであろう。

第2に、申請者本人に生じる侵益的效果として論じられる場面として、行政処分の附款論がある。

さて、この行政処分の附款論の場合、直接公費により道路状にする工事の受忍義務を建築確認や指定処分から導き出せる可能性が存在する。

最近のテキストによれば、附款とは、「行政処分の本来の法的効果に処分庁によって付加された規律をいう」⁽⁷¹⁾とされる。ところで、附款論については、様々な分類があるが、本稿の関心からは、塩野名誉教授のテキストが引用している⁽⁷²⁾芝池義一名誉教授の「計画法的附款」⁽⁷³⁾と森 稔樹教授の「相手方の利益と第三者の利益ないし公益との調整」⁽⁷⁴⁾であり、そこではさらに、塩野名誉教授は、「行政庁の状況適合的判断の可能性」⁽⁷⁵⁾も指摘しておられる。

問題は、この状況適合的判断を行うために、計画法的附款や利益と公益との調整上の附款を法律上の明文の規定がない場合に付すことが可能かどうかにあ

る。それに加え、このような場合に、行政処分に裁量が認められている場合はともかく⁽⁷⁶⁾ 羈束行為についてどう考えるのかという問題がある。この点につき、学説の詳細な分析を行っているのが高木教授のテキストである。本稿に必要な結論部分に関連する所を引用してみよう。そこでは、「明文の規定がない場合の附款の許容性については……（略）……専ら『授益的行政処分』について論じていること、『裁量処分』と『羈束処分』の区別を基本としている点では一致がみられる……（略）……『裁量処分』には、附款を付すことができる場合があるが、『羈束処分』には、明文がない限り、附款を付すことができない、という説が多数……（略）……しかし、『羈束処分』であっても、申請に対する許認可のように、条件付きであっても拒否処分よりも申請者にとって望ましいことが想定され……（略）……多数説のように割り切るのは疑問である」⁽⁷⁷⁾とされている。これは、まさしく建築確認申請にあてはまる説明ではないだろうか。つまり、後退部分を公費により道路状にする受忍義務よりも建築や増改築が可能となるメリットの方が、まさに建築や増改築のために建築確認申請を行う者には大きいと言える場合が多い。このように、最新の学説からは、受忍義務を附款として付すことも可能とする立場もあるから、これを条例という法的根拠をもって行うことは、当然、認められる。

しかし、以上のような附款による方法は、現実には実務現場ではとりづらい（直前に指摘したように条例によることの理論的補強にはなり得る）とも言える。

そこで、第3に、公費による工事の受忍義務を行政処分それ自体の内容から導き出すことを考えてもよさそうである⁽⁷⁸⁾。この点については、2つの理解を示しておこう。

まず、建築敷地を、個別指定の2項道路と1項5号の位置指定道路への接道という場で「公用負担付の土地と同様の状況」にあるとする確井光明教授の見解である⁽⁷⁹⁾。この公用負担一般につき、適切な説明を行っているものに阿部泰隆名誉教授の説明がある。阿部名誉教授は、「特定の公共事業の用を満た

すために強制的に人民に課せられる経済的負担で、それには特定人に課される人的公用負担（負担金、労役または物品負担、夫役現品）と、特定の財産権に固着して課される物的公用負担（公用制限、公用収用、公用権利変換）がある」⁽⁸⁰⁾とされる。そこで、2項道路の後退部分については、道路として使用させることは、それが公用負担付土地であるとすれば、処分内容から生じる効果と解することとなる。そして、それは何も個別指定に限られるわけではない。包括指定たる2項道路についても、具体的な建築確認にあたり、2項道路で接道要件を充足する場合、やはり同内容の負担は課せられることとなる。従って、後退部分につき道路として使用させる義務（負担）から公費による道路状にする工事の受忍義務は、公用負担の具体的実現内容として、十分に理論的な説明は可能であると考える。

それは、2項道路の場合、道路にいずれはその路線がなり、完成してゆくことが予定される法的仕組みによる。

次に、この公用負担との考えに立った場合に、後退用地は道路として一般に使用され、それはいずれ道路として完成されるものであり、それを前提に建築確認申請を、その土地を敷地として建築を行おうとする者は、行うわけなので、申請者は、道路になることに同意していることとなる。

公務員法のエリアでは、よく公務員の勤務関係の成立について、「同意に基づく行政行為」⁽⁸¹⁾という理解が従来から主張されてきていることは、周知の事実であろう。そこで、この行政処分観を転用し、建築確認や2項道路たることの指定処分について、中心線から2メートル後退を行ない、それを道路として利用させることの同意（公用負担）を前提とし、本来、建築や増改築ができない敷地にそれを認める処分と構成することも可能かもしれない。この場合、現代の通常の技術水準で利用させることを同意内容に含めて解することは可能であろうから、公費による工事の受忍義務を処分内容そのものから導き出すことができよう⁽⁸²⁾。

以上の点から、筆者は、公費による工事受忍義務は、行政処分の処分内容からも十分に導き出せるものであると考える。

それは、2項道路等に接道することをもって建築や増改築が可能となる受益処分たる側面を有している処分であり、その処分から、後退を義務付けられ、道路として利用させる義務が生じて、それは公用負担あるいは建築や増改築を行うための同意として生じる効果であると解される⁽⁸³⁾。道路として、一般の用に供する限り、本人の費用ではなく、公費により、現代の通常の技術水準に合わせる工事を受忍する義務は、処分内容となる。なぜなら、すでに本稿でみて来たように、2項道路は、道路になることが予定されている、あるいは路線として、いずれ4メートル幅員の道路となるという法的仕組み⁽⁸⁴⁾、つまり、まちづくり政策という積極的経済政策目的をもっているからに他ならない。以上の点で、杉並区答申意見1は、42条2項等やそこでの処分の法的仕組の理解を欠いた見解と言わざるを得ない。

そこで、以下、最後に、この積極的経済政策の妥当性につき、一言、言及し、本稿をしめくくこととしたい。

八 結語——目的・手段・比例原則等

さて、すでに述べたように政策的な規制の場合、目的と手段の合理的関連性（合理性）基準によるが⁽⁸⁵⁾、2項道路等は、道路として完成することが目的であり、道路状にする工事は手段という関係にあるから、合理的関連性を否定することには無理がある。そこで、仮に、公費による道路状による工事の受忍義務を課し、これが訴訟となってもこの合理的関連性を否定する立証責任は原告が負うこととなるから⁽⁸⁶⁾、条例改正は訴訟法務的にも十分に担保された方向性ということとなる。

次に、本稿で参考とした附款論では、そこには限界があり、その具体例とし

て、「比例原則……（略）……目的以外の目的」⁽⁸⁷⁾があげられている。この点に答えているのが、杉並区答申意見2であると思われる。そこでは、公費による工事は、後退によるかわりに建築可能となるのだから、特別な犠牲とはならないことが指摘されている⁽⁸⁸⁾。すなわち、授益処分から生じる侵益的效果であり、比例原則に反するとはとうてい言えないであろう。

以上から理解できるように、杉並区答申意見1は、憲法理論及びその判例理論、行政法理論、建築基準法の仕組みから、成り立ち得ない見解であることを知ることができる。

杉並区においては、意見2に従い、公費による道路状にする工事の受忍義務を課す条例改正を実現させることを望みたい。加えて、他の自治体でも、同様の理解で実務運用を行なうことを希望する⁽⁸⁹⁾。

最後に、本稿では、2項道路を中心に論じてはいるが、1項5号等も実務上は同様のフィロソフィーを有していることは付言しておく⁽⁹⁰⁾。

道路整備の不整合は、そもそも危険なまちづくりになり、積極的なまちづくり政策に反することはわすれてはならない⁽⁹¹⁾。

注

- (1) 井上 隆「狭あい道路と指定道路台帳の整備について——2項道路を中心として——」『平成20年度特別区建築審査会委員等連絡協議会研修会平成21年1月30日』4頁以下（東京都特別区建築審査会委員等連絡協議会）。
- (2) 井上・前掲講演注(1)9頁。
- (3) 井上・前掲講演注(1)9-10頁。
- (4) 井上・前掲講演注(1)11頁。
- (5) 井上・前掲講演注(1)12頁。
- (6) 杉並区狭あい道路拡幅整備に関する審議会『狭あい道路の拡幅整備について答申』（平成27年11月）。以下、杉並区答申として引用する。
- (7) 杉並区・前掲答申注(7)1頁。
- (8) 杉並区・前掲答申注(7)1頁。
- (9) 杉並区・前掲答申注(7)5頁。

- (10) 杉並区・前掲答申注 (7) 14-16 頁。
- (11) 近代憲法の人権観の変化を一言で述べれば、日本国憲法の基ともなったアメリカ合衆国憲法（この点については、庄司克宏編「日本国憲法制定過程——大友一郎講義録——（一）（二）」慶應義塾大学法学研究第 83 巻第 7 号 87 頁以下、第 8 号 79 頁以下（2010 年）が最近の文献として参考となる）を例に述べれば、合衆国最高裁判所は、財産権については抑制的になり、一方で、他の人権については積極判断を示していくという歴史的経緯がある。この歴史的経緯についての最近の文献として、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史』294-440 頁（筑摩書房、2013 年）。
- (12) 仕組み解釈については、代表的文献として、塩野 宏『行政法 I 行政法総論〔第 6 版〕』66 頁（有斐閣、2015 年）。
- (13) 杉並区・前掲答申注 (7) 15 頁。なお、意見 1 でも、憲法 29 条について「内在する制約か……（略）……立法府によって加えられる制約」（杉並区・前掲答申注 (7) 14 頁）としているので、政策的制約のあることは認めているのであろうが、42 条 2 項を支える政策については十分な検討が行なわれているとは言えないように思われる。むしろ財産権にほぼその関心が集中しているように見うけられる。
- (14) 佐藤幸治『日本国憲法論』664 頁（弘文堂、2011 年）。
- (15) もちろん、訴訟の場面では、立証責任の分配が主要な関心となることは言うまでもない。この点、渋谷秀樹『憲法（第 2 版）』177 頁（有斐閣、2013 年）。
- (16) 渋谷・前掲書注 (15) 312 頁。
- (17) 渋谷・前掲書注 (15) 318 頁。
- (18) See *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).
この点、代表的文献として、松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994 年）。
- (19) 渋谷・前掲書注 (15) 172 頁。
- (20) 長谷部恭男『憲法（第 6 版）』112 頁（新世社、2014 年）。
- (21) 佐藤・前掲書注 (14) 663 頁。
- (22) 佐藤・前掲書注 (14) 663-664 頁。
- (23) 佐藤・前掲書注 (14) 664 頁。
- (24) 佐藤・前掲書注 (14) 664 頁。
- (25) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第 6 版）』104 頁（岩波書店、2015 年）。
- (26) 渋谷・前掲書注 (15) 178 頁。
- (27) 渋谷・前掲書注 (15) 239 頁。また、長谷部・前掲書注 (20) 238 頁。
- (28) 杉並区・前掲答申注 (7) 16 頁。
- (29) なお、違憲審査基準等の憲法論は、最近のドイツ法の理解からする「三段階審査」（小山 剛「憲法上の権利」の作法（新版））10 頁（尚学社、2011 年）が代表的文献であろう）が論じられ主要なテキストでも言及されている。例えば辻村みよ子

狭隘道路行政と公費による工事受忍義務の法的構成

『憲法〔第4版〕』151頁以下、479頁以下（日本評論社、2012年）。しかし、本稿の主要な関心は、杉並区答申での意見1を分析する目的から違憲審査基準に言及しているにすぎないので、これ以上の分析・言及は行なわない。なお、文献引用も、本稿の目的から最少限のものとなっていることもおことわりしておく。

- (30) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- (31) なお、その前提となるケースとして、小売商業特別措置法に関する、最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁。
- (32) 例えば、佐藤・前掲書注(14)302頁、辻村・前掲書注(29)258頁、長谷部・前掲書注(20)238頁、芦部（高橋補訂）前掲書注(25)235頁。
- (33) 辻村・前掲書注(29)150頁。
- (34) 杉並区・前掲答申注(7)15頁。
- (35) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。
- (36) 学説の分類については、渋谷・前掲書注(15)320-322頁参照。
- (37) 辻村・前掲書注(29)259頁。
- (38) 長谷部・前掲書注(20)250頁。
- (39) 芦部（高橋補訂）前掲書注(25)235頁。
- (40) 最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁。
- (41) 芦部（高橋補訂）前掲書注(25)236頁。
- (42) 松本哲治・憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕214頁（2007年）、これを引用する、辻村・前掲書注(29)260頁。同旨、佐藤・前掲書注(14)315頁。
- (43) 最大判平成21年4月23日判時2045号116頁。
- (44) 辻村・前掲書注(29)260頁。
- (45) 加えて、そもそも憲法22条関連でも、農業災害補償法に関する、最高裁平成17年4月26日判時1898号54頁も、同様の趣向を示していることが指摘されている、芦部（高橋補訂）前掲書注(25)236頁。
- (46) 芦部（高橋補訂）前掲書注(25)236頁。
- (47) 辻村・前掲書注(29)259頁。
- (48) 長谷部・前掲書注(20)239頁。
- (49) 佐藤・前掲書注(14)314頁。
- (50) この憲法判例に関しても、本稿が憲法論の違憲審査基準そのものに関する論文ではないので、文献引用は最少限のものとなっていることをおことわりしておく。
- (51) この点、杉並区答申のうち意見2は正確にとらえている。すなわち、「結果として幅員4m未満の道が徐々に幅員4mの道路へと拡張されることになるというもの（仕組み）」（杉並区・前掲答申注(7)23頁）としている。
- (52) 最（三小）判平成20年11月25日判時2029号20頁。

- (53) 川崎市建築審査会平成26年10月15日裁決,平成26年度神奈川県特定行政庁建築審査会事務実績・審査請求事例集15頁(神奈川県特定行政庁建築審査会連絡会,2015年)。このケースについては,田村「建築基準法42条2項道路の廃道申請・撤回処分と承諾書——1項5号道路との区別」明治学院大学法学研究第99号27頁以下(2015年)。
- (54) 最(一小)判平成14年1月7日民集56巻1号1頁。処分性については,筆者は否定的な見解を有している,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2項道路を契機として」明治学院大学法学研究第76号125頁以下(2003年)。
- (55) 金子正史『まちづくり行政訴訟』65頁(第一法規,2008年)。
- (56) 安本典夫『都市法概説〔第2版〕』109頁(法律文化社,2013年)。なお,この文献は,当事者訴訟により争うことを指摘している(安本・前掲書注(56)109頁)。この当事者訴訟の利用は,筆者は従来から主張している,田村「建築基準法上の2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150年記念法学部論文集 慶應の法律学 公法Ⅱ』183頁以下(慶應義塾大学法学部,2008年),田村「建築基準法上の2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」慶應義塾大学法学研究第78巻第5号276頁以下(2005年),田村・前掲論文注(54)143頁以下。
- (57) 逐条解説建築基準法編集委員会編『逐条解説 建築基準法』708頁(ぎょうせい,2012年)。
- (58) 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎『〈特別法コンメンタール〉改訂 建築基準法』363頁(第一法規,1990年)。
- (59) 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎・前掲書注(58)365頁。
- (60) 荒 秀=関 哲夫=矢吹茂郎・前掲書注(58)386頁。
- (61) 杉並区・前掲答申注(7)31頁。
- (62) 杉並区・前掲答申注(7)2頁。
- (63) 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)』37頁(財団法人 杉並区まちづくり公社,1999年)。
- (64) 塩田・前掲書注(63)との関係で政策面から分析を加えた筆者の論稿として,田村「建築基準法上の2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」明治学院大学法科大学院ローレビュー」第7号1頁以下(2007年)。
- (66) 杉並区・前掲答申注(7)31頁。
- (67) 田村・前掲論文注(53)42-44頁。
- (68) 塩野・前掲書注(12)128頁。

狭隘道路行政と公費による工事受忍義務の法的構成

- (69) 塩野・前掲書注(12) 397頁。
- (70) この点は、とりあえずは、田村＝山本未来編著『最新ハイブリッド行政法(改訂第3版)』11-13頁(八千代出版, 2016年)。
- (71) 高木 光『行政法』143頁(有斐閣, 2015年)。
- (72) 塩野・前掲書注(12) 200頁。
- (73) 芝池義一『行政法総論講義(第4版補訂版)』191頁以下(有斐閣, 2006年)。
- (74) 森 稔樹「行政行為の附款の機能」早稲田法学会誌第46巻111頁(1996年)。
- (75) 塩野・前掲書注(12) 200頁。
- (76) この点の最近のテキストの説明は、例えば、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論(第3版)』197-198頁(有斐閣, 2016年)。
- (77) 高木・前掲書注(71) 144-145頁。
- (78) もちろん附款と処分内容とではその効果に相違が生じる場合もあるが、塩野・前掲書注(12) 199-200頁。
- (79) 碓井光明『都市行政法精義Ⅱ』207頁(信山社, 2014年)。
- (80) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ 実質的法治国家を創造する変革の法理論』227頁(有斐閣, 2008年)。
- (81) 塩野 宏『行政法Ⅲ 行政組織法〔第4版〕』285頁(有斐閣, 2012年), 宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法〔第3版〕』348頁(有斐閣, 2012年)。
- (82) 私道の位置指定と同意を前提とする行政処分につき、阿部・前掲書注(80) 316頁。なお、阿部名誉教授は、契約と解される可能性も示すので(阿部・前掲書注(80) 315-318頁)、今後は、道路状にする契約との構成も可能かもしれない。
- (83) この、処分内容としての負担や同意との理解や発想は、杉並区答申意見2にもみられるし読み取ることができる、杉並区・前掲答申注(7) 22-24頁。また、重要な関連文献として、碓井光明「接道義務規定と関係する私人と行政機関との事前協議について」自治研究第87巻第7号2頁以下(2011年)。
- (84) 杉並区答申意見2は、この法的仕組みを前提とする(杉並区・前掲答申注(7) 23頁)。
- (85) 佐藤・前掲書注(14) 664頁。なお、杉並区・前掲答申注(7) 30頁(意見2)。
- (86) 渋谷・前掲書注(15) 177頁参照。
- (87) 塩野・前掲書注(12) 204頁。
- (88) 杉並区・前掲答申注(7) 31頁。
- (89) 小田原市要綱は、その3条で、「整備させなければならない」とし受忍義務を課している。筆者の立場は、建築基準法の仕組みと処分内容から受忍義務は導き出されるので、公費による場合、要綱によることも合法となる。関連文献として、碓井・前掲論文注(83)参照。

狭隘道路行政と公費による工事受忍義務の法的構成

- (90) 例えば、田村「建築基準法上の『2項道路』と旧物法上の『建築線』(1項5号道路)に関する政策法学的分析——行政訴訟での政策目標の判断の視点から」明治学院大学法学研究第89号1頁以下(2010年)。43条但書につき、加藤仁美「住宅市街地の更進と狭隘道路整備の地域的展開の可能性」住総研研究年報第30号86頁(2003年)。
- (91) かつて筆者は、歩車道境界部のバリアフリー化でこのことを指摘したことがある、田村=山本未来・前掲書注(70)78-79頁。

追記

杉並区の改正条例については、判例地方自治第411号101項(2016年)。