

## 建築基準法第42条第2項「みなし道路」の判断基準 ——「現に建築物が立ち並んでいる」の意義

石 森 久 広

### 目 次

1. 問題の設定
2. 「現に建築物が立ち並んでいる」の意義
3. 検討

### 1. 問題の設定

建築主は、所定の建築物を建築しようとする場合建築主事の確認を受けなければならない（建築基準法〔以下「法」という〕第6条）。その場合、当該建築物の敷地は「道路」に2 m以上接しなければならないこととされ（法第43条第1項）、ここにいう「道路」も法第42条第1項所定の幅員4 m以上のものでなければならない。しかし、例外的に同条第2項は、4 m未満の道でも、法第3章の規定（第43条もこれに含まれる）が適用されるに至った際（以下、「基準時」という）、そこに「現に建築物が立ち並んでいる」場合で「特定行政庁

の指定したもの」は、それを「道路」とみなすこととされている（「みなし道路」あるいは「2項道路」という）。そしてこの場合には、これに接する敷地の境界を当該道の中心から2 m（場合により3 m）ずつ後退させることとし（以下「中心後退」という）、幅員4 m以上の道の確保が意図されている。従って、「みなし道路」に指定されたならば、それに接する敷地の所有者は権利の制限を受けることになり、「みなし道路」かどうかの判断に利害を有することになる。例えば熊本県を例にとると、特定行政庁の指定は「熊本県建築基準法施行細則」19条で一括的になされている。しかし、その第19条によれば「現に建築物が立ち並んでいる幅員1.8メートル以上4メートル未満の道で一般の交通の用に供されているもの」とされ、「一般の交通の用に供されているもの」という限定は入っているものの<sup>(1)</sup>、未だ「現に建築物が立ち並んでいる」の意義を具体化しているとはいえない。それゆえ、「みなし道路」指定の判断にあたっては、依然として当該文言の意義の解釈が問題として残ることになる。本稿は、法第42条第2項にいう「みなし道路」指定の際の「現に建築物が立ち並んでいる」の意義を明確化することを目的とする。

## 2. 「現に建築物が立ち並んでいる」の意義

### (1) A説（広義説）

まず、これを文字通り解釈すれば、基準時に「当該道に接している建築物が複数存在する場合」となろう（A説）。「立ち並ぶ」とされている以上、1戸では足りないが、2戸以上の建築物が当該道に接していれば、当該道は「みなし道路」となり、当該道に接する敷地の所有者は、将来増改築の際に境界線まで後退しなければならない。以下のB説およびC説と比べれば、建築の自由に最も配慮する考え方といえる。そして、建築物の改築等がすべて終わった際には、中心後退による幅員4 m以上の道路が最も多く確保され、また「接道義務」を課して法が実現しようとする姿に最も近い状態になる。

### (2) B説（狭義説）

これに対しB説は、当該道に単に建築物が複数存在するだけでは足りず、

「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」とする<sup>(2)</sup>。これによれば、例えば角地に位置している建築物や、他の道路にも接している建築物は数に入れられないことになる。この考え方は、中心後退の目的を防災、安全等の面に求め、他で接道義務を果たしている敷地はすでにそちらで防災、安全面をクリアしているとして、当該道の「立ち並び」から除外するのである。その意味で、A説よりも建築の自由を制限することになるが、「みなし道路」とするにはこの目的の点で道路を広げる必要性が認められなければならないとすることで、中心後退を求められる敷地所有者の財産権に配慮を見せる。

### (3) C説（最狭義説）

この防災、安全目的をさらに強調すると、「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せられ、防災、消防、衛生、採光、安全等の面で公益上重要な機能を果す状況にある」ことが必要であるとすC説になる<sup>(3)</sup>。「ただ単に建築物が道を中心に2個以上存在していることをいうのではなく」としていることから、他で接道義務を充足するかどうかは問題にしていない。その点ではA説と共通する。ただし、防災、消防等の目的達成の必要から指定を決しようとする点はB説と共通である。しかし、C説は、「みなし道路」の指定を「その対象となる土地の所有者その他の利害関係人の意思にかかわらず、特定行政庁がその職権により公権力をもって一方的に行なうもの」と捉えていることから<sup>(4)</sup>、中心後退を求める場合はB説よりもかなり限定される結果となっている。当該敷地所有者の財産権を最も重視する見解である<sup>(5)</sup>。

## 3. 検 討

### (1) 「みなし道路」の立法趣旨

まず法第42条第2項が「みなし道路」規定を創設した立法趣旨を考えてみると、同項は、同条第1項が厳格に適用されれば接道義務を充たせない建築物が実際に多数存在すること、また幅員4メートル未満の道も基準時以前において

公道に通じる道路網として機能していたことから、第43条第1項本文が接道義務を課する目的に支障がないかぎりで例外的に建築を認めようとするものであると解される。つまり、当該道に接する敷地、建築物の権利者が、道の幅員のみを理由として過度な建築制限を受けないよう建築の自由に配慮した規定と解される。しかし、他方で、「みなし道路」に指定された場合には、その対象となる敷地の所有者は道の中心線から所定の距離を後退するを余儀なくされ、その者の意思にかかわらず財産権を一方的に制約される結果となる。それゆえ、法第42条第2項を適用するにあたっては、建築の自由を例外的に回復させる結果、同条第1項によっては原則的に保護されるはずの敷地権利者の財産権が濫りに制約されないよう配慮することが求められる。

### (2) 「接道義務」の立法趣旨

そして、法が接道義務を課する目的、および「道路」が幅員4メートル以上を必要とする理由を考えてみるに、法第43条第1項但書きが例外的にその義務を免除する要件として「交通上、安全上、防火上及び衛生上」の理由を挙げていること、そして法第42条第2項の後退距離3mが2mに緩和される要件として「避難及び通行の安全」が挙げられてことなどを併せ考えると、接道義務は、防災や消防など主として安全面でのいわゆる消極目的から出たものであることが窺える（B説およびC説はこの考え方に立つ）。それゆえ、法第42条第2項が「みなし道路」に接する敷地所有者に中心後退させることを求めている目的も、主として防災、消防など安全面にあると解される。したがって、中心後退を求める基準は、具体的な危険を除去するに必要だということを前提にしたものでなければならず、その適用に当たっても、中心後退は防災、消防等のために必要な限りでのみ行われなければならない。

### (3) 私見

このように考えると、法第42条第2項にいう「現に建築物が立ち並んでいる」という要件については、一般的には、A説のように単に当該道に接する建築物が2戸以上存在していることだけでは未だ防災、安全等の面で危険であるとはいえず、少なくとも、他の「道路」で接道義務を充たす建築物は除くとするのが相当と解される。よってA説は取り難い<sup>(6)</sup>。

次に、C説が基準とする、当該道を中心に建築物が寄り集まって「市街地の一画を形成」している場合には、確かに防災、消防の面で安全を確保する必要が認められよう。しかし、「市街地の一画を形成」するまでに至らなくても、防災、消防上安全を確保する必要がある場合は十分考え得る。この要件に合致しない道の両側の建築物は以後増改築や新築ができないことなども併せ考えれば、C説は厳格にすぎると思われる。

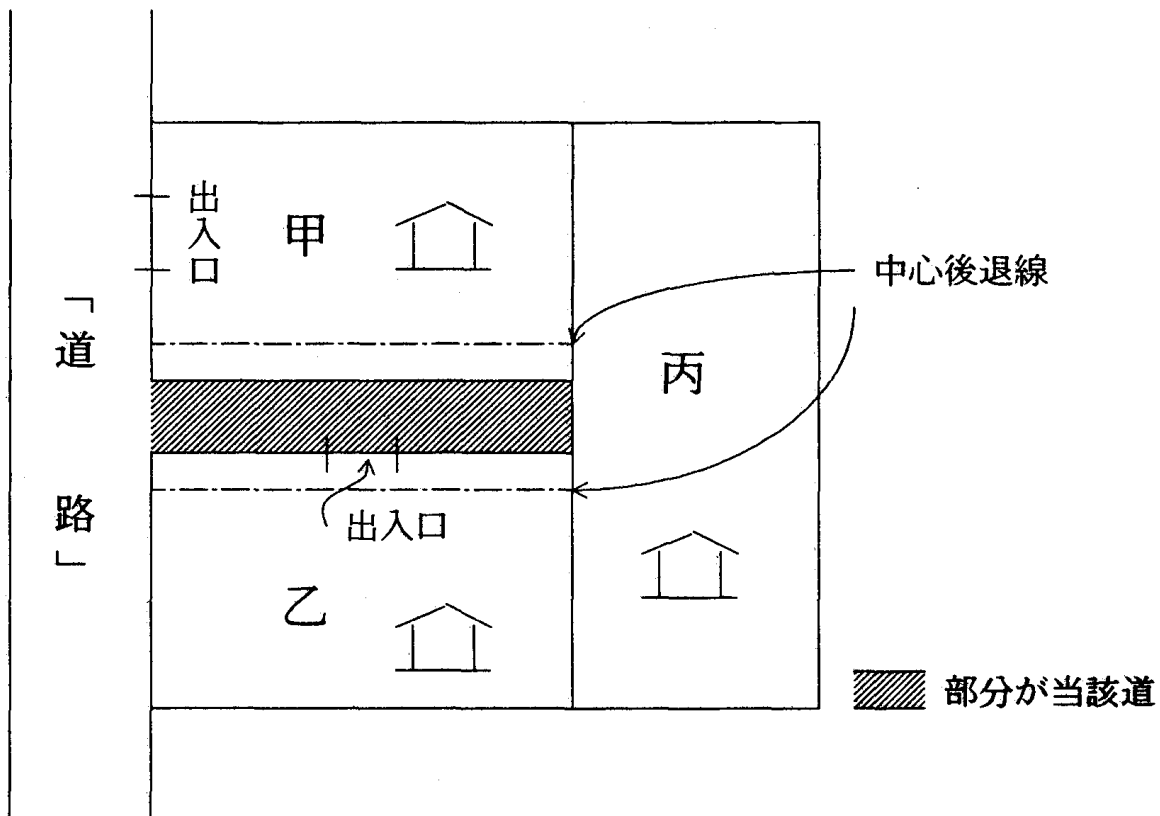
以上、一方で防災、安全等を理由に敷地所有者等に加える制約は最小限であること、しかし他方で防災、安全等に問題があれば敷地所有者等に制限を加える必要があることを内容に含んでいる点で、B説を正当と考える。

#### 注

- (1) これは「少なくとも2世帯以上の者及びその関係者が通行の用に供する」（東京地判昭和58年8月25日行裁例集34巻8号1410頁）ことで要件は充たされるものとする。
- (2) 前掲・東京地裁昭和58年8月25日判決。本件は、Xの建築確認申請に対して、建築主事Yが、当該申請に係る建築物およびその敷地の一部が特定行政庁の告示によって一括指定された「みなし道路」内にあることを理由として「適合しない旨の通知」をしたところ、この処分（「通知」）の取消しを求めて出訴したものである。Xの請求棄却。
- (3) 東京高判昭和57年8月26日（訟務月報29巻2号284頁）。本件は、県知事Yがした「みなし道路」の指定処分による中心後退のため自己の所有地の一部について建築制限を受けるとするXが、本件道路指定処分の取消しを求めて出訴したものである。Xの請求棄却。この上告審である最判昭和59年7月17日（判例地方自治8号101頁）も原審の判断を支持する。これに対して本件第1審静岡地判昭和56年9月18日（訟務月報27巻12号2323頁）は結論を異にするが、それは認定事実が重要な点で異なっているためだとされる（古崎慶長「道路指定処分取消請求事件」判例地方自治14号64頁以下）。
- (4) いずれの説によっても、要件に合致するからといって利害関係人に「指

定」の請求権が生じるわけではない。

(5) 例えば次のような場合、各説の結果は以下のようなになる。



A説：当該道に複数の建築物の敷地（甲乙丙）が接している

→「みなし道路」に指定→甲乙は「中心後退」

B説：当該道でのみ接道義務を果たす建築物の敷地は丙のみ

→「みなし道路」に指定せず→丙は新築・増改築できず

C説：当該道を中心に「市街の一面を形成」していれば

→「みなし道路」に指定→甲乙は「中心後退」

当該道を中心に「市街の一面を形成」していなければ

→「みなし道路」に指定せず→丙は新築・増改築できず

(6) もっとも、個別的に考えると、例えば他の「道路」で接道義務を果たしている敷地でも、当該道に出入口を設置し他を高い塀で囲むなどしていた場合には、当該道が防災、安全上危険な状況におかれていると見得ることも可能性として考えられる。この場合には、別な取扱いが一切許されないとすべき

ではないであろう。しかし、たとえそうだとしても、他の「道路」で接道義務を充たす建築物がたまたま当該道に出入口を構えていたことにより、他の土地所有者が財産権の制約を被ることになるから、このような不安定な取扱いは、諸般の事情を総合的に判断して、前記目的を達するため特段の必要があると認められる場合にのみ例外的に行われるべきである。