

ポール撤去請求事件上告審判決

— 最高裁2000年1月27日第一小法廷判決 平成8年（オ）
第1248号車止め撤去請求事件（裁判所時報1260号4頁）—

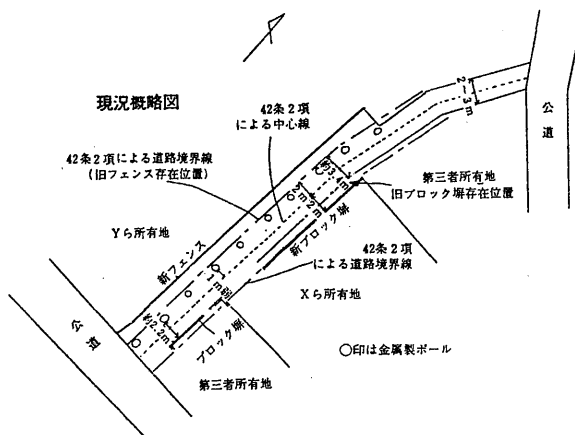
田 中 康 博

要旨：建築基準法42条2項の規定による指定を受け現実に開設されている道路に接する土地の所有者から右道路の敷地所有者に対する右道路内に設置されたポールの撤去請求が否定された事例

【事 実】

1. Xら及びYらは、戦前に開設され、その幅員は、場所によって一定しないものの約2mから3mであり、建築基準法施行後、同法42条2項に規定する指定により同条1項の道路とみなされている「本件私道」を挟んで存する各土地（以下、それぞれ

「Xら共有地」「Yら共有地」という）を共有していた。Yら共有地の一部は北端と南端でそれぞれ公道に接する未舗装の「本件私道」が設置されており、Xら共有地は、本件私道以外の道路に接していない（図参照）。



（判例評論454号183頁より転載）

2. Xらの母であるAは、Y 1の父から賃借していたXら共有地上に建物を建てて居住し、主に徒歩で本件私道を通行していたところ、1953（昭和28）年11月、Y 1の父が1947（昭和22）年に国に物納した土地を大蔵省からの払下げにより取得し、1964（昭和39）年2月には、また別の土地をYらから買い受け、Yらとの間で、右各土地を要役地、本件私道を承役地として、徒歩及び2輪車による通行を目的とする通行地役権（以下「本件通行地役権」という。）を黙示的に設定した。
3. Yらは、1984（昭和59）年5月、Yら共有地の一部にマンションを建築した。その際、右マンション敷地と本件私道との境の塀が撤去され、道路中心線から土地寄りに約2m後退した位置にフェンス（「旧フェンス」）が設置されたため、同所付近における本件私道の幅員は、従前の約2.7mから約3.4mに拡張された。
4. Xらは、1986（昭和61）年10月31日に死亡したAを相続し、1988（昭和63）年10月頃、空き家となっていたXら共有地上の右建物を取り壊し、右土地を更地にした。Xらはこの土地を賃貸駐車場として利用する目的を有している。
5. Xら共有地は、1990（平成2）年3月から約1年間、近隣のビル建築のため、工事関係車両の駐車場、仮事務所設置用地として利用されたが、その際、Yらは、右建築工事の請負業者が前記（3.）マンションの建築工事を担当した業者であったことから、右請負業者の要請を受けて、右建築工事中、工事関係車両が本件私道を通行することを承諾した。右期間以外には本件私道を自動車が通行したことはなかった。
6. Yらは、1991（平成3）年8月頃、旧フェンスを撤去し、新たに道路中心線から3m以上離れた位置にフェンス（「新フェンス」）を設置し直した上、道路中心線から1m弱の位置に鎖でつながれた金属製ポール10本（以下「本件ポール」という。）を設置した。

以上の事実のもとで、Xらは、自動車の通行を妨げられているとして、Yらに対し、通行地役権又は土地を駐車場として利用できなくなることから土地所有権、さらに、「通行の自由権（人格権）」〔最高裁判決の判文のまま〕

に基づき、本件ポールの撤去を請求。

《1審（東京地判1995年6月12日判時1564号27頁）》

- ・通行地役権の黙示の設定は認めたがこの地役権の内容に自動車通行は含まれないとして地役権に基づく撤去請求は棄却。
- ・土地所有権侵害についてもポール自体はYらの所有地に設置されているものであることを理由にXらの土地所有権自体の侵害を否定。
- ・「通行の自由権」（正確には、「Xらには、建築基準法42条2項による道路指定の反射的利益として、本件私道を自動車の通行を含めて自由に通行し得る具体的利益が生じているが、Yらの本件ポールの設置行為により、右利益が侵害されている。」）については、「反射的利益といっても、現実には通行が行われており、かつ、その通行が当該私人にとって日常生活上必須の要請であり、また、これにより他人の権利、利益の保護の要請との均衡を失しない場合など、民法上保護に値する具体的な利益となっていると認め得る場合には、その利益を侵害する行為の排除を求め得るものと解される。」とするが、

- ① 当該開設部分を通行したのは例外的な1年間のみであること；
 - ② 自動車通行は工事関係車両に限定され、Xらが自動車で行ったものではないこと；
 - ③ 本件私道の北側部分の幅員が十分ではなく自動車での通行ができない状態にあること；
 - ④ Xらは、その土地を相当期間にわたって利用しておらず、ポール撤去を求めるのはXら土地を賃貸駐車場として利用する目的であること；
- から、「本件私道の自動車による通行が、Xらの日常生活上必須の要請であるとはいえない」として、請求棄却。Xら控訴。

《原審（東京高判1996年2月29日判時1564号24頁）》

通行の自由権（人格権）に基づく請求について、概要次のように判示して、これを認容した〔通行地役権については一審と同じ結論〕（以下、最高裁判決による）。

「一般人は、建築基準法42条2項の規定による指定を受けた私道について、その反射的利益として自由に通行する権利を有し、右通行が妨害された場合には、通行妨害の態様、指定された道路の使用状況等によっては通行の自由権（人格権）に基づき、通行妨害の停止や予防を請求することができる。本件ボールの設置は、建築基準法44条1項に直接違反するものではないが、現状での通行可能な範囲を著しく制限する行為は、同法の趣旨に反するものと解すべきである。本件私道の自動車による通行は、従来、一般公衆に保障されていたものではないし、Xら共有地の利用状況や賃貸駐車場としての利用目的からみて、日常生活に必須の要請であるとは認め難い面があるが、通行の自由が確保される必要があるのは、本件私道に接する土地の居住者が利用する場合に限定されるものではなく、本件ボールの設置により緊急自動車の進入が制限される事態の発生も予想されるから、Xらは、通行の自由権（人格権）に基づき、公共の福祉に反して違法に設置された本件ボールの撤去を求めることができる。」

Yら上告。

破棄自判

【判 旨】

（全員一致）

「建築基準法42条1項5号の規定による位置の指定を受け現実に開設されている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、右道路の通行をその敷地の所有者によって妨害され、又は妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が右通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のない限り、敷地所有者に対して右妨害行為の排除及び将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有するものというべきである（最高裁平成8年（オ）第1361号平成9年12月18日第一小法廷判決・民集51巻10号4241頁）。そして、このことは、同条2項の規定による指定を受け現実に開設されている道路の場合であっても、何ら異なるものではないと解するのが相当である。

これを本件についてみるに、前記事実関係によれば、本件私道は、専ら徒歩又は二輪車による通行に供されてきた未舗装の道路であり、Yらの承諾を受けた請負業者が建築工事のため1年間本件私道を自動車で通行したことがあるほかには、自動車が通行したことはなく、Xらは、Aが死亡した昭和61〔1986〕年10月以降、その共有地を利用していないのみならず、右共有地を居住用としてではなく、単に賃貸駐車場として利用する目的で本件ポールの撤去を求めているにすぎないというのであるから、Xらが本件私道を自動車で通行することについて日常生活上不可欠の利益を有しているとはいえない。

そうすると、Xらの人格権的権利が侵害されたことを前提として本件ポールの撤去請求を認容した原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、右違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。論旨は理由があり、その余の上告理由について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして、原審の認定した事実によれば、本件通行地役権は自動車の通行を目的とするものではないのであるから、右権利に基づく請求も理由がないというべきである。以上に述べたところからすれば、Xらの右各請求を棄却した第一審判決は正当であるから、Xらの控訴を棄却すべきである。」

【研 究】

判旨は妥当であり、基本的には賛成できる。

1. 通行の自由とその保護

1-1 本判決では建築基準法42条2項が規定する道路が問題となっている。ここでの道路（「2項道路」または「みなし道路」）は同法42条1項5号（「5号道路」）または「位置指定道路」。なお同法附則5項が規定する道路）と並んで、「私道」と呼ばれることがある。これは敷地の所有権が私人に属する場合が多いからである。しかし、建築基準法上の「道路」とされるとその敷地が私人に属すると雖も、敷地所有者は道路を勝手に廃止することは勿論、道路内に「建築物・擁壁」を建築・築造できず（建築基準法44条）——2項道路については、指定時に道路敷地に建物等が存していても、建築基準法44条の建築制限には違

反しないが（建築基準法3条2項）、将来の建築物は、道路境界線まで後退して建築（「後退建築」あるいは「セット・バック」）しなければならない（建築基準法3条3項）——一般公衆の通行を忍容しなければならない。このように「道路位置指定を受け現実に開設されている道路を公衆が通行することができるのは、本来は道路位置指定に伴う反射的利益にすぎ」ないが、「生活の本拠と外部との交通は人間の基本的な生活利益に属するものであって、これが阻害された場合の不利益には甚だしいものがあるから、外部との交通についての代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠なものとなった通行に関する利益は私法上も保護」される（最判1997年12月18日民集51巻10号4241頁〔以下「97年判決」〕）。これが「通行の自由権」と言われてきたもので、97年判決はこれを「人格的権利」とした¹⁾。

1-2 控訴審判決の理論

1-2-1 上で述べたような理論と対比すれば、「一般人は、建築基準法42条2項の規定による指定を受けた私道について、その反射的利益として自由に通行する権利を有し、右通行が妨害された場合には、通行妨害の態様、指定された道路の使用状況等によっては通行の自由権（人格権）に基づき、通行妨害の停止や予防を請求することができる。」と説示する控訴審判決は従来の判例理論と本質的に異なる。従来の判例理論は自由な通行と私法上の保護を直結させずに、自由な通行が「日常生活に不可欠」かどうかという基

1) 97年判決調査官解説は人格権をめぐる判例・学説を検討し「以上のように、人格権については、判例上も学説上も、その内容（殊にその外延）が十分に明らかにされたとは到底いえない状況にあ」りこのことが97年判決が「人格権」と言わずに「人格権的権利」とした理由であるとするが、しかし、「物権的な権利・排他的な権利」であることを認めている（野山宏「判例解説」曹時51巻9号309頁。また拙稿「最新判例批評」判評474号201頁、「通行の自由（私道）に関する最近の判決について」京都学園法学1991年2号36頁も参照。他方、吉田克己「判例批評〔97年判決〕」民商120巻6号1062頁は、「人格権といってもここでは『絶対権』として本来の人格権が想定されているわけではない」とする（詳しくは、後述1-2-2参照）。

準を媒介させることによって私法上の保護を図ろうとしてきた。換言すれば「通行の自由権は道路位置指定の直接の効果として発生するものではなく、通行の自由（自由に通行することができる事実状態）が私人の日常生活上不可欠な利益として権利化するに至ったもの」（①東京高判1990年8月30日判時1364号39頁。既に②東京地判1989年2月17日判時1336号108頁＝判タ712号142頁）と理解してきた。これに対して控訴審判決は、自由な通行を私法上の保護に直結させているからである。97年判決を含め従来の判決がこのように構成をとってきたのは、何よりも公法規制による反射的利益はそれだけでは保護されないという²⁾伝統的な理論の枠内で私法上の保護を図ろうとしてきたからにはほかならない。確かに、控訴審判決当時（1996年）、私道通行の保護に関する最高裁の判断は消極的なものであり、最高裁が下級審が認めてきた私道通行の私法上の保護を認めるのかどうか必ずしも判然としていなかった³⁾。このような状況を前提にすれば、控訴審判決は敢えて新たな理論を

-
- 2) 通行の自由を否定する初期の判決はこのような考えに依っている：東京高判1965年5月31日下民集16巻5号956頁、東京地判1972年5月30日判時687号65頁など。また下級審レベルで私法上の保護を認めることが確立した以降も、建築基準法違反に基づいて特定行政庁である区役所が一応の処置を採ったことを根拠に独自の私法上の保護を否定する東京地判1989年2月28日判タ712号142頁（＝93年判決〔後述註3〕の一審判決）もみられた。
- 3) 97年判決以前には、私道通行の妨害排除に関しては、最判1991年4月19日金商872号42頁〔以下「91年判決」〕及び最判1993年11月26日判時1502号89頁＝判タ875号100頁〔以下「93年判決」〕があった。91年判決は、5項道路について位置指定当初からブロック塀の設置により、道路として使用されていなかった事例に関して、そもそも自由な通行自体が生じたいなかったとして私法上の保護を否定したものである。93年判決は、2項道路に関して既存の通路がブロック2枚分ほど狭められた事例に関して、「日常生活に支障はない」としてやはり私法上の保護を否定したものである。以上の判決から最高裁は、私道通行に関して消極的であるとする見方（91年判決について、中井美雄「判例紹介」民商106巻3号413頁、93年判決に関して、大塚直「判例解説」ジュリ1046号〔重要判例解説〕76頁）と建築基準法に所謂道路であって通路が現実開設され私人が通行している場合にこれが妨害されこのような妨害により日常生活に支障が生じた場合には、妨害排除請求が認められるということになろうとする見方があった（例えば、岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権（私権）」島大法学35巻4号23頁、拙稿「判例研究〔93年判決〕」京都学園法学1995年1号44頁）。なお、栗原壯太「判例解説」判タ882号41頁も参照

提示したと評価することもあるいは可能であろう。しかし控訴審判決の理論は「建基法の公法処分の効果をそのまま私法のなかに漫然と取り込み、建築公法と民法の区別を曖昧なままにしているのは、その理論的な説明に苦慮してきた従来の判例の努力を無にすることに等し」⁴⁾く、また、特に保護される主体について曖昧さを残してしまうという問題を抱えている⁵⁾。

1-2-2 このような評価に対して、原審判決を極めて好意的に評価するむきもあった。吉田克己教授の見解がそれである。吉田教授は、97年判決での「人格権」（あるいは「人格権的権利」）は『絶対権』としての本来の人格権が想定されているわけではな^く「人格的利益の要保護性の強さ、侵害行為の態様、目的などの相関関係の衡量が最初から想定された衡量型の『権利』である」とされる。そして広中俊雄博士の「外郭秩序論」に依拠しつつ、「『通行の自由権』の問題は外郭秩序たる生活利益秩序の次元に属するものと把握されるべきである」とされ、97年判決は「生活秩序利益に違反すると評価された行為の差止（妨害排除、予防）を認めたもの」、つまり、「秩序違反を直接の根拠とする差止」という構成を採ったものと評価される。このような「外郭秩序に属する生活利益」は「公共の利益の実現は私的利益の実現を通じて確保され、また公共の利益の実現によって個別的・私的な利益もまた実現されるという、相互依存関係が見出される」との理解のもと「この公共的な利益実現にウェイトを置いて問題を把握する場合には、『通行の自由権』の要件の捉え方が変っている可能性がある」と指摘される。このような観点から、吉田教授は本件原審判決を「公共的利益の実現を根拠として、日常生活上不可欠の利益という要件を緩和したものと見られるのである」とされているのである⁶⁾。

4) 岡本詔治「民事判例研究〔原審評釈〕」法時69巻9号100頁。

5) この点については、岡本詔治教授は「判例研究（前掲註4）」100頁において「研究会で報告した際もこの点について多数の疑問で提示された」と報告されている。

6) 吉田教授のこのような見解は、池田恒男教授の「地域的公序」論（『判例批評（97年判決）』判タ983号63頁以下）を参考にされている（しかし、相違については、吉田克己「判例批評（前掲註1）」1069頁注15）。池田教授は「近年の判例・裁判例を通して、市民的地域的社会共同秩序の法理とでも称し得る考えが生成しつつ

1-3 本判決の理論

これに対して、本判決は、97年判決の理論を踏襲した。97年判決では5号道路が問題であつたのに対して、本件では2項道路が問題であった。5号道路と2項道路では、(i) 前者が申請に基づいて指定されるのに対して、後者が行政庁に依る一方的指定によるものであることから、5号の道路の場合には私権制限の私人の申請によることによって正当化されるが、2項道路の場合にはそうではない⁷⁾との指摘があり、また(ii) 前者が当初から指定通りの幅員が確保されていることが通常は予定されているのに対して後者は接道建物の建替に際しての後退建築により最終的に建築基準法上必要とされる通路幅員が確保されるということから、私法上保護されるための要件としての「通路開設」の捉え方を区別すべきとの見解があつた⁸⁾。しかし、97年判決の理論も原則的には2項道路についても妥当するのが一致した見方であつた⁹⁾。本判決は97年判決を引用することにより、97年判決が2項道路についても妥当することを明らかにした。このことが本判決の意義の一つであり、同時に、原審判決の「公共的利益の実現を根拠として、日常生活上不可欠の利益という要件を緩和」という立場を採らないことを明らかにしたものである。

ある」とされ、「本最高裁判決〔97年判決——引用者註〕を契機に、明治以来なし崩しに変化してきたとはいえなお頑強に残る公私法の関係についてのわが国に伝統的な観念を洗い直して、市民的・地域社会秩序の法理の中に位置づけし直す必要性を主張されている。ここで池田教授が引用されている判決の一部について筆者は個々に論じている（京都学園法学1994年2号88頁以下、同1999年2＝3号155頁以下）が、97年判決も含め、このような観点からの一体的なまとまった考察は他日を期したい。なお、原審の判断枠組については安藤一郎「最新判例批評〔原審批評〕」判評454号特に187頁も参照。

- 7) 吉田克己「判例批評（前掲註1）」1060頁注6。しかし、吉田教授はそのような私権制限正当化に関する「違いが『通行の自由権』をめぐる紛争の解決に差をもたらすこともありうるように思われるが、そのように観点から裁判例の整理を試みたところ、解決における有意の差は認められなかった」とされる。
- 8) この点については、後述3-1参照
- 9) 拙稿「判例批評（前掲註1）」201頁は公法規制により敷地所有者に通行忍容義務があるところでのみ私法上も通行の自由が保護されると説いていた。また吉田克己「判例批評（前掲註1）」1064頁。またこの点に関する下級審裁判例については2-2を参照

このような本判決の基本的な立場は支持できる。確かに、「道路設置の経緯がどうであろうと」一般公衆の通行を認めなければならない（③横浜地決1991年7月5日判時1404号103頁）という公法規制を受けた私道においては、自由な通行は「特定の私道に接する土地の居住者が利用する場合に限定されるものでない」（④東京高判1996年2月29日判時1564号24頁＝本件原審判決，また⑤東京高判1974年11月26日判時768号32頁も参照）。しかし，ここで問題となっているのはそのような一般公衆の通行そのものではない¹⁰⁾。それゆえ，ある特定の者についてそのような人格的利益が認められない場合には，私人に直接の民事上の保護が否定されるのはやむを得ないと思われる¹¹⁾からである。

2. 判例理論の整理 ― 人格権的権利の主体と権利内容¹²⁾

97年判決までに確立された判例理論に拠れば，私道通行により生じた利益が単なる公法規制の反射的利益に止まらず，私法上も「人格権的権利」として保護されるのは，「自由に通行することのできる事実状態」が「日常生活に不可欠の利益として権利化するに至る」からにはほかならない。この「日常生活に不可欠の利益」という判断基準は，まず権利者画定の消極的基準としての意味を持つ。

2-1 権利の主体

通常は上のような事実状態は，例示的にいえば，「該私道に接地した土地の所有者若しくは受益権者又は右私道を介することなく公道に出ることが困難で

10) 岡本詔治「判例研究（前掲註4）」特に99頁以下

11) 拙稿「最近の判決について（前掲註1）」30頁，38頁

12) ここでの叙述は拙稿「私道通行の保護―残された実体法上の問題を中心に」石田喜久夫先生古稀記念民事法の課題と展望〔近刊，成文堂〕を圧縮・補充したものである。以下本稿では本判決との関係にだけ絞って論じるが，特に通行の自由が私法上も保護される要件一般については，「私道通行の保護」及び拙稿「判例批評（前掲註1）」を参照されたい。

ある者」について生じるであろう。確かにこのような者は当該私道の「通行の必要性があり、かつ、その通行が継続的である」(以上⑥東京地判1987年1月12日判タ656号158頁=判時1264号70頁)故に、通行の利益は日常生活に必須といえるからである。しかし、接道土地の所有者と雖も、つねに権利者たりうるとは限らない。これは、私道通行の保護が、「人格的利益」の保護を目指しているからであり、私道通行の確保について接道土地の所有者につねにそのような人格的利益があるとは限らないからである。建売住宅建築のために宅地を購入し建物を建築した分譲建設業者が通行妨害禁止の仮処分を求めた事例に関して「債権者は建築業者であり、本件土地又はその上の建物を生活の本拠としていないし、また、営業上の本拠ともしていないこと明らかであるから、本件私道が2項道路として指定されていることにより債権者が受ける通行の利益は、その『日常生活に必須のもの』ということとはできない」と判示する⑦大阪地決1995年10月27日(判タ919号162頁)はこのことを示す適切な例であろう。もっとも接道土地が「更地」であるとの一事をもって私法上の保護を否定するのも問題であろう。従来建物の存在を前提として通行していたところ、接道土地上の建物を建替のために取壊し、更地にしている場合も、通行の保護の必要性が認められることもあり得るから(⑧東京高判1982年1月29日判タ496号168頁では原告所有地は更地にされていたが、原告が予定している建物が建築されたあとの原告の道路利用が考慮された)である。

しかし、ここで注意を要するのは、97年判決によれば、権利主体と権利内容が直結されているということである。97年判決は、本判決は、自動車通行を考慮に入れて「不可欠」か否かを判断をし、次いでこのような自動車通行が妨害されていることから排除請求を認容したが、このことは自動車通行が権利内容に含まれることを意味するからである。97年判決の事案や本件の事案では、通行自体が全面的に妨害されておらず、通行の一態様である自動車通行のみが妨害されているので、このような方法で特に問題は生じないと思われる¹³⁾。し

13) 以上について拙稿「判例批評(前掲註1)」特に202頁

かし、理論的な整序を考えれば、まずは通行自体が「日常生活に不可欠」かどうか、従って通行している特定の者が権利主体たりうるかが確定され、然る後に権利内容が画定されると思うほうが素直なように思われる（⑨長崎地佐世保支判1983年5月25日判タ503号123頁は通行が全面的に遮断された事例についてこのような構成を採る。）

2-2 権利内容 — 自動車通行可否の判断基準

権利内容として最も問題となるのは、当該私道の通行に自動車通行が含まれるかどうかである。1. で述べたように建築基準法上の「道路」とされると道路敷地所有者と雖も、一般公衆の自由な通行を完全に排除できないから、通行の最低の態様である徒歩通行は当然に認められる。しかし、他方、自由な通行と雖も道路敷地所有者の所有権に服するから（97年判決も、敷地所有者は通行の禁止ないし制限をなしうることを認めているが、これはまさに所有権の行使の結果に他ならない。）所有権の行使として如何なる範囲で通行を制限できるかが問題になり得る。97年判決は、「道路敷地所有者は、少なくとも道路の通行について日常生活上不可欠の利益を有する者がいる場合においては、右の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のない限り、右の者の通行を禁止ないし制限することについて保護に値する正当な利益を有するとはいえない」と判示するが、具体的にどのような場合に特段の事情が認められるかは判決からは明瞭ではない。

2-2-1 97年判決は、指定幅員が確保されていて従来から自動車通行が行われていた位置指定道路については敷地所有者には一般公衆の自動車通行の忍容義務が生じ、権利内容に自動車通行が含まれることは明らかにしている。その他の場合についての内容画定の基準は97年判決からは必ずしも明らかではない。ここでは、本件が2項道路であったことに鑑み、2項道路の場合の内容画定の基準について従前の下級審裁判例を整理しておこう¹⁴⁾。

14) 指定通りの幅員が確保されている5項道路について、実際には日常的な自動車の

2-2-2 ⑩東京地判1990年10月29日（判タ744号117頁）は戦前に開設された、両端が公道に接しているものの一方の幅は極端に狭く他方も幅員約2mで自動車の通り抜けのできない私道について、開設当時には自動車の通行が予定されておらず、この幅員は自動車通行を広く許容することが可能で危険もないというには程遠い状況にあることは否定できず、自動車の通行が一般化した現在でも一般的な自動車通行の権利を認めることを可能にする客観的な道路設備が欠けているとして「沿道住民が従前利用している限度」（沿道敷地内に2台程度の自動車を駐車させ、本件私道の危険性を熟知したものが煩雑とはいえない程度に運行させる程度）で自動車通行が許容されているにすぎないとし、その控訴審たる⑪東京高判1992年11月25日（判タ863号199頁）も一審判断を支持した。⑫東京高決1991年11月26日（判タ792号163頁）は、1933年に設置された当時からの形状・幅員（約3m）・利用状況が変わらず当初から自動車の利用になった私道について建物解体に伴う工事用車両の出入の妨害になるとして塀の撤去が求められた事例に関して従前の使用状況等から撤去請求を否定している。⑬東京地判1995年8月23日（判時1566号53頁＝判タ910号140頁）は1936年頃原形となる通路が設置され現況が幅員2.5m前後で、電柱等により場所によっては通行できる幅員が1.64mしかない私道について、傍論であるが（本件では自動車通行をその内容に含まない通行地役権の設定が認められ、判決は、「この権利〔通行地役権〕と別に人格権としての通行の自由を認める必要があるかどうかは問題ではあるが仮に原告に保護されるべき通行の自由があるとして」と述べている）、「今日自動車通行が一般化し自動車による通行が時代の要請として、一部の個人にとって必須のものとなっていたとしても、なお、当該私道の形状、利用形態等に照らし、自動車の通行により他人に危険を及ぼしたり、多大の不自由を強いるような事態が生じる場合には、自動車による通行自体が相当でなく、保護

通行がなかった場合及び接道土地の利用の変化に伴い自動車通行が増加した場合にも権利内容が問題になり得るが、かかる場合については拙稿「私道通行の保護（前掲註12）」を参照されたい。

されるべき通行の自由の中に自動車による通行は含まれないことになり、私道敷地所有者は、その通行に合理的な制限を課することもできる」と説示する。更に、⑭大阪高決1995年12月11日（判タ919号160頁）も、債権者が分譲住宅の建築販売業者でありこのような者が受ける「通行の利益はその『日常生活に必須のもの』ということとはできない」とした上で更に「概ね2ないし3m」の幅員で、「ほぼ中央部において『く』の字に曲がっているため自動車の通行に適」せず、「20数年前に子供が交通事故に遭遇したことがあったために、債務者らを含む近隣住民の申合せにより右私道における自動車の通行を原則として自粛している」私道について、自動車での通行は「日常生活必須のものと解することは、相当でない」とする原決定（⑦）を支持する。

2-2-3 これに対して、⑮東京地判1993年6月1日（判時1503号87頁＝判タ863号207頁）及び⑯東京地判1993年9月30日（判タ875号156頁）（93年判決原審である⑰東京高判1989年9月27日判時1326号120頁も請求認容事例である）は2項道路について自動車通行を認めた事例である。⑮は開設当時幅員が3mあったと推認され、私道敷地所有者が幅員4mの2項道路として自ら申告し妨害物設置前の幅員も4mあり従前から自動車通行が行なわれていた私道に関し、従前から自動車通行していなかった私道利用者についても自動車通行を含む権利を認めている。⑯は私道の一方の側にある崖地の境界から水平距離4mの範囲が2項道路に該たるとして自動車通行を妨害する車止め等の撤去請求を認めたものである。

2-2-4 以上の従来の下級審裁判例は次のように整理できよう。まず最高裁としては本判決が初めて明示したものの下級審は2項道路であつてもその通行は私法上も保護されることを当然の前提とする。しかし、特に幅員が4m未満しかない場合があるという2項道路の性質上、道路の客観的な状態（幅員・長さ・形状＝直線か曲がっているか）を考え、更に従前の通行態様及び通行方法に関する接道土地の利用者間での合意等を総合的に判断して自動車通行が権利内容に含まれるか否かを判断しているが、自動車通行に適した客観的性状が認められるところでは自動車通行を権利内容として認めて

いると言える¹⁵⁾。

3. 本判決の検討

本判決の事案は、2項道路について一旦任意に後退建築が行なわれた後に、従前の建物の位置に通行を妨害するポールが設置されたことにその特殊性がある。2項道路に関する基本的な視点は、すでに次のように述べていた：

「私見は道路として使用していない限り『通行の自由』は発生しない、従って、現実に道路として使用していない限り妨害の排除は求め得ないが、道路を負担すべき者が一旦道路を開設できる状態を任意に作出した場合に、通行者が遅滞なく道路の通行を主張するか、特定行政庁による指導等により道路負担者が道路を負担すべきことを認識したときは、現実に通行人がいたかどうかを問うことなく道路位置指定による反射的利益を享受しうる、従って妨害の排除も認められ得ると解したい」¹⁶⁾

以上の見解を前提とすれば、本件でも原則的には、排除請求が認められるべきであろう。

それでも撤去請求を否定した本判決の結論は基本的には支持できる。このこ

15) なお、接道土地の利用者間の通行に関する合意については、本件では問題になっていないので、本研究での考察は省略するが、先に述べた池田恒男教授(註6)・吉田克己教授(1-2-2)の見解はこのような合意を「地域の公序」の一要素と位置づけ、通行内容の画定に積極的に反映させるべきとする。基本的には賛成したいが、詳しい検討は他日を期したい。

16) 拙稿「判例研究(前掲註3)」46頁；通路開設要件について基本的に賛成しつつ、2項道路について論じたものである。夙に2項道路について「通路開設要件」を厳格に解すると結局違法行為を助長することになると指摘されていた(安藤一郎「最新判例批評」判評433号228頁)が、私見はこれに賛成し違法行為助長を避けることを目指すものである。また、また池田恒男「判例批評(前掲註6)」70頁は「通路開設」要件を一般的には認めつつも、2項道路の特殊性に考慮して「所有者が障害物を従前より強固にすることは私道に対する自由通行権に基づき妨害予防請求できるし、強固にされた障害物は妨害排除請求できなければならない。また、再び同じ強度以上の障害物を私道敷に築造できないという規範は公序であるから、私道通行に利害を有する近隣者は再築を予防・排除できると解する」とされる。

とを本判決が挙げる具体的な衡量要素——(a)「本件私道は、専ら徒歩又は二輪車による通行に供されてきた未舗装の道路であり、Yらの承諾を受けた請負業者が建築工事のため一年間本件私道を自動車で通行したことがあるほかには、自動車が通行したことはな」いこと(b)「Xらは、Aが死亡した昭和61〔1986〕年10月以降、その共有地を利用していないのみならず、右共有地を居住用としてではなく、単に賃貸駐車場として利用する目的で本件ボールの撤去を求めているにすぎないという」——の検討を通じて明らかにしたい。

3-1 通行の実績の意味

まず(a)の衡量要素から検討しよう。従前の判決においては、自動車通行の実績があるかどうかよりも、寧ろ道路の客観的性状が権利内容の画定にとつては重要であったと言ってもよい。特に2-2で検討した例でも認められているように後退建築前の2項道路では自動車通行が著しく困難であることが多く、このようなところでは、自動車通行の実績がないことも多いからである。これに対して、「未舗装の道路である」ことは道路の客観的な性状に関するがここでは寧ろ通行実績が問題にされている。しかし、5号道路で指定通りの幅員が確保されている、したがって、通路の客観的性状は自動車通行を可能とする、私道で通行実績を問うことはありえても、自動車通行が著しく困難であった2項道路についてこのような通行実績を問うことには問題がある。

確かに、私道通行の保護は通行の事実があったことを前提とする。2項道路ではしばしば自動車通行が困難であるが、2項道路も接道土地上の建物の建替に伴い後退建築が行なわれると、最終的には自動車通行が可能になる。このようにして、通路の拡幅が一旦任意に行われた以上、「通行の自由」の性質上、通行実績を問うことなく、まず一義的には、通路の客観的性状に従い権利内容が画定されるべきである。通路拡幅が行われても、従前の通行状態を前提とすれば、自動車通行が認められないことになり、これではいささか保護の在り方としては問題であるように思われるからである。本判決が挙げる「未舗装」という事情は確かに、通路の客観的性質ではあるが、舗装道路であれば、当然に

自動車通行が認められるわけではないのと同様、未舗装であれば当然に自動車通行が認められないとは言えないことは当然であり、また、衡量の要素として通行実績を問うのは適切ではない。通路は敷地所有関係の如何に拘わらずその全部を一体として統一的に把握して初めて道路として十分に機能し得る故に、通路全体としての客観的性状こそが問われるべきであったと思われる¹⁷⁾。

3-2 接道土地の利用態様

2-1で述べたように接道土地の利用態様は直接には「人格権的権利」の権利主体に関わる。しかし、本判決も(b)のような衡量要素を挙げ「Xらが本件私道を自動車で通行することについて日常生活上不可欠の利益を有しているとはいえない。」と説示することにより97年判決に従い、権利主体と権利内容を直結させている。従って、接道土地の利用態様は、権利主体を確定する基準として機能すると同時に権利内容の画定の基準としても機能する。

ところで、本判決はXらが、「その共有地を利用していないのみならず、右共有地を居住用としてではなく、単に賃貸駐車場として利用する目的」であったことを、それ故、土地の利用態様を、衡量要素として請求を否定した。既に述べたように(1-3)自由な通行を私法上も保護するのはそれが人格的な利益の確保に繋がるからに他ならない。また、接道土地の現状が「更地」であるとの一事をもって保護されるべき人格的利益がないとは言えないことはすでに述べた通りである(上述2-1)。しかし、本件のように接道土地を「賃貸駐車場」として使用する場合には、「人格的利益」は認められず、したがって私法上保護される必要性が否定されてもやむを得ないであろう¹⁸⁾。

17) 東京地判1995年11月9日判タ916号149頁は通行の必要性の判断に当たりこのような観察方法をとっている。また場面は異なるが最判1994年12月16日判時1521号37頁も道路の一部を形成している部分の所有権のみを考慮するのではなく、道路を全体として観察する方法を採っている、参照拙稿「判例紹介」民商114巻3号559頁

18) 従来の下級審判決では、直接に接道土地を利用していない者について私法上の保護を認めたものがあり、接道土地が賃貸駐車場であったという本件との関連においてかかる判決の妥当性についても検討しておく必要がある：一つはすでに述

そうすると、寧ろ本件では「通行実績」を問うこと自体に問題のある2項道路が問題であった故に、Xらの請求の否定の根拠としては、人格的利益そのものが認められないということで十分であったようにも思われる。

3-3 通行地役権の存在との関係

本件においては地役権が認められており、この点を捉えて、岡本教授は「本件では、地役権の成立する基本的な通路を軸にして、Yは建基法上の規定によるというものの自らの意思で一旦はセット・バックしたもの（所有権の拘束）であるから、この時点ですでにXには自由通行権が抽象的に帰属していることになろう」と主張される¹⁹⁾。⑩⑪判決は通行地役権の存在を認め、そこでの権利内容を2項道路の通行内容にも及ぼしている。この判決は、地役権と通行

べた⑨判決である。この事例は5号道路に関するが、ここでは通行を主張する原告自身は、近くに所有する借家の賃借人が使用することも同時に目的として接道土地に賃貸駐車場を有しているにすぎないので、直接には接道土地を使用していない。判決は、賃貸駐車場への出入りのための当該道路の使用について、子供の交通事故の虞れ、及び夜間の静穏を害される虞れを認めて、純粋な営業用としての駐車場としての利用に伴う車の出入りは認められないとした。借家人の使用については車の出入りを認めている故に、この限りでは土地所有者自身は接道土地を使用していないにも拘わらず、保護が認められてたということができるが、この事例では結局借家人という現実の接道土地利用者の権利が保護されることになり、この点から言えば、将に自由な通行という人格的利益が保護されていると言えよう。これに対して、③決定は都市計画法11条1項1号の道路が問題であった事例があるが、この判決には到底与できない。その理由については、拙稿「私道通行の保護（前掲註12）」特に注17で表明しているのでここでは繰り返さない；なお、接道土地は賃貸駐車場としての利用であったが、自動車通行が全く保護されなかったわけではない⑩⑪判決については3-3で検討する。

- 19) 岡本詔治「判例研究（前掲註4）」100頁；岡本教授によれば「自由通行権」とは「人格権ではなく『私法上の通行権』（ただし、公法的処分と運命をともにする）」であり、機能面では、約定・法定通行権の代替手段となり、構造面では約定・法定通行権と同質な通行利益を内容とする特殊な通行権である」とされる。詳しくは、岡本詔治「前掲（註3）論文」。「自由通行権」の「抽象的な帰属」という考えは、3で最初に述べた私見と共通するものがあるが、私見は地役権の存否を離れて人格的価値としての通行利益の保護を目指すものでありこの点では基本的に異なる。なお、岡本教授の「自由通行権」に対しては、吉田克己「判例批評（前掲註1）」1061頁以下も参照。）

の自由権を同質と見ているとも評価でき、その限りでは、岡本教授の見解と軌を一にするとも言えよう。しかし、⑩⑪は後退建築による通路拡幅がなく従前の幅員のままの状態での通行地役権に自動車通行が含まれるとしているが、本件では後退建築による通路の拡幅がある。そうすると問題は、単に地役権の存否ということにあるのではなくて、後退建築により地役権の内容が拡張するかということにあると思われる。本件一審はこのような内容の拡張を否定しているものの、地役権の内容の拡張についても更に検討する必要があるのではないかと思われる。しかしこの問題は本稿の射程を超えるので、稿を改めて検討したい。

(2000年5月7日脱稿)

【追記】

本判決は、判例時報1703号131頁及び判例タイムズ1025号118頁に掲載された。本稿では引用できなかった上告理由については上記掲載誌を参照されたい（初校時に記す）。