

私道の所有権と 人格権としての通行権との相克(1)

—— 解釈規範としての判例法理の位置づけ ——

石 口 修

〔目 次〕

第1節 問題の所在

第1款 本稿の目的

第2款 大阪高判平成26年12月19日の分析

第1項 大阪高判平成26年12月19日の概要

第2項 平成26年大阪高判から導かれる判例規範

第3款 本稿における問題点

第1項 人格権または人格権的利益の侵害と差止請求権

第2項 建築基準法上の「道路」と接道要件

第3項 建築基準法の制限規定と圍繞地通行権との関係

第4項 位置指定道路の「所有権」と「通行権」の対立問題

第2節 人格権(通行権)・人格権的利益(通行利益)に基づく差止請求権

第1款 序 論

第2款 通行の自由権(人格権)の保全に関する従来解釈

第3款 位置指定道路の通行権・通行利益の保全に関する従来判例法理

第1項 請求否定事案

第2項 請求肯定事案

第3項 位置指定道路の通行妨害に関する判例の総合的分析

第4款 大阪高判平成26年12月19日と新たな最高裁判決の可能性(以上, 本号)

第3節 位置指定道路の通行妨害に関する学理的考察

第4節 ドイツ法との比較法的考察

第1款 ドイツ民法(BGB)における物権的請求権の構造

- 第2款 BGB第1004条の通行権侵害への準用
- 第5節 私見的考察と解釈の射程
 - 第1款 解釈の総括
 - 第2款 私見的考察
 - 第3款 解釈の射程
 - 第4款 結語

第1節 問題の所在

第1款 本稿の目的

私道の所有者が、自己の所有権の効力を全うさせるため、従前から私道として近隣住民ならびにその他の人々によって使用されていた「道路」の通行を突如として遮断し、近隣住民等の通行を妨害するというケースが度々見られる。この問題は、隣人間の紛争として判例や裁判例に現れるのみならず、屢々、社会問題としてメディアに取り上げられることもある。

民法上、所有者は、法令の制限内においてという条件付ではあるが、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する（第206条）。そうすると、土地の所有者といえども、自己の所有地が特定行政庁によって「道路」として指定されると（建基第42条1項5号、2項）、「法令上の制限」があるので、その使用权、収益権、処分権という所有権の構成要素である各権能がすべて制限されることとなる。しかし、そうすると、自己の所有する土地において、ひとたび「道路指定」がなされると、その公用廃止に至るまで、土地所有権は半永久的に機能しなくなる（大規模な都市計画でもない限り、事実上、道路としての公用廃止はなきに等しい）。このように、特定行政庁による道路指定により、私道の所有者は多大なる不利益を被ることとなる。もっとも、土地が袋地である場合には、民法上、圍繞地通行権が袋地の所有者に認められている（第210条以下）。本稿においては、こ

の点も位置指定道路の問題とともに考察の対象となる。

他方、私道といえども、近隣住民が多年にわたって通行の用に供しており、いわば「生活道路」となっている場合には、当該道路が私有地であるとしても、通行者には日常生活における日々の通行という「人格権ないし人格権的利益」として、講学上に所謂「通行の自由権」が認められるのではないかという一つの規範が構築されうる。私道の通行権をこのように構成すると、私道の所有者による通行妨害は、たとえ自由な所有権の行使であるとしても、民法上は、少なくとも権利の濫用(第1条3項)として許されない自力救済であり、却って、通行者の側から、「通行権に基づく妨害排除請求権」を行使されるという結果を招来するのではないかという、これまた一つの規範が構築されうる。

そこで、本稿は、「所有権の行使とその制限」というテーマから、完全権(完全なる物権。ドイツではVollrechtと称される。)であるはずの所有権が「道路位置指定」という公法上の要請から制限を受ける一つのケースとして、土地所有権と道路通行権との起こりうべき相克に関し、第一に、わが国における状況を精査するとともに、第二に、比較法として、ドイツにおける類似の状況について精査することによって、道路(土地)所有者と通行者との権利の調和ないし妥協点を模索しようとするものである⁽¹⁾。

(1) なぜ本稿の問題についてドイツ民法(BGB)を比較法として検討の対象とするのかというと、以下に示すように、ドイツ民法には、物権的妨害排除請求、将来の妨害停止請求に関する明文の規定が存在するからである。

BGB第1004条(妨害除去[Beseitigung]請求権, 妨害停止[Unterlassung]請求権)

第1項第1文 所有権が、占有の侵奪(Entziehung)もしくは不適法留置(Vorenthaltung)以外の方法で侵害されたときには、所有者は、妨害者(Störer)に対して、侵害の除去を請求することができる。

同項第2文 反復して侵害されるおそれのあるときには、停止の訴えを提起

冒頭に掲げる大阪高判平成26年12月19日⁽²⁾は、建築基準法第42条2項によって道路位置の指定された、所謂「2項道路」の所有者が、本件道路を使用しつつ長年にわたって営業活動を行ってきた者に対し、当該道路の通行を拒絶し、車止めブロックなどを使って、その通行を妨害したので、通行者がブロック等の除去を請求したという事案である。本件は、①通行者が土地の所有者ではなく賃借人であり、しかも、生活の本拠地としての住居は他所にあったという点、②位置指定道路を日常の生活道路としてではなく、多年にわたり営業活動に利用してきたという点において、その特徴がある。なお、平成26年大阪高判は、上告・上告受理事件として最高裁において係属中である。本稿においては、新たな最高裁判決が現れるか否か、ならびに同判決の規範性についても検討してみたい。以下においては、その事案を詳細に観察することから始める。

することができる。

第2項 この請求は、所有者が受忍義務を負う場合には、することができない。

なお、本稿の問題については、既に、石口修『物権法（民法講論第2巻）』（信山社、2015年）74—110頁（通行権の問題に限っては、80—84頁、106頁、109—110頁を参照。）、同「借家権・看板設置権と不動産所有権との関係について（前編）—所有権の行使に対する制限法理の一適用—」愛知大学法経論集第199号（2014年）35頁（97—106頁）において若干の検討を試みた。本稿は、この問題について更に詳細に検討し、理論の探究を試みるものである。

(2) 大阪高判平成26年12月19日判時2272号49頁（平成26年〔ネ〕第930号・通行妨害排除等請求控訴事件）。本判決は、以下、「平成26年大阪高判」と略称する。

第2款 大阪高判平成26年12月19日の分析

第1項 大阪高判平成26年12月19日の概要

【事実】

1. 前提事実

(1) X(控訴人, 原告)は, 本件土地一の東側に存在する物件目録(省略)記載五の土地(以下, 「X賃借土地」という。)と同土地上の本件店舗においてA氷業という屋号で氷雪販売業を営んでいる。

(2) Y(被控訴人, 被告)は, 本件土地一及びそれを含む物件目録(省略)記載一ないし三の土地(以下, 「Y所有土地」という。)ならびに物件目録三記載の土地の北側に所在する2筆の土地を所有し, Yが代表者である有限会社C(以下, 「C」という。)がY所有土地及び上記2筆の土地を一体の駐車場(以下, 「本件駐車場」という。)として管理運営している。

(3) 本件土地一の周辺の状況

本件通路は東西に通じる私道であり, 本件店舗は本件通路の南側に存する。本件駐車場の一部である本件土地一は本件通路の西側部分の北側にあり, 道幅の約半分を占める土地である。本件通路の幅員は, 概ね3.5メートル程度であり, その東西で公道に通じている。しかし, 東側出口付近では幅員が狭くなっており, 自動車での通行は西側部分を利用するほかはない。本件土地一上にはYの手による本件工作物等が設置されており, その設置により, 本件通路を自動車で出入りすることは不可能ないし著しく困難となっている。

2. 認定事実

(1) Y所有土地及びX賃借土地は, 周囲の土地も含めていずれも昭和34年12月11日に堺市××町××番××から分筆された土地(ただし, Y所有土地のうち, 物件目録(省略)一記載の土地は, その後の合筆及び分筆後の土地である。)であり, 上記分筆により他の土地に周囲を囲まれることとなった複数の土地(X賃借土地を含む。)を生じたが, 分筆以前から存在した本件通路により東西に所在する公道に至ることができた。

Y所有土地とその南側に所在する土地との境界線は, 図面二(省略)の66及び67の各点を直線で結んだ線である。

(2) XらとA氷業をめぐる状況

ア X（昭和57年2月〇〇日生）は、本件店舗でA氷業という屋号で氷雪販売業を営み、スナック等に製氷された氷を販売している。Xは、本件店舗で、妻（昭和54年生）、母D（昭和27年生）、妹（昭和59年1月13日生）と同居している。

イ A氷業は、Xの父Eとその仲間Fが始めたもので、Eは、昭和54年7月、X賃借土地を取得し、同年7月20日、X賃借土地上に本件店舗を新築し、本件店舗でA氷業の屋号で氷雪販売業を営んでいた。

ウ EとDは、平成元年に離婚し、Eが他所に転居したため、FとDがA氷業を営んでいたが、平成7年にFが辞めたため、DがA氷業を引き継いだ。

エ その後、X賃借土地は第三者が所有することになったが、Dは、平成13年12月18日、X賃借土地及び本件店舗を売買により取得し、同日、所有権移転登記を経由した。

オ しかし、Dは、X賃借土地及び本件店舗のローン支払を怠ったため、X賃借土地及び本件店舗について競売手続が開始され、平成16年3月3日、G株式会社（以下、「G」という。）がX賃借土地及び本件店舗を競売により買い受け、翌4日、所有権移転登記を経由した。Xは、平成16年2月12日付で、GからX賃借土地及び本件店舗を賃借した（Gは競売買受け以前から実質的にこれら不動産を管理していたようである）。

カ Xは、平成23年10月31日、氷雪販売業を営むにつき、堺市保健所長から食品衛生法第52条による許可を得て、Dから氷雪販売業を引き継いだ。

(3) Yをめぐる状況

Yは、平成16年12月21日、本件土地一などの土地（Y所有土地）を売買により取得し、同日、所有権移転登記を経由した。Yは、古くから本件通路が存在し、これが近隣住民らの通行の用に供されていることを知っていた上、土地一などの売買に際し、「私道負担」の欄に約23.89平方メートルの負担がある旨の記載がされた重要事項説明書の交付を受けた。Yは、平成17年2月1日、駐車場の経営等を目的とするCを設立し、その取締役就任し、CがY所有土地を一体の駐車場（本件駐車場）として駐車場運営会社に賃貸している。Yは、本件駐車場からの賃料及び年金の各収入で生計を立てている。

(4) 本件道路について

ア 堺市長は、昭和44年4月1日付で建築基準法第42条2項の道路を一括指定し、

私道の所有権と人格権としての通行権との相克(1)

これにより図面三(省略)の赤線で囲まれた範囲の土地(正確には、南北に隣接する土地の境界線から互いに2メートルずつ後退した範囲の土地。以下、「本件道路」という。)は同項の道路となった。この道路位置指定によると、本件土地一のうち2項道路となるのは、物件目録(省略)四の(2)の土地(以下、「本件土地二」という。)となる。

Eは、昭和54年7月、本件店舗を建築した際、本件道路を2項道路として建築確認を受けた。Xは、平成24年3月15日、本件店舗の北側にある本件道路が2項道路に該当するとの判定を受けた。なお、本件店舗の西側に存する建物には本件道路に面してエアコンの室外機等が設置されている。

イ Xは、従前からB製氷株式会社(以下、「B製氷」という。)から氷を仕入れていた。Xから注文を受けたB製氷は氷を本件店舗に納品するに当たり、貨物自動車(2トントラック)で西側公道から進入して本件道路を通行し、本件店舗前に駐車した上、氷を本件店舗内の冷蔵庫に搬入していた。XはB製氷から約1週間に1回の頻度で毎回1本約140キログラム以上の重さの製氷柱10数本を仕入れている。

ウ Xは、顧客からの注文に応じて氷を加工し、本件店舗から軽四輪トラックで配達していた。

(5) 本件駐車場とYの行動

ア Cは、平成17年6月頃、H土木工業株式会社に対し、本件土地一の部分にアスファルトの敷設工事を依頼したが、Xら周辺住民から抗議があったため、約2か月かかって上記工事が完了した。

イ Cは、平成19年9月、Iエンジニアリング株式会社に対しY所有土地を駐車場使用目的で賃貸した。

ウ Yは、平成22年8月頃、本件駐車場を拡幅し、従前は軽自動車3台分しか駐車できなかった箇所に普通自動車3台分の駐車ができるようにするため、本件道路の一部である本件土地一を駐車場にする工事をしようとしたが、周辺住民が集まって抗議したため、工事ができなかった。

エ 本件道路と公道の間には本件道路と公道との段差を解消するためにスロープが設置されていたが、堺市は、平成22年10月頃、上記スロープを撤去した(争いのない事実)。

オ Yは、平成22年10月頃、B製氷に対し、本件道路に貨物自動車で乗り入

れないように申し入れた（争いのない事実）。

カ Yは、平成22年12月22日、本件道路部分に建てたポールに、「法施行前道路（民地）に付き車輛進入禁止（地主）」と記載された告知文を張り出した。

キ Yは、平成23年1月16日、本件土地一に「駐輪場予定地に付き、私有地 近々閉鎖します。Y 平成23年1月16日」と記載された告知文を張り出した。

ク Yは、平成23年2月、Xに対し、Yがその所有する土地一の南西側境界線上にフェンスを設置する工事をする予定であることを記載した平成23年2月1日付通知文を送付した。

ケ Yは、平成23年12月、本件土地一の西端、中央、東端の三か所にコンクリートブロックを設置し、本件道路の中心線にロープを張るなどした。そのため、B製氷の貨物自動車は本件道路を通行することができなくなり、Xは西側公道入口付近に停車したB製氷の貨物自動車内から製氷柱15本分の氷を手押しの台車を使用して本件店舗内の保冷库に搬入する作業を余儀なくされ、その人件費を削減するために氷の仕入量を減らさざるをえないという状況に追い込まれた。

コ Yは、平成24年1月、従前設置されていた鉄製ポール、角柱を撤去し、本件土地一をアスファルト舗装して駐車場にした上、本件土地一上に本件工作物等を設置した。

3. 事実認定の補足説明

(1) Yは、本件通路が2項道路ではないと主張している。しかし、認定事実のとおり、堺市長が、昭和44年4月1日付で建築基準法第42条2項の道路を一括指定し、本件通路のうち本件道路の部分については同項の要件を充足するものであるから、本件道路は2項道路である。なお、Yは本件土地一につき、固定資産税の免除を受けていないが、このことは認定事実を左右しない。

(2) Yは、本件工作物等の所有者はCであるから、Yは本件工作物等の撤去義務を負わないと主張している。しかし、認定事実によると、①Yは、平成22年12月22日、本件土地一に建てたポールに前記告知文（事実〔5〕カ）を張り出している、②Yは、平成23年1月16日、本件土地一に前記告知文（事実〔5〕キ）を張り出している、③Yは、Xに対し、土地一の境界線上にフェンスの設置工事を予告する通知文（事実〔5〕ク）を送付している。

このように、本件土地一への車両の進入を禁止しているのは土地の所有者たるYである。加えて、Yは、平成22年10月頃、B製氷に対し、本件道路に貨物

私道の所有権と人格権としての通行権との相克(1)

自動車で乗り入れないように申し入れている上、平成22年8月頃、本件駐車場を拡幅しようとし、平成24年1月、従前設置されていた鉄製ポール、角柱を撤去し、本件土地一をアスファルト舗装して駐車場としており、本件土地一上に本件工作物等を設置するなどしたのがCであることを示す証拠はほとんどないことに照らすと、本件工作物等の所有者はYであり、Yが本件工作物等を設置したと推認できる。なお、Cが、株式会社Jに対し、平成24年6月25日付でコイン式集中精算システム駐車場（フラップ式）を注文し、上記会社がCに対し、上記代金として同年8月17日付で250万円を請求したことが認められるが、これによって、本件工作物等の代金及び設置費用が上記コイン式集中精算システム駐車場（フラップ式）の代金に含まれていることを認めることはできず、他に上記推認を覆すに足る証拠はない。

(3) Xは、平成16年2月12日、GからX賃借土地及び本件店舗を賃借し、X、その妻、D及び妹の住民票上の住所がXの肩書住所地になったのは、平成22年6月9日付である。また、Xの妹は、平成20年7月31日、大阪府堺警察署長に対し、自動車の保管場所をX賃借土地として保管場所標章の交付を申請するに当たり、その申請書の住所欄に「堺市堺区××町××丁×番××号」と記載しているところ、この住所はDが借りているマンションの住所であって、この時点でX家族がこのマンションに居住していたことを窺わせる。また、Xは昭和57年2月生であり、Xの妹は昭和59年1月生であるから、それぞれが中学を卒業したのは、Xが平成9年3月、その妹が平成11年3月であると推認することができる。しかし、住民票を現住所に移動したのは平成22年6月であり、それはX及びその妹が中学を卒業してから10年以上も後である。

このような証拠関係からすると、Xの家族は、住民票上の住所を移転した平成22年6月頃に本件店舗に生活の本拠を置いたものであり、それ以前は本件店舗で寝食することはあったものの、生活の本拠は上記マンションに置き、本件店舗は主としてXの家業である氷雪販売業のために使用されていたことが認められる。

【Xの請求】

Xは、A氷業の屋号で氷雪等の販売をしている本件店舗の北側に位置する本件通路が建築基準法第42条2項に規定する2項道路であり、Y所有の本件土地一上にYが設置した本件工作物等によって本件店舗から西側公道までの本件通路

の通行を妨害されたと主張して、Yに対し、

- [1] 人格権的権利に基づく妨害排除請求及び同予防請求、または
- [2] 慣行による通行権に基づく妨害排除請求及び同予防請求、または
- [3] 囲繞地通行権に基づく妨害排除請求及び同予防請求として、本件工作物等の撤去及び通行妨害予防を求めるため、本訴を提起した。

4. 本件の争点と裁判の流れ

(1) 人格権的権利に基づく妨害排除請求権の成否

ア 本件工作物等がYの所有であるか否か。

イ 本件通路が2項道路であるか否か。

ウ Xが本件土地一を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か否か。

エ Yの行為は権利濫用か否か。

(2) 慣行による通行権に基づく妨害排除請求権の成否

本件通路に関して慣行による通行権が成立しているか否か。

(3) 囲繞地通行権に基づく妨害排除請求権等の成否

X賃借土地が囲繞地であるか否か。

【第1審判決（大阪地判平成26年2月20日）】

第1審判決は、Xの請求をいずれも棄却した。

「一 争点 (1) 人格権的権利に基づく妨害排除請求権等の成否について

(1) 本件通路が2項道路であるか否か

……本件土地を含む本件通路は2項道路であると認める。

(2) Xが本件土地を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か否か

2項道路の位置指定を受けて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、上記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権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がない限り、敷地所有者に対して上記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）を有すると認めるのが相当である（最〔一小〕判平成9年12月18日、同・平成12年1月27日）。

私道の所有権と人格権としての通行権との相克(1)

……日常生活のために本件土地を軽貨物自動車で行き通ることを妨害される可能性があることを認識した上で本件店舗へ転居したことになる。……本件工作物等によって軽貨物自動車による本件土地の通行ができなくなったとしても、Xは日常生活上不可欠の利益を侵害されているとは認められない。……B製氷の貨物自動車が行き通る本件土地を通行できなくなったことで、Xの日常生活上不可欠の利益が害されたとはいえない。……Xは、軽貨物自動車が行き通る本件土地を通行できなくなったことで、氷の配達に時間がかかる旨主張しているが、これによって、Xの営業にどのような影響が出ているのかについて、Xは具体的な主張をしていない。そして、現在もXは営業を継続しているのであって、その影響は営業に対して重大なものとは考えられない。この点からもXの日常生活上不可欠の利益が害されたとはいえない。

争点(2) 慣行による通行権に基づく妨害排除請求権等の成否について

……本件店舗では、昭和54年以降、継続的に営業を行っていたとは認められず、本件通路の使用についても断続的であったと推測され、Yとの間で本件土地について、物権的請求権を伴うような通行権が成立したことを認めることはできない。……慣行による通行権が認められない以上、それに基づく妨害排除請求権等も認められない。

争点(3) 囲繞地通行権に基づく妨害排除請求権等の成否について

X賃借土地は本件通路によって西側及び東側で公道に通じており、X賃借土地は2項道路に接面している旨堺市が判定していることから囲繞地(「袋地」の誤り。筆者註。)ではない。よって、囲繞地通行権に基づく妨害排除請求権等は認められない。」

Xは、この原判決を不服として控訴した。

【判旨】 原判決一部変更

「第三 当裁判所の判断

一 当裁判所は、XのYに対する本訴請求のうち、XのYに対する人格権的権利に基づく妨害排除請求は理由があるが、同予防請求は、後記のとおり2項道路と認められる土地の範囲で理由があると判断する。その理由は、以下のとおりである。……

四 争点(1) 人格権的権利に基づく妨害排除請求権等の成否について

(1) 上記認定事実によれば、本件道路は、昭和44年4月1日付けで堺市長によつ

一括指定を受けた2項道路であるが、公道ではなく2項道路であっても、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、上記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、敷地所有者が上記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）を有すると解される（最〔一小〕判平成9年12月18日・民集51巻10号4241頁，最〔一小〕判平成12年1月27日・裁判集民事196号201頁参照）。

(2) 本件において、E、D及びXは、本件店舗において、遅くとも昭和54年から今日までの35年間にわたって、家業として順次水雪販売業を引き継いで営み、西側公道まで本件道路を利用して貨物自動車等で氷を運搬する等してきたものであり、水雪販売業を営むに当たっては、本件店舗に原料の氷を搬入し、小分けした氷を搬出する必要があるが、この氷の重さや搬入及び搬出の1回当たりの氷の重さ及び氷の本数によれば、氷を運搬するために自動車を利用することが必要不可欠である上、本件店舗から東側の公道に自動車が出ることはできないから、西側公道に接する本件道路を自動車で行き止まりを得ない。そして、本件店舗における水雪販売業はXも含めたX一家の家業として営まれていたもので、X一家のほぼ唯一の生計の手段であったと認められるから、本件道路を自動車で行き止まりすることは、X及びその家族にとって、その生計を支えるためにはどうしても必要なことであり、その生活上不可欠なものというべきである。ところが、本件工作物等が本件土地一に設置されたことによって、本件道路を自動車で行き止まりができなくなり、Xは手押しの台車を使用して氷を運搬する作業を余儀なくされ、その人件費を削減するために氷の仕入量を減らさざるを得ない状況に追い込まれている。本件土地一上に設置された本件工作物等のうち立体ブロック（大）は本件土地一の南側境界に設置されているから、車両が本件道路を通行するためには、立体ブロック（大）の除去が不可欠であることは明らかであるが、本件工作物等のうち最も北側に設置されている車止めブロックについても、それは本件土地一の南側境界から約155センチメートルの位置に設置されていて、他方、Xの妹が所有する車両の幅は147センチメートルであるほか、本件店舗の西側に存する建物には本件道路に面してエアコンの室外機等が設置されているから、歩行者等と車両が本件道路を安全に通行するためには、上記車止めブロックも除去することが必要であるというべきである。なお、

私道の所有権と人格権としての通行権との相克(1)

調査嘱託の結果によれば、本件土地一には本件道路に含まれていない部分があるが、本件工作物等は本件土地二上に存在すると認められる。

(3) 他方、仮に、自動車等による本件道路の通行を認めた場合、Yは本件土地二を駐車場として使用することができなくなるが、その程度は普通自動車3台分の駐車ができず、代わりに軽自動車3台分の駐車のみができるというものであるから、その不利益はXの上記不利益と比較して大きなものとは認められない。また、Yが本件土地二を含むY所有土地を取得したのは平成16年12月21日であって、その時点では本件土地二は既に2項道路に指定されていて、B製氷及びXの各車両が走行し、付近住民が生活道路として利用していたほか、Yはそのことを知り、かつ、上記各土地を購入した際の重要事項説明書にも、私道負担のあることが明記されているから、Yが上記不利益を受けてもやむを得ないと考えられる。……

(4) 以上を総合すると、Xは、長年氷雪販売業を営んできたEやDの事業を引き継ぎ、本件道路を貨物自動車でも氷を搬入、搬出することによって、その営業を営んでいて、Xが本件道路を貨物自動車等で通行する営業上の利益を有するところ、その利益はXの日常生活上不可欠なものといえる。他方、敷地所有者であるYが上記通行を受忍することによって受ける不利益は大きなものではなく、YはXの通行利益を上回る著しい損害を被るとは認められない。したがって、XはX賃借土地の賃借権者ではあるが、その人格権的権利に基づく妨害排除請求権として、本件工作物等を所有するYに対し、本件土地二上に置かれた本件工作物等の撤去を求めることができる。

また、上記認定の経過によれば、今後、Yが本件工作物等の設置と同様の形態によりXの通行を妨害する危険性が十分に認められるから、通行妨害予防請求権に基づき上記部分について本件工作物等その他通行の妨害となる車止めブロック、立体ブロック及びポール等を設置することの禁止を求めることができる。なお、上記認定事実によれば、権利濫用、慣行による通行権及び囲繞地通行権に基づく各妨害予防請求についても、仮にそれが認められるとしても本件土地二の範囲を超えて認める余地はない。」

大阪高裁は、このように判断し、Xは、Yに対し、人格権的権利に基づく妨害排除請求として、本件土地二上に置かれた本件工作物等の撤去請求は理由があるとして認容し、同じく妨害予防請求は、本件工作物等その他

通行の妨害となる車止めブロック、立体ブロック及びポール等を本件土地二上に設置することの禁止を求める限りにおいて理由があるとして認容し、その余の請求（慣行による通行権、圍繞地通行権に基づく妨害排除・予防請求）は理由がないとして棄却した。また、仮執行宣言（民訴第259条1項）については、妨害工作物の撤去にのみ付すこととし、将来の妨害工作物設置の禁止については付さないと判示した。

第2項 平成26年大阪高判から導かれる判例規範

本件は、建築基準法第42条2項によって道路位置の指定された、所謂「2項道路」の所有者Yが、本件道路を使用しつつ長年にわたって営業活動を行ってきたXに対し、当該道路の通行を拒絶し、車止めブロックなどを使って、その通行を妨害したので、通行者であるXが、私道の所有者であるYに対し、車止めブロック等の除去を請求したという事案である。

このような事案において、原審はYの妨害によってXの通行利益が著しく侵害されたとは言えないとしてXの請求をすべて棄却した。これに対してXが控訴した結果、大阪高裁は、平成9年及び平成12年最判に基づき、①Xは本件道路を貨物自動車等で通行する営業上の利益を有しており、その利益はXの日常生活上不可欠なものと認められるとし、②敷地所有者であるYが上記通行を受忍することによって受ける不利益は大きなものではなく、YはXの通行利益を上回る著しい損害を被るとは認められないとして、YによるXの人格権的通行利益の侵害を理由として、Xの人格権的権利に基づく妨害排除・予防請求（現在の妨害工作物の撤去と将来の設置の禁止）を認めた。

また、本件においては、Xは土地所有者ではなく、土地賃借権者であるが、通行利益があるとして、妨害排除を求める人格権的権利を有するものとした。

更に、妨害の排除（妨害物〔立体ブロック、車止めブロック、エアコン室外機〕

私道の所有権と人格権としての通行権との相克(1)

の撤去) 請求は妨害物が本件土地一と土地二の接する場所(ただし、存在自体は土地二)にあることから全体について認めたと、妨害の予防請求については本件土地二(2項道路)についてのみ、妨害物(本件妨害物等ならびに車止めブロック・ポールなどの通行妨害物)の設置禁止が認められるものとした。

したがって、平成26年大阪高判から導かれる判例規範として、以下のような規範命題を構成することができる。

①私道の通行者が貨物自動車等で通行する営業上の利益を有し、その利益が通行者の日常生活上不可欠なものである場合において、私道所有者の通行受忍による不利益たる損害が通行者の通行利益を上回るほどのものではないときには、私道所有者の妨害物の設置による通行妨害は通行者の人格権的権利の侵害となる⁽³⁾。

②斯かる通行妨害があるときには、通行者は、私道所有者など通行妨害者に対し、人格権的権利に基づく妨害排除請求権を行使することができる。

③私道所有者など通行妨害者が、将来も同様の行為により反復的に通行妨害行為をする危険性があるときには、通行者は、通行妨害予防請求権により、通行妨害者に対し、将来にわたり、妨害物の設置を禁止するよう請求することができる。

これらの規範命題については、後述する平成26年大阪高判の判例法上の位置づけ(第3節 第4款 大阪高判平成26年12月19日と新たな最高裁判決の可能性)において分析することとしたい。

(3) この理論構成は後掲平成9年及び平成12年最判の確認ないし踏襲である。しかし、従来の最高裁の判例は、権利侵害概念ではなく、法益侵害概念を用いている。

第3款 本稿における問題点

第1項 人格権または人格権的利益の侵害と差止請求権

平成26年大阪高判は、私道としての位置指定道路（建基第42条2項）の通行を土地所有者によって妨害された者がその妨害の禁止等を求めたという事案である。後述するように、道路を通行する権利は、それが「通行者にとって日常生活上不可欠な利益であると認められるとき」という要件を充足する場合には、判例法上、①通行者には通行の自由権がある（通行権を人格権と解する考え方〔後掲最判昭和39年1月16日。以下、昭和39年最判と称する。〕）という見解（人格権説）と、②通行者には日常生活上不可欠な通行利益がある（通行権を人格権とは明言せず、人格権的利益と解する考え方〔後掲最判平成9年12月18日。以下、平成9年最判と称する。〕）という見解（人格権的利益説）に分かれている。前者（昭和39年最判）は公道の通行妨害事案であり、後者（平成9年最判）は位置指定道路（私道）の通行妨害事案であるが、「道路」という括りでは、日常生活における通行利益には差異はないものと思われる。

そこで、この判例法における解釈上の不一致が本当に不一致なのか、それとも同じ方向性を有する判例法理なのかが問題となる。

平成9年最判が、通行権を「人格権」とは明言しなくとも、少なくとも「人格権的利益」と解していることは、その文言から推測することができる。この点は、都市景観の保全を目的としたマンション新築工事の差止請求が問題となった「国上市景観訴訟」⁽⁴⁾において、最高裁が、「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するもの」と認め、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、

(4) 最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁。

良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益は、法律上保護に値するもの(傍点は筆者による。)とは認めたものの、これは景観権ではなく、「景観利益」であると明言しているところと類似する解釈である。この解釈の方向性は、「良好な景観を享受する」、「不可欠な通行を確保する」のは、「法益(法による保護を受ける利益)」であり、「権利」として熟しているとまでは言えないという最高裁における意見ないし態度表明である。

他方、下級審の裁判例ではあるが、人格権の認定については、「およそ、個人の生命・身体の安全、精神的自由は、人間の存在に最も基本的なことからであって、法律上絶対的に保護されるべきものであることは疑いがなく、また、人間として生存する以上、平穩、自由で人間たる尊厳にふさわしい生活を営むことも、最大限度尊重されるべきもの」という前提に立ち、この法益は憲法第13条によって保障され、同第25条によって裏付けられているものと解した上で、「このような、個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体を人格権ということができ、このような人格権は何人もみだりにこれを侵害することは許されず、その侵害に対してはこれを排除する権能が認められなければならない。」と解されている⁽⁵⁾。

その後、最高裁においては、名誉毀損事案において、「人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価である名誉を違法に侵害された者は、損害賠償(民法第710条)又は名誉回復のための処分(同法第723条)を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる

(5) 大阪高判昭和50年11月27日判時797号36頁(大阪空港騒音公害訴訟)。

もの」と解し、名誉権を人格権として認め、その保全を目的とする人格権的差止請求権を認めている⁽⁶⁾。この北方ジャーナル事件は大法廷判決であるから、まさに人格権侵害に関する最高裁の判例法理として、基本的な規範命題として位置づけることができる。人格権に対する侵害は須く不法行為を構成することになるところ、不法行為に対する原状回復は金銭賠償によるはずであるが（第722条1項、第417条）、この判例法理によると、更に、侵害行為の除去請求ならびに将来の差止請求をも「人格権的権利」として認めている。したがって、通行権の侵害が人格権もしくは人格権的利益の侵害に該当するならば、これが不法行為を構成するとしても、侵害の除去と将来の侵害の予防としての差止請求が認められることとなる。

後述するように、最高裁は、公道の通行妨害事案に関しては、「通行の自由権」、即ち、「人格権」の侵害と認めている。そうすると、公道の通行妨害の場合には、この大法廷判決の判例法理が適用され、不法行為に基因する請求であっても、侵害の除去と将来の侵害の予防としての差止請求が認められることとなる、しかし、これまた後述するように、最高裁は、私道である位置指定道路に関しては、明確には人格権侵害とは認めていない。（人格権的利益侵害という構成を採用している）。しかし、公道として国、都道府県、市町村によって新設され管理されようが（道路法第12条-16条）、私道であるのに、都道府県知事から「道路」として指定されようが、同じ「道路」である以上、道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使することができないのであるから（道路法第4条本文）、公道も私道も同じ取扱いを受けて然るべきではないのだろうかという疑問が生ずる。

(6) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁（北方ジャーナル事件）。類似の事案として、モデル小説による名誉権侵害に関して人格権侵害と認めた最判平成14年9月24日判時1802号60頁（「石に泳ぐ魚」事件）がある。

本稿は、このような疑問から、私道の通行妨害も人格権侵害と認めるべきではないのか、延いては、景観の享受妨害も人格権侵害と認めるべきではないのかという想いから、通行権を中心として、種々の解釈に関して考察するものである。

第2項 建築基準法上の「道路」と接道要件

1. 道路ないし通路の必要性

前段において述べたように、平成26年大阪高判に現れた問題は、位置指定道路（建基第42条2項）の通行妨害と妨害排除・予防請求権の成否に関する問題であり、大枠で分類すると、前段において説明したように、人格権ないし人格権的利益としての通行権に基づく差止（妨害行為の禁止）請求権（人格権的権利）の成否という問題となる。

所謂「道路」は、建物を建築するための敷地には欠かすことのできないものである。道路ないし通路がなければ、敷地への出入りができないからである（所謂「袋地」）。つまり、道路ないし通路は、日常生活を送る上で欠かすことのできない前提要件である。もっとも、袋地の所有者には一定の要件の下で近隣の土地を通行することが権利として認められている。民法に所謂「袋地所有者の囲繞地通行権」である（第210条）。ただし、この通行権には制限があり、通行の場所及び方法は、通行権者のために必要であり、かつ、他の土地のために損害が最も少ないものを選ばなければならない（第211条1項）、通行する土地に損害が発生した場合には、償金を支払わなければならない（第212条本文）。

これらの条文を読む限りでは、囲繞地通行権は、袋地の利用に関して、その往来通行につき必要不可欠な公路に至るための通路が必要だからこそ、袋地を囲んでいる土地（囲繞地）の所有者に対し、その所有地の一部を袋地の利用権のために提供させるという意味において、必要最少限度の受忍義務を課すという制度のように見える。しかし、後述するように、起草者

の考え方やその後の大審院の判例においては、必ずしも必要最低限の通行という意味は現れておらず、むしろ、土地の用途や通行者の属性により、その必要に応じた通行権を認めるというものであった。このような意味において、囲繞地通行権と建築基準法による接道義務との関係も問題となってくる（この点も後述する）。

2. 建築基準法上の「道路」の意義・種類と接道義務

(1) 「道路」の意義

道路ないし通路は、敷地への出入りという目的のためだけではない。道路ないし通路は防災上も必要不可欠である。即ち、建物が火災に遭遇した場合に、消防車、救急車などの緊急車両が現場に入ることができなければ、当該火災はおろか、延焼さえ食い止めることができず、けが人の搬送さえままならないという事態に遭遇する。そこで、建築基準法は、建物の建築に必要な条件として、「道路要件」を課している。即ち、「建築物の敷地は、道路……に2メートル以上接しなければならない」（建基第43条1項本文）。そして、この原則としての「接道義務」の前提となる「道路」の定義として、次のような規定がある。

「道路」とは、後掲の一定の種類に該当する幅員4メートル（特定行政庁がその地方の気候若しくは風土の特殊性又は土地の状況により必要と認めて都道府県都市計画審議会の議を経て指定する区域内においては、6メートル。）以上のもの（地下におけるものを除く。）をいう（建基第42条1項）。したがって、建物の敷地とする際の土地は、幅員4メートルの「道路」に2メートル以上接していなければならない。

(2) 道路の種類

道路の種類は、建築基準法第42条1項に規定されている。即ち、①道路法（昭和27年法律第180号）による道路（建基第42条1項1号）、②都市計画

法，土地区画整理法（昭和29年法律第119号），などの法律に定める道路（同条同項2号），③建築基準法の適用時点において現に存在する道（同条同項3号），④道路法，都市計画法，土地区画整理法などの法律による新設又は変更の事業計画のある道路で，2年以内にその事業が執行される予定のものとして特定行政庁が指定したもの（同条同項4号），⑤土地を建築物の敷地として利用するため，道路法，都市計画法，土地区画整理法などの法律によらないで築造する政令で定める基準に適合する道で，これを築造しようとする者が特定行政庁からその位置の指定を受けたもの（同条同項5号）がある。

(3) 建築基準法第42条の位置指定道路と接道義務の緩和措置

「幅員4メートル制限（所謂「4メートル道路」）」の適用については，次に示すように，境界線に関する緩和措置が施される。

(ア) 2項道路

まず，建築基準法の適用時において，現に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で，特定行政庁の指定したものは，第1項の規定にかかわらず，同項の道路とみなし，原則として，その中心線からの水平距離2メートルの線が，その道路の境界線とみなされる（建基第42条2項本文）。これが所謂「2項道路」である。この「2項道路」規定によると，例えば，幅員3メートルの道でも，中心線から2メートルの位置を道路との境界線とすれば，建物の敷地とすることができる（この措置を「セットバック〔敷地の一部を道路用地として提供する行為〕」という）。ただし，当該の道がその中心線からの水平距離2メートル未満で，がけ地，川，線路敷地その他これらに類するものに沿う場合には，当該がけ地等の道の側の境界線及びその境界線から道の側に水平距離4メートルの線が，その道路の境界線とみなされる（同項ただし書）。

(イ) 2項道路の緩和措置

次に、特定行政庁は、土地の状況により、やむを得ない場合には、建築基準法第42条第2項の規定にかかわらず、同項に規定する中心線からの水平距離については2メートル未満1.35メートル以上の範囲内において、同項に規定するがけ地等の境界線からの水平距離については4メートル未満2.7メートル以上の範囲内において、別にその水平距離を指定することができる（同条3項）。

(ウ) その他の緩和措置（建基第42条4項，5項，6項）

建築基準法第42条第1項の区域内の幅員6メートル未満の道（第1号又は第2号に該当する道にあっては、幅員4メートル以上のものに限る。）で、特定行政庁が次の各号の一に該当すると認めて指定したものは、同項の規定にかかわらず、同項の道路とみなされる（同条4項）。それは、①周囲の状況により避難及び通行の安全上支障がないと認められる道（同項1号）、②地区計画等に定められた道の配置及び規模又はその区域に即して築造される道（同項2号）、③第1項の区域が指定された際に現に道路とされていた道（同項3号）である。

次に、第4項第3号に該当すると認めて特定行政庁が指定した幅員4メートル未満の道については、第2項の規定にかかわらず、第1項の区域が指定された際に道路の境界線とみなされていた線が、その道路の境界線とみなされる（同条5項）。

更に、特定行政庁は、第2項の規定により幅員1.8メートル未満の道を指定する場合又は第3項の規定により別に水平距離を指定する場合には、あらかじめ、建築審査会の同意を得なければならない（同条6項）。

第3項 建築基準法の制限規定と囲繞地通行権との関係

1. 問題の所在

前段において述べたように、建築基準法によると、建築可能な敷地は「道

路」に2メートル以上接していなければならない(建基第43条1項本文),また,同法上,「道路」とは,原則として幅員が4メートル以上のものをいう(同法第42条1項)。それゆえ,建物の敷地に関しては,幅員4メートル以上の道路に2メートル以上接していることが建物建築の最低条件となる(これを「接道要件」という)。したがって,土地がこのような道路への接道基準を満たさなければ,宅地であっても,原則として建物を建築することはできないので,当該土地は現実的には利用価値がない土地と化してしまう。

それでは,この土地所有権に決定的な制限を与える建築基準法の規定について,民法第210条の囲繞地通行権は,この制限を緩和するために機能するのであろうか。即ち,袋地の所有者は,周囲の土地所有者に対し,囲繞地通行権(第210条以下)を主張して,建築基準法の接道要件を充足する程度の幅員を有する通路の開設を請求しうるのかという問題である。ただ,この問題について考えるには,第210条の囲繞地通行権を認めるにあたり,通行の場所及び方法は,同条の規定による通行権を有する者のために必要であり,かつ,他の土地のために損害が最も少ないものを選ばなければならないので(第211条1項),この規定の解釈については,畢竟,旧民法から現行民法への立法過程における起草者意思や初期の判例などを顧慮する必要がある。

2. 制度趣旨

現行民法第210条,第211条は,旧民法財産編第218条,第219条(袋地所有者の法定地役権)を修正した規定である。財産編第218条は現行第210条とほぼ同じ内容で袋地所有者の囲繞地通行権を規定していた。また,財産編第219条1項は,「袋地ノ利用又ハ其住居人ノ需用ノ為定期又ハ不断ニ車輛ヲ用ユルコトヲ要スルトキハ通路ノ幅ハ其用ニ相應スルコトヲ要ス」と規定し,場合によっては車輛による囲繞地通行権を認め,相応の通路幅とすることを認めていた。更に,同条2項は,通行の必要,その方法及び

条件を当事者の協議に委ねていたが、協議が調わない場合には、「裁判所ハ成ル可ク袋地ノ需用及ヒ通行ノ便利ト承役地ノ損害トヲ斟酌スルコトヲ要ス」と規定していた。

旧民法から現行民法典への改正に関する法典調査会において、起草者たる梅謙次郎博士は、改正法は法定地役権に関する諸規定を旧民法のように詳細に規定する必要はないと思われるので、より簡明を期すために改正するという趣旨の説明をしている。この説明において、梅博士は、旧民法財産編第219条（現行第211条）の調査会修正案である第214条は、元々、やむを得ずに他人の所有権を侵害するので、圍繞地所有者の負担を軽減するための規定ではあるが、「通行権ヲ有スル所有者ノ為ニ必要ナルモノニ限ル」という意味は、文字通り、必要に応じてという意味であると説明し、例えば、大臣であれば徒歩で内閣に行くわけにはいかないのに馬車で行く必要があるが、庶民であればそのような通行は（土地所有者にとっては〔筆者註〕）迷惑であるから無理であると説明している（通行の方法は原則として徒歩であるが、人と場合によって、裁判官が斟酌して決めればよいと述べている）。また、「必要アルトキハ通路ヲ開設スルコトヲ得」も、馬車通行のときには通路がないと甚だ不便であるから、これもまた必要に応じて通路の開設を認めるという意味だと説明している⁽⁷⁾。

このように、梅謙次郎博士は、圍繞地通行権の内容は、一応、圍繞地所有者の負担をなるべく軽減すべきであるという前提に立つものの、実際には袋地のため必要に応じて内容を定めるという考え方であり、その例として、車に乗って通行というよりはむしろ通常は徒歩による通行と解していた。しかし、この点はあくまでも原則であり、例えば、袋地が広大な田畑であり、莫大な量の作物を運搬する必要がある場合には、人肩（人力）で

(7) 法務大臣官房司法法制調査部編『法典調査会民法議事速記録一』（商事法務研究会、1983年）798—799頁における梅謙次郎発言を参照。

運搬するのは無理であるから、場合によっては、馬の背や車での運搬による通行も認めるべきであるという認識であった⁽⁸⁾。したがって、第211条の立法趣旨は、最高裁の判例とは異なり、必ずしも「必要最低限の通行確保」ではなく、第211条の適用については、事実問題であり、両地の種類、形状、及び通行権を有する者の身分、地位などによっても、多少異なるところがあるという解釈⁽⁹⁾が起草者意思ならびに当時の学説の解釈といてよいであろう。

3. 大審院の判例法理

大審院の判例も、起草者の「圍繞地通行権の内容は必要に応じて定める」という見解に沿った解釈であったと言ってよい。

例えば、公道に通じる通路（1尺から1尺5寸〔30cmから45cm程度〕の畦道で軟弱な地面）が現に存在し、完全には袋地とは言えないような状況であったという事案において、原審が、通行には差し支えないと認定し、敢えて圍繞地通行権を認める必要はないと判示したのに対して、大審院は、「本件係争ノ袋地ハ田地ナルカ故ニ、単ニ人ノ歩行シ得ヘキ通路アルコトヲ判示スルニ止ラス、地方ノ慣例ニ従ヒ果シテ肥料其他收穫物等ノ運搬ニ支障ナキヤ否ヤノ点ヲ審案スルニ非サレハ、未タ以テ袋地利用ノ必要ヲ充タスコトヲ得ヘキヤ否ヤヲ知ル可カラス（読点は筆者による。）」と判断し、田地において肥料その他收穫物等の運搬に支障が出るのであれば、圍繞地通行権を認めるべきであるという判断を示している⁽¹⁰⁾。

(8) 梅謙次郎『民法要義卷之二物權編』（和佛法律學校，初版，1896年）97－98頁参照。

(9) この解釈については、富井政章『民法原論第二卷物權』（有斐閣，合冊版，1923年）104頁を参照。この解釈は、前掲した梅謙次郎博士の見解と同じといてよいであろう。

(10) 大判大正3年8月10日法律新聞967号31頁。本判決は、既存通路の迂回に

次に、山林から石材を搬出するための通路はあったが、その経路は急傾斜地であり、石材を搬出するには用を足さないという事案において、圍繞地通行権の存在理由は、「一般公益上土地ノ利用ヲ全タカラシメンカ為メニシテ、仮令公道ニ通スル経路アリト雖モ、自然ノ産出物ヲ搬出スルコト不能ナル地勢ナルニ於テハ、其ノ搬出ニ必要ナル限度ニ於テ圍繞地ヲ通行スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス。若シ然ラストセハ其ノ地ノ利用ハ不能ニ歸スルモノト謂フヲ妨ケサレハナリ（句読点は筆者による。）」と判示し⁽¹¹⁾、これもまた、必要に応じた圍繞地通行権を認めている。そして、これらの判例法理に関して、通説も、「極めて正当であって、相隣者間の互助の思想を拡張するものとして注目に値する」⁽¹²⁾と賛意を表明しており、この点に異論はなかった⁽¹³⁾。

4. 最高裁の判例法理

しかし、この問題について、従前、最高裁の判例は、圍繞地通行権は必要最低限の通行利益を確保する権利であるという消極的な態度に終始してきた。即ち、袋地所有者が4メートル道路に2メートル以上という接道要件を満たす幅員の圍繞地通行権の確認を求めたという事案（事実上の通路

関しても判断しており、通常、袋地へ通行する通路が迂回であるか否かは「利便の問題」であり、「必要の問題」ではないが、その迂回が甚だしいものであるときには、利便の問題を踰越して必要の問題に入る場合もあるとして、迂回の甚だしいものであるか否かという点も審査しなければならないと判示した。

(11) 大判昭和13年6月7日民集17巻1331頁。

(12) 我妻榮『物権法』（岩波書店、改版10刷、1956年）188頁。

(13) ただし、来栖三郎「判評（大判昭和13年6月7日）」法協第57巻1号（1938年）169頁（171頁）は、判例・通説に賛意を示しつつ、更に一步を進め、「土地の利用上必要か否かは、客観的合理的判断に照らし土地の経済的必要に従って決すべきものである」と述べている。

拡張請求)について、最高裁は、圍繞地通行権は当該袋地の利用に関して、往来通行に必要であり、欠くことができない範囲にとどまるべきものという理由から、これを否定している⁽¹⁴⁾。また、公道に1.45メートル接する土地の上に建築基準法の施行よりも前から存在した建築物を取り壊し、同所に新築しようとしたという事案においても、同様に、圍繞地通行権の主張による通路の拡張請求を認めていない⁽¹⁵⁾。いずれも、圍繞地通行権の

(14) 最判昭和37年3月15日民集16巻3号556頁：X所有の土地は、路地状部分(幅2メートル28センチ、長さ20メートル45センチ)で公路に通じている。Xが建物を増築しようとしたが、この路地状部分は建築基準法に基づいて制定された東京都建築安全条例第3条所定の所要幅員に欠けており、建築確認が下りなかった。そこでXは、隣地の所有者であるY鉄道会社に対し、圍繞地通行権に基づいて路地の幅員を拡張しよう請求した。原審は、Xの請求を認めないので、Xから上告。

棄却。「Xは民法第210条の圍繞地通行権を主張するのであるが、その通行権があるというのは、土地利用についての往来通行に必要、欠くことができないからというのではなくて、その主張の増築をするについて、建築安全条例上、その主張の如き通路を必要とするというに過ぎない。いわば通行権そのものの問題ではないのである。してみると、本件土地をもって、民法210条にいわゆる公路に通ぜざるときに当る袋地であるとし、これを前提として、主張のような通行権の確認を求めようとするXの本訴請求は、主張自体において失当たるを免れ」ない。

(15) 最判平成11年7月13日判時1687号75頁：「民法第210条は、相隣接する土地の利用の調整を目的として、特定の土地がその利用に関する往来通行につき必要不可欠な公路に至る通路を欠き袋地に当たる場合に、圍繞地の所有者に対して袋地所有者が圍繞地を通行することを一定の範囲で受忍すべき義務を課し、これによって、袋地の効用を全うさせようとするものである。一方、建築基準法43条1項本文は、主として避難又は通行の安全を期して、接道要件を定め、建築物の敷地につき公法上の規制を課している。このように、各規定は、その趣旨、目的等を異にしており、単に特定の土地が接道要件を満たさないとの一事をもって、同土地の所有者のために隣接する他の土地につき接道要件を満た

目的と建築基準法第43条（幅2メートルの接道義務）の目的との違いをその理由としている。

しかし、他方においては、民法第210条に基づく接道要件への充足請求を認めたかのような判例（最判昭和49年4月9日）も存在する⁽¹⁶⁾。

この昭和49年最判は、確かに請求としては通行権の確認等を求めたという事案ではあるが、実は、囲繞地通行権の確認という問題ではなく、元々、袋地のために2メートル以上の幅員を有する通路が存在していたところ、

すべき内容の囲繞地通行権が当然に認められると解することはできない（最判昭和37年3月15日民集16巻3号556頁参照）。」

最高裁は、このように判示し、原審が接道要件を満たさない土地については袋地であるとして、原告の主目的請求を認容した点は法令の解釈・適用の誤りであるとして破棄し、予備的請求である通行地役権について認められる可能性を示唆して、原審に差し戻した。

- (16) 最判昭和49年4月9日裁判集民事第111号531頁：XとYは一団の住宅用地の分譲を受け、袋地を購入したXは、地上建物において居住を開始し、これ以前からYの残余地にある幅員2.42メートル、長さ35メートルの既存の通路を通行し利用していた。ところが、Yは、この通路の部分に簡易車庫を設置して、Xの通行を妨害した。そこで、Xは、住宅地として利用するためには、将来の増築等を考慮すると、最低でも幅員2メートルは必要であると主張して、Yに対し、妨害物の除去を請求した。原審は、「囲繞地通行権の建築基準法等による制限とを全く別個の問題として分離してしまうには疑問がある」と解し、「建築基準法第43条の要求する2メートル以上の接地義務に足りない通行権ではX所有の……土地が将来宅地としての効用を失うことが予測され、それでは社会的評価の面で充分ではない。」と判示して、Xの請求を認容した。Yから上告。

棄却。「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいては、本件通行権の対象となる通路の幅員が最小限2メートル必要である旨の原審の判断は、正当として是認することができる。そして、原審が建築基準法所定の規定基準を右判断の一資料として考慮したからといって、民法210条の解釈適用を誤ったものと解することはできない。」

囲繞地の所有者Yが袋地所有者Xの通行を妨害するような形でその通路を狭くしたという事案であり、いわば、本稿で問題としている「通行妨害」の事案なのである。つまり、判決理由において囲繞地通行権と建築基準法との関係について言及する一面があったにせよ、囲繞地通行権者の通路幅を建築基準法所定の制限に合わせるという判例ではない。この意味において、直接の問題点を異にしている。この点に関して補足的に言えば、昭和49年最判は、囲繞地所有者たる上告人Yが前掲昭和37年最判を引用しつつ否定説を展開して反論した上告理由に対し、「所論引用の判例は、事案を異にし、本件に適切でない」として、これを一蹴しているのである。

以上の意味において、最高裁は、既存の接道要件を充足している道路ないし通路に関しては、建築基準法上の接道要件の確保ないし保護(もちろん、通行の自由権の保護も含む)という観点から、建築基準法第43条と民法第210条との関連性を認めている(囲繞地所有者に対して法定の受忍義務を課す)。しかし、新たに囲繞地通行権を認める際の通路幅員に関しては、建築基準法第43条の接道要件を顧慮する必要はないという立場であり、この後者の意味において、昭和37年最判と平成11年最判の判例法理は堅持されていると解してよい。したがって、新たに建築基準法の接道要件を充足させる目的での囲繞地通行権の通路幅に関する確認請求は認められないことに帰着する。

5. 従来の学説

他方、学説は、このような判例法理に反対し、建築基準法の制限規定に囲繞地通行権の内容を合わせるべきであると主張する積極説が数多く存在し、通説を形成している⁽¹⁷⁾。しかしまた他方では、判例法理を支持して

(17) 積極説は、いずれも建築基準法の基準(制限)に適合させることにより、袋地の利用を確保するという観点からの立論である。例えば、澤井裕「判批」

消極説を採る学説も有力に存在する⁽¹⁸⁾。もっとも、近時においては、通行者の事情により、自動車の利用を前提とする圍繞地通行権を認めた判例が現れたことを顧慮すると⁽¹⁹⁾、建築基準法上の接道要件との関連性につ

民商第47巻5号（1963年）742頁（747、748頁〔土地利用に必要不可欠〕）、宮田量司「判評」法協第81巻4号（1965年）418頁（422頁〔袋地に対する過度の制限〕）、川島武宜編『注釈民法（7）物権（2）〔野村好弘編〕』（有斐閣、1968年）242頁、川島武宜・川井健編『新版注釈民法（7）物権（2）〔野村好弘・小賀野晶一編〕』（有斐閣、2007年）335頁（建築用地としての効用がなくなってしまうので、法令の規制をも考慮に入れるべき）、石田喜久夫『口述物権法』（成文堂、1982年）171頁（家が建たない土地は資源の死蔵）、好美清光「建築基準法と相隣関係」『行政法の争点』（有斐閣、1980年）284頁（285頁〔袋地の用途に従った利用に必要なものとして確保されるべき〕）などを参照。

しかし、積極説に立脚する見解であっても、吉田克己「建築基準法43条1項の規制と圍繞地通行権」判タ619号（1986年）55頁（60頁）は、建築関係諸法令の規制を顧慮するとしても、直ちにそれが要求する幅員の通路を承認するという意味ではなく、通路拡幅・開設の必要性と土地所有者の損害とを衡量した上で、場合によって、建築関係諸法令の規制に即した通路を承認することもあるという程度の積極説（当事者の必要度と損害度との比較衡量論）を展開している。なお、積極説については、安藤一郎『私道の法律問題』（三省堂、第6版、2013年）105—108頁に詳細にまとめられている。

(18) 我妻榮＝有泉亨『新訂物権法』（岩波書店、1983年）287—288頁（有泉博士の補訂見解）、石田穰『物権法』（信山社、2008年）312頁は、いずれも昭和37年最判の事案を顧慮した判断である。

(19) 最判平成18年3月16日民集60巻3号735頁：Y県がニュータウンを開発し分譲した際に、従前、寺や農地への入り口として通行していた本件道路（ニュータウンに隣接する緑地内の道路）について、緑地を整備したY県が自動車による通行を禁止し、ポールを設置したので、X寺を含む原告らが、その妨害排除請求として、Y県の設置したポールの撤去を求めた。

原審は、緑地内には市民の散策のための小道が設置されているなどの理由から、自動車の通行を内容とする圍繞地通行権は認められないとしたので、Xら

いても、第211条1項にいう「通行権を有する者のために必要」な通行の方法ないし場所を見定めるに当たっての一つの判断要素になるものと解すべきであるという解釈も更に有力説として存在しうる⁽²⁰⁾。

6. 小 括

袋地所有者に認められる圍繞地通行権は、これが袋地所有権の効力から論理必然的に認められる物権的権利であるにせよ、袋地の有効利用を図るために特別に認められる物権的権利であるにせよ、起草者の考え方によると、その内容は、法律上の通行権（旧民法では法定の通行地役権）を有する袋地所有

から上告。

一部破棄差戻。「現代社会においては、自動車による通行を必要とすべき状況が多く見受けられる反面、自動車による通行を認めると、一般に、他の土地から通路としてより多くの土地を割く必要がある上、自動車事故が発生する危険性が生ずることなども否定することができない。したがって、自動車による通行を前提とする210条通行権の成否及びその具体的内容は、他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、自動車による通行を前提とする210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益等の諸事情を総合考慮して判断すべきである。」

最高裁は、このように判示して、自動車での通行権を否定した原判決を破棄し、差し戻した。そして、差戻控訴審(東京高判平成19年9月13日判タ1258号228頁)は、諸事情を総合考慮した結果、控訴人のうち、X寺について、自動車による通行の必要性を認め、反対に、これを認めることによるYの不利益の程度はさほどのものではないとして、X寺は、本件土地につき、自動車による通行を前提とする第210条通行権を有するものと判示した。

(20) 山野目章夫『物権法』(日本評論社、第5版、2012年)148頁、安藤・前掲書112頁(これによって柔軟かつ妥当な解決を図りうると主張する)。なお、滝沢幸代『物権法』(三省堂、2013年)174—175頁も判例に批判的であるが、民法の枠を超えた立法的な対応が求められている状況と見ることができると述べるにとどまる。

者の必要に応じて比較的広く認められるかのような様相を呈していた。

しかし、最高裁の判例法理からは、袋地ゆえに周辺囲繞地に関して通行権があるといっても、それはあくまでも「最低限の通行目的」を達成させるための権利であるから、建物の敷地としての要件を充足させるための権利にはならないということになる。

囲繞地通行権は、袋地の所有権に内在する法定通行権（法定地役権）であり、囲繞地の所有者に対する「半永久的な土地利用の不能」という意味における過大な物権的負担を強いる制度である。つまり、袋地所有者の利便性を確保するために、囲繞地所有者に大変厳しい物権的負担を求める制度であることを合わせ考えると、囲繞地通行権の認定に関しては、厳密な意味での必要性・許容性と受忍の程度との比較衡量に基づき、適切な制限を加えて解釈すべきものという政策的配慮が必要であろう。囲繞地通行権という制度は、あくまでも相隣関係における土地所有者相互間の利益調整を図るという目的を有するものと解すべきであり、約定地役権と同一レベルで考えるような制度ではないと考えられるからである。

しかしまた他方、袋地も「宅地」である限りにおいては、建築可能性という政策的考慮も必要である。国土の狭小なわが国において、また、宅地の供給量の少ない都市部においては、特に宅地の有効利用が図られるべきであり、このために、袋地に法定地役権たる囲繞地通行権が与えられているということを顧慮すると、多数学説の主張する点にもまた理由がある。

そこで、この問題については、宅地に関する限り、建築基準法上の制限規定との調整を図る必要があるようにも思われる。そうすると、第211条1項に所謂「通行権を有する者のための必要」性を囲繞地通行権の認定基準として、「通行の必要性（通行利益の確保）」と「囲繞地の通行方法・場所の選択（受忍義務への配慮）」とを比較衡量しつつ、つまり、両者の利益衡量に基づいて、落としどころを決定すべきものと思われる。

平成26年大阪高判の事案のように、公道に通じる通路ないし道路があ

れば、原則として、これに接する土地は袋地ではないので、圍繞地通行権の問題は生じない(ただし、解釈上、通路の存在は必ずしも袋地たることを否定する絶対的な要件ではない)。しかし、袋地に関する限り、圍繞地通行権も通路ないし道路としての役割を果たすことは間違いないのであり、その限りにおいては、本稿における道路通行権の問題と平行に考えるべき問題であろう。

第4項 位置指定道路の「所有権」と「通行権」の対立問題

道路には、前述したような建築基準法上の制限があるところ、同法の規定(特に第42条1項5号または同条2項)により、特定行政庁から「道路」として、その位置の指定された土地であっても、それは公道ではなく、私道であることが多い。そうすると、私道の所有権を有する者、即ち、土地所有者が自己の使用・収益権に基づき、道路を封鎖し、あるいは、道路を潰して敷地に戻してしまうこともありうるわけである。

そこで、後掲するように、平成3年以降に最高裁において現れた数々の事案、そして、前掲した平成26年大阪高判の事案に現れたような問題が勃発することになる。しかし、特定行政庁によって「道路」として指定された以上、たとえ土地所有者であっても、通行の妨害となるような建築物や擁壁を道路内に設置することは原則として禁じられており(建基第44条1項)、また、接道要件に抵触するような形で私道を変更または廃止することは、特定行政庁によって禁止または制限されることとなる(同法第45条1項)。これらの規定から、本来、私道といえども、建築基準法上の道路として指定された以上、たとえその一部でも建築物等によって閉塞し、あるいは、道路としての現状を変更することは許されないはずである。

ところで、道路の通行権を「通行の自由権」という人格権の一種と解する考え方がある。この考え方によると、当該地域の居住者またはその地域への訪問者が、日常生活上不可欠な「通行」を妨害された場合には、その

妨害の排除が認められる（人格権侵害または人格的利益の侵害に対する権利・法益の保全）。しかし、前掲平成26年大阪高判においては、当該道路を使って営業活動を行っている者にも「日常生活上不可欠な営業上の利益」があるという考え方から、通行者は、この法益を保全するため、人格権的権利としての妨害排除請求権を有するものと認めた。しかも、その通行の方法が「貨物自動車による商品の搬入、搬出に伴う通行」を含むという点に、その特色がある。営業車を公道に置き、商品を荷車に乗せて搬入・搬出すべきことを課していない（第1審判決ではこれを受忍させるかのようである）。

前掲平成26年大阪高判においては、第1審と第2審とで正反対の結果となった。本件は最高裁に上告・上告受理申立て中である。今後の裁判の行方が注目される。

以下、本稿においては、人格権等の侵害に対する差止請求権（人格権的請求権）という問題について、通行権を中心として論ずることとする。

第2節 人格権（通行権）・人格権的利益（通行利益）に基づく差止請求権

第1款 序 論

公害、日照、通風、景観など生活環境の悪化、騒音などの生活妨害、そして、名誉毀損など、平穏な社会生活を送る人々の人格や生活環境を侵害する事案は枚挙に暇がない。そこで、人格権それ自体、あるいは人格権的利益を侵害し、生活環境を破壊する工場の操業中止、建設工事・公共事業工事の中止、出版の中止など、侵害行為の不作为（差止め）を請求する必要が生ずる。これらは、行為の差止請求訴訟によって、行為の停止（不作为）を求めるという点において、従来は、物権的請求権の行使ないし類似の行為と目されてきた。

しかし、物権的請求権の目的は、物権が侵害されているという状態、ま

たは、物権化して物権的効力の認められた不動産賃借権が侵害されているという状態があり、またはそれら権利に対して将来の侵害のおそれがあるという状態があるので、物権の効力もしくは物権的効力（即ち物権の保全的効力ないし排他性）に基づいて、物権者などを侵害状態ないしそのおそれから解放するという点にある。つまり、保護主体が人の権利ではなく、人の生命、身体、精神、健康、生活環境という「人それ自体」、あるいは、「人をめぐる環境」という法益である場合には、端的に、物権的請求権を根拠とする場合とは自ずと観点が異なってくる。

そこで、公害ないし環境破壊、生活妨害ないし被害、名誉毀損、景観利益の喪失などを理由として、開発工事その他の各種行為（生活妨害、名誉毀損、環境破壊など）の差止めを請求する場合には、端的に「人格権の侵害」ととらえ、これを保護するための差止請求という法理を構築する必要が生じた。これが、現代における人格権ないし人格権的利益の保護という問題である。そして、環境権や景観権、更に本稿で考察する通行権を人格権の枠組みの中でとらえれば、これらのすべてを端的に「人格権の保護」という枠組みの問題として把握することができる。

本稿は通行権ないし通行利益の問題を中心に考察するところ、次段以降においては、まず、公道の通行権とその妨害という問題、次いで、建築基準法第42条の位置指定道路（同条1項5号または2項）、即ち、特定行政庁から私有地を道路として指定された土地所有者による通行妨害事案に関して判例を分析するとともに、理論上の考察を行うこととする。また、その前提として、「人格権としての通行権（通行の自由権）」とこれを保全するための人格権的権利としての妨害除去請求権・妨害予防（将来の妨害行為の禁止）請求権（差止請求権）に関して、その前提理論を省察することとしたい。

第2款 通行の自由権（人格権）の保全に関する従来の解釈

まず、公道の通行に対する妨害事案として、昭和39年最判（最判昭和39年1月16日）がある。最高裁は、住民は「道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べき使用の自由権（民法第710条）」を有しており、この通行の自由権は公法に由来するものではあるが、「各自が日常生活上諸般の権利を行使するについて欠くことのできない要具であるから」、民法上の保護を与えるべきものであるとして、その妨害が不法行為に該当するものであれば、妨害排除も請求しうるものと判示した⁽²¹⁾。理論構成としては、公道の通行権を

(21) 最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁：本件は次のような事案である。Yは幅員1メートルあまりの村道に柵を設置し、納屋を建築するなどして、道路の敷地を排他的に占有していた。そこで、Xらは、この村道を宅地や農地への出入りのため数十年使用してきたという事実に基づいて、Yに対し、納屋等の物件を収去し、通行妨害の排除を求めため、本訴を提起した。第1審、原審ともに、公道など公共用物の自由使用によって公衆が享受する利益は一種の反射的利益であり、厳密な意味における権利ではない旨を理由として、Xらの請求を棄却した。そこで、Xらが上告した結果、本文のような「通行の自由権」という理由により、Xらの請求を認めたのである。

本判決に関する先例として、大判明治31年3月30日（民録4輯85頁）は、村道の通行妨害という事案において、同様に、侵害者の不法行為を認定して、損害賠償請求と妨害物の除去請求を認めている。昭和39年最判は、基本的に明治31年大判に基づいているものと解される。そうすると、通行妨害事案に関しては、既に明治時代から不法行為に基づく侵害行為の差止請求が認められていたことになる。この点に関しては、末弘嚴太郎博士の権利不可侵性理論（権利には一般に不可侵性があるという考え方。法曹記事24巻3号47頁以下、5号27頁以下〔1914年〕などを参照。）を前提とした判例である大判大正10年10月15日（民録27輯1788頁）が漁業権の賃借権侵害に関して、侵害行為を不法行為と認定しつつ、損害賠償請求のみならず、侵害行為の差止請求をも認めていた点と軌

不法行為から保護されるべき法益として位置づけ、これを「通行の自由権(人格権の一種)」として、通行者は、この権利を保全するための人格権的権利として、侵害者に対して妨害排除(侵害除去)請求権を有するというものである。

しかし、物権的請求権は妨害行為によって発生した侵害状態の停止という不作為を求める請求権であることから、不法行為の要件である故意・過失を不要とする。そこで、この昭和39年最判が「妨害が不法行為に該当するもの」という要件づけをしている点は、「法益侵害」という趣旨と解すべきであり、このように解すると、後掲する平成9年最判(最判平成9年12月18日)と軌を一にする判例法理ということになる。このように解すると、通行妨害事案に関する判例法理は一貫性を有することとなる。

他方、学説は、公道の通行妨害事案(昭和39年最判)について、判例に批判的であり、侵害状態の除去を求める際の要件に関して、一定の受忍という制限を設けている。例えば、原田教授は、公道の利用が妨げられ、生活上著しい支障を被ったという場合において、その生活妨害の程度・態様が一定の限度を超えたときには、人格権ないし生活権侵害に基づく道路通行の妨害排除請求権が生ずるという考え方を示していた⁽²²⁾。

しかし、その後の学説は、囲繞地通行権や通行地役権などの権利が認められない場合であっても、現実に通路として開設されている建築基準法で認められた道路については、通行者の人格権的な通行権(日常生活上の不可欠な通行利益)と土地所有者の事情(所有権に対する侵害の程度)とを比較衡量して、妨害排除・予防請求の肯否を決めるという解釈を提示し、こ

を一にする解釈と言えよう。これら末弘理論およびその改説ならびに判例法理の変遷に関する詳細は、石口・前掲書(『物権法』)66頁以下を参照されたい。

(22) 原田尚彦「判解」行政判例百選〔新版、1970年〕20頁(21頁)、同・行政判例百選I(1979年)26頁(27頁)。

れまた、後掲平成9年最判の示した解釈と同様の考え方を示してきた⁽²³⁾。

第3款 位置指定道路の通行権・通行利益の保全に関する従来 の判例法理

第1項 請求否定事案

位置指定道路の通行妨害に関する最高裁の判例はいくつかあり、いずれも、土地所有者からの通行妨害の差止めを請求したものであるが、当初はこれを否定した判例が並んでいる。それゆえ、まずは請求否定事案から分析することとしたい。

1. 最判平成3年4月19日

まず、平成3年最判は、 Y_1 及びその他の私有地に道路位置の指定（建基第42条1項5号）がなされたが、現実には道路部分が開設されていなかったため、 Y_1 及びその家族である地上建物の所有者 Y_2 及び Y_3 が境界線上に従前から存在した竹垣及び柵木の生垣を除去して、ブロック塀を築造したので、近隣に土地及び地上建物を所有して生活しているXが、Yらに対し、道路指定箇所ブロック塀の撤去を求めたという事案である。

このような事案において、最高裁は、私有地に道路位置の指定（建基第

(23) 石田喜久夫「判解」判タ314号（1975年）129頁（133頁以下）、沢井裕「隣地通行権」『叢書民法総合判例研究⑩』（一粒社、第2〔増補〕版、1987年）185頁（193頁）、瀬木比呂志「私道の通行権ないし通行の自由について」東京地裁保全研究会『詳論 民事保全の理論と実務』（判例タイムズ社、1998年）294頁（322頁以下。初出・判タ939号〔1997年〕4頁）、牧賢二「通行の自由権について」判タ952号26頁（34—35頁）などを参照。なお、最高裁の調査官によると、このような見解が多数説を占めるという（野山宏「判解（最判平成9年12月18日）」『最高裁判所判例解説民事篇平成9年度下』（法曹会、2000年）1439頁〔1450頁〕）。

42条1項5号)が行われた場合でも、現実に道路部分が開設されていなかった土地については、近隣住民といえども、「通行しうる状況」ではないとして、自由な通行権の侵害に基づく妨害排除請求権は認められないと判示した⁽²⁴⁾。

私道の通行権ないし通行利益の侵害とは、「通行している」、「通行が可能」

(24) 最(二小)判平成3年4月19日金商872号42頁：Y₁は本件129番6の土地を所有し、同地上の建物をY₂及びY₃が共有して、同建物にY₁ら3名が居住している。Xは同所129番7の土地及び同地上の建物を所有し、Aは同所129番26の土地を、Bは同所129番8の土地を、それぞれ所有している。X所有土地の北東寄りの北西部分及びA所有土地の西南寄りの北西部分の各幅員1.125メートル(計2.25メートル)、長さ16.30メートルの土地により、その北西端が公道に通ずる本件私道が設置されている。本件私道ならびにY₁所有土地の北東部分及びB所有土地の西南部分の各幅員0.875メートル、長さ16.30メートルの土地を併せて建築基準法(昭和34年の改正前)第42条1項5号の道路位置指定処分がされた。Y₁らは、その約27年後、本件私道とY₁所有土地の北東部分との境界線上に従前から存在した竹垣及び柵木の生垣を除去し、その位置に本件ブロック塀を築造した。Xは、Y₁らに対し、本件ブロック塀の撤去を求め、本訴を提起した。

原審は、本件道路位置指定土地に関する一般人の通行のための利用は、道路位置指定という行政処分による反射的利益であるが、これは、私人の日常生活上必要な通行利益であり、民法上保護に値する自由権(人格権)として保護されるべきであり、私人がこの自由権を侵害された場合において、その侵害態様が重大かつ継続的なものであるときには、この権利に基づいて妨害を排除すると判断し、Xの請求を認容し、Y₁らの控訴を棄却した。Y₁らから上告。

破棄自判。「特定の土地につき道路位置指定処分がされ、当該土地が現実に道路として開設されている場合においては、当該土地所有者以外の者も右土地を自由に通行することができる(。)…本件道路位置指定土地のうち、Y₁所有土地の部分は、既存の本件私道との境界上(本件ブロック塀築造位置)に従前から存在した竹垣及び柵木の生垣の内側に位置し、現実に道路部分として開設されていなかった」のであるから、Xはその部分を自由に通行することはできない。

という状態があり、具体的に土地所有者などから「通行の妨害」がなされていることが必要である。本件は、妨害排除請求の前提である「通行利益の享受」が欠けているので、妨害排除請求の利益がないと解されたのである。

2. 最判平成5年11月26日

次に、平成5年最判は、Yが自己の所有地にブロック塀を設置したが、これは近隣のA・B（共有者）及びCの所有地とともに土地の境界を中心線として、その両側に水平距離2メートルの範囲の土地は、建築基準法第42条2項に規定する指定により同条1項の位置指定道路とみなされている土地上の構築物であり、通行の妨害になるとして、Cの娘の夫であるXが、本件ブロック塀の撤去を求め、本訴を提起したという事案である。

このような事案において、最高裁は、道路指定土地内に建築基準法第44条1項⁽²⁵⁾に違反する構築物であるブロック塀を設置した場合でも、直ちに人格権的通行権の侵害に当たるわけではないと判示し、平成3年最判の判例法理を確認した⁽²⁶⁾。

(25) 建築基準法第44条1項本文は、「道路内の建築制限」について、「建築物又は敷地を造成するための擁壁は、道路内に、又は道路に突き出して建築し、又は築造してはならない」と規定する。

(26) 最（二小）判平成5年11月26日判時1502号89頁：Yは145番13の土地及び同土地上の建物を所有して同建物に居住し、XはC（妻の母親）の所有する同番1の土地上の東端の建物を所有して同建物に居住し、A及びBは、同番39の土地及び同土地上の建物を共有し、Aは同建物に居住している。同番13及び同番1の各土地と同番39の土地の境界を中心線とし、その両側に水平距離2メートルの範囲の土地は、建築基準法42条2項の位置指定道路である。Yは建物を新築し、従前の塀を取り壊し、その位置からブロック2枚分の幅で南側に張り出した位置（本件道路指定土地の中心線にほぼ沿った位置）にブロック塀を新設した。これは建築基準法違反であるとして特定行政庁から工事停止命令が出たが、工事を強行したものであった。そこで、Xは、Yに対し、本件ブロッ

私道の所有権と人格権としての通行権との相克(1)

本件における特殊事情は、①従前の塀の内側の部分は、現実に道路として開設されておらず、Xが通行していたわけではないから、その部分については、「自由に通行しようという反射的利益」それ自体が生じていない、②本件ブロック塀の設置により既存の通路の幅員が狭められた範囲はブロック2枚分の幅の程度にとどまり、本件ブロック塀の外側(南側)には公道に通ずる通路があるから、Xの日常生活に支障が生じたとはいえない、という点にある。本件においては、主として「通行利益の欠如」という事情から、人格権的通行権の侵害が認められなかったのである。

次の平成12年最判も、特殊な事情があったので、同様に人格権的通行権の侵害が認められなかったという事案である。

ク塀の撤去を求め、本訴を提起した。

原審は、道路の通行等への利用は道路位置指定による反射的な利益ではあるが、同時に民法上保護に値する自由権(人格権)の重要な内容をなすとして、Yの本件ブロック塀設置によるXの自由権(人格権)への侵害を認め、Xの自由権(人格権)に基づく本件ブロック塀の撤去請求を認容した。Yから上告。

破棄自判。「Yは、建築基準法42条2項に規定する指定がされた本件道路指定土地内に同法44条1項に違反する建築物である本件ブロック塀を設置したものであるが、このことから直ちに、本件道路指定土地に隣接する土地の地上建築物の所有者であるXに、本件ブロック塀の取去を求める私法上の権利があるということはできない。原審は、……Xの人格権としての自由権が侵害されたとするが、……本件ブロック塀の内側に位置するYの所有地のうち、Yが従前設置していた塀の内側の部分は、現実に道路として開設されておらず、Xが通行していたわけではないから、右部分については、自由に通行し得るという反射的利益自体が生じていない……(最二小判平成3年4月19日・裁判集民事162号489頁参照)。「また、本件ブロック塀の設置により既存の通路の幅員が狭められた範囲はブロック2枚分の幅の程度にとどまり、本件ブロック塀の外側(南側)には公道に通ずる通路がある……から、Xの日常生活に支障が生じたとはいえない」。本件ブロック塀の設置によりXの人格的利益は侵害されない。

3. 最判平成12年1月27日

次に、平成12年最判は、A（Xらの母）が長年の間、徒歩で通行していたYら所有の私道について、黙示の通行地役権（徒歩・二輪車通行目的）の設定を受けたが、Yらのマンション建設に伴うフェンスの設置により私道部分が拡張された後、Aが死亡したので、相続人Xらが亡Aの家屋を取り壊し、更地を賃貸駐車場として利用しようとしたところ、Yらが私道部分に金属製ポールを設置したので、Xらは自動車の通行ができないとして、Yらに対し金属製ポールの撤去を求めたという事案である。

このような事案において、最高裁は、後掲する平成9年最判を引用し、一般的には、Xらに自由な通行権（日常生活上不可欠の通行利益）のあることを認め、この法益を保全するために妨害排除請求権（人格権的権利）のあることも認めた。しかし、最高裁は、本件においては、「本件私道は、専ら徒歩また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行っ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……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」という理由から、Xらは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して、Xらの請求を棄却した⁽²⁷⁾。

(27) 最（一小）判平成12年1月27日判時1703号13頁：Xらの共有土地とYらの共有土地は隣接している。Yら共有地の一部には公道に接する未舗装の本件私道（幅員2～3メートル）が設置され、Xら共有地は本件私道以外の道路に接していない。本件私道は建築基準法42条2項の位置指定道路である。

Xらの母Aは、生前、現在のXら共有地に建物を所有して居住し、黙示により、Yらとの間において、Aの居住地を要役地とし、本件私道を承役地とする通行地役権の設定を受け、主に徒歩で利用する通路を設けてこれを利用してい

この平成12年最判は、「2項道路」の通行が妨害された場合でも、原則として人格権的通行権(判決文では「通行利益」という。)の侵害に当たると解しているが、事情によっては通行利益の侵害に当たらない場合があると判示したものである。

本件において人格権的通行権が害されていないと判断された事情として、①請求者が長年道路を使用していないこと、②道路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過ぎないという事実がある。そこで、本件においては、「日常生活上不可欠の通行利益」の侵害を否定したのである。

しかし、このような特殊な事情がなければ、道路を封鎖するなどの行為は人格権的通行権の侵害を構成する。そこで、次に、人格権的通行権の侵

た。ところが、Aが死亡したので、その相続人Xらは、Aの居住建物を取り壊し、更地にして駐車場経営をしようとした。しかし、Yらが本件私道上に金属製ポール(車止めポール)を設置したので、自動車による通行ができなくなった。そこで、Xらは、Yらに対し、Yらが本件私道上に設置した金属製ポールがXらの自動車の通行を妨害しているとして、ポールの撤去を求めた。

原審は、Xらの通行の自由権(人格権)を認め、Yらにポールの撤去を命じた。Yらから上告。

最高裁は、後掲平成9年最判を引用し、この法理は建築基準法第42条2項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らないとした上で、Xらに自由な通行権(人格権)を認めた。しかし、「本件私道は、専ら徒歩また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……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過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」として、原判決を破棄した上で、自判した。

害と認めた判例・裁判例を掲げ、考察する。

第2項 請求肯定事案

1. 東京地判平成5年6月1日

まず、下級審の裁判例ではあるが、人格権的通行権の侵害を認めた平成5年の東京地裁の判決がある。

平成5年東京地判は、Yらの共有土地が「2項道路」（幅員3.8メートル）であり、Xらが永年にわたり、本件Yら共有土地を含む道路を生活の用に供してきたところ、Yらが突如として通行を遮断し、コンクリートブロックで塀を積み上げたので、本件位置指定道路の通行ができなくなったとして、XらはYに対し、本件土地通行の自由権の確認を求め、また、本件土地上のコンクリートブロック等の撤去、ならびに自動車による通行を含む通行の妨害禁止などを求めたという事案である。

このような事案において、東京地裁は、私道の通行権は道路位置指定という行政処分による反射的利益に基づく通行利益ではあるが、私人の日常生活上に必須な道路利用である場合には、民法上の保護に値する自由権（人格権）として保護されるべきであり、この自由権が侵害され、その侵害が重大かつ継続のものであるときには、権利の本来的な姿を維持回復するため、右権利に基づいて妨害の排除をし、かつ、予防することができるかと判示した。また、自動車による通行についても、従前からYらを含む周辺住民及び一般人の自動車通行を含む通行の用に供されており、本件道路を自動車が通行することを認めても、Yらにとって過剰な負担を強いることにはならないとして、自動車での通行請求も認容した⁽²⁸⁾。

(28) 東京地判平成5年6月1日判時1503号87頁（確定）：「本件道路は、建築基準法42条2項により、東京都知事から……道路位置の指定を受けたものであるから、建築規制の面からとはいえ、……私権の行使に制限が加えられている上、

平成5年東京地判は、建築基準法第42条2項の位置指定道路の所有者が自己都合により道路を封鎖するなどの行為に出たため、通行者が妨害物の撤去と通行妨害行為の禁止を求めたという事案において、私道といえども、「道路」とされた以上は、一般公衆の通行の用に供されるべきものという前提に立脚している。また、道路に対する一般公衆の利用権は特定行政庁による位置指定という行政処分による反射的效果であるという前提にも立

道路交通法にいう道路と解されるから、交通の妨害となるような行為をすることが禁止され（同法76条）、その使用に各種の制限が加えられている（同法77条）などの諸点を併せ考えると、私道とはいえ専ら一般公衆の通行のために利用されるべきものといえることができる。

右のような道路の利用は、知事の道路位置指定という行政処分によって一般公衆が反射的に受ける利益であり、これによって、私道所有者と私道利用者ととの間に、通行地役権その他の私法上の通行権が積極的に設定されたことを意味するものではない。しかし、右反射的利益に基づく通行利益といえども、私人の日常生活上に必須な道路利用である場合には、民法上保護するに値する自由権（人格権）として保護されるべきであり、この自由権が侵害され、その侵害が重大かつ継続のものであるときは、権利の本来的な姿を維持回復するため、右権利に基づいて妨害の排除をし、かつ、予防することができると解するのが相当である。」

「近時における自動車保有の普及度は著しく、かつ、社会生活の機能を維持する上で自動車の果たす効用が飛躍的に増大してきていることに鑑みれば、Xらにとって、自動車で公道に出入りし得ることが日常生活上不可欠であるといえる。」本件道路は、昭和25年ころに開設されて以来、Yらを含む周辺住民及び一般人の自動車通行を含む通行の用に供されており、本件道路を自動車が行き交うことを認めても、Yらにとって過剰な負担を強いることにはならない。Xらの通行の自由権は、単にXら自身の通行だけでなく、Xらの建物に出入りする者の通行の自由を含む。本件工作物によるXらの通行の自由権に対する侵害は、重大かつ継続のものといえることができるから、Xらの本件工作物撤去請求及び妨害禁止請求には理由がある。

脚している。即ち、私道の所有者との間において、通行地役権その他の私法上の通行権が積極的に設定されたことを意味しない。これらの点は、従来の判例が確認してきたところである。

しかし、判例法理は、道路の通行権が行政処分による反射的利益であっても、「日常生活上、必要不可欠な道路の利用であるときには、民法によって保護されるべき自由権（人格権）として保護される」として、「通行の自由権」という「人格権」を保護するための妨害排除・予防請求権を「人格権的権利」として認めてきたと言ってもよい。本判決もその一つである。このような理由により、通行の自由権という人格権が侵害され、その侵害が重大かつ継続のものであるときには、権利の本来的な姿を維持回復するため、この権利に基づいて妨害の排除をし、かつ、予防することができる」と判示したのである。

このように、従来の判例法理の流れは、下級審の裁判例においては、公道の通行に関して昭和39年最判の認める「自由な通行権」を明確に「人格権」として、「通行人格権」を肯定し、その妨害について排除請求権のあることを認め、この妨害排除請求権を「人格権を保全するための人格権的権利」として肯定してきた。（前掲・後掲の最高裁判決における事実審の判決も参照）

また、本判決は、自動車による通行権を認めている。道路には、一般公衆の通行の用に供するという目的のみならず、緊急車両等の通行も確保しなければならないという目的がある。したがって、自動車による通行権の確保には、平和な社会生活の維持、公共の福祉（第1条1項）という観点からも十分な理由がある。

このような下級審裁判例の発展により、漸く最高裁においても、通行の自由権の保護に対するマイナス要素となる特殊事情のない事案が現れ、「日常生活上不可欠な通行利益の保護」を標榜する判例が現れるに至った。

2. 最判平成9年12月18日

平成9年最判は、Xら近隣住民が、道路位置の指定を受けた本件土地（係争地）を含む道路を30年以上にわたり徒歩及び自動車による通行の用に供してきたところ、本件土地を取得し、その隣接する土地に建物を建築して居住するに至ったYらが、Yらと通行に関する契約を締結しない者の本件土地の通行を禁止し、本件土地に簡易ゲートを設置したので、XらがYに対してその撤去を請求したという事案である。

このような事案において、最高裁は、建築基準法第42条1項5号による道路位置の指定を受け、現実に開設されている道路（私道）の通行について日常生活上不可欠の利益を有する者が、道路の通行をその敷地所有者によって妨害され、または妨害されるおそれがあるときには、敷地所有者に対して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を有すると判示した。

その理由は、①道路位置指定を受けて開設された道路を公衆が通行することは、本来は道路位置指定に伴う反射的利益に過ぎず、その通行が妨害されても、道路敷地所有者に対する妨害排除等の請求権を有しないのが原則であるが、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し、これが阻害された場合には甚だしい不利益が生じ、外部との交通について代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠となっている通行利益は私法上も保護に値すること、②道路位置指定に伴い建築基準法上の建築制限などの規制を受けるに至った道路敷地所有者は、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は、右の通行利益を上回る著しい損害を被るなど、特段の事情のない限り、通行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ず、私法上の通行受忍義務を負ってもやむをえないことの2点である⁽²⁹⁾。

結局、この事案においては、近隣住民のXらは本件土地を自動車で行くという日常生活上不可欠の利益を有しているのに対して、本件土地の

(29) 最（一小）判平成9年12月18日民集51巻10号4241頁：本件土地（係争地）は南側公道への出口部分の分岐点にある1筆の土地であり、私道の一部である。本件私道は、周辺が大規模な分譲住宅団地として開発された際、各分譲地に至る通路として開設された幅員4メートル、総延長は100メートルを超える舗装道路であり、建築基準法42条1項5号の規定により道路位置の指定を受けている。本件土地は、道路位置の指定以後30年以上にわたり、Xらを含む近隣住民等の徒歩及び自動車による通行の用に供されてきた。Xらが自己の居住地から自動車で公道に出るには、公道に通じ、本件土地から分岐して隣接する他の道路（公道への出口）が階段状であり、これを平面にしても急勾配であって、自動車による通行ができないため、本件土地を道路として利用することが不可欠であった。本件土地を取得したYらは、Xらの自動車通行をやめさせる意図の下に、本件土地に簡易ゲート等を設置した。その結果、Xらは、自動車で行くたびに、一旦下車して簡易ゲートを取り除かなければならなくなり、通行を妨害されている。

Xらは、道路位置指定処分を受けた道路の一部である本件土地を所有しているYらがXらの自由な通行を否認し、妨害しているとして、その妨害の排除を求めるため、本訴を提起した。

原審は、Xらは本件土地につき自動車通行を含む通行の自由権を有し、これを妨害するYらに対して妨害排除、妨害予防を請求することができると判示し、Yらの控訴を棄却した。Yらから上告。

最高裁は、「建築基準法42条1項5号の規定による位置の指定（以下「道路位置指定」という。）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」と判示し、Yらの上告を棄却した。その理由は本文に示したとおりである。

所有者であるYらは、Xらの本件土地の通行を妨害し、かつ、将来も妨害するおそれがある一方で、他方、YらがXらの通行利益を上回る著しい損害を被るといった特段の事情もなければ、Xらの本件妨害排除・予防請求は認められて然るべきである。

そこで、次段においては、本稿の問題点に関して、最高裁が平成9年最判を確定判例とした理由に関して、従来の判例法理を踏まえつつ、総合的に分析することとしたい。

第3項 位置指定道路の通行妨害に関する判例の総合的分析

本稿の問題点について、平成9年最判は、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は、敷地所有者が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、特段の事情のない限り、通行者は、敷地所有者に対し、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）を有するものと判示した。

その理由は、第一に、本件のような道路通行権は、道路位置指定に伴う反射的利益に過ぎず、その通行が妨害されても、道路敷地所有者に対する妨害排除等の請求権を有しないのが原則であるが、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し、これが阻害された場合の不利益は甚だしく、外部との交通に関する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に値するものだからである。

また、理由の第二は、道路敷地所有者は、通行者の通行利益を上回る損害を被るなど、特段の事情のない限り、私法上の通行受忍義務を負うべきものだからである。

平成9年最判は、所謂「利益衡量論」による解決を図っている。即ち、土地所有者による位置指定道路の通行権の妨害について、土地所有者の被る損害と通行利益とを比較衡量しつつ、前者の損害が後者の利益を上回ら

ないことを要件とし、また、生活の本拠と外部との通行に関して、他に代替的な手段を欠くという必要不可欠性を要件として、日常通行している地域住民にはその妨害排除・予防請求権という人格権的権利があるとしたのである。この解釈論を見る限り、公道の自由な通行権を端的に人格権と解する昭和39年最判やその後の下級審裁判例の解釈とは異なるように思われる。

道路位置の指定がなされた土地は、地方自治体から道路位置指定を受けたとはいえ、個人の所有地としての私道であり、この所有者による通行妨害について、通行者がその排除・予防の請求権を有するか否かが争点となる。この争点については、通行者が長年生活用道路として通行してきたという事実があれば、通行地役権の時効取得（第283条）も俎上に上ってくる。しかし、通行地役権は土地所有者の情誼による通行の黙認によっては成立せず、その場合には時効取得も考えられない⁽³⁰⁾。そうすると、通行者は私道でも公道と同様の「通行の自由権」を有するのか、また、この通行の自由権に基づく妨害排除請求権を有するのか、このような権利に基づく妨

(30) 判例は、古くから、「通路」を設けることが通行地役権の時効取得の要件と解してきた（大判明治31年6月17日民録4輯81頁、同昭和2年9月19日民集6巻510頁）。それゆえ、事実上の承役地と化している土地の所有者が近隣住民への情誼に基づいて通行を黙認し、当該土地が踏み固められて通路化しているとしても、通路を設けたものとは言えないので、通行地役権の時効取得の要件を充たさないのである（石口・前掲書『物権法』686頁参照）。

この問題について、旧来の通説は、このような場合に通行地役権の時効取得を認めることは「相当に問題である」（我妻榮『物権法』〔岩波書店、1952年〕288頁）、「疑問であろう」（舟橋諄一『物権法』〔有斐閣、1960年〕432頁）と論じているが、この点は私見と同じく「継続的に行使かつ外形上認識可能（第283条。平成16年改正前は「継続かつ表現」）」という要件該当性の判断において「通路の開設」を絶対要件と解していることの証左である。したがって、この旧来の通説の示した見解（問題ないし疑問）は私見と同一に帰する。

害の差止請求権を有するとしても、それはどのような理由に基づいて認められるのかという点は判例法上は必ずしも明らかにされてこなかった。

平成9年最判は、日常生活において必要不可欠な通行利益を被保全利益として、この法益を守る請求権自体を人格権的権利として位置づけ、この権利を通行者に認めるという解釈手法を採ったものである。

平成9年最判と類似の問題について、従来の判例は、道路位置指定がなされた道路であっても、現実に道路として共用されていない部分については、土地所有者以外に自由な通行権はないとして、妨害排除請求権を否定していた⁽³¹⁾。また、土地所有者が道路位置指定内にブロック塀を設置したとしても、塀の内側の部分は現実に道路が開設されず、通行の用に供されていないので、その部分については、自由に通行するという反射的利益自体が生じておらず、また、ブロック塀の設置により既存の通路の幅員が狭められた範囲はブロック2枚分程度にとどまり、ブロック塀の外側には公道に通ずる通路があるという理由から、通行人の日常生活に支障が生じたとはいえないとして、妨害排除請求を否定してきた⁽³²⁾。

これらの判例は、私道が道路位置の指定を受けた後でも、現実には道路として供用されていなかったという場合の判例であり、道路として供用されていた場合の判例としては、最高裁においては、平成9年最判が最初の判断である。しかし、前掲したように、下級審の裁判例においては、昭和39年最判の示した「通行の自由権（人格権）」に基づき、通行妨害の排除請求権を人格権的権利として認めていた。

平成9年最判は、昭和39年最判以降の通行の自由権に関する下級審における判例法理、ならびに多数学説による人格権的通行権の承認という解釈の流れにおいて、必然的に生じた判例である。ただ、利益衡量論で解決す

(31) 最判平成3年4月19日金商872号42頁。

(32) 最判平成5年11月26日判時1502号89頁。

るにせよ、通行権を単なる日常生活上の利益としてではなく、一步進んで、人格権としての通行権として、明確に被保全権利と認めてもよかったのではないかと思われる。その理由は、最終的な妨害の差止請求権を人格権的権利と位置づけているからである。これを物権的請求権に置き換えて考えると、一目瞭然である。物権を保全する権利だから物権的権利としての請求権なのである。したがって、人格権を保全するための権利は人格権的権利ということになる。

いずれにせよ、私道といえども、建築基準法によってその道路としての位置が指定され、現実に周辺住民及びその他の人々の通行の用に供されている限り、公道と同じく、たとえ土地所有者であっても、通行の妨害をしてはならないという当たり前の命題が存在する。この命題について、最高裁の判例を始めとする一連の判例法理は、土地所有者への受忍義務負担によって被る損害と通行利益との比較衡量という解釈手法を用いてはいるが、通行者に人格権的通行権の存在を明文で認めたのであるから、判例法理としては、通行利益それ自体を人格権的権利にまで高め、これを認めたものということができよう。

平成9年最判以後は、平成12年最判が、平成9年最判と同様の事案において、同様の人格権的通行権の存在自体は認めている⁽³³⁾。しかし、前述したように、平成12年最判の特殊事情として、①請求者が本件道路を使用していない、②請求者は日常生活において道路を使用するのではなく、もっぱら駐車場経営のために使用するという事実があり、「日常生活上、必要不可欠な通行」という要件を充足していないことから、結論としては、人格権的権利の侵害とは認められなかったのである。

この解釈は、通行者本人が要役他のために承役地所有者に対して通行地役権の時効取得を請求したという事案であれば、正しい論理ではある。し

(33) 最判平成12年1月27日判時1703号13頁。

かし、平成12年最判は「2項道路」の通行妨害事案であり、道路であれば、主として個人利用目的である通行地役権の場合とは異なり、「公衆用道路」としての性格を有するのであり、公衆の利用に供するという一面もあるので、「通行利益」はあるのではないだろうか。このような疑問が生ずる。ただ、平成12年最判の場合には、原告が「自動車の通行妨害」のみを争点としていることから、「従前から自動車の通行という事実なし」という理由によって請求が認められなかっただけであり、自動車以外の通行権を否定したのではないと思われる。この意味において、平成12年最判の解釈には注意を要するものと思われる。

第4款 大阪高判平成26年12月19日と新たな最高裁判決の可能性

本稿における従来の判例を分析した結果として、公道のみならず、公的私道としての位置指定道路（1項5号道路、2項道路）においても、「通行の自由権」の侵害に基づく妨害排除請求権（人格権的権利）を認めるという判例法理の存在を明らかにすることができた。もっとも、1項5号道路は公道として位置づけることも可能であるが、2項道路は従前（指定前）の状況と何ら変わることなく、私道のままでの道路位置指定であることから、本来は、前者とは異なる解釈も可能である。

しかし、判例は、位置指定道路の間に差を設けず、一律に「通行の自由権」や「通行利益」の対象として位置づけているように思われる。この点を踏まえた上で、本段においては、平成26年大阪高判について、従来の判例法理との関係、とりわけ、その判例法上の位置づけを試みる。

前述したように、平成26年大阪高判が提示した規範命題は、次に示すとおりである。

〔命題1〕

私道の通行者が貨物自動車等で通行する営業上の利益を有し、その利益が通行者の日常生活上不可欠なものである場合において、私道所有者の通行受忍による不利益たる損害が通行者の通行利益を上回るほどのものではないときには、私道所有者の妨害物の設置による通行妨害は通行者の人格権的権利の侵害となる。

〔命題2〕

斯かる通行妨害があるときには、通行者は、私道所有者など通行妨害者に対し、人格権的権利に基づく妨害排除請求権を行使することができる。

〔命題3〕

将来、同様の行為により反復的に通行妨害行為をする危険性があるときには、通行者は、通行妨害予防請求権により、通行妨害者に対し、妨害物の設置の禁止を請求することができる。

まず、〔命題1〕は、最高裁の判例法理（規範命題）を引用指示したに過ぎないが、最高裁の判例法理であれば、「通行者の人格権的権利の侵害」ではなく、「通行者の人格権的利益の侵害」となるはずである。最高裁の判例法理との違いはこの点のみである。この点については、〔命題2〕に関する考察とともに論ずる。

次に、〔命題2〕は、最高裁の判例法理であれば、「人格権的権利に基づく」ではなく、「人格権的権利としての」となる。つまり、最高裁は、私道の通行権は「法によって保護されるべき日常生活上必要不可欠の利益」であり、この法益侵害を差し止めるために妨害排除（妨害物の除去）請求権を認めるので、この請求権それ自体を「人格権的権利」として位置づけている。

これに対して、平成26年大阪高判は、通行権自体が人格権的権利であり、その権利侵害の回復手段として、妨害排除請求権を認めるという構成である。前述したように、夙に大阪高裁は、人格権の定義付けとして、「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的な

ものであって、その総体を人格権という」としている⁽³⁴⁾。人格権が「各人の人格にとって本質的な利益の総体」であるならば、「生命、身体、精神、生活」というそれぞれの利益は「人格権的利益（人格権を構成する利益）」であり、この利益を権利に置き換えれば、「人格権的権利（人格権を構成する権利）」ということになる。このように位置づけると、日常生活上の不可欠な利益ないし権利は人格権を構成する保護法益の一つに過ぎないということになる。これが判例法理の到達点であるとすれば、判例法上は、「人格権的利益」と「人格権的権利」とは、ほぼ同一の意味を有することとなる。そして、最高裁は、「通行利益（法益）を全うするための妨害排除請求権」と構成し、平成26年大阪高判は「通行権（権利）を全うするための妨害排除請求権」と構成する。

この点は、既に別稿において論じたように⁽³⁵⁾、人格権（個別の人格権的権利）の侵害を広く法益侵害ととらえ、現在の侵害行為の除去・将来の侵害行為の停止請求（差止請求）と構成する現代の解釈の趨勢から考える限り、文言は異なるものの、解釈論としては同一に帰するのではないだろうか。このように解すると、従来最高裁の判例とは法的構成が異なるように見える平成26年大阪高判ではあるが、最高裁の判例法理に組み入れることができよう。そうすると、平成26年大阪高判の位置づけとしては、従来の判例法理が通行権を「日常生活上不可欠な利益」と定義づけるのに対して、これに「日常生活上不可欠な営業上の利益」を含むものとして、保護すべき法益の拡張を図るという点において判例法上の意義を見いだすことができる。この点は、営業権ないし営業上の利益を人格権の範疇に含むものと解する限り、解釈上の整合性を維持することができる⁽³⁶⁾。

(34) 大阪高判昭和50年11月27日判時797号36頁（大阪空港騒音公害訴訟）。

(35) 石口・前掲書（『物権法』）80—84頁，106頁，109—110頁。

(36) この解釈は、借家権と看板設置権との関係について矛盾なく判断した最判

最後に、〔命題3〕は、将来の反復的な妨害行為の禁止を求めるために妨害予防請求権を行使するというものである。将来の妨害行為の停止請求権ともいう。所謂「不作為請求権」である。判例法理にその意義を求めると、妨害予防請求とは、「所有権の円満な状態が他から侵害されるおそれある状態に至ったときに、所有権の効力として所有権の円満な状態を保全するため、現にこの危険を生ぜしめつつある者に対してその危険の防止を請求しうるもの」である⁽³⁷⁾。

平成26年大阪高判は、この請求権に関しては、現に妨害物の設置してある場所（本件2項道路である「土地二。」）に限定して認めている。この点に関する理由は、判決理由からは明らかではないが、将来の妨害行為の禁止については、本件道路全体に対する包括的な禁止ではなく、あくまでも、現に妨害物の設置されている位置指定道路部分（本件土地二）に限定して認めるということである。本件のような妨害物撤去後の妨害予防請求は、

平成25年4月9日（判時2187号26頁）における解釈を範とするものである。本判決は、借家（店舗）の賃貸借契約に含まれていない看板設置権を営業上の不可欠の利益とみて、借家権と一体をなすものとして認めたものである。即ち、ビルの地下に店舗を構えて営業する場合には、地上からでは店舗の位置が判然としないことから、地上における看板の設置が「営業上必要不可欠」であると解したからこそ、看板設置権を認めたのであり、平成26年大阪高判においては、貨物自動車による通行が「営業上必要不可欠」であるからこそ、日常生活上の通行利益ないし権利の中に入れて、権利を拡張したものと解することができる。この点からも、解釈論としては同一の方向性（人格権的利益ないし権利の保護）を採っているものといえよう。この解釈論については、石口「前掲論文」愛大法経論集第199号35頁（36頁以下）を参照されたい。

(37) 大判昭和7年11月9日民集11巻2277頁（土砂を掘採し隣地の崩壊を来すおそれある危険な状態を作出したという事案）、大判昭和12年11月19日民集16巻1881頁（元々の地質が砂地である畑地を水田として土地を掘り下げたので、隣地が水田内に自然崩壊する危険な状態を作出したという事案）。

「反復的妨害行為の禁止」であり、現在の妨害状況を基準とし、将来も同様の方法で妨害状況を作成する危険のある場合にのみ認められる（BGB第1004条1項2文参照）。したがって、平成26年大阪高判においても、現在の危険状態の将来における反復可能性を考慮して、その危険箇所を特定かつ限定して、将来の妨害行為の禁止を認めたのである。

わが国における判例法理に関する分析と考察については、概ね、以上の通りである。次節以降においては、判例法理と学説との比較検討（所謂「学理的考察」）、また、類似の問題を包蔵するドイツ法との比較法的考察を踏まえ、総合的な考察へと発展させる所存である。

（2016年9月14日稿，未完）

