



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告一. まちづくりにおける私法と公法の交錯 : 私道の通行をめぐる最近の民事裁判例を手がかりにして
Author(s)	秋山, 靖浩
Description	シンポジウム 「都市環境法における公私協働」
Citation	北大法学論集, 59(6), 175-199
Issue Date	2009-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38367
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-6_p175-199.pdf



まちづくりにおける私法と公法の交錯

——私道の通行をめぐる最近の民事裁判例を手がかりにして——

秋
山
靖
浩

一 問題の所在

(一) まちづくりにおける建築基準法上の道路の意義

タイトルが「まちづくりにおける」となっています。まちづくりが重要な課題であるということは、一般的な認識としてそれほど異論はないだろうと思います。そのまちづくりと民法との関係を考えてときに、いろいろなところで接点ないし交錯がありそうです。大きくとらえれば、民法というのがまちづくりにどのようにかわり合っているのか、あるいは今後かわり合っていくべきなのか、ということでしょう。あるいは、逆にかかわり合うべきではないという発想もあるかもしれません。

もつとも、まちづくりといってもあまりにも広いですから、今回はこれを特に道路の局面、しかも建築基準法上の道路である私道の局面からとらえて、そこにおける民法の意義を検討することにします。

建築基準法上の道路というのは、まちづくりにとって重要な役割を果たしているということが出来ます。まず、特に重要だと思われるのは、建築基準法四三条が都市計画区域および準都市計画区域内において、建築物の敷地は原則として建築基準法所定の道路に二メートル以上接していなければならないと規定していることです。その趣旨は、建築物が建築基準法上の道路に接道していることは、通行を確保することだけでなく、防災や避難、あるいは通風や日照など、市街地の環境の整備にとつて重要であるからだということです。

次に、建築基準法の道路というのは、建築基準法の集団規定ともつながりがあります。一例を挙げれば、容積率の算定をするときに、その建物の前面道路の幅員がどれくらいかということによって容積率の規制が決まってくるという規定があります（建築基準法五二条二項等参照）。

このように見ますと、建築基準法上の道路は、安全で良好な都市生活を確保するために重要な機能を担っているというを確認することができるかと思えます。そのような重要な機能を担っているため、建築基準法上の道路というのは一定の基準を満たす必要があります。そのための定義・要件が建築基準法四二条にあります。細かいところは省略し

ますが、基本的には、幅員が原則として四メートル必要であるというような規定が設けられています。

(二) 建築基準法上の道路とされた私道の意義

以上は建築基準法上の道路一般についての話ですが、今回の報告では、その中でも建築基準法上の道路とされている私道を取り上げることにします。と申しますのは、建築基準法上の道路たる私道をめぐる法律関係においてまさに、私法と公法が複雑に交錯していると考えられるからです。

私道ということは、その私道の敷地は私人が所有しています。しかし、一定の場合には、私道であっても建築基準法上の道路として扱われる場合があります。民法の裁判例で頻繁に登場するのは、いわゆる位置指定道路と呼ばれているものと、二項道路と呼ばれているものの二つです。

まず、位置指定道路とは、建築基準法四二条一項五号に規定された道路です。私道の場合ですと、基本的には、一定の基準を充足している場合にその敷地の所有者等が特定行政庁に申請し、特定行政庁が位置指定するという仕組みになっています。それによつて建築基準法の道路として扱われるということになるわけです。

もう一つの二項道路は、建築基準法四二条二項に規定されているものです。こちらは、私道の幅員が四メートル未満であるという状況において、特定行政庁が指定したものを指します。建築基準法上の道路は本来四メートルが原則と先ほど申しましたが、そうでない場合であっても例外的に建築基準法上の道路とみなされます。ですから、みなし道路と呼ばれることもあります。その道路の中心線から左右に二メートルの線が道路境界線とされます。二項道路の場合、指定された当初は四メートルの幅員が確保されておらず、建物や塀等がまだ道路の上に建っている状態が通常です。しかし、その後、建物を改築したり新築したりするときにセットバックしないといけませんので（後ほど述べるように建築

基準法四四条により道路内の建築が制限されています）、それによって四メートルの道路が徐々に整備されていくわけです。その点で、私益としての既存建築物の所有者の既得権と公益上の要請とを、いわば調整して妥協させたんだというような説明がされることがあります。

なお、二項道路は、位置指定道路と異なり、特定行政庁の職権によって指定されます。指定の方法には、個々の道路について個別に指定する方式と、一定の告示・規則を設けてその基準を満たしているものを包括して指定する方式とがあります。

このようにして私道が建築基準法上の道路となると、さまざまな規制がかかります。本来は私道ですから、例えばその敷地の所有者は自己の所有権の自由な行使ができるはずです。それにもかかわらず、建築基準法上の道路になると、その公共的な役割ゆえに各種の制約がかかってくるわけです。特に重要なものを二つ挙げておきます。一つは、建築基準法四四条により、道路内の建築は原則として制限されます。これに違反すれば、特定行政庁が違反是正のための必要な措置を講ずることができることになっています（建築基準法九条）。もう一つは、建築基準法四五条により、私道の敷地の所有者等は、一定の場合には勝手に私道の変更・廃止をすることができません。そこを通行している人やその敷地の権利者等が全員同意していたとしても、公益上の必要性がある場合、特定行政庁は、私道の変更・廃止を禁止または制限することができると解されています。

ところで、このような建築基準法上の道路とされた私道はどのくらいの数が存在しているのでしょうか。東京都の場合、特に二項道路は相当な数にのぼるといわれています。東京都の住宅の総戸数のうち三分の一は幅員四メートル未満の道路にしか接していないか、あるいはまったく道路に接していない状況である、二三区の中の一部の区では、半分ぐらいが幅員四メートル未満の道路にしか接していない、というようなデータもあるようです（内山忠明「私道の廃止」

日法六六卷四号（二〇〇一）九〇頁以下）。このような現状から見ても、建築基準法上の道路とされた私道、特に二項道路の存在というのは、まちづくりにとつてかなり重要な影響を及ぼしているといえます。

以下では、建築基準法上の道路として扱われる私道のことを、単に「建築基準法上の私道」と呼ぶことにします。

（三）建築基準法上の私道における私法と公法の交錯

さて、このような建築基準法上の私道においては、私法と公法との興味深い交錯が見られます。

まず、私道の敷地は私人が所有していますから、基本的には敷地所有者の利益がそこに密接に関係しているわけです。しかし他方で、建築基準法上の道路であることによって、既に見たように、行政との関係でさまざまな制約に服することになります。

注意すべきなのは、この場面では、行政庁と私道敷地の所有者との関係だけではなく、もう一ついわば横の関係も存在していることです。つまり、私道の敷地の所有者と、その私道を通行する者やその私道の沿接土地の所有者との関係です。私道を通行する者や私道の沿接土地の所有者は、例えば、その私道を普段通行して出入りしたり、火事が起きれば避難する通路として使うというような形で、当該私道についてさまざまな利益を有しています。そうしますと、このようないわば横の関係も無視することができません。

このように考えますと、建築基準法上の私道の場面においては、行政庁、私道敷地の所有者、私道の通行者や私道沿接土地の所有者、という三者が登場するといえそうです。そして、民法学からの関心としては、この三者が描かれた図式の中で、民法の規律に果たしてどのような位置付けが与えられるのか、つまり、この三者間の法律関係のどのような部分を民法が規律し、その民法の規律が三者間の法律関係全体の中でどのような意義を有しているのか、また今後有する

べきなのか、ということになるでしょう。

伝統的には、民法は、私人間の関係、つまり、私道敷地の所有者と私道の通行者ないし私道沿接土地の所有者との法律関係を規律するものだ、と理解されてきたといえるでしょう。しかし、建築基準法上の私道をめぐる法律関係がこのような三面的な関係から構成されている以上、横の関係（つまり、私道敷地の所有者と私道の通行者ないし私道沿接土地の所有者との法律関係）を民法が適切に規律するためには、縦の関係（つまり、行政庁と私道敷地の所有者との法律関係、さらに、行政庁と私道の通行者ないし私道沿接土地の所有者との法律関係）にも十分に注意を払わなければならないはずです。

（四）検討の対象

以上のような基本的な問題意識に基づいて、本報告では、建築基準法上の私道の通行をめぐる最近の三つの民事裁判例を取り上げたいと思います。すなわち、

- ・ 位置指定道路の通行妨害に対する民法上の妨害排除請求の成否が争われた最判平成九年二月一八日（民集五一巻一〇号四二四一頁）
- ・ 二項道路の通行妨害に対する民法上の妨害排除請求の成否が争われた最判平成二二年一月二七日（判時一七〇三号一三一頁）
- ・ 同じく二項道路の通行妨害に対する民法上の妨害排除請求の事例ですが、やや異なる論点が扱われた最判平成一八年三月二三日（判時一九三二号八五頁）

の三つです。以下、「平成九年判決」「平成二二年判決」「平成一八年判決」と略して述べることもあります。

なお、本報告は私法と公法との交錯という観点からの報告ですので、各判決の細かい事実関係については必要最小限触れるにとどめ、理論の部分を取り上げることが、あらかじめお断り申し上げます。

二 判例のこれまでの到達点と問題点

(一) 平成九年判決および平成一二年判決

まず、平成九年判決は、建築基準法四二条一項五号による道路位置指定を受けた私道の通行妨害の事例です。

大規模な住宅団地を開発したときに、各分譲地に至る通路として幅員四メートルの私道が開設され、道路位置の指定を受け、その後三〇年以上にわたって、近隣の住民がその私道を徒歩および自動車によって通行していました。しかしその後、私道の敷地を所有していたある者が、車両の通行等を禁止する趣旨のビラをまいたり、看板を立てたり、簡易ゲートを設置するという形で通行の妨害を行うようになりました。そこで、そこを通行していた者たちが原告となり、その敷地の所有者に対し、通行の支障になっている簡易ゲートの撤去などを求めたというような事案です。

原審は原告の請求を認容し、被告が上告したところ、最高裁は、位置の指定を受けて現実に開設されている道路を通行するについて日常生活上不可欠の利益を有する者は、その通行を妨害されまたは妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が通行を容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がない限り、敷地所有者に対して妨害行為の排除および将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有するとして、このような権利に基づく原告の通行妨害の排除を認めるという結論に至りました。

次に、平成一二年判決は、二項道路に関する事案ですが、先ほどの平成九年判決の述べたことが基本的に二項道路に

も当てはまると判示しています。つまり、平成九年判決を引用した上で、このことは建築基準法四二条二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、と判示したものです。

ただ、平成一二年判決の事案では、原告は本件の二項道路を自動車で通行することが妨害されたとして妨害排除請求をしたのですが、結論的にはその請求は認められませんでした。本件の二項道路は従来もつぱら徒歩または二輪車による通行のみに供されていたこと、また、原告は、本件の二項道路に沿接している土地を所有していたわけですが、現在はそこに住んでおらず、自己の土地を賃貸駐車場として使用する目的しか有していなかったこと、などの事実関係がありました。そこで、最高裁は、原告は「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、原告の請求を否定したのです。

もつとも、後ほどまた触れますが、本件では以下のような事実関係もありました。すなわち、本件は二項道路の事案ですので、二項道路に指定された時点では既存の建築物等が私道上にあったわけですが、被告はその後、私道上にあった既存の塀を撤去し、道路の中心線から二メートル後退した位置にフェンスを設置しています。つまり、自己の所有する二項道路たる敷地を、道路として拡張・整備したわけです。ところが、その後五年ぐらいして、そのように整備された私道上に金属製のポールを立てて、再び私道を狭くしてしまったのです。このような被告の行動をどのように評価するかが、民法上の議論において一つのポイントになっています。

(二) 判例の到達点

平成九年判決・平成一二年判決の出発点は、建築基準法上の私道を通行することは道路位置指定という行政上の処分の反射的な利益にすぎないというところにあります。反射的利益にすぎないのであって、私道通行者の民法上の権利を

ストレートに根拠付けるものではないとします。

ただし、反射的利益にとどまらない場合もあり、一定の要件を満たしていれば、個人に帰属する権利として通行妨害を排除する権利が認められるとしています。その要件とは、建築基準法上の私道であって現実に開設されていること、および、その私道を通行するについて日常生活上不可欠の利益を有することとされています。そのような場合は、特段の事情がない限り、通行妨害行為の排除・禁止を求める権利が当該私道の通行者に個人的に帰属するとしています。

このようにして、判例は、先に述べた反射的利益論を克服したといえるでしょう。つまり、建築基準法上の私道の通行をめぐる法律関係の中から、個人に帰属して民法上の保護に値する通行利益を抽出し、それを一定の要件の下で人格権的権利という法律構成で保護している、というようにまとめることができるかと思っています。

このことは、私道通行者の側から見れば、基本的な生活利益のうち日常生活上不可欠になった通行利益であれば、反射的利益にとどまらず、私法上も保護されるということを意味します。しかし他方で、私道敷地の所有者の側から見れば、その私道が建築基準法上の道路になった場合、建築基準法上の各種の制限に服するだけでは済まされないことをも意味しています。つまり、一定の要件の下では、私道通行者との関係で、私法上の通行受忍義務を負うことも正当化されることになるわけです。ここには、先ほど述べた、横の関係と縦の関係が複雑に絡み合っている様子を見て取れるかと思っています。

(三) 判例の問題点

しかし、以上の判例に対しては、その考えには基本的に賛成するけれども、果たしてこれで十分なのか、もっと広く通行妨害の排除を民法上認めるべきではないか、という議論も有力です。

このような議論は、建築基準法上の道路が実現しようとしている公共的な利益というものにもっと着目するべきだ、という基本的な発想に支えられているように思われます。そして、その背景には、建築基準法上の道路の場合、先に述べた建築基準法違反の状態があれば特定行政庁が一定の措置を講じることになっているけれども、そのような任務を特定行政庁は十分に尽くしているとは到底いえないではないか、つまり建築基準法が機能不全を起こしているから、そのような状況では民法上の手段がもっと役割を果たすべきである、という基本的な認識があります。

そのような認識から出發しますと、平成九年判決・平成一二年判決が確立した要件は厳しすぎるようにも思われます。例えば、日常生活上不可欠の利益まで要求しなくてもよいのではないか。その心配が表面化したのが、平成一二年判決でした。確かに、賃貸駐車場として使用する目的だったため、原告にとつては日常生活上の通行利益があまり濃厚ではなかった事案でした。しかし、被告によって二項道路の通行が妨げられていることには変わりがなく、その結果、建築基準法上の道路が果たすべき機能にも支障が生じうるのであれば、原告の通行利益が濃厚でなかったとしても、原告による通行妨害の排除・禁止の請求がもう少し広く認められてもよいのではないか、という反論が考えられます。

あるいは、判例は建築基準法上の私道が現実に開設されていることを要件としています。この要件も必要でしょうか。この要件を厳格に要求すると、特に二項道路の場合に困ったことになります。先に述べたように、二項道路というのは当初は幅員が四メートルなくて、徐々に四メートルの幅員が整備されていく私道です。当初は、私道上に既存の建築物等が存在するなどして、現況は例えば三メートルの幅員の道路しかなく、現実には開設されていない一メートルの道路部分があるわけです。この部分が、その後のセットバック等によって徐々に広がっていくわけです。そうすると、現実に道路が開設されているという要件を厳格に要求すると、二項道路の場合、まだセットバックしていない部分があることを理由に、この要件を充足していないと判断されるおそれがあります。

平成一二年判決はまさにそのような事案でした。一度は中心線から二メートルバックさせたにもかかわらず、被告がまた元へ戻ってしまったわけです。そのセットバックした部分はそれまでは道路として開設されていなかったわけですから、道路が現実に開設されているという要件を充足していない、したがって妨害排除請求は認められない、という結論になることもありうるわけです。しかし、このような結論は、二項道路の制度の趣旨からすれば妥当ではありません。二項道路は本来だんだんと整備されていくわけですから、一度広がったものをまた狭くしても妨害排除請求が認められないというのは、二項道路の制度の趣旨を没却してしまうことになりかねないからです（石田剛「判批（最判平成一二年一月二七日）」判評五〇一号（二〇〇〇）二四頁、金子正史「判批（最判平成一八年三月二八日）」自研八三卷九号（二〇〇七）一四二頁以下等）。

さらに、このような要件レベルでの批判を超えて、建築基準法と民法との関係をもっと根本的にとらえ直して、建築基準法も民法の秩序を形成しているという議論も展開されています（吉田克己「判批（最判平成九年二月一八日）」民商一二〇巻六号（一九九九）一〇六四頁以下、池田恒男「判批（最判平成九年二月一八日）」判タ九八三号（一九九八）六九頁以下等）。詳細は省略しますが、例えば、建築法規・都市計画法規は、衛生・防災・アメニティーなどの良好な都市生活を確保することを目的とする法律である以上、「都市という公共空間に居住しこれを諸活動の舞台とする人々の間を規律する秩序を国会制定法として表現したものでなければならぬ。そのことからすれば、これらの（適法に成立した）建築法規・都市計画法規は、「原則として土地利用に関する地域（近隣者間ないしコミュニティを指す）的公序を形成し、民事法秩序の要素をなす」、とされます（池田・前掲六九頁）。そして、このような考えをベースに、民法の解釈論においても、建築基準法上の道路が実現しようとする公共的な利益を積極的に取り込んで、建築基準法上の私道の通行妨害に対する妨害排除請求を広く認めようとしています。

三 考察の視点

さて、建築基準法上の私道の通行妨害という事態を、土地の利用という観点からとらえ直してみるとどうなるでしょうか。

これは結局、私道敷地とその周辺の土地（そのような土地を所有すると同時に私道を通行していることが多いわけですが）との間で、土地の利用をめぐる対立・衝突が起きている場面としてとらえることができそうです。そうすると、そのような土地利用相互間の対立をどのように調整するかが、ここでの重要な課題であるといえるでしょう。

民法はそもそも、相邻関係の規定に典型的に見られるように、私人間の関係を規律するという形で、そのような土地利用相互間の対立を調整しています。その意味では、民法は、土地利用の調整のための規範として位置づけることが可能です。そして、ここでは、建築基準法上の私道の通行妨害という土地利用相互間の対立の事態に直面して、民法の土地利用の調整規範がいったいどのような意義を有するかが問われていることとなります。

もともと、土地の利用をどのように調整するかという問題は、何も民法の専売特許ではありません。建築基準法でもまさに、例えば前述の建築基準法四三条や四四条において、この点に関する調整が行われているわけです。そうしますと、民法の土地利用の調整規範の意義を検討するにあたっては、建築基準法における同様の規範の意義を抜きにして考えることはできないといえるでしょう。例えば、建築基準法の各種の規律によって、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる土地利用の対立がうまく調整されているのであれば、民法の出番はないとも考えられるでしょう。

そこで、建築基準法との関係で民法の土地利用の調整規範の意義を検討しなければならないということを、考察における第一の視点にしたいと思います。

その上で、第一の視点において、やはり民法が土地利用の調整のために機能するべき場所があるといえたとしても、そもそも、民法の土地利用の調整規範とはどのようなものなのか、そして、土地利用に関するさまざまな利益についてのどのような調整をするべきなのかは、必ずしも自明のことではありません。言い換えれば、民法の土地利用の調整規範がどのような構造を有し、いかなる仕組みを通じて具体的な調整を図っているのかを、解明しなければなりません。民法の土地利用の調整規範の構造や仕組みを検討しなければならないということを、考察における第二の視点とします。

本報告において、以上の二つの視点のすべてに答えを出すことはできません。しかし、先の判例の到達点と問題点を踏まえるならば、それぞれの視点について以下のことをいえるように思われます。

四 第一の視点…民法の土地利用の調整規範に期待される意義

まず、建築基準法における土地利用の調整を念頭に置きながら、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係において、民法の土地利用の調整規範にどのような意義が期待されているかを考えてみましょう。

ここで指摘しておく必要があるのは、建築基準法上の私道の維持・確保において特定行政庁が是正命令等を出せるとはいっても、そこには既に構造的な問題が潜んでいることです。つまり、特定行政庁は是正命令等を出せるけれども、一般的な説明によれば、これは特定行政庁の専門技術的な裁量に委ねられているわけです。したがって、命令が出るときもあるし出ないときもある。また、特定行政庁の判断を司法審査するときにも、基本的には行政庁の裁量があるので行政庁の判断が優先されることとなります（金子・前掲一三九頁以下）。

そして、現実にも、例えば道路内に建築しているからそれを除去しろという命令が出るかというと、実際には相当に

重大な違反でないといこの種の命令は出ないといわれています。それゆえに、建築基準法による通行妨害排除の仕組みがなかなか機能していないという認識が生まれ、先ほどの平成九年判決や平成一二年判決のところで紹介したような有力な学説が出ているのです（二（三）参照）。関連して、建築基準法全般について、建築規制の実効性確保がうまくいっていないという問題点がさまざまな形で指摘されていることも、付け加えておいてよいでしょう（大橋洋一『対話型行政法学の創造』（弘文堂、一九九九）一九八頁以下等参照）。

このように建築基準法は構造的な問題点を抱えていること、そして実際にも建築基準法上の諸手段が機能不全を起こしていることからしますと、民法の土地利用の調整規範に対しては、この場面において建築基準法上の私道が実現しようとしている趣旨・目的（つまり公共的利益）の実現をサポートする役割が要請されているといえるでしょう。

五 第二の視点…民法の土地利用の調整規範における調整のあり方

建築基準法上の私道が実現しようとしている趣旨・目的の実現をサポートすることが期待されているといってみても、果たして、民法の土地利用の調整規範は、そのような期待に応えられるだけの構造や仕組みを備えているのでしょうか。そもそも、民法の土地利用の調整規範とはどのようなものなのでしょうか。

（一）私的利益と公共的利益との交錯

既に述べましたように、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係において、民法は、私道敷地の所有者と私道通行者（ないし私道沿接土地の所有者）との法律関係を規律しています。利益のレベルで見た場合、そこで調整の対

象になっているのは、私道敷地の所有者の私的利益と私道通行者の私的利益であることは間違いありません。

しかし、これらの私的利益の背後にある、建築基準法が実現しようとしている公共的な利益、具体的には通行・衛生・防火・避難等の維持・確保という利益も無視することはできません。しかも、そのような公共的な利益は、今日しばしば指摘されているように、私人の私的利益から独立して存在しているというよりは、私人の私的利益とも重なり合っているものとしてとらえることができます。つまり、建築基準法上の道路が妨害されずに維持されることは、私人の生命・身体・財産に対する利益の維持・確保とも密接にかかわり合っているといえます。例えば建築基準法四四条の道路内建築の制限で考えてみれば、建築基準法上の道路に障害物等がなくなることで、通行や避難や安全が図られ、その結果、具体的にその道路を使っている利用者等の諸利益も維持・確保されることになるわけです。

そうすると、公共的な利益というのは、そのような私的利益と重なり合うものとしてとらえられなければなりません。行政法における議論に目を向けると、例えば行政法で今まで公益と呼ばれてきたものが、実は私益と私益との関係としてとらえるべきだというような指摘が有力になされています（山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇年）三三二頁以下）。このような発想は、民法にとっても重要な指摘であろうと考えられます。つまり、公共的な利益だから民法とは無関係なわけではなくて、公益とか公共的利益とか呼ばれているものは実は個々の市民の私的利益とも密接に関係している。そして、個々の市民の私的利益の問題であるからこそ、民法の問題として積極的に取り上げていく必要があるのだ、ということになるでしょう（宮澤俊昭「環境法における私法の役割（後篇）（二）」近法五一巻三〇四号（二〇〇四）二二二頁以下参照）。

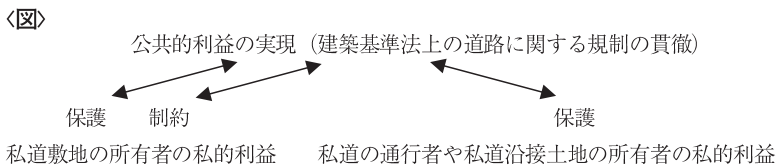
このように、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係においては、私的利益と公共的な利益がいわば複合的に交錯している状況があると分析することが可能です。つまり、建築基準法上の私道が目的とする公共的な利益を実現

することは、私道の通行者や私道沿接土地の所有者の私的利益の保護にもつながります。他方で、そのような公共的な利益の実現のために、私道敷地の所有者は、私道部分を自由には使えないなど、私的利益の側面においてさまざまな制約を受けることになります。ただ、私道敷地の所有者は、私的利益の制約のみを受けるかというと、必ずしもそうではないようにも思われます。なぜなら、私道が建築基準法上の道路として維持・確保されることで、防火や避難等の面ではむしろ利益を受けるとも考えられるからです。したがって、私道敷地の所有者は、単純に私的利益の制約を受けるだけではなく、私的利益の保護を受ける側面もあるし制約を受ける側面もあると考えられそうです（図参照）。

従いまして、民法の土地利用の調整規範にとっては、私的利益と公共的利益とのこのような複合的な交錯状況を踏まえ、そこにおいて具体的にどのような調整を施していくかが問われているといえるでしょう。ただ、具体的な調整のあり方というのは、何らかの理論からストレートに結論を出せるわけではないと思われます。土地利用の調整規範といっても、それぞれの規範ごとに固有の構造と仕組みを備えています。人格権の権利の構成による土地利用の調整と、最後に若干述べます通行地役権に基づく土地利用の調整とでは、調整の構造や仕組みはやはり異なるでしょう。それぞれの規範ごとに個別具体的に考察していくしかないと考えられます。

（二）私道敷地の所有者に課された制約をいかに正当化するか

そこで、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係に絞って、さらに考察を加えていきます。先ほど述べた私的利益と公共的利益との交錯を踏まえると、私道の通行者の私的利益を保護するこ



とは、建築基準法上の道路が果たす公共的利益の実現につながります。そして、そのことは、私道敷地の所有者にとっても、私的利益の保護になる側面があります。どちらの当事者にとっても私的利益の保護につながるのであれば、建築基準法上の私道の通行妨害の事例では、これらの私的利益とその背後にある公共的利益の実現を志向して、もっと積極的に私道通行者の妨害排除請求を認めるべきであるとの議論ができるのではないのでしょうか。要件面でいえば、平成九年判決・平成一二年判決のような厳格な要件を求めるべきではないということになるでしょう。先ほど紹介した学説も、基本的にはこのような発想に立っています。

もともと、以上の解釈論に説得力を持たせるには、さらに別の点もクリアする必要があるように思われます。確かに、私道通行者の妨害排除請求を認めて建築基準法上の私道を確保することで、公共的利益の実現が図られ、私道通行者の私的利益が保護されるだけでなく、私道敷地の所有者の私的利益を保護することにもつながります。しかし、それでも依然として、私道敷地の所有者の私的利益を大きく制約する側面があることは否定できません。そこで、私道敷地の所有者の私的利益が制約されてもやむをえないということを、民法上の観点から正当化することができるかどうか、そのような調整が民法上うまくできるかどうか、上記の解釈論を成り立たせるための一つの鍵になると考えられます。そのことを考える上での手がかりになりそうなのが、平成一八年判決です。

(三) 平成一八年判決の意義

本件の私道は、二項道路の要件を満たしているかどうかが必ずしも明らかでない道路でした。もともと、被告は、この本件道路が二項道路であるということを前提に建築基準法四三条一項の接道義務を満たしたとして、自己の所有地上の建物について建築基準法上の建築確認を受けていました。さらにその後、本件私道のうち自己の所有する敷地部分を

セットバックして、幅員四メートルの道路として整備するなどの行動もとっていました。他方、原告も、建物を建築する際、本件私道が二項道路であることを前提として建築確認を取得しています。ところがその後、被告が本件私道の通行妨害をするに至り、原告が被告に対し妨害排除請求をしたという事案です。被告は、本件私道が二項道路でないなどと反論しています。原審では、本件私道が二項道路の要件を満たしていたことの立証がない、したがって二項道路と認められないので人格権の権利に基づく妨害排除請求権がそもそも成立しない、とされました。

しかし、最高裁は、原審の判断を破棄して差し戻しています。被告が二項道路であることを前提に建築確認を取得していたことから、建築基準法四三条一項の接道義務の趣旨に照らすと、本件私道は被告の建物のみならずその周辺に存する建物やその居住者の安全等にも寄与することが求められているものといふべきである。そして、被告は二項道路であることを前提に建物を所有してきたし、本件私道に税金が掛かっているものといふべきである。本件私道が二項道路であることを否定することは正義に反する。そうすると、被告が、本件訴訟において、原告に対し、本件私道が二項道路であることを否定する趣旨の主張をすることは信義則上許されない、と判示したのです。

平成一八年判決の意義は以下の点にあると考えられます。

二項道路は、先にも触れたように、一定の基準を満たしている場合に特定行政庁が職権で指定するものです。本件では、一括して指定する方式がとられていました。つまり、建築基準法第三章の規定が適用された時点等の基準時に要件を満たしていれば、自動的に二項道路に指定されるわけです。この場合、その時点では、ある私道が二項道路に指定されたのかどうかは、住んでいる人も特定行政庁も必ずしもよく分からないわけです。ところが、その後、例えば建築確認を受ける必要が出てきたり、あるいは通行妨害などの事態が生じたときに初めて、その私道が二項道路であるかどうかという問題が顕在化してくるようになります。つまり、二項道路指定の時点から相当年月日が経って、目の前の私道

が二項道路かどうかが問題になるわけですが、年月が経っているので二項道路の要件の立証は難しくなります。

そうすると、二項道路とはいえない、したがって妨害排除請求の要件を満たさない、という結論になってしまいそうです。原審はまさにそう判断しましたが、最高裁は、二項道路ではないという被告の主張を信義則の適用によって封じたいわけです。

ここで信義則が援用されたのは、もともと被告は二項道路であることを前提とした行動をとっていたのに、後になってそれを否定するという矛盾した態度は許されない、というところにあると思われます。つまり、被告の過去の行為は、建築基準法四三条の接道義務との関係で建築基準法上重要な意味を持っていたのですが、被告がその後これと矛盾する行為をとることによって、近隣住民の生命・身体・財産等を侵害する危険性を高めています。そのような危険性をもたらす行為は、まずもって正義に反するといえるでしょう。また、近隣住民も、被告の行為を見て本件私道が二項道路であると信賴して行動をとっていたのに、被告がその信賴を裏切るといふ状況も発生しているわけです。これらの点から、信義則違反という裁判所の判断が導かれたものと理解することができます。

そのように理解すると、平成一八年判決からの示唆として、以下の点が挙げられそうです。

第一に、土地利用の調整をめぐる紛争においては信義則の活用が適していることを、改めて確認した点です。

土地利用の調整をめぐる紛争では、信義則の適用によって衡平な解決が図られるべきであるということが、これまでよく指摘されてきました。つまり、特別な社会的接触の関係にある者同士の間では信義則の適用が重要である、土地利用の調整をめぐる紛争、特に相隣関係的な紛争というのはまさにそういう場面であって、信義則はそのような紛争の解決規準として適している、ということですから、そうすると、本判決のように信義則を活用することは、従来から期待されていたわけです。

第二に、本判決における信義則の適用の仕方を見ると、私道敷地の所有者が建築基準法上の私道の維持・確保という制約を負わされてもやむをえない、ということを正当化する理由として信義則をさらに広く用いることができるのではないのでしょうか。この点は、先ほど述べた、私道敷地の所有者に課された制約をいかに正当化するかという観点（上記（二））から見て、重要であるように思われます。

位置指定道路の場合、指定を受けるにあたって道路敷地の所有者が自らその申請をしています。したがって、その点に、建築基準法上の私道の維持・確保という負担を引き受けるという意思を見出すことができます。あるいは、そのような負担を引き受けた人から、負担が課されていることを認識ないし認識可能な状況の下で、その土地を譲り受けたわけですから、同様に負担の引受けという契機があるでしょう。そうすると、位置指定道路の場合には、負担の引受けという意思があることを理由に、私道敷地の所有者に対する制約が私道の通行者との関係でも正当化されてもよいと考えられます。

これに対して、二項道路の場合はどうでしょうか。二項道路は職権で指定されるため、通常は私道敷地の所有者の知らないうちに、建築基準法上の道路に関する諸制約に服していることが多いといえます。したがって、位置指定道路の場合と同じように、制約を正当化する理由を、負担を引き受ける意思に求めるのは難しいことになります。そのため、従来から、位置指定道路の場合には、私道敷地の所有者に対する制約を正当化することができるから、私道通行者の妨害排除請求権の要件を緩和してもよいが、二項道路の場合には、そのような正当化理由が認められないから、要件の緩和には慎重であるべきだ、という議論もあったのです。

しかしながら、本判決が用いた信義則という論拠は、二項道路の場合において、私道敷地の所有者に対する制約を正当化するための一つの有力な理由になるのではないのでしょうか。なぜなら、信義則を媒介とすることで、二項道路の指

定時（二項道路の場合、位置指定道路の場合とは異なり、この時点のみに負担の引受けという意思ないし契機を見出すことは困難です）から現在までの私道敷地の所有者の行為全体に目を向けて、建築基準法上の私道の維持・確保という負担を引き受ける旨の意思ないし契機があったかどうかを柔軟かつ実質的に判断することができると考えられるからです。本判決が用いた信義則には、以上のような議論の可能性が秘められていると考えられ、建築基準法上の私道の通行妨害に対する妨害排除請求の可否をめぐる議論（さらには、民法の土地利用の調整規範における調整の構造や仕組みを考える上でも）に重要な示唆を与えるものであるといえるでしょう。

六 今後の課題

本報告では十分に取上げることができなかった点をいくつか指摘して、本報告を終えることにします。

（一）民法上保護に値する権利・利益のより広範な抽出

まず、建築基準法における議論から示唆を受けて、民法学としては、民法上保護に値する権利・利益をより広範に抽出することが考えられそうです。

従来の判例は、建築基準法上の私道を通行するについて日常生活上不可欠の利益というように、通行利益に焦点を当てていました。しかし、建築基準法上の私道というのは、通行を保護するだけではなく、その他にも近隣住民の生命・身体・財産等の利益を保護する面もあります。例えば、東京高決平成一一年八月二日（判時一七〇六号三頁）は、ある敷地の建築計画について、建築基準法四三条一項の接道義務を満たしていないにもかかわらず建築確認がされてしまっ

たので、近隣住民がその建築確認の取消しを求めた事件です。近隣住民に原告適格があるかどうかが問題になったわけですが、その中では、接道義務の趣旨は個々の近隣住民の生命・身体・財産の保護につながっていることを丁寧に論じています。

こういう議論を参考にすることで、民法上でも、建築基準法上の私道の通行妨害という事態において、通行利益だけにとどまらずに、例えば私道沿接土地の所有者の生命・身体・財産に焦点を当てることもありえます。そして、それらの権利・利益を保護するという形をとりながら、建築基準法上の私道の公共的利益の実現を図っていくことが考えられるでしょう。

(二) 建築基準法における土地利用の調整の構造・仕組みからの示唆

また、建築基準法における議論からの示唆としては、以下の点もあります。

建築基準法上の道路に関する規律は、私道敷地の所有者と私道沿接土地の所有者（ないし私道通行者）との利益を調整するものとしてとらえることができるのは、先に述べたとおりです（五（二））。他方で、民法の土地利用の調整規範も、まさにこの両者間における諸利益の調整を行おうとするものです。そうすると、この両者は、土地利用の調整規範という点で同じ土俵にのっているわけです。

もちろん、民法の土地利用の調整規範においては、民法独自の観点から調整の構造や仕組みを検討することが必要です。しかしそれでも、建築基準法による調整の構造や仕組みは、利益調整の一つのあり方を示すものとして、民法の土地利用の調整規範を検討する上で有用であり、大いに参考にされるべきでしょう。

(三) 民法におけるその他の土地利用の調整規範への着目

さらに、土地利用の調整規範という同じ土俵にのっている点からいえば、民法におけるその他の土地利用の調整規範に着目することも必要でしょう。

建築基準法上の私道の通行妨害を民法上で排除するには、判例のいうような人格権的権利という構成による妨害排除請求だけが考えられるわけではありません。例えば、当該私道について通行地役権の設定があったと認定できるのであれば、当該私道の沿接土地（＝要役地）の所有者は、通行地役権に基づいて、私道敷地（＝承役地）の所有者に対し妨害排除請求をすることも考えられるわけです（通行地役権に基づく妨害排除請求を認めた近時の判例として、最判平成一七年三月二九日判時一八九五号五六頁があります）。

既に述べたように、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる対立・衝突は、基本的には、私道敷地とその周辺土地の利用とをどのように調整するかという問題としてとらえることができます。そうすると、人格権的権利という構成による妨害排除請求権も通行地役権に基づく妨害排除請求権も、この場面において土地利用を調整するためのツールとして位置づけられることになるでしょう。そのように考えると、さらに以下のような議論ができそうです。

まず、そもそも建築基準法上の私道の通行妨害を排除するために、果たして人格権的権利という構成がふさわしいのかどうかです。この点については、この問題はむしろ私道敷地をめぐる物的な争いであるから、いわば地役関係がここにあると考えて、通行地役権の方に引き付けて議論されるべきだ、という問題認識が従来から示されているところです（岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権（私権）」鳥法三五巻四号（一九九二 一一頁、一二八頁以下）。本報告のように土地利用の調整規範という土俵を設定すると、このような問題認識に注意を払うべきことになるでしょう。

次に、通行地役権の構成の方が公共的利益の実現にとってむしろメリットがあるのではないか、という議論の可能性

です。一例を申し上げれば、ドイツ法の議論では、例えば都市計画法等で法律上所有権の制限が課されている場合であっても、重ねて地役権を設定しておくことがあります。その土地に対する公法上の規制を、地役権の設定によって私人間の間でも継続的・安定的に維持・運用し、かつ、規制違反が生じた場合には、地役権に基づいて妨害排除等の請求をすることで速やかに規制違反の状態を除去することができるからです。このような点に地役権の意義があるとされています（拙稿「ドイツにおける都市計画と並存する地役権」早法八一巻一号（二〇〇五）二九頁以下）。

このように考えていきますと、通行地役権の解釈論を今後さらに鍛えていくことも、重要な課題といえるでしょう。

（四）おわりに

本報告では、民法における土地利用の調整ということを盛んに強調してきましたが、これは、すべてを民法でやろうという意味ではありません。行政法における土地利用の調整といわば相互補完して、全体としてうまくやっていければよい、全体としてはそのようなイメージを考えています。そのためには、行政法で土地利用の調整がどのように行われているのかをまずはしっかり見た上で、そこに欠陥や不備があるとすれば、民法がそこを補充する意義ないし役割を担わなければなりません。

もともと、もう一つ付け加えておくべきは、仮に不備や欠陥が行政法の側で克服されたとしたら、民法には土地利用の調整に関してもはや何の意義もないのかというと、そのようにも考えていません。民法の側ではむしろ、先ほど挙げた個人の権利・利益の方に着目して、その権利・利益をどのようにに保護するかという観点からアプローチすることは依然としてあり、それはまさに民法に期待されている本来的な意義であろうと思います。そして、その結果が公共的な利益の実現と密接につながることもあるわけです。そのような場合に、私的利益と私的利益、そして私的利益と重なり合

う公共的利益との絡み合いをどのように調整するか。このことは、民法学に突き付けられた課題として今後とも議論される必要があります。

いずれにしても、私法と公法の交錯には民法学発展のための重要な手がかりが含まれていることは、間違いありません。この後の議論において、いろいろとご批判、ご意見をいただければ幸いに存じます。

【付記】

本稿は、シンポジウム当日の報告原稿に加筆修正したものです。そのため、判例や参考文献等の引用は必要最小限にとどめています。なお、本稿のテーマについては、後日、別のところで論考を公表する予定です。