

# 公道を通行する権利

金 井 恵里可

## Right to Highway Passage

Erika KANAI

### Abstract

It goes without saying that the access on roads near one's residence is essential to every person's life. Nevertheless, the passage of highways has been thought to be *die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch* and not the exercise of public right in Japan. On the other hand, since the Supreme Court judged that the obstruction of traffic on the highway implies the infringement of "the right to freedom of passage" in 1964, lower courts have accepted the idea of the private right to access. But the right is not admitted to be public one, so it is difficult to claim the illegitimacy of highway administration. To the contrary, on the privately owned and administrated quasi-highways—it might be a highway administration system peculiar to Japan—, passage restrictions by the private administrator are frequently judged to be infringements of "the right to freedom of passage". This article aims to make clear that the passage of highways can be an exercise of public right in the comparison with "the right to freedom of passage" as a private right to access and as a right which can be asserted against the private administrations of quasi-highways.

### 1. 通行の「非」権利性—公物の自由使用

「みち」は、「まち」において、個人を社会とつなぐ装置である。情報通信技術が高度に発達した現代社会においても、ほとんどの「ひと」の日常は、各人の住居から「みち」を通して「まち」に出るというプロセスを抜きにしては成り立たない。この意味で「みち」は、社会的動物である「ひと」が、その人格的生存を実現するに欠くことのできない要具である。

ところが、公法の領域では、公道の通行は伝統的に「公物の自由使用」と観念されてきた。すなわち、「公共用物は、本来、他人の共同使用を妨げない限度において、一般公衆の自由な使用に供することを目的とする。一般公衆が許可その他何らの行為を要せず、自由にこれを使用することができる場合に、これを一般使用という。自由使用又は普通使用ということもある。道路・広場の通行、公園の散策、海水浴のための海浜の使用、河川における水泳・洗濯のごとし。」<sup>1)</sup>「公物の自由使用というのは、公物が一般公衆の自由使用に供せられていることの結果として、

他人の自由使用を妨げない限度において認められる反射的利益にすぎないとし、通行権その他自由使用権というような権利が付与されるわけではないとするのが従来の普通の考え方であった。したがって、公道が廃止されたために不便・不利益が生じたとしても、通行権の侵害を理由として公道の廃止を阻止するための裁判上の救済を求めるがごときことは許されないとされた。』<sup>2)</sup>

自由使用概念は、公物法が元来、行政組織法の領域に属し、公物の設置管理が、行政組織内部の関係と観念されていたことの帰結であるが、これに対しては、「しかし、現憲法の下においては、国民主権の原理から、組織力についても議会の手に服すべきことすなわち法律によるべきことが要請され、また、公物法についても、その作用法としての性格が強調されるところから、右の前提は根本的な修正が求められるに至っている。特に、給付行政の一環として公物法を位置づける場合には、その利用者の権利や法的地位の保護の立場からの再検討がむしろ主要な課題とされているのが現状である。』<sup>3)</sup>との認識が一般的である。<sup>4)</sup>

とりわけ、上に引用した自由使用の例、「道路・広場の通行、公園の散策、海水浴のための海浜の使用、河川における水泳・洗濯」のうち、道路の通行だけは、他の例と異なった性質をもっていることに留意しなければならない。道路を、中でも地先道路と呼ばれる住宅の周囲のみちを通行することは、それが公道であれ私道であれ、冒頭で述べたように、ひとの人格的生存に欠くことのできない要素であり、それ故「みちを通行する権利」は、伝統的に公物の自由使用とされる行為形態の中でも、特に篤く憲法の保護を受けるにふさわしい性質を備えている。<sup>5)</sup>

実定法上、このような「みちを通行する権利」を典型的に保護するのは、民法210条の囲繞地通行権の規定である。<sup>6)</sup>したがって、公道について自由使用の観念を貫徹するならば、たとえある土地が、公道の供用廃止や通行妨害によって袋地となったとしても、これによって発生する囲繞地通行権を囲繞地に対して行使すれば足りる、と解することもできるかもしれない。すなわち、「みちを通行する権利」は、潜在的には基本権性を有しているとしても、実定法上は私法的に保障されており、その意味ではわざわざ憲法をもちだすまでもない。一方、公法上この権利を保護する制度はなく、道路は自由使用であるので、公道の使用関係は、専ら行政庁の自由裁量の認められる領域に属する、ということになる。

では、現実の紛争において、裁判所は、このような判断に立ってきたであろうか。公道と私道のそれぞれについて概観する。

## 2. 公道

### (1) 公道の供用廃止処分

公物の自由使用について伝統的理解を採れば、私人は、道路の供用廃止によって生活上の不利益を被ったとしても、私人の権利義務関係に直接の影響を与えるものではないので処分性は否定され、抗告訴訟によっては救済され得ないはずである。<sup>7)</sup>

しかし、判例は、自己の住家の唯一の出入口が、県道の路線変更に伴う廃道処分によって塞がれた私人の提起した無効確認訴訟において、次のように述べている。

「まず、右請求について訴の利益があるかどうかを考えるに、道路がいわゆる公共用物であって、公衆がこれを通行することのできるのは公物主体である道路管理者がこれを公物として維持し、一般交通の用に供していることによることは被控訴人のいうとおりである。したがって、み

ぎ道路の存する公共団体の住民ないし一般公衆がみぎ道路を通行する便益は道路がみぎ公用に供せられたことの反射的利益であって、各人に個別的になんらかこれを使用する特別の権利が設定せられたものとなすことはできないというべきであるが、行政庁がその管理する道路について公物としての供用を廃止する処分をなし、その処分が無効な場合その無効確認を請求することができる者を当該道路について道路法による占有使用権とか地方自治法第209条所定の慣行による使用権等を有するものにかぎるとなすは狭きにすぎるものであって当該廃止処分の無効につき直接の利害関係を有するものは、みぎ廃止処分の無効確認をもとめるにつき利益あるものとして広くその訴を許容し、その利益を保護すべきである。」<sup>8)</sup>

この判旨は、明確に反射的利益説に立ったうえで、当該廃止処分の無効につき直接の利害関係を有する者に、広く訴えの利益を認めている点で、原告適格に関して法律上保護に値する利益説を採用したものと考えられる。

同じく公道（市道）の廃止処分によって、金属スクラップ業者が従来、資材置場兼選別場として利用してきた借地の出入口が塞がれた事案において（ただし、本件借地は、資材の搬出入が不可能な路地ではあるが、一応通行可能な別の通路をもっているのもので、厳密には、袋地となったわけではない）、裁判所は、訴えの利益の有無を問うことなく、処分の無効確認訴訟を係属させた。本案審理でも、「本件市道道路廃止は、控訴市が市道上の建物を建築確認したという自ら犯した違法を、事務的に免れるためになした処分であり」、その瑕疵が重大明白であるとして、処分の無効を認定している<sup>9)</sup>。

これらの判決が本案審理を行ったということは、原告適格とともに処分性をも肯定していると考えなければならない。私人の権利義務になんら影響を及ぼさない一般処分であるはずの公道の廃止処分が、なぜ処分性の要件を満たしうるのか、原告適格については、上述のように、法律上保護に値する利益説で説明がつくとしても、これとは別個に検討を要する問題であろう。<sup>10)</sup>

学説上は、前者について、「道路の自由使用は伝統的理論によれば、けして本来の意味での権利ではなく、反射的利益にすぎないから、道路の供用廃止のごときは本来国民個人の権利とは何の係わりもないもので、行政行為の範疇には属さないものというほかない。」よって本件は、「本来行政行為とはいえないものについても、行政行為に準じた扱いをして抗告訴訟の対象性を認める事例」であるとか<sup>11)</sup>、「一般処分であっても、その規律の内容である行為形態・事件・対象物件等が特定している場合は、その結果として、特定人に対する個別的処分と同様の性質を有する場合があり、このような場合には、事件性を有するものとして抗告訴訟の対象となる場合が多いであろう。」としつつ、「廃道処分は告示によってなされる不特定の者に対する処分ではあるが、対象道路が特定されており、それと密接不可分な関係にある特定人に対しては、対人処分と同様な機能をするのであるから、処分性を有する」<sup>12)</sup>とか評されている。

前者の考え方は、「本来行政行為とはいえない」、すなわち公権力性を持たない、私人の権利義務になんら影響を及ぼさない行政の活動にも、抗告訴訟の対象としての処分性を認めるのであるから、違法な公道廃止処分を争うにつき、「みちを通行する権利」を前提にする必要はない。これに対して後者は、公道廃止処分が「特定人に対する個別的処分と同様の性質を有する」ことを根拠に処分性を認めるものであるから、本件のように、住家の唯一の出入口が塞がれたなどの特別の場合には、公道の利用に権利性が発生すると解する余地がありそうである。

後の裁判例では、地区の住民らが従来、農林業・漁業等に利用してきた認定外道路（里道）の用途廃止処分の無効が争われた事案において、「もっとも特定人の公共用物の利用が、特定の権

利又は法律上の利益に基づくものであることを認めるべき特別な事情のある場合は」一般公衆による公物の自由使用とは別異に解することも許されうとしたうえ、地区住民による本件里道の利用の態様を審査した例がある。<sup>13)</sup> 判旨にいう「特定の権利又は法律上の利益」が具体的に何を指すか必ずしも明らかでなく、また、判旨は、原告適格について述べたものであり用途廃止処分 of 処分性について直接に検討してはいないが、原告適格に関する文意から見て、後者の学説と同様の前提に立ったものと考えられる。

最高裁も、里道の用途廃止処分の取消しが争われた事案において、「本件里道が上告人に個別の具体的な利益をもたらして、その用途廃止により上告人の生活に著しい支障が生ずるという特段の事情は認められ」ないため、原告適格を有しないとしている。<sup>14)</sup> これは、「特段の事情」が認められれば原告適格を有するとの謂であり、やはり処分性の存在を前提にしていると解することが可能である。<sup>15)</sup>

## (2) 「通行の自由権」と私法上の人格権

公道の供用廃止は、行政処分によって私人の通行が全面的に妨げられる場合であるが、他の私人による通行妨害によって公道の通行が不可能になった事案において、昭和39年に最高裁は、「通行の自由権」という観念を媒介に、民法710条に基づく妨害排除請求を認容した。<sup>16)</sup> この判決自体、明治31年の同様の事案における大審院判例<sup>17)</sup>が、道路の「共同使用权」なる観念を用いて提示した自由権理論を踏襲したものであるが<sup>18)</sup>、「通行の自由権」という観念を用いることの是非、ここにいる「通行の自由権」がいかなる構成に立つのか論議的となった。

公物の自由使用が反射的利益に過ぎないという前提に立てば、「通行」が「自由権」の行使であるという論理の成り立つ余地はない。したがって、この説からは以下のような批判が出される。

「道路は、他人の共同使用を妨げない限度において、一般公衆の自由な使用に供することを目的とするものである。したがって、村民は、道路主体たる村が、道路を道路として公の目的に供用している場合に、そのことの反射的利益として、それを自由に使用しうるに止まり、使用の権利を設定されているものではない。地方自治法一〇条にいう共用の権利とは、住民ならば何人も同じ資格で区別なく平等に利用しうるということを示したものに外ならぬ。

ところで、最高裁判所は、これを道路使用の自由権と説明している。しかしながら、自由権とは、学問の自由、表現の自由といった自然の自由が権利として保障されている場合をさすのであるから、概念の混同を生ずるおそれがあるし、また、上記のごとき公物の自由使用における住民の地位から考えると、最高裁判所は、継続的な妨害の排除という点に重点をおいて、上告人らを救済するための理論構成として使用の自由権という概念をもつてきたと考えられるのであるが、道路使用の自由権というような権利の概念で問題を解決しようとする立場には賛成できない。」<sup>19)</sup>

これに対して、公法上の権利と私法上の権利とを峻別し、「通行の自由権」とは私法上の人格権ないし生活権を指すとする説が、今日の通説・判例である。<sup>20)</sup>

「道路通行権が反射的利益であることを根拠にして、道路使用に関する万般の法律関係における利用者の地位を法的に全く無力化することは誤りであって、…本件の場合には道路利用に係る問題とはいえ、私人対私人の間の民事上の妨害排除の請求訴訟であるから、ここでの問題の中核は、XがYに対する妨害排除請求を基礎づける私法上のタイトルをもつかどうかということであって、村民の村道使用权が公法関係において公権とされるか反射的利益と評価されるかは自ら異なった問題として処理すべきものというべきであろう。」「公物使用関係がかりに公法的には反射的利

益にすぎぬとしても、公物主体がこれを国民のために利用に供しているかぎり、判旨のいうように、国民はこれを通常の用法に従い生活上必須の要具として使用する自由を公主体により与えられているのであるから、公道上での行動は日常生活に不可欠の生活権の内容を構成するとみて差し支えない。したがって、その利益は、不法行為に基づく賠償制度によって保護される自由（民法七一〇条）であるばかりでなく、受忍の限度をこえる違法な妨害に対しては、生活権侵害として、妨害排除の私法上の権原となりうるものと解すべきであろう。」<sup>21)</sup>

ここで最高裁の提示した「通行の自由権」という概念は、私人による公・私道の通行妨害排除の先例としては、画期的な役割を果たしたが<sup>22)</sup>、専ら私法上の人格権として整理されたために、公法の領域においては、公物の自由使用という伝統的な観念に、根本的な影響を与えるには至らなかった。

### （３）行政庁の処分等による部分的な通行妨害

上記の三つの判決は、廃道処分によってであれ、私人の不法行為によってであれ、公道の通行が全面的に不可能になった事件について、いずれも法的救済の可能性を認めた例である。では、「みち」は、最低限の通行が可能でありさえすれば、その効用を充分に達成したと言いうるのであろうか。行政処分によって、公道の通行が妨げられたとして提訴された事例を概観する。

まず、露店業者に対する道路占用許可処分のために、道路の通行が妨げられているとして提起された、処分の無効確認訴訟において、裁判所は、「また原告は右許可処分によって、原告の当該道路に対する通行権又は使用权が侵害されたものと主張するが、道路は公衆の共用に開放された結果の反射的利益として、これを自由に使用することができるにとどまり、各人に対して道路の占用又は使用の権利を設定するものではない。従って本件についても、露店業者の占用する道路に対して、原告はなんらの権利を有しないものというべきである。」と判示し、原告適格を否定して、訴えを却下した。<sup>23)</sup>

しかし、公安委員会のする横断歩道の廃止を行政処分として争った執行停止申立事件において裁判所は、以下のように述べて処分性を肯定している。<sup>24)</sup>

「道路交通法第一二条第一項は「公安委員会は歩行者の横断の安全を図るため、横断歩道を設けることができる。」と規定しており、…右のとおり横断歩道が歩行者の生命、身体などの安全を図ることを目的とすることは明らかであるばかりでなく、道路交通法第一二条第二項は「歩行者は道路を横断しようとするときは、前項の横断歩道がある場所の附近においては、その横断歩道によって道路を横断しなければならない。」と規定し、他方同法第三八条は「車輛等は歩行者が横断歩道…を横断し、又は横断しようとしているときは、当該横断歩道の直前で一時停止し、かつ、その通行を妨げないようにしなければならない。車輛等は、交通整理の行なわれていない横断歩道の直前で停止している車輛等がある場合において、当該停止している車輛等の側方を通過してその前方に出ようとするときは、当該横断歩道の直前で一時停止しなければならない。

（三項省略）」と規定し、かつ、同法第一一九条は右第三八条違反の場合の罰則を規定しているなど、以上の点から考えると、公安委員会のなす横断歩道の廃止は、歩行者が法律の保護のもとに利用していた横断歩道の使用を全面的に奪うものであって、ことに日常生活関係のうえで現実には当該横断歩道により便益を受けていた者の法律上の利益にかかわるものとして、行政処分であると解するのが相当である。」

判旨は、横断歩道の通行を、法律上の利益と認定しているが、処分性要件は、原告適格とこと

なり、あくまでも「私人の権利義務に直接の影響を与える行為であること」<sup>25)</sup>である。とすれば、この前提には、理論上、個人の権利としての横断歩道通行権とでも言うべきものが認められていなければならないはずである。一方、公道の通行が公物の自由使用であるという前提からは、横断歩道の廃止処分は一般処分であって、個人の権利利益にはなんら影響を及ぼさない、とする結論しか導きようがない。判決は、この齟齬を埋める理論を明示していない。

考えられるのは、公道の供用という道路法上の道路管理者の行為は一般処分であるが、判決に引用された道交法の該当条文にもみられるように、道交法上の公安委員会等の行為は、道路通行者という抽象的ではあるが特定された個々人の集積に対する「集積」処分とでもいうべきものである、との前提に立っているという可能性である。<sup>26)</sup>確かに、道交法は道路法と異なり、本来公権力性を有する公物警察権の根拠法であるから、道交法に基く個々の行政活動は、原則として処分性を有すると解すべきであろう。また、道路法が、その立法目的を「道路網の整備を図るため、…もって交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進すること」(道路法1条)と規定することとなり、道交法の目的である、「道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資すること」(道交法1条)には、道路利用者個々人の通行の安全性・円滑性を、保護法益とする趣旨が含まれているようにも読める。

しかし、道路の通行そのものが権利性をもたないのに、その「安全・円滑な」通行は個人の権利であるとするのは、いかにもバランスに欠ける。また、公安委員会の横断歩道廃止処分と同様の効果が、道路管理者の行う道路法上の行為によってもたらされた場合をどのように考えればよいのか。横断歩道橋設置の瑕疵を争った一連の事件が、この場合に当たる。

#### (4) 行政主体の管理行為による部分的な通行妨害

横断歩道橋の設置は事実行為であるから、伝統的解釈に立てば処分性は否定されるはずである。<sup>27)</sup>ところが裁判所は、国立歩道橋事件の執行停止申立てにおいて、その処分性を肯定した。<sup>28)</sup>判旨によれば、横断歩道橋の設置自体に処分性はなく、設置に至る個々の行為も、内部手続と私法上の行為であって処分性を有しないが、「横断歩道橋の設置は、もともと、道路の安全な交通の確保という地方公共団体に課せられた本来の行政目的を達成するため、地元住民に対して当該施設による利益を供与する行為であって」「利益の供与を受ける住民との関係においては、前期起工決定と私法行為との複合した一体的行為として観念することが可能である。」「そもそも、行政庁の行なう行為であって、しかも、地元住民の日常生活に広い係わり合いをもつものである以上」「権利救済の面においても」処分性を認めるのが、行政事件訴訟法の法意に適合する。さらに、申請人適格についても、「その主張の限りにおいて」ではあるが、「従来の方法による道路通行権の行使が妨害される」ことなどから、「申請人適格においても欠けるところはないというべきである。」として、これを認めた。

ただし、本案訴訟においては、地裁は原告らが歩道橋設置予定地の直近に居住する者ではなかったことから原告適格を否定し、処分性の判断を行なわなかった。<sup>29)</sup>さらに高裁では、事実行為の処分性を否定するとともに、「本件歩道橋設置以前において、控訴人らが通常横断歩道により大学通りを横断していたということは公物たる道路を利用するうえでの反射的利益に過ぎないものであり、これが事実上歩道橋を経由して横断しなければならなくなったとしても、これをもって控訴人らの権利乃至法律上の利益が害されるものということとはできない。」と、伝統的理論に立ち戻って、一般処分の処分性を否定した。<sup>30)</sup>

しかし、歩道橋の設置により日常生活に不便をきたした住民が、歩道橋の設置が道路の管理瑕疵に当たるとして道路管理者に国家賠償を求めた、いわゆる名古屋歩道橋判決<sup>31)</sup>では、「原告らが主張する国民の歩行権なる概念は未だ法的に十分形成されたとはいいい難く、また憲法第二五条によって国（または地方公共団体）が国民に対し道路設置、管理の義務を負っており、従ってその反面国民は公道を利用する憲法上の権利を有するとはにわかに断定できないのであるが、そのことは国民が国または地方公共団体に対し具体的な道路設置等の請求をなしえないというにすぎず、国民の公道利用を事実上奪うに至る行政措置について行政処分取消を請求したり、こうむった損害につき賠償を求めることをおよそ否定すべき理由は存しない」として本件訴訟を係属させた。本件自体は国賠訴訟であるにもかかわらず、判旨はこれを一步進めて、取消訴訟の可能性をも示唆している。さらに、歩道橋設置行為の性質についても、これを「広い意味での交通規制の一方法」と評価することから、処分性を認めやすい構成をとるものと見ることができる。

これに対して、国道に面した農地の所有地がレストランを開店しようとしていたところ、歩道橋設置によって国道に面した部分の全面が塞がれ、土地利用が妨げられるとして提訴した事例<sup>32)</sup>において、裁判所は、取消の請求に対しては、公権力の行使にあたる事実行為が存在しうることを認めながらも、歩道橋設置行為は行政庁の優越的な地位にもとづく行為ではないという点で、公権力性を否定した。しかし同時に、予備的に請求された国家賠償に関する判旨では、「公道利用権の侵害について」との項目のもとで、以下のような見解を示している点が注目される。

「一般に国民の公道の利用関係、特にその自由使用については、行政庁による公道設置、管理等の措置による結果としてこれを享受するものであるが、人が日常現実に公道を利用していることによる利益は、その社会生活上欠くことのできないものであるから、不当に奪われるべきものではなく、法的に保護に値する利益であるといつてよい。したがって、右公道利用の利益が不当に奪われて損害を被ったときは、その賠償を求めることができ、あるいは公道利用を奪う妨害物の排除を求めることもできるというべきである。そして、この公道利用の利益は何人からも守られるべきであるから、右利益の侵害が私人によるものであるとあるいは当該公道の設置管理者自身によるものであるとによって格別の差異はなく、ただ後者の場合、当該公道の設置管理の必要性との均衡から、合理的な範囲においてその受ける不利益を受忍すべき場合があるものと解すべきである。」

ここに示された「公道利用権」なる概念は、原告の請求した不法行為法上の保護に留まるものではなく、昭和39年の最高裁判決によって、妨害排除請求権の根拠とされた「通行の自由権」が、国等の行政主体に対して主張しうる公権としても、私法上的人格権と同様の機能を果たしうることを認める概念として、提示されたと解するのが相当であろう。

確かに、人格権を有する個人の側から見れば、道路の通行というひとつの行為が、私人に対しては権利として保障され、行政主体に対しては反射的利益の名のもとに何の保護も与えられない、というのは、いかにも不合理である。私法上人格権とされるプライバシー、名誉などの諸権利が、私権と公権とで広く一致する内容を有するとされており、私権としての人格権が我が国では民法にほとんど根拠規定をもたず、公法である憲法13条から主に導き出されていることに鑑みても、「通行の自由権」のみを別異に取扱うことの奇異さは際立つであろう。<sup>33)</sup>この点、判旨は正当である。

学説も、「道路使用の自由権」を認めた昭和39年判決を評して、自由使用の概念が、専ら反射的利益に結びつくという論理に疑問を呈し、公権としての道路通行権の成立する余地があること

を示唆している。<sup>34)</sup> また、「使用の自由権」概念から、「理論的には、私人に対すると同様に使用の自由権が行政主体の違法な行政処分によって侵害された場合、それは司法的救済の対象たり得ると解されよう。」<sup>35)</sup> と述べるものや、「思うに、前掲の最判昭和三十九年一月一六日民集一八巻一号一頁の説示、すなわち「村道に対しては村民各自は……自己の生活上必須の行動を行い得べきところの使用の自由権（民法七一〇条参照）を有する」ことからみて、行政主体による路線の廃止・変更行為や供用廃止行為が住民の使用の自由権・通行の自由権を侵害する場合には、その取消しを求め、また違法な自由権の侵害につき国家賠償を請求することができるものと解される。」<sup>36)</sup> とするものが見られるが、本件判旨は、これらの説に合致する。

ところが、県道と市道の交差点上に設けられた歩道橋近辺に居住する、歩行が不自由な身体障害者が、市の歩道橋設置行為を道路の管理瑕疵として、それに伴い公安委員会の行なった横断歩道廃止を公権力の違法な行使として、争った国家賠償請求事件<sup>37)</sup>において、裁判所は、これとは逆の見解を示した。この事案では、原告が、憲法13条に基づく人格権としての「通行権」を（22条1項とともに）主張したのに対して、裁判所は、「なるほど、道は人の歩行に由来し、歩行は人の社会生活上・精神生活上重要な意義を有するものであることは原告が主張するとおりであり、又身体障害者の歩行が実質的に確保されるべきであるという主張も首肯し得るものである」としながらも、「原告の主張する通行権なるものは実定法上の根拠を欠き、憲法一三条、二二条が右通行権を保障していると解することはできないというほかはない。」として、憲法上の保護を受けないことの理論的根拠を示すことなく、通行の権利性を否定している。

ただし、本件は国賠事件であるので、被侵害利益の権利性が、常に救済の要件とされるわけではない。<sup>38)</sup> 判旨も、以下のように述べる。

「一般に国民の公道の利用関係、特にその自由使用については行政庁による公道設置・管理の結果としてこれを享受するものであって利用者に対し公道の使用権が設定されているものではないと解されるが、公道利用が人の社会生活にとって重要な意味を持つ場合があることを考えると、およそ公道利用の利益につき不法行為法の保護の対象となることを否定すべきではなく、個別・具体的事情のもとで公道利用が人の社会・経済生活上必要かつ重要であるような場合には法的に保護に値する利益として不法行為法による保護の対象たり得ると解すべきである。」

以上より本判決は、公道の通行を、反射的利益であって権利性を欠くが、不法行為法上の保護に値する利益ではある、というカテゴリーに分類していると見ることができる。

これら一連の歩道橋訴訟のほかにも、市道の西側のみに歩道と防護柵を設置するという道路管理者の決定に対して、東側の住民が執行停止を申立てた事件において、裁判所は、当該決定の処分性・申請人適格を問うことなく、執行停止の要件である損害と緊急の必要についての判断を示している。<sup>39)</sup>

## （５）私人による部分的な通行妨害

私人による公道の全面的な通行妨害については、上述のとおり、最高裁判所は昭和39年判決で、「通行の自由権」概念のもとに、妨害排除請求を認容した。この判例は、私人による公道の部分的な通行妨害の事案においても、先例とされてきた。

たとえば、市道である幅1メートルの袋小路について、隣地所有者が、袋小路を横切るようにブロックを1段積みにしたのに対して、妨害排除請求が提起された事案において、裁判所は、昭和39年判決を引用しつつブロック石積の収去を命じた。<sup>40)</sup> ブロック1段積みという侵害の態様



が比較的軽微であるとともに、原告は、通常は他の通路から出入りしており、当該袋小路の通行は、日常生活に不可欠のものではないにもかかわらず、「通行の自由権」を認めた点で、本判決は、「通行の自由権」の外延を拡大したと解してよいであろう。

また、公式幅員は2メートルであるが、現実には沿接地に0.5～1メートル拡幅されている町道に関して、養鶏場建設に判対する付近住民が、公式幅員に合わせてコンクリート杭を打ち込み、工事車両の通行を妨害したのに対し、養鶏業者が妨害禁止の仮処分を求めた事案において<sup>41)</sup>、裁判所は、やはり39年判決を引用しつつ信義則を持ち出して、以下のように述べる。

「…控訴人らは、本件養鶏場着工以前においては、相当長期間にわたって車幅二メートルを超える四トントラックなどが町道一七〇五号線を通行するのを黙認してきたにもかかわらず、被控訴会社が右建設に着工するや、右建設に判対してこれを阻止する目的で、右町道の公式幅員に合わせて…コンクリート杭一二本を打ち込み、工事請負会社の車両の通行を妨害しようとしたものであること、その他、右町道の周辺農家の保有する車両の中にも、右町道の公式幅員のみでは通行不可能なものも存在すると推認される…のであること、その他、叙上説示の本件事実関係…のもとにおいては、被控訴会社又はその委託を受けた者が、自動車をもくむ車両により前記町道を通行するにあたり、車輪・車体がやむなく、…相隣の私有沿接地上を一過的に通過することがあっても、このような通行は、これにより沿接地所有者に沿接地の使用収益につき格別の損害も与えない以上、被控訴会社ら通行者の有する公道通行の自由権の行使の一態様として、信義則上許容されるべきものであり、…」

本判決は、一定の状況の下では、道路敷ではない私有地にまで、「通行の自由権」が及ぶとした点、やはり、「通行の自由権」の範囲をかなり広く解している。

部分的な通行妨害に対して、「通行の自由権」の侵害と認めなかった判決においても、裁判所は、「通行の自由権」を広く解する説示をしている。

被上告人の設けた豚舎の板塀の一部などが、市道にはみ出しているのに対して、この市道を、自己の宅地に通ずる唯一の道路として利用している上告人が提起した妨害排除請求訴訟において、裁判所は、反射的利益説に立ちつつ、請求を棄却した。<sup>42)</sup> 判旨の説くところによれば、本件では、日常生活上必要な道路の利用を妨げられたとは認められず、このような場合、通行妨害が自由権侵害に当たるのは、「一般通行者が通行を拒否されないのに拘わらず、上告人だけが何人によってか通行を妨げられたというがごとき場合」に限られる。すなわち、日常生活上必要な道路でなくても、通行妨害の態様によっては、「通行の自由権」侵害が成立する余地があるとするのである。<sup>43)</sup>

また、「違法自動販売機をなくす会」の会員らが、公道上にはみ出して設置された自動販売機は、「安全に快く歩く権利」を侵害するとして、自販機の撤去などを求めた裁判で、裁判所は、原告らの主張する「安全に快く歩く権利」が、昭和39年判決に言う「通行の自由権」と同一の概念である、という前提のもと、以下のように判示した。<sup>44)</sup>

「前記最高裁判所判決が、不法行為が成立し妨害の排除を求める権利が生じるとした通行の自由権の妨害とは、現実の通行行為の妨害ないし妨害の継続であって、将来通行した場合に通行が妨害されるというようなことまでは含まないことは、判文上、明らかである。…また、前記最高裁判所判決は、通行の自由権の妨害が継続するときは妨害の排除を求める権利が生じるとしているが、排除を求める権利が生じる場合としては、妨害が継続する場合だけでなく、解釈上、妨害のおそれがある場合も含まれると思われる。しかし、それは、現実の通行行為の妨害が発生する

おそれのある場合だけである…。」

判決は、「本件自販機の設置された道路を通行する可能性の妨害という原告らの主張を前提とする限り」、「通行の自由権の妨害に該当する事実主張されていない」とするが、裏を返せば、本件道路を現実には通行していること、あるいは将来通行することの疎明がありさえすれば、自販機の設置といった軽微な侵害に対しても、「通行の自由権」に基く妨害排除請求が認容される可能性があることを示すものとなっている。

### 3. 私道

以上の判例によると、私人による公道の通行妨害が、「通行の自由権」侵害とされる範囲は、かなり広汎なものである。この「通行の自由権」は、通説的理解によると、上述のとおり、私法上の人格権とされているが、同じくニューサンス起源の人格権侵害とされる公害訴訟などと比較しても、差止違法の成立が容易であるように見える。これは、ひとつには、上掲の諸事例に明らかのように、私人による公道の通行妨害事案にあっては、通行妨害によって得られる正当な利益が、妨害者側にはほとんどなく、受忍限度論のはたらく余地が狭いためではないかと考えられる。

そこで、道路敷の土地所有者と通行者との利害関係が先鋭化しやすい私道について、判例を概観する。

#### (1) 囲繞地通行権

冒頭で述べたとおり、実定法によって与えられた法定の通行権は、地方自治法238条の6にいう旧慣使用権を有する場合を別とすれば、民法210条の囲繞地通行権のみである。囲繞地通行権は、法文上は、土地所有権を権原として土地所有者のみに認められるものであるが、解釈では、借地人には準用されるし<sup>45)</sup>、家屋の賃借権から代位に基づかない独自の囲繞地通行権が生じるとする判例もあるなど<sup>46)</sup>、権利主体の拡大が図られている。単なる占拠者は、袋地を利用している実態があっても権利主体とならないとされるものの<sup>47)</sup>、学説上は、不法占拠者であっても権利主体となるとする説も有力である。<sup>48)</sup>

袋地の成立要件も、法文上は、「或土地カ他ノ土地ニ囲繞セラレテ公路ニ通セサルトキ」であるが、公路に通じるみちが他にあっても、土地の利用を全うさせるに必要な限度において囲繞地を通行することができるとされており<sup>49)</sup>、特に近年では、自動車の普及に伴って、自動車による通行が可能な通路幅を、囲繞地通行権の内容とする判決が増えている。<sup>50)</sup> また、建築基準法43条の接道義務について、最高裁判例は昭和37年、「通行権そのものの問題ではない」として、囲繞地通行権の幅員との関連を否定しているが<sup>51)</sup>、その後の判例では考慮の余地があるとも取れるような判示をしており<sup>52)</sup>、下級審では、囲繞地上の既存の建物を一部収去しても、建築基準法の接道義務を満たす幅員の通路を開設するに足りる土地を明け渡すよう命じた例さえある。<sup>53)</sup> 学説上も、少なくとも利益衡量の一要素とする説が有力のようである。<sup>54)</sup>

囲繞地通行権は、囲繞地の権利者の受忍に基づくものであるにもかかわらず、法文を超え、先例を超えて、拡大の一途をたどっているようである。その可否はさておくとして<sup>55)</sup>、学説・判例の大勢が、通行権の手厚い保護を図っていることは確かであろう。

## (2) 建築基準法上の道路

囲繞地通行権以外にも、私道の通行妨害に対する妨害排除請求が認められる場合がある。判例上、私道が建築基準法上の道路とされる場合には、通行妨害は通行の自由権侵害に当たると解されてきた。

建築基準法の42条1項3号に該当する幅員4メートル以上の既存の私道、同項5号に基づいて道路位置指定を受けた私道、幅員4メートル未満であっても同条2項による指定を受けた私道では、私道敷の権利者といえども、道路内の建築制限(44条1項)、私道の廃止・変更の制限(45条1項)など、公法上の制約を受ける。これらの私道に対する公法上の制約は、建築基準法上のものに留まらず、「一般交通の用に供するその他の場所」(道路交通法2条)として、道交法の規制に服し、道路法4条に準じて、私権の行使が制限されると解されている。<sup>56)</sup>

しかし同時に、私道の管理者はあくまでも道路敷の権利者であるから、「この私的管理権からすれば、道路敷地に所有権等を有する私権利者は、それ以外の一般第三者、すなわち、公衆の通行・立入りを全面的に禁止したり、阻害したりすることはできないが、前記諸法令の制約に反しない限度で、右道路の保全と関係敷地保有者の居住の安寧のために、道路使用の方法を自治的に定めることができ」<sup>57)</sup>とされている。

すなわち、建築基準法上の私道は、公物たる道路に近い性質を有し<sup>58)</sup>、私道敷の所有者は、公道における道路管理者に準じる管理権の主体であり、一方、通行者にとって私道の通行は、公道と同じく自由使用に基づく反射的利益と解されるのである。<sup>59)</sup>このような法的関係のもとで、私道管理者による通行妨害が、通行の自由の侵害と認められるのは、どのような場合であろうか。

5号道路について裁判所は、昭和49年には、分譲住宅地を囲む5号道路に隣接する土地に居住し、他に通路を有しない者が、この道路を自動車で通行するにつき、道路敷所有者(分譲住宅地の土地所有者の共有)に対して妨害排除請求をした事案において、徒歩による通行は通行の自由権(人格権)の内容と認めたが、道路敷所有者が、本件道路を子どもの遊び場として利用していることなどから、原告による自動車の乗入れ・駐車禁止については、管理権の行使として是認しようとした。<sup>60)</sup>しかし、昭和59年には、5号道路の奥の土地に原告が造成した駐車場への出入りが争われた事案において、裁判所は、人格権としての通行の自由権と、子どもの交通事故のおそれ、夜間の静穏を害されるおそれなどを理由とした管理権とを衡量した結果、本件駐車場は、営業用に利用することはできないが、原告の所有する貸家の住人のために利用することはできるとした。<sup>61)</sup>

また、幅員の狭い2項道路では、歩行者は私道際の塀などにへばりついて自動車を避けなければならない状況にあり、老人の散歩等に危険を伴うので、このような場合には、自動車の通行は通行の自由権に含まれない<sup>62)</sup>とか、「当該道路の形状、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、私道敷所有者は、その通行に合理的な制限を課すこともできるというべきである。」などと判示されている。<sup>63)</sup>

この、「合理的な制限」の範囲如何が、建築基準法上の道路における、管理権と通行の自由権との対抗関係を決する基準であるが、平成9年に最高裁は、5項道路の敷地所有者が簡易ゲートなどを置いて、私道奥の居住者の自動車通行を妨害したとして提起された妨害排除請求訴訟において、以下のような基準を示した。

「建築基準法四二条一項五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。ただし、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ず、その通行が妨害された者であっ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に値するというべきであり、他方、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ず、私法上の通行受忍義務を負うこととなってもやむを得ないものと考えられるからである。」<sup>64)</sup>

本件道路は急坂であり、被告らの主張によれば、これを原告らが一旦停止した後に背面通行で昇るため、被告らは、より安全で騒音の少ない方法で通行することを求めてきたのであり、妨害の態様も、容易に移動しうる簡易ゲートなどを置くという軽微なものであった。しかし、一審では、「被告らは、本件土地につき、原告らが危険な通行をし、被告らの平穏な生活を脅かしていると主張するが、右主張自体は原告らの通行の自由自体を否定することができず、被告らが平穏な生活を護る必要があれば、他の適切な手段を構じるべきものであって、右主張は理由がない。」とされ<sup>65)</sup>、上告審も道路敷所有者の管理権を「通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情」がある場合に限定したうえ、簡易ゲートの設置が、「被上告人らは、自動車では本件土地を通行するたびに、いったん下車して右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。」と認定するなど、人格権たる通行の自由権（最高裁は、この用語を避け、「人格権的権利」としているが、その意味するところは同じであろう）<sup>66)</sup>に、最大限の保護を与えている。<sup>67)</sup>

学説にも、建築基準法上の道路における自動車通行の権利を広く認めることについて、好意的なものが見られる。<sup>68)</sup>

#### 4. 公道の利用関係の法的性質

これまで概観したとおり、公道の通行妨害については、私人による妨害は「通行の自由権」概念のもと、妨害排除請求が広く認められる傾向にある。私道の通行についても、囲繞地通行権・建築基準法上の道路における通行の自由権ともに、広く認められる傾向にある。裁判所は、日常生活にとって重要な道路利用については、必要不可欠という要件を超えて、実体的権利性を付しようとしているように見える。

一方、行政庁・行政主体による公道の通行妨害についても、処分性概念の拡大によって、救済

の門戸を広げた例が見られる。しかし、公物の自由使用という伝統的な概念と、これに付随する反射的利益説が、権利の生成を阻んでいる。処分性の拡大によって、本案審理に入ることができたとしても、実体的権利としての「公道の利用権」「通行権」といった主張が認められなければ、「ひと」が「みち」を通して「まち」へ出るといった人格的生存に不可欠の行為形態を保護することはできない。

これを顕著に示す例が、公道の廃止処分の無効を争った昭和36年判決（前掲注8）である。この事案においては、所有者の現住する土地に通じる唯一の通路が、公道の区域変更に伴う旧道の供用廃止によって塞がれたにもかかわらず、本案審理においては、廃止処分に至る行政内部の手續に瑕疵がなかったことだけをもって、処分の違法性は認定されなかった。しかも、その手續は、廃道処分によって不利益を被る者の意見を徴する仕組みを、告示と不服審査・異議申立てという通り一遍のものしか有していない。すなわち、従来、公道の通じていた土地を、新たに袋地にすることすら、行政の自由裁量に属するとされるのである。

公道管理者の権限がこれほど強いものであれば、一連の歩道橋訴訟に代表されるような、管理者による部分的な通行妨害を争う訴訟が、ことごとく実を結ばないのも当然であろう。国立歩道橋決定は、処分性の拡大に関して、学会から大きな評価を得たが、その後の判例において一般化するには至らなかった。これについては、処分性だけをいくら拡大しても、本案審理において救済の可能性がなければ、原告のみならず裁判所にとっても、訴訟を係属させる意味がない、という裁判官のホンネが推測される、との指摘もある。<sup>69)</sup>

なによりも、裁判所自身が、私人間の関係において、囲繞地通行権なり通行の自由権を拡大し続けてきたことは、公道であれ、私道であれ、ひとがみちを通行するという行為形態の重要性の認識の上に立っていると考えるはかない。確かに、昭和39年判決の示した公道における「通行の自由権」と、公道通行に関する伝統的理解である公物の自由使用との関係では、「…伝統的見解は、行政法上の法律関係についての考え、すなわち公物の管理者とその使用者との関係で主張されてきたものであり、前掲最判昭39. 1. 16の事案は、使用者相互間における私法上の関係を問題とするものであるから、前記の伝統的見解から直ちに前掲最判昭39. 1. 16の事案についての結論が導かれるものではないと考えれば、前掲最判昭39. 1. 16と前記伝統的見解とを矛盾を説明することも可能である。」<sup>70)</sup>とされる。しかし、それでは、建築基準法上の道路における管理者と使用者との関係において、裁判所が、道路敷所有者の管理権よりも通行の自由権を優先させる判断を採っていることを、矛盾なく説明することはできない。もし、この両「管理権」の扱いの差異が、一方は行政主体の有する権限であり、他方は私人の有する権限であることを専らの根拠として導かれているとすれば、「行政の公共性」に対するあまりにもナイーブな意識のあらわれといわざるを得ない。そして、このナイーブな意識が、我が国の道路行政が過去数十年にわたって、産業優先・生活者軽視のみちづくりを続けることを許してきたといえるのではないだろうか。

みちは、高速自動車道などの特殊なものを除き、何よりもまず、地域住民の「通行の権利」を保護する装置でなければならない。この場合、「通行の権利」の内実が問題となるが、それは、裁判所自身が、私人間における公・私道の判例上積み重ねてきたものを、公道管理者による管理行為にそのまま移し替えればよいだけとも考えられる。<sup>71)</sup>

ただ、私人間の通行妨害の事案においては、これまで、あもりに気前よく通行の権利を拡大してき過ぎたのではないか、との疑問を感じもする。囲繞地通行権が囲繞地の権利者の犠牲の上に成り立つものであって、民法自身も囲繞地通行権を囲繞地所有者の権利との関係で限定的に規

定しており（211条1項）、「通行の自由権」が通説・判例によって人格権と解されている以上、「通行の権利」は、袋地の利用あるいは通行者の人格的生存にとって、真に必要な不可欠なものでなければならないはずである。<sup>72)</sup> この観点から見て、私道や建築基準法上の道路に関する近年の判例が、自動車による通行などを、比較的簡単に、権利の内容と認める傾向があることには、疑問が残る。

特に公道は、従来も私道に比べて自動車優位であり、歩行者の通行が軽視されてきたととのバランスをとる必要があることからすると、公道の通行については、「ひとが安全かつ快適に歩く権利」を第一義に考えるのが相当である。これまで、公道の管理主体による部分的な通行妨害が問題となった事案のほとんどが、歩行者の立場から提訴されたものであるという事実が、この必要性と相当性とを裏付けている。

また、公道の建設がしばしば道路公害を引き起こし、沿道住民の生活利益を害するにもかかわらず、その差止めが容易に認められない現状も、道路の供用が自由裁量行為とされてきたという同じ病理に根ざしていることに留意すべきであろう。この点に関する考察は、別稿に譲る。

1) 田中二郎「新版行政法（中巻）全訂第二版」（1976、弘文堂）321頁。

2) 同上323頁注1

岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権（私権）—自由使用利益の存否と「自由通行権」について—」島大法学35巻4号（1992）は、自由使用概念を、「法的保護の否定という消極的な意味をもたされた特殊な技術用語」と評する。（6頁）

3) 田村悦一「公物法総説」雄川・塩野・園部編「現代行政法大系9、公務員・公物」（1984、有斐閣）252頁。

4) 広岡隆「公物法の理論」（1991、ミネルヴァ書房）120頁は、このような課題を解決すべく主張される諸学説を総じて、「学説上のヌーヴェル・ヴァーグ」と評する。ただし、裁判所は、これらの諸学説を正面から認めるに至っていない。

5) 岡崎勝彦「交通権憲章と憲法」（交通権学会編「交通権憲章」（1999、日本経済評論社）10—15頁）は、公共交通機関を利用する権利なども含めた、広汎な人権としての「交通権」を、憲法22条、25条、13条それぞれに基づいて提唱するが、本稿の射程は、「適切な方法で既存の公道と私道を通行することの権利性」に留まる。なお、上掲書における「交通権」の定義は、以下のとおりである。「交通権とは「国民の交通する権利」であり、日本国憲法の第22条（居住・移転および職業選択の自由）、第25条（生存権）、第13条（幸福追求権）など関連する人権を集合した新しい人権である。すなわち、現代社会における交通は、通勤・財貨輸送などの生活交通はもちろん、物流・情報など生産関連交通、旅行などの文化的交通、さらに災害救助の交通など広範にわたるため、国民が安心して豊かな生活と人生を享受するためには交通権の保障と行使が欠かせない。もちろん交通権の行使には、交通事故や交通公害など他者の権利の侵害を含まないし、長距離通勤などの苦役的移動からの解放も含まれる。」（上掲書2頁「前文」）

6) 囲繞地通行権は物権であり、その制度趣旨も袋地の効用を失わせないためのものであるから、厳密には「ひとの」権利ではない。また、通行地役権や使用貸借・賃貸借による債権的通行権などは、囲繞地所有者の同意に基づいて発生するので、法定通行権たる囲繞地通行権とは性格を異にする。

7) 本件の原審である千葉地判昭34. 9. 14 (行集10巻9号1812頁) は、以下のように述べて、原告の請求を却下した。ただし、処分性ではなく、原告適格の問題として処理している。

「元来道路は一般公衆の共用に供されることを本来の性質とする公共用物であって、公共用物は公物主体がそれを公物として公の目的に供用している場合に、そのことの反射的利益として、それを自由に使用しうるに止まり、各人のために使用の権利が設定されたものではない。すなわち各人は道路管理者の許容の範囲内において、かつ他人の共用を妨害しない限度においてこれを使用する自由を有するに止まり、これは何人も享有する一般自由権の効果たるにすぎず、特別の権利たるものではない。したがって公物主体たる道路管理者が道路の供用廃止をした場合、直接間接私人の利害に関係をもつとしても、それをもって自己の権利の侵害であることを主張することはできないものといわなければならない。」

東京高判昭42. 7. 26行集18巻7号1064頁 (行集18巻7号1064頁) は、おなじく路線変更に伴う市道の供用廃止処分について、「国民の権利義務に、直接に、法律上の影響を及ぼす行為」ではないとして、処分性の観点から、抗告訴訟を却下している。

なお、行政訴訟論の領域においては、抗告訴訟の処分性要件自体を、拡大ないし再構築すべきとの主張が有力であるが (阿部泰隆「取消訴訟の対象」現代行政法大系4 行政訴訟1 (1983, 有斐閣) 199-236頁, 同「行政訴訟改革論」(1993, 有斐閣) 第一部第一章「抗告訴訟の守備範囲—いわゆる処分性—」(43-85頁) 参照)、本稿では、実体的権利としての道路通行権を考察の対象とするので、伝統的な処分性理論に従う。

8) 東京高判昭36. 3. 15判時264号19頁。

9) 東京高判昭56. 5. 20判時1006号40頁。

10) 田中・注2は、この場合は「民法(210条)の定める袋地所有者の囲繞地通行権の問題として適当な解決を図るべき問題であって、道路の自由使用を根拠に、廃止処分の無効確認を求めることについては、疑いなきを得ない。」と述べている。上述した実定法の構成に忠実に考えれば、所論のとおりであろう。

11) 原田尚彦「訴えの利益」(1973, 弘文堂) 138-139頁

12) 山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分(八)」民商60巻1号68-69頁。

13) 松山地判昭53. 5. 30判時931号51頁

14) 最判昭62. 11. 24判時1284号56頁。

15) 瀬木比呂志「私道の通行権ないし通行の自由について—私道の通行に関する仮処分に関連して」(判タ939号4-20頁) 8頁は、建築基準法上の道路の通行妨害を私権(人格権)の侵害と構成するにつき、注14判決を「参考とすることができる」と述べるが、後掲のごとく、最高裁は、建築基準法上の道路の通行妨害につき、注14判決よりはるかに強く通行の利益を保護する判断を下している。

16) 最判昭39. 1. 16民集18巻1号1頁。

17) 大判明31. 3. 30民録4巻3号85頁。

18) 沢井裕「隣地通行権」186-187頁参照。

19) 田村浩一「村民の村道使用関係の性質(等)」民商51巻4号656頁一, 658-659頁。

20) 原田尚彦「道路の自由使用」行政判例百選127頁, 松島諄吉「同」行政判例百選(第二版) 124-7頁, 遠藤貴子「同」行政判例百選(第四版) 136-7頁ほか。なお、私法上は、不法行為に基づく妨害排除を認めたものと読むこともできる。(瀬木注15, 9-10頁, 牧・後掲

注22・30－31頁参照)

- 21) 原田, 注21, 27頁。
- 22) 牧賢二「通行の自由権について一判例を中心として一」判タ952号26－38頁。
- 23) 高知地判昭35. 4. 27行集11巻6号1830頁。
- 24) 福井地判昭46. 10. 16行集22巻10号1618頁。
- 25) 最高昭39. 10. 29民集18巻8号1809頁。
- 26) 清宮四郎「行政行為における一般性」(同「国家作用の理論」(1968, 有斐閣) 101頁) 118－119頁。
- 27) 広島地決昭44. 3. 19判時571号43頁。
- 28) 東京地決昭45. 10. 14判時607号16頁。
- 29) 東京地判昭48. 5. 31判時704号31頁。
- 30) 東京高判昭49. 4. 30判時743号31頁。
- 31) 名古屋地判昭47. 9. 22判タ282号153頁。
- 32) 名古屋地判昭52. 9. 28判時877号30頁。
- 33) 私法上の人格権と公法上の人格権との関係については、五十嵐清「人格権」法学教室171号「特集 民法と憲法」25－28頁, 根森健「憲法上の人格権－個人の尊厳保障に占める人権としての意義と機能について」公法研究58号66－79頁参照。
- 34) 原田, 注21, 26頁。なお、その理論的根拠と展望については、原田「公物管理行為と司法審査」(田中二郎編「杉村章三郎先生古希記念, 公法学研究, 下巻」1974, 有斐閣549－597頁) に詳しい。
- 35) 金子正文「公共施設の利用関係」(山田＝市原＝阿部編「演習行政法(下)」(1979, 青林書院新社) 363頁。
- 36) 石井昇「行政法と私法」(1998, ぎょうせい) 241頁。
- 37) 名古屋地判昭61. 3. 14判時1193号73頁。
- 38) 阿部泰隆「国家補償法」(1988, 有斐閣) 183－187頁。
- 39) 京都地決昭47. 4. 21判時676号20頁。
- 40) 金沢地判昭52. 5. 13判時881号136頁。
- 41) 東京高判昭59. 12. 25判時56頁。
- 42) 東京高判昭43. 11. 29判時550号64頁。
- 43) この考え方を公権に当てはめると、公物使用权に関する平等権的構成論に相当すると解することができる。なお、平等権的構成論については、松島諄吉「公物管理権」(注3文献) 306－307頁参照。
- 44) 大阪地判平6. 3. 24判時1509号105頁。
- 45) 最判昭36. 3. 24民集15巻3号542頁。
- 46) 肯定例として米子簡判昭42. 12. 25判時523号72頁、否定例として大阪地判昭48. 1. 30判時721号70頁。
- 47) 上掲注37
- 48) 沢井注15, 33頁。
- 49) 大判昭13. 6. 7民集17巻1331頁, 最判昭47. 4. 14民集26巻3号483頁など
- 50) 草野真人「囲繞地通行権の幅員」判タ731号27頁, 石井恒「囲繞地通行権と建築基準法の接



道要件」法律実務研究12号491頁など

- 51) 最判昭37. 3. 15民集16巻3号556頁。
- 52) 最判昭43. 3. 28判時516号39頁。
- 53) 東京地判昭56. 1. 30判夕453号113頁。
- 54) 草野注50, 31頁以下参照。
- 55) 石井注50は、建築基準法の接道義務との関連について、否定例である東京地判昭58. 4. 25 (判時1097号55頁) に依拠しつつ、「もし、建築基準法のかかる規制を強制しなくともその公益目的の達成に支障がなければかかる規制は緩和されても差支えないのではなかろうか。」「つまり、画一的な通路幅員の要求に弾力性を持たせることは可能ではないかと考えることも問題解決の一方法である。」と述べるが、同感である。
- 56) 東京高判昭49. 11. 26判時768号32頁。
- 57) 同上39頁。
- 58) 東京高判昭49. 4. 30東高民時報25巻4号74頁。
- 59) 古くは、公物管理権の本質は公権力と解されていたので、この前提に立てば、公道の管理と建築基準法上の道路の私人による管理とを、同列に論じることが不適当かもしれないが、現在では、「支配権」や「公権力」の名で呼ばれるものとはその本質を異にした「管理権」の名で呼ばれるべき特殊の権能であって、「法に特別の規定がある場合や公益上私法規定を排除しなければならない必然的理由のある場合をのぞき、できるかぎり、私法規定の適用がなされてしかるべき」(松島上掲注43, 298-299頁) と解するのが一般的であるので、公道と建築基準法上の道路では、管理権の本質的差異はないと解してよいであろう。
- 60) 注49。
- 61) 長崎地裁佐世保支判昭58. 5. 25判夕503号123頁。
- 62) 東京地判平2. 10. 29判夕744号117頁。
- 63) 東京地判平7. 8. 23判時1566号53頁。
- 64) 最判平9. 12. 18判時1925号41頁 (引用部分は同43頁)
- 65) 横浜地裁川崎支判平6. 3. 30判例集未登載。
- 66) 野山宏「時の判例—いわゆる位置指定道路の通行妨害と妨害排除請求権」(ジュリ1137号100頁) 101頁参照。
- 67) 野山注57は、通行利益について、「日常生活上不可欠という要件はかなり厳しいものであって、必要以上に妨害排除請求が認められることを防ぐ機能を果す。」とするが、本件道路は、他に複数の階段状通路があるために厳密には囲繞地上の道路ではなく、また、本件土地は政令指定都市内の私鉄駅に近い住宅地であって、原告らは営業用に自動車を使用していたのでもないにもかかわらず、原告らの自動車利用が「日常生活に不可欠」であったか否かの検討はなされておらず、専ら原告らが従来から自動車による通行を行ってきたことを根拠に、自動車による通行の権利を認めているので、この要件がそれほど厳格なものとは考えにくい。
- 68) 沢井・東畠・宮崎「道路・通路の裁判例」57頁。
- 69) 阿部注6「行政訴訟改革論」52-4頁。
- 70) 牧注19, 27頁。
- 71) 石井昇「行政法と私法」(1998, ぎょうせい) は、「思うに、前掲の最判昭和三十九年一月一六日民集一八巻一号一頁の説示、すなわち「村道に対しては村民各自は……自己の生活上必須

の行動を行い得べきところの使用の自由権（民法七一〇条参照）を有する」ことからみて、行政主体による路線の廃止・変更行為や供用廃止行為が住民の使用の自由権・通行の自由権を侵害する場合には、その取消しを求め、また違法な自由権の侵害につき国家賠償を請求することができるものと解される。」(241頁)としつつ、問題は、道路のいかなる使用形態が「自己の生活上必須の行動」といえるかであろう。」(242頁、注17)と指摘するが、使用の自由権を公・私法上、一体的に促えるのであれば尚更、私法上蓄積された使用形態の判断基準は、公法上も妥当すると解してよいであろう。

72) 瀬木注15, 19頁参照。