

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成24年 5月18日現在

機関番号：32689

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2011

課題番号：21730097

研究課題名（和文） 建築基準法上の道路における公共的利益の実現と民法の意義

研究課題名（英文） The Meaning of civil law in the realization of public interest in private roads pursuant the provisions of the Building Standards Act

研究代表者

秋山 靖浩（AKIYAMA YASUHIRO）

早稲田大学・法学学術院・教授

研究者番号：10298094

研究成果の概要（和文）：民法は、建築基準法上の道路たる私道の通行者に通行妨害に対する妨害排除請求権を認めることで、建築基準法上の手法の不備を補完し、建築基準法上の道路における公共的利益を実現する役割を担っている。もっとも、ドイツ法の議論を参照すると、建築基準法と民法の相互補完関係ではなく、建築基準法自体で公共的利益の実現を貫徹する仕組みおよび運用を確立するというアプローチも考えられ、さらに検討を深める必要がある。

研究成果の概要（英文）：In civil law, the right of interference exclusion against disturbance of passage on private roads pursuant the provisions of the Building Standards Act is recognized. This means that civil law complements the lack of techniques on the Building Standards Act and realizes public interest in private roads pursuant the provisions of the Building Standards Act. However, referring to the discussion in German law, it is also considered to carry through the realization of the public interest in the Building Standards Act itself and must be studied further.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	500,000	150,000	650,000
2010年度	500,000	150,000	650,000
2011年度	200,000	60,000	260,000
年度			
年度			
総計	1,200,000	360,000	1,560,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学、民事法学

キーワード：建築基準法上の道路、民法と建築基準法、私法と公法、公共的利益

1. 研究開始当初の背景

民法が公共的利益の実現にどのように関わるか・関わるべきかについて、近時、活発な議論が展開されるようになった。この議論が具体的に展開されてきた場面として、不法行為の過失・違法性の判断における行政基準の位置付け、相隣関係における民法と建築基

準法との交錯、建築基準法上の道路の通行妨害における民法上の妨害排除請求権の成否、などが挙げられてきた。

2. 研究の目的

本研究は、1で述べた背景のうち、建築基

準法上の道路たる私道（建築基準法上の道路のうち道路敷地が私有地であるもの）において、私道敷地の所有者等が通行妨害を行っている場合に、民法がどのような対応をとることができるか・とるべきかに焦点を当てた。その理由は次の通りである。

建築基準法の規定する道路——これには建築基準法上の道路たる私道も当然に含まれる——は通行・安全・衛生・防火等の公共的利益の実現を目的としているが、建築基準法の制度・仕組みではこれが十分に実現されてこなかったといわれている。他方で、民法の判例によれば、建築基準法上の道路たる私道を通行する者は、一定の要件の下で、当該道路の通行妨害を排除する権利を有するものとされている。ここでは、上記の公共的利益の実現に向けて、民法も一定の役割を果たすべきことが主張されてきた。

以上の議論状況を受けて、本研究では、建築基準法上の道路たる私道が実現しようとする公共的利益の実現につき、民法がどのような役割を果たすことができるのか、また果たすべきなのかについて、主として理論的な観点から考察することにした。

3. 研究の方法

主として、以下の三つの方法を採用した。

第一に、2で述べた民法の意義を探るためには、まずもって、建築基準法の道路たる私道に基づく公共的利益の実現につき、建築基準法がそもそもどのような仕組みを備えているのかを分析する必要がある。例えば、建築基準法の仕組みが不十分であれば、その部分を民法が補うという形で、民法の意義を見出すこともできるからである。そこで、建築基準法が上記公共的利益の実現のためにどのような仕組みを用意しているかについて、裁判例および各種文献等を調査した。

第二に、2で述べた民法の判例を詳しく分析した。同判例については、既に複数の判例評釈が公表されているが、建築基準法との関連に重点を置いて分析をしたものはあまり多くない。そこで、建築基準法上の道路たる私道における公共的利益およびその実現のための建築基準法の仕組みと関連付けて、同判例を分析することにした。

第三に、日本法における第一点および第二点の分析を相対化するために、ドイツ法の議論を調査した。ドイツ法の議論と比較することにより、日本法の問題点をよりの確に分析することができ、2で述べた本研究の目的をより良く達成することができると思ったからである。

4. 研究成果

(1) 建築基準法上の道路たる私道における公共的利益実現の制度とその運用上の問題点

① 建築基準法上の道路は、通行・安全・衛生・防火等の公共的利益の実現に大きく関わっている。それゆえに、建築基準法上の道路が道路としての容態を保ち、その機能を果たすことは、都市計画・まちづくりの諸局面において重要な意味を持つ。

そこで、建築基準法は、建築基準法上の道路がその容態を保ち、その機能を果たせるようにするために、道路の幅員を原則として4メートル以上としている（同法42条1項）。そして、その幅員を現実にも確保するために、道路内で建築物を建築すること、敷地造成のための擁壁を築造すること、これらの建築物・擁壁を道路内に突出させることを原則として禁止した上で（同法44条1項）、この制限（以下「道路内建築制限」という）に違反して道路内に建築物等を建てたり突出させると、特定行政庁により、当該建築物の除却・移転等の違反是正措置が命じられるとしている（同法9条）。

このようにして、建築基準法上の道路が幅員4メートル以上を現実にも確保されることによって、建築基準法上の道路が目的とする公共的利益を制度的に実現しようとしている。

以上の道路内建築制限は、特に建築基準法上の道路たる私道において、大きな意味を有する。というのも、本来なら土地の所有者は所有権に基づいてその土地に自由に建築等ができる（所有権の自由）、当該土地が建築基準法上の道路の敷地に組み込まれる——つまり建築基準法上の道路たる私道とされる——と、道路の機能とそれに基づく公共的利益の実現を優先させるために、当該土地の所有者といえども、道路内建築制限によってその自由が制限されることになるからである。

② ところが、建築基準法上の道路たる私道の場面において、上記①で述べた手法については、次のような運用上の問題点が指摘されている。

第一に、道路内建築制限は建築物・擁壁を対象としているため、これに該当しない物（植物や自動車など）が道路内に存在していても、道路内建築制限の違反には当たらず、特定行政庁による違反是正命令の対象にもならないという点である。その結果、道路内に植栽などが残り、当該道路が道路として整備されていない状況が続くことになりかねない。

第二に、特定行政庁が妨害物の除却・移転等の違反是正命令を出すことができる場合においても、これらの命令を出すかどうかは特定行政庁の専門技術的な裁量に委ねられ

ているため、特定行政庁の介入が必ず行われるとは限らないという点である。このことは、近隣住民が、特定行政庁に対し、違反建築物等の所有者に対して違反是正命令を発令することの義務付け訴訟を提起した場合にも影響を及ぼす。というのも、行政事件訴訟法37条の2第5項によれば、特定行政庁に対して違反是正命令の権限の行使が命じられるのは、特定行政庁が同権限を行使しないことが「その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認めるとき」に限られているからである。実際にも、相当重大な建築基準法違反の事案でない、特定行政庁の違反是正命令は出ないようである

第三に、第二にも関連するが、特定行政庁がこの種の措置を講じることには、予算上の制約など様々な実際上の制約があるという点である。

③ このように見ると、建築基準法は確かに、道路内建築制限および特定行政庁による違反是正措置命令の手法を用意することで、建築基準法上の道路たる私道における公共的利益の実現を制度的に担保しようとしている。しかし、この制度における運用上の不備のために、かかる公共的利益が現実には十分実現されない状況が生じることになる。

このような状況を受けて、地方公共団体の中には、建築基準法上の道路たる私道が実現しようとする公共的利益の重要性およびその公共的利益が十分に実現されていない現状に鑑みて、独自に事業を展開しているところも見られる。例えば、建築基準法上の道路たる私道の拡幅・整備事業などである。しかし、このような取組みも、法的な強制力を伴わないことや財政的な制約のために、大きな成果を上げるまでには至っていないと評価される。

(2) 民法の判例とその問題点

① 他方で、民法上では、建築基準法上の道路たる私道において、当該私道敷地の所有者等が通行妨害等を行った場合に、近隣住民がその通行妨害の排除を求める権利を直ちに取得するわけではない。近隣住民は建築基準法上の道路たる私道を通行することができるものの、これは、当該私道敷地の所有者が道路内建築制限などの建築基準法上の義務を負うことの反射的な利益にすぎないと構成されているからである。

しかし、判例は、建築基準法上の道路たる私道が現実に開設されている場合において、当該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者は、当該私道敷地の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がない限り、当該私道敷地の所有者に対し、通行妨害行為の排除・禁止を求

める権利(人格権的権利)を有するとした(最判平成9年12月18日民集51巻10号4241頁が建築基準法42条1項5号に基づく道路の事案でこのような人格的権利を認めた後、最判平成12年1月27日判時1703号131頁が、最判平成9年の理論が建築基準法42条2項に基づく道路にも当てはまるとした)。つまり、建築基準法上の道路たる私道の通行者が、(a) 現実の道路開設、(b) 日常生活上不可欠の通行利益、(c) 特段の事情の不存在という要件を充たしている場合には、当該私道から享受している通行利益が人格的権利として認められ、同権利に基づく差止(妨害排除等)が肯定されたといえる。

そして、民法上の妨害排除請求権が認められると、建築基準法上の道路たる私道の通行妨害が排除されるため、当該私道における通航・安全・衛生等が確保されることになり、建築基準法の道路における公共的利益も実現されることになる。

② 判例が認めた民法上の妨害排除請求権は、(1)で述べた建築基準法上の手法(特定行政庁による違反是正措置)と比較した場合に、次のような特徴を有する。

民法上の妨害排除請求権は、上記の一定の要件を充足すれば成立するものである。加えて、ひとたび請求権が成立すれば、通行妨害者(私道敷地の所有者)がこれに従わない場合、妨害排除請求権者はその強制的な実現を裁判所に求めることもできる。ここでは、(1)②で指摘した、特定行政庁による裁量に左右されるという問題は生じない。

このように見ると、民法上の妨害排除請求権は、(1)②で述べた建築基準法上の手法の限界に囚われることなく、建築基準法上の道路たる私道の通行確保——そのことを通じての建築基準法上の道路における公共的利益の実現——のために発動させることが可能である。

③ 以上より、民法上の妨害排除請求権に、次のような位置付けが与えることができると思われる。

建築基準法上の道路が通行・安全・衛生・防火等の公共的利益の実現を目指しているにもかかわらず、そのための建築基準法上の手法が必ずしも十分に機能していないところで、民法の判例は、建築基準法上の道路たる私道を通行する者に当該私道の通行妨害を排除する権利を与えるという形で、上記公共的利益の実現に一定の役割を果たしているものと捉えることができる。

また、以上のことを(1)で述べた建築基準法上の手法との関係で捉え直せば、民法上の妨害排除請求権は、建築基準法上の道路における公共的利益の実現に向けて、建築基準

法の手法の不備を実質的に補っているといえよう。

④ もっとも、上記②の判例が示した要件は、民法上の妨害排除請求権が上記③の役割を十分に果たすためには、なお再検討の余地を残している。

例えば、現実の道路開設の要件(上記②(a))は、建築基準法上の道路たる私道のうち、同法42条2項に基づく道路には必ずしも適合しない。同法42条2項に基づく道路は、建築基準法上の道路に指定された時点では4メートル未満の幅員しかなく、時代の経過と共に徐々に4メートルの幅員が確保される仕組みになっている。したがって、通行妨害が生じた時点で、道路が現実には開設されていない場合もありうる。これを理由として民法上の妨害排除請求を認めないのでは、同法42条2項に基づく道路において公共的利益を実現することが困難となる。

また、日常生活上不可欠の通行利益の要件(上記②(b))も、これを厳格に要求すると、通行者が建築基準法上の道路たる私道を例えば毎日通行しているような場合しか、民法上の妨害排除請求権は認められないことになる。しかし、建築基準法上の道路における公共的利益の実現を重視するならば、日常生活上不可欠とまではいえない通行利益しか有さない者であっても、民法上の妨害排除請求権を行使することができると考えてもよさそう。

このように、民法上の妨害排除請求の要件については、建築基準法上の道路における公共的利益の実現の重要性および必要性をにらみながら、さらに検討を深める必要がある。

(3) ドイツ法の議論状況との比較

ドイツ法の状況を調査したところ、(2)③で述べたような、民法上の妨害排除請求権を承認することによって建築基準法上の道路における公共的利益の実現を図るという議論は、見つけられなかった。そのため、日本法の議論状況と異なるのはなぜかについて、十分な知見を導き出すに至っていない。

もっとも、現時点では、少なくとも次のことを指摘することができるように思われる。

ドイツ法では、建設公法(建設法典や州建築法など)が実現しようとする公共的利益について、建設公法自体の中でその実現手法を十分に整備した上で、現実にもその実現が図られるような運用を目指す傾向が見られる。これによると、原則として、建設公法自体の中で公共的利益の実現が貫徹されるべきであり、これが貫徹されるのであれば、民事法において、その公共的利益の実現をサポートする必要も理由もないことになる。その上で、例外的に、建設公法を通じては公共的利益の実現が貫徹されない場面においてはじめて、

民事法がその実現をサポートすべきかどうか、サポートすべきであるとしてどのようにサポートするかが議論されている。

以上の知見を手がかりにすると、建築基準法上の道路に該当するドイツ法の道路については、建設公法自体の中で公共的利益の実現が貫徹されているため、民法上でその実現をサポートするという問題意識が乏しく、それゆえに、日本法のような議論がなされていないものと推測される。

(4) まとめ

本研究をまとめると、次のようになる。

日本法では、建築基準法上の道路における公共的利益の実現につき、建築基準法自体がその実現手法を用意しているものの、運用上の問題ゆえに、公共的利益の実現が必ずしも果たされていない。そのような状況の中で、民法上の妨害排除請求権は、建築基準法上の手法の不備を補い、建築基準法上の道路における公共的利益の実現をサポートする役割を果たしているといえる。ここでは、建築基準法上の手法と民法上の妨害排除請求権とが、相互に補完し合いながら、建築基準法上の道路における公共的利益の実現を図っているといえる。

しかし、建築基準法上の手法と民法上の妨害排除請求権との上記関係は、唯一絶対のものではない。イツ法の議論状況を参照すると、建築基準法の公共的利益の実現手法を十分に整備し、かつ、その運用においても公共的利益が実効的に実現されるように工夫を図るという方向性も、十分に考えられる。仮に、かような方向性を目指すのであれば、民法上の妨害排除請求を認めることは、あくまでも過渡的なものにすぎず、これを固定化させることなく、建築基準法上の手法の整備と運用の改善を図っていくべきことになる。

以上が、本研究から得られた知見である。もっとも、以上の知見からは、さらに次のような新たな課題も浮かび上がる。

建築基準法上の手法と民法上の妨害排除請求権との関係について、ドイツ法に類するような方向性を直ちに採用すべきかどうかについては、別の観点からの考察も必要である。というのも、民法上の妨害排除請求権を認めることは、行政のみが公共的利益の実現を担うのではなく、私人がそのイニシアチブにより公共的利益の実現を図ろうとしている点で、積極的に評価して良い面もあると考えられるからである。この面を強調するならば、公共的利益がよりよく実現されるように、民法上の妨害排除請求権の方をさらに改善していくべきことになる。ここでは、公共的利益の実現に私人がどのように関わっていくべきかについて、さらに根本的な検討が必要であり、研究代表者の今後の課題とし

たい。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計6件)

- ① 秋山靖浩「建築基準法 42 条 2 項に基づく道路」法学セミナー665号 88～93 頁、2010 年、査読無、巻数無
- ② 秋山靖浩「建築協定・地区計画によるまちづくり」法学セミナー664号 102～107 頁、2010 年、査読無、巻数無
- ③ 秋山靖浩「相隣関係による土地所有権の

制限」法学セミナー663号 72～77 頁、2010 年、査読無、巻数無

- ④ 秋山靖浩「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——」北大法学論集 59 巻 6 号 175～199 頁、2009 年、査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

秋山 靖浩 (AKIYAMA YASUHIRO)

早稲田大学・法学学術院・教授

研究者番号：10298094