

主 文

原判決を破棄する。

被上告人らの控訴を棄却する。

控訴費用及び上告費用は被上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人佐々木秀雄、同塚本まみ子、同田口育男の上告理由第二点について

一 原審の適法に確定した事実関係は、次のとおりである。

1 被上告人らは、東京都中野区 a 町 b 丁目 c 番の d 及び e の各土地（以下「被上告人ら共有地」という。）を共有し、上告人らは、同番の f、g、h 及び i の各土地（以下「上告人ら共有地」という。）を共有している。上告人ら共有地のうち c 番の f 及び g の各土地には、北端と南端でそれぞれ公道に接する未舗装の私道（一審判決別紙図面一の斜線部分。以下「本件私道」という。）が設置されており、被上告人ら共有地は、本件私道以外の道路に接していない。

2 本件私道は、戦前に開設されたものであって、その幅員は、場所によって一定しないものの約二メートルから三メートルであり、建築基準法施行後、同法四二条二項に規定する指定により同条一項の道路とみなされている。被上告人らの母である D は、上告人 A の父から賃借していた被上告人ら共有地上に建物を建てて居住し、主に徒歩で本件私道を通行していた。

3 D は、昭和二八年一二月、上告人 A の父が昭和二二年に国に物納した c 番の d の土地を大蔵省からの払下げにより取得し、昭和三九年二月には、同番 e の土地を上告人らから買い受け、上告人らとの間で、右各土地を要役地、本件私道を承役地として、徒歩及び二輪車による通行を目的とする通行地役権（以下「本件通行地役権」という。）を黙示的に設定した。

4 上告人らは、昭和五九年五月、上告人ら共有地のうち c 番の h 及び i の各土

地上にマンションを建築した。その際、右各土地と本件私道との境の塀が撤去され、道路中心線から右各土地寄りに約二メートル後退した位置にフェンスが設置されたため、同所付近における本件私道の幅員は、従前の約二・七メートルから約三・四メートルに拡幅された。

5 被上告人らは、昭和六一年一〇月三十一日に死亡したDを相続し、昭和六三年一〇月頃、空き家となっていた被上告人ら共有地上の右建物を取り壊し、右土地を更地にした。

6 被上告人ら共有地は、平成二年三月から約一年間、近隣のビル建築のため、工事関係車両の駐車場、仮事務所設置用地として利用されたが、その際、上告人らは、右建築工事の請負業者が前記マンションの建築工事を担当した業者であったことから、右請負業者の要請を受けて、右建築工事中、工事関係車両が本件私道を通行することを承諾した。右期間以外には本件私道を自動車が行ったことはなかった。

7 上告人らは、平成三年八月頃、前記フェンスを撤去し、新たに道路中心線から三メートル以上離れた一審判決別紙図面二のP2、P3、P4の各点を結んだ位置にフェンスを設置し直した上、道路中心線から一メートル弱の同図面の から の各位置に鎖でつながれた金属製ポール一〇本（以下「本件ポール」という。）を設置した。

8 被上告人らは、その共有地を賃貸駐車場として利用する目的を有している。

二 本件において、被上告人らは、自動車の通行を妨げられているとして、上告人らに対し、通行地役権又は通行の自由権（人格権）に基づき、本件ポールの撤去を求めている。

原審は、通行の自由権（人格権）に基づく請求について、概要次のように判示して、これを認容した。

一般人は、建築基準法四二条二項の規定による指定を受けた私道について、その反射的利益として自由に通行する権利を有し、右通行が妨害された場合には、通行妨害の態様、指定された道路の使用状況等によっては通行の自由権（人格権）に基づき、通行妨害の停止や予防を請求することができる。本件ポールの設置は、建築基準法四四条一項に直接違反するものではないが、現状での通行可能な範囲を著しく制限する行為は、同法の趣旨に反するものと解すべきである。本件私道の自動車による通行は、従来、一般公衆に保障されていたものではないし、被上告人ら共有地の利用状況や賃貸駐車場としての利用目的からみて、日常生活に必須の要請であるとは認め難い面があるが、通行の自由が確保される必要があるのは、本件私道に接する土地の居住者が利用する場合に限定されるものではなく、本件ポールの設置により緊急自動車の進入が制限される事態の発生も予想されるから、被上告人らは、通行の自由権（人格権）に基づき、公共の福祉に反して違法に設置された本件ポールの撤去を求めることができる。

三 しかしながら、原審の右判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

【要旨第一】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（最高裁平成八年（オ）第一三六一号同九年一二月一八日第一小法廷判決・民集五一巻一〇号四二四一頁）。そして、このことは、同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解

するのが相当である。

これを本件についてみるに、【要旨第二】前記事実関係によれば、本件私道は、専ら徒歩又は二輪車による通行に供されてきた未舗装の道路であり、上告人らの承諾を受けた請負業者が建築工事のため一年間本件私道を自動車で通行したことがあるほかには、自動車が通行したことはなく、被上告人らは、Dが死亡した昭和六一年一〇月以降、その共有地を利用していないのみならず、右共有地を居住用としてではなく、単に賃貸駐車場として利用する目的で本件ポールの撤去を求めているにすぎないというのであるから、被上告人らが本件私道を自動車で通行することについて日常生活上不可欠の利益を有しているとはいえない。

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

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 井嶋一友 裁判官 小野幹雄 裁判官 遠藤光男 裁判官 藤井正雄 裁判官 大出峻郎)