



Title	民法233条と道路管理：人口減少社会における公物法制と民法との関係を巡る一考察
Author(s)	荒木, 修
Citation	阪大法学. 2024, 74(3-4), p. 361-379
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/99480
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

民法233条と道路管理

——人口減少社会における公物法制と民法との関係を巡る一考察——

荒木 修

はじめに

公物法制と民法との関係についてはこれまで様々に議論されており、近年は最判平成18（2006）年2月21日民集60巻2号508頁（以下、最判平成18年という。）を契機として公物管理権の根拠に遡るものも見られる。⁽¹⁾他方、人口減小社会を迎えるなかで、土地等の所有者の不明又は所在不明の場合に土地等が適正に管理されず社会にマイナスの影響が生じ得ることに対して如何に対応すべきかという観点から、土地所有に関する根本的な検討も法的な課題となっている（例、2020（令和2）年の土地基本法改正）。民法典以外の特別法による管理制度に加え（例、2013（平成25）年の農地中間管理事業の推進に関する法律=いわゆる農地バンク、2018年の森林経営管理法、同年の所有者不明土地の利用の円滑化等に関する特別措置法=地域福利増進事業）、2021年の民法改正では所有者不明土地・建物管理制度や管理不全土地・建物管理制度が設けられ、相隣関係の規定も改正されており、隣地から越境する竹木の枝の切除について233条が改正されている。隣接し合う土地利用を巡る紛争解決のための規範であるが、竹木の枝が道路に越境することで道路の機能が損なわれる場合にその解決を図るためにこの規定を道路管理者が用いるときに如何なることが法的に問題となるか。⁽²⁾民法233条と道路の管理との関係を解明することで、公物法制と民法との関係を検討するための手掛かりを得ることを目指したい。

なお、民法233条改正について触れなければならないが、紙幅の関係上、本稿での検討に必要な限りで取り上げるに止め、詳細は別稿（ノモス55号（関西

大学法学研究所紀要))に委ねることとする。

I. 民法233条の概要

箇条書き的に改正経緯と現行法の特徴を挙げておく。

(a) 改正前の状況 竹木の枝が越境した場合と竹木の根が越境した場合について異なった規律をする。前者の場合は隣地所有者が自力で切り取ることはできず、竹木所有者に対して切除を求めることがしかできないと解されていた(文言解釈による通説的な理解)。竹木所有者がこの求めに応じない場合、隣地所有者は訴えを提起して、枝の切除を命ずる判決を取得して、これを債務名義とする強制執行を申し立てて、竹木所有者の費用負担で第三者をして竹木を切除させることができる。竹木の根が越境した場合と比較して、①訴えの提起など、隣地所有者にとって時間や労力がかかること、②枝が伸びるたびに訴えの提起などが必要になることが問題となってきたところ、近年では、竹木所有者が不明等の場合にこれらの問題が深刻になっていたようである。

(b) 改正法 越境した枝を隣地所有者が自力で切り取ることができる場合として、「竹木の所有者に枝を切除するよう催告したにもかかわらず、竹木の所有者が相当の期間内に切除しないとき」(1号)、「竹木の所有者を知ることができず、又はその所在を知ることができないとき」(2号)、「急迫の事情があるとき」(3号)が認められた(3項)。

(c) 民法233条により枝の切除が認められる範囲は越境した枝に限られる。枝が越境した場合であっても権利濫用に当たるならば切除請求などは認められない。

(d) 費用負担について規定されなかった。従来通りの理解によれば、竹木所有者が負担すべきと解されるが、森林を切り拓いた場所では異なった扱いが認められる余地がある。

(e) 切り取った枝の帰属について規定されなかった。根(土地への付合)との違いを考えれば、切り取った枝の所有権は竹木所有者に帰属すると解される。

(f) 急迫の事情(3項3号) 民法233条が如何なる場合に適用されるかに關
(阪大法学) 74 (3・4-362) 976 [2024.11]

わるが、急迫の事情による自力での切取りが認められるべき場合として法制審議会民法・不動産登記法部会の第9回会議で述べられたのは「鉄道の線路に枝が掛かってきていて運行が危険になる」⁽³⁾ような場合である（第9回議事録57頁〔山野目部会長〕）。233条について最初に審議された第4回会議においても、越境した竹木の枝について困っている者として自治体や各種のインフラ事業者が挙げられていたところである（第4回議事録45頁〔福田関係官〕、48頁〔藤野委員〕）。一般的な私人間の土地利用の場合では「急迫の事情」は緊急時（例、災害発生）にしか認められないが、枝が越境した土地が道路や鉄道などに利用されている場合には緊急時でなくとも「急迫の事情」に該当すると解釈されることになる。この解釈が通用する限りで民法233条は公益的な要素を十分に考慮した解釈を許すものになっていると言えよう。⁽⁴⁾

II. 民法233条と道路の管理

（1）公物の管理

法定外公共用物を除いて、公物の設置から廃止に至るまで、公物の存立を維持し、公物としての本来の機能を發揮させるために、公物管理法律・条例が制定され、それに基づいて公物は管理される。⁽⁵⁾公物の管理という行政活動には、特に法律・条例に定められることなく実施されるものがある一方（例、清掃）、⁽⁶⁾公物の機能が妨げられればそれを速やかに除去できるように権力的な権限（特に強制権限）が公物管理者に法律・条例により付与されることもある。とはいっても、権力的な権限だけで公物の本来の機能が維持されるとは限らない。以下、道路への妨害とその排除に関して、道路法の定めを見ておこう。

（2）道路法とその機能不全

（i）行為規制及び強制・制裁

道路は一般交通の用のために公衆の自由使用が認められる反面、道路の効用を維持するために、道路法において禁止行為が定められている（43条）。「みだりに道路を損傷し、又は汚損すること」（1号）、「みだりに道路に土石、竹木

等の物件をたい積し、その他道路の構造又は交通に支障を及ぼす虞のある行為をすること」（2号）が禁じられている。

この違反に備えて、道路法には監督処分と罰則とが定められてきた。後者は直罰であり、102条3号に定められている（1年以下の懲役又は50万円以下の罰金）。

監督処分は71条に定められており、道路管理者は「道路（……）に存する工作物その他の物件の改築、移転、除却若しくは当該工作物その他の物件により生ずべき損害を予防するために必要な施設をすること若しくは道路を原状に回復することを命ずる」権限を有する（1項柱書）。この監督処分の対象となる者は1号～3号に例挙されており、「この法律……の規定又はこれらの規定に基づく処分に違反している者」は対象となる（1号）。43条2号に違反する者、即ち、交通に支障を及ぼす虞のある行為をした者に対して、原状回復を命ずるだけでなく、「損害を予防するために必要な施設をすること」を命ずることもできる。監督処分により命じられた義務が代替的な作為義務であって履行されない場合は、行政代執行法に基づいて行政代執行を行うことが可能である。また、71条1項に基づく命令に従わないと對して罰則がある（104条7項。100万円以下の罰金）。なお、43条1号に違反する者に対しては、71条の監督処分のほか、道路の損傷・汚損によって生じた道路に関する工事又は維持を命ずることが認められている（22条1項）。

このように道路の効用が妨害される場合に備えて、道路法は道路管理者自身による強制まで用意しているが、実際にはそれほど機能するものではない。行政代執行及び行政刑罰に関して一般的に説かれている機能不全の原因のほかに次のことを指摘できる。①何れの条文においても抽象的な文言で定められているゆえに、その當て嵌めの判断を誤る場合のリスクを道路管理者は負わなければならない。⁽⁷⁾ ②監督処分は、いったん妨害が生じた後にしか発動できない。⁽⁸⁾ ③いったん妨害が生じた後には、違反者等が違反を繰り返すことを防ぐべく「損害を予防するために必要な施設をすること」を命ずることが文言上可能であるが、実際にどのようなことが可能であるかは必ずしも明らかではない。殆ど運用されていないように思われる。⁽⁹⁾ ④交通のために道路を使用することで道路の

効用を妨害する場合に違反者の確知が困難となる事態が生じ得る。このうち④については、車両の積載物の落下の予防等の措置（43条の2）、違法放置等物件に対する措置（44条の3）、いわゆる簡易代執行（71条3項）によって対応がなされている。

（ii）公物の隣接区域－沿道区域（44条）

公物の相隣関係というべきものである。道路法によると、「道路の沿道の土地、竹木又は工作物が道路の構造に及ぼすべき損害を予防し、又は道路の交通に及ぼすべき危険を防止するため」に道路から20m以内の区域が指定されると（1項）、「沿道区域の区域内にある土地、竹木又は工作物（……）の管理者は、その土地、竹木又は工作物が道路の構造に損害を及ぼし、又は交通に危険を及ぼすおそれがあると認められる場合においては、その損害又は危険を防止するための施設の設置その他その損害又は危険を防止するため必要な措置を講じ」るよう義務付けられ（3項）、道路管理者は「当該土地、竹木又は工作物の管理者に対して、同項に規定する施設の設置その他その損害又は危険を防止するため必要な措置を講ずべきことを命ずる」⁽¹⁰⁾権限をもつことになる（4項）。

沿道区域の指定は十分には行われていなかったのであろう。2018年道路法改正によって5項～7項が新設されている（補償規定）。それまで、「特定人に対し特別の犠牲を強制する性格のものでないのが通常である。また……道路によって相当の利益を受けている。したがって、本条の負担による損失は、社会的受忍義務の範囲内」と解されてきたが⁽¹¹⁾、近年、集中豪雨が頻発し、道路区域外から落石などの事故発生リスクが増大し、実際に事故も発生していることから、道路区域外からの落石や土砂崩落等に起因する災害を減らすために、措置命令の実効性をより確実にするため損失補償を行うことにしたと説明されている。現在、「竹木の枝の切除等、社会的受忍限度内の軽微な措置にとどまらず、落石防護ネットの設置や浮石除去等、特別の負担を伴う損害予防措置を……命じることが可能となる」と解説されている。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

(iii) 行政上の義務と民事上の義務との区別

道路管理者が道路管理権を根拠として妨害排除を請求した事案について、最判平成8年10月29日民集50巻9号2532頁（以下、最判平成8年という。）は、最判昭和44年12月4日民集23巻12号2407頁に依拠して、適法に供用開始された道路であることを理由として「道路管理者としての本件土地の管理権に基づき」妨害排除を請求することを認めたが、この点は余り注目を受けてこなかった。行政上の義務の民事執行は最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁によ⁽¹⁴⁾って閉ざされたが、行政上の義務と民事上の義務とが併存する場合において民事執行を用いることは閉ざされていない。とはいえる、いわゆるバイパス理論（最大判昭和41年2月23日民集20巻2号320頁）に照らせば、法律により権力的な権限が敢えて与えられている場合にそれを用いることなく民事上の義務の民事執行を用いることは許されるか、問題となる。⁽¹⁵⁾所有権に基づく妨害排除についても問題となり得るところ、実態に鑑みればやむを得ないからであろうが、⁽¹⁶⁾その可能性を否定するものは見られない。他方、最判平成18年の原審・東京高判平成13年10月30日判時1781号102頁は、「道路法が道路管理者に与えた機能管理権以上の権限を、当然に、道路管理者に与える」ことは許されないというが、これは道路法に則って道路を管理していることから占有権を取得したことを前提として妨害予防を請求することに関する判示である。最判平成18年が道路管理者が占有権を根拠として妨害予防を請求することに積極的な姿勢を示したことに対して、「私権行使の迂路による便法である」と述べるものがある。果たして便法なのか否かが検討すべきことであるが、公物管理者が公物管理のために民法（所有権などの民法上の権利）を用いることが全面的に否定されることはないというのが、現状である。

(3) 道路への妨害を排除するために民法233条を用いることの当否

(i) 現状

道路に越境した枝が交通に支障を及ぼすおそれがある場合に道路管理者は権力的な管理権限を行使しているか。平林敬語（弁護士、鹿児島県南さつま市役所）が指摘するように、放置されてきたのが実態であろう。道路への妨害を防⁽¹⁹⁾

ぐために行為規制が定められ、その違反に備えて監督手段や罰則が定められているが、妨害の程度に応じて権限は行使すべきであり、軽度な妨害にまで一律に権力的な管理権限を行使することは、比例原則により許されない。もちろん、重度な妨害に対しても権力的な権限の行使が十分に行われているわけではないが、軽度な妨害に対する権力的な権限の行使が十分ではないこととは、理由が異なる。軽度な妨害に固有の理由を考えて、それに相応しい解決策を講じるべきである。道路管理者が道路敷の所有権を根拠として道路に越境する枝を民法233条を用いて切除することは、改正時の議論や改正後の条文に照らす限りは問題ないように見えるが、上記の検討をすることなく道路の管理（行政活動）にとって簡便な手段として歓迎するのは適切ではない。

やや一般的な言い方になるが、軽度な妨害に対して使い勝手のよい法制度が乏しいように思われる。使い勝手のよい法制度を作り出すことを支えるべく、阿部泰隆は、放置自転車の問題に取り組むなかで、財産権偏重の制度を改めるために、「軽微な侵害行為」を「簡易な行政上の措置」というカテゴリーに位置づけることで、行政強制から区別し、法律による行政の妥当の仕方に差異を設けることを提唱する。⁽²⁰⁾ また、移動・撤去した物の保管を開始した後、いつまでも保管し続けることは不可能であり、物の保管の後始末を条例で定めることができないとするならば条例制定権の本質に反するとし、撤去される物の財産的な価値の低さ、即ち物の所有者が引取りに来ない場合が多いことに相応しい保管・処分のあり方を提唱する。⁽²¹⁾ 更に、大物を逃して小物ばかり取り締まることがないようにすべきことや、一つ一つは支障が小さいものでも大量に発生するゆえに行政活動の対象となるという理由から権限行使する以上は最後まで権限行使すべきことも説かれている。⁽²²⁾ このような観点は、民法を用いて行政活動を行う場合にも重要であろう。

（ii） 安定性・公平性の保障

道路に越境した枝によって交通に支障が生ずるおそれがある場合に備えて枝の切除に係る権限（強制的なものを含む）を道路管理者に法律で付与するならば、法律による行政は形式的には達成され得る。しかし、法律による行政が行

政活動の安定性・公平性を保障するものであるならば、軽微な侵害については、⁽²³⁾授権の要否だけではなく、行政活動に要するコストにも目を向けて、行政活動の安定性・公平性を保障するための仕組みを整備することが必要である。⁽²⁴⁾越境した枝を交通への支障を防ぐために切り取るというように、軽度な妨害に対して軽微な侵害で済むような場合には、行政活動の安定性・公平性が保障される限りにおいて、行政的な権限ではなく民法を用いることは認められてよい。なお、民事司法手続に負担を与えるならばその当否を考えなければならないが、民法233条3項についてはこの点は問題にならない。

行政活動としての安定性・公平性を保障するには何が求められるか。平林が⁽²⁵⁾実務上の留意点として掲げるものを参考にしながら検討してみたい。

第一に、233条3項2号・3号を用いる場合について、条文上は通知が不要であるが、平林は事後の通知をすべきという。「急迫の事情」(3号)について、道路に枝が越境した場合には一般の私人間の土地利用の場合とは異なった解釈が認められることに鑑みれば、緊急時であれば事後的な通知でよいが、そうではなく平時であっても「急迫の事情」を理由として道路に越境した枝を道路管理者が切り取る場合には事後ではなく事前に通知すべきではなかろうか。また、このように考えれば、「急迫」の程度、「通知」されるべき内容と「催告」の内容との違いにもよるが、道路管理者にとって3項3号を用いてよい場合はそれほど多くなく、寧ろ1項の催告を経ることが多くなるのではないか。

また、1号の場合の手続も検討しなければならない。①233条1項において「隣地の竹木の枝が境界線を越えるとき」が要件として定められているが、これを充たす場合であっても権利濫用は許されない。道路管理者が道路の管理のために民法233条を用いる以上、道路法を用いる場合に比して弱められるであろうが、道路に越境した枝が交通に支障を及ぼすおそれがないければ切除を求めたり自ら切り取ったりすることは許されない。行政手続法上の不利益処分ではないが、233条に基づいて切除を求めることが相当の期間内に切除されないならば自ら切り取ることの理由は催告において示すべきではないか。②催告の事前手続は道路管理者にとって負担の割には効果が乏しいかもしれないの不要と解したいが、少なくとも催告を契機として意見を述べる機会が竹木所有者

に保障されねばならないであろう。③竹木所有者に催告したが「相当の期間内」に切除されない場合に自ら切り取ることになるが（3項1号）、竹木所有者が意見を述べる機会を持つことができるよう 「相当の期間」を設定しなければならない。④1号を理由として道路管理者が切取りを行うに際して事前の通知は必要か。行政代執行法のように戒告・代執行令書という複数回にわたる手続は軽微な侵害では不要と思われる。しかし、事前の通知をしない以上、手続的な公正さを考えるならば、日時を特定することまで必要かどうかはともかく、「相当の期間」は催告において予め示しておくべきではないか。⁽²⁶⁾ ⑤費用負担に関わるが、行政代執行であれば「費用の概算による見積額」は代執行令書に記さなければならぬ（行政代執行法3条2項）。経験が乏しい段階では難しいかもしれないが、竹木所有者に費用負担を求めるべきである以上、費用の見積額も催告において示すべきではないか。以上要するに、行政手続法・行政代執行法は適用されないものの軽度な侵害に相応しいかたちでそれを類推すべきということであり、それを怠るならば適法な「催告」をせずに道路に越境した枝を自力で切り取ることになり、竹木所有者に対する不法行為となり得ると解すべきである。

第二に、平林は、枝の切取りの日時・場所・経緯・切除前と切除後の現場写真等を記録・保存・管理すべきという。2点、指摘したい。①記録の作成等は、枝の切除が行政活動の一環として実施されるゆえに要請されるものと考えられる。監督処分を行うときには、その理由付記に備えて、場所、時期・期間、妨害者、妨害の態様、交通への支障などについて情報を収集して文書を作成し、行政代執行を実施する際には、事後の紛争に備えてその模様を記録するであろうが、これまで軽度な妨害について文書は作成されていたかは明らかではない。道路に越境した枝に関して常時・網羅的な情報収集と文書作成が望まれる。枝を切り取るときに記録するだけでなく、常時・網羅的に情報を収集して文書を作成するのでなければ、枝の切取りについて安定性・公平性が確保し難いからである。かかる情報の収集等は道路管理者にとって新たな負担となり得るが、恣意的な行政を避けるためには仕方ない。道路管理者にとって負担が増えることから、道路に越境した枝はこれまで同様に放置されるという批判があろうが、

一般の私人間で適用される場合とは異なる解釈が233条について認められるためには、情報の収集等はやむを得ないと考えられる。なお、道路に越境した枝について情報が収集され、それが公表されるならば、情報を通じて竹木所有者に枝の切除を促すことが達成されるかもしれない。空家・空地の管理不全に備えるような行政活動が実施されるならば、道路管理者の負担を過度に増やすことなく、道路に越境した枝に関する情報の収集等は可能になるかもしれない。

②枝の切取りの費用は竹木所有者が負担すべきであるが、道路管理者が持ち出すことになる場合もある。竹木所有者に対してだけでなく住民全般に対して、道路に越境した枝を道路管理のために切り取った場合について特に費用に関して説明責任を果たすことができるよう文書を作成すべきであろう。

ところで、以上のように、民法233条には定めはないにもかかわらず道路管理者が民法233条を用いるに当たっての行為規範を解釈論的に引き出すことが成り立つならば、かかる行為規範は公物の管理（行政活動）の場合に限られず、一般の私人間とは異なる事情から土地所有者が枝を切り取る場合にも適用可能なものであるように思われる。私法的な規律のなかに行政法的な規律が組み込まれることは、公私協働に関する「⁽²⁷⁾私行政法」論として議論されており、また、「メタ行政法」の展開が説かれてきたところである。後者の議論を参照するならば、軽微な侵害に相応しいかたちで、例えば責任の所在の明確化、基準や計画の設定とその参加プロセス、関連する情報の収集と公表、簡易な苦情処理、非裁判的な権利救済も、民法233条の解釈・適用に組み込むべきであると考えられる。

また、以上のように考えれば、民法233条は土地等の所有者の不明又は所在不明によって土地等が適正に管理されない場合の「管理制度」の簡略ヴァージョンと捉え得るのではないか。後者について、管理不全土地の利用促進が地域に与えるプラスの影響等を勘案しながら、管理不全土地の所有権との適切なバランスを考えなければならないことが説かれており、これは民法233条にも当て嵌まる。公物の管理と人口減少社会において必要となる土地の管理制度とは連続しているのかもしれない。⁽³⁰⁾

(iii) 費用負担及び切り取った枝の帰属

費用負担及び切り取った枝の帰属は2021年改正に際して立案者側から論点として提出されたが、審議を経て明文の規律から外すこととされ、解釈論に委ねられている。

費用負担については、森林に接するような場合を除けば、従来通り、竹木所有者が本来的に負担すべきと考えられる。問題は森林に接するような道路に枝が越境した場合である。森林を切り拓いて道路を設けたような場合、「伐採して空間が空いたことで、枝をすくすくと伸ばし始める」というような場合には、枝が越境するようになった原因は、「森林を伐採した方にもある」ことから、一律に竹木所有者に費用負担を求めるのでよいか、審議の中で疑問が示されていた。⁽³¹⁾ とはいっても、交通に支障を及ぼさないことは道路法上命じられており（道路法43条2号）、違反者の負担で道路の維持は命じられ得る（22条）。また、道路に接することで交通の便を享受するのが通例である。枝の切除の程度であれば、社会的な受容限度内であろう。森林に接するような場合であっても、竹木所有者が費用負担をすべきと考えられる。⁽³²⁾

竹木所有者が費用を負担すべきといつても、その実現に困難を來す場合が實際には多いであろう。行政上の強制執行の機能不全の一因は費用にある。これを解決しなければ、道路に越境した枝はこれまで同様に放置されるであろう。
 ①費用を回収できない場合を考えれば、道路に越境した枝の切除に要するコストを下げることが求められる一方、枝を切り取ったことで竹木を枯れさせれば竹木の所有権への侵害を理由に不法行為責任を負う可能性があることにも注意を要する。
 ②費用を回収できずに道路管理者が負担をすることについて社会的な納得が得られるか。管理不全の土地等の管理に要する費用等を地方公共団体が負担することに関して、地域の管理構想に照らして判断できるように地域ごとの土地の管理構想を民主的に作成すべきことが説かれているが、このことは道路管理者が民法233条を用いる場合にも当て嵌まるであろう。⁽³³⁾

切り取った枝の所有権は竹木の所有者にあると解されるが、それゆえに所有者に引取りに来るよう求め、それまで保管しなければならないとするならば、道路管理者にとって負担が過大である。切り取った枝の財産的な価値に見合っ⁽³⁴⁾

た規律が必要である。民法233条の解釈論として、「切除後は隣地に存置すべき……。しかし、それによって害虫の発生など、他人の権利または法益を侵害し、または侵害する危険があるときは、それによる竹木の所有者の損害賠償義務の発生を回避すべく、切除者が処分することも、可能である」とし、更に、それが事務管理に当たると解することができれば、処分費用も償還請求することができる⁽³⁶⁾と説くものがある。

(iv) 道路法上の権限

道路に越境した枝によって交通に支障が生ずる場合に道路法上の権限は役立たないか。仮に民法233条を用いることが実務上で定着するならば、越境した枝を切るのでは済まない事態において道路法上の権限が登場することになろう。しかし、それだけでよいか。道路に枝が越境するたびに竹木所有者に切除を求めたり自ら切り取ったりするのでは道路管理者にとって負担が大きい場合があろう。そのため、道路に越境した枝だけでなく隣地内の枝まで切ることや幹を切ること、更には樹木を根本から切ることを、道路法に基づいて行うことができないかを検討しておく⁽³⁷⁾。

道路法71条の監督処分には「損害を予防するために必要な施設をすること」を命ずることも含まれている。繰り返し道路に枝が越境した場合において、越境するごとの対処だけでは、繰り返し枝が越境することによって生ずる交通への支障を防ぐことができないのであれば、隣地内の枝まで切るように命令を發し、それが履行されなければ行政代執行として枝を切ることは許されるのではないか。樹木を根本から切ってしまうことは、一見すると、比例原則により許されないように思われる。これが実際に問題となるのは、道路に枝が越境するごとの対処が繰り返された場合であろう。一度も繰り返されたことがない場合には、繰り返されることの支障のおそれを認めることは困難であり、越境した枝の切除を求め、竹木所有者が応じなければ自力で越境した枝を切り取ることになる。そうではない場合に、道路管理者は、道路の沿道に枝が越境している樹木がどれだけあるか、その支障の程度、それを取り除くために要するコストを検討するのではないか。一般の私人間とは異なる利害調整のために道路法に

基づいて妨害排除が行われることを考えれば、樹木を根本から伐採することが正当化される余地はあると考えられる。

監督処分を経て代執行を行う場合、義務者から費用を徴収することが道路管理者には義務付けられている（行政代執行法5条）。行政上の強制徴収権限が認められるが（6条）、その行使は容易ではない場合が多いであろう。費用負担そのものよりは、費用を回収できない場合が課題となり、この点は民法233条を用いる場合と変わりはない。

監督処分に係る対象となる物の所有権について道路法に定めはないので、解釈論的な問題は残る。切り取った枝が放置されることで交通への支障が生ずるおそれがあると考えられる場合には、枝を放置しないように「損害を予防するために必要な施設をすること」を命ぜることができると解釈できないか。或いは、「道路に放置され……た」という文言からはやや無理があるが、枝を切り取る作業を終えて放置するならば交通に危険が生ずるおそれがあると考えれば、44条の3（違法放置等物件に対する措置）を用いることができるのでないか。44条の3を適用できるならば、切り取られた枝の性状や価額にもよるが、廃棄することも法的に正当化される（5項）。このような解釈が可能であるならば、民法233条を用いる場合に比して道路法上の権限を用いる場合のほうが、切り取った枝に関する法的な問題は解決しやすいように考えられる。

道路に越境した枝を自ら切り取るために道路管理者は民法233条と道路法の2つを用い得るが、後者の有用性を無視してはならない。両者がスムーズに接合するような解釈・運用が求められよう。

おわりに

竹木の枝が道路に越境することで道路の機能が損なわれる場合にその解決を図るために民法233条を道路管理者が用いることは肯定されるが、手放しで歓迎されるべきものではない。私人間においては、濫用は許されないものの、自由な行使が権利者には認められる一方、私人と行政との関係において「私法への逃避」が恣意的な行政を招くことは許されない。軽度な妨害に対して過度な

負担とならないように注意しながら、行政活動の安定性・公平性が保障されるように、制度は設計・運用されねばならない。例えば「催告」（民法233条1項）は、行政手続法・行政代執行法に定められるものではないが、それに等しい機能を果たすものでなければならない。また、民法233条そのものの限界を考えれば、道路法上の権限の有用性は無視されではならない。

本稿で示すことができたのは僅かなことであり、公物管理の本質に遡れば自明のことであったといえる。所有（権）とは異なる管理（権）に着目することで、行政法と民法とが連続している場合があることが分かる。民法233条を道路の管理に用いる場合に出てくる法的な問題に接することで行政法・行政法学の課題が見えてくる。法治行政の実質的（普遍化的）法治主義化の実現に向かって、行政及び行政法の（専門的）合理性を保障できる制度を構築しなければならない。⁽³⁸⁾

- (1) 山本隆司『判例から探究する行政法』29頁以下（有斐閣、2012年、初出：2009年）、土井翼「公共用物上の不法占拠者の排除」東京大学法科大学院ローレビュー9巻88頁以下（2014年）、小川亮「公物管理権論を問い合わせ（1）～（3・完）」自治研究100巻1号135頁、4号113頁以下9号117頁以下（2024年）。
- (2) 西口元ほか『改正民法による相隣関係の実務』36～39頁（学陽書房、2022年）〔平林敬語〕、小林大祐「法律相談 市道に越境した枝の切除（令和3年改正民法に基づく竹木の枝の切取り）」判例地方自治496号99頁（2023年）。なお、法務省ウェブサイトの「令和3年民法・不動産登記法改正、相続土地国庫帰属法のポイント」30頁には、「道路を所有する国や地方公共団体も、隣接地の竹木が道路に越境してきたときは、新たな規律によって枝を切り取ることが可能」と記されている（<https://www.moj.go.jp/content/001401146.pdf> 最終確認日2024年8月21日）。大阪府交野市が2023年7月11日に民法233条を用いて同市が管理する市道に越境した枝を自力で切り取ったことが報道されている（産経新聞7月12日大阪朝刊4面）。
- (3) ①議事録・部会資料は法務省ウェブサイトに掲載されたものを参照した。
https://www.moj.go.jp/shingi1/housei02_00302.html にリンクがある。紙幅の関係上、議事録・部会資料について細かく註に挙げることはしない。詳しくはノモス55号（2024年刊行予定）の拙稿「民法233条改正に関する覚書」を参照されたい。②小林・前掲註2・101頁は、竹木が時間を経て繁茂して道路における危険

な状況が徐々に形成される場合には「急迫の事情」は認め難いとする。即ち、平時の場合に「急迫の事情」を用いることに否定的なものである。

- (4) 塩野宏『行政法I〔第6版補訂版〕』44頁（有斐閣、2024年）。塩野は、民法の解釈・適用（民法学における原理）が「行政上の関係の処理に必要な公共の利益を入れて、通常の私人の場合と異なった判断をすることを認める程度に彈力的かどうか」によるとし、これに肯定的な判断を示すことで「公法上の管理関係」というカテゴリーの必要性を否定する。
- (5) ①田中二郎は、公物管理権の根拠として所有権説を否定する一方で、公物管理は権力関係・支配関係との対比で「管理関係」に位置づけられることを説く。参照、田中『土地法』54頁及び註1（有斐閣、法律学全集、1960年）、『新版行政法中巻〔全訂第2版〕』318頁註2（弘文堂、1976年）。原龍之助『公物営造物法〔新版〕』219頁（有斐閣、法律学全集、1974年）。②田中が公物管理権の根拠として包括的管理権能説を唱えたのは、『土地法』からようである。参照、小川・前掲註1・1号147頁。③小早川光郎『行政法（上）』170頁（弘文堂、1999年）は、「管理関係」論の学説史的な意味として、「行政法と民事法という2つの法の体系を互いに接近させる趣旨を含んでいた」という。本稿は、接近される民事法とは如何なるものであるか、接近によって行政法・民事法がそれぞれどのように変化するかを考察するものといえる。
- (6) ①公物への妨害を「清掃」を名目として強制的に排除する事態が存する以上（例えば最決平成14年9月30日刑集56巻7号395頁）、単なる清掃と強制的な妨害排除との線引きを論じなければならないが、本稿ではこの点は扱うことができない。②道路法には、「道路管理者は、道路を常時良好な状態に保つように維持し、修繕し、もつて一般交通に支障を及ぼさないように努めなければならない」という定めはあるが（42条1項）、道路管理者による「清掃」について明文の定めはない。占用に関する規定のなかで「清掃」という文言が用いられている（例、33条2項3号）。
- (7) 例えばどの程度であれば「交通に支障を及ぼす」と認められるかについて、道路法令研究会（編）『道路法解説〔改訂6版〕』407頁（大成出版社、2023年）には説明がない。
- (8) 参照、阿部泰隆『行政法解釈学I』574～575頁（有斐閣、2008年）、宇賀克也『行政法概説III〔第6版〕』635頁（有斐閣、2024年）。なお、後者は第5版までは異なり、最判平成18年に關して、山本・前掲註1・38頁を參照して、「公物管理権は占有を基礎とする」という（636頁）。
- (9) 「損害を予防するために必要な施設をすること」について、道路法令研究会・前掲註7・828～832頁には説明がない。淺村廉・佐治大『道路法逐条解説』85頁

(日本道路協会、1952年)は、占用許可を得た電柱・竹木が倒壊して道路に損害を与えるおそれがある場合に支柱を建てること、地下電線を埋設した場合に漏電のおそれがある場合に絶縁装置をすること、道路上に材木、箱類、薪炭等を積み上げる場合に倒壊しないようにすること、ドラム缶等は中身が路面に漏出しないようにすることを具体例として挙げている。つまり、占用許可を受けた者に違反行為があったものの撤回までは必要ではないという場合が想定されていたと言える。しかし、占用許可を受けた者以外に対しても「損害を予防するために必要な施設をすること」を命ずることは可能であろう。

- (10) なお、高速自動車国道については高速自動車国道法13条～16条に「特別沿道区域」の定めがある（補償規定あり）。また、これとは別に、隣地使用権に類似のものとして、「道路に関する調査、測量若しくは工事又は道路の維持のためやむを得ない必要がある場合」における他人の土地への立入及び一時使用について66条に定めがある。
- (11) 道路法令研究会(編)『道路法解説〔改訂5版〕』378頁(大成出版社、2017年)。
- (12) 山越伸浩「道路法等の一部を改正する法律案－道路財特法の特例措置の継続と安定的な道路網の確保」立法と調査398号21～22頁(2018年)。
- (13) 道路法令研究会・前掲註7・417頁。なお、2項について、従前は区域のみが指定対象であり、指定されれば区域内の土地・竹木・工作物の何れの管理者にも義務が課され、「過度な規制となりかねないおそれから指定に慎重になる実態が見られた」という(414頁)。
- (14) 最判平成18年の評釈である小賀野晶一・判例地方自治286号90～91頁は、最判平成8年は撤去権限を「道路管理権そのものではなく、道路管理権としての土地の管理権に求め」たとし、「土地の管理権」と占有権との関係を明確にすべきという。最判平成18年の調査官解説である三木素子・最判解(民)平成18年度294頁註15は、最判平成8年について道路管理権自体に基づく妨害排除請求を認めたものと評価しうるかについて必ずしも明らかではないという。
- (15) なお、道路法4条の定める私権行使制限によって道路管理者が道路敷の所有権に基づいて妨害排除等を請求することが認められないという解釈はあるが、立法趣旨に照らして批判が強い。参照、広岡隆「道路法4条の私権制限」『公物法の理論』107～109頁(ミネルヴァ書房、1991年)。
- (16) 小林・前掲註2・100頁は、2021年民法改正前にて、民法233条を用いることができるかについて「疑問もあったと思われる」という。他方、改正後について、民法233条を用いることができることの根拠として法務省民事局・註2のウェブサイトを挙げている。
- (17) 例えば、塩野宏『行政法III〔第5版〕』421～422頁(有斐閣、2021年)、竇金(阪大法学)74(3・4-376) 990 [2024.11]

敏明『〔5訂版〕里道・水路・海浜』355頁（ぎょうせい、2019年）、道路法令研究会・前掲註7・406頁。土井翼『地方自治判例百選〔第5版〕』95頁（2023年）は、不法占拠者排除について実定法の定めが不十分な場合にそれを補うべく所有権に基づく請求が用いられるることを述べる一方で、実定法の（実体的な）潜脱に対する警戒感を示す（なお、土井は、最判平成18年の評釈でかかる警戒感を示すものとして、下村正明・私法判例リマース35号13頁、小賀野晶一・前掲註14・90～91頁、工藤祐巖・法律のひろば60巻2号59頁を挙げる）。市橋克哉『地方自治判例百選〔第4版〕』99頁（2013年）は、法律による行政と民法（所有権・占有権）に基づく妨害排除とを両立させるべく、後者を供用目的に拘束された制限的なものとすべきことを説く。

- (18) 下村・前掲註17・13頁は、便法として認める一方、行政法令の整備を求める。
- (19) 平林・前掲註2・36頁。
- (20) 阿部泰隆「放置二輪車対策の法と政策（下）」自治研究60巻2号26～27頁（1984年）。なお、「簡易な行政上の措置」概念は使われていないが、行政強制・即時強制から区別して「些細な行為には法律の根拠を要しない」という考え方方は一貫して主張されている。参照、阿部「阿部説で認知されたもの、無視されているもの」『行政法学の変革と希望』73頁（信山社、2023年）、『行政法解釈学I』105頁、126～128頁、185～186頁、592頁（有斐閣、2008年）、『行政法再入門（上）〔第2版〕』107～108頁（信山社、2016年）。
- (21) 阿部・前掲註20・自治研究60巻2号32頁。放置自転車の所有者が不明な場合が多いことを理由として、保管期間経過後に売却した場合の代金は所有者ではなく自治体に帰属するように定めるべきことが説かれている。
- (22) 阿部・前掲註20・自治研究60巻2号19～20頁、22頁、25頁。
- (23) 参照、田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第2版〕』37頁（弘文堂、1974年）。
- (24) 高田敏は、法律による行政（法治行政）が自己目的化しうる形式的な法治主義は日本国憲法により否定されたことから法治行政の実質的（普遍化的）法治主義化が必要であるとして憲法原則による羈束に注目する（参照、高田（編）『新版行政法』41頁以下（有斐閣、2009年））。塩野宏は、古典的な法治国理解の下における行政のコントロールだけでは十分ではないことを説く（参照、塩野・前掲註4・90～91頁）。
- (25) 平林・前掲註2・38～39頁。なお、平林は、本文に記載の2点のほか費用負担を挙げるが、これも公平性の観点から重要である。
- (26) 233条3項に基づく枝の切取りについて、2021年改正法は隣地使用権が認められる場合の一つとしている（209条1項3号）。隣地内に入って枝を切り取る場合は催告とは別に209条3項による事前の通知が常に必要であるか、条文上明らか

ではない。

- (27) 参照、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の諸相」法社会学66号33頁（2007年）。
- (28) 参照、磯部力「行政システムの構造変化と行政法学の方法」塩野古稀『行政法の発展と変革（上）』65～66頁（2001年）、市橋克哉「行政法整備支援の「メタ理論」と比較行政法への示唆」法律時報82卷12号108～109頁（2010年）。
- (29) 参照、吉田克己「所有者不明土地問題と土地所有権論」『現代的土地所有権論』80～81頁（信山社、2019年、初出：2018年）。
- (30) 近代的な市民法体系（自由人格・自由所有・自由契約）と財産管理権との関係について、参照、於保不二雄「財産管理権論序説」『財産管理権論序説』20～21頁（有信堂高文社、1954年、初出：1953年）。
- (31) 中間試案に対するパブリックコメントにおいて林業関係者から費用負担について意見が多数出されたようである（部会資料32・14～15頁）。また、それを受けた、第14回会議において、安高関係官（林野庁職員）は本文で引用した発言をし（第14回議事録50頁）、竹木所有者が費用負担をする明文規定を設けることは拙速であるとする。
- (32) 例外の余地が何を根拠に如何なる範囲で認められるかが、問題となる。この点、平林・前掲註2・39頁は、地方公共団体に債権が発生している以上は全額請求すべきであって、竹木所有者との自由な合意によって負担割合を決めるることはできないとしつつ、「長年の慣行により竹木所有者が負担しない旨の慣習の存在が認められるケースがあるようと思われる」という。公物法において慣行・慣習は法源となり得るが（参照、田中・前掲註5『行政法中巻』317頁）、平林のいうような慣行・慣習が存在するとすれば、道路の設置の経緯（沿道者の負担）が重要と思われる。行政活動の安定性・公平性に鑑みれば、慣行・慣習だけで、道路に枝を越境させた竹木所有者が費用負担を免れるというのが妥当か、疑問が残る。なお、林道は道路法の適用を受けず、独自の管理ルールがあり得る。
- (33) 参照、小粥太郎（編）『新注釈民法』447頁（有斐閣、2020年）〔秋山靖浩〕。なお、松尾弘『所有者不明土地の発生予防・利用管理・解消促進からみる改正民法・不動産登記法』131頁（ぎょうせい、2021年）、同『物権法改正を読む』22頁（慶應義塾大学出版会、2021年）は、費用負担の法的な根拠について事務管理と不当利得（費用利得）の2つを挙げる。費用負担の法的な根拠が事務負担である場合、越境した枝を切り取る者にも民法697条が適用されるのか、問題が出てくる。
- (34) 参照、山野目章夫『土地法制の改革』189頁、205頁（有斐閣、2022年）。
- (35) 参照、潮見佳男ほか（編）『詳解改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』31～32頁（商事法務、2023年）〔根本尚徳〕。なお、村松秀樹・大谷太（編）（阪大法学）74（3・4-378） 992 〔2024.11〕

著)『Q&A 令和3年改正民法・改正不登法・相続土地国庫帰属法』51頁註1
(金融財政事情研究会、2022年)は、土地所有者が切り取った枝の所有権を取得するというが、その理由は記されていない。小林・前掲註2・101頁はこれを参考するだけである。

- (36) 松尾・前掲註33・131~132頁(2021年)、22~23頁(2022年)。西口ほか・前掲註2・134頁〔金光寛之〕は、この見解を、竹木の所有者不明の場合に事後の通知を必要とする限りで支持している。
- (37) 枝が越境している樹木を根本から伐採したことが争われた事案において、自救行為として許されるのは枝を切ることに止まる旨を判示したものがある(大阪高判平成1年9月4日判タ715号180頁)。
- (38) 参照、高橋明男「行政の中の法の扱い手と法治主義のあり方」高橋(編)『日本型法治主義を超えて』1頁以下(法律文化社、2018年)。