

私道の通行権はどこまで保護されているか

—— 最近の最高裁判決から ——

三好弘悦

はじめに

中古の一戸建てでは、『道路付け』を見て買え……とは、よくいわれているように中古住宅購入に際しての要諦である。中古の戸建取引にかかわるトラブルをみても、その道路をめぐって紛争になる例が多い。このように、道路は、新築では問題はない、とまではいわないが、とりわけ中古の戸建ての売買に関しては、関与する宅建業者にとっては要注意である。そして、この道路については、中古戸建取引では、おおむね、次の三つの点で留意を要する。

- ① 建築
- ② 通行
- ③ 導管

第一の「建築」については、ご存知のとおり、建築基準法では、原則として「建築物の敷地は、幅四メートル以上の道路に二メートル以上接していなければならない」(同法四三条一項本文)と、定められている。この接道義務を満たしていない中古の戸建てでは、建て替えがきかない。その結果は、さらなる転売の可否や価格にも影響する。

第二の「通行」は、本稿のテーマで、詳細は後述にゆずるが、家までの道路の通行が阻害されれば、生活の本拠でありながら外部との交通ができないとなると、そもそも住宅としての要をなさなくなる。

第三の「導管」とは、必ずしも聞き慣れたことばとはいえないが、道路敷地を利用しての水道やガス等の配管の可否である。これも予定どおり認められないと大変に不自由する。

一 位置指定道路についての妨害排除請求は認められるか

1 さて、前述の中古の戸建てをめぐる道路の三留意点のうちの第二の「通行」に関し、最高裁が、小法廷ではあるが、最近二つの注目すべき判決を立て続けに下し、要するに通行なり通行地役権を保護する積極的な判断をした。

そこで、以下それぞれの判決の要旨をご紹介したうえ、とりわけ中古の戸建取引にかかわる宅建業者として留意すべき点について、やや思いつくままになるが、コメントしよう。

2 まず、始めにご紹介する判決は、通行妨害排除請求事件に関する最高裁平八(オ)一三六一号、平九・一二・一八第一小法廷判決、

上告棄却、一審横浜地裁川崎支部平五(ワ)五二三号、平六・三・三〇判決、二審東京高裁平六(ホ)二一八四号、平八・二・二〇判決(民集五一巻一〇号四二四一頁以下、判例時報一六二五号四一頁以下、判例タイムズ九五九号一五三頁以下、裁判所時報平一〇・一一五第一二一〇号四頁以下)である。
その要旨は、次のとおりである。

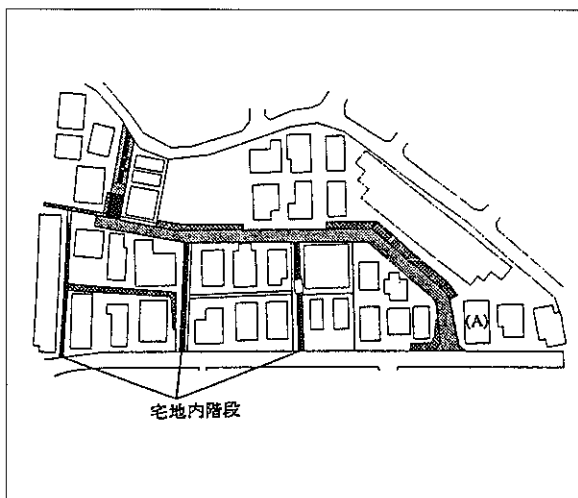
現実に開設されている位置指定道路の通行につき日常生活上不可欠の利益を有する者は、敷地所有者により通行を妨害されたときは、特段の事情のない限り、右妨害の排除等を求める権利(人格権的権利)を有する。

3 判例時報の解説するところによると、本件の争点は、「私道敷地の所有者が他人が私道を通行することを妨害した場合における通行妨害予防・妨害排除請求については、右請求を基礎付ける権利で明文の根拠規定のあるもの(通行地役権等)を認めることができなくとも、なお、右請求を認容できるケースがあるのではないか」の点である。
それに対し、本判決は、このような請求を

人格的権利として構成すべきことを示し、右権利に基づく請求を認容することができる場合の概括的要件を明らかにするとともに、具体的なもの認められる(認容)事例を提供したものと評されている。

4 本事例の具体的内容をもう少し詳しく紹介すると次のようである(より詳細は、前掲判例時報等をご参照下さい)。すなわち、…「本件私道(図面の塗りつぶされた部分)は、約二〇筆の土地にまたがる幅員四メートルの舗装道路で、総延長は一〇〇メートルを超え、昭和三三年に川崎市長から建築基準法四二条一項五号による道路位置の指定を受けた。被告らは、左の図面のA建物及びその敷地並びに本件私道のうちA建物敷地に接する部分(幅員四メートル全部、以下「本件係争地」という)の所有者である。原告らは、本件私道に接する建物に居住し、約四〇年近くの間、本件私道を徒歩及び自動車で通行してきた。本件私道は両端で外部の道路と接するが、本件私道の一方の端は階段状であるため(平面状の道に改造しても急勾配のため自動車は通行できない)本件私道から自動車で外部の道路に出るにはもう一方の端に位置する本件係争地を通らざるを得ない。被告らが、本件係争

地に簡易ゲート(道路工事現場などを囲うために使われる高さ七〇センチメートル程度の金属製の移動可能な柵)等を置いて原告らの自動車通行を妨害するので、原告らが妨害排除及び妨害予防を求めたのが本件である」という。



このような本件に関し、最高裁は、原告らの通行妨害の排除請求について、認容判決を下したのである。
5 ところで、本件は、道路のうちでも「私道」にかかわる問題である。私道に対比され

ている道路は、ご承知のとおり「公道」である。では、そもそも、公道と私道とは、どういう基準で区別されているのか。このことについては、建築基準法等法令上定義されていると思いきや、その種の定義規定はないのだそうである。にもかかわらず、宅建業法は、かの重要事項説明において「私道」に関する負担に関する事項」について説明を求めている（同法三五条一項三号）。

そこで宅建業者は、道路（敷地）の所有権の帰属の公私の別をもって公道と私道を区別しているのが通例であろう。それでおおむねは正解だが、「私有公物」ということばからもうかがえるように、私有地が公道として認定されている例がないわけではない。公道・私道の別は、より正しくは管理主体の公私の別にかかわるといふことも、この機会に留意されるべきであろう。

6 本件は、私道に関する判決だが、本判決は、その私道の典型である建築基準法四二条一項五号の規定に基づき、特定行政庁により位置の指定を受けた位置指定道路についての判断である。位置指定道路であれば、すべて本判決の判断に従えば通行や妨害の排除が保護されるとはとうていいえないが、私道のう

ちの位置指定道路であることを前提（必要）条件とする判断である。

前述のとおり、「私道」はその定義があいまい故に、例えば、裏口からの通り抜け通路のうちには広義の「私道」であるものもあろう。しかし、本判決は、そのような私道全般に関する判断ではない。

7 ところで、位置指定道路は、建築基準法上の「建築」に関する接道義務を充足するためにもつばら設定される。いうならば、公法上の規制に由来するものである。

ところが、この道路は、そもそも私道の典型として敷地の所有権者は私人である他人である。そこで、私法上の観点からすれば、そこを通行するには、本来何らかの私法上の権限の存することが必要なはずである。後述の二で検討するように、私道の敷地に所有権なり、少なくとも通行地役権等何らかの私道部分の利用権限のあることが望ましいのである。しかし、本件において、原告たる近隣住民は、その種の所有権や通行地役権等の権限は有しない。では、本判決は、何を理由とし根拠として、本件他人所有の私道について通行を認めることのほか妨害排除請求をすら認めただけであろうか。

このことについて、本判決は、「生活の本拠と外部との交通は重要な生活利益であることから、通行者と道路敷地所有者の諸利益を比較考量のうえ、通行者が通行について日常生活上の不可欠の利益を有するが、右の利益が現実に侵害され、他方、右利益を上回る道路所有者側の利益の侵害があるとは認められないようなときは、妨害予防・妨害排除請求権を、人格権的な権利（物権的な権利）として認めるべきであろうと考えたものであろう」と説かれている（前掲判例時報解説）。

さらに、同解説は、本判決のいう人格的権利がいわゆる人格権とは別のものであるとは考えられないが、人格権については実定法上の規定がなく、最高裁判例においてもその定義がされていない（北方ジャーナル事件、最大判昭六一・六・一一民集四〇・四・八七二）。これらのことを考慮して、本判決は、「人格的権利」という表現にとどめたものと思われる、ともいつている。

8 では、位置指定道路である私道については、通行者側は、本判決のいう人格的権利に基づき私道敷地の所有者側に対して通行やその妨害排除を常に認めさせようのか。このことが、とりわけ実務上は問題となろう。

このことに関し、前掲（判例時報）解説等は、おおむね次のように述べている。すなわち、①位置指定道路であることは、（前述もしたように）必要条件にすぎず、およそ十分条件とはいえない。位置指定道路であることのうち、その私道を、通行者が「日常生活上不可欠」に使用する必要があること。②この「日常生活上不可欠」という要件は、相当に厳しいものであるべきで、この厳格解釈が、必要以上に妨害排除請求が認められるといった通行者側の濫用のきらいを防止するであろう。その結果、例えば、他に外部の道路に通じる通路がある場合には、係争の道路を通行する方が便利であっても、「日常生活上不可欠」とはいえないことが多いであろう。仙台高判平二・一・二九（判タ七四四号一四四頁以下）は、多少出入りが不便になったものの、日常生活上必須な自由通行を妨害されたとはいえないとして、棄却している。③また、日常生活上不可決かどうかは、妨害された通行の形態ごとに判断されるべきであろう。例えば、（本件のように）徒歩通行も自動車通行も妨害されている事案において、徒歩通行は日常生活上不可決であるが自動車通行は日常生活上不可決とはいえないと判断されたときは、（本件と相違して）徒歩通行の妨害禁止請求のみ

を認めるということもある。④さらに、本判決は、通行を認めることにより道路所有者に著しい損害（支障）が生じないことが必要であるとされる。このことは、要するに通行者側の事情と私道所有者側の事情との間で比較考量したうえで請求の可否を決すべきであるとするものである。

9 以上、まず、本判決によって、最高裁が、位置指定道路について通行の妨害の排除を認めた点に注目しなくてはならない。

しかし、本判決は、その認容されるべき要件については、大枠を判示するに止まっていると評されている。そこで、こんごの判決や実務の取扱いの集積により、認容すべき場合の要件や判断にあたり考慮すべき要素の各詳細や認容できる場合と認容できない場合の類型化が進められていくことが期待されているといわれている。

さらに、後述二で取りあげるような通行地役権などの通行の根拠となるべき権利を有する場合にも、本判決のいう人格権的権利は認められるのか、また、認容される場合に敷地所有者が通行者に対し、通行料や維持管理費など前述の宅建業法上の「重説」にいう「私道負担」を請求することができるかといったことな

ども、こんごの課題であると評されている。

二 通行地役権は、その登記がなくても第三者に対抗しうるか

1 次いで、ご紹介する判決は、通行地役権設定登記手続等請求事件に関する最高判平九（オ）九六六号 平一〇・二・一三、第二小法廷判決 上告棄却（裁判所時報平一〇・三・一第一二二三号二頁以下、金融法務事情一五一四号六一頁以下、ジュリスト一一三七号一一二頁以下、判例時報一六三三号七四頁以下）である。その要旨は、通行地役権者は、地役権設定登記がなくても通路部分の土地（承役地）の譲受人（買主）に対し通行権を主張しうる、ということであろう。

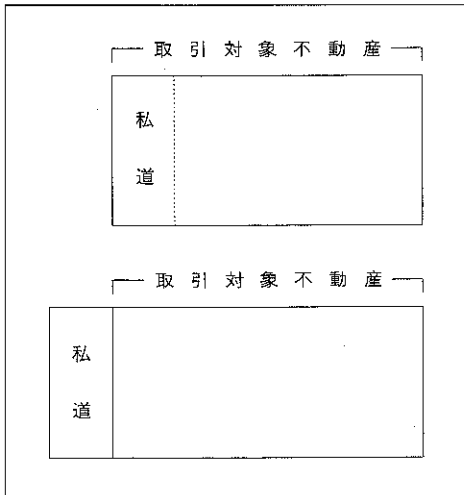
本判決によると、次のように述べている。

通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識するこ

とが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するに於いて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。

2 ところで、本件を理解する前提としては、前述一の位置指定道路を含めた通路となっている私道の法律関係を検討する必要がある。

私道（通路）といってもその法律関係は一義的ではない。まず、不動産取引と関連づけると、「私道」部分が取引（売買）対象の不動



産の中に含まれているか否か、その結果私道部分の所有権が買主に帰属しているか否かに分けられる。

私道が取引対象不動産に含まれ、その所有権が買主に帰属すれば、それが前述一のような位置指定道路といったような建築基準法上の道路になると、そのうえに建築ができないといった制限があるにしろ、こと通行に関しては買主は所有権者として、原則として自由になしえよう。

3 ところが、この私道部分が取引対象外であり、その所有権が他人に帰属する場合にはどうか。このような場合には、他人の土地を利用するのであるから何らかの利用制限がなければならぬ。特に私道として通行するには、とりわけ通行しうる根拠である通行権が必要である。

では、このような他人の所有に属する私道部分を通行しうる通行権とはどのようなものがあるのか。通行権としての効力の強い順に列挙するとおおむね次のようになるか。

- ① 通行地役権（民法二八〇条以下）
- ② 賃貸借（同法六〇一条以下）契約による通行権

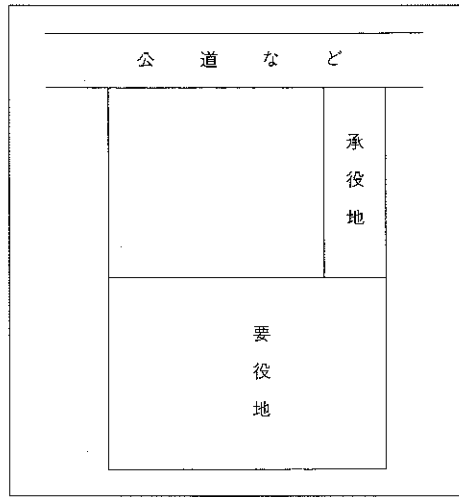
- ③ 使用貸借（同法五九三条以下）契約による通行権
- ④ 近隣のよしみといった好意で通行を認める。

もつとも、このほか、前述一の人格的権利に基づく通行権もあり、それはどこに位置づけられるべきなのであろうか。さらに、袋地の場合には、ご存知の囲繞地（いにようち）通行権（民法二一〇・二二三条）もないわけではない。

ところで、具体的事例が、このような通行権のいずれにあたるかは、実務上は認定が非常にむずかしい。当事者の合意による場合は、その合意が右のどれにあたるか。合意の解釈の問題であらうが、それは単に合意したときに当事者がどう思っていたかだけでは決しないという。そのうえ、そもそも本人自身がどのような利用権であるのかはつきりしないことも多い。要するに、当事者の合理的意思を解釈し決することが求められるということであろうが、それが、とりわけ中途で介入する媒介業者にとっては認定するに困難を伴う。

4 さて、本件は、前述の通行権のうちの「通行地役権」についてのものである。

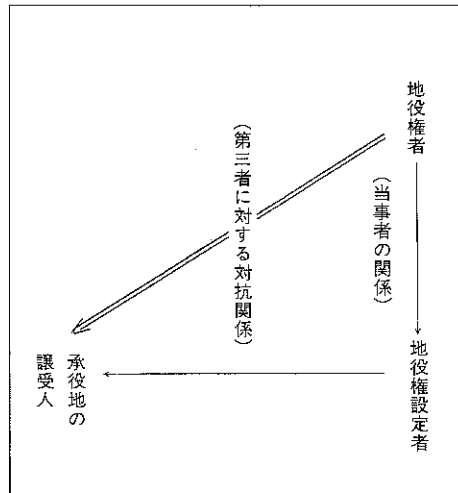
通行地役権とは、他人の土地（承役地という）を自己の土地（要役地という）の通行の用に供する物権としての通行権である。



地役権は、要役地に従属する権利であるが、要役地所有権とは別個に存在する物権である。それも、本件では、要役地所有者と承役地所有者の間の設定契約で成立していた。

そこで、このような通行地役権は、この両者いわゆる当事者間では、地役権の設定登記がなくても地役権者はその設定者に対しては主張しうる。しかし、地役権者は、その地役権をその後に承役地の所有権を取得したような第三者に対抗（主張）するには、原則としては地役権の設定登記（要役地の登記簿の乙

区欄に承役地・目的・範囲を、承役地の登記簿の乙区欄に登記原因・目的・範囲・要役地をおのおの記載）が必要である（民法一七七条、不動産登記法一条）。



5 しかるに、本判決は、この原則（地役権を第三者に対抗するには地役権の登記を要する）に対する例外として、本件通行地役権者は、地役権の設定登記がなされていなくても、承役地の譲受人に対し地役権を対抗しうることを判示したのである。

では、そのような例外が認められうる理論的根拠は何か。このことについて、原審の福岡高裁は、譲受人は、その承役地の取得にあ

たり、背信的悪意者であつて、本件通行地役権について登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者ではないと解するとした。民法一七七条の「第三者」の解釈についての背信的悪意者排除論ののつとつたのである。

ところが、本最高裁判決は、この理論をとらず、(背信的悪意者とはいえない者であつても)信義則に照らして登記の欠缺を主張することを許すべきでない者は、民法一七七条の第三者から排除されるとしたものである。

では、最高裁が、なぜ登記欠缺の主張を制限する根拠を背信的悪意者排除論ではなく信義則に求めたのか。金融法務事情の解説するところによると……

「一重譲渡の対抗問題については、登記なくして対抗しようとする者の権利と第三者の権利とが両立しない関係にあるから、登記がなければ対抗できないという原則の例外を認めるにはよほどの事情のあることが要求されるのは当然であるということができる。これに対し、本件のような不動産に対する制限物権を有する者が当該不動産の所有権を承継した第三者に対して制限物権を対抗しようとするような場合には、両者の権利は両立するのであるから、この場合にはむしろ、信義則ないし条理に照らしてその第三者の制限物権の負

担を甘受させるべきかどうかを判断し、これによって対抗方の有無を決するので至当であろう。」と説いている。

6 では、通行地役権者は、通行地役権の設定登記なくして、どのような承役地の譲受人に対して、信義則に照らし、通行地役権を主張しうるか。

それは、本判決に基づくと、次の要件を充たす譲受人に対してであろう。

- ① 譲受時、承役地が要役地の所有者によつて継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかである。
- ② 譲受人が①について認識していたか、または認識することが可能であった。

このような要件が充たされる場合には、譲受人は、要役地の所有者がなんらかの通行権を有していることを容易に推認することができる、その有無、内容を容易に調査することができるから、右譲受人が地役権の設定登記の欠缺を主張することは、特段の事情がない限り、信義則に反するということになる。

要するに、本判決は、実務上、通行地役権が設定されたとしても、文書で明定されることがまれであるばかりか、地役権の設定登記もほとんどなされていない実態に沿って、通行地役権者がその設定者に対し主張しうることのほか、承役地の譲受人に対しても通行地役権の主張を認めるのが相当とする場合のあることを配慮し保護したものである。このように、本判決は、従前の実務の動向に沿いながら、これに理論的根拠を与えたものである。実務上、非常に有益な判決といえよう。

おわりに

宅建業者、とりわけ中古物件取引の媒介業者は、目的物件にかかわる私道や通路の通行権の有無や種類・内容について、それらに関する契約書もなく、登記もなされていないのが大半であるので、大いなる懸念を抱きながら取引に携わっているのが実際である。

とりわけ、媒介業者は、中途である転売の媒介段階で関与するに過ぎなく、通行権について新しく創設したり明確に権利関係を設定し直せないだけにこの懸念は増幅する。

このような状況にあつて、ご紹介したこの

二つの判例は最高裁判所の判断であるが故に大いに参考になり活用しうるはずである。もちろん、これら判決をうのみに具体の状況を配慮することなく、買主に対し通行権等を安易に保証するようなことは厳に戒めなければならぬ。

(調査研究部研究課長)