

私道の通行地役権と登記の設定請求の可否

三好弘悦

一 はじめに

(1) 中古の一戸建ては、「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。取引にかかわるトラブルをみても、その道路をめぐる紛争になる例が多い。

(2) そんな状況のなかで、他人所有の私道を通行し得る権限を有する通行地役権者の承継人(買主)は、仮に通行地役権の登記がなくても、道路敷に当る承役地の譲受人に對して、同地役権を主張(對抗)しうる場合があると最高裁が判示したのが最判平一〇・二・一三(民集五二・一・六五、判例時報一六六二一九一等の他本誌No四〇(三八)であった。

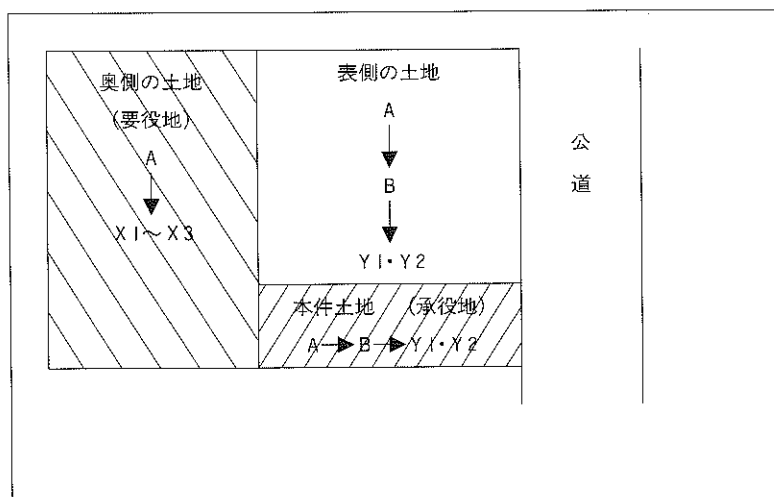
(3) ところが、この最判を受けた形で、通行地役権の承継人(買主)は、承役地の譲受人に對してこのように①通行地役権を主張

しうるに止まらず、②通行地役権の登記の設定をも請求することができ旨を判示した最判が(上記(2)と事案は当然異にするが)同年の平一〇・一二・一八に追って判示された。

(4) この一連の最判が、とりわけ中古物件取引上の私道にかかわる問題に与える影響は大きい。そこで、既にご紹介した前者の最判平一〇・二・一三に続き、それを踏まえて、今回は、後者の最判平一〇・一二・一八に重点を置いたご紹介をする。(民集五二卷九号一九七五頁、判時一六六二九号九一頁)

二 本件事件のあらまし

本件の事案のあらましをご紹介しますと、つぎのとおりである。



(1) 本件で問題となった土地は、公道との隣接関係を基準に、表側の土地、その南に存在する幅員約2mの本件土地（一七・七七㎡）、本件土地を公道への通路とする奥側の土地の三つに分けられる。

(2) これらは、昭和四一年当時、Aの所有に属していたが、Aは、これらを住宅地として分譲することを計画し、同年五月二日、B社に対し、表側の土地及び本件土地を売却し、この際、両者の間で、黙示的に、奥側の土地を要役地とし本件土地を承益地とする通行地役権の設定契約が締結された。

(3) その後、奥側の土地は分筆のうえで譲渡され、平成元年三月までXないしX₃の三名が所有権を取得して、その旨の所有権移転登記手続を経由した。また、表側の土地についても、分筆、譲渡がされ、昭和六三年にY₁・Y₂の二名が所有権を取得して、その旨の所有権移転登記手続を経由した。現在、本件土地は、Yらが共有している。

(4) Yらは、右のとおり本件土地を取得した当時、前主の説明により、これが奥側の土地を含む近隣土地の所有者等のための通路として使用されていたことを認識し、右のように用いられることについて了解していたが、その後、その一部に車庫用設備を設

置するなどした。

三 訴訟の経緯

(1) Xらは、平成二年、Yらを被告として、Xらが本件土地につき通行地役権を有することの確認、通行地役権の設定登記手続、本件土地の通行妨害の禁止、同土地上の妨害物の除去及び通行妨害による慰謝料の賠償を求めて、訴訟を提起した。

(2) Xらは、通行地役権の発生原因として、主位的に昭和四一年五月二日にAとB社との間で締結された設定契約を、予備的に同権利の時効取得を主張したうえ、Xらは右通行地役権を要役地の取得に伴い承継取得したと主張した（民法二八一条参照）。登記手続請求における登記原因及びその日付についても、右に立脚した主張をした。

(3) 第一審（千葉地裁平六・九・二八）判決は、右主的主張を認め、通行地役権の確認請求、通行地役権の設定登記手続請求及び通行妨害の禁止請求を認容し、妨害物の除去請求を一部認容した。その余の請求は、棄却した。双方が控訴した。

(4) 原判決（東京高裁平八・七・二三）は、第一審判決での争点のうちの二つについて、争点①の通行地役権確認請求は認容す

べきものとしたが、もうひとつの争点②地役権設定登記手続請求は棄却した。

すなわち、①Yらは、本件合意により設定された通行地役権の負担のあることを十分承知して、通路であることが明白な状況にある本件土地を取得したものであるから、Yらは、右Xらの通行地役権について、設定登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に当たらない。よって、Xらは、Yらに対し、設定登記なくして通行地役権の存在を主張することができる。

②しかし、右のようにXらがYらに対して通行地役権を設定登記なくして主張し得ると認められるからといって、他の特段の登記原因がないのに、XらのYらに対する地役権設定登記請求権が生じるとはいえない。したがって、XらのYらに対する地役権設定登記手続請求は、理由がない。

四 本裁判の判旨

これに対して最高裁は、原審（東京高裁）の二つの①及び②の争点についての右判断のうち、①の通行地役権の確認請求の認容は是認できるが、②の地役権設定登記の手続請求を棄却した点は、是認することができないとする（すなわち、①及び②の争点のいずれも

認容すべきであるとする。その理由は、つぎのとおりであるとする。

- (1) 通行地役権の承役地の譲受人が地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらず、通行地役権者が譲受人に対し登記なくして通行地役権を対抗できる場合には、通行地役権者は、譲受人に対し、同権利に基づいて地役権設定登記手続を請求することができ、譲受人はこれに応ずる義務を負うものと解すべきである。
- (2) (承役地の) 譲受人は通行地役権者との関係において通行地役権の負担の存在を否定し得ないのであるから、このように解しても譲受人に不当な不利益を課するものであるとまではいえず、また、このように解しない限り、通行地役権者の権利を十分に保護することもできず、承役地の転得者等との関係における取引の安全を確保することもできない。

五 検討

(1) そもそも地役権とは、一定の土地(要役

地・本件では「事案のあらまし」の図の奥側の土地)の利用価値を増すために、他の土地(承役地・同本件土地)を利用しうるとする(用益)物権である(民法一八〇条、以下条文は民法)。これは、二個の土地の間の利用の調節を図ることを目的とするが、法律上当然に生ずる袋地通行権等の「相隣関係」と異なり、当事者(奥地のAと本件土地のB)間の契約によって生じた所有権の拡張ないし制限である。同様の目的は、本件土地の賃貸借等によっても達せられるが、地役権は土地(要役地)所有権と結合された物権である。

(2) 地役権の法的性質は、①設定目的で定められた一定の目的(本件では通行)に従い、他人の土地(承役地・本件土地)を自己の土地(要役地)の(通行の)便益に供しうる権利である。地役権にもつく土地の利用は、地役権者(Xら)のみならず、本件土地の所有者(Yら)またはその他の者も地役権者(Xら)の権利(通行)行使を妨げない範囲で共同して使用(通行)しうるものである。②要役地は、一筆の土地であることを要するが、承役地は、(本件では分筆されているが)必ずしも一筆の土地全体である必要はなく、一筆の一部分について

でも足りることがある(二八二条二項)③。地役権は、(一時金などの)有償でも、また無償でもよい(本件では無償か)④。地役権は、要役地所有権に「従たる権利」であり、附従性や随伴性がある(二八一条本文)。本件でも奥地のAと本件土地のBとの間で設定された(通行)地役権が要役地所有権譲渡に伴い、法律的運命をともにする形でAからXに移っていった。⑤地役権は、不可分の権利でもある。そこで、本件のような共有者(X₁・X₃・Y₁・Y₂)と地役権の関係については、地役権を取得しやすい、または消滅しにくい方向がとられている。民法の規定も、このなるべく地役権を維持せしめようとする趣旨から、要役地の共有者(Xら)のひとりについて地役権が発生すれば、共有者全員にそれが及ぶ。また、共有者のひとりだけが地役権を消滅せしめえないとする(二八二条一項・二八四条・二九二条)。

(3) 地役権が取得される事由としては、本件のように(奥地のAと本件土地のBとの間の)「設定契約」によって取得される例が最も多い。しかし、その他「取得」時効によつて取得される(一六三条)こともある。本件訴訟でも、Xらは通行地役権の時効取得も主張していた。ところが、裁判所が主

位的な設定契約による通行地役権の取得を認めたので、この時効取得の予備的主張は争点にはならなかった。ちなみに、時効によって取得される地役権は「継続」かつ「表現」のものに限られる(二八三条)。というのは、「不継続地役権」は、承役地にとって損害が少ないうえ、承役地所有者は、徳義上これを忍容しているのが通例であり、また、「不表現地役権」は、その行使が外部から認識しえないから、承役地所有者がこれに対して所有権にもとづく排除をしなかったという理由で、地役権を時効取得させることは、承役地所有者に酷であるといわれている。そのうえ、判例は、通行地役権の取得時効のための「継続」の要件を充たすためには、単に承役地上に通路の開闢があつただけでは足りず、その「開闢」が要役地所有者によってなされることを要すると絞りをかけている(最判昭和三〇・一二・二六)。

(4) 地役権は、当事者(奥地のAと本件土地のBとの)間では登記なくして相手方に主張しうる。しかし、第三者に対しては登記なくしては対抗(主張)しえない(一七七条)。ところが、ここにいう第三者は、当事者(本件の奥地のAとB)とその相続人な

どの包括承継人以外の者を全て含むとは解されていない(判例・通説)。登記をしなれば対抗できない「第三者」とは、本件でも登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する者に限るとし制限的に解されている。

(5) 以上を前提に本件にかかわる最判についてみる。そうすると、本最判(平一〇・一二・一八)は「はじめに」においても触れたように、それに先立つて判示された最判(同二・一三)に続きそれを受けたような形で判示されている。

本最判の直前の最判(同二・一三)については、(既に本誌No四〇―三八をもってご紹介したところであるが、改めに簡略にご紹介すると)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通行地役権を主張しうるかに判示した。そして、次の要件を充たす承役地の譲受人に対しては主張しうるかと判示した。すなわち、

① 譲受時、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、構造等の物理的状况から客観的に明ら

かである。

② 承役地の譲受人が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、要役地の所有者がなんらかの通行権を有していることが容易に推認することができ、その有無、内容を容易に調査することができ、承役地の譲受人は、地役権の設定登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する者にあたらないと判示したのである。

要するに、本最判に先立つ最判(平一〇・一二・二三)は、通行地役権が設定されている状況にあれば、文書で明定されておらず、地役権の設定登記もなされていなくても、通行地役権者(とその承継人)は、通行地役権をその設定者に対し主張しうるもののほか、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の場合のあることを配慮し保護したものといえよう。

(6) ところで、本最判(平一〇・一二・一八)は、「訴訟の経緯」等でご紹介したところでお分かりのように、これに先立つ最判(平一〇・一二・二三)の判旨と同旨の判示を本

件高判（東京高裁判八・七・二三）の争点
①の通行地役権確認請求を認容することによってしているものである。よってXらはYらに対し本件土地について通行地役権を主張しうるとする。

(7) ついで、本裁判で注目しなくてはならないのは、その先の判示である、

それは、要役地所有者（Xら）が承継地所有者（Yら）に対し、通行地役権を主張しうるとするならば、さらにもう一步進めて地役権の設定登記の請求も認められると判示した点である。

その理由とするところは、「通行地役権者、承役地の譲受人、これらの転得者等の各利益を比較衡量したうえ、承役地の譲受人が地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者にあたらない場合、通行地役権者は、右譲受人に対し、右通行地役権に基づき設定登記手続を請求することができる」としたものである（判例時報一六六二一九三）。「もつとも、本判決は、法律上の理論構成については立ち入って論じておらず、この点は将来の研究にゆだねたものと見られる」といわれている（前掲判例時報）。

このようなところ、内田貴東大教授（東

大出版会刊、民法I第二版四三六頁）は、本裁判に先立つ裁判平一〇・二・二三についてつぎのように論評されている。

この判決は、未登記の制限物権が、背信的悪意者以外の第三者との関係でも対抗できる場合があることを認めたものである。通行地役権は黙示的な設定合意を認定するほかない事例が多く、そのような地役権の設定を承役地の譲受人が具体的に認識している場合は多くない。したがって、背信的悪意者以外には登記なくして対抗できないとすると、通行地役権の多くは売買によって消滅してしまうことになる。しかし、物理的状況から、何らかの利用権の存在は容易に認識できる。このような特殊性を考慮して、対抗力を認めたいのである。

しかし、この判断の背後には、背信的悪意者に限らず、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一七七条の第三者から排除すべきだという一般原理の存在を指摘できるだろう。上記判決から二重譲渡の単純悪意者排除論（他人が買ったこ

とを知らながら同じ不動産を購入して登記することは信義則に反するとの主張）までは、ほんの一步ではないだろうか。

さらに、確かに、登記請求権の法的性質をどう捉えるかについても、これまた登記に関する難問のひとつである。通例の不動産売買では、買主が売主に対して登記を移転させよとの請求権を有するが、これは売買契約から発生する契約上の債権とも解しえよう。しかし、本件のXY間は、直接債権契約の当事者ではない。そこで、本件のXのYに対する通行地役権の設定登記請求権は、債権的な構成では認めがたい。本権の登記請求権は、物権的請求権なりその一種と解することによって認められたと解するほかないのであろうか。

六 まとめ

宅建業者、とりわけ中古物件取引の媒介をする業者は、目的物件にかかわる私道や通路が売主以外の他人の所有であるときどう取り扱うべきか。本件のような通行地役権のほか賃借権等売主が（買主に譲渡すべき）私道等を通行しうる権限の有無や仮にその権限を売

主が有していたとしてもその内容について、売主側にそれらに関する契約書が作成保有されてなく、登記もなされていないのが大半である。このような状況であるのが実態であるので、中古物件取引にかかわる媒介業者は、買主の私道等についての通行権はどうなるのかにつき大いなる懸念を抱きながら取引に携わっている。とりわけ、媒介業者は、中古物件取引では転売の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。

このような取引の現況にあつて、本最判は、本件のような物理的な状況のもとであれば、私道等についての通行地役権について、①その確認請求が認容されたとしたことのほか、さらに②その地役権の設定登記の請求をも認容した。この最判をもってすれば、本件では、地役権の設定登記についてはXらは、Yらとの共同申請によらずとも単独で本件土地に通行地役権の設定登記をすることを可能とする道を開いたものといえよう（不登法二七条）。

この結果は、買主消費者にとつて朗報であるのは当然、媒介業者にとつても意義ある判例であろう。買主や媒介業者は、今後仮に本件のように判決をとりつけなくとも、本最判

の存在をもとに関係者を説得し他人所有地の私道等の通行を認めてもらえる余地は大いに増したものといえる。場合によっては通行地役権の設定登記にも応じてもらえよう。このようなことを勘案すると本裁判は、媒介業者を初め宅建業者としては看過しえない最判のひとつといえよう。

（調査研究部研究課長）