

研究ノート

圍繞地通行権と建築基準法

田中嗣久

一、問題の所在

民法二一〇条は、「或土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セサルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル為メ圍繞地ヲ通行スルコトヲ得」として袋地における圍繞地通行権を認めた上で、同二二一条は、「通行ノ場所及ヒ方法ハ通行権ヲ有スル者ノ為メニ必要ニシテ且圍繞地ノ為メニ損害最モ少キモノヲ選フコトヲ得」としてその圍繞地通行権の必要最小性を強調するが、ここにいう「公路ニ通セサル」ならびに「必要」とはいかなる程度のものであるかが、建築基準法四三条との関係で問題となる。

なぜなら、建築基準法によれば、建築物の敷地は、道路に二メートル以上接しなければならないため（四三条一項）、公路に通路を有していても、その幅員が最低二メートルに満たないときは、幅員二メートル分の圍繞地通行権の「必要」性が認められないと、当該敷地は、建物の建築しえないという致命的欠陥を負うことになるからである。特に都

市部における袋地所有者にとつて建物が建て得る土地であるか否かは重大問題であり、この二メートル基準を、四三
 条二項により地方公共団体が厳しくしている場合は、なおさら問題となる（今日、このような建物の建築し得ない土
 地は「死んだも同然」とされる⁽¹⁾）。

反面、圍繞地通行権を負担させられる土地所有者にとつては、たとえわずかでも幅員が拡張されることはその分土
 地利用の制限を意味し、特に都市部における狭隘な土地では、圍繞地に占める通路の割合如何によつては致命的な犠
 牲を強いる場合の存在することも事実である。

この問題については、従来から消極説と積極説が対立しており（判例はどちらかといえば消極的結論が多いのに対
 し、学説は積極的に解している）、議論がし尽くされていく感がないでもないが、平成十一年七月一三日の最高裁第
 三小法廷判決を契機として、これまでの判例、学説を整理し直すことで、本稿では、改めてこの問題を検討してみ
 たいと考える。

二、裁判例

1、消極説

①最判昭三七・三・一五（民集一六卷三号五五六頁）

（事実の概要）Xの所有地（甲地）は、Yの所有地（乙地）によつて圍繞されているが、幅二・二八メートル、長さ
 二〇・四五メートルの路地により公路に通じている。Xは甲地上に平屋建て家屋（建坪三〇坪）を所有してダンス教
 室に使用しているが、さらに、ダンス教室ならびにアパートとして、建坪三〇坪の建物の増築を計画したところ、東

京都条例により、右道路の幅が三メートル以上なければ建築が許可されないため、七二センチ幅の圍繞地通行権を乙地上に求めたもの。なお、乙地はバス折返停車場であり、現在狭隘になっているという事情がある。

〔判旨〕一審・二審ともXの請求を棄却したが、本件上告審も「通行権があるというのは、土地利用についての往来通行に必要、欠くことができないからというのではなくて、その主張の増築をするについて、建築安全条例上、その主張の如き通路を必要とするに過ぎない。いわば通行権そのものの問題ではないのである。してみると、本件土地をもって、民法二一〇条にいわゆる公路に通ぜざるときに当る袋地であるとして、これを前提として、主張のような通行権の確認を求めようとするXの本件請求は、主張自体において失当たるを免れず、従ってこれを排斥した原判決は、結局において正当であるといわざるを得ない。原判決に、たとえ所論の如き判示上のかきんがあるとしても、判決の結果に影響を及ぼさない」として、Xの上告を棄却した。

②東京高判昭五二・六・一三（判時八六三号五九頁）

〔事実の概要〕本件土地は、駅から至近の密集地帯にあり、従来は一筆の土地であり公道に面していたが、甲地と乙地に分筆された結果、甲地は袋地となり、乙地上に幅〇・九メートルの通路が設けられた。甲地はXの所有、乙地はY所有であり、それぞれ居住用家屋が建てられている。Xは、建築基準法四三条一項により建築物の敷地は二メートル以上道路に接していなければならないとし、乙地について居室の一部取壊し等を含む二メートル分の通行権を主張した。

〔判旨〕建築基準法四三条一項によれば、建築物の周囲に広い敷地がある等安全上支障がないときを除き、建築物の

敷地は道路に二メートル以上接していなければならないが、右規定は、公益上の行政目的から建物建築のためのその敷地の用法を制限しているものであって、囲繞地通行権の決定に直接制約を及ぼすものではないと解すべきであるとし、本件の場合、甲乙両地は駅から至近の建物密集地帯に所在すること、両地の位置関係、形状、両地の建物の配置、現状通路の位置関係から、X主張の通路を乙地に開設するためにはかなりの部分にわたってYの居室の一部を取壊す必要があり、同居宅の公路に面した開口部分が僅かとなってY及びその家族の居住上多大の不利益を受けること、本件では既に甲地上にXの居室が現存し右制約は増改築、新築の場合に受けるに過ぎないことを挙げ、Xが乙地に対して有する囲繞地通行権の範囲は、建築基準法上の前記制約によって決定されるべきではなく、Xとその家族の日常生活に支障を生じない程度をもって必要かつ十分と認められる限度で決するのが相当であるとした。

③東京地判昭五二・一二・一九（判時八九八号七一頁）

〈事実の概要〉 Xが所有する甲地（空地）は、幅一・二〇一・八メートルの区道にしか接していないが、Xはそのことを充分承知の上購入した。しかし、建築基準法により、当該土地上に医院兼居室が建築できないとの理由により、Xは、既に建設を完了した公団団地の一部について囲繞地通行権を主張し擁壁の取壊し等を求めた。

〈判旨〉「民法二一〇条が囲繞地通行権の生ずる要件として「公路二通セサルトキ」とするのは、ある土地が他の所有地に圍繞せられた結果、右土地の所有者が、本来は何人も自由に通行しうる公路を充分利用し難くなった場合のために右要件を定めたものであって、即ちその主眼は、ある土地の使用上の便益制一般を高めるためにあるのではなく、何人にも公路を利用する機会を充分与えることにあるものと解するのが相当である。右の見地からみると、本件土地

は、公路そのものに充分接しているのであるから、そこに圍繞地通行権の生じる余地はないものというべきである」旨を述べた後、仮に、圍繞地通行権は右公道の通行のみでは、社会的客観的にみて甲地の利用上甚だ不十分な場合にも生じうると解するとしても、「Xはこれを充分承知して買いうけたこと」、「付近住民は従前より右公道を利用してゐること」、「駅に行くには主張にかかる新道路を利用するよりは右公道を利用した遙かに便利であること」を理由として、右公道の通行のみではX地の用法にそつた利用が甚だ不十分であるとは、未だ到底認め難いとし、さらに、「建築基準法等の行政法規上の制約ないし物理上の制約の一事のみをもつて直ちに圍繞地通行権の発生を認めることはできない」から、「建設を完了した公団団地の一部に新たな道路を開設することを認容することは、肯認することはできない」とした。

④東京地判昭五八・四・二五（判時一〇九七号五五頁）

〈事実の概要〉X所有の甲地は建物が密集する新宿区に存在する。甲地の一部分である路地部分（幅約一・三六五メートル）とY所有の乙地の一部分とを併せて、幅約一・八メートル（公道に接する部分では約二・七三メートル）の路地部分が公道への通路として使用されていたがXはその事情を充分承知の上で購入したものである。Xは、建築基準法四二条二項に基づく東京都告示により、甲地と乙地の境界線の左右各二メートルの通路を主張し、乙地上に設置されているブロック塀・物置・柴垣・くぐり戸の収去を求めた。

〈判旨〉「建築基準法四二条の規定は、防災、公衆衛生等公益上の行政目的から建物建築のためその敷地の用法を制限するものであるから、現に存する住居への通行を確保するための私法上の権利たる圍繞地通行権の決定に直接制約を

及ぼすものではなく、圍繞地通行権の存否及びその範囲はもつばら問題となっている土地の用法に従った通行を可能ならしめるか否かの観点から判断すべきものと解するのが相当である」とした上で、「本件現私道の幅員は、Xの日常の通行には何ら支障はない」として、Xの主張する圍繞地通行権を否定した。

⑤高知地判昭六〇・三・二六（判時一一七八号一三五頁）

〔事実の概要〕Xは所有地（甲地）から公道に至る通路として、Yの所有地（乙地、幅〇・九メートル）を利用して、甲地上の所有家屋が老朽化したため取壊して新築しようとしたところ、大工が建築基準法の知識に乏しく、建築基準法四三条一項の規制があることを看過しそのまま建物を取壊したため、建築基準法四三条に適合しないため新築ができなかったという事例。そこで、Yに対して、公務員宿舍の庭部分について圍繞地通行権を求めた。

〔判旨〕「建築基準法四三条一項の制限によりXは甲地上に建物を新築することができなくなり、甲地は宅地としての用をなさなくなった」ということを認めた上で、「Xは、甲地を宅地として利用し、乙地を甲地から公路に至る通路として利用していたものであるところ、そのことにより甲地の利用に格別の支障を生じていたとは認め難いから、甲地は民法二一〇条の袋地ではない」とする。その理由として、「建築基準法四三条一項の規定は、防災等の見地から、行政上、建築物の敷地となる土地の用法を制限したものであり、かつ、その趣旨のみのものであると解され、同法の規制が圍繞地通行権の存否、範囲を定める趣旨までも含むとし、その結果圍繞地所有者の権利を制限するに至ることまで予定しているとは解されない」とし、その結果X地に建物が建てられず、宅地としての効用が失われることに対し

ては、「公共の福祉を維持する見地から財産権に内在する制約の結果としてやむを得ない」とする。

⑥東京地判平二・三・三〇（判時一三八〇一一三頁）

〔事実の概要〕 土地開発建設業者であるX所有の甲地は袋地であり、Y所有の乙地上の私道に接していたが、甲地と私道との間にはY所有のブロック塀が設置されていたため、過去に一度も一般人に使用されることがない状況にあった。そこで、XはYに対して、ブロック塀の撤去を求めた。

〔判旨〕「特定行政庁の道路位置指定を受けることによつて建築基準法上の道路とみなされる同法四二条一項五号の道路は、私道であっても原則としてその道路内の建築物を建築してはならない制約を受けるのであり、このような道路は一般人がその通行の自由を有し、それ故、右道路敷地の所有者といえども原則として右通行の自由を妨害してはならない義務を負う」とした上で、Xは本件私道は過去において一度も一般人の通行に供された事実がないことと、Xはそれを承知の上で土地を購入したこと等を考慮して、本件土地を含む乙地の従来の利用状況、Xが甲地を買い受けた際の土地の状況等を考慮すると、仮にこのままでは甲地が建築基準法の接道義務を満たさないとしても、それだけを理由に、当然乙地について圍繞地通行権を主張することはできないとした。

⑦最判平一一・七・一三（判時一六八七号七五頁）

〔事実の概要〕 甲地と乙地は、従来同一人の所有であったが、分筆譲渡により、それぞれ、XとYが所有するに至っている。甲地は袋地であるため、乙地に公道までの一・四五メートルの通路を開設していたが、Xは甲地を宅地とし

て使用するため、さらに〇・五五メートル分の囲繞地通行権を、Yに請求した。

〔判旨〕本判決は、まず、「民法二二〇条は、相隣接する土地の利用の調整を目的として、特定の土地がその利用に関する往来通行につき必要不可欠な公路に至る通路を欠き袋地に当たる場合に、囲繞地の所有者に対して袋地所有者が囲繞地を通行することを一定の範囲で受忍すべき義務を課し、これによって、袋地の効用を全うさせようとするものである」として民法の囲繞地通行権の趣旨・目的を述べ、次に、「建築基準法四三条一項本文は、主として避難又は通行の安全を期して、接道要件を定め、建築物の敷地につき公法上の規制を課している」として建築基準法の接道要件の趣旨・目的に触れ、最後に、「右各規定は、その趣旨、目的等を異にしており、単に特定の土地が接道要件を満たさないとの一事をもって、同土地の所有者のために隣接する他の土地につき接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権が当然認められると解することはできない」と結論づけた。

2、積極説

⑧最判昭四九・四・九（裁判集民一一一号五三二頁）

〔事実の概要〕従来一筆のA所有の土地が分筆譲渡され、袋地部分をXが譲り受け、A了承の元に幅二・四二メートルの通路を開設し利用してきたが、その後、Yが囲繞地側の土地を譲り受け通行を妨害したため、Xは、建築基準法四三条一項の接道義務を根拠に幅二メートルの道路の通行権を主張した。

〔判旨〕①判決とは事情を異にする旨を述べ、幅員が最小限二メートル必要である旨の原審の判断を正当であるとした。

⑨東京高決昭五二・三・七（判時八五五号七〇頁）

（事実の概要）遺産分割の結果、甲地（X所有）は袋地となり、乙地（Y所有）が圍繞地となった。遺産分割の際、乙地には甲地のために通路が設けられることを予定し、その代償としてXが受ける土地の面積を減じることとしたいきさつがある。Yは、幅二メートル分の圍繞地通行権は認めているが、本件の場合、建築基準法四三条とこれに基づく東京都条例により幅四メートル以上の接道義務が課せられているため、Xは幅四メートルの通行権を主張した。

（判旨）「X地の現況は宅地化している」とした上で、「袋地が宅地である場合、民法二二〇条所定の圍繞地通行権を認めるにあたっては、宅地としての用途をまっとうさせるために、通行の安全及び防災等の見地から設けられている建築関係諸法による制限も、参酌すべき事情として考慮に入れて、通路の幅員を判定すべき」とし、その理由として、「民法の圍繞地通行権は、往来通行の必要のみを充たせば足りるものではなく、それは袋地の用途に従った利用に適合するものでなければならぬ」こと、また、「法令による建築の制限という行政取締法上の問題であっても、本件における「用途に従った利用」の判断に関して私法上の意味を持つことのあることは否定し難く、これを行政法規上の問題として殊更無視するのは、現に存する事実を目をふさぐきらいがある」ことをあげ、Xの請求を認容した。

⑩山口地徳山支判昭五二・一一・一三（判時八九四号一〇三頁）

（事実の概要）合筆、分筆が繰り返された後、甲地が袋地となったため、所有者Xが圍繞地乙地に、幅員二・四四メートルの既存通路が存在して利用されていたが、Yが右通路部分に隣接する自己の土地で経営する駐車場を効率的に利用するため、幅員一・一メートルを残して、右通路部分にブロック塀を建設しようとしたので、Xは、二・四四メー

トル幅の圍繞地通行権を主張した。

〔判旨〕 圍繞地通行権は、隣接する土地がそれぞれ完全に利用されるようにするために、圍繞地所有者の損害を最小限にする方法で、袋地所有者の土地利用に必要な通行の利益を保護しようとするものであるから、その通路の幅員は、一義的に決しうるものではなく、当該關係土地の利用の現況と従来の経緯を検討し、更に土地利用に関する行政法規の内容をも参酌し、かつ民法第一条第二項に定める信義誠実の原則を十分にふまえながら、これを判断するべきである」とした上で、Xの請求を認めた。

⑩大阪高判昭五五・五・三〇（判時九八一号八一頁）

〔事実の概要〕 Xは、幅五・二メートルで公道に接している甲一地と、甲一地に幅一・六六メートルで接している甲二地を所有しているが、甲二地について、二・一七メートル幅で接続し公路に至る本件通路についてYに通行を求めたところ、拒絶されたため、圍繞地通行権を主張した。

〔判旨〕 判決は、「建築基準法四三条一項は防災等公益上の見地から宅地の用途を制限するものであって、それが直ちに右基準を充たす通路の開設につながるものではない」としながらも、「既存の通路が土地の用法に従った利用を図るためにはなお狭隘であつてそのために土地の利用をすることができないときは、公益上の見地から土地の利用関係を調節するため圍繞地の利用状況その他相關係における諸般の事情を勘案したうえ、その必要が認められ、かつ、隣人のこうむる損害が僅少と認められる限り、右通路を拡張開設して通行権を認めるか、又は隣地の所有者に、新たに必要な通路の開設を認容させて通行権を認めるべきものと解するのが相当である」とし、Xの請求を正当なものとして

した。

⑫東京地判昭五六・一・三〇（判タ四五三号一一三頁）

〔事実の概要〕 Xは甲地（袋地）と乙地（圍繞地）を所有し、乙地はYに賃貸しているが、甲地は公道に接していないため、一次的には賃借権の更新拒絶及び解除を、二次的に甲地（二三三平方メートル）に家を建てるのに必要な幅四メートルの圍繞地通行権を主張した。

〔判旨〕 本判決は、「袋地通行権の制度は、袋地利用のために、圍繞地の利用を制限するものであるから。その及び得る範圍は、兩地の利益の比較考量の上に立って、袋地利用に必要で、かつ、圍繞地のために最も損害の少ない限度で認めるべき」として上で、「X地は一般住宅敷地として利用するのを相当とするところ、X地の面積は約二三三平方メートルであるから、建築関係法規上延べ面積二〇〇平方メートル以上の建築が可能であり、その場合幅員四メートルの道路が必要であるが、乙地がYの建物の敷地として利用されていることや、道路を開設することによってYらが被る損害などを考慮すれば、三メートルの限度において認めるをもって足りる」とした。

⑬東京地判平二・四・二四（判時一三六六号六〇頁）

〔事実の概要〕 甲地と乙地は、以前はともにAの所有にあったが、現在はそれぞれ、XとYが所有しており、袋地である甲地のため乙地に圍繞地通行権が設定されている。Xは、Yが当該通路の幅を〇・六×〇・九メートルに狭めたとして、東京都建築安全条例の規定上必要とされる二ないし二・五メートルの幅員を主張した。

〔判旨〕通行を許容している乙地における六〇ないし八九センチメートルの幅員部分だけでは甚だ不十分というほかないが、東京都建築安全条例の規定上必要とされる二ないし二・五メートルの幅員にまでその通行権が及ぶものとする、乙地の幅員は四メートル弱しかないから、将来Yが乙地上に建物を建築できなくなるおそれが大であるため、右囲繞地通行権を許容すべき幅員としては、一・三メートルと解するのが妥当であるとした。

⑭浦和地判平五・一〇・二九（判時一五一号一八頁）

〔事実の概要〕Xは、家賃収入を得て生計を維持するため、賃貸土地乙地の背後にある自己所有の甲地に共同住宅を建設する予定であるが、県条例により、共同住宅は幅員四メートル以上の道によつて公道と接することが必要とされている。しかし、甲地は約二メートルの幅でしか公道に接していないが、乙地を返還してもらえれば、四メートルの道で公道と接することになる。そこで、XはYに対し、乙地の返還を請求した。

〔判旨〕「囲繞地通行権は、隣地との土地利用の調節のため認められ、建築基準法等の規制は、防災等の行政取締上の見地からなされるものであり、両者は目的・趣意を異にするのであるから、囲繞地通行権の存否を判断するにあつては、建築基準法等の考慮をするべきではないとの見解も成り立ち得る」が、しかし、「右見解によると、人の通行はできるが、当該宅地を宅地として利用することはできないという事態も生じ得ることになり、特に、付近が宅地かしている場合などには、実質的には当該土地の利用は、囲繞地に比較して格段の制限を受けたものとなるおそれがある。そもそも、囲繞地通行権が認められた趣意は、土地利用の調整のためであるから、近隣地の利用状況、相隣地利用者との利害得失等諸般の事情を考慮に入れた上、当該土地の通常の利用にとつて必要な通路があるかを基準にして、

④ 建物有。事情を充分承知の上で購入	③ 空地。事情を充分承知の上での購入	② 建物有	① 建物有。増築のため	袋地（袋地所有者）側の事情
建物有。建物の密集する大都会（新宿）に存在	公団団地。擁壁取壊しの必要有	居宅の一部取壊しの必要有。 駅至近建物密集地帯	バス操車場で既に狭隘	围绕地（围绕地所有者）側の事情
一・八 m	「最小」 一・二 m	〇・九 m	二・二八 m	現状通路幅
二 m	?	二 m	三 m	要求通路幅 （認定通路幅）
×	×	×	×	結論

袋地であるかを判断するのが相当である」から、「現に建築基準法等により建築規制がなされている場合には、右規制をも一応考慮に入れて、当該土地の通常の利用に必要な通路とは、どの程度のものが相当であるかについて判断すべきであり、単に人が通行できさえすれば通路として足りると解することは、近隣の土地利用の調節という見地から妥当とはいえない」とし、「このように解することは、建築基準法等の規制のみを根拠に袋地か否かを判断するのではなく、袋地利用者と围绕地利用者に過大な負担を強いるものではなく、むしろ民法制定後の社会環境の変化に合致したものとなる」とし、本件においては、幅員二メートルあれば通常の一戸建ては建築できるから、共同住宅が建築できなくても袋地ではなく、四メートル分の通行権は主張できないとした。

⑭	空地	空地	共同住宅	建物有。周辺は宅地	空地。遺産分割。乙地に通路を予定。その代償で甲地を減じる	建物有	既存建物を取壊して空地	空き地。Xは土地開発建設業者	大工が建築基準法の規制を知らず建物を取壊した
	対象	囲繞地はXがYに賃貸。建物の庭が通路の	囲繞地はXがYに賃貸。建物の取壊す必要有。	駐車場。現状維持	遺産分割。元々通路開設の予定	既存通路をビニール製屋根付車庫を建設して妨害。現状維持	部分合計が乙地の約一九%を占める	既存通路は過去に一度も一般人に使用されたことがない	公務員宿舍の庭。建物取壊しの必要はない
	二m	従来四m 現在〇・六m	なし	従来二・四四m 現在一・一m	なし	二・四二m	一・四五m	二m	〇・九m
	(四m)	(四m)	(四m)	(二・一七m)	(四m)	二m	二m	二m	二m
	〇	〇	〇	〇	〇	〇	×	×	×

二、学説の検討ならびに私見

1、学説の検討

他方、学説の状況をみると、消極的の見解（消極説）、積極的の見解（積極説）、あるいは原則として積極的に捉えながらも場合分けをして限定的に考える見解（限定説）の対立がある。

我妻・有泉説は、幅員二メートル以上の通路開設が認められないと都市区域に建物を新築もしくは改築することのできない土地が生じることになるが、通行権という範疇をはみ出し、民法の予想しないところであり、肯定することはむしろかしいとし、⁽²⁾公法私法峻別論（公法私法峻別論では、建築基準法は公法、民法は私法であり、両者は別個の目的から制定され、その適用範囲も異なるから、両者は別々の効果を生じお互いに影響がなく、したがって、袋地所有者が民法上の圍繞地通行権に基づき建築基準法上四三条所定の通路の幅員を求めることはできない。）⁽⁴⁾を貫徹している。ただし、学説上、現在このような消極説は極めて少数である。⁽³⁾

沢井説は、通路が狭いために、新築できないことは決定的な打撃であり、現在居住している建物について大修繕も改築もできず（建築基準法三条二項）、朽廃、立退を待つばかりということとは人権問題であるとして、建築基準法上の要請につき、圍繞地の事情が許す限りにおいて、十分な土地利用を確保させるべきであり、袋地上の建物について、大修繕、改築などの必要があるときは、圍繞地所有者にかなりの犠牲を負わしても通路を認めるべきだとする。⁽⁴⁾袋地利用の必要性にかなりのウエイトをおく積極説にたつ見解であるが、この問題は、袋地にとつては存在価値を問われ、また圍繞地にとつて土地利用制限という甚大な損害を被る可能性を含むものだけに、「圍繞地の事情が許す限り」で

調整を行うことで各事案における具体的妥当性を図るのではなく、より詳細な判断基準の検討が必要なように考えられる。

山口説は、建築基準法四三条の適用された当時、当該袋地が空地であったか否かで区別する。つまり、空地の場合には、建築基準法四三条のため全然袋地が宅地として利用できないとするのは不合理であり、囲繞地利用者に通路の幅員の多少の犠牲を強いても袋地権利者を保護するのが相当であるから、比較的容易に幅員の拡張を求め得るのに対し、既に建物が建っている場合は、増築のために建築基準法四三条所定の幅員の拡張を求め得るかについては、極めて厳格な両者の利害の比較を要求する。⁽⁶⁾

山口説については、「新築でも袋地の通常の利用といえないこともあれば、増築でも袋地の通常の利用といえることもあり、前者が後者に比し袋地の通常の利用といえる確率が高いともいえないので、この基準は無益である。要は、囲繞地の損害も考慮に入れて検討されるべき袋地の通常の利用か否かという観点から判断する外ない⁽⁷⁾」、あるいは、「空地と朽廃の場合に限るのは狭すぎる。袋地には奪われない最小限度の利用が保障されており、その利用とは、当該袋地周辺の土地利用状況と袋地自体の場所的諸制約から見て、当該袋地の通常ないし当該袋地相当の土地利用だとする。したがって、朽廃とはほど遠い状況であっても、袋地に占める建坪などからみて、従前の建物と同等と見られる場合には（容積率が緩和されて増築する場合など）、地域適合的建物への建て替えのため、できるだけ建築基準法上の要請を充たす方向で利益考量をなすべきである」等の批判が存在する。⁽⁸⁾

那須説も、山口説同様、袋地が更地の場合と既存建物が存在する場合とで区別するが、更地の場合は、周辺が宅地化されている限りにおいて、袋地の利用の必要性が高いのに対して、囲繞地の損害は典型的に低いから、建築基準法の

要請に従った通行権を認めるのに対し、既存建物が存在する場合は、土地との関係からみて、既存建物が利用可能であるときとそうでないときに分類して考える。そして、前者では袋地利用者の主観的事情に出たものにすぎないから、建築基準法上の通行権は否定されるが、後者（既存建物が増改築を必要とする場合）ではさらに場合を分け、既存通路が存在し圍繞地所有者がこれに異議を唱えたのに対して現状維持を主張するときは通行権を認めるが、袋地所有者が既存通路の拡張や通路の新設を求めた場合は、圍繞地側の損害を無視し得ないことが多いから、特段の事情がない限り通行権を否定する。⁽⁹⁾

山口説や那須説が袋地利用者側の通路の必要性を中心として類型化をはかろうとするのに対し、逆に過去の利用関係を重視し、圍繞地利用者側からの類型化をはかる見解もある。千種説は、民法が圍繞地通行権について規定しているところは、土地利用の最低限を保障しているとみるべきであり、土地利用関係の調整については、所有権や用益権の取得という純粹な取引関係によって解決するのが原則的な方法であるとした上で、団地の造成、広大な土地の分割などが行われた場合のように隣地上に過去の利用関係の実績がない場合には袋地利用の必要性を十分に考慮に入れてよいが、過去に適法に隣地の利用関係が形成されている場合は、過去の土地利用関係の上に形成された既存の権利を尊重すべく、これを覆滅してまで建物の増・改築をするために、それに必要な通路の拡大を要求することは、圍繞地通行権の範囲を超えるもので許されないとする。⁽¹⁰⁾

また、積極説の原則に立ちつつ、「借金」に焦点を当てることにより問題の解決を図ろうとする考え方も存在する。滝沢説は、圍繞地通行権は、積極的な不動産利用の調節を指すものであって、時代と社会の変遷に対応しつつ常に柔軟な土地の活用を許す制度として機能しなければならないが、それには、通行権の対価、妨害排除も費用、損害賠

償等を含めた広い意味での償金を考慮して、はじめてそれは可能になるとする。そして、囲繞地通行権は本来囲繞地所有者に一方的な犠牲を強いる制度ではないことを重視し、通行権の確認とともに償金の支払いを命じる判決、償金の内容の決定を含めた形成判決が期待されなければならないとし、そのためには、第一に、できるだけ前向きに通行権の主張を肯定すること、第二に、囲繞地所有者への償金について判決の中で十分に配慮することが、新たな問題解決への方向づけとされなければならないとする。⁽¹¹⁾

滝沢説については、通行権は公益上の配慮から法律上当然認められるもので、償金の支払いを怠っても通行権は消滅しないのであり、現実の通行権事例は民法二二三条二項の無償通行権の問題であると批判される。⁽¹²⁾

2、私見

この問題は、民法の認める囲繞地通行権について、袋地利用の点に重点をおくか、囲繞地の犠牲の点に焦点を当てるかの問題に帰する。その場合、同じく袋地や囲繞地といっても、囲繞地の公益性の有無ならびにその高低、付近が建物密集地帯であるか否か、囲繞地における通路の占める割合、通路要求の内容が現状維持であるのか拡張であるのか、袋地が新築目的か増築目的か、通行権の有償性ならびにその額等、その具体的内容は各事例ごとに千差万別であり、それらの相違を考慮することなく、漫然と消極説、積極説を主張しても机上の空論に帰しかねない。逆に言えば、このような極めて多面的な判断基準に基づいて、袋地側と囲繞地側両地の具体的事情を総合的に利益較量し、それによりより公正な結論を導き出す必要があるものと考えられるのである。

(1) 囲繞地の公益性の有無ならびにその高低

圍繞地通行権の内容を定めるにあたり、圍繞地の公益性の度合いは重要な要素である。なぜなら、圍繞地の公益性が高まれば高まるほど、袋地所有者の個人的な利益よりも公益面が優先されるからである。消極説の前記判例①は、袋地は増築目的であるのに対し、圍繞地がバス操車場という公益性が高い用地であり、しかも狭隘となっている点を強調したものといえよう。その意味においては、同じく消極説の③も、圍繞地側は公団の団地の擁壁の取壊しが必要となる一方、袋地側は、空地であるが所有者は袋地の事情を知って購入している事例であるし、⑤も通路予定地が公務員宿舎の庭の事案である。

(2) 付近が建物密集地帯であるか否か

付近が建物密集地帯であるか、田園地帯であるかで事情は全く異なる。消極説の前記判例②④は、東京都新宿区内あるいは駅近辺における建物密集地に位置している事例であったが、建物密集度合いが増せば増すほど、近隣における同種事例が増大し、收拾し難い混乱の生じる可能性があり、また、圍繞地の損失も大きくなるからである。

(3) 圍繞地における通路の占める割合

圍繞地における通路の占める割合も無視し得ない事情である。なぜなら、圍繞地における通路の存在が微々たるケースであれば、通路受忍義務の要請が増すのに対し、圍繞地における通路の占める割合が大きくなればなるほど、通路の開設・拡張は否定的方向に向かうからである。なお、消極説の前記判例⑦は、通路合計部分が乙地の約一九%を占めるといふ事情にあった。

(4) 通路要求の内容が現状維持か拡張か

現存する通路を圍繞地所有者が妨害したケースと、袋地所有者が新たな通路を要求するケースとでは事情が全く異

なる。通常、現状維持の場合は肯定的方向に、新設または拡張の場合は肯定には慎重な傾向を帯びるであろう。積極説の前記判例⑧⑩⑪はいずれも現存通路が妨害されたという現状維持を求めるケースであった。

(5) 現存通路の使用頻度

現存通路が全く使用されていないケースと、日常頻繁に使用されているケースとでも事情が全く異なる。消極説の前記判例⑥は、当該通路過去に一度も使用されなかったことがないという事情にあったが、過去において一度も使用されたことのない通路と一般人が頻繁に使用している通路とを同列で論じることができないからである。

(6) 袋地が新築目的か増築目的か

袋地所有者が現存する建物を増築しようとする場合と、更地である袋地に建物を建築しようとする場合とでは事情は異なる。なぜなら、増築の場合は袋地で敷地としての利用がすでになされているのに対し、新築では全く敷地としての土地利用がなされていないからである。したがって、囲繞地との関係において当該増築をがまんしても仕方がないと考えられるケースでは通路の開設・拡張は否定的方向性を示す一方、新築の場合は袋地の有効利用という観点から通路の開設・拡張は肯定的方向性を示すことになるであろう。前記判例①が増築の事例である。

(7) 通行権の有償性ならびにその額

前述の滝沢説も説くように、囲繞地側に存在する損害が対価という形で十分に補償されているか否かは、通行権の認否ないしは内容の決定に当たり重要な要素となる。

(8) その他の事情

その他の事情としては、囲繞地に通路を予定する代償として袋地が減じられたという事情（前記判例⑨）、既に通

路として使用され廃止は困難であるという事情（前記判例⑩）、圍繞地が袋地所有者Xの所有に係るという事例（前記判例⑫⑬）等がある。

以上、現段階において考え得る判断基準を列挙したが、今後判例事例の蓄積等によりさらに新しい基準を付け加える必要も生じてこよう。結局のところ、この問題はできるだけ多くの判断基準に基づき具体的事案について袋地所有者と圍繞地所有者の利益較量を行うより仕方がないものと思われるが、一方において、このような個別事案に対する利益較量による解決手段ではもはや限界にきていることも事実であり、民法と建築基準法の整合性を図った早期の立法的解決が待たれるところである。

- (1) 澤井裕「隣地通行権と建築基準法」判例時報一六四六号一八〇頁
- (2) 我妻栄・有泉亨「新訂物権法」二八七頁
- (3) 草野真人「圍繞地通行権の幅員」判タ七三二号三二頁
- (4) 沢井裕「民法総合判例研究・隣地通行権一九八七」六九〇七一頁
- (5) 草野真人「圍繞地通行権の幅員」判タ七三二号三一頁
- (6) 山口和男「都市における宅地利用の相隣関係」判例時報四六九号九頁
- (7) 東孝行「相隣法の諸問題」一〇〇頁
- (8) 沢井裕「隣地通行権と建築基準法」判時一六四六号一八四頁

- (9) 那須彰「私道の通行権をめぐる諸問題」判タ五九〇号二頁
- (10) 千種秀夫「借地が袋地の場合と隣地使用の法律関係」(中川善之助ほか監修「不動産体系Ⅲ」所収)一二五、一三三頁
- (11) 滝沢準代「囲繞地通行権の幅員」判タ五二九号。償金の支払いを重視する考え方としては、他に五十嵐清「違法建築物所有者からの下水道管敷設工事の承諾請求」私法リマックス一九九五年(上)九頁、吉田克己・判時一四二二号一六六頁等がある。なお、草野真人「囲繞地通行権の幅員」判タ七三二号三〇頁は、通行権は公益の配慮から当然認められるもので、償金の支払を怠っても通行権は消滅しないことや、現実の通行権事例は民法二二三条一項の無償通行権であることを問題点として指摘する。
- (12) 草野真人「囲繞地通行権」の幅員」民事裁判実務研究第七卷三〇頁。一方、この批判に対しては、「ここでいう償金は、借地借家法上の正当事由を補強するものとしての立退料のような性格を持つべきもので、通路の開設または拡幅の対価としての一時金と考えるべきである」とする反批判も存在する(沢井裕「隣地通行権と建築基準法」判時一六四六号一八六頁)。