

# 不動産物権に関する公法と私法の接点(3)

——民法210条と建築基準法43条——

高 頭 宏 信

- <目 次>
- 1 はじめに
  - 2 民法 210 条～213 条の論点
  - 3 民法 210 条と建築基準法 43 条

## 1 はじめに

(1) 拙稿「不動産物権に関する公法と私法の接点<sup>(1)</sup>」では建物築造と境界線からの距離規制について、「同<sup>(2)</sup>」では容積率による所有権の制限について、建築基準法と民法の接点に関する理論構成は如何にあるべきかを考察した。そして公法と私法の接点上にある具体的事実<sup>(3)(4)</sup>に法を適用する場合、異分野の相対立する法領域として把握するのではなく、当該事実に関する当該法の一般的法原則<sup>(5)</sup>を体系的に把握し理論構成することの必要性、特に民法 206 条の「法令ノ制限<sup>(6)</sup>」と憲法 29 条の「財産権の不可侵」、<sup>(7)</sup>「公共の福祉」、ならびに建築基準法の「公共の福祉」は接点上にある事実に対して理論構成上一体でなければならぬこと、また「公共の福祉」は時代的、社会的要請による政策的な制約であるが、憲法で私有財産制を認める以上、権利を剥奪し、または剥奪すると同視されるような私権の制限は許されるべきでないことを提言した。<sup>(8)(9)</sup>

当小論で考察する袋地の囲繞地通行権と建築基準法 43 条に関する理論構成もこのような考えが基点になっている。

(2) 民法 210 条～213 条は袋地所有者の囲繞地通行権を規定しているが、その幅員を明示していないため、従来から幅員に関する争訟がたえない。特に建築基準法 43 条に規定する 2 メートル以上の接道義務との関連については、判例、学説とも多岐にわたるが、<sup>(10)</sup>いまだ納得のゆく定説をみない。

当小論はこれら従来からの主要学説や、判例を概観するとともに、理論構成はいかにあるべきかを考察するものである。

### 〔注〕

- (1) 高頭宏信「不動産物権に関する公法と私法の接点(1)——民法 234 条と建築基準法 65 条——」中央学院大学論叢第 19 巻第 2 号。
- (2) 高頭宏信「前掲論文(2)——民法 206 条と建築基準法 52 条——」前掲論叢第 20 巻第 2 号。

- (3) 高頭前掲書第 19 巻第 2 号 60 頁。
- (4) 篠塚昭次『不動産法の常識』上巻 42 頁。公法と私法，行政法と民法の関係は，対立→分離→協力→混合→融合→統一という経過をたどってゆくものと予想され，それこそまさに法学界最大の課題なのだが，その根底には社会や経済の構造変化があることをわすれてはならない。不動産法についていえば土地政策が高度化すればするほど公法と私法の限界はぼやけたものとなってゆくのである。
- (5) 民法 206 条「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用，収益及ヒ処分ヲ為ス権利ヲ有ス」
- (6) 憲法 29 条「①財産権は，これを侵してはならない。②財産権の内容は，公共の福祉に適合するやうに，法律でこれを定める。③私有財産は，正当な補償の下に，これを公共のために用ひることができる。」
- (7) 建築基準法 1 条「この法律は，建築物の敷地，構造，設備及び用途に関する最低の基準を定めて，国民の生命，健康及び財産の保護を図り，もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。」
- (8) 高頭前掲書第 20 巻第 2 号 8 頁以下。
- (9) 註解日本国憲法上巻 567 頁「権利の濫用が禁止されたり，国民が納税義務を負担したり，又犯罪者が罰金や没収の刑を科せられたりするのは，むしろ事物自然の制約であって，財産権の不可侵によって保障される範囲外の問題であると思う。従ってかく考えると，後の二者が法律の定めに基づくことを要するのも本条ではなく，むしろ 30 条，84 条，等の要求ということになる。これに対して政策的考慮から来る制約こそ本条に関する問題であって，それがここに公共の福祉と表現されたものと考え。而して公共の福祉の概念が右の如く政策的な問題であるため，何が公共の福祉であるかはもとより，その時々における社会全般の事態を顧慮して判定せられねばならない。加うるにそれは公共の福祉を増進するほか，維持するために必要な場合を含み，且つ国家のほか，人民大衆の利益を擁護する形でも現われること勿論である。例えば経済統制法によって財産権に対する多様の制約が認められるのは，経済統制が国家国民の生存の維持ないし経済の復興のために有益且つ不可避と認められるため，公共の福祉に合するものとして基礎づけられるのである。そこでかように公共の福祉が要求するときは財産権に対し制約を加えることができるが，果たしてそれは無制限な制約を許すものであろうか。この点公共の福祉の要求する限りいかなる制約をもなし得るとの考えもあり得ないではないが，第一項において所有権の不可侵を宣言して私有財産制度を認め，又第三項において財産権の取用には必ず正当な補償を要求している趣旨を考え合せるならば，補償なくして行われる第二項によっては，権利を剝奪し又は剝

奪するのと同視されるような制限を加えることは、これをなしえないものと云わなければならない。」

- (10) 安藤一郎「建築基準法と民法との接点」において学説、判例をきめ細く紹介されている。

## 2 民法 210 条～213 条の論点

(1) 囲繞地通行権はゲルマン法に由来すると言われ、ドイツやフランス民法<sup>(1)</sup>でも相隣関係における所有権の制限規定として採用している。わが国の旧民法も財産編において 218 条～223 条の 6 条を規定しており、これらの規定は今日でも重要な参考資料となっている。

袋地は他人の土地に囲繞されているため、経済的効用も低く、環境的に制約を受ける瑕疵ある土地と言っても過言でない。かかる土地に対して囲繞地権者の所有権を制限してまで通行権を与えるのは、再生産のきかない土地を活用し、限りある土地資源の経済的効用を高めるためである。立法者の一人梅博士も「或土地カ他人ノ土地ニ囲繞セラレテ全ク公路ニ通スルコト得サルトキハ其土地ハ固ヨリ出入ノ路ナキカ為メ全ク世用ヲ為ササルニ至リ竟ニ天物ヲ暴殄スルノ虞アリ是レ経済上最モ嘆スヘキ所ナリ立法者ハ茲ニ見ル所アリテ此場合ニ於テハ其囲繞地ヲ通行スルコトヲ得ルモノトセリ是レ各国ノ法律皆然ル所ナリ但其土地カ袋地即チ公路ニ通セサル土地ナルニ因リテ此權利ヲ生スルモノナルカ故ニ若シ其土地カ袋地タルコト止メハ此權利忽チ消滅スヘキハ蓋シ言フヲ待タサル所ナリ」と述べている。<sup>(4)</sup>

わが民法上囲繞地通行権に関する規定は、210 条～213 条の 4 条のみであるため、その解釈と適用をめぐる判例、学説とも見解が分れる。その主たる論点は、①「公路ニ通セサルトキ」の意味と通路の幅員、特に建築基準法 43 条との関係、②通行権承認と償金との関係、③土地の分割、譲渡と通行権の関係などである。

- (2) 民法 210 条は「① 或土地カ他ノ土地ニ囲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囲繞地ヲ通行スルコトヲ得

② 池沼、河渠若クハ海洋ニ由ルニ非サレハ他ニ通スルコト能ハス又ハ崖岸アリテ土地ト公路ト著シキ高低ヲ為ストキ亦同シ」と規定し、同 211 条では「①前条ノ場合ニ於テ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囲繞地ノ為メニ損害最モ少キモノヲ選フコトヲ要ス

② 通行権ヲ有スル者ハ必要アルトキハ通路ヲ開設スルコトヲ得」と土地の相隣関係における囲繞地通行権と範囲について規定する。この規定に関する論点は、囲繞地通行権の法的性質、及び「公路ニ通セサルトキ」の事実認定と解釈の問題である。

通行権の法的性質に関しては、袋地の所有者にかぎらず、賃借人、借家人など袋地の利用権者にも認められる一種の物権的請求権と見るのが一般的見解である。<sup>(5)</sup> ただ賃借権の場合、対抗要件を具備することが必要であるか否か争いがあるが、<sup>(6)</sup> 囲繞地通行権が土地の経済的効用を目的としたものである以上、対抗要件を具備しない袋地の占有者にもこれを認めるべきである。<sup>(7)</sup>

次に「公路ニ通セサルトキ」とは、完全に他人の土地に囲繞されて通路のない状態を言うのか、または、土地の適当な利用に必要な通路を欠く場合も含まれるのか争いのあるところである。

ドイツ民法 917 条は、

Fehlt einem Grundstücke die zur ordnungsmässigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichen Falles durch Urteil bestimmt.

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen. Die Vorschriften des § 912 Abs. 2 Satz 2 und der §§ 913, 914, 916, finden entsprechende Anwendung.

と規定して合法的利用に必要な通路を欠く場合には通行権を認める。

わが国の場合も多数の見解はこれに同調しているが、その理論構成において

判例と学説は見解が分れる。特に通路の幅員，ならびに建築基準法 43 条との関係では通路の拡幅を肯定するものと，否定するものが対立し判例も以下のように多岐にわたる。肯定例には，① 甲府地判昭 38.7.18，下民集 14 卷 7 号 1458 頁，② 東京地判昭 39.2.1，下民集 15 卷 2 号 187 頁，③ 東京高判昭 40.5.31，下民集 16 卷 5 号 956 頁，④ 米子簡判昭 42.12.25，判時 523 号 72 頁，⑤ 東京高判昭 52.3.7，判時 855 号 70 頁，⑥ 東京地判昭 52.5.10，判時 852 号 26 頁，⑦ 山口地徳山支判昭 52.12.13，判時 894 号 103 頁，⑧ 大阪高判昭 55.5.30，判時 981 号 81 頁，⑨ 東京地判昭 56.1.30，判タ 453 号 113 頁等がある。これに対して否定例は，① 最判昭和 37.3.15，民集 16 卷 3 号 556 頁，② 東京地判昭 31.9.7，下民集 7 卷 9 号 2421 頁，③ 東京地判昭 37.10.3，判時 316 号 19 頁，④ 東京地判昭 38.9.4，判タ 152 号 85 頁，⑤ 熊本簡判昭 39.3.31，判時 371 号 56 頁，⑥ 東京地判昭 39.6.30，判時 388 号 39 頁，⑦ 東京地判昭 44.10.15，判時 585 号 57 頁，⑧ 東京地判昭 50.4.15，判時 798 号 55 頁，⑨ 大阪地判昭 52.5.27，判タ 365 号 300 頁，⑩ 東京高判昭 52.6.13，判時 863 号 59 頁等がある。具体的事実が千差万別である以上，判決の内容もそれに応じて多岐にわたるのは当然であるから，これら判決理由を類型化してみても，公法と私法の接点に関する体系的理論構成を試みる作業としてはあまり意味がないと思う。特に，民法に規定する囲繞地通行権と，建築基準法 43 条に規定する接道義務との優先適用基準の画一化，定型化のためには，別な観点からの理論構成が必要である。本論 3 でこの点につき考察する。

(3) 民法 212 条は「通行権を有スル者ハ通行地ノ損害ニ対シテ償金ヲ払フコトヲ要ス但通路開設ノ為メニ生シタル損害ニ対スルモノヲ除ク外 1 年毎ニ其償金ヲ払フコトヲ得」と規定している。問題は通行権者が償金の支払いを怠った場合，囲繞地権者は通行を拒否できるか否か見解の対立がある。多数の見解は「補償金の支払いを通行権者が怠った場合は通路を閉鎖するなどして通行拒絶することはできず，たんに債務不履行責任が生じるにすぎないと解すべきである。袋地の通行権は公益上の必要に基づいて法律上当然に認められたものであるからである<sup>(8)</sup>」とする。これに対して「通行権者が償金を支払わなければ囲繞

地権者は通行を拒否することができる<sup>(9)</sup>」とする見解もある。

囲繞地通行権は袋地の有効利用という公益上の見地から認められた法定通行権であり、それに対する償金支払義務も法定の支払義務である。すなわち通行部分の土地に対する強制的な地代であるとも考えられるのであるから、催告してもなおかつ信義則に反するような形で不払いが続くようであれば通行拒否ができるものと解さざるを得ない。民法 210 条、同 211 条、同 212 条は、相関関係にあるのであるから、単なる債務不履行責任とみるべきではない。けだし袋地に建物を所有するための通行権は、囲繞地の土地利用が不可欠な要件であり、しかも民法 212 条で有償性を明記する点、他人の土地を利用する借地権と類似性がある。借地権が地上権の場合、2 年以上地代が支払われなかった場合は地上権の消滅請求ができ、土地の用方違反がある場合は、土地所有権にもとづく差止請求<sup>(10)</sup>ができる<sup>(10)</sup>と解されている。

囲繞地権者は通行権の承認を強要され、恣意によって所有権の制限を消滅させられないのであるから、償金の不払いや、通行権者の信義則に反する行為がある場合でも通行権の承認を強要することは余りにも苛酷であり、法の精神にも反する。

したがって償金の不払いがある場合、囲繞地権者は所有権にもとづき通行差止請求ができるものと解すべきである。

(4) 土地の分割、譲渡と通行権の関係については、民法 213 条に「① 分割ニ因リ公路ニ通セサル土地ヲ生シタルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル為メ他ノ分割者ノ所有地ノミヲ通行スルコトヲ得此場合ニ於テハ償金ヲ払フコトヲ要セス

② 前項ノ規定ハ土地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ譲渡シタル場合ニ之ヲ準用ス」と規定する。本条で問題になるのは、① 償金の支払いが必要でないことの意味、② 共有地分割の場合裁判分割を含むか、③ 2 項の規定は同時全部譲渡にも適用されるか、④ 分割、譲渡により袋地、囲繞地の所有権を直接に取得した者のみに適用されるべきか、よりひろく特定承継人にも適用されるか等である。

① に関し起草者の一人梅謙次郎博士は「前數條ニ規定セル通行権ハ素ト必要

己ムコトヲ得サルニ因リテ與ヘタルモノナルカ故ニ若シ土地ノ所有者ノ行為ニ因リ其土地カ袋地ト為リタルトキハ為メニ圍繞地ニ對シテ通行ヲ求ムルコトヲ得ヘカラサルハ固ヨリ理ノ當然ナリ故ニ共有地ヲ分割スルニ當リ其各部分カ公路ニ通スル様之ヲ分割スルコトヲ為サスシテ其一部分ヲ公路ニ通セサルモノト為シタルトキハ為メニ他ノ土地ノ通行ヲ求ムルコトヲ得サルモノトセサルヘカラス此場合ニ於テハ假令多少ノ迂回ヲ為ササルコトヲ得サルニモセヨ必ス分割シタル他ノ部分ヲ通行シテ公路ニ通スヘキモノトス又或土地ノ所有カ其一部ヲ讓渡スニ當リ其部分及ヒ殘部カ皆公路ニ通スル様之ヲ分タスシテ其部分又ハ殘部ヲ公路ニ通セサルモノト為シタルトキハ其袋地ノ所有者ハ他ノ土地ヲ通行スルノ權ナク假令多少ノ迂回ヲ為スヘキモ必ス舊と同一ノ所有ニ屬セン他ノ部分ノミヲ通行スヘキモノトス

右就レノ場合ニ於テモ分割若クハ讓渡ノ結果甲ノ部分ノ所有者カ乙ノ部分ヲ通行スヘキコトハ法律ノ規定ニ依リテ定マレル所ナルカ故ニ其分割若クハ讓渡ヲ為スニ當リ當事者ハ必ス之ヲ豫期シテ分割ノ部分ヲ定メ又ハ代價ヲ定ムル等總テ其分割、讓渡ノ行為中ニ於テ此通行權ニ著眼シタルモノト看做ササルコトヲ得ス故ニ其通行地ノ所有者ハ此權利ノ為メニ特に損害ヲ被ムルモノト云フコトヲ得ス從テ之ニ對シ償金ヲ拂フコトヲ要セサル」と述べている。<sup>(11)</sup>すなわち分割、讓渡の時に一括払いで補償していると言うのである。ドイツやフランスにはこのような規定はない。

㊦については、任意行為にあらざる裁判分割の場合には本項が適用されないとする見解<sup>(12)</sup>があるが疑問である。

㊧についても、学説、判例共に見解が分れる。最高裁判所判決は「民法 213 条 2 項は、土地の所有者がその土地の一部を讓渡し殘存部分をなお保留する場合に生ずる袋地についてのみ適用ありと解すべきではなく、本件の如く、土地の所有者が一筆の土地を分筆のうへ、そのそれぞれを全部同時に数人に讓渡し、よって袋地を生じた場合においても、同条項の趣旨に徴し、袋地の取得者は、右分筆前一筆であった残余の土地についてのみ圍繞地通行權を有するに過ぎないと解すべきであるとした原審の判断は首肯できる。——民法 213 条第 1 項に謂う分割とは、2 人以上の者が合意によって土地を区分し、その各部分の所有



権を取得することを謂うのである。例えば共有物を協議によって分割する場合(協議に代る裁判による分割を含む)または、数人が各自の取得すべき部分を特定した上で所有者から土地を譲受ける行為などがそれである。右の場合と異なり、所有者が一箇の土地を区分し、区別された各部分を数人の相手方に個別的に譲渡する場合には、所有者と個々の譲受人毎に成立する数個の一部譲渡が繰返されるに過ぎないから、本条第1項に謂う分割には該らない(尤も最後に残った土地については一部譲渡でなく全部譲渡が行われることになる)。例えば土地会社がその所有土地を分譲する場合などが之に該るので通常民法213条2項の適用を受けるのである。原判決は、原告人の主張(昭和35年5月14日附準備書面第1項)を誤解した結果、旧所有者と数人の譲受人との間に行われた個別的な譲渡について判断せずに、原告人の主張しない同時譲渡も本条に謂う分割であると解し、かかる譲渡行為に因って生じた袋地の所有者は他の譲受人が所有する隣接地のみを通行し得るものと判断して、本件に民法第213条第1項を適用した。しかし前述の如く、本件は旧所有者がその所有土地を順次に数人に対し一部譲渡を為し、最後に残った土地を一人に全部譲渡した上、ただ登記手続の便宜上全部の土地につき分筆と数個の個別的移転登記を同時に実行したに過ぎないのであるから、本条第1項を適用すべき場合でなく、むしろ本条第2項の適用を考慮すべき場合に該るのである。その理由は左のとおりである。民法211条の例外として民法213条第1項の規定が設けられたのは、土地の分割と云う共同の行為に因って生じた結果は共同行為者相互間において収拾解決すべきであって分割に関与しない第三者に累を及ぼすことは公平の原則に反するとの見地に立脚するものである。之と異なり、本件のようにいわゆる土地分譲に類する事案では、旧所有者と各譲受人間の譲渡が個別的に存在するだけであって、土地の区分につき各譲受人が関与せず、相互に意思の連絡も無いから、他の譲受人は自己の行為によって袋地を生ぜしめたことにならない。従って本条1項による例外的責任を帰せしめられる理由がないのである——<sup>(13)</sup>とする。この判例に対し「しかし、同時全部譲渡の場合には、一部譲渡の場合と異なり、通行地譲受人に対して一括払いの償金額を加味して価格を決定することを要求するのは酷であり(袋地の存在を調べるのは面倒であるし、また、袋地譲受人がどのような仕方で行

するかも知れない), 内部だけで処理させることは不合理である。したがって同時全部譲渡の場合には, 本項の適用を否定すべきである<sup>(14)</sup>とする反対説がある。しかし一団の土地が同時全部譲渡される場合, 袋地になるべき地形については譲渡人, 譲受人共に理解し得る問題であるから, 公平の原則のうえからも, 分筆前一筆であった残余の土地についてのみ通行権を認めるとする判例の見解が正当である。

次に㊦の特定承継人への適用の可否については判例, 学説とも見解が分れる。

判例で適用説をとるものは, ①東京地判昭30.9.12, 下民集6巻9号1967頁, ②高松高判昭32.6.8, 下民集8巻6号1080頁, ③東京地判昭32.12.20, 下民集8巻12号2386頁, ④東京地判昭31.12.17, 下民集7巻12号3661頁, ⑤東京高判昭37.1.30, 下民集13巻1号104頁, ⑥名古屋地判昭40.10.16, 判時450・41頁, ⑦東京高判昭41.10.14, 時報468号47頁などがあり, これに対して適用否定説をとる判例は少数であり, ①朝鮮高院判昭12.11.12, 法律評論27民112, ②東京地判昭44.3.29, 下民集20巻3・4合併号160頁などである。

適用説をとる主たる判例は「右規定による被通行地所有者の義務も民法210条による受認義務と同様に相隣関係から生ずるところの土地に付着する一種の負担であって被通行地の所有権を譲受けた者においてこれを承継するものと解するのが相当である。もっとも民法213条には通行権者は償金を支払うを要しないとされているから, 前記のように解するときは, 右規定による通行権のあることを知らずに被通行地の所有権を取得した者に損失を及ぼすことも考えられないではないけれども, 右承継人は買受の際隣地との関係につき調査をすればこれを知り得べきものであり, 土地の価格もその負担の存在に応じ減ざられている筈であるから, 右の点をとらえて前記結論を左右すべきものとも考えられない。むしろ右のように解しない場合, 被通行地の処分により前記規定による隣地所有者の保護は容易に失われる結果をもたらすこととなるのであるが, 承継人の利益のため右第三者の保護を失わしめるのは妥当でない<sup>(15)</sup>」と理論構成する。これに対して不適用説は「分割者ハ一部譲渡ナル当事者ノ行為ニ基因シテ生ジ, スルハ当事者ノ初ヨリ予期セルトコロナルガ故ニ通行権ヲ認メ累フ他ノ隣地所有者ニ及ボサザルト共ニ償金ノ支払ヲ要セザルコトヲ為シタルモノニ

シテ該規定タル直接ノ分割者ノ間又ハ譲渡ノ当事者間ニノミ適用アルモノト解スルヲ相当トス。従テ被通行者ノ特定承継人ニ対シ従前ノ無償通行権ヲ以テ對抗シ得ザルモノト謂フベシ<sup>(16)</sup>と云う。学説も前掲適用説をとった判例を「無償性の維持は近代法のあり方に反する」と批判し、不適用説を主張する見解や、これに対して、袋地所有者が変われば囲繞地所有者は利得することになり、<sup>(17)</sup> 囲繞地権者が変われば袋地所有者が不測の損失を受けることになり、不適用説は<sup>(18)</sup> 具体的妥当性を欠くとして前掲判例を支持する見解が対立する。

囲繞地通行権は公益的目的から創設されたものであり、相隣関係にある袋地に内在する権利であるから、袋地発生時点における通行権の内容が、土地所有者の交替毎に変更をきたすことは、法的安定性の上からも適当でない。したがって民法 213 条の関係は承継人にも適用されとする適用説が正当である。但し通行権発生時点における土地所有形態が、合筆、分筆の繰り返しにより、当初の形態とまったく異なる状況になった場合は、もはや 213 条の問題ではなく、新たに 210 条の問題として考えるべきである。

以上民法 210 条～213 条における問題点について概観したが、この中で特に重要な問題点は建築基準法 43 条との関係である。すなわち公法と私法の接点をいかに理論構成するかである。以下 3 で考察する。

〔注〕

- (1) 野村好弘，注釈民法(7)・物権(2) 241 頁。
- (2) ドイツ民法 917 条，918 条。
- (3) フランス民法 682 条，683 条，684 条。
- (4) 梅謙次郎，民法要義 113 頁。
- (5) 「袋地ノ所有カ囲繞地ヲ通行スルノ権利ハ土地ノ所有権ニ伴ヒ囲繞地ノ上ニ行ハルル権利ニシテ汎ソ何人ニモ對抗シ得ヘキ一ノ物権ナリ(東京控訴明 41. 6. 16)」とする見解や「囲繞地通行権は袋地を利用価値あらしめる公益上の必要のために隣接地に対し通行を認めるといふものであり、物権的請求権たる性格を有するものと解されるから、囲繞地通行権を主張しうる者は、その袋地につき、所有権、地上権、賃借権、その他少なくとも物権的妨害排除権能を持ちうる権利を有する者に限られると解するのが相当である(大阪地判昭 48. 1. 30)」とする見解がある。
- (6) 判例は賃借人も対抗力を取得していれば通行権を有するとするもの(最高判昭

- 36.3.24)と、袋地の適法な占有者は特に対抗力を有しなくても通行権を有する(東京控判大13.8.11)見解がある。
- (7) 沢井裕、隣地通行権(判例研究⑩)26頁。「対抗力なき場合にも占有をともなう賃借権については、通行権を肯定すべきだと思ふ」と主張される。
- (8) 篠塚昭次・口語物権法169頁。  
末弘敏太郎・物権法(上)356頁。  
船橋諄一・物権法350頁。  
野村好弘・前掲書244頁。
- (9) 我妻栄・有泉享・民法総則・物権法コンメンタール345頁。
- (10) 鈴木祿弥・借地法(上)566頁以下。
- (11) 梅謙次郎・民法要議118頁。
- (12) 野村好弘・前掲書245頁。
- (13) 最判昭37.10.30,民集16巻10号2182頁。
- (14) 野村前掲書(245頁)は「しかし、同時全部譲渡の場合には、一部譲渡の場合と異なり、通行地譲受人に対して一括払いの償金額を加味して価格を決定することを要求するのは酷であり内部だけで処理させることは不合理である。したがって同時全部譲渡の場合には、本項の適用を否定すべきである」と主張する。
- (15) 東京高判昭37.1.30,下民集13,1,104。
- (16) 朝鮮高院判昭12.11.12,評論27民112。
- (17) 広中俊雄・判時328号17頁他。
- (18) 沢井裕・民商49巻1号123頁。

### 3 民法210条と建築基準法43条

(1) 建築物の敷地について建築基準法19条は「①建築物の敷地は、これに接する道の境より高くなければならず、建築物の地盤面は、これに接する周囲の土地より高くなければならない。ただし、敷地内の排水に支障がない場合又は建築物の用途により防湿の必要がない場合においては、この限りでない。②湿潤な土地、出水のおそれの多い土地又はごみその他これに類する物で埋め立てられた土地に建築物を建築する場合においては、盛土、地盤の改良その他衛生上又は安全上必要な措置を講じなければならない。③建築物の敷地には、雨水及び汚水を排出し、又は処理するための適当な下水管、下水溝又はためますそ

の他これらに類する施設をしなければならない。建築物ががけ崩れ等による被害を受けるおそれのある場合においては、擁壁の設置その他安全上適当な措置を講じなければならない」と規定し、さらに同法 43 条では「① 建築物の敷地は道路(自動車のみの交通の用に供するものを除く。以下第 44 条を除き、同様とする)に 2メートル以上接しなければならない。ただし、建築物の周囲に広い空地があり、その他これと同様の状況にある場合で安全上支障がないときは、この限りではない。② 地方公共団体は、特殊建築物、階数が三以上である建築物、政令で定める窓その他の開口部を有しない居室を有する建築物又は延べ面積(同一敷地内に二以上の建築物がある場合においては、その延べ面積の合計)が 1,000 平方メートルをこえる建築物の敷地が接しなければならない道路の幅員、その敷地が道路に接する部分の長さその他その敷地又は建築物と道路との関係についてこれらの建築物の用途又は規模の特殊性により、前項の規定によって避難又は通行の安全の目的を十分に達し難いと認める場合においては、条例で、必要な制限を附加することができる。」と敷地の接道義務及び地方公共団体による制限強化を規定している。本条で規定する 2メートルの接道義務は最低の基準であって、東京都建築安全条例は以下のような制限規定をおいている。

「第四条、三階建以上の建築物の敷地は、道路に四メートル以上接しなければならない。

2. 延べ面積(同一敷地内に二以上の建築物がある場合においては、その延べ面積の合計)が千平方メートルをこえる建築物の敷地は、その延べ面積に応じて、次の表に掲げる長さ以上道路に接しなければならない。

延 べ 面 積	長 さ
千平方メートルをこえ、二千平方メートル以下のもの	六メートル
二千平方メートルをこえ、三千平方メートル以下のもの	八メートル
三千平方メートルをこえるもの	十メートル

3. 前二項の規定は、建築物の周囲に広い空地がある場合その他土地及び周囲の状況により安全上支障がない場合においては適用しない。

第四条の二 延べ面積が千平方メートルをこえ、かつ高さが十五メートルを

こえる建築物の敷地は、幅員六メートル以上の道路に接しなければならない。ただし、建築物の周囲に広い空地がある場合その他土地及び周囲の状況により安全上支障がない場合においてはこの限りではない。

第十条 特殊建築物は、路地状部分のみによって道路に接する敷地に建築してはならない。ただし、安全上支障がない場合又は前条第六号若しくは第十三号に掲げる用途に供する特殊建築物について、その敷地の路地状部分の幅員が四メートル以上であり、かつ、その路地状部分の長さが二十メートル以下である場合で、避難上支障がないときは、この限りでない。

第十条の三 特殊建築物の敷地は、その用途に供する部分の床面積の合計に応じて、次の表に掲げる長さ以上道路に接しなければならない。ただし、建築物の周囲に広い空地がある場合その他土地及び周囲の状況により安全上支障がない場合においては、この限りでない。

特殊建築物の用途に供する部分の床面積	長さ
五百平方メートル以下のもの	四メートル
五百平方メートルをこえ、千平方メートル以下のもの	六メートル
千平方メートルをこえ、二千平方メートル以下のもの	八メートル
二千平方メートルをこえるもの	十メートル

以上のような建築規制条例は、各自治体とも制定している。

敷地が接しなければならない道路の定義について建築基準法第42条は、「①この章の規定において「道路」とは、次の各号の一に該当する幅員4メートル以上のものをいう。

一、道路法による道路

二、都市計画法、土地区画整理法、旧住宅地造成事業に関する法律、都市再開発法、新都市基盤整備法、又は大都市地域における住宅地等の供給の促進に関する特別措置法、による道路

三、この章の規定が適用されるに至った際現に存する道

四、道路法、都市計画法、土地区画整理法、都市再開発法、新都市基盤整備法又は大都市地域における住宅地等の供給の促進に関する特別措置法による新

設又は変更の事業計画のある道路で、2年以内にその事業が執行される予定のものとして特定行政庁が指定したもの

五、土地の建築物の敷地として利用するため、道路法、都市計画法、土地区画整理法、都市再開発法、新都市基盤整備法、又は大都市地域における住宅地等の供給の促進に関する特別措置法によらないで築造する政令で定める基準に適合する道で、これを築造しようとする者が特定行政庁からその位置の指定を受けたもの

② この章の規定が適用されるに至った際に現に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満の道で、特定行政庁の指定したものは、前項の規定にかかわらず、同項の道路とみなし、その中心線から水平距離2メートルの線をその道路の境界線とみなす。ただし当該道がその中心線からの水平距離2メートル未満でがけ地、川、線路敷地その他これらに類するものに沿う場合においては、当該がけ地等の道の側の境界線及びその境界線から道の側に水平距離4メートルの線をその道路の境界線とみなす

③ 特定行政庁は、土地の状況に因りやむを得ない場合においては、前項の規定にかかわらず、同項に規定する中心線からの水平距離については2メートル未満1.35メートル以上の範囲内において、同項に規定するがけ地等の境界線からの水平距離については4メートル未満2.7メートル以上の範囲内において別にその水平距離を指定することができる

④ 特定行政庁は、第二項の規定により幅員1.8メートル未満の道を指定する場合又は前項の規定により別に水平距離を指定する場合においては、あらかじめ、建築審査会の同意を得なければならない」と規定している。特に2項の規定は消火、避難、通行等のためには最少限4メートル必要とするもので、これは、公共の福祉の要請によるものである。その他、敷地と道路の関係による建築制限は、容積率による制限(建築基準法第52条)、建ぺい率制限(同53条)、斜線制限(同56条)、などの制限規定がある。したがって袋地に建物を建築する場合以上の各規定の要件を満たさなければならず、これらの要件の中でも特に前掲法第43条の接道義務と通行権の範囲について論争のあることはすでに2で概観した通りである。

(2) 民法第 210 条は「他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セサルトキハ其ノ土地ノ所有者は公路ニ至ル為メ圍繞地ヲ通行スルコトヲ得」と規定し、第 211 条では「圍繞地ノ為メニ損害最モ少ナキモノヲ選フコトヲ要ス」と規定する。これに対し建築基準法は、建物と敷地の関係について「建築物の敷地は道路に 2 メートル以上接しなければならない……」とする。この両規定の相関関係をいかに理論構成すべきか、学説判例とも見解が分れるところである。建築基準法制定以前においても袋地の利用上、その通路の拡幅の是非について争われた事件がいくつかあるが、その代表的判例は次のように言う。

①「原審ハ其判文上明ナル如ク本件係争袋地ノ所有者タル上告人等ハ被上告人ノ所有スル圍繞地以外ニ通行シ得ヘキ畦畔アリテ之ニ因リテ各自所有ノ必要ヲ充タン得ヘキ理由ニ依リ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタリト雖其袋地ノ利用ニ付キ當事者間何等争ノ存セサル場合ハ格別ナルモ然ラサル場合ニ於テハ原審ハ畦畔ノ通ニ因リ果シテ袋地利用ノ必要ヲ充タン得ヘキヤ否ヤヲ審理シ其理由ヲ説示セサルヘカラス而シテ原審記録ヲ査閲スルニ其大正二年四月十五日ノ口頭辯論調書中ニ控訴代理人ハ本件訴求セル場所以外ノ處ニ本件訴求ノ場所ヨリモ必要ニシテ且損害ナキ場所ハ存在セスト述ヘタル旨ノ記載アルノミナラス他ニ上告人カ袋地ノ利用ニ付キ争ハサルコトヲ推知スルニ足ルヘキ何等ノ記事ナキヲ以テ上告人等ハ畦畔ヲ通行スルニ因リテ袋地使用ノ必要ヲ充タン得ヘキコトヲ争ハサルモノト認ムルヲ得ス然ルニ原判決ハ「控訴人ノ各所有地ハ孰モ互ニ相接統スル幅員一尺乃至一尺五寸位ノ畦畔ニヨリテ圍繞セラレ云々諸所土壤軟弱ニシテ歩行スルトキハ動揺ヲ免カレサルモ概ネ通行ニハ差支ヲ生セス云々尤前記ノ徑路ニ由ルトキハ控訴人ハ公路ニ通スル迄迂回ヲ為シ且土壤軟弱ニシテ幅員狭キ畦畔ヲ通行セサル可カラサルヲ以テ其不便タルヤ勿論ニシテ被控訴人ノ所有地を通行スルハ控訴人ノ為便利タルコトを謂フ俟タスト雖畦畔ヲ通行スルコトニ由リテ控訴人ノ所有地ノ利用ヲ充スコトヲ得ル限リハ單ニ利便ノ點ヨリ被控訴人ノ所有地ヲ横斷シテ控訴人ノ主張ノ場所ヲ通行スル權利ノ確認ヲ求ムル本訴ノ請求ハ許容スヘカラサルモノトス」ト説明シ單ニ人ノ歩行ニ支障ナキ通路アリテ袋地利用ノ必要ヲ充タン得ヘキカ如ク漫然判示シタルモ本件係争ノ袋地ハ田地ナルカ故ニ單ニ人ノ歩行シ得ヘキ通路アルコトヲ判示スルニ止マ



ラス地方ノ慣例ニ從ヒ果シテ肥料其他收穫物等ノ運搬ニ支障ナキヤ否ヤノ點ヲ  
 審案スルニ非サレハ未タ以テ袋地利用ノ必要ヲ充タスコトヲ得ヘキヤ否ヤヲ知  
 ル可カラス又袋地ニ通行スル通路ノ迂回ナルヤ否ヤハ通常利便ノ問題ニシテ必  
 要ノ問題ニ非サルモ其迂回ノ甚タシキモノニ至テハ利便ノ問題ヲ踰越シテ必要  
 ノ問題ニ入ル場合ナキニ非サレハ迂回ノ甚タシキモノナルヤ否ヤノ點モ亦審案  
 セサル可カラス然ルニ原判決ハ此等ノ點ヲ審案シタリト見ルコトヲ得サルヲ以  
 テ畢竟理由不備ノ裁判タルヲ免カレス<sup>(1)</sup>」と言ひ、また同趣旨の判例も、②「石材  
 を産出する袋地から公路に通ずる径路が囲繞地以外に存する場合においても、  
 産出した石材を搬出することができない地勢にあるときには、袋地所有者は、  
 囲繞地を通行する権利を有する<sup>(2)</sup>」と判示している(他にも同旨の判例がある)<sup>(3)</sup>。

民法に規定する囲繞地通行権は袋地の経済的効用と、公益的目的により認め  
 られたものであるから、袋地の利用上必要とする最少限度の道路幅は承認され  
 るべきであり、当該判例の論旨はまさにこの事を明示したものである。

民法と建築基準法の接点について理論構成する場合も「袋地の利用に適した  
 通行権の内容であること」がその原点になることは言うまでもない。しかし建  
 築基準法制定以降、通行権の内容に建築基準法第43条の適用を認める見解と、  
 否定する見解が相対立しており、判例はやや否定的であり、学説は肯定的傾向  
 にある。

否定的見解として、「建築基準法と民法の相隣関係はまったく別のもの」とす  
 る最高裁判例がある。

③「上告理由第一点について。

所論は要するに、原判決は民法210条の囲繞地通行権に関する規定を曲解し  
 て、上告人の本訴請求を不当に排斥した違法があるというのである。原審の確  
 定した事実関係によれば、上告人所有の土地は、原判示路地状部分(幅2メー  
 トル28センチ、長さ20メートル45センチ)で公路に通じており、既存建物所有に  
 より右土地の利用をするのになんらの支障はない。ただ上告人は、その主張の如  
 き建物を増築する計画をもっており、その増築を実現しようとするには、右  
 路地状部分は、建築基準法に基き制定された東京都建築安全条例三条所定の所  
 要幅員に欠けるところがあるため、建築基準適合の確認をして貰えないという

のである。このような事実関係の下で上告人は民法 210 条の囲繞地通行権を主張するのであるが、その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というに過ぎない。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 210 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、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上告人の本訴請求は、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から論旨は採用しがたい。

同第二点について。

しかし原判決理由自体には理由の齟齬ありとは認められない。そして上告人主張の通行権がすでに是認できないものである以上、所論隣地宣伝板等に関する原審の事実認定に、たとえ所論のような採証法則の違背があるとしても判決の結果に影響を及ぼさないことが明らかであるから、論旨は採用し得ない。<sup>(4)</sup>と言う。これは、土地が路地状部分で公路に通じており、既存建物所有により右土地の利用をするのになんらの支障がない場合、その路地状部分が東京都建築安全条例所定の幅員に欠けるとの理由で増築につき建築基準適合の確認がしてもらえないというだけでは、本条の囲繞地通行権は成立しないと言うものである。この他、民法上の通行権は通行のためのもので、建築基準法上の防火目的を基準として判断すべきでない<sup>(5)</sup>と明示する判例がある。

④「……原告は建築基準法及び東京都建築安全条例によって本件の通路の幅は 3メートル以上であることが要求されており、又原告所有の建物の利用状況からみて本体土地全体を通路とすることが必要であると主張する。原告主張のような法律及び条例の規定が存することは明らかであるが、囲繞地通行権は元来袋地を利用する者が囲繞地を通行する権利であって、通路の幅も通行に必要な範囲に限られるべきであり、通行とは関係のない防火上の見地から設けられた建築に関する行政取締上の規定によって囲繞地通行権の通路の幅が決定され

るべきではない。又通路の幅は袋地の用法に従った利用のできる範囲のものでなければならないが、これを決定するには従来の袋地及び囲繞地双方の利用状況、利用の目的、社会、経済上の必要性等から客観的に判断されなければならないのであって、袋地利用者の主観的必要に応じて囲繞地の通路の幅員が増減するとすれば忍容義務を負わされた囲繞地所有者の地位が著しく不安定になって、前記のような囲繞地通行権制度の趣旨に反するものというべきである<sup>(5)</sup>と  
言う。

また建築基準法は公益上の行政目的から定められたものであって、囲繞地通行権の範囲の決定に関係するものではないとする判例がある。

⑤「……右事実によれば、被控訴人は、甲地の賃借人として、乙地につき囲繞地通行権を有することが認められる。そして、被控訴人は、乙地に現在存在する幅員0.97メートルの通路では、建築基準法43条1項の趣旨に照らしても、通路としての幅員が狭く不十分であって、2メートルの幅員がなければ宅地として利用できない旨主張する。

しかしながら、囲繞地通行権は、袋地の利用のため囲繞地の利用を制限するものであるから、その範囲は、袋地の利用に必要でかつ囲繞地のため損害の最も少ない限度で認められるに過ぎず、右限度は、結局社会通念に照らし、附近の地域性、相隣地利用者の利害得失、その他諸般の事情を総合して斟酌し決するほかないところ、証拠を総合すると、甲、乙、丙地は、国鉄静岡駅南口から南西約400メートルの建物密集地域に所在し、丙地の位置関係、形状、両地上の建物の配置、本件現状通路の位置関係は、別紙函面記載のとおりであって、控訴人及び被控訴人は、それぞれ乙地、甲地を居宅の敷地として使用しており、控訴人が被控訴人のために幅員2メートルの通路を乙地に開設するためには、間口において1メートル余、奥行14.6メートルにわたって控訴人の居宅の一部を取りこわす必要があり、そうすると同居宅の公路に面した間口部分は4メートル弱となり、控訴人及びその家族の居住上多大の不利益を受けることが認められ、他にこれを左右するに足りる証拠はない。なるほど、建築基準法43条1項によれば、建築物の周囲に広い空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2メートル以上接していなければならない旨規定されて

いるのであるが(本件では甲地上に被控訴人の居宅が現存しているので、同法 43 条 2 項により右規定の制約は、右居宅の増改築、又は新築の場合に受けることになるにすぎない)、右規定は、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しているものであって、<sup>(6)</sup> 囲繞地通行権の決定に直接制約を及ぼすものでないと解すべきである……」と述べている。この判旨は、建築基準法 43 条は増改築の時に制約を受けるのであり、すでに建物が建ち、通行しているのであるから、特に拡幅の必要はないと言うものである。しかしこの判旨からは増改築の時には拡幅が認められるのか否か、釈然としないものがある。

以上が否定的判例の一例であるが、これらの判例に対して、「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、通路幅を判断すべきであるとする肯定的判例がある。

⑥「……以上の認定のとおり、抗告人らの所有する 117 番の 2 及び 116 番の 4 は、遺産分割に伴い、公路に通じない袋地となったことが認められるので、右土地については、民法 210 条により囲繞地通行権があるといえる。

そこで次に右通行権を認めるべき場所及び範囲が問題となるが、前判示のとおり、右袋地の現況は宅地化しているといえるところ、袋地が宅地である場合、民法 210 条所定の囲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ものとする。民法の囲繞地通行権は、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ず、前記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に無視するのは、現に存する事実を目をふさぐ嫌いがあるからである。

ところで、本件土地の位置、形状の関係上、本件土地に適用される建築基準法 43 条及びこれに基づく東京都建築安全条例 3 条によると、『敷地の路地状部分の長さが 10 メートルを超え 20 メートルまでのときは、敷地の路地状部分の幅員は 3 メートル。建築物の延べ面積が 200 平方メートル以上のときは、右幅

員は4メートル』と定められている。

そうすると、本件袋地には延べ面積200平方メートル以上の建築物を建築し宅地として利用するには、幅員4メートル以上の通路により公路に通じていることが必要であるといえるから、抗告人らは、囲繞地通行権の行使として囲繞地の事情等諸般の事情を考量して相当と認められるかぎり、幅員4メートルの通路の開設を求めることができるものというべきである。右通路の開設を認めないと、本件袋地には建築物を建築できないことになり土地利用上重大な支障を生じ、相当でない<sup>(7)</sup>と述べる。

しかしこの判例の理論構成で「建築の制限という行政取締法上の問題であっても、用途に従った利用の判断に関し私法上の意味をもつこともありうる……」とする論理、また「右通路の開設を認めないと本件袋地には建物が建築できなくなる」とする論理と、民法210条とは整合性がなく理論構成上疑問である。

またもう一つの判例は、

⑦「しかしながら、もともと囲繞地通行権は袋地利用のため、囲繞地の利用を制限するものであるから、その範囲は袋地利用に必要でかつ囲繞地のため最も損害の少い限度で認められるに過ぎず、このことは民法211条の明定するところでもある。そして右の限度は結局社会通常の見解に照し、附近の地理状況、相隣地利用者の利害得失、その他諸般の事情を斟酌した上具体的事例に応じて判断すべきものと解される……」<sup>(8)</sup>と主張する。しかし社会通念とか、相隣者の利害得失とかは、見る者の立場では、それぞれ見解が異なるものであり、またこの理論構成からは、私法である民法210条、公法たる建築基準法43条の接点を見い出せないのである。

学説は肯定論が多数を占めるように思う。その論旨は前掲判例⑥、⑦と同じ基盤にたつようである。<sup>(9)</sup>

以上のように事件の具体的事実は異なるにせよ、否定論の理由づけは、「民法の通行権と建築基準法の接道義務は別のものだ」とし、肯定論は「建築基準法43条を通行権の内容として承認しなければ袋地に建物を建築することができないではないか」と言うのである。

肯、否両論とも建築基準法が通行権にもとづく通路の拡幅に影響を与えるか

否かが理論構成の原点になっているようであり、卑見と見解を異にするところである。

(3) 民法の囲繞地通行権に関する規定は、明治 31 年から施行されているものであり、当該規定制定当時は建物や土地について建築基準法のような制限規定はなく、人口の集中も甚だしくない時代であったから、民法の相隣規定で充分であったと思う。しかし人口増加と都市への集中化現象が発生するにおよび、土地問題についてはもはや民法の規定では充分対応できないようになってきたのである。

建築基準法はこのような時代背景の下に、昭和 25 年に制定されたものである。

建築基準法は建築物の敷地、構造、設備、および、用途に関し公益上の観点から最低基準を定めたものであり、行政庁のなす建築確認等の基準になるものである。

したがって、民法の土地、建物に関する相隣関係の規定と、建築基準法は法体系、法目的こそ異なるが、土地、建物に関する具体的事件に当該法を適用する場合は両者の論理的整合性が要求されるのである。

民法が囲繞地通行権を認めた趣旨は、袋地の有効利用という公益的見地からのものであるから、通路が土地利用にとり狭隘である場合拡張請求できることは、通行権の性質として当然であり、前掲判例①、②の見解は正論である。

しかしこの論理をもってただちに建築基準法 43 条を囲繞地通行権に重ねることは理論上構成上問題がある。

けだし、建築基準法 43 条は「建物の敷地」が 2 メートル以上接道することを義務づけているのであり、道路に至るまでの通路幅を要求しているのではない。したがって袋地に建物を建築する場合竿旗敷地としてでも、2 メートル以上道路に接する必要がある。

これに対して民法 210 条で規定する囲繞地通行権は、袋地の経済的効用を目的としたもので、道路まで通過に必要な最少限度の通路を要求しているのであるから、両者の法目的は根本的に異なると思えるべきである。

したがって「建築基準法 43 条に照し囲繞地通行権に基づく幅員拡張要求ができるか」という問題の設定自体、理論的におかしいといわざるを得ない。

しかし、前掲判例③、④、⑤の如く、「建築基準法と民法とはまったく別問題である」として一蹴してしまうことは、袋地の経済的効用という公益的見地からして問題である。

肯定論の論理も積然としないものがある。肯定的見解は「最高裁のいうように単に通行に必要という狭い意味に解するのではなく、袋地を利用するのに必要という意味に解すべきで、そう解することが前記大審院判決以来の袋地の理解にも合致するものだとする。つまり新增築も土地利用の一形態であり、建築基準法所定の幅員の通路がなければこれが不可能となる以上、民法上もその幅員の通路が必要不可欠なものと解することができるからである<sup>(12)</sup>」と説明するが、すでに指摘したように、建築基準法がいつているのは、「公益的安全性のための敷地接道義務」であり、通路の接道を求めているのではない。

(4) 民法が目的とする「袋地の活用という公益性」と、建築基準法が目的とする「環境と安全という公益性」、そして民法が保障する「囲繞地通行権」と、建築基準法が要求する「接道義務」をいかに結びつけるかは、理論構成上重要な問題である。

私は、袋地に建物を所有するためには、接道敷地に対する法定借地権(地上権)を成立させるべきで、それは民法 210 条から類推的に導き出されるものであると理論構成する。

建築基準法の規定からして、建物の敷地が 2メートル以上道路に接続していなければならないから、本来袋地に建物を建築する場合は、囲繞地所有者から借地するか、買収しなければならない筈である。しかしそれでは囲繞地権者の恣意により袋地の運命が左右されることになり、法目的にも反することになるから、民法 210 条の通行権と接道義務を体系的に把握するべきである。

法定借地権(地上権)の成立を認めると、一筆の土地が分割、一部譲渡された場合、前掲 2 で概観した諸問題(償金、承継人等)も簡単な理論構成で解決されることになる。

また既存通路拡幅の問題も法定借地権の内容の改定ということになるから、  
囲繞地権者は「正当事由」をもって改定要求に対する抗弁が可能であり、袋地  
所有者は、買取請求を主張できることになる。

任意による分割、一部又は全部譲渡により袋地になった場合は、分割者は「正  
当事由」をもって対抗し得ないと解すべきであり、袋地権者は承継人に対して  
も法定借地権(地上権)主張し得ると解すべきである。

〔注〕

- (1) 大判大 3.8.10, 新聞 967, 31.
- (2) 大判昭 13.6.7, 民集 17, 15, 1331.
- (3) 朝鮮高院昭 4.6.11, 評論 18, 民 1125.
- (4) 最判昭 37.3.15, 民集 16, 3, 556.
- (5) 東京地判昭 37.10.3, 判時 316, 19.
- (6) 東京高判昭 52.6.13, 時報 863, 59.
- (7) 東京高判昭 52.3.7, 時報 855, 70.
- (8) 東京地判昭 38.9.9, 判タ 156, 91.
- (9) 安藤一郎・前掲書に学説の要点を紹介している。
- (10) 沢井裕・民商 47, 5, 70.
- (11) 荒秀・土地住宅問題 29, 1977-1, 54.
- (12) 遠藤浩他・建築基準法 50 講, 19.

以上