

承役地取得者に対する 表現通行地役権者の地位

最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁を契機に

向 峠 仁 志

(民事法専攻・司法専修コース)

はじめに

- 一 平成10年2月13日最高裁判決と問題の所在
 - 二 黙示的通行地役権の設定契約の成立要件
 - 三 承役地所有者と要役地所有者との間の通行地役関係（権利・義務関係）
 - 四 承役地取得者に対する地役権者の法的地位
- まとめに代えて

はじめに

地役権とは自己の土地（要役地）の「便益」のために他人の土地（承役地）を利用する物権である（280条）。ここにいう「便益」とは要役地の利用価値を増大させるものでなければならないが、引水、排水、各種の導管設置など、種類・内容は問わない。そして、歴史的にも今日の社会状況からみても最も重要なものが、通行利益をその内容とする通行地役権である¹⁾。

土地上に他人のために通路が開設され、又は特定人が回帰的に土地上を通行している場合、通行が土地所有者の好意に依存するものか（権利性を有しない好意通行）、それとも権利の裏付けがあるのかは個別具体的に判断するほかない。後者だとした場合、その権利が賃借権・使用借権・地役権・囲繞地通行権のいずれを根拠とするのかが問題となる。そして、土地が袋地又は準袋地である場合、囲繞地通行権が少なくとも認められ、そう

でない場合には通行目的だけに賃借権・使用借権を設定することは稀であろうから、原則として地役権の黙示的設定があったものとされるであろう。

この通行地役権は物権であるので、不動産登記法上も登記の対象とされており(同法1条4号)、登記がなされれば「第三者」(民法177条)に対抗することが可能となる。しかし、現実問題として、通行の合意がなされていても明示的に地役権の設定契約がなされることは少なく、登記にまで至ることは稀である。また、これまでの裁判例においても通行地役権の登記請求はきわめて少なく、その確認または妨害排除請求にとどまっていた。これは、地役権の登記請求を行うと「かえって通行権の確認や妨害排除が認められにくいという思惑が原告にはたらくかもしれない²⁾」ことにもよると考えられる。このような実態を背景に通行地役権のほとんどが未登記であり、通行地役権は「第三者」、とりわけ承役地取得者に対する対抗力はない。このような結果は、通行地役権の意義をきわめて乏しいものとしている。

通行地役権と「第三者」との関係についての裁判例は従来下級審レベルではかなりみられたところである³⁾。最高裁の見解ははっきりしなかったのであるが、最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁が最高裁としてはじめてこの問題に立ち入った。通行地役権に内在するその特殊性を考慮したこの判決は、今後の裁判実務と学説に与える影響の大きさとどまらず、先に示した法理論上の課題を示したものとしても、検討に値するものである⁴⁾。

一 平成10年2月13日最高裁判決と問題の所在

1. 事実関係⁵⁾

(一) 原審が適法に確定したとされる事実関係は次の内容である。

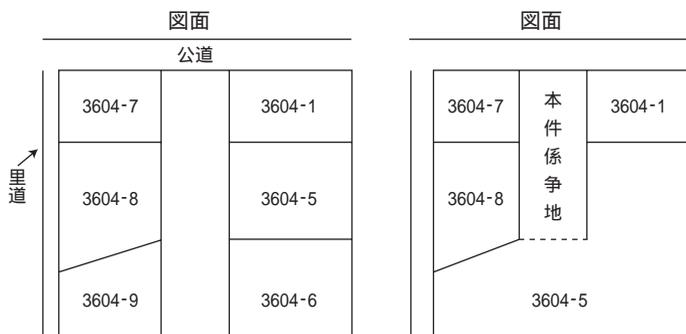
- (1) 分筆前の沖縄県島尻郡与那原町字与那原湧当原3604番1の土地〔約1500平方メートル。那覇市への通勤圏内の最近住宅化された地域にあ

る。)を所有していたAは、昭和46年ころ、これを6区画の宅地及び東西3区画ずつの中央を南北に貫く幅員約4メートルの通路（北から南に向けて揺るやかな上り勾配）として造成した〔図面 参照。地番は昭和49年に分筆された際のもの〕。

- (2) 右通路は、その北端で、右分筆前の土地の北側に接して東西方向に通る公道に通じている。
- (3) 右分筆前の土地の西側に接して南北方向に通る里道があるが、その有効幅員は1メートルにも満たない。
- (4) Aは、昭和49年9月、6区画のうち西側中央の3604番8の土地〔232.00平方メートル〕をXに売り渡し、その際、Aと被上告人は、黙示的に、右通路部分の北側半分に相当する本件係争地に要役地を3604番8の土地とする無償かつ無期限の通行地役権を設定することを合意した（その前、昭和47年2月ころ、Aは、Xの母Cに対し、後に3604番7となった区画を売り渡した。Cは同土地上に自宅を建築した。AX間の3608番8の売買については、CがXを代理した。）
- (5) Xは、以後、本件係争地を3604番8の土地のための通路として継続的に使用している。
- (6) Aは、昭和50年1月ころ、右6区画のうち東側中央、南東側及び南西側の3区画並びに右通路部分をBに売り渡し、これらの土地は、その後分合筆を経て昭和59年10月に3604番5の土地〔図面 参照〕となった。
- (7) AとBは、右売買の際に、黙示的に、BがAから右通行地役権の設定者の地位を承継することを合意した。
- (8) Bは、右売買後直ちに、本件係争地を除いた部分に自宅を建築し、本件係争地については、アスファルト舗装をし、その東端と西端に排水溝を設けるなどして、自宅から右公道に出入りするための通路とした。
- (9) Xは、昭和58年、3604番8の土地に、東側に駐車スペースを設け、

玄関が北東寄りにある自宅を建築し、本件係争地を自動車又は徒歩で通行して右公道に出入りしていたが、Bがこれに異議を述べたことはなかった。

- (10) Bは、平成3年7月、3604番5の土地をYに売り渡したが、YがBから右通行地役権の設定者の地位を承継するとの合意はされていない（Yは右土地を購入して間もなく、Xに対し、同土地全部を敷地として利用できるという条件でBから購入したから、Xには本件係争地を通行する権利はないと主張するようになった）。
- (11) しかし、Yは、3604番5の土地を買い受けるに際し、現にXが本件係争地を通路として利用していることを認識していたが、被上告人に対して本件係争地の通行権の有無について確認することはしなかった。



(二) 以上のような事実関係のもとで、Xは、主位的請求として、本件係争地につきXが無償・無期限の通行地役権を有することの確認、地役権設定登記手続、本件係争地にYが設置した門柱及び鉄製工作物の除去、Xの通行使用に対する妨害の禁止を求め、予備的請求として本件係争地につき、Xが囲繞地通行権を有することの確認を求めた。

(三) 一審判決は、AはXのために通行地役権を設定したものと推認されるが、これをYに承継する旨の合意がされたとはいえず、YがXの通行地役権を認めないことに背信性があるとはいえないとした。もっとも、予

備的請求の圍繞地通行権を有すること、および主位的請求の通行妨害の禁止は認められた。

これに対し、Yが控訴、Xが附帯控訴をした（ただし、門柱及び鉄製工作物の除去請求は、附帯控訴の対象外である）。

（四）原審判決は、本件係争地が同番8のための通路として必要不可欠であることは、その形状や利用状況から一見して明白であること、および、Yは、現にXが本件係争地を通路として利用していることや、これを利用できなくなればXに予想外の損害が生じることを認識していた点から、Yは、3604番5の土地を購入した際に、同番8の土地のために本件係争地を通行する何らかの権利が設定されていることを当然に知っていたか、あるいは容易に知り得たとした。さらには、その必要が乏しいにもかかわらず同番8から本件係争地に入出入りする箇所を閉鎖することをYが考えたこと、Xが建築確認申請に当たり同番7に道路を設けることを予定していたこと、BがXの通行権を否定したことに籍口したこと、Xに対し通行権の有無について確認しなかったこと、Yが3604番5の土地の購入後間もなくXには本件係争地を通行する権利がないと主張するに至ったこと、以上を総合すると、Yは、背信的悪意者であり、本件通行地役権についてその登記の欠缺を主張する正当な利益有する「第三者」であると解することができないとした。

以上の判断から、原審は、Xの附帯控訴にもとづいて第一審判決を変更し、無償・無期限の通行地役権を確認し、通行妨害の禁止を認容した。

Yは、これに対し、原審は民法177条の「第三者」について解釈適用を誤り、また、原審は、通行地役権設定の事実について、Yの悪意さえ認定していないにもかかわらず、背信的悪意者排除論を適用するものであるとして上告した。

2. 最高裁判決

「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

において、譲渡の時に、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つ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。その理由は、次のとおりである。

(一) 登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法177条にいう『第三者』(登記をしなければ物権の得喪又は変更を対抗することのできない第三者)に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法4条又は5条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、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ない。

(二) 通行地役権の承役地が譲渡された時に、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、要役地の所有者が承役地について通行地役権その他の何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、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである。ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものという

ことはできない。

（三）したがって、右の譲受人は、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ついて正当な利益を有する第三者に当たらないものというべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。」

3. 問題の所在

最高裁は、通行地役権の負担のある承役地が譲渡された時点において、「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」には、承役地取得者が「通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである」という。

要するに、承役地所有権の譲渡時に認識可能な客観的で明確な継続的通行使用の事実が在る場合には、承役地譲受人が地役権設定登記の欠缺を主張することは原則として信義に反し許されない、としたものである。判決は、「背信的悪意者」によるのではなく、「(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」の判断枠組によるものであるとしている。最高裁は、他方で、「何らかの通行権の負担のあるものとしてこれ(=承役地)を譲り受けたものというべき」とも述べている。ここでは、通行地役権の負担の付いた承役地所有権の取得が語られているのであるが、承役地取得者と地役権者の法律関係はこのようなものにとどまるものであろうか。

以下、通行地役権 焦点は黙示的に設定された継続的表現通行地役権 - について、 成立要件、 承役地所有者と要役地所有者との間の法律関係 (権利・義務関係)、 承役地取得者に対する地役権者の法的地位、の順に検討し、未登記地役権保護の理論構成を明らかにすることにしたい。

二 黙示的通行地役権の設定契約の成立要件

通行地役権は通常当事者の合意で成立する。しかし、元々通行地役権は近隣者間の好意的関係が権利関係にまで高められたものである場合が多く、明示の合意(ことに契約書の作成)によって成立する場合は稀である⁶⁾。裁判例でも大半は黙示的合意による通行地役権が問題になっている。そして、通行が許容された事実があったとしても、通行承諾の中身が曖昧な場合が多い。

本件でも、黙示的な通行地役権の成否に関する原審認定が前提とされており、その上で承役地譲受人に対する通行地役権の効力論が展開されている⁷⁾。したがって、裁判例における黙示的通行地役権の成立要件を、明示的通行地役権との差異を確認しながら、検討する。

1. 裁判例における黙示的通行地役権の成立要件

(一) 明示的通行地役権の成立要件

明示的通行地役権と黙示的通行地役権の一番の違いは、当然のことではあるが、地役権設定行為・合意の在り方である。しかし、過去の裁判例を見ると、明示的通行地役権であっての単なる明示的合意のみを根拠に通行地役権設定契約の成立が認定されているとはいえないのであって、「他に適当な証拠がない限り⁸⁾」明示的通行地役権の成立を認めることはできないとされている。いかなる要素が加味されれば明示的通行地役権の成立が認められるかにつき、過去の裁判例をまとめると以下ようになる。

通路敷所有者の通行許諾意思の強弱

まず、裁判例は明示という特性から通行許諾意思の強弱の程度を測定しており、この意思が極めて強い場合にはそれだけで契約が成立したと認める傾向にあるといえる。そして、この強弱を判断する基準としては（ア）契約書ないしはこれに準ずる書面・条項の存否⁹⁾、（イ）合意に基づく通路の存否とその明確さ¹⁰⁾等が使われている。

対価の存否

通行地役権については対価の有無が明文で規定されておらず、判例は「地役権者トシテ八土地使用ノ対価トシテ承益地ノ所有者二対シ定期ノ地代其ノ他報酬ノ支払ヲ為スコトヲ要スルモノニ非ズ¹¹⁾」としているが、有償でも差し支えはなく、裁判例では対価の定めがあることが認定につながっている¹²⁾。

通行の必要性

裁判例では、通行の必要性もその一事情とされているが¹³⁾、通行者側の一方的事情で承役地所有者に過大な負担を負わせることには疑問も投げかけられている¹⁴⁾。

（二）黙示の設定による通行地役権の成立要件について

黙示の通行地役権の成立要件について、高裁レベルのリーディング・ケースである東京高判昭和49年1月23日東高時報25巻1号7頁は次のように判示していた。

「黙示の契約を認めるためには前示のように通行の事実があり通行地の所有者がこれを黙認しているだけでは足りず、さらに、右所有者が通行地役権または通行権を設定し法律上の義務を負担することが客観的にみても合理性があると考えられるような特別な事情があることが必要であると解する（例えば、一筆の土地を分譲する際、通路を利用する譲受人に対しその通路敷所有権を分割帰属させるとか、通路敷所有権をもとの分譲者に留保した場合の如し）。けだし、他人が法律上の権限なく通路として土地を通行しているに拘らず土地所有者がこれに対し異議を述べないで黙認しているだけの場合は、単に好意的黙

認にすぎないか、または、通行地役権時効取得の要件である事実状態の一つをみただけだと考えないと、これら二つの場合と通行権設定の暗黙の合意とを区別できなくなるし、所有者が異議をいわないだけのことと通行権を設定するという不利益を負担させることは妥当でないからである。」

判決は、通行事実、承役地所有者による通行事実の黙認、通行地役権設定・負担せしめる合理的客観的特別事情を黙示的通行地役権の成立要件としているのである。判決は、「合理的客観的な特別事情」として、「一筆の土地を分譲する際、通路を利用する譲受人に対しその通路敷所有権を分割帰属させるとか、通路敷所有権をもとの分譲者に留保した場合」を挙げている。一般に、前者は交錯的通行地役権、後者は特定人留保型地役権とよばれているが、裁判例で認定されるのはこの二つの場合に絞られている¹⁵⁾。

このように、明示的であれ黙示的であれ、通行地役権の成立要件としては何らかの合理的客観的特別事情を要求されていることは共通である。明示的通行地役権成立において考慮されたその他の事情は明示的であるがゆえに考慮される事情であり、また、地役権という権利の性質上、賃借権や使用借権と異なり、土地の使用権能が利用者(要役地所有者)に完全に委ねられる権利ではない点からすれば、明示的であれ黙示的であれ、このような合理的客観的特別事情を要求するのは妥当といえる。

2. 本判決との関係

(一) 本件の原審判決も、「(Aが分筆をした昭和49年ころにおいても)、同番4は外観上も各区画土地への通路であることが明白であり、……AもXの代理人も、……同番8の売買契約をする際には、少なくとも本件係争地が同番8から本件公道に出入りするための通路であることを暗黙のうちに了解していたのであり、以上によれば、Aは右売買契約の際Xとの間で、合わせて黙示的に、Xのために少なくとも本件係争地に、要役地を同番8とする無償、無期限の通行地役権(本件通行地役権)を設定するとの合意

をしたと認められる¹⁶⁾」として客観的合理的特別事情として特定人留保型通行地役権であることを認定しており、最高裁もこの判断を前提とした。

(二) このように、本判決では結論として（黙示的）通行地役権の成立が認められたが、一審判決で示されているように、袋地・準袋地については、囲繞地通行権も問題となってくる。両者はいずれも、隣接する土地の利用を調節する点で共通し、囲繞地通行権の成立が認められるのであれば、わざわざ通行地役権の成立を認める必要がないのではないかが問題となる。

囲繞地通行権を優先する見解は、通路敷所有権の譲渡があった場合の対抗の問題を指摘してきた。法定の囲繞地通行権と異なり、通行地役権は往々にして未登記であるために対抗できない場合が生じるが、囲繞地通行権だとこの問題を回避できるというわけである¹⁷⁾。

しかし、このような危惧は本判決の出現により、回避できるようになったといえる。また、囲繞地通行権は一定の事実に対する法定効果として袋地の利益のために囲繞地に最低限の負担を課すものであるのに対し、そうした相隣関係上の調整を超えて、用益地の有効利用のために土地の権利を拡大する場面でこそ合意による地役権設定が威力を発揮するといえる¹⁸⁾。さらに、囲繞地通行権は事情に応じて変化する不安定な権利であるのに対し、地役権は事情によって変化しない安定した権利である。したがって、たとえ囲繞地通行権が認められる場合でも、地役権設定要件が満たされる限り、地役権が優先されるべきであろう。

三 承役地所有者と要役地所有者との間の 通行地役関係（権利・義務関係）

1. 地役権設定契約

明示的であれ黙示的であれ通行地役権が設定された場合、地役権設定契約者間の関係はどのようなものとなるのか。地役権は制限物権といわれ、物の全面的支配権である所有権と異なり、一面的支配権として所有権から

発生して所有権を分有するものといわれている。相隣関係としての圍繞地通行権とも異なり、あるいはまたほぼ同一の内容を実現しうる賃借権や使用借権と区別して、地役権が制限物権の一つとして構成されることにどのような意味があるのであろうか。

地役権の設定は、時効取得の場合は別として、地役権設定行為・契約によってなされるから、物権変動一般と同じく、当事者の意思表示の合致のみによって地役権は成立し(176条参照)、登記は成立要件ではなく對抗要件にすぎない(177条参照)。

したがって、地役権の内容は地役権設定行為によって定まる。たしかに民法は物権法定主義を採用しているが、「他人ノ土地ヲ自己ノ便益ニ供スル権利」としての地役権の内容が「設定行為ヲ以テ定メタル目的ニ従(う)」ことを認めているのである。地役権の内容を承役地利用者(多くの場合所有者)の義務の側面からみると、地役権者の積極的行為(たとえば、通行)を忍容する義務と、承役地につき一定の利用をしない不作為義務(たとえば、通行を妨げる建造物を設置しないこと)がその中核である。しかし、地役権の内容がこれにとどまるものでないことは、地役権行使のための工作物設置・修繕義務が「設定行為又ハ特別契約」から発生することが認められていることから明らかなことである(民法286条参照)。工作物設置・修繕義務の性質を単なる債権とするか地役権の内容とするかについて議論はあるにせよ、契約に基づいてこのような権利・義務が生ずることに異論はない。要するに、開設・管理費用、有償・無償、有償の場合の額、用法、存続期間等々といった地役権の内容は、民法280条・286条にいう設定行為または特別契約、つまり当事者間の契約によって定まるのである(280条但書の制約を受けることはいうまでもない)。そして、当事者の合意していない事項または合意内容が明らかでない事項については、地役権の目的や期待される機能に応じて補充することが望ましいといえる¹⁹⁾。いわゆる契約の補充的解釈の問題である。

さらに、地役権の成立後も、土地の利用方法や地代の不払い等をめぐっ

て、承役地所有者と要役地所有者との間に様々な法律問題が発生しうることが明らかである。そして、このような法律問題が発生した場合に、不法行為のような裸の他人同士の関係あるいは相隣関係による解決にとどまることはできないのであって、契約に基づく解決が図られるべきである。

2. 地役権設定行為の性質との関係

たしかに、民法上地役権は制限物権であり、地役権設定行為は物権行為（物権契約）であるといわれている。しかし、これは制限物権としての地役権の設定、この意味での処分行為性に着目したにすぎないのであって、これを地役権の設定・発生の局面にとどめ、それ以降の関係を「地役権対承役地所有権」の關係に解消するのでは、「設定行為又八特別契約」を承認する民法の豊かな構想の展開を封じ込めるものである。まして、継続的な土地利用関係としての継続的表現通行地役関係の法的把握としては一面的である。

地役権設定者と地役権者との法的関係は、設定行為・契約によって設定された地役権と承役地所有権とを、当事者の合意＝契約を源泉とする権利・義務関係（法律関係）が被覆している関係として把握されなければならない。この関係に即した紛争解決が図られるべきものである。

四 承役地取得者に対する地役権者の法的地位

1. 不動産登記法に基づく地役権登記の限界

対抗要件について、民法177条は、「不動産ニ関スル物権ノ喪及ヒ変更ノ変更ハ登記法ノ定ムル所ニ従ヒ其登記ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定しており、不動産登記法は、地役権を登記の対象としている（同法1条4号）。したがって、地役権は、登記がなされれば、第三者に対する対抗力を具備することになる。

しかし、当事者が明示的に通行地役権を設定する場合でも、登記が比較

的容易であるにもかかわらず、登記はほとんどされない。ましてや、黙示的な通行地役権が認定されるような場合には、通行権についての合意は明確には存在せず、前述二の事情から一定の法的保護を受けるとしても、地役権の登記がなされることは極めて少ない²⁰⁾。そして、通行地役権に関する紛争は、そのほとんどが承役地取得者と地役権者との争いであるから、通行地役権は未登記であるがゆえに新所有者に対抗できないことになってしまう。

すでにみたように、東京高判昭和49年1月23日東高時報25巻1号7頁は、通行事実、承役地所有者による通行事実の黙認、および通行地役権設定・負担せしめる合理的客観的特別事情を黙示的通行地役権の成立要件としていた。つまるところ、成立要件では「合理的客観的な特別事情」テストが最終的な決め手である。「合理的客観的な特別事情」としては、「一筆の土地を分筆する際、通路を利用する譲受人に対しその通路敷所有権を分割帰属させるとか、通路敷所有権をもとの分譲者に留保した場合」を挙げている。だが、これは成立要件の問題であった。

2. 平成10年2月13日の最高裁判決

ところで、承役地所有者からの地役権設定登記欠歎の主張につき、これまでの裁判例をまとめると以下のような傾向がある²¹⁾。第一は、信義則違反・権利濫用構成である。まず初期の裁判例の傾向は、背信的悪意者排除論が確立するまでは²²⁾、悪質な第三者に対しては信義則違反ないし権利濫用論で対応していた²³⁾。これに対し、このような事情がない場合は、単に未登記ゆえに対抗力を否定した事例もみられた²⁴⁾。第二は、背信的悪意者排除論である。民法177条の第三者論で背信的悪意者排除論が確立すると、この論理を前提とした事例がかなりみられた²⁵⁾。これらの判決においては、通行地役権の特殊性を考慮せず、単に知っただけでは背信的悪意とはいえないとする裁判例もみられた²⁶⁾。しかし、第三に、さらにその後、通路の存在や通行使用の認識等、様々な事情を考慮して「正当な利益

を有する第三者」に該当するか否かで判断する傾向にあった²⁷⁾。そして、承役地取得者が地役権・通行権の存在を知らないか、ないしは通行事実を知っていても通行権がないものとして購入しているといえる場合には、地役権の対抗を否定したのも見受けられた²⁸⁾。

そして、平成10年2月13日の最高裁判決は、承役地所有権譲渡時点において、「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」には、承役地所得者が地役権の登記欠陥を主張することは、原則として許されないとしている。最高裁によれば、その理由は、このような場合には、何らかの通行権の負担の存在・内容について承役地取得者に認識可能性があったのであるから、仮に通行地役権設定を知らないとしても、「何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべき」だからである。承役地取得者が地役権設定登記の欠陥を主張することが許されなくなる要件は、承役地所有権譲渡時において、承役地が継続的通行使用に供されている事実の物理的客観的明確性である。たしかに、判決は、承役地取得者にこの事実について認識可能性のあることを要件としているかのようにあるが、要件が満たされていれば要件は自動的に満たされるのであるから、要件は独立した一つの要件となるものではない。したがって、継続的表現通行地役権の対抗要件は承役地が継続的通行使用に供されている事実が物理的客観的に明確である²⁹⁾ならば、承役地取得者からの明渡請求等を拒むことができることになる。

たしかに、継続的表現通行地役権の対抗要件について裁判例、とくに平成10年2月13日最高裁判決は「物理的客観的に明確な通行使用の事実」に着目し、この事実（要件）をもって、承役地取得者の地役権設定登記欠陥の主張を排斥することによって、結果的に地役権の保護をはかっている（また、法的構成を棚上げする形で、平成10年12月18日最高裁判決は登記請求を認めるに至っている）。ところで、このような場合、承役地所有者

と地役権者との関係は、承諾役地所有者は地役権設定登記欠缺を主張することが許されないだけの関係がなのであるうか。最高裁がいう「地役権の負担の付いた承役地所有権」を取得することになるのはどのような根拠からであろうか。

3. 「第三者」に対する地役権の「対抗力」と「効力」

対抗問題についてどのような説をとろうと、また「第三者」の範囲について如何なる基準をたてようと、正当な権原に基づき制限物権である地役権を取得した者、すなわち地役権者が「第三者」であることに異論はあるまい。承役地取得者が所有権取得の効果を地役権者に主張した場合、第三者たる地役権者（たとえ地役権の登記がなされていなくとも）は承役地所有権取得登記の欠缺を主張して、請求を排斥できる（承役地所有権の移転登記が経由された場合には、登記欠缺の主張は問題ともならないのは当然のことである）。

他方で、地役権設定登記がなされている場合、地役権者が地役権取得をもって爾後承役地につき物権を取得した者に対して「対抗」できる。そしてこのレベルでは、賃借権の登記につき、民法が「爾後其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其効力ヲ生ス」（605条）と規定していること、そしてその意味が、賃貸目的物所有権の移転に伴って賃貸借関係が法律上当然に新所有者に移転し、旧所有者は賃貸借関係から離脱するとされていることに注意する必要がある。賃貸人たる地位の「譲渡」とは別の、賃貸人たる地位の法律上当然の移転なのである³⁰⁾。これに対して、登記された地役権・地上権・永小作権等の用益物権の場合には「登記の対抗力」の問題とされ、新たな所有者が行う所有権所得の効果主張を排斥する効力が前面に現れた説明がなされることが多い。また、地役権負担付き所有権取得とされる。たとえば、新地主からの小作料請求は、小作契約を前提とする行為であり、新地主と永小作人との間の小作関係に基づく請求の問題なのである。新地主の小作料請求に小作契約の黙示の承認を構成するのは迂

遠といわなければならない。登記を経由した用益物権にあっては、用益地所有権の移転に伴い、用益物権設定者と用益権者との法律関係が新所有者に当然移転し、新地主と用益権者との関係は当然承継された用益関係（権利・義務関係、法律関係）とみられるのである。登記された用益権者と「第三者」との関係には、このようにして法律上当然に承継された用益関係（権利・義務関係）が含まれる。民法286条が登記を要件として工作物設置・修繕義務が特定承継人に及ぶとしているのも、この法理の一つの顕れである。

こうみえてくると、未登記の継続的表現地役権についての「物理的客観的に明確な通行使用の事実」要件は、地役権の登記に等しい効力を有しているともみることができるようと思われるのである。旧来からの承役地所有者と要役地所有者の間には「契約に基づく権利・義務」関係が存在し、承役地所有権が第三者に譲渡された場合、対抗要件が具備されている限り、既に発生している「契約に基づく権利・義務関係（法律関係）」が所有権と共に原則として当然に移転すると解されるのではないだろうか。すなわち、当事者の一方、つまりは他方の有する権利に対する義務者は変更されたことになるが、地役権関係において両当事者の負う各種の義務は、目的不動産に結びついて課せられ、この不動産を所有し、ないしは利用していさえすれば、履行でき、かつ、その限りにおいてのみ履行できるものであると解するのである³¹⁾。

ちなみに、岡本詔治教授は、ローマ法の流れをくむイタリア法においては、わが国と同様に原則として物権について対抗要件主義をとっているが³²⁾、「地役権に限って種々の例外を認めていること、その最たるものが『家父の用法』の場合で³³⁾」あるとし「表現地役権の対抗要件としては登記は不要とするのが判例・学説の立場³⁴⁾」であるとしている。また、「オーストリアでも、地役権の取得に登記が必要とされている（ABGB § 481）にも拘らず、表現地役権（offenkundige Dienstbarkeiten）については登記なくして成立し、かつ第三者に対しても保護される³⁵⁾」としている。

このように、比較法的にみても、表現地役権はその権利の特性から特別な考慮がなされているといえる³⁶⁾。

日本の例をとれば、表現性を有する点で地役権と似た性質を有する権利に(近代法的)温泉権がある³⁷⁾。川島武宜教授は、温泉権の「第三者への対抗要件」は温泉に対する現実支配であるとする。具体的には、「湯口権の買主が現実の引渡を受けて事実支配をつづけているかぎりには、実際上は、二重にこれを買ったり担保にとったりする者はないであろうし(湯口権を買ったり担保にとったりしようとする者は、その現場を見るのが普通であろう)かりに現場において売主ないし担保設定者以外の者が現実温泉を利用しているのを見ていながらこれにつき何らの調査もしないで、温泉権を買ったり担保にとったりした者は、法の保護に値しない³⁸⁾」と指摘している。地役権そのものではなくとも、客観的な明確性を有する権利については、その特性である客観的な明確性というものを、対抗要件とすることにその意義があるといえそうである。

改めて、少し補足するならば、地役権と類似の目的を有し、他人の所有物に対する利用権限を設定する契約に賃貸借契約があるが、対抗力ある賃貸借において賃借物所有権が譲渡される場合、判例は、「特段の事情」のない限り賃貸人の地位が新所有者に当然に移転³⁹⁾、賃借人から交付されていた敷金に関する権利義務関係も承継される⁴⁰⁾としている。さらに、「特段の事情」に関連して、近時最高裁で、新旧所有者間において、従前からの賃貸借契約における賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意したとしても、「特段の事情」があったということとはできないとして、賃貸人の地位の移転を認めた⁴¹⁾。

最高裁自身が、平成10年2月13日判決において、通行権負担付での所有権譲渡を語っていることからすれば、この理を継続的表現地役権に展開する段階にきているといわなければならない。

まとめに代えて

以上のように、継続的表現通行地役権が未登記であっても、承役地所有権の移転時において「物理的客観的に明確な通行使用の事実」があるならば、承役地所有権の移転に伴い、地役権設定契約に基づく権利義務関係（法律関係）が法律上当然に承役地取得者に移転する。地役権設定者たる地位の法律上当然の移転である。この構成は、理論的にも、登記制度の欠陥を補充し、民法の他の規定との整合性の面でも、理にかなったものといえるように思われる。通行地役権に関連してなされている「近代民法典・登記法の整備が遅れ、かつ、ややもすれば抽象的原則・登記法の理想だけが先き走りする日本法においては、なおさら（黙示的な通行地役権の特殊な）事情に配慮して民法177条の具体的な適用を考えていかねばならないはずである⁴²⁾」との指摘も同趣旨と思われる。

一方、理論的ななお検討を要するのは、地役権契約に基づく権利義務関係が土地所有権移転とともに当然に移転することの法的根拠である。状態債務論で構成するとしても課題が残っていることは否定し難い。また、地役権の成立要件との異同を意識した対抗要件の内容的な整理である。本稿は、対抗要件を、最高裁の表現を借用し、「物理的客観的に明確な通行使用の事実」とするにとどまっている。成立要件の従来のリーディング・ケースである東京高裁昭和49年1月23日が合理的客観的明確性を重視している点との論理的整合性について、もっと洗練された一義的に明確な定式を獲得しなければならないだろう。

最後に、未登記通行地役権の対抗力を認容するにあつたて本判例を援用した判決に、東京高判平成10年10月15日判時1661号96頁があることを確認しておきたい。

- 1) 岡本詔治・私道通行権入門（信山社 1995年）27頁参照。
- 2) 澤井裕「隣地通行権」叢書・民法総合判例研究（一粒社 1987年）165頁。

- 3) 過去の裁判例に横浜地判昭和43年11月6日・判例時報556号76頁等がある。なお、近藤崇晴・法曹時報50巻12号(1998年)3129頁参照。
- 4) なお、前述の登記請求権については、本件の原審においても登記請求が棄却され上告には至っていないが、その後、最判平成10年12月18日民集52巻9号1957頁において、登記請求を認めるに至っている。判旨からその理論構成は明らかではないが(登記義務の承継構成、登記がないことを一種の妨害状態ととらえる構成、地役権という物権の属性から当然に認める構成等)、転得者が現れるたびに通行地役権の対抗の可否に関する紛争に巻き込まれてしまうことになることを考えると、登記請求を肯定する判旨に賛成である。
- 5) 本件事実関係を紹介したものは多々あるが、近藤崇晴・前掲注3)・3119頁を参考にした。
- 6) 岡田康夫・新判例マニュアル民法 物権(三省堂 2000年)120頁参照。
- 7) 石田剛・法学教室 No. 215(有斐閣 1998年)110頁参照。
- 8) 鳥取地米子支判昭和29年2月25日判時24号11頁,東京高判昭和51年11月25日判タ384号226頁参照。
- 9) 千葉簡判昭和45年7月13日判タ256号239頁,東京地判昭和48年8月16日判タ301号217頁参照。
- 10) 東京地判昭和45年1月20日判時597号104頁,東京地判昭和51年4月27日判時838号62頁参照。
- 11) 大判昭和12年3月10日民集16巻5号255頁。
- 12) 札幌地判昭和50年12月23日判タ338号303頁,東京地判昭和55年2月18日判時977号80頁,大阪地判昭和59年3月27日判タ528号216頁参照。
- 13) 札幌地判昭和50年12月23日判タ336号303頁参照。
- 14) 仁平正夫・民事判例実務研究第4巻(判例タイムズ社 1985年)100頁参照。
- 15) 交錯の通行地役権につき東京高判昭和32年6月17日下民集8巻6号1101頁,東京地判昭和56年3月19日判タ453号110頁等参照。特定人留保型通行地役権につき東京地判昭和41年6月25日判タ194号155頁,名古屋地判昭和57年8月25日判タ486号120頁等参照。
- 16) 民集52巻1号106頁。
- 17) 澤井・前掲注2)・138頁参照。
- 18) 舟橋諄一・物権法(有斐閣 1960年)425頁参照。
- 19) 鈴木祿弥・物権法講義(創文社 1994年)363頁参照。
- 20) 岡本詔治・隣地通行権の理論と裁判(信山社 1992年)164頁参照。
- 21) 近藤崇晴・前掲注3)・3128頁参照。
- 22) 最判昭和31年4月24日民集10巻4号417頁,最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁参照。
- 23) 広島高判昭和29年3月11日高民集7巻3号277頁,東京地判41年10月29日判タ200号153頁等参照。
- 24) 東京地判昭和38年9月9日判タ156号91頁参照。
- 25) 横浜地判昭和43年11月6日判時566号76頁,東京地判昭和48年3月16日判時715号71頁等参照。

承役地取得者に対する表現通行地役権者の地位（向峠）

- 26) 大阪地判昭和48年1月30日判時721号70頁参照（ただし、圍繞地通行権で保護が図られている）。
- 27) 東京地判昭和56年3月19日判時1024号73頁，広島高判平成8年10月22日判タ944号150頁等参照。
- 28) 東京地判51年1月28日判タ340号233頁参照。
- 29) 岡本詔治「未登記通行地役権の対抗力について」日本法学65巻4号187頁（1998年）参照。
- 30) 近江幸治・民法講義〔物権法〕（成文堂 1990年）80頁参照（なお，民法605条の趣旨は借地借家法10条・31条，農地法18条に拡張されている）。
- 31) 岡本詔治・前掲注20）・170頁参照。
- 32) 「イタリアでも不動産物権の変動は当事者の意思表示だけで生ずるが（伊民法1376条），これを第三者に対抗するためには登記が必要とされる（同法2643条・2644条）。地役権についても明文の規定（同法2643条4号）がおかれている。」岡本詔治・前掲注20）・166頁。
- 33) 岡本詔治・前掲注20）・171頁。「家父の用法」とは家父（所有権者）の要役地と承役通路とが同一の所有者に帰属していたところ，のちに両土地が別々の主体の所有になったときに，通路を廃止などの特段の約定が当事者でなされない限り，そのまま当該通路を存続させるため，黙示的合意により地役権の成立を認めるという類型である。
- 第1062条（家父の用法）「家父の用法は，何らかの種類の証拠により，二つの土地が，現に分割されてはいるが，同一の所有者によって占有されていたこと，そしてこの者が地役権の生ずるような状態に物を置きまたは放置していたことが立証されたときに生ずる。二個の土地が，地役権に関して何らの定めなく，同一の所有者に属することが止んだ場合には，地役権はその分離された各土地のためにおよび各土地の上に積極的及び消極的に設定されたものと推定される。」岡本詔治・前掲注20）・106頁。
- 34) 岡本詔治・前掲注21）・175頁。
- 35) 岡本詔治・前掲注20）・171頁。
- 36) また，民法の起草者である梅謙次郎は，「只一ツ御注意迄ニ申シテ置キマスガ登記法デドウウコトニナルカ分カリマセヌガ是レハ別ニ相談シタコトデアリマセヌカラ只私丈ケノ希望ヲ申シマスト登記法ニ於テ一切ノ地益ヲ皆登記スルコトヲ得トスルガ宜イカシナイ方カ宜イカ知リマセヌガ継続且ツ表見（原文ママ）ノ地役ハ登記ニ因ラヌデモヨイトイウコトハ外国ニモ其例アリマス其理由ハ表見且ツ継続ノ地役ハ誰ノ目ニモ見ヘテ直グ気が付クモノデアリマス」（日本近代資料叢書2 法典調査会民法議事速記録2 商事法務研究会 1984年）としており，起草者自身も地役権という権利の特殊性から登記なくして対抗できるとすべきであると考えていたようである。
- この発言自体は不動産登記法制定前のものである点には注意すべきであるが，登記制度自身とは矛盾しないものといえよう。
- 37) 川島武宜・温泉権（岩波書店 1994年）22頁は，「土地所有権についての伝統的な法理論によれば，土地から分離されない水は土地の一部であり，土地所有権の客体に包含されるのであって，土地所有権とは別の独立の物権が成立する余地はない。そうして，温泉以外の一般の水についてはまさにそのように解されている。……しかし，温泉については，

このような法理論はあてはまらない。すなわち、温泉に対しては、その存在する土地の所有権とは別の独立の権利が成立する、ということが、判例および多数学説によって承認されているのである」としている。汲水地役権に類する権利性を有するといえよう。

- 38) 川島武宣・前掲注37)・166頁。
- 39) 大判大正10年5月30日民録27輯1013頁参照。なおこの論拠については、賃貸借関係が賃貸目的物と結合する一種の状態債務関係として移転すると説明される(我妻榮・債権各論中一(岩波書店 1957年)420頁等参照)ことが多いが、状態債務理論の発祥の地ドイツでは現在、状態債務の移転とは解さず、賃貸人の権利・義務は単に当然移転すると説明するのが一般的なようである(藤井俊二・別冊法学セミナー民法 [第三版](1993年)125頁参照)。
- 40) 最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁参照。
- 41) 最判平成11年3月25日判時1674号61頁参照。
- 42) 岡本詔治・前掲脚20)・171頁。