

論文

黙示の地役権の判断条件と行使範囲

南部 あゆみ*

問題の所在

地役権とは、自己の土地の便益のために、他人の土地を利用する権利である（民 280 条）。公道に至るために他人の土地を通行する通行地役権が日本では主となり、設定契約や取得時効、相続などによって取得する。しかし地役権は近隣間で設定される権利であるので、明確に契約を結ぶ、ましてや登記を請求するということは実際には難しく、実態としてそれらしい権利が認められているというケースが多い。そこで、明確な意思表示による契約がなく、時効などその他の取得原因も存在しない場合に、目の前にある利用実態をいかに保護するかが問題となる。判例では、状況などから当事者間で黙示的に地役権の合意がなされたと判断して、地役権を認める理論構成を構築してきた。

この黙示の合意という構成は、明文の規定がなく、裁判の中で確立されたものである。しかし裁判では様々な個別的事情が考慮されるため、いかに客観的な基準を提示するかが問題となる。さらに平成 10 年に、黙示の地役権と登記に関する最高裁判決が 2 件下された。本稿では、日本において黙示の合意による設定がどの

ような基準で判断されてきたのかを中心に、地役権という権利の本質と問題点を明らかにすることを目的とする。

1. 日本の地役権制度

1-1. 地役権とは

地役権の起源はローマ法にさかのぼる。ローマ法には所有権とともに他物権である役権という概念が存在していた。役権の起源を明確に示すことはできないのだが、土地所有権観念が徐々に確立し、土地が分筆されるようになると、道路や水路の確保が問題となり、そこで社会全体の利益を高めるために他人の土地を利用する必要が生じたためと考えられている [ベーレンツ 2001: 211]。役権が所有権に内在するものであったのか、それとも独立したものであったのかは議論の分かれるところであるが [ディオズディ 1983: 164 - 173]、土地所有権と深く関連する権利であったことは間違いない。⁽¹⁾

役権は人役権と地役権という 2 種類の権利を含んでいた。人役権とは特定の人のために他人の物を利用する権利であり、地役権とは特定の土地の便益のために他人の物を利用する権利である。日本民法はこのうち地役権だけを

* 早稲田大学大学院社会科学研究所 博士後期課程 6 年

取り入れた⁽²⁾。日本で人役権が採用されなかった理由としては、人役権はヨーロッパでは慣習として存在していたという背景があるが、日本ではそうした慣習が認められないこと⁽³⁾、またヨーロッパでも財産の流通や改良を妨害するため経済上弊害が多いといわれていることなどが挙げられる〔富井 1985: 247；中島 1914: 246 - 247〕。人役権と異なり地役権は、土地（要役地）の利用価値を増大させるために設定される、土地のための権利であり、それによって要役地所有者が利益を得たとしても、間接的・付随的利益にすぎない。所有者が土地を手放しても付随する地役権は消滅せず、所有権が移転すれば地役権も移転し、新たな所有者は当然その影響を受けることになる（281 条）。そもそもローマ法では役権は権利よりも義務の意味合いが強く（役とは負担という意味である）、地役権は個人的利益の保護というよりは、土地の価値を互いに高めるといふ公益的な目的に重きを置いた制度であると考えの方が自然なのである⁽⁴⁾。

地役権は他人の土地を自己の土地の便益に供する権利であるが、この「便益」の内容については、法による制限はない。具体的にいえば、通行地役権、用水地役権、要役地の日照や眺望を遮らせない権利、ガス・上下水道・電気・電話の配管や配線を引く権利など、当事者の事情によって様々であるし、時代によってもその内容は変容する。どのような便益を設定するかは当事者の自由な意思に委ねられているが、ただし公の秩序に違反しないという制限が課される（280 条）。「公の秩序に違反」とは、所有権の限界に関する一般規定（相隣関係）を変更する場合のことである⁽⁵⁾。また、地役権は承役地の所有権を制限することで要役地の利用価値を増

大させ、隣接する土地間の利用を調整するものであるから、「その行使にあたっては承役地の利益を尊重して、地役権の目的を達するに必要で、承役地利用者に最も損害の少ない範囲にとどめられなければならない」〔松坂 1976: 203〕。

1 - 2. 他制度との関係：相隣関係

民法には、地役権と同じような用法で利用される制度がある。そこで、そうした制度と地役権の類似点および相違点を明らかにすることで、地役権の本質について検討する。

地役権と類似する権利としてまず挙げられるのが相隣関係である。旧民法においては地役権には「法律ヲ以テ設定シタル地役」と「人為ヲ以テ設定シタル地役」の2種類が設定されていたが、現行法では前者が相隣関係となり、後者が地役権となっている。つまり、どちらもそもそもは同じく地役権だったのであり、そのため現在でも相隣関係に基づく土地利用権を法定地役権と称するのである。

相隣関係とは、所有権の限界に属する規定であり、隣接する不動産所有権の間で、相互にその所有権の内容を制限または拡張し合うものである。隣地使用権、袋地所有者が隣地を通行する権利、水流に関する権利、境界標や囲障を設置する権利などが置かれている。例えば袋地の場合、厳格に所有権を解すれば袋地の利用価値は極めて低くなる。そこで「両所有権の共存を図るため」〔安藤 1991: 3〕に他人の土地を利用できる権利を土地所有権に内在させ、土地利用の調整を図っているのである⁽⁶⁾。

相隣関係による権利は所有権に内在するものであるから、法定の要件がそろえば自動的に発生する。これに対して地役権は、当事者の設定

行為によって成立し、登記による対抗要件を備えることができる。所有権とは別個の権利であり、その成立や内容に関しては当事者の意思が重要になる。

土地の利用価値を高めるという点では、その作用はどちらも同じものであるが、両者の差異としては、相隣関係を「法律上当然生ずる最小限度の利用の調節」とし、地役権を「法律の規定するこの最小限度の調節を超えて一層大きな調節をするもの」とする解釈がなされている〔我妻 1983: 407〕。しかし実際の事例では、必ずしも両者が明確に区別されているわけではなく、並べて訴えられることも多い。例えば、袋地の隣地通行権について、公道に至るための通路が、人が徒歩で通行するには問題ないが自動車での通行は不可能な幅員である場合、これが袋地といえるのか、通行地役権で処理するべきかで争いがある。結局は、土地の構造や当事者の利用状況（事業を営んでいるか住宅のみの利用か、など）に照らして、日常生活のために必要かどうか、社会的要請があるかどうかなどを個別具体的に考慮して判断される〔沢井 1987: 77 - 85〕。つまり、利用の調節が最小限度であるか否かは各々の状況によって異なり、それによって相隣関係か地役権かが判断されるのである。法的構造としては全くの別物であるが、行使される段階では非常に近い権利であるといえる。

1-3. 他制度との関係：賃借権

他人の土地を利用するには、賃貸借契約を結ぶという手段もある。最大の差異は、地役権が物権的権利であるのに対し、賃借権が債権的権利である点である。そのため、承役地の所有権が移転した場合、賃借権者は対抗要件がなければ

新しい所有者に自分の賃借権を主張できないおそれがある。また賃借権には存続期間があるが、地役権には規定がないため永久地役権の設定も可能である（地役権の存続期間を定めることはもちろん可能）。

地役権に存続期間の規定がないのは、地役権は他の他物権に比べて承役地の所有権を制限する程度が少なく、また承役地所有者による利用を排除するものではないからである。地役権の設定をしても、承役地所有者はそれまでと同様に自己の土地を利用できる。そのため地役権が永久的なものであっても、それほど所有権を侵害しないと考えられたのである〔我妻 1983: 416 - 417; 高島 1992: 209〕。影響の弱い権利であるという点からも、地役権がより制限的に解されるべき権利であることが分かる。

さらに、賃貸借契約では賃料の支払いが要件となるが、地役権には対価に関する規定はなく、有償でも無償でも成立する。大判昭 12・3・10 では、「凡ソ地役権其ノモノハ設定行為ニ依リ定メタル目的ニ従イ承役地ヲ無償ニテ要役地ノ便益ニ供スル土地使用権ナルヲ以テ地役権者トシテハ土地使用ノ対価トシテ承役地ノ所有者ニ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ス」とし、報酬支払の特約があったとしても、それは地役権の内容を構成するものではなく、単に債権的効力を有するにすぎないし、登記もできないとした。

ただし、この原則無償という点に関しては異論もある。地役権は目的を達成するために必要最小限度に認められるべきであるし、他者の利用を排除するものではないので強い権利とはいえないが、それでも承役地所有者からすれば自分の土地の利用が制限されることになる（少な

くとも地役権者の利用を妨げる行為はできない)。それでいて無償が原則となれば、誰も進んで地役権を設定しようとは考えないであろう〔谷口 2007: 937 - 938〕。そこで、(対価については)登記できないために第三者に対抗できないだけで、対価の支払いを地役権の内容とする解釈が出された〔我妻 1983: 412〕。条文には対価に関する規定がないだけで、有償での契約を禁止しているわけではないのであるから、有償でも無償でも地役権は成立すると考えるべきであり、この見解は妥当であろう。また、土地改良法で対価の増減や払戻の請求を認めていることから、この判例を否定する見解もある〔末川 1956: 351 - 352〕。しかし土地改良法は農用地に関する法律であることから、これをもって地役権一般に適用することには無理がある(広範な地役権の一種にすぎない)。

1-4. 小括

以上を見るに、地役権はそのはじまりから公益的な目的をもった権利であることが分かる。日本でも、一方で地役権による承役地の損害を認めながら、それと比較して地役権設定の国民経済的利益が多であるがゆえに、この制度を取り入れたものである〔富井 1985: 246 - 247〕。そのため地役権が成立しても、承役地の利益も考慮して、できるだけ損害を与えない方法で行使することが要求される。

法律の構造的には地役権は用益物権であるが、承役地所有者の権利行使を排除しない点で、地上権や永小作権とは異なる。土地利用の調整という点では相隣関係理論が他に存在し、両者は似通った権利であるため、その区別が問題となる。相隣関係は(承役地の)所有権の制限と

いう立場にあり、承役地所有者が、要役地の利用のために必要な行為を要役地所有者が行うことを「妨害しない」という消極的な意味合いが強い。それに対して地役権は、要役地所有者が承役地上で権利を行使するという、積極的な側面から捉えることができる。両者を明確に区別することは難しいのだが、地役権はその目的とする内容が限定されず、存続期間も対価も当事者の自由な意思に委ねられているため、社会の状況に応じて柔軟に適用できる点で、相隣関係よりも汎用性の高い権利であるといえるだろう。

2. 黙示の地役権

地役権の取得には、地役権設定契約の締結のほか、遺言や譲渡による移転、相続、また取得時効による方法がある。そして登記により対抗要件を備えることができる。地役権設定契約に特に形式はなく、当事者間の合意のみで成立する。しかしこの合意が明確なものでない場合に、地役権の存在を認めるべきか否かが問題となる。地役権は隣接する土地の間で設定されるものであり、近隣者という関係の上に成り立っている。そのため特に明確な意思表示や取り決めがないまま、承役地所有者の好意や黙認という形で認めている場合も多く、そうした場合には当事者間に権利義務関係という意識が希薄なのである。そして承役地所有者という立場からは、土地の価値が減少することを嫌い、登記をしない傾向にある。当事者が納得して利用を認めている段階では問題は生じないのだが、土地が譲渡・相続されるなどして所有者が変わり、また時間が経過することで最初の当事者の意思が分からなくなると、争いになり権利として意識されるようになるのである。その場合、どのよう

に判断すべきか。承役地所有者からすれば、好意で（通行など）自分の土地の利用を認めていただいだけであって、法律的な権利にまで高められるとは予期していなかった、と主張することになる。一方で要役地所有者（地役権者）としては、それまで当然のように利用していたのであるから、代替わりしたからといってその利用を妨害することは不当であると反論するだろう。

明確に地役権が設定されていないケースが、日本では存外に多い。そうした場合に、判例では黙示の合意が存在したか否かという理論構成で判断がなされてきた。では何をもって黙示の合意を判断するのか、具体的に判例をたどりながら検討していく。

2-1. 判例：肯定例

大判大 10・3・23 は、隣地の溜池から引水する権利が争われた事例である。Y が自己の土地に訴外 A から用水地役権の設定を受け⁽⁷⁾、X は Y からその土地を譲り受けたのであるが、X が本件土地を譲り受けた際にそれに付随して当然に引水権も移転したと主張したのに対し、Y はこのような地役権の設定を受けたことはないと反論した。地役権移転の明示的意思表示はないので、譲渡の意思表示に地役権の意思表示が包含するかが問題となった。判決では、事実関係から地役権の用水地役権の存在を認めた上で、地役権移転の意思表示については「黙示ノ意思表示ト雖モ意思ノ外表行為ヲ要スルヲ以テ単ニ諸般ノ事情ヨリ当事者ニ一定ノ意思アリタルコトヲ推測シ得ルモ之ヲ以テ常ニ黙示ノ表意アリト云ウヲ得ス」として、黙示の意思表示には表白行為が必要であるとした。しかし、地役権は要役地の売買と共に買主に移転するとして、

本件では黙示の意思表示がなくても当然に X に移転すると結論づけた。

東京高判昭 32・6・17。本件土地は訴外 A の所有であったが、財産税納付のため国に物納され、国が X・Y を含む数人に分筆して払い下げた。X は払い下げを受けた時、通行の便益に供する旨の明示もしくは黙示の相互の通行地役権の設定行為がなされたと主張した。判決では、明示的な通行地役権の設定契約はなかったが、「当時国有地払下の所管庁である大蔵省としては分筆払下は合理的になすべきものとの方針をとっており、（中略）その各地のために存する私道は私道としてそのまま各自の利用に供せられるよう現状を維持すべく処置すること」は容易に理解できるとした。そして所有権を取得したからといって自由に排他的な使用ができるわけではなく、本件私道敷が分割されたのは、ただ各地の所有者にその負担の公平を期するためになされたものであったとした。そのため、本件私道敷が分割された時点で、相互的かつ交錯的な通行地役権が暗黙に設定されたと認定した。

土地の分譲に伴う地役権設定の事例は多く、東京地判昭 41・6・25 は、私道の利用が必要不可欠であるとして、地役権が暗黙のうちに設定されたとした。東京高判昭 49・5・9 は、分譲時に買主の代理人に対し売主が、本件通路を通行使用することを許容すると共に、本件通路は公道同様であって永久的なものであるから所有者が変わっても通行が妨げられることはないと言明したと認定し、通行地役権の黙示的な設定を認めた。神戸簡判昭 50・9・25 は、売主が土地を分筆し、袋地となる土地を分譲した場合には、「他に特別の事情のない限り分譲者は分譲の際、被分譲者との間に分譲地を要役地として、

通路地を承役地とする無償・無期限の通行地役権設定契約を黙示的に締結したものと解する」とした。東京地判昭60・4・30は、本件土地が通路として開設された経緯や通行状況に照らし、本件通行地役権が認められなければ要役地の価値が著しく低下することから、黙示の通行地役権設定を認めた。

特に、地役権が相互的・交錯的に設定されている場合⁽⁸⁾は、黙示の地役権を認める傾向にある。東京地判昭46・10・8では、本件私道が通路としての外形を明確に備えていること、公路に通ずる不可欠の私道として利用された状態のままで国に物納され、その結果本件私道の所有権が分割されたことを理由に、「本件私道を従来どおり存置し、かつ、利用形式として単に債権的なものに止めずに物権の地位にまで高めたものを相互に設定」することの相互的且つ交錯的な合意が暗然の間に成立したものと推認した。大阪高判昭62・3・18では、分譲に際して被分譲者の間で地役権が交錯的に設定された場合、そうした地役権は共通の目的のために存立するものであるから、その一部の権能だけを主張して地役権を行使することは、設定目的に反し信義則上許されないとした。また、京都地判昭60・9・24は、分譲により分譲地の取得者が相互に交錯する通行地役権を設定している場合、登記がなくても「(被告)自らも私道通行の必要上通行地役権を対抗することを望みかつ通行地役権を対抗されることを甘受して交錯的に通行地役権を対抗しあう法律関係に加入するものである」として地役権を認めた。

大阪高判平2・6・26は、当事者の事情の判断基準について論じている。マンションの分譲につき、出入口の土地が通路として利用してい

る外観を呈しながら分譲残地であったことから、通行地役権が争われた事例であるが、判決では黙示の設定につき「地役権が黙示的に設定されたと認めるには、平均人の見地からみて当然地役権を設定するであろうと認められる客観的事情がなければならぬと解すべきである」として、通行を内容とする地役権の設定は認めたが、子供の遊び場や生活雑用を内容とする地役権は、平均人の見地からみて地役権を設定する客観的事情がないとして認めなかった。

2-2. 判例：否定例

東京高判昭49・1・23は、境界線をはさんで1棟2戸建の公営住宅を2棟向い合せに建築するにあたり、当時Xらの一部を含む附近住民が費用を出し合って石段を設置し、公道に至る近道として利用してきた事例である。通行地役権の存在が争われたが、黙示の設定について「黙示の契約を認めるためには前示のような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の事情があることが必要であると解する」とした。そしてその理由として、「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で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」と説明した。そして本件においては、通行の事実の他に通行権設定の黙示の合意を認めるべき客観的・合理的な特段の事由は認められないとして、請求を棄却した⁽⁹⁾。

東京高判昭51・11・25では、当事者の事情が大きく考慮された。Yが建物を建てる際、出入口として内玄関がXの土地にはみ出されて建築されたが、XはYの妻がXの子であった関係からこれに対して特に異議をはさまず、またこの内玄関を利用してYらがXの土地を通行することを知りながら、義理の親子という関係上これを黙認した。さらに、Yが歯科医師業を営んでいることから、本件土地に自己又は外来患者の自動車を置くことの申入れに対し、Xは一旦はこれを承諾し、またYに代わって敷石を敷いたが、その後自転車を置くことにより埋設されている水道管が破裂したことから、自転車を置かないよう求めたという経緯がある。判決では、内玄関の出入りについては地役権を設定する必要がなく、公道に接しない出入口の便益のために地役権を設定するということは、「土地の直接の便益のためでなく、土地上に建築した建物の用法にしたがった利用権の設定の問題であって、土地すなわち要役地の全部のために地役権を設定する必要のない利用権につき当事者間に明示の地役権設定契約が締結されていない以上、たやすくその存在を推認すべきではない」とし、使用賃借上の権利にすぎないとした。

札幌高判昭58・6・14では、土地が分筆譲渡された際の通行地役権の設定につき、承役地所有者が「事実上黙認していたことをもって、法的に通行受忍業務（あるいは通行のため目的物を使用させる業務）を負担することとなる通行地役権の設定契約や通行のための使用賃借契約

が黙示に締結されたと認めることは困難」であるとして、承役地所有者の事実上の黙認では黙示の地役権は認められないとした。

東京高判昭62・6・3は、土地の分筆分譲の際に、Xが本件通路は別段必要ではなかったものの土地と一括で買われ、また通行地役権の負担の説明も全く受けなかった事例である。判決では、「本来、地役権は、他人の土地を自己の土地のため一定の目的に従い便益に供しうる権利であって、承役地の所有者にとっては重大な権利制限を伴うものであるから、その設定は、明示の意思表示が在する場合は格別、これが黙示により設定されたものとするについては、地役権設定を推認することができる事実の在することを要すべき」とし、本件ではXが地役権の負担付きである旨の説明を受けていないこと、また本件通路がそれほど利用されていないことから、通行地役権の設定を否定した。

2-3. 小括

以上を検討すると、黙示の地役権が認められるには、次のような条件が必要といえる。

- ① 承役地所有者による単なる「黙認」では認められない。その権利が物権的な価値にまで高められるには、黙認に加えて以下のような客観的な要件が備わる必要がある。
- ② 設定当時の状況：どのような経緯で設定されたのか。
- ③ 利用状況：物理的な利用状況としては、営業用として利用されているのか、もしくは住宅用のみか。さらに使用頻度も重視される。設定以前にどのくらい利用されていたのか。また設定以降はどうか。承役地所有者がその利用に対して異議を唱えたか、など。

- ④ 客観的な状況：客観的に地役権の外観を呈しているか。例えば通行地役権ならば、通路の外観を呈していることが必要になる。
 - ⑤ 地役権を設定する必要性：その地役権がないと日常生活を送ることが著しく不便になる、要役地の価値が著しく下落する、また地役権がなければ当該土地を購入しなかった等の事情から必要性が判断されることになる。
 - ⑥ 当事者の認識：当事者に地役権を設定する合理的な意思が存在したか。当事者の能力（認識する知識）なども参考にされる。なお、この当事者の認識については、イタリア法を参考に好意通行を前提とし、「通路提供意思」では債権的通行権にとどまり、通行地役権にまで高めるには「通路開設意思」が必要であるとする見解もある〔岡本 2009: 81 - 84〕。
- これらに加えて、以下のような事情も判例から読み取れる。
- ⑦ 袋地の場合：分譲によってもとの所有者が、公道に出るのが困難な方の土地を譲り渡した場合は、自己の土地に通行地役権を黙示に設定していたと判断されることが多い。
 - ⑧ 交錯的地役権の場合：地役権が交錯的に設定されている場合は、お互いに負担し合うという状況から、認められることが多い。

3. 黙示の地役権と登記

地役権は登記によって対抗要件を具備することができるが、実際には承役地の負担になることから登記されない場合が多い。特に黙示に設定された場合は、そもそも登記を備えることすら考えられない。事例の多くでは、地役権を（明示的にでも黙示的にでも）設定した当人間では争いはなく、土地が譲渡・相続され所有者が交

代した段階で問題が生じている。そして承役地が承継されると、新しい所有者が第三者となるため、登記をしていない地役権者が対抗できないのではないかという次なる論点が出されるのである。こうした登記の問題について、平成 10 年に 2 件の最高裁判決が下された。そこでこの判決をもとに、登記の欠缺を理由として対効力を否定することの是非および地役権に基づく登記請求の是非を検討する。

3-1. 最判平 10・2・13

訴外 A は自己所有の土地を 7 筆に分筆し、B (X の母)、C、X に、それ以外の土地を全て D に売却した。D は譲り受けた土地について合筆登記手続きをし、後に Y に売却し、移転登記を経由した。本件通路は袋地となる D に売却されたが、分譲の時点で通路として利用することが予定されていた。しかし、Y が本件通路を X が通行することにつき異議を述べるようになり、門柱を設置して X が通行できないようにしたため、X が Y に対し、通行地役権の確認および登記手続き、妨害排除を請求したものである。

一審では、A X 間の黙示の通行地役権の設定は認めたが、A D 間に地役権の承継の明確な合意がなく、また登記もなされていないことから、A D 間、D Y 間で地役権の承継の合意があったとはいえないとした。そして、X が、Y は背信的悪意者であるから地役権の登記の欠缺を主張することはできず、X は登記がなくとも Y に対抗できると主張したことに対しては、Y が土地を買い受ける際に、X は通行地役権を有しないが、数年間は通行を認めるよう進言されているのにとどまるのであり、本件通路が一見して通路であることが明白であるとか、X が現に通行

していることを知っているからといって、YがXの通行地役権を認めないことをもって、背信性があるとまでいうことはできないとした。

原審では、当時の状況からAの代理人とDの代理人との間で黙示の承継の合意は認めたが、D Y間の承継の合意は認めなかった。登記に関しては、本件通路がXにとって必要不可欠であること、現に利用していることなどから、YはXとの関係において、「背信的悪意者として、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を有する第三者であると解することができない」とした。しかしXからの登記手続請求については、YがDから地役権設定者の地位を承継していないことから、Xが登記なくして地役権を主張できるのは、Yが背信的悪意者であり登記の欠缺を主張し得る正当な利益を有する第三者でないからであって、本件においてはXのYに対する通行地役権の設定登記請求権を発生させる登記原因が存在するとはいえず、YがXに対して通行地役権設定登記をすべき義務があるとはいえないとした。

本判決では、「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、構造等の物理的状况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、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、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信義に反するとした（原審ではYが背信的悪意者であることを理由としたが、本判決ではこの点は否定している）。なぜなら、譲渡時に

承役地の利用が明らかであれば、承役地の譲受人は地役権の存在を容易に推認でき、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からである。ただし「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とはできない」とした。なお、登記請求の是非については本判決では判断されていない。

3-2. 最判平10・12・18

訴外Aが自己所有の土地を宅地化する際に、本件通路が開設されたが、土地はBに譲渡され、Bはこれを分譲するために分筆した。その一部である本件土地はCに譲渡された。分筆された土地は中間者を経てX 1、X 2、X 3に、通行地役権の承役地である本件土地も中間者を経てCからY 1、Y 2に譲渡された。しかしYらが駐車場設備等を設置したことから、Xらは通行地役権の確認および登記手続請求、妨害排除を求めたものである。

一審では、本件通路が外見上一見して通路と分かる状態であることから、BC間に通行地役権の黙示の合意があったこと、また地役権がXらに承継されたことを認めた。しかし所有権移転登記は経由したものの、地役権設定登記が経由されていないため、この点が争われた。判決ではそれまでの経緯を総合して、Yらは登記の欠缺を主張しうる正当な利益を有せず、Xらは登記を備えていなくてもYらに対抗できると判断し、登記手続請求も認めた。

原審も、本件通行地役権の設定および承継を認め、Xらが登記を経由していないとしてもYらがそのことを理由にその対抗力を否定し得る正当な利益を有する第三者であると解することはできないとした。しかし、Xらが登記なくして地役権を主張できるからといって、「他に特段の登記原因がないのに、XらのYらに対する本件通行地役権の設定登記請求権が生じ、それ故、直ちにYらがXらに対して地役権設定登記をなすべき義務があるとまではいえない」として一審を否定した。

しかし本判決では、「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、このように解さない限り、通行地役権者の権利を十分に保護することができず、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」として登記手続請求を認めた。

3-3. 小括

まず、地役権者が設定者（承役地所有者）に対して登記手続請求権を有することは、特に法律の規定はないが、物権の性質上当然の権利だと認められている。では、登記のない地役権が承役地の譲受人（第三者）に対抗できるか、第三者は登記の欠缺を理由として対効力を否定できるか。最判平10・2・13では、「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」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信義に反するとした。原審では譲受人の背信的悪意を認めたが、本判決では認識もしくは認識可能性で足りるとしている。

従来の裁判例でも、背信的悪意まで要求するものは少ない。大阪地判昭48・1・30では、本件道路の使用を認識しながら買受けたことは認められるが、登記のないことを奇貨としこれを窮地に落し入れ本件道路を原告らに高く売りつけ暴利を貪る意図を有していたとか、不法な利益を得る目的で買受けたものであると認めるべき証拠はないとして、背信的悪意者には該当しないとした。この判決は控訴審（大阪高判昭49・3・28）で覆されており、被告が「土地の購入、建売住宅の建築および販売を目的とする被告会社の社長、会長を歴任してきた人物であり、本件道路を購入するにあたって、単に、不動産登記簿を閲覧するだけでなく、本件道路およびその附近を現に確認して、その現況を知ったうえで購入したものと推認すべき」であるとして、本件道路所有者がその上の通行を忍受しこれを妨害してはならない義務を負うことを知りながらその所有権を取得したのであるから、登記の欠缺を理由にその対抗力を否定し得る正当な利益を有する第三者であるとはいえないとした。東京地判昭52・4・28も同じように、本件私道敷の通行を忍受しこれを妨害してはならない義務を負うことを知りながら私道敷を取得する限り、承役地につき通行地役権の登記がないことを理由としてその対抗力を否定する正当な利益を有する第三者であるとはいえないと判断している。仙台高判昭55・10・14も通行地役権に関する妨害排除の事例であるが、判決では「本件土地が通路として開設されていることを知悉

してこれを取得したYは、右土地につきA（筆者注：本件土地の前主）に対し通行地役権を有していた者との利益較量上、すなわちこれを右権利の承役地としておかなければならないYの不利益と、通行できなくなることによって多大な不便を強いられる右権利者の不利益とを対比した場合、当該通行地役権につき登記が欠缺していることを主張しうる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」として、利益較量により判断を下した。東京地判昭56・3・19でも、通行権の負担を認識していたこと、取得後約3年もの期間通路として使用されている状態を黙認していたにもかかわらず門扉などを築造して通行を妨害したことなどが考慮された。

このような方向性は概ね肯定されている。特に黙示の地役権の場合は登記する状況にないことから、地役権の存在を認識した上で権利関係に入った場合には、未登記の地役権者を優先しなければ黙示の設定を認める意味がないからである。[安藤 1991: 309]で「通行地役権の場合は、二重売買の場合と異なり、第三者の権利を全面的に否定することにはならず、その反面通行地役権者の保護を図るべき事例が多い」と説明されている他、[岡本 2009: 164]では「そもそも登記を期待するのが酷であるにも拘らず、抽象的な登記法の大原則を無自覚に適用し、その結果の不都合を一般理論で救済するのは、何とも奇妙なことである」として、登記の欠缺を主張することの構造的矛盾を指摘している。

次に、それでは積極的に登記の設定を請求できるかという論点であるが、大抵の事例では地役権確認請求や妨害排除請求にとどまり、あえて登記設定まで求めることは少ない。最判平12・10・18を検討するに、原審では登記設定

義務を認めるには「他に特段の登記原因」を要求している。これは従来の方向性であり、例えば東京高判昭58・4・27でも、登記設定請求が認められたのは、通行地役権の時効取得という他の登記原因があったからである。しかし本判決では、譲受人に不当な不利益を課するものであるとはいえないこと、また、登記の設定を認めなければ通行地役権者の権利を十分に保護することができず、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ことを理由に、登記設定請求を認めた。

登記設定請求の根拠については、2つの見解がある。1つは、当初の地役権設定者に対して登記請求権を有することは明らかであるのだから、承役地の譲渡があった場合には、新たな土地所有者は前主の地役権設定契約から生じる登記義務を承継すると解する見解である[滝沢 1997: 50]。これは、民281条の要役地における地役権の付従性の考え方を拡大し、承役地においても適用したものである。もう1つは、物権である地役権の属性として登記請求権があると解する見解であり、この場合には承役地についての義務の承継の有無を問題にする必要はないと考える[川井 1998: 433]。前説では、承継が何度も行われる中で、地役権の存在について認識のない承継者が現れた場合に、承継は中断するのかという疑問がある。特に黙示の設定では当人の認識が大きく影響する。土地に付従して当然に登記請求権も移転すると考えると、地役権の設定が否定されたり、登記の欠缺を主張することはできるのに、登記義務は認められるという矛盾が、承継の途中で生じるのである。

明示の合意による設定であれば、本人が明確に地役権設定契約を締結したと判断でき、それ

に伴う義務も当然に引き受けなければならない。しかし黙示の合意の場合は、明確な意思表示はないが、利用状況や地役権の必要性、利用の経緯などから、当事者が地役権が存在することを認識していたであろう、少なくとも認識すべきであったと判断して、黙示的に合意があったと「推認する」のである。そこで登記請求権の是非について、明示の設定と同じように黙示の設定を扱ってよいのかという疑問が生じる。黙示の場合は様々な事情を総合考慮して、訴訟の段階で権利が認められるか否かが判断される。そのため、例えば以前地役権が黙示的に設定されていたとしても、現在の利用がなければ認められない（時効により消滅したという構成ではなく）。また、承継者の認識の有無により判断が異なる。今の状態からこれまでの状況の経緯を含め、黙示の設定がなされたであろう時点に遡ってこれを認めるのである。なぜこのような理論構成が生まれたのかといえ、利用者の便益を保護するためである。

それでは承役地所有者としては、自分の土地が利用されているという認識はあっても、果たして登記を設定するという意思まであったといえるのだろうか。地役権が国民経済的利益という公益的目的から導入されており、承役地にとって損害が少なくなるよう、できるだけ抑制的に解されるべきという本質からすれば、承役地所有者に登記意思まで認め、強制的に義務づけるのはバランスを欠く。利用者の便益のための構成ならば、利用者の便益が保護される範囲で権利を認めれば足りることになる。地役権の場合、黙示的にでも合意が認められ成立すれば、登記がなくとも一定の場合に第三者に対抗できることが判例で確立されている。要は、地役権

は従来、登記がなくとも保護される性格の権利として認識されていたのである。

確かに、登記はできるだけ実態を反映すべきである。取引の安全という観点からも地役権が登記に記載されていた方が、新たに取りに入る者にとっては安心であるし、無用な争いを避けることができる。承役地所有者が変わるたびに訴訟を起こすのは地役権者としては大きな負担である。また登記がなければ、再び承役地が譲渡され、新しい所有者に権利の認識や承継の意思が認められない場合、それまで成立していた権利が主張できなくなる。しかし、その権利の行使が要役地にとって必要不可欠で、行使できなければ要役地が事実上無価値になるならば、相隣関係が認められるであろうし、事実状態が続き要件を満たせば時効により地役権を取得することもできる。また、条件を協議した上で改めて地役権設定契約を締結することも当然可能である。やはり従来の事例を見るに、黙示の合意という解釈は、地役権者を保護するための処置にすぎないと考える方が自然なのである。

今回の判決によって「承役地所有者に地役権の行使を妨害されない」というこれまでの姿勢が「要役地所有者の権利を積極的に公示すべき」と進められたわけだが、その法的説明はまだ十分とはいえない。登記を備える必要性や有用性は認められるが、それだけではこれまでの考え方を修正する理由にはならない。確かに地役権は物権で、旧民法でもあえて人役権を除外して採用されたのであるが、実際には当初予定されなかった使い方がなされ、黙示の合意による地役権が横行し、登記される例は極端に少ないのが実情である。つまり、「地役権は物権であるから登記されるべき」という一般原則は、実際

のあり様とは乖離しているのである。

本判決については、地役権が登記になじまない権利であるとしながら、「近代的公示制度のルールに乗せるという必要性からは、登記は必要だし登記されているほうがよりベターである」[金光 2007: 114] と一定の理解を示したり、さらに肯定的に「判例は、多発する通行権紛争に対して、衡平に基づく法定通行権による弾力的な調整を図るのではなく、前掲最判において、黙示の地役権を幅広く認定して既存の未登記通行権を保護すると同時に、本判決において、将来の紛争予防を睨んだ登記による権利保全の道をも地役権者に開いた」[石田 1999: 101] と捉える見解もある。しかし、要役地所有者の権利保護の必要性がある一方で、承役地所有者の権利にも十分配慮しなければならず、また従来の承役地所有者の認識や期待（登記に関する）も当然にある。そのため、最高裁判決によりこのままなし崩し的に認めるのではなく、なぜ登記請求権や登記義務が備わるのかについて、明確な説明がなされなければならない。

4. イギリスの制度

イギリスにも地役権は存在し、広く利用されている。取得方法としては、制定法による設定・明示の方法による設定（譲与・留保）・黙示の方法による設定（譲与・留保）・取得時効による設定の4種類がある。イギリスは判例法の国であるので、多くの判例から様々な原則や基準が確立されてきた。特に黙示の方法の場合、明確な法律がないため、個別的事情に基づいた原則や基準が混在し、非常に複雑で使い難いシステムとなっている。そのため法律委員会の2008年度報告書において、そうした問題を整理する

ことが試みられた⁽¹⁰⁾。黙示の設定について苦慮している点では日本でも同様であるため、イギリスの制度を紹介することで、何らかの示唆になればと期待する。

4-1. イギリスにおける黙示の地役権

まず、イギリスにおける地役権の歴史的経緯を概観した上で、黙示の設定について検討する。イギリスにおいて地役権は中世時代から存在していたが、用語としての定義は Terms de la Ley vol. iii における「地役権とは採取権以外のもの、ある隣人が他の隣人から、その土地上の通路または水路として、書面もしくは時効によって取得するものである」という記述が最初だといわれている。しかしこの定義は、「書面」が捺印証書に限らないこと、また要役地の存在に言及されていないことから、当時はまだ地役権が未発達な権利であったことがうかがえる [Holdsworth 1978: 321 - 322]。封建社会においては全ての土地は国王のものであったため、フリーホールドでさえ単なる土地保有形態の1つの形にすぎず、絶対的な権利ではなかった。その結果、土地に付随する制限的な権利を考えることがさほど困難ではなかったのだと見られている [Sara 2008: 187 - 188]。

地役権が初めて裁判で議論されたのは、Peers v Lucy 事件⁽¹¹⁾ で、地役権が（他の権利とは異なる）固有の権利であることが認識された。17世紀末までには研究も進んだが、地役権と地役権に類似した他の権利との区別をどうするか、また占有混同（unity of seisin）により消滅した地役権が復活する可能性など、明確になっていない部分も多かった。1839年に初めて地役権に関する専門書（Gale on Easement）が

発行されたが、その中で地役権の難解さや曖昧さについて、裁判がそれぞれ特定の事情によるため、地役権を法律において定義したり体系化することが困難であったということが述べられている。この書籍はその後の判決の大きなよりどころとなる。その後、産業革命により大都市が成長することで人々が集住した結果、地役権も展開し、通行、水路、採光、支持といった権利が顕著になった。[Holdsworth1978: 323]

16世紀に、明示的に設定されれば、地役権が捺印証書によって設定されるということが確立し、同時期に地役権が黙示的に設定されるということも確立した。この黙示の設定は、例えば以前土地に付随していたが占有混同によって消滅していた地役権について、土地の譲渡によって復活する意図が見える場合や、生じた地役権が継続的で明白な権利である場合などを示す。しかし17世紀末までは、こうした黙示の設定は不明確なものであり、自然権⁽¹²⁾や必要による方法と混同されることもあった。その後、2つの不動産の分離において、継続的かつ明白な地役権が発生すること、それには黙示の譲与と黙示の留保という2つの方法があることが理解されるようになった。こうした見解はケリンジ裁判官とホルト主席裁判官によって確立された。つまり黙示の設定が、譲与の後退禁止の原則⁽¹³⁾に基づくというものである。Tenant v Goldwin 事件⁽¹⁴⁾でホルト主席裁判官は、以下のように述べている。「もし、家の施工者がその家を採光権や従物付きで売却するとしたら、彼はあまりに近いせいでその家の採光を遮ることになるため、残りの土地に建物を建てることはできない…しかしもし彼が、採光権を留保せずに、土地の空いた部分売り、家を残したと

したら、買主は彼の家の隣に建物を建てることができる。しかし他方、彼が家を売ると、土地の空いた部分は採光権を負担した譲与によることになる。」[Holdworth1978: 334 - 335]

この譲与の後退禁止の原則のように、黙示の方法による設定には、いくつかのルールが打ち出されている（詳しくは[南部2009: 142 - 154]）。

① 譲与の後退禁止の原則

② Wheeldon v Burrows⁽¹⁵⁾ ルール：売主が自分の不動産の一部を譲渡する場合、全ての継続的で明白な地役権、つまり権利の合理的な享受に必要な、また譲与時に売主が利用していたのと同様の地役権が買主に移譲するというルール。

③ 1925年財産権法62条1項：土地の譲渡には対象となる土地に付随するあらゆる付属物、あらゆる権利が含まれることが規定されており、その中に地役権も含まれている。

④ 必要性のルール：土地にとって、その権利が本質的要素である場合に、黙示的に認めるというルール。

⑤ 当事者の共通の意図のルール：Lord

Parker of Weddington in Pwllbach Colliery Co Ltd v Woodman [1915] AC 634. で示されたルールで、方法と目的について、共通の意図を有している場合に黙示の設定を認める。

これらのルールの中で、現実の判断において特に重視されているのが、当事者の共通の意図のルールである。このルールでは、不動産を譲渡する際の条件や不動産の状況、当事者間のやりとりなどを参考に判断するのであるが、2008年の報告書では、いかに判断するのが適切かが検討された。当事者がどのような意図を有していたかを図るにしても、その証明は難しい。特に

最初の取引から転々と譲渡が繰り返された場合、最初の所有者の意図を証明するのは極めて困難であるし、また状況によっては最初は共通の意図など存在しなかったというケースもある⁽¹⁶⁾。そこで、様々な状況から当事者の意図を推定するアプローチや、契約条件から判断するアプローチなどが提案されている。この当事者の意図というものが現在では最も重視されている。しかしそれにより土地の利用にとって本質的に必要な権利まで認められないのでは不都合である。そこで、状況から土地の利用に必要な限度でこれを認めるというのが、必要性のルールである。必要性のルールはそれだけで機能することはまずないが、共通の意図のルールを補完するために使われることはある。

なお登記については、イギリスでは1925年不動産登記法において、地役権（黙示の場合も含めて）は登記なくして対抗しうる権利（overriding interests）と位置づけられ保護されてきたが、2002年の法改正により、登記される方向となった。しかし権利が明白な場合⁽¹⁷⁾には、従来通りの保護が図られている。

4-2. 小括

以上のように、イギリスでは長い歴史の中で確立した黙示の設定に関する様々なルールが存在し、これを整理する必要に駆られている。日本においてもいえることだが、もともと黙示の設定という取得方法は、明示的な方法によらないため、権利の根拠が曖昧であるという不安定さを常に含んでいる。地役権者の利益は守られるべきだが、一方で承役地所有者にとって不当な地役権を認めることになってはいけな。そのため、常に判断基準や優先順位を明確にし、

時代に合わせて基準を見直し、整理する必要がある。特に最判平12・10・18で登記請求まで認められたのであるから、なおさらその前段階である黙示の設定の判断は明確な基準でなされなければならないし、また要役地所有者と承役地所有者の双方の利益を慎重に量らなければならないのである。

〔投稿受理日 2009.9.26 / 掲載決定日 2009.11.24〕

注

- (1) 役権とは別に、土地所有権の行使を制限する規定も存在した。これは隣接土地の便益のため、または公共の必要・便益のためのもので、現在にいう相隣関係に近い。樹木剪除権、果実採取権（隣地に落ちた果実を採取するために隣地に立ち入ることができる権利）、雨水の流入または流入妨害を禁止する権など。〔船田1969: 417 - 431〕
- (2) 旧民法では財産編第44条以下に用益権、使用権、住居権の規定がある。これは広い意味では人役権だが、旧民法では特別の権利として認めたものであって、ここでいう役権とは異なる。〔梅1992: 232〕
- (3) 日本でも隠居分や後家分のように、ある土地から収益を与える慣習はあったが、これは債権関係で処理すればよく、債権関係で担保できない場合は質権または抵当権を設定すべきと考えられた。〔梅1992: 232；谷口2007: 941〕
- (4) 〔富井1985: 258 - 259〕では、地役権の本質を「承役地ノ所有権ニ対スル任意的制限」とであるとし、承役地に対して一部の支配権を行うものに他ならないとしている。
- (5) 例えば、袋地の所有者に囲繞地を通行させない地役権、隣地から水が自然に流れて来るのを防ぐ権利、界標を設けさせない地役権など。〔梅1992: 234〕
- (6) 大判昭13・6・7では、囲繞地通行権を認める理由を「一般公益上土地ノ利用ヲ全カラシメンカ為メニ」とであるとし、囲繞地通行権を得られないことで「其ノ地ノ利用ハ不能ニ帰スルモノト謂フヲ妨ケサレハナリ」としている。
- (7) Yが他3名とAの土地に溜池を築造し、引水し

て本件土地を開墾した。

- (8) 土地を数筆に分けることで、譲受人がお互いの所有する通路を通る必要が生じるような場合。
- (9) この論理を用いて、東京地判平 20・4・24 では、27 年の長きにわたり通行状態が維持されてきたこと、周辺土地所有者にとっては通路の存在は極めて重要な要素となっていることなどから、通行地役権を認める特段の事情があるとして肯定した。
- (10) Law Commission Consultation Paper No.186
- (11) Peers v Lucy (1695) 4 Mod.362.
- (12) 自然権 (Natural right)。土地所有権に付随する一般的権利の 1 つで、隣地所有者にその土地上で何らかの行為を差し控えるよう要求するもの。
- (13) Non-derogation from grant。譲与者が被譲与者に権利を譲与した後、譲与者はその権利の価値を損ねる行為をしてはならないという原則。
- (14) Tenant v Goldwin (1705) 2 Ld. Raym.
- (15) Wheeldon v Burrows (1879) 12 Ch D 31.
- (16) Wong v Beaumont (1965) 1 Q B 173.
- (17) ①譲渡された時点で土地の取得者が地役権の存在について実際に認識していた場合・②権利の存在が「地役権を行使しうる土地に対する合理的に慎重な調査」によって明らかな場合・③地役権が一年以内に行使された場合。

参考文献

- オッコー・ペーレンツ著 (河上正二訳) (2001) 『歴史の中の民法』日本評論社。
- GY. ディオズディ著 (佐藤篤士ほか訳) (1983) 『ローマ所有権法の理論』学陽書房。
- 船田享二 (1969) 『ローマ法 第二巻』岩波書店。
- 梅謙次郎 (1992) 『復刻叢書法律学篇 民法要義 卷之二 物権篇』信山社。
- 富井政章 (1985) 『復刻版民法原論 第二巻』有斐閣。
- 中島玉吉 (1914) 『民法釋義 卷之二上』金刺芳流堂。
- 我妻榮 (1983) 『新訂 物権法』岩波書店。
- 谷口知平ほか (2007) 『新版 注釈民法 7』有斐閣。
- 松坂佐一 (1976) 『民法提要 物権法』有斐閣。
- 末川博 (1956) 『物権法』日本評論新社。
- 安藤一郎 (1991) 『新版相隣関係・地役権』ぎょうせい。
- 岡本詔治 (2009) 『隣地通行権の理論と裁判 (増補版)』信山社。

- 沢井裕 (1987) 『隣地通行権』一粒社。
- 高島平蔵 (1992) 『物権法の世界』敬文堂。
- 滝沢幸代 (1997) 「最判批評」『判例評論』458, 47 - 50。
- 川井健 (1998) 「判例批評」『民商法雑誌』119 (3), 425 - 435。
- 金光寛之 (2007) 「未登記通行地役権と対効力の問題について」『横浜市立大学論叢社会科学系列』58 (1,2,3) 99 - 118。
- 石田剛 (1999) 「時の判例」『法学教室』227, 100 - 101。
- 南部あゆみ (2009) 「イギリスにおける地役権設定の明確化に向けた理論的再検討」『ソシオサイエンス』15, 141 - 156。
- Sir William Holdsworth (1978) . *A History of English Law*, Sweet & Maxwell.
- Colin Sara (2008) . *Boundaries and Easement*. Sweet & Maxwell.