

論 説

囲繞地通行権と建築法規（3・完）

—— ドイツ法における議論を素材として ——

秋 山 靖 浩

はじめに

第一章 日本法における問題状況

- 一 最判平成11年7月13日の検討
- 二 学説における議論の状況
- 三 問題意識と検討対象

第二章 ドイツ法における囲繞地通行権と建築法規

- 一 予備的説明
- 二 袋地所有者の意図した建築行為と囲繞地通行権
 - 1 前提——「用法適合性」要件の一般的な判断基準
 - 2 判例 (以上 77巻4号)
 - 3 学説における議論
 - 4 小括 (以上 78巻2号)
- 三 補論：袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与された場合
- 四 総括

第三章 結 語 (以上 本号)

第二章 ドイツ法における圍繞地通行権と建築法規

三 補論：袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与された場合

1 問題の所在

前節で検討してきたように、公道と接続していない土地においてその所有者が建物の建築を意図し、隣接地の所有者に対して、公道との接続を確保する目的で BGB917条 1 項に基づき圍繞地通行権を主張したとしても、この請求は認められない。かかる袋地はそもそも、接道に関する建設法（特に各州の建築規制法）の規定に違反しているからである。

他方、建設監督行政庁は、建築許可手続において、建築用地と公道とが接続しているかどうかを（も）審査しなければならない。そうすると、建設監督行政庁がかかる袋地の建築行為に対して建築許可を付与することは、原則としてありえない。つまり、建築許可を受けられない違法な建築行為のために圍繞地通行権が成立することはない、とされる。

それでは、かかる建築行為に建築許可が付与されてしまった場合には、どう処理されるのだろうか。

このような建築許可はもちろん違法であるから、隣人（隣接地の所有者）の法的地位に対して何らの影響も及ぼさないように見える。したがって、隣人としては、当該の建築利用は建設法に違反するがゆえに BGB917条における用法適合性の要件を充足しない、したがって隣接地を袋地所有者が通路として利用することは認められない、と反論できることになりそうである。

ところが、後述の判例に見られるように、建築許可は一定の効力を持ちうる。そして、その効力が、圍繞地通行権の成否の解釈に反映され、最終的には隣人の法的地位にも変動をもたらすことになることと解されている。

ドイツ民法の体系書・注釈書は、上記二（「袋地所有者の意図した建築行為と囲繞地通行権」）の論点を扱うに際して、以上の場面——「袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与された場合」——の処理についても注意を促している⁽¹⁾。日本法では、民法における議論としては前者の論点のみが対象となり、後者の場面にも言及がなされることはまずないと思われる。しかし、囲繞地通行権の成否・範囲の解釈における建築法規の位置づけを探ろうという本稿の問題意識からすれば、後者の議論をも踏まえて、ドイツ法における囲繞地通行権と建築法規との関係全体を把握していく必要がある。

袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与された場面とは、裁判例によれば、典型的には以下のような事案を指す。

隣接地を通じてしか公道との接続が確保しえない土地（以下では「袋地」と呼ぶ）において、その所有者が建築行為を意図し、建設監督行政庁に建築許可⁽²⁾手続を申請した。行政庁が種々の理由からこれに建築許可を付与したところ、当該隣接地の所有者（以下では「隣人」とも呼ぶ）が、当該建築許可の付与によって袋地所有者の囲繞地通行権に基づく通行を受忍させられることになり、自己の所有権を侵害されたとして、行政裁判所において行政庁を相手に当該建築許可の取消を求め、⁽³⁾というものである。

かかる紛争は、袋地所有者・隣人・行政庁という三極的な法律関係を前提にして、隣人——建築許可の名宛人ではない——が行政庁の建築許可を争ったものである。これは（建設法における）隣人の権利保護の問題として捉えられており、例えば、「建設法上の建築許可に対して不服を有する隣人が、行政裁判所法四二条二項所定の原告適格要件並びに同法一一三条一項一文所定の本案勝訴要件である『自己の権利の侵害』を充足し、取消訴訟による権利保護を求めることができるか」という問題設定⁽⁴⁾がなされているところである。⁽⁵⁾

もっとも、本稿が関心を寄せる事案は、この問題に囲繞地通行権の成否が絡んでいることが特徴的である。具体的にいえば、建築許可が囲繞地通

権の成立（厳密には用法適合性要件の充足）を導き、それによって隣人の権利を侵害することになりはしないか、という争いである。それゆえに、隣人保護一般の問題とは異なる特徴も見られる。

そこで、隣人の権利保護一般の問題については先行業績⁽⁶⁾に委ね、本稿では特に、圍繞地通行権との関係が争点となった場面に限って（補論としてではあるが）検討することにしたい。

2 裁判例の紹介

まず、主要な裁判例を紹介しておく。

(1) 連邦行政裁判所1976年3月26日判決—判決 [1] (前掲)⁽⁷⁾

本判決は、上述の典型的な事案（上記1）に類する。すなわち、袋地における住宅の建築に対して建築許可がなされたところ、隣人がこれの取消を求めた。

本判決によれば、隣人が圍繞地通行権を受忍すべき義務を負うのは、もっぱら BGB917条 1 項の基準に基づいてであり、それは民事裁判所において判断される。しかし、「建築許可が確定力を持つようになると、そこから生ずる確認的効力は、民事訴訟において判断されるべき法状況に対して、原告（ここでは隣人…引用者補足）に不利益な形で影響を及ぼす」。そこで、かかる建築許可に対する隣人の権利保護を検討する必要がある、とする。

具体的には、以下の三つの判断が示されている（結論としては、控訴審裁判所が以下の点を見落としていたとして、破棄差戻の判決が出された⁽⁸⁾）。

第一に、既に述べた、BGB917条における用法適合性要件の解釈——この点は第二点・第三点の前提問題である——についてである（上記2(2)(a)参照）。

袋地における建築行為が「地区施設整備が欠けている…等の理由で…公法上適法でない場合」には、それは用法に適った利用とはいえない。「なぜなら、公法の規定上適法でないものを、私法秩序が『用法に適った』も

のとして承認することはできないからである」。

第二に、袋地における建築行為が建設法上不適法であるにもかかわらず建築許可が付与された場合の、建築許可の効力と BGB917条1項との関係⁽⁹⁾である。

建築許可は、「許可の時点で効力を有している公法全体に当該建築行為が合致していることを、拘束力をもって確認する」。このことは、建築許可が違法であっても変わらない。

それゆえに、まさに建築許可が違法な場合に、要件面で影響が生ずることになる。自己の土地が BGB917条1項に基づき圍繞地通路として利用されることに隣人が民事訴訟において反対しているとしても、かかる建築許可は、それが不可争 Unanfechtbarkeit になると、隣人に対して以下の効果をもたらす。すなわち、「公法に違反しているという理由だけで既に袋地の利用は用法不適合である」（それゆえに袋地所有者の圍繞地通行権の要求を拒否できる）、との隣人の主張が遮断されるのである。

結局のところ、違法に付与された建築許可は、隣人に対して圍繞地通路の受忍を課すことになる。

第三に、建築許可の確定力は、以上のような形で、隣人から民法上の防御可能性（袋地所有者に対する不作為請求権など）を奪ってしまうことになる。⁽¹⁰⁾ ここでは、「建築許可が客観的に違法な場合における、公法に由来する所有権侵害」が見出される。そこで、本判決は、これに対する隣人の⁽¹¹⁾権利保護について、以下のように述べている。

本件の建築許可は、基本法14条1項により保護される隣人の所有権を侵害している。かかる侵害は公法的性質を有しているところ、「公法は、私法が私法領域から生ずる侵害に対して講じているのと優るとも劣らず、公法の方向において所有権を保護している」。したがって、公法も同様に、「『所有権に基づく』（公法上の）請求権」として、かかる侵害に対する防御請求権と除去請求権を隣人に認めている。これらは具体的には、行政庁に対する異議申し立ておよび行政裁判所に対する訴えの形で行使されう

る。

その際、当裁判所は以下の認識に基づいている。「行政庁の違法な判断もしくはそこから利益を受ける者によるその判断の悪用 *Ausnutzung* が、基本法14条1項により保護される隣人の所有権を侵害している場合には、個別法に第三者のために機能する保護規範がないにもかかわらず、隣人に公法上の防御権が生じうる」。

さらに、建築許可による侵害は、圍繞地通行路の受忍という形で隣人の権利の直接的な悪化をもたらしている点で、所有権に対する「直接的な侵害⁽¹²⁾」と位置づけられる。隣人はもちろんかかる侵害を防御することができるが、その際の要件として、「当該侵害が所有者をいかに『重大に *schwer*』あるいは『受忍し難く *unerträglich*』侵害しているか」を要求する必要はない（これに対して、「間接的な侵害⁽¹³⁾」の場合には原則として受忍されなければならない、それが重大かつ受忍し難い侵害を引き起こしている場合に初めて、隣人はそれを防御することができる）。かくして、「直接的な侵害」と「間接的な侵害」とを区別する。

(2) 連邦行政裁判所1996年6月4日判決⁽¹⁴⁾—判決 [6]

本判決の事案は、上述の典型的な事案——建築許可の取消訴訟——とは異なる。やや詳しく紹介すると、以下の通りである。

袋地上に建築許可を受けずに住宅が建築され、その居住者が近隣地を通行していた。本件では、建設法違反ゆえに圍繞地通行権の成立要件が満たされていないことは、争いが無い。近隣地の所有者（隣人）は、建設法違反を理由に、管轄行政庁に対して建設監督上の措置を袋地所有者に対して講じるよう促したが、行政庁は、袋地所有者の居住の確保などを理由に応じなかった。隣人は、袋地所有者に対して、自己の土地を通路として利用してはならない旨の民事訴訟を提起した。しかし、行政庁が袋地利用に対して利用禁止・利用制限を命じていない限り、袋地は用法に適った形で利用されているとの理由で、隣人は敗訴した。隣人は再び、これらの措置を講じるよう管轄行政庁に求めたが、行政庁は応じなかった。

そこで、隣人は、袋地利用のための囲繞地通行路を受忍させられることによって自己の土地所有権が侵害されているとして、行政庁を相手に不作爲訴訟⁽¹⁵⁾Untätigkeitsklageを起こした。その際に、隣人は、行政庁が建設法違反の利用に介入しないことは当該利用が違法に許可された場合と同様の法的状況に隣人を置くことになる、と主張していた。

連邦行政裁判所は、結論的には隣人の主張を認めなかったが、隣人の上記の主張を受けて、違法な建築許可が付与された場面と比較する形で判断を示した。判決〔1〕の三つの判断に沿って判旨を整理すると、以下のようになる。

第一に、BGB917条における用法適合性要件の解釈については、「公法上の規定に違反し、建築許可によりカバーされていないがゆえに、公法の準則に照らして不適法とされる土地利用は、私法秩序によっても用法に適った利用とみなされることはありえない」として、判決〔1〕を継承する。もっとも、その理由として、「私法と公法は無関係に並立しているわけではない」との認識、および、「公法において正当化根拠の存在していない状況を民法において『用法に適ったもの』と判定することは、評価矛盾を意味するであろう」といった価値判断を付け加えていることが、特徴的である。

第二に、建築許可の効力とBGB917条1項との関係についても、判例〔1〕の判断を引用する。すなわち、建築許可が当該建築行為の建設法合致性を拘束力をもって確認すること、かかる効力がBGB917条の要件面にも影響を及ぼすこと、が述べられる。

しかしながら、本判決の事案では、建築許可は付与されていない。むしろ争点は、「行政庁が建設法違反の利用を禁止しなかったこと」をどう評価するかである。

本判決によれば、行政庁がかかる対応をとっても、当該利用が民法の意味における用法に適ったものになるわけではない、つまり何ら合法化の効力 Legalisierungswirkung はもたらされない、とする。「行政庁は、建設

法違反をしかるべき時期に終結させる法的可能性を、まだ放棄していない。建築許可が付与された場合とは異なり、行政庁は、自らの積極的な行為を通じて917条の要件の実現に寄与しているわけではない」(それゆえに、用法適合性を認めた本件の民事裁判所の判断は、連邦通常裁判所および連邦行政裁判所の判例に調和しないとする)。

第三に、以上の事案の相違を踏まえて、隣人の権利保護——本件では行政庁の不作为の是非——について判断がなされる。

建築許可が違法に付与された場合であれば、判決 [1] と同様の扱いがなされる。もっとも、本判決は、「建築許可は、第三者の私権に関わることなく下される⁽¹⁶⁾にもかかわらず、圍繞地通行権の成立という方向でいわば自動作用を発生させる。それゆえ、関係隣人から見れば、その点で侵害としての性質を有する」と述べて、違法な建築許可が所有権の侵害に当たること、しかも自動的=直接的な侵害であることを強調している。

本判決の事案でも、行政庁が隣人のために作為義務を負っていると解されるならば、行政庁の不作为は法的に作為(違法な建築許可がなされた場面を指すと思われる)と同一視されうる。しかしながら、本件では、民事訴訟で隣人が敗訴した後に、「行政庁が隣人のために建設法違反の土地利用に対して介入する義務はなかった」とされた。

その理由として、以下の二つが挙げられる。

一つは、民事訴訟における隣人の敗訴は、「行政庁が袋地における建設法違反の状態に対して何らの措置もとらなかったことによる相当な法的結果ではない」からである。むしろ、民事訴訟を担当した民事裁判所が連邦通常裁判所・連邦行政裁判所の一致した判例——建設実体法・建設手続法に違反する土地利用は BGB917条 1 項 1 文の意味における用法に適った利用とはいえない——に依拠しなかったことに原因があり、これを行政庁に負担ないし帰責させることはできない。

もう一つは、民事訴訟の既判力は、隣人の不作为請求権の否定に及ぶだけであり、「その前提問題として審理された圍繞地通行権の受忍義務には

及んでいない」からである。したがって、「隣人にとっては、圍繞地通行権の成否の問題を今後民事裁判所での法的争訟の対象とすることは、禁じられていない」という。

(3) 連邦行政裁判所1998年5月11日決定⁽¹⁷⁾—決定 [7]

事案は、判決 [1] と同様、上述の典型例（上記1）に属する。具体的には、袋地における自動車駐車場の建築に対して建築許可がなされたところ、隣人がこれの取消を求めたものである。

本決定は、判決 [1] の第三点、すなわち、「違法な建築許可が、地区施設整備の欠如の結果として、BGB917条1項に基づく圍繞地通行権の受忍という方向で直接的な権利の悪化を招くことを通じて、基本法14条1項により保護された隣人の所有権を侵害している場合には、隣人は防御権を取得しうる」という見解（上記1）を維持するとした。

本決定がこのような確認をしたのは、本決定と連邦行政裁判所1991年6月26日判決⁽¹⁸⁾との関係が争われたからである。

後者の判決は、個別法に第三者＝隣人の保護を（も）目的とする規範が存在している限り、基本法14条1項1文に直接依拠する防御請求権が隣人のために成立することはない、という判断を示していた。しかし、本決定は、BGB917条1項1文の用法適合性要件の解釈を確認——具体的には判決 [6] の第一点を引用——した上で、判決 [1] および判決 [6] の判示を以下のようにまとめた。

「建築許可は、当該建築行為が建設法と抵触しないことを、拘束力をもって確定する。このことは、まさに当該建築許可が違法な場合に、要件上で効果を及ぼす。このような場面でも、当該の建築許可は、917条1項に基づいて自己の土地が（圍繞地通行権のために…引用者補足）利用されることに対して防御しようとする隣人から、以下の主張を奪うことになる。すなわち、当該の建築用地の利用は、それが建設公法と抵触しているという理由だけで既に用法不適合だ、との主張である。もちろん、建築許可は第三者の私権と無関係に下されるが、それにもかかわらず、圍繞地通行権の

発生という方向で建築許可はいわば自動作用をもたらすことになる。それゆえに、関係隣人の視点からすると、かかる建築許可はその限りで侵害としての性質を有している」。

以上の考慮から、本判決は、判決〔1〕の見解を堅持するべきであると結論づけた。そして、連邦行政裁判所1991年判決については、建設法上の隣人保護が原則としては個別法を基準として成立することを明確化したものである、と理解した。

3 まとめ

体系書・注釈書において判例に異論を唱えるものは見当たらず、判例の考え方が学説においても一般に受け入れられているようである。⁽¹⁹⁾

そこで、上記の裁判例を踏まえて判例の考え方を整理しておく。その上で、ここでの論点に若干のコメントを加えているブロースの指摘を紹介・分析する。

(1) 判例の考え方

(a) 隣人の権利保護の必要性

判例は、判決〔1〕をリーディングケースとして、一貫した考え方を示している。

まず、既に考察した、BGB917条1項1文における用法適合性要件の解釈が前提とされている。もっとも、判決〔6〕(決定〔7〕もこれを引用)は、公法と私法が無関係ではないことや両者間で評価矛盾が起こるのを回避すべきことを指摘することによって、判例の第一の論理——当該建築利用が公法において不適法と判断された場合には民法上でも用法不適合と評価すべきである——に一層明確な論拠を与えた、と評価される(上記二2(3)(b)②参照)。

その上で、判例は、建築許可が違法に付与されると、BGB917条1項に基づく圍繞地通行権を隣人は受忍しなければならず、自己の土地の利用について制限を受けることになるから、隣人は自己の権利——基本法14条1

項により保護される所有権——を侵害される、とした。というのも、建築許可が確定力を持つに至った場合には、隣人は、袋地利用に用法適合性が欠如していることを、建設法上の違法性を援用して根拠づけることができなくなってしまうからである。なお、上述の裁判例においては明らかでないが、建築許可（行政行為）がかかる確定力を持つのは法的安定性のためだと一般に説明されている。⁽²⁰⁾

(b) 法律構成

そこで、この場面では、隣人の権利を保護することが要請される。

その際に注意すべきは、（違法な）建築許可の付与と囲繞地通行権の成立——それに伴う隣人による囲繞地通行権の受忍——とがいわば連動していることである。その意味で、隣人の権利の悪化は、違法な建築許可によって自動的・直接的にもたらされていると評価されている。それゆえに、隣人は、当該建築許可の付与が自らを重大かつ受忍し難いほどに侵害していない場合であっても、基本法14条を直接に根拠として、建築許可を取り消すことができると解されている。ここでは、基本法に依拠して隣人の権利を保護する（違法な建築許可を取り消す）ための要件について、間接的な侵害の場面とは区別がなされているのが特徴的である。

付言しておけば、このような基本権に直接依拠する形での隣人の権利保護は、判例において、例外的にその可能性が残されているにすぎない（原則としては個別法の保護規範を根拠に建築許可を争うことができる）と理解されている。⁽²¹⁾ そうすると、本稿の取り上げた場面では、まさにこの例外が認められている（しかも間接的な侵害の場面よりも緩やかに）といえよう。⁽²²⁾

(c) 隣人の利益への配慮

以上の判例の考え方から判明するように、建築許可が違法に付与される場面では、隣人（隣接地の所有者）の所有権が当該建築許可により侵害されることに鑑みて、その権利を保護するための理論構成が導かれている。つまり、囲繞地所有者の利益への配慮が、この場面における問題解決の重要な鍵を握っているといえる。

このことは、上記二の場面（「袋地所有者の意図した建築行為と圍繞地通行権」）で抽出された第一の論理と第二の論理において、圍繞地所有者の利益への配慮が少なくとも前面には出されていなかったこと（上記二 4 参照）と、極めて対照的な構造になっている。この点については、利益の調整という観点から後に整理することにしたい（下記四 3）。

(2) 補論——判決 [6] の意義

上記の裁判例のうち、判決 [6] は他とは異なり、許可されていない建築行為について行政庁が利用禁止等を講じなかったという事案である。もっとも、隣人側の主張に沿って、建築許可が違法に付与された場面とこの場面とを同視することができるか、という形で争われている。

既に紹介したように、本判決は、判決 [1] を継承しつつ、本判決の事案については異なる判断が当てはまるとした。建築許可が違法であってもその拘束力によって隣人の反論が遮断されるという効果は、あくまでも、行政庁が建築許可を積極的に付与した場面で生じる、という点が明らかにされたといえよう。

なお、判決 [6] に対しては、事案の解決という視点から、むしろ異なるアプローチを取るべきことが指摘されている⁽²³⁾。

それによれば、信義則を根拠として、隣人の公法上の防御請求権が認められない（したがって隣人は圍繞地通行権の受忍を強制されることになろう）可能性があるという。判例では、長い期間行動を起こさなかったことを理由に隣人の権利が失効しうること、その他の諸々の事情（例えば自身の先行行為との矛盾）を理由に隣人の権利行使が信義則に違反しうること、などの法律構成が具体的に認められている⁽²⁴⁾。本件でもかかる問題設定ができたのではないかと、⁽²⁵⁾ というのである。

本稿の主題から外れるので以上の指摘にとどめるが、信義則を根拠として公法上の防御請求権の主張を制限する法律構成がありうることは、興味深いと思われる。

（3）ブロースの指摘

判例の考え方について若干の（そしておそらく唯一の）分析をしているのが、ブロースである。

ブロースは、判決〔1〕および判決〔6〕を受けて、建設公法と民法とが交錯する場面での問題解決へのアプローチについて言及する。それによると、判例における解決（行政裁判所における建築許可の取消という形での隣人の権利保護）を肯定した上で、民事訴訟による解決の可能性も指摘される⁽²⁶⁾。

建築許可が付与された後に、かかる法的紛争を民事訴訟——袋地所有者と隣人との間で圍繞地通行権の成否が争われる——で処理するよう指示するという解決策も、適切であるように思われる。もっとも、そのためには、「民事裁判所が自ら義務感をもって事実関係と法状況を審査する」ことが前提とされる。つまり、袋地所有者が自己のために圍繞地通行権が成立することを主張している場合において、「地区施設整備に関する建設法の規定が前提問題として審査されなければならない」。建設法違反の建築許可の場面では、袋地所有者の土地利用は用法適合性を欠くから、その主張は民事裁判所によって強制的に拒否されるべきである、という⁽²⁷⁾。

以上の指摘は、建築許可の効力に関する判例の解釈の変更を迫っているようにも見える。判例によれば、違法な建築許可であっても用法適合性要件を通じて民事訴訟に影響を及ぼし、その結果、袋地の利用が用法適合性に欠けるとの隣人の主張を封じるとされているからである。

しかし、ブロースの意図はむしろ、行政裁判の方法による一元的な処理を目指すところにあるようである。というのも、民事訴訟の可能性を指摘しながらも、結論としては、行政裁判の方法による処理の方が優先に値すると主張しているからである。筆者なりに整理すると、その根拠としておおよそ二つの点を見出すことができる⁽²⁸⁾。

第一に、根本的な価値判断として、建築許可は行政（国家）の任務であるからこそ、行政庁および行政裁判所は建築許可をめぐる隣人の権利保護

の問題から退いてはならない、とされているからである。⁽²⁹⁾この点は、前節で検討した、建設法の構造（特に建築規制法）の尊重という発想と共通の基盤に立っているといえよう（上記二 4(3)および(4)参照）。

第二に、実際上の考慮として、民事訴訟による解決と行政訴訟による解決の両方を残しておく、隣人の権利保護の可能性が膨張してしまい、訴訟の頻発のおそれがあるからである。「氾濫する訴訟の迅速化・簡素化・封じ込め」などを考慮するならば、行政裁判の方法において問題を処理するのがごく自然である。また、このようにして解決方法を一つの裁判部門に統合することが、法的安定性を創り出すことにもつながるといえる。⁽³⁰⁾

ブローズの以上の指摘は、この場面における問題解決の枠組みとその根拠を考える上で、一つの手がかりを提供してくれるものと思われる（ただし、この指摘が広く受け入れられているかどうかは判断し難く、その評価はここでは留保せざるをえない⁽³¹⁾）。

四 総括

1 序

本章は、ドイツ法における囲繞地通行権と建築法規との関係を考察するにあたり、問題場面として、「袋地所有者の意図した建築行為と囲繞地通行権」（上記二）および（補論として）「袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与された場合」（上記三）を検討した。以上の検討から明らかにされたことについては、それぞれの箇所ですでに言及してきた（上記二 4 および三 3）ので、ここでは繰り返さない。

以下では、ドイツ法を通じて得られた知見を本稿の問題意識（上記第一章三 1）に沿って整理し直すことで、ドイツ法の考察の総括としたい。

2 圍繞地通行権の解釈における建築法規（接道規定）の位置づけ

(1) 問題の所在

ドイツ法においても、未建築の袋地においてその所有者が建築を意図した場合（建物の建替えや用途変更の場合も同様の規律が当てはまる⁽³²⁾）に、当該所有者が近隣地の所有者に対して圍繞地通行権の成立を主張することがある。他方、建設法は、建築用地と公道との接続を厳格に要求している。

そこで、かかる接道規定が圍繞地通行権の解釈においてどのように位置づけられるのかが争点となっている。この点は、本稿の第一の問題意識と重なる。

(2) 接道規定の存在の重要性

(a) 解釈を決定的に方向づける役割

考察を通じて明らかになったのは、建設法の接道規定が民法の圍繞地通行権の解釈を決定的に方向づけている、ということである。

建設法——特に各州の建築規制法——の接道規定は危険の除去という重要な任務を担っているため、その果たすべき役割が強調され、これが尊重されるべきだとされる（上記二における第二の論理）。このことはさらに、接道に関する規制を確立・維持する仕組みとして、建設計画法・建築規制法・建築許可という建設法の一連の構造が出来上がっていると捉えることも可能である（上記二4(3)(c)参照）。

民法の圍繞地通行権の解釈にも、かかる態度が当然に反映されることになる。

圍繞地通行権の成立には袋地利用の用法適合性が要件とされるところ、建設法上の接道規定を満たさない（したがって袋地の建築について原則として建築許可は受けられない）袋地利用は、民法においても用法不適合と判断されるべきである。仮に、建築法規において正当化されない状況を民法において「用法適合的なもの」と判断するのは、両者間での評価矛盾を意味する。建築法規の規定（ここでは接道規定）が重視されているからこそ、そこでの法的評価を民法のレベルで覆してはならない、とされるのである

(上記二の第一の論理)。

この論理自体は、本稿の論点に限らず、相隣法の他の分野においても見出されうる。その意味では、BGB917条における建築法規の位置づけは、相隣法の領域に共通する論理にも支えられているといえよう。

結局、袋地所有者の冒頭の主張は認められないとの結論に至る。

(b) 囲繞地通行権を接道の手法として活用することができるか

ところで、発想を転換して、以下のように考えたらどうであろうか。囲繞地通行権の成立を肯定すれば袋地と公道との接続が確保されることになる(その結果として接道規制をクリアーするので袋地上での建築も許可される)のではないか、そのような形で囲繞地通行権を接道の一手法として積極的に活用することができるのではないかと。

しかし、接道規制の目的・機能が上述のように極めて重要であることを出発点とするとき、このような発想はそもそも成り立ち難い。

州建築規制法の接道規定の構造から見ると、この点は明らかである。というのも、接道規制の重要性に鑑みて、州建築規制法は、公道と直接に接することを原則とし、限定的な要件の下でのみその例外を容認するにすぎないからである。接道規制(さらには建設法の一連の構造)の尊重という態度からすれば、この例外——具体的には「公法上保障された(他人の)通路」——の運用も厳格になされなければならない。民法上の囲繞地通行権という(州建築規制法に書かれていない)代替手段でも構わないというのは、州建築規制法の規律の意味がなし崩しにされてしまう。

したがって、公道に接続していない土地での建築が許されるためには、あくまでも州建築規制法の枠内での対応、つまり同法上の例外的な接道手法に該当することが必要である(ただし、これらの例外についての詳しい検討は今後の課題として残されている)。その反面、囲繞地通行権に対して、接道確保(代替)手法としての機能を認めることはできないことになる。

(3) まとめ

かくして、ドイツ法では、建築法規として建設法(特に各州の建築規制

法)の接道規定が念頭に置かれた上で、民法上の圍繞地通行権の解釈において考慮されるが、それは圍繞地通行権の成立要件に対して上述のような形で決定的な影響力を持つことになる。そのため、本稿の検討場面に関する限り、圍繞地通行権の解釈に際して、建築法規として他の規定もが考慮に含まれることはない。

また、土地と公道との接続を確保するにあたっては、接道規定の趣旨・目的に鑑みて、まずもって建設法の枠内で対応がなされるべきこと、民法上の圍繞地通行権では接道規定の目的を満たすに不十分であることも、ドイツ法からの知見として重要である。

3 相隣関係における利益調整の構造

次に、本稿の第二の問題意識、すなわち、相隣関係において調整されるべき利益の構造という視点から、ドイツ法の考察を振り返ってみる。

(1) 調整される利益

圍繞地通行権の成立要件たる用法適合性の解釈では、上述のように（上記2）、建設法の接道規定の目的——危険除去という公共的利益——が正面から考慮されている。このことは、圍繞地通行権の成否の判断に際して、公共的利益も利益調整の対象になっていることを示している⁽³⁴⁾。

そうすると、ここでの利益調整は、少なくとも袋地所有者と圍繞地所有者それぞれの私益間の単純な調整とは捉えられていない。むしろ、ドイツ法では、調整されるべき利益の構造が多面的・複合的であることを当然の前提にしているといえる。

(2) 利益調整の特徴

このように、調整対象となる利益は複数あるものの、それらの重要度には相当に濃淡がつけられている。というのも、接道規定を遵守していない袋地利用については、接道規定に反しているという理由だけで、BGB917条の意味の用法適合性が否定されるからである。したがって、接道規定によって達成されようとする公共的利益には、この場面での利益調整を決定

づける役割が付与されている。

ここでは、ドイツ法の状況として、以下の二点に注意しておきたい。

第一に、本稿の検討場面に関する限り、利益調整の過程において、袋地所有者と囲繞地所有者それぞれの個人的利益への格別な配慮は見当たらないことである。

まず、囲繞地通行権が成立すれば、囲繞地所有者は自己の土地の利用を制限されるという不利益を受忍せざるをえなくなるが、囲繞地所有者のかかる利益（ここでは不利益）を考慮した判断はなされていない。上述の通り、接道規定違反が即座に用法不適合の判断を導いているからである。したがって、囲繞地所有者に生ずる不利益を回避するために囲繞地通行権を不成立とする、という論拠が採用されているわけではないことに注意する必要がある⁽³⁵⁾。

次に、袋地所有者の私益面であるが、ここでは袋地利用が接道規定に違反する場面であるから、明確な言及こそないものの、袋地所有者の利益はそもそも考慮に値しないものとして捉えられているようである。

第二に、接道規定の趣旨・目的たる公共的利益と囲繞地所有者（さらには近隣住民）の個人的利益との結びつきも、あまり意識されていないと思われる。

接道規定の趣旨・目的を重視した解釈をすれば、囲繞地通行権の成立が否定される（もちろん建築許可も拒絶される）から、未接道の袋地での建築に伴う諸々の危険の発生を回避すること、つまり、相隣関係における防災・衛生・安全性などの公共的利益を確保することに資するが、そのことによって、囲繞地所有者をはじめとする近隣住民もそこから個別的な利益（良好な住環境など）を享受することになる。この点で、公共的利益の確保と個人的利益の確保とは密接に結びついているといえる（第一章三三参照）。

ドイツの判例・学説では、接道規定の目的たる危険除去は特に強調されている。しかしながら、上述のようにして囲繞地所有者等の個人的利益の

確保にもつながるから接道規定を尊重するべきである、といった論拠は見当たらなかった。少なくとも、このような認識が明確に述べられることはなかったといえる。

以上を踏まえると、本稿の検討場面においては、もっぱら危険除去という公益の確保のみを志向して利益の調整がなされている、と見るのが自然である。⁽³⁶⁾

（3）利益調整の変化——袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与された場合

ところが、袋地所有者の建築行為に違法に建築許可が付与されてしまった場面では、利益の調整の仕方に変化が起こる。

袋地利用が公道との接続を欠く場合には、本来ならば、建設監督行政庁が建築許可を付与することはないはずである。それゆえ、袋地利用が用法適合的と判定されて、囲繞地通行権が成立する——囲繞地所有者は囲繞地通行権を受忍しなければならない——こともないはずである。

しかし、上述のように、ひとたび建築許可が付与されてしまうと、違法な建築許可であっても一定の拘束力を持ち、囲繞地所有者をはじめとする隣人の反論を封じる効果を生じさせる。しかし、これでは隣人がかかる建築許可によって自己の所有権を侵害されてしまうことになるので、判例・学説は、かかる建築許可を争うための手段を当該隣人に認めている（上記三）。

このような隣人の権利保護がなぜ肯定されるのかといえば、袋地所有者（建築許可の名宛人）・建設監督行政庁・隣人（囲繞地所有者）の三面関係において、ここでは隣人（囲繞地所有者）の利益への配慮が前面に出ているからである。しかも、隣人の権利（利益）が直接的に侵害されることを根拠に、かなり緩やかな要件の下で、隣人による建築許可の取消が認められている。

この場面での利益調整の特徴を明らかにするために、「袋地所有者の意図した建築行為と囲繞地通行権」の場面（上記二）と比較しておこう。

上記場面では、接道規定の目的(だけ)が何よりも重視されており、接道規定に反する形で囲繞地通行権が成立しないようにするための利益調整が図られていたといえる。結果としては囲繞地所有者の利益が確保されることにもつながりうるが、それを目的にしているわけではない(上記(2))。これに対して、違法な建築許可の場面では、隣人(囲繞地所有者)の利益の保護が重要な要請となるから、こちらにシフトした形での利益調整がなされることになる。囲繞地所有者の利益に対する重点の置き方が両場面で対照的であることに注意しておきたい。

第三章 結 語

前章において既に、本稿の問題意識に沿う形でドイツ法の考察を整理した(第二章四)。ここでは、その整理に基づいて、日本法の従来の議論と今後進むべき方向性について検討する。

一 概要——ドイツ法からの示唆

まず、見取り図として、ドイツ法の考察から得られた日本法への示唆を略述しておくことにしよう。

第一に、建築基準法43条1項本文の規定(以下では「接道要件」と呼ぶ)について、その趣旨・目的や機能を確認する必要がある。そして、この規定の重要性が承認される場合には、囲繞地通行権の成否・内容の解釈においても、接道要件は基本的に尊重されるべきである。つまり、接道要件を満たしていないことを理由に、ある土地での建築を建築基準法が不適法と評価している場合には、民法において、かかる建築基準法の評価を覆すべきではない。

かかる態度からすると、接道要件を緩めることになる制度については、これを接道要件の例外として位置づけて、そのような例外が許されるのか

どうかを原則——すなわち接道要件——との関係で吟味することになる。建築法規において例外があらかじめ用意されている場合には、まずはそれらの例外の活用を考えるのが合理的である。民法の圍繞地通行権が接道要件を満たす目的（袋地における建築を可能にするためなど）で主張される場合は、かかる例外の一場面として位置づけられる。そして、そのことを前提にして議論がなされるべきである。

第二に、この場面での利益調整においては、接道要件の達成しようとする目的・理念がその中に含まれることを積極的に承認し、その他の利益との調整のあり方を探る必要がある。このことは、接道要件を尊重した解釈を展開する際の、基本的な前提となる。

このような認識を持つことによって、従来まで見落とされていた場面も、圍繞地通行権と建築法規の関係として考察の対象にされることになる。特に、袋地所有者の建築行為が違法であるにもかかわらず行政庁によってこれが是認された場合、などが考えられる。そして、これらの場面ごとに利益調整のあり方が検討されるべきである。

それでは、以上の認識に基づいて、具体的な論点についてどのように考えていくことができるだろうか。

二 圍繞地通行権の通路の幅員をめぐる議論について

1 前置き

検討に入る前に、以下の二点についてあらかじめ確認しておきたい。

第一に、以下の検討にあたっては、袋地所有者が接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権を主張する場面を前提にする。したがって、圍繞地通行権の通路の幅員をめぐる争いであっても、袋地所有者が接道要件を援用していないような場面については、検討の対象外である。

第二に、ドイツ法における解釈を日本法においても参考にすることができるだろうか。というのも、ドイツ法では、日本法には見られない用法適

合性という成立要件で議論がなされているのに対して、日本法では、成立要件の問題ではなくてむしろ圍繞地通行権の内容・範囲の問題と捉えられることも多い(民211条参照)からである。

しかし、以上の相違点は、日独比較の上で大きな妨げにならないものと考えられる。

一つ目として、ドイツ法の用法適合性要件においても日本法の圍繞地通行権の幅員をめぐる議論においても、諸要素を考慮した総合的な判断がなされる点で共通している。前者では、当該土地の規模や利用形態、近隣の状況などの他、法秩序の遵守も判断要素の一つに数えられている(第二章二1)。他方、後者でも、袋地所有者の通行の必要度、圍繞地利用者の被害の程度、その他の諸般の事情が考慮されるところ、接道要件も考慮されるべきかどうか争われている(第一章二)。

その上で、両法のどちらにおいても、圍繞地通行権の成立・内容において接道要件が基準になるのかどうか、基準になる場合にはどのようなやり方か、が争点となっている。接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権が認められなければ、袋地所有者は袋地上で建物を建築・増改築することができない、という問題状況も共通している⁽³⁷⁾。したがって、用法適合性という日本法にはない要件に関する議論も、日本法の解釈論において十分に参考になるといえる⁽³⁸⁾。

二つ目に、成立要件のレベルと内容のレベルとの違いであるが、日本法においても、幅員をめぐる議論は成立要件と厳密に区別できるわけではない。例えば、既存の通路では接道要件に適合しないために建物の建築・増改築ができない土地について、通路が一応ある以上、当該土地はそもそも袋地——袋地の存在は成立要件と解される——ではないと判断することも可能である⁽³⁹⁾。他方、現在の判例・通説では相対的袋地の概念が採用されているから、袋地の認定については緩やかに解した上で、接道要件を満たす内容までの圍繞地通行権を認めることはできない、という判断のプロセスを経ることもありうる⁽⁴⁰⁾。

以上のことから、ドイツ法の考察を参考にすることに差し障りはないと考えられる。

2 「接道要件の考慮」の意味

(1) 接道要件の意義の重要性

出発点として、日本法においても、ドイツ法と同様、建築物の敷地に対する規制として接道要件が重要な意義を担っている、と理解することができる。

第一に、接道要件の果たすべき役割の重要性は、以下の言明に既に明らかであろう。そして、接道要件のかかる趣旨を否定するような主張は見当たらないところである。

「都市計画区域内においては、当該建築物の敷地が建築基準法四二条に定義された道路に二メートル以上接しなければならないこと等を定めた四三条一項の規定に適合しているか否かも建築確認審査の対象となる事項であるが、同法四三条一項がそのように定めた趣旨は、同法四二条に定義された道路に一定の程度接しない敷地に建築物が建築されると、同法が道路の要件とした幅員四メートル以上（特定の地域においては六メートル以上）を満足しない道に接して建築物が立ち並ぶ結果となり、通行、消防、避難、通風、採光、日照、景観等、市街地の機能、環境の整備保全の観点から望ましい幅員の道路に接した建築物からなる地区を形成するという一般的公益に反するばかりではなく、当該建築物の使用者にとって、平常的において通行が不便であり、火災等の災害時の避難や消火等の活動に支障となり、その生命、身体、財産に被害が生ずるおそれがあるのみか、当該建築物の使用者以外の近隣住民にとっても、当該建築物の火災の際、消火活動に支障がある結果、延焼により、その生命、身体、財産に被害が生ずるおそれがあることによるものと解することができる。」^{(41) (42)}

第二に、ドイツにおける州建築規制法の接道規定と比較してみても、日

本法の接道要件にもこれと同様の基本的な態度⁽⁴³⁾が見出されうる。というのも、日本法においても、接道要件の趣旨として交通・避難・防火・衛生上の安全等の確保が挙げられた上で、一定の厳格な要件の下でのみその例外が認められうる、と説明されるのが一般的だからである⁽⁴⁴⁾。

以上と関連して、建築物の敷地が路地状部分のみによって道路に接する場合について、地方公共団体が安全上・防火上・衛生上の必要性からしばしば制限を付加していること⁽⁴⁵⁾（建築基準法40条参照）も注目される。建築基準法の基本的な態度として、敷地は路地状部分によらずに——いわば直接的に——接道することが要求されているといえよう。この点にも、ドイツにおける州建築規制法の接道規定の構造と共通する面がある。

第三に、接道要件を満たさない敷地（以下では「接道困難敷地」とも⁽⁴⁶⁾呼ぶ）を対象として、これに対する例外的許可（建築基準法43条1項但書）をどのように運用するかが、既に研究されている（詳しくは下記3(3)⁽⁴⁷⁾参照）。このことは、敷地の接道が都市計画・建築上の重要な要請として捉えられていること——だからこそ接道困難敷地への対応が重要な課題となりうる——を裏から証明している。

(2) 接道要件をどのように考慮すべきか

(a) 接道要件を考慮すべきか

以上の認識を出発点にすると、囲繞地通行権の通路の幅員をめぐる議論はどのように分析されるだろうか。

判例・学説ではこれまで、建築基準法令に基づく規制（接道要件）が通路の幅員を決定するに際して考慮されるべき事情の一つになるか否か、という問題設定がなされてきた。

ドイツ法の考察を参照すれば、接道要件を考慮すべきであること、しかもその考慮が結論を決定づけるべきであることが、ひとまずの解答となる。その根拠としては、上述のように、接道要件がその重要性ゆえに尊重されるべきこと、および、建築法規上での評価を民法が覆してはならないこと、が挙げられる。

(b) 接道要件を考慮する学説の問題点

ここでむしろ注意しなければならないのは、接道要件をどのように考慮するべきかである。

日本の比較的多くの学説は、程度の差こそあれ、建築法規に基づく規制も通路の幅員を決定する際に考慮されるべき事情の一つと解してきた。そして、その際の考慮の仕方は、袋地所有者の利益を補強するものとして、つまり接道要件をクリアーして建築・増改築が認められるようにするために⁽⁴⁸⁾、接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権を認める、という意味であった（その上で、袋地所有者の利益を重視するのか、それとも囲繞地所有者の不利益を回避することを重視するのか、といった基本的な視座の違いがさら⁽⁴⁹⁾に見られた）。

しかし、このような接道要件の考慮の仕方を原則とすることには、説得力が欠けているように思われる。接道要件の尊重という論理を手がかりにすると、以下の二点を指摘することができる。

第一に、日本法の従来の議論では、接道要件の尊重という論理が希薄だったことが挙げられる。

接道要件の趣旨・目的の重要性については、上述の通り、日本法においても疑う余地のないものである。そればかりでなく、接道要件に違反して建築・増改築を行おうとしても、建築確認を受けることはできない（建築基準法6条）。仮に建築を強行したとしても、特定行政庁による各種の命令の対象となりうる（同法9条）。したがって、建築基準法は、理念として、接道要件の違反に対して厳格な態度をとっているといえよう。⁽⁵⁰⁾

このような建築基準法上の評価——接道要件の趣旨・目的の重要性とその違反に対する態度——は、民法の解釈においても反映されなければならないと考えるべきである。

従来の学説のように、袋地における建築を可能にするために接道要件を考慮して、接道要件の幅員を備えた囲繞地通行権の成立を認めることは、いわば民法のレベルで袋地における建築を容認するようなものである。こ

のことは、本来ならば接道要件ゆえに建物の建築・増築等ができない土地の所有者に対して、その趣旨・目的とは矛盾する利益を与えることにもなりかねない。

しかし、かかる解釈を単純に採用すれば、建築基準法が接道要件をわざわざ規定した意味を失わせ、その意義を空洞化させることになりかねない。接道要件の意義はそのような建築を規制するところにあるはずである。また、接道要件を満たさない敷地上での建築に対する、建築基準法の評価と民法の評価とが分裂している点も懸念される。

ここではむしろ、接道要件に一定の意義が見出され尊重に値するからこそ、民法の領域においてもこれを重視した解釈論を展開して、接道要件の趣旨・目的の確保を積極的にサポートしていくことが、原則的な態度として要請されているのではなからうか。そのように考えることによって、建築基準法の評価と民法の評価との抵触も回避されるのである。その上で、次の段階（つまり例外の検討）において、接道要件を満たさない敷地上での建築を許容する可能性があるかどうかを議論するべきである。

第二に、これまでの学説の如く、接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権の成立を認めることによって接道要件の充足を図ろう（その結果として建築・増改築を可能にしよう）としても、その意図が当然に果たされるわけではないことに注意すべきである。⁽⁵¹⁾

建築基準法43条が接することを要求するのは、建築基準法上の「道路」（同法42条）である。しかし、上記の囲繞地通行権の成立を認めたとしても、その通路が当然に「道路」と評価されるわけではない。ドイツ法では、囲繞地通行権による通路は「公法上保障された通路」には該当しない、と解されているところでもある。

また、上記の囲繞地通行権が成立すると、囲繞地上の通路部分が囲繞地上の建築物の敷地から袋地上の建築物の敷地へと変更されると解するならば、後者の敷地は道路に直に接することになるから、接道要件を満たすことができる。しかし、このようにして敷地が自動的に変更されるのかどう

かについては、まだ議論の余地があるように思われる。⁽⁵²⁾

いずれにせよ、接道要件を充足した（建築・増築が可能になった）というためには、囲繞地通行権に基づく通路を「道路」と同視できるとの論理、あるいはその通路部分が袋地上の建築物の敷地になるとの（現状よりも明確な）論理が、もう一段必要になるように思われる。しかし、建築基準法上でこのことが明確に規定されていない以上、これらの論理が当然に存在しているとは言い難い。むしろ、このような論理が認められるかどうかについては、接道要件の例外として、他の例外制度と関連づけて検討されるべきであろう。

（c） 今後の方向性——接道要件の考慮のあり方

以上の二つの点を踏まえるならば、接道要件の考慮というのは、基本的には、接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権の主張を否定する意味で理解されるべきである。

具体的には、以下のような論法になろう。袋地（と主張される土地）が接道要件を満たしていない場合、かかる土地上で建築は建築基準法上不適法と評価される。囲繞地通行権の通路の幅員を決定するにあたって接道要件が考慮されるときにも、このような建築基準法上での評価が反映されるべきである。そこで、当該土地が接道要件を充足していないことが考慮の対象になる。しかも、接道要件はその意義の重要性ゆえに決定的な考慮事由となるため（接道要件の尊重）、原則的には、接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権の否定という結論が導かれることになる。

接道要件の考慮をこのように理解することは、現行法の解釈の枠内でも十分に可能である。なぜなら、囲繞地通行権の通路の位置・幅員や通路の方法等を決定するにあたっては、諸般の事情を考慮して客観的に判断するという柔軟な判断枠組みがとられているからである。⁽⁵³⁾ しかも、接道要件について特定の考慮の仕方が前提とされているわけでもない。したがって、それら諸般の事情の中で、接道要件が遵守されていないという事情を重視して結論を導くこともできるものとする。

もつとも、以上のように考えると、袋地の効用を著しく制限することになる、袋地所有者が大きな不利益を被る、といった批判があるかもしれない。しかしながら、袋地（と主張される土地）に接道が義務づけられることは、接道要件の上述の趣旨・目的から正当化されるものである。その意味では、都市計画区域および準都市計画区域内の建築物の敷地に対する内在的な制約と理解される⁽⁵⁴⁾。

したがって、原則的な態度としては、袋地が接道要件を満たしていないことを考慮して、袋地所有者の囲繞地通行権の主張を否定するべきである。このことは、まずは袋地所有者の側で接道要件をクリアするべく努力すること——具体的には接道要件の例外の適用を受けること——を意味する。そして、次の段階として、上述のように、以上の原則に対してどのような例外が認められうるかを考察する必要がある。その際、接道要件を（それを満たす内容の囲繞地通行権を成立させるという意味で）考慮すべしとしてきた学説が別の角度から再評価されること、後述の通りである（下記 3(5)で考察する）。

(3) 従来の学説との違い

このような理解に対しては、接道要件を考慮する学説・しない学説から以下の反論があるかもしれない。

第一に、接道要件を考慮すべしとする従来の学説のほとんどは、利益衡量の一要素として、囲繞地所有者に対する不利益・損失を挙げてきた⁽⁵⁵⁾。かかる事由は、上記の接道要件の尊重の論理と同様、袋地所有者の主張を否定する方向に働く。そこで、囲繞地所有者の不利益・損失という事由だけでもそもそも袋地所有者の主張を封じることができるのではないか（わざわざ接道要件の尊重などというこれまでになかった論理を持ち出す必要はないのではないか）、という疑問が出てくるかもしれない。

しかしながら、本稿の視座からすると、囲繞地所有者に対する不利益・損失を援用することはそれほど必要ではないように思われる。

まず、接道要件の尊重という論理は強力であり、それで十分だからであ

る。接道要件の趣旨・目的を達成することに重要な意義が見出されるならば、それを民法上の解釈で覆してはならないはずであり、かかる論理を他⁽⁵⁶⁾のもので補強することは必ずしも必要ではない。

次に、圍繞地所有者に対する不利益・損失を持ち出してしまうと、今度は逆に、接道要件の意義が損なわれてしまうおそれもある。例えば、圍繞地の一部が通路として利用されても圍繞地所有者の利用にそれほど支障を及ぼさない場合、圍繞地所有者に対する不利益はほとんどないから、仮に袋地が接道要件を充足していなかったとしても、圍繞地通行権の成立が認められてしまうかもしれない⁽⁵⁷⁾。しかし、かかる事態は、近隣環境における通行・防火・衛生等——接道要件はこれらの整備保全に資する——に影響を及ぼすことになりかねず、原則として容認できないと考えるべきであろう。

以上のことから考えると、接道要件の趣旨・目的が重要な役割を果たしているとの基本的な認識に立ち、接道要件の尊重という論理に依拠した上で、接道要件を満たしていない土地については、これを満たすべき内容の圍繞地通行権の主張を原則として否定するべきであろう。この方が論理構成として無理がなく一貫していると思われる（もっとも、接道要件の尊重が圍繞地所有者の不利益・損失とも密接に関係しうることについて、下記3(5)(c)参照）。

なお、接道要件の意義を尊重することを出発点とする場合には、圍繞地通行権の通路の幅員を決するに際して、建築法規の他の理念等を考慮する必要もないと考えられる。上述のように、接道要件の尊重という論理だけで十分だからである。したがって、最判平成11年7月13日⁽⁵⁸⁾が判旨に掲げた、一建築物一敷地の原則や敷地の重複使用の禁止といった理由は、圍繞地通行権の主張を否定するために不可欠とまではいえないであろう。

第二に、接道要件の考慮の意味を上述のようにドイツ法的に理解すると、結論的には、接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権の主張が否定されることになる。この結論自体は、接道要件を考慮に入れて通路の幅員

を決するべきではない、という見解（「否定説」などと呼ばれる）に親和的である。なぜなら、この見解は、接道要件を満たす必要を理由に圍繞地通行権を主張してもその主張自体失当である、とするからである。それならば、否定説を採用すれば足りるのではないか、という疑問もあろう。

しかしながら、結論が一致するにもかかわらず、この見解の論理には賛成することができない。

この見解は、最判平成11年に見られるように、民法210条と建築基準法43条1項の趣旨・目的の違いを強調する（第一章一において「公法私法相違論」と名づけた）。さらに、この見解を再評価する近時の説は、圍繞地通行権の制度を袋地の往来通行を確保するためのものと捉えて、接道要件を満たすための通路の開設・拡張をカバーするものではない（袋地か否かをか⁽⁵⁹⁾かる観点から判断するべきではない）、とする。

しかし、ドイツ法においても、民法の圍繞地通行権と州建築規制法の接道規定の趣旨・目的とが一致するわけではないことは、既に意識されていた。それにもかかわらず、接道規定の尊重をベースに、建築法規に違反する不適法な土地利用を民法において用法適合的と評価することはできないとして、民法のレベルでも、建築法規における法的評価を貫徹させるべく解釈がなされてきたのである。

したがって、仮に公法私法相違論の立場に立ったとしても、それだけでは、接道要件の考慮を否定する見解には直ちに結びつかないというべきである。そもそも、接道要件の尊重および建築法規と民法の評価矛盾回避といった論理は、圍繞地通行権の制度目的の如何とは次元の異なるものであるといえよう。本稿の知見では、ドイツ法を参考にして、むしろこれらの説得力ある論理に依拠して解釈論を組み立てていく方が、適切であると考ええる。

3 接道要件の例外

(1) 議論の必要性

接道要件が尊重されるべきこと、および、建築基準法での不適法評価を民法が覆してはならないことを出発点とすると、ここでとるべき原則は、通路の幅員を決定するに際して接道要件が決定的な事由として考慮されるべきである、その考慮とはそれを満たすべき内容の圍繞地通行権を否定するという意味である、ということになる。

しかしながら、以上の検討だけでは不十分である。

ドイツ法の考察に見られたように、民法上の圍繞地通行権の解釈に際しては、建築法規上の接道要件の例外制度をも視野に入れて議論が展開されている。他方、日本法では、圍繞地通行権の通路の幅員をめぐる論点を取り上げる際に、関連規定として接道要件の例外制度が紹介されることはあつたものの、接道要件を考慮すべきかどうかという枠組みの中でこれが明確に議論されることはなかったように思われる。⁽⁶¹⁾

そこで、日本法において圍繞地通行権の通路の幅員を議論する際にも、接道要件の例外制度にまで視野を広げて検討する必要があるだろう。以下では、そのような観点から若干の検討を試みる。

(2) 例外制度の活用

日本法に議論の蓄積がないので、ドイツ法を参考にしていきたい。

ドイツ法の解釈を支える論理として、州建築規制法の接道規定が危険除去の観点から土地と公道との接続を厳格に要求しており、それを尊重すべきことが挙げられる。そして、接道規定では、十分な配慮を経て限定的な要件の下でのみ、その例外が認められている。この論理からすれば、まずはその例外制度を適用することが考えられるべきであり、例外の認められる場面を安易に拡張することには慎重でなければならない、という認識に達する（第二章二4(3)参照）。

日本法においても、以上の認識にひとまず依拠するのが妥当であると思われる。ドイツ法と同様、接道要件の意義が重要であると理解されうるこ

と、その例外制度が建築基準法その他の建築法規の中にあらかじめ用意されていることが、その理由である。

接道要件の例外となる制度として、建築基準法上、例外的許可(同法43条)と連担建築物設計制度(同法86条2項)を挙げることができる。⁽⁶²⁾これらは、「接道困難敷地」での建築・建替えをどのように認めていくか、住環境への悪影響をいかに回避するか、といった問題へ対応するための制度⁽⁶³⁾として、しばしば議論の俎上に載せられてきた。袋地所有者が接道要件を満たす内容の圍繞地通行権を近隣地の所有者に対して主張する場面も、かかる問題と重なることが多いものと思われる。⁽⁶⁴⁾

そこで、この二つの制度について詳しく見ていくことにしよう。

(3) 例外制度その1——例外的許可

(a) 制度の概要

まず、例外的許可(建基法43条)⁽⁶⁵⁾である。

建築基準法43条1項は、建築物の敷地について原則的に接道要件を要求した上で、「ただし、その敷地の周囲に広い空地を有する建築物その他の国土交通省令で定める基準に適合する建築物で、特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めて建築審査会の同意を得て許可したものについては、この限りでない」と規定する。⁽⁶⁶⁾

さらに、建築基準法施行規則10条の2は、「その敷地の周囲に公園、緑地、広場等広い空地を有すること」(1号)、「その敷地が農道その他これに類する公共の用に供する道(幅員四メートル以上のものに限る。)に二メートル以上接すること」(2号)、「その敷地が、その建築物の用途、規模、位置及び構造に応じ、避難及び通行の安全等の目的を達するために十分な幅員を有する通路であつて、道路に通ずるものに有効に接すること」(3号)のいずれかに掲げたものを、上記の基準としている。また、通達として、「建築基準法第四十三条第一項ただし書の規定による許可の運用指針」⁽⁶⁷⁾も発せられている。

これらを受けて、特定行政庁の多くは、審査の公平性と効率性の観点か

ら、建築審査会が一括審査して同意する基準、建築審査会開催前に許可を下ろし審査会には事後報告する基準、などをあらかじめ具体的に定めて⁽⁶⁸⁾いる。

(b) 圍繞地通行権の主張との関係

接道困難敷地（＝袋地）の所有者が建築・増改築を意図する場合には、以上の例外的許可を受けることによって、接道要件をクリアーできることになる。したがって、建築・増改築を可能とするために、隣接地の所有者に対して接道要件を満たす内容の圍繞地通行権を主張する、といった法律構成をとる必要はない。むしろ、本稿の考えでは、例外的許可が用意されているからこそ、民法の解釈においては原則として、袋地所有者のかかる主張を否定するべきではないと思われる。

そして、このような態度をとる場合には、接道困難敷地の所有者のかかる意図・主張を念頭に置きつつ、例外的許可の基準および解釈・運用について検討を進めることが重要になる。なぜなら、例外的許可で解決すれば足りるとの理由で袋地所有者の主張を否定するからには、例外的許可のレベルで適切な処理がなされるかどうか——例えば接道困難敷地＝袋地の所有者の合理的な主張が無視されていないかどうかなど——を十分に吟味する必要があるからである。また、後述するように（下記(5)）、例外的許可（をはじめとする接道要件の例外制度）が正当な基準を定めていなかったり適切に運用されていなかったりするのであれば、その分だけ、民法の圍繞地通行権の制度を接道確保の代替手法として積極的に活用することも考えられるからである。

(c) 今後の検討課題

既存の研究を大雑把に整理すると、ひとまず以下の二つの点を検討課題として挙げることができよう（詳細な分析と検討については今後の課題としたい）。

第一に、例外的許可の基準に関して、既にいくつかの問題点が指摘されている。

建築基準法施行規則10条の2については、敷地が建築基準法上の道路に全く接していない場合の基準のみを定めるものであり、接してはいるけれども接道の幅が2メートルに満たない場合について何ら規定していない、と指摘される。また、同条2号(幅員4メートル以上の公共の用に供する道)では2メートルの接道が要求されるのに、3号(単なる通路)ではそのような接道が要求されていないのも、後者の場面の方が通常は安全性に劣るであろうから、矛盾しているという。⁽⁶⁹⁾

特定行政庁の定める基準についても、疑問が提示されている。特に、幅員4メートル未満の通路(建築基準法上の道路ではない)に接している敷地に関する、以下のような例外的許可の要件が問題視されている。⁽⁷⁰⁾ すなわち、<通路中心線から2メートル後退した線を通路と敷地の境界とし、通路全体の4メートル拡幅整備等に関して関係権利者間の同意を取る手続き(通路協定を締結する等)を要件とする方法>である。⁽⁷¹⁾

まず、かかる同意を得るのが難しいことが挙げられる。特に、上記通路に接している敷地のうち、建築基準法上の道路にも既に接している敷地(通路の入口部分にあるので喉元敷地などと呼ばれる)については、既に接道要件を満たしているから、わざわざ敷地後退して通路を拡幅整備することに同意するインセンティブが働かない。かといって、関係権利者の全ての同意を必要としないとすれば、通路協定の実効性が失われることになる。

次に、通路協定が仮に締結されても、通路拡幅の実現を難しくしている現実がある。実態調査によれば、通路の幅員が狭い、敷地規模が小さい、などの劣悪な状況があるという。

さらに、通路協定を締結しても、通路拡幅を将来に実現するための法的な担保がないことである。通路協定の存在はあくまでも例外的許可の要件であり、通路協定自体に建築基準法上一定の効果が与えられるわけではない。⁽⁷²⁾ また、通路自体が建築基準法上の道路に変わるわけでもないので、同法44条に基づく幅員確保の法的担保も存在しない、とされる。⁽⁷³⁾ 似たような状況として建築基準法42条2項に基づく道路(以下では「2項道路」と呼

ぶ)が挙げられるが、かかる道路の拡幅が容易に進んでいないことはよく知られているところである。

第二に、例外的許可の運用についても、既に批判がある。⁽⁷⁴⁾

実態調査によれば、例外的許可が問題となる場面では、狭隘道路の問題や狭小敷地の問題も絡まり、非常に不雑な問題状況が生じている。その中で特に注意すべきは、一定の類型の事例において、例外的許可が接道困難な敷地を救済するための措置として運用されているため、そのことが将来において住環境上の問題を引き起こしかねない、との指摘である。そこで、むしろ例外的許可の場面——接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権が主張される場面と重なることが多いだろう——を、周辺の地区・街区レベルでの住環境の状況や整備方針の中に積極的に位置づけ、その中で例外的許可が受けられるかどうかを個別に審査するべきである、一律の基準を機械的に適用するべきではない、とされる（この点は下記(4)の連担建築物設計制度の活用にもつながる）。

このことは、上述の通路協定に依拠した基準の適用場面にも当てはまる。というのも、この基準によって一律に例外的許可を運用しても、上述のように現実には通路の拡幅が困難である（将来も拡幅がなされないままであると予想される）ため、結果的には、通路の現状の幅員を追認するあるいは事実上の基準の緩和につながりかねない。⁽⁷⁵⁾ここではむしろ、避難や通行の安全の他、周辺の市街地環境との関係を意識した総合的な判断が必要であり、場合によっては、建築物の用途・構造・規模について特別な制限を付加することが望ましい、とされる。

本稿の観点からすれば、接道困難敷地の所有者が接道要件を満たす内容の圍繞地通行権を主張する場面との関連において、以上の問題点を解明することが必要になろう。また、本稿の直接の対象からは離れるが、以上の例外的許可の場面は、2項道路をはじめとする狭隘道路の整備、さらには近隣住環境の整備など、広範な課題にも接続する。これらも視野に入れながら法的な観点から検討を進めることが、筆者の今後の課題である。

(4) 例外制度その 2 —— 連担建築物設計制度

次に、連担建築物設計制度（建基法86条2項⁽⁷⁶⁾）を見ていくことにしよう。

建築基準法では、一建築物一敷地の原則に基づき、敷地単位で建築計画を規制している。連担建築物設計制度はその例外を認めるものである。既存建築物のある複数の敷地を「一団の土地の区域」とし、その建築物の存在を前提とした上で、「安全上、防火上及び衛生上必要な国土交通省令で定める基準に従い総合的見地からした設計によって当該区域内に建築物が建築される場合」には、これらの複数の建築物は「同一敷地内にあるもの」とみなされる。その際には、特定行政庁の認定（各建築物の位置及び構造が安全上・防火上・衛生上支障がないこと）、および、当該対象区域内にある土地の所有者・借地権者の同意（同条3項）が必要である。

そして、建築基準法施行規則10条の16および10条の17において、認定申請の際に提出すべき図書、安全上・防火上・衛生上必要な基準が定められている。また、通達（「一団地の総合的設計制度及び連担建築物設計制度の運用指針」⁽⁷⁷⁾）の存在、これらを受けて特定行政庁が基準を作成していることも、例外的許可の場合と同様である。

この制度の適用を受けると、その対象区域において、建築基準法の一定の規定（「特例対象規定」）は、これら複数の建築物全体が同一敷地内にあるものとして適用される。建築基準法43条も特例対象規定に含まれている（同法86条1項参照）。したがって、接道要件を満たしていない敷地の所有者は、建築物の建築を意図した場合に、この制度を活用することもできる。実際、行政サイドの説明や適用例を見ても、接道要件の例外を認めることがこの制度の重要な目的（の一つ）とされている⁽⁷⁸⁾。そうすると、接道要件を満たす内容の囲繞地通行権を主張しようとする袋地所有者には、接道要件の例外制度がさらに用意されているといえよう。

本稿の見地では、囲繞地通行権の幅員をめぐる議論を意識しながら、連担建築物設計制度についても理解を深める必要があると考える。今後の検討にあたって留意すべき点だけを指摘しておきたい。

第一に、例外的許可の場合と同様、制度適用の基準等について議論を進めていくことが重要である。というのも、あくまでも例外を認める制度であるから、適切な基準が設定されなければ、接道要件（ここではさらに一建築物一敷地の原則も）が安易に潜脱されるだけでなく、接道困難敷地での建築を真に必要としている——そのことに合理性もある——者の要請に⁽⁷⁹⁾ 応えられない制度にもなってしまうからである。

第二に、連担建築物設計制度は、例外的許可と異なり、複数の敷地を対象にしている点である。上述のように、例外的許可の問題点として、地区・街区レベルの視点の必要性が指摘されていた（上記(3)）。そうすると、連担建築物設計制度の方が、接道困難敷地の問題に対してより望ましい解決を提供するかもしれない⁽⁸⁰⁾。いずれにしても、接道困難な敷地が多く見られる地区・地域の住環境をどのようにして整備していくか、という広い視点から、両制度の特徴を踏まえつつ議論を進めていく必要がある。

(5) 民法上の圍繞地通行権の可能性——例外制度その3？

(a) 考察の視点

それでは、袋地所有者が自己の土地上に建築をしたいならば自ら上述の例外制度を活用すれば足りる、接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権を主張してもそれは否定される、と結論づけてよいだろうか。

ドイツ法の考察からすればかかる結論が当然に導かれ、本稿もそのような立場から論を展開してきた。しかし、筆者としては、さらに、民法の圍繞地通行権の制度にも接道要件の例外制度——あるいは接道確保の代替手法——としての位置づけが与えられないかどうかを検討するべきではないか、と考えている。

一つ目の理由として、日本法においては従来から、接道要件を考慮する説、しかもどちらかといえば袋地所有者の主張に理解を示そうとする説⁽⁸¹⁾（以下では便宜上「積極説」と呼ぶ）が多く主張されていたことには、それなりの理由があったのではないかと思われるからである。かかる積極説の意図を、民法の圍繞地通行権の可能性という観点から捉え直すことはでき

ないだろうか。

もう一つの理由として、接道要件の例外制度にも現れていたように、接道困難敷地の問題——囲繞地通行権の通路の幅員が争われる場面はこれと重なりうる——が依然として解決されていないことである。そこで、民法の囲繞地通行権からもこの問題の解決をサポートすることが考えられるはずである。

そこで、接道困難敷地の場面を対象として、ドイツ法に依拠した論理と結論をベースにしつつ、民法の囲繞地通行権の可能性についてさらに検討することにしたい。方向性としては、大きく二つの筋道が考えられそうである。

(b) 最後の補充手段としての可能性

第一に、基本的には建築基準法上の接道要件の例外制度で対応すべきであり、最後の補充的な手段として民法の囲繞地通行権の活用可能性を残す、という方向性である。

既に見たように、上述の例外制度（特に例外的許可）についてはいくつかの問題点が指摘されている。仮にこれらの例外制度が、例えば接道要件の原則を空洞化させるものであったり、あるいは接道困難敷地の問題の解決に役立たなかったりして、それを適用することが不合理な結論をもたらす場合には、代替的な手段として民法の囲繞地通行権を活用し、かかる結論を回避することが考えられる。いわば最終手段として、民法の囲繞地通行権の制度を発動させようとするのである。

もっとも、囲繞地通行権による手法はあくまでも過渡的なものとして位置づけられるから、最終的には建築基準法上の例外制度の改善によって対応されるべきことになろう⁽⁸²⁾。したがって、この方向性による場合には、建築基準法上の例外制度の基準や運用を注視した上で、民法の囲繞地通行権による補充がどこで必要とされるのかを、検討し続けることが必要になる。

(c) 同列の例外制度としての可能性

第二の方向性は、接道困難敷地の問題の解決に向けて、民法の圍繞地通行権の制度も建築基準法上の接道要件の例外制度と同列の立場から（したがって第一の方向性のような消極的な立場からではない）これにアプローチしていこう、とするものである。

ここではさらに、ややニュアンスの異なる観点が考えられうる。

一つ目の観点は、この問題の解決を目指して、建築基準法上の接道要件の例外制度と民法の圍繞地通行権とが協力・補完関係を結ぶ、というものである。⁽⁸³⁾

接道要件の尊重を出発点とする限り、原則として、袋地所有者の圍繞地通行権の主張は否定されるべきである。そこで、次の段階として、接道要件の例外制度の適用が考えられるが、その際に圍繞地通行権の制度も、例外的許可や連担建築物設計制度と同様、上記問題への対応手法の一つとして位置づけられることになる。そして、圍繞地通行権の特質を吟味しつつ、例外的許可や連担建築物設計制度との関係の中で、それが生かされるべき場面、別の制度に統合されるべき場面、などを検討したらどうかと考えるのである。

これまでの積極説は、袋地の社会的効用などの社会的利益の確保は地域の再開発や区画整理などに委ねられるべきである——圍繞地通行権は相隣関係の調整を目的とするものにすぎない——とする見解に対して、その認識を批判してきた。⁽⁸⁴⁾ この批判は、以上の観点からも正当化できるように思われる。というのも、この見解によれば、圍繞地通行権の制度の活用の余地を当初から限定してしまい、例外的許可などとの協力や補完といった観念にまで踏み込むことができないからである。しかし、接道要件の例外というレベルで、圍繞地通行権の制度も、袋地（＝接道困難敷地）の問題の解決——そこには社会的利益が見出されうる——に取り組むことができるはずである。

もう一つの観点は、望ましい相隣的土地利用秩序を形成・維持すること

に民法の囲繞地通行権の制度も積極的に参与する、というものである。⁽⁸⁵⁾

袋地所有者が接道要件を満たす内容の囲繞地通行権を主張した場合、原則的な態度としては、この主張を否定するべきである。しかし、接道困難敷地の問題状況を踏まえた上で、この主張を適切な形で承認すれば、それは袋地所有者の私的利益を確保するだけでなく、相隣的土地利用秩序の確保（具体的には近隣の防災等に配慮しつつ接道困難敷地の解消を図ること）にもつながりうる。このような側面を強調することによって囲繞地通行権の制度の活用を図ろうとするのが、ここでの狙いになる。

積極説の主張には、かかる観点から再構成できるものも含まれているように思われる。例えば、袋地が十分に利用できないことによる社会的不利益⁽⁸⁶⁾の指摘は、囲繞地通行権が袋地所有者の私的利益の確保にとどまらない制度であることを捉えている。また、不動産利用の積極的な調整を通じて「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⁽⁸⁷⁾ 囲繞地通行権を位置づける見解も、相隣関係における調整が相隣的土地利用秩序の形成に関与すべきことを、適切に評価しているものといえるであろう。

(d) 今後の検討課題

どちらの方向性とも、現行法の解釈論として採用することは十分に可能であると考えられる。というのも、既に述べたように、諸般の事情を考慮して囲繞地通行権の通路の位置・幅員や通路の方法等を決定するという柔軟な判断枠組みがとられているからである。

ただし、どちらの方向性をとるにせよ、接道要件の尊重の論理は堅持するべきではないかと思われる。接道要件の意義の重要性を出発点としているからこそ、このことは当然の前提とされるであろう。したがって、囲繞地通行権という手法を採用するにあたっては、どのような基準で認められるのか、接道要件の尊重との間でどのような調整がなされているのか、そのことを審査する手続——その際には近隣住民からの申出も考慮されうる（下記三 2 参照）——が整っているか、などを十分に検討する必要がある

う。もちろん、建築基準法の例外的許可や連担建築物設計制度における基準・運用を検討するに際しても、以上のことを常に意識することが求められる。

三 相隣関係における利益調整の捉え方

1 意識すべき視点

接道要件を満たす内容の圍繞地通行権の主張を認めるかどうかを決定するにあたっては、相隣関係において調整されるべき利益を複合的・多角的に捉える必要がある。

このことは、これまでの考察の前提とされている。ドイツ法からの示唆によれば、接道要件の達成しようとする公共的利益を意識し、これを調整されるべき利益の中に含めて、利益調整のあり方を検討することが、重要な課題となる。そして、接道要件が尊重されるべきこと、および、建築基準法による評価（接道要件を満たさないがゆえに建築が不適法であるとの評価）を民法にも反映させるべきことを根拠に、接道要件の担う公共的利益が利益調整を決定づける役割を果たすべきだ、というのが本稿の基本的な立場である。

しかし、圍繞地通行権の活用可能性のところでも触れたように（上記二3(5)）、公共的な利益として想定されうるのは、接道要件の目的だけではない。接道困難敷地の解消とそれに伴う住環境の改善——ここでは接道要件の緩和を伴うこともある——も、公共的な利益として浮上する。両者の利益には対立する部分も重なる部分もあろう。

圍繞地通行権をかかるとの問題の解決手法として活用する場合には、袋地所有者・圍繞地所有者それぞれの私的利益に加えて、これらの複数の公共的利益もが、そこでの調整の対象になるであろう。今後の検討にあたっては、このことを十分に認識して適切な利益調整のあり方を探る、という視点が不可欠である。

2 視野の拡大——行政庁に対する隣人⁽⁸⁸⁾の法的地位

ドイツ法では、圍繞地通行権と建築法規との関係が議論される際には、違法に建築許可が付与された場面での隣人保護の論点にも言及がなされていた。このことは、上述の利益調整の延長上で捉えられうる。つまり、この場面では、建築許可の効力ゆえに隣人（圍繞地所有者）の所有権が侵害されるので、隣人の利益の保護を前面に出した利益調整が図られ、その結果、隣人は当該建築許可を取り消すことができると解される（第二章四 3 (3)参照）。

日本法に置き換えて考えると、ある敷地が接道要件を満たしていないにもかかわらず、その敷地上での建築計画について建築確認がなされた場合に、近隣地の所有者が当該建築確認の取消訴訟を提起する、という場面に該当し⁽⁸⁹⁾よう。

かくして、利益調整という視点から眺めると、考察の範囲は、圍繞地通行権の通路の幅員をめぐる議論だけでなく、建築確認の取消（さらには例外的許可の取消等にも）をめぐる議論にも及ぶことになる。このことは、前者の議論をする際に、後者の議論との接点・交錯を十分に意識する必要があることを、示唆している。

そして、本稿の検討場面における圍繞地通行権の主張が接道困難敷地の課題にも密接に結びついていることを考慮するならば、議論の図式として、以下のような全体像を描くことができよう。つまり、接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権の主張を認めるべきかどうかを議論する際には、接道困難敷地への対応という側面では、建築基準法上の例外的許可や連担建築物設計制度の議論と関連づけて、利益調整という側面では、建築確認の取消の場面（後述のように都市法の重大な課題とも直結する）を念頭に置きながら、総合的な把握に努めるべきである、と。

このような全体像を念頭に置きながら諸論点を検討することが、筆者の今後の課題である。以下では、建築確認の取消をめぐる議論について素描

し、今後の検討の手がかりにしたい。

第一に、この場面でしばしば議論になるのは、近隣居住者が取消訴訟の原告適格を有するかどうかである⁽⁹⁰⁾。

建築確認取消訴訟の原告適格をめぐるのは、「どのような状況に置かれた近隣居住者がどのような違反を主張した場合に原告適格を認められるのか」について議論がある⁽⁹¹⁾。もっとも、接道義務違反の事例では、原告適格を容易に認める判断がなされている（最近のものとして、東京高判平成11年8月2日判時1706号3頁がある⁽⁹²⁾）。ただし、確認のなされた建築物から10メートル以上離れた場所に居住している者の原告適格を否定した判決もあり、原告適格を近隣居住者のどの範囲まで認めるかについて、検討の余地が残っている⁽⁹³⁾。

なお、原告適格の有無の問題が都市法の領域における重要な課題を内包していることにも、注意しておきたい。というのも、この問題は、争訟手続的な観点からの問題であると同時に、「まちづくりにおいて住民の利益をどこまで法的に保護することができるのか、まちづくりにおいて空間的共有利益をどこまで制度として保障していくべきなのか、という実体的利益の問題でもある⁽⁹⁴⁾」からである。その意味では、都市行政に対して住民がどのような法的地位に立ち、都市空間の法的コントロールにどのように関わることができるのか（関わるべきなのか）が、この場面で議論されることになる。

第二に、従来は建築確認の取消が議論されてきたが、接道要件の例外制度から見るとときには、例外的許可、連担建築物設計制度における特定行政庁による認定についても、取消訴訟における原告適格の問題が生じるのではないと思われる。今のところ特に議論はなされていないようであるが、今後、検討の必要性が高まるであろう⁽⁹⁵⁾。

四 残された課題

残された課題を列挙することで、本稿を閉じることにしたい。

本稿では、圍繞地通行権の通路の幅員をめぐる議論について、原則と例外という枠組みで考えるべきことを示した。原則としてとるべき態度については、ドイツ法の考察に依拠して、それを支える論理をある程度は明らかにすることができた。しかし、例外については、それらの概要といくつかの問題点、および、それらを議論する際に念頭に置くべき視点や枠組みを指摘したにとどまり、詳しい検討にまで及ぶことはできなかった。この点を突き詰めていくことがこれからの課題となる。

接道要件の例外的許可のあり方を考えるにあたっては、ドイツ法の州建築規制法における Baulast⁽⁹⁶⁾の制度や居住用道路の例外が参考になるのではないと思われる。これらも接道要件の例外として位置づけられているからである。今後、これらの制度を調査し、日本法への示唆を探りたい。また、連担建築物設計制度についても、ドイツ法に類似の制度があれば、それを手がかりとすることが考えられよう。

圍繞地通行権が接道要件の例外の一つとして位置づけられるかどうかについては、他の例外制度との連関を意識しつつ、成立要件もしくは内容決定の諸要素を具体的に考えていくことが必要になる。ここでは、日本における接道困難敷地の問題を踏まえた検討が要請される。

他方、圍繞地通行権の通路の幅員をめぐる場面は、相隣関係における利益調整という観点から見たとき、近隣住民による建築確認の取消の場面とも交錯することが明らかになった。今後、双方を意識した議論を展開することによって、新しい理解が導かれるかもしれない。そのことは、これらの場面に密接に関連して議論される「まちづくり」や「都市空間のコントロール」の問題にも、一定のインパクトを与えるであろう。

※ドイツ法の叙述にあたって主として参照した文献とその表記については、本稿「(1)」注(62)を参照されたい。なお、その中に H. Roth, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht, 13 Aufl. 1996, § 917 を掲げていたが、本稿「(1)」を脱稿後、2002年に出版された同書第14版（14 Aufl. 2002）に接することができた。もともと、本稿の叙述に関連する部分を参照したところ、最近の判例がいくつか補充されているものの、記述の内容にも欄外番号にも変化は見られなかった。

(1) Paland/Bassenge, Rn 4; Staudinger/Roth, Rn 25; MünchKomm/Säcker, Rn 12; Dehner, S. 8 Fn 20b.

(2) 後述の判決〔6〕および決定〔7〕では、隣接地所有者は、紛争以前から、袋地所有者との合意に基づいて一定の条件付きで同人の通行を認めていた。袋地所有者が建築行為を意図した背景には、かかる事情もあったものと思われる。ただし、かかる事情は判例の考えに特に影響を及ぼしていないので、必要な限りで注にて言及するとどめる。

(3) 厳密にいうと、隣人は以下の手続を踏んでいる。隣人はまず、違法な建築許可が自己の権利を侵害するとして、所定の行政庁に対して異議を申し立てる。そして、当該の行政庁が異議に応じて救済を行わなかった場合に、隣人は建築許可に対して取消訴訟を提起することができる、とされている（W. Brohm, § 30 Rn 10; 行政裁判所法68条1項・69条・79条1項参照）。ドイツの行政訴訟法に関する最新の調査として、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（上）（下）」ジュリ1238号（2003）86頁以下、1239号（2003）108頁以下がある。

(4) 行政の活動をこのような三面関係・多極関係で捉えるのが、現代行政法の特徴とされている（例えば、大橋洋一『行政法』（有斐閣、2001）15-16頁）。許可という行政行為に着目すれば、この行政行為が、袋地所有者に対してと隣人に対してとで、二重の効果をもたらしていることになる。かかる行政行為についてはこれまで、ドイツ法の議論を参考にして、しばしば「二重効果的行政行為」などと把握されて議論の対象とされてきた。この概念の意義とそれをめぐる問題点について、石崎誠也「西ドイツにおける『二重効果的行政行為』論」兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』（成文堂、1987）221頁以下、芝池義一「行政決定と第三者の利益」論叢132巻1=2=3号（1992）87頁以下、中川義朗「ドイツにおける多極的行政法関係論と第三者の法的地位論」熊法92号（1998）1頁以下、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000、初出1997）246-250頁（二重効果的行政行為の概念は手続法・技術法上の技術的問題を解決するものであって、私人間の多様な関係を含む関係複合体の全体の見通しを与えてくれるものではないとする）。

- (5) 塩入みほも「ドイツ建設法における隣人の公権——保護規範説、基本権援用論、隣人配慮要請の適用関係について」自研75巻4号(1999)90頁。
- (6) 建設法における隣人保護について、塩入・前掲注(5)およびそこに掲げられた諸文献を参照。
- (7) BVerwGE 50, 282=NJW 1976, 1987. 事実の概要および判旨(BGB917条における用法適合性要件の解釈に関する部分)については、上記二2(2)(a)で既に紹介した。
- (8) 以下の本文では、判決文を忠実になぞるのではなく、判決要旨に沿ってその順序を入れ替えて紹介している。その方が判決の論理をたどるのに適切と考えたためである。
- (9) BVerwGE 50, 282 (290).
- (10) もちろん、本判決も付言しているように、袋地利用の用法適合性がその他の理由によって否定されることもありうるから、隣人が民事訴訟において袋地所有者に必ず敗訴する(囲繞地通路を必ず受忍しなければならない)というわけではない。しかし、本判決は、建築許可が(実際上しばしば決定的な)防御の可能性を遮断してしまうことを、重要視している(BVerwGE 50, 282 (290f.))。
- (11) BVerwGE 50, 282 (286f.)
- (12) 本判決によれば、「直接的」とは、「当該侵害が、903条および905条1文により規定された(柱礎 Säulen)所有権の本質を侵害している」という意味で捉えられている(BVerwGE 50, 282 (287))。なお、次の注(13)も参照。
- (13) 本判決によれば、「他人の土地において建築計画が立てられたところ、その建築計画が当該土地の所与の状況——自身の土地の状況だけでなく周囲の状況も——を持続的に変化させ、そのことを通して(初めて)他人の所有権に対する侵害として作用する場合」には、間接的な侵害(「状況変化を通して初めて媒介される作用」)にすぎないという。
- (14) NuR 1997, 185=NVwZ 1997, 271.
- (15) 建築主が提起する場合と建築主の隣人が提起する場合とがあり、ここでは後者に該当する。建築主に付与された建築許可に対して隣人が異議申立をして3ヶ月を経過したにもかかわらず、何らの判断もなされない場合には、隣人は、異議決定 Widerspruchsentscheidung を待つことなく、行政裁判所において訴えを提起することができる(Vgl. U. Welner/W. Pastor/K. Müller, Baurecht von A-Z, 7 Aufl. 2000, S. 766-767)。
- (16) 各州の建築規制法にはこの旨の規定が置かれている。(Vgl. W. Brohm, Öffentliches Baurecht, 3 Aufl. 2002, §28 Rn 11)。
- (17) NJW-RR 1999, 165.
- (18) BVerwGE 89, 68. この判決については、基本権(基本法14条1項や2条2項)による隣人保護の根拠づけと個別法の第三者保護規範による隣人保護の根拠づけとの関係をどう把握するかの議論をも含めて、塩入・前掲注(5)106-110頁、山

- 本・前掲注（4）345頁などを参照。
- (19) Palandt/Bassenge, Rn 4; Staudinger/Roth, Rn 25; MünchKomm/Säcker, Rn 12; Dehner, S. 8 Fn 20b.
- (20) 山本・前掲注（3）ジュリ1238号98-99頁。
- (21) 塩入・前掲注（5）110頁。詳しい研究として、山本・前掲注（4）330-350頁、塩入みほも「公権論の新たな発展（一）——理論的新傾向その実践的機能の考察」自研71巻10号（1995）102-112頁など参照。
- (22) 判決〔1〕についてこの点を指摘するものとして、山本・前掲注（4）331頁注1。
- (23) S. Broß, *Berührungsbereiche zwischen öffentlich-rechtlichem Baurecht und Zivilrecht*, *VerwArch* 89 (1998), S. 493-494.
- (24) 確かに、判決〔6〕において紛争になった袋地所有者の建物は、1939年に建築許可を受けずに建築された後、かなりの時が経過してから、継続的な住居としてふさわしいまでに拡張された、という事情があった。
- (25) 従来判例を整理する、連邦行政裁判所1997年2月11日決定（NJW 1998, 329）の述べるところに依拠した。

これらの判例の根拠となっているのが、建築主と隣人との間に成立するとされる相隣共同体関係の観念である。それによれば、信義則に基づいて、相互に対する特別の高められた配慮が要求される。それゆえに、隣人は、建築主に対する経済的損害を回避しあるいはできる限り低減するよう、期待可能な積極的な行為によって協力しなければならない。建築主の建築行為によって自己が侵害されることを認識した場合に、遅滞なく異議を主張することも、隣人のかかる義務に含まれるという（連邦行政裁判所1988年3月18日判決（NVwZ 1988, 730f.）、連邦行政裁判所1991年5月16日判決（NVwZ 1991, 1182(1184)）など参照）。

相隣共同体関係の観念は、元々、民事法上の相隣紛争において生成してきたものである（沢井裕『公害の私法的研究』（一粒社、1969、初出1960）37頁以下、東孝行「所有権の私法的制限に関する一考察（その三）——相隣法の基本原則を中心として——」神戸15巻2号（1965）373頁以下、中山充「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能その二——（一）（二）（三・完）」民商74巻2号（1976）246頁以下、74巻4号（1976）586頁以下、74巻6号（1976）922頁以下、神戸秀彦「相隣共同体関係理論と西ドイツ・イミシオン法の展開（一）（二・完）」都法26巻2号（1985）573頁以下、27巻1号（1986）345頁以下、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——（六）」法協104巻9号（1987）1281頁以下を参照）。連邦行政裁判所の一連の判例は、この観念が建設公法においても適用されることを示している（初期の判決である連邦行政裁判所1974年1月25日判決がこのことを指摘する（BVerwGE 44, 294 (299f.))。民法と建築法規との関係を考える上でも興味深い現象であり、今後の検討課題にしたい。

(26) Broß (Anm. 23), S. 493.

(27) Broß (Anm. 23), S. 493. そして、紛争の解決は、最終的には、袋地所有者が違法な建築許可を付与した行政庁に対して職務上の責任 Amtshaftung を追及することができるかどうかという問題に移ることになる、とする。

(28) 以下の記述にあたっては、本文とは異なる事案を念頭に置いているものの同様の問題意識に基づく、ブロースの別の論考 (S. Broß, Gedanken zum Verhältnis von öffentlichem Baurecht und zivilrechtlichem Nachbarnschutz, FS für Hagen (1999), S. 357) をも参照した。

なお、ブロースは、根拠として、次の点も挙げている。判決 [6] で露呈されたように、民事訴訟において隣人が袋地所有者に対して不作為請求をしたとしても、行政庁が未だ利用禁止等を命じていない——それゆえに民事裁判所もそこに介入する権限を有しない——との理由で、隣人の請求は認められない可能性がある。それゆえに、行政裁判手続による一元的な問題解決に向かうべきである、と (Broß (Anm. 23), S. 493)。しかしながら、筆者から見ると、このような根拠が成り立つのかどうか疑問である。というのも、判決 [6] 自体は、隣人の請求を退けた民事裁判所の判断に対して、連邦通常裁判所・連邦行政裁判所の判例との抵触を理由に疑問を示していたからである。むしろ、判決 [6] によれば、袋地利用の用法適合性が否定されるがゆえに、袋地所有者に対する不作為請求は認められるであろうから、民事訴訟による解決でも隣人にとって不都合はないと思われる。かくして、ブロースの主張の根拠としては説得力に乏しいと思われるので、以上の点を本文には掲げないことにした。

(29) Broß (Anm. 28), S. 363-364, 369. したがって、民法における隣人保護と建設 (公) 法との調和といった場合でも、基本的なスタンスとしては、建設 (公) 法による問題解決を中心に据えた解釈論が展開される。

(30) Broß (Anm. 23), S. 493; ders (Anm. 28), S. 362-363. さらに、訴訟物の価額がより低廉であることと弁護士強制がないことを挙げて、行政手続および行政裁判手続の方がコスト面でも有利であるという。

(31) 調査を試みたが、ブロースの見解に対して何らかの評価を与えるような参考文献を見つけることができなかった。

(32) 用法適合性要件の判断基準について、上記二 1 参照。

(33) イミッションに対する BGB1004 条・906 条に基づく請求権と都市計画との関係を対象として、拙稿「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係——ドイツ相隣法の考察—— (二) (三) (四)」早法 75 卷 1 号 (1999) 200 頁以下、75 卷 2 号 (2000) 234 頁以下、75 卷 4 号 (2000) 33 頁以下で筆者なりの分析を示した。

(34) なお、一部の学説 (ただし多数説ではない) によれば、相隣地全体の最適利用という公益も利益調整の対象に含まれることになろう (上記一 1 参照)。

(35) 圍繞地所有者の利益 (不利益) の位置づけをめぐる争いがあるが、このことが本稿の論点には影響を及ぼしていないことについて、上記二 1 参照。

- (36) 公益を私益間の関係という観点で捉えるならば（山本・前掲注（4）322頁以下、本稿「（1）」注60参照）、危険除去という公益も袋地所有者の私益と圍繞地所有者の利益との関係に分解されるので、利益調整の対象になっているのもこれら私益であるということになろう。しかしながら、圍繞地通行権と建築法規の関係に関するドイツ法の論考を見る限り、そのような捉え方を見出すことはできなかった。
- (37) 圍繞地通行権の幅員をめぐる紛争の態様については、日独間で違いが見られる。

ドイツ法では（判例集に詳しい記載がないこともあるが）単純化すれば、公道と自己の土地とを接続させるため圍繞地通行権を受忍せよ、というのが袋地所有者の主張である。そして、裁判例では、袋地所有者の当該主張を全面的に認めるか認めないかのどちらかの結論が出されている。

これに対して、日本法における紛争はやや多様である。多くの事例では、既に袋地所有者の所有する通路（路地状敷地などと呼ばれる）が存在していて、ただこの通路だけでは接道要件の要求する幅員に足りない場合に、袋地所有者が、既存の通路と合わせて接道要件を満たすように、当該通路に隣接する圍繞地部分について圍繞地通行権を主張している。また、結論としても、袋地所有者の当該主張を全部棄却するのではなく、限られた範囲で主張を認めるものがある（例えば、東京高判平成11年12月22日判時1715号23頁は、原告が0.9メートルの既存通路に隣接する幅1.1メートルの部分について圍繞地通行権の確認を求めたところ、日常生活上の必要性などを理由として、幅0.5メートルについてのみ原告の主張を認めた）。

しかしながら、日本法においても、袋地所有者は自己の主張を（全面的に）認められなければ接道要件をクリアできない。上記東京高判では圍繞地通行権が認められたとはいえ、その内容では、袋地所有者にとって建築・増改築に際して——つまり建築法規への適合性が問題となる場面において——支障を来すことになる。したがって、結局のところ、紛争の態様の相違にもかかわらず、問題状況とその法的な論点は共通しているといえる。

- (38) ただし、注意しなければならないのは、「用法適合性」ないしは「（袋地の）用途に従った利用」という言明が、日独において異なる文脈で用いられることである（後掲注（48）を参照）。本稿では、「用法適合性」「用法適合性要件」の用語は、特に断りのない限り、ドイツ法の意味で用いる。
- (39) このような判断枠組みをとるものとして、例えば、リーディングケースとされる最判昭和37年3月15日民集16巻3号556頁がある（第一章—2(1)参照）。同判決は、上告人がその主張の増築をするために建築安全条例3条所定の通路を必要とするのは「通行権そのものの問題ではない」とした上で、「本件土地をもって民法第二一〇条にいわゆる公路に通ぜざるときに当たる袋地であるとし、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[ない]」と結論づけている。また、下級審でかかる枠組みを明確にしているものとして、高知地判昭和60年3月26日判時1178号135頁は、接道要件の

規制によって土地所有者が自己所有地上に建物を建築することができなくなっても、既存の通路があるため同土地の利用に格別の支障を生じていたとは認め難いから、同土地は「民法二〇条所定のいわゆる袋地とはいえない」とする。

(40) 沢井裕『叢書民法総合判例研究⑩隣地通行権(増補)』(一粒社、1987)67頁以下、安藤一郎『私道の法律問題(第4版)』(三省堂、2002)68頁、97頁以下は、かかる観点から判例・学説を分析している。また、第一章一で詳しく見た最判平成11年7月13日判時1687号75頁も、「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に認められると解することはできない」(傍点引用者)としており、同様の捉え方をしているように思われる。

(41) 東京高決平成11年8月2日判時1706号3頁(本決定の意義については、さらに下記32で検討する)。

(42) また、東京高判昭和55年9月11日判時985号78頁は、建築物の敷地と道路との接地面を1.33メートル強に縮減する旨の契約の効力を否定したが、その理由として、建築基準法43条1項が「建築物使用者の便益と安全を確保するための最低限度の基準を定めた強行法規と解されるから、これと抵触し、或いはこれを潜脱するような私人間の契約を有効とすれば、立法の目的を達しない」ことを挙げている。建築基準法の接道要件の意義を民法の次元においても無視してはならない、との趣旨に理解することができよう。このことは、接道要件の尊重という本稿の強調する論理とも共通する面があるように思われる。

(43) ドイツにおける州建築規制法の接道規定の基本的な態度について、第二章23(2)(a)および4(3)(a)参照。

(44) 荒秀ほか『改訂・建築基準法』(第一法規、1990)394-405頁[関哲夫執筆]、安藤・前掲注(40)99頁、内山忠明「囲繞地通行権と建築基準法」日法68巻1号(2002)155-174頁などを参照。

(45) 安藤・前掲注(40)101-102頁、内山・前掲注(44)176-178頁の説明を参照。

典型例として、東京都建築安全条例の規定を見ておこう(『東京都建築安全条例とその解説(改訂三十版)』(東京都建築士会、2002)参照)。(1)同条例3条1項は、敷地の路地上部分の幅員として、路地上の部分の長さが20メートル以下の場合には2メートル、20メートルを超える場合には3メートルを要求している。なお、前者の規定は接道要件と同様の規制であるように見えるが、接道要件は都市計画区域および準都市計画区域にのみ適用される(建築基準法41条の2)のに対して、同条例はそれ以外の区域にも適用される点に意味がある。(2)同条例3条2項は、耐火建築物および準耐火建築物以外の建築物で延べ面積が200平方メートルを超えるものの敷地に対する同条1項の規定の適用について、規制を加重し、それぞれ3メートル・4メートルの幅員を要求する。(3)さらに、路地状部分のみによって道路に接する敷地については、敷地上での建築に一定の制限が課されている(階数について同条例3条の2、特殊建築物について同条例10条)。

- (46) 具体的には、①建築基準法上の道路（同法42条参照）ではない道にのみ接しているもの、②接道幅（いわゆる旗竿敷地の旗竿部分の幅員）が2メートルに満たないもの、のいずれかもしくは両者に該当する敷地のことを指す（有田智一＝岩田司「接道困難敷地の実態に対応した接道特例許可の運用のあり方——中野区のケース・スタディー——」日本建築学会計画系論文集533号（2000）135頁）。これらの接道困難敷地では、このままでは建築不可能であるが、後述のように接道の例外制度が用意されている（下記③）。
- (47) 有田智一＝岩田司「建築基準法接道義務の但書き規定の運用実態とその問題点」日本建築学会計画系論文集531号（2000）187頁以下、同・前掲注（46）135頁以下。
- (48) このことは、「用法適合性」ないし「（袋地の）用法に適った利用」といった言明の用いられ方にも顕著に現れている。
- ドイツ法では、袋地の利用が用法適合的である（さらに他の成立要件を満たす）場合に限って圍繞地通行権が成立する、という成立要件であり、圍繞地通行権の成立場面を絞る役割を果たしている。そして、建築法規に違反している袋地利用は用法適合的とは評価されない、とされる（第二章二参照）。
- これに対して、日本法では、例えば、「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[ない]」（東京高決昭和52年3月7日判時855号70頁）、「宅地としての用途に適った利用をまっとうさせるためには、同地上に建築し得る建物の建築の制限に関する行政取締法上の規制は当然にこれを考慮せざるを得ないものというべき[である]」（東京地判昭和56年1月30日判タ453号113頁）などといわれる。接道要件を考慮事由に含めて、接道要件を満たすべき内容の圍繞地通行権を認めるための言明として用いられており、ドイツ法とは逆に、接道要件の成立・内容を拡張することを目的にしている。
- (49) 学説の分析について、第一章二参照。
- (50) ただし、現実はずしもそうではない。現行の建築確認の制度では、敷地の重複使用の有無をチェックすることができない仕組みになっているため、袋地所有者が通路部分を自己の建築物の敷地に加えて建築確認を申請すると、確認が下りてしまう（第一章一2(2)参照）。また、特定行政庁の除却命令等が発せられるのはまれであるといわれている。しかし、現実が仮にそうであるとしても、本来の理念が尊重されるべきことは否定できないと思われる。
- (51) 以下については、内山・前掲注（44）156-161頁の指摘に依拠するところが大きい。同論文は、従来の議論が「私法の問題である圍繞地通行権について、公法である建基法の存在がどのように影響を与えるかという観点」からのものであったことを問題視し、むしろ「建基法の規定そのものの理解」を出発点とする。その上で、建築基準法43条1項本文の内在的な理解から、本文に紹介した点を指摘する。これまで十分に意識されてこなかった（従来の学説は当然に接道要件をクリアーし

て建築が可能になると考えていたといえよう) ことであり、注目に値するようと思われる。ただし、本稿の立場は、圍繞地通行権否定と結論づけるのではなく、ドイツ法の考察を参考にしながらも、圍繞地通行権に基づく通路を「道路」と同視する論理の可能性をも探求したいと考えている(下記3(5)でさらに検討する)。

- (52) 従来の議論では、接道要件を考慮して通路の幅員を定めた場合には、通路部分を袋地所有者の敷地として評価することが前提にされていたように思われる。最判平成11年7月13日(第一章一参照)も、そのことを前提にして圍繞地上の建築物の敷地が縮減すると考えるからこそ、同建築物につき建築基準法違反のおそれが生じることを圍繞地通行権否定の理由として掲げているのであろう(吉田克己「判批(最判平成11年7月13日)」判タ1024号(2000)75頁、辻伸行「判批(最判平成11年7月13日)」判評497号(2000)203頁、岡本詔治「判批(最判平成11年7月13日)」法時73巻1号(2001)112-113頁)。もっとも、袋地所有者が袋地の利用のために必要な往来通行の範囲でしか通路部分を利用できないことを根拠に、袋地上の建築物の敷地にはならない(圍繞地上の建築物の敷地のままである)、という理解も示されている(辻・前掲判批203-204頁、それに対する批判として岡本・前掲判批113頁)。

他方、このような理解とは別に、現行法の実務を前提にすると、以下のことにも言及する必要がある(内山・前掲注(44)159-161頁も参照)。^①実務では、敷地の二重使用をチェックするシステムは整っていないから、袋地所有者が通路部分を自己所有建物の敷地の一部として建築確認を申請すれば、確認は下りると解されている。そして、その際に敷地の変更がなされると理解されているようである(本稿「(1)」注25・注26およびそこに対応する本文の叙述を参照)。そうすると、敷地の変更をもたらすのはむしろ建築確認処分ではないか、とも考えられる。^②また、^①の解釈は、通路部分に圍繞地通行権が成立しているかどうかとは無関係に妥当するようと思われる。例えば、接道要件を満たす内容の圍繞地通行権が袋地所有者のために認められ、それを受けて袋地所有者が建築確認の申請をしたとしても、建築主事の審査の段階において、圍繞地通行権が既に成立していることは特段の意味を持たない。というのも、建築主事は、申請者が当該申請に係る建築物の敷地の使用権原を有するか否かについて、これを審査する義務も権限も有していないからである(本稿「(1)」注25参照)。^③建築基準法上の敷地といえるためには、そこにある建築物と「用途上不可分の関係にあって、これと共通の用途に現実に供せられていること」、つまり建築物の所有者がその占有を保持している必要がある、と解されている(関哲夫『新訂・建築基準法の基本問題』(ぎょうせい、1989)255頁、263頁)。したがって、敷地の帰属先を決定するにあたっては、占有の有無も基準になりうるといえよう。

以上の点に鑑みると、接道要件を満たす内容の圍繞地通行権の成立と建築物の敷地の変更とが必ずしも連動するわけではない、と考えることもできそうである。少なくとも、自動的に敷地の変更がなされるとはいえないように思われる。今後、建

築基準法の敷地概念の意義や機能（関・前掲書参照）を踏まえて、さらに検討する必要がある。

(53) 第一章二参照。

(54) 袋地所有者の不利益は「建築諸法令のある種の公共性のもたらしたものである」（月岡利男「建築法規上必要な幅員の通路と袋地通行権」星野英一ほか編『民法判例百選Ⅰ総則・物権（第五版）』（有斐閣、2001）151頁）。ここでは、その不利益を近隣者間で負担し合うのではなく、原則としては袋地所有者自身が負うべきであると考え、その例外を認めない趣旨ではないことに注意しておきたい（下記3）。

ところで、このような認識は、接道要件の考慮を認めつつ囲繞地所有者の利益の保護を重視する見解にも、しばしば見られてきた（例えば、山口和男「隣地を通行し得る権利について」日法32巻3号（1967）166頁、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＝兼子一監修『不動産法体系第3巻借地・借家』（青林書院、1970）130-131頁など）。かかる認識を持つこと自体は妥当であるが、囲繞地所有者の利益の観点——囲繞地通行権を認められることによる不利益の回避——を強調している点に問題点があると思われる（下記3）で言及する）。

(55) 接道要件を考慮する説の中にも、大きく分ければ、囲繞地所有者に対する不利益・損失の回避に重点を置き囲繞地通行権の成立場面を限定する見解と、袋地所有者の保護を意図して積極的に囲繞地通行権を成立させようとする見解とがある（第一章二参照）が、いずれにおいても、利益衡量の一要素として、この要素を掲げないものはないといってよいだろう。

(56) 辻・前掲注（52）204-205頁はむしろ、論理の一貫性を問題視する。それによれば、接道要件を考慮すべきとする説の意図は、接道要件を満たさない通路しかない土地を袋地と評価して、建物の建築を可能とするために、接道要件を満たす内容の囲繞地通行権の成立を認めようとするものな、さらに囲繞地所有者の損失と比較衡量して囲繞地通行権の成否および幅員を決定しようとするのでは、論理的に一貫しているとはいえない、とする。

(57) 本稿と異なる観点からではあるが、辻・前掲注（52）205頁は、囲繞地所有者の不利益・損失の大小によって囲繞地通行権の成否が左右されてしまうので、結論に大きな違いが出てくること、そのことが袋地所有者の予測可能性や法律関係の安定性を損なうこと、などを問題点として指摘する。

また、ドイツ法における議論も参考になりうる。すなわち、ドイツ法では、袋地の用法適合性の有無を審査するに際してこのような判断枠組みをとり、袋地の用法適合性を緩やかに認定しようとする学説もある。これに対して、多数説は、袋地の用法適合性要件の段階ではもっぱら袋地の事情のみを基準として判断するものであり、囲繞地に対する侵害（がわずかであること）を考慮するべきではない、としている（以上の議論については本稿「(1)」注88で簡単に紹介した）。

(58) 裁判集民193号427頁、判時1687号75頁、判タ1010号235頁。第一章一も参照。

- (59) 辻・前掲注 (52) 205-206頁。
 (60) 例えば、安藤・前掲注 (40) 99頁参照。
 (61) 内山・前掲注 (44) 155頁以下はこの点についても有益なアプローチを示しており、本稿もそこから多くの示唆を得た。
 (62) 建築基準法以外の建築法規に規定された例外として、例えば、密集市街地における防災街区の整備の促進に関する法律（以下「密集法」と呼ぶ）115条がある。

防災再開発促進地区において、特定防災街区整備地区計画に定められた道が予定道路として指定された場合には、当該地区計画の区域内にあって予定道路に接している建築物について、当該地区計画の内容に適合するなど一定の要件を満たしている限りで、特定行政庁の許可により、当該予定道路は建築基準法上の道路（具体的には同法42条1項に規定する道路）とみなされる。その結果、これらの建築物に対して建築基準法43条1項が適用されるとする。

この規定の意義は、予定道路——道路の予定地を確保するだけであり当然に建築基準法上の道路となるわけではない——を一定の要件の下で接道の対象にする点にある。特定防災街区整備地区計画に定められる道（公園等と並んで特定地区防災施設の一つとされる）は、沿道に建築される建築物の防火機能と相まって、当該地区内における避難路や延焼防止など、防災機能の確保を果たすことを期待されている。そこで、建築基準法上の道路の整備を待つことなく、積極的かつ先行的にその整備を誘導していく必要性が大きいことから、一定の要件を満たした建築物について以上のような特例措置を設けたという（建設省住宅局内建築基準法研究会編『建築基準法質疑応答集』（第一法規）3935-3935の5頁）。

かかる説明からも、接道要件の原則・例外という本稿のとする枠組みが正当化されるように思われる。というのも、以上のような特別な事情を慎重に考慮することを通じて初めて、接道要件の原則の緩和が認められているからである。

- (63) 有田＝岩田・前掲注 (46) 135頁によれば、「接道困難敷地は無視しがたい量が現実に存在しており、仮に現状を放置すれば、a) 老朽建築の建替え更新が行われず、かえって防災性能等住環境の改善が滞る、あるいはb) 無届け建築、違法建築が増加する、という問題が生じうる」という。
 (64) 接道困難敷地ゆえに接道要件を満たさないため、当該敷地の所有者は、建築確認を得ることを目的にかかる主張をすると考えられるからである。
 (65) 以下の現行法制の説明については、内山・前掲注 (44) 162-175頁、並木俊輔ほか「追跡・改正建築基準法——確認検査手続きと集団規定で運用基準明らかに——」日経アーキテクチャー1999年5月31日号118-121頁に依拠するところが大きい。なお、「例外的許可」という用語は、荒秀「特定行政庁による許可」『建築基準法論II』（ぎょうせい、1987）129頁以下によった。
 (66) 従来は「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、この限りでない」と規定されていたが、平成10年の建築基準法改正により、本文のように改正された。その意図について、例え

- ば、建築行政研究会（建設省住宅局監修）『改正建築基準法のポイント』（ぎょうせい、1998）63-67頁参照。
- (67) 「建築基準法の一部を改正する法律の一部の施行について」（建設省住指発201号・建設省住指発48号）において、「第四 接道義務の特例等の許可について」の文章の中で別紙三として示されている。それによれば、①総合的な市街地の環境への影響について、建築物の用途・規模・位置・構造等を勘案して、交通上・安全上・防火上・衛生上支障がないかどうかを審査する必要があること、②許可にあたって、交通上・安全上・防火上・衛生上支障がないものとするために必要な条件を付すことができること、③あくまでも接道要件が原則であり、特例許可は例外的に適用されるべきこと、④建築基準法施行規則10条の2各号の許可基準は、その審査の前提要件として、接道要件により確保される市街地の環境と同等の水準が確保されることを基本に、類型化して規定されたものであること、などが示されている。さらに、④については、各号の基準の指針がより具体的に述べられている。
- (68) 前掲注（65）の諸文献には、東京都、横浜市、神戸市、大阪市の基準が紹介されている。

東京都（平成14年11月11日改正後）の場合をしてみると、一括許可同意基準として基準1から基準5が具体的に定められており、この基準に適合するものについては、建築審査会は一括審査をして同意するものとされ、特定行政庁は原則として許可相当として取り扱うものとされる（申請者が提出すべき図書も個別審査の場合に比べて軽減される）。他方、この基準に該当しないものについては、個別に許可の可否が審査される（東京都都市計画局のホームページ（<http://www.toshikei.metro.tokyo.jp/kenchiku/kijun/43.html>）、「建築基準法第43条第1項ただし書許可運用指針」（14都市建企第294号）など参照）。

- (69) 内山・前掲注（44）166頁。
- (70) 有田＝岩田・前掲注（46）140頁、内山・前掲注（44）173頁参照。
- (71) 有田＝岩田・前掲注（46）140頁参照。東京都の一括許可審査基準では、基準3として以下のように定められている（もともと、より緩やかな基準を示す特定行政庁もあるようである。横浜市の基準とそれに対する批判として、内山・前掲注（44）173頁）。

「道路に有効に接続する幅員2.7m以上4m未満の道が確保され、その道に2m以上接する敷地で、次の各号に該当するもの

一 道の中心線から中心距離2mの線又は道の反対側境界線から水平距離4mの線を道の境界線とし、将来現況の道の部分について不動産登記簿上分筆し、地目を公衆用道路として登記することについて、道の部分の所有権、地上権又は借地権を有する者全員の承諾が得られたもの

二 申請者の権原の及ぶ道及び道となる部分について、不動産登記簿上分筆し、地目を公衆用道路として登記されたもの

三 建築物は地上2階以下で、かつ、地階は1階以下とする専用住宅または二戸

長屋を計画するもの」

(72) 通路協定について特定行政庁の認可を受けたわけではない(建築基準法70条1項参照)から、建築基準法に基づく建築協定にはあたらないと解される。

(73) もちろん、協定の効力として、協定違反者に対して民事訴訟において差止等を請求することはできる。しかし、協定から生ずる債務の内容について注意する必要がある。この場合、協定締結者——通路に接している敷地の所有者である場合がほとんどであろう——に通路拡幅を積極的に義務づけるものと解することはできないように思われる。むしろ、協定締結者は自己の家屋の建替えをする際に初めて敷地後退(および後退部分の分筆・登記)を義務づけられる、という内容として見るべきであろう。なぜなら、通路協定の目的は通路拡幅自体にあるのではなく、あくまでも、通路に接する敷地の一部の所有者が例外的許可を受けるためだからである。東京都の一括許可同意基準にも見られるように(前掲注(71)参照)、例外的許可を受けるには、現況で幅員4メートルが確保されている必要はなく、将来確保されるであろうことで足りるとされている。そのような条件でもって関係権利者間で合意を見たのであるから、その場合の合意は将来の建替え時を念頭に置いているものと解するのが合理的である。

(74) 以下の叙述は、有田=岩田・前掲注(46)140-141頁、同・前掲注(47)192-193頁による分析に依拠している。さらに、不良な既成市街地の改善・修復という文脈からの指摘として、大村謙二郎=有田智一「分権・規制緩和・民活下の都市開発事業制度の再編」原田純孝編『日本の都市法Ⅰ構造と展開』(東京大学出版会、2001)300-304頁参照。

(75) 他方で、この場面は、建築基準法42条2項に基づく道路(以下では「2項道路」と呼ぶ)の整備の問題とも重なる。というのも、かかる基準の作成の背景には、通路の幅員が狭隘なものうち一定限度まで(東京都の場合は2.7メートル)を救済対象とし、将来的には4メートルへの拡幅を目指して、位置指定道路に向けた指導等を行うといった建前があったからである(有田=岩田・前掲注(47)193頁)。したがって、例外的許可の場面(さらには囲繞地通行権の通路の幅員が争われる場面)を議論するには、いわゆる2項道路の問題をも視野に入れる必要がある。

(76) 平成14年の建築基準法改正により、総合設計制度(同法59条の2)と連担建築物設計制度を一つの手続で行う制度も導入されている(同法86条4項)。制度の興味深い展開ではあるが、本稿は、説明の煩雑を避けるため、連担建築物設計制度のみを見ていくことにする。

(77) 前掲注(67)の通達において、「第五 連担建築物設計制度の創設等について」の文章中の別紙四として示されている。また、特定行政庁による基準として、例えば東京都の場合、「建築基準法第86条第1項、同条第2項及び第86条の2第1項の規定に基づく認定基準」(11都市建調第33号)が制定されている。

(78) 並木ほか・前掲注(65)122頁、東京都都市計画局のホームページ(<http://>

www.toshikei.metro.tokyo.jp/kenchiku/kijun/kn_k04.html)における適用例などを参照。最近、大阪市の法善寺横丁の再建においてこの制度が活用されたことは、記憶に新しいところである（朝日新聞2002年12月20日付け夕刊）。

ところで、連担建築物設計制度と同様、一建築物一敷地の原則の例外を認める制度として、一団地建築物設計制度もある（建基法86条1項）。後者は、建築行為を伴う建築物のみを対象とするもの——したがって既存建築物を含まない——で、主として郊外の住宅団地等で用いられているという（建築行政研究会（建設省住宅局監修）・前掲注（66）59-60頁）。もっとも、接道困難敷地＝袋地の所有者が接道要件を満たす内容の圍繞地通行権を主張する場面は、多くは既存建築物を前提とする既成市街地であると思われるので、本稿では後者の制度についてこれ以上触れない。

- (79) 小泉秀樹「都市計画法からまちづくり法へ——1968年都市計画法における土地利用計画・規制の問題点とまちづくり条例——」原田純孝編『日本の都市法Ⅰ構造と展開』（東京大学出版会、2001）224-227頁は、連担建築物設計制度をはじめとする建築基準法上の市街地整備制度について、①都市計画法とは異なる独自の体系として発展し、特定行政庁の裁量による個別的な緩和措置をとるもので、都市計画法上の地区計画等と比べて事業者側にメリットがあること、②しかし、基盤や敷地条件の改良を一応の条件としているものの、容積率インセンティブの発想が強く、③しかも本来必要な敷地や基盤条件の水準を個々の敷地ごとに判断しているため、地区・街区レベルではその水準がかなり下げられること、を指摘する。そして、都市計画法とセットで地区レベルの整備手法を総合的に見直す必要があること、その際には、当該地区に関連する主体間での調整・合意に基づいた手法が求められていること、を主張する。
- (80) 有田＝岩田・前掲注（46）142頁注28。
- (81) 澤井裕「隣地通行権と建築基準法——いわゆる消極説に触発されて——」判評476号（1998）2頁参照。
- (82) 拙稿・前掲注（33）「五・完」早法76巻1号（2000）19-28頁は、民法上の差請求権と都市計画との関係について、このような観点から検討したものである。
- (83) 第一章三三の第三点の議論および本稿「(1)」注60引用の山本教授の指摘を参照。
- (84) 澤井・前掲注（81）7-8頁に特に顕著である。さらに、接道要件を考慮すべきとする学説（安藤・前掲注（40）102-103頁の紹介を参照）も、袋地が宅地として利用できることや袋地の効用をしばしば指摘して自己の見解を根拠づけているので、多かれ少なかれ同様の理解に立っているのではないかと思われる（後掲注（86）およびそこに対応する本文の叙述も参照）。
- (85) 第一章三三の第一点の議論から示唆を受けている（ただし、この議論自体は、本文で以下に述べることと場面が異なっていることに注意しておきたい）。
- (86) 澤井・前掲注（81）8-9頁の整理、安藤・前掲注（40）102-103頁の各学説の

紹介などを参照。

(87) 滝沢幸代「判批(東京地判昭和54年4月25日判タ502号124頁ほか)」判タ529号(1984)177頁、澤井・前掲注(81)7-8頁。

(88) ただし、本稿で検討したドイツ法の事例では、隣接地の所有者であることが前提とされている。日本法では「近隣居住者」「近隣住民」という用語が用いられるのが通例であるが、ドイツ法においてもそこまで広い範囲の者が隣人に含まれるのかどうかについては、本稿では十分に検証することができなかった。

(89) 建築確認も、ドイツ法における建築許可と同様、行政行為と性格づけられている。したがって、建築確認を受けた者が袋地所有者でもあれば、行政行為の効力によって、その者のために自動的に囲繞地通行権(それも接道要件を満たす内容の囲繞地通行権)の成立を導くことになるのではないか、とも思われる(ドイツ法について第二章三参照)。

ところが、建築確認は、「それによって申請に係る建築物を建築する権利を申請者に付与するものでないことはもとより、確認によって申請者に申請に係る建築物の敷地を使用しうる私法上の権利を設定するものでもない」(東京地判昭和52年4月22日判時873号70頁。この点について本稿「(1)」注25参照)。したがって、囲繞地の一部分を袋地所有者の建築物の敷地とする旨の確認処分がなされても、そのことが囲繞地通行権を自動的に成立させることにはならないものと解される。

(90) その他、建築工事の完了と訴えの利益との関係、執行停止が認められるか否か、なども検討を要する論点である(特に後者については建築工事禁止の仮処分との比較検討が重要となろう)が、本稿では省略する。

(91) 曾和俊文「判批(東京高決平成11年8月2日)」判評504号(2001)11頁。

(92) 本決定の内容について紹介しておこう(評釈として、曾和・前掲注(91)10頁以下、洞澤秀雄・自研78巻11号(2002)121頁以下がある)。

まず、接道要件を規定する建築基準法43条1項について、「同法42条所定の道路の定義とあいまって、建築物の接道義務を規定することにより、義務を充足しない建築物の建築による被害、不利益からの保護を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、当該建築物の使用者及びその近隣住民の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むものと解される」とした。

その上で、本件では、確認のなされた建物の廊下の柱芯から相手方(=申立人)の住居の物置まで1メートル程度の距離にあるものと認められるから、相手方は「当該建築物の火災の際、消火活動に支障がある結果、延焼により、その生命、身体、財産に被害が生ずるおそれがあり、本件処分により相手方の法律上保護された利益が侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として、本件処分の取消訴訟における原告適格を有するものである」とした。

以上の判断とドイツ法の考え方との違いについて言及しておく。ドイツ法では、建築許可があると、隣人は囲繞地通行権の受忍という形で自己の所有権を直接的に侵害される。そこで、所有権の保護を規定する基本法14条1項に基づいて、隣人の

保護（具体的には建築許可の取消）が図られている。これに対して、日本法では、囲繞地通行権の成立→権利侵害、という図式ではない（前掲注（89））。むしろ、本決定が明らかにしているように、建築基準法43条1項という個別法規が前提としてあり、それが隣人の個別的利益をも保護していることを理由にして、隣人の保護を導いている。

- (93) 洞澤・前掲注（92）124頁。
- (94) 見上崇洋「都市行政と住民の法的地位——都市法領域における原告適格問題を中心に——」原田純孝編『日本の都市法Ⅰ構造と展開』（東京大学出版会、2001）451頁。
- (95) 総合設計許可（建基法59条の2）の取消訴訟の原告適格をめぐる、近時二つの最高裁判決が出ていること（最判平成14年1月22日民集56巻1号46頁、最判平成14年3月28日民集56巻3号613頁）、しかも、平成14年の建基法改正によって、総合設計許可制度の許可と連担建築物設計制度の認定とを一体化した手続が導入されたこと（前掲注（76）参照）も、議論の必要性を高めることになろう。
- (96) 公法版の地役権とも呼ばれているように、この制度は、公法と私法の融合したものとして見ても興味深いように思われる（本稿「（1）」注106参照）。