

○論説：公道に至るための他の土地の通行権に 基づく妨害排除請求権 —侵害の意義を考える—

小暮駿生*

第1 はじめに

公道に至るための他の土地の通行権（以下、「囲繞地通行権」という。）は、公道に通じない土地（以下、「袋地」という。）から他の土地（以下、「囲繞地」という。）を通行することで公道に至ることを可能とする権利であり、その場所は、通行権を有する者のために必要であり、かつ囲繞地のために損害が最も少ない位置や範囲とされる（民法第211条1項参照）。

それでは、囲繞地通行権が確認された囲繞地の一部につき、その範囲内に（囲繞地所有者が所有する）工作物が存在するとき、工作物が同権利を侵害していると評価されるのはどのような場合であろうか。囲繞地通行権は、必要かつ損害が最も少ない範囲に及ぶため、その範囲内にある工作物は当然に囲繞地通行権を侵害しているとも思える。一方で、同権利は、囲繞地所有者の囲繞地を使用する権利を完全に制限するものではないため、囲繞地所有者による囲繞地の使用は一定の限度で認められるはずである。

そこで、本稿では囲繞地通行権に基づく妨害排除請求権の要件のうち、囲繞地通行権の侵害がどのような場合に認められるのか、侵害の意義を考える。

第2 検討手順

囲繞地通行権に基づく妨害排除請求権は、袋地所有権に基づく権利であり、その要件は、①妨害排除請求権を主張する者が袋地の所有権を有すること¹、

* 弁護士（前田俊房法律事務所）、学習院大学法科大学院非常勤講師

1 本稿では、袋地の所有権を有する者が妨害排除請求権を行使する場面を前提とする。袋地所有

②囲繞地通行権の発生原因事実、③囲繞地通行権の内容を確定する事実、④囲繞地通行権の侵害があることと整理できる²。本稿では、これらの要件を前提として、以下の手順で検討を進めることとする。

- 1、囲繞地通行権の範囲の確定について簡単に整理をする。ここでは、囲繞地通行権の範囲内に工作物が存在するという事実状態をどのように理解すべきかを検討する。
- 2、囲繞地通行権の侵害は、どのような場合に認めるべきかを検討する。ここでは、囲繞地通行権の目的について整理し、侵害の判断基準となりうる複数の見解を比較検討する。
- 3、そのほかの囲繞地通行権に基づく妨害排除請求権に関わる問題として、囲繞地通行権の範囲外の工作物による同権利の侵害や当事者の主観面等の考慮について検討する。

第3 囲繞地通行権の範囲

囲繞地通行権の侵害の検討には、囲繞地通行権の範囲についての理解が不可欠である。これは、囲繞地通行権の範囲は必要最小限度の範囲と解される場所（民法第211条1項）、この意義が、囲繞地通行権の範囲内に工作物があることにより、袋地から公道への通行が一切できなくなるような範囲と理解されるならば、囲繞地通行権の範囲内にある工作物は同権利を当然に侵害するものとなりうるからである。

1 範囲の判断

囲繞地通行権の範囲につき、裁判例等は、従来の袋地及び囲繞地双方の利用状況、利用目的、社会、経済上の必要性の観点等の諸般の事情を総合的に考慮し、具体的事例に応じた判断するものとしている³。

権を有さない者が妨害排除請求権の行使主体となりうるかについては、安藤一郎「私道の法律問題（第7版）」554頁～556頁を参照されたい。

2 馬橋隆紀ほか編「隣地をめぐるトラブル予防・解決文例集—筆界・所有権界、道路・通路、近隣紛争—」330頁、大江忠「第4版要件事実民法（2）物権」314頁～319頁参照。

3 東京地裁昭和37年10月3日判決（判例時報316号19頁）、東京地裁昭和38年9月9日判決（判例タイムズ156号91頁）参照。

このため、囲繞地通行権の範囲は、各事案における袋地と囲繞地をめぐる様々な事情によって、様々な範囲で確定されていると考えざるを得ないといえる⁴。すなわち、囲繞地通行権の範囲は、個別具体的に判断されるものであり、一律の事実状態に確定されるものではないのである⁵。

2 範囲内に工作物があるということ

では、囲繞地通行権の範囲内に工作物があるという事実状態をどのように評価すべきであろうか。上記の通り、必要最小限度とされる範囲は一義的に確定できない。しかし、侵害の意義との関係では、囲繞地通行権の範囲というものが、その範囲内の一部の通行を妨げる工作物が存在した場合に、袋地から公道に至ることが一切出来なくなるような範囲に確定されるのか否かが明らかになれば検討が進められよう。

そこで、この観点から見ると、囲繞地通行権の範囲は、少なくとも公道に至るための通行が物理的に可能となる最小限度を越えた範囲に確定されているといえる。すなわち、囲繞地通行権の範囲には、袋地から公道に至るために事実上通行に要しない部分も含まれていると理解できるのである⁶。なぜなら、囲繞地通行権の判断が通行に不可欠な範囲を厳格に特定することのみから確定されるものではないこと、囲繞地通行権の内容を確定する以上、囲繞地通行権の目的が実現できなければならない一方で、使用に不可欠な範囲のみを厳密に特定することは事実上不可能であるからである。

したがって、囲繞地通行権の範囲内に工作物があるという事実状態は、囲繞地通行権の範囲のうち、当該工作物の設置部分の通行は不可能であるが、設置された工作物によっては、それを回避して公道に至ることが事実上可能である状態と整理できる。

4 安藤一郎「私道の法律問題（第7版）」137頁、138頁（表12-1）参照。

5 さらに、この判断に際しては、囲繞地の所有権をどの程度尊重すべきか、いかなる事項が総合考慮の対象となるかについて種々の見解がある。

6 特に既存通路や従前の通行状況を重視し、現状を維持するような判断をした場合には、工作物の設置によっても公道に至ることができる事態が多く生じると思われる。

第4 囲繞地通行権の侵害の検討

第3の検討から、囲繞地通行権の範囲内に工作物が存在していても公道に至ることができる場合があることが明らかになった。これは、囲繞地通行権の侵害の有無は、同権利の範囲の判断によって明らかにはならず別途検討をする余地があるということを示す。そこで、囲繞地通行権の侵害につき、囲繞地通行権の目的や想定しうる侵害の判断枠組みについて検討する。

1 囲繞地通行権の目的

物権の請求権における侵害は、何らかの要因により当該物権の目的が達成できない、又はその危険がある場合に認められる。このため、以下では囲繞地通行権の目的が何であるかを検討する。

囲繞地通行権は相隣関係規定であることから、隣地間の相互扶助、袋地と囲繞地間の最小限度の利害調整の実現が制度目的の根底にある。そのうえで、囲繞地通行権自体の目的については、公道に至るための通行権の確保するものとする立場と、通行権に留まらず袋地の効用を実現するものとする立場（実現すべき袋地の効用の内容やその程度には、この立場の中でも差がある。）に分類できる⁷。

(1) 公道に至るための通行とする立場

この立場は、囲繞地通行権の目的を公道に至るための通行であり、袋地と公道の間の往來の実現とする。これは、囲繞地通行権はあくまで公道への通行を実現するための制度であるとの理解に基づくものである。そして、ここでの公道に至るための通行とは、袋地を利用するために相当な方法で公道に至るための通行と解すべきである。なぜなら、民法第211条1項は通行の方法を徒歩に特定しておらず、袋地の事情から徒歩以外の通行が必要最低限度の通行方法として許容されうる場合があるからである⁸。

また、この立場から、囲繞地通行権によって袋地の効用をどの程度実現す

7 秋山靖浩「不動産入門12不動産の所有（3）相隣関係による所有権の制限の意義」法学セミナー No663参照。

8 自動車による通行を認める際の考慮要素を示した判例として、最高裁判平成18年3月16日判決（民集60巻3号735頁）がある。

べきであるかを考えた場合には、公道に至るための通行を確保する目的の範囲で袋地の効用を実現すべきであると理解することになる⁹。

この圍繞地通行権の目的を公道への通行という行為の確保に限るという考えは、圍繞地の受忍義務が最小限度となるべきことや通路開設権（民法第211条2項）が規定されていることと整合する。また、当事者としては、圍繞地通行権は公道に至るための通行を実現するための権利であるとの特定があることによって、公道への通行をどの程度実現すべきかとの観点から最小限度の負担を検討できることになり、訴訟の見通しが持ちやすく、分かりやすいという利点がある。

（2）袋地の効用の実現とする立場

この立場は、圍繞地通行権の目的を個々の袋地の効用の実現であるとして、公道に至るための通行以外の事項の実現も圍繞地通行権の目的に含まれると理解する立場である。これは、袋地と圍繞地の比較衡量を前提としつつ袋地を社会経済資源として有効活用すべきであるという考えや、公道に至るための通行権の確保には、公益的側面も含まれていると分析し、圍繞地通行権の目的は公道に至るための通行に限定されないことなどを根拠とする。

この考えでは、個々の圍繞地通行権によって、その具体的な目的が異なるため、圍繞地通行権による柔軟な利害調整が可能となる。例えば、袋地内に建物を建設することなども圍繞地通行権の目的に積極的に含まれることになり、袋地の経済的価値等を向上させやすいという利点がある。

（3）両立場について

侵害の判断に関しては双方の立場から検討するが、ここで両立場について若干の分析をしておくことにする。

両立場ともに、圍繞地通行権を少なくとも袋地から公道に至るため通行を確保するための権利であると解することに争いはないであろう。また、袋地

9 最高裁判平成11年7月13日判決（最高裁判所裁判例集民事193号427頁）は、圍繞地通行権制度について、「民法210条は、相隣接する土地の利用の調整を目的として、特定の土地がその利用に関する往来通行につき必要不可欠な公道に至る通路を欠き袋地に当たる場合に、圍繞地の所有者に対して袋地所有者が圍繞地を通行することを一定の範囲で受忍すべき義務を課し、これによって、袋地の効用を全うさせようとするものである。」とする。

から公道への往来が可能となることにより、袋地の効用が実現する側面があることも否定はできない。

そのため、両立場の差異は、袋地の効用の実現をどのように位置付けるかにあると思われる。すなわち、公道に至るための通行を保証する結果、いわば副次的に袋地の効用が実現されると考えるのか、圍繞地通行権の目的は袋地の効用の実現にあり、公道に至るための通行は袋地の効用の実現の一つの側面であると理解するのが対立点である。

圍繞地通行権が最小限度の利害調整を行うものである以上は、圍繞地通行権によって実現すべき目的は、公道に至るための通行であり、それ以外の目的についても圍繞地通行権に委ねることは制度自体の目的が不明瞭になり妥当でないと考える。確かに、公道に至るための通行に限定することは袋地の効用を実現するためには不十分な点もありうる。しかし、この点については、圍繞地通行権の袋地の効用を実現する側面を捉えて類推適用することによって解決すればよい¹⁰。これは、目的の実現が地中を利用するような通路の確保に関わらない場合はもちろん、接道義務の充足のために通路の確保を実現しようとする場合も同様である。なぜなら、権利の目的が異なる以上、効果として発現する事実状態が同じであったとしても別の制度と考えるべきだからである。

以上から、圍繞地通行権の目的は、公道に至るための通行であり、そのほかの事項まで圍繞地通行権の目的に含まれていると理解することは妥当でないと考える。

2 侵害の判断

圍繞地通行権の侵害については、明確な判断枠組みが確立されていないといえる¹¹。そこで、①圍繞地通行権の目的が達成できない場合に侵害を認める

10 類推適用をした例として東京地裁平成9年7月10日判決（判例タイムズ996号223頁）がある。

11 圍繞地通行権に基づく妨害排除請求権の成否を判断する裁判例としては、①東京高裁昭和50年1月29日判決（判例タイムズ326号210頁）、②東京地裁平成11年7月27日判決（判例タイムズ1077号212頁）、③東京高裁13年4月26日判決（判例タイムズ1085号219号）、④東京地裁平成27年1月13日判決（D1-Law.com判例体系）、⑤東京地裁令和2年12月9日判決（D1-Law.com判例体系）、⑥東京地裁令和3年4月28日判決（D1-Law.com判例体系）が参考になろう。

見解（以下、便宜、「目的説」という。）、②囲繞地通行権の範囲内に工作物が存在する場合に囲繞地通行権の侵害を認める見解（以下、便宜、「範囲説」という。）、③工作物の設置による袋地の不利益と工作物の撤去による囲繞地の不利益を比較し袋地の不利益が大きい場合に囲繞地通行権の侵害を認める見解（以下、便宜、「比較衡量説」という。）の3つの見解が想定ができるものとして、以下検討する。

（1）各見解の概要

ア 目的説

これは囲繞地通行権の目的が当該工作物によって妨げられているかを直接的かつ個別具体的に判断すべきと考える立場であり、囲繞地通行権の目的を何とするかにより①公道に至るための通行への妨害を侵害とする立場（以下、便宜、「通行妨害とする立場」という。）、②個々の囲繞地通行権の目的となった袋地の効用の実現への妨害を侵害とする立場（以下、便宜、「効用妨害とする立場」という。）に分けられる。

（ア）通行妨害とする立場

この立場では、囲繞地通行権の侵害を、囲繞地通行権の内容として認められた通行方法によって公道に至ることが不可能又は著しく困難になっている状態と解することになろう。この根拠は、囲繞地通行権の目的を、必要最低限度の通行方法で公道に至るための通行の確保と解することに求められる。

そして侵害の有無は、工作物による通行行為への影響の有無やその大小を検討し判断することになる。具体的には、工作物の設置位置や大きさ等から工作物によって公道に至ることができない状態であるのか、工作物の設置後も囲繞地通行権の内容となった通行方法によって公道に至ることができている事実があるかといった事項が検討対象となろう。

（イ）効用妨害とする立場

この立場では、囲繞地通行権の侵害を、個々の囲繞地通行権の目的が達成できていない又はその達成が著しく困難になっている状態と解することになろう。この根拠は、囲繞地通行権の目的には、公道に至るための通行以外の袋地の効用の実現も含まれると解することに求められる。

この立場の特徴は、個々の囲繞地通行権の目的を特定する必要がある点であり¹²、個々の囲繞地通行権がいかなる目的を有するかは、個々の囲繞地通行権の具体的内容（方法及び場所）やこれらを確定する際の考慮要素を資料として判断されることになろう。また、そのほかの特徴としては、工作物によって通行が妨げられていなくとも当該工作物の撤去が可能となる点も挙げられよう。例えば、当該囲繞地通行権の目的に袋地内に建物を建設することが含まれるとするならば、工作物によって建物を建設することが出来ないことこそが侵害となり、工作物が存在しても袋地から公道への通行が可能であることは、侵害を否定する事実としての意味をなさないことになる。

イ 比較衡量説

これは、工作物による袋地の不利益（囲繞地通行権によって実現されるべき利益の減少に限られる。）と工作物の撤去による囲繞地の不利益を比較して、袋地の不利益が大きい場合に囲繞地通行権の侵害を認める立場である。この根拠は、囲繞地通行権が相隣関係規定であり、袋地と囲繞地の利害調整のための制度であることによる。

この立場では、工作物による袋地の不利益の内容は囲繞地通行権の目的の理解により、考慮対象とする事項やその重要性が異なることになる。例えば、囲繞地通行権の目的を公道に至るための通行とする立場であれば、通行に関わらない利益は考慮要素とならない又は重要度の低いものとなる。一方、囲繞地通行権の目的を袋地の効用の実現とする立場からすれば、公道に至るための通行に直接は関わらないものであっても重要な考慮要素であると考えられることになろう。

次に、工作物の撤去による囲繞地の不利益の判断に際しては、工作物の撤去そのものが所有地の利用制限（所有権の制約）であることを軽視してはならないことに注意すべきであろう。例えば、工作物設置の不合理性等が考慮事項になりうるとしても慎重に評価すべきである。

12 個々の囲繞地通行権によっては、その目的に公道に至るための通行を含まない場合もあり得よう。また、公道に至るための通行のみが目的であると判断された場合には、通行妨害とする立場と同様の判断枠組みによることになる。

ウ 範囲説

これは、囲繞地通行権の範囲内に工作物が存在する場合に囲繞地通行権の侵害を認める立場である。この根拠は、囲繞地通行権の範囲は必要最小限度の範囲として確定されるのであるから、当該範囲の全部の利用が認められるべきであると解することにある。

この立場では囲繞地通行権の範囲の判断と妨害排除請求権の成立の問題が表裏の関係に立つため、最小限度の範囲を確定するための判断がそのまま侵害の有無の判断に直結する。また、囲繞地通行権の範囲内にある工作物は、少なくとも撤去の可能性がある工作物として取り扱われることになるため、工作物撤去の予見可能性が高くなる。さらに、囲繞地通行権の範囲が既存通路や分筆の経緯を尊重して判断された場合には、工作物が公道への通行等を事実上妨害しない可能性があるが、このときでも侵害を認めることが可能になると思われる。

(2) 各見解の検討

複数の見解の概要を説明したが、いずれの説が囲繞地通行権の侵害を認めるものとして妥当であるか検討する。

ア 範囲説について

範囲説を形式的に適用することは工作物設置の全面的な禁止となる。これは、囲繞地所有者への過剰な負担であり認められないであろう。そのため、この説による場合には、工作物の設置を認めるための調整をせざるを得ないことになる¹³。

そこで、調整の方法が問題となるが、この調整を囲繞地通行権の目的が達成できているか否かから判断すれば目的説と同一となり、諸般の事情を考慮して判断すれば比較衡量説と同一となる。このほかに、主張立証責任の配分の観点から、囲繞地通行権の範囲内にある工作物に特段の事情がある場合には、妨害排除請求権の成立を認めないとして、囲繞地所有者に特段の事情の立証責任を負わせる方法もありうる¹⁴。しかし、囲繞地所有者に特段の事情の

13 工作物が存在していても通行等が現に可能であるにも関わらず、工作物を撤去すべきとする判断は、現実問題として囲繞地所有者の納得が得られないであろう。

14 東京地裁平成28年7月8日判決（D1-Law.com判例体系）参照。

立証責任を負わせることは最小限度の負担として正当化することはできないであろう。

したがって、範囲説は、圍繞地通行権の圍繞地の負担は最小限度とすべきとの観点から妥当でないと考える。

イ 比較衡量説について

比較衡量説では、そもそも圍繞地通行権の侵害の有無が比較衡量により判断できるのかが問題となる。

圍繞地通行権は必要最低限の利益を実現するための権利であるから、例えば、工作物によって公道に至ることができない場合には当該工作物は当然に撤去されるべきとの結論になる。したがって、この場合に比較衡量の余地はない。次に、比較衡量の余地がある場合だが、比較衡量の余地があるということは、圍繞地通行権によって実現すべき袋地の利益の中に場合によっては認めなくとも良い利益が包含されていることになる。これは袋地の利便性の実現であり圍繞地通行権によって実現すべき利益ではなく、これらの利益を理由に工作物を撤去することは認められないであろう¹⁵。

したがって、比較衡量説は、圍繞地通行権が必要最低限度の利益を実現するためのものという前提に反するため、妥当でないと考える。

ウ 目的説について

(ア) 目的説そのものについて

まず、目的説全体についてである。目的説では圍繞地通行権の目的が不達成となっているのかを端的に検討し、侵害の有無を判断することになる。この方法であれば、圍繞地通行権の目的を明確にしたうえで、その目的が工作物によって不達成となっているのかを具体的に判断できることになり、圍繞地所有者に必要最小限を越えた受忍義務を負わせることを回避させやすいといえる。また、物権の目的達成の観点から物権への侵害の有無を検討する方法は、物権的請求権の成否についての基本的な判断手法にも整合する。

これに対し、範囲説からは、範囲の確定と侵害の有無の問題を別に判断す

15 圍繞地所有者の負担の観点からすれば、確保しなくてもよい場合がありうる程度の袋地の利益を実現するために受忍義務を負うことは必要最小限の負担とはならないはずである。

ることは、囲繞地通行権が最小限度の範囲を確定するものであることと論理矛盾があるとの指摘がありうる。

しかし、範囲の確定と侵害の有無は、諸事情を総合考慮の上、いわば社会通念上最小限度となる囲繞地通行権の範囲の確定と、具体的内容が確定した囲繞地通行権との関係で当該工作物を撤去することが相当であるかという別の観点からの検討であり、別個の問題である。このため、あえて範囲の確定と侵害の有無の平仄を合せて解決する必要はなく矛盾はないであろう¹⁶。

また、範囲の確定と侵害の有無を別個の問題として考えることは、より詳細な利害調整を可能にする。すなわち、第1に囲繞地通行権の範囲の判断によって、袋地と囲繞地の関係から通常確保すべき範囲を特定する。第2に個々の工作物が侵害を生じさせているかを検討し最終的な調整を行い、囲繞地通行権が認められた範囲内の状況を整理するという2段の判断構造を取ることができるのである。この構造によって判断する手法が袋地と囲繞地の必要最小限度の利害調整の実現に資するといえよう。以上から目的説による判断が適切であると考ええる。

(イ) 通行妨害とする立場と効用妨害とする立場について

次に両立場について検討する。両立場の違いは、囲繞地通行権の目的をどのように考えるかによるが、この点はすでに論じている。そこで、目的論自体についてはさておき、どのような点の検討を要するか等を整理したうえでどちらが妥当であるかを考える。

a 効用妨害とする立場について

この立場は、囲繞地通行権に種々の問題解決機能を見出すことができるが、このためには、以下の点の検討が必要となる。

まず、当該囲繞地通行権の目的が必要最小限度の目的であるかの検討である。当該囲繞地通行権の目的が公道に至るための通行であれば、この検討は不要であるが、これ以外の目的を囲繞地通行権に求める場合には、この検討が不可欠となろう。

16 工作物の設置によっても公道への通行が不可能又は著しく困難とならない場合が生じている場合には、囲繞地通行権の範囲の検討が不十分であったと評価できる場合もあろう。

次に、侵害を判断する際には、いかなる目的が妨害されているのかを特定しなければならない。例えば、囲繞地通行権の範囲が通路幅員2mの通路に認められ、徒歩による通行が必要最小限度の通行方法となっている場合には、工作物によって当該通路の幅員が30cmの幅員が減少したとしても徒歩による通行は妨げられない。この場合には、公道へ至るための通行以外の目的が妨げられていることで囲繞地通行権が侵害されていることを明らかにしなければならないことになる¹⁷。

また、囲繞地通行権の目的によっては、その目的を実現すべき期間が一時的である場合もある。この場合には、工作物の撤去が求められた時点において、既に囲繞地通行権の目的が完了している可能性も検討しなければならない。このため、公道へ至るための通行のような一定程度の継続性がある目的では問題なりにくい点についての配慮も必要となろう¹⁸。

このように、効用妨害とする立場では、事案によって処理すべき問題が複雑化することがあるため、基準として煩雑であり、妥当でないように思われる。

b 通行妨害とする立場について

この立場では、必要最小限度とされた通行方法で公道に至ることができない場合に侵害があると考えため、検討対象が明確であり問題の複雑化を避けることができる。また、囲繞地の利用の余地を広く認めることになるため、囲繞地の負担について損害の最も少ないことが求められていることとの整合もある。このため、この立場が妥当であると考え。

もっとも、この立場では、効用妨害とする立場から囲繞地通行権を利用した問題解決についての柔軟さを欠くことになるとの反論がありうる。しかし、この点は、囲繞地通行権を類推適用することにより解決すべきであろう¹⁹。なぜなら、囲繞地通行権の類推適用であれば、囲繞地通行権というボールで覆うことなく、必要最低限度認められるべき袋地の効用とは何かという最低限度の権利の目的の種類が検討され、その目的を実現するために必要最小限度

17 東京高裁昭和50年1月29日判決（判例タイムズ362号210頁）参照。

18 この目的の変容や達成は事情変更とも評価されうる。この場合には、囲繞地通行権の消滅、その内容が変更となる可能性が生じる。

19 民法全体から考えれば、地役権の設定などで解決すべき問題ともいえる。

論説：公道に至るための他の土地の通行権に基づく妨害排除請求権—侵害の意義を考える—

の権利内容は何かという最小限度の内容が検討されることになる。そして、これらの検討により権利の内容を確立させたいうえで、同権利の侵害の有無を判断してこそ、隣地間の利害調整が実現できると考えるからである²⁰。

3 侵害の意義

以上の検討からすれば、囲繞地通行権の侵害は、囲繞地通行権の目的が不達成であるかという観点から個別具体的に判断すべきであり、同権の目的たる公道に至るための通行という行為が妨げられている場合に侵害が認められるとする立場が妥当であると考えられる。

よって、囲繞地通行権の侵害の意義は、囲繞地通行権の内容として認められた通行方法によって公道に至ることが不可能又は著しく困難となっていることと解するべきである。

第5 そのほかの問題

囲繞地通行権の侵害の意義に関連し、囲繞地通行権の範囲外の工作物の撤去や考慮すべきか否かが問題となる事項について、若干の検討をしておく。なお、以下の検討は囲繞地通行権の侵害の意義を公道に至るための通行が妨害されている状態と解する立場を前提とする。

1 囲繞地通行権の範囲外の工作物の問題

これは、囲繞地通行権の範囲外の工作物を囲繞地通行権に基づく妨害排除請求によって撤去できるかという問題である。

本稿の立場では、たとえ囲繞地通行権の範囲外にある工作物であっても、その撤去が可能となる。なぜなら、当該工作物によって公道に至るための通行が妨害されるとなれば、囲繞地通行権の侵害が認められるからである。そして、判断の手順としては範囲の確定と侵害の有無は別論としたうえで、侵

20 民法第213条の2が囲繞地通行権とは別に定められたことからすれば、通行の確保とは別の効用を実現する場合には、それを実現するなりの配慮が必要ということであろう（法務省 法制審議会民法・不動産登記法部会第14回会議 令和2年6月23日開催「部会資料32 相隣関係規定等の見直し」を参照）。

害の有無を検討するべきであろう。なぜなら、この判断の手順は、工作物の撤去のために囲繞地通行権の範囲を拡大することを避け、工作物の撤去のみによって解決する方法といえ、囲繞地の損害を軽微なものにとどめることに資するといえるためである²¹。

2 考慮事項の問題

囲繞地通行権に基づく妨害排除請求の判断において、当事者の主観的事情や工作物の設置の必要性、合理性をどのように取り扱うべきかという問題である。

(1) 主観的事情の考慮

ア 囲繞地所有者の主観的事情

これは、囲繞地所有者（囲繞地所有者と工作物を設置した者は同一であることを前提とする。）の主観面の取り扱いに関わるものであり、具体的には、囲繞地所有者が袋地の使用を妨げる目的で工作物を設置した場合に、この囲繞地所有者の意図を侵害の有無の判断に際し考慮するのかという問題である。まず、工作物の設置に袋地の使用を害する意図があったとしても、公道に至るための通行が可能であるならば囲繞地通行権の侵害の客観的事実が存在しないことになる²²。また、囲繞地通行権は客観的事実の存在によって生じる法律関係であるので、囲繞地所有者の主観的事情は、妨害排除請求権の成否自体に関し考慮されるべき事実からは除外すべきであろう。

もっとも、これらの事実、袋地所有者による妨害排除請求権の行使が権利濫用であることを否定するためには考慮されることになると考える。例えば、袋地の所有者が袋地の所有権を取得した際に工作物の存在を知っていたため妨害排除請求権の行使が権利濫用になりうるとしても²³、囲繞地所有者の工作物の設置の目的が袋地の使用の妨害である場合には、妨害排除請求権の

21 東京地裁令和元年8月27日判決（D1-Law.com判例体系）は、囲繞地通行権の範囲外の工作物についても囲繞地通行権に基づく通行を困難にしているとして、その撤去を認めている。

22 権利侵害を認める理由として工作物を設置した者の主観面を考慮すること自体が、囲繞地通行権を利用した袋地の利便性の実現に傾いていることを示していると考えられる。

23 東京高裁昭和56年8月27日判決（判例時報1016号62頁）参照。

濫用とせず同権利の行使を認めても良いであろう。

イ 袋地所有者の主観的事情

これは、袋地取得の際に工作物の存在を知っていたことや工作物を利用している囲繞地所有者に対する害意があることが、囲繞地通行権の侵害の有無の判断に影響を与えるかという問題である。これらの事実も、主観的事情であるので、妨害排除請求権の成否自体に関し考慮すべき事実ではなく、侵害を基礎付ける事実とはならないと解するべきである。

もっとも、これは当該袋地所有者が妨害排除請求を行使することが許されるかという問題に整理することが可能である。このため、袋地所有者の主観的事情は、囲繞地通行権に基づく妨害排除請求の権利濫用を基礎付ける事実となりうるものと位置付けるべきであろう。

(2) 工作物の設置の必要性和合理性

ア 必要性や合理性がある場合

工作物の設置に必要性や合理性があったとしても、囲繞地通行権の目的を妨害するのであれば侵害が認められるべきである。これは、囲繞地通行権が最低限度の利益を実現しようとしている以上はやむを得ない。そのため、工作物の設置に必要性や合理性があることは、妨害排除請求権の成否自体に関し考慮されるべき事実ではない。

もっとも、工作物の必要性や合理性の存在は、袋地所有者の妨害排除請求権の行使を権利濫用と評価しうる事実として考慮することは可能であろう。例えば、袋地所有者が袋地の具体的な使用予定がないにも関わらず、囲繞地所有者にとって必要性が高い工作物等の撤去を求めることは、権利濫用を基礎付ける事実の一つとなろう²⁴。

イ 必要性や合理性の無い場合

そもそも、囲繞地所有者は、自己所有の土地に客観的には不必要、不合理な工作物であっても自由に設置できるはずである。また、工作物の設置が不必要、不合理であることは、囲繞地通行権の目的が達成されているか否か

24 東京地裁昭和55年12月19日判決（判例タイムズ449号83頁）参照。

とは無関係であり、むしろ、客観的事実状態から、圍繞地通行権の目的が妨げられていれば侵害が認められ、そうでないならば侵害はないと判断すればよい。したがって、工作物に必要性や合理性の無いことは、妨害排除請求権の成否自体に関し考慮すべき事実ではない。

もっとも、これらの事実、袋地所有者による妨害排除請求権の行使が権利濫用になることを否定する事実の一つとして位置付けられよう。

以上から、当事者の主観的事情や工作物の設置の必要性、合理性の有無やその程度は、侵害の有無を基礎付ける事実ではないが、圍繞地通行権に基づく妨害排除請求権の行使が権利濫用となるかという権利行使の段階で考慮されるべき事実であると位置付けられる。

第6 結語にかえて

圍繞地通行権に基づく妨害排除請求は、同権利に基づく通行が妨げられた場合に認められるといわれる。

しかし、圍繞地通行権の範囲は必要最小限度とされつつも、既存通路や分筆の経緯等が尊重される場合もあり、圍繞地通行権の範囲内に設置された工作物が当然に通行を妨げるとはいえない。この場合には、そもそも圍繞地通行権の範囲の判断に誤りがあったことになるのか、必要最小限度の範囲の確定と妨害排除請求権の成否は別個の問題であり矛盾はないとするのか、事例によりどちらの場合もありうると思われるが、判然としない。

また、圍繞地通行権に公道に至るための通行以外の目的の実現を期待するのであれば、通行が妨げられた場合以外にも妨害排除請求権の成立を認めるべき場合があるはずである。この点を意識せずに圍繞地通行権の侵害を検討することは、通行ができない場合はまだしも、通行が著しく困難といえるのかが不明瞭な場合にまで、通行の妨害を理由に圍繞地通行権の侵害を認めてしまうことも生じかねない。

以上から圍繞地通行権の侵害の意義を考えることは、圍繞地通行権の理解

を進める良い視点になるのではないかと考えた²⁵。

本稿では、侵害の意義について遠回りの議論をし、結論としても圍繞地通行権の侵害とは圍繞地通行権の目的を達成できない事態をいい、その意義は、必要最小限度の通行方法によって公道に至ることが不可能又は著しく困難であることと解するべきであるという多数派と思われる裁判例に賛同する形に落ち着いたが、今回の検討が圍繞地通行権の侵害の意義だけではなく、圍繞地所有権の存在が確認された後の法律関係や翻って圍繞地通行権の成立及びその具体的内容についての理解に資するのであれば嬉しく思う。

〈参考文献〉

引用した書籍等の他に参考とした文献は以下の通りである。

- ・岡本詔治「隣地通行権の理論と裁判（増補版）」
- ・岡本詔治「通行権裁判の現代的課題」
- ・塩崎勤ほか編「裁判実務体系24 相隣関係訴訟法」
- ・藤本耕三ほか編「不動産訴訟の実務（第7版）」
- ・古館清吾「民事法と裁判上 貞家最高裁判事退官記念論文集 圍繞地通行権をめぐる諸問題」

25 このほかにも妨害排除請求権に関しては、民法第211条2項（通路開設権）との関係〔東京高裁平成14年9月5日判決（判例時報1802号91頁）参照〕や妨害排除請求の費用負担の問題等〔仙台高裁秋田支部昭和46年3月10日判決（最高裁裁判所民事判例集26巻3号492頁）参照〕がある。

