

判例研究

黙示の地役権設定と登記請求

(東京地方裁判所判決平成一六年四月二六日、平成一三年(ワ)第四四一一号工作物妨害排除等請求事件、平成一三年(ワ)第二六五九三号同反訴請求事件、判例タイムズ一八六号一三四頁)

江 淵 武 彦

〔事実〕 本件甲乙丙丁戊の土地五筆は、もともと一筆の土地(二番一)を形成し、かつて訴外会社A₁の所有に属していた。ここに、関東大震災後の大正一二年から昭和初期にかけて、訴外A₂が、右土地甲ないし戊の五区画の部分にそれぞれ甲ないし戊建物五棟を建築して、地中にこれら建物からの排水をまかなう排水管を埋設し、かつ地表に排水枡を設けた。この建物のうち、Y方の先代Y₁が甲建物をA₂から賃借していた。A₁会社は、同一番一の土地を大蔵省に物納、昭和二十七年に、同省は、A₂の子であるA₃に対してこれを払い下げた。同年に、A₃は、二番一から丁戊土地を分筆した。昭和三八年にY₁をY₂が相続、同四六年にA₂をA₃が相続、A₃は、二番一の土地の残地を甲乙丙建物の敷地として分筆して甲乙丙土地を形成し、甲土地及び甲建物をY₂に、

乙土地及び乙建物をBに売り渡した(いずれも昭和四八年一月一日)。
甲建物と乙建物間のスペースが公道に到る通路として使用されていた。この通路は、甲土地と乙土地の境界を跨いでいる。通路全体はコンクリートで覆われ、前記排水管は乙土地の地中にある。甲建物の玄関は公道に面しているが、その勝手口はこの通路に面している。Y₂は、この通路の公道に到る出入口に扉を設けている。また、排水枡は甲土地と乙土地に跨っている。昭和五年頃、丙戊建物は取り壊されて丙戊土地を敷地とするマンションが建設され、これらの土地からの本件排水管への排水は行なわれなくなった。その後、Y₂は甲土地上に湯殿を設置し、その排水を乙土地上の排水孔から本件埋設排水管に流すようになった。

乙土地及び乙建物はBを経て転々譲渡され、昭和六二年にC会社がその所有権を取得、Cは乙建物を取り壊し、乙土地は更地となった。これにより前記排水施設は、甲丁建物からの排水をまかなうのみとなり、現在に到っている。平成一二年に乙土地が競売に付され、Xがこれを競落した。この頃、Yは、かつて湯殿を設けていた甲土地上のその部分に浴室を設けている。その給湯管と排水管は乙土地の地表に設置しされており、同浴室からの排水は、この排水管を経由して、乙土地中の埋設排水管へ流入している。

Xは、Yを相手として、乙土地所有権にもとづき、同土地への立入禁止、その地表及び地中に設置された給排水設備一切の撤去、Yが公道への出入口に設けた扉の撤去、不法行為を原因とする損害賠償を求める訴えを提起した。これに対してYは、次の理由で、甲土地を要役地、乙土地を承役地とする地役権の確認、設定行為又は時効取得を原因とする地役権設定登記手続、通行及び下水道設備使用の妨害禁止を求める反訴を提起した。

A₃による甲乙土地・建物その他の不動産の売り渡しにより、Yらその他の買主は本件埋設排水管等の共有持分権を取得したが、このときYは、乙土地所有権を取得したBから、黙示的に、通行及び下水道設置利用のための地役権の設定を受けた。

A₂による乙土地上の通路開設はY自らの通路開設と同視すべきであり、Yは、甲土地建物取得の時に通行及び下水道設置利用の権利を有すると過失なく信じたから、この時から一年の経過により（そうでなくても二年の経過により）、地役権を時効により取得した。

最判平成一年二月一八日は、承役地譲受人が要役地所有者による通路使用を認識していた等の場合に地役権設定登記欠缺を主張しうる第三者にあらないとしており、その趣旨から、YはXに対して地役権を登記なくして対抗し登記請求をすることができる。

これに対するXの反論は次の通りである。

Xが通行してきた土地は、建築物を境界線から五センチ保つことを規定する民法二三四条の制限によって生じた空き地であり、通行地役権にもとづく通路とは性質が異なる。

通行地役権の時効取得のためには、要役地所有者による通路開設が必要であるが、本件ではその要件が満たされていない。

Xによる地役権存在の認識又は認識可能性は、乙土地競落のための入札時を基準とすべきところ、その物件明細書に通路存在や下水道存在の記載はなく、Yに

よる乙土地利用は、位置、形状、構造などから客観的に明らか状況ではなく、Xは登記欠缺を主張する正当な利益を有する。

「判旨」 本訴一部棄却・一部認容、反訴認容。「旧二番一土地を甲ないし丙土地に分筆した上で昭和四八年になされた甲ないし丙土地の売買の際、Y及びBを含む当該売買当事者間においては、当時の本件通路の利用状況、すなわち本件通路を近隣住民の通行及び下水道の設置利用に供する状態を継続することが前提とされていたといふべきであり、甲ないし丙土地を取得した者は、本件通路につき通行及び下水道の設置利用をする地役権を取得する一方、自己の所有する土地につき同様の地役権の負担を受けるものとする旨の黙示の契約が締結されたとみるのが、当事者の合理的意思に沿つといふべきである」

「通行及び下水道設置利用のための地役権の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、同承役地が要役地の所有者によって継続的に利用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、上記地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、

地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないといふべきである（最高裁判所平成八年(オ)第二三四二号同一 年二月一八日第二小法廷判決・民集五二巻一頁六五頁参照）。

また、承役地の所有権が競売による売却によつて移転した場合において、競落人が地役権の登記の欠缺を主張する正当の利益を有する第三者に当たるか否かを判断するに際しては、上記「譲渡の時」とは、不動産の競売にあつては売却許可決定の確定をもつて売買が確定的に成立することから、承役地に関する売却許可決定が確定した時と解するのが相当である」

「平成二年六月一五日当時、乙土地が、Yによつて通行及び下水道設備の設置のために継続的に利用されていることが客観的に明らかであり、かつ、Xにおいてそのことを認識することが可能であつたといえる」

「したがつて、Xは本件地役権について登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないから、Yは、Xに対し、本件地役権について、登記なくして対抗することができる」

「地役権の承役地の譲受人が地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらず、地役権者が譲受人に対し登記なくして地役権を対抗できる場

合には、地役権者は、譲受人に対し、同権利に基づいて地役権設定登記手続を請求することができ、譲受人はこれに応ずる義務を負うものと解すべきである（最高裁判所平成八年(オ)第三三四二号同一 年二月一八日第一小法廷判決・民集五二卷一号六五頁参照）。

「したがって、Yは、Xに対し、昭和四八年一月一日設定を原因とする本件地役権の設定登記手続を請求することができる」（編集の都合上、本稿での判決引用にあたっては横書を縦書としたため、算用数字を漢数字に改めた）

〔研究〕 一 事実関係並びに争点・論点の整理

まず提訴時点における、係争地とその地上又は地中に設置された用排水設備の状況を整理しておきたい。

係争地たる乙土地には、隣接する甲土地の一部に跨ってコンクリート舗装が施され、通路として使用されている。

乙土地の地中には排水管が埋設されている。

甲土地と乙土地を跨いで排水桝が地表に設置されている。

甲土地上の浴室のための給排水管が乙土地上に設置されている。

右のうち、通路と埋設排水管（ ）は、大正一二年頃、

A₂によって設置されている。地表の排水桝（ ）については不明だが、おそらくこれもこの頃、A₂によってとちもに設置されたのだろう。と は目視可能だが、 は目視不可能である。の浴室はYが平成一二年頃に設置したもののだが、の埋設排水管に連なる乙土地上排水管と給湯管（いずれも目視可能）は、おそらくこの時にYが設置したものと推測される。

さて、本件は、一筆の土地が分譲され、新たに生じた境界を跨る通路状土地における通行及び排水管等設置のための地役権の有無につき争われた事例である。本件における事実認定上の争点は、次の通りである。

(1) B Y間に黙示の地役権設定行為があったか。

(2) Yによる地役権時効取得のための要件が満たされているか。

(3) XがYによる係争地利用を認識していたか、又は認識可能であったか。

次に、本件における法解釈上の論点は、以下の通りである。

1 通行及び排水施設等のための地役権を有する者

は、未登記であっても競売にもとづく承役地取得者に対して対抗力を有するか。

2 黙示の設定行為による地役権者が承役地所有者

に対して地役権設定登記請求権を有するか。

本判決は、(1)(3)の事実を認定し、(2)については判断をしなかった。黙示の設定行為による地役権取得を認めるなら、重ねて時効によるその取得を認める必要性がないと、裁判所が判断したからであろう。

二 黙示の設定行為

黙示の設定行為が存在したという点について、本判決は、分譲地買受人たるBとYらとの間で、「本件通路につき通行及び下水道の設置利用に供する状態を継続することが前提とされていた」ことを根拠とする。これらの者が、相互に他人所有地の地役の利用と自己所有地の負担制限を許容し合っていたというのである。このような場合、相互利用と相互負担の合意が当事者の合理的意思解釈として可能である。本判決は、これを昭和四八年一月一日(BとYらがこれらの土地建物をAから買い受けた日)に求めている。その後、乙建物を取り壊されて相互利用・負担の関係が終わっても、それだけでは甲乙土地における要役地と承役地の関係は終了しないであろう。

私道上に工作物(塀、門扉、樹木など)が設置されたことが原因で、この私道に連なる宅地所有者がこの設置を通行権妨害として排除を求めた事例は、枚挙にいとまがない。

かかる事例において、裁判所は、本件のように、しばしば黙示の通行地役権設定を認めて同私道上の通行利益を保護することがある。その典型は、本件のように、その宅地と私道が一筆の土地の分譲によって生じた場合である。

たとえば、Aが一筆の自己所有地を二筆に分け、両土地の通路とするために両土地の一部ずつに境界上に亘って一体的通路を開設し、このうちの二筆をまずBに、次に他方をCに、それぞれ宅地として分譲する場合を考えよう。最初のA・B間の土地売買の際に、Aは当然に、自己所有地として留保した土地上の通路の使用をBに許諾して、他方の土地をBに譲渡することとなる。またAは、Bに譲渡した土地上の通路の使用権を、Aが留保した宅地の従たる権利としてBに認めさせる意思を有するはずである。次に、Aが自己に留保した土地をCに譲渡するに際しては、この土地の通路上の義務負担と、B所有地上の通路使用権とをCに引き継がせる意思を有すると見るのが自然であろう。ここで、A・B間売買とA・C間売買において、その双方または一方で、私道通行権とその義務負担が売買の内容として明らかにされていれば(たとえば地役権という法律用語が示されていないとしても)、それが明示による通行地役権設定と評価しうる。そして、これらが関係者の明示の意思表示をもって確認されていない場合であっても、当事者の合理

的意解釈として、やはり通行地役権設定を推認しうる。これこそが、黙示の通行地役権設定にほかならない。ここですら当事者とは、分譲者と被分譲者（AとB）であるが、通常は、被分譲者（B・C）相互において、後の被分譲者（C）がこの権利義務を分譲者Aから承継する意思を有するのである。分譲地内通路における通行地役権が認容された下級審判決の中で、これらは「交錯的な通行地役権」と呼ばれている（東京地判昭和五十一年一月二十八日下民集二七卷一〜四号七頁、東京地判昭和五十六年三月一九日判時一二四号七三頁）。

以上のように、本件のような分譲地内通路においては、明示の通行権地役権設定がなくても、当事者の合理的意解釈として、黙示の設定があったと認めうる。そのようにして地役権の存在を認定する限り、実務的には重ねて時効を問題とする必要はない。ただ、本件のような分譲地内通路における通行地役権の認容にあたっては、黙示の設定行為と時効取得という二つの方法は、紙一重といつてころである。

三 時効取得

地役権の時効取得は、継続的に行使され、かつ、外形上認識することができるものに限って認められるが（民法二

八三条）、これに加えて、通行を目的とする地役権については、要役地所有者自身による通路開設を要件（以下、本稿ではこれを単に「開設者要件」と称したい）とするのが判例の立場である（最判昭和三十一年二月二六日民集九卷一四号二一九七頁、最判昭和三十三年二月一四日民集一二卷二号二六八頁）。本件において、通路を開設し、また排水設備を設置したのはAだ²と推測される。とすると、本件において判例上は、一見、Yによる時効取得は不可能である。これが、Y保護にあたって本判決が時効という手段を避けた理由の一つであろう。ただ、私道たる通路における通行権訴訟の事例研究にあたっては、当該通路がこれまで使用者にとって不可欠であったかどうかを踏まえなければ判決の意義を探ることは不可能である。そこで、開設者要件に関するリーディング・ケースについて、その事実関係に立ち入って検討してみよう。

〔一〕 最判昭和三十一年二月二六日民集九卷一四号二〇九七頁

Aは、昭和一年頃、A所有地を甲土地と乙土地に分筆し、甲土地が袋地となつたので、乙土地上に通路を開設した。その後、甲土地につき、Aから申請外人を経てXが所有権を取得。同申請外人やXは、乙土地と、その他の（同じく同分筆によって生じた）丙土地を通路として使用して

きた。昭和一六年にA死亡。その相続人を経て、昭和二八年に、Yが乙土地所有権を取得した。Yが乙土地上に建物等を設置するための工事を始めたので、Xが設定行為又は時効による通行地役権取得のほか、囲繞地通行権を理由としてその禁止を求める仮処分認可を申請。Yは、乙土地工事着工部分は従前より庭石で囲まれ庭木草花等が植えられていたところであつて通路として使用されていた事実はないからYの工事はXの通行を従前以上に妨げるものではないと主張。第一審は、地役権設定行為不存在、通路がXによつて開設されたものではないから地役権時効取得は成立しない、囲繞地通行権は必要にして損害最少のものでなければならぬがXは丙土地をも通行している、との理由で、Xの申請を却下。第二審も同旨で控訴棄却。

Xは、「通路の開設が其の始末要役地の所有者と承役地の所有者と同一人でない場合であつても、其の通路が要役地所有者の通路に使用する為め開設された本件の場合には、所有者を異にすることが何等時効取得の妨げとはならない」、地役権を時効取得したXはYに地役権登記なくして對抗しうる等の理由で上告。

本上告審は、次の理由で上告を棄却した。

「民法二八三条による通行地役権の時効取得については、いわゆる『継続』の要件として、承役地たるべき他人所有

の土地の上に通路の開設を要し、その開設は要役地所有者によつてなされることを要するものと解す(る)」

「袋地である上告人所有の土地のための最少限度の通路としては、丙土地地番略を以て足り、乙土地地番略を必要としないとする趣旨の原判示は、相当」

「所論の原判示は、仮りに本件土地を承役地とする上告人主張の地役権設定契約があつたとしても、これにつき登記なき以上、その後において承役地の所有権を取得した被上告人に対抗し得ないとする趣旨であつて所論のように時効による地役権取得に関し、登記の欠缺を云為するものではない。そして原判決は本件について地役権の時効取得を否定しているのであるから、所論のような對抗要件に関しては問題を生ずる余地がない」

〔2〕 最判昭和三年二月一日民集一二巻二二六八頁

Xは、昭和一年に入夫婚姻によりX家で生活するようになり、農業と製材業を営んできた。X家住民はその敷地から公路に到るまでに、Y所有の通路を使用してきており、この間、Yから抗議はなかつた。昭和二八年に、Yがここに堆肥枠を設けたので、XはYを相手として、時効を原因とする地役権確認及び妨害排除を訴求。原審で、Xが一年経過により通行地役権を時効取得したとしてX勝訴。Y

は、開設者要件欠缺を理由として上告。

本上告審は、次の理由をもつて原審を破棄し審理を差戻した。

「民法二八三条にいう『継続』の要件をみたすには、承役地たるべき他人所有の土地の上に通路の開設があつただけでは足りないものであつて、その開設が要役地所有者によつてなされたことを要することは当裁判所の判例（昭和二八年（才）第一一七八号同三 年二月二六日言渡判決、民事判例集九卷二一九七頁）とするところであるから、原審が前記のような事実を認定しただけでたやすく被上告人の前記時効取得の主張を容認したのは、民法二八三条の解釈を誤り審理を尽くさなかつた違法があるものといわなければならない」

*

右二つの最高裁判例において、まず「一」においては、係争地たる通路のうち、X（通路使用者）が撤去を求める工作物が設置された土地部分には、以前より庭石等が置かれてXが通行できる状態ではなかつたもようである。加えて、この土地以外に別の土地（丙土地）が通行の用に供されてきた。すなわち、「一」事例では、通路使用者が係争地の工作物設置部分に通行してきた事実がなく、その工作物設置が同一の通行を阻害するものではなかつたという事

実関係がうかがえる。もとより、この事例において、下級審は、いずれも通路使用者Xとかつての通路所有者（分譲者A）との間の係争地に關する地役権設定を明確に否定している。このことは、分譲地内通路の通行権訴訟においては特異である。これは、やはり係争地だけでなく、それ以外の丙土地が通行の用に供されてきたことと關係あるう。通行地役権時効取得について、開設者要件を述べる最高裁判決は、実は、このような事実関係の下に言い渡されたということに注意しておくべきである。

つぎに、「二」事例において、その原判決（東京高判昭和三年一月八日民集一二卷二七五頁）の時効に關する判示部分に問題がある。この部分を左に掲げよう。

「これら事実を総合すればXは昭和十年三月（正確にいえば、昭和九年十一月）以降前記空地に設けられた通路を、自己のためにする意思を以つて、平穩かつ公然と、継続して甲地からの通行の用に供して来たもので、しかもその当初善意で、かつ過失がなかつたものと認定するを相当とするから、右行使の時から起算して十年の経過により、右空地について、甲地を要役地とする通行のための地役権を取得した」

この原判決は、通路開設とその維持管理の問題については、何も触れていない。むろん、この判決が言い渡された

のは、開設者要件を初めて述べた最高裁「1」判決の一日前だったために、同裁判所が開設者要件に思いを致さなかつた点はやむをえないとしても、通行の事実だけで地役権時効取得を認めたのは問題である。

もとより、民法二八三条は、地役権の時効取得の要件として、一六二条の一般要件以上に厳しいものを求めている。通行の用に供されている土地の所有者の立場から見れば、その所有権を制限・妨害するがごとき施設の設置に対して、その妨害排除請求を怠ることによりその施設のための地役権という不利益が所有者に負担させられる、という面がある。

「2」判決には、開設者要件に反対し、要役地所有者による維持管理の事実があればよいという補足意見が付されている。仮に、開設者要件が通行地役権時効取得要件として厳しすぎるとの立場から、この要件を疑問視する見解（末川博『物権法』昭和三年、日本評論社「三五六頁、舟橋諱一『物権法』昭和五年、有斐閣」四三二頁、我妻栄『新訂物権法』昭和五年、岩波書店」四二二頁など）に耳を傾けるにしても、通行の事実だけで地役権時効取得を認容する「2」事例控訴審の姿勢は、民法一八三条の趣旨からすれば杜撰と言わざるをえない。「2」判決は、このような問題点をもつ原判決を破棄するために開設者要

件を述べたという事実を踏まえておく必要がある。「2」判決の補足意見は、多数意見が論語にいう「牛刀を以て鶏を割く」の愚を犯していることを指摘しているのであり、鶏（原判決）を割く（破棄する）ためには、牛刀（開設者要件）という「1」事例における特別の事実関係の下にあつらえた道具ではなく、小刀（通路使用者による通路維持管理、我妻博士がいう通路の準占有）で十分なのである。

このように、開設者要件を述べた右の最高裁二判決については、若干の問題点を指摘せざるをえないが、それはともかくとして、これ以降の次の下級審事例を見よう。

「3」 横浜地判昭和四三年一月六日判時五五六号七六頁

甲土地及び乙土地はA所有物であったが、昭和八年に、両土地がAからBへ売却された。甲乙土地から公道に出るためには、A所有の丙土地及び丁土地を通行する必要があるため、BはAに対して、丙丁土地の売渡を求めた。Aは、甲乙土地の奥に位置する分譲地も所有しており、これらの土地のために丙丁土地が通路として必要であったためBの申し入れを断つた。その上でAは、丙丁土地につき通路としての工事を施した。BはAの代理人から、丙丁土地が甲乙土地その他の分譲地のための通路として確保すると知らされ、甲乙土地を買い受けて以来、二五年間、ここを通行

してきた。その後、甲乙土地は、BからCを経てXに譲渡。丙土地は昭和三十一年に、AからYに譲渡された。Yは丙土地を隣接地の高さまで切り崩したので、通路としての用をなさなくなった。XはYを相手として、A・B間の設定行為又は時効を理由とする通行地役権の確認、通行妨害禁止、原状回復を訴求。

同判決は、設定行為の主張を退けたが、時効の主張については、次のように認容している。

「Bは昭和八年九月二十六日から自己所有の 甲土地・乙土地地番略 のためにする意思をもって平穩公然かつ行使の始めにおいて善意無過失に本件土地の通行権を行使し、その通行は通路を開設した表現の土地を継続してなされていたと云うべきであるから同日から一年を経過した昭和一八年九月二五日時効の完成により本件土地につき 甲土地・乙土地地番略 土地のための無償の通行地役権を取得したと解すべきである。略 そうすればXは 略 本件土地を無償永久に通行できる地役権もまたBからCを経由して取得したといふべきである」

〔4〕 東京地判昭和五十一年一月二八日下民集二七卷一、四号七頁

本件土地付近一帯は、もと一筆の土地で、訴外Aが所有していた。Aはこれを数筆に分筆して各土地上の建物を建

築して譲渡。Aはこれに先立ち、これら各土地の一部ずつに亘つて一体的に私道を設けた。甲土地と乙土地は、この通路の最奥部にあり、それぞれ、最終的にX・Yが取得した。Yが乙土地内通路上に門扉や塀を設けたので、XがYを相手として、通行地役権設定行為又はその時効取得等を理由として、その撤去を求める訴えを提起。

同判決は、設定行為の主張を退けたが、時効取得の主張を認容した。そして、要役地所有者による通路開設という時効要件については、次のように判示している。

「通行地役権を時効取得するためには通路が要役地所有者によつて開設されたことを要するというのが判例であるが、この要件は承役地の通行が承役地所有者の近隣の情宜による黙認によつて許されているとかまたは要役地所有者が通路を自己のために支配しているとみるに足りる客観的事実状態が存在しない場合を除外するところに主眼を置くものとみるべく、本件の如く、分譲地所有者であり、乙土地の買受人との間で 略 通路を開設することについての合意をとりつけ、かつ自ら 略 の設置工事をして前記通路部分の状態を作り出したAから中間者を経て甲土地所有権を取得した 氏名略 およびXについては自ら通路を開設したのと同視するのが相当である」

*

右二つの下級審裁判例は、明らかに、要役地所有者が他人の土地を承役地とするような通路を開設した事例ではなく、開設者要件が満たされているとはいえない。それにも拘わらず、双方とも判決により通行地役権の時効取得が認められている。このうち、「3」は、最高裁「1」「2」判決について一言も触れていない。かつ、その時効に関する判旨は、「2」の原判決同様にまことに簡単なものである。上訴の有無は不明であるが、最高裁に上告されたら破棄されかねない時効の判旨といわざるをえない。ただし、「2」事例と明確に異なっているのは、「3」事例では、通路使用者たるXの前々主（B）が、当時の通路敷地所有者（A）から係争地たる通路（丙土地）が通路として確保されている旨が申し渡されていることである（「2」事例においては、この要素がまったくない）。これを通行地役権設定の意思表示として認めない裁判所の姿勢は不可解だが、結果として時効で通行権を認めただけで、些細な事実認定の問題といえなくもない。

「3」事例は、一筆の土地が分筆されてそれが別個の所有者に属するようになったのか、それとも、当初から別個の土地であったものが同一人（A）の所有物だったのかどうかはわからない。これに対して、「4」事例は、明らかに土地の分譲地内通路の事例で、この場合も通行地役権設

定行為の存在を認めず、時効で地役権を認めるという方法を採用している。そして、「3」判決とは異なり、「4」判決は、開設者要件については、右のように、「自ら通路を開設したのと同視するのが相当」と述べている。

四 本判決の地役権認定方法

本件においては、前述のように、分筆前の二番一に甲乙建物が建築され両建物間のスペースが通路として使用されるようになった。かつ、排水設備がその地中に埋設された。設置者はA₂ある。そのA₂から、大蔵省を経て、A₃がこの二番一を取得し、これを甲土地と乙土地に分けてYとに譲渡した。「4」の趣旨からすれば、本件においても、通路と排水設備については、Yが主張するように、Yが開設したものと同視しうる。仮にそうだとすれば、裁判所は、本件において少なくとも通路については通行地役権の時効取得を認めることが可能だったといえる。

ただ問題なのは、排水設備が外形上認識できる（判決当時の民法二八三条の用語では「表現」のもの）といえるかどうかである。一般に地下に埋設された導管は、「不表現」と解される（例えば、岡本詔治「私道通行権入門」『平成七年、信山社』五一頁）。ただ、本件の場合、前述のように、甲乙両土地に跨る排水桝は目視できるので、これに連

なる排水管が乙土地に埋設されていることを推認することができる状態であつたかもしれない。したがつてこの点は微妙である。それでも仮にこれを「不表現」と認定するとなれば、本件排水設備等のための地役権の時効取得は不可で、その地上の通行地役権のみ時効取得可、という奇妙な結論となる。この結論は、裁判所としては避けたいところであつたろう。時効取得にこだわりつつこの結論を避けるとすれば、通路開設工事（コンクリートによる舗装）と排水設備埋設工事は一体のものであり、通行と排水という二つの目的は一体的なもので、Yがこれらを目的とした地役権を一括して取得したとの判断は不可能ではなかつたように思われる。

本件において裁判所は、時効ではなく、黙示の設定行為の方を理由として、Yによる乙土地上の地役権取得を認めたと。時効判断を避けたのは次の点が理由であろう。

- i 通路開設と排水管等設置がX自身によらないこと。
- ii 排水管等については「表現」要件の上で問題があること。

むしろ、前述のように、分譲地内通路が「自ら通路を開設したのと同視するのが相当」との下級審判決の趣旨や、排水樋が地表から目視可能、通路と埋設排水管が同一係争地内に設置されている、という事情を勘案すれば、通行と

下水道利用を目的とする一体的地役権の時効取得を認容することは不可能ではなかつたと思われる。それにも拘わらず本判決が、黙示の設定行為という理由の方を採用したのは、Yによる地役権取得という結果を導く上で率直であり判決理由をより簡素にしうるのが理由であろう。

乙土地上の給排水管設置（前記）は、平成一二年に設置されている。裁判所が時効判断を避けたのは、この設備が近年の設置であることが理由のではない。本判決は、昭和四八年の黙示の設定行為の存在を理由にしつつ、平成一二年の本件給排水管についても、通路上のコンクリートの敷設や「本件地役権に基づく本件承役地の利用行為といえる」として、保護しているからである。たとえ時効によるとしても、まったく同一の理由により、近年設置の給排水管を保護することは可能といえる。

分譲地内通路に関する通行権訴訟下級審事例を見れば、黙示の設定行為を認容したものが目に付く（中野簡判昭和三九年二月二四日判時三七 号四一頁、東京高判昭和四九年五月九日東京高民時二五卷五号八九頁、東京地判昭和五六年三月一九日判時一 二四号七三頁、京都地判昭和六年九月二四日判時一一七三号一 六頁、東京地八王子支判平成元年一二月一九日判時一三五四号一 七頁、広島高判平成八年一 月二二日判タ九四四号一五 頁）。本判決も

その流れにあると一応いえよう。ただし、三で検討したように、通行地役権の時効取得を認めた事例の中には、実は、何らかの合意があったと推測されるケースも含まれており、これを裁判所が明示又は黙示の設定行為として認定するかどうかは、微妙な問題である。一方で、開設者要件を判例として尊重しつつも、「4」のごとき緩和策を採用すれば、本件のような分譲地内通路の通行権訴訟においては、時効判断は相当に容易となる。黙示の設定行為認容という方法と、時効による認容が紙一重だと述べたのは、このような事情にもとづく。

五 地役権登記不要を指摘する下級審判決

乙土地が黙示設定行為者たるBから特定承継された場合、とりわけ登記がされることのないかかる地役権を地役権者が承役地たる乙土地の承継人に対抗しうるのか、という点にある（前述の論点 1）。この問題は、時効を理由としてYによる地役権取得を認めても同様である。判例は、時効の効果を第三者に対抗するためには登記を必要としているから（最判昭和三三年八月二八日民集一二巻一二号一九三六頁）、結局、黙示の設定行為を理由とするにせよ、時効取得を理由とするにせよ、Xとの関係においては、Yの地役権の対抗力が問題とならざるをえない。Yによる甲土

地所有権取得は昭和四八年であるから、この時を地役権時効取得起算点とした場合、仮に二年の時効によるとしても、Yから見てX（平成二二年乙土地競落者）は当事者ではなく第三者となるからである。

論点 1 すなわち、通行地役権と登記の問題について、大審院は、民法一七七条の原則通り、通行地役権を第三者に対抗するにはその登記を必要とするとの立場にあった（大判大正一年一月二四日民録二七輯二二頁）。戦後の裁判例においても、前述の最高裁判決「1」の原判決（東京高判昭和二八年一月二日民集九巻一四号二二頁）は、通路使用者の地役権時効取得を否定しつつ加えて、「而も、本件についてはかかる地役権の登記がないから、その後本件土地の所有権を取得した被控訴人に対しては、右地役権を以て対抗し得ないものといわなければならない」との見解を示している。また、渋谷簡判昭和三八年六月二四日判時三五号三四頁は、同様に時効取得を認定せずに、「かりに、時効により取得したとしても、略 原告らは時効完成后に本件通路を取得した被告に対してはその旨の登記なくしては対抗し得ない」と述べている。もしもこの下級審二事例において、裁判所が通路使用者の地役権取得を（設定行為・時効取得のいずれを原因とするにしろ）認めつつも地役権登記不備を理由に第三者（承役地所有権特定

（承継人）への対抗を退けたというのであれば、右の見解は判旨部分といふべきであらう。しかし、この二件において裁判所は、地役権取得自体を否定しているのであるから、地役権登記を必要とする判示部分は傍論といふべきである。しかも後者は、結果として民法二二条における圍繞地通行権を認めており、右部分の先例的意義はまったくないといえる。

一方で、その後の多くの下級審（いずれも分譲地内通路に関する事例）は、悪意の通路敷地所有権取得者による地役権登記欠缺主張に対して、同欠缺主張につき正当な利益を有する第三者に該当しないと判示している。ただ、そのように判断するにあつての理由については、各判決に微妙な差がある。この差に注意しつつ各判決を列挙すると次の通りである。

- 通路としての負担のある土地であることを認識していた（又は認識しえた）ことを理由とする…東京地判昭和三十八年六月二五日下午民集一四卷六号一一九頁、
 広島高判平成八年一月二二日判夕九四四号一五頁
 右認識の他に、地役権者との比較衡量を理由とする…仙台高判昭和五年一月一四日下午民集三一巻九、
 一一二号九一一頁

右認識の他に、一定期間内の地役権者の通行を黙認

- していたことを理由とする…東京地判昭和五六年三月一九日判時一一二四号七三頁、東京地判昭和六二年一月二二日判時一二六四号七頁

- 右認識の他に、一定期間内の地役権者の通行黙認と比較衡量を理由とする…東京地判昭和平成二年一月二七日判時一三九七号二八頁

- 右認識の他に、承役地所有権取得者の買取価格が低廉であることも理由とする…東京地八王子支判平成元年二月一九日判時一三五四号一七頁

- 右認識があつたにも拘わらず地役権を否認するのは信義則違反であるとする…福島地判昭和四一年一月二八日下午民集一六卷一四七頁、東京地判昭和四八年八月一六日判夕三一一号二一七頁、東京地判昭和五一年一月二八日下午民集一七巻一四号七頁、京都地判昭和六一年九月二四日判時一一七三号一六頁

- 右認識の他に、通行地役権者を困惑させる目的があり権利濫用であるとする…東京地判昭和四一年一月二九日判夕二一一号一五三頁

- 右認識の他に、地役権者との比較衡量をなし、その上で権利濫用とする…横浜地判昭和四三年一月六日判時五五六号七六頁

地役権登記がないことを奇貨として承役地所有権を

取得したから背信的悪意者であるとする…東京高判昭和四八年六月二八日東京高民時二四卷六号一一頁・判時七一四号一九一頁

これらの理由のうち、以外のものでは、通路使用事実に対する承役地所有権取得者の認識（以下、悪意とする）に加えて、比較衡量論、これまでの通行の黙認、承役地買取価格などの要素が認められる。のうち、東京地判昭和五一年一月二八日は、承役地所有権取得者が通行地役権を認識していなかった土地の部分については、同人による地役権登記欠缺の主張を認めている。このようにして見れば、これら下級審判決については、次の点を指摘することができる。

- i 裁判所は、通行地役権訴訟で悪意の承役地所有権取得者を民法一七七条の第三者から排除しようとしてい
- ii しかしながら、承役地所有権取得者が背信的悪意者と明言されるケースはあまり多くない。
- iii それでも、単なる悪意に加えて、第三者からの排除を正当化するためのプラスアルファが指摘されることが多い。

民法一七七条の第三者から排斥するにも拘わらず、裁判所が承役地所有権取得者を背信的悪意者と断じない傾向が

黙示の地役権設定と登記請求（江淵）

ある理由はどこにあるのだろうか。たとえば、に分類した判決など、背信的悪意者排除に関する一般論を述べつつも（この直前に、背信的悪意者排除論を明らかにしたりリーディング・ケースたる最判昭和四三年八月二日民集二二卷八号一五七一頁が言い渡されている）、当該承役地所有権取得者を（地役権行使拒絶を権利濫用と判示しつつも）、背信的悪意者とは明言していない。

多くの事例において、承役地たる私道の取得者は、利潤目的でこの土地を取得したというのではなく、この地において通路使用者と隣り合わせで生活する者である。そのために、訴訟の原因が、感情的対立を含めた生活上の利害対立を背景にしているという特徴がある。ここに、承役地所有権取得者を背信的悪意者と断定しにくい事情がうかがわれる。たとえば、暴利目的が認められる前記最判昭和四三年八月二日や、実体上山林所有権が登記名義人にないことを前提とした振る舞いを見せていた者があえて当該登記名義人を所有者として移転登記を経由して背信的悪意者と断じられた最判昭和四三年一月一五日民集二二卷一二号一六七頁などのような事例と、通行地役権訴訟とはかなり事情が異なる。つまり、裁判所は、地役権を否認する生活者たる承役地所有権取得者の悪意さの程度はあまり高くないと見ているのではないかと思われる。そのために、通

行地役権訴訟であっても、生活者ではないの事例（承役地所有権取得者は不動産事業会社）など、背信的悪意者との判断が裁判所によって示されているのである。

六 最高裁の判断

右で見たように、下級審は、通行地役権訴訟において、地役権登記なくして對抗することを認める傾向にあった。平成一年に入り、この問題について、最高裁が次のように判断を示すこととなる。以下、その事実関係と同最高裁判旨を見てゆきたい。

〔5〕 最判平成一〇年二月二三日民集五二卷一号六五頁

Aは、昭和四六年に所有地を宅地六筆に分割し、同四九年にそのうちの二筆をXに売り渡した。Aは、Xに対してこの分譲地内通路の使用を許諾していた。昭和五年に、Aは残りの土地のうち三筆とこの通路をBに売り渡した。Bは、この通路を二分し、その一を合筆してより広い宅地を形成し、建物を建築した。残りの通路部分については舗装を施して同建物から公道へ到るための通路とした。Xはこの間、右通路を使用していた。平成三年に、Bは同土地をYに売り渡した。Yはこの通路をXが通行することにつき異議を述べ、この通路内に門柱を設置してその通行を妨げた。Xは、Yを相手として、主的に通行地役権確認と

その設定登記請求等を、予備的に圍繞地通行権の確認を請求。YがXの地役権登記欠缺一を主張するのに対し、XはYが背信的悪意者であるとの抗弁を提出。第一審は、AX間の通行地役権設定を推認したが、Yがこれを承継するための合意があったとはいえず、YがXの通行地役権を認めないことについて背信性はないとして、Xによる通行地役権に関する主位的請求を退けたが、予備的請求たる圍繞地通行権の主張を認めた。Y控訴・X附帯控訴。控訴審は、次の理由で、Yを背信的悪意者と認めて、Xの通行地役権を認容した（ただしXの地役権設定登記請求については、登記原因不存在を理由に棄却）。

Yは、控訴審がYの悪意を認定していないのに背信的悪意者であることを認定するのは違法として上告（地役権登記請求棄却に対するXからの上告はない）。これに対して、上告審は次の理由で上告を棄却した。

「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事

情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である」

「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法一七七条にいう「第三者」（登記をしなければ物権の得喪又は変更を對抗することできない第三者）に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法四条又は五条に規定する事由のある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない」

「右の譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものといふべきであつて、右の譲受人が地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものといふべきである」

「このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない」

*

黙示の地役権設定と登記請求（江淵）

この最高裁判決の趣旨を整理すると、次の通りである。背信的悪意者でなくても登記欠缺主張が信義に反すると認められる者は、民法一七七条の第三者から排除される。

通路としての形状を示す土地の譲受人が通行地役権について不知であつても、他人の通路使用事実につき悪意が又は過失があつたときは、同譲受人による地役権登記欠缺主張は信義に反する。

つまり、この判決は、次の二つの要件が成立した場合、通路敷地譲受人の通路使用者に対する地役権登記欠缺の主張を許さないとしている。

[1] 土地の通路としての形状

[2] 他人の通路使用事実についての通路敷地譲受人における悪意又は過失

もし、同判決が、[1]（客観的要件）だけで地役権登記欠缺主張の不許をいうのであれば、それは、通路としての形状をもって地役権登記と等しいものとして位置づけたことになる。しかし、[2]（通路敷地譲受人の主観的要件）をも必要としていることは、最高裁は、前記客観的要件がそれだけで何らかの通行権の公示機能をはたすものとは見ていないということを意味している。ただそれでも、譲受人の主観的要件と合わせて、ある程度、通路としての客観的形

状が地役権登記の代替的機能をはたすことが認められたと解する余地がある。

このようにして右事例で、最高裁は、Xが地役権登記を有していた場合とほぼ同様の効果を、信義則という手段を用いて導いているのだと解釈しうる。ただ、岡本教授は、この事例における地役権者と承役地取得者との間を對抗関係として理解するより、通行地役権の負担承継として捉える方が自然であるとされる（岡本詔治「未登記通行地役権の対抗力について」日本法学六五巻四号「平成一年」一八七頁）。教授は、「本判言が對抗要件から出発しながらも、無意識にのうちにその枠を超えて、『負担の承継』問題という舞台におどり出て」と記述されている（岡本・前掲一九三頁）。それは、[1][2]二つの要件の成立によって承役地取得者の通行地役権負担承継という効果が発生する（「5」判決の判旨をそのように捉えべきである）との理解であろうか。この点、私の誤解を恐れるが、仮に教授の主張がそのような趣旨であるとした場合、この指摘は、地役権設定登記請求の問題について、また異なった視点を生み出す（後述）。ただ、地役権設定登記請求について、前述のように、このケースではXは上告していないので、「5」判決はその是非を判断していない。しかし、同判決言渡から間もなく、これが上告理由で正面から問われたケースに

おいて、最高裁は、この問題に対して積極的な判断を示している。この事例も掲げておきたい。

「6」 最判平成一〇年二月一八日民集五二巻九号一九七五頁

昭和三九年頃、Aは、他から土地を買い受け、宅地として分譲するため、宅地甲乙と通路丙の三筆に分けた。昭和四一年にAは、乙丙土地をBに譲渡し、さらにC、Dを経由して、昭和六三年にYらがこれらを取得した。Yらは、Dから丙土地が通路であるとの説明を受けていた。Aは、甲土地をさらに四筆に分筆の上、他に譲渡し、平成元年にXら三名がこれを取得した。Xらは丙土地を公道に到る通路として使用していたが、Yが同土地上に車庫設備を設置した。そこでXがYを相手として、AB間の設定行為を原因とする地役権の承継、又は時効にもとづく通行地役権の確認、及びその設定登記請求（第一次的には設定行為を原因とする、第二次的には時効を原因とする登記請求）等、予備的に围绕地通行権の確認を訴求。Yらは、地役権登記の欠缺を主張した。第一審は、AB間の黙示の設定による地役権の承継があり、Yは丙土地が通路として使用されていることの説明を受け、その確認をした上でその所有権を取得したから地役権登記欠缺を主張しうる第三者に該当しないとして、その登記請求を含めてXらの請求を認容（地

役権時効取得については判断がない)、控訴審も、A B間で(少なくとも黙示による)地役権設定の合意がありXらがこれを承継したこと、Yらがその対抗力を否定しうる正当な利益を有する第三者と解しえないことを認めたと、Xらによる地役権登記請求については第一審を取消し、これを退けた(時効についても第一審と異なって判断を示し、開設者要件を理由にXらの主張を退けている)。Xらは、地役権登記請求は認容さるべき等の理由で上告。上告審は、地役権登記請求を退けた控訴審を破棄し、この部分については、次のように自判している。

「通行地役権の承役地の譲受人が地役権設定登記の欠缺を主張するに於て正当な利益を有する第三者に当たらず、通行地役権者が譲受人に対し登記なくして通行地役権を対抗できる場合には、通行地役権者は、譲受人に対し、同権利に基づいて地役権設定登記手続を請求することができ、譲受人はこれに応ずる義務を負うものと解すべきである。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。」

黙示の地役権設定と登記請求 (江淵)

これを本件について見るに、AとBとの間に昭和四一年五月二日にAの所有地を要役地としB所有の本件土地を承役地として通行地役権を設定する旨の合意がされ、Xらはその後分筆された要役地をそれぞれ承継取得し、Yらは承役地を承継取得したところ、右通行地役権については地役権設定登記はないが、前記のとおりYらは右設定登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に当たらないのであるから、Xらは、Yらに対し、右通行地役権に基づき、右合意の日である昭和四一年五月二日設定を原因とする地役権設定登記手続を請求することができるものというべきである」

七 地役権黙示設定と登記請求・登記原因

右で見たように、「6」事例において、控訴審は、黙示の地役権設定を認めつつも、その登記請求まで認容した第一審を取消し、登記請求の部分退けている(「5」の原審も同様である)。その理由は、「登記原因が存在しない」という点に尽きる。

この事例において、前述のように、第一審は時効判断をしていない。黙示の地役権設定行為を認めれば、時効に関する審理は必要がないという判断であろう。これは、本件と同じ姿勢である。これに対して、同事例で控訴審は、前

述のように、黙示設定を認容しつつもあえて時効の審理を重ねて行ない、時効の主張を退ける判示をしている。これは何故なのだろうか。それは、地役権登記請求を退げるための布石ではなかつたかと思われる。

同控訴審判決において、奇異に感ずる部分があるが、それは、地役権登記請求の退け方である。この事例で、Xらは、第一次的にA B間設定を原因とする地役権登記を、第二次的に時効取得を原因とする同登記請求をしている。第一審は、この第一次的登記請求を認容しているが、控訴審は、まず第二次的登記請求の基礎たる時効主張を退け、次いで、(一)書きで「なお」と補足的な形で、第一次的登記請求について次のようにこれを退ける判示をしているのである。

「第一審原告らは、要役地を前所有者から買い受けて所有権を取得しこれに伴い本件通行地役権を取得したから、これにより、当然第一審被告らに対して地役権設定の登記請求が発生するとして、これを原因とする地役権設定登記請求をもしているようであるが、右第一審原告らの主張によっても、せいぜい、通行地役権が要役地を買い受けて右土地につき所有権移転登記が經由されたことに伴い、第一審原告らは、承役地取得者たる第一審被告らに対して登記なくして通行地役権を主張できることになることを認め

るべきといふにとどまり、そうであるからといって、他に特段の登記原因がないのに当然に第一審被告らに通行地役権の設定ないし移転の登記手続を請求できることになるわけではない」

この判決は、なぜ、Xらがまず主張したA B間設定を登記原因とする地役権登記請求ではなく、第二次的である時効を登記原因とする登記請求の方を優先して退ける判断を示したのだろうか。推測するに、控訴審は中間省略登記の問題を気にしていたのであり、あるいは、この種の権利について登記まで認めるべきでないとの価値判断が控訴審において先んじていたのではないか。そこで、地役権登記請求を退げるために、時効不成立をその道具として使用したのではないだろうか。同控訴審判決が、第一審が省略した時効判断をあえて行ない、その不成立を宣言したのは、実は、それを登記請求棄却の主たる理由とする目的にもついていたと思われるのである。さらに、「なお」と続けて、(一)書きして第一次的登記請求につき「他に特段の登記原因がない」とのごく簡単な表現で棄却理由を述べた点、観客の目を左手(時効否定)に集中させておいて右手でトリックを仕掛けるマジシャンの手法を思わせる。

しかし、この「右手」の奇妙な動きに注目すれば、その問題点が明確となる。それは、同控訴審判決がA B間の黙

示設定行為の存在を認めつつ、「特段の登記原因がない」と判断した点にある。むろん、提訴時点での要役地・承役地所有者であるXらとYらの間においては特段の登記原因たる法律行為や法律事実が存在しない。それは、この者らが、すでに成立した地役権及びその負担義務の特定承継人だからである。したがって、この者らの間ではその意味での登記原因がないわけであるが、その被承継人A・B間で行なわれた黙示設定行為は、XらのYらに対する地役権登記請求における登記原因とはならないのか。もし、A・B間の黙示設定行為の後に、AがBに地役権設定登記を請求すれば、裁判所は、この設定行為を登記原因として認容せざるをえないだろう。黙示であるから登記原因がないなどとは判示できるはずはないからである。ただ、要役地の特定承継人Xらがこの登記請求権を承継したとの理由で同登記請求を認容すれば、これは一種の中間省略登記となる。

「6」判決は、原審を破棄して、登記原因が存在することを指摘した。それは、当初の分譲契約当事者（A・B）間の黙示設定行為である。これは、「6」判決が認めたXの地役権設定登記請求権が、Aから中間者を経て、Xに承継されたということ前提にしていることとなる。

この事例では、当初の地役権登記義務者たるAがすでに承役地たる乙土地を他に譲渡しているので問題が複雑に見

える。しかし、前記①②要件によって、乙土地取得者Yは第三者から排除されるので、結局、この事例においては、乙土地はYに譲渡されず、現在もAのもとにとどまるといふケースを想定すればよい。ここで、そのようなAに対するXの地役権設定登記請求を許すとすれば、やはりそれは、一種の中間省略登記請求を認めることとなる。

それは、承役地登記簿乙区の問題としてはなく（ここには地役権者氏名等は登記されない——不動産登記法八条二項）、要役地登記簿甲区の問題（ただし要役地単独ではなく承役地との関係における問題）として表われる。承役地と要役地における以下の登記事項を照合すれば、地役権設定を受けた者ではなく、その後の地役権特定承継人によって同登記申請が行なわれたことは明白となる。

日 承役地登記簿乙区における地役権設定登記原因年月

右区における地役権登記申請受付の年月日及び受理番号

要役地登記簿甲区における所有者らの登記原因の年月日及び受理番号

不動産登記法の理念からすれば、登記原因たる法律行為の当事者によってその設定登記申請が行なわれるべきである。ここで、それ以外の者によって当該設定に関する登記

手続がとられるということは、右の理念が没却されることにならないか。所有権移転登記における中間者省略の問題は、当該登記面（甲区）においては窺つことはできないが、地役権設定登記におけるそれは、登記面（承役地乙区と要役地甲区の照合により）にはつきりと表われてしまう。前者においては、実体上の権利変動過程を登記面から隠してしまうということが問題となるが、後者では、申請人が登記原因たる法律行為の当事者ではないという事実を登記面に表わしてしまうこととなる。この点、所有権移転登記の場合より、地役権設定登記の方が、問題がやっかいだということになるかもしれない。

最高裁「6」判決は、とくにこの問題に触れることなく、地役権設定登記請求を認容した。この事件では中間者Bの同意が得られていた形跡はない。「6」判決は、通行を目的とした地役権の登記請求権と所有権のそれとは異なるから中間者同意のない中間省略登記であっても認める、ということであろうか。

たしかに、地役権設定登記における中間者省略の問題は、所有権移転登記のそれより、深刻でないとはいえそうである。問題を解りやすくするために、甲土地の所有権登記が最初に分譲者（A）に留保された状態で、この土地が中間者（B）を経由してXに譲渡されたという場合を想定しよ

う。この場合、最判昭和四一年九月二一日民集一九卷六号一五六頁の趣旨からすれば、XのAに対する所有権移転登記請求を認めるためには、中間者Bの同意が不可欠である。それは、BのXに対する登記義務とXのBに対する代金支払義務が同時履行の関係に立っている場合があり、この場合、BのXに対する代金債権は、BのAに対する所有権移転登記請求権によって担保されているからである。

しかし、「6」事例において、BのAに対する地役権設定登記請求権が、BのXに対する代金債権の担保となつているという事態はありえないだろう。なぜなら、AB間地役権設定が黙示であり、Bがそのような登記請求権を有していることを認識しているということは考えられないからである。そのような事情から、「6」判決は、XのYに対する登記請求が中間者を省略したものであることを問題としなかったであろう。ただ、登記原因たる法律行為の当事者と登記申請人が異なるという問題は、どうしても残つてしまつ。

ところで、先ほど、「5」の判旨の位置づけに関する岡本教授の問題提起に触れた。仮に、前記[1]②二つの要件をもつて、通行地役権負担の承継という効力の発生要件として捉えるとき、地役権設定登記請求権の問題については、前述のように、「6」判決とは別の視点も生れよう。それ

は、現在の地役権者の承役地所有者に対する地役権設定登記請求権の原始取得である。そのためには、右の見地が参考となるが、しかし、そこには、次のように難点がないわけではない。

本件と同じく、要役地を甲土地、承役地を乙土地として考えてみよう。甲乙土地がもと一体で、Aの所有に属していたところ、Aがこれを甲土地と乙土地に分筆し、甲土地がA、B、X、乙土地がA、C、Yと譲渡され、A、B間で乙土地を承役地とする通行地役権設定（ただし未登記）があったとする。ここで、乙土地のC所有時代に前記[1][2]要件が成立していなければ、CはXの地役権登記欠缺を主張しうる。ところが、その後、通路が乙土地上にXによって設置され（すなわち要件[1]が成立し）、これを悪意又は過失のある（要件[2]が成立する）Yが譲り受けた場合、YはXの地役権登記欠缺を主張しうる第三者に当たらないとして差し支えなからう。すなわち、Xは、Cには同登記請求できないが、Yに対してはこれができるという場合がありうるのではないか（ただし、通常は分譲時に通路がAによって開設されることが多いと思われるので、右はレア・ケースである）。問題は、そのように解した場合、Yにおける地役権負担はどこから承継されるのか、である。前記二つの要件により、承役地特定承継人において、前主からの負

担承継という効力が発生すると考える場合、前主（C）において右要件欠缺のためにその承継がなかったということになるので、承継地譲受人（Y）の負担承継の説明がつきにくい。この場合、Yは、CではなくAから承継するという理論構成が考えられるが、やや擬制的との感が拭えない。このように、前記[1][2]要件がYの負担承継を発生させるとの見地は、難点がないではないが、それにも拘わらず、この見解は、実体面だけでなく、地役権設定登記請求権を考える上で重要である。

「6」判決や本判決は、黙示設定者間の合意を現在の地役権者による地役権設定登記請求権の登記原因と解した。しかし、右の例において、Bの同意なくこれを認めることにつき、前述のように、BのXに対する代金債権がBのAに対する地役権設定登記請求権によって担保されているとの事情がないにしても、事実を忠実に登記面に表わすべき不動産登記法の理念にもとるといふ問題は解決されていない。そこで、前記二要件の成立によりYがXの地役権登記欠缺を主張できない地位を負担するに到ったとの判決を登記原因とする地役権設定登記が一つの方法となるのではないか。すなわち、前記二要件を地役権設定登記請求権の効力発生要件とするという見地である（これはあくまで、登記面におけるテクニクであり、Xによる実体上の地役権

取得原因をどのように解するといふのではない。

一般に、判決による登記においては、登記原因はその判決理由の中で明らかにされるが、たとえば詐害行為の取消など、判決によって権利変動が生ずる場合、判決自体が登記原因（その場合の日付は判決確定の日）となる。右の例における、XのYに対する登記権利者としての地位はXがBから承継し、その登記義務者としての地位はYがCから承継すると解するのではなく、判決によって、XYがそれぞれ登記権利者・登記義務者としての地位を原始的に取得すると構成するのである。この方法によれば、中間省略登記の問題は生じない。

もっとも、この方法も、相当に擬制的ではある。やはり、地役権はB X、その負担はA C Yと承継され、XとC又はY間を通常の対抗関係と理解し、その上で、Xの未登記地役権は〔1〕要件未成立時のCには対抗できなかったものの、その成立によりYには対抗できるようになったとの見地が妥当かもしれない。そのようにして、XのYに対する地役権登記請求については、登記原因をAB間設定に求め、その権利が通行地役権（及びその設定が黙示）であることの特種性から、例外として、Bの同意なしでこれを認めるとするのが最も平易な方法であろうか。登記原因における当事者と申請人が異なるという事態は、問題としな

い（物権変動における意思主義の原則上、登記面にかかる問題が生ずるのはやむをえない）としておくのも方法の一つである。おそらく、実務的にはこの解釈が進むことになる。

ともあれ、本判決は、〔1〕要件が成立すれば承役地譲受人が地役権者の地役権登記欠缺を主張しうる第三者から排除されること、同地役権者がかかる承役地譲受人に対して地役権設定登記請求権を取得すること、当初の分譲契約當事者間における黙示の通行地役権設定がその登記原因たりうることを明らかにした最高裁「6」判決以降の最初の公刊下級審判決として位置づけることができる。「6」判決の判例としての地位がさらに固まったといえる。

八 通行地役権と囲繞地通行権の重複成立

分譲地内通路に関する法律関係で気にかかることは、囲繞地通行権との関係である。本件は袋地の事例ではないが、補足的にこの点を述べておきたい。

地役権と異なって、この通行権は約定によるものではなく、また登記される権利でもない。通常、囲繞地通行権は法定通行権として、約定通行権たる地役権とは区別される概念だが、裁判例の中では、結合した形で現れることがある。たとえば、分割によって生じた袋地の所有者が他の分

割者の所有地譲受人に対して二二三条の囲繞地通行権の負担を承継したと主張した事例において、裁判所は、これを通行地役権の問題として扱っている（東京地判昭和三八年六月二五日下午民集一四卷六号一一九頁）。この事例では、分譲者が被分譲者に対して二二三条被通行地の通行を許容する意思表示をしており、裁判所はこの意思表示について、「分譲者氏名略 は土地の分譲者として民法第二二三条一項（一項の誤りか——引用者註）により原告等の通行権（斯る通行権は所有権の拡張として物権的性質を有する）を容認すべき立場にあつたことを考慮すれば法律的には一種の地役権設定の合意と解して妨げない」と判示している。

右の判決は、被分譲者が取得した通行権を、その主張通り率直に二二三条の囲繞地通行権として保護すればよい（分譲者による通行許諾は囲繞地通行権の確認と判示すればよい）ものを、何故にこれを地役権の問題として審理したのか理解に苦しむところではある。ただ、被分譲者が囲繞地通行権ではなく、通行地役権を主張した事例の中には、袋地の事例ではないかと思われるものがある（中野簡判昭和三九年二月二四日判時三七 号四一頁、福岡地判昭和五年一月二四日判タ二六 号二九四頁、名古屋地判昭和五七年八月二五日判時一 六五号一六一頁）。多くの私道通行権について地役権設定登記が行なわれていないところ

黙示の地役権設定と登記請求（江淵）

から紛争となり、後述のように、通路敷地所有権取得者による同登記欠缺主張が問題となる。分譲によって生じた私道の通行権が二二三条の囲繞地通行権として処理できるのであれば、未登記という点は問題とならない。そのような土地について、あえて通行地役権の主張が行なわれる理由の一つとして、地役権登記を実現したい（この登記によって通行権の存在を公示したい）という通行権者の事情がうかがえる（前記三事例のうち、中野簡判昭和三九年二月二四日と福岡地判昭和五年一月二四日の二例がそれである）。

もとより、約定の権利たる通行地役権と法定のそれである囲繞地通行権は、必ずしも二律背反的な関係にあるのではなく、両者は並存しうと思われる。たとえば、二二三条の囲繞地通行権の行使は必要にして損害の最少のものでなければならぬが（民法二二一条一項）、囲繞地が受ける損害が最少でなくても、通行権者による金銭填補で囲繞地所有者がこれを受忍するという合意があつた場合、この通行は法定通行権の範囲を超えるといふべきであろう。かかる場合には、法定通行権と約定通行権の並存は明確である。二二三条の囲繞地通行権の場合も同様である。とすれば、分譲地が袋地である場合、もとの土地の範囲内に設けられた通路について分譲者が被分譲者に明示で通行許諾

の意思表示をした場合、これを通行地役権設定と見ること
もできる。黙示の場合であっても、被分譲者が通路敷地所
有権取得者に対して地役権登記手続を訴求する場合、囲繞
地通行権であるからの理由だけでこれを退けるのは妥当
ではなからう。前述の両通行権並存の観点から、これを許
容することは差し支えないと思われる。