

自動車による囲繞地通行権

—人格権と転売目的—

野村 泰弘

はじめに

一 事案の紹介

1. 事実の概要
2. 本件訴えの内容

二 自動車による囲繞地通行権の判断基準

1. 囲繞地通行権の概念
2. 最判平成18年3月16日の判断基準
3. 差戻審の東京高判平成19年9月13日の判断
4. 下級審にみる自動車による囲繞地通行権

三 本件事案と判断基準

1. 本件と最判平成18年3月16日事案の相違点
2. 本件における自動車による通行を認める必要性
3. 周辺の土地の状況
4. 自動車による210条通行権が認められることによる損益
5. 本件事案における特殊な事情
6. 比較衡量・総合的判断

結び

追記・補論

はじめに

囲繞地通行権（平成16年改正により「公道に至るための他の土地の通行権」とされるが、本稿では従前の「囲繞地通行権」という語を用いる）は、袋地（他の土地に囲まれた土地）が、他の土地を通行することなしには十分な土

地利用を図ることが不可能もしくは著しく経済的に困難であることから認められた有償を原則とする通行権である⁽¹⁾。圍繞地通行権は、もとは徒歩あるいは農機具等での通行を考えればよかったが、今日の車社会では、日常生活が自動車の利便性に依存していることから、自動車での通行も含めてその可否が考えられるべき状況に至っているといえよう。しかし、自動車での通行権が認められると、圍繞地所有者は通路の拡幅のためにより大きな面積の土地の提供を余儀なくされ、自動車事故が発生する危険性も高まり⁽²⁾、圍繞地の所有者の財産的、精神的負担はより大きなものとなり、場合によっては周辺的生活環境も一変するおそれがあり、法が契約等によらず当然に認めている圍繞地通行権の性格からして、いったい、どのような場合にどのような基準で認められるべきなのか、そして、認められるにしても、どのような内容・範囲で認められるべきなのかという限界付けの問題を生じることになる。

自動車による圍繞地通行権は、法が本来予定しているものではなく、いわば拡張された圍繞地通行権であると考えられ、また、圍繞地所有者（他の土地の所有者）のさらなる損害と受忍をとまなうものであるから、かつては通行できたのに現在ではこれが妨害されている場合のように従前の利用状態の回復を求める場合であればともかく、そうではなく、新たに自動車での通行を求める場合や、現に軽車両が通行し得ている状況で、さらにそれよりも大きな車両での通行を求めて道路の拡幅を要求するような場合には、これを認めなければならない特別な事情（たとえば生活権ないしは人格権としての主張の正当性）を要するものと考えられる。

また、一方で、このような自動車での通行権が認められることは、当該袋地の所有者にとって生活上の障害がなくなることのほか、その所有する袋地およびその上の建物の資産価値を高めることにつながる。住宅（とくに一戸建て）の販売において、インフラの整備はもとより、公道からのアクセス（とくに道路の幅員・駐車場）は重要な要素であり、その良し悪しによって当該不動産の評価も変わり、自宅敷地に自動車が入り入れられる場合は評価

が高くなり、逆に袋地で通行権も確立されていない場合には、買い手もつかず売値も安くなるといわれている。そのため、こうした不動産の所有者は、転売をも視野に入れた将来的な資産価値向上のために、通路となる土地の買収や契約による通行権の設定を試み、あるいは、袋地の当然の権利として自動車での囲繞地通行権の主張をすることがある。

したがって、自動車での通行権を認めるか否かの判断においては、純粋に生活上の死活問題（生活権ないしは人格権⁽³⁾）としての主張なのか、それとも、むしろ実は資産価値を高めたり、将来の転売を目的とした主張なのかを見極めることが必要であろうし、後者の場合には原則的には自動車での囲繞地通行権は否定されるべきであろう。本稿では、このような問題を含んだある事例（現在訴訟係属中）について、自動車による囲繞地通行権の判断基準を示した最一小判平成18年3月26日民集60巻3号735頁をもとにその妥当性を検討してみたい。

一 事案の紹介

1. 事実の概要

本件訴えは、Xの所有する土地が袋地であるとして、囲繞地の所有者であるY1、Y2、Y3（Y'が死亡し、その妻であるY1およびその子であるY2、Y3の3名が共同相続した。以下、「Yら」という）に対して、昭和26年に拡張された里道部分（本件通路）について、民法210条に基づき、普通自動車による通行権の確認を求めるものである。

Xの所有する土地（以下、「本件宅地」という）および家屋は、元は、Xの弟が相続により所有するに至ったものであるが、債務の弁済ができなかったために、平成17年11月に根抵当権が実行され、平成18年3月2日にこれを競落したH開発が家屋をリフォームして売り出したものを、埼玉県に住んでいたXが平成19年4月26日に購入したものである。

本件宅地の所有関係および通路との関係をさらに遡れば、本件宅地は元は被告Yらの祖先が所有していた水田であったが、これを、当時家が焼けて困っ

ていたXの祖先のためにその住居として提供すべく、当時の生活道路であった里道（B通路）に面した水田を明治39年に分筆し、これをXの先々代に賃貸し、その後、昭和17年1月27日に売却したものである（売却当時において里道であるB通路が確保されていた）。

本件宅地は、東南から北西に走る市道H線（大正11年3月31日開通）の東寄りに位置し、西南から北東に走る市道W線（昭和12年5月21日開通）の北寄り（約80m）に位置する広さ約1,000平方メートルの土地であり、本件宅地から2つの公道にはそれぞれ里道（赤道）が通っており、明治39年から家を建て替えた昭和32年まではB通路を生活道路として市道H線に出ていた。

昭和26年に、昭和25年9月14日のキジヤ台風によって旧木橋が流され、これを架け替えるべく、Yらの祖先が当時の地元選出の県議員に相談したところ、里道（A通路）を拡幅すれば県の負担で橋の復旧工事をする事ができると指導されたことを受けて、それまでの幅員（被告は約90cmと主張し、原告は約125cmであると主張）を約2倍程度に拡幅することになり、Yらの祖先が水田を削る形で土地を提供し、本件通路に関係する他の者は工事代および人力の提供をして、【図1】上の本件通路と記されている部分のうち、N川からA通路と分岐する地点までの間が拡幅された（原告が自動車による囲繞地通行権の確認を求めているのはこの拡幅された部分（本件通路）であり、そこから市道W線に至る部分については通行権の確認の対象とはならない）。

市道W線への出入口となる部分についても、当初の計画ではA通路を拡幅する予定であったが、直線で最短距離で出入りできるように、それよりも南側のYら所有の水田を通路の用地として提供し、これに土を入れて幅員約180cmの道路とした（のちにさらに拡幅されて、現在は250cmの幅員となっている。所有名義は従前どおりであるが地目は公衆用道路となった）。なお、これと同時に、本件通路から橋を越えた先の通路も拡幅され、Yらの祖先のほか、A、Bらの祖先も水田を提供している。また、この里道（A通路）の拡幅の際、三叉路となって折れ曲がって通行していた箇所（図の甲地点。本



【図1】〔公図を元に土地家屋調査士渡邊剛道氏が作成した地図に筆者が本件関係事項を書き加えた〕

件訴えにおいてXが狭くなったと主張する個所の辺り）は、Yらの祖先が所有する小さな三角形の菖蒲池を埋め立てて、そこに引水のための土管を敷設したうえで土盛りをして本件通路の一部となし、これにより本件通路はほぼ直線の通路として拡幅された。

なお、本件通路の幅員は、昭和62年地籍調査によると1614mm～2363mmとなっているが、現在の実測上は、おおむねこれよりも広がっている（狭いところでも実測上は180cm以上の幅員があり、それもあって後述の2項道路にも指定された）。

このように昭和26年に本件通路が拡幅され、かつ、ほぼ直線の道路として

整備され、通行が容易になったこともあり、Xの祖先は昭和32年にそれまでの住居を取り壊し、新たにそれまで水田であった場所に住居を建て、本件通路側に入口を設け、以後、拡幅された本件通路を生活道路として市道W線に出るようになった。

これ以後、本件通路は、X方が家屋および水田への通路として、また、Y方が家屋および田畑への通路として、さらにはYらの親戚であるCが橋を越えたすぐのところにある水田に通うための通路として利用されてきたほか、近隣住民である陳述人A、陳述人Eがいずれも農作業の目的で通行していた。

本件通路は元が里道（赤道）であり、昭和26年の拡幅後においても主として徒歩、牛馬、通称ネコ車、大八車および小型の農機具の通行に供され、昭和40年代になって自動車が普及するようになってから、Xの主張によれば、農作業用の自動車やXの親戚が自動車で自宅の庭まで入ったとされ、陳述人Aによれば、Aが昭和43年1月から農作業のために全幅149cmの日産ピックアップトラックで、後に軽トラックで通行したとされるが（A証人調書38）、軽トラックでも「ひやひやしながら通っていた」もので余裕をもって通行できていたわけではない（A証人調書42、123～128）。また、陳述人Eによれば、「昭和37年にマツダの軽トラック、ホンダの軽トラック、トヨタの750キロ車」で通行したと述べているが（甲第24号証E陳述書〔2〕）、それらは農作業のためであり、陳述人Aも陳述人Eも、自宅から別にそれぞれ市道H線、市道W線に通じる私道を造成しており、本件通路を生活道路として利用しているものではない。

Xの弟の元妻の陳述書（甲38号証）によれば、Xの弟が本件宅地および家屋を相続により所有していた昭和47、8年頃、トヨタ・クラウン（全幅1695mm）で通行し、Xの妹の夫がマツダ・グランドファミリア（全幅1595mm）で数度入ったとされるが、それらはいずれも5ナンバーの小型乗用自動車であり、普通乗用自動車ではない。そして、Xが平成19年4月26日に本件宅地を所有するに至ってからは、その所有する軽自動車（旧規格の全幅1400mm）に乗って家と市道W線との間を通行するようになっている。

なお、昭和39年から約20年間、X宅がXの母の入信しているある宗教団体の集会所となった関係で、多くの人がX宅に出入りをしていましたが、道が狭いために市道W線に自動車を止めて（この公道は駐車禁止の指定がなされていない）、そこからX宅まで徒歩で往復していた。

一方、より市道W線に近い場所に住居を構える被告のY方においては、昭和50年代、親元を離れて生活している二人の子（Y2、Y3）がY宅に自動車（小型自動車）で来た際にも、本件通路が市道W線に対してほぼ直角に接続している関係で、無理に進入すれば、Yら所有の水田や入口のD所有の田を崩すおそれがあったので、狭い通路を通して自宅の庭まで乗り入れることはせず、市道W線が駐車禁止ではないこともあり、かつては市道W線に停めて、そして10年ほど前からはY2、Y3の自動車の駐車場として、本件通路から市道W線をはさんだ向かい側のYらの所有地に駐車場を造り、そこから歩いて約20m先の家まで徒歩で通行していた。また、橋のすぐ先の水田を所有するCも、その子供たちの自動車の同乗して農作業に来る場合には、軽自動車や小型自動車を市道W線に停めて、そこからいわゆるネコ車で荷物等を運んでいた。

平成17年8月18日に、本件宅地建物について担保不動産競売開始決定がなされ、平成18年3月2日にH開発がこれを競落したが、競売の前に、裁判所の嘱託を受けた不動産鑑定士の申請により平成17年9月28日、本件通路のうち市道W線からN川までの通路部分については、特定行政庁たるS市から建築基準法42条の2項道路としての指定を受けている（個別指定。周囲の関係者にはそのことは通知されていない）。競落したH開発は、その後、家屋のリフォームをしたが、その改修工事のための車両の通行についてはYらと間で念書を交わし、通行の承諾を得たうえで通行している。

こうした競売やリフォーム工事などに関連して、Xの弟の債権者や競売物件のことを聞きたいという者が頻繁にY宅に押し掛けるようになり、それに応対する高齢で病氣も抱えていた両親の心労と身の安全を心配したY2が、役所等に相談したうえで（その部署も2項道路指定のことは知らなかった）、

それまでの生垣の代わりに、地籍調査のポイントから5～35cm内側に入ったところに下部はブロック、上部は軽金属で構成されたフェンスの工事を始め、それが平成19年6月13日に完成した。

その工事のさなか、平成19年5月25日に、本件訴訟に先立ってXから調停の申し立てがY1の夫でありY2、Y3の父であるY'に対してなされたが、平成19年6月26日にY'が死去し、この調停は同年8月3日に不調に終わり、翌平成20年2月13日、XからY1、Y2、Y3に対して、民法210条により、普通自動車での通行権（口頭弁論では幅員250cm）の確認を求め本件訴えが提起された（山口地裁周南支部平成20（ワ）第154号）。

2. 本件訴えの内容

（1）原告側の主張

第1 請求の趣旨

- 1 原告が別紙目録記載の土地に対し通行権を有することを確認する。
 - 2 訴訟費用は被告らの負担とする。
- との判決を求める。

（なお、原告側平成20年5月21日付「準備書面1及び請求の趣旨の拡張申立書」により、「被告らは、原告が車両を通行させるために別紙目録記載の土地の使用することを妨害してはならない」が補充された。）

第2 請求の原因（民法210条に基づく確認請求権）

- 1 当該土地が民法210条1項に基づく公道に至るための他の土地であること。

（1）後記の原告所有土地から公路に通じる通路の幅が不十分であることについて

- ① 原告所有土地（自宅敷地）から、公路（市道W線）に出るには、里道を通行することになるが、この里道は、元の幅員が約4尺～6尺である（甲2号証分間図）。この里道は、これまで近隣の田畑の所有者や民家の住人が利用していた。里道は幅員が狭いので、収穫

物の運搬、肥料の運搬、住民の移動のため、近隣の関係者が協議して、それぞれの負担を決め、土地ないし金銭を負担し、道幅を約2倍程度に拡幅した。その結果、甲1号証ゼンリン地図の赤線部分通路は道幅が約2倍になった。甲2号証の分間図をみると、縮尺不明ながら、約600分の1で計算すると2.5メートル程度の道幅があることがわかる。本件訴訟は、この拡幅された通路の通行権を確認するためのものである。

- ② 訴状別紙目録記載の通路（以下「本件通路」という。）は、原告の親も含む近隣の田畑所有者、住民らによって開設された。
- ③ 自動車通行については、本件通路をかつて普通乗用車、農作業用の車などの通行をしていた。かつて普通乗用車が通行できたということは、かつては230センチ（その後の主張で250センチに変更）程度の道幅はあったものと推測できる。
- ④ ところが、路肩がコンクリート擁壁で作っていなかったため路肩が崩れるなどして、あるいはコンクリートブロック等の工作物等がせり出して道幅を狭めた結果、最小幅で1.614メートル幅しかなくなった（甲5 境界杭設置概略図写し参照）。
- ⑤ 現在では、この道幅では、軽自動車の通行も困難である。

(2) 原告が公路に出るためには本件通路を利用するほかない。

(3) また、本件通路を利用しなければ原告所有土地には、救急車や汚水の汲み取り車両も進入できず、生活には著しい支障がある。

2 原告の土地所有<略>

3 被告らが当該土地を所有していること<略>

4 請求の趣旨記載の通路が原告のため必要であり、かつ、被告にとり損害が最も少ないこと

(1) 本件通路を利用すれば、申立人の自宅からは公道（自動車通行可能な道路）への最短距離で到達できる位置関係にある。本件通路以外に自動車で公道に至る通路はない。

(2) 訴状別紙図面記載のA (6.78㎡) B (3.95㎡) の土地の通行権を有することを確認しても、被告らの生活にはさほどの支障は生じない。

5 被告が原告の通行権を争っていること

原告は、御庁平成19年（ノ）第49号事件として調停申立てを行なったが、被告らの被相続人は申立を認めず、調停係属中に亡Y'氏は平成19年6月26日死去され、調停は平成19年8月3日合意の成立見込みなしとして終了した。

第3 建築基準法上の道路であること

1 本件通路は、建築基準法42条2項の指定により同条1項の道路とみなされている土地である。

2 亡Y'氏は平成19年の5月頃、本件通路に沿ってブロック塀を建築した。

3 ブロック塀建築は建築基準法44条1項の建築物であり、道路指定土地内に建築することはゆるされない。

4 ブロック塀の存在によって、軽自動車でさえ通行が極めて困難な状況であり、ブロック塀開設の前後では原告の日常生活の支障の困難さは大きく変化しており、ブロック塀が設置されたことにより原告の通行の自由が大きく侵害されている。

5 よって、原告が別紙目録記載の通行につき日常生活上不可欠の利益を有している。

(なお、原告側平成20年5月21日付「準備書面1及び請求の趣旨の拡張申立書」により、次のように補充がなされた。

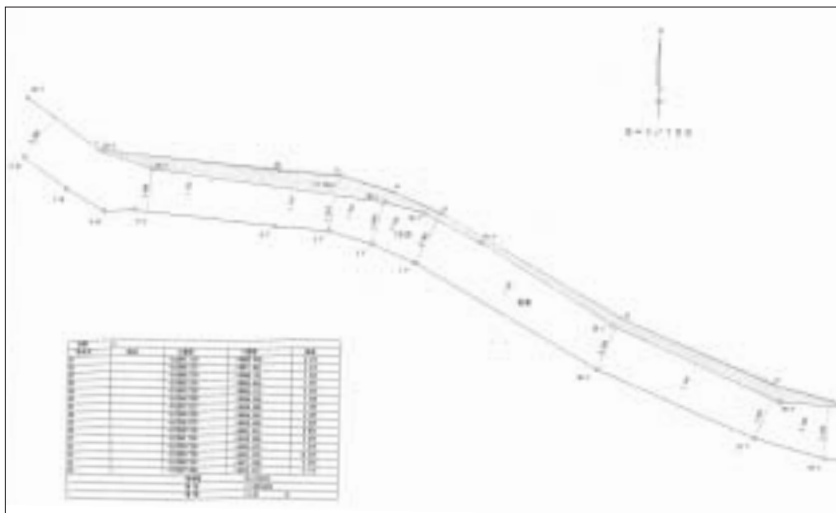
請求原因について、「①被告は通行権を争っている。②本件通路は建築基準法42条2項の指定により同条1項の道路とみなされている土地であるが、Y'が平成19年の5月頃、本件通路に沿って建築基準法44条1項の建築物であり道路指定と地内に建築することはゆるされないブロック塀を建築し、その結果、軽自動車でさえ通行が極めて困難な状況にある。③別紙目録記載の

土地の通行についても通行妨害が予想される。④原告は、袋地通行権乃至人格権に基づき、妨害排除請求権を有する。

3 昭和26年ころ、本件通路である里道を拡幅したことについて



【図2】甲第2号証（分間図）



【図3】別紙図面1

- (1) 拡幅した範囲は、本件通路も含めて257番1に至る範囲であり、拡幅した土地部分は甲18号証ないし20号証の分間図の赤色部分である。分間図では拡幅された通路のうち一部だけが極端に狭くなっている部分は見当たらないから、拡幅当時は、通路幅は均等に保たれていた。
- (2) 拡幅された通路について甲3号証17条図面をみると、原告宅を越えて川にかかる橋を渡った256-1から257-1に向かう通路部分をみると、縮尺500分の1の公図ではおよそ230センチ程度の幅がある。ところが、被告宅敷地である544番地の前の通路だけは極端に狭くなっており、通路幅は1.6メートル程度しかない部分までである。通路を挟む545-1と544番の土地の所有者はY'であり同一人所有者である。通路幅が本来の拡幅された部分から狭まれば、Y'は結果的に所有地が増える関係にある。Y'宅敷地部分のみ、通路幅が狭くなっているのは、路肩部分が崩れて狭くなったことも一因と思われるが、結果的には通路部分が敷地ないし農地にとられた可能性もある。]

(2) 被告側の主張

これに対する被告側の主張は、概略、次のようなものである。

まず、X所有の本件宅地については、現に軽自動車でも本件通路を通行して公道である市道W線に出入りをしているのであり、袋地とはいえない。本件通路は昭和26年に従来からあった赤道（里道）を約2倍に拡幅したが、徒歩やせいぜい農業用機具の通行が予定されていたにすぎないもので、一部狭い部分があり、普通乗用車の通行を予定していたものではないし、軽四輪の通行も予定されていたものではなかった。原告方において、かつて一時期クラウンを通行させていた事実はあるが、それは無理やり通行していたものである。

本件道路が建築基準法第42条2項の道路であることは認めるが、平成19年に築造したフェンスは違法なものではない。当時、被告らの被相続人亡Y'は、執拗なほど、道路の拡幅の為に土地を売却するよう求められ心痛していたものであるが、それに加え原告方が本件道路の測量を開始したことから家

族が相談のうえフェンスを設置することとした。そして本件道路が建築基準法第42条2項の道路との認識はなかったものの、フェンスの設置場所について、山口県の土木事務所とS市の担当者に相談をした結果、現状の位置で問題はないとの回答を得たことから設置したものである。従って、被告方に違法な点はないし、原告に対して違法性を有するものではない。

本件道路は、昭和62年の地籍調査（登記は昭和64年1月7日付）により確定しており、これ迄本件申立のような幅員の問題が生じたことは一度もない。上記競売では、進入路となる本件道路は現状の幅員であることを前提とし、その前提で査定が行なわれ、競売価格が決定されたうえで競売が実施されている。競落人であるH開発が、本件道路の現状を知らながら競落していることからして、競落後に本件のような袋地を理由として幅員の広い通行権の主張が許されるはずはない。

なお、甲7ないし9を見るとXとH開発の売買契約日と同じ日に、H開発を抵当権者、原告を債務者とする債権額230万円の抵当権が設定されているし、甲7によると原告とH開発との売買の前に、H開発は地目を畑から宅地に変更している。これらのことからすると、原告とH開発との売買については通常の居住目的の売買とは考えられず、高く転売することが本件訴えの目的と考えられる。

原告は普通乗用車が通行できる幅員の袋地通行権を主張しているが、前記したとおり、そもそも昭和26年に道路が拡げられてはいるが、当時、自動車が通行することを念頭においていたとは到底考えられず、せいぜい農業用器具が通行するのに必要な幅員程度が考えられていたはずである。また、前記のとおり現況の道路を前提として競売されたものであり、しかも、地籍調査が実施されてから長期間、問題が生じることのなかったものである。公道に近く家に自動車を乗り入れることが不可能でないYらですら自動車の駐車場所を公道に面する場所に確保しているものであり、したがって、Xが普通乗用車が通行できるような広い幅員の圍繞地通行権を主張し、自宅に乗り入れることを求めることは過大な要求である。

(3) 論点の整理

検討に入る前に、まず、本件訴訟の論点を整理しておきたい。本件訴訟において原告は、本件通路において、普通自動車が行き通れる250cmの幅員（訴状では230cmであったが「平成20年9月19日付準備書面4」により、救急車や汚水汲取り車両の旋回の必要性から変更された）の民法210条の圍繞地通行権の確認を求めるものであり、後述の最判平成18年3月16日と同じく、徒歩での通行を前提とする210条の通行権の成否が問題となる余地はなく、自動車の通行を前提とする210条通行権が成立するか否かという点のみが問題となる事案である。

本件では、まず、本件宅地がそもそも袋地といえるのかということが問題になろうが、徒歩や二輪車での通行には障害がなく、ただ、自動車の通行に障害がある場合で、今日の社会のように自動車が生活の中に組み込まれている時代においては袋地とみる余地がないわけではない。ただし、これも軽自動車を前提とするか、それとも小型自動車、あるいはそれ以上の自動車を前提とするかによって判断が異なってくるであろう。

もっとも、自動車の通行が、当然に圍繞地通行権の内容をなすものではなく⁽⁴⁾、自動車での通行が認められなければ生活上著しい障害となるとしてこれを認めた事例には、元々は通行できたのにそれが妨害行為等によりできなくなったという事例が多く（それゆえ、これらの場合には同時に妨害排除請求がなされることが多い。例えば、京都地判昭和60年12月26日・昭和58年（ワ）第491号（本訴）、昭60（ワ）第407号（反訴）－通行妨害禁止等請求事件）、本件でも、原告側平成20年5月21日付「準備書面1及び請求の趣旨の拡張申立書」により、この点の請求が追加された。ただ、原告は、軽自動車がやっと通れる通路であることを承知して購入し、そのうえで従来通路の拡張を求めるものと考えられ、現に軽自動車で行き通している原告に、それ以上に普通自動車での通行が欠くべからざるものとして認められるべきなのか、むしろ、通行地役権の設定の問題として当事者に委ねるべきではないのかという問題もある⁽⁵⁾。

また、そもそも、本件宅地と公道の関係を地理的・沿革的にみれば、本件宅地は、距離的には、市道W線ではなくむしろ市道H線に出るほうが近く、本件通路が拡幅される以前においてはB通路（里道）を通行していたのであるから、今新たに袋地として圍繞地通行権を主張するならば、かつての生活道であったB通路（里道）の拡幅を求めるか、市道H線に面した訴外A所有地（水田）もしくはYらの所有地（水田）を通行する権利を主張すべきではないのかという疑問も生じる。この点に関して、原告の請求原因では本件通路が最短距離にあるとしているが、地図上からは最短距離とはいえず、むしろ、Xが現在本件通路を生活通路として利用しており、自動車で通行することを前提にすれば、新たにB通路を拡幅したり、AやYの水田を新たな通路を開設するのでは最小の損害とならないからであろう（「最短距離が常に最小の損失になるとは限らない」との指摘もある⁶）。

次に、原告は、救急車やバキュームカーの通行を例に挙げて、いわゆる人格権として自動車での通行権を主張しているが、そうでありながら、現在、Xは家族とはなれて一人暮らしをしており、かつ、年のうちかなりの日数は家族の住む埼玉の自宅に帰っており、妻がXの所有家屋に来ていたのは平成20年には10日か2週間足らず（本人調書84）ということであり、この先家族と共に暮らすということも考えにくく、あたかも別荘のようであり、生活の実態に乏しく、深刻な困難さに直面しているとは考えにくい事例である。しかも、XとH開発との間の本件宅地の売買契約には通常の売買とは異なる不自然な点もあり、そうした点からは、Xは売主で抵当権者であるH開発のいわばダミーとして圍繞地通行権を主張しているのではないかと、そして、通行権の確認によって不動産評価を高めて売主の買戻しに応じたり、転売することが目的ではないのかとの疑いも浮かんでくるもので、この点をどのようにとらえるかによって結論も異なってくるものと思われる。

また、本件通路は、平成17年の競売に際して建築基準法第42条2項のいわゆる2項道路に指定されており、本件では原告は2項道路に指定されていることをもって自動車通行権が認められるべき旨主張しているが、このことが

本件請求においてどのように関わってくるのかという問題もある。

予想される判決としては、請求を棄却する場合は、軽自動車が現に通行できている現状では本件通路はもはや袋地ではないという判断がなされることが考えられるが、認容する場合には、どのような内容・範囲で認めるかという問題がある。すなわち、原告の請求の趣旨にある別紙図面1の範囲を認めるのか、それともそれよりも狭い別紙図面2の範囲で認めるのか、それとも現状の通路において現状の軽自動車での通行に限定して認めるのか、という問題がある。

しかし、それにしても疑問なのは、なぜ、原告は訴訟まで提起して通路の拡幅を求めるのかという点である。一般的な感覚であれば、狭い通路であることを承知で買い受け、そして現に軽自動車で通行でき、原告一人の生活（家族が将来一緒に住むとしても）においてとくに差し迫った問題（死活問題）が生じているわけではない状況において、また、他に選択肢としては、陳述書を提出したAから市道H線に出るまでの土地（水田）を買い受けるのか、被告のように道路沿いに普通自動車の駐車場を確保するという選択肢もあるのに、どうしてそれらには目もくれず、ただ、本件通路の拡幅のみを主張するのかという点である。本件宅地建物の売買価格を全部払えず、売主であるH開発に対して240万円の抵当権を設定している原告が、さらに裁判費用をかけてまで通路の拡幅と通行権の確認を求めなければならないという状況に置かれているとは到底思えないのである。

二 自動車による囲繞地通行権の判断基準

1. 囲繞地通行権の概念

民法第210条は、「①他の土地に囲まれて公道に通じない土地の所有者は、公道に至るため、その土地を囲んでいる他の土地を通行することができる。②池沼、河川、水路若しくは海を通らなければ公道に至ることができないとき、又は崖があつて土地と公道とに著しい高低差があるときも、前項と同様とする。」と規定し、第211条は、「①前条の場合には、通行の場所及び方法

は、同条の規定による通行権を有する者のために必要であり、かつ、他の土地のために損害が最も少ないものを選ばなければならない。②前条の規定による通行権を有する者は、必要があるときは、通路を開設することができる。」と規定する。

このように、他の土地に囲まれて公道に通じない土地は袋地とよばれ、他の土地と池沼、河川・水路もしくは海とによって囲まれた土地は、準袋地とされる。いずれも、他の土地を通行することなしには十分な土地利用を図ることが不可能もしくは著しく経済的に困難であるので、民法は、有償を原則とする囲繞地通行権を認めたものとされるが⁽⁷⁾、その趣旨は、「民法210条が囲繞地通行権の生ずる要件として「公路ニ通セサルトキ」とするのは、ある土地が他の所有地に囲繞せられた結果、右土地の所有者が、本来は何人も自由に通行しうる公路を充分利用し難くなった場合のために右要件を定めたものであって、即ちその主眼は、ある土地の使用上の便益性一般を高めるためにあるのではなく、何人にも公路を利用する機会を充分与えること（そしてそのため隣接所有者間に互助互譲を求めること）にある」とされる⁽⁸⁾。

こうした自動車による囲繞地通行権の主張に対して、最高裁として初めてその判断基準を示したのが最一小判平成18年3月16日民集60巻3号735頁（判タ1238号83頁）であり⁽⁹⁾、その差戻審判決である東京高判平成19年9月13日（判タ1258号228頁）は、控訴人のうちA寺について自動車での囲繞地通行権を認めた。そこでまず、この二つの判決とそれ以前の下級審の判断をみていきたい。

2. 最判平成18年3月16日の判断基準

(1) 事実の概要

最判平成18年の事案は、平成14年6月ころ、本件事業の施行者である被上告人は、本件道路の西側入口にそれぞれポールを立て、本件道路を自動車が行き通ることができないようにする一方で、▲号緑地内に散策のための小道を設け、市民の憩いの場として提供し、本件道路を▲号緑地の維持管理用道

路及び歩行者専用道路とした。上告人X3は、平成13年ころ、市道▲号線に通ずる道路を設置する目的で957番3の土地を買い受けたが、上記通路が直角に左折する状態となっており、狭いところで幅員が約2.2mしかないため、軽自動車であっても切り返しをしなければ出入りをする事ができない状況にある。そこで、上告人らが、被上告人に対し、①民法210条1項に基づく公道に至るための他の土地の通行権（以下「210条通行権」という。）又は通行の自由権に基づき、上告人らが本件道路を自動車で通行することの妨害禁止及び本件道路上の各ポールの撤去を求め、②上告人らが本件土地について自動車による通行を前提とする210条通行権を有することの確認を求めたというものであり、最高裁は次のように判示し、破棄差戻した。

（2）判旨

「210条通行権は、その性質上、他の土地の所有者に不利益を与えることから、その通行が認められる場所及び方法は、210条通行権者のために必要にして、他の土地のために損害が最も少ないものでなければならない（民法211条1項）。前記事実関係によれば、955番12の土地等の現在の所有者である上告人らは、955番12の土地等から本件道路や957番3の土地等を通じて徒歩により公道に至ることができることから、本件においては、徒歩による通行を前提とする210条通行権の成否が問題となる余地はなく、本件土地について、自動車の通行を前提とする210条通行権が成立するか否かという点のみが問題となるのであり、上告人らも本件土地について上告人らが自動車の通行を前提とする210条通行権を有することの確認を求めるものである。ところで、現代社会においては、自動車による通行を必要とすべき状況が多く見受けられる反面、自動車による通行を認めると、一般に、他の土地から通路としてより多くの土地を割く必要がある上、自動車事故が発生する危険性が生ずることなども否定することができない。したがって、自動車による通行を前提とする210条通行権の成否及びその具体的内容は、他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、自動車による通行を前提とする210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る

不利益等の諸事情を総合考慮して判断すべきである。」

（３）この最判平成18年は、徒歩による通行に支障がない場合にも、別途、自動車による囲繞地通行権を認め得ることを明らかにし、その判断基準を示したものであるが、その判断基準は、①自動車による通行を認める必要性、②周辺の土地の状況、③自動車による210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益、の諸事情の総合判断によるとされる。

3. 差戻審の東京高判平成19年9月13日の判断

（1）判旨

「3 自動車による通行の必要性について

証拠<略>によると、控訴人A寺は、本件一団の土地のうち、控訴人A寺所有の土地に、717区画の墓地を設置するものとして、墓地の経営許可申請をし、平成13年2月から、その造成工事を開始してこれを完了していることが認められ、一般に、墓石の搬入や建墓には、トラック等が必要であるから、自動車による通行が必要であるものと推認される。また、証拠（乙26）によると、控訴人A寺は、首都圏や控訴人A寺の所有地である埼玉県深谷市の信徒及び分家者等のため、墓地を経営する計画であることが認められ、現在の自家用車の普及の程度に照らし、これらの墓地利用者が墓参のため、自家用車を使用する蓋然性は高いものというべきである。被控訴人らは、付近にバスの停留所や北総鉄道の小室駅があるから、徒歩による墓参が可能であり、墓地内にまで車両で進入する必要はないし、建墓も軽トラックの利用で足りると主張しており、証拠（乙23）によると、本件一団の土地の付近にバスの停留所や北総鉄道の小室駅があることが認められるが、上記停留所や駅の存在から、墓地内に車両で進入する必要がないとまではいえない。また、建墓のために、軽自動車のみ利用で足りるものともいえないから、控訴人A寺が、955番12の土地等のうち、その所有土地を利用するについては、自動車による通行を認める必要性があるものというべきである。《中略》控訴人A寺を除く控訴人らは、果樹園の樹木や資材の運搬、工事等にトラックの出入

りが必要であると主張するが、上記のとおり、果樹園の具体的規模や必要とされる工事内容が明らかではなく、果樹園として利用するために、自動車による通行の具体的な必要性を認めるに足りる証拠はない。したがって、控訴人A寺を除く控訴人らについて、955番12の土地等のうち、その所有土地を利用するために、自動車による通行を認める必要性があるものとはいえないものというべきであるから、その余の点について判断するまでもなく、控訴人A寺を除く控訴人らの引受人に対する請求は理由がない。

<中略>

(3) 被控訴人らは、控訴人A寺が、本件一団の土地が、自動車による通行を前提とすれば袋地であることを知りながらその所有権を取得した者であると主張している。確かに、証拠(甲14, 80, 乙27かち29)によると、控訴人A寺が、本件一団の土地のうち、その所有土地の大半について、墓地用地として農地転用許可を受けて、所有権移転登記手続をしたのは、平成13年3月1日であり、墓地造成工事を行ったのは平成13年2月以降であることが認められ、これらはいずれも本件道路にポールが設置され、歩行者専用道路として自動車の通行が禁止された平成12年1月よりも後である。しかし、本件一団の土地については、当初、B寺が墓地の開発を計画しており、住職の死亡により計画が頓挫した後、控訴人A寺がこれを引き継いだこと、控訴人A寺が墓地経営許可事前申請書を千葉県知事に提出したのが平成11年3月3日であることは上記認定のとおりであり、本件道路について、平成5年度には、市道認定することが被控訴人と引受人との間で合意されており、歩行者専用道路として自動車の通行が禁止されるまで、自動車が通行していたことも上記のとおりであることを考慮すると、控訴人A寺が、自動車による通行ができないことを知りながら、本件一団の土地のうちその所有土地を取得したものとはいえない。

4 本件土地に、自動車による通行を前提とする210条通行権が認められることにより、他の土地の所有者が被る不利益等について

(1) 本件土地が、公共施設である小室4号緑地内にあることは上記認定の

とおりである。

しかし、証拠（甲18, 28, 55, 乙15）によると、本件土地は、小室4号緑地の北西端の市道7926号線に接する部分にあり、上記市道と控訴人A寺所有の本件通路との間の不整形な形状の土地であることが認められ、その面積及び位置に照らし、本件土地に210条通行権が認められることにより、小室4号緑地の緑地としての景観保護や環境対策等の目的や機能を阻害するものとはいえ、公共用地としての機能が充分に果たせなくなるものともいえない。

<中略>

（3）補助参加人らは、本件土地について210条通行権が認められると、市道7926号線の車両の通行量が増え、市道7926号線の見通しが悪いと、交通事故の発生が懸念される上、お盆やお彼岸の時期には、渋滞が発生し、生活道路がふさがれ、国道16号線まで渋滞が広がる可能性があるとして主張している。証拠<略>によると、本件通路から市道7926号線に入る場合、左側の見通しはよいが、右側は、市道7926号線が湾曲していることもあって、見通しはよくないこと、市道7926号線は、本件通路との合流地点の東側で、千葉ニュータウンに面している外、国道16号線に通じる道路が分岐していることが認められる。また、お盆やお彼岸等墓参が集中する時期には、駐車場に入ろうとする自動車が滞留する可能性は否定できないが、これがどの程度の規模で滞留するかを認定しうる資料は存在していないし、本件通路からの見通しがよくないとはいえ、これを改善するためのカーブミラーの設置等の方策がないわけではなく、本件通路の形状からしても、ある程度以上の速度で自動車を運行することは困難であるから、見通しがよくないことから直ちに交通事故が発生するとまではいえない。

5 以上のとおり、控訴人A寺所有の土地の利用につき、自動車の通行を認める必要性があり、平成12年1月までは本件道路を使用して自動車により本件一団の土地に出入りすることができたこと、本件土地が公共施設内にあるとはいえ、小室4号緑地の北西端に位置する約20平方メートルの土地であつ

て210条通行権が認められることにより、公共施設としての目的を十分に達し得ないものとはいえないことと本件土地に210条通行権が認められることにより、市道7926号線を走行する車両が増加しその限度で、周辺住民がある程度の不利益を被ることが予測されるが、上記認定の事情を考慮すると控訴人Aの自動車の通行の必要性を否定すべき程度の不利益を被るものとまではいえないことを総合すると、控訴人A寺は955番12の土地等のうちその所有土地のために本件土地につき自動車による通行を前提とする210条通行権を有するものというべきである。」

(2) コメント

以上のように、差戻審では、控訴人のうち、A寺のみが、軽自動車ではなくそれ以上の自動車⁽¹⁰⁾による囲繞地通行権を認められ、他の控訴人については認められていないが、その理由は、「果樹園として利用するために、自動車による通行の具体的必要性を認めるに足りる証拠はない」というものであり、この点からも、土地の用途とその必要性が重要な判断要素であることがうかがえる。

4. 下級審判決にみる自動車による囲繞地通行権

以下では、下級審判決の判断基準を項目ごとにみていく⁽¹¹⁾。

(1) 袋地

袋地の概念については、①「一応通行可能な経路が公路に通じている場合でも、それが土地の用法に従う利用の必要を満たすに足りない時は、右土地は袋地として囲繞地通行権を有する」(東京高判昭和37年1月30日下民集13巻1号104頁)、②「公路に通ずる通路が存在するとしても、その通路が袋地の形状、用法、地域環境等から考察して通路としての合理的な効用を全うすることができないものであれば、右通路に接する土地は袋地としてその所有者は必要な限度においてなお囲繞地通行権を有する」(福岡高判昭和47年2月28日判時663号71頁一幅員2尺の通路)、③「ある土地が市道に接していてもその市道が狭く、人が並んで通行することはもちろん自転車に乗って通行

することも困難である等その土地に相当な利用の必要を充たすものでない場合は、袋地に準ずる」（米子簡裁昭和42年3月25日判時523号72頁），④「公道に至る幅員0.9メートルにも達しないあぜ道によって公道に接している土地について、右あぜ道が徒歩通行はともかく自転車の通行すら困難な状況にあり、他方農地として農作業等にリヤカーの使用は不可欠であるような場合、右道の存在を持って右土地の通常の利用に欠けることなしとはいえず、右土地は袋地と認めるのが相当である。」（福岡高判昭和48年10月31日判時735号69頁，判タ303号164頁）等のように、一応通路があったとしても、土地の用途、利用態様によって要請される車両等の通行に必要な幅員を持っていないればが袋地にあたるとしている。

しかし、一方で、⑤「自動車の出入することもできない土地であっても、幅員約1.5メートルの区道に接する場合には囲繞地通行権の発生を認めることはできない。」（東京地判昭和52年12月19日判時898号71頁，判タ363号290頁），⑥土地所有者が自動車の出入りのため既存通路（幅1.8から2.73メートル）の拡幅（隣地のブロック塀の撤去）を求めたという事案で、「既存通路で日常生活に支障がなく、したがって袋地ではない」（東京地判昭和58年4月25日・判時1097号55頁）として否定する事例もあり、自動車の大きさに関して、⑦「軽四輪自動車の通行が可能であれば、既存通路で十分」としているものもある（東京地判昭和44年10月15日判時585号57頁）。

これらの判決からは、袋地の形状、用途、地域環境等に応じた車両の通行ができなければ、それは袋地に当たり、通行権を認めるべきという判断に至ることになるが、他方、日常生活に支障がなく、土地の用途からも現状で十分であるというのであれば袋地とはみなされず、通行権も認められないという判断につながるものと思われる。

（2）公道（公路）

里道と公道との関係については、⑧「里道は公道ではあるが、公道がすべて民法210条にいう「公路」にあたるわけではなく、「公路」であるためには、相当程度の幅員を有し、公衆が自由、安全かつ容易に通行し得る道路である

ことを要する。」(名古屋高判平成13年12月14日・平成11年(ネ)第210号— 通行権確認等請求控訴事件)とし、⑨「公法上公道となっているというだけでは足りず、相当程度の幅員をもって自由安全容易に通行できる道路であることが必要である」(東京高判昭48年3月6日判時702号63頁)としている。

本件通路のように、里道を私有地の提供によって拡幅して公衆用道路とされているものの扱いが問題になるが、公道には私道も含まれるとされること⁽¹²⁾からすれば、本件通路そのものが公道に当たる余地はあるが、本件通路はその幅員が広いところでも実測上2メートル50センチ程度であることから、公道には当たらないと解されよう。

(3) 判断基準

自動車による囲繞地通行権の判断基準については、以下の4つの判決が参考になろう。⑩「囲繞地通行権は、袋地の効用を全うさせるために、囲繞している土地の犠牲のもとに認められる権利であるから、その認められる範囲は、袋地の用法に従った利用の必要性から相当と認められる通行方法並びに位置であることを要し、かつ、囲繞地所有者にとって損害の最も少ない範囲に止めるべきである。殊に自動車による通行は、その普及、性能の向上等からして、時代の要請でもあり、袋地所有者にとって便利であることは明らかであるが、その反面、囲繞地所有者に過重な負担を強いる恐れもある。したがって、徒歩による通行だけでなく、車両による通行をも認める場合には、袋地の客観的利用状況、他の手段による通行運搬による不便さの程度、通路の従来利用状況、車両による通行を認めることによる囲繞地所有者の損害の程度、地域環境等を総合的に勘案し、その必要性和不利益の程度を比較衡量して決定すべきものである。」(大阪地判平成4年4月22日)として比較衡量を説くものが多く、すでに自動車による通行の実態がある場合には、⑪「既存通路が開設されていて長年にわたり関係当事者の了承のもとに通行利用が継続されてきた事情がある場合には、その現状を変更して既存通路の拡幅を許容するには慎重な態度が求められるというべきであり、既存通路の拡

幅を許容するか否かの判断に当たっては、当該通路の開設経緯や実際の利用状況等を踏まえ、自家用車の既存通路への乗り入れの要否、生活環境の改善、充実や防災、避難方法の確保、建築基準法の接道基準等の諸事情を十分に吟味するとともに、同拡幅によって隣地所有者が被る不利益との比較衡量がなされなければならない」（松山地判平成9年9月29日判時1649号155頁）として、長年にわたり関係当事者の了承のもとに通行利用が継続されてきた事情があるときは現状を超える拡幅については慎重に判断すべきとし、また、たとえそれが防災のためであっても、⑫「地盤火災のような万一の危険に対する防災のためにより広い適時の通行権を認めることは、民法の囲繞地通行権の認められる趣旨に合するものとはいえない。」（東京地判昭和32年12月20日下民集8巻12号2386頁判時146号23頁）のように、かなり厳格に判断している姿勢がうかがえる（もっとも、判決の年代によって自動車通行の重要性に対する価値判断も変わってこよう）。そしてまた、当事者間に合意のある場合には、⑬「その判断基準としては、袋地と囲繞地の地形、位置状況に加え、袋地が生じるに至った経緯、従前の通路及び通行状況、その他諸般の事情を考慮したうえ、社会通念に照らし、具体的な事例に応じて決定すべきである。そして、袋地が生じるに至る過程において、袋地と囲繞地の各所有者間に、囲繞地通行権に関しての協議や合意がなされている場合は、その経過や内容が右囲繞地通行権の範囲の決定に当たり斟酌されるべきは当然である。」（広島高判平3年5月29日高民44巻2号60頁，判時1410号80頁，判タ770号206頁。）として、当事者の合意等に従うものとしている。

（4）囲繞地所有者の損害・負担

囲繞地所有者の損害の大小は比較衡量のうえで大きな要因となるが、その損害は、現在のみならず近い将来をも含めて捉えられるべきであろう。たとえば、⑭不特定の沿道地居住者が自動車で通行利用していたところ、その後、自動車を所有する者が多くなって通行量が増大し、通路が狭いため歩行者（幼児・年寄り）に危険が生ずるなどの理由から、すべての居住者に（従来の自動車利用者にも）自動車の乗入れを禁止し（福岡高判昭和5年12月22日

判タ520号145頁)、⑮従来から営業用の自動車で出入りしていた袋地所有者が他の袋地を購入して事業を拡張し、ここを事務所兼倉庫とするため車両通行を請求した事案では、通路の幅員(実効幅員3.16メートル)などを考慮して、車両通行を全面的に否定するもの(東京高決昭和43年7月10日判時535号60頁)があり、また、⑯新設のスーパーマーケットに出入りする納入業者の自動車の通行によって騒音・ほこり・家屋破損の被害をうけた住民がこれを阻止したのを是認したもの(大阪地判昭和57年8月13日判タ486号110頁の説示部分参照)がある。

これらの否定例は、やや特殊な事例といえなくはないが、いったん通行が認められてしまえば、当初の予想を超える損害を与えることがあるので、慎重に判断されるべきという趣旨であろう。

(5) 通行の場所及び方法(通行権の範囲・内容)

通行の場所および方法については、⑰「社会通常の観念に照し、附近の地理状況、相隣地利用者の利害得失、その他諸般の事情を斟酌した上、具体的事例に応じて」判断されるべきとされる(東京地判昭和38年9月9日判タ156号91頁)。このことは、周囲の利用状況(用途)に従うべきことを意味するものと解される。なお、本件の場合も、リフォーム工事においてそうであったが、家の増改築や河川道路の補修等のための通行が必要になった時は、通常の間接地通行権の内容とは切り離して、原則として肯定すべきであろう(工事用車両の通行を認めたものとして大阪地判昭和57年8月11日判タ486号110頁)¹³。

① 農業経営

農業地域の場合には、長年、農地に通ずる私道として通常耕耘機による通行をしていたケースで耕耘機について通行権を認めたものとして、⑱高松高判平成元年12月13日(判時1366号58頁)があるが、一方で、コンバインについて否定したものとして、⑲「農業経営が生産性の向上等の目的から機械化が進み、最近ではコンバイン等の大型農業機械が利用されるに至っていることは公知の事実である。しかしながら、間接地通行権は隣地所有者の犠牲の

もとに袋地利用上認められる権利であるから、当然袋地の利便のすべてを確保するためのものでなく、その利用に必要かつ不可欠な場合においてのみ圍繞地通行権が発生するものと解すべきである。控訴人土地は面積が218平方メートルで農地としては比較的狭く、かつ永年在来の農法により耕作してきたのであるから、これを農地として利用する際に控訴人主張のようなコンバイン等の車幅の大きな農業機械を使用しなければ農耕が不可能であって、農業経営上著しい支障を招来するものであるとは思われない。そうすると、本件里道、控訴人土地、被控訴人土地の各利用現況および従来及び将来の各利用状況に加え、本件里道を拡張することにより受ける控訴人、被控訴人の利益、不利益の程度を比較検討すれば、圍繞地通行権の内容が時代の進化と共に変容することを勘案してもなお控訴人主張のように被控訴人土地の一部を犠牲にしてまで、本件里道以上にその幅員を拡張してコンバイン等の農業機械の通行の利便までを確保しなければならない必要性に乏しいというほかない」（京都地判昭和58年7月7日判タ517号188頁）がある。両判決の違いは、農機具の大きさ・必要性のほか、⑱が現状通行していた事例であり、⑲が現状を超える請求であることによるものと考えられる。

②事業所

事業を営んでいる場合には、それに応じた通行が認められる傾向にある。

⑳営業用（電気工争論負業）のため小型貨物自動車を出入りさせていた事案（東京高判昭和50年1月29日高民集28巻1号1頁，判時777号42頁，判タ326号210頁）や，㉑工場敷地から営業用の物品を搬出入するため4トントラックで通行することが、今後も営業上重要な意味をもっているとされた事案（東京地判昭和57年4月28日判時1051号104頁）では肯定されているが、いずれも従前からの通行の実態がある事案であり、新たに通路拡幅を求める場合には（たとえば前出⑤東京地判昭和52年12月19日）、認めるについては慎重にならざるを得ないであろう。

（6）建築基準法との関係

建築基準法との関係については、接道要件といわゆる2項道路の問題があ

り、かつては影響ないとするものが多かったが（たとえば最判昭和37年3月15日民集16巻3号556頁）、今日では、無視できない要素と捉えられているようであり、たとえば、前出①松山地判平9年9月29日判時1649号155頁も、「既存通路の拡幅を許容するか否かの判断に当たっては、当該通路の開設経緯や実際の利用状況等を踏まえ、自家用車の既存通路への乗り入れの要否、生活環境の改善、充実や防災、避難方法の確保、建築基準法の接道基準等の諸事情を十分に吟味するとともに…」(傍点筆者)としており、また、②東京高決昭和52年3月7日判時855号70頁も、「民法210条所定の囲繞地通行権を認めるにあたっては、宅地としての用途をまっとうさせるために、通行の安全及び防災等の見地から設けられている建築関係諸法による制限も、参酌すべき事情として考慮に入れて、通路の幅員を判定すべきものとする。民法の囲繞地通行権は、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ず、前記法令による建築の制限という行政取締法上の問題であっても、本件における『用途に従った利用』の判断に関し私法上の意味を持つことありうことは否定し難く、これを行政法規上の問題として殊更に無視するのは、現に存する事実に目をふさぐ嫌いがあるからである」(傍点筆者)としているように、建築基準法の規定を囲繞地通行権の判断のうえで積極的に捉えようとする判決もある。

ただ、それが直ちに自動車による通行権を認めるべきという結論に至るものではないようで、前出⑤東京地判昭和52年12月19日は、「原告は、右の点に関し、将来本件土地上に建物（医院兼居宅）を建築する方針であるのに通路が区道（一）のみの場合には建物も建築できず又自動車も出入りできないというが、一般に右の如き建築基準法等の行政法規上の制約ないし物理上の制約の一事のみをもって直ちに囲繞地通行権の発生を認めることはできないのみならず、本件の場合、右の如き事由に基づいて原告につき、既に建設を了した公団団地の一部に新たに道路を開設すること等を認容することは、民法の相隣制度の趣旨・理念に照らし、これを肯認することができない。」(傍

点筆者）として否定的に解している。また、㉓大阪高判平成7年12月11日判タ919号160頁では、「建築基準法42条2項所定の道路が自動車の通行に適していないなどとして、通行の自由権としても、また、囲繞地通行権としても、自動車の通行を認めないことが相当である」としている。

（7）承知で買い受けたという事情

自動車での通行に障害があることを承知して買い受けたという事情がある場合には、否定的判断につながるものと考えられる¹⁴。たとえば、前出㉔東京地判昭和52年12月19日は、「本件土地（一）は元来前叔のように、区道（一）のみを通行して達しうる行き詰りの箇所に存する土地であって、原告はこれを充分承知して買い受けたものであること…」として、通行権を否定している。

（8）自動車通行の主張の類型

岡本詔治教授は、従来の下級審の判決について、「車両通行は徒歩通行とは比較にならない程の負担を囲繞地に課すことになるので、私道開設の経緯、袋地の用途、袋地取得の経緯、当事者の利害得失、私道の利用状況、車両通行の必要性・重要性、付近の地理的状況、交通上の危険、環境被害など諸般の事情を総合的に考慮して慎重に判断しているといえる」とされ、これを類型化したうえ、（a）既存の通路では自動車の通行が不可能もしくは困難であるため、通路の拡幅を求める場合には、このような状態にある袋地を購入した者がこの種の請求をしても認められる可能性は少なく（東京地判昭和58年4月2日判タ502号124頁）、（b）既存通路について自動車の通行の事実はないが、その幅員が自動車の通行も可能とするほどの広さがあるので、袋地所有者が新たに車両通行を請求した場合でも、当然には車両通行が隣地通行権の内容となるものではないが（2.6m幅では狭いので、3.6m幅を請求したのに対して、既存通路に限定した東京地判昭和55年2月18日・判時977号80頁、軽四輪自動車の通行が可能であれば既存通路で十分であるとした東京地判昭和44年10月15日判時585号57頁、これに対し、（c）既存通路について従来から車両通行の事実があった場合には、袋地所有者側に将来においても車

両の使用の必要性がある限り、原則として通行地の所有者は車両通行を阻止できないと解すべきである、と述べられている⁽¹⁵⁾。

思うに、(c)のように従来から車両通行の実態があれば、その範囲で通行権が認められようが(もっとも、一時的であったり、無理矢理の通行である場合には(a)とみるべきであろう)、それにとどまらずさらに通路の拡幅を求める場合には、袋地の用法上の必要性があることが必要であろう。本件事案がこのうちのどれに当てはまるかといえば、農作業用の軽自動車の通行の実態があり、現にXがなんとか通行できているということからすれば、基本的には(c)であろうが、本件原告のように、現状を超える普通自動車での通行権を求めることは過大な請求といえるのではないと思われる。

三 本件事案と判断基準

1. 本件と最判平成18年3月16日事案の相違点

本件も、最判平成18年3月16日の事案と同じく、徒歩で通行するには何ら支障がないが、自動車での通行を前提とする210条の通行権の確認を求めるものであり、原告の最終準備書面においてもこの最判および差戻審判決を引用して、本件においても自動車通行権が認められるべきと主張しているので、以下、この最判の基準に従ってその可否について検討してみたい。ただ、この最高裁事案と本件事案とでは、次の点で異なっていると思われるので指摘しておきたい。

①最判平成18年の事案は、元は自動車が自由に出入りできていたが、これが歩行者専用道路として整備された関係で、ポールが設置されるなどして現在では自動車の通行が禁止されている事案であり、それに対して本件の場合には、少なくとも現状で原告所有の軽自動車は通行できており、かつ、ブロックフェンスも被告敷地の内側に設置されていて、被告が原告の通行を妨害している明確な事実がない点において異なる。

②最判平成18年の事案は、区画整理の進んだ住宅地における大きな墓苑のため(多くの人の参拝のため)の自動車での通行権を求めているものであり、

他に代替策がないのに対して、本件の場合、農村地域にあるたった一軒の土地家屋のための普通自動車での通行権の主張であり、通行権の利益を享受する者の範囲が異なり、周囲の状況等においても、庭まで入ろうとすれば可能である被告ですら、これまでの本件通路の利用状況から導かれた本件通路の慣習的に成立している利用秩序（農作業用の軽車両等のみが通行できる）を尊重し、自動車で自宅庭に入ることは控え、別に市道W線に面して駐車場を確保し、自動車を本件通路に乗り入れることはなかったという事情があり、さらに、救急車やバキュームカーについてもその代替策が考えられるという点において異なる。

③差戻後の東京高判平成19年9月13日では、A寺については、「建墓のために、軽自動車のみ利用で足りるものともいえないから、控訴人A寺が、その所有土地を利用するについては、自動車による通行を認める必要性があるものというべきである。」と判示して、通行権を認めたが、これは、その所有土地に関して「墓石の搬入や建墓」という墓苑経営という用上法の必要性から認められたものであり、本件の場合、Xが本件宅地においてとくに事業を計画しているということもないから、農村地域における原告の所有土地の用法および農業用通路としての必要性に限定して考えれば足りるという点において異なる。

④最判平成18年の事案は、旧道である赤道当時から日常的に自動車で行く道路として使用されていたのに対して、本件の場合、赤道拓幅当時の昭和26年は自動車の通行は予定されておらず、せいぜい農作業用の軽車両および軽トラックの通行がみられたにすぎないという点において異なる。

⑤差戻後の東京高判平成19年5月30日も、自動車が通行できないことを原告が承知の上で購入したかどうかは通行権の判断上重要な要素と解しつつも、「控訴人A寺が、自動車による通行ができないことを知りながら、本件一団の土地のうちその所有土地を取得したものとはいえない。」としているのに対して、本件では、原告は購入時点で通行上の現実的な制約があることを明らかに承知していたと考えられる点で異なる（もっとも、原告は最終準備書

面において、「普通自動車が行き通れることを知っていた原告は、自動車による通行ができないことを知りながら取得したものとはいえない」と主張する)。

2. 本件における自動車による通行を認める必要性

すでに触れたように、現に通路があるとしても、自動車での通行ができないことによって、袋地の用途に従って利用することが困難である場合には、その土地はなお袋地といえ、囲繞地通行権が認められるべきということになる。では、本件X所有地は、その主張するように、普通自動車での通行権が認められなければ生活上の不便を強いられ、「袋地の用途用法に従って利用することが困難である」といえるのであろうか。この点、Xは、普通自動車が行き通れなければならない理由として、救急車やバキュームカーの通行をあげ、いわゆる人格権に基づく通行権の主張をなしている(平成20年5月21日付「準備書面1及び請求の趣旨の拡張申立書」により追加)。たしかに、救急車やバキュームカーの通行は生活上重要な要素ではあり、このような点を強調する学説もあるが⁽¹⁶⁾、それをすべてに当てはめれば、農村地域の里道やこれを拡幅した通路の多くはもともと幅員の狭いものが多いであろうからすべての里道は拡幅されるべきということになりかねず、それに代わりうる方法はないのか等も含めて総合的に勘案すべきであろう。そこで以下では、Xがとくにあげているこの2点について、「自動車による通行を認める必要性」の程度を検討したい。

(1) 救急車の通行

Xは、救急車も通れない幅員であり、これにより生活に支障が出る旨主張するが、病院関係者の話では、救急車については、必ずしも救急車が患者宅へ横付けされる必要はなく、ストレッチャー等を利用すれば公道に置いた救急車への搬送は可能であり、現実に道路の狭いところではそのようにして患者の移送を行っており、それで足りるとされている。マンションなどでは、直接各戸に救急車が横付けされるわけではなく、各戸から救急車までは担架

ヤストレッチャー等を利用して患者を運んでおり、また、たとえ、一戸建てで救急車が庭に入る場合であっても、病床から救急車まではこのようにストレッチャー等を使うものであり、その連携ができる場合には救急移送においてさしたる障害とはならないものである。したがって、救急車が自宅の庭に入らないことをもって普通自動車での通行権を主張することは、救急患者移送の実態を無視した主張であり、いわゆる生活権ないしは人格権に基づく通行権の主張の根拠とはなり得ないものと考えられる。

（2）バキュームカーの通行

Xは、バキュームカーも通れない幅員であり、これにより生活に支障が出る旨主張するが、本件宅地は農業地域の中にあり、下水道が整備されていないために、現状ではたしかに汲み取りが必要な住宅がほとんどであるといつてよいが、汲み取り業者のほうでも、延長パイプ等を利用してバキュームカーが入らないところでも汲み取りができるような対処がなされ、また、それぞれの家でも、簡易浄化槽の設置等により汲み取りの回数を減らすという対策がとられているのが一般である。そして、汲み取り業者の話では、現にXは、住み始めた最初の年には数回（2年目はまだ1回）、バキューム車が市道W線から本件通路に入って約3分の1まで進んだところで止まり、そこから、延長パイプをつないで汲み取り処理しているとのことであり、とくに現状で生活に支障を来しているとはいえない。したがって、このような事情をも考慮に入れば、バキュームカーが家まで入らないということをもって普通自動車の通行権を主張することは、いわゆる生活権ないしは人格権に基づく通行権の主張の根拠とはなり得ないものと考えられる。

なお、前出⑧名古屋高判平成13年12月14日では、バキュームカーが通れないことも主張され、「本件通路に限って、被控訴人らが従前どおり歩行又は車両により通行することを認めるのが相当である」という判断につながっているが、この事案は、従前もバキュームカーが当該通路を通過して汲み取り口まで進入して汲み取り作業を行っていたもので、かつまた原告の左官業の営業のために4輪車の使用を必要としている事案であり、かつてバキュームカー

が家の庭まで入ったこともなく、自動車を必要とするような営業を行っているものではない本件事案とは同一には論じられないであろう。

(3) 小括

以上のように、Xが主張している2つの理由はいずれも、Xの生活に著しい支障を来たすものとはいえず、圍繞地所有者に負担を強いてまで、「他の土地について自動車による通行を認める必要性」の根拠となりうるものではないと考えられる。仮に、今日では社会生活上自動車での通行は当然という立場に立ったとしても、それはどのような地域でも同様に認められるというのではなく、袋地の用法や圍繞地所有者の負担に加え、地域の特殊性やこれまでの経緯をも考慮してその可否が決められるべきであろう。してみると、本件宅地の場合は農業地域であり、救急車やバキュームカーの通行についても従来の方法で十分対応できているのであるから、生活上の著しい障害があるとはいえず、また、少なくともXは現状で軽自動車で通行しえているのであるから、法が当然に認める圍繞地通行権の内容としては現状で十分といえ、これを超える通行権については、別途、契約等の私的自治にゆだねるべきと考えられる⁽¹⁷⁾。

3. 周辺の土地の状況

圍繞地通行権は袋地に認められた権利であり、袋地であるか否かの判断および圍繞地通行権が認められる場合のその範囲・内容は、当該地の用法と周辺の状況（より具体的には、袋地の客観的利用状況、通路の開設経緯、通路の従来の利用状況および利用秩序、地域環境等）によって異なるものといえる。そこで、本件通路におけるそれらの点をみていきたい。

本件通路は農業地域にあり、周囲には水田や畑が広がっている。家屋は点在し、それぞれが公道に面するか、公道との間に私道を有している。X、Y以外の周辺住民であるA、C、Eの本件通路との関わりをみると、本件通路は、X宅からすぐのN川に架かる橋を渡って陳述人E宅までつながっているが、Eは建設関係の仕事をしており、その仕事の関係で自動車を利用するこ

とから、本件通路よりも広く、短距離で市道W線に至る私道を開設し、これを生活道路として利用している。また、Aも、自宅から市道H線に通じる自己所有の水田に土を盛って私道兼駐車場としており、本件通路は生活道路とはなっていない。Y'の姉であるCは約15キロ離れたところに住居を構えるが、N川を超えた部分に田畑を有し、農作業をするために本件通路を必要に応じて通行している。したがって、生活道路として本件通路を使っているのは原告X方、被告Y方だけであり、その次に通行の頻度が高いのはCであり、Aは農作業の必要があるときに通行する程度であり、Eは現在ではほとんど通行することがなくなっている。

本件通路を通行する車両も、Xが自動車により通行している以外は、農作業のための耕運機やネコ車等の軽車両に限られている。それというのも本件通路は昭和26年に元の里道を2倍程度に拡幅されたが、それは、台風で流された橋を県の予算で復旧するための条件とされたからであり、通行上支障があるから拡幅されたというものではないこと、また、その時期からしてもモータリゼーションの発展以前であり、自動車での通行を予定したものではなく、通路の構造も、水田部分に土盛をして造成しただけのために土壌がゆるく、轍がでやすく、重い乗用自動車の通行を予定していたものではないことは明らかである。これはN川に架かる橋についてもいえることで、N川に架かる橋は20cm程度の厚みのコンクリートを橋桁にかけただけのものであり、その構造上、自動車の通行に耐える強度を持って造られているものとは考えられない（自動車が通行すればいつかは崩落し、死傷者が出る恐れもある）。したがって、本件通路およびこれと同時期に拡幅された橋から先の通路については徒歩のほかは、せいぜい大八車、農機具、猫車等の農耕用の車両および二輪車での通行を予定したものにとどまり、そのため、Yらも、農業用通路であることを尊重して、自動車で本件通路を通り庭に乗り入れることはなかったのである。

Xは本件宅地のほか、農地と山林を所有しているが（まだ相続が完了していないようであるが）、農地の耕作は人に委ねているようであり、臨時の仕

事をしながら一人で本件宅地上の家屋に居住しているが、Xが常時この家に住んでいるわけではなく、年のうち2週間程度ずつ何回かにわたって埼玉の家族（妻および子供二人）のところに帰っている。

以上のように、本件通路の周辺は農業地域であり、依然里山の農村社会の実態を保っており、一定の通行秩序が慣習的に形成されているのであり、農業にとって必要欠くべからざる通行権の主張は最大限考慮されるべきであるが、そうではない農業地域の実情に沿わない通行の内容については慎重に判断されるべきであろう。

4. 自動車による210条通行権が認められることによる損益

従来、圍繞地通行権の可否の判断においては、圍繞地の所有者の損害（不利益）については考慮されてきたが、圍繞地通行権が認められることによる袋地所有者の利益についてはそれほど考慮されてこなかったと思われる。しかし、本件の場合、転売利益を目的に圍繞地通行権を主張しているのではないかという疑いがあるので、この点についてもふれておきたい。

(1) Xの利益

原告Xにとっては、普通自動車での通行権が認められれば、生活はより豊かなものになるものであろうが、それが、現在一人暮らしの原告にとって必要不可欠なものかについては疑問が多い。すでに本件通路は建築基準法上のいわゆる2項道路の指定を受けており、接道要件も満たしているので、家の増改築、新築には障害はなく、工事車両についてはYらもこれまでも別途通行を承諾してきているのであるから、また、すでに述べたように、救急車もバキュームカーの進入もその代替策があり、死活問題といえるものではないから、現に軽自動車で行得しているXにとって、このうえ軽自動車ではなく普通自動車での通行でなければならない理由は乏しいといわざるを得ない。もし仮に普通自動車での通行権が認められたとすれば、はたして本当に都会生活に慣れた家族が、改修済みとはいえかなり老朽化し、しかも上下水道の未整備のこの家に来るかどうかとも疑わしい。そう考えると、Xの受ける最大

の利益は、普通自動車の通行権を確保することにより原告の所有する不動産の評価が相当高まるであろうという一点であるといえる。

Xが購入した本件宅地は、この売主であるH開発が競落により取得した際も本件通路が狭いことによってその競落価格は相当低かったと思われるが、Xもまた、そのような低廉な価格で取得しているものと想像でき、本件訴えが認められれば、訴訟にかかった費用を差し引いても、不動産の評価価格の増加分は大きいであろうことが想像できる。その意味では、むしろ、生活権ないしは人格権的な利益よりも経済的利益のほうがはるかに大きいといえよう。

（2）Yらの損害

被告Yが蒙る損害は、当面は土地提供に限られようが、将来にわたる損害となると、種々の点を考慮する必要がある。本件通路は赤道を拡幅したものであり、弱い土壌の通路であり、自動車が通行することによって道路を支える石積みも壊れる恐れがあり、これに接する農地はその境となる部分が崩落していく恐れがある。その他、騒音・ほこり・家屋破損の被害も予想される。

また、原告は否定しているが、自動車通行権が判決によって認められることによって、不動産としての評価を高めることになった原告宅地の分譲開発が容易になり、それが現実にもものとなれば、通路の交通事情も常時数台が通行することとなり混雑が予想され、歩行での通行は危険との隣り合わせになり、そうなれば平穏な生活環境は失われる恐れがある。

なお、原告は、最終準備書面15頁において、被告らが原告の通行権を認めない理由を、原告の母親の宗教やその信者の通行にあるように主張しているが、被告が通行権を認めないとしているのはそのような理由ではなく（原告のこのような主張はことさら被告の害意を強調するものでしかない）、ただ、競売以降の原告の弟の債権者らや不動産業者等の来訪に脅えた経験から、再び平穏な生活が破られることを危惧しているのである。遑れば、被告と原告の祖先の関係は、かつては、被告の祖先が火事で住む家もなくなった原告に土地を分与し、近隣者として親しい付き合いをしてきたのであり、宗教関係

者が大勢通行することについてもこれによって通路が広がり、路肩が傷むことに不安を抱いたことはあっても、宗教上の敵対感情があるわけではなく、それについて抗議をしたこともない。また、Xに対してもこれまで敵意を抱いたことはなく、ただ、競売や競落、そしてXが購入に至る段階で、多数の訪問者により安寧な生活が破られたことや、Xがひたすら通行権の主張を貫徹しようとするその姿勢に不快感を覚えたものにすぎない。Yらが守ろうとしているのは、従来の生活の延長線上にある農村の平穏な生活環境であり交通秩序であり、それもまた囲繞地所有者として当然守られるべき利益といえよう。

5. 本件事案における特殊な事情

(1) 原告は、このような通行条件を承知していたという事情

本件通路は、一部細い部分があるために、軽自動車がやっと通れる程度の広さの通路であり、このような通行条件を承知していたかどうか、通行権の判断における一要素であると考えられるが（前出⑤東京地判昭和52年12月19日は、「原告はこれを充分承知して買い受けたものであること、また〈証拠〉を総合すると」と判示し請求を棄却しており、この点も囲繞地通行権を認めるか否かの判断基準の一つとして考慮している）。

原告は、本件宅地を買い受ける前に、物件説明書の記載や住宅販売会社の説明から、また、本件通路の測量を依頼し（本人調書43）、そのうえで本件宅地建物を購入していることから、購入時点で、軽自動車程度ならなんとか通行できるが、普通自動車は通行できないことは承知していたものと考えられる（それゆえ転居後に軽自動車を購入している）。一般的に考えれば、このような場合には、それでは困るという人は購入に至らないのが普通であり、購入する以上は現状を承認しての購入ともみられるから、購入後に通路の拡幅を求めることは信義則上も問題があると思われる。もっとも、原告の最終準備書面12頁では、「普通自動車が通行していることを知っていた原告は、自動車による通行ができないことを知りながら取得したものとはいえない」

と主張しており、この点は、差戻審の東京高判平成19年9月13日の控訴人の主張とも通じるものであるが、常時かつ平穩にそのような通行の事実があったのであればともかく、本件の場合は、原告の弟および妹の夫の、一時期の単発的な、それも無理やり通行していた例であり、差戻審の東京高判平成19年と同様にみるのは妥当でないと考えられる。

（2）本件通路は元は広がったが狭まったという主張について

ア．原告は、本件通路は元はもっと広がったが、路肩がコンクリート擁壁で作っていなかったため路肩が崩れるなどして、あるいはコンクリートブロック等の工作物等がせり出して道幅を狭めた結果（訴状第2・1・(1)・④）、現在では軽自動車の通行も困難である、と主張しており、これが事実か否かは本件の判断において大きな要素となると思われるので、この点について検討してみたい。

原告の元は広がったという主張の根拠は、「甲2号証の分間図をみると、縮尺不明ながら、約600分の1で計算すると2.5メートル程度の道幅があることがわかる」および、「かつて普通乗用車、農作業用の車などの通行をしていた。かつて普通乗用車が通行できたということは、かつては230センチ（その後の主張で250センチに変更）程度の道幅はあったものと推測できる」という推論に基づくものにすぎず、かつ、通路幅はどこも250センチで均一であったという前提に立つものである。それを補強するのが陳述人A、B、Eの「元はもっと広がったが狭くなった」旨の陳述であるが、これは事実とみてよいであろうか。また、それはどの程度証明できているものでであろうか（なお、陳述人Bは口頭弁論終了後に陳述書を取り下げている）。

まず、この主張の根拠となっている手書きの墨書による分間図が600分の1の正確な縮尺によるものとの前提に立つものであるが、この分間図は作成年も不明であり（図の中に昭和12年5月以降完成の市道W線が入っており、菖蒲池のところが直線になっていることから昭和26年の通路拡幅以後と思われるが）、測量値を600分の1の縮尺で正確に反映したのとは必ずしもいえず、これを600倍にして道の幅を主張するというのはいささか強引であろう

し、仮に、原告の主張するように元は250cmの幅員があったというならば、それ以前の里道（赤道）は幅員が125cmあったことになり、これは、赤道というものが概ね90cmであったという常識からすれば特殊な赤道であったことになるが、その点についての説明はなく、立証が十分なされているとはいえない。

また、原告は、本件通路が均一に拡幅されたという前提に立って主張を展開しているが、道路の規格に基づいて公的に整備された道路ならばともかく、本件のような近隣者の土地の任意的提供による拡幅がなされたという経緯からは、全く同一の幅員をもつ道路というものは考えにくく、現に昭和62年の地籍調査の一筆図形（甲4号証）では幅員は場所によって異なり、市道W線からX宅までの間の通路幅は、1,813mm, 1,883mmのところもあり、もっとも狭い部分で1,614mmとなっており、また、橋を越えた先には1,850mmのところもあるが、1,647mmしかないところもあるように、通路の幅は一定ではない。この間に、原告の主張するように若干の自動車の通行の事実はあるが、通路に人為的に手を加えたり、道が崩れたりしたという事実はないからという事実はないから、この地籍調査による通路幅は通路拡幅時の通路幅をほぼ反映しているとみるのが妥当であろう。したがって、本件通路は元は250cmあったという前提に立って、現在、本件通路の一部が180cm程度（地籍図上は1,614mmの個所）しかないのは、これが狭まったからであると主張することは、70cmも通路幅が狭まるということはあまりにも大きな変化であり、説得力を持たないものといえよう。むしろ、本件通路の狭くなっている部分については、通路拡幅のときに、その下に水路としての土管（現在はヒューム管）が埋められたことから、土壌の緩い個所に比べて加わる力の影響を受けにくく、この部分こそ元の広さを残しているとも考えられる。

また、陳述人であるA, Eは、すでに述べたように本件通路とは別に生活道路を有しているのであり、時たま通る通路の幅を正確に覚えているとは考えにくく、その陳述内容も「かつてはもっと広がったと思う」という程度の主観にすぎず、一方で反対尋問においてその陳述と矛盾するように、軽自動

車でさえ「ひやひやしながら」と述べていることからすれば、元は広がったという陳述内容がそれほど信頼に足るものとも思えない。

さらに土木工学的にみた場合、一般に、通路の造成においては、通路と水田との境には根石がおかれ、その上に石積みがされ、のり面を形成するように道路が造られているが、土木工学の専門家の話によれば、道路を掘り起こして根石の位置を確認すれば、道路が広がったのか、それとも狭まったのかの判断はつくとされるが、その鑑定請求などはなされていない。仮に道路が狭まったとするならば、そこに根石がむき出しになってしまうであろうし、現状の外観が石積みが上に行くほど広がっている（逆のり面になっている）ことからすれば、むしろ逆に、無理な自動車通行により道路の両端が押しつぶされるように広がっていき、道路幅が広がっていったとみるのが自然であろう（この点に関連して、原告側平成20年5月21日付「準備書面1及び請求の趣旨の拡張申立書」は、「…通路幅が本来の拡幅された部分から狭まれば、Y'は結果的に所有地が増える関係にある。Y'宅敷地部分のみ、通路幅が狭くなっているのは、路肩部分が崩れて狭くなったことも一因と思われるが、結果的には通路部分が敷地ないし農地にとられた可能性もある。」と述べ、Y'が意図的に通路を農地に取り込んだような主張をしているが、本件通路の拡幅部分はもともと被告所有地を提供してなされているものであり、わずかな農地を取り戻そうとする意思があるとは思われず、現にかつて一度も本件通路幅に関する異議を受けたことはなく、紛議は起きていないのである。また、路肩が崩れるとすればその原因は原告らの無理やりの自動車による通行以外には考えられず、そのような主張を本件においてなすことが信義則上妥当性をもつものか疑問である。むしろ、そのような誹謗中傷を含んだ主張こそが、被告をして調停や和解に応じることができない理由となっているのである。

結局、原告はこれらの主張につき、土木工学的な立証があるわけではなく、推論の上に推論を重ねたものにすぎず、それを補強する陳述書についても、3名のうち1名はこれを取り下げていることからしても、その信憑性は薄く、

証明が尽くされたとはいいがたい。

イ. これに対して被告は、むしろ逆に、原告方が壤の弱い本件通路を多人数で通行したり、重い自動車で通行してきたために道路は押しつぶされるように広がったものであると主張する。すなわち、昭和39年に、Xの母がある宗教団体の集会所として提供し始めた頃より約20年間にわたり、市道W線を駐車場にし、かなりの数の集会参加者（頻度の多いときには一日あたり400名を越すこともあった）が頻繁に当該地を通行し、またこの頃、Xの弟が無理矢理クラウンという自動車を通行させることがあったとされるが、そのために轍ができ、その重さで水田側の土が崩れるようなこともあり、また、Xが購入する前にはH開発の工事車両が通るようになり、そのすぐあとには、N川の砂回収工事でキャリアカーが本件通路を走るなどして、その重量等により道路幅が押し広がったものと推認され、これを裏付けるように昭和62年の地籍図に示された通路の幅員と現状を比べれば、現状のほうが大幅に広がっていると主張するものであり（現在の実測上は1614mmの個所が約1800mmほどになっている）、この主張のほうが現実的な主張であると考えられる。

ウ. ところで、陳述人Aは証人尋問において、昭和62年の測量について、「自分が思い思いにここを境にしたらよかろうと思う箇所に立てた」、「苦情を言う風土はなかった」と証言し、あたかも、Y'が地籍調査の際に恣意的に現況道路の幅員を狭めるような位置に測量棒を立てて測量させたかのように述べているが（A調書71～77）、これは地籍調査の信頼性をも損なう証言であり、もし、そのようなことがあれば測量担当者が注意をするはずであろうし、この証言はかなり主観的なものであり、陳述人Aの証言そのものの信憑性にもかかわるものであろう。

エ. 原告は最終準備書面13頁において、「そもそもかつては普通自動車が通行していた」ことを強調し、その例としてトヨタ・クラウンが一時期、Aが昭和43年1月から農作業のために、クラウンよりも小さい全幅149cmの日産ピックアップトラックで通行していた事実を挙げる。たしかに、一時期クラウンが通行していた事実はあり、だとすれば当時は相当な幅員はあったとい

う証明になりそうであるが、必ずしもそうとはいえない。そのクラウンというのは昭和47年当時のトヨタ・クラウンであり（甲第38号証陳述書）、当時のクラウンには5ナンバー（道路運送車両法（同施行規則）における小型自動車）しかなく、資料によればその全幅は1695mm、トレッドは1455mm・1445mm、タイヤサイズは195/14/70であり、したがって、 $1455+195=1650$ mmの道路幅があればクラウンは通れることになる。昭和63年地籍図の1614mmからすると、クラウンは通れないように思われるが、タイヤが一部通路からはみ出したくらいであれば通行でき、また、その狭いところは通路と水田との高低差が20cm程度であり、水田に水が張ってない時期であれば仮に水田に脱輪しても通行できるのであって、その一事をもってしては、通路幅は広がったということにはならないであろう。一方で、陳述人Aの、軽自動車（昭和52～53年ころという陳述からすれば、全幅は1400mm以下であったと思われる⁽¹⁸⁾）でさえ「ひやひやしなながら通った」旨の証言があることからすれば、それよりも30cm近く車幅の広いクラウンが余裕をもって通行できたとは思えず、かなり無理をした通行であったことが想像されるのであり、原告の主張のように、元は広がったという立証にはならないであろう。

ところで、原告は、本件通路の拡幅部分について自動車での圍繞地通行権を主張するものであるが、その根拠として通行が必要とされる「普通自動車」については、道路運送車両法（施行規則）上の普通自動車⁽¹⁹⁾なのか、それとも道路交通法上（運転免許制度上）の普通自動車なのか、あるいはそれ以外の概念なのかを明らかにしていないが（訴訟での主張全体から見れば、現状で、軽自動車が何とか通行できている点からすれば、軽自動車よりも大きな車を指していることはたしかであろうが、それに加えて幅員250cmの通路の確認を求めている関係では、単に小型自動車ではなく、それ以上のいわゆる3ナンバーの自動車の通行を求めているとも考えられる）、幅員が重要な問題になっている本件では、全幅等をはっきりさせるために、日常用語としての普通自動車ではなく、道路運送車両法に基づく自動車の概念によるべきであろう。

(3) 建築基準法第42条2項

ア. 原告は、本件通路が建築基準法42条2項のいわゆる2項道路に指定されていることを強調しつつ自動車での通行権を主張しているの、この点についてもふれておきたい。

本件通路は平成17年にいわゆる2項道路に指定（個別指定）されており、2項道路に指定されると建物の建て替えなどの際に4メートルの幅員を満たすようセットバックの義務を負うが、そうすると、いずれは4メートルの幅員の通路が確保されて自動車を通行させなければならなくなるのであるから、本件においても、それを先取する形で原告の請求が認められるべきであるという主張⁽²⁰⁾を補強するようにも思われるが、必ずしも2項道路に指定されたことから直ちにそのような義務が生じるわけではなく、将来的なセットバック義務が生じるとどまるものと考えられる（2項道路指定がただちにそのような私法上の権利義務を生じさせるものであれば、当然、それは関係者にも事前に知らされ、異議申し立ての機会など与えられ、その上で指定されるべきものと考えられるが、実際には、この2項道路指定は、市町村が関係住民の意思にかかわりなく、異議申立の機会もなく特定行政庁によって指定され、その結果について関係者への通知義務はないとされているのであるから、それは、この規定があくまでも建築許可との関係しか想定していないからであろう）。

イ. そして、前述したように、本件通路の2項道路の指定は、競売に際して裁判所の囑託により個別指定として行われたもので、競売後のX宅の増改築（本件宅地上の建物は老朽化しており、競売後には増改築しなければまともに住めないような建物であった）に配慮して、増改築が可能な物件として競売を円滑に進めるために、便宜的になされたのではないかともみられるが、そもそも、本件通路については、この2項道路の指定が適切なものであったかについても疑問がある。

要件上、2項道路に指定されるためには、「現に建築物が立ち並んでいる幅員4メートル未満1.8m以上の幅員があること。ただし袋地を除く」を要

するとされるが、本件通路の場合は、たった2軒の家しかない通路において、地籍調査上は1.614mの個所をも実測上1.8mを満たしているとして指定がなされているのであり、現に生活道路として利用しているのはX方とY方だけであることを考えれば、この指定が妥当なものだったかどうか疑わしい。こうした2項道路の指定に関して澤井判事は、「①当該道路において2戸以上の建築物が存在すれば足りるという見解、と、②ただ単に建築物が道を中心に2戸以上存在していることをいうのではなく、道を中心に建築物が寄り集まって市街地を形成し、道が一般の通行の用に供され、防災、消防、衛生、採光、安全等の面で公益上縦横な機能を果たす状況にあることを要する、という二つの見解があり、判例も分かれている。ところで、この2項道路の指定は、周辺居住者の意思を確認しないまま行政庁の一方的な判断のみでなされるものとされているために、いわば公道的な扱いを受けることになり、通路の両脇の土地所有者の私権は制限され、その負担も想像以上に大きなものとなるおそれがある。したがって、その指定には、それにより利益を受けるものとかえって不利益を被るものが存在し得ることを前提に、慎重になされるべきであり、したがって②の見解がとられるべきであろう」と述べられている^(21, 22)。

ウ．次に、この2項道路に指定されたことが、民法上の圍繞地通行権に対してどのような効力を有するかである。とくに本件では、被告の設置したブロックフェンスの存在も問題となっており、原告の最終準備書面10頁では、通行不可能になった原因をブロック塀としており、被告の妨害によって本件通路が狭くなってしまったというような主張をしているので、この点も併せて検討したい。

まず、判例は、最判昭和37年3月15日民集16巻3号556頁において、「そのような請求は「土地利用について往来通行に必要、欠くことができないからというのではなくて、……〔建築基準法にもとづき制定された〕建築安全条例上、その主張の如き通路を必要とするというに過ぎない。いわば通行権そのものの問題ではないのである」として、建築基準法と圍繞地通行権が別

次元の問題であるとしたが、これに異を唱える学説も存在し⁽²³⁾、最近では人格権的な見地からこのような積極的に捉える見解が力を得ているように思われる。しかし、建築基準法はそもそも私法上の圍繞地通行権までも考慮に入れて規定を設けているものではなく、現状の新築あるいは増改築における道路要件を示したものであり、道路についてはこれを緩和するために暫定的にみなし道路としての42条2項道路の規定を置くものであり、これから反射的に（新築増改築などの際のセットバック義務が現実のものとなる以前に）将来を見越して圍繞地通行権が認められるべき、とするのは妥当とは思われない。それでは圍繞地所有者の負担は予期せず発生することになってしまうし、その指定をする特定行政庁においても、「2項道路は圍繞地通行権を発生させるものである」という認識なく指定しているものと考えられる。また、セットバック義務は4メートルの幅員の確保に向けられたものであるのに対して、圍繞地通行権は必ずしもそれに制約されるものではなく、袋地の用法によって異なるものであり、それよりも狭い幅員でも袋地とはいえないと判断される場合もあるのであるから、両者の射程範囲は異なり、これをリンクさせることは圍繞地所有者に対して過度の負担を強いることになろう。

エ. 次に、本件では、たしかに被告のブロックフェンスが設置されているが、これは地籍のポイントから5～35cm被告所有地に入ったところに設置されているものである。そして、この設置については、前述したように、市役所にも問い合わせ、被告らにも通告して、それに対する異議もない状況で設置に至っているのである。本件でもY'がフェンスを設置した際に2項道路の指定のことは知らず、被告も設置時点ではそれを主張することなく、調停後に判明したものである。したがって建築基準法44条1項本文には反しているとしても、過失はなく、本件のようにブロックフェンスを設置した場所の両側をY'が所有している場合は、拡幅の余地を残しているものであるから、その違法性も阻却されるものと考えられる。

このような建造物について、圍繞地通行権が認められる通路部分にブロック塀、門等の工作物および樹木がある場合には、これらの撤去を請求するこ

とができるとするもの（東京地判平成2年4月24日判時1366号60頁）もあるが、最二小判平5年11月26日裁集民170号641頁（判タ857号100頁，判時1502号89頁）は，建築基準法42条2項のみなし道路の指定がされた土地のうち被告所有部分に被告がフェンスを設置したため，右土地に隣接する土地上の建物を所有するXが通行の自由権に基づきフェンスの撤去を求めた事案につき，被告が設置した塀の内側（被告所有地）は現実には道路として開設されておらず，Xが通行していたわけでもないこともあり，「本件ブロック塀の外側には公道に通ずる道路があるから，Xの日常生活に支障が生じたといえず，Xの人格的利益が侵害されたものと解することはできないから，通行の自由権（人格権）という考え方の理論的当否について論ずるまでもなく，人格権侵害を理由とする妨害排除請求を認めることはできない」と判示している。

この二つの判決のうち，前者の東京地判平成2年の事案は，現に工作物等が通行権を妨害している事例であり，後者の最判平成5年の事案は，ブロック塀の設置位置は通路部分ではないという違いがあるための結論の相違であるが，通路部分であっても，東京地判平成2年11月19日判時1393号105頁は，「幅1.2メートルの細長い路地状部分を通じて公道に接続する土地について，現状ではコンクリートの塀があるので，右路地状部分を通して公道に出ることはできないが，右の塀はいつでも取り壊すことが可能であるので，右土地は袋地に当たらない」として，囲繞地通行権を否定するものもある。また，既存通路に道路位置指定（4メートル幅）がなされ，これを根拠に土地所有者が自動車の出入りのため既存通路（幅1.8から2.73メートル）の拡幅（隣地のブロック塀の撤去）を求めたという事案で，既存通路で日常生活に支障がなく，したがって，袋地ではないとした前出⑥東京地判昭和58年4月25日（判時1097号55頁）もある。

オ．本件の場合，ブロックフェンスの内側は現実には道路として開設されておらず，また，ブロックフェンスは被告敷地内に設置されたもので，本件通路にはみ出したものではないから，従前の通行を妨害するものとはいえず，ブロックフェンスの設置をもって通行の妨害状態があるとはいえず，したがっ

て人格権侵害を理由とする妨害排除請求も認められないものと考えられる。

(4) Xの生活の実態

原告は、過去の囲繞地通行権を認めた判例をもとに、救急車やバキュームカーの通行ができないことなどを挙げて、生活権あるいは人格権的な主張をするものであるが、自動車による囲繞地通行権は、いわば拡張された通行権であり、囲繞地所有者の負担はより大きなものになるから、これを主張する袋地所有者についても、自動車通行の必要性がひっ迫した死活問題である等、いわゆる生活権や人格権が害されているような事情が存在することを要するものと解すべきであり、その前提として、当該袋地において生活の本拠としての実態があるということが必要であろう。この点は、従来あまり論じられることのなかった点であるが、自動車による囲繞地通行権がより大きな犠牲を伴う以上、そして、これを人格権的に主張する以上、それとの均衡上、生活の実態があることがその前提として必要ではなかろうか。その意味では、本件におけるXは、現在73歳であるが、家族を埼玉県に残し、単身で本件宅地において生活しており、常時この家に住んでいるわけではなく、年のうち2週間程度ずつ何回かにわたって埼玉の家族（妻および子供二人）のところへ帰っているというのである。地域の33戸で構成する自治会の今年（平成21年）の集会で、輪番制で回ってくる自治会長の役職は本来ならば今年度からXの順番となっていたが、Xは、家が二か所あり、半々に生活しており、不在期間が長い場合もあるということでこれを辞退しているものであり、そうした点からみれば、生活の実態が薄いといえるのではなかろうか。

また、Xが高齢であることを考えれば、いつまでこの住居で生活するのか、近い将来家族が移り住むのかということも不明である。住民票もXは本件宅地に移しているが、他の家族は移していない。このことに関してXは、普通自動車での通行権が認められれば、埼玉県にある普通自動車をもってきて家族で住む旨述べているが、現状ではほとんど家族の姿を見た者がおらず、妻がこの家に来るのは年に10日か2週間という（本人調書84）、一方的にXが家族の住む家に行くのみであり、仮にXが病気にでもなれば、家族が見舞い

に来るといふよりも、Xが埼玉の家族の元に帰るのではないかというように推測されるのである。

このようなXの本件宅地建物におけるいわば別荘的な生活を考えれば、現に軽自動車で行き来しているのであるから（軽自動車といえども現行の規格はかつての小型車サイズと遜色はなく十分に生活の用を満たすものといえる）、日常生活においても、農業のための必要な物資の運搬においても不足ということはいえず、人格権的にみた場合でも、これを超える請求は認められるべきではないと考えられる。

（5）本件訴えの真の目的—転売目的

Xの現状の生活からは、軽自動車での通行では支障があるとまでは思えないのであり、抵当権を設定して本件宅地を購入したXが、さらに相当な費用のかかる訴訟を提起してまで、普通自動車での通行権の確認を求めるということは、なかなか理解しがたいところである。そうすると、何か他に理由や目的があるのかと考えざるを得ないが、原告の最終準備書面では、「近隣地域は同地区内に存在する若干の宅地見込み地要素も内包した農地地域を形成している」（傍点筆者）としており、原告がそのように述べていること自体、この通行権の主張が将来の転売、宅地開発を視野に入れたものではないかと推認させるものである。原告は、同じく最終準備書面において、「山や田があり先祖伝来の土地で墓地もあることから先祖伝来の土地を守る為購入したもので転売利益目的ではない」として転売目的ではないと主張するが、山についてはまだ相続が終わっておらず、また、墓地についても地域にあるお寺との付き合いはなく、供養の実態がうかがわれず、これから先、どのくらいの期間、本件宅地で（単身あるいは家族を埼玉から呼び寄せ）生活していくものかもはっきり見えてこないのである。長く住むならば自治会の役職も求められれば引き受けるであろうが、それも（埼玉に帰ることが多いことを理由に）断っている。このようにXには、本件宅地を生活の本拠地としているという実態はうかがえないのであり、そしてなによりも、本件土地家屋の売買に際して、金融機関の抵当権ではなくこの土地家屋の売主であるH開発を

抵当権者とする抵当権が設定されているという普通ではない売買の実態からすれば、形の上では生活権ないしは人格権を主張して普通自動車での通行権の確認を求めているが、その実は、抵当権者であるH開発のダミーとして、本件圍繞地通行権を主張し、自動車通行権の確保によって約1000平方メートルになる本件宅地の付加価値、資産的価値を高めること（将来的な転売利益）にその目的があるのではないかと推測される。

6. 比較衡量・総合的判断

すでに述べたように、自動車による圍繞地通行権の可否は、最判平成18年に示された判断基準（①自動車による通行を認める必要性、②周辺の土地の状況、③自動車による210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益）に照らして、210条通行権者のために必要にして、他の土地のために損害が最も少ないもの（民法211条1項）となるように総合的に判断されることになるが、個別的事案においては、その特殊事情をも加味した上で判断されるべきであろう。たとえば、里道について一部の者がその土地を提供して拡幅して利用に供されているような場合や、利用者が極端に少ない通路では、210条という法の強制によって自動車での通行を認めるというのは好ましくないであろう。また、住宅密集地と農村地域とでは通路の持つ意味も異なるであろう。そのようにとらえた場合、本件においては次のように判断されることになろう。

（1）自動車による通行を認める必要性については、すでに述べたように、Xは現在、軽自動車によって本件通路を通行しており、Xの袋地における日常生活において、現状を超えてさらに、普通自動車での出入りができないと生活に著しい支障が生じるとは考えられないこと（死活問題ではなく今後の豊かな生活のためであること）、Xが、普通自動車による通行の必要性があるとしてその根拠として挙げる救急車の通行もバキュームカーの通行も、それぞれ代替策があり、決定的な理由とはなっていないこと（三・2）。工事車両については、特別な通行として以前にも通行を承諾し解決し得ている

こと、そのほか、被告がそうしているように市道W駐車場を設けてそこから運ぶという方法があること等からすれば、本件においては現状を超えてさらに大きな自動車での通行しなければならない理由は見当たらない。

（２）周辺の土地の状況については、より具体的には下級審の判示にみられるように袋地の客観的利用状況、通路の開設経緯、通路の従来利用状況および利用秩序、地域環境等をも含めて考慮されるべきと考えられる。

ア．原告所有地は、山口県内の水田が広がる中に家屋が点在している農村地域にあり、原告は、家族を自己所有土地建物のある埼玉県に残し、現在一人で原告所有家屋にて生活しており（原告は将来家族と共に住む旨主張しているが、現状の生活実態からは必ずしもそうは考えられない）、その家屋には下水道施設はなく、今後も設置される見通しはないこと。そして、原告は73歳という高齢でもあり、臨時就業はあるものの、主として農業を営むものと考えられ、したがって、その土地の用法上は、農業を営むにおいて必要な自動車の通行の要否を考えればよいということになる。

イ．農村地域における里道およびこれを拡幅した通路においては、長年の間に交通秩序というものが慣習的に形成されていることが多いであろう。その場合は、当事者間の合意事項がある場合と同じく、圍繞地通行権の判断においても尊重されるべきであろう。たとえば、農村地域においては、自ら田畑を転用して私道を築造したり、公道に面したところに駐車場を設けて、そこから自宅へは徒歩ないし別の通行手段で荷物を運ぶという例が多く、それは、通路は農地のためという意識が強いからで、そうすることによって農村社会と車社会の整合性を図っているともいえる。本件においても、昭和26年に本件通路がY方の農地の提供により拡幅されて以降、近隣住民によって一定の交通秩序、すなわち、本件通路は、徒歩、軽車両、農業用機具、軽トラック等については通行できるが、それ以上については自粛するという交通秩序が慣習的に承認されていたものと考えられる（ある意味では本件通路はその拡幅の経緯からY方の私道に近いものという意識があったといえよう）。

ウ．本件通路は建築基準法第42条2項の道路に指定されているが、これは行

政取締法上の制限を課すものであり、そのことから、反射的に4メートル道路としての通行権が認められるわけではなく、したがって、これを根拠に通路の拡幅を求めることはできないと解される（そのような効力が認められるものであるならば、その指定については関係権利者に争う機会が与えられるべきであろう）。

エ．原告は本件通路は元はもっと広がったと主張し、別紙図面1または2の通行権の確認を求めるものであるが（請求原因）、原告の主張は推認の上に推認を重ねるもので、それについて有効な立証はなされていないから、元は広がったという理由で本件通路の確認を求めることはできないと考えられる。

オ．昭和26年に拡幅された本件通路およびC通路ならびにその間に存するN川に架かる橋は、構造上、自動車の通行に耐えうる強度をもって造られているものではなく、自動車の通行には適さないものであるから、重い自動車の通行をも含めて自動車の通行を認めることは妥当ではない。

カ．以上の点からは、原告は現に本件通路を軽自動車で行き得ており、これを妨害されているものではないから、現状で十分といえ、この上さらに本件通路を拡幅して自動車の通行を認める必要はないものと考えられる。

（3）自動車による210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益について、原告は、「訴状別紙図面記載のA（6.78m²）B（3.95m²）の土地の通行権を有することを確認しても、被告らの生活にはさほどの支障は生じない。」と主張するが、当面の不利益についてはそうであっても、現実に原告主張のように拡幅された通路において通行権が認められれば、現状よりも大きな自動車が通行することになり、その重みによって道路が崩れるなど、将来的にはさらに多くの不利益が生じることが予想されるし、通路の拡幅によって自動車の速度が上がり、そのために歩行者の安全が害される恐れもある。また、金銭には評価し得ない部分として、従来農村の平穏な生活が妨げられるという不利益も考慮されるべきであろう。

（4）また、袋地所有者と圍繞地所有者の損益の比較衡量においては、袋地所有者の受ける利益についても考慮することが必要であろう。Xが得るのは

生活上の障害の除去だけではない。一般には2項道路に指定されるだけでもその売れ行きは違ってくるといわれるが⁸、さらにこのうえ、250cmの幅員の自動車通行権が認められれば、X所有の宅地（1104.12m²＝約330坪）の評価は格段に上がり、その商品性・市場性を高めることになる。敷地には余裕があり、ここに新たな家屋を建てることも可能であろう。いったん圍繞地通行権がX所有の本件宅地について認められれば、袋地を誰が所有するに至ってもそれが権利として随伴していくものであるから⁽²⁴⁾、仮にXが債務を弁済できないとすれば本件宅地は人手にわたることが予想され、そうなれば本件宅地の新たな開発につながることも予想され⁽²⁵⁾、そうした将来的な開発、転売の不安をも比較衡量上考慮されるべきであろう。

（5）さらに、本件における次のような特殊な事情も、総合的判断においては考慮されるべきであろう。

ア．本件では、圍繞地通行権を主張する原告の本件宅地建物における生活の実態が乏しいことが指摘できる。（Xは、家族を埼玉県に残して単身で本件宅地家屋に居住しており、しかも、約半分近くは埼玉の家族の元に帰っている。逆に、家族（といっても子供は成人しているので配偶者）が本件宅地家屋に来ることはほとんどなく、同居するという予定もみられない（Xは通行権が認められれば普通自動車を持ってきて配偶者と一緒に住むと述べているが、一方的にXが埼玉に帰っているという実態からは疑わしいものと言わざるを得ない）。

イ．また、Xは、本件宅地建物の購入に際して、その購入費用を売主であるH開発から借り入れて、これを被担保債権とする抵当権を設定しているが、これも不自然であり、普通は銀行等から借り入れるであろう（その理由を高齢で貸付してくれないとしているが、埼玉の不動産を担保にすることもできたであろう）。

ウ．ところで、Xが本件通路の状態を承知の上で購入し、現実に軽自動車で行き来しているという現状で、弁護士費用も相当かかるであろうに、あえて訴訟において普通自動車での通行権を主張する必要がどこにあるのだ

ろうか。X個人にどうしても軽自動車では不足で普通自動車でなければならないという理由および事情を見出すことは困難である。Xは転売目的ではないと主張するが、売主たる不動産開発会社からの融資を受けて抵当権を設定して購入しているという特殊な販売形態を考慮すれば、本件訴えは本件宅地の資産価値を高め、将来の不動産売買の条件を良くしようとする意図（転売目的）ではないかとの疑念を抱かせるもので、それを原告の主張から払拭することは困難である。その点にこそ本件の問題があるように思われる。

エ。通行権が認められた本件宅地のその後がどうなるかについても考慮が必要と思われる。現状では、Xの配偶者や子が同居するということも考えにくい状況にあり、したがって、たとえ相続原因が発生したとしても、これを相続した家族が本件宅地建物に住むということも考えにくく、そうなれば、いずれ転売あるいは売主たるH開発に所有権が戻り、この宅地面積であるから再開発が行われるということも考えられ、仮にそうなれば、Yらの生活環境は悪化こそすれ、良くはならないであろう。

（6）以上から、元はもっと広がったが被告の行為によって通行の障害が生じている、という原告の主張は十分に立証されたものではなく、生活権ないしは人格権に基づく自動車での通行権を認める必要性についても、袋地所有者の利益と囲繞地所有者の損害の比較衡量上、本件請求の利益を受けるのはX一人であり、原告に死活問題といえるような認めるべき事情は存在せず、他方、被告の被る損害は、たんにその所有する土地を提供しなければならないことにとどまるものではなく、将来的には、農村地域がミニ開発により住宅地に変わるおそれがあり、それによって農業地域の周辺の静穏な生活が脅かされるおそれがあることを考慮に入れば否定的に解されよう。本件において原告は、被告がわずかな土地を譲ることで原告の生活上の著しい障害がなくなるのだから、その比較衡量上、被告が譲歩すべきだと主張する。しかし、提供する土地はそれほど大きくはないとはいえ、普通自動車での通行権が認められることによって生じる将来的な変化まで含めて考えれば、被告の被る損害は決して小さいものではないといえる。民法210条の囲繞地通行権

は、囲繞地所有者すなわち被告の負担において法が強制的にその土地の提供を命じるものであり、囲繞地所有者の損害が最も少ない程度において認められるものであることからすれば、現状を超えて、さらに普通自動車での通行権を認めるべき事案ではないと考えられ、むしろ、従来の通行秩序を保ったまま、駐車場の確保に囲繞地所有者が協力するなど、当事者の私的自治にゆだねられるべき問題であると考えられる。百歩譲って、仮に本件通路につき自動車での通行権が認められるとしても、その自動車の大きさについては一定の枠を設定することが、囲繞地の所有者の負担の限定付けるためにも必要であろう⁽²⁶⁾。本件の場合、橋は自動車による通行を予定した強度をもっていないので、普通自動車での通行はできず、また、本件通路はすれ違うこともできない状況であり、結局、X宅の庭で方向転換する以外になく、Xのみが利益を受けるのであることを考え合わせると、せいぜい現状の軽自動車での通行に限定されるべきであろう（東京地判昭和44年10月15日判時585号57頁は、袋地の買主（印刷業）が大型トラックの使用を企図して4メートル幅を請求した事例につき、軽四輪自動車の通行が可能であれば、既存通路で十分であるとしている）。

結び

民法210条の囲繞地通行権は、「ある土地の使用上の便益性一般を高めるためにあるのではなく、何人にも公路を利用する機会を充分与えること」（東京地判昭和52年12月19日判時898号71頁，判タ363号290頁）にあり、すなわち、本件においては、Xの宅地の便益を高めるための規定ではなく、公道である市道W線を利用することを保障することを第一義とするものである。また、袋地には袋地としての制約があり、それはあくまで「通常の」用法の範囲内であって、特殊な用法とか袋地所有者の希望する用法の要求を充たすものではなく⁽²⁷⁾、囲繞地所有者の損害が最も少ない方法という制約をもつものである。

囲繞地通行権は今日では生活権あるいは人格権的に主張されることが多く

なっているが、ある土地の用法からではなく、生活権あるいは人格権的に主張される場合には、現に通行が妨害されているような障害があるか⁽²⁸⁾、そうでない場合でも救済的な意義が認められる場合でなければならぬであろう。したがって、袋地の所有者において、それを主張し得る程度の困難さが認められ、かつ、それが転売目的や資産価値の向上を目的としたものではないということが、囲繞地所有者の負担と引き換えに求められるものと考えられる。そして、自動車での210条の通行権の主張はいわば拡張された主張であるから、徒歩や二輪車での通行に比し、より一層慎重な比較衡量が必要であり、それが従来の通行内容を超えてより大きな自動車での通行を求めるものである場合には、生活権あるいは人格権と最小の損害との均衡を保つべき判断がなされる必要があるだろう。

そして、生活権として自動車での囲繞地通行権を主張する以上は、最判平成18年が示した、①自動車による通行を認める必要性、②周辺の土地の状況、③自動車による210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益、の総合判断に加えて、袋地所有者につき、(ア)少なくともその生活の実態があり、それが相当期間継続するとみられること、(イ)自動車での通行を認めるのでなければ生活に著しい支障が生じること、そして、(ウ)他に変わりうる救済の道が閉ざされていること、の条件を備えていることが必要であろう。加えて、その比較衡量においては、通行権が認められることによって得られる袋地所有者の利益をも考慮する必要があり、純然たる人格権的主張とみてよい場合か否かの検討が必要であろう。

本件において原告は、一方で、かつてはもっと広がったものであり、その広がった状態に戻すことを求め、併せて、救急車や汚水汲取り車の通行の必要性を訴えて、いわゆる生活権ないし人格権として通行権の確認を求めるものである。しかし、後者の主張においては、袋地所有者がそれを求めるに値する生活の実態が存在することを要するであろうが、本件においてはそれが希薄であると言わざるを得ない。その一方で、転売目的ではないかという疑いがもたれているのであり、その場合には、あくまでも人格権的な主張であ

ることが認められなければ、通行権を認めるという判断はすべきではないと思われる。

今日的な問題として、不動産の資産価値を高めるためにこの囲繞地通行権が主張されることがあることも考慮されるべきである。岡本詔治教授も、「逆に、袋地の使用価値は格段に増加し、事情にもよるが、袋地を低廉な価格で購入して、他に売却するために法定通行権を主張することもありうる。」と指摘される²⁹ように、本件のような事案で、仮にこのような請求が認められるならば、自動車での通行権の確立されていない農村宅地を低廉な価格で買い取り、その後、その後に囲繞地通行権を主張して、通行権の確認を得た上で、高値で転売するような商法を奨励することにもなりかねない。また、農業地域で同様な訴訟が頻発することが予想されるほか、農村が通路拡幅を通じて、その生活環境、秩序が一変し、環境破壊が進むことにもなりかねない。そうした訴訟の背景や判決がもたらす波及効果をも考慮した上で、真に死活問題なのか、それともそれ以外の目的があるのかということについて審究し、裁判所は判断をなすべきであろう。そうでないと、袋地の効用を高め、袋地所有者の利便に寄与するという210条の趣旨を逸脱し、周辺環境破壊を後押しするような判決になりかねないことを指摘しておきたい。

なお、この種の訴えの判決主文は、請求の趣旨に対応して、たんに、「別紙目録の土地について囲繞地通行権を認める」というものが多いが、それだけではどのような種類の自動車の通行を認めるものかは判然としない。従来は、徒歩や軽車両での通行権の確認を求めるものが多かったことからそれで十分といえたのであろうが、自動車での通行権を認める場合は、請求原因において主張され、かつ、その必要性が問題とされる自動車の種類についても、裁判所はこれを特定することが必要ではないかと思われる。そうでないと、たとえ囲繞地通行権を認められたとしても、具体的な通行においてはなお紛議の種を残すことになるのではないかと考えられる。

注

- (1) 川島武宣・川井健『新版 注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣，平成19年）332-342頁〔野村好弘・小賀野晶一〕
- (2) 最一小判平成18年3月16日民集60巻3号735頁の判示内容。
- (3) 近年，このような通行権を人格権的にとらえる傾向がある。たとえば，和田真一「人格権としての私道通行権について」立命館法学271・272号下巻1145頁（2000年）では，これまでの私道通行権についての最高裁判例をもとに，生活権的，人格権的再構成を唱える。また，池田恒男「判批 建築基準法上の位置指定道路に対する近隣居住者の自由通行権 —— 最一小判平成9年12月18日を契機として」（判タ983号65頁1998）は，最一小判平成9年12月18日を「近隣住民が日常普段に利用してきた私道の通行妨害がその所有者によってなされた場合に，近隣住民の通行権（したがって妨害排除・予防請求権）を人格権に基づく自由通行権として承認した初めての最高裁判決である。」としている。

また，多田利隆「位置指定道路の通行妨害と妨害排除請求権」（私法判例リマックス1999〈上〉21頁）も，この最判平成9年判決では，妨害排除請求が認められるための要件として，①当該通行利益が「日常生活上不可欠なものとなった」ものであること，②敷地所有者が通行を受忍することによって通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情のないこと，③現実に開設されている道路であること，の三つが挙げられているとされ，反射的利益論とは別個に，独自の私法的判断として，一般的に，道路通行の利益は人格権として私法上の保護の対象となりうるものと解したい，とされ，その上で，「妨害排除請求権の認否を判断する基本的な枠組みとしては，①当該通行権が，妨害排除請求等によって保護されるに値する内容を備えているか否か（通行の目的，態様，頻度など），②現に妨害排除等を認める必要があるか否か（妨害の程度，継続性，代替道路の有無など），③妨害状態を正当化すべき特別の要因が認められるか否か（妨害にいたった経緯，加害および被害の回避可能性の有無，緊急事態や著しい公益性の有無など）の三つを基本とすべき」とされる。

もっとも，そうした人格権的救済は妨害の事実や恐れがある場合に限られ，本件の場合には，妨害の事実そのものが明確ではなく，そうした主張が妥当しないケースのように思われる。

- (4) 安藤一郎『私道の法律問題（第5版）』（三省堂，2005）139頁。
- (5) 岡本詔治「自動車による通行を前提とする民法210条1項所定の通行権の成否及びその具体的内容を判断するために考慮すべき事情」民商法雑誌135巻4・5号合併号748頁（2007）は，「既存の相隣地秩序の現状のなかで，で

きるだけ囲繞地に負担をかけないようにすることが企図されていた。より合理的な目的のためには、合意による地役権が利用されるべきである、というのが立法者の基本姿勢であった」とされる。

- (6) 前掲注(1)川島・川井編『新版注釈民法(7)』333頁は、法定の囲繞地通行権を認める場所は、必ずしも、公道への最短距離によるべきではなく、承役地と公道との接続の容易性、係争地の従前の利用（私道として通行の用に供されていたか）等をも考慮して、承役地負担者にとって最も損害の少ない場所によるべきである（高松高判平元・12・13判時1366・58）とされる。同旨、岡本詔治「囲繞地通行権に基づく車両通行について」龍谷法学40巻4号65頁（2008）。
- (7) 前掲注(1)川島・川井編『新版注釈民法(7)』333頁。
- (8) 我妻栄＝有泉亭＝清水誠＝田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法（総則・物権・債権）』406頁（平成17年）参照。
- (9) この判決についての判例評釈としては、滝澤孝臣「自動車による通行を前提とする民法210条1項所定の通行権の成否およびその具体的内容を判断するために考慮すべき事項」（金融・商事判例1250号（2007））、高田淳「囲繞地通行権の成立とその内容」邦楽セミナー622号117頁（2006）等がある。
- (10) この判決では、たんに「自動車による」とされているが、「軽自動車のみでの利用で足りるものともいえないから」とあることからすれば、小型自動車以上を指すものと考えられるが、その限界については明示されていない。ただ、この事案では、ポールを撤去した状態で通れる自動車を想定しているであろう。
- (11) 下級審の判決については、岡本詔治教授の『私道通行権入門』をはじめとする諸研究を参考にさせていただいた。
- (12) 前掲注(1)川島・川井編『新版注釈民法(7)』333頁は、「公路とは、公道に限らず、公衆が自由に通行できる私道をも含む（法典調査会7巻177-178、東京高判昭29・3・25下民集5・3・410などいくつかの下級審判決。通説）」とする。
- (13) 岡本詔治『私道通行権入門』83頁（信山社出版社、1995）。
- (14) 岡本・前掲注(5)750頁も、「X自身は、すでに本件通路が軽自動車しか通行できないような私道であることを承知の上で本件一団土地等を購入したものであり、このような事情はXには不利な事情となることは否定しがたい。」と述べる（もっとも、最判平成18年事案については、「むしろ、土地相互間の客観的な調整の合理性・必要性がより重視されるべき考慮事情となろう」とされている。
- (15) 岡本・前掲注(5)748頁、岡本・前掲注(13)83頁。

- (16) たとえば、澤井裕『隣地通行権（増補版）』77頁（一粒社、1987）は、「自分で車を利用するという便宜的見地のみではなく、屎尿汲取車だけではなく、消防車・救急車の通行などの公益的見地からも不可欠と考えることができる」と述べられている。
- (17) 岡本・前掲注（5）748頁。なお、福岡高那覇支判平成9年1月30日・平成7年（ネ）第45号一通行地役権設定登記手続等請求控訴事件・附帯控訴事件）において原告は、「同番八は袋地であるから、被控訴人は圍繞地通行権を有する。同番八の西側に接して存する本件里道は、幅員1メートルないし1.8メートルで、勾配が急である上狭く、南側に点在する墓地への通路として利用されているのみで雑草が覆いかぶさる状況にあり、自動車による通行ができず、生活道路としての用をなさない。」と主張したが、判決は結論としては、これは通行地役権の設定の問題であって、圍繞地通行権として認められたものではないとする。
- (18) 軽自動車の規格（および保安基準）が始まったのは1949年（昭24）であり、当時の軽自動車の規格は＜全長3000mm，全幅1300mm，360cc＞であった。その後1976年（昭51）1月より、＜全長3200mm，全幅1400mm，排気量550cc＞に改正（道路運送車両法施行規則）され、1990年（平2）1月より＜全長3300mm，全幅1400mm，660cc＞になった。さらにその後、1997年10月の法改正で、全長が100mm，全幅が80mm拡大され＜全長3400mm，全幅1480mm，660cc＞になった。
- (19) 道路運送車両法第3条は、「普通自動車、小型自動車、軽自動車、大型特殊自動車及び小型特殊自動車に種別し、その別は、自動車の大きさ及び構造並びに原動機の種類及び総排気量又は定格出力を基準として国土交通省令で定める」と規定し、この国土交通省令とは道路運送車両法施行規則のことで、同規則第2条及び第2条の2には自動車の種別が定められており、それによれば、道路運送車両法施行規則上の普通自動車は、その別表第1において、小型自動車、軽自動車、大型特殊自動車および小型特殊自動車以外の自動車をいうとされており、すなわち、その規定からすれば、四輪車では長さ4.70m以下、幅1.70m以下、高さ2.00m以下のもので、排気量が660超～2000cc以下のものを小型自動車というので、普通自動車という概念はそれ以上のもの（大きさには際限がない）まで含まれることになる。
- (20) この点について、岡本詔治教授は、「建築確認を受けるためではないが、既存通路に道路位置指定（4メートル幅）がなされていることから、これを根拠に既存通路の拡幅を請求するケースもある。」と指摘され、「いずれの場合でも、従来の通路幅に限定される傾向が強い。」と判例を分析されている（岡本詔治「いわゆる二項道路につき、道路所有者は近隣地所有者に対し一

一般的に通行権の不存在確認等を請求することができるか」判時1984号179頁（判例評論587号17頁）。

- (21) 澤井真一「みなし道路をめぐる裁判例と問題点」判タ1143号87頁（2004）。
- (22) 2項道路の指定につき、「本件道路が全体として基準時において現に建築物が立ち並んでいた道に当たると解するのは相当ではなく」として、2項道路の指定処分不存在確認請求を認めた最判平成20年11月25日（判時2029号20頁）がある。
- (23) 前掲注（1）川島・川井編『新版注釈民法（7）』335頁は、袋地の建築用地としての効用がなくなってしまうという理由から、「建築基準法等による制限と囲繞地通行権とをまったく別個の問題としてぶりりしてしまうことは疑問である。」とされる。
- (24) 東京地判昭和30年9月12日下級民集6巻9号1967頁・判時64号20頁。この点は213条の通行権とは異なるものと考えられる（前掲注（1）注釈民法341頁は、「（213条は）特定承継人には適用されないものと解すべきである」とされる。
- (25) Xに本件土地家屋を販売したH不動産は、その販売に当たり、自社ローンを組み、残額230万円について自ら抵当権者となっている。これは所有権留保ほどではないにしろ、なおH不動産との関係が残るものであり、Xが囲繞地通行権を得た後で再び本件土地家屋をH不動産が取得することになるのではという疑いをもたせるものである。
- (26) 本件訴訟で不思議な点は、普通車の定義について全く触れられていない点である。昭和42年あたりまでの普通車（日産ブルーバードやトヨタのコロナ）は現在の軽自動車とほぼ変わらない車幅であり、普通車の定義そのものがないままでは比較そのものも成り立たないのである。そして普通自動車という分類は最も大きい自動車ということを意味するから、自動車の買い替えのたびに、さらなる拡張を求めることも予想されるのである。
- (27) 花田政道「袋地通行権の幅員について」判タ15巻7号46頁（1964）。
- (28) 田山輝明「自動車通行権」私法判例リマックス35号17頁（2007）は、「そもそも、囲繞地通行権は、自動車通行に限らず、何らかのトラブルが発生しない限り問題にならない、という点を忘れてはならない。」と指摘される。本件でも、原告は、被告のブロックフェンスの築造をトラブル発生の原因としてその主張を構成しているようにも思われる。
- (29) 岡本・前掲注（5）744頁は、「それでは、著しく「社会的な衡平」に悖ることになろう。」とされる。

【追記・補論】

1. 本稿脱稿後の平成21年7月22日、本件判決が山口地裁S支部で言い渡された。その判決は次のようなものであるが、いろいろ疑問も多く、これについて若干の補論（囲みの部分）を添えたい（なお、詳細な検討については別の機会に譲りたい）。

2. 判決要旨

「主文

- 1 原告が別紙物件目録記載の土地のうち別紙図面1記載の黄色部分17.60㎡につき通行権を有することを確認する。
- 2 被告らは、原告が車両を通行させるために前項記載の黄色部分の土地を使用することを妨害してはならない。
- 3 訴訟費用は被告らの負担とする。

1. (主文1について) この別紙図面1記載の黄色部分は、本件通路が昭和26年の拡幅時にはこれだけの幅員(2.3m)があったという仮定で書き込まれたものであり、本判決が一方で、拡幅時の幅員は1.8mであったと認定していることからすれば(判旨イ(イ)), 結局、それは立証されなかったのであるから、裁判所は、「元は広がった」という主張は認めず、それ以外の理由から請求を認容したものと考えられるが、その一つである、「2項道路である」ことが直ちには通路の拡幅を求める根拠にはなりにくいことから、残る「人格権」を根拠として本判決はこれを認めたものと解される。しかし、仮に、人格権として通行権を認めたものであれば、それに必要な幅員は原告主張の別紙図面1記載の(元はこれだけの幅員があったという)黄色部分とは必ずしも一致するわけではなく、なぜ、その場合でも別紙図面1記載の黄色部分が通行権として認められるのかという理由が示されなければならないであろう。また、人格権としての主張を認める必要があるとされる救急車と工事車両の通行については他に代替策があるのであるから、これを根拠に認めることは「人格権」の濫用といえはしないだろうか。

2. (主文2について) 妨害禁止の点については、判決が禁じている妨害がいったいどのようなものなのかも特定されていないが(ブロックフェンスの撤去を命じるものでもない)、本件通路脇にYらが築造したブロックフェンスは、昭和62年の地籍調査のポイントから5~30cm程度、被告敷地に入るところに築造されたものであり、実際には従来の通行の障害となっていないのであり、判決はこの点を誤認したものではないかと思われる。

事実及び理由

第1 請求

1 主位的請求

主文同旨

2 予備的請求

《略》

第2 事案の概要

本件は、原告が、被告らに対し、原告所有地から中道に通じる幅が不十分であるなどとして、民法210条に基づき、あるいは、建築基準法42条2項に基づき、自動車の通行を前提とする通行権の確認を求めるとともに、これら通行権ないし人格権に基づき車両通行の妨害禁止を求めている事案である。

《略》

第3 当裁判所の判断

1 争点（1）（210条通行権）について

（1）判断基準

自動車による通行を前提とする210条通行権の成否及びその具体的内容は、他の土地について自動車による通行を認める必要性、周辺の土地の状況、自動車による通行を前提とする210条通行権が認められることにより他の土地の所有者が被る不利益等の諸事情を総合考慮して判断すべきである（最高裁平成17年（受）第1208号平成18年3月16日第一小法廷判決・民集60巻3号735ページ）。すなわち、原告が、被告らの所有する545番1の土地の一部につき、自動車の通行を前提とする210条通行権を有するかどうかという点等についても、上記のような判断基準をもって決せられるべきものである。

（2）判断要素について認められる事実等

前提事実のほか証拠（甲1ないし3, 5, 15, 24, 35, 38ないし43, 乙1, 4ないし7, 9（枝番を含む。）、12, 13, 23（枝番を含む。）、26の2, 27の2, 29, 原告本人）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実等が認められる。

ア 周囲の土地の状況

原告所有地から公道に至るには、本件通路を経由して約80mの距離がある（乙8）。

本件通路の北側には中村川を挟んで北北東へ続く里道があり逆V字型の交差点で北西から南東に走る道と交わる。この道を南東に向かうと公道（市道W線）に至る。里道の長狭部の幅員は1.647mである上に、上記V字型の交差点は角度が急であるため、切り返しを行うことも困難であるから、自動車を利用して原告所有地から上記里道を経由して公道に至ることはできない（甲1, 乙7, 弁論の全趣旨）。

本件通路の途中から543番1の土地と544番の土地の間に市道H線に通じる農道があるが、幅員が本件通路よりも明らかに狭く、自動車の通行はできない（甲1，3．乙6，弁論の全趣旨）。

認定事実に誤りはないが、この点（N川から先の通路の状況）は本件通行権の判断にはさして関係しない点と思われる。最判平成18年の判断基準とされている「周辺の土地の状況」というのは、袋地を中心として、その用法および本件通路がどのように利用されていたのかが問題とされるのであり、判示部分は、B通路やC通路では自動車によって公道に出ることはできないことを述べるもので、最判の判断基準に沿ったものではない。むしろ、ふれるべき点は、周辺が農業地域であり、農業用の通路として、その必要の範囲内で利用されてきたという点、および、周辺住民は私道を造成して家まで自動車を入れるか、あるいは公道に面した場所に駐車場を設けるなどしていたという点であろう。

最判平成18年が挙げる判断基準の中の「周辺の状況」には、周辺の従前の通行秩序というものも含まれるものと解すべきである。本件通路が拡幅された以後に暗黙の了解として通行が認められてきたのは、①徒歩、②農作業用の軽車両（道路運送車両法2条4項→道路運送車両法施行令1条「馬車、牛車、馬そり、荷車、人力車、三輪自転車（側車付の二輪自転車を含む。及びリヤカーに該当するもの）」の通行であり、③軽自動車（道路運送車両法3条→道路運送車両法施行規則2条→別表第1）については例外的に農作業に限って認められてきたものである。したがってその範囲での通行に限られるとすべきであろう。

イ 本件通路拡幅の状況

(ア) 本件通路拡幅に関する間接事実

a 同時期に拡幅された里道の幅員

本件通路の北東側には中村川を渡る橋があり、その先にも里道が続いているところ、この里道も昭和26年ころ、本件通路の拡幅工事でほぼ同時期に拡幅工事が行われた（当事者間に争いが無い）。この里道の現在の幅員は、中村川の橋を渡ってから水路にぶつかるまでの直線部分について1.871mないし2.394mであり、その後水路にそっている直線部分の幅員は1.847mないし2.378mである（乙7）。

b 周辺里道の幅員

本件通路拡幅前は、原告所有地から市道W線に至るには、545番1の土地と553番2の土地の間の里道が利用されていた（甲2，弁論の全趣旨）。553

番2の土地の北東端と市道W線との境付近上記里道に連なる石橋の橋が存在するところ、その石橋の幅は90cmである（乙9の7ないし9の10）。また、上記里道から東に進み、市道W線を越えると別の里道が存在するところ、この里道の幅員も約90cmである（乙9の1ないし9の6）。

（イ） 拡幅工事後の通路の幅

上記（ア）の事実には照らすと、Y'の父▲▲、Xの父▲▲その他関係土地所有者は、昭和26年ころ、幅員約90cmであった里道を幅員約1.8mの本件通路に拡幅したものと認められる。

なお、原告は、①分間図をもとに拡幅後の幅員に狭いところはないこと、②N川の橋を越えた付近の里道の幅は約2.3mであること、③普通乗用自動車の本件通路を通行していたことを指摘し、拡幅後の本件通路の幅員は約2.3mであったと主張する。しかし、①については、分間図の精度には限界があるからそもそも拡幅後の本件通路の幅員が一定であるとの根拠としては薄弱である。また、②については、中村川の橋を越えた里道の幅も川から遠ざかるにつれて少しずつ狭くなり、水路にぶつかるまでの間にも約1.8mの幅員しかない場所が存在するから、本件通路の幅が約2.3mであったという根拠とはならない。そして、③については、乙29で指摘されているとおり、当時の普通乗用自動車の車軸幅等から検討すると本件通路の幅が約1.8mであったとしても、普通乗用自動車の本件通路を通行することは可能であった。したがって、原告の主張は採用できない。

この点は妥当な判断であろう。ただ、この点は本件訴訟上の最大の争点とされてきただけに、この点が崩れれば原告の主張は棄却されるものと予想されたが、180cmの幅員を認めながらも、結論として、原告の主張を全面的に認める判決となった点には驚かざるを得ない。

ウ 拡幅後の通路の使用状況

本件通路拡幅後は、近隣住民が本件通路を牛馬や農業用車両を通行させていた（甲24）。その後、近隣住民やその親せきは、昭和30年代後半ないし昭和40年代以降、本件通路を普通乗用自動車（例えばトヨタ・クラウン（ただし、昭和48年ころ）、グランドファミリア（ただし昭和51年ころ））で通行したことがあった（甲38ないし43）。

クラウンやグランドファミリアが通行したことがあったというのは事実であろうが、それは身内である原告の弟および原告の妹の夫によるもので、かつ、一時的かつ単発的かつ無理やりの通行であり、他の本件通路利用者がそ

のような大きさの自動車を通行させた例はないのであり、それは言い換えれば、原告方のみが、それまでの通行秩序を守らず、大きな自動車で通行していたということを示すものである。また、これらを「普通乗用自動車」と称することは適切ではなく（「普通自動車」はいわゆる3ナンバーの道路運送車両法上は1700mmを超える全幅の自動車を指す）、これらはいわゆる5ナンバー車（幅員1700mm以下）の道路運送車両法上の「小型乗用自動車」であり、これをもって、たんに「普通乗用自動車で通行したことがあった」と認定することは、通行秩序を軽視したものであり、かつ、自動車の法律上の概念を誤認したものであり、妥当ではなかろう。

エ 建築基準法42条2項道路位置指定とブロック塀の建築

S市は、平成17年9月27日、本件通路が建築基準法上の道路であるかとの調査の依頼を受け、同月28日、本件通路は建築基準法42条2項の道路に該当すると判断した（乙26の2）。また、S市長は、本件通路が建築基準法42条2項道路であるという効力が生じたのは、昭和52年7月29日に制定した熊毛区域都市計画によると回答した（甲35）。

もっとも、S市は、隣接者や道路を通行するものに対して、建築基準法42条2項道路に該当することについて何ら通知を行っていなかった（乙27の2）。

Y'の家族は、平成19年5月ころ、本件通路が建築基準法42条2項道路に該当することを知らずに、ブロック塀を建築した。

上記ブロック塀は、建築物を道路内に築造してはならないとする同法44条1項本文に違反する。

たしかに、客観的には本件ブロックフェンスは建築基準法44条1項本文に違反するであろうが、当該特定行政庁は建築基準法42条2項道路に該当することについて何ら通知を行っておらず、調停の中で初めて被告は知りえたことであり、このことにつき過失はないといえよう。また、工事についてもあらかじめH開発らに通知をして、それに対してなら異議もなく工事は始められ、かつ、工事の差し止めを求めるともせず、工事完成の約半月前に原告は調停の申立てに至ったもので、本件紛争の流れの中では、原告が本件訴えを提起するにおいては、被告がブロックフェンスを築造しようとしたことはむしろ好都合であったと思われる。なお、細かいことを言えば、本判決は、原告の主張するように「ブロック塀と」認定しているが、実際には下3分の1はコンクリートの基礎であるがその上の3分の2は軽量金属のフェンスで構築されたものであり、答弁書や準備書面においても「フェンス」という語を使用しており、これを単純にブロック塀としていることについては、判決

の事実認定がやや原告寄りではないのかと感じさせる。

オ 原告の原告所有地取得までの経緯

原告の父である▲▲は、昭和34年当時、542番の2の土地及び542番5の土地を所有しており、542番5の土地上に建物2棟（家屋番号542番5の1、542番5の2）を所有していた。

原告の父である▲▲は、昭和34年に死亡し、同人の三男であり、原告の弟▲▲が上記各土地及び各建物を相続した。

原告の弟▲▲は、昭和61年6月27日に、▲▲銀行に対し、上記各土地及び建物について根抵当権を設定したところ、平成17年8月、▲▲銀行の権利義務を承継した〇〇銀行の申立てによりこれら土地・建物につき担保不動産競売開始決定がされ、有限会社H開発がこれらを競落した（当庁平成17年（ケ）第65号事件）。なお、この不動産競売事件において作成された評価書には「北東側の幅員約2mの末舗装道路に約0.5m高接沿する…尚、北東側の道路は建築基準法第42条の2項道路となっており、」との記載があり、物件明細書にも「北東側接面道路は建築基準法42条2項に該当する道路である。」との記載がある（乙4、5）。

この事実は、原告が建築基準法第42条の2項道路であることを知っていたことを示すものであるが、同時にそれは、本件通路が軽自動車での通行がやっとの通路であることを承知していたことを示す事実でもあろう。本判決はいわゆる2項道路であることを強調し、ブロックフェンスの設置が違法であり、これを通行を阻害するものとらえ、人格権的に通行権を認めることの補強的な要素とみているように思われるが、この個別指定による2項道路の指定の経緯からは、むしろ競売において、建築基準法上増改築が可能な不動産物件であるという条件を備えて入札意欲を高めようとしたものとも考えられ、ある意味で便宜的であり、これをもって通行権の主張を積極的に認めるべきということには直ちにはつながらないであろう。

有限会社H開発とY'は、平成18年2月14日、①有限会社H開発は、通行のために生じた路肩の土砂崩れ、配水管の破損、用水路の破損を修復するものとする、②Y'は、有限会社H開発に対して通行を承諾するものとする、③Y'は有限会社H開発の転売先に対しても同様に念書の内容を承諾し、遵守するものとし、有限会社H開発は念書の内容を転売先にも説明することなどを内容とする念書を作成した（甲15）。

この念書はあくまでも、リフォーム工事に際して交わされたものであり、その限りにおいて有効なものと考えられる。問題は念書の条項③であるが、この念書がH開発によって用意されていたものであり、Y3がその十分な説明も受けず、Y'の名で署名押印したものである。したがってリフォーム工事に際してH開発に対して自動車の通行を認めることが、そのままXについても効力が及ぶものと解することはできないと考えられる。

このように、工事等のための自動車の通行が必要な事情が生じた場合には、別途、工事車両の通行を承諾するという姿勢が被告にあったということの証明となるものであり、本判決が後述のように工事車両の通行をもって210条の通行権を認めるべき一要素としてとらえていることの妥当性に疑問を投げかけるものである（個別具体的に私的自治の観点から当事者の利用権設定行為を待つべきであろう）。

また、この念書に書かれているように、H開発側は、「通行のために生じた路肩の土砂崩れ、配水管の破損、用水路の破損」を与える恐れがあること、すなわち、もともと自動車の通行が予定されたものではないことをも承知していたものとみることができよう。

原告は、平成19年4月26日、有限会社H開発から、542番2の土地（宅地、524.00㎡）及び542番5の土地（宅地、580.12㎡）並びに542番地5所在の建物（家屋番号542番5の2）を買った。原告は、有限会社H開発からこれら不動産を購入するに先立ち、念書の内容の説明を受けた。

念書の内容の説明は受けたかもしれないが、前述したように、すでに工事の終了によって本念書は役割を終えて失効していると解すべきであり、原告にまでその権利義務が承継されるものではないと解される。

カ 原告所有の軽四輪乗用自動車による通行等

本件通路の幅は、一番広いところで2.558m、一番狭いところで1.614mである（甲5）。

原告は、現在も、本件通路を原告所有の軽四輪乗用自動車により通行している（乙1）。

普通乗用自動車が本件通路を通行するためには、別紙図面1の黄色部分17.60㎡をも使用する必要がある（弁論の全趣旨）。

キ 原告が本件通路及び545番1の土地の一部を普通乗用自動車により通行する必要性

原告所有地上の建物は、昭和34年に新築された建物であって老朽化が著しい（乙4）。有限会社H開発が同建物についてリフォームを行ったものの（乙23の1ないし23の3）、今後も補修工事が必要となると予想される。その際工事用車両が本件通路及び545番1の土地の一部を通行する必要がある。また、原告が急病を患ったときなどに、救急用車両が本件通路及び545番1の土地の一部を通行する必要があると認められる（原告本人）。

H開発が原告に売渡す際にリフォーム工事が行われたのであるから、当面は工事の必要はないものと考えられ、また、仮に補修工事の必要性が生じた場合には、そのような一時的な利用のためには、前記念書に見られるように、その都度、別途、通行権を認めれば足りることであり、民法210条による恒常的な通行権を認める必要はないであろう。

また、救急車についても、すでに述べたように、ストレッチャー等で対応できるのであり、このように代替的な方法があるのであるから、現状を変更して、圍繞地所有者に損害を与えてまで恒常的な通行権を認める必要性は高くない。

本判決は、その他に、原告が恒常的に自動車の通行を必要とする理由を挙げておらず、したがって、210条の通行権を認める必要があったとは考えられない。

なお、原告は、くみ取り車が原告所有地に進入できないことを指摘する。しかし、現在は、くみ取り車からホースを伸ばしてし尿のくみ取り作業を行っているから（原告本人）、くみ取り車の進入は原告が原告所有地で生活を営むのに必要不可欠とまではいえない。また、埼玉県に居住する原告の妻が使用している普通乗用自動車を原告所有地まで進入させる必要があると主張し、原告はこれに沿う供述をするが、被告が指摘するように原告所有地付近に駐車場を確保すれば足りるというべきである。

本判決は、原告が自動車による210条通行権の必要性を主張する根拠となる事実として、他にバキュームカーの庭への進入の必要性、および、原告の妻の使用する普通自動車を庭まで進入させる必要性を主張していたのに対して、これを否定しており、この点は妥当な判断であろう。

他方、被告らは、原告は転売目的で原告所有地及び地上建物を購入しており、原告の生活の本拠が原告所有地にあるとはいえないと主張する。しかし、原告は現に原告所有地上の建物で生活をしていると認められ（原告本人）、原

告が転売目的で原告所有地を取得したことを認めるに足りる証拠はないから、被告らの主張をいれる余地はない。

たしかに、原告は現在、本件宅地建物で生活しているが、210条が囲繞地所有者の所有権を当然に制限する以上、それとの均衡上、袋地所有者にそれを認めるには、そこを生活の本拠地として相当な期間生活するということが前提となるのではなからうか（それらの点も比較衡量の一要素として参酌されるべきであろう）。これに関して被告は、原告が、いわば別荘的に本件宅地建物を使用していること、家族はほとんど来ておらず、高齢の原告がこの先長くそこで生活を続ける可能性が低いこと、売主たるH開発について抵当権設定するなど不自然な売買契約であること、を挙げて、不動産評価を高め転売を目論んでいるのではと主張しているのであるから、この程度に被告が論証すれば、裁判官は本件主張はいわばH開発のダミーとしての主張ではないかとの疑いをもつべきであり、むしろ、原告側に転売目的ではないことの積明を求めるべきではなかったかと思われる。本件の問題は実にここにあるということを裁判官は理解していなかったものと思われる。

ク 被告らの受ける不利益等

原告が通行権を主張する範囲は主位的請求につき17.6㎡、予備的請求につき10・73㎡にとどまる。この部分の固定資産評価額は1678円（円未満の端数四捨五入以下同じ。）ないし1029円である（弁論の全趣旨）。

農地についての固定資産評価額を単純に損害、不利益とするもので、被告の損害を過小評価するものといえよう。

被告らは、原告の210条通行権が認められると、石積みを撤去し、同部分をかさ上げすることが必要となり、大きな不利益を被ると主張し、被告林田美千代もこれに沿う供述をする。しかし、石積みの撤去やかさ上げによって、545番1の土地全体の農地としての機能や目的を阻害するおそれがあるとは到底認められない。また、210条通行権を有する者は、当該土地の所有者者に対し、民法212条に基づき当該土地の損害に対して償金を支払うべき義務を負うところ、償金をもってしても償うことができないような不利益ないし損害が被告らに生じるとは、全証拠及び弁論の全趣旨によっても認められない。

被告らは、本件通路が普通乗用自動車が行き来可能な構造となっていないと主張するが、かかる事実を認めるに足りる証拠はない。

本判決は、当面の損害のみを論じるものであり、将来の損害をも含めて考えられるべきである。石積みが撤去されることは、同時に、通路の強度を損なうものであるから、もし仮に自動車が通行するとすれば、通路そのものを自動車の通行に耐えうるように基礎からやり直さなければならないと考えられる。そのことは、念書において、「通行のために生じた路肩の土砂崩れ、配水管の破損、用水路の破損」の修繕を定めていることから推測できるものである。

本件通路の構造についても被告は、本件通路は、元の里道に水田であった部分を石積み、土盛して作られたものであり、アスファルト舗装もなされておらず、その構造上、自動車の通行を予定していないのもであると主張しているのであるから、それは必ずしも土木工学上の専門知識によって論証したものではないけれど、「かかる事実を認めるに足りる証拠はない」と切り捨てることは、いかがなものかと思われる。

なお、原告所有建物は、昭和50年から昭和55年の間、創価学会の集会場として用いられたことがあり、その際に相当数の創価学会会員が本件通路を通行したものと認められるが（乙12、13）、原告は創価学会会員ではなく、原告所有建物が今後創価学会の集会場として利用される可能性はない（原告本人弁論の全趣旨）。したがって、多数の車両が本件通路を通行する可能性も認め難い。

被告は、通路が狭められたのか、それとも広がったのかという点に関して、ある宗教の多数の信者が本件通路を通行したために広がったと主張するもので、それ以上のものでもそれ以下のものでもない。裁判官は、被告の最終準備書面によって、あたかも被告がその点を重要視しているように誤解しているだけであろう。むしろ問題は、通行により利益を受ける者の数であり、最判平成18年の差戻審は、多数の者が利用する墓苑であることから自動車による通行権を認める必要性が高く、比較衡量のうえでも、これを重視するもので、それと比較して、本件場合はたった一人のために通行権を認めるか否かが問題となっているのであり、このような場合はよほど深刻な人格権侵害がある場合に限って認められるべきであろう。

（3）210条通行権の成否及びその具体的内容

（2）の認定事実等は、①原告所有地から自動車を使用して公道に至るためには本件通路やその隣接する545番1の土地の一部を利用するほかないこと、②

原告は現に軽四輪乗用自動車で本件通路等を通行していること、③原告は原告所有建物の修理や救急時のため、本件通路を車両で通行する必要性があること、④本件通路及びその隣接する545番1の土地の一部を自動車で通行することを認めた場合に被る被告らの損害は民法212条の償金によって償うことが可能な程度のものであること、⑤本件通路及びその隣接する545番1の土地の一部を普通乗用自動車が行き交っていた時期があったこと、以上のとおり要約することができる。

これらの事情を総合考慮すると、原告は、210条通行権に基づき、原告所有地から車両で公道へ通行するために被告らの所有する545番1の土地の一部を通行することができるというべきである。そして、原告が車両を通行させる目的に照らすと、少なくとも普通乗用自動車が行き交える幅員を確保する必要があるところ、普通乗用自動車が行き交えるためには、別紙図面1の黄色部分17.60㎡をも使用せざるをえないことは、(2)カで認定したとおりであるから、原告の210条通行権の範囲は別紙図面1の黄色部分で認めるのが相当である。

本判決が総合考慮する事情として挙げているもののうち、②については、里道を拡幅した本件通路は農業用の利用に供されるべき通路であり、現状で軽自動車が行き交えていれば、それで十分（もはや袋地とはいえない）と考えられる。③については、代替策がある以上人格権的に認める根拠としては弱いといわざるを得ない。④については、地価の安い土地であれば認められやすい結果となり、農村部においては囲繞地所有者にとって不利な条件となる。⑤については、これは周辺の通行秩序を無視した無謀な通行にお墨付きを与えるもので不当な論拠である。

結局、本判決が通行権を認めるべきであるとする根拠は、いずれも一時的なしかも緊急的な通行の必要性であり、しかも代替策があるものであるにも拘わらず、これを根拠に、210条の恒常的な通行権を認めるべきとしているもので、おおいに疑問がある。また、本判決は、原告所有地の用法についてはさして考慮することなく、本件通路が農業地域の元は里道を拡幅した農業用通路であり、そこには一定の通行箇所が慣習的に成立していることを軽視するもので、囲繞地通行権の判断基準の内の「周辺の状況」を深くとらえようとしない点で問題があり、人格権的主張に過度に反応した点にも問題があるように思われる。

なお、被告らは、原告が現況を承知の上で原告所有地を購入したと主張する。しかし、競落人である有限会社H開発は本件通路が建築基準法42条2項道路で

あることを前提に本件通路を購入しており、同社から購入した原告もこれを当然の前提として、本件通路に建築基準法44条1項に違反する建造物が建築されないと期待していたと認められるところ、被告らに過失はないにせよ建築基準法44条1項に違反するブロック塀を建築し、原告の合理的な期待に反する事態を生じさせたことにかんがみると、原告が現況を承知していたことの一事をもって210条通行権を否定することはできない。

被告は、ブロックフェンスを築造するについて、原告にも通知しており、それについて異議を唱えていないのであり、合理的期待に反するとは言えない。また、違法であっても過失はないと判決自体も認定している被告のブロックフェンス築造と、原告が通行条件等を承知していた事実とを、過失相殺的に比較することは妥当ではない。

承知して購入したということは、一般通念に照らせば、納得して購入し請求権の放棄をすることも意味するのであり、そうでなければ通行条件を伝えて通知する（納得させる）必要もないであろう。

そのほか、被告らは、本件通路の拡幅を認めるなら、あらゆる農道について拡幅を認めることになりかねないと主張する。しかし、自動車の通行の必要性、自動車通行によって被る所有者の被害の程度等諸般の事情を総合考慮して、210条通行権の成否やその具体的内容を決すべきであることは上記で引用した最高裁判例が説示したとおりであり、自動車の通行の必要性の程度いかんなどの個別事情によっては、農道の拡幅が認められないことは当然にありえるから、被告らの主張は前掲判断を覆すに足りるものではない。

たしかに個別に判断はされるが、本判決がその根拠としている、救急車や工事車両については、どこでも問題となりうるもので、これを根拠とする以上、ほとんどの農業地域で、約2.5mの通路幅の通行権が認められることになろう。そして、これが先例となれば、このような通行権のない家を買叩いて手に入れ、通行権を得て転売するという新しい不動産商法の呼び水となろう。

2 結論

よって、原告の別紙図面1の黄色部分17.60㎡つき210条通行権の確認を求め、同部分につき210条通行権に基づき妨害排除を求める主位的請求には理由があるから、これらを認容し、訴訟費用の負担につき、民訴法65条1項本文、61条を適用して、主文のとおり判決する。

裁判官 尾 河 吉 久

1. 本件事案では、まず原告が、袋地であること、袋地の用法上自動車での通行がどうしても必要であること、しかも、軽自動車ではなく普通自動車の通行が必要であることを立証すべきと思われるが、それが十分に尽くされていないにも拘わらず、全面的に請求を認めたもので、本判決は、いわば人格権的に圍繞地通行権を認めたものと解される。しかし、人格権的に請求が認められるべき事案であるかは、一方で転売目的ではないのかという疑いがあり、その疑いが払しょくされていないことを考えると、疑問であり、従来の通行を越えて通行権を認める場合として、当事者の通行権設定に委ねるべきではなかったかと思われる。

2. 本判決は、もともとの通路の幅員が180cm程度であることを認定しながらも、原告の主張する黄色の部分を拡幅しての自動車による通行を認めるものである。しかし、このような、(原状回復としてではなく)現状を越えて拡張的に通行権を認める場合には、原告にとって死活問題といえるような特別な事情が存在することが必要と考えられる。しかし、本判決が比較衡量において挙げる理由は救急車両の通行や工事車両の通行の2点だけで、前者についてはストレッチャー等で対応できること、後者については、競売時のリフォームがそうであったように、工事は特別な事柄として、別途、通行権設定契約により対応してきたこと(代替策があること)を看過するものであり、死活問題といえるような事情とはいえず、他方、被告の損害は固定資産税による計算で軽微なものと判断しているが、これは現実を無視するものである。

3. 本判決は個々の主張事実の立証が充分なされていないのに、原告の主張を認めた不思議な判決である。たしかに一部は被告の主張を認めているが、肝心なところでは強引に原告の請求を認めるような判断材料につなげている。結論があって、そこに論理をつなげたという判決である。また、本判決は、原告が受ける利益についての考慮がない。本件のような事例における比較衡量においては、原告の受ける利益、すなわち、原告所有不動産の評価額の上昇分も考慮されるべきである。現状を変更して、圍繞地所有者の犠牲を与えてまで恒常的な通行権を認める必要性は高くない。

4. 裁判官には、今どき、自動車が通れない道路では人間らしい生活ができないという意識があったのではないだろうか。また、裁判官は、とくに原告側の「平成20年9月19日付準備書面4」と「最終準備書面」により、原告は弱者であるという同情的な事実関係の再構成を得て、ある意味で、最判平成18年に過剰に反応して、そのような結論に至ったのではないかと思われる。

しかし、それは農村部の従前の生活環境や、長年の間に慣習的に形成された通行秩序を無視した判断であり、現状で軽自動車は通行できているのであり、そこまでの通行が原則的に許された通行であろうから、さらに人格権をもってして原告の請求を認めるべき事案ではないように思われる。人格権に基づく主張の場合、裁判官の心証に結論が左右されることが少なくないと思われるが、本件では、原告側の主張の巧みさから、判官びいきのような同情が裁判官に働いてこのような結論になったのではないかと思われる。

5. なお、本件事案について、わずかな面積なのだから、被告が原告に譲ればいいではないかという感想をもつ人も少なくないかもしれない。しかし、被告が調停にも和解にも応じなかったのは、①原告が、被告らの父（夫）が本件通路を狭めて原告の通行を妨害しているという趣旨の主張を展開しており、それが被告らの名誉感情を損ねたからであり、また、②競売以降の精神的な圧迫を伴う通路拡幅用地の執拗な買収の申入れに直面して、原告所有地の将来の宅地開発の気配を感じて、平穏な環境を守ろうとする意図からこれを拒むものであり、それらがなければ訴訟に至らず話し合いで解決していたのではないかと思われる。これに対して原告としては特に通行権の確認を急ぐ必要性があったのかもしれないが、それが転売目的ではないということを説得力をもって説明し得なかったことが、今後、控訴審、最高裁までこの争いが続くと思われる理由ともなっていると思われる。

なお、本件については、被告側から平成21年7月28日付で控訴がなされている。