

# 特定承継があつた場合における

## 民法二二三条の適用

大 島 俊 之

### 目次

- 一 はじめに
- 二 用語の定義
  - 1 土地の名称
  - 2 特定承継が生じた地
  - 3 紛争類型
  - 4 想定される見解
- 三 学説
  - 1 適用肯定説
  - 2 適用否定説
  - 3 広中・澤井論争
  - 4 中間説
    - (1) 適用肯定説に修正を加えた中間説（修正肯定説）
    - (2) 適用否定説に修正を加えた中間説（修正否定説）
    - (3) その他の中間説（折衷説）

四 判例

1 下級審の判決

(1) 適用肯定説

(2) 適用否定説

(3) 中間説

2 最高裁判平成二年判決

(1) 多数意見(適用肯定説)

(2) 反対意見(中間説)

五 私見

1 圍繞地通行権の法的性質—物権的権利か債権的権利か

2 特定承継があった場合にも、通行権を残余地に限定すべきか

3 無償から有償への変更

4 最高裁判平成二年判決の射程

一 はじめに

民法二二三条は、次のように規定している。「①分割ニ因リ公路ニ通セサル土地ヲ生シタルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル為メ他ノ分割者ノ所有地ノミヲ通行スルコトヲ得此場合ニ於テハ償金ヲ払フコトヲ要セス ②前項ノ規定ハ土地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ讓渡シタル場合ニ之ヲ準用ス」。このように、土地の分割または一部讓渡によって袋地が生じた場合には、残余地の上にもみ通行権が生じるとする民法二二三条の規定は、袋地または圍繞地に特定承継が生じた場合にも、適用されるか。この問題に関しては、これまで下級審および学説の見解は分かっていた。そして、ついに平成二年になって、最高裁判決が登場してきた。本稿は、この判決の登場を契機として、

この問題について、改めて検討しようとするものである。

## 二 用語の定義

まず最初に、本稿で使用する用語の意味を明らかにしておこう。

### 1 土地の名称

「袋地」 分割または一部譲渡によって、公路に通じなくなった土地を袋地と呼ぶ。

「残余地」 袋地を生じさせた分割または一部譲渡の前には、袋地と一筆の土地であった土地を残余地と呼ぶ。

「第三囲繞地」 袋地を囲繞する土地のうち、残余地以外の土地を、第三囲繞地と呼ぶことにする。

### 2 特定承継が生じた地

特定承継が生じたのは袋地か残余地かによって、次のように区別する。

「袋地承継型」 袋地について特定承継が生じた場合を袋地承継型と呼ぶ。

「残余地承継型」 残余地について特定承継が生じた場合を残余地承継型と呼ぶ。

「双方承継型」 袋地・残余地の双方について特定承継が生じた場合を双方承継型と呼ぶ。

### 3 紛争類型

紛争がどの当事者間で生じているかによって、次のように紛争類型を区別する。

「袋地・残余地間紛争型」 袋地の所有者と残余地の所有者の間で、紛争が生じている場合を袋地・残余地間紛争と呼ぶ。

「袋地・第三囲繞地間紛争型」 これに対して、袋地の所有者と第三囲繞地の所有者の間で、紛争が生じている場合を袋地・第三囲繞地間紛争と呼ぶ。

#### 4 想定される見解

「適用否定説」 袋地または残余地について特定承継があった場合には、二二三条は適用されないとする見解を適用否定説と呼ぶ（二二三条の適用が否定される結果、二二〇条が適用されることになる）。

「適用肯定説」 袋地または残余地について特定承継があった場合にも、二二三条は適用されるとする見解を適用肯定説と呼ぶ。

「中間説」 適用肯定説と適用否定説の中間に位置する見解を中間説と呼ぶ。この見解には、様々なヴァリエーションがありうる。

### 三 学説

袋地または残余地について特定承継があった場合にも、二二三条が適用されるか否かについては、学説は対立している。

#### 1 適用肯定説

袋地または残余地について特定承継のあった場合にも、二二三条は適用されるとする見解である。山下博章「物

権法論上巻」四六八頁、澤井裕「判批」民商四九卷一号二二三頁、柚木馨（高木多喜男補訂）「判例物権法総論」四八五頁、石田喜久夫「口述物権法」一七三頁が、この旨を主張している。

その理由を要約すると、次のとおりである。

第一点。民法二〇九条以下の相隣関係に関する規定は、土地の利用の調整を目的とするものであって、对人的な関係を定めたものではない。

第二点。民法二一三条の規定する囲繞地通行権は、袋地に付着した物権的権利で、残余地自体に課せられた物権的負担と解すべきものである。

第三点。残余地の所有者がこれを第三者に譲渡することによって囲繞地通行権が消滅すると解するのは、袋地所有者が自己の関知しない偶然の事情によってその法的保護を奪われるという不合理な結果をもたらすことになり、適切ではない。

第四点。残余地の所有者がこれを第三者に譲渡することによって、袋地の所有者が、残余地以外の囲繞地を通行しうるものと解するのは、その所有地に不測の不利益が及ぶことになって、妥当でない。

## 2 適用否定説

袋地または残余地について特定承継があった場合には、二一三条は適用されず、二一〇条が適用されるとする見解である。古くは中島玉吉「民法積義卷之二上（物権篇）」三三一頁、石田文次郎「物権法論」四五一頁がこの説を採用していた。近時では、川島武宣編「注釈民法(7)」二四五頁（野村好弘執筆）、広中俊雄「判批」判評五六号一七頁がこの旨を主張している。

その理由を要約すると、次のとおりである。

第一点。民法二一〇条以下に規定する囲繞地通行権は、袋地と囲繞地の各所有者がなんびとであるのかという対人的な要素をも考慮して定められている。

第二点。民法二一〇条・二一一条の規定が原則であって、民法二一三条は例外的な規定である。

第三点。分割・一部譲渡により袋地が生じたにもかかわらず、袋地所有者が残余地を現に通行することもなく、また、残余地の所有者と通行のために折衝することも、囲繞地通行権を主張することもなく推移してきたというような事情がある場合にも、その後残余地の所有権を取得した第三者が囲繞地通行権を当然に受忍しなければならぬというのとは不合理である。

第四点。現在では、土地は、頻繁に分筆・譲渡されており、袋地所有者がその通行権を主張するために、権利移転を遡って調査することは容易ではない。

第五点。分割・一部譲渡の当事者でない者に対して無償の利用関係の承認を強要することは、近代的な社会関係のありかた（有償性の原則）に反する不当な規制である。

第六点。無償利用関係の承認という特殊な負担が、過去の偶然的事情の立証される限り永久に、ある土地についてまわるとするのは、近代的な土地所有権のありかたとして是認することができない。

### 3 広中・澤井論争

本稿の問題に関しては、かつて、広中教授と澤井教授の間で、論争がなされた（幾代・鈴木・広中「民法の基礎知識」一八六頁〔広中俊雄執筆〕、澤井裕「二二三条の無償通行権と特定承継―広中教授の批判にこたえて―」関

大論集一四卷二号一三九頁)。

この論争の結果、広中教授・澤井教授ともに、自説の基本的立場を維持しつつも、それにやや修正を加えるに至っている。両教授の新しい見解については、中間説として紹介する。

#### 4 中間説

##### (1) 適用肯定説に修正を加えた中間説(修正肯定説)

中間第一説(玉田弘毅「判批」明治大学法制研究所紀要八号一四七頁)。この見解は、次のとおりである。分割・一部譲渡の直接の当事者間における無償通行権が、特定承継人との間においては、有償通行権にかわるだけで、通行権(ないし通行認容義務)そのものは、分割・譲渡の直接の当事者から、特定承継人にひきつがれる。

中間第二説(東孝行「判批」司究創立二〇周年記念論文集一卷八七頁)。この見解は、次のとおりである。「特定承継の場合に、民法二―三条を類推適用することを肯定するが、前に分割、一部譲渡があったこと(民法二―三条の通行権の発生要件事実)をその特定承継人が予期しえた、という要件を加えるべきものと考える」。

中間第三説(澤井裕「判批」判例評論二七九号一二三頁)。この見解は、次のとおりである。分割・一部譲渡の当事者以外のものに対抗するには、通路開設という公示を必要とする。この説を支持するものとして、永田眞三郎・不動産取引判例百選(増補版)二四〇頁がある。

##### (2) 適用否定説に修正を加えた中間説(修正否定説)

中間第四説(広中俊雄「物権法」三三三頁)。この見解は、次のとおりである。無償通行権は、特定承継人に承

継されないことを原則とするが、①この通行権が以前から行使されていたときは、被通行地は民法二二一条一項の適用として当然にひきつづき通行権の負担を受けるし（「通行地ノ損害」がないとして無償性の存続する場合も多し）、②袋地の所有者が民法二二三条の適用のない他の囲繞地を地役権その他の特別の権限に基づいて通行していたときは、その袋地のための相隣関係上の通行権を囲繞地につき判断を求められた裁判所は、民法二二一条一項による被通行地を定めるに際し、従前の通行の実情のほか、その袋地が分割または一部譲渡によって生じたものであることを斟酌すべきである。

(3) その他の中間説（折衷説）

中間第五説（篠塚昭次「判批」判評一三二号二八頁）。この見解は、次のとおりである。「袋地の所有者（または利用者）が、すでに通路を開設して日常通行を継続しているときは、いくら分譲・転売が囲繞地にくりかえされても、通行権が消されてしまう心配はないだろう。ところが、袋地の所有者（または利用者）が、袋地の利用を開始せず、したがって、ほとんど囲繞地を通行した痕跡をとどめていないばあいには、分譲・転売による囲繞地の特定承継人は、あとになればなるほど、袋地所有者（または利用者）の通行権を見おとしがちになるわけだ。このときに問題が発生する。したがって、その解決は、具体的なケースごとに、利益衡量できめるしかないのではないだろうか」。

中間第六説（鈴木祿弥「判批」判評一三七号二六頁）。この見解は、次のとおりである。袋地の所有権につき特定承継が生じた場合には、譲受人が償金なしの通行権を承継することが妥当であり、それによって譲受人が不測の不利益を受けることがないのはもちろん、囲繞地所有者も不利益を受けることがない。囲繞地所有権につき特定承



継が生じた場合には、譲受人がその土地の上に通行受忍義務の負担の存することを知りえない状況であることが少なくない点を考慮すると、通行受忍義務はかれに承継されないと解することが妥当であり、これによって償金なしの通行権を失う袋地所有者の不利益も、囲繞地所有者からの金銭的補填がえられるような法的構成を案出しうるならば、耐えがたいものとはいえないであろう。

#### 四 判例

##### 1 下級審の判決

本稿の問題に関する下級審判決は、かなりの数にのぼる。しかし、以下では、高裁の判決で、かつ本件の問題について明白な見解を示しているものに限定して紹介することにする。その結果、次の五つの判決を紹介すべきことになる。①東京高判昭和三〇年三月三二日（判タ五〇号二七頁）、②東京高判昭和三七年一月三〇日（下民一三巻一号一〇四頁）、③東京高判昭和四一年一〇月一四日（判時四六八号四七頁）、④東京高判昭和五〇年二月二七日（判時七七九号六三頁）および⑤東京高判昭和五六年八月二七日（判時一〇一六号六二頁）。このように、結果的に、すべて東京高裁判決ということになった。

##### (1) 適用肯定説

①東京高判昭和三〇年三月三二日（判タ五〇号二七頁）は、適用肯定説を採用している。この事件は、双方承継型で、袋地・第三囲繞地間紛争型である。袋地は、分筆後三年ほど放置されていた。その後、袋地を取得した者は、取得後すぐに第三囲繞地所有者に対して二一〇条の通行権を主張した。本判決は、袋地の特定承継があっても、

二二三条の適用を肯定した。とくにその理由を述べていない。

② 東京高判昭和三七年一月三〇日(下民一三卷一号一〇四頁)は、適用肯定説を採用している。この事件は、双方承継型で、袋地・残余地間紛争型である。分筆後、袋地所有者は、残余地を通行してきた。その後、残余地所有者が通路に柵をした。本判決は、袋地の特定承継があっても、二二三条の適用を肯定した。判決理由は、次のとおりである。

「民法第二百十三条……による被通行地所有者の義務も民法第二百十条による受忍義務と同様に相隣関係から生ずるところの土地に付着する一種の負担であって被通行地の所有権を譲受けた者においてこれを承継するものと解するのが相当である。もっとも民法第二百十三条には通行権者は償金を支払うを要しないとされているから、前記のように解するときは、右規定による通行権のあることを知らずに被通行地の所有権を取得した者に損失を及ぼすことも考えられないではないけれども、右承継人は買受の際隣地との関係につき調査をすればこれを知り得べきものであり、土地の価格もその負担の存在に依り減じられている筈であるから、右の点をとらえて前記結論を左右すべきものとも考えられない。むしろ右のように解しない場合、被通行地の処分により前記規定による隣接地所有者の保護は容易に失われる結果をもたらすことになるのであるが、承継人の利益のため右第三者の保護を失わしめるのは妥当でないと考えられる。」

③ 東京高判昭和四一年一〇月一四日(判時四六八号四七頁)は、適用肯定説を採用している。この事件は、袋地承継型で、袋地・第三囲繞地間紛争型である。袋地所有者は、袋地の取得後、第三囲繞地を通行してきた。そして、現在の袋地所有者が開設したのではないが、通路が存在する。本判決は、袋地の特定承継があっても、二二三条の適用を肯定した。判決理由は、次のとおりである。

「当裁判所は二一三条はそのおかれている位置、その立法趣旨からみて、右両地そのものの利用の調整をはかったものであり、したがって（一）の説〔肯定説のこと―大島注〕こそ正当であると考ええる。この前提を採用する以上、右両地の一方または双方に特定承継が起るることによって土地所有権に内在するとされた負担や利益が消えてなくなるというようなことはとうてい理解することができない。実際問題を考えてみよう。土地の一部譲渡によって生じた袋地に関する通行の問題を、袋地を生じさせたことに関係のない第三者所有の土地の負担において解決する―民法二一〇条によるべしとする以上そういう結果を招くこともある―ことは適当でないから、当裁判所の考え方は実際上の結果においても妥当であるといえる。ただ、このように考えると、通行権の負担のつく土地を、そのことを知らずに譲り受けた者が不測の損害をこうむることが起ることはあるう。しかし、それは、このような負担について公示方法が定められていないことから起ることであって、やむをえないことである。通行権の負担を無償でしよい込むということもこまることであるが、これは土地を一部譲り渡すことによって土地そのものがそのようなものとして性格づけられたものであるから、やはりいたし方ないことといわなければならない。土地譲受人のこうむる損害はかし担保の規定の活用によってある程度救済することができるのである。」

(2) 適用否定説

⑤ 東京高判昭和五六年八月二七日（判時一〇一六号六二頁）は、適用否定説を採用している。この事件は、双方承継型で、袋地・第三囲繞地間紛争型である。袋地所有者の前主以来、第三囲繞地を通行していた。ところが、第三囲繞地の特定承継人は、この通行を否認した。本判決は、特定承継があれば、二一三条の適用を否定した。判決理由は次のとおりである。

「思うに民法二二三条が土地の分割又は一部譲渡のような土地所有者の任意の行為によって袋地を生じた場合、袋地所有者には同法二二〇条による囲繞地通行権を認めないとした趣旨は、右の場合には、土地所有者において、分割又は一部譲渡の結果袋地の生ずることを予期しながら、敢えてかかる行為をなしたのであるから、その結果発生する通行権の問題は分割又は一部譲渡の当事者内部で処理すべく、周辺の土地所有者に累を及ぼすべきでないとしたことにあると解され、しかも囲繞地通行権に関する本則はあくまで民法二二〇条及び二二一条であって、同法二二三条はその特則で例外的な規定であるから、分割又は一部譲渡行為の当事者でない特定承継人についてまでも同条が適用されると解するのは相当でないといわなければならない。若しこれを反対に解し、特定承継人についても同法二二三条が適用されると解するならば、例を被通行地の特定承継人にとってみるに、同条によって認められる通行権は無償とされている（同条一項但書）から、右通行権のあることを知らずに被通行地の所有権を取得した者が不測の損害を蒙ることになり（もともと、右承継人において買受の際隣地との関係を調査すればこれを知り得る筈であるとの反論があり得るが、袋地又は被通行地の所有権が転々譲渡された場合、転得者においてこれを的確に調査することは必ずしも容易ではないと考えられ、殊に本件の場合のように、袋地所有者において一時期被通行地以外の土地を賃借して同地上を通行し、囲繞地通行権の問題が潜在化していたような場合には、前記の調査はかなりの困難を伴うことが予想されるのである。）承継人の利益を不当に害することになって妥当ではないと考えられる。従って、本件の場合には、同法二二三条にはよらず、同法二二〇条及び二二一条の原則に則って、通行の場所及び方法を決すべきことになる。」

(3) 中間説

④ 東京高判昭和五〇年二月二七日（判時七七九号六三頁）は、中間説を採用したものと考えることができよう。

この事件は、双方承継型で、袋地・残余地間紛争型である。袋地所有者は、袋地の取得後、しばらく放置していた。そして、残余地の特定承継があった後、はじめて、二二三条の通行権を主張した。本判決は、特定承継があれば、原則的に二二三条の適用を否定した。ただし、例外的に残余地の通行が認められることがある。判決理由は、次のとおりである。

「けだし同法条は土地の一部を譲渡することによって袋地を生じた場合には、その譲渡の当事者は当然そのことを予見しているが故にその当事者間に無償の通行権を生ぜしめ、他の囲繞地に累を及ぼさないことを趣旨とするものであって、右法条は譲渡の直接当事者間において形成される囲繞地通行権についての特則であって、その後特定承継のあった場合にまで及ぶものではないことは右の趣意に照らし、かつその明文上その規定のないことから明らかなであり、その承継人の善意悪意によって結論を異にせず、この場合は同法二一〇条の原則に帰れば足りるものと解すべきであるからである。もっとも、すでにいったん譲渡の当事者に対しこの通行権を主張すればこれによって直ちにこの通行権は生ずるものであり、その後右当事者に特定承継を生じた場合は、承継人は当然これを承継すべきものとしなければならないことはいうまでもない。さもないと譲渡の当事者特に譲渡人に対して右通行権の主張を受けたものが、その最終的確定を受ける前に自己の土地を他に譲渡し、転々特定承継を生ぜしめて右請求を免れるという不合理を生ずることとなるからである。また譲渡に関与しない隣地の第三者は右譲渡当事者の特定承継により不測の通行権の対抗を強いられることとなることを避けえないが、その損害は償金によって償われることをもって受認するはかはない。」

2 最高裁判平成二年判決

最判平成二年一月二〇日（民集四四卷八号一〇三七頁）は、双方承継型で、袋地・第三囲繞地間紛争型である。

袋地所有者の前主以来、第三囲繞地を通行していた。ところが、第三囲繞地の特定承継人は、この通行を否認した。

(1) 多数意見（適用肯定説）

多数意見は、特定承継があっても二二三条の適用を肯定した。その理由は、次のとおりである。

「共有物の分割又は一部譲渡によって公路に通じない土地（以下「袋地」という。）を生じた場合には、袋地の所有者は、民法二二三条に基づき、これを囲繞する土地のうち、他の分割者の所有地又は土地の一部の譲渡人若しくは譲受人の所有地（以下、これらの囲繞地を「残余地」という。）についてのみ通行権を有するが、同条の規定する囲繞地通行権は、残余地について特定承継が生じた場合にも消滅するものではなく、袋地所有者は、民法二二〇条に基づき残余地以外の囲繞地を通行しうるものではないと解するのが相当である。けだし、民法二〇九条以下の相隣関係に関する規定は、土地の利用の調整を目的とするものであって、対人的な関係を定めたものではなく、同法二二三条の規定する囲繞地通行権も、袋地に付着した物権的権利で、残余地自体に課せられた物権的負担と解すべきものであるからである。残余地の所有者がこれを第三者に譲渡することによって囲繞地通行権が消滅すると解するのは、袋地所有者が自己の関知しない偶然的事情によってその法的保護を奪われるという不合理な結果をもたらし、他方、残余地以外の囲繞地を通行しうるものと解するのは、その所有地に不測の不利益が及ぶことになって、妥当でない」。

(2) 反対意見（中間説）

本判決には、次のような園部逸夫裁判官の反対意見がある。その内容は、次のとおりである。

「民法二一〇条以下に規定する囲繞地通行権は、土地の利用の調整を目的とするものであるが、或る土地が他の土地に囲繞されて公路に通じないという土地の物理的な属性のみを考慮して定められたものではない。例えば、袋地所有者が囲繞地通行権を取得した後、被通行地以外の囲繞地を所有するに至った場合には、従前の被通行地についての囲繞地通行権は消滅すると解すべきものであって、袋地と囲繞地の各所有者がなんびとであるのかという对人的な要素をも考慮して定められているというべきである」。

「民法二一三条は、共有物の分割又は土地の一部譲渡により公路に通じない袋地を生じた場合に、袋地所有者が残余地についてのみ囲繞地通行権を有する旨を規定するが、同条が民法二一〇条一項の例外的な規定であることに加えて、囲繞地通行権が土地の物理的属性のほか、对人的要素をも考慮して定められていることにかんがみれば、民法二一三条は、残余地が共有物の分割又は土地の一部譲渡をした当時の所有者の所有に属する限りにおいて、袋地所有者が残余地を無償で通行しうる旨を規定したに止まり、残余地が当時の所有者から第三者に譲渡されるなどして、その特定承継が生じた場合には、同条の規定する囲繞地通行権は消滅し、民法二一〇条一項の規定する囲繞地通行権を生ずるものと解するのが相当である」。

「多数意見は、右のとおりに解すべきものとすれば、袋地所有者が自己の関知しない偶然の事情によってその法的保護を奪われるという不合理な結果をもたらし、他方、残余地以外の囲繞地の所有者に不測の不利益が及ぶことになって、妥当でないというが、民法二一三条の規定する囲繞地通行権が残余地の特定承継によって消滅するとしても、特定承継を生ずる前、既に袋地所有者が残余地を通行しているなどの事情があれば、袋地所有者のために必要にして、かつ、囲繞地のために損害が最も少ない通行の場所及び方法として、従前の残余地を選ぶべきものと解されるから、多数意見の批判はあたらないというべきである。かえて、共有物の分割又は一部譲渡によって公路

に通じない袋地が生じたにもかかわらず、袋地所有者が残余地を現に通行することもなく、また、残余地の所有者と通行のために折衝することも、囲繞地通行権を主張することもなく推移してきたというような事情がある場合にも、その後に残余地の所有権を取得した第三者が囲繞地通行権を当然に受忍しなければならないというのも不合理である上、他方、第三者が袋地所有者の残余地の通行を権利の濫用に当たるとして拒絶しようというのも、袋地の効用を図るべき囲繞地通行権を規定した民法の趣旨に照らして妥当なものではない。

このように、「特定承継を生ずる前、既に袋地所有者が残余地を通行しているなどの事情があれば、袋地所有者のために必要にして、かつ、囲繞地のために損害が最も少ない通行の場所及び方法として、従前の残余地を選ぶべきものと解される」と述べており、この反対意見は適用否定説ではなく、中間第四説（広中教授の修正否定説）を採用したものであると考えられる。

## 五 私見

### 1 囲繞地通行権の法的性質——物権的権利か債権的権利か——

二二三条の規定する囲繞地通行権は、袋地に付着した物権的権利で、残余地自体に課せられた物権的負担と解すべきものであるとする見解と、二二三条の通行権は、对人的要素を考慮した債権的権利と解する見解との間の権利の性質をめぐる論争は、のみりあるものとは、思われぬ（鈴木説は、二二三条の通行権を債権的権利としつつも、袋地について特定承継があった場合にも、二二三条の適用を肯定している）。

### 2 特定承継があった場合にも、通行権を残余地に限定すべきか

まず、無償性の問題は除外して、袋地または残余地に特定承継があった場合にも、二二三条の適用を肯定するべ



きか否かの問題についてのみ、検討する。その際、袋地所有者の袋地の利用状況・通行状況によって、次の三つの類型に分ける。

第一類型。残余地に通路が存在し、袋地所有者が、実際に残余地を通行していた場合。このような場合、適用肯定説・修正肯定説によれば、当然、その通行は残余地上に限定される。また、修正否定説によっても、第三圏繞地を通行することは認められず、残余地に通行が限定される。したがって、この類型については、特段の異論はないものと思われる。

第二類型。袋地が未使用で、通路の開設・使用がなく放置されていた場合。各説によって、結論の別れる類型である。私見は、この場合にも、二一三条の適用を肯定すべきものと考えられる。したがって、通行は残余地上に制限されることになる。

第三類型。第三圏繞地に通路が存在して、袋地所有者が実際に第三圏繞地を通行していた場合。この場合には、残余地上の通行を認める必要はなからう。しかし、これまで通行を容認してきた第三圏繞地所有者が、袋地所有者は残余地上に二一三条の通行権を有するということを理由として、通路を閉鎖した場合は問題である。袋地所有者は、通行地役権の時効取得によって（二一八三条参照）、通行権を維持できる場合もあるが、それでも救済できない場合は問題である。利益衡量によって（すなわち、第三圏繞地所有者が通路を閉鎖し、通行を認めないことによつて得る利益と、残余地所有者が新たに通行を受忍しなければならないことによつてこうむる不利益を比較して）決定すべきものと考えられる。

### 3 無償から有償への変更

無償通行権が永遠に続くことが不合理であることは、澤井教授によつて、つとに指定されてきたところである。

無償通行権をある時期に有償に転換させるべきものと考える。囲繞地について特定承継のあった時を基準として有償に転換させることは、すぐれた着想である（中間第一説（玉田教授説））。また岡本教授は、このように解することとは、二二三条の沿革にも矛盾しないとしている（岡本詔治「囲繞地通行権の史的展開」島大法学三五巻一号以下参照）。たしかに、特定承継という時期において無償から有償に転換させることは適切でない場面も予想されるが（澤井教授の説くところである）、それは対価額によって調整するしかない。

#### 4 最高裁平成二年判決の射程

すでに紹介した最高裁平成二年判決を文言どおりに解すれば、適用肯定説を採用したように見える。しかし、この事件は、袋地・第三囲繞地間紛争であり、第三囲繞地を通行することができないという点がこの判決の核心であり、通行が残余地に限定されるという点は傍論にすぎない。そして、この判決は、あらゆる場合に残余地を通行することができるとは断定していない。したがって、実際に、残余地を通行することができるか否かの判断に際して、修正肯定説を採る可能性は完全に否定されてはいない。その意味では、袋地・残余地間紛争における最高裁判決が待たれるところである。

なお、最高裁平成二年本判決の反対意見は適用否定説ではなく、中間第四説（広中教授の修正否定説）を採用したものである。なぜなら、「特定承継を生ずる前、既に袋地所有者が残余地を通行しているなどの事情があれば、袋地所有者のために必要にして、かつ、囲繞地のために損害が最も少ない通行の場所及び方法として、従前の残余地を選ぶべきものと解される」と述べているからである。

〔付記〕 本稿で引用した最高裁平成二年判決の評釈としては、次のようなものがある。

澤井 裕 「判批」平成二年度重要判例解説ジュリスト九八〇号六五頁。

安藤一郎 「判批」NBL四六七号一四頁。

岡本詔治 「判批」法学教室二二九号九〇頁。

岡本詔治 「判批」私法リマークス一九九二年上二五頁。

本田純一 「判批」法セミ四三七号二二〇頁。

深谷 格 「判批」名古屋大学法政論集一三八号四八一頁。

滝澤孝臣 「判解」法曹時報四四卷二号五〇一頁。

大島俊之 「判批」法律時報六四卷一〇号八八頁。

米山 隆 「判批」奈良法学会雑誌五卷四号七三頁。