

袋地上の違法建築物と下水排水のための隣地使用権

最高裁平成五年九月二四日第二小法廷判決民集四七卷七号五〇三五頁

宮崎 淳

【事実の概要】

X（原告・控訴人・被上告人）は、昭和五四年六月頃、本件土地（福岡市中央区所在）および同土地上に存した建物（以下、旧建物という）を取得した。本件土地はその北側に位置するY（被告・被控訴人・上告人）の所有する土地等に囲まれた袋地であったため、当該土地および旧建物の代々の所有者は、Yの所有する土地のうち本件通路部分を通りその西側に存する本件私道を経て公道に出ていた。しかし、旧建物から排出される汚水は汲取式であり、その余の排水は本件土地に掘った穴に吸い込ませていたので、隣地に下水を流入させることはなかった。

Xから本件土地および旧建物の管理を任されていたXの母A（訴外）は、昭和六〇年四月頃、旧建物をほぼ全面的に解体して、新たに本件建物を建築した。しかしながら、その工事は建築確認を得ないまま開始され、福岡市から建築禁止の張り紙（工事施行の停止命令）をされたにもかかわらず、これを無視して本件建物を完成させたのであった。（ちなみに、本件土地は建築基準法四二条でいう「道路」に接していないため、建築確認を申請しても同法四三条により確認が得られない。）

そして、Aは、本件建物建築の際に、その排水用下水管を、本件土地から本件通路部分を経由して本件私道まで敷設し、そこに埋設されている下水管に接続して排水を図ろうと考えた。そこで、本件通路部分の所有者であるYと協議しようとしたが、協議が整わないまま、本件通路部分に下水管を敷設する工事を開始しようとし、Yに拒絶された。その後、Aは、本件土地の西側に存する訴外B所有の土地に、Bの承諾を得ないままBの留守中にブロック塀を壊して下水管を敷設し、これを本件私道の下水管に接続した。Bはこれに抗議したが、本件訴訟の結論が出るまで暫定的にこの敷設を認めることにした。したがって、今のところ、本件土地建物の下水は、B所有地から本件私道を経て排水されている。

Yは本件通路部分に下水管を敷設することに反対であったが、その最大の理由は、Aが市の張り紙を無視し、YやBなど隣人との協議も不十分なままに工事を強行するなど、隣人としての礼に失する行為を行ったことに対する憤りにある。

以上の事実関係のもとで、XはYに対し、下水排水権に基づき、本件通路部分で下水管敷設工事をすることの承諾および右工事の妨害禁止を求めて、本訴を提起した。すなわち、Xは、民法二二一条により本件私道に埋設された排水管を使用する権利を有するとしうえて、この排水管を利用するには本件通路部分を利用して排水することが最も合理的である、と主張したのである。これに対して、Yは、本件建物について建築許可を得ず、建ぺい率にも違反し、市当局の工事停止勧告も無視して工事を強行し、下水管敷設にあたりYに対して何らの協力要請もなかったこと、Xの排水問題は現在では既に解決していることを主張し、仮にXの請求が認められる場合には、下水管敷設と引換えに償金の支払いを請求した。

第一審¹ではXが敗訴した。すなわち、「民法二二〇条は、土地所有者に隣地への下水排水権を認めているが、同条によって排水の認められる下水は、原則として適法な土地利用によって生じたものに限られ、違法な土地利用によっ

て生じたものは含まないと解するのが相当である」との見解に立ち、「本件土地は、建築基準法にいう道路には接していないのであるから、本件建築物の建築は同法に違反する行為といわざるを得ない。すなわち、本件土地からの下水排水の必要は違法な行為によって生じたといふべきである。したがって、本件の場合、原告には下水排水権がないといわざるを得ない。」と判示し、Xの請求を棄却した。

これに対してXが控訴し、「本件土地について余水処理の必要性は、本件建物建築以前からの社会的要請によって生じていたといふことができる」から、違法建築によって生じたものではない、と主張した。Yは、控訴審で更に、「本件土地の西側の訴外B所有土地に下水管を設置して排水することも可能であり、Xが誠意をもってBと交渉すれば、その承諾を得ることができるところ、XはBに無断で下水管を敷設して収去を求められたので、Yに矛先を向けて本件訴訟を提起するに至ったものであって、Xの本訴請求は恣意的であり、権利の濫用として許されない。」との主張を補充した。

第二審²ではXが勝訴した。原審は、民法二〇九条、二二一条、二三〇条および下水道法二一条の趣旨に照らして、「XはYに対して本件下水管設置とそのため工事を受忍するよう求める権利を有している」と判断したうえで、「Yの本件下水管設置の拒否は、Xの建物建築の違法をとがめる手段にすぎないと評価されるのであって、本件通路への前記下水管設置の工事の承諾を求めることがXの有する権利の濫用に該当するとまでは認め難いといふべきである。」と判示し、第一審判決を取り消し、Xの請求を認容した。なお、Xに対するYの償金支払請求についても、「抗弁としての理由を欠き、採用することができない」としてこれを退けた。

原審は、以下の認定説示を比較、総合考慮することによって、Xの請求は権利の濫用に該当しないと結論づけた。まず第一に、「新建物の建築手続が違法であっても、その新建物が建築基準法九条一二項の規定に基づいて行政上の代執行により除去されるべきか否かは、行政上のものとして別個に行政庁において第一次的に判断されるべき筋合い

のものである。第二に、下水道法一〇条一項二号が、公共下水道の排水区域内であれば建築物の敷地でない土地であっても、当該土地の所有者に排水管の設置を義務づけていることや、民法二二〇条は土地の相隣関係の調整を目的とするものであることを考慮すると、下水道法一一条の規定は、「排水管が建物利用による家庭汚水の排水のためのものであるか否かを問わず、雨水等も含めて土地所有そのものから生じる排水の一般的な必要を前提とし、排水管の設置を求める趣旨と解される」ので、排水管の設置は建物利用による排水のためのものに限らず認められるものであり、旧建物が存在していた時点でも認められたはずのものである。第三に、本件土地には従前から旧建物が存し、「付近の住民間では便所の水洗化は当然のことと認識されていた」。第四に、既に本件土地には都市ガスが通じているが、「Yも本件通路部分の取得に際しては、都市化のためのガス管、排水管の設置されることを予測していたと推認される」。第五に、「Xの排水管設置によってYに格別の損害が発生するとは考え難い」。第六に、「本件私道所有者らは、Xが本件私道に下水管を設置するのを認める意向であるとうかがわれる」。

Yは上告し、建築基準法は、「同法六条に違反した者には刑事罰が科されるし、代執行により違法建物の除却もできるほどの強度の取締法規である。かかる法規に違反しても建築されてしまえば、下水の排出等適法の建物と同様に法の保護を受けえられる」という結果は許されないと主張した。

最高裁は、Yの上告理由を容れ、Xの請求は権利の濫用に当たるとし、原判決を破棄し、Xの控訴を棄却した。

【判旨】

破棄自判

「本件請求が権利の濫用に当たらないとした原審の判断は、首肯することができない。その理由は、次のとおりである。

1 原審の確定した前記事実関係の下においては、本件建物の汚水を公共下水道に流入させるには、下水管を本件通路部分を経て本件私道まで敷設し、そこに埋設されている下水管に接続するのが最も損害の少ない方法であると見られるので、XがYの所有する本件通路部分に下水管を敷設する必要があることは否めない。

2 しかし、本件建物は、Xが建築確認を受けることなく、しかも特定行政庁の工事の施行の停止命令を無視して建築した建築基準法に違反する建物であるというのであるから、本件建物が除却命令の対象となることは明らかである。このような場合には、本件建物につき、Xにおいて右の違法状態を解消させ、確定的に本件建物が除却命令の対象とならなくなったなど、本件建物が今後も存続し得る事情を明らかにしない限り、XがYに対し、下水道法一条一項、三項の規定に基づき本件通路部分に下水管を敷設することについて受忍を求めることは、権利の濫用に当たるものというべきである。ところが、Xは、本件訴訟提起の前後を通じ、右の事情を何ら明らかにしていない。

3 そうとすると、本件建物が今後も存続することができることが明らかでない段階における本件請求は、権利の濫用として許されないというべきである。」

【評釈】

一 下水排水権の法的根拠

上下水道・電気・ガス・電話等の設備を設置するため、他人の土地を利用しなければならぬ場合につき、その利用権を明示する規定は、民法には存在しない。ただし下水道については、下水道法一条に、他人の土地または排水設備を使用しなければ下水を公共下水道に流入させることが困難であるときは、他人の土地に排水設備を設置しまたは他人の排水設備を使用しうる旨が規定されている。本条は、他人に土地または排水設備の使用を受忍すべき義務を課するものであり、民法の相隣関係についての特別法として位置づけられる。

学説は、民法が囲繞地に法定通行権を認めたと同じ趣旨で、他人の土地を利用しなければ前記設備を設置できない土地を「導管袋地」と呼び、これを囲繞する他人の土地のうち「法定導管路」と称する部分の利用権が認められると説く見解が一般的である。この利用権を「導管設置権」という。

下級審の裁判例も導管設置権を認めている。例えば、大阪高判昭和五六年七月二二日判時一〇二四号六五頁は電話および電気引込線架設に関して、東京地判昭和四九年八月二〇日判時七五〇号六九頁は水道管敷設に関して、東京地判昭和五七年四月二八日判時一〇五七号七七頁はガス管および下水道管敷設に関して、大阪地判昭和六〇年四月二二日判タ五六〇号一六九頁は電気引込線および排水管設置に関して、東京地判平成四年四月二八日判時一四五五号一〇一頁はガス、上下水道、電気および電話等の配管、配線権に関して、いずれも隣地の利用権である導管設置権を認容している。排水管の設置についても、東京地判昭和四一年九月二八日判時四六七号五七頁、大阪地判昭和六〇年一月一日判タ六〇五号六〇頁、東京地判昭和六一年八月二七日判時一二二三号六八頁、東京地判平成三年一月二九日判時一四〇〇号三三三頁などが導管設置権を肯定する見解に立っている。

本件では、袋地所有者が囲繞地に下水排水のための導管を敷設する権利を有するか否かという問題を扱っている。本稿では、当該権利を下水排水権と呼ぶことにする。導管設置権の一種である下水排水権を認めることについて、学説および下級審判決に異論はないが、下水排水権の法的根拠をどこに求めるかについては、必ずしも一致していない。下級審判決には、「民法二二〇条及び下水道法二一条一項のいずれに基づいても」と説示したり、「下水道法二一条の趣旨からも明らかである」としたものもあるが、多くの判決は、「民法二〇九条、二二〇条、二二〇条、下水道法二一条を類推して」、その法的根拠としている。学説においても、民法の相隣関係に関する規定（二〇九、二二〇、二二〇条等）および下水道法二一条を類推適用して下水排水権を認めている。

本事案において、第一審判決は、「民法二二〇条は、土地所有者に隣地への下水排水権を認めている」と述べ、民

法二二〇条を根拠として下水排水権を認容した。これに対し原審は、「隣接土地相互間の利用の調節を目的とする民法二〇九条、二二一条、二二〇条及び他人の土地に排水設備をすることができる旨及びその設置のために他人の土地を使用することができる旨を定める下水道法一条の趣旨に照らし、XはYに対して本件下水管設置とそのため工事を受忍するよう求める権利を有している」と判示し、民法二〇九条、二二一条、二二〇条および下水道法一条の趣旨の類推適用に根拠を置き、XのYに対する下水管設置とそのため工事を受忍するよう求める権利を認めた。最高裁は、「XがYの所有する本件通路部分に下水管を敷設する必要があることは否めない」と説示するにとどまり、下水排水権を権利として認容するとは明言しなかった。しかしそれに続いて、「XがYに対し、下水道法一条一項、三項の規定に基づき本件通路部分に下水管を敷設することについて受忍を求めることは、権利の濫用に当たると判断した。権利の濫用とは、権利そのものを問題とするのではなく、権利の存在を前提として、その権利の不当な行使を排斥する法理であるから、本判決も下水排水権の存在を前提としているといえよう。

本件判旨が、下水排水権の法的根拠を直接的に下水道法一条に求めている、換言すれば下水道法一条の直接の適用により下水排水権が生ずることを明示しているか否かについては、見解が分かれている。第一に、「下水道法一条一項、三項の規定に基づき」という文言を忠実に解釈する肯定説であり、¹⁰⁾第二に、下水道法一条に基づく他人の土地への排水設備設置の権利は、同法一〇条一項により排水設備設置義務を負う者、つまり公共下水道の供用開始に伴い設置義務を負う者に限り認められるのであり、本件はそのような場面には当たらないとする否定説である。¹¹⁾この否定説によれば、下水道法一条は公共下水道の供用が開始された場合にのみ適用されると解するが、一定期間を経過して新たに公共下水道の供用が開始されたとはいえなくなったときには、下水管設置義務が消滅するというのでは理に合わない。それ故、同条は新たに公共下水道の供用開始がなされた場合でなくとも適用される、つまり本事案のように公共下水道の供用が開始されて一定の期間が経過した場合でも、同条が直接に適用されると解釈した方が妥

当であろう。しかし、下水道法一〇条および一一條は、公共下水道の供用が開始されている排水区域にのみ適用されるから、公共下水道の供用を受けていない地域（公共下水道の排水区域外）においては、下水排水権の法的根拠を下水道法一一條に直接求めるのは相当ではない。したがって、本判決は、公共下水道の排水区域内である場合には、下水道法一一條に基づいて下水排水権を認めるべきであると判断したといえよう。

二 建物の違法性と下水排水権の成否

本事案は、Xの建物が建築確認を得ないで建築された違法なものであったということに特徴がある。かかる場合であっても、Xの下水排水権は認容されるのであろうか。この問題が、本件における最も重要な論点である。この論点に関して、第一審判決は、「同条〔民法二二〇条〕によって排水の認められる下水は、原則として適法な土地利用によって生じたものに限られ、違法な土地利用によって生じたものは含まない」と解釈した。つまり、建物の適法性は、下水排水権の成立要件の一つになると解したのである。その上で、当該判決は、本件土地の下水排水の必要性は建築基準法の接道義務に違反する本件建物の建築という違法行為によって生じたものであると判断し、Xの下水排水権を否定した。すなわち、下水排水の必要性と違法行為との因果関係を肯定し、下水排水権を認めなかったのである。

第一審の判決には、賛同しがたい。建築基準法による違法評価を直接的に下水排水のための隣地使用権である下水排水権の成否の問題に結びつけるのは妥当ではないと考えるからである。そもそも建築基準法の目的は、「国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資すること」であり、下水道法は、「下水道の整備を図り、もつて都市の健全な発達及び公衆衛生の向上に寄与し、あわせて公共用水域の水質の保全に資すること」を目的としている。したがって、両法の立法目的は明確に異なっている。また、下水道法一一條、自然排水権を定めた民法二二四條および余水排泄権を規定した民法二二〇條等は、土地利用または建物の適法性を明文をもって要件づけてい

ない。更に、雨水等は建物が存しない場合でも排水の必要性が生じる。以上の理由から、第一審の判断を消極的に解するのが相当であろう。

建物の違法性と下水排水権の成否について言及した先例は、本判決の他に東京地判平成三年一月二十九日判時一四〇〇号三三頁がある。当該事案の概要は、次の通りである。X所有の甲地とY等所有の乙地は、いずれも元Aの所有であった。Aが乙地を訴外B会社に売却したため、甲地は袋地となった。更に、Aは甲地をB会社の代表であるXに売却した。B会社は乙地を宅地造成して分譲することにし、乙地の一部である本件係争地を幅員四メートルの私道として整備した後、乙地を分筆してY等に順次分譲した。Y等は現在本件係争地を通路として使用しているが、甲地から公道に出るためには本件係争地を通行するのが自然である。このため、XはY等に対して、本件係争地について囲繞地通行権の確認および公共下水道へ連結する排水管の設置の妨害禁止を訴求した。これに対してY等は、甲地は建築基準法上の接道義務を満たしておらず、建築を許可されないもので、建物建築を前提とする囲繞地通行権は認められないと主張した。該判決は、「民法上の囲繞地通行権の有無自体は、建築関係諸法とは直接関係しないというべきであるから、右主張は理由がない」として、Xの囲繞地通行権を認容した。続いて下水道排水管の設置について、「Yらは、X所有土地は建築基準法上の接道義務を満たしていないので、建物の建築が出来ないから、Yらは右設置工事を受忍すべき義務を負わない旨主張する。しかし、証拠上、X所有土地に一切の建物の建築が認められないとは認定できないから、Yらの右主張は理由がない」と判示して、XのYに対する下水道排水管設置の受忍請求を肯認した。

当判決は、建物の違法性と囲繞地通行権の成立には何ら関係がないことを説示したうえで、建物の違法性は下水排水権の成立にも影響を与えないことに論及した。本件における原審判決の見解は、当該判決の考え方によって基礎づけられているように思われる。

その他に建物の違法性と下水排水権の成否について論じた判決は存しないようであるが、建物の違法性と囲繞地通

行権の成否に関する裁判例は若干見うけられる。これらの判決は、当該論点を考究するにあたり参考となるため、以下に紹介する。

まずはじめに、奈良地判昭和三九年六月三〇日判時三八八号三九頁が挙げられる。本事案の概要は、次の通りである。Xは、その所有地を甲地と乙地の二筆に分筆し甲地をYに譲渡した際、袋地となる乙地のために甲地上に通行地役権等の設定を受けなかった。Yは、両地の境界線上にブロックを積み重ねその上に建物を建築して、従来から存在した甲地の通路を閉鎖することによって乙地から公道へ出ることを不可能にした。そこで、乙地の所有者Xから通行妨害禁止等の仮処分申請がなされた。そして、Xは乙地上の建物建築の予定を保全の必要性として主張した。ところが、乙地は建築基準法四〇条、東京都建築安全条例三条二号の接道義務に違反しており、乙地上に建物を建築することは許されないという事情があった。当該判決は、かかる事情を特別に問題とすることなく、乙地の袋地性を肯定し、従前の通路を通行することが最も損害の少ない方法と判断して、Xの囲繞地通行権を認容した。その上で判旨は、乙地上の建物建築は許されないから、X主張の保全の必要性をそのまま認めることはできないが、「およそ土地所有者は所有地を常時何らかの目的に利用し得、また何らかの方法によつてこれを管理する必要あるこというまでもなく、他人に正当な通行を妨げられていたため所有地に出入できずこれを放置しなければならないこと自体、所有者に非常な苦痛と損失を与えることは、容易に肯認し得るところである。従つて本件仮処分の必要性は結局認めるのが相当である。」と判示した。

次に、東京地判昭和五六年一月二八日判時一〇〇九号八〇頁が挙げられる。本件の事実の概要は、次の通りである。Xが所有する本件土地は、北側がYに、西側がZに、東および南側が他の第三者に、それぞれ隣接し直接公路には接していない。本件土地から北側公道に至るためにXが日常利用している通路は、幅員一・二四ないし一・七四メートルであった。Xは、本件土地上の旧建物を取り壊して居宅を新築したところ、二メートル以上道路に接していないと

の理由で、区から新築居宅を除却するよう是正勧告を受けた。そこでXは、YおよびZに対し、前記既存通路にその両側のYおよびZの各居宅敷地部分を合わせた幅員二メートルの範囲の土地につき、通行権を主張し、囲繞地所有者にその確認を求めた。当該判決は、本件土地の袋地性を肯定したうえで、Zに対する請求については、本件土地とY所有地とはXの先代が所有する一団の土地として北側の公道に接していたが、その後Y所有地部分が同人に売渡された結果、本件土地が袋地となったものであるから、Xは民法二二三条二項によりYの土地に対してのみ囲繞地通行権を主張すべきであるとし、その囲繞地通行権の範囲は、民法二二一条一項所定の基準に照らして現在利用している既存通路部分に限られると判示した。

これら二つの裁判例は、建物の違法性が囲繞地通行権の成否に直接影響していないことを示している。囲繞地通行権の成否の判断は、権利主張者の土地が袋地であるか否かという点において決定される。この判断に際しては、隣接土地相互間の利用調整という観点から、権利主張者の通行の必要性和囲繞地所有者の損害が総合的に考慮されることになる。建物が違法だからといって権利主張者の通行の必要性が減少するわけではないし、その土地が袋地でなくなるというものでもないから、建物の適法性という要素を囲繞地通行権の成立要件に加えることは、囲繞地通行権の性質にはなじまないといえよう。更に、囲繞地所有者は、袋地につきもともと通行権の負担を負うべき立場にあったのであるから、建物建築の違法性を主張することによって通行権を否定しうるとなれば、囲繞地所有者にとっては望外の利益を得ることになってしまう。

本件における控訴審判決の見解は、下水排水権についてもかかる囲繞地通行権の考え方と同一の視点に立っている。下水排水権の成否についても、囲繞地通行権と同じく隣接土地相互間の利用調節という観点から、その成否を判断するのが理論的には正当であることを考えると、控訴審判決は妥当であろう。

三 権利濫用の判断基準

控訴審判決においては、Xの建物建築の違法性を問題にすることなく、下水排水権を是認した。つまり、建物の違法性の問題は下水排水権の要件論の次元で考慮されるのではなく、Xの下水排水権の権利行使が正当であるか否か、すなわち下水排水権の行使が権利の濫用に該当するか否かという視点で検討されたのである。⁽¹³⁾

そこで、いかなる権利の行使が正当な範囲を越えるものとして濫用とされるのであろうか。従来の判例および学説は、権利の行使によって生ずる権利者個人の利益と相手方または社会全体に及ぼす害悪との比較衡量という客観的な標準を重視する傾向にあった。これに対し近時の学説は、「関係当事者の主観的容態と客観的利益衡量の両面を総合的に考察することによって、権利濫用となるか否かを判断すべきである⁽¹⁴⁾」という見解が有力である⁽¹⁵⁾。しかし判例においては、権利行使者の害意あるいは不当図利などの主観的事実の存在を不可欠なものとして要求してはいない⁽¹⁶⁾。

控訴審判決は、権利の濫用の考察にあたって以下の事情を考慮に入れた。まず第一に、新建物の建築手続が違法であつても、それが行政上の代執行により除去されるべきか否かは、行政上のものとして別個に行政庁において判断されるべきこと。第二に、下水道法一条の規定は、下水管が建物利用による家庭汚水の排水のためのものであるか否かを問わず、雨水等も含めて土地所有そのものから生じる排水の一般的な必要性を前提として下水管の設置を求める趣旨と解されること。第三に、本件土地付近の住民間では便所の水洗化は当然のことと認識されていたこと。第四に、Yも本件通路部分の取得に際しては、都市化のためのガス管および下水管が設置されることを予測していたと推認されること。第五に、Xの下水管設置に伴ってYに格別の損害が発生するとは考え難いこと。第六に、本件私道所有者らは、Xが本件私道に下水管を設置するのを認める意向であるとうかがわれること。

控訴審は、以上の事情を総合的に考慮することにより、Yの下水管設置の拒否はXの建物建築の違法をとがめる手段にすぎないと判断して、Xの下水排水権の主張は権利の濫用には当たらないと判示したのである。これに対して上

告審である本判決は、Xの下水排水権の行使は権利の濫用に該当すると判示した。控訴審判決および本判決は、建物の違法性の問題を下水排水権の要件論の次元で考慮するのではなく、Xの下水排水権の行使が権利の濫用に該当するか否かという視点で検討したことに關しては同じ立場に立ったが、結論では全く反対の見解を示したのである。

原審と本判決の結論に違いが生じたのは、権利濫用の判断にあたり考慮された要素が異なるからである。控訴審判決は、権利濫用の判断にあたり前述の六点を考察した。これら諸要素のうち、第一および第二はX側の事情に関する要素であるのに対し、第四および第五はY側の事情に関する要素である。また、第三および第六はXとY両方の側の事情に関する要素であると言える。原判決は、前記の六要素を両当事者の事情と捉え、これらを比較衡量することにより、権利濫用の成否を判断したのである。ここにおいては、建物が建築基準法に違反するものであったことは、比較衡量のための多様な要素の一つにすぎないことになる。

これに対して最高裁判決は、現存する建築基準法違反建物が存続しうる事情のない限り、Xの請求は権利濫用になると判示したのであるから、Xの当該違反建物の存在のみを根拠に権利濫用の成否を判断していることになる。このことは、最高裁が当事者の主観的態様はもとより、両当事者に生じうる損害についても検討していないことを示している。この点において、両当事者の事情を比較衡量し「Yに格別の損害が発生するとは考え難い」と論及して、権利濫用を否定した原審判決の方が通常の判断方法にしたがっていると見えよう。⁽¹⁷⁾

原審判決が示した結論では、「結果的に、違法な行為を助長することになり、割り切れないものが残ることは否定できない⁽¹⁸⁾」が、本件土地が宅地である限り建物が建てられることは当然に予期できるし、本件土地上に一切の建物の建築が認められないとは言えないこと、排水設備の設置につき本件通路部分を利用することが最も損害の少ない方法であることを考量すれば、Xの主張は決してYに対する苛酷な権利主張とはいえないであろう。⁽¹⁹⁾ 更に、建物の違法状態を解消させることは至難であることを考慮すれば、建物建築が違法であるからといって日常生活に不可欠な下水排

水権を否定し、事実上の居住の可能性までも認めない最高裁の判決よりも、その可能性を容認した原審判決の方が妥当であったと考える。⁽²⁰⁾

四 償金請求権

下水排水権が肯認されると、次に償金請求の問題が生じる。すなわち、下水排水権者は排水管の敷設工事および排水管の使用のために囲繞地を利用することができるが、かかる場合に囲繞地所有者の被る損失に対して償金を支払う義務を要するか、という問題である。

民法は、隣地使用権および囲繞地通行権について償金に関する規定を置いている（二〇九条二項、二二二条）。当該規定は、隣地使用にあたって生じた損害の補償および相当使用料の償還という性格を有している。⁽²¹⁾ また、下水道法⁽²²⁾ 一一条四項は、「前項の規定により他人の土地を使用した者は、当該使用により他人に損失を与えた場合においては、その者に対し、通常生ずべき損失を補償しなければならない」と定めている。更に、民法二二〇条（余水排泄権）は償金に関する規定をともなっていないが、学説においては低地所有者に対して償金請求権を認めている。⁽²³⁾ 導管設置権についても、損害の補償および相当使用料の償還によって隣接地所有者間の利害を調節すべきことは、隣地使用権および囲繞地通行権の場合と何ら異なることはない。それ故、原則的には民法二〇九条二項および二二二条の類推適用によって、⁽²⁴⁾ 囲繞地所有者の償金請求権を肯定すべきであろう。

本件において、控訴審判決は抗弁としての理由を欠くとしてYの償金支払請求を認容しなかった。しかしながら、Xは下水管設置工事にあたってYの土地を使用するわけであるし、Yに損害を与える可能性も考えられるから、前述のような解釈によってYの償金請求を認めるべきであったと考える。したがって、原判決がYの償金支払請求を否定した点においては、妥当性に欠けるといえよう。

注

- (1) 福岡地判平成元年一〇月二四日判時一三九九号五九頁。
- (2) 福岡高判平成三年一月三〇日判時一三九九号五七頁。
- (3) 本件通路部分の地下に配管がなされているかは確かではない。
- (4) 沢井裕『叢書民法総合判例研究⑩ 隣地通行権「増補」』（一粒社、一九七八年）一一六頁以下、岡本詔治『私道通行権入門』（信山社、一九九五年）一六九頁以下、甲斐道太郎「判批」判例評論二八七号二六頁以下、原田純孝「『袋地』所有者の導管設置と相隣関係規定の類推適用」判タ五九八号八七頁以下など。
- (5) 東京地判昭和六一年八月二七日判時一二三三三号七一頁。
- (6) 東京地判平成三年一月二九日判時一四〇〇号三六頁。
- (7) 東京地判平成四年四月二八日判時一四五五号一〇一頁。
- (8) 神戸簡判昭和五〇年九月二五日判時八〇九号八三頁、東京地判昭和五七年四月二八日判時一〇五七号七七頁、大阪地判昭和六〇年四月二二日判タ五六〇号一六九頁、大阪地判昭和六〇年一月一日判タ六〇五号六〇頁、東京地判平成四年四月二八日判時一四五五号一〇一頁などがある。
- (9) 沢井・前掲書一一六頁以下、石神兼文「判批」判例評論一九三三号二二頁以下など。
- (10) 肯定説に立つ判例研究として、齋木敏文・判タ八八二号二〇頁以下、滝澤孝臣・ジュリスト一〇五七号八三頁以下、田中康博・京都学園法学一九九四年二号八八頁以下がある。
- (11) 否定説を採る判例研究として、山野目章夫「袋地上の建築基準法不適合建築物と下水排水のための隣地使用権——相隣関係における権利濫用法理の機能」判タ八七八号三九頁以下、道垣内弘人・法学協会雑誌一一二巻二号二七八頁以下がある。
- (12) 吉田克己「判批」判例評論三九九号一六頁以下が詳細である。
- (13) 五十嵐清「違法建築物所有者からの下水道管敷設工事の承諾請求（権利の濫用）」（私法判例リマックス一〇号六頁以下）は、本判決について次に述べる、信義則の一類型であるクリーン・ハンズの原則によって解決されるべきであったと評釈する。すなわち、「本件判旨は、権利者の主観的態様として、みずから法に違反した者は法の保護を受けるに値しないというクリーン・ハンズの原則を採用して、事案を解決したように思われる。（中略）控訴審で、Yが抗弁として、Xの請求は権利濫用として許されないと主張し、この主張に控訴審判決が対応したため、本件が権利濫用の事例となったのである。したがって、Yの側が最初から信義則を持ち出せば、本件は信義則の一事例、しかもおそらくはクリーン・ハンズの原則の適用例となったであろう」。

- (14) 四宮和夫『民法総則 第四版補正版』（弘文堂、一九九六年）三一頁。
- (15) 「権利濫用を成立させるためには、『権利』者のがわに存する害意とか不当図利の意図などがなお大きなファクターとして考慮されることに変わりはないが、それとともに（また、かならずしもそのような事情がなくても）、たとえば、権利濫用と判定した場合に『権利』者がわが実質的に不当な不利益をこうむるか否か、逆に、正当な権利行使と認めたと仮定した場合に相手方が受けるであろう不利益の質や量、その不利益が社会的にも広範囲に波及するか否か（相手方の事業が公共性を有するものであるか否かなど）、などの点について大きなウェイトをかけて判定されるという傾向も、かなり顕著にみられるようになった」（幾代通『民法総則「第二版」』（青林書院新社、一九八四年）一八頁）。
- 「二条三項の解釈として、権利濫用の成立につき、当事者双方の客観的な事情の比較衡量という考えから、権利行使者の主観的事実の再認識という方向へと変化する傾向にある」（谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法（1）』（有斐閣、一九八八年）一二七頁「安永正昭」）など。
- (16) 最判昭和四〇年三月九日民集一九卷二号二三三頁（板付基地事件判決）において、主観的要素の不要について明示的な言及がなされている。
- (17) 道垣内・前掲二八五頁。
- (18) 判時一三九九号五七頁。
- (19) 田中・前掲九八頁。
- (20) 五十嵐・前掲九頁。
- (21) 広中俊雄『物権法 第二版』（青林書院、一九八二年）三八一頁など。
- (22) 川島武宜編『注釈民法（7）』（有斐閣、一九六八年）二五二頁「野村好弘」、安藤一郎『相隣関係・地役権「新版」』（ぎょうせい、一九九一年）一一三頁など。
- (23) 吉田・前掲二〇頁。同旨のものとして、甲斐・前掲二九頁、石神・前掲二三頁などがある。
- しかし、導管袋地が民法二二三条の適用をうける袋地である場合には、無償の法定通行権が認められた趣旨が導管設置権にもそのまま類推適用できるから、導管の設置は無償でよいと解すべきであろう（石神・前掲二三頁、甲斐・前掲二九頁、原田・前掲九二頁、岡本『私道通行権入門』一七四頁など）。

〔付記〕本稿は、第三一回判例研究会における研究発表をもとに、検討を加え執筆したものである。研究会の席上、諸先生方から多くの御意見・御指導を賜ったことに対して、心より深謝の意を表す次第である。