

担保不動産の競売と通行地役権の負担の承継
(最判小3平成25・2・26民集67巻2号297頁)

大阪学院大学大学院教授　細　見　利　明

1 事案の概要

本件は、被上告人らが上告人に対し、通行地役権の確認等を求めた事件である。

被上告人らは、要役地の所有者であり通行地役権を有すると主張する者であり、上告人は承役地を担保不動産の競売により買い受けた者である。

- (1) 本件土地は①～④の土地から成り立っているが、これらの土地には通路が通っており、この通路は昭和55年頃までに被上告人らが開設したものであった。
- (2) 通路開設後の昭和56年11月2日、①の土地についてCを根抵当権者とする根抵当権が設定され、同月10日、その旨の登記がされた。次いで、平成10年9月25日、①～④の土地につき、Dを根抵当権者とする根抵当権が設定され、同日、その旨の登記がされた。この根抵当権は、Eに譲渡された。
- (3) Eの申立てに基づいて、本件土地の担保不動産競売の開始決定がされ、平成20年4月11日、上告人が買受け代金を納付して、本件土地の所有権を取得した。
- (4) 上告人が本件土地を造成し始めたので、被上告人らは上告人に対し、設定契約又は時効取得により取得したと主張する通行地役権等の確認を求める訴訟を提起した。
- (5) 第1審判決は、被上告人らの請求を認容したので、1審被告が控訴した。

2 原判決（控訴棄却）

控訴審の原判決も、次のとおり判示して、被上告人らの通行地役権等の確認請求を認容すべきものとした。

「1審被告所有地の担保不動産競売による売却時に、本件通路は、外形上通路として使用されていることが明らかであり、1審被告は、1審原告らが所有し、又は賃借する土地上の工場に出入りする車両等が本件通路を使用することを認識していたか又は容易に認識し得る状況にあった。そうすると、1審被告が、1審原告らに対し、通行地役権の登記の欠缺を主張することは信義に反し、1審被告は、1審原告人らに対して地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者には当たらないから、1審原告らは、1審被告に対し、通行地役権等を主張することができる。」

3 最高裁判決（破棄差戻し）

「原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

通行地役権の承役地が担保不動産競売により売却された場合において、最先順位の根抵当権の設定時に、既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状

況から客観的に明らかであり、かつ、上記抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくとも、通行地役権は上記の売却によっては消滅せず、通行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができるかと解するのが相当である。上記の場合、抵当権者は、抵当権の設定時において、抵当権の設定を受けた土地につき要役地の所有者が通行地役権その他の何らかの通行権を有していることを容易に推認することができる上に、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる。これらのことに照らすと、上記の場合には、特段の事情がない限り、抵当権者が通行地役権者に対して地役権設定登記の欠缺を主張することは信義に反するものであって、抵当権者は地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらず、通行地役権者は、抵当権者に対して、登記なくして通行地役権を対抗することができるかと解するのが相当であり（最高裁平成9年（オ）第966号同10年2月13日第二小法廷判決・民集52巻1号65頁参照）、担保不動産競売により承役地が売却されたとしても、通行地役権は消滅しない。これに対し、担保不動産競売による土地の売却時において、同土地を承役地とする通行地役権が設定されており、かつ、同土地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用され、そのことを買受人が認識していたとしても、通行地役権者が承役地の買受人に対して通行地役権を主張することができるか否かは、最先順位の抵当権の設定時の事情によって判断されるべきものであるから、担保不動産競売による土地の売却時における上記の事情から、当然に、通行地役権者が、上記の買受人に対し、通行地役権を主張することができるかと解することは相当ではない。」

4 関係判例

(1) 通行地役権の対抗力（最判小2平成10・2・13民集52巻1号65頁）

「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。」

(2) 競落人の負担（最判小3昭和41年3月1日民集20巻3号348頁）

「同一の不動産について数個の抵当権が設定されているときは、後順位の抵当権者の申立によって抵当権が実行された場合であっても、競落当時存した抵当権はすべて消滅し、競落人は抵当権の負担のない不動産所有権を取得する（競売法2条1，2項）のであるから、その不動産は競落当時存した最先順位の抵当権の設定登記当時の権利

状態で競売に付されるものというべく，従つて，右最先順位の抵当権設定登記の後にその不動産について所有権その他の権利を取得した者は，その権利をもつて競落人に對抗することができないものと解すべきである（大正75月18日大審院判決・民録24輯984頁，昭和15年9月3日大審院判決・法律新聞4624号7号頁各参照）。」

5 解説

通行地役権の対抗力については，前記平成10年判決が，「要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置，形状，構造等の物理的状況から客観的に明らかであり，かつ，譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは」，承役地の所有者は民法177条の第三者に該当しないから登記なくして通行地役権を対抗できると判示した。これは画期的な判決であり，それまでは対抗力がないとして承役地が売却されることにより通行地役権を喪失する事例が多く見られたが，この判決後はそのようなことはなくなった。この判決が適用されるためには，通路として使用されていることが外形からわかる客観的状況が必要であるが，その客観的状況がいつの時点で存在することを要するかが論点である。第1審及び控訴審判決は，担保不動産競売による売却時をもって判断の基準時としたのであるが，その判断は恐らく，平成10年判決が「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において，譲渡の時に」と判示されているのを文字どおりに受け取って担保不動産の売却時を客観的状況の判断の基準時としたのであろう。しかし，それは昭和41年判決と整合性がないとされて最高裁判決によって破棄されたものである。

もし，第1審及び控訴審判決のように，根抵当権設定時ではなく，担保不動産の売却時に通路としての外形が存在していたことにより通行地役権が買受人に承継されれば，根抵当権が設定された当時には通路は全く存在しなかったとしても，その後に地役権が設定されたり時効取得された通路が担保不動産の売却時にさえ存在すれば負担が承継されることになるが，それでは根抵当権者の期待に反する結果になる上に，そもそも対抗要件の原則を根本から覆すことになる。このような解釈は到底採用できない。