

## 通行地役権者が承役地の担保不動産競売による買受人に対し地役権設定登記がなくとも通行地役権を主張することができる場合

〔最三小判平成25・2・26民集67巻2号297頁、判時2192号27頁、判タ1391号131頁、金法1989号138頁〕

報告：今 尾 真

### I 問題の所在

本件では、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、最先順位抵当権設定登記以前から存在する未登記の通行地役権者が、承役地の買受人に対して当該地役権を主張できるかが問題となった。

一方で、この問題は、通行地役権は登記をしなければ第三者に対抗できないのが原則であるところ（民177条、不登3条4号）、これが登記されない場合が多く地役権者の保護を図れないことから、未登記の通行地役権がいかなる場合に承役地の譲受人等に主張できるかという形で論じられてきた論点の一環をなしている。この点に関して、本判決において引用される最二小判平成10年2月13日（民集52巻1号65頁〔以下、「平成10年最判」という〕）は、いわゆる背信的悪意者排除論によらず、一定の要件に基づき民法177条の「第三者」から承役地の譲受人を除外するとの判断を示していた。

他方でまた、民事執行法は、不動産上の抵当権は売却により消滅し（民執59条1項、同188条）、消滅する抵当権に対抗できない用益権も買受人の引受けとならないと規定することから（民執59条2項、同188条）、本件は、この対抗できるかどうかの基準をどこに求めるかという不動産競売手続における用益権の帰趨といった問題にも関連する。この点に関しても、本件と同様、抵当権実行後の買受人に対して未登記の通行地役権を対抗できるか否かが問題となった事案に対して、東京高判平成6年9月29日（判タ876号180頁〔以下、「平成6年東京高判」という〕）が、抵当権設定登記時と未登記通行地役権の合意時の先後を対抗関係の基準時とする判断を示していた。

このように本判決は、平成10年最判のような通常の譲渡の事案ではなく、担保不動産競売による売却の事案において、いかなる場合にどのような要件で未登記通行地役権を買受人に主張できるか（平成10年最判と本判決との関係）、そして、それを主張できる基準時をどこに求めるべきか（執行手続法との関係）、といった民法実体法と執行手続法の交錯する問題について、最高裁として初めて判断を下したものであり、理論的にも実務的にも重要な意義を有するものといえる。なお、本件では、第1審・原審と最高裁とでその判断が分かれた点も興味深い。

## II 事案の概要

A建設が所有する甲乙丙の各土地およびAの代表者Bの所有する丁土地（以下、これら4筆の土地を一括して「本件土地」という）は、南北に走る国道1号線（以下、単に「国道」という）の東側に接しており、その一部が、国道に通ずる通路（以下、「本件通路」という）となっていた。また、X1ないしX7（原告・被控訴人・被上告人）は、国道の西側に土地を所有するまたは賃借する（X7）事業者で、本件通路を車両等の通行に使用していた。本件通路は、昭和55年頃、国道が片側2車線に拡幅されるのに伴い、X1の所有地から国道の南行車線に直接入るのが困難となったため、国道下を通過して国道東側にある本件土地から南行車線に入る必要が生じ、X1とAとで開設し、アスファルト舗装をしたものである。

そして、昭和55年頃から平成19年1月頃までに、A・Bは、X1および国道西側に所在する土地を所有する事業者X2ないしX6ならびにCとの間で、それぞれ所有する土地を要役地とし、本件通路を承役地とする通行地役権を設定する旨の明示または黙示の合意をした。しかし、これらの通行地役権はいずれも設定登記がなされなかった。その後、A・Bは、平成19年1月頃までに、本件通路を鈴鹿市に公衆用道路として移管することを計画し、本件通路を使用する者との間で順次、「私設道路通行契約書」（以下、「本件通行契約書」という）を作成した。本件通行契約書には、X1ないしX6およびCならびにC所有地の賃借人X7、ほかに多数の企業・自治体に、Aが通行権を認める旨の記載があった。

他方、昭和56年11月2日、Aは、甲土地にD信用金庫のために根抵当権を設定してその登記をし、また平成10年9月25日、AおよびBは、本件土地（甲乙丙丁土地全部）にE金庫のためにそれぞれ根抵当権を設定しその登記をした。平成18年7月20日、Eから根抵当権の移転を受けたF債権回収会社の申立てに基づき、本件土地につき担保不動産競売の開始決定がされ、平成20年4月11日、買受人Y（被告・控訴人・上告人）が本件土地の所有権を取得し、所有権移転登記を経由した。なお、競売に先立ち作成された現況調査報告書には、本件土地には本件通路が存在すること、および不特定多数の人が本件通路を使用している旨の所有者による回答の記載があること、これに加えて、本件通行契約書や本件土地の一部が道路として非課税扱いになっていることを示す資料が添付されていた。

同年8月末以降、Yは、本件通路に土砂や重機を置いて、車両による通行を妨げた。そこで、X1ないしX7が、Yに対して、本件通路につき通行地役権または土地通行権を有することの確認、および本件通路上の土砂・重機の撤去、ならびに本件通路の通行を妨害したことによる不法行為に基づく損害賠償を請求したのが本件訴訟である。これに対し、Yは、本件通路上の通行地役権の成立を争い、また仮に、本件通路に通行地役権が設定されたとしてもその設定登記がない以上、これをYには対抗できないなどと抗弁した。X1らは、再抗弁として、Yは背信的悪意者であり、X1らの登記欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者にはあたらないなどと主張した。

第1審判決（津地判平成22・8・17民集67巻2号305頁）は、本件通路につき、X1らとAらとの間の合意に基づく通行地役権が存在することを認定した上で、前掲平成10年最判を引用し、本件通路が外形上道路として使用されていることは明らかであり、Yは、X1らが本件通路を使用

通行地役権者が承役地の担保不動産競売による買受人に対し地役権設定登記がなくとも通行地役権を主張することができる場合  
することを認識していたかまたは容易に認識しうる状況にあったから、Yが通行地役権の設定を知らず、あるいはこれがないものとして本件土地を譲り受けたとしても、YがX1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するとしてX1らの請求を認容した。これに対して、Yは、(i) 平成10年最判は担保不動産競売手続による売却事例には当てはまらない、(ii) 仮に当てはまるとしても、Yではなく、Fが登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する者か否かの基準により判断すべきと主張して、控訴した。

原審判決（名古屋高判平成23・5・19民集67巻2号335頁）も、第1審判決を維持した上で、Yの主張(i)につき、平成10年最判の法理は、承役地の所有権移転が譲受人の意思に基づいて行われる場合に広く当てはまり、特段の事情のない限り、担保不動産競売手続の売却事例を別に扱う理由はなく、主張(ii)についても、同判決は、承役地の使用について対立する当事者間の利害を調整する判断であるから、承役地の新所有者と通行地役権者の事情を斟酌すべきであって、担保権者を基準に判断すべきではないとして、Yの控訴を棄却した。

そこで、Yは、X1らが抵当権設定後に通行地役権を取得したとして、原審判決は、「最先順位の抵当権設定登記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、その権利をもって競落人に対抗することができない」とした最三小判昭和41年3月1日民集20巻3号348頁に違背するなどとして、上告受理を申し立てた。

### Ⅲ 判決の内容

破棄差戻。

「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の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の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。」

「以上によれば、Y所有地の担保不動産競売による売却時に、本件通路が外形上通路として使用されていることが明らかであって、Xらが本件通路を使用していたことをYが認識していたか又は容易に認識し得る状況にあったことを理由として、XらがYに対し、通行地役権等を主張することができるとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法がある。論旨は理由があり、原判決中Xらに関する部分は破棄を免れない。そして、Y所有地に抵当権が設定された当時の事情等について更に審理を尽くさせるため、上記の部分につき、本件を原審に差し戻すこととする。」

#### IV 解説

##### 1 先例・学説

###### (1) 先例

ア. 平成10年最判一承役地が譲渡された場合に通行地役権者が未登記通行地役権を譲受人に対抗できるか否か

〔論理構成〕

「譲渡の時に (①基準時)、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 (②客観的要件)、かつ、譲受人がそのことを認識していたかまたは認識することが可能であった (③主観的要件) 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、特段の事情のない限り、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しない」

〔理由〕

「譲受人は、要役地の所有者が承役地について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、また、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」から。

Cf. 「特段の事情」……「承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半をなしている」場合。

〔論理構成〕

- ①判断の基準時……譲渡時
- ②客観的要件……通路の継続的使用が客観的に明らか
- ③主観的要件……譲受人がそのことを認識しまたは認識し得た

〔理由〕

上記要件②③を充足すれば、譲受人は要役地所有者への照会可能性を媒介として、通行地役権の負担を引き受けたものとされる。……にもかかわらず……

⇨譲受人が承役地取得後に通行地役権を否定するのは矛盾行為（禁反言）＝信義則違反

Cf.「特段の事情」……「承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半をなしている」場合。

---

イ. 平成6年東京高判一抵当権実行後の買受人に対し未登記通行地役権を対抗できるか否か

〔事案〕

傾斜地を所有するAからその土地の擁壁工事を請け負ったBが、請負代金の代わりに工事の結果造成される平坦地（以下、「本件土地」という）の所有権をAから取得する約束をし、工事完成を待たずに本件土地の処分権を得た。そして、Bはその平坦地の面積を増やし工事全体の採算をよくするため、隣地所有者Xにその土地の一部を廉価で売却することを求め、その条件としてBの本件土地の一部にXのために公道に出るための地役権者を設定することを合意した（ただし、未登記）。そして、Bは、約束どおり本件土地に通路を開設したが、その工事資金をCから借り受け、Cのために通路部分を含む本件土地全部に抵当権を設定した。その後、Bは工事を完成させたが、Cへの弁済を遅滞したため、Cが抵当権を実行しDが本件土地を買い受け、さらにこれをYに譲渡した。そして、YがXの通行を妨害等したため、XがYに通常妨害禁止、通行地役権設定手続および損害賠償を求めた。

〔論理構成〕

- ①判断の基準時……抵当権設定登記時
- ②客観的要件……抵当権設定当時、通路としての使用の客観的状況はなし
- ③主観的要件……抵当権者の通行地役権設定の合意の認識可能性と買受人自身の現地検分によるその認識可能性とを併せて考慮

(2) 学説—未登記通行地役権の対抗に関して

- ア. 通行地役権については、通路の開設と通行の事実が通行権の公示の役割を果たす（沢井）。
- イ. 表現地役権はその表現性が登記・公示の機能を代用し、原則として登記なくして対抗できる（岡本）。

〔理由〕

- i) 通行地役権の登記が稀である
- ii) 通行地役権は生活に不可欠の権利
- iii) 圍繞地通行権との隣接性

2 本判決の検討

(1) 原審判決の論理

【前提】……担保不動産競売による承役地買受人が通行地役権者との関係で民法177条の「第三者」にあたる

- ①判断の基準時……「担保不動産競売での物件の取得時」＝買受時
- ②客観的要件……通路の継続的使用が客観的に明らか
- ③主観的要件……「買受人の認識」可能性

→買受時に要役地所有者による通路としての継続的使用の客観的明白性が存し、買受人にその認識可能性が存在したとして、未登記通行地役権の買受人への対抗力を肯定。

(2) 本判決の論理

【前提】……抵当権者が通行地役権者と関係で民法177条の「第三者」にあたる

- ①判断の基準時……「最先順位の抵当権設定時」
- ②客観的要件……通路の継続的使用が客観的に明らか
- ③主観的要件……「抵当権者の認識」可能性

∴ 担保不動産競売における買受人の地位は、いわば抵当権者の地位を反映したものすぎない。

→最先順位の抵当権設定時を基準に、要役地所有者による通路としての継続的使用の客観的明白性および抵当権者によるその認識可能性があるときは、未登記通行地役権は売却により消滅しない。

↓

担保不動産競売における抵当不動産上の用益物権の帰趨と同様の処理（民執59条2項、同188条）

(3) 両判決と平成10年最判との関係……いずれも平成10年最判に依拠することを前提として

通行地役権者が承役地の担保不動産競売による買受人に対し地役権設定登記がなくとも通行地役権を主張することができる場合

ア. 原審判決……買受人の買受時を判断の基準時として、②③要件が充足されるかを問い、平成10年最判の「譲渡時」を「承役地（＝担保不動産）の取得時」と読み替えた。

イ. 本判決……最先順位の抵当権設定時を判断の基準として、②③要件が充足されているかを問い、また特に③要件は、買受人の認識ではなく、「抵当権者の認識」によるとした。

ウ. 両者の差異

a) 1番抵当権設定登記時、②③要件未充足、2番抵当権設定登記時両要件充足

→本判決からは、1番抵当権が実行されると、未登記通行地役権を買受人に対抗できないが、1番抵当権が弁済等により消滅して2番抵当権が順位上昇により1番抵当権として実行されると、買受人に対抗できる。

b) 2番抵当権設定登記時に②③要件が充足されていないが買受時までに充足

→本判決からは、未登記通行地役権を買受人に対抗できないが、原審判決からはこれを対抗できる。

(4) 本判決の意義と位置付け

ア. 意義

①通行地役権についても、民事執行法59条2項・同188条が適用され、民法177条による通行地役権と抵当権との優劣は最先順位の抵当権設定時を基準に判断されることを明らかにした。

②要役地所有者による通路としての継続的使用の客観的明白性および認識可能性があるときは、民法177条の「第三者」が通行地役権の登記欠缺を主張することは信義に反することを抵当権者との関係でも認めた。

イ. 位置付け一本判決の実質的意味が平成10年最判と同じかどうか

①両判決の信義則違反の理解の差異

平成10年最判……譲受人は、要役地所有者への照会可能性を媒介として、「何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けた」にも関わらず、その後に通行地役権を否定した行為態様に信義則違反が見出される。

Cf. 本判決……抵当権者が何らかの通行権の負担あるものとして抵当権を設定したと判示していない

↓

抵当権者が登記欠缺を主張することが信義則違反とする評価を抵当権者の矛盾行為に求めている

(通路としての継続的使用の客観的明白性があり、抵当権者にその認識可能性があ

るときには、抵当権者は要役地所有者への照会を通じて通行の有無および内容を調査できるところ、これをしなかった点に信義則違反がある)

||

要役地所有者に対する照会可能性に担保された通路としての継続的使用の客観的明白性に、登記にかわる一種の明認方法としての機能を承認⇒信義則違反は本判決では実質的意味を有しない(横山)

### ②照会可能性の意味の差異

平成10年最判……譲受人が何らかの通行権の負担を引き受けたとの評価を引き出すための要件

Cf. 本判決……要役地所有者による通路としての継続的使用の客観的明白性が一種の明認方法として対抗力を有するための要件

### ③位置付け

→本判決は、未登記通行地役権の対抗力を、実質的には第三者の主観的態様と切り離して判断をした点において、平成10年最判より一歩踏み込んで民法177条の「第三者」の主観的範囲による解決から離れることを明確にした。

## 3 本判決の射程

### (1) 競売時までに、通路としての継続的使用が客観的明白性を失った場合

→本判決の「特段の事情」として、未登記通行地役権の対抗力は喪失(明認方法と同様の処理)

### (2) 担保不動産が任意売却された場合

→本判決の射程は及ばず、平成10年最判の法理により処理(所有権取得時を基準に譲受人と通行地役権者との関係で判断)

### (3) 関連問題—通行地役権の時効取得

【参考判例】最判平成23・1・21判時2105号9頁

〔事案〕……建物所有目的の未登記土地賃借につき抵当権設定登記後に事項が完成した事案)

〔判旨〕

「不動産につき賃借権を有する者がその対抗要件を具備しない間に、当該不動産に抵当権が設定されてその登記がされた場合、上記の者は、上記登記後、賃借権の時効取得に必要とされる期間、当該不動産を継続的に用益したとしても、競売又は公売により当該不動産を買受けた者に対し、賃借権を時効により取得したと主張して、これを対抗するこ



通行地役権者が承役地の担保不動産競売による買受人に対し地役権設定登記がなくとも通行地役権を主張することができる場合  
とはできない」

〔理由〕

抵当権と賃借権との関係は、所有権の時効取得と目的物の第三者への譲渡のような「相容れない権利の得喪」にはあたらない

Cf. 抵当権設定登記後に通行地役権の時効取得（民283条）に必要な期間、外形上認識することができる形で継続的に通路を使用していたとしても、通行地役権の時効取得を買受人に対抗できないのでは？

⇔ 平成23年最判に対する批判

- 〈批判〉 i) 用益権と抵当権の両立可能性という理由に対する疑義  
ii) 平成23年最判は、債権である賃借権に限定すべき

#### 4 本判決の問題点

(1) 民事執行法制度の趣旨（広く一般市民の買受けを募る）に抵触するおそれ

ア. 買受人に過大な負担をかけることになるのでは？

→買受人は、物件明細書の記載や現況の確認だけでなく、最先順位の抵当権者の抵当権設定登記時の認識まで調査しなければならない。

イ. 抵当権者への認識を照会しても無意味では？

→抵当権者の「認識」だけでなく「認識可能性」も要件となっており、抵当権者の「認識」を照会しても、無意味となりうる。

(2) 考え方

ア. 通行地役権が登記されることが稀、通行地役権は生活に不可欠の権利という特質を重視すべき？

or

イ. 民事執行法制度の趣旨を貫徹すべきか？

以上

【付記】

本報告に基づき、月刊登記情報642号27頁（2015年5月1日）に本判決の評釈を公にしたので、参照されたい。