The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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 : 最判平成二五年二月二六日民集六七巻二号二九七頁
Author(s)	武田, 直大
Citation	阪大法学. 2015, 64(5), p. 341-360
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71547
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

判例研究

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

——最判平成二五年二月二六日民集六七巻二号二九七頁——

武田直大

Ⅰ 事件の概要

一 事実

(1) 本件事案は、X_1ないしX_9の九名が（以下、九名を併せて「Xら」とする。）、担保不動産競売の買受人Yに対し、通行地役権または土地通行権を有することの確認等を求めたというものである。

(2) まず、本件において問題となった各土地の位置関係は、次のとおりである。現場は、国道一号線が概ね南北に通っており、同国道は、片側二車線で、中央分離帯により区分されていた。Yの取得した四筆の土地（以下、「本件土地」とする。）は、国道の東側に接しており、Xらは、国道の西側に土地を所有していた。本件土地上には、昭和五五年頃までに通路（以下、「本件通路」とする。）が開設されていた。本件通路は、国道下を東西に結ぶアンダーパスに接続しており、その東出口付近から大きく弧を描いて南側に向かい、国道に接する形状であった。

(3) 次に、Xらの通行地役権または通行権の設定に関しては、以下のような事情が存在した。

本件土地の前主は建設会社Aおよびその代表取締役Bであったが、Aは、国道一号線の西側にも土地を所有していた。昭和五

五年頃、国道が片側二車線に拡幅されることになり、西側地域から南行車線への直接進入が困難になったことから、Aは、X_1と共に、本件通路を開設した（X_1が、アスファルト舗装を担当した。）。その際、X_1とAら（以下、AとBを併せて「Aら」とする。）との間では、本件通路の使用について明示の契約はされなかったが、以後、X_1は、本件通路を使用し、舗装に関する維持管理を継続した。その後、Aらは、平成一九年一月頃までに、本件通路を公衆用道路として市に移管することを計画し、X_1との間で「私設道路通行契約書」（以下、「本件通行契約書」とする。）と題する書面を作成した。これらの事情から、昭和五五年頃から平成一九年一月頃までの間に、本件通路につきX_1の通行地役権を設定する旨の合意がされたものと認定されている。

X_2は、平成一二年二月に、国道西側のA所有地を買い受け、その際に、Aらとの間で、本件通行契約書等を交わし、本件通路につき、通行地役権設定契約を締結した。

X_3ないしX_6は、それぞれ平成元年から平成一三年までの間にAらから国道西側の土地を取得し、Aらとの間で本件通行契約書が作成された平成一九年一月頃までに、通行地役権の設定を受けたものと認定されている。

また、Aらは、平成一八年八月に、当時国道西側に土地を所有していた訴外Cとの間で、本件通路につき通行地役権を設定する旨の合意をした。Cの所有する要役地は、平成二〇年一月に訴外D社に譲渡され、DからX_7に賃借された。

そのほか、地域の自治会であるX_8およびX_9も、本件通路の通行地役権または債権的な通行権を主張していた（原審において後者の確認に訴えを変更）。しかしながら、要役地を所有しておらず地役権を取得することはできないこと（一審）、債権的権利には後掲最判平成一〇年の判旨が当てはまらないこと（原審）を理由に、一審および原審において請求が退けられている。

(4) 他方で、本件土地における担保権の設定およびYによる所有権取得の経緯は、次のとおりである。まず、本件土地のうちAが所有する一筆について、昭和五六年一一月二日に、訴外Eを根抵当権者とする根抵当権が設定され、同月一〇日に、その旨の登記がされた。つづいて、本件土地全部について、平成一〇年九月二五日に、訴外F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。その後、平成一八年七月二〇日に訴外GがFから根抵当権の移転を受け（同二六日に登記）、Gの申立てに基づいて、担保不動産競売の開始決定がされた。平成二〇年四月一一日に、Yが代金を納付して、本件土地を取得し

た。

(5) Yは、平成二〇年八月末以降、本件通路に土砂や重機等を置いて、車両通行を妨害した。そこで、Xらは、Yに対して、通行地役権または通行権の確認、本件通路上の土砂や重機の撤去などを求め、本件訴訟を提起した。

二　一審および原審

本件において主たる争点となったのは、X_1ないしX_7が有する各通行地役権またはそれに基づく通行権を、承役地の買受人Yに対抗することができるかである。この点について、一審および原審は、それぞれ次のように判断した。

1　一審――津地裁平成二二年八月一七日判決

一審は、後掲最判平成一〇年の判旨をYによる本件土地の取得時の状況に当てはめ、①Yは、本件土地の競落前から、国道一号線の西側に出入りする車両等が南行車線に入るために本件通路を使用することを認識していたか、あるいは容易に認識することができる状況にあったこと、②そうすると、Yは、Aらに照会するなどして、容易にXらの通行権の有無・内容を審査することができたことなどを理由に、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、Xらに対して登記の欠缺を主張することは、信義に反するとした。

2　原審――名古屋高裁平成二三年五月一九日判決

原審も、①後掲最判平成一〇年の法理を担保不動産競売手続による売却の場合にも適用すべきこと、②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り、担保権者を基準に判断すべきでないことなどを理由に、一審の判断を維持した。Yが上告受理申立て。

Ⅱ　判旨（破棄・差戻し）

「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と解するのが相当であり、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と解するのは相当でない。」

Ⅲ　検討

一　はじめに

本判決は、最判平成一〇年二月一三日民集五二巻一号六五頁（以下、「最判平成一〇年」とする。）が通行地役権の対抗問題に

ついて示した法理が、担保不動産競売の事案においても適用されること、また、それがどのように適用されるべきかを明らかにしたものである。本判決については、既にいくつもの解説や評釈[1]が公表されているが、それらにおいて、本判決は、概ね肯定的に受け入れられているように見受けられる[2]。もっとも、筆者は、本判決の扱う問題について、十分に解明し尽くされていない部分があるのではないかと感じる。そこで、本研究においては、次の二つの問題に焦点を合わせて、本判決を検討する。

第一の問題は、不動産競売の事案において誰との関係で対抗問題を判断すべきかというものである。本判決は、買受人だけを基準としない点では明確であるが、後述のように、そこから先の判断については不明瞭な部分がある。また、買受人基準を否定する点を含め、いかなる考慮によってこの問題が処理されているのかは、およそ明らかにされていない。そこで、この問題を改めて検討したい。

第二の問題は、本判決にいう抵当権者の信義則違反の意味についてである。本判決は、一見したところ、承役地譲受人の信義則違反を問題にした最判平成一〇年の法理を、そのまま抵当権者にもあてはめたかのようである。しかしながら、承役地譲受人（所有者）と抵当権者の立場の相違を考慮するならば、対抗問題における両者の扱いには、違いがあるのではないか。このような問題意識から、本判決における信義則違反の意味を考察する。

以下では、前提となる最判平成一〇年について簡単な整理をしたうえで、これら二つの問題を取り上げて、本判決の検討を行う。

二　最判平成一〇年

1　最判平成一〇年の概要

周知のように、最判平成一〇年は、未登記の通行地役権を承役地の譲受人に対抗することができるかという問題について、「通行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こと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」としたものである。

同判決の一般的な位置づけとしては、次のようにいうことができる。すなわち、民法一七七条の規定について、判例は、大審院の時代から、全ての物権変動につき登記がなければ第三者に対抗することができないとする一方（変動原因無制限説）[3]、第三者の範囲については、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者に限られるとの立場を示してきた（第三者制限説）[4]。そして、第三者の範囲につき、客観的要件による制限とともに、主観的要件による制限が行われてきた。この点について、判例は、周知のように、所有権移転の場面を中心として、いわゆる背信的悪意者排除の法理を形成しており、そこでは、①実体上物権変動があった事実を知る者において、②登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情がある場合には、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しないものとされる[5]。

最判平成一〇年もまた、――少なくとも形式的には――主観的要件によって登記の欠缺を主張しうる第三者の範囲を画したものであるが、そこでは、背信的悪意者排除の法理によらない判断が示されている。すなわち、原審が背信的悪意者として承役地譲受人に登記の欠缺を主張する正当な利益を認めなかったのに対して、同判決は、善意・悪意を問わず、端的に信義則に依拠して、譲受人に正当な利益があるか否かを判断すべきものとしている。それによれば、譲受人は、譲渡時に承役地が通路として使用されていることを認識していたかまたは認識することができたのであれば、通行権の存在を推認して、その有無・内容を容易に調査することができるところ、「譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、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ものというべきであって、右の譲受人が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、通常は信義に反するものというべきである」とされる。信義則違反を理由とする第三者制限は、背信的悪意者排除の法理が確立される以前に、既に最高裁によって示されていたところであり[6]、最判平成一〇年は、ここに立ち戻ったものということができる。

2　学説における最判平成一〇年の理解

最判平成一〇年の一般的な位置づけとしては、以上のようにいうことができるが、そこから先の同判決の理解については、いくつかの見解が示されている。代表的なものを整理すると、次のとおりである。

第一に、最判平成一〇年における信義則違反を禁反言ないしは矛盾行為禁止の原則によって説明する見解があり、比較的広く支持されている。この見解によれば、最判平成一〇年のいう信義則違反は、「『何らかの通行権の負担のあるものとして』承役地を譲り受けた譲受人が、その後に通行権を否認する態度に出ることは、禁反言ないし矛盾行為禁止に触れるものとして許されない」との趣旨に解される。(7) このような見解に関連して、背信的悪意者排除の法理が主として想定してきた二重譲渡紛争と、地役権者・譲受人間の紛争との相違が指摘されている。すなわち、前者においては、第二譲受人の所有権取得それ自体が第一譲受人の地位と相容れないのに対して、後者においては、地役権の存在を認識しつつ承役地を譲り受けたとしても、そのこと自体は、何ら非難されるべき行為ではない。むしろ、譲受人が、登記の欠缺を主張して地役権を否認することにより、初めて権利の衝突が生じる。このような紛争形態ゆえに、後日の通行権否認に焦点を合わせた法的評価がされたのだ、という理解が示されている。(8)

第二に、不動産利用権の対抗に関する判例であることに留意しつつも、より一般的に、善意・有過失者についても登記の欠缺を主張しえないものとした点に、最判平成一〇年の意義を見出す見解もある。そこでは、「対抗要件が備えられていなくても、事実上その権利の行使があることを知ったときには、権利の有無を調査すべきであり、調査しなかったときには過失があり、そうした過失者が対抗要件の欠缺、権利の不存在を主張するのは、信義則違反とされる」という趣旨で、同判決が理解されている。(9)(10)

以上の二説は、第三者制限の枠内において最高裁のいう信義則違反をどのように理解するかという議論であるが、最判平成一〇年の位置づけとしては、さらに、実質的に変動原因制限説に向かったものとする指摘もされている。すなわち、「実質的には、表現且継続の通行地役権に限って、変動原因の側面から一七七条の適用範囲を制限したに等しい」とする指摘である。(11) 見方を変えれば、明白かつ継続的な通路の開設が登記に準じる通行地役権の対抗要件とされた、ということになろう。(12)

三　本判決の検討

1　対抗問題の当事者

以下では、先に提示した第一の問題、すなわち、担保不動産競売の事案において対抗問題の当事者を誰とすべきか、という問題を検討する。論理的には、①買受人、②抵当権者、③双方という三つの可能性がある。以下、①を「買受人基準説」、②を「抵当権者基準説」、③を「双方基準説」と呼ぶ。

(1)　従来の裁判例

各説の検討に入る前に、この問題に関連する従来の裁判例を整理する。

(ア)　買受人基準説をとる裁判例

既述のように、本件第一審および原審は、いずれも買受人自身について最判平成一〇年の法理をあてはめ、Yによる登記欠缺の主張を信義に反するものとしている。その他に、東京地判平成一六年四月二六日判タ一一八六号一三四頁も、この系列の裁判例として挙げることができる。同裁判例の事案は、本件と異なり、一般債権者の申立てにより承役地が強制競売にかけられたというものであるが、東京地裁は、最判平成一〇年の法理を当てはめるに際して、承役地の「譲渡の時」とは、「不動産の競売にあっては売却許可決定の確定をもって売買が確定的に成立することから、承役地に関する売却許可決定が確定した時と解するのが相当である」と判示したうえで、その当時における買受人の認識可能性を認めて、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した。一般に、抵当権者を含む物権取得者と同様、差押債権者も民法一七七条の「第三者」に当たるとされているところ、[13] 差押債権者に焦点を合わせて最判平成一〇年の法理を適用することも考えられたはずである。そのような処理をしなかったという点において、この判決は、本件第一審および原審と同傾向にあるということができる。[14]

（イ）抵当権者基準説をとる裁判例

根抵当権が実行された場合における借地権の対抗力が問題とされた東京高判平成一二年五月一一日金商一〇九八号二七頁は、民事執行法一八八条の準用する五九条一項および二項を挙げて、「不動産競売では、対抗問題は、抵当権の設定時に生じ、買受人が不動産を競落するときに生じるのではない」とした。民事執行法の規定の趣旨について、同判決は、①買受人に移転される権利は、抵当権者が把握していた権利にほかならず、抵当権者が把握していた価値を超えることはない、②抵当権設定登記より後であっても買受人への所有権移転登記よりも前に対抗要件を備えれば借地権を対抗することができるというのでは、買受人に負担が増え、その分、抵当権者が把握していた価値が実現されないことになる、などと述べている。東京高決平成一三年二月八日判タ一〇五八号二七二頁も、同様の判断をしている。

その他に、国税滞納者に対する公売処分に関する最判昭和三五年三月三一日民集一四巻四号六六三頁も、比較可能な判例として挙げることができる。同判決は、譲渡されたものの登記未了となっていた不動産が、譲渡人の国税滞納により、譲渡人の所有するものとして差し押さえられ、公売処分に付されたという事案において、滞納者の財産を差し押さえた国の地位は、差押債権者の地位に類するものであり、民法一七七条の適用があるが[15]、国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者にあたらない場合には、公売処分は、滞納者の所有に属しない物件を対象としてなされたものとして、競落人に所有権を取得せしめる効果を生じないとする意味において無効となるとしている。この判例は、競落人を一七七条の「第三者」として扱わなかった点において、抵当権者基準説に類するものと位置づけられる。

（ウ）双方基準説をとる裁判例

最判平成一〇年よりも前の裁判例であるが、東京高判平成六年九月二九日判タ八七六号一八〇頁は、抵当権者と買受人の双方について、公平の原則に依拠して、第三者性を判断している。すなわち、同判決は、まず、抵当権者に通路開設合意の存在を知りうる端緒があり、また、通路開設と引き換えに対象土地の担保価値が増大したなどの事情の下においては、抵当権者が登記の

不存在を援用して通行地役権を否定することは、公平の原則に反し許されないとした。それゆえ通行地役権は民事執行法五九条二項の規定によって消滅しないとしたうえで、さらに、買受人および買受人からの転得者についても、各買受けに当たり通路部分が造成され継続的に利用されている事実を認識しまたは認識しえた等の事情から、登記がないことを援用して通行地役権を否定することは、公平の原則に反し許されないものとした。

(2)検討

(ア)買受人基準説の当否

買受人基準説をとる裁判例は、むろん競売の段階で存在する通行地役権を保護せんとする動機によるものと考えられるが、その基礎には、次の二つの論拠を指摘することができる。

第一に、原審が明確に述べるように、「最判平成一〇年の法理は、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ものである」との論拠である。この論拠については、信義則違反の意味の問題として、後で検討する。

第二の論拠として、いわゆる相対的構成の考慮もありうるのではないかと考えられる。すなわち、「登記の欠缺を主張し得る第三者に該当するかは、問題となる者について、それぞれ相対的に判断されるべきである」との考慮である。この考え方を単純に当てはめれば、買受人が通行地役権の登記欠缺を主張し得るか否かを決するに、買受人自身の信義則違反だけを問題とすればよいことになる。

しかしながら、これらの論拠をもって買受人基準説を支えることは、困難であるといわざるを得ない。というのは、民事執行法一八八条および五九条二項によれば、用益権が最先順位の抵当権に劣後する場合、その用益権は売却により消滅し、それ以上に、買受人に対抗し得るか否かという問題を生じないはずだからである。仮に用益権の消滅を相対的に解するならば――つまり、用益権は買受人との関係でのみ存続するものとして処理するならば――、とりわけ通路が開設されている限り買受人の信義則違反が認められる可能性の高い最判平成一〇年法理のもとでは、地役権の消滅を前提とした競売が困難となり、用益権に優先する

はずの抵当権の価値実現が妨げられる。ここでは、前掲東京高判平成一二年の②の指摘が、当てはまる。したがって、本判決が買受人基準説を退けている点は、正当といえる。

（イ）抵当権者基準説と双方基準説の当否

次に、残る抵当権者基準説と双方基準説の検討に移る。民事執行法の規定文言は、前者のみを許容するわけではない。すなわち、同法一八八条および五九条二項における最先順位の抵当権に劣後する用益権の消滅ルールは、「抵当権者に対抗可能な用益権は、買受人に対しても当然に主張することができる」という裏の論理（反対解釈）を、当然に帰結するものではない。したがって、抵当権者基準説と双方基準説のいずれをとるかは、解釈論上開かれた問題ということができる。[16] 二つの説は、抵当権設定時には通行地役権が表現しており、最判平成一〇年の法理によれば抵当権者に対抗可能であったが、売却の時点では、何らかの事情で通路が撤去されるなど表現性が失われていた場合に、異なる結論をもたらすことになる。

この問題を検討する前に、本判決自身がいずれの説に与しているのかについて不明瞭な点があることを、指摘しておく必要がある。判旨が、「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」としていること、また、その理由付けにおいて、「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」と述べていることからすると、本判決は、抵当権者基準説に立つものと理解することができそうである。[17] しかしながら、本件事案は売却時には通行地役権が表現していたというものであること、さらに、判決理由においても、上記の箇所に続いて、「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と解することは相当でない。」（傍点は筆者）とされていることからすると、本判決は、売却時の事情がおよそ問題にならないという趣旨ではなく、売却時に通行地役権がもはや表現していなかった場合の処理については、態度決定していないと見る余地もある。[18] このように、本判決の文理のみからは、いずれの理解もありうるとすると、より積極的に、どちらの見解が妥当である

かを考察することが、重要となってくる。

そこで、まず抵当権者基準説がどのように理由づけられているかを見るに、前掲東京高判平成一二年が比較的詳細な説明をしていることが注目される。繰り返すと、そこでは、「買受人に移転される権利は、抵当権者が把握していた権利にほかならず、抵当権者が把握していた価値を超えることはない」との命題が掲げられている。また、「不動産競売における買受人の所有権の取得は、抵当権者の有する換価権の実現にすぎず、新たな物権変動ではない。」とも述べられている。従来の学説においても、管見するところ、抵当権者基準説が支持されているが、これ以上に立ち入った根拠は、示されていないように見受けられる。[19]

しかしながら、このような説明は、抵当権者基準説を十分に根拠付けていないのではないか。というのは、双方基準説についても、上記の命題と背理しないかたちで、構成することができるからである。このことを説明するうえで有用なのが、転得者の登場する二重譲渡の事例との対比である。[20]

判例[21]は、背信的悪意者からの転得者が登記の欠缺を主張し得るかが問題とされた事案において、背信的悪意者に当たるか否かは相対的に判断されるべき事柄であるとして、転得者は、第一譲受人との関係で自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、登記の欠缺を主張し得る第三者に該当するとしている。[22]ここでは、第二譲受人が背信的悪意者であるとしても、第二売買自体が無効となるわけではなく、転得者は無権利者から当該不動産を買い受けたことにはならない、との考え方が採られている。換言すると、譲渡人・第二譲受人・転得者の関係においては、所有権が順次移転されており、転得者は第二譲受人の得た権利以上のものを得るわけではないことになる。

抵当権の実行の場面においても、これと同様に考える余地がある。つまり、「たとえ抵当権が用益権に劣後するとしても、不動産所有者・抵当権者・買受人の関係においては、抵当権は負担のない不動産の価値を把握しており、買受人も負担のない所有権を取得する余地を有する」と考えるのである。双方基準説は、このような論理を基礎として成立しうる。そうすると、「買受人に移転される権利は、抵当権者の把握していた価値を越えない」との命題は、直ちに抵当権者基準説と双方基準説の間の態度決定の決め手となるものではない。

それにもかかわらず、従来一般に通用してきた抵当権者基準説を維持するとすれば、次のような理由付けが考えられる。すなわち、背信的悪意者からの転得者の事例において、転得者は、背信的悪意者の特定承継人であるとはいえ、背信的悪意者による第二売買自体に関与していたわけではない。それゆえ、転得者は、背信的悪意者とは独立に、第三者性を主張し得るものと考えられる。これに対して、担保不動産競売における買受人は、抵当権の実行手続において権利を取得している以上、その地位はより強く抵当権者に依存している。したがって、抵当権者とは独立の利害関係人として認められない。さしあたり、以上のような理由付けが成り立つのではないか[23]。

2　信義則違反の意味

つづけて、第二の問題について検討する。抵当権者に焦点を合わせて信義則違反の有無を問うとして、そこにいう信義則違反の意味は何なのか、また、抵当権者の信義則違反は、最判平成一〇年における承役地の譲受人の信義則違反と同視し得るのであろうか。

この問題について、まずは、買受人基準説の側から検討してみる。既述のように、買受人基準説は、その論拠の一つとして、最判平成一〇年の法理を、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ものと理解していた。このような最判平成一〇年の理解は、前述の学説における同判決の理解の一つ、すなわち、承役地の譲受人に特有の矛盾行為を捉えて信義則違反を認めたものとの理解と、つながりうるものである。このような理解を前提とすると、一見したところ、抵当権者には譲受人と同様の矛盾行為は見出されなさそうである。譲受人には、通行妨害や所有権に基づく妨害排除請求といった地役権否定行動が考えられる。これに対して、抵当権者は、抵当権の実行前においては、そもそも原則として土地の使用関係には介入しえないのであるから、通行権を否定する行動というものを観念しがたい。また、競売の申立てについても、そこに矛盾行為の要素を見出すことは困難であろう。そのうえ、本件においても一部の土地についてそうであったように、最高裁によれば信義則違反の有無を判断するうえで決定的な第一順位の抵当権者ではなく、後順位の抵当権者が競売を申し立てたという場合には、なおさらそこに前

者の信義則違反を見出すことは困難である。

もっとも、抵当権の実行により未登記通行地役権が消滅することで抵当権者が利益を享受する点に、なお抵当権者の矛盾行為を見出す可能性がある。というのは、抵当権設定時に抵当権者が通行の存在を認識可能であったのであれば、「何らかの通行権に劣後するものとして」抵当権を取得したものというべきであり、そのような抵当権者が通行地役権の消滅による利益を受けるのは信義に反する、との論理が成り立ちそうだからである。このように考えることができるのであれば、本判決における抵当権者の信義則違反を、最判平成一〇年における譲受人の信義則違反と類似のものとして、位置づけてよいことになる。[24]

しかしながら、果たして本当に、このような形で譲受人と抵当権者とをパラレルに捉えることができるのだろうか。譲受人に矛盾行為が認められるのは、「何らかの通行権の負担あるものとして」所有権を取得した、つまり、自らの意思で通行権の負担を引き受けた（少なくとも、そのように受け取られてもやむを得ない行動をとった）という、先行行為があるからであろう。地役権に限らず用益権と所有権の関係においては、対抗要件ルールにかかわらず、所有権取得者は自らの意思で用益権を引き受けることが可能である。例えば、賃借物の譲渡に際して、賃貸人と譲受人の合意によって賃貸人の地位を譲受人に移転しうることは、判例によっても承認されているところである。[25] このような可能性を有する譲受人は、自らの選択に基づく不利益を課されてもやむを得ない。それゆえに、通行権の負担を認識可能であった譲受人が後に登記の欠缺を主張すれば、矛盾行為を責められ、登記の欠缺を主張し得る第三者とは扱われなくなるのではないか、と考えられる。抵当権者についてこれとパラレルな論理が成り立つためには、抵当権を用益権に劣後させるという抵当権者の自己決定を、観念することができなければならない。

この点に関連して、抵当権と賃借権の関係については、民法三八七条が明文の規定を置いているところである。それによれば、対抗要件の具備において賃借権が抵当権に劣後する場合には、賃借権の登記、優先する全抵当権者の同意（転抵当権者等がいる場合にはその承諾も）、その同意の登記という極めて厳格な要件のもとで、賃借権を抵当権に対抗可能なものとすることができる。また、民事執行法五九条五項によれば、競売手続において利害関係人が合意をし、その旨の届出をすれば、抵当権に劣後する不動産上の権利を売却後も存続させることが可能となる。これらの規定において、対抗要件による優劣関係を当事者の意思に

よって違えることが限定的にのみ認められていることに鑑みれば、そのような規定がないところでは、抵当権者が自らの意思で用益権を優先させることなど、できないのではないだろうか。このように考えると、抵当権者には、通行地役権の消滅による利益享受を矛盾行為とするための先行行為が、そもそも認められないことになる。

このような問題意識に基づいて改めて本判決を読むと、最判平成一〇年と比較して、言い回しの異なる箇所があることに気付かされる。すなわち、本判決においては、最判平成一〇年における「譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らないで承役地を譲り受けた場合であっても、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ものというべきであって」に該当する部分がなく、通行権の推認可能性や調査可能性をいう部分と信義則違反をいう部分とが直結している。つまり、最判平成一〇年における信義則違反を禁反言の趣旨で読むために決定的に重要な部分が、本判決では欠落している。この点を重視すると、本判決において最高裁自身、譲受人の信義則違反と抵当権者の信義則違反を、全く同じには考えていなかったのではないか、と推測される。[26]

以上の検討によれば、最判平成一〇年における信義則違反を禁反言の意味に解するとしても、本判決にいうそれを同義に読むべきではない。本判決の理解としては、①「通行権の推認可能性・調査可能性があるにもかかわらず、調査を怠った」という意味において過失のある抵当権者を主観的に一七七条の「第三者」から排除するもの、あるいは、②通路の明白性を通行地役権の対抗要件としたものとする可能性が残ると考えられる。[27] いずれにせよ、抵当権者と承役地譲受人とではその地位に差があるところ、本判決をもって直ちに、後者に関する最判平成一〇年について理解の修正を迫るものと見るのは、早計ではないだろうか。

四　残された課題

最後に、本判決において残された問題を指摘しておく。本判決に従えば、最先順位の抵当権の設定時に通行地役権が表現していなければ、当該地役権を買受人に対抗することはできなくなる。また、たとえ抵当権の設定時に通路が開設されていたとしても、通路とそれを利用する位置関係にある土地の所有者が同一であり、そのために通行地役権が設定されておらず、後日、両土

地の所有者が分かれ、通行地役権が設定されたという場合にも、本判決からは、抵当権に劣後せざるを得ないことになる。[28] これらの場合において、なお通行地役権者を救済する手立てがあるのかどうかについては、本判決が明らかにするところではない。

抵当権に劣後する通行地役権者を救済する可能性としては、一つには取得時効の利用が考えられる。この点に関連して、最判平成二三年一月二一日判時二一〇五号九頁の存在が気になるところである。そこでは、対抗要件において不動産賃借権が抵当権に劣後していた場合について、賃借人は、抵当権の登記後、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、買受人に対して賃借権の時効取得を対抗することができないとしている。この法理を抵当権と用益権の関係一般に及ぶものとして理解するならば、通行地役権が抵当権に劣後する場合においても、抵当権に優先する地役権の時効取得は不可能ということになりそうであるが、このような理解でよいのかについて、さらに検討を要するところである。[29]

（二〇一四年八月稿）

〔追記〕本稿は、二〇一四年五月一六日の神戸大学民法判例研究会および同年七月二四日の大阪大学民事判例研究会における報告をもとにしたものである。両研究会の席上ご教示を賜った先生方に、この場を借りて御礼を申し上げる。

（1） 本判決の解説・評釈として、小山泰・TKC新・判例解説Watch民法（財産法）No. 73（二〇一三年）、同・法律時報八六巻六号（二〇一四年）一一二頁、秋山靖浩・判例セレクト二〇一三［I］（二〇一三年）一五頁、西川佳代・判例セレクト二〇一三［II］（二〇一三年）三二頁、中里真・行政社会論集二六巻二号（二〇一三年）九三頁、常岡史子・法律のひろば六六巻一二号（二〇一三年）六四頁、山野目章夫・平成二五年度重判解（二〇一四年）七五頁、米倉暢大・法学協会雑誌一三一巻四号（二〇一四年）一五五頁、田中英司・判例評論六六二号（二〇一四年）一六頁、岡本詔治・私法判例リマークス四九号（二〇一四年）一四頁、横山美夏・民商法雑誌一四九巻二号（二〇一四年）二六頁を参照。

（2） もっとも、西川・前掲注（1）は、「買受人の土地利用が買受人の認識ではなく抵当権者の認識および認識可能性に係るということは、買受人の予見可能性が低下することとなり、広く一般市民の買受を募るという民事執行制度の趣旨と

の関係では問題があるといえよう。」と述べ、本判決に疑義を呈している。

(3) 大連判明治四一年一二月一五日民録一四輯一三〇一頁

(4) 大連判明治四一年一二月一五日民録一四輯一二七六頁

(5) 最判昭和四〇年一二月二一日民集一九巻九号二二二一頁、最判昭和四三年八月二日民集二二巻八号一五七一頁、最判昭和四三年一一月一五日民集二二巻一二号二六七一頁など。

(6) 最判昭和三一年四月二四日民集一〇巻四号四一七頁

(7) 野澤正充「判批」私法判例リマークス一八号（一九九九年）二四頁、横山美夏「判批」平成一〇年度重判解（一九九九年）六四頁、秋山靖浩「判批」不動産取引判例百選（第三版、二〇〇八年）一八五頁、児玉寛「判批」民法判例百選Ⅰ総則・物権（第六版、二〇〇九年）一二一頁などを参照。

(8) 石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（一）――取得時効に関する最判平成一八年一月一七日を契機として――」立教法学七三号（二〇〇七年）八九・九一頁、秋山・前掲注（7）一八五頁、児玉・前掲注（7）一二一頁

(9) 川井健「判批」民商法雑誌一一九巻三号（一九九八年）四三二頁、松岡久和「判批」判例セレクト一九九八（一九九九年）一四頁

(10) 松尾弘「物権変動における『対抗の法理』と『無権利の法理』の間（一）・（三）」慶應法学六号（二〇〇六年）三八八頁以下・一〇号（二〇〇八年）四二二頁以下、同「不動産物権変動における対抗の法理と無権利の法理の交錯」川井傘寿『取引法の変容と新たな展開』日本評論社（二〇〇七年）一六三頁・一六九頁以下も、最判平成一〇年を有過失者排除論として理解しているが、さらに無権利の法理につながるものとして捉えている。

(11) 石田剛「判批」法学教室二一五号（一九九八年）一一一頁

(12) 岡本詔治『通行権裁判の現代的課題』信山社（二〇一〇年）一三八頁（初出二〇〇〇年）も参照。

(13) 大連判・前掲注（4）などを参照。

(14) もっとも、東京地判平成一六年の事案は、昭和四八年に通行地役権が設定されたが、それ以前から売却許可決定時（平成一二年）に至るまで、通路が表現していたというものであり、差押債権者基準によっても、結論は異ならなかったのではないかと考えられる。また、承役地買受人（原告）も、入札時を基準にすべきことを主張していただけである。こ

れらの点からすると、本裁判例は、差押債権者基準説を否定したものとして、決定的な意味を持たないともいえる。

(15) 前掲注（6）最判昭和三一年（前掲最判昭和三五年の前上告審判決）

(16) 大西武士「抵当権と賃借権の相克」判タ一〇五九号（二〇〇一年）四二頁とりわけ四五頁以下は、抵当権設定時における借地権の対抗要件具備の問題と、競売による所有権移転時にも借地権の対抗要件具備を要するかという問題を、注意深く分けて検討している。

(17) 注（1）に掲げた本判決の評釈類は、いずれも本判決をこのように理解している。

(18) この点については、沖野眞已「民法　判例の動き」判例セレクト二〇一三［I］（二〇一三年）一三頁が指摘するところである。また、米倉・前掲注（1）八九一頁も、「当然に」の文言から、通行地役権者と買受人とが対抗関係に立つとの理解を導く余地があることに留意している。

(19) 我妻栄『新訂　担保物権法』岩波書店（一九六八年）二九四頁・三三六頁、高木多喜男『担保物権法』有斐閣（第四版、二〇〇五年）一八四頁以下、石田穣『担保物権法』信山社（二〇一〇年）三四六頁、中野貞一郎『民事執行法』青林書院（増補新訂六版、二〇一〇年）四三四頁等を参照。本判決の評釈類においても、同様の傾向がある。小山・前掲注（1）Watch三頁、秋山・前掲注（1）一五頁、常岡・前掲注（1）六九頁、山野目・前掲注（1）七六頁などを参照。

(20) 転得者事例との対比は、次のように正当化することができる。すなわち、所有権は物を全面的に支配する物権であるところ、抵当権と同様に物の交換価値を支配している。所有権の譲渡は、その物の交換価値の実現という面において、抵当権の実行と共通する性格を有している。それゆえ、同じ物の交換価値の実現という場面において、対抗問題の処理が同じなのか異なるのかというかたちで、両者を比較することができると考えられる。

(21) 最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二五〇六頁

(22) この判例からは、承役地転得者への通行地役権の対抗の問題について最判平成一〇年法理を適用する際も、信義則違反の有無を相対的に判断することが考えられる。なお、最判平成一〇年も、承役地の転得者への通行地役権の対抗が問題となった事案であった。もっとも、そこでは、第一の承役地譲渡に際して、通行地役権設定者の地位を承継する旨の黙示の合意があったものと認定されており、それにより転得者問題が回避されている。

(23) 他の理由付けとして、本件評釈には、「債務者又は抵当権者が得た利益は通行地役権が消滅することによる価格上昇

分であるのに対して、通行地役権者の損失は通行権の重要性ゆえにそれにとどまらず、仮に不当利得返還請求権が認められるとしても不十分にしか損失が填補されない」と指摘するものがある（米倉・前掲注（1）八九二頁）。しかしながら、買受人が独自に第三者性を有するかという問題は、通行地役権の対抗問題に限って生じるものではない。既述のように、抵当権と借地権の関係についても問題が浮上しているが、借地権の評価額は決して低くない。

(24) 米倉・前掲注（1）八八九頁は、「本判決においても、……『何らかの通行権の負担のあるものとして』抵当権の設定がなされたというべきことを前提に、後になって抵当権者が登記の欠缺を主張することは、矛盾行為の禁止ないし禁反言に反するという意味において、信義に反すると評価されているものと解すべきであろう。」と述べ、本判決における信義則違反を最判平成一〇年のそれとパラレルに理解している。

(25) 最判昭和四六年四月二三日民集二五巻三号三八八頁

(26) 同様の指摘として、横山・前掲注（1）三三頁以下を参照。また、米倉・前掲注（1）八八九頁も、本判決において、「何らかの通行権の負担のあるものとして」といった文言が用いられていないことを指摘するが、注（24）のとおり、本判決と最判平成一〇年をパラレルに理解している。

(27) 横山・前掲注（1）三三頁以下は、②の趣旨で本判決を理解している。

(28) この場合の問題が残ることについては、判例時報二一九二号囲み記事二八頁が指摘している。

(29) 最判平成二三年の射程距離については、抵当権と賃借権の対抗問題にしか及ばないとの見解が有力である。その理由として、債権としての賃借権には原則として第三者効がないことが、挙げられている（石田剛「判批」私法判例リマークス四四号（二〇一二年）二一頁、古積健三郎「判批」平成二三年度重判解（二〇一二年）七一頁、金子敬明「抵当権と時効――最近の三つの最高裁判決を機縁として」千葉大学法学論集二七巻三号（二〇一三年）五六頁）。確かに、最判平成二三年が、抵当権者と賃借人との間に「相容れない権利の得喪」が生じる関係がないとしている点については、問題があるかもしれない（現代民事判例研究会編『民事判例Ⅲ』（二〇一一年）四八頁［秋山靖浩］、大久保邦彦「判批」判例セレクト二〇一一［Ⅰ］（二〇一一年）一五頁を参照。）。しかしながら、賃借権の性質とも異なるところに、判例の実質的な理由が見出されるのではないだろうか。というのは、次のとおりである。

仮に、抵当権者との関係で賃借権の時効取得を認めると、抵当権者の時効管理が困難になる可能性がある。抵当権者に

時効中断の手段があるとしても（民法一六六条二項）、抵当権者は複数いることがありうる。そして、抵当権と賃借権の優劣関係は、最先順位の抵当権を基準に決せられるところ、第一位の抵当権者が中断を怠れば、後順位者は、自らが適切な時効管理をしていたとしても、不利益を被ることになる。このような事態は、「権利の上に眠る者を保護しない」という時効制度の趣旨に反するのではないか。このことは、賃借権の取得時効だけでなく、広く用益権の時効取得一般に当てはまる。

他方で、判例は、所有権の時効取得者と時効完成後に現れた抵当権者との関係において、抵当権設定当時を起算点とする再度の時効取得を認めている（最判平成二四年三月一六日民集六六巻五号二三二一頁）。しかしながら、この場合においては、時効管理を怠った抵当権者の権利が消滅するだけであり、他の抵当権者は不利益を受けない。この点で、用益権と抵当権の関係と所有権と抵当権の関係とでは、問題状況が異なっている。

これらのことを考えると、最判平成二三年の射程距離については、さらに検討する必要がありそうである。