

---

**最近の判例から** (13) - 競売の不許申立 -
 

---

## 取得時効完成後、所有権移転登記前に第三者により 設定された抵当権は、特段の事情がない限り、再度 の取得時効により消滅するとされた事例

(最高裁 平24・3・16 金商1391-13) 金子 寛司

---

土地の取得時効完成後、所有権移転登記前に、第三者が当該土地に抵当権を設定し、その設定登記からさらに10年以上経過した後に競売を申し立てたところ、時効取得者である同土地の占有者が、競売の不許を申し立てた事案において、占有者が抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情がない限り、抵当権の設定登記の日を起算点として、当該土地は占有者が時効取得し、結果として、設定された抵当権は消滅するとされた事例（最高裁平成24年3月16日判決 金融・商事判例1391号13頁）

### 1 事案の概要

Aは、昭和45年3月当時、平成17年3月に換地される前の従前の土地（以下「本件旧土地」という。）を所有し、同月、Xに売却したが、所有権移転登記はされなかった。

Xは、遅くとも同月31日から、本件旧土地の占有を開始し、サトウキビ畑として耕作していた。

Aの子であるBは、昭和51年1月13日、本件旧土地につき、昭和47年10月8日、相続を原因として、Aから所有権移転登記を了した。また、Bは、昭和59年4月19日、本件旧土地につき、Yのために抵当権（以下「本件抵当権」という。）を設定し、同日付けでその旨の登記がなされた。

しかし、Xは、これらの事実を知らないま

ま、占有を継続した。また、本件抵当権設定時において、Xは、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であった。

Yは、本件旧土地から換地された本件各土地を目的とする本件抵当権の実行としての競売（以下「本件競売」という。）を申し立て、平成18年9月29日に競売開始決定を得た。これに対し、Xは、本件競売の不許を求めて訴訟を提起した。なお、本件競売手続については、Xの申立てにより、平成20年7月31日、停止決定がされた。

Xは、平成20年8月9日、Bに対し、本件各土地につき、所有権の取得時効を援用する旨の意志表示をした。

原審は、不動産担保権実行停止決定の取消を求めるYの控訴を棄却し、Yが上告した。

### 2 判決の要旨

最高裁判所は、以下のように判示し、Yの上告を棄却した。

(1) 不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされることのないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合において、上記不動産の時効取得者である占有者が、その後引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときは、上記占有者が上記抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、上記占有者は、上記不動産を時効取得

し、その結果、上記抵当権は消滅とするのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

ア 取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後にかに長時間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難いというべきである。

イ 不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に上記不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解されるところ（最高裁昭和36年7月20日第一小法廷判決）、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者が上記不動産につき抵当権の設定を受け、その登記がされた場合には、占有者は、自らが時効取得した不動産につき抵当権による制限を受け、これが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるのであって、上記登記がされた時から占有者と抵当権者との間に上記のような権利の対立関係が生ずるものと解され、かかる事態は、上記不動産が第三者に譲渡され、その旨の登記がされた場合に比肩することができる。また、上記判例によれば、取得時効の完成後に所有権を得た第三者は、占有者が引き続き占有を継続した場合に、所有権を失うことがあり、それと比べて、取得時効の完成後に

抵当権の設定を受けた第三者が上記の場合に保護されることとなるのは、不均衡である。

(2) これを本件についてみると、昭和55年3月31日の経過により、Xのために本件旧土地につき取得時効が完成したが、Xは、上記取得時効の完成後にされた本件抵当権の設定登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であり、同登記後引き続き時効取得に要する10年間本件旧土地の占有を継続し、その後に取得時効を援用したというのである。そして、本件においては、前記のとおり、Xは、本件抵当権が設定されその旨の抵当権設定登記がされたことを知らないまま、本件旧土地又は本件各土地の占有を継続したというのであり、Xが本件抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情はうかがわれない。

そうすると、Xは、本件抵当権の設定登記日を起算点として、本件旧土地を時効取得し、その結果、本件抵当権は消滅したというべきである。

### 3 まとめ

抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅については、民法397に規定されているが、本件は、土地の時効取得後、所有権移転登記前に抵当権の設定登記が行われ、その後さらに10年以上占有を継続したXが、時効取得を援用した事案である。

最高裁判所は、Xは抵当権の設定登記の日を起算点として本件旧土地を時効取得し、その結果として、設定された抵当権は消滅したと判示している。経緯等はやや難解であるが、最高裁判所の新判断として、宅建業者としても留意すべき事例といえる。

(調査研究部次長)

## 最近の判例から (14) – 保険契約と地震免責条項 –

# 地震免責条項の適用が無いとされた1審判決が取消され、同条項適用により保険金請求が棄却された事例

(東京高判 平24・3・19 金商1392-37) 新井 勇次

東北地方太平洋沖地震直後、マンション専用部分に設置されていた電気温水器に亀裂が生じ、階下に水漏れが及んだとして階下住人が保険会社に対して請求した損害賠償が地震免責条項は適用されないとして一部認容されたため、保険会社が控訴した事案において、地震と相当因果関係にある損害は全て地震免責条項が適用されるとして1審判決が取消され保険金請求が棄却された事例（東京高裁平成24年3月19日判決 金融商事判例1392号37頁）

## 1 事案の概要

被控訴人X1（以下「X1」という。）は東京都A区所在のマンション（以下「本件マンション」という。）の504号室の居住者、被控訴人X2（以下「X2」という。）はその区分所有者であり、1審原告X3（以下「X3」という。）はX2の妻である。被控訴人ら補助参加人（以下「補助参加人」という。）は、504号室の階上にある603号室の区分所有者であり、損害保険会社である控訴人（以下「Y」という。）との間で、603号室の建物を目的とするホームオーナーズ保険契約（以下「本件保険契約」という。）を締結していた。その約款には、地震によって生じた損害に対しては保険金を支払わない旨の条項（以下「地震免責条項」という。）が設けられていた。

平成23年3月11日、東北地方太平洋沖地震（東日本大震災）の発生直後、603号室の専用部分に設置されていた電気温水器から室内へ

の配水管に亀裂が生じ、そこから漏れた水が504号室まで及ぶ水漏れ事故（以下「本件事故」という。）が発生した。

1審において、Yに対する保険金請求が認容されたため、これを不服とするYが控訴したものである。

## 2 判決の要旨

裁判所は、原審と異なり、X1らのYに対する請求は理由がないとして棄却した。

### (1) 地震免責条項の適用の有無

#### ① 地震免責条項にいう「地震」の意義

本件保険契約の個人賠償責任総合補償特約の約款は、Yが保険金を支払わない場合につき、「地震もしくは噴火またはこれらによる津波」と規定しており、免責の対象となる地震の意義ないし範囲等につき何ら限定を付していない。

また、地震は、我が国を含む地球上で頻繁に起こる自然現象であり、社会通念上「地震」の語の意義は明確であって、保険事故の原因となった現象が地震であるかどうかにつき紛れが生じることはないと考えられる。

したがって、上記約款の文言上、「地震」の語をその強度、規模等によって限定的に解釈することはできず、地震と相当因果関係のある損害であれば地震免責条項の対象になると解するのが相当である。

#### ② 損害と地震との相当因果関係

本件事故が、東北地方太平洋沖地震の発生直後に、補助参加人が所有する603号室に設

置されていた電気温水器の配水管に亀裂が生じたことにより発生したものであること、本件マンションが所在する東京都A区内の観測点における上記地震の震度が5強又は5弱であったことは、前提事実のとおりである。また、上記配水管に経年劣化が生じており、このことが亀裂発生の一因となったということができるとしても、上記地震の揺れがきっかけとなって亀裂が生じたこと自体は当事者間に争いはない。したがって、本件事故につき補助参加人が損害賠償責任を負担するという形で損害を被ったとしても、この損害は上記地震と相当因果関係があると認められるから、地震免責条項が適用され、Yは保険金支払義務を負わないと判断するのが相当である。

③ 以上によれば、本件の保険金請求については地震免責条項が適用され、Yが保険金支払義務を負うことはないから、X1らのYに対する請求は、補助参加人のX1らに対する損害賠償責任の有無及びX1らの損害について判断するまでもなく、理由がない。

(2) 保険会社に対する直接請求の可否

① X1らは、補助参加人との間で「補助参加人のYに対する保険金請求権を、本件の訴訟手続において、X1らがYに対し直接行使する」旨の合意（以下「本件合意」という。）をしており、原判決は、本件合意は補助参加人がX1らに対し保険金請求権を譲渡したものと認められる旨判断して、X1らの直接請求を肯定した。

② 本件合意は、合意書の文言からすると、債権譲渡に関する明示の合意を含むものではないから、原判決は、X1らが保険請求権を行使することができる旨の合意をした以上、その論理的前提として、X1らが債権譲渡を受けたと解釈したものと解される。しかし、債権譲渡の事実を認定するためには、売買、

代物弁済その他債権譲渡の原因となる行為があることの主張立証を要するが、この点を欠いている。したがって、債権譲渡の事実は認めることができず、これを根拠としてX1らの直接請求を認めることはできない。

③ 本件合意は、補助参加人が自己の権利につき当事者として訴訟を遂行する権能をX1らに授けるものであり、いわゆる任意的訴訟担当に当たるとみることができる。任意的訴訟担当は、弁護士代理の原則（民訴法54条1項）及び訴訟信託の禁止（信託法10条）を潜脱するおそれがなく、かつ、合理的必要性がある場合には許容され得るものであるが（最高裁昭和45年11月11日大法廷判決参照）、補助参加人は訴訟外でYに対する保険金請求をしており、自ら訴訟上の請求をすることに支障があるとは考え難い。そうすると、上記の合理的必要性があるとはいえないから、任意的訴訟担当としてX1らの請求を認めることは相当でないとして解される。

### 3 まとめ

本件は本誌の前号（RETIO No85）で紹介した判例（東京地判 平23.10.20）の控訴審判決である。地震免責条項適用が否認された損害保険会社が直ちに控訴したものであるが、原審の解釈は地震の強度、規模まで限定するものになっており、保険約款上の解釈としてはやや無理があると思われ、大数の法則によって成り立つ保険制度そのもの、及び保険実務上の観点からすれば、本件判決の妥当性は認められよう。

最近の判例から (15) - 共同の利益に反する行為 -

# マンションを組事務所として使用するという共同の利益に反する行為による共同生活上の障害は著しいとして、競売請求等が認められた事例

(福岡地判 平24・2・9 ウエストロージャパン) 石原 賢太郎

管理組合法人が、マンションの区分所有者がその専有部分を、自己を組長とする暴力団の組事務所として使用するという建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為をしたものであるところ、このような行為による区分所有者の共同生活上の障害は著しいとして、建物の区分所有等に関する法律59条に基づき、区分所有権及び敷地利用権の競売などを求めた事案において、競売及び弁護士費用支払請求を認容した事例（福岡地裁 平成24年2月9日判決 容認 ウエストロージャパン）

## 1 事案の概要

- (1) 原告Xは、マンション管理組合法人であり、被告Yは、区分所有者で、いわゆる暴力団であるA組の組長である。
- (2) Yは、平成22年2月25日、区分所有権等を取得し、同年5月頃、専有部分をA組の新組事務所とする旨の通知を発し、仮処分命令の執行に至るまで、組事務所として使用していた。
- (3) A組の構成員は、平成23年1月12日、脅迫罪の容疑で逮捕され、翌日家宅捜索を受けた。
- (4) Xは、平成23年3月10日、第27回理事会を開催して規約12条、区分所有法58条、同法59条に基づき、専有部分について仮処分命令の申立て、使用禁止の請求及び競売の

請求をする訴えを提起する方針を決定し、同年4月13日付で、専有部分の使用禁止及び競売を請求する訴えを提起することなどを議案として記載した集会（通常総会）の招集通知を発した上、同月24日、第27回通常総会を開催し、これらの訴え等を提起することを区分所有者及び議決権の各4分の3以上の多数で議決した。

- (5) Xは、総会開催日に先立つ平成23年4月15日、Yに対し、「催告書」と題する書面を送付し、弁明する機会を与えたが、Yは、弁明せずに同総会を欠席した。
- (6) Xは、平成23年4月26日、地方裁判所に対し、専有部分についてYを債務者とする仮処分命令の申立てをし、同裁判所は、同年5月9日、専有部分をA組の事務所等として使用することを禁ずる仮処分命令をした。
- (7) Xは、平成23年5月25日、同裁判所に対し、本件訴えを提起した。

## 2 判決の要旨

裁判所は、以下のように述べ、Xの請求を容認した。

- (1) 共同生活上の障害が著しいといえるか  
① 福岡県及び同県近郊においては、暴力団同士の抗争事件と見られる暴力団事務所や暴力団構成員を狙った発砲事件や爆発物事件が多発し、その中には暴力団とは無関係の一般

市民が巻き込まれた事件もある上、近隣のマンション敷地内においても、現実には暴力団構成員に対する殺人事件が発生しているのであって、住民らの生命・身体に危害が及ぶ現実的な可能性があるものというべきである。

② マンションの多数の住民らは、生命・身体・財産に対する侵害の危険に対する不安・恐怖を感じながら日常生活を送ることを強いられている状況にあったことが認められ、住民らの不安・恐怖は、単に抽象的で心理的な不安感にとどまるものとは到底いえず、住民らを萎縮させ、日常生活に具体的な支障を生じさせるに足りるものと認めるのが相当である。

③ したがって、Yが専有部分を暴力団事務所として使用することは、区分所有者の生活上の利益を含む建物の管理・使用全般にわたる共同の利益に反する行為であり、これによる区分所有者の共同生活上の障害が著しい程度に至っているものと認められる。

(2) 競売以外の方法によっては共同生活の維持を図ることが困難であるといえるか

① 区分所有法57条1項に基づき、暴力団事務所として使用することを停止等するために必要な措置を執るのみで、使用自体は許した場合、自宅への訪問者と称して出入りさせることが可能となること、各種備品が置かれていることなどに照らすと、事実上暴力団事務所として使用する可能性があるといえる。したがって、区分所有法57条1項に規定する請求によっては共同生活上の障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であると認められる。

② Yは、仮処分命令を遵守して、暴力団事務所として使用していなかったものと認められ、区分所有権等を暴力団関係者以外の第三者へ譲渡する意思を表明していることから

ると、共同生活上の障害が消滅する可能性がないとはいえない。

③ 専有部分使用禁止の判決確定後も専有部分の区分所有権等を第三者へ譲渡せず、又は譲渡できず、定められた期間経過後に再び専有部分を自ら使用する可能性は相当程度高度であるといえる。そして、専有部分を住戸として使用していると称していても、事実上暴力団事務所として使用する可能性があることも併せ考慮すると、区分所有法58条に規定する請求に基づいて、一定期間に限り、専有部分の使用を禁止することによっては、共同生活上の障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であるといわざるを得ない。

④ したがって、本件においては、区分所有権等の競売請求以外の方法によっては共同生活上の障害を除去して共用部分の利用の確保その他の区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難であると認められる。

### 3 まとめ

本事例は、マンションを組事務所として使用するという共同の利益に反する行為による共同生活上の障害は著しいとして競売請求等を求めた事案において、競売及び弁護士費用(42万円及び遅延損害金)支払が認められた事例であり、実務上参考になると思われる。

なお、昨年、全都道府県において暴力団排除条例が施行されるなど、暴力団排除に向けた取組強化の機運が高まっている状況を踏まえ、5つの不動産業団体において、不動産取引の契約のモデル条項として、暴力団等反社会的勢力排除条項が定められたので、積極的に導入し、暴力団等反社会的勢力を排除する取組が促進されることを期待したい。

---

**最近の判例から** (16) - 請負契約 -
 

---

## 建築基準法等の法令に適合しない建物の請負契約が公序良俗に反し無効とされた一方、その後の追加変更工事の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例

(最高裁 平23・12・16 判タ1363-47) 東 真生

---

建築基準法等の法令の規定に適合しない建物の建築を目的とする請負契約を締結した請負人と注文者が、互いに本訴・反訴を提起して工事代金支払いや損害賠償等を求めて争った事案において、違法建物を建築する本工事の請負契約が公序良俗に反し無効とされた一方で、本工事の施工が開始された後に施工された追加変更工事の施工の合意が公序良俗に反しないとされた事例（最高裁 平23年12月16日判決 破棄差戻し、控訴審東京高裁 平成22年8月30日判決、第一審東京地裁 平成21年3月27日判決、判例タイムズ1363号47頁）

### 1 事案の概要

- (1) 施主Sと建設業者Yは、請負代金1億1245万5000円で、賃貸住宅A棟及びB棟の建築を目的とする各請負契約を締結したが、SとYとは、建築基準法等の規定を遵守すると貸室数が少なく採算がとれないことなどから、違法建物の建築に合意し、建築確認申請用の確認図面のほかに、違法建物の施工用の実施図面を用意した上で、確認済証の交付を受け、一旦は法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、違法建物の建築工事を施工することを計画した。
- (2) Yは、建築請負業者Xとの間で、Yを注文者、Xを請負人として、請負代金9200万円で本工事の各請負契約を締結した。Xは、

SとYとの間の上記合意の内容について、二つの図面の相違点を含め説明を受け、了承した上で契約を締結した。実施図面は、確認図面より貸室数が増加する内容であり、建築基準法等に定められた耐火構造に関する規制、北側斜線制限、日影規制、建ぺい率制限、容積率制限、避難通路の幅員制限等に違反する違法建物となるものであった。

- (3) Xは、確認済証が交付された後、A棟地下について実施図面に従ったほかは、確認図面に従い、本工事の施工を開始した。ところが、A棟において確認図面と異なる工事が行われていることが区役所に発覚し、その指示を受けて是正計画書が作成され、Xは、本工事の違法建築部分の是正工事を施工せざるを得なくなった。加えて、A棟及びB棟の近隣住民から苦情が出て対応を余儀なくされ、Xは、是正計画書に従った是正工事を含む追加変更工事を施工した。その後、検査済証が交付され、XはYに対し、各建物を引き渡した。Yは、Xに対し、工事代金として合計7180万円を支払ったが、その余の支払をしていない。
- (4) 第一審は、Xの本訴請求、Yの反訴請求とも一部認容したが、原審は、クリーンハズの観点から、各請負契約は違法建物の建築を目的とするものであって、公序良俗違反ないし強行法規違反のものとして無効

であるとして、Xの本訴請求、Yの反訴請求とも棄却した。

## 2 判決の要旨

裁判所は、次のように判示し、原審の上記判断のうち、追加変更工事の代金の請求を棄却した部分を破棄し、差し戻した。

- (1) 本工事の各請負契約は、違法建物を建築する目的で、二つの図面を用意し、確認済証の交付を受け、検査済証の交付も受けた後に、違法建物の建築工事を施工することを計画して締結されたものであり、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で極めて悪質なものとわざるを得ない。加えて、各建物は、当初の計画どおり建築されれば、北側斜線制限等に違反するといった違法のみならず、耐火構造に関する規制違反や避難通路の幅員制限違反など、居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物となるものであって、その中には、各建物が完成してしまえば、事後的に是正することが相当困難なものも含まれていることがうかがわれることからすると、その違法の程度は決して軽微なものとはいえない。各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない。これを目的とする各請負契約は、公序良俗に反し、無効であるというべきである。
- (2) 追加変更工事は、本工事の施工が開始された後、区役所の是正指示や近隣住民からの苦情などを受けて別途合意の上施工されたものとみられるのであり、その中には本工事の施工による違法建築部分を是正する工事も含まれていたというのであるから、基本的には本工事の一環とみることはできない。また、その中に本工事の違法を是正することなく一部変更する部分があるので

あれば、その部分は別の評価を受けることになるが、そうでなければ、これを反社会性の強い行為という理由はないから、その施工の合意が公序良俗に反するものということとはできないというべきである。そして、追加変更工事の具体的内容、金額等について更に審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻すこととする。

## 3 まとめ

本件は、建築基準法等に違反する建物の建築を目的とする請負契約について、公序良俗に反し、無効であるというべきであると判断した初めての最高裁判決であり（違法建物に係る請負契約を無効と判示した下級審判決には、東京高判昭53・10・12、東京地判昭56・12・22、東京地判昭60・9・17などがある。）、本工事の目的の著しい反社会性が重視されたものと考えられる。

また、差し戻し後の東京高裁では、追加変更工事について、違法建築部分を是正する工事と維持する工事とに評価を区別し、具体的内容、金額等に関し更に審理が行われており、今後判示される予定のきめ細かな判断が実務上参考になるものと考えられる。

不動産業者としては、仲介・代理業務において、重要事項説明のために必要な調査の過程等で違法建物であることが判明した場合には、取引の中止など慎重な取扱いをすべきであり、くれぐれも違法建物の流通に手を貸してしまうようなこととならないよう留意すべきであろう。