

---

**最近の判例から** (14)－通行地役権－
 

---

## 競売による承役地取得者が、地役権設定登記の欠缺を主張できるか否かは、抵当権設定時の事情によるとした事例

(最高裁三小判 平25・2・26 ウエストロー・ジャパン) 河内 元太郎

---

通行地役権者らが、担保不動産競売による承役地の取得者に対し、通行地役権の確認を求めた事案において、承役地の取得者が、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るか否かは、担保不動産競売による土地の売却時における事情ではなく、最先順位の抵当権の設定時の事情によるとした事例（最高裁判所第三小法廷平成25年2月26日判決 破棄差戻し ウエストロー・ジャパン）

### 1 事案の概要

(1) Y（上告人）が担保不動産競売により取得した土地（以下「本件土地」という。）の一部（以下「本件通路」という。）は、国道に通ずる通路の一部である。この通路は、昭和55年頃までに、当時本件土地を所有していた訴外A及び被上告人X1により開設された。

本件土地の一部につき、昭和56年11月2日、訴外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、本件土地につき、平成10年9月25日、訴外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。

平成18年7月20日にDから根抵当権の移転を受けた訴外Eの申立てに基づいて、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、買受人であるYが代金を納付して、本件土地を取得した。

Aは、平成19年1月頃までに、本件通路をa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」と題する書面を作成した。(2) Aは、昭和55年頃から各私設道路通行契約書の作成時までに、被上告人X1～X6との間で、X1～X6が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を順次合意した。また、Aは、訴外Fとの間で平成18年8月7日に、Fが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合意した。その後、上記土地をFから訴外Gが取得し、同社から被上告人X7が賃借した。これらの通行地役権の設定登記はない。

(3) 原審は、本件土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、Yは、本件通路が使用されてい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として、X1～X7（以下「Xら」という。）は、Yに対し、通行地役権等を主張することができると判断したため、不服とするYが上告した。

### 2 判決の要旨

裁判所は、次のように判示し、原審に差し戻した。

(1) 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（最二小H10・2・13判決）、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。

(2) 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。

(3) 以上によれば、本件土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。本件土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。

### 3 まとめ

裁判所は、地役権者が登記をしなければ権利を主張できない相手方(民法177条にいう「第三者」)について、地役権の存在を知っていて、登記されていないことを主張することが信義則に反する者(背信的悪意者)は除くとしてきたが、前出の引用判例(RETIO40-38)において、承役地取得時に通行地役権の存在が明らかで、地役権の存在を知らないことに過失がある場合、取得者は民法177条にいう「第三者」に当たらないとした。

本判決は、同様の判断に加え、相手方が競売による承役地取得者であったため、地役権の認識可能性の判断時点を抵当権設定時としたものである。このことは、担保権者に対抗することができない地役権は競売により効力を失う(民事執行法59条2項、188条)ことも整合性がとれており、実務上参考になる。

なお、時効取得について、相手方が民法177条にいう「第三者」に当たらないというためには背信的悪意者であることを要するとした最高裁平成18年1月17日第三小法廷判決(RETIO65-50)も併せて参照されたい。