

取得時効完成後に設定・登記された根抵当権の譲受人が背信的悪意者に当たるとされた事例

【文 献 種 別】 判決／大阪高等裁判所

【裁判年月日】 令和 3 年 5 月 21 日

【事 件 番 号】 令和 2 年（ネ）第 1961 号

【事 件 名】 根抵当権設定登記抹消登記手続等請求控訴事件

【裁 判 結 果】 控訴棄却

【参 照 法 令】 民法 162 条・177 条

【掲 載 誌】 判時 2533 号 13 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25593805

金沢大学准教授 舟橋秀明

事実の概要

認可地縁団体 X は、昭和 43 年（月日不詳）を起算点とする 20 年の取得時効の完成により本件各土地（墓地）を時効取得し、平成 30 年 9 月 26 日、本件各土地につき時効取得を原因とする所有権移転登記を経由した。

他方で、本件各土地には、平成 25 年 1 月 31 日に、当時の所有名義人 Q 1 を債務者とし P 9 を根抵当権者とする根抵当権設定の 1 番仮登記がされたが、この仮登記は、平成 30 年 1 月 29 日に根抵当権設定の本登記（1 番根抵当権登記）がされ、同日に P 3 に対する付記登記がされ、さらに同年 2 月 22 日に Y に対する 1 番根抵当権移転の付記登記がされた。また、本件各土地には、平成 26 年 11 月 18 日に、Q 1 を債務者とし P 3 を根抵当権者とする根抵当権設定の 2 番仮登記がされたが、この仮登記は、平成 30 年 1 月 25 日に根抵当権設定の本登記（2 番根抵当権登記）がされ、同日に Y に対する 2 番根抵当権移転の付記登記がされた。

このような状況下で X は、1 番根抵当権、2 番根抵当権及びその譲渡はいずれも架空のものであるから、本件各根抵当権登記はいずれも無効であること、Y は背信的悪意者であるから X は登記なくして Y に対抗できることを理由に、所有権に基づく妨害排除請求として、1 番仮登記及び 1 番根

抵当権登記の現名義人である Y を相手にこれら各登記の抹消登記手続を求めるとともに、1 番仮登記及び 1 番根抵当権の前名義人である P 3 を相手にこれら各登記の抹消登記手続を求めて訴えを提起した。

原判決（大阪地堺支判令 2・8・26）は、「抵当権設定登記について、実体法上の権利移転の合意に伴い権利移転の付記登記が経由された場合には、付記登記の名義人が同時に主登記の登記名義人になるものと解すべきであるから、不動産の所有者である甲が抵当権設定登記について原始的又は後発的無効を主張して抹消登記手続を求めるにあたっては、現在の登記名義人である丙のみを被告とすれば足り、抵当権設定の直接の契約当事者である乙を被告とすることを要しない（最判昭 44・4・22 民集 23 巻 4 号 815 頁）。……本件各土地に関する X の所有権を妨害しているのは現在の登記権利者である Y のみであって、P 3 は現に妨害しているとはいえない」と判示して、P 3 に対する請求を棄却し、確定した。

Y に対する請求につき、原判決は、「Y は X が本件各土地を時効取得する可能性が非常に高いことを認識しながら、訴訟係属中で X が未だ時効取得に基づく所有権移転登記手続をできないことにつけこんで、競売を利用して X の土地所有権を烏有に帰そうとしたというべきであり、このような行動は不動産登記法上の信義則に反し、Y は X の

登記欠缺を主張する正当な利益を有する第三者には該当しないというべきである」と判示し、Xの請求を認容した。Yは、これを不服として控訴した。

判決の要旨

控訴棄却。

Xが本件各土地の所有権を時効取得したものの未登記であったところ、上記時効取得の完成後その登記前に、本件各土地につき旧所有者Q1を債務者とする根抵当権設定仮登記・本登記がなされ、被担保債権とともにその譲渡を受けた者Yらが登記（付記登記）を完了したとの事実を前提に、「Yは、本件各土地につき、Xの所有権移転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というべきであるから、Yは、背信的悪意者であって、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであり、民法177条にいう第三者に当たらないというべきである。」と判示し、XのYに対する請求はいずれも理由があり、これと同旨の原判決は相当であるとして、本件控訴を棄却した。

判例の解説

一 問題の所在

自らが所有する不動産につき、他人名義の登記が存在すること自体が不動産所有権に対する妨害状態であると考えられている。そこで本件では、XはYに対して、所有権に基づく物権的妨害排除請求権の行使としてY名義の各根抵当権設定登記につき抹消登記手続を求めている¹⁾。この請求が認められるための実体要件は、①Xに本件土地の所有権が帰属し、②Y名義の不実の根抵当権設定登記があることであるが、Yが根抵当権設定登記を具備した時点でXは所有権登記を有していなかったことから、さらに、Xが時効によって取得した所有権をYに対して登記なしに対抗できなければならない。

二 時効取得者と第三者の関係「取得時効と登記」

所有権の取得時効につき、その成立要件に登記は含まれず（162条）、また、時効の完成猶予、更新のために登記を要するものではない（147条以下参照）。他方で、登記を要する物権変動原因に制限を設けないと解する判例を前提に考えれば²⁾、取得時効による所有権取得もまた登記をもって処理することが合理的ではある。時効取得者は第三者に対して常に登記なくして対抗できることを認めれば、取引の安全を著しく害することを想像するに難くない。このように、「取得時効と登記」は、占有継続を基礎とする時効制度と物権変動の公示原則を基調とする登記制度が衝突するゆえに複雑に判例・学説が対立する、物権法上の重要論点の1つである。

判例は、5つの準則に整理できる。①不動産の時効取得者Aと原所有者Bとの関係につき、AB間は物権変動の「当事者」であるから、Aは時効取得をBに対して登記なしに対抗できる³⁾。時効期間満了時を基準に、②時効取得者Aと期間満了前にBから所有権を譲り受けた第三者Cとの関係につき、Aは時効期間満了時にCから時効取得すると解し、AC間は物権変動の「当事者」であるから、Aは時効取得をCに対して登記なしに対抗できる⁴⁾。③時効取得者Aと期間満了後にBから所有権を譲り受けた第三者Dとの関係につき、Bを起点としてAとDに物権変動が生じたものと解し、AD間是对抗関係にあるので、AはDに対して登記をしなければ時効取得を対抗できない（177条）⁵⁾。上記②③の準則を維持するためには、④時効期間の起算点を占有開始時に固定する必要がある、起算点を任意に選択したり現在から逆算したりすることは許されない⁶⁾。上記③準則に基づいてAがDに時効取得を対抗できなくても、Dの登記時からさらに取得時効に必要な期間Aが占有を継続して再度時効期間が満了すると、AD間は物権変動の「当事者」となるから、Aは時効取得をDに対して登記なしに対抗できる⁷⁾。

本件は、上記③準則が適用される事案である。つまり、Xは、昭和63年頃に20年の時効期間が満了したことで、平30・9・26に時効取得を原因とする所有権移転登記を経由したが、Yらの根抵当権設定登記等は平成25年頃から設定されていることから（時効完成後の第三者）、XY間に

は177条が適用され、Xは時効取得をYに登記なくして対抗できないことになる。

三 177条の「第三者」

民法の制定後しばらくの間は、177条の文言解釈や立法趣旨を根拠に、当事者及びその包括承継人以外の第三者には登記がなければ物権変動を対抗できないとする「無制限説」が有力であったが、判例⁸⁾が「登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者」に限定する「制限説」に与して以来、激しい論争を経て、「制限説」が通説化し、現在に至る（客観的要件）。

上記客観的要件を充足した177条の「第三者」は、さらに主観的要件の要否すなわち保護要件として善意・無過失まで要するかが問題となる。

判例・通説は、伝統的に第三者の善意悪意を不問とする立場をとってきたので、登記を具備する限り悪意の第三者との関係でも登記なくして対抗できないことになる⁹⁾。その後、判例は、かかる立場を基本的に維持しつつ、背信的悪意者を例外的に排除することで結果妥当性を確保するに至り¹⁰⁾、通説化した。これによれば、背信的悪意の第三者との関係では登記なくして対抗できることになる。背信的悪意者とは、「物権変動事実についての悪意」と「行為態様の信義則違反性・背信性」の2つの要素をもって判断され、不動産登記法5条1項・2項はその典型例とされる¹¹⁾。

さらに、「取得時効と登記」との関係で、上記の背信的悪意者概念の修正がはかられる。すなわち、従来の悪意概念によれば、「取得時効が完成したことについて知っていること」を要することになるが、時効取得者でさえ知りえないことを要求することになり、時効取得者との関係では背信的悪意者排除論は機能しないことになりかねない。そこで判例は、悪意を判断要素の1つとして維持しつつも、悪意の内容を「多年にわたり継続して占有している事実を認識していたこと」へと緩和した¹²⁾。

本件では、Yの実質的代表者であるP5を基準に、Xが本件各土地を時効取得する可能性が非常に高いことを認識しながら、訴訟係属中でXが時効取得に基づく所有権移転登記手続ができないことにつけこんで、本件各土地の買取請求や使用

料の支払請求により利益を得ることを企図していたこと等の事実認定に基づいて、Yを背信的悪意者であると評価している。

四 転得者の問題

Yは、根抵当権設定契約の当事者ではなく転得者であることから、Yに至るまでに背信的悪意者に当たらない者（善意者など）が存在していた場合に、Xとの関係において何らかの影響はあるか。転得者の処遇が問題となる。

不動産の原所有者A、Aからの第一譲受人B、Aからの第二譲受人C、Cからの転得者Dとし、DがBより先に登記を備えていたとする。Cが背信的悪意の場合、DはCから背信的悪意者の地位を当然に承継するものと解するのではなく、Bとの関係においてD自身が背信的悪意者と評価されない限り、BはDに対して所有権取得を対抗できない、つまりDはBに優先すると解するのが判例である（相対的構成）¹³⁾。

他方、Cが善意で、Dが背信的悪意の場合のB・D間の関係はどうか。この場合にも相対的構成に基づいて、D自身がBとの関係において背信的悪意者と評価されるのであれば、BはDに対して所有権取得を登記なしに対抗できる、すなわちDは登記を備えていてもBに劣後すると解する下級審判決がある¹⁴⁾。

学説では、C善意、D背信的悪意の場合につき、CがBよりも先に登記を備えた時点でBの権利喪失が確定し、以後はDの主観的態様に関わらず、すなわちDが背信的悪意であっても原則としてBはDに所有権取得を対抗できないと解する見解（絶対的構成）のほうがむしろ有力であるように思われる。

相対的構成は、B・D間の関係において、Cの主観的態様（背信的悪意か否か）とは別にDの主観的態様をも別途判断することで、背信的悪意者の排除を徹底し、結果の妥当性に資すると評される一方で、Dが背信的悪意ゆえに保護されない結果として善意のCに対して担保責任を追及するなどして、Cの契約利益を毀損し取引の安全を害するおそれがあり、法的安定性に欠ける側面が指摘される。

それに対して絶対的構成は、いったん善意のC

が出現すれば、その時点で権利関係はBの権利喪失・無権利に確定することを前提に、Dは主観的態様を判断するまでもなく常に優先的に保護されるものと解する。これにより取引の安全が維持され、法的安定性に資すると評されるところであるが、このようなDを保護する結果にどこまで妥当性があるか、またDが意図的に善意のCを介在させたような場合（ワラ人形事案）にどのように対応すべきかとの批判もある。

本件では、相対的構成を前提に、前主がXとの関係で背信的悪意者に当たらないとしても、転得者Y自身が背信的悪意者なので、Xは登記なくして所有権の時効取得をYに対抗できるとされた。

五 実務への影響

「取得時効と登記」に関する判例準則は、第三者が所有権の譲受人であることを前提とするが、近時では第三者が抵当権者の場合の判例が公表されており、いずれも譲受人の場合と同じ理論構成を展開する¹⁵⁾。本件も③準則を採用し、事例判断の1つとして実務の参考となると考えるが、安易に同じ理論構成で事案処理するのではなく、抵当権の特質を踏まえた丁寧な検討を要するものとする。すなわち、抵当権者が占有者による時効取得を障害する手続を保障した上で、「権利の上に眠る者」と評価できるときに限定して時効による不利益を抵当権者に負担させるのである。抵当権者が物権的請求として目的不動産の明渡しを求めるなどして取得時効の完成を障害することは、譲受人とは異なっておりハードルが高いことに留意すべきである¹⁶⁾。また、抵当権については397条の適用可能性も検討に値しよう。さらに、162条所定の要件のほかに、「占有が抵当権を前提としない態様であること」を加えるなど、取得時効の要件も抵当権との関係で一部修正を要するものとする。

本件判決では相対的構成に基づいて処理されているが、善意の第三者の契約利益を確保し、取引の安全を図るべく絶対的構成による処理がすぐれているものと解する。絶対的構成に対する批判に対しては、権利濫用法理で対応するか、物権レベルでの解決を断念しつつ、個別具体的に不法行為など債権レベルでの処理に委ねるのが、177条

で劣後する第一譲受人との関係で合理的ではないだろうか。いずれにしても、最高裁の見解をうかがい知れなかったところは残念であり、今後の判例の展開に期待したい。

●—注

- 1) 最判昭44・4・22民集23巻4号815頁は、抵当権設定登記につき権利移転の付記登記がされた場合、所有者Aが抵当権設定登記の抹消登記手続を求めるには、現在の登記名義人Bのみを被告とすれば足り、抵当権設定契約の当事者Cを被告とすることを要しない、とする。
- 2) 物権変動原因無制限説につき、大連判明41・12・15民録14輯1301頁。
- 3) 大判大7・3・2民録24輯423頁。
- 4) 最判昭41・11・22民集20巻9号1901頁。
- 5) 大連判大14・7・8民集4巻412頁、最判昭33・8・28民集12巻12号1936頁。
- 6) 大判昭14・7・19民集18巻856頁、最判昭35・7・27民集14巻10号1871頁。
- 7) 最判昭36・7・20民集15巻7号1903頁。判例に対する批判及び学説間の複雑な対立については、松岡久和『物権法』（成文堂、2017年）172頁以下参照。
- 8) 第三者制限説につき、大連判明41・12・15民録14輯1276頁。これにより、不法行為者又は不法占拠者、実質的無権利者及びその譲受人、転々譲渡の前主との関係では登記なくして物権変動を対抗できることになる（177条適用除外）。
- 9) これに対して、公信力説をはじめ有力学説は、第三者から単純悪意者をも排除すべき旨を解く。これによれば、登記を具備した善意（・無過失）の第三者だけが保護されることになる。
- 10) 最判昭40・12・21民集19巻9号2221頁（否定）、最判昭43・8・2民集22巻8号1571頁（肯定）。なお、最判平10・2・13民集52巻1号65頁は、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者につき、善意有過失者を第三者から排除し、背信的悪意者とは異なる類型を示す。
- 11) 松岡・前掲注7）『物権法』134頁以下では、背信的悪意者を典型的に分析し、従来の背信的悪意者排除論を批判的に検討する。
- 12) 最判平18・1・17民集60巻1号27頁。
- 13) 最判平8・10・29民集50巻9号2506頁。
- 14) 東京高判昭57・8・31下民33巻5＝8号968頁。
- 15) 最判平15・10・31判時1846号7頁、最判平23・1・21判時2105号9頁、最判平24・3・16民集66巻5号2321頁（とりわけ古田佑紀裁判官の補足意見は示唆に富む）。
- 16) 最判平17・3・10民集59巻2号356頁参照。