

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告人の上告理由第一、二点について。

原審は訴外有限会社Dは、昭和二五年七月二二日支払停止をなし、同月三一日破産の申立を受け、同年八月三〇日破産を宣告されたものであること、破産会社は昭和二五年二月頃より営業不振に陥り、同年七月頃においては、資産は、本件建物を除いては商品売掛代金等をあわせて三〇〇万円位であつたに対し、約二、〇〇〇万円の債務を負担し、とうてい支払に応じきれない状態にあつたことを確定した上、破産会社の代表者Eは、本件建物は被上告人が建築したのであるから、工事の残代金につき先取特権を有し、従つてこれに抵当権を設定しても他の債権者を害しないと判断した結果、同年七月五日本件抵当権設定契約を締結したことを確定し、この事実によれば、破産会社は当時詐欺の意思がなかつたものといわなければならぬと判断した。しかし、不動産工事の先取特権の効力を保存するには、工事を始める前に登記をしなければならないことは、民法三三八条一項が明らかに規定するところであつて、既に工事を始めた後に至つては、これを登記しても、何等の効力を有しないものと解すべきところ、本件において、原審は、工事がすでに完成したことを確定したけれども、先取特権の登記がなされたことはこれを確定しなかつたのであるから、Eのなした前記の判断は、法律を誤解したものといわなければならず、従つて右判断のみを以て、直ちに同会社に詐欺の意思がなかつたものといふことはできない筋合である。以上の点において、原判決には、理由不備の違法があるといわなければならないけれども、原判決は更に、前記抵当権については、同年八月八日その登記がなされたが、被上告人はその後同月一日頃開かれた債権者会議に出席

して始めて支払停止及び破産申立のあつたことを知つたが、その設定契約締結及び登記を受けた当時はこれによつて破産債権者を害することを全然知らなかつたことを認定したのであつて、右事實は、原判決挙示の証拠によれば、これを認められないことはない。従つて、上告人は、破産法七二条一号、四号及び同法七四条のいずれによつても、本件抵当権設定若しくはその登記を否認しえない次第であつて、原判決は結局正当であり、本件上告はその理由がない。

よつて民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	垂	水	克	己
裁判官	島			保
裁判官	小	林	俊	三