

判例評釈

背信的悪意者排除論に関する判例の検討

(最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁)
 (最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁)

田 口 勉

一 はじめに

本稿は、最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁(以下では、「平成18年判決」という。)を取り上げ、背信的悪意者論を検討することを目的とする。しかしこのテーマに関する近時の判例を検討するためには、右判決だけでは十分でなく、最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁(以下では、「平成10年判決」という。)の検討を欠かすことができない。それは次のような理由による。平成10年判決は、通行地役権についてこれまでの背信的悪意者とは異なる信義則法理によるべきことを明らかにして、背信的悪意者論および物権変動論に大きな影響を与えた。ところが、平成18年判決は、時効取得完成後の譲受人に関する事例において平成10年判決の考え方に従ったものと理解される原判決を破棄し、背信的悪意者論によるべきことを示した。このように、両判決はきわめて密接な関係にあるので、背信的悪意者論について、現在、最高裁がどのように考えているのかを検討するうえで、両者をとともに取り上げて検討することが有益であると思われるのである。すでに時期を失した平成10年判決を最初に取り上げるのはこのような理由による。

二 最高裁平成10年判決

[1] 最高裁平成10年2月13日第二小法廷判

決(平成9年(オ)第966号通行地役権設定登記手続等請求事件)(民集52巻2号65頁,判時1633号74頁)

事実 Aは、昭和46年ころ、その所有する分筆前の土地を6区画の宅地及び東西3区画ずつの中央を南北に貫く幅員約4メートルの通路として造成した。右通路は、その北端で右分筆前の土地の北側に接して東西方向に通る公道に通じている。

Aは、昭和49年9月、右6区画のうち西側中央の土地(以下「甲土地」という。)をXに売り渡し、その際、AとXは、黙示的に、右通路部分の北側半分に相当する本件係争地に要役地を甲土地とする、無償かつ無期限の通行地役権を設定することを合意した。Xは、以後、本件係争地を甲土地のための通路として継続的に使用している。

他方、Aは、昭和50年1月ころ、右区画のうち東側中央、南東側及び南西側の3区画並びに右通路部分をBに売り渡した。AとBは、右売買の際に、黙示的に、BがAから右通行地役権の設定者の地位を承継することを合意した。Bは、右売買後直ちに、本件係争地を除いた部分に自宅を建築し、本件係争地については、アスファルト舗装をし、その東端と西端に排水溝を設けるなどして、自宅から右公道に出入りするための通路とした。Xは、昭和58年、甲土地に、東側に駐車スペースを設け、玄関が北東寄りにある自宅を建築し、本件係争地を自動車又は徒歩で通行して右公道に出入りしてい

たが、Bがこれに異議を述べたことはなかった。

Bは、平成3年7月、東側中央、南東側及び南西側の3区画をYに売り渡したが、YがBから右通行地役権の設定者の地位を承継するとの合意はされていない。しかし、Yは、本件係争地を含む右土地を買い受けるに際し、現にXが本件係争地を通路として利用していることを認識していたが、Xに対して本件係争地の通行権の有無について確認することはしなかった。Xは、Yに対し、通行地役権の確認および設定登記手続き等を求めた。

第一審は、通行地役権の設定および承継について、Bが通行地役権を承継することについて明確な合意がなく、通行地役権の設定登記もなされていないから、BY間において承継の合意がなされたとはいえないとし、また、Yが、Xが現に通行していることを知っているからといって、その通行権を認めないことをもって背信性があるとはいえないとし、Xに通行地役権は認めなかった。しかし、圍繞地通行権が認められるとした。

原審は、合意による通行地役権のYへの承継は否定したが、Yは、背信的悪意者にあたるとした。すなわち、Yが本件5筆の土地を購入した際、本件土地が甲土地の通路として必要不可欠であることはその形状や利用状況から一見して明白であり、ここを通行できなくなればXに多大の損害が生ずることを認識しており、このことから通行する何らかの権利が設定されていることを当然に知っていたかあるいは容易に知り得たのであるから、Yは背信的悪意者にあたるとした。

Y上告。上告理由として重要な点は、背信的悪意者とは、実体上物権変動があった事実を知る者であることを要するが、原審はYが通行地役権の設定されていることについて悪意であったことさえ認定しておらず、それにもかかわらず背信的悪意者論を適用するのは、これまでの最高裁判所の判例の射程範囲を著しく逸脱する、という主張である。

判旨 上告棄却。

「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。その理由は、次のとおりである。

(一) 登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない者は、民法177条にいう「第三者」(登記をしなければ物権の得喪又は変更を対抗することのできない第三者)に当たるものではなく、当該第三者に、不動産登記法4条又は5条に規定する事由がある場合のほか、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合には、当該第三者は、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。

(二) 通行地役権の承役地が譲渡された時に、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、要役地の所有者が承役地について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、また、要役地の所有者に照会するなどして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。したがって、右の譲受人は、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。ただし、例えば、承役地の譲受人が通路としての使用は無権原でされているものと認識しており、かつ、そのように認識するについては地役権者の言動がその原因の一半を成しているといった特段の事情がある場合には、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反するものということとはできない。

(三)したがって、右の譲受人は、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いうべきである。なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。」

1 問題の所在

(通行)地役権は登記すべき物権であり(不動産登記法3条4号)、物権変動に関する基本原則が適用されるべきことは言うまでもない。これを第三者に対抗するために登記を要するが(民法177条)、第三者が背信的悪意者に当たる場合は、登記なくして対抗することができる等である。しかし、学説は、通行地役権の特殊性にかんがみ、右の登記の一般原則をそのまま適用することに反対してきた⁽¹⁾。そして判例の評価に関してであるが、「実質的には『通行地役権は原則として登記なくして第三者に対抗できる』との価値判断をもっている」と主張する見解さえあった⁽²⁾。沢井教授の主張される「法定通行権」も登記なくして対抗しようという意義を有しているといえる⁽³⁾。

このような状況において、本判決は、通行地役権の設定された土地の譲受人が未登記の通行地役権者に対し、登記欠缺を主張することができるかが問題となった事例において、①従来の背信的悪意者排除論によらず、信義則違反という新たな基準を採用し、②善意・有過失の第三者は、悪意者とはいえないため背信的悪意者に

も該当しないが、それでも信義則違反から正当の利益を有しないものとなりうることを承認したものである。これをもって、判例は背信的悪意者論から信義則違反へと移行し、悪意者排除論を採用したのではないかと注目されたが、その後、本判決は、通行地役権の特殊性によるものであるから、悪意者排除論を一般的に採用したものであるという評価に落ち着いている⁽⁴⁾。この点は、さらに平成18年判決において問題となった。

しかし、これまで、平成10年判決の評価は、もっぱら通行地役権の利用権としての特殊性が強調されるだけであった。平成10年判決が基礎としたその特殊性の内容は十分に明らかにされていないと思われる。ここではこの点について検討したいと思う。そこで問題となるのは、平成10年判決が、背信的悪意者構成をとらず、信義則構成によった理由は何かである。平成10年判決は、この二つの法構成に違いがあるとし、信義則構成によれば悪意認定を要しないとするが、後述するように、これまでも信義則構成をとる判例があり、その場合でも悪意が認定されていたから、信義則構成であれば悪意認定が不要になるという関係には必ずしもない。以下の検討は、まずこの点を確認することから始めることにしよう。

2 背信的悪意者構成と信義則構成による違い

(1)二重譲渡における背信的悪意者論 背信的悪意者論は二重譲渡を中心に形成されてきたが、背信的悪意者の法律構成は多様であり、(a)第二譲渡行為それ自体が公序良俗に違反し無効である(民法90条)という法律構成、(b)登記の欠缺を主張することが信義則に反する(民法1条2項)という法律構成、(c)登記欠缺の主張は権利濫用になる(民法1条3項)という法律構成などがあった。しかし、昭和40年代になって判例は、(d)実体上物権変動のあった事実を知る者であって、かつ右物権変動についての登記の欠缺を主張することが信

義則に反するものと認められる事情がある背信的悪意者は登記欠缺を主張するについて正当な利益を有せず、民法177条の第三者にあたらなとする法律構成をとるにいたった（最判昭和43年8月2日民集22巻12号2671頁など）。「背信的悪意者」という用語は以上の法律構成の総称として用いていたが、以後、判例において(d)構成が定着し、背信的悪意者をもっぱら(d)構成をさすものとして理解されるようになった⁽⁵⁾。したがって、背信的悪意者論の法律構成相互の関係は、(d)構成がその他の構成を排除するものではなく⁽⁶⁾、どの構成も内容的・実質的に同一性を有するといえよう⁽⁷⁾。

(2) 通行地役権の場合 未登記の通行地役権の対抗に関する下級審判例⁽⁸⁾を法律構成によって類型化すると、第一に、もっぱら取引動機の不法性を重視した背信的悪意者論によるもの（東京高判昭和48年6月28日判時714号191頁）、第二に、通行の事実を知って買い受けたという事実に加えて、通行者側の必要性と、承役地所有者の損失とを比較衡量し、権利濫用の法理によるもの（東京地判昭和41年10月29日判タ200号153頁）、第三に、平成10年判決と同様に、信義則の法理によるもの（東京地裁八王子支部平成元年12月19日判例時報1354号107頁、東京高判平成8年7月23日判例時報1576号44頁）などがある⁽⁹⁾。それぞれの法律構成の関係は、右の二重譲渡の場合と同様に考えてよいであろう。

(3) 以上からすれば、信義則構成と他の構成とは排他的な関係になく、必ずしも信義則構成をとるべき必然性はなかったといえる。それにもかかわらず、本判決は、背信的悪意者論と信義則構成とを区別して、あえて信義則構成に従ったが、それは、本件では善意・有過失者も信義則に反するとするためであったと思われる。しかし、右のような法構成による実質的な違いは、実はこれまでの判例上認められない。たとえば、通行地役権に関して本判決と同様に信義

則構成をとった前掲東京地裁八王子支部平成元年12月19日は、「被告は、……本件土地が原告らほか近隣居住者らにより、徒歩及び車両による通行の用に供させていることを知悉していた」と認定しているし、また、同じく通行地役権に関する前掲東京高判平成8年7月23日は、信義則構成をとりながらも「第一審被告らは、いずれも、前記の経緯で本件土地につきなされた合意（少なくとも黙示の合意）によるその設定が認められる通行地役権の負担のあることを十分に承知して右通路に沿って存在する宅地と共に右通路であることが明白な状況にある本件土地（承役地）を買い受け」と認定している。いずれも、悪意は認定されており、信義則構成によれば悪意が不要となるという対応関係はみられない。そうすると、本判決の意義は、善意・有過失者も信義則違反になりうることを認める判例がなかったところ、はじめてこれを承認した点にあるといえよう。判例は、民法177条にいう第三者は悪意であってもかまわないという立場をとっているが、本判決は、悪意者ばかりでなく善意者まで信義則に反しうるとした点できわめて特異なものといえる。

なお、学説は、悪意者と善意有過失者との違いを重視せず、後者をも悪意者排除の問題に含まれるものととらえているが⁽¹⁰⁾、しかし、悪意であればこそ復讐目的などの主観的態様が問題とされうるのであり、本判決は、善意・有過失ゆえにその主観的態様を問題としていないから、やはり両者を区別する意味はあると思われる。通行地役権に関して善意・有過失者でも信義則違反となりうることは、通行地役権者を通常の場合よりもいっそう厚く保護することになるのであり、これを正当化するだけの事情が必要であると考えられる。理論構成如何をこえた実質論の検討が不可欠である。本判決が未登記の通行地役権について善意・有過失者も信義則に反するという判断をした実質的根拠はどこにあるのか、このような判断がはたして妥当だったのかが問題となろう。次に検討しよう。

3 信義則違反の内容

(1) 主観的態様

本判決の原審は、Yの背信性を認定したが、そこで背信性の基礎としているのは、Yがその必要性が乏しいのに本件係争地の通路の閉鎖を考えたり、通行権の有無を確認しないまま本件係争地の通行をする権利がないと主張するに至ったような事情である。これまで背信性を基礎付けるとされる事情（復讐目的の存在や不正な利益取得目的の存在など）と比べると、この程度では背信性の認定は困難なように思われる。本判決は、Yの悪意を不要としたから、Yの主観的態様としては、せいぜい調査義務違反が認められる程度である。したがって、この場合は、従来の背信的悪意者論とは異なり、主観的態様は特に問題とならず、客観的な利益状況こそが信義則違反を基礎付けるものとして重要であるといえよう。

(2) 客観的利益状況

(a) 利用権対所有権 学説は、右の客観的状況として、通行地役権（利用権）と所有権が対立する場合には通行地役権者を所有者よりも厚く保護すべきことを指摘しており、この点について異論はみられない⁽¹¹⁾。すなわち、①地役権と所有権は排他的な関係になく共存しうるから、地役権者を優先しても所有者者に格別の損害を与えないこと、②通行地役権者はそれがなければ生活が脅かされるほどの影響を被るが、土地の譲受人は通行地役権を負担してもそれほど不利益を被らないことである。以上のような利益状況から、地役権者は、所有者よりも厚く保護されるべきであるというのである。

右は、利用権として通行地役権と共通する借地権の保護に関する議論における同様の利益衡量といえる⁽¹²⁾。判例は、この場合の第三者の悪意についてどのように考えていたのであるか。未登記借地人の保護をはかった判例は、信義則構成もしくは権利濫用構成によるものが多いが（この点は信義則構成をとった本判決へ影響を与えたと思われる）、第三者の悪意につ

いては、「少なくとも建物の存在につき、新地主が悪意であること。これは一般に、権利濫用等の構成で新地主が敗訴せしめられるための、いわば最低限の要件である。」とされている⁽¹³⁾。そうすると、これまでの議論では、利用権保護に配慮したとしても悪意認定が不要とされることはなく、したがって、平成10年判決のとする善意・有過失者排除は、利用権保護という観点だけからは導き出すことはできないように思われる。

なお、同じく土地利用といっても、独占的支配を内容とする借地権と比較すると、承役地所有者との共用を内容とする通行地役権の方が土地所有者に与える負担が軽微であることを根拠に、通行地役権を借地権よりもいっそう保護すべし、という主張も考えられる⁽¹⁴⁾。しかし、通行地役権の負担が土地所有者にとって借地権より軽微であるとは、必ずしもいえないように思われる。なぜなら、地役権であっても自動車通行による交通事故の危険性や負担の長期化が問題となり、好意による場合は無償とされることも多いからである（賃借権では賃料が発生する）⁽¹⁵⁾。

(b) 通路の公示機能 それでは、平成10年判決において、善意・有過失者が未登記の通行地役権者の登記欠缺を主張することが通常、信義則違反とされるのは、どのような理由によるのであろうか。本判決において、さらに重要な客観的事情として注目されるのは、承役地上に通路が設置され、だれの目から見ても地役権等の何らかの利用権が存在していることが明らかであるという事情である⁽¹⁶⁾。借地権の事例と比較すると、借地上に未登記建物が存在し、借地権の存在が推認される状況であっても、その借地権を第三者に対抗できないことはいうまでもなく、借地権を推認させる建物の存在自体は何の意味も有しない。いわば建物は借地権の存在についての公示機能を果たさないのである。これに対して、地役権においては、平成10年判決の理論によれば、客観的な通路が存在すれ

ば、利用権の存在を知るべきことが当然であり、不注意によりそれを知らなかった場合には、当然に信義に反することになるのである。この意味で、平成10年判決は、通路の存在という客観的状況に一種の「利用権限の公示機能」を認めたといってよいであろう⁽¹⁷⁾。本判決では、このような客観的な通路の存在が重要だと考えられるが、それでは、通路がまだ存在しない場合はどうであろうか。客観的な通路の存在が公示機能をはたしていると解すると、通路が存在しないときは、まだ通行地役権者の利益は現実化していないので、平成10年判決適用の前提を欠き、通常背信的悪意者論によることになるだろうか。しかし通行地役権設定の合意について知っていた場合は、背信的悪意者として認定される可能性が高いと思われる。

では、通行地役権についてこのような特別な取扱いをすることは、はたして妥当であろうか。本判決に限っての特殊な事情はとくにみられず、判決も通行地役権一般について論じているから、通行地役権の一般論として論じることは許されよう。そうすると、通行地役権一般について次のような事情があることからすれば、通行地役権を特別に扱うことを肯定してよいと思う。すなわち、通行地役権は黙示の合意によって成立することが多く、事実上登記がなされることはまれであるという事情である⁽¹⁸⁾。さらに、地役権者が登記請求権を有するかについても近年まで否定的に解されてきたから⁽¹⁹⁾、地役権者が通行地役権を登記することは法的にも困難であった。また、同様の事情にある借地権については立法的措置が講じられてきたが（旧・建物保護法、借地借家法10条参照）、通行地役権保護の立法は考えられてこなかったことも考慮されるべきであろう。以上からすれば、地役権の登記懈怠について地役権者に責められるべき事由はまったくないといえる⁽²⁰⁾。登記懈怠についてまったく責任がなく、これに客観的な通路の存在という事情が加わることで、はじめてたとえ善意・有過失者であっても、通行地役権

者の登記欠缺を主張すること自体が信義に反することになるといえよう。このような理由から、善意・有過失者をも信義則に反するとする平成10年判決の判断は、支持されてしかるべきであろう。また、本判決の射程距離も、以上のような事情がある場合に限られるということになろう。

(3) 平成10年判決と借地権

平成10年判決の射程に関し、本判決は二重譲渡のような所有権と所有権が対立する場合については適用されないと解されているが、ここでは借地権の場合にも適用されるのか、について検討しておきたい。学説では、借地権も利用権であるという理由で、平成10年判決の適用を認めるべきという見解がある⁽²¹⁾。この場合にも、通行地役権におけるような実質的根拠があるかどうかの問題となろう。この点について、借地人が対抗要件を備えていないことにつき帰責性がない場合はありうるであろう。しかし、建物が存在していることをもって敷地の譲受人が借地権の存在を知ることが当然といえるかは疑問であろう。先に検討したように、未登記建物の存在は公示機能を果たさないからである。したがって、善意・有過失者を信義則違反とすることは困難のように思われる。ただし、悪意である場合については、借地に関する立法的保護は必ずしも十分でないと指摘されており、建物保護の必要性もあることから、第三者が背信的悪意者とされて、借地権者が保護される可能性は高いといえよう⁽²²⁾。その意味で、善意・有過失者が信義則違反となる可能性を認める平成10年判決の射程はきわめて限られたものといえよう。

三 最高裁平成18年判決

[2] 最高裁平成18年1月17日第三小法廷判決（平成17年（受）第144号所有権確認請求本訴，所有権確認等請求反訴，土地所有権確認等請求事件）（民集60巻1号27頁）

事実 Yは、鮮魚店を開業するための融資を受ける予定の銀行から、公道に面する間口が狭いと指摘を受けたため、その間口を広げる目的で、平成8年2月6日、Aから本件土地を購入し、その移転登記を了した。

本件通路部分は、Bが、昭和48年3月から専用進入路として、所有の意思をもって、そのころ取得した土地の一部であると信じて、占有するようになったものであり、さらにCがBからこれを取得し、本件通路部分をコンクリート舗装したものである。平成3年7月、Xは、Cからこの土地の現物出資を受け、引き続き専用進入路として使用して現在に至っている。

Xは、①本件通路部分が自らの取得した土地の一部であることの確認、②仮に①が認められないとしても、Xが、前々主および前主の占有を併せて、昭和48年から20年間本件通路部分を占有したことにより、所有権又は通行地役権を時効取得したなどと主張し、主位的に、Xが本件通路部分につき所有権を有することを求め、予備的に、Xが本件通路部分につき通行地役権を有することの確認を求めた。

原審は、Xの主位的請求をすべて認容した。Xは平成5年3月に本件土地の所有権を時効取得したと認定したうえで、Yが背信的悪意者にあたるかどうかについては次のように述べた。すなわち「Yは、上記各土地の購入時において、(ア)……Xが本件土地の大部分と重なる本件通路部分Aをその専用進入路としてコンクリート舗装した状態で利用していること、(イ)Xが本件通路部分を利用できないとすると、公道からの進入路を確保することが著しく困難となることを知っていたことが認められる。そして、YがXを困惑させる目的で本件土地を購入したものと認められないが、Yにおいて調査をすれば、Xが本件通路部分Aを時効取得していることを容易に知り得たというべきであるから、Yは、Xが時効取得した所有権について登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないといわざるを得ない。」

これに対し、Yが上告。

判旨 一部破棄差戻。

「原審の上記判断(2)は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1)時効により不動産の所有権を取得した者は、時効完成前に当該不動産を譲り受けて所有権移転登記を了した者に対しては、特段の事情のない限り、これを対抗することができるが、時効完成後に当該不動産を譲り受けて所有権移転登記を了した者に対しては、特段の事情のないかぎり、これを対抗することができないと解すべきである。

(2)民法177条にいう第三者については、一般的にはその善意・悪意を問わないものであるが、実体上物権変動があった事実を知る者において、同物権変動についての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いて正当な利益を有しないものであって、このような背信的悪意者は、民法177条にいう第三者に当たらないものと解すべきである。

そして、甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の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べき事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといふべきである。取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないものであることにかんがみると、乙において、甲が取得時効の成立要件を充足していることをすべて具体的に認識していなくても、背信的悪意者と認められる場合があるといふべきであるが、その場合であっても、少なくとも、乙が甲による多年にわたる占有継続の事実を認識している必要があると解すべきだからである。

(3)以上によれば、YがXによる本件通路

部分 A の時効取得について背信的悪意者に当たるというためには、まず、Y において、本件土地等の購入時、X が多年にわたり本件通路部分 A を継続して占有している事実を認識していたことが必要であるというべきである。ところが、原審は、Y が X による多年にわたる占有継続の事実を認識していたことを確定せず、単に、Y が、本件土地等の購入時、X が本件通路部分 A を通路として使用しており、これを通路として使用できないと公道へ出ることが困難となることを知っていたこと、Y が調査をすれば X による時効取得を容易に知り得たことをもって、Y が X の時効取得した本件通路部分 A の所有権の登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に当たらないとしたのであるから、この原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

1 平成 18 年判決の意義

平成 18 年判決は、第一に、X が本件通路を含む土地を時効取得した後、Y が当該土地を旧所有者から取得した場合には、X と Y は対抗関係に立ち、X は登記がなければ Y に対抗することができないことを明らかにした（判旨(1) 参照）。判例の理論として、時効取得者と時効完成後にあらわれた第三者とは対抗関係になると解されていたが、最高裁としてはじめてこれを認めたものである。

第二に、本判決の原審は、Y が背信的悪意者に当たるかどうかについて、Y は調査をすれば X が本件通路部分 A を時効取得していることを容易に知り得たことから、Y は、X が時効取得した所有権について登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない、とした。これは、背信的悪意者の法理ではなく、先の平成 10 年判決の理論に従ったものと理解される。ところが、本判決は、背信的悪意者の法理によるべきとし、平成 10 年判決の信義則構成による善意・有過失者排除法理が、時効取得の場合には

適用されないことを明らかにした。

第三に、背信的悪意者の法理による場合、背信的悪意者とされるためには、実体上物権変動があった事実を知ることを要するが、時効取得についてはその要件をすべて認識していることは必要なく、「多年にわたる占有継続の事実を認識していればよいとして、悪意の要件を緩和したものである⁽²³⁾。

2 時効取得と悪意

(1) 学説は、先の平成 10 年判決の信義則構成による善意・有過失者排除法理は、利用権と所有権が対立する場合に限られるべきであると考えている（上記二 3 (2) (a) 参照）。これに対し、平成 18 年判決の事案は、時効取得者と取得時効完成後の譲受人とが対立した、いわゆる所有権対所有権の場合であるから、本判決が、平成 10 年判決の理論ではなく、背信的悪意者論を適用すべきとしたことについては、これを妥当と評価しているといえるであろう⁽²⁴⁾。

すでに検討したように、所有権対所有権か、あるいは利用権対所有権かという構図は一面的なものであり、それだけが決め手となるものではない。それ以外にも、平成 18 年判決が平成 10 年の信義則構成によるべきではないとした実質的理由・根拠があるのではないだろうか。次にその点について考えよう。

(2) 悪意の必要性

平成 18 年判決は、背信的悪意者構成により悪意を要件とした。悪意とは、実体上物権変動があった事実を知ることとされ、したがって時効取得の場合は、時効取得の完成を知ることを要することとなるが、本判決は、その要件を緩和し、取得時効の成立要件を充足していることをすべて知る必要はなく、多年にわたる占有継続の事実を認識していれば十分である、としたものである。本件において、第三者に悪意が必要とされるのは、背信的悪意者構成をとったためと理解されている。しかし、時効取得においては、どの法律構成によったとしても、第三者

の悪意は必要とされるのではないかと考えられる。まず時効取得者は、旧所有者に対して登記請求権を有しており、その登記は困難とはいえないから、その登記懈怠について帰責性がないことを前提とする平成10年判決適用の前提を欠くものといわざるをえない。さらに、第三者による時効取得の認識可能性が問題となる。通行地役権の場合では、通路の存在が権利の公示機能をはたし、権利の存在を現時点の客観的状況から判断することができ、認識可能性が認められた。他方、時効取得の場合には、時効完成の要件として時間的な経過が必要となるが、その時間的な経過は客観的状況から必ずしも明らかになるものではないであろう。時効取得の成立如何については、客観的な状況だけでは認識可能性は認められず、過失を論じる前提を欠くように思われる。どうしても第三者が時間的経過を認識していたかどうか（悪意）を問題とせざるを得ないのではないかと。また、そもそも時効取得の場合には、公示機能をはたすべき客観的状況もないといえる。以上から、要するに時効取得の場合には、通行地役権の場合とは異なり、善意有過失者にその信義則違反を問うことはとうていできないと思われる。したがって、本件は、少なくとも第三者が悪意であったことを要する場合であるといえよう。

(3) 悪意の内容

本判決は、悪意の内容について、取得時効の成否については、その要件の充足の有無が容易に認識・判断することができないから、「多年にわたる占有継続の事実を認識していればよいとしている。これについては悪意の要件を緩和したという見解⁽²⁵⁾と、悪意の内容を具体化したに過ぎないという見解⁽²⁶⁾が対立している。

時効取得については、本判決が指摘しているように、その成立要件を厳格に認識しなければならないとすると、悪意者はほとんど存在しないことになろうから、悪意の意味について明確にする必要があり、本判決はこれを明確にしたと理解するのが妥当であろう。何をもちて悪意

とするかは、時効取得に限らず生じうる問題である。二重譲渡の場合には、実体上物権変動があった事実を知ることが比較的容易であるといえるが、それでもそれは自分とは関係のない者同士の事情であるから、はっきりしない場合もあろう。したがって、悪意について明確にされないまま、背信性が問題とされることも多いものと思われる⁽²⁷⁾。

3 背信性

平成18年判決は背信的悪意者論を採用したが、その第一審判決は背信的悪意者構成をとったうえで第三者の背信性を否定した。それにもかかわらず、最高裁はなお背信的悪意者が問題となるとして第三者に悪意があるのかどうかを審理させるべく原審に差し戻した。この点をもって、学説では、本件では悪意が認められれば、それだけで背信性を認定するという方向、すなわち背信性の認定をも緩和するという方向を示したのではないかと推測する立場もある⁽²⁸⁾。平成18年判決自体は、これについては何ら言及していない。この点は、どのように考えるべきであろうか。

本件において、時効取得者の事情はどうであろうか。本件土地は溜め池が埋め立てられたもので、土地の状況が変わっており、時効取得を主張した者は、本来取得した土地の範囲について誤解していた。時効取得者に過失があることは否定できないが、登記懈怠についてはそれほど責められるべき事情はないといえる。その後、通路部分にバリケードを設置し第三者の通行を妨害するなどその態様は非難に値するものであるが、取得後の事情にすぎないのでこの点は考慮すべきではないであろう。これに対して、譲受人Yにはとくに背信性を基礎付けるような事情はみあたらない。このような状況からは、その譲受人がたとえ悪意者とされたとしても、従来の基準からすれば背信的悪意者と認めることは困難であるように思われる。

以上から、本件において上記の見解のように、

背信的悪意者の認定を緩和し、したがって実質的に悪意者排除説に立って、悪意のYを排除すべきとすることはたして妥当であろうか。Xが長年その土地を利用してきたという事情は重要であろうが、Yにも事情があり、どちらを保護すべきかについて決め手を欠くというべき本件において、登記にしたがって取引をしたYを、Xの時効取得につき悪意であったという理由だけで排除するのは妥当とは思えない。

四 おわりに

平成10年判決は、民法177条の第三者に関し、通行地役権の場合には善意・有過失者が第三者から排除されうることを承認したので、判例は悪意者排除説へ向かうのではないかと期待されたが、平成18年判決は、時効取得後の目的物を取得した第三者に関し、背信的悪意者排除説によるべきことを確認したものである。平成10年判決により善意・有過失者排除が認められたのであるから、善意・有過失と背信的悪意の中間にある悪意者排除が認められる場合があってもよいと考えられるところである。しかし、悪意者排除論の主張する悪意は、悪意という事実をさしているのに対し、平成10年判決も含めて判例が基礎としているのはあくまで背信性ないし信義則違反なのであって、両者は次元を異にしている。判例によれば、単なる悪意者が信義則違反になる場合もあれば、そうでない場合もあることになる。通行地役権の場合には、善意・有過失者も信義則違反になりうるのである。したがって、平成10年判決により判例の基本的立場が変更されたわけではないといえよう。したがって、平成18年判決は、平成10年によって示された変化の兆しを台無しにしてしまったという評価⁽²⁹⁾は、的はずれであろう。

註

(1) 沢井裕『叢書民法総合判例研究⑩隣地通

行権』(1978年 一粒社)〔以下では、「沢井・隣地通行権」として引用する。〕167頁以下、同「通行権について」ジュリ増刊不動産物権変動の法理(1983年)〔以下では、「沢井・ジュリ増刊」として引用する。〕144頁以下、岡本詔治『隣地通行権の理論と裁判』(信山社、1992年)164頁以下。

- (2) 岡本・前掲注(1)165頁。
- (3) 沢井・ジュリ増刊144頁以下。
- (4) 川井健「判例批評」民商119巻3号432頁、石田剛「判例批評」法教215号110頁、松尾弘「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」『川井健先生傘寿記念・取引法の変容と新たな展開』(日本評論社、2007年)所収)170頁。
- (5) 以上につき、鎌田薫「対抗問題と第三者」『民法講座2』(有斐閣、1984年)125頁以下、七戸克彦「判例批評(最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁)」110頁以下。
- (6) 七戸・前掲注(5)110頁以下。
- (7) 舟橋諄一、徳本鎮編『新版注釈民法(6)』〔吉原節夫〕(有斐閣、1997年)595頁。
- (8) その詳しい検討については「沢井・隣地通行権」168頁以下参照。
- (9) 以上につき、大野秀夫「判批」判例評論477号(判例時報1649号)34頁以下が簡潔にまとめている。
- (10) 川井・前掲注(4)432頁、松尾・前掲注(4)170頁。
- (11) 川井・前掲注(4)432頁、大野・前掲注(9)34頁、石田剛・前掲注(4)110頁など。
- (12) 広中俊雄「対抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」(幾代通ほか『民法の基礎知識(1)』(有斐閣、1964年)所収)54頁以下。
- (13) 幾代通、広中俊雄編『新版注釈民法(15)』〔幾代通〕(有斐閣、1989年)365頁以下。
- (14) 石田剛・前掲注(4)110頁。
- (15) 川島武宜、川井健編『新版注釈民法(7)』〔中尾英俊〕(有斐閣、2007年)937頁以下。
- (16) この点を強調するのは、中川善之助=兼子一『実務法律体系8仮差押・仮処分』(青林書院新社、1972年)374頁〔大田豊執筆〕。
- (17) このような考えを示すものとして、沢井・ジュリ増刊147頁。なお、かつて我妻博士は、民法177条の趣旨は、できるだけ不動産物権(変動)を登記によって公示すべしという公示原則の要請を実現することにあるが、地上権を含む借地権においては特別法による例外

- が設けられたため、「公示原則の動揺」が生じていると指摘された（我妻榮「不動産物権変動における公示の原則の動揺」(同『民法研究Ⅲ物権』〔有斐閣, 1966年〕所収) 51頁)。平成10年判決が通路の存在に公示機能を認めたものと評価しうるとすると、平成10年判決は、解釈により通行地役権について公示原則の例外を新たに設けたものといえることができ、地役権についても「公示原則の動揺」が生じていることを正面から認めたことになろう。そうすると、民法上の用益物権は、次第に公示原則が貫徹されなくなりつつあるということであろうか。
- (18) 仁平正夫「通行地役権設定契約の成否をめぐって」判タ516号51頁以下、岡本・前掲注(1)164頁。
- (19) 本判決の原審は、通行地役権者の登記請求権を認めなかった。しかし、その後平成18年12月18日民集52巻9号1975頁になってようやくこれを認めた(新版注釈民法(7)(2007年)937頁以下〔中尾英俊執筆〕)。
- (20) この点を指摘するのは、岡本・前掲注(1)164頁、なお、松尾・前掲注(4)174頁は、平成10年判決の考えは、真の権利者の帰責性が軽いときは、第三者の保護の要件として善意・無過失を要求するのと同様であるとされるが、これも同趣旨か。
- (21) 川井・前掲注(4)433頁以下。
- (22) 幾代通、広中俊雄編『新版注釈民法(15)』〔幾代通〕(有斐閣, 1989年)366頁。
- (23) 以上につき、鎌田薫『民法ノート物権法①【第3版】』(日本評論社, 2007年)167頁以下、関武志「判例評釈」判例評論577号12頁以下、池田恒男「判例評釈」判タ1219号39頁以下、福永礼治「新判例紹介」NBL829号11頁以下、高田淳「最新判例演習室」法学セミナー616号119頁。
- (24) 松尾・前掲注(4)174頁以下は、平成18年判決の事例は、境界線が不明確で、権利関係が確定的な段階にあったとはいえなかったから、移転登記が修了してはじめて土地所有権の帰属が確定する状況にあり、通常の対抗問題に属するものとして、177条の通常の判断枠組である背信的悪意者によるべきとする。ほかに福永・前掲注(23)12頁以下。これに対し、本件においても平成10年判決の信義則構成によるべきとされるのは、池田・前掲注(23)40頁以下。関・前掲注(23)13頁も同趣旨か。
- (25) 高田・前掲注(23)119頁。
- (26) 関・前掲注(23)15頁。
- (27) この点につき、七戸・前掲注(5)112頁参照。
- (28) 佐久間毅『民法の基礎2物権』(有斐閣, 2006年)84頁。
- (29) 池田・前掲注(23)40頁以下。