

【研究ノート】

取得時効と登記—境界紛争型に限定して(1)

足 立 清 人

研究ノート

取得時効と登記—境界紛争型に限定して (1)

足立清人

目次

1. はじめに
2. 平成18年1月17日最高裁判決
3. 下級審の裁判例の検討
 - (1) 平成18年1月17日判決より前の裁判例
(以上, 本号)
 - (2) 平成18年1月17日判決より後の裁判例
 - (3) 下級審の裁判例の分析
4. まとめ

1. はじめに

「取得時効と登記」に関する判例法理¹⁾は、様ざまな批判を受けているが、今のところ変更の気配はない。特に批判が強いのが、時効完成前に登場した第三者に対して、時効取得者は登記なしに取得時効による所有権の取得を主張できる(最判昭和33・8・28民集12巻12号1936頁)が、時効完成後に登場した第三者に対して、時効取得者は登記なしに所有権の取得を主張することができない(最判昭和35・7・27民集14巻10号1871頁)とする判例法理である。判例法理によれば、善意で占有を続けた時効取得者は、自分が時効取得したことを知らないの、登記を備えるチャンスがない。時効完成後に第三者が現れ、登記を備えた場合、敗れることとなり、長期間占有をした時効取得者の保護が薄くなる。第三者の側にしても、時効取得者の時効完成の前後によって、その保護が異なるのでは、法的安定性が損なわれるなどの問題が生じる。

判例法理に対して批判的な学説の代表が、登記尊重説、占有尊重説、そして類型説である(もともと、いずれの説も論者によってバリエーションがあり、それぞれに難点がある)²⁾。登記尊重説は、取得時効による所有権の取得も登記をしなければならないとして、177条を重視する。したがって、本説によれば、時効完成前でも、第三者が登記を備えた場合、第三者が優先し、時効取得者が、時効による所有権の取得を主張するためには、その登記の時以降、さらに取得時効に必要な期間、占有を継続しなければならない。この考え方を採ると、登記が時効中断事由のようになる³⁾。占有尊重説は、民法の取得時効制度が占有を要件としていることを重視して、時効取得者は、第三者に対して登記なくして取得時効を主張できる、とする。そうして、時効期間の現在からの逆算を認める結果、時効完成後に第三者が登場することはなくなり、常に時効取得者が優先することになる⁴⁾。近年有力なのが、紛争類型の具体的な事情を考慮して、類型ごとに適切な解決を示そうとする類型説である^{5,6)}。類型説は、紛争類型を二重譲渡未登記型と境界紛争型⁷⁾に大きく分類する。二重譲渡未登記型は、177条が適用される場面であり、登記尊重説に従った解決がなされる。他方、境界紛争型においては、占有尊重説が採られる。

学説からの批判にもかかわらず、最高裁は、平成18年1月17日判決で、時効完成後の第三者と時効取得者との関係が対抗関係となるこ

とを確認して、第三者と時効取得者の対抗関係に背信的悪意者排除論が適用されることを認めた。本判決が示した時効取得者の保護を厚くするという方向性には、多くの学説が好意的な評価を与えている⁸。本件は、境界紛争型のケースと分類することができる⁹。境界紛争型は、類型説がいうように、対抗問題として処理するよりも、占有尊重＝取得時効で処理する方が常識に適うように思われる。しかし、本判決は、境界紛争型においても、判例法理に従って、対抗問題として処理することを宣言した。

本稿は、基本的に平成18年1月17日判決が示した判断枠組みを支持するものであり、そこに、新たな見解を付け加えるものではない。以下では、平成18年1月17日判決が示した判断枠組みが、占有・取得時効が優先すべきと考えられる境界紛争型ケースおよび公図と現況との間に不一致が見られる地番争い型ケースにおいても、妥当な解決をもたらしうることを検証してゆく¹⁰。

まず、平成18年1月17日判決について、その判断枠組みを検討・確認する(2.)。次いで、平成18年判決より前と後に分けて、境界紛争型および地番争い型の下級審裁判例について検討を行う(3.)。そして最後に、裁判例の検討をふまえたうえで、判例法理による解決の妥当性を示し、考え方の整理を行う。

2. 平成18年1月17日最高裁判決

本件は、最高裁として初めて、取得時効完成後の第三者と時効取得者の対抗問題に、背信的悪意者排除論が適用されることを示した判決である¹¹。本判決の判断枠組みについて検討する。

〈事実〉 (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) Xらは、鮮魚店を開店する目的で、平成7年10月26日、Aから231番2, 232番3および275

番1の各土地を購入して、同日付けで所有権移転登記を了した。Xらは、鮮魚店開業のために融資を受ける予定の銀行から、各土地の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、Bから234番の本件土地(地目ため池, 地積52㎡)を代金80万円で購入して、同月13日付けで、その所有権移転登記を了し、また、同年4月18日、Cから274番2の土地を購入して、同日付けで、その所有権移転登記を了した。

Yは、本件土地の西側に位置する231番1, 232番1, 232番2, 233番2および235番3の各土地を所有し、231番1および232番1の各土地上に本件建物を所有している。本件通路部分は、コンクリート舗装がされて、国道からY所有の本件建物への進入路として利用されている。本件通路部分は、Eが昭和48年3月から、231番1, 232番1, 232番2の各土地およびその地上建物(従前建物)のための専用進入路として、所有の意思をもって、上記各土地ならびにその頃取得した233番2および235番3の各土地の一部と信じて、占有使用するようになったものであり、Fら10名が、昭和61年4月にEから上記各土地および従前建物を購入し、その3ヶ月後に、本件通路部分をコンクリート舗装したものである。そして、Yは、平成3年7月、Fら10名から上記各土地および従前建物の現物出資を受け、本件通路部分を引き続き従前建物およびその後建築された本件建物のための専用進入路として使用している。

Xらは、Yが使用している本件通路部分の一部が本件土地に含まれるとして、その所有権の確認と、所有権に基づいて本件通路上のコンクリート舗装の取去を求めた。これに対して、Yは、①本件通路部分の土地が自己に所属する土地である、②それが認められなくても、前前主および前主の占有を合わせて、昭和48年2月から20年間、本件通路部分を占

有したことにより、所有権または通行地益権を時効取得した、③かりに①、②が認められなくても、本件通路部分について圍繞地通行権をもつ、④かりに①、②、③が認められなくても、XらはYを困惑させる目的で本件土地を廉価で購入したのだから、Xらの請求は権利濫用に当たり認められない、などと主張した。また、Yは反訴として、主的に上記①、予備的に上記②の主張に基づいて、所有権または通行地役権の確認を求めた。

〈判旨〉（一部破棄差戻し、一部上告棄却）

最高裁は、本件通路部分の所有関係について、一部（本件通路部分A）がXら所有の232番3に含まれ、一部（本件通路部分A）が、Y所有の232番2および233番2の各土地の一部である、と認めた。そうして、Yの本件通路部分Aの取得時効の成否について、「Yの前々主は、昭和48年3月、本件通路部分Aを所有の意思をもって占有を始め、昭和61年4月、Yの前主がその占有を承継し、さらに、Yが引き続き占有の意思をもって占有を継続したことが認められるから、Yは、昭和48年3月から20年が経過した平成5年3月に本件通路部分Aの所有権を時効取得した」ことを認めた。

最高裁は、Yによる本件通路部分Aの時効取得を認めたとうえで、「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、時効取得した所有権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、特段の事情のない限り、これを対抗することができないと解すべきである」として、取得時効完成後の第三者と時効取得者との関係が対抗問題になることを確認して、「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」として、時効完成後の第三者と時効取得者との対抗問題にも、背信的悪意者排除論が適用されることを示した。そうして最高裁は、「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事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといべきである。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べきであるが、その場合であっても、すくなくとも、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である」（下線は筆者、以下同じ）として、背信的悪意排除論を適用するにあたっての具体的な判断基準を示した。

こうして、本件においては、「XらがY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、Xらにおいて、本件土地等の購入時、Y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べきである」として、原審の判断を却け、Xらが背信的悪意者に当たるか否かについてさらに審理を尽くさせるために、本件を原審に差し戻した。

〈コメント〉

（1） 最高裁は、原判決の次の判断が是認

できないとして、原判決を破棄・差し戻した。すなわち、「Xらは、銀行からの指摘で本件土地を購入したものであるが（本件全証拠によるも、Yを困惑させる目的であったとは認められない。）、本件土地購入の時点で、本件土地（の大部分）と重なるY通路部分は、Yが、その所有地上に所有する従前建物及び鳴門会馆〔本件建物〕へ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おり、Yがこれを使用できないとすると、公道からの進入路を確保することは著しく困難であることを知っていたことが認められ、そして、Xらにおいて調査すれば、Yが本件土地（の大部分）と重なるY通路部分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、Xらは、Yが時効取得した所有権についてその登記を経由していないことを主張するにつき正当な利益を有しないといわざるを得ない」と。原判決によれば、本件係争地周辺の客観的状況から見て、Xらは自らの主張がYの利用を阻害することを認識しており、しかも、Xらは調査すれば時効取得を容易に知り得た（認識可能性・有過失）ことから、Xらは177条の「第三者」から除外されるとされた。つまり、背信的悪意者以外にも、登記の欠缺を主張することが信義則上許されない「第三者」が存在することを認めた。原判決は、未登記通行地役権者と承役地の譲受人との対抗関係について判断が下された最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁（後述）の影響を受けているものと解される¹²。

（2）最高裁は、これに対して、背信的悪意者排除論を採用して解決すべきだと判示した。

177条の「第三者」について、判例は現在も善意・悪意不問の立場をとっているが、登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない第三者を背信的悪意者として、例外的に177条の「第三者」から排除している。第三者が背信的悪意者に当たるか否かについて

は、「悪意」と「背信性」の要件が要求される¹³。

背信的悪意者の「悪意」は、物権変動があった事実を知ることと解されてきた¹⁴。本件であれば、第三者が取得時効による物権変動があったことを認識していたこと、すなわち、第三者が取得時効の成立要件の充足をすべて認識していたことが要求される¹⁵。しかし、本判決は、そこまでの認識は必要でなく、第三者が少なくとも「多年にわたる占有継続の事実」を認識していれば足りるとして、「悪意」の認定を緩和した。これは、判旨も言うように、取得時効の「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」¹⁶ことを理由とする。本判決の「悪意」の認定の緩和は、二つの意味をもつと考えられる。まず、「悪意」の対象が、物権変動ではなく、多年にわたる「占有継続の事実」とされた点、次いで、占有継続の認識期間が、「多年」にわたる占有継続の事実の認識で足りるとされた点である。悪意の対象が「占有継続の事実」とされたのは、最高裁が、本件のような時効完成後の第三者と時効取得者の対抗関係において、時効取得者の占有継続という事実・利益（占有・利用利益）を重視したことを表明したと考えられる¹⁷。さらに、「多年」の占有継続の認識とされることで、時効取得者は、第三者が162条の取得時効期間の占有継続を認識していたことを必ずしも立証する必要はなくなった¹⁸。本判決の「多年」が、一体、どのくらいの期間の占有継続の認識を要求しているのか、判旨からは分からないが、時効取得者が取得時効による所有権の取得を主張していることから考えるに、時効取得を予想させるくらい長い間の占有を認識していること¹⁹が要求されると考えられる²⁰。とはいえ、取得時効期間の占有継続の認識とされるのではなく、少なくとも「多年」の占有継続の認識があれば、第三者の「悪意」が認定されるのだから、時効取得者にとっては、第三者の

「悪意」の立証が容易となるだろう^{21,22}。今後、多年の占有継続の事実の認識の運用次第では、第三者の悪意認定がさらに容易になされる可能性、そして二重譲渡型への影響も考えられる。

他方で、背信的悪意者の「背信性」について、本判決は、「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」というのみで、具体的には何も語っていない^{23,24}。二重譲渡型ケースにおける「背信性」の認定基準については具体化・類型化が深められているが²⁵、本件のような境界紛争型ケースにおける「背信性」については、どう考えるべきか²⁶、下級審の裁判例の検討を経たうえで検討する²⁷。本件のXらの行為に背信性が認められるのか否かについては、差戻審で審理されることになる²⁸。

本判決は、「取得時効と登記」をめぐる従来の判例の判断枠組みにしたがうものであり、時効完成後の第三者に対して背信的悪意者排除論を適用するにあたって、「悪意」要件の認定を緩和した²⁹。「悪意」の認定が緩和されることにより、時効完成後の第三者との関係においては、背信性の認定如何では、実質的に、占有尊重説に近い処理が行われることになる³⁰。

（3）最後に、本件の原判決が依拠したのではないかと考えられる最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁・判時1633号74頁・判タ969号119頁³¹と、平成18年1月17日判決との関係について検討する。まず、平成10年2月13日判決の事実と判旨を確認する。

〈事実〉（通行地役権設定登記手続等請求事件） Tは所有土地を6区画（東西3区画ずつ）の宅地とそれらの中央を南北に貫く幅員4メートルの通路として造成し分譲した。同通路は、その北端で、東西方向に通る公道に通じている。Tは、昭和49年9月、6区画のうちの西側中央の3604番8の土地をXに売り

渡し、その際、TとXは、黙示で、通路部分の北側半分に相当する本件係争地に、要役地を3604番8の土地とする、無償かつ無期限の通行地役権を設定することを合意し、Xは本件通路部分を公道への通路として継続的に利用している。

Tは、昭和50年1月頃、右6区画のうちの東側中央、南東側および南西側の3区画ならびに同通路部分をAに売り渡し、これらの土地は、その後分合筆を経て、昭和59年10月に3604番5の土地となった。TとAは、売買の際に、黙示で、AがTから通行地役権の設定者の地位を承継することを合意した。Aは同売買後直ちに、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、自宅から公道に出入りするために通路とした。

Xは、昭和58年、3604番8の土地に、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または徒歩で通行して公道に出入りしていたが、Aがこれに異議を述べることはなかった。Aは、平成3年7月、3604番5の土地をYに売り渡したが、YがAから同通行地役権の設定者の地位を承継するとの合意はなされていない。しかし、Yは、3604番5の土地を買い受けるに際して、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。Yは、土地の購入に際して、係争地の出入り口付近を封鎖するなどして、Xの通行権を否認した。そこで、XはYを相手どって、主位的に①通行地役権存在の確認、②通行妨害の禁止、③地役権設定登記手続³²、予備的に④圍繞地通行権の確認と通行妨害の禁止を主張した。

〈判旨〉（上告棄却） 「通行地役権（通行を目的とする地役権）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、特段の事情のない限り、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正当である。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對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条に規定する事由のある場合のほか、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の有無、内容を容易に調査することができる。したがって、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、特段の事情のない限り、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ものというべきである。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。

〈コメント〉

本件の原判決(福岡高裁那覇支部平成9年1月30日判決)は、背信的悪意者排除論を採用して、XはYに対して登記なくして通行地役権を主張できるとして、Xの通行地役権を認めた。これに対して、最高裁は、Yは背信的悪意者に当たる者ではないが³³、信義則上、「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」として、要役地の所有者Xの通行地役権の主張を認めた。

本判決によれば、①承役地の譲渡の時に、その物理的状況から、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客観的に明らかであり³⁴、かつ、②譲受人が主観的に、そのことを認識していたか、または認識可能であった場合には、承役地の譲受人は要役地所有者が通行権を有していることを容易に推認することができ、さらに、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³⁵、とされる。そうして、この①、②の要件がみたされれば、たとえ通行地役権が設定されていることを知らないで、つまり善意・有過失で承役地を譲り受けたとしても、何らかの通行権の負担付きで譲り受けたものとして、特段の事情がないかぎり、承役地の譲受人は地役権設定登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者には当たらない、とされた。何らかの負担付きの承役地を譲り受けた

にもかかわらず、後から登記の欠缺を主張するのは、矛盾行為の禁止または禁反言の原則に違反することを理由とするといわれる³⁶。もちろん、その背景では、通行地役権は黙示で設定されることが多く、地役権者に登記を要求することが現実的に難しいという事情や、未登記の地役権者と承役地所有者の具体的な利益の比較衡量がなされたと考えられる³⁷。本判決は、背信的悪意者排除論によることを明示的に排して、善意・有過失者でも177条の「第三者」から除外されることがあることを判示した^{38,39}。つまり、譲受人が承役地を善意で買い受けたとしても、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない第三者にあたる場合があることを示した。

本件は、要役地所有者の通行地役権と承役地所有者の所有権との対抗問題であるとはいえ、その関係は「喰うか喰われるかの関係」ではなく、両権利は併存可能である（地役権の特殊性）^{40,41}。すなわち、通行地役権が存在することで、負担は存在するものの、承役地の所有権が完全に覆されるわけではない。したがって、本件のような「地役権 対 所有権」の対抗問題を考えるにあたっては、「所有権 対 所有権」のケースとは異なる考慮が必要であると考えられる。

そこで、本判決と平成18年1月17判決との関係をどう考えるかである⁴²。177条は、物権の得喪を、登記を基準に形式的・画一的に決定する。「所有権 対 所有権」の対抗関係では、二つの所有権が併存することはできない。そこで、二人の所有権主張者の優劣は、登記によって決定される（177条）。しかし、登記で形式的・画一的に優劣を決定すると弊害が生じることもあるので、「自由競争」という判断基準^{43,44}が持ち込まれて、未登記者の登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない者（自由競争の枠を外れる者）は、たとえ登記を具備していたとしても、177条の「第三者」から除外されることになった（背信的悪意者

排除論）。

これに対して、「所有権 対 地役権」の関係は、対抗関係（177条の問題）であるといえども⁴⁵、両権利の併存を認めることができる。したがって、「所有権 対 地役権」の対抗関係を考えるにあたっては、「所有権 対 所有権」の二者択一の対抗関係とは異なって、両者の権利を併存させる、という選択肢もありうる。すなわち、未登記地役権者に登記がなくても、通行地役権の主張を許せないほどの不当性がなく、登記を備えた所有権者が、通行地役権があつては所有権の完全な行使が損なわれるなどの事情がない限り、両者の併存をできる限り認めるのが、相隣関係を考へても、常識的な判断となることがある。そこで、未登記地役権者を保護するための法的論理構成として、177条の枠内で、信義則を判断基準にして、地役権者と所有権者のそれぞれの具体的な利益を比較考量したうえで⁴⁶、登記を具備した所有権者に、「所有権 対 所有権」のケースにおいて登記具備者を負けさせるような不当性（背信的悪意性）がなくても、未登記通行地役権者の地役権の主張を認める、という構成が採られた。すなわち、登記を備えた所有権者が、通行地役権の存在について、たとえ善意であっても、調査すれば分かったのであれば（有過失）、登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない第三者にあたる、とされた。したがって、同じ対抗問題で処理されるとしても、両判決の判断基準は全くの別物であるということが出来る⁴⁷。両判決によって、「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しない」第三者の範囲が拡大されたと評価することもできるだろう^{48,49}。

3. 下級審の裁判例の検討

続いて、境界紛争型または地番争い型と分類できる下級審の裁判例⁵⁰の判断枠組みについて、背信的悪意者排除論の適用の観点から

考察していく。各裁判例の事実と判旨を詳しく紹介した後で、各判決に対してコメントを付し、最後に、下級審の裁判例の分析・整理を行う。

(1) 平成18年1月17日判決より前の裁判例

【1】大阪高判昭和49年7月10日 判時766号66頁・判タ316号199頁 (土地明渡等請求控訴事件)⁵¹

〈事実〉昭和12・13年頃、不動産業者Tは、多数の山林や畑を実弟名義で購入し、大規模な宅地造成事業を行い、分譲を開始した。この造成地一帯は、かつて山林や畑などであったことから、そもそも位置・形状・境界が不明確で、公簿上の面積と実測面積の不一致があったが、造成によって境界がますます不明確になった。分譲に際しては、造成された宅地ブロックごとに分筆がなされ、私道は私道敷としてその残余から分筆する方法で形態を整えていった。その結果、公簿上、宅地や道路敷以外に、残余の山林として残された土地が随所に生じたが、現実にはそれがどこに位置するか不明なまま、Tの実弟名義のまま放置された。これらの半端土地については、Tおよびその相続人Uも、その所在も知らず関心も示さなかった。本件係争地を含む地番8の土地は、こうした分合筆の結果、公簿上生じた残余土地である。

昭和41年12月、上記の事情を知ったAは、Tの相続人Uから、地番8番の土地を含む半端土地 合計70数筆 (公簿上面積2,500坪) を100万円 (坪当たり400円位。近隣宅地の時価は坪当たり10万円) で一括して購入し、所有権移転登記も済ませた。Aは、昭和43年2月、Xに対して、本件係争地を含む数筆の土地を、69万円 (坪当たり1万円。近隣宅地の時価は坪当たり約11万円) で転売した。その際、Aは、本件係争地が永年Yによって平穩に自主占有されているのを知りながら、Yに連絡をとることなくAの一存で測量士に実測を行

わせた。Xもこれらの実情を承知しながら、敢えてYに事をかまえるつもりで買受けた。

Tは造成した宅地の一ブロックを昭和13年5月28日、Bに売渡し、所有権移転登記を了した。昭和27年9月8日、Yは、Bから地番6の土地 (実測面積306坪) を、66万円 (時価相場で坪当たり2,200円) で、実測による現地指示売買の方法で購入した。Yは、Xから本訴提起のあるまで、何ら争いなく管理・占有してきた。

昭和43年12月、XはYを相手どって、自己が買受けた地番8の土地をYが占有しているとして、本件係争地の所有権を主張して、境界の確定および本件係争地の明渡しを求めて本訴を提起した。なお、Xは、買受けたその他の土地についても同種の訴訟を提起している。これに対して、Yは、本件係争地を時効取得した旨、主張した。

〈判旨〉(請求棄却) 控訴審は、Yの主張する地番6の土地と、Xの主張する地番8の土地がいずれも実在し、その境界線は不明ではあるが、両土地が隣接することは疑いなく、おそらくYの占有する土地に地番8の土地が含まれると判断した。そうして、Yの本件係争地の時効取得について、YはBから地番6の土地を買受けて、「Yは、民法186条の推定規定を援用するまでもなく、右引渡を受けた昭和27年9月ごろ以降10年間前記範囲の土地を所有の意思をもって平穩公然に占有し、占有の始め善意無過失であったと認めることができる。Xは有過失を主張し、Y代理人Mが前記の範囲内に本件8の山林が存在することを知らなかったこと、右取引にさいして特段公図を調査するようなことをしなかったことは、前掲証人Mの発言によってこれを認めることができるけれども、前記売買内容、附近の現況等に照らすと引渡を受けた範囲を6の宅地と信じたのは無理からぬ点があり (公簿面積と実測の不一致の点だけで、Mを責めることはできない)、特段過失と目すべき不注

意はないからXの前記主張は失当である。一般に土地の取引にさいし買主は公図まで調査しなければならないものでもない。ことに、本件の場合、かりに調査してもこれにより買主に対し右範囲内に8の土地〔本件係争地〕が含まれているとの判断を求めることは無理である。…Yは6の土地を現地指示売買の方法により買受けた結果、昭和37年9月ごろ8の土地の所有権をも時効取得した」として、Yの時効取得を認めた。さらに、「Aは往時山林等の宅地造成に関連してその分筆過程において単に公簿上残余土地として残ったいわば半端土地で、実際には造成業者（所有者）すらその存在に関心を示さず、かつ、現実にも何らの機能も果たさないままほぼ30年の永きにわたって放置されていた土地を極めて低廉な価格（実に時価の250分の1ぐらい）で買い集めたうえ、永年その存在も知らず自己所有地として平穩に占有してきた者〔Y〕に対していわば割込むようにして、突如、自己の権利を主張し、困惑させ、利得をえようとしたものといわれても致し方ないものであり、以上の実情を知りながら同人〔A〕から本件8の土地をこれまた極めて低廉な価格（時価の10分の1ぐらい）で買受け転得し、所有権取得登記を経、本訴に及んだXの所為もまたAと同一の意図によるものというべきである。…これらの事情を彼此総合すると、Xはまさにいわゆる背信的悪意者としてYの本件8の土地の所有権の時効取得登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者にはあたらない」（〔 〕部分は筆者が補充。以下同じ）として、Xの主張を却げた。

〈コメント〉 本件は、公図と現況の不一致から生じた地番争い型のケースである。本件において、A・Xは、現況と公図の不一致・不明瞭を奇貨として、Yの永年の占有を知りながら（「悪意」）、本件係争地を極めて低廉な価格で買受け、永年自己所有地として平穩に占有してきたYに対して敢えて事を構え、

困惑させ、不当な利得を得ようとした（「背信性」）。こうしてA Xの本件係争地の取得の目的・態様に「背信性」が認定された。控訴審は、以上の事情から、Xが背信的悪意者にあたり、Yの登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しないと認定した⁵²。

第一審では、UAの売買が不当な利益を得ようとするものであるから公序良俗違反で無効であり（90条）、したがってA Xの転売契約も無効である、というYの主張が認められて、Xは敗訴した。控訴審は、原審の90条違反という判断を、背信的悪意者の認定という形で引き受けたと評価される。

【2】札幌高判昭和51年6月7日 下民集34巻9～12号1045頁・判タ342号171頁（土地境界確定等請求控訴事件）⁵³

〈事実〉 Xは、昭和24年7月5日、Y1の代理人Mから旧9番4の宅地（105.12㎡（31.8坪））を現地指示売買で買受け、同月8日に所有権移転登記を経由し、同日までに引渡を受けた。Xは、同土地と本件土地のうちの本件係争地にまたがって、本件建物を建築して、所有の意思をもって善意、平穩かつ公然と占有していた。

Y1は、昭和32年5月頃、固定資産税を滞納したために、函館市から所有地を差し押さえられ、公売に付された。その際に、Y1は、旧6番2の土地に、所有建物をはみ出して建てていたY2（Y2は9番2の土地を昭和29年7月30日にY1から購入していた）に対して、旧6番2の土地（本件土地）全部を購入するよう依頼したが、Y2は、旧係争地以外の部分だけなら購入しても良いが、旧6番2の土地全部を購入することは拒んだ。その際、Y2はY1に、旧係争地部分にX所有の本件建物がはみ出して建っていることを教えた。Y1はY2に、Y1の代理人として、Xに対して、旧係争地部分を購入するか、または、本件建物のうち本件係争地上にある部分を収去して、

本件係争地を明け渡すか⁵⁴の交渉を依頼した⁵⁵。これに対してXは、本件建物が昭和24年にY1から購入した9番4の土地に建っていると反論して、そのままとなった。Y1からXに対して本件係争地の地代相当損害金を請求したことは一度もなかったが、Y1はY2から昭和41年以降、本件土地のうち本件係争地以外の部分の地代の支払いを受けている。

Y3は、旧9番4の土地の北側に隣接する土地に販売用のプロパンガスボンベなどを収納する倉庫を所有していたが、昭和47年になって、右倉庫敷地が道路用敷地として買収されることとなり、倉庫を取去して他に移転しなければならないことになった。そこで、昭和47年7月頃、Xに対して、旧9番4の土地の北側の三角地帯の空地数坪を借り受けたい旨申し入れたが、拒否された。その後、Y3は市役所の職員から、Y1所有名義の本件土地があることを知らされ、Y1の所有地を管理しているWに、本件土地のうち本件係争地部分を売却して欲しいと申し込んだ。しかしWは、本件係争地にはX所有の本件建物がはみ出して建てられているので、本件係争地はXに購入して欲しいことを理由に、Y3の申出を拒んだ。その際、WはY3に対して、XとY2との間に話しをつけて、本件土地を全部購入してくれるなら本件土地を売却しても良いと述べた。そこで、Y3は、懇意にしていたY2と相談して、昭和47年8月に再びXを訪問して、まず、Xに対して本件係争地のうち本件建物玄関前の空地を貸して欲しいと申し込んだが、拒否された。Y3は、では本件土地はY1の土地だからY3、Y2とXの3名でY1から本件係争地を購入しようと提案したが、Xは理由をつけてY3の提案を拒絶した。

Y3はY2と相談して、Xとの折衝を重ねる糸口をつかむつもりで、Y3とY2とで、Xを除外して本件土地を買い受けようと画策した。Y3はWに対して、Xがあたかも本件土地を
買う必要も意思もないという態度であるかの

ように偽って、Wを説得して、昭和47年9月11日頃、Y3とY2両名だけでWから本件土地を坪4万円、代金100万円で買受け、9月19日に代金を支払い、本件土地について持分2分の1で所有権請求権仮登記を経由した。Y2は、Xに対して、本件土地をY2とY3の両名がY1から買い受けたことを連絡した。XはWに対して本件土地を自分に売却することを求めた。しかしWは、既にY2とY3に売却済みのため無理であると答えたが、WはXのために、Y2とY3に対して、Xと協議するよう求めた。9月20日頃、Y2、Y3とXは協議をして、本件土地がY2とY3の所有となったことを前提に、本件土地の本件係争地以外の部分と本件係争地の南側境界線部分に沿って幅約三尺をY2の所有とし、本件係争地の残りの部分をY3の所有とするが、Y3所有部分とX所有の9番4の土地のうち北側の三角地帯の部分約6坪とを交換して欲しいとXに申し込んだ。Xは、Y3が交換で取得する土地を、三角地帯部分の北端から5メートルの地点で切ってくれれば、その申出に応じて良いと言って、Y2とY3もそれを承諾したが、Xはその翌日、Y2とY3に対して交換には応じられないと通告してきた。

昭和47年10月、Y2はXに対して、本件係争地を購入するか、本件建物のうち本件係争地上にはみ出している部分を取去して、本件係争地を明け渡せと要求した。これに対してXは、同年10月26日に、本件係争地がX所有であることを前提とした本訴を提起したため、Y2とY3は、同年11月9日付けで本件土地について所有権移転の本登記を経由した。

〈判旨〉(控訴棄却・請求認容) Xの善意・無過失について、控訴審は、Xが昭和24年7月8日以降、本件係争地を所有の意思をもって善意、平穩かつ公然と占有したことを認め、本件係争地占有開始の際のXの過失に関しては、「Xが旧9番4の土地を買い受けたときに、その買受地の範囲を実測したとすれば、

旧係争地部分がその買受地の中に含まれないことを気づき得たものと考えられないではない。Xが右のような実測をしたことを認むべき証拠はない。しかし、旧9番4の土地の所有者で売主であるY1の代理人であるMから、前記下水用溝の線が旧9番4の土地と旧6番2の土地との境界だと指示されて、旧係争地部分をその買受地たる旧9番4の土地に含まれるものとして本件建物を前記のように建てて旧係争地部分の占有を始めたXに過失がなかったとはいえないというのは、Xに対していささか酷な感があり、従ってXが右の実測をして買受地の範囲を確かめなかったことをもって、Xに、本件係争地の占有の始め、過失がなかったという前認定を覆すことはできない」として、Xに過失がなかったことを認め、Xが本件係争地の占有を始めた昭和24年7月8日から10年後である昭和34年7月8日をもって、本件係争地を時効取得したものと認めた。Xにたとえ過失があったとしても、占有開始から20年が経過した昭和44年7月8日の経過をもって、162条1項所定の取得時効が成立しているとして、Xによる本件係争地の時効取得を認めた。

そうして、Xの時効取得後に本件係争地を取得したY2・Y3とが177条の「第三者」にあたるか否かについて、「Yら3名は、いずれも、本件土地の前記売買の際に、Xが少なくとも20数年も前に、Y1から土地を買受け、別紙図面（二）記載の位置に本件建物を建築所有して、家族と共にこれに居住し本件係争地を、20数年に亘って継続して占有してきた事実、即ちXのため本件係争地の取得時効が完成するに足りる事実関係の存することを知悉しており、Xが本件係争地を自己の所有として強く主張していることも十分に知っていたこと、しかるに、Yらは、本件土地全部が登記簿上、Y1の所有名義となっているのを奇貨として、Y3としては、別紙図面（一）でAと表示した場所にあったその営業用プロ

パンガスボンベ収納用の倉庫の移転先として、先ず本件係争地の所有権を取得のうえ、その一部とX所有の9番4の土地のうち北側の三角地帯の空地部分とを交換して右三角地帯空地部分を取得するため若しくは、右の交換が実現できない場合は、端的に本件係争地の所有権を取得するために（Y3は、原審及び当審の本人尋問において、本件土地を買受けた目的は、本件係争地のうちX所有の本件建物の玄関前と横の空地約2坪の場所にプロパンガスボンベ収納用の倉庫を建築することであって、Xに対し、本件係争地上に存在する本件建物部分の取去を求める意図はなかった旨供述するが、前掲乙第6号証の1、本件建物の裏側の写真（昭和49年5月19日撮影）であることにつき争いない乙第6号証の3に弁論の全趣旨を総合すれば、X所有の本件建物の玄関先及び横の空地はわずかしかないうえ、Y3のように一般消費者にプロパンガスを販売する事業を営む者が容器置場、貯槽等の施設を設けるときは、そのプロパンガスの危険性に鑑み、住居用の建物から一定の距離をとることとされているから一液化石油ガスの保安の確保及び取引の適正化に関する法律施行規則第6条参照—X所有の本件建物の玄関先及び横の空地に主務官庁の許可を得て適法に前記のごとき販売施設を設け営業を継続することができるかどうかについて多大の疑問があるから、Y3の前記供述はたやすく措信し難い。）、Y2としては、本件土地のうちY2の所有する建物が一部にはみだしていた本件係争地以外の部分を取得するのはY2にとって勿論有益であるが、本件係争地については、特にこれを必要とするような事情がなかったのに、Y1側が本件係争地を含めてでなければ本件土地を売らないという態度をとったことと、親しくしていたY3の本件係争地取得の望みを叶えてやるために、またY1側としては、本件係争地を売ってくれという者が現れた機会に、本件土地全部を買ってもらうこと

により、より大きな対価を入手せんがために、本件土地の売買をしたものと推認され、且つ Yらは若しXが他日本件土地の買主から、本件建物のうち本件係争地上に在る部分の取去と本件係争地の明渡を求められるようなことになれば、Xの長年の生活の根拠が根底からゆさぶられてしまうような重大な結果になることを充分認識しながら、本件土地の前記売買をしたものと推認される」として、Y2とY3は本件係争地を、背信的悪意をもってY1から買い受けたとされ、Y2とY3は、Xの本件係争地の所有権の時効取得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あたらぬ、とされた。控訴審は、一連の経過をみるに、「Xは、…Y3に、同人の営業用プロパンガスボンベ収納のための倉庫の移転先として目をつけられたことに端を発して、本件紛争の渦中に巻き込まれて、本訴を提起するに至ったものというべきであって」、Y2とY3を背信的悪意者と認めないことは、「Xに酷な結果を招来するものであって、忍び難いところであり、右判断を右左しなければならぬような事情は、証拠上、他に認められない」とする。

〈コメント〉 本件は境界紛争型のケースである。Y2とY3は、Xが本件係争地を時効取得しうる状態にあることを知って(20数年の継続的な占有、家族とともに居住)(〔悪意〕)、Y1から本件係争地を含む本件土地を購入し、Y2については、本件係争地を必要としないのに懇意のY3の希望を叶えるために本件係争地を取得した点に、Y3については、本件係争地の取得はX所有9番2の土地の北側の土地と交換するために取得した点に、Y1としては、本件土地全部を取得してもらって、大きな対価を売るために本件土地を売買したという点に、そうして、Yらの本件係争地の売買が、Xの生活の基盤を脅かすものである、という点に、Yらの行為の「背信性」を判断したものと考えられる。控訴審の判断

理由は、もっぱら最後の点にあったと考えられる。それを認めないと「Xに酷な結果を招来するものであって、忍び難い」と述べていることから明らかである⁵⁶。

【3】福岡高判昭和52年7月21日 訟月23巻12号2130頁(土地所有権確認請求控訴事件)⁵⁷ 〈事実〉 大正13年2月および大正15年3月に、X(高森町(旧野尻村))は国(補助参加人)との間で公有林野官行造林契約を締結し、その所有地(地目 原野および畑)について地上権設定契約を締結した。補助参加人は、事前に、熊本公有林野官行造林署(現 熊本営林署)に現地調査を行わせ、関係者の立会のもと官行造林地図を作成した。本件係争地は、以降30年以上、国が官行造林として管理占有してきた。本件係争地付近は原野であり、そもそも字図と現況とが一致しないところがあり、一部、所有関係が明確ではなかった。本件係争地に官行造林がなされたとき、近隣所有者から反対はなかったが、戦前・戦後に数回、近隣者からXに対して所有権侵害として交渉が持ちかけられたり、調停が申し立てられたりした。昭和34年頃から、Yらは係争地の一部を順次譲り受け、所有権移転登記を経由した。Yらが本件係争地内の土地について所有権を主張したので、Xが所有権の確認を求めて訴訟を提起した。

〈判旨〉(原判決取消・請求認容) 控訴審はまず、Xが大正13年および大正15年に、官行造林のために地上権設定契約を締結して、本件係争地を自己の所有地として、所有の意思をもって占有を開始し、平穩公然と占有を継続してきたことから、占有開始のときにXが善意であれば昭和9年および昭和11年に、Xの占有開始に過失があったとしても、昭和19年および昭和21年に、本件係争地の所有権を時効により取得したことを認めた。そして、Xの本件係争地の時効取得は、本件係争地がXまたはYらいずれの所有であるのかについ

て証拠をもってしても判断できないことから、「Yの…所有権移転登記手続が存在することをもって妨げられるものではない」とする。

さらに、仮に本件係争地がYらの所有地であるとしても、Yらによる本件係争地の買受けは、「正当な代金授受がされていないと推認されること、…Yらはいずれも取得当時熊本市内に居住し、…本件係争地と遠隔の地にあり、…本件係争地の取得を必要とする事情にもないところから…本件係争地を取得した者は買受けの際、右係争地売買の事情を熟知していたこと、Y所有土地について第一次乃至第三次買受人がそれ取得した頃は官行造林が開始されて30年以上を経過し、その立木も樹齢30年以上の立派な樹木に生育し、それらはY〔補助参加人の間違いか〕によって長期間に亘り官行造林として管理占有されていたことは明白であることが認められるので…買受人ら〔Yら〕はその取得土地が官行造林であることを熟知のうえ買受け、しかもその土地所有権をめぐり紛争が生じ、その内容について認識しながら紛争に介入し、多額の利得を挙げようと企ててこれを買受け名義に登記手続きしたものと解され」として、Yらを背信的悪意者であると認めて、XはYらに対して本件係争地の時効取得を主張することができる、とした。

〈コメント〉 本件は、公図と現況が一致せず、本件係争地の範囲・境界も明確でない地番争い型のケースである。控訴審は、本件係争地がXの所有地なのかYらの所有地なのか認定できないことから、Yらが所有権移転登記を経由したとしても、Xによる本件係争地の時効取得は妨げられない、とした。

さらに、仮に本件係争地がYら主張の土地であったとしても、Yらは、Xの登記の欠缺を主張することができない背信的悪意者なので、XはYらに対して本件係争地の時効取得を対抗できる、とされた。本件係争地には樹齢30年以上の立派な樹木が成育しており、本

件係争地が長期間にわたり官行造林として管理・占有されていたことは明白であるから、Yらは、その取得土地が官行造林であることを熟知のうえ買受け受けたという点に、Yらの「悪意」が認められた。そして、Yらが、本件係争地とは遠隔の土地に居住し、本件係争地を取得する必要性もないままに、本件係争地を買受け、移転登記を経由したことは、本件係争地の所有権に関して紛争があることを承知で、紛争に介入することによって多額の利益を得ようとしたものと認定されて、この点にYらに「背信性」が認められた。こうして控訴審は、Yらが背信的悪意者であるとして、原判決を取消して、Xの主張を認めた。

【4】東京地判昭和57年8月31日下民集34巻9号～12号1249頁・判時1069号105頁・判タ494号101頁（建物取去土地明渡請求，土地所有権確認請求事件）⁵⁸

本件土地の譲受人が、土地上の建物所有者（借地人）に建物取去・土地明渡を求めた事件と、本件土地の賃貸人が、土地の譲受人に対して本件土地の時効取得を主張した二つの事件が併合審理されたケースである。前者の事件では、賃借権の時効取得が問題となり、後者の事件では、借地人を介して土地の所有権を時効取得した者と取得時効完成後の土地譲受人との関係が問題となった。

〈事実〉 Mは36番1の土地を所有し、Y2らは37番2および同番8の土地を所有していた。

Mは、本件土地の周辺一帯を所有しており、昭和36年頃から、合分筆を繰り返して、分譲を開始した。Mは生来病弱であり、昭和49年頃、医療費捻出の必要に迫られて、36番1の土地について、その調査と売却をF弁護士に依頼した。F弁護士は36番1の土地を実地調査した結果、公簿上の地積をはるかに超えて縄延しているが、本件土地が36番1の土地に該当すると判断した。そして、近隣住民への

事情聴取から、本件土地には相当永年の間、占有を続ける者が存在したことも確認した。しかし、F弁護士は、Mが本件土地をこのまま所有していることに利益はなく、売却した方が得であると考えて、Mのために売却処分することにして、同僚弁護士からXの紹介を受けた。そうして、昭和49年7月5日、Mは、Fを代理人として、本件土地（公簿面積約30㎡、実測面積約364㎡）を36番1の土地として、登記簿上の地積に従って代金360万円（時価坪当たり40万円）でXに売り渡し、所有権移転登記を済ませた。

Y2らは、昭和28年2月28日、37番2の土地について、昭和27年11月7日の相続を原因とする所有権移転登記を経由した。Y2らは、本件土地が37番2の土地の一部で、その所有に属するとして、昭和28年10月1日に、本件土地をY1の母に賃貸した。Y1の母は、Y2らを本件土地の所有者であると信じて、本件土地上に賃貸用アパートを建築し、Y2らに毎月賃料を支払ってきた。本件土地の賃貸借契約の更新の際、Y2らは、本件土地上の建物を取り毀し、建物を新築することを承諾した。そして、新建物が完成した昭和49年7月頃、借地権はY2らの承諾のもとY1の母からY1に譲渡された。

こうして、本件土地を譲り受けたとするXが、Y1に対して、所有権に基づき建物取去と土地明渡の訴を提起し（甲事件）、Y2らはXを被告として、本件土地の所有権の確認と、さらに取得時効に基づく本件土地の所有権確認を求めた（乙事件）。

〈判旨〉（請求棄却） 裁判所は、本件土地の帰属について、公簿上の地積と実測面積の比較とでは、本件土地が36番または37番のいずれに属するかは分からない、とする。しかし、実際の土地の形状や地積を正確に表示するものではないが、その相互の位置関係については信頼できると考えられる公図の性質から、本件土地は36番1の土地に属するとする

のが、現状および公図上の表示にも合致することを認めた。

そのうえで、裁判所は、Y1の賃借権、およびY2らの所有権の時効取得について検討する。Y1の母が本件土地全体を占有支配していたことは明らかであり、Y1の母が賃借を始めた昭和28年当時、本件土地の周辺は、宅地化がなされる前の畑、林あるいは荒地地等の状況にあり、各土地の境界が外観上明確でなかったことなどから、Y1の母が本件土地を賃借するにあたり、それがY2ら所有の37番2の土地の一部であると信じたとしても、過失があるとは認められない、とした。また当時、本件土地周辺をめぐる係争関係があったなどの特段の事情も認められないことから、Y1の母が分筆の経過に照らして公図などを仔細に検討しなかったことについても、過失があるとは言えない、とされた。そうして、「…Y1の母は、昭和28年10月1日、Y2らから本件土地を賃借して以来、同地上に旧建物を建築して他人に賃貸するなどし、Y2らに毎月賃料を支払い賃借の意思をもって、本件土地の占有を平穏かつ公然に継続し、かつ、Y1の母には、その占有を始めるにあたり過失はなかったのであるから、昭和28年10月1日から10年を経過した昭和38年10月1日限り時効は完成し、Y1の母は本件土地に対する賃借権を時効取得するに至った」とした。昭和45年5月、本件土地上の旧建物が取り壊され、同年7月に新建物が完成した頃、当該賃借権は、Y2らの承諾のもと、Y1の母からY1に譲渡されたことを認めた。

さらに、「…Y2らは、昭和27年11月7日、当時の37番2の土地を相続して以来、本件土地は右土地の一部をなすものとし、これを自己の所有地として昭和28年10月1日Y1の母に賃貸することにより、その占有を継続していることを認めることができるから、Y2らは、昭和28年10月1日以来所有の意思をもって平穏かつ公然に賃借人Y1の母の占有を介

して本件土地の占有を継続してきたものというべきであるから、占有開始時の事情を問うまでもなく、昭和48年10月1日の経過により、時効は完成し、Y2らは本件土地の所有権を時効取得した」ことを認めた。

他方、Xは昭和49年7月5日、本件土地の真の所有者Mから、本件土地を36番1の土地として買受け、所有権移転登記を経由した。したがって、Xは、Yらの取得時効完成後に本件土地を買受けた時効完成後の第三者にあたるとして、「XとM間の売買契約がなされた当時の本件土地の状態は、偶々旧建物を取り壊して新建築物を建築するまでの空隙に当たっていたとはいえ、それなりに他者の占有を窺わせるに十分な状態にあったこと、本件土地売買のあっせんに当り、売主Mの代理人ともなったF弁護士が本件土地近隣居住者のK弁護士から聴取して得た本件土地の従前の利用状態についての知見及びそれに基く判断は交渉の過程において当然買主X側にも開示されたものと推定され、買主Xも本件土地についての他者による相当以前からの占有の継続を認識していたとみられること、買主Xは専門の不動産業者であり、そのあっせんに当たった者も弁護士であって、いずれも不動産取引及びそれに伴う法律関係には通暁していると認められることを考慮すると、Xは、M代理人のF弁護士との間で本件土地売買契約をなすに当り、本件土地につき時効完成等により何らかの権利、利益を有する者の存在を予見しながら、Xが本件土地につき所有権移転登記を経由し、対抗要件を具備することにより、その者の地位が覆滅されるであろうことを計り、片やかかる取引に伴う危険を見込んで実測100坪を越す本件土地を僅か9坪の土地としてその時価のほぼ10分の1の廉価で買取り、しかも、それについて契約書上も特別の手当てをしているのであるから、権利の時効取得の成否が問われている本件においては、Xは背信的悪意者に当り、前判示のとおり本件土

地所有権、賃借権を時効取得したY2らおよびY1に対し、本件土地所有権の取得を主張し得ない」とした。

〈コメント〉 本件は境界紛争型ケースである。裁判所は、Y1の賃借権の時効取得⁵⁹、Y2の本件土地の時効取得⁶⁰を認めただけで、時効完成後に真の所有者Mから本件土地を買受けたXが背信的悪意者にあたると認定した。MX間の売買契約の締結に先だて、Xおよび売買の仲介にあたったF弁護士らが現地調査に赴いた際、たまたま本件土地上の旧建物が取り壊され更地状態にあったといえども、他者の占有を十分に予見できる証拠（旧建物の取り壊し素材が山積みになっていた）が存在した。しかも、X自身、不動産業者であり、MX間の売買の仲介にあたったFも弁護士であったことから、いずれも不動産取引およびその法律関係に通暁していたことが認められる。それゆえXは、売買の仲介にあたったF弁護士から、本件土地について相当以前から占有を継続する者が存在したことを伝えられていたことが推定される（「悪意」）。そうであるからこそ、Xは、将来の紛争を見越して、本件土地について所有権移転登記を具備することにより、本件土地について権利・利益を有する者の地位を覆滅することを図り、そして、すべての事情・リスクを考慮したうえで、実測100坪を越す本件土地を公簿上の面積9坪の土地として売買代金を定め、廉価（坪あたり40万円で代金額360万円として一本件土地の時価の10分の1とされる）で購入し、契約にあたって、契約後に実測面積が増減があっても互いに何ら請求することをしない、本件土地をめぐる将来紛争が生じたとしても、売主Mに証人として出廷を求めないという特約を付けた。裁判所は、この点〔将来の紛争を見込んで、Y2の地位を覆滅しようとして移転登記を取得し、廉価で購入した点〕に「背信性」を認定した。

もっとも、本件では、分合筆が繰り返され

た結果、土地の帰属、土地の地番が何番で、誰に帰属するのかが不明になったところ、実地調査を行い、将来、訴訟に至ることを承知して、したがって廉価で本件土地を購入した、(F弁護士を代理人とした)MX間の売買において、Xの行為・態様は、信義則または公序良俗違反にあたるまでは認定しがたい、とする見解もみられる⁶¹。本件では、Y1の賃借権の時効取得が認められたことから、判旨では明示されていないが、Y側の居住・利用の利益が考慮されて(それを保護するために)、Xらの行為・態様が背信的悪意にあると認定されたのかもしれない⁶²。

【5】東京高判昭和60年3月28日判時1150号188頁・判タ556号122頁(土地所有権移転登記手続等請求本訴・土地所有権確認等反訴請求控訴事件)⁶³

〈事実〉 分筆前703番の土地は、Y1の先祖から順次相続されて、昭和35年1月9日にY1が相続によってこれを取得し、昭和36年2月28日にY1のために所有権保存登記がなされた。他方、Xの父は、遅くとも昭和36年3月1日以降、分筆前730番の土地に隣接する所有地および本件係争地を、自分の所有地であると信じて占有を続け、Xは昭和40年12月4日に相続によってこれを取得した。本件係争地を含めた分筆前の730番の土地およびX所有地は、その一帯が松林であり、本件係争地については、X先代らが間引き、下草刈り等をして、X所有地と一体として管理してきた。X先代は、戦後、本件係争地を含めたX占有地全体に松の苗木の植林をしたが、Yらはこれに異議を述べなかった。さらに昭和56年12月頃、枯死した松の木を伐採してX占有地を畑に造成することにして、その際、Y1立会のもとに、木杭を設置してX所有地とY1所有地との境界標としたが、Y1はこれに対しても何ら異議を述べなかった。昭和57年2月頃、Y1はたまたま本件係争地付近の公図

の写しをみて、本件係争地が分筆前の730番の土地の一部であることを知った。この事実を告げられたXは、昭和57年3月頃、公図が誤りであるとして、公図の訂正手続を求めた。他方、Y1は本件係争地の時価による売買または代替地の提供を求めたが、両者の間の協議は調わなかった。そこで、Xは、同年5月12日付で、所有権の確認を求めて、Y2を相手どって千葉簡易裁判所に調停の申し立てを行い、他方で、Y1も、本件係争地の占有回収の訴えを提起する旨の書面を同日付で送付して、本件紛議に至った。同年5月11日頃、Y1は、姉の夫であるY2との間で、分筆前の730番の土地について、所有権持ち分10分の1を代金1,000万円で売却する契約を締結し、所有権持ち分10分の1の所有権移転登記がなされ、当該売買契約の対象地を分筆前の730番1の土地と特定して、分筆前の730番1の土地については、Y2のために、Y1の所有権持ち分10分の9の移転登記を、730番2の土地については、Y1のために、Y2の所有権持ち分10分の1の移転登記を経由した。

そこで、Xは、本件係争地の時効取得による所有権移転登記等を求めた。これに対して、Y2は本件係争地の所有権確認および明渡しを求めた。

〈判旨〉(控訴棄却) 控訴審は、まず、Xによる本件係争地の取得時効に関して、「Xの父は、遅くとも昭和36年3月1日以降、本件係争地が当時Xの父が所有していたX所有地の一部であるものと信じて、所有の意思をもって平穩かつ公然と本件係争地を占有してきたものということができ、また、Xは、Xの父が昭和40年12月4日に死亡しX所有地を相続してその占有を承継した際、本件係争地がX所有地の一部であると信じて、X所有地に対する占有とともに本件係争地に対する占有をXの父から承継し、それ以来所有の意思をもって平穩かつ公然と本件係争地を占有してきたものということができる」として、X

が昭和56年3月1日の経過をもって本件係争地を時効取得したことを認めた。

そして、「Y2は、Xが本件係争地について所有権を主張していることを熟知し、それがやがて争訟に発展するであろうことが十分予想される状況の下において、敢えて本件係争地を含む土地を買い受けることとして本件売買契約を締結したのであって、Y1とY2とが前記のような身分関係にあることを併せ考慮すれば、本件売買契約は、到底正常な取引とすることはできないのであって、真実その意思がないのにYらが通謀してこれを仮想したものであるとはいわないまでも、専らXが本件係争地について時効取得を主張するのを封じる意図をもってされたものであることは明らかである」として、Y2は背信的悪意者に当たり、Xは、本件係争地の取得時効完成後に本件土地を買い受け、所有権移転登記を経由したY2に対して、時効取得をもって対抗することができるとした。

〈コメント〉 本件は典型的な境界紛争型ケースである。X・Y1間の争いであれば、Xは登記なしにY1に対して本件係争地の時効取得を主張することができたが（大判大正7年3月2日民録24輯423頁）、Xが越境して占有していることが明らかになった後に、本件係争地を含む本件土地がY2に売却されることで、X・Y2は対抗関係に立つことになった。

控訴審は、Xが本件係争地を長年占有し、取得時効による所有権の取得を主張していることを、Yらが知っており（「悪意」）、そうして、XとY1との境界争い発生直後に、将来、訴訟になることを見越して、本件土地を分筆し、姉の夫であるY2に代金1,000万円（1,000万円が適正価格なのかどうか、実際に支払われたのか否かは事実関係からは不明）で売り渡した点に、Yらが、本件係争地についてXが時効取得するのを封じる意図があったと認定して、Yらの「背信性」を認定した⁶⁴。

【6】福岡高判平成10年1月27日判時1639号57頁（土地明渡本訴請求，所有権確認等反訴請求控訴事件）⁶⁵

本件は、本件係争地の時効取得について悪意で譲り受けたにもかかわらず、背信性が否定されたケースである⁶⁶。

〈事実〉 Yは、昭和31年頃、Y先代名義で、SおよびOから、字図等の図面を見ずに、丙土地を譲り受け、遅くとも昭和31年12月29日以降、本件係争地を畑地として占有・使用していた。

Tは、昭和26年7月1日、自作農創設特別措置法41条に基づいて、乙土地の売渡を受けた。この際、Tは、現地を見ずに、農業委員から現字図に基づいて乙土地の範囲の説明を受けた。それと同日に、Uも、自創法41条に基づいて、甲土地の売渡しを受けた。その後、Jが、昭和31年3、4月頃、Uから、現字図にしたがって甲土地を買い受けた。この際、Jは、甲土地がY所有の土地の東隣であることを教えられた。甲および乙土地を含む周辺土地は、いずれも自作農創設特別措置登記令14条に基づいて、登記用紙が閉鎖され、昭和36年6月1日、売渡し後の土地について、自創法41条の売渡しによる所有権保存登記がなされ、現字図が登記所に備え付けられた。ただし、丙土地については、昭和41年8月29日、土地表示のない土地の売渡しとして、現字図と同じ内容の売渡確定測量図に基づいて地番が設定され、同日付でY名義の所有権保存登記がなされた。甲・乙土地周辺の土地は、自創法により、字図⁶⁷に従って売り渡された土地で、当該字図は必ずしも現況を正確に反映しているものではなかった。そのため、J、Tおよび周辺土地の所有者は、各自の所有地の具体的な範囲を把握していなかったので、昭和46、7年頃、Y先代も立会いのもと、土地家屋調査士に現地の測量を依頼した。測量の結果、Y先代が耕作している畑地の中に、甲土地および丙土地の境界線があることが判明

し、Y先代は、耕作する畑地の一部が甲土地に侵入していることを認め、いずれ明け渡し旨の意向を漏らし、Yはこれらのやり取りを見聞きしていた。

甲土地および乙土地を含む一体の土地は、土木工事に用いる盛土材に適した良質の土が大量に取れるため、土木工事業などを営むXは、平成3年頃から、右一帯の土地の取得を計画し、同年5月頃から8月頃までの間に、乙土地よりも東側の土地を買収した、さらに、XはTからも、甲土地および乙土地を購入して欲しい旨言われ、各土地が山状で土量が多かったことから、買収したいと考えたが、境界が明確ではないということから買収を控えた。その後、Xは、Yが甲土地および乙土地に食い込んでいることを認めるのであれば、各土地を購入しても良いと考え、Tらと、平成4年5月頃、Y宅を訪れ、Yが耕作している畑地が甲土地および乙土地に食い込んでいる旨、主張したが、Yはその侵入の事実を否認したため、Xは買収を断念した。そこで、Tらは、平成4年6月23日、Yを相手どって、本件係争地の明渡を求める別件訴訟を提起した。Tらは訴訟係属中、Yが本件係争地の時効取得を主張すればTらは敗訴するが、甲土地および乙土地を第三者へ売却すれば、Yの取得時効の主張を封じることができる旨のアドバイスを受けた。そこで、Tらは、再度、Xに対して、甲土地および乙土地を買い取るよう申し入れた。これに対して、Xは、関係者から事情聴取をしたり、土地家屋調査士に測量させるなどして自ら調査した結果、甲土地と乙土地の境界は、Tらが主張する現字図に基づく境界が正当であると判断した。さらに、Xは、弁護士に、甲土地および乙土地を買い受けることの法的な可否を相談したところ、多分、取得時効が成立するが、先に登記した方が特段の事情のない限り勝訴するとのアドバイスを受け、問題はあつたものの、あえて甲土地および乙土地を買収することにし、

Tらは別件訴訟を取り下げた。

平成4年10月18日、Xは、甲・乙各土地の一部である本件係争地をYが不法占有しているとして、Yに本件係争地の明渡を請求した。これに対して、丙土地を所有するYは、同土地に本件係争地が含まれるとし、また、仮にそうでないとしても本件係争地を時効取得したとして、Xに対してその所有権の確認を求めた。

〈判旨〉(原判決取消・本訴請求認容、反訴請求棄却) 控訴審は、原審同様、本件係争地が甲および乙土地に属することを認めた。そして、Yが昭和31年12月29日から現在に至るまで本件係争地を占有していることは争いが無いので、Yは昭和51年12月29日の経過によって、本件係争地を時効取得したことが認められた。Xは、Yが本件係争地を既に時効取得していた平成4年10月29日に甲土地および乙土地を購入したので、取得時効完成後の第三者に当たる。Xは、本件係争地がYによって既に時効取得されている可能性が高いことを認識して甲土地および乙土地を買い受けたこと(「悪意」)が認められたが、その「背信性」については否定された。その理由は、「Xが甲、乙土地を買い受けたのは、東側隣接地と同様、専ら土木工事業の営業に必要な不可欠な良質の土を確保するためである。XにYの時効取得を妨害し不当不正な利益を得ようとする意図がなかったことは、JとTから願ってもない土地売買の申出があつてから約1年の間に、Xが、前記認定のような紆余曲折を経る中で、境界についてのYの見解を確認し、土地家屋調査士に依頼して独自に現地調査を行い、かつ、法律上の問題について弁護士の意見を求めるといった慎重な手順、検討を経た上で、訴訟による解決を図る覚悟で契約締結に踏み切った経緯に照らして、明らかである。また、前記売買代金が時価に比べて不当に廉価であることを認めるに足る証拠はない。むしろ、甲土地と乙土地とでは、本件係

争地が占める割合に大きな差があるのに、代金額は、双方とも公簿面積にほぼ同額の単価を乗ずる方法で算出されていることや、約1年前に売買された東側隣接地数筆の売買代金を立証することは、Yにとって比較的容易なはずなのに、Yがそのような立証活動をしないうちから推して、右代金額は、適正な価額の範囲内にあるものと推認される。加えて、Y親子は、以前から本件係争地を野菜畑として使用しているものであるが、時効完成時の昭和46,7年ころにYの父親が不承不承ではあるが越境の事実を認めた経緯がある。Y親子は、この時点で、少なくとも本件係争地の占有に問題があることを知らされたのであるから、通常であれば、越境の根拠〔と〕された丙土地としての占有部分を測量するなどして、相応の対策を講ずるものと思われる。しかるに、Yは、本件訴訟においても丙土地の公簿面積と実測面積の比較による反論を提出することができないにもかかわらず、本件係争地を丙土地の一部として前所有者から引き渡しを受けたとする主張に拘泥し、特段の対処をした形跡がない。特に、平成4年6月にJ及びTから前訴を提起された機会に、時効取得を原因とする所有権移転登記手続を求めするための保全措置を講ずることをしなかったのは、自己の権利を守るについて熱意を欠いたとされてもやむを得ない」として、Xの「背信性」が否定されて、控訴審は、Xを背信的悪意者と認めた原判決を取消し、Xの主張を認めた。

〈コメント〉 本件も典型的な境界紛争型ケースである。控訴審は、Yが背信的悪意者にあたるか否かについて、Xの「悪意」を認めたが、その「背信性」については否定した。Xによる本件係争地の必要性、すなわち、土木工事の営業に必要な不可欠な良質の土地を確保すること、甲土地および乙土地取得の売買代金が不当に廉価ではないこと、さらに、弁護士や土地家屋調査士といった専門家に相談して慎重な手続・検討を経たうえで、訴訟によ

る解決を図る覚悟で契約を締結した点に、Yの時効取得を妨害し不当不正な利益を得ようとする意図がないことが認定されて、その「背信性」が否定された。これに加えて、Y先代が越境の事実を認め、いずれ明け渡す旨発言しており⁶⁸、特に、JおよびTから前訴を提起されたときに、時効取得を原因とする所有権移転手続を求めための保全措置を講ずることをせず、Yが自己の権利を保全するのに熱心でなかったことも、Xの「背信性」が否定されるにあたっての判断材料となった⁶⁹。

これに対して、原審（大分地判平成9年4月22日判時1639号59頁）は、Xが背信的悪意者にあたると認定した。すなわち、「Xは、甲および乙土地を譲り受ける際、Yが本件係争地で既に何十年も農業をしており、同土地が整備された畑地になっていることを知っていた。…認定事実によれば、Xは、Yが長年にわたって本件係争地を整備された畑として占有してきたことを明白に認識した上で、本件係争地についてYの時効取得が完成しており、係属中の別件訴訟では、…時効取得のため、甲及び乙土地の所有名義人であるTらが敗訴する可能性が極めて高いことを十分知りながら、Yが…時効取得に伴う登記をしていないことから、Xが甲及び乙土地の所有権移転登記をすれば、結果的にYの…時効取得の主張を排斥できると判断して、同土地の所有権移転登記を経由し、その直後頃に、実質的には、Tらと訴訟当事者を交代する趣旨で本件訴訟を提起しているものであり、他方、Yは、本件係争地が自己所有の丙土地内にあるとの考えを前提にしていると解されることから、本件においては、本件係争地について取得時効が完成しても、これに対応する登記手続（甲及び乙土地から本件係争地部分を分筆して所有権移転登記手続をする。）を早期に行うようYに対して期待することには困難な事情があると解されるのであるから、Xが甲及び乙土地を買収する前記認定の必要性を有す

ることを考慮しても、Xはいわゆる背信的悪意者として、登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者には当たらないと解するのが相当である」とした。原審は、Xによる甲土地および乙土地の買受け・所有権移転登記の具備を、Yの時効取得を覆滅するためと評価し、Y側の登記の懈怠についても帰責性がないと判断して、Xの「背信性」を認めた。本件は、同じ事実を評価するに当たっても、原審と控訴審とでその評価が正反対に分かれた。前掲の札幌高判昭和51年6月7日、東京地判昭和57年8月31日や東京高判昭和60年3月28日でも見られたが⁵⁷⁰、時効取得者と第三者との対抗問題における事実評価の困難さを見て取ることができるケースである。

本判決では、第三者の背信的悪意者性が判断されるにあたって、第三者の行為態様だけでなく、時効取得者側の行為態様（特に、登記懈怠の帰責性の有無）も明示的に取り込まれている。

こうして下級審の裁判例の積み重ねによって、平成18年1月17日の最高裁判決で時効完成後の第三者にも背信的悪意者排除論が適用されることの下地が形成されていった。(続)

¹ 「取得時効と登記」に関する判例法理については、鎌田薫「民法ノート物権法① [第3版]」(2007年) 54頁以下；草野元己「『取得時効と登記』に関する判例理論と学説」(同「取得時効の研究」(1996年)) 121頁以下；松久三四彦「取得時効に関する判例法理の展開」(同「時効制度の構造と解釈」(2011年)) 317頁以下；同「取得時効と登記」(同「時効制度の構造と解釈」) 341頁以下；舟橋諄一・徳本鎮編「新版 注釈民法(6) 物権(1) [補訂版]」627頁以下(原島重義・児玉寛)などを参照。

² 各説の詳細については、池田恒男「登記を要する物権変動」(星野英一編「民法講座2 物権(1)」(1984年)) 143頁以下；鎌田「民法ノート物権法①」158頁以下；草野「『取得時効と登記』に関する判例理論と学説」129頁以下；

松久「取得時効と登記」347頁以下などを参照。

³ 我妻栄「物権法」(1952年)77頁。

⁴ 川島武宜「民法総則」(1965年) 572頁；同「新版・所有権法の理論」(1987年)239頁注(64)。

⁵ 星野英一「取得時効と登記」(同「民法論集4巻」(1978年)) 323頁・336頁以下；同「『取得時効と登記』補論」(同「民法論集4巻」) 339頁以下を参照。

⁶ 類型説には、二重譲渡型と境界紛争型の区別が困難である、という有力な批判がある(安達三季生「取得時効と登記—登記法定証説の立場から—」(「現代民法学の基本問題(上)」(1983年)) 236頁以下；草野元己「取得時効と登記—取得時効の存在理由との関連で」(同「取得時効の研究」) 210頁以下など)。本文「3. 下級審の裁判例の分析」以下で挙げる裁判例からも分かるように、確かに、その区別は困難である。

⁷ 本論から外れるが、境界紛争型ケースについて、筆界との関係も視野に入れた実際的な考察も必要であると考えている。草野元己「筆界と所有権界：取得時効制度の観点から『境界』を考察する」三重大学法経論集21巻1号(2003年) 1頁以下を参照。

⁸ もっとも、草野元己「取得時効の存在理由から見た時効取得の対抗問題と背信的悪意者—境界紛争ないしは地番争いの事案を中心に」法時82巻3号(2010年) 113頁によれば、本判決は場合によっては「迂遠な解釈論」ということもでき、「単純に『時効取得の対抗には登記は不要である』と言った方が適切なのではないか」とする。そうして、この問題は、取得時効の存在理由という観点から考察して初めて、時効取得における対抗要件としての登記の要否、背信的悪意者排除論との関連性が明らかになる、とする。

⁹ 鎌田「民法ノート物権法①」180頁では、「本件のように地図と現地との対応関係に関して争いがあるケースでは、二重譲渡型か境界紛争型かの判別は極めて困難である」とされる。前掲注(6)も参照。

¹⁰ 石田剛「背信的悪意者排除論の一断面(二)—取得時効に関する最判平成18年1月17日を契機として」立教法学74号(2007年) 191頁は、「判例は紛争の多様性に柔軟に対処するために背信的悪意者排除論の弾力的運用という方法を採用した」とする。

- ¹¹ 本判決の評釈として、新井敦志「《判例研究》取得時効完成後の第三者と民法177条の背信的悪意者排除論—最三小判平成一八年一月一七日を素材として—」立正大学法制研究所研究年報12号（2007年）49頁；井口良「『取得時効と登記』に関する一考察」*tâtonnement*11号（2009年）197頁；池田恒男・判タ1219号38頁；石田剛・ジュリ1332号68頁；同・民法判例百選Ⅰ〔第6版〕114頁；同「背信的悪意者排除論の一断面（一）（二）—取得時効に関する最判平成18年1月17日を契機として」立教法学73号（2007年）63頁，74号（2007年）119頁；笠井修・金判1248号2頁；鎌田「民法ノート物権法①」167頁；河津博史・銀法21・662号40頁；桐ヶ谷敬三・判タ1245号28頁；小山泰史・LEX/DB速報重要判例解説 No. 2006-003；関武志・判評577号（判時1952号）11頁；高田淳・法セミ616号119頁；田口務「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3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）」神奈川大学ロージャーナル第1号（2008年）79頁；田中淳子「『取得時効と登記』と背信的悪意者排除論の連関について」愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号（2006年）1頁；野澤正充・速報判例解説・民法（財産法）No.2・85頁；福永礼治・NBL829号10頁；舟橋秀明・登記情報47巻7号70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」（「取引法の変容と新たな展開」（2007年））170頁；松岡久和・判例セレクト2006（法教318号別冊付録）21頁；松波重雄・ジュリ1356号188頁；同・曹時61巻6号273頁；松久三四彦・不動産取引判例百選〔第3版〕90頁などを参照。
- ¹² 鎌田「民法ノート物権法①」176頁；松波・ジュリ1356号189頁などを参照。
- ¹³ 鎌田薫「対抗要件と第三者」（星野英一編「民法講座・第二巻・物権（1）」（1984年）127・128頁などを参照。
- ¹⁴ 最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁では、「…実体上物権変動があった事実を知りながら当該不動産について利害関係を持つに至った者において、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に反するものと認められる事情がある場合には、かかる背信的悪意者は…」とされている。
- ¹⁵ 辻正美・判評260号13頁（判時972号）24頁は、「悪意の対象をYの時効取得の事実とすると、時効の成否という微妙な問題だけに、悪意ということはほとんどありえなくなる」とする。
- ¹⁶ 関・判評577号13頁によれば、たとえば、時効の効果は、援用がなされないかぎり、確定しない、時効の援用や放棄については公示手段がないので、時効取得者による時効の援用や放棄の有無は、当該不動産の譲受人には分らない、とされる。
- ¹⁷ 石田・立教法学74号167頁などを参照。水本浩「取得時効と登記—不動産物権変動における利益衡量（二）」立教法学20号（1981年）160頁以下は、時効完成後の第三者と時効取得者との対抗関係では、時効取得者の利用利益（時効利益）を優先すべきだという利益衡量を主張される。
- ¹⁸ 松久・不動産取引判例百選91頁；小山・速報重要判例解説3頁を参照。
- ¹⁹ 「多年にわたる占有継続の事実」の認識を立証するためには、具体的にどのような条件・状況が必要とされるかが問題となる。野澤・速報判例解説88頁を参照。
- ²⁰ 石田・立教法学74号123・124頁〔20年〕；松波・ジュリ1356号188頁〔10年〕を参照。関・判評577号15頁は、「多年にわたる占有継続の事実」があれば、「取得時効を裏付けるための事実」がある、とする。
- ²¹ 笠井・金判1248号5頁は、悪意性の認定が緩和されたところで、悪意性の証明が認められなかったことはほとんどないため、これが今後、裁判にどれほどの影響を与えるかは分らない、とする。
- ²² 松久・不動産取引判例百選91頁は、譲受人が占有期間を取得時効期間に満たないものと考えていて、譲受人がそれを立証できたときは、時効完成を知らないという意味でも、また、通常は当該不動産を譲り受けることを背信的と評価することはできないということからも、背信的悪意者の前提要件としての悪意認定はできない、とする。しかし、多年の占有継続の事実に対する認識がある以上、その反証は難しいだろう。
- ²³ 池田・判タ1219号38頁，42頁は、本判決が「背信的悪意者排除論」を採用しているように見えるが、それは「単なる見せかけ」に過ぎない、とする。実質的には、譲受人の「悪意」のみで「背信性」も認められることにな

- り、その「悪意」の認定が緩和されたことにより、「背信的」悪意者論の枠組みには取まりきれない広い判断枠組みが提示されている」と評価する。
- ²⁴ 新井・立正大学研究年報12号55頁：田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号16頁，45頁：福永・NBL829号13頁は、本件が取得時効完成後の第三者について、その背信性の判断を緩和した、とする。これに対しての反論は、関・判評577号15頁を参照。
- ²⁵ 北川弘治・判評120号(判時538号)121頁以下：同・判評121号(判時541号)15頁以下：「新版 注釈民法(6)物権(1)[補訂版]」686頁[吉原節夫]などを参照。
- ²⁶ 石田剛「登記がなければ対抗することができない第三者」(鎌田薫他編「新 不動産登記講座2・総論Ⅱ」(1997年)34頁は、取得時効が成立する場合には、背信性の認定が比較的緩和されている、とする。広中俊雄「物権法 [第2版増補]」(1987年)157頁も、取得時効の完成を知って取引した第三者は「背信的悪意者」にあたり、時効取得者が現実の利用をしていたことを知っていた・悪意の第三者も、同様の取り扱いがなされるべきであり、しかも、長期間の(まもなく取得時効の完成に至るような)占有利用を知っていたが、その占有者が第一譲受人であることを知らなかった・善意の第三者も、重過失を認定して、悪意者と同視したうえで「背信的悪意者」とすべきである、とする。笠井・金商1248号5頁は、「第三者が時効完成に関する十分な情報を得て悪意とされた場合には、背信性の判断は容易となり、逆に、時効完成について限定された認識を有していただけにとどまる場合には、第三者がそのような限られた認識の下でもなおはっきりした反信義則性を帯びるときに背信的悪意者とされる」として、悪意性と背信性の両要素は関連するものである、とする。池田・判タ1219号41頁は、「背信性」の要件に関して、本件は、「背信的悪意者」の概念を用いつつも、実は「背信性」の要素は独立した意味をもたず、「多年にわたる占有継続の事実」の認識=悪意が基準となっており、実質的には、後述の平成10年2月12日判決や本件原審と同様な判断が下されている、とする。
- ²⁷ 境界紛争型ケースの「背信性」判断にあたっては、二重譲渡型ケースの「自由競争論」の判断基準を適用することはできないだろう。石田・立教法学74号125頁：後掲注(44)も参照。
- ²⁸ 池田・判タ1219号43・44頁を参照。関・判評577号15頁によれば、Yが予備的に通行地役権を主張していることから、背信性の判断に当たっては、本件原判決や平成10年判決の判断枠組みが、どのような影響を与えることになるか興味深い、とする。
- ²⁹ 本判決の射程は、時効完成後の譲受人の悪意認定に限定されるが、それ以外のケースの背信的悪意者の悪意認定にも拡大していくことができるのかどうか問題とされる。石田・立教法学74号167頁以下を参照。
- ³⁰ もっとも、後述(3.下級審の裁判例の平成10年1月27日判決，平成18年9月5日判決，平成20年10月30日判決，平成20年11月28日判決では、「背信性」が否定されて、時効完成後の第三者が勝訴した。
- ³¹ 本判決の評釈としては、秋山靖浩・不動産取引判例百選[第3版]184頁：石田・法教215号110頁：同・立教法学73号90頁以下，74号168頁以下：大野秀夫・判評477号(判時1649号)32頁：川井健・民商119巻3号103頁：児玉寛，民法判例百選I[第6版]120頁：近藤崇晴・ジュリ1134号112頁：同・曹時50巻2号220頁：同・解民平成10年度版86頁：同・ジュリ増刊最高裁時の判例2私法編63頁：園部秀穂・判タ1005号50頁：田口・神大ロージャーナル第1号79頁以下：野澤正充・私法判例リマークス18号22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」166頁以下：松岡久和・判例セレクト1998(法教222号別冊付録)14頁：横山美夏・ジュリ1157号63頁などを参照。
- ³² 最判平成10年12月18日民集52巻9号1975頁で、未登記通行地役権者の地役権設定登記手続請求が認められた。
- ³³ 上告理由で、背信的悪意者の「悪意」、すなわち通行地役権設定の事実を認識していたことが認定されていないし、原判決が挙げた諸点はいずれも背信性を認める根拠とならない、と主張されたことに対応する。もっとも、この「悪意」を、平成18年1月17日判決の「悪意」認定の緩和に従って解釈すれば、本件でも背信的悪意者排除論構成を採ることが可能だったかもしれない。

- ³⁴ 田口・神大ロージャーナル第1号83・84頁は、「通路の存在という客観的状况に一種の『利用権限の公示機能』が認められる、とする。
- ³⁵ 松岡・判例セレクト14頁は、②の要件が「承役地譲受人に調査義務を課して善意無過失者のみ保護することを意味する画期的な判断である」とする。川井・民商119巻3号110頁も参照。これに対して、児玉・民法判例百選I 121頁は、「調査することができる」という本判決の表現から、承役地の譲受人に調査・照会義務までが課されているわけではない、とする。
- ³⁶ 秋山・不動産取引判例百選185頁：石田・立教法学73号89・90頁，91頁，74号166頁，170頁：野澤・リマークス18号24頁を参照。
- ³⁷ 石田・法教215号111頁：同・立教法学73号90頁以下，74号169・170頁を参照。もっとも，大野，判評477号214頁は，本判決の基準からすると，通路の開設・使用があるだけで，第三者は，通路・通行地役権の存在の悪意・認識可能性を認められることになり，登記の欠缺を主張できないことになって，妨害をめぐる利益衡量は必要なくなる，とする。
- ³⁸ 石田・立教法学73号65・66頁：川井・民商119巻3号110頁：近藤・ジュリ1134号114頁などを参照。
- ³⁹ 本判決の射程には争いがある。地役権のみとするのは，秋山・不動産取引判例百選185頁：石田・立教法学73号92頁（地役権のみ）：近藤・曹時50巻12号241頁（用益物権全般？）：野澤・リマークス18号25頁：横山・ジュリ1157号64頁。借地権に限らず，二重譲渡型で第一譲受人が占有利用している場合にも，射程が及ぶかもしれないとするのは，川井・民商119巻3号111頁以下：松岡・判例セレクト14頁。
- ⁴⁰ 川島武宜・川井健編「新版 注釈民法（7）物権（2）」932頁（中尾英俊）：石田・立教法学73号91頁以下：北川弘治「民法177条の第三者から除外される背信的悪意者の具体的基準（4）」判評123号16頁などを参照。もっとも，この関係も「喰うか喰われるかの関係」になりうる，という反論もある（「不動産物権変動の法理」ジュリ715号（1980年）29頁（石田（喜）発言）：野澤・リマークス18号25頁を参照）。

ところで，（本論からは外れるが，）地役権と比べて，賃借権（601条）や使用借権（593

条）は，通行者がその土地を独占的に利用しうる権利である。土地利用権全般と所有権の対抗問題については，総合的な考察が必要であると考えている（川井・民商119巻3号111・112頁：野澤・速報判例解説87頁を参照）。

- ⁴¹ 野澤・リマークス18号25頁は，本件が通行地役権の対抗を認めるのは，圍繞地通行権との近接性による，とする。池田・判タ40頁以下では，地役権の「地域的公序」としての性質が重視されるべきだ，という。
- ⁴² 石田・立教法学74号168頁以下：近藤・ジュリ1134号114頁ほかを参照。松尾「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」173頁以下は，この二つの判決を「権利帰属の確定性の強さ」という点から分析し，通行地役権の帰属が既に確定的状態に至っていたので，承役地の取得者が保護されるためには，あたかも権利がないのにあると信じた第三者が保護される場合と同様に，第三者保護の要件として善意・無過失が要求された。すなわち，平成10年判決には「無権利の法理」が対抗問題に忍び込んでいる，とする。松尾に対しての批判は，石田・立教法学74号168頁以下，190頁を参照。
- ⁴³ 「自由競争論」について，石田・立教法学73号67頁：同「財貨獲得をめぐる競争過程の規律に関する序論的考察—背信的悪意者排除論を手がかりに—（上）」みんけん631号3頁以下：辻伸行「民法177条と悪意の第三者」（上智大学法学会編「変容する社会の法と理論」（2006年））493・494頁：松尾弘「悪意の二重譲受人の不法行為責任—『自由競争』論の再構築に向けて」（円谷峻・松尾弘編「損害賠償法の軌跡と展望」（2008年））390頁以下などを参照。

- ⁴⁴ もっとも，平成18年1月17日判決は，「時効取得による所有権対所有権」の対抗関係なので，二重譲渡型における「自由競争論」の判断基準で処理することは適切ではなく，事案の特性に応じた処理が行われるべきである。池田・判タ1219号43頁は，平成18年1月17日判決のような「取得時効による所有権対譲渡による所有権」の対抗関係では，取得時効制度が，現実利用を伴うところの占有の継続だけで新たな所有権名義を絶対的に作り出す点にその本旨があるところからすれば，この局面に限って言えば，所有と用益とは連続的

- で、その間の較差は限りなく小さいと措定できるから、本件のようなケースについても、原判決が採用した平成10年2月13日判決が示した判断枠組みを採用すべきであったらう、とする。さらに、池田は、本件のようなケースは、取得時効一本で解決されるべきであった、とさえる。草野・法時82巻3号も、取得時効の存在理由から考えるに、本件は取得時効で解決すべきである、とする。
- ⁴⁵ 池田、判タ1219号41頁では、「このような類型の紛争に対して事実上177条が解決規範として適当でないとする考え方を潜在させている」とされる。そうして、当該判例や、未登記通行地役権者の地役権設定登記手続請求を認めた平成10年12月18日判決は、「事物の性質に即して対抗問題を考える実質的な見地を飛躍的に推し進めたものとして」評価されるべきだ、と筆を進める。
- ⁴⁶ 当然、「所有権 対 所有権」ケースの利益衡量とは異なってくる。石田・立教法学73号91頁、74号170頁が言うように、所有権取得時の不当性だけではなく、取得後の地役権行使の妨害などの事情の考慮が必要となってくる。
- ⁴⁷ 石田・法教215号111頁：同・立教法学73号90頁以下を参照。池田・判タ1219号43頁は、平成18年1月17日判決についても、その原判決が採用した平成10年2月13日判決が示した判断枠組みを採用すべきであったらう、とするが、平成10年2月13日判決が、悪意の立証さえも不要とする点で(41頁)、平成18年判決と平成10年判決は決定的に異なる、とする。これに対して、小山・速報重要判例解説3・4頁：安永正昭「講義 物権・担保物権法」(2009年)70・71頁も、平成18年判決と平成10年判決の判断構造は類似している、という。
- ⁴⁸ 石田・立教法学73号92頁：川井・民商119巻3号107頁以下：近藤・曹時50巻12号237・238頁などを参照。
- ⁴⁹ もっとも、この方向性を突き進めていくと(登記の欠缺を主張するに付き正当な利益を有しない第三者の範囲が拡大されることになる)、登記がなくても保護される者の範囲が拡大することになり、「物権 対 物権」の対抗関係は登記によって規律されるべき、という177条の趣旨(登記制度の制度趣旨)が、空洞化する可能性もある。つまり、「公示制度の多元化・複線化」が生じうる。石田・みんけん636号31・32頁を参照。
- ⁵⁰ 草野・法時82巻3号114頁で、境界紛争型・地番争い型として挙げられた裁判例を採用した。
- ⁵¹ 石田・立教法学74号129・130頁：草野「取得時効と登記」191・192頁を参照。
- ⁵² 本件では、Xの背信性の認定にあたって、Y側の事情はとりたてて考慮されていないようである。
- ⁵³ 石田・立教法学74号131頁以下：草野「取得時効と登記」192・193頁：田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号22頁以下を参照。
- ⁵⁴ 原審でY2は後者の主張をXに対して求めたというが、控訴審が認定する事実ではない。
- ⁵⁵ Yらは、Y2がXに対して本件係争地の明渡を求めたことで、Xの取得時効が中断されたと主張するが、たとえY2主張の事実があったとしても、それは153条の催告に過ぎず、時効中断の効果は生じないとする。
- ⁵⁶ Yらの利益は取引利益であり、Xの利益は生活利益である。この二つの利益を衡量するに、生活利益の方が保護に値すべきであると控訴審は考えたのだろうか(石田・立教法学74号132・133頁を参照)。もっとも、Xは、昭和32年にY2から侵出の事実を告げられており、また、昭和47年にY3とY2から本件土地の購入を持ちかけられている。これらの時点で、9番4の土地を測量したり、本件係争地を購入するなり、本件係争地の分筆・移転登記を求めると、自己の権利を保全するための何らかの手立てを講じるべきではなかったか。これらの点に、Xの懈怠を認めると、本件判決も異なった結果が出されたのかもしれない。他方、Y1, Y2, Y3らの言動についても、境界問題を解決するための交渉の姿勢・努力が見られる。本件では、背信性が認定されたが、それも紙一重であったかもしれない。
- ⁵⁷ 石田・立教法学74号134頁：草野「取得時効と登記」193・194頁：田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号24頁を参照。
- ⁵⁸ 石田・立教法学74号140・141頁：草野「取得時効と登記」197頁：滝沢幸代・ジュリ801号(1983年)83頁以下：田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号26・27頁を参照。
- ⁵⁹ 賃借権が、163条の「所有権以外の財産権」に含まれ、取得時効の対象となることは、判例・学説ともに争いが無い(最判昭和43年10月8日民集22巻10号2145頁)。

- ⁶⁰ Y2の本件土地の取得時効の起算点は、本件土地の賃貸借が開始された時点である（借地人の占有を介して、本件土地の占有が継続された）、とされ、占有開始時の事情が具体的に検討されていない。滝沢・ジュリ801号86頁を参照。
- ⁶¹ 滝沢・ジュリ801号85頁を参照。廉価で購入したとはいえ、代金の決定は公簿上の面積に従ったのだから合理性があるともいえ、将来紛争が生じるかもしれない土地の値段が低額におさえられることも十分に考えられ、このような事情のある土地の売買について当該特約が付けられることも理解できる、とされる。Xの背信的悪意者の認定について、田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号27頁も疑問を呈している。
- ⁶² 田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号27頁を参照。
- ⁶³ 石田・立教法学74号142・143頁：草野「取得時効と登記」198頁：田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号27頁以下を参照。
- ⁶⁴ 本判決では、確かに、Yらの行為に、Xの取得時効を覆滅する意図があったと考えられる。したがって、裁判所の判断に問題はないと考える。とはいえ、越境の事実が判明するや否や、X側からは公図の訂正が求められ、Y1からは本件係争地の買取または代替地の提供（交換）が提案され、Y1としても紛争を解決・回避するための手立ては尽くしている（実際の境界紛争では、この種の交渉が当事者間で行われていると聞く。境界紛争の現実については、実地調査・研究が必要であると考えている）。そうしたなかで、Y1としてもやむにやまれず（?）、姉の夫であるY2に本件係争地を譲渡して、本件係争地の取戻しを図ったとも考えられる。Yらのこれらの事情を、法的にどう評価するかは、事案によって、難しい判断を迫られることもあると考えられる。もっとも、Yは、越境が明らかになる以前に、X所有地とY所有地の境界標として木杭を設置した際に、何ら異議を述べなかった。（越境が明らかでなかったから、仕方がないとはいえ、）この点もYの背信性の判断にあたって評価されたのか（禁反言?）。
- ⁶⁵ 石田・立教法学74号150頁以下（原審は150頁以下、控訴審は152・153頁）：田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号36・37頁を参照。
- ⁶⁶ 判時1639号57頁コメントによれば、悪意が認定されたにもかかわらず、背信性が否定されたのは、本判決が初めてではないか、とする。
- ⁶⁷ 第一審では、当該字図は、「農業委員会が、旧土地所有者の立ち会いなしに、旧字図と無関係に…付近一帯の土地を新たに区画した結果を表示したものであることが認められ、これは、国が自作農創設の見地から、強制的に買取した土地について、売渡計画を策定したうえで、新たに権利を創設する目的のために作成されたものであると解されるから、売渡の対象となる土地の範囲につき、一筆調査や周辺土地の所有者の立会なしに、図面上で区画されたとしても、そのことによって、現字図の効力ないし存在意義が否定されるものではない」とされる。
- ⁶⁸ 判時1639号57頁コメントは、Y側が時効完成前に越境の事実を認め、いずれ明け渡す意向を漏らしていたことから、そもそもYが本件係争地を時効取得したという点も疑問である、とする。真の所有者であれば、いずれ返還する意向などを漏らすはずがなく、Xが、Yの他主占有を主張立証することにより、Yの時効取得の主張を排斥することも可能と思われるから、とする（同感である）。
- ⁶⁹ 田中・愛媛法学会雑誌33巻1・2合併号37頁は、本判決が、既登記権利者の要保護性を、時効完成後未登記の時効取得者の帰責性との利益衡量で判断する、という民法94条2項類推適用による解決と同視することができる、とする。
- ⁷⁰ 前掲注（56）、（61）、（64）を参照。