

境界紛争型ケースにおける 「取得時効と登記」再論（1）

足 立 清 人

境界紛争型ケースにおける「取得時効と登記」再論(1)

足立 清人

Kiyoto ADACHI

目次

1. はじめに
2. 「取得時効と登記」の判例法理の確認
3. 「取得時効と登記」の代表的な学説の概観
4. 最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁の検討
5. 境界紛争型ケースにおける「時効取得と登記」の問題について
6. まとめ

[Abstract]

Reconsideration of “Acquisition Prescription and Registration” in Border Dispute Type Cases(1)

This study reexamines the issue of “prescription and registration” in border dispute-type cases. The issue of prescription and registration is a classic issue; however, some issues are yet to be resolved, and there is a need to clarify them in legal practice. Therefore, this study reconsiders the issue of prescription and registration. Chapters 2 and 3 confirm the case law and typical theories of the problem of prescription and registration. Chapter 4 confirms and examines the Supreme Court’s decision on 17 January 2006, which ruled on the issue of prescription and registration in border dispute-type cases. Based on the confirmation and examination of Chapters 2, 3 and 4, this study comprehensively examines the issue of prescription acquisition and registration in the border dispute-type cases.

1. はじめに

本稿は、境界紛争型ケースにおける「取得時効と登記」の問題をどう考えるか、について再論を試みるものである。足立は、かつて「取得時効と登記—境界紛争型に限定して(1)・(2)」北星論集(経)51巻1号95頁以下(2011年9月)・51巻2号41頁以下(2012年3月)を発表した(未完。「(3)」で、最判平成18年1月17日が境界紛争型ケースに採用した「背信的悪意者排除論」の「背信性」についての論考を公表する予定だったが、問

題関心の変化があり、未公表のまま終わってしまった)。2020年8月、旭川弁護士会に所属する近藤伸生弁護士から、境界紛争での「時効取得と登記」の問題に関わる事件について相談を受けた¹⁾。それをきっかけに、再び、境界紛争における「時効取得と登記」の問題について考え始めた。といっても、10年以上が経過して、続稿「(3)」を公表するのも気が引けるので(しかも、拙稿には、不確かな箇所や誤りが散見された)、境界紛争型ケースにおける「時効取得と登記」の問題について再論することにした²⁾。以上が、本稿執筆

キーワード：境界紛争，取得時効と登記，背信的悪意者排除論

Key words：boundary dispute, prescription and registration, betrayal malice exclusion theory

の動機である。

「取得時効と登記」の問題は、古典的な論点であるが、最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁での境界紛争型ケースに「背信的悪意者排除論」を適用する場合の「背信性」の判断基準の問題のように、積み残された問題も存在する。また、上記のように、実務では、境界紛争型ケースにおける「取得時効と登記」が問題になることもある。したがって、本問題について改めて検討することも必要があると考ええる。

本稿では、境界紛争型ケースにおける「取得時効と登記」を考えていくための準備作業として、2.で「取得時効と登記」の判例法理を、3.で「取得時効と登記」の代表的な学説を確認し、4.で境界紛争型ケースと考えられる最判平成18年1月17日の判例法理を確認し、若干の検討を行う。以上を踏まえて、5.で境界紛争型ケースにおける「取得時効と登記」の問題について総合的な検討を行い、私見を提示し、6.で本稿のまとめをする。

2. 「取得時効と登記」の判例法理の確認

「取得時効と登記」に関わる判例法理を確認しておく。次の5つの判例法理が確立している。

① Aの不動産を、Bが時効取得した場合には、Aは物権変動の「当事者」であり、BはAに対して登記なしに時効取得を対抗することができる(大判大正7年3月2日民録24輯423頁³⁾、大判大正13年3月17日民集3巻169頁⁴⁾)。取得時効による不動産所有権の取得は原始取得なので、法律行為の意味での当事者ではなく、時効完成当時の当該不動産の所有者は、時効取得者に対する関係では、「恰も伝来取得ニ於ケル当事者タル地位」(物権変動の当事者)にあると考えられるからである。

② Aが、自分の不動産を、Bの取得時効

期間の満了前に、Cに譲渡した場合、Cは、Bが時効取得した時の所有者なので、Bにとっては物権変動の「第三者」ではなく「当事者」だから、Bは登記なしに時効取得をCに主張することができる(大判大正9年7月16日民録26輯1108頁⁵⁾、最判昭和41年11月22日民集20巻9号1901頁⁶⁾、最判昭和42年7月21日民集21巻6号1653頁⁷⁾、最判昭和46年11月5日民集25巻8号1087頁⁸⁾)。

③ Aが、自分の不動産を、Bの取得時効期間の満了後に、Cに譲渡した場合、AからBとCに二重譲渡されたのと同様の関係になるから、CはBにとって物権変動の「第三者」となり、Bは登記をしないと、その時効取得をCに対抗することができない(大連判大正14年7月8日民集4巻412頁⁹⁾、大判昭和6年4月7日新聞3262号2頁、最判昭和33年8月28日民集12巻12号1936頁¹⁰⁾、最判昭和48年10月5日民集27巻9号1110頁¹¹⁾)。その理由は、原権利者から二重に譲渡された場合と同じと解すべきだからである、とされる。

④ ③の場合、Bが、Cの譲受後に時効期間が満了するように、その起算点をずらして主張することはできない(大判昭和13年5月7日判決全集5輯11号4頁、大判昭和14年7月19日民集18巻856頁¹²⁾、大判昭和14年10月13日判決全集6輯29号19頁、最判昭和35年7月27日民集14巻10号1871頁¹³⁾)。

⑤ ③の場合、Cの登記後に、Bがさらに時効取得に必要な期間の占有を継続すれば、Bは、Cに対して登記なしに時効取得を主張することができる(最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁¹⁴⁾)¹⁵⁾。第三者の登記によって、第三者の権利が確立して、その時点から、新たに取得時効が進行すると考えられ、①と同じく、取得時効による物権変動の当事者と考えられるからである。の5つの判例法理である¹⁶⁾。

この5つの判例法理が矛盾なく理解できる

か、と言われると、各判例の評釈でも表されているように、この5つの判例法理を統一的に説明することはできない¹⁷⁾。けれども、判例法理に矛盾—特に、長く占有した当事者の方が保護されないかたちになる—があるように見えるにもかかわらず、判例法理が維持されている理由は、不動産取引における第三者保護のための登記の尊重と、占有だけを要件とする取得時効制度とを論理的に矛盾しないかたちで、維持しようという点にあると考えられる¹⁸⁾。

3. 「取得時効と登記」の代表的な学説の概観

「取得時効と登記」の判例法理をめぐって、とりわけ、取得時効完成前の第三者に時効取得を主張するためには登記が不要である、とする先述の2. ②の判例法理と、取得時効完成後の第三者に時効取得を主張するためには登記が必要である、とする先述の2. ③の判例法理の矛盾を解消しようとして、様々な学説が主張されている（百家争鳴と言っても過言ではない）。以下では、代表的な学説を概観する¹⁹⁾。

まず、「登記尊重説」である²⁰⁾。本説によれば、不動産の占有者は、取得時効期間が満了しているかどうかにかかわらず、当該不動産の登記名義人から、当該不動産を譲り受け、登記を経由した第三者に対して、その登記の時点から、さらに時効取得に必要な期間、占有を継続しなければ、当該不動産の時効取得を主張できない、とする。第三者の登記の具備が、占有者（時効取得者）の時効取得の時効中断事由（改正民法では、時効更新事由）として機能することになる²¹⁾。

次いで、「占有尊重説（登記不要説）」である²²⁾。本説は、取得時効制度の趣旨から、時効取得者は常に登記なしに、取得時効による不動産の権利の取得を主張できる、と解す

る²³⁾。

登記尊重説と占有尊重説の「折衷説」と分類される学説がある²⁴⁾。すなわち、判例法理③を修正して、取得時効による不動産の取得は、「占有開始の一定時点から時効が進行するものとし、時効期間の満了によって権利を取得したその時を基準とするのではなくて、これを修正し、裁判上時効を主張するとき（正確に言えば、事実審の口頭弁論終結時）までに時効が完了しておればよいとし、それを容認する判決が確定した時を基準として」、その時以降は、登記をしなければ第三者に対抗することができない、とする²⁵⁾。

さらに、「取得時効と登記」の問題が争われてきたケースを、類型ごとに整理した学説も主張された「類型論（類型説）」である²⁶⁾、²⁷⁾、²⁸⁾。本稿のテーマである境界紛争型ケースでの「取得時効と登記」の問題にも関わるので、詳しく紹介していく。

星野英一は、「取得時効と登記」に関わる判例・裁判例の事実を考察して、判例・裁判例が、次の6つの類型に分かれることを示した²⁹⁾、³⁰⁾。すなわち、①有効な法律行為に基づいて占有を開始したが未登記の場合（有効未登記型、この型に、二重譲渡型のケースは含まれる）、②権利の取得原因が無効な場合（原因無効型）、③権利の取得原因の存在が認定されていない場合（原因不存在型）、④権利を移転したが引き続き占有を続けた場合（譲渡占有型）、⑤古くから係争物を占有してきた場合（古來型）、⑥境界紛争型の6つである。

ここでは、星野の①の有効登記型の二重譲渡型と、⑥の境界紛争型を取り上げる³¹⁾。

①について、星野は、「第一譲受人は登記のない限り第二譲受人に対抗できず—第二譲受人が背信的悪意者の場合はありうるが—、第二譲受人の登記後10年または20年占有しないと乙〔第二譲受人〕に対し時効取得を主張できない」とし、占有期間が10年か20年か

については、「第一譲受人の瑕疵は、登記をしないことだけであるから、10年の取得時効を認めてもよく、第二譲受人の登記後は、それについての善意無過失か否かに応じ10年または20年ということに」なるとする³²⁾。

⑥について、星野は、「境界線と誤解して、隣地等を自分の所有地、とりわけ譲り受けた土地に含まれると信じて占有を継続してきた場合については、登記を怠ったが故に保護に値しない、ということは通常ないといってよかろう。また、隣地の譲受人としても、登記は不動産の事実状態について法律上の権威がなく、事実上も登記簿附属の地図によって譲受地の範囲が明らかにわかるということは通常はないから、登記簿に対するその信頼を保護するという問題もない」³³⁾。すなわち、通常の場合には、「時効取得者の長期の占有を優先させるのが妥当ではないかと思われる」とする。ただし、「例外的に、時効取得者側に登記の懈怠を咎められるべき事由があったり（自己の所有地でないことに気づいたなど）、第三者側にその部分を買受地に含まれるとの信頼があった場合をどうするかが問題である」とする。

星野は、双方の事情があった場合には、第三者（譲受人）を優先させるべきだ、とする。いずれか一方の事情があった場合について、登記をしないと対抗できない、ということ、登記を怠ったことに対する制裁として、一種の失権と解する星野の立場からすると、時効取得者に懈怠があった場合には、時効取得者が敗れて、第三者（譲受人）が保護される。他方で、第三者（譲受人）に、その部分を買受地に含まれるとの信頼があっただけの場合には、第三者（譲受人）を特に保護する必要はない、すなわち、時効取得者が保護されると星野は解している、と思われる。

広中俊雄は、「取得時効と登記」に関わる事案は、177条の適用によって解決されるべきである、とする³⁴⁾。そして、「取得時効の

完成を知って原所有者と取引した第三者は『背信的悪意者』として扱われることを、原則とすべき」であり、「時効取得者が一単なる占有者にとどまらず一現実の利用をしていた（たとえば問題の土地の上に建物を所有していた）場合における悪意の第三者については、つねにその扱いがなされるべき」である、とする。そして、「原所有者から譲渡を受け占有を継続した者が時効完成前に登場した二重譲受人に対し時効取得を主張して（そのような例は多い）保護されうるのは、二重譲渡における『背信的悪意者』論の適用によってである、と考えるべきである」とするが、「長期間（まもなく取得時効の完成をもたらすような）占有利用は知っていた占有者が第一譲受人であることは知らなかったというような二重譲受人もありえようが、このような善意者については重大な過失を認定して悪意者と同視したうえで『背信的悪意者』論を適用しうることが多い」だろう、とする³⁵⁾。

また、広中は、境界紛争型について、取引の安全を図る民法177条の適用の余地を欠いていることを前提とする³⁶⁾。境界紛争型のケースの場合、「時効取得者はその部分を自己の所有地にふくまれるものと誤信していて登記の必要性など全く自覚しないのが普通であり、また隣地の譲受人は譲受の際その部分が譲受地にふくまれているとの信頼も通常持っていない。時効取得者は、隣地の譲受人がすでに登記を経由していても、その当時は自己の時効取得（裏からいけば時効完成前の無権利）に気づくべき状態になかったということ立証しうるなら、隣地の譲受人に対して177条適用の基礎の欠如を主張することができ、隣地の譲受人は時効取得者に対して登記の欠缺を主張しえないことになる、と解するのが妥当である」と主張する。

境界紛争型で「取得時効と登記」が問題になるケースについて、星野と広中は、法律構成は違うが、時効取得者に懈怠がない限り、

時効取得者が優先する、という結論に至っている。

松久三四彦も、「類型論」をとる³⁷⁾。非境界型紛争を、有効未登記型（二重譲渡型）と非有効未登記型に分類して、いずれの型も民法177条によって決すべきである、とする³⁸⁾。他方で、境界紛争型については、占有尊重説を取るべきである、とする³⁹⁾。類型論、特に、境界紛争型で占有尊重説を取るべき理由として、星野が挙げる上記解釈－「境界線と誤解して、隣地等を自分の所有地、とりわけ譲り受けた土地に含まれると信じて占有を継続してきた場合については、登記を怠ったが故に保護に値しない、ということは通常ない…。また、隣地の譲受人としても、…登記簿に対するその信頼を保護するという問題もない」－が批判されるのが、その説明が抽象的な点にある、として、その批判が克服されるためには、境界紛争型か否かの基準明確にすることが必要である、とする。すなわち、松久は境界紛争型の基準として、「境界紛争には事実関係においても訴訟の形においても（土地明渡し、所有権確認、境界確定の訴え）種々のものがありうるが、紛争の主な原因は、登記簿（およびその付図）から境界（所有権の範囲）がはっきりしないことがある。そこでは、たとえ登記尊重説をとってもそれだけでは紛争当事者の優劣を決することができない。この場合には、占有尊重説をとり、時効期間継続した占有の境界をもって所有権の境界とすることを望む時効取得者にはそれを認めるのが妥当である、あるいは、それを認めても相手方にとって不当ではないといえよう」とする。このことから、松久は、境界紛争型で、「占有尊重説が妥当するのは登記簿から境界がはっきりしない場合」、「より厳密には、登記簿から境界が『はっきりしない場合』というのがよいのか、『不明の場合』としてより限定すべきかという問題はあがあるが、いずれにせよ、取得時効に境界確定の

機能を認めてよい場合」（松久は、ここで、宮崎地判昭和57年4月19日判タ476号135頁を挙げる）である、とする。松久は、先述の星野・広中の主張が、「登記簿から境界がはっきりしない場合（取得時効に境界確定の機能を認めてよい場合）について別の角度から表現したものと理解することができる」とする。最後に、松久は、類型論に対しての批判、すなわち、「境界紛争型を画する基準の不明確さ」に対して、境界紛争型か否かの限界事例として、次のような事案を挙げる。すなわち、「AB間の売買に際し、測量士の測量とCを含む四隣の所有者の確認を得て境界を画定し境界標まで設置（ないし既存の境界標の確認を）したにもかかわらず、後日（Bの時効完成後）、Cからの譲受人Dとの間で境界紛争が生じた場合」である。このような場合について、松久は、「裁判所の認定した境界が登記簿からわかるものであったのであれば、非境界紛争型」となり、「Dが原告となりBの占有部分の一部の所有権を争う場合」、「原告が被告の登記の欠缺を主張しうる『第三者』に当たるかという民法177条の解釈問題となり、前記のABC間での境界確認の経緯やDもその境界を確認しえたという事情から（この経緯が時の経過により不明となっても、Bの占有を排除することなくDがCから譲り受けた以上、このDの認識は認定されるべきである）、…『第三者』には当たらないとして現状維持とすべき」である、とされ、この結論は、占有尊重説をとったのと同じである、とされる。もっとも、松久は、自説が、占有尊重説をとるべき境界紛争型を、〔おそらく星野や広中と比較して〕かなり狭く解するものである、とする。

他方、水本浩は、「取得時効と登記」が問題となるケースの利益衡量の側面から、当該問題を検討する。水本は、登記を必要とする物権変動の範囲および登記がなければ対抗できない第三者の範囲－水本曰く、「対抗関係」

ーについて、学説・判例が作り上げてきた従来の理論構成の利益衡量的結論について検討するために、その分析装置として、土地に関する私法上の利益を次のように分類した。すなわち、所有利益、利用利益、担保利益、取引利益、相続利益、時効利益である。水本は、「取得時効と登記」の問題についても、時効利益の観点から検討を加える⁴⁰⁾。対抗関係について、私法上の利益に従って、その取扱いを考えよう、という点で、水本の見解も類型説(類型論)に分類することができる。

時効利益とは、相続利益と同様に、取引利益から生じる利益ではなく、取得時効制度の存在理由とも関連して、一種の非合理的モメントをもつものである、とする。ただ、時効利益は、相続利益とは異なって、利用利益の系列に属するカテゴリーである、とする。取得時効は、一定期間の占有継続が要件であり、占有継続とは、通常、目的物の利用継続にはほかならない場合が多いからである。そうして、「取得時効と登記」の問題は、利用利益と取引利益の価値次元における相克の問題である、とする⁴¹⁾。特に、時効完成後の第三者に取得時効を対抗するのに登記を必要とする判例法理(先述の1. ③)が、あるべき利益衡量と真っ向から対立する、と評価する。すなわち、「長期の占有がある場合に、それを知りつつ買う第三者は、いかに登記が取引安全指標であるとはいえ、登記を悪用して不動産取引秩序をみだす者である」と評価し、

「このような場合に、登記の価値を不動産取引秩序まで軽視する程度にまで保護すべきものというのは、いかにも法律家的感覚であって、一般市民感覚と隔たりがある」と疑問を呈する⁴²⁾。

「類型論」に対して、境界紛争型の類型分けの不明確さを批判した鎌田薫は、「公信力説」を基礎において、「取得時効と登記」の問題について、次のように考えるべきだ、とする⁴³⁾、⁴⁴⁾。鎌田は、「自己の物であることが

証明される限り取得時効は進行しないことを前提とする」。そうして、「(イ)二重譲渡ケースにおいて、占有を取得した未登記第一譲受人Bは真正権利者であり、譲渡人Aは登記を通じて所有者としての外観を有するが無権利者(表見所有者)にすぎず、AB間で時効取得は問題とならない。[改行](ロ)表見所有者Aからの第二譲受人Cが悪意の場合、Cは所有権を取得できず、Bは、時効取得を問題とするまでもなく、自己の所有権をCに対抗できる。[改行](ハ)Cが善意(無過失)の場合、Bは自分が本当の所有者であることをCに対抗できず、その時から『他人の物』の占有者となり、取得時効が進行を開始する。[改行](ニ)右の(ハ)の場合のBや境界紛争の場合など、『谷分の物』を占有する者は、時効完成時の所有者に対して、登記なしに時効取得を対抗できる。その時から登記名義人は表見所有者となり、表見所有者からの譲受人は善意(無過失)でなければ所有権を取得できない…。善意(無過失)の譲受人が登場すると、時効取得者は再び『他人の物』の占有者となり、再度の時効が進行し始める」とする⁴⁵⁾。

以上、「取得時効と登記」に関わる代表的な学説を概観した。

4. 最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁の検討

以下では、まず、境界紛争型ケース⁴⁶⁾の取得時効完成後の第三者と時効取得者との優劣の判断基準を示した最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁⁴⁷⁾の事実((1))と、原判決と本判決の判旨((2))を確認する。次いで、本判決と学者による評釈の解説と検討を行う((3))。

(1) 本判決の事実

上告人らは、鮮魚店を開業する目的で、平

成7年10月26日、A社から徳島県鳴門市▲▲▲231番2, 232番3 および275番1の各土地を購入して、同日付で、その所有権移転登記を了した。

上告人らは、上記開業のための資金の融資を受ける予定の取引銀行から、上記各土地の公道（国道▲号線）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から同所234番の土地（地目ため池、地積52平方メートル。以下「本件土地」。上記各土地と併せて「本件土地等」）を代金80万円で購入して、同月13日付で、その所有権移転登記を了し、また、同年4月18日、Cから同所274番2の土地を購入して、同日付で、その所有権移転登記を了した。

被上告人は、本件土地の西側に位置する同所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、同所231番1 および232番1の各土地上に通称「D会館」と呼ばれる建物（以下「本件建物」）を所有している。

第1審判決別紙図面（以下「本件図面」）の（1）, [5], [4], (2), [2], [1], (3), (4), 3105, (5), [6], (6), (1)の各点を順次直線で結んだ線で囲まれた部分（以下「本件通路部分」）は、コンクリート舗装がされており、国道▲号線から被上告人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、同所231番1, 232番1, 232番2の各土地およびその地上建物（昭和45年建築。以下「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、上記各土地並びにそのころ取得した同所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、その約3か月後、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、被上告人は、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現在に至っている。

本件土地の位置は、本件図面の3104, [5], 3102, 3100, 3101, (3), (4), 3105, (5), [6], 3106, 3104の各点を順次直線で結んだ線で囲まれた部分である。

本件通路部分のうち、本件図面の（1）, [5], 3104, (1)の各点を順次直線で結んだ線で囲まれた部分は、上告人ら所有の同所232番3の土地の一部であり、本件図面の（1）, (6), [6], 3105, 3104, (1)の各点を順次直線で結んだ線で囲まれた部分（以下「本件通路部分A」）は、被上告人所有の同所232番2 および233番2の各土地の一部である。

上告人らは、被上告人に対し、本件土地の位置が本件図面の3100, 3101, [1], 3103, 3105, 3107, [7], [6], 3106, 3104, [5], 3102, 3100の各点を順次直線で結んだ線で囲まれた部分（以下「本件係争地」）であると主張し、上告人らが本件係争地につき所有権を有することの確認を求めるとともに、本件係争地のうち本件図面の3105, 3103, [1], [2], [3], [4], [5], 3104, 3106, [6], (5), 3105の各点を順次直線で結んだ線で囲まれた部分内のコンクリート舗装の撤去を求めた。

これに対して、被上告人は、（ア）本件係争地のうち本件通路部分と重なる部分（以下「本件通路部分B」）は、被上告人所有の同所232番2, 233番2 および235番3の各土地に当たる、（イ）仮に（ア）が認められないとしても、被上告人は、前々主および前主の占有を併せて、昭和48年2月から20年間本件通路部分Bを占有したことにより、所有権または通行地役権を時効取得した、（ウ）仮に（ア）、（イ）が認められないとしても、同所233番2 および235番3の各土地は幅が2mしかなく自動車の通行が不可能であるから、被上告人は、本件通路部分Bについて、圍繞

地通行権を有する、(エ) 仮に (ア)、(イ)、(ウ) が認められないとしても、上告人らは被上告人を困惑させる目的で本件土地を廉価で購入したものであるから、上告人らの請求は権利の濫用に当たるなどと主張した。

被上告人は、上告人らに対して、(ア) 本件通路部分のうち本件通路部分 A を除く部分 (以下「本件通路部分 \bar{A} 」) は、被上告人所有の同所232番2, 233番 2 および235番 3 の各土地に当たる、(イ) 仮に (ア) が認められないとしても、被上告人は、前々主及び前主の占有を併せて、昭和48年2月から20年間本件通路部分 \bar{A} を占有したことにより、所有権または通行地役権を時効取得したなどと主張し、主位的に、被上告人が本件通路部分 \bar{A} につき所有権を有することの確認を求め、予備的に、被上告人が本件通路部分 \bar{A} につき通行地役権を有することの確認を求めるものである。

上告人らは、被上告人の本件通路部分 B および本件通路部分 \bar{A} の時効取得の主張に対して登記の欠缺を主張し、被上告人は、これに対して上告人らが背信的悪意者に当たると主張した。

なお、被上告人は、第1審において、本件通路部分の全体につき所有権確認等を求めているところ、このうち本件通路部分 A の所有権確認を求める部分は、第1審で認容され、上告人らから不服申立てがなかったため、原審での審理判断の対象とならなかった。

(2) 原判決と本判決の判旨

原判決 (高松高判平成16年10月28日民集60巻1号47頁) は、被控訴人 (上告人) らは背信的悪意者であって、控訴人会社 (被上告人) が時効取得した所有権について、登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有するものではない、とする控訴人会社の主張について、次のように判示した。

「被控訴人〔上告人〕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、控訴人会社〔被上告人〕を困惑させる目的であったと認められない。)、本件土地購入の時点で、本件土地 (の大部分) と重なる控訴人会社通路部分は、控訴人会社が、その所有地上に所有する従前建物及び鳴門会館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、控訴人会社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、被控訴人らにおいて調査すれば、控訴人会社が本件土地 (の大部分) と重なる控訴人会社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、被控訴人らは、控訴人会社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」とした。すなわち、原判決は、被控訴人 (上告人、取得時効完成後の第三者) らが、控訴人会社 (被上告人) の利用 (と、利用できない場合の困難さ) について知っており、調査をすれば控訴人会社の時効取得を知ることができたことから、被控訴人らが「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」者に当たる、として、背信的悪意者とは別の枠組みで被控訴人らを斥けた。

これに対して、最高裁判所は、原判決を破棄して、境界紛争型の取得時効完成後の第三者と時効取得者との優劣の判断基準を示した。「(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、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 (最高裁昭和30年(オ) 第15号同33年8月28日第一小法廷判決・民集12巻12号1936頁、最高裁昭和32年(オ) 第

344号同35年7月27日第一小法廷判決・民集14巻10号1871頁，最高裁昭和34年（オ）第779号同36年7月20日第一小法廷判決・民集15巻7号1903頁，最高裁昭和38年（オ）第516号同41年11月22日第三小法廷判決・民集20巻9号1901頁，最高裁昭和41年（オ）第629号同42年7月21日第二小法廷判決・民集21巻6号1653頁，最高裁昭和47年（オ）第1188号同48年10月5日第二小法廷判決・民集27巻9号1110頁参照）。〔改行〕上告人らは，被上告人による取得時効の完成した後に本件通路部分Aを買受けて所有権移転登記を了したというのであるから，被上告人は，特段の事情のない限り，時効取得した所有権を上告人らに対抗することができない。〔改行〕

（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（最高裁昭和37年（オ）第904号同40年12月21日第三小法廷判決・民集19巻9号2221頁，最高裁昭和42年（オ）第564号同43年8月2日第二小法廷判決・民集22巻8号1571頁，最高裁昭和43年（オ）第294号同年11月15日第二小法廷判決・民集22巻12号2671頁，最高裁昭和42年（オ）第353号同44年1月16日第一小法廷判決・民集23巻1号18頁参照）。〔改行〕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であるからである」と判示した。

（3）本判決と評釈の解説と検討

原判決（高松高判平成16年10月28日）は，①被控訴人（上告人）らが，控訴人（被上告人）が本件土地を利用しており，本件土地を利用できないと，公道からの進入路の確保が著しく困難になることを知っていたこと（悪意），②被控訴人らが調査をすれば，控訴人が本件土地を時効取得していることを容易に知ることができたこと（有過失）から，被控訴人らが，控訴人が「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」と判示した。原判決は，「背信的悪意者排除論」に従って，被控訴人（上告人）らが登記の欠缺を主張するにつき正当な利益を有しない者として却けたのではなく，被控訴人らが悪意であり，被控訴人には調査義務を果たさなかつた過失がある，として，その主張を却けた。

原判決は，事案が異なるが，最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁⁴⁸⁾の判例法理の影響を受けたものと考えられる⁴⁹⁾。最判平成10年2月13日では，通行地役権者と承役地の譲受人との間で通行地役権の存否が争われた。最高裁場所は，まず，「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）に当たらないのではなく，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」と、「背信的悪意者排除論」を確認した上で、本事件について、「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べきではない。〔改行〕…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」と判示した。そうして、この判断について、「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」と判示した。最判平成10年2月13日は、通行地役権者と承役地の譲受人との間での通行地役権に関する争いについて、通行地役権の性質から、承役地の譲受人が、通行地役権の存在について善意であっても、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義に反すると評価されることがあることを認めた。すなわち、最判平成10年2月13日は、争われている権利の性質によっては、善意有過失の者であっても、民法177条の「第三者」に当たらない場合があることを示して、背信的悪意者以外にも、民法177条の「第三者」に当たらない者が存在することを示した判決である、ということが出来る。

最判平成18年1月17日は、原判決（高松高判平成16年10月28日）の判旨を是認できない、として、(a)「取得時効と登記」の判例法理、先述の2. ③の判例法理に従うことを確認したうえで、(b)取得時効完成後の第三者と時効取得者である上告人と被上告人の関係についても、民法177条の「背信的悪意者排除論」が適用されることを示し、(c)本件で被上告人が「背信的悪意者」に当たるかどうかを判断するためには、「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〔悪意、足立注〕、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〔背信性、足立注〕」が必要である、とした⁵⁰⁾。本件では、被上告人の「悪意」を認定するためには、「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」とされた。その理由は、「取得時効の成否については、その要件の充足が容易に認識・判断することができないものである」から、とされる⁵¹⁾。また、(d)本判決は、本件のような時効取得者と第三者が対立する境界紛争型ケースには、原判決が影響を受けたと考えられる最判平成10年2月

13日の判例法理は採用できない、とした。

(a)「背信的悪意者排除論」の「悪意」の認定に当たっては、物権変動の存在についての「悪意」が要求されている。しかし、本判決では、境界紛争型ケースに「背信的悪意者排除論」を適用するに当たって、「悪意」を認定するためには、取得時効期間の満了までを認識している必要はなく、「少なくとも」、「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」とした。「多年」とは、取得時効期間が経過しているくらいの長期間を意味すると解する⁵²⁾。「悪意」の認定を緩和した本判決に対して、学者は肯定的な評価をしている^{53), 54), 55)}。足立も、「悪意」の認定の緩和に賛成である。本判決が、「悪意」の認定に当たって、取得時効による物権変動の要件の充足を具体的に認識していなくても、少なくとも「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」と判示した点に、本事件のような境界紛争型ケースに限ってのことが、学説の「類型論」の影響、および、水本⁵⁶⁾のいう時効・利用利益の尊重を見ることができると考えられる。さらには、本判決は、最判平成10年2月13日の影響を受けたと考えられる原判決を斥けたが、「悪意」の認定に当たって、「多年にわたる占有継続の事実」の認識が必要とした点に、最判平成10年2月13日の判例法理の影響を見ることができよう。

(b) 他方で、「背信性」の判断に当たっては、学者の考えは異なる。以下、本判決の評釈者が、「背信性」をどのように考えているか、ということと、本事件をどのような法的論理に従って解決すべきと考えているか、ということについて、概観する。

福永礼治は、本判決は「背信的悪意者排除論および取得時効と登記に関する従来の判例理論を前提とし、取得時効完成後の第三者についての背信性の判断について緩やかに解

し、その判断基準を明確に示した最高裁判決である」とする⁵⁷⁾。もっとも、福永は、「本件では、取得時効完成後の第三者ということで、背信的悪意者としての判断も緩やかに解することは認められようが、…Xが土地の購入時にYが時効取得していたことが容易に知りえたということをもって、背信的悪意者と判断することは、…第三者のXに調査義務を負わせることになり、177条の第三者の解釈として、単なる悪意者にとどまらず善意者も調査していれば知り得た場合には過失があるので保護に値しないとされ、第三者に善意無過失を要求することになってしまう。時効取得後における第三者とはいえそこまで背信的悪意者と認めることができないことは、これまでの判例から明らかといえよう」とする⁵⁸⁾。

高田淳は、本判決は、従来の背信的悪意者排除論の基準を要求したものである、とするが、「本判決の考えをおしすすめていけば、それぞれの原因〔たとえば、契約、取消・解除、遺産分割など〕の要件の認識の困難度に応じ、〔悪意要件の認定〕に関して要求される認識の程度が緩和される可能性がある」とする⁵⁹⁾。

笠井修は、「悪意性の意味が軽くなると、それが背信性判断に及ぼす影響もあらためて問題となる」として、「本判決は、…背信性の判断基準を緩めたわけではないが…おそらく、悪意性と背信性の両要素は関連するものであり、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られた認識を有していた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性を帯びるときに背信的悪意者とされるべき」である、とする。たとえば、「原権利者と結託した『わら人形』的第三者（時効完成について十分な認識がある）においては、背信性を肯定しやすいもの」

といえる、とする⁶⁰⁾。

池田恒男は、本判決が、「背信的悪意者排除論」の要件として、「譲渡を受けた時点において、甲（時効取得者）が多年にわたり当該不動産を占有している事実」と「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するとき」を挙げ、それらが並列要件である、とするかのような論述をしているが、「それは単なる見せかけ」にすぎない、とする。すなわち、「独立要件にみえるその後段の實質内容は、本件の判明している事実関係からすれば、本件譲受人について前段の認知事実の有無のほか該当要素は見当たらない。したがって、本判決に関しては、後段は独立のものではなく前段の言い換えに過ぎないとみるべき」とする⁶¹⁾。

したがって、池田は、本判決のような境界紛争型のケースについて、民法177条の「第三者」から排除されるために、「本最高裁判決が生命線として付加した判断基準は、本件の具体的事実即ち指摘した《取得時効が完成した不動産を元の所有名義人から譲渡を受けた者が時効取得した占有者による多年にわたる占有継続の事実についての認知＝悪意》の存在というだけであって、その抽象論では『背信的悪意者』の概念を用いながら、先に引用した通行地役権関係の判例〔最判平成10年2月13日〕と同様に、もはや實質的には高度成長後期に確立した『背信的』悪意者論の枠組みには収まりきれない広い判断枠組みが提示されている」とする⁶²⁾。

そうして、この判断枠組みの下では、「単純な悪意者が『第三者』から排除されるのであり、しかも、時効取得者が譲受人の『第三者』性を否定するために主張・立証すべき譲受人の『悪意』（＝認知）の対象は、対抗者＝占有者の時効取得した事実でもなく、譲受時における対抗者のやや漠然とした『多年にわたり当該不動産を占有している事実』であって、この『多年』の理解にも掛かるが、そ

の漠然性はこの文脈では立証の程度と精度の緩和の意味を持つしかなく、現に占有している者が相当長年にわたって占有していたらしいという事実を譲受人が知っていたかどうか争点になる」とする⁶³⁾。

すなわち、池田は、本判決が示した「背信的悪意者」の判断基準が、實質的には「悪意」要件であって—しかも、緩和された「悪意」要件である—、本判決は、最判平成10年2月13日と同様に、「背信的悪意者排除論」とは別の民法177条の「第三者」から排除される者を示したものであり、本判決は、『背信的』悪意者論の枠組みには収まりきれない広い判断枠組みを提示した、と評価した。さらに、池田は、本判決の事実での対抗関係（取得時効完成後の第三者の所有権 対（占有・利用を伴う）時効取得による所有権）と最判平成10年2月13日（・最判平成10年12月18日民集52巻9号1975頁）の事実での対抗関係（所有権 対 地役権）との間で、その利益の対立関係に大きな較差はないことから、本判決でも、最判平成10年2月13日（・最判平成10年12月18日）で示された判例法理が適用されるべきだったし、さらに、本来、「この種の紛争は取得時効一本で解決されるべきであった」とする⁶⁴⁾。

「背信的悪意者排除論」に関わる判例・裁判例の分析から、「背信的悪意者排除論」は、實質、「悪意者排除論」に近い、と考える⁶⁵⁾。松岡久和は、本判決が、悪意要件を緩和する一方で、「背信的悪意者という評価を行うには、あくまで悪意が必要であるとの基本的立場を維持し」、最判平成10年2月13日の判例法理を採用したと解される原判決（高松高判平成16年10月28日）を斥けて、「善意・有過失者をも排除する原審の判断を否定した」とする。「本件の場合には、通路の継続的使用の事実が客観的に明らかで、時効取得者の権利の存在が譲受人にも認識可能であったため、未登記通行地役権者が善意・有過失の所

有権譲受人にも対抗できるとした最判平成10・2・13民集52巻1号65頁によることも考えられた」とする⁶⁶⁾。

鎌田薫は、「本判決は、背信的悪意者として認定するためには悪意の要件を充足することが不可欠であるとの前提の下で、『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』ことを考慮して、取得時効の場合に限って悪意の要件を緩和したにすぎないのである。しかも、平成10年判決の法理を適用した原判決を破棄した趣旨は、同判決の法理は非排他的な権利である通行地役権に限って適用されるべきものであり、所有権の帰属をめぐる紛争には適用にならないという意味に理解せざるを得ない。したがって、残念ながら、本判決を契機として判例における背信的悪意者排除論の展開に大きな変化が生ずるとは考えられないことになる」とする⁶⁷⁾。もっとも、鎌田は、本判決が、「あえて近時の学説・下級審裁判例の大勢とも目しうる背信的悪意者排除論の客観化・柔軟化の傾向に棹さすような解釈論を展開する必要があったのか、疑問の余地がある」とする。

関武志は、本判決が、取得時効完成後の第三者の背信性の判断について緩やかに解し、その判断基準を明確にした、とする本件の評釈に対して、「かかる見解は、本判決の評価として妥当であるとは言いがたい」とする。その理由は、「この判決が、『背信性の判断』に関して言及したものでなければ、その判断基準を『緩やかに』解したものでないからである。むしろ、本判決は、従来の判例理論に示された背信的悪意者排除論を踏襲していること、そして、かかる判例理論に照らしたならば、まずは悪意性を充足する必要があると解していること、その上で、『多年にわたる占有継続の事実』に対する認識の存在を不可欠としていることから、譲受人の悪意性に関する判断基準、すなわち、認識の対象とな

る事実の具体的な内容について判示したものと解すべきである」とする⁶⁸⁾。

もっとも、背信性の判断に当たって、関は、所有権の帰属が争われた本件通路部分が、通路として利用されてきた土地に着目する。「利用権対所有権」が争われた場合の裁判実務では、『現況調査で通行または利用の事実がある程度客観的にわかること等』を考慮して、承役地の譲受人が登記欠缺を主張する場合の背信性を、比較的緩やかに認定しているとか…、背信的悪意者に言及せずに、通路の使用、及び、その認識（または認識の可能性）を要件として、承役地の譲受人の第三者性を否定する傾向にあるとも指摘されており…、実際、…『利用権対所有権の場合』における譲受人の背信性を判断するうえで、通路という事実を重視する見解も存する…』として、このような主張が本件の背信性の判断にどのような影響を与えるか興味ぶかい、とする⁶⁹⁾。

新井敦志は、本判決が、「背信的悪意者排除論」という文言を使いつつも、「背信的悪意者という基準（判断枠組み）より広い別の基準（判断枠組み）…『登記の欠缺を主張することの信義則違反』とでもいうべき定式化のなかに位置づけられる判決の一つ」であり、『取得時効と登記』の問題について従来の判例理論（第三準則〔先述、2.③の判例法理〕）に従いつつも、本件のような取得時効の境界紛争事案について、従来の基準に較べれば、占有を継続している時効取得者の保護を広げられる可能性がある基準（判断枠組み）が示されたという意味においては、本判決は妥当な方向性を示した」と評価する⁷⁰⁾。

新井は、類型論の立場を支持し、本件のような境界紛争型ケースについては、民法177条によるのではなく、占有尊重説的な立場に立つべきである、とする。すなわち、「境界紛争型の事案においては、時効取得者は、時効期間満了後もそのことを知らずに占有を

継続していることが多いと考えられるので、177条の適用の基礎が欠けている」として、「占有取得時効制度を認める日本民法において、少なくとも境界紛争事例においては、時効期間満了後の第三者との関係についても、基本的には、継続した占有の保護を優先すべきであると考える」とする⁷¹⁾。

取得時効期間満了後の第三者と時効取得者との関係について、新井は、本判決が民法177条によって解決されるものではなく、当然ながら、背信的悪意者排除論が論じられるべき問題ではない、とする。その上で、本件のようないわゆる境界紛争事例における取得時効期間満了後の第三者（の保護の可能性）について、新井は、民法94条2項の類推適用によるべきである、とする。「占有者（時効取得者）の側に公示（登記）と時効による権利取得（権利変動）の実体との間にずれが生じていることを知っていたのにこれを放置していたという事情が認められるか、またはこのような事態を知るべきであったのに知らなかったという事情が認められる場合（＝帰責性のある場合）にかぎり、第三者の善意無過失（すなわち、時効完成により登記と異なる権利関係が生じていることを知らず、またそのことについて落ち度がないこと）を要件として、その保護を考えるべき」である、とする⁷²⁾。

野澤正充は、本件の事実関係から、「時効取得者であるYがその権利を主張するためには、本来的に登記が必要であり、それなくして第三者であるXに所有権を対抗するためには、少なくともXの悪意が必要とされよう。その意味では、平成10年判決とは異なり、本判決が背信的悪意者排除の法理に依拠したことは、適切であったと解される」とする⁷³⁾。本判決は、最判平成10年2月13日の判断構造とは全くことなるアプローチを採用している、と解する。

桐ヶ谷敬三は、本件の原判決は、最判平成

10年2月13日を前提としたと解されるが、最判平成10年2月13日は「所有権の取得と両立しうる事案」であり、本件のような、「両立し得ない二重譲渡等の場合には直ちにはあてはまらない」とした。そうして、本判決は、「所有権の取得時効に関して背信的悪意者に該当するための要件を最高裁として初めて明示」した、とする⁷⁴⁾。

田口勉は、通行地役権と所有権の対抗関係が争われた最判平成10年2月13日と本判決を比較して、この2判決は事案が異なるものであり⁷⁵⁾、本判決には、背信的悪意者排除論が適用されるのが適当である、と解した。田口は、本件では、譲受人に背信性を基礎付けるような事情は見当たらないことから、譲受人が悪意であっても、「従来の基準」からすれば、背信的悪意者と認めることはできない、と考える⁷⁶⁾。

武川幸嗣は、「所有者らしく映る支配を長期間継続してきた事実を認識しつつ、未登記を理由としてこれを排除しようとする態様が信義に反するのであり、その場合は譲受人の所有権取得そのものが否定されてもやむをえない」とする⁷⁷⁾。そして、「占有が長期間に及ぶときには、譲受人は取得時効の成立をも受忍すべき場合があると評価することになるか」とする⁷⁸⁾。

松久三四彦は、本件のような事案では、「平成10年判決の構成は採らず、背信的悪意者排除論によることを明らかにし、ここでは、悪意のほか背信性も必要であることを確認したものである」とする⁷⁹⁾。

松並重雄は、本判決が従来の背信的悪意者排除論に従ったものであり、「甲が時効取得した不動産について乙が背信的悪意者に当たる要件は、①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いたこと、②乙が、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

ことである。すなわち、本判決は、所有権の時効取得についての背信的悪意者にするためには①の要件（悪意）と②の要件（背信性）とをいずれも満たすことを必要としたが（本判決は、①+②を要求したものであり、①の要件を満たせば②の要件を満たすこととしたものではない。）とした⁸⁰⁾。本件のような「所有権の対抗力の事案について、背信的悪意者排除法理によらず平成10年判決の法理によって第三者を排除することは、行き過ぎのように思われる（実質的に見ても、善意で所有権を取得した—したがって、背信性もない—第三者に対し、未登記の通行地役権を対抗させるだけでなく、所有権まで対抗させて、その所有権を喪失させるという法律判断は正当なものとはいえないであろう。）。」とする⁸¹⁾。

小山泰史は、本判決は、『『多年にわたる占有の継続』についての認識が、取得時効（の完成による物権変動があったこと）についての悪意についての前提要件であることを明らかにし、これに加えて『登記の欠缺を主張することが真偽に反するものと認められる事情が存在すること』を第三者の背信的悪意者認定の要件とする。これまでの背信的悪意者排除論の法理からすれば、譲受人の背信性だけで177条の第三者から排除されていたのだが、『時効完成後の第三者』に限っては、『多年の占有の継続を認識すること』という別個の要件が付加されることとなった』とする⁸²⁾。本判決の意義は、「背信的悪意者認定の要件のうち『実体上物権変動があった事実を知る者において』につき、その物権変動（本件では取得時効の完成）のうち、時効取得の要件の一部（『多年にわたる占有の継続』）の認識があればよい、としたことにある』とする。「取得時効の完成後の第三者に『多年の占有』を付加して背信性を判断するという本判決の判断枠組みは、かえって、背信的悪意者の法理と最判平成10年2月13日の規範との類似性

を示しているというべきである』とする⁸³⁾。

鎌野邦樹は、境界紛争型ケースという紛争類型には着目せずに⁸⁴⁾、最判平成18年1月17日の判例法理を基本的には妥当と考える。鎌野は、「背信的悪意者排除論」を、「A〔第二譲受人〕が『目で見ることのできない〕B・C間の物権変動について、『Aが登記をしても優先できない場合』としての法的評価（信義則による評価）を受けた『背信的悪意』を基礎とするが、その実質はAの『悪意』（＝明確な認識）である』と考える⁸⁵⁾。鎌野は、Aが、購入する不動産の現況を確認していることを前提とする（「当該不動産の現況が、その価値ないし価格に影響を与え（現況調査をしないで登記簿調査だけで不動産の鑑定評価を行うことは通常あり得ない）、またAの当該不動産の取得の決定を左右する」と考えるからである）⁸⁶⁾。そして、最判平成18年1月17日の「悪意」について、鎌野は、「基本的には、Aの『悪意』の対象については『多年の占有』と考えるべきである。実際には時効の完成（時効期間の経過）で足りる『多年の占有』であっても、Aにとって、『多年の占有』だけの認識（『悪意』）にとどまり、『時効の完成』についてまで明確に認識できるわけではない』として、この段階では、「Aの『背信性』を認めることはできない。しかし、例えば、Aが時効の完成（時効期間の経過）に足りる期間の前から甲土地について現況と変わらない状況が存在していたことを認識していた場合には、『背信性』が認められよう。また、そうでなくても、例えば、甲土地上にC所有の現住建物等が存在していたり、Aが権利取得時に、それらの状況からCの利益の重大性を認識していたときにも、Aの背信性が認められよう」とする⁸⁷⁾。

石田剛は、本判決が、『『悪意』を軸とする規範の体裁を残しつつ、実質的には、時効取得の事実に対する高度の認識可能性を根拠として、背信性を肯定する余地を認めている」

とするが、「本判決は背信的悪意の認定を諸事情の総合判断に委ねるという法理の根幹部分を変更するものではなく、悪意要件の充足→背信性肯定と直結させるものでもなく、「本判決は、あくまでも悪意と背信性の概念を明確に区別している」とする。しかし、石田は、「本判決が、時効完成後の第三者との対抗関係をより柔軟に解決するための弾力的基準を提示することにより、登記の期待可能性に乏しい時効取得者との占有利用利益にも配慮する姿勢を示した」と言え、「本判決の判断枠組みは、紛争類型の相異を問題にしておらず、類型論の手法ではなく、『背信性』認定の総合判断の下で柔軟な解決を志向するものであり、その意味でも従来の議論を踏まえ、一歩進めたものと評することができる。その際に、類型論の成果を背信性認定の際に生かすことは十分に考えられる」とする⁸⁸⁾。そうして、本判決の射程は、取得時効完成後の第三者と時効取得者との対抗関係に限定されるものだが、「背信的悪意者排除論の主な機能が、未登記所有者の(長期間に及ぶ)不代替的な契約利益・占有利用利益の保護にある」とする石田の見解⁸⁹⁾によれば、本判決が示した判例法理は、「変動原因の特殊性を超えた広がりを持つとも考えられる」として、「背信的悪意者排除論」一般への波及の可能性も示している⁹⁰⁾。

田中淳子は、本判決の評価について、「理論構成については、従来の判例で機能していたような、積極的な害意を要求するような背信的悪意者概念を用いた判断ではない」とし、本判決の「長期の占有継続の実態」の『認識』とは、時効の完成によって時効取得者が確定的に権利取得した事実の認識ではなく、権利移転があったかもしれないが、なかったかもしれない状況までも『認識』の中を含めることを意味する。本件は、Yが時効取得している蓋然性が高い土地を取得することが背信的悪意者である、と判断したものと考えるので

あれば、第一譲渡の存在(権利変動があったこと)を『認識』していることを前提とした不動産動産二重譲渡論における背信的悪意者排除説とは異なった条件を加えたことになる。少なくとも、従来の前提条件のもとでの『悪意』と『背信的悪意』の境界線はかき消されたものといえよう。『背信性』の判断と『悪意性』の判断を区別することはできないからである」とする⁹¹⁾。そうして、田中は、「時効取得者は登記をしなくてもよいわけではない。しかし、時効取得者が登記可能となったことを認識している場合にまで長期にわたる占有の事実のみで保護を与えることには問題がある。占有の実態と登記を一致させる道があるにもかかわらずそれをしなかったような場合にまで時効取得者を保護することは、登記を信頼して取引に関与した第三者の保護との均衡が図れない。権利帰属の優劣は、第三者の認識(権利取得態様)のみで決するよりも、時効取得者側の事情も含め総合的に判断することができる解決法理が望ましい。売買を典型とする権利取得態様と時効取得という固有の権利帰属制度による取得態様とが有機的に連関した解決策が求められるべきであるとし、「錯綜する『取得時効と登記』をめぐる問題に対し、不動産物権変動論を再構成し、体系的・統一的に理解する近時の民法94条2項類推適用説が解決策のひとつとなる可能性を多分に秘めている」と結論付ける⁹²⁾。

小西史憲は、境界紛争型を想定して、背信的悪意者排除論を適用した本判決には、一定の評価を与えることができる、とする⁹³⁾。そうして、「少なくとも取得時効に関する背信的悪意者の認定については、時効取得者が時効取得した土地を現実に利用している状況があり、社会生活上の調査義務の実行によりそれが認識できる場合には第三者の悪意が認定され、それを知らぬ元所有者から当該土地を譲り受けた第三者は背信性がありとあれ背信的悪意者となることを原則とすることが

妥当である」とし、「この場合、第三者は原則的に悪意とされるが、時効取得者の現実の利用について、第三者が取得する時点で当該利用が終了すると解したことに過失がない時は第三者は善意とされ、登記を備えることにより当該土地の所有権を取得することに」なる、とする⁹⁴⁾。

佐賀浩二は、「通行地役権や賃借権の設定は、論理的には、所有権の取得と両立しうる。しかし、当該土地の利用という実質的な観点からすれば、まさに所有権者の利用は制限され、所有権の二重譲渡等における対抗問題と大きな違いはない」ことから、「本件事案においても、平成10年判決と同様の法律構成を応用できたのではないかと考える」とする⁹⁵⁾。佐賀は、背信的悪意者排除論の弾力化に対しての否定的な評価から、本判決も、最判平成10年2月13日の判例法理の『「登記の欠缺を主張する正当な利益を有しない」者として、民法177条の『第三者』から排除すべきである」とする⁹⁶⁾。

草野元己は、最判平成18年1月17日について、時効取得の存在理由から一草野は、長期取得時効（民162条1項）は、「長年月の経過による立証困難から救済するための制度」と考え、短期取得時効（民162条2項）は、「取引の相手方を所有者と過失なく信頼して不動産を譲り受けた者について、その者の取引の安全を10年間の占有を要件として保護する制度」と解する一考察する⁹⁷⁾。草野は、取得時効完成後の第三者と時効取得者との対抗関係について、「背信的悪意者排除論」を柔軟に適用して、両者の要保護性を衡量して妥当な解決を導き出す、とする判例法理も考えられないではないが、「同じ取引の安全でも、実際に不動産を占有している者の取引の安全のほうが優先されるべきであり、長期占有者の取引の安全を何よりも優先して保護するためにこそ取得時効（特に短期取得時効）が存在すると考えるのであって、このような見地か

らは、取得時効が長期占有者の取引の安全を保護する場合であっても、時効取得の対抗要件として登記は不要であるという解釈は、動かしえない」とした。すなわち、草野は、「取得時効は登記による対抗とは無関係な制度である」とする⁹⁸⁾。

長井祐介は、背信的悪意者排除論の弾力化を支持して、「背信的悪意者排除論の枠組みである『悪意+背信性（信義則違反）』は維持し、その要件該当性の判断に物権変動の特殊事情を維持し、柔軟に判断すべきである」とする⁹⁹⁾。背信性の判断は、「悪意の認識の程度によって相関的に判断されるべきである」とする。すなわち、「悪意の認識が『多年にわたる占有継続の事実』の場合、背信性の認定は従来からの二重譲渡事例で蓄積した背信性判断の類型・判断要素が要求される。そして、悪意の認識が取得時効完成による物権変動の事実である場合には、取得時効者の不動産の占有利用侵害の事実（背信性）で足りると解すべきである」とする¹⁰⁰⁾。

佐久間毅は、本判決について、「第三者の悪意を緩やかに認定するものであるが、悪意の認定が緩和されるのであれば、背信性が緩やかに認定されること（たとえば、他人の長期占有を知りながら、何らかの確認もせず以前主の権利を信じていた場合には、原則として背信性を肯定すること）も、十分ありうる」とする¹⁰¹⁾。そうして、「取得時効における判決においては、長期間継続した事実状態（占有）を、占有者に本権を認めることにより保護するという、取得時効制度の趣旨からして、時効により権利を取得した者は、権利を譲り受けただけの者よりも厚く保護されてよいと考えられること、そうであるのに、第三者の悪意の対象を他人による権利取得に限ると、時効による権利取得の事実を第三者が知ることは承継取得に比べて難しいため、かえって譲渡の場合よりも第三者が厚く保護され、時効取得者の保護が薄くなるおそれがある

るという事情を指摘することができる」とする¹⁰²⁾。さらに、佐久間は、最判平成18年1月17日や最判平成10年2月13日が、民法「177条の第三者の主観的要件一般に影響を及ぼす可能性を含んでいるとみることもできる」とする。その理由は、それらの判決が、「単純に第三者の主観的事情（第三者は善意か悪意か、悪意としてどのような意図や目的で第三者となるに至ったか）のみから登記の不存在を主張する正当な理由の存否を判断するのではなく、物権変動の効果を主張する者と第三者の間に存する具体的な利益状況に照らして、第三者による登記の不存在の主張が信義に反しないかどうかを判断するという態度をとっているからである」とする。これらの判断を「もう一步進めれば、たとえば売買による不動産所有権取得の対抗の可否についても、第三者の主観的事情のみを考慮するのではなく、取得者側の事情（たとえば、代金支払の状況、取得者への引渡しの有無、取得者による不動産利用の状況など）と第三者によるその事情の認識可能性の程度を勘案して、第三者による登記の不存在の主張の諾否が判断されることになりうるとも考えられるからである」とする¹⁰³⁾。

安永正昭は、本判決は、「最判平成10年2月13日の考え方（占有利用の事実の認識を重視）には依拠しないで、あくまで背信的悪意者排除法理を維持しつつ、ただ、悪意（認識）の対象を『時効取得の成立要件を具備している事実』ではなく、時効取得を基礎づける『多年にわたり当該不動産を占有している事実』にまで緩めることで、背信的悪意の成立の余地を拡大緩和したものといえよう（もっとも、加えて背信性の要素が必要）」とする¹⁰⁴⁾。なお、安永は、「多年占有の事実は境界紛争型においては比較的明らかであろうから、この類型の事案については、結果的に時効取得者優先の結論に近づくのではないかとする¹⁰⁵⁾。さらに、安永は、厳密に考えると、「背信性の判断においては、多年占有の事実の認識から時効取得成否（権利変動）の調査を期待することになり、この点をとらえれば、平成10年判決と類似した判断構造となる」とする¹⁰⁶⁾。

（紙幅の関係で、学者による評釈の整理と検討は次稿に続く。）

（続）

1) 旭川地判令和3年3月1日（令和元年（ワ）第153号 土地明渡等請求事件，土地所有権移転登記手続請求反訴事件）である。本判決の評釈は、拙稿「境界紛争型ケースにおける「取得時効と登記」の問題について－旭川地判令和3年3月1日の評釈」北星論集（経）61巻2号243頁以下を参照。本判決は、札幌高裁に控訴されたが、和解に至った。

2) 拙稿「取得時効と登記－境界紛争型に限定して（1）・（2）」北星論集（経）51巻1号95頁以下（2011年9月）・51巻2号41頁以下（2012年3月）と重複する部分や、考えを変えた部分も多いが、明示はしない。

3) 三瀧信三「判批」法協36巻8号86頁。

4) 平野義太郎「判批」法協43巻4号167頁。地役権の時効取得のケースである。

5) 抵当権者と時効取得者とが争ったケースである。

6) 上野雅和「判批」岡山大学法経学会雑誌17巻2号147頁，廖禄明「判批」法協84巻11号115頁，松久三四彦「判批」別冊ジュリ112号52頁，石田喜久夫「判批」『民法の判例〔第三版〕』ジュリ増刊67頁，栗山忍「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度454頁。

7) 於保不二雄「判批」民商58巻2号127頁，廖禄明「判批」法協85巻9号120頁，瀬戸正二「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和42年度号363頁，椿寿夫・山崎寛「判批」法セ189号108・109頁。第三者が，取得時効完成前に，土地を取得して，取得時効完成後に，登記を経由したケースである。

8) 吉原節夫「判批」判評171号（判時697号）13頁，

- 広中俊雄「判批」法教135号54頁，磯村保「判批」民商80巻1号117頁，池田恒男「判批」『民法の基本判例〔第2版〕』54頁，山田卓生「判批」別冊ジュリ175号116頁，安中正明「判批」法時44巻7号129頁，椿寿夫「判批」法セ222号114頁，児玉寛「判批」別冊ジュリ195号108頁，松久三四彦「判批」別冊ジュリ192号88頁，村田健介「判批」別冊ジュリ237号116頁。
- ⁹⁾ 舟橋諄一「判批」ジュリ200号52頁，輪湖公寛「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和46年度号638頁，山田卓生「判批」別冊ジュリ46号118頁，末弘巖太郎「判批」法協44巻8号182頁。
- ¹⁰⁾ 石田喜久夫「判批」民商40巻3号155頁，北村良一「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和33年度222頁。
- ¹¹⁾ 東海林邦彦「判批」判タ312号120頁，甲斐道太郎「判批」民商71巻3号145頁，武井正臣「判批」島法22号47頁，関川桂作「判批」北九州2巻4号97頁，星野英一「判批」法協92巻9号162頁，中尾英俊「判批」判評184号（判時737号）15頁，武藤節義「判批」不動産法セミナー5巻8号58頁，大和和美「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度号107頁，石田喜久夫「判批」法セ229号130頁。
- ¹²⁾ 浅井清信「判批」法と経済12巻5号138頁，我妻榮「判批」法協57巻12号137頁，末川博「判批」民商10巻6号158頁，岩田新「判批」新報50巻1号145頁，田島順「判批」論叢42巻1号138頁。
- ¹³⁾ 福地俊雄「判批」法時32巻14号86頁，倉田卓次「判解」ひろば13巻11号40頁，遠藤浩「判批」民商44巻3号139頁，横山茂晴「判批」みんけん51号43頁，川島武宜「判批」法協79巻2号118頁，竹内保雄「判批」別冊ジュリ10号48頁，倉田卓次「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和35年度283頁。
- ¹⁴⁾ 福地俊雄「判批」法時34巻3号94頁，末川博「判批」民商46巻2号138頁，玉田弘毅「判批」明治大学法制研究所紀要6号131頁，村上淳一「判批」法協80巻3号127頁，石田喜久夫「判批」『民法の判例〔第二版〕』別冊ジュリ57頁，右田堯雄「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和36年度280頁。
- ¹⁵⁾ 本原則に関して，時効取得者と抵当権者との関係が争われた判例が2つ存在する。最判平成15年10月31日判時1846頁と最判平成24年3月16日民集66巻5号2321頁である。
- ¹⁶⁾ 星野英一「取得時効と登記」（星野『民法論集第4巻』（有斐閣，1978年））319頁，鎌田薫『『對抗要件主義』の基本問題（2）-177条の適用範囲』（鎌田『民法ノート 物権法①【第三版】』（日本評論社，2007年））55頁などを参照。
- ¹⁷⁾ 判例法理の検討については，さしあたり，良永和隆『『時効と登記』問題に関する判例・学説の分析（一）』専法62号125頁以下を参照。良永（126・127頁）も言うように，それぞれの判例法理で説得的な理由が示されているわけではない。その他，星野「取得時効と登記」318頁以下，滝沢律代「取得時効と登記（二・完）-二重譲渡ケースを中心に-」成城22号32頁以下，草野元己『取得時効の研究』（信山社，1996年）119頁以下，舟橋諄一・徳本鎮編『新版 注釈民法（6）〔補訂版〕』（有斐閣，1997年）〔原島重義・児玉寛〕627頁以下などを参照。
- ¹⁸⁾ 上野「判批」岡山大学法経学会雑誌17巻2号144頁，鎌田薫「取得時効と登記」（鎌田『民法ノート物権法①』）155頁などを参照。
- ¹⁹⁾ 学説の整理は，星野「取得時効と登記」318頁以下，良永和隆『『時効と登記』問題に関する判例・学説の分析（二）・（三・完）』専法61号65頁以下・62号39頁以下，草野元己『取得時効の研究』129頁以下，松久三四彦「取得時効と登記」（鎌田薫・寺田逸郎・小池信行編『新不動産登記講座・第2巻 総論Ⅱ』（日本評論社，1997年））130頁以下，舟橋・徳本『新版 注釈民法（6）〔補訂版〕』（原島・児玉）632頁以下などを参照。
- ²⁰⁾ 我妻榮著・有泉亨補訂『新訂 物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店，1983年）118頁。
- ²¹⁾ 安達三季生「時効取得と登記」志林65巻3号23頁，27頁以下，58・59頁，良永和隆「取得時効と登記」（半田正夫編集代表『現代民法学の課題-森泉 章教授還暦記念論集-』（法学書院，1988年））261頁以下，特に264頁など。
- ²²⁾ 川島武宜『新版 所有権法の理論』（岩波書店，1987年）239頁（注64）。
- ²³⁾ 加藤一郎「取得時効と登記」法教5号57頁以下は，取得時効の制度趣旨を活かすべきだとし，登記不要説でも，逆算説を採るのが適当だとする。ただし，時効取得者が登記できることを認識しながら，他人名義の登記を放置している間に，登記を信頼した第三者がその土地を取得したときには，民法94条2項を類推適用することで，その第三者を善意の第三者として保護す

ることが可能である、とする。

24) 舟橋諄一『物権法』168頁以下,172頁。舟橋は、「時効取得者は、裁判上時効を主張する時の登記名義人には対抗しうるのであるが、その裁判で時効取得の主張が認められて判決が確定したならば、従来占有の事実関係と結びついてのみ認められていた所有、いわゆるゲヴェーレ(Gewere)的占有が、かような判決の確定した時から以降は、近代法的な観念的所有権に転化したものとして、すべて、民法の所有権につき定められている公示の原則に従わなければならないものと考えられる」ことを前提とする。そうして、勝訴判決確定後は、「直接に登記手続を命ずる給付判決であるときは、それにもとづいて直ちに登記を申請することができる(不登27条。…)、それ以外の勝訴判決の場合には、さらに、登記手続を命ずる給付判決を訴求するとともに、処分禁止の仮処分(民訴755条・758条3項)などの手段によって権利保全の道を講じておかないと、登記名義人たる原所有者から第三者へ転売登記されてそれに対抗しえない結果を要するおそれが」ある、とする。舟橋は、時効取得が承継取得の性質も併せ持つ、とする。ゲヴェーレ的占有から近代的所有権への転化という考え方は、法史的には面白い説明だが、証明しがたい理論である。

25) 半田正夫「不動産所有権の二重譲渡に関する問題」(半田『不動産取引法の研究』(勁草書房,1980年))56頁以下も、時効取得者の時効の援用前は、時効取得者が優先し、援用後は、対抗問題となる、とする(半田は、時効取得が、時効の援用を介することで、承継取得となる、と解する)。折衷説(舟橋説)と結論は同じになるが、理由づけが異なる、とする。すなわち、半田説は「意思表示による物件変動を第三者に対抗するためには登記を必要とするという、だけれども疑わぬ既存の法理によって説明しようとしている点に特色があり、さらには、時効取得を援用の意思表示による所有権の承継取得と解することの帰結として、裁判外の援用を肯定したことも」、舟橋説とは異なる特色の1つとして挙げられる、とする。滝沢「取得時効と登記(二・完)」成城22号55頁、滝沢「取得時効と登記・再論」成城64号19-21頁も参照。半田説・滝沢説ともに、舟橋説と同様、占有尊重説に近い。

26) 「取得時効と登記」に関わる判例の分析から、

判例の大部分が二重譲渡型であり、それがこの問題の原型であると主張した安達三季生「取得時効と登記」志林65巻3号29頁以下が、類型論が主張されるようになったきっかけを与えた、とされる。安達は、民法「177条の意味は、二重譲渡のごとき互いに相容れない物権変動があった場合に、登記はその先後関係を決定するための法定証拠であり、したがって先に登記を得た譲受人丙が…先に譲受けたと看做され、乙はその後に、換言せばすでに譲渡人甲が丙へ譲り渡した結果無権利者となってから後に、譲り受けたと看做される、という趣旨だと解する」(登記法定証拠説)。その上で、安達は、二重譲渡における時効取得と登記の問題について、「先に登記を得た譲受人丙が、先に譲り受けたと看做されて所有権を取得するが、しかし、登記は得なかったけれども占有を得てこれを継続している譲受人乙は、丙が譲り受けた時を遡らない限度で、乙が譲り受けて占有した時を起算点とする時効取得を認められる」とする(34頁)。さらに、安達は、二重譲渡で転得者が現れたケース(36頁以下)、無権利者から譲り受けた時効取得者と真の所有者からの譲受人の関係(44・45頁)、瑕疵ある譲渡行為の譲受人たる占有者(時効取得者)と譲渡人からの譲受人の関係(45・46頁)や、同一の土地について「甲所有の不動産が甲→丙→丁→戊へと転々譲渡され、それぞれの譲渡について登記がなされた」が、「他方、乙は自己の占有だけで、もしくはその前主たるAの占有を併せて、現在時(正確には当該訴提起時)から遡り20年以上にわたって占有している」場合に、戊と乙が同一土地の所有権を争うケース(47頁以下)を検討して、いずれにおいても、「基本的には二重譲渡における(実体規定としての)取得時効と登記の関係…と同様に扱うべきである」とした(51頁)。安達「取得時効と登記」(石田喜久夫編『判例と学説2・民法I(総則・物権)』(日本評論社,1977年))203-205頁も参照。

山田卓生「取得時効と登記」(来栖三郎・加藤一郎編著『民法学の現代的課題』(岩波書店,1972年))105頁以下は、いかなる事案で、いずれの側から時効が主張されているか、に着目して、事件・判例を次のような三つの類型に整理した。すなわち、第I類型として、「未登記不動産について権利を取得した者が、保存登記をすることもなく占有を続けていたところ、旧

所有者が自己名義で保存登記をし、第三者に譲渡した場合に、占有を続けてきた者から、時効取得を理由として登記の抹消を請求する事件である」。第Ⅱ類型として、「登記のある不動産について、権利を取得した者が、移転登記を経由しないまま占有を継続していたところ、登記のある旧所有者から譲り受け、登記を経由した者に対し、占有を継続した者から、登記名義人に対し、時刻取得を理由として、登記の抹消を請求する事件である」。最後に、第Ⅲ類型として、「登記はないが長年占有を継続してきた者に対し、登記を経由した者から、占有者に対する明渡訴訟において被告が取得時効を主張する事案である」。山田は、判例の検討から、ほとんどすべての事件が、第Ⅰ、第Ⅱ類型、すなわち、二重譲渡をめぐる事件である、とする(124頁)。そうして、二重譲渡型の事件において、そもそも取得時効が認められるべきか、という問題を考える必要があり、それに沿って検討を進める。

結果的に、山田は、「短期取得時効は、原則として、登記はあるが、実体的権利がない場合に限って認めるべきである」とする。「占有開始時点における善意無過失の要求は、取引行為を前提としているとみてよい。このなかには、前主の無権利者の場合（たとえば、前主と前々主との間の契約の無効・取消）および、前主との取引行為に瑕疵ある場合（たとえば、無効・取消、無権代理）を含めて考える」。動産の即時取得（民法192条）との対比で、不動産については、「平穩、公然、善意、無過失のほか10年間の占有が要件とされているから、時効取得を認めてよい」とする。

他方で、取得時効を主張する者に登記がない場合について、まず、「実体的権利がないまま占有しているが、登記を経由していない場合」（第Ⅲ類型）については、取得時効を認めて良い、とする。次いで、「いわゆる二重譲渡型の場合〔第Ⅰ、第Ⅱ類型〕には、占有を継続しているも、自己の物の時効取得として論ずるのではなく、端的に二重譲渡の問題と考えるべきである」とする。そうして、「第一譲受人を保護することができるのは、第二の譲渡が、第一譲渡の10年以内に行われ、しかも、第一譲渡から10年を経過した場合に限られるのである。また、判例とは逆に、時効には対抗要件として登記を必要としないとして、第一譲渡後10年経過すれば、以降取得時効を主張できるとすれば、第一

譲受人の保護をはかることができるが、これによると177条の対抗要件が必要とされるのは10年間に限られることになる。また、第一譲受の時点を外から知りえないのに、10年を経過すると登記は全く無意味になることを認めるわけにはいかない」。したがって、山田は、「第一譲受人の保護は、いわゆる背信的悪意者排除の考え方によるべきである。ただし、占有開始から20年を経過した場合には、長期時効を転用して、時効取得を登記なしに認めるべきである」とする(136・137頁)。

中尾英俊「判批（最判昭和48年10月5日）」判評184号（判時737号）17頁は、判例の分析から、紛争を次の4つの型に分類した。すなわち、「(イ)有効な（又は有効と推定される）取引により不動産を取得し、その占有を継続してきたが登記を経由していないXと、その原所有者Aから二重譲渡を受けて所有権取得登記を完了したYとの間の紛争」、「(ロ)土地の一筆又はその一部を原所有者Aから譲受けて登記を経由したYと、その占有を継続してきた隣地所有者（必ずしも隣地所有者とはかぎらないが公簿上その土地の所有者と記載されていない者）Xとの間の紛争」、「(ハ)登記を信頼してその所有者Aからこれを取得してその占有を継続しかつ登記も経過しているXと、その不動産の真実の所有者又はその者からの譲受人Yとの間の紛争」、そして「(ニ)土地の一筆又はその一部をめぐる隣地所有者相互間—(ロ)の例におけるXとAとの間—の紛争、とに分類される」とする。

その上で、中尾は、「(イ)および(ハ)は取引によって生じた紛争で、時効取得を主張するXは取引によって不動産を取得したのであり、XとYは取引における第三者の関係に立つ（もっとも、(ハ)におけるXとYとの関係を第三者の関係とみるか当事者の関係とみるか問題はあるが、この場合時効取得者が登記を備えているので登記の有無に関する問題は生じない）。そして(ニ)が取引とは関係ない当事者間の紛争であることは明らかであるが、(ハ)も取引によって生じた紛争とはいえないのである。たしかに、(ハ)においてAからYへの権利移転が行われているけれども、A又はYとXの間は全く取引行為がなく、Xの時効取得は取引行為によるものではないので、(ハ)は(ニ)と同じく取引と関係のない紛争である」とする。

中尾は、「時効による土地の取得であってもそれが取引関係によって生じた場合には、民法177条の適用があるという判例に仮にしたがうとしても（それも賛成しがたいけれども）、取引に関係のない時効取得に民法177条を適用するのは明らかに時効制度ならびに民法177条の解釈を誤ったもの」と結論づける。

²⁷⁾ 類型論に対する批判は、安達三季生「取得時効と登記」（不動産登記制度研究会編『不動産物権変動の法理』ジュリ増刊（有斐閣、1983年）90頁以下を参照。

²⁸⁾ 大村敦志『新 基本民法 2 物権編』（有斐閣、2019年）72・73頁は、類型論は登記尊重説の難点を克服しようとするものである、とする。

²⁹⁾ 星野「取得時効と登記」325頁以下。

³⁰⁾ 武井正臣「取得時効と登記—境界紛争型事件における登記の可能性と取引の安全—」島法25巻1号1頁、小杉茂雄「境界紛争と取得時効—『取得時効と登記』の問題における論議の整理とそこでの星野節擁護のために—」西南17巻2・3・4号31頁は、星野による類型論—特に、境界紛争型を独立した類型とすることに賛意を示している。

³¹⁾ 境界紛争型という類型には批判がある。鎌田薫「判批（宮崎地判昭和57年4月19日）」判タ484号25-27頁は、二重譲渡型と境界紛争型との判別の困難さを主張する（鎌田薫「判批」リマークス37号17頁も参照）。

³²⁾ 星野「取得時効と登記」337・338頁。

³³⁾ 星野「取得時効と登記」334頁。内田貴『民法I 第4版』（東大出版会、2008年）453頁も参照。

³⁴⁾ 広中俊雄『物権法〔第2版増補〕』（青林書院、1987年）154頁。

³⁵⁾ 広中『物権法』157頁注（5）。

³⁶⁾ 広中『物権法』155頁。

³⁷⁾ 松久「取得時効と登記」140・141頁。

³⁸⁾ 松久「取得時効と登記」148頁以下。

³⁹⁾ 松久「取得時効と登記」150頁以下。

⁴⁰⁾ 水本浩「不動産物権変動における利益衡量」（星野英一編集代表『私法学の新たな展開 我妻栄先生追悼論文集』（有斐閣、1975年））272-274頁。

⁴¹⁾ 水本「不動産物権変動における利益衡量」286頁。

⁴²⁾ 水本浩「取得時効と登記（三・完）—不動産物権変動における利益衡量—」立教法学23号139頁以下、特に150・151頁を参照。

⁴³⁾ 鎌田薫「取得時効と登記」（同『民法ノート物権法①』（日本評論社、2007年））164頁以下。なお、「公信力説」の立場からの「時効取得と登記」の問題についてのアプローチは、篠塚昭次「時効取得と登記」（同『論争 民法学1』（成文堂、1970年））40頁以下、特に51・52頁を参照。

⁴⁴⁾ 「公信力説」に対する批判は、さしあたり、鈴木祿彌「不動産二重譲渡の法的構成」（鈴木祿彌、徳本伸一『財産法学の新展開』（有斐閣、1993年））166頁以下、星野英一「日本民法の不動産物権変動制度—母法フランス法と対比しつつ—」（星野『民法論集 第6巻』（有斐閣、1986年））92・93頁、109頁以下、多田利隆「民法177条の『対抗』問題における形式的整合性と実質的整合性（二）—消極的公示主義構成の試み—」民商102巻2号33-35頁などを参照。

⁴⁵⁾ 鎌田自身、自説の問題点について了解している（鎌田「取得時効と登記」165頁）。

⁴⁶⁾ 鎌田「判批」リマークス34号17頁は、本件が、二重譲渡型か境界紛争型かの判別が困難である、とする。草野「判批」法時82巻3号113頁は、本事件が境界紛争（ないしは地番争い）の類型に属する、とする。草野「判批」法時82巻3号117頁注（6）によれば、「『地番争い』とは、隣接地間における境界線の位置が問題となる境界紛争のみならず、一塊の土地がA所有の甲番地に該当するかB所有の乙番地に該当するかについての争いを言う」とされる。

⁴⁷⁾ 本判決の評釈は、福永礼治「判批」NBL829号10頁、高田淳「判批」法セ616号119頁、河津博史「判批」銀法662号40頁、笠井修「判批」金判1248号2頁、池田恒男「判批」判タ1219号38頁、松岡久和「判批」法教318号別冊附録（判例セレクト2006）21頁、鎌田「判批」リマークス34号3頁、関武志「判批」判評577号（判時1953号）11頁、新井敦志「判批」立正大学法政研究所研究年報12号49頁、舟橋秀明「判批」登情47巻7号70頁、野澤正充「判批」速報判例解説◆民法（財産法）No.2 85頁、桐ヶ谷敬三「判解」判タ1245号28頁、田口勉「判批」神奈川ロー1号79頁、松並重雄「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度44頁、武川幸嗣「判批」受験新報668号18頁、松久三四彦「判批」別冊ジュリ192号90頁、小山泰史「判批」立命341号626頁、鎌野邦機「不動産における登記と占有—背信的悪意者論再考：最高裁平成10年2月13日判決・平成18年1月17日判決を契機として—」

- 曹時67巻4号1頁, 石田剛「判批」別冊ジュリ237号122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33巻1・2号1頁, 小西史憲「判批」季刊不動産研究49巻1号23頁(2007年), 佐賀浩二「背信的悪意者排除論の再構成」専修法研論集42号105頁以下, 草野元己「判批」法時82巻3号112頁, 長井祐介「背信的悪意者排除論の弾力化に関する一考察」専修法研論集54号111頁(2014年)などを参照。
- ⁴⁸⁾ 近藤崇晴「判解」ジュリ1134号112頁, 石田剛「判批」法教215号110頁, 大野秀夫「判批」判評477号(判時1649号)32頁, 野澤正充「判批」リマークス18号22頁, 横山美夏「判批」ジュリ1157号63頁, 近藤崇晴「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成10年度86頁, 園部秀穂「判批」判タ1005号50頁, 田口「判批」神奈川ロージャーナル1号79頁, 児玉寛「判批」別冊ジュリ195号120頁, 秋山靖浩「判批」別冊ジュリ192号184頁, 松岡久和「判批」法教222号別冊附録14頁, 鎌野「不動産における登記と占有」曹時67巻4号1頁, 道垣内弘人「判批」法協135巻8号231頁。
- ⁴⁹⁾ 関「判批」判評577号13頁, 松並「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度62頁, 松久「判批」別冊ジュリ192号91頁などを参照。
- ⁵⁰⁾ 三淵「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度62頁。
- ⁵¹⁾ 辻正美「判批(東京高判昭和54年12月26日)」判評260号(判時972号)10頁を参照。
- ⁵²⁾ 松久「判批」別冊ジュリ192号91頁などを参照。
- ⁵³⁾ 本判決の「悪意」要件の認定については、緩和という評価と、明確化という評価がある。前者は、福永「判批」NBL12頁, 高田「判批」法セ616号119頁, 笠井「判批」金判1248号5頁, 池田「判批」判タ1219号42・43頁, 松岡「判批」法教318号別冊附録(判例セレクト2006)21頁, 鎌田「判批」リマークス34号17頁, 舟橋「判批」登情47巻7号75頁, 野澤「判批」速報判例解説◆民法(財産法)No.2 86頁, 88頁, 松並「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度61頁, 武川「判批」受験新報668号19頁, 松久「判批」別冊ジュリ192号91頁, 小山「判批」立命341号632・633頁, 635頁, 石田「判批」別冊ジュリ237号122頁, 佐賀「背信的悪意者排除論の再構成」専修法研論集42号110-112頁, 草野「判批」法時82巻3号114頁, 長井「背信的悪意者排除論の弾力化に関する一考察」専修法研論集54号115・116頁, 佐久間毅『民法の基礎2 物権〔第2版〕』(有斐閣, 2019年)80頁, 安永正昭『講義 物権・担保物権法〔第3版〕』(有斐閣, 2019年)77頁を参照。後者は、関「判批」判評577号13-15頁(判時1953号), 田口「判批」神奈川ロー1号87頁, 小西「判批」不動産研究49巻1号35頁を参照。
- ⁵⁴⁾ もっとも、鎌田「判批」リマークス34号17頁は、取引実務への影響を指摘している。すなわち、「本判決によって、背信的悪意者排除論適用の要件につき一定程度の緩和が図られたが、それは、第三者の占有する不動産の取引への参入を回避させる方向に作用するから、登記尊重説的な発想からは、本判決は取引実務に悪影響を与えるものとして評価されるべきことになる…。さらに、二重譲渡型的事案においては、取得時効期間に満たない占有しかない場合であっても、占有関係の調査から第一譲渡契約の存在が認知された以上は、それによる所有権移転につき悪意となるのであるから、本判決のような考え方をとるまでもなく、やはり取引への参入を断念する方向での判断をなすべきことになることにも注意を要する」とする。
- ⁵⁵⁾ なお、「背信的悪意者排除論」の「悪意」については、これまで詳しくは論じられてこなかったようである。公信力説の「悪意」の対象については、鈴木祿彌「不動産二重譲渡の法的構成」(鈴木祿彌, 徳本伸一『財産法学の新展開』(有斐閣, 1993年))178-180頁を参照。
- ⁵⁶⁾ 水本「不動産物権変動における利益衡量」286頁を参照。
- ⁵⁷⁾ 福永「判批」NBL829号13頁。
- ⁵⁸⁾ 福永「判批」NBL829号12・13頁。
- ⁵⁹⁾ 高田「判批」法セ616号119頁
- ⁶⁰⁾ 笠井「判批」金判1248号5頁。
- ⁶¹⁾ 池田「判批」判タ1219号42頁。
- ⁶²⁾ 池田「判批」判タ1219号42頁。
- ⁶³⁾ 池田「判批」判タ1219号42・43頁。
- ⁶⁴⁾ 池田「判批」判タ1219号43頁。
- ⁶⁵⁾ 松岡久和「民法177条の第三者・再論」(『民事法理論の諸問題(下)』(1995年))185頁を参照。
- ⁶⁶⁾ 松岡「判批」法教318号別冊附録(判例セレクト2006)21頁。
- ⁶⁷⁾ 鎌田「判批」リマークス34号17頁。
- ⁶⁸⁾ 関「判批」判評577号15頁。
- ⁶⁹⁾ 関「判批」判評577号15頁。

- 70) 新井「判批」立正大学法政研究所研究年報12号55頁。
- 71) 新井「判批」立正大学法政研究所研究年報12号56頁。
- 72) 新井「判批」立正大学法政研究所研究年報12号56・57頁。
- 73) 野澤「判批」速報判例解説◆民法(財産法) No.2 88頁。
- 74) 桐ヶ谷「判解」判タ1245号29頁。
- 75) 田口「判批」神奈川ロー1号87頁は、最判平成18年1月17日の時効取得者は、旧所有者に対して登記請求権を持つから、登記懈怠について帰責性がないとはいえず、取得時効の成立についての第三者の認識可能性について、土地の占有の時間的な経過は客観的状况から必ずしも明らかになるものではなく、「時効取得の場合には、公示機能をはたすべき客観的な状況もない」とする。
- 76) 田口「判批」神奈川ロー1号87・88頁。
- 77) 武川「判批」受験新報668号19頁は、このことは厳密には、「背信的悪意かどうかの問題というより、そもそも取得時効についての悪意とは、いかなる事実に対するどのような認識を指すのか、に関する評価に関わる」とする。
- 78) 武川「判批」受験新報668号19頁。
- 79) 松久「判批」別冊ジュリ192号91頁。
- 80) 松並「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度61・62頁。
- 81) 松並「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成18年度54頁。
- 82) 小山「判批」立命341号631-633頁。
- 83) 小山「判批」立命341号636頁。
- 84) 鎌野論文は、最判平成10年2月13日と最判平成18年1月17日との関係を明らかにし、両判決の判例法理を「背信的悪意者排除論」とどう関係づけるかを目的にした理論的な考察なので、この点に着目することはなかった(鎌野「不動産における登記と占有の機能」曹時67巻4号7・8頁を参照)。
- 85) 鎌野「不動産における登記と占有の機能」曹時67巻4号22・23頁。
- 86) 鎌野「不動産における登記と占有の機能」曹時67巻4号24・25頁。
- 87) 鎌野「不動産における登記と占有」曹時67巻4号33頁。
- 88) 石田「判批」別冊ジュリ237号123頁。本判決に対しての詳しい評釈は、石田「背信的悪意者排除論の一断面(二・完)」立教法学74号120頁-125頁,166-170頁などを参照。
- 89) 詳しくは、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面(一),(二・完)ー取得時効に関する最判平成18年1月17日を契機としてー」立教法学73号63頁以下,74号119頁以下,特に189頁以下を参照。
- 90) 石田・別冊ジュリ237号123頁。高田「判批」法セ616号199頁も同旨。佐久間毅『民法の基礎2物権[第2版]』(有斐閣,2019年)80・81頁も参照。
- 91) 田中「『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33巻1・2号44・45頁。その他,4・5頁も参照。
- 92) 田中「『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33巻1・2号45頁。
- 93) 小西「判批」不動産研究49巻1号36頁。
- 94) 小西「判批」不動産研究49巻1号37頁。時効完成前の関係について、小西「判批」不動産研究49巻1号37頁注20は、「所有者から第三者への譲渡は時効中断事由とならないと考えられること、所有者または譲渡を受けた第三者は明渡を求めるなどの方策により時効を中断させることができること、第三者には社会生活上の調査義務があり、これを果たせば通常であれば、明渡の申入れを行うなどの覚悟がなければ譲渡を受けることはないと考えられ、あえて譲渡を受けるものはそれ相応のリスクを承知で受けると考えられることから、時効取得者は第三者に対して登記がなくとも対抗できるとしても、時効取得者と第三者の保護に均衡を欠くことにはならないと考えられる」とする。
- 95) 佐賀「背信的悪意者排除論の再構成」専修法研論集42号114頁。
- 96) 佐賀「背信的悪意者排除論の再構成」専修法研論集42号114・115頁,116・117頁,135・136頁。
- 97) 草野「判批」法時82巻3号116頁。その他,6頁,8頁も参照。
- 98) 草野「判批」法時82巻3号117頁。
- 99) 長井「背信的悪意者排除論の弾力化に関する一考察」専修法研論集54号126頁。その他,128・129頁,135頁も参照。笠井「判批」金判1248号5頁も参照。
- 100) 長井「背信的悪意者排除論の弾力化に関する一考察」専修法研論集54号132頁。
- 101) 佐久間『民法の基礎2[第2版]』80頁。

- ¹⁰²⁾ 佐久間『民法の基礎2〔第2版〕』81頁。
- ¹⁰³⁾ 佐久間『民法の基礎2〔第2版〕』81頁。
- ¹⁰⁴⁾ 安永『講義 物権・担保物権法』77頁
- ¹⁰⁵⁾ 安永『講義 物権・担保物権法』77頁注9)。
- ¹⁰⁶⁾ 安永『講義 物権・担保物権法』77頁。

【補遺】

本学 教授 山我哲雄先生（旧約聖書学，古代イスラエル史，宗教学）が2022年3月をもって，本学を退職される。山我先生が，ほぼ毎日，朝から晩まで，大学で研究に勤しんでいる姿を拝見して，敬服していた。山我先生のその姿から，学者とは何であるかを，遠くから学ばせていただいた。山我先生の本学でのこれまでの研究と教育に感謝すると同時に，僭越ながら，山我先生のこれからの研究の進展を期待したい。（当初は，別稿を予定していたが，自分の怠慢から適わなかった。連載稿となり，申し訳なく思っている。）

