

Title	不動産利用権の対抗と背信的悪意者排除論
Sub Title	L'opposabilité des usufruits immobilières et la mauvaise foi des tiers
Author	武川, 幸嗣(Mukawa, Kouji)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2025
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.54 (2025. 2) ,p.[281]- 304
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	片山直也教授・鹿野菜穂子教授・本郷亮教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20250225-0281

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不動産利用権の対抗と背信的悪意者排除論

武 川 幸 嗣

- I. 本稿の問題意識
- II. 未登記通行地役権の対抗可能性
- III. 未登記の地下用水地役権の対抗可能性
- IV. 建物所有を目的とする未登記借地権の対抗可能性
- V. 結びにかえて

I. 本稿の問題意識

未登記の不動産利用権に関する目的不動産の譲受人に対する対抗可能性については、建物所有を目的とする借地権につき、借地借家法 10 条（旧建物保護法 1 条）所定の建物登記未了の場合においてその対抗力を否定しつつ、土地譲受人の建物収去土地明渡し請求が権利濫用に当たり得ることを認める旨の判例法理が、古くから形成されている。

さらに、平成期に入ってから、未登記通行地役権の承役地譲受人が民法 177 条の第三者に当たるか否かにつき、最判平成 10 年 2 月 13 日民集 52 巻 1 号 65 頁（以下、「平成 10 年判決」として引用）が、①地役権者による承役地の継続的な通行使用事実に関する客観的明白性（客観的要件）、および、②かかる事実に関する譲受人の認識可能性（主観的要件）の充足をもって、背信的悪意の認定を要することなく、地役権に関する「登記の欠缺を主張することが信義に反する」事由に当たり得る旨を示した。平成 10 年判決の意義に関しては、上記の①客観的要件と②主観的要件の意味および両者の関係についてどのように理解

すべきか、さらにはその射程をめぐり、見解が分かれている。

平成 10 年判決に関する主な検討課題として次の点が挙げられよう。第一に、同判決は、もっぱら通行地役権の特殊性にがんがみて限定的な判断を示したにとどまるのか。そうであるとすれば、通行地役権の特殊性とは何か。その判断枠組みは、他人の土地の通行使用を目的とする他の利用権、さらには、通行地役権以外の「表現地役権」にも妥当するのか。第二に、不動産取引における現況確認の必要性を重視して、同判決は建物所有目的の借地権についても一定の影響を与えるものと解すべきか。第三に、主観的要件に重点を置いて、民法 177 条の第三者から悪意有过失者を排除する方向性を示唆するものと評してよいか。

これらの点に関連して、近時注目すべき下級審裁判例が現れた（大分地判令和 5・3・17 判タ 1515 号 115 頁 以下、「令和 5 年裁判例」として引用）。令和 5 年裁判例は、いわゆる「不表現地役権」に当たる未登記の地下用水地役権の承役地譲受人に対する対抗の可否につき、平成 10 年判決の判断枠組みを採用した上で、客観的要件を充足しないことを理由として未登記地役権の対抗力を否定したものであるが、i. 平成 10 年判決の判断枠組みは主観的要件を主たる要件とするものであり、地役権の性質に応じて柔軟に解すべきであって、これを不表現地役権に適用するに際しては客観的要件を緩和して要件判断を再構成すべき旨の原告の主張を斥けた点、ii. 一部の承役地譲受人について背信的悪意を認定した点、iii. 他の譲受人に対する地役権の対抗力を否定しつつ、所有権に基づく妨害排除請求が権利濫用に当たると判断した点が、留意に値する。

いわゆる「所有権対利用権」型対抗問題においては、二重譲渡に代表される「所有権対所有権」型とは異なる考慮を要する旨が、一般に指摘されている。そこで、対抗要件を備えていない不動産利用権と目的不動産の譲受人との利益調整について、「所有権対所有権」型において形成された背信的悪意者排除による調整が妥当するのか、その当否および内容は利用権の性質に応じて異なるのか、未登記利用権の対抗力を認めるための要件判断および法律構成はどうあるべきかが、あらためて問われよう。

本稿は、「所有権対地役権」型および「所有権対借地権（建物所有目的）」型を対象として、「所有権対利用権」型対抗問題における背信的悪意者排除による調整の当否、さらには背信的悪意ないし信義則違反の意義を明らかにするとともに¹⁾、権利濫用構成による調整との関係をあわせて整理することを目的とするものである。

II. 未登記通行地役権の対抗可能性

1. 下級審裁判例の動向²⁾

平成 10 年判決が登場する以前から、下級審裁判例は、未登記通行地役権の対抗可能性につき、背信的悪意を認定することなく、承役地譲受人が登記の欠缺を主張する正当な利益を有しないとしてこれを肯定する傾向を示していた。すなわち、承役地譲受人につき、背信的悪意を否定しながら登記の欠缺主張が信義則違反に当たる旨を明示した裁判例³⁾があるほか、通行使用事実の認容に加えて、承役地の利用に関する利益の大小ないし損失の程度を考慮したもの⁴⁾、通行使用事実の認容のみを理由とするもの⁵⁾、さらには、通行使用事実が明白であり、現況確認により何らかの通行権を知り得た旨を根拠とするも

1) この問題に関する総合研究として、石田剛「背信的悪意者排除論の一断面（1）—取得時効に関する最判平成 18 年 1 月 17 日を契機として—」立教法学第 73 号（2007 年）87 頁以下。本論文から本稿は大きな示唆を得た。

2) 詳細については、沢井裕『叢書 民法総合判例研究⑩隣地通行権』（一粒社、1978 年）167 頁以下、近藤崇晴「判解」最判解民事篇平成十年度（上）96 頁以下、大野秀夫「判批」判評 477 号 212 頁以下、岡本詔治『通行権裁判の現代的課題』（信山社、2010 年）125 頁以下、安藤一郎『私道の法律問題〔第 7 版〕』（三省堂、2023 年）328 頁以下、など。

3) 東京地判昭和 48・8・16 判タ 301 号 217 頁。

4) 前掲・東京地判昭和 48・8・16、仙台高判昭和 55・10・14 判タ 431 号 104 頁、東京地判平成 2・11・27 判時 1397 号 28 頁、など。

5) 東京地判昭和 56・3・19 判時 1024 号 73 頁、札幌高判昭和 58・6・14 判タ 508 号 114 頁、東京地判昭和 62・1・12 判時 1264 号 70 頁、広島高判平成 8・10・22 判タ 944 号 150 頁（地役権者にとって通行使用が必要不可欠である旨の認識を考慮したもの）、など。

の⁶⁾が現れていた。

このように、下級審裁判例は、承役地譲受人の取引態様の違法性の有無を問うことなく、かつ、地役権の存在に関する悪意の認定に至らなくても、通行使用事実が明白であってその旨の認識が認められれば、177条の第三者に当たらないと判断する傾向にあったといえる⁷⁾。

2. 平成10年判決の論理および特色

冒頭で概観したように、平成10年判決は、①地役権者による継続的な通路使用の事実が、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ること（客観的要件）、②承役地譲受人がそのことを認識していたかまたは認識可能であったこと（主観的要件）が認められるときは、譲受人は、たとえ通行地役権の設定について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き正当な利益を有する第三者に当たらない旨を示した。その理由として、i. 通行使用事実に関する客観的明白性により何らかの通行権が推認されるため、譲受人は通行権の有無・内容を容易に調査確認することができる、ii. その場合は何らかの通行権の負担のあるものとして承役地を取得したものと評価することができるため、それにもかかわらず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旨が説示された。

同判決の特色は、登記欠缺の主張が信義に反すると認められる承役地譲受人の態様として、背信的悪意はもとより、通行地役権の存在に関する悪意すら要せず、通行使用に関する客観的事実から推認される「何らかの通行権の負担」に関する認識可能性で足りることを明示した点に求められる。

未登記物権の対抗可能性に関するこのような要件緩和は、地役権者の要保護性と承役地譲受人の取引安全に関する、次のような通行地役権の特殊性⁸⁾を

6) 大阪高判昭和49・3・28判タ309号269頁。

7) 近藤・前掲「判解」100頁。沢井裕「通行権について」ジュリ増刊『不動産物権変動の法理』（1983年）147頁は、開設ずみの通路の通行事実が公示の役割を果たしており、裁判所の判断を決定づけていると分析する。

根拠とするものと解されている。i. 通行地役権は黙示の設定などにより内容が不明確である場合が多いため、登記になじまないのが通常であり、未登記に対する非難の度が小さい。ii. 通路の開設など通行使用の客観的事実が「事実上の公示」機能を果たし、譲受人の取引安全を不当に害するおそれが少ない。iii. 通行地役権は承役地の所有権と相容れない支配を内容とするものではなく、非排他的・共用的であるため、これを認めても譲受人の不利益は小さいのに対して、地役権者にとっては生活または事業上必要不可欠である場合が多い。

こうした通行地役権の特殊性にかんがみれば、平成 10 年判決の射程は、通行地役権⁹⁾ または、通行目的の土地利用権に限定されるべきことになろう¹⁰⁾。これに対して、不動産取引における現況確認の必要性を重視すれば、通行地役権以外の地役権その他の用益物権にも射程が及ぶ余地がある¹¹⁾ のに加えて、さらに広く対抗問題一般における悪意有過失者排除を示唆する見方¹²⁾ も示されている。

3. 客観的要件と主観的要件の関係

平成 10 年判決が示した両要件の関係については、客観的要件に加えて主観的要件を課すことの実質的意義をめぐり、論者の理解は必ずしも一致をみえない。すなわち、客観的要件が満たされている場合であっても、譲受人が認識

8) 論者によって力点が異なるが、岡本・前掲書 139 頁以下、近藤・前掲「判解」101 頁以下、松岡久和「判批」判例セレクト '98〔法教 222 号別冊付録〕14 頁、野澤正充「判批」リマックス 1999 (上) 23 頁、石田剛「判批」法教 215 号 110 頁、児玉寛「判批」別冊ジュリ『民法判例百選 I 〔第 6 版〕〕121 頁、秋山靖浩「判批」別冊ジュリ『不動産取引判例百選〔第 3 版〕〕184 頁、道垣内弘人「判批」法協 135 巻 8 号 (2018 年) 2057 頁、など。

9) 岡本・前掲書 145 頁、野澤・前掲「判批」25 頁、石田・前掲「判批」110 頁、児玉・前掲「判批」121 頁。

10) 横山美夏「判批」平成 10 年度重判解〔ジュリ 1157 号〕64 頁、秋山・前掲「判批」185 頁。

11) 近藤・前掲「判解」106 頁。

12) 松岡・前掲「判批」21 頁、同『物権法』(成文堂、2017 年) 137 頁、川井健「判批」民商 119 巻 3 号 (1998 年) 432 頁。

可能でなかったと認められる余地がなお一定程度あり得る¹³⁾と読み込むなら、主観的要件を加重することには意義があるのに対して、地役権者による承役地の利用が土地の外形上明らかであれば、譲受人はその事実について少なくとも認識可能であったと認められるのが通常であるから、客観的要件を充足する場合は原則として主観的要件もあわせて満たされるということができ¹⁴⁾、さらに主観的要件を問う意義に乏しい¹⁵⁾。この観点を貫くと、平成10年判決の実質は、登記がなくても「事実上の公示」をもって通行地役権の対抗力を認めた点にある、という分析も可能となる¹⁶⁾。

もっとも、同判決は、通行使用事実に関する客観的明白性が認められる場合であっても、特段の事情として、譲受人が通行地役権の負担のないものとして承役地を取得したと認めるべき正当事由ある場合を留保しているため、少なくともその根拠として主観的要件を加重する意義はあろう¹⁷⁾。

Ⅲ. 未登記の地下用水地役権の対抗可能性

1. 問題の所在

平成10年判決が示した判断枠組みは、表現地役権の典型である通行地役権を対象とするものであったため、従来の議論においては、少なくとも客観的要件の充足を前提として、地役権者による継続的利用が土地の外形上明らかであることから承役地譲受人の高度な認識可能性が導かれる場合に限り、背信的悪

13) 横山・前掲「判批」64頁。

14) 近藤・前掲「判解」104頁、松岡・前掲「判批」14頁。

15) 岡本・前掲書144頁。

16) 村田大樹「判批」別冊ジュリ『民法判例百選Ⅰ〔第9版〕』121頁、承役地の担保不動産競売による買受人に対する未登記通行地役権の対抗力を肯定した最判平成25・2・26民集67巻2号297頁に関する、横山美夏「判批」民商149巻2号148-149頁。なお、岡本・前掲書142頁、同『隣地通行権の理論と裁判（増補版）』（信山社、2009年）170-171頁は、表現性のある通行地役権は登記なくして承役地譲受人に対して対抗することができ、地役権の負担が同人に承継されると解すべき旨を提言する。

17) 野澤・前掲「判批」24頁、道垣内・前掲「判批」2057頁。

意者排除の例外が正当化されるという共通理解が形成されていたように見受けられる。

そのため、通行地役権以外の地役権、とりわけ、客観的明白性に欠ける不表現地役権が未登記の場合においては、譲受人の背信的悪意が立証されない限り、地役権の対抗力は否定されるのか、譲受人が背信的悪意でなくても登記欠缺の主張が信義に反する場合を認めるべく、平成 10 年判決の要件構成を見直すべきなのかが問題となる。

下級審裁判例には、通行地役権以外に、下水道設備¹⁸⁾や導水用水路管¹⁹⁾の設置・利用のための未登記地役権の対抗力を認めたものがあるが、客観的明白性が認定されたケースであった。これに対して、本稿で取り上げる令和 5 年裁判例は、承役地の地下における送水管の設置・利用のための未登記地下用水地役権の対抗可能性について判断したものである。

2. 令和 5 年裁判例の概要

【事実の概要】

Y は、A 川から自己所有の工場まで工業用水を取水・引水するための送水管（以下、「本件送水管」という。）を地下に埋設し、使用を継続していたところ、本件送水管の設置後に本件土地 1～9（以下、これらを総称するときは「本件各土地」という。）を買い受けて各々所有するに至った X₁～X₉ は、Y に対して、土地所有権に基づく妨害排除請求として本件送水管の撤去、ならびに、撤去に至るまでの地代相当額の損害賠償を求めて、本訴を提起した。

本件の争点は多岐にわたるが、主なものは、①本件各土地の地下における本件送水管の設置・利用のための地下用水地役権（以下、「本件地役権」という。）の存否、②Y が本件地役権を登記なくして X らに対して対抗することの可否、③X らの妨害排除請求に関する権利濫用の有無である。

とくに②に関して Y は、平成 10 年判決を引用しつつ、地役権者による承役

18) 東京地判平成 16・4・26 判タ 1186 号 134 頁。

19) 東京地判令和 2・3・31 LEX/DB25584798。

地利用の事実が客観的明白性に欠ける場合であっても、譲受人において認識可能であったと認められるときは、同人は 177 条の第三者に当たらないと解すべきであるところ、本件地役権については、本件送水管の存在および位置は、地域の諸事情や周辺状況等により地元住民にとっては周知の事実であって、X らは本件各土地を取得するに際して容易に調査確認することができたはずであるから、登記の欠缺を主張することは信義に反して許されない、と主張した。

【判旨】 一部認容、控訴²⁰⁾。

本判決は、本件各土地に本件送水管が埋設され、その設置・利用のために必要な本件地役権設定契約が、X らの前主等と Y 間において明示または黙示に締結されたこと、および、それらが未登記であることを認定した上で、X らが登記の欠缺を主張することが信義に反するか否かにつき、平成 10 年判決を引用しながら、次のように判示した。「承役地が要役地の所有者によって継続的に使用されていることが客観的に明らかであるとはいえないような場合に、地役権に関し善意の承役地の譲受人についても、同人において承役地が要役地の所有者によって利用されている旨を認識し得たという事情をもって、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認めるのは、不動産が重要な財産であることに鑑み、その物権変動を対外的に認識させ取引の安全を図るために、善意悪意といった主観的要件を問題とすることなく公示手段として登記を要求した民法 177 条の文理及び趣旨にもとることとなりかねないのであって、……前記譲受人について、地役権設定登記の欠缺を主張することが信義則に反する事由があると認められるのは、前記譲受人が承役地を取得した時点で、承役地が要役地の所有者によって継続的に使用されていることが客観的に明らか

20) 控訴審（福岡高判令和 5・11・15 LEX/DB25620619）は、X らが 177 条の第三者に当たるか否かにつき、本件地役権は平成 10 年判決が示した客観的要件を充足しないことをあらためて確認した上で、平成 10 年判決が示した要件構成に対して Y が主張した解釈の当否については判断を留保しつつ、「少なくとも本件では、第三者による土地利用の事実を認識できるような客観的事実があり、利用状況が X らに認識可能であるとはいえず、また、……Y が……登記を具備しなかったことにやむを得ない事情があったとはいえない」と判示して、Y の主張を斥けた。

な場合に限られると解するのが相当である。」

その上で本件においては、本件送水管の設置・利用が客観的に明らかであったとはいえないと認定した上で、さらにXらに関する背信的悪意の有無について検討し、Xらは本件各土地の取得時において、本件地役権および本件送水管の存在を認識していたとは認められないとして、民法177条の第三者に該当するとの判断を示した（ただし、X₈を除く）。

このように本判決は本件地役権の対抗力を否定したが、他方においてXらの本件送水管撤去請求については、①莫大な費用負担に加えて事業の継続が著しく困難に至るなど、これを認めることによるYの不利益が重大であること、②本件送水管埋設地は広範にわたり、利害関係人が多数存する上、地番が確定していない土地が含まれていたことから、Yが本件地役権設定登記を備えなかったことが非難に値しないこと、③本件送水管の存置によりXらが蒙る不利益は①に比して重大でないことに照らせば、権利濫用に当たるとして、これを斥けた。

さらに本判決は、所有権に基づく妨害排除請求が権利濫用に当たるとしても、このことは不法行為に基づく損害賠償請求を妨げるものではないとして、Xらの地代相当額の賠償請求を認容した。

3. 令和5年裁判例の論理

（1）客観的要件と主観的要件の関係

承役地の地下における送水管の設置・使用事実が土地の外形上明らかでない地下用水地役権のような不表現地役権は、多くの場合平成10年判決が示した客観的要件を充足しない。それでは、地役権者を保護するために、平成10年判決の射程を通行地役権以外の地役権に及ぼした上で、その要件判断について再構成すべきであろうか。

この点に関する令和5年裁判例におけるYの主張は、平成10年判決が示した要件構成につき、地役権の性質に応じた柔軟な解釈を促すものであった。その概要は以下の通りである。

第一に、両要件の関係については、主観的要件が主たる要件であり、客観的要件はこれを基礎づける事実であって、客観的明白性はその一要素にすぎず、これに限定することなく広く柔軟に認定すべきである。すなわち、客観的要件は第三者による土地利用の事実を認識できるような客観的事実の存在を指し、主観的要件はその利用状態につき譲受人が認識可能であることを意味する。

第二に、このように主観的要件に重点を置くと、譲受人の認識可能性ひいては調査確認義務の程度が問われるが、i. 地役権者および譲受人が蒙る不利益の衡量および調査確認に要する負担の程度、ii. 未登記に対する非難の有無を考慮して決すべきである。とりわけ、地下利用を目的とするにとどまる本件地役権は、通行地役権に比して承役地所有権に対する制約が小さいため、未登記であってもその対抗力が広く認められてよい。

しかしながら、令和5年裁判例はこのようなYの主張を採用せず、平成10年判決が示した要件構成とくに客観的要件を維持した上で、本件地役権はこれを充足しないためXらは177条の第三者に当たるとして、その対抗力を否定した。

（2）背信的悪意者排除による調整

令和5年裁判例は、承役地譲受人の一人であるX₈につき、本件土地8の取得に際して、要役地・承役地所有者間の合意による本件送水管の埋設について記載された重要事項説明書が交付され、かつ、Yの工場長から書面による説明を受けたことに照らせば、本件地役権を承認しながら登記の欠缺を主張することは信義に反すると判断した。

令和5年裁判例は背信的悪意という用語を用いていないが、未登記地役権の対抗可能性についても背信的悪意者排除による調整が妨げられず、客観的明白性が認められない場合であっても、譲受人の背信的悪意が個別に立証された場合は、177条の第三者から除外されるべき旨を示したものと見える。なお、地役権における背信的悪意の意義については次項に譲る。

(3) 権利濫用法理による調整

令和5年裁判例は、Yによる未登記地役権の主張を否定した一方、Xらの妨害排除請求を権利濫用に当たるとして斥けた。地役権登記の困難性および、本件送水管撤去によるY側の不利益とその存置によるX側の不利益との衡量は、地役権に関する登記欠缺の主張にかかる正当な利益の有無においてではなく、次の段階における本件送水管撤去請求に関する権利濫用の有無のレベルで考慮されている。

未登記地役権の対抗可能性と権利濫用による調整との関係についてどのように整理すべきか。権利濫用に関する考慮事由は177条の第三者の範囲に関する解釈・運用に取り込まれるべきであるとすれば、端的に未登記地役権の対抗力を肯定すればよいことになる。

なお、同判決が、不法行為責任に基づく地代相当額の損害賠償請求を認めたのは、本件送水管の撤去請求が権利濫用に当たるとしても、本件地役権の対抗力が認められない以上、Yによる承役地の占有がXに対する関係において適法化されるわけではないことを示すものといえよう。この理は、建物登記未了により借地権の対抗力が否定された場合における判例法理²¹⁾に従ったものと解される。

これらの点については、建物所有を目的とする借地権を対象とする判例法理があるため、あわせて次章で検討する。

4. 小括——「所有権対地役権」型対抗問題——

(1) 平成10年判決の要件構成

第一に、通行地役権に関する平成10年判決の要件構成につき、どのように理解すべきであろうか。はじめに、客観的要件それ自体は第三者の地位・態様を示すものではないため、地役権に関する「事実上の公示」をもって登記に準じる公示方法と認めて177条を類推適用する法律構成を採用するのであれば格

21) 最判昭和43・9・3民集22巻9号1767頁。

別、177条の第三者について登記欠缺の主張に関する信義則違反の有無を問うための要件として位置づけるなら、主観的要件は理論上必要であろう。もっとも、実質的な要件判断において主観的要件にどのような意義を認めるべきかについては、さらなる検討を要しよう。通行使用事実の客観的明白性は、通行権の負担に関する高度な認識可能性を導くための要件であり、客観的要件が充足されていれば主観的要件も満たされていると評価すべきであるのが通常と思われるため、すでに指摘されているように、主観的要件の実質的意義は、客観的要件が満たされている場合であるにもかかわらず、譲受人が通行地役権の負担がないことを前提として承役地を取得したと認めるにつき正当事由ありと評価すべき「特段の事情」を留保する点に求められよう。

第二に、令和5年裁判例におけるYの主張に表れた見解については、どう評価すべきであろうか。平成10年判決の射程を通行地役権以外の地役権にも及ぼし、かつ、客観的要件はあくまで譲受人の認識可能性を導くための要素であるとの見方を押し進めれば、譲受人の認識可能性が主たる要件であり、そこで要求される認識可能性のレベル、および、これを基礎づける客観的事実の内容は、個々の地役権の性質に応じて柔軟であるべきであって、必ずしも高度な認識可能性を導く客観的明白性が認められる場合に限定されるものではない、という理解に行き着く。このように考えると、令和5年裁判例における地下用水地役権のような不表現地役権が未登記であり、その利用が承役地の外形上明らかでないときであっても、諸般の事情から譲受人が利用権の存在を知り得たことをもって、登記の欠缺主張が信義に反すると認めるべき場合があり得ることになる。

しかしながら、公示されていない未登記物権変動の有無に関する調査確認義務は存しないのが原則であり、少なくとも現行法上は不表現地役権を含む地役権の取得も登記を要する物権変動である以上、その特殊性を考慮する必要があるとしても、譲受人の認識可能性をもって未登記地役権の対抗力を認めるに際しては、慎重を期すべきであろう。上述したように、平成10年判決がいう「認識可能性」とは、利用権の存在を前提として承役地を取得したとみるのが

通常であると評価できる程に高度な認識可能性を指しており、そのためには、現況確認により利用権の存在を承役地の外形から容易に推認し得る程度に、地役権者による利用事実が明らかであること（事実上の公示）が必要であって、これと異なり、登記簿上においても土地の外形上にも現れていない利用権の有無について、その存在可能性を示唆する他の事情が存するからといって、調査確認を尽くさなかったことが未登記の主張を許さない程に非難に値するとまではいえないように思われる。

不表現地役権については外部からの認識困難という特殊性が加わるが、そのリスクに対しては、譲受人に調査確認義務を加重することによってではなく、背信的悪意の認定、さらには、177条の枠外（権利濫用構成）において手当てすべきことになるう。

（２）背信的悪意の意義

地役権の特殊性としての非排他性・共用性を重視すれば、所有権と地役権は承役地に関する相容れない支配の優劣を争う関係に立たないため、背信的悪意者排除による調整は「所有権対地役権」型対抗問題になじまないようにもみえる。しかしながら、承役地の使用収益の可否ないし地役権による負担の有無をめぐる対立する関係に立つことに変わりはなく、譲受人が未登記を理由として地役権を否定することの可否を判断するに際しても、背信的悪意者排除による調整が妥当しよう²²⁾。平成10年判決の論理は、客観的要件を充足しない地役権の対抗可能性について背信的悪意者排除による調整を否定するものではなく、令和5年裁判例もこの理解を前提としている。

ただし、背信的悪意の意義については、譲受人に地役権の負担を甘受させる

22) 石田剛教授は、「所有権対地役権」型対抗問題における「登記の欠缺を主張する正当な利益」の有無については、譲受人が取得時に地役権の存在を知っていたこと自体は非難に値せず、後に地役権を否定して妨害排除請求を行う時点における行為態様・利益衡量が判断の中核を成し、譲受人の悪意は考慮要素の一つにとどまる点が「所有権対所有権」型と異なるため、背信的悪意者排除論が妥当しない旨を説く（石田・前掲論文91頁）。

べきかという観点、および、平成 10 年判決が適用される表現地役権との均衡に留意すべきであろう。そのため、譲受人の取引態様の違法性の有無は問わず、さらに、悪意の対象についても、地役権設定に関する具体的認識を要することなく、地役権者による利用事実を知り、そのために必要な何らかの利用権の負担があることを前提として承役地を取得したと評価できる場合であれば、譲受人がその未登記を主張することは信義に反すると解すべきであろう。

以上の検討から、未登記地役権の対抗可能性については、譲受人が通行使用または導管の設置利用等のための何らかの利用権の負担を前提として承役地を取得したと評価できるか否かが重要であり、その認定方法が表現地役権と不表現地役権とで異なる、という結論が導かれよう。

Ⅳ. 建物所有を目的とする未登記借地権の対抗可能性

1. 問題の所在

借地借家法 10 条所定の建物登記を備えていない借地権の対抗可能性につき、背信的悪意者排除による調整が妥当なのか。妥当するとすれば、「所有権対借地権」型対抗問題における背信的悪意の意義はどうあるべきか。「所有権対地役権」型対抗問題との異同についてどのように解すべきか。以下に検討する。

2. 判例法理の概要

判例はかねてより、旧建物保護法 1 条所定の建物登記を具備していない土地賃借権の対抗力を否定しつつ、一定の場合において、土地譲受人の賃借人に対する建物収去土地明渡し請求を権利濫用に当たるとして斥ける法律構成を採用している。主な判例として、対抗要件を備えていない賃借人を排除する意図において、親族・同族会社間において土地を転々譲渡した事案に関するもの²³⁾、譲受人が賃借権の存在を知っていただけでなく、賃借人が生活・事業上多大な

23) 最判昭和 38・5・24 民集 17 卷 5 号 639 頁。

損失を蒙ることを知悉しながら、建物登記手続未了を奇貨として利益を得る目的において、著しく廉価で土地を買い受けた事案に関するもの²⁴⁾、などが挙げられる。

なお、判例には、譲受人が賃借権の存在を知っていた事実のみでは、賃借権の対抗力を認めるべき理由とはならず、権利濫用にも当たらない、と判示したものがあ²⁵⁾る。

しかしながら、平成期に入ってから、賃借権の存在を認識しておらず、違法な取引態様が認められない譲受人による建物取去土地明渡し請求が権利濫用に当たるとした最高裁判決（以下、「平成9年判決²⁶⁾」として引用）が現れるに至った。その概要は以下の通りである。

【事実の概要】

A は、自己所有の甲地および隣接する乙地をあわせて Y（A が兄弟とともに設立した会社であり、A がその監査役となっていた。）に対して賃貸し（これにより発生した甲・乙地に関する賃借権を以下、「本件各賃借権」という。）、Y は本件各賃借権に基づき、ガソリンスタンドの営業目的において利用を開始し、甲地上にガソリンスタンドの営業用建物、乙地上にその附属施設を所有していたが、甲地上の建物についてのみ登記を具備しており、乙地上の施設については登記手続をしていなかった。その後、兄弟と不仲となった A が甲・乙地を不動産会社 X に売却して所有権移転登記が経由された。その際に X の担当者は、Y による甲・乙地の利用は使用貸借に基づくものにすぎない旨の A の説明をうけて、甲地上の建物登記を確認したにとどまり、本件各賃借権の存在を認識していなかった。そこで、X が Y に対して建物取去土地明渡しを求めて本訴に及んだ。原審が X の請求を認容したため、Y が上告。

24) 最判昭和 43・9・3 民集 22 巻 9 号 1817 頁、最判昭和 44・11・21 判時 583 号 56 頁、最判昭和 52・3・31 金商 522 号 36 頁。

25) 最判昭和 40・4・2 判時 411 号 65 頁。

26) 最判平成 9・7・1 民集 51 巻 6 号 2251 頁。

【判旨】 破棄自判

本件の争点は、登記された建物が存しない乙地に関する請求の可否であり、最高裁は一般論として以下のように説示した。

「建物の所有を目的として数個の土地につき締結された賃貸借契約の借地権者が、ある土地の上には登記されている建物を所有していなくても、他の土地の上には登記されている建物を所有しており、これらの土地が社会通念上相互に密接に関連する一体として利用されている場合においては、借地権者名義で登記されている建物の存在しない土地の買主の借地権者に対する明渡請求の可否については、双方における土地の利用の必要性ないし土地を利用することができないことによる損失の程度、土地の利用状況に関する買主の認識の有無や買主が明渡請求をするに至った経緯、借地権者が借地権につき対抗要件を具備していなかったことがやむを得ないというべき事情の有無等を考慮すべきであり、これらの事情いかんによっては、これが権利濫用に当たるとして許されないことがあるものというべきである。」

その上で最高裁は本件につき、i. Yが乙地を甲地と一体として利用していたこと、ii. 乙地の利用はYの営業継続にとって必要不可欠であるのに対して、Xにおける乙地の利用目的は定まっていないこと、iii. Xにおいて、Aの説明のみから本件各賃借権を使用借権と誤信し、Yが長期にわたって継続してきた営業を廃止して直ちに土地の明渡しに応じると信じたことには、落ち度があったと認められること、iv. Yが乙地上の付属施設を独立の建物と認めず、登記手続をしなかったことはやむを得ないといえることから、Xの請求が権利濫用に当たる旨の判断を示した。

平成9年判決は、隣接する甲・乙複数の土地につき一括して賃借権が設定され、両地が一体として利用されていた場合であっても、それらが別個の土地である以上、賃借人が土地譲受人に対して賃借権を対抗するためには、甲・乙各土地について対抗要件を具備する必要がある、甲地上の建物に関する登記の対抗力を乙地の賃借権に及ぼすことはできない、という判例法理²⁷⁾を前提とす

るものである。これに対して学説上は、土地利用の一体性が認められ、それが土地の外形上明白である場合、現況確認により、土地譲受人は登記を備えた建物が存する土地賃借権の対象に隣地も含まれる旨を容易に知ることができるため、建物登記の対抗力を拡張すべきであると解する見解が少なくない。主物について具備された登記の対抗力が従物に及ぶと同様の論理と目されるが、登記簿上別個の不動産として表示されている土地について、建物登記から直ちに土地利用の一体性に関する認識が導かれるわけではないとすれば²⁸⁾、登記を備えた建物が存しない土地に関する賃借権の対抗可能性については、別個の土地上の建物登記の対抗力を及ぼすことによってではなく、借地借家法10条の第三者の範囲の問題として個別具体的に判断せざるを得ないであろう。

また、平成9年判決は権利濫用の有無に関する考慮要素を提示したが、これについては、裁判例の分析を通してすでに指摘されていたところ²⁹⁾と概ね一致する。譲受人が賃借権の存在を認識していないにもかかわらず権利濫用が認定されたのは、土地利用の必要性の大小に関する衡量に加えて、i. 乙地上の施設が登記になじまないこと、ii. 甲地上の建物が登記を備えており、かつ、土地利用の一体性が明白であること、iii. 甲地に関する賃借権の存在およびその対象が乙地にも及ぶ旨につき容易に確認することができたにもかかわらず、安易に使用借権と信じたこと、などの特殊事情が考慮されたためであろう。

3. 小括——「所有権対借地権」型対抗問題——

(1) 背信的悪意者排除による調整の可否

判例が採用する権利濫用構成は、建物登記が存しない借地権の対抗力を一律に否定することを前提とするものであるが、これに対して学説からは、i. 借

27) 最判昭和44・10・28民集23巻10号1854頁、最判昭和44・12・23民集23巻12号2577頁。

28) 鈴木重信「判解」最判解民事篇昭和44年度(上)1013頁。

29) 鈴木重信「判解」最判解民事篇昭和43年度(下)818頁、星野英一『借地借家法』(有斐閣、1969年)409頁以下、など。

地人の側は土地の利用権原を主張することができず、譲受人の側からも土地明渡しを求めることができない「両すくみの状態」の下で、借地人の不法占有を理由とする損害賠償責任は妨げられないという不安定な法律関係が継続するのは望ましくない、ii. 権利濫用による調整は過渡的な法律構成であり、背信的悪意者排除論の確立によってその役割を終えた、との批判が寄せられており、背信的悪意が認められる譲受人に対しては借地権の対抗力を肯定してその負担承継を認めるべき旨を説くものが多い³⁰⁾。なお、下級審裁判例³¹⁾には、背信的悪意ないし、建物登記の欠缺主張に関する正当な利益を有しないことを理由として、譲受人の請求を斥けたものが見受けられる。

借地借家法 10 条が借地権者保護のための特別法であるのに対して、背信的悪意者排除論は、「所有権対所有権」型対抗問題を対象として 177 条における第三者の範囲を制限するために形成された判例法理であるが、広く「所有権対利用権」型を含む不動産の権利関係に関する対抗要件制度に適用されるべき一般法理として捉えるべきであろう。背信的悪意者排除による調整が「所有権対地役権」型対抗問題にも妥当する旨についてはすでに述べたが、建物所有を目的とする借地権は土地所有権と相容れない使用収益を争う関係に立つため、なおのことといえよう。

（2）背信的悪意の意義

本論に入るに先立って、「所有権対借地権」型対抗問題は背信的悪意者排除

30) 幾代通「地震売買と権利の濫用」判評 34 号（1961 年）15 頁、広中俊雄『不動産賃貸借法の研究』（創文社、1992 年）345 頁、357 頁、同『新版民法提要』（創文社、2006 年）170 頁、石田喜久夫「判批」民商 60 巻 5 号（1969 年）702 頁、星野英一「判批」法協 87 巻 1 号（1970 年）103 頁、同・前掲書 414 頁、谷口治平＝石田喜久夫編『新版注釈民法（1）〔改訂版〕』（有斐閣、2002 年）186 頁〔安永正昭〕、山野目章夫編『新注釈民法（1）』（有斐閣、2018 年）227 頁〔平野裕之〕など。

31) 東京地判昭和 37・10・12 下民 17 巻 10 号 2049 頁、東京地判昭和 39・1・18 下民 15 巻 1 号 7 頁、大阪地判昭和 39・7・31 下民 15 巻 7 号 1896 頁、東京地判昭和 40・7・21 判タ 181 号 156 頁、東京地判昭和 47・7・25 判時 685 号 107 頁、東京地判昭和 58・5・31 判タ 503 号 81 頁など。

による調整になじむのかについては、さらなる補足的検討を要する。すなわち、この問いに対しては、i. 第二譲受人の取得行為自体が第一譲受人の所有権と相容れない「所有権対所有権」型と異なり、一般に「所有権対利用権」型においては、譲受人の所有権取得と他人の利用権は両立するため、譲受人が利用権の存在を認識して不動産を取得すること自体は非難に値しない、ii. したがって、対抗関係の優劣決定に際して、譲受人の取得時における主観的態様は判断の軸になり得ず、権利行使時における行為態様および客観的利益衡量が中核を成すのであって、「所有権対所有権」型を念頭に置く背信的悪意者排除論が妥当しない、との指摘がある³²⁾。この見解によれば、「所有権対借地権」型において権利濫用構成を採用した判例法理には合理的理由が認められることになる。

確かに、譲受人が利用権の存在を知って取引したとしても、利用権の負担を容認するのであれば問題はなく、争点となるのはその後における妨害排除請求の許否にあるとすれば、取得時における譲受人の悪意の有無は重要ではないともいえる。しかしながら、「所有権対所有権」型のようなオール・オア・ナッシングではないとしても、「所有権対利用権」型においても、利用権との両立を望まない譲受人がその負担を甘受しなければならないかという意味において、利用権の負担の有無をめぐる相容れない支配を争う関係が生じ得る。そして、利用権の存在に関する認識付与のための手段としての公示をもって対抗要件とする現行法の下で、譲受人がその欠缺を理由として利用権の負担を否定することが許されるか否かを判断するに際しては、取得時における譲受人の認識の有無が問われるべきであって、その悪意が直接非難の対象とならないとしても、利用権の存在を知りながら取得したことが、後にこれを否定することに対する非難の「根拠」として重要な意義を有するのではないか。反対に、取得時における善意は、譲受人による登記欠缺の主張を肯定するための根拠となろう。

もっとも、譲受人の悪意のみをもって登記の欠缺を主張することが信義に反すると認めるべきか、それだけでは十分とはいえず、さらにプラスアルファと

32) 石田・前掲論文 89 頁。

して譲受人の取引態様など背信性を基礎づける諸事情が必要なかが、なお問題となる。

それでは、「所有権対借地権」型における背信的悪意の意義についてどのように考えるべきか。これについては、譲受人が賃借権の存在を知り、建物登記がないことを確認の上、自己使用目的において土地を買い受けることは非難に値せず、悪意に加えて、取引態様の違法性の有無、および、土地使用の必要性の大小ないし損失の程度に関する衡量等によって登記欠缺の主張に関する正当な利益の有無を決すべきである、との見方がある³³⁾。そこには、建物登記を備えることは賃借人にとって容易であり、特別法上の保護要件すら充足しない賃借人の要保護性は高くないこととの相関的判断が含まれており、権利濫用に関する判断枠組みとも共通する。

他方において、不動産取引における現況確認の必要性を重視して、借地人所有の建物の存在をもって建物登記に準じる事実上の公示方法としての機能を認め³⁴⁾、建物の存在から推認される借地権につき悪意の譲受人はその利用を尊重しなければならず、建物登記の欠缺を主張してこれを排除することにつき正当な利益を有しない、と解する見解も示されている³⁵⁾。

第三に、注目すべき見解として、背信的悪意の有無とは別の観点から、譲受人の第三者性を問い直す旨の法律構成が提唱されている点が挙げられる。それは、譲渡当事者間におけるいかなる合意に基づいて、譲受人がどのような権利を取得したかに応じて賃借権の対抗の可否を判断するのが先決事項である、という分析視角である³⁶⁾。すなわち、譲渡当事者間の合意解釈により、対価の設定等に照らして賃借権の負担がある土地として譲渡が行われたと評価すべき場合、譲受人は「賃借権の負担付き所有権」を取得したにすぎず、建物登記の

33) 星野・前掲「判批」104頁、同・前掲書414頁など。

34) 幾代通『不動産登記法の研究』（一粒社、1973年）158頁、175頁以下。

35) 広中・前掲『不動産賃借権法の研究』345頁、355頁以下、416頁など。

36) 磯村保「賃借権の対抗力と権利濫用法理」磯村保ほか編『石田喜久夫先生古稀記念 民法学の課題と展望』（成文堂、2000年）213頁以下。

有無にかかわらず賃貸人の地位が承継されるため、譲受人は賃借人と対抗関係に立たず、よって借地借家法 10 条の第三者に当たらない。用益物権の場合においても、用益物権の負担がある土地として譲り受けた譲受人が設定者の地位を承継したか、または少なくとも設定者に準じる地位に立つと解すべきときは、同様となる。提唱者である磯村教授は、権利濫用を認定した判例の事案についてもこのような法律構成が妥当し、賃貸借関係が承継されると解すべき旨を指摘されるが、さらに、通行地役権に関する平成 10 年判決がいうところの「通行権の負担があるものとしてこれを譲り受けた」ことの意味についても、重要な示唆を与えよう³⁷⁾。

以上の分析を踏まえ、どのように考えるべきか。現況確認の必要性を重視すれば、建物の存在をもって借地権に関する事実上の公示として認め、建物所有を目的とする借地権に平成 10 年判決の射程を及ぼすべきことになるだろう。もっとも、登記具備の困難性および利用権の非排他性・共用性という地役権の特殊性が該当しない借地権においては、未登記建物のための借地権の対抗力をそこまで広く肯定すべき合理的理由に欠けると考えれば、譲受人の側に、建物登記を懈怠した借地人を犠牲にして保護するに値しないと認められる程度の非難がさらに求められるといえよう。

しかしながら、登記による公示を必要としない悪意の譲受人が未登記を理由として、建物所有を伴って現に行われている借地人の使用収益を排除することの許否という観点も看過できない。したがって、譲受人が借地権の負担を引き受ける旨の譲渡当事者間の合意にまで至っていなくても、譲受人が借地権の存在を知らずとくに異議を唱えることなく、これを前提として土地を取得したと認められる場合においては、後に登記欠缺を主張してこれを排除することは信義に反しよう。さらに、借地権の存在を知った上で、これを排除して自己使用する目的において取得した場合であっても、借地権および借地人所有の建物の存在ならびに使用収益の継続を認識していた譲受人については、建物登記

37) この点につき、野澤・前掲「判批」25 頁も参照。

による借地権公示の目的は達成されており、その欠缺を主張することは許されないのではないか（私見は悪意者排除に近い）。

（３）権利濫用構成の意義

背信的悪意者排除によって借地権の対抗力を肯定する法律構成が確立されれば、権利濫用による調整は不要であろうか。先にみたように、地役権に関する令和５年裁判例は、承役地譲受人が１７７条の第三者に該当すると認定しつつ、妨害排除請求を否定するための法的根拠を権利濫用に求めたものである。かかる判断は、地役権につき譲受人の認識可能性が認められないときであっても、地役権者による登記具備の困難性および承役地の利用の必要性の大小ないし損失の程度に関する衡量により、譲受人の請求を否定すべき場合があることを示した上で、そのための法律構成として、公示なき地役権の存在を知り得ない譲受人を１７７条の第三者から排除することはできず、地役権の対抗力を否定せざるを得ない点に対抗要件法理の限界を見出し、権利濫用に拠ったものと解される。

このような対抗要件法理の限界と権利濫用構成の補充的役割は、「所有権対地役権」型対抗問題にとどまらず、一般化することができるのではなかろうか。公示の目的にかんがみれば、登記の欠缺主張が信義に反する旨を認定するにあたり、譲受人の認識または認識可能性は不可欠であって、未登記物権変動について知り得ない譲受人の権利行使を、未登記に対する非難の有無および土地利用の必要性の大小ないし損失の程度に関する衡量によって制限するには、その法的根拠を対抗要件制度の枠外に求めざるを得ないと考えられるからである³⁸⁾。

38) 権利濫用の効果として、利用権の対抗力と所有権の行使ともに否定されるという「両すくみ状態」が生じるが、その解消手段として、占有者の譲受人に対する利用権設定請求権、あるいは、譲受人の占有者に対する利用権設定の申出を認めるべき旨が指摘されている（鈴木重信・前掲「判解」昭和４３年度（下）８０７頁、鈴木祿弥『借地法下巻〔改訂版〕』（青林書院、１９８０年）１０５３頁）。

V. 結びにかえて

本稿においては、不動産「所有権対利用権」型の対抗問題につき、「所有権対地役権」型および「所有権対借地権（建物所有目的）」を対象として、土地譲受人に対する利用権の対抗可能性に関する背信的悪意者排除による調整の意義と機能について、若干の考察を試みた。

私見の結論を要約すると以下になる。①通行地役権をはじめとする表現地役権については平成10年判決が妥当し、同判決が示した要件構成については、客観的要件は、地役権者による利用事実が外形上明白であり、譲受人がかかる利用のために必要な権利の存在を前提として承役地を取得したと推認し得る程度の高度な認識可能性が導かれる場合に限定され、主観的要件は特段の事情（客観的要件を充足するにもかかわらず、譲受人が適法な利用権の負担がないものとして承役地を取得したと認めるべき正当事由があること）を留保するための根拠として意義がある。②平成10年判決の要件を充足しない不表現地役権については背信的悪意者排除論が適用されてよいが、譲受人が地役権者による利用事実を知り、そのために必要な何らかの利用権の負担があることを前提として承役地を取得したと評価できる場合は、譲受人がその未登記を主張してこれを排除することは信義に反する。③「所有権対借地権」型においても背信的悪意者排除による調整が妥当し、譲受人が借地権の負担があることを前提として土地を取得したといえるかどうかが重要であるが、借地権および借地人所有の建物の存在ならびに継続的な使用収益の事実を認識していた場合は、建物登記による借地権公示の目的は達成されているため、自己使用目的において取得したとしても、未登記を理由としてこれを排除することは信義に反する。④権利濫用構成による調整には、未登記利用権の存在を知り得ない譲受人の権利行使を他の事情（未登記に対する非難の有無、土地利用の必要性の大小ないし損失の程度に関する衡量）によって制限すべき場合において、対抗要件法理の限界に対する補充的役割が認められる。

「所有権対所有権」型との異同や利用権の性質に応じた類型的考察の深化、

とりわけ譲受人の態様評価のあり方（悪意の対象・内容および信義則違反との関係）など、掘り下げるべき検討課題はなお山積しているが、大方の忌憚なきご教示を賜れば幸いである。