

# 取得時効と登記（一）

——二重譲渡ケースを中心に——

滝沢 聿代

- 一 序
- 二 フランス法の分析（以上本号）
- 三 判例理論の再構成
- 四 結び

## 一 序

(1) 取得時効と登記の関係は、今日なお民法解釈における難問の一つと目されており、学説にも多くの議論の蓄積がみられる<sup>(1)</sup>。それも故なきことではなく、時効制度そのものが長い歴史を持ちながら、その存在理由、機能、効果、理論構成等に多くの問題を含む複雑な制度であるという事情が一方に存在し、これに加えて、不動産登記の面では、わが国の採用する對抗要件主義の難解さ故に、物権変動論が学説の最も錯綜する領域となってきたという事実がある。二つの制度のぶつかり合う時効と登記の問題が大きな争点となることはいわば必然であり、法解釈学としての理論的な興味を強くかき立てる課題であるといえよう。のみならず、不動産ないし不動産上の権利の時効取

得は、実務においても少なからず頻繁に問題とされ、判例が一連の最高裁判決によって問題解決の諸原則を確認したのも比較的最近のことであるし、その後も類例は恒常的に裁判例に登場している。このような傾向は、証書による権原の立証が特に古い権利については必ずしも一般化していかないというわが国の実情のために、今後もなお継続するであろうと推測され、それだけいっそう当面の問題の解決に重要性をつけ加えている。

ところで、右の問題にとり組むための一つの視点となる物権変動論に関しては、わたくしは先に、フランス法主義の本来のあり方を踏まえて、登記の順位による優先主義を基礎に、法定取得—失権の理論によって對抗要件主義を機能させてゆくことが適当であろうと提案した<sup>(3)</sup>。取得時効と登記をめぐる議論の難しさが、一つには登記の理論の不明確に由来しているとすれば、私見によって障害の幾分かはとり除かれることが期待されよう。このように、時効の問題に発展的に考察をすすめてみることは、物権変動論の不可避の課題とみられ、既に安達教授によって詳細な試みの一例が示されている<sup>(4)</sup>。他方、時効制度そのものに関しては、その存在理由を中心にこれまでも多くの本格的な研究が発表されている<sup>(5)</sup>。最近では、取得時効と登記の観点からも、星野教授、山田教授による判例分析ないし類型的考察が新しいアプローチとして注目されており、今や議論のための十分な資料が整えられている<sup>(6)</sup>。状況にある<sup>(7)</sup>。そこで、本稿では、時効制度そのものに関するわたくしの研究の不備はこれらの文献によって補いつつ、私見の立場を取得時効の領域に移して、当面の問題への対応を試みたいと思う。

(2) 周知のように取得時効と登記に関しては、判例法の四原則ないし五原則が確認されており、学説の議論は、主としてこれらの間に存在する矛盾を指摘しその克服方法を模索するかたちで展開されてきた。その場合の諸説も、既にくり返し整理されてきたように、大局的にみて登記を重視する立場と、取得時効の要件たる占有を尊重する立場に分かれ、間に折衷説をおくかたちに帰着している<sup>(8)</sup>。しかし、理論面から導かれたこの対立は、それ以上の新たな発展の可能性が少ないうまま停滞しているため、むしろここに実質的な利益衡量を持ち込むことによって柔軟

な問題解決をはかる方向に学説の展開をみたといえるであろう。先の星野教授、山田教授の立場がそれであり、背信的悪意者排除論の活用を目指される広中教授、社会的利益の類型化の上に立って具体的事案における解決の妥当性を検証しようとされる水本教授<sup>(11)</sup>なども、同様の視点に依られるものとみうけられる。

しかし、端的に言って、時効制度はそれ自体独自の存在理由に裏づけられた独立の制度であり、取得時効に関しても民法一六二条を中心とする諸規定が存在する以上、物權變動論と同様そこに確定されるべき基本的な理論が存在することは明らかである。これらをあえて軽視しないしは無視することによって、登記の介入がもたらす混乱に対処しようとすることは、少なからず危険であり、方法論としても疑問が多いと考える<sup>(12)</sup>。利益衡量論の観点から指摘された問題点に十分配慮しつつも、求められるべき解決は、あくまでも時効理論の体系的な把握を踏まえたものとならなければならぬとわたくしは考えている。そこで、そのための糸口として、ここでは先ず、星野、山田教授等による類型的アプローチによって最近重要な問題提起がなされた二重譲渡ケースと呼ばれるタイプの事例に注目したいと考える。

即ち、原所有者Aから有効な売買契約によって所有権を取得したBが、占有を継続しているにもかかわらず未登記である状態の下で、AがCに同一不動産を二重譲渡しCに登記を取得させた場合において、CがBの登記の欠缺を主張するのに対しBの側は時効取得を援用するという例がそれであり、このような二重譲渡型の争いは判例の大部分を占めると指摘されている。ここに含まれる問題点は、山田教授によれば、(イ)Bの時効取得を認めると「自己の物」の時効取得を認めることになり、民法一六二条の文言に反する、(ロ)未登記のBに取得時効の援用を許すことは民法一七七条の原則の潜脱になる、(ハ)Bの善意、無過失を論じる余地がほとんどない、という三点に整理される<sup>(13)</sup>。わけても論点の中心は一七七条との関係にあり、同条の典型的事例である二重譲渡において、時効取得を援用すれば登記しなくても勝てるのは何故か、それは不合理ではないのかという疑問を星野教授も強調される<sup>(14)</sup>。

右の問題は、まさしく時効と登記の関係を最も先鋭なかたちで問うものであり、当然当面の課題に答えるための出発点とされるべきである。もちろん、目指すところが問題全体の体系的処理にある以上、二重譲渡ケースの解決の前提となるべき論理は、そのまま他の類型に及ぼして適切な回答を導きうるものでなければならぬ。その意味で、方向としては、例えば星野教授により分類された境界紛争型のケースについても、特に別個の取扱いを試みる必要はないとされる安達教授の見解にむしろ同調したい。<sup>(15)</sup>しかし、ここではできるだけ議論の焦点をしぼることによって、課題の大きさや豊富な判例、学説故の論点の複雑さに捉われることを避けたいと思う。

(3) 加えて、二重譲渡ケースに注目することは、フランス法との間の極めて効果的な比較考察を可能とする。なぜならば、フランス法においても、この問題をめぐってわが国とほぼ同様のかたちで時効と登記の関係が論じられた歴史が認められるのであり、蓄積された議論は、そのまま日本法に対する極めて有効な指針となりうる。のみならず、取得時効と登記に関する考察は、比較法的には当然フランス法へと遡るべきものであり、それは登記における對抗要件主義の母法であるという周知の理由のみにとどまらず、時効制度もまたフランス法の影響を大きく受けて成立しているという二重の立法事情によっていっそう強調されるのである。然るに、この観点からの時効制度の系譜的研究は未だ必ずしも十分にはなされていないようであるから、当面の二重譲渡ケースの概観を通じてここでフランス法の時効制度のあり様に光をあてることは、資料的な面での意義も少なくないと思われる。

右のような意味において、本稿では先ずフランス法の分析から論をすすめて、得られた比較法的な視点をあわせて考察の基礎としつつ、判例理論の再構成に対するわたくしなりの視点を提示したいと考える。

#### 註

- (1) 古くは、梅謙次郎「民法一七七条ノ適用範圍ヲ論ズ」法学志林九卷四号四五頁以下、富井政章・民法原論第二巻物権七一頁以下、乾政彦「不動産物権の時効取得と登記」法協三〇巻六号、七号、石坂音四郎「意思表示以外ノ原因ニ基ク

- 不動産物権変動ト登記(一)、(二)「法協三五卷二号、三号等にはじまり、今日までくり返し書かれてきている。従って、文献は必要に応じて引用するにとどめたい。
- (2) これに対しフランスでは、書面による権利の立証や公証人による権原調査の徹底のために、本土内では無権利者から土地を買うことは考えられず、判例の多くは海外県のものであるといわれており、実際そのような事実が認められる。カルボニエはこのような意味で時効制度の後退を指摘するが、同様の認識はドイツ法にもみられる (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, 10e éd., p. 278; F. Bauer, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl. S. 550ff.)。方向としては日本法にもあてはまるといえよう。
- (3) 滝沢津代「物権変動における意思主義・對抗要件主義の継受(一)——(五完)」法協九三卷九号、一一号、一二号、九四卷四号、七号、同「民法一七七条における悪意者の問題(一)」、(二完)「成城法学」一三号、一四号参照。
- (4) 安達三季生「取得時効と登記」法学志林六五卷三号、同「取得時効と登記」石田喜久夫編・民法I(判例と学説②)一九五頁以下、同「取得時効と登記」内山||黒木||石川先生還暦記念・現代民法学の基本問題(上)二二七頁以下参照。
- (5) 三藤邦彦「取得時効制度の存在理由について(一)」学習院大学政経学部年報5、同「一九世紀ドイツ普通法学における取得時効理論」同7、中島弘道「時効制度の存在理由と構造(一)」、(二完)「法学新報六四卷四号、五号、川島武宜他「時効の比較的研究」比較法研究二二号、内池慶四郎「時効の目的とその根拠について」私法二八号、同・出訴期限規則略史——明治時効法の一考察、安達三季生・注釈民法(四)一五一頁以下、星野英一「時効に関する覚書(一)——(四完)」法協八六卷六号、八号、八九卷一号、九〇卷六号、藤原弘道「『所有の意思』について——取得時効の要件との関連において——(一)——(三完)」判例タイムズ三一一三—三二五号、内池慶四郎「現行時効法の成立とポアソナード理論」手塚教授退職記念・明治法制史政治史の諸問題七九五頁以下、宇佐見大司「取得時効の起算点——一つの覚書」愛知学院大法学研究二五卷一号一九頁以下、良永和隆「ドイツ法上の取得時効における登記の機能(一)」、(二)「民商九〇卷六号、九一卷二号等の他、前注(4)の安達教授の論稿も含まれる。
- (6) 山田卓生「取得時効と登記」川島教授還暦記念・民法学の現代的課題一〇三頁以下、星野英一・前掲論文(三)「法協八九卷一号三三頁以下、同「取得時効と登記」鈴木先生古稀記念・商法学の課題(中)八二五頁以下、同「取得時効と登記」(私法学会シンポジウム報告)私法三七号一八頁以下等参照。なお、この方向に沿った研究をすすめるものとして、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——」鳥大法学二五卷一号一頁以下もみ

られる。

(7) 学説の現状を系統的に整理、分析するものとして、田井義信「取得時効と登記」同志社法学三二巻五〇六号一—三頁以下、池田恒男「登記を要する物権変動」民法講座2物権(1)一四三頁以下も現われ、他にジュリスト増刊不動産物権變動の法理八四頁以下においても共同研究の成果がみられる。

(8) ① 甲の不動産を乙が時効取得した場合には、甲は物権変動の当事者であるから、乙は甲に対して登記なしに時効取得を主張しうる(大判大正七年三月二日民録二四輯四三三頁)。② 甲が所有不動産を乙の取得時効期間満了前に丙に譲渡した場合には、丙は乙の時効取得については当事者となるから、乙は登記なしに時効取得を丙に主張できる(大判大正一三年一〇月二九日新聞二三三二二頁、最判昭和四一年一月二二日民集二〇巻九号一九〇一頁)。③ 甲が所有不動産を乙の取得時効期間満了後に丙に譲渡した場合は、甲から乙、丙に対して二重譲渡がなされた場合と同様に扱ひ、乙は登記しなければ丙に対して時効取得を主張しえない(大判大正一四年七月八日民集四巻四二二頁、最判昭和三年八月二八日民集一二巻一二号一九三六頁、最判昭和四八年一〇月五日民集二七巻九号一一一〇頁)。④ ③の場合に、乙が時効期間の起算点をずらして、丙の譲受後に取得時効が完成したものと主張することは許されない(大判昭和一四年七月一九日民集一八巻八五六頁、最判昭和三五年七月二七日民集一四巻一〇号一八七一頁)。⑤ ③の場合に、丙の登記後に乙がさらに時効取得に必要な期間占有を継続すれば丙に対し時効取得を主張しうる(最判昭和三六年七月二〇日民集一五巻七号一九〇三頁)。以上は星野教授の整理に依っているが、①を除く場合もあり、自己の物の時効取得を肯定する例(最判昭和四二年七月二二日民集二二巻六号一六四三頁)を加えて、六原則とする例もある。

(9) 登記尊重説としては、我妻栄・物権法七七頁、末川博・物権法一二四頁以下、占有尊重説としては、川島武宣・民法総則五七二頁、於保不二雄「時効と登記」法学論叢七三巻五〇六号一五八頁以下、柚木馨・判例物権法総論一二七頁、原島重義・注釈民法(6)三一二頁以下等が代表的なものであり、時効取得の判決確定後に限り登記を要するとする舟橋諱一・物権法一七二頁が折衷説に位置づけられる。学説の詳細は後述する。

(10) 広中俊雄・物権法一五四頁以下参照。

(11) 水本浩「取得時効と登記(一)」「(二)」立教法学一九号、二〇号参照。

(12) 同様の批判は、加藤一郎「取得時効と登記」法学教室五号五六頁にもみられる。

(13) 山田・前掲論文法学の現代的課題一二四頁以下参照。

(14) 星野・前掲論文商法学の現代的課題(中)三四頁参照。

(15) 安達・前掲論文民法I(判例と学説②) 二〇三頁以下参照。

(16) 基本的構想はフランス法のものであり、短期取得時効の要件を善意・無過失とする点にドイツ法の影響がみられる。  
安達・注民(5)一五二頁以下参照。

(17) フランスの時効制度に関しては、安達・注民(5)一五二頁以下、野田良之・注民(5)一七〇頁以下、高橋康之「フランスの消滅時効制度」比較法研究二二号二九頁以下等がみられるのである。それ故、若干の重複を厭わず、本章の記述には資料的配慮を加えて紙幅を費した。なお、脱稿後に金山直樹「フランス民法典制定前の時効理論(上)」——一七・一八世紀におけるフランス普通法学の展開——」判例タイムズ五四三号五一頁以下が現われた。

## 二 フランス法の分析

### 1 取得時効制度の概観

#### (1) 民法典の規定

フランス民法典第三編(所有権取得の諸態様)の最後の章におかれている時効関係の規定、二二一九条以下二二八一条までは、例えば短期消滅時効期間の変更というような部分的な修正を除き、基本的には民法典起草当時以来ほとんど変わっていない。日本法の母法とみられる事情故に、規定の仕方にはわが民法との共通点が多く、冒頭に取得時効、消滅時効の双方にかかわる総則の節がおかれている。先ず二二一九条は、時効が一定の時の経過によって「(権利を)取得し、又は(義務から)解放される方法である」とうたい、時効の効果を端的に実体法上のものとみている点において日本法と等しい。<sup>1)</sup>以下、主要な条文を追って体系のあらましをおさえておくならば、二二二二条は時効の予めの放棄を許さないとする規定、二二二一条は放棄が明示的でも黙示的でもありうるとするもの。時効の援用に関する二二三三条は、「裁判官は、時効から生じる攻撃防御方法を職権で補充することができない」

と定め、わが国の民法一四五条と同趣旨の規定となっている。二二二五条は、当事者が時効を放棄する場合にも、債権者その他の時効完成について利害関係を有する全ての者は時効を申し立てることができるとし、時効援用権者の範囲に関して明確な視点を示しており、注目される。

次いで、第二節は占有を表題に掲げ、その中で取得時効の基礎となる占有について、二二二九条が、「継続して中断がない、平穩な、公然の、曖昧でない、所有者としての占有が必要である」と規定している。所有者としての占有、占有の継続は推定され(二二三〇条、二二三四條)、前主の占有の承継も可能である(二二三五条)。時効を妨げる事由と題する第三節中には、他主占有が時効の基礎となりえないこと(二二三六條)と共に、権原の転換に關する規定が含まれる。第四節が時効の中断、停止を扱う。最後に、第五節が時効期間の問題を一括し、ここで三〇年の長期時効と一〇年及び二〇年の短期取得時効とが区別されるほか、特別の時効として短期消滅時効が規定されている。

二二六二条は、対物であると対人であるとを問わず全ての訴権は三〇年で時効にかかるという文言によって、明らかに消滅時効を対象とする規定となっているが、これが取得時効にも拡張されることに異論はなく、本条は時効の共通法とされている。<sup>(2)</sup> 動産と不動産とを問わず適用され、長期の取得時効を主張するためには、二二二九条の要件を満たす三〇年間の占有があればそれだけで足りる。ほぼ一世代にあたる三〇年という期間は時効期間としてはかなり長期であるが、真の権利者の保護には有効であり、不動産取引にはそれ程迅速性は要求されない、時効の立証機能は長期できなければ果されない等の事情にかなっている。しかし、批判も散見される。<sup>(3)</sup>

これに対し、二二六五条以下の一〇年及び二〇年時効は、不動産の取得時効と明確に限定され、善意(Donne foi)と正権原(juste titre)に基づく占有が要件とされる。時効期間における一〇年と二〇年の区別は、不動産が真の所有者の住所地を管轄する控訴院の管轄区域内に所在するか否かによるものであり、区域内にある場合は一〇年、



そうでない場合は遠方故に不動産の管理が困難になることを救済する意味で二〇年とされる<sup>(4)</sup>。今日の發達した交通事情の下では不合理な區別であるとの批判は当然であろう。他に、形式を欠く無効の権原は時効の基礎たりえないとする二二六七条、善意は推定され、かつ取得時に存在すれば足りるとする二二六八条、二二六九条によって補充される。なお、法文上は所有権の時効取得とされているが、これには全ての物権が含まれること<sup>(5)</sup>、債権は対象外とされることが一般の理解である。

## (2) その沿革

三〇年の長期時効と一〇年及び二〇年の短期取得時効とに區別された右のような二本立の時効制度が、ローマ法からフランス民法典に継受されたものであることは明らかである。一般に未開の国民において時効期間はより短いといわれるとおり<sup>(6)</sup>、ローマの十二表法にも一年又は二年の使用取得 (*usucapio*) がみられるが、これと並行してローマ法は、一〇年又は二〇年の占有による長期占有の抗弁という制度持ち、更に後期のユスチニアヌス帝法は、善意と正権原を伴わない三〇年の占有に対しても長期占有の抗弁を認めるに至った<sup>(7)</sup>。使用取得も長期占有の抗弁も、共に当初は抗弁的性格のものであったが、次第に所有権取得の原因として認められるに至ったとみられる<sup>(8)</sup>。ゲルマン族侵入当時のガリアのローマ法においては、既に使用取得はすたれて一〇年及び二〇年と三〇年の新しい時効のみが存在していた<sup>(9)</sup>。

このように、時効においてもゲルマン的要素とローマ法的要素との出会い、混淆は予想されるのであるが、もとも古ゲルマン法は取得時効制度を知らず、単に一年一日の占有による所有権取得の慣習法 (*tenure d'an et jour*) のみが行なわれていたため、王令による統制もあってローマ法の長期時効が一般化してゆく<sup>(10)</sup>。しかし、中世の慣習法の各所には、ゲルマンの一年時効の名残りが指摘されている<sup>(11)</sup>。一三世紀の慣習法において、ローマ法は長期占有 (*longue tenue*) として知られ、その三〇年時効に善意の要件を要するかが論じられていたが、一六世紀には正権

原と善意を要する一〇年及び二〇年時効とこれらが必要としない三〇年時効のかたちに慣習法が定まり、民法典へと受け継がれるのである<sup>(12)</sup>。従って、現行法の取得時効はローマ法に直結し、ほぼこれに等しい存在理由を持つ制度であるといわれる<sup>(13)</sup>。

加えて、時効制度においてもまた教会法の影響を看過することはできない。実際、取得時効制度に対する評価はローマ法以来の論争点であり、人類の保護者 (*patrona generis humani*) あるいは不正の援助 (*impium praesidium*) というように全く対立する見方が併存していたのであるが、教会法は後者の立場を強調し、結局時効制度の中に善意の要件と良心規定としての援用制度を残した<sup>(14)</sup>。また、短期取得時効の要件とされる善意については、占有の期間中これを要求するのが教会法の立場であり、慣習法はこれに依っていたのに対し、民法典起草者が純粹のローマ法に戻って占有取得時におきも善意を要するという現行の二二六二条を作成したという事実もよく知られている<sup>(15)</sup>。教会法は、更に三〇年時効についても善意の要件を主張し、一八世紀までの学説、実務に論争を残さしめたのである<sup>(16)</sup>。

### (3) 時効の存在理由

これらの歴史を背景とするフランス法において、時効の存在理由を今日の学説がどう論じているかは極めて興味深いところである。先ず、この点にユニークな分析を加えているコルニユの体系書に注目してみたい。コルニユは、通説同様に時効には権利取得機能と立証機能との二面があると指摘しつつ、書証の発達した今日では後者は時効の基礎たり得ず、仮にこれによっても結局権利の絶対的推定を認めるよりないとして、民法七一二条、二二一九条が明言するとおり、所有権取得の効果を中心に議論すべきであると論じている<sup>(18)</sup>。そこで、単なる事実にすぎない占有が何故法にまで高められるかが問われるのであるが、論者は種々の議論の側面があるとし、①道徳の面からは、懈怠ある所有者に対して善意の占有者を保護することになる、②社会的には、占有を優越させ耕す者に土地を与える、③理論面からみると、時がドグマたる法を変更しうることは肯定できないから、他の要素を強調せざる

を得ない、④社会的、歴史的また相對主義的にみた有用性は、時効を肯定する結果に導くが、それは不正が無秩序に勝るからではなく、合理的な期間の後に所有権の問題に明確な決着をつけることが大多数の利益にかなうからであると分析する。要するに時効は、人類の經驗的英知によって、平和と安心を担保するために最少限の悪を許容するという社会契約 (pacte social) に根ざす制度なのである。<sup>(19)</sup>

右の前提に立って、論者は、取得時効成立の要素を、(イ)占有の事実、(ロ)所有者の懈怠(時効の中断、停止の制度を念頭においている)、(ハ)時の経過、(ニ)占有者の意思(時効完成後の補充的要素として)の四点に求める。<sup>(20)</sup>即ち、時効は本来的に複合的な制度なのであるが、過去の学説がそれぞれの立場からいずれかの要素ないし側面を強調して時効制度の本質を説明するという傾向にあったことも確かである。<sup>(21)</sup>しかし、そうした事実自体、時効が結局は種々の要素の結合によって正当化され、法的な力を与えられるものであることを示すにはかならない。

その他の最近の体系書も、それぞれにニュアンスの相違をみせつつ、どちらかといえば多元的な説明を試みている。カルボニエは、立証機能を強調し、時効は法律上の推定の問題とみるのが今日の傾向であると述べる一方、その場合には援用の制度を十分説明し得ないとつけ加えている。<sup>(22)</sup>マゾーも、古くはジョスランが法文の文言に反して時効を専ら立証の手段としてのみ理解すべきであると主張した事実<sup>(23)</sup>に言及し、眞の所有者のみが時効を申し立てるのではないから、そのような理解は妥当でないと批判する。<sup>(24)</sup>そこで、マルチーロ・レイノー、ヴェイユ等に典型的にみられるように、取得時効制度は所有権の立証と所有権の取得という二重の根拠を持つとし、前者は眞の所有者が時効を援用する場合、後者はそうでない者の場合と區別して説明することが適當となるようであるが、<sup>(25)</sup>前者においても時効による新たな所有権取得の効果として立証の困難が救済されるのであり、機能的な相違に注目しうるにすぎない。取得時効を通じて無権利者が所有権者となりうることの説明は、やはり所有者の懈怠の批難性、事実と権利の乖離をなくすことによる社会の安定といった要素に依拠してゆかざるを得ず、仮に衡平に反する結論がそ

こから生じたとしても、その難点は時効制度全体の持つ利点に比肩しえないと解するよりない。<sup>(26)</sup>

このようにみてくると、複合的説明に徹している先のコルニユのような態度は、時効制度の現実に最も即したも  
のとなり得ているように思われる。しかし、同時に、通常の体系書にはほ一致してみられる、取得時効が立証方法  
であると同時に所有権取得の方法であるとする指摘は、極めて本質的な示唆を含んでいることも見落しえない。即  
ち、一つには、時効が歴史的にみて何よりも立証の困難を救済する制度として形成されてきたものであり、制度の  
根源をそこに求めうること<sup>(26)</sup>、第二に、実体規範としての時効は、権利の得喪という法的効果を伴うものであ  
る事実を直視しなければならないことである。<sup>(27)</sup>

#### (4) 短期取得時効の特色

二重譲渡ケースの処理の問題は、フランス法の下でも主として二二六五条の短期取得時効の適用に際して生じて  
おり、一般的にみてもこれの方が時効申立の機会が多いわけであるから、時効制度の中心をなしている。短期取得  
時効は、正権原と善意を条件として時効期間が短縮される点に特色があるため、これら二つの要件に注目しなけれ  
ばならない。

正権原は、ローマ法の使用取得において要件とされた正当な原因 (*iusta causa, iustus titulus*) に遡り、ポテ  
ィエを介してフランス民法典にとり込まれたものであるが、民法典中にはこれを直接定義する規定はみられない。  
しかし、ローマ法において占有取得を正当化する事実と解され、法律学者によって種々の原因に基づく使用取得  
を類別するための手がかりとされた<sup>(28)</sup>という柔軟な実質は、現行フランス法の解釈の中にも反映されているよう  
である。<sup>(29)</sup> 即ち、先ず権原とは書面ではなく、法律行為そのものを指すのであり、正権原は「真の所有者から出てい  
たならば有効に所有権移転をなし得たであろうような法律行為」と定義されるのが通常である。これらの法律行為  
には、売買、交換、代物弁済、遺贈等が含まれ、分割、和解などの宣言的行為 (*acte déclaratif*) は除外され

る<sup>(30)</sup>

ところで、これらの法律行為が有効にその目的を達して所有権を移転させるならば、時効を申し立てるまでもなく権原自体を援用すればよいのであるから、ここで言う正権原は当然に不適法な法律行為を予想していることになる。不適法の第一は前主の無権利である。所有権者でない者ないし所有権移転の権限を持たない者と取引をして、『Nemo plus juris...』の原則<sup>(31)</sup>によって所有権移転の効果は生じえない。短期取得時効は、一〇〜二〇年間の占有によってこれをカバーする制度であり、立法者が予想した制度本来の適用領域がこれであった<sup>(32)</sup>。従って、真の所有者と取引をしたにもかかわらず所有権が移転しない場合に一〇年時効を主張することは、原則として認められない。民法典は、この一例として、二二六七条において形式の欠如による無効の権原は時効の基礎たりえないと規定する。学説はここから、権原が絶対的無効である場合には時効の主張をなしえないという一般原則を導いている<sup>(33)</sup>。これに対し、相対的無効は必ずしも正権原の障害とならないとすることが学説・判例の一致した見解である。無能力、意思表示の瑕疵、レジオン (lesion) 等により契約当事者に無効の訴権が与えられる場合がこれにあたる。相手方がそこで時効の抗弁を提出するならば、真の所有者との取引に基づく一〇年時効の主張が例外的に認められることになる<sup>(34)</sup>。もう一つの例外と目されているのが、後述する権原の公示 (登記) を欠くケースである<sup>(35)</sup>。

なお、権原は現実存在しなければならず、誤想のもの (titre putatif) であってはならない。従って、後に撤回された遺言は正権原とはなりえず、これに基づいて善意の占有を継続しても三〇年時効しか主張しえない。同様に、土地の買主が第三者の土地をもあわせて占有し売買の目的地に含まれると信じていた場合にも、誤想の権原しか持たないわけである<sup>(36)</sup>。正権原が要求されるのは、時効取得者が善意でなければならないという前提の故であるとするならば、誤想の権原であっても差支えないといえよう。古法はこの点の区別をしなかったのに対し、判例はこれを排除することによって、正権原を善意とは別の独立の要件として性格づけている。この点については、果実の

収取や即時取得の場合の要件と一貫せず不合理であるとの批判がある。<sup>(37)</sup>

正権原と共に要求される善意は、占有者が真の所有者ないし権原ある者から所有権を取得したと信じたことと定義され、法律上又は事実上の錯誤がこれに該当する。所有権者になったと信じていることが必要なのであるから、真の所有者と取引した場合にも、契約の無効原因を知れば善意ではない。原則として自己自身の権原の瑕疵を知ることが問題となるのであるが、判例は、前主が代金未払であることを知っていた場合には、売主の解除に対して一〇年時効を主張しえないとする<sup>(38)</sup>。但し、無効の瑕疵については、前述の考え方をふまえて、絶対的無効は別とし、相対的無効の瑕疵を知っていても善意であることを妨げないと解されている<sup>(39)</sup>。善意の程度については、判例は非常に厳格であり、前主の権原について若干の疑念でもある場合には悪意とみなす<sup>(40)</sup>。善意が推定されること、占有取得時においてのみ善意であれば足りることは既に言及した。

一〇～二〇年時効は、右のような正権原と善意の要件故に時効期間が短縮されたものであるが、それはこれらの補充的要件が占有を強固なものとし (consolider) 物の支配の正当性を強化するからにほかならない。言いかえれば、取得時効の効果はあくまでも占有そのものの効力に基づくのであり、<sup>(41)</sup> その意味において、仮に一〇年時効が機能的には取引安全に奉仕するものであるとしても、これを三〇年時効と切り離して別個の制度と把握することは妥当ではないと考えられる。

#### 註

- (1) 民法典は所有権取得の諸原因を列挙する七二一条に続いて、七二二条で、「所有権はまた、添付 (accession) 合体 (incorporation) 及び時効によつて取得される」と規定してあり、二二一九条の趣旨が確認される。
- (2) Carbonnier, op. cit., p. 269; H., L. et J. Mazeaud, *Legons de droit civil*, t. II, vol. II, 5e éd., n° 1487; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les biens*, 2e éd., n° 185.
- (3) 悪意者の包括承継人が善意である場合にも三〇年時効しか主張できない結果が不当であるとインローは指摘する (Ma-

- zeaud, op. cit., n° 1495)。包括承継人は前主の地位の承継者であるから、占有の性質の決定は前主の許でのみなされるという解釈が二二三五条から導かれてゐるためであるが、前提そのものに疑問が残る。他に、権利が定着し、侵害が少なくなつてゐるから時効期間は短くてよいとするカルボニエの意見もみられる (Carbonnier, op. cit., p. 278)。
- (4) 管轄区域内に六年、区域外に四年居住したような場合の取扱を定める二二六六条もあり、後者の期間を二倍にして合算する。Mazeaud, op. cit., n° 1487; Rep. civ., Prescription, n° 100 et s. 野田・注民(5)一七一頁参照。
- (5) 但し、地役権 (servitude) に関しては短期取得時効は適用されない旨の明文規定 (六九〇条、七〇六条) がある。Rep. civ., Prescription, n° 287.
- (6) P. Viollet, Histoire du droit civil français, 3e éd., p. 616; Carbonnier, op. cit., p. 278.
- (7) P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 7e éd., p. 314 et s.; 船田亨十一・ロー法第二卷四八一頁以下、三藤・前掲論文習察大学政経学部年報二二二頁以下参照。
- (8) Girard, op. cit., p. 316; 船田・前掲書五〇五頁参照。ヌマチニブヌ帝の五二八年の勅法によるとされてゐる。
- (9) J. Brissaud, Manuel d'histoire du droit privé, 1908, p. 301.
- (10) Viollet, op. cit., p. 619.
- (11) 典型的な例はプロタリーニエ地方のプロプリアンヌ (appropriance, 公告) の慣習法であり、他にも買戻権 (droit de retrait) が一年一日の時効消滅するものと、多くの地方で住所は一年間の居住によつて取得されるものであったこと等を挙げてゐる。Viollet, loc. cit.
- (12) Brissaud, op. cit., p. 302; Viollet, op. cit., p. 620.
- (13) 「本語を容易にたゞしむべき所有権を強固なるものとすべし」とトリンナーが説く。Brissaud, op. cit., p. 306.
- (14) Brissaud, op. cit., p. 298; Carbonnier, op. cit., p. 278.
- (15) Viollet, op. cit., p. 623; Carbonnier loc. cit.; Mazeaud, op. cit., n° 1500.
- (16) Viollet, op. cit., p. 624.
- (17) G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, 1980, n° 1558 et s.
- (18) Cornu, op. cit., n° 1559.
- (19) Cornu, op. cit., n° 1561, note (2).

- (20) Cornu, op. cit., n° 1563.
- (21) 例えば、二二一九条は、ドイツの影響によって「時の効果」の面を強調してゐるし、フランスのように占有そのものと権利者の沈黙なう同意に時効の本質を見出す例もあると指摘される。Cornu, op. cit., n° 1563, note (2).
- (22) Carbonnier, op. cit., p. 280.
- (23) Mazeaud, op. cit., n° 1507. シュスマンの主張は特に三〇年時効を中心にならねばならぬ。
- (24) Marty et Raynaud, op. cit., n° 184; A. Weill, *Droit civil, les biens*, 2e éd., n° 441 et s.; Ph. Jestaz, *Prescription et possession en droit français des biens*, D. S. 1964, chron., p. 28 et s.
- (25) Weill, op. cit., n° 442; *Rép. civ., prescription*, n° 2.
- (26) ローマ法における時効の意義がこの意味で大きかつたことは容易く推測しうる。更に、フランス法においては、ドイツ法のような登記簿による権利の証明制度が採用されていない結果、取得時効がなければ所有権の証明は実際上不可能となる (*probatio diabolica*)。現実にも取得時効は圧倒的多数のケースにおいて真の所有者の地位を確定するための立証手段としての機能を十分に果たさぬ (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, par Picard, 2e éd., n° 688)。制度の本質はこの点にあるところである。民法典一三五〇条が法律上の推定を例示するに際し、二号において「法律が特定の状況から所有権又は〔債務の〕免責が生じると宣言する場合」を挙げてゐる事情もこの理解を裏付ける。また、時効取得の効果が期間満了日においてはではなく、起算日に遡って生じること、立証手段である和解する場合に於いて合理的に説明できる。しかし、純然たる立証の手段に尽きるものではないことは、登記簿に権利の証明力を付与してゐるドイツ法、スイス法等においても取得時効制度が存在している事実を示されてゐる。Weill, op. cit., n° 422.
- (27) 極めて概括的に言へば、シュスマン、オープリッロウ、プラニオール、リッペル等比較的古い体系書においては時効の立証機能が強調されてゐるようであり、マンロー、マルティン、レイノール、ホルニエ等最近の書物は時効を所有権取得の制度とわり切つてゐる傾向にある。後者の例は、Ch. Atlas, *Droit civil, les biens*, t. I, 1980, n° 146 を参照せよ。
- (28) Girard, op. cit., p. 319.
- (29) カルボニエの *juste titre* の概念を拡大することによつて一〇年時効の適用範囲を広げることができると論じてゐる。法律問題であり、破産院のコントロールに服する。Carbonnier, op. cit., p. 282.



- (20) また、相続、包括遺贈は地位の承継であるところ、理由で除外される。Carbonnier, loc. cit.; Mazeaud, op. cit., n° 1501; Marty et Raynaud, op. cit., n° 200; Rép. civ., Prescription, n° 63 et s.
- (31) Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. 《何人も自己の享有する以上の権利を、他人に譲渡しえない。》フランス実定法の基礎をなす法格言であり、法の一般原則として適用される。
- (32) 従って、動産における即時取得の規定(二二七九条参照)に対応するものとみられ、二二六五条は短期取得時効適用の対象を、不動産と限定している。時効における期間の要件は、不動産取引が動産ほど迅速を要求しないし、所有者の管理の保護を必要とするからであるとも説明されているが(Mazeaud, op. cit., n° 1516)、類似の機能を果たすとはいえない、歴史を異にするこれら二つの制度に強いて一貫する説明を与えることは妥当ではないと思われる。要件も、二二七九条の場合は善意の占有のみであり、正権原は含まれない。
- (33) 無効の契約に基づいて追認あるいは任意の履行がなされても *juste titre* とはならない。夫婦間の偽装の贈与、取引外の物の売買等不法の原因を含むものもこれに準ずる。もちろん三〇年時効は主張しうる。Rép. civ., Prescription, n° 86 et s.; Mazeaud, op. cit. n° 1504.
- (34) しかし、これらにおける無効訴権は通常五年間で消滅時効にかかるため(二二〇四条参照)、一〇年時効を認める意義は少ないとも指摘されている。Mazeaud, loc. cit.
- (35) 判例分析の主たるテーマはここ存在する。
- (36) Picard, op. cit., n° 706; Mazeaud, op. cit., n° 1505; Rép. civ., Prescription, n° 80 et s.
- (37) 即ち、五五〇条、二二七九条との関係では、正権原は善意の要件として要求されるにすぎないため、誤想の権原は善意をいへると解されている(Mazeaud, loc. cit.)。これに対し取得時効においては、善意は推定される一方、正権原は時効主張者が自ら立証しなければならぬものとされている。
- (38) Picard, op. cit., n° 710.
- (39) Mazeaud, op. cit., n° 1498, (2); Rép. civ., Prescription, n° 88.
- (40) Carbonnier, op. cit., n° 283; Rép. civ., Prescription, n° 41.
- (41) この点は取得時効の存在理由をどう解するかもかわり、一概にこのように断言することには問題があるかもしれない(前注(20)、(21)参照)。しかし、例えば占有一般の主観的要件(*animus*)を定義するに際しホルニエが、単に所

有者のように行動するだけでなく、自己が所有者であると主張する、言いかえれば所有者としての権原 (title) を主張することであると論じている点に注目したいと考える (Cornu, op. cit., no. 1131 et s.). すなわち、時効は期間の満了を条件としてこの占有による権原の主張を肯定する制度にほかならないといえよう。このように解するならば、権原の主張が単に占有によるにとどまらず、正権原と善意によって補充される場合において期間の要件が短縮されることをいっそう容易に理解しうる。同時に、長期と短期の取得時効を統一的に把握することが可能となるであろう。ちなみに、コルニユの議論は、フランス法の占有が主観的要件として所有者としての意思を要求していることに基づく。わが国の場合には、時効における自主占有の問題として同様に考えてゆくことができよう。

## 2 判例にみる取得時効と登記の対立

本稿が特に注目する二重譲渡ケースにあたる事例は、前述のように専ら二六五条の短期取得時効の主張に際して、「登記がなされていない法律行為を正権原とみることができるか」という問題として論じられてきた。その意味では、問題は極めて限定されたマイナーなもののようにもみうけられるし、特に短期取得時効の要件が日民法において異なる点を考慮すると、わが国の議論との直線的な比較は難しいといえる。しかし、それらの外形的な差異を超えたところに、問題処理の本質が見出されるべきものである。以下、贈与及び売買に関する判例を検討し、次いで、登記に準ずる手続としての登録 (enregistrement) を経ていることが正権原の要件とされるべきかを論じた一連の判例をとり上げて参考としたい。後者は言いかえれば、正権原は確定日付<sup>(1)</sup> (date certaine) を取得していることを要求するかの問題である。

### (1) 贈与のケース

取得時効と登記の対立をめぐる議論は、先ず贈与の領域にはじまり、未登記の贈与でも正権原たりうるとする見解と反対説との対立が、一八五五年登記法の成立以前から顕著であった。周知のように、一八〇四年の民法典は、

所有権移転一般について公示の原則を採用せず意思主義を確認するにとどまったのであるが、贈与についてはローマ法以来の伝統を承けて騰記 (transcription) の制度を設け、「騰記の欠如は、自ら騰記をなす義務を負う者とその承継人及び贈与者を除いて、利害関係を有する全ての者により対抗される」とする九四一条の規定をおいた。同条は、後の登記法と第三者の範囲を異にするため、必ずしも本来の對抗要件主義とは呼びえず、むしろ登記(騰記)効力要件主義に近い規定とわたくしは解している。<sup>(2)</sup>しかし、それだけに、正権原の評価における登記の位置づけがより大きな問題となることは十分予想しうる。

[1] C. roy. d'Agen, 24 nov. 1842, S. 1843, 2, 177.

〔事実〕D未亡人は一八一六年に父から本件不動産の贈与を受けたのであるが、登記はしていなかった。LはDより早くDの父との売買により同一目的物の所有権を取得していたと主張し、相続人たるDに履行を求めて引渡を請求するので、Dが一〇年の取得時効を主張。これに対し、LはDの受けた贈与が登記されていないと争った。

〔判旨〕「共和暦七年露月一日法の下では、売買も贈与も登記がなければ確定的な所有権移転を生じなかったため、買主も受贈者も登記しなければ一〇年で所有権を時効取得することが出来なかったのは明らかであり、それは所有権が確定的に付与されなかったからである。しかし、この立法のシステムが民法典の規定により全面的に変わったことは争う余地がない。」

右のように述べた上で、判旨は、民法九三八条、一五八三条が合意のみで契約を完了させる意思主義であり、契約のみで所有権が完全に移転する以上、登記の有無にかかわらず時効が契約又は占有の日から取得者の利益のために進行することは明らかであるとし、Dの時効の主張を認めた原判決を支持している。正権原について、「形式及び目的において適法であり、二二六七条の文言における無効にあたらぬ権原」と論じる点も注目される。

[2] Bordeaux, 26 fév. 1851, S. 1851, 2, 244; D. 1851, 2, 163.

本件の事案は必ずしも明らかではないが、恐らくは贈与の登記をしていない受贈者に対して贈与者の一般債権者が登記の欠如を対抗し、受贈者は一〇年の取得時効を申立てたケースである。

〔判旨〕「……以上のところから、法律上登記のない贈与は、九四一条にもたらされた例外であるところの登記手続を行う義務を負う者以外の第三者に対して効力を生じないのであり、登記は義務的な外部的手続をなしている。即ち、登記されない贈与は第三者にとって所有権移転の効果を生じない。彼らにとって贈与者は未だ不動産所有者であり、彼らの権利がどの時期に生じたのであろうかにかかわらない。贈与は彼らに対抗しえないし、一〇年時効の基礎及び起算点となりえない。受贈者が主張しうるのは、唯一、三〇年時効のみである。」以上のように述べて、時効の要件に立ち入って判断するまでもなく、控訴棄却。

右の判決は、九四一条の解釈、言いかえれば贈与の登記の効力を正面から論じており、それは一方において贈与者の一般債権者も九四一条の第三者にあたるかが争点となっているという事情にもよる。従って、必然的に登記の規定が重視される結果となり、意思主義の側面にのみ注目した〔1〕例と極めて対照的な判断が示されることになった。このように、「正権原は登記を要するか」の問いに対する答えは、先ず意思主義・對抗要件主義をどのような制度と解するかによって左右されるのであり、破毀院を含めた裁判所の動揺は、この点への模索の経過を反映するものとみうる。

〔3〕 *Montpellier, 18 fév. 1866; Civ. 16 juin 1869, D. 1866, 1, 478.*

〔事実〕C未亡人は、一八二八年九月二八日の売買又は遺産分割によってJ・Bから本件不動産を取得していたところ、この行為にはレジオン (lesion) による無効ないし解除の原因があったとしてJ・Bの代理人Aが訴えを提起した。これに対し、不動産の現占有者Cは、母であるC未亡人からの贈与を主張し、無効又は解除の出訴期間を五年間とする一三〇四条を採用すると共に、二二六五条の一〇年時効を申し立てた。

〔判旨〕原審のモンペリエ控訴院は、Cの占有が正権原及び善意の要件を満たすと認める一方、一八二八年の行為については、当時未成年であったJ・Bの父たる後見人L・Bが当該権原に基づいて付与された二五〇フランを受け取り、領收書を交付していることを指摘し、これによって原因を知りつつ履行がなされている以上追認があったものと認定した。Aは、この認定が追認に関する一三三八条に反する、登記されていない贈与は二二六五条の正権原たりえない、等を主張して上告。破毀院は、原判決を全面的に支持して追認を肯定した上で、時効の要件を争う上告理由に対しては、必然的に判断の利益がなくな

ったとのみ述べて棄却している。

右のように本判決は、売主の解除の主張（但し、遺産分割とみうる余地も留保されている）に対して転得者が取得時効をもって対抗したケースであり、典型的な二重譲渡とは異なる上に、解除自体が否定されたため、時効の判断は不要であって、破毀院の方はこの点については何も判断していない。しかし、モンペリエ控訴院は、傍論としてはあるが、登記されていないでも贈与は高度に正権原の性質を示す行為であると明言しており、注目に値する。また破毀院も、仮にこの点につき異論を明確にするならば、何らかの言及をしてもよかったように思われる。これに対し評釈は、正権原に関する判旨の見解を一般的でありすぎると批判し、時効を主張される当事者が登記の欠缺を対抗しうる資格の者であるか否かの区別を要するとコメントしている。この立場は後にもくり返し強調される。

[4] Caen, 20 juill. 1874, S. 1874, 2, 305.

〔事實〕V未亡人が用益権 (usufruit) を留保した上でB、M・Vを含む三人の子に対してなした一八五七年の贈与は未登記であったが、Bは後にその持分をM・Vに売却、登記している。M・VはB、P他数名に債務を負担し、Pに対する債務についてのみ抵当権を設定したので、B他も後に順次M・Vに対する抵当権を取得し、先の贈与が登記されていない点に配慮して贈与者たるV未亡人を連帯保証人とし、その持分上にも抵当権を設定した。M・Vの債務の清算に際し債権者間の配当の順位が争われたのが本件である。Pが抵当権の優先を主張するに際し、M・Vは目的不動産を二二六五条により時効取得していると主張し、一般債権者は贈与の登記の欠缺を対抗しえないと論じた。

〔判旨〕「……贈与は第三者に対しては登記所において登記しなければ完了しない。もし登記されなければ、贈与は彼らとの関係では法的に存在しないのであり、それは正権原ではない。なぜならば、何人も法の不知は認められないので、贈与は受贈者が知っていたという瑕疵を伴うことになり、この認識が一〇年時効に要求される善意を排除するからである……」

傍点を付した部分を中心とする判旨の議論には正権原と善意との混同が認められるが、一〇年時効の基礎となる贈与は登記されていないなければならないとする結論は明確である。本件の上告審判決である一八七六年の破毀院判決

(Civ. 26 janv. 1876, D. 1876, 1, 217.) は、次のように述べて同じ結論を維持している。

「登記されない贈与は、それが不動産の真の所有者から生じていても、贈与された不動産の所有権をその特定承継人との関係では何ら移転するものではないから、まさにそのことによって所有権をそれ自体で移転しうる権原として彼らに対抗することが出来ないし、その結果一〇年時効を許容するために要求される性質を備えた正権原ともなりえない。」

右判決に付された評釈は、贈与の登記と正権原の問題を概括するにあたって、[2]、[4]例のように受贈者が贈与者の特定承継人に対して時効を主張する場合と、[3]例のように無権利者から贈与を受けた受贈者が真の所有者に対し時効を主張する場合とを類型的に区別し、両者は必然的に結果を異にすべきものであるとの前提に立っている。即ち、前者において正権原は登記を要し、後者においては不要とされるのであるから、登記によって対抗すべき第三者との関係では、登記がなければ一〇年時効は主張しえないとの結論が導かれる。[1]例もこのような説明には適合する解釈となっており、判例にはこの意味での登記要求説の立場が先ず自覚的に形成されたとみることができ(3)る。次例は登記がない場合に一〇年時効の主張を認めたケースであるが、考え方は右の延長である。

[5] Req. 27 fév. 1905, D. 1908, 1, 333; S. 1906, 1, 505, note M. Naquet.

「事実」係争の建物は一八二五年に教区の司祭によって市有地上に建てられた。その後一八三五年にR・Pに贈与されたが未登記のまま、遺贈によってA・Pに、次いで売買によりPに譲渡された。当該市の納税者たる市民から、本件建物は建設と同時に附合によって土地所有者の所有に帰したものである(民法五五五条)として、所有権回復訴訟が提起された。原審は、受贈者R・Pが直ちに建物の占有を開始し一八五一年の死亡の日まで所有権者として善意の占有を継続していたのであるから、二二六五条の一〇年時効を認めうとした。上告理由は未登記の贈与が正権原となりえないことを主張する。

【判旨】「登記は贈与者と法律上の関係を持つ第三者を保護するという目的しかないものであり、九四一条の文言において贈与の登記の欠缺を対抗しうる利害関係人は、贈与者の承継人又は債権者だけである。それ故この登記の欠缺は、所有権侵害を理由に贈与された不動産の所有権回復を主張する者によって対抗されえない。」

右のように、贈与の登記においては、登記によって対抗すべき第三者の範囲が広く設定されているため、判例の

事案そのものも、本来の二重譲渡ケース以外のものを広く含める結果になっている。また、必然的に「登記がなければ正権原たり得ない」という結論が導かれ易かったことは十分肯けるであろう。いずれにしても、時効と登記に関する考え方のパターンは、後の売買のケースにおけると同じかたちで既に提示されており、肯定説の立場が本来の一八五五年法の解釈においてどう克服されるかが注目されるわけである。この民法典による独自の登記は、一八五五年登記法成立後徐々に本来の對抗要件主義に同化されるという経過をたどる。また、諸文献に引用される判例にはこれらの初期のケースを除いては贈与の例がみられず、専ら売買のケースが中心となっている。

(2) 売買のケース

売買の登記と時効との関係が論じられるのは、一八五五年法三条が物権変動一般の原則として對抗要件主義を導入した後のことであり、次例のモンペリエ控訴院判決は、はじめての注目すべき判決として詳細な評釈の対象となった。

[6] Montpellier, 8 nov. 1881, D. 1884, 2, 169.

〔事実〕P・Pの死後、F・F未亡人は一八五六年二月二〇日に本件不動産をJ・Pに売却し、一八五七年三月一八日に登記がなされた。P・Pの相続人D・PはJ・Pに対し、F・Fによる譲渡は無権原のものであるとして明渡の請求をしている。J・PはF・Fの無権利を認めつつも一〇年の取得時効を主張したため、D・PがF・Fに対し和解のための呼出状を送付した日付である一八六七年二月九日まで一〇年の時効期間が経過していたかどうか争点となった。時効の起算点が登記の日付からであるとすれば、未だJ・Pの取得時効は完成していないことになる。

〔判旨〕「……二二六五条に基づき一〇年時効によって不動産を取得した者の所有権は、契約された売買よりもこの時効自体の方に依拠している。実際、この場合には権原は、占有に性格づけを与え、善意をより確実にして時効の通常の間を短縮するために取得者に対して要求されているにすぎない。一八五五年法三条及び六条から明らかであるように、登記はそれが要求されている場合には直ちにかつそのみで法が付与する効力を生じなければならないのであるが、他方本件においては、登記はそれ自体では全ての効力を欠き、その力を登記が一つの条件でしかない時効の完成に借りることにならう。登記の欠缺は

不動産上に権利を持つ全ての第三者によって、それ故に真の所有者によって對抗しうるといふ異議も無意味である。この異議は一八五五年法の全く独自の目的によって論ばくされるのであるが、それは第三取得者又は債権者の安全を保証することによって不動産信用を確実にしようとするのであり、占有の喪失が十分にその権利の主張の遅滞となつてゐる懈怠ある所有権者の保護を目的とするものではなくないことである。……結局、登記されない権原は正権原ではないとする主張は無益である。」

右例の事案は、わが国の分類によるところのいわゆる原因無効型に該当するものであることを先ず確認しておく。評釈はこのようなケースにおいても、登記なしに正権原を肯定する考え方とそうでないものとの二つの対立する立場があると指摘する。後者をとる学説はその理由として、(イ)一八五五年法以来登記のない権原は第三者に対して所有権移転の効果を生じない、(ロ)登記をしていない当事者自身がこの瑕疵を知らないことはありえないので二二六五条の善意の要件をも欠く結果になる、(ハ)一八五五年法三条の第三者は「不動産上に権利を取得した全ての者」とされているから、事案におけるような真の所有者も当然にこれに含まれる、等の諸点を論拠とする。<sup>(5)</sup>

加えて、民法二一八〇条三項の存在が指摘されている点は特に注目を要する。同条は、抵当不動産の第三取得者たる占有者が抵当権者に対して一〇年時効を主張するためには、その権原が登記されていなければならぬとする規定であり、<sup>(6)</sup>ここでは確かに時効の基礎となる権原に対して明文で登記が要求されている。登記要求説を支持する学説は、右の条文を援用しつつ、所有権者に対するのと抵当権者に対するのとで時効の基礎に相違があるのは不当であると論じているのであるが、一八五五年法とは無関係の抵当権に関する特別規定であり、独自の立法趣旨に基づくものと反論されている。

結局、事案において登記を不要とする判旨が妥当とされる論拠は、一八五五年法の立法趣旨が占有を失なつた真の所有者を第三者として保護するものではない点に帰せしめられ、仮に時効取得者が登記をしていたとしても、売買の事実を知らない真の所有者にとってはそれは何の意味もないと論じられて<sup>(7)</sup>いる。しかし、それと同時に評釈



は、正権原に登記が要求されるタイプの事案も存在するとし、二重譲渡のケースを挙げる。ここでは登記の有無によって権原の優先が決定される建前がある故に、他例とは区別すべきであるとオーブリーロウも論じたのであつた。<sup>(8)</sup>このように登記法の解釈を前面におし出す考え方は、まさに先の贈与における議論の延長といえよう。

[6]例に「*バステリア控訴院判決 (Bastia, 5 fév. 1890, D. 1891, 2, 363)*」「*カーン控訴院判決 (Caen, 17 mars 1891, D. 1891, 2, 118)*」も全く同種の事案に対してほぼ同様の理由づけをもって登記不要説を結論づけた。<sup>(9)</sup>しかし、両判決の間に存在するアルジュ控訴院判決は、正反対の考え方をとって正権原に登記を要求している。評釈者はこの時期の学説もまた二分の状態であつたと指摘する。<sup>(10)</sup>

[7] *Alger, 15 nov. 1890, S. 1891, 2, 53; D. 1890, 2, 405.*

〔事実〕Kが売買によって取得・占有する土地に対し、所有権を主張するAが明渡を請求。原審においてKは、一八八七年五月八日のNとの売買契約で登録・登記を経ているものを権原として援用し、更に過去四人の前主の権原を立証した。これに対しAは、一八四九年に国からDへの譲渡がなされ、Dとの一八六七年五月六日の売買により所有権を取得したと主張する。判旨はKの証明する最後の前主が無権利者であつた故にKはAに優越しえないとし、Kの取得時効の申立に対しては次のように述べる。

一八五五年法が全ての不動産売買は登記しなければ全ての第三者に対抗しえないとし、AがKにとって第三者である以上、Kがその売買契約を正権原としてAに主張するためにはKは少なくとも本訴の一〇年前にその援用する権原の一つが登記されていることを証明しなければならない。然るに、Kの主張する最も古い権原は一八八〇年一月一日にはじめて登記されたにすぎないのであるから、KがAに対して正権原を取得するのはこの日付からであり、一〇年時効の期間は本訴提起の日には未だ満了していない。以上のように論じてKに土地の明渡を命じ、代わりに前主に対し順次担保責任の追及を認めたのが一審判決であつた。

アルジュ控訴院判決は、右の原判決を全面的に支持するだけのものである。

右例の結論は、一八五五年法三条の趣旨を、その文言どおり登記をしなければ全ての第三者に対抗しえないもの

と解したために導かれたものである。その限りで正権原における登記の要否を登記法の解釈に委ねる態度は一貫している。しかし、一八五五年法三条は、前述のように解釈によってかなり現行法に近いものに狭められていたことを考慮すると、権原対権原の鋭い対立となった事案の特色及び原判決の論旨にひきずられた特殊な判決とみられるようである。

然るに、このように一応の一貫性をみせていた判例の理論構成にもかかわらず、やがて二重譲渡ケースそのものが事案に登場した際には、時効と登記の関係は改めて検討を余儀なくされ、正権原における登記の要件は更に後退せしめられるのである。

[8] Civ. 1er août 1939, D. H. 1939, 465; S. 1940, I, 38; D. C. 1941, 91, note J. Radouant; J. C. P. 1940, II, 1475 note R. D.; Rev. trim. dr. civ. 1940, 111, obs. Radouant.

〔事案〕C・Jは相続により取得していた不動産を一九〇八年一〇月四日にRに売却し、後同年一月二〇日にこの不動産の一部をなす地下室 (garage) をC・Vに売却している。Rの取得は登記され、RからC・Vに対して地下室の明渡請求がなされたのに対して、二二六五条の取得時効が援用された。原審は、C・Vの取得が無権利者からのものであり正権原たりうると判示したので、Rは、同一前主からの二重譲渡にあたるから未登記のC・Vは登記を取得した者に対抗しえず、従ってC・Vの取得は正権原とはならないと争った。

〔判旨〕「……一八五五年三月二三日の法律一条及び三条によれば、不動産所有権を移転する行為を第三者に対抗しうるためには登記をしなければならず、同法の目的は排他的な権原を主張する同一前主の承継人間に生じた争いを解決することにあるとしても、同法は第一に登記した取得者を、同一前主から出た権原のみならず時効をも主張する他の取得者に対してまで保護するものではない。この時効は、権原が同一前主から出ているかどうかによって区別することなく所有権を取得せしめる性質のものである。」

判旨は右のように簡略であるにもかかわらず、登記法の規定を時効の要件と完全に切りはなすという一般論を明言した点において注目され、また売買のケースにおけるはじめての破毀院判決であるところからも、多くの解説、

評釈の対象となった。いずれも判旨を正当とする。

代表的なラドヴァン評釈は、先ず、事案のような二重譲渡ケースにおいて登記法の原則に従い時効主張者に登記を要求する場合には、第一の登記でなければ意味がないのであるが、仮に時効主張者（事案におけるC・V）が第一に登記するならば、この者の取得が優先する結果もはや時効主張の必要はなくなると指摘する。次いで、短期取得時効においては本質的要素は占有ではなく権原であるという主張に対し、所有権は占有の効力そのものによって取得されるのであり、権原は善意の要件と相俟って期間の短縮をもたらすにすぎないと論じる。登記法が解釈するのは権原対権原の対立であり、一方の主張が時効の側面に移されるや、問題は全く異なる次元で時効それ自体の問題として処理されなければならない。また、結果として、時効期間満了と共に登記名義人と実体上の権利者との齟齬を生じる不都合は、時効完成を確認する判決の登記によって回避されるべきであろうとつけ加えている。J.C.P.のR・D署名の評釈のように、占有に内在する公示があるのだから登記による公示は不要であると指摘するものもある。しかし、全く批判の余地がないほど問題の解決は妥当だといえるのであろうか。更には、事案との関係で判決の射程距離を議論する余地もあるようにみうけられる。次例では、未登記の第一譲渡人からの転得者が時効を主張している。

[9] Lyon, 27 fév. 1947, J. C. P. 1947, II, 4118 obs. Beccuqé.

【事実】一八八二年一〇月二日、FとJの間でJの所有地に隣接する不動産の売買がなされたが登記はされなかった。一八八三年一〇月二〇日、JはこれをJ・Fに転売し、J・Fは登記をした。P・Fは一九二五年四月二三日にFの相続人から同じ土地を取得し登記している。P・FからJ・Fに対する所有権の主張に対し、J・Fは係争地上に眺望、導水、屋根の張り出し等の地役権を時効取得していると争った。

【判旨】「……従ってJ・Fは表見所有権者から善意で確実に権原を取得しているので、取得時効によって所有権を、また三〇年時効によって永久的な外部的徴表により表示されている眺望、導水、雨水の排水のような継続かつ表現の地役権を取得

しえたものである。また、それに到達するために必要な前述の期間は、一八八三年一月二〇日の取得の日そのものか又は一八八四年の物件窓及び導管の建設の日より起算されなければならない。」

右例では、当事者が所有権の時効取得を主張していないために、判断は三〇年時効による地役権の取得の有無のみにとどまっているが、傍論として所有権取得の可能性が肯定されており、判決要旨は、二重譲渡において先に登記している譲受人であっても時効を主張する他の譲受人に対しては保護されない点を掲げている。また評釈は、本判決が一九三九年判決の原則を適用しつつ新たな結論をつけ加えたものと評価する。即ち、[5]例において時効主張者は全く未登記の第二譲受人であったが、本件のJ・Fは自らは登記を経ており、ただ前主の取得が登記されていないために対抗力を欠く事情の者であった。しかし、登記による対抗の問題を時効から切り離すという前提による以上、判決は当然の解決を確認しているにすぎない。

[4] Civ. 1er, 26 oct. 1953, D. 1954, 24.

〔事実〕一九二九年にOはRから本件土地を買受けて占有してきたところ、一九四四年にRは同じ土地をS・Aに二重譲渡し、登記もなされた。O(判旨の原文ではRとされているが、諸般の状況からOと読むべきものと解される)は第二売買の無効を主張し、それと共に二二六五条の正権原として、前主に宛てた一九三七年と一九三九年付の二通の手紙を提示した。原審はこれを單純に正権原と認めたため、S・Aから上告。

〔判旨〕「正権原の存在に基づき一〇年時効によって不動産の取得を認めるためには、この点に関し提示された書面が、内容及びその陳述する事情によって、善意を作出する所有権移転を実現しうるものであったかどうかを正確にする性質のものであることが重要であり、その際、二重譲渡が同一前主によりなされたものであるや否やを区別する必要はない。」

右は、正権原の認定が破毀院の判断事項であることを示す事例として先ず注目されるのであるが、同時に、判旨の末尾にみられる一般論が、事案におけるOの時効取得の可能性を肯定する故に、[8]例の延長上の判決として位置づけられている。<sup>(11)</sup>しかし、Oが未登記の第一譲受人である点は、むしろ[9]例のタイプであり、次例もこれに近い。

[11] Paris, 18 nov. 1968, J. C. P. 1969, II, 15742, concl. Baricaud; D. 1969, somm. 126; Rev. trim. dr. civ.

1969, 358, obs. Bredin.

〔事実〕Hが占有、居住する土地に対して、一九六五年八月一〇日所有権を主張するGからの明渡請求がなされ、次いで本訴が提起された。Hは一九二四年に締結されたSとの間の本件土地売買契約 (Evan-L-contrat) に基づき占有を継続していたものであり、未登記であったが代金は完済されていた。他方Sは、一九三六年に同じ土地をGにも譲渡し、GはSの相続人に履行を請求する訴えを提起して、一九六二年二月一六日付の勝訴判決を得、これを登記している。一番ではHの占有が無権原のものであるとしてGが勝訴したため、Hが控訴、ここで一〇～二〇年ないし三〇年の取得時効を申し立てた。

右の控訴には、検察官による長文の結論的申立 (conclusions) が付されており、これに従って判決は、時効の成立を肯定すべく (結論的申立は一〇年時効の成立を十分示唆している)、Hによる占有の性質及び期間について確認するための審理を命じている。

本件もまた、未登記の第一譲受人が登記を経た第二譲受人に対して取得時効を主張するケースとなっており、ブルダン評釈は、取得時効が所有権の立証手段であるにとどまらず、取得方法でもあることの当然の帰結であるとす。即ち、登記法の効果を斥けて未登記者の方を所有権者となしうる程に強力な法的効果を持つのが時効制度であり、その唯一の根拠は長期の占有に正当性を与えることだからである。このタイプの事案については、わが国では、自己のものの時効取得は可能かという問題提起がなされているが、その点の議論はここには全くみられない。しかし、一般論としては、本件事案のような状況下では第一譲受人が真の所有者からの取得者となるため、正権原が無権利者からの取得を前提としていることの例外にあたるという指摘がみられる<sup>(12)</sup>。言いかえれば、二重譲渡ケースに時効を適用することは、フランス法においても既存の原則を若干はみ出す解決となっているのであり、この事実には注目するであろう。

(12) Civ. 3e, 6 nov. 1975, J. C. P. 1977, II, 18609, obs. Dagot.

〔事実〕一九〇五年七月二一日、F・Cは土地台帳の誤った表示に基づいて本件土地をM・Gに売却し、登記がなされた。F・Cはその後M・Gと結婚する。妻の死後一九四〇年になってF・Cは再び本件土地をMに売却し、登記もされた。M・G

の相続人から第二売買の無効を訴えて一九四二年訴訟が提起されたのであるが、原告死亡のため、Mの申立によって一九五五年に一度訴えの失効が宣言された。一九六八年になって再び相続人から第二売買の無効、土地所有権の回復、損害賠償を求め本訴が提起された。原審はM側に一〇年時効の成立を認め、登記した第一譲受人の相続人である原告らを敗訴させたので、事案のような二重譲渡ケースには取得時効は適用されないと主張する本件上告がなされた。

〔判旨〕「短期のものであれ、取得時効を導くために法が要求している条件を満たす占有は、法定の期間の満了時に占有者を所有権者とするに十分であり、占有者が所有権主張者と同一の前主よりその権利を取得したか否かを問わない。控訴院は、M夫妻が一九四一年二月一日以降正権原を有しており、悪意の立証もないとした上で、一九四二年の訴えの提起による時効中断は訴えの失効により成立しえないと判示したのは正当であるから、二〇年の有効な占有の効果として、民法典二二六五条以下の適用による取得時効の利益は、当該夫婦に対して、一九六一年二月一日以降、それ故一九六八年二月四日及び一日の訴えの提起以前に認められることになる。」

本判決に評釈を書いているのは、不動産登記法の専門家と呼ぶべきダゴである。彼は、判例の中に不動産登記より一般法を優先させるといふ一つの傾向がみられることを指摘し、<sup>13)</sup> その一環として本判決を位置づける。すなわち、二重譲受人の双方が登記しているため、紛争が端的に登記法によって解決される場合であっても、時効の主張が禁じられる理由はなく、時効に対しては登記法は本来下位の法となるのである。他方、事案においては、第二譲受人も登記しているため、仮に正権原は登記を要するとの考え方をとったとしてもこの者は短期時効を主張するのであるが、登記法の観点からみれば、後れてなされた登記は意味を持ちえないのであり、この者の地位は登記しなかった者と何ら変らない。それ故に、二重譲渡ケースにおける問題は、正権原に登記を要求すべきか否かではなく、登記法によって問題が解決されるような紛争類型に取得時効とりわけ一〇年時効の規定を適用すべきかどうかであることが明らかとなる。このこと自体は、判例が一貫して肯定してきたところであった。

〔3〕 Civ. 3e, 31 Janv. 1984, D. S. 1984, 396.

〔事実〕一九三〇年にB夫人からBに対して本件土地（海外領土ガドルプ所在）の売買がなされ、登記された。B夫人は一

一九六八年に再び本件土地をPに売却しており、Pは登記はないが占有している。Bからの返還請求に対しPが一〇年時効を援用。原審は時効取得を認めため、Bは、一九六八年の売買は登記されていないから第三者たるBに対抗しえず、故に一〇年時効の基礎となりえない、Bの取得は登記されているのであるからPに知られてはいたはずであり、Pは善意ではないと争って上告。

〔判旨〕「しかしながら、一方では、登記を欠く場合であっても一〇年時効を主張する当事者が土地の占有を取得する根拠となつた行為は、それが所有権移転を生ぜしめるものである限り正権原となる。他方、P夫妻の善意に関する事実審の専権的評価は、破毀院において争うことができないものである。」

最も新しい破毀院の右判決において、事案は再び先例となつた一九三九年判決のそれと同一のものである。即ち、登記を完了した第一譲受人に対して未登記の第二譲受人から短期取得時効が主張されている。「正権原は登記を要しない」という伝統理論に従つて問題が解決されることは当然予想されるのであるが、この度は上告理由で第二譲受人の善意が争われており、評釈者はこれを支持するという興味深い展開が示されている。

オペール評釈は、善意の有無が破毀院の判断事項となつた点を重視し、これを事実問題であるとした判旨は不当であつて、「占有者の善意は第三者の取得について有効になされた公示と両立しうるか」という法律問題であり、しかも答えは否定的でなければならぬと論じる。不動産登記による直接の紛争解決は極めて限定された領域においてのみ適用されるとしても、適法に登記した者に対して未登記者が有利な地位に立つことを一般論として肯定することは妥当でないとの実質的理由から、適法に公示された権原は同様の登記義務に服する者に対しては悪意の推定を与えるとは解すべきであるというのがその主張である。

右の議論は、評釈が一方において判旨の第一点を異論なく支持することと矛盾しないであろうか。少なくとも評釈の意図する結論は、従来の判例理論の帰結とは全く逆のものであることは確かである。しかし、登記が善意・悪意の法律上の推定をつくるという議論は、過去にも散見されたものの、<sup>(1)</sup>必ずしも登記法の本来の理解とはなり得な

かつたし、逆に第一買主が未登記で第二買主が登記しているような状況にこの議論をあてはめるならば、むしろ事実上反する推論となるであろう。それよりも評者は端的にここでは二二六五条の正権原は登記を要すると論じるべきではなかつたであらうか。これにより、本来登記法による解釈がなされるべき二重譲渡ケースにおいては、登記の懈怠をカバーするかたちで一〇年時効を援用することは許されないとの解決が常に導かれることになる。不動産登記制度の安全に配慮する評釈者の意図はそこにあつたはずであるが、もはや伝統理論となつた判例、通説にあえて正面から異を唱えることを避けたものであらうか。

このように、一九三九年判決以来の判例の解決には必ずしも異論の余地がないわけではないが、今後判例理論がゆらぐという可能性も先ずないように見うけられる。時効と登記を切りはなし別個独立に機能させるといふ判例の決断は、長い時間をかけた試行錯誤の所産であるだけに、相当の合理的裏付けを有しており、それ故に学説の一致した見解ともなり得たのである。

最後に、学説の対応を概括してみると、初期の登記要求説としては、トロロン、ドモロンブ、ローラン、コルメ・ド・サンテール、ポードリーラカンティネリ等が挙げられており、オーブリロウには注目すべき改説がみられる点は先にもふれた。これらの学説は、一八五五年法三条を念頭におきつつ、一般論としては、未登記の取得者も三〇年時効はもちろん、善意の要件が伴うならば一〇〜二〇年時効を主張できることを認めている。しかし、本来の二重譲渡ケースに限つては、登記によつて解決されるべき問題を時効におきかえて登記の不備をカバーすることは許されないと論じているのである。オーブリロウの体系書も五版までは右のように論じ、これを多数説と評している。<sup>(15)</sup> 改説の契機がどこにあつたかはここに明らかになしえないが、いづれにしても、一九三九年の破毀院判決当時には、学説の大勢は登記と時効を完全に切り離すといふ登記不要説に傾いており、判決自体もそうした状況のごく自然の延長であつたとみてよいようである。また右の結論に対しては、最近の学説にも異論は少なく、<sup>(16)</sup> 先の<sup>(17)</sup> 14



例におけるオペール評釈の批判も、偶々論点が正権原の問題をはみ出した故の動揺であって、改めて、この解決が必ずしも絶対のものではないことを想起させたにすぎない。

(3) 確定日付に関するケース

一〇〇二〇年時効の基礎として二二六五条が要求する正権原は、登記は別としても、確定日付を有するものでなければならぬが、判例・学説のもう一つの重要な論点であった。法律行為の日付の証明は公正証書 (*acte authentique*) によるとき最も完全であるが、私署証書 (*acte sous seing privé*) に関しては、革命期以来の立法による証書登録制度がおかれているため、これに従って登録がなされなければその日付を第三者に対抗することができない。これは民法一三二八条が規定するところである。

判例には、ここでも登録を要求する例とそうでないものとの双方がみられたが、やがて必要説に確定してゆく。<sup>(18)</sup>

前出(7)例のアルジェ控訴院判決は、正権原に登記を要求する厳格な立場から、登録による確定日付が取得されることをも当然の前提とする。これに対し、同時期のカーン控訴院判決<sup>(19)</sup>は、登記は不要としつつも、一〇年時効の起算点は証書が確定日付を取得した時でなければならぬとした。初期の破毀院判例には直接この点の判断に及ぶものはみられず、登記と一体の問題として論じられているのみであるが、次例に至って積極説の立場が典型的なもので確認されることになった。

(14) Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1961, J. C. P. 1962, II, 12472, obs. Bulté; Gaz. Pal. 1961, 2, 266; Rev. trim. dr. civ. 1962, 135, obs. Solus.

〔事実〕E・Lは一九四九年に母から相続したコルシカ所在の本件土地を一九五三年一月二〇日にM・Vに売却し、一九五四年八月一二日に登記がなされた。M・Vが土地の占有者であるVらに明渡請求したのに対し、Vらは本件土地はVらの先代がE・Lの母から一九二六年七月二四日に買受けたものであると主張したが、売買契約は私署証書によるもので登記もされていなかった。M・Vが一八五五年法を援用して登記の優先を主張するのに対し、原審は同一前主の承継人間の争いではないと

いう理由でこれを否定し、Vらの時効の申立を認めて、「一九二六年七月二四日から一〇年以上の占有がある」と論じたので、M・Vから上告。

〔判旨〕原審の最初の論点については、事案が相続介在二重譲渡であり結局前主は同一人に帰する以上、一八五五年法三条の適用があるとする。次いで、時効の認定に際して原審が私署証書による契約の日付を時効の起算日とした点について、民法一三二八条によれば、本件私署証書が確定日付を取得するのは署名者の一人であるVらの先代の死亡の日であるから、取得時効はこの日を起算点としなければならないとして原判決を破毀した。

事案は相続介在二重譲渡であるために、原審はこの点を理由として登記による解決の主張を斥けたのであるが、時効取得者を勝たせるといふ結論そのものは先例からみて妥当であった。しかし、相続人は被相続人の地位の承継者であるから、相続介在二重譲渡もまさしく同一前主からの二重譲渡にあたるという結論は、早くから破毀院が確認しているのであり、この点の理由づけの誤りは明らかである。登記法の適用を前提としつつも、二二六五条の正権原は登記を要しないと論じられるべきであった。この点は評釈も指摘している。

破毀理由のもう一点は、私署証書に確定日付を取得しなければ時効の基礎たり得ない点を判示する。従って、一〇〇年時効の起算点は確定日付取得時となり、単純に占有のみを要件とする三〇年時効との性質の相違をきわ立たせる結果になっている。

⑤ Civ. 3e, 16 Janv. 1969, D. 1969, 453.

〔事案〕B不動産会社がC市に対して本件土地の所有権回復請求をしたところ、Cは一九三七年八月二三日付の私署証書を権原として提出し、短期時効を主張したので、原審はこれを認める。C上告。

〔判旨〕一三二八条に規定されている態様の一つに従って確定日付を取得しているかどうかを審議することなく、Cの援用する私署証書がBに対抗しうる正権原となりうるとした原判決は理由不備であるとして破毀移送。

正権原は確定日付を要するとの前提が明らかである以上、右の判決は当然といえよう。こうして、正権原には登記を要しないが確定日付を要するとの判例理論は今や明確になった。しかし、コルニユがこの結論を逆説的と評し

ているように、必ずしも十分説得的な理由づけがなされているわけではない。学説は深く理由を問うことはしていないが、短期取得時効に正権原が要求されているならば、この制度が機能的にみて取引安全を志向するとみうる一方、そこでの時効を単純に占有に基づく制度と解しえないことも明らかである。それ故に、フランス取引社会の基礎にある証書主義とそれに伴う確定日付の伝統をこの場合の正権原に否定することは何ととっても不自然であり、この点における判例理論はやはり肯定すべきものといえよう。

註

(1) この点に関する民法一三二八条は、次のように規定する。「私署証書は、それらが登録された日、それに署名した者若しくはその一方の死亡の日又はその内容が封印調書若しくは財産目録調書のような公の吏員によって作成された証書において確認された日からでなければ、第三者に対して日付を有しない。」なお、登録については、共和暦七年霜月二二日法により確立された帳簿への登録制度が現在租税法典に承継されており、私署証書は作成の日から一〇日以内に登録されなければならないとされている。

(2) 滝沢・前掲論文(三) 法協九三卷一二号七頁以下参照。なお、transcriptionを指す用語としては、謄記、登記、公示等を考へうるが、本稿では特に必要ない限り登記に統一している。

(3) すなわち、登記しなければ対抗しえない第三者に対しては、登記されない贈与は存在しえないのであるから、正権原としての所有権移転の効果はありえないとの理解が前提となっている。民法九四一条の登記の効力に関するこのような説明の例として、評釈はドモロンブを引用するが、初期の対抗の理解の典型例である。

(4) 滝沢・前掲論文(三) 法協九三卷一二号七八頁参照。

(5) 一八五五年登記法三条は、「……謄記までは不動産上に権利を取得しかつ法律の規定に従つてこれを保持する第三者に対抗しえない」との文言を含む。しかし、解釈論としては、既に「同一不動産につき同一前主との間に競合的に権利を取得した者」という要件が付されており、本文の理解は疑問である。

(6) 「(前段略)時効は、権原(正権原)を前提とする場合には、その権原が不動産所在地の抵当権保存所において公示された日からでなければ、進行を開始しない」とある。現行規定でもある。

(7) 評釈の論じるところは註釈学派の一般的な議論でもあった。Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. 24, n° 463; Aubry et Rau, Droit civil français, t. 2, 5e éd., § 209, note 106, p. 472 et s.; Baudry-Lacantinerie et A.

Tissier, Traité théorique et pratique de droit civil, t. 28, 3e éd., n° 674~676. この限りの登記不要は、一八五五年法三条の解釈によって第三者の範囲を確認したにすぎない。しかし、その後も時効と登記を切り離すという一応の認識を要したのであり、問題はこれを真の對抗関係にまで拡張すべきかどうか、どうかに絞られる。

(8) 同書は後版では改説し、真の對抗関係においても正権原は登記を要しないと論じている。

(9) いずれも無権利者との売買に基づいて不動産を占有する者が、真の所有者からの返還請求に対して、一〇年時効を申し立てたケース。

(10) note sous Bastia, 5 fév. 1890. 但し、この時期の論争は、あくまでも判例に登場した事案をめぐってのものである。特に注意を要する。

(11) Ripert et Boulanger, op. cit., n° 2704, note (2); Mazeaud, op. cit., n° 1504.

(12) Mazeaud, loc. cit.

(13) 同一の傾向を示す例として指摘されているのは、Paris, 7 nov. 1975, J. C. P. 1976, IV, 88 (私署証書による売買が契約当事者以外の者にも對抗しうる余地を認めた例)、Civ. 1er, 12 nov. 1975, J. C. P. 1976, II, 18359, obs. Dagot (二重売買がいずれも登記されていない場合に、第一契約を優先させた例) などである。

(14) この一端については、滝沢律代「民法一七七条における悪意者の問題(二・完)」成城法学一四号五一頁において言及した。

(15) Aubry et Rau, op. cit., § 209, note 107.

(16) 例えば、一九三〇年のユラン・カピタン・シュスラン等の体系書には、このような特色が顕著に認められる。いずれもそれまでに判例に登場した(6)、(7)例他のタイプの事案のみを念頭においた議論を展開し、登記不要を強調するものであるが、その説くところは必然的に登記と時効を完全に切り離す方向につながっている。Colin et Capitant, Droit civil français, t. 1, 6e éd., p. 968; Jossierand, op. cit., n° 1762.

(17) Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. 2, 1957, n° 2704 は少なくとも例(1)であり、判例、通説を批判し、一九五五年の登記法改正に際し、二二六五条に公示の要件が追加されるべきであったと

する。短期時効を登記と切り離して適用することは不動産登記の目指す取引の安全を害するというのがその主張であり、正権原が未登記である場合には三〇年時効の適用を考えている。他に Carbonnier, op. cit., p. 282 が正権原とは登記が可能な権原を指すとの前提をとりつつ、判例に疑問を投じている。

(18) これに対し、学説は早くから確定日付を要するとの立場に確定し異論をみないようである。例えば Duranton, Cours de droit civil suivant le code français, t. 11, 1841, n° 380 などその点を明言する。

(19) Caen, 17 mars 1891, précité.

(20) cf. Req. 18 janv. 1899, D.P. 1899, 1, 134 et note.

(21) Req. 1er déc. 1902, D. 1904, 1, 1.

(22) Cornu, op. cit., n° 1584.

### 3 小括

いわゆる二重譲渡ケースにおける時効と登記の問題は、フランス法においては、民法典二二六五条の一〇〜二〇年時効の成立要件として、法文の要求する正権原が登記されたものでなければならぬかというかたちで論じられてきた。従って、正権原が問題とならない三〇年時効においては、時効主張者の登記の有無を論じる必要がないことは明らかである。また、結論的には、正権原は登記を要しないとすることが判例・学説のほぼ一致した見解となっており、未登記の譲受人は、先登記した対抗関係に立つ譲受人に対しても短期取得時効を主張しうるとされる。

その根拠は、基本的には不動産登記と時効とがそれぞれ別個独立の自律的制度であって、両者は切り離しそれぞれ自律的に適用されるべきものである点に求められた。登記によって対抗すべき第三者の範囲を解釈しつつ、第三者に対しては登記しなければ時効の主張をなしえないとする立場は、最終的には斥けられたのである。

しかし、事案に即して検討するならば、同じく二重譲渡ケースでありながら、時効主張者が第一譲受人であるか、第二譲受人であるかによって問題の様相は多少異なる点が注目される。すなわち、[8]、[9]例に典型的にみられ

るように、Aからの第一譲受人Bが登記を経て完全な所有権を取得している状態の下で、仮に二重譲渡が生じ、善意の第二譲受人Cが未登記のまま占有を継続したとする。正権原は無権利者との取引によって生じるのであるから、まさにCが二二六五条による時効取得を主張しうることは合理的である。C自身の登記の有無は、いずれの場合でもCに劣後するという意味で、ここでは特に相違を認める必要はなく、それ故に正権原は登記を要しないとのテーゼを肯定しうると考えられる。

これに対し、[9]、[10]、[11]例のように、Bが未登記にもかかわらず、先登記したCに対して時効を主張するケースは、フランス法理論の下では、A B間の契約が真の所有権者との取引となるために正権原という理論の枠をはみ出し、問題は二二六五条の対象外という結論にもなじむのである。しかしながら判例・学説は、一致してこのような状況におけるBに取得時効の主張を許してきた。その理由を、マゾーは、理論を超えた実質上の要請であると分析している。すなわち、前例におけるC、後例におけるBは、共に登記の懈怠を責められるべき地位にあるが、兩者のうちでは先取得者であるBの方がより有利な地位にあることは確かであり、Bに短期時効の主張を認めないと、譲渡人がBの未登記に乗じて一〇年後であっても第二の譲渡を企てる危険がある。いずれにしても、Bに対しCよりも厳しく対処しなければならない理由はない。また、理論的にみても、正権原が真の所有者からのものでありうることはローマ法も肯定しており、公示の欠如故に権原が効力を欠く場合には、一〇年時効によりこの瑕疵が治ゆされると解すべきである。<sup>(1)</sup>

こうして、二重譲渡ケースにおける未登記者に短期時効の主張を許すという結論は、理論と実際の両面からの裏付けを与えられているが、その結論は絶対的なものというより、一方で正権原には確定日付が要求されている点と対比すると、結局は裁量に基づく妥当性の感覚に由来するものと言えるようである。<sup>(2)</sup>

ところで右の問題は、言いかえれば時効当事者間における時効主張の要件を問うものであるのに対し、わが国の

二重譲渡ケースにおいては、時効完成後の取得者に対して民法一七七条が適用されるべきかというかたちでより本質的な問題提起がなされてきたわけである。<sup>(3)</sup>この点に関しては、既に指摘されているとおり、フランスの不動産登記法は時効を登記による対抗の適用外としているため、ここでも直接には比較の対象となし得なかった。しかし、引用した判例にはこの場合の登記の必要性に言及するものもあり、少なくとも判決によって時効取得が確定した場合には、現行では一九五五年法二八条(1° a 参照)<sup>(5)</sup>によってこれが登記を義務づけられることは確かである。また、時効取得が登記による対抗の対象外とされるのは、フランス法の登記制度が証書の登記というシステムに依っているため、証書の存在しえない物権変動は必然的に登記が不可能であるとの理由によるのであるが、実務上はこの不都合をカバーするために時効当事者間で書面が作成されているとの指摘もみられ、<sup>(6)</sup>注目される。時効取得が相当程度に公示されているという事実を確認しておく必要があるであろう。

註

(1) Mazeaud, op. cit. no 1504 et p. 225 (Lectures).

(2) すなわち、対抗関係においては正権原に登記を要求するという議論も、相当の合理性を持って十分成り立ちうる。しかし、二重譲渡ケース以外の事例の解決と比較するとき、登記不要説貫徹することが衡平でありかつ正論であろうとわたくしは考えている。

(3) 未登記の者に時効(少なくとも短期の)の主張を許さないという考え方は、この問題を克服する一つの方法として提示されたのであり、時効取得を公示させるという目的に対して、異なる角度からの実体的制裁をもっておきかえる解決であることは、十分自覚されるべきであらう。

(4) 滝沢・前掲論文(三)法協九三卷一・二号一〇六頁註(5)、一一三頁、星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集第四卷三三三頁参照。

(5) 「民法典の規定する態様に従って保存される先取特権、抵当権以外の不動産物権の移転若しくは設定にかかわるか又は生存者間でこれを確認する全ての証書及び裁判上の決定は、不動産所在地の抵当権保存所で義務的に公示されなければ

ばならない」との規定である。また、先の山例の結論的申立も、時効取得を確認する判決が公示に服させられることに言及している。

(9) *Dagot, op. cit., p. 122.*

(未完)

(たぎなわ・いつよ) 法学助教授