

取得時効と登記 (二・完)

——二重譲渡ケースを中心に——

滝沢 幸代

- 一 序
- 二 フランス法の分析(以上一九号)
- 三 判例理論の再構成
- 四 結び(以上本号)

三 判例理論の再構成

1 前提となる考察

(1) 日仏法の接点

フランス法の分析から導かれるところをここでの考察の基礎に据えるためには、われわれの取得時効法が、民法一七六条・一七七条におけると同様の意味において、フランス法と同質の構造を持つことを確認しておかなければならない。しかし、この点に関しては、これまでに論じられてきたところ及び指摘されている資料によっても、解

釈論の前提として必要な内容は既に明らかにされているとみうる。⁽¹⁾

すなわち、現行民法の時効の規定が大部分旧民法を承継するものであり、その限りで沿革的にはフランス法にながるという理解には異論がない。一般論としても、継受の対象となり得たもう一方のドイツ法が、登記簿取得時効（民法九〇〇条）と除権判決取得時効（民法九二七条）という登記簿を中心とした独自の制度を持っているために、わが国の取得時効法を系譜的にフランス法に結びつけて考えることは極めて自然である。

しかし、右の立法的継受の過程においては、ポアソナードの創見が加えられたことよって、旧民法の規定は、内容的にみてフランス法とは相当趣きを異にするものとなった。すなわち、証拠篇におかれた時効の法的効果は「法律上の推定」にとどめられ、直接権利の得喪原因とはされていない。⁽²⁾この点が修正されるのは現行民法起草の際であり、本来のフランス法同様、取得時効も実体法上の制度として所有権取得の一原因と改められたわけである。それと同時に、時効期間の点でも、旧民法の三〇年、一五年が二〇年及び一〇年に短縮されるといふ注目すべき変更がみられる。また、旧民法の短期取得時効においては、フランス民法二六五条に倣って善意と正権原が要件とされていたのに対し、現行の民法一六二条二項ではこれが善意・無過失に改められており、フランス法に対する独自性が示された。⁽³⁾しかし、これらの経緯、相違点は日仏法における取得時効の基本構造を本質的に異ならせるものではなく、少なくとも法文上は登記と無関係に長期占有者が保護されるのであり、その効果は実体法上の所有権取得原因とされ、かつ援用の制度を持つ。また、時効期間の相違には興味ある議論もみられるが、これはどちらかといえば付随的な問題であろう。

ところで、ポアソナードによる旧民法の時効制度は、時効制度の存在理由に遡った考察の結果を、法律上の「推定」という法律構成に結びつけた点の獨創性が高く評価されている。従って、これを現行の規定にあえて修正した起草者に対しては批判もあり、⁽⁶⁾特に時効の存在理由に対する理解の混迷が指摘されているのであるが、わたくしはむしろ逆の見方をとりたいのである。

時効の存在理由が、古くから多くの議論を呼んだ難問であることは否定すべくもない。ポアソナードがその自然法(性法)に根ざした道徳的な姿勢を時効法にも貫き、フランス民法典に反してまで「推定」の法律構成を採用したことは一つの見識であって、時効法の将来にまで及ぶ問題提起であったこともまた確かであろう。これに対し、時効法は、本稿でも大まかにたどって来たようなローマ法以来の沿革を経て、確実に権利の得喪原因として近代法の中に定着しており、その限りでは、起草者が指摘したようにドイツ法の事情も同じである。こうした比較法的、史的事実を踏まえて、ポアソナードの立案を膠見とみた起草者は、むしろ立法者としての現実的なバランス感覚やその民法学の成熟度を賞讃されてよいのではなからうか。⁽⁷⁾

時効の存在理由が多義的であって、一貫した論理的説明になじみにくいことは、時効法そのものの内在的問題であり、起草者の側に十分な対応がなかったとしてもやむを得ないとみなければならぬ。⁽⁸⁾と同時に、立法的継受の問題を含めて、広く比較法的研究の意義を考えるとき、われわれが通常そうせざるを得ないように、研究対象となる主要な外国法(英、米、独、仏法など)のあり方にならうという判断方法がやはり相応の積極的な意味を持つことを改めて考えさせられる。すなわち、絶対の真理というものは必ずしも明らかになし得ない状況の下では、沿革的事実の重さや経験の蓄積が導き出す結論が最も信頼に足る指針となるのである。加えて、可能な限りこれら諸外国と同一の法論理を確認してゆくことは、近代社会としての論理構造を等しく分け持つことを意味し、それにより西欧社会と同一の視点に立って共通の議論をすることが可能になるからでもある。このような意味において、本稿もまたフランス法の結論を肯定的に参照してゆきたいと考える。

(2) 判例・学説の問題点

(1) 従来までの議論

先ず、先に概括したわが国の判例の諸原則⁽⁹⁾をもう一度確認しておくべきであろう。

第一原則 Aの不動産をBが時効取得した場合には、A Bは物権変動の当事者であるから、Bは登記なしにAに時効取得を主張しうる。

第二原則 Aが所有不動産をBの取得時効進行中にCに譲渡した場合には、CはBの時効取得については当事者となるから、Bは登記なしにCに時効取得を主張しうる。

第三原則 Aが所有不動産をBの取得時効完成後にCに譲渡した場合には、AからB、Cに対して二重譲渡がなされた場合と同様に扱ひ、Bは登記しなければCに対して時効取得を主張しえない。

第四原則 右の場合に、Bが時効期間の起算点をずらして、Cへの譲渡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。

第五原則 第三原則の適用を受ける場合にも、Cの登記後にBがさらに時効取得に必要な期間占有を継続すればCに対して時効取得を主張しうる。

これらに、もう一点「自己の物の時効取得が可能である」を加え、一応六つの原則を視野に収めておきたい。右のような判例法の結論に対する学説の批判は、安達教授が次のように簡潔に要約しておられる。¹⁰⁾ ① Aの所有不動産をBが一八年占有した後、Aがその不動産をCに譲渡して移転登記をし、更にBの占有が三年間継続したとするならば、Bが善意・無過失の場合には右の第三原則の適用によりBはCに優先しえない。これに対し、Bが悪意か有過失の占有者である場合には第二原則によってBはCに優先する。このように悪意、有過失の占有者の方が有利となることは、法文がこの場合により長い時効期間を要求していることと矛盾し不合理である。② 占有の継続が長ければ長いほど取得時効の保護が与えられるべきであるのに、時効が完成すると、登記していなければ保護が与えられないためにかえって取得時効の効力が弱くなるのは不当である。③ 時効完成後に登記を経由して取得した第三者は保護されるのに、時効完成直前に登記を経由した第三取得者は保護されないのは不当である。

すなわち、ここで指摘されているのは先の第二原則と第三原則の間に生じる矛盾であり、前者が占有中心の考え方であるのに対し、後者では登記が重視されるところから、学説にはいずれかのサイドに立って矛盾の解消を試みる立場が対立することになった。占有尊重説は、基本的にはわが民法の取得時効が占有のみを要件とし、占有の継続を尊重する制度となっていることを重視するが、解釈論としては第三原則の介入を意識した上で、時効期間の逆算ないし起算点のくり下げを主張する⁽¹⁾。これに対し登記尊重説は、登記による取引の尊重を第二原則にも導入して一貫させるため、登記を時効中断事由とするに等しい解決を主張する結果になる⁽²⁾。折衷説についてはひとまず措きたい。

議論はここまでの確に整理されているのであり、矛盾の原因を更に次のように絞ることができよう。先の①で指摘されたように、判例法が善意・無過失の占有者よりも保護理由を欠く悪意又は有過失の占有をより利する結果を導くのは、時効期間が短かければそれだけ早く時効取得ができる反面、登記をしていないことよって取得した権利を再び失う可能性が高くなるからである。すなわち、「時効が完成するとかえって取得時効の効力が弱くなる」のは、ひとえに時効完成後には登記を取得することが要求されるからにはかならない。民法一七七条が契約に基づく物権変動に登記を要求していること自体は必ずしも不合理とされないのに、時効取得については同じ原則の適用が不都合を生じさせるのは何故か。問題の一つはこの点にあり、取得時効が対抗要件主義の本来の理論と果して調和しうるものであるかを根底から再検討する必要があるといえよう⁽³⁾。

(四) 登記の必要性・時効援用後の登記

取得時効の沿革を視野に含め、他方、立証の困難を救済するという制度の主たる存在理由のみならず多元説に立って種々の存在理由を考慮した場合にも、この制度が長期の占有ほど保護に値するとの前提を持つことは否定し得ない。加えて、民法一六二条は取得時効の成立要件として何ら登記に言及していないのであるから、わが民法の解

積としては、占有尊重説が最も明快であり、また正論でもあると考えられる。しかし、時効取得を全く登記による公示の対象から除外することは、判例の登記要求無制限説の立場を別としても、登記法の理想そのものに反するものであり、出来るならば登記制度中において空白をつくらない解決が望ましいはずである。少なくとも取得時効の要件に登記がないというだけの理由で、單純に民法一七七条の適用を否定することは早計であり、可能であれば、体系的に時効取得を登記制度にのせてゆくための論理が見出されるべきであろう。

ところで、フランスの一九五五年登記法の下では、時効取得を確認する確定判決が義務的公示の対象に含まれることは前述した⁽¹⁵⁾。フランス法の登記のシステムが時効取得に対して与えている公示の余地がここにあり、わが国では、周知のように舟橋教授による折衷説の立場が同様の解決を主張しておられる⁽¹⁶⁾。舟橋説に対しては、判決確定を境としてゲヴェーレ⁽¹⁷⁾的所有権が近代的な觀念的所有権に転化するといふその理論的裏付けに対して、説得性を欠くとの批判がみられた⁽¹⁷⁾。しかし、実務的な観点からみるならば、確定判決取得者に公示を要求することは極めて合理的であり、現実的な妥協案として注目に値する。実際、所有権対所有権の争いが取得時効の援用によって最終的に決着をみ、長期占有者の所有権取得が確定した段階においては、もはや再度の時効援用の必要はなくなるのであるから、登記しないことよつて失権するという制裁が課されても必ずしも不当ではない。時効取得を完全に公示の対象外に切り捨てることが妥当ではないとする以上、とられるべき方策は、先ず舟橋説のように判決によつて確定された権利の公示を考えることであり、⁽¹⁸⁾次いで、これに準ずる登記要求を判決以前のどの段階にまで遡らせるか検討することが妥当となるであろう。

右のような考察は、提案されているもう一つの解決として、時効援用後の登記という考え方に注目せしめる。周知のように、半田教授は、民法一七七条が意思表示による物權變動を公示させる規定であるから、取得時効も時効取得者による援用を契機としてはじめて同じ範疇に含めて処理しようと論じられた⁽¹⁹⁾。わたくし自身は、次のような

観点から右の半田説に同調し、判例法の矛盾を克服する一つの視点をここに求めたいと考える。

時効取得に対しても民法一七七条を適用して登記を要求する場合には、民法一七七条の論理を生かすための最小限の条件が必要であり、對抗要件主義が本来登記の順位による優先主義を基調とするものであることに鑑みると、この条件は、時効取得者が登記しようとするけれども出来るという前提の存在であろうと考えられる。判例法において「時効が完成するとかえって取得時効の効力が弱くなる」のは、登記が不可能かあるいは非常に困難であるにもかかわらず登記が要求されるからではなかるうか。時効取得者が善意占有者の場合は言うまでもなく、悪意者であっても必ずしも時効完成時を認識しているとは限らない事情の下で、一〇年ないし二〇年の期間の満了と同時に機械的にこれらの者に登記義務を課すことは、理論上も明らかに不合理である。判例法がこのような難点を含むものであることは、既に指摘してきたところである。⁽²⁰⁾

そこで、判例法を踏まえた上で右の不都合を克服するために、時効取得者に対して登記を要求することが不当ではない時点を求めるならば、これは当然、時効取得者が時効完成を知り、自覚的に時効を援用した後でなければならぬはずである。取得時効制度の側からみても、良心規定として性格づけられている民法一四五条の援用は、時効制度がその本質において、当事者の意思なくして権利の得喪を生ぜしめるものではないことを明言するものであり、⁽²¹⁾ 解釈論としても、援用を停止条件として時効による権利の得喪が生じるという理解が極めて妥当であろうと思われる。

しかし、いずれにしても、日仏法のように長期の占有のみを要件とする取得時効制度に登記による對抗の原則を持ち込む場合には、前述したような長期占有の保護という制度の目的を公示の要請のためにある程度後退させる結果になることは否めない。本来ならば時効を援用しうる占有状況があるにもかかわらず、登記のないことを理由に時効の主張を拒むのであるから、どの時点においてであれ、そもそも登記が要求されること自体が占有者にとって

は不利となるのである。取得時効制度が今日では制限的に運用されるべき段階にあるという認識に立つならば、この点を特に重視するにはあたらなないであろうが、一応確認はしておく必要がある。

(四) 二重譲渡ケースの取扱

類型的アプローチとも言うべき最近の学説に対しては、二つの観点からその問題提起に答えておかなければならない。先ず、類型的処理そのものをどうみるかであるが、当面問われているのは時効と登記にかかわる基礎理論そのものなのであるから、紛争を類型化することによって理論の混迷をカヴァーしようと考えるときではなからう。問題処理の理論的基礎が明確である場合には、類型論によって解釈の新たな方向づけやより細かな具体的妥当性を導きうるであろうかとわたくしも考えるのであるが、それはここでの課題ではない。

これに対し、判例法の二重譲渡ケース（有効未登記型と呼ぶことがよりの確であろうか）の処理が民法一七七条の潜脱にならないかという疑問は、伝統的な論争にはみられなかった新たな問題提起であり、フランス法の議論との共通性は、これが対抗要件主義と取得時効制度の根底にかかわる対立であることを示している。前章ではこの問題を中心にフランス法の分析を試みたのであるが、未登記譲受人に対しても短期取得時効の主張を許すことがそのでの結論であった。その根拠を確認しておこう。

第一に、時効と登記を切り離すという論理がみられた。Aが所有不動産をB、Cに二重譲渡し、第一買主のBは未登記、Cが登記をしている場合には、登記法の原則に従えばCが優先することは明らかであっても、Bが時効を主張する場合には、議論は別個の領域に移されるのであり、取得時効は長期の占有を正当化する自律的な制度であるから、登記とは無関係にBの時効の成否を論じるべきであるとする。フランス法においては、短期取得時効の要件に正権原が加えられているため、正権原は登記を要するかという問題提起が直ちに生じるのであるが、わが国の民法一六二条二項は、善意・無過失の占有を要求するのみであるため、文言上もこれにあえて登記の必要を加える

ことは難しい。他方、民法一七七条だけを絶対の原則として固持する必要はないのであるから、右の切り離しの論理は、わが国の議論にも当然適用されてよいであらう。⁽²²⁾

第二に、フランス法の下では、先のA Bの取引は真の所有権に基づいてなされるものであるために、Bの権原は短期取得時効の要件たる正権原になり得ないという問題が生じている。すなわち、Bに時効取得を主張させるための理論的障害がみられるのであり、わが国において、自己の物の時効取得は可能か、Bの善意・無過失を論じる余地があるかという疑問が投げられていることと同じ次元の問題であると解される。これに対してフランス法がBの時効の主張を認めるといふ結論を導いたのは、むしろ利益衡量の観点からであるとみられた。⁽²³⁾ すなわち、フランス民法二二六五条の正権原は原則として前主の無権利を前提とするものであるが、学説はこれを真の所有者からの権原であっても相対的無効の瑕疵がある場合に拡張解釈しており、権原が登記を欠く場合もその一例として処理されている。権原が無能力や意思表示の瑕疵の故に無効の訴権を付与される場合であっても、取得時効を主張できるとするならば、未登記の瑕疵はこれらと比較してより微少なものであり、これに対し時効の主張を拒むことは、バランスを欠く解決となる。また、マゾーは、二重譲渡ケースにおけるB、Cの立場を比較し、未登記のCが登記しているBに対して時効を主張することは許されるのであるから、⁽²⁴⁾ 先取得者であり、より有利な地位にあるBが時効を主張しえないのは不合理であるとも指摘している。

右のフランス法の考え方もまた、われわれの議論に十分導入が可能である。理論的な問題の表われ方は日仏法の法文の相違に依りて異なっているけれども、そこに共通して認められるのは、對抗要件主義のもたらす瑕疵の特殊性であるといえよう。契約に基づく有効な所有権の取得は、登記を欠くという理由のみによって失権せしめられるという制裁を伴うのであるが、この未登記の瑕疵は、登記によって對抗すべき第三者が生じない間は制裁は現実化しないという特色を持つ。それ故、失権の後には取得時効制度の予想しなかつた占有状態の保護が問題となるので

あり、本来保護の対象とされている占有との比較衡量によって解決を導くことが妥当となるのである。

その場合に、未登記の瑕疵を過失とみるべきかどうかが重要な論点となる。登記の遂行は専ら不動産取得者の責任にかかるものと考えるならば、これを過失と評価せざるを得ないであろう。しかし、わが国の登記共同申請主義の下においては、未登記の瑕疵を一律に譲受人の責に帰せしめ得ない事情があることを従来からわたくしは指摘してきた。⁽²⁵⁾ 少なくとも、譲受人の登記取得への努力を考慮した上で個別具体的に過失の有無を認定すべきではないかという問題提起は必要であろう。他方、更に考えるならば、ここでは長期の占有によって治癒されるべき瑕疵は、実は唯一この過失のみなのであって、前述のような他例との比較衡量によれば、結局この瑕疵に対して短期取得時効の主張を許すことが適当であると考えられる。⁽²⁷⁾ 本稿が有効未登記型に一〇年時効の主張を認める所以である。

未登記の譲受人が取得時効を主張できるかという議論は、日仏法のいずれにおいても短期取得時効を対象としている。しかし、両法における成立要件の相違は、共通の論点を考察するに際しては大きな障害とはならない。わが国の一〇年時効にも正権原を要求すべきであるとの主張もみられるが、⁽²⁸⁾ 正権原はフランス法においても相当緩和されておき、結論的には「取引行為を前提とする」ことを要求される山田教授の理解⁽²⁹⁾に近いものであるし、短期取得時効の特色がこの領域における登記の要求を裏づけるという考え方は、フランス法でも排斥されているからである。ただ、議論の前提として、わたくしはわが国の一〇年時効の適用を特に制限する必要はなく、⁽³⁰⁾ 法文どおり善意・無過失の要件を中心に議論すれば足り、かつそうすべきであると考え、更に二〇年時効に関しても特に法定証拠制度というような構成を要せず、法文に即して実体的にその効果を論ずれば足りると解することをつけ加えておきたい。⁽³¹⁾

(一) 前出の安達・注民(6)一五一頁以下の他、星野・前掲論文「時効に関する覚書」民法論集第四卷一九六頁以下、内池・前掲論文手塚教授退職記念・明治法制史政治史の諸問題七九五頁以下に、旧民法及びそのポアンナードによる解説、現

- 行政法の起草過程等の詳細な検討がみられる。
- (2) 旧民法証拠篇八十九条は、「時効ハ時ノ効力ト法律ニ定メタル其他ノ条件トラ以テスル取得又ハ免責ノ法律上ノ推定ナリ」とする。
- (3) この修正はドイツ民法第一草案八八一条二項の影響とみられているが(安達・注民(5)一五三頁、原田慶吉・日本民法典の史的素描八五頁参照)、実際はそこでは「重大な過失」が考慮されているのみであり、また同規定に相当する現行九三七条二項は善意を要件としているにすぎない。起草者梅博士の説明は、ローマ法に遡った正権原の位置づけを考慮し、実に多くの立法例を検討した上で過失の概念がより柔軟な問題処理をもたらすと論じているのであって、むしろ起草者の独創であると解される。法典調査会民法議事速記録五卷一二二以下参照。
- (4) これに対し、旧民法証拠篇一四一条は、登記がなければ正権原となり得ない旨の規定となっており、二に概観したフランス法の状況と比べて、ここにもポアソナードの独創が明らかに認められる。
- (5) フランス民法と異なる二〇年の期間が採用された点につき、わが国中世の知行権の影響が指摘される一方、ポアソナードの影響も重視されている。原田・前掲書八五頁、内池・前掲論文「明治法制史政治史の諸問題七九八頁以下参照」。
- (6) 星野・前掲論文「時効に関する覚書」民法論集第四卷二〇〇頁以下参照。内池・前掲論文「明治法制史政治史の諸問題八二一頁も同趣旨であろうか。
- (7) 少なくとも星野教授が引用される梅、富井博士の旧民法批判などは、わたくしに共感を与える。他方、内池教授は、ロエスレルによる旧商法の時効が取引の安全、公益性を強調した点の影響を指摘しておられ、ポアソナードの倫理的時効観の持つ深い意義を考えさせられる面もある。星野・前掲論文「時効に関する覚書」民法論集第四卷二〇〇頁以下、内池・前掲論文「明治法制史政治史の諸問題八一〇頁以下参照」。
- (8) また、結果的にポアソナードの時効観に裏づけられていた旧民法の規定を歪曲して承継したともみうるのであるが、逆にポアソナード学説そのものであった特殊な時効法を、フランス民法により接近せしめ、現実的なものとしたと評価しうるのではなからうか。
- (9) 本稿一(2)註(8)参照。
- (10) 安達・前掲論文「現代民法学の基本問題(上)」二二二頁参照。
- (11) 逆算説は、「今からさかのぼって時効期間を計算して法定証拠をつくる」ことが取得時効制度の趣旨であるという説

論に裏づけられる(川島・前掲書五七二頁参照)。古くは、末弘殿太郎・民法雜記帳上卷二〇六頁において主張され最近では、加藤・前掲論文法学教室一九八一年五号五二頁が支持される。また、起算点のくり下げ又は任意選択という考え方は、柚木・前掲書一二七頁にみられる。その他、占有尊重説は、民法一七七条の對抗の意義からも正当化が試みられており(於保・前掲論文法学論叢七三卷五〇六号一五八頁以下、原島・注民(6)三〇九頁以下参照)、総じて議論は登記尊重説以上に深められているといえよう。

(12) 本稿(2)註(9)に引用した我妻、末川説参照。また、登記法定証拠説の立場から取得時効への対応を詳論された安達教授も、ニュアンスを異にするが同様の結論を肯定され、星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集第四卷三三八頁も同趣旨とみられる。他に、末川博・物権法一二五頁、広中・前掲書一五七頁、鈴木祿弥・物権法講義(改訂版)一六一頁、杉之原舜一「登記の効力と取得時効の起算点」民商九卷一三五頁以下、田井・前掲論文同志社法学三二卷五〇六号一三六頁等年代を問わず主張がみられ、数の上では登記尊重説が多数説といえるようである。

(13) 問題は對抗要件主義をどう捉えるかと密接に関連する。本稿の前提をなす私見については詳論を省くが、登記の順位による優先主義に従って、先登記した第三者に法定取得を許し、未登記の先取得者を失権させるという制裁により公示主義の実現をはかる制度と解する。従って、第三者を善意者に限ることは制度の適用範囲を狭め、公示を弱体化するとみている。本稿一(1)註(3)参照。

(14) 同旨として、星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集三三五頁参照。

(15) 本稿二(3)註(5)参照。

(16) 舟橋・前掲書一七二頁参照。

(17) 原島・注民(6)三二二頁参照。その他、安達教授は利益衡量の観点から、判決後の占有者だけを特に不利に扱うことは不当であるとされる。判決前の占有者であっても自ら権利者たることを知っているのが通常であるからと論じておられるが(安達・前掲論文現代民法学の基本問題上二二六頁参照)、時効完成についての知不知が問題とされるべきである。

(18) 但し、フランス法の場合には全ての判決に対して公示義務が課されるため、判決そのものの効果と解しうるのに対応し、舟橋説による場合には、何故取得時効のみがこのような特殊の扱いを受けるかの説明が難しい。やはり、登記が可能であったのにしなかったという実質的理由を根拠とするよりない。この議論は、以下の援用時登記要求説へとつなが

- る。
- (19) 半田正夫「不動産所有権の二重譲渡に関する諸問題(毎) 民事研修一六四号二〇頁以下(同・不動産取引法の研究所 取)、同・民法一七七条における第三者の範囲(民法総合判例研究⑦) 五五頁以下、同「取得時効と登記」ロー・スクー ル三七号九四頁参照。
- (20) 滝沢・前掲論文法協九四卷七号一一九頁(特に、登記共同申請主義を念頭におくとき、時効取得はいっそう登記にな じみにくい」とみた)、同「土地賃借権の時効取得と背信的悪意者」ジュリスト八〇一号八六頁参照。
- (21) 滝沢・前掲論文法協九四卷七号一三八頁註(48)参照。この点でも半田教授と立場を同じくする。
- (22) 従来の議論が錯綜した原因の一つは、この点の不明瞭にあったとみうる。すなわち、時効取得者に登記を要求する場 合に、それが本来の契約に基づく登記であるのか、時効による取得の登記なのか必ずしも明確に意識されていない。 前註(17)に指摘した安達教授の批判にもこれはあてはまるであろう。
- (23) 本稿二、三参照。
- (24) すなわち、Cは無権利者から権原を取得した者であるため正権原を有する。
- (25) 滝沢・前掲論文法協九四卷七号一一五頁参照。
- (26) 星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集第四卷三三六頁はこの方向を主張される。
- (27) 星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集第四卷三三八頁が、「第一譲受人の瑕疵は、登記をしないことだけであ るから、一〇年の時効取得を認めてもよく、……」と述べられるのはこの趣旨であろうか(但し、他方で星野教授は第 二譲受人の登記ないし譲受の時から時効が進行するという考え方を提示しておられるため、両者を併存させる必要はな いのではないかと批判がある。安達・前掲論文民法I(判例と学説②)一九六頁参照)。また、中尾英俊・判例批 評判時七三七号一三〇頁は、「仮に一〇年以上の間登記をしなかった(そのことが責められる)としても、第一の譲受 人はその不動産を適法に自己の所有物として占有してきているのであり、その占有の継続が登記の欠缺というマイナス を補って余りあり、そのことが所有権所在の公示なのである。」との確に論じられる。他に、加藤・前掲論文法学教室五 号五五頁も、無権利者との比較において、同様に第一譲受人保護が妥当であることを指摘される。
- (28) 来栖三郎「民法における財産法と身分法(三)」法協六一卷三三三号三五九頁参照。
- (29) 山田・前掲論文民法学の現代的課題一二五頁以下参照。

(30) 時効一般の議論としてこの方向を目指すべきではないかという問題提起は傾聴したい。しかし、その場合にも先ず法文の要件そのものを嚴格に解することが考えられるべきであろう。

(31) 川島・前掲書五四頁、安達・注民(6)一六〇頁以下等に、それぞれ異なるニュアンスを含めて時効 \parallel 法定証拠という考え方が示されている。当面この問題を詳論する余裕はないが、わたくしの取得時効制度に対する考え方は、本稿二(1)(3)に示したフランス法の理解を承けており、同様の考え方が日本法にもあてはまると考えている。

2 判例法の再検討

指摘されている判例法の矛盾を時効援用後の登記という観点に立つて解消させるという提案自体は、極めて単純なものである。真の問題は、むしろこれを支える時効と登記の基本構造をどう把握するかであり、ここでは判例理論の形成そのものを再検討しつつ、その過程において、これまでに議論されてきた種々の論点に対する私見の対応を明らかにしたいと考える。

(1) 判例法の六原則

先ず第一原則は、例えば次のような事案において確認されている。

(1) 大判大正七年三月二日民録二四輯四二三頁。

〔事実〕共有の林地が分割されてYの先代Xの所有となったが、登記、引渡がなかった。大正四年Yが登記を取得。XはY \downarrow A \downarrow B \downarrow Xという譲渡を主張、予備的に時効取得を主張して所有権確認と登記抹消を訴求している。原審は時効取得も登記をしなければ第三者に対抗できないとし、X敗訴。

〔判旨〕破棄差戻「……時効完成当時ノ所有者ハ其取得者ニ対スル關係ニ於テハ恰モ伝來取得ニ於ケル當事者タル地位ニ在ルモノト看做スヘキモノトス從テ時効ニ因ル不動産ノ所有權ノ取得ニ付キ之ヲ第三者ニ對抗スルカ為メニ登記ヲ必要ナルモノトスルモ時効完成ノ時期ニ於ケル所有者タリシモノニ対シテハ完全ニ所有權ヲ取得スルモノニシテ敢テ登記ヲ必要トスルコトナキモノトス」

時効当事者間では登記を要しないとする右の判旨は、全ての物権変動原因に民法一七七条が適用されるとした大判明治四一年一月二日一五五民録一四輯一三〇一頁(相続登記連合部判決)を当然踏まえており、それ故ここでは民法一七七条の適用を排除することが論点となった。判旨が導入した当事者という考え方は、端的に言えば一七七条の議論を借用しつつ、時効援用に際しては登記が不要であるというごく基本的な原則を確認しているにすぎない。

専ら取得時効の側からみるならば、民法一六二条一項ないし二項の要件を満たす占有者が時効を援用し、時効取得者となり得るのであって、相手方の地位如何を問うものではない。相手方が真の所有者である場合もそうでない場合もあり、登記している場合もそうでない場合もあり得る。時効主張者が登記を取得しているケースは、無権代理、無効、取消原因などの瑕疵ある権原に基づいて占有が継続されたという状況の下で起り得るが、これとても理論的には無効の登記であり、改めて時効取得に基づく登記が必要であると言えよう。⁽³⁾ここでも時効援用者に登記を要求する理由はない。

但し、一七七条を視野に収めて、未登記の瑕疵を責めるといふ考慮を加える場合には、はじめて制裁として時効の主張をも許さないという対応が検討の対象となる。しかし、登記が可能であるのに登記しなかったという実質的な非難のみ注目するならば、本来の二重譲渡ケースにあたらぬ右の事案においても、Xは売買契約に基づく登記を当然取得しているべき者であり、第一譲受人と変らない立場である。二重譲渡ケースを右例と特に区別することは不適当であろう。

[1]例については、他方、判旨がその当事者関係という論理を正当化するために、「時効ニ因ル不動産所有権ノ取得ハ原始取得ナルヲ以テ法律行為ニ於ケル意義ノ当事者ナルモノナシト雖モ……」としながらも、これをあえて伝来取得と看做している点が注目される。問題は、時効取得が果して原始取得か承継取得かという議論となって現在にまで及んでいるのであるが、わたくしはこれ自体は必ずしも重要な論点とは考えない。一つには、原始取得、承

繼取得の定義如何によつて結論が異なる可能性があるからであり、また仮に通常説かかっているように時効取得は原始取得であると解する場合にも、そのこと自体で理論的に一七七条の適用が否定されると考へる必要はないからである。⁽⁵⁾

第一原則がこのように援用の要件の問題として正当であるとしても、時効を援用し所有権者となつた者に対して登記を義務づける配慮は別でありまた必要であるといえよう。

(2) 大判(連合部) 大正一四年七月八日民集四卷四一二頁。

〔事實〕北海道の国有未開地で未登記の係争地に無権利のまま家屋を建て所有していた Y_1 の先々代 A が X の先代に土地建物
を売却、 X は未登記のまま占有を継続していた。他方、 A の家督相続人 A' は明治三二年に國から正式に土地所有権の付与を受け、大正五年に保存登記をした後、 Y_2 、 Y_3 に売却、移転登記した。 X から Y_1 、 Y_2 、 Y_3 に対し時効取得を理由として、所有権保存登記および移転登記の抹消を請求。原審は、 X の時効取得完成後になされた保存登記は無効であり、 Y らは民法一七七条の第三者にあたらないとする。

〔判旨〕破棄自判「 X カ該登記ヲ基礎トシ時効ニ因ル所有権取得ノ登記ヲ受ケサル間ニ Y_2 及 Y_3 カ売買ニ因ル所有権移転ノ登記ヲ受ケタルハ二重売買ノアリタル場合ニ後ノ買主カ前ノ買主ニ先シテ登記ヲ受ケ更ニ他人ニ登記手續ヲ為シタル場合ト同一ニ論スヘク何等之ヲ區別スヘキ理由ナキカ故ニ右 Y 等ノ受ケタル登記モ亦有効ナリト論断スヘキモノトス」

右例では、他人のものを売買した売主の相続人が後に所有権を取得したことにより事案は典型的な二重譲渡ケースに含められ、第三原則が確認されることになった。しかし、民法一七七条を適用するために判旨が論じているのは、時効完成後になされた第三者の登記が無権利者による無効な登記ではなく、二重譲渡における第二譲受人の登記と同様の意味を持つものといえるという点に尽きる。二重譲渡における第二譲受人の前主が無権利者であるという認識は、對抗要件主義の根拠を支える論理となるべきであるとわたくしは解するので、その限りでの判旨は必ずしも不当ではないと考へる。⁽⁶⁾しかし、二重売買と何ら區別を要しないと切り切することは早計であり、実は両者の法

律関係には看過しえない深い相違があるとみなければならぬ。

第一に、先に指摘した時効取得者に登記の契機が与えられないという事情が先ず注目される。事案においてX先代及びXは善意・無過失の占有者として一〇年時効の完成が認められており、転得者による明渡等の抗争によりはじめて時効援用に至ったものと推測されるが、このような状況のXに対し、時効完成時に直ちに登記を要求することは非現実的である。時効が予備的に主張された場合であっても、最終的に時効による裁判がなされる以上は、時効取得の登記が要求されるのであるから、登記しなかったことに対する失権の制裁は、登記が可能となった時効援用以後でなければ不合理であることは、右の事例からも明らかである。

これに対し、Xが売買に基づく登記を取得しているべきであったと非難することは可能であり、この観点からXがY₂の登記に対抗しえないという結論は、まさに民法一七七条に固有のものである。この側面と時効取得の対抗とを混同すべきではないことは前述した。両者を切り離した上で、再度時効取得の対抗如何を問うことになるのであるが、ここで第三者に時効取得を主張することは、この者に対して時効を援用することにほかならず、この意味では、事案におけるX、Yらの関係も〔1〕例における時効当事者と変らないといえよう。

では、原所有者の登記を信頼して譲渡を受けた第三者を保護する必要が第三原則を正当化するであろうか。第三者は先ず二重売買そのものに対する一七七条の適用によって保護されている。未登記者に時効を援用させないことよってこの本来の對抗要件主義の適用を仮に一〇年の時効期間以後にまで及ぼすならば、二重譲渡の可能性はそれだけ長く許容され、第二譲受人に長期占有者への侵奪を許す結果になる。⁽⁷⁾

登記簿に公信力がないというわれわれの前提の下では、取引に際しては現地調査が不可欠であり、現に慣行化されている事情は度々指摘されている⁽⁸⁾。占有者がある不動産を譲り受ける第三者は、当然賃借人か第一譲受人の存在を予想すべきであらう。後者であるとしても登記を取得することによって勝てるわけであるが、背信的悪意者とな

らないかという問題を生じ、ここでも既に利用利益の保護が主張されていることを見落しえない⁽⁹⁾。また、単純に悪意者包含説を適用した場合には、例外中の例外と言われる時効取得の可能性に対しては、占有者の存在を承知で取引した者がリスクを負担することは当然ではなからうか⁽¹⁰⁾。占有期間の長短は通常の現地調査で容易に判明するはずであり、長期占有が予想される場合にはとりわけリスクは大きくなる。更に、時効完成が予想される状況の下であえて譲り受ける第三者を背信的悪意者ではないとすることは、従来の基準からみても極めて難しいように思われる⁽¹¹⁾。しかし、第三原則の適用はこれをも許容しなければならぬ結果に導くのである。結局、第三原則は、第三者の側から見た場合には必要以上にこれを保護するものと解さざるを得ない⁽¹²⁾。

民法一六二条の文言の上に単純に一七七条を重ねて適用することは、一見合理的にみえる。しかし、実は取得時効は長期占有が権利化されるという契約とは全く異なる次元での物権変動を生ぜしめる制度であり、その機能が主として立証の困難の救済に求められることを反映して、現実にも時効はほとんどの場合に予備的にしか主張されず⁽¹³⁾、しかも援用を媒介とせずには関係当事者の権利関係を論じ得ないという前提がある。これらの事情は、時効取得者を契約上の取得者と同一線上において、登記の順位による優先を競わせるといふ解決の基礎自体を失なわせる。

たとえば、善意占有者の場合を除けば、時効取得者が時効完成時を知ることが必ずしも不可能ではないから、占有者は時間の経過に常に留意し、期間満了と共に積極的に時効を援用して所有権取得を確実なものとするのが望ましいといえよう。判例法の背後には、右のような占有者の態度を是とする思想がなければならない。これに対し、時効制度の不道徳な側面を批判しつつ、時効の活用は制限的であるべきと論じる考え方が⁽¹⁴⁾ある。解釈論としてこれをどの程度実現してゆけるかは措いても、現代における時効の捉え方としては基本的に支持しうるものとわたくしも考えている。民法一七七条の導入は、このような時効の考え方と根本的に対立し、時効制度そのものをも変

容させる危険があると言えるのではなからうか。⁽¹⁵⁾

従って、悪意占有者に対してならば第三原則を適用しうると論じることが妥当ではない。更に、善意で有過失の占有者が同じく善意者として登記の契機を欠く者であるという事情をも鑑みると、結局、一〇年、二〇年時効を區別して第三原則の適用の可能性を考えることも否とせざるを得ないのである。

③ 最判昭和四一年一月二日民集二〇卷九号一九〇一頁

〔事実〕A会社が買受け所有していた土地建物が、昭和二三年同会社の専務取締役であるXに贈与され、Xは退社後も占有、使用を継続していた。昭和二六年にA会社は商号を変更し、本件土地建物につきXへの贈与を知らない重役等これをY会社に売却、登記した。昭和三年に至ってYからXに対し土地建物の明渡請求がなされたため、Xが贈与を主張、予備的に一〇年時効の完成を主張して、所有権確認、移転登記を訴求した。原審は、贈与は未登記のためYに対抗しえず、時効取得はYの登記後に一〇年ないし二〇年の占有が継続しなければ成立しないと論じた一番を概ね支持している。

〔判旨〕破棄差戻「時効が完成しても、その登記がなければ、その後登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗することができないのに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくても時効取得をもってこれに対抗することができると解すべきことは、当裁判所の判例とするところであつて……」

右の第二原則は、①②例の間の時期に出された大正一三年の判決でも既に確認されており、判旨が引用している昭和三〇年代の最高裁判決にもくり返されている。原審は第三原則を引き合いにして、時効完成後に登記した第三者に対抗しえないのであるから、「まして取得時効完成前所有権移転登記が第三者になされた場合は、猶更のことであるといわねばならない」と論じている。すなわち、第三者の登記が時効中断に準ずるものであるという観点から第三原則を理解したのが原審の立場であり、これに対し右の判旨は、当事者と第三者というかたちで民法一七七条の論理を蔽密にあてはめることを目指している。

事案としては①②③例とも類例であり、時効援用に際しては登記を要しないという①例の結論がここにも適用さ

れることは極めて妥当である。[2][3]例を別に取り扱うべき実質的根拠も認められない。⁽¹⁶⁾[3]例のYについては、取得後直ちに時効中断の手續をとらなかつた非を責められてよいとも論じられるが、同じ期間所有権を主張せず放置した場合でも、[2]例における第三者であれば保護されるのであるから、結局単なる形式的な時効完成の有無を基準とするにすぎない。

では、原審のように登記が時効を中断するという観点から問題を処理することは可能であろうか。これは先の登記尊重説の主張であり、時効の遡及効という論理を媒介とするならば、時効完成前の第三者をも当然に一七七条の範疇に引き込みうると論じられている点は、極めて注目に値する。⁽¹⁷⁾しかし、この論法によって形式論理的には[2][3]例を同一に取り扱うことができるとしても、それだけで結論を正当化することは単純にすぎる。時効完成の前後で登記の意味は明らかに異なるからであり、[2]例では時効取得の対抗如何が論じられているのに対し、[3]例は、時効援用を拒むとすれば、第三者の登記による時効中断を認めるという解決そのものにしかなりえない。⁽¹⁸⁾

第三者の登記をこのように保護するならば、登記した第二譲受人は先ず一七七条固有の領域で優先しうる他に、時効取得者の時効援用を阻止することが出来、時効完成前であれば時効中断の手續を免除されるという三重の恩恵に浴するわけであり、不動産についての占有の調査、確保という点では極めて怠慢であることが許されることになる。一〇年以内に転々譲渡していれば時効取得される危険はなく、逆に、どれだけ長く自主占有を継続しても登記を持たない以上時効取得はほとんど不可能となり、⁽¹⁹⁾伝統的な時効制度そのものが否定されるに等しい。しかもこれらの結果は、二重譲渡人の横暴の上に許されるのである。登記尊重説は果してここまで時効取得を否定されるのであろうか。

論じられなければならないのは、より根本的に占有のみで取得時効が成立するという現行の制度を積極的に肯定するのか、それともドイツ法のような登記簿取得時効を検討する必要があるのか、あるいは少なくとも登記に時効

中断の効果を付与することが望ましいとみるか等の諸点である。問題は必然的に立法論に移行することにもなるであろう。⁽²⁰⁾ そうではなくて、その主張が専ら現行の判例法を対象に、論理の整合性のみを追及した結果であるとするならば、その出発点となっている一七七条の導入そのものが非常に問題の多い流用であるために、解釈的操作に深入りする意義は余り大きくないことが改めて自覚されなければならない。

(4) 最判昭和三五年七月二七日民集一四卷一〇号一八七一頁

〔事実〕 Xの先々代はAの先々代から明治四〇年に本件係争地及び隣接の土地を買い受け、代々にわたって所有の意思をもって占有を継続しXに至っている。昭和二八年YがAから係争地を買受け登記した。係争地が買受地に含まれると主張するXからYに所有権確認請求。境界の主張は容れられず、Xが昭和二一年に時効取得したと主張したのに対し、一番は登記がないのでYに対抗できないとし、昭和二八年から遡って二〇年の占有によりYに対抗しうるとの主張に対しては、時効の起算点を任意に選択することはできないと斥けた。原審もこれを支持したのでX上告。

〔判旨〕 棄却 「結局取得時効完成の時期を定めるにあたっては、取得時効の基礎たる事実が法律に定めた時効期間以上に継続した場合においても、必ず時効の基礎たる事実の開始した時を起算点として時効完成の時期を決定すべきものであって、取得時効を援用する者において任意にその起算点を選択し、時効完成の時期を或いは早め或いは遅らせることはできないものと解すべきである。」

時効の起算点を任意に動かし得ないという判断は、(2)例の判旨の引用外の部分にも明示されており、これも大審院以来の先例である。判旨は前半の部分で第三原則を踏まえ、時効完成の時期を確定する必要を論じており、当然の結論といえる。時効期間の逆算ないし起算点のくり下げを許すならば、第三原則の働く余地はなくなり、原則自体が崩壊するからである。

但し、事案としては右例は本来の二重譲渡ではなく、境界紛争型に含められて、それ故に占有期間は極めて長期である一方、占有取得時に予想される悪意ないし過失も占有承継者の下ではほとんど不明化している事情がある。従って、Xには登記を取得し難い十分な状況があるにもかかわらず、第三原則が貫徹された。この原則の下では、

もはや時効を長期占有保護の制度として一貫して把握することは不可能であり、判旨の結論は第三原則を絶対のものとする以上の実質的な正当化の根拠を見出し難い。

理論的な面からは、起算点の任意選択、逆算をどうみるかという重要な問題提起がある。法定証拠という観点から時効を捉えるならば、逆算という解決が十分正当化されることは既に指摘されている。⁽²¹⁾しかし、民法の時効制度自体はやはり逆算を予想するものではなく、然るべきかたちでの起算点の確定を前提としていることは否定し得ない。⁽²²⁾善意・無過失の認定が当然占有開始時における判断となること、また、悪意、有過失を認定するに際しても、いかなる経緯で占有が取得されたかを問うことなしにはあり得ないし、そもそも占有開始の事実を確定すること自体が時効を適用するための不可欠の前提である。従って、逆算という処理は余りに飛躍がありすぎ依拠し難い。

しかし、一〇年、二〇年という過去に遡る事実認定が科学的厳密さで正確になされることは、当然のことながら難しい。とりわけ権原証書を欠く場合の補充として時効が援用される事情や二〇年時効の主張例に鑑みると、占有開始時期に若干のあいまいさが残ることはむしろ通常とみななければならない。⁽²³⁾それ故、時効期間の認定は、ある程度の余裕を含めて、一〇年、二〇年の占有継続が当然含まれうる期間を把握すれば足りるとしななければならない。言いかえれば、時効期間は、それが満了していると確認される以上、その満了時以後はいつでも時効を援用しうる状態があるという意味での基準を画するものと解することが妥当となる。もちろん、以上のことは、裁判過程において占有開始時点が可能な限り正確に認定されるべきであるという前提を否定するものではなく、それ自体は最善を追究するという裁判の本質が要求するところである。しかし、厳密な認定が不可能である場合には、その点の確認自体が重要なのであり、あえて事実を歪めて起算日を特定すべきではなく、時効期間が満了しているという十分な証明がなされればよいのであるから、この限度で起算点のくり下げが導入されることは許容しうると思われる。フランスの判例の処理もそのようなものであった。⁽²⁴⁾

(5) 最判昭和三六年七月二〇日民集一五卷七号一九〇三頁。

〔事実〕係争の山林五町歩は明治三八年に藤沢部落からX(藤郷神社、後に葉山神社)に寄付され、神社が占有を継続していたが、登記はなされていなかった。大正一三年、村会は山林を部落有のものとしてY(藤沢町)に寄付し、大正一五年登記された。Xから取得時効を理由とする所有権確認と移転登記請求。原審は、Xが占有を開始した明治三八年から一〇年後の大正四年に時効完成を認め、Xは登記がないからYに対抗しえないとする一方、Yの登記により時効が中断されたことになるため、その後一〇年の占有でXは再び時効取得すると判示。Y上告。

判旨は時効中断という論理は失当としながらも、再度の時効取得を認める結論を支持している。

二度目の時効完成を認めるという右の判決に対しては、その根拠が明確でなく、あたかも手品のように民法一七七条を潜脱して未登記占有者を勝訴させているという批判が強い。⁽²⁵⁾ 民法一七七条の論理は、確かに第二譲受人の登記に伴う法定取得の時点から第一譲受人の時効が進行するという理解を誘うのであるが、時効取得はあくまでも占有の継続に対して法的効果を付与する制度であり、第一譲受人の失権の前後を区別せずに占有状態のみに注目すべきものと考ええる。判旨のようにYの登記の時点から時効が進行すると解するならば、[3]例においても同様の解決がとられなければならないはずであり、⁽²⁶⁾ 判例理論は全く混乱する。

Xの時効取得を認めるという結論自体には異論はみられず、「常識的に考えて妥当」とみられている。⁽²⁷⁾ 五〇年近い善意・無過失の自主占有に時効を認め得ないとすれば、時効制度の存在自体が無意味であろう。事例は第三原則の不自然さを物語る以上のものではない。判例法はこのように全く機械的に一〇年ないし二〇年経過後の時効援用を制限し、この制裁の存在によって、時効取得の登記の必要性を喚起するのであるが、その結果は偶々第三者との対抗を余儀なくされた不運な時効取得者のみが犠牲となるのである。本件判旨は、この不運を最小限におさえる意図を示すと解されるが、その論理を正当化することはできない。

(6) 最判昭和四二年七月二一日民集二一巻六号一六四三頁。

〔事実〕昭和二十七年に、Y₁Y₂は兄Aより分家料として本件土地建物の贈与を受け、占有を続けて来たが登記はしていない。Aがこの家屋に抵当権を設定し、実行されたため、昭和二十七年にXが競落人となり、所有権移転登記した。XからY₁Y₂に明渡請求。Y等の時効の抗弁に対し、原審は、Aからの贈与に基づき占有を継続したのであるからY等は「自己の物」を占有したにすぎず、取得時効は成立しえないと論じた。

〔判旨〕破棄差戻「……すなわち、所有権に基づいて不動産を占有する者についても、民法一六二条の適用があるものと解すべきである。ただし、取得時効は、当該物件を永続して占有するという事実状態を、一定の場合に、権利関係にまで高めようとする制度であるから、所有権に基づいて不動産を長く占有する者であっても、その登記を経由しない等のために所有権取得の立証が困難であったり、または所有権の取得を第三者に対抗することができない等の場合において、取得時効による権利取得を主張できると解することが制度本来の趣旨に合致するものといふべきであり、民法一六二条が時効取得の対象物を他人の物としたのは、通常の場合において、自己の物について取得時効を援用することは無意味であるからにはかならないのであって、同条は、自己の物について取得時効の援用を許さない趣旨ではないからである。」

一事案としては③例に準ずる右例においては、二重譲渡ケースにおける新たな理論上の問題点が争点となった。判旨にはわたくしは全面的に賛成であり、これまでに論じてきた私見の立場がこれの補強となりうると考える。

二重譲渡においては、一般には、未登記の譲渡は第三者に対抗しえない不完全な物権変動であるという理解がなされ易く、判例にもこれに依拠するとみられる面は示されているのであるが、右例の判旨が第一譲受人を所有権者と明言していることは、法定取得—失権説の合理性を裏づけるものといえよう。所有権者でありながら時効援用の必要を生じるのは、未登記の故に「第三者に対抗しえない」という民法一七七条の制裁が課されるからであり、言いかえれば失権の危険を時効でカバーする必要があるからである。この点を理論的に詰めるならば、登記がなされないうちは、物権が「対抗力を欠く」状態にあるという意味で、未だ完全な物権変動を生じていないと論じることが可能であろう。取得時効との関係では、この状態を、無効、取消、無権代理といった権原の瑕疵が付着する場合に準じた取引の瑕疵とみることができるとは前節で指摘した。これら原因無効型と分類される紛争例において

は、時効援用者のほとんどは登記を取得しているが、なお未登記者のケースも含まれており、これらと対比して有効な取引をした第一譲受人のみがひとり時効援用を否定されなければならない理由はない。⁽⁴¹⁾

もっとも、右の瑕疵は、第一譲受人が登記取得のために十分努力すれば免れえたものであるという意味では他例と性質を異にする面もある。⁽³²⁾しかし、未登記そのものに対する制裁は民法一七七条固有の領域で既に適用されているのであり、取得時効にまでこれを持ち込むことの不当は、既に[3]例との関係で論じたところである。

判例法の骨格を形成する右の代表的判決のうち、[1][4]例を除く全てが典型的な二重譲渡ケースの事案となっている。しかし、判例は専ら時効取得そのものを登記なしに対抗しうるかという観点に立って問題を処理しているため、時効援用の前提をなす第一譲渡との関係には注目していないのであり、[6]例は例外である。このことは、時効と本来の二重譲渡を切り離すという本稿の立場からみれば極めて妥当であり、むしろ、有効未登記型に一〇年時効を認めないという学説の主張に議論の混淆があると言わなければならない。⁽³³⁾従って、フランス法にみられたようなかたちでの時効と登記の対立はわが国では回避しようといえよう。

これに対し、われわれの最も問題としなければならない二重譲渡ケースは、民法一七七条の典型的な適用例とされる[2]例であり、第三原則そのものである。検討の対象とした六例は、いずれも時効取得の要件を満たす占有があり、時効取得者が未登記の権原に基づいて占有している点でも共通している。にもかかわらず、まさに第三原則故に[2][4]例だけは時効取得者を敗訴させている。他例との均衡という意味でこれを正当化する実質的根拠がみられないことは指摘してきたとおりである。これに対し、登記を義務づけることを時効援用後にくり下げるならば、全ての例は時効取得者を勝訴させるかたちで問題なく解決されるであろう。これは余りにも凡庸な結論であろうか。また、時効取得者をこのように保護することは実際問題として不当なのであろうか。⁽³⁴⁾

恐らくはそうではなくて、その正当性を犠牲にしても時効取得者に登記を義務づけ、公示の必要性を喚起しなけ

ればならないという発想の故に抵抗があるのであろう。そうであれば、このような不合理な制裁を強行することによって、果して目的がどの程度達成し得ているのかを再考してみる必要がある。訴訟に至る以前に、時効取得者の積極的な援用によって、移転登記がなされるケースがどれ程あるのであろうか。また同時に、民法一七七条に依らないで同じ目的を達成し得る方法如何を検討することが、より根本的な課題とされなければならない。⁽³⁵⁾

いづれにしても、私見の試みによるならば未登記者には時効援用と共に再度の登記取得の機会が与えられる。しかし、時効援用後の登記がなされないまま、更に未登記の占有が継続した場合には、第三者への譲渡・登記移転によって再び二重譲渡に準ずる関係の発生が生じ、これに一七七条を適用すべき状況が生じるであろうし、時効取得者に再度の時効援用を許すことも必要となりうる。実は、そこには前述のような判例法への批判が依然あてはまるのであり、⁽³⁶⁾この時効援用後の登記という解決もまた、弥縫策にすぎないことを認めざるを得ないのである。ただ、時効取得者に登記の契機を与えている点で、判例法よりは不合理の少ない解決であり、民法一七七条を導入する場合の限界はここに画されるべきではないかと考えられる。

本来の時効援用のあり方及び登記による対抗の趣旨からみて、右の場合には当然裁判外の援用が含まれると解すべきであろう。⁽³⁷⁾この結果、援用の有無をめぐる曖昧さの問題、援用後に原所有者が譲渡した場合の危険、実質は確定判決の登記を要求するに等しいのではないかという疑問等々が生じることも明らかであるが、⁽³⁸⁾判例法の矛盾には勝るとみたい。

(2) 関連問題

(i) 境界紛争型をどうみるか

(7) 最判昭和四八年一〇月五日民集二七卷一〇号一一一〇頁

〔事実〕係争地(甲地の一部)は昭和二四年YがAより買受け登記している。他方、Xの先代Bは、明治二八年に係争土地

の隣接地(乙地)を購入して所有権移転登記し、これをC、Xが相続して占有を継続している。B、C、Xは明治二八年以来、係争地が乙地に属するものと信じて占有してきた。然るに、境界争いを生じ、境界確定訴訟の結果係争地は甲地に属するとされたため、Xから改めて時効取得を主張。時効完成後の登記がないとして、一、二審共X敗訴。Xは上告し、時効取得について登記することは事実上不可能であると主張している。

判旨は、Xが境界確定訴訟の結果によりはじめて係争地が甲地の一部であることを知った関係上、それまでは登記に思い至らない事情があったとしても、所有権取得につき登記を経なければYに対抗しえないとする。

境界紛争型の典型例である右の判決には、民法一七七条を機械的に適用することの不合理な結果が顕著なかたちで示されており、評釈は全て判旨に反対である。⁽³⁹⁾ 事案においては、X側の買受地については取得時に登記がなされているために、係争地についての登記取得ということは本来不可能であったと上告理由も力説する。また、星野教授は右例のタイプを分類されるにあたって、「時効取得者側に登記のないことについての怠慢もなく、第三者側に当該土地部分が買受地に含まれることの信頼もない」と指摘して⁽⁴⁰⁾おられる。しかし、一般化してみると、右の特殊事情は必ずしも境界紛争型に固有のものではない。

先ず事案は、係争地の部分の占有のみに注目するならば、無権利者から取得して長期占有した者と真の所有者から譲渡・登記を受けた者との紛争に帰着し、原因無効、不存在型あるいは古来型と分類されるケースと実質的には異なる⁽⁴¹⁾ところはない。また、注目すべき特徴とみられる時効取得者に登記の契機がないという点は、右例ではXが係争地の隣接地については自己の所有権登記を取得しているため、とりわけ登記を要求することの不合理が明白であり、かつそれが裁判上も主張されている事情がある。しかし、上告理由も結局は、「境界確認訴訟において敗訴した結果、はじめて本件係争地が甲地に属するのを知った関係上……」と論じてるのであり、帰するところ善意の占有があったことを主張するに等しいのである。

同じく境界紛争型であった[4]例と比較してみると、[4]例では時効取得者が自己の本来の所有地につき登記を取得

しているかどうかは必ずしも明確ではない。しかし、仮に未登記であったとしても、所有権についての争いが生じていない以上問題はないのであり、係争地もこれに含まれると信じていた場合には、同様に登記の契機がないと言ふべきであろう。逆に、未登記占有者のほとんどは民法一七七条の観点から言えば登記の怠慢があることになるが、この点だけを理由に時効援用を拒むことは、時効と登記の混同であり、不当であると先にも論じた。

境界紛争型においては、通常土地の形状、範圍等に関する錯誤が誤まった占有状態を極めて長期にわたって固定させており(従つて、善意の占有があり)、しかも紛争が生じた場合には既に時効が完成していることが多い。その結果、この領域における判例のほとんどは、登記の契機を欠くことが顯著でありながら、第三原則を適用して時効取得者を敗訴させるという解決をとらざるを得なくなり、その不都合を露呈する。しかし、同じ状況は他の紛争類型においても当然生じうるのであり、前述したような第三原則そのものの不合理の反映にほかならないのである。

(ii) 背信的悪意者排除論の位置づけ

時効と登記の領域における背信的悪意者排除論は、時効取得の特殊性を反映して、本来の二重譲渡における議論と若干異なる意義を持つことになるため、二つの角度からこれに注目しておく必要があると考えられる。

第一に、二重譲渡ケースにおいて、未登記の第一譲受人に取得時効の主張を拒否する場合にも、第一譲受人の保護は背信的悪意者排除によって補いうる⁽⁴³⁾と議論されている点がある。指摘されているように背信的悪意者は、見方によれば悪意者と同一線上にあつてどこに境界線をおくかが難しい概念であるが、對抗要件主義の本来の機能を維持するためには、これがある程度例外的な事例におさえ、自由競争的な取引を許容する配慮が必要であるとみななければならぬ⁽⁴⁴⁾。従つて、背信的悪意者排除論による第一譲受人の保護は取得時効の主張を認めないことをカヴァーしうるような性質のものではなく、仮に同様の意図で背信的悪意者の範圍を拡大することになるとするならば、結局異なる側面において登記の欠如に対する制裁を弱めるだけで、そもその前提であつた登記尊重の立場とも矛盾

する結果となる。

右の議論は、公信力説のような悪意者排除説、あるいは広中教授のように第一譲受人の利用侵害を背信性の基準として重視される立場が登記尊重説と両立し難いことに結びつく。両者はいずれも、取得時効以前の段階において未登記の第一譲受人の保護に傾斜している議論であるために、この者の登記の欠缺に対して寛大でありながら、逆に登記を尊重して第三者の登記に時効中断の効果を認めることにより、第一譲受人の占有に對する侵奪を許容する結果を導くのである。⁽⁴⁶⁾

第二の問題は、時効完成後に登記した第二譲受人が背信的悪意者となる条件をどうみるかである。時効完成後の第三者の登記を理由に第三原則を適用した判例は少なくないのに対し、それらにおいて第三者の背信的悪意の有無はほとんど論じられていない。「時効完成についての悪意」の立証が難しいからであろうかとも指摘されているが、⁽⁴⁷⁾ 実際には、時効完成後更に相当期間を経過しているような長期占有者があるにもかかわらず、あえて取引する第三者ないし第二譲受人の地位にはかなり疑問があり、通常少なくとも調査義務違反という意味での過失は認めざるを得ないであろう。⁽⁴⁸⁾ 更には、時効完成を知りつつ原所有者と取引した第三者は当然に背信的悪意者であるという見解⁽⁴⁹⁾ が極めて妥当であるようにも考えられる。

しかし、民法一七七条の通常の解釈は周知のように悪意者をも第三者に含めるのであるから、実は時効取得者が未登記であることを知りつつ取引をして登記の優先を主張することを単純には否定し得ないのである。この観点からわたくしは、東京地判昭和五七年八月三一日判時一〇六九号一〇五頁を評釈し、その判旨が時効取得者の存在を予想しつつ原所有者から土地を買受けた不動産会社を背信的悪意者と論じている点に疑問を投じた。⁽⁵⁰⁾ 類例を求めるならば、東京高判昭和五四年一月二六日判時九五六号六〇頁を挙げる事ができる。時効完成前の譲受人から時効完成後に転得した者は前者の地位を承継すると論じて第二原則を適用し、未登記の時効取得者を勝たせた事案で

ある。転得者を背信的悪意者とすることにより同じ結論を導けるとの批評がみられる。⁽⁵¹⁾ すなわち、かなり通常の取引に近いこれらのケースにおいて背信的悪意者という判断がなされる背後には、第三原則の適用を回避して時効取得者を保護する意図が十分推測されるであろう。

判例も少なく、もちろん最高裁判決もみられない状況の下で、即断はなしえないが、通常の二重売買における背信的悪意と時効取得者に対する背信的悪意とは、必然的に基準の相違を生じているのではなからうか。⁽⁵²⁾ 仮にその判断が、ここでは悪意者排除にいつそう傾斜し易いとするならば、それもまた第三原則の不合理を反映するものと解されるはずである。

一般的に言って、背信的悪意者排除とは、非常に悪質な者に法的保護を与えないという考え方であるから、それ自体は余りに妥当で明快なルールであり、実際面でも個別具体的な事案に適切な解決をもたらしうる。しかし、内容からみれば、実質ある基準を持たないために、⁽⁵³⁾ 非常に安易に常識論を正当化する根拠となり易い。言いかえれば、背信的悪意者排除論が注目され、活用される背後には、基本となる民法理論の無視あるいは軽視、そうでなくとも理論に混乱のある状況の下で、具体的妥当性のみが追及されるという現象を指摘できるのではなからうか。時効と登記の領域においてもそのような傾向が既に認められることを危惧するのである。

(1) 実際には侵害者が時効で保護された例は極めて少ないとの指摘もあり(星野英一「取得時効と登記・補論」民法論集第四卷三四三頁参照)、また相手方が未登記という例も少ないであろうが、とりあえず理論的な問題としてである。

(2) 山田・前掲論文民法学の現代的課題一二五頁以下、星野・前掲論文「時効に関する覚書」民法論集第四卷二一七頁以下参照。

(3) 時効取得が原始取得であるからという議論につながる。遠藤浩「時効取得と登記の対抗力」不動産登記法講座I三四八頁は、「従来の所有権登記を抹消して新たに保存登記をなすのが建前」とされる。しかし、実際には移転の原始取得といった性質のものとみられ、移転登記手続によるわけである。加えて、時効の遡及効(民法一四四条)の結果、登記

原因の日付は起算日となるため、実務上は無効の登記は遡及的に実体を持ち、有効となしうると議論されるであろう。しかし、その場合も本来の登記原因は「時効取得」なのである。西村一郎「時効取得と登記手続」不動産登記法講座I 三五二、三五六頁以下参照。

(4) フランス法の下では、所有権が一度確定した客体に関する権利変動は全て承継的とみる立場と、前主の下での所有権の負担が譲受人に承継されるか否かを区別の基準とする立場とがみられることについて、滝沢・前掲論文(四)法協九四卷四号九九頁参照。わが国の通説は後者にあたるわけであるが、なお前者との分離が明確になされないための議論のあいまいさもみられる。たとえば、舟橋・前掲書一七三頁参照。

(5) この点、従来の議論が承継取得という性格づけを根拠に一七七条の適用を正当化しようとするのと異なる。一七七条適用の一般的基準をどう考えるかについては、滝沢・前掲論文(五)法協九四卷七号一一九頁参照。

(6) 従って、「二重譲渡に近いが、無権利者からの取得に近いか」という星野教授の議論の視点を疑問を感じる。星野・前掲論文民法論集第四卷三二二頁参照。

(7) マゾーのこの点への言及に関し、本稿二三参照。

(8) 半田・前掲書(民法一七七条における第三者の範囲)五五頁、安達・前掲論文民法I(判例と学説②)二〇八頁、加藤・前掲論文法学教室一九八一年五号五七頁等参照。

(9) 水本・前掲論文立法法学一九号一九頁特に註(18)、広中・前掲書一〇三頁以下等に代表される。

(10) 星野・前掲論文民法論集第四卷三三七頁は、譲受人に時効取得者の有無の調査を義務づけることが民法一七七条の趣旨に反すると論じられるが、「登記をしない第一譲受人を無視しうる」ことは、前主の権原の真正が保証されることとは別である。後者の機能を果す登記簿の公信力は、わが国では認められていないのであるから、登記簿の記載内容については一次的にこれにより取引をする者に調査義務があることが前提のはずであった。

(11) その一例として、滝沢・前掲論文ジュリスト八〇一号八三頁以下参照。

(12) 本判決の評釈(末弘殿太郎・判民大正一三年度六四事件)は、判旨を正当としながらも、他方でXが時効の起算点を任意に選択することによって、Yに時効完成を對抗しうるとの解決を支持する。すなわち、時効取得者の優先が妥当な結論とみるわけである。

(13) 星野・前掲論文民法論集第四卷三四二頁参照。

(14) 星野教授がボアソナードの考え方を承継し、時効を制限する方向をうち出しておられるほか(星野・前掲論文「時効に関する覚書」民法論集第四卷三〇三頁参照)、遠藤・前掲論文「不動産登記法講座」三三八頁以下等参照。

(15) 極言すれば、占有によって他人の不動産を侵奪する制度に向わせる、ということになるか。現実には取得時効はそのように機能していないのであり、それ故に一七七条が矛盾を生み出すのである。

(16) 原島・注民(6)二七六頁が、判例の「第三者」「当事者」の概念は判例独自の特殊技巧的なものであると指摘されることにつながる。但し、原島教授は時効完成の前後を問わず第三者であると論じておられるが、これは一七七条的な見方であり、時効についてはむしろ常に当事者であるとみるべきであろう。

(17) 「時効の完成による時効取得の効果は起算日に遡るのであるから、時効取得者の時効取得によって権利を失うべき時効当事者は起算日における権利者であり、起算日以後権利者から権利を譲受けた者は、その時点が時効完成の前か後かを問うところなく、第三者として、時効取得者と対抗関係に立つことになり、第三者の登記によって、登記の時から時効取得の効果は排除されることになるはずである。」と指摘されたのは於保教授であった。於保・前掲論文「法学論叢七三卷五二六号一七一頁以下参照。最近、登記尊重説の裏付けとして上記の議論が注目され、柳沢秀吉・判例評釈法学志林七〇巻四号一〇四頁以下、広中・前掲書一五六頁等がこれを援用される。しかし、時効の遡及効は占有全体を保護する必要に基づくのであり、その間の第三者の全てに登記による時効取得の対抗を要求することが本来不可能であることは明らかである。技巧のみを利用した議論と言わざるを得ない。

(18) 登記法定証説の立場に依って独自の理論的裏付けを展開される安達説も、「あたかも登記が時効中断事由となるのと同様な関係を生じる」と認められ(安達・前掲論文「現代民法学の基本問題上二二八頁参照)、実質的に他説と同一に帰するとの評価もみられる(田井・前掲論文「同志社法学三一巻五二六号一三五頁参照)。なお、安達説に言及するならば、その一七七条の理解における登記法定証説は、私見と重要な点において共通の理解を示されるものの、実体的根拠を欠く点に主たる疑問を感じるとわたくしは評した(滝沢・前掲論文(一)「法協九三巻九号五八頁以下参照)。取得時効との関係においては、更に、時効取得を「看做される譲渡」と性格づける、第二譲受人丙の譲受の直後に甲乙間の第一譲渡があったと看做す等の点にみられる過度の擬制を疑問とする。また、同じ乙の占有の効果である取得時効の成立が、甲に対すると丙に対するとで起算点や期間を異にすること、丙に対する時効期間は乙の善意・悪意、過失の有無を問わず一律一〇年とされること等は、余りにも民法典の時効とかけはなれていると考える。これらの点に関しては、

田井・前掲論文同志社法学三一巻五〇六号一三五頁、ジュリスト増刊・不動産物権変動の法理九五頁以下等に同趣旨の批判がみられる。

(19) もっとも、登記のない占有の自主占有が疑われることは理解できるし、自主占有を認めなかった判例の存在も指摘されている(ジュリスト増刊・不動産物権変動の法理九七頁参照)。しかし、判例は登記なしに自主占有たりうることで一貫しており(藤原弘道・時効と占有一〇頁参照)、そのような解決方法は注目に値するが、あくまでも例外的なものにとどまるであろう。

(20) 鈴木教授は立法論として登記簿取得時効制度を主張される(鈴木・前掲書一一六頁参照)。これに対し、登記を時効中断事由とすることは、明確な立法論のかたちをとる主張にはなっていない。解釈論の範囲で処理しようとみられたためであろうか。この点、遠藤・前掲論文不動産登記法講座I三三九頁が、中断事由としての「承認」を類推適用するという構成を提唱されるのは、従来の議論を深めるといえよう。しかし、このような処理が妥当であるならば、民法一四七条に譲渡の登記を追加することは容易のわけである。遠藤説のように、登記の優先的効力、排除力を強調するのみでこのような結論を肯定してしまつてよいかは疑問である。

(21) 川島・前掲書五六九頁、安達・注民(五)一六一頁参照。

(22) ここで起算点というのは、占有開始時点と同義である。法典調査会における現行民法一四五条の審議に際しては、両者の用語の意義について相当議論されているが、梅博士は同義でよいとされる(厳密に言えば、期間計算に従い占有開始の初日を算入しないという意味で起算点という語が用いられた)。法典調査会民法議事速記録四巻一五四以下参照。従つて、登記尊重説の立場から、遠藤・前掲論文不動産登記法講座I三三三頁以下が、時効期間の起算点は逆算によつて決し、占有の始めとは区別するとの解釈を提示されるのは、妥当を欠くであろう。同様に、一般的に第二譲受人の譲受ないし登記時を起算点とみる登記尊重説の理解や、二度目の取得時効を認めた次の(五)例の最高裁判決における起算点の考え方なども疑問となる。

(23) 判例においては、時効完成時が年月日をもつて明示される場合もある一方、「明治三二年四月中取得時効完成シ」(2例参照)とか、昭和三七年一月を以て時効により本件家屋の所有権を取得した(4例参照)等の表現は多い。なお、宇佐見・前掲論文愛知学院大学法学研究二五巻一号一九頁以下は、判例が必ずしも時効の基礎たる事実の開始した時を起算点としていない事情を指摘し、新たに起算点の基準の明確化を試みられる。しかし、指摘されている例外は、純然

たる例外であったり、あるいは必ずしも占有開始時を起算点とする原則を左右する性質のものではなく、他方、自主占有の認定基準にかかわる事例も多いため、提案されるような「占有者にたいして所有権を主張する者がその占有を争う可能性ある時点」という修正を持ち込む必要性は疑問である。もちろん、より明確な基準が求められれば望ましいことは言うまでもない。

(24) 引用部分からは必ずしも十分明確ではないが、本稿2(6)、(7)、(10)例等参照。

(25) 柚木馨「時効取得と登記」判例演習物権法三五頁、石田喜久夫「取得時効と登記」ジュリスト増刊民法の判例六二頁、福地俊雄・判例研究法律時報三四卷三号九六頁、村上淳一・判例評釈法協八〇卷三号一二七頁以下等参照。

(26) 登記尊重説の主張に帰着する。すなわち、第一譲受人の失権と共に第二譲受人の所有権取得が成立するので、この時点から他人の物の占有が始まるという論理は、第二譲受人の出現が時効完成前であれ後であれ変らない。

(27) 前註(25)の文献、特に石田論文参照。

(28) 例えば、最判昭和三十三年一月一日民集一二卷一四号三二一頁(不完全物権変動説を説く)、福岡高判昭和三〇年一月一〇日下民集六卷一〇号二二〇二頁(二重譲受人のいずれもが売主に対して所有権確認及び引渡請求をなしうる)等参照。

(29) 滝沢・前掲論文(五)法協九四卷七号一四五頁参照。

(30) 東京高判昭和二八年六月一七日高裁民集六卷九号四九五頁、最判昭和四七年六月三〇日金法六五七号二五五頁等参照。

(31) 前註1(27)参照。

(32) 他例にも登記取得の契機があったとみうる例は多く、必ずしもこの点のみを強調しえないのであるが。

(33) 結局、先の星野教授、山田教授による問題提起は、民法一七七条を過度に尊重しすぎるものということになる。

(34) 援用時登記要求説が占有尊重説にかなり近いものになることは従来から指摘されており、その限りで、登記の強制力が小さくなることは確かである。しかし、そのために登記簿と絶縁された不動産がふえるという事態にはならないのではないかと推測する。

(35) 「第三者に対抗しえない」という制裁の他に、未登記のために損害を受けた者に対する損害賠償と民事罰金の制裁がフランス法上制度化されていることを指摘した。滝沢・前掲論文(三)法協九三卷一二号一一三頁参照。参考にされてよいであろう。

- (36) 保護されるべき占有状態が継続しているにもかかわらず、時効援用の意思表示があった後は、第二譲渡の登記による追奪(失権)を許すのであり、再度の時効援用に対しては、その根拠をどう説明すべきかの問題もある。
- (37) 援用の法的性質については議論が多いが、時効を実体法上の制度と捉え、停止条件説に依る私見の立場の帰結である。
- (38) 半田説に対する批判は、安達・前掲論文現代民法学の基本問題上二二六頁、石田喜久夫「時効と登記」法学セミナー一九八三年一号一二五頁等にみられる。安達教授は、悪意・有過失の占有者が善意・無過失の占有者より有利となる結果が半田説の下でもなお生じることを指摘される。しかし、時効援用による登記の契機が介入することの意味を軽視すべきではないと考える。また、舟橋説への批判にも言及されるが、判決前の単なる悪意占有者と時効取得の勝訴判決を得た者とは、時効取得の登記への近さにおいて明らかに地位が異なり、後者の方に登記を要求することはより自然であるといえよう。
- (39) 中尾・前掲批評判時七三七号一二九頁以下、東海林邦彦・判例研究判例タイムズ三一二二二二二〇頁以下、甲斐道太郎・判例批評民商七一巻三三五二九頁以下、星野・判例評釈法協九二巻九号一六三頁以下参照。
- (40) 星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集第四巻三三八頁以下参照。
- (41) 安達・前掲論文民法I(判例と学説②)二〇七頁も同旨。
- (42) 星野・前掲論文「取得時効と登記」民法論集第四巻三三四頁が、境界紛争型において時効取得者が多く敗北している判例の実態を批判される所以である。
- (43) 安達・前掲論文現代民法学の基本問題上二二三〇頁、山田・前掲論文民法学の現代的課題一三五頁、広中・前掲書一五七頁等参照。背信的悪意者排除論に対する期待度が高いとみられる議論に注目しているが、中でも広中説は、背信的悪意の成立を広く認められるため、本文のような立場を典型的に示される。また、池田・前掲論文民法講座第二巻一六〇頁は、一般論として取得時効の領域における背信的悪意者論の重要性を指摘される。
- (44) 滝沢・前掲論文成城法学一三三二二二二頁以下参照。
- (45) 広中・前掲書一〇一頁参照。
- (46) 両者の観点を満足させる解決は、結局極めて個別具体的な利益衡量から導かれるものということになる。これは問題処理に対する一貫した方針とはなりえない。

(47) 名古屋高裁昭和五八年五月三〇日判決に対する解説・判時一〇八九号五五頁参照。

(48) 従って、第三原則が適用されている事例は、第三者に悪意者を含めるといふ立場を前提とするわけである。

(49) 広中・前掲書一五七頁参照。

(50) 滝沢・前掲論文ジュリスト八〇一号八三頁以下参照。

(51) 辻正美・判例批評判時九七二号一四八頁以下参照。

(52) 時効取得者に対する背信的悪意が認定されているケースとしては、他に名古屋高判昭和五八年五月三〇日判時一〇八九号五四頁、東京高判昭和六〇年三月二八日判時一一五〇号一八八頁がみられる。前者は、未登記の時効取得者Xへの贈与を争うYがXの提起した所有権移転登記を求める調停の傍聴者であった事実を指摘しており、後者は境界紛争において時効取得が主張されたのに対し、これを争う原所有者から譲受人が紛争関係に通じた親族(姉の夫)である事情を指摘して、いずれも背信的悪意者とし、時効取得者を勝たせている。両者とも若干の特殊事情があり、背信的と言いきい状況はあるが、単なる悪意との区別は困難との評価もみられ(後例の解説参照)、背信的悪意の緩和ないしはそれへの傾斜を認められなくもない。

(53) 背信的悪意者の基準の確定が種々試みられている事実も一方にはあるが、なお十分とはいえない。

四 結 び

(1) 取得時効と登記の問題は、民法一七七条によって処理されるべきであるということが、わが国の伝統的な理解であった。しかし、民法一七七条が、本来契約に基づく物権変動を念頭におき、登記の順位による優先主義を基礎として公示主義の実現をはかる規定であることはやはり否定し得ず、これが当然に取得時効にも適用されるといふ形式的な議論は、今日では改められるべきであろう。⁽¹⁾

そうではなく、取得時効にも民法一七七条の適用を試みることは、右の対抗要件主義の原理を準用ないし拡大適用することによって、取得時効を有効に登記のシステムにのせてゆくことが可能かどうか、その場合にはいかなる

問題点が生じるかを探ることではなければならない。

右の観点からみると、現在の判例法は、時効取得の特殊性を考慮することなく、時効取得者における登記の契機の有無を全く顧慮せずに機械的に登記を要求するために、失権の制裁を受ける者をいわば単なる偶然的犠牲者とするに等しい結果を導いており、極めて不当である。指摘されている第二原則と第三原則の矛盾も、このような根底における論理の欠如の反映にほかならない。更には、登記の契機を持つ悪意占有者の場合にも、時効完成後迅速に登記すべきであるとして論じるならば、他人の物の侵奪を促す意味を生じ、取得時効が立証困難の救済を主たる存在理由とし、良心規定としての援用に支えられる制度であるという重要な側面を無視することになる。すなわち、取得時効制度そのものが、自由競争的な對抗要件主義と本質的に相容れない要素を含むとみななければならない。

(2) これらの障害を考慮しつつ、なお民法一七七条の適用を旨とする場合には、時効援用によって最終的に所有権取得が確定された時点における登記要求を原則とすることが望ましい妥協案であろうと考えられる。援用は裁判外のものを含み、登記の可能性を考慮しつつある程度の明白性を持つことを基準にその有無が認定されるべきであるが、主としては裁判上の時効援用が議論の対象となると推測される。他方、原所有者による援用後の譲渡、援用後の再度の時効完成等の可能性は残り、新たな理論上の問題を生じるが、實際上例外的なケースとなるであろうから、その処理はより容易になるはずである。

登記義務を時効援用後にくり下げることによって、判例法上最も疑問の多かった第三原則は、占有尊重の立場で解消される。この解決は、登記に配慮しているとはいえ、実質的にはほとんど占有尊重説に近い。時効取得者に登記を促すために、これ以上の有効な手段が必要であるとすれば、フランス法にみられるように未登記者ないし登記申請の義務がある者への制裁として過料、損害賠償義務等の立法化を検討することが一つの方向となるほか、提案されているような民法九四条二項の類推適用⁽²⁾などに注目することができる。

第四、第五原則における問題点も議論の必要がなくなるのであるが、起算点の任意のくり下げ、時効期間の逆算は、いずれも現行民法の時効の解釈として適當ではないという理由で否定すべきであるとした。

(3) 右と反対の立場である登記尊重説は、民法一七七条の形式的な導入を無条件の前提とする点に先ず問題があり、更にはその修正案自体も理論的裏付けが不十分である。第二譲受人の登記後更に時効期間を満たす占有が継続されなければ第一譲受人の時効取得を認めるべきではないという提案は、確かに時効完成の前後で登記した第三者の処遇が異なるという第二、第三原則の不均衡を修正するとしても、登記に一貫した意味を与えることができないという欠陥を含む。一方が一七七条の論理に依拠するのに対し、他は登記に時効中断の意味を与えるものとなるからである。後者の解決が真に望ましいのであれば、むしろ民法の規定を修正し、登記を取得時効の中断事由となしうるかどうか、理論的、実質的な両面から検討されるべきであろう。

第二に、原所有者の登記を信頼して取引をした第三者は、民法一七七条の本来の適用範囲において保護されるが、占有者の存在を含め、登記名義人の権原の真偽については第三者が調査義務を負うことがわが登記法の建前である。登記尊重説のように、従来のこの原則を超えて第三者保護を拡大する場合には、もはや單純に登記の先後を争う原理に依ることはできず、それに代わるいかなる論理によって對抗要件主義を修正し、登記の効力を拡大してゆくかに考察の視点を移さなければならぬ。

この立場は同時に、利用利益を含む占有の保護が民法典の予想するほど重要ではなく、登記中心の取引が妥当であるとする実質的理由を、より具体的に、明確にすることも求められているはずである。

(4) フランス法を検討する際の手がかりとした二重譲渡ケースの問題は、フランス法同様未登記第一譲受人に短期取得時効の主張を認めることが妥当であるとした。民法一七七条本来の議論を取得時効の要件効果論にまで持ち込まないことが、両制度を有効に機能させる上に必要であること、未登記の瑕疵を短期取得時効により治癒させる

ことは、他例とのバランスからも妥当であることを理由とする。また、例外的に自己のものの時効取得が主張されることを否定する必要はない。

しかし、わが国の二重譲渡ケース論は、最近の学説による右のような問題提起以外にも、伝統的な議論として、第二原則、第三原則そのものの当否を問うかたちでも展開されてきたわけであり、これをより広義の二重譲渡ケースと位置づけうるであろうが、両者は必ずしも無関係のものではない。そこに共通して認められるのは、民法一七七条の趣旨及び適用領域が明確に認識されていない故の議論の混乱であり、本稿も、特にこの点を克服されるべき課題とみた。

(5) 学説の類型的アプローチによる問題提起をうけて、議論の出発点を狭義の二重譲渡ケースにおいたにもかかわらず、類型論よりもむしろ伝統的な学説の対立に焦点をあてる結果となっている。より本質的な議論はやはりそこに帰着するからにはかならない。更に、二重譲渡ケースとの比較において境界紛争型ケースを瞥見した限りでも、問題処理のための基本的理論は両者に統一的に適用されることが可能であり、また望ましいとした。この点では、類型的処理の必要を認めないとされる安達教授の立場と一致する。

(6) 従来の学説の議論からみると、本稿で提示した右のような基本的考え方は、新鮮味を欠く印象を与えるかもしれない。しかし、これまでの議論は、取得時効の領域に民法一七七条の導入を強行した上で、生じてくる矛盾に対し、何とか実際のにも理論的にも納得のゆく結論を導こうと努力した結果、各所で民法典の骨組をなす基礎理論を無視、あるいは歪曲した問題処理を試みるに至り、理論としても実務に役立ち得ないような複雑なものとなっているようにみうけられる。また、結論の面からみても、例えば、善意の未登記譲受人に対して二〇年時効の主張しか認めないとか、あるいは第二譲受人の時効期間を一律に一〇年間とする等の解決には納得し難いものがある。他方、民法典をはなれた純然たる利益衡量に期待しすぎることは危険である。

西歐近代法の継受という現行民法典の性格づけの上に立って、比較法的研究が重視されている一方で、われわれの民法典が極めて簡素なかたちで確認している近代法の基本的な枠組は、精巧な解釈論の構築が試みられる過程で往々にして見失なわれ、学説の発展の名の下に必要以上に新しい解釈技術が追い求められる傾向にあると言えないであろうか。新たな社会現象に対応してゆくことはもちろん必要であるけれど、解釈法学が常に民法典の条文とそその基本構造を出発点としなければならないことを確認すると同時に、民法学の努力が、現実的、具体的な立法論をも含めたより視野の広い議論に向けられることを期待したいと考える。

(1) この意味では、従来の對抗問題限定説(於保・前掲論文法学論叢七三卷五二六号一八三頁以下、原島・注民(6)二七四頁以下等参照)の発想は極めて妥当であったと考えるが、對抗問題という概念自体が不明確であったために適切な議論となりえなかった。

(2) 加藤・前掲論文法学教室一九八一年五号五八頁参照。第三原則の適用に代えて、民法九四条二項を類推適用し、登記取得について怠慢のあった時効取得者を敗訴させるという趣旨。但し、相当の拡大適用であり、特殊な事例の救済にとどまるのではないかと推測される。これと並んで、権利濫用、信義則による時効援用の阻止が提案されているが、そもそも「未登記を取得時効によってカバーしうる」という前提を肯定している以上、どの程度適用の余地があるか疑問である。

(3) 一つには起草者の意思を理由とする。また、起算点のくり下げ、逆算共に時効の法定証拠的理解によって正当化されるのであるが、立証困難を救うことは取得時効の主たる機能であるとしても全てではないとみ、時効の存在理由を複合的に把握する本稿の立場にも由来する。

(4) 登記を時効中断事由に含めうるかという問題提起がまさにこれにあたる。また、民法九四条二項の拡大適用は、公信力のないわが国の登記簿に部分的に公信力類似の効力を与えることにより、登記の信頼度を高めているわけであるが、同条の立法趣旨は別としても、この種の解決は、制度の基本構造をゆるがす危険を含む点に十分な配慮がなされなければならぬ。更には、このように登記の効力の強化を旨とする場合には、最終的には登記主義を志向することにつながる。ことが十分自覚されるべきであろう。

(5) 例えば、今日の社会においては「不動産所有者の意に基^つかない不動産所有権の喪失を認めるべきではないとの価値

判断」が主張されているが(吉原節夫「取得時効と登記」演習民法総則・物権三五九頁参照)、余りに抽象的である。

他方、「民法の時効制度を時代遅れと断定し去ることの危険性」が指摘され(福地・前掲論文法律時報三四卷三号九六頁参照)、「今日の取引の実情からすれば、本来の取得時効の制度を修正する必要性は認められない」との評価もある

(加藤・前掲論文法学教室一九八一年五号五八頁参照)。

(6) 星野英一「民法解釈論序説」民法論集第一巻一一頁以下、同「日本の民法解釈学」早稲田法学五八頁三号三七頁以下等に従来から明確であった。但し、そこから出発した推論の具体的なあり方においては、わたくしは利益衡量、類型化に傾斜しすぎることを疑問としており、本稿も私見の立場(滝沢幸代「民法解釈における理論」成城法学一号四九頁以下参照)から体系的把握を試みたものである。

(たきざわ・いづよ〓本学教授)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)

藤野先生傳(續) 藤野先生傳(續)