

取得時効と登記・再論

滝 沢 聖 代

取得時効と登記・再論

- 一 はじめに
- 二 良永説との相違
- 三 独仏法的要素の調整
- 四 結び

一 はじめに

(1) 一九八五年の上半期に、わたくしは成城法学誌上で取得時効と登記について論じたが⁽¹⁾、それから早くも五年が経過している。この間の日本社会、さらには地球世界の変動は、政治的にはベルリンの壁の崩壊に、社会的にはIT革命の浸透に象徴されるかたちで、未曾有のうねりとなつてわれわれの日常生活に迫ってきており、二一世紀における変革を予想し難いものとしている。この状況は、日本の法学界にはまさに進行中のロースクール構想をもたらし、その結果、伝統的な日本の法律学自体が変質を被る可能性さえ否定できないのではないか、と見受けられるまでに至つた。⁽²⁾もとより、これに先立つて、立法に対する強いニーズと関心が伝統的な法解釈学を揺るがすと

いう現象は認識されており、もともと伝統に強固なものがなく、比較法のるっぽとも言える体質をもつていた日本の民法学において、社会の構造的ともいうべき変化がアカデミズムをたやすく揺るがすことは、やむを得ない事情と受け止められる。⁽³⁾

しかし、このような時であればこそ、従来行われてきた民法学の営みが、何を目指し、また何に役立ちうるものであったのかを、忌憚なく、赤裸々に問い合わせなおすことができると言うべきである。民法解釈の難問と言われる時効と登記の問題は、そのための恰好のテーマであるかもしれない。いずれにしても、わたくしにとってこの再論は懸案の課題であった。一つには、フランス法の理解をめぐって、良永教授の論稿⁽⁴⁾と私見との間に対立が見られるとの指摘に関心を寄せたからであるが、また、そうでなくとも、良永論文のみならず、藤原判事、金山、草野教授の著作⁽⁵⁾、武井、小杉、月岡教授の論文等⁽⁶⁾、その後の研究の発展には看過できないものがあり、新たな環境の中で旧稿の見直しを試みることは、必要かつ有意義な仕事と考えられるからである。

まず、旧稿で論じた内容を概括しておきたい。時効と登記の相剋がいわゆる「二重譲渡ケース」においてもつとも顕著に示されることは、山田、星野教授によつて指摘され、論点の整理がなされていたため、私見は、それを切り口として、判例法とされる五原則の批判的検討を行つたものである。学説の論争の焦点となつていていた判例の第二原則と第三原則の矛盾については、その原因を、時効取得者における登記の契機を考慮せず、機械的に登記を要求することにあるとし、その結果、登記をなくために失権の制裁をうける者は偶然の犠牲者とされていると論じた。また、この不合理を避けるために、少なくとも時効援用の意思表示がなされた時点で登記義務を課す必要があるとし、半田説⁽⁹⁾に同調している。この結果、実質的に起算点の繰り下げを認めるに近い解決が導かれるため、基本的には従来の占有尊重説の立場となるが、ただし、時効取得ができるだけ登記簿に反映させるための配慮と工夫は必要と考えるわけである。

中心となる「二重譲渡ケース」の処理については、指摘された問題点にもかかわらず、未登記の第一譲受人に短期取得時効の主張を認めることができ公平に適うと論じ、フランス法にも同様の考え方が見られる」とを分析している。

個々の論点への対応は別として、わたくしの議論の枠組みに対しては、いつもながら、フランス法の議論に傾斜しそすぎるという批判がある他、時効制度の存在理由に考察を深めていないため、真の解決となり得ないとの評価も示されている。⁽¹⁰⁾ そこでまず、これらの大枠に関する問題を再論し、議論の周辺を固めておきたいと考える。

(2) 民法一七六条・一七七条の解釈を念頭に置く物権変動の理論構成に関しては、わたくしは確かにフランス法との比較を考察の基礎に据えている。それは意思主義・対抗要件主義というものが、その核心において、フランス法の制度を取り入れたフランス的な制度であるという認識を踏まえてのことであるけれども、周知のように独仏法の混淆状態を示している日本法の特徴が不動産登記法の分野にも顕著に見られることは十分指摘してきた。⁽¹¹⁾のみならず、ドイツ的な要素を前面に出した解釈論を構成することも必ずしも不可能ではないとさえ論じている。ただし、どちらかを選択すべきではないか、そうではなく、思いつきのままにドイツ法的要素、フランス法的要素を援用してつまみ食いをするのでは、アイデアの面白さを追求することはできても、説得力ある裁判の基礎となり得るような体系的議論を導けないと考える。もとより、日本法の状況では完全な体系性を求め難いのではあるが、議論の一貫性をできるだけ押し広げていくこと 자체は、民法解釈の課題としなければならないであろう。⁽¹²⁾

また、実際だとえばフランス法に立ち入って見ると、そこには伝統に支えられた説得力ある理論の展開が見られるのであり、フランス的な解決を選択することによって、議論の混迷に道が開けてくる場合は多い。ドイツ法を参考される方々にとつても同様の事情は見られるのではないかろうか。わたくしの議論がしばしばフランス法に傾斜し

ているのはそのためであり、それ以上に奇をてらう必要はないと考えてきた。むしろ、虚心にフランス法に密着していくことによって見えてくるものを明らかにする仕事に積極的な意義を見いだしているわけである。この意味では、日本民法典の取得時効制度もまたフランス法の影響下にあるために、当面のテーマが同じ方法論に馴染むことは確かであって、わたくしの旧稿にもそれなりの見るべき成果はあったと考えている。もとより、かく言うことは、ドイツ法研究の成績に無関心であるという趣旨のはずもなく、豊富な情報の恩恵を含めて、その方面的文献からは、ドイツ法的な考え方を積極的に学んできたつもりである。

(3) 次に、時効制度の存在理由をどう考えるかである。この点においても拙稿は、フランス法の議論を参照しつつ、取得時効が権利取得機能と立証機能の二つの側面を持つことを肯定した上で、時効は、「人類の経験的英知によつて、平和と安心を担保するために最小限の悪を許容する」という社会契約(pacte social)に根ざす制度⁽¹³⁾であると論じるG・コルニュ教授の見解に注目している。すなわち、いわゆる多元説に依るのであり、星野教授、草野助教授等が主張されるように、この制度を真の権利者の保護だけに限定して機能させていくことは難しいと見る。

思うに、時効は、裁判制度によつて担保される法の正義が、本来的に悠久のものではあり得ず、真実の探求と法の論理の実現は限られた時間の範囲内においてだけに留めるよりないという法制度の構造的な制約に由来すると考えられる。すなわち、法の関心は社会の現在の秩序維持にあるのであるから、そのために奉仕すべき裁判制度が、ただそれ自体を目的としてどこまでも真実を求め、正義の実現だけに限りなく専念するのであれば、社会は機能的に破綻に導かれるかと危惧されるであろう。社会統制といつこの上なくプラクティカルな法の目的が、限度を超えた正義の探究を断念させる時に、時効制度がはじめて存在意義をもつことになると考えられる。

もちろん、このように言つても、法制度は本来正義の実現を課題とするものであれば、時効制度の限られた時間

の枠が、眞の権利者の保護と法の利益のためにまず役立つべきである」とは言つまでもない。悪魔の証明(*probatio diabolica*)を回避させる、取引の安全を実現する、などは、この側面の発現である。しかし、だかいと言つて時効制度をこれらの観点からのみ制限的に解釈、運用するという考え方には、やはり構造的な無理があるのでなかろうか。たとえば、判例はしばしば他に所有権の所在を認定する一方で、占有者に取得時効の要件が満たされていることを認定しているのであるが、このような場合には時効は適用されないとすることはできない。同様にして、悪意の占有者による時効の主張が認められることを否定できないわけである。

モラルを追求するボアソナードの時効觀は確かに魅力的であり、旧民法のように時効を証拠制度として立法化するならば、一見これを眞の権利者の保護に直結させ得るように解されがちである。しかし、反証を認めない法定証拠といふテクニックが持ち込まれると、証拠の体系も結局実体的な権利の得喪を認めるのとあまり変わらなくなるのであり、實際旧民法にも、ボアソナードによりフランス民法の法律上の推定が導入されていたことを確認しておく必要があろう。

時効制度の存在理由に関しては、前述した金山教授の法史的研究によつて、フランスの学説史のほぼ全容を知り得るような状況がある。そこに示されたさまざまな学説による説明の試みは、結局法実務が導入せざるを得なかつた時間の制約の存在を前提とした上で、この時効という法制度をどう正当化し、正義の論理と結びつけるかを探る事後的な対応に他ならないと見うる。また、その結果は哲学的な深まりとともに、実定法的には多元的な意義づけを導くものと予想される。⁽¹⁶⁾ 今日ではフランス法の通説も、所有権の立証困難を救済する機能と取引安全の保護を中心⁽¹⁷⁾ に時効の存在理由を説明しているが、それらはもつとも重要な側面であるといつにすぎず、それだけで取得時効制度を説明し尽くしたり、解釈論の体系を立てたりすることは無理である。このよくな意味において、わたくしは草野説のような試みに同調することができないし、長期の占有を正当化する根拠が多元説であつてはならないと

いうご批判は不当であると考えている。⁽¹⁸⁾

とりあえず以上のような前提を踏まえた上で、本稿では、主としてドイツ法を参考しつつ、取得時効における登記の要請を拡大する方向を探っておられる良永説の検討を中心的に考察をすすめたいと考える。それも結局は、從来から見られた登記尊重説と占有尊重説の対立を再論するに帰するかもしれないが、私見の立場がよりよく理解される契機となれば幸いである。

(1) 滝沢隼代「取得時効と登記——二重譲渡ケースを中心に——(一)(二)(三完)」成城法学一九号一頁以下、二二号一九頁以下参照。

(2) ロースクールという発想自体が、アメリカ法のあり方に示唆を受けていることは周知の事実である。また、日本型法科大学院でもソクラティック・メソッドの導入は必然と見られ、伝統的な大陸法型の理論研究がある程度アメリカ法志向に向かうことは自然の成り行きかと予想される。(滝沢隼代「法学教育と民法学」平井・内田論争を読んで——判例タイムズ一〇三四号一一頁参照)。

(3) この問題については、滝沢隼代「民法学の方法と課題——私法学会シンポジウムによせて——」成城大学法学部創設二十周年記念・二一世紀展望する法学と政治学一九三頁以下で論じた。

(4) 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)」民商九〇巻六号八六二頁以下、九一巻一号一七七頁以下は旧稿で参照しているが、他に、同「取得時効と登記」問題解決の比較法的視点、専修法学四七号二四三頁以下、同「登記の保護機能(一)(二完)」専修法学四八号一〇九頁以下、四九号一頁以下、同「時効中斷論の再構成」私法五一号一四三頁以下、同「取得時効と登記」問題、専修大法研究要一六号民事法の諸問題VI八四頁以下、同「取得時効と登記」森泉章教授還暦記念・現代判例民法学の課題二五〇頁以下、同「フランス法における「取得時効と登記」(二完)」専修法学六四号一頁以下、六六号五七頁以下等があり、情熱を込めてこの問題を論じてこられた。

(5) 金山直樹他「物権変動論の最前線」姫路法学二〇号一二三頁参照。
 (6) 藤原弘道・時効と占有(日本評論社、一九八五年)、金山直樹・時効理論展開の軌跡(信山社、一九九四年)、草野元己・取得時効の研究(信山社、一九九六年) 参照。

- (7) 武井正臣「取得時効と登記——境界紛争型事件における登記の可能性と取引の安全——」島大法学二五卷一号一頁以下、小杉茂雄「境界紛争と取得時効——「取得時効と登記」の問題における論議の整理とそこの星野説擁護のために——」西南学院大学法学論集一七卷二二三四合併号三一頁以下、月岡利男「二重譲渡における取得時効と登記」関西大学法学論集三七卷一号一頁以下参照。
- (8) 山田卓生「取得時効と登記」川島武宜教授還暦記念Ⅱ民法学の現代的課題一〇三頁以下、星野英一「取得時効と登記」鈴木竹雄先生古希記念商法学の課題(中)同・民法論集第四卷一六七頁以下参照。
- (9) 半田正夫・不動産取引法の研究五六頁以下参照。
- (10) たとえば、松岡久和「民法学のあゆみ(旧稿の書評)」法時五九卷七号一一〇頁は、「母法における本問題の解決を範として日本法の現状を斬つた、という印象が拭いえない。」とされる。後段の点に関しては、草野・前掲書一四七頁参考。
- (11) 滝沢隼代・物権変動の理論一七九頁以下参照。フランス法にウエイトを置くのは、「フランス法継受の歴史的過程、立法者意思等はまさに日本民法の近代化への足跡として尊重されるべきではないか」(一八一頁参照)といふ価値判断があつての選択である。
- (12) 読うまでもなく、説得力ある公平な裁判の基礎としては、それが不可欠であるからである。
- (13) 滝沢・前掲論文成城法学一九号一頁参照。
- (14) 草野助教授は、一例として福島地平支判昭和三一年三月三十日下民集七卷三号七九一頁を挙げ、「の点を批判される(草野・前掲書一八三頁参照)。草野説のように、取得時効の成立を「立証困難の救済」に収斂しようとすれば、必然的に所有権の所在が明確な場合には時効は認められなくなるであろう。
- (15) 「の点については、草野・前掲書一八頁以下が詳論される。反対証拠を許さないものを「推定」と見るよりは妥当ではないとして、現行民法の規定をひいた梅博士の見解(一一三頁以下参照)は、わたしかばは十分納得できない。
- (16) 金山・前掲書一三六頁以下によつてそれを確認することができない。
- (17) 前注(13)に挙げたコルニヨ説(G. Cornu, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, 1991, n° 1558 et s.)の他に、G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les biens, 1980, n° 184; J. Carbonnier, Droit civil, t. 3, 2000, n° 198; F. Terré, Introduction générale au droit, 1996, n° 264 等を挙げ得る。

(18) ただし、指摘されているように長期と短期の取得時効は、それぞれ要件が異なる限りにおいて独自の機能を果たし、存在理由を別個に説明することが適当と考える。後者においては取引安全の保護の要請が中心となるため、正当化がし易いのであるが、それでも明らかに権利者ではなかった者に権利を与える根拠がなぜ時の経過であるのか、という疑問には長期取得時効と共通のものがある。

二 良永説との相違

(1) 良永説の立論

ドイツ法における取得時効と登記の関係を探るところから出発された良永教授は、続く専修法学四七号の論文においては、ドイツ法、フランス法の比較考察に論を進め、おおよそ以下のような主張を述べておられる。⁽¹⁹⁾ すなわち、ドイツ民法九〇〇条の登記簿取得時効と同九二七条の公示催告手続による取得時効の二種の制度のうち、後者において登記と取得時効の対立が見られる。しかし、この対立はドイツ法の下では、明文規定によつて登記が優先するかたちで処理され、「登記された所有者に対する取得時効は許されない」「登記の内容に反する取得時効は許されない」という原則が一貫して行われてきた。このような土地登記簿制度の下では、所有権者は登記することによつて権利の喪失から保護されるのであり、登記には「権利保護機能」が認められる。学説はこれを「登記の保全力(Sicherungswirkung)」と呼び、取引の安全を目的とする公示機能とは別の登記の効力として、ドイツ民法典の立法時から確認されてきたものである。⁽²⁰⁾

こうして良永教授によれば、取得時効と登記の問題は、登記した所有権者は保護されるかどうかという「登記の保護機能」の問題であり、フランス法はこれを否定しているけれども、問題の共通の本質がそこにあることの確認が重要であるとされる。フランス法における登記の保護機能という議論については後述したい。いずれにしても、

このように問題の本質が捉えられたからには、日本法の解釈論にもこの視点を導入することによって、あるべき解決が導かれるであろうと期待される。そこで、良永説は当然とも言うべく、わが国では登記の保護機能を認める結論が妥当であるという主張を展開された。すなわち、日本民法典の起草者も登記に積極的な意義を与え、むしろドイツ法的な解釈を目ざしていたこと、物的編成主義の登記簿が時効取得の登記に馴染みやすいこと、公証人制度がフランス法のように機能していないわが国では登記の重要性が高いこと、等が背景をなす理由として挙げられる。⁽²¹⁾

解釈論としては、不動産の取得時効について登記を要件とすることが、最も徹底して登記の保護機能を認める結論となる。日本法の下でのその方法は、①登記を権利保護要件とする、②登記を「自主占有」の要件とする、③登記のない占有は「公然」の要件を満たさないとする、等が考えられ、良永説はそのうちの①が最も妥当であるとする。そこで、短期一〇年の取得時効についてだけ右の考え方で登記を要件とするなどを主張された。民法起草者の意図もそこにあつたこと、取引安全のための制度である民法一九二条二項の趣旨に適うこと、比較法的にもこの解決が多く見られることを理由とされる。⁽²²⁾しかし、そうなると短期取得時効は登記簿取得時効となるわけで、「取得時効と登記」の対立問題は生じない。また、長期取得時効との関係では、登記に時効中断の効力を認めるに等しい結果が導かれている。⁽²³⁾時効期間の起算点を論ずる益はない、登記した第三者に時効取得者が敗れるのは、時効の援用前は登記の保全力、援用後は登記の対効力による等疑問の余地ある見解も示されているが、いずれにしても、その主張を一貫して「登記の保全機能」という観点から説明されるのが良永説である。

そこで問題は、登記の保全機能をどう解するかである。結論から言えば、わたくしはドイツ法の登記主義に固有のものと見ることが適当であろうと考える。所有権と登記を密着させるこの制度の下で、登記された権利は当然権利推定力によつて確認され、さらに公信力によつて補強される（ドイツ民法八九一条、八九二条参照）。ついでこれは、取得時効が原則として登記簿によつて認められる制度に発展し、これを補うドイツ民法九一七条の公示催告

手続と占有者の所有権登記の可能性も、また登記事項の正確度を高めるであろう。しかも、同条よれば、公示催告手続は登記簿に登記している所有権者が「死亡」若しくは失踪し且つ土地登記簿に所有権者の同意を要する登記が三〇年間なされていない場合に限り」なすことができるるのである。すなわち、この枠組みの中では、登記しているだけで時効取得を阻止できるわけであり、登記には当然所有権保護の機能がある。

しかし、登記と占有の対立を制度的に肯定しているフランス法の場合はまた別である。⁽²⁵⁾ 良永教授も指摘されるように、フランス法の登記ではこのような保全力は否定されている。⁽²⁶⁾ これらの極めて異なる二つの制度に共通の要素を求めることは難しいが、良永説はなおそれを「登記の保全機能」であるとし、一方はこれを認め、他は否定すると論じられた。ただ、その後の議論は結局、登記された権利を取得時効から保護するかどうかの理論的、実質的因素に帰するのであり、「登記の保全機能」という用語を使って論じるかどうか、という以上の意味はない見受けられる。また、結論的にはその主張は登記の中斷効を肯定しようとするととも、議論の仕方が変わつても、そこには時効取得を認めないとする学説ないし判例は見られるとしても、その場合は登記のない権利は正権原(juste titre)にならない、あるいは登記された権利については善意(bonne foi)を認め得ない⁽²⁷⁾、と論じており、議論に混乱を招くことが危惧されるからである。事情の異なる日本法の下では、中斷効を超える新たな理論的展開の契機となる」とが期待されているのであるが、わたくしとしてはドイツ法のその議論自体が制度的なものである故に、解釈的な導入になじまない性質のものと解するのである。

(2) フランス法の理解

したがつて、良永教授がフランス法にも「登記の保護機能」という議論があるとしておられること自体に疑問が生じるであろう。その根拠として指摘されるのは、「(取得時効と登記の問題は) 登記をした真の所有者(第三者)⁽²⁹⁾は自己の所有権を保全(conservier)されるべきか」という問題である、と論じたジョスランの体系書の一節のみである。しかも、保全を保護と置き換えれば、ここにあるのは格別意味のある議論ではなく、フランス法の下でも、否フランス法であればこそ登記と時効の間に対立・相剋があることが示されているにすぎない。もちろん、仮にこのジョスランの表現にドイツ法自体の影響があつても不思議はないと考える。そうだとしても、フランス法では登記に保護機能がないとするのが通説・判例であると一般的に認めつつ、その登記の保護機能を独仏法に共通の要素と説くのは無理であろう。

さてもう一点、フランス法の理解に関して良永説と私見との間にあるとされる相違は何かを探つておく必要がある。フランス法的な問題処理を志向するにせよ、日仏法の違いに注目するにせよ、客観的に捉えたフランス法の姿は同じであるに違いない。旧稿においてわたくしが事実と判旨を取り上げた一五件のフランス判例のうち、売買に関するケースが一〇件あり、そのうちの八件は良永教授が紹介された一〇件の判例に含まれる。この他に、わたくしが類例と指摘するに止めた二件について、新たに事実と判旨を出して追加された。とりあえず最初の三例について両者を比較してみると、わたくしの紹介の仕方がより要約的、意訳的であるのに対し良永教授のものは逐語訳的である。取り上げている部分はほぼ重なるが、わたくしが省略した部分が補われていて場合もあり、逆の場合もある。しかし、内容はまったく同じ趣旨であり、言うまでもなく違っていたら問題であるが、そのような事情はないと思えた。また、判例に添えた解説は、それぞれの分析の目的に応じて異なるのが当然である。わたくしのものについて言えば、各判例につき可能な限り評釈を引用しており、評価・位置づけに誤りはないと考えている。ただし、以下のように良永教授が疑問を投じられた点もある。

「滝沢教授がオーブリー＝ロウが第五版（一八九七年）において、類型論を多数説と述べているとして、紹介されたのは、疑問がある。」⁽³⁰⁾とされた箇所である。いわゆる原因無効型と二重譲渡型のうち、フランスの判例に最初に登場するのは前者であつて、いずれについても時効取得者に登記を要求する考え方と不要とする考え方があり、判例は多少の揺らぎを示しつつます。前者において、次いで後者においても登記不要説を固めて行く。この経緯は一応明示した。学説も同様の二つの考え方につきそれぞれの根拠を探つてゐるが、さすがに学説は早い時期から右の二つの類型を区別し、後者の二重譲渡型については登記の必要を説いてゐる。わたくしが初期の登記要求説としてトロロン、ドモロンブ以下五名の学説を例示したのは、おそらくモンブリエ控訴院一八八一年一月八日判決の評釈に依拠してゐる可能性が高く、注を付していないけれども、その種の記述は各所に見られるのである。改めて確認してみると、このうちのドモロンブは二つの類型のいずれについても登記要求であり、後者についてより登記の必要が高いとする。トロロンは同旨と引用されている。これに対してオーブリー＝ロウは前者が登記不要、後者は登記必要であつて、後の点については学説の一貫が見られると論じてゐる（ただし、彼は後に両者とも登記不要説に改説した）。そうなるとわたくしの記述では、ドモロンブ、トロロンとオーブリー＝ロウの相違が明確になつておらず、確かに表現に不備があつて誤解を招き易い。⁽³¹⁾これはわたくしの責任である。しかし、学説は良永教授が整理されるようなワン・パターン型ではなく、当初から類型論を踏まえて論じてゐるのであり、それは一八五五年登記法の存在が二重譲渡型を必然的にクローズアップするからである。

また、判例の見方が私見とはまったく異なるとの良永説の主張はどう見るべきであろうか。たとえば、バステイア控訴院一八九〇年二月五日判決について、わたくしは先行のモンブリエ控訴院一八八一年判決とまったく同種の事案においてほぼ同様の理由づけで登記不要説をとつた類例であると紹介しているが、良永教授は事実と判旨を訳出されたのは、判例の見方の違ひ故であろうか。同じ判決について内容や客観的理解に相違があれば重大なことであ

ある。どこがどのように異なるかを指摘するのは、後から取り上げる人の任務である。ただ漠然と相違を強調される良永説は、ご自身の判例の紹介が私見と同じ趣旨に帰することをよく理解されないか、そうでなければ作為的にわたくしの仕事に疑問を投じる意図か、ということにもなる。

前述のように良永説には、登記の保護機能が重要という視点があるため、それに依つてフランスの判例を分析されるのは当然である。たとえば破毀院第三民事部一九八四年一月三一日判決は、「重譲渡ケースにおいて、未登記の第一譲受人が取得時効を主張したものであり、第一譲受人は登記済である。そこで後者からの返還請求に際して、登記がある以上第二譲受人には短期取得時効の要件である善意がないと主張されており、判決は否定したがこれを支持する評釈もある。⁽³⁴⁾ これなどは、実質的に登記に権利保護機能を認めうるかどうかの恰好の検討事例と言えようが、良永教授の分析も特にこの点に立ち入ってはおられない。他例についてはいつそう接点は見いだし難いであろう。にもかかわらず、判決理由中で、登記制度は「時効の主張に対して登記した所有者を保護するものではない」という類の表現が見られる部分に注目し⁽³⁵⁾、登記の保護機能が考慮されていると論じられる。しかしこうした表現は、登記制度が時効を対象外としていることを確認する一つの言い回しに過ぎないのである。

- (19) 良永論文は前注(4)に掲げた。
- (20) 登記のない自主占有者は、公示催告手続による権利者の除権判決を経た上で、自ら登記して所有権を取得する。良永・前掲論文専修法学四七号二四八頁以下参照。
- (21) 良永・前掲論文専修法学六四号一―三頁以下参照。
- (22) 良永・前掲論文民事法の諸問題VI八八頁以下参照。
- (23) 良永・前掲論文民事法の諸問題VI九五頁参照。
- (24) 我妻説を論者の理論によって補強するという主張である。良永・前掲論文民事法の諸問題VI九四頁参照。また、同・前掲論文私法五一号一四三頁以下に明瞭である。

- (25) 最近のある体系書は「点に亘りて、公示が取得時効の調整的な機能を妨げることを立法者は望まなかつたと説明してゐる。Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 1995, no 731.
- (26) 良永・前掲論文専修法学四七号一六三頁参照。
- (27) 民法一四七条の中斷事由に登記が含まれない点を克服できると論じられるが、登記名義人が真の所有権者でない場合は問題であろう。真正の登記だけに中斷効を認めるのでは、取得時効の自律性が害される。
- (28) 登記が悪意の法的推定効を持つというフランス法の古くからある議論が援用されることになる。
- (29) 良永・前掲論文専修法学四七号一六一頁参照。ジョスランの一九三〇年の体系書だけが引用されているのは不自然であり、論証になりえないではなかろうか。ちなみに、ジョスランの時効理論は立証機能を専らとする独自のものようである（滝沢・前掲論文成城法学一九号一一页参照）。
- (30) 良永・前掲論文専修法学六六号七三頁注(6)参照。
- (31) 滝沢・前掲論文成城法学一九号三三二頁参照。「これらの学説は、一八五五年法三条を念頭に置きつつ、一般論として未登記の取得者も三十年時効はもちろん、善意の要件が伴うならば一〇～一〇年時効を主張できる」とを認めてい。しかし、本来の二重譲渡ケースに限っては、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るのである。において、これらの学説をこの学説とし、オーブリーロウの立場を指すように記すことが適當であった。ただ、訛明を述べるならば、少なくとも後段の部分は通説であるとして、オーブリーロウはドモロンドトロロンを引用している。学説の正確な分類は複雑であるため詰めきれていないが、全体の論述に関わるものではない。
- (32) 良永・前掲論文専修法学六四号一頁参照。
- (33) 滝沢・前掲論文成城法学一九号一五頁参照。
- (34) 滝沢・前掲論文成城法学一九号三一頁参照。
- (35) 良永・前掲論文専修法学六六号六〇頁注(15)参照。

III 独仏法的要素の調整

(1) 一般的な考え方

民法一七六条・一七七条による不動産登記制度は、立法、解釈において独仏法の双方から影響を受けたため、その狭間で種々の問題が生じている状況はわたくしも度々指摘してきた。⁽³⁶⁾ 同じくフランス法を継受した取得時効においては、ドイツ法の登記簿中心の取得時効が技術的でありすぎるために、これを解釈的に取り込む余地が少なく、登記を時効中断の事由と扱う立場だけが、ドイツ法的な考え方として学説に位置を占めている。またフランス法を解釈論に取り込む試みは伝統的にあまり活発ではなかつたため、この分野では独仏法の影響が相対的に少なく、民法一六二条一、二項はどうちらかと言えば自前の解釈論の展開によつて運用されてきた。またその限りでは、制度自体の問題点はあまり重視されず、時効制度の存在理由だけが議論の焦点となつてゐるような状況がある。

難問とされてきたのは取得時効と登記の関係であるが、フランス法を概観すれば分かるように、それは基本的に対抗要件主義に固有の問題であり、不動産公示の手段として登記が完全なものではなく、公示なき所有権が得るという前提に由来する。フランス法は、長い時間をかけて一方で対抗要件主義の論理を確認するとともに、並行して取得時効との関係を模索し、時効を公示制度の枠外に置くとした。したがつて、時効取得者の公示義務は任意的なものにすぎない。⁽³⁷⁾ これに対して、日本法が登記原因無制限説を採つたことは、立法当初からの登記制度に対する期待があつたことは確かであるうが、その後の学説におけるドイツ法主義の影響によることも大きいと言えよう。結局日本の判例、学説が求めてきたのは、このフランス法的な制度の枠組みの中で、取得時効と登記を積極的に結びつけるための論理であつた。

さて、判例理論の形成とそれに対する学説の対応の結果、取得時効と登記の関係は、いわゆる第一原則から第五原則までのルールに整理され、その後さらに類型的処理が議論されるに至つた。⁽³⁸⁾ わたくしの旧稿は、そこでの問題点に對して、まず、時効完成後の譲渡があつた場合に時効取得者の登記を要求する第三原則の不合理を指摘し、時

効援用後に登記が要求されるべきであるとした。この点は対抗要件主義を導入する場合の必須の要件であり、結果的に占有尊重説に近い結論になるとしても、起算点の繰り下げや時効期間の逆算という議論を持ち込みます⁽⁴⁴⁾、しかも民法一七七条を導入し得ていることにおいて、日本法の独自の解決と肯定できるものである。また判決以前の段階で公示が要求されている点で、舟橋説（折衷説）よりも前進していると言えよう。わたくしはこの解決を「彌縫策にすぎない」とも論じたが⁽⁴⁵⁾、登記原因無制限説を肯定し、かつ民法一七七条を広義の対抗要件主義と把握する以上は、登記に本来のフランス法主義以上のウェイトを与えるわけであり、このようなかたちで部分的に登記に中断効を認めるのと同じ結果が導入されることは止むを得ないと考えられる。

右のように時効取得者にも登記義務を課す場合には、要求される登記が本来の契約に基づくものか、あるいは取得時効の効果に対するものであるかの区別を明確にすることが重要であり、そのために対抗要件主義の論理の正確な把握が不可欠となる。旧稿で意図して論じたのは主としてこの点である。しかし、伝統的な議論においては、時効取得者に登記を要求すべきかどうか、どのようなルールで要求できるかが焦点であり、登記が取得時効の要件に含まれるかという問題意識は必ずしも十分ではなかった。この側面がクローズアップされたのは、二重譲渡ケースへの注目によつてである⁽⁴⁶⁾。すなわち、二重譲渡において未登記譲受人が占有を継続した場合に、登記した第二譲受人に対して時効取得を主張できるかが論じられ、ここでも民法一七七条を優先させるべきではないかという問題提起がなされた⁽⁴⁷⁾。わたくしの旧稿では、フランス法を参照しつつ、理論的にも実質的にも未登記者の時効取得を肯定することが妥当であるとしている。自己の物の時効取得は可能かという論点を含むこの問題については、以下にもう一度論じたい。

二重譲渡の独自性の点を除けば、わたくしは類型的処理に対し否定的である。いずれの類型においても時効主張者と原所有者の間の利害状況には共通のものがあり、同じ理論を適用して解決されねばならないと考えるからで

ある。⁽⁴⁵⁾

このように概観してみると、取得時効と登記の問題は、民法一六二一条と民法一七七条がいずれもフランス法系の規定となつてゐるため、必然的にフランス法的な占有中心の処理に落ち着き、またそれが公平に適つた解決となるものと解される。もちろん度々指摘されてゐるように、日本法には登記簿の物的編成、登記の共同申請主義、民法一七七条の第三者の範囲の広さ、民法一六二一条二項の善意・無過失等のドイツ的要素があり、日仏法の制度の枠組みにはかなり相違はあるが、それらは共通する制度のメカニズムを根底から変えるような性質のものではない。逆に、第三者の範囲を広げる権利保護資格要件としての登記などは、利益衡量的にのみ運用されて不安定な要素が大きく、理論として定着させ得るかには疑問も残る。⁽⁴⁶⁾まして時効との関係でも安易に登記を強調することには警戒を要するのである。

(2) 二重譲渡ケースの処理

旧稿で取り上げた判例は、日仏法のいずれについても未登記の第一譲受人から登記した第二譲受人に時効取得を主張する場合が中心となつてゐる。売買契約等によつてAから不動産を取得し未登記のまま占有を継続してきた第一譲受人Bが、登記した第二譲受人Cに対して取得時効を主張しうるかである。日本の判例理論では、A→Cの第一譲渡が時効完成前であれば第二原則の適用によつて可、時効完成後であれば第三原則により不可、という結論が導かれたところ、いずれの解決についても疑問が投じられた。とりわけ前者の解決については、民法一七七条の潜脱になる、自己の物の時効取得は可能か、といった論点が指摘されたわけである。⁽⁴⁷⁾これに対しても、フランス法との比較考察を試み、結局契約による取得と時効取得は別個に扱うべきであること、自己の物といつても、未登記の瑕疵故に追奪のリスクを含む点が保護の対象となり得ること、等を指摘して時効取得を認めるべきである

とした。後者についても、援用時の登記要求という理論でやはりBを勝たせ得るわけである。類型としては、未登記のCが登記したBに対して時効を主張する場合もあり、旧稿のフランスの判例には「⁽⁵²⁾三散見された。日本法の下では両者の相違をあまり強調せず、同様の議論があてはまる」とりあえず考えてもよいであろう。⁽⁵³⁾

他方、学説においては、短期取得時効を取引安全のための制度と把握する立場も有力であり、取得時効制度がその存在理由という側面から精密化されてきた一つの成果と見うる。⁽⁵⁴⁾この観点からは、山田説のように、短期取得時効主張者は登記した者でなければならないとする見解が容易に導かれるが、フランス法にも少數説として同様の議論が見られる⁽⁵⁵⁾ことを良永教授が指摘しておられる。日本法の議論は、取引の安全を理由に短期時効の保護を受けるならば、なすべき義務を尽くしていくことが必要であるとの実際的判断であり、フランス法では登記されない権原は正権原 (juste titre) となり得ないという理論的主張となつてゐるが、実質的には日仏の議論は同じ趣旨のものであると言えよう。日本法の民法一六二条二項は、フランス法を継承しつつも、正権原の要件をドイツ法的な善意・無過失に置き換えたため、短期取得時効の成立範囲が広くなつてゐるのであるが、この制度がフランス法への回帰を志向していると見ることもできる。

フランスの学説・判例は、前述したように登記と時効を切り離すという方向に議論を一貫させてきて、一九八四年の破毀院判決も *juste titre* は登記されていなくてもよいと確認した。ただし、この判決には、登記尊重の立場から疑問を投じる評釈が見られ⁽⁵⁶⁾、他に、主としてはカルボニエの体系書が、判例理論に逆行する登記必要説を探るよう論じている⁽⁵⁷⁾ことが若干注目されるわけである。カルボニエが「*Juste titre* は登記可能な権原である」と述べる趣旨は、ローマ法の引渡 (traditio) 時代以来の伝統的な表現を確認したものである。⁽⁵⁸⁾また、良永教授が指摘されるように、登記の連續性の原則が時効の登記の場合に障害となるような事情は見られない。そうではなく、カルボニエの議論には次のような誤解が含まれるのではないかとわたくしは考える。

すなわち、二重譲渡において仮にBが登記を完了しているならば、Cは後から登記しても所有権者となる可能性がないため、A→Cの契約は *juste titre* とはなり得ないと説くものと考えられる。A→Bの契約は、Aが眞の所有権者であるから *juste titre* とはなり得ない、とフランスでも説かれることがあるが、これと裏腹の議論であると言えよう。ところでフランス法の下では、A→Bの契約は仮にAが無権利のため無効であつても登記は可能であり、ただBは所有権を取得し得ないだけである。それとの均衡を考えるならば、同様にCが無権利者となつた二重売主から譲渡を受け登記しても所有権を取得し得ないので実質的に変わらない。また、Cは必ず先登記の存在を確認できるわけではなく、二重登記の可能性もあるため、仮にA→Bの契約が解除等で失効すれば、Cが権利者となる可能性も十分ある。カルボニエ説は不恰當に第一譲受人の地位を軽視するものである。⁽⁵⁹⁾

右の議論は、二重譲受人の地位をまったく平等と論じてきた日本の伝統的な学説・判例の立場からは、より容易に納得されるであろう。こうして、登記と時効を切り離すという理論の妥当性は当面搖るぎそくになく、占有の優位は制度の趣旨からも否定し難い。しかし、日本法では登記原因無制限説が前提とされるために、一部必然的に登記優先が強行され、その場合には、登記を時効中断事由とするに等しい結果が持ち込まれることを確認できるのである。⁽⁶⁰⁾

(36) 滝沢津代・物権変動の理論一五九頁以下参照。問題点を大まかに指摘すれば、まず民法一七七条の第三者無制限説、登記原因無制限説があり、前者は制限説への転換によつてかなり狭められたけれども、その余波は権利保護資格要件といふ考え方へ發展している。他方、ドイツ法的な登記の公信力への傾斜が民法九四条二項の類推適用と権利保護資格要件論を生み対抗力と公信力の融合という議論も現れている。登記原因無制限説も解釈的にかなり縮減されているが、理論的な深まりはまだ前者ほどではないと言えよう。

(37) 学説繼受がドイツ法に傾いたという一般的理由もあるが、取得時効に限つて言えれば、類似の制度を持ちつつも、フランス法の長期三十年の時効期間の違い、短期一〇年、二〇年時効の要件である正権原 (*juste titre*) と善意 (*bonne foi*) が

民法一六二条二項の善意・無過失と若干異なる議論になつてゐること等が解釈論の接点を求めるこことを難しくしてい状況がある。

- (38) 問題点としては、取得時効の対象となる権利如何（特に公用物など）、自主占有の意義、占有の承継の可能性、民法一八五条の新権原の意味、原始取得か承継取得かなどであり、いずれも興味深い論点であるが相対的に地味である。

(39) Simler et Delbecque, op.cit., n° 731.

(40) 滝沢・前掲論文成城法学二二号二一頁以下参照。

(41) 起草者の意見を考慮し、かつ善意・無過失等の要件の具備が占有開始時に求められることを理由に起算点の繰り下げや期間の逆算を正面から肯定することは妥当ではないとした。ただし、起算点は厳密に求める必要はなく、実質的な繰り下げを含みつつ、柔軟に時効取得に必要な期間の有無が認定されればよいと見る。滝沢・前掲論文成城法学二二号四〇頁参照。

(42) 滝沢・前掲論文成城法学二二号四四頁参照。一度目の時効援用の可能性がある場合には、長期の占有状態が継続していることは確かであるのに、一度目の時効援用の意思表示後になされた譲渡とその登記に対して失権するわけであり、登記が時効を中断すると見えなくもない。

(43) 山田・前掲論文民法学の現代的課題一〇四頁参照。登記を物権変動の対抗要件ではなく、取得時効の成立要件として考へるという問題提起がなされている。

(44) 未登記の第一譲受人に時効取得の主張を認めれば、民法一七七条の適用を取引から一〇年間に制限することになると憂慮されている。山田・前掲論文民法学の現代的課題一七八頁参照。また、星野・前掲論文民法論集第四巻三三六頁以下は、利益衡量的考察により、第二譲受人に時効取得者の有無を調査させるべきではなく、一〇年一二〇年時効を問わず民法一七七条が優先するべきであると論じられる。このような強い登記志向（民法一七七条志向）をどう調整するかが課題である。

(45) 滝沢・前掲論文成城法学二二号二六頁以下参照。

(46) 同様の考え方による類型論の批判として、石田喜久夫「二つの利益衡量論」加藤一郎先生古希記念現代社会と民法学の動向二一〇八頁以下参照。

(47) たとえば、良永・前掲論文専修法学四七号二六六頁以下は、フランス法が登記の人的編成主義を探ることを重要な相

違と見られるが、指摘されるようにそれが登記の効力を左右する」とはなく、登記の効力は登記法の規定から導かれる。また、登記共同申請主義は、どちらかと言えば対抗要件主義に反する」とを指摘してきたが（滝沢・前掲書一九七頁以下参照）、それでも仮登記仮処分を通してその克服は可能である。

(48) ハの点については、滝沢・筆代「物権変動の遡及的消滅と登記」（一）成城法学五七号八一頁、一〇一頁参照。

(49) 山田教授は、「短期取得時効は、原則として登記はあるが、実体的権利がない場合に限って認めらるべきである。」とし、第一譲受人の保護は背信的悪意者論によるべきであると論じられた（山田・前掲論文民法の現代的課題一三六頁以下参照）。星野教授は、短期取得時効が前主の無権利から善意・無過失の取得者を保護するとともに、有効・未登記譲受人を保護する機能を果していると指摘されるが、後者の解決には疑問を投げおられる（星野・前掲論文民法論集四卷三三三頁以下参照）。自己の物の時効取得を疑問とされるのは鎌田、草野教授等である（鎌田薰・民法ノート物権法①一四二頁、草野・前掲書一二一頁参照参照）。

(50) フランス法が時効と登記を切り離すと論じるのもハの趣旨である。日本では登記原因無制限説の影響もあるためか、契約による取得と時効取得が同じ平面で民法一七七条の適用を受けるようにしばしば論じられており、議論が混亂する原因となつてゐる。前注に掲げた諸説にもその特徴は見られ、松岡・前掲書評法時五九巻七号一一〇頁も典型的な一例を示している。

(51) 法定取得一失権説では第一譲受人の取得は無権利者からの取得と見るため、実はハのケースでは自己の物の時効取得という問題は生じない。Cの取得時効は認め、Bのそれは否定するという結論の不合理も、自己の物の時効取得を否とする議論が妥当でないことを示すことになる。しかし、日本の判例・学説はB、Cの地位を対等と見るのが、伝統的理解であるので、ハでは、区別の点に特に立ち入らない。

(52) 来栖・山田、星野、柳沢教授、藤原判事等の説であり、解説は草野・前掲書七〇頁以下に詳細である。なお、草野説の立場である。

(53) 良永・前掲論文専修法学六六号六九頁以下参照。J. Carbonnier, Droit civil, t. 3, 1973; P. Ortscheidt, Juris-Classeur civil, Prescription de dix à vingt ans, 1984; J.-L. Aubert, note sous Civ. 3^e, 31 janv. 1984, D. C. 1984, 397 が引用されている。

(54) 立法の経緯等については、草野・前掲書八一頁以下参照。

(55) 滝沢・前掲論文成城法学一九号二〇頁以下参照。オーベール評釈は、Bが登記していれば、Cは当然に悪意となる

(bonne foi である得ない) と説くのであるが、いのフランス的な議論は古過^{古過}。

(56) 前注(53)参照。他にジユリス・クラスールの解説が見られるが、カルボニ工説を支持しつつ、登記した権利が保護されぬべきであら、また未登記の譲受人は取引を秘密にする者で悪意者ではないかと疑問を投げてくる (Ortscheid, op. cit., no 61)° 駄^だこの^の域を出ないと見うる。

(57) Carbonnier, op. cit., 2000, n° 198. 意思主義の下で^{下で}渡^渡 (traditio) を受けたため *justa causa* であれば、第一譲受人はもはや引渡^渡を受け^る可能性がないため、その権原は *juste titre* となるなどと言える。しかし、いの議論は一八五五年登記法以後の登記には当てはまらない。

(58) 登記連続性の原則は、時効には適用されないからである (一九五五年登記法二条) [項参照]° Simler et Delebecque, op. cit., n° 731.

(59) H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Les biens*, par Gianviti, 1984, n° 1504.

(60) カルボニ^は最新版^だ、先の破綻院一九八四年判決を付け加えて批判し、第一譲受人の短期取得時効の主張を否定^{トトロ}。Carbonnier, op. cit., 2000, n° 199.

(61) いのでは、前述した時効援用後に再度時効取得を主張する場合の効果を念頭に置いている。しかし、判例の第三原則を含めて、時効取得者が登記に屈する場合の効果は、登記を中断事由にするのと結果的に変わらないと言えよう。

四 結び

取得時効と登記の問題については、一応考えるべきことは既^既にしたつもりでいたけれども、改めて旧稿をたどりてみて見えて来るものもあり、再論の機会を得たことは幸いであった。刺激を与えて下さった良永教授の多数の論稿には感謝しつつ、それぞれについて細部の議論にまで立ち入った対応ができなかつた部分に心残りも感じている⁽⁶²⁾。しかし、問題の核心は実は大枠にあり、時効制度の中にできるだけ登記の要請を導入しようという登記主義的な発想に対し、フランス法的な意思主義・对抗要件主義と占有中心の取得時効制度が制約となるところを、どう

克服し調整するかがこれまでの論争のテーマであった。この認識 자체が重要であり、その上に立つて日本法の対応を整理してみると、登記原因無制限説を維持することで辛うじて登記尊重への独自性を示し得ている状況と解される。しかし、これが合理的な解決となるためには、判例理論は時効援用時に登記を要求するかたちでの修正が必要であり、それでもなお矛盾は残るのである。

他方、学説の議論の大勢に従えば、いわゆる権利保護資格要件として利益衡量的に登記義務を課し、対抗要件主義の適用範囲を広げるという方法があり、取得時効との関係でもこの考え方への関心は例外ではない。類型論が目ざすのはこのような解決と言えよう。しかし、取消、解除などの関係ではすでに判例法となっている部分もあるとは言え、この方法で一貫した公平な基準を導くことは本来的に難しい。占有に対する登記の優越を理論化するためには、結局登記を時効の中止事由とする道が残るだけではないかと改めて感じている。もし、それが対抗要件主義と調和し、妥当であるならば、立法化すればよいだけである。良永説のように解釈論に工夫をされるよりも、端的に立法化の当否を論じる方がむしろ時代の要請にも適うのではないかろうか。

一重譲渡と登記に関してはカルボニ工説を検討する機会を得て幸いであったが、フランスの通説に優るもののはそこには見い出しえなかつた。

この分野における日本法の登記志向も、一般的な登記主義への傾斜の反映であることは明らかであろうが、他に取得時効に固有の問題点を指摘しておく必要があるかと考えられる。それは時効期間の短さである。長期三〇年時効に比べれば、日本法の二〇年は余りに短い。それ故、取得時効がいつそう不道徳な制度に見えることはないであろうか。仮にそのために時効取得を阻止する必要が生じ、登記による時効の中止が期待されるとするならば、取得時効の枠組み自体を再検討する余地もあると言ふべきであろう。立法が活発化している時代であるだけに、複雑な解釈的構成に苦慮するよりは、より建設的な立法論がもっと志向されてよいのではないかと考える。

(62)

たとえば、登記された抵当権は登記の保全力によって時効取得者に対抗できるかという議論などである（良永・前掲論文民事法の諸問題VI九八頁以下参照）。抵当権付き不動産の時効取得については、最判昭和四三年一二月一四日民集二三卷一三号三六六頁等の数例が見られ、民法三九七条があるために、判例は概ね占有中心に処理している（右判決について、遠藤浩批評・民商六一巻五号一〇二頁、野村豊弘評判・法協八七卷五号一一〇頁等参照）。しかし、もちろんこの解決にも種々の問題はあるため、この場合だけ良永説の主張のように登記の保全効を認めることが一貫した理論となるかとも考へられる。そこではどのような不都合が生じるのか、また逆に所有権の時効取得において登記された抵当権を排除できる根拠は何か、等に興味深い論点が認められ、今後の課題である。草野元巳「抵当権と時効」玉田弘毅先生古希記念「現代民法学の諸問題」四五頁以下もこの問題を扱われる。

（たまさわ・いつよ＝本学教授）