

取得時効について

藤 本 公 明

目 次

- 一 序文
- 二 沿革
- 三 従来の学説
- 四 判例
- 五 結び

一 序 文

最近我が国において、時効天国という言葉が使われ始めており、他人の土地を長期間占拠し時効取得を狙う風潮が見られる。

この状況は時効制度の本来の理想と掛け離れているのではあるまいかとの疑問を抱かせる。

そこで、本稿は時効制度の沿革を辿りその理想はどのようなものであったかを再検討しそれに基づき取得時効の要

取得時効について（藤 本）

件を考えてみようとするものである。

二 沿 革

ローマ法においては、十二表法に規定されている使用取得 (*usucapio*) と、この適用のないイタリア外のいわゆる
県地に適用された長期間の前書 (*praescriptio longi temporis*) という系統を異にする二種類の時効制度が存在して
いた。

使用取得 (*usucapio*) の要件は、(a)使用取得可能の物体であること。イタリア外の県土地には適用がなく、後見
人の助成なく婦女が譲渡した手取物(イタリアの土地、地役権、奴隸、牛驢馬騾馬等)、盗品、強奪物及び賄賂品に
は適用がなかった。(b)主体はローマ人かラテン人であること。(c)土地は二年間、その他の物は一年間の占有の継続す
ること。

当初は以上の物、期間、主体の要件がそろえば使用取得は完成した。使用取得が完成するとは所有権を取得すると
いうことである。

古典時代になると以上の要件に更に、正権限 (*iustus titulus*) と善意 (*Bona fides*) の二要件が附加された。

正権限 (*iustus titulus*) とは、占有取得を適法ならしめる取得原因である。権限は当初は真実に存在することが必
要であったが (*titulus verus* 真実の権限)、後には有効に成立していないもの、錯誤によって存在を信じたもの
(*titulus putativus* 想定的権限) も正権限とされるようになった。

善意 (bona fides) の要件は、占有取得のときに存すればよい。

長期間の前書 (praescriptio longi temporis) は使用取得 (usucapio) がイタリア外の県地に適用がない不備を補って県地に発生したもので、一九九年のセヴェルス帝の勅法に現われる。

長期間の前書 (praescriptio longi temporis) の要件は、(a) 動産にも適用はあるが、ローマ人には実用はない。(b) 主体はローマ人にも外人にも適用がある。(c) 占有の期間は、所有者と占有者が同一の行政的地域に住所を有する場合は十年、住所が異なる行政的地域の場合は二十年である。(d) 正権限の存在すること。(e) 占有者が善意であること。但し、善意の要件が当初より必要であったかどうかについては争われている。

当初、長期間の前書は、所有者と称する者からの返還請求に対する訴訟上の抗弁で、所有権取得までの効果はなかったが、後には使用取得と同様に所有権取得の原因となった。

五三一年のユスチニアヌス帝の勅法は、使用取得、長期間の前書の両制度を統一し、不動産の取得時効を場所の如何を問わず長期間の前書 (praescriptio longi temporis) と称して、同県者間は十年、他県者間は二十年とし、動産の取得時効を使用取得 (usucapio) と称して、その期間を三年とした。

この外なおユスチニアヌス帝は、善意で物を占有する限り、他の正権限、時効可能物の要件を欠いても、三十年又は四十年間占有すれば、所有権が取得せられるものとした。四十年間の占有を要するものは、病院、孤児院、育児院、養老院、捕虜身請所等の敬虔な目的を有する教会の監督下にある敬虔財団の不動産及び繫争物であり、三十年間の占有を要するものは、その他のものである。これが所謂最長期間の前書 (praescriptio longissimi temporis) と称せられるものである。善意の要件を欠けば取得時効は成立しないが、テオドシウス (Theodosius) の一般訴権の消

滅時効法によって、所有者の所有物取戻訴権を排斥する効力だけはある。^①

時効については、ギリシャ・ローマ時代から相反する評価がなされていた。その一方は時効を「人類の保護者 (potrona humani generis)」と言ひ、他方は時効を「不道德な保護 (impium praesidium)」と言つた。^②

中世教会法時代になると教会法特有の道德的観点から時効を「不道德な保護 (impium praesidium)」と見てその罪悪性を強調し、時効を阻止するための諸制度を導入した。例えば、取得時効の要件として全期間の善意を求め、單純な催告に時効中断の効力を認め、援用制度を導入し、広汎な時効停止の事由を認める等であつた。^④

ドイツ普通法学においては、ローマのユスチニアヌス法の規定をそのまま継受して、通常取得時効 (Ordentliche Erziehung) と特別取得時効 (außer ordentliche Erziehung) の二種の取得時効を認めている。

通常取得時効の要件は、(a) 権限にもとづいて、(b) 善意で、(c) 動産については三年間占有を継続すること、(d) 不動産については所有者が占有者と同一の裁判管轄区域に居住している場合は十年間占有を継続すること、異なる裁判管轄区域に居住している場合は二十年間占有を継続することである。

特別取得時効の要件は、(a) 善意で、(b) 動産又は不動産を三十年間占有することである。但し、教会の監督下にある敬虔財団の不動産及び繫争物については四十年間占有することを要する。

ドイツ民法草案理由書において、通常取得時効の完成は、即時の所有権取得を妨げる知られざる瑕疵をおおうと述べている。即ち、譲渡人の所有権の欠缺を知らずに目的物を取得した者を保護する制度として通常取得時取を把握し^⑤

た。

また、譲渡人の所有権に関して買取人に錯誤があった場合の善意のみが保護の必要性の承認を得ると述べている。^⑥

そして、この必要性は、善意取得制度に関する草案の規定によって大部分除去された^⑦と述べており、善意取得制度の導入によって通常取得時効制度はその存在意義を失ったのである。但し、盗難品と遺失物に関しては、消滅時効または取得時効が規定されるべきか否かの問題が残っていたが、結局必要がないとされた。^{⑧⑨}

一方、特別取得時効については、単に物権的請求権の消滅時効の裏面であると右理由書は述べている。取引に関して、特別取得時効の本質的要素は権限の立証の免除にあること。^⑩このような立証の軽減は当時の法律生活の必要性の基礎になっていること。^⑪物権的請求権の消滅時効は間接的效果として返還請求から解放された占有を創造するがそれでは不十分であること。^⑫時間の標準（三十年）があまりに長すぎること。^⑬消滅時効と取得時効は異なる根本思想に基づくものであるからこれらを互いに分離して取り扱うことが必要であること。^⑭以上^⑮の点から、第一次草案八八一条は、

「一、動産を十年の期間占有した者は、それによって所有権を取得する。

二、占有者が占有取得の際に、所有権を取得しなかったことを知っていたか、もしくは、権利の欠缺について重過失によって知らなかったときは、取得時効は成立しない。」と規定した。

現行ドイツ民法は、動産所有権についてのみ時効を認め、不動産物権については原則として取得時効を認めず、例外的に登記簿取得時効（*Tabulareritzung*）（独民九〇〇条）と所有者の除権判決による先占権の取得（独民九二七条）を認めるのみである。

取得時効について（藤 本）

フランス民法における取得時効

所有権取得時効の要件は、占有が(a)継続して中断しないこと、(b)平穩であること、(c)公然であること、(d)明瞭でありかつ所有者名義をもってするものであること。(e)期間は、占有者が悪意の場合は、動産、不動産を問わず三十年である。占有者が善意かつ正権限を有する場合に、真実の所有者が不動産所在地の控訴院の管轄区域内に居住しているときは十年、同区域外に居住しているときは二十年である（仏民二二二九条、二二三六条、二二六二条、二二六五條）。

旧民法における取得時効

不動産取得時効の要件は、(a)所有者の名義による占有であること、(b)占有が継続して中断しないこと、(c)平穩であること、(d)公然であること、(e)期間は、正権限かつ善意の場合は十五年、悪意の場合は三十年である（証拠編一三八條一項、一四〇條）。

取得時効の効果については、「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」（証拠編八九条本文）と定め、取得時効を实体上の権利取得原因としないので、法律上の推定であるとした。ここでいう法律上の推定は、「完全ニシテ公ノ秩序ニ関スルモノ」であり、一定の場合でなければ反証が許されない（九十條）。即ち、「完全ニシテ公益ニ関スル」推定は、「法律ノ明示シテ定メタル場合及ヒ方法ニ從フニ非サレバ反対ノ証拠ヲ許サ」ないもので、既判力と時効が該当する（七十五條、七十六條）。時効においては、「時効ヲ援用スル當時併セテ正当ノ取得又ハ免責ナキコトヲ追認スル」こと（九六條二項）と、短期消滅時効について「現実ニ弁

済セサリシコトヲ自白シタル」こと（一六一條）である。従つて、この法律上の推定は、みなすとはば同義である。¹⁶⁾

旧民法作成者ポアソナードは、ローマ法が取得時効に所有権取得の効果を認めていたにもかかわらず旧民法においては、時効の効果を法律上の推定とした理由は、法律上の道徳性とこれを援用する人達の名譽のためであつた。即ち、ポアソナードは次のように自問した。「時の経過に所有権の取得、債務者の免除を与えること以上に不正であり、不合理なことがいったいあるであらうか。所有権の証明がないゆえに、占有する財産を維持するために時効をあえて主張する紳士とはなんだろうか。もしも消滅時効が免責の正当な権限ではなく、怠慢な債権者の乱暴な失権であるとすれば、誠実であり自尊心を有する人間のうちどんな者が消滅時効を主張するだろうか。ローマ人がこれに『人類の保護者』(patrona humani generis) という名称を与えたとき、過去のいんぎんな口実や、債務者の言葉と署名への不忠実に対するいんぎんな口実としたのではない。ただ、その権限証書を失なつたり、始めにこれを自分に引き渡させることを怠つた者だけを助けようとしたのである。時効は、真に正しい所有者と、真に解放された債務者との安全を確保するが故に、法の大きな恩恵である。これがないと、譲渡した所有権の古い権限証書を保持する者、消滅した債権の証書を保持する者による訴訟によつて、無限におびやかされる。」¹⁷⁾と。

日本民法における取得時効

現行の民法一六二條は、旧民法証拠編の一三八條、一四〇條、及び一四八條を基にしたものであるが、重大な点において修正がなされている。

その第一点は、時効を証拠編から総則に移したことである。証拠編の規定は時効に関するものを除き民事訴訟法に

移行した。

第二点は、正権限の要件を無過失の要件へ変更したことである。この理由について梅謙次郎博士は次のように述べている。

「旧民法及び外国ノ多数ノ例ニ依レバ正権原ヲ必要トセリ。是レ中世ノ法律以來然ル所ニシテ其理由ナキニ非ズ。然レドモ羅馬法ノ沿革ニ付テ之ヲ觀レバ、初ハ過失ナキ善意占有ヲ有スルノ意ニシテ、唯其ノ過失ナキガメニハ通常一ツノ権原ヲ要スルモノトセシニ過ギズ。（権限トハ売買贈与等ノ如キ權利ノ讓渡ヲ目的トスル法律行為ヲ云フ。蓋シ仮令善意ナルモ、自己ノ過失ニ因リ他人ノ物ヲ自己ノ物ト信ズル者ノ如キハ未ダ法律ノ保護ヲ受クルニ足ラズ。必ズ相当ノ理由アリテ此誤信ヲ来シタルコトヲ要ス。而シテ普通ノ場合ニ於テハ売買贈与等ノ如キ権原ニ因リテ占有ヲ取得シタルニ非ザレバ誤信ノ理由アルモノトスベカラズ。故ニ其原則ヲ生ジタルナリ。）然レドモ羅馬法ニ於テハ多数ノ例外ヲ設ケ、仮令権原ナキモ占有者ニ過失ナキトキハ亦以テ時効ノ利益ヲ受クベキモノトセリ。例ヘバ、代理人ニ依リテ或物ヲ買ハント欲シタル当リ、其代理人ガ他人ト売買契約ヲ為スコトナクシテ濫ニ其物ヲ携ヘ來リ、仮ニ売買ニ因リテ之ヲ得タルガ如ク裝ヒ以テ之ヲ本人ニ引渡シタリトセンニ、其本人ハ過失ナキ者トシテ時効ノ利益ヲ受クベキモノトセリ。又例ヘバ、相手方ノ癡癲者タルコトヲ知ルニ由ナカリシヲ以テ之ト売買契約ヲ為シタル場合ノ如キ亦同ジキモノトセリ。然ルニ後世ニ至リテ羅馬法ノ精神ヲ誤解シ、正権原ヲ以テ絶対ノ条件トシ過失ノ有無ヲ問ハズシテ権原ノ有無ノミヲ問フニ至リシハ、抑々法文ノ末ニ流レテ其本ヲ忘レタルモノト謂フベシ。蓋シ、権原アルモ過失アリ、権原ナキモ過失ナキ場合ナシトセズ。例ヘバ登記簿ヲ一覽セズシテ不動産ヲ買ヒタルガ如キハ最も不注意ナルモノニシテ大過失アリト謂フベシ。然レドモ其売買ニシテ成立セバ正権原アリト謂ハザルコトヲ得ズ。又例ヘバ人ノ

妻ヨリ不動産ヲ讓受ケタル場合ニ於テ、其夫ノ許可ヲ受ケシヤ否ヤヲ確カメザリシニ、後日夫ノ許可ナカリシ為メ其讓受行爲カ取消サレタルトキハ正權原アリト雖モ過失アルモノト謂ハザルベカラズ。之ニ反シテ前ニ引用セル羅馬法ノ適用ノ場合ノ如キハ、權原ナシト雖モ占有者ニ過失ナキモノナリ。然ルニ正權原ヲ必要トセバ、前ノ過失アル者ヲ保護シテ却テ後ノ過失ナキ者ヲ保護セザルニ至リ、頗ル不当ノ結果ニ陥ルベシ。是レ本条ニ於テ斷ジテ正權原ノ必要ヲ認メズシテ専ラ過失ナキコトヲ必要トセル所以ナリ。¹⁸⁾

第三点は、時効の効果を「法律上ノ推定」から「權利ノ得喪ノ原因」へ変更したことである。この理由について梅謙次郎博士は次のように述べている。

「是レ沿革上ヨリ論スルモ學理上ヨリ論スルモ頗ル穩當ヲ欠ケルモノニシテ新民法ノ採ラサリシ所ナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ時効ノ証拠ニ非スシテ取得又ハ消滅ノ原因ナリシコトハ争フヘカラサル所又仮令當事者カ權利ヲ移轉シ又ハ之ヲ拋棄セサリシ確証アルモ猶ホ時効ハ其効力ヲ生スルモノナルカ故ニ之ヲ法律上ノ推定ト云フハ頗ル説明シ難キモノアリ殊ニ取得時効ニ付テハ占有者ノ善意ナルト惡意ナルトニ因リテ時効ノ期間ヲ同シウセサルカ如キハ到底推定說ノ能ク得テ弁明スル所ニ非サルナリ。¹⁹⁾」

富井政章博士は、この理由について次のように述べている。

「惟フニ推定說ハ沿革上ノ根拠ヲ有スルモノニ非ス又獨逸法系ニモ之ヲ採用セル形迹ナキナリ（獨一九四條、九〇〇條、九三七條等）是畢竟時効ノ制度ヲ設ケタル一理由ト時効其モノトヲ混同シタル謬見ニ外ナラス時効其モノハ主トシテ曩ニ述ヘタル公益上ノ理由ニ基ケル權利得喪ノ原因ニシテ推定ニ非サルコト民法ノ条文ニ徴シテ毫モ疑ヲ存セサルナリ（一六二條、一六三條、一六七條以下）蓋反對ノ証拠アルモ時効ハ仍ホ其効力ヲ生スルコト論ナキ以上ハ之

ヲ推定ト称スルコト甚当ラス殊ニ其推定ヲ証拠ト為スニ至リテハ最モ失当ノ見解ト謂フヘシ且夫レ占有者ノ善意悪意ニ依リテ取得時効ノ期間ヲ異ニスル如キハ到底推定説ニ依リテ説明スルコトヲ得サル点ナリトス。^②

第四点は、時効期間の短縮である。旧民法においては、正権限かつ善意の場合は十五年、悪意の場合は三十年であったが、現行民法一六二条においては、所有の意思を以て他人の不動産を平穩、公然に占有するときは十年で所有権取得を認め、所有の意思を以て他人の物を平穩、公然に占有するときは二十年で所有権取得を認める。

このように期間を短縮した理由について梅謙次郎博士は次のように述べている。

「原文ニハ最長時効ノ期間ヲ三十年トセリ是レ外国ニ於テモ其例尤モ多キトコロニシテ又稀ニハ場合ニ因リテ四十年ノ期間ヲ採ルモノモアリ（澳一四七二、「グラウブユンデン」二〇四）ト雖モ世運ノ進歩ニ因リ一方ニ於テハ交通ノ便著シク増加シタルカ為メ遠隔ノ地ニ居ルモ其財産ノ状況ヲ知悉スルコト難カサルニ至リ又一方ニ於テハ取引ノ益頻繁ニ趣クニ從ヒ權利ヲ長ク不確定ノ状態ニ置クハ大ニ不可ナル所アルヲ以テ本案ハ白国民法草案（二三九三）印度出訴期限法（二二八）等ニ倣ヒ普通時効ノ最長期間ハ之ヲ二十年ニ短縮シタリ而シテ善意ニシテ且過失ナキ場合ニ限り其期間ヲ半減シテ十年ト為シタルハ意思ノ善惡過失ノ有無ヲ參酌シテ其間ニ權衡ヲ得セシメント欲シタレハナリ。^③

第五点は、旧民法証拠編一三八条が「占有ノ繼續シテ中断ナキコトヲ要スル」旨規定していたけれども、以下の理由により削除したことである。即ち、「占有ノ中断シ從テ時効ノ中断スルトキハ總テ其經過シタル時期ヲ無効ニ歸セシメ更ニ其進行ヲ始ムヘキコトハ既ニ第五百五十八条ノ規定セルトコロナルヲ以テ特ニ取得時効ニ付テ再ヒ之ヲ明言スルノ要ナシ又法理上占有ノ繼續トハ占有ノ断絶セサルコトヲ謂フモノニシテ若シ此ニ要件中ノ一ヲ断絶スルトキハ占

有ノ中断トナリ從テ時効ノ中断トナルハ後ノ占有權ノ規定ヲ参照スレハ明カナリ且繼續トイフモ中断ナントイフモ其實相同シキモノニシテ毫モ二者ヲ區別スルノ理由ナク本条ハ中断ニ付テ別ニ明言セサル如ク繼續ニ付テモ亦別ニ明言ヲ為サス」²²⁾

第六点は、旧民法証拠編一三八条二項の規定「強暴隠密又ハ容假ノ占有ハ時効ヲ生セス」を以下の理由により削除したことである。即ち、「強暴ノ裏ハ平隠デアリマスシ、隠密ノ裏ハ公然デアリマスシ、容假ノ裏ハ所有者ノ名義ニテスルモノデアリマスカラ、詰リ一項ノ裏ヲ示シタ丈ケデ、別ニ必要ハナイモノト看テ」²³⁾

三 従来の学説

時効制度の存在理由について、立法者の梅謙次郎博士は、「抑々時効ハ公益ノ為メニ設ケタルモノニシテ權利ノ永ク不確定ノ景状ニ在ルハ大ニ取引ノ安全ヲ害シ社会ノ經濟ニ影響スル所尠カラサレバナリ」²⁴⁾と述べ、また、「權利者ハ自己ノ權利ヲ等閑ニ付シ敢テ法律ノ保護ヲ願ハサル者ト謂フヲ得ヘキカ故ニ之ヲシテ其權利ヲ失ハシムルモ未タ必スシモ嚴酷ニ失スルモノト謂フヘカラス」²⁵⁾と述べた。

前者は公益こそ時効制度の存在理由であるというもので、後者は權利の上に眠る者は保護しないというものである。

そして、公益について、「時効カ公益上必要ナル制度ナリト云フハ長日月不確定ノ状態ニ在リシ權利ヲ法廷ニ訴ヘ或ハ經濟上ノ攪乱ヲ来シ或ハ証拠ノ大半滅湮セルヲ奇貨トシテ不当ノ勝訴ヲ万一ニ僥倖スルノ徒ヲ出タサンコトヲ恐

ルレバナリ^{②④}と述べ、時効制度の悪用を心配し、更に、「況ヤ狡猾ノ徒ハ己レ既ニ其權利ヲ失フモ偶々相手方ニ其証拠ナキヲ奇貨トシ古証文ヲ利用シテ不正ノ奇利ヲ博セント謀ルコトナキヲ保セサルニ於テヤ此ノ如クニハ人々各種ノ受取証其他ノ証書ヲ永久ニ保存セサルコトヲ得サルニ至ルヘシレ豈ニ實際ニ行ハルヘキ所ナランヤ^{②⑦}」と述べ、証拠の散逸からの眞の弁済者の保護に触れ、結論として、「一ニハ怠慢アル權利者ヲ戒メ一ニハ狡猾者流ヲシテ其結策ヲ逞ウスルコトヲ得サラシメシタルナリ^{②⑧}」と述べた。

以上のような梅博士の時効制度の存在理由についての学説は、今日多元説といわれる学説の源になっている。例えば、多元説の代表とされている我妻教授は時効制度の存在理由について、第一に「社会の法律関係の安定のために、一定の期間継続した事実状態は、そのままこれを法律関係となし、これを覆さないことが至当だと考えられる場合がある。時効制度の根本的な存在理由は、ここに存する^{②⑨}。」と述べ、第二に「永続した事実状態が、果して正当な法律関係に合致するかどうかを確実な証拠によって判断することは、極めて困難である。永続した事実関係をそのまま正当なものともみなすことは、おそらくは、かえって眞実に適する蓋然性が多いであろう。この証拠保全の困難を救済すること^{③⑩}」と述べ、第三に「永続した事実関係がたとひ眞実に反しているとしても、永年の間自分の権利を主張しなかつた者は、権利の上に眠っていた者であつて、法律の保護に値しない^{③⑪}」と述べている。ただし、右の三つの存在理由について第一の理由は、取得時効についての根本理由とし、第二、第三の理由は、消滅時効についての理由だと述べている^{③⑫}。

一方、時効制度を一元的に説明しようとする学説は、時効を法定証拠と考えるものである。この立場を最初に明らかにしたのは、吾妻教授である。吾妻教授は「時効制度を訴訟法上の規範として把握する事によって時効制度は客観

性を有するに至り強行性を發揮するのである。」とし、「時効制度は時の経過そのものに人証書証に優越せる強力なる証拠価値を与へたのであり、かかるが故に当事者がこの有力なる証拠方法を提出し主張したるときのみ裁判官が之を顧みるべきは蓋し当然である。」と述べている。

時効を法定証拠と考える川島教授は、「ともかくもいわゆる時効の中には右のごとき異質的な諸制度が含まれているのであるから、これらすべてに共通した『存在理由』を述べることは、理論的実益に乏しい。もし、しいてそのようなものゝを述べるならば、過度の抽象化によって内容空虚なものとなり、また過度の抽象化を避けようとするならば、共通の『存在理由』としてあげ得るものはあまり有意義なものではなくなるのである。むしろ、私は、これら諸種の時効制度に共通なものとしては、『存在理由』ではなくて、法的処理の技術（法的構成）のみが、重要なものとしてあげられるべきである、と考える。それは、消滅時効および取得時効がともに、一定の者にとって有利な法定証拠を生ぜしめる、ということである。」と述べている。

以上のような従来の学説に対して星野教授は、鋭い批判を投げかけ次のように述べている。「最近に至るまでの多数説が挙げている第一の根拠は、永続した事実状態が存在するときは、社会がこれを正當なものとして信頼し、その上に法律関係を築きあげるから、これを正當な権利関係に基づいてくつがえすことは、社会の法律関係を覆滅しその安定を害する、ということである。しかし、これに対しては、既に鮮かな批判がなされており、この根拠はもはや今日通用しえないように思われる。（中略）右の根拠を挙げる者は、時効が、『社会秩序』の維持のための制度であるとか、『公益』のための制度であるということが多いので、この点を取り上げておきたい。まず『社会秩序』については、どのような法律制度であっても、ある社会秩序維持の役割を果たす。少なくとも当初できたさいには、ある人々に

とって、ある種の社会秩序を創設し、維持する意味をもつものである。従って、法律制度の根拠として『社会秩序』維持をいうだけではなんらの解答にならず、問題はどのような社会秩序の維持か、より具体的には、どのような価値判断に立ち、どのような人々のどのような利益を保護するためのものか、に存する。こういっただけではほとんど無内容である。『公益』もきわめてあいまいな概念である。『社会秩序』と同じく、民法は直接にはある人々のある利益を保護するものであるが、これによって結局は社会全体を維持し、その意味で社会の利益になることを意図して規定されているものであり、『公益』といっただけではほとんどなにも言ったことにならない^④。

次に、「つぎに挙げられる『権利の上に眠る者は保護に値しない』という根拠も、権利者がなんらかの不利益を蒙ることの根拠とはなりえても、権利を全く失ってしまうことの根拠としては十分でない。特に、取得時効においては、所有権までもが失なわれる。これだけの理由から権利者の権利を奪うのは、『法は何事をもなし得る』にしてもあまりにもドラスティクにすぎるであろう。権利の喪失という結果を導くには、単なる権利者の不作為でなく、不作為として責任を問いうる場合でなければならぬ、との批判は、もつともである^⑤。」

更に、「残るのが、過去の事実の立証が困難であり、かつ、永続した権利行使または不行使の事実が存在する場合は権利の存在・消滅の蓋然性が大きいから、これをもって正当な法律関係とする、ということである。後述するように、筆者も、基本的にはこの発想が正しいと考えるものだが、従来の学説にはなお疑問が存在する。というのは、蓋然性は必然性ではないのだから、これではやはり、無権利者に権利を与え、義務者にこれを免れさせることの十分な説明にはなっていないのである。右の説は、さらに進んで、時効を実体法上の制度でなく訴訟法上の制度であるとし、さらには時効を『法定証拠』とする。これは、右に述べたように一面において正しい発想に基づく。しかし、こ

の説にも多くの疑問がある。そもそも『法定証拠』とはなにを意味するかが（自由心証主義をとるわが民事訴訟法のもとでは）あまり明らかでないことはさておいても、第一に、民法における法律構成という見地からは、文理上も（民法一六二条、一六七条—一七四条）、起草者の意思からも、これが権利の得喪原因となっていることは、否定しようがない。そのため、法定証拠説をとる学者は、民法の起草者は誤謬をおかしたものであり、規定の文理に捉われることなく解釈しなければならぬ、と論ずることとなる。もちろん、解釈の方法論一般としてごく抽象的には、この立言は正しい。しかし、文言に反しないで妥当な解釈ができるならば、あえて文言に正面から抵触する解釈をするべきではない。まして、規定を始めから無視するのは適当でない。解釈は、まず文理から出発すべきものであり、解釈の可能性がいくつかある場合に利益衡量、価値判断へと進むべきである。もしも立法者に過誤があれば、それをそのまま認めつつ、なにか工夫できないかと考えるほうが先決であろう。特に、ここでは、論理的にいくつかの解釈が可能な規定についてどう解釈するかが問題となっているのではなく、文理上も他の解釈の余地がないほど明らかな法律構成に関する規定が問題となっているのだから、文言に反する解釈をするには十分な根拠を必要とするが、その説明がなお十分でないように思われる。」

四 判 例

ここで取り上げる判例は、主として、占有の権利の淵源が不明なものや権限の不存在について悪意であるケースである。

第一のケースは、地所所有権確認登記抹消請求（控訴）事件で、事案は、もと土地処分により官有地となった係争地の払い下げをめぐりその相手方がX寺であったか、それともそのX寺の住職であったYの先代であったかが争われたものである。係争地の登記は、Yの先代名義でなされている。Yは、更に、先代が明治二二年以降係争地につき収益、納税をしていることを挙げ、明治六年以来時効取得していると主張した。しかし、判決は、払下の相手方は寺であり、民法施行後二〇年を経過していないので時効取得できないと判示した。（東京控判明治四〇年一月一日新聞四五九号六頁）

第二のケースは、木炭材料伐採差止請求（控訴）事件で、事案は、Xら（二九名）とYら（一〇名）などが入会権を有する入会山林において、X Yらは共に秣草採取と柴薪伐採の入会権のみを有するにもかかわらず木炭材料を伐採したのでXがその差止を求めて本訴を提起したものである。それに対し、Yは、Xはその主張する権利しか有しないが、Yは入会地の所有者だから、木炭製造の権利を有すると主張し、取得時効を援用した。しかし、判決は、時効についても、無過失の立証がなく、民法施行後二〇年経過してもいないので時効取得できないと判示した。（神戸地判大正六年六月一三日新聞一三〇三号三三頁）

第三のケースは、共有物分割並所有権移転登記請求事件で、事案は、入会山林をめぐりX村は単独所有だが誤って地券、台帳に共有と記載された。しかし、明治三〇年に保安林に編入された後はX村が常設委員や山番において管理してきたので時効取得しているとX村は主張したものである。それに対し、裁判所は、明治初年から地盤がY町と共有であったと認定し、X村も共有の意思であり、所有の意思の変更がなかったと判示し時効取得を認めなかった。

第四のケースは、建物所有権確認等（抹消登記手続）請求事件で、原告X（日光東照宮）と被告Y（輪王寺）との

間において、日光東照宮境内にある係争建物（七つの堂塔）の所有権をめぐる紛争である。原告Xは、本件建物は、幕府等の建立、寄進により日光東照宮の所有となっており、そうでなくとも民法施行後一〇年で時効取得していると主張した。判決は、本件建物は、明治四年の日光における神仏分離実施後間もなく日光県知事の処分によって原告Xから被告Yに所有と占有が移転したけれども、三つの建物については明治一八年ないし三〇年頃から、一つについては明治九年ないし一三年から原告Xが所有の意思をもって占有しており、占有の始めに無過失であったので民法施行後一〇年で時効取得していると判示した。（宇都宮地判昭和四五年四月九日判時五九四号三五頁）

第五のケースは、境界確認請求事件で破棄差戻となったもので、原告Xからの境界確認請求に対し、被告Yは、仮に当初の境界が原告の主張どおりだとしても、係争地を二〇年の時効取得によって原始取得したので自分の主張する境界が正しいと主張した。裁判所は被告Yの主張を認め境界確認請求事件においては取得時効を斟酌する余地なしとした原判決を破棄差戻した。（大判昭和九年八月一〇日民集一六一七頁）

第六のケースは、損害賠償請求事件で、原告Xは係争山林の所有者で、被告Y₁は隣接山林の所有者である。被告Y₁は係争地を自己に属するものと考え、立木をY₂に売却し、共同して伐採したので、原告Xは被告Y₁Y₂に対し本訴を提起した。Xの訴えに対してY₁らは、係争山林がY₁の所有に属すること、たとえそうでなくとも二〇年の時効取得をしていると主張した。一審以来、係争山林の時効取得が認められたためにXが上告した。判旨は上告理由に答え、Y₁の占有開始当時一五歳くらいであったとしても、特段の事情のないかぎり所有の意思をもって占有をすることができる。（最判昭和四一年一〇月七日民集二〇卷二六一五頁）

第七のケースは、土地境界等確認請求事件で破棄差戻となったもので、原告Xと被告とYは相隣者でその境界附近

に五坪弱の係争地がある。Xは自己の土地を昭和一一年買受けYは自己の土地を昭和五年養父から家督相続で取得した。Xの提起した土地境界等確認請求に対しYは反訴を提起し、係争地を昭和五年以来十年の占有により時効取得したとして移転登記を求めた。判旨は、Yの時効取得を認めた原判決を破棄差戻し、Yは相続当時登記簿に基づいて実地調査すれば真の境界線を確認することは困難ではなかったから、他に特段の事情がない限り無過失とはいえないとし十年の時効取得を否定した。（最判昭和四三年三月一日民集二二卷四九一頁）

第八のケースは、所有権確認請求事件で破棄差戻されたものである。係争地は、甲の借地に隣接する国有下水敷地で、甲はそれを埋めたてて建物を建てた。数代を経て原告が現に占有中で係争地を時効取得したとして、地主である被告Y（国）に対して所有権確認の訴えを提起した。原審が、公物は公用廃止後でなければ時効取得できないとしながら、公用廃止の意思表示は黙示のそれでもよいとして時効取得を認めたが、大審院はそれを破棄差戻し、公用廃止は管理権のある官公署の決定をまたなければならずと判示した。（大判昭和四年二月一日民集九一七頁）

第九のケースは、土地所有権移転登記請求事件で、事案は、原告XはAの法定推定家督相続人であるが、アメリカへ出稼に行った。Xの弟Y₁はXが失踪したとして失踪宣告を申し立て明治四十年失踪宣告が下され、明治四二年Y₁が選定家督相続人となって係争土地を相続した。Xは大正十二年に帰来し、失踪宣告は取り消された。その後大正一三年にY₁は係争地をY₂に譲渡し、Y₂はそれをY₃に譲渡し移転登記した。判決は、Y₁を悪意と認定し、十年の時効取得を否定した、なお、失踪宣告取消によりY₁は所有者でなくなったのでY₂Y₃は無権利者と判示した。（熊本地判大正一五年二月一五日評論一五卷民五三九頁）

五 結 び

取得時効の制度は、不動産登記簿の制度のなかったローマ法の時代³⁹⁾においては、所有権取得の方法であった。ローマ法の時代以来、取得時効は要件として、原則的に正権限と善意とを要求しており、善人の為に所謂「人類の保護者 (patrona humani generis)」としての役割を果してきた。勿論、例外的に悪人が時効制度の恩恵に浴することがあることは免れなかったであろう。

しかし、時効制度の本来の目的は、真の権利者の保護にあることは誰も否定できないであろう。

民法一六二条一項は、「二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有権ヲ取得ス」と規定している。

この占有者は、時効制度の理想から判断すれば不動産の侵奪者であってはならないのであって、不動産を売買、贈与、交換等の法律行為によって取得したのであるけれども、それを証明する証拠を喪失したような者に限定すべきである。その取得行為に際して、相手方が無権利者であるような場合でも、それについて善意であるならば保護に値しよう。換言すれば、取得原因が不明確であるような場合には、悪意者として取得時効を認める必要はないということである。

今日においては、ローマ時代と異なり、不動産登記制度が完備されており、取引に際して登記を確認しさえすれば殆どトラブルは避けられる筈である。勿論、登記簿は公信力を認められていないので、それを信じても絶対に保護さ

れるという保証はない。

取得時効制度を善人の為の制度として理解する立場をとるならば、民法一四五条に云う「援用」の解釈としては、効力要件と解すべきであろう。即ち、民法一六二条の取得時効の効果は、当事者の援用をまっして生ずると解釈すべきであろう。

なぜならば、援用の制度は元來時効制度の欠陥といわれた「不道德な保護（*impium praesidium*）」の一面を排除する為に、中世教会法の時代に導入されたものであり、この援用制度により不動産侵奪者を取得時効の制度から排除しようとしたからである。

取得時効の効果の発生をこの援用にからしめる考え方は既に中島弘道教授が、論文「時効制度の存在理由と構造」^④の中で唱えられており、私はこの考え方を支持したい。

取得時効に関して既に掲げた判例の傾向においても取得原因の不明なケースや悪意者のケースでは時効取得の完成が否定されるものが見られ、本稿の立場に近い結果が生まれている。

注

- ① 原田慶吉「ローマ法」一一二頁。
- ② Carbonnier, *Droit civil*, Tome II, p. 212.
- ③ Novellae. 9.
- ④ 原田慶吉「日本民法典の史的素描」七七頁以下。
- ⑤ *Motive zu dem Entwurfe eines BGB Bd III* 350.

- ⑥～⑮ Motive Bd. III 351.
- ⑯ 星野英一「時効に関する覚書(一)」八六頁。
- ⑰ Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon Nouvelle Edition*, Tome V, no 252.
- ⑱ 梅謙次郎「民法要義卷之一総則編」。
- ⑳ 富井政章「民法原論第一卷総論」六二七頁以下。
- ㉑～㉒ 民法修正案理由書一六二条の理由。
- ㉓ 法典調査会議事速記録第五卷一二二丁での梅委員の説明。
- ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ 梅謙次郎「民法要義卷之一第六章時効前文」。
- ㉘ 我妻栄「新訂民法総則」四三二頁。
- ㉙ ㉚ 我妻栄 同 四三二頁。
- ㉛ ㉜ 我妻光俊「私法に於ける時効制度の意義」法協雜誌四八卷二号三六・三七頁。
- ㉝ 川島武宜「民法総則」四三〇頁。
- ㉞ 星野英一「時効に関する覚書(一)」六三〇～六三四頁。
- ㉟ 星野英一 同六三六～六三七頁。
- ㊱ 星野英一 同六三八頁。
- ㊲ 原田慶吉「ローマ法(上)」九六頁。
- ㊳ 中島弘道「時効制度の存在理由と構造」法学新報六四卷五号。

