

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否 最高裁昭和53年3月6日判決

反町めぐみ

Abstract

Section 162 (2) of the Japanese Civil Code provides that a person who has for ten years peaceably and openly held occupation of an immovable belonging to another with an intention to own it shall acquire the ownership of such immovable, if s/he started the occupation in good faith without fault (the short-term acquisitive prescription).

The Supreme Court held that the validity of the rule of the short-term acquisitive prescription should be judged on whether or not the first occupant in the period had started the occupation in good faith without fault. According to the rule of this judicial precedent, it may happen that a succeeding the first occupant in good faith without fault shall obtain the ownership of that land at the expense of the original owner's interest on the ground of his/her occupation for less than ten years. It must be unfair for the original owner to be forced to lose his/her legitimate title in such a short period of time, and the owner should be given an opportunity to argue his/her title before completion of the short-term acquisitive prescription.

This paper will examine the precedent and suggest that the occupant in bad faith or carelessness should be restricted to claim his/her interest for this kind of case.

キーワード.....取得時効(162条) 占有承継(187条) 追奪担保責任(561条)

最高裁昭和53年3月6日第二小法廷判決(昭和52年(オ)第658号土地所有権確認等請求事件)
民集32巻2号135頁 破棄差戻

一. 事実概要・判旨

本件土地は、原告Xらの先々代Aが大正9年に所有権を取得後、昭和7年に先代A'が家督相続し、次いでA'の死亡により昭和26年にXら4名が共同相続した。昭和29年、B(国)は本件土地を農地法44条に基づき未開墾地として買収することとした。Bの買収事務担当機関である北海道知事は、登記簿上の所有名義人Aが所在不明であるとして、買収令状の交付に代える公告をし(農地法50条3項)、買収対価を供託した(農地法51条3項)。その後、Bは農地

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

法61条に基づき本件土地を新たに分割して新地番を付し、昭和33年から昭和44年にわたって売渡処分をなした。上告審で争われた土地だけに限定すると、A B C（昭和33年11月1日占有開始） B（昭和38年2月15日） D（昭和41年2月1日） Y（北海道・昭和44年12月24日）のように順次占有が移転している。

そこでXらは、Bの買収処分は必要な調査を尽くさず、土地の所有者ではないAを相手に公告された無効な行為であるとして、Yら3名に対し、本件土地の所有権確認・登記名義の回復及び引渡しを求めて出訴した。これに対しYは、昭和33年中にCへの売渡処分がなされており、Cは占有の始めに善意・無過失であったから、Cの占有開始の時から10年を経過したDの占有中に時効が完成しており、特定承継人としてこれを援用すると主張した。

第1審、第2審では、Bの買収処分について手続き上の瑕疵を認め、これを無効とした。Yの取得時効の主張については、「10年の取得時効が完成するためには、中間の占有者である被告国において悪意、有過失でないことを要するものと解すべきである。……瑕疵のある中間者の占有期間を併せて主張する以上は、全体として瑕疵のある占有となると解するのが民法187条2項の法意に適用というべき」であり、当該土地についての10年の取得時効は完成していないとしてXらの主張を認めた。

そこでYは、本件土地について最初の占有者であるCの占有開始時に善意・無過失の要件が備わっていれば、中間に悪意または有過失の占有承継人が介在しても、10年の経過により取得時効が完成するという論点で上告した。

本判決は、「10年の取得時効の要件としての占有者の善意・無過失の存否については占有開始の時点においてこれを判定すべきものとする民法162条2項の規定は、時効期間を通じて占有主体に変更がなく同一人により継続された占有が主張される場合について適用されるだけでなく、占有主体に変更があって承継された2個以上の占有が併せて主張される場合についてもまた適用されるものであり、後の場合にはその主張にかかる最初の占有者につきその占有開始の時点においてこれを判定すれば足りるものと解するのが相当である」とした。そこで本件土地の最初の占有者であるCについて、Cの占有開始時に善意・無過失であったかどうかをさらに審理させるため、原審を破棄、差し戻した。

二． 検討

本判決は民法162条2項の占有者の善意・無過失要件が占有の開始の時に存在すれば足りるとする大審院判決（明44.4.7民録17輯187頁）の立場を踏襲するものである¹⁾。さらに本件は、援用された部分のC B Dの占有のうち、中間のBの占有が瑕疵ある占有であることが認定されているが、この場合にも、占有の開始時にCが善意・無過失であれば、その後の占有態様を問わず10年の占有によって短期時効取得が成立することを明らかにした。

しかし、この判旨には次の点で疑問が残る。

まず、民法 187 条 1 項について、B は中間占有者であり、同時に本件土地の買収を行った最初の占有者でもある。そしてこの B の占有は瑕疵ある占有であったことが既に認定されている。いったん C へ譲渡された後に、再び B が占有を取得したとき、二度目の B の占有は瑕疵ある占有となるのだろうか。これについて当該判例では述べられていないが、同一の物に対して同一主体による占有であれば、对所有者側からは同一の占有と見ることができる。よって、C から占有を承継した後の B の占有もまた瑕疵ある占有であるといえることができる。このとき、真の所有者である X の所有権が奪われる原因を作り出したのは B である。B のような瑕疵ある中間占有者の占有を併せて、短期取得時効の完成を認めることは許されないと考える。もしこのような者にまで 10 年の取得時効を認めるなら、悪意占有者 B はいったん善意・無過失の C に承継させて数年占有させた後、また B が承継することで、最初の占有者を C として 10 年の取得時効の完成を主張できることになり、本来中間占有者 C がいない場合には 20 年間の占有が要求されることに比べて著しく不合理である。

また、本判決は他にも、取得時効と登記の問題で、時効期間の起算点はこれを任意に変更することはできないとする判例（大判昭和 14.7.19 民集 18 卷 856 頁）及び通説との関係²⁾や、相続人の占有は他主占有か否か、援用者自身の善意・無過失は問題になるか否か、民法 187 条の承継とは瑕疵の承継を含むのか、など多数の論点が考えられるが、これらを見ると結局取得時効制度が誰を保護するものであるのかを考えたうえでそれぞれ議論する必要がある。しかし、本判決の中では、取得時効の根拠にまで踏み込むものではなく、なぜ「その主張する最初の占有者」の占有開始時に善意・無過失を判断すれば足りるのか、ということの根拠も示されていない。

そこで、以下では悪意の中間占有者の占有期間を併合して短期取得時効を主張することの是非を検討することとし、まず瑕疵ある占有を併合した場合の民法 162 条 2 項にいう占有者の善意・無過失の判定時点について考察する。次に、善意・無過失が要件とされる根拠を理解するために、取得時効の存在理由を検討した上で、短期時効取得を認めなかった場合の善意者保護の要請と追奪担保責任との問題を論じることとする³⁾。

1. 善意・無過失の判断時点

まず、現行民法の取得時効を規定する条文の沿革を辿れば、法典調査会に提出された原案 162 条は、旧民法証拠編 138 条・140 条・148 条（動産の取得時効の規定）の 3 条を併せたものである。その際に修正されたのは次の 4 点である⁴⁾。

時効期間の短縮。時効期間は諸外国の法律においては 30 年が最も多いものであるが、今後、取引がだんだん頻繁になるに従って、一方に於いては交通の便が開け、また一方に於いては、その取引によって生ずる権利が早く確定しないと経済上甚だ不便であるから、時効期間を 20

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

年に短縮した。この20年というのは最長期限の方で、特別の場合にはその際長期の半分の10年とする。

旧民法証拠編138条1項の「継続シテ中断ナク」の削除。占有が中断されれば時効が中断されることは次の条項にあるため、削られた。

旧民法証拠編138条2項の削除。2項は「一項ノ裏ヲ示シタ丈ケ」であるため、削られた。

「正権原・善意」要件から「善意・無過失」要件への修正。正権原と善意の2つを要件とすることは、各国の多くの例に倣ったものである。しかし、正権原を要件とする理由は、占有者に過失があってはならない、つまり善意といっても善意たるべき充分の理由がなければならぬところにある。そのため、正権原があっても過失があれば保護しない、逆に正権原がなくても無過失であれば保護する方が適っている。不動産の短期取得時効の適用においては、登記があるため、取得時効の適用は少ないが、まるで廃することはできないから置いたものである。

以上の修正の結果、現行民法の取得時効要件として善意・無過失が規定されることとなった。旧民法の時効は、権利取得・義務免責を法律上推定する制度であった⁵⁾。しかし、立法者は162条2項を、不動産と動産とでは対象は異なるが、同一要件で構成されている192条とともに取引安全の保護の規定と解していた。162条が正権原から無過失へ要件を変えたのも、正権原がなくても保護すべき場合があることを理由としている。この意図から、無権利者による譲渡も保護されることとなったのである⁶⁾。梅は著書のなかで、本条は主として全く所有権を有しない者が新たに之を取得する場合について規定したとしている⁷⁾。

また、旧民法証拠編140条1項は「財産編第百八十二条ニ從ヒテ善意ナルトキハ」と規定し、同法財産編182条は「正権原ノ占有ハ権原創設ノ当時ノ於テ占有者カ其権原ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ之ヲ善意ノ占有トシ此ニ反スルトキハ悪意ノ占有トス」と規定するとおり、ローマ法に由来するフランス民法2267条に基づくものであることは明らかである⁸⁾。この、旧民法の短期取得時効（15年）が正権原創設時の善意を要件とすることについて、ポアソナードは契約時にすでに悪意であった者と後に悪意になった者との道徳的差異を強調している⁹⁾。

162条2項の立法趣旨が上記のようなものであるなら、占有主体に変更のない場合においては、占有の途中に悪意に変わったとしても、占有の開始の時に善意・無過失を判定すれば足りるという本判決の立場は妥当である。

では、占有主体に変更があった場合はどうだろうか。占有の承継がある場合については幾通りか考えられるが、結局は善意・無過失の前主の占有を併合して、後主が短期取得時効を主張できるのはどのような場合かを考えなければならないのである。後主が悪意の場合に短期取得時効を認めるかは、悪意者Bの保護についての理解によって結論が異なる。この場合、学説・判例上は大きく次の2つに分けることができる。

まず、短期取得時効が本来保護すべきは本件では善意・無過失の前主Cである。もしBへの所有権移転が有効でなければ、民法561条の追奪担保責任を負うことになる。よって、Cを

保護するためには悪意または有過失の承継人Bも保護しなければならないと考える立場がある。これが第一占有者基準説と呼ばれるものである。つまり、短期取得時効完成前にBへの移転があるとはいえ、Cの占有開始前から10年以上経過しているのにCが保護されないのは、Cがそのまま占有していた場合と権衡を失し妥当ではないと考えるのである。

第一占有者基準説の根拠は、187条の占有承継の解釈について、日本法とフランス法・ドイツ法の違い、187条が占有の二面性を認めていること、の2点を挙げている。

まず、第一占有者基準説の根拠について検討する。旧民法192条はフランス民法の占有承継理論をそのまま受け継いだものである¹⁰⁾。フランス法では、被相続人と相続人が同一人格を形成するとする人格承継説をとるのである。例えば売主が善意で買主が悪意なら、短期取得時効が成立していない限り、買主は売主の占有と併せて短期時効を主張できず、合算して長期時効を援用しうるだけとなる。逆なら、買主は自らの占有を分割して短期の時効を主張することはできるが、売主の占有との併合を選択するときは長期の時効しか援用できない。つまり、短期取得時効を完成するために占有を併合することはできないが、短期取得時効に有効な占有は長期時効に必要な占有とも併合できる。ポアソナードはこのような立場に立っていたものと考えられる。

これについて第一占有者基準説に立つものと思われる本件上告理由では、前主の占有を併せて主張する場合に『前主ニ於テ存シタル占有ノ性質及ヒ瑕疵』がそのまま後主に承継される旧民法192条1項の規定の趣旨は、現行民法187条1項の規定上も引き継がれ、同条2項の『前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承継ス』との規定は、民法修正案理由書に明記されているとおり¹¹⁾、単に『一ノ事実ヲ援引利用セントスルニハ固ヨリ其全体ヲ引用スヘク其不利益ノ点ノミヲ取捨ツルコトヲ許サス』との趣旨を明らかにしたもの¹²⁾、ドイツ法の解釈もフランス法の解釈も参考にならないとする¹³⁾。

しかし立法趣旨が明確ではない上、現行民法の187条1項が旧民法192条の規定を引き継いだものであると認めるのであれば、ドイツ法の解釈もフランス法の解釈も参考にならないとするのは誤りであって、同条2項の規定についても同様に旧民法上の解釈を参考とすべきである。つまり、短期取得時効は取引安全の保護のための規定であって、短期取得時効の主張に有効な占有期間は長期取得時効の主張にも併合して用いることができるが、悪意占有者の占有期間を併合する場合には長期取得時効しか援用することはできないと解釈するのが妥当である¹⁴⁾。

次に第一占有者基準説の根拠について検討する。Yによる上告理由の見解は、162条2項の善意・無過失要件は占有の開始時点にのみ存すれば足り、また187条は、占有承継の二面性を許す考え方だから後主は前主の占有と同一性を有する占有を継続するものと見られる、と説明している。占有の二面性とは、前主の占有と同一性を有する占有を承継するもの、後主が自ら新たな占有を始めたもの、という二面性を許すものという考え方である。そして、「例えば前主が善意で承継人が悪意の場合は、占有主体に変更がなく同一人が占有を継続している間

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

に、当初善意であつたのが途中から悪意に変わった場合と何ら異ならないのであるから、10年の取得時効の要件としての「善意・無過失」は、当該占有の開始時点すなわち前主が占有を開始した時点にのみ存すれば足りるものと解すべき¹⁵⁾。

この第一占有者基準説に対して、短期取得時効の要件である10年間の占有期間に悪意の占有者があれば、短期取得時効の成立を認めないとする占有承継人基準説の立場がある¹⁶⁾。

占有承継人基準説の根拠は187条2項前主の占有に瑕疵のあった事は承継する、ということの反対解釈である。つまり、前主の占有に瑕疵のなかった事は承継しないのであって、承継人の固有の占有に付着する瑕疵を治癒するものではないとする¹⁷⁾。また、187条はもっぱら時効に関する規定であるとされるが、そうであれば、併合された最初の占有が悪意または有過失であればそもそも162条2項により短期取得時効は完成しない。187条2項の存在理由は、本件のように善意C 悪意B 善意Dと占有が承継された場合においても、短期取得時効は完成しないところにある、とするのが占有承継人基準説の考え方である。

また、立法者は善意・無過失を判断する時点について、援用する占有者の占有の最初なのか、併合主張する最初の占有者の占有の開始時なのかを議論した跡はない。よって立法趣旨から解釈によって法的正義に沿った条文の文言を判断するほかはない。その際、先例についての判断も必要になるが、上告理由に挙げられている前述の大審院判決¹⁸⁾以降、占有承継人の占有態様について積極的に判断したものはなく、本件の先例となるものはない。本件は中間占有者の瑕疵がすでに認定されている事例であって、先例とされる大審院判決とは異なり、162条の判断だけではなく187条についても判断する必要があったものと考えられるからである。

以上から、187条2項の趣旨は占有主体に変更があった場合には承継人各人について占有態様を判断するというものであって、第一占有者基準説のように、同一の占有者が後に悪意に転じた場合と同様に論じることができないものと考えられる。よって、占有主体に変更があった場合の取得時効の要件の判断については、占有承継人基準説の考え方が妥当である。

本判決においても、占有併合が主張される場合に、その主張にかかる最初の占有者につきその占有開始の時点で、善意・無過失を判断すれば足りるとしているが、これは、本件で最も初めに占有を始めたBを最初の占有者として主張した場合には20年、Cとして主張したときには10年というように自由に選択することを許すものなのだろうか。もしこのような自由な選択が認められると考えるならば、悪意者であるBはいったん善意・無過失のCに承継させ、その後再びBが承継するという方法を用い、その占有併合の最初の占有者をCとして主張すると10年で時効が完成することになる。また、取得時効による不動産の所有権取得と第三者との対抗問題に関連して取得時効の起算点は最初の占有者の占有開始の時であって、これを任意に選択することはできないとする判例¹⁹⁾と齟齬することにはならないだろうか。

これらの問題を考察するためには、なぜ善意・無過失であれば占有者が所有権を取得することが許されるのかという根拠を明らかにする必要がある。そこで、そもそも時効の存在理由は

どこに求められるのかについて、次に検討していくこととする。

2. 取得時効の存在理由

前節でも述べたように、法典調査会の議論から取得時効の存在理由を窺うことはできない。そのため、解釈によって判断するほかはないが、従来の学説は時効の根拠について大きく分けて次の3つの理由を並べて挙げている。時効制度は、社会の法律関係の安定のために一定期間継続した事実状態を覆さないことを根本的存在理由とし、証拠保全の困難を救出すること、権利の上に眠る者を保護しないこと、が二次的に挙げられる²⁰⁾。この3つの時効の存在理由について、それぞれ検討していくことにする。

まず、社会の法律関係の安定という根拠について検討する。社会の法律関係の安定をはかることで、具体的に保護しようとするのは当事者より広い範囲、第三者の保護ということになる。しかし、民法の時効の効果は当事者に限られている²¹⁾。さらに、簡単に時効中断、放棄のできる時効制度は、一般社会秩序を維持する公益的制度とはいい難いとの批判もなされている²²⁾。

次に、証拠保全の困難の救出について検討する。例えば不動産売買契約において、登記に公信力を認めない日本では、その領収書を紛失した時点から買主はいつでも二重弁済の危険を負うことになる。このような訴訟上の証拠を提示できない所有者を保護するため、所有権の永続性を修正して設けられたのが時効制度であるとする。これは十分に説得的な理由である。では、どのような根拠で所有権の制限を正当化するのか。我妻は所有権を制限する根拠として、永続した事実関係は真実に適する蓋然性が高いことを述べる²³⁾が、長期取得時効を援用するときに20年間の同一主体による占有を考えれば、たしかに「永続した事実関係」として理解できよう²⁴⁾。しかし、10年の間に転々と承継された占有をもって短期取得時効を援用する場合に、「永続した事実関係」として真の所有者である蓋然性が高いとは考え難く、無権利者に権利を与える時効制度を正当化する根拠としては不十分である²⁵⁾。

最後に、権利の上に眠る者を保護しないということについて考察する。なぜ、権利行使をしないことによって原所有者から権利を失わせる事を正当化できるのかを十分に説明する文献は少ない。これについて大木は、時効の根拠は権利者の帰責判断に存在するとする。つまり、権利者に、時効の中断の機会があり、権利者の障害に十分に配慮されている場合に、真の権利者から権利を失わせることへの正当性が認められるとする²⁶⁾。権利者の権利放棄という状態と、取引によって占有を取得した善意・無過失の承継人との利益考量から、権利者に十分な帰責性がない場合には、時効は制限的に解釈されるべきであるという私見にも合致する。

以上のように、従来の時効制度の存在理由から説明するのは難しい。そこで、短期取得時効と長期取得時効の根拠をそれぞれ別の根拠で構成する説が今日有力である²⁷⁾。そして、この二元的構成をとる学説の中でも、短期取得時効の根拠についてはほぼ一致しているが、長期取得時効については学者によって諸説あるため、以下では私見に最も近い松久による説明を紹介す

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

る。まず、長期取得時効は、権利の永久性よりも義務からの解放の必要性を優先させた制度であり、義務者の生活の計画可能性を確保する制度であるとされる²⁸⁾。次に、短期取得時効の存在理由について、取得時効制度は、前主の占有に対する承継人の信頼を保護する制度ではなく、善意・無過失で不動産を取得した者を救済しようとする取引安全保護の制度とする。よって、占有承継人が悪意または有過失であればその取引は短期取得時効による保護に値しない。しかし、権利者の側の権利不行使という事実を比較考慮すると、占有の併合主張も許されるが、それは本来の取得時効の原則である長期取得時効を援用しうるとどまるという²⁹⁾。

私見も、以下の2点から、取得時効の存在理由について二元的構成をとるのが妥当であると考える。

第一に、長期取得時効については松久と同様に、無権利の占有者は原所有者からの請求に応じていつでも土地を返還しなければならないという原則を修正し、原所有者の権利を消滅させる制度であると解する。占有者はもともと所有権原を有していないとはいえ、20年以上もの長期間に原所有者からの追奪の可能性があるような不安定な状態におかれるべきではない。

例えば、自己の所有する土地全体を、他者によって占有されていた場合、原所有者が20年もの間そのことを知らずにいるのは不自然である³⁰⁾。しかし、その20年間の期間に満たない間に、原所有者が自己の土地について他者の占有を知りえたならば、何らかの防御手段をとるのが通常である。単に他人の占有を知らないために防御手段を行使しなかっただけでは、長期間権利行使を放棄していたということではできない。

そもそも所有権の機能は、物の所持・使用・収益によって経済的価値を保持者に帰属させることにあるのに対して、占有の機能は、第三者（あるいは所有者）に対し、現在の状態についての私力による妨害や侵奪を阻止するものである。これが占有者よりも原所有者の保護が優先される理由である。162条の取得時効制度は、平穩・公然・自主占有の要件をみれば20年で時効取得できることを定めており、この原則に善意・無過失の要件が加重されて、この期間が10年に短縮されるのである。さらに、フランスやドイツが一般の時効期間を30年としているのに比べると、日本は20年と短く³¹⁾、この時効期間の短さからも、慎重に真の権利者の保護を図らなければならない³²⁾。例えば、自己の住所と他者によって占有されている土地とが遠く離れている場合、その土地の調査を10年間怠ったことだけで所有権を消滅させられては、原所有者の生活の計画可能性を害することになる³³⁾。所有者は自己の財産を考慮すればこそ、将来の生活を計画することが可能なのであって、もともと瑕疵ある占有者に安易に取得時効を認めてしまうことは、両者における所有権の価値の均衡から見ても不当である。特に本件では実際に占有を開始した者と時効援用者は行政主体であり、全くの個人である真の権利者との法的知識の差は大きく、このような事情によって不利に扱われてはならない³⁴⁾。

第二に、短期時効取得については、近時の学説の多数と同様に、取引安全の保護からの要請と捉える。取引によって善意・無過失で占有を始めた者を保護するためには、10年間という短

期間で原所有者の所有権を失わせることも、両者の利益考量上やむを得ないとする。また、旧規定から考えると、短期取得時効は、占有主体が変わらず、同一人が占有を継続している場合に、占有者の善意性を保護するために認められた取得時効の特則と解するのが妥当である。ただし、土地境界訴訟のように、所有者が他者の占有に気づきにくく、占有者も他者の土地だと気づきにくい場合には土地のごく一部であることも多く、取引安全の保護の要請は薄いと考えられる。そのため、162条2項の善意・無過失要件は更に厳格に解されるべきである。

3. 占有承継と追奪担保責任

第一占有者基準説が占有承継人の主観的意思を問わないのは、善意・無過失で占有を開始した占有者本人が占有の途中で悪意に転じた場合に、その占有自体を悪意と解するのは不当であること、後の承継人がたまたま悪意だったことで、取得時効が認められなかった場合、善意・無過失の前主が、自己の関知しない事由によって不利益を得るのは妥当でないこと、を理由とする。

しかし、については、善意・無過失の要件は占有承継人ごとに判断すべきである。第一占有者基準説が批判する人格承継説は、187条2項の反対解釈として前主の占有の無瑕疵は承継されることはないとして悪意占有者による短期取得時効の主張を否定するが、ここでは無瑕疵である占有者の地位の承継を想定しているものと思われる。しかし187条の承継とは占有期間を指すものであり、「瑕疵をも承継する」とは20年でしか完成しないという瑕疵付きの占有期間を承継すると解するのが妥当であろう。すると、これを反対解釈すれば、善意・無過失の前主の占有は10年で完成するものであるのに、悪意または有過失の後主の占有は20年で完成するものであり、両者は全く異質の占有ということになる。承継の内容について、単なる期間の承継と考える結果である。つまり、占有の分割を許すのであれば、第一占有者基準説や人格承継説とは異なり、占有態様は各人について判断し、占有期間だけを承継するものとするのである。よって、取得時効の存在理由を前述のように解する私見からは、BがCの時効期間を併合主張する際には全体で瑕疵ある占有となり、20年の占有期間をもって取得時効を主張できると解する。については、187条2項がもともと前主の関知しない承継人に対して占有の承継を認めたものであるから、これを不当とする議論自体疑問である。

前主の瑕疵ある占有の併合主張では、全体の占有は瑕疵ある占有となる。この場合との均衡を考えても、悪意または有過失の後主は、自らの瑕疵によって全体として20年の占有による取得時効を主張しうるにすぎない。

このように後主を保護しないとする説をとると、第一占有者基準説からの次のような反論がある³⁵⁾。つまり、後主を保護しないと原所有者による目的物の取り戻しにより後主から前主に対する担保責任(561条)の追求がなされ、善意・無過失の前主が保護されないことになる。前主の占有期間が10年に満たない以上やむを得ないともいえるが、この前主の占有を後主の占

瑕疵ある占有を併合主張した場合における 10 年取得時効の成立の可否（反町）

有とあわせて 10 年以上経過しているからには取得時効の成立を認めて前主を保護すべきであるとする。よって、本判決のように、時効の完成を援用する期間の最初の占有者についてのみ善意・無過失を判断するほうが、取引安全の保護に資するものとして妥当であるとする。

この、悪意占有者による追奪担保請求から善意・無過失の前主を保護するために、悪意または有過失の承継人を保護する結果をとることはやむを得ないという見解は、他に本件判例評釈中で能見も指摘するところである。以下では、悪意占有者による追奪担保請求について考えることにする。

まず、主体に変更がない限り占有者の善意・無過失は占有の開始時に存すれば足りるが、特定承継があれば前主の善意・無過失は当然には承継されず、悪意占有者の固有の占有に付着する瑕疵を治癒するものではなく、また、実質的にも自らの占有開始の時に悪意であるような承継人まで保護する必要はない。

これに対して、前主から売買によって権利を取得した悪意占有者の時効取得を否定すると、悪意占有者は売買契約を解除して善意の前主に対し売買代金の返還等を請求できることになり、結局、善意・無過失の前主が保護されないことになる。これでは、前主がそのまま 10 年以上占有を継続している場合とで、均衡を失し妥当でないとの批判がある。つまり追奪担保責任の追及を悪意占有者に認めて、善意の前主を害する結果を招くことは回避されなければならない。そのため、悪意占有者がいる場合にも時効取得を認めて善意・無過失占有者の保護を図ろうというのが近時有力に主張されている。

しかし、例えば善意・無過失の前主から占有を承継し悪意または有過失で占有を開始した者が、短期取得時効を主張するためにいったん善意・無過失の者へ占有を譲渡し、前主から 10 年経過後に再び占有を取得して短期取得時効を援用することも可能になる。このようなことまで善意・無過失の前主を保護するために認めていては、162 条 2 項が善意・無過失の要件を定め同条 1 項の特則とした意義が失われることになりかねない。また原所有者から所有権を失わせることとの利益考量からも、悪意占有者がいる場合の短期取得時効の成立は制限されなければならないだろう。

では、必ず悪意占有者を保護しなければ、善意・無過失の前主を保護することはできないのだろうか。

この点について、取得時効が機能する主な局面は、星野³⁶⁾によれば次の 3 つに分類される。

第 1 に、不動産を買って引渡しを受けた後、占有を続けたが、登記を移転しないうちに、元の所有者が第三者に二重譲渡し、登記も移転した場合（有効未登記型）。

第 2 に、不動産を取得する原因（売買契約等）が無効であったり、認定されなかったが、ずっと占有を続けていた場合（原因無効・不存在型）。

第 3 に、長年所有してきた土地と隣地との境界線がわからないという場合（境界紛争型）。

いずれも、まず契約の有効性等が主張され、取得時効は二次的な根拠として主張されるのが

普通である。第1の局面では、本来対抗問題として先に登記した者に所有権を認めるべきである。第2の局面では、20年の取得時効を主張する場合には、20年間の長期間継続した占有状態を尊重して、その長期間の占有が真の権利にまで高められた所有権を取得するものとする。また10年の取得時効を主張する場合は、192条の動産取引による即時取得に対応した取引安全のための制度と理解し、最初の契約の対抗要件の不備を補うものとする³⁷⁾。第3の局面³⁸⁾では、一般市民に土地境界線が正しいか否かの判断は難しく、ほとんどが善意であっても何らかの過失によって境界を越えて占有してきたケースが多く考えられる。この場合、真の権利者側も自己の土地をすべて自身で占有しているものと考えている場合が多いだろう。第3の局面において権利者が権利行使をしないことに帰責性を求めることは困難であり、また20年間の占有状態を尊重するとしても、162条1項の要件は一層厳格に解されるべきである。

本件では、上記の局面のうち、第2の局面にあてはまる。もし取得時効が成立すれば現占有者が有効に所有権を取得する。以下では、第2の局面で取得時効が成立しなかった場合の効果について考えていくことにする。

本件に即して不成立のケースを考えると、善意C 悪意Bの占有併合で10年以上20年未満、又は 善意C 悪意B 善意Dの占有を併合して10年以上20年未満の占有期間を主張する場合がある。また現占有者は、前主の占有下で取得時効が完成した場合、この時効を援用することができるため、取得時効成立と現占有者の所有権取得は同じ効果が期待できる。しかし、時効完成を論じる中では、現占有者は議論に現れないため、以下では最後の占有者自身が援用者であることを前提に論じることとする。

善意・無過失のCから悪意または有過失のBへと占有承継があった場合。

悪意のBは、原所有者による妨害排除請求があれば土地を返還しなければならない。また、190条1項により、収集した果実を返還し、すでに消費しあるいは収取を怠った果実の代価まで償還する義務を負う。また、BはBC間の売買契約を解除し(561条)、Cに対して売買代金の返還を請求することができる(545条1項)。しかし、もともと占有の開始時に悪意であったBは前主Cに対し損害賠償請求をすることはできない。この結果、Cもまた最初に当該土地を占有する原因となった売買契約につき、契約の無効による不当利得返還請求権を売主に行使して売買代金を取り戻すことができる³⁹⁾。その際、Cは善意占有者であるから、売主に対する損害賠償請求権を有するが、反対に、Cの使用利益・果実をBに対して返還しなければならない(最判昭51.2.13民集30巻1号1頁)。しかし、Bは原所有者に対して果実・使用利益の返還の他にも損害賠償の義務等を負うことから、所有者に対する善意占有者の使用利益・果実の返還義務を免じた規定(189条・191条)は、結局はBの無資力の危険をAに負担させ、その限りでCの保護が図られているわけである。よって、悪意の後主による追奪担保請求に対して、善意・無過失の前主Cに対する保護がないとはいえない。

さらに、191条が善意占有者に対して現存利益の返還義務を課し、そうした利益の収取権は

あくまで原所有者固有の権利として認めていることも、取引安全の保護の要請よりも原所有者の保護を厚く図ろうとする趣旨をうかがえるだろう。こうしたことから、Bからの追奪担保責任の追及によってCが不当に害されることはないといえることができる。

善意・無過失のC 悪意又は有過失のB 善意・無過失のDと占有承継があった場合。

この場合、善意・無過失の前主Cの保護はどのように図られるだろうか。まず、と同様、善意の後主DはBD間の売買契約を解除し、売買代金の返還請求及び損害賠償請求権を行使することができる。しかし、Bについてはと同様に解して追奪担保責任を追及することはできないと解する。なぜなら、ではBは取得時効に必要な期間を占有することが不可能であり、原所有者の請求に応じて土地及び果実を返還し、損害賠償責任も負う。それに対し、では、Bは土地を失うリスクを回避しているのみならず、自己の土地でないことを知りつつ（あるいは有過失のまま）取得時効に必要な期間占有することなくDに売却し、金銭的利益を得ているのである。

よって、の場合はBにより高度な有責性が認められるのであり、BによるBC間の契約解除を認めることは信義則上許されない。たしかに、不能な契約は無効であるが、Bは契約内容の不能を知り、または知らなかったことに重大な過失がある場合にも、善意・無過失のCに対し、本来Bが善意・無過失であれば短期取得時効が成立したであろうという信頼利益⁴⁰⁾を賠償しなければならないと考える。この場合の信頼利益とは、後主もまた善意・無過失であれば短期取得時効が成立したのであり、予測し得なかった時効の不成立によってこうむった損害についての賠償である。取得時効においては自己の悪意または有過失が原因となって取得時効が完成しなかった場合にはBの有責性はより強いものになる。この賠償代金と売買代金とを相殺する形で、自己の責任の限度でBによる売買代金返還請求権は制限されると解するべきである⁴¹⁾。

561条についての立法者の理解によれば、追奪担保の義務を売主が履行しないときに545条3項により、買主は解除権と共に損害賠償請求権を行使することができる。しかし立法者は、契約当時にその権利が売主に属しないことを知っていた買主については、買主は幾分か売主の不履行を予期するものだから、このような買主には損害賠償請求権を与えないのが良いと判断している。ここでは、悪意の買主は損害賠償請求権に関しては保護に値しないという価値判断が前面に出ている⁴²⁾。さらに、梅によれば、買主が契約の当時売買の目的たる権利が売主に属しないことを知らなかったときは、売主は、自己の売ろうとする権利が自己に属するかどうかを究明せずに売った点に「過失」がある。しかし、買主が契約の当時その権利が売主に属しないことを知っていた場合には、売主がその権利を取得して買主に移転することができるかどうか明らかでないことは、買主が予知したところであるから、後日売主が移転できなくても、あえて売主に「過失」があったものといえることができない。よって悪意の買主は損害賠償を請求できないとするのである⁴³⁾。

この売主の「過失」という点から見れば、善意・無過失で占有を始めた占有者が売主であれば

過失を認める余地はない。現占有者が当該土地につき所有権を時効取得できなかった場合、その原因は悪意占有者にある。つまり、悪意占有者は561条の想定する取引上の単なる悪意者ではなく、自己が悪意であることによって取得時効の成立を妨害したものと見ることができる。よって、追奪担保責任を契約責任に基づく無過失責任であるとして単純に適用することはできないものとする。

このように、では後主による追奪担保請求から善意の前主を保護するためには、援用者の占有態様が問題となるのである。特に本件は、瑕疵ある占有が併合して主張されている場合であるが、Bはこの占有を始めるきっかけとなった売買契約の当事者でもあり、中間悪意占有者と同一主体ともみなすことができる事情を考えると、さらにBの有責性は強いと見ることができるのである。

以上から、瑕疵ある占有者が自ら不利益を予測し、かつ他者に損害を与える行為を行っている場合には、特に強い有責性が認められることから、そのような占有者が自ら契約解除をすることは信義則上認められない。従って、善意・無過失の前主に対する悪意の後主による追奪担保請求も認められないと解するのが妥当である。

三．私見

以上から、長期取得時効が原所有者を保護する制度であり、短期取得時効が善意・無過失で取引した者の信頼を保護する制度であると解するならば、悪意の中間占有者の占有期間を併合して短期取得時効を主張することは許されないと解すべきである。

その理由は、次のとおりである。まず162条2項にいう善意・無過失の判断時点について、同一占有主体であれば善意・無過失で占有を開始した後、悪意に転じても10年の短期取得時効の成立を妨げない。これは立法者意思から明らかである。また、占有主体に変更がある場合には、187条によって自己の占有に前主の占有を併せて主張できるが、悪意の承継人がいる場合には20年の長期時効取得を主張できるととどまる。つまり、162条2項にいう占有者の善意・無過失の判断は、併合主張する個々の占有主体の占有の開始のときについて判断すべきだと考える。

さらに、前主が善意・無過失で占有を開始した後、後主が悪意または有過失であった場合、短期取得時効が成立しないとすると、後主からの追奪担保責任の追及が考えられる。しかし、前述のように、善意・無過失の前主は、善意・無過失で占有を開始するにあたっては自己が所有権を取得したと誤信するに至った、何らかの法律行為があるはずである。したがって、占有を奪われた善意の前主は、占有取得原因となった取引の相手方に、所有権を取得できなかったことの原因（売買契約の無効に基づく不当利得返還請求）を追及することができる。よって、瑕疵ある占有を併合主張した場合にも、162条2項の短期取得時効の成立を認めなければ善意

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

無過失の前主が保護されないという主張は当てはまらない。

また原所有者について考えた場合、自己の不動産から生活の計画可能性を得ていることを考えると、10年の短期間で所有権を失うことは取引安全の要保護性との利益考量上からも非常に不合理である。原所有者は権利侵害を知らない以上、防御手段を行使する機会もないまま所有権を失ってしまうことになるからである。判例に賛成する立場は、同一人占有の場合に、占有開始時に善意・無過失であった者が後に悪意に転じても短期取得時効の成立が認められていることと矛盾すると反論するが、この考え方は自ら批判する人格承継説の立場をとったものと異なる。よってここでもまた、前述のように、187条が占有の分割を許すのであれば、第一占有者基準説や人格承継説では妥当せず、占有者の善意無過失の判断は複数の占有について個別に判断すべきものとする。

162条が善意・無過失を要件とする根拠は、時効が原所有者から所有権を喪失させる重大な効力をもつがゆえに、当事者に道徳的に納得させる必要があるからである。この事件への評釈の多さは、単純一律に占有開始時のみを判断して、原所有者から権利喪失を宣告することへの批判の現れである。多くは法的安定性の維持を根拠に、あるいは、善意・無過失の前主を追奪担保責任の追及から守るためにはやむを得ないとして、判例を支持する。しかし、法自体が必然的に道徳性を含む以上、条文の文言を型どおりに押しつけることなく、その正しさを明らかにしなければならない。当該判例を支持する学説は、瑕疵ある占有を併合主張した場合の短期取得時効の成立をみとめる判例の妥当性を十分に説明できてはいえない⁴⁴⁾。

以上から、162条1項が取得時効の原則であり、同条2項は相手方が所有者だと過失なく信じて不動産を取得（占有）した者について、その取引を保護するために認められた短期取得時効の適用は制限的に運用されるべきだと主張が支持されるだろう。よって、瑕疵ある占有を併合主張した場合の短期取得時効の成立は許されないと解するべきである。

<注>

- 1) 大審院判決では、占有主体に変更のない場合だけではなく、承継された2個以上の占有が併せて主張される場合にも適用があることを挙げている。
- 2) 伊藤進（判タ370号42頁）は、通説判例の主張する時効起算点個定説と本件のような場合の起算点を整合的に説明するためには、併合占有の最初の占有者の占有開始の時点の占有の態様によって、所定期間が定まるものと解すべきだと主張する。
- 3) 本判決の評釈は以下のとおり。松久三四彦・民法百選 第5版[新法対応補正版]138-139頁。能見義久・法協102巻9号1773頁以下。幾代通・法学教室44号13頁（民法研究ノート60頁[1986年]）。東川始比古・早稲田大学大学院法研論集26号237頁。吉井直昭・曹時33巻11号157頁。半田正夫・判タ390号30頁。成田博・法学43巻2号132頁。藤原弘道・民商80巻1号49頁（『時効と占有』所収）。伊藤進・前掲論文40頁。野村富弘・Law School7号114頁[1979年]。田中整爾・ジュリ693号61頁（同・判時238号136頁）。田尾桃二・金例555号47頁。宇佐美大司・法時50巻11号124頁。吉井直昭・ジュリ669号79頁。成田信子・民事研修252号18頁。なお、成田の題目「悪意、有過失の占有の承継人が善意・無過失の前占有者の占有と自己の占有を併せて10年間の時効取得を主張する場合」のように、北海道知事の行為と国の行為とを同一視するものもある。
- 4) 法典調査会民法議事速記録第5巻118頁以下、梅謙次郎委員の説明。

- 5) ボアソナード民法典資料集成 後期 民法理由書第5巻証拠編 291-321頁。
- 6) 農地法上の買取処分が無効な場合に、時効の成立による所有権の取得を認める判例も多く出されている。
- 7) 梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』有斐閣 1984年 408-409頁。
- 8) 藤原・前掲書に詳しく述べられている。また、ボアソナードによれば、取引当時に前主を所有者と信じていた者は、通常は多額の出費をしており、それを後で取り戻すことは困難であることが多いから、後日悪意に変わっても短期取得時効で保護するのが妥当であるという (Boissonade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire Tome Kokubunsha (printer) 1889, 967-968*)。
- 9) Boissonade, *Projet, t.5, n° 347*。
- 10) 吉井・前掲論文 244頁。
- 11) 広中俊雄『民法修正案(前三編)の理由書』有斐閣 1987年 227-228頁。民法修正案理由書の187条の部分では、「本条八既成法典財産編第九十二条ヲ修正シタルモノニシテ規定ノ形式ハ相似タリト雖モ其主義ニ於テハ大ニ異ナレリ即チ既成法典ハ占有ノ合併ヲ以テ本則トシ相續人其他包括権原ノ承継人ハ前主ノ占有ヲ其性質及ヒ瑕疵ヲ以テ承継シ只特定権原ノ取得者ノミ其利益ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ前主ノ占有ヲ合併セテ主張スルコトヲ得ト為セリ然ルニ本案ハ占有ノ分割ヲ以テ本則トシ承継人ハ包括権原タルト特定権原タルトヲ問ハス其選択ニ從ヒ自己ノ占有ヲ前主ノ占有ト分割シ又ハ之ト併合シテ主張スルコトヲ得トス……然レトモ前主ノ占有ト自己ノ占有トヲ合併スルヲ以テ自己ノ利益ナリト認メ之ヲ主張スル以上ハ其不利益ナル点ヲ捨テテ単ニ利益ナル点ノミヲ利用スルハ法律ノ許スヘカラサル所ニシテ之ノ事實ヲ援引利用セントスルニハ固ヨリ其全体ヲ引用スヘク其不利益ノ点ノミヲ取捨ツルコトヲ許サス之レ本条第二項ニ於テ前主ノ占有ヲ主張セントスル者ハ其瑕疵ヲ承継セサルヘカラサルコトヲ規定スル所以ナリ」と記載されている。
- 12) 田尾(前掲論文 50頁)も同旨。そして、187条2項は「『瑕疵ヲ承継ス』ではなく『瑕疵モ亦之ヲ承継ス』とあるのであり、瑕疵のみを承継すると解するよりは他のことのほかに瑕疵をも承継すると解する方が、字句の解釈としても自然でなかるうか」と続けている。これに対し、伊藤進(前掲論文 42頁)は同条項を「1項による占有期間の併合とともに占有の態様としての瑕疵をもという意味であると解すべき」であり、善意・無過失の前主の占有の扱いは関連する各規定から導き出されるものだとする。伊藤の言うように、187条2項の字句からは善意・無過失の前主の扱いを判断できないため、前主の瑕疵ある占有を併合主張する場合について特に規定された条文だと解釈するのが妥当であろう。
- 13) 現行民法 162条2項とドイツ民法との比較について、安達三季生(川島武宜編集『注釈民法(5)総則(5)』有斐閣 1967年 163-165頁)は、ドイツ民法は善意が10年間継続することを要すること、善意占有者がたとえ所有権を取得し得ても、原所有者に対して不当利得返還義務を負うこと、を挙げる。日本では通説は不当利得返還請求権を否定するが、原所有者は所有権を失った後もそれに代わるなんらの保護を与えられないことになり、原所有者にとっては酷である。しかし、日本の民法は債権の消滅時効は10年で完成する上、短期取得時効によって有効な物権取得行為があったのと同じ効力を認めることから、利害の相関的比較考量からも、母法たるドイツ民法と同じ扱いを認めることはできないとする。ただし、安達が「162条2項の解釈がドイツ民法 937条のそれとまったく同じになされることを意味しない」とするのは、ドイツ民法 937条の適用される場面を類型化した上で、他人の物の占有について判断したものである。その他の場面については、取得時効の結果、権利を失う原所有者は、それに代わるものとして、譲渡人等に対し民法 191条に基づく請求をなしうると解すべきであり(判例・学説上、第三者に譲渡し返還が不能になったことを滅失と同視する)その請求権の消滅時効の期算点も、取得時効の完成によって原所有者が権利を失うに至った時期と解すべきだとする。従って、取得時効によって権利を喪失する原所有者は、これに代わる他の救済手段を与えられるので、酷な結果とはならないとする。占有承継人も善意・無過失であれば、短期取得時効を認めるべきである。しかし私見では、原所有者にとつては10年の短期間で所有権を失うことに対し、金銭賠償をもって救済方法とするのは、まさに均衡を失った判断と考える。占有承継のあった場合には、原所有者に時効進行を阻止する機会が与えられたうえで、なお有効な対策がとられないときに、10年で原権利者の所有権が消滅すると考えるのが妥当である。
- 14) 時効制度の存在理由について、不動産所有権の立証困難の救済に存在理由を求める長期取得時効、取引安全の保護にその基礎をおく短期取得時効、と二元的構成をとるのもフランス法の伝統である。
- 15) 本件上告理由・民集 32巻2号 137-145頁。「占有権が承継される場合には、承継人の地位は、二面の観察を許すものである。即ち、一面においては、前主の占有と同一性を有する占有を継続するものと見られ、他面においては、自分がみずから新たな占有を始めたものと見られる。蓋し、占有は、各時における事実状態であるから、この事実状態が数人の間に承継されて継続する場合には、継続した一つの事実状態と見ることも可能であるとともに、各自の許における独立の事実状態と見ることも可能だから

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

- である。ただし、継続した占有と見るときは、前主の許に存した占有の瑕疵は、全部について存するものと見なければならない。第一八七條は、この理に基づく規定である」（我妻栄『物権法（民法講義）』岩波書店1952年329頁）。「承継すというのは前主の占有を援用すれば期間はそれだけ延長される利益はあるけれども他面自己の占有だけ主張せば瑕疵なき占有となりたる場合に前主の占有を主張したが故に瑕疵ある占有となるの不利を忍ばねばならぬ意である。尚本条第二項は占有の瑕疵のみにつき規定するが占有の性質（例えば他主占有）の承継も同様に考えてよい」（末川博・谷口知平・宅間達彦・松本保三・山本一郎『民法総則・物権法』有斐閣ポケット註訳全書1970年330頁）。
- 16) 幾代通『民法総則[第二版]』青林書院1984年496-497頁等。ただし、援用者に関わらず全体として1つの占有と見る立場と、援用者が善意である場合に全体として保護すべき占有とみる立場がある。両説とも、松久・能見説のように、今後さらに具体的な事例ごとに整理して考える必要がある。
- 17) 幾代・前掲書498頁。
- 18) この事件（大判明44.4.7民録17輯187頁）では、占有がA B Yへと移転した場合に、Aの占有開始時に善意・無過失であることだけを認定して、三者の占有を併せて10年の取得時効を認めた原判決に対する上告を棄却した。その理由を「時効二因り不動産ヲ取得スル場合ニ於テ占有者ノ意思ノ善悪及ヒ過失ノ有無八其所占有ヲ為ス当時ニ在リテ之力如何ヲ審究スヘキモノナルコト八民法第百六十二条第二項ニ規定スル所ニシテ此規定八占有者ノ承継人其前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テモ異ナルコトナケレハ」その前主が占有を始めた当時における意思の善悪及び過失の有無だけを判断すれば足りるとしている。その後、この判例に従うものとして最判昭37.5.18民集16巻5号1073頁、大阪地判昭44.2.27判タ235号257頁、最判昭51.12.2判時841号32頁等がある。いずれも占有承継人の占有態様について判断したものはない。
- 19) 前出・大判昭14.7.19民集18巻856頁。
- 20) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義）』岩波書店1965年430-432頁。
- 21) 星野は、民法の時効制度は当事者保護の規定であり、第三者保護の規定ではないと批判している（星野英一「時効に関する覚書（四）」法協90巻6号918頁・「時効に関する覚書 その存在理由を中心として」『民法論集第四巻』有斐閣1978年173-174頁）。また、山中は、取引安全のための制度という根拠について、公信の原則による保護がないかぎりでのみ、取得時効は存在意義を有するが「しかしこの点は、立法論的に改善しうる」とし、「時効制度の根本的存在根拠とはなしえない」という（山中康雄「時効制度の本質」ジュリ8号3頁）。
- 22) 松久三四彦「特集・民法・時効の基礎と応用・総論 時効制度の構造と存在理由」法教225号7頁、富井政章『訂正増補民法原論（一）』有斐閣1922年（合冊版1985年復刻）623-625頁。
- 23) 我妻・前掲書432頁。
- 24) 田中は、ドイツ民法が所有物返還請求権の消滅時効を認めていることから、「長期間占有を失った所有権の物に対する支配力の弱さのゆえに、占有権による所有権の取得により原所有権が否定される」のであって、取得時効制度は取引の安全や立証困難の救済からは説明できないとする（田中整爾『占有論の研究（再版）』有斐閣1978年134頁）。しかし、「長期間」について具体的な説明はされていない。
- 25) 星野・前掲書180頁、同『民法概論 序論・総則』良書普及会1971年252頁。
- 26) 大木康『時効理論の再構築』成文堂2000年15頁、62-63頁。大木の帰責性に対し、同様に、非難性として説明するものに、松本克美『時効と正義 消滅時効・除斥期間の新たな胎動』日本評論社2002年195頁、214頁がある。消滅時効についての考察であるが、「権利者が権利を行使できない場合にまで時効の効果を認めるのは不合理」であるとした上で、「時効の存在理由のうち第1次的に重視すべきなのは、権利不行使への非難性」であるとする。
- 27) 近時、厚生経済学の視点から取得時効の憲法29条との関係で取得時効の正義性を検討する論文もある（河村浩・判タ1174号90-107頁）。河村も、長期取得時効と短期取得時効を二元的に理解する。短期取得時効の正当性の根拠は、原所有者に取引行為の瑕疵＝外部性を防止・回避するインセンティブを与えることによって将来志向的に社会的費用を最小化し、他方、悪意または有過失の占有者に短期取得時効を否定することで占有者に対しモラルハザードを防止することにある、とする。取得時効をあえて制限する必要はないと結論づけるが、正義性の根拠にモラルハザードの防止を考慮するならば、瑕疵ある占有者を排除する必要性が重視されることになるだろう。
- 28) 松久・前掲論文7頁。同様に、松久三四彦「消滅時効制度の根拠と中断の範囲（一）（二）」北海道大学法学論集31巻1号・2号、同「時効制度」星野英一編集代表『民法講座第1巻民法総則』有斐閣1984年574頁。長期取得時効については、一定の場合には義務者といえどもいつまでも権利不行使という不安定な状態におかれるべきではないという根拠から、権利得喪という効果を持つ実体法上の制度と解する。しかし、「一定の場合」についての具体的な検討がなされていない点でなお不備が残る。
- 29) 前掲・百選第2版（松久三四彦）146-147頁。しかし第3版以降では他学説の紹介にとどまる。

- 30) 第1審におけるXの主張では、「原告らは、右買収手続きが行われた事実を最近知った」、「北海道知事は、現在被告国所有名義の土地の買受けについて、原告らに承諾してほしいと連絡してきた」とある(民集32巻2号149-150頁)。取得時効制度を理解していなかったために、法的手段が取れなかったのではないかと考えられる。
- 31) また明治民法が参考としたドイツの登記簿取得時効とは異なり、登記は不動産所有権の取得時効の要件とはなっていない。松久・前掲法教7頁参照。
- 32) 広中・前掲書206頁。広中編著『第九回帝國議會の民法審議』有斐閣1986年141-142頁。また、この修正について疑問とするものとして、藤原弘道『取得時効法の諸問題』有信堂高文社1999年61頁参照。
- 33) 松本常雄「不動産の流動化・証券化を通してみる物件と債権」ジュリ1229号116頁以下参照。不動産について、所有権部分も含めて証券化される場合には、将来のある時点において所有権の処分によって期待される利益も含めて現在において現金化されるものである。賃料と不動産価格を比較した場合、不動産証券化の局面においては賃料がより重要性が高いことは疑いない。我妻は、次第に債権と財産の担保価値が融合して各種財産の債権化という現象が生じるとの視点から、不動産の債権化を特徴づけている(我妻栄『近代法における債権の優越的地位』有斐閣1953年)。このような不動産の証券化を考えると、占有に所有権を認める重要性は減少していくことが予想でき、相対的に所有権の重要性は高くなるだろう。たとえば、国民所得の計算や固定資産税の計算での、建物の売買契約が無効であった場合において、建物の返還だけでなく、自己所有で自己居住の建物についても、家賃相当分の利益をあげているものとして考えて、不当利得として居住中の賃料相当額の利益を不当利得として返還を求める「帰属家賃」という考え方も、不動産に当てはめられるのではないだろうか。であれば、単に物の使用価値の機能だけを過大評価して、使用を離れた所有が占有に劣るとい論法は通用しない。また、所有権の収益機能が大きくなっていく現状では、占有者に短期取得時効を認め、所有者の所有権を消滅させる場合には、今後より慎重にならなければならないだろう。そうすると、本件のように農地法による買収のケースも検討しなおす必要があるように思われる(農地をめぐる社会情勢の変化と農地法による規制目的の正当性については、最判平14.4.5刑集56巻4号95頁参照)。なお、近時の農地制度改革については、農林水産省メールマガジン第158・159・160号(http://www.maff.go.jp/mail/mail_bk.htmにて閲覧可能)において、行政主体主導の耕作放棄地対策整備の試案がなされているが、遊休農地増加は、農地法の規制によって処分が容易でないことについても検討すべきである。
- 34) 権利を取得させる行政処分が瑕疵がある場合につき、川島編・前掲書220-221頁では、取得時効の要件としての無過失の認定が単に心理学的な判断によってのみなされるべきでなく、当事者の利益考量を含めてなされるべきであるとの判断からは、無過失の認定はむしろ厳格であってよいとする。なお、大阪地判昭35.9.5判時240号19頁では、一般にある特定の権利を取得させる行政処分があった場合には、処分の相手方が権利を取得したと信じることに過失はないと認めるべきだと判示した。その理由として、「行政処分は適法の推定をつけて相手方を拘束する公定力を有する。したがって、行政処分の違法事由の存否について相手方に注意義務、調査義務を課すことの不合理的は明白」であることをあげている。
- 35) 辻伸行「占有の承継」『民法(1)総則・物権』悠々社2002年151頁。
- 36) 星野・前掲書304頁。
- 37) 内田貴『民法 総則・物権総論』東京大学出版会1994年329頁。
- 38) この第3の局面は、川島編・前掲書218-219頁にも類型化されている。それによれば、ある地番を譲り受ける際に、譲渡人が実地に置ける隣地と之境界線を示して譲渡したがたまたまその境界線が真実の境界線を越えて隣地に食い込んでいたときは、「無権利者から他人物を譲り受けた場合」に該当する。しかし、譲渡人が実地上の境界線を示さずに譲渡した場合で、譲受人が境界線を誤信して隣地の一部を占有した場合には、これに該当しない。この場合、短期取得時効だけでなく、長期取得時効も原則として適用されないと解すべきだとされる。理由として、無権利者による他人の権利の譲渡の場合ならば、取得時効の結果所有権を失う原権利者は譲渡人に求償できるから補償手段は与えられるが、当該事案では所有権の喪失に代わるなんらの補償手段が与えられないことを指摘する。
- 39) 所有者と第三者との関係では、契約相手方への契約関係の清算以外にも、財貨の追及を前提として、第三者の権利取得事由で追及を切断するため、給付関係は必ずしも重要な意味を持っていない。
- 40) 内田は信義則を契約の最高原理であるとする(内田貴『契約の再生』孔文堂1990年39頁)。この信義則と売主の担保責任との関係については、円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編『民法講座第5巻契約』有斐閣1985年211頁以下参照。他に、柚木馨は、「売主担保責任は売主の容態に無関係に、常に買主の側の信頼保護の制度」であるという(柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』有斐閣1963年215頁)。また、戸田知行は、契約責任の諸学説を検討し、これを行為責任・信頼責任・意思責任に分類した上で、契約につき「保護に値する信頼」が裏切られた場合に責任(信頼責任)の発生が認められる、としている(戸

瑕疵ある占有を併合主張した場合における10年取得時効の成立の可否（反町）

田知行『信頼責任の原理』信山社2004年）

- 41) 藤原正則『不当利得法』信山社2002年333-334頁。藤原の挙げるケースは、動産ないし不動産がA・B・Cと譲渡され引渡し登記後移転も完了した後に、A・B間の売買が無効になった場合だが、売買代金返還請求権と価値賠償請求権とを原則相殺可能であるとしている。
- 42) 法典調査会民法議事速記録第26巻73頁以下。他、広中・前掲『理由書』543頁以下参照。
- 43) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』有斐閣1984年492頁。
- 44) 棚瀬孝雄「順法精神と権利意識」木下富雄・棚瀬孝雄編『法の行動科学』福村出版1982年130頁以下参照。人が「法である」からとして誰かに何かを要求する場合、自分で自分を納得させるというだけでなく、相手を納得させ、また自分も本当の意味で納得するという相互了解の過程を持っている、とする。

主指導教員（南方暁教授） 副指導教員（成嶋隆教授・中村哲也教授）