

取得時効と登記

ADACHI, Mikio / 安達, 三季生

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

65

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

84

(発行年 / Year)

1968-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010852>

取得時効と登記

安達 三季生

目次

まえがき

序論 取得時効制度の基本的構造

一 取得時効制度の存在理由に関する学説の概観(四頁) 1 序説 全般的考察 2 主要な学説

二 私見(一〇頁)

三 取得時効の要件と効果に関する若干の具体的問題(二三頁) ア 長期取得時効の要件としての「自主占有」イ 短期取得時効の要件としての「自主占有」と善意無過失 ウ 時効取得は原始取得か

本論 時効取得と登記

一 従来判例の態度(二〇頁)

二 学説の概観(二三頁)

序説 判例の内在的矛盾 (a) 占有尊重説Ⅱ 登記不要説 1 徹底説 2 折衷説 (b) 登記尊重説

三 私見 (a) 総説 各説に対する批判の概要(二七頁) (b) 私見の構成(二九頁) 1 二重譲渡における

取得時効と登記 (安達)

取得時効と登記（安達）

二

- る時効取得と登記その一 2 同・その二 3 実体規定としての取得時効における・その他の場合の対抗問題 4 法定証拠制度としての取得時効における対抗問題 (c) 要約と補説——各説の批判 (五一頁)
- 1 要約 2 占有尊重説への批判 α 川島説 β 原島・於保説 3 舟橋説への批判 4 登記尊重説から占有尊重説への接近について

四 補 論 最近の判例について

- 1 最高裁昭和四一年一月二三日判決（六〇頁）
- 2 大阪高裁昭和四二年一月二六日判決（六二頁）
- 3 最高裁昭和四二年七月二一日判決（六六頁）
- 4 最高裁昭和四二年七月二一日判決（七六頁）

— 目次おわり —

〔まえがき〕 最近有斐閣から出版された注釈民法第五卷「期間・時効」(川島武宜編)の中の取得時効の部分(一六二条——一六五条)は、わたくしがおもに執筆担当しているが、本稿の中心をなす「本論 時効取得と登記」は、もともと右の一部として(一六二条「所有権の取得時効」の効果の中の一項目として)発表する予定で執筆されたものである。しかし、たまたま、この項目については、今年の初頭に出版された同第六巻で原島教授が一七七条の注釈の中ですでに詳細に扱われているので、重複をさける目的から——また、同書の中で私の担当した部分の稿量が当初の割り当てを超えていたのでこれを削減する意味もあって——同書への掲載をとりやめ、代りに本誌で発表させて貰うことになった次第である。

これについて、あるいは、注釈として書いたはずのものを論文として発表するのは不都合であると批判されるかも知れないが、もともと私の担当執筆した取得時効については(とりわけ取得時効と登記の問題については)従来の学説・判例の紹介ないし整理

だけでなく、独自の理論をかなり強く前面に出している——さらに、本誌に発表するにあたって原文に若干の補筆を加えている——さほど不適当ではあるまいと思う。

さて、私は右注釈民法第五卷の中で、取得時効に関する従来の理論にあきたりないものを感じ、新しい理論構成を呈示し、それによって取得時効に関する諸問題を包括的・体系的に把握しようと試みているが「取得時効と登記」の問題の把握についても、右の基本的な理論構成が前提となっている。そこで、本誌でこの問題についての論述を発表するについて、その前提となっている取得時効の基本的構造に関する論述をもつけ加えたほうが、これを理解して頂くために有益であると考え、すでに注釈民法第五卷の取得時効前註の中で発表している、この部分の要約を本稿の序論の形でつけ加えることにした。

本稿の執筆をいちおう終えたのは、本年の四月頃であったが、その後「取得時効と登記」の問題に関し、若干の最高裁および高裁判決が発表されているので、本稿の末尾に補論を加え、これを評釈することにした。

(なお、文中に「追記」の形で、本文を補充訂正している箇所がいくつか——しかしいづれも同じ問題に関して——ある。「追記」の形式をとったのは、本文の欠陥に気がついたが、印刷にまわす直前だった、という事情にもよるが、それ以上に、この形式のほうが、かえって全体の理解に便だと考えたためである。)

——一九六七・二・一——

序論 取得時効制度の基本的構造

一 取得時効制度の存在理由に関する学説の概観

1 序説 全般的考察 従来、多くの人によって取得時効制度の存在理由が論じられてきたが、その説くところは多種多様であり、あるいは数個の理由をあげて多元的に、あるいは一個の理由によって一元的に説明しようとし、また、あるいは消滅時効の存在理由と共通に論じ、あるいはこれと区別して論じ、さらには、長期二十年の取得時効と短期十年の時効とを、あるいは一体として論じ、あるいは区別して論じている。

ところで、従来なされてきた取得時効の存在理由をめぐる議論の中には、①この制度を他の私法上の制度もしくは法理・法原則と矛盾なく説明するための、いわば正当化の根拠を求める議論と同時に、②この制度をめぐる具体的な法規定あるいは具体的な問題の解決から出発し、その内在的な構成原理を探索する議論が含まれていた。そして、時効制度に関連してよく言われるように、元来、法律は、正当な権利関係と異なる事実状態が存在するときは、正当な権利関係に基づいてこの事実状態を覆すことに努めるものであるのに、時効制度は、あたかもそれと反対に、事実状態を尊重してこれを権利関係に高めるものであり、その意味できわめて特異な制度であるように見える。そのために上述の①の点に議論の中心がおかれてきたといつてよい。もっとも、取得時効制度の内在的構成原理といつても、法秩

序が矛盾なき整合性を有することが要求されるかぎりには、それが私法の全体的な体系と矛盾するものではありえず、したがって、①の点は②の点と密接に関連せざるをえず、①の点をまったく無視して②を論ずることはできない。

しかしながら、従来往々にして、「存在理由」を論じるにあたり、①の点と②の点が十分に区別もしくは整理されないままに議論されたために、議論が少なからず混乱し、またその際、①の点に議論の重点が欠かれたために、具体的な問題に対する法条の解釈・適用と必らずしも関係のない議論がなされ、少なくとも、具体的な問題に対する具体的な解決の次元まで立ち返り、これに照らして、それぞれの「理論」の当否を検討する、という態度に欠けていたように思われる。

私は、むしろ②の点に重点をおき、制度の内在的構成原理を呈示し、具体的な問題の解決に直接結びつけてその当否を論ずべきであり、その際①の点は、取得時効制度に隣接する他の諸制度との論理的関連を明らかにし、これを通して取得時効制度の構成原理をより明確ならしめるために有用な限りで論ずべきであり、それ自体として独立に論ずべき価値を有しないと考える。（なお、上述の傍点の部分は注釈民法五巻の敘述の欠陥を補足する）そして、内在的構成原理の呈示は、明確で一義的な概念を使用してなされねばならぬ。曖昧で多義的な概念を用いるならば、その「理論」の当否を具体的な問題に照らして検証することは不可能となるからである。なお、いわゆる多元的な説明は——そのうちのいづれかに重点をおいた説明を含めて——それが羅列的であって相互の厳密な論理的関連が呈示されていなければ、曖昧な概念を用いるのと同じ意味を有するであろう。

もっとも、このように②の点を中心した議論は、もはや「存在理由」という標題に適合せず、むしろ端的に「法的構成」あるいは「法的構造」の語を用いるべきかも知れない。

2 主要な学説 従来わが国で主張された主要な見解を紹介しよう。

ア 消滅時効と統一的に説くもの

a 多元的説明 ①永続した事実状態を保護することによって社会の法律関係の安定をはかる。②永続した事実状態は通常、真実の法律関係に合致していることが多いことを前提に、古い事実についての立証の困難を救済する。③永続した事実状態がたまたま真実の法律関係に反していても、権利の上に眠る者は保護する必要がない。以上の三つの理由をあげるもの(梅・民法要義総則篇三六九頁、鳩山・法律行為乃至時効五八九頁、柚木・判例民法総則三三七頁等)。ただし最近では、取得時効にあつては①の趣旨がより強く、消滅時効にあつては②③の趣旨がより強いと断わるものが多くなっている(我妻・民法総則四三二頁、於保・民法総則二八六頁など)。

なお、①の「法律関係の安定」という概念は必ずしも明確でない。もつとも、たとえば我妻博士においては、その掲げられている事例から推察すると、長期間占有して権利者らしい外観を呈した無権利者と善意で取引した者を保護する趣旨のようであるが、しかしこれは、なんら目的物を占有しない無権利者から善意で譲り受けた者でも、自己の占有が十年経過すれば時効取得しうる反面、長期間の占有者たる無権利者から善意で譲り受けても必ずしも、ただちに、時効取得しえないという関係(一六二条二項)の説明になっていないし、占有者の善意・悪意を問わない二十年の取得時効(同条一項)の説明にもなっていないのではなからうか。

b 一元的説明 上述②の理由のみをあげるもの。吾妻「私法における時効制度の意義」(法協四八巻二号)は、通説であつたaの見解を批判し、bを明快に主張する代表的論文で、明確な概念を用いて具体的な問題との関連を明らかにすることに努めているが、善意十年の取得時効に関する問題点は十分な検討がなされていない(山中「時効制度の本

質」ジュリスト八号はこれを支持する)。

イ 消滅時効と区別して説くもの

a 法的構成と目的ないし機能をわけて論ずるもの 川島教授は、取得時効の法的構成とその目的・機能とを分けて論じ、まず、法的構成として——前述アbの説が採証上の根拠を主張するのと恐らく同じ趣旨で——採証上の法定証拠の成立を認める制度であつて、この点では消滅時効と同じであると述べ、ついで、その機能ないし目的として、物権とくに所有権の取引の安全の保護をあげる(川島・民法総則五四五頁)。

たしかに、法規の解釈はその目的に照らしてなさるべきである以上は、ある法規の採用する法的構成とその目的とを分けて論ずることは正しいといわねばならぬ。このことは、とりわけ、ある法規が採用する法的構成が、それによつて実現しようと意図されている目的ないし機能と必ずしも適合しない場合についてあてはまる(かかる不適合は、立法技術の欠陥のために立法の当初から存することもあり、あるいは、立法後の社会事情の変遷により、法規の果たすべき目的が変化したために生ずることもある)。ここでは、合目的な解釈により、その法規の演繹的な適用を積極的に修正することが必要となる。しかし法律学の課題としては、この段階からさらに進んで、法規の合目的な解釈・適用による具体的な帰結(とくに判決という形で現われるそれ)から出発し、かかる具体的な帰結を導出しうるごとき法的構成を帰納的な操作によつて探求することが——換言すれば、規定の目的ないし機能に適合するとき規定の再構成が——要求されるのであるまいか。

ところで、川島教授が取得時効制度の目的ないし機能として掲げる取引安全の目的は、占有の始めにおける占有者の善意・無過失を要求する短期取得時効には適合するとしても、この要件を必要としない長期取得時効には適合しな

いと思われる。他方、法定証拠制度として構成することは、アb説と同じく、短期取得時効には適合しがたいのではないだろうか（法定証拠説においては、占有がいつ始まったかは必ずしも明確にする必要なく、時効取得が援用される当該訴訟の訴提起時を基準にし、それまでに一定期間の自主占有が継続することが立証されるなら、権利取得の法定証拠を認めてよいはずである（川島前掲五六九頁）。しかし二項は「占有ノ始メ」における善意無過失を問題にするのであるから、占有の始期が明らかにされねばならぬ（三藤「取得時効制度の存在理由について」学習院大学政経学部研究年報5号一二頁、来栖「民法講義案物権篇」プリント版）。

教授は、短期・長期の両取得時効について統一的に法的構成とその機能ないし目的を構想されているのであるけれども、むしろ両取得時効を区別して、それぞれの目的ないし機能とそれに適合する法的構成とを探索すべきであると考ええる。ともあれ、取得時効の理論と、判例を含めたあらゆる具体的な問題とを総合し包括的に捉えている教授の詳細な叙述は、今後取得時効を考えていく際の出発点となることは疑いないであろう。

b 多元説 舟橋教授は「α 権利の上に眠る形式的権利者よりも、権利の客体について厚い実質的利害関係をもつ者を保護しようとすること。すなわち、権利者が永年権利の行使を怠るときは、その者が権利の客体について有する実質的利害関係は、きわめて薄弱となるに反し、表見的権利者たる占有者は、右の客体の上に強い実質的利害関係を築きあげることになるから、両者を相関的に比較してみると、むしろ後者を保護するのが妥当だとされるのである。したがって、後者が自己のものとして信じている場合には、さらに厚い保護が与えられることになる」として短期取得時効（一六二条二項）を引用する。ついで、β 前述アb説で問題にする採証上の理由をあげ、しかし「この理由は消滅時効の場合と共通であるけれども、取得時効についてはこれが中心でなく、むしろαのほうに重点がおかれている」

と説く（舟橋・民法総則一六八頁）。教授のあげる α の根拠は、 Aa で述べた①の根拠（社会の法律関係の安定）とはかなり異つたものであることに注意しなければならない（後者においては、前述したようにその内容は必らずしも明確でないが、善意者のための取引安全の目的が実際には考えられているらしいのに対し、前者では、占有者が善意悪意のいづれたるを問わず、真実の権利者と占有者との間の実質的な利害関係の相関的な比較衡量が——善意・悪意はその際の材料の一つとしての意味をもつ——問題となる）。

この見解は、 Ab 説が少なくとも短期取得時効には妥当しがたいことに着目し、これを修正せんとする意図から出発したものとの推測されるが、明確な概念を用い、かつ、具体的な法条との関連が明らかにされている点で Ab 説を一歩進めたものといえよう。ただし、多元説であることからする論理的な曖昧さはまだ充分に克服されていないといわざるをえない。

(ウ) 長期取得時効と短期取得時効とを区別して説くもの。来栖教授は、両取得時効を区別し、短期取得時効については、「動産の場合の即時取得に対応する制度だと思われる。いずれも有効な債権関係の存在を前提とし、前主の無権利の瑕疵を治癒する制度であるが、ただ即時取得にあつては期間の経過を要しないのに、この場合には一定の期間の継続を必要とする点が異なるのである。こう解してよいとすれば、取得時効とりわけ十年のそれは不動産取引の安全に資する制度といつてよいことになる」と説き（民法講義案物権篇プリント版）、これに反して、長期取得時効は、有効な債権関係に基づいて引渡を受けたことを要しない点で基本的に異なつた性格を有する、という（三藤前掲論文も同趣旨と解される）。

この見解も、 Ab 説が短期取得時効に妥当しがたいことに着目し、これを修正せんとする意図から出発したと推測

される。そしてこの説は、短期と長期の両取得時効をわけてその根拠ないし構成原理を呈示することにより、多元説の内包する曖昧さを脱しているといえよう。しかしながら、この説が短期取得時効の適用を、有効な債権契約が存する場合に限るのは、正権原（つまり、売買や贈与のごとき、所有権取得原因たる有効な債権契約）を要件として短期取得時効を認めるフランス民法（フ民二六五条）やこれを母法とした旧民法（証拠篇一四〇条）の規定と同じに解釈しようとするものであり、旧民法と異って正権原を要件としない現行民法の立法趣旨（一二二条二項はドイツ民法第一草案八八一条二項（現行下民九三七条）に倣い、正権原を不要とし、その代りに無過失の要件を加えた。法典調査会速記録五卷一二四頁、梅発言参照）を無視し、また判例とも著しく相違するものといわざるをえない（以上の詳細は註釈民法第五卷一五一頁以下を参照されたい）。

二 取得時効制度の基本的構造（私見）

以上、前述したごとき基本的立場（二一参照）から、取得時効制度の存在理由もしくは構成原理に関する従来の学説を検討したが、その検討を通じて、大要以下のごとき見解に到達するに至った。

短期取得時効（二六二条二項）と長期取得時効（同条一項）とを区別し、前者（二項）はもっぱら実体法上の規定であって、権利者でありながら権利行使を怠る者と、元来無権利者ではあるけれども善意無過失で占有を始めて永く占有を継続する者との間の、目的物に対する実質的な利害関係を相關的に比較衡量し、その結果、衡平の見地から、実質的な利害関係のより厚い占有者に権利取得を認める制度である。したがって、短期取得時効においては、まず即時取得

の制度と同様な機能が果され、無権利者から善意無過失で他人の権利（とくに不動産）を譲り受けて一定期間占有した者がこれによって保護されるが、しかし、他の善意・無過失の占有者でも、利害の比較衡量の結果によっては、これによる保護を受け、権利を取得しうることになる。

後者（一項）は、第一に採証上の一種の法定証拠制度を含み、第二に短期取得時効におけると基本的には同じ趣旨の実体法上の規定を含む。つまり、短期取得時効におけると同様な、目的物に対する利害の相関的比較衡量によって、無権利者から善意・無過失によらずに権利を譲り受けて占有するに至った場合でも——また、事情によっては、その他の事由で善意無過失によらずに他人の権利を占有する場合でも——きわめて長期間（二十年）の占有者には、衡平の見地からの権利取得を認めるべきであり、長期取得時効制度は、かかる趣旨の実体規定をも——採証上の法定証拠制度たる側面のほかに——含む。

そして長期取得時効に含まれる両側面の関係についていえば、まず、いわば事実認定の段階での問題たる法定証拠制度の側面が問題となり、継続せる占有の有する法定証拠力によって、占有の始めに有効な権利取得行為があったと看做されて占有者は時効取得しうることになる。しかし、継続せる占有から生ずべき法定証拠力の形成を阻止すべき特別の事由があるとき、たとえば、占有者の側で、自己への譲渡行為に意思表示の瑕疵があって無効なることを訴訟上自白したとか、自己への譲渡人が無権利者であったことを自白したとき場合、あるいは、占有の始めに譲渡禁止の公法的制限が存在した事実が立証された場合などにおいては、法定証拠制度の側面の適用による時効取得は認められないことになるが、この場合、裁判所は、自由心証主義に基づいて譲渡もしくは占有をめぐる諸事実を認定し、かかる事実に対して、実体規定の側面を適用し、無権利者たる占有者が目的物に対してより、厚き実質的利害関係を有す

ると認められるときは、占有者に時効取得を認むべきことになる（短期取得時効の適用の場合には、いうまでもなく、その要件の有無の認定はもっぱら自由心証主義によってなされる）。

かように、私見は、一六二条の一項と二項を区別して捉える点では来栖・三藤説（一二ウ）と類似し、また、同条に含まれていると考える実体規定の趣旨の理解の仕方点では舟橋説（二二イ）とはば一致する。しかし二項をもっぱら実体規定と見るに對して、一項を実体規定たる側面と探証上の制度たる側面をあわせたものと見つつ、両側面の論理的関連を明らかにしている点で独自性を有するといえよう。

なお、従来の通説的見解たる多元説（一二ア）が取得時効制度の一つの根拠として「権利の上に眠る者は保護する必要がない」という点をあげるが、この点は、私見の理論構成のもとでは、実体規定としての側面と探証上の法定証拠制度としての側面とでそれぞれ異なった意味を有することになる。すなわち、実体規定としての取得時効制度においては「権利者でありながら長い間権利行使を怠る者と無権利者であっても目的物を占有する者との間の実質的な利害の比較衡量にもとづいて占有者に権利取得を認める」という意味で権利の上に眠る者は保護されないのであるが、他方、法定証拠制度としての取得時効においては「長期間にわたって権利者らしく占有する者は通常真実においても権利者であり、その占有の始めに権利を取得したとの蓋然性がきわめて強い。そこでかかる蓋然性を法定証拠力にまで高め、長期間の占有をもって権利取得の法定証拠として扱う。しかしこのことは、その反面、もしも占有者がたまたま無権利者であるときは、真実の権利者はその権利を喪失せしめられるという酷な結果になる。しかしながら真実の権利者は、みづから権利行使を怠ったのだから——より厳密に言えば、長期間の占有より生じる法定証拠力の形成を阻止するために与えられている時効中断の手續を行使するのを怠ったのだから——かかる不利益を蒙ることになってもやむをえない。」という意味で権利の上に眠る者は保護されないことになる。

即時取得その他の隣接諸制度との関連——実体規定としての取得時効制度に含まれている法理は、即時取得（民一九二条）の制度を構成する法理と異質的ではない。いづれも、真実の権利者と占有者との間の実質的な利害の比較衡量から出発し、占有者に権利取得を

認める制度だからである。両者の差異は、一方が占有者に即時の権利取得を認めるのに対し、他方はより長い期間（十年ないし二十年）の占有を要件としてはじめてこれを認める点にあり、いわば程度の差異にすぎない。また、前述の法理は、そのまま、即時取得における盗品、遺失物についての例外の規定（一九三条以下）および善意の占有者による動物の取得を認める一九五条に表現され、さらに、同様な趣旨は善意占有者に果実收取権を認める一八九条の中にもうかがわれるであろう。他方、法定証拠制度としての取得時効の側面は、同じく法定証拠制度たる債権の消滅時効と基本的に共通した構造を有し、また——登記や引渡をもって両立しえない物權變動の先後関係を決するための法定証拠と解する私見の立場（後述本論三b i・二九頁参照）からは——物權變動の對抗要件に関する規定（さらには債權譲渡の債務者以外の第三者に対する對抗要件に関する規定）と連続する性格を有することになる。

（以上の詳細は註釈民法第五卷一六〇頁以下を参照されたい）。

三 取得時効の要件と効果に関する若干の具体的問題

右に述べたとき取得時効制度の基本的構造の把握にもとづいて、その要件・効果に関する具体的な問題を解明し、とくに、これに関する従来の判例を分析する作業の詳細については註釈民法五卷の論述にゆずりたい（同卷一七七頁以下参照。私見による取得時効制度の基本的構造の把握の適否は、それが、具体的な問題の解明、判例の分析にどれだけ有用であるかによって決する）。ここでは「取得時効と登記」に関連ある二、三の問題について、ごく大略だけを記することにする。

ア 長期取得時効の要件としての自主占有 「所有ノ意思ヲ以テスル占有」すなわちいわゆる自主占有は、私見によれば、法定証拠制度の側面における長期取得時効と実体規定としての側面におけるその場合とで区別して扱うべきことになる。

a 法定証拠制度の側面における自主占有とは、要するに「長期間占有が継続することによって、その占有の始め

に占有者が所有権を有効に譲り受けたとの強い推定力を生ぜしめるとき——したがって継続せる占有をもつて權利取得の法定証拠となしうるごとき——事情にある場合の占有」と解すべきであると考ええる。

一般に長期にわたって目的物に対する事実的支配としての占有が継続すれば右の如き強い推定力を生じるから、この意味で占有は自主占有と推定される。

しかし、事実的支配としての占有があつても、右の推定力を覆し、またはこれを弱める事情が存する場合には、自主占有でなくなる。例えば、登記が物權變動の成立要件でないわが民法のもとでは、權利取得の登記を有することは右の意味での自主占有の絶対的要件ではないが、他の事情の如何によつては、登記のないことは權利取得の推定力を弱め、自主占有を否定せしめる理由となりうる（大判昭一〇・九・一八判決全集二二・四は、贈与によつて所有權を取得したと主張する会社が予備的に時効取得を主張したケースについて、一般個人に比して資産状態を明らかにする必要のある株式会社が、百坪もの宅地の贈与を得ながら三十年近くなるのに登記を受けないで放置しているのは取引の常態に反しており、その占有を自主占有と認められない、という）。また、占有開始時に占有者が原所有者と特別の身分的關係にあつた事実——たとえば占有者が原所有者たる寺院の住職であつた事実——もこの推定力を弱め（東京高判昭三〇・二・四東京高民事報六・二・二八）、あるいは、総有關係にある土地の総有の所有者の一人が單獨で占有を開始したという事実も、総有關係の特殊性から、同様な問題を生じる（大判昭六・六・二裁判例五民九九）。また、占有の始めに譲渡禁止の公法的制限が存在したとの事実についても同様である。かかる權利取得の推定力を弱めるべき特別な外部的事情が、時効取得を否定せんとする相手側によつて立証された場合のほか、占有者の側で自ら自己の權利取得行為に、その有効性を否定するとき瑕疵のあつたことを訴訟上自白するとき場合も、權利取得の推定力を覆すものとして、その占有の自主占有たる

性質を否定すべきである。

b 実体規定としての側面における自主占有の有無は、論理的には、法定証拠制度の側面における自主占有が否定される場合に問題になるが（両側面における自主占有がいづれも否定されるときにはじめて一項の要件としての自主占有が存在しないことになる。もし、いづれかの側面での自主占有が肯定されれば、一項の要件としての自主占有が存在することになる）、ここでいう自主占有とは、この側面での取得時効制度の趣旨にかんがみて「占有者が目的物に対して、原所有者よりも、厚き実質的利益を有すると認めうる事情にある場合の占有」を意味するといわねばならない。そして、かかる自主占有の有無を判定するにあたって考慮されるべき点として、なかんづく、①時効取得の結果権利を失うに至る真実の権利者が、それに代る補償を得る手段を与えられているか否か（占有者が無権利者から譲り受けて占有した場合の原権利者は——無権利者たる譲渡人に対して求償しうるから——これが与えられていると解しうる）、②時効取得の結果権利を失う原権利者が、占有者の占有取得に関連して目的物に代るべき対価を得ていたか否か（無効な売買契約によって代金を得て買主に占有を移していた売主のごとき場合）、また、③時効取得を否定せんとする真実の権利者の側が、権利を取得するに至った経緯を考慮し、それが実質的に見て充分に根拠ある権利取得でなかつたか否か（たとえば相続人不在の場合に遺産を取得した国庫と、占有者たる特別縁故者との利害の比較衡量において考慮されるべきである）の諸点が重要であり、いづれも、それが肯定されるときは自主占有を認むべきである。しかし、以上の諸点を基準にすれば自主占有を認めえない場合であっても、占有者の善意や、占有期間の長さの程度なども考慮に入れ、事情によっては自主占有を認むべきであろう。

c 以上のごとき見解は、従来の学説と比して極めて独特で珍奇な見解のように見えるかも知れない。しかし、従

来の判例の動向と大体は一致しており、少くとも判例の分析に有益であると考えている(判例については、注釈民法五卷一八六頁以下参照。なお、いうまでもなく、ここで問題にする自主占有は、取得時効の要件としてのそれであって、他の場合、すなわち、無主物先占(二三九条)、占有者の責任(一九一条)の場合に問題となる自主占有については、ここでは問題外である。異なった規定のもとで同一の用語が用いられていても、それぞれの制度の趣旨に従って異った意味が与えられるべきことはいうまでもない)。

イ 短期取得時効の要件としての自主占有と善意無過失　　ここでの自主占有は、長期取得時効における実体規定の側面で問題になる自主占有と基本的に同様に解してよい。ところで、短期取得時効に関する従来の判例において、自主占有の有無が問題となった例はきわめて稀れである(その代りに、善意・無過失の有無をめぐって論ぜられることが多い)。

その理由は、第一には、善意・無過失の存在が否定されれば、それだけで二項の適用は排除されるから、もはや自主占有の有無を問題にする余地はなくなるためであり、第二には、善意無過失の存在が認定される場合、自主占有もまた問題なく認められるのが普通だからである。

第二の点をさらに立ち入って説明すると、元来、実体規定としての取得時効における要件としての自主占有の有無の認定は、前述のように(アb参照)諸々の事情を総合的に検討し、当事者の利害を比較衡量したうえで決すべきであり、占有者の善意・悪意、もしくは善意無過失の有無という主観的な側面は、かかる諸事情の一つにすぎないといつてよい。そうだとすれば、主観的側面において善意無過失であっても、他の諸事情から見て自主占有を否定すべき場合もありうるはずである。したがって本来からいえば、二項の要件のうちで善意無過失の要件は認定されても自主占有の要件は否定されるという事態も起りうるはずである。しかし判例の上で従来かかる事態は見られない。

その理由は、二項の実際の適用上、善意無過失の有無の認定にあたり、これを単に心理学的な角度から決することなく、元来は自主占有の決定にあたって考慮さるべき主観的側面以外の他の諸事情（前述アb末尾参照）をも考慮に入れて決定しており、いわば自主占有の認定にあたって考慮さるべき諸事情が、善意無過失の認定の際の基準として移入されており、そのために、自主占有の存在が認定されうるとき場合についてのみ善意無過失の存在が認定されるようになっているからである。

かかる判例の扱い方は——元来、自主占有認定の際の基準の一つである善意・悪意ないし過失の有無という主観的事情は、他の諸事情と総合的に把握されるべきものであり、他の諸事情から分離して別個の要件とすることはそもそも無理ないし困難であることにかんがみて——支持してよいと思われる。

いづれにせよ、善意無過失の認定にあたつては、単に心理学的な角度からのみ決定されるのではなく、当事者間の具体的な利益の比較衡量によつて決定さるべきであり、その際とりわけ前述したとき（アb参照）対価もしくは補償関係、あるいは時効取得によつて権利を喪失する原権利者の権利取得の際の実質的根拠などの諸事情が考慮さるべきである。

（無過失をめぐる従来の判例の分析については、注釈民法五卷二一八頁以下を参照されたい。ここでは、判例の類型を①無権利者による譲渡の場合 ②権利者の譲渡行為そのものに瑕疵ある場合 ③無権代理人による譲渡の場合 ④行為無能力者の譲渡の場合 ⑤法定の方式を欠いた譲渡の場合 ⑥権利を取得させる行政処分には瑕疵がある場合 ⑦取引もしくは行政処分によらずに占有を開始した場合 ⑧代理人から占有を承継した場合 ⑨真正相続人による占有承継の場合 ⑩表見相続人の占有の場合 ⑪その他、一定の身分関係に基づく占有の場合 ⑫その他の場合、にわけて検討している。）

ウ 時効取得は原始取得か。

取得時効と登記（安達）

時効取得を原始取得と解するのが通説であるが（我妻前掲書四八二頁、舟橋・物権法五一頁、川島前掲書五七〇頁など）、しかし、原始取得と承継取得の差が通常言われているように、ある権利が他人の権利に基づいて取得されるか否か、および、前主の所でその権利に付着していた制限・負担等が取得者に承継されるか否かにある（有斐閣・法律学辞典）とするならば、時効取得をむしろ承継取得の一つと見るのが妥当だと考える。というのは、

第一に、法定証拠制度としての時効取得においては、占有の始めに有効な権利譲渡行為があったと看做して権利取得を認めるのであるから、これを承継取得と見るべきであり、実体規定としての時効取得においても、原権利者の権利の喪失と占有者の権利取得とは互に対応する関係にあるから、これを原権利者の権利に基づく権利取得、したがって承継取得と見てよいと思う（後段の点に関連して、岡村玄治博士が承継取得説を主張して「例えば甲がその所有地に乙のために地代月千円期間三十年の地上権を設定し、五年の後に乙がその地上権を丙に譲渡したが、その譲渡は法律行為の要素に錯誤があって無効の場合に、丙が善意無過失で引渡を受けて右の地代を甲に支払いつつ十年間地上権を行使するときは時効により地上権を取得することは疑ないところだが、『その地上権が地代千円期間二五年の新たな地上権で従来の地上権は消滅したもの、即ち地代は甲乙間の約定額と同額だがその約定地代でなく、右期間は甲乙間に定めた期間の残期間に相当するけれども其の残期間でない』と観るのは如何にも不自然であり如何にも歪曲された観方である」とし、承継取得と観ればかかる不自然を免れうる、と批判されるのは正当である。（岡村「時効取得と即時取得は果して原始取得なりや」法学新報六二巻二号）。

第二に、地上権の設定された土地の占有者が地上権の負担のない所有権を時効取得する関係は、占有者は地上権の負担ある土地所有権を時効取得するとともに地上権をも時効取得する、と解することができるから、この関係を根拠にして原始取得と解するのは正当でない。

第三に、時効取得の登記の方法によりよく適合する（原始取得なら、従来の所有権登記を抹消して新たに保存登記をなすべ

きだが、判例は所有権移転登記手続によるべきものとしている。

第四に、取得時効を援用する際、これが仮定的主張の形でなされることが多く（たとえば、売買が意思表示の瑕疵により無効だったとしても時効取得した、とか、売主が無権利者であったとしても善意十年の時効により所有権を取得した、と主張することし）、その際裁判所は（上記事例の場合に）売買契約が無効か否か、あるいは売主が無権利者であったか否かを判断することなしに「たとえ無効だったとしても」また「たとえ売主が無権利者だったとしても」時効により所有権を取得した、と判示しうることは疑の余地がない。このことは結局、時効取得の効果は通常の譲渡取得の効果と異なるべきでないことが前提されているからにほかならない。この点も承継取得説の根拠となろう（詳細は注釈民法第五卷二三三頁以下参照）。

かように時効取得をもって承継取得と解するならば、実体規定としての取得時効においても——法定証拠制度としての取得時効におけると同様に——その効力は遡及するから（遡及効の詳細については注釈民法五卷二三三頁参照）時効の起算点たる占有の開始時に原権利者から占有者への権利の承継があったと看做すべきことになる。したがって例えば、意思表示の瑕疵のために無効な売買契約によって原権利者から買い受けて占有する者が、短期時効取得を認められる場合には、その占有者はあたかも有効な売買契約によって買い受けたと同様な地位におかれるといつてよい。また、無権利者から買い受けて占有する者が短期時効取得を認められる場合には、あたかも無権利者たる売主が原権利者から自己の名において目的物を処分しうる権限を与えられ（ドイツ民法一八五条に定めるいわゆる処分授權に相当する。この関係については於保「無効行為の追認」判例演習（民法総則）二〇九頁以下、安達「仮定的債務者の処分授權の概念について」私法二七号九二頁以下参照）ていた、と同様な関係（換言すれば、原権利者の処分授權と無権利者の譲渡行為との結合した効果として、占有者は権利を取得した、と同様な関係）を生じる——もしくは、右と実質的には異ならないが、あたかも原権利者から売主へ有効な譲渡があり、ついで売主から占有者へ有効な譲渡があったと同様な関係を生じる——といつてよい。もちろん、便宜的な表現として、占有者はあたかも原権利者から譲り受けたと同様な関係を生じるといっても差し支えない。

であろう。ちなみに右の場合、時効取得した占有者が現時の登記簿上の所有名義人たる原権利者から所有権移転登記を得るのは、厳格にいえば一種の中間省略登記といえるかも知れない。というのは、権利変動の過程を如実に示す登記の手続としては、むしろ原権利者から売主への移転登記と売主から占有者への移転登記がなされるのが適当であろうから。しかし、それによって中間者たる売主の利益を害することはありえないから、かかる登記請求を認むべきである。

序論を終るにあたり、私が取得時効の構想をかためる際に、屢々議論の相手となつて貴重な示唆を与えて頂いた畏友三藤邦彦教授に謝意を表することをゆるされたい。

本論 時効取得と登記

時効取得による不動産の物権変動を第三者に対抗するには登記を要するか。この問題は、わが国で古くから学者によつて盛んに論じられたが、（例えば、乾政彦「不動産物権の時効取得と登記」法協三十巻六〇七号（明四五）石坂「意思表示以外の原因に基く不動産物権変動と登記」法協三五巻二〇三号（大六）於保「時効と登記」論叢七三巻五〇六号（昭三九）、その他、文献の詳細については、舟橋編「注釈民法六卷」二六七頁参照）、現在においても学説は多岐にわかれ、判例もまた変遷をたどりつつ、現在なお流動的な状態にある。以下、まず判例学説の概要を素描し、ついで私見による構成を述べよう。

一 従来の判例の態度

第一に、甲の所有不動産を乙が時効取得した場合に、この物権変動の「当事者」たる甲に対して乙が時効取得を主

張するためには、所有権取得の登記あることを要しない（大判大七・三・二民録二四・四三三）。

第二に、判例は、上記の原則を、乙の取得時効進行中に甲がその不動産を丙に譲渡した場合にも適用すべきものとし、丙は、乙の取得時効完成時の「当事者」であるから、乙は丙に対しその登記なくして所有権の時効取得を主張しうると解した（大判大二三・一〇・二九新聞二三三・一二二、同昭六・四・七新聞三三六二・一二二など）。

第三に、しかしながら、乙の取得時効完成後に甲がその不動産を第三者丙に譲渡した場合には、甲より乙へおよび、甲より丙への二重譲渡があった場合と同様に扱い、乙は時効取得の登記をしないと丙に対抗できないとする（大判大一一・七・八民集四・四二二、同昭七・三・一五新聞三三九四・一四、同昭八・一〇・五新聞三六二・一〇）。なお、古い判例では、乙は取得時効により、完全に、もしくは原始的に所有者となり、甲は無権利者となるから、甲から丙への譲渡は無権利者の処分行為となり、所有権は乙に帰属すると解されていた（大判明四三・一一・一九・民録一六・七八四、同大七・八・一五新聞一四八〇・二四）。しかしこの見解は、前記大正一四年の聯合部判決により改められ、上述の原則が採用されるに至ったのである。

第四に、上記の第二と第三の原則の結果、時効取得者乙が丙に対抗しうるか否かを決定するにあたり、乙の時効完成の時点がいつであったか（つまり、丙の譲受の前か後か）、したがってまた、時効の起算点がいつであったか、が重要な問題となる。この点に関し、判例は、時効援用者は「任意ニ其ノ起算点ヲ選択シ、時効完成ノ時期ヲ或ハ早く或ハ遅ク為シ以テ對抗要件ノ存在ヲ不必要トナラシムルコト」はできない、という（大判昭一三・五・七判決全集五・一一・四、同昭一四・七・一九民集一八・八五六、最判昭三六・七・二〇民集一五・一九〇三）。もっとも、「短期時効を援用しうる者が、これを援用せずに長期時効取得を援用することは妨げない」とする（大判昭一四・一〇・一三判決全集六・二九・一

九。

第五に、甲が乙に譲渡して占有を移したまま登記しないでいる間に、甲が丙に二重譲渡して丙に移転登記をなした場合——^甲乙は丙に対する関係で、乙の譲受当時から無権利者であったことになり、そして乙の占有は善意無過失で開始したものであるからという理由で——乙はその占有開始後十年の経過により、短期時効取得が認められる（大判昭五・一一・一九評論二〇卷民法一一五頁など）。しかして、乙の短期時効取得を丙に対抗する関係については、上述第二、第三、第四の原則が適用される（なお、上述の第二、第三、第四原則に関して引用した判例の多くは、実は、第五で述べたごとく二重譲渡の事案に関して作られた判例であることを注意すべきである）。もつとも、戦後の下級審判例で、登記を取得しない譲受人たる上述の乙は、その占有の始めに、新しい取得者（つまり上述の丙）が生じるかも知れぬことを当然予測しなければならぬはずであるから、その占有の始めに無過失だったとは認めえないとして、乙の短期時効取得を否定するものがある（東京高判昭三五・二・二一七東高時報一一・二・四四）。

第六に、上述の第三原則の結果、取得時効が完成してもその登記がなければ、その後に所有権取得登記を得た第三取得者に対しては時効取得を対抗しえないが、しかし第三取得者の登記後に、占有者がなおひきつづいて時効取得に要する占有期間を継続した場合には、その第三者に対して、登記がなくても時効取得を対抗しうるとされる（最判昭三六・七・二〇民集一五・七・一九〇三。事案は、第五に述べたごとく二重譲渡に関するものであり、したがって第五原則により占有者が短期時効取得が認められる結果、占有者は第三取得者の登記後さらに十年の占有継続により、第三者に対して時効取得を対抗しうるとされた）。

（なお、従来の判例理論の詳細な分析については、我妻「連合部判決巡歴」一一六八頁以下、於保「時効と登記」論叢七三卷、五・

六合併号一七〇頁以下参照)。

二 学説の概観

上述の第二原則と第三原則との間には、看過しえない重大な矛盾がある。というのは、たとえば甲の所有不動産を乙が一八年間占有した後に甲は丙に譲渡して移転登記をなし、その後さらに乙の占有が三年間継続した場合を考えると、乙が善意無過失の占有者であったならば、第三原則の適用により乙は丙に優先しえないが、乙が悪意もしくは有過失の占有者であれば、第二原則の適用により、丙は時効完成時の「当事者」となり、乙は丙に勝つことになる。法が悪意、有過失の者に長い時効期間を要求したのは、善意無過失の者より負担を重からしめ、時効取得しにくくするためであるのに、悪意有過失の方がかえって有利になる(我妻・連合部判決巡歴Ⅰ・一六八頁・遠藤・取得時効と登記・別冊ジュリスト—続学説展望六六頁)。もつとも、この奇妙な帰結は、上述第四原則の末尾に述べた判例理論を活用すれば回避できないわけではない(長期・短期の取得時効の援用についての詳細は、注釈民法五卷・一六二IV(1)参照)。しかしこれはいかにも迂遠でかつ弥縫的な解決方法であり、第二原則と第三原則の間に存する論理的矛盾を覆いかくすことはできない。

そのほか、両原則の間の矛盾として、占有の継続が長くなればなるほど取得時効の保護が与えられるべきであるのに、取得時効完成後に登記をしておかないと保護が与えられない——取得時効が完成すると効力が弱くなる——というのは不当であり、しかも、時効取得者は多くの場合善意者だから、何時時効が完成するかを認識しないのが普通であり、これらの者に時効完成後直ちに登記することを求めるのは無理である、と指摘されている(例えば、遠藤前掲)。これは、第二原則を是認する立場から第三原則に実質的

批判を加え、それによっていわば間接的に両原則の實質的矛盾を指摘する意味を有する。

他方、時効完成後に登記によって取得した第三取得者は保護されるのに、時効完成直前に登記によって取得した第三取得者が保護されぬのは不当だ、との批判（例えば我妻掲掲）は、第三原則を支持する立場から、両原則の實質的矛盾を指摘したものといえる。

しかし、本文に述べた点は、端的に両原則の形式的論理的矛盾を衝くものとして、より重要であろう。（以上によって、判例理論の矛盾として従来指摘されてきた諸点が、いかなる論理的関連を有するかを、ほぼ明らかにしえたと思う。）

そこで学説は、この矛盾を前にして、両原則のうちいずれかを捨て去り、他を徹底させることによって、首尾一貫した扱いをなすべきことを主張する。その際、学説は第二原則を重視するものと、第三原則を重視するものとに大別される。前者は占有を尊重する立場であるに對し、後者は登記を尊重する立場ということもできよう（於保「時効と登記」論叢七三卷五・六合併号一七〇頁はこの語を用いる）。

a 第二原則を重視する説（占有尊重説もしくは登記不要説）

1 徹底説 (α) 川島説 最も徹底的なのは川島教授の

説であり、判例の第三原則を正面から否定する（この点で實質的には古い判例の立場——前述一第三の末尾参照——を受けつぐものといえようか）。すなわち「取得時効の要件をみたす占有が続いている限り、真正の権利者を主張する者と時効取得者とは、物權變動の『当事者』たる關係にあると解すべきであり、したがって、真正権利者の變動やその登記があつたかにかつたかに関りなく、時効取得者はその登記なしに時効による權利取得を主張しうると解すべきである」とする（川島五七二頁）。その主要な根拠としては、時効期間の計算についての逆算説が援用され「時効制度は、起算点が何時かというような過去の事實をせんさくすることを要しないで、今から遡って時効期間を計算して法定証拠をつくる、という点に本来の意義を有する、と解すべきである」としつつ、したがって「判例が時効の起算点を問題と

することは時効制度の趣旨を没却することになり、したがってまた「時効完成後に真正権利者が権利を処分登記した場合を二重譲渡と同視」することも同様である、と説かれている（かように川島説は逆算説と強く結びついているけれども、私は、逆算説をとっても、必ずしも川島説と同じ帰結に導かれる必然性はないのではないかと考える。これについては、後述五二頁三c2参照）。川島説の立場からも、第五原則は是認されることになろう（しかしその結果は、二重譲渡の際の第一の買主が登記を得るのを怠って十年間占有したあとで、第二の買主が登記簿により売主の所有不動産と信じて買い受けた場合でも、第二の買主は権利を取得しえないことになるが、これでは取引安全の機能があまりにも縮小され、取引安全を害することになりはしないか）。第三原則を前提とする第六原則は、第三原則を否定する以上は、問題になりえぬこというまでもない（なお、逆算説の提唱者であった末弘博士も川島説と同趣旨と見てよいであろう。末弘「時効期間の逆算」民法雑誌一七六頁以下参照。川島説を支持するものに藪・民法演習II二四頁などがある）。

(β) 於保・原島説 於保教授（前掲「時効と登記」）および原島教授（原島・注釈民法六卷一七七条IV(2)(a)）は、一七七条にいう「対抗」の意義の検討から出発して、結論的には川島説と同様な登記不要説Ⅱ占有尊重説を主張する。すなわち「ほんらいの「対抗」ないし「第三者」の意義は、二重譲渡であれば、二重譲受人のいずれが先に譲り受けようと、それとは関係なく「対抗」関係を生じ互いに「第三者」であって、第三取得者の譲受が時効取得者の取得より先であれば「当事者」になり、後であれば「第三者」になるというのと全く異なる。このような結果は、「対抗」問題を無視し飛び超して、「取引安全」、「第三者保護」のためにいきなり登記要求を導くところから生ずる。」として、登記不要説が主張されている（この説に対する批判については後述三aまた特に三c2参照）。

2 折衷説 (α) 柚木博士は、第二、第三原則をいちおうは共に肯定する。しかし判例の第四原則を否定して、時効

援用者は第三者の登記以後に時効が完成したことになるよう時効の起算点を任意に選択しようと主張する（柚木・判例物権法総論二二七頁、同頁、勝本・物権法概説上一二三頁）。その結果、実質的には、第三原則を否定するのと同じことになり、1の説と実際の帰結において異ならない（1の説と同じ帰結を狙って技巧をこらしたものというべきか）。

(b) 舟橋教授は1 (a) の説をとりつつこれに多少の修正を加え「時効取得者は、裁判上時効を主張する時の登記名義人には対抗しうるのであるが、その裁判で時効取得の主張が認められて判決が確定すると、従来占有の事実関係と結びついてのみ認められた所有、いわばゲヴェーレ的所有が、その後においては、近代法的な観念的所有権へ転化したと観るべきであり、従ってその後は公示の原則に従うことを要求され、登記がなければ第三者に対抗しえないことになる」と主張する（舟橋物権法一七二、同頁、福地「法律」時報三七一号八六頁）。したがって、きわめて制限された範囲においては第三原則の適用を認めることになる。

b 第三原則を重視する説（登記尊重説） 我妻博士の説は、判例の第三原則を尊重して第二原則を否定する立場といてよい。すなわち「時効完成の前に登記に基いて物権が取得された場合には、その登記以後においてさらに時効取得に充分な期間だけ占有が継続された場合でなければ、時効取得の効力を生じないと解すべき」であり、そしてかかる見解は「登記を時効の中断事由とするような結果になる」と説く（我妻・物権法七七、末川・物権法一一五頁、同・民商四六卷二二三四も同趣旨と見られる。同説・遠藤前掲、鈴木「物権法講義」二二七頁）。

第二原則を否定してその代わりに主張される上述の見解（登記中断効論と呼ぼう）は、判例の第六原則と論理必然性をもって結びつくといつてよい（つまり、時効完成の前後をとわず、第三取得者の登記がなされると、これにあたかも時効中断と同様の効果を与えるのだから）。また、第四原則は否定されていないが、その有する重要性は失われる（同原則は、第二、

第三原則が併存するときに重要な意味をもつから。なお登記中断効論と、第四原則は、論理必然的に結合するわけではない。登記中断効論をとりつつ、時効期間の逆算説や任意選択説をとることも論理的には十分可能である。後述四七頁三b4参照。第五原則は肯定されるが、ただしその具体的な適用においては、第二原則が登記中断効論にとって代わられる限度で変容を受ける（二重譲渡の際の後の譲受人が登記を得たとき、占有を得ている先の譲受人のための時効は、その完成の前後を問わず中断されると同様な結果となる）。

なお、最近の下級審の判例で上述の登記中断効論を採用し「取得時効の完成の前に登記に基いて所有権が取得された場合には、その登記以後においてさらに時効取得に必要な期間占有が継続された場合でなければ時効取得の効力を生じない」と判示するもの（福岡地判昭三四・二二・二三下民一〇・二六九七。事案は二重譲渡に関するもの）があらわれており、さらに、実質的にはこれとほぼ同じ趣旨から、二重譲渡の場合、先に登記を得た譲受人の登記の時をもって、すでに占有を得ている他の譲受人のための時効取得の起算点とすべきであると判示するもの（大阪地判昭四〇・四・二四判タ一七五・一七七）があることは注目に価する（後述三三頁三b1(1)末尾参照なお後述六二頁四(2)の大阪高裁判決参照）。

三 私 見

a 総説——各説に対する批判の概要 判例理論の第二と第三原則の間に存する矛盾を解決する方向としては、上述二aの説よりも二bの説が正当だと考える。というのは

1 実質的考慮 a説は論理的に成り立ちえないわけでもないとしても、登記をもって物権変動の對抗要件とする民法上の原則に著しい制限を加えるものであり取引安全を害する結果となる。（二a1a末尾に述べたように、二重譲渡

の際の第一の買主―売買が無効でも善意無過失であればよい―が登記を得ることなしに十年間占有したあとで、第二の買主が登記簿により売主の所有不動産と信じて買い受けた場合でも、第二の買主は権利を取得しえないことになる。）他方、b説に対してこの立場から加えられる実質的な利益の比較衡量の上からの批判は、結局のところ、b説は時効取得者の保護に充分でないという批判に帰着しよう。しかし果たしてそうであるかは、有効な不動産物権の譲受人であっても、登記がなければ、先に登記を得た第二の譲受人の出現によって、その取得せる権利を失う結果になり、その際第二の譲受人の善意悪意は問わない、という関係との比較において、つまりここにいる第一の譲受人と比してb説における時効取得者の地位が特に不利であるかどうかという角度から検討しなければならない。かく解すれば上述の批判は必らずしもあたらないというべきである。（なお、後述C2β五五頁以下参照）

2 歴史的考慮

a説は結局のところ、大正十四年の連合部判決によって改められた古い判例（一・第三末尾二頁参照）に復帰しようとするものである。他方、b説は連合部判決の立場を徹底させる意味を有しており、最近の下級審判例の新たな動向（二b末尾二七頁参照）とも一致する。また、判例の認める第六原則（前述一末尾参照）は、比較的近時に至って認められたものであるが（最高裁昭和三十六年七月二〇日判決）、この原則がa説とは理論的に適合しえずむしろb説に適合することは前述した通りである（二a1a末尾および二b中段参照。原島前掲一七七条IV(2)(b)もこれを指摘する）。なお、以上のごとき判例の変遷は実質的に見て、不動産流動化の趨勢に対応して、登記の取引安全機能を次第に拡大するという意味を有したというべく、そしてb説はこの要求に応えようとする理論構成の試みであるということができる。

3 理論的考慮

b説が第三取得者の登記にあたかも時効中断の効力を与えると同様に扱うのに対して、これは

「法定中断事由にあたらなし、自然中断があつたとも言えないから、現行法の解釈上、かような中断事由を認めうるか、疑わしい」との批判がある（舟橋・物権法一七二頁、原島前掲一七七条(2)(b)）。たしかにb説は、その理論的な根拠づけが十分でなかったといえよう。以下に述べる私見の構成は、——その実際的な帰結においてb説に類似する限りにおいて——この欠陥を補う意味を存することになろう（なお、従来の各説とくにa1とa2の各説に対する批判については、後述c五二頁以下で補足する。また、私見と我妻説の差異については後述b3末尾四七頁参照）。

b 私見の構成 前述したように（二七頁序論三ウ参照）時効取得者は、あたかも法律行為によって権利を取得した者と同様な地位におかれると解するならば、甲の権利を時効取得した乙と甲から譲り受けた第三取得者との関係を考へるにあたり、まず、乙と丙が甲から二重に譲り受けた場合の法律関係を考へ（もっとも、この中ですでに時効取得の對抗の問題が生じることが、前述二二頁一第五で見た通りである）、これを上記の關係に推し及ぼしていく操作が問題の全体的把握のために有益である。前者を12で、後者を34でとりあげよう。なお、1～3は実体規定としての取得時効を問題とするのに対して、4は法定証拠制度としての取得時効を扱う。

1 二重譲渡における時効取得と登記 その一 不動産の所有者甲が、一方で乙に譲渡して占有を移し、他方で丙に譲渡して移転登記をなした場合に、乙の占有が継続していると乙の時効取得およびその対抗力が問題になる。乙の譲受もしくは占有開始と丙の譲受もしくは登記との間の時間的な先後關係によって多少とも異なった問題の処理を要するから、各場合にわけて論述しよう。ところでこれらの問題を考えるための理論的前提として、登記の対抗力の意義を明らかにすることが必要である。

私は、登記が不動産物權變動の第三者に対する對抗要件であるという一七七条の意味は、二重譲渡のごとき互いに

相容れない物権変動があつた場合に、登記はその先後関係を決定するための法定証拠であり、したがって先に登記を得た譲受人丙が——たとえ実際には、換言せば自由心証主義にもとづく事実認定によれば、乙の譲受より後に譲受けた場合であつても——先に譲受けたと看做され、乙はその後に、換言せばすでに譲渡人甲が丙へ譲り渡した結果無権利者となつてから後に、譲り受けたと看做される、という趣旨だと解する。かく解することによつて、一七七条は物権変動における意思主義を規定する一七六条と調和することになる。つまり、一七六条は物権変動の当事者間（甲乙間、もしくは甲丙間）において物権変動の時期が争われた場合にそれを決定する基準であり、一七七条は相容れない物権変動を得た者の間（乙丙間）で、それぞれの物権変動の先後関係が争われた場合に（したがって、乙と丙のいずれが権利者から権利を譲り受け、いずれが無権利者から譲り受けたことになるのか、が争われた場合に）これを決定する基準であり、両基準は問題の平面を異にするものであるが故に、互いに矛盾するものではないことになる。

なお、登記をもつて、かように両立しえざる物権変動の先後関係を決定するための法定証拠と定める理由は、あたかも債権譲渡の債務者以外の第三者に対する対抗要件が、確定日付ある証書による譲渡の通知または承諾と定められている（四六七条二項）理由と同様に、もしこの規定がないと、実際には後に譲り受けた者が、譲渡人と共謀して自分が先に譲り受けたかのごとき証書を作成することによつて、実際には先に譲り受けた者の地位を害するおそれが生ずるからであり、同時にかかる法定証拠制度は、間接的には取引安全の要求にも適合する（登記が甲にあるかぎり、第三者は、甲が未だ権利を他人に譲渡していないと信頼して取引しうる）からである。

この点についての詳細は、安達「一七七条の第三者」判例演習物権法（昭三八）四五頁以下および安達「債権譲渡の対抗要件」ジュリスト増刊号「民法の判例」所収を参照。かつて石坂博士によつて登記の対抗力について法定証拠説が主張されたが、そこでは登

記の有無をもって物權變動の有無を証明するための法定証拠と解された（石坂「意思表示以外ノ原因ニ基ク不動産物權變動ト登記」・石坂「改纂民法研究」上巻三四七頁以下）。しかし、私見は物權變動の前、後關係を証明するための法定証拠と解する点でかなりの差異がある。なお、原島・注釈民法六卷一七七条Ⅲ・e参照。また、金山「物權法総論」（昭三九）二五三頁は、登記をもって相容れない物權變動の「優位を立証するための唯一の証拠方法」と説明する。しかしここでは実体的な「優劣」の生ずべき根拠がなら明らかにされていない点で石坂説とも私見とも異なる。なお後述、2(1)中段三八頁および四(4)ウ末尾八三頁の補足的説明を参照されたい。

登記の對抗力の意義をかように解するならば、甲から二重に譲り受けた者のうち先に登記を得た丙に対する関係では、甲乙間の譲渡は存在しなかったとして扱う必要はなく、丙の譲受時に甲は乙に譲渡しておらず権利者であったという要請に抵触しない限度では、甲乙間の譲渡の効力を認めてよいことになる（前掲の石坂博士による法定証拠説の立場からは、かように解することはできないであろう）。

(1) 甲がまず乙に譲渡し、乙の占有継続中に丙が甲より二重に譲り受けて移転登記を得た場合 上述の登記の対

抗力の理論を適用するならば、乙と丙の間では、先に登記を得た丙への譲渡が乙への譲渡よりも先であったと看做され、したがって丙は有効に所有権を取得するとともに、甲から乙への譲渡は——甲丙間の譲渡の効力に抵触しないかぎりでその効力を認めるべきであるから——甲丙間の譲渡がなされた後に、しかも直後に、すでに無権利者となった甲によって（丙の所有不動産について）なされた譲渡としての性質を有することになる。ところで一般に無権利者から譲り受けて占有を継続する者は十年または二十年の占有継続により、時効取得（実体規定としての取得時効）を認められるのであるから、これを上述の例に適用すると、乙は甲丙間の譲渡直後に無権利者たる甲から譲り受けて占有をなしている者と看做されるのだから、この時を時効の起算点として十年間の占有の継続により時効取得しうることになる

（時効期間の詳細については後出(4)で述べる）。

したがって、乙が甲より実際に譲り受けて占有を始めた時より、甲丙間の譲渡の時に至るまでの乙の占有期間は、乙の時効取得に関しては事実上無意味となる（しかし従来、判例学説は乙が実際に占有を開始した時を起算点と解している。前述（第五参照）。かように先に登記を得た丙の譲受の時から、乙の時効期間が計算される結果、丙の譲受は——もし（従来の判例・学説のように）乙が実際に占有を開始したときから乙の取得時効が進行するとの前提をとったならば——あたかも乙の取得時効に対する時効中断事由となるが如き観を呈する。

もっとも前述二bの我妻説においては（乙のための時効起算点を乙が占有を實際に開始した時におきつつ）「丙の登記が乙の時効取得にとってあたかも中断事由となるのと同じ効果を有する」という。丙が登記を得た時に甲丙間の譲渡の効力を生ずる場合が実際上は多いかぎりにおいて、私見と我妻説は実際上は多く一致するであろうが、両時が距たるときは、異なった帰結を生じることになる。

なお、前述した通り（二七頁二b末尾参照）最近の下級審判決で、我妻説を採用する判例（福岡地判昭和三四年）があるが、私見の構成をとるも同じ帰結の導かれる事案であった。また、丙の登記時を基準として乙の取得時効の起算点とすべきことを判示した判例（大阪地判昭和四〇年、二b末尾参照）があり、その理由として「取得時効が成立するためには他人の物に対する占有がなければならぬ。二重譲渡の場合には一方の登記がされるまでは、いづれの譲受人も所有権を有するから、他人の物の占有という関係は生じない。一方の登記がされると他の譲受人の権利の喪失が生じるから、この時から他人の物の占有という関係を生じ、したがってこの時から時効が進行する」と述べている。しかし丙の登記時を起算点とするか、私見のように丙の譲受時を起算点とするかで結論の異なる事案であったことは

注意してよい。

ちなみにこの判例は、杉之原博士の所説（杉之原「登記の効力と時効取得の起算点」民商法九卷・一号）を採用したものである。博士は前掲判例と同じ理由から、乙が実際に占有を開始した時をもって起算点とすることを非難するとともに、丙の譲受時を起算点とすることに對しても「若し丙の譲受時から乙が他人の（つまり丙の）権利を占有すると解するならば、（二重譲渡一般の問題として）乙は、丙の譲受時より登記時まで目的物より得た果実を丙に返還すべき義務を負うことになって不都合」だという。しかしこの不都合は、一八九条の適用によって除去されるのであって（なお、丙の登記後でも乙が善意である間は同条の適用があるはずである）丙の譲受時を基準とすることに何等の障害は存しないと考える。それに、上掲判示のごとく、登記前には両譲受人がともに所有権を取得しているというのは背理であることは明らかであろう（なお、我妻説と杉之原説との差異に関する補説および杉之原説に對する批判の補説として後述四②アイ六三頁以下を参照されたい）。

(2) 丙が甲から譲り受けた後に、乙が二重に譲り受けて占有を開始し、さらにその後で丙が移転登記を得た場合登記の對抗力の意義に関する前述の理論を適用すると、先に登記を得た丙が先に譲り受けたと看做される（ここでは実際の事実にも適合する）。しかし、丙の譲受時には乙はまだ譲り受けていないのだから、乙が後に譲り受けて占有を始めた時から、乙は他人（丙）の所有不動産を占有したことになる、この時から乙の取得時効が進行する、と解すべきであり、丙の譲受時や丙の登記時が起算点とならない（但し後述追記参照）ことは当然である（時効期間については後述④のように十年と解すべきだろう）。したがってかかる場合については、私見はむしろ、結果的には従来の判例理論（前述二頁一第一、第五参照）と同じ帰結となり、登記による時効中断効説をとる我妻説とは一致しない（我妻説だと、丙の登記時から改めて時効が進行するはず。前述杉之原説でも同じ）。ところで最近の下級審判例で、上述のごとき事案について——伝統的判例理論に依存しているが——私見と同じく、乙の占有開始時を起算点として乙の短期時効取得を認めた

ものがある(神戸地判昭三九・一・三二訟務月報一一卷六号八三六頁)。

○追記 甲が丙に譲渡したあとの甲の占有は無権利者の占有となる。そこで、乙はこの期間の甲の占有に乙自身の占有をあわせて(民法一八七条)時効期間を計算して時効取得を主張しえないかが問題となろう。

この問題は、もし、甲が乙に譲渡することなく、甲がそのまま——丙に譲渡したあと——自分で占有を継続していたせば、甲は時効取得するか、の問題と同じである(民法一八七条二項)。結局は当事者間の実質的な利害の比較衡量によって、その成否を決すべきであり(序章三アb参照)、甲が丙に譲渡してその対価を得ているごとき場合には、原則として、時効取得を認むべきでないと考えるが、そうでない限り事情によりこれを認めてよいであろう。しかしこれを認める場合でもその時効期間は——甲が丙に譲渡したにかかわらず自己の物と信じて占有するとは考えられないから——二十年と解すべきであろう。なお後述七三頁四(3)エ③参照)。

(3) 甲が丙に譲渡して登記も移したあとで、乙が甲から二重に譲り受けて占有を開始した場合 私見の立場からいっても、乙の時効取得は乙の占有開始時をもって時効起算点とすべきこというまでもない。したがってこの場合には、従来の判例理論とも、我妻説とも(また杉之原説とも)結果的には一致しよう(時効期間については後述(4)のように二十年と解すべきだろう)。

○追記 ただし前述(2)末尾の追記におけると同様に、ここでも、乙は、自己の占有期間に、甲が丙に譲渡したあとの甲の占有の期間をあわせて長期時効取得を主張しえないか、が問題となる。(2)末尾の追記と同様に解すべきである。

(4) 総括と時効期間 (a) 以上述べたところを総合すると、結局、先に登記を得た譲受人丙が、先に譲り受けたと看做されて所有権を取得するが、しかし、登記は得なかったけれども占有を得てこれを継続している譲受人乙は、丙が譲り受けた時を遡らない限度で、乙が譲り受けて占有した時を起算点とする時効取得を認められる。したがって

登記を先に得て所有者となっている丙に対して所有権の移転登記を請求しうることになる（登記の方法に関して前述一九頁序論三ウ末尾を参照せよ）。

○追記 但し(2)と(3)の場合に、乙が甲の占有の承継を主張したときは、甲丙間の譲渡時を起算点とする長期取得時効の認められることがありうる。(2)および(3)末尾の追記参照。

(β) さて、上述の各場合の時効期間が問題だが、そのうち(3)の場合には、もし乙が甲から譲り受けるにあたって登記簿を調べれば所有名義が甲になく丙に移っていることが判ったはずであるから、たとえ乙が甲を所有者と信じたとしても無過失ではない（一般に不動産登記簿上の名義人と売主とが同一人である場合には、これを所有者と信じて不動産を買受けた者は原則として無過失と認められるが、登記簿を確かめずに取引した者は過失ありとされる。注釈民法五卷・一六二Ⅲ(2)ア参照）したがって時効期間は二十年となる。(1)と(2)の場合には、乙が甲より譲り受けるにあたって登記簿を調べた場合であると然らざる場合であるとを問わず（たとえ調べたとしても、登記は甲にあるのだから）、乙の占有の始めにおける善意無過失を認定すべきであり、したがって時効期間は十年となる。

もっとも(1)の場合を(2)の場合と同じに解しうるかは疑問の余地がないわけではない。というのは、ここでは、乙の丙に対する関係では、乙が甲から譲り受けた時期が、甲丙間の譲渡時の直後と看做され、いわばその時点まで繰り下げられるわけであるが、そうすると乙が甲より譲り受けたと看做されるその時点においては既に登記が甲より丙に移ってしまっているという場合がありうる（甲丙間の譲渡が、登記と同時になされる場合を考えよ）。この場合には、あるいは乙が甲から譲り受ける際に登記が甲にあったということを丙に主張しえず、したがって乙は占有の始めに無過失とはいえなくなる、という推論が可能なように見える。しかし、元来甲乙間の譲渡が甲丙間の譲渡時まで繰り下げられる

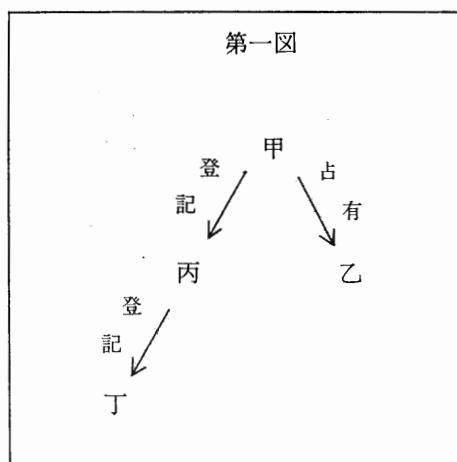
理由は、甲丙間の譲渡に優先的な効力を与え、丙の譲受を権利者からの有効な譲受と看做しうるためなのであるから、この要請に牴触しないかぎりではなるべく甲乙間の譲渡の効力を認めてよいはずであり、したがって乙の善意無過失の認定も、自由心証主義に基づいてなしうると解すべきである。そうだとすれば、実際に乙が甲から譲り受けて占有を始めた当時は、登記は甲にあったのであるから、(2)の場合と同様に乙の無過失を認定すべきであろう（以上時効期間について述べたところは従来の判例の態度とも一致すると思う。（前述二頁一第五参照）ただし近時の下級審判例で、上述(1)の場合の事案について、時効期間を二十年と解するものがあることは前述した（一第五末尾参照）。事案は一第六末尾に掲げた最高裁判例と類似し、第三取得者の登記後の新たな時効に関する）。以上要するに、乙が甲より譲り受けた当時、甲に登記名義があれば時効期間は十年、然らざるときの時効期間は二十年と解すべきであろう（なお(2)と(3)末尾の追記参照）。

2 二重譲渡における時効取得と登記 その二 1(4)βで述べたように、登記を得ていないが占有を得てこれを継続する譲受人乙は、登記を得ている他の譲受人に対して、一定期間の経過とともに時効取得を主張しうるに至るが、この乙のための取得時効の進行中に、丙が丁に譲渡して登記を移したとか、あるいは、乙の時効取得の完成後に、かつ乙が丙から時効取得による移転登記を得ていない間に、丙が丁に譲渡して登記を移した場合、乙がその後も引き続き占有を継続すると、乙の取得時効はどうなるか。〔第一図参照〕

基本的には1で述べたと同様な扱いがなされるべきである。

(1) 説明の便宜上、まず前述の1の(3)の場合（つまり、甲が丙に譲渡して登記を移した後で甲が乙に二重譲渡して占有を移した場合）をとりあげて説明しよう。前述したように、乙が占有を始めた時を起算点として、乙の占有が二十年継続すると、乙は丙に対して時効取得を主張しうる。その結果——時効の効力の遡及効により——あたかも乙は乙の占有

開始時に、その当時の所有者であった丙から権利を譲り受けたと同様の地位に立つ（その詳細については前述一九頁序論三ウ末尾を参照。そこで述べているように、より厳格にいうとあたかも乙は乙の占有開始時に無権利者甲を通して権利者丙から権利を譲り受けたと同様の関係を生じる）。



しかし丙は——乙の時効完成前又は後に——丁に譲渡して丁に登記を移している。そこで、乙、丙、丁の三人の関係は、あたかも丙が乙に譲渡し（乙は丙との関係では、乙の占有開始時に丙から——より厳格に言えば甲を通して丙から——譲り受けたと同じ地位におかれるから）、他方で、丙から丁へ——二重に——譲渡したと同様な関係となる（前述の追記の場合にも二重譲渡の関係をすなわち——丙から甲を経て乙への譲渡と丙から丁への譲渡という関係を——生じることは同じである）。

ところで、この二重譲渡の関係においては、丙から乙への譲渡（乙の時効取得の結果、それが生じたと看做される譲渡）は、丙丁間の譲渡より先になされており、登記名義人が丙である間になされているのであるから、前述の（1）におけると同様な二重譲渡であり、したがって、乙は、先に登記を得ている丁との関係では、丙丁間の譲渡の直後に、丙から譲り受けて占有したものと看做されることになる（前述1の甲、乙、丙の関係を丙、乙、丁におきかえよ）。（もしかように

解しない、あたかも前述1冒頭に述べたと同じように、乙の丙に対する取得時効の起算点、したがって乙が甲より譲り受けて占有を始めた時点が実際には、おそく、時には丙丁間の譲渡の時より後であるのに、甲乙丙の通謀によってそれが早い時点になされていた旨の偽りの証拠を作り、丁の利益を害するおそれを生じるからである。その結果、乙は、丙丁間の譲渡後十年間占有を継続してはじめて、丁に対して時効取得を主張しうることになる（前述追記の場合も結局は同じことになる）。

以上を要約すると、乙は、甲から譲り受けて占有を開始してから二十年占有を継続し（ただし1③追記におけるごとき、占有承継による取得時効が認められるときは、甲丙間の譲渡時以降甲と乙とで二十年間占有すればよい）、かつ、丙丁間の譲渡後十年間占有を継続することによって、丁に対して時効取得を主張しうることになる。したがって、乙が甲から譲り受けて占有を開始し、二十年占有を継続した後丙丁間の譲渡がなされたならば、乙はその後さらに十年間の占有継続を要するが、もし、乙が甲から譲り受けて占有した直後に、丙丁間の譲渡がなされたとすると、丙丁間の譲渡後十年間の乙の占有では足りず、さらに十年間の占有継続（それにより、乙が甲から譲り受けて占有してから後二十年の占有継続という要件が満たされる）を必要とすることになる（但し、前述追記の場合は甲丙間の譲渡時以降甲と乙とであわせて二十年間の占有継続で足りることになる）。

ちなみに——本題からやや離れた問題であるが——私は、登記は両立しえざる物権変動の先後関係を決定するための法定証拠と解する立場をとることによって、登記＝法定証拠を主張立証すべき責任は、それによって利益を与えられる側にあると解する。すなわち、甲から乙と丙に二重譲渡され、丙に先に登記が移された場合に、丙が登記を得たことを主張立証してはじめて丙への譲渡が先であったと看做され、もし丙がその主張、立証をしなければ、裁判所は、自由心証主義によって乙と丙のいづれが先に譲り受けたかを認定し、先に譲り受けたと認定される側の譲受人が有効な権利取得者として扱われる、と解する（安達「一七七条の第三者」判例演習物権法五二頁）。

この理をまず、前述1の単純な二重譲渡の場合にあてはめるならば、1(1)の場合に丙が自ら登記を得ていることを主張立証しないと、自由心証主義による認定によって先に譲り受けたと認められる乙が丙に優先して権利を取得することになる（丙は無権利者から譲り受けたことになる）。したがって、ここでは、乙が占有を有し、丙が占有を有していない以上、取得時効は問題にならない。また、前述1(2)および1(3)の場合には、丙が登記を得ていることを主張立証しないと、自由心証主義による認定によって先に譲り受けたと認められる丙への譲渡が有効となり、乙への譲渡は無権利者の譲渡となる（したがって、この限りでは、丙が登記を主張立証すると否とで差異を生じない）。この場合、他人の物の占有者たる乙の時効取得が問題になるが、この点についても、丙が登記を主張立証した場合と基本的には同様に扱ってよい。但し、1(3)の場合についても——丙が登記の主張立証をしない以上は——乙が甲から譲り受けた当時、登記名義は丙に移っておらず甲が登記名義人であったと看做すべきであるから、乙のための時効期間は二十年でなく、十年と解すべきであろう。

さて、以上述べたところを本文で述べている関係にあてはめるならば、まず第一に、丁が甲から丙への登記および丙から丁への登記のいづれについても主張立証しないときは（なお、丁が甲から丙への登記の主張立証をする関係は。丁が丙からの譲受人すなわち丙の地位の承継者として、丙が本来なしうる主張立証を——代理人としてではなく自己の固有の立場から——代ってなすという関係である）、自由心証主義による認定によって、乙は甲丙間の譲渡の後に甲より譲り受けたと認められ、そして乙が無権利者たる甲から譲り受けて占有を始めた時から十年間占有を継続することによって（丁が甲から丙への登記の主張、立証をしない以上は、乙が甲から譲り受けたとき登記名義は丙に移っておらず甲にあったと看做すべきであるから、時効期間は十年と解すべきであろう）丁に対する乙の時効取得が認められることになる（丙丁間の譲渡の後十年間の占有継続という要件は、ここでは必要がない。なお、後述第三参照）。

第二に、丁が、甲から丙への登記については主張、立証せず、丙から丁への登記についてのみ主張立証したとき——かかる事態は実際には起りえないであろうが、もっぱら理論的興味からかかる場合を想定して考察すると——は、乙は、丙に対する関係では（より正確に言えば、丙の地位をそのまま承継するものとしての丁に対する関係では）、乙が甲から譲り受けて占有を始めてから十年間占有

有を継続することによって時効が完成する（ここでも、甲の丙に対する登記が主張立証されない以上、乙が甲から譲受けた当時登記名義は丙に移っていなかったと、看做すべきだから、時効期間を十年と解すべきである）。しかし、丙から譲り受けて登記を得ている丁に対する関係では、前述の二重譲渡の場合と同様に扱い、乙がさらに丙丁間の譲渡後十年間占有を継続することによって、はじめて丁に対する乙の時効が完成することになる。

第三に、丁が、甲の丙に対する登記についてのみ主張立証し、丙の丁に対する登記については主張立証しなかった場合、乙は、丙に対する関係では（より正確に言えば、丙の地位をそのまま承継するものとしての丁に対する関係では）乙が甲より譲り受けて占有を始めた時より二十年間の占有継続によって時効取得し、あたかも乙の占有開始時に乙が丙から権利を譲り受けたと同様の地位におかれるが、かように譲渡があったと看做される丙から乙への譲渡の時（＝乙の占有開始時）より後に丙から丁への二重譲渡がなされている以上は——丁が丙丁間の登記を主張立証しないときはその登記がないのと同様に扱ってよいのだから——事実上の譲渡がより先であった乙への譲渡が優先することになり、結局乙は丁に対して、乙が甲より譲り受けて二十年間占有するだけで時効取得を主張しうることになる（丙丁間の譲渡後十年間の占有の継続という要件はここでは必要がない）。

第四に、丁が、甲の丙への登記および丙の丁への登記のいずれについても主張立証したときは、本文に述べたような関係を生じる。換言すれば、本文に述べたところは、厳格に言えば、丁が、甲の丙への登記および丙の丁への登記のいずれについても主張立証したことを前提にするわけである（なお、前述の追記の場合も、以上に準じて考察すべきである）。

以上、乙が丁に対して時効取得を主張する関係について述べたことは、丁から譲り受けて登記を得た戊に対して占有者乙が時効取得を主張する関係についてもあてはまるこというまでもない（乙が甲から譲り受けて占有を始めた後二十年間占有を継続し——但し、前述追記の場合は、甲丙間の譲渡の時から甲と乙とで二十年間占有を継続し——かつ、丁戊間の譲渡後十年間占有を継続することによって、乙は戊に対して時効取得を主張しうることになる）。また、丙丁間の譲渡がなされた後に、乙が甲から譲り受けて占有した場合における乙の丁に対する時効取得の関係は、前述の1(3)に準じて扱うべきである。

が、かかる関係における乙が、丁より譲り受けて登記を得た戊に対して時効取得を主張する関係については、前述したところに準じて考察すべきである。

(2) 前述1の(1)の場合（つまり、甲がまず乙に譲渡して占有を移したあと、丙に二重に譲渡して登記を移したとき） 上述(1)

の場合に準じて考察すれば、乙は甲丙間の譲渡後十年間占有を継続し、かつ、丙丁間の譲渡後十年間占有を継続することによって、丁に対して時効取得を主張しうる（乙は、甲丙間の譲渡後十年間の占有の継続により、丙に対する関係では時効が完成し、その遡及効により、甲丙間の譲渡直後に丙から権利を譲り受けたと看做されることになる。しかし、この丙から乙への譲渡は、丁に対する関係では、丙丁間の譲渡直後に生じたものと看做されるから、その後さらに乙の占有が十年間継続してはじめて乙は丁に時効取得を主張できることになる）。もっとも、この場合には、後者の要件が充足すれば前者の要件も当然に充足していることになるから、後者の要件だけを問題にすれば足りることになる（丙丁間の譲渡後十年の間占有継続があれば、丁に対して時効取得を主張しうる）。

なお、以上述べたところも、前述(1)の場合と同様に、厳格にいえば、丁が、甲の丙に対する登記および丙の丁に対する登記のいずれについても主張立証したことを前提とする。そのいづれかの、あるいはその両者の主張、立証が欠けていた場合の関係については、前述(1)の場合について述べたところに準じて考察すべきである。丁から譲り受けて登記を得ている戊に対して占有者乙が時効取得を主張する関係についても同様である。

(3) 前述1(2)の場合（丙が甲から譲り受けた後に乙が二重に譲り受けて占有を開始し、さらにその後丙が登記を得たとき）にも、上述の(1)ないし(2)の場合に準じて考察すると、乙が甲より譲り受けて占有を始めて後十年間乙が占有を継続し（但し、1(2)末尾の追迫におけるごとき、占有承継による取得時効が主張されて、これが認められるときは、甲丙間の譲渡後甲および乙の占有があわせて二十年間継続すればよい）かつ、丙丁間の譲渡の後十年間乙が占有を継続してはじめて、乙は丁に対

して時効取得を主張しうる。しかし、ここでも実際には後者の要件のみ問題にすれば足る（なお、ここでも厳格にいえば、丁が、甲の丙に対する登記および丙の丁に対する登記を主張立証したことを前提とする。また、丁より譲り受けて登記を得た戊に対して乙が時効取得を主張する関係も、以上述べた所に準ずる）。

(4) 以上述べたところを要約すると、甲から譲り受けて占有する乙は、甲から二重に譲り受けて先に登記を得た丙からさらに譲り受けて登記を得た丁（あるいは丁からさらに譲り受けて登記を得た戊）に対して、丙丁間の譲渡後（あるいは丁戊間の譲渡後）さらに十年間占有を継続することによって時効取得を主張しうる。しかし、乙が甲から譲り受けたときに登記名義が甲になく、甲から丙に（あるいは丁に）すでに移っていたときは（したがって前述1の(3)の場合には）上の要件のほか、さらに、乙が甲から譲り受けて占有を開始してから二十年間占有を継続して（但し、1(3)末尾の追記の場合は、甲丙間の譲渡後、甲と乙の占有期間をあわせて二十年間の占有継続で足りる）いはじめて乙は丁（あるいは戊）に対して時効取得を主張しうることになる。

なお、以上のような見解に対しては、「乙の丙に対する時効取得が完成したあとで、丙が丁に譲渡したならば、たしかに時効取得と譲渡とは両立しえない物権変動といえようが、しかし、乙の丙に対する時効取得の進行中に丙が丁に譲渡した場合については、単なる時効進行中ということを経済と両立しえない物権変動と見ることはできない。しかるに上述の見解だと、丁が丙から登記を得ることによって、丙に対する時効の進行中の乙は、時効進行中という地位を丁に対抗できないのと同じ結果になるから、結局、時効進行中ということを経済と両立しえない物権変動と見る見解であり、不当だ」との批判が予想されよう。しかしながら、進行中の取得時効といえども、その完成の暁には、遡って丙丁間の譲渡と両立しえない効力を生ぜしめる（時効取得の遡及効についての詳細は、注釈民法五卷一六二条IV(2)およ

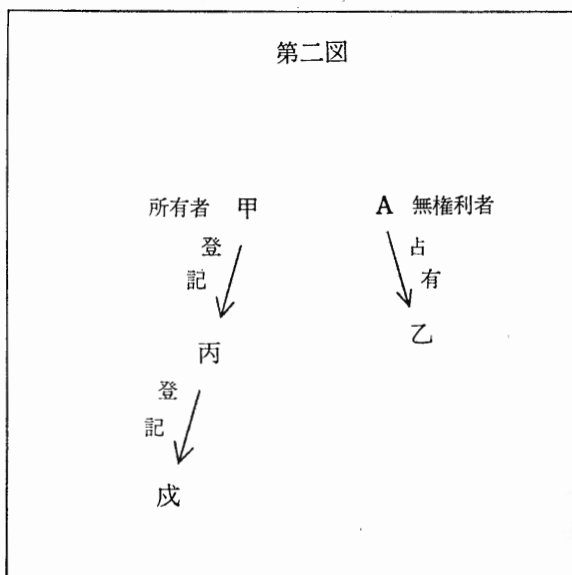
び前述序論三ウ末尾参照)。したがって、時効の進行中ということも、この意味では、譲渡と両立しえざる物権変動と見て差し支えないわけである(於保「時効と登記」論叢七三卷五・六号一七二頁も——登記尊重説の根拠づけに關して——これと大体同じ趣旨のことを述べる)。

1、2の総括——以上1、2で述べたところをつぎの命題によつて要約することができよう。

「甲から譲り受けて占有する乙は、その譲受当時甲が所有者であれば(1(1)の場合)甲に対して直ちに権利の取得を主張しうる。また、その譲受当時甲がすでに他に譲渡して無権利者であれば、(1(2)および(3)の場合)乙の善意無過失であるか(1(2)の場合)否か(1(3)の場合)によつて、それぞれ、乙の占有が十年間もしくは二十年間継続することによつて、その占有の始めの所有者たる丙に対して所有権の時効取得を主張しうる。(○追記 ただし1(2)および(3)末尾の追記に述べたように、乙が甲の占有期間をあわせて取得時効を主張し、これが認められると、甲が丙に譲渡した時からの甲の占有と乙の占有があわせて二十年継続すれば乙は丙に時効取得を主張しうる。)しかしいづれの場合でも、乙が甲より譲り受けた當時の所有者(甲もしくは丙)から転々譲り受けて移転登記を得ている戊に対しては、乙は——前述の期間にわたる占有継続のほかにさらに——戊がその前者(丁)から譲り受けた時以後十年間占有を継続してはじめて時効取得を主張しうる」。

3 実体規定としての取得時効におけるその他の場合の対抗問題 以上、二重譲渡をめぐる時効取得と登記の關係について述べたが、そこで問題にされた時効取得は、実体規定としてのそれであり、そして類型的には、他人の權利を譲り受けた者の時効取得の場合であるが、これが特殊な形で現われる場合である(もっとも、実際には最も屢々問題になることの多い場合であるけれども。前述一第五参照)。そこでつぎに、実体規定としての取得時効のその他の形態について

第二図



て、その対抗力の問題を検討しよう。

(1) 無権利者から譲り受けて時効取得する場合 甲の所有不動産を無権利者Aが（Aは登記簿上の所有名義人でもない）乙に譲渡して占有を移し、乙の占有が二十年継続すると、乙は甲の権利を時効取得し、占有の始めに遡ってあたかも乙は甲からその権利を譲り受けたと同じ地位に立ち（乙は占有の始めに善意無過失であったとは認めえないから短期時効取得は認められない）、乙は甲に対して移転登記の請求をなしうる（第二図参照）。

ところが、乙の甲に対する取得時効の完成またはその進行中に、甲が丙に譲渡して登記を移すと、乙は丙に対しては——乙は甲に対しては前述のように乙の占有時に遡って甲から譲り受けたと同じ地位を主張しうるけれども——甲丙間の譲渡の直後に甲から譲り受けたと看做されることになり、したがって甲丙間の譲渡の時からさらに十年間乙の占有が継続してはじめて、乙は丙に対して時効取得を主張しうることになる。したがって結局、乙は丙に対する関係では、乙が無権利者Aから譲り受けて占有した時から二十年間の占有の継続があり、同時に甲丙間の譲渡後十年間の占有の継続があつてはじめて、時効取得を主張しうることになる。丙から譲り受けて登記を得た戊に対して乙が時効

取得を主張する関係も上述したところに準じて考察すべきである。以上の関係は要するに、前述2(1)で述べたととと基本的には何等異らない。

○追記 したがって、2(1)におけるように、また1(3)におけるように、乙は甲に対する関係では、甲の権利取得時以降における目的物の占有者たる無権利者Aの占有期間に乙自身の占有期間をあわせて長期取得時効を援用し、これが認められることがありうる。しかし、丙に対する関係では、このほかに、甲丙間の譲渡後十年間の占有継続があつてはじめて取得時効を主張しうることになるのはいうまでもない。

(2) 実体規定としての取得時効が生ずる他の代表的な類型として、権利者の譲渡行為そのものに瑕疵があつた場合に譲受人たる占有者が時効取得する関係がある(前述一七頁序論三(イ)末尾および注釈民法五卷一六二条Ⅲ(2)(イ)参照)。

例えば、甲が所有する不動産(登記簿上の所有名義も甲にある)を乙が甲から譲り受けて占有したが、甲乙間の譲渡には要素の錯誤があつて無効であり、また、乙は登記を得ていなかったとする(前掲三七頁の第一図参照)。乙が善意無過失の占有者であれば(乙が甲から譲受けた当時登記簿上の所有名義が甲にあったからといって、ここでは直ちに乙の善意無過失を認定することはできない。対価関係等の諸般の事情をも考慮して無過失の有無を決定すべきである。序論三(イ)参照)、乙は十年間の占有継続によって甲に対して時効取得を主張しえ、その占有の始めに遡って甲から有効に権利を譲り受けたと同様の地位に立ち、甲に対して移転登記を請求しうる。乙が善意無過失でないときは、乙の二十年間の占有継続によって乙は甲に対して時効取得を主張することができ、同様な関係を生ずることというまでもない。

ところで上述のごとき乙の甲に対する短期もしくは長期取得時効が完成した後に、もしくは、その進行中に、甲が丙に譲渡して、丙に先に登記を移した場合、乙は丙に対する関係では——乙は甲に対しては、乙の占有の始めに甲か

ら譲り受けたと同じ地位を主張しうるけれども——甲丙間の譲渡直後に甲から乙への譲渡があったという地位を主張しうるにすぎないことになり、したがって、乙は丙に対しては、甲丙間の譲渡後さらに十年間占有を継続することによって時効取得を主張することになる。したがって結局、乙が占有の始めに善意無過失であれば、乙が甲より譲り受けて占有した時から十年間占有を継続し、同時に甲丙間の譲渡の時から十年間占有を継続することによって（しかし前者の要件は右設例の場合には後者の要件に包摂されるから、実際上は無意味である）はじめて、乙は丙に対して時効取得を主張しうる。また、乙が占有の始めに善意無過失でなければ、乙が甲から譲り受けて占有した時から二十年間占有を継続し、同時に甲丙間の譲渡の時から十年間占有を継続することによって、はじめて乙は丙に対して時効取得を主張しうる。丙から譲り受けて登記を得た丁に対して占有者乙が時効取得を主張する関係も上述したところに準じて考察すべきである。

以上の関係は要するに、前述2で述べたところ（特に2(4)および1と2の総括を参照）と基本的にはなんら異ならない。

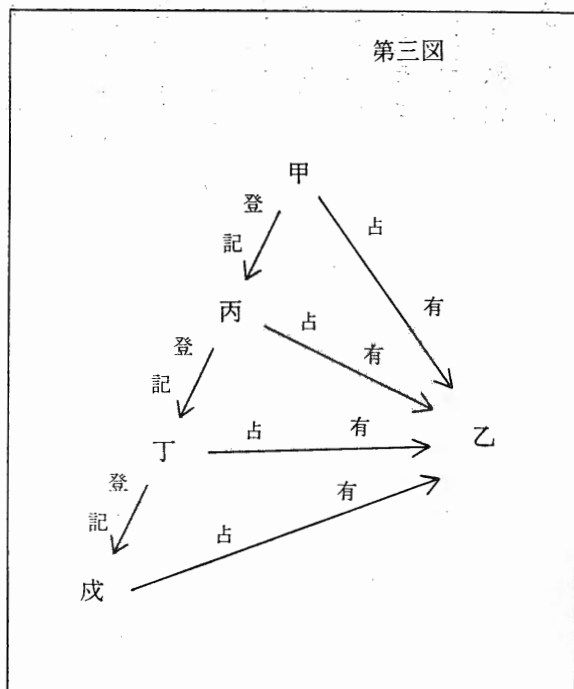
(3) 実体規定としての取得時効を生じる場合としては、他にも種々の類型がある（一七頁序論三(イ)末尾参照）。しかし上述した(1)(2)の例からも推測しうるように、一般に時効取得と登記の関係は上述の1・2に述べた二重譲渡の関係がその原型となっており、したがって後者の関係に準じて前者の関係を考察すべきである。

1・2・3の総括——以上1・2・3に述べたところを総括して次のようにいうことができよう。すなわち「不動産を自主占有する乙が、権利者甲からの有効な取得原因によってその所有権を譲り受けた者である場合（1(1)の場合）は、甲に対する関係では、占有の継続をまつまでもなく直ちに所有権を取得するが、権利者甲からの有効な取得原因によらずにその占有を開始した者である場合（1(2)、1(3)および3の場合）には、占有開始当時の権利者甲に対しては、乙の善

意無過失の有無に依じて、それぞれ十年間もしくは二十年間の占有継続によって時効取得を主張しうる（追記）なお乙は、自己の占有期間に、その前主が——甲所有期間中に——無権利者として占有した期間をあわせて取得時効を主張しうるか、の問題がある。これについては、2末尾および3(1)末尾の追記を参照せよ。しかし乙は、当時の権利者甲から——もしくは甲を通して転々——譲りうけて移転登記を得た丁に対しては右のいづれの場合にも——上述の期間の占有継続のほかさらに——丁がその前主たる登記簿上の所有名義者から譲り受けた時以降十年間の占有の継続によって、はじめて時効取得を主張することができる。」と。

以上の命題の後段の部分は、近似的には、我妻説（前出二b）が「登記の度毎にあたかも時効が中断されると同じだ」というのに近い。しかし、両者の間には、第一に、丁がその前主から譲り受けた時と丁の登記取得時とが距たっているときは差異を生じる（1(1)中段および1(2)上段参照）。第二に登記に時効中断と同様な効力を与える説では、乙の占有が善意無過失の占有でないときには、乙は丁に対しては、乙が丁の登記取得時以降、二十年間占有を継続することによってはじめて、時効取得を主張しうることになる（しかし、私見では前述のように、乙は丁に対して、乙の占有開始以降、二十年間占有を継続し、同時に丁がその前主から譲り受けた時以降、二十年間占有を継続することによって時効取得を主張しうることになる）。そして、以上のいづれの点においても、私見の方が、乙の時効取得をより容易に認める結果になっていることは指摘するまでもないであろう（なお、前述の私見の命題の前半の部分は我妻説によっても大体は認められるものと思われる）。

4 法定証拠制度としての取得時効における対抗力の問題 長期取得時効には、法定証拠制度としての側面が含まれると解すべきことは前述したが（一一頁序論二参照）、ここでは、この側面が問題になる場合の取得時効と登記の関係を検討しよう。



り、換言すれば、占有者乙は占有の始めにおいて（それがいつであったにせよ）権利者であった者から（それが戊、丁、丙またはその前主の誰であったにせよ）有効に権利を譲り受けたといちおう、看做さるべきである。つまり、乙に法定証拠制度としての時効取得を認めるにあたって、乙の側の占有開始時が何時であったか、また、その当時に乙の側へ譲渡したと看做されるところの権利者は何人であったかは必ずしも確定する必要はない。

甲所有の不動産が甲→丙→丁→戊へと転々譲渡され、それぞれの譲渡について登記がなされたとしよう。他方、乙は自己の占有だけで、もしくはその前主たるAの占有を併せて、現在時（正確には当該訴提起時）から遡り二十年以上にわたって占有しているとする。「第三図参照」戊と乙とが所有権を争う当該訴訟において、乙が上述の如き二十年の占有継続を主張立証して長期取得時効を援用したが、戊は、乙の側の自主占有（法定証拠制度の側面での自主占有）を否定すべき事実（序論三ア参照）を立証しなかったとする。この場合、裁判所は法定証拠制度としての取得時効の適用をいちおう認めるべきである。

時効期間の起算点についても、私は、法定証拠制度としての取得時効と実体規定としてのそれにわけ、後者については、実際に占有が開始した時を確定しこれを起算点とすべきであると解するが、前者については、訴提起の時から時効期間を逆算すべきであり、したがって占有開始時が何時であったかを確定する必要があるのを原則とすると解する。ただし、権利取得の強き推定力を阻止すべき占有に関する外部的事情が時効取得を否定せんとする側によって主張されたとき——一四頁序論三・アa参照——占有開始時がいつであったかを問題とせざるをえない。詳細は注釈民法五卷・一六二II(4)(b)参照。

ちなみに、戊が、乙の占有の自主占有性(法定証拠制度としての取得時効における)を否定すべき事実を立証したために、乙に、法定証拠制度としての取得時効の適用が認められないとき、実体規定としての時効取得が問題になる(一頁序論二末尾)。この場合には、乙の側の占有の始めがいつであり、またいかなる事情で占有が始められたか(たとえば、戊、丁、丙、甲、またはその前主、のうちの丙から盗んで、あるいは丙からの無効な譲渡によって、あるいはまったくの無権利者であったBからの譲渡によって、乙の側の占有が始められた、というがごとき事情)を自由心証主義によつて認定し(序論三ア・b参照)、そのうえで利益の比較衡量に基づき、実体規定としての取得時効の成否を判定することになる。

しかし、たとえばかかる意味での乙の時効取得が——正確に言えば、乙の占有開始時に所有者であった者(例えば丙)に対する関係での乙の時効取得が——認められるときでも、前述3に述べたように、丙から転々譲り受けて登記を得ている現在の所有者たる戊に対しては、丁戊間の譲渡の時から、さらに十年間の乙の占有継続があつてはじめて、乙は時効取得を主張しうることになる。いづれにせよ、この場合は実体規定としての時効取得と登記の関係の問題であり、上述123の問題に属する(乙が占有の始めの善意無過失を立証すれば、短期時効取得が認められることはいうまでもない)。

しかしながら、戊、丁、丙またはその前主、の誰から乙の側が譲り受けたと看做されるにせよ、乙は転々譲り受けて登記を経由している戊に対する関係では、最終的には、——訴提起時から遡って乙が二十年間占有を継続しているほか——戊がその前主から譲り受けた時点が、訴提起時から遡って十年より前であることが必要であり、さもないれば乙の時効取得の主張は認めえない。

というのは、第一に、乙の側が、最後に譲り受けて登記を得た譲受人たる戊を除いた者（したがって、丁、丙、甲またはその前主）のうちの何人から譲り受けたと看做されるにせよ、その譲渡人は、乙に譲渡したのち他に二重譲渡し、かつ他の譲受人（つまり、もし丙が乙の側へ譲渡したと看做すならば、丙から二重に譲り受けたことになる丁）が先に登記を得ていたことになる。したがって、前述の1(1)および2(2)と同じ関係を生じ、その結果最後に譲り受けて登記を得た戊が前主たる丁から譲り受けた時を起算点として十年以上乙の側の占有が継続していないと、乙の時効取得は認められないことになる（2(2)参照）。このことを言い換えると、訴提起時から遡って十年前より以降に丁戊間の譲渡がなされていると、乙は戊に対して時効取得を主張しえないことになる。

第二に、もし乙の側が戊から譲り受けたと看做す場合には、ここでは二重譲渡の関係を生じないから、そのかぎりでは、戊が丁より譲り受けた時より十年間の乙の占有の継続——換言せば訴提起時から遡って十年前より以前における丁戊間の譲渡——ということは問題にする余地はない。しかしこの場合には、そもそも乙の側が権利者たる戊から譲り受けたと看做されうる前提として、戊が二十年以上前から権利者であること、つまり、二十年以上前に戊が丁から譲り受けたということが必要である（乙の側が訴提起時を基準に二十年以上占有を継続してはじめて、その占有の始めに当時の権利者から有効に譲り受けたと看做される。したがって訴提起時よりたとえば五年前に戊が丁より譲り受けているとせば乙は

戊から譲り受けたと看做されないのはいうまでもない)。したがって結局、乙が戊に対して時効取得を主張しうるためには、乙の側が訴提起時より遡って二十年間占有を継続するほか、丁戊間の譲渡が訴提起時から遡って十年より以前になされていることが必要だという前述の命題は、この場合をも包摂することになる。

かようにして、法定証拠制度としての取得時効と登記の関係も、基本的には二重譲渡における（実体規定としての）取得時効と登記の関係（123参照）と同様に扱うべきである。そして——法定証拠制度としての取得時効が実体規定としての長期取得時効と同様に二十年間の占有継続を要件とするところから——上述のように、結論的には、あたかも実体規定としての長期取得時効と登記の関係（3末尾の総括参照）と同様な関係を——時効期間の逆算という技術的な問題を除いて考えれば——生ずることになる。

c 要約と補説——各説の批判

1 要約——以上、時効取得と登記の関係を考察するにあたって、まず、単純な二重譲渡の場合に関して問題となる取得時効と登記の関係（b12）を原型として把え、これを他の場合（b34）に推し及ぼしていくという操作を施してきたが（従来、このような考察方法がとられず、いきなり時効取得と登記の関係一般が抽象的にとりあげられたために、議論が具体性に欠け、ひいては、問題の正しい把握を困難にしていたのではなからうか。なお、於保教授が前掲「時効と登記」一七二頁で試みておられる登記尊重説の根拠づけも、そのすぐれた発想にもかかわらず、かかる欠陥を免れていないように思われる。）、実体規定としての取得時効と登記の関係（b123）については前述b3末尾（四六頁）にこれを総括した。またそこで述べたと基本的には同じ命題が法定証拠制度としての取得時効と登記の関係についても——時効期間の逆算という技術的差異を除いて考えれば——あてはまることはb4で述べた（法定証拠制度としての取得時効と実体規定としての取得時効の関係に

ついでには四九頁b4中段および序章二（参照）。私見は我妻説（二b）と同じく登記尊重説に属するが、両者の間の差異についてはb3末尾（四六頁）を参照されたい。

2 登記不要説Ⅱ占有尊重説に対する批判 —— a1の川島説および保・原島説に対する批判の要点は、すでに三a（二七頁）で、実質な考慮と歴史的な考慮にわけて述べたが、これに二、三の理論的な面での批判をつけ加えよう。

α まず、川島教授の所説は、取得時効制度をすべて法定証拠制度として構成する立場に立ち（これに対する私見の批判については序論一2イa・七頁参照）、時効期間の計算についていわゆる逆算説をとることによって「判例が時効の起算点を問題とするのは不当だ」とする批判から出発する（川島総則五七二頁）。私見も、法定証拠制度としての取得時効の側面に関する限りでは、逆算説をとり、原則として時効の起算点を問題にしないのであるけれども、しかしこの場合でも時効と登記の関係については、川島教授の所説と異なる説をとることは可能であることは前述した通りである（三b4参照）。結局、逆算説をとること、判例の理論の第二原則（前述一参照）を肯定して第三原則を否定することとは論理必然的に結合するものではなく、逆算説をとりつつ、第二原則を否定して第三原則を肯定すること（登記説尊重）も可能であるといわなければならない。

つぎに川島教授は、川島説が不動産物権変動における登記の機能を縮小あるいは軽視するものであるとの批判に対して、「日本民法典はドイツ民法と異り、不動産についても占有だけで取得時効が成立する立場を採っている」という事実をもって反論される。しかしドイツ民法が、不動産所有権の時効取得の要件として、自主占有の継続のほかに登記簿上所有者として登記されている状態が継続することも要求する（独民九〇〇条）のは、ドイツ民法上、不動産所

有権の譲渡が無方式の意思表示によって効力を生ずることなく、登記と結びついて（すなわち登記所に出頭してなされる Auflassung の意思表示によって）効力を生じること（独民九二五条）と対応するものであり、他方、わが民法の取得時効において登記がその要件とされていないのは、わが国では物権変動における意思主義の原則（二七六条）がとられていることと対応すると見るべきであろう（もっとも、旧民法は意思主義の原則をとりながら、正権原を要件とする短期取得時効の場合についてだけであるけれども、登記をもその要件としている。しかし、これは、当時のフランスの有力な見解をとり入れて「性質上登記をなすべき行為については、登記なき限り正権原ありと見ない」（証拠篇一四一条）とする立場をとったためである。注釈民法五巻取得時効前註Ⅰ(3)参照）。ところで、わが民法で登記は物権変動の第三者に対する對抗要件とされているのであるから、これに対応して、時効取得についても登記をもって第三者に対する對抗要件と解するのが、むしろ自然ではなかろうか。

ちなみに、以上のごとき私見の立場からは、立法論として、ドイツ法上の登記簿取得時効の制度（独民九〇〇条）をもってわが民法の取得時効制度よりすぐれたものと解する見解（我妻「物権法」七六頁、舟橋「物権法」一六九頁、鈴木「物権法講義」二二七頁その他多数）には——登記をもって物権変動の成立要件とせず對抗要件としているわが民法の基本的構成を前提とするかぎり——反対せざるをえない（この点に関しては、私見は於保「時効と登記」前掲一八二頁と一致する）。

β 登記の「対抗」の意義の検討から出発して登記不要説を主張する於保・原島説（前述二a1(β)参照）が、時効取得における判例のいわゆる「対抗」が二重譲渡における対抗と異なること（「二重譲渡であれば二重譲受人のいづれが先に譲り受けようと、それと関係なく「対抗」関係を生じ互いに「第三者」であって、第三取得者の譲受が時効取得者の取得より先

であれば「当事者」になり、後であれば「第三者」になるといふものとはまったく異なる」原島・注釈民法(6)一七七条IV(2)(4)を指摘するのは正当である。しかしこれは、判例の第二原則と第三原則(前述一参照)を併立させている判例理論の矛盾に対する正当な批判にはなりえても、これをもって直ちに登記不要説の根拠とするのは正当ではあるまい。私見のように、登記をもって互に相容れない不動産物権変動の先後関係を決定するための法定証拠と解しつつ、二重譲渡に際して生じる時効取得を原型として取得時効と登記の関係を捉えようとする立場からは、時効取得における「対抗」を二重譲渡における「対抗」と同じ意味で用いつつ、登記必要説をとりうることは前述した通りであり(なお、次段参照)、要するに両者における「対抗」を同じ意味で捉えようとする要請が常に登記不要説へ必然的に導くわけではない。

なお、以上の点と関連するが、両教授は、登記必要説を批判して、「登記必要説はあたかも次のとき見解、すなわち「表見相続人から譲り受けて登記を得ている者に対し、相続登記なき真正相続人は、相続による権利取得を対抗しえない」とする見解(判例・通説がこれを採用しているわけではない。大判、昭和二年四月二日民集六卷二六〇頁、我妻・物権法一〇三頁参照)、あるいは「詐欺・脅迫による不動産の譲渡の場合に、譲渡人が譲渡を取消したあとでその譲受人からさらに譲り受けた第三取得者と、取消によって所有権の復帰を主張する原所有者との関係を二重譲渡の場合と同様に扱い、取消による抹消登記なき原所有者は、先に登記を得た第三取得者に劣後する」とする見解(判例が採用し、また、有力な学説によって支持されている。大判・昭和十七年九月三〇日民集二二卷九一一頁、我妻・民法総則三二三頁参照)と同様な誤りを犯しており、すなわち、元来、対抗問題として扱うべきでないものを——登記に公信力なきわが民法の欠陥を補い取引安全をはかる目的から——「対抗」の問題として扱い、その結果、悪意の第三取得者をも保護し、登記に公信力を認めたとき以上に、しかも不当な保護を第三取得者に与えている」と批判する(於保・前掲一八八頁、原島・

注釈民法(6)一七七条8 IV(2)(a)。

たしかに、表見相続人の場合や詐欺・脅迫による取消の場合を「對抗」の問題として扱うのは正当でない。というのは、そこでは、二重譲渡の場合と異って、いづれの権利変動が——すなわち真正相続人の相続による承継と表見相続人からの譲渡とのいづれが、もしくは、取消による遡及効ある復帰と取消の相手方から第三者への譲渡とのいづれが——時間的に先もしくは後であるかによって「一方の権利取得は権利者からの有効な取得になり、他の権利取得は無権利者からの無効な取得になる」というごとき関係は生じないからである(但し、旧法時代の生前相続において、被相続人が相続不動産を第三者に譲渡した場合は——兩教授とは反対に——「對抗」の問題を生ずると解してよいと考える)。

しかし時効取得の場合には、前述したように(とりわけ、三b12参照)、時効の起算点たる自主占有の開始時——この時に遡って権利者からの有効な取得行為があったとみなされる(時効取得の遡及効については注釈民法五卷一六二条IV(2)参照、また、これを一種の承継取得と見るべきことについては、序論三八参照)——を何時と見るかによって、すなわち、第三取得者の権利取得時より先と見るか後と見るかによって、時効取得があるいは認められ、あるいは否定されることになる(換言せば、第三取得者があるいは権利者から譲り受けたことになり、あるいはすでに無権利者になった者から譲り受けたことになる)。この意味で二重譲渡の場合と同様な對抗が問題になるのである。そしてかように、二重譲渡の場合と同じく「對抗」の問題として扱う以上は、公信の原則以上に第三取得者を保護し、時には悪意の第三取得者をも保護するという事態は避けられない。しかし、「背信的悪意の第三者」に関する理論によって、かかる結果の是正を——完全ではないにせよ——はかることができる(これについては後述4参照)。これに反し、登記不要説の立場からは、登記を信頼して譲り受けた善意の第三取得者であっても、(登記に公信力が認められない以上)なんら保護されないことになる。

つぎに原島教授は「時効取得者はそもそも時効そのものを、したがって時効完成を、紛争発生までは気にしない場合が多いのであってみれば（我妻・連合部判決巡歴Ⅰ・一六八頁以下参照）、時効完成後の登記を占有者に要求することは、事実上、永年の間時効完成を待ち構えていた悪意の占有者か、さもなくば、法律行為（売買・贈与など）がなされ、その時登記をすませ、かつ不動産を占有してきたのに、法律行為の相手方が無権利者・無権代理人・無能力者であったとき、あるいは、相手方に錯誤があつたときに、はじめて登記をもつてその後の第三取得者に対抗できることになり、わが民法の取得時効ほんらいの制度（取引によって占有が開始された場合に限らず、また善意による占有開始の場合をも保護する）が大幅に修正されることになってしまふだろう」と批判する（前掲一七七条Ⅳ(2)(b)(c)）。

しかし、第一に、私見によれば、悪意の占有者は普通考えられているほどに広く取得時効の適用を受けえないことを注意すべきである。例えば単なる盗人は、盗人であることを自白している以上は、いかに長期間占有するも、特別の事情なき限り、時効取得しえないと解すべきである（注釈民法五卷一六二条Ⅱ・(d)③(b)参照）。つまり、自白がなく、正当な権利者と主張している盗人は、継続せる占有から生ずる法定証拠力によって、法定証拠制度としての取得時効が認められ、その占有の始めに権利者から有効に権利を取得したと看做されるが（序論二参照）、自白ある以上は、権利取得の法定証拠力は覆され、もっぱら実体規定としての取得時効が問題になるが、ここでは当事者間の利害の比較衡量によってその成否が決定されるから、（序論三アb参照）単なる盗人には、特別の事情なき限りその適用を認めえないのである。

第二に、とはいえ、一般的にいえば悪意の占有者が時効完成を待ち構えて時効取得による登記（移転登記による。序論三ウ参照）を得る（通常は訴の提起を経て）ということとはありうるわけで、このことは、たしかに、最初から自己の所有

不動産と信じて(しかし法律行為等に基く権利取得の登記をすることなく)占有する者が時効完成を知らずにいて時効取得の登記をなす機会を失することの多いのと比べ、不公平であるように見える。しかし、自己の所有物と信じて占有を始めたとしてもその際に取得登記をせずにいた善意占有者の怠慢は責めらるべきであり——二重譲渡の場合に充分な対価を支払って占有する第一の買主でも、後に第二の買主が現れて先に登記をしてしまえば、権利を失うことになるのと比べれば——かかる善意占有者にとって特別に苛酷だとはいえないであろう。のみならず、占有尊重説をとることによって生じるところの「占有者の時効取得を知らずに登記簿上の所有名義人から譲り受けた者も権利を取得しえない」という重大な不公平と比較すれば、登記尊重説をとることによって生じるところの「善意占有者が事実上、悪意占有者よりも不利な立場におかれる」という前述のごとき不公平は、些細な問題といわざるをえない(利害の比較衡量は、狭い局部的視点からでなく、広い全体的視野に立ってなされるべきであることを強調したい。登記不要説をとれば、たしかに善意占有者と悪意占有者の間の不公平は除かれようが、その代り、登記を信頼して取引した者は全く保護されなくなり、より大きな不公平を作る)。

3 川島説を一部修正しようとする舟橋教授の所説(前述二a2β)に対する批判としては、まず、この説によると占有者が時効取得を容認すべき判決を——つまり公的機関による権利の確認を——得ることによって、その地位が強化されるのでなく(強化されるのならまだしも首肯しうるけれども)かえって弱められることになる。これはいささか奇妙な帰結ではなからうか。

また、この説の暗黙の前提として、恐らく「時効取得を容認する判決を得た占有者は自ら権利者なることを知りながら、登記という権利保全の手続を懈怠した者であるから、登記を得た第三取得者の保護をむしろ優先させるべき

だ」とする利益の比較衡量が働いているように推測される。もしそうだとすれば、一般的にいつて自ら権利者なることを知ることと、判決を得たことを同視するのは正当でなく、時効取得の場合にも、取得者は、判決前はもちろん、時効完成前であっても自ら権利者であると信じている（心理的には知っている状態となら異ならない）のがむしろ普通のことであるから、判決のあった場合のみを特別に扱うのは正当ではないと思われる。結局、舟橋説は、川島説に占有尊重説に立ちつつ、これを我妻説に登記尊重説の方向へ向けて修正しようとする意図をもつものと推測されるが、成功しているとは思われない。

4 終りに、私見は我妻説と同様に登記尊重説に入るが、この立場から占有尊重説へ接近する余地が残されていないかを検討してみよう。時効取得と登記の関係を分析するためには、まず、その最も基本的な形態として二重譲渡の際に生じる時効取得と登記の関係を捉え、これを他の場合に推し及ぼしていく操作が必要であった（b1～4参照）。

ところで前者の関係を把握するにあたって「二重譲渡において登記を先に得た譲受人丙は、他の譲受人乙よりも先に譲受けたと看做される」という原則から出発した（b1前段二九頁参照）。しかしこの原則は、常に例外の余地のないものではない。すなわち(1)客観的な要件として、先に登記を得た丙の譲受時が実際には乙の譲受時よりも後であったことを証する、明白で重大な証拠があり、(2)主観的要件として、登記の有する法定証拠力（先に登記を得た譲受人が先に譲受けたと看做されるという）を丙が援用することが、信義則に反し権利の濫用と見られるごとき関係が当事者間にあるときは、丙の譲受が先であったと看做されないと解すべきである（詳細は、「安達・前掲・判例民法演習」所収参照）。この修正法理は、近時の有力説及び判例が、一七七条について、背信的悪意の第三者に対しては登記なくして對抗しうる、と述べる所とほぼ一致することというまでもない。

ところで、この修正法理は、二重譲渡の際の取得時効と登記の関係、および、これを原型とする他の時効と登記の関係についても適用さるべきである。

たとえば、まず第一にb1(二九頁)の場合、乙が先に譲り受けて占有していることを知りつつ、丙が二重に譲り受けて登記を得たようなとき、丙は事情により背信者悪意者となり、したがって乙は、そもそも丙の譲受後さらに十年以上の占有による時効取得をしなくても、直ちに所有権の取得をもって丙に対抗しうることもありえよう。またb2(三六頁)の場合、乙が丙に対して——上述の如き事情のために、もしくは時効取得のために——所有権を主張しうる事情にあることを丁が知りつつ丙から譲り受けて登記を得た場合、事情によっては丁は背信的悪意者となり、乙は直ちに丁に対して所有権を主張しうることもありえよう。さらに、乙の丙に對する取得時効の完成が間近いことを知りつつ、丁が譲り受けて登記を得たとき、丁は事情によっては背信的悪意者となり、その結果、乙は残期間の経過だけで丁に取得時効を対抗しうることも起りうるであろう。同様な関係は3(四三頁)4(四七頁)の場合にも生じうるということでもない。

そしてこの修正法理を拡張していくことにより(拡張にはもちろん限界はあるが)、私見のごとき登記尊重説の立場に立ちつつも、占有尊重説の方向へ多少とも接近することが可能となろう(前例での丙または丁における背信的悪意の存在の認定は、乙の占有期間が長ければ長いだけ、相対的に、容易となり、そして背信的悪意が認定されるということは、それだけ登記の意義を弱めることになるからである)。しかし、逆に占有尊重説に立ちつつ、登記尊重説に歩みよるといふことは、不可能であるように思われる(前述3参照。なお、(以上)の問題の具体的適用例として後述四(4)ア末尾七九頁参照)。

四 補論 最近の判例について

昨年末から今年にかけて、「時効取得と登記」の問題について三つの最高裁判決と一つの高裁判決が出ている。以下、判決日の順を追って簡単な評釈を加えるが、これは、この問題に関する私見の理論構成をより明らかにするため、の補論としての意味をもつであろう。

(1) 最高裁昭和四一年十一月二二日判決（最高民集二〇巻九号一九〇一頁）

〔事実〕 本件土地建物は、もと訴外Aの所有であった。X（原告・控訴人・上告人）は昭和三年七月Aから右不動産の贈与を受けたと主張し、被告Y（昭和二年一月二八日Aから右土地建物を買収し、所有権移転登記を経由している）に対し所有権確認と移転登記を求めるにあたってあわせて時効取得を主張し、Xは昭和三年七月末以降所有の意思をもって平穩公然善意無過失に占有してきたから、十年後の昭和三年七月末日の経過とともに本件不動産の所有権を時効取得したという。ところが、その時点の前にYはAより譲り受けて登記を経由しており、またY名義の右登記がなされてから本訴提起の時（昭和三年九月二日）までは十年を経過していない（判例の第五原則・前述二二頁参照）。

第一審（福岡地裁）、第二審（福岡高裁）とも、まず、贈与による所有権取得の主張については、仮に右の事実が存するとしても、X名義に所有権移転登記がなされていない本件においては、Xは所有権取得をYに對抗できないとして排斥した。つぎに時効取得の主張に対しては、原審は、「不動産の取得時効完成後に第三者が原権利者から当該不動産の譲渡を受けその所有権取得登記を経由した場合には、時効取得者は時効による所有権取得を第三者に對抗できないと解すべきであるから、まして取得時効期間完成前に所有権移転登記が第三者Yになされた本件のような場合には、Xが時効取得をYに對抗できないことは猶更のことである」。

とし、さらに「Yが本件不動産の所有権移転登記を経由した昭和二十六年一月二十八日以降本訴提起まで未だ十年の取得時効期間を経過していない」、との理由でXの請求を棄却した（第一審も同趣旨）

〔判旨〕 破棄差戻「不動産の時効取得者は、取得時効の進行中に原権利者から当該不動産の譲渡を受けその旨の移転登記を経由した者に対しては、登記がなくても、時効による所有権の取得を主張することができる」として、原判決を破棄し、差戻した。

〔評釈〕 時効取得と登記の關係についての原審の見解は我妻説（前述一b参照）を採り入れたものといつてよい。

我妻博士は、判例の第二原則（前述一参照）を修正して、あたかも第三取得者の登記によって時効が中断されると同様に扱うべきことを主張する根拠として、もしかように解しないと時効完成後に第三取得者が譲り受けて登記を得た場合の判例の第三原則（前述一参照）以上に、占有を重んずることになるからだという（我妻「物権法」七七頁参照）。

もつとも、原判決が用いている「まして、猶更である」という表現は、我妻説が立脚している利益の均衡論の立場からいうと言ひ過ぎであつて、不適當な表現であり、「同様に」という表現に訂正すべきところであらう（同趣旨、遠藤・判批・民商法雑誌五六卷六号、九六七頁）。

これに対して、最高裁は、従来の判例の立場を維持し、判例の第二原則に従つたものといふことができ、その点で、この判決は「特に目新しいものではない」（栗山調査官・法曹時報一九卷二四一頁）といつてよいであらう。

私見の立場からは、本件の事案は單純な二重譲渡に關して生ずる時効取得と登記の問題の類型（前述三b1）に属し、第三取得者たるYが所有権を譲り受けた時期と移転登記を得た時期とが一致する限り、我妻説もしくは原審の見解と結論的には一致する場合である（三b1(i)参照）。もつとも、AX間の贈与が無効だったとすれば、單純な二重譲渡の類型でなく、実体規定としての取得時効と登記の關係が問題になるその他の場合として、前述三b3(2)の類型に属せしむべきであらう。この場合、XのAに対する關係での短期時効取得が認められるためには、Xの占有のはじめにおける善意無過失が認定されることが

取得時効と登記（安達）

六二

必要だが、無過失の有無を判定するにあたっては、A・X間に無効な贈与がなされるに至った経緯を考慮することが必要である。前述序論三イ参照。）（なお、本件については遠藤教授の評釈・民商法雑誌五六卷六号九六七頁があるが、我妻説の立場から判旨に反対されている。そのほか栗山調査官の解説・法曹時報一九卷二号一四一頁がある。）。

(2) 大阪高裁昭和四二年一月二六日判決（判例時報四七九号四三頁）

〔事実〕 本件土地はX（原告・被控訴人）が訴外Aから昭和二七年一月二六日に買受け、いまだ所有権移転登記を経由しないうちに、訴外Dが昭和三三年二月一七日に訴外Aの相続人たる訴外B・Cの両名から買受け、同年十二月二七日これが移転登記を経由し、ついで訴外Dが昭和三四年六月頃訴外Eに譲渡し、さらに被告Yが昭和三四年六月九日に訴外Eから買受け、同年六月十日に中間登記を省略して訴外DからYに直接所有権移転登記を経由した。XはYに対して所有権確認と移転登記を求めるにあたり、一六二条二項による時効取得を主張したが、Xが訴外Aから買受けて占有を始めた時以降十年が経過する前にYはB・C・D Eを通じてAから所有権を譲り受け登記を経由していた。また、訴外DがB・Cから譲り受けて登記を得た時から（いわんやYがEから譲り受けて登記を得た時から）本訴提起の時まで十年を経過していない。

〔判旨〕 「同一不動産についていわゆる二重売買がなされ、右不動産所有権を取得するとともにその引渡しをも受けてこれを永年占有する第一の買主が所有権移転登記を経由しないうち、第二の買主が所有権移転登記を経由した場合における第一の買主の取得時効の起算点は、自己の占有権取得のときでなく、第二の買主の所有権取得登記のときと解するのが相当である。ただし、右第二の買主は第二の買主が所有権移転登記を経由したときから所有権取得を第一の買主に對抗することができ、第一の買主はそれとから実質的に所有権を喪失するのであるから、第一の買主も第二の買主ともに所有権移転登記を経由しない間は、不動産を占有する第一の買主は自己の物を占有するものであって、取得時効の問題を生ずる余地がなく、したがって不動産を占有する第一の買主が時効取得による所有権を主張する場合の時効の起算点は、第二の買主が所有権移転登記をなした時と解すべきである（な

お、昭和三十六年七月二〇日最高裁判決参照)したがって「Xは訴外Dが所有権移転登記をなした昭和三十三年十二月二十七日から民法一六二条一項・二項の定める時効期間を経由したときに土地の所有権を時効取得するものというべきである」としてXの請求を棄却した。

〔評釈〕ア この判決の事案は、我妻説をとつてもこの判決の結論と同じ結論が導かれ、結局Xの時効取得を否定すべき事案であるが、しかし、理論的前提においては、我妻説と本判決の採用する理論とは異なることを注意すべきである。本判決ではXの取得時効の起算点はDが移転登記を得た時点であるが、しかし我妻説では、第三取得者の登記にあたかも時効中断と同様な効力を与えるのだから、Yが移転登記を得た時点以降Xの占有が十年間継続してはじめてXの時効取得が認められることになるはずである。

私見の立場からするも、Yの譲受時とYの登記時とが一致する限りでは我妻説と同様に扱うことになる(1(1)中段三三頁および三b3末尾四七頁参照)。

しかし、判例の第三原則(二二頁・前述一参照)をとる最高裁の立場(六〇頁前述(1)の判決参照)からすれば、Xの取得時効の起算点は、XがAから買受けて占有した時点であり、かつ、その時から十年の経過によつて時効が完成する前にYは権利を譲り受けて登記を経由しているのだから、Yは時効完成時の「当事者」ということになり、XはYに対して時効取得を主張しうることになるはずである。また、占有尊重説(二四頁前述二a参照)の立場からも、Xの時効取得が認められることはない。

イ ところで本判決は、その理由として、第二の買主丙が登記を得た後にはじめて第一の買主乙の占有は他人の物の占有となり、それまでは、乙は自己の物を占有しているから、乙の取得時効の起算点は丙の登記の時となるという

が、この見解は前述したとき（三三頁三b1(1)末尾参照）、大阪地裁判決（昭和四〇年四月二四日）によって採用され、また、かつて杉之原教授（民商法九卷一号）の主張した見解とほぼ一致する（もっとも、後者においては、二重譲渡の場合、一方の登記がなされるまでは、いづれの譲受人も所有権を有するから、他人の物の占有という関係を生じないと付言する。本判決ではこの点を特に明言していないが、同様の趣旨と見てよいであろう）。かかる見解に対する批判はすでに前に（三b1(1)末尾参照）簡単ながら試みているが、ここでさらに補足しよう。

甲が乙に譲渡して占有を移した後に丙に二重譲渡して丙に移転登記をなした場合、私見によれば、丙と乙との関係では、丙の登記の有する法定証拠力によって、甲乙間の譲渡は、甲丙間の譲渡の後になされたと看做される。換言せば、乙はすでに無権利者となった甲から、甲丙間の譲渡直後に譲り受けたと看做されることになる。従って乙と丙の関係においては、乙は、甲丙間の譲渡前に目的物を自己の物として占有したという事実がなかったものと看做されることになり、本判決のように丙の登記前は乙は自己の物を占有していると解すべきではない。（もちろん、甲乙間の関係では、乙は甲から譲り受けた時以降自己の物として占有しているわけであるが、かような甲乙間の関係と時効取得が争われている乙丙間の関係を混同すべきでない。）

なお、かように乙は、丙の登記時からでなくて、丙が甲より譲り受けた時から他人の物を占有する（甲丙間の直後に甲から譲り受けて占有すると看做されるから）と解するについては、果実取得権の問題に関するかぎり、何等の障害も生じないことは既に指摘したが（三b1(1)末尾）、かかる見解に対しては、一般に登記の対抗力に遡及効を認めるものだとして非難されるかも知れない。

たしかに、従来の通説は遡及効を否定しており（我妻「物権法」一〇四頁、舟橋「物権法」一五〇頁、原島・注釈民法六卷

二六三頁）、その際、判例が援用されて「かつては遡及効を認めるいくつかの判決があったが（大判昭和二年四月四日・民集一五卷五九九頁、大判昭和十五年五月三二日、判決全集七卷二〇号九頁）近時これを否定する新たな判例が出された（最判昭和十五年一月三〇日・民集四卷一一号六〇七頁）」とされている。しかし、右の昭和二五年の判例をもって直ちに遡及効を否定したものとはいえない。

というのは、その事案は、不動産の譲受人が所有権移転登記を得る前に当該不動産の賃借人に対してなした解約申入れが、後に登記を得ることによって遡って有効となるか否かが争われた事案であり、判例は対抗力の遡及効を否定して解約申入を無効としたのであるけれども、もともと、賃借人に対する「対抗」の問題は本来の意味での「対抗」の問題でなく（ここでは、互に両立しえない権利変動の関係は生じない）、むしろ、債務者に対する債権譲渡の対抗要件（四六七条一項）におけると同様な意味での、賃借人に対する（所有権の譲受人からの）権利行使の要件、もしくは、権利変動を知らずに旧所有者に対して弁済その他の法律行為をなすことのあるべき賃借人の保護のための要件に関する問題というべきであろう（拙稿「債権譲渡の対抗要件」ジュリスト別冊「民法の判例」所収参照）。

従って、右判例が、解約の申入を無効としたからといって、これをもって直ちに本来の「対抗」の遡及効を否定したとは言いがたく、この判例の趣旨はむしろ、あたかも、わが民法上の債権譲渡において、債務者に対する対抗要件のそなわっていない限り、譲受人は債務者に譲渡を対抗して権利行使をなしえない、とされるのと同様な趣旨と解すべく、あるいは、あたかもドイツ民法が、債権譲渡に関し、譲受人の債務者に対する権利行使のための要件として譲受人から債務者に対する譲渡証書の呈示、もしくは譲渡人から債務者に対する書面による譲渡の通知、を定め、この要件なしに譲受人が債務者に対してなした告知又は催告は、債務者が要件の欠缺を理由に遅滞なく拒絶せば効力を生

じないと定めている（独民法四一〇条）のと同様な趣旨といふべきであらう。以上要するに、従来の判例が一般に対抗力の遡及効を否定していると断定すべきではないと考える。

（なお本件について、森泉教授の評釈があるが、大体において川島説（二四頁前述二a1a参照）によりつつ判旨に反対されている。判例時報四八六号一五一頁参照）。

（3） 最高裁昭和四十二年七月二一日判決（判例時報四八八号二一頁・判例タイムス二一〇号一五一頁）

〔事実〕（判例集の未公開のため、詳細は知りえない。前記判例時報の紹介に依って大要を述べる）。

控訴人Yは昭和二十七年一月にYの兄Aより本件家屋の贈与を受けたが、その後、AはYの不知の間にその債権者のために抵当権を設定し、ついで抵当権の実行によって競売がなされ、Xが競落した。XとYとの間で所有権の帰属について争われ、その際、Yは一六二条二項による所有権の取得時効を主張したが、YがAから贈与を受けて占有を始めてから十年が経過する前に、Xは競落によって所有権を取得しており、十年が経過したときの所有者はXであった（Xは競落とともに登記を得たものと思われるが、この点は前記判例時報の記載からは不明である）。

原審（広島高裁）は、Yは「Aより本件家屋の贈与を受けて所有権を取得したものである」ということができる「従って「Yは自己の物の占有者であり、取得時効の成立する余地はない」として取得時効の主張を却け、Yを敗訴させた。

〔判旨〕 破棄差戻「原判決は、Yが昭和二十七年一月訴外Aから本件家屋の贈与を受けた事実を確定したうえ、所有権について取得時効が成立するためには、占有の目的物が他人の物であることを要するという見解のもとに、Yが時効によって本件家屋の所有権を取得した旨のYらの抗弁に対し、Yは自己の物の占有者であり、取得時効の成立する余地はない旨説示して右抗弁を排斥している。しかし民法一六二条所定の占有者には、権利なくして占有した者のほか、所有権に基づいて占有をした者をも包含するものと解するのを相当とする。（大審院昭和九年五月二八日判決・民集一三卷八五七頁参照）。

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。けだし、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永く占有する者であっても、その登記を経由してい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うべきであり、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。」と述べて原判決を破棄し差戻した。

〔評釈〕 ア 原審は、Yは自己の物を占有する者であることを理由にYの時効取得の主張を拒けたのであるが、その趣旨は——前記判例時報の記載からはつまびらかにしないが——次のいくつかの場合がありうる。(a)一般に、甲が乙に譲渡して占有を移し、つぎに丙に譲渡して登記を移したとき場合、乙はいかに長く占有するも、自己の物の占有者だから時効取得しえない、と解しつつ、本件にこれをあてはめ、Yがいかに長く占有するも（とくに、Aの抵当権設定登記の後、あるいはXが競落を受けて移転登記をなした後、Yがいかに長く占有するも）Yは時効取得しえないとする趣旨。(b)一般に前記のごとき単純な二重譲渡の場合に、占有者乙は、丙の登記によって、はじめて他人の物の占有という関係が生じるから、この時以降十年間の占有継続により乙は時効取得すると解しつつ、（従って基本的には前記②の大阪高裁と同様に解しつつ）本件では、Aが抵当権を設定しただけでは、まだYは他人の物を占有しているという状態は生じておらず、Xの登記によってはじめて他人の物の占有が生じるから、その時から時効が進行する（従って本件では本訴提起時Yの時効は完成していない）と解する趣旨。(c)単純な二重譲渡の場合に関しては(b)と同様に解しつつも、本件でAが抵当権の設定をなし、それが実行されてXが競落すると、Aの抵当権設定登記の時に遡ってYの占有は他人の

物の占有となり、従つてその時から時効が進行する（しかし、本件では本訴提起時にYの時効は完成していない）と解する趣旨。

もし(a)の趣旨だとすれば、極めて特異な見解というべきであるが、おそらく、かかる趣旨ではあるまい。(b)ないし(c)の趣旨であれば、これは基本的には前記大阪高裁などによって採られている見解であつて（これに対する批判については前述(2)イ六四頁参照）、特に変つた見解ではない。なお以上の(a)(b)(c)のうちでは、相対的に、(c)説がもっとも妥当であらうか。

イ 本件の事案は、我妻説（二六頁・前述二b）の立場をとつても、また私見の立場から、原審と同様にYの時効取得を認めえない場合にあたる。もつとも我妻説においてはAの抵当権設定登記もそれがあつたかも知時効中断と同様な効力を生じるか、それとも生じないか（Xへの移転登記がさうな効力を生じることはいふまでもないが）やや疑問である。抵当権設定登記の場合は、時効中断というより、その時を起算点として抵当権が消滅時効にかかる（三九七条参照）と解されているのであらうか。

私見では、YがAより譲り受けても、占有を有するのみで登記を経由していない限り、Aから後に抵当権の設定を受けてその登記を経由した者との関係では、Yは、抵当権設定がなされた直後にAから譲り受けたと看做されることになるから、抵当権設定のなされた時（設定登記の時ではない）から十年間Yの占有が継続することによって（Yを善意無過失と見るべきことについては前述三b1(4)参照）Yのために抵当権は時効消滅する（三九七条。なお、同条は抵当不動産の時効取得者についてのみ適用されるのでなく、抵当不動産を買受けた者のとき第三取得者にも適用されると解すべきことについては注釈民法五卷一六二条IV(4)末尾参照）そして、消滅時効が完成すれば、占有者Yは抵当権者に抵当権の設定登記の抹消を

請求しうることはいうまでもない。

ところで、抵当権の消滅時効に基づいて抵当権設定登記が抹消される前に抵当権が実行され、競落人Xが移転登記を得たときは——あるいはさらに本件の事案のごとく、抵当権が消滅時効にかかる前に抵当権が実行されて競落人が登記を得たときには——競落人Xと占有者Yとの関係では、AY間の譲渡によるYの権利取得は、Xの競落による所有権取得直後になされたものと看做され（この関係は基本的には、前述四一頁三b2(2)の関係と異ならない）。その結果、Yは、Xが競落によって所有権を取得した時から（競落による所有権移転登記の時からではなく）十年間占有を継続することによって時効取得することになる。

ウ 最高裁は原判決を破棄し、自己の物を占有する場合であっても時効取得を認めうるという。しかし、大審院以来の従来の判例は、本件の事案のごとき二重譲渡の場合（例えば甲から先に譲受けて占有の引渡を得た乙が、後に甲から譲り受けて登記を得た丙に対して時効取得を主張する場合）、乙は丙に対して甲乙間の譲渡を対抗しえないから、結局、乙は甲から譲受けた当初から所有権を取得しなかったことになり、従って乙の占有は当初から他人の物の占有だったことになり、丙が登記を得た時からをはじめて他人の物を占有するに至ったのではない、という理由で、乙が甲から譲り受けて占有を始めた時を起算点として十年の取得時効を認める態度であったといつてよい。

この点を明言するものとして前述一の第五原則（二二頁参照）のところで引用した大判昭和五年一月一九日、評論二〇卷民法一一五頁がある。この判例では、上告人は、上記のごとき事例の場合、丙の登記がなされるまでは、乙の占有は自己の為にする占有であり、丙の登記後においてはじめて「他人の物」の占有を生じるから、丙の登記時を起算点とすべきことを主張したのに対し、大審院は、これを上述のような理由で拒けつつこれを更に敷衍して、もし上告人の主張するような見解をとると、「売

主（甲）ヨリ第一ノ買主（乙）ニ一旦所有権ガ移転シ第二ノ買主（丙）ガ其ノ登記ノ時ヨリ所有権ヲ更ニ取得スルコトナリ、第二ノ買主ノ所有権取得ハ、第一ノ買主ノ所有権ヲ取得スルカ又ハ原始取得スルノ外途ナキニ立到リ、売主ヨリ移転セラレタルモノト云フヲ得ザルノ不当ノ結果ヲ生ズ可シ」という。

従つて最高裁は、右のごとき従来ノ判例ノ立場に依拠するならば、本件についても、「本件ノ占有者Yは競落人Xに對してAY間の譲渡を對抗しえないから、YはAから譲り受けた当初から他人の物を占有したことになる。従つてその時を起算点としてYの時効取得を認むべきだが、本訴提起時まで十年の期間が経過していない以上はYの取得時効は完成しない」という理由で原判決を破棄すべきであつたと思われる。しかるに、「自己の物を占有する場合でも時効取得を認めうる」という理由で破棄したのは、一つには上告理由（右の点を上告理由にしている）にひきづられたためもあるが、主としては——前述の單純な二重譲渡の例でいうと——丙の登記の時までの乙の占有が、自己の物の占有でなくて他人の物の占有だということを、前掲の昭和五年の大審院判決のように言い切ることに躊躇したためであるまいか。

（なお私見では、乙は丙に對する關係では、丙が甲から譲り受けた直後に、甲乙間の譲渡があつたと看做され、従つてその時から乙は他人（丙）の物を占有したと看做され、その時から乙の取得時効が進行すると解することは前述した通りである。三b1(1)参照。）

エ それでは、果して一般に「自己の物」の占有についても取得時効が認められるべきであらうか。

① この問題については、別稿でかなりくわしく論じているが（注釈民法五卷一六二条II(3)㉦(a)参照）、單純にこれを肯定することはできず、場合をわけて論じなければならない。

(a) まず、法定証拠制度としての取得時効（一〇頁序論二参照）においては、繼續せる占有が、有効な所有権取得行為

があったと看做されるための法定証拠となる（つまり、自由心証主義のもとでならば、有効な譲渡があったと認定しえないときでも、これを認定することになる）。したがってこの意味での時効取得が占有者に認められるということは、占有者が有効な権利取得者であることと矛盾しないばかりでなく、むしろ理論上はこのことを前提にしているとさえいえる。したがって、占有者が有効な売買によって所有権を取得したと主張し、あわせて時効取得を主張するとき場合において、この意味での時効取得を裁判所が認めるにあたっては——従来、裁判所がこの意味での時効取得を認めたと見られる判決においても、以下のごとき表現が多く用いられているけれども——本来からいえば、売買が無効だと認めたらうえて時効取得を認めるのは適当でなく、また「譲渡が無効だとしても時効取得を認める」という表現も厳格にいえば適切でない（ただし、「自由心証主義のもとでならば譲渡を無効と認めるべき場合であるとしても、時効取得を認める」という趣旨に読めば、あなたがち不当でないかも知れない）。「売買を有効と認むべき通常の証拠は不十分であるとしても——これを補うものとして——時効取得を認める」という表現が適切だと考える。

(b) つぎに実体規定としての取得時効においては（一〇頁序論二参照）、元来、占有者が無権利者なるときにのみ時効取得が認められるというべきである（二六二条二項の短期取得時効は、私見によれば、もっぱら実体規定としての取得時効であるが、二項の要件として「占有ノ始メ」の善意無過失は、いうまでもなく、他人の物であるという事についてのそれである。同条一項の長期取得時効の中に含まれる実体規定としての側面においても、時効取得を認めるか否かの判断にあたって——より正確には、その要件としての「自主占有」の有無の認定にあたって——占有者が他人の物の占有を始めた際の諸事情が考慮されるべきであると考え（序論三アb参照）。しかし、占有者が、みずから権利者から有効に譲り受けた権利取得者であると主張し、あわせて時効取得を主張した場合には、裁判所は——一方で占有者が権利者から有効に譲り受けた権利取得者であることを認

定することが容易でなく、他方で時効取得の要件が備われることを容易に認定しうる場合においては——訴訟経済をはかる目的から、まず占有者が無権利者であったことを認定したうえで時効取得を認めるといふ必要はなく、「たとえ占有者が権利者から有効に譲り受けた権利取得者でなかったとしても時効取得が認められる」旨の判決をなしうることは当然といわなければならない。

② 以上(a)(b)に述べたごとき形態と意味においてのみ、「自己の物」に対する時効取得が認められ、他の場合には否定すべきであると考ええる。

従つて例えば、甲が今まで三十年間占有しその所有権を主張する土地について、乙が今から十五年前に甲から売買によつて所有権を譲り受けたと主張して、甲乙間に所有権の帰属に関する争が生じた場合、甲が売買を否認し、あわせて長期時効取得を主張したとする。

このとき、まず、法定証拠制度としての取得時効の側面が問題になるが（序論二参照）、提起の時から二十年前より以降における法律行為もしくはその効力の有無、については証拠制限にかからず、自由心証主義に基いてこれを認定し、それに従つて現時の権利関係を決定しうる（注釈民法五卷一六二条Ⅱ(1)(i)(c)(d)参照。これに反し、提起の時から二十年前より以前における法律行為の有無・効力については——権利取得の強き推定力を覆すような、占有に関する外部的事情が立証されない限り——一種の証拠制限にかかり、占有者は有効な権利取得行為に基いて占有していたと看做されることになる）と解すべきであるから、十五年前の売買の有無・効力を自由心証主義により認定し、これに基いて現時の権利関係を確定すべきである。そしてこの意味で、自己の物に対しては、法定証拠制度としての取得時効が適用されないといつてよい。

ところで、甲乙間の売買の有効が——従ってその時以降甲は無権利者なることが——認定されるとき、実体規定としての取得時効の側面が問題になるが、その完成に必要な占有期間を計算するにあたつて、売買の時より以前の甲の占有期間を算入すべきでなく、その後の甲の占有期間のみを問題とすべきはいうまでもない（この意味で、自己の所有物についての取得時効は認められぬ）。従つて、この側面においても、甲の二十年の時効取得は認められないことになる（もちろん、甲が売買を無効と誤信していたとき場合に事情により十年の時効取得が認められる場合のありうることは別問題である）。

しかし、以上の場合と異つて、乙が訴提起前二十五年前に甲より所有権を買い受けたと主張したのに対して、甲が売買を否認し、あわせて、たとえ売買が有効だったとしても時効によつて取得したと主張した場合には、前述(a)および(b)におけるがごとき形態と意味において、自己の物に対しても——換言せば、売買が有効だったとしても——取得時効が認められることがありうる。

③ つぎに二重譲渡の場合を例にとつてみよう。

甲が所有し占有していた不動産を乙が甲から訴提起時より十八年前に譲り受けて占有し、現在に至っている。丙はこの不動産を、訴提起時より二十五年前に甲から譲り受けて移転登記を得ていると主張して、乙丙間に所有権の帰属が争われたが、その際乙は、甲丙間の譲渡を否認しつつ、あわせて、乙の占有期間に甲の占有期間をあわせて長期取得時効を援用した（乙の占有期間だけでは二十年に満たないから）と仮定しよう。

長期取得時効の援用に際して、まず、法定証拠制度としての側面が問題になるが、丙は訴提起時より二十五年前に甲より譲り受けたと主張するが、この譲渡の有無の認定に関しては——継続せる占有より生じる法定証拠力の反面と

して——証拠制限が働き、その限りでは、甲丙間の譲渡は存在しなかったと見做してよい。しかし、他面において、甲丙間に移転登記がなされているという事実は、継続せる占有から生ずべき法定証拠力を奪う特別な外部的事情と解すべきである（甲丙間に移転登記がなされていれば、甲丙間に譲渡があったとの強い推定力が働くから、継続せる占有より生ずべき法定証拠力——この場合には甲丙間に譲渡がなかったとの法定証拠力——は破れるというべきであろう。かく解することは、以下のことと矛盾しないであろう。すなわち、一般にBがAの所有地を二十年以上占有せば、たとえAB間に移転登記がなくても、特別の事情なき限り、継続せる占有の法定証拠力によってBの占有の始めにAB間に譲渡があったと看做してよい（一三頁序論三ア(a)および注釈民法五卷一六二条Ⅱ(1)(c)①参照）——これを前述の場合についていえば、もしも乙が丙から（甲からでなく）譲り受けて占有したと主張し、そして乙の占有が訴提起時まで二十年以上にわたるときは、乙は丙から譲り受けたと看做されう。乙が誰から譲り受けたとも言わずに、単に二十年以上にわたる乙の占有継続を立証したときも同様である——ことと矛盾しないであろう。）

従って、結局、自由心証主義に基いて甲丙間の譲渡の有無が認定され、その結果有効な譲渡があったと認められると、その譲渡の時以降甲は無権利者として占有し、これを乙が承継したことになる。この占有を合わせて二十一年間になれば、実体規定としての取得時効が問題になる。

しかし実体規定としての取得時効の成否——より正確にはその要件としての自主占有の成否——は結局は当事者の利益の比較衡量によって決定されるから、前例の場合、必らずしも常に乙の時効取得を認めることはできない（三四頁前述三b1(2)および(3)末尾の追記参照）。とくに甲が丙より売買代金を受領しているとき場合はそうである。もっとも、乙が甲より譲り受けて占有を開始して以降二十年間の占有の継続があれば、乙の時効取得は常に認められるべきである（一五頁序論三ア(b)および注釈民法五卷一六二条前注Ⅲ(2)(c)前段参照）。しかし、乙が甲から譲り受けた当時甲に登記名義がない以上、乙自身の占有による短期時効取得は認められない（前述三b1(4)参照）。

しかし、もし両占有期間を合わせても二十年に満たねば、実体規定としての時効取得は問題にならず、甲が所有者であった頃の甲の占有期間を時効期間に含めることはできないといわねばならぬ。そしてこの意味で、自己の物に対する時効取得は認められないことになる。

もつとも前述のごとく、裁判所が甲丙間に有効な譲渡があつたか否かを自由心証主義に基づいて認定するにあたり、それが困難であり、他方、たとえその譲渡が有効でも乙の時効取得を認定しうる事情にあるならば、甲丙間の譲渡がたとえ有効でも——もし無効なら、乙は権利者たる甲から譲り受けた正当な権利者であるはずだが——乙の時効取得を認める「旨の判決をなしうるといわねばならぬ（すなわち前述七一頁①(b)の意味において、自己の物であっても時効取得が認められる）。

④ ちなみに、本判決が引用する大審院昭和九年五月二八日判決の紹介、批判は別稿で触れているが（注釈民法五卷二六二条II(3)(7)(c)参照）誤った判決というべきであり先例として引用するに適當ではない。

この判決に対する評釈として野田・判民昭和九年度七〇事件、田島・論叢三卷三三六九七頁があるがいづれも判旨に反対である。この判決は、ごく単純化した形になおしていえば、甲が丙に譲渡して移転登記を経由した後に、乙が甲より二重に譲り受けて占有を得た場合に、乙は丙に対して二十年の取得時効を主張するにあたつて——乙は占有の始め善意無過失でないから十年の時効は主張しえない——乙のみの占有期間が二十年に不足するとき、所有者であった頃の甲の占有期間をも加算しうるか、という問題に対して「時効期間中ノ或期間ニ於テ占有者ガ其ノ所有者タリシ事実ハ時効ノ進行ヲ妨ゲズ」として、これを肯定した判決である。

⑤ 私は、本判決理由において、あたかも一般に自己の物についても時効取得が認められるがごとき口吻を用いている（判旨前段参照）のは正当でないと考える。

もつとも、判旨もこのことを多少とも意識してか、その後段において、自己の物を占有するときも時効取得の認められる場合と

して「登記を経由していないために所有権取得の立証が困難なとき、または、所有権の取得を第三者に対抗できない等の場合」を——必ずしも例示的とのみは読みがたいようなコンテキストにおいて——あげている。

本件のごとき二重譲渡の事案において、判旨が、あえて自己の物についても時効取得を認めうると言わざるをえなかったのは、——前記のごとき甲から乙ついで丙へと二重譲渡のなされた場合についていえば——一方で、占有者乙が甲から譲り受けた時から乙は無権利者であったという理論を棄てつつ（これ自体は正当であろう）、他方で、乙のための時効の起算点を乙が甲から譲り受けて占有した時におくところの判例第五原則（二二頁前述二）を維持しようとしたために生じた結果ではないか、と推測される。もしそうだとすれば、このことは、結局、判例第五原則自体に欠陥のあることを自ら示すことになっているのであるまいか。

(4) 最高裁昭和四二年七月二一日判決 (判例タイムス二二〇号一五二頁、法曹時報十九卷十一号一六〇頁)

〔事実〕 (判例集末公判のため、上掲法曹時報による)

原審（福岡高裁宮崎支部）の認定によると、Aは、昭和三年三月十日に、その所有に属する二二五番の一の土地をCに代金九一〇円で売り渡した。Cは、本件土地は買いうけたものでないのに、本件土地と右買受土地とが一枚の地続きであるのを幸いに、その両地とも自己の所有になったかの如くに装い、同月二日以来、右両地の従前の小作人に引続き耕作させ、小作料の支払をうけていた（右小作人を占有代理人としてCが本件土地をも占有していたことになる）。Y（被告・被控訴人・被上告人）は、昭和十七年九月頃、Cから二二五番の一の土地とともに本件土地を買いうけて占有し、その地上に本件建物を建築所有して現在に至っている（なお、Yは、CはAから本件土地を二二五番の一の土地とともに買受けたと主張したが原審はこれを認めなかった）。

他方、Aは昭和二二年死亡してBが家督相続人となったが、昭和三年二月にBは本件土地をX（原告・控訴人・上告人）に

六六、七〇〇円で売り渡し、ついで同年二月八日にXに所有権移転登記がなされた（BとXの間に有効な売買があったかについては争があり、第一審（鹿児島地裁）はこれを否定し、それを理由にXの請求を棄却したが、原審はこれを肯定している）。XがYに対して、本件土地、建物の明渡・収去と損害金の支払を訴求したのに対し、Yは本件土地は隣地とともにAからYの前主たるCに売渡されていると主張し、あわせて一六二条一項による時効取得を——Yの前主たるCの占有開始時から二〇年後にあたる昭和三年三月二〇日の経過とともに時効取得したとして——主張した。

原審はAC間の本件土地の売買の事実を認めなかったが、Yの時効取得を認め、その際「右Yの時効取得は、その日がXが本件土地をBから買いうけた昭和二年二月より後であるから、Yは移転登記なくして、Xに対し所有権取得を対抗できること、勿論である」として、Xを敗訴せしめた。

たしかにYの取得時効の完成時はBX間の売買の後であるけれども、しかしそれはBX間に移転登記がなされるより前であった、という点で多少の問題があり、そこでXはこの点をとらえて「時効完成の後に時効取得者が登記しないている間に、第三者が登記名義人から物権を取得して登記をしたときは、時効取得者は、この者に対しては、時効による取得を対抗できないというのが判例理論であり、これは登記制度を尊重し、占有のみによる時効取得を認める現行法を努めて近代化しようとするものであるが、原判決はこれに違背し、法の解釈を誤っている」ことを理由として上告した。

【判旨】棄却「……Yの取得時効完成当時の本件土地の所有者はXであり、したがって、Xは本件土地所有権の得喪のいわば当事者の立場に立つのであるから、Yはその時効取得を登記なくしてXに対抗できる筋合であり、このことはXがその後所有権取得登記を経由することによって消長を来さないものというべきである。これと同趣旨の原判決の判断は正当であり、論旨は採用するに価しない。」

【評釈】ア 本件の事案は、私見の立場からは、終局的には占有者Yの時効取得を認めえない場合であろう。私見によれば、本件の事案は、前述三b4の類型（法定証拠制度としての取得時効と登記の関係前述四七頁参照）に入る。

Yが、Cの占有をあわせて長期取得時効を援用すると、まず、Cの占有の開始時における権利者であったAに対する関係での長期時効取得の成否が問題になるが、その際まず法定証拠制度としての取得時効の適用が問題なる（一一頁序論二参照）。原審は、AC間における本件土地の売買の不成立を認定したうえで、Yの時効取得を認めており、そして、もし法定証拠制度としての取得時効を認めるのであれば確定的に売買の不成立を認定するのは適当でなく、せめて「売買が不成立であるとしても時効取得する」という表現を用いるべきであると考えるが（前述③事件の評釈エ①(a)参照）、しかし、本件では——実体規定としての取得時効でなく——法定証拠制度としての取得時効を認めたといわざるをえない。

というのは、自由心証主義に基づく事実認定によれば、原審が認定した通りに、AC間に売買はなく、したがってCからAへ何等の対価の給付もなく、かつ、Cがその不成立を知って不法に占有を始めたという事情がある限り、利益の比較衡量のうえからいって、Cの側の占有が長期にわたるも、原則として実体規定としての取得時効を——正確にいえばその要件としての自主占有を——認むべき場合ではないと考えられるからである（一五頁序論三ア(b)参照、詳細は、注釈民法五卷一六二条(1)(ウ)参照）。

Yは、原権利者たるAに対する関係で取得時効が認められ、その結果、AはCにCの占有の始めに有効に譲渡したと看做され、そしてYはさらにCから有効に譲り受けたことになるが、しかし、AからCへの譲渡があったと看做される時点より後に、Aはその相続人Bを通じて、Xに二重譲渡し、Xに移転登記をなしているのであるから、YがXに対して、終局的に時効取得を主張するためには——Cの占有開始時が訴提起時を遡って二十年より前であり、換言せば、訴提起時を基準にYの側の占有が二十年以上に及んでいるほかに——Yの側の占有が、Aの相続人BからXへの譲渡時以降十年間以上継続していること、換言せば、BからXへの譲渡が、訴提起時を遡って十年前より以前であることが必要である（四七頁前述三b4参照）。しかしYの占有は右前段の要件は満たしているけれども後段の要件を満たしていないから、結局、YはXに対して時効取得を主張しえないといわねばならぬ。

ちなみに、無権利者Cから譲り受けたYの占有だけで、実体規定としての長期もしくは短期の時効取得が認められないか、が問題となる。まず、YがCから買受けて占有を開始した当時の権利者たるAに対する関係での時効取得は——Yの買い受けの当時Cに登記簿上の所有名義がない以上は善意無過失と見ることはできないのが通常であるから——短期時効取得を認めえないといわねばならぬ。しかしYのAに対する関係での長期時効取得は、Yの占有開始以降、訴提起の時までに二十年の占有が継続していれば認めうる（本件では訴提起時が不明なため、これを認めうるか否か断定したい）。しかし、つぎに、Aの相続人Bから譲り受けて先に登記を得たXに対しては、右の要件のほか、さらに、BX間の譲渡後Yの占有が十年間継続することが必要である（四四頁三b3(i)参照）。従って、結局はYはXに対して時効取得を主張しえないといわなければならない。

もつとも、ここで、Xがいわゆる「登記の欠缺を主張しえない背信的悪意の第三者」に当たらないかどうかが問題である（五八頁三c4参照）。事実の詳細は不明であるけれども、XがBより買い受けた当時、Yの占有期間とCの占有期間を合わせるとほぼ一九年一ヶ月経過しており、YがCより買い受けて建物を所有した時から計算しても一五年近く経過しているようである。そしてXはBから買い受けるにあたって、このようにYの取得時効の完成の近いことを知っていたのではないか（前述三c4で述べた「背信的悪意者」の認定の基準たる主観的要件を参照せよ）、また、Cの占有開始に関する事実が明白で疑を容れない事実というるかは疑問の余地があるにしても、しかし、すくなくともYがCより買い受けて建物を築造した事実は明白で疑を容れない事実といえよう（同じく前述三c4で述べた客観的要件を参照せよ）。

もしそうだとすると、すくなくともYがCから買って占有を開始してのち訴提起時まで二十年間Yの占有が継続しているとせば（本件では訴提起時が不明のためこれを判断しがたいけれど）、XはBより譲り受けて先に登記を得た者であるけれども、その登記の有する法定証拠力（一般的には相容れぬ物権変動の前後関係を決するための法定証拠力。本件につ

いていうならば、一方で、YのAに対する関係での取得時効が完成すると、その占有の始めに遡ってAからの権利譲渡があったと看做されるその権利譲渡と、他方で、Aの相続人BからXへの権利譲渡との先後関係を決するにあたり、より先に登記のなされたBX間の譲渡を先とみなし、AY間の譲渡をその後になされたとみなす法定証拠力。三b2(i)参照）をXは援用しえず、従って結局、あたかもBからXに対する登記がなかったと同様に、自由心証主義にもとづいて右の両権利譲渡（右括弧内傍点参照）の先後関係が決められ、より先であったと認められるAからYへの譲渡（すなわち、Yの時効取得の結果、存在したと見做されるに至る譲渡）が優先的な効力を与えられることになり、結局、YはXに時効取得を主張しうることになる、と解する余地があるのではなからうか。

イ なお、我妻説（前述二六頁二b）の立場からは、Yの取得時効はXが登記を得た時（昭和三年二月八日）に中断されると同様に扱われ、新たな時効はその時を起算点とするから、結論的には私見と同様Yの請求は認められないことになるはずであり、また、逆に川島・於保・原島教授らの占有尊重説（前述二a）の立場からは、Yの請求が認められることはいうまでもない。

ウ 最高裁は、原判決を支持して、Yはその時効取得をXに対抗できるとして、その根拠を判例の第二原則（二〇頁前述一参照）においている。つまり、本件の事案は第二原則の適用をうけるべき場合であって、第三原則の適用されえない場合であると判断したのである。

この判断は、判例の第二、第三原則を前提とする限り（両原則の併存を認めることはそもそも不当であるとの批判はここでは問わない）殆ど問題にする余地のない正当な帰結であると思われる。

もっとも、従来の判例法の理解の仕方に関して、本判決の解説を書かれている最高裁調査官瀬戸正二氏は、従来確立された判例

法として、

「(a) (省略) (b) 甲所有の不動産の占有を始めた乙の取得時効進行中に、原権利者甲が丙に当該不動産を譲渡し、移転登記がされた後に、乙の取得時効が完成した場合、乙は丙に対して、所有権取得を登記なくして主張できる。丙は、乙の時効取得時における所有者であるから、物権変動の当事者というべく、第三者ではないからである。」(c) 乙の取得時効完成後に、原権利者甲から該不動産の譲渡をうけ移転登記を経由した丙に対しては、乙は時効による所有権の取得を対抗できない。ただし、甲から乙、丙へと二重譲渡された場合と同視すべきだからである。」と述べ（以上の(b)(c)はそれぞれ判例の第二、第三原則として述べたところに対応することというまでもない。しかし(b)(c)と第二、第三原則との間には、前掲傍点部分を付するか否かの点で差異がある）、ついで「本件の事例は、丙への所有権移転後、乙の取得時効が完成し、時効完成後、丙に移転登記がされたものであるから前記判例法のいずれの類型にも属さず、(b)と(c)とのいわば谷間にあるケースである。丙の所有権取得を重点に考えれば(b)の類型に属し、丙への移転登記に重点をおけば(c)の類型に属する。」と説き、最後に「この問題の本質は、占有と登記——時効取得者と第三者のいずれを保護した方が妥当かとの利益較量の問題であろう。本判決が……時効取得者を保護したことは、判例法の大枠の中ではあるが、登記よりも占有を重んずる方向に最高裁の考え方が傾いたことを示すものといえようか。」と批評する（法曹時報一九卷一一号一六二頁）。

ちなみに、右のごとき従来の判例法の理解の仕方は、我妻博士によるそれと同じものといえよう（我妻「物権法」〔一一七〕(b)および(d)参照）。しかし学説の多数は前述一の第一、第三原則のごとき表現によって判例法を把えている（川島「民法総則」五七一頁、舟橋「物権法」一六九頁など）。

たしかに、本件の事案のごときケースは従来の第二、第三原則の適用に関する判例の中には存在しなかったのであるから——判例法を、判例の採用する一般的理論の次元でとらえることなく、具体的事案に対する具体的解決の次元でとらえるとするれば——右の(b)(c)のような形で従来の判例法をとらえることも可能であろう。のみならず、とりわけ

近時の最高裁判決は、その判決の一般的基準として、第二、第三原則の代りに、右の(b)(c)に近い表現の命題を述べている（「不動産の時効取得者は、取得時効の進行中に原権利者から当該不動産の譲渡を受けその旨の移転登記を経由した者に対しては登記がなくとも、時効による所有権の取得を主張することができる」「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對抗することができない」。最高昭和三五年七月二十七日、民集一四卷一〇号一八七一頁、最高昭和三六年七月二〇日民集一五卷七号一九〇三頁、最高昭和四一年一月二二日民集二〇卷九号一九〇一頁）ことを考慮すれば、なおさら正当な見方だといえるかも知れない。

しかし、時効取得者と第三取得者の「対抗」問題を二重譲渡の場合に準じて扱おうとする判例法の基本的な発想に立ち還って考えるならば、右の(b)(c)は第二、第三原則を實際上問題になることの多い場合について適用して具体化した命題にすぎず、従って、本件のごとき事案については直接に第二原則が適用されることによって本判決のごとき帰結が生じると解すべきであろう（舟橋教授も、右の(b)(c)を第二、第三原則の具体的適用として説明する。舟橋「物権法」二七〇頁）。かように解するならば、本判決をもつて「登記よりも占有を重んずる方向に最高裁の考え方が傾いたことを示すもの」という必要はないことになる。

なお学説の中には、時効期間の逆算の問題に関連して「起算点の選択を任意に許さずというのは、標準を第三者の登記名義取得時にとって、この時点において時効が完成していたかどうか、この時点から逆算して、法定期間の占有継続があったかどうか（ありとせば、第三者に時効取得を対抗しえないが、なしとせば、対抗しうる、との意味）」という趣旨に解すべきである」とする見解があった（末川「判例民法の理論的研究」一卷一六〇頁、倉田「取得時効の起算点」（法律のひろば）一三卷一一号四〇頁）、なお、遠藤「取得時効と登記」別冊ジュリスト・続学説展望六六頁参照）。この説を本件の場合にそのまま適用すれば、占有者YはXに時効取得を対抗しないことになるはずである。しかしこの学説が——右の意味での時効期間の逆算を主張するのは占有開始時を暦日

のうえで確定する困難を救うためであることはいうまでもないが——逆算にあたつて第三者の取得時を基準とせずに、登記時を基準とするについては充分な論証がなされていない。）

ちなみに、取得時効完成後第三者が原権利者から権利を取得し、時効取得者、第三取得者のいづれも登記がないとする。この場合、判例法の基本的な発想を前提とすれば、二重譲渡において両譲受人がともに登記を得ていない場合と同様に扱うべきことになる。従つて、時効取得者、第三取得者は、ともに原権利者に対しては所有権の移転登記を請求しうるが、その相互の間では——ともに登記のない二重譲受人相互の間ではともに譲渡を対抗しえないとする通説の立場からは——ともに権利取得を対抗しえないことになるわけである。

ただし、登記をもつて両立しえざる物権変動の先後関係を決定するための法定証拠と解する私見の立場からは、ともに登記のない二重譲渡の場合、右のごとき法定証拠が存在しないことになるから、自由心証主義により、その先後関係を決し、従つて事実上先に譲受けた譲受人が優先することになる。もっとも、後の譲受人（丙）が先の譲受人（乙）よりも（乙丙間の訴訟による乙の勝訴判決の後に）先に甲から登記を得、ついで丙から移転登記を得た転得者（丁）が現れた場合、丁は、乙との訴訟において、甲の丙に対する移転登記の法定証拠力を援用し、甲から乙への譲渡は、甲から丙への譲渡より後であつた、したがつて丁が権利者であつたと認定して貰うことができるかと解すべきである。これは判決の既判力が訴訟当事者以外に及ばないからである（安達「一七七条の第三者」判例演習物権法五二頁参照）。

判例はかつて、ともに登記なき二重譲渡の場合、両譲受人間の優劣は、事実上の先後関係によつてきまると解したが、その後、両譲受人ともに対抗しえないと解するに至っている（判例の詳細については原島前掲一七七条Ⅲ(1)(a)(b)参照）。しかし、わが国と基本的に同様に、登記をもつて不動産物権変動の對抗要件とするフランスにおいて、右のごとき場合、事実上の先後関係によつて優劣を決すべきものとしてゐるらしいことは注目に価しよう（星野「不動産物権公示制度の沿革の概観」・江川編「フランス民法

の一五〇年」二九七頁、伊藤道保「一九五五年フランス不動産登記制度の改正について」比較法研究一六号四五頁。Ripert-Boulanger "Traité de Droit civil" tome III (1958) n° 340)

もつとも、時効取得と登記の問題の中で、実際上もつとも生ずることの多い、単純な二重譲渡に関連して生じる問題の場合（二九頁前述三b1参照）について考えると、ここでは時効取得と第三者の権利取得のいづれについても登記がないという状況はそもそも生じえないことを注意すべきである。

というのは、二重の譲受人たる乙と丙とがともに登記を得ていないときは——通説によれば——両譲受人とも互に権利取得を対抗しえないが、しかし、他面、互に相手から対抗されることもないのだから、いづれの譲渡も、他の譲受人に対する関係で無効という関係は生じない。一方の譲受人（丙）が登記を得ることによつてはじめて、他の譲受人（乙）への譲渡が無効となり、従つて乙が占有を得ている譲受人であったときは、乙の時効取得がそのときはじめて問題になるからである（そして判例は乙が実際に占有を始めたときをもつて時効の起算点とする。判例の第五原則（前述一）参照。しかし私はこれを不当と考えていることは前述した。前述三b1(1)参照）。つまり、丙の登記がなされるまでは、両譲渡の対抗関係はあつても譲渡と時効取得の対抗という関係はなく、丙の登記があつてはじめて丙への譲渡と乙の時効取得の対抗関係が生じるのである。