

取得時効の効果の一考察

遠藤 浩

(学習院大学教授)

一、問題の提起

一、現在のもっとも代表的な体系書をみると、取得時効の効果として次のように述べている。

(1) 我妻博士は次のように説かれる。「取得時効は、原始取得であり、取得される所有権の範囲は、取得時効の基礎となる占有の状態によって定まるから、前の所有者の許でその所有権に存した制限によって、影響を受けることはない(民法二八九条は当然の規定、三九七条はこの原則の制限である)。しかし、取得時効の基礎となった占有が、すでに他人の地役権を認容しているような場合には、地役権の制限を受けた所有権を取得すると解すべきである」(「新訂民法総則」四八一頁)。

「承役地が第三者によって時効取得される場合に、地役権者がその権利を行使すれば、時効取得の基礎たる占有は地役権の制限を受けることになるから、承役地が時効取得されても、地役権は消滅しない」(「物権法」二九二頁)。

「抵当不動産の全部または一部について、外形上も取引行為がなく、ただ事実上、現実の占有と真実の所有関係が食い違っている場合に、前者によって完全な所有権が時効取得されるときには、抵当権も消滅する」(「新訂担保物権法」四二三頁)。

(2) 川島博士は次のようにいわれる。「近代法の取得時効制度は、本来は取引流通の安全を保護することに重点をおくものであることは前述したとおりであるが、その効力は前主の権利とは無関係に権原の法定証拠をつくることにある。取得時効の結果生ずる権利取得は原始取得だと言われるのは、この意味においてである。したがって、時効により取得される権利の範囲は、前主の権利の範囲や瑕疵に関係なく、取得時効の基礎となった占有の内容によって定まる、と解

すべきである。たとえば、時効取得された土地が地役権の負担がついていた土地を、そのような地役権のないものとして占有することによって時効取得した場合には、時効取得者は地役権のない土地所有権を取得し（このことは、民法二八九条が明文をもって規定する）、また自主占有者が隣地の所有者の通行を許容しつつ占有したのであった場合には、時効によって取得した所有権もこの内容の地役権の制限を伴う」（「民法総則」五七〇頁）。

二、この両説は、土地の所有権の取得時効において、その土地に地上権などがあつた場合に、いかなる状態の所有権を取得するかは、その基礎となつた占有の態様（内容）によつてきまる。すなわち、地上権などを認容した占有であれば地上権などの付着した所有権を取得することになる、という点で一致している。

このような態度は両博士だけでなく、ほとんどすべての人が主張している。私も基本的にはこの説をとつて⁽¹⁾いる。

判例も同じく「一六二条ニ『不動ノ所有権ヲ取得ス』トアルハ必シモ常ニ不動産ニ関シ完全ナル所有権ヲ取得スト謂フ意義ニアラズ。如何ナル範圍ノ所有権ヲ取得スベキヤノ問題ハ其所有権取得ノ前提タル占有ノ範圍如何ニ依リテ決定セラルルモノトス。即チ例ヘバ不動産全部ヲ占有シタルトキハ全部ノ所有権ヲ取得スベキモ一部ヲ占有シタルトキハ一部ノ所有権ヲ取得スルニ過ギズ。又不動産ヲ完全ニ占有シタルトキハ完全ナル所有権ヲ取得スベキモ、第三者ノ権利ヲ認メ制限的ニ不動産ヲ占有シタルトキハ第三者ノ権利附著ノ儘制限的⁽²⁾所有権ヲ取得スルニ過ギザルモノトス」といっている（大判大正九年七月一六日民録二六輯一一〇八頁）。

同じ考え方をしているといつてよからう。

これに対して時効取得を承継取得とみる少数説がある。この説によると、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のある土地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、その結果地上権は混同によって消滅する、と解する。地上権の存在を認容して占有しておれば、承継取得として当然に地上権の附着する土地所有権を取得するという前提があるのである。また、地役権の負担のある土地の占有者が地役権の負担のない所有権を取得する関係についても同様に行うことができる、という。そして、ただし、地役権は地上権と異なり、要役地に従たる権利であつて要役地の所有権と独立にこれを取得しえないところから、占有者は、地役権の負担のある所有権を時効取得するとともに、地役権者の地役権が時効消滅するという関係として構成すべきである。地役権の消滅時効に関する民法二八九条・二九〇条はまさにかかる構成を採用していることは注目するに価しよう。さらに、地役権について述べたところは、抵当権の時効消滅に関する三九七条についてもあてはまる、と解するのである。⁽²⁾

後段についてはあとでふれるが、前段については、どうも納得しかねる。地上権そのものだけの時効取得、それと所有権とともにする地上権の時効取得とは要件を同じくするというのだろうか。それが永小作権になると、小作料の支払を要素とするのだから、どう説明するのだろうか。所有の意思をもちながら、小作料の支払いをするというのだろうか。

三、問題は多少横道にそれ、原始取得か承継取得かということまで論じたが、ここでは、地上権などの制限を認容した占有とはどういうことを指すのか、ということの問題にしたいのである。

逆にいえば、鳩山博士によれば、占有者が第三者の権利をも排斥して、物の完全な占有をなしたときはその取得する権利も完全な所有権であるとされる、「第三者の権利を排斥して占有」する、とはいかなることを指すのであろうか。

その第三者の権利が地上権とか永小作権ならばこの解決は容易であらうが、地役権の場合には問題がないわけではな

いし、抵当権の場合はどう解すべきか。

「債務者又は抵当権を設定した者が抵当不動産につき取得時効により所有権を取得するようなことがあっても、是等の者は其不動産の上に抵当権の存することを知って占有を為して居ったのであるから、抵当権は消滅しない（民法三九七条）。故に又債務者及び抵当権設定者以外の者と雖も、抵当権の存在を認めて居た場合には、たとい取得時効が完成しても、其抵当権は消滅しないと解するべきである」といわれる。⁽⁸⁾ それならば、抵当権の存在を認めない占有とは具体的にどのような占有なのか問題なのである。

抵当権の登記がある場合に、主観的にそれを排斥する意思があれば、それで足りるというべきだろうか。これと民法三九七条はどのように関連するのだろうか。

このような問題に具体的に切りこんだ学説はほとんどない。横山長調査官が判例（最判昭和四三年二月二十四日民集二二卷三三六六頁）の解説でこの問題を提起されたのが始めてだと思われる（法曹二二卷七号一四〇頁）。私は、この判決を評釈する機会に恵まれ、この問題について多少ふれた（民商六一卷五号八三〇頁）。いま、それを不十分ではあるが、発展させたいと思う。

二、第三者の権利が用益物権の場合

一、第三者の権利が地上権や永小作権の場合はどうであろうか。これらの権利に登記がなければ、その土地の時効取得者に地上権・永小作権をもって対抗できないのだから問題はない。登記のある場合が問題である。

地上権や永小作権では、その本質が当該土地をある目的のために使用し収益することにある（民法二六五条、二七〇

条)。この本質を否定する占有があれば、すなわち地上権者や永小作権者のある目的のための使用・収益を妨げる占有・使用・収益があれば、地上権・永小作権の付着していない所有権を取得する、と解してよい。

この場合に、地上権・永小作権などの登記の否定―抹消―まで要求はされないであろう。所有権の時効取得で、相手方の登記の否定まで要求しないことと同じである。

逆に、地上権、永小作権を認容しながらの占有とは、地上権者、永小作権者の使用・収益を認めながら、自己は地主として占有することだと解してよからう。占有者は土地所有者として税金を納めたり、地代、小作料などを受領することとしてあらわれよう。

二、つぎに地役権について考えてみよう。

我妻博士を始めとする多くの学説は、地役権についての二八九条の規定、すなわち、承役地の占有者が取得時効に必要な条件を具備した占有をなしたときは、地役権はこれによって消滅する、という規定を、当然のことを注意的に規定したものと解していることはすでに述べた(三一頁)。(これを第一説と呼ぼう)。

これに対して、時効取得を承継取得とみる立場は、地役権が要役地に従たる権利であるところから、これを特別に規定する必要があったという考え方のあることはすでに述べた(三二頁以下参照)⁽⁴⁾。(これを第二説と呼ぼう)。

第二説の論者のいうように、第一説がとっている当然のことならわざわざ規定する必要がないではないかということももつともである。しかし、このような規定を置いていけないわけではないから、第二説の非難は決定的ではない。なお、第二説に賛成できないことはすでに述べた。

つぎに、抵当権の場合と同じように、地役権の消滅時効を規定したものだという考えもなりたつ。地役権は所有権に

従たる権利であるから、それだけで独立した権利の消滅時効とは趣を異にするため、二八九条でその要件を特別に規定したものだという見解である。二九〇条が、それをうけて前条の消滅時効はといているのはそのためであると解するのである。くわしいことは抵当権についてふれるが、論理的にもすぐれた見解であるが、時効制度一般からみて、私は賛成しない。(これを第三説と呼ぶ)。

私は以下のように考える。基本的に私は第一説に立つが、第一説そのものではない。地役権の内容は多様である。たとえば、通行地役権とか引水地役権とかのように土地を使用するものにあつては、それを排斥する占有があれば、地役権の負担のない完全な所有権が時効取得される。この点は地上権・永小作権の場合と同様である。しかし、地役権のなかに不作爲の地役権がある。それが問題なのである。たとえば、建物をたてないという地役権を考えよう。それを排斥する占有、逆にいえばそれを認容した占有ということを認定するに何かきめてがあるかが問題なのである。承役地に建物をたてるような場合は、それを排斥する占有があるということが明らかであるが、たとえば承役地を占有者が畑として使っているとか、周囲にかこいをして差しあたつて用材置場に使っているとかがどういふ場合に、地役権の存在を知つていようが、知つていまいが、それを認容した占有、あるいはそれを排斥する占有があつたかどうかその認定が極めてむずかしい。そこで二八九条を設けたと解する。これには次のような考え方がありうる。

(1) 承役地の積極的用途を目的とする地役権にあつては、その用途を排斥する占有をすれば地役権の負担のない所有権を取得する。それに対して、積極的用途を目的としない地役権にあつては、およそ所有の意思をもってする占有があれば足りる。

(2) 前段は(1)と同じだが、後段は認容した旨の立証責任を地役権者に負わせる。

(3) およそ地役権にあっては、排斥した占有があるかどうかという占有の態様を問題にせず、所有の意思をもってする承役地の占有があつて取得時効が完成すれば、地役権は消滅する。

(4) 不作為の地役権を含めて、これを排斥する占有——建物を建てないという地役権なら建物を建てて占有する——がなければ占有者は完全な所有権を取得しない。

私は(3)の見解をとりたい。画一的に解した方がよいということ、隣地の場合が多く、中断が容易であることを考えてである。

そして民法二九〇条は、通説のいうように消滅時効としたのはあやまりで、地役権者の権利の行使がありさえすれば承役地の占有者の取得時効が中断する、という意味である。そして、ここで権利の行使とは、事実上の権利の行使で足りると解すべきである。⁽⁵⁾二八九条の要件をゆるやかに解する以上、中断の方法も簡易に解すべきである。不作為の地役権にあっては、かかる地役権の存在を主張すれば、権利の行使とみてよい。民法一六六条二項但書と類似の趣旨だと考へればよいであろう。

三、第三者の権利が抵当権の場合

一、すでに述べたところであるが、第三者の権利が抵当権であっても、それを認容した占有をなせば抵当権の負担のある土地を時効取得し、これを排斥する占有をなせば抵当権の負担のない所有権を取得すると、通説は説いている(三二一〜三四頁参照)。

といったい、これを排斥する占有とは何なのかほとんど説明されていない。

これに対し、始めて鋭く切りこまれたのは前述したように横山調査官である。それによると（多少長くなるが）「問題なのは、いかなる場合に抵当権の存在を容認した占有と認められるかである。時効の基礎としての占有の客観的態様が問題とされるのである以上、単に抵当権の存在を知っていたという主観的事情だけでここにいる抵当権の容認を認めるべきではない。ただ、抵当権が占有を伴う権利ではないという特殊性が、地上権のような、権利行使に占有を伴う他物権に関する場合とはやや異なる観点を可能にするとはいえないものであるか。すなわち、地上権の権利行使は必然的に占有の外形に影響を及ぼすから、占有者が他人の地上権の存在やその登記經由の事実を知っていても、現実に目的物を完全なる支配下においているかぎり、地上権を否定・排斥した客観的状態にあるといえよう。しかし、抵当権者が目的物の担保価値を把握している事実が登記簿上公示されていることを占有者が知りながら、これを放置して現実の占有を続けた場合には、客観的には抵当権の存在を否定した状態（換言すれば、完全なる所有権者と同様の支配をしている状態）にあるとはいえないのでなかろうか」（横山・前掲解説）、ということは当然に考えなければならないのである。

二、いったいどう考えたらいいのであろうか。それとともに三九七条をどういう関連でどう捉えたらいいのであろうか。

(1) 私のとらないところであるが、ついでに、三九七条は抵当権の消滅時効を定めたものであるとする見解があるが、それについてふれておこう。民法三九七条をフランス民法二一八〇条の流れを汲むものとして捉えるのである。それによると、目的不動産が債務者および抵当権設定者の手許に留まっている限りは、抵当権が被担保債権と独立に時効にかかって消滅することはなく、右不動産がそれ以外の者（その代表的な例が第三取得者である）の占有によって（取得時

効の効果としてではなく、文字どおり、「取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有」継続自体の効果として、抵当権が消滅時効にかかることになる。そして、占有者が抵当権の存在について善意、無過失でないときには二〇年間の占有継続を要すると解する考え方がある。⁽⁶⁾

立法の沿革からいって、この考え方にひかれるが、やはり、わが民法の時効制度一般からいって否定的ならざるを得ない。地上権などの時効消滅と何故に根本的に差異を設けなければならないか納得し得べき理論はないように思われる。

(2)さて、本論に入って、どういう占有が、認容した占有、排斥した占有というのであろうか。横山調査官は、前述に続いて「単なる悪意を問題にするのと違って、担保権たる抵当権が、公示され、交換価値の上に坐っていることによって、実際には充分に働いていえる状態を、占有者が知りつつ放置してきたという客観的事実が、抵当権を容認した占有か否かを判断する上で採り上げられてもよいのでないかと考えられる」とされる(横山・前掲解説)。具体的にいかなる措置をとらなければならないかを示してはいないが、ともかく、何らかの措置をとって占有しなければならぬこと⁽⁷⁾をいっておられる。

私は、かつて、この横山調査官の主張の線に沿って、抵当権の登記の抹消などの措置をとって占有することが必要だと考えた(拙稿・前掲評釈)。しかし、今はこれを改めなければならないと考えている。占有者が登記の抹消をするのには、抵当権者の意思に基づく代理人となるのでなければ不法の手段に訴えざるを得ないからである。そのことは決してあるべきことではない。

(3)そこで、私はこう考える。時効によって取得さるべき土地に第三者の権利が存在している場合に、完全な所有権を

取得するには、その第三者の権利を排斥するような占有でなければならぬのが原則であるが、前述した不作為地役権の場合と同じく(三六頁参照)、抵当権の負担のある場合には、抵当権が価値権であるが故に、それを排斥する占有ということが考えられない。その故に、原則に対する例外として民法三九七条を規定する必要があったのである(通説のように当然のことをいいたのではない)。この場合には、排斥する占有、認容した占有ということは問題にならず、その土地を所有の意思をもって占有すれば所有権の時効取得の効果として抵当権は消滅する。

短期取得時効の善意・無過失については、抵当権の存在の認識は悪意とならず、知らないことの過失も問題とならないと解すべきであろう。判例のいうようにもっぱら所有の意思についてそれを問題にすれば足りる。⁽⁷⁾ 抵当権の存在は何の影響も与えないと解するわけである。

なお、三九七条の占有者に第三取得者が入るかどうかは問題である。判例ははじめ否定したが(大判昭和一五年八月一二日民集一九卷一三三八頁)、前記の昭和四二年の判決で肯定するに至ったといわれる。⁽⁸⁾ 学説は分れていた。私は、次のように解する。

第一に、抵当権は被担保債権から離れて独立に消滅時効にかかることはない。抵当権が債権を担保することを目的とする権利なのだから、このように考えるのがもっとも適切である。この場合、当事者間では(債権者⇨抵当権者と債務者⇨抵当権設定者間では)、被担保債権の時効の期間の経過によって抵当権は消滅せず、裁判上の被担保債権の時効の援用によって消滅する。それ以外の第三者に対する関係では、援用の問題は生ぜず、時効の効果は絶対的に生ずる。したがって、被担保債権が時効にかかれば、第三取得者の抵当権は消滅する。

このような理解のしかたは、時効に対する私の基本的な態度なのである。すなわち、時効については、当事者間の関

係でと、第三者に対する関係でと二元的に捉えるのが私の基本的な立場であることによるのである。⁽⁹⁾

このように民法三九六条を解すべきだと思ふ。時効の本質をいつているのだと私は考へる。

第二に、すでに述べたように抵当不動産を時効によって取得すると、その反射的効果として抵当権は消滅する(三九七条)。この場合第三取得者は三九七条に含ませないほうがよいと思ふ。第一の態度を原則とすべきで⁽¹⁰⁾被担保債権の消滅とともに抵当権が消滅する)あるから、その範囲をなるべく狭く解した方がよいと思ふからである。

このように理解してこそ、民法二六二条、二八九条、三九七条が矛盾なく一元的に説明できるものと思ふのである。

(1) 鳩山秀夫「法律行為乃至時効」六七八頁はドイツ民法、フランス民法を参照しながら詳しく論じている。柚木馨「判例民法総論下」四二六頁、薬師寺志光「日本民法総論新講下」一一三頁、勝本正晃「日本民法総論」三三一頁、今泉孝太郎「新民法総則」五四頁、石本雅男「民法総則」四〇八頁、松坂佐一「民法提要総則」二五七頁等。

(2) 安達三季生「注釈民法(5)」二二六頁、岡村玄治「時効取得と即時取得は果して原始取得か」(新報六二卷二号一頁)、中尾英俊「注釈民法(7)」四九七頁。とくに安達教授の民法一六二条の注釈は詳細で、新しい問題提起をし、力作である。その着眼点には教えられるところが大きい。

(3) 石田文次郎「担保物権法論下」三二九頁。

(4) 安達・前掲書によると、時効を承継取得であるとする見方の根拠として立法者梅博士の説を引用しているが、梅博士は「地役権ハ素ト所有権ノ支分権ニシテ所有権ノ一部ナリト云フモ可ナリ。故ニ承役地ノ占有者ガ其土地ニ付キ完全ナル所有権ノ占有ヲ為ストキハ其中ニ地役権ト地役権ヲ除キタル残余ノ所有権トノ二ツヲ包含セルモノト謂フベシ。故ニ承役地ノ占有者ガ完全ナル所有権ニ付キ第一六二ノ条件ヲ具備スルトキハ之ニ因リテ完全ナル所有権ヲ取得スベク、從テ他人ガ有セシ地役権ハ消滅ニ帰セザルコトヲ得ズ」といつている(梅謙次郎「民法要義卷六二」二九二頁)。承継取得の側から見れば、混合の理論―地役権ではおこらないが、地上権

取得時効の効果の一考察

ではおこる(三三頁参照)——をいっているように思われるが、占有の態様をいっているようにもとれる。どちらともいえないように思われる。

- (5) 中尾・前掲書四九八頁。
- (6) 来栖三郎・判民昭和一五年度七六事件、同年一一七事件、安達・前掲書二三六頁などによって代表される。
- (7) 本文三四頁にかかげた判決。
- (8) たとえば、我妻・本文前掲書四二三頁は、第三取得者は三九七条に含まれないとし、柚木馨「担保物権法」三五五頁はこれに疑問をもつ。
- (9) 拙稿「時効の授用・利益の放棄についての再論一」(学習院大学法学部研究年報四号二九七頁)。
- (10) 拙稿・本文前掲評釈で、第三取得者を三九七条にいれたが、今はこれを改めたいと思う。