

論 説

取得時効における要件事実の主張立証責任

—藤原説を手がかりに—

平野哲郎

一 はじめに

私は、2002年春に法壇から教壇に身を移し、龍谷大学で研究教育に携わることになった。そうしてよかったことの一つが、藤原弘道先生から親しく教えるを受ける機会に恵まれたことである。特に藤原先生にとって在職最終年度であった今年度（2007年度）は、法科大学院3回生に担当されている「要件事実論」を弁護士である寺田武彦先生とともに3名で共同担当したため、教材作成から、レポートの講評、試験の採点まで、密に連絡を取り、議論をさせていただくという貴重な経験をする事ができた。

その過程で、藤原先生が元司法研修所の教官でありながら、研修所の見解に対して大胆に疑問を投げかけられるのを目の当たりにし、目から鱗の落ちるような経験を何度もしたものである。

例えば、債務の履行の有無については、債務者が弁済について主張立証すべきであると研修所で教えられており、学説も多くは異論はないようである。しかし、藤原先生は宙に浮いた年金問題を例に、はるか昔の年金保険料納付の事実を納付義務者（年金権利者）に証明せよというのはおかしくはないか、通常国民は国がきちんと納付の事実を記録してくれていると期待するはずであるのに、国が杜撰な管理をしておいて、今更納付義務の履行については納付義務者に証明責任がある、証明がない限り年金を支払わないと証明責任を盾にとった対応をするのは正義に反する、これはそもそも弁済について債務者に主張立証責任を分配することから生ずる問題ではないかと指摘されていた。

また、相続が問題となる事案で、他に相続人が存在しないことは、相続人側には主張立証責任はなく、他に相続人がいることを相手方が主張立証しなければならないというのが司法研修所の立場である（いわゆる「非のみ説」¹⁾。し

かし、藤原先生は「他に相続人がいるかどうかは、他人からは分からない。戸籍は弁護士でなければとれないし、遺産分割協議の有無や内容は当事者が教えてくれなければ弁護士でさえ知りようがない。立証の容易さからすれば、相続人に自分のみが相続人であることを立証させる方がむしろ公平である」と仰っていた。

このように、自明のように思われている実務や理論に大胆に疑問を提起される藤原先生の姿勢に、私自身もおおいに啓発されたし、司法研修所のテキスト²を鵜呑みにしがちな学生にとって「考える法律家」の良いモデルになっていると感じたものである。

このような藤原先生のチャレンジングな姿勢は、先生がもっとも力を注いで研究された不動産取得時効法の分野でも遺憾なく発揮されている。藤原先生は判例・通説に対して、鋭い批判を向け、独創的な理論を展開し、実務と学界に大きな衝撃を与えた。藤原説は取得時効を論じる際には必ず言及されるものの、発表後30年を経てなお少数有力説の地位に甘んじている。しかし、私には考えれば考えるほど、藤原説の方が、理論的にも明快で、結論も妥当なように思われてくる。

そこで、本稿では、取得時効における「所有の意思」を中心に、藤原説と判例・通説（司法研修所説を含む）とを改めて比較検討した上で、藤原説を私なりに敷衍してみたい。

二 取得時効の要件事実、特に「所有の意思」に関する判例・通説

1 長期取得時効について

長期取得時効の要件事実についての判例・通説は以下のとおりである。

民法162条1項によれば、長期取得時効の要件は、(i) 所有の意思をもって、(ii) 平穩かつ公然に、(iii) 他人の物を、(iv) 20年間占有すること、とされて

1 司法研修所『10訂民事判決起案の手引き・巻末事実摘示記載例』5頁（法曹会、2006、以下『起案の手引き』と略）

2 司法研修所『改訂紛争類型別の要件事実』（法曹会、2006、以下『紛争類型別』と略）等

論 説

いるが、同法186条1項によって、(i)、(ii)は「暫定真実」とされ、立証責任が転換される。すなわち、取得時効の成立を争う当事者（以下「所有者」ともいう³⁾）において、その反対事実（「所有の意思のないこと（他主占有）」、「強暴」、「隠秘」）を主張立証しなければならない⁴⁾。また、(iii)は、自己所有物であっても取得時効の対象となるとの判例によって実質的に要件から除外されている⁵⁾。したがって、長期取得時効の要件は、(iv)だけとなるが、これについても民法186条2項によって、前後両時点の占有の事実からその間の占有継続が推定されるから、占有開始時と20年経過時の占有を主張立証すれば足りる⁶⁾。

残る要件は、(v)時効援用の意思表示（民法145条）だけである。ただし、この意思表示は訴訟上でなされた場合は、裁判所に顕著な事実（民訴179条）として立証不要となるので、その場合は主張さえすれば足りる。

以上の結果、取得時効を主張する者（以下「占有者」ともいう）は、占有開始時とそれから20年経過した時の占有と時効援用の意思表示さえ主張立証すれば足りる。

これに対して、所有者は、「他主占有」、「強暴」、「隠秘」、「占有中断」（20年間の途中一定時点の不占有）を証明（本証。その事実の存在につき裁判官をして真実との確信を抱かせる程度の立証⁷⁾）しなければ、取得時効の効果を覆すことはできない。

3 もちろん占有者が、時効取得以外の所有権取得原因事実を立証できないだけで、真に所有者である場合もあるので、このような呼び方は厳密には正確とはいえないが、時効取得の成立を争う当事者が通常は登記名義上は「所有者」なので便宜的にこう呼ぶことにする。

4 『紛争類型別』69頁、司法研修所『増補民事訴訟における要件事実第1巻』27頁（法曹会、1986、以下『第1巻』と略）、司法研修所民事教官室『民事訴訟における要件事実について』36頁、兼子一「推定の本質及び効果について」同『民事法研究第1巻』311頁（酒井書店、1950）、新堂幸司『新民事訴訟法第3版補正版』522頁（弘文堂、2005、以下「新堂」と略）、伊藤真『民事訴訟法第3版再訂版』335頁（有斐閣、2006）、最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁（お綱の譲り渡し事件）

5 最判昭和42年7月21日民集21巻6号1643頁、最判昭和44年12月18日民集23巻12号2467頁

6 『紛争類型別』69頁

2 短期取得時効について

短期取得時効の要件事実についての判例・通説は以下のとおりである。

民法162条2項の短期取得時効については、長期取得時効の要件と(i)から(iii)、(v)が共通するほか、(iv)占有期間が10年とされている。これらについては、短期取得時効に述べたことがそのまま妥当する。さらに短期取得時効では、(vi)占有開始時に善意無過失であることが付加されている。このうち、「善意」についてはやはり民法186条1項の推定規定(暫定真実)によって主張立証が不要とされ、占有者の「悪意」について所有者が主張立証責任を負う。

無過失については、推定規定がないために推定されない⁸。これは、規範的要件であるためその評価根拠事実を占有者が主張立証しなければならない。

3 「所有の意思」の意義、主張立証責任の所在、主張立証すべき内容について

判例・通説は、「所有の意思」は、「善意・悪意」のような内心の意思ではなく、その有無は「占有取得の原因である権原又は占有に関する事情により外形的客観的に定められるべきもの」とする⁹。

さらに、「所有の意思のないこと」は一種の規範的要件ないし評価であり、「善意・悪意」のような事実ではないから、それ自体は直接立証の対象にならないと考える。したがって、占有者の「占有取得がその性質上所有の意思のないものとされる権原に基づくものであることを示す具体的事実(他主占有権原)」又は「外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される具体的事実(他主占有事情)」が評価根拠事実(主要事実)であり、所有者はこれらの事実について主張立証する責任を負う。

7 新堂489頁

8 最判昭和46年11月11日集民104号227頁

9 最判昭和45年6月18日集民99号375頁、最判昭和45年10月29日集民101号243頁、最判昭和56年1月27日集民132号33頁、最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁、我妻榮『民法講義・民法総則』628頁(岩波書店、1951)、『紛争類型別』70頁、等

論 説

これに対して、占有者は、この評価根拠事実と両立するが、その評価を障害するような具体的事実について主張立証することができる¹⁰。立証された評価根拠事実と評価障害事実を総合的に判断した結果、所有の意思がないとの評価ができない場合には、所有の意思が存在するとの民法186条1項による推定は覆らない。

なお、規範的要件について総合判断の結果、規範的評価がなされないことによって、当事者の一方に生じる不利益を「抽象的証明責任」と呼ぶ見解がある¹¹。理解の助けになるので、この見解に従うと、取得時効の場面でいえば、所有者と占有者はそれぞれ、所有の意思の不存在について評価根拠事実と評価障害事実について「具体的証明責任」を負っているが、これらの証明された事実を総合した結果、「所有の意思がない」との評価がされるまでには至らない場合は、「抽象的証明責任」は所有者にあるため、所有者に不利な判断、すなわち占有者に所有の意思が存在するとの判断がなされる。

三 取得時効の要件事実に関する藤原説

1 主張立証責任の転換の否定

以上の通説に対して、藤原説は、根本的に異なる立場をとる。

10 所有の意思が規範的要件であることを明言するのは、笠井正俊「不動産の所有権及び賃借権の時効取得の要件事実に関する一考察」判タ912号10頁及び16頁（1996、以下「笠井」と略）である。なお、浅生重機「最高裁判所判例解説民事篇昭和58年度」79頁（以下「浅生」と略）も同旨と考えられる。司法研修所は、「所有の意志がないということの主張立証は、以上のような権原又は事情を示す具体的事実を主張立証してしなければならない」（『第1巻』28頁）と述べており、これは一見規範的要件の主張立証についての記述（『第1巻』30頁）と類似する。しかし、他方、規範的要件について用いている評価根拠事実・障害事実という用語を他主占有権原・事情については用いておらず、「所有の意志のないこと」を必ずしも規範的要件とはとらえていないようにも解される（『紛争類型別』86頁と107頁のブロックダイヤグラムを比較）。他主占有の評価を障害する事実の主張の位置づけ（抗弁の否認か、再抗弁か）は明らかではない。

11 笠井8頁。倉田卓次「一般条項と証明責任」同『民事実務と証明責任』256頁（日本評論社、1987）に抽象的証明責任との言葉が用いられているが、笠井教授の意味されるところと必ずしも同一ではないように思われる。

すなわち、民法186条1項は、そのフランス法的沿革から、経験則を法規化したものにすぎないと理解すべきであり、立証責任を転換する暫定真実であるというドイツ法的な解釈は誤りであるとする¹²。

したがって、186条1項が暫定真実であることを前提として、「所有の意思のないこと」の主張立証責任を所有者に負わせ、これが本証されない限り占有者の所有の意思の存在が推定される、という判例・通説は誤りである。

あくまで占有者に「所有の意思の存在」の主張立証責任があり、経験則上占有者には「所有の意思が存在すること」が推定されるにすぎない。このことは仮に186条1項がなくても同様である。したがって、所有者が反証（当該事実が存在するとも存在しないとも分からないという状態にすること）に成功すれば、推定は覆り、占有者は自らの「所有の意思」の存在を立証できていないことになるから、時効取得は認められない¹³。

このような解釈は、わが民法の取得時効制度の母法であるフランス民法の解釈に忠実であるし、そもそも取得時効の制度趣旨（後述）に照らしてこれを安易に広く認めることは妥当ではないから、結論的にも相当である¹⁴。なお、186条1項により推定されると規定されている平穩・公然、善意についても主張立証責任の転換は認めない。

2 取得時効の制度趣旨と所有の意思の内容

藤原説では、取得時効の制度趣旨は、短期取得時効は不動産取引の安全、長期取得時効は真の所有者の立証の困難からの救済と理解されており、単に永続する事実状態を法的権利に高め、結果的に非所有者を所有者とするという制度

12 藤原弘道『時効と占有』122頁（日本評論社、1985、以下『時効と占有』と表記）、同『取得時効法の諸問題』99頁（有信堂、1999、以下『諸問題』と略）

13 船越教授は基本的に判例・通説に立ちつつ、「所有の意思」の推定を覆滅するための証明は、反対事実の優越的蓋然性の証明に低減されるとする（船越隆司『実定法秩序と証明責任』272頁（尚学社、1996、以下「船越」と略））。これは実質的には藤原説にかなり近いのではないかと思われる。

14 『諸問題』2頁

論 説

ではないとされる¹⁵。

取得時効の制度趣旨が上記のように長期と短期で異なる以上、「所有の意思」の内容もそれぞれの時効について別個に解すべきである。

長期取得時効の場合には、占有者が自らを「所有者であると信じて」、すなわち「善意」で占有を継続したかどうかを中心に判定することになるが、その立証は主観的に信じたというだけでは足りず、占有者が同時に所有者であるに相違ないとの強い推定を生ぜしめるような外形的・客観的事情によって裏打ちされていることが必要である¹⁶。

これに対して、短期取得時効の「所有の意思」は占有取得の原因たる「権原」の客観的性質、すなわち取引行為に基づくものか否かによって決せられる。もっとも短期取得時効の場合は占有者の「無過失」が要件として加えられており、「無過失」の内容として所有権の移転を目的とする権原に基づいて占有を開始したことを主張・立証することになるはずであるから、「所有の意思」の立証と「無過失」の立証はほぼ重なる¹⁷。

3 占有の継続

また、民法186条2項についても、占有の始期・終期の立証からその間の占有継続を法律上推定するものではなく、経験則を条文化しただけであると解する¹⁸。曰く、「始期・終期の両時点の占有だけを主張立証すれば、継続した占有の主張立証として足りるとするのは不自然であり、実務的には始期から現在まで継続して占有していると主張されている。始期・終期に占有していればその間も継続して占有していたであろうということは経験則上推定されることで、民法186条2項は言わずもがなの規定である。主張立証責任のある事実は継続占有と見るべきであり、その立証が特に困難と

15 「諸問題」4頁。星野英一「時効に関する覚え書き」同「民法論集第4巻」264頁以下（有斐閣、1978）、草野元己「取得時効の研究」1～117頁（信山社、1996、以下「草野」と略）も同旨。

16 「時効と占有」105頁、「諸問題」97頁

17 「諸問題」100頁

18 「諸問題」72頁では、通説的立場での記述があるが、本稿の執筆にあたり藤原先生ご本人に見解を確認した。

はいえない¹⁹。」と。

4 藤原説に対する評価

藤原説に対しては、民法186条の沿革や母法であるフランス法の解釈に誤解があるという批判や同条を無内容なものとするという批判がなされている²⁰。私は、藤原先生のようにフランス法やドイツ法の知識もなく、明治時代の立法の沿革についても詳しくはないので、これらの批判にそのような観点から再反論する能力はないが、本稿では、現実の紛争解決の場面では藤原説が通説より適切に機能することを論証したいと思う。

四 想定事例

通説と藤原説の違いは、具体的な場面ではどのように現れるか、想定事例をもとに検討してみる。

【事例】

Xは、甲地を所有していたが、1980年に一人息子であるAがYと結婚するのに伴い、AとYの新居を建てるために甲地を提供した。Aは、甲地上にAとY名義の乙建物を建築し、Yとの居住を開始した。しかし、甲地の所有名義はXのままであった。甲地の公租公課は、当初5年間ほどはXが納付していたが、その後、Aが負担を申し出、納付書がXに届くとそれを預かって乙建物の分と一緒に納付してきた。なお、Xの妻はAYの結婚前にすでに亡くなっており、Xは、甲地近くに所有している自宅で一人暮らしをしてきた。

AとYの間には、一男一女が生まれたが、1997年にAが不慮の事故により亡

19 2007年度「要件事実論」の授業中での藤原先生の発言要旨。加藤晋太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』83頁（民事法研究会、2002）も、実務においては民法186条2項の推定を使わず、全期間の占有を主張するのが通例とする。

20 辻伸行『所有の意思と取得時効』31頁（有斐閣、2003、以下「辻」と略）、船越271頁、笠井11頁、草野元己「書評・取得時効法の諸問題」民商法雑誌123巻1号149頁（2000、以下、「草野【書評】」と略）、藤原説の民法188条不要説に対する批判として、松本博之『証明責任の分配（新版）』220頁以下（信山社、1996）

論 説

くなくなった。Aの財産は全てYが相続し、乙建物の名義もY単独に変更した。この際、YはXに対して、甲地の名義もYにしたいと申し出たが、Xは「そのうちに」と答え、そのままになってしまった。

Aの死亡後も、Yは子どもたちとともに、乙建物に居住を続けるとともに、高齢となったXの身の回りの世話などをしてきた。甲地の公租公課についてはAの死亡後にYが従前どおり負担することを申し出たが、Xが「生活も大変だろうし、任せておきなさい」と言い、納付してきた。

ところが、2008年になって、Xがある宗教を熱心に信心するようになり、全ての資産を教団に寄進したいと言い始め、Yに対して、乙建物を収去し、甲地を返還するように求めるに至った。

このような事例を素材に、Xの要求とYからの反論は要件事実的にどのように構成すべきかを考えてみたい。

五 請求原因と抗弁

1 請求原因

まず、Xの要求を法律的に構成すると、甲地の所有権に基づく物権的返還請求権を訴訟物とする乙建物収去甲地明渡請求であり、その請求原因事実は、司法研修所の立場によれば（あ）Xの現在又はYと争いのない過去の一定時点における甲地所有と、（い）Yによる現在すなわち口頭弁論終結時の甲地占有となる²¹。実際には、まず訴状の段階では、Xは（あ）についてはXの現在の所有を主張することになろう。この点は、藤原説でも同様と考えられる²²。

21 「紛争類型別」47頁、50頁

22 松本博之教授は、（あ）についてXは常に現在自らに所有権が帰属していることを請求原因として主張すべきとされる（松本博之「要件事実論と法学教育（2）」自由と正義55巻1号65頁、2004、以下「松本」と略）。ここでは一応藤原教授も司法研修所説に異論はないと思われるので、本文の立場を前提とする。

2 抗弁（所有権喪失—贈与・時効取得）

Yとしては、請求原因事実（あ）Xの現在の所有を否認し、（い）Yの現在の占有を認めた上で、（あ）X所有に対して、まず（ア）甲地の贈与による所有権喪失の抗弁を主張することになろう。すなわち、1980年の結婚時に、XからA及びYに対して甲地が贈与されたという主張である。

さらに、Yは、もう一つの所有権喪失の抗弁として、1980年以来、甲地上に乙建物を所有して、甲地を10年間ないし20年間占有（1997年まではAと共同で）してきたという（イ）時効取得の抗弁を主張することが考えられる。実務上、時効取得の主張が請求原因であれ、抗弁であれ、単独で主張されることは少なく、他の所有権取得原因がまず第一次的に主張され、それが認められなかった場合に備えて第二次的に時効取得の主張がなされることが一般的である²³。もちろん法的には、いずれにせよ所有権の移転が認められれば効果は同じ訳であるが、時効取得は、あたかも自分が正当な権利者ではないことを認める主張であるかのように感じる当事者も少なくなく、最初から時効取得だけが主張されることはまれと言ってよいであろう²⁴。

さらに、取得時効の中でも、短期取得時効が長期取得時効よりも優先的に主張されることが多い。これも、仮に自分が無権利で占有していたとしても、善意無過失でしてしまったことにすぎない（だから自分は悪くない）とまずは主張することが自然であり、「悪意」で占有していたと自ら認めるかのような長期取得時効を主張することに抵抗を感じる者が多いからと考えられる。

したがって、本件でも、Yは、第一次的に贈与の抗弁、第二次的に短期時効取得の抗弁、第三次的に長期時効取得の抗弁を主張することが考えられる。もちろん、この第一次的から第三次的というのは、要件事実論にいう「主位的」

23 『諸問題』97頁

24 時効を不道德な制度と見る考え方は、市民法成立の過程で否定され「道徳は徳のために、法律は平和のために」という法観が勝利を収めたとされる（金山直樹『時効理論展開の軌跡』362頁、信山社、1994）。しかし、法律家はともかくとして、時効を正面から振りかざすことへの後ろめたさは一般的な日本人には残っているのではないか。

論 説

「予備的」関係ではなく²⁵、当事者の裁判所に対する判断順序の希望にすぎず、これらのいずれかが認められ、それに対する再抗弁が認められなければ請求は棄却されるのであるから、裁判所としては、いずれから判断するかは自由である。裁判所の立場としては、抗弁だけを比較すれば、長期時効取得の抗弁が要件も少なく（前述の判例・通説によれば、ある時点で占有していたこと、それから20年経過した時点で占有していたこと、援用の意思表示の3点だけである）、最も判断しやすいようにも思われるが、実際には、後でみる他主占有の主張とも絡んで、この抗弁の判断が必ずしも容易というわけでもないし、裁判所も事実上当事者の希望する順序を尊重して判断をすることが多い。

さて、Yからこれらの抗弁が主張されると、YがXの甲地の現在の所有を認めているわけではなく、1980年当時のX所有を前提にその時点での所有権喪失（贈与は1980年になされたとの主張であるし、時効の効果は起算点すなわち占有開始時である1980年に遡及する（民法144条）ので、結局1980年がX所有について争いのない時点となる）を主張していることが明らかになるので、請求原因事実（あ）は、結局「1980年当時Xは甲地を所有していた」という主張に確定され、Yはこれを認めることになる。

問題は、時効取得の抗弁において、Yが何を主張するべきかについて、通説と藤原説では内容が大きく異なる点である。以下、この点について項目を改めて論じる²⁶。

六 取得時効の法律上の要件と主張立証すべき要件事実

1 通説と藤原説

まず、長期取得時効について、Yが主張立証すべき要件は、通説であれば、前記のとおり、ある時点で占有していたこと、それから20年経過した時点で占

25 要件事実論にいう予備的抗弁は、請求原因とこれに対する主位的抗弁と再抗弁を前提とする主張であり、判断順序は常に主位的抗弁が先になる。司法研修所『民事訴訟における要件事実第2巻』181頁（法曹会、1992）

26 甲地の借地契約やそれを前提とする建物買取請求の主張はこじつければ可能かもしれないが、本稿では検討しない。

有していたこと、援用の意思表示の3点だけとなり、短期取得時効については、20年が10年になるほか、無過失の評価根拠事実が加わる。

これに対して、藤原説では、長期取得時効・短期取得時効に共通して、所有の意思、平穩・公然、占有継続、援用の意思表示の全て、さらに短期取得時効については、善意・無過失についてもYが主張立証責任を負うことになる²⁷。

一見、藤原説は、Yに過酷な主張立証責任を負わせることになるようであるが、果たしてそういえるのか以下検討する。

2 平穩・公然

まず、比較的検討が容易な要件から考えていくと、平穩・公然は、「特に他人とトラブルになることもなく、誰の目にも分かる態様によって占有してきた」という事実を主張立証すれば足りることであり、さして主張立証が困難とは思えない。

当然、占有者の占有は平穩・公然であることが多いわけであるから、そのような推定が事実上なされることは妥当であるが、所有者に「強暴・隠秘」の主張立証責任を負わせてまで、占有者の立証の負担を軽減する必要があるというほどのことはないのではないか。

ただ、例えば、所有者の測量のための立入りを占有者が暴力を持って排除したという事実が所有者から反証されれば、事実上の推定が破られるので、「平穩」な占有との認定がなされないのは当然であろう²⁸。さらに、占有者が所有者から抗議や返還請求を受けたり、所有者が立入りを求めたのに占有者がこれを拒んだりした事実が、所有者から反証されれば、さらに占有者から拒絶の合理的な理由などを反論しなければ平穩性に疑問を生じることはあろう²⁹。

本事例では、Yは、家族とともに乙建物に居住して甲地を占有しており、「平穩・公然」を主張立証することに困難はないと考えられる。

27 平穩・公然について『諸問題』22頁では、暫定真実により立証責任が転換されると述べられているが、これは通説を説明したものであろう。

28 名古屋高判昭和51年8月9日判時840号73頁の事案

29 大判大正5年11月28日民録23輯2320頁、最判昭和41年4月15日民集20巻4号676頁、東京高判昭和46年11月30日判タ274頁257頁は、このような事実があっても、平穩な占有でなくなったとはいえないとしているが、疑問である。

論 説

なお、通説的立場から「平穩・公然」ないしは「強暴・隠秘」を規範的要件とする見解があるが³⁰、これが不適切であることは後述する。

3 所有の意思

通説では、所有の意思は抗弁ではなく、所有の意思のないことが再抗弁となる。しかし、前述のとおり、そもそも、取得時効が単独で主張されることは少なく、ほとんどの場合、本来の所有権取得原因として売買や贈与が主張され、それが認められなかった場合に備えて予備的に取得時効が主張されるのである。このように主位的に売買や贈与が主張されている以上、占有者が時効取得の主張も併せてする場合には当然「所有の意思」すなわち自主占有の主張もしているものと見るのが自然である。

本事例で考えれば、Yは「贈与」という権原に基づいて、自らが「所有者として支配する意思で」占有していたという主張をすることになる。

結局、主位的な贈与の主張立証の内容は、占有が「所有の意思」によって開始されたとの主張立証の内容と重なると考えられる。したがって、贈与の立証責任をYに負わせている以上、「所有の意思」の立証責任をYに負わせたとしても新たな負担を課すものとはいえない。

実際、裁判所も少なくとも最判昭和58年3月2日民集37巻2号131頁（お網の譲り渡し事件、以下「最判昭和58年」という）までは、この事件の一審、二審も含めて「186条1項の推定規定を利用して所有の意思を認定することは異例であって、むしろ、時効取得を主張する者にその要件の全てを主張立証させているのが通常」であった³¹。これこそが正常な実務感覚である。それを最判昭和58年が転倒させたのである。

しかし、最判昭和58年以降も、この判決と民法186条1項の存在にもかかわらず、実際の訴訟では占有者側が所有の意思すなわち自主占有の主張立証を積極的に行うことが多い。なぜなら、上記のような主位的主張と取得時効の主張の関係を考えるとそれが自然だからである。占有者が主位的主張における所有権取得行為の立証に失敗すれば、連動して取得時効の主張においても所有の意

30 笠井15頁

31 浅生73頁

思の不存在が認定されかねないというリスクがあることを、当事者（訴訟代理人）が実務感覚として理解していることの表れといえる³²。

したがって、当事者の訴訟活動の上では、民法186条1項は証明責任転換の機能は果たしていないと言ってもよい。

よって、「所有の意思」の存在の主張立証責任を占有者に負わせることとしても、当事者の行う主張立証の内容は、従来とほとんど変わらないと考えられ、藤原説がことさらに占有者の負担を加重するというわけではないと思われる。

4 善意

短期取得時効の要件である「善意」は「自らが目的物の所有者であると信じていたこと」であるが、これはほとんどの場合「所有の意思」と重なる。悪意であるが、所有の意思があるというのは、他人物売買や行政上の許可が必要な売買（農地法3条等）の買主で、売主が所有権を取得していないことや行政上の許可を受けていないことを知っていた場合や盗人（不動産侵奪者）などの特殊な場合くらいであろう。

通説は、占有者の「善意」は民法186条1項によって推定されるとして、時効取得を争う者に「悪意」の主張立証責任を負わせる。そして、「悪意」は主観的なものであり、「所有の意思の不存在」は客観的なものであるから、両者は別物であると説明する。理屈の上ではそのような区分けは可能かもしれないが、実際には、客観的に所有の意思が認められるような態様で占有している者は、主観的にも自らが所有者であると信じていることがほとんどであると考えられる。したがって、「所有の意思」が立証されれば、通常「善意」も立証されるという関係にあるといえてよい。「所有の意思」と「善意」の認定が食い違うことは理論上はあり得ても、現実には考えにくい。藤原先生によれば、最高裁判例でさえ「所有の意思」と「善意」を混同するものがあると指摘されているくらいである³³。

このように、「善意」と「所有の意思」が密接に関係している以上、短期取

32 辻56頁

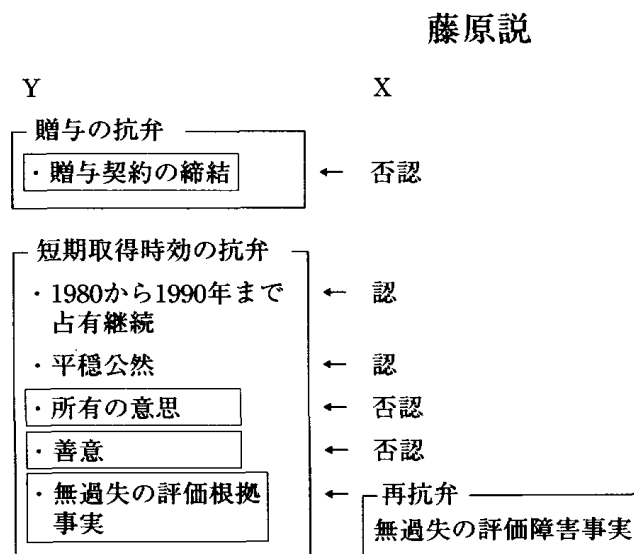
33 『時効と占有』21頁、138頁。悪意占有と他主占有を混同しているとされる例（最判昭和50年4月11日民集29巻4号417頁）、善意占有と自主占有を混同しているとされる例（最判昭和52年3月3日民集31巻2号157頁）。

論 説

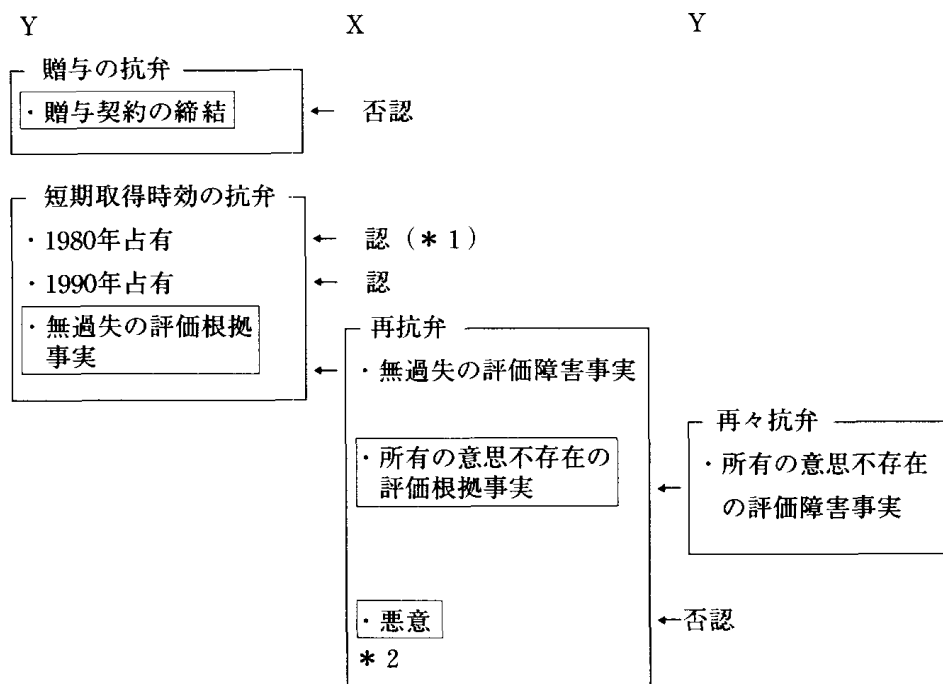
得時効について、「悪意」と「所有の意思の不存在」（通説の場合）、あるいは「善意」と「所有の意思の存在」（藤原説の場合）の主張立証責任の所在は、所有者（通説の場合）あるいは占有者（藤原説の場合）いずれにせよ、一致すべきである。問題は、そのいずれに主張立証責任を負わせるべきかである。

本事例で考えてみると、Yは、Aとの婚姻時に甲土地をXから贈与されたとの抗弁を主張をするであろう。そうすると、前述のとおり、時効取得の抗弁の関係でも、現在の占有は贈与という権原に基づくものである、すなわち「所有の意思」に基づく占有であるということもYが主張するのが自然である。すると「所有の意思」と密接に関連する「善意」についてもYが主張することが自然である。Yが「所有の意思」を主張立証する以上、「善意」の内容として主張立証する事実もほとんどの場合、実質的には同内容となる（だからといって両者を同一視するわけではない）。すなわち「所有の意思」を媒介として、「贈与」、「所有の意思」、「善意」の主張が結びつくのである。また、後述するように「無過失の評価根拠事実」の内容もこれら3つの主張とほぼ重なる。そこで、下図のように整理すると、四角で文字囲いをした4つの主張は、全てYに抗弁として主張させる方が簡明であることが一目瞭然となる。なお、長期取得時効の抗弁事実は、短期取得時効の抗弁事実に含まれるので省略し、援用の意思表示も省略した（「認」か顕著事実になる）。

図 1



判例・通説



- * 1 再抗弁として占有中断も考えられるが、本事例では主張されないであろう。
- * 2 再抗弁として強暴・隠秘の評価根拠事実も考えられるが、本事例では主張されないであろう。

なお、贈与の事実までは立証できなくても、その立証のために提出した証拠によって、少なくとも「所有の意思」（長期・短期）と「善意」（短期）は認定されうる、という場面も考えられ、その場合は他の要件も立証されれば、取得時効の抗弁が認められることになる（贈与の事実はもちろん「所有の意思」も「善意」も認定できなかつたというような、証拠薄弱なケースでは、時効取得も否定されるのは当然である）。

まとめると、主位的な主張において、所有権取得原因行為を占有者が主張立証する以上、取得時効の主張においても、所有の意思（長期・短期取得時効）、善意（短期取得時効）を占有者が主張立証するとした方が、主張立証の対象となる具体的な内容が重複するのであるから、自然なのである。同一の事実から、3つ（無過失も含めると4つ）の要件を認定するのであり、いわば一本の串に刺さった団子に例えることができ、それらを別の串に刺す（異なる当事者に主張立証させる）のは不自然である。

論 説

以上検討したとおり、藤原説のように、「善意」についても、占有者に立証責任を負わせたとしても、新たな負担を課すことにはならないと考えられる。

5 所有の意思の性質

通説は前述のとおり、所有の意思（の不存在）は、「客観的」に定められるものであり、かつ、事実そのものではなく権原や事情という事実に基づく「評価」であると解する。

しかし「善意」・「悪意」について、「知っていた」「知らなかった」という「主観的」な「事実」が、要件事実であるとするのであれば³⁴、これと密接に関連し、ほぼ内容の重なる「所有の意思」も主観的要件にとらえた上で、「所有する意思の存在」又は「不存在」という事実が要件事実（主要事実）であると考えてもよいはずである。そもそも民法起草者は「所有の意思」を内心の意思＝主観的意味にとらえていたという³⁵。したがって、判例・通説のように、所有の意思を客観的に認定される規範的要件にとらえる必然性はなく、主観的な事実であるにとらえる方が、沿革には忠実であろう。客観説（抽象的意思説とも呼ばれる）は我妻説³⁶以来の通説とされるが、その理由として挙げられている、内心の意思は外部から認識しがたく、証明が困難である等の根拠は必ずしも説得力があるとは思われない。それであれば「善意」等も同様であり、「所有の意思」だけを別扱いする理由がない。客観説は我妻博士の権威によって通説化したのであって、必ずしも自明のことではないと思われる。客観的な権原・事情は、主観的な意思の認定のための証明手段にすぎないと考えれば足りる。もっともこのように理解しても、実際の証明活動には違いは生じない³⁷。

しかし、要件事実的にはより整理が簡明になる。すなわち、「所有の意思」が事実であると考えれば、占有者に「所有の意思があること」と「所有の意思がな

34 94条2項では「善意」について主張立証責任が第三者にあり、背信的悪意の主張では背信性を主張する側に「悪意」の主張立証責任があるとされるように、紛争類型によって、「善意」が要件となったり、「悪意」が要件となったりする。

35 浅生65頁、辻24頁

36 我妻榮『物権法』341頁、345頁（岩波書店、1930）

37 辻162頁

いこと」は両立し得ないから、占有者に「所有の意思」の主張立証責任があるとした場合、所有者が占有者には「所有の意思がないこと」を主張するのは否認である。裁判所は証拠から所有の意思を「認定」できるか否かを判断すればよい。

これに対して、「所有の意思」(のないこと)を規範的要件であるとする通説からは、他主占有権原と自主占有権原は両立し得ないが、権原と事情、あるいは事情同士は両立することがあり得る。例えば占有取得権原としては、所有権移転行為によるので、自主占有権原が認められるが、同時におよそ所有者らしからぬ振る舞いをしており、他主占有事情も認められる、という場合は自主占有なのか、他主占有なのか「評価」することは困難である。最判昭和58年は、権原と事情を並べて挙げており、矛盾する権原と事情が認められてしまう場合についての解決指針にはならない。上記最判の浅生調査官解説は他主占有権原が証明されたときは自主占有事情に優先し、自主占有権原が証明されたときは他主占有事情によって覆る可能性を認める³⁸。しかし、そもそも判例・通説の立場であれば、「自主占有権原」については占有者は証明責任を負っていないはずであり、「自主占有権原」が証明されたと積極的に認定される場面は本来的にはあり得ない(「他主占有権原は認められず、かえって自主占有権原が認められる」という消極的な認定はありうるが、主張立証責任の所在を混乱させるので好ましくないとされている³⁹)。また、その点はおくとしても「事情」などという曖昧なもので覆られるような「権原」とは何ぞや、という疑問が湧く。これは、所有の意思を規範的要件とし、占有事情をその評価基準として取り込むことによって生じる問題であると思われる。この問題点は、さらに後で詳述する。

6 無過失

さらに、短期取得時効については、「無過失」も要件とされるが、所有権の移転を目的とする権原に基づいて占有したからこそ「無過失」である、という占有者側の主張立証内容(無過失の評価根拠事実)は、「所有の意思」の間接

38 浅生79頁

39 『起案の手引き』68頁

論 説

事実とほぼ重なる⁴⁰。そして、これは「善意」の主張立証内容ともほぼ重なる。そもそも、「善意」であることについて「無過失」であったというのが論理的な流れなのであるから、通説のように善意を主張立証の対象としていないのに、無過失だけを占有者に主張立証させるのは異様である。無過失の前提として、当然「善意」が先行するのが自然であるし、「善意」の主張立証が「無過失」のそれより困難ということは考えられない。

また、通説のように所有者が、他主占有権原や他主占有事情を主張立証すべきだと考えても、その主張立証内容は無過失の評価障害事実と実質的に重なる。したがって、無過失について、独立に立証すべき場面はあまりないと考えられる。

7 占有正権原（使用貸借）の抗弁

ここまで取得時効の抗弁の要件事実を検討してきたが、ここで再び事例の検討に戻り、それ以外の抗弁を考えてみる。

請求原因事実（い）Y占有に対して、Yは、XとA=Y間の使用貸借を占有正権原の抗弁として主張することが考えられる（実際には、使用借権の権利性の弱さのため（597条）主張されることは少ないかもしれないが）。

しかし、通説のように他主占有権原を再抗弁と位置づけるなら、使用貸借の事実はそのまま時効取得の抗弁に対する再抗弁に該当する事実であり、これをYが抗弁として主張することは再抗弁の先行自白となってしまう、自滅行為となる。これも通説の問題点である⁴¹。

七 再抗弁（他主占有～使用貸借）

1 使用貸借の再抗弁と贈与の抗弁のジレンマ

これらの抗弁に対するXの対応としては、まず抗弁事実（ア）の贈与は否認することが考えられる。さらに贈与がXの面倒を見るとの負担付であるとした上で、その不履行を理由とする解除などの再抗弁も理屈では考えられるが、本稿では検討しない。

40 『諸問題』100頁

41 伊藤滋夫『要件事実の基礎』69頁（有斐閣、2000、以下「伊藤」と略）にも、このような場合に生じる問題が指摘されている。

次に、時効取得の抗弁に対しては、通説にしたがって主張整理を行えば、基本的に短期取得時効についての無過失の評価根拠事実以外は争いはなくなるだろう。その上で、Xは他主占有権原、他主占有事情の再抗弁を主張することになる。本事例では実際には他主占有権原として使用貸借の主張がまず考えられる。

一応、明示の使用貸借が主位的には主張されるであろうが、社会実態として、使用貸借契約が明示的に締結されるという例は少なく、せいぜい他人が自己の所有物を使用していることを黙認していたという黙示の使用貸借が認められるにとどまるのが通例である。そして、黙示の意思表示の立証は評価根拠事実を積み上げなければならず⁴²、相当に困難である。好意で使用を黙認してきたのかもしれない所有者にそのような困難な立証を強いて、それに成功しなかった場合（使用貸借に基づく占有なのかどうか不明な場合）には、占有者の「所有の意思」の存在を推定して取得時効を認めるという通説の立場は、公平を欠くのではないか。この結論には、通説を支持する笠井教授でさえ疑念を呈している⁴³。

しかも、明示の使用貸借の間接事実あるいは黙示の使用貸借の評価根拠事実は「①Yが長年にわたって甲地を利用していることをXが知りながら、これについて異議を唱えず、一度も明渡しや対価を請求したこともなかった」、「②YがXに所有権移転登記を請求しなかった」、「③Yが甲地の公租公課を負担しなかった」などというものとなると考えられる。ところが、①は、Yが贈与の間接事実として主張立証するであろう内容と実はほぼ同一なのである⁴⁴。Yからすると、XがYによる甲地の利用に異議を唱えなかったのは、甲土地をYに贈与したからで当然のことであるという形で、この事実を主張することになる。

このように、贈与の立証と使用貸借の立証は、その重要な部分で重なる。同様の事実の重なり合いは、例えば、占有者が主位的に売買を主張し、予備的に取得時効を主張したところ、所有者が取得時効の主張に対して賃貸借を他主占有権原として主張した場合も生じうることである。すなわち、占有者は「買った

42 『第1巻』37頁

43 笠井12頁

44 もし、Xが「他主占有事情」も主張する場合には他主占有事情の評価根拠事実とも重なる。

論 説

た」と思っているのに対し、所有者は「賃料全額前払、期間10年間の定めで賃貸した」と思っているという場合で、対価の授受について領収証などの証拠はあるが、契約書はないとする。そして、10年間占有者が所有者から異議を言われることなく、使用していたという事実を、所有者としては「賃貸期間中だから使用に異議を言わなかったのは当然である」、占有者としては「買ったのだから使用に異議を言われなかったのは当然である」という形で主張することが生じうる。

Yの立場からすれば「異議を言われなかった」というのは自己の利用を正当化する根拠として主張しやすいが、Xの立場からすると「異議を言わなかった」というのは、自らの怠慢あるいは黙認を主張するようにもとられかねず、非常に主張しづらい。通常、他人による利用に異議を唱えるべき立場の所有者が、占有者の長年の使用に異議を言わなかったと主張しなければならないとするのは不自然であり、占有者の方で異議を言われなかったと主張する方が自然である。

しかも、他主占有が再抗弁であるとする通説の立場に立つと、「異議を言わなかった」ということをXが立証すればするほど、Yの贈与の抗弁の間接事実を自ら補強することになるというジレンマに陥ることになる（証拠共通の原則）。すなわち、Xは贈与の抗弁との関係では「使用に対してXから異議を言われなかった」というYの主張を否認したいが（「異議を言った」と反論したい）、取得時効の抗弁に対する使用貸借の再抗弁との関係では「Yに異議を言わなかった」と自ら主張立証しなければならないという状況に置かれてしまうのである。

しかも、例えば所有者としては、単に不成立・不存在（主位的請求との関係では否認になる）又は無効や取り消された（同じく抗弁）売買契約や贈与契約に基づいて、本来引渡義務がないにもかかわらず、誤って目的物を引き渡してしまっただけで、明示にせよ、黙示にせよ使用貸借契約を締結したわけではない、と考えているような場合に、他主占有権原として無理矢理使用貸借の主張をしなければならず、それを立証できなければ敗訴するというのは酷すぎる。そして、これを避けるためには、判例・通説によれば、より内容の不明確な「他主占有事情」を主張立証するしかない。

むしろ所有者としては、売買契約は無効と考えていたからこそ、引渡しはしてしまったものの登記は移転していなかったのであるとか、公租公課は当然登記名義のある所有者に課されているであろうから、これを負担していた、など自分の自主占有の方がまだしも主張しやすいし、証拠提出も容易であろう。これは契約が不成立・無効等で所有権が移転していないという主張であるから、「自主占有事情」ではなく「自主占有権原」の主張である。

占有者・所有者いずれも自ら所有者として支配する意思があった、という場合には、占有者の自主占有と所有者の自主占有は両立しうる（ただし、所有者は間接占有となる。）。所有者に「所有の意思」があるからといって、占有者の「所有の意思」の存否とは直接には関係がない。所有者の自主占有の主張は、抗弁でも否認でもない。しかし、事実上、所有者の自主占有の要素が強くなれば、占有者の自主占有の要素は弱められる関係にあるであろう。

このように所有者に占有者の他主占有を主張立証させるより、占有者に自らの自主占有を主張立証させ、所有者も自らの自主占有を主張立証する方が自然である。すなわち、占有者・所有者いずれもが目的物を所有の意思を持って支配していたと主張立証し合うのが正常な感覚であろう。所有者は、自らの自主占有の主張立証によって、占有者の自主占有の立証を妨げるのである。もちろん、占有者の自主占有の主張に対して、所有者が他主占有の反論をすることもあろうが、これは藤原説では理由付否認にすぎないことになる。所有の意思を主要事実ととらえる以上⁴⁵、立証命題は占有者にこれがあるかないかだからである。占有者の自主占有の間接事実と両立する別な間接事実を、他主占有を推認させるために主張することは抗弁ではなく、間接反証に過ぎない。

なお、占有者に「所有の意思」の主張立証責任を負わせつつ、所有の意思を規範的要件とする立場も考えられなくはない。この立場であれば、所有者の自主占有権原・事情として主張される具体的事実、例えば売買契約の無効原因が、占有者の自主占有の評価を障害する事実として再抗弁の主要事実となると考えられる。これは結局、主位的な抗弁である売買に対する再抗弁と内容は一致する。

45 『時効と占有』124頁

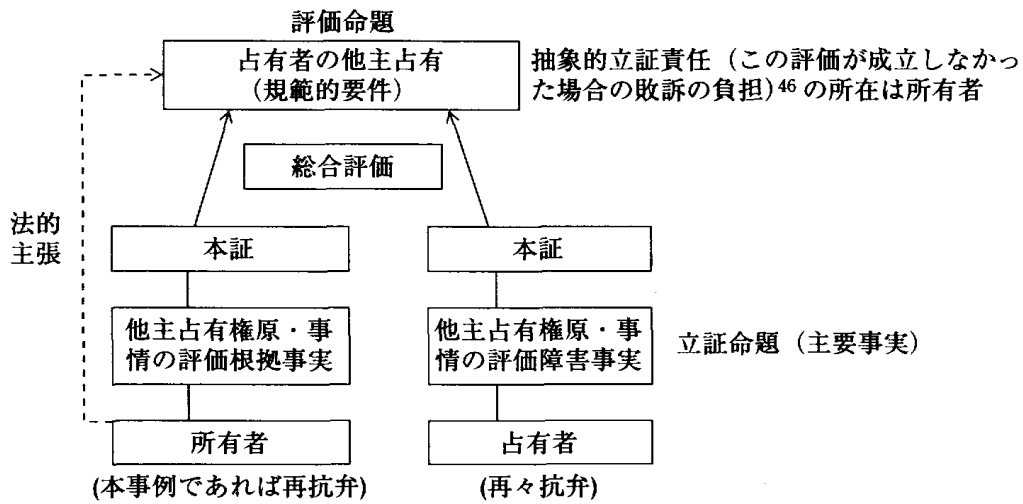
論 説

これまで述べたことを図解すると概ね以下のようなになる。藤原説の方が、明らかに単純明快である。

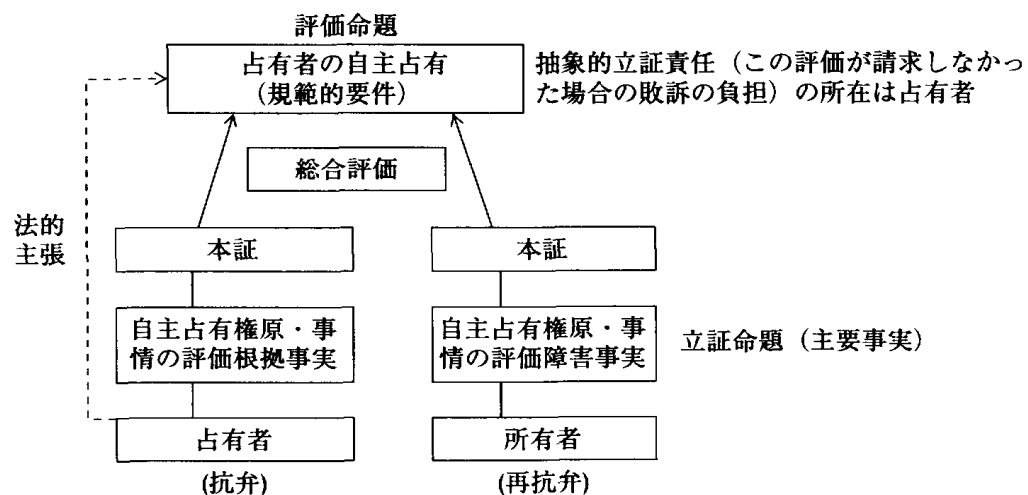
図 2

通説

(所有の意思を規範的要件としつつ、民法186条1項による証明責任の転換を認める立場)



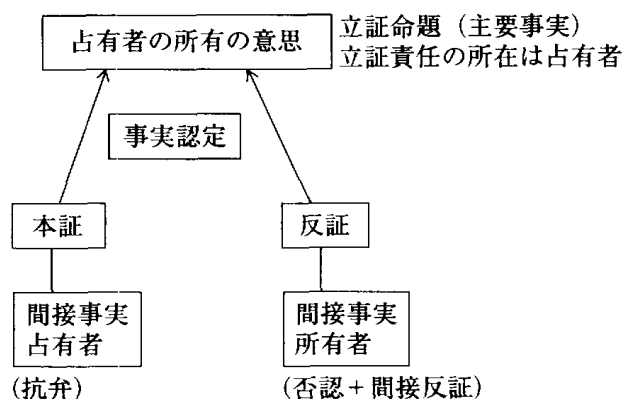
所有の意思を規範的要件としつつ、186条1項による証明責任の転換を認めない見解



46 笠井10頁

藤原説

(所有の意思を事実とし、186条1項による証明責任の転換を認めない見解)



2 ジレンマの解決

通説を採用した場合に生じるジレンマ、すなわち他主占有の再抗弁を主張立証すると、Yの贈与の抗弁を補強してしまうという状況からXを救済するためにはどうしたらよいか。答えは単純で、自主占有の主張立証責任をYに負わせればよいのである。そして、それがYにとって特に新たな負担を増すものではないことは前述したとおりである。

なお、占有者の所有の意思の存在の主張責任は占有者にあるが、不存在の立証責任は所有者にあるというように、主張責任と立証責任を分離する解決法も考えられるが⁴⁷、ここでは、わざわざ主張立証責任を分離しなくても、主張立証責任いずれも占有者に負わせる方が、問題の簡明な解決になる。

このようなジレンマに今まで十分目が向けられてこなかったのは、贈与等の主張と、時効の主張を個別的に検討し、それぞれの要件事実を分断的に分析する思考によるものと思われる。しかし、紛争の実態に目を向ければ、上記のとおり、自主占有を占有者に主張立証させることが、合理的かつ公平と考えられる。民法186条1項は、占有は所有の意思に基づくことが多いという経験則を法規化したにすぎず、主張立証責任を転換するものではないとする藤原説は、紛争解決の実態に適した妥当な見解といえよう。

47 『第1巻』28頁。主張責任と立証責任の分離を認める見解として、並木茂『要件事実原論』105頁（悠々社、2003）、前田達明「主張責任と立証責任について」民商129巻6号794頁。

論 説

以上のように、自主占有を占有者に主張立証させれば、「長年使用してきたが、所有者から異議を言われなかった」という占有者としてはごく自然な主張立証を、贈与等の主張の関係でも、時効取得の主張の関係でも同様にすればよいことになる。これに対して、所有者が「異議を述べた」と主張するのは贈与・時効取得いずれの主張の関係でも積極否認になる。

なお、このように考えると、「異議がなかった」という消極的事実を占有者に立証させることになるが、消極的事実だからといって立証困難とは一概に言えない⁴⁸。一般的には、長年平穩・公然に占有を継続できているということは、所有者を含む他人から占有に対する異議を言われていないからと考えられるので、その旨の事実上の推定が経験則上働く。もし、所有者が真剣に異議を述べていたのであれば、書面で述べるなり、第三者に仲介を依頼するなりし、証拠が残されていることが多いと考えられ、これらの証拠を提出して反証することも困難ではないはずである。そのような証拠がない場合には異議が述べられてはいなかったと推定することは経験則にかなうものといえよう。

3 想定事例への当てはめ

想定事例に藤原説を適用してみる。まず、異議が述べられていないという事実に加えて、「Xが甲地をA・Yにくれると言った」「Xが第三者に、甲地はA・Yにやったものだと言っていた」などという事実が、仮にあるのであれば、これと併せて贈与を認定することも可能と思われ、その場合は、時効については判断するまでもないであろう。しかし、概して、このような紛争になっているケースで贈与が認定できることは少ない。

そこで、時効取得についての検討に入ることになるが、「異議なく長年使用」という事実に加えて、「Y（及びA）が公租公課を（納付名義はともかく実質的に）負担をしていた」、「Aの死亡後も、Yが公租公課の負担を申し出た」、「YがXに登記の移転を求めたことがある」などという間接事実と併せて、Yの「所有の意思」を認定できるかが問題となる。

これに対して占有開始原因が、使用貸借（黙示も含む）であるなどとXが主

48 松本博之「要件事実論と法学教育（1）」自由と正義54巻12号109頁

張しても、それはYの自主占有に対する理由付き否認にすぎない。「Yが1997年以降公租公課を負担してこなかった」、「Yが、Xに対して、強力かつ継続しては所有権移転登記を求めなかった」などという事実は自主占有の推認を妨げる間接事実であり、その立証は、間接反証である（これらは通説であれば他主占有事情に該当する具体的事実＝主要事実である）。

本事例に現れている間接事実からは「所有の意思」の存在は認定できるように思われる。

4 他主占有事情の問題点

ここで、「他主占有事情」という概念について改めて問題点を検討したい。「他主占有事情」という概念を正面から認めたのは、最判昭和58年であるが、これは内容が曖昧で、いろいろと問題を含む概念のように思われる。

最判昭和58年は「所有の意思のないこと」の評価根拠事実として「他主占有権原」と「他主占有事情」を併記する。しかし、よく考えてみると、この二つは性質がかなり異なる。すなわち、「他主占有権原」は「その性質上所有の意思のないものとされる権原に基づき占有を取得した事実（最判昭和58年）」であるから、事実そのものと考えられる。これに対して、「他主占有事情」は「占有者が占有中、真の所有者であれば通常はとらない態度を示し、若しくは所有者であれば当然とるべき行動に出なかったなど、外形的客観的にみて占有者が他人の所有権を排斥して占有する意思を有していなかったものと解される事情（同上）」であり、単純な事実ではない。例えば、最判平成7年12月15日民集49巻10号3088頁（以下、「最判平成7年」という）は、様々な具体的な事実を列挙した上で、これらの「事実をも総合して考慮するときは、占有者が所有権移転登記手続を求めなかったこと及び固定資産税を負担しなかったことをもって他主占有事情として十分であるということとはできない。」と結論づけている。これは、他主占有事情は、様々な事実を総合して判断される「評価」であることを前提としているものと考えられる。

すなわち、「他主占有権原」は証拠によって認定される「事実」であるのに対し、「他主占有事情」は個々の具体的な事実を総合してなされる「評価」すなわち規範的要件であるように考えられる。占有事情はまさに「事情」なのであっ

論 説

て、正当事由のような評価概念ととらえるのが自然であろう。とすると、他主占有事情そのものは主要事実ではなく、その評価を基礎づける評価根拠事実が主要事実となる。もちろん、これに両立する評価障害事実も考えられる⁴⁹（上記図2では、「占有権原」と「占有事情」のこのような違いは捨象している）。

このように考えると、例えば「占有者が公租公課の負担を申し出なかった」という具体的事実は、明示の使用貸借契約の存在を推認させるという意味では他主占有権原の間接事実と見られるが、他主占有事情との関係では評価根拠事実、すなわち主要事実となる。同じ事実について、一方の主張の関係では弁論主義の適用があり、他方ではないというのは奇妙ではないか。自白の撤回が一方の主張の関係では認められ、他方では認められない場面が生じるなど、実際の訴訟でも問題が起こりうる。

また、評価根拠事実と評価障害事実を総合して他主占有事情があるとの評価がされ、さらにそこから所有の意思がないとの評価がなされることになるが、このような二段階の評価をすることに問題はないだろうか。

さらに、司法研修所説では、黙示の意思表示については、これを基礎づける個々の具体的な事実（長年異議を言わなかった等）が主要事実であり⁵⁰、「黙示の使用貸借」は評価概念であるとされる。そこで、他主占有権原として黙示の使用貸借が主張される場合を考えてみると、黙示の使用貸借（これは他主占有「権原」）の評価根拠事実（主要事実）は、明示の使用貸借契約の間接事実（及び他主占有「事情」の評価根拠事実）とほとんど重なると思われる。したがって、明示の使用貸借と黙示の使用貸借が並列して主張された場合にも上記と同様に、同一の事実が主要事実とも間接事実ともなるという問題が生じる。

さらに、通説によれば「所有の意思のないこと」は評価概念とされるから、この黙示の使用貸借は「所有の意思のないこと」の評価根拠事実（主要事実）ということになる。しかし、他主占有事情の場合と同様にそもそも評価概念である黙示の使用貸借が、同時に主要事実になるという二重構造も奇妙ではないか。二段階の評価を経ることになってしまい、認定される事実と評価のつなが

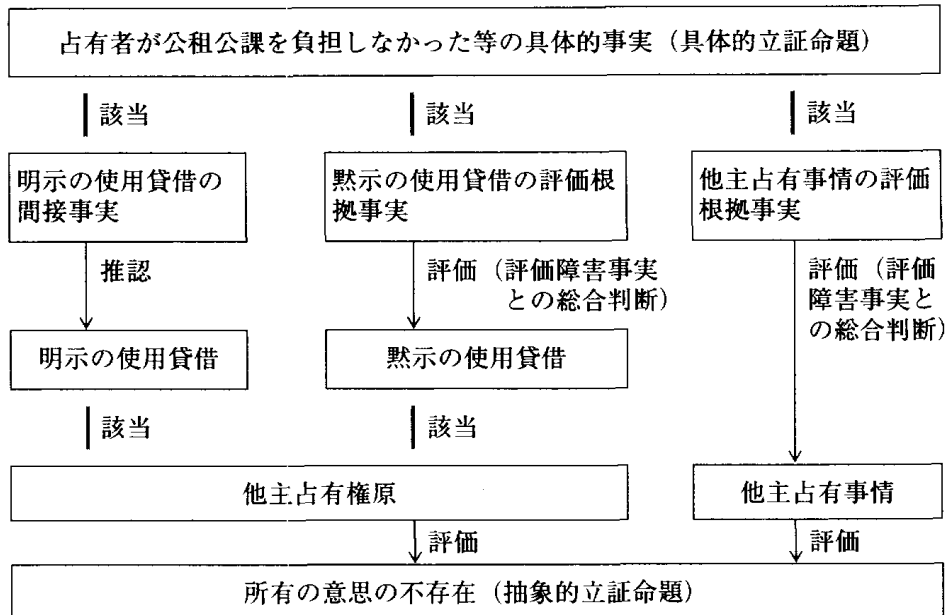
49 この点を明確に論じた文献は見つけられなかった。

50 『第1巻』39頁

りが遠くなりすぎないだろうか。

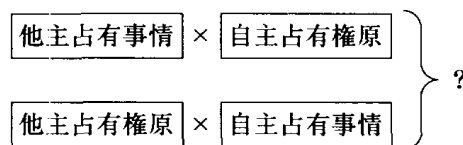
以上述べたことを図に示すと、図3のとおりである。

図3



また、占有権原と別に占有事情による所有の意思（の不存在）の評価を認めると、前述のように、他主占有事情と自主占有権原の双方が、あるいは自主占有事情と他主占有権原の双方が立証された場合はどう判断するのも不明である⁵¹。

図4



さらに、他主占有事情の内容として、最判昭和58年以降、占有者が所有権移転登記を求めなかったこと、公租公課の負担を申し出なかったことがほとんど決め手であるかのように扱う下級審の傾向に対して、最判平成7年及び最判平成8年11月12日民集50巻10号2591頁（以下「最判平成8年」という。）が、こ

論 説

のような占有者の態度は、所有者との人間関係によっては必ずしも異常な態度とはいえず、これらの事実があっても直ちに他主占有事情が認められるものではない、という判断を示し、「混迷」を「修正」したとされる⁵²。しかし、それでは具体的にどのような事情あれば他主占有事情が認められるのかが示されたわけではなく、事実審裁判官の悩みはますます深まったとしか思えない。

これらの問題が生じる原因は、①所有の意思をあえて規範的要件ないし評価概念ととらえ、②その所有の意思の不存在の（抽象的）主張立証責任を取得時効を争う側に負わせるという実務感覚に反する分配をした上で、③その立証を他主占有事情という曖昧な概念によって認めるという見解が結びついたことにあると考えられる。とすると、これらの要素を見直して、整理することで問題は解決できるのではないかと思われる。

八 問題の解決

1 規範的要件拡張の否定

ここで、評価・規範的要件の範囲を広げすぎることの問題点を指摘しておきたい。

時間の経過のように明らかな事実以外の、たいていの法律要件は、評価を伴うといえなくはないのであって、規範的要件化しようと思えばすることはできる。間接事実からの推認は全て評価であるということもできるし、金員交付や意思表示を記載した書面の到達なども、一般的には事実ととらえられているが、微妙なケースでは、ある社会的事実がこれらに該当するかどうかは評価の問題であるということもできるからである⁵³。規範的要件と事実の線引きはそれほど明確なものではない。評価を伴う事柄であるからといって、それを直ちに規範的要件として扱う必然性があるわけではない⁵⁴。

それなのに、法律要件をどんどん規範的要件化すると、従来の間接事実が主要事実化し、弁論主義の範囲が広がり、主張立証の対象が不明確に拡散する。

52 三村量一『最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（下）』945頁（以下「三村」と略）

53 伊藤120頁

54 伊藤滋夫「民事占有試論（下）」ジュリスト1060号90頁（1995）

そうすると何でもかんでもとりあえず主張しておくという当事者の訴訟追行を助長しかねないし、裁判所としても細かく釈明しなければならず、訴訟が無用に精密化し、争点が拡散し、長期化する不都合が生じる。

また、規範的要件では、評価根拠事実に対して、評価障害事実が常に対となって主張できることになり、いずれもが主要事実ということになり、反証ではなく、本証としての立証責任の対象となる。これでは立証の対象が広がりすぎ、立証内容も細かくなりすぎる。

また、評価障害事実に対しては、評価障害障害事実が成立するはずである。例えば、「占有者が公租公課を負担していなかった」という事実は他主占有事情の評価根拠事実にとされるが、「負担を申し出たことはある」という事実は、これと両立する評価障害事実である。さらに、これに両立する「申し出は断った」という事実は評価障害障害事実である。さらに「所有者が申し出を断ったのは、占有者が所有者の家事援助などをしていたため、公租公課相当額をその見返りとして所有者が占有者に贈与する趣旨で、代わりに納めたからである」というのは評価障害障害障害事実といえるのではないか。

このように規範的要件に関しては、煩瑣な評価根拠事実と障害事実の連鎖が生じうる。そのくらいであれば、これらを全て間接事実として、要するに「所有の意思」の有無が主要事実として主張立証の対象となるとするのが簡明ではないか⁵⁵。伊藤教授が、「(事実か評価か) 判断に苦しむ場合の最終的基準は、訴訟による民事紛争の適性迅速な解決という点に求めざるを得ない」と指摘されているとおりで⁵⁶。

よって、「所有の意思」は短期・長期取得時効を問わず、内心の意思という事実そのものであるととらえるべきである⁵⁷。

ほかにも、例えば、「平穏・公然」あるいは「強暴・隠秘」を規範的要件と

55 松本68頁。松岡久和「物権的請求権」大塚直ほか編『要件事実論と民法学との対話』206頁

56 伊藤117頁

57 185条は、本来は内心的意思説を前提に規定されものとのことであるが(辻161頁)、このことも所有の意思を主要事実と考える根拠となりうる。

論 説

する見解があることについては前述したが、これも「一般的・抽象的概念」⁵⁸とはいえ、規範的要件と考える必要性はなく、具体的事実そのものと考えてよいと思う。

「占有」についても同様に規範的要件と解する見解もある⁵⁹。たしかに間接占有の場合などには評価を伴う場合もあり得るが、だからといって必ずしも規範的要件と考える必要はない。一定の間接事実によって間接占有を含む「占有」の事実、すなわち「客観的にみて明確に当該不動産を排他的に支配する状態」⁶⁰を推認することは可能である。そもそも、占有を事実とみるからこそ、現在＝口頭弁論終結時の占有の主張立証が求められるのであり、そうでなければ所有権のように過去の一定時点の占有の取得を主張立証すれば足りるはずである⁶¹。

結局、取得時効の要件のうち、評価概念ととらえるのは「無過失」だけでよいと思われる。

2 短期取得時効

「所有の意思」を事実ととらえた上で、次にその内容についてであるが、短期取得時効については、不動産取引の安全の保護という制度趣旨から、「所有の意思をもってする占有」は、「所有権の移転を目的とする法律行為によって、又はこれに関連して取得された占有」であると解すべきである⁶²。

原則的に、占有開始原因となった権原が、売買・贈与等の所有権移転原因となる法律行為による場合に自主占有を限定するのである。占有者側で、売買・贈与等の法律行為の成立あるいは少なくともその外形の存在を主張立証できなければ、取得時効は認めない。買い漏らし事案や境界

58 「第1巻」30頁

59 笠井18頁

60 最判昭和46年3月30日集民102号371頁・判時628号52頁

61 松本64頁

62 「時効と占有」98頁。辻71頁は自主占有権原は「所有権の移転を目的とする法律行為に限り」、侵奪や相続を除外する。侵奪を除外する点は賛成だが、相続については本文のとおり例外を認めたい。

誤認事案のように、本来売買の対象になっていなかったのになっていると誤想して占有を開始した場合や、有効な売買契約などが締結されたような外観があったが、実は不成立又は無効であった場合は「関連して」に含める。対象を誤想したり、不成立又は無効なのに有効に成立したと誤信したりした点については、その程度について「無過失」の評価の際に考慮すればよい⁶³。

なお、侵奪の場合は、そもそも悪意なのでその点で短期取得時効の対象にならないが、「法律行為」によらないという点でも排除される。

このように、短期取得時効の制度趣旨からすれば、占有者側の事情によって所有の意思を認定するということは本来はあり得ない。占有者が、公租公課を負担してこなかった、所有者に所有権移転登記を求めなかったなど、通説では他主占有事情として挙げられてきた事実の主張立証は、自主占有に対する間接反証である。すなわち、占有が「所有権の移転を目的とする法律行為によって、又はこれに関連して取得された」という事実（間接事実 a）から、所有の意思による占有であるという事実（主要事実 A）を推認することを妨げる、間接事実 a と両立する別個の間接事実 b だからである⁶⁴。

また、占有開始原因が、使用貸借（黙示も含む）などの他主占有権原であるとの主張は、自主占有権原の理由付否認にすぎない。

ただし、例外として、占有開始が、相続による場合を認めなければならない。この場合は、「所有権の移転を目的とする法律行為」は存在しないが、善意無過失の相続人を一定の場合には保護する必要は認めざるを得ない⁶⁵。そこで、他主占有者の相続人が相続によって占有を開始した場合でも、「真実自己の所

63 草野110頁は、瑕疵ある取引行為による占有は短期取得時効の保護の対象外とするが、短期取得時効の制度趣旨を取引の安全保護とする以上、瑕疵ある取引による占有も占有者が無過失であれば保護してよいと考える。

64 新堂524頁

65 藤原教授は、他主占有者の相続人が何年占有を継続しようと取得時効によって所有権を取得することはできない、としても別に酷でも何でもない、という考え方を示しておられるが（『諸問題』140頁）、やや厳しすぎるように感じる。

論 説

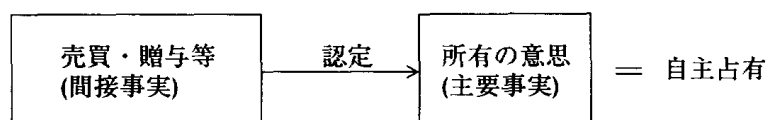
有と信じて占有を継続し、しかもそのように信じたことが合理的であると認められるような外形的・客観的の事情が存在し⁶⁶、さらに「占有者において自分が所有者であり返還義務を負っていないということを積極的に示す態度・行動をとり、これが占有をなさしめた者＝原所有者に直接に向けられたもの」⁶⁷であれば、「表示」(民法185条)によって、占有の性質が自主占有に変更されたと認めてよいと考える⁶⁸。

相続はそもそも権原とはいえず、「自主占有事情」があったからといってそれが「権原」に転換するはずもないから、「新たな権原」ではない(民法185条)⁶⁹。所有の意思を主要事実と解する私見によれば、上記の外形的・客観的の事情という間接事実によって「所有の意思」が認定され、さらにその所有の意思が「表示」されることによって、占有の性質変更という効果が生じるのである。この外形的・客観的の事情(間接事実)を「自主占有事情」と呼んでもよいのであるが、「占有事情」は評価根拠事実(主要事実)を指すという考え方との混乱を避けるためには、あえてそう呼ばない方がよいと考える。

また、相続人の「所有の意思」を、請求原因事実とすると、被相続人の他主占有権原の主張が抗弁となり、表示は再抗弁となると考える。詳しくは、後掲のブロックダイヤグラム(図8)の説明で述べる。

図5

所有権移転を目的とする法律行為及びこれに関連して占有が取得された場合



66 『諸問題』146頁

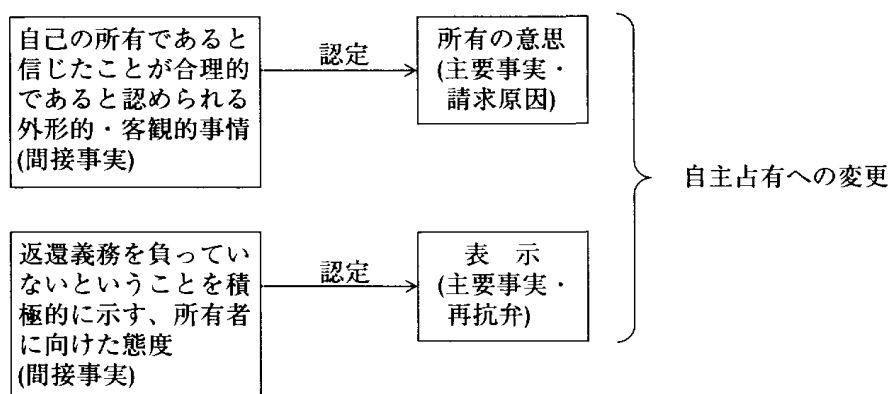
67 辻208頁。どのような場合に「自主占有事情」や「表示」を認めるかについては、辻209頁以下に詳細に検討されている。それによれば、従来自主占有への変更が認められた判例・裁判例のうち多くは、否定すべきであったとされる。

68 田中整爾『占有論の研究』178頁以下(有斐閣、1975)同旨。藤原説も結論は同旨であるが、理論構成については保留されている(『諸問題』147頁)。

69 本稿では詳細に論じられないが、相続を「新権原」と認める最判昭和46年11月30日民集25巻8号1437頁には賛成できない。

図 6

他主占有者の相続の場合



この場合、占有者側に自主占有の主張立証責任はある。この点は、判例（最判平成8年）も同旨である。判例も、他主占有者の相続人の占有については「所有の意思」によるとの推定はしていないのであるから、このような場合は186条1項の推定を除外していると考えられる⁷⁰。なお、自主占有者の共同相続人の一人が単独占有していた場合についても同様に、外形的・客観的事情によって推認される単独所有の意思とその意思を他の相続人に表示することによって、他の相続人の相続分について他主占有から自主占有に変更されると考えてよいと思う⁷¹。

草野教授は、相続による占有取得の場合に短期取得時効を認める藤原説を、既成事実尊重主義に対する妥協として批判される⁷²。

しかし、例えば、想定事例のYが、Aの生前は独立の占有がない占有補助者に過ぎず、Aの死亡後に自ら占有を開始したとみる場合、このような善意無過失の相続人に短期取得時効による保護を一切与えないのは酷な場面もあるのではないか。仮に、Aの生前の占有が他主占有であったとしても、Aの死亡後、YはXに対して公租公課の負担や登記の移転を申し出ており、「所有の意思」の「表示」がなされたとみることにもできる。公租公課は結局Xに負担してもらったとはいえ、逆にXの身の回りの世話をしているのであり、実質的にXだけ

70 辻133頁

71 辻教授はこの二つを「同一平面でとらえるべきではない」とされる。辻259頁。

72 草野「書評」155頁、同「占有と取得時効」『現代判例民法学の理論と展望・森泉章先生古稀祝賀論集』165頁。ただし、草野教授も長期取得時効については肯定する。

論 説

に負担を負わせたとは評価できない面もある。

したがって、上記の要件を満たすような場合には、Yの占有について自主占有への変更を認め、短期取得時効の成立を認めてもよいのではないか。

ただ、いずれにせよ、短期取得時効については、民法186条1項が登場する場面は少ないと思われる。

3 長期取得時効

長期取得時効については、取引の安全の保護が制度趣旨ではないから、占有開始原因を取引行為に限定することはできない。そもそも、長期取得時効の場合は、占有開始が20年以上前なのであるから、占有開始原因が所有権移転を目的とする取引行為であったという「権原」の主張立証は困難なことも多いであろう。

取引行為は前提とせずに「占有者が同時に所有者であるに相違ないとの強い推定を生ぜしめるような占有」が「所有の意思をもってする占有」といわざるを得ない⁷³。結局は20年間の長期にわたる占有がそのような占有ということになる。

占有開始があまりに古くて、占有開始原因が何であったか不明という場合、そのように長期にわたる占有者は、所有権取得原因となる法律行為や相続の事実立証できなくとも、真の所有者である蓋然性が高い。その経験則を法規化したものが民法186条1項である。

したがって、まさにこのような占有者を保護するのが、186条1項の本来の場面である。ただし、藤原説では同条はあくまで主張立証責任を転換するものではないと解するので、この場合も「所有の意思」の主張立証責任は占有者側にある。したがって、占有者は少なくとも自主占有の主張はしなければならない。ただし、立証は「20年間所有者として使用収益してきた」ということを占有者自身又はその周囲の者が陳述する以外ないこともあるであろう。このような場合、時効を争う側で反証ができれば（占有者の自主占有を真偽不明まで持っていけば）、時効取得は認められないことになるが、占有開始があまりに古

73 「時効と占有」104頁

(龍法 '08) 40 - 4, 298 (1118)

いときには、時効を争う側でも反証は困難であろう。

よって、結果として、186条1項に規定された経験則（すなわち、占有者は通常所有の意思があるという経験則）による推定によって、取得時効の成立が認められることになる。この解決は、まさに立証困難に陥った真の所有者（と思われる者）の保護という長期取得時効の制度趣旨に合致する⁷⁴（このような場合に、短期取得時効が形式的にはともかく、真剣に主張されることはないだろう。占有開始がいつかも分からないような場合に、占有開始時の善意無過失など主張立証しようがないし、たいてい占有が長期間に及ぶだろうから、短期取得時効を主張する実益もない）。

結論として、長期取得時効については、占有者は20年間にわたる占有を主張立証している限り、所有の意思については主張さえしておけば通常はさしたる立証はしなくとも足りるといってよい。

4 藤原説の若干の問題点

藤原説は、長期取得時効については「善意」を中心に、短期取得時効については「権原」によって、「所有の意思」を判定すべきとしているが⁷⁵、この考え方によると、長期取得時効についても「善意」が要件となり、これを占有者が主張立証すべきということになりそうである。

しかし、この見解は、長期取得時効について法文上不要とされている「善意」を要件とすることにほかならないが⁷⁶、これは長期取得時効は、証拠をなくした真の所有者保護のための制度であり、取引の安全保護ではないから善意・無過失は不要という藤原説の立場⁷⁷と矛盾するよう感じられる。

さらに、藤原説は「善意」について、単なる主観ではなく、これを裏付けるべき外形的客観的事情が必要であるとされており、いわば主観説と客観説の折衷説というべき内容である。そして、長期取得時効について、一定の間接事実を積み重ねたものの、贈与の事実立証できず、その程度の間接事実で所有権

74 辻69頁

75 『諸問題』97頁以下

76 『諸問題』102頁

77 『諸問題』140頁

論 説

を取得したと誤信した、というときには「善意を裏付けるべき外形的客観的事実が存在しない」から、「所有の意思を否定」と述べられている⁷⁸。しかし、これは悪意占有＝他主占有という考え方のように思われる。

このような藤原説の解釈の背景には、そもそも悪意で占有している者（あるいは軽率に誤信した者）が、いかに長期間占有しようと所有権を取得することになるのはおかしい、という価値判断があるように窺われる。その価値判断を実現する方策として、長期取得時効では「悪意」という理由では時効取得を否定できないため、「所有の意思」を否定しようとしているのではないかと思われる。

たしかに、所有の意思は認められるものの、悪意である占有者に時効取得を認めるべきではないという価値判断には頷けるものがある。例えば、他人物を買ったと認識しながら、売主が所有権を取得をしたか確認せず、登記もしないままにいた者に時効取得を認めて、他人物売買が行われたということも知らなかった真の所有者が占有をしていなかったというだけで、所有権を失うことが妥当とは考えにくい。また、売買契約が公序良俗違反で客観的に無効であり、買主もそれを知っていたが、売主が契約の無効を主張しないで、目的物を引き渡したのでそのまま占有を継続したような場合は、占有取得原因行為が売買であるから占有者には所有の意思が認められるが、その売買契約によって自己に所有権が移転していないことについては悪意である。このような者が積極的な保護に値するとは言にくい。

しかし、その価値判断を実現するために、「所有の意思」を否定するという解釈をとることには無理があると思われる。

そもそも、このような場合は、真の所有者や無効な売買の売主も権利の上に眠っていると言えよう。「権利の上に眠れる者は保護しない」ということを取得時効の制度趣旨として挙げることに對する批判もあるが⁷⁹、このように権利回復の努力をせず、他人が自己の所有物を占有している状態を長期間放置した者が権利を喪失するとすることは、権利行使を一般に促し、外形と権利を一致させる効果がある。このような場合の占有者も、悪意とはいえ、権利者が状況

78 『諸問題』98頁

79 草野9頁

を20年間も放置しているのであれば、もはや権利行使する意思がないと期待してもやむを得ないだろう。仮に占有者が、詐欺によって所有者との売買契約を締結したような場合であっても、被欺罔者が詐欺を知りながら、20年間、取消権を行使せず、あるいは取消権行使後時効中断措置をとらずに平穩に経過した場合は、所有者が何らかの理由によって、その状態を甘受しているとみられても致し方ないのではないか。不法行為による損害賠償請求（民法724条）や取消権の行使（民法126条）も20年間経過すればできなくなることとの均衡からも、このような場合は占有者を保護してもよい場合もあると考える。

結局、占有者が悪意であったり、悪意と同視できる程度の重過失があるような場合でも、原則として長期取得時効は認めざるを得ないが、例外的に悪意・重過失の程度が甚だしい場合（公序良俗違反の程度が著しいとか欺罔態様が極めて悪質であったなどという場合）には、時効援用の意思表示自体を権利の濫用（民法1条3項）として排斥することで妥当な結論を導くほかはないであろう。故意に不動産を侵奪した者が時効を主張するのは「盗っ人猛々しい」との形容がふさわしいのであり、権利濫用と認められることが多いであろう。もっとも、侵奪者は平穩・公然の要件に欠けるために取得時効が認められないことも少なくないと思われる。

また、藤原説は、長期取得時効における「所有の意思」について、占有者が主観的に自らを所有者と信じたというだけでは足りず、「占有に関する外形的客観的事情の存在によってそれが裏打ちされていることが必要」とし、いわば「客観に裏付けられた主観」と折衷説的に解する。しかし、この点も、結局客観的事情がなければ主観的に所有の意思があっても認められないということになり、主観説であるはずなのに、ほとんど客観説と同じ内容になってしまう点、20年前の客観的事情の立証は困難と思われ、その困難を救済するという長期取得時効の制度趣旨を没却してしまう点で問題があるように思われる。実際、贈与などを裏付ける客観的な事実を立証する証拠は不十分でも、真実贈与を受けているかもしれないのである。

したがって、私としては、長期取得時効についての所有の意思の判断は、「善意」を持ち込まず、長期間の占有それ自体から、所有の意思（主観的事実）を推認するものと解したい。

論 説

九 まとめ

以上論じてきた、藤原説に若干の修正を加えた私見をまとめると、以下のようになる。

- ① 所有の意思は主観的な意思と理解する（ただし、立証は、下記④、⑤のとおり客観的事実によってなされる。）。
- ② 所有の意思は規範的要件ではなく事実である。
- ③ 所有の意思の主張立証責任は取得時効を主張する者にある。
- ④ 短期取得時効については所有の意思は、「所有権の移転を目的とする法律行為によって、又はこれに関連して取得された占有」である場合にのみ認める（他主占有者の相続人の占有が「外形的・客観的事実」と「表示」によって自主占有に変更する場合は例外）。
- ⑤ 長期取得時効については、20年間以上の占有自体によって、所有の意思が経験則上推定される。
- ⑥ 取得時効を争う者が、取得時効を主張する者の所有の意思の反証に成功し、真偽不明となった場合、所有の意思の存在は認められない。
- ⑦ 平穩・公然、善意、占有継続についても時効取得を主張する者に主張立証責任がある。

以上のいずれも、現在の判例・通説の基本枠組みにことごとく反しており、あまりに無謀な見解に見えるかもしれない。

しかし、私見は、実際の裁判の場面における主張立証の実態には即しており、図8でも示したように主張立証責任の分配が簡明になるというメリットがある。さらに、こう解することによって、所有者が占有者の他主占有を立証できない限り、時効取得が認められてしまうという違和感⁸⁰も解消できる。

80 笠井12頁注22

(龍法 '08) 40 - 4, 302 (1122)

そもそも所有の意思の立証は、これを客観的にとらえるのであればもちろん、主観的にとらえるとしてもその認定は客観的な権原や事情によってなされる。したがって、占有者に所有の意思を立証させることは何ら困難を強いることではない⁸¹。それなのに、これをわざわざ推定しなければならない理由自体薄弱であり、民法186条1項は存在意義に乏しい規定といわざるを得ない。私見は、明文規定を無視するものとの批判も考えられるが、例えば民法162条の「他人の物」のように明文によって定められている要件を判例・通説が無視している例もあるし、民法478条のように条文にない「無過失」という要件を判例・通説が解釈によって付加してきたために、条文そのものが改正された例もある⁸²。

これらに比べれば、民法186条1項を経験則の明文化にすぎないとみるくらいはたいした問題ではない。紛争をより合理的に解決できる解釈を採用すべきである。それに、民法186条1項はこの条文がなくとも同じような経験則が適用されるであろうが、経験則の適用について裁判官に注意喚起を促すという点で、経験則の明文化にも意味がないわけではない。また、私見でも、長期取得時効の場合を中心に民法186条1項の存在が一定の意義を有する場面もあるのであって、全く同条項を排除するわけではない。

最後にまとめてとして、占有者が時効取得を請求原因として主張する場合の、通説（司法研修所説）と私見それぞれによるブロックダイヤグラムを示す。

81 浅生71頁も、客観説に立つ場合について、所有の意思の立証は何ら困難ではなく、立証困難のため推定規定があるとの説明は成り立たないとする。

82 最判昭和37年8月21日民集16巻9号1809頁、平成16年法147による改正。

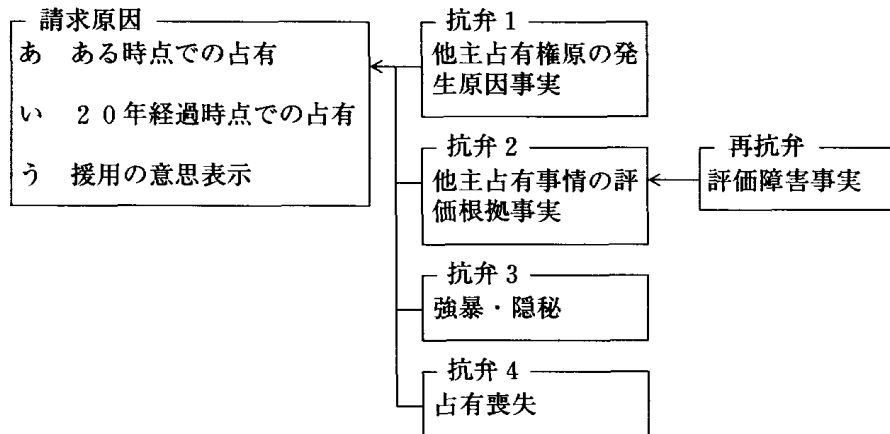
論 説

図 7

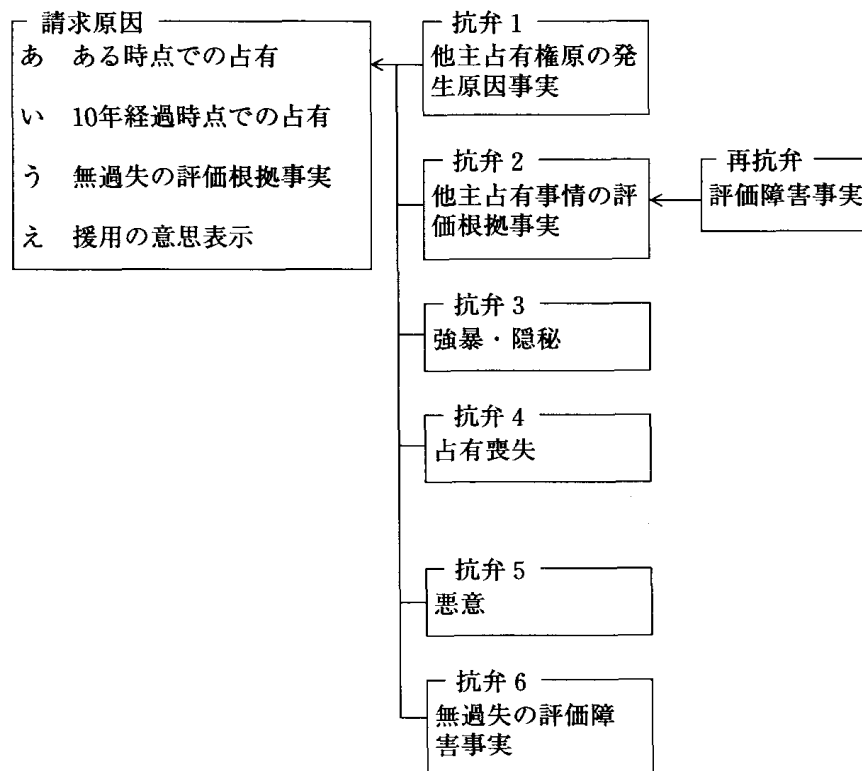
通説（司法研修所説）によるブロックダイヤグラム

（他主占有の抗弁については権原は事実、事情は評価として整理した。強暴・隠秘、占有は評価ではなく事実とした。）

長期取得時効

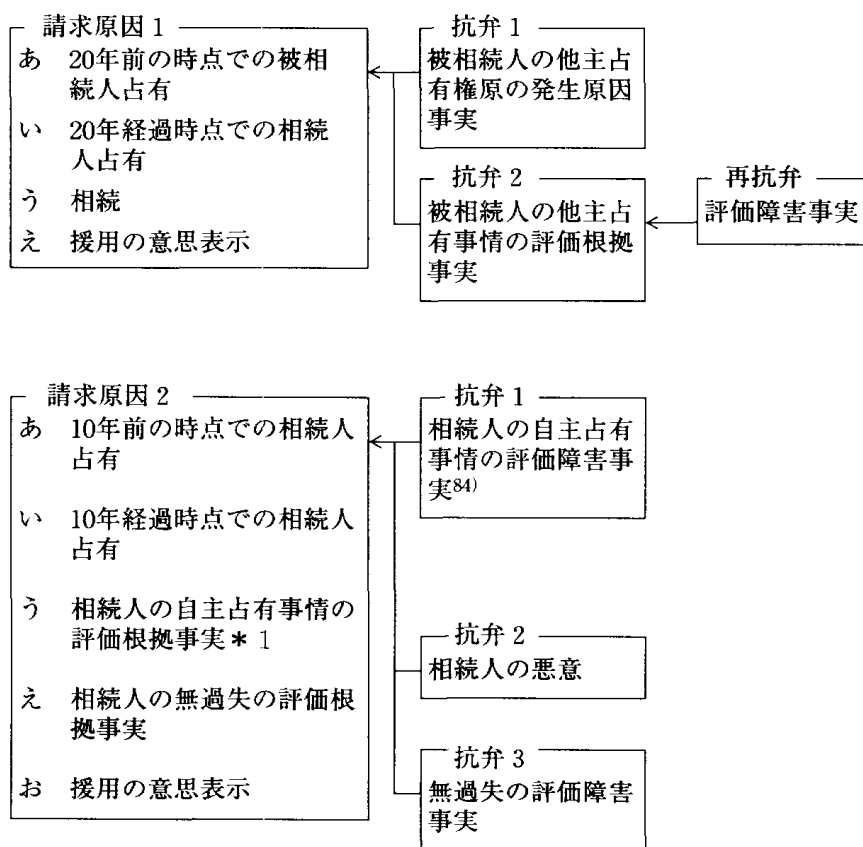


短期取得時効



相続の関わる例

20年前に被相続人が占有開始、15年前に被相続人が死亡した場合に、相続人が被相続人の5年間の占有と自己の15年間の占有を併せた長期取得時効と自己の10年間の占有による短期取得時効をそれぞれ主張したとき（この二つの主張の関係を要件事実論的な意味の「主位的・予備的」ととらえるか（裁判所は長期取得時効を先に判断しなければならない）、別個の請求原因ととらえるか（判断順序は拘束されない）は見解が分かれる⁸³。なお、被相続人の5年間の占有と相続人の5年間の占有を併せた短期取得時効の主張も考えられるが、省略する。これを主張する場合には無過失の評価根拠事実を主張する必要がある。また、強暴・隠秘、占有喪失の抗弁は省略した。）



* 1 「事実的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に基づくものと解される事情」（最判平成8年）である。

83 岡口基一『要件事実マニュアル第2版上』169頁（ぎょうせい、2007）

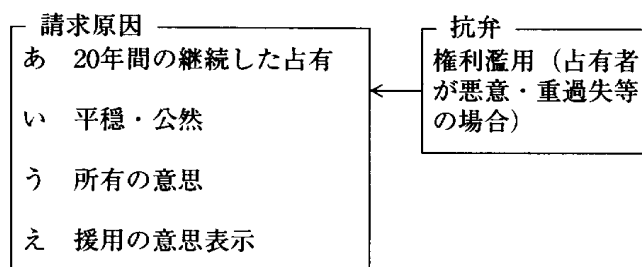
84 三村942頁は「自主占有事情の評価障害事実」という概念を認める。

論 説

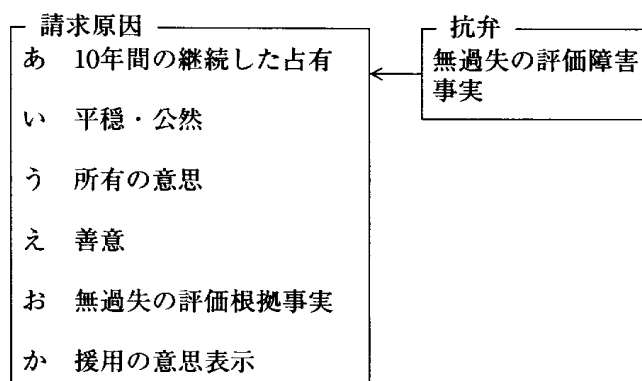
図 8

藤原説（私見）によるブロックダイアグラム

長期取得時効

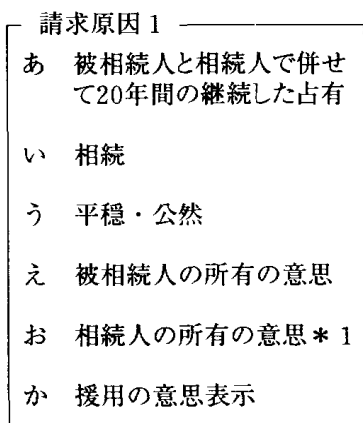


短期取得時効



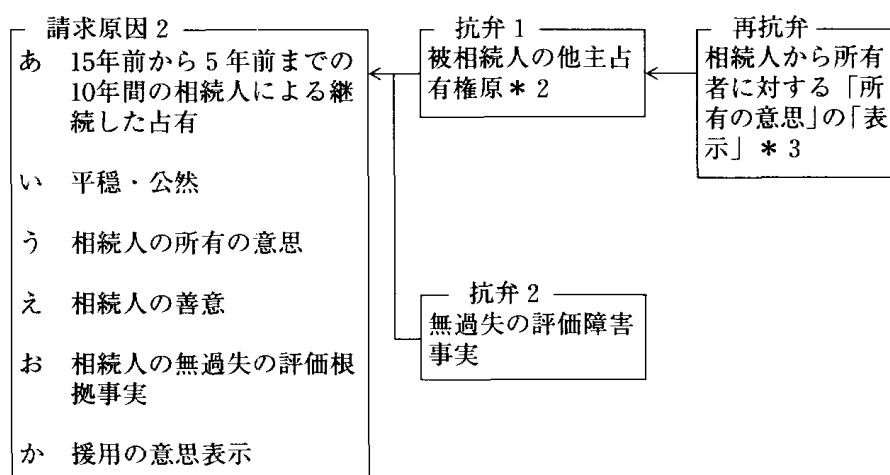
相続の関わる例

20年前に被相続人が占有開始、15年前に被相続人が死亡した場合に、相続人が被相続人の5年間の占有と自己の15年間の占有を併せて長期取得時効と自己の10年間の占有による短期取得時効を主張したとき（私見では、この二つの主張の関係は、短期取得時効の主張が、長期取得時効の主張を前提としているわけではないので、主位的・予備的關係ではなく、別個の請求原因となる。通説の場合と同様、被相続人の5年間の占有と相続人の5年間の占有を併せた短期取得時効の主張は省略した。主張する場合には被相続人の善意、無過失、所有の意思の主張が必要となる。）



* 1 「所有の意思」が内心の意思という事実である以上、被相続人と相続人それぞれの所有の意思が別個の事実として、主張立証されるべきであろう。

なお、長期取得時効の関係で、被告が被相続人の他主占有を主張することは、理由付否認になる。



* 2 被相続人の占有取得原因が他主占有権原によるものであったことは、請求原因 2 「う」の相続人の所有の意思と両立するが、これによる取得時効の効果の発生を障害する事実であるから、抗弁となると考える。いわば、相続人の所有の意思が、被相続人の他主占有によって覆い隠されてしまうのである。なお、私は、他主占有事情という考え方は認めない。

ただし、これは請求原因 1 「え」の「被相続人の所有の意思」とは両立しない。結局、被相続人の占有が自主占有か、他主占有か不明であるという場合は、請求原因 1 は「え」の要件が立証できていないた

論 説

め、認められないが、請求原因2については抗弁1が認められないため（請求原因事実が全て立証され、他の抗弁が立証されなければ）、占有者の請求が認められることになりそうである。相続人が、自らの所有の意思、善意無過失等を全て立証できたのであれば、その結論で妥当ではないか。

- * 3 被相続人の占有は他主占有であったとしても、相続人が、自らの占有は自主占有であり、それを所有者に表示していた、と主張立証すれば、取得時効の効果が復活するので、「表示」は再抗弁になると考える。被相続人の他主占有によって覆い隠された所有の意思が、表示によって再び明らかにされるのである。

表示を請求原因事実に戻すことも考えられるが、そうすると、その立証ができない限り、相続人は短期取得時効が認められないことになる。しかし、所有者が、被相続人の占有は他主占有であったと立証できていないのに、相続人において「表示」まで立証しなければ、短期取得時効が認められないというのは、善意無過失の相続人にとっては負担が重すぎるように思われる。

以上で、本論は終わるが、占有者が、所有者に対する所有権移転登記請求訴訟を行うに際して、売買・贈与等を第一次的に主張し、取得時効を第二次的に主張した場合の請求の趣旨・判決主文についても、藤原先生はユニークな意見をお持ちであったので、それを紹介したい。

所有権移転登記請求では、登記原因を明示することが実務上必要とされており、上記のような場合には、第一次的には「被告は、原告に対し、別紙物件目録記載の土地について、昭和55年4月1日売買を原因とする所有権移転登記手続をせよ。」との請求の趣旨が立てられ、第二次的に「被告は、原告に対し、別紙物件目録記載の土地について、昭和55年5月1日時効取得を原因とする所有権移転登記手続をせよ。」（引渡しは5月1日だった場合）との請求の趣旨が立てられる。したがって、請求が認容された場合には、主文を見れば、売買と取得時効いずれの請求原因で認容されたかが直ちに分かる。

しかし、藤原先生は、『要件事実論』の教材作成を巡って私と議論をした際、この裁判実務に対して異論を唱えられた。曰く、「登記原因は請求の趣旨・判決主文に絶対必要とはいえないのではないか。訴訟物（所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権）からすれば、いかなる登記請求権があるのかさえ明らかになればよい。主文の登記原因は、登記官が理由を見て登記原因を判断することの煩雑さや過誤を防止するためにサービスとして表示しているのにすぎない。」

たしかに、考えてみると、登記の対抗力は登記日を基準に判断されるのであるから、「被告は、原告に対して所有権移転登記手続をせよ」だけでも登記はできる。登記原因が必要なら「平成〇年〇月〇日判決」としてもよい。もし、時効完成と第三者の権利取得が問題となるとしても、現在の登記実務では占有開始日が登記原因日付とされるから、登記だけみてもその時効が短期か長期かは不明なので、時効完成日は分からない。すなわち第三者は自分の権利取得が時効完成前なのか、後なのかは分からない。したがって、取得時効の登記の場合に登記原因日付はさして意味はない。また、登記原因が売買であろうと、時効であろうとその後の権利の内容にも違いはない。

したがって、判決主文に登記原因を掲げる裁判実務は、登記実務に配慮したサービスであり、登記原因は判決主文の本質的な要素とはいえないように思われる。したがって、これが欠けていても判決の脱漏（民訴258条）とはならないのではなからうか。また、登記原因ごとに別個の訴訟物であるかのように扱う裁判例もあるが、これは誤りであり、登記原因については既判力の範囲外である。既判力が生じるのはあくまで、登記請求権の有無だけである。

また、本文でも述べたように、原告による第一次的請求・第二次的請求という位置づけは、原告が判断を希望する順位付けにすぎず、裁判所の判断順序は拘束されない。取得時効が認定しやすければ、それだけ認定してもよい。その場合、その余の請求原因は判断するまでもなく、請求認容となる。訴訟物は一つなので、それが認められた以上、原告の全部勝訴であり、「その余の請求を棄却する」と主文に掲げる必要はない。もちろん、原告が控訴することはできない。

論 説

被告から控訴されて、控訴審で第一審とは別の登記原因で請求を認める場合は、主文で登記原因を掲げる実務を前提とすれば「控訴を棄却する。ただし、主文を以下のとおり変更する。」として別の登記原因をあげることになる。これも、主文に登記原因を掲げる必要はないという藤原説によれば、原審判決主文が「Yは、Xに対し、所有権移転登記手続をせよ」であり、そこに変更がない以上、ただし書は不要となる。登記原因事実が原審の判断と異なることは理由中の判断にすぎない。

本稿は、藤原先生の退官記念号に間に合わせるため、今までの学説や裁判例を十分に検証する時間をとることができず、不十分なできではあるものの、判例・通説に大胆に挑戦された藤原先生にあやかって、自由に議論を展開してみた。藤原先生の今までのご研究を基礎として、なにがしかの発展を付け加えられていれば幸いである。

最後に、藤原先生の益々のご健勝を祈念して筆を置きたい。