# 特集 人口減少社会における土地の管理不全防止を目指す制度の構築

# 取得時効の活用可能性

―共同相続不動産の取得時効における「所有の意思」を中心として―

専修大学 法学部 教授 髙橋 寿一 たかはし じゅいち

#### I. 課題の限定

#### 1. はじめに

本稿は、事務局から検討を依頼されたテーマである「共有地の取得時効について、自主占有の要件緩和の提言」に関わるものであって、今日の所有者不明土地問題を前にして、過去の裁判例を前提に、「所有の意思」につきこれを緩和する方向で考えるとすればどのように考えられるかについて分析・検討したものである」。今日、所有者不明土地問題は多様な様相を呈しているが、当該土地が共同相続の対象である場合に、当該土地につき相続登記が未済のまま、共同相続人の一人が長年占有管理して、他の共同相続人(の一人)が行方不明、連絡途絶、無関心などの状況にある場合を念頭におくこととする。

ところで、本稿では土地が共同相続された場合を念頭に置くが、そもそも共有地については一般的に取得時効が成立しにくいと考えられる。すなわち、土地が共有関係にあることによって、事実上の占有者の占有が自主占有に転換したと認定す

るのは、たとえば、下記の点を見ると明らかなよ うに必ずしも容易ではない。

- (4) 一人の共有者による共有物全体についての 占有・使用は、共有であることから当然に認め られており(民 249条)、他人の持分を単独で占 有・管理していたとしても、自主占有を根拠づ ける占有取得原因事実(権原)としては十分で はなく他主占有となる<sup>2</sup>。
- (p) 固定資産税について、事実上の管理者が全額を支払っていたとしても、共有不動産であれば共有者の1人がとりあえず支払うこともあるため、公租公課を一人で負担しているからと言って、自主占有の認定に常に有利に働くわけではない。
- (ハ) 他方、占有していない他の共有者について見ても、(イ)と(ロ)の結果、共有者の一人が単独で事実上管理していても、この者の占有・使用を黙認しがちである。したがって、他の共有者が黙認しているからと言って、自主占有の認定に必ずしも有利に働くわけではない。

# 2. 共同相続財産について

このように当該財産が共有不動産である場合に は、時効取得の際に自主占有の認定が必ずしも容 易ではないが、とりわけ、当該不動産が共同相続

<sup>1</sup> なお、近年では「所有の意思」について判例理論を根本的に再検討する優れた業績が現れており、筆者も教えられることが多かった(門広乃里子「共同相続と取得時効」『帝京法学』19巻2号(1996年)131頁以下、辻伸行『所有の意思と取得時効』(有斐閣、2003年)、林田光弘「取得時効の要件となる占有の客観的要素(1)~(4)」『大阪市立大学法学雑誌』61巻1・2号~61巻4号(2014~2015年)を参照)。本稿は、現在の裁判例の分析に中心をおいており、また筆者の能力上の制約もあって、これらの業績の成果を十分に踏まえたものとなっていないことを予めお断りしておきたい。

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> 共同相続財産についてこの点を指摘するものとして、 内田貴『民法 IV 補訂版』(東京大学出版会、2004年)445 頁、四宮和夫『民法総則』(弘文堂、1986年)300頁など 参照。

財産である場合には、以上の事情に下記の事情が 加わることによって、事実上の占有者による所有 の意思の認定にはより一層慎重な配慮が必要とな る。

- (イ) 共同相続人間では、相互の人間関係を損なう ことを懸念して、共同相続人の一人による事実 上の占有・管理を黙認する傾向がある。
- (p) 事実上の占有者が親族であるが故に、他の相続人は、よもや自己の持分権が侵害されることはない、という信頼感を有していることが多い。
- (ハ) 遺産共有の状態を、〈遺産分割に至るまでの 過渡的な段階にすぎない〉と位置づければ、共 同相続人の一人による事実上の占有をもって、 「所有の意思をもってする占有」と安易に認め ることは、必ずしも適切とは言えない。

このように、共同相続人相互間では、他人の土 地の不法占有の場合や一般の共有財産の場合以上 に、所有の意思の認定には慎重な考慮が必要であ るともいえる。

# 3. 相続人が行方不明等の場合

しかし、近年の所有者不明土地問題に典型的に 見られるように、相続人が長期にわたって行方不 明であったり<sup>3</sup>、自己の相続分に関心がないことが 明らかである場合(以下、これらの者を「行方不明 者等」と称する)など一定の外形的事実が認められ る場合には、共同相続人間であっても、それらの 者の共有持分については、占有者の所有の意思を 認定して取得時効を成立させて良い場面があるの ではないかと思われる。たとえば、占有者は、種々 の事情から行方不明等である相続人の存在自体を 知らない場合もあろうし、またその存在を知って いても彼がもはや自らの相続分を主張してくるこ とはないものと信じるに至った場合もあろう。そ のような場合には、占有者の上記の信頼を基礎に して所有の意思を認定してもよい場合があるので はないか。

<sup>3</sup> 本稿では、「行方不明」とは、死亡していないか、少なくとも死亡が確認されていない状態を前提とするものとする。

本稿は、共同相続人が上記の意味での行方不明 者等になった場合、当該不動産を長期間にわたっ て事実上管理してきた共同相続人の当該行方不明 者等の持分部分の占有について所有の意思を認定 できるか否か、できる場合にはどのような要件の 下にできるかなどを、裁判例を素材として分析・ 検討してみたい。なお、必要に応じて、検討の対 象を共同相続不動産に限らず共有不動産一般に広 げている場合もあることをご了承頂きたい。

# II. 裁判例の検討

#### 1. 類型化

共同相続(ないしは共有)不動産を共同相続人(ないしは共有者)の一人が長期間事実上管理し、 当該管理者が取得時効を主張した裁判例はかなり の数に達する。従来の裁判例は、本稿で渉猟しえ た限りでは、概ね下記の3つの類型に分けられる。

- (a) 被相続人が所有者として当該不動産を単独 で占有しており、その後相続があったが、共同 相続人の一人が単独で相続したものと信じて 占有を続けた場合である(以下、「A類型」と称 する)
- (b) 祖父が所有者として当該不動産を単独で占有し、相続の結果、単独で占有した相続人(父) は共同相続であることを知っていたが、その父 を相続した子が、父を単独所有者と信じて占有を続けた場合である。この場合には、子は祖父 の相続人(主として父の兄弟姉妹や(代襲相続の場合には)従兄妹)に対して取得時効を主張することになる(以下、「B類型」と称する)。
- (c) 被相続人が所有者として当該不動産を単独 で占有していたが、相続の結果、単独で占有し た相続人は共同相続であることを知っていた ものの、占有の途中で所有の意思をもってする 占有(自主占有)に転換した場合である(以下、 「C 類型」とする)。

以下、各類型について裁判例を紹介・検討していこう。

### 2. A類型について—単独相続への誤信(その1)

この類型の主要な裁判例は、下記の通りである。 ① 最判昭和47年9月8日民集26巻7号1348頁(以下、「47年判決」と称する)

本件は、家督相続制度の下にあった当時に所有者であった被相続人Aの死亡に伴って、当時戸主であった共同相続人の一人Bが単独で相続したものと誤信して、単独で占有を続けその後他の共同相続人Y1ないしY8を相手に、長期取得時効に基づく所有権の移転登記を求めた事案である(自主占有肯定)。判旨は下記の通りである。

「共同相続人の一人が、単独に相続したものと信じて疑わず、相続開始とともに相続財産を現実に占有し、その管理、使用を専行してその収益を独占し、公租公課も自己の名でその負担において納付してきており、これについて他の相続人がなんら関心をもたず、もとより異議を述べた事実もなかったような場合には、前記相続人はその相続のときから自主占有を取得したものと解するのが相当である。」4

その後の下級審は、本最判に依拠しているものが多い((イ)東京高決昭和42年4月12日家月19巻11号83頁(否定)、(ロ)東京高判昭和52年2月24日下民集28巻1~4号106頁(肯定)、(ハ)東京地判昭和58年9月27日判タ512号149頁(肯定)など)

ただし、本判決の法律構成は、必ずしも明確ではない。占有している相続人も他の共同相続人の相続分については他主占有であるから、民法 185 条に基づき他の共同相続人に対して所有の意思を表示して自主占有に転換されると解する見解(185

4 そもそも自己の所有に帰したと信じたか否かは、占有の善意・悪意に関わる問題であるが、裁判例では、所有の意思の有無の基準を権原の客観的性質におきながらも、占有者が所有権を有すると信じていたことをその判断要素としていることが従来から指摘されている(藤原弘道『時効と占有』日本評論社(1985年)55-57頁など)。この点については学説上も批判が強いが(たとえば、辻・前掲(注1)264頁以下参照)、裁判例の分析を中心とする本稿では、かかる裁判例の法律構成を前提として議論を進めることにしたい。

条説)<sup>5</sup>と占有者は最初から自分のみが相続人であると信じており、中途での所持態様の変更などはないのであるから、185条の適用はなく占有開始時から所有の意思を認定してよい(「162条適用説」とか「性質判断独自説」といわれる(以下、本稿では「性質独自判断説」と称する)<sup>6</sup>)とする見解<sup>7</sup>とがある<sup>8</sup>。性質判断独自説と185条適用説の法律構成上の違いは、占有を承継した相続人の当初の占有を自主占有と捉えるか共同相続であることを理由に他主占有と捉えるかの違いにすぎないが、主張・立証責任の所在は異なりうる(たとえば、162条に関する主張・立証責任については最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁参照)。

上記の 47 年判決がいずれの法律構成を取ったのかは明らかではない。本判旨は、185 条構成に立ち占有者が他の共同相続人に対して黙示的に所有の意思を表示したと解し取得時効の成立を認めた原審に対してなされた、他の共同相続人側からの上告を棄却したものであって、185 条説に立っているとも思われるが、判決文ではその点明瞭ではない。他方で、調査官解説10によれば、「本判決は、現実的占有を重視する後者の立場に立っているもののようである」と述べ、性質独自判断説に立つ判例と理解している。

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> 有地亨「判批」民商 67 巻 2 号(1972 年) 151 頁、金山正信「判批」民商 68 巻 4 号(1973 年) 94 頁、田中整爾「判解」『家族法判例百選(第 3 版)』(有斐閣、1980 年) 188 頁など。

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> 門広教授は、「162条適用・名義転換不要説」と称し(門広・前掲(注1)187頁)、辻教授は、「性質独自判断説」と称している(辻・前掲(注1)257頁)。

<sup>7</sup> 伊藤昌司「判批」判タ 522 号(1984 年) 128 頁、藤原・前掲(注 4) 103-104 頁など。なお、一般論ではあるが、 星野英一「遺産分割の協議と調停」『家族法体系 VI 相続 (1)』(有斐閣、1960 年) 352 頁以下も同旨。

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> これらの点の詳細については、門広・前掲(注 1)186 頁以下、辻・前掲(注 1)229 頁以下を参照。

<sup>9</sup> 元東京高裁裁判官の滝澤孝臣も、本判決について、「② 説(185 条前段適用説…筆者注)によったものと見られなくもない。いまここで、その差異・是非を論ずる余裕はない」として微妙なニュアンスで断定を避けている。 滝澤孝臣「時効取得と占有の態様」判タ 477 号(1982年)42 頁参照。

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> 輪湖公寬「判解」『最高裁判所判例解説民事編』昭和 47 年度 701-702 頁。

# ② 最判昭和54年4月17日判時929号67頁(以下、 「54年判決」と称する)

本件は、共同相続人の一人 X が、他の共同相続 人 Y ら名義の虚偽の相続放棄の申述をなし、単独 名義での所有権移転登記をしたので、Y らは X に 対して更生登記を請求して訴えを提起したのに対 して、X が取得時効を主張した事案である(自主占 有否定)。

「数人の共同相続人の共有に属する相続財産た る不動産につきそのうちの一人による単独の自主 占有が認められるためには、その一人が他に相続 持分権を有する共同相続人のいることを知らない ため単独で相続権を取得したと信じて当該不動産 の占有を始めた場合など、その者に単独の所有権 があると信ぜられるべき合理的な事由があること を要するものと解すべきである(最高裁昭和 45 年(才)第 265 号同 47 年 9 月 8 日第二小法廷判決· 民集 26 巻 7 号 1348 頁の事案参照)。これを本件に ついてみると、右事実によれば、Xは他にYら共 同相続人のいることを知りながらあえてYら名義 の虚偽の相続放棄の申述をすることによって本件 不動産につき単独名義の相続登記をしたというの であるから、Xの単独の自主占有の成立を疑わせ る事実があることが明らかであるといわなければ ならない。」(下線部は筆者)

本件では、占有者が単独で相続したと誤信したことにつき、合理的事由を必要としている。本件は、Yらが X に対して相続回復請求権をも行使した事案であって、それと対応させるために、X による取得時効の成否の局面においてもこの文言を用いたとも考えられる(相続回復請求権との関係については IV で改めて取り上げる)。しかし、本判決では、合理的事由について言及のない 47 年判決を引用する中で、あえて合理的事由について述べている。また、取得時効の所有の意思の有無を判断するに際して、単独相続と誤信した場合には、そのように信じるにつき相当の状況があったかどうかは、実務上しばしば問題とされてきた11。

11 前述のように、所有の意思は、占有取得原因たる権

したがって、所有の意思の判断要素の一つである「単独相続への誤信」は、その認定に際しては 合理的事由の存在が必要であり、その認定は占有 の態様を判断していく中でなされていくことにな る。

このように考えると、結局、自主占有の成立する場合はかなり限定されたものとなろう。実際、47年判決の調査官解説によっても、47年判決の見解が妥当するのは、被相続人に婚外子がいた場合や他人の籍に届けられた共同相続人がいた場合などであるとされており<sup>12</sup>、この類型での判例の射程距離は、かなり狭いものと考えられる。

# 3. B類型について—単独相続への誤信(その2)

次に、単独で当該不動産を占有している父は、 当該不動産が共同相続財産であることを知ってい たが、その父を相続した子が当該不動産を父の所 有物として単独で相続したものと信じて占有を続 けた場合、当該子は祖父の共同相続人に対して取 得時効を主張することができるであろうか。

# (a) 一般型13

この類型の代表的判例は、最判昭和 46 年 11 月 30 日民集 25 巻 8 号 1437 頁(以下、「46 年判決」と称する)である。本件は、所有者 Y から不動産の管理を委ねられた弟 A が、妻 X1、子 X2・X3 と共に当該不動産の一部に入居しながら本件不動産の賃貸部分の賃料を受領していたが、A 死亡後も、X

原ないし事情を基礎に判断するのが判例の立場であり、相続のみでは自主占有を肯定する占有取得権原とはなりえないので、結局は占有の態様が問題とされる。滝澤元判事は、この際に、占有者が所有権を取得すると信じたことにつきそれ相当の状況の存否が問題とされるのは当然であるとされる(滝澤・前掲(注9)43頁)。なお、後藤勇「取得時効における所有の意思」判タ954号(1998年)65-66頁も参照。

13 「一般型」というのは、共同相続人(共有者)ではない土地所有者に対して、時効取得を主張する場合である。すなわち、父が他人の不動産を占有していたが、その父を相続した子が当該不動産を父の所有物として単独で相続したものと信じて占有を続けた場合を指す。門広教授のいう「対所有者取得時効型」である(門広・前掲(注1)132-140 頁および同「占有権の相続と取得時効」『帝京法学』19巻1号(1996年)97頁以下参照)。

<sup>12</sup> 輪湖・前掲(注10)703頁。

らは従前と同様に居住を続け、賃料を受領し一定期間は費消していた。Xらが、時効取得などを理由に本件不動産の所有権移転登記を求めて本訴を提起したところ、判決は、「Xらは、Aの死亡により、本件土地建物に対するAの占有を相続により承継したばかりでなく、新たに本件土地建物を事実上支配することによりこれに対する占有を開始したものというべく、したがつて、かりにXらに所有の意思があるとみられる場合においては、Xらは、Aの死亡後民法185条にいう「新権原二因リ」本件土地建物の自主占有をするに至ったものと解する」とした(事案との関係では自主占有を否定)。

相続は包括承継であるから被相続人の占有は、相続人の現実の所持がなくても相続によって相続人に移るのであるが、他方で、判決が言う通り、相続人には新たな事実上の支配を通じた固有の占有もある。しかし、本判決は、他主占有者の相続人が、相続を契機に新たな事実上の支配をし、そこに所有の意思がある場合には、相続も185条の「新権原」にあたり自主占有となるとして、185条の問題として処理をした<sup>14</sup>。

# (i) 相続と新権原

46 年判決に従う裁判例は多い(名古屋高判昭和49年2月28日判時742号65頁、東京高判平元年5月24日判タ725号158頁、大阪高判平成3年2月28日判時1392号86頁は、いずれも「新権原」を根拠とする)。ただし、他方で、後掲最高裁平成8年11月12日判決や大阪高判平成25年11月12日判時2217号41頁は、46年判決の判旨を引用しながらも、「新権原」へは言及せず、むしろ相続人

14 もっとも、学説上では、従来から 185 条の問題として処理することに対する有力な異論はある。たとえば、 舟橋博士は「相続人が被相続人から継承した占有については、相続によって他主占有が自主占有に変じることがないとしても(187条2項参照)、相続によって相続人が新たに取得する占有については、一定の権原に基づいて取得した占有とはいえないから、185条の適用の範囲外に属し、したがって、一般の立証法則により、所有の意思が定められなければならない」と述べる(舟橋諄一『物権法』(有斐閣、1975年)296頁)。この「一般の立証法則」とは、186条を指すのであろう。 の占有が外形的客観的に見て独自の所有の意思に 基づくものであることを重視している。

これらの裁判例は、相続があったというだけでは「新権原」とは言えないので、結局占有者の所持の態様を問題とせざるを得ないという点では、その認識を共通にしているということができる。

#### (ii) 所持の態様について

「占有者の所持の態様」を判断する基準については、判例では他の類型の場合(たとえば、47 年判決)と同種の要素が挙げられている。ちなみに、後掲最高裁平成8年11月12日判決で適示された諸要素をここで挙げると下記のようになる(なお、本判決については後述する)。

- (イ) 占有者である相続人が、被相続人が所有権を 有しているものと信じて相続したこと
- (p) 管理使用を専行し、賃料を取り立て自己の生活費として費消していたこと
- (ハ) 固定資産税を納付してきたこと
- (二) 登記済証を所持していたこと
- (ホ) 土地所有者らが、相続人らに対して異議を述べていないこと

これらの要素は、A 類型で挙げた 47 年判決の要素とほぼ重なる。ただし、185 条の問題とする場合には、占有の性質そのものが変更するのであるから、所有の意思について所持の態様を客観的外形的見地から判断する場合には、被相続人の占有の態様と相続人のそれとの間に変更があることが必要であるとする裁判例がある(たとえば、前掲東京高裁平成元年 5 月 24 日判決、仙台高判平成 4年7月 24 日判時 1494 号 108 頁など<sup>15</sup>)。このような変化があれば、本来の所有者が気づき時効中断措置を講じることができるからである。

他方で、裁判例の中には、被相続人の所有権を相続したものと誤信した相続人につき、被相続人の占有の態様との間に変化がなくても占有の性質の変更を認めているものもある(前掲名古屋高裁

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> なお、横浜地判昭和 59 年 4 月 26 日判時 1147 号 122 頁は、変更が必要とは明言していないが、態様・外観に 著変がないことを根拠に自主占有への転換を否定して いる。

昭和49年2月28日判決、前掲大阪高裁平成3年2月28日判決、前掲大阪高裁平成25年11月12日判決など)。これらにおける所有の意思は、相続人の現実の占有・支配(固定資産税の納付(前二者の裁判例)、維持管理費の負担、宅地や農地としての利用継続など)に着目して認定されており、被相続人と相続人との間での占有の態様の変化には無関心である。

- (b) 共同相続の場合
- ① 最判平成8年11月12日民集50巻10号2591 頁(以下、「8年判決」と称する)

本件の事案は下記の通りである。子の一人 B が 父 A から本件不動産の管理を委託され、B は賃借 人から賃料を取り立てて生活費として費消してい た。B が死亡後、相続人である B の妻 X1 と子 X2 は本件不動産につき B が A から贈与を受けたもの と信じて本件不動産の占有・管理を承継した。そ の後、A が死亡し、A の妻 Y1、子 Y2~Y5、孫(代襲 相続人) X2 が共同相続した(すなわち、X2 にとって Y1 は祖母、Y2~Y5 はおじ・おばにあたる)。X1・ X2 が Y1~Y5 を被告として所有権移転登記を求め て訴えを提起し、その中で本件不動産を時効取得 したと主張した。本判決は、所有の意思の認定に 際して前述した基準がすべて満たされているとし て、Xらの占有に所有の意思が認められるとして 取得時効の成立を認めた。なお、判旨は46年判決 の法律構成と類似しているが、「新権原」には言及 していない。

② 大阪高判昭和53年1月31日下民集29巻1~4 号44頁とその原審である大阪地判昭和51年12 月3日判時906号55頁

事案は下記の通りである。Aの妻Bが明治38年に死亡したため、Bの特有財産である本件土地については戸主であるAが占有・管理していた(Aの占有は他主占有)。大正12年にAが隠居したため、Cが家督相続をし、本件土地についてもその一部であると信じその占有を承継した。昭和48年にCが死亡したため、その子Xが、Bの他の相続人Yら(相続人総数20名の内、Xの従兄妹計5名(控訴審))を相手として、本件土地についてはCの占有

は自主占有であったから、20年の経過とともに取得時効が完成したと主張した。一審は、C は家督相続以降本件土地を所有の意思をもって占有管理し、収益を独占し、公租公課を負担してきたのであるから 185条の所有の意思あることを表示したものとして自主占有の取得を認めた。これに対して、二審は、X の占有は共同相続人の相続分については他主占有であったと認定して、自主占有の取得を認めなかった。二審の判断が一審と正反対になったことについては、二審判決が述べる下記の認識があった。

「不動産の共同相続の場合においては、遺産分割に至るまでの間は共同相続人中の一人が単独で遺産を管理し、その収益を取得する反面公租公課を自ら負担し、他の共同相続人も暗黙にこれを承認することは巷間極めて数多く見受ける事態であって、このことは別段異例のことではない。これは、親族間においては、相続にからまる財産関係について事々しく権利主張をすることは親族間の平和を害するとの配慮から、大筋の権利が最終的には確保されているかぎり、些少の利害得失には目を閉ぢて成行に任かせ勝ちとなるが、遺産が不動産である限り、相続開始後いかに年月が経過しても、その共有持分権自体は害されることがないとの安心感が背後に控えているからである。」

この部分は、共同相続人間では、(イ)相続財産の持分権の主張はしにくいこと、他方で(ロ)親族関係にあるので自己の持分権が侵害される不安を感じていないことが指摘されている。二審は、かかる事情があるが故に、共同相続人間の争いである本件では、相続人の一人による他の相続人の持分についての自主占有を否定したと思われる<sup>16</sup>。

<sup>16</sup> なお、旧入会地につき、名古屋地判平成 26 年 10 月 2 日登記情報 641 号 85 頁は、表示登記が「共有総代 A」となっている本件土地に関して、A の孫が、占有継続による取得時効の成立を理由として入会集落に対して所有権の確認を求めた事案である。判決では、A と原告の父は他主占有者であったが、原告は、(イ)本件土地を自家の財産であると認識し、(ロ)未利用だった本件土地を駐車場として利用し、(ハ)収受した賃料を所得として申告し、(ニ)固定資産税を納付してきたことから、外形的客観的に独自の所有の意思があり、自主占有に転換した

# 4. C類型について—共同相続人の自主占有への 転換

この類型は、単独で占有している相続人は、当 初は他主占有者であるが、占有の途中に何らかの 事情で所有の意思をもった占有へと転換したと解 される場合である。

#### (a) 一般型

#### (i) A類型との関係

C類型は、185条が適用される典型的な場面である。先に検討したA類型で民法185条の適用を主張する見解は、占有を開始した相続人が当初は他主占有であるがその後自主占有に転換したと構成していることは前述したが、このような構成による場合には、A類型は、本稿のC類型として分類されることになる。

#### (ii) 185条の要件

同一の占有者による占有が他主占有から自主占有に転換するためには、(イ)その占有者が自己の占有をさせた者に対して「所有の意思」があることを「表示」するか(いわゆる「意思の通知」)、(ロ)「新たな権原」でさらに所有の意思をもって占有を始めることが必要である。

(イ)における「所有の意思」については、占有取得の原因事実である権原の性質によって客観的に定められるのみならず、占有者、所有者双方の占有期間中の態度を客観的外形的に見て占有者に所有の意思を認めるに値する所持の態様があったとみうるか否かによっても決せられる。

次に、(イ)の所有の意思の「表示」については、立法者や学説は従来から所有の意思が明示的に表示される必要はなく黙示でもよいと解してきた。また、判例は、当初は所有者の意思を明示して表示することを要求していたが(大判昭和6年5月13日新聞3273号11頁)、戦後の裁判例では所有の意思が相手方に認識されていればよいとされ、明示してなされることを要求しないものが多い(大阪地判昭和47年11月30日判時715号88頁、

とした。その際、他の共有者(入会権者)を被告とすれば 行方不明者も含めて膨大な人数になるので、入会集団を 権利能力なき社団として被告適格を認めている。

東京地判昭和 51 年 2 月 27 日判時 844 号 57 頁、東 京地判昭和54年4月27日判タ392号108頁、名 古屋高判昭和57年12月27日判時1075号127頁、 東京高判平成20年12月18日判時2031号18頁な ど。反対:名古屋高判昭和35年8月10日下民11 巻8号1698頁)。最判平成6年9月13日判時1513 号99頁も、農地改革の際に買収漏れとなった土地 につき、小作人が売渡しを受けた土地と思って地 代を支払わなくなった事案につき、小作人が地代 を支払わず自由に耕作・占有することを地主が容 認していた事情の下では、小作人による所有の意 思の表示があったものとした。さらに近年では、 前掲東京高判平成20年12月18日判決が、旧国有 財産法によって国から神社が無償貸付を受けてい た土地につき、無償貸付制度の廃止後も引き続き 神社が占有を継続していた事案につき、神社のそ の後の占有継続に所有の意思を認め、それを国は 十分に認識しえたはずであり、所有の意思が表示 されたものとした。この判決では、所有者が占有 者の所有の意思を十分に認識しうるか否かが問題 とされており、実際に認識したか否かは問うてい ない。

# (iii) 行方不明ないしはそれに近い者の場合

また、この類型の裁判例には、所有者が行方不明のため連絡が取れないなどの事案に関するものがある。

① 東京地判昭和51年2月27日判時844号57頁事案は複雑であるが概要以下の通りである。A・B 夫婦所有の本件建物について、A は別の女性と同居し本件建物には住んでいなかったが、B が殺害されたため、その後 A は、本件建物の管理を C・D 夫婦に委託し、C・D 夫婦が本件建物に住むようになった(A と C・D 間の法律関係は使用貸借と認定されている)。ところが、A は所在不明となり、何の音沙汰もなくなったため、本件建物の公租公課や地代については、D が B 名義で支払い、本件建物の管理費用を負担してきた。そこで、管理開始後4年程(昭和21年頃)経ってから C・D 夫婦は、本件建物を A から贈与されたものと考えるようになり、C・D 夫婦の子 X・Y1 や孫が本件建物に住ん

でいた。その後 Y1 とその夫 Y2 は、A を捜索し偶然に A を発見したため、Y らは、昭和 43 年に、A に対して所有権確認訴訟を提起し、時効取得を主張した。A は和解を欲したため、Y1・Y2 が本件建物を時効取得したことを内容とする裁判上の和解が成立した。そして Y らが X に対して本件建物の明渡しを求めた。判決は、 $C \cdot D$  夫婦の占有が他主占有から自主占有に転換したことを下記の通り認めた。

「C・D 夫婦は遅くとも、…(中略)…昭和22年6月1日以降所有の意思をもってその占有を開始したものであり、一方Aもその当時には既に本件建物の返還を請求する意思を捨てており、またC・D夫婦が本件建物の税金、地代を納め続けているにも拘らず、Aの所在は不明で何の連絡もなかったのであるから、この場合所有者のこのような態度は、反面占有者をして所有の意思を抱かせてもやむを得ない客観的情勢を自ら作出したものであり、したがっていわば新権原の付与に準じて、この場合C・D夫婦がAに対し、所有の意思あることを特別に表示しなくとも、右時点よりC・D夫婦両名の占有は自主占有に変更されたと認めるのが相当である。」(下線部は筆者)

本判決は、所有者について、行方不明・連絡途 絶の状況(ただし後に発見された)が続きかつ返還 請求の意思がないなどの事実に基づいて、「占有者 をして所有の意思を抱かせてもやむを得ない客観 的情勢を自ら作出した」と評価し、185条の「新 権原に準じて」自主占有への転換を認めた。

② 名古屋高判昭和 57 年 12 月 27 日判時 1075 号 127 頁

本件は、A が不動産を家督相続したが、終戦後 内地に引き揚げた後も本件不動産に数か月しか居 住せず、他方で家業を承継した弟 B が本件不動産 の占有・管理を継続し、公租公課を納入してきた 事案である。A は、B の占有・管理に対して無関心 で B に何の意思も表明せず、父の遺産の山林を B に処分させてその資金で上京してしまった。判決 は、下記の通り B の占有が他主占有から自主占有 に転換したことを認めた。 「かかる場合、Aのこのような態度は、Bをして 所有の意思を抱かせても止むをえない客観的情勢 をみずから作出したものというべく、他方、Bは 右を契機として益々実質上の当主としての意識を 強め、完全に本件不動産の占有・管理を支配する に至ったとみられるのであるから、かかる状況は、 占有者たるBにおいてAに対し黙示に自主占有の 意思を表明したと同一に評価できるものというべ きである。従って、Bの本件占有は、原判決も認 定するとおり、Aが上京した後の昭和25年1月1 日以降自主占有に変じたものと認めるのが相当で ある。」(下線部は筆者)

本件では、所有者は、行方不明ではないものの、 本件不動産に無関心であり、かつ、占有者と疎遠 であったため、占有者をして所有の意思を抱かせ ても止むをえない客観的情勢を所有者自らが作出 した、と評価された。また、①の裁判例とは異な り、185 条の所有の意思の「表示」があったもの とされた。

①②は、いずれも所有者が行方不明ないしはそれに近い者であった場合であり、いずれも、自主占有への転換を認めた。これらにおける「所有の意思」の判断基準は、従来の裁判例におけるそれとは明らかに異なっている。すなわち、従来は、占有者の所持の態様(ないしは権原)が所有の意思の有無を判定する際の判断の中心であったのに対して、①②は、所有者の状況に着目し、ここから占有者の所有の意思を認定しているのである。換言すれば、①②の場合には、所有の意思が、所有者の状況を契機として一いわば消極的に一認定されており、占有者自身の所持の態様に着目してきた従来の裁判例とは所有の意思の認定方法に差異が見られる。

#### (b) 共同相続の場合

管見の限りでは、この類型に属するものは、東京地判昭和51年5月26日判時844号53頁が唯一のものである。本件は、他主占有者である相続人が、他の相続人の相続放棄申述書を偽造し、占有している土地につき単独での所有権移転登記を取得した事案であるが、判決は、右登記の時点に、

単独所有者として占有することを表示したものと して他主占有から自主占有への転換が生じたとし た。ただし、事案との関係では、占有期間が 10 年未満であることを理由に取得時効の成立を否定 している。

#### 5. 小括

管見の限りではあるが、渉猟しえた裁判例は以上の通りである。それらから下記の点を取りあえず指摘しておきたい。

第一に、一般的に見れば、類型毎に多少の偏差 はあるにせよ、一般型の方が共同相続の場合より も所有の意思が肯定されやすい、一応はいえるで あろう<sup>17</sup>。

第二に、他方で共同相続の場合の各類型については、裁判例が少なく一般的な傾向を述べるのは難しい。

第三に、「所有の意思」の判断基準については、注目して良い裁判例があった(4(a)(iii)の前掲東京地裁昭和51年2月27日判決、前掲名古屋高裁昭和57年12月27日判決)。すなわち、これらの裁判例では、従来のような占有者の所持の態様に重点を置くのではなく、所有者の状況に重点を置いて判断するという手法が取られている。すなわち、所有者が行方不明であったり連絡途絶の状況にあったりして、その者が「所有の意思」をなお有していることに著しい疑念が生じる場合には、占有者の占有が自主占有に転換することを認めるという。このような判断の仕方は、共同相続の場合にもとりうるのではないか。以下、この点について項を改めて検討したい。

# III. 共同相続人が行方不明等である場合

#### 1. はじめに

共同相続不動産(相続未登記)は相続人の一人に よって長年占有管理されているが、占有者以外の 共有者の所在が分からない場合は、占有者に「所 有の意思」を認定することが可能であろうか。

以下では、IIの類型毎に、C類型、B類型、A類型の順で検討したい。

#### 2. C類型について

共同相続財産の占有者である相続人が、他に相 続人がいることを知りながら占有を開始し、後に 所有の意思を持つに至る場合である。自主占有に 転換するためには、「新権原」によることも考えら れるが、実際には所有の意思の「表示」によって 自主占有へ転換する場合が問題となろう。

(a) 前掲東京地裁昭和51年2月27日判決等の論 理と共同相続

前掲東京地裁昭和51年2月27日判決や前掲名 古屋高判昭和57年12月27日判決の論理は、共同 相続の場合にも一定の意義を持ちうるものと思わ れる。すなわち、個々の共同相続人の個別的状況 が、当該持分部分について占有者の「所有の意思」 の判断に影響を及ぼし得ると考えられる。たとえ ば、共同相続人が、自ら連絡を絶ち行方不明にな ってしまった場合には、行方不明となった相続人 の相続分については、当該相続人が〈占有者に所 有の意思を抱かせてもやむを得ない状況を自ら作 出した場合〉にあたると考えて、当該持分につい ては、占有者の他主占有が自主占有に転換すると 解することができないであろうか。そして、この 場合取得時効が完成すれば、占有者は当該行方不 明者の共有持分権を時効取得することになる<sup>18</sup>。

## (b) 「所有の意思」要件における位置づけ

上記の裁判例を共同相続の事案にも応用可能で あるとすると、従来裁判例において挙げられてき た「所有の意思」に関する要件の一つである「占

<sup>17</sup> 藤原元判事は下記の通り述べておられる。「わが民法による取得時効の成立しうる範囲は、おそらく他の立法例にもその例をみないほど広く拡大され、「取得時効天国」の観さえ呈するにいたっている」「共同相続人の一人が単独で相続したものと信じて相続財産の占有を開始した(…中略…)ケースでは自主占有への転換は比較的認められにくい」。(藤原・前掲(注4)57、39頁参照)。

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> 共有持分権の時効取得を認めた裁判例として、たと えば、最判平成 12 年 1 月 27 日民集 54 巻 1 号 1 頁、大 阪高判昭和 48 年 7 月 9 日判夕 299 号 305 頁など参照。

有者が単独で所有権を有するものと誤信したこと」 (47年判決)との関係がまずは問われる。

従来の取得時効論における占有者の「所有の意思」は、占有者の所持の態様が判断の中心におかれていたのに対して、裁判例にいう「他の共同相続人が、占有者に所有の意思を抱かせてもやむを得ない状況を自ら作出した場合」という基準は、上記の要件との関連でいえば、占有者が積極的に誤信したわけではないが、所有者の状況によって誤信するに至った、という意味で消極的誤信とでも位置づけられる。

また、判例では「占有者が単独で所有権を有するものと誤信したこと」には合理的事由が必要であるが(前掲 54 年判決)、真の所有者が、行方不明や連絡途絶の状況になったことを契機として上記誤信が生じた場合には、かかる誤信には合理的事由があったと解することができるであろう。

もとより、行方不明等になったとしても、当該 相続人が日ごろから自分も共同相続人であること を示す言動があれば、行方不明になったことの一 事をもって占有者の誤信に合理的事由があるとは 直ちには言えないであろう。したがって、占有者 が、当該行方不明者等はすでに死亡・共有持分権 の放棄ないしはその他の事由によって自らの相続 分を主張してくることはないものと誤信したとし ても、何らかの合理的理由が必要であろう。そし て、一定の事由が備われば、これらは総じて占有 者に所有の意思を抱かせる契機になったと評する ことも許されるように思われる(なお、この点は後 述5(2)参照)。

### (c) 所有の意思の表示

民法 185 条によれば、当該所有の意思は、自己に占有をさせた者に対して表示される必要がある。ここでは、この要件をどのように解することができるであろうか。

まず、前述のように、185 条の所有の意思の表示につき、判例・学説は、黙示の表示でも足りると解している。このことを行方不明者等の場合に適用すれば、〈占有者に所有の意思を抱かせる状況を自ら作出したのだから、このような状況を所有

者はすでに了知ないしは了知可能であり、したがって、占有者が自主占有の意思を表示したのと同一に評価できる〉と評することができよう。

すなわち、行方不明であったり、持分権を有していることに日ごろ全く無関心がないなどの一定の事情が相俟って、占有者のそのような認識を所有者自らが醸成せしめたのであるから、たとえ行方不明者等へ実際に表示されていなくても、所有の意思は実質的には表示されていると解することができないであろうか。

# 3. B類型について

次に、B 類型について検討しよう。この類型では、祖父の代の共同相続人は子にとっては不知なこともあるはずであるから、占有者(子)は、親自身の相続分を超える部分については他主占有者からの相続人ではあっても、子が、相続開始時ないしは占有開始時から「所有の意思」を有していることは少なくないと思われる。相続ないし占有開始時からの自主占有者であるので、この限りではA 類型と同じであるが、他の共同相続人と占有者である相続人との距離が遠くなるため(おじ、おば、従兄妹、さらには従兄妹の子へと相続人の範囲はA 類型や C 類型の場合よりも遥かに拡大しうる)、所有の意思の認定に際しては、少なくとも下記の二つの点が問題となる。

# (a) A類型およびC類型との関係

まず、B 類型の典型である 8 年判決で所有の意思が認められた基準と A 類型で所有の意思が認められた 47 年判決において挙げられた基準を比較するとほぼ同じであることは前述した。したがって、B 類型において、被相続人の他主占有が相続人のところで自主占有になる際の基準は A 類型のそれと同様に考えてよい。それを前提として考えると、A 類型で挙げた 54 年判決の論理はここにも適用され、占有者が所有権を有すると信じる合理的事由が存在することも必要となる。ただし、A 類型の場合の誤信は、占有者である相続人が「自分の他には共同相続人はいない」と誤って信じることであるが、B 類型の場合には、占有者である

相続人が「<u>被相続人が</u>当該相続財産に関する唯一 の所有者である(=祖父から父への相続に際して 父の他には相続人はいない)」と誤って信じること である。

したがって、B 類型の場合には、たとえば、祖 父から父への相続に際して「父の他には相続人が いなかった」と子が誤信し父を相続した場合、そ の誤信に合理的事由がある場合には、子の占有は 自主占有となる。

そして、その例、すなわち〈祖父から父への相 続に際して父の他には相続人がいないと子が誤信 し、そこに合理的事由がある場合〉の中には、父 には実際には他に共同相続人がいたが、その相続 人が行方不明等のため、子にそのような誤信が生 じた場合も含まれると考えることができるのでは ないか。ここには、子が父から「自分の弟(子から 見れば叔父)は行方不明でもう会うことはない」と か、(父の弟がすでに死亡していて代襲相続が始ま っている場合など)「自分の甥(子から見れば従兄 妹)には数十年会っておらず今は生きているかど うかもわからない」などと聞かされて、父を単独 所有者と誤信していたり、あるいは、(父はその存 在を知っていたがそれを子に告げておらず)子が そのような行方不明者の存在自体を知らなかった ために、父を単独所有者と誤信して相続した場合 などは含まれる可能性はある(詳細は後述5(2) 参照)。とりわけ、B類型の場合には、祖父の代の 共同相続人の所在に関わる事柄であるから、前述 のように相続人の範囲が A·C 類型の場合よりも拡 大する可能性は高く、その所在すらわからない相 続人の現出する可能性は実際にも高いであろう。 そのような場合に父を所有者であると誤信したと きは、その子が所有の意思を抱いてもやむを得な い状況にありうるとして、当該共同相続人の持分 については、占有者である子は、占有開始当初か ら自主占有を取得しうると解することはできない であろうか。

すなわち、C 類型の場合と同様に、行方不明等の相続人の存在によって、その者の持分にまで占有者の所有の意思が拡張していくと解するわけで

あるが、C類型と比較すると、B類型の場合には、(イ)占有者の所有の意思は占有開始当初から生じ、また(ロ)占有者と行方不明者等との距離が相対的に大きいがゆえに誤信が生じやすく、したがって(ハ)誤信者(占有者)の所有の意思の認定が相対的により容易になる、ということができようか。

#### (b) 占有の外形的客観的態様の変更の要否

ところで、とりわけ B 類型において 185 条を適用する論者からは、占有の性質そのものが転換するのであるから所有の意思について所持の態様を客観的外形的見地から判断する際には、たとえば、B 類型でいえば被相続人の占有の態様と相続人のそれとの間に変更があることを必要と解する者が多い<sup>19</sup>。この点は共同相続人の中に行方不明者等がいる場合にはどのように考えられるか。

共同相続の事案ではないが、たとえば、前掲大 阪高裁平成25年11月12日判決は、河川工事用に 買収された土地が公共の用に供されずに売主が耕 作を継続した事案につき、相続人(売主の子)が被 相続人(売主)と同様の耕作を継続し、固定資産税 も払っておらず(国有地となったのでそもそも非 課税)、登記の移転についても関心を示してこなか ったにも拘わらず、相続人の占有を所有の意思が あると認めた。また、前掲大阪高裁平成3年2月 28 日判決は、養女に出た姉 Y が養親 B の建物を単 独相続したが、当該建物にはYの実親Aや弟Xと その家族が居住し(Yは結婚に伴い転出)、A死亡後 もX一家が引き続き居住し続けた事案につき、他 主占有者である A と同様の形態で占有を続けた X に所有の意思を認め、「新権原」に基づき占有を始 めたものとした。本件では、Y からの賃料請求も なく、Xが本件建物の公租公課を負担し、建物に つき損害保険契約を締結している。上記いずれも 所有者がいきなり所有権を主張してきた事案であ り、いずれにおいても所有の意思が認められてい る。

また、共同相続人間の争いでもある8年判決の 調査官解説によると、本判決は、相続人の「事実

<sup>19</sup> 学説では、有地・前掲(注 5)151 頁、金山・前掲(注 5)99 頁、田中・前掲(注 5)188 頁など参照。

的支配が外形的客観的にみて独自の所有の意思に 基づくものとされる事情」の有無を判断するに際 しては、相続人の事実的支配の態様と被相続人の それとを比較することまでは要求しておらず、相 続人の所持の態様のみを見て所有の意思の有無を 判断すべきとする立場に立っている旨指摘されて いる<sup>20</sup>。そうであるとすれば、相続人の所持の態 様が被相続人のそれと比べて変化がない場合でも 事情によっては相続人に所有の意思が認められる ことになる。

もとより、外形的変化がない場合には、本来の 所有者(ないしは他の共同相続人)が、占有者であ る相続人が所有の意思を抱くに至ったことを知る こと(したがって、時効中断措置を取ること)が必 ずしも容易ではないように思われ、このような観 点からすれば、占有者の自主占有の認定は否定さ れよう。しかし、共同相続人が行方不明等の場合 には、そもそもかかる外形的客観的変化があった としてもそれを認識しえなかったり、認識しえた としても関心を示さないのが通常であろう。した がって、行方不明者等に対して時効中断措置をと りうる可能性を付与する意味や必要性は、通常の 所有者の場合に比して相当に減殺されている状態 であるとも評することができ、行方不明等の場合 には外形的客観的態様の変更を要すると解する必 要は必ずしもないようにも思われる。

### 4. A類型について

A類型については、その法律構成について、185 条適用説と性質判断独自説とがあったが、いずれ をとっても下記のような処理になるであろう。

### (a) 相続開始後に行方不明等になった場合

この場合には、相続開始時点では占有者は他主 占有者であったのであるから、そもそもA類型の 問題ではなく、C類型の問題となる。

#### (b) 相続開始前から行方不明等の場合

ここでの問題は、不動産を所有していた被相続 人からの相続人が、他の共同相続人が相続開始以

<sup>20</sup> 三村量一「判解」『最高裁民事判例解説』平成8年度 936頁。 前から行方不明等であったために、当該行方不明 者等の持分についても自己を所有者と誤信して当 該不動産の占有を始めた場合である。

問題は、行方不明等となったが故に単独相続で あると誤信した場合、そのような誤信に合理的事 由があると評価することができるか、という点で ある。この点は、下記のように考えることができ る。

(i) 行方不明等の共同相続人がいることを相続開 始時に知っていた場合

この場合には、行方不明者等の相続分については、占有者は他主占有者であるので、C 類型の問題となる。

(ii) 行方不明等の共同相続人がいることを相続 開始時に知らなかった場合

この場合には、行方不明者等の持分については、 占有者は自主占有者になりうるが、その誤信につ いて合理的事由が必要である。たとえば、子(相続 人)の幼少時に親がその弟を捨てて弟がそのまま 行方不明になった場合にそのことを兄が知らない で相続したときなどはそれに該当しよう(いわゆ る「藁の上の養子」など)。II・2で挙げた裁判例 (たとえば、その相続人の存在を知らなかった場合 (養親が養親子縁組を法律上も解消したものと誤 信し、家督相続をした子が相続財産を占有してい た事案(前掲東京高裁昭和52年2月24日判決)や 共同相続人の一人である養子が実子の存在を知ら ずに相続財産を占有した事案(前掲東京地裁昭和 58年9月27日判決))の処理仕方と基本的には共 通の問題として捉えられる。合理的事由が存在す るのは、実際上はかなり限定的な場合に限られる であろう。

## 5. 小括―所有の意思の認定について

#### (1) 各類型と所有の意思

共同相続人が行方不明等である場合について、 類型毎に多少立ち入って検討してきた。これらを 踏まえると、所有の意思の認定のしやすさを相対 的に見れば、一般的には、「B 類型>C 類型>A 類 型」ということができるように思われる。 (2) 共同相続人が行方不明等の場合の所有の意思の認定

各類型とも、当該相続人が行方不明等であることによって当該相続分につき占有者が所有の意思を抱くに至った事情が重視される。このことは、すなわち〈当該相続人がもはや(あるいは元々)存在しない、ないしはもはや相続分の主張をしないと信じ、その者の相続分につき所有の意思を抱いたことにつき合理的事由があること〉を意味する。そのような信頼に至った事情に加えて、既に述べたその他の要素(たとえば、現実の占有・管理・使用の専行、収益の独占、固定資産税の納付、登記済証の所持など)を含めて、それらを総合的に鑑みて占有者に所有の意思があったか否かを判断していくことになる。「行方不明等」に関する類型と諸事情として本稿で述べたことを整理すると下記のようになる。

- (i) 占有者が、そもそも行方不明者等の存在その ものを知らず、そのことに合理的事由がある場 合
- (4) いわゆる 「藁の上からの養子」 の場合 (A 類型)
- (p) 父には実際には他に共同相続人(兄弟姉妹など)がいたが、その相続人が行方不明であり、 父からはその事情を聞かされず、それ故、父の 死亡に際して行方不明である相続人がいることを知らなかった場合(B類型)
- (ii) 占有者が、行方不明等である相続人がいることは知っているが、行方不明等の期間が一定期間継続するなど、当該行方不明者等はすでに死亡・共有持分権の放棄などによってもはや自らの相続分を主張してくることはないものと信じ、そのことに合理的事由がある場合
- (イ) 調査をしたが、所在不明であった場合(B・C 類型)
- (p) 行方不明者等が、持分権を有することに日頃 から全く関心がないことを窺わせる言動が見 られる場合(B・C 類型)
- (ハ) 占有者との連絡が途絶している場合(たとえば、法事や親族の集まりにも一切顔を出さない、 連絡しても全く返事が来ないなど)(B・C 類型)

(二) 子が父から「自分の弟(子から見れば叔父) は、どこにいるかわからずもう会うことはない」 とか、(父の弟がすでに死亡していて代襲相続 が始まっている場合など)「自分の甥(子から見 れば従兄妹)には数十年会っておらず今は生き ているかどうかもわからない」などと聞かされ ていた場合(B類型)

以上の諸要素の軽重は、結局は当該具体的事案の中で決めて行くしかないものと思われる。たとえば、上記の(ii)において行方不明者等が問題となった前掲東京地裁昭和51年2月27日判決では、(ロ)と(ハ)が、また前掲名古屋高裁昭和57年12月27日判決では、(ロ)が重視されて、各々占有者に所有の意思が認定されている(ただしいずれも一般型の事案)。

(3) 共同相続人の中の一部の者のみが行方不明等の場合

A~C 類型とも、共同相続人の一部の者が行方不明等の場合であって、それ以外の共同相続人は相続分の主張をしている場合には、占有者に行方不明者等の持分につき所有の意思が認められるときでも、行方不明者等の持分全部につき占有者に所有の意思が認められるわけではない。他の共同相続人との関係を考える必要があり、仮に行方不明者等の持分につき取得時効が完成した場合でも、他の共同相続人も、当該行方不明者等はもはや持分を主張してくることはないものと信じているとすれば、行方不明者等の持分は他の共同相続人にもその持分割合に従って帰属することになるものと思われる<sup>21</sup>。

たとえば、B 類型において、祖父の共同相続人が4人( $P \cdot Q \cdot R \cdot S$ )おり、父Pが実際に占有・管理しているとして、その内の1人Qが行方不明となり、他の共同相続人 $R \cdot S$ はQが死亡したと信じた場合、Q の 1/4 の相続分については、P、R、S が、各自所有の意思を抱く( $1/4 \times 1/3 = 1/12$  ずつ)

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> 民法 255 条の場合につき、我妻栄/有泉亨/清水誠/田山輝明『コンメンタール民法 総則・物権・債権(第 5版)』(日本評論社、2018 年) 459 頁。

ことになる。そして、 $R \cdot S$  のこの 1/12 の部分に ついては、従来の  $R \cdot S$  の持分である各 1/4 と併せ て、P が、従来通り他主占有を継続することになる(すなわち、 $P \cdot R \cdot S$  とも、各 1/12 + 1/4 = 1/3 ずつの持分につき所有の意思を持つことになる)。

# IV. 相続回復請求権(民884条)との関係

#### 1. 一般論

さて、上記に関わる問題として、相続回復請求権(民 884条)との関係についても検討しておこう<sup>22</sup>。相続回復請求権とは、表見相続人が真正相続人の相続権を否定し相続の目的たる権利を侵害している場合に、真正相続人が自己の相続権を主張して表見相続人に対して侵害の排除を請求することによって真正相続人に相続権を回復させようとする制度である。ただ、回復請求権を行使できる期間が、相続権侵害の事実を知ったときから5年(または相続開始時から20年)と短期に定められているため、この規定は、真正相続人の相続回復請求権をむしろ制限する方向に機能している。

III・2ないし4で検討したA~C類型において、 相続人(の一部)が行方不明等の場合に共同相続人 側では一定の場合に行方不明者等の持分について 所有の意思を認めることが可能である旨を論じた が、その場合に、相続回復請求権に関してはどの ように考えればよいか。 最判昭和 53 年 12 月 20 日民集32巻9号1674頁によれば、(i)相続回復請 求権は、共同相続人のうちの一人又は数人が、相 続財産のうち自己の本来の相続持分を越える部分 について、当該部分の表見相続人として当該部分 の真正共同相続人の相続権を否定し、その部分も また自己の相続持分であると主張してこれを占有 管理し、真正共同相続人の相続権を侵害している 場合には、共同相続人間にも適用されるが、(ii) 自ら相続人でないことを知りながら相続人である と称し、またはその者に相続権があると信ぜられ

るべき合理的な事由があるわけではないにもかか わらず自ら相続人であると称し、相続財産を占有 管理することによりこれを侵害している者は、本 来、相続回復請求制度が対象として考えている者 にはあたらないため884条は適用されないとした 23。そして、消滅時効を援用しようとする者は、 相続権侵害の開始時点において、他に共同相続人 がいることを知らず、かつ、これを知らなかった ことに合理的な事由があったことを主張・立証し なければならないとされている<sup>24</sup>。また、884条が 適用される場合であっても、相続開始後 20 年経過 後に相続権侵害がある場合にはもはや回復請求権 を行使しえないし、20年以内に相続権侵害があっ たとしても被侵害者が侵害された事実を知ってか ら5年が経過すれば回復請求権は時効によって消 滅する。

### 2. 共同相続人が行方不明等である場合

それでは、共同相続人の中に行方不明者等がいて、相続財産が他の共同相続人によって占有管理されている場合、その行方不明者等は、相続回復請求権を行使することができるか。少なくとも下記の二点を指摘することができる。

第一に、行方不明者等についてはその相続分に つき他の共同相続人(とくに相続財産の占有者)の 自主占有が肯定される場合とは、前述したように、 占有者が当該行方不明者等の存在そのものを知ら ないか(そのような相続人がいるとは知らなかっ

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> 相続回復請求権と取得時効との関係については、門 広乃里子「民法 884 条の消滅時効と取得時効の関係」須 田晟雄/辻伸行編著『民法解釈学の展望』(信山社、2002 年)519 頁以下に詳細な分析がある。

<sup>23</sup> 本判決については、岨野悌介「判解」『最高裁判所判例解説民事編』昭和53年度551頁、副田隆重「判解」『家族法判例百選(第6版)』(有斐閣、2002年)120頁。24 前掲最高裁昭和53年12月20日判決の「自ら相続人でないことを知りながら相続人であると称し、またはその者に相続権があると信ぜられるべき合理的な事由があるわけではないにもかかわらず自ら相続人であると称していること」については、被侵害者側が主張・立証責任を負うという構成も考えられたが、最高裁は後に、この表見相続人の「善意かつ合理的事由」の存在について侵害者側が主張・立証責任を負うと解した(最判平成11年7月19日民集53巻6号1138頁)。本件については、吉田克己「判批」判評498号(2000年)209頁、副田隆重「判批」ジュリ1179号(『平成11年度重要判例解説』)89頁など参照。

た)、またはその存在を知っていてもすでに死亡・ 共有持分権の放棄などによって自らの相続分を主 張してくることはもはやないものと信じ、そのこ とに合理的事由がある場合を指していた。このよ うに、〈相続人がいることを知らないか、知ってい る場合でも自己に相続分があると信じ、そのこと に合理的事由がある場合〉とは、上述した884条 の適用の要件の一つである〈表見相続人がその相 続分に関して自己に相続分があると信じ、かつ合 理的事由が存在する場合〉<sup>25</sup>と基本的には表裏の 関係に立っている。したがって、行方不明者等の 持分につき占有者の所有の意思が肯定される場合 には、他面において884条の適用も肯定されるこ とになり、相続回復請求権は法定の期間制限に服 する<sup>26</sup>。

第二に、884 条が適用される可能性があるとしても、884 条の 5 年の消滅時効を適用するためには、(i)相続権を侵害された事実があり、(ii)それを被侵害者が知ることが必要である。

まず、(i)のそもそも相続権が侵害される場合とは、いかなる場合を指すのであろうか。この点、取得時効と884条は基本的には表裏の関係に立つことからすれば、取得時効における占有者の自主占有開始時と884条における相続権侵害開始時も

また表裏の関係にあるということができる。したがって、占有者が従来通りの使用収益を続ける場合でも行方不明者等の持分については占有者が所有の意思を有するに至る場合があるのであるから、その場合には884条にいう相続権の侵害は存在するものと解して良いのではないか<sup>27</sup>。

次に、(ii)の点である。884 条の 5 年の消滅時効を適用するためには、さらに、被侵害者が相続権の侵害を知ることが要件である。この点については、下記の二つに分けて考えることができよう。(イ) 占有者が行方不明者等の存在そのものを知らない場合

この場合には、行方不明者等の側も、行方不明 等であるが故に相続権が侵害されたことを知らないのが通常であろう。それ故、そのような場合には884条が適用されても、5年の消滅時効は進行を開始しない。したがって、相続開始後20年を経過していない限り、行方不明者等が後で現れて、相続回復請求権を行使することはありうる。もっとも、この20年の間には、占有者側に取得時効が完成していることもありえ、この場合には、占有者は取得時効の援用によって確定的に所有権を取得し、行方不明者等の相続回復請求はもはや効を奏しない<sup>28</sup>。

<sup>25</sup> この点、正確に言えば、最高裁は、〈表見相続人が他 に共同相続人がいることを知らず、かつそのことに合理 的事由が存在する場合〉としている。したがって、本稿 のこれまでの叙述からすれば、いわゆる「藁の上からの 養子」のような〈占有者が、そもそも行方不明者等、他 の共同相続人の存在そのものを知らず、そのことに合理 的事由がある場合〉すなわち、取得時効の場合の A 類型 (ないしは場合によっては B 類型)に相当する事案の場 合にのみ 884 条は適用されるようにも思える。しかし、 最高裁は、その後884条を〈占有者が、他に共同相続人 がいることは知っているが、当該共同相続人の相続分が 自己に帰属したものと信じるべき合理的事由がある場 合〉にも適用した(最判昭和54年4月17日判時929号 76 頁。また、最判昭和54年7月10日民集33巻5号457 頁も同類型の事案である)。したがって、取得時効の場 合の B・C 類型についても、最高裁は、884 条の適用を 認めることになるものと思われる。

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> ただし、取得時効における合理的事由の中には無過失は含まれないと解すれば、両者が重ならない場面も生じ得る。この点につき、門広・前掲(注 22) 529-530 頁参照。

<sup>27</sup> もっとも、相続権侵害とは個々の財産をたとえば自己名義に登記したり売却するなど持分権の侵害が現実的に明らかな場合を指すと解する裁判例も存在する(大阪地判昭和45年2月14日下民集21巻1・2号323頁)。この見解による場合には、占有者の自主占有が開始していても、884条にいう相続権の侵害は未だ始まっていない(すなわち、消滅時効は進行を開始していない)ことになる。

<sup>28</sup> この点、古い判例は本条の消滅時効の完成以前は取得時効の成立を認めない(大判明治44年7月10日民録17巻468頁、同昭和7年2月9日民集11巻192頁)。しかし、学説は、所有者による物権的請求権の行使に対しても、占有者について取得時効が成立していれば土地の明渡請求を拒めるのであるから相続回復請求権でも同様に解することができることなどを根拠として、上記のように解するのが多数説である。中川善之助/泉久雄編著『新版注釈民法(26)』(有斐閣、1992年)124-125頁(泉久雄)、内田・前掲(注2)446頁、辻・前掲(注1)299頁、松川正毅『民法 相続・親族(第5版)』(有斐閣、2018年)264頁など参照。

(p) 占有者が、行方不明者等である相続人がいる ことは知っているが、当該行方不明者等はすで に死亡・共有持分権の放棄などでもはや自分の 相続分を主張してくることはないものと信じた 場合

この場合に、被侵害者が相続権の侵害(=自主占有の開始)を容認していたと評価することができれば、この時点から5年間の経過によって相続回復請求権は時効消滅する。この場合には、占有者の取得時効の完成を待たずに、占有者に実質的に当該持分が帰属することになる。

しかし、この類型の中には、占有者が所有の意思を抱くに至った原因を所有者自らが形成してしまった場合もあるであろうが、必ずしもそうとは言えない場合もある。たとえば、単に連絡が途絶しているだけの状況では、被侵害者は、相続権の侵害を容認していたとまでいうことはできない。したがって、この類型では、行方不明者等をめぐる当人および周囲の具体的な状況との関係の中で、相続権侵害の知・不知を認定していくべきものと思われる。

# V. 補論—取得時効完成と所有権移転登記

ところで、上記のようにして占有者に所有の意 思が認められ、取得時効が完成した場合、その後 の登記をめぐる処理の仕方について、若干付言し ておこう。

この場合、相続不動産の登記名義がまだ被相続 人の下にあることを前提とした場合、まずは共同 相続登記を経由しなければならない。共同相続登 記は、共有不動産の保存行為(民 252 条但書)を根 拠として、占有者が単独で行うことができる。

次に、取得時効の効果は原始取得であるが、不動産登記法上は、〈抹消登記+保存登記〉ではなく、 所有権移転登記を行うことになる<sup>29</sup>。したがって、 共同申請の原則(不登法 60 条)が適用されるが、こ

<sup>29</sup> 大連判大正 14年7月8日民集4巻9号412頁、大判昭和2年10月10日民集6巻558頁、明治44年6月22日民事414号民事局長回答『登記関係先例集上』(テイハン、1993年)308頁など参照。

の場合、登記義務者(元の所有者)が行方不明者である場合には、実際には共同で申請を行うことができず、登記権利者(取得時効完成によって新たに所有者となる者)が、登記手続をすべきことを登記義務者に命じる確定判決を得た上で、単独で所有権移転登記を請求することになる(不登法63条)。そこで、登記権利者が原告となって、行方不明者を相手(被告)として所有権移転登記請求訴訟を裁判所に提起する。ここでは、行方不明者を被告とすることから生じるいくつかの問題がある。

第一に、行方不明者に対して訴状等の書類を送付する場合には、原告が公示送達(民訴 110 条)を申し立てることで、訴訟を進行させることができる<sup>30</sup>。

第二に、被告は、通常は第一回目の口頭弁論期 日にも出頭しないであろうし、答弁書も提出しな いであろう。この場合は、通常の訴訟であれば原 告の準備書面に記載された事実を被告は自白をし たものとみなされる(民訴159条3項)。しかし、 当事者が公示送達による呼出しを受けたものであ るときは、呼び出しを受けた者が争う機会があっ たとはいえないことから、自自は擬制されない(同 条同項但書)31。この場合は、原告は主要事実の証 明をしなければならないため、取得時効の成立に 必要な要件事実を立証する必要がある。この点は、 原告には負担ではあるが、他人の不動産を時効取 得するのであるから、占有開始の起算点や所持の 態様などを裁判官の前で主張・立証することで32、 原告の主張の一定の客観的合理性を裁判所に判断 してもらうことはむしろ必要な手続であるように 思われる。

第三に、上記の手続を踏まえた上で、判決が言 い渡される。判決の言渡しも、公示送達による呼

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> なお、裁判所によっては、不在者財産管理人の選任 を求めるところもあるようである。東京弁護士会法友会 『所有者不明の土地取得の手引』(青林書院、2017 年)109 頁。

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法 第 5 版』(有斐閣、2011年) 588 百。

<sup>32</sup> ここでは民法 186 条 1 項の推定規定を利用することができる場合には、原告の主張・立証上の負担は大きいものではない。

出しを受けたにも拘らず被告が口頭弁論の期日に 出頭しない場合には、判決の原本に基づかないで これを行うことができるから(民訴 254 条 1 項)、 時間はかからないはずである。原告の請求が認め られ判決が確定した場合、原告は、裁判所で確定 証明書を取得しこれを登記原因証明情報として、 判決正本と共に登記所に申請・提出すれば、被告 から原告への所有権移転登記は完了する<sup>33</sup>。

およそ上記のような手続を経た上で登記が完了する。訴訟を起こすことは原告にとっては心理的には負担とはなろうが、被告が行方不明の場合には訴訟の進行は通常の場合よりも間違いなくスムースに進むであろうし、また、原告の取得時効の主張を公的機関(ここでは裁判所)の関与の下に確認することは、むしろ必要なプロセスであると思われ、現行法の下で行われる上記のプロセスにもそれなりの意義を認めてもよいものと思われる。

# VI. むすびに代えて―取得時効制度の活用可能 性とその限界―

以上のような検討を踏まえた場合、取得時効の 活用可能性については、下記の点を指摘すること ができる。

# 1. 取得時効の活用可能性

まず、共同相続人の中に行方不明者等がいる場合、相続人の一人である事実上の管理者がそれを 契機として当該行方不明者等の持分についても所有の意思を有しうるか、という点については、所有の意思を認定しうる場合はあるということができる。行方不明者等の存在が占有者に所有の意思を抱かせることは自然なことであり、行方不明者 等の持分につき、占有者に「所有の意思」を認めることは可能であると思われる。このことは、185条説・性質独自判断説のいずれによる場合にもあてはまるであろう。もっとも、「行方不明等」の基準については、本稿で述べてきたような諸要素を考慮に入れながら、客観的な認定の仕方をなお検討する必要があろう。

### 2. 活用の限界

ただし、取得時効制度の活用については一定の 限界があることもまた明らかである。

第一に、取得時効制度は、共同相続財産につき あくまでも相続人の一人である管理者が存在する ことが前提である。放置され、管理・保全行為が 行われていない相続不動産については、そもそも この手法を用いることができない。

第二に、共同相続人の中の一部の者のみが行方 不明等である場合には、占有者による自主占有が 認められるのは、行方不明者等の持分の内の一部 に限定されると解さざるを得ない。占有者以外の 共同相続人全員が行方不明である場合には、占有 者の所有の意思が他の共同相続人の持分全部に及 ぶ可能性があるが、実際には、行方不明者等は、 共同相続人の一部に留まる場合も多いものと推測 される。とすれば、取得時効制度を用いても、他 の共同相続人が自己の相続分の存在を引き続き主 張する場合には、占有者の「所有の意思」を認定 できる部分は実際上は限定され、その結果、他の 共同相続人との関係は引き続き残存する。すなわ ち、この場合は取得時効制度を利用したとしても、 権利関係が一度に簡明になるわけではなく、この ような場面では必ずしも使い勝手の良い制度では ない。この局面では、今度は共有状態を前提とし た土地の有効利用の促進方策が求められることに なろう。この点については、本稿では全く検討で きなかったが、機会があれば改めて論じてみたい と思っている。

<sup>33</sup> 被告が行方不明者ではないが、取得時効を原因とする所有権移転登記の実際については、小口一成「時効取得による所有権移転登記請求事件」『司法書士』527号(2016年)31頁以下参照されたい。ここでは、即日判決が言い渡された事例を紹介している。なお、その他にも、取得時効による所有権移転登記において、訴訟の提起から判決確定まで4か月、7か月の事例が報告されている(所有者の所在の把握が難しい土地への対応方策に関する検討会『所有者の所在の把握が難しい土地に関する探索・利活用のためのガイドライン事例集(第2版)』(日本加除出版、2017年)33頁、37頁)。