

土地建物の使用借人の建替えによる 取得時効の成否

——所有の意思とその表示——

松 岡 久 和*
平 野 哲 郎**

目 次

- 一 はじめに
- 二 事案の概要
- 三 判 決
- 四 控訴審判決の問題点
- 五 当事者の主張しない所有の意思の評価根拠事実を認定したこと
(弁論主義違反)
- 六 経験則又は採証法則違反
- 七 使用借地上の建物の建替えによって所有の意思の表示を認めた
こと（民法185条の解釈の誤り）
- 八 おわりに

一 はじめに

土地建物を無償で借りている者が、貸主の承諾を得ずに、借地上の建物を取り壊し建て替えた場合にも、他主占有から自主占有へ変更が生じて土地の時効取得ができるのであろうか。この問題においては、無断建替えの事実が、「所有の意思」（民法162条、186条1項）や「所有の意思の表示」（民法185条前段）の認定にどのように影響するのが重要である。本稿は、

* まつおか・ひさかず 立命館大学大学院法務研究科教授

** ひらの・てつろう 立命館大学大学院法務研究科教授

第一審判決と控訴審判決が正反対の結論を出したある事件を素材にして、これまで十分に論じられていないこの問題を分析する¹⁾。

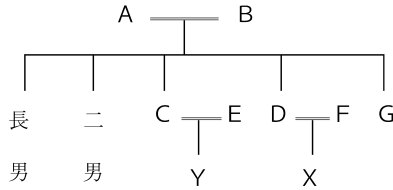
二 事案の概要

検討する事案の概要は以下のとおりである。

1 登場人物

- A 1877(明治10)年生まれ, 1952(昭和27)年死亡。
- B Aの妻。1972(昭和47)年死亡。
- C AB夫婦の三男, Yの父。1920(大正9)年生まれ, 1970(昭和45)年死亡。
- D AB夫婦の四男, Xの父。1922(大正11)年生まれ, 2011(平成23)年死亡。
- E Cの妻, Yの母。2007(平成19)年死亡。
- F Dの妻, Xの母。2014(平成26)年死亡。
- G AB夫婦の五男。
- X DF夫婦の長男(本訴原告・反訴被告)。
- Y CE夫婦の長女(本訴被告・反訴原告)。

1) 読んでくださる方には、本稿の執筆に以下の経緯があることを予めご了解いただきたい。平野の論文「取得時効における要件事実の主張立証責任——藤原説をてがかりに」(龍谷法学40巻4号(2008年)264-310頁)を読んだXからの依頼で、平野が第一審の途中から控訴審終結まで協力者として主張立証に関する助言をしていた。本文で詳論するとおり、控訴審が第一審を覆し、その理由に種々の不備があると考えられたため、平野が松岡に実体法の観点から意見を求めた。議論を重ねた結果、両者が共通の問題意識を持つに至ったので、共同で最高裁判所に提出する意見書を執筆した。本稿はこの意見書がもとになっている。なお、検討に際して、X及びX代理人の上拾石哲郎弁護士から記録の提供やご意見をいただいたことを付記し、謝意を表す。



2 請 求

Xが、その所有する土地（本件土地）上の未登記建物（本件建物）に居住するYに対して、土地所有権に基づいて建物取去土地明渡しを求めたところ（本訴）、Yは、本件土地を時効取得したと主張して、Xに所有権移転登記を請求した（反訴）。なお、本訴には、本件建物にYとともに居住するYの内縁の夫に対する建物退去請求が、反訴には土地の承継取得を理由とする請求も含まれるが、本稿の考察する本質の問題に影響を与えないので、これらの検討は省略する。

3 事 実 経 過

1951（昭和26）年に、Dは前主から本件土地及びその上に建っていた建物（旧建物）を買い受け、前主からDへの移転登記がされた。1952（昭和27）年夏には、A B夫婦、C E夫婦、DおよびGの6名が旧建物に居住していた。Aは同年11月に死亡し、1954（昭和29）年にYが出生した。そのころ、DはFとの婚姻を機に旧建物から転居し、Gも昭和40年代初めに旧建物から転居した。その結果、旧建物の居住者は、B、C、E、Yの4名となった。Cは、1969（昭和44）年ころ、旧建物を取り壊して本件建物を建築したが、その際、本件土地及び旧建物の所有者であるDの承諾を得なかった。Cは本件建物について保存登記をせず、本件建物は少なくとも本件控訴審口頭弁論終結時まで未登記のままである。

大学教員だったDは、Cによる旧建物取壊しと本件建物建築がなされた当時、研究のため外国に滞在していたが、帰国後もこれらについて異議は述べなかった。Cは、1970（昭和45）年に死亡し、EとYが相続したが、

EとYは本件土地については相続税を支払わなかった。2007(平成19)年にEが死亡し、Yが相続したが、やはり本件土地について相続税は支払わなかった。

Dは2011(平成23)年に死亡し、FとXが相続し、本件土地の相続税を納付し、Fは2014(平成26)年に死亡し、Xが相続し、本件土地の相続税を納付した。

Dの生前、Cやその家族と、本件土地について明示の貸借契約が締結されたことはなく、Dが、Cやその家族に対して、地代の支払や明渡しを求めたこともなかった。Dは旧建物から転居する際に、本件土地と旧建物の売買契約書は旧建物に置いたままにしており、C及びその家族が保管を続けた。また、Dは、転居後も、本件土地登記簿上の自らの住所を変更しなかった。本件土地の固定資産税の支払通知はD宛に送付されていたが、Dの転居後はC及びその家族がD名義で支払っていた。

C及びその家族は、本件建物の建築後、本件土地の名義がDとなっていることを知りながら、名義変更を申し出なかった。

X及びFは、2013(平成25)年に、本件土地に関する使用貸借契約の解約を理由として、本件建物の取去及び本件土地の明渡しを求める通知をYに対して行ったが、Yがこれに応じなかったために、本訴提起に至った。

4 当事者の主張

(1) Yの主張

CがDに無断で本件土地上の建物の建替えをして居住を続けたことは、本件土地についての所有の意思の表示に当たる。

(2) Xの主張

CはDから本件土地と旧建物を使用借していたところ、旧建物が老朽化したから建て替えただけで、本件土地についての所有の意思があったとは認められない。またCが建物建替時に土地の名義変更を申し出なかったこと、本件建物の保存登記をしなかったこと、固定資産税がD名義で課され

ていることを知りつつ納付していたことから、所有の意思表示があったとは認められない。

三 判 決

1 第 一 審

第一審（東京地判平成27年8月31日 LEX/DB 25545712）は以下のように判断して、Xの本訴請求を認容し、Yの反訴請求を棄却した。

「Dは、本件土地及び旧建物をA一家のために使用に供するとともに、その使用方法は、実際に使用するA一家に委ねていたと認められるのであり、旧建物が老朽化するなどしてBとC家族が生活するのに不都合が生じたことから旧建物を本件建物に建て替えたことは、本件建物建築後も従前と同様に同建物においてBとC家族が生活を続けたことをも併せ考えれば、従前の使用方法の延長線上にあったものというべきであるから、旧建物を取り壊して本件建物を建築したことをもって、Cが、Dに対し、本件土地について所有の意思があることを表示したものであるということはできない。」

2 控 訴 審

控訴審（東京高判平成28年4月26日 LEX/DB 25545713）は、第一審を全面的に覆し、Xの本訴請求を棄却し、Yの反訴請求を認容した。

「Cにおいて、民法185条前段にいう所有の意思があることの表示があったか否かを検討すると、占有における所有の意思は、占有者の内心の意思によってではなく、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であるところ（最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁参照）、CがDに断ることなく昭和44年頃に行った旧建物の取壊行為と本件土地での本件建物の建築行為は、外形的客観的にみれば、本件土地及び旧建物の所有者としての行為にほかならず、このことに、使用貸主であるDにおいても、Cによる上記各行為並びにその後のC及びYらによる本件土地の占有の継続を前記のとおりのおよそ所有者らしくからぬ態度で黙認していたという事情を併せ考慮すれば（最判平成6年9月13日民集173号53頁参照）、Cは、遅くとも本件建物が完成した後である昭和44年12月31日には、Dに対して、本件土地につき所有の意思が

あることの表示をしたものと認めるのが相当である。」

3 上告審

上告審(最決平成28年9月1日LEX/DB 25545714)は、実質的な判断を示すことなく上告棄却・不受理決定をした。しかし、使用借地上の建物の建替えが、土地についての所有の意思の表示に当たるかについては判例がなく、後述のとおり、控訴審の判断には問題があるので、最高裁としての判断を示しても良かったように思われる。

四 控訴審判決の問題点

控訴審判決には以下に述べるとおり、3点にわたる法令解釈の誤り(民事訴訟法318条1項)があると考えられる。

Cの占有が他主占有権原(使用貸借)によって開始されたことが認定された以上、被告側で①「所有の意思の存在」(民法162条1項)と②「所有の意思の表示」(同法185条1項前段)の2つを主張立証する必要があるが²⁾、控訴審判決はこれに関して3点の誤りを犯している。

①についての誤りは以下の2点である。

ア 「所有の意思」は規範的要件であるが(判例・通説)、控訴審判決はCに所有の意思があったことの評価根拠事実を当事者からの主張がないまま認定し³⁾、この事実を所有の意思の評価に用いた。判例・通説によれば評価根拠事実は主要事実であるから、これは弁論主義に違反する。

イ 弁論主義に違反して控訴審判決が評価に用いた事実を除いて、証明された評価根拠事実と評価障害事実を総合すれば、経験則上所有

2) ①と②は関連するものの別な要件であるところ、控訴審判決はこれを混同している点、理由不備ともいえる。

3) 「認定」の語は直接用いていないものの事実上認定したに等しい。

の意思は認められないはずであるから、所有の意思があると評価した控訴審判決の判断は、経験則又は採証法則に違反している。

②についての誤りは次の点である。

ウ 使用借地上の建物の建替えが「所有の意思表示」に当たると解したことは、民法185条1項前段の解釈を誤っている。

以下、各誤りについて詳述する。

五 当事者の主張しない所有の意思の評価根拠事実を認定したこと（弁論主義違反）

1 所有の意思の証明責任に関する判例・通説

所有の意思の証明責任に関する現在の判例・通説の到達点は、以下のとおりである。

占有者の占有には所有の意思によるものであるとの推定が及ぶため（民法186条1項）、時効を争う者に占有者についての他主占有権原又は他主占有事情の証明責任があるが（最判昭和54年7月31日判時942号39頁，最判昭和58年3月24日民集37巻2号131頁。以下、後者を「昭和58年判決」という）、占有が他主占有権原によって開始されたことを証明された占有者は、その占有が所有の意思に基づくものであること（民法162条）を証明しなければならない（最判平成8年11月12日民集50巻10号2591頁。以下、「平成8年判決」という⁴⁾。

したがって、本件のように他主占有権原が証明された場合には、民法186条1項の推定は働かず、時効取得を主張する側が所有の意思のある占有への性質の変更（民法185条）の証明責任を負う。

2 所有の意思の要件事実

所有の意思は、「事実」そのものではなく、規範的要件ないし法的評価

4) 松岡久和『担保物権法』（日本評論社，2017年）274頁。

であると解するのが通説である⁵⁾。すなわち、「所有の意思の存在」は一種の規範的要件ないし評価であり、それ自体は直接立証の対象とはならないと解されている。

したがって、本件のように占有が使用貸借という他主占有権原に基づいて開始された事実が証明された後、占有が所有の意思に基づくものに変更されたと評価されるためには、占有者側で「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たものと解される具体的事実」⁶⁾を主張立証する必要がある。この具体的事実が所有の意思の評価根拠事実として主要事実に当たり、占有者（及び占有を承継して時効取得を主張する者）はこの事実について証明責任を負う。これに対して、時効取得を争う者は、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証明責任を負う。証明された評価根拠事実と評価障害事実を裁判所が総合的に判断した結果、所有の意思があるとの評価ができない場合には、他主占有から自主占有への性質の変更は認められない。

3 控訴審判決の認定構造

次に控訴審判決の挙げた評価根拠事実と評価障害事実を列挙する。

本件において、Cの土地の占有の性質が他主占有から自主占有に変更された論拠として控訴審判決が挙げているのは⁷⁾、<1>「旧建物の取壊行為と本件土地上での本件建物の建築行為は……本件土地及び旧建物の所有者としての行為にほかなら」ないこと、及び<2>「使用貸主であるDにおい

5) 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（1996年）16頁。浅生重機・判解・最判解民事昭和58年度79頁も同旨と考えられる。

6) 笠井・前注論文16頁。この表現は、昭和58年判決、最判平成7年12月15日民集49巻10号3091頁及び平成8年判決で繰り返されている他主占有事情の定式を逆転させて自主占有事情として示したものである。

7) 控訴審判決は「所有の意思」（民法162条）とその表示（同185条前段）を区別して検討していない点にも問題があるが、ここでは所有の意思の評価に関して控訴審判決が挙げたと思われる事実を列挙する。

でも、Cによる上記各行為並びにその後のC及びYによる本件土地の占有の継続を前記のとおりのおよそ所有者らしからぬ態度で黙認していたという事情」の2つである。この「前記のとおり……態度」は、<3>40年以上、本件土地の占有を黙認したこと、<4>本件土地建物を取得した売買契約書等を本件建物に置いたままで本件土地及び旧建物の所有権を積極的に主張しなかったこと、<5>本件土地の使用関係を明確にするための契約の締結等の申入れをすることがなかったこと、<6>本件土地の固定資産税を占有者らが納付するに任せていたことを指すものと思われる。

他方、控訴審判決は、C、E及びYが、①建替えの際またはその後、Dに対して土地の所有権移転登記を求めなかったこと、②本件建物の保存登記をしなかったこと⁸⁾、③D名義で課されていた本件土地の固定資産税をD名義のままで納付し続けてきたこと、④E及びYがCを相続した際、YがEを相続した際に本件土地の相続税を納付しなかったことにつき、所有の意思の認定と矛盾するものではない、と判断している。

すなわち、控訴審判決は、<1>～<6>を所有の意思の評価根拠事実、①～④を評価障害事実として俎上にあげ、これらを総合評価して所有の意思があると評価した、と解することができる。この評価が経験則又は採証法則に反することは六で述べるが、その前に弁論主義違反の違法性を指摘しなければならない。

4 弁論主義違反

控訴審判決は<1>～<6>に加えて(a)「控訴人らからの主張はないものの（下線は筆者ら）、CとDとの間において、本件土地及び旧建物をDからCに譲る等の話合いがあった可能性も否定できない」こと、(b)C、E及びYが「D名義であることを奇貨として相続税、贈与税等の課税を免れるために所有権移転登記をしなかった可能性がある」ことを指摘してい

8) 改築という名目だったため旧建物の登記が流用され、本件建物の保存登記をしなかったとも思われる。

る。

控訴審判決は、これらの可能性(a)(b)を所有の意思の評価根拠事実として事実上考慮に入れた上で所有の意思があるとの評価をしたものと考えられるが、評価根拠事実は主要事実に当たるとは前述のとおりである。

しかし、控訴審判決も認めるとおりYからの主張がなく(当然Xからの主張もない)、それに対応する証拠もない事実を、勝手に裁判所が憶測し、所有の意思の評価の際に考慮したのは不意打ちであり、当事者の主張しない主要事実を認定したものであるとして明らかに弁論主義違反に当たる。

弁論主義は民事訴訟の大原則であり、その違反は法令解釈の誤りに当たる。さらに本件は次に述べるとおり、控訴審判決が弁論主義に違反して認定した事実を除いて経験則に従って評価すれば所有の意思が認められない事案である。

六 経験則又は採証法則違反

1 経験則に従った判例の所有の意思の評価の例

弁論主義に違反して控訴審判決が評価の根拠に用いた「可能性」という事実(前述(a)(b))を取り除いて、Yが評価根拠事実として主張立証した<1>～<6>の事実とXが評価障害事実として主張立証した①～④の事実を総合し、経験則に従って評価するとどうなるか。この問題を検討する前提として、昭和58年判決と平成8年判決を手掛かりに、いかなる事実が所有の意思の評価根拠事実と評価障害事実に当たるとされているかを概観する。

昭和58年判決は、自主占有を認めて取得時効を肯定した控訴審判決を破棄し原審に差し戻しているが、その論拠として、《1》占有者が贈与を受けたと信じていても管理処分権限を付与されたにすぎず権原の性質からは所有の意思を認められないこと、《2》占有者名義での借入れや所有山林の一部を自己の名義に変更したことは管理処分権の付与の事実と矛盾しないこ

と、《3》所有権移転登記手続も農地法上の所有権移転許可申請手続も行われていないこと、《4》所有者が管理処分権付与後も本件各不動産の登記済証及び自己の印鑑を自ら所持して占有者に交付せず、占有者も登記済証等の所在を尋ねることもなかったことを挙げている。

他方で、平成8年判決は、自主占有を否定して取得時効を不成立とした控訴審判決を破棄し、取得時効を認めた第一審判決の判断を支持した。その論拠として、相続人が、[1]被相続人であった夫の生前から本件土地建物が夫に贈与されたものと信じていたこと、[2]その登記済証を所持し、固定資産税を継続して納付しつつ、管理使用を専行し、一部の土地・建物について、賃借人から賃料を取り立ててこれを自らの生活費に費消してきたこと、[3]夫の死亡により、新たに本件土地建物全部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こと、[4]この事実的支配について所有者側が認識しつつ異議を述べたことがうかがわれないこと、[5]占有者が所有者側に本件土地建物の所有権移転登記手続を求めた際に、所有者側がこれを承諾し、又は異議を述べなかったことを挙げている。こうした認定をふまえて、所有者側の遺産についての相続税の修正申告書の記載内容について占有者が格別の対応をしなかったこと、及び、占有者が相続の15年後に初めて本件土地建物につき自己名義への所有権移転登記手続を求めたことは、占有者と所有者側との間の人的関係等からすれば所有者として異常な態度であるとはいえないから、所有の意思を認める妨げとはならない、としている。

以上から、昭和58年判決の《1》～《4》は、所有の意思の評価障害事実（他主占有事情）の例、平成8年判決の[1]～[5]は、評価根拠事実（自主占有事情）の例であり、これらの事実に基づき所有の意思を評価するとの経験則を示したものとみることができる。

2 昭和58年判決との異同

控訴審判決が認定した上記<1>～<6>のいずれの事実も昭和58年判決が

挙げた《1》～《4》と同様に占有者の占有が所有の意思に基づかないものであることと両立する⁹⁾。特に、<1>Cの建物の建替えは《2》占有者名義での借入れや山林の一部の名義変更同様に、土地の管理・使用態様の變更に過ぎないといえる。本件が昭和58年判決の事案と相違するのは、本件では<4>のとおり売買契約書が占有者の占有する建物に残されていたのに対し、昭和58年判決の事案では登記済証が占有者に交付されていなかった点のみであるが、<4>も土地についての使用貸借関係の継続と必ずしも矛盾するものではない。

むしろ、①所有権移転登記の不請求、②本件建物の未登記、③D名義での固定資産税の納付、④相続税の不納付の外形的客観的事実は、従来の使用貸借契約関係が継続していることと整合的である。本件では、占有者が贈与契約の存在を信じた昭和58年判決の事案以上に、自主占有事情として評価できる事実に乏しく、使用貸借関係が継続している場合には、<1>～<6>の事実は「およそ所有者らしからぬ態度」とは評価できない。

3 平成8年判決との相違点

本件は、平成8年判決の事案とは大きく異なり、EやYが、Cの相続を新権原として独自の占有を主張しているものではない（[3][4]に対応する事実がない）。控訴審判決は、建物の建替えによって自主占有に変更されたとするCの土地の占有をEとYが承継し、さらにEの占有をYが承継した、という構成を採るものと思われる¹⁰⁾。とすると、EやYの占有は、Cの占有の性質を受け継ぐことになるから¹¹⁾、Cによる自主占有への変更を認め

9) 土地については使用借権しかなかったCによる建物の建替え行為だけでは、他主占有から自主占有への変更の根拠となる所有の意思を表示する外形的客観的事実として足りない。このことは後述する。

10) C→Yという占有承継のみを根拠とし、C→E→Yという占有承継に全く触れず、Eの占有が他主占有であった可能性を考慮していないことも控訴審判決の問題点である。

11) 仮に相続という新権原による新たな占有を主張したとしても、E及びYは、他主占有者であったCの占有補助者として自らに自主占有権原がないことをよく知っており、<1>➤

るか否かが先決問題であり¹²⁾、Cの死後の事情を自主占有事情として考慮することはできないはずである。この観点で見ると、<2>から<6>の事実は、いずれもCの死後の事情であり、間接事実として用いることはともかく、占有の性質の変更を裏付ける評価根拠事実（主要事実）として挙げることは適切とはいえない¹³⁾。

また、以上の点をとりあえず置いて平成8年判決と比較しても、本件には、同判決の[1][3][4][5]に相当する事实在存在しない点で大きく異なる。すなわち、本件のEとYが、CがDから本件土地を贈与されたと聞かされたとの主張も証拠も一切なく、むしろ使用貸借していることを当然認識していたものと考えられる。EとYがCの死亡後に新たに本件土地全部の支配を始めたことも、所有権移転登記手続を求めたこともない。DからEやYに対して本件土地の使用継続について異議を述べたこともないが、使用貸借が継続していると認識していれば、所有者として当然の態度である。

4 控訴審判決の経験則又は採証法則違反

以上のように考えると、本件では、Cの所有の意思の評価を根拠づける事実は唯一<1>の建替えのみであり、評価障害事実①ないし④が圧倒的に優勢である。このような証拠関係に裁判官が通常有すべき経験則を当てはめれば、Cに所有の意思が存在したと評価がなされることはあり得ない。

しかるに、控訴審判決は、上記の証拠状況にもかかわらず、前記のとおり

「<6>の事实在他主占有権原と両立する以上、相続による自主占有への転換を根拠付けるには足りない。

12) そもそも、185条前段については、我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983年）472頁など、立法論的に疑問とする見解が有力である。また、辻伸行『所有の意思と取得時効』（有斐閣、2003年）4頁は、通説を徹底すれば「新権原」によってのみ自主占有への転換を認めるべきことになるとする。敷地について他主占有であることを認識して行った地上建物の建替えは、新権原とならないことを再度確認しておきたい。

13) 控訴審判決が弁論主義に違反して評価に用いた可能性(b)も同様にCの死後の事情である。

り勝手に憶測した「可能性」を付加することで所有の意思を強引に認める判断をしており¹⁴⁾、経験則又は採証法則違反の違法がある。控訴審判決の判断は結論が先にあったといわざるを得ない¹⁵⁾。

七 使用借地上の建物の建替えによって所有の意思の表示を認めたこと（民法185条の解釈の誤り）

控訴審判決は、土地の使用借人による地上建物の建替えを所有の意思の表示（民法185条）に該当すると判断したが、これは同条に関する法令解釈を誤っている。

1 本件に適用される法条が民法185条前段であること

いかなる事実が証明されれば他主占有から自主占有への変更が認められるかは、民法185条の解釈問題である（民法204条1項2号も同じ趣旨を含む）。同条によれば、他主占有者が、①自己に占有をさせた者（間接占有者。本件を含む多くの場合は所有者）に対して所有の意思があることを表示するか、または、②新たな権原により更に所有の意思をもって占有を始めるのでなければ、自主占有への変更は生じない。Cが使用貸借していた本件土地上の旧建物を建替えたことは、新たな権原に基づくものではないから、同条後段の②の問題（相続を契機にした場合の変更は判例上この問題とされている）ではなく、前段の①の問題である。

2 民法185条前段についての従来解釈

控訴審判決の引用する最判平成6年9月13日は、従来の小作人が所有権

14) これに対し、第一審判決はきわめて真つかに経験則を用いて、Cの所有の意思を否定している。

15) 合理性のある証拠を排除する一方、証拠上認めがたい事実を前提に、推測を交えた認定をした原審の認定判断を経験則ないし採証法則に反する違法があるとした最判平成26年1月16日同23年（受）1619号LEX/DB 25502783を参照。

の取得時効を主張して認められた事例につき、必ずしも明示の意思の表示を必要とせず、占有者、所有者双方の占有期間中の態度からして、外形的客観的にみて占有の態様に変更があったとみうるか否かによって、占有の性質の変更を判断している。そこで重視されたのは、小作料の納付の停止があったにもかかわらず、地主側に容認する態度がみられたという事実である。この判決の判断の枠組は、「所有の意思」の判断基準を示した昭和58年判決とも整合する。

学説には、内心の意思を重視する考え方もあるが、通説的な見解は、判例同様に、外形的客観的な占有態様の変更によって所有の意思が表示されたかどうかを判断する¹⁶⁾。

3 所有の意思の表示の不存在

判例・通説が「所有の意思の表示」に外形的客観的な占有態様の変更を必要とする理由は、新たに自主占有を取得したと主張する者の利益と自主占有を失う者の利益を衡量するためと思われる。すなわち、直接占有者の他主占有が自主占有に変更されたことを、間接占有者が認識し、これに対応する機会を保障する趣旨である。平成6年判決においても、従来の小作人が小作料の納付を停止し、自主占有への転換を黙示的に表示したにもかかわらず、地主側に容認する態度がみられたことが重視されている。土地と建物の賃借人が建物を無断で建て替えたとしても、それは単に借地の利用形態の変更をもたらすに過ぎない¹⁷⁾。賃料を払い続けている限り、土地について所有の意思が表示されたとはいえないのである。仮に建物の建替えを機に土地の自主占有への変更をも認めるとすれば、同時に賃料の不払などの外形的客観的事実を伴って、賃貸人の間接占有を排する自主占有に

16) 難波孝一「最判平成6年9月13日判批」NBL 585号（1996年）61頁。

17) 土地と建物が一緒に賃貸借される場合の多くは、建物の賃貸借で、土地利用権はそれに付随するものとされるが、土地と建物それぞれが賃貸借の対象とされる場合もありうる。本件では、第1審・第2審とも、土地と建物の使用貸借であると認定しているので、土地と建物のそれぞれが対象とされる賃貸借との対比を念頭に置いている。

変更したことが賃貸人に明確に認識されるような賃借人の表示が行われなければならない。

このような有償の土地利用の場合と比較して、本件のような土地の使用貸借においては、小作料・地代・賃料の支払停止に相当する外形的客観的事実が存在しないため、建物の建替えを所有の意思の表示と認識することはより困難である。とりわけ本件においては、本件土地の所有者であったDは、その所有権取得の経緯に鑑み、C及びDの老母Bと同居してその面倒をみていたC一家の居住の継続を認めるべき使用貸主の立場にあったのであるから、Cによる老朽化した旧建物の無断建替えを容認したことは、土地の使用貸借を同様の目的で継続する趣旨であったと考えるのが自然である。そして、C、E及びYの①所有権移転登記の不請求、②本件建物の未登記、③D名義での固定資産税の納付、④相続税の不納付という態度は、土地の使用貸借という従来の客観的な他主占有権原が継続していることとむしろ整合的で自然である¹⁸⁾。

それゆえ、そもそも本件では建物の建替えによる土地の自主占有への変更が生じたと認定すべきではないことは前述のとおりであるが、仮にCに建替えを機に所有の意思が生じたのであれば、間接の自主占有者であった所有者Dが外形的客観的にそれを認識できるようにその意思を表示する必要があった。使用借地上の建物の建替えという事実のみで「所有の意思の表示」があると解するとすれば、占有をさせた所有者には占有の性質が変更されたこと、したがって時効中断（改正法では時効の更新または完成猶予）等の対応措置が必要であること自体が認識できないまま、権利を失う不合理な結果をもたらす。

しかるに、控訴審判決は、使用借地上の建物の建替えが土地について「所有の意思を表示した」ものに該当するものと評価して時効取得を認めており、民法185条前段（及び民法204条1項2号の趣旨）の解釈を誤っている¹⁹⁾。

18) 使用借主が固定資産税程度の負担をすることは異常な事態ではない。

19) 逆に第一審判決が建替えは「従前の使用方法の延長線上にあったものというべきであら

八 おわりに

D及びその家族は、親族としての情誼から長年にわたってC及びその家族らに対して、本件土地を使用貸借し、その範囲内で建物の建替えも容認してきたに過ぎず、これをもって本件土地所有に関して「永続した事実状態に裏打ちされた信頼」（控訴審判決）がYに生じるはずがない²⁰⁾。

また、C及びその家族らのために自己の土地の無償使用を長年にわたって認めていた善意と責任感の持ち主であるDを「権利の上に眠れる者」と決めつけて、「本件土地の所有権を失うことになるとしてもやむを得ない」（同上）とすることも、正義に反するといわざるを得ない。

ゝるから、旧建物を取り壊して本件建物を建築したことをもって、Cが、Dに対し、本件土地について所有の意思があることを表示したものであるということとはできない」と判示したのは、185条前段の正当な解釈である。

20) 控訴審判決が述べる前記の可能性(b)がYにあるなら、相続税をXに負担させた上で、時効取得を援用する背信的意図があったことになり、なおさらYには「法の保護に値する信頼」（控訴審判決）はないことになる。