

達を阻害した。然しこの時期が過ぎると、フランスの道路の交通制度は、王權が次第に、封建制度に依る地方政權を克服してゆくに従つて、完備したものとなり、道路に關する王の特權は擴大せられ、道路は、封主の私所有物に非らずして、公共物なりとされるに至つたのである。

註八 フイリップ・オーギュスト王が、王とバリ同教との和協

公物(主として道路)の取得時効試論

坂 口 軍 司

一、はしがき

時効制度の問題は格別興味のある論題ではない。既に私法の分野からも公法の領域からも研討されてゐて、之に關する著書論文も數へ切れない程ある。殊に私法の分野ではその理論構成も一つの定説を見出してゐるが、公法の領域

の結果、一二二三年に與へた特許狀(熈和書 *charta ptois*)には、司教の領地内に於ける王道に關する司法權は、總て王に屬すること、その他の道路に關する司法權は司教に屬すること、但し殺人及び誘拐は、王に於てこれを審判すること、その他、右の特許狀に指定する他の一切の慣習法に依るものを、王の權限に留保することを定めてゐる(未完)。

に於ては消滅時効に就てのみ學說判例の一致を觀てゐるがその取得時効に關しては未だ定説を見ない。筆者が格別新らしくもない問題を俎上に供した理由は茲にある。

公法の分野に於て取得時効が問題となつた例は屢々ある、即ち公物の取得時効が即ち之れで、筆者が茲で試論の題材とせる「道路敷地の取得時効」の問題はその一部の資

料である。

然り而して、此の問題の現状如何と云ふに前例と……行政裁判所も司法裁判所も……公法學者の多くは消極說であり、私法學者の多くは積極說であるが、要するに問題のポイントは時効理論なるものが私法理論としても公法理論としても同一の法理に立脚して成立するか否かが問題である。だが本稿はその理論を論盡しやうとするのではなく一つの試論を加へんとする謂はば未定稿であるが筆者の信念は開陳したつもりである。

二、消極說の論據

消極說の論據は大體左の二理由から構成されて道路敷地に對する取得時効を否定する。

A 道路敷地（公物）に取得時効を認むることは道路の目的と相容れない。

B 國有財産法第四條の解釋上消極に解すべきである。と云ふのであつて、美濃部博士の如き然り、博士曰く「官

有に屬する公物（道路敷地）に付てそれが私人の所有に歸屬することは其の公の目的と兩立し得ないもので、而して公の目的は私益に勝る效力を有する」（美濃部博士、判例評釋九九九頁）と又「公物は國家……又は公共團體……が公の權威を以て公用に供することを決定した物件である。此の公の權威に依る意思表示は、一私人が私にこれを占有してゐることの事實に依つて、其の效力を失はるべきものではない、民法の取得時効は唯私權と私權との關係に付ての規定で、私權を以ては取得時効で對抗することは出来ないが、公物に付ての國家の權利は單なる私權ではなく、高權的性質を有する公の權利であり、而して民法の規定は公の權利に適用せらるゝものではない」（美濃部博士、國家學會雜誌、四五卷、三號、一二九頁以下）がそれで、織田先生も美濃部博士と同說である（織田博士、行政法講義四版、一八二頁）。

判例では、道路敷地の取得時効を否認せる大正八年二月二十四日の大審院判決（註一）及大正十年二月一日の判決（註二）があり、其の他の公物に就ては、國有神社用地に就ての

昭和五年七月四日の判決(註三)國有神社用地に對する地役權に就ての昭和二年九月十九日の判決(註四)公有水面に就ての昭和四年十月三日の判決(註五)又國有下水敷に就ての昭和四年六月十日の判決(註六)河川の島に就ての大正十四年五月四日の判決(註七)等があり、又此等の判決と同説の法曹會決議があり(註八)。

以上の學說判例の消極説の論據を要約すれば、公物(道路敷地)の取得時効を認むるときは私人に其の所有權が歸屬することとなり、其の公の目的と相容れないと謂ふにある。然れ共公物管理者(道路管理者)が公用廢止の意思を表示するときは公物(道路)たるの地位を失ひ、單なる雜種財産となるから取得時効を認めても妨げないと解するの消極説の論據である。

(1) 公物は私權の目的たることを否認すべきか、常に必ずしも排斥すべきものではない。織田博士の説に従へば「公産編入の効果は其の構成部分たる土地物件を一括して不融通物たらしむるに在り、我國法上獨り河川に就て

其の不融通物たることを明記するのみにして(河川法第三條)、其の他の公産に就ては一般又は特定の規定なければども條理上一切の公産は皆同一の性質を有せざるべからず(織田博士前掲書一八二頁)と謂ふにあるも、私は寧ろ反對の條理が支配するのではないかと思ふ。

織田博士の引證された河川法第三條は「河川並ニ其ノ敷地若ハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ス」と、規定してゐる一時を以て直ちに公物は私權の目的とならずと否定することは早計である。その後立法せられた道路法では、道路を構成する敷地其の他の物件に付ては私權の目的たることを明定(道路法第六條)して曩の河川法の規定と寧ろ反對の態度に變つてゐる。

蓋し河川法の立法當時は近代文化を受け容れざる官權萬能時代の法律思想のもとに制定せられたもので、今日の法律思想では、此の規定は公物に對する合目的範圍を超てゐないかと私は考へる。近く改正の機運にある河川法では此の點相當緩和さるる様である。

一體公物の主體と其の所有權の主體とは法理上同一人格者たることを要せない。即ち他有公物の制度は公物制度の發達と共に益々其の傾向が著しい、道路法第六條の規定の如きその一例である。

公物主體同時に其の物に付ての所有權者たることは公物を管理する上に於て便宜ではある(田中好氏、土木行政二六三頁)。併し便宜は私權の存在を否定する理由とはならない、私權の存在を肯定するも尙公物の目的を達し得る場合は私權の存在を承認する事も公物制度を發達せしむる上に於ける一つの方法である。此の點は新井英夫氏が註六の判例研究で又田中二郎氏が註三の判例評釋で各明瞭に指摘されてゐる。尙市村博士行政法原理六七四頁、佐々木博士日本行政法總論二五六頁以下も同説である。

果して然りとせば、私は織田先生の説には到底從ふことは出来ない。美濃部博士の公物に付ての國家の權利は單なる私權ではなく、高權的性質を有する公の權利であり、而して、民法の規定は公の權利に適用せらるるも、

のではない(國家學會雜誌、四五卷三號)との消極的にも甚だ疑問が多い。

公物に於ては民法定むる所の所有權以外に統治權の作用に依り、その物に對する特別の公の權利が認められる。即ち行政權之れである。美濃部博士の國家の權利は單なる私權ではなく、高權的性質を有する公の權利とは此の意味なるのか、或は、公物に特別なる公所有權なるものを認め、その公所有權は民法の所有權とは別個のもので、國家が保有する公物上の權利は此の公所有權で之は單なる私權ではなく、高權的性質を有する公の權利なりとせらるゝのが私にはよく理解出来ない。勿論前者の意義だと思はるゝが、若し前者なりとせば、公物を支配する權利に特別の名稱——道路管理權——を與へられたものでそれは單に行政權の別名たるに過ぎない。而もかゝる權利の公權たることに争はない従つて斯る公權に對して民法の規定が適用せらるゝものでないことは謂ふまでもない。又假りに後者だとせば所有權に公私の別あることは

尙更理解し得ない。國家の統治的權利を公所有權とせば、かかる權利は民法の所有權の上にも存するものであつて、それは領土主權に外ならない。

(2) 時効制度と公物制度との關係は如何なるものであるか。時効制度は果して公物の目的と相容れないかどうか。そも、時効制度の理論は永年存續せる事實關係を法律關係にまで高調したものであつて、道路に付ての取得時効は永年存續せる道路上の事實的支配……それが全部的支配である場合に所有權の取得時効として現はれ、部分的支配である場合は制限物權の取得時効となる……を法律上の地位に高めて權利の行使として法律保護を與へ様とするに外ならない。

茲で又、美濃部博士の説を引用するが、博士に依れば「現行の日本國法としては、公物に付ては、民法取得時効の適用のないものと解すべきであると信ずる。勿論公法に於ても慣習法の成立を全然これを否定すべきではなく、國家の意思と雖も、長い間反對の慣習が行はれて居

れば、事實の力に依りて、自然に廢滅に歸することは有り得るところである。隨つて一旦公用に供せらるべく決定せられた物であつても、百年二百年の長きに亘つて私人の占有に屬して居れば國家の意思も慣習に依つて打ち破られ、何時とはなしに公物たる性質を失ひ私人がその所有權を取得することも、思考し得るところである。しかし、それは國家の意思に對する記憶が全く社會意識から失はれてしまふ程度に、長い間の慣習の繼續して居ることを必要とする（國家學會雜誌、四五卷三號）と論述されてゐる。

公物の時効制度殊に取得時効の問題の第一點は茲にある。美濃部博士の所論にも現はれてゐる如く、公法關係に於ても一定期間存續せる事實關係が法律上の關係にまで高められて行くことは之を認められてゐる。唯問題となるのは一體、一定の期間とは公法の立場から何年位を以て相當とすると云ふ具體的問題である。

美濃部博士はそれは國家の意思に對する記憶が全く社會

意識から失はれてしまふ程度であるとして、百年二百年…と極めて大まかな數字ではあるが…の長きに亘つてと述べられてゐる處に博士の論據に不用意がある。

國庫對人民の間に於ける公法上の債權關係の时效では特別の規定のないものは一般に五年となつてゐる(會計法第三二條) 又公共團體と其住民との間に於ける公法上の債權關係の时效に付ては政府の支拂金の例に依る(府縣制第一一六條、市制第一四〇條、町村制第一一一條) もので之も特別の規定のないものは五年である。民法の一般債權の时效は十年であり(民法第一六七條) 最も迅速に權利關係を處理すべき商行爲領域に於ては特に五年に短縮されてゐる(商法第二八五條) 如斯公法上の債權關係の时效では民法の一般时效の期間よりも寧ろ短い时效期間、特に迅速に處理すべき商行爲の时效期間と同様に規定せる律意は公法關係は私人相互間の關係よりも迅速に處理すべきが公法上適當だと云ふ見地からである。國家又は公共團體對人民との法律關係の不明確は反つて國家又は公共團體の威信を害し私法關係より

も、より迅速に明確なることが公法上必要とせらるゝによる。

のやうに、債權に關しては私法とは特別に短縮した規定を設けて私法關係と併行的に时效期間を認めたるに不拘、獨り物權關係にのみ时效制度を否定したり、或は肯定するとも國家の意思に對する記憶が全く社會意識から失はれてしまふ程度であるとせば公法上の債權關係との比較問題として妥當な期間ではない、事は謂ふまでもない殊に美濃部博士の如く百年二百年と云ふが如きはその根據全くない。

(3) 次に判例の討究に入つて觀るが、例へば、昭和四年十二月十一日大審院の判決せるもので、控訴審では「公用廢止後ニ非ラザレバ时效取得ノ目的トナリ得ス」との大審院從來の態度を踏襲しつゝ一面「公用廢止ノ意思ハ必スシモ明示タルコトヲ要セス默示タルコトヲ妨ケサルモノ」と解し时效による所有權の取得を肯定した。にも不拘、大審院では「公用廢止ニ付テハ常ニ管理權アル官公署ノ決定ヲ俟タサルヘカラス、何等カ、ル決定ノ明示セ

ラル、コトナキニ不拘他人カ單ナル事情ヲ綜合シテ國家
又ハ公法人ニ公用廢止ノ意思アリタルモノトナスカ如キ
ハ認容サルヘキ所ニアラス」との見解を持した控訴審の
判決を破棄した。

原則論として、公法上の行政處分の成立の時期及内容の
表示は明確なる事を要すること勿論であるが、件しそれは
默示の公用廢止を否定すべきではない。自然の現象又は他
人の占有する事實關係が永年繼續することに依つて物質的
に公物の公共力が喪失してゐる如き場合にはその事實をそ
のまま認めても妨げあるまい。寧ろ認めざるを得ないので
はないか。惟ふに一定の状態が永年繼續するときは吾人は
知らず識らず此状態を以て日常生活の基礎とするに至る。
此の日常生活の安全（社會秩序）を保護することこそ、時
效制度の根本理由である。その後大審院は此の状態を改め
て、公物の目的を喪失したる場合は國家の特別の意思表示
を待たず公物たる性質を失ふに至るものと解する様になつ
た（註十三）。

(4) 又大審院は神社境内地は國有財産法第二條に所謂國に
於て神社の用に供するものに該當し、従つて國有財産法
中公用財産に屬することは明なりとし、國有財産法第四
條の法意に照し神社境内地たる國有財産に付ては其の公
用を廢止したる後でなければ取得時效の目的とならない
（註三）と解し、讓渡又は私權の設定を禁止した同條の法
意を推測して判決の根據を國有財産法第四條の解釋に求
めてゐる。

國有財産に付ては、雜種財産を除くの外之を讓渡し又は
之に私權を設定する事を禁じ唯其の用途又は目的を妨げな
い限度に於て其の使用又は收益をなさしむることを認めて
ゐる。然共、本條に私權^{△△}なる文字ありと雖も如何なる内容
の私權を指したるものなるか甚だ不明瞭である。道路法第
六條で私權^{△△}を行使することを得ずと謂ふ、河川法でも第三
條で私權^{△△}の目的となることを得ずと規定してゐるが、是等
の規定は私權^{△△}を如何に理解して律したもののか、そもく私
權なる文字は民法第一條の用ふる所なるも、民法第一條の

私權と同一内容のものだとせば、道路法、河川法、國有財産法の用語は妥當でなく、道路法、河川法、國有財産法の私權の意義はかゝる廣汎なる内容でないことは明かだ、それは、私權の存在を否認し、或は、私權の設定又は行使を禁ずる趣旨が公物の目的と相容れないが故であつて、その

目的を寄する内容のものに限るべきは勿論である。茲に私權とは物權とか債權とか或は又その他の財産權を指稱するもので身分權の如きものでない。道路法、河川法で云ふ私權も此の意味に解すべきである。が然るに、國有財産法第四條の「私權の設定することを得ず」と謂ふ「設定」なる文字は多く物權に就て用ひ債權關係では用ひない故に國有財産には物權は認めないけれ共使用貸借、賃貸借の如き債權關係を認めるのではないかとの疑問も起るが、又同條但書の法意は、國有財産の用途又は目的を妨げない場合は之に物權を認めた規定であるかとも觀られる。現に國有林野臺帳規則第一條第七號では國有林野年期貨付に關する事項を登録するものと爲し地上權の設定を明かに認めてゐるの

やうに、國有財産法の有權的解釋論からも公物の上に物權の設定は之を全然否認する趣旨には出てゐないのである。殊に道路法第六條の如き明確に道路敷に私權の存在を認むることを前提として規定してゐる場合取得時効のみ否定することは彼此法理の矛盾を見出す。

註一 里道ノ如キ公共ノ使用ニ供セラルベキ物ニ付テハ其ノ公用ヲ廢止シタル後ニ非ラザレバ時効取得ノ目的物タルコトヲ得ザルモノトス（大正七年第一〇二四號同八年二月二十四日大審院判決、大判錄三三六頁）此の判決に對する批評としては田中好氏が其の著「土木行政」に於て道路法は道路を構成する敷地其の他の物件に付き所有權の移轉を許したるよりするときは、公共物に對し所有權の存在することは、公共物の公用と兩立するものと謂ひ得るを以て、道路敷地の時効取得することを得るものと解す（同氏土木行政、二一頁）。

註二 道路ノ如キ公用物ハ其ノ敷地ガ私人ノ所有ニ屬スル場合ハ格別、官ノ所有ニ屬スル場合ニ於テハ其ノ公用ヲ廢止シタル後ニアラザレバ時効取得ノ目的タルヲ得ザルモノトス。公用廢止トハ單ニ私人ガ一時道路ヲ占有シ事實上之ヲ通行スル者ナキニ至リタルガ如キ場合ヲ指スニ非ズシテ道路ヲ管理ス

ル權限ヲ有スル官廳ガ公用廢止ノ意思ヲ表示シタルコトヲ要スルモノトス（大正九年第八四一號、同十年二月一日大審院判決、大判錄一六〇頁）

註三 神社境内地タル國有地ハ其ノ公用ヲ廢止シタル後ニ非ラザレバ取得時効ノ目的ト爲ルヲ得ザルモノトス（昭和四年第一八二八號同五年七月四日大審院判決大判集六四八頁）。

此ノ判例に對しては田中二郎氏ノ判例ノ態度を排斥せる詳細なる批評がある（國家學會雜誌、四五卷三號、一二五頁以下）。

註四 地役權ハ繼續且表現ノモノニ限リ時効ニ因リ取得シ得ルモノニシテ通行權ハ特ニ通路ヲ設クルニアラザレバ繼續ノモノトナラズ「本院明治三十年（オ）第五二九號、同三十一年六月十七日判決參照」從テ通路ノ設備ナキ一定ノ場所ヲ永年通行シタル事實ニ依リテハ未ダ以テ時効ニ因リ地役權ヲ取得スルニ由キモノトス（昭和二年第四六九號同年九月十九日大審院判決、大判集五一〇頁）

此ノ判決ハ地役權ハ繼續且表現のものでなければならぬ。然るに通行權者は通路を開設したものでないから表現されてゐないから時効により取得するに由ないと謂ふのであるが、その反面解釋によると通路を開設しておけばよかつたと

謂ふ結論になる。尙其の詳細は、拙稿「公物の取得時効學說」に對する一二の疑問（關西大學學報第〇號）參照。

註五 公共ノ用ニ供セラルベキ公有水面ハ其ノ公用ヲ廢止シタル後ニ非ラザレバ取時ノ時効ノ目的トナラザルモノトス（昭和四年第一二八號、同年十月三日大審院刑事部判決、大判集八卷四號）。

註六 公用物殊ニ道路下水ノ如キ汎ク公衆ヲシテ使用セシムル種類ノ公用物ニツキ國家又ハ公法人ガ公用廢止ノ意思ヲ表示スルニ當リテハ最モ明確ナルコトヲ要ス。從テ公用廢止ニ付テハ常ニ管理權アル官公署ノ決定ヲ俟タザルベカラズ。何等カ、ル決定ノ明示セラル、コトナキニ不抱他人ガ單ナル事情ヲ綜合シテ國家又ハ公法人ニ公用廢止ノ意思表示アリタルモノトナスガ如キハ認容サルベキ所ニアラズ。原審ガ暗黙ノ裡ニ公用廢止ノ意思ヲ表示シタルモノト認定シ時効ニ因ル所有權ノ取得ヲ認メタルハ公用物ニ關スル法則ヲ誤解シテ適用セルモノト云ハザルベカラズ（昭和四年第二八九號、同年十二月十一日大審院判決、大判集第八卷、十二號九一四頁）

と云ふので、此の訴訟の上告論旨は、控訴審の公用廢止の意思表示は必ずしも明示たることを要せず、默示たることを妨げざるものとす。と解し、取得時効を肯定したのに對し默

示の行政行爲に對する反駁である。即ち曰く「凡そ公法上の行政處分なるものは悉く命令に依る國家統治權の行使に因り特定の秩序を創設變更消滅せしむることを目的とする公法的意思表示に外ならず、因て國家の統治權に服従すべき者をして統治上率由する所を知得せしめ且之に服従せしむる事を目的とするものなるが故に法治國に於ける行政處分の成立の時效及び内容の表示は其の性質上最も明確なることを必要とするが故に私法上の取引行爲又は行政上の事實行爲と異なり暗黙に之を爲し得るの道理なく苟も法治國たる國家が行政處分を爲すに當りては必ず明示の意思表示に依るべきこと當然の法則にして『中略』悉く法令に規定する現實有形の行爲に依りて之を爲すことを必要とし、暗黙裡に遂行し得べき默示の行政處分なるものゝ存在する餘地なし」と云ふ上告論旨を容れて破毀したのが本件の上告判決である此の判決の公法上の意思表示の點について、新井英夫氏は次の如き批判を加へてゐる。氏曰く「公法上の行爲に於て方式が重要な役割を爲す事勿論であるが、而し、上告論旨が、……行政處分を爲すに當りては必ず明示の意思表示に依るべき事當然の法則にして……と云つたのは明に誤解である。又行政行爲の方式中有要件と然らざるものゝ有る事云ふまでもない。(同說平野氏

大正十年度判例民法二〇——二一頁)として非難されてゐる(法學協會雜誌四八卷一二號一六三—一六四頁)

時効制度の目的自體が事實關係を法律關係に高めることであつて、勿論、新井氏の説を以て妥當の見解と信ず。

註七 美濃部博士著 行政法判例評釋續三七九頁。

註八 法曹會決議 大正十五年四卷二號九八頁。

三 積 極 說

積極説は公物に對しても理論として私權の存在を否定すべきではない所有權の目的たる道路敷(道路法第六條)がある如く公物が所有權の目的たることは何等排斥すべきではない。公物の公物たる所以の目的を阻害する權利の主張を許さない所に公物はその特質がある。であるから、かゝる限度に於て、即ち公共に供したるまゝ、而も公共性を害することなく、無償の公用負擔の制限付であれば私權の存在を肯定すべきであると云ふにある。このことは一部の公法學者と私法學者の承認するところである。

そこで、筆者の疑問をもつのは、道路敷(公物)に取得

時効をを認むることが果して公物本來の目的を阻害するや否やと云ふことである。

(1) 公物は其の目的を害せられざる限り民法上當然權利承繼の物體たることを得る。然るに民法當然の權利承繼としては相續の場合、公物が無主物となりたる場合、取得時効に罹る場合あり。何れも公物の目的を害することなきが故に此等の民法上の原則は公物に於ける所有權に就ても適用あり(佐々木博士、日本行政法論總論二八一頁)。同説としては私法學者の方面では三瀨博士(註九)平野氏(註一〇)我妻教授(註一一)等があり、公法方面では武井氏(註一二)がある。特に注目に價するのは、國有財産法施行の(大正十一年四月一日より施行)直前である同年二月二十五日東京控訴院の判決(前掲註六)と特に注目に價するのは昭和八年十一月二十五日宣告の大審院の判決である(註十三)。

(2) 然し積極論者の條件的理由とする——無償の公用負擔附所有權を取得時効により取得する——と云ふこと

は、成程公法關係と私法關係をうまく調和するものであつて、公共の目的を維持しつゝ私權の保護をも考慮したものであつて、時効制度に對する從來の否定的態度に一歩進めたもので此の説は學說としては現在相當有力であり、傾聽に値すること勿論であるが、併し時効制度本來の目的が事實關係を法律關係にまで高めることであるとせば、無償の公用負擔附權利を取得すると解するが如きは、時効制度本來の目的とは兩立しない見解で、そこがこの説の弱點ではあるまいか。

(3) 公物(道路)が事實上公共の用に供せらるゝ事なく、私人に依つて平穩且公然に占有せられて、公物が公物として具備すべき物的構造を既に喪失してゐる場合——美濃部博士は公物が成立するには特定の目的に供用せられ得べき構造を爲すことを要すとせられてゐる(同博士著、行政法提要下卷一六九頁)、行政裁判所は反對の見解である(註七)、勿論此の點は美濃部博士の説を正當とすべきである——に於て、道路の管理者が之に對して何等の手續

を爲すことなく道路だとすべき國家機關の意識も社會意識も失はれる程度に一定の事實關係が繼續し公の權威が失はれたとせば私人の利益を保護することが法的生活——政治的生活關係も民事的生活關係も共に——の上から寧ろ適當とすべきではないか。田中二郎氏は公物の時效取得を否定し法的生活を犠牲にして國家公共團體の利益を保護すべきか又はその反對に、公物の時效取得を肯定し國家公共團體の犠牲に於て國家の利益を保護し法的生活の安定を計るべきかの利益衡量の問題であらうと考へる。(註三の評譯參照)

積極論者は長い間道路としての效用を有してゐなかつた。そのことは認むるが——將來再び道路の用に供する必要が生ずるかも知れない——と云ふかも知れない。勿論必要が生じないとは云へない、併しその時には、道路新設(公物設定)の本來の保護手段たる手續をすればよいので、かも知れない、ことを最重要件とするところに官僚思想の反映があつて私法的生活關係が俗吏の事務取

扱手續から犠牲に供せられてゐるのである。

(4) 公用負擔附權利を取得するとなす論者のもつ弱味は公物と雖も勿論絶對に所有權の目的となり得ないものではなく(道路法が之を認めてゐることは前述の如し、道路法第六條)、私有の公物もあり得るけれ共、それは其の物が公用に供せらるゝ以前から私人の所有であつた場合に限る異例であつて、從來の所有權が制限付のまゝ存續するに過ぎない。名義上の所有權が存續して居ても、その現實の效果は總て停止せらるゝのである。既に公物たるものゝ上に新に私權を成立せしむることは事全くこれと異なり、それは法律上不能に屬する。何となれば、新に權利の成立を認むる以上、それは效果のない權利であつてはならぬ。全く効果を現すことの出来ない權利の成立を認むることは法律上無意味であるからである。且時效制度の目的とするところは事實上の占有者をして、完全なる法律上の權利者となし現存の法律關係をあるがまゝに保護することではなければならぬからである。

時効に依つて所有権を取得したとしても、現實にその権利を行使することが出来ず、その占有を奪はれたり、或は私権の行使を制限せられなければならないとすれば全然時効制度の目的に反することとなる。と、美濃部博士は非難されてゐるが、此の非難は當つてゐる。確かに條件附で時効取得すると論ずるものの甘受せねばならぬ非難である。

しかし、私は此の非難にも失張り疑問を持つ、それは美濃博士の「名義上の所有権が」が存続するが「全く効果を現はすことの出来ない権利」換言すればこの権利も名義上の権利であらう——私は斯く解しないが、假りに美濃部博士の謂はるゝ様に解しても——の成立を認められない點である。成立を認めない内容の権利はそれが始め完全な権利であつても後に至つて成立を認めない内容の権利と同様の内容となれば、その時から存続を許さない権利となるのではあるまいか、果して然らば博士の非難も法理論としては妥當ではない。

註九 三階信三博士論文、法學協會雜誌第三八卷第九號及第三

九卷第六號

註一〇 平野義太郎氏論文、判例民法大正十年度二一頁

註一一 道路たる以上私人の所有権が成立しなすことは正當ではあるまい。蓋し私人の敷地に公道が存することは妨げないことだからである。寧ろ私人は時効によつて所有権を取得するも道路たる制限即ち公用物たる制限を失はないと解するのが至當ではあるまいか（法學全集第四卷、我妻氏民法總論四三八頁）

註一二 道路を構成する敷地其の他の物件を時効に依つて取得することを得るや否やに關しては疑の存する所であるが、道路法が是等の物件に付所有権の移轉を許したる點から見て、之を積極に解する。但し此の場合に於ても私權行使停止の負擔は依然として存続することは言を俟たない（武井群嗣氏、土木行政要義第一編、道路及道路交通、一〇——一一頁）

註一三 昭和八年十一月二十五日大審院第三民事部判決、法律新聞第三六六號

四 公物の消滅による取得時効説

此の説は京大教授渡邊先生の主張せらるゝ説である。即

ち「公物は公物としての目的を害せられない限りその所有権者の變更を妨げないのであるから、理論上絶対に公物が民事訴訟法に依る強制執行の目的物となり得ないのではな

い。同様のことは民法取得時効の制度に就ても謂れ得る。

但し事の性質上公物たる動産又は不動産を二十年または十年間所有の意思を以て平穩且公然に占有するといふが如きことは有り得ない。かゝる事實の發生は少くとも默示の意思表示に依る公物の廢止を前提とするものであり従つて公物そのものに就ては取得時効は始めから問題となり得ないとみるべきである(渡邊博士、改訂行政法講義總論九一—九二頁)と論じ公物の従つて道路敷地の取得時効を全然問題とされてゐない。

故に渡邊博士は「公法上の法律事實としての時の経過は即ち公法上の時効である。公法上の時効には唯消滅時効あるのみ。行政主體及行政團體の金錢請求權に就ては會計法(第三十二條)の規定あり、刑罰權に就いては刑法(第三十一條乃至第三十四條)及び刑事訴訟法(第二百八十一條乃至第二百

八十七條)の規定あり、特殊の犯罪に就いては各個の法律に別に時効の定を設くるものがある(出版法第三十三條、著作権法第四十五條)(前掲書一九頁)。として公物關係のみならず公法上の關係に於ては一切の取得時効制度を否認する態度である。

渡邊博士の説は社會生活の實際に即した妥當な見解で、博士の論旨の如く觀ることによつて實際上は道路否道路たりしもの取得時効を認むるものであつて結果に於ては筆者の考へと略一致する。從來判例並學者の多くが公物の消滅には公物管理者即ち行政主體の意思表示を絶対の要件と解してゐたのに對して公物管理者の明示または默示の意思表示によつて公物の消滅することを認められた點に於て社會生活の實際に合致する。

營造物の消滅は行政主體の明示または默示の營造物解除の意思表示に依つて生じる。營造物たる設備が久しく行政團體の使用を妨ぐる状態にあり、而も行政主體がこれを恢復するの手段に出でない場合には、營造物解除の默示の意

意思表示あるものと解することを得る。營造物解除の意思表示は同時に營造物を構成する公物たることを廢止する意思表示である（前掲書九八頁）。から博士は、公物が取得時効を主張せらるゝ程長きに亘つて一般使用を妨ぐる状態にある場合に於ては管理者の黙示の意思表示によつて公物は廢止されたのであるから、此の時は最早公物は公物本來の行政目的を喪失し財政財産（國有財産法に所謂雜種財産）となるから時効の目的を達することが出来るのであると斯様に説明せらるゝのである。斯くの如き見解も一つの見方ではある。

しかしながら、私は渡邊博士とは多少異つた理論から同一結果を求めようとするものである。即ち公物は公物管理者に依つて公共の用に供したる各個の物である。各個の物は常に所有權の客體たることを得るのが原則であつて、時に無主物が公物となることあるも（河川法第三條）かゝる場合は全く例外である。

公物の所有權は既に述べたやうに常に行政主體の所有で

あることを必要としない、行政主體以外の第三者の所有するものであつても私法上又は公法上之を公物たらしむることと正當の權原に基く場合は行政主體以外の第三者の所有のまゝ公物を創設することを得るものである。此の場合は公物管理權によつて所有權の行使が制限されたまでのことであつて民法所謂所有權が變して公物なる特殊の所有權が生ずるものに非ざることは極めて明白である。上述の如く解することによつて公物上には二つの支配權が對立する。

即ち所有權に基く支配權がその一であり他は公物管理權に基く支配權之れである。何れの支配權が強力なるかは支配せらるべき内容に依つて決せらるべきであるが、公物の通常目的を達することを妨ぐべき所有權の行使は公物管理權に讓るべきこと勿論であるが、公物管理權は常に所有權の上に立つと云ふが如きは當らない。

行政主體が自己の所有物を公物に供したる場合には以上の二つの支配權が行政主體に屬するが、他有公物である場合は行政主體は單に公物管理權に基く支配權のみを有する

ものと解するならば、行政主體の所有である公物に對しては公物管理權とは別に公物の上に取得時効を認むることは理論上何等支障がない。

此の場合公物管理權が時効にかゝるのではないから公物管理權の運命は別に考慮せらるべきである。即ち公物の上に存する權利關係を公法方面からと私法方面から觀察する。行政主體の保存する民法上の所有權とその所有權とは別に公の意思表示による公物なる認定行爲とは分離的に考へる。従つて所有權に對しては民法上の時効制度が働き、公物の認定の解除又は解消は別に公法と私法との法律關係として残るのである。

然り而して、公物管理者が公物管理權を長く行使せざる爲め公物は管理者の默示の意思表示によつて廢止となるから公物管理者は最早公物管理權を行使する對象物を喪失する。

然らざれば道路法第二十六條により成立したる道路に對する取得時効を認むるとき同法第六條との關係上不合理が

生ずる道路を構成する敷地其の他の物件に付ては所有權の移轉又は抵當權の設定若は移轉は之を認むるもので（第六條）あるから、所有權の移轉は公物としての目的を達しつゝあるも尙且之を認むるものでその所有權者の變更を妨げないのであるから、時効による取得のあつた場合も同様のことがいはれ得るのである。

尤も自主公物、他有公物何れの場合であつても取得時効の成立するが如き場合は多く公物の廢止を伴つてゐるから渡邊博士の如く解しても結果論としては同様になるかも知れないが、その理論として公物のまゝ時効が進行すると觀る點に於て其の異なる。

五 若干の私論

(1) 公物に對する取得時効を主張する者は常に敗訴に歸してゐるにも不拘屢々係争となるのは公物制度に對する興味深き問題である。ヘーデマンの云ふ様に、我々が法律を研究するに當つて個々の法律制度を其の制度が實際生活に在

るが儘に描き出すことに特に重點を置く可きであり、且其の法律制度が（その純粹なる思考價值 "Deakwert", より離れて）個人生活並社會生活に對して如何なる價値を有するかを明にする事が法學研究者の任務であるならば、公物制度に於ける取得時効制度が實際生活に對して如何なる役割を果すかと云ふことは甚だ興味深き題目であらねばならぬ是れ筆者が公物の取得時効制度に對する若干の私論を開陳する理由である。

時効制度は、一定の永續せる状態あるときは吾人は知らず識らずの間に此の状態を以て日常生活の基礎とするに至る、然も永續せる事實を法律上否定するには十分の根據を得ること難ければ、時効制度は此の日常生活の安全即ち社會秩序を保護する爲めに既存の事實を法律關係に高め法律上の力として認定するものである。取得時効を弛かな要件の下に認むることは厚意の濫用又は侵害が權利となる危険を伴ふ。此の危険は勿論防止しなければならぬが、取得時効を公物制度の上で全く否定することは危険の虞れある反

面を有つてゐる。第一古から權利を行使して居ても時の経過によつて忘却に陥つて最初の權原の證明の可能が屢々失はれることである。取得時効の否認は又極めて正當に設定せられ且極めて古くより存續する權利より必要な保護を奪ふものである。

その權利行使は全期間に亘つて所有者に對し強暴的、穩秘的、假容的であつてはならないから従つて侵害も所有者の厚意の濫用も問題ではない。殊に獨逸民法の如きは強制登記制度を採用し登記は不動產物權の變動の效力發生要件で且登記の記載は公信力を有するに反し吾民法は登記は單に對抗要件たるに止まり又公信力をも有しないのであるから尙更取得時効制度は重要な問題である。

斯く時効制度を理解するならば、それは公法理論としても私法理論としても取得時効を是認せらるべきである。

(2) 公法理論として之を認むるか否かは相當議論のある問題であるが、公法上の立場から制定法に於て時効制度を認めたるのは公法上の消滅時効のみであつて、その取得時効

を認めたるものなきにより制定法上の解釋論として取得時
 效否認説のある理由なきに非らざるも、かゝる説は机上の
 六法概念技術家の説と評すべきである。

然り而して公法の領域に於ても私法の領域に於ても慣習
 法又は條理法を排斥せない。特に公法總則とでも云ふべき
 制定法の備はらない領域に於ては之等の不文法が法律と同
 一の效力を有し重大なる役割を演じつゝあることは顯著な
 事實で而も公法理論と私法理論と相通するもの又は之に
 類似するもの極めて多し意思表示、法律行爲、契約、代理、
 時効[○]條件、債權、物權、不當利得、損害賠償、事務管理の
 如き専ら私法の領域に於て發達せるものなるも移して以て
 公法理論として茲に相通するの現状にあり。

公法上の取得時効として條理法は明白に國際公法に現は
 れてゐて既に學者の承認するところである(千賀博士、國際
 公法要義二八四頁)。從來の學者は著しく公私法の區別に拘泥
 し公法を以て私法に勝るかの如き誤想を持せり、此の誤想
 の下に解釋せられて公法の時効取得の問題も混沌の境に入

りしものなり。公法の正當なる理解は公法理論が如何なる
 限度まで私法理論と相通する原理に於かれてゐるか、如
 何なる限度に於てその原理を異にするかの認識が根本問題
 である。

(3) 公物とは既に縷説せる如く公法上の特殊物件に非ず
 して唯に物件を公共の用に供するの故を以て特別の地位を
 與へたるものに外ならない。従つて物の公物たるの地位は
 公法關係なりと雖もその所有權關係は一に私法關係なるが
 故に公物の公物たる關係とは別に所有權關係に於て私法理
 論としての取得時効の制度が活動し得るの餘地を有するも
 のと觀なければならぬが、公物が公物たるの狀態にある
 も時効は進行するが、實質的には活動途上に在る公物に非
 ずして閉止狀態(休止狀態)に在る公物たることに氣づか
 ざるべからず。

此の點渡邊博士は事の性質上公物たる動産または不動産
 が十年または二十年間所有の意思を以て平穩且公然に占有
 するといふが如きことはあり得ない。かゝる事實の發生は

少くとも黙示の意思表示に依る公物の廢止を前提とするものであり、従つて公物そのものに就ては取得時効は始めから問題となり得ないとみるべきである（前掲書九二頁）との説は結果論として正當かも知れないが、時効の進行始期に於て左様なことは言ひ得ない。又渡邊博士の如く解すことは凡そ時効の援用は當事者の主張を待つべきである。然るに當事者が時効を放棄したる場合の効果が著しく異なる。即ち當事者の時効放棄に基く占有の離脱と共に公物は本來の機能を回復し得るに反し、渡邊博士の如く、取得時効の援用前に於て既に公用廢止が確定せるものとせんか上の場合公物管理者は再び公物設定の意思表示をなさざるべからざることとなり全事實性に著しき距離あり。

故に筆者は公物は公物のまゝの状態に於て取得時効の對象たることを主張するが、取得時効の完成までには公物は公物たる最終機能を失ふものであると爲す點に於ては渡邊博士と説を異にし、即ち黙示の意思表示による公物の公用廢止を認むる點に於て説を同じくす、又積極説とは公物は

公物たるのまゝ取得時効の對象たることを得る點に於て説を同じくし、公用負擔地附取得を否定する點に於て説を異にするものである。

道路の如き公物の時効制度は公所有權なるものに公法上の取得時効の制度が存在するのではなく（領土主權に對しては公法上の取得時効が國際公法上存するが（私法上の取得時効制度が公物の上に働く點に於て外見上私法上の時効制度と異なりたる目的物に取得時効が働きかけてゐる如く）惟はれるが内容は全く私物に私法が適用せらるゝのである。（昭和一〇、七、二五稿）