

〔民事判例研究〕

取得時効完成後の抵当権設定と 再取得時効の成否

石 口 修

第三者異議事件・最高裁判所第二小法廷平成 22 年（受）第 336 号・平成 24 年 3 月 16 日判決〔民集第 66 卷 5 号 2321 頁、裁判所時報 1552 号 4 頁、判例時報 2149 号 68 頁、判例タイムズ 1370 号 102 頁、金融・商事判例 1391 号 13 頁、同・1395 号 22 頁〕

〔要旨〕

不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされることのないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合において、上記不動産の時効取得者である占有者が、その後引き続き時効取得に必要な期間占有を継続し、その期間の経過後に取得時効を授用したときは、上記占有者が上記抵当権の存在を容認していたなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、上記占有者が、上記不動産を時効取得する結果、上記抵当権は消滅する。（補足意見がある。）

〔参照法条〕

民法第 162 条、第 177 条、第 397 条

【事実】

（1）A は、昭和 45（1970）年 3 月当時、平成 17 年 3 月に本件各土地に換地がされる前の従前の土地（以下「本件旧土地」という。）を所有していた。同人は、昭和 45 年 3 月、X（被上告人、被控訴人、原告）に対し、本件旧土地を売却したが、所有権移転登記を経由しなかった。

Xは、遅くとも同年同月 31 日から、本件旧土地につき占有を開始し、サトウキビ畑として耕作していた。

（2）Aの子であるBは、昭和 57 年 1 月 13 日、本件旧土地につき、昭和 47 年 10 月 8 日相続を原因として、Aからの所有権移転登記を経由した。

また、Bは、昭和 59（1984）年 4 月 19 日、本件旧土地につき、Y（上诉人、控訴人、被告）のために、本件抵当権を設定し、同日付けでその旨の抵当権設定登記を経由した。また、Bは、昭和 61（1986）年 10 月 24 日にも同様に抵当権を設定し、同日付けでその旨の抵当権設定登記を経由した。因みに、後者の抵当権は、平成 9 年 12 月、債務の完済により消滅している。

（3）Xは、これら抵当権設定の事実を知らないまま、上記換地の前後を通じて、本件旧土地または本件各土地をサトウキビ畑として耕作し、その占有を継続した。また、Xは、本件抵当権の設定登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であった。

（4）Yは、鹿児島地方裁判所名瀬支部に対し、換地後の本件各土地を目的とする本件抵当権の実行としての競売（以下「本件競売」という。）を申し立て、平成 18 年 9 月 29 日、競売開始決定を得た。これに対して、Xは、本件競売の不許を求めて本件第三者異議訴訟を提起した。なお、本件競売手続については、Xの申し立てにより、平成 20 年 7 月 31 日、停止決定がなされた。

（5）Xは、平成 20（2008）年 8 月 9 日、Bに対し、本件各土地につき、所有権の取得時効を援用する旨の意思表示をした。

本件は、換地後の本件各土地につき抵当権の設定を受けていたYが、抵当権の実行としての競売手続を申し立てたところ、本件各土地を時効取得したと主張するXが、この競売の不許を求めて第三者異議訴訟を提起したという事案である。

【事実審】いずれも請求認容

第 1 審（鹿児島地裁名瀬支判平成 21 年 6 月 4 日）は、Xは昭和 45 年 3 月 31 日から 10 年の経過により本件土地所有権を時効取得したが、時効を援用せず、善意・無過失のまま本件土地の占有を継続し、また、B・Y間の抵当権設定についても善意・無過失であったとして、Yの最後の抵当権設定登記時である

取得時効完成後の抵当権設定と再取得時効の成否

昭和 61 年 10 月 24 日から 10 年で取得時効が完成しているとして、X の B に対して行った時効の援用によって、X が本件土地を原始取得することから、Y の抵当権は消滅すると判示した。

そして、この場合における判例の適用は、昭和 36 年判決（最〔一小〕判昭和 36 年 7 月 20 日民集 15 卷 7 号 1903 頁）であり、Y の主張する平成 15 年判決（最〔二小〕判平成 15 年 10 月 31 日裁判所時報 1350 号 10 頁）は本件とは事案が異なるとした。

原審（福岡高裁宮崎支判平成 21 年 11 月 27 日）も第 1 審とほぼ同様であるが、次の理由を付加した。

「確かに所有権と抵当権は両立するものの、第三者が所有者であろうと抵当権者であろうと、時効取得者と対抗関係に立つことには変わりがない（時効取得者が抵当権の負担の付いた所有権を取得するか否かでは、大きな違いがある。）。Y の主張によれば、第三者が（より制限された物権である）抵当権を取得する方が所有権を取得するよりも有利に扱われる結果となるが、これではかえって不均衡といわざるを得ない。」

【上告受理申立理由】

Y は、上告受理を申し立て、原判決は、X の取得時効の援用により本件抵当権は消滅するとしたが、時効取得者と取得時効の完成後に抵当権の設定を受けてその設定登記をした者との関係は対抗問題となるのであり、対抗要件を具備していない時効取得者は、抵当権の負担のある不動産を取得するに過ぎないので、この意味において、原審の判断には法令の解釈を誤る違法があると主張した。

【判旨】棄却

「4（1）時効取得者と取得時効の完成後に抵当権の設定を受けてその設定登記をした者との関係が対抗問題となることは、所論のとおりである。しかし、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされることのないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了した場合において、上記不動産の時効取得者である占有者が、その後引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときは、上記占有者が上記抵当権の存在を容認していたなど

抵当権の消滅を妨げる特段の事情がない限り、上記占有者は、上記不動産を時効取得し、その結果、上記抵当権は消滅すると解するのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

ア 取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後いかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に依拠して保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難いというべきである。

イ そして、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に上記不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解されるところ（最高裁昭和 34 年（オ）第 779 号同 36 年 7 月 20 日第一小法廷判決・民集 15 卷 7 号 1903 頁）、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者が上記不動産につき抵当権の設定を受け、その登記がされた場合には、占有者は、自らが時効取得した不動産につき抵当権による制限を受け、これが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるのであって、上記登記がされた時から占有者と抵当権者との間に上記のような権利の対立関係が生ずるものと解され、かかる事態は、上記不動産が第三者に譲渡され、その旨の登記がされた場合に比肩するということができる。また、上記判例によれば、取得時効の完成後に所有権を得た第三者は、占有者が引き続き占有を継続した場合に、所有権を失うことがあり、それと比べて、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けた第三者が上記の場合に保護されることとなるのは、不均衡である。

（2）これを本件についてみると、前記事実関係によれば、昭和 55 年 3 月 31 日の経過により、X のために本件旧土地につき取得時効が完成したが、X は、上記取得時効の完成後にされた本件抵当権の設定登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であり、同登記後引き続き時効取得

に要する 10 年間本件旧土地の占有を継続し、その後に取得時効を援用したというのである。そして、本件においては、前記のとおり、Xは、本件抵当権が設定されその旨の抵当権設定登記がされたことを知らないまま、本件旧土地又は本件各土地の占有を継続したというのであり、Xが本件抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情はうかがわれない。

そうすると、Xは、本件抵当権の設定登記の日を起算点として、本件旧土地を時効取得し、その結果、本件抵当権は消滅したというべきである。」

【古田佑紀判事の補足意見】

「法廷意見は、取得時効の完成後所有権移転登記をする前に、第三者が抵当権の設定を受けその登記がされた場合、抵当権が実行されると占有者は所有権を失うことになることに着目して権利の対立関係を認め、第三者が譲渡を受けてその登記がされた場合と同様に、登記の時から取得時効の進行を認めるものである。確かに、抵当権の実行により占有者が所有権を失うことがあるという意味においては、第三者が譲渡を受けて登記をした場合と共通性が認められる。

しかしながら、第三者が抵当権設定を受けた場合に、これが譲渡を受けた場合と「比肩する」として、占有者について取得時効の進行を認めるためには、占有者の法的状況について上記の共通性が認められるだけでは足りず、第三者の法的状況も観察して、双方の観点から、第三者が譲渡を受けた場合と同様の状況といえるかどうかを検討する必要がある。

占有者が所有権（時効の援用によって取得される所有権又は所有権を取得できる地位）を失うこととなるのは、抵当権により履行が担保されている債務の不履行があつて抵当権が実行された場合であるから、抵当権が設定されても、そのことによって直ちに占有者の所有権が失われることとなるわけではなく、両者は併存する。

第三者側からすると、第三者が不動産の譲渡を受け登記を経た場合であれば、占有者は確定的にその所有権を失い、第三者は占有者に対して所有権に基づきその明渡しを求めるなど、その権利を行使して取得時効の完成を妨げ、取得した所有権の喪失を防止できるのに対し、抵当権の設定を受けた場合は占有者の所有権が失われることにならないところ、抵当権は債務不履行がないにもかかわらず

わらず実行することはできないし、また占有権原や利用権原を伴うものではないからこれらの権原に基づいて占有を排除することもできないのであって、所有権のように前記のような権利の消滅を防止する手段が当然には認められない。この点は、譲渡を受けた場合と抵当権の設定を受けた場合とで大きく相違する点であって、このような差があることを踏まえても、取得時効の進行に関し、なお法的状況が同様であるといえるためには、抵当権の設定を受け登記を経た第三者において、抵当権の実行以外に、占有者に抵当権を容認させる手段など、取得時効期間の経過による抵当権の消滅を防止する何らかの法的な手段があることが必要と考える。このような手段がないとすれば、抵当権者は、本来の権利保全の仕組みからすれば自らにその権利を対抗できない者との関係で、防止する手段がないまま自己の権利が消滅することを甘受せざるを得ないことになり、均衡を失するものといわざるを得ない。法廷意見はこの点について明示的に触れるところがないが、抵当権者において抵当権の消滅を防止する手段があることを前提としているものと解され、その理解の下で法廷意見に与するものである。

なお、法廷意見はXが本件旧土地を時効取得した結果抵当権が消滅する旨判示する。この点については、従来の一般的理解に沿うものであり、また取得時効期間の進行を認めるならばその結果としての取得時効の完成も認めることが論理的であるという考えもあり得ないわけではなく、本件の結論に影響するものではないので、あえて異を唱えるものではない。

しかしながら、第三者に所有権が移転された場合には、占有者が確定的に所有権を失うのに対して、第三者に抵当権が設定された場合には、そのような事情はないから、取得時効が完成している状態が変わるものではないにもかかわらず、抵当権が消滅する理由として、再び取得時効の完成を認めることは技巧的で不自然な感を免れない。

第三者が所有権を取得した場合は、占有者が再度所有権を取得するためには改めて取得時効が完成することが必要であるが、第三者が抵当権の設定を受けた場合は、民法第 397 条の規定から取得時効期間占有が継続されたこと自体によって抵当権が消滅すると解することが可能である。原始取得であることをも

って他の権利が当然に消滅するとはいえないのであって、法は所有権以外の物権について所有権の時効取得によって当然にこれが消滅すべきものとしているとは必ずしもいえず、占有に関わらない物権については個別に消滅するかどうかを判断すべきものとしていると見る余地があり（民法第 289 条、第 290 条参照）、複数の担保権が存在する場合の調整やこれらの権利の消滅を防止する手段などに関して、そのような観点からの検討をすることが適切な場合があるのではないかと思われることを付言しておきたい。」

【研究】

第 1 節 問題の所在

第 1 項 本判決から導かれる判例規範

本件は、土地の買主に 10 年の短期取得時効が完成した後、時効の援用がないままの状況において、原所有者によって当該土地に抵当権が設定され、その設定登記が経由された後も、当該買主が抵当権の存在や自己の所有土地であることについて善意・無過失で当該土地を占有し、更に 10 年が経過したところ、抵当権者が抵当権を実行し、競売手続が開始されたので、長年本件土地を占有してきた土地買主が第三者異議の訴え（民執法第 38 条）を提起したという事案である。

このような事案において、最判平成 24 年 3 月 16 日（以下、「平成 24 年最判」、または「本判決」と略称する。）は、本件抵当権（昭和 59 年 4 月 19 日に設定され、對抗関係となっている第一の抵当権）の設定登記時から再度の時効期間が進行・経過し、買主たる占有者が善意・無過失で 10 年間継続して占有し続けた場合には、当該占有者に再度の取得時効が完成し、その援用によって、抵当権は消滅するものと判示した。つまり、本判決からは、第一の取得時効の完成後、援用がないままの状況で、原所有者による抵当権設定がなされると、土地占有者について、抵当権設定登記時から第二の取得時効が進行を開始し、占有者が抵当権の存在につき善意・無過失の場合には、10 年で再度の取得時効が完成し、

時効取得者は、時効の援用によって、抵当権の抹消登記を請求することができるという判例法理が導かれる。

したがって、簡単に本件の論点を指摘すると、第一の論点は、物権法における「取得時効と登記」の中でも、特に、再度の時効完成の問題であり、第二の論点は、取得時効と抵当権との関係である。

第 2 項 本判決における問題点

1. 取得時効と登記

本判決は、土地の買主が所有権移転登記を経由しないまま、土地を占有している状況が 10 年間継続し、取得時効の要件を充足したが、時効を援用せず、なおも未登記の間において、第三者に抵当権が設定され、登記を経由した後にける再度の時効取得の成否が問題となっている。所謂、取得時効と登記という問題の一場面である。

ところで、取得時効と登記という論点に関しては、所謂「判例 5 準則」があり、①時効の当事者認定（時効完成前の所有者には登記なくして時効取得を対抗しうる。）、②取得時効の進行中（時効完成前）における不動産の譲渡（譲渡及び登記後も時効期間は進行を継続し、譲受人は時効の当事者となる。）、③取得時効完成後にける不動産の譲渡や物権の設定（原所有者からの二重譲渡構成による対抗関係。）、④時効の起算点（時効の基礎たる占有開始時から起算し、任意起算を禁止する。）、⑤再度の時効完成及び登記後の時効完成、が問題となるところ、本件は、直接的には第 5 準則事案である。もっとも、本件においては、第一の取得時効が完成し、その援用をしないまま、第三者が土地に抵当権の設定を受け、登記を経由したという事案であるから、対抗関係についての第 3 準則とも関係がある。

判例は、取得時効完成時の所有者を時効の当事者と解しており⁽¹⁾（第 1 準則）、この意味において、時効完成後の第三取得者と時効取得者は、両者ともに原所有者からの取得者と同視され、対抗関係となる⁽²⁾（第 3 準則）。もっとも、こ

(1) 大判大正 7 年 3 月 2 日民録 24 輯 423 頁。

(2) 大連判大正 14 年 7 月 8 日民集 4 卷 412 頁。

のようなケースは、所謂二重譲渡ケースが多いので、第一譲受人たる時効取得者は、最初の所有権取得時における対抗要件の不備という点において懈怠があり、この点において非難を免れず、更に、自己の所有不動産に関する時効取得でも破れるという二度の敗北を喫した者ということができる。しかし、判例は、この二度の対抗関係で破れた第一譲受人にも復活のチャンスを与えている。これが第5準則である。

この問題について、平成24年最判と類似の事案として、後掲最（二小）判平成15年10月31日（以下、「平成15年最判」と略称する。）がある。事案は、土地の占有者に取得時効が完成し、時効援用前に土地に抵当権が設定され、その設定登記が経由された後に、占有者が時効を援用し、この土地の所有権移転登記を受けた時効取得者が、更に10年間占有を継続し、取得時効の要件を充足したとして、再度、土地所有権の取得時効を援用し、抵当権設定登記の抹消登記手続を請求したというものである。

この事案において、平成15年最判は、時効取得者が、最初の時効完成及びその援用によって所有権取得登記を経由した場合には、時効援用者は確定的に所有者になるという理由により、再度の時効完成及びその援用を否定した。

本件平成24年最判の事案と平成15年最判の事案との相違点は、本件においては最初の時効完成後に時効を援用していないが、平成15年最判においては、最初の時効完成後に時効を援用したという点に尽きる。この点から、本件においては、後掲最（一小）判昭和36年7月20日（以下、「昭和36年最判」と略称する。）を適用し、時効取得者が最初の時効完成後に時効を援用せず、登記も経由せずにいたところ、抵当権設定登記が経由されたことにより、抵当権者に対抗しえない立場になるが、抵当権設定登記時においても、なお、抵当権設定に関して善意・無過失であったという理由から、その設定登記時から更に取得時効期間が進行し、10年で再度時効が完成して（第162条2項）、その援用により（第145条）、土地を原始取得するという理由から、第三者異議の訴え（民執法第38条）を提起して、抵当権の実行による任意競売手続の不許を求めることができると判示したのである。

そこで、本件における問題点は、第一に、取得時効完成後における物権の設

定・移転後も時効期間はそのまま進行するのか、第二に、対抗関係において取れた時効取得者であっても、その後も引き続き不動産を占有することによって、再度の取得時効が完成するのか、というものである。これらの問題は、所謂「取得時効と登記」に関する典型的な問題点である。

2. 取得時効と抵当権の消滅

次に、本件においては、不動産の取得時効と抵当権の消滅も重要な論点となる。

抵当権は、債権または所有権以外の権利ということで、原則として、行使しうる状況（弁済期経過後）になってから 20 年が経過することにより、時効によって消滅する（第 166 条 1 項、第 167 条 2 項）。

しかし、常にこの原則どおりに消滅時効規定の適用を受けるとなると、抵当権設定者（債務者・物上保証人）が時効の当事者であり、抵当債権が残存しているにもかかわらず、抵当権だけが独立して時効消滅するという場合が考えられる。このような事態は、長期の年賦償還債務関係（長期ローン）において、制度上はありうる。しかしながら、被担保債権が残存しているのに、抵当権だけが時効消滅するというような事態の発生は妥当性を欠くという評価が下される。

そこで、民法は、この場合における特則を用意し、「抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない」（第 396 条）ものと規定した。この規定により、抵当権は、債務者及び抵当権設定者との間においては、被担保債権の時効消滅と同時にのみ、消滅時効に服することとされた。この規定は、「担保物権の付従性」原則を規範化したものである。そこで、第 396 条はこの文言どおりに限定解釈すべきものであるのか、それとも、同条の反対解釈により、消滅時効の当事者が債務者及び抵当権設定者以外の者であるときには、第 167 条 2 項の原則により、抵当権は独自に時効消滅することになるのかという点が問題となる。

次に、抵当権は、その設定された不動産の時効取得に伴っても時効消滅するものと考えられるところ（後述するように、起草者は取得時効による完全所有権の原始取得の効果と解している。）、民法は、この場合においても、抵当不動産の取得

時効の当事者（時効取得者）が債務者または抵当権設定者であるときには、抵当権は消滅しないと規定し（第 397 条）、債務者や抵当権設定者を不動産取得時効の効果から除外している。

平成 24 年最判の事案のように、抵当権設定時から再度の不動産の取得時効期間が進行するとなれば、「抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたとき」、即ち、時効取得者が不動産の占有を開始した時に抵当権が存在するときという要件に該当するので、この民法第 397 条が適用される可能性があり、そうすると、時効取得者が債務者または抵当権設定者でない限り、抵当権は、同条の規定する取得時効期間の経過までの占有の効果によって消滅しそうである。

然るに、抵当不動産の第三取得者は、抵当権の設定者ではないが、債務者が履行遅滞に陥った際には、抵当権の実行という負担を受ける当事者である。それゆえ、この第三取得者は、抵当権設定者（物上保証人）と同視しうる地位に立つのではないかという疑問が提起され、このように解すると、抵当不動産の第三取得者は、第 396 条の適用を受けると同時に、この第三取得者が未登記の場合において、抵当不動産を時効取得したときでも、第 397 条により、抵当権設定者と同一の取扱いを受ける者として、抵当権の消滅という効果を受けることができないので、抵当権の負担が継続するということになる⁽³⁾。

そうすると、一度、不動産に取得時効が完成した後に、当該不動産に抵当権が設定され、その設定登記が経由されて、第 177 条の対抗関係においては取得時効の完成を対抗しえなくなった時効取得者のために、当該抵当権の設定登記時から、再度、時効期間が進行するとなれば、この時効取得者は、再度の時効取得時に抵当不動産の第三取得者と類似した状況になるので、再取得時効が完成し、時効を援用しても、第 397 条の効果により、抵当権は消滅しないということになりうる。

(3) 後掲する判例（大判昭和 15 年 8 月 12 日民集 19 卷 1338 頁）及び我妻説（我妻榮『新訂擔保物権法』422—423 頁）の考え方である。

しかし、解釈上は、これとは全く反対に、第三取得者は直接の抵当権設定者ではないので、抵当不動産の時効取得を認める（債務者・設定者以外の者として第 397 条を適用する。）という立場もありうる⁽⁴⁾。このように解すると、抵当不動産が譲渡され引き渡された時点から時効中断もなく占有を継続し、不動産の取得時効が完成して、第三取得者が時効を援用した時には、第 162 条（所有権の時効取得）ないし第 397 条（抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅）の効果として、抵当権は消滅の憂き目に遭うことになる。

そこで、本件の論点についてまとめると、第一に、取得時効と登記という論点における再度の取得時効の成否が問題となり、第二に、再度の時効取得者は抵当不動産の第三取得者と類似する地位に立つが、同人は、債務者や抵当権設定者以外の者による不動産の時効取得に伴う抵当権の消滅に関する第 397 条の適用を受けるか否かが問題となる。そして、第二の問題に付随する問題ではあるが、古田判事の補足意見が指摘するように、第 397 条の解釈として、抵当権が消滅するのは、第 162 条の効果としてなのか、それとも、同条同項を第 397 条に取り入れ、第 397 条それ自体の効果として抵当権が消滅するのかという問題もある⁽⁵⁾。以下、これらの問題について、順を逐って論ずることとする。

(4) 後掲する来栖説（『判例民事法昭和 15 年度』304 — 306 頁）、星野説（『民法概論 II』293 頁）に代表される近時の有力説の考え方であるが、実は、第 397 条に関しては、起草者もまた同様に考えていた。この点については、梅謙次郎『民法要義卷之二 物権編』（有斐閣書房、訂正増補版、1911 年）591 頁参照。

(5) 梅・前掲書（『民法要義物権編』）591 頁は、第 397 条の適用について説明した直後に第 289 条（承役地の時効取得による地役権の消滅）を参照指示しており、この点において、起草者は、第 397 条の条文構造を第 289 条のそれと同一視していたものと考えられる。したがって、起草者は、地役権や抵当権など、時効取得者の占有と両立しうる権利については、単純に取得時効の完成とその効果によるだけでは当該権利は消滅しないものと解していたのではないかと推測しうる。

第2節 取得時効と登記に関する問題点

第1款 従来の判例法理

第1項 取得時効完成後における時効期間の進行（第2準則）

例えば、無権利者であるBが、A所有の土地を自主占有して、時効期間が進行中に、その土地がAからCへと譲渡され、AからCへの所有権移転登記がなされた場合でも、Bの占有・取得時効の進行につき、Cの側から何ら時効中断の措置（第147条以下）が講じられておらず、Bの側に承認（第156条）もしくは自主占有の喪失による時効中断事由（第164条）もなければ、取得時効はそのまま進行し、所定の期間経過により取得時効が完成すれば、Bは所有権を取得するという。

〔判例〕最判昭和35年7月27日民集14巻10号1871頁

【事実】

(1) 本件土地甲は、元Aの所有地であり、明治40(1907)年11月29日、Xら先々代がAより買い受け、これをXら先代(X₁の夫)が相続によって取得したものであるところ、Xら先代は、昭和22(1947)年5月19日に死亡し、Xら4名が相続した。

(2) Xら先々代は、関東大震災(大正12[1923]年9月1日)の2、3年後に本件土地乙を含む本件土地全体を自己の所有地として檜苗を植え、以来これを管理し、平穩かつ公然と自己の所有地として同地を占有した。それゆえ、遅くとも大正15(1926)年9月1日以降20年の経過により、昭和21(1946)年8月31日限りで、Xら先代は本件土地乙を時効によって取得した。

(3) しかし、Xらが時効取得による所有権取得登記を経由しないうちに、Yは、昭和28(1953)年9月10日、元の所有者Bから本件土地乙を買い受け、同月18日、所有権移転登記を経由した。

Xらは、Yを被告として本件甲・乙土地間の境界確定訴訟を提起し、本件土地部分について取得時効を援用したものの、その起算点を昭和28年10月6日とし、同日から遡って20年間の占有によって取得時効が完成したとして、時

効の当事者である Y に時効を対抗しうるものと主張した。

これに対して、Y は、X らは、本件土地甲につき、明治 40（1907）年 11 月 29 日以降平穩・公然に占有してきたのであるから、昭和 2（1927）年 11 月 29 日の満了により取得時効が完成し、その所有権を取得したはずであるが、その旨の登記手続を経由しないうちに、Y が昭和 28 年 9 月 18 日に B から本件土地乙を買い受け、その旨の登記を経由したので、X らは、第三者たる Y に対し、時効による所有権取得を対抗しえないものと主張した。

【第 1 審】請求棄却

時効期間は時効の基礎たる事実の開始された時を起算点とし、その完成の時期を決定すべきものであり、時効援用者において任意にその起算点を選択して、これを決定することはできない（大判昭和 14 年 7 月 19 日民集 18 卷 856 頁）。

大正 15（1926）年 9 月 1 日以降 20 年の経過により昭和 21（1946）年 8 月 31 日限りで、X 先代は右の土地を時効により取得したが登記を経由していない。Y が、昭和 28（1953）年 9 月 10 日、B より本件乙土地を買い受け、同月 18 日、所有権移転登記手続を了したから、X らは Y に対抗しえない。

第 1 審は、このように判示し、X らの予備的請求（時効による取得）を棄却したので、X らは控訴し、取得時効の起算点は時効の援用者において任意選択しうるものと解すべきであると主張した。

【原審】控訴棄却

原審は、時効の起算点は任意に選択しえないものと判示し、X らには、遅くとも昭和 21（1946）年に取得時効が完成しており、時効完成後、目的不動産について登記を取得した者には対抗しえないと判示して（大連判大正 14 年 7 月 8 日民集 4 卷 412 頁）、X と Y とは対抗関係に立つので、X は登記をしなければ Y に対抗しえないとして、X の控訴を棄却した。X から上告。

【判旨】上告棄却

「時効による権利の取得の有無を考察するにあたっては、単に当事者間のみならず、第三者に対する関係も同時に考慮しなければならぬのであって、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によって登記がなされたかが問題となるのである。

そして時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗しえない(民法 177 条)のに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくとも時効取得をもってこれに対抗しうることとなると解すべきである。

しからば、結局取得時効完成の時期を定めるにあたっては、取得時効の基礎たる事実が法律に定めた時効期間以上に継続した場合においても、必ず時効の基礎たる事実の開始した時を起算点として時効完成の時期を決定すべきものであって、取得時効を援用する者において任意にその起算点を選択し、時効完成の時期を或いは早め或いは遅らせることはできないものと解すべきである。」

《問題点》

自己の所有地とともに他人の土地をも占有してきた者が境界確定（現行法上は「筆界特定」）訴訟を提起し、その予備的請求において、取得時効完成後、時効取得者が完成時から遡って 20 年間の取得時効が完成したとして、土地所有者に対し、所有権の取得を対抗することができるか。要するに、本件においては、

- (1) 取得時効の完成と不動産の第三取得者との関係、
- (2) 取得時効の起算点、が問題となる。

《分析》

このような問題について、本判決は、争点 (1) については、取得時効の基礎たる占有継続中に不動産の原所有者から第三者に所有権が移転し、登記が經由されても、時効は進行し、時効期間満了と同時に時効が完成すると判示した。

また、争点 (2) については、争点 (1) との関係において、時効の起算点は、時効の基礎たる事実の開始した時点であり、時効援用権者において任意に起算点を選択し、時効完成の時期を変動させることはできないと判示した。

前例に戻るが、この場合でも、判例によれば、A の所有する土地の時効援用権者 B は、時効による所有権の取得をもって、時効完成前の第三取得者 C に対抗することができ、C に対して所有権移転登記手続に協力するよう請求することができる。C は取得時効による物権変動の当事者になるからである。

この判例法理（第 2 準則）は、売買契約等、A から B への有効な譲渡行為があり、未登記ではあるが、B が引渡しを受け、自主占有している間に、A がその不動産を C に二重譲渡し、A から C への所有権移転登記が行われた場合においても、その後の B の取得時効に関しては同様に扱われるものと解されてきた。B がそのまま自主占有を続け、C から時効中断に該当する権利の主張がないときには、A から B への引渡時から起算される取得時効が進行し、完成しうる。したがって、B は時効完成時の所有者である C に対して所有権移転登記を請求することができるという帰結である。

この場合には、B は、C が所有権を取得し、登記を経由した時点までは、「他人の物」ではなく、自己の所有物を占有していたことになるが、この点につき、判例は、取得時効の完成の妨げにはならないものと解している⁽⁶⁾。

また、判例は、C の所有権取得が B の取得時効の完成前であれば、B の取得

(6) 最判昭和 42 年 7 月 21 日民集 21 巻 6 号 1643 頁：「民法 162 条が時効取得の対象物を他人の物としたのは、通常の場合において、自己の物について取得時効を援用することは無意味であるからにほかならないのであって、同条は、自己の物について取得時効の援用を許さない趣旨ではない」。

最判昭和 46 年 11 月 5 日民集 25 巻 8 号 1087 頁：「当該不動産が売主から第二の買主に二重に売却され、第二の買主に対し所有権移転登記がなされたときは、第二の買主は登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者であることはいうまでもないことであるから、登記の時に第二の買主において完全に所有権を取得するわけであるが、その所有権は、売主から第二の買主に直接移転するものであり、売主から一旦第一の買主に移転し、第一の買主から第二の買主に移転するものではなく、第一の買主は当初から全く所有権を取得しなかったことになるのである。したがって、第一の買主がその買い受け後不動産の占有を取得し、その時から民法 162 条に定める時効期間を経過したときは、同法条により当該不動産を時効によって取得しうる」。

判例はこのように解するのであるが、この場合には、第二の買主が確定的に所有権を取得する反面、第一買主は確定的に所有権を喪失し、あるいは取得しえないことになるのであるから、この登記の時点から他人の物の占有者となるのであり、この場合には、昭和 36 年最判の示した第 5 準則と同様、当初の占有開始時ではなく、第二買主の登記時を起算点とする新たな時効期間の進行と解すべきである。

時効完成後にAからCへの所有権移転登記が行われた場合でも、Bは登記なくしてCに対抗しうるものと判示している⁽⁷⁾。つまり、判例は、時効の当事者を認定する時期として、権利の取得時期を基準としており、登記時を基準としてはいないということになる。

第2項 時効完成後、不援用の場合における時効取得者の地位

次に、判例によると、不動産の占有者Bの取得時効完成後、Cが当該不動産を原所有者Aから譲り受け、所有権移転登記を経由して、対抗要件を充足したが（この時点でBの取得時効はCに対抗しえなくなるが）、第三取得者Cがその後もBの自主占有を放置し、Cの登記時から、Bが改めて取得時効の完成に必要とされる期間、占有を継続した場合には、Cは時効による物権変動の当事者となり、BはCに対して、時効取得を主張しうるものと解されている（第5準則）⁽⁸⁾。

また、不動産の二重譲渡の第二買主Cが、第一買主であり占有者であるBの取得時効完成前に所有者Aと売買契約を締結したが、所有権移転登記前に第一買主Bに取得時効が完成し、その後、Cが登記を経由した場合でも、Bは、登記なくしてCに対して時効取得をもって対抗しうるものと解されている⁽⁹⁾。

後者の事案においては、第二買主の登記時を基準とすれば、Cは時効完成後の第三者であるようにも見えるが、判例は、登記の前後を問わず、実質的に所有者となった時点において当事者関係を確定させているので、Cの登記が時効完成後であっても、Cは時効完成前の第三者として扱われているのである。

〔判例〕最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁

【事実】

(1) 本件山林はもとA村（訴訟当時は町）A集落の所有であり、32番（山林）

(7) 最判昭和42年7月21日民集21巻6号1653頁。

(8) 最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁。

(9) 最判昭和42年7月21日民集21巻6号1653頁。

の一部であったが、大正 15 年 5 月 20 日、32 番の 5（山林）に分筆され、次いで同年 8 月 26 日、Y（上告人、被控訴人、被告）に対し寄付を原因とする所有権移転登記が経由された。Y が本件山林を取得するに至った経緯は以下のとおりである。

（2）A 村は、明治 38（1905）年 4 月 20 日、村会決議をもって、A 集落有財産であった本件山林を藤郷神社に寄付することとし、同年 5 月 29 日に本件山林を引き渡したが、分筆及び所有権移転登記を経由しなかった。

（3）藤郷神社は、明治 39 年 11 月 21 日、社号を葉山神社（以下「第一次葉山神社」という。）と改め、昭和 23 年 10 月 26 日、宗教法人葉山神社（以下「第二次葉山神社」という。）となり、昭和 27 年 12 月 18 日、宗教法人 X 神社（「第三次葉山神社」。被上告人、控訴人、原告。）となり、X は、第一次葉山神社の取得した本件山林の所有権を承継取得した。

（4）第一次葉山神社は、明治 38（1905）年 5 月 29 日より大正 4（1915）年 5 月 29 日までの 10 年間、本件山林を所有の意思をもって平穩かつ公然、善意・無過失で占有を継続し、大正 4 年 5 月 29 日に取得時効が完成したが、所有権取得登記を経由せずに経過した。

（5）大正 13 年頃、A 村内の集落有財産を村有に統合することとなり、大正 13 年 7 月 18 日、村会決議により、本件山林は A 集落有であるとして、これを Y に寄付する旨の決議をし、次いで大正 15（1926）年 8 月 26 日、その旨の所有権移転登記を経由した。

（6）第一次葉山神社は、更に Y の登記の日から昭和 11（1936）年 8 月 26 日までの 10 年間、引き続き所有の意思をもって平穩かつ公然、善意・無過失で占有を継続した。

本件は、第二次葉山神社の包括承継人 X が、Y を被告として、所有権確認ならびに取得時効の完成による所有権移転登記を求めるため、本訴を提起したものである。

【事実審】

第 1 審は X の請求を棄却したので、X は控訴し、①土地所有権の承継取得、②Y の登記後、第一次葉山神社が所有の意思をもって平穩・公然、かつ占有の

始め善意・無過失で本件山林の占有を継続したとして、これより 10 年経過後の昭和 11 (1936) 年 8 月 25 日に時効が完成し、仮に占有の始め善意・無過失でなかったとしても、20 年経過した昭和 21 年 8 月 25 日限りで時効が完成し、これによって所有権を取得したこと、③仮に第一次葉山神社が A 集落から本件山林の寄付を受けたことがなく、本件山林に対する占有が当初から他人の物の占有であり、その取得時効が 10 年または 20 年経過後に完成した後、Y が本件山林の所有権を取得し、登記したことにより、時効取得をもって Y に対抗しえないとしても、第一次葉山神社は Y の登記後も引き続き本件山林の占有を継続してきたので、これより 10 年後の昭和 11 年 8 月 25 日または 20 年後の昭和 21 年 8 月 25 日に、それぞれ取得時効が完成し、時効取得につき登記なくして Y に対抗しうるなどと主張した。

原審は、Y の登記によって X の取得時効は中断したが、登記時から起算して再度の時効が完成しているとして、X の請求を認容した。Y から上告。

【判旨】上告棄却

最高裁は、前掲最判昭和 35 年 7 月 27 日を引用しつつ、次のように判示した。

「本件山林は、もと A 部落の所有するところであったが、X の被承継人第一次葉山神社は、明治 38 年 5 月 29 日より大正 4 年 5 月 29 日まで 10 年間これを所有の意思をもって平穩、公然、善意、無過失に占有を継続し、ために大正 4 年 5 月 29 日に取得時効が完成したものの、その登記を経ることなく経過するうち、同 15 年 8 月 26 日、Y が A 部落より右山林の寄附を受けてその旨の登記を経由するに至ったところ、第一次葉山神社は、更に右登記の日より昭和 11 年 8 月 26 日まで 10 年間引き続き所有の意思をもって平穩、公然、善意、無過失に占有を継続したというのである。されば、前記第一次葉山神社は右時効による所有権の取得をその旨の登記を経由することなくとも Y に対抗することができること前示当裁判所の判例に照し明らかであり、従って、右第一次葉山神社の包括承継人である X もまた同一の主張をなしうることを論を待たない。原判決は、Y の前記登記によって時効が中断されるものと判示したのは失当たるを免れないが、結局その結論において正当である。」

《問題点》

第一譲受人たる占有者に取得時効が完成した後に、第三者が土地所有権を取得し、所有権移転登記を経由したが、その後も時効取得者が占有を継続した場合には、再度の時効取得はありうるのか。

《分析》

このような問題について、本判決は、第一譲受人の取得時効が完成した後、所有権移転登記を経由しない（もちろん、時効の援用はない）間において、原所有者が第三者（第二譲受人）に売買により所有権を移転し、その登記が經由され、所有権取得の対抗関係に決着がついた場合でも、その後も第一譲受人が占有を継続しているときには、第二譲受人の所有権取得登記の時点から更に取得時効期間が進行し、時効期間が満了すれば、第一譲受人に再び取得時効が完成するものと判示した（前掲最判昭和 35 年 7 月 27 日と矛盾する点）。

本判決の事案によると、最初の占有時から起算して時効期間を算定すると、30 年以上が経過しており、占有者が占有開始時において善意・無過失であることから、第三取得者の登記よりも先に一度 10 年の取得時効が完成したにもかかわらず、登記名義を有する第二譲受人が敗訴している。それは、土地の第二譲受人の登記時から更に占有者が善意・無過失で占有を継続したことから、時効取得の要件である 10 年の経過によって、再度、時効取得を認めるという理由付けによる。

これは、本判決が判旨の前半部分で引用した前掲最判昭和 35 年 7 月 27 日と比較すると、矛盾した内容となっている。それは、昭和 35 年最判の判例法理によって示された、①最初の占有時から継続した占有による取得時効の完成、②起算点の任意選択の不可といった点においてである。そうすると、本判決は、実質的に起算点を移動することを認めたことにならないのであろうか。それとも、第三取得者の登記によって、取得時効の援用権を対抗しえなくなるので、新たな時効期間の開始となり、新たな時効の完成を導くという構成であろうか。このように解すると、昭和 35 年最判の示した判例法理とは異なり、むしろ、後掲する我妻説（登記時効中断説）を採用したに等しくなっている。しかし、本判決は、登記時効中断説を採った原審の解釈を「失当たるを免れない」として

解釈論としては排斥しているので、従来は、一体如何なる理論構成なのか分からないとさえいわれてきた⁽¹⁰⁾。

本判決は、本当に、単純に、第二譲受人Yの経由した登記時から時効期間を再起算し、再度の時効の完成をもって、第三者を時効の当事者とみなしたのであろうか。そうすると、最高裁が自ら時効の起算点をずらす結果を認めたことになるのであり、過去の判例法理と抵触することになる。

しかし、翻って考えてみると、本件の事案は、「二重譲渡事案」であり、第一譲受人の所有権が第二譲受人の登記経由によって喪失させられる関係上、この登記時点から他人の物の占有者となるのであり、第二譲受人の出現について善意・無過失であれば、10年の短期取得時効が成立することになるので(第162条2項)、単純に考えれば、納得することができる。ここに、第一の取得時効の完成を入れて考えるからこそ、分かりにくくなるに過ぎない。

判例の時効準則の流れからは、本判決の理論構成を理解することは難しいのであるが、理論構成を逐っていくと、おそらくは、後述する星野博士の提唱に係る「類型説」における「有効・未登記型の二重譲渡類型」に関する解釈論と大筋では符合するものと思われる(本節「第2款従来の学説の展開」を参照)。いずれにせよ、この昭和36年最判は、従来の判例法理から外れるからこそ、第5準則と称されているのである。

第3項 時効完成後、援用した場合における時効取得者の地位

〔判例〕最判平成15年10月31日判例時報1846号7頁

【事実】

(1) Aは本件土地を所有していた。

(10) 昭和36年最判に対する右田堯雄調査官の解説『最高裁判所判例解説(民事篇)昭和36年度』(法曹会、1973年)280頁以下所収も同様の意見であり、また、山田卓生「判解(最判昭和46年11月5日)『民法判例百選I〔第5版〕』(有斐閣、2001年)116頁〔117頁〕も、起算点を動かしえないとする最判昭和35年7月27日との整合性を問題視している。

(2) X（被上诉人、被控訴人、原告）は、昭和 37（1962）年 2 月 17 日に本件土地の占有を開始し、20 年後の同 57（1982）年 2 月 17 日以降も本件土地の占有を継続していた。

(3) A は、昭和 58（1983）年 12 月 13 日、B 会社との間において、本件土地につき、B 会社を抵当権者とし、債務者を C 旅館とする債権額 1100 万円の本件抵当権を設定し、その旨の登記を経由した（A は物上保証人）。

(4) Y（上诉人、控訴人、被告。整理回収機構）は、平成 8（1996）年 10 月 1 日、B 会社から、本件抵当権をその被担保債権とともに譲り受け、同 9（1997）年 3 月 26 日、本件抵当権の設定登記につき、抵当権移転の付記登記を経由した。

(5) X は、昭和 37 年 2 月 17 日を起算点として 20 年間本件土地の占有を継続したことにより、同 57 年 2 月 17 日に取得時効が完成したとして、A に対して、所有権の取得時効を援用した。

(6) X は、平成 11（1999）年 6 月 15 日、本件土地につき「昭和 37 年 2 月 17 日時効取得」を原因とする所有権移転登記を経由した。

(7) X は、平成 11 年 10 月 6 日、Y に対し、本件抵当権の設定登記の日である昭和 58（1983）年 12 月 13 日から更に 10 年間本件土地の占有を継続したことにより、平成 5（1993）年 12 月 13 日に時効が完成したとして、再度、取得時効を援用するという意思表示をした。

そこで、X は、上記再度の時効完成により、Y の有する本件抵当権は消滅したと主張して、Y に対し、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求めるため、本訴を提起した。

【事実審】

第 1 審、原審ともに X の本件土地に関する再度の取得時効が成立したものと認定し、X の請求を認容した。原審判決は以下のとおりである。

(1) X は、昭和 37 年 2 月 17 日から 20 年間占有を継続したことにより、本件土地を時効取得したが、その所有権移転登記をしないうちに、B 会社による本件抵当権の設定登記がされた。このような場合において、X が、本件抵当権の設定登記日である昭和 58 年 12 月 13 日から更に時効取得に必要な期間、本件土地の占有を継続したときには、X は、その旨の所有権移転登記を有しなくて

取得時効完成後の抵当権設定と再取得時効の成否

も、時効による所有権の取得をもって本件抵当権の設定登記を有するB会社に對抗することができ、時効取得の効果として本件抵当権は消滅するから、その抹消登記手続を請求することができる。

(2) Xは、本件抵当権設定登記日には、本件土地の所有権を既に時効取得していたことからすると、その日以降のXの本件土地の占有は、善意・無過失のものとして認められる。

(3) したがって、Xは、本件抵当権設定登記日から更に10年間占有を継続したことにより、取得時効が完成し、再度、取得時効を援用して、本件土地を更に時効取得し、これに伴い本件抵当権は消滅したものであるから、Xは、Yに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めることができる。

【上告受理申立理由】

Yは、原判決を不服として上告受理を申し立て、本件抵当権設定登記日において、Xは悪意または有過失であったとして、20年の取得時効として考えるべきであるなどと主張した。

【判旨】破棄自判

「前記の事実関係によれば、Xは、前記(5)の時効の援用により、占有開始時の昭和37年2月17日にさかのぼって本件土地を原始取得し、その旨の登記を有している。Xは、上記時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得したのであるから、このような場合に、起算点を後の時点にずらせて、再度、取得時効の完成を主張し、これを援用することはできないものというべきである。そうすると、Xは、上記時効の完成後に設定された本件抵当権を譲り受けたYに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求することはできない。」

《問題点》

取得時効の完成及びその援用による所有権取得登記後であっても、占有者が更に土地の占有を継続し、取得時効の要件を充足したと主張して、再度、取得時効を援用し、最初の時効完成から所有権取得登記までの間に設定された抵当権設定登記の抹消登記手続を請求することができるか。

《分析》

1. 判例分析と問題点

このような問題について、本判決は、最初の時効完成及びその援用によって所有権取得登記を経由した場合には、時効援用権者は確定的に所有者になるという理由により、再度の時効完成及びその援用を否定した。

本件は、土地の取得時効完成後、その援用前に設定され登記された抵当権者と時効取得者との争いである。従来判例によると、この抵当権者は、「時効完成後の第三者」であるから、両者の関係は対抗関係となり（第 3 準則）、先に登記を経由した抵当権者が優先する（第 177 条）。その結果、時効取得者の所有となった土地は、抵当権の負担を受ける。

しかし、抵当権設定登記後も時効取得者による土地の占有が継続されたので、その抵当権設定登記時から再度の時効完成を主張することができるか否かが争点となったのである（第 5 準則の適用の可否）。

この問題について、本判決は、原審が昭和 36 年最判に従って再度の時効完成を認めたのに対して、この時効の援用を否定した。

なぜ、本判決は、X の再度の取得時効の完成を否定したのであろうか。直接の理由は、①一度取得時効を援用して不動産を原始取得し、登記を取得すると、不動産所有権を確定的に取得するということと、②その理由から、起算点を後にずらして時効の完成を主張することはできない、とされている。①の理由は、時効の援用及び所有権移転登記によって確定的に所有者になるということであり、②の理由は、一度時効を援用し、所有権の帰属が確定した後に、起算点をシフトして再度の時効援用は認められないということである。

本件において、X は「再度の」時効完成を主張しているのであるが、結果として、起算点を後の時点にシフトして今一度時効完成を主張したものと見られるのであろう。ただ、実質的には起算点をずらして時効取得を主張していることになるのであるが、形式的には、起算点をずらすという表現は適切ではない。この最高裁の理由づけは分かりにくいのであるが、要するに、時効取得者が、一旦、取得時効を援用し、確定的に所有権を原始取得した以上、その登記前に、第三者が物権を取得し登記を経由して、民法第 177 条との関係上、時効取得者

に対抗しうる地位にあるときには、その第三者の登記時から再度の時効期間は進行しないということの理由づけに外ならないのであろう。

2. 再度の時効取得の成否

それでは、この平成 15 年最判の事案において、なぜ、再度の取得時効が成立しないとされたのであろうか。事実関係からは、Xは、土地を時効取得したが、その所有権取得登記前に、抵当権が設定登記されたのであるから、Xは、抵当権者Yには対抗しえない。つまり、Yは時効完成後の第三者であるから、XはYに対抗しえず、抵当権付きの土地を所有していることになる。そこで、Xは、この抵当権を排除するため、再度の取得時効完成を援用するという手段に打って出たのである。

従来の判例法理によると、自己の所有する不動産についても取得時効は成立しうる⁽¹¹⁾。この判例法理によれば、Xには再度の取得時効が完成しそうである。そして、時効が完成し、これを援用すれば、その反射的效果として、抵当権は消滅することになる（第 397 条参照）⁽¹²⁾。この民法第 397 条の解釈問題については、別途、後述することとする。

ここでの直接の問題は、①Xの取得時効援用及び登記による所有権取得の確定効と、②Xの取得時効を争う相手方が、土地所有者ではなく、土地所有権と併存しうる（両立しうる）土地抵当権者だということである。事案を分析すると、Xが土地を時効取得した当時（1982 年 2 月）は、抵当権は設定されておらず、Xが時効取得した後、所有権移転登記を取得する前（1983 年 12 月）に、Yの抵当権が設定され、登記されたのであるから、XはYに対抗しえない（第 177 条）。つまり、取得時効によって土地所有者となったXの土地にYの抵当権が

(11) 最判昭和 42 年 7 月 21 日民集 21 卷 6 号 1643 頁。

(12) 大判大正 9 年 7 月 16 日民録 26 輯 1108 頁；大審院は、民法第 397 条の場合においては取得時効の完成により抵当権が消滅するものであるから、「抵当権者ハ所有者ト同様ニ時効ノ当事者」と解すべきであり、民法第 177 条に所謂第三者に該当するものではない、したがって、「時効ニ因ル所有権ノ取得ハ登記ナクシテ抵当権者ニ対抗シ得ル」ものと判示した。

設定されてしまったのである。それゆえ、この状況においては、土地所有権の登記を経由したXに重ねて所有権に関する取得時効が完成する余地はないとも考えられる（所有権取得の確定）。即ち、本件の状況は、おそらく無権利占有者Xによる時効取得事案であり、第一譲受人において自己の所有物（だが、所有権の帰属は確定していない状況）にも取得時効が完成するという局面である「有効・未登記型の二重譲渡における対抗関係」とは異なるものと解される。

したがって、平成 15 年最判がXについて再度の取得時効を認めなかったのは、Xが取得時効の完成及びその援用に基づいて所有権取得登記を経由し、所有権の取得が確定したが（周知のように、判例は、時効の援用を停止条件として時効援用者に確定的に時効の効果が帰属するものと解している⁽¹³⁾）、その際には、既にB（その後Y）の抵当権が登記されており、Xは、この抵当権の存在を認識しうる地位にあり、その負担を引き受けるべき地位にあるにもかかわらず、所有権に関する再度の時効完成及びその援用など許されるはずもないという点が、真の理由づけとして必要であったのではないかと思われる。この時効取得者の土地負担に関する認識という問題点は、従来判例・学説の明らかにするとこ

(13) 大判昭和 10 年 12 月 24 日民集 14 卷 2096 頁は、取得時効の事案において、直接的な時効利益享受者であれば、裁判上であると裁判外であるとを問わず何時でも時効を援用することができ、一旦この取得時効の援用があった場合には、時効による権利の取得は確定不動のものとなると判示し、最判昭和 61 年 3 月 17 日民集 40 卷 2 号 420 頁は、消滅時効の事案において、「時効による債権消滅の効果は、時効期間の経過とともに確定的に生ずるものではなく、時効が援用されたときにはじめて確定的に生ずるもの」と判示している。このように、現在では、判例は、時効援用の意義について、不確定効果説のうち、停止条件説に基づいている。

ろであり⁽¹⁴⁾、平成 15 年最判は、この理由づけを明らかにして、明確を期すべきであった⁽¹⁵⁾。この点において不明確という批判を免れない。

第 2 款 従来の学説の展開

第 1 項 判例法理への批判

「取得時効と登記」に関する判例法理（判例 5 準則）に対する学説からの批

(14) 大判大正 9 年 7 月 16 日民録 26 輯 1108 頁：大審院は、民法第 162 条が「不動産の所有権を取得する」と規定するのは、必ずしも「常ニ不動産ニ関シ完全ナル所有権ヲ取得スト謂フ意義ニアラス」、如何なる範囲の所有権を取得すべきであるかという問題は、「其所有権取得ノ前提タル占有ノ範囲如何ニ依リテ決定セラルルモノトス」と解しており、例えば、不動産全部を占有したときには、全部の所有権を取得すべきものであるが、一部を占有したときには、一部の所有権を取得するに過ぎず、また、不動産を完全に占有したときには、完全な所有権を取得すべきものであるが、「第三者ノ権利ヲ認め制限的ニ不動産ヲ占有シタルトキハ第三者ノ権利附著ノ儘制限的所有権ヲ取得スルニ過キササルモノ」と解している。

本判決は、原審が「占有者力抵当権ノ存在ヲ認識セルト否トハ唯時効完成後モ尚ホ其抵当権力存続スヘキヤ否ヤヲ決スル標準ト為ル」と判示した点を上記と同様の趣旨と判示しているので、時効取得者による制限物権の認識とは、抵当権を含むものと解していることは明らかである。

この点は、我妻榮『新訂民法總則』（岩波書店、1965 年）481 頁、我妻榮＝有泉亨『新訂物権法』（岩波書店、1983 年）425 頁、末川博『物権法』（日本評論新社、1956 年）360 頁、舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960 年）435 頁も支持しており、従来の通説である。ただ、この通説の論じている制限物権とは、地役権のことであり、担保物権に関して直接言及したものではないが、射程は及ぶものと解してよい。

(15) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』（東大出版会、第 3 版、2005 年）475 頁は、平成 15 年最判を評して、抵当権者は時効完成後の第三者に該当するので、時効取得者は同人に対抗しえないものとして、抵当権の負担付の所有権を取得すべきものであると理由づけるべきであるとして、同判決を批判するが、同時に、同判決は、抵当権設定登記時を起算点とする第 397 条の適用を否定したものと見ることもできると解している。これに対して、平野裕之『民法総合 3 担保物権法』（信山社、第 2 版、2009 年）200 — 201 頁は、一度有効に時効取得している者について、抵当権を消滅させるためだけに再度の時効取得を認める必要はないとして、この場合には、第 396 条によるべきものと解しており、平成 15 年最判の事案における第 397 条の適用を否定している。

しかし、第 396 条は付従性による抵当権の消滅規定であり、第 397 条は第 162 条に規定された取得時効期間経過の占有による抵当権の消滅規定であって、両者は別個の規定であるから、単純に比較することは妥当ではなく、要するに、適用可能性の問題である。この意味において、平野説は内田説への批判になっていないものと思われる。

判は、第一に、判例が時効の基礎たる占有開始時を起算点として固定している点に関する時効期間逆算説ならびに起算点任意選択説からのもの（第 4 準則への批判）、第二に、判例が占有を尊重し、登記を軽視する点において、判例法理による不均衡を指摘するもの（第 2 準則への批判）とに分かれている。前者は直接本件の論点に関係するものではないので、後者の学説を掲げ、検討する。

第 2 項 判例法理による不均衡

1. 判例は登記を軽視しすぎる

判例理論によると、不動産の所有者 A と第三取得者 C との間において、占有者 B の存在に気づき、その取得時効完成の時期を見計らった上で、A から C への所有権移転登記をすることを阻止することはできない。学説は、この点から、判例は時効完成前に売買によって C が所有権を取得していれば、登記が時効完成後であっても、C が実質的に所有者であるとして、C は時効取得者 B に対抗しえないという取扱いをしているのではないかとして、これではあまりにも物権変動の当事者という点に拘泥し、登記を軽視する解釈であるとして、判例を批判している⁽¹⁶⁾。

また、判例理論によれば、第 162 条 2 項との関係において、次のような不均衡が生ずるとされる。

例えば、B が不動産を 18 年間自主占有し、これを継続した時点において、所有者 A から第三取得者 C への所有権移転登記が経由され、その 2 年後、即ち、20 年が経過した後に、B の時効取得が争われたというケースについて考えると、B が、占有開始時に善意・無過失であれば、10 年の取得時効完成後の登記となり、第 177 条により、B は取得時効を C に対抗しえないのに対して、B が悪意または有過失であれば、C の所有権取得及びその登記は 20 年の取得時効完成前の物権変動となるので、B は C に対して取得時効を主張しうることに

(16) 我妻＝有泉・前掲書（『新訂物権』）117 頁は、時効完成前に取得した場合には、登記が時効完成後であっても、時効完成前の第三者として時効取得者に対抗しえないとした前掲最判昭和 42 年 7 月 21 日民集 21 卷 6 号 1653 頁への批判として、このように論じている。

なってしまう⁽¹⁷⁾。

それゆえ、この判例法理からの帰結については、その妥当性において疑わしいとされる⁽¹⁸⁾。

2. 二重譲渡における不均衡

前段のような不均衡は、Bの占有がAからBへの取引によって開始した場合には更に際立ってくるという批判がある。

例えば、不動産がAからBへと譲渡され、引渡しも済んでいるが、所有権移転登記を経由しない間に9年が経過した時点において、AからCへと二重に譲渡され、登記を経由したとすると、この時点でCは完全な所有者となり、Bは完全に無権利者となる。しかし、判例法理によると、もう1年Bの占有が続くと、Bに取得時効が完成し、Cに対抗しうることになる。つまり、判例によると、二重譲渡により、先に登記を経由したCが、Bの取得時効に敗れるという結果を招く。これでは、取引安全の原則から登記制度を確立したという立法の趣旨・目的が無視される結果となり、第177条の存在意義が没却されてしまう。この点において、ますます、判例法理の妥当性が疑わしいとされる⁽¹⁹⁾。

3. 登記による時効中断効理論

そこで、我妻榮博士は、占有者Bの取得時効完成前に、第三者Cが当該不動産について所有権を取得し、その登記を経由すれば、Bが、そのCの登記後において、更に時効による取得にとって十分な期間だけ占有を継続した場合でなければ、時効による所有権取得の効力を生じないものと主張した（登記時効中

(17) 大判昭和15年11月20日法律新聞4646号10頁：10年の取得時効と20年の取得時効の両方ともに要件を充足している場合には、取得時効援用権者にとって有利な方を選択して援用しうる。

(18) 我妻=有泉・前掲書（『新訂物権』）117頁。

(19) 我妻=有泉・前掲書（『新訂物権』）117—118頁。

断説)⁽²⁰⁾。その理由は、判例法理によると、あまりにも占有を重んずることとなり、登記制度の趣旨に反すると解したからである。

この見解によると、前例で第二買主 C の登記に第一買主 B の取得時効の中断効を認めるのと同様の結果を招き、民法第 147 条と第 164 条が時効の中断事由を制限列举している趣旨と抵触・矛盾するという難点がある。また、アプローチは異なるものの、結論として登記時効中断説と同じこととなる見解もある⁽²¹⁾。

結論として、判例法理によれば、第 177 条により、登記によって一旦決着を見た物権変動における対抗関係が、占有者である第一買主 B に取得時効が完成すると、一度は対抗関係において決した所有関係が完全に覆ってしまうという関係を作り出すので、登記を対抗要件とする不動産物権変動における基本原則を根本から揺るがすことになってしまい、妥当性を欠き、採ることはできない。

したがって、二重譲渡事案においては、その譲渡行為が適法である限り、やはり当初の物権変動における登記の先後によって、優劣を決するべきであるから、第二買主の登記によって取得時効の中断効を認めるべきだという我妻説には、なお先行学説としての存在意義がある。

(20) 我妻・前掲書（『物権法』）77 頁。

(21) 安達三季生「取得時効と登記」法学志林 65 巻 3 号（1968 年）1 頁以下。安達教授は、このような二重譲渡関係において登記を経由した者は、権利取得の法定証拠を取得した者であり、裁判所はこの証拠力に拘束されるので、時効援用権者はその時効の効力を失うものと解するのであり、安達教授の法定証拠説からの帰結である。したがって、登記時効中断説と結論としては同様になるが、立論は全く異なる。

また、良永和隆「取得時効と登記」『現代判例民法学の課題』（法学書院、1988 年）264 頁は、この場合における第二買主 C の登記による権利保護機能に着目し、C の登記が機能している間は、B はこれと相反する取得時効の主張をすることはできないという。

4. 時効取得者の援用等を基準とする説

(1) 判決確定時基準説

時効完成後における時効取得者Bと第三取得者Cとの関係について、取得時効の完成時（時効期間経過時）を基準とする第2準則を修正し、裁判上、時効取得者Bが時効を援用する時（事実審の口頭弁論終結時）までに時効が完成していることを要件とし、Bに対する勝訴判決が確定した時を基準として、BとCとを対抗関係とするという考え方がある⁽²²⁾。即ち、占有のみを理由として、時効取得者は占有に裏付けられた所有権（ゲヴェーレ的所有権）を取得するところ（第162条）、時効の効果は時効の援用を停止条件として獲得しうるのであり（第145条、第144条）、時効援用権を裁判上で行使し、勝訴判決を獲得して初めて時効取得者と認定されるのであるが、この時点において、ゲヴェーレ的所有権が近代的所有権に転化して、この時以後、第三取得者との間に対抗関係が生ずるものと解するのである。

この考え方は、占有尊重説と登記尊重説との中間に位置するかのようである。しかし、時効期間の経過によるゲヴェーレ的所有権の取得と、これが時効の援用によって近代的所有権へ転化するという構成が批判を呼ぶこととなった。

(2) 時効援用時基準説

次に、舟橋博士の説と類似の見解として、時効援用の効果として所有権を取得してから以後は、第三取得者との間において対抗関係が発生するものと解する考え方がある⁽²³⁾。

この説も、占有のみを尊重する判例の考え方を修正するという意図を有する。半田正夫教授は、時効の援用による所有権移転と解し、ここから対抗関係が生

(22) 舟橋・前掲書（『物権法』）172—173頁。

(23) 半田正夫「民法 177 条における第三者の範囲」『叢書民法総合判例研究⑦』（一粒社、第2版、1982年）1頁（特に61頁以下）。同様の見解として、滝沢幸代『物権変動の理論Ⅱ』（有斐閣、2009年）284頁、297頁以下がある。

ずるものと主張し⁽²⁴⁾、滝沢幸代教授は、未登記所有者 B に時効援用によって再度の登記取得の機会が与えられるが、時効援用後も未登記のまま更に占有を継続すると、第三取得者への譲渡・登記移転によって、同人との間において再び二重譲渡に準ずる関係が生じ、これに第 177 条を適用すべき状況が生じて、時効取得者に再度の時効援用を許すことも必要になるという⁽²⁵⁾。そして、いずれの見解も、裁判外での援用を認める。

（3）類型説の展開

しかし、判例は、以上のような学説からの批判に呼応せず、前掲した最判昭和 36 年 7 月 20 日は、その原審が我妻説（登記時効中断説）を採用した上で再度の時効取得を認定したのに対して、この原審の理由づけを失当であるとして、これを批判し、結論としては我妻説を採ったのと同様の効果、即ち、登記によって第三者 C の確定的所有権取得を認め、時効取得者 B は、この時点においては、C の登記に劣後する関係上、時効取得を C に対抗しえないものと解するが、第三取得者 C の登記時から再度時効期間を起算し、再度の取得時効が完成すれば、この時効取得の抗弁を認めるという姿勢を示した。

この判例法理は、他の判例法理とは若干異なり、登記尊重説に与するかのようであるが、登記に対して、取得時効の進行を中断する効力を与えたのではないと明言していることから、登記時効中断説とは異なる解釈を展開するものである。

この判例法理に対する疑問に答える解釈として、次に示す星野英一教授の類型説がある。

この類型説とは、取得時効に関する紛争を類型別に分けると、二重譲渡ケース（第一譲渡は有効だが、未登記という類型。以下、「有効・未登記型」と称する。）が多いという点に鑑み、第一譲受人 B の取得から相当年数を経て第二譲受人 C が登記を経由したという場合において、第一譲受人 B の時効期間満了後であって

(24) 半田・前掲書（『叢書民法総合⑦』）63 頁。

(25) 滝澤・前掲書（『物権変動Ⅱ』）284 頁。

も、時効期間満了前であっても、第一譲受人Bは、登記なくして第二譲受人Cに対抗しえないものと解する考え方である。

この考え方は、①判例法理（第2準則）によると、登記を経由した第二譲受人は未登記の第一譲受人を無視することができるという民法第177条の考え方と矛盾してしまうという点、ならびに、②第二譲受人が常に目的物の占有状況を調査して取引関係に入らなければならないとすると、第二譲受人に酷であるという理由付けに基づいており、そこで、第一譲受人Bは、第二譲受人Cが登記を経由した後10年または20年間（過失の有無による区別〔第162条参照〕）更に占有を継続したという場合に限り、第二譲受人Cに対して取得時効を援用しうる地位に立つと主張するものである⁽²⁶⁾。

この考え方は、登記の取引安全機能を重視し、二重譲渡型においては、時効取得者は登記なくして第三取得者に対抗することができず、第三取得者は、登記を経由すれば、時効取得者の時効完成の前後を問わず、これに対抗することができるというものであり、この考え方は昭和36年最判を理論づけるものといえることができる。

更に、この類型説は、境界紛争類型の場合には全く別の解釈を展開し、即ち、この類型の場合には、反対に、時効取得者を保護すべきだという解釈を展開している。しかし、本稿とは関係ないので、ここでは論じない。

いずれにしても、平成24年最判は、この類型説の展開する「有効・未登記型の二重譲渡事案」であり、占有を尊重してきた判例法理と登記を尊重してきた学説の中間に位置する、いわば折衷的な考え方を採用した昭和36年最判を

(26) 星野英一「取得時効と登記」『民法論集第4巻』（有斐閣、1978年）315頁（337頁～338頁）。この星野教授の類型説以外に、山田卓生教授の類型説もある。即ち、未登記の第一譲受人は取得から20年間継続して占有をすることにより（第162条の類推）、その時点での所有者に対し、時効を援用しうるという考え方である（山田卓生「取得時効と登記」『民法学の現代的課題』〔岩波書店、1972年〕103頁〔133頁以下〕）。しかし、この説によると、第三取得者Cにとって、不意打ち的に時効の援用がなされ、所有権を失うという結果となりかねず、疑問であるとして、星野教授は、上記のような類型説を主張したのである。

踏襲している。平成 24 年最判が昭和 36 年最判を踏襲したことにより、第 5 準則が一般化されるという効果もある。今後は、判例においても、この類型の事案においては、第 5 準則、即ち、類型説に類似する考え方が原則として展開されることになるであろう。そして、何よりも重要なことは、解釈上は、第三者の登記後も当初の時効期間が進行を継続するという第 2 準則は、第 5 準則によって修正され、終焉を迎えたということである。ある意味、学説からの第 2 準則に対する批判があったからこそ、第 5 準則が導かれたともいうことができる。このように解すると、従来、学説から強硬に非難されてきた判例法理も、徐々に修正されてきたものといえよう。

第 3 節 不動産の時効取得と抵当権の消滅に関する問題点

第 1 款 抵当権消滅規定の意義

抵当権は、債権との付従性によって債権と結合している権利であり、債権の成立なくして成立することはできず（成立における付従性）、債権の消滅なくして消滅しない（消滅における付従性）というのが原則である。したがって、通説は、債権が存続しているにもかかわらず、抵当権だけが独自に時効消滅することはないものと解している⁽²⁷⁾。ところが、第 396 条は、「債務者及び抵当権設定者」との関係では抵当権は債権とは別に時効消滅しないと規定するのみであるから、それら以外の者、即ち、抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者など、第三者との関係においては、抵当権が独自に時効消滅するのかが問題となる。

次に、所有権の取得時効は、その原始取得の効果として、何ら負担のない、いわば完全所有権（Volleigentum）の取得を原則とする。しかし、地役権に関してはその例外規定があり、地役権者が地役権を行使していれば、地役権の消滅時効は中断し（第 290 条）、たとえ承役地が第三占有者によって時効取得された

(27) 我妻・前掲書（『新訂總則』）500 頁、同『新訂擔保物權法』（岩波書店、新訂 3 刷、1971 年）421 頁。

としても、地役権は消滅しないとされている（第289条の反対解釈）。

地役権は土地の占有を伴わずに通行などの権利を行使する権利として位置づけられている。そのため、通行など権利行使という事実があれば、たとえ承役地が時効取得されたとしても、時効取得者がその引き受けを甘受すべき権利とされているのである。そうすると、抵当権も占有を伴わない権利であるから、抵当権を行使していれば、抵当不動産が時効取得されたとしても、消滅を免れるのではないかという話になる。抵当権の行使といえば、端的には、抵当権の実行による競売（「担保不動産競売」民執法第180条1号ほか）、担保不動産収益執行（同法同条2号ほか）、物上代位（民法第372条、第304条）、である。その他、行使ではないが、時効中断事由としての承認（第147条3号）があるので、抵当権確認訴訟を提起することによって、時効消滅を免れる。

抵当権の消滅時効と関連する民法の規定として、権利は行使しうる時期から消滅時効期間が起算され（第166条1項）、所有権及び債権以外の権利は、権利を行使しなければ、20年の経過によって時効消滅する（第167条2項）という規定がある。それゆえ、抵当権もこの「所有権・債権以外の権利の消滅時効」規定の適用を受けるのか、それとも、地役権と同様、特別規定があるのかが問題となる。ところ、民法第397条は、債務者または抵当権設定者ではない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときには、抵当権は、これによって消滅すると規定している。第397条は、「債務者または抵当権設定者」の時効取得に必要な期間の占有による抵当権の消滅を除外しているところ、それら以外の者との関係においては、何らの留保なくして、時効取得とともに抵当権が消滅するのが問題となる。それでは、以下、両法条に関する解釈問題について考察するとともに、権利の消滅時効規定（第167条2項）との関係についても考察する。

第2款 抵当権消滅規定に関する解釈上の問題

第1項 被担保債権との付従性規定としての第396条

1. 第396条の沿革と起草者の解釈

現行民法は、ボアソナード博士の起草に係る民法、即ち、旧民法の修正とい

う形で起草されたということは周知の通りであるが、抵当権の消滅に関しては、現行民法の規定よりも細かく規定されていた。

旧民法債権擔保編第 7 節は「抵當權ノ消滅」と題し、第 292 条は、「抵當ハ左ノ諸件ニ因リテ消滅ス」と規定し、第一に主たる義務（債務の意〔筆者註〕）全部の確定的消滅、第二に債権者による抵当の放棄、第三に時効、第四に滌除（現行は「抵当権消滅請求」、第五に競落（競売による売却手続における買受け）、第六に抵当不動産の全部滅失、第七に公用徴収、を掲げ、それぞれ抵当権の消滅原因を列挙している。そして、第 293 条以下にそれぞれの原因に関する規定を置いている。ここで検討するのは、第 295 条、第 296 条、そして、第 297 条の「時効」についてである。

現行民法第 396 条に相当する規定は債権擔保編第 295 条である。

債権擔保編第 295 条は、「抵當ノ時効ハ不動産カ債務者ノ資産中ニ存スル場合ニ於テハ債権ノ時効ト同時ニ非サレハ成就セス」（債権擔保編第 295 条）と規定している。この規定は、改正前フランス民法（Code civil）第 2180 条（先取特権及び抵当権の消滅事由）が、「先取特権及び抵当権は（以下の事由によって）消滅する。」（1 項）と規定するうちの、「4 号時効」に関する同条 2 項、即ち、「時効は、債務者の手中にある財産については、抵当権または先取特権をもたらす訴権の時効について定める期間（の経過）によって、その者のために完成する。」⁽²⁸⁾ という規定に由来する（同条は、1 項 1 号で主たる債務の消滅、同項 2 号で抵当権の放棄、同項 3 号で第三取得者による滌除、同項 4 号で時効、以上による先取特権及び抵当権の消滅を規定する）。改正前フランス民法第 2180 条 2 項及び債権擔保編第 295 条は、債務者が自己の所有する不動産に抵当権を設定し、所有者の

(28) フランス民法の訳出については、主として、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会、1982 年）、平野裕之・片山直也（訳）「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する 2006 年 3 月 23 日のオールドナンス 2006 - 346 号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学第 8 号（2007 年）163 頁以下所収、同「フランス担保法改正予備草案」慶應法学第 9 号（2008 年）203 頁以下所収を参照した。

ままである場合における被担保債権との付従性原理を規定したものである⁽²⁹⁾。

現行民法の起草者である梅謙次郎博士は、第 396 条の趣旨について、次のように説明する。即ち、抵当権は債権に従たるものであり、これを担保することをその目的とするが、「債務ノ弁済ヲ怠レル債務者又ハ其債権ヲ擔保スル為メニ自ラ抵當權ヲ設定シタル者ハ仮令抵當權者カ抵當權ヲ行使セサルニモセヨ苟モ債権カ時効ニ罹リテ消滅セサル間ハ之ニ対シテ其抵當權カ已ニ時効ニ因リテ消滅セリト主張スルコトヲ得サルハ普通ノ觀念ヨリ之ヲ考フルモ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ」として、これが「本条ノ規定アル所以」であると述べている⁽³⁰⁾。

この梅博士の説明によると、債務者・抵当権設定者以外の者との間においては、抵当権が債権とは別に独自に時効消滅しそうであるが、梅博士は、引き続いての説明において、「債権ノ行使ハ必スシモ抵當權ノ行使ト為ラス……抵當權ノ行使ハ必スシモ債権ノ行使ト為ラス……債務者ハ債務ヲ承認スルモ必スシモ同時ニ抵當權ヲ承認セサルヘシ故ニ債権ノ時効ハ中断セラレテ未タ完成セサルニ抵當權ハ早く不使用ニ因リテ消滅セントスルコト稀ナリトセス」と論じた上で、「是レ本条ノ規定ノ必要アル所以ナリ」と論じている⁽³¹⁾。また、梅博士は、次の第 397 条の説明においては、より明確に、「債権ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモ抵當權ノミ其者ノ為メニ消滅スルコトアルハ敢テ怪ムニ足ラス故ニ抵當權モ亦第百六十七條第二項に定メタル一般ノ消滅時効ニ因リテ消滅スル

(29) 旧民法債権擔保編第 295 条の注釈書を参照すると、本条は、抵当不動産が「債務者ノ資産中ニ在ル場合」においては、債権との付従性により、債権の時効と同時にのみ抵当権も時効消滅する当然のことを規定した旨を論じている。この点については、宮城浩蔵『民法正義債権擔保編卷之式』（信山社、復刻版、1995 年）361 頁以下、井上操『民法詳解債権擔保編之部下卷』（岡島實文館、1892 年）743 頁を参照。

井上判事は、抵当の時効は主たる債権の時効と同時になければ成就しないので、債権の時効中断・停止により、抵当の時効も併せて中断・停止されるものと解し、債権擔保編第 295 条の抵当の時効は、「全ク第二百九十二條第一号ノ規定ヲ再記シタル即チ免責時効（消滅時効〔筆者註〕）ノ結果ト云ハサルヘカラス」と論じている。

(30) 梅・前掲書（『民法要義物權編』）588—589 頁。

(31) 梅・前掲書（『民法要義物權編』）589—590 頁。

コトアルヘシ」と論じている⁽³²⁾。したがって、起草者は、抵当権が債権とは別途独立して時効消滅するというケースを予定していたといえることができる。

2. 第 396 条の解釈

抵当権の時効消滅は、「権利を行使することができる時から進行する」（第 166 条 1 項）。それゆえ、被担保債権の弁済期が到来した時から進行する。そして、その時期から起算して、行使がないまま 20 年が経過した時に時効によって消滅する（第 167 条 2 項）。この権利の消滅時効規定の原則に対する例外として、第 396 条が存在するので、同条は、債務者及び抵当権設定者に関する特則である。

民法第 396 条の適用について、判例は、同条の文言どおりに解しており、同条の適用範囲は「債務者及び抵当権設定者」に限るものと解している⁽³³⁾。また、従来通説も、この判例法理を支持しており⁽³⁴⁾、我妻榮博士は、第 396 条は債務者及び抵当権設定者が被担保債権の時効消滅を理由として抵当権の消滅を主張するための規定であるから、後順位抵当権者や抵当不動産の第三取得者も、一応、債権の時効消滅を理由として抵当権の消滅を主張しうるが、被担保債権の消滅時効が中断されても、第三取得者及び後順位抵当権者は、抵当権を実行しうる時から 20 年の経過によって、抵当権自体の消滅時効を主張しう

(32) 梅・前掲書（『民法要義物権編』）590 頁。

(33) 大判昭和 15 年 11 月 26 日民集 19 卷 2100 頁は、第 396 条の文言に忠実な反対解釈により、後順位抵当権者及び抵当不動産の第三取得者には同条は適用されないので、第 396 条から離れ、単独に 20 年の消滅時効（第 167 条 2 項）によって抵当権が消滅するものと解している。

(34) 我妻・前掲書（『新訂擔保』）422 頁は、抵当権の不行使だけで抵当権が時効消滅するものと解するのは不適切だと解する有力説について、民法の体系（地役権の消滅に関する第 289 条、第 290 条との類似性）として合理性はあると認めつつも、判例理論のほうが簡明であり、また、必ずしも不当な結果ともならないとして、判例理論に従うと主張する。また、鈴木禄彌『物権法講義』（創文社、5 訂版、2007 年）234 頁は、第 396 条の解釈については判例に異を唱えていない。

るものと述べている⁽³⁵⁾。したがって、従来の判例・通説は、第 396 条を適用する場合には、「抵当権設定者には第三取得者は含まないもの」と解しているということになる。

これに対して、有力説は、第 396 条は単に担保物権と債権との付従性原理を明文化したに過ぎず、判例・通説のように、同条を反対解釈して、債務者・設定者以外の第三取得者や後順位抵当権者などとの関係においては債権から独立して抵当権のみが時効消滅するものという解釈は、本条の沿革（旧民法債権擔保編第 295 条、フランス民法第 2180 条〔改正前〕）からも出てこないもので、強いて引き出すには及ばないとし⁽³⁶⁾、あるいは、判例・通説の解釈では、抵当権者としては被担保債権の時効中断以外に抵当権の時効中断も必要となること、その方法としては、「承認」（第 147 条 3 号）として抵当権の存在確認訴訟くらいしかなく、これでは債権者に酷な結果となるので、第 396 条は反対解釈すべきではないと主張する⁽³⁷⁾。

これらの解釈にはそれぞれ一定の理由が認められ、それなりに理解されうるが、権利一般の消滅時効規定は、権利を行使しうる時から起算して 20 年間何も権利を行使しなかったからこそ、これを時効によって消滅させると宣言した規定であり、地役権に関する明文規定が示すように、権利を行使しさえすれば、「時効の中断」という取扱いがなされるべきものであるから（第 290 条類推）、債権との付従性原理の厳格適用、あるいは抵当権の時効消滅中断の困難性を理由とする有力説よりも、起草者や、判例・通説の理解のほうが妥当性がある。また、そもそも、20 年という長期にわたる権利の不行使であれば、立法とし

(35) 我妻・前掲書（『新訂擔保』）422 — 423 頁。この我妻博士の説明は、既に梅博士が明言していたところでもある。この点については、梅・前掲書（『民法要義物権編』）589 — 590 頁参照。

(36) 来栖三郎「判評（大判昭和 15 年 8 月 12 日）」民事法判例研究会編『判例民事法昭和十五年度』（有斐閣、1942 年）302 頁（305 頁）、また、同・「判評（大判昭和 15 年 11 月 26 日）」『判例民事法昭和十五年度』464 頁（466 頁）も参照。

(37) 内田・前掲書（『民法Ⅲ』）473 頁、道垣内弘人『担保物権法』（有斐閣、第 3 版、2008 年）230 頁。

ては、時効よりもむしろ除斥期間（権利行使期間の満了）、あるいは、信義則（日民第 1 条 2 項、BGB 第 242 条）を理由とする「権利失効の原則（Grundsatz der Rechtsverwirkung）」の適用ケースとして位置づけることも可能であり、敢えて消滅時効という形式を取る必要はないのではないかという思いもよぎる。これら権利行使と信義則との関係をも顧慮すると、債権の時効消滅とは別に抵当権の時効消滅ならびにその他の権利消滅事由をも含めて観念しうるので、なお、梅説、判例、我妻説（第 396 条の反対解釈）の妥当性は維持される。

第 2 項 抵当不動産の取得時効による抵当権消滅規定としての第 397 条

1. 第 397 条の沿革と起草者の解釈

次に、現行民法第 397 条に相当する旧民法の規定は、債権擔保編第 296 条と第 297 条である。

まず、債権擔保編第 296 条は、「抵當不動産ノ所有者タル債務者カ其不動産ヲ譲渡シテ取得者又ハ其承継人カ之ヲ占有スルトキハ登記シタル抵當ハ抵當上ノ訴訟ヨリ生スル妨碍ナキニ於テハ取得者カ其取得ヲ登記シタル日ヨリ起算シ三十個年ノ時効ニ因リテノミ消滅ス。但シ債権カ免責時効ニ因リテ其前ニ消滅スヘキ場合ヲ妨ケス」と規定している。この規定も、前同様、先取特権及び抵当権の消滅に関する改正前フランス民法第 2180 条 3 項前段、即ち、「第三取得者の手中にある財産については、時効は、その者のための所有権の時効について定める期間（の経過）によって、その者のために完成する。」という規定（現行 CC 第 2488 条 4 号 2 項）に由来するものである。

この改正前フランス民法第 2180 条 2 項、3 項の各規定は、登記制度が存在しなかったローマ法やフランス古法の時代において、被担保債権が時効消滅しても、その時点から 10 年間は抵当権が存続するという規定が存在していたので、フランス民法はこれを否定するという趣旨で規定したものであり、抵当権をめぐる取引安全のために「抵当権法」（1795 年 6 月 27 日）によって考案された抵当権の登記（inscription）制度が開始された後においては、むしろ不要な規定となったので、その後の抵当権法の改正（1850 年・1851 年）時には、削除案

取得時効完成後の抵当権設定と再取得時効の成否

さえ出されたという規定であった⁽³⁸⁾。抵当権は登記されているのが普通であるから、第三者は登記簿を見れば抵当権の存在が分かるのであり、却って、抵当不動産が第三者に譲渡されたことに気づかず、あるいは気に留めない抵当権者にとって、この規定は大変危険な存在となるからである。しかし、なぜか、この規定は 2006 年の担保法改正に係るフランス民法改正時においても削除されず、今日に至っている。

債権擔保編第 296 条は、抵当債務者が自己の所有する抵当不動産を第三者に譲渡した場合には、抵当権は、その第三取得者が不動産を占有しており、かつ所有権取得の登記をした日から起算して 30 年を経過することによって、時効によって消滅する（ただし、その前に債権の時効消滅による抵当権の消滅を妨げない。）という規定である。この「三十个年ノ時効ニ因リテノミ消滅ス」の意味は、その直前の文言からは取得者による取得時効の効果とも読めるが、そのまま読み限りでは、抵当権の消滅時効とも読み取りうる。この点について、当時の注釈書の一つは、「本条ニ於ケル時効ハ一ノ取得時効ナリ」と解しており、どのような権利を取得するのかというと、所有権は既に所有者である債務者から取得しているので、時効によって取得する理由はないとして、「第三所持者カ取得スヘキモノハ其不動産ノ支分権ニ付キ之ヲ取得スルモノト云ハサル可ラス」と

(38) 来栖・前掲『判例民事法昭和十五年度』305 頁参照、古積健三郎「時効による抵当権の消滅について」『財産法の新動向』（信山社、2012 年）97 頁（124 — 125 頁参照）。しかし、この規定は、2006 年の改正に係る CC 第 2488 条 4 号においても、根強く存続してしまっている。

論じている⁽³⁹⁾。

第三取得者の登記時から起算して 30 年という時効期間は極めて長期であるが、その理由について、旧民法の起草者であるポアソナード博士は、第三取得者の登記前に抵当権が登記されており、この状況においては、第三取得者が、たとえ抵当権の存在を知らなかったとしても、法律は悪意と推定するからであると論じている⁽⁴⁰⁾。したがって、本条は、第三取得者が抵当不動産の所有者である債務者から不動産を譲り受け、所有権移転登記をする際に、登記された抵当権の存在を知り、または知りうべき状況にあるという一方で、他方、抵当権者は 30 年間も抵当権を放置していたという状況において、抵当権は時効消滅するという規定である。実際に抵当権者が放置していた期間は 30 年にはならないであろうが、第三取得者の登記時から 30 年の経過によって、抵当権は

(39) 井上・前掲書（『民法詳解』）745 — 746 頁。しかし、井上判事は、同書 744 頁においては、「其抵當ハ如何ナル場合ニ於テ時効ニ罹ルモノナリヤ」、更に、同書 746 頁においては、この場合における「抵當ノ時効ハ」主たる債権とは全く関係ないものであるから、「其抵當カ時効ニ由リテ消滅シタルモ」その主たる債権は決してそのために消滅するものではないと述べており、このような説明の仕方を捉えれば、抵当権の時効消滅と解しているとも言う。もし、取得時効と解するのであれば、この井上判事の論述からは、第三取得者が何かしらの「支分権」を時効取得し、その反射の効果として、原抵当権が消滅すると解するのであろう。

問題は、この支分権が何を意味するかであるが、当時のフランス民法第 2180 条 3 項の解釈論の一つとして、このような考え方が存在していたようである。このフランス民法の解釈論については、古積・前掲論文『財産法の新動向』124 — 126 頁に紹介されており、本条はローマ法上の担保権の時効の一種として存在した「長期占有の抗弁」、「自由状態の使用取得」をフランス古法が継受し、これをフランス民法が継受したということである。したがって、井上判事が論じた支分権とは、長期の占有によって取得される「抵当権からの自由権」というものであろう。しかし、第三取得者を抵当権から解放するのであれば、抵当権の時効消滅と解するのが妥当であることから、このような考え方は次第に衰退していったようである。なお、同様の議論は、ドイツ普通法時代にも存在していたようである。この点について、詳細は、古積・前掲論文『財産法の新動向』128 — 130 頁を参照。

(40) ポアソナード『再閱修正民法草案註釈第四編』（雄松堂、2000 年）513 頁。この点は、宮城・前掲書（『民法正義』）366 頁も全く同じ内容を論じている。また、旧民法証拠編第 140 条によると、不動産の取得時効期間は、占有者が占有正権原を証明できるなど善意のときには 15 年、逆に占有正権原を証明できないなど悪意のときには 30 年とされていた。なお、旧民法債権擔保編第 295 条以下の起草過程については、草野元己「抵当権と時効」『現代民法学の諸問題』（信山社、1998 年）45 頁（60 頁以下）を参照。

消滅するものとされたのである。

もつとも、法典調査会において現行民法第 167 条 2 項の権利一般の消滅時効規定に相当するとされた旧民法証拠編第 150 条は、「義務ノ免責時効ハ債権者カ其権利ヲ行フコトヲ得ヘキ時ヨリ三十个年間之ヲ行ハサルニ因リテ成就ス」と規定しており、この規定と債権擔保編第 296 条とを併せ適用すると、抵当権の消滅時効規定と解することができそうである。しかし、旧民法証拠編第 150 条は権利一般の消滅時効規定ではなく（旧民法にはそのような一般規定は存在しないとされる。）、義務（債務）の免責時効に関する個別規定であり、抵当権の消滅時効に関する個別規定は債権擔保編第 295 条以下 3 箇条のみと解されているので⁽⁴¹⁾、そのように解することはできない。

しかしながら、法典調査会においては、前述した証拠編第 150 条と、ある相続人等の財産を占有する他の相続人等に対する遺産請求訴権の消滅時効（相続時から 30 年で消滅）に関する同編第 155 条の修正案として、所有権以外の一般財産権（物権と債権）の消滅時効（20 年の不行使により消滅）に関する第 168 条（現行第 167 条）が提案され、これが衆議院（第 9 回帝国議会）の段階で債権とそれ以外の権利の消滅時効に分けられて、現行規定となったのである。このような立法の経緯から考えると、現行民法第 167 条 2 項は抵当権の消滅時効をも含むのではないかという思いを抱かせる。

次に、債権擔保編第 297 条は、「真ノ所有者ニ非サル者カ不動産ヲ譲渡シタルトキハ占有者ハ其善意ナルト悪意ナルトニ從ヒ所有者ニ対シテ時効ヲ得ル為メニ必要ナル時間ノ経過ニ因リ抵當債権者ニ対シテ時効ヲ取得ス。無権原ニテ不動産ヲ占有スル者ニ付テモ亦同シ」と規定する。

この第 297 条は、所有者ではない無権利者から不動産を譲り受けて占有している第三取得者の規定であり、第三取得者が善意であれば 15 年、悪意であれば 30 年で所有権を時効取得するが（旧民法証拠編第 140 条）、この所有権の取得時効期間の経過によって、抵当権者に対しても時効を取得するという規定である。この第 297 条も、前述した債権擔保編第 296 条と同様、改正前フランス民法第 2180 条 3 項（現行 CC 第 2488 条 4 号 2 項）に由来する。

この抵当権者に対しても時効を取得するという意味について、ボアソナード博士は、第三取得者が所有者について善意であれば、同人は抵当権者について

(41) 草野・前掲論文『現代民法学の諸問題』56—58 頁を参照。

も善意であるから、登記時から起算して 15 年で時効の効果を取得することができるが、反対に、悪意であるときには、前条（同編第 296 条）の場合と同様、第三取得者は抵当権者に対して善意を主張しえず、登記によって何も権利を取得しえないのであるから、占有開始時から 30 年の経過によって初めて時効の効果を取得することができる⁽⁴²⁾。つまり、ここで言うところの抵当権者に対する時効の効果とは、債権擔保編第 296 条の抵当権の消滅を意味する。

現行民法は、前段において論じた第 396 条に続けて、債務者または抵当権設定者ではない者が抵当不動産について取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときには、抵当権は、これによって消滅する（第 397 条）と規定して、第三占有者による抵当不動産の取得時効完成（第 162 条）の効果と相俟って、抵当権は消滅するものと規定するかのようである⁽⁴³⁾。この民法第 397 条は、法典調査会において、旧民法債権擔保編第 296 条と第 297 条の両法条を併せて修正原案第 392 条としたものであり、その内容は、ほぼ現行第 397 条と同じである。

この修正理由について、梅博士は、真の所有者から譲り受けた場合には 30 年で時効となり、非所有者から譲り受けた場合には、善意であれば 15 年で時効となるというのは妥当ではないので、取得時効の成立要件に関する第 162 条に合わせることにしたという趣旨のことを述べている⁽⁴⁴⁾。しかし、前述したように、債権擔保編第 296 条は、第三取得者が不動産を譲り受けた当時において、既に抵当権が設定され、登記が経由されているという状況であるから、真の所有者から譲り受けたといっても、抵当権の存在について善意ではありえないので、悪意 30 年の時効という取扱いを受けるという規定であり、同編第 297

(42) ボアソナード・前掲書 513 — 514 頁。草野・前掲論文『現代民法学の諸問題』61 — 62 頁参照。

(43) この立法上の沿革については、梅・前掲書（『民法要義物権編』）588 — 591 頁、来栖・前掲「判評（76 事件）」『判例民事法昭和十五年度』303 — 304 頁、草野・前掲論文『現代民法学の諸問題』56 頁以下、古積・前掲論文『財産法の新動向』120 頁以下を参照。

(44) 『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会、1984 年）962 頁参照。

条は、非所有者からの譲り受けといっても、取得者が善意の場合もありうることを顧慮しての規定であるから、この梅博士の修正理由は的を射ていない。ただ、民法第 397 条において、抵当権消滅の要件を第 162 条に合わせたという点は合理的であるといえよう。

次に、梅博士は、第 397 条の適用について、第三者が抵当不動産を占有し、第 162 条の条件（要件）を具備するときには、「其者ハ完全ナル所有權ヲ取得スヘキカ故ニ其結果トシテ抵當權モ亦消滅セサルコトヲ得ス」と述べ、その例として、「其者カ不動産ヲ買取ル際ニ當リ抵當權ノ存スルコト」について善意・無過失のとき（例えば、登記官吏が誤って抵当権を登記簿謄本中より脱落したとき）には 10 年間の占有で抵当権は時効消滅し、その占有者に悪意または過失があっても、20 年の占有で抵当権は時効消滅すると述べている⁽⁴⁵⁾。この論述から、起草者である梅博士は、第 397 条の「債務者または抵当権設定者」を文言どおりに捉え、抵当不動産の第三取得者はそれら以外の者と解されるので、第三取得者については、第 397 条の適用を認め、取得時効期間経過の効力として、抵当権は時効消滅すると解していたものと思われる⁽⁴⁶⁾。このように見てくると、民法第 397 条は、占有者の所有権の取得時効期間の経過を要件とする抵当権の消滅時効規定であり、本条を解釈するに際して、単に、取得時効の反射的効果として抵当権が消滅する規定であると解するのは適切ではなく、むしろ、誤り

(45) 梅・前掲書（『民法要義物権編』）591 頁。

(46) 前述したように、旧民法債権擔保編第 296 条は、債務者から不動産を取得した第三取得者の登記時から起算して 30 年の経過による抵当権の消滅時効規定であり、同編第 297 条は、無権利者から不動産を取得した第三取得者が取得時効に必要な期間の占有をしたことの効力により、「抵当権者に対して時効を取得する」という規定である。第 397 条はこれらの規定を修正したものであり、「抵当権者に対して時効を取得する」という意味は、これまた前述したように、抵当権からの自由権（解放される権利）の取得時効と解されることから、これは抵当権の消滅時効と解してよい。また、梅博士自身も、この規定は抵当権の時効消滅規定であることを明言している（梅・前掲書『民法要義物権編』591 頁）。したがって、重ねて主張するが、第 397 条は、抵当権の消滅時効規定である。

であるということになる⁽⁴⁷⁾。それゆえ、近時の学説の中には、第 397 条の意

(47) しかし、所有権の取得時効（第 162 条）の反射的效果として、抵当権を含む制限物権が一般的に消滅するものと解する学説は数多く、ある意味「通説」とさえいわれている。近時の著作を見る限りでも、加藤雅信『新民法体系Ⅰ民法総則』（有斐閣、第 2 版、2005 年）387 頁、大村敦志『基本民法Ⅰ総則・物権総論』（有斐閣、第 3 版、2007 年）246 頁、山野目章夫『物権法』（日本評論社、第 4 版、2009 年）290 頁（取得時効の反射的效果として抵当権は消滅すると明言し、争いはないという。）などがあり、これら「通説」によれば、第 397 条も取得時効の反射的效果による抵当権の消滅規定と解するのであろう。ただ、平野・前掲書（『担保物権』）203 頁は、起草者の考え方に基づいて、第 397 条は有効第三取得者に特有の規定であり、それ以外の者についての規定ではないので、後者との関係においては、第 162 条の「原始取得の効果」として、抵当権は消滅するという。

因みに、第 397 条の意義に関しては、従来の代表的な体系書でさえ、石田文次郎『擔保物權法論』（有斐閣、1936 年）329 頁、柚木馨『担保物権法』（有斐閣、1958 年）355 頁、柚木馨＝高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第 3 版、1982 年）421 頁、川井健『担保物権法』（青林書院新社、1975 年）140 頁、同・『民法概論Ⅱ物権』（有斐閣、第 2 版、2005 年）415 頁、槇悌次『担保物権法』（有斐閣、1981 年）245 頁（従前の所有権とその上の抵当権が消滅）、などは、いずれも取得時効による原始取得の反射的效果として抵当権は当然に消滅するものと解している。しかし、本稿の該当箇所述べているように、これらの考え方は妥当ではない。あくまでも、第 289 条、第 290 条が地役権の消滅に関する特則であるのと同様、第 397 条は抵当権の消滅に関する特則である。したがって、抵当権は、単なる不行使だけでは消滅せず、また、単なる時効取得の効果としてだけで消滅するわけではない。

味を正確に捉えようとするものも次第に増えてきているように思われる⁽⁴⁸⁾。

2. 第 397 条の解釈

この民法第 397 条を適用する場合には、抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者は抵当権設定者ではないので、このような第三取得者等との関係においては、被担保債権との付従性とは無関係に別途独立して、抵当不動産の時効取

(48) 例えば、道垣内弘人「時効取得が原始取得であること」法学教室 302 号（2005 年）46 頁以下、古積・前掲論文『財産法の新動向』97 頁以下などが代表的な論考である。然るに、基本書においても、例えば、四宮和夫＝能見善久『民法総則』（弘文堂、第 8 版、2010 年）は、時効取得者の取得する所有権とその交換価値を支配する抵当権とが矛盾する関係にあるので、時効取得者が、抵当権を排除しつつ、当該不動産の占有を継続してきた場合には、所有権の時効取得によって、抵当権は否定される（消滅する）べきものと解している。ここでいうところの「所有権と抵当権とが矛盾する」という意味は、時効による所有権の取得と抵当権の実行による所有権の喪失という観点であろう。また、「抵当権を排除する占有」が如何なるものであるかが観念しえないが、平成 24 年最判が示したように、「抵当権の存在を容認していた」というような特段の事情がない場合と同じ解釈と見てよかろう。しかし、この点を重視するならば、むしろ、時効取得者の主観、即ち、抵当権に関する善意・悪意を基準とすべきものと思われる。この意味において、四宮＝能見説もまた批判を免れない。

因みに、遠藤浩「取得時効の効果の一考察」税務大学校論叢第 4 号（1971 年）30 頁（39 — 40 頁）は、時効取得者が、その取得する不動産上に存する第三者の権利を排斥して完全な所有権を取得するには、その第三者の権利を排斥するような占有が必要であるというのが原則であるが、不作為地役権の場合と同じく、価値権である抵当権を排斥する占有というものは考えられないので、この原則に対する例外として、第 397 条を規定する必要があったものと解している。この学説の当否はどうか、第 397 条の解釈論としては、第 289 条、第 290 条を顧慮した上で、このような観点からの考察が必要なのである。

得と同時に抵当権は消滅する⁽⁴⁹⁾と解される一方で、他方、第三取得者は抵当権設定者からの譲受人であり、設定者と同視して、抵当権の負担を引き受けるべきものであるから、第 397 条の適用はない（第三取得者の占有による不動産の時効取得が生じて、抵当権は存続する。）⁽⁵⁰⁾といった理論上の争いがある。

前者（有力説）は、第 396 条の解釈においては、文言に忠実に解釈すべきであり、反対解釈を許さないと主張し、第 397 条の解釈においても、文言に忠実

(49) 来栖・前掲評釈『判例民事法昭和 15 年度』304 — 306 頁、星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、1976 年）293 頁、内田・前掲書（『民法Ⅲ』）474 頁、道垣内・前掲書（『担保物権法』）230 — 231 頁、高橋眞『担保物権法』（成文堂、第 2 版、2010 年）246 — 247 頁など参照。この考え方は、第 396 条は債務者または抵当権設定者が抵当不動産を占有する場合の規定であり、第 397 条はそれ以外の者が抵当不動産を占有する場合の規定であると一体的に理解するものである。

この考え方によると、第 396 条は単に債権との付従性原理を徹底した抵当権消滅規定に過ぎないという前提に立ち、単なる抵当権の不行使だけでは抵当権は消滅しないという趣旨の規定であるが、第 397 条は抵当不動産の第三取得者にも適用され、未登記の第三取得者が所有権の時効取得に必要な期間占有すると、占有開始時に存在した抵当権は、取得時効の効果を受けて消滅するということになる。

なお、星野教授（前掲書同頁）は、第三取得者が抵当権の存在を知っていた場合には、抵当権つきの不動産を時効取得すると解すべきであると主張する。

(50) 大判昭和 15 年 8 月 12 日民集 19 卷 1338 頁は、第 397 条は所有者ではない債務者または抵当権設定者以外の者が抵当不動産を時効取得した場合の規定であり、債務者・設定者はもちろん、設定者からの第三取得者にも適用されず、第三取得者が抵当不動産を時効取得しても、設定者の場合と同様、抵当権の消滅という効果を受けえないと解している。

判例は、このような考え方に立っており、我妻・前掲書（『新訂擔保』）422 — 423 頁は、この解釈について、「簡便な処理である」として、この判例法理を支持する。我妻説によると、第 397 条の意味は、債務者及び抵当権設定者が取得時効に必要な期間占有しても抵当権は消滅しないと同時に、抵当権設定者には抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者を含むという意味になる。それゆえ、第 396 条は、債務者及び抵当権設定者との関係における付従性規定であり、第 397 条は、債務者、抵当権設定者及び抵当不動産の第三取得者、そして、後順位抵当権者との関係においては、被担保債権の時効消滅を顧慮した上での抵当権消滅規定ということになるのであり、両規定は別々に理解されることになる。

この我妻説に親的な考え方として、川井健『担保物権法』（青林書院、1975 年）139 — 140 頁、鈴木祿彌『物権法講義』（創文社、5 訂版、2007 年）234 — 235 頁、船越隆司『担保物権法』（尚学社、第 3 版、2004 年）263 — 265 頁、清水元『プロGRESSIV 民法〔担保物権法〕』（成文堂、補訂版、2009 年）115 — 117 頁、山川一陽『担保物権法』（弘文堂、第 3 版、2011 年）166 — 167 頁、松井宏興『担保物権法』（成文堂、補訂第 2 版、2011 年）114 — 115 頁などがある。

に解釈し、第三取得者を設定者とは異なるものと主張する。その結果、第 396 条は、「債務者及び抵当権設定者」限定型の付従性原理規定であると同時に、その反対解釈を許さないことから、結局、一般的な付従性原理規定と解することになり、第 397 条は、「債務者及び抵当権設定者」限定型の取得時効除外規定であると同時に、第三取得者を含む第三者限定型の取得時効期間経過による抵当権消滅規定と解することになる。

他方、後者（判例・通説）は、第 396 条の解釈においては、文言に忠実に解釈するも、その反対解釈を肯定し、第三取得者など、第三者との関係においては抵当権が独自に時効消滅するという結果を招き、第 397 条の解釈においては、文言を拡張解釈し、第三取得者を設定者と同視して、第三取得者や後順位抵当権者などによる取得時効完成によっても、抵当権は消滅しないと解することになる。つまり、後者（判例・通説）は、第 396 条の解釈においては設定者と第三取得者を別々の地位と捉えるのに対して、第 397 条の解釈においては、設定者と第三取得者の地位を同一視することになる。

それでは、起草者さえ第 397 条の文言に忠実に解釈し、第三取得者が不動産を時効取得することによって生ずる抵当権消滅という効果を肯定していたにもかかわらず、なぜ、従来の判例・通説は、第 397 条に関しては、第三取得者と設定者を同一視するのであろうか。このような疑問が必然的に生ずる。

我妻博士は、この疑問に答えるかのように、長期の年賦償還債務の抵当権について最後の弁済期が到来する前に第三取得者に第 397 条の要件を充たす取得時効が完成したとして、抵当権が消滅するというのは不合理であると述べ、その根拠として、第 397 条は常に被担保債権の弁済期到来以後の占有であることを必要とするものと解してよいかどうか、問題は簡単ではないので、簡明を期して判例を支持すると述べている⁽⁵¹⁾。

確かに、第三者が抵当不動産を買い受けた場合には、この第三取得者は、通常、抵当権の存在を知っているはずであるから、物上保証人と類似の地位を取得する。この点を重視すると、抵当権の負担を引き受けたはずの買主が自己の所有不動産について時効取得の要件を充足したとして、抵当権の消滅を主張することは妥当性を欠くということになる。特に、弁済期未到来の被担保債権が残存しているのに、肝心の抵当権が第三取得者による取得時効期間経過の効果

(51) 我妻・前掲書（『新訂擔保』）423 頁。

によって消滅するというのは、抵当権者からしてみれば情けない話である。債務者・物上保証人の所有のままであれば、第 397 条の適用はないので、抵当権は存続するのに、同人らから第三者への所有権移転行為によって、第 397 条の適用を受けて抵当権が消滅するというのは、確かに、我妻博士のいわれるように不合理な話である。この点において、前述した改正前フランス民法第 2180 条 3 項（現行第 2488 条 4 号 2 項）における懸念と同じ状況が現れるのである。

このように解すると、第 397 条の適用については、旧民法債権擔保編第 297 条が一方では善意の第三取得者を想定していたように、第三取得者が不動産の所有権を取得した当時において、抵当権は存在していたが、その登記がないなど、抵当権の存在について善意・無過失の場合に限定すべきであるという解釈が妥当性を有することになる。この意味において、本件平成 24 年最判のように、土地の占有者が、有効・未登記型の二重譲渡の第一買主であり、結果として抵当不動産の第三取得者と同様の地位となってしまう時効取得者である場合には、抵当権の存在について善意・無過失であることが多いことから、第 397 条を抵当権の消滅時効に関する特別規定と見て、適用すべきものと解しうる。

また、そもそも、権利一般の時効消滅に関する第 167 条 2 項が存在するにもかかわらず、何故に第 397 条が存在するのかという問題を考えると、抵当権については付従性による債権の時効消滅以外に時効消滅を広く認める必要はなく、かといって、抵当権の存在について善意・無過失の時効取得者にまで抵当権の負担を引き受けさせるというのも妥当性を欠くことから、抵当権設定当事者以外の第三者が不動産の自主占有を開始した時点において、たまたま抵当権が設定されていたという場合には、取得時効の効果と相俟って抵当権も消滅させてあげようという特別規定を置いたのであり、また、地役権や抵当権といった占有とは無関係な権利については、地上権や永小作権など占有を基礎とする制限物権とは異なり（地上権などは、一方が占有すれば、他方は占有しえないという互いに対立・矛盾関係にある。）、占有開始時から時効完成に至るまで相互に対立することなく両立しており、その結果、時効取得される所有権とも両立するのであるから、やはり、地役権と抵当権については、それぞれ特別規定を置いたものと解される。この「両立する」という意味は、所有権取得時効の基礎たる占有が地役権や抵当権の負担を受けているが、それでも、取得時効にとって必要な占有が継続するという意味である。それゆえ、地役権や抵当権の存在について、悪意・有過失の時効取得者については、地役権や抵当権の負担が継

続するものと解すべきだという結論になるのである。

これが現代における第 397 条の存在理由であり、したがって、抵当権の消滅規定としての第 397 条は、単純に所有権の時効取得（原始取得）の効果として抵当権の消滅を認めた規定ではなく、被担保債権から独立して抵当権だけが消滅する一事例として規定したものと解することが妥当である⁽⁵²⁾。そうであるからこそ、第 397 条の適用にあたっては、通常の抵当不動産の第三取得者（抵当権の存在について悪意または善意・有過失者）は除外すべきである。

判例には、短期取得時効（第 162 条 2 項）における占有者の善意・無過失とは自己に所有権があるものと信じかつそのように信ずるについて過失のないことをいい、占有の目的不動産に抵当権が設定されていることを知り、または、不注意によって知らなかったとしても、ここにいう善意・無過失の占有者ということを妨げないと解するものがあるが⁽⁵³⁾、既に論じてきたように、第三取

(52) 道垣内弘人「時効取得が原始取得であること」法学教室 302 号（2005 年）46 頁（52—53 頁）は、第 397 条の存在理由について、地役権の場合（第 289 条、第 290 条）と同様、第 167 条 2 項の単なる不行使による時効消滅を認めないものと解しつつ、第 397 条は、第 162 条の要件を充たす占有期間の経過によって（時効取得の反射的效果ではなく）、抵当権が消滅するという特別規定であると解しており、単なる原始取得の効果であることを否定している。

(53) 最判昭和 43 年 12 月 24 日民集 22 卷 13 号 3366 頁：本件は、X が内縁の夫 A から贈与を受けた家屋には既に抵当権が設定され登記が経由されており（この意味において、X は抵当不動産の第三取得者である。）、その後、抵当権が実行され、Y₁ が競売により土地とともに買い受けて所有権移転登記を経由し、Y₂ が Y₁ より家屋を買い受けて所有権移転登記を経由したところ、X が、A から贈与を受けて以来、善意・無過失で占有を継続してきたとして、土地及び家屋の取得時効を援用し、Y₁ に対し土地の所有権移転登記を、Y₂ に対し家屋の所有権移転登記を請求したという事案である。

昭和 43 年最判の調査官解説（横山長『最高裁判所判例解説〔民事篇〕昭和 43 年（下）』〔法曹会、1973 年〕1379 頁〔1382 頁以下参照〕）は、取得時効による所有権の原始取得及び第 397 条の解釈論を展開して、昭和 43 年最判の解釈を積極的に支持し、この判例法理により、第三取得者に第 397 条の適用を認めなかった昭和 15 年 8 月大判は明確に否定されたものと論じているが、抵当権の存在について悪意・有過失の者に短期取得時効を認めると同時に、第 397 条の適用を認めるというのは妥当ではない。抵当権を認識している以上、同人は抵当権の負担を受けるべきものである。

得者たる時効取得者の占有開始時において、既に抵当権が設定されていたという場合において、抵当権の存在を認識しうべきときには、地役権の場合と同様、時効取得の効果としての原始取得の内容は制限を受けるべきであるから、この判例法理を一般化することは妥当ではない⁽⁵⁴⁾。したがって、原則として、抵当不動産の第三取得者の場合には、抵当権の負担付きで所有権を時効取得するものと解すべきである⁽⁵⁵⁾。

もっとも、このような場合でも、第三取得者が、抵当権者よりも先に登記を経由していれば、抵当権者は第三取得者に対抗しえないので、何も問題はないのであるが、ここでは、第三取得者が所有権を取得した当時、既に抵当権が設定され、登記を経由している場合はもちろんのこと、第三取得者も未登記の場合や、あるいは、受付済の抵当権設定登記申請が、登記官吏の過誤によって登記が遺漏してしまい、第三取得者の所有権取得登記に遅れてしまった場合なども考えられる。権利の登記の順位は受付順に実行され、その順位で対抗力を取得するので（不登法第 20 条）、受付済の登記が遺漏によって遅れた場合でも、後に登記官によって更正登記がなされれば、順位は回復されるのである（遺漏による更正登記手続についても、錯誤の場合と同様、不登法第 67 条による）。しかし、

(54) ただ、前掲したように、昭和 43 年最判の事案は、内縁の妻が家屋の贈与を受けた当時において、取得者たる内縁の妻が所有権移転登記を経由しておらず、抵当権の存在について善意・無過失であるものと解しうるので、私は、当該事案に限り、抵当権の負担を回避しうるものと解する。

(55) 星野・前掲書（『民法Ⅱ』）293 頁、鈴木（禄）・前掲書（『物権法講義』）235 頁、道垣内・前掲書（『担保物権法』）230—231 頁、古積・前掲論文『財産法の新動向』135—138 頁、久須本かおり「判研（平成 15 年最判）」法経論集（愛知大学）167 号 1 頁（12 頁）など、同旨の見解は比較的多数存在する。

しかし、このように解するのであれば、第 397 条の適用に際しては、抵当権の存在について悪意・有過失の第三取得者を除外すべきである。抵当権の負担を承知の上で引き受けた形となる第三取得者について、第 162 条 1 項の 20 年の取得時効期間経過の効果を与えるという解釈は、そもそも、第 397 条それ自体が抵当権設定者を除外していることと矛盾しており、容認しえない。したがって、第 397 条の適用にあたっては、抵当権の存在について悪意・有過失の者はすべて排除されるということになる。

このような場合においても、善意・無過失の第三取得者を保護すべきであるから、一定の期間の経過により、第 397 条を適用し、この場合には、10 年の短期取得時効期間の経過により、抵当権は消滅するものと解すべきであろう。

しかし、通常、抵当不動産の第三取得者は、抵当権の存在について悪意や有過失のケースが多く、また、我妻博士の懸念された最終弁済期前の被担保債権の存在するケースも想定されるので、第 397 条の適用にあたり、特に弁済期前の被担保債権が残存しているという事案においては、抵当権の存在を知りうる通常の第三取得者は第 397 条の適用から除外すべきであり、第 397 条を第三取得者及び類似の状況の占有者に適用する場合には、同人らが抵当権の存在について善意・無過失である場合に限定すべきである。

第 4 節 本判決に対する学説からの評価

まず、取得時効と登記に関する判例 5 準則の問題については、従来の判例法理を踏襲したものであり、判例変更は遠のいたと論ずるものがある⁽⁵⁶⁾。その理由は、本件平成 24 年最判の事案が、時効取得者 X と抵当権者 Y とが対抗関係にあり、X が Y に劣後するという関係上、第 3 準則がそのまま適用されるからであり、また、Y の抵当権設定登記前に X が時効の援用をせず、その登記以後もそのまま占有を継続して、再度の時効期間が経過したことから、第 5 準則がそのまま適用されるという点において、その結論が従来の判例法理から素直に導かれるからである。

次に、民法第 397 条を本件に適用する場合の問題点として、古積教授は、同条の趣旨は、抵当不動産を占有し、時効取得した場合には、抵当権は消滅するのであるが、これは、抵当権の登記制度が存在しないローマ法において、担保権の存在を知らない占有者による時効取得を保護するという制度に由来するの

(56) 大久保邦彦「判批（本判決）」民商法雑誌 146 巻 6 号（2012 年）563 頁（568—569 頁）は、平成 24 年最判の事案は第 3 準則による対抗関係と第 5 準則による再度の時効完成であり、本判決はそのいずれも準則を肯定した判例であり、本判決の判旨は、従来の判例法理から素直に導かれるものに過ぎないという。

で、本件のような占有中に抵当権が設定された場合に直接適用しうる場面ではないと解しつつ、ただ、再度の時効の起算点を抵当権設定登記時に求めるとすれば、同一問題に帰着するという。

しかし、古積教授は、この場合でも、ローマ法に由来する第 397 条本来の制度趣旨を考慮して、時効取得者に善意・無過失を要求すべきものと論じている。この意味において、本判決が時効取得者に善意・無過失を要求したという点には賛同するという⁽⁵⁷⁾。

次に、大久保教授は、本判決の時効取得者 X を事実上抵当不動産の第三取得者と評価しうることから、本判決は、同種事案において抵当権の消滅を認めた昭和 43 年最判の延長線上にあるものと解し、それゆえ、第 162 条 2 項の善意・無過失の解釈についても、本判決を含め、判例は、所有権に関する善意・無過失のみを問題とし、抵当権については悪意・有過失でもかまわないという解釈で一貫しているものと評価している。しかし、この点について、大久保教授は、第 162 条 2 項の善意・無過失の意義のうち、「善意」は、自分に「完全な所有権のあること」を意味するのであるから、その占有物に他人の権利が付着していないことを意味するものと解し、それゆえ、抵当権の存在を知っている場合には、その占有者は悪意であり、所有権の取得についても善意・無過失にはなりえないと主張して、判例法理を批判する⁽⁵⁸⁾。

この点について、本判決においては、時効取得者 X は抵当権の存在を知らず、この点について過失もなかったという事実認定がなされているので、他人の権利の存在について善意・無過失と評価して差し支えない。したがって、大久保

(57) 古積健三郎「本件判解」TKCローライブラリー新判例解説 Watch 民法・財産法 No.64（2012 年）4 頁は、このように解している。

(58) 大久保・前掲「本件判批」民商法雑誌 146 巻 6 号 576—577 頁。大久保教授は、このような意味において、時効取得者の占有する不動産に他人の権利が付着している場合において、この占有者がその他人の権利の存在を認識している場合には、占有物の所有権取得に関しても「善意・無過失」ではありえないと解しており、他人の権利が抵当権であるときには、その抵当権についての善意・悪意で第 162 条 2 項の適用を決すべきであるという。極めて傾聴に値する見解である。

教授の批判は、昭和 43 年最判の示した判例法理への批判としては妥当するが、本判決には妥当しないものと思われる。ただ、善意・無過失の評価の方法について、その順序が逆であるという意味においては、大久保教授の批判は妥当ということになる。

更に、平成 15 年最判との整合性について、大久保教授は、確かに、平成 15 年最判と本判決とは、最初の時効完成時に時効を援用したか、しなかったかという相違点はあるが、平成 15 年最判が再度の時効取得を認めなかったのは、信義則・エストップルを上げることができるかと解しつつ、しかし、平成 15 年最判の考え方によると、占有者は抵当権の負担のない所有権を取得しえないこととなり、本判決が「占有者がその後いかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難い」と判示している点と抵触するので、両判決は理論構成を異にするものと評価している⁽⁵⁹⁾。

しかし、本判決及び昭和 36 年最判の事案は、所謂「有効・未登記型の二重譲渡」において、対抗要件の不備によって劣後する占有者の事案であるから、元々、平成 15 年最判とは事案を異にする。平成 15 年最判は、時効援用及び登記経路による確定的所有者の占有継続という事案であり、かつ、この時効取得

(59) 大久保・前掲「本件判批」民商法雑誌 146 巻 6 号 574 — 575 頁。大久保教授は、最高裁の解釈は、平成 15 年最判、平成 23 年最判（平成 23 年 1 月 21 日判例時報 2105 号 9 頁）において第 5 準則を適用しないという迷走を重ねた後、第 5 準則を適用するという従来の判例法理に復帰したものと解している。

この平成 23 年最判とは、Xが大蔵省（現、財務省）の相続税徴収のための抵当権が設定されていた土地を公売処分によって取得し、その地上の建物所有者である借地権者Yに対し、建物取去・土地明渡しを求めたところ、対抗力のない借地権者Yが平穩・公然、善意・無過失の占有（用益）により土地賃借権の時効取得を主張したという事案において、対抗力のない土地賃借人は、賃借権の時効取得を買受人に対抗しえないと判示したものであり、大久保教授は、この両判決について、第 5 準則の適用を回避した判例として位置づけている。

後の確定的所有者である占有者は、抵当権存在の認識もあり、地役権引受義務を負う承役地取得者（第 289 条）と同じような立場にある者ともいえよう。したがって、ここに敢えて信義則や矛盾行動禁止法理を持ち込む必要はないものと思われる。平成 15 年最判の占有者は、抵当権の存在を認識していただけであり、容認していたわけではないからである。

次に、本判決の結論について、松尾教授は、本判決が第 5 準則を適用して、抵当権設定登記時からの再度の時効期間の進行と解した点について反意を示し、昭和 35 年最判と昭和 36 年最判の両判例法理を折衷的に適用して、当初の占有開始時を起算点とする取得時効を、抵当権設定登記時からの時効期間経過の占有継続によって、主張しうるものと解すべきであるという⁽⁶⁰⁾。しかし、そもそも、昭和 35 年判決は第 2 準則の判例であり、昭和 36 年最判は第 5 準則の判例として、両者は解釈を異にしており、これらは別の判例法理として位置づけるべきであるから、両者を折衷的に適用する解釈は妥当性を欠くものといえよう。

最後に、本判決の結論について、石田教授は、この結論は抵当権者にとってかなり厳しいものではあるが、民法典制定以来、抵当権実行前における抵当権の効力が解釈上かなり強化されてきたという歴史的経緯を踏まえると、「非占有担保としての性質を楯にとって、抵当権者が目的不動産の占有状況に無関心であり続けることは許されず、抵当権の保全に必要な管理措置を抵当権者に多少厳しく求めても致し方ない」と解して、本判決に賛意を示している⁽⁶¹⁾。この意見はもっともなことであり、そもそも、銀行など金融業界においては、債権管理・担保目的物管理（銀行が管理のために占有するという意味ではなく、「把握」という意味である。）は業務として当然の前提であり、土地の占有状況さえ把握せずに貸付け及び抵当権設定を約定するなどありえない話である。したがって、本判決は、本件における Y（独立行政法人たる振興開発基金）のような債権管理を怠っている金融業者にお灸を据えたものといえよう。

(60) 松尾弘「本件判解」法学セミナー 694 号（2012 年）130 頁。

(61) 石田剛「本件判解」法学教室別冊判例セレクト 2012 [I] 20 頁。

第5節 本判決の射程・私見・結語

平成24年最判は、昭和36年最判（第5準則）を適用して、再度の取得時効完成を認定したのであるが、本件の事案は、所謂「有効・未登記型の二重譲渡事案」であり、第一譲受人Xが、有効に売買によって所有権を取得し、未登記ではあるが、長年土地の占有を継続してきたという事実があり、第二の物権者Y（抵当権者）の登記によって、XがYに対抗しえない状況となっており（第177条）、この状況においてもなおXが取得時効を援用していないという点において、両判決は事案において共通点がある。ただ、XがYに対抗しえないという状況は両判決に共通しているが、昭和36年最判のYは土地所有権を取得しているのに対して、平成24年最判のYは抵当権の設定を受けた抵当権者であるという点において、両判決は事案を異にする。しかしながら、抵当権の設定も、これが実行された場合には、不動産の現実の処分と解されるので、所有権の取得と軌を一にするといってもよいという考え方が導かれうる⁽⁶²⁾。

もっとも、判例は、抵当権の効力をめぐる各種の事案において、抵当権の設定登記時を基準とするという考え方を示している⁽⁶³⁾、抵当権設定登記の

(62) 本判決における古田佑紀判事の補足意見及び河上正二「物権法講義 6」法学セミナー 646号（2008年）98頁（104頁参照）は、このように解している。これに対して、内田貴『民法I』（東大出版会、第4版、2008年）454頁は、抵当権の場合には、時効取得者の所有権と両立するので、昭和36年最判の第5準則は適用されえないとして、反対の立場を取っている。

(63) 抵当権と従物との関係に関する大連判大正8年3月15日民録25輯473頁、最判昭和44年3月28日民集23巻3号699頁、抵当建物に従たる借地権の対抗に関する最判昭和52年3月11日民集31巻2号171頁、抵当権の物上代位権の対抗に関する最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁、最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁、抵当権の侵害に関する大判昭和7年4月20日法律新聞3407号15頁（抵当山林の立木の伐採）、最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁（不法占有による価値低減）、最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁（占有による価値低減）など、一連の判例は、すべて、対抗要件である抵当権設定登記時を基準として、抵当権の実行時における対抗力を認定しており、抵当目的物が設定時に処分されたものとみなし、その時点に遡って抵当権の効力が及ぶという原則論を維持している。

時点において、将来の処分行為を前倒しで考慮するという姿勢において一貫している。それゆえ、判例は、抵当権の設定登記の時点において、既に不動産が処分されたものと解しているのである。この意味において、時効取得者 X と対抗関係に立つ時効完成後の第三取得者 Y が所有権取得者であっても、抵当権取得者であっても、両者と同じ立場のものと解するのである。

したがって、時効取得者が時効を援用する時期によっては、それ以前に所有権や抵当権を取得した第三者は、この第 5 準則の適用を受けるおそれがあるので、不動産の占有状況を常に確認する必要がある。これが再時効取得に関する判例法理の到達点である。

平成 24 年最判は、自己の所有物についても取得時効が完成するという判例法理の延長線上に位置し、時効取得者が時効完成後に設定された抵当権の存在について善意・無過失である場合には、抵当権設定前に完成した取得時効を援用していないときに限り、第三者の登記時から起算して再度の時効期間が進行を開始し、時効取得に必要な期間占有を継続していたときには、占有者はこの新たな取得時効の援用権を取得し、その時効取得の効果として⁽⁶⁴⁾ 抵当権は消滅するので、抵当権設定登記の抹消登記請求をなしうるものと判示した。これを時効準則の適用という観点で考えてみると、本件のような事案においては、もはや第 2 準則は適用されず、これに替わって第 5 準則が適用されるということになる。

また、本件においては、抵当権の消滅を認定したのであるが、これは自己の占有する不動産上に抵当権が設定されたという事実を知らないからこそその効果

(64) 本判決の法廷意見においては、時効取得の効果としか読み取れないのに対して、古田判事の補足意見においては、時効取得による原始取得の効果としては抵当権が消滅するとはいえないので、「民法第 397 条の規定から取得時効期間占有が継続されたこと自体によって抵当権が消滅すると解することが可能である」として、古田判事は、抵当権の消滅は第 397 条の効果と解すべきであると論じている。

であり、その事実を知っていたか、または過失によって知らなかったという状況においては、再取得時効の完成・援用時において、抵当権の抹消を請求することはできないということか、あるいは、そのような悪意・有過失のときには、再度の時効期間さえ進行しないものと解されるのである。ただ、本判決は、第162条2項の善意・無過失については、昭和43年最判の示した「自己の所有権の存在について善意・無過失であれば足り、抵当権の存在については悪意でもよい」という判例法理を維持しているようにも読める。更に、抵当権の存在について善意・無過失であったという事情を「抵当権の存在を容認していない」という理由づけに用いているに過ぎないことから、そのように読めるのである。しかしながら、昭和43年最判と異なり、抵当権の存在については悪意または善意・有過失の場合には、時効取得者は抵当権の負担を受けなければならないという判例法理を提示しており⁽⁶⁵⁾、この点において、昭和43年最判の判例法理を一部修正したものであるということができよう。これらの点が、取得時効と登記という問題点に関する平成24年最判の射程である。

次に、第397条の解釈については、法廷意見においては言及しておらず、古田判事の補足意見において論じられているのみである。第397条について言及するのであれば、必ずといってよいほど、承役地の時効取得と地役権の消滅に関する第289条と第290条が引用されるはずであるから、おそらく、法廷意見は本件における抵当権の消滅については、時効取得に伴う原始取得の効果として、抵当権が消滅するものと判示したということができる。これに対して、古田判事の補足意見においては、両法条を引用しつつ、時効取得の効果としての抵当権の消滅という法廷意見の考え方を批判している。

前述したように、所有権の取得時効の基礎たる占有は、その占有と対立矛盾する権利については、その占有に基づく所有権の原始取得の効果によって、すべて覆滅させるという構造を有するが、非占有の権利については、原始取得される所有権と両立しうるものであり、必ずしも原始取得と矛盾するものではない。

(65) この点は、前掲大判大正9年7月16日を踏襲し、従来の通説の見解に拠ったものということができる。

この古田判事の意見にも現れている第 397 条直接適用説は、近時の有力説であることから⁽⁶⁶⁾、いずれ近いうちに、第 5 準則適用事案による抵当権消滅の判例において、第 397 条それ自体による抵当権消滅という構成が現れるであろう。

平成 24 年最判は、有効・未登記型の二重譲渡事案において第 5 準則を適用したものであり、昭和 36 年判決の踏襲事案ではあるが、抵当権の消滅を肯定した判例法理として、今後も維持されるものと思われる。そして、やや類型は異なるが、通常の占有事案においても、第一の取得時効を援用しない限り、本判決の結論は維持されるものと思われる。ただ、重ねて結論を言わせていただくと、第 397 条を抵当不動産の第三取得者に適用する場合における抵当権の消滅については、抵当権の存在に関する悪意・有過失者は除外し、その者との関係においては、抵当権は消滅せずに存続する、つまり、この場合における第 397 条との関係においては、第 162 条 1 項の規定は適用されないものと解すべきである。

（平成 25 年 1 月 17 日脱稿）

《追 記》

本稿は、第 92 回最新判例研究会（平成 24 年 12 月 15 日、於：法政大学 80 年館 7 階大会議室）における筆者の報告に基づくものである。本稿は、研究会当日の原稿について、当日の出席者から寄せられた質問及び意見と、これに対する応答を踏まえて、若干の修正を施したものである。

研究会当日は、座長である宮本健蔵教授（法政大学）に司会の労を執っていただき、山田創一教授（専修大学）、松田佳久教授（創価大学）、大木満教授（明治学院大学）、西牧正義准教授（岩手大学）、小池邦吉弁護士、神尾明彦弁護士を始めとする出席者各位から貴重なご意見を頂戴した。ここに記して、感謝申し上げる次第である。

(66) 星野・前掲書（『民法Ⅱ』）293 頁、道垣内・前掲法学教室 302 号 52 — 53 頁、同・前掲書（『担保物権法』）229 — 230 頁、古積・前掲論文『財産法の新動向』117 頁及び 139 頁など参照。