

## 占有不動産につき時効完成後に抵当権が

### 設定された場合における占有者と抵当権者との関係

久須本 かおり

平成一五年一〇月三十一日最高裁第二小法廷判決

(平成二二年(受)第一五八九号抵当権設定登記抹消登記手続請求事件)

#### (事実)

訴外Aは本件土地をもとと所有していた。X(原告・被控訴人・被告上告人)は、昭和三七年二月一七日に本件土地の占有を開始し、昭和五七年二月一七日までの二〇年間占有を継続したが、その後も占有を継続していた。Aは、昭和五八年一二月一三日、訴外B株式会社との間で、本件土地について、債務者を有限会社C旅館、債権額を二一〇〇万円、利息月〇・七九%、損害金年一四%とする抵当権設定契約を締結し、同日、抵当権設定登記を経由した。Y(被告・控訴人・上告人)は、平成八年一〇月一日、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、平成九年三月二六日、本件抵当権の設定登記につき抵当権移転の付記登記がされた。その後、Xは昭和三七年二月一七日を起算点

として二〇年間本件土地の占有を継続したことにより、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上、平成一年六月二五日に本件土地につき昭和三七年二月一七日時効取得を原因とする所有権移転登記を経由した。Xは、本件抵当権の設定登記の日である昭和五八年二月一三日からさらに一〇年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、再度、取得時効を援用し、本件抵当権は消滅したと主張して、Yに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めて訴えを提起した。

第一審（鳥取地裁米子支部平成一二年三月二七日判決）、原審（広島高裁松江支部平成一二年九月八日判決）はともに、以下の理由でXの抹消登記手続の請求を認容した。

「不動産の取得時効が完成しても、その登記がなければその後にもとの所有者との間で抵当権設定契約を締結して抵当権設定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て抵当権設定登記の抹消を請求することができないが、第三者の右登記後に占有者がおお引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、その第三者に対し、時効取得をもって対抗できるといわなければならない（最高裁昭和三六年七月二〇日判決・民集一五卷七号一九〇三頁）。そして、時効取得は、原始取得であるから、時効取得者は、第三者に対し、抵当権設定登記の抹消を請求できるといふべきである（民法三九七条）。

ところで、右時効取得に要する期間は、原告が昭和三七年二月一七日から二〇年間占有を継続したことにより本件土地をすでに時効取得していることからすると、占有の当初は当然に善意・無過失であると認められるから、一〇年で足りるといふべきである。

そうすると、原告（X）は、昭和五八年二月一三日から一〇年間占有を継続したことにより、本件土地をさらに時効取得したといわなければならない。

なお、第三者の登記後の占有の継続をことさら権利保護要件として当初の時効取得に要した期間と同一の期間の占有

継続を要すると解さなければならぬ理由はないし、原告のさらなる時効取得により本件抵当権が消滅する以上、本件抵当権の譲受人の地位に立つに過ぎない被告に対して抹消登記請求を求めうることも明らかである。」

これに対し、Yは上告。

#### (判旨) 破棄自判

「被上告人(X)は、……(平成二年六月一五日)の時効の援用により、占有開始時の昭和三十七年二月一七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。被上告人は、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ていたのであるから、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、被上告人は、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上告人(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。」

### 一、問題の所在

民法三九七条は、債務者または抵当権設定者にあらざる者が「抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキ」は抵当権が消滅する旨規定しているが、同条の理解を巡っては、判例・学説ともに見解が分かれている。論争の中心は、抵当権自体が被担保債権と独立して消滅するかという問題と絡んで、同条にいう抵当権の消滅を、抵当不動産に関する所有権につき取得時効が成立したことの反射的效果として抵当権が消滅するものと理解するか、それとも抵当権に特別な消滅時効を規定したものと捉えるかにあるが、前者の見解が有力である。

他方で、抵当権の消滅を抵当不動産の取得時効の反射的效果と捉える見解に立った場合には、さらに、時効により不

動産所有権を取得した者がこれを第三者に対抗するために登記を必要とするかという問題、いわゆる「取得時効と登記」という民法解釈上の難問が関連してくる。この問題については、時効取得も登記すべき物権変動であることを前提として、時効完成時における登記名義人は時効取得の当事者であるから、時効完成前に登記名義人が交代しても、新名義人には登記なくして対抗できるが、時効完成後に名義人となった者との関係では一七七条の対抗関係に立つことになるので、登記がないと対抗できないとする一連の判決が存在する。その一方で、時効取得者が登記なきゆえに時効完成後に所有権取得登記を経由した第三者に一旦敗れても、第三者の登記後なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、第三者に対し登記なくして時効取得を主張することができるとする判例も存在する。これらの判例をどのように理解するかについては学説の顕著な対立がみられるところであるが、そこでの議論を抵当権と関連づけて論ずるものはこれまで見られなかった。それというのも、抵当権と時効との関係が争われたこれまでの判例は、いずれも時効完成前に抵当権が設定されていたケースであったため、上述の判例理論に基づき、時効完成前に現れた抵当権者は第三者にあたらないから、時効取得者は当然に登記なくして抵当権者に対し抵当権の消滅を主張できると解されていたようであって、時効完成後に抵当権が設定された場合に生じる時効取得者と抵当権者との対抗関係が意識的に論じられることはなかったのである。

ところが、本件は、Xの取得時効完成後、所有権移転登記に先立ってYの抵当権設定登記が行われているのみならず、Yの抵当権設定登記後さらに一〇年が経過しているケースであり、時効取得者Xと抵当権者Yとの対抗が問題となった初めての判例である。しかしながら、本件の特徴はそれだけではない。Xは、抵当権設定登記の日から一〇年間本件土地の占有を継続したことにより取得時効が完成したとして、これにより抵当権が消滅したと主張するが、Xは既に従前の所有者Aに対して取得時効を援用し、所有権移転登記を取得しているケースであるため、本請求は二度目の取得時効の援用にあたるという点である。

本判決は、二度目の援用であるという点を重視し、一旦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Xが、起算点を抵当権設定登記時にずらして再度取得時効を援用することはできないとして、抵当権の消滅を結論的に認めなかった。確かに、一旦時効を援用して確定的に所有権を取得した者が、抵当権者との関係において起算点の異なる取得時効を再度主張することを許すべきかは、それ自体検討を要する問題である。しかしながら、本件のような事案で、仮にXが従前の所有者に対する取得時効を援用しておらず、初めから抵当権設定登記時を起算点とする取得時効を援用していたら、抵当権の消滅は認められたであろうか。この点、第一審および原審は、取得時効と登記に関する右判例理論に則って、抵当権設定登記後に占有者がなお引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、抵当権者に対し時効取得による抵当権の消滅を主張できるとした。しかも、この「時効取得に要する期間」は、一度目の時効の援用によりXが本件土地を既に時効取得していることから、占有の当初は当然に善意無過失であると認定し、一〇年間で足りるとした点も注目される。果たして、時効取得者と抵当権者との優劣について第一審および原審の示した見解は妥当であるうか、「時効取得に要する期間」の理解の仕方も含め、検討する必要がある。

そこで、本稿は、不動産の占有者が、取得時効の完成後いまだ登記を経る前に当該不動産について抵当権の設定を受けた抵当権者に対して、抵当権の消滅を主張できるかという問題について、三九七条ならびに取得時効と登記に関する判例・学説の議論状況を踏まえつつ考察することを目的とし、次のように検討を進めることとする。まず、本判決においてX敗訴の決め手となった二度の時効援用の可否について、援用の法的性質を踏まえつつ検討する。次に、抵当権の消滅と三九七条との関係ならびに取得時効と登記に関する判例・学説の状況を概観し、そこでの議論を抵当権と時効の問題に当てはめて解決することの妥当性を検討する。その際には、抵当権消滅の要件とされている「時効取得に要する期間」の意味とその役割を、時効制度の存在理由に立ち戻って考える必要がある<sup>1)</sup>。

## 二、援用の意味

民法一四五条は、「時効ハ当事者カ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ為スコトヲ得ス」と規定し、単に期間の経過その他の要件を満たすだけでは、時効は完全には効力を生ぜず、援用を必要とする旨規定している。本件では、Xは、昭和三十七年二月一七日を起算点として二〇年間本件土地の占有を継続したことにより時効が完成したとして、従前の所有者Aに対して所有権の取得時効を援用した後、本件抵当権の設定登記の日である昭和五八年二月一日からさらに一〇年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして再度取得時効を援用し、抵当権の消滅を主張しているが、二度の時効の援用は果たして可能なであろうか。この点、本判決は、Xが第一次の時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得している以上、第二次の時効の援用を認めることは、時効の起算点を後にずらすことを認めることになるとして、これを否定している。ここでは、同じ「取得時効」の援用が二度なされていること、そして第一次の時効援用が効力を生じている状態で第二次の時効援用を認めると、時効の起算点に関して矛盾を生じることが問題視されているが、これを矛盾なきものとして説明する方法としては次の二つが考えられる。一つには、第一次で援用された時効は占有不動産の取得時効であるが、第二次で援用された時効は三九七条に基づく抵当権の消滅時効であるから、それぞれ時効の種類や目的が異なるため重ねて援用しても矛盾しないと解する方法、また一つには、第一次の時効の援用が撤回され改めて援用がなされたものと解することで、起算点に関する矛盾は生じないとする方法である。前者の方法は、三九七条の解釈に関わるものであるため、三で検討することとし、ここでは、後者の方法、すなわち、時効を一旦援用した後に、これを撤回して再度起算点の異なる時効の援用をすることが許されるかについて検討してみよう。この問題は、援用の法的性質をどのように解するかによって結論が違ってくる。

判例は、時効期間の経過により確定的に権利の得喪を生じるのであって、援用は訴訟における攻撃防御方法に過ぎないとする攻撃防御方法説を採っている<sup>11</sup>。また、援用を訴訟法上の手段と見る点で攻撃防御方法説と同じであるが、より訴訟法的性質に徹しようとする考え方として、時効をもっぱら訴訟法上の制度とみただで、期間の経過による権利の得喪という法定の証拠を裁判所に提出する行為を援用とみる法定証拠提出説も学説上有力に主張されている<sup>12</sup>。これらの説によれば、援用は攻撃防御方法についての訴訟法上の一般原則に服することになり、一旦提出した証拠の申出を任意に撤回しうるかという訴訟上の問題となるから、その撤回は自由に認められることとなる<sup>13</sup>。これに対して、時効は期間の経過によって効果が確定的に生ぜず、実体法上の時効利益享受の意思表示をまって初めて時効効果が確定するという実体法説が通説となっている<sup>14</sup>。この説によれば、援用は時効効果を確定させるものであって、撤回は許されないと解されることになる。

援用の法的性質をいかに考えるかという問題は、時効の本質論と密接に関連し、本稿では十分に検討する余裕がないが、この問題については、実体法説にたつて、援用により時効の効果が確定し、他人もその事実を主張しうるようになる以上、これを撤回し、かつこれと矛盾する内容の時効を改めて援用することは許されないと解するのが妥当であると考えられる。この考え方を前提とした場合、本判決の結論は正当なものと評価されることになるが、本件のような事案で、仮にXがまずもってAに対して取得時効の援用をすることなく、初めから抵当権設定登記時を起算点とする取得時効を援用した場合に、果たしてXの抵当権消滅の主張は認められるであろうか。以下ではこの問題について検討する。

### 三、抵当権消滅の根拠と三九七条の解釈

抵当権の消滅する場合としては、もっとも典型的にはその被担保債権の弁済により、附従性によって消滅する場合は

挙げられるが、時効制度との関係では、まずもって被担保債権の時効消滅（民法一六七条一項）に伴って、附従性により消滅する場合が考えられる。この点は異論なく認められるところであり、民法三九六条もこのことを前提とした規定となっている。また、判例上、時効の援用権者が拡張されたことに伴い、仮に債務者自身が被担保債権の消滅時効を援用しない場合でも、抵当権の消滅を主張したい物上保証人や抵当不動産の第三取得者は自ら被担保債権の時効消滅を援用できるようにするため、抵当権が時効によって消滅するほとんどのケースは、被担保債権の時効消滅に伴うものといえよう。但し、全くの無権限占有者には時効の援用権が認められないのはもちろんである。

では、被担保債権が消滅時効にかからない間に、抵当権のみが独立して消滅することはあり得るのであるか。民法一六七条二項は、「債権又ハ所有権ニ非サル財産権」が二〇年で消滅時効にかかることを規定しており、これによれば抵当権も二〇年間行使されなければ時効により消滅することになりそうである。他方で、時効と抵当権の消滅との関係を定めた規定として、民法は三九六条と三九七条を置いている。三九六条は、債務者及び抵当権設定者に関しては、被担保債権と同時になければ抵当権は消滅しない旨規定しているので、少なくとも債務者及び抵当権設定者との関係では抵当権が独立して消滅しないことは明らかであるが、この規定を反対解釈すれば、同条に列挙されていない者、具体的には抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者、あるいは無権限占有者については、被担保債権とは別に抵当権の消滅が認められると解することができる。では、ここでいう抵当権の消滅とは一六七条二項に基づく抵当権の時効消滅を意味するのであるか。この点、三九七条は、抵当権が消滅するのは、債務者または抵当権設定者にあらざる者が「抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキ」であるとしており、同条には消滅時効という言葉は出てこない。そこで、以上三つの規定の関係が問題となる。すなわち、債務者及び抵当権設定者以外の者との関係では、抵当権が被担保債権と独立して消滅することを認めてよいのか、また抵当権が独立して消滅するとすれば、それは抵当権自体の消滅時効によるものか、それとも抵当不動産の所有権に関する取得時効の反射的效果によるものか、さ



らには、それぞれの消滅の根拠を何条に求めるかである。

この点、判例は、債務者及び抵当権設定者に対する関係では、被担保債権が時効により消滅した時にのみ抵当権は消滅し、抵当権自体が独立して消滅時効にかかることはない<sup>71</sup>としながらも、それ以外の者に対する関係、すなわち抵当不動産の第三取得者及び後順位抵当権者との関係では、三九七条の適用はなく、抵当権は一六七条二項により二〇年の消滅時効にかかるとする。抵当不動産の第三取得者に三九七条が適用されないことを説示する先例として位置づけられ、かつその理由を明示する大判昭和十五年八月二日民集一九卷一六号一三三八頁は、Xが、Yのために抵当権が設定されていたA所有の不動産を譲り受け、譲渡後一〇年経過して、Yに対して、Yの抵当権は三九七条により消滅したと主張した事案につき、本条の取得時効に必要な条件を具備した占有とは、「所有者ニ非ザル」債務者もしくは抵当権設定者以外の者が、民法一六二条の規定により所有の意思をもって同条所定の要件のもとに抵当不動産の占有を遂げたため、取得時効が完成して当該不動産の所有権を取得した場合をいうのであって、抵当不動産を買い受けその「所有者」となった第三取得者に対しては、その買受け当時、抵当権の設定されている不動産であることを知っていたか否かを問わず、本条の規定を適用すべきではないとする。

このように判例は、抵当不動産の第三取得者に関して、三九七条の適用を否定し、消滅時効の原則に戻って一六七条二項により二〇年の消滅時効にかかるという見解に立つが、当時の学説の多数も判例を支持していたようであり、そこでは一六七条二項、三九六条及び三九七条の關係は次のように説明されていた。すなわち、抵当権も本質的には被担保債権とは別個の権利であり、一方の権利に対する時効の中断は他方の権利に対する時効の中断とはならないから、被担保債権について時効中断の手続がとられている場合には、被担保債権が消滅時効にかからない間に、抵当権のみが消滅時効により先に消滅することが考えられる。しかしながら、この理を貫徹すると、債務者及び抵当権設定者が自ら債務を弁済しないにもかかわらず、抵当権の消滅時効を主張することができることになり信義に反するので、三九六条は、

特に例外的にこれらの者との関係では、その被担保債権と同時になければ時効によって消滅しないことを定めたものである。<sup>10)</sup>そして、本条を反対解釈すれば、債務者及び抵当権設定者以外の者に対する関係では、抵当権が被担保債権に先立って消滅時効にかかることになるが、これと三九七条との関係はどう説明するか。時効取得は原始取得であるから、抵当不動産の所有権が時効取得された場合、その反射的效果としてこれまでの所有権は消滅し、そのもとで存続していた抵当権などの負担も消滅するのが原則であり、三九七条はその当然の効果の規定したものである。しかしながら、これらの効果を、本来債務を負担すべき債務者及び抵当権設定者にまで及ぼすのは不合理なので、これらの者を除外することを明示したことにまづばら本条の意義が存するのである。三九七条を取得時効の当然の効果を選定したものと理解すれば、抵当不動産につき既に所有権を有している第三取得者に関しては、もはや所有権の時効取得が考えられない以上、三九七条の適用の余地がないのは当然であって、抵当不動産の第三取得者について抵当権が被担保債権と独立して消滅するとすれば、それは一六七条二項が適用されるからである。

もっとも、一六七条二項によって取得されるべき権利の内容は、時効の基礎となる占有の態様によって定まることから、占有の態様において完全なる所有権と同様の支配と認められる限り、占有者は負担を伴わない完全な所有権を取得し、抵当権は当然に消滅するが、占有者が抵当権の存在を認容して占有を継続したものと認められる場合には、抵当権の消滅を主張することはできず、抵当権の付着したままの所有権を取得することになるとするのが判例及び通説である。<sup>11)</sup>どのような場合に抵当権を認容した占有となるのかについては、単に抵当権の存在を知っていたという主観的事情では足りず、担保権たる抵当権が、公示され、交換価値の上に座っていることによって、実際には十分に働いていると言える状態を、占有者が知りつつ放置してきたという客観的事実があることが必要であると解されている。<sup>12)</sup>なお、判例・多数説のように抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者が三九七条の適用対象から除外されるとすると、三九七条が適用されるのはいかなる場合かが問題となるが、この点、抵当不動産の全部又は一部について、外形上も取引行為がなく、

ただ事実上、現実の占有と真実の所有関係とが食い違っている場合に、前者によって完全な所有権が時効取得される結果、抵当権が消滅するという限られた場面で適用されると解されている。<sup>11)</sup>

以上のような判例・多数説に対して、抵当権が被担保債権から独立して時効消滅するのは、三九七条の適用ある場合に限り、抵当権の不行使だけで一六七条二項により消滅時効にかかることはないとする有力な反対説も存在した。<sup>12)</sup> これによれば、抵当不動産が債務者及び抵当権設定者の占有にとどまる場合には、三九六条が適用され、抵当権が被担保債権と独立に時効にかかって消滅することはないが、それ以外の者に占有が移った場合には三九七条が適用され、取得時効の効果としてではなく、「取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有」継続自体の効果として、抵当権が消滅時効にかかることされる。そして、占有者が「抵当権の存在」について善意無過失であるか否かによって、要求される占有期間は一〇年もしくは二〇年となるとされる。この説は、三九七条を、フランス民法二一八〇条の流れをくむ、抵当権に特別な消滅時効を定めた規定と解するものであり、その根拠を、一六七条が取得時効の客体として「他人の物」であることを要求している以上、所有権をもって占有をなす第三取得者には、おのずから同条は適用されない結果となるはずであること、また、地役権に関する二八九条が、二九〇条の明文から消滅時効の規定であることは明白であることから、これと同一辞法同一趣旨で設けられた三九七条もまた消滅時効の規定と理解できるといふことに求めるものである。<sup>13)</sup> この考え方に立てば、二で言及した二度の時効援用についても、第一次で援用された時効は所有権の取得時効であるが、第二次で援用された時効は抵当権の消滅時効であって、種類も目的も異なるから、双方は矛盾を生じないと説明することも可能となる。

ところが、その後、三九七条が抵当不動産の第三取得者にも適用ありとする見解が主流を占めるようになる。その契機となった最判昭和四三年一月二四日民集二三卷一三三六頁は、Bのために抵当権が設定されたA所有の不動産の贈与を受け占有を継続していたAの内縁の妻Xが、抵当権の実行後、一〇年の占有による所有権の時効取得を主張

して、競落人及びその転得者に対して所有権移転登記を求めた事案につき、Xの請求を認容したものである。この事案では、Xの取得時効完成時には既に抵当権が実行により消滅してしまっていたために、三九七条の適用が直接問題となつたわけではなく、むしろ、Xの一〇年の時効取得を認容した原審に対して、Xは抵当権の存在を知っていたことから、善意無過失による占有とはいえず、時効完成には二〇年の占有が必要であるが、この要件が満たされていない点が争われた。これについて判旨は、「民法一六二条二項にいう占有者の善意・無過失とは、自己に所有権があるものと信じ、かつ、そのように信じるにつき過失がないことをいい、占有の目的物権に対し抵当権が設定されていること、さらにはその設定登記も経由されていることを知り、または不注意により知らなかったような場合でも、ここにいう善意・無過失の占有というを妨げないものと解すべきである」とした。この判例によれば、第三取得者が自らに所有権があると過失なく信じていた時は、抵当権の存在につきたとえ悪意であっても、一六二条二項に基づき、一〇年の占有によって抵当権の負担なき所有権を取得できることになるが、これは抵当権の存在を認容した上で占有を継続した占有者に関して抵当権は消滅しないと上記判例理論と矛盾することになる。この点、抵当権の存在につき悪意の第三取得者には抵当権付不動産を時効取得させれば十分であつて、悪意・有過失の第三取得者が抵当権の負担を免れるには二〇年の占有が必要と解すべきであるとする批判がなされており、妥当であると思われる。

この判例を、抵当不動産の第三取得者に対して三九七条の適用を認めた判例と位置づけ、これにより前掲昭和十五年八月一二日判決の法理が否定されたものとする見方が有力である。確かに、<sup>15</sup> 抵当不動産について所有権を既に有している第三取得者につき結論的に取得時効を認めたとする点で、昭和十五年八月一二日判決が示したところの、第三取得者に三九七条が適用されない根拠は否定されたことにならう。これに対しては、他方で「民法一六二条所定の占有者には、権利なくして占有をした者のほか、所有権に基づいて占有した者をも包含する」とする判例が存在し、この判例と昭和十五年八月一二日判決との関係をどのように理解すべきかについては従来から見解が分かれていたところであり、昭和

四三年判決は自己物でも取得時効が認められるとする前者の立場に立つことを明らかにし、この問題に決着をつけたものと見ることができる。しかしながら、抵当権が既に実行されてしまっていたこの事案は、抵当不動産の第三取得者との関係で被担保債権と切り離された抵当権のみの消滅が争点となった訳ではなく、むしろ單純に一六二条による取得時効の成否が問題となったに過ぎない。仮に抵当権が実行される前にXが取得時効を完成した事案であったとすれば、三九七条が適用されていたかは必ずしも明らかではない以上、抵当不動産の第三取得者に三九七条の適用を明確に認めたと例と位置づけることは困難であるように思われる。

とはいえ、この判決を契機として、学説上も、抵当不動産の第三取得者に三九七条の適用を肯定する見解が有力となってきた。もっとも、そこで多数説を構成しているのは、三九七条を取得時効の当然の効果を定めたものであるとする従来のな理解を前提としつつ、自己物について取得時効を認める判例の立場を徹底して、抵当不動産の第三取得者に関しても、当該不動産につき取得時効に必要な条件を具備した占有をした時は、完全な所有権を取得することの反射的效果として、抵当権の消滅を認めるべきであるとする見解であって、三九七条を抵当権の特別な消滅時効を定めたものと解する見解ではない。しかしながら、本条を取得時効の反射的效果を定めたものと解するものとは、一六七条二項を根拠とする抵当権の消滅時効が二〇年間の長期占有を要件としているところを、第三取得者が善意無過失である場合には一〇年の短期占有による抵当権消滅を認めることになるということである。なお、三九七条を取得時効の反射的效果を定めたものと解し、これを抵当不動産の第三取得者に適用することを肯定する多数説にあっても、抵当不動産の第三取得者が当該不動産につき二〇年間の占有を継続した場合には、一六七条二項に基づく抵当権消滅の主張を排斥するものではないと思われる。

このように、三九七条の適用を肯定する見解が主流となる一方で、第三取得者に対して三九七条の適用をきわめて制

限ないし否定する見解も依然として存在する。すなわち、抵当権には登記による公示制度がある以上、売買による第三取得者まで債権者の犠牲において保護すべき理由はないのであるから、抵当権の消滅は、登記官吏の過失により抵当権の存在が公示されておらず、第三取得者がこれを知りえなかったといふごく例外的な場合にのみ認められるべきであるとする見解や、そもそも第三取得者は抵当権の負担を覚悟すべき立場にあり、物上保証人に準じて扱われるべきであるとして、たとえ第三取得者が善意・無過失の占有に基づき所有権を時効取得したとしても、抵当権の消滅を認めない見解もある<sup>21)</sup>。

本判決では、二度の時効援用を理由にXの請求が否定されてしまったため、抵当権の消滅と三九七条の適用の問題について言及すらされておらず、この問題に対する最高裁の立場は不明である。しかしながら、少なくとも、第一審及び原審の判断においては、占有者が抵当権設定登記後引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、抵当権者に対し、「時効取得」をもって対抗でき、時効取得の効果が原始取得であること（の反射的效果）から、時効取得者は抵当権者に対して抵当権設定登記の抹消を請求できるとして三九七条が参照されていることからすると、三九七条を取得時効の反射的效果として抵当権の消滅を認めた規定であると解する近時の多数説を前提としているものと思われる。

#### 四、取得時効と登記

以上の議論は、占有者の時効完成前に従前の所有者のもとで設定された抵当権の消滅に関わるものである。この場合には、いずれの見解に立っても、占有者は登記なくして抵当権の消滅を抵当権者に対抗できると考えられる。まず、一六七条二項を根拠とするにせよ、三九七条を根拠とするにせよ、抵当権の消滅を抵当権自体の消滅時効によるものと解する説によれば、権利の消滅は登記を要する物権変動に該当しない以上、登記の要否などはそもそも問題とならないこ

となる。これに対して、抵当権の消滅を取得時効の反射的效果によるものと解する近時の多数説に立っても、抵当権者は、所有者と同様に時効の当事者と解すべきであるから、一七七条の第三者には該當せず、時効による所有権の取得に伴う抵当権の消滅を登記なくして抵当権者に対抗できるとされる<sup>212</sup>。ところが、占有者の時効完成後、取得時効の登記がなされる前に、従前の所有者のもとで抵当権が設定された場合には、取得時効による所有権の原始取得と抵当権の設定とがある意味で利害対立を生じるため、その関係をいかに調整すべきかが問題となるが、これに関する判例は存在せず、学説上もほとんど議論されてこなかったことは既に述べたとおりである。

一方で、時効によって不動産所有権を取得した者が、これを第三者に対抗するために登記を必要とするかについては、判例・学説上、盛んに議論がなされてきたところであり、本件の第一審及び原審においても、それに関わる判例理論が引用されている。そこで、以下では、いわゆる「取得時効と登記」の問題に関する判例・学説の状況を概観し、ここでの議論を抵当権と時効の問題に持ち込むことの是非を検討する。

まず、取得時効と登記の問題について、判例の理論は以下の通りに確立しているといつてよい。

第一に、取得時効により不動産所有権を取得した場合には、その所有権取得につき登記を受けなければ、その後<sup>213</sup>に登場した第三者に対抗できない。時効完成後、その登記がなされないうちに第三者が所有権取得登記をした時は、二重譲渡がなされた後の買主が前の買主に先んじて登記を受けた場合と同様の関係になるから、登記のない時効取得者は第三者に対抗できない（大判大正一四年七月八日民集四卷四一三頁、最判昭和三年八月二八日民集三卷二二二頁一九三六頁、最判昭和四一年一月二二日民集二〇卷一九〇一頁、最判昭和五七年二月一八日判時一〇三六号六八頁）。

第二に、時効による取得は、時効完成当時の所有者に対しては登記なくして対抗することができる。時効完成時の所有者は当事者そのものであって一七七条の第三者とはいえないからである。したがって、Bによる不動産の取得時効完成前に従前の所有者Aから所有権を取得した第三者Cに対しては、Cが時効取得者Bにとっていわば当事者の地位に立

つものとして、Bは登記なくして所有権を対抗できる（大判大正一三年一〇月二九日新聞二三三二号二頁）。Cの所有権取得は、実体的にBの時効完成前であればよいので、Bの時効完成後にCへの所有権移転登記がなされたケースであっても、Bは登記なくしてCに対抗できるとされる（最判昭和四二年七月二一日民集二一巻六号一六五三頁）。

第三に、時効完成後の第三者と完成時点の当事者との区別を維持するために不可欠の原則として、時効の起算点はBの「時効の基礎たる事実の開始した時」に固定しなくてはならない（大判昭和一四年七月一九日民集一八巻八五六頁、最判昭和三五年七月二七日民集一四巻一〇号一八七一頁）。したがって、不動産の取得時効完成後、登記がなされないうちに、従前の所有者Aからその不動産を取得した第三者Cに対し、時効取得者Bが登記なくして対抗できるようにするために、Bの時効期間がCの譲受後に満了するよう起算点をずらすことは許されない。

第四に、時効取得者Bが、所有権取得登記がないために、その後所有権取得登記を経由した第三者Cに対抗関係で一旦敗れても、Cの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場合には、Cに対し、登記を経由しなくとも時効取得を主張することができる（最判昭和三六年七月二〇日民集一五巻一九〇三頁）。

こうした判例に対して、第二の原則と第一及び第四の原則とが均衡を欠く（第三者への譲渡が時効期間満了の前後いずれになされたかで結論が正反対になるのはおかしい）という点から学説により批判がなされているが、この不均衡をどう解決すべきかについては、説が分かれている。登記を重視する立場からは第二の原則に対する批判がなされ、時効完成前に第三者の所有権移転登記が經由された場合には、取得時効の進行は一旦意味を失い、そこから改めて取得時効に必要な期間だけ占有が継続された場合にのみ、取得時効の効力が生ずるという主張がなされているし、占有を重視する立場からは第一、第三の原則に対する批判がなされ、占有を基礎とする時効取得については登記による対抗はおよそ問題とならない、あるいは、第三の原則を排除して、現在から逆算して時効取得に十分な期間の占有を証明できれば、その期間の占有に基づく時効取得を認め、第二の原則を適用し、所有権移転登記を経由した第三者をいわば時効取得の



当事者として登記なくして対抗できるという主張がなされている。さらには、時効と登記をめぐっての紛争類型を析出し、それぞれの紛争類型にふさわしい解決を図るという類型的考察も新たに提唱されている<sup>20</sup>。これらの学説の紹介ならびに分析については既に多数の先行業績あるのでそれらに譲ることとし、ここでは本判決の第一審において引用された昭和三十六年七月三〇日判決（第四の原則を表明したもの）に焦点を当てて、その意義や妥当性を検討していこう。

まず、昭和三十六年判決の事案は次の通りである。X社は本件山林につき明治三十八年五月二十九日に占有を開始し、二〇年後の大正四年五月二十九日に取得時効が完成したが、その旨の登記をしないうち、大正一五年八月二十六日にY町が、前所有者から所有権を譲り受け登記を経由した。しかし、X社は、Y町の登記後も引き続き平穏公然善意無過失で右山林の占有を継続し一〇年以上経過したため、大正一五年八月二十六日を起算点とした取得時効の完成により所有権取得を主張し、その移転登記を求めた。第一審は、Xは明治三十八年五月二十九日以来右山林についての占有を継続してきたから、取得時効の起算点は同日とすべきであるとして、Xの請求を棄却した。これに対して、原審は、「時効取得者の占有は、占有を開始した時から終始一貫して継続しているわけで、その間所有者の変動によって時効が中断されるいわれはないが、しかし、旧所有者から所有権を取得した第三者が登記をしたときは、右登記によって時効が中断せられ、この登記の後時効取得者においてさらに一〇年または二〇年占有を継続した時は、そのときに改めて時効が完成し、この第三者に対し時効取得を対抗しうるものと解すべき」であるから、Y町が登記を経由した大正一五年八月二十六日から一〇年を経過した時点でX社につき改めて取得時効が完成し、このような場合、X社はY町に対し登記なくして対抗しうる」と判示してX社の請求を認容した。最高裁は、第三者の登記によって時効が中断されるものとする判示を失当としつつも、不動産の取得時効が完成しても、その登記がなければその後所有権取得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得ないが、第三者の右登記後に占有者がお引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、その第三者に対し、登記を経由しなくとも時効取得をもって対抗しうるものと解し、原審の結論を正

当とする。

この判決は、一旦二〇年の時効が完成した後、第三者の所有権取得登記理由から再度時効期間が進行し、二回目の取得時効の完成を結論的に肯定したものであるが、これは時効の起算点を時効の基礎たる事実の開始された時に固定すべきであるとする第三の原則を前提とする限り当然には出てこない結論である。なぜなら、たとえ、時効取得者が、第三者による所有権取得登記後あらためて取得時効に必要な期間不動産を占有したとしても、占有が当初から継続している限り、第三の原則によれば時効の起算点は常にその占有開始時に遡るはずであって、第三者の登記時を起点とする二回目の取得時効が重ねて完成するいわれがないことになるからである。そこで、この判決を第三の原則との関係でどのように位置づけるかが問題となる。

この点、この判決を、時効の起算点に関する第三の原則を修正し、第三者の登記時を新たな起算点と認め、第二の当事者原則を適用することで、長期占有者の保護を図ったものと位置づける見解もあるが、なぜ修正の必要があるのかについては十分な説明がなされていない。他方で、第三の原則において前提とされていた事案が、時効取得者と第三者が旧所有者からあたかも二重に不動産所有権を譲り受けたのと同様の状況が生じたため、その優劣を對抗問題を通じて解決しようとしたケースであって、昭和三六年判決の事案のごとく、一旦對抗問題による優劣決定の後に、再び物権変動の対立当事者としての局面が登場するに至ったケースを想定した趣旨ではないとして、第三の原則にさらに新しいものを付け加えたものであるとする見解もある。いずれにしても、第四の原則そのものを不当なものとして批判する見解は見られない。

問題は、第三者の登記の時点から占有者について新たに時効期間が進行する根拠をどのように説明するかである。原審は時効中断の理論を持ち出しているが、この事案では第三者の登記前の大正四年五月二十九日に既に時効が完成しており、それ以後進行中の時効は存在しないので、これが第三者の登記により中断されると考える余地はない。この点、原

審の根拠を失当とした最高裁判決は正当であるといえるが、最高裁判決では第三者の登記時から新たに時効が進行する根拠が判示されていない。これについては、学説上、次のような見解が示されている。占有者は第一次の時効が完成した大正四年五月二十九日において従前の所有者に対抗し得べき所有権を取得し、本件山林につき実質上の所有者となったわけであるが、民法が登記をもって対抗要件としたために、時効完成後に右山林を取得し登記を経由した第三者に対してその時効取得の効果を対抗し得ないことになった。ここでは登記なき時効取得者と第三者との対抗関係が問題となり、一七七条により決着がつけられたことになる。その反面、第三者が所有権移転登記を経て完全な所有権者となった以上、両者の関係は占有者と所有者との関係に置き換えられ、登記なくして第三者に対抗できないという意味において不利益を受ける時効取得者は、この時点から他人の物の占有者としての保護を受けるようになる。そして、第三者は、登記を取得してからは時効による物権変動の当事者たる立場に立つのであるから、右登記後にさらに一定の期間占有を継続した占有者は登記なくして時効取得を第三者に対抗できると解されるのである。なお、第三者の登記の時点から占有者により他人の物についての占有が新たに始まったものと解することはできない点に注意が必要である。なぜなら、第三者の登記により、占有者は登記なき物権変動を対抗し得なくなる結果、占有者は遡って当初から所有者でなかったこととなり、同時に当初から他人の物を占有していたことになる関係上、第三者の登記によって他人の物の占有が始まったと見ることはできないからである。

以上の根拠に基づき第三者の登記時から新たに時効期間が進行すると解した場合、次に問題となるのは、そこで要求される期間は一〇年か二〇年かである。この選択は、結局のところ、取得時効制度が何を目的として存在していると考えるかという問題と密接に関係する。取得時効制度の存在理由について学説は多種多様であるが、大きく分ければ、取得時効制度と消滅時効制度の存在理由を統一的に説明する説と、両者を区別して考える説とがある。前者の中にはさらに、①永続した事実状態を保護することにより社会の法律関係の安定を図る、②永続した事実状態は通常、真実の法律

関係に合致していることが多いことを前提に、古い事実についての立証の困難を救済する、③承続した事実状態がたまたま真実の法律関係に反していても、権利の上に眠るものは保護する必要がない、というように時効制度の意味を多元的に捉えるもの(a)と、②の理由のみを挙げるもの(b)がある。これに対して、後者の中には、取得時効も採証上の法定証拠の成立を認める制度であるという意味で法的構成は消滅時効と同じであるが、その機能ないし目的を所有権取引の安全の保護に求める点で消滅時効とは異なるとする見解(c)、消滅時効の存在理由を①と②に求めるが、取得時効においては①に重点が置かれているとし、①の理由を善意者のための取引安定の目的を前面に出すことより明確化しようとする見解(d)、さらに、長期取得時効と短期取得時効とを区別し、後者を動産の即時取得に対応する不動産取引の安全に資するための制度と捉える一方で、前者を有効な債権関係に基づいて引渡を受けたことを要しない点で前者と根本的に異なるものと捉える見解(e)がある。

占有に要する期間について、昭和三六年判決では、X神社の占有が平穩公然善意無過失によるものと認定し、Y町の登記後一〇年間の占有継続により取得時効の成立を認めている。これに対しては、善意一〇年の取得時効は取引の当事者間のみ成立し、対第三者との関係では、第三者が登記を取得し確定的に所有者となってしまうてからは、その第三者との間に時効が進行することはないと考えて、登記の優先を徹底させるべきであるが、二〇年の占有継続がある場合に限りて時効取得を認めるべきであるとする評釈がある。<sup>①</sup>

評釈に見られるこうした考え方は、先に触れた取得時効と登記に関する学説のうち、類型的考察の中でも主張されている。この見解では、時効と登記をめぐる紛争類型のうち、次の二つが特に重要視されている。すなわち、①A B間で有効な不動産所有権の譲渡があり、これに基づきBが占有を開始したが、未登記である間に、Aないしその相続人からCへ当該不動産が二重に譲渡され登記も経由されてしまったため、Bが時効による取得を主張するという場合と、②Aがその所有地をCに譲渡してその旨の登記を経由した後、Cがその隣地所有者Bに対し、BがAの所有地に越境してい

るとしてその部分の明け渡しを求めたため、Bがその越境部分についての時効取得を主張する場合である。そして、①の場合には、B Cの関係は典型的な二重譲渡の対抗関係であり、登記を経由した第二譲受人Cに対し登記を懈怠した第一譲受人Bは対抗できず、これにより両者の関係は一旦Cの勝利で確定したわけであるが、Bの占有継続によりBが取得時効で逆転勝利することは一七七条の趣旨を没却するもので妥当ではないとして、Bの登記時点からさらに時効取得に必要な期間の占有がある場合にのみ時効取得を考慮すべきであるとするが、その際に要求される占有の期間については、考え方が分かれる。一つには、第一譲受人の弱点が登記をしていないことだけであることに鑑み、一〇年の時効取得を認めてもよく、第二譲受人の登記について善意無過失か否かに応じ一〇年または二〇年と考える説がある。また一つには、一〇年の取得時効を、動産における民法一九二条の即時取得制度と並ぶ不動産取引安全のための制度と解し、前主の無権利の場合及び前主との取引行為に瑕疵がある場合に適用されるものと考えられる説がある。これによれば、第一譲受人が有効な取引行為に基づき、しかも前主の権限にも瑕疵がなく、占有を続けており、ただ登記だけが前主に残っていた場合については、端的に二重譲渡の問題と考えるべきであって、登記の懈怠を時効で救済すべきではないことから、短期時効は適用の余地がないことになる。ただし、占有開始から二〇年を経過した場合には、第一譲受人の保護、突き詰めれば占有の尊重という観点から、長期時効を転用し、登記がなくても取得時効を認めるべきであるとする。なお、この説は、実体的権利がそのまま占有しているが、登記を経由していない場合には、前者に準じて短期時効を認めるとよいとする。一方、②の場合には、境界を越えている当事者Bには、一般にその点についての認識がなく、従って時効完成を知らず、完成による所有権取得の結果を登記することを期待できず、登記懈怠を責めることができないから、完成後の第三者Cに対する関係でもBには登記なくして時効取得を認めるべきであるとする。

ちなみに、昭和三六年判決の事案では、初めに完成した二〇年の取得時効についての援用がなされないまま、第二次の取得時効が再び完成しており、時効の援用は第二次の取得時効についてのみ行われたものであって、本判決のように

二度の時効の援用が行われたケースではない点に注意が必要である。

## 五、時効と抵当権の消滅——結語

以上の議論を踏まえ、以下では、本判決の妥当性を検討するとともに、不動産の長期占有者が、取得時効完成後いまだ登記を経る前に、当該不動産につき抵当権の設定を受けた抵当権者に対して抵当権の消滅を主張することができるかという問題について、一定の私見を示すこととする。もっとも、本来であれば、この問題を検討する前提として、被担保債権とは切り離された抵当権の消滅をいかなる性質のものとして理解するかについて、私見を明らかにする必要がある。抵当権の消滅を、抵当不動産の所有権に関する取得時効の反射的效果と捉えるか、抵当権自体の消滅時効と捉えるかによって、以下で検討すべき事項も当然異なってくるからである。ちなみに、本件では一〇年の占有による抵当権の消滅が主張されている関係上、一六七条二項による抵当権の消滅は問題となり得ないので、問題は三九七条による抵当権の消滅をどう理解するかという点に絞られることになる。確かに、本件は二度の時効援用が行われた特殊な事案であり、二度の援用の有効性を判断するにあたって、抵当権消滅の法的性質に関する議論は密接に関係する。しかしながら、事案の特殊性を度外視した場合には、三九七条がいかなる者について適用されるかという点が問題とはなっても、同条に定める抵当権消滅の法的性質をどちらに解するかで結論に大きな差が生じないことは上述の通りである。したがって、以下では、抵当権消滅の法的性質について私見を示すことを留保しつつ、三九七条に関する二つの見解を前提とした場合に、時効と抵当権の消滅の問題はいかに解されることになるかをそれぞれ分けて検討したい。

抵当権の消滅を、取得時効の反射的效果と捉える見解に立った場合には、まずもって、取得時効による不動産所有権の取得を第三者に対抗するためには登記を必要とするかという問題について、自らの立場を明らかにしなければならな

い。この問題は時効制度の存在理由にまで遡る大問題であることから、本稿では必要最小限で言及するにとどめたが、私自身は類型的考察に非常に魅力を感じている。これによれば、登記を得ていないという瑕疵のある占有者が、長期間の占有によってこの瑕疵が治癒されることを認めるべきか否かという観点から、どのような理由により登記の欠缺が生じたのか、登記のないことについて帰責事由はどの程度に存在するか、登記名義人の登記に対する第三者の信頼の合理性があるかを斟酌して、類型ごとに登記の要否が決定されることになる。本件におけるXがいかなる理由で占有を開始したのか、事案から判然としないが、従前の所有者Aに対して二〇年の取得時効を主張していることから悪意の占有者であることは明らかである。このような場合には、占有者に対し二〇年経過後速やかに時効を援用し登記を経ることを要求しても必ずしも困難を強いることにはならず、その意味で時効取得者Xには登記の懈怠を咎められるべき事由があるといえよう。一方で、抵当権者側の事情、すなわち、登記簿上の所有者から抵当権の設定を受ける者に対して、目的物の占有状態についてあらかじめ調査をすること、あるいは抵当権設定後調査し、時効の進行を中断することを要求すべきかも考慮しなければならない。この点、抵当権者は担保不動産の価値権のみを支配し、その利用関係には本来関心がなく、たとえ占有者が存在しても通常は抵当権の実行に支障を来すものではない上に、不動産の登記名義が抵当権設定者となっている以上、その不動産を占有している者がいて、しかも時効取得に必要な期間の占有をしているかどうかなど分からないことが多く、かつそのような事態は例外中の例外であって、それに備えて抵当権者に困難な調査を強いるのは疑問である。また、抵当権については地役権に関する民法二九〇条のような規定が存在しない上、抵当権者が占有者の時効を中断する方法としては、抵当権を実行するか、占有者に対して抵当権確認の訴えを提起することが考えられるが、前者の方法は被担保債権の弁済期が到来しない限り行使できないし、また後者の方法は、占有者の取得時効が完成しているか否か客観的に判別できず、従って訴えを提起してまで時効の進行を中断させる必要があるか分からない中で、これを行うことを要求することは抵当権者に酷であろう。以上の理由から、本件の占有者Xに関しては、登記な

き限り抵当権者に対して取得時効を対抗できないと考えるべきである。

もっとも、取得時効と抵当権の問題においては、一つの不動産について両立し得ない二つの所有権が成立しその優劣が問題となっていないわけではない。登記のない時効取得者は、抵当権者に対し抵当権の消滅を主張できないだけであって、従前の所有者に対して取得時効を援用すれば、時効取得者は少なくとも抵当権で制限された所有権を取得することができる。その意味で、登記がないために抵当権者に対抗できない時効取得者は、あたかも抵当不動産の第三取得者と同じような地位に立たされることになるが、負担を認識した上で抵当不動産を取得する第三取得者と違い、時効取得者は取得時効を援用し登記を経るまで占有不動産について時効完成後に抵当権が設定されている事実を知らないのが一般的である。

ちなみに、占有者の取得時効の完成前に抵当権者が従前の所有者から抵当権の設定を受けた場合には、抵当権者は時効完成時の当事者であって第三者とはならないから、占有者は登記なくして取得時効を抵当権者に対抗することができるのは当然である。この場合、占有者は、従前の所有者に対し一六二条による取得時効を援用しさえすれば、占有不動産の所有権を原始取得することになり、その反射的效果として抵当権も消滅することになるため、あえて抵当権の消滅のみを主張することはほとんど考えられない。無権限占有者につき三九七条の適用が問題となった判例が存在しないのはこうした理由による。

このように、占有者の取得時効完成後未登記の間に抵当権設定登記がなされた場合には、登記のない占有者は抵当権の存在を否定できないため、時効取得者と抵当権者との関係は、占有者が抵当権付不動産を時効取得するにとどまるといふ形で決着することになるわけであるが、問題は、その後も引き続き占有者が当該不動産を一定期間占有し続けた場合に、抵当権者に対し抵当権の消滅を主張できるかである。抵当権と時効の問題についても取得時効と登記の問題の一環として考えるというこれまでの議論を前提とすれば、この場合にも、取得時効と登記に関する第四の原則をそのまま



援用し、時効取得者が、所有権取得登記がないために、その後に抵当権設定登記を経由した抵当権者に対して抵当権の負担を否定できなくても、その抵当権設定登記後におおき続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、抵当権者に対し、登記を経由しなくても抵当不動産の時効取得に伴う抵当権の消滅を主張することができることとなる。ここでは、抵当権の消滅は抵当不動産の所有権に関する取得時効の反射的效果により生ずる事が前提となっているので、本件のXのように、一旦従前の所有者に対し所有権の取得時効を援用した後で、再度抵当権設定時を起算点とする取得時効を援用し抵当権消滅を主張することは、同じ取得時効の起算点に関して矛盾する主張をすることになるため、これを許さないとする本判決の判断は正当であるといえよう。

では、占有者が従前の所有者に対する二〇年の取得時効を援用せず、初めから抵当権設定登記時を起算点とする取得時効による抵当権の消滅を主張した場合、時効の成立に必要な「時効取得に要する期間」の占有とは一〇年か、それとも二〇年か。これについては、善意悪意を問わず、二〇年の占有継続が必要であると考えられる。一〇年の取得時効は不動産取引の安全のための規定であって、譲渡行為が占有の原因となっていない場合には、一〇年の時効取得は認めべきではないからである。本件ではXの占有開始が譲渡行為に基づくものであることは主張されていないため、一〇年の占有では不十分である。また、時効取得者は登記なき故に抵当権者に対抗できないという結果に一度は帰着したにもかかわらず、これを取得時効を理由に覆すわけであるから、それに見合うだけ長期の占有、すなわち二〇年間の占有を要求すべきであろう。確かに、抵当権の消滅を抵当不動産の取得時効の反射的效果と説明する以上、従前の所有者に対する取得時効の援用と抵当権者に対する抵当権消滅の主張とを完全に切り離すことができないが、抵当権の消滅に関する限りその利害関係人はあくまで抵当権者であるのだから、消滅の要件は抵当権者との関係で考えるべきであって、従前の所有者に対する取得時効の援用による関係に引きずられるべきではない。この点、第一審及び原審は、第一次の時効援用によりXは不動産を原始取得することになるので、抵当権設定時には「他人の物」であることにつき善意無過失の占

有になるという理屈で、一〇年の占有で足りるとしているが、起算点の異なる二重の取得時効の援用が認められないことは上述の通りであり、第一次の援用による原始取得を前提として第二次の時効完成に要する期間を考える第一審及び原審の考え方には問題がある。

以上の見解とは異なり、抵当権の消滅を抵当権自体の消滅時効によるものと捉える見解に立った場合には、本判決はどのように説明されることになるか。この見解に立てば、二度の時効の援用は、それぞれ異なる種類ないし目的をもって時効の援用として理解され、お互いに矛盾する存在とはならないから、それぞれの時効が有効に効力を生ずることになる。そうすると、Xによる第一次の時効の援用により、従前の所有者Aとの関係で取得時効が有効に成立することになるが、Xは、時効完成後に現れた抵当権者Yに対して登記なくして対抗できない関係上、結果として抵当権付不動産の所有権を取得するに留まることとなり、いわば抵当不動産の第三取得者と同じ立場に立つことになる。そのような立場にあるXが二度目の時効の援用、すなわち三九七条に基づく抵当権の消滅を主張すると、ここで抵当不動産の第三取得者に三九七条が適用されるかという問題がでてくるが、三九七条を抵当権に特別の消滅時効を定めた規定だと解する説は、同条を第三取得者に適用することを肯定するので、抵当権設定登記時からXがさらに取得時効に必要な条件を具備する占有をした場合には、三九七条により抵当権が時効消滅すると説明されることになる。問題は「取得時効二必要ナル条件ヲ具備スル占有」をいかに解すべきかである。この説によれば、占有者が抵当権の存在につき善意無過失である場合には、一〇年の占有継続により抵当権は消滅することになる。先に述べたように、時効取得者は取得時効を援用し登記を経るまで占有不動産について時効完成後に抵当権が設定されている事実を知らないのが一般的であり、本件のXも第一次の時効援用の結果として所有権取得登記を経るまで抵当権の存在を知らなかったようである。そうすると、時効取得者は抵当権設定時には抵当権の存在につき善意無過失であることが多いことになるから、本件のようなケースでは大抵の場合、一〇年の占有継続による抵当権の消滅が認められることになるが、この結論は果たして妥当といえる

であろうか。この点、Xは抵当不動産の第三取得者と同じ立場に立つわけであるから、第三取得者と同じ条件で抵当権の消滅が認められるべきであって、一〇年の占有継続による抵当権の消滅を認めてよいと解することも可能であり、これによれば第一審及び原審の判断は妥当なものと評価されることになる。しかしながら、Xは取引行為により不動産所有権を取得したわけではないという意味で、純粹な第三取得者とは異なる以上、Xが抵当不動産の第三取得者と実質的に同様の負担を有しているとはいえず、抵当権の消滅に要する要件は同じである必然性はないと考へる。もともと無権限占有者であったXが、登記を持たないためにいったんは抵当権の負担を甘受せざるを得なくなったのに、一〇年の短期占有で抵当権の消滅を主張できるようにするというのは、抵当権者に酷であり、不動産取引の安全を図るといふ短期時効制度の趣旨にも反する結果とならう。そこで、Xのような無権限占有者が抵当権者に対して抵当権の消滅を主張できるためには、抵当権の存在につき善意悪意にかかわらず、二〇年の占有期間を必要とすると解するべきではないか。

このように解すれば、抵当権の消滅を一六七条二項に基づくものと解しても、はたまた三九七条に基づき取得時効の反射的效果として生ずるものと解しても、抵当権の消滅に要する占有期間はすべて二〇年に統一されることになる。

本判決は、所有権の取得時効と抵当権の關係という、最高裁判例の乏しい分野に関する新たな判例として、事例的意義を有するに留まらず、取得時効と登記の問題や、抵当権の消滅をめぐる三九七条の解釈論にも関連する様々な論点を孕むものとして非常に重要である。本判決の提示した問題については、今後も学説・判例の動向を見守る必要がある。

註(1) 本判決に関する評釈として、秦光昭・金法一七〇四号(二〇〇四)四頁、川井健・NBし七八四号(二〇〇四)七七頁、

原田剛・法セミ五九四号(二〇〇四)一一五頁がある。

(2) 大判明治三八年一月二五号民事録一輯一五八一頁、大判大正八年七月四日民事録二五輯一二一五頁等。

(3) 山中康雄「時効制度の本質」ジュリハ号(一九五二)二頁以下、舟橋諄一「民法総則」(一九五六)一七六頁、川島武宜

「民法総則」(一九六五)四五一頁。

(4) 石田文次郎「現行民法総論」(一九三〇)四九三頁、舟橋・前掲註(3)・一七七頁。

(5) 我妻栄「新訂民法総則」(一九六五)四五二頁、勝本正晃「新民法総則」(一九四八)三二八頁など。これに反対するものとして於保不二雄「時効の援用及び時効利益の放棄」法曹五巻七号(一九五三)三三二頁、三三四頁。この点、大判昭和一年二月二四日民集一四号(一九六〇)九六頁の「一旦其ノ援用アリタル時ハ茲ニ時効ニヨル權利ノ取得ハ確定不動ノモノトナリ」との判示を、この判決理論を突き詰めれば援用の撤回を認めないということになるとする理解を示すものとして、遠藤浩「時効の援用・利益の放棄」総判民(8)(一九五八)一二七頁。

(6) 物上保証人については最判昭和四二年一月二七日民集二一巻八号二二一〇頁で、抵当不動産の第三取得者については最判昭和四八年二月二四日民集二七巻一〇号一五八六頁、物上保証人の一般債権者・後順位抵当権者については最判昭和四年九月二六日民集三三巻九号二〇〇二頁において、被担保債権の消滅時効の援用が認められるにいたっている。

(7) 最判平成七年三月一〇日判時一五二五号五九頁。

(8) 大判昭和十五年一月二六日民集一九巻二二号二一〇〇頁。後順位抵当権者については傍論で言及されている。

(9) 我妻栄「新訂担保物権法」(一九六八)四三三頁等。

(10) 柚木馨、高木多喜雄「担保物権法(第三版)」(一九八二)四二〇頁。

(11) 新版注釈民法(9)(一九九八)六五八頁。

(12) 本文引用の大判大正九年七月一六日、大判昭和十三年二月二二日判決全集五輯六号八頁、東京高判昭和四七年三月二二日判タ二七八号三〇五頁。我妻栄ほか「判例コンメンタール担保物権法」(一九六八)五一六頁。

(13) 横山長・最高裁昭和四三年二月二四日判例解説・法曹時報二二巻七号(一九六九)一四〇頁。これに対しては、抵当権が価値権であるが故に、これを排斥する占有は考えられない以上、抵当権の存在を知りつつ放置していたという客観的事情を見いだすことは困難であるとして、占有態様に関係なく、かつ抵当権の存在の知・不知も問題にならず、取得時効の要件を満たす二〇年間の占有の継続によって、抵当権は常に消滅すると解するべきであるとする主張がなされている(遠藤浩「取得時効における占有の態様」私法学の新たな展開(一九七五)一八一頁)。

(14) 我妻・前掲註(9)・四三三頁。

(15) 米栖三郎・判民昭和一五年度七六事件、同年一一七事件（一九四二）。また、抵当権の存在を認容して占有すれば、承継取得として当然に抵当権付きの土地所有権を取得するはずであるとする理解から出発し、抵当不動産の占有者が抵当権の負担のない所有権を時効取得する関係は、占有者が抵当権の負担のある土地を時効取得するとともに抵当権をも時効取得するものと解することができるが、抵当権は価値権であって占有を伴わないため、これを時効取得すると解することは理論的になじまないことから、占有者は抵当権の負担ある所有権を時効取得するとともに、抵当権者の抵当権が時効消滅するという関係として理解すべきだとする説として、安達三季生・注釈民法⑤（一九六七）二三五頁以下。

(16) 鈴木於用「民法397条論」民商二五卷三三号（一九四二）六〇頁以下。これに対して、判例上、自己物についても時効取得が認められるに至っていること（大判大正九年七月一日）、消滅時効は権利の不行使により開始されるものであるが、民法三九七条は文意からして抵当権の不行使が権利消滅事由とはなっていないこと、三九七条が消滅時効を定めたものであるのなら、なぜ「時効二因リテ消滅ス」と規定しなかったのか説明できないこと、さらに、二八七条及び二九〇条は用益物権に関する規定であるのに対し、三九七条は債権に附随する担保物権に関する規定であり、法文の趣旨も全く異質であるから、同一辞法を用いていることのみを理由に三九七条を消滅時効の規定と解することは論拠に乏しい、等の批判がなされている（高頭宏信「民法397条論に関する一考察」中央学院大商経論叢一卷一号（一九八六）七八頁）。

(17) 道垣内弘人「担保物権法」（一九九〇）一八六頁。  
(18) 横山長・最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度下（一九六九）一三八四頁、篠塚昭三「判例コンメンタール」（一九九二）一四二頁。

(19) 柚木馨「担保物権法」（一九五八）三五五頁など。

(20) 高頭・前掲註（16）・七七頁。

(21) 川井健「担保物権法」（一九七五）一四〇頁。

(22) 大判大正九年七月一日民録二六号一一〇八頁。

(23) 学説の整理については、於保不二雄「時効と登記」法学論叢七三卷五・六号（一九六四）一六〇頁、一六六頁および安達三季生「取得時効と登記」法学志林六五卷三三号（一九六八）二〇頁以下参照。

(24) 山田卓生「取得時効と登記」民法学の現代的課題（一九七二）一〇三頁以下、星野英二「時効に関する覚書——その存

占有不動産につき時効完成後に抵当権が設定された場合における占有者と抵当権者との関係

在理由を中心として——」民法論集4(一九七八)一六九頁以下参照。

(25) 林良平ほか「注解判例民法物権法」(一九九九)五二頁。

(26) 柚木馨「判例物権法総論」(一九九五)一二七頁は、「疑いあるまい」とし、我妻・前掲註(9)・一一六頁は、登記簿上同一人の名義となつている間に時効が完成した時に、時効取得者は、登記名義人に対し、物権変動を主張しうるのと同じに見るべきであることを理由とし、舟橋淳一「物権法」(一九五〇)一七〇頁は、第三者の取得登記により、第三者の権利が一応確立されるからと説明する。

(27) 石田堯雄・昭和三六年度最高裁判例解説民事篇(一九六二)二八四頁。

(28) 第三者の登記が時効の中断に類似する結果を持つとする見解として、我妻榮『有泉亮「新訂物権法」(一九八三)一一八頁、末川博・最判昭和三六年七月二〇日判例解説・民商四六卷二号(一九六二)三二九頁。

(29) 石田・前掲註(27)・二八四頁。

(30) (a) 説に立つものとして、梅謙次郎「民法要義卷之一総則編」(一八九六)三六九頁、柚木馨「判例民法総論下」(一九五二)三三七頁、我妻・前掲註(9)・四三二頁、於保不二雄「民法総則講義」(一九五二)二八六頁など、(b) 説に立つものとして、吾妻光俊「私法における時効制度の意義」法協四八卷(一九三〇)・二号、山中・前掲註(3)、(c) 説に立つものとして、川島武宜「民法総則」(一九六五)五四五頁、(d) 説に立つものとして舟橋淳一「民法総則」(一九五四)一六八頁、(e) 説に立つものとして米栖三郎「民法講義案物権篇」がある。(d) 説は、「権利の上に眠る形式的権利者よりも、権利の客体について厚い実質的利害関係を持つものを保護しようとする。すなわち、権利者が長年権利の行使を怠る時は、その者が権利の客体について有する実質的利害関係はきわめて薄弱となるのに対し、表面的権利者たる占有者は、右の客体の上に強い実質的利害関係を築き上げることになるから、両者を相関的に比較してみると、むしろ後者を保護するのが妥当だとされるのである。従つて、後者が自己のものとして信じている場合には、さらに厚い保護が与えられることになる」と説明し、具体的な概念をもつて、法条との関係が明らかにされている点で、(a) 説で挙げられた①の根拠をさらに一歩進めたものである。

(31) 村上淳一・最高裁判所判例研究・法協八〇卷三号(一九六四)四二六頁、四二七頁。もっとも、評釈者は、援用時点から遡つて二〇年の占有継続があれば取得時効の完成を認める立場に立つ。

- (32) 星野・前掲註(24)・三三六頁以下。  
(33) 山田・前掲註(24)・一三三頁以下。  
(34) 星野・前掲註(24)・三三六頁。

占有不動産につき時効完成後に抵当権が設定された場合における占有者と抵当権者との関係