

論文

テーマ

不動産の取得時効完成後に生じる問題について

執筆者 : ai

目次

序章	1
第1項 取得時効と登記に関する判例準則の適用について	1
第2項 抵当権設定登記後に再度の時効が完成した場合の再度の時効援用の可否について	1
第3項 民法397条の意義と適用範囲について	1
第1章 「取得時効」制度と「取得時効と登記」の概説	2
第1節 取得時効について	2
第1項 取得時効とは	2
第2項 所有権の取得時効の時効期間と「時効の中断」について	2
第3項 時効の援用	3
第2節 「取得時効と登記」の判例準則について	3
第1項 取得時効と登記	3
第2項 「時効完成前の第三者」と「時効完成後の第三者」との関係	3
第3項 「起算点の固定」と「時効完成後の第三者との関係における新たな取得時効の完成」	5
第4項 判例準則についてのまとめ	5
第2章 判例分析	7
第1節 最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決	7
第1項 最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決の事案	7
第2項 最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決の判旨	8
第3項 最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決の意義	9
第2節 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決	10
第1項 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決の事案	10
第2項 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決の判旨	12
第3項 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決の意義	12
第3節 平成24年判決と平成15年判決の相違点	13
第1項 「平成24年判決」と「平成15年判決」の違いについて	13
第3章 民法397条についての学説	14
第1節 民法397条の意義と適用範囲について	14
第1項 民法397条の意義についての2つの問題点	14
第2項 第一の問題について	14
第3項 第二の問題について	15
第2節 取得時効と民法397条について	15
第1項 古田裁判官の補足意見（平成24年判決）	15
第2項 ローマ法上の時効の起源	16

第3項 民法397条の適用について.....	16
第4章 結論.....	17
第1節 まとめ.....	17
第2節 今後の展望.....	17

序章

時効とは、ある一定の事実状態が一定の期間継続したことを法律要件として、その事実状態に合わせて権利ないし法律関係の得喪変更を生じさせる制度をいう。時効には、消滅時効と取得時効があるが、これらの成立により、当事者間の法律関係に多大な変化が生じる。例えば、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効の場合、時効の成否で被害者が救済されるか否かが変わる。また、所有権の取得時効の場合、時効が完成したら、原所有者は所有権を失い、占有者は所有権を取得できる。このような、当事者の権利義務関係に多大な影響を及ぼす「時効」という制度に興味を持ち、これについて学んだ。

また、その後、「取得時効と登記」の問題について学んだ。これは、不動産の取得時効において、時効取得者が取得時効による所有権移転を第三者に対抗するために登記が必要かどうかという問題である。この問題について、時効取得者（占有者）は、時効完成前にその不動産を原所有者から譲り受けた者（第三者）に対しては登記なしに、所有権取得を対抗できるが、時効完成後にその不動産を原所有者から譲り受けた者（第三者）に対抗するには、登記が必要である。つまり、時効完成後の第三者との関係では、時効取得者か時効完成後の第三者の内、先に登記を備えた方が所有権を取得することになる。また、時効による権利の取得は原始取得であるから、不動産の時効取得者は、抵当権等の負担のない所有権を取得する。したがって、取得時効完成前に、抵当権が設定され存在している場合、時効完成により、時効取得者が所有権を取得し、抵当権は消滅する。では、「不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合」、どのような処理がなされるのか、疑問を持ち、このテーマを取り上げた。

このテーマについて、問題となる法的な争点は以下の3点である。

第1項 取得時効と登記に関する判例準則の適用について

所有権の取得時効が完成した後に第三者が目的不動産を譲り受けた場合に関する判例法理は、いわば所有権と所有権の対抗関係において適用されるものであるが、この判例準則が、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合のような、所有権と抵当権の対抗関係においても適用されるのかどうかについて論じる。

第2項 抵当権設定登記後に再度の時効が完成した場合の再度の時効援用の可否について

不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合の再度の時効援用の可否について論じる。いかなる場合に抵当権が消滅し、いかなる場合に抵当権が消滅しないのかを明らかにしていきたい。

第3項 民法397条の意義と適用範囲について

「債務者又は抵当権設定者で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は、抵当権は、これによって消滅する」と規定している民法397条の意義と適用範囲について論じる。「時効取得反射的効果説」と「抵当権消滅説」といった学説や、時効取得反射的効果説の場合、抵当不動産の第三取得者が民法397条の債務者または抵当権設定者ではない者に含まれるかどうかという適用範囲について明らかにしていく。また、古田裁判官の補足意見である民法397条の適用による処理や、その論拠となる民法397条のローマ法上の起源について明らかにし、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合における民法397条による処理と民法162条による処理の関係性について論じていく。

第1章 「取得時効」制度と「取得時効と登記」の概説

第1節 取得時効について

第1項 取得時効とは

時効とは、一定の事実状態が永続する場合、それが真実の権利状態と一致するか否かは問わず、その事実状態をそのまま権利関係として認めようとするものである¹。時効には、権利を取得できる取得時効と、権利が消滅する消滅時効がある。取得時効とは、権利者らしい状態が一定の期間継続することによって、権利の取得という効果が認められる時効のことをいう。例えば、Aが、ある土地を自己の所有地として占有し、その占有状態が一定期間継続した場合、本来の所有者がAでなかったときであっても、その土地の占有者であるAは時効により、その土地の所有権を取得する（民法162条）²。

第2項 所有権の取得時効の時効期間と「時効の中断」について

所有権の取得時効の時効期間については、次のようになっている。所有者でない者が20年間所有の意思をもって平穩かつ公然に他人の物を占有した場合には、その物の所有権を時効取得する（民法162条1項）。そして、占有に関するこれらの要件に加え、占有開始時において占有者が善意・無過失であったときには（自分が所有者であると過失なく信じたときには）、時効に必要な期間は10年に短縮される（民法162条2項）³。

また、時効完成のためには、事実状態が一定期間継続することが必要であるが、定められた期間の中途において、権利者による権利行使などの事由（中断事由）が発生すると時効期間が中断し、それまでの期間は法的には無意味なものとなる。これを「時効の中断」

¹ 池田 真朗『スタートライン民法総論〔第1版〕』（日本評論社 2007年）184頁。

² 安井宏・後藤元伸・中田邦博・鹿野菜穂子『プリメール民法1 民法入門・総則〔第2版〕』（法律文化社 2006年）268頁。

³ 野村 豊弘『民事法入門〔第5版〕』（有斐閣アルマ 2010年）68頁～69頁。

と言い、このような事由がなくなると、新たに時効の期間が進行を開始する(民法 157 条)。

第 3 項 時効の援用

時効期間(時効完成の要件である期間)が満了することを、時効が「完成する」というが、時効の完成が時効の効力発生要件ではない。時効取得者である占有者が時効の効力を享受するためには、時効の完成を「援用」することが必要となる。時効の「援用」とは、時効の利益を得ようとする者が自らそれを使う意思表示をすることである。裁判になった場合、時効取得者が時効を主張してはじめて時効が問題になるのであり、裁判官が勝手に、「時効だから時効取得者が権利を取得している」という判断をすることはできない。効力を発生させるかどうかは、時効取得者の援用にかかっているのである。援用がなされてはじめて時効の効果は確定的に生ずるのであって、時効完成によって自動的に効果が発生するわけではない(最判昭 61・3・17 民集 40 卷 2 号 420 頁)⁴。

第 2 節 「取得時効と登記」の判例準則について

第 1 項 取得時効と登記

取得時効によっても、不動産の物権変動が生じる。例えば、取得時効によってある者 A が甲土地の所有権を取得し、その反射的效果として前主 B がその所有権を失うことがある。この場合、A の所有権取得の効果は、占有開始時に遡って生じる(民法 144 条)。そのため、B は A の占有開始時から甲土地について無権利になっていたものとされる。しかし、その時点以後に、第三者 C が B から甲土地を買い受ける契約を結んだり、抵当権の設定を受ける契約を結んだりすることもある。そのような場合に、A は時効による所有権の取得を C に主張するために登記が必要なのか否かが、問題とされており、これが「取得時効と登記」の問題である⁵。以下、この問題についての判例準則について述べる。

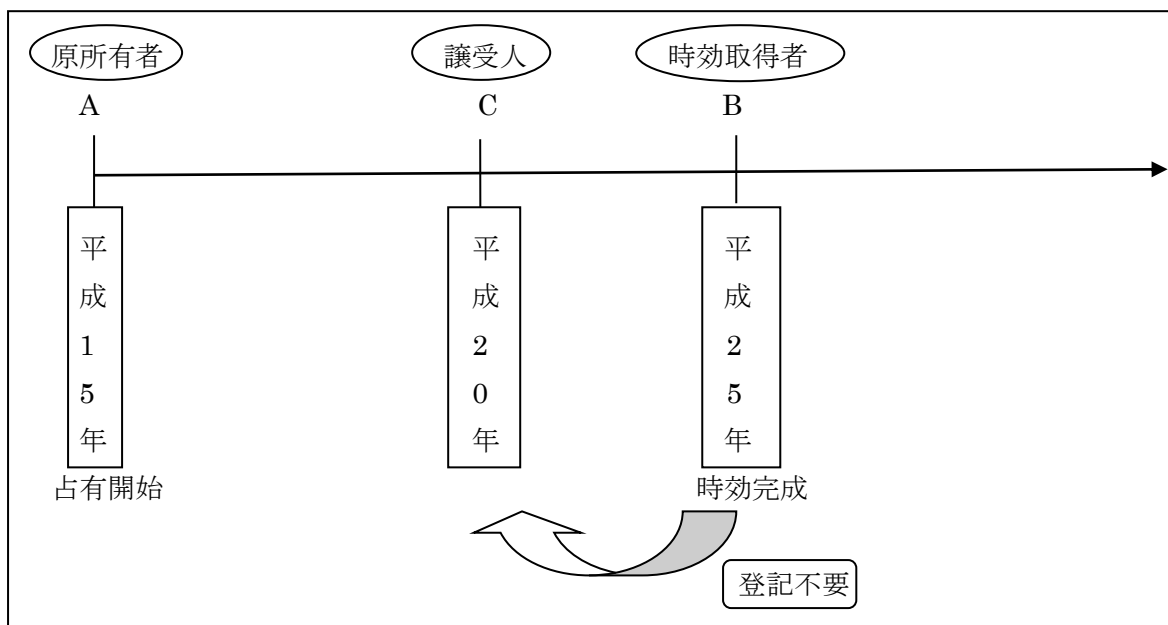
第 2 項 「時効完成前の第三者」と「時効完成後の第三者」との関係

判例によれば、時効完成時における当該物の所有者は、時効取得者との関係では物権変動の「当事者」と同視される。したがって、時効取得は、この者に対して登記がなくても対抗することができる。時効による権利の取得は、前主の権利が移転される承継取得ではなく、占有を根拠として認められる原始取得である(時効取得者が権利を取得し、その反射的結果として前主が権利を失う)とされている。これによると、時効取得者と時効完成当時の所有者との間で物権変動が生じるわけではないから、両者は物権変動の当事者ではない。しかしながら、一方の権利取得の結果として他方が権利を失うという関係は権利移

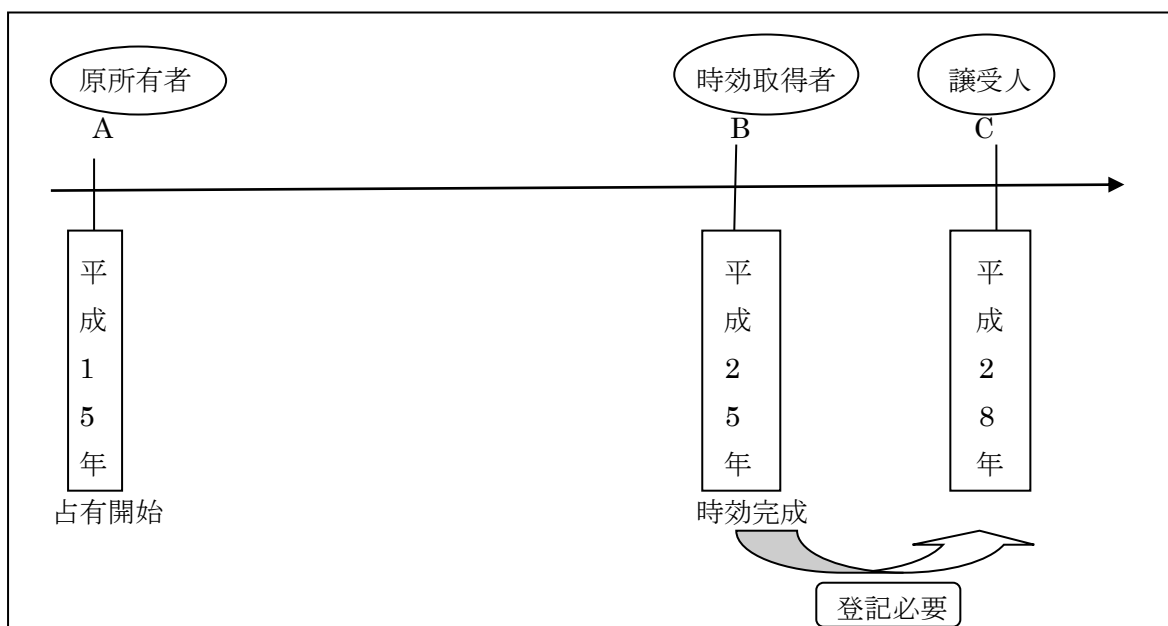
⁴ 大村 敦志『基本民法 I 総則・物権総論〔第 3 版〕』(有斐閣 2007 年) 121 頁。

⁵ 佐久間 毅『民法の基礎 2 物権〔初版〕』(有斐閣 2011 年) 107 頁。

転の場合と同様であるとみることができるとして、このように解されている。時効完成時の所有者が当事者と同視されるのであるから、時効取得は、時効取得者の占有開始時の所有者のほか、時効完成前に当初の所有者等から所有権を取得した者に対しても、登記がなくても対抗することができる（最判昭 41・11・22 民集 20 卷 9 号 1901 頁）⁶。



これに対して、時効完成後に当該物を譲り受けた者は民法 177 条の第三者に該当し、時効による取得を第三者に対抗するためには登記が必要となる（大連判大 14・7・8 民集 4 卷 412 頁）⁷。



⁶ 佐久間 毅、前掲注 (5)、108 頁～109 頁。

⁷ 佐久間 毅、前掲注 (5)、109 頁。

第3項「起算点の固定」と「時効完成後の第三者との関係における新たな取得時効の完成」

第三者の登場時期が時効完成の前か後かで登記の要否という結果が異なるとすると、時効完成の時期が重要な意味を持つことになる。この点で問題になるのが、時効期間の起算点である。取得時効は起算点から10年または20年が経過した時点で完成するが、起算点をどこに定めるかによって、時効完成の時が定まるからである。この点について、判例は、起算点は「取得時効の基礎となった事実が開始した時点」であり、時効援用者が起算点を任意に選択して、時効完成時期を早めたり遅らせたりすることはできないとしている（最判昭35・7・27民集14巻10号1871頁）。「取得時効の基礎となった事実が開始した時点」とは、例えば、所有権の取得時効の場合には、占有開始時が起算点となる。時効援用者が起算点を任意に選択できるとなると、時効援用者は、第三者の登場後に時効が完成するように起算点を選択することにより、時効取得を登記なしに第三者に対抗できることになる。これでは、時効取得者が、事実上、登記を要しない物権変動になり、適当とはいえないという理由から、上記のようにされている。

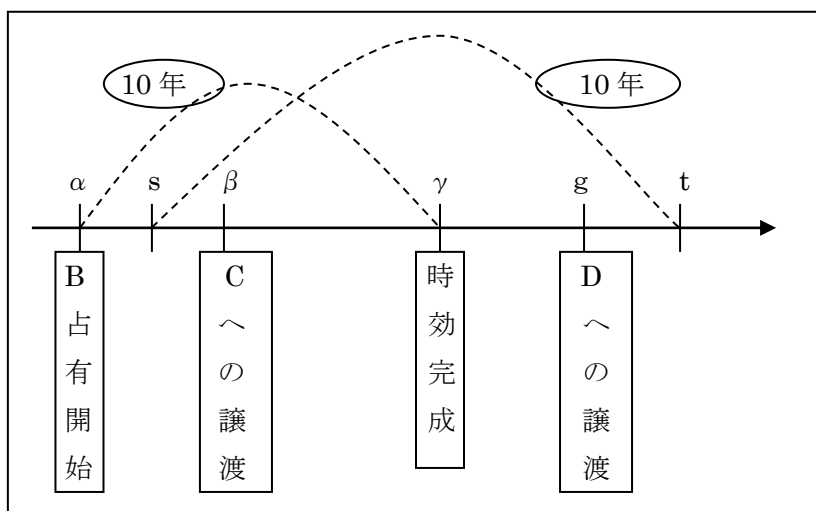
また、時効取得者は、登記がなければ時効完成後の第三者に対抗することができないが、不動産の取得時効の完成後、占有者が所有権移転登記を了する前に、第三者に当該不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗することができる（最一小判昭36・7・20民集15巻7号1903頁）。このような結果となるのは、次のような理由からである。第三者が登記を備えた時点で、占有者のそれまでの占有は取得時効の根拠としては無意味になり、それ以後の占有だけが取得時効の完成に意味あるものとして残ることになる。そのため、この時点において、占有者が「新たな取得時効の基礎となる占有を開始した」ものと考えることができ、この時点から時効期間が経過すれば、新たに取得時効が完成したものとすることができる⁸。

第4項 判例準則についてのまとめ

上記で述べた「時効完成前の第三者」との関係、「時効完成後の第三者」との関係、「起算点の固定」、「時効完成後の第三者との関係における新たな取得時効の完成」の4つが「取得時効と登記」における判例準則であるが、これについて以下の事案を例にまとめる。

Aの土地をBが善意・無過失で10年間占有したとする（下図で占有開始が α 、10年経過時点が γ である）。

⁸ 佐久間 毅、前掲注(5)、110頁～111頁。



①BがAに時効を主張するのに登記は不要である。時効は、法的には原始取得であるが、BがAから土地を譲り受けた時のように、対抗関係とはならない（大判大7・3・2民録24輯423頁等）。

②時効完成前にAから土地を譲り受けたCとの関係でも、Bは登記不要とされている（最判昭41・11・21民集20巻9号1901頁）。

③時効完成後に現れたDとの関係では、AからB、Dが土地を二重に譲渡されたような関係となり、登記が必要となる。つまり、先にDが登記すればもう時効の主張ができないということである（大連判大14・7・8民集4巻412頁等）。

④この場合に、Bが、現時点(t)から10年を逆算して占有開始時期を(s)にずらし、時効の完成が(t)であると主張することは認められない（最判昭35・7・27民集14巻10号1871頁）。

⑤しかしDの登記後さらに取得時効に必要な期間、占有を継続すれば、また時効を主張できる（最一小判昭36・7・20民集15巻7号1903頁）⁹。

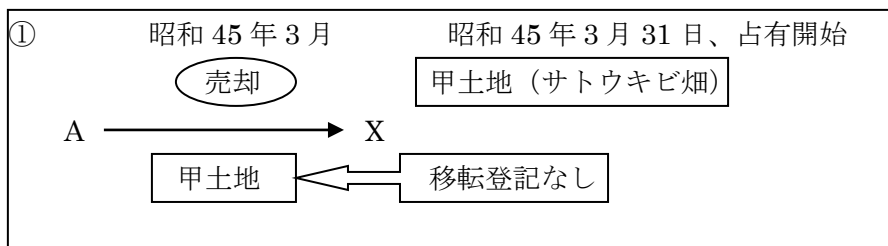
⁹ 内田 貴『民法I 総則・物権総論〔第3版〕』（東京大学出版会 2005年）447頁～448頁。

第2章 判例分析

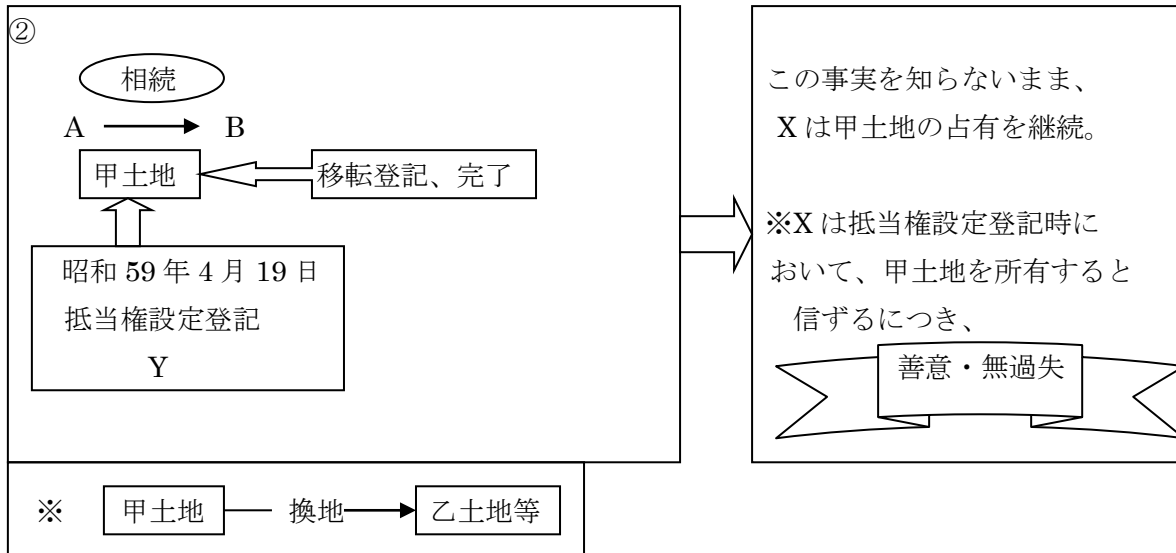
第1節 最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決

第1項 最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決の事案

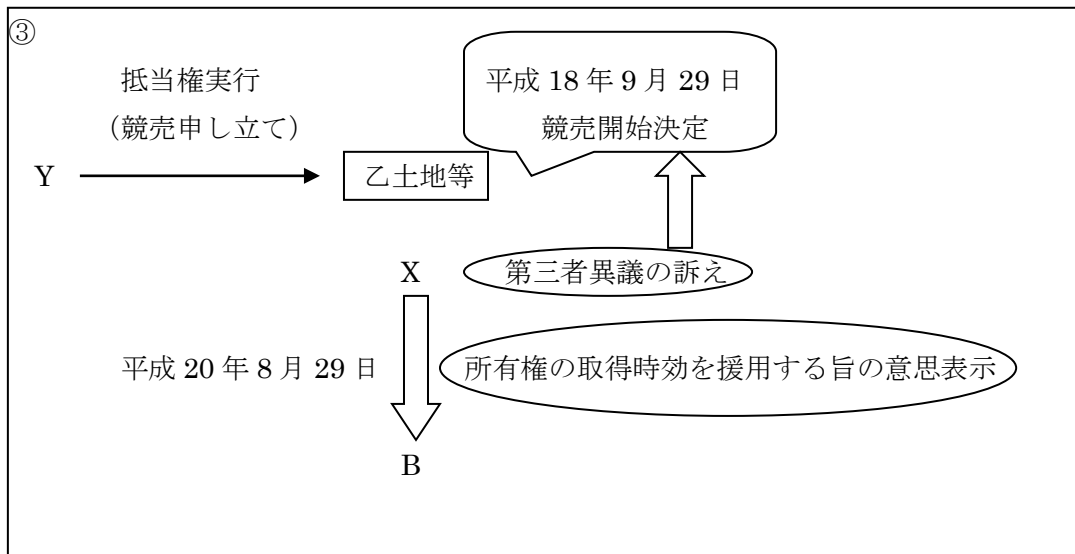
①Aは、昭和45年3月、その所有する甲土地をXに売却したが、所有権移転登記はなされないまま、Xは、遅くとも同月31日から甲土地の占有を開始し、これをサトウキビ畑として耕作していた。



②Aの子であるBは、昭和57年1月13日、昭和47年10月8日の相続を原因として、甲土地についてAからの所有権移転登記を完了した。Bは昭和59年4月19日、Yのために甲土地に抵当権を設置し、同日付でその旨の抵当権設定登記がなされた。Xは、これらの事実を知らないまま、甲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、上記の抵当権の設定登記時において甲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。なお、甲土地はその後の換地によって乙土地等とされている。



③Yは、抵当権の実行として乙土地等の競売を申し立て、平成18年9月29日、執行裁判所は乙土地等について競売決定を決定した。これに対し、Xは第三者異議の訴えを提起した。平成20年8月9日、XはBに対し、乙土地等について所有権の取得時効を援用する旨の意思表示をした。



第一審（鹿児島地名瀬支判平 21・6・24 金法 1955 号 107 頁）は、次のような理由から X の請求を認容した。民法 397 条は、債務者または抵当権設定者以外の者が抵当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ときは、抵当権は消滅する旨を定めているが、この規定は、所有権の時効取得がいわゆる原始取得であることから、その反射的效果として時効完成前に設定・登記された抵当権は消滅するという当然のことを定めたものであると解される。

本件においては、X の取得時効の反射的效果として Y の抵当権は消滅するというべきである。なお、占有者が抵当権の存在を容認して占有を継続した場合には、抵当権の負担の付いた所有権を時効取得すると解する余地もあるが、本件はこれに当たらない。

原審（福岡高宮崎支判平 21・11・27 金法 1955 号 106 頁）も、ほぼ同様の理由から X の請求を認容した。

第 2 項 最高裁第二小法廷平成 24 年 3 月 16 日判決の判旨

「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たときには、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。」

「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、是認し難いというべきである。」

「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どころ（最一小判昭 36・7・20 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。」

第 3 項 最高裁第二小法廷平成 24 年 3 月 16 日判決の意義

本件は、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記未了のまま、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、占有者は、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、再度の取得時効の完成を援用して、上記抵当権の消滅を主張することができるとされた事例である。

本判決は、当初の取得時効の効果をその後現れた抵当権者に対抗しえなくても、抵当権設定登記時を起算点とする取得時効の効果によって抵当権が消滅するとの立場をとった。これは、所有権の取得時効が完成した後に第三者が目的不動産を譲り受けた場合に関する判例法理が、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けた者との関係にも妥当することを明らかにしたものといえる。

これまでの判例によれば、所有権の取得時効が完成した後に第三者が目的不動産を譲り受け、かつ、その第三者が先に登記を具備した場合には、もはや取得時効による所有権の取得を第三者には対抗することができないが（最一小判昭 33・8・28 民集 12 卷 12 号 1936 頁）、そのような第三者が登記を具備した時点から取得時効に必要な占有がなお継続した場合には、占有者は新たな取得時効をもって第三者に対抗することができるとされている（最一小判昭 36・7・20 民集 15 卷 7 号 1903 頁）。本件の特徴は、取得時効の完成後に現れた第三者が目的不動産の譲受人ではなく、抵当権の設定を受けた者である点にある。このようなケースに関する判例としては、最二小判平 15・10・31（以下、「平成 15 年判決」という）があったが、その事案は大体こうである。ある土地について所有権の取得時効が完成した後に、目的土地について第三者へ抵当権が設定され、その登記も具備されてしまった

が、時効取得者はいったん取得時効を援用して目的不動産について自己への所有権移転登記をなした。ところが、その後、時効取得者は、第三者への抵当権設定登記からなお10年間占有を継続したことにより再度の取得時効が完成したとして、抵当権設定登記の抹消を求めた。これに対して、最高裁は、時効取得者は「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」として、その請求を棄却した。

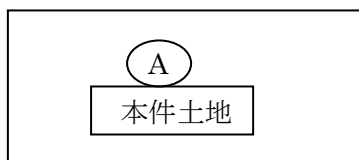
このため、本件でも、Y側は平成15年判決を援用して、再度の取得時効を否定すべき旨を主張していたが、これは第一審と原審によって退けられていた。それによれば、平成15年判決は一度時効の援用をしておきながら、後にまた別時点を起算時点とする時効の援用をするのは許されない旨を明らかにしたに過ぎず、その射程は本件には及ばないという。

この平成15年判決を分析することで、いかなる場合に抵当権が消滅し、いかなる場合に消滅しないのか、その理由や論点、両者の共通点や相違点について、明らかにするために、以下、最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決を取り上げる。

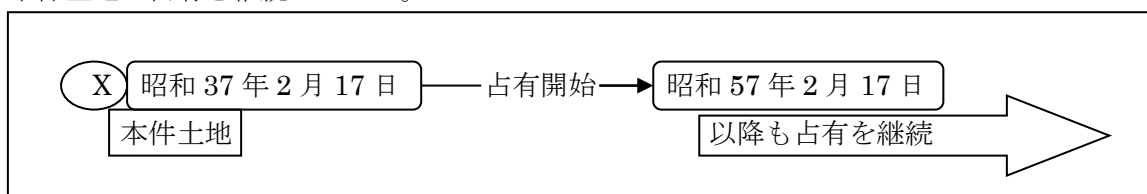
第2節 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決

第1項 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決の事案

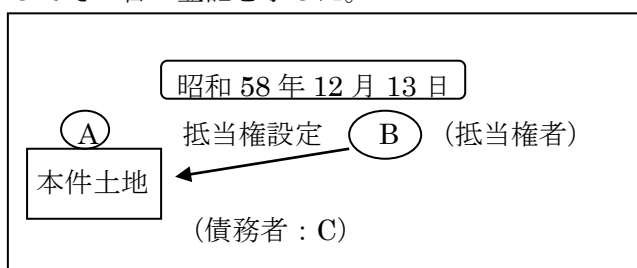
(1) Aは、本件土地を所有していた。



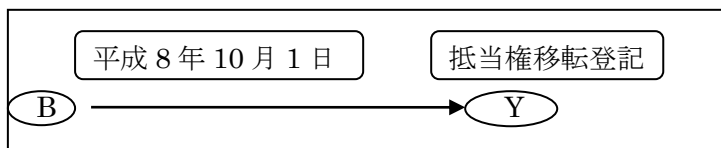
(2) Xは、昭和37年2月17日に本件土地の占有を開始し、昭和57年2月17日以降も本件土地の占有を継続していた。



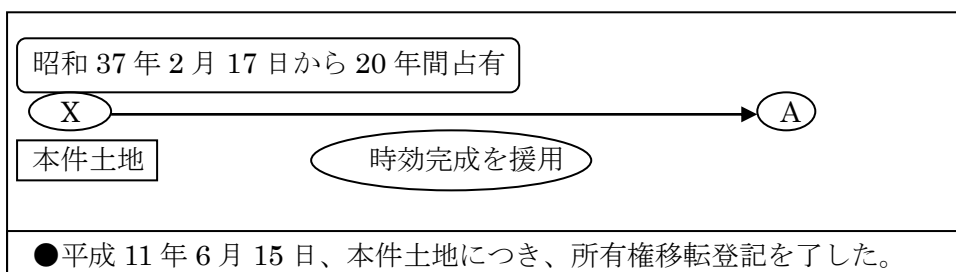
(3) Aは、昭和58年12月13日、B会社との間で、本件土地につきB会社を抵当権者とし債務者をC旅館とする債権額1100万円の抵当権（以下「本件抵当権」という。）を設定してその旨の登記を了した。



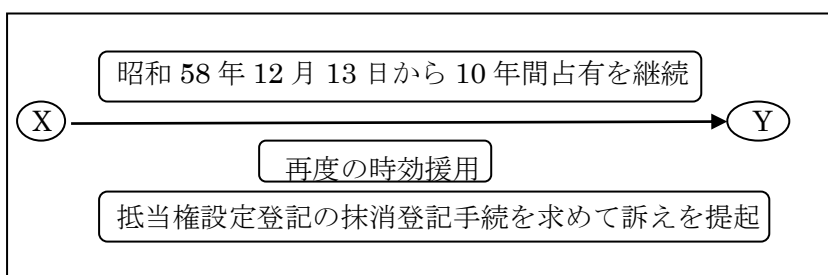
(4) Yは、平成8年10月1日、B会社から本件抵当権をその被担保債権とともに譲り受け、平成9年3月26日、本件抵当権の設定登記につき抵当権移転の付記登記がされた。



(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。そして、Xは、平成11年6月15日、本件土地につき「昭和37年2月17日取得時効」を原因とする所有権移転登記を了した。



(6) Xは、本件抵当権の設定登記の日である昭和58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本件訴えを提起した。



第一審（鳥取地米子支判平12・3・27金判1191号36頁）及び原審（広島高松江支判平12・9・8金判1191号35頁）は、基本的に同様の理由により、Xの請求を認容すべきものとしたが、その理由は次のようなものである。すなわち、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の日である昭和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会社に対抗することができ、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。Xは、本件抵当権の設定登記の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、無過失のものと認められる。したがってXは、本件抵当権の設定登記の日から10年間占有を継続したことにより時効が完成し、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。

これに対してYは、Xの占有は、本件抵当権設定登記の日である昭和58年12月13日の時点でも悪意または有過失であるから、昭和58年12月13日から起算される「右時効取得に必要な期間」は、民法162条1項により10年ではなく20年とされるべきことなどを理由に上告受理申立をした。

第2項 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決の判旨

破棄自判

「原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

前記の事実関係によれば、被上告人(X)は、【事案】(5)のAに対する)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。被上告人(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、被上告人(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」。

以上によれば、被上告人(X)の請求を認容すべきものとした原審の判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。論旨は理由がある。そして、前記説示によれば、被上告人(X)の請求は理由がないから、これを認容した第一審判決を取り消した上、被上告人(X)の請求を棄却することとする。

第3項 最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決の意義

取得時効完成後、原所有者から抵当権設定を受けた者に対して、その後に取得時効を原因とする所有権移転登記を経由した者は、抵当権設定登記時を時効の起算点とする再度の取得時効を援用して抵当権設定登記の抹消登記手続を請求することはできないとした初めての最高裁判例。

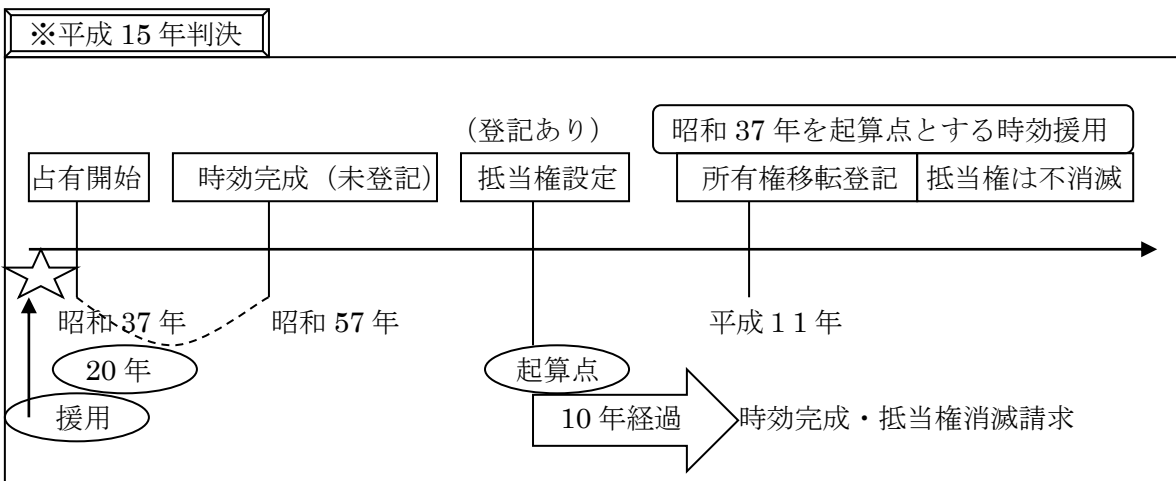
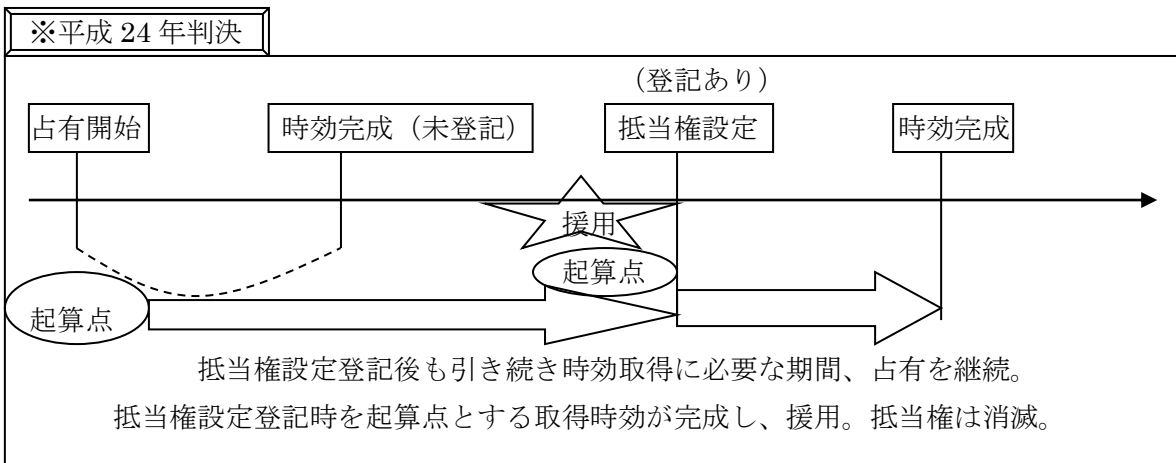
本判決は抵当権設定登記時を起点とする再度の時効援用を否定した。そうした援用を認めることが起算点の固定を要請する最判昭和35年に違背するからである。

第3節 平成24年判決と平成15年判決の相違点

第1項 「平成24年判決」と「平成15年判決」の違いについて

これまで、「平成24年判決」と「平成15年判決」について述べてきたが、これらの共通点や相違点については、下記のとおりである。

時効完成後に抵当権設定登記がされ、その後再度の時効完成が問題になる点において、両者は事案としては共通する。異なっているのは、最高裁第二小法廷平成15年10月31日判決では、占有者が抵当権設定登記後に一旦取得時効を援用して、所有権移転登記を経た後で、再度抵当権設定登記時を起算点とする時効を援用したのに対して、最高裁第二小法廷平成24年3月16日判決では、占有者は本訴において初めて時効を援用した、という一点にある。



※一度、昭和37年を起算点とする時効を援用し所有権を取得後、再度、抵当権設定時を起算点とする時効を援用。取得時効の起算点は占有開始時に固定しなければならないという判例準則に反するため、抵当権設定時を起算点とする時効は認められない。抵当権は消滅しない。

第3章 民法397条についての学説

第1節 民法397条の意義と適用範囲について

第1項 民法397条の意義についての2つの問題点

民法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条件を備えた占有をしたときは、抵当権はこれにより消滅する」と規定している。この民法397条の意義については、2つの問題点がある。

第一の問題として、民法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を時効取得した場合に抵当権も消滅するという趣旨なのか（以下「時効取得反射的效果説」）、それとも債務者または抵当権設定者ではない抵当不動産所有者（第三取得者）が自己の所有権取得を前提としながら10年あるいは20年（抵当権の存在についての善意・悪意による）の占有を継続したときに抵当権の消滅を主張しようという趣旨なのか（以下「抵当権消滅説」）が争われる。

第二の問題としては、時効取得反射的效果説による場合には、抵当不動産の第三取得者が民法397条の債務者または抵当権設定者ではない者に含まれるかが争われている。

第2項 第一の問題について

第一の問題については、2つの学説がある。1つは、時効による権利取得は原始取得であるから、抵当権の存在を承認しない態様により抵当不動産の占有を継続した場合、時効取得者は抵当権の負担のない所有権を取得し、抵当権は反射的に消滅するという考え方である（時効取得反射的效果説）。民法397条は民法167条から導かれる当然の結果を確認したものであり、その意義は債務者及び抵当権設定者が時効取得に必要な期間占有を継続しても抵当権は消滅しない旨を明らかにした点にのみあると説明されることになる。この問題について、民法典の立案者である梅謙次郎博士や通説は、時効取得反射的效果説に立つ¹⁰。

もう1つは、抵当権が被担保債権と別個独立に時効消滅しないことを前提として、民法397条が定める要件を満たす場合に、同条の法定効果として例外的に抵当権が消滅すると解する説である¹¹。この見解は民法397条に独自の存在意義を認めるものである（抵当権消滅説）。第一の問題について、この抵当権消滅説をとる学説も有力であり¹²、道垣内教授は、抵当権設定登記があることが前提となるから、第三取得者は一般に20年の占有継続で抵当

¹⁰ 梅 謙次郎『民法要義卷之二物権編[訂正増補改版]』（有斐閣書房 1911年）590頁、我妻榮『新訂担保物権法』（岩波書店 1968年）421頁、柚木 馨＝高木 多喜男『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣 1982年）421頁、鈴木 禄弥『物権法講義〔4訂版〕』（創文社 1994年）191頁、川井 健『民法概論2』（有斐閣 1997年）497頁、内田 貴『民法Ⅲ〔第2版〕』（東京大学出版会 2004年）468頁、近江 幸治『民法講義Ⅲ』（成文堂 2004年）255頁。

¹¹ 道垣内 弘人『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣 2008年）230頁、内田 貴『民法Ⅲ〔第3版〕』（東京大学出版会 2005年）474頁。

¹² 来栖 三郎「判例評釈」判例民事法昭和15年度（信山社 1942年）466頁、清水 誠「抵当権の消滅と時効制度との関連について」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』181頁（1982年）、道垣内 弘人『担保物権法〔初版〕』（有斐閣 2004年）225頁。

権が消滅するとされている。

なお、現在の判例は、時効取得反射的効果説に立つものと理解されている。かつて大審院判例は第三取得者への民法 397 条の適用を否定していたが（大判昭 15・8・12 民集 19 卷 1338 頁）、その後不動産の譲受人が未登記のまま譲り受けた不動産の占有を時効期間にわたって継続したが、時効完成前に設定された抵当権が実行されて、買受人が競落した場合、自己の物の時効取得も認められるとして、占有者は時効による所有権取得を買受人に対抗できるものとした（最二小判昭 42・7・21 民集 21 卷 6 号 1643 頁）。また、民法 162 条 2 項の善意無過失の対象が直接の争点となった事案において、自己に所有権があるものと信じることをのみを意味し、抵当権の存在についての善意悪意は問題にならないとした判決は、抵当不動産の第三取得者による取得時効による抵当権の消滅が認められた（最判昭 43・12・24 民集 22 卷 13 号 3366 頁）。これらの最高裁判例により、実質的に前掲大判昭和 15 年は変更されたと解されている（横山長「昭和 43 年度最判解[民事篇]」（下）1384 頁）。

第 3 項 第二の問題について

時効取得反射的効果説に立つ学説も、第三取得者にも民法 397 条が適用され、第三取得者の抵当不動産の時効取得の効果として抵当権の消滅が認められるかという第二の問題については見解が分かれる。

民法典立案者である梅博士は肯定説に立ち、これを支持する学説も有力であるが（柚木＝高木、鈴木など）、第三取得者は物上保証人と同様に考えるべきことを理由に否定説も多い（我妻、近江、川井、内田など）。

第 2 節 取得時効と民法 397 条について

第 1 項 古田裁判官の補足意見（平成 24 年判決）

最高裁第二小法廷平成 24 年 3 月 16 日判決における、古田裁判官の補足意見は、本件を所有権の取得時効によって処理することに疑問を呈し、むしろ、民法 397 条の適用によるべき旨を示唆している。すなわち、第三者に抵当権が設定された場合には、占有者は所有権を喪失せず、抵当権の消滅のために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から、この場合は、民法 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べきであるという。この点については、第一審と原審も、民法 397 条を援用していたが、従前の判例（大判昭 15・8・12 民集 19 卷 1338 頁）に従い、同条は所有権の取得時効によって抵当権が消滅する旨を定めたものと解していた。これに対して、補足意見は民法 397 条の時効の性質をこれとは異なるものと捉えるようである。

しかし、たとえ自己の物であっても抵当権の負担のある不動産は取得時効の対象とし、かつ、取得時効の完成とともに抵当権の消滅を認めるのが従前の判例理論（大判大 9・7・

16 民録 26 輯 1108 頁、最二小判昭 42・7・21 民集 21 卷 6 号 1643 頁参照)といえよう(このこと自体は補足意見も認めている)。また、本件に民法 397 条を端的に適用することには、その沿革に鑑みると疑問も残る。

第 2 項 ローマ法上の時効の起源

すなわち、民法 397 条の時効は、もともと、担保権の存在を知らないで目的不動産の占有を開始した者が取得時効に必要な要件を具備すれば担保権の負担のない所有権を獲得するというローマ法上の時効を起源とするものであった。かかる時効の前提には、単なる所有権の取得時効によっては既存の担保権は消滅しないというローマ法の原則があり、ここで想定される抵当権は、基本的に目的不動産の占有開始前に既に成立しているものであった¹³。したがって、目的不動産の占有を開始した後に抵当権が設定されたケースは、民法 397 条が本来想定していたケースとは異なる。ただし、一度取得時効が完成した後にこれに優先する抵当権が設定されたため、抵当権設定登記時を起算点とする時効を新たに観念するという場合には、新たな時効のための占有開始時には抵当権が存在するという状況が創出されるので、これを民法 397 条によって処理することも可能かもしれない。

第 3 項 民法 397 条の適用について

もともと、本件に民法 397 条を適用するとしても、その要件としては、占有者が時効起算時点の抵当権設定登記時に抵当権について善意無過失であることを要すると解すべきである。なぜなら、上記のローマ法上の時効制度は、抵当権の公示がなされなかったローマ法において、抵当権につき善意で目的不動産の占有を開始した者を保護する意味を持つものであって、登記によって抵当権の存在が公示されている現行法において無条件にこれを認めれば、抵当権を徒に不安定にしてしまうからである。すなわち、民法 397 条を制限的に解釈し、その適用は登記制度があってもなお抵当権の存在について善意無過失で目的不動産の占有を開始した者のみに認めるべきという立場をとる¹⁴。本件の Y は、単に従前どおりの占有を継続していた以上、抵当権設定登記時には抵当権の存在につき善意無過失であったといえる。

しかし、もともと Y は抵当権設定より先に占有を始めた以上、このケースは民法 397 条の射程外にあるとしたうえで、ただ、新たな所有権の取得時効によって抵当権は消滅する、という構成が、民法 397 条の沿革には相応するように思われる。同条の背景にある、所有権の取得時効によって抵当権は消滅しないというローマ法の原則は、占有開始後に成立した抵当権には及ばないともいえるからである。そして、この場合でも、新たな時効の基礎となる占有が抵当権の存在を前提にしたものと捉えられる事情があれば、所有権の取得時

¹³ 古積 健三郎「時効による抵当権の消滅について」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』(信山社 2012 年) 97 頁、120 頁以下参照。

¹⁴ 古積 健三郎、前掲注 (13)、136 頁以下参照。

効によって抵当権は消滅しないという結論をとることも十分に可能である。

また、この考え方は、「抵当不動産が債務者または物上保証人のもとに止まっている場合については民法 396 条が適用され、第三取得者のもとに移転した場合については民法 397 条が適用される」とする起草者の考え方とも合致する¹⁵。

確かに、本判決の法定意見と補足意見との相違点は、抵当権が消滅する根拠となる条文が民法 162 条か民法 397 条かということだけかもしれない。しかし、民法がわざわざ単純明快な規定を設けているにもかかわらず、起草者の意思に反して技巧的で不自然な条文操作を行う必要もないと思われる。

第 4 章 結論

第 1 節 まとめ

不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合、占有者は、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、再度の取得時効の完成を援用して、上記抵当権の消滅を主張することができる。ただし、同事案において、取得時効完成後、原所有者から抵当権設定を受けた者に対して、その後に取得時効を原因とする所有権移転登記を経由した者は、抵当権設定登記時を時効の起算点とする再度の取得時効を援用して抵当権設定登記の抹消登記手続を請求することはできない。

第 2 節 今後の展望

これまで、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合における、再度の取得時効の完成と上記抵当権の消長について述べてきたが、今後の課題としては、抵当権者の時効中断措置が問題点となる。

取得時効の目的不動産について第三者が抵当権の設定を受けた場合、再度の取得時効に対して抵当権者が適切な時効の中断措置を取ることができないとするなら、その利益が著しく害されることになる。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等、取得時効期間の経過による抵当権の消滅を阻止する何らかの法的な手段が必要である。「取得時効期間の経過による抵当権の消滅を防止する」手段、すなわち取得時効の中断事由としては、民法 164 条が定める「自然中断」と民法 147 条が定める「法定中断」とがある¹⁶。民法 164 条は「他人によってその占有を奪われたとき」は時効が中断するとしているが、これをもたらず手段としては、抵当権に基づく妨害排除請求としての抵当不動産の明渡請求が考えられる。すなわち、最高裁判所

¹⁵ 星野 英一『民法概論 2』（良書普及会 1976 年）293 頁。

¹⁶ 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第 8 版〕』（弘文堂 2010 年）389 頁。

は「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価格よりも売却価格が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」には抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求として、不法占有者に対して抵当不動産の明渡しを求めることを認める（最大判平 11・11・24 民集 53 卷 8 号 1899 頁）。第三者が抵当不動産を時効取得することも、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」だといえる。しかし、「平成 24 年判決」の事案のように、占有者が不動産の譲受人である場合においては、「第三者が抵当不動産を不法占有する」とは言えないので、この手段を取ることはできないであろう。ただ、占有者が不動産を譲り受けた際に既に抵当権が設定されていた場合には、譲受人に対して抵当権存在確認訴訟を提起し、これに勝訴すれば、時効中断事由である民法 147 条 3 号の「承認」があったとして時効の完成を阻止することができよう。また、民法 147 条 3 号の「承認」として、抵当権の存在を容認する旨の書面を占有者から徴収することも考えられる。この他に、債権管理の観点からは、抵当権者は、抵当権の設定を受ける際に、「債務者又は抵当権設定者でない者」（民法 397 条）が抵当不動産を占有している場合には、その占有権原を確認し、抵当不動産の取得時効が進行している場合には、その中断措置を講じることを抵当不動産所有者に求める方法もある。

ただ、このような措置をとることを求めることは、一見、抵当権者に酷と思われる。また抵当権確認請求訴訟の提起によって、占有者の占有態様が直ちに变化するのか、また、時効中断の効果が発生するのか等、詰めるべき点が多い。しかし、これらはいずれも、「平成 24 年判決」が未開拓の領域に一步踏み出したため、突き当たった未知の壁であり、不安定要因の存在に拘泥して、本判決の基本的な方向性を批判するのは本末転倒であると思われる。抵当権者は、少なくとも被担保債権の弁済期到来後は、実行手続に入る以前の段階で、目的不動産の占有状況次第では、物権的請求権の行使ができ、また賃料への物上代位等により目的不動産の収益に対しても優先権を行使することが認められている。目的不動産の管理において今や従前の解釈からは考えられない程、強い権限を付与された抵当権者は、抵当権の非占有担保性を楯にとって、設定時はもとより権利の存続期間中においても、目的不動産の占有状況について、無関心でいてよいはずはない。強化された権限に比例して、管理責任・負担が増大することは、道理に適う結果というべきである。

これらの問題は、「平成 24 年判決」によって突き当たった未知の壁であり、今後、様々な判例や学説が出てくると思われる。これからも、この問題についての今後の動向に注視していきたい。

参考文献目録表

【教科書・体系書】

1. 我妻 栄『新訂担保物権法』(岩波書店 1968 年)
2. 星野 英一『民法概論 2』(良書普及会 1976 年)
3. 柚木 馨=高木 多喜男『担保物権法〔第 3 版〕』(有斐閣 1982 年)
4. 梅謙次郎『民法要義卷之二物権編〔訂正増補改版〕』(有斐閣書房 1991 年)
5. 鈴木 禄弥『物権法講義〔4 訂版〕』(創文社 1994 年)
6. 川井 健『民法概論 2』(有斐閣 1997 年)
7. 近江 幸治『民法講義Ⅲ』(成文堂 2004 年)
8. 内田 貴『民法Ⅲ〔第 2 版〕』(東京大学出版会 2004 年)
9. 道垣内 弘人『担保物権法〔初版〕』(有斐閣 2004 年)
10. 内田 貴『民法 I 総則・物権総論〔第 3 版〕』(東京大学出版会 2005 年)
11. 内田 貴『民法Ⅲ〔第 3 版〕』(東京大学出版会 2005 年)
12. 安井宏・後藤元伸・中田邦博・鹿野菜穂子『プリメール民法 1 民法入門・総則〔第 2 版〕』(法律文化社 2006 年)
13. 大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論〔第 3 版〕』(有斐閣 2007 年)
14. 池田 真朗『スタートライン民法総論〔第一版〕』(日本評論社 2007 年)
15. 道垣内 弘人『担保物権法〔第 3 版〕』(有斐閣 2008 年)
16. 野村 豊弘『民事法入門〔第 5 版〕』(有斐閣アルマ 2010 年)
17. 四宮和夫=能見善久『民法総則〔第 8 版〕』(弘文堂 2010 年)
18. 佐久間 毅『民法の基礎 2 物権〔初版〕』(有斐閣 2011 年)

【判例】

19. 大判大 7・3・2 民録 24 輯 423 頁
20. 大判大 9・7・16 民録 26 輯 1108 頁
21. 大連判大 14・7・8 民集 4 卷 412 頁
22. 大判昭 15・8・12 民集 19 卷 1338 頁
23. 最一小判昭 33・8・28 民集 12 卷 12 号 1936 頁
24. 最判昭 35・7・27 民集 14 卷 10 号 1871 頁
25. 最一小判昭 36・7・20 民集 15 卷 7 号 1903 頁
26. 最判昭 41・11・21 民集 20 卷 9 号 1901 頁
27. 最判昭 41・11・22 民集 20 卷 9 号 1901 頁
28. 最二小判昭 42・7・21 民集 21 卷 6 号 1643 頁
29. 最判昭 43・12・24 民集 22 卷 13 号 3366 頁
30. 最判昭 61・3・17 民集 40 卷 2 号 420 頁
31. 最大判平 11・11・24 民集 53 卷 8 号 1899 頁

32. 鳥取地米子支判平 12・3・27 金判 1191 号 36 頁
33. 広島高松江支判平 12・9・8 金判 1191 号 35 頁
34. 最高裁第二小法廷平成 15 年 10 月 31 日判決、私法判例リマークス 30 号 2005 年〈上〉
14 頁～17 頁、判例タイムズ 1141 号 2004 年 139 頁～142 頁
35. 鹿児島地名瀬支判平 21・6・24 金法 1955 号 107 頁
36. 福岡高宮崎支判平 21・11・27 金法 1955 号 106 頁
37. 最高裁第二小法廷平成 24 年 3 月 16 日判決民集 66 卷 5 号 2327 頁、新・判例 Watch (法
学セミナー増刊) 12 号 2013 年 95 頁～98 頁、ジュリスト臨時増刊 (重要判例解説)
1453 号 2013 年 69 頁～70 頁、金融法務事情 1964 号 2013 年 38 頁～47 頁、私法判
例リマークス 46 号 2013 年〈上〉 18 頁～21 頁、NBL 985 号 2012 年 92 頁～94 頁、
法学セミナー 694 号 2012 年 130 頁

【論文】

38. 来栖 三郎「判例評釈」判例民事法昭和 15 年度 (信山社 1942 年) 466 頁
39. 横山長「昭和 43 年度最判解[民事篇]」(下) 1384 頁
40. 清水 誠「抵当権の消滅と時効制度との関連について」加藤一郎編『民法学の歴史と課
題』(1982 年) 181 頁
41. 生熊長幸「登記を有する時効取得者と時効完成後の抵当権に対する再度の時効援用」私
法判例リマークス 30 号 2005 年〈上〉 14 頁～17 頁
42. 池田恒男「取得時効の援用により不動産の所有権を取得してその旨の登記を有する者が
当該取得時効の完成後に設定された抵当権に対抗するためその設定登記時を起算点と
する再度の取得時効を援用することの可否」判例タイムズ 1141 号 2004 年 139 頁～
142 頁
43. 古積 健三郎「時効による抵当権の消滅について」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新
動向』(信山社 2012 年) 97 頁
44. 梶村寛道「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
続した時は、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、上記不動産を取得し、その結果、上記抵当
権は消滅する」NBL 985 号 2012 年 92 頁～94 頁
45. 松尾弘「不動産の時効取得者が抵当権の設定・登記後に時効期間の占有を継続した場合」
法学セミナー 694 号 2012 年 130 頁
46. 古積健三郎「所有権の取得時効による抵当権の消滅」新・判例 Watch (法学セミナー
増刊) 12 号 2013 年 95 頁～98 頁

47. 五十川直行「不動産所有権の取得時効完成後に設定された抵当権と再度の取得時効の完成」ジュリスト臨時増刊（重要判例解説）1453号 2013年 69頁～70頁
48. 占部洋之「再度の取得時効完成と抵当権の消長」金融法務事情 1964号 2013年 38頁～47頁
49. 石田剛「不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がされないまま、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて登記を了した場合における、再度の取得時効の完成と上記抵当権の消長」私法判例リマークス 46号 2013年〈上〉18頁～21頁