

抵当権と時効（一）

——判例の整合的理解と沿革・立法過程の検討——

新 井 剛

一 はじめに——本稿の目的

本稿を執筆している二〇一七年一月現在、大村敦志先生、道垣内弘人先生、山本敬三先生を中心にして、「新しい時代に応じた清新な注釈書」を作るとのコンセプトのもと、『新注釈民法』の刊行プロジェクトが進行している。筆者は、森田修先生が編者を務められている「第七巻 担保物権二」において、「抵当権の消滅（民法三九六条から三九八条）」の執筆を担当することになった。そこで、筆者は二〇一六年一月三〇日、その原稿を有斐閣に送付・提出した。

『新注釈民法』は、現在刊行されている『新版注釈民法』よりも頁数的には、コンパクトにすることが予定されており、もはや歴史的意味しか有しなくなった学説史や判例の流れ、比較法や立法過程などは、『新版注釈民法』を含めた他の文献に譲ることとされている。そのため、筆者が、抵当権の消滅（民法三九六条から三九八条）を執

筆するために与えられた紙幅は、一五頁である。この紙幅は、『新版注釈民法』での同項目に関する紙幅が約七頁半であることからすると、一見十分であるようにも思われる。

ところが、二一世紀に入つて、民法三九七条に関する重要判例が相次いで出されており、それにもない新たな論文も頻出している。⁽²⁾その中には、これまでの議論状況に根本的な再検討を突きつけるような重要論文もあり、今日、民法三九七条をめぐる問題は、「消滅時効・取得時効の多数の論点を含むいわば多変数方程式であるため、判例・学説ともに混乱していてすつきりとした解決に至っていない」と評されている。⁽³⁾そのために、一流の学者も一旦、私見の提示を留保されるという状況にある。⁽⁴⁾

したがって、「抵当権の消滅(民法三九六条から三九八条)」に関しては、まさに「新しい時代に応じた清新な注釈」が必要になっているのである。そのために与えられた紙幅としては、先の頁数は十分であるとはいえない。しかも、民法三九六条、三九七条の問題を考えるにあたっては、その沿革や立法過程の検討により、同条の趣旨を明らかにすることや、一見すると矛盾しているように思える、これまで積み重ねられてきた判例群を整理して、整合的に理解することが必要不可欠であり、それらのことは、今日でも重要な意義を有している。しかし、民法三九六条、三九七条の沿革や立法過程の検討、判例群の整合的理解のために与えられた紙幅はほとんどなく、他の文献に譲らざるを得なかった。

民法三九六条、三九七条の沿革・立法過程の検討や、判例群の検討に関しては、すでに先行研究がいくつか存在している。⁽⁵⁾しかしながら、前者に関しては、難問といわれる同条の問題を解きほぐすためには、そのすべてをまとめて、一つに整理しておくことが必要であろう。そして後者に関しては、最新の判例についてまで、その内在的理解に努め、判例を整合的に理解するという論文は皆無の状況にある。したがって、『新注釈民法』の「抵当権の消滅」

の項を書いた筆者がどのように考えているのかを提示しておくことが、『新注釈民法』の読者にとっては親切であろう。

そこで本稿は、正に民法三九六条、三九七条の沿革・立法過程の明確化、判例群の整合的理解を目指して、従来の研究を整理して一つにまとめ、さらに新たな視点を提示することを目的に執筆するものである。

二 現在の条文と学説状況

1 現在の条文

民法は、第二編物権第十章抵当権の第三節において、抵当権の消滅に関する規定を置いている。もともと、同節は、抵当権の消滅原因を網羅的には規定しておらず、三九六条から三九八条までの三箇条のみを規定している。以下、各条を確認しておこう。

〔抵当権の消滅時効〕

第三九六条 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。

〔抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅〕

第三九七条 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。

〔抵当権の目的である地上権等の放棄〕

第三九八条 地上権又は永小作権を抵当権の目的とした地上権者又は永小作人は、その権利を放棄しても、これをもって抵当権者に対抗することができない。

2 抵当権の消滅が認められる場合

このように、民法は、抵当権の消滅原因を網羅的には規定しておらず、三九六条から三九八条までの三箇条のみを規定している。したがって、抵当権という権利の性質から、これらの場合以外にも当然に、抵当権の消滅が認められている。

すなわち、抵当権は、①物権に共通の原因として、目的物の滅失、混同（二七九条）、絶対的放棄の場合に消滅する。また、②担保物権に共通の原因として、被担保債権の消滅、目的物の競売の場合にも、抵当権は消滅する。さらに、③抵当権に特有の原因として、代価弁済（三七八条）、抵当権消滅請求（三七九―三八六条）の場合に、抵当権は消滅するのである。

3 三九六条と三九七条の関係性に関する学説状況

ところで、民法は、抵当権の消滅に関して、三九六条から三九八条の三箇条のみを規定しているが、そのうち

三九六条と三九七条に関しては、学説上大別して、三つの立場が対立している。

(1) α 説は、三九六条と三九七条をそれぞれ抵当権の消滅時効と取得時効による反射的效果という、別個・独立なものとして理解する。すなわち α 説は、三九六条が、債務者および抵当権設定者に対しては、被担保債権と同時にでなければ、時効消滅しないとの規定であるとし、三九七条は、取得時効の反射的效果により、抵当権が消滅するとの規定であるとする。

その理由は、①三九七条の抵当権時効の要件はもっぱら取得時効の成立要件によつてゐるため、こう解するのが条文の文言に即していること、②取得時効の効果は原始取得である旨の理解に整合的であることにある。この α 説が、旧通説が採用する立場である。⁽⁶⁾

(2) 他方、 β 説は、沿革を重視して、三九六条と三九七条を抵当権の時効消滅に関する一連の規定として理解する。すなわち β 説は、三九六条が、債務者および抵当権設定者に対しては、被担保債権と同時にでなければ、時効消滅しないとの規定であるとし、三九七条は、債務者および抵当権設定者以外の者(特に第三取得者)に対して、抵当権が時効消滅する場合を規定したものであると理解するのである。

その理由は、①取得時効の反射効というだけでは、三九七条の存在意義を説明できないこと、②三九七条を第三取得者保護のための特別規定と解することが、同条に独自の存在意義を与えたとともに、立法沿革にも適うこと、③三九七条が第三者に新たな権利取得をもたらすものではないこと、④もっぱら抵当権の消滅ひいては負担ないし危険からの解放を目的とする制度であることにある。この説が近時の多数・有力説である。⁽⁷⁾

(3) さらに、 γ 説は、 β 説と同様、沿革を重視して、三九六条と三九七条を抵当権の時効消滅に関する一連の規定ととらえるが、沿革を仔細に検討すると、三九七条は取得時効の性質を有する規定であるとした上で、同条は隠⁽⁸⁾

れた抵当権からの保護を制度趣旨とすることから、登記制度の完備した今日、同条の適用は制限されるべきであると解する説である。

その理由は、①三九七条が抵当権者の懈怠ないし権利不行使ではなく、もっぱら第三者側の占有継続を要件とすること、②三九七条の沿革からは、三九七条は、登記制度の完備していない時代において、隠れた抵当権の負担から解放され、完全な権能を獲得する取得時効の一種とみるべきこと、③このように三九七条は隠れた抵当権からの保護を図るための規定であるということがその沿革から導かれる以上、抵当権に関する登記制度が完備している今日においては、その趣旨が妥当しないから、三九七条の適用は制限的であるべきこと等にある。最新の説である。⁽⁹⁾ それでは、いずれの見解が妥当なのであろうか。そして、そもそも判例はどの立場を採用しているのであろうか。以下では、三で、その整合的理解が難しいとされる三九七条に関する判例法理を検討することで、判例の立場を明らかにする。その後、四で、三九六条、三九七条について立法過程を検討した上で、五で、同条の母法たるフランス法にまで遡って沿革的考察をしたのち、最後に六で、以上の検討をまとめて、私見を提示したいと思う。

三 判 例

1 判例の紹介と検討

ここでは、三九七条に関する判例を紹介し、検討する。以下では、まず、当該判例の「事実」、「判旨」の順番にその内容を詳しく紹介した後に、各判例の意義や、他の判例との関連性について「検討」で考察をおこないたいと

思う。なお、大審院判決の紹介にあたっては(異例ではあるが)、判旨を現代語に改めて紹介することで、その内容をわかりやすく提示することに努めたいと思う。

また、〔検討〕の冒頭で、i. どのような占有者が三九七条の適用を主張したのか、ii. その者の占有開始時に、抵当権は存在した事案であったのか、iii. 当該判決は結論的に三九七条に基づく抵当権の消滅を認めたのかを確認しておくことにする。以下の判例群の関係性について、再検討することを試みようと思う。

【一】 大判大正九年七月一日民録二六輯一一〇八頁

〔事実〕 訴外Aが明治三四年三月二日に、Y(国)に対し本件土地の土地願をし、同年四月五日、Yはこれを聴許して道路敷として官有地に編入したが、所有権の移転登記は具備していなかった。ところで、本件土地には、官有地への編入当時、すでに第一順位から第四順位の抵当権者Bらが存在していた。その後、本件土地に設定した抵当権に基づいて、自己競落した者X(現所有者登記名義人)が、Yに対して所有権確認請求等の訴訟を提起した。これに対して、Yは、(1)AからすでにYに土地された以上、抵当権の目的にすることはできず、Xの抵当権設定行為が無効であり、したがってその抵当権実行に基づく自己競落によりXが所有権を取得することはできない、(2)仮に、抵当権設定行為が有効であったとしても、Yは本件土地を明治三四年四月五日以降、一〇年の占有により取得時効が完成したので(一六二条二項)、Xの抵当権は三九七条により消滅しているから、Xの抵当権実行により、本件土地の所有権を取得することはできないという抗弁を提出した。

原審は、Xの請求を棄却。上告理由は、Yの抗弁(2)に対しては、①本件のYは土地により、すでに有効に所有者となつて以上、取得時効の問題は生じないはずである(もし、これを認めると、二重の所有権取得を認めるこ

とになるのみならず、伝来取得と原始取得の二重の登記をしなければならなくなる」というものであり、Yの抗弁(1)に対しては、②民法一七七条の対抗問題と考えるべきである等とするものであった。

〔判旨〕 上告棄却。

大審院は、Xの上告理由①に関して、次のように判示した。すなわち、原審は、Yの主張した二つの抗弁のうち、後者(2)をまず審理して、それを認めたのであり、

I 「法が時効制度を認めた理由中には当事者をして証拠方法の提出を容易ならしめることを包含するから、当事者が一方において法律行為により所有権を取得した旨の抗弁を提出し、他方において時効により所有権を取得した旨を主張することを妨げるものではない」とした上で、

II 「所有権が法律行為により取得したものであることを確定した後でなければ、時効により所有権を取得した旨の抗弁を審査することができないというわけではなく、直ちに時効により所有権を取得した旨の抗弁について審査し、その抗弁に理由があれば、必ずしも他の抗弁につき説明することを要せず、請求の全部を排斥することができる」と判示した。したがって、

III 「民法三九七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、抵当権者は所有者と同様に時効の当事者にあたりと解すべきであるから、一七七条の第三者に該当しないので、時効による所有権の取得は登記なくして抵当権者に対抗することができる」とした。

その上で、Yの抗弁(2)を認めるに関して、

IV 「一六二条二項にいう善意とは、自己に所有権があると信じて占有をした場合をいうものであって、目的不動産に抵当権の設定を知っているか否かは関係がない」とした。また、

V 「一六二条の『不動産の所有権を取得す』るとあるのは、必ずしも常に不動産に関し完全な所有権を取得するという意味ではなく、いかなる範囲で所有権を取得するかの問題は、その所有権取得の前提である占有の範囲如何によって決せられるから、例えば不動産全部を占有したときは全部の所有権を取得するが、一部を占有したときは一部の所有権を取得するに過ぎない。また、不動産を完全に占有するときは完全なる所有権を取得するが、第三者の権利を認め制限的に不動産を占有したときは、第三者の権利が付着したままの制限的な所有権を取得するに過ぎない」と述べて、Xの上告を棄却した。

〔検討〕 本件は、次のような事案と結論である。

i 第三取得者〔未登記〕型

ii 占有開始時に、抵当権あり(ただし、本件で争われたのは、占有開始後の抵当権との関係)

iii 占有者が勝訴し、抵当権消滅

三九七条の分析に関して、本判決の主要な判旨として、従来引用されてきたのは、判旨IVの部分である。すなわち、三九七条の善意・悪意の対象は、所有権についてであって、抵当権についてはないとする部分である。この判示は、後に紹介する【4】でも、同様の立場が採用されており、確定した判例の立場であると解することができる。よう。

また、判旨Vの、時効によりいかなる範囲で所有権を取得するかの問題は、その所有権取得の前提である占有の範囲如何によって決せられるという部分も、判例の立場として重要である。というのも、例えばの最後のところで、第三者の権利を認め制限的に不動産を占有したときは、第三者の権利が付着したままの制限的な所有権を取得するに過ぎないと述べる部分は、本件では傍論ではあるが、次に紹介する【2】判決は、正にこの考え方に基づいて、

その判断が下されているからである。

しかし、本判決で重要なのは、それらだけではない。本件で時効を援用した占有者Yは、未登記の第三取得者である。そこで、第三取得者がさらに取得時効を援用することができるのか、自己の物に関する時効取得の可否が争われたのである。本判旨Iは、これを肯定し、時効制度の趣旨には、立証の困難の救済がある以上、法律行為により所有権を取得した者が、時効による所有権取得を主張することは妨げないとしている。こうして本判決は、未登記の第三取得者についても、一六二条の時効取得をした結果、その反射的效果として、三九七条により抵当権が消滅することを認めたのである。

これまで、自己の物に関する時効取得の可否については、最高裁昭和四二年七月二一日判決民集二一卷六号一六四三頁により、判例が変更されたことよって認められたとされてきたが、本判決がこの問題を否定的には考えていなかったという点は、確認しておくべきであろう。

それとともに、この判示部分は、後に紹介する【3】判決との関係で、両判決の整合性をどう考えればよいのかという問題を引き起こすことになるのである。

【2】 大判昭和十三年二月二二日判決全集五卷六号八頁

〔事実〕 明治四一年二月一日、上告人Xは訴外Aから、本件土地を買い受け、その所有権移転登記を経由した。ところが、その当時、本件土地には、被告Yの抵当権が設定され、その登記も具備されていた。同日以来、第三取得者Xが一六二条所定の所有権の取得に必要な条件を具備する占有をなしたとして、三九七条により、Yの抵当権は消滅したとして、抵当権設定登記抹消請求の訴訟を提起したが、本件である。原審は、Xの請求を

棄却したため、Xが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

大審院は、「民法第三九七条は、債務者又は抵当権設定者ではない者が抵当不動産につき、なんら抵当権のような物上負担がないものとして、これを占有し、取得時効に必要な条件を具備する占有を継続した場合に、抵当権は時効により消滅することを規定したものと解しなければならぬ。なぜなら、抵当権設定がある不動産を占有する第三者において、抵当権の存在を承認してこれを占有するときは、その占有がいかに継続するとしても、この者に對し抵当権を消滅せしめてこれを保護すべき、なんらの理由も存しない」として、Xの上告を棄却した。

〔検討〕 本件は、次のような事案と結論である。

i 第三取得者〔既登記〕型

ii 占有開始時に、抵当権あり

iii 抵当権者が勝訴し、抵当権消滅せず

一六二条の『不動産の所有権を取得す』るとあるのは、必ずしも常に不動産に関し完全な所有権を取得するという意味ではなく、時効によりいかなる範囲で所有権を取得するかの問題は、その所有権取得の前提である占有の範囲如何によって決せられる。これが、【一】判決の判旨Vが採用した、判例の立場である。そして、同判旨Vは、例えばとして、第三者の権利を認め制限的に不動産を占有したときは、第三者の権利が付着したままの制限的な所有権を取得するに過ぎないと述べていた(傍論)。

【二】判決は、正に、この点が問題となった事案において、三九七条により抵当権の消滅が認められるためには、「なんら抵当権のような物上負担がないものとして、これを占有し、取得時効に必要な条件を具備する占有を継続

した場合」でなければならぬものとして、その占有の態様を問題にするとともに、その理由として、「第三者において、抵当権の存在を承認してこれを占有するときは、その占有がいかに継続するとしても、この者に対し抵当権を消滅せしめてこれを保護すべき、なんらの理由も存しない」として、その要保護性の低さを指摘している。

本件では、本件土地に抵当権が設定されて、かつその登記がされていることを第三取得者が了知し、かつ従来の当該抵当権を承認していた事実があつたので、物上負担があるものとして占有していたに過ぎないから、抵当権が付着したままの制限的な所有権を取得するに過ぎないとされたのである。本判決が、三九七条は第三取得者にも適用されることを前提としながら、本件の第三取得者の占有態様を理由に、結論として、抵当権の消滅を否定したことを看過するべきではないであろう。ただし、既登記の第三取得者にも三九七条の適用を認める前提部分は、次の【3】判決で修正されることになる。

【3】 判決で修正されることになる。
なお、その後の学説では、本判旨のうち、理由の部分の方が、規範定立部分であるかのように引用されることがあるが、あくまでも理由であることには、注意が必要である。

このように、【2】判決と、【1】判決の結論は、正反対である。【1】判決では、占有者が勝訴し、抵当権消滅が認められたが、【2】判決では、抵当権者が勝訴し、抵当権消滅が認められなかった。この差を両判決における事案の違いを元に、もう少し検討することしよう。

【2】判決の占有者は一般人であり、その占有対象の土地は民間のものであるが、【1】判決の占有者は国であり、占有対象の土地は道路敷である。民間の土地であれば、占有者が物的担保があるものとして占有することもありうるであろう。

しかし、国や地方自治体が道路敷のために贈与を受けた土地について、未登記のままであるという状況は戦後で

もほぼ同様であるといわれているが、⁽¹⁰⁾国等が道路敷のための土地の贈与を受けるに際して、抵当権等の物的担保の存在を承認する形で占有することは、国有地等に帰属させている以上、ありえない。

したがって、占有主体と占有の対象土地の差が、【2】判決と、【1】判決の結論の差にも反映されていることを指摘しておきたいと思う。

【3】 大判昭和十五年八月二二日民集一九卷一三三八頁⁽¹¹⁾

〔事実〕 訴外Aは、本件被告人である銀行Yから三度にわたり融資を受け、その債権を担保するため、自らが所有する本件土地にYのために、抵当権を設定し、その登記手続を完了した。その後、上告人Xが、Aから本件土地を買い受け、所有権移転登記を具備した。以来、平穩・公然に二〇年間その占有を継続したため、三九七条により抵当権は消滅したとして、XがYを相手に、抵当権不存在確認請求等の訴訟を提起したが、本件である。

原審は、登記を具備した第三取得者Xについて、一応三九七条の適用を認めたものの、同条の要件を具備していないとして、Xの請求を棄却したため、Xが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

大審院は、「三九七条にいう取得時効に必要な条件を具備する占有とは、所有者ではない債務者もしくは抵当権設定者以外の者が、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指すことは、三九七条の規定の文理上からも、また取得時効の性質に鑑みても明らかである」とし、

「したがって、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当時抵当権の設定が

ある不動産であることを知っているか否かを問わず、三九七条の規定を適用すべき限りではないといわなければならない(大正九年(オ)第三七号同年七月一六日言渡当院判決参照)」とした。

そして、原審がXにつき、「一応三九七条の適用を認めたことは相当ではないが」、「同条の要件を具備していないとして、Xの請求を棄却した究極の判断は正当であることを失っていない」として、Xの上告を棄却した。

〔検討〕 本件は、次のような事案と結論である。

i 第三取得者〔既登記〕型

ii 占有開始時に、抵当権あり

iii 抵当権者が勝訴し、抵当権消滅せず

本判決の結論に関しては、我妻博士がこれを支持するほか、来栖博士もその結論に反対しようとは思わないとして(消極的ながら)支持をしている。このように、両者の支持はそもそも同列に扱うことはできないが、それは両者が三九六条と三九七条の関係性について立脚する立場が異なるという観点から、論理的に説明をすることができ

る。
すなわち、我妻博士は、前述のα説の立場から、本判決と同様、第三取得者には三九七条の適用がないとの考えを述べていたところ、同旨の判断が出されたものである。

これに対し、β説の来栖博士は、次のような理由により支持したに過ぎない。すなわち、三九七条は第三取得者にこそ適用されるが、同条の由来であるフランス民法二一八〇条(当時)は、古法の隠れた抵当権の時代に効用を有した規定である。したがって、抵当権につき公示主義が採られている現在では無用有害で、一八五〇年および一八五一年の抵当権法の改正案に際して削除の提案がなされたのである。よって、従来の判例も、三九七条の適用

を狭めようとしたが、本判決はその態度を徹底したのであり、近代法における抵当権強化の傾向にも合し、首肯しうるとして賛成するのである。^(11b)

もつとも、ここで問題が発生する。というのも、本判決は、三九七条は第三取得者に適用ありとする【1】判決を引用しているからである。これは、どういうことなのであるか。

この問題に関して、来栖博士や安達教授は、その不連続を指摘している。⁽¹²⁾このように本判決が、【1】判決を参照せよとしている点を矛盾であると指摘するのは、簡単ではある。しかし、両判決における事案の違いに着目することで、両判決を整合的に理解することはできないであろうか。

【1】判決は、前述のように、未登記の第三取得者につき、一六二条の時効取得を認め、その結果として、三九七条による抵当権の消滅も認めたものである。これに対し、【3】判決は、既登記の第三取得者の事案である。したがって、そもそも、第三取得者が既登記の場合には、すでに確定的にその所有権を取得している以上、立証の困難の救済という時効制度の趣旨が妥当しないので、自己の物に関する時効取得を認める必要がない。よって、この場合には、時効取得がない以上、取得時効の反射的效果による抵当権の消滅を規定する三九七条の適用自体も否定的に解されるのである。このように解することで、両判決を整合的に理解することが可能なのではないであろうか。⁽¹³⁾その意味で、この【3】判決は、【2】判決の立場を一步進めたものと評価することができよう。

このような考えに対しては、登記ある人間の保護が、登記のない人間の保護よりもうすくなつて、バランスを失うとの批判も存する。⁽¹⁴⁾しかし、時効制度の趣旨からして、登記ある人間に、立証の困難を理由とする取得時効の主張を認める必要性に乏しいことは明らかである。むしろ、このようなバランス論を言うと、全くの無権利者が時効取得により保護されることをどう説明するのが不明になりかねない。

ここでの問題は、時効制度に関わる以上、その制度趣旨から問題の解決を図る思考法が採られるべきであろう。

【4】 最判昭和四三年二月二十四日民集二二卷一三三三三六頁⁽¹⁵⁾

〔事実〕 原告Xは、昭和二十七年六月二〇日、前主Aから本件土地・建物の贈与を受けたが、右不動産につき所有権移転登記を経由していなかった。また、その受贈当時、本件土地・建物には、Bの抵当権が設定・登記されていた。その後、その抵当権が実行され、被告Y1が昭和三四年二月九日、それらを競落して、所有権移転登記手続を了した。昭和三五年八月二十九日、本件建物をY1から被告Y2が買い受けたとして、所有権移転登記手続を了した。

これに対して、Xは、受贈以来、所有の意思を持って、平穩・公然に占有し、かつ占有の始めにおいて他人の物であることについて善意かつ無過失であったから、一〇年後の昭和三七年六月一九日の経過とともに時効により本件不動産の所有権を取得したと主張して、Yらに対して、所有権移転登記手続を請求したのが本件である。

原審は、X勝訴。そこで、Yらが上告。上告理由は、①本件不動産につき抵当権者からの競売の申立に基づき競売開始決定がなされてその旨登記されたことにより、Xの取得時効が中断されたものと認められるべきである、②Xが本件不動産の取引において登記簿を調査しなかったのは過失ありとされるのは判例の一貫した態度であるから、占有の始めに善意かつ無過失であったと認めた原審の判断は違法である等というものであった。

〔判旨〕 上告棄却。

まず、上告理由①については、

I 「Xは所有権取得登記を経由しておらず、前記競売手続がXを目的物件の所有者としてなされたものではないことは、所論も認めるところであるから、右競売開始決定に基づき差押えの効力が生じても、そのことが

Xに通知されないかぎり、これをもってXの取得時効についての中斷事由とするに由ないことは、民法一五五条に徴し明らかである」とした。

また、上告理由②については、

Ⅱ 「民法一六二条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、占有の目的物件に対し抵当権が設定されていること、さらには、その設定登記も經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」として、Yらの上告を斥けた。

〔検討〕 本件は、次のような事案と結論である。

- i 第三取得者〔未登記〕型
- ii 占有開始時に、抵当権あり
- iii 占有者が勝訴し、抵当権が消滅する以上、その抵当権実行に基づく競落人や、競落人からの取得者は、保護されない。

本件は、時効取得を主張する、未登記の第三取得者Xと、その者の占有開始時にすでに存在し、登記されていた抵当権が実行され、その競売に基づいて、当該不動産を買い受けた競落人Y1およびその競落人からの取得者Y2との間で争われた事件である。

Xは、抵当権の存在を知らながら、あるいは過失により知らずに、当該不動産を譲受けており、しかもその移転登記も具備していない以上、その要保護性が高いとはいえない。

他方、Yらも、当該抵当権が実行された結果、実施された競売手続において、その不動産を競落し、あるいはそ

の競落人から建物を取得しながら、実際にその不動産を占有し続けているXに対して、何らその取得時効を中断するような措置をとらずに、権利の上に眠っていた者であって、その要保護性も高いとはおよそいえない。

このような両者の争いに関して、最高裁は、【1】判例の判旨Ⅳと同様、一六二条一項については、抵当権の存在については無関係であるとして、Xを勝訴させたものである。一般論からすれば、以上のように整理できるであろう。ところが、本件の事情はもう少し複雑である。

本件につき、一番はXの請求を棄却し、Yらを勝訴させた。もともと、その理由は民集に掲載されていないため不明である。Yらは、時効の起算点がXの占有開始時ではなく、Yらの所有権移転登記時であると主張していた。一番は、これを容れたのかもしれない（しかし、これは判例法理に反する）。

そのため、原審は逆にXを勝訴させている。その背後には、Xが訴外Aから本件不動産の贈与を受けた理由は、同人との間に生まれた二人の子女の養育費にあてるためであり、今日まで所有の意思をもって平穩・公然に占有を継続してきたことがあった。また、Yらは、Xが本件不動産の占有開始時に、抵当権設定登記がなされていることを知り、したがって将来第三者に本件土地建物の所有権が移転することを当然予期していたのであるから、占有の初めに過失があると主張した。これに対し、原審は、本判決の判旨Ⅱと全く同じことを述べて、排斥している。

そこでYらは、上告理由では、「無過失とは自己に所有権ありと信ずるに付過失のないことを言う」とした上で、「過失ありや否やの法律判断は単に皮相のみを見るのではなく、常に取引の安全をも顧慮して判断すべきこと言をまたない」と述べている。その背景には、本件競売事件における執行吏による賃貸借取調報告書によると、Xが所有者との間に、本件建物の一階部分を敷金・期間の定めなく無償の使用貸借中と記載されていたことがある。にもかかわらず、その後、Xは愛人Aからの贈与契約書（私文書）を持ち出して、一〇年の時効取得を本件一番でいき

なりしてきたのである。そのため、Yらは、「堂々と贈与による所有権取得登記をなした者は其登記は抹消せられ、不利の立場に置かれ、本件の如く之が登記を為さず、抵当権者、競落人をはじめ一般人に贈与の事実を知る機会を与えない一片の私文書により贈与契約を為していた者は重大な利益を受ける結果となり、社会主義に反する重大な矛盾を生ずるに至る」などとして、「取引の安全」の見地から「過失」の有無を判断せよと主張したのである。

もつとも、このような見解は独自のものであるから、当然最高裁が容れるわけがなく、前記の判旨のとおり判断が下されたのである。Yらとすれば、使用借人は競落人に対抗できない以上、退去を求めたり、新たに賃貸借を結ばせるなりしておけば、Xの時効取得を阻止できた以上、この結論もやむを得ないのかもしれない。

いずれにせよ、X勝訴の結論を導くために、本判決が、【1】判例の判旨Ⅳと同様、一六二条一項については、抵当権の存在については無関係であるとしたことを改めて確認しておきたい。

【5】 最判平成一五年一〇月三一日判時一八四六号七頁⁽¹⁶⁾

〔事実〕 昭和三十七年二月一七日からXが本件土地を占有していた。昭和五八年二月一三日、訴外Aに対する本件土地上への抵当権の設定とその登記がなされ、平成八年一〇月一日、Yが本件抵当権を譲り受けた。平成一一年六月一五日、Xが占有開始時の昭和三十七年二月一七日から二〇年の時効取得による所有権移転登記を経由した。

その後、Xが、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更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して、Yに対して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。

一審、原審とも、Xの再度の取得時効を認め、取得時効の効果として、Yの抵当権は消滅するとして、Xの請求

を認容した。これに対して、Yが上告。再度の取得時効を認めた点の違法をいう部分に限って上告が受理された。

〔判旨〕 破棄自判。

最高裁は、抵当権を前提とした登記がある以上、Xが再度の時効取得により、抵当権が消滅したことを主張することは許されないと、次のように判示した。

「Xは、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。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して、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。」

〔検討〕 本件は、次のような事案と結論である。

- i 純粹不法占有者型
- ii 占有開始時に、抵当権なし
- iii 占有者が敗訴し、抵当権が消滅せず

本判決は、再度の取得時効の援用を否定し、その結果、抵当権は消滅しないと、抵当権者Yを勝訴させた。その理由として、本判決は、Xが、「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。Xは、上記時効の援用による土地の原始取得とその旨の登記により、Xは占有開始時の昭和三十七年二月一七日にさかのぼって確定的に本件土地の所有権を取得している以上、その所有権取得

について、立証の困難はないから、自己の物について取得時効を認める必要性に乏しいことをその理由として述べているのである。この理由は、筆者が【3】判決の「検討」の箇所ですべて考えた、完全に符合するものである。

そして、このような場合に、起算点を後の時点にずらせて、再度、取得時効の援用を許すことは、時効の起算点はずらせないとする判例法理⁽¹⁷⁾に明らかに反する。

実質的にみても、平成十一年六月一日、Xが昭和三十七年二月一七日から二〇年の占有による時効取得を理由に所有権移転登記をしている。この登記の際、権利の乙区には、Yの抵当権が登記されていたのであり、それについてXは何らの異議も述べることなく、むしろその存在を前提としたような所有権移転登記を甲区に具備している。すなわち、物的担保の存在を前提としない占有とはいえないから、三九七条を適用することはできないのである。

【2】判決参照。

したがって、その後、Yの抵当権を消滅させるため、起算点を後の時点にずらせて、再度、Xが取得時効の援用をすることは、矛盾挙動の禁止に反し、認められないのである(一条二項)。

以上のことから、本判決は、「このような場合に」は、再度の取得時効の援用を否定し、その結果、抵当権は消滅しないものと考えられる。

【6】最判平成二四年三月一六日民集六六卷五号三三二頁⁽¹⁸⁾

【事実】昭和四五年三月、Xは本件土地をAから買い受けたが、その登記は未了であった。その後、A死亡により相続が発生し、昭和五七年一月一三日、本件土地の所有権はAからBに移転した。昭和五九年四月一九日と昭和六一年一〇月二四日に、本件土地につき、Yのために抵当権設定がされ、その登記が具備された。なお、後者の抵

当権は、平成九年一二月に、債務の完済により消滅している。

Xは、これらの事実を知らないまま、換地の前後を通じて、本件旧土地又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。

平成一八年九月、本件土地につき、Yが本件抵当権の実行として競売開始決定を得たことから、これに対してXが、本件土地を時効取得したため、本件土地上の抵当権も三九七条により消滅したとして、第三者異議訴訟を提起したのが本件である。

一審、原審とも、Xは遅くとも昭和四五年三月三一日から一〇年の経過により本件土地を時効取得したが、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昭和六一年一〇月二四日から一〇年で取得時効が完成しているとし、XのBに対しておこなった時効の援用によつて、Xが本件土地を原始取得するから、取得時効の効果として、Yの抵当権は消滅するとして、Xの請求を認容した。そこで、Yが上告。

〔判旨〕 上告棄却。

最高裁は、まず、I平成一八年に、Xは、昭和五九年の抵当権設定時を起点とした一〇年の取得時効完成を主張したところ、これを認めた。

また、II一六二条一項については、抵当権の存在については無関係であるとした。

その上で、次のとおり判示した。少し長くなるが、重要であるので引用しよう。

「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、是認し難いといふべきである。

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(最高裁昭和三四年(オ)第七七九号同三六年七月二〇日第一小法廷判決・民集一五卷七号一九〇三頁)、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ふことができる。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。」

なお、古田佑紀裁判官の補足意見がある。その補足意見は、次のとおりである。

「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と、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對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、法廷意見は被上告人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、

民法三九七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できる。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(民法二八九条、二九〇条参照)、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。

〔検討〕 本件は、次のような事案と結論である。

- i 第三取得者〔未登記〕型
- ii 占有開始時に、抵当権なし
- iii 占有者が勝訴し、抵当権が消滅

本判決では、【5】判決と同様、再度の取得時効に関して、その援用をすることができかが争点となった。しかし、その結論は、【5】判決と異なり、これを肯定するものであった。その差は、両者の事案の違いに求めることができるであろう。

すなわち、本件では、Xは未登記の第三取得者であるところ、昭和五五年三月の一度目の取得時効に関して、その時効を援用しておらず、未だ確定的な所有権を取得してはいない。その状態で、Xが占有を続けたところ、第三者Yが現所有者から抵当権の設定を受け、その登記を了したのである。とすると、Xはその所有権取得について、立証の困難があるために、自己の物について取得時効を認める必要性については何ら変わっていないといえるから、

(再度の) 取得時効の援用を認めるべき状態であると評価することができよう。

また、本件は、【5】判決の事案と異なり、一度目の取得時効に関して、その時効を援用していないから、抵当権が乙区に登記されているにもかかわらず、それを前提にするような所有権移転登記を具備したというような事情も存しないから、物的担保の存在を前提としない占有ということができる(【2】判決参照)。

したがって、その後に、Yの抵当権を消滅させるため、起算点を後の時点にずらせて、Xが再度の取得時効に關し、その援用をすることは、矛盾挙動の禁止に反するということもなく、三九七条を適用することもできるのである。

以上より、本判決は、再度の取得時効に關する援用をXに認め、その結果、取得時効の反射的效果として、Yの抵当権は消滅したと判断したものと考えられる。

このように、【5】判決と【6】判決は、矛盾することなく、整合的に理解することが可能である。

問題は、再度の取得時効の起算点をいつと考えるかである。ひとつの考え方は、一度目の時効が完成した翌日が起算点となるとするものがありうる。しかしながら、この考えによると、二度目の時効完成間近に、抵当権を設定し、登記を具備した抵当権者が、まもなくその権利を失ってしまう事態が生じうる。これは妥当とはいえない。

そこで、本判決は、占有者と抵当権者間の権利関係の対立について、時効完成後の事案における、元所有者から第三者への所有権移転登記事例に比肩するといえることができるという論理をかませることによって、現存する最先順位の登記時という考えを採用する。この考えは、結論的にも妥当であるとともに、取得時効に關する判例法理の一つである最判昭和三十六年七月二〇日民集一五卷七号一九〇三頁にも合致するものであり、評価できよう。

なお、古田判事の補足意見は、β説にたつて、問題を考察することの必要性を説くが、β説は、三九七条の善意・

悪意の対象を抵当権と考えるので、占有開始時に抵当権がすでに存する事例についてのみ、三九七条の適用を考えるのが論理的である。本件は、前述のとおり、占有開始時には抵当権の存しなかつた事例であるが、それでもなお、 β 説に基づいて考察できるのか、できるとすればそれはなぜなのか、さらに検討が必要であろう。

2 三九七条に関する判例法理のまとめ

以上より、【1】から【6】の判例群は、互いに矛盾することなく、整合的に理解することができるであろう。その内容は、次のようにまとめることができる。

- (1) 三九七条は、取得時効が完成したことによる反射的効果として、抵当権が消滅するとする規定である。
- (2) そのため、三九七条における善意・悪意の対象は、所有権についてのそれであり、抵当権の存否に関するものではない。
- (3) 占有者が取得時効により、どのような権利を取得できるかは、その占有範囲・占有態様による。したがって、抵当権の存在を前提とする占有である場合には、抵当権は消滅しない。なぜなら、このような場合には、抵当権の消滅する、完全な所有権を取得させる必要性に乏しいからである。
- (4) 第三取得者についても、その者が未登記である場合には、立証の困難から救うために、自己の物に関する時効取得を認めることができる以上、この場合は、三九七条も適用になる。
- (5) しかし、第三取得者が既登記である場合には、立証の困難から救うために、自己の物に関する時効取得を認める必要性がない以上、三九七条の適用も否定される。
- (6) 不法占有者についても、一六二条に基づく時効取得が認められる以上、三九七条が適用される。とするな

らば、譲渡契約はあったが、その契約に何らかの瑕疵がある場合や、無権利者からの譲渡による占有者について、一六二条に基づく時効取得が認められる以上、三九七条が適用されると思われる。

(7) 再度の時効取得に関する援用の可否については、一度目の時効取得に関する援用をしていない場合には、その援用が認められる。

(8) (7)の場合における時効の起算点は、現存する最先順位の抵当権設定登記時である。

それでは、以上のような判例の立場は妥当であるといえるのか。そのことを考察するために、以下では三九六条・三九七条の立法過程・沿革の検討に進みたいと思う。

(続)

(1) 最判平成一五年一〇月三一日判時一八四六号七頁、最判平成二四年三月一六日民集六六卷五号二二二一頁である。なお、最判平成二三年一月二一日判時二一〇五号九頁も関連判例ではあるが、三九七条そのものの判例とはいえないであろう。

(2) 道垣内弘人「時効取得が原始取得であること」法教三〇二号(二〇〇五)四六頁、角紀代恵「抵当権の消滅と時効」民事研修五九五号(二〇〇六)二三頁、同「再論抵当権の消滅と時効」星野追悼・日本民法学の新たな時代(二〇一五)三七一頁、松尾弘「物権の消滅時効」金山直樹編「消滅時効法の現状と改善提言」(二〇〇八)八六頁、金子敬明「抵当権と時効」最近の三つの最高裁判決を機縁として」千葉法学二七卷三号(二〇一三)六四頁、安永正昭「抵当不動産の自主占有の継続(取得時効)と抵当権の消滅」田原古稀・現代民事法の実務と理論(上巻)(二〇一三)一五五頁、武川幸嗣「抵当権時効と所有権の取得時効」内池追悼・私権の創設とその展開(二〇一三)五九七頁、古積健三郎「時効による抵当権の消滅について」同・換価権としての抵当権(二〇一三)二九二頁等。

(3) 松岡久和「物権法講義二九抵当権(八)：抵当権の処分と実行」法セミ六九九号(二〇一三)八七頁。

(4) 松岡・前掲八七頁。そもそも、三九六条および三九七条の解釈をめぐっては、来栖三郎・判民昭和一五年度七六事件判批

〔一九四二〕三〇五頁以来、「・・・であろうか。」という文末で締めくくられる解釈論が頻出している。同様のものとして、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（一九八二）一八一頁、角・前掲星野追悼三八二頁、三八九頁、河上正二・担保物権法（二〇一五）二四一頁等。この問題が、かつての時代から常に難問であったことが分かるであろう。

(5) 沿革・立法過程に関する先行研究として、角・前掲民事研修一四頁、武川・前掲六〇七頁、古積・前掲書三二二頁等があり、民法三九六条、三九七条の判例群の先行研究として、鈴木直哉「抵当権と時効制度」高島古稀・民法学の新たな展開（一九九三）三〇三頁、武川・前掲六〇〇頁、古積・前掲書二九四頁、角・前掲星野追悼三七四頁等がある。

(6) 中島玉吉・民法釈義卷之二物権編下（一九一六）一一八九頁、田島順・担保物権法（一九三四）二七五頁、石田文次郎・全訂担保物権法上（一九四七）二九六頁、勝本正晃・担保物権法下（一九四九）五三三頁、我妻栄・新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）（一九七二）四二二頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男・担保物権法（法律学全集）（第三版）（一九八二）四二二頁、川井健・担保物権法（一九七五）一三九頁、鈴木祿弥・物権法講義（五訂版）（二〇〇七）一三四頁、大久保邦彦「自己の物の時効取得について」（二・完）「民商一〇一卷六号」（一九九〇）五七頁、鈴木（直）・前掲二九三頁、近江幸治・民法講義Ⅲ 担保物権（第二版増訂、二〇〇七）二五六頁、船越隆司・担保物権法（第三版、二〇〇四）二六四頁、松岡久和・担保物権法（二〇一七）一七八頁等。

(7) 三九七条は消滅時効の一種であると解する説として、来栖・前掲三〇三頁、有泉亨（判批）「民商一三卷五号」（一九四二）八〇九頁、原島重義（判批）「民商五八卷二号」（一九六八）二八六頁、星野英一・民法概論Ⅱ二九三頁、野村豊弘・判民昭和四三年度一四六事件判批・法協八七巻五号（一九七〇）一八八頁、清水・前掲一八一頁、草野元己「抵当権と時効」玉田古稀・現代民法学の諸問題（一九九八）四五頁、道垣内弘人・担保物権法（第三版、二〇〇五）二二〇頁、同・前掲四六頁、内田貴・民法Ⅲ（第三版、二〇〇五）四七四頁、松尾・前掲八六頁、平野裕之・民法総合三担保物権法（第二版、二〇〇九）二〇三頁、高橋眞・担保物権法（第二版、二〇一〇）二四七頁、金子・前掲六四頁、武川・前掲五九七頁等。

(8) 両条を抵当権の時効消滅に関する一連の規定と解釈しつつ、三九七条は取得時効の性質を有すると解する説としては、梅謙次郎・民法要義巻ノ二（訂正増補改版第拾参版、一九一四）五九一頁、岡松参太郎・民法理由物権編（一八九七）五八三頁にまで遡る。ただし、両者の見解には、三九七条自体に立法論的な問題があるため、その適用対象を制限的に解し

ていこうとする発想はない。

- (9) 角・前掲民事研修二二頁、同・前掲星野追悼三七頁、古積・前掲書二九二頁。
- (10) 新井剛「道路を管理する地方公共団体の占有権の有無と占有権に基づく妨害予防請求」判例時報(判例評論)一九六八(五八二)号(二〇〇七)一八七(九)頁は、道路敷として土地の贈与を受けた県が、県道を無断で占有した不法占拠者に対して、再び占拠しないよう求めたものであるが、当該土地の所有権移転登記をしていないために、所有権に基づく請求ではなく、占有権に基づく請求の是非が問題になった判決を肯定的に評釈したものである。
- (11) 本判決の評釈として、来栖・前掲三〇三頁、柚木馨「抵当不動産の譲受人と民法三九七条の適用」民商一三卷二号五五三頁がある。
- (11 a) 【2】判決参照。
- (11 b) 来栖・前掲三〇五頁。
- (12) 来栖・前掲三〇四頁、安達三季生・注釈民法(五)二二六頁。
- (13) 鈴木直哉も、【3】判決は、登記をして確定的に所有権を取得している以上、自己物について、立証の困難を理由に、取得時効の主張をさせなかった判決であるとして、【1】判決との整合性を確保する考えを述べている(鈴木(直)・前掲三〇六頁)。高木多喜男・担保物権法(第四版)二八八頁も同旨である。
- (14) 大久保・前掲五九頁。
- (15) 本判決の解説・評釈として、横山長・曹時二一卷七号(一九六九)一四〇頁、遠藤浩・民商六一卷五号(一九七〇)一〇二頁、中井美雄・法時四二卷三号(一九七〇)一一二頁、野村豊弘・法協八七卷五号(一九七〇)二二〇頁がある。
- なお、本判決の前年に、自己の物に関する時効取得を認める判例が出された。最判昭和四二年七月二日民集二二卷六号一六四三頁である。同判決の事案は、贈与を受けたが、未登記の者が、一〇年占有した事案において、贈与後に設定された抵当権の実行による競落人との優劣が問題になったものである。判旨は、「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をした者をも包含するものと解するのを相当とする(大審院昭和八年(才)第三三〇一号同九年五月二八日判決、民集一三卷八五七頁参照)。すなわち、所有権に基づいて不動産を占有する者についても、民法一六二条の適用があるものと解すべきである。けだし、取得時効は、当該物件を永続して占有するという事実状態を、

一定の場合に、権利関係にまで高めようとする制度であるから、所有権に基づいて不動産を永く占有する者であっても、その登記を経由していない等のために所有権取得の立証が困難であったり、または所有権の取得を第三者に対抗することができない等の場合において、取得時効による権利取得を主張できると解することが制度本来の趣旨に合致するものといふべきであり、民法一六二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は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からである」と判示した。

この判示からして、第三取得者が所有権移転登記を経由している場合には、本判決の射程外と考えるべきであろう。なぜなら、この場合には、「所有権取得の立証が困難であったり、または所有権の取得を第三者に対抗することができない等の場合に」はあたらなから、自己の物について取得時効の援用を許す必要性に乏しいからである。

なお、同判決に関する解説・評釈として、瀬戸正二・曹時一九卷一〇号(一九六七)一六〇頁、於保不二雄・民商五八巻二二号(一九六八)一二七頁、廖祿明・法協八五巻九号(一九六八)一一〇頁、鈴木重信・登記先例解説集九巻四号(一九六九)七三頁がある。

- (16) 本判決の解説・評釈として、秦光昭・金法一七〇四号(二〇〇四)四頁、川井健・NBL七八四号(二〇〇四)七七頁、原田剛・法セミ四九巻六号(二〇〇四)一一五頁、谷本誠司・銀行法務二一四八巻六号(二〇〇四)六五頁、草野元己・法教二八六号(二〇〇四)一〇四頁、塩崎勤・登記インターネット六巻七号(二〇〇四)一四五頁、松久三四彦・金融判例研究(金法一七二六号)一四号(二〇〇四)三〇頁、辻伸行・判時一八六四号(二〇〇四)一九九頁、池田恒男・判タ一一五七号(二〇〇四)一〇四頁、岡本詔治・民商一三一巻二二号(二〇〇四)三三〇頁、岡田愛・法時七七巻二二号(二〇〇五)一一二頁、良永和隆・法教二九四号別冊(判例セレクト二〇〇四)(二〇〇五)一五頁、久須本かおり・愛知大学法学部法経論集一六七号(二〇〇五)一頁、尾島茂樹・金沢法学四七巻二二号(二〇〇五)一一三頁、吉岡伸一・金法一七四五号(二〇〇五)二七頁、平林慶一・判タ臨増一一八四号(二〇〇五)一六頁(平成一六年度主要民事判例解説)、生熊長幸・判リマ三〇号(二〇〇五)一四頁、金子・前掲一頁等がある。

- (17) 最判昭和三五五年七月二七日民集一四巻一〇号一八一七頁。

- (18) 本判決の解説・評釈として、香川崇・司法書士四八六号(二〇一一)一二頁、伊藤栄寿・銀行法務二一五六巻九号

- 〔二〇一二〕四頁、河津博史・銀行法務二一 五六卷八号〔二〇一二〕五九頁、梶村寛道・NBL九八五号〔二〇一二〕九二頁、加藤好隆・ビジネス法務二二卷一〇号〔二〇一二〕一〇頁、松尾弘・法セミ六九四号〔二〇一二〕一三〇頁、大久保邦彦・民商一四六卷六号〔二〇一二〕五六三頁、鳥生尚美・法セミ六九七号〔二〇一三〕一四頁、田中淳子・法時八五卷三号〔二〇一三〕二二八頁、五十川直行・ジュリ臨増一四五三号〔二〇一三〕六九頁〔平成二四年度重判〕、占部洋之・金法一九六四号〔二〇一三〕三八頁、吉田邦彦・判時二一七二号〔二〇一三〕一四八頁、中村肇・金判一四一二号〔二〇一三〕二頁、古積健三郎・新・判例解説Watch二二号〔二〇一三〕九五頁、石田剛・判り四六号〔二〇一三〕一八頁、同・法教別冊三八九号〔二〇一三〕二〇頁、金子・前掲一頁、西村曜子・北大法学論集六三卷六号〔二〇一三〕二二頁、石口修・愛知大学法学部法経論集一九四号〔二〇一三〕七一頁、平野裕之・金法一九七七号〔二〇一三〕三三頁、新井敦志・立正法学論集四七卷一號〔二〇一三〕一九三頁、矢澤久純・北九州大学法政論集四一巻一號〔二〇一三〕一一二頁、田中淳子・愛媛法学会雑誌三九卷三〓四号〔二〇一三〕一六三頁、岩川隆嗣・法協一三二巻九号〔二〇一四〕二四〇頁、松岡久和・別冊ジュリ二三三号〔二〇一五〕一八八頁〔民法判例百選一総則・物権 第七版〕、川畑正文・曹時六七巻一號〔二〇一五〕一七九頁、同・ジュリ一四八〇号〔二〇一五〕九〇頁、同・最判解民平成二四年度〔二〇一五〕四〇五頁、角紀代恵・民事判例六号〔二〇一五〕二二八頁等がある。