

不動産の時効取得後の抵当権と再度の時効取得

大島 一悟

目次

はじめに

- 1 平成二十四年判決の概要
- 2 平成二十四年判決の意義と従来の判例との関係
- 3 不動産の再度の時効取得の成否
- 4 再度の時効取得がなされた場合の抵当権への影響
- 5 抵当権消滅防止の方法
おわりに

はじめに

不動産の時効取得者は、時効完成前に抵当権を取得した第三者に対して、登記なくして対抗できるとされている（大判大九・七・十六民録二十六・一一〇八）。

そして、不動産を時効取得した占有者が、時効完成後に第三者へ所有権移転登記がなされた後も、引き続き時効取

得の要件を充足した場合に、再度の時効取得が認められるかどうかについては、第三者の登記時を起算点として肯定されている（最判昭三六・七・二〇民集一五・七・一九〇三）。

また、抵当権の設定された不動産を、債務者又は抵当権設定者でない者が時効取得した場合には、時効取得者が抵当権の存在を承認して占有をしない限り、民法三九七条によって抵当権が消滅するとされている（大判昭一三・二・一二判決全集五・二五九）。

このような状況の中、不動産が時効取得された後、所有権移転登記が未了の間に、第三者が当該不動産に抵当権の設定を受け、その旨の登記が経由された場合に、時効取得した占有者が引き続き時効取得に必要な期間占有を継続すれば、①再度の時効取得が認められるか、②再度の時効取得が認められるとして、設定された抵当権は消滅するのかが争われたのが、最判平二四・三・一六民集六十六卷五号二三二頁⁽¹⁾（以下、「平成二十四年判決」）である。

そして、平成二十四年判決は、上記①について再度の時効取得を認め、上記②について抵当権が消滅する旨の判示をしたため、特に、実務においては抵当権者の担保不動産の管理が重要となる。

そこで、本稿では、平成二十四年判決について確認をした後、第一に、再度の時効取得の成否について検討し、第二に、再度の時効取得が認められる場合、時効取得後に設定された抵当権が消滅するかどうかについての検討を行う。さらに、第三に、平成二十四年判決の法廷意見では言及されてはいないものの、抵当権者が、自己の抵当権を保護するための方策は実務上も重要であると思われるため、その方策について検討を行う。

1 平成二十四年判決の概要

本件は、争点の対象となっている土地（約二九、六〇〇㎡の畑）^②について抵当権の設定を受けていた債権者が、抵当権の実行として競売の申立てをしたところ、当該土地を時効取得したと主張する原告が、この競売の不許を求めた事案である。つまり、不動産の取得時効の完成後、所有権移転登記がなされない間に、第三者が原所有者の相続人から抵当権の設定を受けて登記を了した場合、時効取得者である原告が、再度、時効取得に必要な占有を継続したときは、^③抵当権が消滅するのかが争われた。

（１） 事案

Aは、昭和四十五年三月、自己が所有していた土地（以下、「本件土地」という）を、Xに売却したが所有権移転登記は経由されなかった。

Xは、昭和四十五年三月中に、本件土地の占有を開始し、サトウキビ畑として耕作を行って占有を継続している。

Aの子Bは、昭和四十七年十月八日、Aから本件土地を相続し、昭和五十七年一月十三日、その旨の登記を経由した。

Bは、昭和五十九年四月十九日、Y（奄美群島振興開発基金）に対し、抵当権(i)（以下、「本件抵当権」という）を設定し、昭和六十一年十月二十四日、Yに対し、抵当権(ii)を設定し、それぞれの登記手続を行った。なお、Xは、本件抵当権の設定登記時において本件土地の所有について善意無過失であった。Xは、これらの事実を知らないまま、本件土地の占有を継続した。

平成十八年九月二十九日、Yの申立てにより、本件抵当権に基づき、本件土地について担保権の実行としての競売

開始決定がなされ、Yのために差押えがなされた。この競売手続については、原告の申立てにより、平成二十年七月三十一日に停止決定がなされた。

Xは、Bに対し、平成二十年八月九日、本件土地の時効を援用するとの意思表示をした。

なお、抵当権(ii)は、被担保債権の完済によって、既に消滅している。

以上の状況下で、Xは、Yの申立てた競売の不許を求めて第三者異議訴訟を提起した。

(2) [第一審]⁽⁴⁾ (Xの請求を認容)

1) 争点

争点①…不動産が時効取得された後、第三者が当該不動産に抵当権の設定を受けて登記が経由されたが、時効取得した占有者が引き続き時効取得に必要な期間占有を継続すれば、再度の時効取得が認められるか。

争点②…争点①で、再度の時効取得が認められる場合、時効取得される所有権は抵当権の負担を負うか。

なお、争点①に関連して、時効の起算点は、占有開始時から抵当権設定登記時のどちらか、との点も争われたが、上記の2つの争点に関して検討を行うため、本稿では論じない。

2) 争点①について

(i) 裁判所の判断

再度の時効取得が認められる (Xの主張を認めた)。

(ii) 判断理由

Xは、本件土地の占有を所有の意思をもって、平穩・公然に開始し、占有開始時に本件土地の所有について善意・無過失であった。そして、Xはその後も占有を継続しているので、占有開始時から十年の経過をもって、本件土地についての取得時効が完成した（昭和五十五年三月三十一日の経過によって取得時効完成）。

Yは、この時効完成後の昭和五十九年四月および同六十一年十月二十四日に抵当権登記を経由しているため、Xは、Yに対して時効による所有権取得を対抗できない（抵当権の負担が付いた土地所有権を取得する）。

しかし、Xは、上記各抵当権設定登記後も、Bによる相続やYに対する抵当権設定の事実を知らずに継続して所有の意思をもって、平穩・公然に土地の占有を継続しており、土地所有について善意無過失であった。そして、抵当権(ii)の登記後十年を経た平成八年十月二十四日経過時まで、本件土地の占有を継続したので、Yに対し、「登記を経由しなくとも時効取得をもって対抗できる」（昭和三十六年判決参照⁽⁵⁾）。

なお、Yは、時効の基礎たる事実の開始された時を時効の起算点とし、その任意の選択を許さないとすべきであると主張した（昭和三十五年判決⁽⁶⁾、平成十五年判決⁽⁷⁾）が、認められなかった。

3 争点②について

(i) 裁判所の判断

本件で時効取得される所有権は抵当権の負担を負わない。

(ii) 判断理由

民法三九七条（抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅）は、所有権の時効取得が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。

本件でも、Xは、債務者や抵当権設定者ではない上、本件土地の時効取得者であり、起算点は前記のとおり昭和六十一年十月二十四日である。そして、本件抵当権は、時効完成前の昭和五十九年四月十九日に設定・登記されたものであるから、本件土地の時効取得の反射的效果として消滅する。

(3) 「原審」(Yの控訴を棄却)

控訴棄却。Yは、本件では第三者が抵当権者である点で事案が異なるため、所有権と抵当権が両立するのだから、昭和三十三年判決ないし平成十五年判決が妥当すると主張した。

これに対し、裁判所は、「第三者が所有権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)。控訴人の主張によれば、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」であるとした。Yが上告受理申立て。

(4) 「最高裁」(Yの上告を棄却)

1) 判断内容

上告棄却。

「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」。本件では、Xのための取得時効が完成した後に行われた本件抵当権設定登記時に、Xは本件土地を所有すると信ずるについて善意無過失であり、本件抵当権設定登記後、引き続き時効取得に必要な十年間の占有を継続し、その後の時効を援用した。そして、本件抵当権の設定や登記を知らないまま、土地の占有を継続しており、本件抵当権の存在を、Xが容認していたなどの特段の事情はない。

よって、Xは本件抵当権の設定登記の日を起算点として、本件土地を時効取得し、その結果、本件抵当権は消滅した。

2) 古田裁判官の補足意見

(i) 時効取得者との関係で所有権取得者と抵当権者は同視できるか

「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」としつつ、「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」とすることについては、「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」とし、「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」ることができるが、「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失うものではない」として、「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」と指摘する。そして、「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」であるとする。

(ii) 時効取得による抵当権の消滅について

「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」であるとし、「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可能」である。

2 平成二十四年判決の意義と従来判例との関係

(1) 平成二十四年判決の意義

1) 時効完成後の抵当権設定と再度の時効取得

第三者が所有権を譲り受けて登記を行った場合と、第三者が抵当権の設定を受けて登記を行った場合とを同様に扱い、抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情がない限り、占有者は抵当権設定登記時を時効の起算点として再度の時効取得をすることができる、として再度の時効取得を肯定した。

なお、抵当権設定が複数回なされた場合には、最初の抵当権設定登記時が取得時効の起算点となる、とした。

2) 再度の時効取得がなされた場合の抵当権への影響

抵当権設定登記日を起算点とする再度の時効取得がなされた場合には、当該土地に設定・登記されている抵当権は、時効取得の結果、消滅するとした。^⑩

(2) 従来判例との関係

1) 取得時効完成後の抵当権設定と再度の時効取得

この点に関する最高裁判例はなかったものの、取得時効と登記に関する判例は積み重ねられてきていた。^⑪ 土地の取得時効が完成したが所有権移転登記がなされていない時点で、原所有者が当該土地を第三者へ譲渡して移転登記がなされた場合であっても、占有者がその所有権移転登記時から再び時効完成に必要な期間の占有を行えば、第三者に時効の取得を対抗できることが確認されていた。^⑫

本件では、時効取得の対象となる土地が譲渡されたのではなく、当該土地に抵当権が設定・登記されたため、譲渡された場合と同様に考えることができるのかどうかが争点となった。^⑬

取得時効と抵当権の関係については、取得時効の完成後に、当該土地に抵当権が設定された事案で、時効取得者が時効を援用して所有権移転登記を経由した後、さらに抵当権設定登記時から取得時効に必要な占有を継続し、登記前に設定された当該土地の抵当権に対抗するため、再度の時効の援用を主張した場合には、その援用は認められないとの判断もなされていた。^⑭ この点、本判決は再度の時効取得を肯定した。

平成二十四年判決は、抵当権設定前の一度目の時効完成時に占有者は時効を援用しなかった点では昭和三十六年判決と同様であるが、当該土地の抵当権が消滅するかどうか（消滅させることが可能かどうか）が争われた点では平成十五年判決と同様である。

2) 再度の時効取得がなされた場合の抵当権への影響

取得時効と抵当権の関係について、民法三九七条は「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の要件をみたす占有をすれば、「抵当権は、これによつて消滅」する旨を規定している。民法三九七条について、一般的には、占有者の時効取得する所有権は原始取得であるため、その反射的效果として、その上の抵当権も消滅することを規定したものであると考えられており、債務を負担している債務者や抵当権設定による責任を負担している抵当権設定者に上記の効果を及ぼすことは妥当でないために置かれた規定であるとされている。⁽¹⁵⁾ この点については、抵当権の時効消滅について、所有権の原始取得の効果としてではなく、民法三九七条の効果によつて、「抵当権自体が時効消滅する」と解する学説もあり、見解が対立していた。⁽¹⁶⁾ この点、本判決は抵当権が消滅するとした。

なお、抵当権の存在を容認して占有がなされていた場合には、時効取得がなされても抵当権は消滅しないとされている。⁽¹⁷⁾

3 不動産の再度の時効取得の成否

平成二十四年判決では再度の時効取得が認められたが、そうであるならば、平成十五年判決との関係が矛盾するように思える。確かに、平成十五年判決では一度目の時効完成の後でいったん援用がなされてはいるが、その後どれだけ長期間占有を継続し、通常であれば時効取得が認められるような場合であっても、抵当権は存続することになりはしないか。そうすると、一度目の時効完成時には行動を起こさず（援用せず）、登記されている抵当権の再度の時効完成を待つて、抵当権設定登記時を起算点とする時効の援用を行えば、抵当権の負担のない所有権を取得できることになるのに対し、一度目の時効完成時に援用してしまった場合には抵当権の負担の付いた所有権を取得できるとなることになる。¹⁹⁾

平成十五年判決と対比すると、平成二十四年判決が再度の時効取得を認めた点は、結論として異なっているが、平成二十四年判決の判断は妥当である。平成十五年判決では、最初の時効完成時に援用がなされており、平成二十四年判決では最初の時効完成時に占有者は援用をしていない点が異なっている。そのため、平成十五年判決は起算点を後にずらして再度の時効完成を主張することは認めない従来の判例法理に倣ったと考えることができ、平成二十四年判決とは矛盾しない。平成十五年判決が再度の時効取得を認めなかった理由を、信義則・エスツッペルを根拠とする見解¹⁹⁾もあるが、時効の起算点をずらすことができない点に根拠を求めることで説明できると思われる。

これらの判断においては、「登記の欠缺を時効によつて補填しうるか、補填させるべきか」²⁰⁾で判断すべきである。星野教授は、不動産の二重譲渡の事案で、「登記の欠缺にもかかわらず、登記をした第二譲受人に対する時効取得の主張を認めて勝訴させた判決も存在するので、ことはいつそう複雑となる」と指摘し、²¹⁾「時効取得者を優先させる解釈をとるならば、民法一七七条の例外であることを自覚し、それを正当とする根拠」²²⁾が必要であるとしていた。その後、星

野教授は、民法一七七条の趣旨から、第二譲受人が背信的悪意者の場合はともかく、「第一譲受人は登記のない限り第二譲受人に対抗できず」、「第二譲受人の登記後十年または二十年占有」しないと第二譲受人に対して時効取得を主張できないと解してはどうか、と指摘した。⁽²³⁾この考え方に基づいて検討すると、本件では一度目の時効完成後に援用がなされておらず、所有権についての登記もなされていないため、再度の時効取得は認められないことになりそうであるが、第二譲受人との関係では再度の時効取得を認めることができることとなる。この点については、時効制度が「どろぼうを保護する制度になつてはならない」との考え方に基づくと、第一譲受人が正当な権原を有している場合には、登記がなくても再度の時効取得を肯定できる。

そして、時効取得を認める前提として、昭和三十六年判決のように所有権が譲渡された場合と比較すると、平成二十四年判決のように抵当権が設定された場合も時効取得者との権利の対立関係が生じ、譲渡・登記がなされた場合に「比肩する」との判断が示されたが、妥当である。不動産を時効取得しようとする占有者にとっては、当該物件について所有権同士の競合が生じると、抵当権者との間で利害の対立が生じることが、類似の状況下にあるといえるからである。

次に、平成十五年判決のように、最初の時効を援用し、登記を備えた場合であっても、再度の時効取得は認めるべきである。確かに、時効を援用した際に、その時に設定されている抵当権を認識し、積極的に容認していたような場合はともかく、平成十五年判決は時効の援用を対抗できない抵当権者が存在しており、再度の時効取得を認めなかったことは妥当でない。⁽²⁴⁾平成十五年判決の考え方によると、登記を先に具備すれば再度の時効取得が認められず、後で登記を具備した場合には認められることになるが、そうすると、登記を備えれば時効によって保護されなくなる一方で、登記を備えなければ時効によって保護されることとなり、登記をした者の方が、登記をしない者よりも不利益を

受けることになってしまうからである。⁽²⁶⁾

なお、本判決のように、最も古い抵当権設定登記時を起算点とする再度の時効取得を認める点については疑問が残る。例えば、時効完成前に登場した後順位抵当権者が存在する場合には、後順位抵当権も反射的效果として消滅することになってしまう。このことは、占有者が以前に完成していた時効を原因とする登記を具備することができたことを考えると妥当ではなく、その効果は、当該抵当権の消滅にとどまると考えるべきである。⁽²⁸⁾

4 再度の時効取得がなされた場合の抵当権への影響

本件において、抵当権が消滅することは妥当か。抵当権付きの所有権を取得すると考える余地はないのか。本件では、抵当権設定当時を起算点とする再度の時効の完成により、反射的に抵当権が消滅するとされた。⁽²⁹⁾ このことから、従来から認められてきた判例が、時効取得者と抵当権者との関係においてもあてはまると判示されたと考えることができる。⁽³⁰⁾ なお、古田裁判官の補足意見によると、民法三九七条の規定から抵当権が消滅すると考えることも可能にも思えるが、判示された内容からは、判決文のとおり、時効取得の反射的效果によって抵当権が消滅したと考えることが妥当であろう。つまり、本件は三九七条の問題ではなく、従来から判例が重ねられてきた取得時効と登記の問題として扱い、昭三十六年判決の示すとおり、不動産の時効取得者が、第三者の登記後さらに占有を継続した場合には、新たな時効が完成するとの準則によつて解決が図られたと考えられる。

本件事案においては、原所有者が占有者（時効取得者）に対して本件土地を売却しており、占有者に対する対抗手段がないことや、抵当権設定当時に現地調査を行えば、当該土地を占有者が占有していることを知り得た点などを考

慮すると、最高裁の判断は妥当である。また、平成二十四年判決を機に、抵当権者が担保目的物を管理する重要性は高まるものと思われるが、抵当権者へは強い権能が認められていることなどを考慮すると、担保目的物の調査や管理を怠った場合に不利益を被ることはやむを得ないと思われる。その一方で、抵当権消滅防止の方法が明確に定められるべきであり、その整備がなされなければ、実務においては混乱が生じかねないこととなる。

なお、先に指摘した通り、一般論として、その時点で複数の抵当権が設定されて登記されていたような場合であっても、反射的效果として全ての抵当権が消滅するとしてよいのかという点について、抵当権が消滅する場合には、個別の抵当権についての時効消滅が認められると考えるべきである。⁽³¹⁾ また、時効中断の方法が用いられたとしても、他の抵当権者には影響を与えないとするのが妥当である。そう解したとしても、当初の時効完成の登記を行わなかった占有者には酷ではないと考えられるからである。ただし、このように考えるのであれば、時効取得による抵当権の消滅に関しては、古田裁判官が指摘するように民法三九七条によって抵当権が消滅すると考える余地があるように思われる。

5 抵当権消滅防止の方法

時効取得によって抵当権が消滅するとして、抵当権者は当該不動産の時効を中断することができるのか。古田裁判官の補足意見でも指摘されているように、抵当権の消滅防止のための法的手段が必要である。考えられる手段⁽³²⁾としては、①原所有者が有する所有権に基づく明渡請求の代位行使、②抵当権に基づく妨害排除請求、③占有者に対して抵当権の存在を確認する旨の確認訴訟⁽³³⁾、④物権的請求権として、占有者に対して抵当権の存在を容認する旨の意思表示

を求めること、などがある。なお、③の確認訴訟に関して、本件とは少し事案が異なることになるであろうが、抵当不動産の所有者が不明の場合、抵当権を実行するために、抵当権確認の訴えが提起される可能性がある。

判決文からは、具体的な時効中断の方法は示されておらず、抵当権者としては、抵当権設定時に現地調査を丁寧に行う必要があるほか、抵当権設定後も当該物件の確認を行う必要がある。この点については、担保不動産の適正な評価のためには、現在すでに現地検分が不可欠であり、その義務を課す結果となっても取引に悪影響を及ぼすとはいえないとの指摘がある^④。

しかし、抵当権者が目的不動産を調査・管理する際、第一に、目的不動産が田畑や山林のような場合、第二に、目的不動産が遠方に存在するような場合、第三に、目的不動産が賃貸されているような場合などであれば、従来以上の注意が必要となろう。そして、調査を行った際に、現地に誰もいないような場合には、どのようにして占有者を判別するのも重要となるため、その対応が必要となる。

このように、抵当権消滅防止の方法はいくつか考えられるが、具体的な事例に即して検討すると、実効性のある対応策を取ることは難しいのが現状であると思われる。

おわりに

本稿での検討内容の概要は以下の通りである。

第一に、不動産が時効取得された後、所有権移転登記がなされていない間に、第三者が抵当権設定を受け、登記が經由された場合、時効取得した占有者が引き続き時効完成に必要な占有を継続すれば、再度の時効取得が認められる。

このことは、時効取得後に当該不動産が譲渡された場合と抵当権設定登記がなされた場合は同視できるとの考え方により、従来からの取得時効と登記に関する判例法理が適用できるものと思われる。

第二に、上記の再度の時効取得が認められる場合に、抵当権は消滅するの存続するの点については、時効取得による反射的效果により、抵当権は消滅する。このことは、時効取得の効果は原始取得であることから、新たに取得される所有権には抵当権の負担が付かないとするべきであり、抵当権者としては、当該物件の調査や管理を適切に行うことで抵当権消滅を防止できることから抵当権の消滅を認めることが妥当であろう。ただし、抵当権者が抵当権消滅を防止する方法については別途検討が必要である。

第三は、上記第二の点とも関連するが、抵当権者が抵当権消滅を防止する方法として、具体的にどのようなものがあるかを検討した。この点については、抵当権設定時のみならず、抵当権者には担保目的物を適切に管理することが強く求められよう。それと同時に、抵当権が消滅する危険が生じた場合に、その防止策が必要である。いくつかの方策について若干の検討を行ったが、この点については引き続き検討課題としたい。

このように、不動産の時効取得後の再度の時効取得をめぐる複数の論点があり、また、その解決方法に関してもいくつかの法律構成があるが、実務上は抵当権者が抵当権消滅を防止する方策を明らかにする必要性が高い。債務者が抵当権を用いた経済活動を円滑に行うためにも重要な課題である。

(注)

(1)

平成二十四年三月十六日最高裁第二小法廷判決(平成二十二年(受)第三三六号第三者異議事件) 民集六十六卷五号三三二頁、判時二一四九号六十八頁、判タ一三七〇号一〇二頁。

(2)

本件土地の地目は原野である。また、原告の弁護士を務めた弁護士による鳥生尚美「判批」法学セミナー六九七号十五頁(二〇一三年)によると、本件訴訟の訴額は十数万円で経済的利益が大きな事件ではないとのことであるが、サトウキビ農業を長年続けてきた原告にとって、本件土地は思い入れの強い土地であったとのことである。

(3)

平成二十四年判決の評釈として、大久保邦彦「判批」民商法雑誌一四六卷六号五六三頁(二〇一二年)、田中淳子「判批」法時八十五卷三号一二八頁(二〇一三年)、伊藤栄寿「判批」銀行法務21七四七号四頁(二〇一二年)、松尾弘「判批」法七六九四号一三〇頁(二〇一二年)、石田剛「判批」私法判例リマックス四十六号十八頁(二〇一三年)、西村曜子「判批」北大法学論集六十三卷六号二二頁(二〇一三年)、石口修「判批」愛知大学法経論集一九四号七十一頁(二〇一三年)、香川崇「判批」月報司法書士四八六号一二頁(二〇一二年)、古積健三郎「判批」新・判例解説Watch12号九五頁(二〇一三年)、五十川直行「判批」平成二十四年度重判解六九頁(二〇一三年)、松岡久和「判批」民法判例百選I「第七版」一八八頁(二〇一五年)、川畑正文「判解」ジュリスト一四八〇号九〇頁(二〇一五年) などがある。

(4)

鹿児島地裁名瀬支判平成二十一年六月二十四日金判二三九一号二〇頁、金法一九五五号一〇七頁

(5)

最一判昭和三十六年七月二十日民集十五卷七号一九〇三頁。山林の所有権をめぐって争われた事案で、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對抗しえないが、第三者の所有権取得登記後に占有者がなお引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つて對抗しうる、との判断が示された。

(6)

最一判昭和三十五年七月二十七日民集十四卷十号一八七一頁。土地の境界をめぐって所有権の帰属が争われた事案で、

取得時効完成の時期を定めるに当たっては、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、時効を援用する者において任意にその起算点を選択し、時効完成の時期を早め、あるいは、遅らせることはできない、との判断が示された。

(7)

最二判平成十五年十月三十一日判時一八四六号七頁、判タ一四一四号一三九頁。土地を時効によって取得した者が登記前に設定された当該土地の抵当権に対抗するため、再度の時効の援用を主張し、抹消登記手続きを求めた事案で、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援用はできない、との判断が示された。

平成十五年判決の評釈として、川井健「判批」ZB「七八四号七十七頁（二〇〇四年）、岡本詔治「判批」民商法雑誌一三二巻二二〇頁（二〇〇四年）、泰光昭「判批」金法一七〇四号四頁（二〇〇四年）、松久三四彦「判批」金法一七一六号三〇頁（二〇〇四年）、吉岡伸一「判批」金法一七四五号二十七頁（二〇〇五年）、生熊長幸「判批」私法判例リマークス三十号十四頁（二〇〇五年）、谷本誠司「判批」銀行法務21六四四号三八頁（二〇〇五年）、岡田愛「判批」法時七十七巻二二〇頁（二〇〇五年）、草野元己「判批」銀行法務21四九巻二二〇八三頁（二〇〇五年）などがある。

(8)

(9)

福岡高裁宮崎支判平成二十一年十一月二十七日金判一三九一〇頁、金法一九五五号一〇六頁。

最一判平成三十三年八月二十八日民集十二巻十二号一九三六頁。土地の所有権をめぐって争われた事案で、時効により不動産の所有権を取得しても、その登記がないときは、時効完成後原所有者から所有権を取得し登記を経た第三者に對し、その善意であると否とを問わず、所有権の取得を対抗できない、との判断が示された。

(10)

本判決の結論に賛意を示すものとして、本判決の結論・法律構成ともに穏当なものであるとする石田・前掲注(3)二十一頁や、本件の抵当権者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」とする石口・前掲注(3)一二六頁などがあり、本事案の結論について批判は少ないように思える。

(11)

取得時効と登記の關係については、星野英一「取得時効と登記」『民法論集第四巻』（有斐閣、一九七八年）三二八頁に、従来の判例理論から五つの原則が示されている。また、松岡久和「物権法講義十一―登記を要する所有権移転（3）」法

セ六八一号九十二頁以下（二〇一一年）では、取得時効の期間満了時の前後で判断を行う判例の考え方が、五つの準則にまとめられている。

(12) 前掲注（5）。

(13) 所有権と抵当権は、同一不動産の上に両立しうることを理由に、抵当権が設定された場合には、所有権の移転がなされた場合とは別異に扱うと考えることもできるが、河上正二「不動産の物権変動と対抗問題」法セ六四六号一〇六頁（二〇〇八年）では、抵当権は、実行されると抵当権設定時以降の第三者の使用・収益権を覆すことができることを理由に、抵当権設定の効力は、所有権が譲渡されて対抗力を備えた場合に匹敵するとし、所有権移転と抵当権設定とを別異に扱うと、制限的な権利である抵当権の方が所有権よりも強い効力が認められることになり、奇妙な結果となる旨の指摘がなされていた。平成二十四年判決は、この考え方を採用したものであると評価できる。この点について、五十川・前掲注（3）七〇頁は、抵当権以外の非占有担保権も同じ取扱いになるかどうかという点を本判決からの課題のひとつとして指摘する。

(14) 前掲注（7）。

(15) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』四八一頁（岩波書店、一九六五年）。なお、我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』四二三頁（岩波書店、一九六八年）では、民法三九七条が適用される場面について、「抵当不動産の全部または一部について、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ときには、抵当権も消滅する」とし、このような稀な場面にしか適用されないとする。椿寿夫編『担保物権法』（法律文化社、一九九一年）五〇頁「上田徹一郎」も、この規定を「債務者および抵当権設定者（物上保証人）については、たとえ抵当不動産を時効取得しても、抵当権の消滅を認めることは信義則に反するところから、これを認めないことを明らかにするもの」とする。

(16)

道垣内弘人『担保物権法（第三版）』一三三〇頁（有斐閣、二〇〇八年）。第三取得者と抵当権との関係については、道垣内弘人「時効取得が原始取得であること」法教三〇二号四十六頁以下に詳しい。なお内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保

物権(第三版)四七四頁(東京大学出版会、二〇〇五年)は、民法三九七条は抵当権が独立に消滅することを定める消滅時効の特則であるとする考え方については、「第三取得者が抵当権の存在について悪意でも二十年の占有で抵当権が消滅する」ため、長期ローンの場合には完済前に抵当権が消滅することがありうることの不都合を指摘している。

(17) 横山長『最高裁判例解説民事編昭和四十三年度(下)』一三八八頁(法曹会、一九七三年)。

(18) 吉岡・前掲注(7)三十二頁では、平成十五年判決の射程は、時効が援用されていない場合や、所有権移転登記が未了の場合についてまでは及ばないため、本件のような事案においては、抵当権が消滅する可能性がある点が指摘されていた。

(19) 大久保・前掲注(3)五七四頁。

(20) 星野英一「事項に関する覚書―その存在理由を中心として―」『民法論集第四卷』(有斐閣、一九七八年)二六三頁は、この点を真に考慮すべき問題であるとする。なお、大村敦志「事項に関する覚書―星野民法学の存在理由、あるいは七十年代日本の民法学の側面―」慶応法学第十号三八〇頁(二〇〇八年)は、星野教授の「覚書」は、「事項の具体的解釈は、その運用をできるだけ制限する方向で行うべき」ことを主張したと指摘する。

(21) 星野・前掲注(20)二六三頁。

(22) 星野・前掲注(20)三一〇頁。

(23) 星野・前掲注(11)三三七頁。

(24) 星野英一「取得時効と登記」補論『民法論集第四卷』(有斐閣、一九七八年)三四三頁。

(25) この点につき、草野・前掲注(7)一〇五頁は、以前に時効の援用があったかどうかで結論を異にする合理性は見出しがたいとして、平成十五年判決を「もう一つ説得力に欠ける判決であるといわざるを得ない」と評価している。また、当該事案では、占有者が土地の明け渡しを求められたために、やむなく時効を援用して不動産の所有権について争った経緯があるため、抵当権について容認していたとはいえない。

(26) 西村・前掲注(3)五一七頁は、平成十五年判決の考え方によると、登記を備えるインセンティブを奪うことになる」と指摘する。私見としても、この考え方を支持したい。

(27)

川畑・前掲注(3)九十二頁は、再度の取得時効の起算点を、現存する再先順位の抵当権の設定登記時になる理由として、第一に最初に権利の対立関係が生じた時点が時効の起算点になると考えられることを、第二に既に消滅した抵当権との間ではもはや権利の対立関係が生じる余地はないこと、などを指摘する。

(28)

佐久間毅「事例から考える民法」[第二十回]「法教三八七号一二七頁(二〇一二年)」は、「時効完成後の抵当権設定権設定登記時を起算点とする時効につき仮に三九七条を適用するとしても、その効果は当該抵当権の消滅にとどまると解すべき」ではないかとする。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」『千葉大学法学論集』二十七巻三号二十二頁(二〇一三年)は、別件の抵当権が残っていた場合には、起算点はどちらの抵当権の設定登記時になるのかは、なお未解決の問題であるとしたうえで、抵当権消滅を、所有権の時効取得の反射的效果として考えた場合には、時効が完成すると、その時点で複数の抵当権が既に設定されて登記をされていたとしても、まとめて消滅すると考えることとなり、三九七条の規定自体から抵当権が消滅すると考えた場合には、抵当権者ごとに時効の期間が異なることもありえるし、抵当権者が時効中断の手段をとった場合には、その効果は必ずしも他の抵当権者には及ぼさないと考えることもできると指摘する。

(29)

ただし、抵当権の存在を容認していた場合には結論が異なるため注意が必要である。この点、大久保・前掲注(3)五七七頁では、抵当権の存在について悪意であるだけでは、所有権の時効取得が認められる以上、悪意というだけで抵当権の存在を容認しているとはいえない、との指摘がなされている。

(30)

田中・前掲注(3)一三〇頁は、時効取得の効果が原始取得であることを理由に抵当権が消滅したとする平成二十四年判決を理解するためには、抵当権が独立して消滅することを定めた消滅時効の特則である民法三九七条の問題としてとらえることの可能性も示唆されている。大久保・前掲注(3)は、一六二条の特則として三九七条に独自の意義を認めたうえで、本件では三九七条を適用すべきであるとする。しかし、平成二十四年判決は、時効の制度趣旨から結論を導いていると思われることから、この事案が民法三九七条の問題であると捉えることは困難であるように思える。仮に同条を適用するとしても、佐久間・前掲注(28)のように、その効果は第一抵当権の消滅にとどまると考えるべきであり、後順位抵当権者に不測の不利をもたらさないために、全ての抵当権の消滅を認めるべきではない。

民法三九七条については、抵当権の存在を時効取得者が否認していた場合には、抵当権は消滅しないと考えられており、原則として抵当権は消滅すると考えられている（柚木馨ほか編『新版注釈民法（9）物権（4）「改訂版」』（柚木馨・小脇一海・占部洋之）（有斐閣、一九九八年）四七二頁）。松尾弘・古積健三郎『物権・担保物権法「第三版」』（古積健三郎）三八一頁（弘文堂、二〇〇五年）も、三九七条は、債務者・物上保証人以外の者について取得時効が成立したならば、たとえ被担保債権が存続していても抵当権自体が消滅することを明らかにしたものとする。ただし、この考え方については、道垣内弘人『担保物権法「第三版」』二三〇頁（有斐閣、二〇〇八年）は、抵当権者が抵当権の消滅時効の進行を中断することが困難であることに鑑みると、妥当でないとの指摘がなされている。

(31) 時効研究会「時効法改正のための諸提案をめぐる座談会・下」法時八十二巻五号一〇四頁「松尾発言」（二〇一〇年）は、今後の議論として、財産権の消滅時効の規定を「一般的に適用するの可否かが問題になるとし」、「地役権や抵当権については一定の権利障害事由が発生した時を起算点として」二十年ないし十年の経過によって消滅するという規定を設けるべきではないか、と指摘する。

(32) 本件の無記名の判例紹介（判タ一三七〇号一〇四頁（二〇一二年））の中で、具体的な時効の中断方法について検討がなされている。本稿においても、この判タの判例紹介で示された方法に沿って整理した。なお、香川・前掲注（3）十六頁は、古田補足意見の抵当権の消滅を防止する方法は、民法一六六条二項但書の定める承認請求権であり、抵当権者は、これを行使して時効の中断を図るべきであるとする。

(33) 古積・前掲注（3）九十七頁は、時効によって抵当権が消滅する不利益を回避する点で訴えの利益が認められるべきであることを理由に、目的不動産の占有者に対して、「抵当権の確認の訴えを提起することができると解すべき」であるとする。

(34) 松岡・前掲注（3）一八九頁。