

抵当権と時効・再論序説

——最判平成15・10・31及び

最判平成24・3・16の位置づけに向けて——

草 野 元 己

目 次

一 緒 論

- 1 はじめに——判例の推移——
- 2 最判平成15・10・31及び最判平成24・3・16の事案・判旨及び論点の提示
 - (1) 最判平成15・10・31の事案と判旨
 - (a) 事 案
 - (b) 判 旨
 - (2) 最判平成24・3・16の事案と判旨
 - (a) 事 案
 - (b) 判 旨
 - (3) 両判決をめぐる論点の提示と本稿において追及する課題

二 「取得時効と登記」に関する判例理論からの検討

- 1 判例理論
 - (1) 判例理論の概要
 - (2) 登記名義人による抵当権設定の場合への適用
- 2 検 討
 - (1) 最判平成15・10・31と最判平成24・3・16の齟齬について
 - (2) 判例理論の問題点からの検討
 - (a) 判例理論の問題点
 - (b) 判例理論の第5原則を中心とした検討
 - (ア) 最判昭和36・7・20の事案と判旨
 - (α) 事 案
 - (β) 判 旨

- (イ) 最判昭和36・7・20の問題点
- (ウ) 第5原則の正当化根拠について
 - (α) 右田説
 - (β) 佐久間説
 - (γ) 松尾説
 - (δ) 宇佐見説

三 本稿の結び

一 緒論

1 はじめに——判例の推移——

(1) いわゆる「抵当権と時効」の問題に関する判例としては、従来、〔1〕大判大正9・7・16民録26輯1108頁，〔2〕大判昭和13・2・12判決全集5輯259頁，〔3〕大判昭和15・8・12民集19巻1338頁，〔4〕大判昭和15・11・26民集19巻2100頁，〔5〕最判昭和42・7・21民集21巻6号1643頁，〔6〕最判昭和43・12・24民集22巻13号3366頁があげられ、これらをめぐっては、諸学説により様々な議論がなされてきた。筆者自身においても、民法167条2項（2017〔平成29〕年改正民法では、166条2項〔以下同じ〕）、396条、397条に関する旧民法以来の沿革を参考に、今から19年前、すなわち1998（平成10）年に、「抵当権と時効」と題する論考⁽¹⁾によって、この問題の考察を試みたところである。ところが、近年、〔7〕最判平成15・10・31判時1846号7頁，金判1191号28頁，〔8〕最判平成23・1・21判時2105号9頁，金判1365号18頁，〔9〕最判平成24・3・16民集66巻5号2321頁と重要判例が3件登場したことにより、抵当権と時効の問題は再びクローズアップされるようになり、現在、この問題は学説によって

(1) 拙稿「抵当権と時効」玉田弘毅先生古稀記念『現代民法学の諸問題』（信山社出版、1998）45頁以下。「抵当権と時効」の問題をめぐる従来の判例・学説の状況については、同47頁以下参照。

盛んに議論がなされている状況⁽²⁾にある。

(2) (a) ところで、前掲拙稿では、その冒頭において、次の5点を、
抵当権と時効の問題に関する論点として掲げた。

① 抵当権は、債務者または抵当権設定者以外の者との関係では、民法

(2) 最近の主要論文として、山野目章夫「抵当権と時効」(ボンヌ・シャ
ンス物権法 [第15回]) 法セ41巻6号(1996)76頁以下、道垣内弘人「時
効取得が原始取得であること」(論点講座「民法☆かゆいところ」第17回)
法教302号(2005)46頁以下、角紀代恵「抵当権の消滅と時効」みんけん
595号(2006)13頁以下、同「再論 抵当権の消滅と時効」星野英一先生追
悼『日本民法学の新たな時代』(有斐閣, 2015)371頁以下、田中克志「民
法三九六条及び同法三九七条に関する序論的考察」静岡大学法政研究14巻
3=4号(2010)1頁以下、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)97頁以下〔換
価権としての抵当権(弘文堂, 2013)所収, 292頁以下〕、香川崇「近時の
重要判例でみる時効——最判平24・3・16(金判1391——13)を中心にし
て」月報司法書士486号(2012)12頁以下、佐久間毅「『継続は力なり。』
そう思う→はい そう思わない→いいえ」(論点講座「事例から考える民法」
第20回)法教387号(2012)119頁以下〔佐久間ほか『事例から民法を考え
る』(法学教室 Library)(有斐閣, 2014)所収, 36頁以下〕、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
27巻3号(2013)1頁以下、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」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集
『現代民事法の実務と理論 上巻』(金融財政事情研究会, 2013)127頁以下、
武川幸嗣「抵当権時効と所有権の取得時効」内池慶四郎先生追悼論文集
『私権の創設とその展開』(慶應義塾大学出版会, 2013)597頁以下、同
「抵当権と時効・その1——抵当権時効の特色と第三取得者の地位」(プ
ラスアルファについて考える基本民法 [第13回]) 法セ61巻4号(2016)79
頁以下、同「抵当権と時効・その2——もう一步先の類型的考察」(プ
ラスアルファについて考える基本民法 [第14回]) 法セ61巻5号(2016)72
頁以下、青木則幸「時効による抵当権の消滅」(論点講座「再発見・担保
物権法」第9回)法教423号(2015)75頁以下。

167条2項により、被担保債権の消滅時効とは別に、独自に消滅時効にかかるのか。

- ② 抵当不動産の第三取得者や後順位抵当権者は、被担保債権の消滅時効を援用できるのか。
- ③ 抵当不動産の第三取得者は、民法397条による抵当権の消滅を主張できるのか。
- ④ 民法397条は、抵当不動産の時効取得の効果に関する規定か。また、そうだとすれば、抵当不動産を時効取得しうるのは誰か。
- ⑤ 民法397条は、時効による抵当権消滅の具体的要件を「取得時効に必要な要件を具備する占有をしたときは」と162条に委ねている。では、この場合、占有取得者の善意・悪意は、所有権・抵当権のいずれに関してであろうか。換言すれば、時効により抵当権の消滅が認められるためには、占有取得者にはどのような主観的態様が必要とされるのであろうか。⁽³⁾

これらのうち、まず②についてであるが、今日、[10] 最判昭和48・12・14民集27巻11号1586頁により、抵当不動産の第三取得者は、被担保債権の消滅時効の直接の受益者として、被担保債権の消滅時効の援用権者に含まれるものとされている。⁽⁴⁾次に、①については、[4]の昭和15年11月大

(3) 拙稿・前掲注(1)46頁。なお、同稿執筆当時、民法(第1編～第3編)は片仮名・旧仮名遣い・文語体の文章であったが、平成16年12月1日法律第147号「民法の一部を改正する法律」により、条文の現代語化がなされた。

(4) これに対し、[11] 最判平成11・10・21民集53巻7号1190頁では、後順位抵当権者は、先順位抵当権の被担保債権の消滅により直接利益を受ける者に該当しないということを理由に、同債権の消滅時効の援用権者には該当しないものとされた。なお、旧民法についてであるが、起草者ポアソナードによれば、後順位抵当権者は、抵当権を設定した債務者の承継人として(旧民証拠編97条1項「時効ヲ援用スルニ利益ヲ有スル当事者ノ総テ

判が、抵当不動産の第三取得者との関係で、民法167条2項による抵当権独自の消滅時効を認めている。但し、この点については、〔4〕判決が出された当時、第三取得者による被担保債権の時効の援用が認められてい⁽⁵⁾ば、抵当権の時効を問題とする必要はなかつたのであり、〔10〕判決によ⁽⁶⁾り、抵当不動産の第三取得者が被担保債権の消滅時効を援用できることが肯定された現在では、〔4〕判決の先例性は失われたという指摘も可能か⁽⁷⁾もしれない。

ノ承継人ハ或ハ原告ト為リ或ハ被告ト為リ其当事者ノ権ニ基キテ時効ヲ援用スルコトヲ得、先順位抵当権によって担保される債権の免責時効（現行民法の「消滅時効」）を援用できるとされており（ボアソナード氏起稿『再閱修正民法草案註釈第五編』〔発行所無記載、刊行年不明〕〔二七〇〕558頁以下〔ボワソナード氏起稿『再閱修正民法草案註釈第五編』（ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード民法典資料集成後期一——第二卷VI卷』）（雄松堂出版、2000）所収、285頁〕、後順位抵当権者も先順位抵当権の被担保債権の時効の援用権者とされている点が注目される（V. G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. V, Tokio, 1889, n° 270, pp. 286-287, 拙稿「旧民法における時効の援用権者——考察への展望——」平井先生喜寿記念〔前掲注（2）〕652頁参照）。

（5） 当時の判例では、第三取得者は、被担保債権の消滅時効の直接の受益者でないため、その援用ができないとされていた（〔12〕大判明治43・1・25民録16輯22頁，〔13〕大判昭和10・5・28新聞3853号11頁，〔14〕大判昭和13・11・14新聞4349号7頁）。なお、拙稿・前掲注（1）抵当権と時効48頁も参照。

（6） 拙稿・前掲注（1）抵当権と時効47頁以下。同旨——来栖三郎・判民昭和15年度（有斐閣，復刊，1954）117事件465頁〔来栖三郎著作集I 法律家・法の解釈・財産法・財産法判例評釈（1）〔総則・物権〕（信山社出版，2004）所収，638頁〕，古積・前掲注（2）134頁〔換価権としての抵当権323頁以下〕。

（7） 拙稿・前掲注（1）抵当権と時効48頁。同旨——平野裕之『担保物権法』（日本評論社，2017）134頁。ほぼ同旨——横悌次『担保物権法』（有斐閣，1981）244頁，平野『民法総合3 担保物権法〔第2版〕』（信山社出

(b) (ア) 以上に対し、上記③④⑤は、民法397条の解釈・適用をめぐる論点と言うことができるが、この場合、主に念頭に置かれていたのは、不動産を長期占有する者の占有開始時、既に当該不動産上に抵当権が設定されていたという事例と思われる。そして、前掲〔1〕,〔2〕,〔3〕,〔5〕,〔6〕の判決の中で、〔2〕,〔3〕,〔6〕の事案はまさにこれに該当するものであったが、このうち、〔2〕の昭和13年大判は、⑤の論点に関連し、抵当不動産の第三取得者が抵当権の存在を承認してその不動産を占有した場合について、民法397条の適用を否定するものであった⁽⁸⁾。また、その2

版, 2009) 194頁, 高橋眞『担保物権法 [第2版]』(法学叢書6)(成文堂, 2010) 244頁, 古積・前掲注(2)97頁以下〔換価権としての抵当権292頁〕。なお, 松岡久和『担保物権法』(日本評論社, 2017) 173頁は, 「中断などがあって被担保債権が時効消滅していない場合には,〔4〕判決を「根拠に抵当権のみの消滅を認める余地が残る」として,〔4〕判決の先例性を完全に否定するのではなく,「現在では判例としての価値は低い」という表現にとどめている。

(8) 拙稿・前掲注(1)抵当権と時効49頁も参照。なお, 上記本文では, ひとまず, 抵当不動産の第三取得者が抵当権の存在を承認した事案に関する〔2〕大判昭和13・2・12を, ⑤の論点に関連するものとしてあげているが, これは, 抵当権について悪意であることが抵当権の存在の承認の当然の前提となるという視点(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』[東京大学出版会, 1982] 170頁参照)に基づくものである。そして, 民法397条は, 抵当不動産の占有者が悪意(但し, 本文後述の〔6〕最判昭和43・12・24で議論されたように, その悪意が抵当権・所有権いずれのものについてかの問題はある)の場合であっても, その占有が20年継続した場合は, 抵当権の消滅を認める。

これに対し, 抵当権の存在を承認して占有するということは, 抵当権の存在について悪意であるだけでなく(池田恒男「〔7〕判決判批」判タ1157号(2004)113頁注(14)参照), 将来抵当権の実行により占有が奪われてしまっても構わないという意思で, 抵当権を容認して不動産を占有している場合を意味するか, とも考えられる(岩川隆嗣「〔9〕判決判批」法協131巻9号〔2014〕261頁以下も参照)。〔2〕の昭和13年大判は, 抵当不

年後に出された〔3〕昭和15年8月大判は、論点③④に関し、民法397条は「所有者ニ非サル債務者若ハ抵当権設定者以外ノ者」が時効取得した場合の規定であって、抵当不動産の第三取得者には適用されないとの判示を行⁽⁹⁾った。

(イ) ところが、上記大審院判例に対し、〔6〕の最判昭和43・12・24は、抵当権の実行により抵当不動産が競落された事案において、抵当不動産の未登記の第三取得者も当該不動産を民法162条に基づき時効取得できることを暗黙のうちに認容し、その上で、第三取得者がその占有不動産に抵当権が設定されていることを知り、または不注意により知らなかった場合でも、民法162条2項にいう善意・無過失の占有というを妨げない、と

不動産の第三取得者が抵当権の存在を承認しつつ占有したときは抵当権の消滅は否定されるとしているが、このような判示に基づくならば、⑤の論点とは別に、抵当権の存在を承認して不動産を時効期間占有した場合は、抵当権の負担が付いた所有権の取得しか認められないのか、という論点(論点⑥)も取り上げる必要があるのかもしれない。しかし、この論点を組上に載せるとしても、まず問題となるべきは、どのような占有態様が抵当権の存在を承認した占有とされるのか、という点であろう。また、そもそも抵当権の承認という主観的態様は、時効による抵当権消滅を規定した民法397条の趣旨との関係で果たして問題とすべきことがらなのか疑問なしとしない。なお、このことに関連し、遠藤浩「取得時効における占有の態様」我妻榮先生追悼論文集『私法学の新たな展開』(有斐閣、1975)174頁が、「抵当権を否定した占有とか、認容した占有とかとは何を指すのだろうか。占有を内容としないこの価値権について、これを否定した占有とは何なのか」と指摘している点(同論文179頁以下にも同様の指摘がある。遠藤「取得時効の効果の一考察」税務大学校論叢4号(1971)39頁以下も参照。同旨——角・前掲注(2)みんけん19頁、同・前掲注(2)星野追悼382頁、武川・前掲注(2)内池追悼615頁)は、きわめて注目し値する。ちなみに、後の本稿第二節2(1)(b)では、〔7〕最判平成15・10・31の事案で占有者が行った「抵当権の設定登記を伴った」時効取得の登記と抵当権の容認との関係について論じている。

(9) 拙稿・前掲注(1)抵当権と時効49頁参照。

判示した。

もっとも、〔6〕判決の事案で第三取得者が時効取得したとされるのは、既に競落人が競落により所有権を取得した土地、および、同競売手続で競落人が競落し、時効完成前に転得者に転売した、当該土地上の建物である。そこで、〔6〕判決は、後述の「取得時効と登記」に関する判例理論に基づき、原所有者から所有権を取得した競落人及び建物の転得者は、第三取得者の取得時効完成時における物権変動の当事者であるとして、第三取得者の時効取得による競落人及び転得者の所有権喪失と第三取得者の所有権取得を認めた原審の判断を前提として、前述のような判示を行っている。

しかし、民法144条の定める時効の遡及効によれば、第三取得者はその占有開始時に時効取得したことになるが、この論理からすれば、〔6〕の事案における第三取得者の時効取得によって消滅する権利は、占有開始時に当該不動産に付けられていた抵当権となるはずである。そうすると、〔6〕の事案についても、民法397条との関係如何が問題となるわけであるが、このように考えれば、〔6〕判決は、抵当不動産の第三取得者の時効取得を認め、それに伴い、当該不動産に付着していた抵当権の消滅を肯定したという点で、従来の大審院判例を変更したものであるという評価も⁽¹⁰⁾

(10) このように評価するものとして、横山長「〔6〕判決判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(下)昭和四十三年度』(法曹会, 1969) 1384頁。同旨——遠藤「〔6〕判決判批」民商61巻5号(1970) 107頁、横・前掲注(7)245頁、宇佐見大司「取得時効の起算点——一つの覚書」愛知学院大学論叢法学研究25巻1号(1981) 28頁以下、篠塚昭次=前田達明編『新・判例コンメンタール民法4担保物権』(三省堂, 1991) 197頁〔庄菊博〕、香川「〔8〕判決判批」法時84巻12号(2012) 110頁注(14)、石田剛「〔9〕判決判批」リマークス46号(2013) 20頁、柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4)[改訂版]』(有斐閣, 2015) 473頁〔柚木馨=小脇一海=占部洋之〕。

なりうる根拠として、本稿が時効の遡及効（民144条）をあげているのに対し、横山・同判解1390頁（注四）は、次のような説明を行っている。すなわち、同事案は「直接には、時効による抵当権の消滅が問題となっていない。しかし、抵当権の実行を見ないまま」抵当不動産の第三取得者の占有が10年継続した場合にも抵当権の消滅を主張できないとするならば、このような抵当権の負担を排除できない占有の継続によっては、抵当権の実行がその期間内になされた場合も、競落人（現行民事執行法の下では、「買受人」）の地位を否定しえないことになるはずであるから、「問題は必然的に三九七条の解釈と結びつく」と（ほぼ同旨——道垣内・前掲注（2）48頁、安永・前掲注（2）134頁）。要するに、この説明を裏から言えば、第三取得者における取得時効の完成によって抵当権が消滅することが民法397条で認められているからこそ、第三取得者は競落人の「競落による所有権取得自体を否定することができる」（角・前掲注（2）みんけん19頁、同・前掲注（2）星野追悼376頁）ということであろう（ほぼ同旨——古積・前掲注（2）104頁〔換価権としての抵当権298頁〕、松岡・前掲注（7）177頁以下）。また、これを換言すれば、武川・前掲注（2）「抵当権と時効・その1」83頁注13）が説くように、抵当不動産の第三取得者と抵当権実行後の「買受人間の優劣は抵当権者との対抗関係に従うため、抵当権者に劣後する第三取得者の保護は、同人が取得時効による抵当権の消滅を主張できることを前提とするものであり、買受人に対する関係において新たな取得時効が問題となるわけではない」ということになろう。

だが、〔6〕の事案は、抵当不動産の第三取得者による時効取得が抵当権実行による競落人の登場後であったのに対し、第三取得者の時効取得後に抵当権実行による競落人が出現したという場合を仮定するならば、後述の「取得時効と登記」に関する判例理論に従う限り、時効取得が未登記の第三取得者は所有権取得を競落人に主張できないことになる。よって、「取得時効と登記」に関する判例理論を前提とした上で、このような事例をも想定するならば、抵当不動産の第三取得者と競落人（買受人）の優劣の問題は、常に民法397条による抵当権の時効消滅の問題と直結することにはならないのであり（ほぼ同旨——久須本かおり「〔7〕判決判批」愛知大学法学部法経論集167号（2005）13頁、新井敦志「〔7〕判決判批」立正大学法制研究所研究年報11号〔2006〕46頁、高橋・前掲注（7）245頁、生熊長幸『担保物権法』〔三省堂テミス〕〔三省堂、2013〕166頁）、この点で、本注前段において紹介した見解の論理には幾分か疑問が残されること

なしうるかもしれない。⁽¹¹⁾

(c) (ア) 以上の〔2〕,〔3〕,〔6〕の判決に対し,〔1〕,〔5〕の判決は,不動産の未登記譲受人の占有開始後に原所有者から抵当権の設定を受けた第三者が現れた事案である。そして,このうち,まず〔1〕の大判大正9・7・16は,土地の未登記受贈者(国)の短期取得時効の完成を理由に,民法397条に基づき,同土地に後から付けられた第三者の抵当権の消滅を認め,抵当権実行により競落した抵当権者自身の所有権取得を否定したものである。⁽¹²⁾〔6〕判決と〔1〕判決とでは,原所有者から不動産を譲り受けて占有を開始した者と,抵当権の設定を受けた者の出現する順番が逆である点で大きな違いがあるが,両者とも,原所有者からの不動産の譲受人に時効取得を肯定している点では共通している。但し,〔1〕判決は,不動産譲受人の占有開始時には抵当権が存在していなかった事案に民法397条を適用したものであり,この点で多少問題がないとは言えない。

(イ) (α) 次に,〔5〕の最判昭和42・7・21は,家屋の未登記受贈者

になろう。

(11) 以上について,拙稿・前掲注(1)抵当権と時効49頁以下も参照。なお,〔6〕最判昭和43・12・24によって,従来の大審院判例(〔3〕大判昭和15・8・12)が変更されたという評価に反対するものとして,清水(誠)・前掲注(8)188頁,岡田愛「〔7〕判決判批」法時77巻2号(2005)114頁,平野・前掲注(7)民法総合197頁注274,198頁,高橋・前掲注(7)245頁,生熊・前掲注(10)166頁。

(12) 拙稿・前掲注(1)抵当権と時効48頁,82頁も参照。なお,角・前掲注(2)星野追悼385頁以下は,〔1〕判決の事案を,時効取得者と競落人との対抗問題に関するものであって,「取得時効の成立と抵当権の消滅が争点となったものではない」と捉えている。しかし,判決文からは必ずしも明瞭ではないが,同事案における土地の受贈者の取得時効完成時にはまだ競売はなされていないと見られるため,取得時効の成立による抵当権の消滅が争点となった事案と解することが可能であろう。

が同家屋を占有中、原所有者から同家屋に抵当権が設定され、その後競売がなされた事案であるが、最高裁は、競落人からの明渡請求に対し、未登記のため所有権取得の立証が困難であったり、所有権の取得を第三者に対抗できない場合には自己の物の時効取得も認められる⁽¹³⁾という理由の下で、未登記受贈者の時効取得を肯定した⁽¹⁴⁾。この判決は、(i) 取得時効を主張する者が原所有者からの未登記譲受人である、(ii) 判決文では明言されていないものの、占有者の時効取得時における所有者は取得時効により所有権を喪失する物権変動の当事者であるから、時効取得を登記なく対抗できるとする「取得時効と登記」に関する判例理論（後述）を前提とするものである、(iii) 占有者の時効取得によって所有権を失う当事者とされる者が不動産の競落人であるという点で、〔6〕判決と共通している。

しかし、〔6〕の昭和43年最判が既に抵当権の付着した不動産について占有が開始された事案であるのに対し、〔5〕判決の事案では、抵当権が付けられたのは、未登記譲受人の占有開始後である。そこで、④時効の遡及効（民144条）により時効取得するのは占有開始時であるという論理に従えば、家屋の未登記受贈者の時効取得時には抵当権はまだ存在していないわけであるから、〔6〕の事案で問題とされた「時効取得による抵当権の消滅」は議論の対象となりえないはずである。そうすると、この場合は、占有開始時に生じた時効取得の第三者に対する対抗が問題となりうるが、〔5〕の訴訟で対抗関係が問題となった「第三者」は、直接には、抵当権

(13) 〔5〕判決は、自己の物の時効取得を初めて認めた最高裁判例である。なお、自己の物の時効取得の問題については、拙稿「自己の物の時効取得について」半田正夫教授還暦記念論集『民法と著作権法の諸問題』（法学書院、1993）162頁以下参照。

(14) 〔5〕判決の事案について、拙著『取得時効の研究』（信山社出版、1996）220頁以下〔初出：拙稿「二重譲渡と取得時効」松商短大論叢36号（1987）87頁以下〕、同・前掲注（1）抵当権と時効82頁以下も参照。

の実行によって家屋を競落し抵当不動産の所有者（抵当権設定者）から所有権を取得した競落人であり、抵当権者ではないと考えられるため、ここでも時効取得と抵当権の関係は問題とならないようにも思われる。一方、⑥上述のように、判例理論に従い、占有者が時効取得するのは時効完成時であると解した場合は、競落人が時効取得により権利を失う物権変動の当事者となるのであるから、この点を勘案してみても、〔5〕の判決が果たして時効取得による抵当権の消滅に関わる事案か疑問がないわけではない。

(β) もっとも、〔5〕の事案のような場合、競落人は、競落以前に不動産占有者の取得時効を中断する方法がなく、もしこの取得時効を中断しようとするならば、結局のところ、抵当権者が占有者に抵当権の承認を求めていかざるを得ない（民166条2項ただし書〔2017（平成29）年改正民法では、同条3項ただし書〕）。また、〔5〕の事案で、仮にまだ競売がなされず、抵当権が存続している時に時効が完成するとすれば、〔1〕の大判大正9・7・16の事案と同様、不動産の未登記譲受人が時効取得したことによる抵当権の消滅如何、あるいは、時効の遡及効という考え方を前提とした抵当権者に対する時効取得の対抗が問題となる可能性もあるかもしれない⁽¹⁵⁾。

さらに、前述（α）の2段目の②では、時効の遡及効を前提に、〔5〕の事案において、占有開始時に生じた時効取得の対抗が問題となる第三者

(15) なお、安永・前掲注(2)145頁によれば、〔5〕の事案においては、時効の遡及効により、未登記譲受人はその占有開始時に原所有者から時効取得したことになり、その後の抵当権設定時には原所有者は無権利者となるため、原所有者の設定行為によっては抵当権は成立しない、とされる。しかし、このような解釈に対しては、もし時効取得も、民法177条の登記がなければ対抗できない物権変動に含まれると解するならば、占有開始時における未登記の時効取得は、その後原所有者から設定を受けた抵当権者に対抗できないことになるのではないか、という疑義が生ずるところである。

は、直接には、抵当不動産の所有者（抵当権設定者）から所有権を取得した競落人であるとしたが、この遡及効を貫けば、占有開始時に不動産を時効取得したが未登記の占有者は、占有開始後原所有者（所有名義人）から抵当権の設定を受けた者が出現した時点で、その抵当権者に時効取得を対抗できないことになろう。そうすると、この場合の時効取得者は抵当権の実行を否定できないことになり、その結果として、抵当権の実行に基づき所有権を取得した競落人にも対抗できなくなるとも考えられる。従って、このような論理に従えば、〔5〕の事案でも、競売前の抵当権者に対する時効取得の対抗が問題になることになろう。

そこで、以上のように考えるならば、〔5〕のような事案も、未登記譲受人の時効取得と抵当権の関係が問題となる範疇に含まれうると思量される。

(3) では、冒頭に掲げた判例のうち、最近の最高裁判決、すなわち、〔7〕、〔8〕、〔9〕判決は、どのような類型に位置づけられるのであろうか。〔7〕、〔8〕、〔9〕判決の中で、〔7〕と〔9〕の事案と判旨については、次の2で詳細に紹介する予定であるが、以下では、〔7〕、〔8〕、〔9〕に関して、その要点のみあげることにする。

(a) (ア) そこで、まず〔7〕の最判平成15・10・31と〔9〕の最判平成24・3・16であるが、これら判決は、〔1〕大判大正9・7・16、〔5〕最判昭和42・7・21と同様、時効取得を主張する者の占有開始後に係争地の所有名義人から抵当権の設定を受けた者が現れた事案（以下、このような事案の類型を「占有開始後抵当権設定ケース」と呼ぶことにする）であり、この抵当権者（〔9〕判決）、ないしは抵当権者からの抵当権の譲受人（〔7〕判決）との関係で時効取得が問題となったものである。そして、前述のように、〔1〕、〔5〕の事案では、時効取得者（未登記譲受人）の取

得時効が完成したのは、当該不動産上に抵当権が存在していた時（〔1〕の事案）、または、抵当権の実行による競売がなされた後（〔5〕の事案）であったため、抵当権者または競落人が未登記譲受人の時効取得による物権変動の当事者とされ、抵当権者の抵当権の消滅（〔1〕判決）、ないしは、競落人の所有権の喪失（〔5〕判決）が認容された。

ところが、〔7〕判決と〔9〕判決では、係争地の所有名義人から抵当権の設定を受けた抵当権者が登場したのは、当該土地の占有者の最初の取得時効が完成した後であり、後述の「取得時効と登記」に関する判例理論によれば、時効取得について登記がなされていなければ、時効取得者は所有権の取得を第三者にあたる抵当権者に対抗できないことになる。そこで、これらの事案では、係争地の占有者は、抵当権の登記時を起算点とする取得時効を援用するという方法で、抵当権設定登記の抹消登記手続を請求し（〔7〕の事案）、あるいは、抵当権の実行としての競売の不許を求めて第三者異議訴訟の提起を行った（〔9〕の事案）のである。だとすれば、〔7〕と〔9〕は、抵当権登記時を起算点とする所有権の時効取得と抵当権との関係が問題となる、新たな類型と位置づけることも可能なのかもしれない。

（イ）もっとも、上述の視点からは、〔7〕判決、〔9〕判決は一つの類型に括することができるが、〔1〕、〔5〕の事案と同様に、不動産の占有者が原所有者からの未登記譲受人であるのは〔9〕の平成24年最判のみである、という点は注意しなければならない。すなわち、〔7〕の平成15年最判は、抵当権設定者たる所有名義人の承継人以外の者が当該土地の占有を継続して取得時効を主張した事案であり、この点をどう評価するかが大きな問題となるが、本稿では、これを論ずる余裕がないため、以上の点についての詳論は続稿で行うことにしたい。

（b）次に、〔8〕の最判平成23・1・21は、土地を賃借して他主占有す
64(210) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

る者が賃借権の対抗要件を具備しない間に、当該土地に抵当権が設定された事案である。そして、この事案においても、〔7〕や〔9〕と同様、抵当権設定登記時を起算点とする取得時効が主張されているため、この点に注目すれば、一応、〔8〕判決も、〔7〕、〔9〕と同じ類型に含まれると言いうこともできよう。

ところが、〔8〕の事案では、土地の占有者は賃借人であり、ここで問題となっているのは、賃借人が援用する賃借権の時効取得の対抗である。そして、この点について、最高裁は、抵当権の目的不動産につき賃借権を有する者は当該抵当権の設定登記に先立って対抗要件を具備しなければ、抵当権の実行により目的不動産を買い受けた者に対して賃借権を対抗できず、このことは抵当権設定登記後に賃借権が時効取得された場合であつても同じであるとし、抵当権設定登記後、賃借人が賃借権の時効取得に必要とされる期間、当該不動産を継続的に用益したとしても、上記買受人に対して賃借権の時効取得を対抗することはできない、と判示した。要するに、〔8〕判決は、賃借権の取得原因が何であれ、賃借権は債権に過ぎないのであるから、賃借権者が当該土地の物権取得者に先んじて、民法605条や借地借家法10条等による対抗要件を備えない限り、賃借権を物権取得者に対抗することはできないという論理に基づくものであり⁽¹⁶⁾、この点に鑑みれば、〔7〕の平成15年最判や〔9〕の平成24年最判と同列に扱うことの

(16) 古積「〔8〕判決判批」新・判例解説 Watch【2012年4月】(法学セミナー増刊『速報判例解説』10号)(2012)60頁、同「〔8〕判決判批」平成23年度重要判例解説(ジュリ1440号)(2012)71頁、同「〔9〕判決判批」新・判例解説 Watch【2013年4月】(法学セミナー増刊『速報判例解説』12号)(2013)97頁、拙稿「〔8〕判決判批」民商145巻4=5号(2012)130頁、石田(剛)「〔8〕判決判批」リマークス44号(2012)21頁、松尾弘「〔9〕判決判批」法セ694号(2012)130頁、矢澤久純「〔9〕判決判批」北九州市立大学法政論集41巻1号(2013)四五頁(100頁)参照。

できない事案ではないかと思量される。また、筆者は、賃借権は所有権とは大きく異なり、原則として取得時効が問題となりえない権利ではないかという疑念を抱いているのであるが、仮にこの立場に立つとするならば、⁽¹⁷⁾〔8〕の事案はやや特殊な事案であり、〔7〕、〔9〕とは全く別個の考察が必要になると思われる。

(c) 以上により、本研究では、最近の最高裁判例〔7〕、〔8〕、〔9〕のうち、〔8〕判決はひとまず検討の対象から除外し、〔7〕の平成15年最判と〔9〕の平成24年最判を中心に、これら判決の事案が「抵当権と時効」に関する問題の中でどのような位置を占めるべきか考察していくことにする。

そこで、このような考察を進めるため、次の2では、まず、〔7〕〔9〕両判決の事案と判旨を詳説し、次いで、それら事案と判旨から具体的にどのような論点が導き出されるか考えていきたい。

2 最判平成15・10・31及び最判平成24・3・16の事案・判旨及び論点の提示

(1) 最判平成15・10・31の事案と判旨

(a) 事案

原審（広島高松江支判平成12・9・8 金判1191号35頁）の認定によれば、係争地（本件土地）は従来Aが所有していた土地であるが、Xは1962（昭和37）年2月17日にその占有を開始し、20年経過した1982（昭和57）年2月17日以降も占有を継続していた。Aは1983（昭和58）年12月13日、住宅ローン会社BのC旅館に対する債権を担保するため係争地に抵当権を

(17) 拙稿「判批」リマークス41号（2010）28頁、同・前掲注(16)「〔8〕判決判批」132頁参照。

設定して登記を経由していたところ、Y（株式会社整理回収機構）は1996（平成8）年10月1日、Bから同抵当権を被担保債権と共に譲り受け、1997（平成9）年3月26日、抵当権移転の付記登記がなされた。一方、Xは、係争地について、1962（昭和37）年2月17日を起算点とする20年間の占有継続に基づきAに対して取得時効を援用し、1999（平成11）年6月15日、「昭和37年2月17日時効取得」を原因とする所有権移転登記を経由したが、さらに、同年10月6日、Yに対し、Bの抵当権の登記がなされた1983（昭和58）年12月13日から10年間の占有継続による取得時効を援用。これにより本件抵当権が消滅したとして、その設定登記の抹消登記手続を請求した。

以上に対して、第1審（鳥取地米子支判平成12・3・27金判1191号36頁）及び原審は、①Xが最初の時効取得の登記をしないうちにBの抵当権の登記がなされた本件の場合、XはBの抵当権の登記の日からさらに時効取得に必要な期間、係争地の占有を継続すれば、B及び抵当権の譲受人Yに対し、登記なくして時効取得を対抗でき、時効取得の効果として消滅する抵当権の抹消登記手続を請求できる、②Xは本件抵当権設定登記の日には既に時効取得していたことからすると、その日以降の占有は善意・無過失のものとして認められ、その結果、同登記の日から10年の占有で係争地は時効取得され、これに伴い本件抵当権は消滅した、と判示。そこで、Yが上告受理の申立てを行った。

(b) 判旨

Xは、最初の「時効の援用により、占有開始時の昭和37年2月17日にさかのぼって本件土地を原始取得し、その旨の登記を有している。Xは、上記時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得したのであるから、このような場合に、起算点を後の時点にずらせて、再度、取得時効の完成

を主張し、これを援用することはできないものというべきである。そうすると、Xは、上記時効の完成後に設定された本件抵当権を譲り受けたYに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求することはできない。以上の理由により、最高裁は、原判決を破棄し、Xの請求を棄却した（自⁽¹⁸⁾判）。

(2) 最判平成24・3・16の事案と判旨

(a) 事案

原審（福岡高宮崎支判平成21・11・27民集66巻5号2341頁）の認定によれば、Aは、以前から、2005（平成17）年3月に乙地・丙地等に換地がされる前の甲地⁽¹⁹⁾（地目——原野）（本件旧土地）を所有していたところ、1970（昭和45）年3月、Xに対し、甲地を売却。甲地の買受人Xは、所有権移転登記を経ないまま、遅くとも同月31日から、甲地につき占有を開始し、サトウキビ畑として耕作していた。一方、Aの子であるA'は、1982（昭和57）年1月13日、甲地につき、1972（昭和47）年10月8日の相続を原因とする所有権移転登記を了し、1984（昭和59）年4月19日には、Bの債務を担保するため、同土地について、Y（独立行政法人奄美群島振興開発基金⁽²⁰⁾）を抵当権者とする本件抵当権（1番抵当権）を設定し、同日付けでその旨の抵当権設定登記を経由。さらに、1986（昭和61）年10

(18) なお、〔7〕最判平成15・10・31の事案と判旨については、拙稿「〔7〕判決判解」（時の判例）法教286号（2004）104頁、同「〔7〕判決判批」銀法642号（2005）83頁参照。

(19) 本件第1審の事実認定によれば、甲地は、乙・丙両地を含む4筆の土地に換地されたようである（民集66巻5号2331頁参照）。

(20) 但し、独立行政法人となったのは、2004（平成16）年である。なお、占部「〔9〕判決判批」金法1964号（2013）39頁注2に、奄美群島振興開発基金についての説明がある。

月24日、Cの債務を担保するため、同じくYを抵当権者として、同土地の上に2番抵当権を設定してその登記も行った。ところが、Xは、これらの事実を知らないまま、上記換地の前後を通じて、甲地または乙・丙両地（地目——畑）（本件各土地）を耕作し、その占有を継続。また、Xは、本件抵当権の設定登記時において、甲地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であった。

2006（平成18）年9月29日、鹿児島地方裁判所名瀬支部は、Yの申立てにより、乙・丙両地について、本件抵当権（1番抵当権）の実行として競売開始を決定（ちなみに、上記2番抵当権は、登記が残ってはいらぬもの、1997〔平成9〕年12月11日、債務者Cが被担保債権を完済したことにより、既に消滅している）。そこで、Xは、本件競売の不許を求めて第三者異議の訴えを提起し、さらに、2008（平成20）年8月9日、Xは、A'に対し、本件の関連事件に関する訴状の送達をもって、乙・丙両地につき、所有権の取得時効を援用する旨の意思表示を行った。なお、本件競売手続については、Xの申立てにより、2008（平成20）年7月31日、停止決定がなされている。

第1審（鹿児島地名瀬支判平成21・6・24民集66巻5号2330頁）及び原審は、①Xは2番抵当権設定登記時（1986〔昭和61〕年10月24日）から10年の占有継続に基づく取得時効完成後、時効の援用により、上記登記時に遡って乙・丙両地の所有権を原始取得したが、この時効取得は登記を経由しなくともYに対抗できる、また、②本件抵当権は時効起算日以前の1984（昭和59）年4月19日に設定・登記されたものであるから、民法397条に

(21) 第1審の判決文によれば、Xは、取得時効の起算日である1986（昭和61）年10月24日に遡って乙・丙両地を原始取得したとされるが、当時は換地前であるから、厳密に言えば、時効取得するのは甲地であり、換地により甲地に対する所有権が乙地・丙地等に引き継がれたということになろう。

従い、Xによる本件各土地の時効取得の反射的效果として消滅するとして、本件競売の不許を判示。そこで、Yは、〔7〕の平成15年最判によれば、本件のように、取得時効完成後未登記の間における抵当権設定登記の取得者（Y）と時効取得者（X）の関係は対抗問題となり、時効取得者（X）は抵当権付所有権を取得するに過ぎないとして、上告受理を申し立てた。

(b) 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。」なぜならば、①「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、②「不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に上記不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解されるところ（最高裁昭和34年（オ）第779号同36年7月20日第一小法廷判決・民集15巻7号1903頁）、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者が上記不動産につき抵当権の設定を受け、その登記

70(216) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

がされた場合には、占有者は、自らが時効取得した不動産につき抵当権による制限を受け、これが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるのであって、上記登記がされた時から占有者と抵当権者との間に上記のような権利の対立関係が生ずるものと解され、かかる事態は、上記不動産が第三者に譲渡され、その旨の登記がされた場合に比肩するということができる。また、上記判例によれば、取得時効の完成後に所有権を得た第三者は、占有者が引き続き占有を継続した場合に、所有権を失うことがあり、それと比べて、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けた第三者が上記の場合に保護されることとなるのは、不均衡である」からである。

「これを本件についてみると、……昭和55年3月31日の経過により、Xのために本件旧土地につき取得時効が完成したが、Xは、上記取得時効の完成後にされた本件抵当権（1番抵当権——引用者注）の設定登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意かつ無過失であり、同登記後引き続き時効取得に要する10年間本件旧土地の占有を継続し、その後取得時効を援用したというのである。そして、本件においては、……Xは、本件抵当権が設定されその旨の抵当権設定登記がされたことを知らないまま、本件旧土地又は本件各土地の占有を継続したというのであり、Xが本件抵当権の存在を容認していたなどの特段の事情はうかがわれない。」よって、「Xは、本件抵当権の設定登記の日を起算点として、本件旧土地を時効取得し、その結果、本件抵当権は消滅したというべきである。」

以上の理由により、最高裁は、上告を棄却した。なお、第1審・原審判決が、既に消滅した2番抵当権の登記時を時効の起算点としているのに対し、上段引用文から明らかなように、最高裁は、本件抵当権（1番抵当権）の登記時を時効の起算点と認定した。⁽²²⁾

(3) 両判決をめぐる論点の提示と本稿において追及する課題

(a) 以上が、〔7〕最判平成15・10・31及び〔9〕最判平成24・3・16の事案と判旨である。そこで、以下、これら事案と判旨に基づき、両判決をめぐる解釈上の論点を示していくと、第1には、両判決とも、〔5〕の昭和42年最判、〔6〕の昭和43年最判と同様、後に詳しく紹介する「取得時効と登記」に関する判例理論を大前提としている、という点があげられよう。そして、どちらの判決も、抵当権の設定登記時を起算点とする期間10年の取得時効が主張されたのであるが、それにもかかわらず、〔9〕判決では、占有者の時効取得が認められたのに対し、〔7〕判決では、取得時効の援用が否定されるという結果が導出されている。そうすると、最初に議論すべきは、上記判例理論をひとまず前提にした上で、両判決の間で相反する結論が引き出された理由は何なのか、またその理由には正当性があるのか、という点と考えられる。

しかし、この「取得時効と登記」に関する判例理論については、古くから多数の学説によって様々な問題点が指摘されてきていたことは周知の事実である。とすれば、根本的には、そのような多くの問題点をはらんだ判例理論に依拠して結論を導き出すことの妥当性こそ、ここで検証されるべき肝要なことがらということになるであろう。

(b) 第2に、〔9〕判決には、古田佑紀裁判官（当時）の補足意見が

(22) この点について、伊藤栄寿「〔9〕判決判批」銀法747号（2012）8頁は、「消滅した抵当権との間では権利の対立関係が生じることはなく、また、「権利の対立関係」が初めて生じた時点こそ時効の起算点となるべきであるから、「再度の取得時効の起算点は基本的に、現存する最先順位の抵当権設定時が基準になる」とし、〔9〕最判に賛成する（同旨——古積・前掲注(16)「〔9〕判決判批」98頁注6）。

(23) 詳しくは、後述。

あるが、同補足意見において、古田は、〔9〕の事案への民法397条の適用を示唆している⁽²⁴⁾。また、学説においても、〔7〕判決、あるいは〔9〕判決の事案に同条の適用を認める（あるいは、示唆する）ものも散見される⁽²⁵⁾。では、〔7〕、〔9〕の事案は、同条が適用されるべき事実関係に値するものなのであろうか。そこで、この問題については、かつて前掲拙稿「抵当権と時効」⁽²⁶⁾で行った民法397条の沿革からの考察を参考に、〔7〕、〔9〕それぞれの事案ごとに検討していくことが必要となろう。

(c) (ア) 第3に、〔7〕〔9〕両判決のうち、〔7〕の平成15年最判は、前掲のように、占有取得原因を明確にしないまま、1962（昭和37）年2月17日からの20年間の占有によるXの最初の取得時効の成立を認容し、それを前提に議論を進めている。従って、〔7〕の事案については、初めに、このXの占有取得原因は何であるのか、また、取得原因が判明したならば、その原因に基づく占有は取得時効の基礎となりうるものかという観点から検討を始める必要がある。そして、取得時効の趣旨（存在理由）から見て、この最初の取得時効の成立が肯定されるとするならば、むしろ最初の時効取得によって、原抵当権者B、ないしは抵当権の譲受人Yにおける抵当権の消滅が認められるかどうかということこそが考察の対象とされなければならないのではなかろうか。

(イ) 一方、〔9〕の平成24年最判の事案では、先述のように、〔1〕の大正9年大判、〔5〕の昭和42年最判におけると同様、不動産の占有者は原所有者からの未登記譲受人であり、抵当権者は未登記譲受人の占有開

(24) 民集66巻5号2327頁。

(25) 該当文献については、民法397条を中心に考察する続稿に掲記する予定。

(26) 前注(1)参照。

始後に原所有者から抵当権の設定を受けた第三者である（以下、このような事案の類型を、「占有開始後抵当権設定ケース」のうちの「未登記譲受人占有後抵当型」と呼ぶことにする⁽²⁷⁾）。そして、この事案で、不動産の占有者Xが取得時効を援用したそもそもの目的は、当該不動産のAからの譲受けが未登記であれば、この譲受けを抵当権者Yに対抗できないとされるがゆえに、登記欠缺による対抗力の不備を補完せんとしたためであった、と解してよいと思われる。そうすると、取得時効の存在理由に照らしてみ⁽²⁸⁾るならば、果たしてこのような目的で取得時効を援用することが可能なかは大いに疑問が湧きおこるところである。しかし、また他方で、〔9〕の事案のXは、1970（昭和45）年から、換地の前後を通じて甲地及び乙・丙兩地を30有余年もの長い間占有していたのであり、このようなXの占有が一切救済されないというのは釈然としない感もあろう。

そこで、〔9〕のような、未登記譲受人占有後抵当型の事案をめぐっては、原所有者からの未登記譲受人の時効取得は可能なのか、もしそれが認められないとしたら、他に占有者を保護する方法はないのか、ということが重要な課題として俎上に載せられることになるろう。

(d) 以上のように、「抵当権と時効」という大きなテーマの中で、〔7〕

(27) ちなみに、五十川直行「〔9〕判決判批」平成24年度重要判例解説（ジュリ1453号）（2013）69頁はこのような類型を「譲渡後抵当型」と名づけているが、本稿では、占有者の立場からの視点を重視して本文掲記の名称にした。

(28) 取得時効の存在理由に関する私見については、拙著・前掲注(14)取得時効の研究1頁以下〔初出：拙稿「取得時効の存在理由——長期取得時効を中心に——」松商短大論叢32号（1984）16頁以下、同「取得時効と取引の安全——短期取得時効の存在理由と適用範囲——」松商短大論叢33号（1985）25頁以下〕、同・前掲注(1)抵当権と時効74頁以下参照。

の平成15年最判と〔9〕の平成24年最判をどのように位置づけるかという論題をめぐるのは、①「取得時効と登記」に関する判例理論との関係やその理論自体の妥当性をどう考えるかという問題（第1の論点）と、②民法397条はどのように解釈されるべきかという問題（第2の論点）が、まずは主要な論点として浮かび上がってくる。さらに、上の(c)(ア)(イ)にあげたように、③〔7〕〔9〕両判決の事案は、取得時効の趣旨等から見て果たしてどのように解釈したらよいのかということが、より具体的かつ究極の論点（第3の論点）として考察されなければならない。

しかし、以下の本稿では、誌幅等の関係で、これらのうち、①の「取得時効と登記」に関する判例理論をめぐる問題に焦点を絞って検討することにし、②の民法397条に関わる問題、および、③の事案の具体的解釈に関わる問題は、続稿で改めて考察することにした。

二 「取得時効と登記」に関する判例理論からの検討

1 判例理論

(1) 判例理論の概要

前述のように、〔7〕の平成15年最判、〔9〕の平成24年最判の両判決とも、その判旨を展開するにあたって前提となっているのは、「取得時効と登記」に関する判例理論である。そして、この判例理論は、大審院時代から今日に至るまで、連綿と維持されてきているのであるが、その内容は、以下の5原則からなるものとされる。⁽²⁹⁾

(29) 以前、筆者が「取得時効と登記」に関する判例理論を説明したものとして、拙著・前掲注(14)取得時効の研究121頁以下〔初出：拙稿「取得時効と登記(1)」松商短大論叢31号(1983)44頁以下〕、中山知己ほか『民法2物権・担保物権』(ファンダメンタル法学講座)(不磨書房、2005)63頁以下〔草野〕、拙稿「取得時効(時効と登記)」平井一雄=清水元編著『基本講座民法1(総則・物権)』(信山社、2011)202頁等参照。

- ①**第1原則** 時効完成当時の所有者は、時効取得によって所有権を喪失する「当事者」であり、不動産の時効取得者は、この者に対して登記なくして所有権の取得を対抗できる（〔15〕大判大正7・3・2民録24輯423頁）。
- ②**第2原則** 原所有者Aの不動産を一方でBが時効取得し、他方でCがAから譲り受けた場合、Cの譲受けがBの取得時効完成前ならば、①と同様、CはBの時効取得により所有権を喪失する「当事者」であり、Cに対してBは登記がなくても対抗できる（〔16〕大判大正13・10・29新聞2331号21頁，〔17〕最判昭和41・11・22民集20巻9号1901頁，〔18〕最判昭和45・12・18民集24巻13号2118頁，〔19〕最判昭和46・11・5民集25巻8号1087頁，〔20〕最判昭和47・6・30金法657号25頁，〔21〕最判昭和54・9・7民集33巻5号640頁）。Cの譲受けがBの時効完成前ならば、Cの登記がBの時効完成後であっても同様である（〔22〕大判昭和12・1・26判決全集5輯3号95頁，〔23〕最判昭和42・7・21民集21巻6号1653頁）。
- ③**第3原則** ②の事例で、Cの譲受けがBの取得時効完成後ならば、AからB、AからCへの二重譲渡があった場合と同様に考えられ、CはBにとって「第三者」となるから、Bは登記がなければ時効取得をCに対抗できない（〔24〕大判大正11・6・9新聞2030号20頁，〔25〕大連判大正14・7・8民集4巻412頁，〔26〕大判昭和6・4・7新聞3262号12頁，〔27〕大判昭和7・3・15新聞3394号14頁，〔28〕大判昭和8・10・5新聞3621号10頁，〔29〕大判昭和9・7・10法学3巻12号110頁，〔30〕大判昭和9・10・27法学4巻4号119頁，〔31〕大判昭和11・3・19民集15巻530頁，〔32〕最判昭和33・8・28民集12巻12号1936頁，〔33〕最判昭和46・11・19金法635号43頁，〔34〕最判昭和48・10・5民集27巻9号1110頁，〔35〕最判昭和57・2・18判時1036号68頁）。

④第4原則 ③の場合、取得時効を主張する者（B）は、必ず時効の基礎たる占有の開始した時点を起算点としなければならず、任意に起算点を選択し、時効の完成時点をCがAから譲り受けた時以後にもっていくことはできない（〔36〕大判昭和13・5・7判決全集5輯11号520頁、〔37〕大判昭和14・10・13判決全集6輯29号1261頁、〔38〕最判昭和35・7・27民集14巻10号1871頁）。

⑤第5原則 Bの時効完成後にCがAから譲り受けて、Bの時効取得が対抗不能となっても（③の場合）、Cの登記後さらに10年または20年占有を継続すれば、BはCに対して、時効取得を登記なしで対抗できるようにする（〔39〕最判昭和36・7・20民集15巻7号1903頁）。

（2）登記名義人による抵当権設定の場合への適用

もっとも、(1) にあげた判例理論の5原則は、主として、所有権対所有権という完全に相容れない権利間の対抗問題に関し、判例が長い年月をかけて形成してきた原則である。⁽³⁰⁾ところが、〔7〕の平成15年最判、〔9〕の平成24年最判の事案は、所有権対抵当権という本来併存が可能な物権間の対抗関係が問題となったものであり、この点から見ると、上記判例理論がそのまま妥当するのか全く疑問がないわけではない。⁽³¹⁾

しかし、〔9〕の最高裁判決の説示に従うならば、もしひとたび抵当権

(30) 同旨——五十川・前掲注(27)69頁。

(31) この点について、内田貴『民法I〔第4版〕総則・物権総論』（東京大学出版会、2008）454頁は、〔7〕判決の事案を素材に、所有権の時効取得と原所有者から設定を受けた抵当権とは「両立するから」、抵当権の登記に遅れて時効取得の登記をした者に、もはや判例理論の第5原則を適用して抵当権の登記時を起算点とする取得時効を認める余地はないものとする（なお、同『民法III〔第3版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005）475頁も参照）。

が実行されれば、不動産の所有者はその所有権を競売によって奪われてしまう。要するに、抵当権は、将来において、不動産の所有権を消滅させる権能を有する権利であり、不動産の所有者が抵当権を承認していない以上、不動産の所有者と抵当権者は、この意味での対立関係、すなわち「食うか食われるか」の関係にあるといえることができる。そして、このような観点から見るのならば、「取得時効と登記」に関する判例理論は、対抵当権者のような所有者以外の物権取得者との間の関係についても共通する理論とすることができるであろう⁽³²⁾。

2 検討

(1) 最判平成15・10・31と最判平成24・3・16の齟齬について

(a) そこで、まずは、「取得時効と登記」に関する判例理論を大前提とした上で、〔7〕の最判平成15・10・31と〔9〕の最判平成24・3・16との関係から検討していくと、先述のように、〔7〕と〔9〕の両判決では、お互いの結論が真っ向から対立する形となっている。そして、両判決のうち、〔9〕判決は、第三者が抵当権者である場合に、判例理論の第5原則をそのまま適用して判示したものであり、判例理論を前提とする限りでは、第5原則との関係については特に問題は見られない。これに対し、〔7〕の事案では、原審が第三者の抵当権登記時を起算点とする取得時効

(32) このような見地から、「取得時効と登記」に関する判例理論を一般化したものとして、拙稿・前掲注(16)「〔8〕判決判批」127頁参照。ちなみに、〔9〕判決の論理に賛成するものとして、古積・前掲注(16)「〔9〕判決判批」96頁以下、矢澤・前掲注(16)五一頁(94頁)以下、異論を唱える学説として、佐久間・前掲注(2)127頁〔事例から民法50頁〕がある。また、〔9〕判決とほぼ同様の論理に基づいて、〔7〕判決を批判するものとして、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007)577頁以下、同『物権法講義』(日本評論社、2012)128頁参照。

の成立とそれに伴う抵当権の消滅を認容したところ、最高裁はこれを否定し、同事案に第5原則を適用することを認めなかった。その理由として、〔7〕判決は、前掲（第一節2(1)(b)）のように、当該事案では、占有者は既に占有開始時を起算点とする取得時効を援用し、この援用によって確定的に係争地の所有権を取得したのであるから、起算点を後ろにずらせて、再度、取得時効の完成を主張することはできない、ということ⁽³³⁾をあげている。

しかし、池田恒男の〔7〕判決に対する判例評釈を参考にすれば、〔7〕の事案で、係争地の占有者が占有開始時を起算点とする取得時効を援用して、時効取得による登記を経ていたのは、もともと係争地の所有名義人Aと占有者Xとの間で係争地の帰属について争いがあり、〔7〕の訴訟に先行するAとの訴訟において、Xは予備的に時効取得を主張せざるを得なかったという事情があったためと推測される⁽³⁴⁾。これに対して、仮に係争地に設定された抵当権の実行まで占有者と所有名義人との間で紛争が生じていなかったという場面を想定すれば、この場合、占有者が抵当権の登記後、その登記時を起算点として、取得時効を初めて援用することは十分ありうることである。そうすると、占有開始時を起算点とする取得時効を先に援用しているかどうかということは、事案ごとの偶然の事情によって変わってくるわけであるから、そのことによって正反対の結論をもたらす〔7〕判決の論理は、余り説得力がないものと言わざるを得ないであろう⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾。

(33) なお、匿名氏「〔7〕判決コメント」金法1191号（2004）30頁、佐久間・前掲注（2）125頁以下〔事例から民法48頁以下〕も参照。

(34) 池田・前掲注（8）105頁参照。なお、同頁によれば、A・X間の訴訟で、Xの係争地に対する時効取得が認められた、とされる。ちなみに、〔7〕事件の経緯については、岡本詔治「〔7〕判決判批」民商131巻2号（2004）144頁以下も参照。

(35) 拙稿・前掲注（18）法教105頁、同・前掲注（18）銀法84頁。また、河上・

(b) (ア) ところで、前掲の〔1〕大判大正9・7・16は、民法162条2項に『不動産ノ所有権ヲ取得ス』トアルハ必シモ常ニ不動産ニ関シ完全ナル所有権ヲ取得スト謂フ意義ニアラス如何ナル範囲ノ所有権ヲ取得スヘキヤノ問題ハ其所有権取得ノ前提タル占有ノ範囲如何ニ依リテ決定セラルルモノトス即チ……不動産ヲ完全ニ占有シタルトキハ完全ナル所有権ヲ取得スヘキモ第三者ノ権利ヲ認め制限的ニ不動産ヲ占有シタルトキハ第三者ノ権利附著ノ儘制限的の所有権ヲ取得スルニ過キササルモノトス』と判示するが、事案に即して考えれば、これは、抵当権を認容して不動産を占有した場合は抵当権が付着したままの不動産を時効取得することになる、という

前掲注(32)総則576頁によれば、「1回目の占有継続による取得時効の登記を経由したがために……再度の時効を拒絶されたとすれば、登記をしないで始めて時効を主張した方が有利になるが、それは奇妙であろう」とされる。ほぼ同旨——秦光昭「〔7〕判決判批」金法1704号(2004)5頁、辻伸行「〔7〕判決判批」判評548号(2004)23頁(判時1864号201頁)、佐久間・前掲注(2)127頁〔事例から民法50頁〕。

(36) ちなみに、〔7〕判決は、前掲のように、最初の時効援用によって確定的に本件土地の所有権が取得されたと判示しているのであるが、同判決のこのような判示は、時効の援用を停止条件的に捉える停止条件説(我妻榮『新訂民法総則』〔民法講義I〕〔岩波書店、1965〕444頁等)に従い、いったん援用によって時効取得の効果が確定した以上は、再度の時効援用は否定されるという論理に基づくものとも推測される(原田剛「〔7〕判決判批」法セ49巻6号〔2004〕115頁参照)。そして、この停止条件説的立場に沿って考えれば、〔9〕の事案では、以前に占有開始時を起算点とする時効は援用されておらず、未だ時効取得の確定的効果が生じていないのであるから、第三者の抵当権設定登記時を起算点とする時効の援用も許容できるということになり、〔7〕と〔9〕との間の差異も一応説明可能になるのかもしれない。しかし、時効の援用を停止条件的に構成するのが判例一般の考えと言えるかは検討の余地のあるところである。また、そもそも、このような形式論理のみで、事案の実態を考慮しない説明にどれほど意味があるのか疑問なしとしない(以上について、拙稿・前掲注(18)銀法84頁も参照)。

ことを傍論として述べたものと言うことができよう。⁽³⁷⁾そして、この判例に倣⁽³⁹⁾ってか、〔9〕の最判平成24・3・16は、第一節2(2)(b)に掲記のごとく、「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⁽³⁸⁾合において」、「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」(傍点——引用者)と判示している。よって、以上の論旨に従うならば、仮に占有者が抵当権の存在を容認しつつ占有を継続した場合においては、占有者は、抵当権の負担の付いた所有権を時効取得することになるの⁽⁴⁰⁾のかもしれない。

ところが、ここで改めて、〔7〕の最判平成15・10・31の事案に目を向けると、A所有とされる係争地を時効取得したXは、Aを物上保証人、Bを抵当権者とする抵当権設定登記、および、BからYへの抵当権移転の付記登記の後で、Aに対して取得時効を援用し、時効取得を原因とする所有

(37) この点については、拙稿・前掲注(1)抵当権と時効48頁以下参照。

(38) なお、〔2〕の大判昭和13・2・12によれば、「抵当権設定シアル不動産ヲ占有スル……第三者ニ於テ抵当権ノ存在ヲ承認シテ之レヲ占有スルトキハ其占有カ如何ニ継続スルモ此者ニ対シ抵当権ヲ消滅セシメテ之ヲ保護スヘキ何等ノ理由存セサル」のであるから、民法397条が適用されるのは、「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ抵当不動産ニ付何等抵当権ノ如キ物上負担ナキモノトシテ之レヲ占有シ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ継続シタル場合ニ」限られる、とされている。

(39) 古積・前掲注(16)「〔9〕判決判批」97頁によれば、〔9〕判決は、〔1〕判決のこの判示を「踏襲したもの」とされる。

(40) 同旨——古積・前掲注(16)「〔8〕判決判批」Watch 59頁、新井「〔9〕判決判批」立正法学論集47巻1号(2013)202頁、206頁。

権移転登記を経由している。そこで、古積健三郎は以上の経緯を捉え、占有者Xが最初に取得時効を援用することによって「抵当権の設定登記を伴った所有権の移転登記」を具備したのは、「その権利が抵当権に劣後することを前提にした行為」を行ったことにあたるため、「少なくともその後の占有は抵当権の存在を前提にしたものと判定できる」とし、それゆえ、〔7〕判決が「再度の取得時効の援用を否定して抵当権の効力を認めたこと」は「自然な結論」である、と主張する。⁽⁴¹⁾

(イ) しかしながら、ここでも〔7〕判決に関する池田の評釈⁽⁴²⁾を参酌すると、確かにXによる最初の時効取得（1982〔昭和57〕年2月17日）の登記は、Bの抵当権の登記（1983〔昭和58〕年12月13日）及びYへの抵当権移転の付記登記（1997〔平成9〕年3月26日）の後でなされている（1999〔平成11〕年6月15日）。だが、時効取得が登記されるまでこのように長い年月がかかったのは、A・X間の係争地をめぐる紛争が長期に及び、その間、Aの提訴・取下げが繰り返されて、最終的に判決が確定するまでは、Xの時効取得の登記は「事実上不可能だったからである」とされる。とするならば、たとえXが時効取得の登記を行った土地にそれ以前に抵当権の登記が付けられていたとしても、このことをもって、Xの行為は抵当権を容認したものだとか、抵当権の存在を前提とするものであると判

(41) 古積・前掲注(16)「〔8〕判決判批」Watch 59頁，同・前掲注(16)「〔8〕判決判批」重判解71頁，同・前掲注(16)「〔9〕判決判批」97頁。ほぼ同旨——黒田直行「〔9〕判決判批」JA金融法務496号（2012）53頁，石田（剛）・前掲注(10)21頁，石口修「〔9〕判決判批」愛知大学法学部法経論集194号（2013）96頁以下，同『民法講論2物権法』（信山社，2015）269頁以下，平野裕之「〔9〕判決判批」金法1977号（金融法学会編『金融判例研究』23号）（2013）36頁，同・前掲注(7)日評担保139頁，新井・前掲注(40)「〔9〕判決判批」206頁，足立清人「〔9〕判決判批」北星学園大学経済学部北星論集53巻1号（2013）113頁。

(42) 池田・前掲注(8)105頁。

定することはかなり困難なのではなからうか。

また、〔7〕の事案については、もともとA・X間で係争地の帰属について争いがあったようであり、Xは係争地が自己所有地であると主張した上で、予備的に取得時効を援用したものとされる。そうすると、Xの取得時効の援用は、係争地が自己所有地と認定されない場合に備えてなされたものであるから、たとえ係争地がA所有地であるとの仮定の下で援用されたとしても、これをA所有地に付けられている抵当権の登記を認めた、あるいは前提とした行為であるとは、必ずしも言えないように思われる。

(c) 以上、最高裁は、「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則を〔7〕の事案へ適用することはできないとしているのであるが、(a)(b)で述べたところからは、そのような結論には合理性がなく、判例理論を大前提とする限りでは、〔7〕についても第5原則が適用されて然るべきことになろう。

(2) 判例理論の問題点からの検討

(a) 判例理論の問題点

(ア) 次に、「取得時効と登記」に関する判例理論の詳細については本節(第二節)1であげたところであるが、そもそもこの判例理論に対しては、これまで学説から多岐にわたる批判がなされてきている。そこで、諸学説によって指摘された判例理論の問題点をここで要約すると、以下のよう⁽⁴³⁾にまとめることができるであろう。

(43) 諸学説により指摘された判例理論の問題点をまとめたものとして、拙著・前掲注(14)取得時効の研究122頁以下〔初出：拙稿・前掲注(29)「取得時効と登記(1)」46頁以下〕、中山ほか・前掲注(29)64頁〔草野〕等。また、判例理論についての1996(平成8)年頃までの文献に関しては、拙

すなわち、その1つ目として、判例理論の5原則のうち、第2原則と第3原則を比較すれば、時効取得者(B)は時効完成前の原所有者からの譲受人には対抗できるのに、時効完成後の譲受人には対抗できず、時効完成後も長期間占有を継続した者の方がかえって保護されない結果となる。また逆に、譲受人(C)の側から見れば、時効完成後に譲り受けたCは保護されるのに対し、Cの譲受けがBの時効完成前ならば保護されず、Cの保護は偶然の事情によって左右されることになる。

2つ目に、第4原則によれば、時効の起算点は占有開始時に固定されることになるが、何十年といった長期間の占有が継続している場合に、占有開始時を正確に知ることは困難である。

3つ目に、例えばBが15年占有した時点で原所有者AからCに譲渡がなされ、その後もBが5年間占有を継続したという例を考えると、民法162条1項と2項の差異に基づき、Bは悪意または有過失ならば保護されるのに対し、善意・無過失ならば逆にCが保護されるという奇妙な結果が生ずる。⁽⁴⁴⁾

4つ目に、時効取得者は一般に、自己を真実の所有者と信じて不動産を占有してきた者である。従って、このような者に時効取得の登記を求めるのは不可能を強いることになる。

5つ目として、第4原則に従うと、時効の起算点は占有開始時に固定さ

著・前掲注(14)取得時効の研究 125頁注(4)以下〔初出：拙稿・前掲注(29)「取得時効と登記(1)」48頁以下注(1)〕参照。

(44) この点について、占部・前掲注(20)41頁は次のように言う。すなわち、取得時効制度は、善意占有者のような「より保護すべき占有者についてはより早く時効の完成を認めているのである」が、「判例によると、時効の完成が早ければ早いほど……権利を失う危険性も大きくなっている」。要するに、「判例は、取得時効制度がより保護しようとする者をより危険な状態に置いている」と。

れるはずであるが、第5原則は事実上起算点を第三者の登記時までずらすものであり、第4原則を前提とするならば、決して認めることのできない原則と思われる。

(イ) 以上のように、「取得時効と登記」に関する判例理論には数多くの問題点が存在するが、〔9〕最判平成24・3・16は、「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」(傍点——引用者)についても、〔39〕最判昭和36・7・20によって形成された判例理論の第5原則が妥当し、不動産の占有者は[・]抵当権設定登記の日を起算点とする取得時効により完全な所有権を取得しうるものとした(前節〔第一節〕2(2)(b)、本節〔第二節〕1(2)参照)。それゆえ、ここでは、「取得時効と登記」に関する判例理論の様々な問題点のうち、特に第5原則をめぐる論点を中心に検討していくことにする。

(b) 判例理論の第5原則を中心とした検討

(ア) 最判昭和36・7・20の事案と判旨

そこで、まずは、判例理論の第5原則を生み出した〔39〕最判昭和36・7・20の事案と判旨をあげると、以下のようである。

(α) 事案

本件山林はもとA(藤沢)部落の所有であつたが、1926(大正15)年8月26日、Y(藤沢町)に対し寄付を原因とする所有権移転登記がなされている。X社は、第1に、本件山林はX社の前々身X'社が1905(明治38)年5月29日、A部落から寄付を受けたものであり、上記登記が示すA部落からYへの贈与は虚偽仮装のもので無効である、と主張。第2に、仮にYがA部落から[・]真実本件山林の寄付を受けて1926(大正15)年8月26日登記した結果、X'社がYに対抗できなくなったとしても、Y

の登記後X'社は本件山林の自主占有を継続してきたのであるから、10年後の1936（昭和11）年8月25日または20年後の1946（昭和21）年8月25日限りで時効取得した、と主張した。

原審は、X'社は1905（明治38）年5月29日以来自主占有していたが、Yの前記登記により時効が中断され、X'社はYの登記後10年経過した1936（昭和11）年8月26日再度時効取得し、登記なしにYに対抗しうるに至った、と判示。そこで、Yが上告した。⁽⁴⁵⁾

（β）判旨

「時効による権利の取得の有無を考察するにあつては、単に当事者間のみならず、第三者に対する関係も同時に考慮しなければならぬのであつて、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によつて登記がなされたかが問題となるのである。されば、時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗しえないのに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくとも時効取得をもつてこれに対抗しうることとなると解すべきことは、当裁判所の判例とするとところであつて（昭和三二年（オ）三四四号同三五年七月二七日当法廷判決、判例集一四卷一〇号一八七一頁以下）、所論引用の判例も結局その趣旨において前記判例と異なることないものと解すべきである。⁽⁴⁶⁾

そして、原判決の確定した事実関係によれば、本件山林は、もとA部落の所有するところであつたが、Xの被承継人X'社は明治三八年五月二

(45) 以上の事案について、拙著・前掲注(14)取得時効の研究219頁〔初出：拙稿・前掲注(14)二重譲渡と取得時効86頁以下〕参照。

(46) Yが上告理由で引用した〔36〕大判昭和13・5・7、〔37〕大判昭和14・10・13等の判例を指す（民集15卷7号1906頁以下参照）。

九日より大正四年五月二九日まで一〇年間これを所有の意思をもつて平穩、公然、善意、無過失に占有を継続し、ために大正四年五月二九日に取得時効が完成したもののその登記を経ることなく経過するうち、同一五年八月二六日YがA部落より右山林の寄附をうけてその旨の登記を経由するに至つたところ、X' 神社はさらに右登記の日より昭和一一年八月二六日まで一〇年間引き続き所有の意思をもつて平穩、公然、善意、無過失に占有を継続したというのである。されば、前記X' 神社は右時効による所有権の取得をその旨の登記を経由することなくともYに対抗することができること前示当裁判所の判例に照し明らかであり、従つて、右X' 神社の包括承継人であるXもまた同一の主張をなしうること論を待たない。原判決は、Yの前記登記によつて時効が中断されるものと判示したのは失当たるを免れないが、結局その結論において正当である。】

(イ) 最判昭和36・7・20の問題点

以上のように、(i) [39] の昭和36年最判は、まず、不動産の占有者X'の時効取得後、原所有者Aからの譲受人Yが所有権移転登記を経由したという事案であり、この点から言えば、「取得時効と登記」に関する判例理論の第3原則により、X' (及び包括承継人X) はYに時効取得を永遠に対抗できないはずである。そして、(ii) 判例理論の第4原則によれば、取得時効の起算点は占有開始時に固定されるため、起算点を占有開始時以降の任意の時点にずらして第3原則の適用を免れ、第2原則に持ち込むという手法は許されないのが道理と言えよう。ところが、(iii) [39] 判決では、Yの登記時から始まるX'の10年間の占有は、第2原則が適用される「第三者のなした登記後に時効が完成した場合」に該当し、その結果、X' (及び包括承継人X) はYの登記時を起算点とする時効取得をYに対して登記なしに対抗できる、とされた。

このような判旨、換言すれば、判例理論の第5原則に対する批判は、簡

単には先の (a) (ア) の最後の段落（「5つ目として」で始まる段落）で述べたところであるが、この点について、柚木馨は次のように論ずる。すなわち、判例理論によれば、最初の時効「期間満了後所有権の譲渡を受けて取得登記をした第三者があれば、占有者はいかほど永く占有を継続していても、時効取得をもって新所有者に対抗」できないはずである。そして、〔39〕判決は、判例理論の第2～第4原則を宣明した〔38〕最判昭和35・7・27を援用している。ところが、〔38〕の判例を前提とするならば、〔39〕の判旨とは「むしろ反対の結論をこそ期待すべきであるのに、いとも軽やかにXの勝訴をこの判例から導いた最高裁の手品に、驚嘆せざるを得ない」⁽⁴⁷⁾。また、福地俊雄は次のように評する。すなわち、〔39〕判決は同判決の事案をもって、判例理論の第2原則が「そのまま妥当する場合となすものようである」。しかし、同原則は「第三者の登記後における占有がいまだ時効期間に相当する長さには達していない場合に関するもの」である。にもかかわらず、「その判断の前提ないし基礎となった抽象的理論を大上段にふりかざし、それを判例なりとして」、〔39〕のような「主要事実を異にする事案の主たる理由とすることは、けっして『判例』の権威を高める所以とはいえない」⁽⁴⁸⁾と。

確かに、〔39〕最判昭和36・7・20では、Yの登記が経由されたのは1926（大正15）年8月26日であり、その登記時を起算点とするX'の時効が完成したとするのは、それから10年後の1936（昭和11）年8月26日である。従って、文言のみで捉えれば、この事案は、〔38〕最判昭和35・7・27の言う「第三者のなした登記後に時効が完成した場合」にあたと解されないわけでもない。そうすると、〔38〕判決は、このような「場合において

(47) 柚木「時効取得と登記」（「〔39〕判決判批」）柚木ほか編『判例演習物権法〔増補版〕』（有斐閣、1973）33頁以下。

(48) 福地俊雄「〔39〕判決判批」法時34巻3号（1962）96頁。

はその第三者に対しては、登記を経由しなくとも時効取得をもつてこれに対抗しうることとなる」(判例理論の第2原則)と続けているが、[39]の事案も表面的に見ればこれにあてはまることになるため、その結果、X'は時効取得を登記なしでYに対抗できるという解釈が導出される——以上が、[39]判決の論理と考えられよう。しかしながら、福地も説くように、[38]判決でも示されている判例理論の第2原則は、時効取得者の占有開始時からの占有が未だ時効期間に到達していない間に、原所有者からの譲受人が登場した場合に関するものであり、いったん時効が成立した後に譲受人が現れ、その登記時からさらに時効期間が経過した[39]判決とは、まったく事案類型を異にする⁽⁴⁹⁾。そして、このように考えるならば、柚木が[39]判決を論評して「最高裁の手品」と断ずるのも、むべなるかなとすることができるであろう。

また、これも福地が主張するところであるが、「いったん時効が完成した」後で、「それにもかかわらず何故にYの登記後に再び……時効の新たな進行が可能となるかということが正に問題なのであり」、[39]判決の結論を導き出すためには、これこそ最重要課題として説示されなければならない点と思われる。ところが、同判決にはこの点を一切省略するという欠陥があるのであって、判例理論の第5原則を正当化するためには、これ⁽⁵⁰⁾についての理論的(あるいは実質的)根拠を示すことが必要となろう。⁽⁵¹⁾

(49) この点について、右田堯雄「[39]判決判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和三十六年度』(法曹会、1962)283頁は、判例理論の第2～第4原則を形成するに至った従来の事案と、「本件の如く、一旦対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事案とは趣を異にする」と述べている。

(50) 福地・前掲注(48)96頁。

(51) なお、この点について、久須本・前掲注(10)18頁は、「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

(ウ) 第5原則の正当化根拠について

では、判例理論の第5原則を第1原則～第4原則と矛盾なく説明するために、これまでいったいどのような理論が提示されているのであろうか。

(α) 右田説

1-1) この点について、まず右田克雄最高裁判所調査官（当時）は、〔39〕最判昭和36・7・20の解説の中で、最初の時効取得の「第三者が登記を経て完全な所有権者となった以上、それ以後は物権変動を惹起する対立当事者として考える必要があり、従って時効の法律関係もまた両当事者間に生ずる」(傍点——引用者)とする⁽⁵²⁾。要するに、判例理論の第3原則が、取得時効の完成後における原所有者からの譲受人と時効取得者との関係を「第三者関係」と捉えているのに対し、第5原則が適用される場合は、原所有者からの譲受人と同人の登記時以降の占有者との関係が時効取得の「当事者」の関係として新たに発生するので、このことをもって、時効取得を対抗するために登記は不要であるとの結論が引き出される、という考え方なのである。

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」、判例理論の第4原則に従えば、「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」と論じた上で、「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」という点である、と主張している。また、西村曜子「〔9〕判決判批」北大法学論集63巻6号(2013)14頁〔511頁〕においても、次のような指摘がなされている。すなわち、「占有が当初から継続している」〔39〕最判昭和36・7・20の事案においては、「むしろ第三者の登記時を取得時効の起算点とすることは認められないのではないかと疑問が生ずるところである」。〔39〕判決は、「この点を説明しておらず、再度の取得時効が認められる根拠を示していないといえる」と(西村・同12頁〔513頁〕も参照)。

(52) 右田・前掲注(49)284頁(なお同283頁も参照)。

しかしながら、原所有者（A）からの譲受人（C）と譲受後の時効取得者（B）との関係を物権変動の「当事者」の関係と見るのが判例理論の第2原則である（本第二節1(1)②）が、同原則は、(i)占有開始時を起算点とする取得時効の成立を当然の前提とした上で、(ii)占有開始時の所有者が誰であったかということとは全く関連なしに、時効取得時に所有者であった譲受人CはBの時効取得によって所有権を喪失する者であり、それゆえに、(iii)時効取得による物権変動の「当事者」にあたる、という筋道を追って理論構成されたものである。そこで、この理論構成に従うならば、Cと、Cの登記後に再度10年または20年占有を継続するBとの関係を物権変動の「当事者」の関係と捉えるためには、まずは、C登記時においてCとBが対立当事者であるかどうかとは無関係に、Cの登記時を起算点とする取得時効の成立を認めることが必要であり、そのことを所与の前提として、Bの時効取得によりCの所有権が消滅する結果、CとBは時効取得という物権変動の「当事者」の関係になると演繹していかなければならない。そして、このことによって初めて、時効完成以前の段階におけるBとCの関係が「物権変動を惹起する対立当事者」の関係として把握される、という命題が導き出されることになろう。ところが、右田説は、最初に、このBとCを「物権変動（所有権の得喪——引用者）を惹起する対立当事者」と措定してしまい、それを根拠に、Cの登記時を起算点とする「時効の法律関係」がC・B間に発生するとしているのであるから、これは循環論法に陥ったものと言わざるを得ないのではなからうか。

1-2) もっとも、上の引用文を一瞥すると、右田は、Cが「登記を経て完全な所有者となった」ということを根拠に、C・B間に「対立当事者」関係——Bの占有継続により将来Cが所有権を喪失するという関係——が発生するとしているようでもあり、これは一応納得しうる説明のように見えないわけでもない。しかし、既登記譲受人Cと占有者Bが「対立当事者」

関係になるかどうかは、上述のように、Bの時効取得の時点でCが所有権を喪失する関係にあるかどうかによって決まる。そして、上例では、C登記時から10年または20年占有が継続した時点までCの所有者としての地位が保たれた結果、Bの時効取得によりCの所有権が消滅すると解されるのであり、だからこそ、C登記時から、CとBが時効取得をもたらす対立当事者の関係にあると捉えられるのである。

これに対し、仮にC登記の5年後、CからDに不動産が譲渡されその登記がなされたとすれば、BはC登記時から10年または20年の占有によって時効取得するが、この場合、Bの時効取得によって所有権を喪失する当事者はDであり、時効の進行が開始した時の所有者Cではないことになる。1-1) にあげたように、右田の判例解説では、Bの最初の時効取得後に登記を経由して「完全な所有権者となった」Cは、「物権変動を惹起する対立当事者」となり、「従って時効の法律関係も」C・B間に生ずるとされるが、本段にあげた例では、「時効の法律関係」はD・B間に発生する。そして、このような例をも交えて考えれば、再度の時効進行開始時において所有者であったということと、時効の当事者にあたるかどうかということとは必ずしも直結しないのではないか、というようにも思われなわけではない。もちろんこの場合でも、DはCの承継人であると言えば、一応の説明はつくかもしれない。しかし、右田の理論は、前述のように、第三者の登記取得時に「対立当事者」であった者が即、時効の法律関係——時効取得による権利の得喪——が生ずる両当事者に該当するというテーゼを掲げるものであり、本段のような例をあげた場合は、その枠から少し外れた結果が生じてしまうことになる。

2) 一方、叙上の点について、右田説と同じく、判例理論の第5原則を肯定する広中俊雄は、その理由として、以下のような論述を行う。すなわち、「CがBの時効取得に優先しうる地位を確保した（登記を経由した）

ことにより、BがAを『当事者』とする時効取得を主張しうる可能性は消滅するが、その時からさらに一六二条所定の期間Bが占有を継続すれば、Bは、Cを『当事者』とする時効取得を主張しうる地位を取得する⁽⁵³⁾（傍点——原文）と。要するに、上記Cが登記をすれば、BのCに対する時効取得の主張は認められず、Cが所有者として扱われる。よって、C登記の時点から、Aを相手方としていた従来の取得時効は意味がなくなり、それとは別個の、所有者Cを相手方とする新たな取得時効（C登記時からBの占有が時効期間継続すれば、Cの所有権を喪失させる取得時効）が進行を開始することになる——広中の論ずるところに従えば、判例理論の第5原則は、このような視点から正当化されうるかもしれない。そして、1-1)で引用したように、右田が「第三者が登記を経て完全な所有者となった以上、……時効の法律関係もまた両当事者間に生ずる」（傍点——引用者）と述べている点は、広中同様、不動産の所有者Cを相手方とする、従来とは全く別個の取得時効がC登記時から進行を始めるという意味だとも理解されないわけではない。そこで、右田が、このような観点、すなわち、取

(53) 広中俊雄『物権法〔第二版増補〕』（現代法律学全集6）（青林書院、1987）157頁。但し、広中は、判例理論の第2原則については、民法144条が規定する時効の遡及効を根拠に否定し、時効完成前に登場したCも、Bの時効取得の「第三者」として扱われ、Bに登記がなければCに時効取得を対抗できない、とする（同書156頁）。この結果、Cの登場が時効完成の前であるか後であるかを問わず、いったん第三者Cが登記をすれば、その時からCを「当事者」とする取得時効が進行することになる（同書157頁）。なお、大村敦志『基本民法I 総則・物権総論』（有斐閣、2001）252頁、同『新基本民法2 物権編 財産の帰属と変動の法』（有斐閣、2015）68頁が「Zの登記後、さらに、10年あるいは20年のあいだXの占有が継続すれば、XはZから当該不動産を時効取得する」（傍点——原文、「X」「Z」は、本稿の「A」「C」に対応）と述べている点は、広中説とほぼ同旨の見解かとも思われる。

得時効の相手方（時効取得によって所有権が奪われる者）の交代によって従来とは別の取得時効の進行が開始するという解釈を採っているとするならば、なるほど、右田説についても、一応の説明がつくように考えられうるかもしれない。

しかしながら、もし取得時効がその目的不動産の所有者（取得時効の相手方）ごとに別々に成立するものだとするならば、上例で、B占有不動産が3年ごとにC→D→E→F→Gと売買され、所有権移転登記が経由されていった場合は、登記名義が変わるたびにそれまでのBの占有は意味がなくなるわけであるから、Bは10年以上占有しているにもかかわらず、取得時効が成立しないという奇妙な結果が生ずることになる。とすれば、前段の理論に基づいて、第三者Cの登記時から時効期間が経過することによって、所有者Cを当事者とする取得時効の成立が認められるという解釈は採りえないものと思われる。⁽⁵⁴⁾

3) ところで、右田の判例解説においては、さらに、上記Cの登記時を起算点とする再度の取得時効の成立を肯定し、その場合のCとBの関係を「当事者」の関係と把握するより本質的な根拠として、次のようなこともあげられている点が注目される。

すなわち、右田は、前述のように、第三者Cが登記を経ると「完全な所有権者」となり、それ以後、CとBは、時効取得の「対立当事者」となるとするのであるが、これについては、その叙述の括弧書きの中で、より詳しく、原所有者Aからの譲受人Cの登記により、「登記なき時効取得者と第三者との関係」が「占有者と所有者の関係におきかえられ」、その帰結として、「第三者に対抗し得ないという意味において不利益を受ける時効取得者は、後者の関係においては他人の物の占有者としての保護を受ける」

(54) なお、この点については、宇佐見・前掲注(10)59頁注(34)の広中説に對する指摘も参考になる。

(傍点——引用者)と論ずる。そして、右田は、このことをもって、時効の法律関係がCの登記の時から、両当事者間の関係(所有者と他人の物の占有者との関係)として生じ、その結果、BがCの登記時を起算点とする時効取得をCに対して対抗しうることになる根拠と解しているようである。⁽⁵⁵⁾

確かに、民法162条は、その文言上、「他人の物」の占有を取得時効の要件としている。従って、この観点からは、(i) Cの登記によりBの占有が他人の物の占有として受容されることになれば、あるいは、(ii) C登記時を起算点とする新たな取得時効の進行も認められようようになり、(iii) その時から時効期間占有を継続したBは、同時効により改めて時効取得する。そして、(iv) CとBの関係は、時効取得によって一方が所有権を喪失し、他方が所有権を取得する当事者間の関係になるため、(v) BはCに対して、時効取得を登記なしで対抗できる——以上のような論理の展開が可能となるであろう。

4-1) だが、このような論法に対しては、以下のような反論がなされるのではなかろうか。

(55) 右田・前掲注(49)284頁。ほぼ同旨——玉田弘毅「〔39〕判決判批」明治大学法制研究所紀要6号(1962)137頁以下、村上淳一「〔39〕判決判批」法協80巻3号(1963)131頁、秦・前掲注(35)5頁、川井健「〔7〕判決判批」NBL784号(2004)78頁以下、岡本・前掲注(34)143頁、岡田・前掲注(11)113頁以下、生熊「〔7〕判決判批」リマークス30号(2005)17頁、久須本・前掲注(10)19頁、新井・前掲注(10)「〔7〕判決判批」44頁、平野・前掲注(7)民法総合201頁注277、同『物権法』(新論点講義シリーズ10)(弘文堂、2012)127頁、同『物権法』(日本評論社、2016)119頁以下、伊藤・前掲注(22)6頁、占部・前掲注(20)41頁、角「〔9〕判決判批」現代民事判例研究会編『民事判例VI2012年後期』(日本評論社、2013)131頁、同・前掲注(2)星野追悼388頁、安永・前掲注(2)151頁、152頁、岩川・前掲注(8)247頁以下、川畑正文「〔9〕判決判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成24年度(下)(3月～12月分)』(法曹会、2015)413頁以下。

すなわち、例えば、Bの最初の時効取得後、原所有者Aからの譲受人Cが登記した後で、①Bがさらに8年間占有を継続している場合を考えると、右田の見解では、Bは既に時効取得による所有者ではなく、「他人の物の占有者」となっているはずであるが、B・C間の関係は、判例理論の第3原則に基づいて、依然として、Bの占有開始時を起算点とする「登記なき時効取得者」（所有者）と「第三者」との対抗関係として処理されることになる。そうすると、②Cの登記後Bの占有が10年あるいは20年を超えた場合であっても、そのことを契機に、Bの占有が卒然「他人の物の占有」に変容するわけではないから、取得時効による所有権取得を第三者Cに対抗できないという第3原則のシェーマは、ここでも貫かれなければならないはずである。

ところが、前記右田の見解に従えば、Cの登記後におけるBの占有が時効期間を経過し、②の場合になると、Bは、忽然と「他人の物の占有者としての保護を受け」、CとBの関係は時効取得の当事者の関係になるとされるのである。もちろん、この場合、BがCに対抗しうる時効取得は、最初の時効取得とは別の、Cの登記の時点から他人物とされた物を時効期間占有したことによって認められる再度の時効取得であるという説明もありうるかもしれない。しかし、右田説によれば、前段で述べたように、Cの登記時以降、「他人の物の占有」と構成されるはずのBの占有が続いている場合にも第3原則が適用されることになるのであるが、これは理論的には、①の場合のみならず、②の場合も含めざるを得ないのであるから、この第3原則の適用と再度の時効取得の対抗との関係については、依然として釈然としない点が残ることになる。

4-2) もっとも、以上の考え方に対しては、①Bの最初の時効取得後、原所有者Aからの譲受人Cが登記した後でBがさらに8年間占有を継続している場合、その占有8年目の時点で問題となる対抗は、その8年目の時

96(242) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

点を基準とした対抗ではなく、Cが登記した時点におけるBの時効取得の対抗であり、現在Bに所有権があるかどうかとは直接関係がないことからである。そして、C登記時点で対抗が認められなかったからこそ、その後のBは所有者ではなく、他人の物の占有者となり、その結果、C登記後8年が経過した時点では、Cに対して所有権を主張できない。ところが、②Cの登記後Bの占有が10年あるいは20年以上継続すれば、Bの占有を「他人の物」の占有へと変容させたCの登記の時から、時効完成のために必要な期間が経過し、第1の取得時効とは別の第2の取得時効が成立する。そして、この第2の取得時効においては、BとCの関係が時効取得者Bと、Bの時効取得により所有権を喪失するCという当事者の関係になるため、Bは登記なしでCに時効取得を対抗できることになる——という再反論がなされうるかもしれない。

しかしながら、民法177条は物権変動に登記が備わっていない場合、その物権変動により権利を取得した者は自らの権利を第三者に対抗することができないと規定するが、このことは、第三者の側から未登記者を権利者と認めるということまで否定するものではない。そこで、例えば、①Bが最初に不動産を時効取得した後で、原所有者Aからの譲受人Cが登記し、さらに、その時からBが8年占有した時点において、B・C間で所有権の帰属が問題になったとしよう。このとき、右田理論によれば、Cの登記によってBは「他人の物の占有者」となるはずであるが、Bが8年占有した時点でCがBの最初の時効取得を承認した場合は、Bの所有権を認めざるを得ない。だが、この場合、Cの承認の時点で「他人の物の占有者」が所有者に転化すると解釈するのは困難であり、それゆえ、BはCが登記した時点でも所有者であったと解するほか術はないであろう。とするならば、右田理論は、第三者の登記時以降の態度により時効取得者の占有の性質がどちらに転ぶか——他人の物の占有になるのか所有者としての占有になる

のか——わからない不安定な理論ということになり、果たしてこの理論に従ってよいのか大いに疑問の湧くところとなる。

また、②同様な事例で、Bの占有がCの登記後、時効期間（10年または20年）継続した場合を考えると、右田説では、この場合、C登記時を起算点とする第2の取得時効が成立し、Bは時効取得をCに対抗できるはずであるが、例えば、Bが上記時効期間経過後も2年間占有を続けた時点で、CがBの第1の時効取得を承認したときは、BはC登記時以降も、第1の時効取得に基づく所有者であり、「他人の物の占有者」ではなかったことになるため、C登記時を起算点とする第2の取得時効はその成立根拠を失う。もっとも、Bは、第2の時効取得を主張できなくても、第1の時効取得は主張できるのであるから、Bの所有権が認められるという結論に違いはないが、Cが第1の時効取得を承認すれば、Cの登記時を起算点とする第2の取得時効が成立しえなくなるというのでは、右田説を確固たる理論と認めることに躊躇せざるを得ないことになるろう。

4-3) さらに、本第二節1であげた「取得時効と登記」に関する判例の第3原則によれば、未登記で最初の時効取得をしたBは、Bの時効取得後に原所有者Aから不動産を譲り受けて登記を経たCに対抗できないことになるが、ここで言う「対抗できない」とは、Bの時効取得がCとの関係で否定されることを意味する。従って、Bが時効取得をCに対抗できなくなった場合、B・C間の関係がどのように法律構成されるかと言えば、(i) 時効取得によっていったんB所有となった不動産がC登記時からCの物になるのではなく、当該不動産の所有権は、原所有者Aからの譲渡行為によってAからCに直接に移転する。他方で、(ii) Bは、最初の時効取得が否定されるのであるから、占有開始時→最初の取得時効完成時→C登記時→それ以後の占有を通じて所有権を有したことは一切なかった——というように構成されることになるろう。しかし、そうだとすると、Bは一貫して

98(244) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

「他人の物の占有者」であったわけであるから、仮に右田の理論が「BはCの登記によって初めて『他人の物の占有者』となり、その結果として、Cの登記時を起算点とする再度の取得時効が成立しうる」といったものとするならば、このような理論は、およそ「対抗」の法律構成の観点からは採りえないものとせざるを得ない。

もっとも、この点については、右田自身十分に認識しているようであり、前掲判例解説では、その注において、次のように述べられている。すなわち、以上のような場合、C登記時にBの「他人の物についての占有が新たに始まった」と解すべきではなく、Bは、Cの登記によって時効取得を対抗しえなくなるため、「さかのぼって当初から所有者でなかったこととなり、従って又当初から他人の物を占有したこととなる⁽⁵⁶⁾」と。そこで、この論述をも含め、右田の見解をトータルに捉えたとすれば、(i) Bの不動産の時効取得後第三者Cが現れ、その登記をした時点で、Bの当該不動産に対する占有は、それ以前の占有期間も含め、自己の物の占有から他人の物の占有に変容する。そして、(ii) 時間的現象として把握するならば、まさにCの登記の時を境にこのような法的状況が生ずるのだから、ここにCの登記時を起算点とする再度の取得時効を認める根拠が存在する——以上のようにまとめることができるであろう。

しかし、確かにCが登記を具備する瞬間までは時効取得者Bの占有が「他人の物の占有」と評価されることはないが、いったんCの登記が備わった後においては、法律構成上は、それ以前の占有も「他人の物の占有」と評価せざるを得ない。とすれば、上記のような右田の理論の展開には、少々飛躍があるものと考えられるのである。

5) なお、右田説（及び同旨の説）に対する更なる疑問点としては、自

(56) 右田・前掲注(49)285頁(注四)。

己の物の時効取得を認めている判例との関係をどう考えるのか、という問題もあげられる。すなわち、前述（第一節1(2)(c)(イ)(α)）のように、〔5〕の最判昭和42・7・21民集21巻6号1643頁は、「所有権に基づいて不動産を占有する者についても、民法162条の適用がある」、つまり、自己の物の占有者も時効取得しうると判示し、今日では、一般に、これが判例として認められている⁽⁵⁷⁾。また、〔39〕の昭和36年最判以前においても、前

(57) 〔5〕を先例とする最高裁判例として、〔40〕最判昭44・12・18民集23巻12号2467頁など（その他の判例については、拙稿・前掲注(13)165頁参照）。また、最近の学説のうち、①原則として、自己の物の時効取得を可能とするものとして、石田穰『民法総則』（悠々社、1992）600頁、同『民法総則』（民法大系（1））（信山社、2014）1108頁以下、北川善太郎『民法総則〔第2版〕』（民法講要I）（有斐閣、2001）234頁、加藤雅信『新民法大系I民法総則（第2版）』（有斐閣、2005）402頁、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、2005）284頁以下、河上・前掲注(32)総則552頁以下、四宮和夫＝能見善久『民法総則第八版』（法律学講座双書）（弘文堂、2010）365頁、平野『民法総則〔第3版〕』（民法講義シリーズ1）（日本評論社、2011）590頁以下、近江幸治『民法講義I民法総則〔第6版補訂〕』（成文堂、2012）379頁以下、山川一陽『民法総則講義【第五版】』（中央経済社、2014）290頁等（従来の学説については、拙稿・前掲注(13)167頁注(4)参照）、②〔5〕、〔40〕の判例をあげるなどして、自己の物の時効取得を認めるのが判例であるとしているものとして、佐久間『民法の基礎1総則〔第3版〕』（有斐閣、2008）400頁、内田・前掲注(31)民法I385頁、中舎寛樹『民法総則』（日本評論社、2010）388頁以下、山本敬三『民法講義I総則〔第3版〕』（有斐閣、2011）546頁、尾島茂樹「〔7〕判決判批」金沢法学47巻2号（2005）129頁等。以上に対し、自己の物の時効取得を否定し、取得時効の客体は他人の物であることを要するとする最近の学説として、例えば、大久保邦彦「自己の物の時効取得について（一）（二・完）」民商101巻5号（1990）11頁以下、6号（1990）30頁以下、同「〔9〕判決判批」86頁（大久保説については、拙稿・前掲注(13)166頁参照）、本城武雄＝小脇一海編『民法総則』〔現代社会と民法—I〕（嵯峨野書院、新版、1994）273頁〔柳澤秀吉〕、柳澤秀吉＝堀田泰司編著『民法総則』（新現代社会と法シリーズI）（嵯峨野書院、2007）326頁以下〔柳澤〕。

掲〔1〕大判大正9・7・16,〔41〕大判昭和9・5・28民集13卷857頁の⁽⁵⁸⁾2判決が自己の物の時効取得を肯定しているが、これら判例との関係はどのように説明されるのであろうか。

但し、大審院の判例には、以上とは逆に、民法162条の文言どおり、他人の物の占有を取得時効の要件とする判決（〔42〕大判昭和4年4月11日新聞3006号10頁,〔43〕大判昭和5年11月19日新聞3209号15頁,〔44〕大判昭和9年9月15日新聞3801号9頁,前掲〔3〕大判昭和15年8月12日）も4件あり⁽⁵⁹⁾,この点を見れば,〔39〕の昭和36年最判の段階では,自己の物の時効取得の肯認が判例として確立していたとは必ずしも言えないかもしれない。また,〔5〕判決は,右田の判例解説後に出された判例であるとともに,同判決においても,自己の物について取得時効を援用することに意味があると判示されているのは,所有権取得の立証が困難であったり,所有権の取得を第三者に対抗できない等の場合に限られている。しかしながら,上述のように,今日,一般論として自己の物の時効取得が肯定されている以上,第三者の登記時から時効期間占有をした者が「他人の物の占有者としての保護を受ける」として再度の取得時効を承認しようとする場合は,この「自己の物の時効取得」との整合性は,十分に吟味されなければならないはずである。

6)最後に,本稿がテーマとする「抵当権と時効」の問題に焦点を合わせると,仮に第三者Cの登記によって時効取得者Bの占有が他人の物の占有になるという論理の下で,「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則(本第二節1(1)⑤)を認めたとしても,上記論理は,第三者Cが原所有者Aから不動産を譲り受けた場合にのみ適合するものであって,Cが

(58) 〔41〕大判昭和9・5・28の事案と判旨については,拙稿・前掲注(13)171頁以下。

(59) 拙稿・前掲注(13)164頁参照。

譲受人ではなく、Aから抵当権の設定を受けた抵当権者であった場合は通用しないのではないかと、という疑問が浮かび上がってくる。というのは、Bの時効取得後CがAから抵当権の設定を受けて登記したとしても、Bが時効取得した所有権は抵当権の制限を受けるに過ぎず、所有権自体が奪われるわけではない。従って、Bは依然として自己の物を占有していると考えられるからである。⁽⁶⁰⁾

もっとも、前示（第一節2(2)(b)、本第二節1(2)）のように、〔9〕の最判平成24・3・16は、不動産の時効取得後、上記Cが当該不動産について抵当権の設定・登記を受ければ、時効取得者Bは抵当権が実行された場合に自らの所有権取得が覆滅される地位に立たされるのであるから、この意味で、Cがたとえ抵当権者であったとしても、不動産の譲受人であった場合に比肩しうる事態——「食うか食われるか」の関係——が生ずるとして、Cが抵当権者である場合についても、判例理論の第5原則の適用を認める。ただ、〔9〕判決のこのような実質的観点からの論理に従ったとしても、この論理を民法162条の「他人の物」の占有という要件にどのように接合すべきかという点は、さらに問題として残ろう。

この点、大久保邦彦によると、上記事例においては、「抵当権の存在に物の他人性を求めることができるので、この場合には例外的に自己の物の時効取得が認められる」（傍点——引用者）とされる。すなわち、これについては、「民法一六二条の物の他人性要件が、所有権に制限物権が附着していること⁽⁶¹⁾に変容している」とされるのである。とはいえ、他人の制限

(60) ほぼ同旨——秦・前掲注(35)5頁、川井・前掲注(55)78頁以下、岡田・前掲注(11)113頁以下、内田・前掲注(31)民法I454頁、佐久間・前掲注(2)127頁〔事例から民法50頁〕、角・前掲注(55)「〔9〕判決判批」131頁、同・前掲注(2)星野追悼338頁、安永・前掲注(2)152頁以下。なお、佐久間説については、すぐ後の本文((β))で、その詳細を検討する。

(61) 大久保・前掲注(57)「〔9〕判決判批」86頁、同・前掲注(57)自己の

物権が付着した不動産も自己の所有する物である点に変わりはなく、これを民法162条の条文プロパーの問題と考えれば、結局のところ、大久保説においても、自己が所有権を有する物について、再度の取得時効によってさらに所有権を取得するという自家撞着に陥る虞もないわけではない。そこで、大久保は、これを「民法三九七条が適用されるべき」場合と位置づけ、梅謙次郎に倣い、同条が定める時効は「所有権を完全にするための時効⁽⁶²⁾」であると解するのである。よって、同説については、続稿で民法397条を考察する際に、詳しく検討を行うことにしたい。

(β) 佐久間説

1) 次に、佐久間毅の著書によれば、「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則については、以下のような解説がなされている。すなわち、Aの不動産をBが時効取得し、その後AがCに当該不動産を譲渡して移転登記をした場合、Bが同不動産の占有を以前と同様に継続していたときでも、Cが登記を具備した時点で、B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」、B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る。したがって、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⁽⁶⁴⁾ものとする⁽⁶⁴⁾ことができる」と。要するに、同書で示された論理をたどると、

物(二・完)民商101巻6号55頁, 57頁以下。

(62) 梅謙次郎『民法要義巻之一総則編』(私立法政大学=有斐閣書房, 訂正増補第33版, 1911)〔明治44年版完全復刻版(有斐閣, 1984)にて復刻〕422頁, 409頁。

(63) 大久保・前掲注(57)「〔9〕判決判批」85頁以下, 同・前掲注(57)自己の物(二・完)民商101巻6号57頁。

(64) 佐久間『民法の基礎2物権』(有斐閣, 2006)111頁。ほぼ同旨——遠藤「民法基本判例解説(33)」みんけん457号(1995)50頁〔民法基本判例

(i) Bの時効取得後にAからCが不動産を譲り受けて登記した場合、Bは未登記の時効取得をCに対抗できなくなり、(ii) それまでのBの占有は無意味なものになると考えられる。よって、(iii) Cの登記後におけるBの占有のみが時効の完成にとって「意味ある」占有となり、その結果、(iv) Cの登記時からさらに時効期間占有が継続すれば、新たな取得時効の成立を認定しうることになる——という筋道が描かれることになるであろう。

確かに、判例理論によれば、Bの時効取得後に、不動産の原所有者AからCが当該不動産を譲り受けて登記をした場合、Bはいかに長期間占有してきても、登記なしで時効取得をCに対抗できないのであるから、この点から見れば、同書の説くように、Bのそれまでの占有が「無意味」になったと評することはあながち誤りとは言えないかもしれない。だが、上記判例理論の下では、Cの登記後、Bが2年、3年と占有を継続していても、BがCに対抗できないことに変化は生じない（第3原則による）のであるから、Cの登記前におけるBの占有を「無意味」と言う以上は、Cの登記後における占有も、依然として「無意味」な占有と解さざるを得ないことになるのではなからうか。換言すれば、Cの登記後におけるBの占有を「取得時効の完成に意味あるもの」と解するためには、まずもって、Cの登記時を起算点とし、Cに対抗しうる新たな取得時効の成立可能性を認めることが必定と思われる。ところが、上述のように、同書は、初めに、Cの登記後の占有を「取得時効の完成に意味ある」占有と認定し、そこから、Cの登記時を起算点とする取得時効を導き出さんとしている。そして、このように見てくると、果たしてここでも、右田説について(a)の1-1)のところで論じたと同様、循環的な議論がなされているのではないかと

2 (信山社出版, 1999) 所収, 67頁], 占部・前掲注(20)41頁注4。

思量されてしまうのである。

2) もっとも、佐久間の最近の論考によれば、上の1)のような事例については、次のような説明がなされている。すなわち、「取得時効と登記」に関する判例理論の第3原則により、Bの時効完成後Cが「所有権の登記を備えた場合には、その時点で、それまでは援用をして登記を備えれば確定的な所有権取得の原因になるはずであった取得時効の完成が、法的に無意味になる。そこで、事実としては継続している占有であっても、その時点から、法的には全くの無権利者による新たな占有が開始されたとみられることになり、再度の時効の完成が考えられる⁽⁶⁵⁾」(傍点——引用者)と。つまり、Bは取得時効によって所有者になったとは言っても、Cが登記を具備すると、以後、Cに対して、所有権の確認を求めるとも移転登記の請求をすることもできず、また、Cの明渡請求を拒むこともできなくなる⁽⁶⁶⁾。そこで、同論考は、このような状態を指して、C登記時以降、Bは「法的には全くの無権利者」になるものとし、Cが登記を具備した時点で、「無権利者による新たな占有が開始され」と見る。要するに、以上の見解については、(i) Cの登記によってBは「全くの無権利者」になるが、(ii) 無権利者による占有の継続が取得時効の要件であると解されるので、その結果として、(iii) Cの登記時を起算点とする取得時効が肯定される。そこで、(iv) C登記時から10年または20年占有が継続すれば、Cに対抗しうるBの取得時効が成立する——という自然な順路で論理が展開されていると評することができるのである。

ところで、同論考にいわゆる「全くの無権利者による」占有とは、民法162条の規定に即して言えば、「他人の物」の占有がほぼそれにあたると考えられる。従って、同論考の見解は、条文が定める取得時効の要件にも

(65) 佐久間・前掲注(2)127頁〔事例から民法50頁〕。

(66) 佐久間・前掲注(64)111頁参照。

適格的と言えよう。しかし、そうだとすれば、C登記時以降の占有を他人物占有有だとして、その時点を起算点とする取得時効を認める説に対する前述（(α) 4-1）以下の批判は、佐久間説にもおおよそのところあてはまるかもしれない。

3) さて、ここまで、佐久間説について検討してきたが、筆者の観点から見ると、同説の真骨頂は、前記Cが所有権移転の登記をすれば、Cは、Bが時効取得していた不動産の所有権取得をBに主張し、それまで不可能であったBの占有の排除ができるようになる、と述べている⁽⁶⁷⁾点であろう。というのは、今日の対抗理論によれば、所有権の登記を具備したCは占有者Bに対して当該不動産の明渡しを請求することができ、Bはこれを拒絶することができない。ところが、それにもかかわらず、Cの明渡請求が全くなされないまま長期間が経過すると、取得時効の成立が認められることになるが、取得時効の意義は、まさにこの点にこそ見出されうるかもしれないからである。しかし、このような視点からの考察は、後の(δ)であげる宇佐見説によく現れているので、ここでは、これ以上の言及は行わないことにしたい。

なお、前掲の論考によれば、上記Cが抵当権者であった場合、Bは、最初の時効取得の援用・登記をすれば、「抵当権の負担つきではあるものの、すでに完成していた時効の効果として所有権を確定的に取得することができる」ことから、この場合には、先掲判例理論の第5原則は適用されないものとされる。⁽⁶⁸⁾すなわち、佐久間説において、「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則が適用されるのは、第三者が所有権を取得した場合に限られるのである。

(γ) 松尾説

(67) 佐久間・前掲注(64)111頁。

(68) 佐久間・前掲注(2)127頁〔事例から民法50頁〕。

以上に対して、松尾弘は、判例理論の第5原則の法理を、以下のように説明する。すなわち、A所有不動産をBが占有して取得時効が完成した後、CがAから当該不動産を譲り受けて登記したという事例（判例理論の第3原則があてはまる場合）について、判例は「占有者Bは時効完成後に現れた第三者Cの登記の時点から新たに起算される取得時効の完成によってC（Bとは当事者関係に立つことになる）に対して登記なしに対抗できるようになる⁽⁶⁹⁾」と解しているのではない。そうではなく、むしろ判例法理は、「時効完成後に現れた第三者Cの登記後もBが占有を継続して再度時効取得に必要な期間が経過したときは、当初の占有開始を起算点とする時効取得の効果を当該第三者Cに対しては登記なしに対抗しうる」とするもので⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾ある、と。松尾の見解はこのようなものであるが、判例理論の第5原則は取得時効の起算点をずらすものではないというのであるから、仮にこの考えが妥当だとすれば、第5原則は、判例理論の第4原則（時効の起算点は占有開始時に固定される）に矛盾しないということになるのかもしれない。

(69) 言うまでもなく、これが判例に対する一般的な理解である。

(70) 松尾＝古積『物権・担保物権法 [第2版]』（弘文堂NOMIKA 2）（弘文堂，2008）87頁〔松尾〕。なお、松尾は、第三者が不動産の譲受人ではなく、抵当権者である場合に関する〔9〕最判平成24・3・16についても、同様な視点に基づく解釈をしている（松尾・前掲注(16)「〔9〕判決判批」130頁）。

(71) なお、以上の松尾説と類似の思考方法を採用していると推察されるものとして、金子・前掲注(2)18頁は、以下のような論理を展開している。すなわち、〔39〕の最判昭和36・7・20は、「登記制度（公示への信頼）と、占有（事実状態の保護）の調整の一場面として、時効完成後に登記を経由した第三者に対して、登記なくして時効取得した所有権を対抗し得るためには」、その「登記時を起算点とした時効取得に要する期間の占有という一種の権利保護要件が必要である、という法理を述べた」ものである。要するに、「これは再度の『時効取得』ではなく、むしろ、取得時効の枠組みを借りているだけなのである」と。

ちなみに、松尾は、「土地の取得時効完成後に抵当権が設定・登記され、土地の占有者が取得時効を援用して所有権移転登記をした後に、抵当権設定登記時から10年の占有継続による再度の取得時効を主張して抵当権の抹消登記を求めた」〔7〕最判平成15・10・31の事案については、「いったん占有開始日を起算点とする時効取得を主張しながら、後に抵当権設定登記時から10年の占有継続による時効取得を主張すること」は、「取得時効の起算点の任意選択を否定する」判例理論の第4原則に反し許されないものとしている⁽⁷²⁾。

しかし、上記の松尾説に対しては、次のような批判が可能であろう。すなわち、前掲のように、松尾によれば、最初の時効完成後に出現した第三者の登記後、再度時効取得に必要な期間占有を継続した占有者は、当初の占有開始を起算点とする時効取得を当該第三者に対して登記なしに対抗しうるとされるが、その明確な根拠は何ら述べられていない。むしろ第三者Cの登記時から10年ないしは20年の「時効取得に必要な期間」の経過を求めるのならば、第三者Cの登記時を起算点とする取得時効の完成が必要であると解するほうが、素直な考え方と言えるのではなかろうか。また、判例理論の下で、あくまでも当初の占有開始時を取得時効の起算点とするならば、いったん取得時効が完成した場合、原所有者からそれ以降に不動産を譲り受けた第三者に対して時効取得（未登記）を対抗できないという事態は、その後も継続するはずである。にもかかわらず、第三者の登記後時効期間が経過すれば、当該第三者に対して時効取得を登記なしで対抗できるようになるとは、いかなる理論に基づくものであろうか疑問なしとしない。

（δ）宇佐見説

(72) 松尾・前掲注(16)〔9〕判決判批〕130頁。なお、松尾＝古積・前掲注(70)87頁〔松尾〕も参照。

終わりに、宇佐見大司の見解に触れると、宇佐見は、「所有者（と称する者）が占有者の占有を争いうるのに長期間争わないまま経過した」という点に、取得時効の根拠の一つを見出す。そして、「占有者に対して所有権を主張する者がその占有を争う可能性ある時点から、その占有者（……）のための時効が進行する」（傍点——引用者）のであり、民法162条が定める「他人の物」の占有による時効の進行には、以上のような意味があるものとする。そこで、不動産の二重譲渡ケースでは、未登記第1譲受人Bは、第2譲受人Cが「登記をしてはじめて、……その所有権の取得を否認され、不動産の引渡を求められる可能性があるようになる」ため、Bが「その占有する不動産の引渡を」Cから「求められる可能性の生じた時点」、すなわち、Cの登記時点より、「Bにとっての取得時効の基礎となる占有がはじまる」ものとされる⁽⁷³⁾。そうすると、Bの取得時効が完成した後で第2譲受人Cが登記を具備したところ、Bがその時からさらに占有を続けたとされる〔39〕最判昭和36・7・20のような事案では、この登記時点からCはBの占有を争いうることになるのであるから、宇佐見説に従えば、「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則は、結果的に、一応の正当化が可能になるように思われる。

ところが、一方で、宇佐見説においては、抵当不動産の第三取得者Bに対しては、その売主Aも、抵当権者Cも不動産の明渡しを求めることができず、抵当権が実行され、競売による買受人Dが登場して初めて明渡しを請求しうるのであるから、D登場前のBの占有は取得時効の基礎となる占有にはなりえない、とされている⁽⁷⁴⁾。そして、このことは、二重の物権変動において、A名義の不動産の占有を未登記譲受人Bが始めた後で、AからCが抵当権の設定を受けた場合についても、同様に考えられよう。しかし、

(73) 宇佐見・前掲注(10)57頁以下、49頁以下。

(74) 宇佐見・前掲注(10)55頁。

以上のような見解に従えば、判例理論の第5原則のような結果は、第三者Cが所有権取得者である限りにおいて認められるものであり、前述（β）の佐久間説と同様、〔9〕の最判平成24・3・16のごとき、Cが抵当権を取得した者である場合には当てはまらないという結果になるであろう。

また、そもそも宇佐見説の採る取得時効の根拠論についてであるが、上述のように、取得時効の根拠を「所有者（と称する者）が占有者の占有を争うるのに長期間争わないまま経過した」という点に求めるこの説は、権利者の権利行使が時効の中断事由となっていることとの関係を十分に洞察しているわけであり、そこから見れば、非常に優れた見解と言うことができよう。だが、この見解では、なぜ長期間の占有者に時効取得の利益を与えなければならないかということについての積極的根拠は必ずしも明らかでなく、この点から見ると、もう一つ説得力に欠けるようにも思われない。⁽⁷⁵⁾

三 本稿の結び

以上、「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則を、第1原則～第4原則との関係で正当化できるか若干の説を取り上げて検討してきたが、叙上の考察によれば、やはり第1原則～第4原則の下では、第5原則は採りえない原則であることが明らかとなったと思われる。もっとも、前掲（第一節2(2)(b)）のように、〔9〕最判平成24・3・16は、不動産の占有者と抵当権者の間にも、占有者と原所有者からの譲受人との間におけると同様、権利の対立関係が生ずるとして、〔9〕の事案に判例理論の第5原則を適用しているが、同判決は、その実質的理由として、「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

(75) 拙稿・前掲注(13)187頁以下参照。

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」ということをあげている。そして、この長期占有を保護することが取得時効制度の趣旨であるという言説は、もちろん〔39〕最判昭和36・7・20のような占有者対譲受人という事案にも共通するものと言えよう。⁽⁷⁶⁾そこで、このような考えを前提とするならば、取得時効制度の趣旨からして、果たして判例理論の第5原則は否定できるのかという疑問が湧くのは当然のことかもしれない。

だが、例えば、ある不動産をBが30年間自主占有していたところ、(i) その30年目で、Cが当該不動産を原所有者と称するAから譲り受けて移転登記した場合と、(ii) Bの占有継続の20年目で、CがAから譲り受けて登記を得たが、その後もBが(善意・無過失で)10年間占有を続けた場合とを比較してみると、(ii)の場合は、「取得時効と登記」に関する判例理論の第5原則によってBが保護されるのに対し、(i)の場合は、判例理論の第3原則と第4原則によってBは保護されないことになってしまう。しかし、どちらの場合も、Bが30年間自主占有を継続していた点に

(76) なお、金子・前掲注(2)18頁は、〔39〕判決の事案に適合させるために、上記本文で引用した〔9〕判決のフレーズを、以下のように改変して説明している。すなわち、「取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第二譲受人が原所有者から所有権の移転を受けて所有権移転登記を了したならば、未登記の第二譲受人(「未登記の第二譲受人」は、「未登記の第一譲受人」の誤りか、あるいは、「占有者」の誤りか——引用者)がその後いかに長期間占有を継続しても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。

違いはないのであるから、(ii) の場合は占有者が保護されるが、(i) の場合は保護されないという結果は、長期占有の保護を標榜するならば不合理としか言いようがない。要するに、取得時効によって長期占有を保護すべしとするならば、まずもって必要なことは、判例理論の第3原則を否定することであり、それが認められるならば、そもそも第5原則は不要な原則ということになるであろう。いずれにせよ、「取得時効と登記」に関する判例理論は——〔9〕判決により、最高裁として再確認（否むしろ、対⁽⁷⁷⁾ 抵当権者事案への適用拡張）がなされ、同理論の第5原則に基づいて長期占有者の保護が果たされたわけであるが——既にその限界が露呈しているのであり、不動産占有者を登記名義人からの譲受人や抵当権者との関係で保護しようとするならば、これとは全く異なった解釈が導き出されなければならないのである。

【追記】

本稿校正中の2017（平成29）年6月2日に「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）が公布された。改正民法では、改正前民法における時効の「法定中断」が時効の「完成猶予」及び「更新」に改められたが、筆者としては、その概念ならびに理論に多少の違和感を覚える。しかし、いずれにせよ、まだ改正民法は施行されていないのであるから、本

(77) この点について、大久保・前掲注(57)〔〔9〕判決判批〕78頁は、「『取得時効と登記』に関する判例理論は長らく安定した状態にあったが、近時、判例理論の第5原則と抵触するような最高裁判決（〔7〕最判平成15・10・31と〔8〕最判平成23・1・21）が相次ぎ、「不安定な局面の到来も予想されていた」（池田・前掲注(8)108頁参照）。しかし、〔9〕判決は「従来の判例理論に沿うものであり、判例変更は遠のいたように思われる」と叙述している。

稿では、原則として、現在施行されている改正前民法の規定に従った叙述にとどめておきたい。

論

説

Du rapport entre la jurisprudence sur « la prescription
acquisitive et la publicité foncière » et le sujet de
« l'hypothèque et la prescription »

Motomi KUSANO

Ce mémoire a été écrit dans le but d'éclaircir le rapport entre la jurisprudence sur « la prescription acquisitive et la publicité foncière » et le sujet de « l'hypothèque et la prescription ».

En premier lieu, B a possédé un terrain dont A avait été inscrit comme propriétaire pendant 10 ans ou 20 ans à titre de propriétaire. En deuxième lieu, C y a pris une hypothèque. En dernier lieu, B a possédé le terrain pendant 10 ans ou 20 ans après l'inscription de cette hypothèque.

Dans le cas mentionné plus haut, on dit généralement que l'hypothèque s'éteint en application du cinquième principe de la jurisprudence sur « la prescription acquisitive et la publicité foncière ». Ce mémoire est ce qui propose d'analyser de façon critique l'idée générale.