

民法397条と起草者意思

——「抵当権と時効」問題に関する中間的考察——

草 野 元 己

目 次

I 緒 言

- 1 はじめに
- 2 本稿の課題
 - (1) 民法397条に関する私見の概要
 - (a) 抵当不動産の第三取得者による抵当権の時効消滅の主張
 - (b) 抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅
 - (2) 現行民法397条への統合に対する検討

II 現行民法起草者の意思

- 1 法典調査会の設置と起草委員の任命
- 2 起草委員の説明・解釈
 - (1) 梅起草委員
 - (a) 法典調査会における立法理由の説明
 - (b) 著書『民法要義』における論述
 - (2) 富井起草委員の解釈

III 考 察

- 1 法典調査会における梅の説明の検討
 - (1) 梅の説明
 - (2) 検 討
 - (a) 旧民法債権担保編297条1項と296条との関係
 - (b) 旧民法債権担保編296条と旧民法財産編287条2項との関係
- 2 梅及び富井の著書の論述に対する検討
 - (1) 梅『民法要義』・富井『民法原論』における論述
 - (2) 検 討

IV 結 語

- 1 本稿の考察から得られる結論
- 2 今後の課題

I 緒 言

1 はじめに

筆者は、いわゆる「抵当権と時効」の問題に関して、20年前の1998（平成10）年に、「抵当権と時効」と題する論考⁽¹⁾（以下、本稿では、「玉田古稀論文」と呼ぶことにする）を発表したが、近時、最高裁から、〔1〕最判平成15・10・31判時1846号7頁、金判1191号28頁、〔2〕最判平成23・1・21判時2105号9頁、金判1365号18頁、〔3〕最判平成24・3・16民集66巻5号2321頁という3つの重要判例が出現したことを契機に、改めてこの問題の再考察を目論み、昨年（平成29）年に、拙稿「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——」⁽²⁾（以下、「再論第1論文」ないしは「第1論文」と呼ぶことにする）と、同『「抵当権と時効」問題と民法397条——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——』⁽³⁾（以下、「再論第2論文」ないしは「第2論文」と呼ぶことにする）の2編の論考を公にした。

ところで、これらの論考もその一部となる今回の一連の研究は、「抵当権と時効」という問題の中で、——〔2〕判決についての検討は留保しつ

(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）（以下、「玉田古稀論文」または単に「玉田古稀」と呼称）45頁以下。

(2) 拙稿「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——」（以下、「再論第1論文」または「第1論文」と呼称）本誌68巻2号（2017）51頁以下。

(3) 拙稿『「抵当権と時効」問題と民法397条——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——』（以下、「再論第2論文」または「第2論文」と呼称）深谷格＝西内祐介編著『大改正時代の民法学』（成文堂、2017）105頁以下。

(4) つ——〔1〕判決と〔3〕判決はどのように位置づけられるかということ
を究極の目標にするものである。しかるに、上掲のごとく、再論第1論文
と第2論文の両者には、「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」という副題がつけられている。そして、この「向けて」
という言葉からも明らかなように、本研究は、現時点においては考察の途
上にあり、「抵当権と時効」という問題の中で〔1〕〔3〕両判決の位置づ
けを最終的に定めるという段階には未だ至っていない。従って、この〔1〕
〔3〕両判決の着地点を解明することがこれらの続稿における喫緊の課題
であるのは、筆者も十分に自覚しているところである。

2 本稿の課題

しかし、それはさておき、本研究を進めるにあたっては、考究しなければ
ならない別の課題がある。

すなわち、筆者は、玉田古稀論文及び再論第2論文において、民法397
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。」）は旧民法債権担保編296条（「抵当不動産ノ所有者タル債務者カ其
不動産ヲ譲渡シテ取得者又ハ其承継人カ之ヲ占有スルトキハ登記シタル抵

(4) 〔2〕判決は、土地を賃借して他主占有する者の援用する賃借権の時
効取得が当該土地の抵当権者に対抗できるかという問題に関するものであ
って、所有権の時効取得に関する事案ではない（〔2〕判決の事案及び判旨
については、拙稿「〔2〕判決判批」民商145巻4＝5号（2012）124頁以
下参照）。この点、同判批132頁、再論第1論文66頁、第2論文106頁でも
述べたように、筆者は、《果たして賃借権という権利の上に取得時効は成
立しうるのか》という根本的な疑問を持っている。要するに、〔2〕判決
は、〔1〕判決や〔3〕判決とは別個に扱われるべき判例ではないか、と
考えられるのである。

当ハ抵当上ノ訴訟ヨリ生スル妨碍ナキニ於テハ取得者カ其取得ヲ登記シタル日ヨリ起算シ三十个年ノ時効ニ因リテノミ消滅ス但債権カ免責時効ニ因リテ其前ニ消滅ス可キ場合ヲ妨ケス」と同編297条（1項「真ノ所有者ニ非サル者カ不動産ヲ譲渡シタルトキハ占有者ハ其善意ナルト悪意ナルトニ従ヒ所有者ニ対シテ時効ヲ得ル為メニ必要ナル時間ノ経過ニ因リ抵当債権者ニ対シテ時効ヲ取得ス」、2項「無権原ニテ不動産ヲ占有スル者ニ付テモ亦同シ」とを併合して規定された条文であるという沿革を主な根拠に、現行民法397条を解するにあたっては、旧民法債権担保編296条と297条のそれぞれの趣旨に基づいた両様の解釈が行われなければならない、との私見を提示してきた⁽⁵⁾。そして、その概要は以下の(1)に掲記したとおりである。

(1) 民法397条に関する私見の概要

現行民法397条は、①抵当不動産の第三取得者が当該不動産を長期占有したことにより抵当権の負担を免れる場合（旧民法債権担保編296条に由来）と、②抵当不動産の長期占有者が当該不動産を時効取得した結果、抵当権が消滅する場合（同編297条に由来）の両場合を包含する規定である⁽⁶⁾。

(a) 抵当不動産の第三取得者による抵当権の時効消滅の主張

このうち①については、抵当権が既登記ならば⁽⁷⁾、抵当不動産の第三取得者が善意・無過失というようなことは事実上ありえない。従って、抵当不

(5) 玉田古稀論文56頁以下、再論第2論文127頁以下。

(6) 玉田古稀82頁、第2論文128頁、131頁、132頁。

(7) なお民法177条によれば、抵当権が未登記ならば、抵当権者は抵当権の存在を抵当不動産の第三取得者に対抗できないため、この場合は、最初から、397条の問題にはなりえないことになる（玉田古稀68頁参照）。

不動産の第三取得者が抵当権の時効消滅を主張するためには、長期取得時効(民162条1項)の時効期間に準じ、20年の占有期間が必要になる。⁽⁸⁾

(b) 抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅

(ア) これに対し、②の場合は、その中がさらに、次の2つに分けられる。

すなわち、(i) 抵当権が付いた状態で登記されている不動産を抵当権設定者以外の者から譲り受けて長期占有した者が、当該不動産を時効取得したとして抵当権の消滅を主張する場合と、(ii) 同じく抵当権付きで登記されている不動産を長期占有している者が、当該不動産について他人からの譲受けは証明できないものの、時効取得を理由に抵当権の消滅を主張する場合とがそれであり、(i) は旧民法債権担保編297条1項を受け継いだものであり、(ii) は同条2項を継受したものと言える。

(イ) (α) そして、取得時効の存在理由に関する私見からすると、(i) の旧民法債権担保編297条1項に由来するケースとしては、第1に、取引により不動産の占有を取得したことは証明できるが、真の所有者から譲り受けたことは証明できず、かつ、善意・無過失で占有取得したことも立証できない⁽¹⁰⁾長期占有者が、長期取得時効(民162条1項)の完成を理由に抵当権の消滅を主張する場合があげられる。なお、上述の「真の所有者から譲り受けたことを証明できない場合」には、1) 実際は真の所有者(抵当権設定者ではない)から譲り受けているにもかかわらずそれを証明できない場合に加え、2) 真実非所有者と取引して不動産の占有を取得したが、短期取得時効の要件である占有取得時の善意・無過失は証明できない者の取引の安全を図る場合も含まれる、と考えられる。

(8) 玉田古稀68頁以下、第2論文128頁以下。

(9) 拙著『取得時効の研究』(信山社出版、1996) 1頁以下等参照。

(10) 占有者の相手方の反対証明が成功した場合(民186条1項参照)。

(β) また、第2に、第1と同じく、不動産を真の所有者から譲り受けたことは証明できないが、譲受行為自体は証明でき、かつ、当該不動産を善意・無過失で占有取得したという推定(民186条1項)⁽¹¹⁾が反対証拠によって破られない場合、占有取得者は、短期取得時効(民162条2項)を援用して不動産に付けられた抵当権の消滅を主張することができる。なお、この中には、前主が1) 実際は非所有者であった場合に加え、2) 真実所有者であった場合も含まれるが、いずれの場合も、前主を所有者と信頼して不動産を(善意・無過失で)譲り受けた者の取引の安全を保護するために短期取得時効が認められる、と思量される。

もっとも、占有の始めにおける善意・無過失という要件を充たすためには、原則として登記の確認が必要不可欠と思われるが、占有不動産の取得時効の完成による抵当権の消滅を主張する場合、当該不動産の登記簿には、通常、譲渡人以外の者が所有者兼抵当権設定者として記録されているはずである。とすれば、抵当不動産について短期取得時効が認められるのは、買い受けた土地と隣地との間における境界紛争の事例などごく限られた場合になると考えられよう。

(ウ) 以上に対して、(ア)の(ii)のところであげた旧民法債権担保編297条2項は、1) かつて抵当権の負担のない不動産の所有権を取得したのであるが、長期間の経過で取得の証拠を失ってしまった真の所有者、または、2) 古来から不動産を占有してきた真の所有者の立証困難を救済するため、他人名義の所有権及び抵当権設定登記がなされている当該不動産につき時効取得とそれに伴う抵当権消滅の主張を認めた規定である。従って、同項をも継受した現行民法397条には、同様の趣旨が含まれているこ

(11) 私見では、民法186条1項は、占有者の占有取得時の善意・無過失を推定する規定であると解される。この点については、別稿で詳述する予定。

⁽¹²⁾
とになる。

(2) 現行民法397条への統合に対する検討

しかしながら、旧民法債権担保編が296条と297条というそれぞれ要件の異なる2つの条文によって時効による抵当権の消滅を規定していたのに対し、現行民法の起草者は、そのことはもとより承知の上で両条を現行397条へと統一したのであり、この点を鑑みれば、その統合にはもっとも至極な根拠があると思われたいわけでもない。

そこで、本稿では、最初に、現行民法の起草者はなにゆえ旧民法における2つの条文を1つの条文にまとめたのか、すなわち、現行397条への統一化の理由を探究し、次いで、その理由の正当性について検討を行うことにする。その上で、前述のとおり、時効期間の占有による抵当権の消滅の規定が1つの条文に合一化された現行民法397条の下でも、旧民法債権担保編296条・297条の沿革に基づき、両条文に応じて場合を分けた解釈を行う私見の妥当性を検証していきたいと思う。

II 現行民法起草者の意思

1 法典調査会の設置と起草委員の任命

フランス人ボアソナードらが起草し、1890（明治23）年に公布された旧民法は、1893（明治26）年1月1日から施行予定であったが、いわゆる「法典論争」を契機として、1892（明治25）年、民法等法律の修正のための施行延期法案が第3回帝国議会に提出され、その結果、施行は、⁽¹³⁾1896（明治29）年12月31日まで延期されることになった。そこで、政府

(12) 以上、(b) について、玉田古稀74頁以下、第2論文129頁以下参照。

(13) 「民法商法施行延期法律案」のこと。

は、翌1893（明治26）年3月、法典調査会規則を公布したが、これにより、「民法商法及附属法律ヲ調査審議ス」る（同規則1条）⁽¹⁴⁾ため法典調査会が設置され、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の3名が起草委員に任命された。⁽¹⁵⁾

2 起草委員の説明・解釈

(1) 梅起草委員

(a) 法典調査会における立法理由の説明

(ア) ところで、法典調査会で現行民法397条の原案たる392条が審議されたのは、1894（明治27）年12月18日の第54回調査会においてであり、⁽¹⁶⁾同調査会に提出された392条案は、以下のようであった。

債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備シタル占有ヲ為ストキハ抵当権ハ之ニ因リテ消滅ス⁽¹⁷⁾

(イ) この原案は——現行民法と比較すれば明らかなように——現在の397条とほぼ変わらないものであるが⁽¹⁸⁾、同日の調査会において、原案392

(14) 法典調査会規則1条「法典調査会ハ内閣総理大臣ノ監督ニ属シ民法商法及附属法律ヲ調査審議ス」

(15) 以上について詳細は、拙稿「日本民法学史における取得時効要件論——『所有の意思』を中心に——」平井一雄＝清水元編『日本民法学史・続編』（信山社出版、2015）104頁以下。

(16) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録二 第二十七回—第五十五回』（日本近代立法資料叢書2）（商事法務研究会、1984）950頁以下参照。

(17) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（16）962頁参照。

(18) なお、1896（明治29）年に制定され、2004（平成16）年に民法が現代語化されるまでの397条の条文は、「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ

条の起草担当委員と目される梅は、その立法理由を以下のように述べている。

本条ハ只今説明致シマシタ通り少シ既成法典ト違ツテ居リマス既成法典ニハ今箕作君ノ仰セノ通りニ占有者ガ所有者カラ不動産ヲ譲受ケタ場合ト所有者ナラザル者カラ譲受ケマシタ場合トヲ區別シテアル初メノ場合ハ必ズ三十年経タナケレバイカナイ次ノ場合ハ普通ノ取得時効ノ規則ヲ適用スルトアリマスカラ即チ既成法典デハ十五年デ時効ニ罹ルコトガ出来ル様ニナツテ居ル私ノ考ヘデハ若シ此二ツノ間ニ區別ヲスルナラバ寧ロ反対デナケレバナラスト思フ所有者カラ譲受ケタモノデアルナラバ是レハ他人ノ物ヲ譲受ケタノデハナイ所有者カラ其所有物ヲ譲受ケタノデアアルカラ夫レハ特別ノ保護ヲ受ケルト云フコトニナルカモ知ラヌガ第二

抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキハ抵当権ハ之ニ因リテ消滅ス」となっているが、本稿掲記の調査会案392条と比較すると、「具備シタル占有ヲ為ストキ」が「具備セル占有ヲ為シタルトキ」に改められただけであり、細部の語句の変更がなされたに過ぎない。

(19) この点については、拙著・前掲注(9)37頁注(64)〔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)37頁注2〕記載の文献等参照。

(20) ここで梅の言う「箕作君ノ仰セ」とは、392条案の前の391条案（「抵当権ハ債務者及ヒ抵当権設定者ニ対シテハ債権ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅セス」：現行民法396条に対応）の審議において、箕作麟祥調査会委員が行った次のような質問のことである。「一寸伺ヒマスガ既成法典デハ抵当不動産ヲ真ノ所有者カラ譲受ケタ場合ト真ノ所有者デナイ者カラ譲受ケタ者ノ場合ト少シ區別ガアツテ時効ノ規定ガ違ツテ居ル様デアリマスガ今度ノ此案デハ夫レハドウナルノデアリマスカ」。この質問に対して、梅は、以下の様に答えている。「夫レハ次ノ箇条ニ二ツノ場合ヲ合シテ規定シタ積リデアリマス理由ハ次ノ箇条ニ往ツテ述ベヤウト思ヒマス」（法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(16)961頁）。

ノ場合ハ所有者デナイ者ガ自分ノ過失デアツタカ何ンデアツタカ知りマセヌガ所有者ト見誤ツテ買受ケタ者ガ却テ余計ニ保護セラルル理由ハナイ殊ニ外ノ規定ト比ベテ見マスト權衡ヲ得ナイ例ヘバ地役權ニ付テハ財産編第二百八十七条ノ第二項ニ規定シテアル所デハ承役地ノ所有者カラ土地ヲ買受ケタ者デアツテモ仮令地役權ノアルコトヲ知ラヌデ買受ケタ場合デアルナラバ矢張り十五年ノ時効デ以テ地役權ハ消滅スルト云フコトニナツテ居ル、夫レ杯モ權衡ヲ得テ居ラヌ夫故ニ寧ロ此區別ヲ廢シテ總テ取得時効ノ規則ニ當嵌マル丈ケノコトガアツタナラバ矢張り期間モ取得時効ノ方ノ規定ニ依テ且ツ順位迄過失ナク不動産ヲ取得シタ者ガ若モ抵当權ノアルト云フコトヲ知ラナイデ取得シタ其知ラナイト云フノハ自分ガ登記簿ヲ見ナカッタトカ或ハ登記簿ノ写ヲ請求シタ所ガ其登記簿ノ写ノ中ニ登記官吏ノ疎漏デ抵当權ガ書イテナカッタト云フト云フヤウナ止ムコトヲ得ナイ場合ニ限ツテハ本案デハ年限ガ短クナリマシタカラ十年デ抵当權ガ消滅スルヤウニシタ方が宜カロウ之ニ反シテ若シ惡意デアアル即チ抵当權ノアルコトヲ知りツ、取得シタナラバ夫レハ所有者カラ取得シタ場合デアツテモ所有者ナラザル者ヨリ取得シタ場合モ矢張り二十年トシタ方が宜イト云フノデ此点ニ付テ既成法典ヲ改メマシタ⁽²³⁾（後⁽²⁴⁾略）

(21) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(16)962頁では、「余計ニ」の部分「會計ニ」となっているが、これはおそらく文字の打ち間違いであり、「余計ニ」が正しいのではなかろうか。

(22) 旧民法財産編287条2項「第三者カ地役アルコトヲ知ラスシテ承役地ヲ占有シ其占有ニ不動産所有權ノ取得ニ関スル時効ニ必要ナル条件ヲ具備スルトキハ地役ハ消滅シタリトノ推定ヲ受ク」。

(23) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(16)962頁以下。

(24) なお、本稿で「後略」として引用を省略した箇所の中に、旧民法債權担保編296条では、「所有者タル債務者」という言葉が使われていて、「債務者ハイツモ所有者デアルカノ如クナツテ居ルガ……債務者デナイ人カラ

(b) 著書『民法要義』における論述

また、梅は、その著書『訂正増補民法要義卷之二物権編』では、現行民法397条の注釈として、以下のような論述をしている。

本条ハ債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者ノ為メニスル時効ニ付テ規定セリ蓋シ債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者ニ付テハ前条⁽²⁵⁾ニ述ヘタル理由ナキカ故ニ仮令債権ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモ抵当権ノミ其者ノ為メニ消滅スルコトアルハ敢テ怪ムニ足ラス故ニ抵当権モ亦第六十七⁽²⁶⁾条第二項ニ定メタル一般ノ消滅時効ニ因リテ消滅スルコトアルヘシ但⁽²⁷⁾

抵当権ヲ設定シタ場合ニ債務者ハ所有者デナイ」ことなどから、「文字ヲ改メマシタ」という叙述がある（法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（16）963頁）。そして、これは、債務者以外の抵当権設定者から、抵当不動産を取得した場合を想定したものであり、旧民法からの改正の1つとして重要な点と言えよう。

(25) ここで「前条」とは、現行民法396条のことを指す。ちなみに、民法現代語化以前の396条は以下のものである。「抵当権ハ債務者及ヒ抵当権設定者ニ対シテハ其担保スル債権ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅セス」。

(26) 「抵当権ハ債権ノ從タルモノニシテ之ヲ担保スルヲ以テ其目的トス然ルニ債務ノ弁済ヲ怠レル債務者又ハ其債権ヲ担保スル為メニ自ら抵当権ヲ設定シタル者ハ仮令抵当権者カ抵当権ヲ行使セサルニモセヨ苟モ債権カ時効ニ罹リテ消滅セサル間ハ之ニ対シテ其抵当権カ已ニ時効ニ因リテ消滅セリト主張スルコトヲ得サルハ普通ノ觀念ヨリ之ヲ考フルモ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ是レ本条ノ規定アル所以ナリ」（梅謙次郎『訂正増補民法要義卷之二物権編』〔私立法政大学＝有斐閣書房、第31版、1911〕〔明治44年版完全復刻版（有斐閣、1984）にて復刻〕588頁以下）。

(27) 1896年制定後、2004年民法現代語化までの167条は、以下のものであった。第1項「債権ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」第2項「債権又ハ所有権ニ非サル財産権ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」。ちなみに、同条第2項は、2017（平成29）年改正、2020年施行の改正民法では、166条2項に次のように規定される。「債権又は所有権以外の財産権は、権利を行使することができる時から二十年間行使しないときは、時効によつ

是レ實際ニ於テハ稀ナルヘシ何トナレハ債権ハ満期後十年ヲ経レハ時効ニ因リテ消滅スヘク（一六七、一項）債権ニシテ消滅セハ抵当権モ亦自ラ消滅スヘケレハナリ故ニ此時効ノ適用アル場合ハ債権ニ付テハ時効ノ中断又ハ停止アリテ抵当権ニ付テハ之ナキトキニ限ルヘシ然リト雖モ若シ第三者カ抵当不動産ヲ占有シ第百六十二条ノ条件ヲ具備スルトキハ其者ハ完全ナル所有権ヲ取得スヘキカ故ニ其結果トシテ抵当権モ又消滅セサルコトヲ得ス例ヘハ其者カ不動産ヲ買取ル際ニ当リ抵当権ノ存スルコトヲ知ラス且之ヲ知ラサルニ付キ毫モ過失ナキトキハ（例ヘハ登記官吏カ誤リテ其抵当権ヲ登記簿謄本中ヨリ脱落シタルトキ）十年間其不動産ヲ占有スルニ因リテ抵当権ハ消滅スヘシ又其占有者ニ悪意若クハ過失アルモ尚ホ二十年間之ヲ占有スルトキハ抵当権ハ同シク時効ニ因リテ消滅スヘシ（二八九參観）⁽²⁸⁾唯債権ノ期限到来前ニ在テ抵当権者カ第百六十六条第二項ノ権利ヲ行フコトヲ得ヘキハ固ヨリナリ⁽³⁰⁾

て消滅する」。

(28) 民法289条を指す。「承役地の時効取得(?)による地役権の消滅」に関する条文である。

(29) 1896年制定後、2004年民法現代語化までの166条は、以下のような条文であった。第1項「消滅時効ハ権利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス」第2項「前項ノ規定ハ始期附又ハ停止条件附権利ノ目的物ヲ占有スル第三者ノ為メニ其占有ノ時ヨリ取得時効ノ進行スルコトヲ妨ケス但権利者ハ其時効ヲ中断スル為メ何時ニテモ占有者ノ承認ヲ求ムルコトヲ得」。ちなみに、同条第2項は、2017年改正民法では、同条第3項に繰り下げられ、次のように規定される。「前二項の規定は、始期付権利又は停止条件付権利の目的物を占有する第三者のために、その占有の開始の時から取得時効が進行することを妨げない。ただし、権利者は、その時効を更新するため、いつでも占有者の承認を求めることができる」。

(30) 梅・前掲注(26)巻之二590頁以下。

(2) 富井起草委員の解釈

一方、現行民法397条の解釈に関し、民法392条案の担当委員ではないが、同じく起草委員の1人である富井の著書『民法原論第二巻物権』を参照すると、富井は、時効による抵当権の消滅について、同書の第4編「担保物権」第5章「抵当権」第6節「抵当権ノ消滅」において、以下のよう

消滅時効ニ関シテハ抵当権ハ主タル債権ヨリモ其時効期間永キコト常ナルカ故ニ實際時効ノ適用ヲ生スルコト稀ナリトス（一六七条）尚抵当権ハ債権ノ担保ヲ目的トスル従タル権利トシテ其担保スル債権ニ先チ単独ニ時効ニ罹ルコトナシ是其目的及ヒ当事者ノ意思ニ適合スルモノナリ然リト雖モ此従属關係ハ担保権ノ性質ヨリ当然生スル結果ニ非ストモ見ルコトヲ得ヘキカ故ニ民法ニハ「抵当権ハ債務者及ヒ抵当権設定者ニ対シテハ其担保スル債権ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅セス」トノ明文ヲ置ケリ（三九六条）但此規定ハ専ラ消滅時効ニ関スルモノトス若夫レ債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキハ抵当権ハ之ニ因リテ消滅スルコト言フ俟タス（三九七条）是取得時効ハ権利ノ原始的取得方法タル結果ニ外ナラサルナリ（……）⁽³¹⁾（傍点——原文）

Ⅲ 考 察

以上のように、第Ⅱ節では、現行民法の起草者である梅と富井の言説を紹介した。しかし、ここで探究すべき問題は、これら両者の見解にはいつ

(31) 富井政章『民法原論第二巻物権』（有斐閣、大正12年合冊版〔下册11版〕、1923）〔大正12年合冊版完全復刻版（有斐閣、1985）にて復刻〕609頁以下。

たいどの程度の妥当性があるのか、換言すれば、旧民法債権担保編がその296条と297条という2つの条文で定めていたところを現行民法で397条という1つの条文に取りまとめて単純化したことは、果たして抵当権の時効消滅や取得時効の趣旨に相応しいものであるのか、という点であろう。よって、次には、ほぼ第Ⅱ節で引用した順に従い、第1には、法典調査会における梅の説明をできるだけ詳細に検討し、第2に、これを補うものとして、同じく梅の『民法要義』における解説、さらに、富井の『民法原論』における解釈を参照し、この問題を考察していくことにしたい。

1 法典調査会における梅の説明の検討

(1) 梅の説明

(a) そこで、最初に、法典調査会における梅の前掲392条案の立法理由に関する説明をたどるところから始めると、まず、①旧民法債権担保編296条が定める、占有者が所有者から抵当不動産を譲り受けた場合の時効期間と、②同編297条1項が規定する、「真ノ所有者ニ非サル者」から譲り受けた場合のそれとが比較される。

そして、旧民法は①について30年の時効期間、②について、占有取得者たる譲受人が善意の場合はその半分の15年の時効期間を定めているが⁽³²⁾、梅は、もし①と②の両者を区別するならば、むしろこれとは反対の規定が

(32) 旧民法債権担保編296条、297条1項、証拠編140条参照。以上の条文のうち、旧民法債権担保編296条、297条1項は、本稿本文第Ⅰ節2冒頭に掲記。同法証拠編140条1項「占有カ上ニ定メタル条件ノ外財産編第百八十一条ニ記載シタル如キ正権原ニ基因シ且財産編第百八十二条ニ従ヒテ善意ナルトキハ占有者ハ不動産ノ所在地ト時効ノ為メ害ヲ受クル者ノ住所又ハ居所トノ間ノ距離ヲ区別セス十五个年ヲ以テ時効ヲ取得ス」2項「占有者カ正権原ヲ証スルコトヲ得ス又ハ之ヲ証スルモ財産編第百八十七条ニ規定シタル如ク其悪意カ証セラルルトキハ取得時効ノ期間ハ三十个年トス」。

設けられるべきものとする。すなわち、梅によれば、①の場合、占有取得者は非所有者から他人の所有物を譲り受けたのではなく、まさに真の所有者からその所有物を譲り受けたのであるから、特別の保護を受ける必要があるかもしれない。ところが、②については、占有取得者がたとえ善意であっても、この者は、実は所有者でない譲渡人を真の所有者と見誤って買い受けた者であるから、旧民法のように、①の場合よりも時効期間を短くしうものとして、それ以上に保護しなければならないという理由は存在しない、と説かれる。

(b) 次に、他の規定、とりわけ承役地の長期占有による地役権の消滅に関する規定との不均衡が問題とされる。

すなわち、梅の言に従えば、旧民法財産編287条2項⁽³³⁾では、承役地の所有者から当該土地を地役権が付けられていることを知らないまま買い受けた者であったならば、その者が15年間占有を継続すれば地役権が消滅するとなっている。しかし、これでは、一方で、抵当不動産の第三取得者については、たとえその者が善意であっても抵当権消滅のため30年の占有継続が必要であるのに、他方で、承役地の第三取得者については、その者が善意であれば15年の占有で地役権が消滅することになって、両者間で釣り合いが取れないこととなる。

(c) 上述のところから、梅は、旧民法においては、(a) 債権担保編の296条と297条の間においても、また、(b) 同編296条と地役権の時効消滅に関する財産編287条2項の間においても権衡が得られていないということを根拠に、以下のように提案する。

すなわち、旧民法債権担保編における296条と297条との間の区別を廃止し、いずれの場合においても、取得時効の要件に該当する占有が存在し

(33) 前注(22)参照。

たならば時効による抵当権の消滅を認めるものとし、時効期間も取得時効の期間にならうこととする。従って、不動産の占有を所有者から取得した場合であっても、非所有者から取得した場合であっても、取得時効期間を短縮した提出法案においては、抵当権の存在について善意・無過失で不動産の占有を取得した者に対しては10年、悪意または善意・有過失の占有取得者に対しては20年で抵当権が消滅すると定めるのが妥当であると言いうことができ、この点で旧民法を改めることにした、と。

(2) 検討

以上、(1)では、法典調査会における梅委員の説明の要点を取り上げたが、旧民法債権担保編296条と297条との比較衡量に基づくその説明、また、地役権の時効消滅を定めた財産編287条2項との対比は、一応、理に適った見解のように捉えられうるかもしれない。しかし、同見解を仔細に検討してみると、次のような疑問も浮上してくる。

(a) 旧民法債権担保編297条1項と296条との関係

(ア) すなわち、まずその1つとしてあげられるのは、旧民法債権担保編297条1項に「真ノ所有者ニ非サル者カ不動産ヲ譲渡シタルトキ」とあることから、同項が非所有者から不動産を譲り受けた占有者を時効で保護する規定と解されている、という点である。確かに、旧民法債権担保編297条の原案にあたる再閣修正民法草案1810条⁽³⁴⁾に対するボアソナードの注

(34) 第1項「若シ真ノ所有者ニ非サル者カ不動産ヲ譲渡シタルトキハ占有者ハ其善意ナルト悪意ナルトニ従ヒ所有者ニ対シテ時効ヲ得ル為メニ必要ナル時間ノ経過ヲ以テ記入シタル抵当債権者ニ対シテ時効ヲ取得ス」第2項「無名義ニテ不動産ヲ占有スル者ニ付テモ亦同シ」(ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第四編』(発行所・刊行年無記載)1013頁〔ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第四編』(ボアソナード民法典研究会編『ボアソナード民法典資料集成後期一一二第V巻』)(雄松堂出

積においても、《この場合、占有者は真の所有者でない者から権利を得たのであるから、真の所有者と抵当権者の両者に対して時効の利益を得るべきことになる》とされている⁽³⁵⁾という点を見ても、梅が同項の規定を「占有取得者が真の所有者及び抵当権者からその利益を奪う規定」と解釈し、これよりは真の所有者から抵当不動産を譲り受けた第三取得者のほうがより厚い保護に値する、と思惟したのは無理からぬことかもしれない。

(イ) だが、そもそも旧民法債権担保編297条は取得時効が完成した場合の抵当権の消滅についての規定であり、この点を鑑みれば、その解釈は取得時効制度の趣旨という観点からなされなければならないはずである⁽³⁶⁾。とすれば、同条1項において占有者が善意であるとは、不動産の譲受人が譲渡人を抵当権の負担のない所有者と信じ、当該不動産を譲り受けて占有を開始した場合であるが、この場合、同項の規定は、その譲受け後長期間が経過したため、譲渡人が真の所有者であったかどうかは立証困難な状態になってしまった——真の所有者であるかもしれないし、もしかしたら非

版、2000) (以下、「雄松堂版」と略称) 所収、513頁)。なお、本稿では、ボアソナードが起稿した同書及びその他『再閣修正民法草案註釈』と題する文書所掲の旧民法草案を「再閣修正民法草案」と呼ぶこととする。

(35) ボアソナード氏起稿・前掲注(34) 註釈第四編〔五五三〕1013頁以下〔雄松堂版513頁以下〕。

(36) 玉田古稀74頁。なお、ボアソナードは、ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第五編』(発行所・刊行年無記載)〔二五一〕以下507頁以下〔ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第五編』(ボアソナード民法典研究会編『ボアソナード民法典資料集成後期——二第VI巻)』(雄松堂出版、2000) (以下、「雄松堂版」と略称) 所収、259頁以下) で、彼の時効観を詳細に論じている。しかし、ボアソナード氏起稿・前掲注(34) 註釈第四編〔五五三〕1013頁以下〔雄松堂版513頁以下〕における再閣修正民法草案1810条の注釈はあまりにも簡単であり、後に『第五編』で展開される時効観には全く触れられていない。この点は今後究明すべきことがらとも言えよう。

所有者かもしれない——が、譲渡人を抵当権の負担のない不動産の所有者と信頼して譲り受けた占有取得者の立証困難の救済、ないしは、取引の安全の保護を、善意の取引が認められない場合よりもさらに短い期間で図る目的で設けられたものと推察される。

これに対して、同編296条は、厳然と存在していた抵当権を抵当不動産の第三取得者の長期占有により消滅させる規定であり、しかも、前述のように、第三取得者は登記された抵当権を知りうる立場にある。そこで、以上のように考えるならば、旧民法債権担保編297条1項で不動産の譲受人たる占有者が善意の場合に、同編296条の抵当不動産の第三取得者より短い期間で抵当権の不存在を主張できるようにしているのも至当なことに思われてくるのである。

(b) 旧民法債権担保編296条と旧民法財産編287条2項との関係

(ア) 次に、梅の見解に対する疑問の2つ目としてあげられるのが、旧民法債権担保編296条と297条とを現行民法397条に統一化するもう1つの理由として、抵当不動産の第三取得者の占有による抵当権消滅期間と承役地の第三取得者の占有による地役権消滅期間との間の不権衡が述べられている、という点である。

確かに、旧民法財産編287条2項には、承役地の第三取得者が「承役地ヲ占有シ其占有ニ不動産所有権ノ取得ニ関スル時効ニ必要ナル条件ヲ具備スルトキハ地役ハ消滅シタリトノ推定ヲ受ク」との規定が設けられているため、同項によれば、第三取得者の占有による地役権の消滅も取得時効の規定（旧民証拠編140条）に従い、第三取得者の善意・悪意に基づいて期間の差異が定められるかのように見えないわけでもない。また、法典調査会で梅が例示したように、抵当不動産の第三取得者についても、「登記簿ノ写ヲ請求シタ所ガ其登記簿ノ写ノ中ニ登記官吏ノ疎漏デ抵当権ガ書イテナカツタト云フト云フヤウナ止ムコトヲ得ナイ場合」⁽³⁷⁾が全くないとも言え

ず、そのような場合は第三取得者の善意・無過失が認められることになる⁽³⁸⁾かもしれない。そこで、①承役地の第三取得者の占有による地役権の消滅と②抵当不動産の第三取得者の占有による抵当権の消滅との類似性を考えれば、むしろ現行民法397条で成文化されたように、②の場合についても、第三取得者が善意・無過失か、あるいは、悪意または善意・有過失かに応じ、取得時効の期間に準じた長短両様の抵当権消滅の期間を設定したほうが具体的妥当性を得られるとの解釈も、その可能性がないわけではなからう。

(イ) しかし、旧民法財産編287条2項において留意すべきは、承役地の第三取得者の占有継続により地役権が消滅するのは、「第三者カ地役アルコトヲ知ラスシテ承役地ヲ占有シ」た(傍点——引用者)、つまり、第三取得者が地役権について善意で占有を取得した場合に限られる、という点である。そこで、この点を考察するために、ここでは、旧民法の正文の理由書『民法理由書』(邦文・手稿本)⁽³⁹⁾を参照してみると、同項については、⁽⁴⁰⁾

(37) 本稿本文第Ⅱ節2(1)(a)(イ)参照。

(38) なお、本稿本文第Ⅱ節2(1)(a)(イ)掲記の梅の説明では、第三取得者たる「自分が登記簿ヲ見ナカツタ」という例もあげられているが、この場合の第三取得者は、善意ではあるものの無過失ではないことになると思われる。

(39) 城数馬訳『民法理由書財産編物権第五』(発行所・刊行年無記載)1丁表以下〔『民法理由書第一巻財産編物権部』(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第Ⅱ期後期四第1巻』)(雄松堂出版、2001)(以下、「雄松堂版」と略称)所収、561頁以下〕。なお、雄松堂版「序文」14頁参照。

(40) なお、旧民法財産編287条2項の再閣修正民法草案は812条(「不動産権ノ獲得時証ニ就キ定メタル期限間地役ノ行ハレスシテ第三ノ人地役ノ義務ナキモノトシ供用地ヲ獲得シ及ヒ占有シタルトキハ地役ハ時証ニ因リ消滅ス」〔ボワソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第二編物権ノ部下巻』(発行所・刊行年無記載)542頁(ボワソナード氏起稿『再閣修正民法草案

以下のような注釈がなされている。

上ニ述ベタル如ク時効ハ物件ヲ取得スル直接ノ方法ニ非ラズシテ已ニ或ル原因ニ由テ之ヲ取得シタルコトヲ証明スル法律上ノ推定タルニ過キズ立法者ハ此時効ノ性質ニ関スル原則ヲシテ全カラシメンガ為メ本条ニ於テモ亦時効ヲ以テ消滅原因ノ列記以外ニ置キ特ニ一項ヲ設ケテ承役地ノ所有者ガ地役ナキ完全ナル土地トシテ之ヲ占有シタル場合ニ於テ地役消滅ノ推定ヲ生ジ得ベキコトヲ明カニセリ

時効ニ由テ地役ノ消滅ヲ来タスハ後ニ掲クル不使用ニ由テ地役ノ消滅ヲ来タス場合ト決シテ混同ス可カラズ即チ不使用ニ依リ地役ノ消滅スル場合ニ於テ承役地ハ仍ホ其地役ヲ設定シタル所有者若クハ其相続人ニ属スルコト有ル可シ是レニ反シテ時効ノ場合ニハ一方ニ於テ要役地ノ所有者ガ使用ヲ為サルノミナラズ是レト同時ニ第三者ガ特定名義ヲ以テ承役地ヲ取得シ而シテ何等ノ地役ヲモ負担セサル土地トシテ之ヲ占有シタルコトヲ必要ト為ス

然リト雖トモ本条ノ適用ヲ為スニハ第三取得者ガ時効ニ由テ承役地ノ所有權ヲ取得シタルコトヲ必要ト為サズ真正ナル所有者ヨリ合法ナル權原ニ由テ其所有權ヲ取得シタルヲ以テ足レリト為ス是レ實際ニ於テ最モ屢々看ル可キ所ナリ惟要スル所ノモノハ第三取得者ハ要役地ノ所有者ト合意ヲ為シ是レニ由テ土地ノ自由ヲ買戻シタルコトナキノ一事ナリ若シ然ラ

注釈第二編物権ノ部』〔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—二第I巻〕〔雄松堂出版、2000〕〔以下、「雄松堂版」と略称〕所収、622頁))である。ここで、旧民法財産編287条2項の立法理由を探究するために、再閣修正民法草案812条の注釈ではなく、旧民法理由書における旧民法財産編287条2項の注釈を用いたのは、これまでとは異なり、同項は上掲した再閣修正民法草案の条文からかなりの修正を受けたことによる。

ズシテ此自由ヲ買戻シタルモノトセバ地役ハ取得時効ノ成就スルヲ俟タズニ明示ノ拋棄ニ由テ消滅ス可ケレバナリ故ニ本条ノ適用ヲ看ルハ第三取得者ガ地役ナキ土地トシテ之ヲ取得シ而シテ實際地役ノ成立スルコトヲ知ラザリシ場合ナリトス故ニ地役ガ不表見ノモノナルトキニ非ラサルレバ殆ンド其例ヲ看ルコト莫カル可シ此条件備ハリタル場合ニ於テ第三取得者ガ十五ヶ年間其土地ヲ地役ノ負担ナキモノトシテ占有シタルトキ即チ要役地ノ所有者ガ地役ヲ行使セザリシトキハ時効成就シ是レニ由テ承役地ハ負担ヲ免カレタリトノ推定成就ス可キナリ

承役地ノ所有者ガ地役ノ拋棄ヲ合意ニ由テ得タル場合ニ於テ其合意ヲ為シタルモノガ要役地ノ所有者ニ非ラサルモノニシテ承役地ノ所有者之ヲ知ラズ全ク要役地ノ所有者ナリト信ジテ此合意ヲ為シタル場合ヲ仮想スルトキハ均シク本条ノ適用ヲ看ル可キナリ即チ要役地ノ所有者ガ十五ヶ年間地役ヲ行使セサルトキハ為ニ其權利ヲ失フニ至ルヘシ

右ニ掲ゲタル二個ノ場合ニ於テ承役地ノ所有者若シ善意ナラサルトキハ時効ノ成就ハ少シク異ナル所アル可シ即チ拾五ヶ年ヲ以テ足レリト為サズ三十ヶ年ノ経過ヲ俟ツコトヲ要ス而シテ此場合ニ於テハ実ニ要役地ノ所有者ノ不使用ニ由テ地役ノ消滅ニ至ルモノナリ⁽⁴¹⁾ (傍点——引用者)

以上要約すると、同注釈は、次のようなことを示していると解することができる。

(i) 時効は物件取得の直接の原因ではなく、既にこれを取得したことを証するための法律上の推定であるから、旧民法財産編⁽⁴²⁾287条は、地役の

(41) 城數馬訳・前掲注(39)216丁裏以下〔雄松堂版778頁以下〕。

(42) 第1項「地役ハ左ノ諸件ニ因リテ消滅ス 第一 地役ヲ設定シタル期間ノ満了 第二 設定ノ権原又ハ設定者ノ權利ノ解除、銷除又ハ廢罷 第三 承役地ノ公用徴収 第四 拋棄 第五 混同 第六 三十ヶ年間ノ不

各種消滅原因を列記した第1項とは別の項を設け、第2項で、承役地の所有者が地役のない完全な土地としてこれを占有した場合に、地役権消滅の推定が生ずることを明らかにしている。

(ii) 時効による地役権の消滅とは言っても、これを承役地の不使用による地役権の消滅と混同してはならない。旧民法財産編287条2項の時効の場合は、要役地の所有者が承役地を使用しないとともに、他方で、第三者が承役地を特定承継し、何らの地役をも負担しない土地として占有したことが必要である。もっとも、この場合、第三者は取得時効によって承役地の所有権を（原始）取得する必要はなく、真正な所有者から正当権原によってその所有権を取得すれば足りるのであって、実際上も、これはしばしば見られるところである。また、もし第三取得者が要役地の所有者との合意で承役地の地役からの解放を買い戻した場合は、地役権は既に明示の放棄によって消滅することになる。従って、本項が適用されるのは、第三取得者が土地を地役なきものとして取得し、地役の存在を知らずに占有した場合である。そうすると、地役が不表現のものでなければほとんどその例を見ないことになる。そして、第三取得者が特定承継した土地を15年間地役の負担ないものとして占有してきたときは時効が成就し、その結果、承役地は地役権の負担を負わないとの推定が認められることになる。

(iii) 承役地の所有者が地役権の放棄の合意をしたところ、その合意をした者が要役地の所有者ではなかったが、承役地の所有者はそのことを知らず、この者を要役地の所有者と信じて合意をなした場合も本項の適用があり、要役地の所有者は、15年間地役権を行使しなければその権利を失うことになる。

使用」第2項「第三者カ地役アルコトヲ知ラスシテ承役地ヲ占有シ其占有ニ不動産所有権ノ取得ニ関スル時効ニ必要ナル条件ヲ具備スルトキハ地役ハ消滅シタリトノ推定ヲ受ク」

(iv) 上の (ii) と (iii) で、承役地の所有者がもし善意でなかった場合は、時効は少し異なった形を取り、15年では足りず30年の経過を待つて成就することになるが、これは実のところ、本項の時効の問題ではなく、要役地の所有者の不使用が原因で地役の消滅に至る場合（旧民法財産編287条1項第6、⁽⁴³⁾290条）である。

(ウ) (α) 旧民法財産編287条2項に対する『民法理由書』の注釈は以上のようにまとめられるが、ここで特に注目すべきは以下の論述、すなわち、《同項が適用されるのは、承役地の第三取得者が地役権の存在を知らずにその負担がないものとして同土地を取得した場合であり、これはその地役権が（暗渠による引水地役権など）不表現地役権の場合にほぼ限られる⁽⁴⁴⁾》とされている点である。

要するに、旧民法財産編287条2項は、「不動産所有権ヲ取得ニ関スル時効ニ必要ナル条件ヲ具備スルトキハ」と占有取得者の善意・悪意に応じて期間の長短が定まるかのような規定をしているが、実は、占有取得者が悪意の場合は、同項ではなく、地役権者（要役地の所有者）の長期間の不⁽⁴⁵⁾使用を要件とする規定に従って地役権の帰趨が定まる。これに対して、旧

(43) 旧民法財産編290条1項「地役ハ要役地ノ所有者カ任意タルト否トヲ問ハス其地役権ヲ行フ無クシテ三十个年ヲ経過シタルトキハ不使用ニ因リテ消滅ス」 2項「右期間ハ不継続地役ニ付テハ最後ノ使用ノ行為ヨリ之ヲ起算シ継続地役ニ付テハ地役ノ自然ノ作用ニ対スル形体上ノ妨碍ノ起レル当時ヨリ之ヲ起算ス」 3項「右妨碍カ承役地ニ起発シタル事変ヨリ生スルトキハ要役地ノ所有者ハ自費ニテ旧状ニ復スルコトヲ得又其妨碍カ承役地ノ所有者ノ所為ヨリ生スルトキハ其費用ヲ以テ復旧ス」。

(44) なお、この点について、再閣修正民法草案812条を注釈したボワソナーD氏起稿・前掲注(40) 註釈第二編物権ノ部下巻〔四百八十五〕543頁以下〔雄松堂版622頁以下〕では、「是レ其地役カ不外見ナルトキニ非サレハ許容セラレサルモノナリ」と、同条の適用範囲を不表現地役権が対象の場合に明確に限定している。

民法財産編287条2項が適用されるのは占有取得者が善意の場合のみであり、それゆえ、同項において消滅が問題となるのは不表現地役権に限られる。換言すれば、同項は、地役が不表現のため、地役権の存在を知らないうちに承役地を取得した第三取得者についてより短期の占有継続で地役から解放することを認め、その取引の安全に資することを目的とした規定であり、主に不表現という地役の態様を根拠として時効期間の短期化が図られているのである。

(β) なお、(イ)の(ⅲ)のところであげたように、『民法理由書』の注釈によれば、旧民法財産編287条2項の適用対象には、承役地の所有者が要役地の非所有者を所有者と信じて地役権の放棄の合意をした場合も含まれるものとされる。⁽⁴⁶⁾ そうすると、——それほど頻繁に出現する場合は想起されないもの——このような場合は、15年間の占有継続の間使用されなかった地役権は、必ずしも不表現のものには限定されないかと思われる。しかし、そもそも、要役地の非所有者をそれと知りながら(悪意で)地役権の放棄の合意をしても、そのことを理由に承役地の所有者が保護される必然性は何らないのであるから、いずれにせよ、同項は、占有者が善意の場合のみを保護の対象と措定していたと考えて間違いないであろう。

(エ) さて、旧民法財産編287条2項によれば、承役地の第三取得者は当該土地の占有を15年継続した場合に時効に基づいて地役権から解放されるのであるが、上述してきたところから明らかなように、この規定は、主として、地役権の種類が不表現の地役権であり、そのため、第三取得者が地役権を認識できないという地役権の態様に着目して設けられたものと

(45) 先に本文に掲記し、前注(43)に条文を引用した旧民法財産編290条。

(46) ちなみに、ボワソナード氏起稿・前掲注(40)注釈第二編物権ノ部下巻〔四百八十五〕542頁以下〔雄松堂版622頁以下〕には、このような事例は載っていない。

思量されうる。従って、同項には、一方で、「不動産所有権ノ取得ニ関スル時効ニ必要ナル条件ヲ具備スルトキハ」という文言があるものの、他方で、「第三者カ地役アルコトヲ知ラスシテ」という要件も設けられており、第三取得者が善意の場合に限って適用されるということが明文化されているのである。

これに対して、旧民法債権担保編296条の場合は、抵当権は既登記のため本来第三取得者に対抗しうるものであり、なおかつ、第三取得者は——ボアソナードの言を借りれば——「法律上悪意アルモノト推定セラル、モノ」⁽⁴⁷⁾であるところ、30年間の長期占有に起因して抵当権の消滅が認められている。以上要するに、同条の場合、抵当不動産の第三取得者の善意・悪意は登記簿の記載を通じて定まるものであり、一般には悪意が推定される。ところが、旧民法財産編287条2項の場合は、第三取得者の善意・悪意は承役地に対する実際の見分にかかっているのであって、同項は、地役権が不表現のとき承役地の第三取得者はそれを容易には認識できない状態に陥るということを考慮し、特にそのような善意の第三取得者を保護するため規定されたものなのである。そこで、このように考えるならば、梅の言うところの旧民法財産編287条2項と債権担保編296条との権衡は、ほとんど意味を持たないと理解することが可能となろう。

2 梅及び富井の著書の論述に対する検討

ところで、現行民法起草委員で、397条原案の起草担当者である梅、並びに、同じく民法起草者の1人であった富井は、彼らの著書においても、簡単ながら、民法397条に関する論述を行っている。そして、これらにつ

(47) ボアソナード氏起稿・前掲注(34) 註積第四編〔五五二〕1012頁〔雄松堂版513頁〕。

いては、本稿第Ⅱ節2の(1)(b)及び(2)で引用したところである。よって、ここでは、梅・富井両名の著書の記述を検討し、上述1での考察を多少補うことにしたい。

(1) 梅『民法要義』・富井『民法原論』における論述

そこで、第1に、梅の『民法要義卷之二物権編』における民法397条の注釈によれば、前掲のように、債務者及び抵当権設定者でない者との関係では、まず167条2項(改民⁽⁴⁸⁾166条2項)に基づいて抵当権が被担保債権とは独自に消滅時効にかかることが認められる。そして、その上で、第三者が抵当不動産を占有して162条が定める取得時効の要件を具備した場合、その者は「完全ナル所有権」を取得し、その結果として、抵当権が消滅する。なお、第三者が不動産を買い取る際に登記官の過失で抵当権が登記簿謄本から脱落したような場合、その者は善意・無過失と言えるため、10年の占有継続で抵当権は消滅するが、この者に悪意あるいは過失がある場合、抵当権は20年の占有継続により消滅する、とされる。

第2に、これも前掲のところであるが、富井の『民法原論第二巻物権』によると、抵当権と被担保債権との間の従属関係を定めた民法396条は消滅時効に関するものであり、その一方で、債務者また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具備する占有をした場合、397条により抵当権が消滅することは当然のことである、とされる。そして、その理由として、この規定は取得時効に関するものであり、取得時効は権利の原始取得にほかならないからである、とされるのである。

(48) ここで「改民」とは、2017(平成29)年改正民法(2020年施行)のことを指す。

(2) 検 討

(a) では、梅・富井のこれら著書の叙述からすると、民法397条は取得時効に関する規定と考えるべきなのであろうか。この点、富井は、上記『原論第二巻』で、397条について「取得時効」という言葉を使っており、抵当権は取得時効の効果である「権利の原始取得」に従って当然に消滅するものとしている。しかし、これが取得時効に関する規定だとしても、その場合に問題となるのは、時効取得の主体は誰か、換言すれば、抵当不動産の第三取得者は自己の所有物を占有しているのであるが、自己所有不動産を時効取得したという論拠で、抵当権の消滅を主張しうるのか、という点である。だが、上記『原論』の記述を見た限りでは、これについて、富井の考えを明確に読み取ることはできない。

(b) 他方、梅の『要義卷之二』においては、「第三者カ抵当不動産ヲ占有シ第百六十二条ノ条件ヲ具備スルトキハ其者ハ完全ナル所有権ヲ取得スヘキカ故ニ其結果トシテ抵当権モ又消滅セサルコトヲ得ス⁽⁴⁹⁾」と述べている点が注目される。すなわち、まず「第三者が抵当不動産を占有し」と述べているのは、抵当不動産の第三取得者のみならず、債務者または物上保証人以外のすべての者が抵当不動産を占有して取得時効が完成する場合を言っているように見えないわけでもない。しかし、梅は、抵当不動産の占有が162条の定める取得時効の要件を充たしたならば、「完全ナル所有権」が取得されて抵当権が消滅するとしているのであって、これは、従来、抵当不動産の第三取得者の所有権が抵当権の負担付きという不完全なものであったところ、第三取得者の長期占有により完全な所有権に変わりうるということの意味していると解される余地が高いことになる。また、第三者の善意・悪意の具体例として登記簿謄本等の記載などをあげている点も、

(49) 本稿第Ⅱ節2(1)(b)参照。

抵当不動産の第三取得者こそ397条の対象として梅の念頭にあったということの傍証になりうるが、法典調査会における梅の発言を併せ考えれば、第三取得者が397条の主たる対象と考えられていたのはおそらく異論ないところと言えよう。

そこで、この点をより深く検討するために、『民法要義』の『卷之一』のほうを参照すると、梅は、同書の民法162条の注釈において、以下のように言う。すなわち、「本条ハ主トシテ全ク所有権ヲ有セサリシ者カ新ニ之ヲ取得スル場合ニ就テ規定セリト雖モ真ノ所有者カ他ニ其所有権ノ目的物ノ上ニ物権ヲ有スル者アル場合又ハ其所有権カ終期若クハ解除条件ノ到来ニ因リテ消滅スヘキ場合ニ於テ其完全ナル所有者トシテ其物ヲ占有スルトキハ亦本条ノ適用ヲ受クヘキモノトス尚ホ第二百八十九条及ヒ第三百九十七條ヲ參觀セヨ⁽⁵⁰⁾」と。また、同書の166条2項（改民166条3項）の注釈では、取得時効は「占有者カ真ノ所有者ナルトキハ其所有権ヲ完全ニスル為メノ時効⁽⁵¹⁾」という性質を帯びるとも述べている。

IV 結 語

1 本稿の考察から得られる結論

以上、雑駁な内容を長々と論じてきたが、本稿の考察から得られる結論は、以下のとおりである。

まず第1に、民法起草者は旧民法債権担保編296条と297条を現行民法397条に統合する理由として、一方で、旧民法債権担保編296条と297条との間の、また他方で、同編296条と財産編287条2項との間の不権衡をあ

(50) 梅『訂正増補民法要義卷之一総則編』（私立法政大学＝有斐閣書房、第33版、1911）〔明治44年版完全復刻版（有斐閣、1984）にて復刻〕408頁以下。

(51) 梅・前掲注(50) 卷之一422頁。

げていたが、本考察により、それが必ずしも合理性のある主張ではないということが明らかになった。

第2に、民法起草者が397条を取得時効に関する規定と解していたかどうかであるが、前述のように、富井については、この点詳らかではない。しかし、梅については、上掲各文献を参照した結果、同条の適用されるべき主な場面として、抵当不動産の第三取得者が占有を継続した場合が想定されているが、彼によれば、この局面では、取得時効は不完全な所有権を完全な所有権に昇華する効果をもたらすものとして措定されている⁽⁵²⁾。要するに、梅においては、抵当不動産の第三取得者の占有継続により抵当権が消滅する結果は、第三取得者の時効取得の反射効としてもたらされることになるのである。

2 今後の課題

だが、果たして、抵当権者との間でも抵当不動産の所有者として争いのない第三取得者に、改めて取得時効による所有権の取得（及びそれに伴う抵当権の消滅）の主張を認めることは妥当なのであろうか。思うに、この場合については、現行民法397条の下でも、旧民法債権担保編296条と同様、第三取得者の抵当不動産に対する占有継続の結果として、たとえ既登記の抵当権であつても時効による消滅を免れない運命にある、と解さざるを得ないのではなかろうか。もっとも、このように考えれば、抵当権という権利がかなり弱い権利として捉えられることになるが、この点について

(52) なお、大久保邦彦「〔3〕判決判批」民商146巻6号（2012）86頁は、「民法三九七条の適用場面で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。この時効は、『所有権を完全にする為めの時効』と称することができる」と、梅と同様の解釈を展開している（大久保「自己の物の時効取得について（二・完）」民商101巻6号〔1990〕57頁も参照）。

の考究は、今後の課題としたい。

一方、前述のように、現行民法起草者が条文間の不均衡を理由に旧民法の2カ条の条文を1カ条に合一したことに説得力がないとすれば、旧民法債権担保編297条が規定していたように、債務者、物上保証人、抵当不動産の第三取得者以外の者については、抵当不動産（とされる土地・建物）に関して取得時効の適用を認める必要がある。そして、この場合は、取得時効の存在理由を尊重した解釈をしていかなければならないであろう。

ところで、以上のような解釈を指向するとすれば、民法397条における占有者の主観的要件、すなわち、善意・無過失か、あるいは、悪意または善意・有過失かの対象が、①占有者が抵当不動産の第三取得者である場合は、抵当権の存在、②それ以外の者である場合は、前主における所有権の存在ないしは自己を所有者と信ずること、というように異なってくるが、これは旧民法における2つの条文を強引に1つの条文にまとめた結果であり、やむを得ないことなのではなかろうか。

De la relation entre l'article 397 du Code civil japonais et la volonté de ses rédacteurs

論

Motomi KUSANO

説

Ce mémoire a été écrit dans le but d'éclaircir le sens de l'article 397 du Code civil japonais.

Les rédacteurs du Code civil en vigueur ont rédigé l'article 397 en fusionnant les articles 296 et 297 du livre des garanties des créances du Code civil de l'Empire du Japon (l'Ancien Code civil), qui avait été rédigé par Boissonade et avait été publié en 1890, mais il n'était pas entré en vigueur. Cependant, est-ce que cette fusion était raisonnable ?

Kienjiro OUMÉ, un des rédacteurs du Code civil en vigueur et la personne responsable de l'article 397, a expliqué que le délai de la prescription de l'article 296 du livre des garanties des créances de l'Ancien Code civil était trop long, en le comparant avec l'article 297 du même livre puis en le comparant avec l'article 287 du livre des biens de l'Ancien Code civil, afin de justifier la fusion citée plus haut.

Toutefois, les raisons d'être des prescriptions de ces articles de l'Ancien Code civil sont diverses. En conséquence, je pense que la fusion en un seul article, l'article 397 est erronée.