

【判例研究】

再度の取得時効による抵当権の消滅

——最判平成24年3月16日裁時1552号4頁・判時2149  
号68頁・判タ1370号102頁——

足 立 清 人

## 判例研究

## 再度の取得時効による抵当権の消滅

——最判平成24年3月16日裁時1552号4頁・判時2149号68頁・判タ1370号102頁——

足立清人

## 目次

1. 本判決の意義
2. 最判平成24年3月16日裁時1552号4頁
3. 「取得時効と登記」に関わる判例準則について
4. 平成15年10月31日最高裁判決との関係
5. 「平成24年判決」の補足意見について
6. まとめ

## 1. 本判決の意義

本件は、本件土地の取得時効完成後に、原所有者により抵当権の設定・登記を受けた抵当権者が、抵当権の実行として、本件土地の競売を申し立てたが、同土地を再度、時効取得したとする占有者が、第三者異議訴訟を提起したケースである。本判決は、取得時効完成後に、原所有者により本件土地に抵当権が設定・登記された場合に、抵当権設定登記時を起算点とした再度の時効取得によって、抵当権が消滅するか一再度の時効取得による抵当権の消長—について、最高裁が初めて判断を下した。

また、本判決は、金融機関の抵当不動産管理においても参考となる判例であると考えられる<sup>1</sup>。

2. 最判平成24年3月16日裁時1552号4頁・判時2149号68頁・判タ1370号102頁<sup>2</sup>

まず、本件の事実を確認する。次いで、参

考のために、被告Y訴訟代理人から本件類似の判例として引用された平成15年10月31日最高裁判決の判旨が本件には適用されないとした第1審・控訴審の判旨を記してから、最高裁の判旨を掲げ、解説を付す。

## 【事実】(第三者異議事件)

Aは、昭和45年3月当時、平成17年3月に本件各土地に換地がされる前の従前の土地(以下、「本件旧土地」とする)を所有していた。Aは、昭和45年3月、Xに対して、本件旧土地を売却したが、所有権移転登記はなされなかった。Xは、遅くとも、同月31日から、本件旧土地について占有を開始し、さとうきび畑として耕作を開始し、平成11年2月23日に同土地が土地改良事業の対象となるまで、占有を継続した。同日、旧土地に代わる一時利用指定地として別紙物件目録記載1の土地が指定され、平成13年3月9日、同じ一時利用指定地として同目録記載2の土地が指定されたが、Xはこれらの土地の占有も継続した。本件旧土地は、平成17年3月の換地処分によって本件土地を含む4筆の土地に換地されたが、Xは換地処分以降も、本件土地を占有している(換地処分により、本件旧土地の占有を本件土地の占有と同視できるので、両者を併せて本件土地の占有という)。

Aの子であるBは、昭和57年1月13日、本件旧土地について、昭和47年10月8日の相続を原因として、Aから所有権移転登記を受け

ていた。また、Bは、昭和59年4月19日、本件旧土地について、Yのために、第1審判決別紙登記目録記載1の抵当権（以下「本件抵当権」とする）を設定し、同日付けでその旨の抵当権設定登記がなされた。そして昭和61年10月24日、別紙登記目録記載2の抵当権を設定し、同日付けでその旨の抵当権設定登記がなされた（もっとも、当該抵当権は、債務者が平成9年12月11日に被担保債務を完済したことにより、すでに消滅している）。しかし、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、本件旧土地または本件各土地をサトウキビ畑として耕作し、その占有を継続した。また、Xは、本件抵当権の設定登記時において、本件旧土地を所有すると信ずるにつき、善意かつ無過失だった。

Yは、鹿児島地方裁判所名瀬支部に対して、本件各土地を目的とする本件抵当権の実行としての競売（以下「本件競売」とする）を申し立て、平成18年9月29日、競売開始決定を得た。これに対して、Xは、本件競売の不許を求めて第三者異議訴訟を提起した。なお、本件競売手続については、Xの申立てにより、平成20年7月31日、停止決定がなされた。Xは、平成20年8月9日に、Bに対して、本件各土地について、所有権の取得時効を援用する旨の意思表示をした。

Yの上告理由では、時効取得者と、取得時効の完成後に抵当権の設定を受けてその設定登記をした者との関係は対抗問題となり、時効取得者は、抵当権の負担のある不動産を取得するにすぎないのに、Xの取得時効の援用により本件抵当権が消滅するとした原判決には、法令の解釈を誤る違法があると主張された。

#### 【判旨】

[第一審判決] 鹿児島地裁名瀬支判平成21年6月24日 金判1391号20頁・金法1955号107頁

第一審では、まず、Xが援用した取得時効の起算点が、Xの占有開始時（昭和45年3月31日）と抵当権設定登記2の経由時（昭和61年10月24日）のいずれであるか、という本件取得時効の起算点が問題となった。次いで、本件取得時効の起算点が、本件抵当権設定登記2の経由時であるとした場合、Xが時効取得する所有権は、抵当権の負担を負うのか否かが問題とされた。

本件取得時効の起算点について、第一審は、「Xは、遅くとも昭和45年3月31日から、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と本件土地の占有を開始し、その占有開始時において、本件土地を所有すると信じるにつき善意かつ無過失であったものと認められる。そして、Xは、その後も本件土地の占有を継続しているのであるから、占有開始時から10年に当たる昭和55年3月31日の経過をもって、本件土地につき取得時効が完成したというべきである。

これを前提とすると、Yは、上記時効完成後の昭和59年4月19日及び昭和61年10月24日に各抵当権設定登記を経由しているから、Xは、取得時効を援用したとしても、Yに対して時効による所有権の取得を対抗することができず、Yの抵当権が設定された本件土地の所有権を取得できるにすぎないことになる（昭和33年判決参照）。

しかしながら、…Xは、Yが各抵当権設定登記を経由した後も、Bによる相続やYに対する抵当権設定の事実を知らないまま、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と本件土地を占有し続けており、Yの上記各登記時、本件土地を所有すると信じるにつき善意かつ無過失であったと認められる。そして、Xは、Yによる本件抵当権設定登記2の経由後、時効取得に必要な10年を経た平成8年10月24日経過時まで本件土地の占有を継続したと認められるから、Yに対し、登記を経由しなくとも時効取得をもって対抗しうる（昭和

36年判決参照)。すなわち、本件取得時効の起算点は、Yが本件抵当権設定登記2を経由した昭和61年10月24日と解するべきである。

(2) これに対し、Yは、上記のような解釈は、時効の基礎たる事実の開始された時を時効取得の起算点とし、その任意の選択を許さないとする判例法理(昭和35年判決、平成15年判決参照)に反する旨主張する。そして、同法理の例外を認めた昭和36年判決は、その射程範囲をなるべく狭く解するべきであって、Xの所有権とYの抵当権の対抗関係が問題となる本件においては、平成15年判決の法理が適用されるべきであるとす。

しかしながら、以下のとおり、Yの主張は理由がない。

すなわち、最高裁の判例法理によれば、時効完成前に原所有者から所有権を譲り受けた第三者に対しては、時効取得者は登記なくして時効による所有権の取得を対抗することができ(最高裁昭和41年(オ)第629号同42年7月21日第二小法廷判決・民集21巻6号1653頁参照。)、時効完成後に所有権を譲り受けた第三者に対しては、登記がなければ時効による所有権の取得を対抗できず(昭和33年判決)、この峻別の実効性を保つため、時効期間は、時効の基礎となる事実の開始された時を起算点として計算することを要し、時効援用者が任意にその起算点を選択して、時効完成の時期を早めたり遅らせたりすることはできない(昭和35年判決)。昭和36年判決は、このような判例法理を前提とした上で、第三者の登記後、占有者が更に時効取得に必要な期間占有を継続した場合に、昭和35年判決の例外として、第三者の登記の時点时起算点とする取得時効の援用を認めたものである。これは、上記のような場合、占有者は第三者の登記の時点から新たな他人の物の占有を開始したとみることができる上、時効の援用を認めた方が、永続した事実状態の尊重による法律関係の安定という取得時効制度の趣旨に沿

うからであると解される。また、第三者の登記後に改めて時効取得に必要な期間占有を継続することを条件とすれば、昭和35年判決が禁じた占有者による起算点の恣意的な選択を防げることも考慮されているといえる。他方、昭和36年判決のような例外を認めないとすると、時効完成後に第三者が所有権移転登記を経由した場合、その後占有者がいかに長く当該不動産の占有を継続したとしても、上記第三者に対し所有権の取得を対抗できないことになり、取得時効制度の趣旨が没却されかねない。また、占有者が第三者の登記後に何らかの事情で一旦占有を中断して再開した場合、その中断時を起算点として新たに時効期間が進行することになるが、このように占有を中断した者の方が占有を継続した者より有利な結果を得るのは相当でない。

以上のような判例法理は、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けた本件においても、当然に適用されるというべきである。Yは、第三者が抵当権者である本件においては、平成15年判決の法理が適用されるとするが、同判決の主眼は、その理由付けからも明らかなく、一度占有開始時を起算点とする取得時効を援用し、所有権移転登記を経た占有者が、時効完成後に抵当権設定登記を経由した第三者に対抗する方便として、再度の時効取得を援用するのを禁止することにあつたと解するべきである。このような場合に再度の時効の援用を認めることは、占有者による恣意的な起算点の選択を許すことになり、まさに昭和35年判決が禁止するところである。

本件において、Xは、占有開始時を起算点とする取得時効を援用しておらず、その旨の登記も経過していない。この場合、平成15年判決の事案とは異なり、Xが援用した取得時効の起算点を本件設定登記2の経過時と認めたとしても、Xに起算点の恣意的な選択を許したことはない。そして、Xは、上記

登記経由時から、新たに抵当権の設定された本件土地の占有を開始したとみることができる上、上記時点を起算点とする取得時効の援用を認めることは、XがYの抵当権設定登記後も長期間本件土地の占有を継続した事実を尊重することにつながり、時効制度の趣旨にも沿うといえる。

よって、本件には昭和36年判決の法理が適用されるというべきである」とする。

続いて、Xが時効取得する所有権の内容について、「(1) 民法397条は、債務者又は抵当権設定者以外の者が抵当不動産につき取得時効に必要な条件を具備した占有をしたときは、抵当権は消滅する旨を定めているが、この規定は、所有権の時効取得がいわゆる原始取得であることから、その反射的効果として時効完成前に設定・登記された抵当権は消滅するという当然のことを定めたものであると解される。

本件においても、Xは、債務者や抵当権設定者ではない上、本件土地の占有継続によりその所有権を時効取得するものであり、その起算点は、前記のとおり昭和61年10月24日であると認められる。そして、本件抵当権は、同日を起算点とする時効完成前の昭和59年4月19日に設定・登記されたものであるから、Xによる本件土地の時効取得の反射的効果として消滅するというべきである(なお、占有者が抵当権の存在を容認して占有を継続した場合には、抵当権の負担の付いた所有権を時効取得すると解する余地もあるが、本件がこれに当たらないことは明らかである)。

(2) この点に関し、Yは、平成15年判決について、抵当権設定時を起算点とする民法397条の適用を否定したものと理解すべきであって、XはYの抵当権の付いた本件土地の所有権を取得するにすぎない旨主張する。そして、このように解することが、抵当不動産の時効取得につき、占有者の占有状況を把握したり、時効中断の措置をとったりすること

が事実上困難な抵当権者の保護に資するとする。

しかしながら、前記のとおり、平成15年判決は、占有者に時効の起算点の任意選択を許さないという従来判例法理を確認したものであり、Yの主張するような趣旨まで含むものとみることにはできない。また、占有状況の把握や時効中断が困難であるという事情は、抵当権者が時効完成前に抵当権の設定を受けた場合と、時効完成後に設定を受けた場合とで差異はない。Yのように解するとすれば、前者の場合にも占有者は抵当権の負担の付いた所有権を取得すると解しないと一貫しないが、これは従来判例法理や民法397条と矛盾する。Yの主張は採用できない。

…、Xは、取得時効の援用により、昭和61年10月24日にさかのぼって本件土地の所有権を原始取得し、これを登記なくしてYに対抗することができるから、民事執行法上の異議権に基づき、本件土地について担保権実行としての競売手続の排除を求めることができる」として、第一審はXの主張を認めた。

[控訴審判決] (福岡高裁宮崎支判平成21年11月27日 金判1891号20頁・金法1995合106頁)  
(棄却)

「本件(平成20年7月14日訴え提起)は、原判決添付別紙物件目録1及び2記載の各土地(本件土地)を時効取得したと主張するXが、民事執行法上の異議権に基づき、本件土地の抵当権者であるYが開始した担保不動産競売手続の排除を求めた事案である。

本件の主たる争点は、(1) Xの主張する取得時効の起算点をいつに求めるか、(2) Xが時効により抵当権の負担のない所有権を取得するのか、の2点である。

原判決(平成21年6月24日言渡し)は、争点(1)について、Xの主張する取得時効の起算点は、Xが本件土地の占有を開始した時ではなく、Yが本件土地につき抵当権の設定

登記を経由した時である旨の、争点（２）について、Xが本件土地を時効取得したことによって、Yの抵当権は消滅した旨の各判断をして、Xの請求を認容した。控訴審も、原判決を認めるものである。

そうして、控訴審は、原判決に加えて、Yが、昭和36年判決の事案では第三者が所有者であるのに対し、本件では第三者が抵当権者である点で事案を異にしており、所有権と抵当権が両立するものである以上、昭和36年判決ではなく、昭和33年判決ないし平成15年判決が妥当すると主張するのに対して、「確かに所有権と抵当権は両立するものの、第三者が所有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）。Y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といわざるを得ない」として、Xは抵当権の付いた所有権を取得すべきである、とするYの主張を斥けた。

[最高裁判決]（棄却）

最高裁は、「時効取得者と取得時効の完成後に抵当権の設定を受けてその設定登記をした者との関係が対抗問題となることは、所論のとおりである。しかし、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のない限り、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相当である」とした。

その理由は、「ア 取得時効の完成後、所有権移転登記がなされないうちに、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依じて保護すべきものとする時効取得制度の趣旨に鑑みれば、是認し難いというべきである。

イ そして、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に上記不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解される（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は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ういことができる。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」として、占有者（時効取得者）と取得時効完成後の抵当権者との関係に対抗関係として捉えるが、占有者が抵当権設定登記後、再び取

得時効に必要な期間の占有を継続した場合には、占有者は抵当権の負担のない土地所有権を時効取得することを認めた。

そうして、本件の実事関係に、上記法理を当てはめて、「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、前記のとおり、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。

そうすると、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」として、原判決を支持し、Yの上告を棄却した。

補足意見は、本判決に賛成するものだが、その理由づけについて異なる。「法廷意見は、取得時効の完成後所有権移転登記をする前に、第三者が抵当権の設定を受けその登記がされた場合、抵当権が実行されると占有者は所有権を失うことになることに着目して権利の対立関係を認め、第三者が譲渡を受けてその登記がされた場合と同様に、登記の時から取得時効の進行を認めるものである。確かに、抵当権の実行により占有者が所有権を失うことがあるという意味においては、第三者が譲渡を受けて登記をした場合と共通性が認められる。

しかしながら、第三者が抵当権設定を受けた場合に、これが譲渡を受けた場合と『比肩する』として、占有者について取得時効の進行を認めるためには、占有者の法的状況につ

いて上記の共通性が認められるだけでは足りず、第三者の法的状況も観察して、双方の観点から、第三者が譲渡を受けた場合と同様の状況といえるかどうかを検討する必要がある。占有者が所有権（時効の援用によって取得される所有権又は所有権を取得できる地位）を失うことになるのは、抵当権により履行が担保されている債務の不履行があって抵当権が実行された場合であるから、抵当権が設定されても、そのことによって直ちに占有者の所有権が失われることとなるわけではなく、両者は併存する。第三者側からすると、第三者が不動産の譲渡を受け登記を経た場合であれば、占有者は確定的にその所有権を失い、第三者は占有者に対して所有権に基づきその明渡しを求めるなど、その権利を行使して取得時効の完成を妨げ、取得した所有権の喪失を防止できるのに対し、抵当権の設定を受けた場合は占有者の所有権が失われることにならないところ、抵当権は債務不履行がないにもかかわらず実行することはできないし、また占有権原や利用権原を伴うものではないからこれら権原に基づいて占有を排除することもできないのであって、所有権のように前記のような権利の消滅を防止する手段が当然には認められない。この点は、譲渡を受けた場合と抵当権の設定を受けた場合とで大きく相違する点であって、このような差があることを踏まえても、取得時効の進行に関し、なお法的状況が同様であるといえるためには、抵当権の設定を受け登記を経た第三者において、抵当権の実行以外に、占有者に抵当権を容認させる手段など、取得時効期間の経過による抵当権の消滅を防止する手段がないとすれば、抵当権者は、本来の権利保全の仕組みからすれば自らにその権利を対抗できない者との関係で、防止する手段がないまま自己の権利が消滅することを甘受せざるを得ないことになり、均衡を失するものといわざるを得ない。法廷意見はこの点について明示的に触れると

ころがないが、抵当権者において抵当権の消滅を防止する手段があることを前提としているものと解され、その理解の下で法廷意見に与するものである」。

そうして、本判決が、Xが本件旧土地を時効取得した結果、抵当権が消滅する旨、判示した点について、「従来の一般的理解に沿うものであり、また取得時効期間の進行を認めるならばその結果としての取得時効の完成も認めることが論理的であるという考えもあり得ないわけではなく、本件の結論に影響するものではないので、あえて異を唱えるものではない。しかしながら、第三者に所有権が移転された場合には、占有者が確定的に所有権を失うのに対して、第三者に抵当権が設定された場合には、そのような事情はないから、取得時効が完成している状態が変わるものではないにもかかわらず、抵当権が消滅する理由として、再び取得時効の完成を認めることは技巧的で不自然な感を免れない。第三者が所有権を取得した場合は、占有者が再度所有権を取得するためには改めて取得時効が完成することが必要であるが、第三者が抵当権の設定を受けた場合は、民法397条の規定から取得時効期間占有が継続されたこと自体によって抵当権が消滅すると解することが可能である。原始取得であることをもって他の権利が当然に消滅するとはいえないものであって、法は所有権以外の物権について所有権の時効取得によって当然にこれが消滅すべきものとしているとは必ずしもいえず、占有に関わらない物権については個別に消滅するかどうかを判断すべきものとしていると見る余地があり（民法289条、290条参照）、複数の担保権が存在する場合の調整やこれらの権利の消滅を防止する手段などに関して、そのような観点からの検討をすることが適切な場合があるのではないかと思われることを付言して」おくとする。

#### 【解説】

最高裁は、第1審・控訴審と同様に、占有者（時効取得者）と、取得時効完成後の抵当権設定者との関係を対抗関係として捉えるが、占有者が、抵当権設定後<sup>3</sup>、引き続き時効取得に必要な期間占有を継続したときには、占有者が抵当権の存在を容認したなど抵当権の消滅を妨げる特段の事情のない限り、占有者が（再度）本件土地を時効取得し、その結果、抵当権は消滅する、とした。

その理由は、まず、長期間の占有を、その占有の態様に応じて保護すべき、という取得時効の存在理由を挙げる。次いで、本件が、最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁（以下、「昭和36年判決」と呼ぶ）のケースと「比肩」できるから、とされる。「昭和36年判決」は、取得時効完成後の不動産の第三取得者との関係において、占有者（時効取得者）が、第三者の登記後、再度、取得時効に必要な期間占有を継続した場合には、占有者は、当該不動産を時効取得することができる、という「時効取得と登記」に関わる判例準則の一つとなっている判例である（後述）。本件と「昭和36年判決」とを「比肩」することができる理由は、時効取得された本件土地に抵当権が設定され、登記を経由することで、占有者（時効取得者）は、抵当権による制限を受け、抵当権が実行されると、占有者は所有権を買受人に対抗できないという点で、抵当権設定登記後、占有者と抵当権者との間には対抗関係が生じるから、とされる。そして、「昭和36年判決」の判例準則を適用した場合、取得時効完成後に所有権を取得し登記した第三者は、占有者が引き続き時効取得に必要な期間、占有を継続した場合に、所有権を失うのに、取得時効完成後に抵当権を設定・登記した第三者が、抵当権を保持するのは、不均衡である、という理由を挙げる。

補足意見は、本判決の結論（法廷意見）には賛成するが、その理由づけが異なるとする。



すなわち、本判決は、本件が「昭和36年判決」のケースと「比肩」できるとするが、そのためには、占有者（時効取得者）と、とくに第三者（本件では抵当権者）の事情も検討しなければならない、とする。「昭和36年判決」のケースでは、第三者は不動産の譲渡を受け、登記を備えることで、占有者（時効取得者）に対抗することができ、占有者は確定的に自己の所有権を失うことになる。また、第三者は自己の所有権に基づいて妨害排除請求権を行使するなどして、占有者の再度の取得時効の完成を妨げることができる。これに対して、本件の場合、第三者は抵当権者であり、抵当権が具体化するの、その被担保債権の債務不履行があつて、抵当権が実行された場合である。したがって、抵当権が設定・登記されただけでは、占有者（時効取得者）の時効取得による所有権と抵当権は確かに対立するが、「喰うか喰われるか」までの対立関係には至つてはなく、両者は併存可能である、とする。すなわち、抵当権は、設定・登記されただけでは、被担保債権の債務不履行がない限り、実行することは不可能であり、抵当権には抵当不動産の占有権原も利用権原もないことから、抵当権に基づいて、（取得時効完成後の）占有者を排除するなどして、占有者（時効取得者）の再度の時効取得を妨げることもできない。この点が、「昭和36年判決」のケースと本件とで、そもそも異なる点であるとする。したがって、本件が、「昭和36年判決」のケースと「比肩」できるというためには、抵当権者に、抵当権の実行以外に、抵当不動産の再度の取得時効完成による抵当権の消滅を防止する手段があることが必要とする。それがないと、抵当権者は、抵当権が消滅することを甘受しなければならず、「昭和36年判決」ケースとの均衡を失ふことになるから、とされる（抵当権者にとっては、不公平である）。そうして、本判決では、この点について明示されていないが、抵当権の消滅を防止する手

段があることを前提としていると解されるので、本判決に賛成する、とする。

さらに、占有者（時効取得者）の再度の時効取得で抵当権が消滅することについては、そもそも抵当権が設定されただけでは、占有者が最初の取得時効で取得した所有権は失われぬにもかかわらず、占有者の再度の時効取得の完成により抵当権が消滅する、という構成は技巧的で不自然だ、とする。そうして、本件は、397条によって抵当権が消滅すると解することも可能である、とする。もっとも、397条の適用にあたっては、他の担保権との調整や、それらの権利の消滅を防止する手段が存在するのか、などの検討が必要である、という留保を付けた。

### 3. 「取得時効と登記」に関わる判例準則について

本判決の法廷意見は、「取得時効と登記」に関わる判例準則に従つたものである。「取得時効と登記」に関わる判例準則を確認しておく<sup>4</sup>。

- ①Aの不動産をBが時効取得した場合には、Aは物権変動の当事者であるから、BはAに対して登記なくして時効取得を対抗できる（大判大正7年3月2日民録24輯423頁）。
- ②Aがその不動産を、Bの取得時効期間満了前にCに譲渡した場合には、CはBの取得時効について当事者となるから、Bは登記なしに時効取得をCに対抗することができる（大判大正13年10月29日新聞2331号21頁；最判昭和41年11月22日民集20巻9号1901頁）。
- ③Aがその不動産を、Bの取得時効期間満了後にCに譲渡した場合には、AからB・Cに対して二重譲渡がされた場合と同様に扱い、Bは登記しなければCに対して時効取得を対抗できない（大連判大正14

年7月8日民集4巻9号412頁；最判昭和33年8月28日民集12巻12号1936頁）。

- ④時効期間は、占有の開始時点を起算点として計算しなければならず、時効の起算点を任意に選択して、時効の完成時期を早めたり遅らせたりすることはできない。とりわけ③のケースで、Bが取得時効期間の起算点をずらして、Cの譲受後に取得時効が完成したと主張することはできない（大判昭和14年7月19日民集18巻13号856頁（地役権の取得時効）；最判昭和35年7月27日民集14巻10号1871頁（以下、「昭和35年判決」と呼ぶ））。
- ⑤③のケースで、Cの登記後に、Bがさらに取得時効に必要な期間占有を継続した場合、Bは登記なしに時効取得をCに対抗することができる（最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁）。
- 本判決は、⑤の判例準則に従うものである。

#### 4. 平成15年10月31日最高裁判決との関係

「平成24年判決」は、取得時効完成後に抵当権の設定と登記がなされたケースである。本件と類似のケースとして、最判平成15年10月31日判時1846号7頁<sup>5</sup>（以下、「平成15年判決」と呼ぶ）がある。「平成15年判決」では、最高裁は、⑤の判例準則の適用を認めた第一審判決・控訴審判決を破棄して、抵当権の消滅は認められない、とした。まず、その事実関係と判旨を確認して、「平成24年判決」との関係について考える。

##### 【事実】

Aは、本件土地を所有していた。Xは、昭和37年2月17日に本件土地の占有を開始し、昭和57年2月17日以降も、本件土地の占有を継続していた。Aは、昭和58年12月13日、B会社との間で、本件土地について、訴外会社

を抵当権者として、債務者をC旅館とする債権額1100万円の抵当権（以下、「本件抵当権」とする）を設定して、その旨の登記を了した。Yは、平成8年10月1日、訴外会社から、本件抵当権を、その被担保債権と共に譲り受け、平成9年3月26日、本件抵当権の設定登記について抵当権移転の付記登記がなされた。Xは、昭和37年2月17日を起算点として20年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、Aに対して所有権の取得時効を援用した。そして、Xは、平成11年6月15日、本件土地について「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了した。さらに、Xは、本件抵当権の設定登記の日である昭和58年12月13日から10年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、再度、取得時効を援用して、本件抵当権は消滅したと主張して、Yに対して、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めた。

##### 【判旨】（破棄自判）

原審（広島高判平成12年9月8日金判1191号35頁）は、Xの請求を認容すべきであるとされた。すなわち、「(1) Xは、昭和37年2月17日から20年間占有を継続したことにより、本件土地を時効取得したが、その所有権移転登記をしないうちに、訴外会社による本件抵当権の設定登記がされた。このような場合において、Xが、本件抵当権の設定登記の日である昭和58年12月13日からさらに時効取得に必要な期間、本件土地の占有を継続したときには、Xはその旨の所有権移転登記を有しなくても、時効による所有権の取得をもって本件抵当権の設定登記を有する訴外会社に対抗することができ、時効取得の効果として本件抵当権は消滅するから、その抹消登記手続を請求することができる。

(2) Xは、本件抵当権の設定登記の日には、本件土地の所有権を既に時効取得していたこ

とからすると、その日以降のXの本件土地の占有は、善意、無過失のものと認められる。

(3)したがって、Xは、本件抵当権の設定登記の日から10年間占有を継続したことにより、時効が完成し、再度、取得時効を援用して、本件土地をさらに時効取得し、これに伴い、本件抵当権は消滅したものであるから、Xは、Yに対して、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めることができる」とした<sup>6</sup>(控訴棄却)。

最高裁は、この原審の判断は是認できない、とした。すなわち、「Xは、…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して、再度、取得時効の完成を主張し、これを援用することはできないものというべきである。そうすると、Xは、上記時効の完成後に設定された本件抵当権を譲り受けたYに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求することはできない」とした。

#### 【解説】

「平成15年判決」では、第1審・控訴審ともに、⑤の判例準則「昭和36年判決」の趣旨と、397条について判例と通説がとる解釈(後述)から、Xの取得時効による抵当権の消滅を認めたが、最高裁はそれが是認できない、とした。最高裁は、Xによる昭和37年2月17日を起算点とした取得時効の援用によって、その登記を経ることで、Xは本件土地の所有権を確実に取得したのだから、その後さらに、起算点を後の時点=本件抵当権の設定登記日(昭和58年12月13日)<sup>7</sup>にずらして、再度の時効取得を主張することはできず、したがって、本件抵当権の抹消登記請求は許されない、とした。最高裁は、④の判例準則「昭和35年判決」、すなわち、時効の起算点を任意に動かすこと

はできないという準則を確認して、本件が「昭和36年判決」とは事案を異にするとして、③の判例準則に立ち戻って、Xの取得時効完成後に、Bが先に抵当権設定登記を備え、その後でXが取得時効を原因とした所有権移転登記を備えたことから、Bの抵当権が優先し、Xは、Bから抵当権を譲り受けたYに対しても、抵当権の抹消を請求できない、とした<sup>8</sup>。つまり、時効取得者Xは抵当権付きの所有権を取得する。

「平成15年判決」の射程範囲は、当該ケースに関わるとされ、時効取得者が、取得時効を援用したものの、未だ時効取得に基づく所有権移転登記を経由していない場合や、そもそも取得時効を援用していない場合にまでは及ばないとされ、それらのケースを扱った最高裁判決が出てくることが待たれていた。そこで出されたのが、本判決「平成24年判決」であった。

「平成15年判決」と「平成24年判決」の事実関係の違いは、時効取得者(占有者)が、占有開始日を起算点とした時効取得を援用して、時効取得を原因とした登記を経由したか否か、という点にある<sup>9</sup>。「平成15年判決」では、占有者Xが抵当権設定後に、まず、占有開始日を起算点とした取得時効を援用し、時効取得を原因とする所有権移転登記を経由した後で、次いで、抵当権設定登記日を起算点とした取得時効を援用した<sup>10,11</sup>。他方、「平成24年判決」では、占有者Xは、占有開始日を起算点とする取得時効を援用することなく、抵当権設定日を起算点とした(再度の)取得時効のみを援用した。この事案の相違が、⑤の判例準則「昭和36年判決」を適用するか否かの分かれ目となった。その結果、⑤の判例準則が適用されなかった「平成15年判決」では、不動産の権利変動に忠実に登記を経由した者が敗れ(抵当権付の所有権を取得することになり)、⑤の判例準則が適用された「平成24年判決」では、登記を経由しなかった者

が保護されることになった（抵当権の負担のない所有権を取得した）。時効完成後は、原則、177条の対抗問題で処理されることになるとはいえ、同様の事実関係で、登記を経由した者に不利益がおよび、登記を経由しなかった者が保護されるという結果には、不動産の権利関係を登記に反映すべきという公示主義<sup>12</sup>の建前から考えるに、違和感を感じる（「平成15年判決」で、占有者（時効取得者）が登記を経由せずに、抵当権設定登記時を起算点として、（再度の）時効取得を主張した場合、「平成24年判決」と同じ結果になったのか）<sup>13,14</sup>。このことは、「時効取得と登記」に関わる判例準則における「昭和36年判決」の例外性・異質性（時効の起算点を結果的にずらすことになる、「平成15年判決」のように忠実に登記を経由した者が敗れるなどの点）を際立たせることになる（もっとも、「昭和36年判決」自体は、客観的・具体的には妥当な解決をもたらした判決であった）。

「平成15年判決」の占有者（時効取得者）は、本件土地について、時効取得による登記を申請した時点で、B・Yの抵当権の存在を知っただろう<sup>15</sup>。これが、「平成24年判決」のいう「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」と言えるのであれば、「平成24年判決」のとする論理—⑤の判例準則の適用—と整合性がとれることになる<sup>16,17</sup>。もっとも、「平成15年判決」の占有者（時効取得者）が取得時効を原因とした登記をするに至った経緯についても考慮しなければならないだろう<sup>18</sup>。

「平成15年判決」については、登記を経由した時効取得者が敗れる、という不合理な結果とはなるが、登記をしてしまった（抵当権の存在を容認してしまった）以上、法理論上は、最高裁判決を認めざるを得ない<sup>19</sup>と考える。

## 5. 「平成24年判決」の補足意見について

補足意見は、本件が取得時効完成後の占有者と第三取得者との関係に「比肩」できるとする法廷意見に対して、疑問を呈する。取得時効完成後の占有者（時効取得者）と第三者のような「所有権 対 所有権」のケースでは、両者の関係はまさに「食うか食われるかの関係」となり、第三者は登記を経由することで、占有者の所有権を喪失させることができる。他方で、占有者（時効取得者）が占有する土地に抵当権が設定されただけの「（占有者の時効取得による）所有権 対 抵当権」のケースでは、占有者の所有権は失われるわけではなく、両者は併存可能である。抵当権実行の段階で初めて、占有者の所有権が脅かされることになる（もっとも、本件は、実行段階での話しであるから、まさに「食うか食われるか」の関係となっている）。さらに、両ケースを「比肩」できるというためには、占有者（時効取得者）の再度の取得時効の進行に関し、法的状況が同様であることが必要である、とする。つまり、「所有権 対 所有権」のケースであれば、第三者は取得した所有権に基づき明渡しを求めるなどして、占有者（時効取得者）の再度の取得時効の完成の中断を図り、自己の所有権の喪失を防止することが可能である。したがって、「所有権 対 抵当権」のケースにおいても、抵当権者が、抵当権の実行以外・以前に、占有者（時効取得者）に抵当権を容認させるなどして、取得時効期間の経過による抵当権の消滅を防止する手段がなければならぬ、とする（この部分で補足意見は、⑤の判例準則に従った法廷意見を前提とした論を展開している）<sup>20</sup>。そうして、本ケースでは、法廷意見では触れられていないが、抵当権の消滅防止手段があったことが前提とされているので、本件は問題がないとする<sup>21</sup>。

他方で、補足意見は、抵当権消滅の理由を、

原始取得である取得時効が再び完成することに求めるのは、技巧的で不自然な感じがする、として、法廷意見の法的構成にそもその疑問を呈する<sup>22</sup>。確かに、抵当権が設定されただけでは、占有者(時効取得者)の所有権は何ら影響を受けるものではない。したがって、第三者が抵当権の設定を受けた場合は、397条の規定によって、抵当権が消滅すると解すべきだろう、とする。その理由付けとして、占有に関わらない物権については、地役権に関する289条、290条のように民法が特別の手当てをしており、また、本件のようなケースでは、複数の担保権が存在する場合の調整やその権利消滅を防止手段についても、特別の考慮が必要だろうから、とされる。

ところで、補足意見のいう抵当権の消滅を定めた397条の解釈については、次のような見解の対立がある<sup>23</sup>。判例<sup>24</sup>・通説<sup>25</sup>の立場は、397条が、取得時効の効果として当然のことを規定したものであり、396条との関係で、債務者および抵当権設定者を除外した点に、その意義がある、とする。取得時効は原始取得なので、抵当権の存在を認めない態様で抵当不動産の占有を承継した場合、時効取得者は、抵当権の負担のない所有権を取得し、反射的に、抵当権は消滅する、と解するのである。これに対して、397条は、同条が定める要件「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」が充たされることで、抵当権が、被担保債権とは別個に消滅することを定めた例外的な規定であるとする見解がある(有力説)<sup>26</sup>。いずれの立場においても、397条の適用範囲に、抵当不動産の第三取得者が含まれるか否かが問題になっている。

補足意見は、一方では法廷意見の考え方、すなわち、397条の判例・通説の考え方を認めつつも、397条の有力説の適用の可能性も示唆する矛盾が見られる。

397条の意義をめぐっては、判例も定まっ

ているとはいえ、学説の状況も混沌としている。抵当権設定・登記後の(再度の)時効取得が問題となった本ケースは、確かに、抵当権設定後の(再度の)時効取得の完成が、抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅を規定した397条が適用可能なケースとも見ることできる。しかし、本ケースは、抵当権設定前に既に占有者(時効取得者)の占有が、長期取得時効が成立するほど長期間、継続しており、占有者(時効取得者)には、確かに、時効完成後、時効を援用し、取得時効による所有権取得の登記を懈怠した、という落ち度があるとはいえ、善意の時効取得者が登記を備えることはそもそも難しいから、占有している土地に抵当権が設定されていることを知る由もない(したがって、本件は、抵当権の実行で初めて、抵当権の存在を知り、執行の差止めを求めている)。したがって、本件は、抵当不動産の時効取得による抵当権の消滅を定めた397条が適用される基礎を欠いているのではないか、と考えられる<sup>27</sup>。

## 6. まとめ

「平成24年判決」の法廷意見は、取得時効完成後、その登記前に、抵当権が設定された場合、占有者(時効取得者)の所有権は抵当権による制限を受け、抵当権が実行されると、占有者は自らの所有権を買受人に対抗できない地位に立たされることから、「時効取得者の所有権 対 抵当権」は、「時効取得者の所有権 対 第三取得者の所有権」のケースと比肩することができ、対抗関係に立つと解する。したがって、本ケースにも、「取得時効と登記」に関わる⑤の判例準則「昭和36年判決」が適用され、占有者(時効取得者)が、抵当権設定登記後、取得時効に必要な期間、占有を続けたことで、占有者が抵当権の存在を容認していたなどの抵当権の消滅を妨げる特段の事情のない限り、抵当権が消滅することを

認めた。「平成24年判決」は、本件を「取得時効と登記」に関わる⑤の判例準則と397条の通説・判例の理解に従って処理した<sup>28, 29, 30</sup>。

「所有権 対 所有権」（「昭和36年判決」）と「所有権 対 抵当権」（「平成24年判決」）の違いはあるとはいえ、「平成24年判決」は、⑤の判例準則を適用することで、結果的に妥当な解決を図ることができた。本判決は、「取得時効と登記」に関わる⑤の判例準則が、占有を伴わない担保物権（譲渡担保、仮登記担保など）にも適用されることを示したものと見えるだろう<sup>31</sup>。

⑤の判例準則「昭和36年判決」は、取得時効完成後の第三者の登記時を起算点として、再度の取得時効を認める判決である。しかしながら、「昭和36年判決」は、「取得時効と登記」に関わる判例準則において、その異質性・例外性が、当初から主張されている。すなわち、「昭和36年判決」は、取得時効の起算点を、そもそもの占有開始時ではなく、取得時効完成後に登場した第三者の登記時としており、「取得時効完成の時期を定めるにあたっては、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」で、「取得時効を援用する者において任意にその起算点を選択し、時効完成の時期を或いは早め或いは遅らせることはできないものと解すべきである」とする④の判例準則「昭和35年判決」と整合性を欠く<sup>32</sup>。先述したように、「平成15年判決」と「平成24年判決」に、⑤の判例準則「昭和36年判決」を適用することで、「昭和36年判決」の異質性・例外性が再び明みに出た<sup>33</sup>。「取得時効と登記」に関わる判例準則の再検討も必要であると考ええる。

ところで、「平成24年判決」は、「時効取得と登記」に関わる③の判例準則、すなわち、取得時効完成後の占有者（時効取得者）と第三者との関係に対抗関係と捉えて、登記でその優劣を決するとする判例準則に従っても、解決できるものではないか<sup>34</sup>。確かに、本件

のような「所有権 対 抵当権」のケースを、「所有権 対 所有権」のケースと「比肩」することに対しての批判・疑念はある。抵当権は非占有担保であり、それを設定・登記しただけでは、占有者（時効取得者）の所有権は損なわれることはない。取得時効による所有権取得にせよ、抵当権設定にせよ、いずれも公示されないと存否が分からない（時効取得は、もちろん、現地を見れば、第三者の占有があることは分かるが、登記で公示されないと、所有権の存在は分からないし、抵当権も、登記で公示されないと権利の存在は分からない）権利である以上、その優劣を決めるにあたっては、登記が重要・必要となる。したがって、「平成24年判決」においては、抵当権が先に登記されて、権利の存在が先に明らかになった以上、占有者（時効取得者）には、不意打ちになるかもしれないが、抵当権設定登記が優先すべきである。⑤の判例準則の異質性・例外性も考慮するに、本件の解決にあたっては、③の判例準則の適用も考慮されるべきであった。もっとも、その優劣の判断については特に、抵当権者側の事情については、最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁で示された「背信的悪意者排除論」の考え方が適用されるべきと考える<sup>35</sup>。実務的な思考になるが（後述）、抵当権者が、抵当不動産の現況を抵当権設定時および定期的に調査していれば、抵当不動産に債務者または抵当権設定者とは異なる占有者が存在することは分かったはずであり、その調査を怠って抵当権を実行した点に、抵当権設定者の背信性を読み取ることも可能であるように思う。

また、補足意見や学説が主張するように、抵当権設定時を起算点として、397条の適用で解決していくことも考えられないではない（そもそも、抵当不動産の第三取得者に397条を適用できるか<sup>36</sup>、また、たとえば、「平成15年判決」のような占有者（時効取得者）が、抵当不動産の第三取得者と同じに扱えるか、

など、397条の解釈・適用にあたっては、解決しなければならない問題が多数存在する)。しかし、そもそも397条の意義・適用範囲については、先述のように、判例・学説ともに定まるところはない。397条を素直に読む限り、抵当不動産の取得時(または、本件(「平成24年判決」)でいうのなら抵当権設定登記時)を起算点として、10年または20年の取得時効期間の占有があれば、抵当権が消滅するということになるのだろうが、実務上、抵当権の設定が登記されていない、などということは考えがたく、抵当不動産の取得者は、抵当権の存在について悪意で抵当不動産を取得することになる(抵当権の存在について善意のケースは、「平成24年判決」のように、時効取得者の占有が抵当権設定前から存続しているケースか、境界紛争型のケースくらいだろう)。確かに、抵当権の存在について悪意であったからといって、抵当権が将来実行されるか否かは分からないのだから、抵当不動産の取得者の取得時効を妨げる必要もないとも考えられるが、抵当権の存在について悪意である以上、被担保債権との存在・消滅とは別個に、(確かに、抵当権は別個の権利とはいえ、) 抵当権の消滅をもたすことには違和感を感じず<sup>37</sup>。抵当不動産の取得者が抵当権の存在について悪意である場合に、被担保債権と別個に抵当権の消滅を認めて良いのか、という疑義がある。このような規定をおくのであれば、時効の起算点を、被担保債権の弁済時あるいは抵当権実行可能時に置くべきではないかと考えてしまうのである。いずれにしても、397条の意義と適用範囲について、さらなる考察が必要である<sup>38</sup>。

判例の法解釈にいろいろと問題点はあると思われるが、「平成24年判決」の結論自体は妥当であり、賛成できる。最後に、法解釈を離れて、実務的な視点からの考察を一言付け加えておきたい。「平成24年判決」の抵当権者は金融機関である<sup>39</sup>。抵当不動産の所在は

離島であった。抵当権者は、抵当不動産が離島にあったとはいえ<sup>40</sup>、抵当権設定時および定期的に、抵当不動産の現況を調査する必要があったのではないか(もし、そのような手続が踏まれていれば、本件のような争いは生じなかったはずである)<sup>41</sup>。そのような手続を踏まなかった抵当権者は、その属性(金融機関)から考えても、抵当権の消滅が認められても、致し方ないと思われる<sup>42</sup>。先に述べたように、177条の対抗問題で解決して行くにあたって、抵当権者(金融機関)が、時効取得者の登記の欠缺を主張することに、「背信性」が認められるように思う。金融機関による抵当不動産の管理という視点からも、397条の意義と適用範囲の検討は必要である。

<sup>1</sup> もっとも、金融機関が、金融庁が提供する「金融検査マニュアル」に従って、リスク管理を行っていれば、本件のような問題は生じないものと考えられる。

<sup>2</sup> 金判1391号13頁；金判1395号22頁；金法1955号100頁；NBL985号92頁；石田剛「判批」リマークス46号18頁；同「判批」セレクト2012 [I] 20頁(法教389号別冊)；五十川直行「判批」ジュリ1453号69頁；伊藤栄寿「判批」銀法747号4頁；宇都木旭・JA 金融法務502号44頁；占部洋行「判批」金法1964号38頁；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-」司法書士486号13頁以下；加藤好隆・ビジネス法務12巻10号10頁；角紀代恵「判批」民事判例VI-2012年後期(2013年)128頁；河津博史・銀法746号59頁；田中淳子「判批」法時85巻3号138頁；大久保邦彦「判批」民商146巻73頁；古積健三郎「判批」新・判例解説 Watch◆民法(財産法) No. 64・1頁；佐久間毅「事例から考える民法 第20回 『『継続は力なり。』 そう思う→はい そう思わない→いいえ』法教387号125頁以下；鳥生尚美「再度の時効取得と抵当権の消滅-最高裁第二小法廷2012・3・16判決」法セ697号14頁(本判決のX(原告)訴訟代理人による本件の報告である)；松尾

- 弘「判批」法セ694号130頁；吉田邦彦「判批」判評649号（判時2172号）2頁。
- <sup>3</sup> 本件では、二つの抵当権が設定されていた。第1審・控訴審では、既に消滅していた二つめの抵当権設定時（昭和61年10月24日）を起算点としたが、最高裁は、第1審・控訴審の認定した起算点を変更して、未だ消滅していなかった最初の抵当権設定時（昭和59年4月19日）を起算点とした。現存する最先順位の抵当権において、権利の対立関係が存在するからである、とされる。伊藤・銀法747号8頁；吉田・判評649号7・8頁を参照。
- <sup>4</sup> 取得時効と登記に関わる判例準則については、草野元己「『取得時効と登記』に関する判例理論と学説」（同「取得時効の研究」（1996年））121頁以下；松久三四彦「取得時効と登記」（同「時効制度の構造と解釈」（2011年））343頁以下を参照。
- <sup>5</sup> 生熊長幸「判批」リマークス30号14頁；池田恒男「判批」判タ1157号104頁；岡田愛「判批」法時77巻2号112頁；岡本詔治「判批」民商131巻2号320頁；尾島茂樹「判批」金沢法学47巻2号123頁；香川崇・司法書士486号13頁以下；川井健「判批」NBL784号77頁；草野元己「判批」法教286号77頁；同「判批」銀法642号83頁；久須本かおり「判批」愛知大学法学部法経論集167号1頁；佐久間毅・法教387号125頁以下；塩崎勤「判批」登記イン6巻7号145頁；谷本誠司「判批」銀法21・644号38頁；辻伸行「判批」判評548号（判時1864号）21頁；泰光昭「判批」金法1704号4頁；原田剛「判批」法セ594号115頁；平林慶一「判批」判タ1184号16頁；松久三四彦「判批」金法1716号30頁；武川幸嗣「判批」受験新報640号10頁；吉岡伸一「判批」金法1745号27頁；良永和隆「判批」セレクト2004・15頁（法教294号別冊）。
- <sup>6</sup> 原審のこの判断において、本件を162条の取得時効の効果とみるか、または397条の効果とみるかで、善意・無過失の対象（所有権か抵当権か）、時効期間は10年か20年かの違いが出てくる。草野・法教286号105頁；同・銀法642号86頁；辻・判評548号23頁；松久・金法1716号32・33頁を参照。
- <sup>7</sup> 本件では、Bによる昭和58年12月13日の抵当権設定登記の後、平成8年10月1日に本件抵当権と被担保債権とがYに譲渡され、平成9年3月26日にY名義の抵当権移転の付記登記がなされている。起算点を、Bの設定登記時におくか、Yの抵当権移転の付記登記時にするか、Yの法的地位をどのように考えるか（Bの地位を承継したか、独立にXとYとが対抗関係にたつか）などについて、学説の対立がある。尾島・金沢法学47巻2号129・130頁；草野・法教286号105頁を参照。
- <sup>8</sup> 本判決には397条の適用も考えられるとするのは、生熊・リマークス30号17頁；池田・判タ1157号112・113頁；辻・判評548号22頁；泰・金法1704号4頁；松久・金法1716号32・33頁を参照。
- <sup>9</sup> 「平成15年判決」は、抵当権設定登記の抹消登記手続を請求するものだったが、「平成24年判決」は、Yの抵当権実行に対して、第三者異議の訴えを提起したものだ。
- <sup>10</sup> 大久保・民商146巻6号84頁は、再度の時効取得を認めない（⑤の判例準則を適用しない）理由として、信義則・エスツベルを挙げる。
- <sup>11</sup> もっとも、判例（大判昭和9年5月28日民集13巻857頁；最判昭和44年12月18日民集23巻12号2467頁）は、自己の物の時効取得を認めているから、「平成15年判決」は、その判例準則と抵触することになる（良永・セレクト2004・15頁）。しかし、岡本・民商131巻2号325頁は、「平成15年判決」と自己の物の時効取得の判例とは別物（異質）である、とする（岡田・法時77巻2号113・114頁も同旨か）。自己の物の時効取得を認めない立場ながらも、取得時効完成後に抵当権が認定された場合、再度の時効取得を認める解釈論として、大久保・民商146巻6号86・87頁を参照。
- <sup>12</sup> 不動産登記制度の意義については、山野目章夫「不動産登記法」（2009年）2頁以下を参照。
- <sup>13</sup> この結果の問題性については、占部・銀法1964号46頁；草野・法教286号104・105頁；同・銀法642号84頁；佐久間・法教387号127頁；辻・判評548号23頁；泰・金法1704号5頁；吉田・判評649号6頁を参照。
- <sup>14</sup> 川井・NBL784号78・79頁；平林・判タ1184号17頁；松久・金法1716号33頁は、「昭和36年判決」とは事案が異なる（時効取得者の登記が存在する）ので、「平成24年判決」と結論が異なるのも仕方ないとする。
- <sup>15</sup> この点について、いずれの審級の判旨でも述べられていない。
- <sup>16</sup> 古積・新判例解説 Watch◆民法（財産法）



No. 64・3頁は、「平成15年判決」が、再度の時効取得の援用による抵当権の消滅を認めなかった究極の根拠は、この点にある、とする。時効取得者は、取得時効を原因とする登記をした際に、抵当権に劣後することを前提にしたのである、と。石田・リマークス46号21頁も参照。

<sup>17</sup> もっとも、登記時に抵当権の存在を了知したところで、抵当権が実行されるか否かは、被担保債権が弁済されるか否かによるので、その了知をもって、ダイレクトに「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」があったということはできないかもしれない。「特段の事情」については、裁判例や判例による具体化が必要である。大久保・民商146巻6号87頁；横山長「判解」最判解民事篇昭和43年度1386・1387頁を参照。

<sup>18</sup> 「平成15年判決」の時効取得者が、時効取得を原因とする所有権移転登記を備えるに至った経緯については、岡本・民商131巻2号326・327頁を参照。そのやむにやまれぬ事情を知るに、「平成15年判決」が、占有者（時効取得者）を保護しなかったことに疑問を感ずる。

<sup>19</sup> 具体的・実務的な問題点としては、後掲・注39,40を参照。

<sup>20</sup> 抵当権の消滅防止手段としては、原所有者の明渡請求の代位、抵当権に基づく妨害排除請求、抵当権確認訴訟などが考えられるが、それぞれについて難点がある。判時2149号70頁、判タ1370号104頁無署名コメント；伊藤・銀法747号9頁；石田・リマークス46号21頁；古積・新判例解説 Watch No. 64・3頁；田中・法時85巻3号130頁；吉田・判評649号8頁を参照。

なお、ボワソナード草案・旧民法から、抵当権防止手段について考察したものとして、香川崇・司法書士486号15頁以下がある。

<sup>21</sup> 抵当権者が金融機関であったことから、そのような認定がなされているのだろう。

<sup>22</sup> 時効取得と登記に関わる④の判例準則「昭和35年判決」が、⑤の判例準則「昭和36年判決」と整合性をもたないことの違和感を示しているのだろう。五十川・ジュリ1453号70頁を参照。

<sup>23</sup> 判例・学説の状況については、草野元己「抵当権と時効」（『現代民法学の諸問題：玉田弘毅先生古稀記念』（1984年）所収）3頁以下、

とりわけ、古積健三郎「時効による抵当権の消滅について」（清水元他編「財産法の新動向 平井一雄先生喜寿記念」（2012年）所収）100頁以下を参照。「抵当権と時効」の問題については、別稿を予定している。

<sup>24</sup> 大判昭和15年8月12日民集19巻1338頁（抵当不動産の第三取得者に397条の適用を認めない）；大判昭和15年11月26日民集19巻2100頁；最判昭和43年12月24日民集22巻13号3366頁（抵当不動産の第三取得者に397条の適用が認められた判決と評価される）。もっとも、判例の立場自体、定まっているとは言い難い。

<sup>25</sup> 差し当たり、柚木馨編「新版 注釈民法（9）」658頁〔柚木馨・小脇一海〕；我妻栄「新訂担保物権法」（1968年）421頁以下。この立場に立つと考えられる学説でも、抵当不動産の第三取得者に397条の適用があるか、などの点について見解が分かれている。

<sup>26</sup> 差し当たり、来栖三郎「判批」判民昭和15年度76事件302頁；同「判批」判民昭和15年度117事件464頁；道垣内弘人「担保物権法〔第三版〕」（2008年）229-231頁。通説と同じく、有力説に立つと考えられる学説においても、その具体的な内容について見解が分かれている。

<sup>27</sup> 古積「時効による抵当権の消滅について」136頁；同・新判例解説 Watch◆民法（財産法）No. 64・4頁；草野「抵当権と時効」82・83頁も参照。

<sup>28</sup> 佐久間・法教387号127頁は、本判決の法的構成は、再度の時効完成前に現れた後順位抵当権者や第三取得者の権利も失わせることになり、過大な結果を生ずることになる、とする。第三取得者については、別の考慮が可能か。

<sup>29</sup> 伊藤・銀法747号10頁は、「平成24年判決」のXは、占有開始時から20年間、占有を継続したとして、162条1項の長期取得時効の完成を主張すれば、Yの抵当権設定登記がXの占有開始後20年経過前に行われているので、「時効取得と登記」に関わる②の判例準則の当てはまるケースとなり、Xは登記なしにYに対抗することができた、とする。石田・リマークス46号21頁も参照。

<sup>30</sup> 「平成24年判決」への395条の適用を考える学説として、大久保・民商146巻6号81頁、85・86頁；角「民事判例VI」131頁；佐久間・法教387号127頁を参照。

<sup>31</sup> 伊藤・銀法747号8頁も参照。

<sup>32</sup> 福地俊雄「判研」法時34巻3号95・96頁；右田克雄「判解」最判解民事篇昭和36年度283・284頁を参照。また、池田・判タ1157号107頁も参照。

<sup>33</sup> 滝澤孝臣「取得時効の起算点」（同「民事法の論点Ⅱ」（2011年）所収）27・28頁は、時効取得と登記に関わる④の判例準則の見直しを提案する。

<sup>34</sup> 池田・判タ1157号110頁；石田・リマークス46号21頁も参照。

<sup>35</sup> 拙稿「取得時効と登記－境界紛争型に限定して（1）」北星学園大学 経済学部 北星論集51巻1号96-101頁を参照。

なお、最判平成10年2月13日民集52巻1号65頁は、「地役権 対 所有権」のケースを、177条の「第三者」の解釈で、「地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反するものというべきである」として、承役地の譲受人が、「地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない」とした。「地役権 対 所有権」のケースは、「平成24年判決」の「所有権 対 抵当権」と同じように、両権利が併存可能である。平成10年最高裁判決の判例法理も、「平成24年判決」の事案の解決を考えていくにあたっては、参考になるだろう。

<sup>36</sup> 抵当不動産の第三取得者にも397条が適用されることを判示したとされる最判昭和43年12月24日民集22巻13号3366頁についても、その評価は分かれている。たとえば、久須本・法経論集167号11-13頁を参照。

<sup>37</sup> 古積「時効による抵当権の消滅について」136・137頁を参照。

<sup>38</sup> 五十川・ジュリ1453号70頁を参照。

<sup>39</sup> 「平成15年判決」の抵当権者も、判旨からは読みとれないが、1100万の融資額を考えるに、金融機関だったのではないか。それを考えるに、法理論上は、「平成15年判決」の判旨で致し方ないと考えるが、「権利の上に眠っていた」抵当権者を保護することには、疑問を感ずる。

<sup>40</sup> 費用対効果の低さから、本件では、担保管理（実地調査）が行われていなかったのかもしれない。いずれにしても、本件の抵当権者のリスク管理態勢に問題があったと思われる。

<sup>41</sup> 伊藤・銀法747号9頁；石田・リマークス46・21頁；松久・金法1716号33頁；吉岡・金法1745号32頁も同旨。

なお、吉田・判評649号6・7頁、8・9頁は、抵当権者に、抵当不動産の現況調査を課すことへの疑問を呈している（久須本・愛知大学法経論集167巻23頁も同旨）。

<sup>42</sup> もちろん、抵当権者が、金融機関のような専門的な知識を持たない者である場合、抵当権者に現況調査・確認義務を負わせるべきかどうかという問題もある。

