

抵当権と時効——最近の三つの最高裁判決を機縁として

金子敬明

はじめに

抵当権の消滅原因としては、第一に、物権に共通するものとして、目的物の滅失、混同、及び絶対的放棄があり、第二に、担保物権に共通するものとして、被担保債権の消滅、及び目的物の競売があり、第三に、抵当権に固有のものとして、代価弁済、及び抵当権消滅請求がある。以上について異論は見られないが、加えて、抵当権に固有の消滅原因の一つとして、時効による抵当権の消滅がとされており、関係する条文として、民法三九六条・三九七条（以下、条文番号のみを引用するときは民法の規定をさすものとする）がよく挙げられる。⁽²⁾

本稿では、特に三九七条の条文につき、その適用関係が問題になった最近の三つの最高裁判例（最判平成一五・一〇・三二金商一一九一号二八頁、最判平成二三・一・二二金商一三六五号一八頁、最判平成二四・三・一六民集六六卷五号三三二頁⁽³⁾。以下、「平成一五年判例」などと呼ぶ）を取り上げて、判例の立場がいかなるものであるかを検討するものである。

本稿の検討は次の順序で行う。まず、一で、所有権の時効取得の反射的效果としての抵当権の消滅を扱った平

成一五年判例と平成二四年判例とを比較検討する。次に二で、土地賃借権の時効取得が主張された平成二三年判例を、一での検討結果をふまえつつ、賃借権の時効取得という文脈の中で検討する。おわりに、検討結果をまとめる。

一 所有権の時効取得と抵当権の反射的消滅

(一) 前提事項

① 三九七条の意義に関する諸学説

最高裁は、三九七条に基づく抵当権の消滅は、一六二条による所有権の時効取得の反射的效果を定めているだけであり、その意味で三九七条の規定は固有の意義を持たない(換言すれば、同条は、三九六条と相俟って、債務者及び抵当権設定者に限っては二六二条による時効取得の反射的效果としての抵当権消滅を主張することができない旨を定めた、という限度でのみ意味を有する)、との立場を採っているとされている。(二)で後述するように、平成二四年判例はこの立場を採っていると解されるが(特に、同判例の法廷意見を補足意見と対比したときにそれが明らかである)、平成一五年判例も、同じく後に(三)で見ると、実質的には取得時効のみを論じていることから判断して、同様の立場を採っているものと推察される。これは要するに、一六二条により所有権を時効取得した場合に、それまで所有権者であった者は反射的にその所有権を失うと解されており、^④ そうであるとすれば、所有権者よりも小さい権利しか有していない抵当権者もまた当然に、反射的に抵当権を失う、という立場である。

この立場は、第三取得者(抵当権の設定されている不動産の所有権を前主から承継取得した者)が、一六二条の取

得時効の反射的效果として抵当権が消滅したことを主張できるかをめぐって、さらに二分される。我妻教授は、抵当不動産の第三取得者は、債務者や抵当権設定者と同様に、時効取得の反射的效果としての抵当権の消滅を主張することができない、と解する。そして、それが判例の立場でもあると述べ、その根拠として大判昭和一五・八・一二民集一九卷一六号一三三八頁を挙げている。以上の結果、「抵当不動産の全部または一部について、外形上も取引行為がなく、ただ事実上、現実の占有と真実の所有関係とが食い違っている場合に、前者によって完全な所有権が時効取得されるときには、抵当権も消滅する。本条（*三九七条のこと）は、そのような稀な場合に適用されると解してよいであろう」との立場に到達する。^⑤これに対し、第三取得者は、一六二条の取得時効の反射的效果として抵当権が消滅したことを主張できる、とする説も、有力であり、むしろこれが判例の立場であると言われることもある。その際に大きな根拠とされているのが、すぐ後の②で見る、最判昭和四三・一二・二四民集二三卷一二号三三六頁である。^⑥

他方で、このように三九七条の規定に固有の意義を認めない立場に対して、所有権を時効取得することと、抵当権が消滅することとは直結しない、との批判を加える説も有力である。^⑦この立場によると、抵当権が消滅するか否かは、専ら三九七条の解釈問題として扱われることになり、具体的には、占有者がその占有の開始時に抵当権の存在につき善意かつ無過失であれば一〇年間の占有、悪意または善意有過失であれば二〇年間の占有、を継続すれば、三九七条所定の「取得時効に必要な要件を具備する占有をしたとき」という要件に該当することになり、抵当権が消滅する、と言う^⑧（以下では、このような解釈の仕方を、「三九七条に固有の意義を与える解釈」などと表現する）。もっとも、この説に対しては、「長期の年賦償還債務の抵当権について最後の弁済期の到来する前に、第三取得者について第三九七条の要件を充たす占有が完成する（*その結果、同条固有の効果として抵当権が消滅

する)ことは不合理であろう」との批判があり、これに対する反論はなされていないように見受けられる。⁹⁾

なお、三九七条に固有の意義を与える解釈についても、第三取得者によるその援用可能性をめぐって、さらに立場が二分されている。条文からは、第三取得者を特に排除する必要はないようにも思われるが、最近では、第三取得者は三九七条に基づく抵当権の消滅を援用できないと解する立場も見られるようになってい¹⁰⁾る。¹¹⁾

② 昭和四三年判例の紹介と若干の検討

そこで次に、この昭和四三年判例の事案及び判旨を紹介し、その後で若干の検討を加えることにしよう。

【事案と判旨】

X女(原告・控訴人・被上告人)の内縁の夫であるA男(Yらの上告理由は、XはAの妾であったと主張している)は、昭和二五年九月四日、他から本件不動産(静岡県伊東市にある約四三坪の本件土地、及びその地上にある二階建ての本件建物)を買収し、翌二六年九月一〇日その所有権取得登記をした。Xは、Aが買受けて間もない昭和二五年九月二四日頃、本件不動産に移転居住した。Xは、昭和二七年六月二〇日に、Aとの間に生まれた二人の子女の養育費にあてるため、Aから本件不動産の贈与を受け、爾来今日まで、所有の意思をもって平穩、公然に本件不動産の占有を継続しており、しかも、所有の意思をもってその占有を始めるにつき善意、無過失であった(なお、Yらの上告理由によれば、A X間の贈与の証拠として、AとXとの間の私文書による贈与契約書が提出されたこととされ、Yらは両者間の通謀の可能性を指摘している)。しかしXは、本件不動産につき移転登記を得ていない。

Xが本件不動産の自主占有を始めた昭和二七年六月二〇日当時、本件不動産には既に抵当権の設定登記がなされていた(原審におけるYらの主張によれば、この抵当権は二つあって抵当権者は異なっていたが、いずれについても、被担

保債権の債務者はAであったとされる。調査官解説も、被担保債権の債務者はAであったと述べている¹²⁾。また、Xがこれらの抵当権の存在をいつ知ったのかについては、事実認定されていない。Y₁（被告・被控訴人・上告人）は、昭和三〇年五月三十一日、東京地方裁判所昭和三〇年(ウ)第一二三号不動産任意競売事件において、本件不動産の競落許可決定を受け、昭和三四四年二月九日その所有権取得登記をした（なお、Y₁らの上告理由によれば、同競売事件の執行裁判所に對し、執行吏から昭和三〇年四月六日付で貸借取調報告書が出されており、そこには、Xは、本件家屋の階下四畳半、六畳、三畳及び玄關、台所、便所を、Aとの間に、敷金、期限の定めなく無償の使用貸借契約中、との記載があるとのことである）。さらにY₂（被告・被控訴人・上告人）は、昭和三五年八月一七日にY₁から本件建物のみを買受け、同月二十九日その所有権取得登記をした。

Xは、Y₁に對しては本件土地につき、Y₂に對しては本件建物につき、それぞれXあての所有権移転登記手続を請求する訴えを提起した。第一審（静岡地沼津支判昭和四〇・二・一五）はXの請求を棄却し（Xの時効の起算点は、Y₁が所有権移転登記を経由した時点であることと理由とする）、これにXが控訴したところ、原審（東京高判昭和四一・五・二）はXの控訴を容れてXの請求を認容した（昭和三七年六月一九日の経過を以て一〇年間の時効が完成したとされた）。原審は、Xは本件不動産に抵当権設定登記があることを知って占有を始めたのであるから、その取得時効については占有のはじめ過失があった、とのY₁らの主張に對しては、「取得時効の要件である占有の善意無過失とは、占有者が自己に所有権があると信じ且つそう信ずるについて過失がないことをいうのであり、抵当権の存在はならんら所有権取得の障害とはならないのであるから、不動産の占有者がそれに抵当権設定登記のあることを知っていることは、その者の占有を右にいう善意、無過失の占有という妨げにはならない。本件の場合、仮に、Y₁らが主張するように、Xは、本件不動産には既に第三者のため抵当権設定登記のあることを知り、従つて本件不動産の所有権が将来第三者に移転することがあるべきことを予期して、占有を始め、且つ結果的には後記のように、本件不動産が競売によりY₁の所有物となつたとしても、そのことによつては、Aから本件不動産の贈与を受けたXがこれを自己の所有物として占有を始めた

ことにつき過失があつたとすることはできない¹³⁾と判断された。

これにYらが上告したところ、最高裁は、次のように述べて、Yらの上告を棄却した。

「上告代理人……の上告理由第一点および第四点について。

所論は、本件不動産につき抵当権者からの競売の申立に基づき競売開始決定がなされてその旨登記されたことにより、Xの取得時効が中断されたものと認められるべきであると主張する。しかし、Xは右不動産につき所有権取得登記を経由しておらず、前記競売手続がXを目的物件の所有者としてなされたものでないことは、所論も認めるところであるから、右競売開始決定に基づき差押の効力が生じても、そのことがXに対して通知されないかぎり、これをもつてXの取得時効についての中断事由とするに由ないことは、民法一五五条に徴し明らかである。しかるに、かかる通知がなされた事實は、原審で何ら主張・立証されておらず、所論のうち、競売手続中になされた執行吏による賃貸借の取調の際に当然に右通知があつたものと見るべきであるとする点は、根拠のない独断というほかはないから、取得時効の中断を認めなかつた原審の判断に所論の違法はなく、論旨は採用することができない¹⁴⁾。

同第二点について。

所論は、原審がXの占有をもつて公然の占有と認めたのは、民法一六二条の解釈を誤つたものであるという。しかし、同条にいう公然の占有とは、占有の存在を知るにつき利害関係を有する者に対して占有者が占有の事実をことさら隠蔽しないことをいうものと解すべきところ、Xが一〇年間所有の意思をもつて公然に占有を継続したものと認めた原審の判断を違法とすべき理由は、記録上見出しえず、所論のように、賃貸借の取調にあつた執行吏や競落人においてXが所有の意思をもつて占有している事実を知りえなかつたからといつて、ただちにXの占有に隠秘の瑕疵があるものということはできないから、論旨は採用することができない。

同第三点について。

所論は、Xが本件不動産の占有の始に善意かつ無過失であつたと認めた原審の判断の違法をいう。しかし、民法一六二条二項にいう占有者の善意・無過失とは、自己に所有権があるものと信じ、かつ、そのように信じるにつき過失がないことをいい、占有の目的物件に対し抵当権が設定されていること、さらには、その設定登記も經由されていることを知り、または、不注意により知らなかつたような場合でも、ここにいる善意・無過失の占有というを妨げないものと解すべきである。そして、右の見地に立つときは、Xが所有の意思をもつて本件不動産の占有を始めるにあたり、善意・無過失であつたものと認めた原審の判断は、原判決挙示の証拠に照らし首肯するに難くなく、原判決に所論の違法は存しない。論旨は、右に説示したところと異なる独自の見解に立つて原判決の違法をいうものであり（引用の判例は事案を異にし、本件に適切でない）、採用することができない。

さて、この昭和四三年判例によると、抵当不動産の第三取得者たるXは、抵当権に基づく競売での競落人たるY₁（昭和三〇年五月三十一日に競落許可決定を受け、昭和三四年二月九日に移転登記を経由）、及びその後Y₁から本件建物の譲渡を受けたY₂との関係において、Xの自主占有開始時である昭和二十七年六月二〇日から一〇年間又は二〇年間（本件では一〇年間）の占有による時効取得を主張して、Y₁の所有権を否定できることになる。そうであるとする、仮に抵当権が実行されずにそのまま残っていたところ、同様に一〇年間又は二〇年間の取得時効が完成した場合には、まして第三取得者Xは、当該抵当権が消滅したことを主張してその設定登記の抹消登記手続を請求できるはずだと思われる¹⁵。これが、抵当不動産の第三取得者は、時効取得の反射的效果としての抵当権消滅を主張することができない、とする先述の説が必ずしも支持を集めていない理由の一つかと思われる。

もつとも、昭和四三年判例の射程を考える上では、その事案が、典型的な第三取得者の事例ではないことに注

意する必要があるかもしれない。すなわち、本件不動産に抵当権が設定された時期は、抵当権の被担保債権の債務者がAであったことも考え合わせると、Aが移転登記を経由した昭和二十六年九月一日と同日か、それよりも後の時点である可能性が高く、そしてその時点において、Xは既に本件不動産に入居していた（もともと、当時Aも本件不動産に住んでいたとすれば、通常はXはAと独立の占有を持っていなかったと評価されるであろうし、また、そうではなくXに独立の占有があつたとしても、その占有は、昭和二十七年六月二〇日より前の時点では他主占有であつたはずであり、そうだとすれば、いずれにしても、抵当権が設定されたと目される時点においてXが取得時効を成立させる性質の占有を持っていなかったことに帰するのであるが）。つまり、本件でのXは、自主占有を得る前に既に本件不動産に入居しており、その後には抵当権が設定された、と想像される点において、典型的な第三取得者であるとは言い難く、むしろ、前述の昭和十五年八月判例の事案こそ、典型的な第三取得者の事例であつたと言える。

ところで、判例は、不動産の第一譲受人Bが前主Aから譲渡を受けて引渡しも受けたが移転登記を経由せず、その後Aが第二譲受人Cに譲渡してCが移転登記を経由した、という事例において、Bは、Cが所有権を得た時よりも後に、当該不動産の占有開始時点を起算点とする時効取得を完成させると、取得時効による所有権取得の登記なくしてCに対しその所有権を対抗できる、との立場を示している（最判昭和四六・一一・五民集二五巻八号一〇八七頁）。そしてそのことは、今の例で、CがBからの譲受人ではなくBから抵当権の設定を受けた者であり、同抵当権の実行↓Dによる競落↓Dが所有権移転登記を経由、という一連の事情が、Bの自主占有開始時を起算点とする時効取得の完成時よりも前に生じた、という場合においても同様である、とされており（最判昭和四二・七・二二民集二二巻六号一六四三頁）、学説でもその結論はさほどの異論なく受け入れられている⁽¹⁶⁾。そこで、もし、抵当権設定時にXが自主占有はまだ持っていなかったがとにかく入居はしていた、と目される昭和四三年

判決の事例を、典型的な第三取得者の事例ではなく、むしろ右の昭和四二年判例の事例の方に寄せて位置づけることができるならば、昭和四三年判例において、Xが抵当権の負担のない完全な所有権を取得することが認められたのも、それほど不当ではなく見えることになる、かもしれない。

しかし他方で、既にYらの上告理由でも指摘されている通りだが、次のようなことを勘案すると、昭和四三年判例の結論をそこまでして正当化する必要はないように思われる。

第一に、A X間の贈与があったのか自体、かなり疑わしい¹⁷。もし、Aは本件不動産の所有者であり続けており、Xは単にその使用をAから許されている者にすぎなかったとするならば、債務者兼抵当権設定者たるA（ひいてはX）は、Yらによる本件不動産の明渡請求を当然に甘受しなければならなかったはずである。本件ではXの側が積極的に訴訟を提起している（第一審の事件番号が判明せず、どのタイミングで訴訟提起がされたのが正確にはわからないのが残念である）ことも考え合わせると、A X間にあったとされる贈与の日付を操作して、Yらが時効完成前の第三者になるように（したがってXがYらに対し時効取得を登記なしに対抗できるように）、XとAが画策した可能性も、十分に想定できる。

第二に、仮にA X間の贈与が本当にあったのだとしよう。しかし、もともとXは独自の占有を有していなかったか、せいぜい他主占有者だったのであり、その後Aからの贈与によってXが自主占有を開始したのだとしても、そのような性質の変更がされたことを対外的に示す行為が何らなされなかった。そうすると、抵当権者や競落人の側が、Xの取得時効を中断することを考えつかなかったとしても、無理もなかったように思われる。条文上は苦しいと言わざるを得ず、この提案に固執するつもりは毛頭ないが、例えば、Xは「所有の意思があることを表示」（二八五条）しなかったので抵当権者や買受人との関係では自主占有だったことを主張しえない、と解

することはできないだろうか。⁽¹⁸⁾

このように考えてくると、昭和四三年判例の存在をことさらに重視するべきではなく、むしろ、依然として昭和一五年八月判例は生きていると解することも、相応に魅力のある選択肢であると思われる。

(二) 平成二四年判例

① 平成二四年判例と昭和三六年判例の紹介

以上をふまえて、平成二四年判例の検討に入ることにしよう。まず、その事案及び判旨を紹介する。

【事案と判旨】

Aは、昭和四五年三月当時、鹿児島県大島郡にある二万九五五三平方メートルの土地（地目は原野）を所有していた（以下「本件旧土地」という）。Aは同月、X（原告・被控訴人・被告）に対し、本件旧土地を代金四五万円で購入したが、本件旧土地の所有権移転登記手続をしなかった。Xは、遅くとも同月三十一日、サトウキビの作付けをして、平穏かつ公然に本件旧土地の占有を開始し、このときに、本件旧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。

Xは、平成一一年二月二三日に本件旧土地が土地改良事業の対象となるまで、本件旧土地で耕作を行い占有を継続した。同日、本件旧土地に代わる一時利用指定地として本件土地一が指定され、平成一三年三月九日、同じく一時利用指定地として本件土地二が指定されたところ、Xはこれらの土地（以下では「本件各土地」と呼ぶ）の占有を継続した。本件旧土地は、平成一七年三月の換地処分によって、本件各土地を含む四筆の土地に換地されたが、Xは、上記換地処分以降も、本件各土地を占有している。

Bは、昭和四七年一〇月八日、本件旧土地をAから相続により承継し、昭和五七年一月一三日、相続を原因とする、Aからの所有権移転登記を了した。また、Bは、Y（被告・控訴人・上告人。独立行政法人奄美群島振興開発基金）のために、昭和五九年四月一九日、本件旧土地に本件抵当権を設定して、同日付でその旨の抵当権設定登記が經由され、また昭和六一年一〇月二四日にも、Yのために抵当権（以下「別件抵当権」と呼ぶ）を設定して、同日付でその旨の抵当権設定登記が經由された。Xは、これらの事実を知らないまま、本件旧土地又は本件各土地を占有し続け（Xがいつ本件抵当権や別件抵当権の存在を知ったのかについては事実認定されていない）、本件抵当権設定登記時及び別件抵当権設定登記時において、本件旧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。なお、別件抵当権は、債務者が平成九年一月二日に被担保債権を完済したことにより、すでに消滅している。

平成一八年九月二九日、Yの申立てにより、本件抵当権に基づき、本件各土地について、担保権の実行としての競売手続開始決定がなされ、債権者であるYのために差押えがなされた（鹿児島地裁名瀬支部平成一八年（ケ）第三四号。以下、同競売開始決定により開始された競売手続を「本件競売手続」と呼ぶ）。

平成二〇年七月一四日に、Xは、本件競売手続の排除を求める第三者異議の訴えを提起した。これが本件訴訟である。同月三十一日には、本件競売手続につき、Xの申立てにより、停止決定がなされた。

なお、Xは、Bに対し、平成二〇年八月九日、本件訴訟の関連事件である土地所有権移転登記手続等請求事件（鹿児島地裁名瀬支部平成二〇年（ケ）第二八八号）の訴状の送達をもって、本件土地の取得時効を援用するとの意思表示をした。

第一審（鹿児島地裁名瀬支判平成二一・六・二四金商一三九一號二〇頁）、原審（福岡高宮崎支判平成二一・一一・二七金商一三九一號二〇頁）は、いずれも、別件抵当権の設定登記が經由された昭和六一年一〇月二四日を起算点とする一〇年間の取得時効の成立（平成八年一〇月二四日に時効完成）を認めて、Xの請求を認容した。

これに対し、Yが上告受理を申し立てたところ、最高裁は次のように述べて、Yの上告を棄却した。

「(1) 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がない限り、上記占有者は、上記不動産を時効取得し、その結果、上記抵当権は消滅すると解するのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

ア 取得時効の完成後、所有権移転登記がされないうちに、第三者が原所有者から抵当権の設定を受けて抵当権設定登記を了したならば、占有者がその後いかに長期間占有を継続しても抵当権の負担のない所有権を取得することができないと解することは、長期間にわたる継続的な占有を占有の態様に応じて保護すべきものとする時効制度の趣旨に鑑みれば、是認し難いといふべきである。

イ そして、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者に上記不動産が譲渡され、その旨の登記がされた場合において、占有者が、上記登記後に、なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続したときは、占有者は、上記第三者に対し、登記なくして時効取得を対抗し得るものと解されるところ（最高裁昭和・三六年七月二〇日第一小法廷判決・民集一五卷七号一九〇三頁）、不動産の取得時効の完成後所有権移転登記を了する前に、第三者が上記不動産につき抵当権の設定を受け、その登記がされた場合には、占有者は、自らが時効取得した不動産につき抵当権による制限を受け、これが実行されると自らの所有権の取得自体を買受人に対抗することができない地位に立たされるのであって、上記登記がされた時から占有者と抵当権者との間に上記のような権利の対立関係が生ずるものと解されるのである。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。

(2) これを本件についてみると、前記事実関係によれば、昭和五五年三月三十一日の経過により、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一〇年間本件旧土地の占有を継続し、その後に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。」

以上が法廷意見であるが、この判決には古田佑紀裁判官の次のような補足意見が付されている。

「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）を失うこととなるのは、抵当権により履行が担保されている債務の不履行があつて抵当権が実行された場合であるから、抵当権が設定されても、

そのこと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の権原に基づいて占有を排除することもできないのであって、所有権のように前記のような権利の消滅を防止する手段が当然には認められない。この点は、譲渡を受けた場合と抵当権の設定を受けた場合とで大きく相違する点であって、このような差があることを踏まえても、取得時効の進行に関し、なお法的状況が同様であるといえるためには、抵当権の設定を受け登記を経た第三者において、抵当権の実行以外に、占有者に抵当権を容認させる手段など、取得時効期間の経過による抵当権の消滅を防止する何らかの法的な手段があることが必要と考える。このような手段がないとすれば、抵当権者は、本来の権利保全の仕組みからすれば自らにその権利を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。

なお、法廷意見は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する。この点については、従来の一般的理解に沿うものであり、また取得時効期間の進行を認めるならばその結果としての取得時効の完成も認めることが論理的であるという考えもあり得ないわけではなく、本件の結論に影響するものではないので、あえて異を唱えるものではない。しかしながら、第三者に所有権が移転された場合には、占有者が確定的に所有権を失うのに対して、第三者に抵当権が設定された場合には、そのような事情はないから、取得時効が完成している状態が変わるものではないにもかかわらず、抵当権が消滅する理由として、再び取得時効の完成を認めることは技巧的で不自然な感を免れない。第三者

が所有権を取得した場合は、占有者が再度所有権を取得するためには改めて取得時効が完成することが必要であるが、第三者が抵当権の設定を受けた場合は、民法三九七条の規定から取得時効期間占有が継続されたこと自体によって抵当権が消滅すると解することが可能である。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のであって、法は所有権以外の物権について所有権の時効取得によって当然にこれが消滅すべきものとしているとは必ずしもいえず、占有に関わらない物権については個別に消滅するかどうかを判断すべきものとしていると見る余地があり（民法二八九条、二九〇条参照）、複数の担保権が存在する場合の調整やこれらの権利の消滅を防止する手段などに関して、そのような観点からの検討をすることが適切な場合があるのではないかと思われることを付言しておきたい。」

さて、平成二四年判例を本格的に検討するためには、同判例でも引用されている最判昭和三六・七・二〇民集一五卷七号一九〇三頁について見ておくことが必要不可欠である。そこで、この昭和三六年判例の事案と判旨も、便宜上ここで紹介しておくことにする。

【事案と判旨】

本件山林は、もと岩手県甲郡Y村（被告・被控訴人・上诉人）のA部落の所有であった。X神社（原告・控訴人・被上告人）は、明治三八年五月二九日、A部落から本件山林の寄附を受けてその所有権を取得し、同日本件山林の占有を開始したが、X神社あての所有権移転登記は經由されなかった。X神社は明治三九年四月一日、岩手県神職監督所に、一〇ヶ年計画で本件山林に杉苗一五〇〇本を植栽する旨を届け出て、そのころ氏子の一人から杉苗の寄贈を受けてこれに植林し、以来年々下刈りなどをしてその保護育成に努め、また、大正四年ごろ本件山林の枯損木を、大正一二年三月及び昭和六年四月ごろには雑木を、それぞれ部落民に売却し、その売得金を以て神饌所の新築経費その他の維持費に充

てるなどして、本件山林の使用収益を続け、それ以後も本件山林を所有の意思をもって平穩公然に占有し現在に至っており、そしてX神社が右占有を始めるに際し、善意無過失であった。

ところが、大正一三年ごろ、国の勸奨に基き部落所有財産の統合が行われた際、Y村内の部落所有財産をY村所有に統合することとなり、同年七月一八日村会の決議で、本件山林は依然A部落所有であるとしてこれをY村に寄附する旨の決議がなされ、大正一五年八月二六日その旨の所有権移転登記が經由された。

そこでX神社は、Y村（本件訴訟係属中にY町となった）を被告として、本件山林がX神社の所有であることの確認と、取得時効を原因とするY村からX神社への移転登記手続を求めて、本件訴えを提起した。

第一審（盛岡地一関支部年月日不詳）はX神社の請求を棄却し、これにX神社が控訴したところ、原審（仙台高判昭和三四・五・一八）はX神社の控訴を容れて、本件山林につきX神社が所有権を有することを確認するとともに、昭和一年八月二六日に完成した取得時効を原因とするY村からX神社への所有権移転登記手続を命じた。

これにY村が上告し、取得時効の起算点をその援用者が任意に選択することはできないというのが判例理論であり、そうすると、X神社の取得時効の起算点は明治三八年五月二九日以外には考えられず、よってY村は時効完成後に登記を經由した第三者にあたるはずであり、そうするとX神社はY村に対して登記なくして本件山林の所有権を対抗できない、と主張した。

最高裁は、次のように述べて、Y村の上告を棄却した。

「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、その後登記を經由した第三者に對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ころであつて（昭和……三五年七月二七日当法廷判決、民集一四卷一〇号一八七二頁以下）、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。

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社は明治三八年五月二九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村が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社はさらに右登記の日より昭和十一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、X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村に対抗することができる。原判決は、Y村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から、所論は採ることができない」。

② 昭和三六年判例についての若干の検討

まず、平成二四年判例のことを意識しながら、昭和三六年判例について簡単に見ておくことにしよう。

昭和三六年判例の判旨を第一段落だけ読むと、X社が敗訴するという結論に至りそうな勢いであるが、しかし最高裁はX社の請求を認容した原審の判断を結論において是認した。しかし、大正一五年八月二六日付のY村あての移転登記によりX社の取得時効につき中断が生じた、という原審の理由づけが正しくないことは積極的に述べている（既に完成した時効について中断はありえないことを考えれば、そのこと自体は理解できる）ものの、では最高裁がどのような理由づけを採っているのかというと、それは定かでない。

学説では、Y村が本件山林の所有権の移転登記を経由した時を起算点とする、再度の取得時効の援用を、X社に認めたものである、と言われることが多い。しかし、昭和三六年判例は、そのような表現を慎重に避けているように見える。実際、民集における同判例の判例要旨は、「第三者の右登記後に、占有者がなお引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合」には、「その第三者に対し、登記を経由しなくても時効取得をもつて對抗しうる」、というものであり、いつを起算点とする時効取得なのかは、判決文を見渡してもどこにも書かれていないのである。

にもかかわらず、昭和三六年判例の結論に異を唱えるものは皆無といってよい。それは結局、平成二四年判例の判旨でのフレーズを少し改変して言うならば、「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」からであろう。

そこで、ここでは昭和三六年判例を次のように理解しておきたい（後に③で見る平成一五年判例の上告受理申立て理由に負う）。すなわち、昭和三六年判例は、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、右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のだ、と²⁰。もっとも、このように言ったところで、それは単なる事態の記述にすぎず、事態がよりよく説明されることになったわけではない。このように理解することの眼目は、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（「時効取得に要する期間の占有を継続」というフレー

ズにそれがよく現れている)、という点をはっきりさせようとする点にある。⁽²⁾ 本稿は、以下の行論でも、便利な表現として「再度」という言葉を多用するが、その真意は今述べたような点に存する。

そして、平成二四年判例の事案も、昭和三六年判例のそれと、次の点でよく似ていることが注目される。それは、両者の事例において、Xが係争不動産の所有権を取得する際に、前主の権原も権利移転の原因関係も引渡しも全て完璧であり、ただ単にXが登記を具備しそこねたにすぎず、そして、Xは、引渡しを受けて占有を開始した時点を起算点として、一〇年間の占有を継続し、それにより、登記具備を怠ったという一種の瑕疵も治癒された、と見うる状況が生じた、ところがその後になって、前主から処分(所有権の移転ないし抵当権の設定)を受けたその旨の登記を具備した、いわゆる時効完成後の第三者Yが生じてしまった、という点である。両判例の射程を考える際にも、この点は重視されるべきである。すなわち、両判例は、まずはそのような事案を前提としており、そしてその下で最も苛烈に感じられる「時効完成後の第三者」法理の不都合性を、部分的にはあれ修正する(「時効制度の趣旨」の方を再度優先させる)ことにしたのだ、と理解すべきである。

③ 平成二四年判例についての若干の検討

平成二四年判例自体の検討に移ろう。その理由づけの大きな支えとなっているのは、昭和三六年判例を前提としつつ、後になって生じた第三者Yが、前主Aから所有権を取得した者ではなく、抵当権の設定を受けた者であった、という場合にも、昭和三六年判例の事例に「比肩するということができる」という判断であり、その判断の理由として挙げられているのが、「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」であっても、「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」という説示である。

この中でも特に重要なのは「上記登記（＝抵当権の設定登記）がされた時から」というフレーズである。というのも、抵当権が設定されただけでは、抵当権の制限を受けるとはいえXが所有権を有していることには変わらないから、まだXY間で権利の対立関係は生じない、という議論も考えられるところ（後に二で平成二三年判例を扱う際に触れる）、判旨のこの部分はそのような議論を明確に否定しているからである。そしてこの結果、「再度」の継続した占有の起算点は、当該第三者が抵当権設定登記を経由した時点だということになる。

なお、両者の事例が本当に「比肩」しうる関係に立つのかについては、古田補足意見の中で疑問が呈されている。これは、第三者Yの側から見ると、登記によって表示されているところの自らの権利の「消滅」を阻止するために、一体何ができるのか、という観点からの疑問であり、もともとそこにある。この点に関して、平成二四年判例への匿名コメントでは、一四七条所定の時効中断事由の三つのうち一号の「請求」として、抵当権存在確認請求訴訟や、抵当権の存在を容認する旨の意思表示を²²求める訴訟といった手段が提示されるとともに、それぞれのかかえる理論的な問題点も検討されており、興味深い²³。

さらに、やや技術的な話になるが、第三者Yの登記時を起算点とする一〇年もしくは二〇年間の継続した占有という要件に関して、平成二四年判決が示した注目すべき点を、三点挙げておく。

第一に、一〇年か二〇年かを決めるための善意悪意の対象は、係争不動産を自らが所有していることについて

であり、これは、(一)で扱った昭和四三年判決もふまえれば当然のことといえようが、その基準時は、第三者Yの登記時であると考えているようである。というのも、平成二四年判例は、事実のまとめの箇所でも判旨でも、Yの設定登記時におけるXの認識を専ら問題としているからである。この点については、あくまで継続されている占有は一個であることをふまえれば、占有開始時(本件では昭和四五年)を基準時とすることも考えられよう。もっとも、本件事案のもとでは、どちらが基準時であったとしても、Xが本件旧土地を所有すると信ずるにつき善意無過失であったことには変わりないので、平成二四年判例が専らYの設定登記時におけるXの認識を問題としていることを、ことさらに重視すべきではないかもしれない。

この点につき、先述したような、昭和三六年判例や平成二四年判例の事案の特徴に着目する本稿の考え方からすると、そのような事案のもとでは、「再度」の継続した占有については、「再度」の占有の起算点における、競合する登記済物権についての認識がどうかであったかに関係なく、常に一〇年間で足りると考えるべきであるように思われる。すなわち、繰り返しになるが、昭和三六年判例や平成二四年判例の事案は、Xが係争不動産の所有権を取得する際に、前主Aの権原も権利移転の原因関係も引渡しも全て完璧であって、単にXが登記を具備しそこねたにすぎず、しかも、引渡しを受けて占有を開始した時点を起算点として、時効取得のために必要な期間の占有を継続することによって、登記具備を怠ったという一種の瑕疵も治癒されたと見うる状態が生じた、しかしその後になつて、前主Aからの処分(所有権の移転ないし抵当権の設定)を受けてその旨の登記を具備したいわゆる時効完成後の第三者Yが生じた、というものである。ここで、平成二四年判例が、時効完成後の第三者の法理がもつネガティブな面を強調していることもふまえると、「再度」の継続した占有については最小限の期間(二〇年間か一〇年間か、という選択を迫られるならば、一〇年間の方)で足りると考えるべきではなからうか。²⁵⁾

第二に、Xが抵当権の存在を容認していた場合には、いくらYの抵当権設定登記時を起算点として一〇年間ないし二〇年間Xが占有を継続したとしても、その抵当権を消滅させることはできない、という可能性を認めてくれるようであり、そして、容認しているか否かの判断にあたり、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Xが知らないままに占有を継続した、という事情が大きな意義を持つと考えていることがうかがえる²⁷。もっとも、原審の事実認定では、Xは「これらの事実（*本件抵当権及び別件抵当権が設定されてそれぞれその旨の登記も経由されたこと）を知らないまま、本件旧土地又は本件各土地を占有し続けた」とされているだけで、Yのために抵当権が設定されその旨の抵当権設定登記がされたのをXが知ったのが、いつ、どのような経緯によつてなのかがおよそ認定されていないこともあり、どのような場合であればXが抵当権の存在を容認していたと言えるのか（特に、抵当権設定登記時ないしそれに密着する時期にXが抵当権の存在を知り、それでも特に何もせず占有を継続した場合に、抵当権の存在を容認していたことになるのか）について、判断基準が明確にされているとは言い難い。

第三に、最高裁の判決文では、別件抵当権（訴訟時には既に被担保債権が弁済されたために消滅している）の存在に全く触れられていない。これは最高裁の意図的な選択である。というのも、第一審及び原審は、「再度」の占有の起算点を別件抵当権の設定登記時としているのに対し、最高裁は、それを本件抵当権の設定登記時としているからである（最高裁が、原審の判断は結論において是認することができる、としているのも、この故と思われる）。既に被担保債権の弁済により消滅した抵当権は、最初から設定されなかったのと同じである、と考えることができらば、最高裁が起算点を本件抵当権の設定登記時とした判断は是認されようが、更なる問題として、では別件抵当権が仮にまだ残っていたとした場合に、起算点はどちらの抵当権の設定登記時になるのか（さらには、本

件において、別件抵当権の抵当権者は本件抵当権のそれと同じであったが、仮に別人だった場合に何か違いが生じるのか)、という点が未解決のまま残されている。

この点に関連して、複数の抵当権が存在していた場合についての問題提起をしている(真意は必ずしもはっきりしないが)、古田補足意見の第二段落を見ておくことにする。²⁹⁾

先述のように、古田補足意見は、一定期間占有を継続したという事情のみによって抵当権が消滅する可能性を認めるのであれば、抵当権者にはそれを防止するための何らかの法的な手段が必要なはずである、と説いている。そして、「これらの権利」(複数の担保権のことか、所有権以外の物権のことか、定かでないが、少なくとも抵当権が含まれることに異論はないだろう)の消滅を防止する手段のことも考ええると、所有権の時効取得の反射的効果として抵当権が消滅する、という理解(法廷意見がこの理解を採っていることは、右で引用した法廷意見の末尾の一文から明らかである)を採るべきではなく、三九七条に固有の意義を与える解釈を採る方がよい、と示唆したいようである。

この部分(特に「複数の担保権が存在する場合の調整」という言葉)が何を言おうとしているのか、定かではないが、地役権に関して、二八九条のみならず二九〇条も引用していることを勘案すると、一つの可能性として、次のように理解することが考えられようか。すなわち、所有権の時効取得の反射的効果としての抵当権消滅、という立場を採るとした場合、ある時点で取得時効が完成すると、その時点で複数の抵当権が既に設定されて登記もされていた場合に、個々の抵当権ごとに消滅したりしなかったりするのはなく、むしろ、それらがまとめて消滅するという効果が生じる、ということになりそうであり、また、取得時効を中断する効果をもつ行為がいずれかの抵当権者からされると、それはすべての抵当権者のために効果を生じる、ということにもなりそうである。

これに對して、古田裁判官のように、三九七条の規定自体から抵当権が消滅する、と考へるとすると、右のように解する必然性はなく、むしろ、抵当権者ごとに、三九七条所定の時効の期間が異なることもありうるし、また、ある抵当権者が「権利の消滅を防止する手段」を採つた場合に、その効果は必ずしも他の抵当権者には及ばないこともありうることになる。古田裁判官は、この後者のような考へ方がヨリ適切であると考えているようである。

(三) 平成一五年判例

① 事案と判旨の紹介

平成二四年判例の判旨では言及されなかつたが、その下級審段階においては、平成一五年判例が平成二四年判例の事案とどのように関係するか、が議論されている。そこで次に、平成一五年判例を検討してみることにするが、例によつて、まずその事案と判旨とを紹介することにしよう。⁽³⁰⁾

【事案と判旨】

Aは、本件土地を所有していたところ、X(原告・被控訴人・被告原告)は、昭和三七年二月一七日に本件土地の占有を開始し、同五七年二月一七日以降も本件土地の占有を継続していた。

Aは、昭和五八年二月一三日、B社(株式会社住宅ローンサービス)との間で、本件土地につき、B社を抵当権者とし、債務者を有限会社C旅館とする債権額一〇〇万円の本件抵当権を設定して、その旨の登記を了した。

Y社(被告・控訴人・原告人。株式会社整理回収機構)は、平成八年一〇月一日、B社から、本件抵当権を、その被担保債権と共に譲り受け、平成九年三月二六日、本件抵当権の設定登記につき抵当権移転の付記登記がされた。

Xは、昭和三七年二月一七日を起算点として二〇年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、Aに対して所有権の取得時効を援用した。そして、Xは、平成一一年六月一日、本件土地につき、昭和三七年二月一七日時効取得を原因とする所有権移転登記を了した。

Xは、本件抵当権の設定登記の日である昭和五八年一月三日から更に一〇年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、平成一一年一〇月六日に再度取得時効を援用する意思表示をし、Y社を被告として、本件抵当権設定登記の抹消登記手続を求める訴えを、平成一一年中に提起した（以下、これを「本訴」という）。

以上が原審で認定された事実だが、いくつかの平成一五年判例の評釈³¹が、Xが本件土地の占有を開始した事情、また平成一一年六月一日にXが本件土地について昭和三七年二月一七日時効取得を原因とする所有権移転登記を経由した事情に、言及している。

それによると、本件土地（一〇五坪）やその周辺の土地は、ある温泉地の区画整理事業の対象となった土地であった。Aは戦前から旧土地（本件土地の換地前の土地だが、換地がいつ実行されたのかは定かでない）の借地人であったところ、戦後に自作農創設特別措置法により旧土地の払い下げを受けて、Aの主張によれば昭和三四年頃までは畑などに利用していたが、その後はもっぱら抵当権の対象地として利用していた。Xの父は、右区画整理事業の対象地の一画（一七五坪）を、昭和三七年二月に落札し、昭和四〇年にその土地の所有権をXに移転し、X名義の所有権移転登記を経由した。Xの兄は、本件土地も落札土地に含まれるものと思いき、少なくとも昭和三七年二月一七日以降、本件土地を含む一帯の土地につきXの父のために平穩・公然に占有を開始し、Xも、昭和四〇年に前記のように所有権を取得した時から、兄と共に占有を継続した。その後、本件土地の一部をフェンスで囲み、昭和五七年五月には、Xと兄は本件土地上に小屋を建築した。

Aは、昭和五四年になって初めて本件土地が自分の所有であることを知ったが、特に権利主張をすることもなく、昭

和五七年五月にXらによる前記小屋の建築を知ったときから、その所有権を主張するようになり、紛争を生じた。Aはその直後から何度か提訴したがそのたびに取り下げ、Aはようやく平成二年九月に、本件土地についてXの兄を相手に土地所有権の確認、地上建物の収去、本件土地の明渡しを求める訴えを提起した（鳥取地裁米子支部平成二年（ワ）一七一号）。Xは、主位的には本件土地が昭和三七年に落札した土地の範囲に含まれていることを理由として、予備的には時効取得を理由として、本件土地の所有権の確認及び移転登記手続を請求する訴訟を提起し（同平成四年（ワ）一二号）、Aはこれに対抗して、Xに対しても、本件土地がAの所有に属することの確認、地上建物収去、本件土地の明渡しを請求した（同平成八年（ワ）七五号）。以上三件の訴訟を併合審理した広島高裁松江支部（平成九年（ホ）一五号、平成一〇年四月二四日判決）は、本件土地を含む一帯の土地は、その整地後の形状から一体の土地のように見えるが、面積が合わないとして（落札地は一七五坪とされていたが、本件土地の面積は一〇五坪を超えていた）、本件土地はXの父らが落札した土地に含まれず、むしろAがもと所有していた土地の換地の一部であると解されると判断して、主位的主張の方は排斥したが、Xらが予備的に主張した善意・有過失の自主占有による時効取得の成立を認めた。Aはこれに上告受理を申し立てたが、最高裁は平成一一年三月二三日に、右申立てを却下した（これにより確定をみた一連の訴訟を、以下では「前訴」と呼ぶ）。同年六月一五日には、確定した右判決により、Xは、取得時効の起算日である昭和三七年二月七日の時効取得を原因とする所有権移転登記を経由した。

さて、本訴の話に戻ると、第一審（鳥取地米子支判平成一二年三月二七日金商一一九一号三六頁）、原審（広島高松江支判平成一二年九月八日金商一一九一号三五頁）とも、Xの請求を認容した。原審の理由づけは次のようなものであった。

「一 不動産の取得時効が完成しても、その登記がなければその後にもとの所有者との間で抵当権設定契約を締結して抵当権設定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て抵当権設定登記の抹消を請求することが

できないが、第三者のなした右登記後に占有者がなお引き続き時効取得に要する期間占有を継続し、時効が完成した場合には、その第三者に対し、登記を経由しなくても時効取得をもってこれに対抗できるといわなければならない（最高裁判昭和三六年七月二〇日判決・民集一五巻七号一九〇三頁参照）。そして、時効取得は、原始取得であるから、時効取得者は、右第三者に対し、抵当権設定登記の抹消を請求できるといべきである（民法三九七条）。

二 これを本件についてみるに、Xは、昭和三七年二月一七日から二〇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、所有権移転登記を経由しないうちに、B社がAから本件抵当権の設定を受けて本件抵当権設定登記を経由するに至ったところ、Xにおいて右抵当権設定登記が経由された昭和五八年一月一三日の後なお引き続き時効取得に要する期間占有を継続した場合には、B社及び同社から本件抵当権を譲り受けたY社に対し、時効取得をもって対抗できることになるといべきである。

ところで、右時効取得に要する期間は、Xが昭和三七年二月一七日から二〇年間占有を継続したことにより本件抵当権設定登記の日である昭和五八年一月一三日の時点において本件土地を既に時効取得していることからすると、右登記後の継続した占有は善意、無過失の占有であると認めることができるから、一〇年間で足りるといべきである。

そうすると、Xは、昭和五八年一月一三日から一〇年間占有を継続したことにより、本件土地をさらに時効取得したから、右時効による所有権の取得を、その旨の登記を経由しなくとも、B社及び同社から本件抵当権を譲り受けたY社に対抗することができるというべきである。

なお、Y社主張のように、第三者の登記後の占有の継続を権利保護要件と解するとしても、当初の時効取得に要した期間と同一の期間の占有継続を要すると解さなければならない理由はない。また、Y社は、Y社が再度の時効取得の関係では独立した第三者の地位に立ち、Y社とX間の関係は登記の有無によって律せられるべきである旨主張するが、Y社は、時効取得により消滅することとなる抵当権の単なる譲受人であるにすぎず、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する者とはいえないから、右主張は採用できない」。

これに対して、Y社が上告受理の申立てをした（上告受理申立て理由については、後ほど紹介・検討する）ところ、最高裁は次のように述べて破棄自判し、第一審判決取消し・Xの請求棄却との判断を下した。

「上告代理人……の上告受理申立て理由第二について

一 原審の適法に確定した事実関係は、次のとおりである。（*以下、(1)～(4)は略）

(5) Xは、昭和三十七年二月一七日を起算点として二〇年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、Aに対して所有権の取得時効を援用した。そして、Xは、平成一一年六月一五日、本件土地につき「昭和三十七年二月一七日時効取得」を原因とする所有権移転登記を了した。

二 Xは、本件抵当権の設定登記の日である昭和五八年一月一三日から更に一〇年間本件土地の占有を継続したことにより、時効が完成したとして、再度、取得時効を援用し、本件抵当権は消滅したと主張して、Y社に対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めた。

三 原審は、前記の事実関係の下で、次のとおり判断して、Xの請求を認容すべきものとした。（*以下略）

四 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

前記の事実関係によれば、Xは、前記一(5)の時効の援用により、占有開始時の昭和三十七年二月一七日にさかのぼって本件土地を原始取得し、その旨の登記を有している。Xは、上記時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得したのであるから、このような場合に、起算点を後の時点にずらして、再度、取得時効の完成を主張し、これを援用することはできないものというべきである。そうすると、Xは、上記時効の完成後に設定された本件抵当権を譲り受けたY社に対し、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。

五 以上によれば、Xの請求を認容すべきものとした原審の判断には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。論旨は理由がある。そして、前記説示によれば、Xの請求は理由がないから、これを認容した第一審判決を取消した上、Xの請求を棄却することとする。」

平成一五年判例の事例において、Xは、本件土地につき抵当権の負担のない所有権を得たかったならば、既に前訴の段階で、B社に対する抵当権抹消登記手続請求訴訟をわざわざ提起しておくべきであったのではないかとともに思える。しかし、実際には前訴の段階ではそのような請求がされなかった（それが意図的な選択であったかどうかは定かでないが）⁽³³⁾ために、前訴では解決されないまま残っていた抵当権の関係が、本件訴訟で争われることになったのである。

さて、平成一五年判例については、「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」というその理由づけが意外である、との印象が広く共有されているように思われる。しかも、判旨は、Y社の上告受理申立て理由第二に対する応答として、そのようなことを述べているのであるが、実際にはY社はそのような主張をしていたわけではない。では、どのようなことが上告受理申立て理由で主張されていたのであろうか。

同第一では、本件における占有の開始はあくまで昭和三七年二月であり、その段階で、自分に本件土地の所有権があると信じたことにつき悪意または善意有過失であったのであるから、「再度」の時効取得を言うときにも二〇年の時効期間が要求されるはずである、との主張がなされた。これが認められれば、昭和五八年から二〇年間が経過しないうちに本件訴訟が提起された本件事案のもとでは、Xの請求は棄却されるべきものとなる。

同第二では、仮に「再度」の継続した占有の期間が一〇年間で足り、それが完成した平成五年一月一三日に、あたかも承継取得が起きたかのようにしてB社からXへの抵当権部分の移転が生じた（その結果、Xのもとで混同が生じ、Xの有する所有権は今や抵当権の負担のないものとなった）としても、Y社はその後B社から権利を取得した第三者であって、その取得につき付記登記も経由しているから、XはY社が抵当権を有していることを否定できない（できるとすれば、それはY社の付記登記時を起算点として、さらに「再度」時効取得に要する期間の継続し

た占有があった場合に限られる)、との主張がなされた。これは、原審が「Y社は、時効取得により消滅することとなる抵当権の単なる譲受人であるにすぎず、登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する者とはいえない」と判示したのを否定しようとする議論である。もしこの議論が認められれば、やはりXの請求は棄却されるべきことになる。

これらのうち、第一の議論は、「再度」の占有開始時点における時効取得主張者の認識に着目している平成二四年判決の法廷意見の立場とは整合しないであろう。他方で、第二の議論は、判例法理との整合性を有するし、右に述べたように、原審の判示とも真っ向から対抗してうまく噛み合う議論でもある。にもかかわらず平成一五年判決は、その議論に立ち入らずに、あえて、起算点をずらせた二回目の援用は認められない、という論拠を代わりに持つてきている。このことをどう理解すべきであろうか。

思うに、平成一五年判例のこの議論にはあまり説得力がないように思われる³³。というのも、起算点をずらせた二回目の援用は認められない、という論拠を用いるとすると、昭和三六年判例の事案との差として、一度先に時効取得を援用したことがある、という点が強調されることになるが、そのことがそれほど大きな違いをもたらすものであるのか、疑わしいからである。もともと、起算点を後にずらすことはできないという判例の準則の趣旨は、「時効完成前の第三者」と「時効完成後の第三者」というルールを維持するために、すなわち、起算点をずらすことで相手方を時効完成前の第三者に繰り込んでしまうという事態を防ぐために、恣意的な起算点の設定を許さない、ということにあった。平成一五年判例の事案においては、二回目の援用を迫られたのは何故かという点、「時効完成後の第三者」が、いわば「再度」登場してしまったために、当該第三者の権利を消滅させようとしたからであって、決して右のような意味で恣意的に起算点を動かそうとしたわけではない。

では、平成一五年判決の事案について、どのような解決がもたらされるべきだったのだろうか。

まず、平成一五年判例の事案が平成二四年判例のそれとはかなり異なっていることに注意すべきである。すなわち、平成一五年判例におけるXの父は、昭和三七年度の段階において、本件土地を取得するにつき有効な原因関係を持っていなかったし、Aからの引渡しも受けなかった。ここで、Xが本件土地を時効取得するために、Xの父の占有（Xの兄の占有を介する）の開始から、一〇年間ではなく二〇年間の継続した占有が要求されたとしても、やむをえなかったと思われる。

ともあれ、こうして昭和五七年にXのために時効取得が完成して、何の負担もない所有権をXが取得した。ところがその約一年後に、B社が抵当権の設定を受けてその旨の登記も経由してしまった。ここで、平成一五年判例と、平成二四年判例や昭和三六年判例との事案の違いに着目すると、「再度」の取得時効に必要な期間の継続した占有の「必要な期間」は、一〇年間ではなく、むしろ二〇年間と考えるべきだと思われる。³⁵ こう考えると、本件ではまだ二〇年間の占有が継続され終わる前にYがXの本訴に応訴しているので、Xは「取得時効に必要な期間の占有」を継続させられなかったことになる。

次に、仮に「再度」の継続した占有の期間は一〇年間で足りる、と考えた場合にも、先に触れた上告受理申立て理由第二の議論、すなわち、Y社はいわば「再度の時効完成後の第三者」にあたる、との議論があてはまるように思われる。³⁶

このように見ると、平成一五年判例の結論はやむを得なかったが、理由づけは必ずしも適切ではなかった、ということになりそうである。³⁷

二 賃借権の時効取得と抵当権

(一) 平成二三年判例の紹介と問題提起

① 事案と判旨の紹介

続いて、平成二三年判例³⁸⁾に目を移す。例によつて、まずは事案と判旨³⁹⁾とを紹介することにしよう。

【事案と判旨】

A男は、昭和一六年一〇月五日、本件土地（東京都武蔵野税務署管内の土地）の当時の所有者であつたBとの間で本件土地の賃貸借契約を締結した。この賃貸借契約の当時、本件土地には、昭和一四年一〇月一五日にBから本件土地を賃借していたCの所有する建物が存在していたところ、Aは、右建物をCから購入した上で、地主であるBとの間で右賃貸借契約を締結したものである。

Y女（被告・被控訴人・上告人）は、A男と昭和一七年一〇月に婚姻し、右建物で同居生活を開始した。

Aは昭和二七年四月一五日に死亡し、Yが右建物を相続により取得し、本件土地の借地権を承継取得した。昭和三〇年頃、Yは右建物を取り壊して、本件土地上に本件建物一を新築し、また昭和三九年六月には本件土地上にアパートである本件建物二を新築して他に賃貸していた（以下、これら二棟の建物を「本件各建物」と呼ぶ）。

その後、Yは、地主である本件土地の所有者（B及びその相続人ら）に対し、地代（平成八年以降は月額三万円）を継続して支払い、本件土地の占有を継続してきた。

D（財務省≡旧大蔵省）は、平成八年一二月二〇日、本件土地に、債権額を五億九六三〇万円余とし、債務者を当時

の本件土地の所有者、債権者をDとする、平成元年一月六日相続による相続税及び利子税平成三年二月二八日設定を原因とする抵当権設定登記（以下「本件登記」と呼ぶ）を経由した。本件登記前にYは、借地権について登記したり、本件各建物について所有権保存登記をしたりして、借地権についての對抗要件を具備することはなかった。

その後、平成一四年八月一三日に、Yは本件各建物について所有権保存登記をした。

本件土地には、平成一八年四月三日、債権者をDとする同年三月三日武蔵野税務署担保物処分差押を原因とする差押登記がされている。

X社（株式会社ブテグランデ。土地・建物の仕入れ・売買・賃貸・仲介等を目的とする。原告・控訴人・被上告人）は、同年二月一日、公売により、公売公告上の見積価額である一七五〇万円を大幅に上回る約六六〇〇万円で、本件土地の所有権を取得し、同月二五日にその旨の所有権移転登記を経由した（なお、本件土地の固定資産課税（補充）台帳に登録された評価額は、平成一七年度が六一七四万四四四円、平成一八年度が六二二九万九八〇〇円、平成二〇年度が六一〇五万三八〇四円であった）。この公売の公告には、本件土地にYを賃借人とする賃借権が存在すること、本件土地上に本件各建物が存在し、Yが居住していること、が記載され、X社もそのことを知悉していた。

X社は、Yから平成一八年二月二日以降の地代を支払う旨の申し出を受けたにもかかわらずこれに応ぜず、地代の受領を拒絶した。

X社はYを被告として、本件各建物を収去して本件土地を明け渡し、かつ、平成一八年一月二日から土地明渡し済みまで一ヶ月三万円の割合による金員を支払うことを請求する訴えを提起した。Yは平成一九年九月六日、第一審口頭弁論期日において、X社に対し、借地権の時効取得を援用する旨の意思表示をした。

一番（東京地判平成二〇・六・一九）は、「借地権の取得時効が完成しても、その登記がなければその後には抵当権設定登記を経由した抵当権者に対しては時効による権利の取得を對抗し得ないが、抵当権設定登記後に引き続き借地権の時効取得に必要な期間占有を継続するなどした場合には、その抵当権者に対し、登記を経由しなくとも時効取得を以て

對抗することができる」と解するのが相当である」との一般論を述べた上で、Yは「遅くとも本件抵当権の設定登記の日である平成八年二月二〇日から一〇年間、善意無過失で借地権を有するものと信じて本件土地を占有し、賃貸人である地主に対して地代を継続的に支払ってきたのであるから、平成一八年二月二〇日をもって本件土地の借地権を時効取得したものと認められる。／＼ そうすると、Yは、時効取得した借地権を平成八年二月二〇日に設定された本件抵当権の抵当権者であるDに対抗することができ、その間の平成一八年二月一日に本件抵当権の実行としての担保物処分による公売により本件土地の所有権を取得し同月二五日その旨の所有権移転登記を経由したX会社に対し、登記なくして本件土地の借地権を対抗することができるというべきである。」と述べて（＼は改行を表す）、X社の請求を全部棄却した。

これにX社が控訴したところ、原審（東京高判平成二一・一・一五）は次のように述べて、またX社が背信的悪意者である、X社の請求は権利の濫用である、とのYの主張はいずれも認められないと判断して、X社の控訴を容れ、X社の請求を全部認容した。⁽⁴⁾

「三 争点1（Yは本件土地について時効取得した賃借権をもって占有権原を主張できるか）について

（*（1）は、事実関係及びYの主張の要約につき、省略する）

(2) ア ところで、いわゆる土地賃借権の時効取得については、土地の継続的な利益という外形的事実が存在し、かつ、それが賃借の意思に基づくことが客観的に表現されているときは、民法所定の時効期間の経過により、当該土地の所有者との関係において、土地賃借権の時効取得を肯定するのが相当である（最高裁判所第三小法廷昭和四三年一〇月八日判決・民集二二卷一〇号二一四五頁、最高裁判所第二小法廷昭和六二年六月五日判決・判例時報一二六〇号七頁）。このような場合には、当該土地の所有者は、土地の利益を続けてきた者が土地賃借権を原始取得する効果として、賃借権の負担を甘受することになるが、これは継続した事実状態を保護する結果として土地の利益を続けてきた者を保護する反面、当該状態を漫然と放置し、所有権という権利の上に眠る者を保護しないこととしたものと解される。その意味

では、本件において、賃貸人である土地所有者との関係で本件土地の賃借権の時効取得を認める余地はないともいえるし、抵当権は土地利用権としての賃借権に何らの影響を及ぼすものではないから、以下に検討するとおり、抵当権設定登記を起算点とする賃借権の時効取得を認めることは困難であり、また、仮に抵当権設定後の占有使用により賃借権を時効取得したとしても、既に抵当権の設定登記を経ている抵当権者に対抗し得るに至るものとは解し難いというべきである。

イ 抵当権は、目的物の占有を抵当権設定者から奪うことなく、ただ目的物の交換価値を直接かつ排他的に支配する権利であるから、抵当権がその実行に着手されない限り、目的物の所有者（設定者）自身がこれを用益し又は第三者として用益させるのは自由であつて、抵当権者が目的物の用益に干渉することはない。このため、抵当権者は、所有者に対し、目的物の占有使用につき何らかの請求をなし得る権利を有するわけではないし、他方、当該所有者から占有権原（賃借権）の設定を受けて目的物を占有する者は、抵当権による制約を受けることもない。例外的に、その占有権原の設定が抵当権設定登記後であり、その設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ、その占有により目的物の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態がある場合に、抵当権者は当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求め得るにとどまる（最高裁判所第一小法廷平成一七年三月一〇日判決・民集五九卷二号三五六頁）。したがつて、抵当権者は、原則として、第三者による賃借権の時効取得を中断する手段を有しない。

この点について、Yは、債務者が期限の利益を喪失しているときは、抵当権者は、抵当権実行の申立てに伴う差押えの申立てをし、それを賃借権者に通知することによつて、時効中断が可能になる旨主張するが、この方法では、債務者が期限の利益を喪失しない限り、抵当権者は賃借権の時効取得の中断をなし得ないことになる。また、Yは、抵当権者は、抵当権存在の確認判決を得ることにより、賃借権の時効取得の中断をなし得る旨主張する。しかし、この方法によると、抵当権者は一〇年ごとにわざわざ訴えを提起して確認判決を得る必要があることになるが、このような手段を採

らない限り一旦抵当権が把握した目的物の交換価値を維持できないというのは、目的物の用益に干渉することのない抵当権の特質に照らし、抵当権者に過度の負担を課すものである。

ウ 民法三九七条は、債務者又は抵当権設定者でない者が抵当不動産について取得時効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と規定しているが、同規定の趣旨は、不動産の所有権を時効取得することにより、不動産に付されていた抵当権その他の制限物権は消滅することになるが、このような取得時効の効果を本来義務ないし責任を負う債務者又は抵当権設定者に及ぼすのは不合理であるとして、これらの者を除外することにある。民法典中には、第三者が抵当権の目的物たる不動産について賃借権を時効取得した場合において、当該抵当権が将来実行されたときに、買受人が賃借権の負担の付いた不動産所有権を取得する旨を明定した規定は存しない。

エ さらに、抵当権設定登記後、第三者が賃借権を時効取得し、これを抵当権者に対抗し得る可能性を肯定すると、(一) 抵当権者は、抵当権設定後、賃借権の取得時効が完成することのないよう目的物件を管理することが必要となるが、抵当権者には、現在の占有者がいつから、いかなる権限に基づいて当該目的物件を占有使用するかを調査する権能がなく、そもそも上記管理は困難である上、これに伴うコストも織り込んで不動産担保融資をすべきことになり、不動産担保融資に混乱が生じることが避けられない、(二) 民事執行実務上、最優先順位の担保権に先立つ賃借権であつて対抗要件を具備したものが、担保権実行手続において引受けとなる(民事執行法五九条二項)との運用がされているところ、今後は賃借権の時効取得の可能性を念頭におくことが必要となり、上記の実務をも見直す必要性が生じるなど、実際上も多大の影響が生じる場所である。

(3) 以上の認定、説示によれば、賃借権が成立している土地に抵当権が設定登記されたとしても、当該賃借権に何らの影響を及ぼすものではないし(賃借権と抵当権の優先関係は対抗要件具備の先後により定まるにすぎない)、また、土地賃借権の時効取得が一定の要件の下で認められるのは、一方で継続した事実状態を保護する結果として土地の用益を続けてきた者を保護する反面、当該状態を漫然と放置し、権利の上に眠る者を保護しないとの趣旨によるものである

と解されるところ、抵当権は、目的物の占有を抵当権設定者から奪うことなく、目的物の交換価値を直接かつ排他的に支配する権利であつて、抵当権者は第三者による賃借権の時効取得を中断する手段を有しないから、仮に抵当権者が第三者の占有使用に対して自らの権利を行使するなどの行為に出なかつたとしても、権利の上に眠る者とはいえないこと、第三者が抵当権の目的物たる不動産について賃借権を時効取得した場合において、当該抵当権が将来実行されたときに、買受人が賃借権の負担の付いた不動産所有権を取得する旨を明定した規定は存しないこと、さらには、抵当権設定登記後、第三者が賃借権を時効取得し、これを抵当権に対抗し得る可能性を肯定すると、不動産担保融資に混乱が生じることは避けられない上、現行の民事執行実務をも見直す必要が生じることが認められ、これら諸事情によれば、賃借権との関係で抵当権設定登記時を取得時効の起算点とすることはできないし、Yが抵当権設定登記後、賃借権の時効取得に必要な期間、本件土地の用益を継続したとしても、現行法上、本件抵当権の抵当権者、及び本件抵当権が握持した担保価値をそのまま引き継ぐものと解される本件土地の公売手続における買受人（X社）に対する関係において、本件賃借権を時効取得するということとはできず、控訴人は本件賃借権の負担の付いた本件土地を買い受けることにはならないものと解するのが相当である。

(4) したがつて、その余の点につき判断するまでもなく、Yが本件賃借権を時効取得したことを前提とするYの主張は理由がない。」

そこでYが上告したところ、最高裁は次のように述べて、Yの上告を棄却した。

「二 所論は、最高裁昭和……三六年七月二〇日第一小法廷判決・民集一五卷七号一九〇三頁を引用するなどして、Yは、上記抵当権の設定登記後、賃借権の時効取得に必要とされる期間、本件土地を継続的に用益するなどしてこれを時効により取得しており、同登記に先立つて賃借権の対抗要件を具備していなくても、この賃借権をもってX社に対して対抗することができる」と主張する。

三 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對抗要件を具備しなければ、当該抵当権を消滅させる競売や公売により目的不動産を買い受けた者に対し、賃借権を對抗することができないのが原則である。このことは、抵当権の設定登記後にその目的不動産について賃借権を時効により取得した者があったとしても、異なるところはないというべきである。したがって、不動産につき賃借権を有する者がその對抗要件を具備しない間に、当該不動産に抵当権が設定されてその旨の登記がされた場合、上記の者は、上記登記後、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、競売又は公売により当該不動産を買受けた者に対し、賃借権を時効により取得したと主張して、これを對抗することはできないことは明らかである。

これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。所論引用の上記判例は、不動産の取得の登記をした者と上記登記後に当該不動産を時効取得に要する期間占有を継続した者との間における相容れない権利の得喪にかかわるものであり、そのような関係にない抵当権者と賃借権者との間の関係に係る本件とは事案を異にする。また、所論引用に係るその余の判例も、本件に適切でない。論旨は採用することができない。」

② 問題提起

平成二三年判例は、昭和三六年判例につき、「不動産の取得の登記をした者と上記登記後に当該不動産を時効取得に要する期間占有を継続した者との間における相容れない権利の得喪にかかわるものであり、そのような関係にない抵当権者と賃借権者との間の関係に係る本件とは事案を異にする」と述べて、平成二三年判例にはその射程が及ばないと判断している。これは、ある不動産につき抵当権が設定されている場合に、それは性質上、当該不動産の利益関係には立ち入らない権利であるから、賃借権と内容において重なるものではなく、その点で、所有権対所有権の事案であった昭和三六年判例とは事案が異なる、という趣旨だと思われる。

しかし、この論に対しては、「抵当権と賃借人との関係においても、賃借人が抵当権実行等による当該不動産の買受人に自己の賃借権を対抗しえなければ賃借権を失う」という意味では、「相容れない権利の得喪」に関わるともいえ、賃借権の時効取得者と抵当権者との間に、「相容れない権利の得喪」が生じうる関係が潜在的に存在しているとも見ることが可能であろう」との疑問が投げかけられている⁴¹。

この疑問は、平成二四年判例によってより強められたといえよう。先述のように、同判例は、「不動産の……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……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る」と述べている。これを、平成二三年判例の事案（Yが本件土地について借地権を有していたが対抗要件を具備していなかったうちに、第三者が本件土地について抵当権の設定を受けてその旨の登記もされた）に置き換えて考えると、抵当権の設定によって直ちにYによる本件土地の使用収益に制約が加えられるわけではないが、仮に抵当権が実行されると自らの借地権を買受人に対抗することができない地位にYは立たされるのであり、そうすると、抵当権設定登記がされたときからYとCとの間に権利の対立関係が生じる、ということになるはずだからである。

以上が正しいとすると、本件土地の賃貸人である地主（B及びその相続人ら）に対して地代を継続的に支払ってきた借地人Yは、第一審が認めたように、本件抵当権の設定登記の日である平成八年一月二〇日を起算点とする、一〇年間ないし二〇年間の占有の継続により、借地権の対抗要件なくして、借地権をCやX社に対して主張できることになるべきだと思われる⁴²。

ではそうすると、平成二三年判例の解決としては、一審が正しく、原審及び最高裁は不当、ということになるのであろうか。

しかし、平成二三年判例の原審においては、もし一審のように考えたとするならば、不動産担保融資や民事執行実務への影響が大きくなる、という事情が、Xの請求を認容する理由の一つとして挙げられているところ（右に引用した原審判旨の三(2)エ）、この点への反論は特に見られない。また、先述のように（注42参照）、借地権の対抗力こそが問題であるとなると、第一審のように考えたとして、仮にまだ競売がされていないうちに借地人が抵当権設定登記時を起算点として一〇年間又は二〇年間の占有を継続した場合に、かれは抵当権者に対して何を請求できるのであろうか。借地権に対抗力を持たせることがポイントなのであるから、借地権の実行自体を止めることはもちろんできない。そうすると、借地権より前の時点（しかし、一体いつの時点であろうか？）で借地権が登記されたという状態を今から事後的に作り出せ、という請求を認めるのであろうか。あるいは、借地借家法一〇条に該当する本件各建物の登記が抵当権設定登記よりも前になされたという状態を、今から作出する旨の請求（本件では、平成一四年に本件各建物が登記されているので、その登記時点を遡及させろという請求？）を認めるのであろうか。しかし、そのような請求を実現する登記技術はおよそありそうにないように思われる。

そこで、ここでは賃借権の時効取得に関する法理をあらためて検討し、平成二三年判例の結論が正当化できないかどうかを考えてみることにする。

(二) 賃借権の時効取得に関する裁判例の整理

① 昭和三三年裁判例の紹介と若干の考察

賃借権の時効取得⁴³⁾に関しては、藤原弘道教授により、平成元年までの三十数件の裁判例の整理がなされている。その後の賃借権の時効取得に関する公表裁判例の数は少なく、その点で、藤原教授の整理は今なお大いに参照する価値⁴⁴⁾がある。

藤原教授は、平成二三年判決との関係で非常に興味深い指摘をしている。すなわち、

「一般化というと、Aがその所有する土地をYに賃貸し、Yが地上に建物を建築所有していたところ、その賃借権について対抗要件を具備しない間に、Aが土地をXに譲渡したので、Xが所有権に基づいてYに対し、建物収去土地明渡を求めたというケースにおいて、Aとの賃貸借をXに対抗できないYが賃借権の取得時効を主張する事例……において、賃借権の取得時効が認められることがありうるのであるうか。……この場合、Yが新所有者Xに賃料を支払っていれば、X・Y間に新たに賃貸借契約が黙示的に締結されたものとみられるであろうし、支払っていなければ、賃借意思の客観的表現が存在しないということと賃借権の取得時効は否定されることになり、いずれにせよこの種の事例では、實際上、賃借権の取得時効が認められることはないように思われる」⁴⁵⁾。

そして藤原教授は、この記述に引き続いて、右の判断を例証するものとして、三つの下級審裁判例を引用される⁴⁶⁾。その中でも、東京高判昭和三三・一一・二九下民集九卷一〇号二二六九頁は、賃借権の時効取得の可能性が最高裁で初めて認められたよりも一〇年前の判決ではあるのだが、注目すべき判示をしている。まず、事案及

び判旨を合わせて紹介しておく。

【事案と判旨】

裁判所による事実認定だけでなく当事者の主張もあわせて見ると、次のような事案のようである（多少簡略化してある）。

昭和一二年三月二日に、本件土地の所有者であったAは、本件土地を含む多数の財産に工場財団を設定し登記を経由した。当時、既に本件土地には、Bの所有する本件建物があり、昭和四年九月一八日付けで、Bのために所有権保存登記が經由されていた。Bは昭和六年一月一四日に、以前よりAから使用貸借していた本件土地につき、賃貸借に基づき使用収益することに改め、その後、昭和一六年二月一四日にY社（被告・控訴人）が設立されるにあたり、Y社はBから本件建物の所有権を譲り受け（このときに本件建物につきY社が所有権移転登記を経由したかどうかは定かでないが、後述する昭和二五年の登記の経緯から見ても、經由しなかったものと推察される）、Y社はAとの間に本件土地の賃貸借契約を結んだ。

ところが、本件建物の登記簿が昭和二〇年四月二五日に戦災により消失した。所定の期間内に滅失回復登記の申請がなされないうちに、本件土地を含む工場財団に滞納処分としての差押えがされ、昭和二五年三月二〇日にその旨の登記もされた。本件建物について、同年四月一七日になって、滅失回復登記ではなく新たなB名義の所有権保存登記が經由され、さらに同日、Y社のために、売買を原因とするBからの所有権移転登記が經由された。昭和二八年二月には、国税滞納処分による公売において本件土地をX（原告・被控訴人）がX名義で競落してX名義の登記が經由され、さらに翌二九年五月一八日に、XはXから本件土地の所有権移転登記を経由した。

XはY社に対して、右建物を収去し本件土地を明け渡すよう求める訴訟を提起したところ、一審（年月日不詳）はX

の請求を認容し、これにY社が控訴したが、Y社の控訴は棄却された。本判決の中でも本稿との関係で特に重要なのは、次の説示である。

「Y社の時効による本件土地の賃借権取得の主張につき、考えるに、賃借権も、民法第六十三条にいう「所有権以外ノ財産権」の中には、はいるであろうから、賃借権の時効取得も考えられないことではないのかも知れない。しかし、賃借権は、我が国法上、あくまで債権であることは疑のないところである。債権であるとすれば、特定の人をして特定の行為をなさしめる権利であるから、債権の時効取得が仮にありとすれば、ある特定の人に対し継続的に特定の行為をなさしめることによつてその特定の人に対する債権が時効取得されることが考えられるだけである。従つて本件の場合Y社がXに対し本件土地の賃借権の時効取得を主張しようとすれば、Y社はXに対し本件土地の賃借権を継続的に十年ないし二十年行使したことを主張するを要するものと解すべきである。」⁴⁷⁾

つまり、昭和三三年裁判例は、賃借権は債権であるとの観点から、Xが本件土地を取得して以降、Y社が最低限一〇年間は占有を継続することが、Y社がXに対し賃借権の時効取得を主張しうるための前提要件となる、と考へており、しかし、同裁判例の事案では時間的に明らかにその要件は満たされない、と判断したわけである。

② 賃借権の時効取得に関する裁判例の整理

昭和三三年裁判例に関する右のような視点をふまえて、賃借権の時効取得に関する裁判例に目を移すと、興味深いことに気づく。それは、賃借権の時効取得が認められた裁判例（最高裁の破棄差戻事例も一応含める）を見ると、⁴⁸⁾賃借権の時効取得の起算点から、現在（口頭弁論終結時）に至るまで、賃借権の主張を対抗されている者（大抵は土地の所有者）は、一人の者（同一人）であるか、さもなければ、相続による承継関係にある者たちであ

る事例がほとんどである、ということである。⁽⁴⁹⁾ 類型ごとに分けて見ると、次のとおりである。⁽⁵⁰⁾

(i) 不動産（大抵は土地）の所有者Aが、当該不動産をBに賃貸したところ、Bが転借人Cに転貸した（多くの場合、B所有の土地上建物の所有権移転を伴う）、という事例において、当該転貸借がAに対抗できるものである（したがって、AからCに対する明渡請求は認められない）、と主張するために、Aによる転貸借の承諾があったとの主張がされると同時に、予備的に、そうでないとしても賃借権の時効取得がなされたとの主張がされる、という事例群がある。⁽⁵¹⁾ 次のとおりである。

・ 最判昭和四四・七・八民集二三卷八号一三七四頁（⑦・「11」）——土地（建物所有目的）。Aは相続による承継関係がある者たち。但し、破棄差戻判決であり、判示内容からして、明確な結論の方向性をもっているとは言えない。

・ 大阪地判昭和四五・一〇・三〇判時六二二号六四頁（②・「14」）——土地（建物所有目的）。Aは相続による承継関係がある者たち。Bが借地上に建物を所有していたが、建物をCに譲渡し同日に移転登記を経由し、これに伴いBがCに土地を転貸。Aは転貸の事実を知らなかったようである。Cが転貸借を受けた日から一〇年が経過した頃に時効完成したことを認める。

・ 東京高判昭和五三・六・二六判時九〇一号七五頁（③・「26」）——土地（建物所有目的）。土地の所有者Aから広範な権限を授与されているらしい使用借人A（Aの代理人であるとされている。Aは途中で交代しているが、名字が同じであるところから判断すると、相続による承継関係があった者たちであると推測される）が、Bにその一部の土地を転貸し、Bは当該土地上に本件建物を所有。昭和二五年二月にBがCに本件建物を譲渡し（当時未登記）、これに伴い当該土地の転借権も譲渡された。Aはそれを承諾していない、と主張して、Cから昭和三〇年に財産分与とし

て本件建物の譲渡を受けたCの元妻から、さらに相続（昭和四一年五月に相続開始）により承継した子に対して、建物取去土地明渡しを請求した。土地の所有者Aではなく使用借人Aが原告になっている点が珍しい（判決文からは所有者Aについてはほとんどわからない）。昭和四一年一〇月に右の子が本件建物につき保存登記をし、翌四二年の三月に、Aが、Bが転借権を譲渡した事実を初めて知ったが、Aによる本件訴訟の提起は昭和五一年になってからであった。昭和二五年一二月を起算点とする二〇年間の時効を認める。

・東京地判昭和五三・一一・三〇判時九三三五号七二頁（④・「28」）——土地（建物所有目的）。Aはずっと同一人。昭和三四年にBがAから賃借していた土地の一部分をAに無断でC（Bの弟）へ転貸し、同年そこにCが本件建物を建ててCが居住開始。遅くとも昭和三九年にCが本件建物の保存登記を経由したときから一〇年間で時効完成、とのCの主張を認める。

・大阪高判昭和五八・一・二六判時一〇七六号六八頁（⑤・「35」）——土地（建物所有目的）。Aは相続による承継関係があった者たち。Bは、A所有の土地を管理していたA合資会社（Aにより設立された）から昭和一一年に本件土地を賃借して、その上に建物を所有していたところ、C社は本件建物を昭和二五年一二月にBから譲渡され（その旨の登記も経由したようである）、それに伴ってBから本件土地を転借した。C社が賃料としてBに渡していた小切手を、BはそのままAの代理人（もともと戦時中に、Bからの賃料収受はA家の番頭がおこなっていたところ、A家が昭和二〇年に戦災にあつて疎開する際に、Aから賃料収受の権限を与えられた者）へ渡していた、という事情があつた。C社の転借時から二〇年間で時効完成だとする。⁵²⁾

・最判昭和六二・一二・一五集民一五二号二六三頁⁵³⁾——建物。建物所有者はずっと同一人。所有者が、賃借人が転借人に転貸したことを知ってから二〇年間で時効完成を認める。所有者が転貸を事後的に黙示に承諾したとも解釈できる事例である。

・名古屋地判平成二・一〇・三一判タ七五九号二二三頁——土地（建物所有目的）。Aは相続による承継関係がある者

たち。AがAから土地の使用貸借を受け、Bは、Aから同土地の転借を受けてその上に建物を建築し、昭和二八年九月に建物所有権の保存登記を経由した。その後、Cが昭和三三年頃にBから建物の譲渡を受けて同年中に建物所有権の移転登記も經由し（この際、移転登記はCではなくCの親類を名義人として經由されたが、所有に伴う実質的負担はCが負っていた）、これに伴い土地賃借権の譲渡も受けた。遅くとも昭和五四年に完成する二〇年間の時効取得を認める。

(ii) 次に、行政法規違反の点を除けば完全に有効な賃貸借がなされた、という事例群がある。次のとおりである。

- ・最判昭和四五・一二・一五民集二四卷一三号二〇五一頁（⑱・〔15〕）——寺院境内地。所有者は同一人。
- ・高松高判昭和五二・五・一六判時八六六号一四四頁（⑲・〔23〕）——農地。所有者は相続による承継関係がある者たち。
- ・最判平成一六・七・一三判時一八七一号一六頁——農地。所有者は相続による承継関係がある者たち。

(iii) さらに、土地について、その所有者から賃貸借を受けたが、同一所有者が所有する隣接地については賃貸借の対象地ではなかったと認定されるのに、当該賃借人が当該隣接地も継続して使用していた、という事例群がある。次のとおりである。

- ・最判昭和四三・一〇・八民集二三卷一〇号二一四五頁（①・〔10〕）——当該隣接地を物置と果樹園に利用。所有者は同一人。破棄差戻事例で、特に一定の方向性の結論を示唆するものではない。
- ・東京高判昭和五五・一〇・一四判タ四三二号六九頁——当該隣接地を、当初はバラックの敷地に、後にはガレージに

利用。所有者は同一人。

・浦和地判平成元・七・一七判時一三六一号一〇三頁(17)——当該隣接地を、当初は養鶏用の小屋の敷地に、後には居室の一部分の敷地として利用。所有者は同一人。

(iv) これ以外の事例は、明快に類型分けすることが難しいので、個々の事例ごとに説明を加える。⁵⁴⁾

・広島地判昭和四八・一〇・二三判タ三〇三号二〇三頁(14)——土地(建物所有目的)。所有者は相続による承継関係がある者たち。当初の所有者は在アメリカで、そこで、彼の親族が、特にその旨の権限を与えられていなかったにもかかわらず、昭和二年一月一日頃に右土地を賃貸し、その頃に引渡しもされた。賃借人は賃借土地上に建物所有(登記があるかどうかは不明)。昭和三七年に一時帰国した右所有者が、土地を返させるように言い残して別の者に管理を委ねる。その後昭和四三年に右所有者が右賃借人を被告として、建物取去土地明渡を求むる訴訟を提起したところ、昭和四五年に右所有者が死亡し、相続人が原告の地位を承継した。昭和四二年一月一日に二〇年間の時効完成とされた。

・札幌地判昭和四九・四・一二判時七八二号八六頁(8)〔18〕——土地(建物所有目的)。所有者は同一人。換地前の所有者からの賃借人がその土地上に建物を所有していたところ、換地処分により同土地を換地として指定された者が、右賃借人に対し建物取去土地明渡を請求した。換地処分があつてから一〇年間の賃借権の時効取得を認める。

・東京高判昭和六〇・一・二九判時一一四二号四九頁(11)〔13〕——土地(建物所有目的)。土地の所有権は、当初の所有者Aから、相続を原因としてAの相続人九名へと承継され、さらに贈与により、Aの孫三名へと移転(昭和四三年四月八日に移転登記経由)されている。Aから土地の賃貸借を受けたBがその上に建物を所有していたところ、Cは、Bから昭和二五年五月一二日に右建物の所有権の移転を受け(同月

二五日に移転登記を経由)、それに伴い土地賃借権も譲渡された。しかし、Bは当初、自分が当該土地の所有者であると言つて建物をCに譲渡した、という経緯があり、C及びその相続人らは、Bに土地の賃料を支払つてきた。昭和四五年五月一二日の経過により二〇年間の賃借権の時効取得が完成した、とする。

・東京地判昭和六〇・六・二五判時一二〇二号六〇頁(12)——建物。PはQに対して債務を負つており、P所有の建物につきQへの移転登記がされたが、その趣旨が代物弁済であるか譲渡担保であるかにつきP・Q間で認識の違いがあった。右移転登記後にRがPから建物を賃借し、その頃に引渡ししがPからRになされた。さらにその後PがQに移転登記の抹消を請求する前訴を提起したところ、代物弁済だったと認定されてPの請求は棄却された。Rが賃借権の時効取得を主張したところ、賃借時から一〇年間の賃借権の時効取得が認められた。

③ 昭和五二年判例の紹介

以上の事例は、いずれも、賃借権の時効取得の主張によつてその権利(大抵は所有権)に制約を受ける者が、一人の者であるか、さもなければ包括承継の關係にあつて同一人であるのと同様に扱ふことができるかとされる場合であるので、賃借権の時効取得に必要とされる継続した占有の途中で右の者が交代したとしてもそのことは大きな意味をもたなかつた。⁵⁵⁾ そのような中、賃借権の時効取得の主張に係る土地について一〇年間占有が継続されていたあいだに当該土地の所有者に変動が生じた、大阪高判昭和五一・六・九判時八三一号四六頁⁵⁶⁾ 最判昭和五二・九・二九判時八六六号一二七頁(15・22)⁵⁷⁾ 16・24)の事例は、本稿の観点からひとさわ注目される。まず、若干詳細に事案と判旨を紹介する。

【事案と判旨】

当事者の主張から判明する事情を補うと、次のような事案である。

本件土地（神戸市生田区にある宅地二五五・二七平方メートル）は、昭和一六年頃から、A及びB（いずれも外人）が共有していたところ、昭和四四年九月頃にX₁及びX₂（原告・被控訴人・上告人）がこれを買ひ受け、その共有（持分は、X₁が五分の四、X₂が五分の一。なお、X₁らはいずれも東京の同一地を肩書住所地としており、またX₂は日本人風の名前だが、X₁は明らかに西洋人風のカタカナ書きの名前を持っている。さらに、原審において、X₁ら訴訟代理人の主張によれば、X₁らは「日本国籍を有しない者である」とされている）となったものであり、同年一月一日にその旨の移転登記を経由した。

本件土地のうち、本件土地部分（四〇・二四平方メートル）に、本件建物（二階建居宅、一階の床面積は二七・三〇平方メートル）が建っており、その所有者は、一階部分がY₁（被告・控訴人・被上告人）であり、二階部分がY₂（Y₁の妹。被告・控訴人・被上告人）である。また、本件土地の別の部分には、A Bが共有し、昭和四四年九月頃に本件土地とともにX₁らによって買受けられた別建物（二階建居宅、一階の床面積は九〇・二四平方メートル）が建っている。

A Bが外国に居住していたことから、A Bは本件土地の所有権の取得後、その管理を、外国人所有の不動産の管理を業としていたC株式会社に委託しており、C社は、右管理権限に基づき、昭和一六年頃に、別建物をDに賃貸した。C社は、本件土地の近傍に所在していたが、昭和三四年頃から倒産状態に陥っていたため、本件土地や、その附近の管理不動産の管理が極めて不十分となっていた。

昭和三五年初め頃、Y₁は三〇才ばかりであったが、神戸市生田区中山手通七丁目所在の居宅に居住して、病氣療養中であつたのであり、またY₂は当時二五才ばかりであつたが、Y₁らの両親が、ともに早く死亡していたため、Y₁らにおいては、かねてから近隣に居住するE夫妻の世話を受けることが多かつた。その頃、右中山手通七丁目所在の居宅がみすぼらしかつたため、未だ独身であつたY₁らの結婚その他への影響を考えて、Y₁らにおいて、他に居宅を新築することを

意図し、そのことをE夫妻に相談したところ、E夫妻らは知人の建築請負業者Fに相談し、Fは、更に知人の宅地建物取引業者Gに対し、居宅建築用の適当な借地の斡旋方を依頼したところ、Gは、Dが他に賃貸することを希望していた本件土地部分を告知した。

Dは、その頃、別建物の一部をA・Bに無断で自らにおいて他に賃貸し、その賃料を取得していたが、本件土地部分の賃借方について交渉に来たE夫妻、F、G、Yらに対して、「本件土地部分の所有者は外国人であるが、国外に居住しているため、自分が本件土地部分の管理を任されており、他に賃貸する権限も有している」旨を告げた。

そこで、右関係者らにおいて協議をした結果、昭和三五年五月九日に、DがYらに対し、本件土地部分を、建物所有の目的で、賃料一ヶ月金八〇〇円、毎年五月と十一月の各末日限り半年分持参前払、賃貸借期間三〇年の約定で賃貸する旨の話し合いが成立し、即日、D、F、Y₁が同道して公証人役場に赴き、Dを賃貸人とし、賃借人名義をY₁として、右約定を主たる内容とする本件土地部分に関する賃貸借契約公正証書を作成した。

Dは、右賃貸借契約締結当時、町内の世話役的立場にあった在郷軍人であり、附近住民の人望も厚いとみうけられた人物であったため、その頃、それらの事情を聞知したYらとしては、Dが本件土地部分の管理人であり、Dにおいて本件土地部分を賃貸し得る権限を有するものと信じ切り、本件土地部分を賃借した。

Yらは、本件土地部分を賃借後、直ちにFに対し、本件土地上に居宅を建築することを依頼したが、当時、本件土地部分には雑草が繁茂していて、マンホールも存在し、荒廃していたため、Fにおいて、まず本件土地部分につき整地作業を行い、その作業の終了後に、建築の基礎工事を施行し、その後、その建築工事が進行して、昭和三五年五月一七日に上棟式を挙行した上、同年六月頃に本件建物を完成させて、Yらに対し引渡しを済し、爾来、Yらは本件建物に居住してきた。

Yらは、本件土地部分を賃借して以来、Dに対し、その賃料を遅滞なく支払い、Dが昭和三五年一月一六日に死亡してから後は、その相続人らに対し、右賃料を遅滞なく支払い続けてきた。

Y₁は、本件土地部分を賃借してから後しばらくして、Dから、「本件土地はC社が管理している」旨を聞知したが、その際、Dにおいて、「自分がY₁に対して本件土地部分を賃貸していることについては、自分においてC社の諒承を得る」旨を言明したため、Y₁においては、何ら不安を抱かなかつた。

C社は、昭和四四年中に前記のようにX₁らが本件土地やその附近の不動産の所有権を取得してから後になって、X₁らの意向に従い、それら不動産の管理を嚴重に行うようになり、右建物（*Dの居住していた別建物のことをさすと思われる）の賃料も、昭和四五年頃から支払いの請求をして、受領するようになったものである（X₁らからDの相続人に対する建物明渡請求訴訟（一審でX₁らが勝訴し、控訴されずに確定したようである）におけるX₁らの主張によれば、D（昭和三五年一二月に死亡して以降は、Dの相続人ら）は、昭和三四年一一分以降の別建物の賃料を全く支払っていないかつたようであり、X₁らは、本件土地の所有権を取得した後、Dの相続人らに対して賃料の支払いを求めた、このことである）。

C社の業務担当者らは、本件土地部分上に本件建物が存在するに至つたことを昭和三六年頃に知りながら、格別の措置を講ずることなく、昭和四五年春頃になって、Y₁らに対し、本件土地部分を買受ける意思が有るか否かを打診したことがあるに止まり、Y₁らに対し、本件土地部分の使用についての折衝を絶えてしたことがなく、その間、Dの相続人のうちの一人から、本件土地部分の賃料をY₁らから受領していることについて相談をうけても、格別の措置を採ることなく、放任状態であつた。

X₁らは、その代理人弁護士をして、Y₁らに対し、昭和四五年五月一四日附書面で以て、本件土地部分の明渡しを請求させたところ、当該書面は翌一五日にY₁らに到達した。

そこで、X₁らがY₁らを被告として、本件建物の収去と本件土地部分の明渡を請求する訴訟を提起した。一審（神戸地判昭和四七・一二・五。金商五三六号二五頁に一部掲載）はX₁らの請求を認容したが、原審はY₁らによる賃借権の時効取得の抗弁を認めて、X₁らの請求を棄却した（昭和三五年五月一二日か一三日から一〇年を経過した日である昭和四五

年五月一日か二日か、本件土地部分につき建物所有を目的とする賃借権を時効取得するに至った、とした。

そこでXらが上告したところ、最高裁は、「他人の土地の管理権を与えられ他に賃貸する権限をも有しているとする者との間で締結された賃貸借契約に基づいて、賃借人が平穩公然に土地の継続的な利益をしているときには、右利益が賃借の意思に基づくことが客観的に表現されている場合にあたるものとして、賃借人は、民法一六三条所定の時効期間の経過により、土地の所有者に対する関係において右土地の賃借権を時効取得するに至ると解するのが相当である」との一般論を述べた上で、これを本件事案に当てはめて、同旨の原審の認定判断は正当であるとした。

④ 昭和五二年判例の検討と平成二三年判例への応用

この昭和五二年判例であるが、一〇年間の継続した占有が完成したとされてから、Xらによる明渡請求の意思表示がYらに到達するまで、わずか二〜三日の間しかない、かなりきわどい事例に関するものであることが、目を惹く。Xらは、原審による占有開始時期の認定が恣意的であることを、上告理由第一点において非難しているが、これにつき最高裁は、「原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ」る、と言うのみである。

その点はさておくとしても、同判例の事案は、継続した占有があったと主張されている一〇年間のあいだに土地所有権が第三者に譲渡されて移転登記も経由された、というものであり、その点においては平成二三年判例の事案と同一性を有する。しかし、昭和五二年判例は、結論として賃借人の現状維持を認めた点では、平成二三年判例とは正反対であり、まして、現在の所有者（この事例ではXら）に対する関係で一〇年間ないし二〇年間の

継続した占有の要件を満たしていなければならぬ、という、先の昭和三三年裁判例の立場からは、容易に説明がつかない判決であるように見える。この点をどう考えるべきであろうか。

まず、昭和五二年判決の事例において、Dが、ABの代理人であると自称して、Yらと賃貸借契約を締結した（本件土地周辺の地域秩序を総動員して賃貸借契約が結ばれており、しかも公正証書すら作成されている点が、興味深い）という事情に着目することが考えられる。すなわち、C社が、本件土地を建物所有目的の賃貸に出すことについてABから代理権を授与されていたのだとすれば（但し、C社の厳密な代理権の範囲は、事実認定されていない）、C社の業務担当者らが、本件土地部分の上に本件建物が存在するに至ったことを昭和三六年頃に知りつつ、少なくともABが本件土地の所有者である間（昭和四四年まで）は何もしてこなかった、という事情を以て、Dの無権代理行為を本人ABの権限ある代理人として黙示に追認したと解しうる（なお、Yらは、表見代理の主張はしていたが、追認ありとの主張はしていなかった）。こう考えられるとすると、ABとの関係では、Yらは当初から有効に賃貸借関係が結ばれたことを主張でき、残る問題は、そのABとの間の賃貸借関係を新所有者であるXらに対抗できるかになる。この点に関して、建物保護法一条（現行借地借家法一〇条）に基づく対抗要件としての本件建物についての登記が經由されているか否かが、決定的に重要な事情であるが、残念ながらその点については事実認定されていない。しかし、推測するに、Yらが賃貸借契約の際にわざわざ公正証書まで作っていることも考えると、Yらが本件建物について所有権保存登記を經由することを控えたと考えられる理由は特に見あたらず、むしろ、賃貸借契約締結後まもなく本件建物について所有権保存登記を經由したのではないだろうか。⁵⁷⁾

以上の想像が正しければ、Yらは、旧所有者ABが設定したと評価できる、本件土地部分にかかる建物所有目的の土地賃借権を、新所有者であるXらにも対抗でき、そうするとXらの請求は棄却されるべきことになる。⁵⁸⁾

しかし、実際には、そもそもXらがそのような主張をしていなかったこともあり、そのような線での理由づけはされておらず、むしろ、賃借権の時効取得が理由づけに用いられている。しかしそうすると、先述の昭和三三年裁判例の判示との関係が問題となる。

この点については、次のように考えたらどうであろうか。確かに、土地の新所有者であるXらに對抗できない賃貸借については、Xらは、前所有者A Bのもとで生じた、賃借権の時効取得に関する事情を引き受けるいわれはなく、したがって、A Bに対する関係でYらが九年四ヶ月ほどのあいだ継続した占有を積み重ねてきたとしても、占有が一〇年間継続されないうちに新所有者が現れてしまえば、A Bのもとでの占有の積み重ねはいわばリセットされて最初からやり直さねばならない。しかし本件では、Xらが本件土地部分の所有権を取得した時点において、Yらは、仮に本件土地部分の賃借権が存在していたならばその対抗要件として使いうる、本件建物についての登記を既に有していたと想像される。そのような場合には、Xらは、前主であるA Bに対する関係でYらが積み重ねてきたものも引き受けねばならず、そうすると、Yらは残りの八ヶ月ほど、Xらとの関係において継続した占有を積み重ねれば、通算して一〇年間の継続した占有をXらとの関係においても主張できてよいのではなからうか。⁽⁴¹⁾ 昭和五二年判例は、まさにこのようにして、Yらのために土地賃借権の時効取得を認めたのではないだろうか。⁽⁴²⁾

以上のように考えると、では、通常の売買によって土地の所有者の変動があった昭和五二年判例の事例と異なり、競売によってそれが生じた平成二三年判例の事例の場合にはどう考えればよいだろうか。この点を最後に検討しよう。

これまで昭和五二年判例に即して述べてきた考え方を応用すると、次のようになると思われる。すなわち、平成二三年判例の事案のもとでは、通常の売買の場合と異なり、土地賃借権に対抗力がそなわっているべき時期は、土地所有権の移転時（もしくはその旨の移転登記の経由時）ではなく、抵当権の設定登記時である。そうすると、その時点において借地権の対抗要件として使いうるものを、賃借権の時効取得を主張する側が具備していなかった場合には、競落人の前主のもとでの一〇年又は二〇年に満たない期間の継続した占有という事情を競落人に引き継がせることはできず、そこで、競落人との関係で賃借権の時効取得を主張するためには、昭和三三年裁判例の示した原則に戻って、競落人が所有権の移転を受けたときを起算点とする、一〇年間又は二〇年間の継続した占有が必要となる、と考えられる。

そうすると、平成二三年判例の事案では、抵当権設定登記時には地上建物について登記が経由されていなかったから、抵当権設定登記時から起算して、土地所有者がBないしその相続人であった間に一〇年間の継続した占有を完成することができなかった（数日だけ不足していた）。Yは、新所有者である競落人X社との関係で改めて一〇年間の継続した占有の要件を満たさない限り、賃借権の時効取得をX社に対して主張できない（同判例の事案では、時系列からしてその要件は満たされない）ことになる。

ちなみに、平成二三年判例の事案を少し変えて、抵当権設定登記時を起算点として、本件土地の所有者がBないしその相続人の中にとどまっているあいだに一〇年間の継続した占有の要件を満たし、その後でX社が競落して代金納付もしたのだったら、どうなったであろうか。この場合には、前主Bないしその相続人のもとで賃借権の時効取得が完成し、しかしその対抗要件として用いうる建物の登記が、抵当権の設定登記に後れている、したがって、Yは、Bないしその相続人との関係では、時効取得した賃借権を主張できるものの、それを新所有者で

あるX社に対しては原則として対抗できず、但し例外的に、背信的悪意者の法理などを用いて対抗できるとすることはありうる、ということになると思われる。⁶³⁾

おわりに

本稿での検討結果の概要は、次のとおりである。

(1) 平成二四年判例は、昭和三六年判例と同様に、対抗要件の具備以外の点では完璧な取引によって、Xが前主Aから不動産の所有権を取得し引渡しも受けたが、その後、長期間が経ったのちにAから所有権の譲渡ないし抵当権の設定を受けて対抗要件も具備したYが現れたがゆえに、Xが物的負担の何らない所有権をYに対抗できないという事態が生じてしまった、という事情を前提としており、昭和三六年判例及び平成二四年判例は、そのような事情のもとで、XがYに物的負担の何らない所有権を再度主張できるようになるための要件として、Yの登記経由時から一〇年間の継続した占有を課すことにした、という判例法理を提示するものとして理解すべきである。

(2) 平成一五年判例の結論はやむを得ないが、理由づけは説得的でない。その理由づけは、当該事案のもとで、俗に言う「再度の取得時効」をXが主張するために必要な占有の期間は二〇年間である、という点に求めらるべきであった。

(3) 平成二三年判例の結論は妥当であると考えられるが、その根拠は、不動産賃借権の時効取得の特殊性、すなわち、賃借権はあくまで対人的な権利であるため、現在の所有者に対して賃借権の時効取得を主張するために

は、原則として、当該所有者ないしその先代らに対する関係で、一〇年なり二〇年なりの継続した占有という要件を満たすことが、原則として必要とされる、という点に見出される。

*本稿は、本学大学院専門法務研究科で筆者が二〇〇八年度から担当している「民法Ⅰ」（物権法・担保物権法をカバーする、既習者一年目Ⅱ未修者二年目用の科目）の授業において、判例の立場を学生に向けてどのように説明すればよいかを試行錯誤してきた中から生まれたものである。拙い説明に対して、明示的ないし黙示的に反応を示してくれたこれまでの受講者諸兄姉に心から感謝する。なお、いま述べたように、本稿は、判例の立場を整合的に説明しようとすることを主たる目的としていることを、改めて強調しておきたい。

(1) 例として、高木多喜男「担保物権法」(第四版、二〇〇五、有斐閣) 二九四頁、道垣内弘人「担保物権法」(第三版、二〇〇八、有斐閣) 二二六頁以下、高橋眞「担保物権法」(第二版、二〇一〇、成文堂) 二四一頁以下など。

(2) このほか、一六七条二項にいう「所有権以外の財産権」に抵当権も含まれ、したがって抵当権も同規定にしたがって、被担保債権の弁済期を起算点とする二〇年の消滅時効にかかる(但し、抵当不動産が債務者ないし抵当権設定者に帰属しているのであれば、三九六条の規定により、この限りでない)、と言われている。

この点に関する判例として、大判昭和一五・一一・二六民集一九卷二一〇〇頁は、抵当不動産の第三取得者による、一六七条二項に基づく抵当権の時効消滅の主張を認めた(一九一九年六月二五日が被担保債権の弁済期、同年九月五日に第三取得者が債務者兼設定者から抵当不動産を買受けて同年二月二日に所有権移転登記を経由した、という事例につき、一九三九年六月二五日に抵当権の時効消滅の完成を認めた原審の判断を是認)。しかし、同判例については、第一に、抵当権の一六七条二項に基づく消滅がありうるとして、では抵当権者が抵当権の消滅時効の進行を中断させたい場合に具体的に何をすればよいのが明確でないこと(道垣内・前掲書(注一)二三〇頁は、「究極的には、抵当権存在確認訴訟しかない」と言う。なお、同判例の事案において、抵当権者は、被担保債権の債権者として、被担保債権につき支払命令を得て、これに仮執行宣言も付与されて、債務者の財産につき動産執行をした、という事情を主張していたが、原審では、「(抵当権者は)本

件抵当権ニ付時効中断ノ手續ヲ採リタルコトノ何等ノ主張立証ヲモ為ササル」と片付けられた、また第二に、同判例は、第三取得者は被担保債権の消滅時効を援用する資格のある「当事者」（二四五条）にあたらぬ、という判断を前提としていたところ、その判断は最判昭和四八・一二・一四民集二七卷一五八六頁により変更されたこと（ちなみに、この昭和一五年一月判例の評釈である、米栖三郎・法協五九卷五号（一九四一）八三四頁が既に、「抵当不動産の第三取得者も抵当権（* 抵当債権の誤記と認められる）の消滅時効の援用権者だと認めれば、問題は簡単だつた筈である。併し判例は抵当不動産の第三取得者（* 第三取得者の誤記と認められる）が時効の援用権者たる事を否定するので、本件では抵当権は抵当不動産の第三取得者に対しては被担保債権と独立に二十年の消滅時効に権るか、専ら争はれる事となつたのである」と指摘していた。同旨、有泉亭・民商一三卷五号（一九四一）一〇〇頁）、の二点を主たる理由として、先例としての価値を低く見る見解が有力である。

今日では、特に前記の最高裁昭和四八年判決による判例変更以降は、被担保債権の消滅時効を主張すれば抵当権自体の一六七条二項に基づく時効消滅を主張するまでもないことが多い（我妻栄『新訂担保物権法』（一九六八、岩波書店）四二二頁以下はこの旨を明確に指摘する）、同規定に基づく抵当権の時効消滅がありうるか否かが論じられる機会自体がほとんど失われている。なお、後出注37も参照。

(3) ちなみに、いずれも第二小法廷によるものである。もつとも、三件の全部に関与した裁判官はいない。

(4) 多数の判例があるが、例えば大判大正七・三・二民録二四輯四二三頁はその旨を述べている。同判決はさらに、時効取得は本来ならば原始取得なのであるが、あたかも、もつと所有者から時効取得者への伝来取得（承継取得）が起こつたのと同じように見ることができ、そうすると、時効完成前の第三者との関係では、時効取得者は時効により所有権を取得したことを登記なくして対抗することができる、としている（いわゆる「時効完成前の第三者」の法理）。

(5) 我妻・前掲書（注2）四二二頁。同旨、鈴木直哉「抵当権と時効制度」高島平蔵教授古稀記念『民法学の新たな展開』（成文堂、一九九三）三二三頁。なお、本文で挙げた昭和一五年八月判例の事案は、複数の抵当権が設定されてその旨の登記もされていた不動産を第三取得者が買い受けて移転登記も經由し、爾来平穏かつ公然に当該不動産につき占有を一〇年間継続したところで、当該第三取得者が抵当権の不存在確認及び抵当権設定登記の抹消登記手續を請求した、というものである。

原審は、第三取得者についても三九七条の適用があるが、買受けの当時に抵当権の存在につき善意無過失ではなかったから、二〇年の占有を要する、という理由で、その請求を棄却したところ、大審院は、結論は同じだが、あえて理由づけを変え、そもそも第三取得者については三九七条の適用がない、なぜなら同条は、「所有者ニ非サル」債務者もしくは抵当権設定者以外の者が一六二条により取得時効を完成させた場合を想定した規定であり、既に所有権を有している第三取得者は取得時効をそもそも主張しえないから、という理由に差し替えている。

(6) 実際、この昭和四三年判例の調査官解説は、昭和四三年判例によって昭和一五年八月判例は「もはや明確に否定されたものというべきであろう」と断じている(『最高裁判所判例解説民事編 昭和四三年度』一三八四頁(横山長))。

(7) 地役権と抵当権との性質の違いへの配慮(地役権の場合には、所有権の時効取得を主張する者が、地役権の存在を容認した占有態様をしていた場合には、二八九条による地役権の消滅すら認める必要がないが、これに対して、抵当権の場合には、抵当権の存在を容認した占有態様というものを想定しづらいので、抵当権の存在の認識態様のみに応じて、三九七条に基づく抵当権の消滅を考えれば足りる、という)を含め、本文で述べた論点につき透徹した分析を施すものとして、道垣内弘人「時効取得が原始取得であること」法教三〇二号(二〇〇五)四六頁参照。

なお、所有権の取得時効の成否と、時効による抵当権の消滅の成否とを直結させない、という立場からは、本文②で後述する昭和四三年判例における、「民法一六二条二項にいう占有者の善意・無過失とは、自己に所有権があるものと信じ、かつ、そのように信じるにつき過失がないことをいい、占有の目的物件に対し抵当権が設定されていること、さらには、その設定登記も経由されていることを知り、または、不注意により知らなかつたような場合でも、ここにいう善意・無過失の占有というを妨げない」との判断は、ヨリ素直に導かれることになろう。

(8) 道垣内・前掲論文(注7)五二頁、同・前掲書(注1)一三〇頁。

(9) 我妻・前掲書(注2)四二三頁。

(10) 道垣内・前掲論文(注7)五二頁、同・前掲書(注1)一三〇頁。

(11) 角紀代恵「抵当権の消滅と時効」みんけん五九五号(二〇〇六)一六頁以下、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、二〇一三)一三六頁以下など。後者は、第三取得者にも三九七条

の効果としての抵当権の消滅を援用する資格を認めていた、松尾弘『古積健三郎「物権・担保物権法」』（第二版、弘文堂、二〇〇八）三八一頁「古積」の立場を改説したものである。

(12) 横山・前掲解説（注6）一三八〇頁。

(13) なお、最高裁の判決文で「本件不動産」と表現されているものが、原審判決では「本件土地建物」との表記になっているため、原審判決の原文で見られた「本件土地建物」という表現は、ここでは「本件不動産」に修正してある。

(14) ちなみに、この判旨は、差押え（競売開始決定）がXに対して通知されていたならば、Xの取得時効が中断されていたはずである、との立場を採るように思われる。しかしフランスでは、消滅時効に関する民法典二二四四条の規定（強制執行行為により消滅時効が中断される旨を定める）が、同二二五九条の規定により取得時効についても準用されるにもかかわらず、実際には、裁判上の請求が消滅時効も取得時効も中断するのは異なり、強制執行行為は消滅時効しか中断しない、と説かれているようであり（J.-Cl. civ. Art. 2240 à 2246, Fasc. 30 (2009), no. 97 [Jean-Jacques Taisne]）、興味深い。

(15) 横山・前掲判例解説（注6）一三九〇頁注四。なお、今日では、仮に抵当権が実体的に消滅していたとしても、その登記が残っており、それをもとに抵当権が実行されて競落人による代金の納付まで至れば、当該競落人は競落不動産の所有権を取得することとされている（民執一八四条）。

(16) もちろん、登記の先後のみによって解決されるべきとする有力な批判が存在する。代表的なものとして、山田卓生「取得時効と登記」川島武宜教授還暦記念『民法学の現代的課題』（一九七二）一三六頁以下（但し、未登記の第一譲受人は、一〇年間の短期取得時効は援用できないが、二〇年間の長期取得時効であれば援用できるとする）、星野英一「取得時効と登記」同『民法論集 第四卷』（一九七八・初出一九七五）三三三頁以下参照。

(17) ちなみにフランスでは、生存者間での贈与は、公証人のもとでの証書によりなされない限り、原則として無効である（仏民九三一条）。

(18) Yらの上告理由第二点では、Xの占有は自主占有かもしれないが隠秘であった、との主張がされているが、本文で引用した判旨のとおり、排斥された。

(19) 本稿で主として扱う三件の判例のうち、唯一の民集登載判例である。なお、同判例に関する解説類として、次のものを参

- 照した（順不同）。現代民事判例研究会編『民事判例V』（二〇一一、日本評論社）三八頁（角紀代恵）、松尾弘・法セミ六九四号（二〇一一）一三〇頁、香川崇・月報司法書士四八六号（二〇一一）一二頁、判例紹介プロジェクト・NBL九八五号（二〇一一）九二頁（SU）、伊藤榮寿・銀行法務21七四七号（二〇一一）四頁。
- (20) 但し、権利取得のレベルで両者を妥協させる必要があるのか自体、疑問の余地がある。時効取得者は常に登記なくして時効取得を對抗できる、としつつ、登記懈怠を理由とする損害賠償責任を負うことは別途ありうる、とする仕組みも考えられるからである。
- (21) 松尾・前掲解説（注19）一三〇頁は、平成二四年判例の法廷意見が「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」という表現を用いたのは適切ではなく、むしろ「昭和四五年三月の占有開始日を起算点とする取得時効を、Yの抵当権設定登記時から取得時効に必要な期間占有を継続した後は、登記なしに主張できる」と表現すべきであった、と指摘する。これは、少なくとも、昭和三六年判例の用いたフレーズに合わせるべきであった、という主張を含むであろうが、それ以上に、いわゆる「再度」の時効取得と言われるものは、実は時効取得ではない、という主張を含んでいるようにも思われる。
- (22) ちなみに、フランスでは、不動産の占有者による抵当権の承認（reconnaissance）も、この中断事由になる、とされている（J.-Cl. civ. Art. 2180, Fasc. V (1987), no. 105 [Jean-Louis Bergel]）。
- (23) 判時二二四九号七〇頁以下。なお、同所では、抵当権に基づく明渡請求の法理（最大判平成一一・一一・二四民集五三卷八号一八九九頁、最判平成一七・三・一〇民集五九卷二号三五六頁）にも言及されているが、これは、同所でも指摘されているように、明らかに過大な手段であろう。
- (24) 但し、最高裁は、最判平成一八・一・一七民集六〇卷一号二七頁からもわかるように、時効完成後の第三者の法理を捨て去る用意はなく、むしろそれを維持しつつ、既存の手段（同判決においては、背信的悪意者の法理）での修正を図るつもりであるようである。
- (25) あるいは、一六二条二項の短期取得時効は、不動産の占有取得者の取引の安全を保護する制度である、との主張が有力になされており（草野元己『取得時効の研究』（一九九六、信山社）六九頁など）、筆者も共感するところ大だが、この主張に

よるならば、占有の取得時に取引行為があったか否かがまずは決定的に重要であり、その後の時点における認識は無関係であることにならうから、最初が一〇年間であったならば「再度」も一〇年間である、との判断が導かれやすいと思われる（逆に、最初が一〇年間でないならば、「再度」で一〇年間になるはずがないことにならう。実際、本文(三)で扱う平成一五年判例の評釈である、草野元己・銀行法務21六四二号(二〇〇五)八六頁では、そのように主張されている）。

(26) この旨を述べる大審院判例として、大判昭和二三・二・一二判決全集五輯六号二五九頁(抵当不動産の第三取得者に関する事例)が既に存在していた。

なお、平成二四年判例の匿名コメントは、ここで大判大正九・七・一六民録二六輯一一〇八頁に言及する(判時二二四九号七〇頁)。しかし、同判決は、「同条(*一六二条)ニ「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。如何ナル範圍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圍如何ニ依リテ決定セラルルモノトス。即チ例ヘハ不動産全部ヲ占有シタルトキハ全部ノ所有権ヲ取得スヘキモ一部ヲ占有シタルトキハ一部ノ所有権ヲ取得スルニ過キス、又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所有権ヲ取得スルニ過キサルモノトス」との一般論を述べたのみであり(一一三〇頁。傍点は筆者、この一般論が、「民法第六百六十二條第二項ニ所謂占有ノ善意無過失トハ占有者カ自己ニ所有権アリト信シ且之ヲ信スルニ付テ過失ナキコトヲ謂フ」という、右引用部分の後に来る結論とどのように結びついているのか、今ひとつはつきりとしないうところがある。また、この大正九年判例の事案において、上告人の主張によれば、占有者である国は、もともと抵当権がついていた土地について譲渡を受けて占有を開始した(しかし未登記)ようだが、他方で、同判例における国に対する相手方当事者は、国が前主から譲渡を受けて占有を開始した後に、当該前主から別の抵当権の設定を受け、その抵当権の実行としての競売により自己競落した人物であるようであり、もともと存在していた抵当権は競売の時点で被担保債権の弁済により既に消滅していた可能性もそれなりにあるように思われる(つまり、占有者たる国は、第三取得者であったとも言えそうだが、仮に当初の抵当権が後に被担保債権の弁済により消滅していたとして、そのことを抵当権がもともと設定されていなかったことと同視できるならば、国は抵当権の負担のおよそない土地所有権を取得したが未登記のままであったところ、その後、その後に抵当権が設定された、という平成二四年判例のような事案であつ

たとも評価しうる)。いずれにしても、事案の詳細が不明確であることは確かである。

(27) 横山・前掲昭和四三年判例解説(注6) 二三八八頁は、「単に抵当権の存在を知っていたという主観的事情だけでここにいう抵当権の容認を認めるべきでない」としつつ、「抵当権者が目的物の担保価値を把握している事実が登記簿上公示されていることを占有者が知りながら、これを放置して現実の占有を続けた場合」には、そのような、単なる悪意とは区別された客観的事実のゆえに、「客観的に抵当権の存在を否定した状態(換言すれば、完全なる所有権者と同様の支配をしている状態)にあるとはいえない」、と述べる。

(28) 文脈は全く異なるが、法定地上権の成否に関する最判平成一九・七・六民集六一巻五号一九四〇頁参照。

(29) なお、本文での行論と直接の関係はないが、平成二四年判例の匿名コメントは、古田補足意見における「第三者が抵当権の設定を受けた場合は、民法三九七条の規定から取得時効期間占有が継続されたこと自体によって抵当権が消滅すると解することが可能である」という説示を、占有の継続さえあれば援用がなくても抵当権消滅という効果が生じる、という趣旨にとらえるようだが(判時二二四九号六九頁)、援用すら不要という趣旨をあえてそこに読み込む必要はないように思われる。

(30) 平成一五年判例の解説類として、河上正二「物権法講義」(二〇一二、日本評論社) 一三〇頁(初出二〇〇八)所掲の文献のほか、生熊長幸・私法判例リマックスNo.8(二〇〇五) 一四頁、及び良永和隆・判例セレクト二〇〇四(法教二九四号別冊、二〇〇五) 一五頁を本稿執筆時に参照した。

(31) 池田恒男・判タ一一五七号(二〇〇四) 一〇五頁、及び岡本詔治・民商一三二巻二号(二〇〇四) 三二六頁。但し、両者で食い違いの見られる点については、ヨリもつともらしいと思われる方を紹介した。

(32) 昭和五七年に取得時効が完成したのだとすると、B社は時効完成後の第三者にあたり、よってXがB社に対して抵当権抹消登記手続を請求しても負けるであろう、と予測して、前訴の段階では意図的にB社に対する訴訟を避けたのかもされない。もつとも、そうだとすれば、Xは、「再度」の一〇年間の継続した占有を完成させた平成五年一月一三日から間をおかずに当時の抵当権者であるB社に対して訴訟を提起すべきことを、認識してしかるべきであったが(そうしないと、「再度」の時効完成の後の第三者が出てきかねず、本件では実際にもY社が出てきた)、実際には、本件訴訟が第一審裁判所に提起されたのは、本文で述べたように、平成一一年(おそらくは前訴判決の確定後)のことであった。

- (33) 同旨、草野元己・法教二八六号(二〇〇四)一〇五頁、同・前掲解説(注25)八五頁、尾島茂樹・金沢法学四七卷二号(二〇〇五・初出二〇〇四)一二九頁など。
- (34) 二度の時効援用の趣旨・目的が異なることを指摘するものとして、岡本・前掲解説(注31)三二七頁(但し、結論としては本件判旨に理がある、とする)、辻伸行・判例評論五四八号(二〇〇四)二二頁、秦光昭・金法一七〇四号(二〇〇四)五頁、良永・前掲解説(注30)一五頁、河上・前掲書(注30)一二七頁などがある。
- (35) 前掲注25も参照。
- (36) Y社が、いわば「再度の時効完成後の第三者」にあたる、と主張するものとして、草野・前掲解説(注33)一〇五頁、同・前掲解説(注25)八六〜八七頁、尾島・前掲解説(注33)一二九〜一三〇頁、河上・前掲書(注30)一二九頁など。逆に、この点に関する原審の判断を支持するものとして、辻・前掲解説(注34)二四頁注四。
- (37) 本稿は、三九六条及び三九七条の解釈論につき、母法であるフランス法の規定の解釈論(かつて、仏民二一八〇条の一項四号及び二項ないし四項が、対応する規定であったが、二〇〇六年の担保法改正により、条文番号のみ変わって二四八八条となった)も参考にし、(Vair, J.-Cl. civ. Art. 2180, Fasc. V (1987), nos. 72 à 114 [Jean-Louis Bergel])。なお、仏民旧二一八〇条については、我妻栄「抵当不動産の第三取得者の時効援用権」同『民法研究Ⅱ』(一九六六)二二四頁以下(初出・一九三六)二一四頁以下でも簡潔に触れられており、当時から現在に至るまでほとんど議論は進展していないので、今なお参照に値する、さしあたり次のように考えたらどうかと思っている。
- 第一に、三九七条の規定に固有の意義を与える解釈を採り、すなわち、抵当権の存在についての占有者の認識に応じて、一〇年ないし二〇年の占有の継続が必要とされる、という立場を採る。これは、三九七条の規定の立案担当者であったと目される梅謙次郎(大久保邦彦「自己の物の時効取得について(二・完)」民商一〇一卷六号(一九九〇)八一二頁注一九及びそれに対応する本文の指摘に負う)の見解でもあった(田中克志「民法三九六条及び同三九七条に関する序論的考察」静岡大学法政研究一四卷三・四号(二〇一〇)一七頁以下、古積・前掲論文(注11)一〇四頁以下のほか、ポアソナード民法の起草過程にまで踏み込んだものとして、草野元己「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、一九九八)五八頁以下参照)。

第二に、本稿にとって決定的に重要なのは、三九七条は、不動産の占有開始時に既に当該不動産に抵当権が設定されている場合を想定した規定であり、平成二四年判例の事例における昭和四五年段階でのX（譲渡を受けて占有を開始した当時に抵当権はまだ設定されていなかった）や、同事例での昭和五九年段階でのX（抵当権の設定を受けてその旨の登記も経由した「時効完成後の第三者」が登場し、その時点を取算点とする「再度」の継続した占有を考えなければならなかった）には、適用がないと考える（既にこのような主張は、草野・本注所掲論文八三頁や、道垣内・前掲書（注1）二三一頁でなされていた）。むしろ、これらの場合においては、昭和四二年判例のように、所有権の取得時効の反射的效果として抵当権が消滅することを認めるべきである（但し、草野・同所は、これとは全く正反対に、昭和四二年の事例では對抗要件のみによって決着がつけられるべきであった、とする）。

第三に、したがって三九七条が問題となるのは、占有開始時に既に目的不動産に抵当権が設定されていた場合に限られる。そのような状況が出てこない三判例を扱うことを主たる目的とする本稿にとっては、第三取得者についても三九七条が適用されるか、という論点は関心を惹かないが、さしあたり、その可能性を否定し去ることは難しい、と考えたい（高橋・前掲書（注1）二四七頁の同旨の判断に、相対的な説得力を感じる。但し、すぐ左の第四の末尾で述べる点も参照）。このように考えた場合、第三取得者は、所有権の取得については一六二条を援用するまでもないので、抵当権の消滅の成否のみを、三九七条に固有の意義を与える解釈にしたがって判断すればよい。これに対して、抵当権の設定されていた土地につき、何らかの事情で原因関係なしに占有を開始した、という事例については、所有権の取得については一六二条を、抵当権の消滅については三九七条に固有の意義を与える解釈を、それぞれ独立に問題とすることになる（前者については、一六二条にいう善意無過失の対象としては、昭和四三年判例が言うとおり、自分が所有権者であることだと考えればよい。前出注7も参照）。第四に、三九七条の一〇年ないし二〇年の期間の進行は、被担保債権の弁済を訴求しうる時期までは開始しない、と解するべきか（我妻・本注所掲論文二一四頁でも指摘されているように、フランスでは判例上そのように解されている）。この点についても、本稿はさしたる関心を持たないが、条文だけからすれば、そのように解するのは難しいし、また、そのように解するくらいなら、むしろ一六七条二項に基づく抵当権の消滅時効を認めた方が直截であると思われるので、確たる根拠はないが、さしあたり起算点は被担保債権の弁済期に関係なく、むしろ占有の開始時である、と見るべきではなからうか。

もつとも、このように解すると、本文一(一)で前述した我妻説からの批判(長期年賦債務の場合の例)を免れることはできず、そうすると、第三取得者については、被担保債権の消滅時効を援用する資格を認め、同時に一六七条二項による抵当権自体の消滅も認める、ので十分であり(このように解したとしても、債務者及び抵当権設定者は三九六条により後者の主張も禁じられる点で、第三取得者とは異なる)、三九七条に固有の意義を与える解釈まで認める必要はない、と考えた方がよいのかもしれない。

- (38) 平成二三年判例の解説類として、次のものを参照した(順不同)。石田剛・私法判例リマックスNo.44(二〇一二)一八頁、草野元己・民商一四五巻四〇五号(二〇一二)五三三頁、常岡史子・法の支配一六三号(二〇一二)六七頁、古積健三郎・速報判例解説TKCローライブラリー民法(財産法)No.50(二〇一二)、同・ジュリ一四四〇号(二〇一二)七一頁、現代民事判例研究会編『民事判例Ⅲ』(日本評論社、二〇一一)四八頁(秋山靖浩)、大久保邦彦・判例セレクト二〇一一I(法教三七七号別冊、二〇一二)一五頁、松久三四彦・金法一九五三号(二〇一二)三三頁、判例紹介プロジェクト・NBL九五七号(二〇一一)二二三頁(SO)、香川崇・法時八四巻二二号(二〇一二)一〇七頁、吉田純平・駒澤法学一卷二二号(二〇一一)四〇頁、民事執行判例・実務フロンティア二〇一二年版(判タ一三六三号別冊、二〇一二)二三〇頁、青木則幸・月刊登記情報六〇四号(二〇一二)七九頁、黒田直行・JA金融法務四八二号(二〇一一)五二頁。
- (39) 実際の事件では、本件各建物の一つの二階部分をYから賃借して占有使用している者があり、X社は、かれに対する建物退去土地明渡請求もしているが、簡単化のため、これについては省略した。

- (40) 本件事案では、本件土地につき公売がなされており、民事執行法ではなく国税徴収法が適用される所、Yは、国税徴収法の規定によれば、Dの差押え前にYの借地権について對抗要件が具備された本件では、買受人の代金納付があつても右借地権は消滅しない、との主張をした。しかし原審は、判旨二(本文中では引用を省略した)で述べているように、つまるところ、抵当権と賃借権との対抗関係に関する国税徴収法の規定の趣旨は民事執行法五九条と同じである、と判断している。この点は平成二三年判例の諸解説でも異論なく認められている(平成二三年判例の最高裁ではこの点に関する判示は特に見られない。おそらくは、Yの上告受理申立て理由の中には含まれていたが、上告受理の段階で排除されたのではないかと推測される。なお、Yの「上告受理申立て理由(ただし、排除されたものを除く)」は、集民二三六号三三頁以下に掲載され

- (41) 秋山・前掲解説(注38)四八頁。同旨、大久保・前掲解説(注38)一五頁、古積・前掲解説(注38速報判例解説)三頁、同・前掲解説(注38ジュリ)七一頁。
- (42) 平成二四年判例では、所有権の時効取得の反射的效果として抵当権を消滅させる、という事案であったが、本件では、Yが主張するのはせいぜい借地権であり、それは内容的に抵当権と重なるところがないので、抵当権を消滅させるということとは考えられない(本判決が、この意味で抵当権者と賃借権者とは「相容れない権利の…:関係ない」と言っているのであるならば、もちろんそれは正当である)。つまり、本件でYが主張したいのは、自分の借地権が本件抵当権(ひいては買受人)に対抗できる、ということに尽きており、本件の事案の特徴はその点にしかない、と言える。言い換えれば、借地権を所有権に置き換えた平成二四年判決の事例でも、この構図は基本的には同じであり、ただ、借地権ではなく所有権であれば、所有権が抵当権に対抗できるとすれば、結局その所有権をもって抵当権そのものを潰すことができる、という帰結になるだけのことである、と考えられる。
- (43) なお、よく知られているように、賃借権の時効取得は「比較法的にも歴史的にもきわめて特異な制度であり、他に類例をみない」ものであり(藤原弘道「賃借権の取得時効」同『取得時効法の諸問題』(一九九九、有信堂)二三九頁以下(初出:一九九〇)、フランスでも認められていない(現代フランスにおいて取得時効の認められる権利のリストとして、J.-Cl. civ. Art. 2272 à 2275, Fasc. 60 (2009), nos. 12s. [Marc Mignot] 参照)。以下の行論の際にも、賃借権の時効取得とこの制度の素性があやしいことは、常に念頭に置かれる。
- (44) 以下の本文で裁判例の後に①のような記号が付されている場合、それは藤原・前掲論文(注43)において当該裁判例に付されている番号を示す。なお、この藤原論文に先立って、五十川直行「土地賃借権の時効取得(一)(二・完)」九大法政研究五二巻一号(一九八五)五一頁、五三巻一号(一九八六)七七頁も、それまでの土地賃借権の時効取得に関する事例を網羅的に収集した上で、紹介・整理をしている。以下の本文で裁判例の後に「1」のような記号が付されている場合、それは同論文で当該裁判例に付されている番号を示す。
- (45) 藤原・前掲論文(注43)二二八頁。

- (46) 本文で扱う昭和三三年裁判例のほかに、東京地判昭和三五・五・六判時二二九号三五頁と、東京高判昭和五〇・一二・二五判時八二二号五四頁の二件が挙げられている。しかし、前者は、賃料の支払いを一〇年以上継続したという事実が認められない事案のようである。また、後者は、土地の旧所有者Aから借地権の設定を受けたYが、その土地上に所有している建物につき登記を経由していなかったところ、土地の新所有者Xから建物取去土地明渡請求を受けた、という事例について、「土地の新所有者に対し従前の土地所有者との間に締結した賃借権を對抗できない場合において、賃借権につき取得時効を主張するためには、民法一八五条に準じ、新所有者に対し「自己ノ為メニスル意思ヲ以テ」賃借権を行使する意思表示し又は新所有者に対する賃貸借契約を締結してその新権原により賃借権を「自己ノ為メニスル意思ヲ以テ」行使しなければ、新所有者に対する賃借権を時効により取得するための要件としての「自己ノ為メニスル意思」を欠くこととなる」との一般論を述べた上で、本件ではYに、右の意思をその主張の賃借権取得時効期間起算の始めにおいて新所有者Xに表示したり、あるいはXとの間に新権原を取得したりした事実を認めるに足る証拠はない、として、Xの請求を認容した事例である。もつとも、同判決は、賃料の支払いは新所有者に対してしなればならないとの見解を前提としているところ、少なくとも今日では、賃料の支払いは誰かに対してなされていれば足りると考えられており、そしてYは、Aが土地の所有権をXに譲渡したとされる時点から一〇年間（昭和二九年から三九年まで）、YはAに対して継続して賃料を払っていた、と主張していた（この点の事実審理は特にされていない。なお、Xへの土地所有権の移転登記は昭和三三年に経由されている）。この点で、今日の一般的な見解に従った場合に、どういう結論になったかはよくわからない事件であることに注意すべきである。
- なお、これら三件の事案の違いを強調するものとして、常岡・前掲解説（注38）七三頁以下がある。
- (47) なお、昭和三三年裁判例のこの説示が、賃借権の時効取得のために必要とされる賃料の支払・供託は真の所有者に対してなされることを要する、という趣旨で援用されることがあるが（松津節子「後掲昭和六二年判例解説」判夕七〇六号（一九八九）二七頁、良永和隆「後掲昭和六二年判例解説」ジュリ九一〇号（一九八八）六八頁など）、この説示をそのように読む必然性は何らないように思われる。前出注46でも述べたように、今日ではそのような説はほぼ払拭されている。
- (48) 時効取得否定例については、時効取得された賃借権の對抗を受けるときと主張されている者（大抵は土地の所有者）の変動がポイントとなっているものがなかったため、ここでは検討を省略する。

- (49) なお、時効取得に要する期間のあいだ、賃借権の時効取得の主張される不動産の所有者が、一人の者であったか、そうでないとしても相続による承継関係にある者たちであったところ、時効の完成後に当該不動産の所有権が移転されて登記も經由した（すなわち、時効完成後の第三者が登場した）、という事例として、東京地判昭和五七・八・三一判時一〇六九号一〇五頁（係争地の周辺の土地の所有者が、係争地も自分の土地の一部分であると信じて、賃借人に引き渡し、同賃借人が係争地上に建物を所有しているという事例）と、東京高判平成二一・五・一四判タ一三〇五号一六一頁（係争地の隣接地の所有者が賃借人に、係争地も自分が所有する土地の一部分だと思って引き渡し、賃借人は建物を、その一部が係争地にかかる形で所有している、という事例）の二件がある。いずれも、時効完成後の第三者は当該事案のもとでは背信的悪意者であるとして、時効取得された賃借権を新所有者にも対抗できる、と判断している。後出注62及び注63も参照。
- (50) なお、以下で各裁判例の事案を説明する際に、相続による承継関係にある者たちはまとめて同じ記号を用いて表現することとし、各自に別の記号を割りあてることとはしない。但し、賃借権の時効取得の主張を対抗される者（大抵は土地の所有者）については、一〇年又は二〇年の間に交代がある場合には、相続による承継か、そうでないか、を特記することにする。
- (51) 本論と直接の関係はないが、この類型の特徴として、CがAに対して賃借意思を表現することが必要とされることが多い、という点がある（藤原・前掲論文（注43）二二五頁参照。本文(i)で挙げたもののうち、この点を意識しているようには見えない判示をしているものは、東京高判昭和五三・六・二六くらいである）。なお、この類型に属する否定例である、東京地判昭和五〇・九・一九判時八〇八号七一頁（⁽¹⁷⁾〔19〕）は、Cが土地転借権の時効取得を主張するためには、Cが建物につき所有権移転登記を経由していることが必要である、と明言する。これには次のような事情が寄与しているように思われる。それは、この種の事例の大半は建物所有目的で土地が賃貸された事例に関わるが、その場合、借地人Bが建築した建物をCに賃貸する（この場合、Aの承諾は必要ないとされている）のと、Bが建築した建物をCに譲渡しそれに伴い土地賃借権が譲渡されるのでは、Cの居住という外観からは区別ができない、ということである。
- (52) なお、上告審である最判昭和六二・一〇・八民集四一卷七号一四四五頁では、原審が是認されたが、その判旨では賃借権の時効取得の論点には触れられていない。
- (53) 最高裁の判決文のみからでは事案がほとんどわからないが、集民の二七九頁以下に、原判決が抄録されている。

- (54) なお、東京高判平成一八・一一・二八判時一九七四号一五一頁も、土地賃借権の時効取得を認めた例として挙げうるが、同判決は、ある者の所有する土地につき、隣りあう区画を当該所有者から賃借した者二名の間で、それぞれの賃借した土地の範囲が争いになった、という点では、隣地の所有者間での境界紛争とほとんど同じであり、賃借権の時効取得の典型事例とは言い難いので、検討の対象外とする。
- (55) 但し、(iv)で扱った東京高判昭和六〇・一・二九判時一一四二号四九頁＝最判昭和六二・六・五判時一二六〇号七頁(⑪)＝(13)の事例では、土地所有者の側に、直系の間であったとはいえ、贈与が介在しているので、若干微妙な事例であるが、同判例の判旨では所有者の交代が大きな意味を持っているようにには全く見えない。なお、後出注61も参照。
- (56) このことを指摘するものとして、常岡・前掲解説(注38)八一頁注三四。
- (57) 同様の想像をすと思われるものとして、古積・前掲解説(注38ジュリ)七一頁。
- (58) 藤原・前掲論文(注43)二二四頁は、昭和五二年判例について、「見方によっては有権代理か表見代理かが認められてもおかしくない事案であり、それだけに賃借権の取得時効も比較的容易に認められることになったのではないかと推測される」と述べている。
- (59) もちろん、土地賃借権の對抗要件として、土地の登記簿に賃借権の登記がなされているのもよいが、賃借権の場合に登記が経由されること自体が稀である上に、まして賃借権の時効取得が主張される場合に、一〇年又は二〇年のあいだの継続した占有が完成する前に賃借権の登記がされることはまず考えられない。よってここでは、對抗要件としては地上建物についての登記を専ら想定すれば足りよう。
- (60) 古積・前掲解説(注38ジュリ)七一頁も、債権的権利を基礎づけるにすぎない賃借権と、對抗要件を具備して物的・排他的な権利となった賃借権との区別に着目する。石田・前掲解説(注38)一一頁も同旨と解しうる。
- (61) 本文で述べたような理由によって旧所有者A Bのもとで積み重ねられてきた占有の継続を新所有者Xに引き継がせることができる、という状況であるとして、その継続された占有の起算点は、あくまで占有の開始時であると解される。これに対して、古積・前掲解説(注38ジュリ)七一頁は、A Bが本件土地の所有者であったあいだに建物につき登記を経由した、その建物登記時が起算点である、と考えているように見受けられる。確かにそのような考え方もありえなくはないが、本稿

は、土地所有者が変動する（なお、その変動の基準時を、所有権が移転したとされる時とするか、登記が經由された時とすべきか、判断に迷うが、大判昭和八・五・九民集一二巻一・一二三頁もふまえると、後者で差し支えないようにも思われる）までの間に、借地借家法一〇条所定の借地権の對抗要件として用いうるような建物登記が經由されていたか否かが決定的に重要であり、その点がクリアされるのであれば、起算点をわざわざ建物登記時にする必要はない、と考えたい。

なお、このような考え方を、本文②(iv)で挙げた、東京高判昭和六〇・一・二九判時一一四二号四九頁Ⅱ最判昭和六二・六・五判時一二六〇号七頁(⑪Ⅱ⑬)にあてはめると、次のように解される。すなわち、同事例では、占有開始時である昭和二五年から二〇年間、Cは占有を継続したところ、地上建物につき所有権移転登記が經由されたのは右の占有開始の一三日後であり、そのときは、ほぼ間違いなく、土地所有者はまだAであったであろうと推測される（少なくとも、まだAの三人の孫にまでは行っていないかつたであろう）。そうだとすると、その後土地所有者が包括承継でない形で変動していったとしても（実際には、先述の通り、順次相続があったのに非常に近い事例ではあるが）、現在の所有者であるAの三人の孫は、AやAの九人の相続人のもとで継続されていた賃借人の占有を引き継ぐべき立場にあることになる。そうすると、Cが、Aの三人の孫との関係では一〇年又は二〇年間の占有を継続していなかったにもかかわらず、昭和四五年にCによる賃借権の時効取得が認められたのは、妥当だったことになろう。

(62) なお、これとは少し異なるのが、前出注49で挙げた昭和五七年裁判例である。同裁判例では、土地所有者が前主であった間に賃借権の時効取得の要件が充足され、その土地には登記された建物がずつとあったが、土地所有権が買主に移転された時（同日に所有権移転登記も經由された）にはたまたま、右建物が新建物建設のために取り壊されて、新建物の基礎コンクリートが打ってあるだけの状態であり、木材等も置かれていたがまだ建物とはなっていないかつた、そしてその約八か月後に建物所有権の保存登記が經由された、という経緯がある。買主が不動産業者であり、現況調査をかなり念入りに行っており、対象物件の実面積が公簿上の面積の一〇倍ほどはあったこともおそらくわかっていながら、公簿上の面積に当時の坪当たりの時価を乗じて代金額を決めていた、という買主の事情と相俟って、昭和五七年裁判例が賃借人を背信的悪意者の法理によって救ったのは、当然であった、とみることができよう。

(63) 本段落の一つ前の段落で想定した事例と、本段落で想定した事例との差がわずかであることを考えると、前者の事例の場合

合にも、新所有者である競落人が背信的悪意者である等の理由で、その前主のもとで積み重ねられてきた、一〇年又二〇年に満たない期間の占有、という事情を例外的に新所有者にも引き継がせる（つまり、競落により所有者が交代したにもかかわらず、前主のもとで継続されてきた占有の積み重ねがリセットされない）余地を認めるべきかもしれない。もっとも、前者の事例であれ後者の事例であれ、一般的に言って、競落人が背信的悪意者であるという主張は非常に認められづらいように思われる（事案紹介のところで言及したように、平成二三年判例の控訴審においても、その旨の主張は認められなかった）。もっとも、前出注49で挙げた、平成二二年裁判例は、競売の事例で背信的悪意の法理を用いて賃借人の現状維持を認めたものである。しかし、この事例は、競売にかけられた土地（A地）と隣接地（B地）との境界が判然としないところ（同裁判例においても、明確な境界は認定されていない）、B地の所有者から賃貸借の設定を受けた賃借人が、B地の範囲をはみ出した形でA地も占有して、B地への入口や駐車場などとして用いていた、というものであり、境界争いが絡んでいるという点で、「賃借権を競落人に対抗するための要件」「背信的悪意者の法理」という問題設定自体があまり相応しくない事例であること（もっとも、A地の競落人は不動産鑑定業を営む会社であるところ、競落後に右賃借人のA地の利用を封鎖し、高額の解決金を要求している、といった事情も見られるのではあるが）に注意する必要がある。