

速報重要判例解説

【No.2004-002】

時効完成後に設定・登記・譲渡された抵当権と所有権登記を有する時効取得者の再時効取得

【文献番号】	28082823
【文献種別】	判決 / 最高裁判所第二小法廷（上告審）
【判決年月日】	平成15年10月31日
【事件番号】	平成12年（受）第1589号
【事件名】	抵当権設定登記抹消登記手続請求事件
【裁判結果】	破棄自判
【裁判官】	亀山継夫 福田博 北川弘治 梶谷玄 滝井繁男
【参照法令】	民法144条・162条・177条・397条

《本件判決についての解説》

1. 事実の概要 [1]

Aが本件土地を所有していたところ、X（被上告人）が昭和37年2月17日に本件土地の占有を開始し、同57年2月17日以降も本件土地の占有を継続していた。他方、Aは、昭和58年12月13日、B会社との間で、本件土地につき、B会社を抵当権者とし、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」という）を設定してその旨の登記をし、さらにY（上告人）は、平成8年10月1日、B会社から、本件抵当権を、その被担保債権と共に譲り受け、同9年3月26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、本件土地につき「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した。

さらに、Xは、本訴訟において、本件抵当権の設定登記の日である昭和58年12月13日から更に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、本件抵当権は消滅したと主張して、Yに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を求めた。

これに対し、原審は、前記の事実関係の下で、次のとおり判示して、Xの請求を認容すべきものとした。すなわち、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、B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日から更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B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。また、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。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、本件土地を更に時効取得し、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、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、というのである。これに対し、Yが上告した。

2. 判決の要旨

破棄自判。「前記の事実関係によれば、Xは、前記1(5)の時効の援用（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る時効の援用を指す - 引

用者注)により、占有開始時の昭和37年2月17日にさかのぼって本件土地を原始取得し、その旨の登記を有している。Xは、上記時効の援用により確定的に本件土地の所有権を取得したのであるから、このような場合に、起算点を後の時点にずらせて、再度、取得時効の完成を主張し、これを援用することはできないものというべきである。そうすると、Xは、上記時効の完成後に設定された本件抵当権を譲り受けたYに対し、本件抵当権の設定登記の抹消登記手続を請求することはできない。」

3. 本件判決についてのコメント

(1) 本判決は、時効取得後の再度の時効取得につき新しい判断を下したが、従来の判例理論に照らし、判旨の結論に問題はないものの、理由づけに矛盾があると考ええる。

(2) 一方で、「取得時効と登記」に関する議論は、学説においては、時効観の相違などにより、種々の議論がなされている[2]ものの、判例は、明確、かつ安定している。すなわち、判例は、以下の4つの原則にまとめることができる[3]

第一原則は、いわゆる「時効完成前の第三者」に関するものであり、「目的不動産の所有者が時効取得者の時効完成前に当該不動産を第三者に譲渡した場合は、時効取得者は登記なしに時効取得を当該第三者に対抗できる」というものである[4]。このことは、譲受人である第三者が取得時効完成後に登記を具備した場合でもかわらない[5](以下、「第一原則」という)。

第二原則は、いわゆる「時効完成後の第三者」に関するものであり、「目的不動産の所有者が時効取得者の時効完成後に当該不動産を第三者に譲渡した場合は、時効取得者は登記がなければ時効取得を当該第三者に対抗できない」というものである[6](以下、「第二原則」という)。

第三原則は、時効の起算点に関するものであり、第二原則の適用を回避するために「時効取得者は、第三者の譲り受け後に時効が完成するように起算点をずらして時効取得を主張することはできない」というものである[7](以下、「第三原則」という)。

第四原則は、再度の時効完成に関するものであり、第二原則が適用される場合に「第三者の登記後、新たに時効が進行し、再度時効が完成すると、時効取得者は登記なしに時効取得を当該第三者に対抗できる」というものである[8](以下、「第四原則」という)。

さらに、これに関連して、自己の物を時効取得できるかが問題となるが、判例は、自己の物の時効取得を認めるとしている[9]

(3) 他方で、本判決との関連で抵当権の消滅に関し、民法397条は、民法396条との関係で抵当権の消滅時効に関する規定なのか、あるいは抵当不動産の取得時効の効果に関する規定なのか、抵当不動産の第三取得者は民法397条による抵当権の消滅を主張できるのか、民法397条が適用される場合の占有者の主観的態様はいかなるものか、が問題となり得る[10]。以下に見るように、これらの問題について、判例は、明確、かつ安定しているものの、学説においては、かなり錯綜した議論がなされている。

については、学説では、少数説が、民法396条、民法397条のいずれもが抵当権の消滅時効に関する規定であり、目的物の占有者によって適用条文が異なるとする[11]のに対し、通説は、民法396条は抵当権の消滅時効に関する規定であるが、民法397条は抵当不動産の時効取得の効果を含めた規定だとする[12]。通説によれば、時効取得は原始取得であり[13]。時効取得者の取得する所有権は、原則として他の権利の負担のないものであるから(例外として、占有態様に影響を受ける場合がある)。結局、抵当不動産の時効取得により当該抵当権は消滅し、民法397条は、この当然のことを定めたに過ぎず、ただ債務者及び抵当権設定者にこれを許すことはできないから、除いたのであると説明される。判例は、通説と同様に、抵当不動産の時効取得により、当該抵当権は消滅することを前提としている[14](以下、「判例」という)。

については、学説では、少数説が、民法397条は、抵当権の消滅時効の一場合としてもっぱら抵当不動産の第三取得者に適用されるとする[15]のに対し、従来の通説は、判例変更前の判例を支持する形で、第三取得者は物上保証人に準ずることを理由として民法397条は第三取得者に適用されないとしてきた[16]が、第三取得者にも適用すべきだとする説も主張されていた[17]。判例は、古い大審院判決に民法397条の第三取得者への適用を否定したものもあったが[18]。その後、最高裁が適用を肯定した[19](以下、「判例」という)。

については、学説では、少数説には、民法397条が抵当権の消滅時効を定めたとするのを前提とし、抵当権の存在について悪意であれば抵当権付き不動産を取得とするもの[20]や、民法397条の「取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有」の解釈として、抵当権の存在につき、

善意・悪意、過失の有無により20年、あるいは10年の占有となると説明するもの[21]などに分かれるが、通説は、抵当不動産の時効取得により抵当権が消滅するが、先に述べたように、抵当権の存在を認容した占有による場合には抵当権が消滅しないとする[22]。判例は、古くから、通説と同旨を判示しており[23]、占有者が占有不動産に抵当権が設定されていることを知り、または不注意により知らなかったとしても、それにより抵当権消滅の主張が妨げられるものではない[24]とする(以下、「判例」という)。

(4) 本来であれば、これらの議論を前提とし、以上の各問題点をそれぞれ検討し、その当否から本判決のあり方を評価すべきである。しかし、本稿では、紙幅の関係で、以上に述べた諸判例を前提として、従来の判例の中での本判決の位置づけを検討し、本判決の判示について若干の評価を加えるにとどめたい(従来の判例理論の当否や錯綜した学説の議論には立ち入らない)。

(5) まず、本判決の事例では、Xは20年の取得時効を主張し、時効取得が認められたが、その時効完成後、目的不動産に抵当権が設定され、登記がなされていた。したがって、判例によれば、Xの時効取得は、第二原則により、抵当権者Bに対抗できない。ただ、Xも所有権移転登記を得ている点に注意の必要がある。時効取得は、通説・判例によれば、原始取得であるから、不動産の時効取得が認められた場合には、従来の登記を抹消し、時効取得者のために所有権保存登記をすべきではないかとも考えられるからである。しかし、判例、通説、及び登記実務のいずれもが所有権移転登記手続によるものとしている。この理由として、第一に、権利主体の変更という点で承継取得と異なること、第二に、不動産登記法1条の「権利ノ……移転」には、原始取得を含むと解されること、第三に、実定法上、先に述べたような登記に手当がないこと、があげられ、さらに、第二原則を維持するためには、移転登記でなければならないという実質的理由も主張される[25]。結局、本件では、時効取得が原始取得だという原則に忠実に、Xの時効取得によりAの所有権登記を抹消し、Xの所有権保存登記をすれば、Aの設定した抵当権はそれによって消滅することになるが、少なくとも、第二原則を前提とすれば、昭和37年2月17日を起算点とするXの時効取得は、登記されたBの抵当権に対抗できないことになる。

(6) 次に、Xは、時効完成後に登記されたBの抵当権につき、その登記の日から善意・無過失で10年間自主占有を継続したから、再度、目的不動産を時効取得したとして、抵当権登記の抹消を請求し、原審は、Xの主張を認めた。従来の判例によれば、自己の物の時効取得が可能であり、第四原則により、第三者の登記の時から時効の再進行が認められ、さらに抵当不動産の時効取得者は、判例により抵当権についての善意・悪意を問わず、判例により抵当権の消滅を主張できる、と原審は解したからである。しかし、最高裁は、時効の起算点を後にずらすことはできないとして、この主張を認めなかった。確かに、最高裁は、第三原則により時効の起算点の任意選択を認めないが、他方で、第四原則により時効完成後の再度の時効進行を認める。これは、時効の起算点の任意の選択を認めない第三原則とは区別されるから、このこととの関係が問題となる。

第四原則と本件との違いは、第四原則では、第三者が得た権利が所有権であり、したがって時効取得者は第三者の移転登記によりもはや自己の所有権移転登記ができないのに対し、本件では第三者の得た権利が抵当権であり、したがって時効取得者は自己の所有権移転登記を備えることができ、本件では、現にそれを完了している点である。最高裁は、時効完成後の時効の再進行を否定する理由として、時効取得者が登記を備えて「確定的に」所有権を取得したことをあげ、最高裁は、この点で新しい判断を示したことになる。しかしながら、これによると、時効によって所有権を取得し移転登記を備えてしまうと、いかに長く目的不動産の占有を継続しても、もはや二度と時効取得を主張できなくなる。この点で、自己の物の時効取得を認めるとする判例理論や第三取得者に民法397条の適用を認める判例と矛盾するのではないだろうか。やはり原審のように、時効完成後、目的不動産につき第三者が登記をした場合には、その登記の時から再度時効が進行するというのが、第四原則と調和するのではないだろうか。

(7) また本件では、さらに別の問題が生ずる。すなわち、時効完成後、設定・登記された抵当権が、その後、譲渡され、その付記登記がなされている点である。本来、昭和37年2月17日を起算点とする時効取得は、この登記された抵当権譲渡にも第二原則により対抗できないことになるはずであるが[26]、他方で、抵当権設定登記日(昭和58年12月13日)を起算点とする時効との関係では、抵当権譲渡の付記登記が時効完成前になされており、第一原則によると時効取得者は時効取得を登記なしに対抗でき、あるいは判例により抵当権が消滅すると考えられ

るからである。

この点に関し、原審は、抵当権の譲受人であるYは、昭和58年12月13日に新たに進行した時効の効果を当然に受けると考えたようであり、この点をとくに問題とすることなく、Yに対し抵当権登記の抹消を命じた。しかし、第四原則を確立した判決は、次のようにいう[27]すなわち、「時効による権利の取得の有無を考察するにあたっては、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って、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によつて登記がなされたかが問題となるのである。されば、時効が完成しても、その登記がなければ、その後に登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗しえないのに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくとも時効取得をもつてこれに対抗しうる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る」というのである。そもそも第四原則は、第三原則との間に矛盾を含むのであって、第四原則は、今、みたように「登記による時効の再進行[28]」を認めているに等しい。結局、第三者に対する関係を考慮する第四原則を徹底すれば、時効取得に対抗し得る登記を備えた物権変動のうち、最後の登記の時点からさらに時効が進行することになるのではないだろうか。本件でいえば、Xは、昭和37年2月17日を起算点とする時効取得に関し、時効完成後になされたYの抵当権譲受けに対抗できず、第四原則によればYの付記登記の時点からさらにXの取得時効が進行することになると考えられる。

そうだとすれば、Xの時効は、Yが抵当権譲受けの付記登記をした平成9年3月26日に再度進行を始めたとみることができ、この時効は、(本件訴え提起日等が不明であるものの)明らかに期間が満了していないから、Xの時効取得は認められないことになる。

(8)以上、従来、確立していた判例理論を前提として、本判決の位置づけを検討したが、本判決は、従来の、自己の物に対する時効取得を認める判例、及び時効完成後、第三者が登記をしたことによる時効の再進行を認める判例と矛盾するものと考えられる。そして、この考え方によれば、本判決の結論と同様に抵当権登記の抹消請求は認められないこととなるが、その理由付けは、Yの付記登記の時から進行した時効が完成していないとすべきであることになる。

注

[1]執筆時点で公表されているインターネット上の判決速報、及び裁判所時報1350号10頁では、第1審判決、第2審判決、及び上告理由の記載がなく、最高裁の判決文のみが記されているので、Xが本件土地を占有するに至った経緯や第1審判決の訴訟提起日など、事実関係について詳細が不明である。

[2]最近の論稿として、松久三四彦「取得時効と登記」鎌田薫ほか編『新・不動産登記講座2巻総論』(平成9年・日本評論社)123頁以下、同「民法162条・163条(取得時効)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年』(平成10年・有斐閣)305頁以下、とくに337頁以下、滝沢幸代「取得時効と登記・再論」成城64号5頁以下(平成13年)加藤雅信「法律行為の取消し・時効・相続と登記 - 登記原因となる物権変動制限説への回帰と虚偽表示論」法教265号88頁以下、とくに91頁以下(平成14年)(同『新民法大系 物権法』(平成15年・有斐閣)147頁以下所収)がある。詳しくは、これらの文献と、これらに引用される文献を参照願いたい。なお、本稿では、紙幅の関係で、参考文献の引用を大幅に割愛し、最小限度にどめざるを得ない。

[3]以下の記述につき、松久・前掲注(2)「取得時効と登記」127頁以下参照。なお、松久・前掲注(2)「162条・163条」337頁以下では、第一原則として、いわゆる「時効の当事者」という考え方に関する「時効取得者は時効完成時の目的不動産の所有者に登記なしに時効取得を主張できる」を第一原則として掲げ、大判大正7年3月2日民録24輯423頁を引用するが、ここでは、第三者との関係に焦点をあてる。

[4]大判大正7年3月2日・前掲注(3)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。

[5]最判昭和42年7月21日民集21巻6号1653頁。

[6]大連判大正14年7月8日民集4巻412頁(未登記不動産の取得時効)最判昭和33年8月28日民集12巻12号1936頁、最判昭和35年7月27日民集14巻10号1871頁、最判昭和48年10月5日民集27巻9号1110頁。

[7]大判昭和14年7月19日民集18巻856頁、最判昭和35年7月27日・前掲注(6)。

[8]最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁。

[9]大判昭和9年5月28日民集13巻857頁、最判昭和42年7月21日・前掲注(5)。

最判昭和44年12月18日民集23巻12号2467頁。

[10]「抵当権と時効」の問題に関する論点の一般的列举として、草野元己「抵当権と時効」玉田弘毅先生古稀記念論文集編集代表人編『現代民法学の諸問題』(平成10年・信山社出版)46頁参照。この問題については、さらに清水誠「抵当権の消滅と時効制度との関連について」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(昭和57年・東京大学出版会)165頁以下、鈴木直哉「抵当権と時効制度」田山輝明ほか編集代表『民法学の新たな展開 高島平蔵教授古稀記念』(平成5年・成文堂)293頁以下参照。これらの3論文が、この問題に関して極めて示唆に富む。

[11]星野英一『民法概論 (物権・担保物権)』(昭和51年(合本)・良書普及会)293頁など。

[12]我妻栄『新訂担保物権法』(昭和43年・岩波書店)423頁など。

[13]学説では、時効取得が原始取得であるとするのが通説であるが、そもそも時効取得を承継取得すべきだとする少数説もある(古くは、岡村玄治「時効取得と即時取得は果して原始取得か」新報62巻2号1頁以下(昭和30年)。また、川島武宜編『注釈民法(5)』(昭和42年・有斐閣)235頁以下(安達三季生執筆)など)。

[14]最判昭和43年12月24日民集22巻13号3366頁。この事例では、時効取得者の抵当権に関する主観が争点となっている。

[15]星野・前掲注(11)293頁など。

[16]来栖三郎「判批」『判例民事法昭和15年度』(昭和17年・有斐閣)302頁以下(76事件)。我妻・前掲注(12)421頁以下、川井健『担保物権法』(昭和50年・青林書院新社)140頁、近江幸治『担保物権法(新版補正版)』(平成10年・弘文堂)239頁など。

[17]柚木馨=高木多喜男『担保物権法(第3版)』(昭和57年・有斐閣)421頁以下など。

[18]大判昭和15年8月12日民集19巻1338頁。

[19]最判昭和43年12月24日・前掲注(14)。

[20]星野・前掲注(11)293頁など。

[21]道垣内弘人『担保物権法』(平成2年・三省堂)186頁など。なお、内田貴『民法 債権総論・担保物権』(平成8年・東京大学出版会)426頁は、「抵当権が登記されている限り善意無過失ということはありえないと思われる」としながら、同様の結論を採る。

[22]柚木馨=高木多喜男編『新版注釈民法(9)物権(4)』(平成10年・有斐閣)659頁参照(柚木馨=小脇一海執筆)など。

[23]大判大正9年7月16日民録26輯1108頁。

[24]最判昭和43年12月24日・前掲注(14)。この判決は、大判大正9年7月16日・前掲注(23)を変更したものとは解されない(横山長「判批」曹時21巻7号1522頁(昭和44年))。これにより、問題は、いかなる場合に抵当権の存在を容認した占有といえるのかに移る。この問題については、同・1522頁以下参照。

[25]以上に関し、藤部富美男「時効取得による登記の方法」登研574号4頁以下(平成7年)。

[26]我妻栄=有泉亨ほか『判例コンメンタール 担保物権法』(昭和43年・コンメンタール刊行会)516頁(清水誠執筆)。

[27]最判昭和36年7月20日・前掲注(8)。

[28]これは登記による時効の中断効とは異なる。最判昭和36年7月20日・前掲注(8)1905頁は、登記の中断効を認めた原判決を失当という。ただ、この判決は十分な理由づけを述べていない。

(平成16年1月31日)

著者：金沢大学法学部教授 尾島茂樹