

民法三九六条及び同法三九七条に関する序論的考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2012-05-16 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 田中, 克志 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00006625

民法三九六条及び同法三九七条に関する序論的考察

田 中 克 志

I はじめに

民法物権編の第一〇章第三節には「抵当権の消滅」との表題のもと三九六条から三九八条まで三ヶ条の条文がおか
れている。

このうち民法三九六条では、「抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、
時効によって消滅しない」と定め、これに続く民法三九七条では、「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」と定めている。

ところが、民法三九六条及び同法三九七条は、いずれも時効と抵当権の消滅に関する条項であるが、それぞれの条
項の趣旨や射程、あるいは両条項の関係など必ずしも明解ではない。裁判例は少ないが、学説については意外と込み
入った状況にある。とはいえ判例・学説を大きく整理するところなる。

まずは、判例・通説である。これによると、抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、その担保する債権と同時になければ、時効によって消滅しない(民法三九六条)。しかし、債務者又は抵当権設定者以外の者に対しては、消滅時効に関する一般原則(民法一九六条二項)により、その担保する債権とは離れて消滅時効にかかり消滅する。もつとも、民法三九六条は、抵当権はその担保する債権に「従たる権利」であるから、当然の事理を定めたものであると解するか、抵当権とその担保する債権は「別の権利」であるから、その例外を定めたものであると解するか、見解は分かれている。

ついで、民法三九七条は、抵当不動産の所有権を時効取得する結果として抵当権が消滅することを定めるものであるから、債務者又は抵当権設定者以外の者といっても抵当不動産の第三取得者には適用がない。第三者取得者にとつて、抵当権自体の消滅というのは、民法一六七条二項の消滅時効によることとなる。

この判例・通説に対しては、大きく異なる説が有力(以下、有力説という。)に主張されてきた。それは、まず、民法三九六条は、抵当不動産が債務者又は抵当権設定者のもとにある場合における抵当権に係る消滅時効を定めたもので、消滅時効に関する一般規定(一六七条二項)は適用されない。他方、民法三九七条は、抵当不動産の所有権を取得した者(第三取得者)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に抵当権が担保される債権とは別に消滅することを定めており、これは一種の消滅時効である。

この有力説の提唱者として一般に引用されるのは、当時東京帝国大学助教であった来栖三郎が民法三九七条に関連する昭和十五年八月一二日の大審院判決(民集一九卷一三三八頁)と民法三九六条に関連する同年一月二六日の大審院判決(民集一九卷二一〇〇頁)に関して執筆したコンパクトな判例評釈である¹⁾。来栖の、判決理論に対する批

判的見解は、その論拠を、主として民法三九六条及び同法三九七条の沿革に求めたのであった。

この有力説に対しては、通説的見解を代表する我妻栄が、「主として、旧民法（債担二九五条―二九七条）の規定及びその範となったフランス民法（二一八〇条）からの沿革に即して構成されるものであるだけでなく、民法の体系としても合理性があることを理解しうる。すなわち民法は、制限物権の客体について第三者の一定の占有状態が継続する結果としてその制限物権が消滅することを消滅時効の一態様と考えたと推測されることからである（民法二八九、二九〇条）」とむしろ高い評価をしていた。しかし、我妻は、「その簡明さと必ずしも不当な結果ともならない」ことを理由に判例理論に従うとしたのである²⁾。

それにしては何故かかる高い評価を受けた有力説が通説的地位を占めなかつたのであろうか、疑問を持つとともに、その理由に対して強い関心を持った。ところが、最近刊行された担保物権法の教科書・体系書の類では、有力説に組み入るものが多いのではないかと思われる³⁾。とはいえ、対象となる民法三九六条及び同法三九七条は、関連判例も数えるほどしかなく、法教科書・体系書にあつても、そう大きなスペースを割いて論じられてはいない、いわばマイナーな条項である⁴⁾。しかし、各条項の沿革に即して構成された有力説に魅力を感じるとともに、その観点から、先行研究もあるが⁵⁾、右の疑問を晴らすべく研究に着手した。

そこで、本稿の課題は、民法三九六条及び同法三九七条の意義・趣旨に関し、その沿革を離れて構成された所説が通説的地位を占めるにいたつた原因・理由を、右の条項の立法的経緯、それを受けての学説形成を考察するなかで、明らかにすることである。

- (1) 来栖三郎・判民昭和一五年度七六事件及び一一七事件
- (2) 我妻栄『新訂 民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、昭和四〇年) 四八二頁
- (3) 道垣内弘人『担保物権法』(三省堂、平成二二年) 一八五頁、内田 貴『民法Ⅲ「第三版」』(東京大学出版会、平成一六年) 四七四頁、高橋眞『担保物権法』(成文堂、平成一九年) 二七三頁など
- (4) 清水誠・後掲論文一八九頁は、「いうまでもなく、抵当権およびそれを手段として行われる信用取引は今日ではかなりスピーディなものとなっている。長期信用取引においても、その事情は変わるものではない。すなわち、長期信用の場合にも、信用の授与期間が長いということはあっても、取引当事者の間で時効期間の経過を徒然として待つというようなことは考えられない。その意味では、本稿のテーマ自体があまり現実味をもたず、重要性を認められないことに、大いに気遣いを感じている。」と心情を述べておられる。
- (5) 遠藤浩「取得時効における占有の態様」私法学の新たな展開(有斐閣、昭和五〇年) 一五九頁以下、清水誠「抵当権の消滅と時効制度との関連について」民法学の歴史と展開(東京大学出版会、昭和五七年) 一六五頁以下、鈴木直哉「抵当権と時効制度」民法学の新たな展開(成文堂、平成五年) 二九三頁以下、草野元己「抵当権と時効」現代民法学の諸課題(信山社、平成一〇年) 四五頁以下

II 民法三九六条・三九七条等の立法経緯

判例理論に批判的な見解を提示した来栖三郎とこの見解に与した有泉亨が、その論拠としたのは主として民法三九六条・同法三九七条等の沿革である。そこで、これら立法の経緯を考察する。

現行の民法三九六条及び同法三九七条は、旧民法債権担保編二九五条・二九六条・二九七条に由来し、フランス民

法二一八〇条まで遡る。また、民法三九六条と関わりの深い民法一六七条二項は、旧民法証拠編一五〇条及び一五五
条に由来する。他方、民法三九七条と類似の法文をもつ地役権の時効消滅を定める民法二八九条は、旧民法財産編二
八七条二項に由来する。

一 民法三九六条及び同法三九七条の立法経緯

フランス法二一八〇条⁶をその起源とする旧民法債権担保編の第五章「抵当」第七節「抵当の消滅」には、抵当の消滅事由の一つとして「時効」(二九二条第三)が規定され、これを受け二九五条から二九八条に詳細な規定がある。

1 旧民法債権担保編二九五条・二九六条・二九七条

抵当の時効に関する条項は、フランス民法二一八〇条と同じく、不動産が債務者の資産中に存する場合(二九五条)と不動産が第三者(その取得者・承継人)の資産中に存する場合(二九六条・二九七条)に分けて、規定されている。

まず、現行民法三九六条が由来する旧民法債権担保編二九五条「抵当ノ時効ハ不動産力債務者ノ資産中ニ存スル場合ニ於テハ債権ノ時効ト同時ニ非サレハ成就セス」

右ノ場合ニ於テ債権ニ関シ時効ノ進行ヲ中断スル行為及ヒ之ヲ停止スル原因ハ抵当ニ関シテ同一ノ効力ヲ生ス⁷」である。

この二九五条一項には、抵当自体に関する時効規則が定められていない。井上操(以下、井上⁸)によれば、抵当と主たる債権には二九二条一項が定める「従ハ主ニ従フトノ原則」が適用され、「同一ノ人ニ対シ其債権ノミカ時

効ニ罹リテ抵当権ノミ存在シ又ハ抵当権ノミカ時効ニ罹リテ債権ノミカ独り存在スルコトハ到底解スルコトヲ得レハナリ。したがって、抵当の時効は主たる債権の時効と同時になければ成就しない。

本条における抵当の時効は、「全ク第二百九十二条第一号ノ規定ヲ再記シタル即チ免責時効ノ結果ト云ハサル可ラス」と。

つぎに、現行民法三九七条は、旧民法債権担保編二九六条と同二九七条とが修正のうえ統合されたものであるが、

二九六条「抵当不動産ノ所有者タル債務者カ其不動産ヲ譲渡シテ取得者又ハ其承継人カ之ヲ占有スルトキハ登記シタル抵当ハ抵当上ノ訴訟ヨリ生スル妨碍ナキニ於テハ取得者カ其取得ヲ登記シタル日ヨリ起算シ三十个年ノ時効ニ因リテノミ消滅ス但債権カ免責時効ニ因リテ其前ニ消滅スヘキ場合ヲ妨ケス」

二九七条「真ノ所有者ニ非サル者カ不動産ヲ譲渡シタルトキハ占有者ハ其善意ナルト惡意ナルトニ從ヒ所有者ニ対シテ時効ヲ得ル為メニ必要ナル時間ノ経過ニ因リ抵当債権者ニ対シテ時効ヲ取得ス無権原ニテ不動産ヲ占有スル者ニ付テモ亦同シ」

この兩条では、抵当不動産が第三者の占有に属する場合をさらに(a)抵当不動産を真の所有者から譲り受けた場合と(b)真の所有者でない者から譲り受けた場合とに分けている。

まず(a)の抵当不動産を真の所有者から譲り受けた場合、抵当不動産の譲受人は、その所有権を債務者である所有者から取得しているから別に時効によってこれを取得する理由はない。そこで、第三取得者が取得すべきはその不動産の「支分権」、すなわち抵当権である。井上はこのように注釈している。⁹⁾ そうすると、二九六条における時効は「一ノ取得時効」である。そして、この抵当権の時効取得に係る期間が三〇年と定めてあるが、これは、井上によれば、¹⁰⁾ 抵

当不動産を取得する者は登記により抵当権の存在を知ることができるため、抵当権の存在については「常ニ悪意ノ占有者ト看做」しているからである。

抵当権の時効取得のみが問題となる二九六条と比べ、(b)の真の所有者でない者から抵当不動産を譲り受けた場合には、「頗フル其効果ヲ異ニス」。占有者である第三取得者が「其不動産ニ付キ完全ナル所有權ヲ取得セントスルニハ」、①所有者に対して所有権の時効取得と②抵当債権者に対して抵当権の時効取得という複雑な問題が生じるが、その関連に関して、「本条ノ規定甚タ明確」でない。

この関連について、井上はつぎのようにまとめている¹²⁾。まず、抵当権の存在について占有者が善意であるが、所有権について所有者が中断行為をなし、又は停止の原因があるときには、抵当権のみ時効が成就する。これとは反対に、占有者が所有権について善意であるが、抵当権の存在については悪意であるとか、抵当債権者が時効の進行中に中断をし、又は停止の原因を有するときは、抵当債権者はその所有権については時効が成就したものの抵当権についてはなおこれを主張できる。

したがって、抵当権の時効について、前者の場合、一五年の経過が、後者の場合、三〇年の経過が必要となる。

2 法典調査会などでの修正

旧民法債権担保編二九五条は、法典調査会では提出案三九一条「抵当権ハ債務者及ヒ抵当権設定者ニ対シテハ債権ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅セス」となっている。

梅謙次郎（以下、梅という。）の説明によると変更点は二点ある¹³⁾。一つは、旧民法債権担保編二九五条では、フランス民法等に倣って「不動産ガ債務者ノ資産中ニ存スル場合ニ於テ」となっているのを、「債務者ナラザル者ガ抵当権ヲ

設定シタ場合ハ是レデハ籠リマセヌ」ということで、「債務者及ヒ抵当権設定者ニ対シテ」と「文字ニ修正ヲ加ヘタ」ことである。もう一つは、同二九五条二項を「総則ニ時効ノ規定ガアリマスカラ・・・明文ヲ要サヌコトト考ヘ」削除したことである。

他方、旧民法債権担保編二九六条と同二九七条は、法典調査会への提出案三九二条では、「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備シタル占有ヲ為ストキハ抵当権ハ之ニ因リテ消滅ス」となった。

旧民法債権担保編二九六条と同二九七条では、占有者が所有者から不動産を譲り受けた場合と所有者でない者から譲り受けた場合とが区別されて規定されていたが、この区別を廃止したのである。

梅は、その理由をつぎのように述べている。¹⁴ 抵当権の時効に関して、二九六条では三〇年、二九七条では普通の取得時効の規則を適用することになってるので一五年で時効にかかるが、これは「若シ此ニツノ間ニ区別ヲスルナラバ寧ロ反対デナケレバラナスト思フ」。すなわち、「所有者カラ譲受ケタモノデアルナラバ是レハ他人ノ物ヲ譲受ケタノデハナイ所有者カラ其所有物ヲ譲受ケタノデアルカラ夫レハ特別ノ保護ヲ受ケルト云フコトニナルカモ知ラヌガ第二ノ場合ハ所有者デナイ者ガ自分ノ過失デアツタカ何ンデアツタカ知リマセヌガ所有者ト見誤ツテ買受ケタ者ガ却テ余計ニ保護セラルル理由ハナイ」こと、また、地役権に係る財産編二八七条二項の規定と「権衡ヲ得ナイ」。すなわち地役権については、「承益地ノ所有者カラ土地ヲ買受ケタ者デアツテモ例令地役権ノアルコトヲ知ラヌデ買受ケタ場合デアアルナラバ矢張り十五年ノ時効デ以テ地役権ハ消滅スルト云フコトニナツテ居ル」。そこで、この区別をなくし取得時効の規定に従って、不動産を取得した者が抵当権の存在を知らないで取得した場合には一〇年、これに反して抵当権

の存在を知っていた場合には二〇年とした方がよいということ、「既成法典ヲ改メ」たことである。

つぎに、二九六条二項の規定が「書イテ置カヌデモ宜イト思ヒマスカラ」という理由で削られている。さらに、旧民法債権担保編二九八条は、これが「取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備シタル占有ヲ為ス」ということを三九二条において規定した以上は、「総テ其取得時効ノ規則ニ依ラナケレバナラヌト云フコトハ此中ニ自ラ含マレテ居ルト思フ夫レデスク管々敷書クノ必要ハナイト思ヒマシタカラ削」つている。

ただ、梅が「寧ロ反対デナケレバラナムト思フ」と述べた抵当権の時効に係る期間の理解は、井上の観点と異なっている。井上の注釈では、抵当不動産を取得する者は登記により抵当権の存在を知ることができるため、抵当権の存在については「常ニ悪意ノ占有者ト看做」しているから三〇年の経過を要するものとしたのであるが、梅は、この点については言及しないで、「他人ノ物ヲ譲受ケタノデハナイ所有者カラ其所有物ヲ譲受ケタノデアルカラ夫レハ特別ノ保護ヲ受ケルト云フコトニナルカモ知ラヌ」とし、他方、二九七条に関しては、一五年の時効期間に対して、「所有者ト見誤ツテ買受ケタ者方却テ余計ニ保護セラルル理由ハナイ」とするが、この場合には、時効の期間は三〇年であると解される（旧民法証拠編一四〇条一項）。

いずれにしても、梅が抵当権の時効に関する期間の規定と「権衡ヲ得ナイ」と指摘した地役権の時効による消滅を規定した旧民法財産編二八七条二項の民法二八九条への経緯と、旧民法には抵当権の時効による消滅に関する規定である二九五条乃至二九七条のほかに一般的・原則的規定がなかったことから、民法一六七条二項が新たに誕生した経緯について、考察を進める必要がある。

二 民法一六七条二項・同法二八九の立法経緯

1 民法一六七条二項の立法経緯

民法三九六条・三九七条が由来する旧民法債権担保編二九五条乃至二九七条は、債権担保編第二章第五節第七節「抵当ノ消滅」に係る規定であるが、所有権の除く他の物権に関しても、抵当権と同様に消滅に係る特別な規定が設けられている。用益権に関する財産編第九九条、占有権に関する同編二二三条、地役権に関する同編二八七条など、質権に関する債権担保編一一四条、先取特権に関する同編一九一条である。しかし、これ以外の物権については明文がなければ疑義がでるし、特別の規定もごく少ない。他方、義務に関しては、証拠編第二部時効第七章「免責時効」に規定がおかれているが、他の権利の消滅については関知しないようにもみえる。そこで、法典調査会には、「消滅時効ニ関スル一般ノ規定ヲ設ケマシテ特別ノ規定アルモノ丈ケハ夫々ノ權利ニ付テ特ニ規定スルトシテ其他ハ總テ此処ニ規定シテアル所ニ依ルト定メタ」として、一六八条「財産権ハ所有権ヲ除ク外特別ノ規定ナキトキハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」が提案された¹⁶⁾。これが民法一六七条二項の淵源である。

もつとも、この一六八条には箕作麟祥から提出された修正案が採択され、「所有権以外ノ財産権ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス」となった。修正案の理由は、「原則デモ之レ寔ニ要ラヌコトデ特別ノ規定ガアレバ夫レニ從ウト云フコトハ言フヲ俟タヌト思ヒマスカラスカル疑ヒノ生ジ易イ語ハ断然ト削ル方ガ宜カラウト思ヒマス」。今ひとつは、『所有権ヲ除ク外財産権ハ』ト云フヤウニハ往クマイト思ヒマス」ということであつた。

この規定は、民法一六七条として、明治二九年の第九回帝國議會衆議院に提出されたが、これが修正を受け、現行

の二項立ての現行民法一六七条となつた。

その審議のなかで、¹⁸⁾ 抵当が「所有権以外の財産権」に入るのかどうか、に關して興味あるやり取りがなされている。明治二九年三月五日の衆議院民法中修正案委員会では、二〇年の期間短縮をめぐる議論が活発になされたが、そのなかで、梅が「若シ貸金ニ就イテ是デ長過ギルト云フコトデアルナラバ、債權丈ニ就イテ短クサレルト云フコトハ、多少ノ理由アルコト、認めマス、ケレドモ物權ナドニ就イテマデモ、之ヲ十年トサレルコトハ余程御考ヲ願ヒタイコトデ」などと自重を促している。

そのさい、山田泰造委員が「現今ノ例デ所謂質地等ヲ占有シテ居ルモノガアル、斯ウ云フノハ、此中ニ包含サレルノデアリマスカ、ドウ云フ意味デアリマスカ」と質問したところ、政府委員の梅は、「債權ヲ行使シマセヌケレハ、唯質物ヲ持ツテ居リマシテモ、其タメニ債權ノ時効ヲ別ニ中断スルトカ、停止スルトカ云フコトハナイ積リデアリマス、従ツテ其債權ガ消滅シテ仕舞ヘバ、質權モ共ニ消滅スル積リデアリマス」と回答したが、これに對して、「サウスルト抵当ノ如キハ・・・」と山田委員がさらに質問すると、「抵当ノ如キモ矢張り債權ヲ行使シマセヌト、債權ニ従タル權利デアリマスカラ消滅シマス」と回答して、このやり取りは終わっている。

梅は、後述するように、明治二九年発刊の『民法要義 卷ノ二物權』では、「所有権以外の財産権」（民法一六七条二項）には抵当権を含まないことを明言していることに鑑みると、質や抵当が包含されないことを前提に、右のごとき説明をしたのではないかと推測される。

2 民法二八九条の立法経緯

財産編第一節物権第五章「地役」の第二節第四款「地役ノ消滅」には二八七条一項において地役に関する六個の消滅原因が規定され、その他に、同条二項に、「第三者カ地役アルコトヲ知ラスシテ承役地ヲ占有シ其占有ニ不動産所有權ノ取得ニ関スル時効ニ必要ナル条件ヲ具備スルトキハ地役ハ消滅シタリト推定ヲ受ク」との規定があった。

これが法典調査会では二九〇条「第百六十三条ノ規定ニ依リ承役地ノ所有權ヲ取得シタル者カ其占有ノ始過失ナクシテ地役權アルコトヲ知ラサリシトキハ地役權ハ消滅ス」として提案されている。

財産編二八七条二項の文言からみると相当修正がなされたように思えるが、梅によれば、本条は、財産編二八七条二項の「地役ハ消滅シタリト推定ヲ受ク」を「地役權ハ消滅ス」と、「文字ノ修正」をしただけとのことである。

もっとも、この提案に対しては、二人の委員からそれぞれ異なった立場からの削除案がだされている。

とくに磯部四郎委員の削除理由は、「所有權スラ経時効ニ依テ取得致シマス以上ハ其占有中自ラ認知シテ居ル他人ノ物權ハ兎ニ角認知シテ居ラヌ物權ハ所有權ニ悉ク吸集セラレテ仕舞ツテ完全ノ所有權ヲ得ルコトデアラウト思フ然ウスレバ殊更ニ地役權ハ消滅スルト云フコトヲ此処ニ掲ゲテ置く必要ハナカロウト思ヒマス」というものであった。²⁰⁾

この削除説に反対して、梅は、地上權・永小作權は、消滅時効により消滅することはできることになっているが、「地上權永小作權ノ如キモノデアルト随分大キイ權利強イ權利場合ニ依テハ所有權ヨリハ価ノ大イナル權利然ウ云フ權利デアツテ見ルト其残ツテ居ル少ナイ權利ガ消滅スルト同時ニ然ウ云フモノモ消滅スルト云フノハドウデアロウカ」、したがって、「地役ト云フモノハ權利トシテ持テ居ルノヤラ只懸意同士デ格別コチラニ害モナイカラ黙許シテ置クト云フノガ曖昧ノ權利デアアルシ今一ツニハ永小作權ト云フモノハ地役權ニ比ヘテ見レバ輕イノデアアルカラ容易ニ消滅サセテ

モ其程不都合ハナカロウ」と。

他方、箕作の「是レハ矢張り消滅時効ト言ツテ宜シイノデアリマスカ」との質問に答えて、「占有ト云フトコトガ所有権即チ取得時効デアラウ併シ此処デハ地役ガクツ付テ居リマスカラ地役ヲ除イタ所有権デアアル兎ニ角取得権ト云フモノヲ得ル夫レト同時ニ地役其者ハ時効ニ依テ消滅スルカラ是レハ一種ノ消滅時効デアアル前ノ総則ノ消滅時効ト云フノハ其権利ヲ主張シナケレバ消滅シマセヌガ此処ノ場合ハ占有ト云フ一ツノ条件ニ依テ消滅スルノデアリマス」と。さらに、田部芳委員の「甲ノ土地ニ付テ乙ガ地役権ヲ持テ居ル甲ノ土地ヲ丙ガ占有シテ居ル甲ハ眠ツテ居ツタ乙ト云フ地役権者ハ行ナツテ居ツタ然ウ云フ時ハ所有者ガ変ル丈ケノ話デ取得時効ニ依テ其土地ニ矢張り地役権ハクツ付テ居ルノデアリマスカ」との質問に、「左様デアリマス」と答えているのである。²⁴⁾ 地役権の消滅を承役地の所有権を時効取得する反射的效果として理解する磯部の考えを否定しているのである。

3 小括

立法の経緯に関する考察の結果、つぎのように整理することができる。

(1) 旧民法では、抵当権の時効に関わる規定は、債権担保編第二九二条第三、第二九五条乃至二九八条であり、現行民法一六七条二項にあたる債権以外の財産権の消滅時効に関する一般的規定はなかった。

(2) 現行民法一六七条二項は、現行民法の編纂にさいして新しく設けられたものであるが、その法典調査会での審議においては、「債権又は所有権以外の財産権」に関する消滅時効の一般原則であるが、特別規定があればこれに従うことは当然のことと理解されていた。したがって、民法三九七条は抵当権に係る特別規定であるから、抵当権に係る時効消滅はもっぱら民法三九七条が規律するところであり、抵当権には民法一六七条二項は適用されない。

(3) 現行民法三九七条の立法経緯に鑑みると「債務者又は抵当権設定者でない者」とは、もっぱら抵当不動産の譲り受けた者、すなわち抵当不動産の第三取得者を意味するものであること、他方、民法三九六条にあっては、「債務者及び抵当権設定者」にのみ係る規定であつて、反対解釈として、抵当不動産の第三取得者に適用されるとは解されないことになる。

(4) 民法三九六及び民法三九七条は、いずれも抵当権の消滅時効に係る規定である。

(6) フランス民法二一八〇条は、つぎのように規定する。

先取特権及抵当権ハ次ノ原因ニ因リテ消滅ス

一 主タル債務ノ消滅

二 債権者ノ抵当権ノ抛棄

三 第三取得者ガ其ノ取得セル財産ヲ滌除スル為ニ法定ノ方式及条件ヲ履踐セルトキ

四 時効

時効ハ、債務者ノ手ニ存スル財産ニ付テハ、抵当権又ハ先取特権ヲ発生セシメタル主タル債権ニ付定メラレタル期間ノ経過ニ因リテ債務者ノ為ニ完成ス

第三取得者ノ手ニ存スル財産ニ付イテハ、抵当権又ハ先取特権ノ時効ハ、第三取得者ガ所有権ヲ取得スベキ時効期間ノ経過ニ因リテ第三取得者ノ為ニ完成ス

時効ガ権利証書ニ基ク場合ニ於テハ、其ノ権利証書ガ登記簿ニ登記サレタ日ヨリ時効ハ進行ス

(第四項省略)

(7) 旧民法債権担保編は、総則、第一部 对人担保、第二部 物上担保の三部編成であり、第二部が、第一章 留置権、第二章 留置権、第三章 不動産質、第四章 先取特権、第五章 抵当の五章構成である。

(8) 井上操『民法「明治23年」詳解 債権担保編之部 下巻』(平成一四年、信山社) 七四二頁〜七四二頁。なお、旧民法は、ボアソナード起草の草案に基づくものであるから、債権担保権二九五条〜二九七条の趣旨等については、『ボアソナード氏起稿再閲修正問法草案注釈第四編』を参照する必要がある。もともと、草野・前掲論文六二二頁は、「これらの草案ほとんど変更されず、旧民法債権担保編として立法化された。従って、再閲修正民法草案に対するボアソナードの前掲の注釈は、そのまま旧民法の抵当権の時効規定に関する立法理由といっても構わない」とされる。

(9) 井上・前掲書七四六頁

(10) 井上・前掲書七四五頁

(11) 井上・前掲書七四九頁

(12) 井上・前掲書七五一頁〜七五六頁

(13) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録二』(商事法務研究会、昭和五九年) 九六一頁

(14) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・九六二頁〜九六三頁

(15) 以下、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・九六三頁

(16) 梅謙次郎の提案理由である。参照、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録一』(商事法務研究会、昭和五八年復刻) 五二九頁

- (17) 提案者は箕作麟祥である。参照、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書一・五四三頁
- (18) 「衆議院民法中修正案委員会速記録明治二十九年三月五日(第五号)」広中俊雄『第九回帝國議会の民法審議』(有斐閣、昭和六一年)一四六頁～一四七頁
- (19) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・三二二頁
- (20) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・三一四頁
- (21) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・三一五頁
- (22) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・三一八頁
- (23) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・三二七頁
- (24) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書二・三二七頁～三二八頁

Ⅲ 民法三九六・同法三九七条等に関する学説の形成

一 立法者達の所説

現行民法では、「債権以外の財産権」の消滅時効を定めた一般規定である民法一九六条二項が新しく設けられたため、民法三九六条と同法三九七条との関係のみならず、民法一九六条二項と同法三九六条との関係という要素が加わった。それゆえ、この両条の関係の捉え方が民法三九六条と同三九七条の関係を規定することになった。

そこで、まずは、立法に携わった梅謙次郎と富井政章の所説を考察する。

1 『民法要義』にみる梅謙次郎の所説

梅謙次郎（以下、梅という。）は、民法三九六条は債務者及び抵当権設定者のためにする時効に関するもの、つぎの民法三九七条は債務者又は抵当権設定者ではない者のためにする時効に関するもの、と両条を区別をする。²⁵

そのうえで、債務者及び抵当権設定者に対してはその担保する債権と同時になければ時効によって消滅しないと定める民法三九六条の立法趣旨に関し、「抵当権ハ債権ノ従タルモノニシテ之ヲ担保スルヲ以テ其目的トス然ルニ債務ノ弁済ヲ怠レル債務者又ハ其債権ヲ担保スル為メニ自ラ抵当権ヲ設定シタル者ハ例令抵当権者カ抵当権ヲ行使セサルニモセヨ苟モ債権カ時効ニ罹リテ消滅セサル間ハ之ニ対シテ其抵当権カ已ニ時効ニ因リテ消滅セリト主張スルコトヲ得サルハ殆ト普通ノ觀念ヨリ之ヲ考フルモ殆ト疑ヲ容レサル所ナリ」とする。ところが、債権は時効の中断がなされ時効が完成しないが、抵当権は早く不使用により消滅するということが稀ではないので本条の規定が必要である、とする。

他方、民法三九七条については、「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者ニ付テハ前条ニ述ヘタル理由ナキカ故ニ例令債権ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモ抵当権ノミ其者ノ為メニ消滅スルコトアルハ敢テ怪シムニ足ラズ」と、その趣旨を述べる。しかし、一般の消滅時効（民法一九七条二項）による消滅は認めていない。「元来抵当権ナルモノハ他ノ物権若クハ債権ト大ニ趣ヲ異ニスル」ことが理由である。

梅は、このことを具体例をもって説明している。抵当権設定者が債権の満期後に一〇年を経てその不動産を売却した場合、その買主が登記簿等により抵当の存在を知っていたとき、又はその後一〇年を経て抵当権者がその抵当権を行うことなく二〇年を経たとしても、その買主は、民法一九六条二項を持ち出して抵当権の消滅を主張する

ことはできない。というのは、民法三九六条の規定により抵当権設定者が抵当不動産を所有する間は抵当権については時効が進行していきとみるべきであるからである。しかし、「然リト雖モ若シ其買主ニシテ第百六十二条ノ条件ヲ具備スルトキハ其者ハ完全ナル所有権ヲ取得スヘキカ故ニ其結果トシテ抵当権モ亦消滅セサルコトヲ得ス」とする。さらに続けて「即チ買主力不動産ヲ買取ル際ニ当リ抵当権ノ存スルコトヲ知ラス且之ヲ知ラサルニ付毫モ過失ナキトキ……十年間其不動産ヲ占有スルニ因リテ抵当権ハ消滅スヘシ(以下略)」。したがって、第三取得者が抵当不動産を一定期間「占有」することによって抵当権が消滅するものとしているのである。

ところが、明治四四年発行の『訂正増補民法要義 物権編』^⑧では、とはいえ、抵当権も民法一六七条二条に定めた一般の消滅時効によつて消滅することを認めるに至っている。「元來抵当権ナルモノハ他ノ物権若クハ債権ト大ニ趣ヲ異ニスル」との記述は消え去り、債務者又は抵当権設定者については、「債権ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモ抵当権ノミ其者ノ為メニ消滅スルコトアルハ敢テ怪シムニ足ラス」というのであれば、債務者又は抵当権設定者でない者との関係では、「故ニ」となるのである。

しかも、説明のための具体例にあつても、明治二九年版では、抵当不動産の「買主」となつていたが(すなわち第三取得者であることを意味する)、明治四四版では、「第三者」と変更されている。変更の理由は判然としないが、民法三九八条が適用されるのは、梅自身が認めるように、債権について時効の中断又は停止があつて抵当権についてはこれがないといった「實際ニ於テハ稀ナルヘシ」。しかも、「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者」とは、抵当不動産の第三取得者が除かれるのである。

いずれの版にせよ、抵当権の消滅に関わつて民法二八九条を参照すべきことが書かれているので、つぎに民法二八

九条に関する注釈をみておきたい。

梅によれば²⁷⁾、地役権の消滅時効には二種類ある。一つは、民法一六七条二項が適用するところであり、他の一つが民法二八九条及び同法二九〇条の規定するものである。地役権は抵当権と異なり民法一六七条二項の適用を認めているが、これは、「大二趣ヲ異ニスル」のは抵当権のみであるからである。

地役権が消滅する所以についてつぎのように説明している。すなわち「地役権ハ素ト所有権ノ支分権ニシテ所有権ノ一部ナリト云フモ可ナリ故ニ承役地ノ占有者カ其土地ニ付キ完全ナル所有権ノ占有ヲ為ストキハ其中ニ地役権ト地役権ヲ除キタル残余ノ所有権トノ二ツヲ包含セルモノト謂フヘシ」。そこで、「承役地ノ占有者カ完全ナル所有権ニ付キ第六十二条件ノ要件ヲ具備スルトキハ之ニ因リテ完全ナル所有権ヲ取得スヘク從テ他人カ有セシ地役権ハ消滅ニ歸セサルコトヲ得ス」。

もつともこの民法三九七条の規定は地役権者にとっては「頗ル不利益ナル所」である。そこで、民法二九〇条において、地役権の行使を時効の中断とし、地役権の消滅を免れるようにしている。それは、「前条ニ定スル所ノ時効ハ取得時効ノ結果ナリト雖モ地役権ニ付テ之ヲ言ヘハ一ノ消滅時効」であるからとしている²⁸⁾。

2 『民法原論』にみる富井政章の所説

富井については、時代がかなり下がった大正一二年発行の『民法原論 第二巻物権』を参照する²⁹⁾。

抵当権の消滅時効（民法一六七条二項）については、主たる債権よりもその時効期間が長いことが常であるから、実際に時効の適用があることは稀とはいえ、これを認めている。

なお、「抵当権ハ債権ノ担保ヲ目的トスル從タル權利トシテ其担保スル債権ニ先チ单独ニ時効ニ罹ルコトナシ是其目

的及び当事者ノ意思ニ適合スルモノナリ然リト雖モ此從属關係ハ担保權ノ性質ヨリ当然生スル結果ニ非ストモ見ルコトヲ得ヘキ故ニ民法二ハ」三九六条のごとき「明文」を置いたとする。言い回しはともかく、梅と同旨である。

民法三九七条に関しては、もっぱら消滅時効に関する民法三九六条と対比し、抵当權が債務者又は抵当權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条件を具備した占有をなしたとき抵当權が消滅するのは、「是取得時効ハ權利ノ原始的取得方法タル結果ニ外ナラサルナリ」とする。しかし、この構成では、抵当不動産の譲渡を受けた第三取得者にあつたは、抵当不動産の取得時効が問題にならないため、説明がつかなくなる。それとも第三取得者は民法三九七条の適用から外すとするのか、明らかではない。

他方、民法二八九条に定めたる地役權が消滅することに関しては、⁽³⁰⁾「第三者カ地役權ノ存在ヲ知ラスシテ承役地ノ所有者ヨリ其土地ヲ讓受ケ又ハ其他ノ方法ニヨリ承役地ヲ占有シ時効取得ニ必要ナル期間問題ナク之ヲ占有シタルトキハ第一六二条ニ依リ承役地ノ完全所有權ヲ取得スルコト明カナリ從テ其結果トシテ当然地役權ヲ消滅セシム何トナレハ地役權ハ畢竟承役地所有權ノ制限ナレハナリ」と説明する。

三 その後の学説の状況

1 『民法理由』みる岡松参太郎の所説

梅謙次郎と富井政章の所説は、抵当權について、消滅時効の一般的規定である民法一六七条二項の適用を認めるなど、一部立法経緯と離れたところも見られるが、関連条項の立法経緯を忠実に踏まえているのが岡松参太郎の所説で

ある。明治三二年発行の『注釈民法理由物権編』によれば、民法三九七条及び同法三九八条の立法趣旨に關し、つぎのように注釈している。

まず、民法三九六条の注釈において、抵当権は物権であるから取得時効及び消滅時効にかかるが、不動産が債務者又は抵当権設定者の占有内にある場合と不動産が第三取得者の占有に歸した場合との二種類があるとし、同条は前者の場合について規定するものであること、そして、同条の「其主たる債務力消滅スルトキハ抵当モ亦消滅ニ歸シ債務ノ時効中断セラルレハ抵当權ノ時効モ亦中断セラル債務ノ時効ヲ停止スルノ原因ハ抵当權ノ時効ヲモ停止シ抵当權ニ對スル消滅時効ハ債權ノ消滅時効ト其運命ヲ共ニスルモノトス」規定内容に關し、「抵当權ノミ独り債務ニ先チ消滅スルコトナク又債務消滅シテ抵当權ノミ残留スルノ理由ナケレハナリ」と趣旨を説明する。

ついで、民法三九七条の注釈では、旧民法における債権担保編二九六条と二九七条の区分とそれの廃止を踏まえ、その理由について、「種々ノ區別ヲ設ケタレトモ是レ一モ理論ニ適合セス而カモ旧民法ハ抵当ハ所有權ノ取得時効ト同一ナル条件ヲ具備スルトキハ消滅ニ歸ス可キモノト為ス力故ニ所有權ノ時効ト抵当權ノ時効トハ民法典ニ於ケルカ如ク相分離シテ種々ノ混雜ヲ生スルノ虞アリ之ヲ以テ本法ハ全ク之ヲ變更シ第三取得者カ其不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキハ抵当權ハ之ニ因テ消滅ス可キモノトセリ」と述べる。そこで、不動産が第三者取得者の占有に歸したときは、「債權ノ時効ト抵当ノ時効トハ互ニ相獨立シ債權消滅シタルトキハ抵当權ハ之ト同時ニ消滅スレトモ抵当權ノ消滅シタルトキハ尚ホ債權ノ消滅セサル場合アルモノト為セリ」。

したがって、この場合における抵当権を消滅させる原因となる時効の性質は、時効が取得時効と同一の条件に従うことになっていることから、「旧民法ハ抵当ノ消滅時効ト明言セリト雖其作用カ消滅時効ニ類似スルニ過キス其性質ハ

明カニ取得時効ナルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ」とする。そして、「時効ニ因テ完全所有權ヲ取得スルノ結果ハ当然抵当權ヲ消滅ニ歸セシムルモノナレハナリ」と結んでいる。

この岡松の所説は、民法三九六条と債權又は所有權以外の財産權の消滅時効を規定する民法一六七条二項との關係及び承役地の時効取得による地役權の消滅を規定する民法二八九条との關係においても一貫している。

岡松によれば、消滅時効はすべての物權債權に適用されるのが原則であるが、例外として消滅時効にかからない物權債權もあるとしたうえで、その一つに担保物權をあげ、「担保權ハ其担保スル債權ト同時ニ非レハ消滅時効ニ罹ラス」とする⁽²²⁾。これを受け、民法一六七条二項所定の「債權又ハ所有權ニ非ル財産權」の「例外」に該当するものとして、地役權に係る二八九条と抵当權に係る三九六条と三九七条をあげている⁽²³⁾。

民法二八七条に係る注釈は簡単であるが、立法趣旨について、「第三者カ地役權ノ存在ヲ知レスシテ承役地ノ所有者ヨリ其土地ヲ讓受ケ又ハ其他ノ方法ニヨリ承役地ヲ占有シ取得時効ニ必要ナル期間問題ナク之ヲ占有シタルトキハ第一六二条ニ依リ承役地ノ完全所有權ヲ取得スルコト明カナリ從テ其結果トシテ当然地役權ヲ消滅セシム何トナレハ地役權ハ畢竟承役地所有權ノ制限ナレハナリ」とする⁽²⁴⁾。

2 『民法釈義』にみる中島玉吉の所説

岡松参太郎の所説に対立する代表な所説として、当時京都法科大学教授であった中島玉吉の所説を大正五年に発行された『民法釈義』をもとに考察する。

中島は、抵当權の消滅に關し定めた民法三九六条と同三九七条について、前者を抵当權の消滅時効に關する規定、他方後者を抵当不動産の取得時効に結果に關する規定として位置づける。

そして、民法三九六条は、消滅「時効ノ効力ニ制限ヲ加ヘタ」もの、すなわち、抵当権はその担保する債権に先だつて消滅時効により消滅するが、「唯リ債務者及ヒ抵当権設定者ニ対シテハ消滅セサルモノトナスニ在リ」。

その理由についてつぎのように説いている。抵当権は従たる権利であることは「之ヲ争フコトヲ得スト雖モ」、抵当権と債権とは「別個ノ権利ナルカ故」に、抵当権は主たる債務に先立ちて消滅時効にかからないという「此説誤レリ」とする。一方の債権に対する時効の中断が他のものに対する時効の中断となることはないので、債権については時効の中断がなされ時効が完成しないとしても抵当権については時効の中断がなく時効が完成するということはあり得るし、そうであるならば、右の説は「之ヲ維持スルコトヲ得ス」。しかしこの理論を貫くときは債務者及び抵当権設定者のごとき「債務弁済ノ義務アル者又ハ其担保ノ責アル者カ債権ノ未タ弁済セラレサルニ担保権ノ消滅ヲ援用シ得ル結果トナリ徳義ニ反スルコト大ナリ」であるからである。

右のごとき理由からは、債務者又は抵当権設定者以外の者、中島があげるのは、他の債権者、他の抵当権者、第三取得者などであるが、に対しては抵当権は被担保債権に先立ちて消滅時効にかかる。したがって、抵当権者は、抵当不動産を競売することができるが、「其売得金ヲ配当スルニ当リテハ他ノ債権者他ノ抵当権者ニ対シテ抵当権ヲ主張シテ優先権ヲ行フヲ得ス」。中島がいう抵当権の「相対的消滅」である。

抵当権の消滅時効は抵当債権の弁済期時から進行を開始し（民法一六六条）、時効期間は二〇年である（民法一六七条二項）。したがって、債権が弁済期が到来したのち債権については時々中断の手続きを取ったとしても抵当権について中断の手続きを取らないときには抵当権は被担保債権に先立って時効により消滅する。

他方、民法三九七条に關し、「取得時効」とか、「占有ヲ為シタルトキ」といった文言が、取得時効の結果を定めた

もの所以であることを指摘し、取得時効と消滅時効とは元来同一の制度の両面ではないが、取得時効の結果として当然これと相容れない他人の権利は消滅するとして、両者を混同する見解(名指しされているのは梅謙次郎『民法要義物権編』民法三九七条における解説)を批判する。

民法三九七条の内容は抵当権の消滅であるが、抵当権が消滅するのは、所有権の取得時効と抵当権とは両立しないからである。なるほど「本条ニハ単ニ取得時効トノミアリテ所有権ノ取得時効ナル文字ナシ、然レトモ抵当権ト両立スルヲ得サル権利ハ只所有権アルノミ」であるから、所有権の時効取得ということになる。こう解釈するのが「当然ノ事理ノミ」。

また、債務者又ハ抵当権設定者が抵当不動産について所有権を取得時効に必要な占有をなしても抵当権は消滅しない。それは、「債務弁済ノ義務アル者又ハ債務者ノ為メニ担保ヲ供シ其弁済ヲ確実ナラシム可キ者」が債務消滅の前に抵当権の消滅を主張するのは「善良ノ風俗ニ反スルカ故ナリ」。

もつとも、民法三九七条は、取得時効の結果として抵当権の消滅のみを定めたものであるから、所有権の取得時効それ自体に干渉しない。したがって、債務者又は抵当権設定者といえども民法一六二条の占有をなすときは抵当権の負担のついた所有権を取得することは妨げられない、とする。

この田島玉吉の所説とほぼ同様の見解をとるのが京都帝国大学教授であった石田文治郎である。その著書『担保物権法論上巻』³⁶⁾の叙述は、田島の著書『民法積義』の要約のごときである。注目すべきは、民法三九七条に関し、債務者又は抵当権を設定した者が抵当不動産につき取得時効によって所有権を取得することがあっても、抵当権が消滅しないと解されていることにある。その根拠として、「是等の者は其抵当不動産の上に抵当権の存することを知って占有

を為して居つた」ことをあげていることから、「債務者及び抵当権設定者以外の者と雖も抵当権の存在を認めていた場合には、たとひ取得時効が完成しても、其抵当権は消滅しないと解すべき」とする点である。

3 『担保物権法』にみる我妻栄の所説

田島玉吉は、一般の消滅時効（民法一六七条二項）と民法三九六条との関係に関し、抵当権は担保される債権とは別の権利であるがゆえ、抵当権といえども消滅時効につき民法一六七条二項が適用されるが、債務者及び抵当権設定者に対しては、「徳義ニ反スル」としてその適用を例外として認めない、このように民法三九六条を位置づけた。

しかし、これとは反対の見解が東京帝国大学教授の我妻栄である。我妻によれば、抵当権はその担保する債権の従たる性格から、抵当権のみ被担保債権に先立って消滅時効にかからないのが原則であつて、民法三九六条は当然のことを定めたにすぎない。したがつて、民法三九六条の特則から、債務者又は抵当権設定者以外の者、すなわち後順位抵当権者、第三取得者などに対しては単独で消滅時効にかかる。この時効期間は二〇年である（民法一六七条二項）。梅謙次郎や富井政章も同旨であつたが、鳩山秀夫²⁸⁾、勝本正章²⁹⁾がこれに加わる。

他方、民法三九七条については、占有について登記以上の効力を認める我が民法の取得時効の理論からみて抵当権が消滅することはむしろ当然であるが、債務者及び抵当権設定者の占有に抵当権を排斥する効力を否定する点に右の規定の意義があるとする。

我妻の『担保物権法』（昭和一一年初版）は、昭和四三年、装いもあらたに『新訂 担保物権法』として公刊されるが、「抵当権の消滅」の部分、昭和一五年八月二二日（民法三九七条に関する）と同年一月二六日（民法三九六条に関する）の大審院判決の法理を取り入れながら内容が充実している。そこで、右二件の大審院判決の考察に移る。

- (25) 『民法要義 卷之二物権編』(和仏法律学校他、明治二十九年「三版」) 五三〇頁〜五三三頁
- (26) 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二物権編』(法政大学他、明治四四年「復刻版」) 五九〇頁〜五九一頁
- (27) 前掲民法要義物権編二九三頁〜二九四頁
- (28) 前掲民法要義物権編二八五頁〜二八六頁
- (29) 富井政章『民法原論 第二卷物権』(有斐閣、大正二年「復刻版」) 六〇八頁〜六一〇頁
- (30) 富井政章『民法原論 第一卷総則』(有斐閣、大正一年「復刻版」) 三〇七頁
- (31) 岡松参太郎『注釈民法理由中巻物権編』(有斐閣、明治三二年「復刻版」) 五八一頁〜五八三頁
- (32) 岡松参太郎『注釈民法理由上巻総則編』(有斐閣書房、明治三二年「復刻版」) 四二三頁
- (33) 岡松・前掲書(総則編) 四三七頁
- (34) 岡松・前掲書(物権編) 三〇七頁
- (35) 中島玉吉『民法積義 卷之二下物権編下』(金刺芳流堂、大正五年) 一一八九頁〜一一九三頁
- (36) 石田文次郎『担保物権法論上巻』(有斐閣、昭和一〇年) 三二八頁
- (37) 我妻栄『担保物権法(民法講義Ⅲ)』(岩波書店、昭和一年) 一九五頁
- (38) 鳩山秀夫『日本民法総論』(岩波書店、昭和三年) 六四〇頁
- (39) 勝本正章『担保物権法論』(日本評論社、昭和十五年) 五七五頁

IV 民法三九六・同法三九七条に関する判例法理の形成と反対説の誕生

昭和一五年八月一二日の民法三九七条に関する大審院判決に続き、同年一月二六日に民法三九六条に関する大審院判決がだされ、民法三九六条及び同法三九七条に関する大審院の態度が明らかになる。すなわち、抵当不動産の第三取得者については、民法三九六条の適用はなく、消滅時効の原則に戻って被担保債権と離れて二〇年の消滅時効にかり（民一六七条二項）、その反面、第三取得者には民法三九七条の適用はない、と解している。もっとも、昭和一五年一月二六日の大審院判決には抵当不動産の第三取得者について民法三九六条の適用を否定する旨の結論は述べられているが、理論がないため、民法三九七条との関連については判然としない。いずれにしても、これら大審院判決の結論は当時の通説に従ったものであった。

一 民法三九七条と大審院昭和一五年八月一二日判決

民法三九七条の解釈に関する「標準判例」^④となったのが昭和一五年八月一二日の大審院判決（民集一九卷一六号一三三八頁）である。民法三九七条の抵当不動産の第三取得者への適用の認否に関して、右大審院判決は、これを否定したが、原院である東京控訴院の昭和一四年八月八日判決（評論二九卷民法六四頁）は、これと正反対に、肯定するという興味ある結果がだされた事例である。

1 事実関係

訴外 A は被上告人 Y (被控訴人、被告) より (1) 大正一一年七月一九日金二万円を借り受け利息は年九分とし弁済方法は大正一二年六月一日より大正一五年五月末日まで元本を据え置きその翌日より昭和一六年五月三〇日まで毎年二回に年賦償還をなすべきこととなし、本件不動産中第一、第二の宅地につき抵当権を設定しその旨の登記を経由し、(2) 大正一一年九月二二日金三万七千円を借り受け利息は年九分五厘とし弁済方法は大正一二年九月一日より昭和一三年八月末日まで毎年二回に年賦償還をなすべきこととなし、本件第三の宅地及び第四の建物につき抵当権を設定しその旨の登記を経由し、(3) 大正一三年六月三〇日金一万一千円を借り受け利息は年九分とし弁済方法は大正一五年八月一日より昭和一一年七月末日まで毎年二回に年賦償還をなすべきこととし、本件第一乃至第三の宅地及び第四の建物につき抵当権を設定しその旨の登記を経由した。

他方、上告人 X (控訴人・原告) は、大正一五年九月二日 A より右各不動産を買い受けその取得登記を経由した。

そこで、X は、大正一五年九月二日 A より右各不動産の引き渡しを受け、その後引き続き所有の意思をもって平穩公然に当該不動産を占有しその占有の始め善意にして無過失であるから昭和一一年九月二日をもって一〇年の取得時効が完成し右不動産の所有権を取得した。したがって、民法三九七条により Y の本件不動産上の前記各抵当権はいずれも消滅したので、Y に対して、前記各抵当権不存在の確認及び同抵当権設定登記の抹消登記手続並びに右抵当権に基づく不動産競売手続の不許を求める本訴を提起した。

2 控訴審・上告審判決

控訴審は、「民法第三九七条ハ抵当不動産ノ取得時効ニ基ク原始取得的效果ノミニ関スルモノニ非ス又其ノ原始取得的效果力債権者又ハ抵当権設定者ニ対シテ発生セスト謂フ消極的意義ヲノミ有スル規定ニ非スシテ、実ニ民法第三

九六条第一六七条二因リテ生スル法ノ不備ヲ補フヘク而モ抵当不動産ノ占有ト連関セシメテ設ケラテタル抵当権ノモノノ独特ノ消滅原因ヲ規定シタルモノノ解スヘキモノ」であり、この法理により「若シXカAヨリ本件不動産ヲ買入レタル際善意即チ本件不動産上ニ前示各抵当権ノ設定シアリ且ツ登記ノ經由セラレアルヲ知ラス自己カ売買ニ因リ何等負担ナキ完全ナル所有権ヲ取得シタルモノト信シ且ツ斯ク知ラス、斯ク信スルニ付何等ノ過失ナカリシニ於テハ前示抵当権ハXノ為メ消滅スヘキ筋合ナリト謂ハサルヘカラス」と説示したうえで、本件ノXいわゆる善意かつ無過失という要件を充足した本件不動産ノ占有を開始したものとすることができないとして、Xの請求を退けた。

これに対してXは上告し、民法三九七条の適用において、その占有が一〇年を以て足りるか二〇年を要するかは占有の始めにおいて善意無過失であるか否かによつて決まるが、その善意とは占有者が自己の所有権があると信じていることを示すものであつて、抵当権の存在を知つていたか否かの点を示すものではない、と主張した。しかし、大審院は、抵当権の設定ある不動産であるとの知・不知は問わず、そもそも抵当不動産の第三取得者には民法三九七条の規定の適用がないとの理由でもつてXの上告を棄却した。

「左レト第三九七条ニ所謂取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有トハ所有権ニ非サル債務者若ハ抵当権設定者以外ノ者カ第一六二条ノ規定ニ依リ所有ノ意思ヲ以テ同条所定ノ要件ノ下ニ抵当不動産ノ占有ヲ遂ケタル為メ取得時効完成シテ当該不動産ノ所有権ヲ取得シタル場合ヲ指称セルモノナルコト第三九七条ノ規定ノ文理上ヨリスルモ將又取得時効ノ性質ニ鑑ルモ洵ニ明ニ領得シ得ルトコロニシテ右判示ノ如キ解釈ヲ容ルル余地ナク從テ抵当不動産ヲ買受ケ其ノ所有者ト為リタル第三取得者ニ対シテハ其ノ買受ケ當時抵当権ノ設定アル不動産ナルコトヲ知レリヤ否ヤヲ問ハス第三九七条ノ規定ヲ適用スヘキ限ニ在ラスト云ハサルヲ得ス（大正九年（オ）第三七号同年七月一六日言渡当院判

決参照) 故ニ原審カ右ニ反スル見地ヨリシテ訴外 A ヨリ抵当権ノ設定アル本件不動産ヲ買入レ其ノ所有権ヲ取得シタル X カ目的不動産ヲ繼續占有シタルコトニ付一応右法条ノ適用アルヘキコトヲ肯定シタルハ相当ナラサレトモ同条ニ依リ Y ノ抵当権消滅シタリト主張シテ為ス X ノ本訴請求ニ付同条適用ノ要件具備セサルモノトシ該請求ヲ排斥シタル究極ノ判断ニ至リテハ正当ナルヲ失ハス

3 評釈 (学者の反応)

通説の立場から本判決について判旨に賛成の評釈をしたのが柚木馨である^①。柚木は、問題の焦点として民法三九七条が果たして何を規定しているのであるか、と問う。従来の通説では民法三八七条をもって「取得時効の効果を規定するものであるとし、取得時効は原始取得であるから完全なる所有権が取得せられるのが原則だが、唯債務者及び抵当権設定者に付てその取得時効による抵当権の消滅を認めるのは信義則に反することであるから、この両者に付てだけは取得時効の効果を制限しようとするのが本条の趣旨である」という。したがって、すでに抵当不動産を所有しその時効取得が問題とならない第三取得者には第三九七条ははじめから適用がないことになる。

これに対して、同じく右大審院判決を評釈した来栖三郎^②は、「判旨の結論に必ずしも反対しようとは思わない」としつつも、抵当不動産の第三取得者には民法三九七条の適用がないとしたことには、判旨がいうように「文理上左様に明瞭ではない」のみならず、「本条の沿革を顧みるときは寧ろ抵当不動産の第三取得者にも、否特に此等の者にこそ適用すべきものとして規定されたとみられるのである」。また、「この沿革を辿つてみると、民法三九六条は抵当権は債権の従たるものだから、債務の弁済を怠れる債務者又は其債権を担保する為めに自ら抵当権を設定したる者は例令抵当権者が抵当権を行使せざるにもせよ苟くも債権が時効に罹つて消滅しない間は之に対して其抵当権は已に時効に因

りて消滅せりと主張し得ずとの意味に留まる。民法三九七条は之を承けて抵当権が特に債権と独立して消滅する場合を規定したのである。すなわち、「抵当不動産の第三取得者等が取得時効に必要な条件を具備せる占有を―抵当権の存在を知らず且之を知らざるに付き過失ありや否やによつて夫々十年間又は二十年間―為したときは、抵当権を消滅せしめることとしたのである」と説く。

このように民法三九七条が規定する時効に関し、一方は取得時効であり、他方は消滅時効であると、全く相容れない両説の対抗であるが、来栖の見解と同旨である原院の東京控訴院判決に対して、柚木・前掲判例評釈が逐一批判を展開している⁴³ので、これを見ておきたい。

柚木は、三九七条を「民法三九六条第三六七条ニ因リテ生スル法ノ不備ヲ補フヘク而モ抵当不動産ノ占有ト連関セシメテ設ケラレタル抵当権其ノモノノ独特ノ消滅原因ヲ規定シタルモノト解スヘキモノトス」とする右控訴院判決を三点から批判する。

第一は、三九六条と三九七条とは相合して初めて抵当権の特別の消滅原因を規定するものとする見解は「どうも曲解に近い」。簡単にいえば、三九六条は抵当権の消滅時効の効果を特に債務者及び抵当権設定者に付て制限するの意味を持つだけであり、三九七条は恰もこれに呼応して、取得時効の効果を特に債務者及び抵当権設定者に付て制限するの意義を持つだけであつて、いずれもその当然の効果を信義則上制限するに留まるものであつて、その他の者について取得時効の効果を制限したり強化したりする趣旨は少しも存在しない。第二に、何が故に抵当権についてだけ第三取得者に継続占有による消滅の利益を与えねばならないのかを「怪しまざるを得ない」。第三に、「取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキ」という分詞は、取得時効自体を規定するものとしてはなるほど適切

ではないかも知れぬが、要は文字ではなくして「その法律の趣旨・目的」にある。

しかし、よるべき「その法律の趣旨・目的」の理解が食い違っている。立法の経緯・沿革を手掛かりに、その法律の趣旨・目的を明らかにするのは常道のように思われるが、通説を自認する柚木がこの点をどう扱ったかはよく分からない。

二 民法三九六条と大審院昭和十五年一月二六日判決

柚木が自認する通説によれば、民法三九六条が抵当権の消滅時効の効果を特に債務者及び抵当権設定者について信義則上制限する意味を持つだけであるならば、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離れて単独二〇年の消滅時効により消滅することになる。この法理を明らかにしたのが昭和十五年一月二六日の大審院判決（民集一九卷二二号二一〇〇頁）である。

1 事実関係

訴外 A は、大正七年七月一〇日原告人 Y 銀行（被控訴人・被告）の前身である B 銀行より金二百円を弁済期大正八年六月二五日利息元本金百円につき一日金三錢八厘の約定にて借り受け、その債務を担保するためにその所有の畑に抵当権を設定し、その旨の登記をなした。他方、被告 X（控訴人・原告）は、大正八年九月五日右土地を A より買い受け、同年十二月一二日所有権取得登記を経由したが、右債権は商行為より生じた債権であるため弁済期である大正八年六月二五日より起算して大正一三年六月二五日をもって五年の期間を満了し、右抵当権は被担保債権の弁済

期である大正八年六月二五日より起算して昭和一四年六月二五日をもって二〇年の消滅時効期間を満了した。

そこで、Xは、右の事実に基づきY銀行が承継した本件債権は商事債権であるため弁済期より五年を経過した大正一三年六月二五日の満了によりその消滅時効が完成し、抵当権も消滅したし、また抵当権自体も債権の弁済期より二〇年を経過した昭和一四年六月二五日をもって消滅時効が完成したとして、債権並びに抵当権の不存在確認及び抵当権設定登記の抹消登記手続を請求した。

2 控訴審・上告審判決

原裁判所は、抵当不動産の第三取得者は抵当債権の消滅時効を援用し得べき当事者ではないためXが本件債権の消滅時効を援用して抵当権の消滅を主張するのは失当であるが、「⁵⁴⁾抵当権ト債権トハ別個ノ権利ナレハ一方ノ権利ニ対スル時効ノ中断ハ他方ノ権利ニ対スル時効ノ中断トナラサル以テ抵当債権ニ付時効ノ中断アルモ抵当権ニ付時効中断ノ手続ヲ採ラサル限り抵当権ハ民法第三九六条ニ於テ特ニ制限シタル債務者及抵当権設定者以外ナル抵当物件ノ第三取得者ノ如キ者ニ対シテハ抵当債権トハ独立シテ其ノ弁済期到来ノ時ヨリ二〇年ノ経過ニ依リ消滅時効ニ罹ルモノトス」。しかるにYは本件抵当権について時効の中断の手續きを採ったことの何等の主張立証もしていないため、本件抵当権はXに対しては昭和一四年六月二五日消滅時効が完成し、これによって消滅したと判示し、Xに勝訴を言い渡した。

そこで、Yが上告し、債務者及び抵当権設定者以外の者に対する抵当権の消滅時効に関しては民法三九七条の適用があるだけであつて、原判決が被担保物件の第三取得者Xに対し民法一六七条二項の一般消滅時効に関する規定を適用して本件抵当権の時効消滅を判定したが、これは法律の適用を誤つたものであると主張した。

しかし、大審院は、

「然レトモ抵当権ハ債務者及抵当権設定者ニ対シテハ其ノ担保スル債權ト同時ニ非サレハ時効ニ因リ消滅スルコトナキモ此ノ二者以外ノ後順位抵当権抵当権者抵当物件ノ第三取得者ニ対シテハ被担保債權ト離レ民法第一六七条第二項ニ依リ二〇年ノ消滅時効ニ因リ单独ニ消滅スヘキモノトスサレハ原判決カ所論ノ如ク判示シ本件抵当権ノ時効取得ヲ判定シタルハ相当ニシテ法律ノ適用ヲ誤リタルモノト云フヘカラス之ト異ナル見解ニ立脚スル論旨ハ理由ナシ」と、Yの上告を棄却した。

3 評釈（学者の反応）

この大審院判決についても評釈をした来栖三郎⁴⁶は、この昭和一五年八月一二日の大審院判決の評釈にけると同じく、民法三九六条及び民法三九七条の「沿革に即して考へると、三九六条は抵当不動産が債務者及抵当権設定者の手許に留つてゐる限りは被担保債權と独立に抵当権だけが時効に因つてが消滅することはないとの意味であり、同条から債務者及抵当権設定者以外の者例へば後順位抵当権者や抵当不動産の第三取得者に対しては独立に時効に因つて消滅するとの結論がでるものではない」とし、「従つて抵当権が被担保債權と独立に消滅するのは三九七条の規定する場合のみ」であることを主張する。したがって、本件にあつては、まず抵当不動産の第三取得者のXに民法三九七条の規定する要件が備わっている否かが問題とされることになる。

同じく評釈をした有泉亨も来栖とおなじく判決の理論には反対した⁴⁶。民法三九六条の由来から、民法三九七条は抵当権が時効によつて消滅する唯一の場合であるし、民法三九六条は、第一には抵当権が独立で時効で消滅しないという原則の注意の規定であり、第二には、ただし債務者及び抵当権設定者以外の者については次条の規定があるぞという注意の規定である。すなわち民法一九七条二項は担保物権には適用がないとする。

このように昭和一五年八月一二日の大審院判決に対して判決の理論に異論を差し挟んだ来栖であるが、しかし、「判旨の結論に必ずしも反対しようとは思わない。唯判旨の様にいとも簡単に片付けられないと言ふまでである」とする。それどころか、「従来の判例も三九七条の適用を狭めんとしたが、本判決は其の態度を徹底したのである。其の態度は近代法における抵当権強化の傾向にも合し、首肯し得る」とまで言い切っている。⁴⁷⁾

他方、有泉にあつてはより積極的に、右大審院判決に対して、来栖助教、柚木教授と共にその結論を支持したいとし、その理由として、「抵当権強化と云ふ作用的意義は是認したい所である」という。⁴⁸⁾ また、昭和一五年一月二六日の大審院判決に対しても判決の理論には反対するが、本件の結果は、正当であろう、とし、「私見が抵当権の効力を強化するものであることは言ふまでもあるまい」。抵当権は独立に消滅時効にかかることはなく（九〇二条）、抵当権が消滅時効にかかった場合にもなお抵当権の行使ができる（二二三条一項）といったドイツ民法の規定や不動産担保が登記された債権は時効にかからないとするスイス民法の規定（八〇七条）に関して、「立法論としてこのような抵当権強化は望ましいとされる。私は解釈論としても之に近い解釈の可能なことを強調したのである」とする⁴⁹⁾のである。こうした解釈論に組み込まれた、やや唐突とも感じられる「抵当権の強化」という要請がそれほど強い要請であるかという点に清水誠は疑問を述べる。⁵⁰⁾ しかし、有泉が引用するところであるが、昭和一一年に公刊された我妻栄『担保物権法』では、民法三九六条の特則により、債務者及び抵当権設定者以外の者に対しては単独で消滅時効にかかる民法の規定（一六七条二項）は、ドイツ民法二三三条一項を引きながら、「抵当権の効力を薄弱ならしむものであつて、妥当ではない」としてゐる。⁵¹⁾

学説形成の観点から、時代背景とともに興味を引かれるところである。

- (40) 清水誠・前掲論文一七六頁
- (41) 柚木馨「判例評釈」民商一三卷二号二七六頁
- (42) 判民昭和一五年度七六事件(三〇六頁)
- (43) 柚木・前掲二七六頁〜二七九頁
- (44) 上告では問題にされなかったが、抵当債権の消滅時効を援用したXの主張については、不動産の第三取得者は抵当債権の消滅時効の援用権者ではないという立場(大判明治四三・一・二五民録一六・二三頁)からこれを斥けている。もっとも、当時であっても、学説は、右判例に反対し、第三取得者を援用権者として認めていたが(我妻『民法総則』(岩波書店、昭和八年)四四〇頁)、現在では周知のように、最判昭和四八・一二・一四民集二七卷一一号一五八六頁が右判決を変更している。
- (45) 判民昭和一五年度一一七事件(四六四頁以下)
- (46) 有泉亨・民商一三卷五号一〇三頁〜一〇四頁
- (47) 来栖・前掲七六事件三〇五頁
- (48) 有泉・前掲一〇五頁
- (49) 有泉・前掲一〇四頁
- (50) 清水・前掲論文一八〇頁
- (51) 我妻・前掲書二八七頁。昭和四三年発行の『新訂 担保物権法』では、こうした叙述はされていない。その他、立法論的批判として、柚木馨『担保物権法』(有斐閣、昭和三三年)三五五頁など。

V
むすび

以上の考察を終え、当初の課題に答えなければならない。課題としたのは、民法三九六条及び三九七条の意義・趣旨に関し、通説といわれる見解が、その沿革を離れて理解されたのか、である。

これを考える手掛かりが、梅謙次郎が著した『民法要義「物権編」』における民法三九六条及び民法三九七条に係る注釈の転換にある。

梅は、既述したように、明治二九年発刊の『民法要義「物権編」』では、抵当権は、債務者及び抵当権設定者との関係では、被担保債権とは離れて消滅時効にかからないが（民法三九六条）、他方、抵当権は、抵当不動産の第三取得者のごとき債務者及び抵当権設定者でない者との関係にあつても、一般の消滅時効（民法一九六条二項）にかかることはなく、民法三九七条所定の要件を具備した場合にのみ消滅時効により消滅する、と構成していた。

ところが、明治四四年発行の『訂正増補 民法要義「物権編」』では、抵当権は、抵当不動産の第三取得者といった債務者及び抵当権設定者でない者との関係にあつても、一般の消滅時効（民法一九六条二項）にかかることを認めた。そうであると民法三九七条の意義・趣旨が変わらざるを得なくなり、民法三九六条と同三九七条との関係が転換することになる。

したがって、転換の契機は、旧民法の段階では存在しなかった消滅時効の一般規定（民法一九七条二項）の制定である。そこで、抵当権が「所有権以外の財産権」に該当するかどうかがまず問われたのである。⁽²⁾

通説に属する諸説では、抵当権は、債務者及び抵当権設定者との関係では、民法三九六条のゆえ、一般の消滅時効

(民法一九六条二項)にかかるとはしないが、それ以外の者との関係では一般の消滅時効(民法一九六条二項)の対象とする。もつとも、その構成は異なる。

我妻説に代表されるように、元来、抵当権は、その担保する債権に「従たる存在」であるから、これと別に単独で時効にかかるものではない。したがって、民法三九六条は、この当然の事理を債務者及び抵当権設定者について特別として規定したものであるとする見解がある。一方、中島説に代表されるように、抵当権は、その担保する債権とは「別の権利」であることを強調し、一般の消滅時効(民法一九六条二項)にかかるとは、民法三九六条は、これを債務者及び抵当権設定者との関係において制限するもの、すなわち例外とする見解もある。

いずれの見解であっても、抵当不動産の第三取得者など債務者及び抵当権設定者でない者との関係にあつて抵当権の消滅時効を定めたものとしての独自のな存在であつた民法三九七条は、抵当不動産を時効取得した者に対して、その取得時効(民法一六二条)の効果として抵当権を消滅させる規定となる。したがって、民法三九七条の独自のな存在意義はなくなる。⁽³³⁾

これに対して、有力説は、民法三九七条をもつて、抵当不動産の第三取得者など債務者又は抵当権設定者でない者との関係において、抵当不動産の一定の占有状態が継続する結果として抵当権が消滅することを規定するものと捉え、これを一つの消滅時効とする。

梅謙次郎は、これを地役権の消滅時効に関して、「地役権ハ素ト所有権ノ支分権ニシテ所有権ノ一部ナリト云フモ可ナリ故ニ承役地ノ占有者カ其土地ニ付キ完全ナル所有権ノ占有ヲ為ストキハ其中ニ地役権ト地役権ヲ除キタル残余ノ所有権トノ二ツヲ包含セルモノト謂フヘシ故ニ承役地ノ占有者カ完全ナル所有権ニ付キ第六十二条ノ条件ヲ具備ス

ルトキハ之ニ因リテ完全ナル所有權ヲ取得スヘク從テ他人力有セシ地役權ハ消滅ニ歸セサルコトヲ得ス」と注釈する。ところが、この理解は私にとつて容易ではない。⁵⁴⁾しかし、有力説の要ともいふべき、抵当權や地役權の消滅時効という構成（民法三九七条・同二八九条）のいっそうの検討・考察は、具体的問題の解決を通しての検証とともに、つぎの課題としたい。

(52) 有泉・前掲一〇三頁は、「民法第三九六頁―七条は元來その生れから云えば抵当權の時効消滅に関する唯一の規定であつた。所が現行民法は第一六七条二項という一般原則をおいたのでそこに疑問の余地を生ずるに至つたのである」と指摘する。

(53) そこで、我妻・前掲新訂担保物權法四二三頁は、「抵当權の全部または一部について、外形上も取引行為がなく、ただ事實上、現實の占有と眞實の所有關係が食い違つている場合に、前者によつて完全な所有權が時効取得されたときには、抵当權も消滅する。本条は、そのような稀な場合に適用される」とする。

(53) 梅・前掲民法要義二五七頁

(54) 遠藤・前掲論文一六七頁は、「この立法者の意見が何故に定着し、通説とならなかつたのであろうか。地役權の消滅時効という構成が、論理明快をかき、人を納得させる迫力を欠けるところがあつたからに違いない」と指摘する。