

民法 397 条論に関する一考察
—— 第三取得者に適用することの可否 ——

高 頭 宏 信

- <目 次> 〔一〕 はじめに
〔二〕 取得時効論と消滅時効論
〔三〕 第三取得者に適用することの可否
〔四〕 むすび

〔一〕 はじめに

民法 397 条は抵当権の消滅について「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ抵当不動産ニ付キ取得時効ニ必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキハ抵当権ハ之ニ因リテ消滅ス」と規定する。一見いたって明解な文言に思えるが、理論構成上複雑な問題を内包しており、学説、判例とも見解が分れる。

論争の主たる点は、① 抵当権が消滅するのは、取得時効の反射として消滅する⁽¹⁾のか、それとも抵当権に特別な消滅時効を規定したものか、除斥期間に類する「特殊な占有継続の一効果」を規定したものであるか⁽²⁾。② 抵当不動産の第三取得者は本条の適用をうける「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者」に含まれる⁽³⁾か。③ 抵当権の存在を容認しないで時効取得したものであることを要する⁽⁴⁾か。④ 抵当権の消滅を抵当権者に主張するためには、所有権取得の登記を必要とする⁽⁵⁾か、等の点である。⁽⁶⁾

これらの論争は「抵当権と債権は別個の権利であるから、被担保債権とは独立に時効により消滅する」とする理論構成を前提とするものであるが、これらの説に対し、抵当権の付従性を重視し、「抵当権者カ二十年間其権利ヲ行使セサルトキハ抵当権ハ時効ニ因リテ消滅ス然レトモ抵当権ハ從タル物権ニシテ主タル債権ニ附随スルモノナレハ主タル債権ノ存スル限リハ抵当権モ亦存立スヘキモノト為スヲ正当ナリトス⁽⁷⁾」とする見解や、「債権が時効の中断によって消滅しないのに、抵当権だけが消滅するとなすことは不当であって、立法論としてはむしろドイツ民法のように、債権は時効で消滅しても抵当権は物的有限責任として残るとするのが、抵当権の性質にも適し、債権者保護の趣旨にも合するであろう⁽⁸⁾」とする見解のように、抵当権の付従性にもとづく不動産金融の本質をつく主張もある。しかし今日の多数説は「債権と抵当権は別個の権利であるから、396 条の反対解釈として債務者及び抵当権設定者以外の者に対しては、債権が消滅時効にかからない間に抵当権は時効により消滅し得る⁽⁹⁾」とし、また梅謙次郎博士も、「債権ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモ抵当権ノミ其者ノ為メニ消滅スルコトアルハ敢テ怪ムニ足ラス⁽¹⁰⁾」と論述される。

しかしこれらの問題を考察する場合、抵当権の本質である付従性、優先弁済性を無視した議論は許されるべきではないし、また今日のわが国における不動産金融の現状を無視して、技術的側面からのみ議論すべきではない。最近不動産金融に出現した親子二世住宅ローンや弁済期限 30 年という長期金銭消費貸借にもとづく抵当権設定契約、さらに抵当証券会社と一般投資家の間で急速に進展を見ている抵当証券の売買は、これらの論争を考察する場合ひとつの示唆をあたえるものである。

当小論は、従来からなされている諸先達の 397 条論を概観するとともに、現代社会における不動産金融の実情に即した理論構成はいかにあるべきかを模索するものである。

〔注〕

- (1) 「抵当不動産につき取得時効に必要な条件を具備した占有をしたときは、抵当権はこれにより消滅する。けだし取得時効は原始取得であるから、完全な所有権が取得せられるのを原則とするからである。」柚木馨・担保物権法 355 頁、多数説は大体この見解をとる。
梅謙次郎・民法要義 590 頁、中島玉吉・民法積義 1189 頁、末弘徹太郎・法学全書 8 巻 103 頁、我妻栄・担保物権法 195 頁、石田文次郎・全訂担保物権法上 296 頁、末川博・担保物権法 70 頁、田島順・担保物権法 275 頁、勝本正晃・担保物権法下 532 頁、松坂佐一・民法提要物権法 240 頁、薬師寺志光・物権法概論 208 頁、吉田久・日本民法論物権編、小池隆一・担保物権法論 503 頁、小林俊三・担保物権法 228 頁、近藤英吉・改訂物権法論 314 頁。
- (2) 鈴木於用「民法 397 条論」民商雑誌 15 巻 3 号 58 頁、安達三季生・注釈民法総則(5)、236 頁。
- (3) 土屋潔「鈴木於用氏の民法 397 条論を読みとる見解を述ぶ」民商雑誌 15 巻 4 号 10 頁。
- (4) 本条の適用を受けるとする見解が多数説である。柚木馨前掲書 356 頁、安達三季生前掲書 236 頁、本条の適用なしとする見解、大審昭和 15 年 8 月 12 日民一判、昭和 14 年(ワ)1374 号、民集 19 巻 1338 頁。
- (5) 抵当権の存在を容認している場合は抵当権は消滅しないとする見解。石田前掲書上 297 頁、勝本前掲書下 533 頁、薬師寺前掲書 209 頁。
反対説。梅前掲書 591 頁。

(6) 必要としないとする見解が通説である。大審院判，大正 9 年 7 月 16 日。民録 26 卷 1108 頁。

反対説。遊佐慶夫。新訂民法概論物権篇 611 頁。

(7) 横田秀雄。物権法 873 頁。

(8) 我妻。有泉。コメンタール 531 頁，我妻榮。民法講義Ⅲ 195 頁。

(9) 柚木前掲書他注(1)前掲書，他多数の見解である。

(10) 梅前掲書 590 頁。

(11) 第一勧業銀行他都市銀行で実施。

〔二〕 取得時効論と消滅時効論

1 取得時効論

(1) 民法 397 条の解釈について通説は、「債務者または抵当権設定者でない者が抵当不動産につき取得時効に必要な条件を具備した占有をしたときは，抵当権はこれによって消滅する。ただし取得時効は原始取得であるから，完全な所有権が取得せられるのを原則とするからである。もっとも，債務者及び抵当権設定者についてその時効取得による抵当権の消滅を認めることは信義則に反するからこれらの者にはかような地位を与えなかつた⁽¹⁾」と説明する。

また梅博士も「債権ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモ抵当権ノミ其者ノ為メニ消滅スルコトアルハ敢テ怪ムニ足ラス故ニ抵当権モ亦第百六十七條二項ニ定メタル一般ノ消滅時効ニ因リテ消滅スルコトアルヘシ但是レ實際ニ於テハ稀ナルヘシ何トナレハ債権ハ満期後十年を経レハ時効ニ因リテ消滅スヘク債権ニシテ消滅セハ抵当権モ亦自ラ消滅スヘケレハナリ故ニ此時効ノ適用アル場合ハ債権ニ付テハ時効ノ中断又ハ停止アリテ抵当権ニ付テハ之ナキトキニ限ルヘシ然リト雖モ若シ第三者カ抵当不動産ヲ占有シ第百六十二條ノ條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例ヘハ其者カ不動産ヲ買取ル際ニ當リ抵当権ノ存スルコトヲ知ラス且之ヲ知ラサルニ付キ毫モ過失ナキトキハ(例ヘハ登記官吏カ誤リテ其抵当権ヲ登記簿謄本中ヨリ脱落シタルトキ)十年間其不動産ヲ占有スルニ因リテ抵当権

ハ消滅スヘシ又其占有ニ悪意若クハ過失アルモ尚ホ二十年間之ヲ占有スルトキハ抵当権ハ同シク時効ニ因リテ消滅スヘシ⁽²⁾」と説明し、取得時効の結果抵当権が消滅するとする通説と同じ見解を示している。

判例も原始取得論を論拠として「民法三百九十七条ノ場合ニ於テハ取得時効ノ完成ニ因リ抵当権カ消滅スルモノナレハ抵当権者ハ所有者ト同様ニ時効ノ当事者ナリト解スヘク……⁽³⁾」と判示している。このように多数説は抵当不動産の所有権を時効取得するためその反射効果として抵当権が消滅すると説明するが、第三取得者に適用があるか否かについては同じ取得時効説をとるものでも見解が分れる。

判例には、抵当不動産の第三取得者が取得時効の条件を具備した場合にも抵当権は消滅しないとするもの——「第三百九十七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者ニ非サル債務者若ハ抵当権設定者以外ノ者カ第六百六十二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三百九十七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對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三百九十七条ノ規定ヲ適用スヘキ限ニ在ラスト云ハサルヲ得ス⁽⁴⁾」——とする判示や、「民法三百九十七条ニ依リ右抵当権ハ既ニ消滅シタリト主張スルヲ以テ按スルニ同条ノ法意ハ抵当物件ノ第三取得者カ抵当権ノ存在ヲ承認シ居ル場合ニ於テハ仮令占有ノ要件ヲ具備シ十年又ハ二十年ノ取得時効期間經過シタリトスルモ該抵当権ハ消滅セサルモノト解スルヲ相当トス蓋シ自己ノ所有物ニ付取得時効完成スヘキモノニ非サルハ当然ナルノミナラス抵当権ノ存在ヲ承認シ居ル第三取得者ヲ特ニ保護スヘキ理由ナケレハナリ……⁽⁵⁾」として抵当不動産の所有者となった第三取得者については民法 397 条は適用されないとする判示がある反面、「民法第六百六十二条ニ規定シタル占有者トハ権利ナクシテ占有ヲ為シタル者ハ勿論所有権ニ基キ自己占有ヲ為シタル者ヲモ包含スルモノト解スヘキモノナレハ原告ノ如ク既ニ売買ニ依リ本件建物ノ所有権ヲ有スルモノト雖モ同法第三

百九十七条ノ適用上対外的ニ取得時効ヲ採用スルノ必要及実益ヲ要スル以上更ニ時効ニ依ル所有權ノ取得ヲ主張シ得ルモノト解スヘキ……」⁽⁶⁾と判示して所有權の取得時効は自己の所有物にも主張しうとするものや、これよりさらに一步踏み込んだ見解として昭和43年12月24日の最高裁判所第三小法廷の判決がある。判決要旨は抵当不動産の受贈者が所有權取得登記を経ないまま、自己に所有權があるものと信じて占有した場合には、右抵当權の存在を知り、または不注意により知らなかったときでも、162条2項の善意・無過失であるということができると言うもので、上告理由の第一点から第三点に対して次のように判示する。

「上告理由第一点について、所論は、本件不動産につき抵当權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、被上告人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、被上告人は右不動産につき所有權取得登記を経由しておらず、前記競売手続が被上告人を目的物件の所有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、そのことが被上告人に対して通知されないかぎり、これをもって被上告人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155条に徴して明らかである。しかるに、かかる通知がなされた事実は、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っ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った原審の判断に所論の違法はなく論旨は採用することはできない。同第二点について、所論は原審が被上告人の占有をもって公然の占有と認めたのは、民法162条の解釈を誤っ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、被上告人が10年間所有の意思をもっ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、賃貸借の取調にあたった執行吏や競落人において被上告人が所有の意思をもって占有している事実を知りえなかったからといって、ただちに被上告人の占有

に隠秘の瑕疵があるものということではできないから、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、被上告人が本件不動産の占有の始に善意かつ無過失であったと認めた原審の判断の違法をいう。しかし、民法 162 条 2 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ったような場合でも、ここにいう善意・無過失の占有というを妨げないものと解すべきである。そして、右の見地に立つときは、被上告人が所有の意思をもって本件不動産の占有を始めるにあたり、善意・無過失であっ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って原判決の違法をいうものであり、採用することはできない」とする。この判示は第三取得者も時効取得者になり得ることを積極的に表明したものと解されるのである。

以上の判例に対し学説も見解が分れる。取得時効説の立場で第三取得者に適用すべきでないとする見解に柚木馨教授の判例批評がある。昭和 15 年 8 月 12 日大審院第一民事部判決の評釈中以下のように見解を表明される。「問題の焦点は民法 397 条が果して何を規定しているのであるかという点にある。従来の通説は本条を以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説いている。大審院も古くからこの通説に従っている。(中略) 評者は何が故に抵当権に付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。第三者取得者はこれ以外の制限物権は如何に永く占有を継続するも之を甘受しなければならぬ筈である。抵当権だけが第三者取得者の利益のために特別に消滅しなければならない実質的な理由が果してどこに存するであろうか。(中略) 原院や上告理由のいうように、『取得時効＝必要ナル条件ヲ具備セル占有ヲ為シタルトキ』という文詞は、

取得時効自体を規定するものとしては成る程適切でないかも知れぬ。だが要は文字ではなくしてその法条の趣旨・目的にある。徒に文字にこだわるべきものではあるまい。かかる文詞とかかる規定の体裁とは今一つ地役権の消滅に関する民法第 289 条に見られる。だがこの規定も亦、原院や上告理由の主張するように継続占有による地役権の特別な消滅原因を定めるものではないのであって、取得時効による承役地の原始取得があれば承役地上の負担の消滅するのは當然ながら、次條の例外を規定するための前提として注意的に規定せられたにすぎないと見るのが正当である。かくてこの点に関する原院や上告理由の主張は是認し難い。判旨は誠に正当といわざるを得ない。さすれば既に抵当不動産を所有し従ってその時効取得の問題とならない第三取得者には 397 條は初めから適用がないこととなり、他に如何なる理由があろうとも本條による抵当権の消滅は當然に否定せられるべきものといはざるを得ないであろう⁽⁷⁾と東京控訴院の判決を否定し大審院判決を全面的に支持される。

この見解が当時の通説の見解であったが、次第に第三取得者にも適用ありとする見解が主流を占めるようになって来たと思う。柚木教授ご自身も前記主張とは異なり「判例(大判昭和 15 年 8 月 12 日民集 19 卷 1338 頁)は、本条にいわゆる「取得時効＝必要ナル条件ヲ具備セル占有」をもって「所有者＝非サル」債務者もしくは抵当権設定者以外の者が第 162 条の要件を具備して時効による所有権を取得した場合をさすものとし、従って抵当不動産を買受けてその所有者となった第三取得者に対してはその買受当時に抵当権の存在を知ったか否かをとわず、本条を適用すべきでないとする。私はこれに疑問をもつ。所有権の取得時効は必ずしも「他人ノ物」についてのみ成立するのではなく、自己の所有物たることの確証ある者にも取得時効の援用を許すべしとするのが判例の態度なのであるから、この場合にもこれを徹底して、第三取得者にも抵当権消滅を主張する可能性を与える方が「所有者＝非サル」者の時効取得の利益と権衡を保ちうるのではあるまいか⁽⁸⁾と主張され、前掲判例評釈を修正されたように思われる。また遠藤浩教授も判例批評において判例や有力説の見解に同調しないという前提に立ちながら、「第一に、抵当権は被担保債権から離れて独立に消滅時効にかかることはない。抵当権が債権を担保することを目的とする権利なのだ

から、このように考えるのがもっとも適切である。396 条はそのことを強調したものである。この場合、当事者間では時効の援用を必要とするが、それ以外の第三者に対する関係では、援用の問題を生ぜず、時効の効果は絶対的に生ずる。したがって、被担保債権が時効にかかれば第三取得者の抵当権は消滅する。第二に、抵当不動産を時効によって取得すると、その反射的效果として抵当権は消滅する。397 条はそのことを規定している。この場合、第三取得者も時効を援用することができる。私はそのように解したい。三、ところで、397 条の取得時効で問題になる善意無過失は、抽象的には、本判決のいうとおりであろう。しかし横山調査官の指摘するように、取得時効の反射的效果として抵当権が消滅するのは、⁽⁹⁾ 抵当権の存在を認容していない占有の結果でなければならない」と言い、抵当権の本質は、公示によって交換価値を優先的に把握することにあるのだから、その公示を否定することが抵当権の存在を否定した占有というべきものであり抵当権の登記を抹消するなどの措置がとられなければならないと主張される。したがってこの見解は、債務者及び抵当権設定者以外の者でも抵当権の存在を容認している場合は当該条文の適用なしとする多数説と同一基盤⁽¹⁰⁾に立つものと考えられる。

以上が取得時効論の要旨であるが、これらの見解に対しては消滅時効論者からの強い批判がある。以下にそれを概観する。

〔注〕

- (1) 柚木馨・担保物権法 355 頁、我妻栄・有泉享・民法総則物権法 531 頁、我妻栄・担保物権法 195 頁、勝本正晃・担保物権法下 533 頁、松坂佐一・民法提要物権法 241 頁、田島順・担保物権法 275 頁、石田文次郎・担保物権法 329 頁、川名兼四郎・物権法要論 310 頁、遠藤浩・民商法雑誌 61 巻 5 号 837 頁。
- (2) 梅謙次郎・民法要義物権編巻之二 590 頁。
- (3) 大判大正 9 年 7 月 16 日民二判(ホ) 37 号。
- (4) 大判昭和 15 年 8 月 12 日民一判(ホ) 1374 号。
- (5) 宮城控判昭和 12 年 1 月 30 日民二判(ホ) 187 号。
- (6) 関地院判昭和 14 年 10 月 24 日(民) 15 号。
- (7) 柚木馨「抵当不動産の譲受人と民法第三百九十七条の適用」民商法雑誌 13 巻 2

号.

- (8) 柚木馨・担保物権法 356 頁。
 (9) 遠藤浩「抵当不動産の占有と民法第 162 条第 2 項にいう善意・無過失」民商法雑誌 61 巻第 5 号, 昭和 43 年 12 月 24 日最高裁第三小法廷最高裁民集 22 巻 13 号, 3366 頁。
 (10) 石田前掲書 297 頁, 勝本前掲書 533 頁。

2 消滅時効論

(1) 消滅時効論は「抵当不動産の時効取得により抵当権が消滅するのではなく, 抵当権に特別な消滅時効を規定したものである」とするもので, その論拠を,

④ 民法 397 条は抵当不動産の第三取得者にも適用されるものであり, 取得時効論では説明できない。

⑤ 消滅時効論の論拠を民法 289 条及び 290 条に求めることができる。⁽¹⁾と説明する。

(2) 論者は④の第三取得者にも適用ありとする論拠を, 旧民法債権担保編第 296 条(抵当不動産ノ所有者タル債務者カ其不動産ヲ譲渡シテ取得者又ハ其承継人カ之ヲ占有スルトキハ登記シタル抵当ハ抵当上ノ訴訟ヨリ生スル障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ケ年ノ時効ニ因リテノミ消滅ス)及び同 297 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悪意ナルトニ従ヒ所有者ニ対シテ時効ヲ得ル為メニ必要ナル期間ノ経過ニ因リ抵当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)の規定, さらに民法修正案理由書(既成法典ニハ占有者カ所有者ヨリ不動産ヲ譲受ケタル場合ト所有者ナラサル者ヨリ之ヲ譲受ケタル場合トヲ別チ甲ノ場合ニハ必ス三十年ヲ要シ乙ノ場合ニハ取得時効ノ通則ヲ適用スルモノトセリ然レトモ此区別ハ全ク理由ナキ所ニシテ若シ強テ区別ヲ為サントセハ却テ之ニ正反対ノ決定ヲ為スヘキカ如シ……之レ右ノ区別ヲ廢シテ全ク取得時効ノ通則ニ依ルヘキモノトシタル所以ナリ)に求め, 「397 条は単り所有権を有せずして占有を為す第三者の為めのみならず, 真に所有権を有して占有を為す第三取得者の為めにも亦抵当権消滅の効果を認めんとする法の精神たるは更に疑を容れぬ。現に法文にも単だ債務者又ハ抵当

権設定者＝非サル者とのみ規定して、前叙の第三取得者を除外するの文意はなく又之れを除外すべきものとして解釈すべき他の根拠も全然ないのである。否却して既に所有権を有せずして占有を為す第三者の為にすら尚抵当権消滅の利益を付与するならば、真に所有権を有して占有を為す第三取得者の為めにはより以上更に有力なる理由を以て同上の利益を付与すべきものと謂はなければならぬ⁽²⁾と主張する。したがって 397 条にいう「債務者又ハ抵当権設定者＝非サル者」の中には第三取得者が包含せられることは当然であるという論理から出発し取得時効論を次の如く批判する。「民法 162 条に依ると、所有権の取得時効の客体は必ず『他人ノ物』又ハ『他人ノ不動産』たることを要する。即ち所有権の取得時効とは一定の期間一定の条件を具備せる占有を為すことに依って本来自己の有に属せざる物の所有権を取得する法律事実を指すのであって、既に自己の有に属する物に付ては復た取得時効の完成する余地はない。尤も時効制度の起源に遡ってみれば、そこには拳証責任の免除と云ふことも多分に約束せられて居り、従て又所謂所有権を完全にする取得時効と云ふことも云為せられるのであるが、是等が取得時効の本体でないことは言うを俟たぬ。又訴訟の上では数個の攻撃防禦の方法を提出することも妨げないのであるから、当事者は例へば売買に因る所有権の取得と、時効に因る所有権の取得とを併せて主張するを得べく、此場合に裁判所は先づ売買に因る所有権の取得を否定した上でなければ時効に因る所有権の取得を肯定し得ないと云ふやうな制限はなく、売買に因る所有権取得の有無は判断外に措きて直ちに時効に因る所有権取得の事実を認むることも亦可能であるが、それは只当該訴訟に於ける攻防乃至裁判に関することの問題のみであり、売買に因って所有権を取得したものに付ても更に時効に因って所有権を取得することが可能なるの結果でない。故に第 397 条を目して第三者が時効に因って抵当物の所有権を取得するの結果抵当権が消滅するのだと解釈すると、既に所有権を有して占有を為す者、特に所謂第三取得者の如きに対しては同条の規定はおのづから其適用なきの結果となる。何となれば斯かる第三取得者は既に売買又は贈与等の原因によって所有権を取得しているのであって、その上如何に長く占有を継続するも、重ねて時効に因って所有権を取得することはあり得ない⁽³⁾」と言う。そして若し第三者が時効によって

抵当不動産の所有権を取得する結果当然に抵当権が消滅するとすれば次のような不都合が生ずるではないかと主張する。「例えば其抵当権に依って担保せらるる債権の弁済期が十年又は二十年の後に在るとする。斯かる場合には抵当権者は其抵当権を実行せんと欲するも期限前には之を許されざるは勿論であるに拘らず、第三者が抵当不動産を占有して取得時効の条件を具へつつ十年又は二十年を経過したとすると、それと同時に抵当権は未だ実行可能の時期に至らずして先づ消滅するの結果となることを免れぬ。何となれば被担保債権の弁済期の到来せぬと云ふことは、言ふまでもなく占有者の取得時効を中断するものではないからだ」と言う。以上のように397条は第三取得者にも当然適用されるのであって、取得時効の反射効を規定したものでなく、消滅時効を規定したものであると主張する。

(3) 次に前記⑩に関して以下のように言う。「民法二八九条自体には消滅時効と云う明文はないが、第二九〇条の明文に依れば、第二八九条が消滅時効の規定であることは明白なりと看、従って第二八九条と全く同一辞法同一趣旨(立法の精神が同一の趣旨であることは言を俟たぬ)の規定たる第三九七条も亦消滅時効の規定であると解するのである。又第三九六条は「抵当権ハ債務者又ハ抵当権設定者ニ対シテハ其担保スル債権ト同時ニ非サレハ時効ニ因リテ消滅セス」と規定し、第三九七条は之に次で「債務者又ハ抵当権設定者ニ非サル者カ」云々と規定しているのであるから、即ち同条に消滅時効と云う明文はないが其趣旨は債務者又ハ抵当権設定者に非ざる者との間に於ける消滅時効の規定だと解することも亦一見識たるを失はぬ。(中略)前掲二八九条の如きは同条自体に時効ニ因リテとの明示はないが、次条の規定に依って其消滅時効たるは疑なきものと謂ふべく、(中略)第三九七条に消滅時効と明示してないことは何等卑見を妨げないのである。如斯第三九七条を消滅時効の規定だと解すると、その適用あるが為めにはどうしても抵当権者の権利の不行使と云うことが必要となって来て、即ち此消滅時効は抵当権者に於て其権利を行使し得べき時より進行するものとせねばならぬ。(中略)①第三取得者又は善意無過失なる無権利占有者の為めには抵当権は其登記せられたる主債権の弁済期、若し弁済期の記載なきときは其抵当権の設定登記の日より十年間抵当権者が其権利を行使せざるに因りて

消滅する。㊦ 其余の占有者の為めには同上の始期より二十年間抵当権者がその権利を行使せざるによりて消滅する。㊧ 各号の期間抵当権者の権利の不行使と云ふことない限りは縦令その間第三者の為に取得時効が完成しても抵当権は消滅しない⁽⁴⁾と主張する。

(4) 以上が鈴木於用氏の消滅時効論であるが、同じ消滅時効説をとりつつ、その理論構成において差異がある安達三季生教授の見解がある。安達教授は岡村玄治博士⁽⁵⁾と同じく時効取得を承継取得(derivativer od. abgeleiteter Rechtserwerb)ある権利を他人の権利に基づいて取得すること。前主の権利に附着していた負担、制限等が取得者によって、承継される点が原始取得と異なる)であるとして以下のように主張される。

「時効取得をむしろ承継取得の一つと見るのが妥当だと考える。というのは第一に法定証拠制度としての時効取得においては、占有の始めに有効な権利譲渡行為があったと看做して権利取得を認めるのであるから、これを承継取得と見るべきであり、実体規定としての時効取得においても、前主の権利の喪失と占有者の権利の取得とは互に対応する関係にあるのだから、これを前主の権利に基づいた権利取得、したがって承継取得と見てよいと思う。第二に、地上権の設定された土地の占有者が地上権の負担のない所有権を時効取得する関係は、占有者は地上権の負担のある土地を時効取得するとともに地上権をも時効取得すると解することができるから、この関係を根拠として原始取得と見るのはあたらない。また、地役権の負担のある土地の占有者が地役権の負担のない所有権を取得する関係(289)についても同様にいうことができる。ただし地役権は地上権と異なり、要役地に従たる権利であって要役地の所有権と独立にこれを取得しえない(281)ところから、占有者は、地役権の負担のある所有権を時効取得するとともに地役権者の地役権が時効消滅するという関係として構成すべきである。地役権の消滅時効に関する 289 条・290 条はまさにかかる構成を採用していることは注目するに価しよう。以上地役権に関し述べたところは、抵当権の時効消滅に関する 397 条についてもあてはまる。なお上述のごとき承役地の時効取得についての構成が、『承役地の占有者が地役権の存在を容認しながら占有を継続したときは地役権は消滅しない』という関係をきわめて容易に導

き出しうることはいうまでもない。(中略)地役権の消滅時効に関する289条が『承役地ノ占有者カ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』というのを、通説は『承役地の占有者が時効取得したとき』と解釈し、承役地の譲受人が時効取得に必要な占有をなした場合を除外している。しかしかかる解釈は、時効取得者の地位と法律行為による譲受人の地位を異別に扱うことを承認するものであり、正当でないと考える。ちなみに、この解釈は立法の趣旨とも反することを注意しておきたい。すなわち、立法者が『承役地ヲ時効取得シタルトキ』という表現をとらずに『承役地ノ時効取得ニ必要ナル占有ヲ為シタルトキ』という廻りくどい表現をあえてとっているのは、法律行為による譲受人をも含ませる趣旨であったことは疑いなく、梅博士が同条の適用の具体的事例としてあげるのも、承役地の譲受人が地役権の存在を過失なくして知らずに譲り受けて10年間占有した場合に地役権が時効消滅するという事例である。地役権に関する289条について上述したところは、抵当権の時効消滅に関する397条についてもそのまま妥当する。なお、397条に関する判例で通説に従い『同条は抵当不動産の時効取得者についてのみ適用され、その買受人たる第三取得者には適用なし』と明言するものがある。しかしこの見解は立法の趣旨にも反し、正当といえないことは前述の地役権の場合と同様である⁽⁶⁾と主張される。

この安達教授のいわれる時効取得を承継取得であるとする見解については私も賛成である。時効取得者はあたかも法律行為によって権利を取得した者と同様の地位におかれると解するのであるから、登記手続について判例のいう「時効ニ因ル不動産ノ所有権取得ノ場合ニ其ノ取得当時ノ所有者ハ取得者トノ関係ニ於テ伝来取得ノ当事者タル地位ニ在ルモノト看做サレ、而シテ其ノ所有権ノ取得登記ハ移転登記ノ方法ニ依ルベキデアル⁽⁷⁾」とする見解にも適合するし、岡村博士が主張される「甲がその所有地に乙のために地代月1000円期間30年の地上権を設定し、5年の後に乙が其の地上権を丙に譲渡したが、その譲渡は法律行為の要素に錯誤があって無効の場合に、丙が善意無過失で引渡を受けて右の地代を甲に支払いつつ10年間地上権を行使するときは時効により地上権を取得することは疑なきところだが、その地上権が地代1000円期間25年の新たな地上権で従来の地上権は消滅したもので、即ち地代は甲乙間の約定額と同額だ

がその約定地代でなく、右期間は甲乙間に定めた期間の残期間に相当するけれども其の残期間でないと観るのは如何にも不自然であり、如何にも歪曲された観方である」とする理論もうなずける。また地役権に関する民法 289 条・290 条を消滅時効とする見解についてもあえて反対するものではない。しかし私は民法 397 条を第三取得者に適用すべきでないとする考えをもつものであり、鈴木用氏の消滅時効論とは一線を画するものである。

(5)-① まず、前記④に関する論拠を旧民法 296 条、297 条、民法修正案理由書に求め「民法 397 条は所有権を有する第三取得者のためにも抵当権消滅の効果を認めようとするのが法の精神である。また当該条文には第三取得者を除外する文意も根拠もない。所有権を有しない第三者ですら抵当権消滅利益を付与するのであるから、所有権を有して占有する第三取得者にはより大きい利益を与えるべきではないか」と主張する。しかし旧民法が真正権原にもとづく第三取得者と真正権限によらない無権限の善意者又は悪意者の占有を区別して規定し、その時効期間を異にしたこと、また第三取得者の時効取得について規定する旧民法 296 条の「登記シタル抵当ハ抵当上ノ訴訟ヨリ生スル障碍ナキニ於テハ……」の文意は、所有権を有しないで占有する第三者と第三取得者を区別したものと解されるのであり、また梅謙次郎博士も第三取得者の時効取得による抵当権消滅理由の例示を「例へハ其者カ不動産ヲ買取ル際ニ当リ抵当権ノ存スルコトヲ知ラス且之ヲ知ラサルニ付キ毫モ過失ナキトキハ(例へハ登記官吏カ誤リテ其抵当権ヲ登記簿謄本中ヨリ脱落シタルトキ)十年間其不動産ヲ占有スルニ因リテ抵当権ハ消滅スヘシ……」⁽⁸⁾と説明し、また当該消滅時効論の論拠の一つにもなっている 289 条の説明についても「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ニツヲ包含セルモノト謂フヘシ故ニ承役地ノ占有カ完全ナル所有権ニ付キ第六十二條ノ條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帰サセルコトヲ得ス是レ本條ノ規定アル所以ナリ例へハ甲カ乙ノ所有権ノ上ニ一ノ地役権ヲ有セシニ乙ハ其土地ヲ丙ニ譲リ登記官吏カ登記簿ノ謄本ニ其地役権ヲ脱セシヲ以テ丙ハ其地役権ノ存セシコトヲ知ラス完全ノ所有者トシテ十年間第六十二條ニ定メタル條件ヲ具備スル占有ヲ

為シタルトキハ丙ハ其土地ノ完全ナル所有者ト為リ甲ノ地役權ハ為メニ消滅ニ
 歸スヘシ……」⁽⁹⁾と説明し、共に第三取得者の不知、それも「登記官吏の過失」
 という不可抗力とも言える状況を例示し、そのような場合は抵当権、又は地役
 權が消滅すると言っているのであり、第三取得者が容認する場合も当該条文の
適用があると言っているのではない⁽¹⁰⁾と思う。また判例も抵当不動産の買受人が
 抵当権の存在を承認して占有を開始したときには、たとえその占有がいかにかに継
 続しても抵当権は消滅しないとすもの——「被控訴人ハ民法三百九十七条ニ
 依リ右抵当權ハ既ニ消滅シタルト主張スルヲ以テ按スルニ同条ノ法意ハ抵当物
 件ノ第三取得者カ抵当權ノ存在ヲ承認シ居ル場合ニ於テハ仮令占有ノ要件ヲ具
 備シ十年又ハ二十年ノ取得時効期間經過シタルトスルモ該抵当權ハ消滅セサル
 モノト解スルヲ相当トス蓋シ自己ノ所有物ニ付取得時効完成スヘキモノニ非サ
 ルハ当然ナルノミナラス抵当權ノ存在ヲ承認シ居ル第三取得者ヲ特ニ保護スヘ
 キ理由ナケレハナリ然ルニ被控訴人ハ本件土地ヲ買受クル当時ヨリ本件土地ニ
 抵当權設定セラレ且其ノ登記アルコトヲ知悉シ且從來該抵当權ノ存在ヲ承認シ
 居リタルモノナルコトハ被控訴人ノ弁論ノ全趣旨ニ徴シ明白ナルヲ以テ本件ニ
 付右法条ヲ適用スヘキ限ニ在ラス」⁽¹¹⁾——や、162条にいわゆる不動産の所有權を
 取得するとあるのは、必ずしも常に当該不動産の完全な所有權を取得するとの
 意義ではなく、いかなる範囲の所有權を取得すべきかは占有の範囲如何によつ
 て決せられるとする判例——「162条第2項ニ不動産ノ所有權ヲ取得ストアル
 ハ必シモ常ニ不動産ニ関シ完全ナル所有權ヲ取得スト謂フ意義ニアラス如何ナ
 ル範囲ノ所有權ヲ取得スヘキヤノ問題ハ其所有權取得ノ前提タル占有ノ範囲如
 何に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
 部ノ所有權ヲ取得スヘキモ一部ヲ占有シタルトキハ一部ノ所有權ヲ取得スルニ
 過キス又不動産ヲ完全ニ占有シタル時ハ完全ナル所有權ヲ取得スヘキモ第三者
 ノ權利ヲ認メ制限的ニ不動産ヲ占有シタルトキハ第三者ノ權利附著ノ儘制限的
 所有權ヲ取得スルニ過キサルモノトス故ニ原判決理由ニ民法百六十二条第二項
 ニ所謂占有ノ善意無過失トハ占有者カ自己ニ所有權アリト信シ且之ヲ信スル付
 テ過失ナキコトヲ謂フニ外ナラサルカ故ニ苟モ其条件ヲタニ具備スル以上ハ其
 目的物件上ニ抵当權ノ設定アルコトヲ知レルト否トヲ問ハス之ヲ所有ノ意思ヲ

以テスル占有トシテハ毫モ悪意若クハ過失ナキ占有ト謂フヲ妨ケサルモノトス何トナレハ抵当権ノ存在ハ毫モ所有権取得ノ妨害ト為ルヘキモノニアラスシテ占有者カ抵当権ノ存在ヲ認識セルト否トハ唯時効完成後モ尚ホ其抵当権カ存続スヘキヤ否ヤヲ決スル標準ト為ルニ過キサルヲ以テナリ云云ト説明シタルハ全ク右ニ示ス所ト同旨趣ニ外ナラサルヲ以テ此原判示ハ正当ナルモノト謂フヘク之ニ対スル本論旨モ亦理由ナキモノト謂ハサルヲ得ス」——は第三取得者に関する見解として正当である。また遠藤浩教授の「取得時効の反射的效果として抵当権が消滅するのは、抵当権の存在を認容していない占有の結果でなければならない。抵当権の本質は、公示によって交換価値を優先的に把握することにあるのだから、その公示を否定することが抵当権の存在を否定した占有というべきものであろう。したがって抵当権の登記を抹消するなどの措置をとらなければならないであろう⁽¹³⁾」との見解や勝本正晃教授の「判例によれば 397 条は債務者又は抵当権設定者より抵当不動産を譲受けた者には適用なしとしている。法律の解釈としては一応正当であるが本条文の沿革を鑑みるときは大いに考慮すべきものがある。なお第 397 条の適用を生ずるためには占有者が抵当権の設定なきものとして其占有を継続したことを要する⁽¹⁴⁾」の見解が示すように登記による公示制度がある以上、売買による第三取得者まで債権者の犠牲において保護すべき理由はないのである。柚木馨教授の「何が故に抵当権に付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か怪しまざるを得ない。第三取得者はこれ以外の制限物権は如何に永く占有を継続するも甘受しななければならない実質的な理由が果してどこに存するのであろうか。……不動産に付て登記という公示方法の存する以上、その取得時効は少くとも登記との関連において決すべきものであろう⁽¹⁵⁾」とする主張は正当である。

〔一〕において指摘したように、長期不動産ローンや、一般に広く行われるようになった抵当証券の売買等、債権と抵当権を取り巻く社会環境は大きく変貌しつつある今日、第三取得者に対する民法 397 条の適用は慎重でなければならない。したがって具体的事実へ条文を適用する場合、解釈学的考察のみでなく法社会学的考察も必要であり、いたずらに沿革にとらわれ、文字にこだわり、

法条の趣旨、目的を見失ってはならない。⁽¹⁶⁾ 当該消滅時効論は時代背景が異なるにせよ、抵当権の本質を論外におき、ただ文理解釈上の技術的側面からのみ第三取得者を論じている点納得できないのである。

(5)-㊸ 次に㊸に関する理論構成を、民法 289 条「承役地ノ占有ヲ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地役権ハ之ニ因リテ消滅ス」の規定ならびに民法 290 条「前条ノ消滅時効ハ地役権者カ其権利ヲ行使スルニ因リテ中断ス」の規定を引用し、290 条で「前条ノ消滅時効ハ」と規定しているから 289 条は地役権の消滅時効を規定したものであり、同一辞法、同一趣旨の規定である民法 397 条も消滅時効を規定したものであるとする。しかし消滅時効は権利者が権利を行使しないことにより開始されるものであり、民法 397 条はその文意からしても抵当権の不行使が権利消滅事由になっているのではなく、「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」に消滅すると言っているのであり、また 397 条が消滅時効であるとするならば何故まわりくどい表現を用いないで「時効ニ因リテ消滅ス」と規定しなかったのか、論者の「法文に殊更管々しく〔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〕と云ってこれより遙かに簡潔なる〔時効ニ因リテ取得シタルトキハ〕とも〔取得時効ノ完成シタルトキハ〕とも云わなかった用意を玩味すべきではあるまいか」という論法に対しても上記見解が反論としてそのまま妥当するものである。また、290 条が消滅時効と言っているから、289 条は消滅時効を規定したものであるとしても、同一辞法を用いていると言う理由だけにより 397 条が消滅時効を規定するものだと言うには甚だ論拠に乏しいと言わざるを得ない。何故なら 289 条及び 290 条は用益物権に関する規定であるのに対し、397 条は債権に付従する担保物権に関する規定であり、その法文の趣旨、目的もまったく異質の規定であるから、まったく同一の理論構成による事は適当でないと云わざるを得ない。また土屋潔氏も言われる如く「抵当権は民法一六七条第二項に依り二十年の消滅時効に罹るべきものであるが、債務者や抵当権設定者に対しては被担保債権と独立して抵当権のみ消滅時効に罹らざることを第三九六条は規定している。故に第三九七条が抵当権の消滅時効の規定であるならば、当然第三九六条の適用を受け債務者及抵当権設定者は除外されるから、敢て第三九七条に於

て重ねて「債務者と抵当権設定者」を除外する旨規定する必要は無いのである。然るに拘らず、第三九七条が殊更に債務者と抵当権設定者を除外する旨を規定した所以は、第三九七条の場合には第三九六条が適用されないことを前提としているものである。而して第三九六条が適用されないと云ふことは即ち第三九七条が抵当権の消滅時効に非ざることを意味するは言う迄もない。民法第三九七条が消滅時効の規定に非ざることを間接に断言している⁽¹⁷⁾のである」との反論も成り立つのである。

〔注〕

- (1) 鈴木於用前掲書 58 頁以下。
- (2) 同上 62 頁。
- (3) 同上 60 頁。
- (4) 同上 68 頁。
- (5) 岡村玄治・法学新報 62 卷 2 号 1, 「時効取得と即時取得は果して原始取得か」
- (6) 安達三季生・注釈民法(5) 235 頁以下。
- (7) 大判大正 14 年 7 月 8 日, 民集 4 卷 412 頁。
- (8) 梅謙次郎・民法要義 591 頁。
- (9) 同上 292 頁。
- (10) 梅博士は「又其占有者 = 悪意若クハ過失アルモ尚オ……」と言うが、ここでいう占有者は第三取得者の意でない⁽¹⁷⁾と解される。
- (11) 昭和 12 年 1 月 30 日宮城控民二判(ホ) 187 号。昭和 13 年 2 月 12 日, 大審判民三判(ホ) 318 号。
- (12) 大正 9 年, 大審判(ホ) 37 号。
- (13) 遠藤浩「抵当不動産の占有と民法第 162 条 2 項にいう善意・無過失」, 民商雑誌 61 卷 5 号 830 頁以下。
- (14) 勝本正晃・担保法 533 頁。
- (15) 柚木馨「抵当不動産の譲受人と民法第 397 条の適用」民商法雑誌 13 卷 2 号 100 頁。
- (16) 同旨, 柚木馨前掲書 13 卷 2 号 100 頁。
- (17) 土屋潔・民商法雑誌 15 卷 4 号 17 頁。

〔三〕 第三取得者に適用することの可否

第三取得者への適用の可否については、すでに概観してきたとおり、原始取得論者も、消滅時効論者も、文字の解釈のみに拘泥して抵当権の本質を見失った議論をしているように思えるのである。私は時効取得をして承継取得とする立場において、安達教授と見解を同じくするものであるが、民法 397 条については消滅時効や取得時効の反動的効果を規定したものではなく、承継取得である取得時効に対する過怠罰としての例外を規定したものと解する。

民法 396 条において、債務者及び抵当権設定者は債権と同時になければ抵当権は消滅しないとするのは、債権担保を全うするために設けられた債権者保護のための規定であるから、それに関連する 397 条の解釈も、債権者にとりマイナス規定としてではなく、プラス要因の規定として解釈適用すべきである。この点ドイツ民法やスイス民法の規定は、債権者保護に徹しているといえる。我妻博士もいわれるように、債権が時効の中断により消滅しないのに抵当権だけが消滅することは不当であり、安達教授も 397 条の規定は、第三取得者に適用されるとしつつも、抵当権者保護の見地から見て立法論として疑問の余地があることを指摘される。したがって民法 397 条を解釈適用する場合、抵当権の本質を見失い、ただいたずらに沿革と文字解釈にこだわることなく、法社会的立場からの理論構成も必要であろう。今日のように親子二世代ローンや、弁済期が 30～50 年という長期抵当債権の発生、また、抵当証券が急速に普及している今日、債権者保護の見地からも、また抵当証券法と整合性をもたせる上からも 397 条の適用、解釈は慎重でなければならない。

したがって私は抵当不動産の第三取得者は、何ら関係のない時効取得者と同列におくべきではなく、債権者に対しては物上保証人に類する負担を継承するものとする。その論拠は長年争われた「抵当不動産の譲渡を受けた第三者は抵当権の被担保債権の消滅時効を援用できるか」という問題に関する判例からも類推的に導きだされる。昭和 48 年 12 月 14 日最高裁判所第二小法廷判決は「民法 145 条の規定により消滅時効を援用しうる者は、権利の消滅により直接利

益を受ける者に限定されると解すべきであるところ、抵当権が設定され、かつその登記の存する不動産の譲渡を受けた第三者は、当該抵当権の被担保債権が消滅すれば抵当権の消滅を主張しうる関係にあるから、抵当債権の消滅により直接利益を受ける者にあたると解するのが相当であり、これと見解を異にする大審院明治 42 年(イ)第 379 号、同 3 年 1 月 25 日判決民録 16 輯 1 卷 22 頁の判例は変更すべきものである。本件において原判決の確定したところによれば…… X 会社は右抵当権の消滅により直接利益を受けるものであるから、民法 145 条により右抵当債権の消滅時効を援用しうる者であるというべきである。したがって X 会社は右抵当債権の消滅時効を援用する権利を有しないと判断した原判決には、民法 145 条の解釈適用を誤った違法があり、その違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決は破棄を免れず……」とし、また昭和 48 年 6 月 21 日、大阪地方裁判所判決でも「抵当不動産の第三取得者は、被担保債権の消滅時効につき法律上の利害関係があるだけでなく、濛除や、代価弁済をすることができて、実質的にみて、物上保証人に類似するので援用権者に該当する」⁽¹⁾という見解を表明する。

民法 396 条で直接の受益者である債務者及び抵当権設定者については債権と同時になければ抵当権は消滅しないとするのは債権者との関係を重視したものであるから、上記判例の如く抵当不動産の第三取得者は債権者との関係においては当事者と見るべきであり、わざわざこれを除外すべき理由はない。したがって前記〔II〕において例示した昭和 43 年 12 月 24 日、最高裁判所第三小法廷の判決については疑義を持つものである。

また時効取得を承継取得とする立場からして、債務者、抵当権設定者、および第三取得者以外の者でも、抵当権の存在を認めて占有していた場合は、たとえ抵当不動産を時効取得しても、抵当権は消滅しない。⁽²⁾けだし取得時効は原始取得ではなく承継取得であるから、制限や負担も承継されるからである。したがって民法 397 条が適用されるのは上記以外の場合に限るのであって、またそのように解することが、過怠罰としての時効制度の意義と一致するのであり、承継取得の例外規定としての存在意義があるのである。

〔注〕

- (1) 石外克喜・民商法雑誌 72 卷 3 号 553 頁.
- (2) 原始取得説の立場をとる者も、抵当権は消滅しないとする。石田前掲書 297 頁、勝本前掲書 533 頁.

〔四〕 むすび

以上 397 条に関する学説・判例を概観し卑見を述べて来たが、最後に要点をまとめておく。

1. 債務者、抵当権設定者については、抵当権は債権から独立に消滅しない。
2. 民法 397 条は第三取得者には適用されない。
3. 上記以外の者でも、抵当権の存在を認めている場合は、取得時効が完成しても債権とは独立に抵当権は消滅しない。取得時効は原始取得ではなく承継取得であるからである。
4. 上記に該当しない場合にのみ民法 397 条が適用される。民法 397 条は債権者に対する過怠罰として設けられた例外規定である。

(以上)