

不動産賃借権の時効取得と対抗

尾 島 茂 樹

1. はじめに
2. 問題の所在
3. 若干の検討
4. おわりに

1. はじめに

賃借権の時効取得については、かつては債権の取得時効であるという観点から若干の議論があったものの¹⁾、その後は、とくに不動産²⁾賃借権³⁾の時効取得を認めることそれ自体については、ほぼ異論⁴⁾がない⁵⁾。

-
- 1) 立法の際の肯定的議論として、『法典調査会議事速記録5巻』130丁以下、立法担当者の説明として、梅謙次郎『民法要義巻之1』414頁(明治44年・有斐閣書房)(昭和59年復刻版・有斐閣)、富井政章『民法原論1』(大正11年合冊・有斐閣)(昭和60年復刻版・有斐閣)632頁、665頁。なお、この問題は、債権の取得時効ではなく、契約上の地位の取得時効として捉えるべきだとの指摘として、平野裕之『民法I総則・物権法』(平成10年・新世社)128頁、債権債務関係の取得を示唆する見解として、大村敦志『民法読解総則編』(平成21年・有斐閣)526頁。
 - 2) 川島武宜『民法総則』(昭和40年・有斐閣)551頁は、債権の取得時効について考慮に値するのは、不動産の賃借権のみであろうとする。鈴木祿弥『民法総則講義(2訂版)』(平成15年・創文社)295頁は、地上権との類似性をいう。加藤雅信『民法総則(第2版)』(平成17年・有斐閣)405頁も参照。
 - 3) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(大正9年・巖松堂)684頁、杉山修「不動産賃借権と時効取得」判タ103号2頁以下(昭和35年)。
 - 4) 異論として、篠田省三「賃借権の取得時効について」司法研修所報32号33頁以下(昭和39年)。その他、於保不二雄『民法総則講義』(昭和26年・有信堂)(平成8年復刻版・新青出版)306頁、三宅正男『契約法(各論)下』(昭和63年・青林書院)653頁。
 - 5) 川島武宜編『注釈民法(5)総則(5)』(昭和42年・有斐閣)247頁(安達三季生執筆)、四宮和夫=能見善久『民法総則(第8版)』(平成22年・弘文堂)361頁。

(56) 不動産賃借権の時効取得と対抗(尾島)

最高裁も昭和43年判決(以下、「昭和43年判決」という)⁶⁾で一般論として不動産賃借権の時効取得を認めた。これ以降、この問題に関する議論の中心は、昭和43年判決で言及された「賃借意思の客観的表現」という要件の具体化となった⁷⁾。この議論の展開においては、判決の事案に沿う形で類型化がなされ、類型ごとの要件・効果が検討されてきた⁸⁾。

これに対し、以下に見るように、時効によって取得された賃借権の対抗問題は、従来、ほとんど議論されていない。対抗そのものが問題とならなかったからだと考えられるところ、近時、この問題を顕在化させる平成23年最高裁判決(以下、「平成23年判決」という)⁹⁾が下された。本稿は、従来のいわゆる「時効と登記」についての判例理論との関係で平成23年判決はどのような問題を提起したかという問題意識から、時効によって取得された不動産賃借権の対抗問題を検討し、整理することを目的とする¹⁰⁾。

-
- 6) 最判昭和43年10月8日民集22巻10号2145頁。
7) 林良平編『注解判例民法民法総則』(平成6年・青林書院)679頁(平岡建樹執筆)。下級審判決も含む判例の流れの解説として、南敏文「賃借権の時効取得」LawSchool39号108頁以下(昭和56年)。
8) 類型化として、平井一雄「借地権の取得時効」水本浩=尾田桃二編『現代借地借家法講座1借地法』(昭和60年・日本評論社)245頁以下。その他、信濃孝一「土地賃借権の時効取得」塩崎勤編『裁判実務大系11不動産訴訟法』(昭和62年・青林書院)126頁、青山邦夫「賃借権の時効取得」小川英明=長野益三編『現代民事裁判の課題①不動産取引』(平成元年・新日本法規出版)546頁以下、藤原弘道「賃借権の取得時効」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『不動産法の課題と展望』(平成2年・日本評論社)54頁以下(同「取得時効法の諸問題」(平成11年・有信堂高文社)に加筆の上、所収)。注(29)も参照。
9) 最判平成23年1月21日判時2105号9頁、判タ1342号96頁、金判1365号18頁。この判決の解説・評釈等として、谷本誠司・銀法731号57頁(平成23年)、黒田直行・JA金融法務482号52頁以下(平成23年)、宗宮英敏・NB L 957号123頁以下(平成23年)、常岡史子・法支163号67頁以下(平成23年)、無署名・市民と法70号47頁以下(平成23年)、中川敏宏・法セ680号150頁(平成23年)、秋山靖浩・民事判例Ⅲ47頁以下(平成23年)、吉田純平・駒沢法学11巻2号33頁以下(平成23年)、大久保邦彦・判例セレクト2011〔I〕15頁(平成24年)、浜秀樹・判タ1363号230頁以下(平成24年)、谷本誠司・銀法742号42頁(平成24年)、青木則幸・登情604号79頁(平成24年)、古積健三郎・新・判例解説Wacath10号57頁以下(平成24年)、同・ジュリ1440号70頁以下(平成24年)、石田剛・リマークス44号18頁以下(平成24年)、草野元己・民商145号4=5号532頁以下(平成24年)、松久三平・金法1953号33頁以下(平成24年)、香川崇・法時84巻12号107頁以下(平成24年)等がある。
10) 従って、本稿は、従来の判例理論を前提とした場合の不動産賃借権の対抗問題を検討・整理することとどまり、以下に見る判例準則それ自体の当否を検討するものではないことをお断りしたい。また、対抗問題を主な検討対象とするため、賃借権の時効取得の認否そのものに関する文献は、必要に応じて引用する

2. 問題の所在

(1) 平成 23 年判決

(a) 事実の概要

平成 23 年判決の事実の概要は、本稿の課題との関係では、以下のよう
に簡略化してまとめることができる。

Yの亡夫Aは、昭和 16 年 10 月 5 日、本件土地甲の所有者Bとの間で
甲の賃貸借契約を締結し、甲上に建物乙を所有していた。昭和 27 年 4
月 15 日にAが死亡し、Yが借地権を相続し、昭和 30 年頃、乙を取り壊
して甲上に建物丙を建築し、さらに昭和 39 年 6 月に建物丁を建築し、
甲の占有を継続し、また遅くとも平成 8 年以降、地代の支払いを継続し
た。

平成 8 年 12 月 20 日、大蔵省（現、財務省）が甲に抵当権設定登記を
経由したところ（本件抵当権）、その登記前に借地権の登記、または丙、
丁の所有権保存登記はなされておらず、Yが丙と丁の所有権保存登記を
経由したのは、平成 14 年 8 月 13 日であった。

平成 18 年 4 月 3 日、債権者を財務省として担保物処分の差押を原因
とする差押登記がなされ、平成 18 年 12 月 11 日、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Xが甲を取得し、同月 25 日、その
旨の所有権移転登記を経由した。

Yは、Xに対し、平成 19 年 1 月 25 日付けの内容証明郵便で地代の支
払先口座を知らせて欲しい旨、また、平成 18 年 12 月 12 日以降の地代
を現金書留で郵送する旨を通知し、平成 19 年 1 月 26 日、現金書留郵便
でX宛に平成 18 年 12 月分及び平成 19 年 1 月分の地代相当額を送金し
たけれども、Xはその受領を拒絶した。Xは、Yに対し、丙、丁を収去
し、甲を明け渡すよう請求した。

第一審判決は、以下のように述べ、Xの請求を棄却した。すなわち、
亡Aが甲の占有を開始した時から、遅くとも 20 年を経過した昭和 36 年
10 月 5 日には甲の借地権を時効取得したが、その登記がなければ、そ

に留めることをお断りしたい。

〈58〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

の後に抵当権設定登記を経由した抵当権者に時効取得を対抗できない。しかし、抵当権設定登記後に引き続き借地権の取得時効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もって対抗することができる。

原審判決は、以下のように述べ、第一審判決を取り消し、Xの請求を認容した。すなわち、①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ず、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く、②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ったとしても、権利の上に眠る者とはいえない、③抵当権の目的不動産について賃借権が時効取得された場合において抵当権が実行されたときに、買受人が賃借権の負担の付いた不動産所有権取得する旨を明定した規定はない、④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ず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ずるので、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。

Yが上告受理申し立てを行った。

(b) 判旨

上告棄却。「①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対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、賃借権を対抗することができないのが原則である。②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。③したがって、不動産につき賃借権を有する者がその対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、これを対抗することは

できないことは明らかである。

④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。⑤所論引用の上記判例(最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁(後述)を指す-引用者注)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。」(①から⑤の番号は、便宜上、引用者が付した)

(2) 問題の提起

平成23年判決の判旨のうち、①の部分は、従来の議論からすれば当然の原則を述べた。これに対し、②の部分は、抵当権に先立って対抗要件を備えていない賃借権が抵当権に対抗できないのは、賃借権が抵当権設定登記後に時効取得されたものであっても変わりがないという点に意義がある。しかし、時効によって取得された賃借権の対抗問題は、ほとんど議論されていない¹¹⁾。本稿では、まずこの点について検討し、整理したい。

③の部分によると、抵当権の設定登記時を起算点として賃借権の取得時効期間が進行するの¹²⁾か否かについては、事案との関係を前提としても曖昧である。仮に、「取得したと主張して」を、時効取得したことを前提とする記述と理解すると、抵当権設定登記時からの時効の進行を認めたことになり、他方、⑤の部分が抵当権設定登記時から賃借権の時効取得に関わる新たな時効が起算されるか否かにかかわる判示であることに鑑みれば、時効の再進行それ自体が認められない趣旨とも読める。また、③の部分が「したがって」で始まっており、①②部分が対抗に関する判

11) 対抗の問題を明示して検討する近時の文献として、田中淳子「土地賃借権の時効取得とその周辺問題-東京高判平成18年11月28日を素材として-」愛学51巻2号216頁以下(平成22年)。ただし、対抗問題としては賃借人が負けることを前提に、もっぱら背信的悪意者排除論の適用を検討する。なお、不動産賃借権の対抗問題は、民法605条、借地借家法10条、31条によるので、民法177条の対抗問題とは厳密な意味では異なるけれども、当時者以外の第三者に対し権利を主張する問題を扱う点で共通性を有するので、この観点から、ここでは比較可能なものとして扱う。

〈60〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

示であることに鑑みれば、時効それ自体の進行は認めた上で、対抗の問題についてのみ述べたようにも読める。ここでは、そもそも賃借権を時効取得できないのか、時効取得した賃借権を対抗できないに過ぎないのか、が問題となる。

以上の検討課題について、あらかじめ検討のための視点を示しておく。すなわち、第一に、従来の議論では、そもそも賃借権を時効によって取得できるか否かという問題と、時効によって取得した賃借権を対抗できるか、という問題の区別が明確に意識されてこなかった¹²⁾。これを明確に区別するのが第一の視点である。第二に、対抗問題は当事者間では生じないということである。この視点からは、賃借権が誰との関係で時効取得され、その賃借権が誰との関係で主張されているのかということが問題とならざるを得ない。

3. 若干の検討

(1) 「時効と登記」に関する確立された判例準則－議論の前提

従来の議論において確立した判例理論とされる五つの準則（以下、単に「準則」という）は、以下の通りである¹³⁾。ただし、時効取得される権利は所有権であり、対抗する相手方の権利も所有権であることを前提としている点に注意を要する。

【準則 I】

Aの土地をBが時効取得した場合、BがAに時効を主張するのに登記

12) 近時、明確に区別するものとして、吉田・前掲注(9) 29頁。また、常岡・前掲注(9) 75頁は、本判決に関連して「賃借権を時効取得することが当然に抵当権者や公売の買受人に当該賃借権を対抗できることを意味するののかについて、さらに検討を要するところである」という。金子敬明「抵当権と時効—最近の三つの最高裁判決を機縁として」千葉27巻3号55頁以下(平成25年)は、近時、二つの問題を明確に区別し、結論を述べる。注(62)も参照。

13) 便宜上、判例準則に、平成23年判決の判例掲載誌(判例時報、判例タイムズ、金融商事判例)の無署名コメントの整理の順番に番号を振るとともに、関連判例を含め(ただし、判例の表記法を変更している)、原則としてそのまま引用する。

は不要である¹⁴⁾。

【準則Ⅱ】

時効完成前にAから土地を譲り受けたCとの関係でも、登記は不要である¹⁵⁾。Cの登記がBの時効完成後にされた場合であっても、同様である¹⁶⁾。

【準則Ⅲ】

時効完成後にAから土地を譲り受けたDとの関係では、A→B、A→Dの二重譲渡がされたのと同様の関係になり、登記が必要である¹⁷⁾。

【準則Ⅳ】

Bが、占有開始時点をずらして、時効完成の時期を早めたり遅らせたりにすることはできない。時効期間は、時効の基礎たる事実の開始された時を起算点として計算すべきである¹⁸⁾。

【準則Ⅴ】

Bは、Dの登記後、さらに取得時効に必要な期間占有すれば、Dに対し、登記なしに時効取得を対抗できる¹⁹⁾。

(2) 準則と本稿の課題との関係

(a) 時効取得される権利が賃借権であることから生ずる問題

－時効の「当事者」は誰か

準則は、所有権を時効によって取得する場合を扱うものであり、対抗問題は所有権対所有権として生ずる。すなわち、そもそも相容れない権利、両立しない権利同士の対抗が問題とされている²⁰⁾。したがって、一つの目的物についてのある時点での所有権は一つしかなく、時効取得による所有権変動については二通りの構成が可能である。①一つは、時効完成により時効取得者に所有権が新たに取得され、その反射的效果として元の所有者の所有権は消滅するというものであり、②もう一つは、元

14) 大判大正7年3月2日民録24輯423頁。

15) 最判昭和41年11月22日民集20巻9号1901頁。

16) 最判昭和42年7月21日民集21巻6号1653頁。

17) 最判昭和33年8月28日民集12巻12号1936頁。

18) 最判昭和35年7月27日民集14巻10号1871頁。

19) 最判昭和36年7月20日民集15巻7号1903頁。

20) 香川・前掲注(9)109頁は、排他性という。

〈62〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

所有者から時効取得者に所有権が移転するというものである。

確かに時効取得は原始取得とされる²¹⁾。したがって、上記の①の考え方がこれに忠実である。しかし、準則は、結果として、元所有者から時効取得者へ所有権が移転することを前提としており、遡及効を無視し²²⁾、時効完成時に所有権移転があるかのような解釈を採り、時効の「当事者」を定める。すなわち、時効完成時の所有者が時効の「当事者」となる。これにより、「当事者」間では対抗問題とならず、時効取得者は登記なく所有権を主張できるが（【準則Ⅰ】【準則Ⅱ】）、時効完成後に現れた者は「当事者」ではなく「第三者」であり、「第三者」に対する関係では対抗問題となるため、登記が必要だと説明することになる（【準則Ⅲ】）。

登記実務は、以上のような実体法上の法律関係を反映した手続きになっている²³⁾。すなわち、所有権の時効取得者は所有権移転登記をする²⁴⁾。時効には遡及効があるため（民法 144 条）、法律上は、形式的には、起算日に所有権移転が生ずる。したがって、所有権登記としては、時効起算日に所有権移転があったとして移転登記がなされる²⁵⁾。時効期間中の処分取得時効によって消滅する第三者の制限物権等の登記は抹消登記請求の対象となる²⁶⁾。結局、所有権に関する「時効と登記」の対抗問題は、実質的には、取得時効により時効完成時に所有権が移転したことを前提に、時効取得による所有権取得は、移転の「当事者」間では登記なく対抗可、第三者との関係では登記なく対抗不可としていることになる。

なお、ここで後の議論との関係で念のため確認すれば、所有権の取得時効が問題となる場合、誰から占有を得たかというような占有に至った

21) この問題について、道垣内弘人「時効取得が原始取得であること」法教 302 号 46 頁以下（平成 17 年）も参照。

22) これを強調するものとして、香川・前掲注（9）109 頁。

23) 時効取得の場合の登記手続については、西村一郎「時効取得と登記手続」幾代通ほか編著『不動産登記講座Ⅰ総論（1）』（昭和 51 年・日本評論社）350 頁以下、藤部富美男「時効取得による登記の方法」登研 574 号 1 頁以下（平成 7 年）参照。

24) 舟橋諄一『物権法』（昭和 35 年・有斐閣）173 頁。

25) 大判昭和 2 年 10 月 10 日民集 6 卷 558 頁。このことの問題点は、最判平成 15 年 10 月 31 日判時 1846 号 7 頁に典型的に現れている。

26) 西村・前掲注（23）356 頁、藤部・前掲注（23）7 頁以下。

事情は、自主占有か否かの判断に用いられるものの、対抗の場面、すなわち、時効の「当事者」を判定する場面では問題とならない。所有権の取得時効では、たとえば不法占拠者が20年間占有を継続することにより所有権を取得することがあり、このような場合には、問題とすることすらできない。この問題は、以下に見るように、一定の者（通常は、所有者だが、場合によっては、賃借人、無権利者等、所有者に限られない）から権利の設定を受け、占有の根拠とする賃借権の時効取得の場合との対比上、決定的な相違となると考える。

他方、平成23年判決で問題となっているのは、賃借権の時効取得であり、その対抗である。まず、いま見たとおり、賃借権は、あくまで他人の権利（通常は、所有権）を前提とする権利である。賃貸借契約による場合、賃借権を設定した者が賃貸人であり、賃借権者である賃借人と賃貸人は契約の「当事者」であるから対抗問題は生じない。これに対し、確かに賃借権の時効取得では、形式的には、時効取得された賃借権を設定した者はおらず、賃借権が法によって設定（取得）されることになる。しかし、事実としては、賃借権の時効取得の要件として、①継続的な用益という外形的事実が存在すること、②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こと、が必要だから²⁷⁾、何らかの形で賃貸借契約（不成立・無効でもよい）が存在していることが前提となる。

時効取得された賃借権が誰を賃貸人とする賃借権となるかは、従来、十分な議論があったとはいえないけれども、一応、以下のように考えられてきた。すなわち、借地契約²⁸⁾について過去に試みられた類型化²⁹⁾を

27) 最判昭和43年10月8日民集22巻10号2145頁。

28) 文献は、「借地契約」に関するものではあるが、不動産賃貸借一般に妥当する議論である。たとえば、①(7)についても、抵当権付きの建物を賃借し、後に抵当権に基づき競売がなされ、第三者が買い受けた場合、借家人は借家権を買受人に対抗できない。この場合に、借家権を時効取得している可能性がある。ただ、以下では、事実上、紛争が生ずる土地賃貸借を主な検討対象とする。

29) 平井・前掲注(8)245頁以下。この類型化は「借地権の時効取得」と「転借権の時効取得」に大きく分類するところ、後者は省略する（時効取得された賃借権（転借権）の賃貸人は、転賃人となると考えられる）。また、異なる類型化として、星野英一「時効に関する覚書」同『民法論集4巻』（昭和53年・有斐閣）249頁以下は、利用権の時効取得のケースとして「瑕疵型」、「不存在型」、「境界紛争型」に分類し、五十川直行「土地賃借権の時効取得(2)」法政53巻1号95頁以下（昭和61年）は、「境界紛争型」、「不存在型」、「瑕疵型（未登記型）」、「瑕疵型（無断譲渡型）」、「瑕疵型（無断転賃型）」、「瑕疵型（他人の土地の賃貸借型）」、「瑕疵型（公益上無効の賃貸借型）」に分類する。

〈64〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

借用すれば、以下の通りである。

- ①借地契約の存在する場合ないしこれに準ずる場合
 - (7) 新地主に対抗しえず、時効を主張する場合
 - (4) 無断譲渡の場合
- ②借地契約の不成立・無効等により借地権が存在していなかった場合
- ③無権限者から賃借した場合

この類型化によれば、②では、借地契約があり、仮に賃借権の時効取得が認められるとすると、その賃借権は借地契約の賃貸人、賃借人が当事者となる。この場合は、そもそも対抗問題が生じない。

また、③では、そもそも無権限者が賃貸人となって契約を締結しているから、仮に賃借権の時効取得を認めるとしても、その者を賃貸人とすることができず、判例は土地所有者を賃貸人とする賃借権が時効取得されるとする³⁰⁾。このようにならざるを得ない点が債権の取得時効をそもそも認めないという議論の有力な根拠とされているけれども³¹⁾、結局、この場合も、土地所有者が賃貸人、賃借権の時効取得者が賃借人となる賃借権が取得されることになるから、対抗問題が生じない。

なお、①(4)の場合には、地主が賃借権の無断譲渡を受けた者から賃料を受け取れば、黙示的に賃借権譲渡に承諾を与えたことになるから、あえて賃借権の時効取得を持ち出すまでもなく、他方、(供託も含め)賃料を支払えなければ、賃借権の時効取得はできないから、結局、實際上、賃借権の時効取得が肯定される(必要のある)例は想定しがたい。

これに対し、平成23年判決で問題となっているのは①(7)の類型で

30) 最判昭和52年9月29日判時866号127頁、最判昭和62年6月5日判時1260号7頁。可部恒雄「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度』(昭和44年)1188頁注(3)は「『非所有者たる賃貸人との間に』では、時効取得は意味をなさない」という。学説も同様といってよい。比較的新しい文献として、七戸克彦「取得時効の要件と効果」法教225号12頁(平成11年)。ただし、注(41)の指摘も参照。本稿では、この結論の当否自体は問題としないこととしたい。また、無権限者には所有の意思がなく、この者が所有権を時効によって取得することはないことを前提とする。東京高判平成21年5月14日判タ1305号161頁も参照。

31) 注(4)に掲げた文献参照。

ある。①(ア)では、そもそも賃貸借契約が有効に存在しているけれども、対抗要件を欠くため第三者に対抗できない。賃貸借契約の賃貸人は、当然、契約上の賃貸人である。これに対し、時効によって取得された賃借権の賃貸人を考えた場合、たとえば、以下のような事実があるとき、賃貸人は誰になるのだろうか³²⁾。すなわち、AがA所有土地甲をBに賃貸し、Bが甲上に建物乙を建築したが保存登記がなされず、賃借権の登記もされず、その後、Bが賃借権の行使として占有を継続したところ、Bの賃借権の行使開始から9年11ヶ月後³³⁾、Aは甲をCに売却し、甲の所有名義はCに移転され、Bが引き続き賃借権を行使し10年が経過した、という場合である(時系列としては、後掲表の類型0にあたる)。

これは賃貸借契約に基づく賃借権の対抗の問題として典型的な事例であり、BはCに対抗できない(ただし、信義則・権利濫用禁止³⁴⁾といった一般法理の適用による修正はあり得る。しかし、この問題は、ここでは扱わない)。賃借権はAに対するものであり、対抗要件を欠く以上、第三者であるCには対抗できないからである。

時効取得された賃借権についても、賃借権である以上、これと同様に扱われるのは当然のはずである。そこで、時効により取得された賃借権の対抗を考える場合には、そもそも誰に対する賃借権が取得されたのが問題となる。上に見た所有権対所有権に関する準則によれば、時効の「当事者」を決定するのは時効の完成時であり、これがそのまま当てはまるとすれば、上の事例での時効の「当事者」はCとなる³⁵⁾。この場合、時効により取得された賃借権は、B・C間の賃貸借となり、Cは当事者となるから、Bは対抗要件なしに賃借権をCに対抗できることになるはずである。他方、時効の遡及効通り、賃借権取得の効果が占有開始時に生

32) 自己の所有権に基づく占有継続により所有権が時効取得されることを認めるのが判例(最判昭和42年7月21日民集21巻6号1643頁、最判昭和46年11月5日民集25巻8号1087頁)だとすると、自己の賃借権に基づく占有継続により賃借権が時効取得されることを認めることになる。

33) 10年の時効取得を前提としている。たとえば、賃料は前月末払いの約定であり、9年12ヶ月目の賃料はすでに支払い済みであり、Bが10年1ヶ月目の賃料をCに支払おうとしたとき拒絶され、Cが明け渡し訴訟を起こしたというような事例が考えられる。

34) 最判昭和38年5月24日民集17巻5号639頁参照。

35) 草野・前掲注(9)537頁以下。

(66) 不動産賃借権の時効取得と対抗 (尾島)

ずるとすれば、時効の当事者はAとなる³⁶⁾(ただし、このような解釈を採った場合でも、状況は準則の「時効完成後の第三者」の場合と類似するから、背信的悪意者排除論³⁷⁾による修正はあり得る。しかし、この問題は、ここでは扱わない)。この場合、時効により取得された賃借権は、A B間の賃貸借となり、Cは第三者となるから、主張するために対抗要件が必要となる³⁸⁾。さらには、時効取得される権利が賃借権である特殊性から、別の考慮が必要になることも考えられる。

ここで問題となるのが類型化の③である(後掲表の類型0'にあたる)。先に見たように、そもそも無権利者が賃貸人として賃貸借契約を締結した場合でも、判例は、時効期間の経過によって賃借人は所有者に対する賃借権を時効取得できるとする³⁹⁾。この結論は、不合理だがやむを得ないとして消極的に学説によって受け入れられている⁴⁰⁾。この見解によれば、所有者が時効の「当事者」となるから、時効によって取得された賃借権を所有者に主張するために対抗要件は不要となるはずである⁴¹⁾。

類型0において、仮に時効取得された賃借権をCに対し主張するため

36) 香川・前掲注(9)109頁は、平成23年判決がこの考え方を採ったとしている。学説で、このことを明示するものとして、信濃・前掲注(8)134頁。札幌地判昭和49年4月12日判時782号86頁も参照。

37) 最判平成18年1月17日民集60巻1号27頁参照。

38) 適用条文、理論構成、結論が異なるものの、同様の発想を明確に示すものとして、大久保・前掲注(9)セレクト2011 [I] 15頁。

39) 注(30)参照。

40) 最判昭和62年・前掲注(30)の解説等である、平田健治・民商98巻2号296頁以下(昭和63年)、良永和隆・ジュリ910号66頁以下(昭和63年)、松本恒雄・法セ404号114頁(昭和63年)、松津節子・判タ706号26頁以下(平成元年)、大久保邦彦・別ジュリ195号90頁以下(平成21年)参照。

41) 従来の議論では賃借権の取得と対抗を明確に区別しないため、この点が不明確ではある。当然の前提として賃借権の時効取得者が対抗要件を備えているとしている可能性も否定できない。ただ、所有者に対する賃借権を取得するとする以上、時効取得者と所有者は賃借関係の「当事者」となるから、対抗の問題は生じないはずである。本稿では、これを前提とした。なお、類型化の③の場合に「賃貸人との間で成立した賃借権を所有者に対抗させるといった方向での解釈が目指されるべきではないかと考えている」(鎌田薫「判批」判タ667号54頁(昭和63年))とする見解もある。この見解は、対抗要件について明確には言及していないものの、「対抗させる」という文言は、賃借権が対抗要件を備えていることを当然の前提としているようにも読める。この考え方によれば、③の場合に、時効によって取得された無権限者に対する賃借権を所有者に主張するために対抗要件が必要となる。なお、賃借権の時効取得者は「権利行使要件」として建物の保存登記を備えなければならないという議論があり得るけれども、本来の対抗問題ではないので、ここでは扱わない。

に対抗要件が不要となれば、賃貸借契約に基づく賃借権の対抗との対比上、賃借権の取得時効に「対抗要件補完機能」が認められることになる。翻って、所有権の取得時効においては、判例には、自己の物の取得時効を認めることを前提に取得時効に「対抗要件補完機能」が認められるかのような事例がある⁴²⁾。しかし、ここでは、あくまで「時効と登記」の一般論の中で準則を適用した結果として「対抗要件補完機能」が認められたのと同様の結果が生ずる場合があると理解すべきであって、対抗要件補完を目的として時効制度が存在するのではない。たとえば、A所有の不動産甲についてAからBへの売買があり、占有が移転されたけれども(善意・無過失の占有)未登記のまま10年が経過した後、Aが甲をCに売却し、Cが所有権登記を備えた場合、判例によれば、【準則Ⅲ】に従ってBはCに対抗できず、この場合には「対抗要件補完機能」はないのである⁴³⁾。

結局、賃借権の時効取得においては、時効取得された賃借権を対抗要件なしに主張できるか否かは、その相手方が時効の当事者と見られるか否かによることになる。そのためには、上で見たように、取得された賃借権が誰を賃貸人とするものが問題となる。そして、これも既に見たように、賃借権の時効取得には何らかの賃貸借契約の存在が前提となる。当初から他人の物を賃貸した場合には(類型0)やむを得ず所有者を賃貸人とするけれども、その他の場合には、占有根拠となった(形式的意味での)賃貸借契約の賃貸人を、時効取得された賃借権の賃貸人とせざるを得ないのではないか。所有権の取得時効の場合と異なり、賃借権の取得時効の場合には賃借意思に基づいて継続占有する根拠となった賃貸借関係が常に問題とならざるを得ないから、その賃貸借契約を無視できないのである。このことは、たまたま時効の遡及効に忠実ではあるけれ

42) 注(32)に掲げた最判昭和42年7月21日民集21巻6号1643頁、最判昭和46年11月5日民集25巻8号1087頁のような自己の権利の時効取得を認める事例では、取得時効に「対抗要件補完機能」があることになる。

43) いわゆる「時効完成前の第三者」につき、最判昭和46年11月5日・前掲注(32)は、かつこ書きにおいて「なお、時効完成当時の本件不動産の所有者である被上告人(二重譲渡において、登記を備えた第二買主-引用者注)は物権変動の当事者であるから、上告人(二重譲渡において、引渡を受け、占有を継続した第一買主-引用者注)は被上告人に対しその登記なくして本件不動産の時効取得を対抗することができることというまでもない」として、【準則Ⅰ】【準則Ⅱ】を適用することを明示する。

〈68〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

ども、それとは切り離して考えるべき別問題である。

なお、仮に賃借権の時効取得についても所有権の場合と同様に時効完成時を基準とし時効の「当事者」を定めるとすると、賃借権についての対抗の考え方を根底から覆すことになり、原審判決の指摘通り、不動産担保融資、民事執行実務に与える影響が大きい。このことも、一般に時効完成時の所有者を賃貸人としてできない理由となる。

以上のように、賃借権の時効取得の場合には、原則として賃借意思に基づいて継続占有する根拠となった賃借関係の賃貸人を、時効により取得された賃借権の賃貸人とすべきであり（例外は、上記のとおり）、この者以外との関係で、対抗問題が生ずるとするべきである。

(b) 賃借権と抵当権⁴⁴⁾の関係から生ずる問題

－「第三者」としての抵当権者

賃借権と抵当権は、権利の内容としては相容れない権利ではなく両立する。ただ、抵当権は実行されると新たな所有権取得を導き、その抵当権に基づく担保不動産競売によって取得された所有権に賃借権が引き受けられるかという形で対抗問題が顕在化する。抵当権に基づく競売等によって取得された所有権と賃借権の対抗関係は抵当権設定時を基準とする⁴⁵⁾。したがって、抵当権に対抗できない賃借権は、その抵当権に基づく担保不動産競売によって取得された所有権に対抗できず消滅する。逆に、抵当権に対抗できる賃借権は買受人に引き受けられる。この意味で賃借権と抵当権は対抗関係にある。そして、この対抗関係は、先に検討した賃借権と所有権の対抗関係とは異なり、通常は、所有者から賃借権が設定されていることを抵当権者に対抗できるか、というものであり、賃借権から見れば抵当権者が常に第三者となる点に特徴がある。別の言い方をすれば、抵当権者が賃借権を設定することはなく、抵当権者が時効取得された賃借権の当事者となることはないのである。したがって、賃借権と抵当権は常に対抗関係にあり、対抗要件で処理されることにな

44) 本稿の検討では、当該抵当権を消滅させる競売等がある場合を念頭に置く。

45) 通行地役権と抵当権の関係を扱うものであり、事案が異なるが、主観も含めて最先順位の抵当権を基準とすべきとしたものとして、最判平成25年2月26日裁時1574号1頁がある。

る（類型1、2、3の全てにおいて賃借権は対抗できない）。なお、この問題は、あくまで賃借権の対抗の問題であって、民法397条とは直接関係のない議論である⁴⁶⁾。

(c) 時効期間の再進行に関する問題

平成23年判決は、抵当権の設定登記時を起算点として時効の再進行を認めたのだろうか。再び、判決文を参照したい（判決文は、先に引用した際に付した①から⑤で言及する）。

まず、①は賃借権と抵当権の対抗に関する一般論である。これに続けて、「②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」という。ここで、判決文は、わざわざ「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」と明示する。平成23年判決の事例で、このような状況が生ずるのは、どのような場合か。

事実との関係で賃借権の時効取得の起算点として候補になりそうなのは、(a) Yの亡夫Aが占有を始めた昭和16年10月5日、(b) Aが死亡し、Yが相続して占有を引き継いだ昭和27年4月15日、(c) 抵当権の設定登記がなされた平成8年12月20日がある⁴⁷⁾。(a)では、10年後で昭和26年10月5日、20年後でも昭和36年10月5日となり、抵当権の設定登記後の時効完成にならない。(b)では、10年後で昭和37年4月15日、20年後でも昭和47年4月15日であるから、同様に抵当権設定登記後の時効完成にならない。(c)では、10年の時効完成が平成18年12月20日であるから「抵当権の設定登記後」である。結局、判決は時効の起算点として(c)のみを念頭に置いていることになる。すると、

46) 民法396条、397条による抵当権の消滅についての最近の文献として、古積健三郎「時効による抵当権の消滅について」清水元ほか編『財産法の新動向』（平成24年・信山社）97頁以下、松岡久和「抵当権（8）」法セ699号86頁以下（平成25年）参照。

47) このほか、賃借権の取得時効は、原則として事実上の賃貸借関係の当事者に対する債権的権利を基礎づけるにとどまり、物的・排他的な権利を基礎づけることにはならないということを前提に、平成14年8月13日も起算点となり得るとするものとして、古積・前掲注(9)ジュリ1440号71頁がある。ただ、本件ではこの時効は完成していないとされるので、本文の検討では省略する。

〈70〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

判決の②の部分は抵当権の設定登記時を起算点とする時効を認める趣旨なのか。平成23年判決は、続けて「③したがって、不動産につき賃借権を有する者がその対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、これを対抗することはできないことは明らかである」とし、抵当権設定登記後の時効についての結論を述べる。③は（c）を前提とする。

平成23年判決を掲載した判例誌の匿名コメントは、「本件のような事例で、抵当権設定登記を起算点とする賃借権の時効取得は認められないと解されよう⁴⁸⁾」とする。これによれば、そもそも抵当権設定登記時を起算点とする賃借権の時効取得それ自体が認められないことになる。他方、判決の③の部分の最後の「これを対抗することはできない」を重視し、平成23年判決は、抵当権設定登記時を起算点とする賃借権の取得時効が認められるものの、それを対抗できないと理解するものもある⁴⁹⁾。この点については、一応、両方の読み方があり得るとして、先に進みたい。

判決の⑤の部分において述べられた「（最高裁昭和36年判決）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」の理解については、様々な見解が主張されている。すなわち、賃借権と抵当権が両立する権利であることを強調するもの⁵⁰⁾、より具体的に、抵当権者と賃借権の時効取得者との間では権利の得喪は生じず、この間に対抗要件なしに賃借権の取得を主張す

48) 判時2105号10頁、判タ1342号98頁、金判1365号20頁。

49) 黒田・前掲注(9)54頁、浜・前掲注(9)231頁、青木・前掲注(9)84頁。常岡・前掲注(9)76頁は、抵当権設定登記後の賃借権の時効取得を必ずしも否定する趣旨ではないとも読める、とする。

50) 宗宮・前掲注(9)124頁、中川・前掲注(9)150頁（ただし、実質的理由として、原審判決が述べた、抵当権者に時効中断手段がないことが重要な決め手であったのではないか、とする）。また、香川・前掲注(9)109頁は、賃借権が債権であり排他性がないことをいう。

ることができるような権利変動の当事者に準ずる関係が生じるわけではないと説明するもの⁵¹⁾、「対抗要件を備えない賃借権には、原則として第三者効がなく、時効取得された賃借権も所有者との間で相対的に認められる債権的な権原にすぎず、⁽⁷⁷⁾ 抵当権者との賃借権との間に準則が想定する権利の競合関係が生ずる余地はない、という意味に理解することができる」とするもの⁵²⁾、抵当権の実行後も含め、「相容れない権利の得喪」が生じ得る関係が潜在的に存在していることから理由付けが不十分とするもの⁵³⁾、そもそも両者が「相容れない」権利だとして批判するもの⁵⁴⁾がある。

この点についての検討においては、平成24年最高裁判決（以下、「平成24年判決」という）⁵⁵⁾が【準則Ⅴ】に関連して言及したことを確認する必要がある。すなわち、平成24年判決は、所有権の取得時効と抵当権の消滅の関係を扱うものであり、結論として「(所有権の時効取得者)は、本件抵当権の設定登記の日を起算点として、本件旧⁵⁶⁾土地を時効取得し、その結果、本件抵当権は消滅したというべきである」と述べたことにより、抵当権設定登記時を起算点とする所有権の「再度の時効取得」を認めた。【準則Ⅴ】では、「さらに取得時効に必要な期間占有すれば」という部分を、再度の取得時効の要件としてではなく、占有開始時からの占有によって時効の効果が生じたにもかかわらず、【準則Ⅲ】により

51) 平成23年判決の無署名コメント・判時2105号10頁、判タ1342号98頁、金判1365号20頁。この理由付けを疑問とするものとして、古積・前掲注(9)新・判例解説 Watch58 頁以下。

52) 石田・前掲注(9)21頁。

53) 秋山・前掲注(9)48頁。【準則Ⅴ】が適用されない理由としては、抵当権者に時効中断手段がないことが特殊性をよく表現するとする。草野・前掲注(9)537頁以下。

54) 大久保・前掲注(9)15頁。大久保邦彦「判批」民商146巻6号575頁注(26)(平成24年)も参照。

55) 最判平成24年3月16日民集65巻5号2321頁。この判決の解説等として、香川崇・司法書士486号12頁以下(平成24年)、伊藤栄寿・銀法747号4頁以下(平成24年)、椛村寛道・NBL985号92頁以下(平成24年)、加藤好隆・ビジネス法務12巻10号10頁(平成24年)、松尾弘・法セ694号130頁(平成24年)、大久保邦彦・民商146巻6号563頁以下(平成24年)、占部洋之・金法1964号38頁以下(平成25年)、鳥生尚美・法セ697号14頁以下(平成25年)、石田剛・リマークス46号18頁以下(平成25年)、同・セレクト2012[Ⅰ]20頁(平成25年)、田中淳子・法時85巻3号128頁以下(平成25年)、吉田邦彦・判時2172号148頁(判評649号2頁)以下(平成25年)等がある。

56) 紛争の生じた土地に換地があった。

〈72〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

時効完成後に第三者が権利を取得するなどしていったんは対抗できなくなった時効取得を登記なしに対抗するための要件とすることも可能であり、そのような主張もされている⁵⁷⁾けれども、平成24年判決によりこのような考え方が明示的に否定されたことになる⁵⁸⁾。

平成24年判決は「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、かかる事態は、上記不動産が第三者に譲渡され、その旨の登記がされた場合に比肩するということができる」というから、少なくとも対抗要件で負ける所有権の時効取得と抵当権との間に「対立関係」があるとする。その根拠は、権利を失う可能性である。

他方で、対抗要件で負ける賃借権の時効取得と抵当権については、同様に権利を失う可能性があっても、あくまで対抗関係が生じた当初の時点、すなわち抵当権設定登記時の対抗関係で決着をつけるというのが平成23年判決ということになる⁵⁹⁾。すなわち、抵当権登記のある土地を建物所有目的で賃借し、建物を建築して登記したとしても、賃借権の対抗要件具備が抵当権登記に遅れるから、賃借人は賃借権を抵当権者に対抗できないのが原則である（例外は、民法387条）。このことは、時効によって賃借権が取得された場合も同様であり、仮に賃借権に基づく占有が取得時効の要件を満たし、賃借権が時効によって取得されたとしても、抵

57) 松尾・前掲注(55)130頁。

58) 最判昭和36年7月20日・前掲注(19)は、再度の時効取得の完成が第三者の登記の後だということを前提としているから、判例は準則は再度の時効進行・完成を認めると読める。

59) 念のため付言すれば、賃借権が対抗要件を備えている場合（たとえば、借地について、建物の登記がある場合）、その後、敷地の土地に抵当権が設定され、その時点から賃借権の取得時効に必要な要件を具備する占有をしたとしても、民法397条を所有権の取得時効の反射効としての抵当権の消滅を規定したものと理解する現在の通説・判例によれば、賃借権との関係で抵当権が消滅することとはなく、賃借権が買受人に引き受けられるという処理になるだけである。これは、そもそも賃借権が抵当権に対抗でき、またこれ以上の権利を賃借人に与える必要もないからである。

当権者は「第三者」であり、賃借権の対抗要件具備は抵当権登記に遅れるから、賃借権は抵当権に対抗できず、賃借権が買受人に引き受けられないという処理になる⁶⁰⁾。この実質的理由としては、平成23年判決の第二審の述べる②④が重要である。

(3) 派生的問題

平成23年判決により「不動産賃借権の対抗要件を備えていない不備を、賃借権の時効取得の主張で補完することは原則として認められないことになる。例外的に認められるのは、買受人が背信的悪意者とされるか、買受人からの建物取去土地明渡請求等が権利濫用になる場合に限られることになる⁶¹⁾」と指摘されている。それでは、対抗要件を備えない賃借権に、取得時効により対抗要件が補完されたのと同様の効果が付与されることは、背信的悪意者、権利濫用以外に全くないのか。この問題を派生的問題として検討する。

まず、前提問題として、類型0に関連して次のような事例を想定する。すなわち、AがCに所有権を移転した後、Bは引き続き賃料をAに支払い続け、他方CはBに対し特に権利行使をせず、時効期間が経過した。ここでは、以下のように考えられる。

BはCが甲の所有権を取得した後も、Aを賃貸人とする賃借権を行使し続けている。この賃借権はCには対抗できない。ただBはAを賃貸人としてAに賃料を払っている。土地の所有者はCである。この状況は、当初から他人の土地について無権限者が賃貸人として賃貸借契約を締結し、賃借人が占有したまま時効期間が経過した事例と比較した場合、Cが所有権を取得した時点とすると、同様の状況にあり、比肩するといえる。関係者の利益状況も同様である。さらには、対抗関係で劣後する状況で新たな登記がなされたとき、その登記の時点から

60) 平成23年判決の原審は、抵当権者に時効中断手段がないことを理由としてあげるが、賃借権を時効取得しても、抵当権者に対抗できないとすれば、これは問題とならない。なお、抵当権登記のある土地を建物所有の目的で賃借することは、現実的ではないが、より現実的な事例としては、抵当権登記のある建物を賃借し、引渡を受けた場合が考えられる。本文では、土地賃貸借を例として説明しているので、土地の例とした。

61) 松久・前掲注(9)36頁。

〈74〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

新たな時効が進行するという事は、準則【V】と同様である。そこで、Cへの所有権移転の時からCに対する関係で賃借権について新たな時効が進行し、時効期間満了によって賃借権が新たに時効取得されると考えることができる⁶²⁾。当初から他人の土地について無権限者が賃貸人として賃貸借契約を締結し、賃借人が占有したまま時効期間が経過した事例では、時効によって取得された賃借権は、そもそも所有者に対する賃借権として取得されるから、所有者は当事者であり、賃借権は対抗要件なく所有者に主張できることになる（類型0⁰）。

この見解の問題点として以下の点が指摘できよう。第一に、先に示した時効の「当事者」を定める基準では、誰が賃貸借契約の賃貸人であるかを重視するとした。これによれば、この事例では、賃貸借契約の賃貸人はAであるから、時効取得された賃借権の賃貸人はAとなるはずである。そこで賃貸人をCとする説明が必要である。第二に、第一で指摘した問題を回避し、その説明とするため、Cが所有権を取得した時点からの時効の進行を認めることになる。これは、賃貸借契約に基づく占有の開始時点ではなく、事実上、Cの所有権登記に時効の中断効を認めるのと等しく、Cの登記の時点からの異なる取得時効の再進行を認めることになる。

確かに以上のような問題点は指摘できるものの、当事者の利益状況は、「当事者」の考え方の例外に属する当初から無権限者が賃貸した場合に比肩しているだろう。この見解は、たとえば、所有者が時効中断の可能性を有するなど、賃借権の時効取得に関するその他の事例との均衡上、結論として妥当なように思う。

次に、以上の試論を前提として、蛇足となるけれども、抵当権が関係する事例を検討する。想定する事例は、以下の通りである。すなわち、A所有地甲についてAとの賃貸借契約に基づきBが甲を占有し、対抗要件を備えない土地賃借権を継続的に行使していたところ、甲に抵当権が設定された。後に抵当権が実行され、甲の所有権が買受人Cに移転し、

62) 五十川・前掲注(29) 99頁は、同旨の結論を述べる。この文献は、賃借権を時効取得できるか、のみではなく、時効取得した賃借権を対抗できるかという問題を明確に意識している。ただ、時効の「当事者」という考え方を採用するかどうかは明確でない。反対、東京高判昭和50年12月25日判時822号54頁。ただし、この判決は、現在の一般的見解とは前提が異なる。

その旨の登記がなされたけれども、Bは引き続き賃料をAに支払い続け、他方CはBに対し特に権利行使をせず、Cの移転登記時から時効期間が経過した。

一般に、買受人は競売等で買い受けた後に何も権利行使をしないということは想定できず、また買い受けた目的物の同一性や範囲についても明確なはずであるから権利行使の対象を誤るということも通常考えられない。したがって、この事例は、事実上非現実的な教室事例の批判を免れないだろうけれども、理論的関心から検討すると、次のような試論が可能ではないか。すなわち、賃借権対抵当権の問題が賃借権対所有権の問題に変化した段階以降は、すぐ上で検討した状況と同様である。この時点から賃借権について新たな時効が進行し、時効期間満了によって賃借権が新たに時効取得される⁶³⁾。時効によって取得された賃借権は、そもそも所有者に対する賃借権として取得されるから、所有者は当事者であり、賃借権は対抗要件なく所有者に主張できることになる（類型4・5・6）。結局、以上のような場合は、対抗要件を備えていない不動産賃借権の対抗要件の不備を時効によって補完することになるのではないか⁶⁴⁾。

4. おわりに

従来の不動産賃借権の時効取得に関する議論では、おそらくは賃借権の対抗要件は備えていることが前提とされていたのだろう。従って、第三者への対抗という問題そのものが意識されなかったと考えられる。平成23年判決は、この問題を明確に意識させるものである。

従来、「時効と登記」に関し確立された準則は、あくまで所有権の取得時効に関するものであり、所有権に対するものである。それは、賃借権の取得時効には妥当しない⁶⁵⁾。また、対抗問題は当事者間では生じない。したがって、賃借権の時効取得が問題となる場合にも、時効の「当

63) 結論同旨、金子・前掲注(12)55頁。

64) 古積・前掲注(9)ジュリ1440号71頁は、物的・排他的賃借権の取得時効は少くとも公示・対抗要件を具備した後にしか容認しえないとするが、取得と対抗は区別すべきではないだろうか。

65) 香川崇「近時の重要判例でみる時効－最判平24・3・16(金判1391-13)を中心として－」月報司法書士486号17頁(平成24年)。

〈76〉 不動産賃借権の時効取得と対抗（尾島）

事者」との関係では対抗問題は生じない。賃借権の時効取得については、賃借権と所有権の関係では、誰を賃貸人とする賃借権が時効取得されたかが問題となり、この者との関係では、対抗問題は生じない。これに対し、賃借権と抵当権の関係では、抵当権者が常に「第三者」となり、対抗関係にある。以上のように、対抗問題は誰と誰との間で生ずるか、時効の「当事者」は誰か、という問題を明確に意識する必要がある。以上が本稿の骨子である。

〔平成 25 年 4 月〕

〔付記〕再校の段階で、名古屋大学民法研究会において関連テーマについて報告する機会を与えられた。その際、加藤雅信名古屋大学名誉教授・名古屋学院大学教授から、賃借権の時効取得には、より根本的な問題がある旨のご指摘を受けた。すなわち、賃借権の時効取得により新たに当事者間に債権債務関係が発生する場合、たとえば、賃貸人となった者は目的物の修繕義務を負うことになり、このような点で賃借権の時効取得は所有権の時効取得とは同一に論じられない、と。確かにこの問題は十分に論じられているとはいいがたい状況にある。本稿では従来通説・判例に従い、賃借権の時効取得それ自体は検討の対象としなかったけれども、問題の存在を付記しておく。ご指摘をいただいた加藤教授に、記して謝意を表したい。また、研究会において、参加者から本稿にもかかわるご指摘を多数いただいたが、本稿に反映させることができなかった。

〔平成 25 年 5 月〕

別表

類型	事実の時系列的関係		賃貸借契約に基づく賃貸人	時効完成時の所有者	時効取得された賃貸借権の賃貸人	Cへの対抗の可否
	上段：占有者B側の事情	両者の事情				
平成23年判決			A	C	A	不可
0			A	C	A	不可
0'			A	C	C	Cに対する賃借権を取得
0''			A	C	C	Cに対する賃借権を取得
1			A	C	A	不可
2			A	A	A	不可
3			A	A	A	不可
4			A	C	C	可
5			A	C	C	可
6			A	C	C	可

