

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人高木健康の上告受理申立て理由について

1 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 上告人は、平成13年2月13日、第1審判決別紙1物件目録記載の建物の上告人持分について、極度額を300万円、債権の範囲を金銭消費貸借取引、債務者を上告人、根抵当権者を被上告人とする根抵当権（以下「本件根抵当権」という。）を設定し、同日、その旨の根抵当権設定仮登記がされた。

(2) 上告人は、平成13年2月13日、被上告人との間で、金銭消費貸借取引契約（以下「本件契約」という。）を締結し、以後、本件契約に基づき金銭の借入れと返済をしていたが、平成17年9月28日を最後に、返済をしなくなった。

(3) 上告人は、平成17年11月24日、破産手続開始の決定を受け、同時に、破産手続廃止の決定を受けた。

上告人が上記破産手続開始の決定を受けたことにより、本件根抵当権の担保すべき元本が確定した。本件根抵当権の被担保債権は、本件契約に基づく被上告人の上告人に対する債権（以下「本件貸金債権」という。）である。

(4) 上告人は、平成18年1月26日、免責許可の決定を受け、同決定は、同年2月24日に確定した。

本件貸金債権は、上記免責許可の決定の効力を受けるものである。

2 本件は、上告人が、本件貸金債権につき消滅時効が完成し、本件根抵当権は消滅したなどと主張して、被上告人に対し、上記仮登記の抹消登記手続を求める事

案である。

3 原審は、上記事実関係等の下において、次のとおり判断して、上告人の請求を棄却すべきものとした。

(1) 本件貸金債権は、免責許可の決定の効力を受ける債権であるから、消滅時効の進行を観念することができない。

(2) 民法396条により、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でなければ時効によって消滅しないから、上告人の請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がない。

4 しかしながら、原審の上記3(1)の判断は是認することができるが、同(2)の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。

(1) 免責許可の決定の効力を受ける債権は、債権者において訴えをもって履行を請求しその強制的実現を図ることができなくなり、上記債権については、もはや民法166条1項に定める「権利を行使することができる時」を起算点とする消滅時効の進行を観念することができないというべきである（最高裁平成9年（オ）第426号同11年11月9日第三小法廷判決・民集53巻8号1403頁参照）。このことは、免責許可の決定の効力を受ける債権が抵当権の被担保債権である場合であっても異なるものではないと解される。

(2)ア 民法396条は、抵当権は、債務者及び抵当権設定者に対しては、被担保債権と同時でなければ、時効によって消滅しない旨を規定しているところ、この規定は、その文理に照らすと、被担保債権が時効により消滅する余地があることを前提としているものと解するのが相当である。そのように解しないと、いかに長期間権利が行使されない状態が継続しても消滅することのない抵当権が存在することとなるが、民法が、そのような抵当権の存在を予定しているものとは考え難い。

イ そして、抵当権は、民法167条2項の「債権又は所有権以外の財産権」に当たるといふべきである。

論旨は、抵当権の被担保債権が免責許可の決定の効力を受ける場合の抵当権自体

の消滅時効期間は被担保債権の種類に応じて5年（商法522条）や10年（民法167条1項）である旨をいうが、そのように解することは、上記の場合にも被担保債権の消滅時効の進行を観念するに等しいものであって上記(1)と相いれず、また、法に規定のない消滅時効の制度を創設することになるものであるから、採用することができない。

ウ したがって、抵当権の被担保債権が免責許可の決定の効力を受ける場合には、民法396条は適用されず、債務者及び抵当権設定者に対する関係においても、当該抵当権自体が、同法167条2項所定の20年の消滅時効にかかると解するのが相当である。

(3) 以上のことは、担保すべき元本が確定した根抵当権についても、同様に当てはまるものである。

5 以上によれば、免責許可の決定の効力を受けることによって消滅時効の進行を観念することができなくなった債権を被担保債権とする抵当権は、民法396条により、債務者及び抵当権設定者に対しては時効によって消滅しないことを理由に、上告人の請求を棄却すべきものとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある。

しかしながら、上記事実関係の下においては、本件根抵当権を行使することができる時から20年を経過していないことは明らかであるから、上告人の請求には理由がないことになる。

したがって、上告人の請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官山本庸幸の補足意見がある。

裁判官山本庸幸の補足意見は、次のとおりである。

抵当権の被担保債権が免責許可の決定の効力を受ける場合に民法396条が適用されない理由について、若干の補足をしたい。

民法396条は、債務者及び抵当権設定者が被担保債権について弁済をしないで抵当権の時効消滅を主張することは信義に反するため、これらの者については抵当権自体の時効消滅を認めないという趣旨の規定であると解される。本件のように、抵当権の被担保債権が免責許可の決定の効力を受けることにより訴えをもってその強制的実現を図ることができなくなっている場合には、債務者及び抵当権設定者がそのような被担保債権に対する弁済をせずに抵当権の時効消滅を主張しても、信義に反するとはいえないのであり、上記のような同条の趣旨に照らしても、抵当権の被担保債権が免責許可の決定の効力を受ける場合には、同条の適用はないというべきである。

(裁判長裁判官 鬼丸かおる 裁判官 山本庸幸 裁判官 菅野博之)