

平成30年6月8日現在

機関番号：13201

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2015～2017

課題番号：15K03198

研究課題名（和文） 抵当権に関する時効制度の研究

研究課題名（英文） Study of the prescription on mortgages

研究代表者

香川 崇（KAGAWA, Takashi）

富山大学・経済学部・教授

研究者番号：8034553

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,400,000円

研究成果の概要（和文）：わが国の民法第397条は、抵当権の時効を定めるものであり、フランス民法に由来するものである。本研究は、フランス法における抵当権の時効を研究することで、わが国の解釈の示唆を得ることを目的としている。本研究では、フランス民法典制定前の法状況を検討した後に、フランス民法典制定後の学説や判例を、（1）1804年から1851年（担保法改正提案）、（2）1851年から1855年（公示制度の改正）、（3）1855年から1955年（公示制度の再改正）、（4）1955年から2006年（担保法改正）、（5）2006年以降の時期に分けて検討した。この検討により、フランス法における抵当権の時効の意義を明らかにした。

研究成果の概要（英文）：Article 397 of the Civil Code of Japan defines the prescription on mortgage and is derived from the French Civil Code. The purpose of this research is to obtain suggestions of our interpretation by studying the prescription of mortgages in French law. In the present study, after reviewing the legal situation before the French Civil Code, I examined the theories and judgments in French law after the French Civil Code was enacted. In that case, it divided into the following five periods. (1) 1804 to 1851 (Draft of revision of the mortgage law), (2) 1851 to 1855 (Reform of real property registration act), (3) 1855 to 1955 (Revision of real property registration act), (4) 1955 to 2006 (Revision of the mortgage law), (5) after 2006. This examination clarified the significance of the prescription on mortgage in French law.

研究分野：民法

キーワード：消滅時効 取得時効 抵当権

1. 研究開始当初の背景

抵当権の設定された土地の時効取得が問題となる事案としては、占有者が、既に抵当権の設定された不動産の占有を開始した事案と占有者が占有を開始した後に抵当権が設定された事案が想定されよう。わが国の判例は、類型について民法第397条が適用されない([1]大判昭15・8・12民集19巻1338頁)としつつも、抵当権が民法第167条第2項によって時効消滅するとしている([2]大判昭15・11・26民集19巻2100頁)。これに対して、来栖三郎は、わが国の民法第396条と第397条がフランス法(フランス民法旧第2180条)に由来するものであることを指摘して、これらの判決を批判していた。次に、類型に関する[3]最判平24・3・16民集66巻5号2321頁は、いわゆる「取得時効と登記」に関する判例準則を用いて、取得時効の完成によって抵当権が消滅するとしている。古田佑紀裁判官は、[3]の補足意見において、抵当権者において抵当権の消滅を防止する手段の必要性について言及していた。

このような判例の展開から、抵当権の時効に関する総合的研究が必要とされていた。

2. 研究の目的

来栖が正当にも指摘するとおり、民法は抵当権の時効に関して第397条を用意している。それにもかかわらず、類型に関する判例は、民法第397条とは別の法理(第167条の消滅時効や「取得時効と登記」に関する判例準則)を用いることで占有者を保護している。しかし、最終的に占有者を保護するというのであれば、端的に、民法第397条の適用を肯定すれば良いのではないだろうか。この疑問を解くためには、民法第397条がどのような規定であるのかを、その基礎であるフランス法に立ち返って検討する必要がある。

また、抵当権の消滅を防止する手段につき、ボワソナードは、抵当権者が、抵当権の設定された不動産の占有者に対して承認をするように求める権利(承認請求権)を行使できることを認めていた(ボワソナード草案第1312条第1項)。この権利はフランス民法典制定前の学説に由来するものである。

そこで、本研究では、わが国の民法第397条の基礎となったフランス民法における抵当権の時効に関する規定の立法趣旨及び学説と判例の展開を検討し、わが国の抵当権に関する時効制度についての示唆を得ることにした。

3. 研究の方法

平成27年は、抵当権に関する時効制度に関するフランス民法典制定前の法律や学説及びフランス民法典の立法過程を調査検討した後に、19世紀半ばまでの学説と判例の展開及び立法提案を調査し、検討した。平成28年は、19世紀末から21世紀に至るまでの立

法提案や学説と判例を検討した。また、フランス抵当権法改正草案の影響を受けて制定されたベルギー抵当法についても検討した。平成29年は、19世紀末から21世紀に至るまでの学説と判例、そして、2006年の抵当権法改正における議論も調査し、検討した。

4. 研究成果

(一) フランス民法典における取得時効、消滅時効、抵当権の時効の概要

(1) 取得時効

取得時効につき、フランス民法典は、長期と短期の二種類の取得時効を定める。長期取得時効(旧第2262条、現第2272条第1項)は、30年の占有継続を要件とする。短期取得時効(旧第2265条)は、不動産の所在する控訴院の管轄区域内に真の所有者が居住する場合は10年、管轄外に真の所有者が居住する場合は20年の占有継続を要件としていた。なお、2008年の時効法改正により、この区別は廃止され、10年の占有継続が短期取得時効の要件とされた(現第2272条第2項)。更に、占有者が正権原(juste titre)に基づいて、善意で占有を開始したことも、短期取得時効の要件である(旧第2265条、現第2272条)。正権原は、所有権を取得させる行為のことであり、条文上、正権原の謄記(transcription)は短期取得時効の成立要件とされていない。占有者の善意は推定される(旧第2268条、現第2274条)。なお、占有者が前主の所有権に疑いを持っている場合、その占有者は悪意であったと解されている。

(2) 消滅時効

消滅時効につき、フランス民法典は30年の時効期間を原則としていた(旧第2262条)。その後、2008年改正により、時効期間が改められた。すなわち、人的訴権の消滅時効は5年(現第2224条)、不動産に関する物的訴権の消滅時効は30年(現第2227条)となった。

(3) 抵当権の時効

抵当権には、約定抵当権、裁判上の抵当権、法定抵当権(例えば、被後見人のための抵当権、妻の抵当権)の三種類がある。旧第2180条は、抵当権の消滅を定めていた。その中でもわが国の民法第396条、第397条と関連するのは、旧第2180条(現2488条)第4号第2文、同条同号第3文であった。なお、旧第2180条(現2488条)第4号第3文は、正権原を成立要件とする短期取得時効の定める期間経過を主張する場合には、正権原の謄記(transcription)の時がその期間の起算点となるとしている。

「旧第2180条 先取特権及び抵当権は、以下の事由によって消滅する。

- 一 主たる債務の消滅
- 二 債権者による抵当権の放棄
- 三 第三取得者による、取得した財産を滌除するために規定される方式及び条件の履践
- 四 時効

時効は、債務者の手中にある財産については、抵当権又は先取特権をもたらす訴権の時効について定める期間の経過によって、その者のために完成する。

第三取得者 (tiers détenteur) の手中にある財産については、時効は、その者のための所有権の時効について定める期間の経過によって、その者のために完成する。時効は、権原 (証書 X titre) を前提とする場合には、その権原 (証書) が不動産所在地の抵当権保存所において公示された日からでなければ、進行を開始しない。

債権者が行う登記 (inscription) は、債務者又は第三取得者のために法律が定める時効の進行を中断しない。」

フランスでは、2006年3月23日に大幅な担保法改正が実施されたものの、抵当権の時効に関する旧第2180条第4号は、現第2488条第4号として維持されている。

(二) フランス民法典制定前の状況

(1) パリ慣習法における取得時効と抵当権の時効

(A) 取得時効

パリ慣習法第113条は、善意占有者につき、現在者間で10年、不在者間で20年の取得時効を定める。また、同第118条は30年の占有継続による取得時効を定める。

(B) 抵当権の時効

(ア) 短期取得時効の完成による抵当権の消滅

パリ慣習法第114条は短期取得時効の完成による抵当権とラント (rente) の消滅を定めていた。すなわち、パリ慣習法第114条〔抵当権の時効〕は、「不動産 (héritage) 又はラントを正権原かつ善意で占有する者が、未成年者でなく、特権を持たない者で、ラントや抵当権に関する自由かつ平穩で妨害なく、占有者およびその前主によって、不在者でない者との間では10年間、不在者との間では20年間占有を継続したとき、占有者は、その不動産又はラントにつき設定された全てのラントや抵当権に対する時効を取得する。」とする。

また、パリ慣習法第115条は「ラント設定者が、第三取得者に背いて、ラントを弁済したときでも、前条の時効は完成する。賃貸借 (location)、用益権 (usufruit) の留置、容仮占有の設定等その他同様の方法によって、ラントの債務者が不動産の占有の保持を継続したために、ラントの債権者が土地の譲渡を認識できない正当な原因があるとき、時効は、その期間中進行しない。」として、同第114条の例外を定める。

パリ慣習法第114条でいうラントには、土地ラント (rente foncière) と設定ラント (rente constituée) がある。土地ラントとは、土地所有者が、毎年一定額の金銭等 (年賦金) の支払いを受ける権利を留保して土地所有権を譲渡する取引において、譲渡人に留

保された年賦金徴収権である。土地ラントからは、過去の利息に関する抵当訴権 (action hypothécaire) が生じる。

土地ラントの債権者が抵当訴権を有する場合、占有者の前主において発生した年賦金を現在の占有者に対して請求できる。抵当不動産の占有者は、原則として、被担保債権の債務者に関する検索の抗弁を援用できるが、土地ラントの債権者が抵当訴権を用いる場合、占有者は検索の抗弁を援用できない。そのため、土地ラントから生じる抵当訴権は、単なる抵当訴権を超えるものであった。

(イ) 抵当権の消滅時効を中断させる方法

ロワゾは、抵当権の時効の中断方法として、抵当権宣言訴権 (action en déclaration d' hypothèque) の存在を認める。抵当権宣言訴権は、財産が債務又はラントに基づく抵当権が設定されていることを宣言するものであって、差押えや売却を求めるものではない。

(2) ポティエの学説

(ア) 取得時効

ポティエは、短期取得時効も長期取得時効も占有者への所有権を取得させる制度であると考え。そして、取得時効には、二つの効果、すなわち、所有権を取得させるという効果と、自由かつ完全な所有権に取得させるという効果があるとする。の効果とは、土地を取得させる契約において占有者に示されておらず、占有者が認識していないラントや抵当権などの負担を消滅させるというものである。

(イ) 抵当権の消滅時効

(a) 第三取得者によって抵当不動産が占有されている場合

抵当権の設定を知らずに不動産の占有を継続した第三取得者は、上記の取得時効の効果によって、抵当権からの解放を取得することができる。この時効は、債務に条件が設定され、かつその条件が成就していない場合であっても、債権者に対して進行する。条件成就前、債務者に対する抵当訴権を行使できないとしても、少なくとも、中断のための訴権を行使することができるのであるから、その訴権を行使しない以上、抵当権を失うという責を帰せしめられてもやむをえない。

(b) 債務者によって抵当不動産が占有されている場合

この場合、債務者は、抵当権の負担つきで不動産を占有しているのであるから、上記の取得時効を援用できない。そこで、被担保債権の時効消滅を主張することになる。被担保債権に関する訴権は人的訴権であり、人的訴権の消滅時効の時効期間は30年である。もっとも、消滅時効は、訴権の不受理事由であって、人的訴権それ自体を消滅させるものではない。そこで、ユスティニアヌスは、債務者が抵当権設定者である場合のために、抵当訴権そのものに関する40年の消滅時効を定める。

なお、ポティエは、いくつかの慣習法にお

いて、約定抵当権が 40 年の時効、法定抵当権又は裁判上の抵当権が人的訴権と同じく 30 年の時効にかかる」と述べている。

(三) フランス民法典の起草過程

抵当権の時効に関して、共和暦 8 年委員会は、フランス民法典制定前の慣習法や学説を反映した草案を提出した。その後、破棄裁判所から、抵当権の時効に関する条文提案があった。これは、破棄裁判所から旧第 2180 条第 4 号とほぼ同一の規定であった。

(四) フランス民法典制定後の展開

フランス民法典制定後の展開は、次の (A) ~ (E) の五つの時期に分けて検討する。

(A) 19 世紀前半における判例学説の展開

1804 年の民法典において、抵当権者が第三取得者へ抵当権を主張するためには、原則として、抵当権の登記を備える必要があった (旧第 2166 条)。もっとも、未成年者、禁治産者及び寡婦は、抵当権の登記がなくとも、第三取得者に対して法定抵当権を主張できた (旧第 2135 条第 1 項)。

(ア) 短期取得時効の効果

トロロンは、短期取得時効の唯一の目的は、不動産の取得を確固たるものにするにあり、第三取得者の手中における自由を維持することであるという。すなわち、短期取得時効は、第三取得者のために、第三取得者が現れる前に設定された物的負担や権利を消滅させるものである。彼は、旧第 2265 条は、「不動産の所有権」の時効であると定めているが、これは民法典編纂の過誤であり、パリ慣習法を忘れたものであると指摘する。そして、抵当権に関する旧第 2180 条は、現在の民法典がパリ慣習法と同じ精神であることの証拠であり、仮に、物的負担が消滅しないとすれば、時効はその目的を達成することができないであろうと述べる。

(イ) 旧第 2180 条第 4 号第 3 文による抵当権の消滅の基礎

デュラントンは、旧第 2180 条第 4 号第 3 文が、取得時効の完成による抵当権の消滅を定めていると解する。すなわち、占有者は、所有者自身又は所有者でない者から不動産を得たならば、不動産の所有権だけでなく、不動産に関する自由 (franchise)、つまり、抵当権の負担からの自由も取得するという。

これに対して、グルニエは、取得時効の完成によって抵当権が消滅するという考え方が誤りであり、旧第 2180 条が抵当権の消滅時効を定めた規定であると解する。

(ウ) 抵当権の時効の中断方法

第三取得者に対する抵当権の時効を中断する方法には、(A) 第三取得者による抵当権の承認と (B) 抵当権の承認を求める訴えのみがあり、第三取得者が任意に抵当権の承認をしない場合に、抵当権者は、後者の抵当権宣言訴権を用いることになる。

(エ) 抵当権の時効の停止

旧第 2257 条は、条件成就・期限到来まで時効の進行が停止することを定めたものである。学説上、被担保債権に期限又は停止条件が設定されている場合、被担保債権の期限到来又は条件成就まで旧第 2180 条の時効が停止するのかが問題となった。

しかし、トロロンは、条件付の債権の債権者には、法諺「訴えることのできない者に対して時効は進行しない」が妥当しないという。それは、条件付の債権の債権者は、旧第 1180 条に基づいて保存行為をなすことが可能であり、旧第 2180 条の時効を中断することができるからである。

(オ) 抵当権制度改正に向けての動向

1841 年 5 月 7 日、抵当権制度の不備・欠陥とその改善の方法についてのアンケートが実施された。そこでは、短期取得時効の完成による抵当権の消滅について否定的な意見が示された。

(B) 19 世紀における抵当法改正の動向

(ア) フランスにおける動向

抵当権の改正のための委員会は、抵当権法改正草案を作成した。その草案第 2191 条第 4 号第 2 文は、旧第 2180 条第 4 号第 1 文乃至第 4 文を改め、「抵当権は被担保債権の時効と独立して時効にかからない。」とした。それは、不動産の取得者が、その所有権移転の登記をする際に、抵当権の公示によって抵当権を認識するのであるから、短期取得時効の完成を認める必要がないからである。草案第 2191 条は、1851 年 2 月 21 日、国民議会第二読会で提案どおり採択されたが、結局廃案となった。

(イ) 1851 年 12 月 16 日のベルギー抵当法

政府草案第 100 条第 3 項は旧第 2180 条第 4 号第 3 文を改め、「第三取得者のための時効は、不動産の権利に関する最も長い時効に必要な期間によってのみ完成する」とし、短期取得時効による抵当権の消滅を否定した。

下院委員会において、ルリエールは、次のように述べている。すなわち、本草案の公示システムにおいて、第三取得者は、取得した財産に設定された抵当権を認識していたものと推定されねばならない。それゆえ、第三取得者は、善意と言えない (第三取得者の善意が推定されるのは、物が他人に帰属していることを第三取得者が知らなかった場合に限られる)。

(C) 1855 年 3 月 23 日の法律による公示制度改革以降の判例学説

1855 年 3 月 23 日に公示制度が改められた。もっとも、法定抵当権は登記しなくとも対抗できるものとされた。

(ア) 旧第 2180 条第 4 号第 3 文の法的性質

19 世紀以降、旧第 2180 条第 4 号第 3 文は取得時効の完成を要件とした消滅時効であるという学説が有力に主張されるようになった (オーブリー = ロー、プラニオル = リパー

ル)。

また、テザールは、抵当権の消滅という方法が、実務上余り重要でないとしても、理論上最も困難な問題を提示するという。彼は、被担保債権に条件・期限が設定されている場合につき、占有者が権利者から権原に基づいて取得した場合、占有者が権原なしに取得した場合、占有者が無権利者から取得した場合に分類する。そして、この場合は、占有者は、条件付き権利の行使を受けるという義務付きで物を取得していることから、条件が到来するまで負担からの解放を時効取得しえない。他方、この場合は、占有者はその義務を承継していないので、条件の到来の有無にかかわらず、負担からの解放を時効取得しうる。

(イ) 旧第 2257 条の適用範囲の拡張

判例は、被担保債権の期限が到来しない期間の抵当権の時効の停止を認めた。もっとも、いずれも短期取得時効の成否が争われた事案であった。

(ウ) 短期取得時効の善意要件と登記の関係

オープンリー＝ローは、抵当権の登記が占有者の悪意を推定するわけではないが、抵当権の登記に関する占有者の認識は、抵当権に関する占有者の悪意を推定するという。

(D) 1955 年の公示制度改革以降の判例学説

公示制度は 1955 年 1 月 4 日のデクレによって再び改められた。1955 年の改革により、被後見人や妻の法定抵当権も公示がなければ第三者に対抗できないこととなった(同デクレ第 8 条第 1 項)。

(ア) 取得時効の効果

この時期に至って、時効の効果が原始取得か承継取得なのか議論されるようになった。通説は、取得時効の効果が原始取得であると解する。もっとも、原始取得の概念はわが国における原始取得概念と異なる。すなわち、不動産は、占有開始前に不動産に設定された物的負担(例えば、抵当権や地役権)付きでしか時効取得できない(なお、マゾオは、前主において設定された物的負担付きでしか所有権を取得できない性質を鑑みて、取得時効の効果が承継取得であると解する)。

そして、旧第 2180 条第 4 号第 3 文の抵当権の時効は、原始取得後も存続する抵当権を消滅させる方法であると位置づけられている。

なお、占有者による占有が継続している期間において、元の所有者が抵当権を設定した場合、その抵当権は、時効取得した占有者に対抗できない。それは、取得時効の遡及効によって、その抵当権は、所有者でない者によって設定された抵当権となるからである。

(イ) 旧第 2180 条第 4 号第 3 文の法的性質

この時期の通説は、旧第 2180 条第 4 号第 3 文の時効を消滅時効と解する。

特に、マゾオは、旧第 2180 条第 4 号第 3 文の廃止を提案する。それは、この時効が、

公示制度を欠いた時代、すなわち、抵当権が隠れたものであった時代を前提とするものであり、1955 年の改正によって抵当権が登記に従うものとされた以上、この時効の存続が権利者にとって不正義であり、危険だからである。

(E) 2006 年の担保法改正(2006 年 3 月 23 日のオールドナンス)

2006 年 3 月 23 日のオールドナンスは、担保法を大幅に改正するものであった。このオールドナンスの予備草案第 2488 条には、旧第 2180 条第 4 号に相当する規定がなかった。

しかし、2006 年 3 月 23 日のオールドナンスは、旧第 2180 条を第 2488 条に改めたものの(同第 14 条第 8 号)時効に関する従前の規定を維持した(同第 33 条)。

予備草案とオールドナンスに関する報告でも抵当権の時効に関する規定が残された理由について説明がなされていない。

(五) 総括

(1) 抵当権の時効に関する規定の必要性

抵当権の時効に関する旧第 2180 条(現第 2488 条)第 4 号第 3 文は、パリ慣習法に由来するものであった。そして、ポティエは、取得時効には、所有権取得という効果と、自由かつ完全な所有権に取得させるという効果があるとし、これによって抵当権が消滅するとしていた。

その後、短期取得時効の完成による抵当権の時効消滅が問題視されるようになった。旧第 2257 条の適用範囲の拡張や抵当権の登記に関する認識による悪意の推定は、短期取得時効による抵当権の消滅を妨げることに寄与した。ある学説は、今日において、短期取得時効によって抵当権の消滅は教室設例にすぎないという。

このような批判を受けつつも、旧第 2180 条(現第 2488 条)第 4 号第 3 文は、現在も維持されている。その理由について、2006 年 3 月 23 日のオールドナンスの理由書は、何も触れていない。

旧第 2180 条(現第 2488 条)第 4 号第 3 文には、今日においても、原始取得との関係において、理論上の重要な意味が与えられているように思われる。わが国では、取得時効の効果が原始取得であり、占有開始前に不動産に設定された物的負担(抵当権)も原始取得の効果によって消滅すると解されている。つまり、わが国において、取得時効は、それ自体が、所有権の完全性を回復する手段として位置づけられている。しかし、フランスでは、取得時効の効果は、原始取得であるものの、占有者は、占有開始前に設定された物的負担(特に抵当権)付きでしか取得できないものとされている。そして、旧第 2180 条(現第 2488 条)第 4 号第 3 文の効果によって、占有開始前に設定されていた負担から解放される。つまり、フランスにおいては、旧第 2180

条（現第 2488 条）第 4 号第 3 文の抵当権の時効の完成によって初めて、所有権の完全性を回復できるという構造になっている。

以上の分析からすれば、2006 年 3 月 23 日のオールドナンスによる担保法改正後も旧第 2180 条（現第 2488 条）第 4 号第 3 文が維持される理由は、取得時効だけでは所有権の完全性を回復できないというフランス法の法体系に由来するものと推測されよう。

フランスと異なり、わが国では、取得時効による原始取得によって所有権の完全性が回復されるのであるから、わが国の第 397 条は不要な規定のように見える。しかし、わが国では、時効の存在理由との関係で、取得時効の効果を原始取得と解すべきか否かにつき議論がある。

今後は、時効の存在理由をも含めて、わが国における取得時効の効果がいかなるものであるのかについて検討する必要がある。

（ 2 ） 抵当権宣言訴権

わが国では、抵当権の時効を中断する方法が明らかではなかった。これに対して、フランス法では、民法典制定前から抵当権宣言訴権が認められ、抵当権者がこの訴権を用いることで抵当権の時効を中断することができた。

わが国の民法第 166 条第 2 項ただし書き（改正民法第 166 条第 3 項ただし書き）は、始期付権利または停止条件付権利の目的物が占有されている場合に、占有者に対して承認を求める請求権があるとしている。抵当権についてもこの規定を適用（または類推適用）して、占有者に対して抵当権の承認を求める請求権が抵当権者にあると解することができよう。

5 . 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕(計 1 件)

香川崇「抵当権の時効（一）」富大経済論集 63 巻 3 号（査読無） 2018、pp.219 – 251

6 . 研究組織

(1)研究代表者

香川崇 (KAGAWA, Takashi)

富山大学・経済学部・教授

研究者番号：80345553

(2)研究分担者

なし

(3)連携研究者

なし

(4)研究協力者

なし