

第3回講義の補足説明

2017/08/25

1 被保全債権について主張・立証すべきこと

貸借型理論を採らず、条件や期限は法律行為の附款であり、効果発生を阻止する抗弁だとする一般的な理解によるとしますと、Yの返還約束と元本100万円の交付によって100万円の返還債権が成立し、期限があることは抗弁となり、それに対して、(a) 弁済期の到来、(b) 代位の許可を得たこと（非訟85条。なお厳密には本件には旧法が適用されますが実質に変更はなく、煩わしいの現行法のみを表示します）、もしくは、(c) 代位行為が保存行為であることが、再抗弁事由となります。もっとも、423条2項の規定のしかたを根拠に、弁済期の到来も代位権の発生要件であるとして代位債権者に主張・立証責任を負わせる説もあります（伊藤＝山崎『ケースブック 要件事実・事実認定〔第2版〕』〔瀬戸口壯夫〕163頁を参照）。

貸借型理論を維持するとすれば、債権の発生原因を基礎づける段階で弁済期の合意を主張する必要があります。それゆえ、「せり上がり」が生じ、弁済期が未到来であることが明らかな本件では、X₁は、上記(b)または(c)の事実を請求原因で主張・立証しなければなりません。そして、取消または無効の主張に基づく甲の引渡請求は、保存行為にはならない可能性が高いので、(b)の許可手続が必要になりそうです。代位訴訟の場合には、出海君の答えのように、代位の許可に代えて許可条件である同条の「自己の債権の期限前に債務者の権利を行使しなければ、その債権を保全することができないとき、又はその債権を保全するのに困難を生ずるおそれがあるとき」に該当する事実を主張・立証すればよいでしょう。ただ、訴えを却下される危険を避けるためには、原告の弁護士は代位の許可を申請したうえで代位訴訟を提起することも考えるでしょう。

2 債権者代位権の行使による債務者の処分禁止と第三債務者の弁済禁止

判例（大判昭14・5・16民集18巻557頁：代位訴訟の事例）・通説によると、代位権行使の事実を知った後は、Yはα債権の処分権を制限され、Z₂もYへの弁済をX₂に対抗できなくなります。履行期前でも裁判上の代位では裁判所が代位の許可の裁判を職権で債務者に告知することで処分制限が働きますから（非訟88条3項）、履行期後には債務者への通知または債務者の了知で当然に拘束が生じます。したがって、Z₂は、X₂に支払うべきこととなります。支払うべき相手が確定していますから、債権者不確知による供託はできません。

これに対して、X₂が代位訴訟を起こしても、そのことが当然に債務者Yに告知されるわけではありません。また、仮に訴訟についてX₂がYに知らせたとしても、裁判所が通知する場合のような重大な権利行使の制限を認めるのはおかしいという有力な反対説があります（改正民法はこの反対説を採用しています）。本件では、裁判外の権利行使であり、問題はいっそう大きいといえましょう。この反対説によれば、Z₂は、本来の債権者Yに払っても、代位権行使により弁済受領権限を有するX₂に払っても良いこととなります（普通はよく知っている自分の債権者であるYに支払うでしょう）。

判例・通説の立場を支持しつつも、代位訴訟が提起されて告知された債務者が被代位権利の処分権を制限された場合であっても、第三債務者が債務者に弁済することは妨げられないとする見解（奥田昌道編『新版注釈民法(10-2)』（有斐閣、2011年）754頁〔下森定〕）があ

ります。民法改正の審議でも、代位訴訟の場合に代位債権者が債務者に訴訟告知（新423条の6は訴訟告知を義務づけています）をすると、債務者に処分禁止効が生じるが、第三債務者の弁済は妨げられないという案が提案されていました。

しかし、処分禁止効を肯定しながら、第三債務者の弁済を認めるのは矛盾です（弁済受領による債権消滅は、債権の処分です）。判例・通説に従えば、弁済を禁じないと論理が一貫しません。新423条の5は、代位権行使によって債務者の処分権限も第三債務者の弁済権限も奪われないと定め、代位訴訟が告知された場合もこの規定が妥当します。代位債権者が第三債務者の弁済を止めたいなら、仮差押えや仮処分を活用する必要があります。

3 X₁の被担保債権の弁済期未到来と抵当権侵害の関係

多様な考え方がありますので、両極端の意見を紹介します。いずれが妥当なのか、それとも中間的な結論を採るべきか、各自が考えてみて下さい。「正解」はありません。

(1) 慎重な考え方は次のようなものです。

抵当目的物の価値の物理的損壊（たとえば山林の無断伐採）があれば、たしかに弁済期到来前でも抵当権侵害を理由とする差止めや損害賠償が可能である。しかし、抵当目的物の占有による抵当権侵害は、抵当権の非占有担保性・価値権性と抵触するおそれがある。すなわち、弁済期到来前には債務不履行が生じておらず、抵当権の実行もできない。そのような段階では、抵当権は目的物の占有収益に干渉できず、抵当権の侵害を語ることもできない。本件でのX₁の被担保債権は、弁済期が未到来であるうえ、A・B夫婦が行方不明になった後も、連帯保証人になったAの父C（CP(2)③）が利息の支払を続けており（CP(2)⑧）、債務不履行が生じていないため、抵当権は実行に至っていないどころか、そもそも実行できる状態にはない。

占有による抵当権侵害を認めた判例・裁判例は、いずれも競売申立後売れなかった事例ばかりである。さらに、本件の「噂」はまったく根拠にならないし、立て札や高級外車の駐車も永続的なものではないので、将来の抵当権実行時に競売を阻害する形で存続するかどうか確実でなく、現在の侵害やそのおそれを基礎づけるには足りない。

(2) 対照的に積極的な考え方には次のようなものがあります。

X₁の被担保債権は1か月後には弁済期が到来するところ、A・Bが行方不明で彼らからの弁済は期待できず、保証人Cも全額を弁済できるかどうか不確実である。それゆえ、遠からず債務不履行になって抵当権を実行することが予期される。B・Y間の怪しい契約内容、立て札、高級外車の駐車は、反社会勢力が威力を示して異常な占有を行い、執行妨害を予告しているものと解することができる。これにより抵当権の実行を申し立てても買受希望者がYの異常な占有を見て入札を躊躇することが容易に予想でき、したがって（抵当権侵害が現に生じていると評価することまではできないとしても）、少なくとも妨害のおそれが高い確率で存在している。民事執行法の保全処分（民執187条）も競売申立の3か月前に申立てが可能と規定しており弁済期未到来であっても同条の要件を充たせば利用できる。それと同様に妨害予防請求を広く認めても差し支えない。

4 B Y間の賃貸借契約が無効となる可能性

B Y間の賃貸借契約は無効となる可能性があります。2003年の改正前には、賃料の異常な安さや敷金の異常な高さ、さらには賃借権の譲渡・転貸の自由の特約などは、旧395条ただし書で解除請求ができた詐欺的短期賃貸借の典型的な特徴です。その当時も、下級審裁判例の中には、90条違反や通謀虚偽表示などの構成で、この種の賃貸借契約を無効と判断した例があります。

ただ、2003年改正以後は、抵当権に後れる賃貸借契約は、抵当権の実行による競売の場合に買受人には引き継がれませんので、買受人は賃貸借契約の内容に拘束されません（伊澤さんとのやりとりで明らかにしたかった点）。それゆえ、B Y間の賃貸借契約が無効とされる可能性はありますが、無効とする必要は少なく、可能性も低いと思われます（必読判例②も執行妨害目的の賃貸借契約を無効とはしていません）。

5 抵当権自体にもとづく妨害排除請求に対する占有正権原の抗弁

(1) 占有正権原の抗弁と妨害目的の再抗弁という構成

Yに賃貸借契約などの占有権原がありますと、賃貸借契約の対抗要件の具備（通常は借借31条の引渡し）が抵当権設定登記に後れるためにその占有権原が抵当権者X₁に対抗できない場合であっても、一定限度内で（民旧395条では短期賃貸借の存続する限りで、2003年改正後の現395条では明渡猶予期間の範囲内で）、買受人は買受後直ちには目的不動産を自ら占有・利用することができません。たしかにそのような不利益は、競売価格を引き下げる方向で影響します。しかし、このことは、占有権原がある場合に抵当権者が甘受すべき不利益として制度上予定されています。それゆえ、その範囲内での売却代金の低減によって優先弁済権の侵害が生じたとしても、抵当権侵害とは言えないでしょう。この考え方では、占有権原の抗弁が成り立ちます。

この抗弁に対しては、X₁は、B Y間の賃貸借契約が無効であるとの再抗弁を出す（前述4）のほか、必読判決②によれば、

Bが競売手続を妨害する目的で賃借権を設定したこと*を再抗弁として主張・立証できれば、抵当権侵害という要件が充たされます。この再抗弁は、抵当権侵害が、占有権原によって正当化される範囲を超える違法なものであることを基礎づけることとなります。その際、B Y間の契約内容の異常性は、占有態様の異常性や執行妨害目的を基礎づける事実となります（必読判例②の松岡解説・平成17年度重要判例解説（ジュリ1313号）77頁以下も参照）。

注*「抵当権設定登記後に抵当不動産の所有者から占有権原の設定を受けてこれを占有する者についても、その占有権原の設定に抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められ……」とあり、素直に読めば賃借権を設定したBの妨害目的を指し、設定を受けた占有者Yの妨害目的ではありません（賃貸借契約の目的と読みB Y両者の目的と読むことは可能です）。また、この判決では転借人が被告になっており、その設定者は賃借人＝転貸人であって、抵当権設定者ではありません。たまたま、設定者と賃借人と転借人に全部密接な関係があったためこの定式で問題が生じない事例であっただけで、定式自体の一般的な合理性には疑問があります。

(2) 必読判例②批判：抵当権侵害を基礎づける事実をすべて請求原因とする考え方

①設定者自身や抵当権者に占有権原を対抗できる賃借人であっても、抵当権の実行を妨

害する異常な占有を行い、それによって抵当権侵害を生じている（あるいはそのおそれがある）場合には、妨害排除（妨害予防）請求が認められるべきです。こう考えれば、占有権原の有無は、抵当権侵害という評価の成否に直接関係ないため、抗弁として失当です。

②妨害目的という主観的要件は正常な賃借人を排除しないために適切である、と肯定的に評価する見解（道垣内など）が多数です。しかし、主観的目的は立証が困難で、外国人や老人などを平穩に居住させる「執行妨害意思不明確型」競売妨害（宮部みゆき『理由』に出てくる家族関係を装った占有屋の手先の例）に対処困難です。さらに、当初は正常な賃借人が、後に執行妨害的な異常占有を行う場合にも対応しにくく、この要件は狭すぎます。異常な占有によって抵当権者が制度上甘受すべき限度を超えた侵害が生じているという客観的要件だけで足りると考えられます（松岡・旧参考文献Aの必読判例②評釈。少数説）。

抵当権設定登記より後れる賃貸借契約は抵当権者や買受人に対抗できず、買受人には引き受けられませんから、**CP**(2)⑩のように賃貸借契約の内容が異常であっても法的な意味で競売価格の減価は生じません。占有権原の有無は、占有による抵当権侵害という要件とは無関係です（松岡・参考文献A「物権的請求権」204～205頁）。この考え方によれば、占有態様や占有権原の異常さによって換価や正常価格での売却ができなくなっていることが抵当権の侵害を基礎づける請求原因となり、占有権原は抗弁になりません。

6 X₂の代位請求（時間の関係で端折った部分です）

X₂はBを債務者として金銭を貸し付けているので **CP**(2)④、被担保債権によって代位請求を基礎づけるのは、比較的容易です。その反面、被保全債権が金銭債権なので、無資力要件が必要となるのではないかとの疑念が生じます。

また、担保権を有する債権者にも債権者代位権や債権者取消権の行使を認める判例・通説は、担保権でカバーされない範囲で（いわば一般債権者として）、担保目的財産以外の債務者の一般財産を保全することを認める趣旨です。それゆえ、本件のように、抵当権者が、その抵当権を保全する目的で債権者代位権を行使することは直ちには正当化できません。結局、代位請求をするのであれば、やはり被担保債権でなく、侵害是正請求権を保全するための債権者代位権の（広義の）転用と構成するしかありません。保全の必要性の立証は、無資力要件とは関係なく、抵当権侵害の立証と同内容となります（X₂の代位請求についても転用型と解されて無資力は要件とされません）。

7 第2順位の抵当権者X₂のYに対する明渡請求の可否

5000万円という甲・乙の評価額が、抵当権侵害要件との関係で問題となります。競売においては、通常、時価評価額の7～8割の価格が標準となります。本件では、正常な競売において想定される価額は3500～4000万円で、第1順位の抵当権者X₁の被担保債権額5000万円＋利息・遅延損害金や競売費用を考慮すれば、X₂が、Yの占有により競売価額が低下して優先弁済を受ける権利を害されているか、もしくはそのおそれがあるかが問題となります。たしかにYの占有により買受人が登場しないおそれがあるので、換価権を侵害しているとはいえませんが、**無剰余競売の禁止**（民執63条）との関係で、配当に与える可能性がない抵当権者について、抵当権侵害があると言えるかが問題です。必読判例①の奥田

補足意見も、「抵当権の侵害に当たるか否かについては、当該行為等の内容のみならず、競売手続における当該抵当権者に対する配当の可能性等も考慮すべきである。けだし、すべての抵当権者に同等の救済を認めることは適当ではなく、配当を受ける可能性が全くない後順位抵当権者による救済手段の濫用を防止することも、考慮しておかなければならないからである。」と述べています。本件は微妙な設定ですが、否定的に考えることになりましょう。

なお、Cが弁済を続けてX₁の被担保債権が減っても、Cが弁済者代位をするのでX₂の配当額が増えることはありません。

8 X₂の賃貸による債権回収の可否

最判平元・6・5民集43巻6号355頁は、詐害的な短期賃貸借対策として抵当権者が設定し仮登記を得たいいわゆる併用賃貸借は、目的物を用益する真正の賃借権の実体を欠いたもので、予約完結権を行使して本登記を経由しても、対抗要件を具備した短期賃貸借を排除する効力は認められない、と判示しました。必読判決②も、停止条件付賃借権は使用収益を目的としないものであるから、賃借権侵害による賃料相当額の損害は生じていないと判示しています。さらに、「抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求により取得する占有は、抵当不動産の所有者に代わり抵当不動産を維持管理することを目的とするものであって、抵当不動産の使用及びその使用による利益の取得を目的とするものではない」とも述べています。

したがって、設問のようなX₂の債権回収行為は無効と評価され、所有者Bは不当利得を理由に返還を求めることができるでしょう。また、X₂が賃借権の本登記を行ってYを相手に甲の明渡しの請求を行っても、実体のない賃借権は無効なので請求は否定されます。

一方、第1順位の抵当権者X₁は、物上代位権行使や担保不動産収益執行の手続をとっておらず（被担保債権が債務不履行になっていないので、そもそもこうした実行はできません）、抵当目的不動産の果実や使用利益に対する具体的な支配権を獲得していません。X₁が抵当権の順位に反する不当利得であるとしてX₂が回収した賃料相当額の支払を求めることは、認められないと思われます。