

## 債権者代位権・抵当権と妨害排除に関する補足説明

時間の制約から省略したり駆け足になった部分について、お約束通り、補足説明を掲載します。

### 1 CASE 1 の(1)(e)(f)について

(e)  $X_1$ が $Z_2$ に対して支払請求の訴えを提起した場合、 $X_2$ や $Y$ は、どういう対応がとれるか。

$Y$ は、 $X_1$ の代位権を争って独立当事者参加（民訴47条）することも、 $X_1$ ないし $Z_2$ に補助参加（民訴42条）することもできる。すでに代位訴訟が提起されている以上、 $X_1$ は、同じ訴訟物である債権について、重ねて別訴を提起することはできない（20万円分は別訴訟物とすれば別訴が可能）。少なくとも独立当事者参加は認めるべきであろう。

(f)  $X_1$ の $Z_2$ に対する支払請求訴訟で、債権はすでに弁済により消滅しているとの $Z_2$ の主張が認められて、 $X_1$ の敗訴判決が確定したとする。この場合、この訴訟に参加もしておらず、 $X_1$ から訴訟告知も受けていなかった $Y$ は、 $Z_2$ に対してあらためて債権の支払請求訴訟を起こすことができるか。

判例・通説は、代位債権者 $X_1$ が法定訴訟担当となるので、債権につき $Y$ にも既判力が及ぶとする（民訴115条1項2号）。これに対して、代位訴訟のような対立型訴訟担当の場合には、 $X_1$ は自己のために訴訟を進行しているのであるから、 $Y$ に有利な判決の効力のみが及ぶ（既判力の片面的拡張。三ヶ月・福永）とする考え方が有力である。さらにこれに対して、訴訟告知（非訟76条1項）を行えばよいとの説（参加的効力が生じて前訴理由中の判断と矛盾する主張ができなくなる）や既判力はまったく及ばないとする説（平井宜雄）もある。

### 2 CASE 2 の(b)について

(b)  $X_2$ と $Y$ との関係について

(ア)  $X_2$ は、 $Y$ に対して、どのような構成を用いて、甲・乙両不動産を自己に明け渡すよう請求をおこなうことができるか。

$B$ を債務者として金銭を貸し付けているので（CP(2)）、被担保債権によって代位請求を基礎づけるのは、比較的容易である反面、無資力要件が必要となるのではないかとの疑念が生じる。

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）、債務者の担保目的財産以外の責任財産を保全することを認める趣旨であるから、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できることとは繋がりにくい。制度趣旨から相当離れることになるからである。

(イ) Yは、甲・乙両不動産の明渡しを拒めるか。

問題の趣旨は、X<sub>2</sub>の抵当権は侵害されているといえるかである。すなわち、被担保債権の弁済期が未到来であるという点は、X<sub>1</sub>の場合と同様であり、抵当目的物の価格やX<sub>2</sub>が2番抵当権者であることは、何らかの影響をもたらさないかが問題になる。

7000万円という甲・乙の評価額が、抵当権侵害要件との関係で微妙である。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る。本件では、正常な競売において想定される価額は4900～5600万円で、第1順位の抵当権者X<sub>1</sub>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、X<sub>2</sub>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るおそれがあるかどうか問題となる。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ようが、無剰余競売の禁止（民執63条）との関係で、配当に与えられる可能性が低い抵当権者について、抵当権侵害があると言えるか問題である。必読判例の奥田補足意見も、「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。」と述べている。

もっとも、明らかに無剰余競売に当たる（＝配当を受ける可能性が全くない）とは言えない本件においては、このような主張をYがして、X<sub>2</sub>の抵当権侵害の主張を否定することは難しいだろう。

仮に要件を備えても、後順位抵当権者に対して明渡しまで認めてよいかどうか問題となる。ただ、明渡しを受けた抵当権者の占有は、一種の保存行為としての管理占有であり、それを超えて他の抵当権者を害するような占有・使用は認められない。X<sub>2</sub>が占有を取得することによってX<sub>1</sub>の優先弁済権の実現が困難な状態になるような特段の事情がなければ、X<sub>2</sub>への引渡が認められるのではないと思われる。

(ウ) 仮に、X<sub>2</sub>が甲・乙の明渡しを受けた場合、X<sub>2</sub>は乙を賃貸して賃料から被担保債権の回収を図ることができるか。

CP(2)の停止条件付賃借権設定契約の効力はどうかを問題にしている。

最判平元年6月5日民集43巻6号355頁は、詐欺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、と判示した。必読判決も、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、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」とする。したがって、設問のようなX<sub>2</sub>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よう。

これに対して、第1順位の抵当権者X<sub>1</sub>は、担保不動産収益執行の手続をとっておらず、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ない。X<sub>1</sub>が抵当権の順位に反する不当利得であるとしてX<sub>2</sub>から収取された賃料相当額の支払を求めることは、できないと思われる。