

担保価値維持請求権保全のための 敷地賃借権確認請求の代位訴訟

——東京高判平成 23 年 8 月 10 日（金融法務事情 1930 号 108 頁）——

原 謙 一

はじめに

敷地上の建物を目的として抵当権が設定された場合、当該抵当権は建物のみならず、敷地利用権にまでその効力が及ぶ（最判昭和 40 年 5 月 4 日民集 19 卷 4 号 811 頁）。したがって、敷地利用者である抵当権設定者が敷地の賃貸借契約を放棄すること、また、敷地の賃貸借契約の当事者間（抵当権設定者と賃貸人間）において同契約を合意解除することは、民法 398 条の趣旨から認められない（たとえば、借地権の放棄について大判大正 11 年 11 月 24 日大民集 1 卷 738 頁、合意解除について大判大正 14 年 7 月 18 日法律新聞 2463 号 14 頁がある）。もっとも、抵当権設定者（敷地の賃借人）が賃料を延滞して敷地の賃貸借契約を債務不履行解除されるなど、抵当権者が直接的に関与しがたい賃貸借契約の当事者間における事情を原因として敷地の賃貸借契約が解消され、敷地利用権が消滅することになれば、競売手続における抵当建物の価値低下を招き、また、建物抵当権そのものの存続を危うくすることが予測される¹⁾。そこで、こうした事態に備えて、実務では様々な対抗策がとられてきた²⁾。

本件では、敷地所有者（土地の賃貸人）が、解除の要件を満たさないにもかかわらず、敷地の賃貸借契約を解除する意思表示を行ったとこ

ろ、当該敷地上の抵当建物の所有者（敷地の賃借人かつ抵当権の設定者）がこの解除に異議なく同意している。そこで、根抵当権者は、抵当建物の所有者が敷地所有者に対して敷地の賃借権を有することの確認を求めて訴えを提起した。これに対して、本判決は、①根抵当権者による他人（設定者及び賃貸人）間の権利関係の確認の訴えは法律上の利益がないとして、確認の利益について興味深い判断を示した。また、②根抵当権者が抵当不動産の所有者に対して、抵当不動産を適切に維持又は保存するように求める請求権（以下、「担保価値維持請求権」とする³⁾）を有することを前提に、同請求権を被保全権利とする賃借権確認請求権の代位行使を認めた。これは、抵当権者の担保価値維持請求権を被保全権利とした代位訴訟の新たな事例を認めた点で理論的に注目すべきであるだけでなく、前記のような抵当権者が直接に関与しがたい抵当権に対する危険に対処するための法的手段として担保価値維持請求権を認める点で、実務上も注目すべき判決である。

以下では、まず本判決の事実と判旨を紹介し（「第 1 事実及び判旨」）、その後、各問題点について検討して（「第 2 検討」）、最後に残された課題を示す（「おわりに」）。

第1 事実及び判旨

1 事実

① Y (水産に関する財団法人) は、昭和34年3月31日、訴外甲社との間において、期間を平成31年3月30日までと定めて、土地(以下、「本件土地」とする⁴⁾)の賃貸借契約を締結し、同土地を甲に引き渡した(当該賃貸借に係る借地権につき、以下では「本件借地権」という)。

② その後、昭和47年12月21日に、甲は、Yの承諾を得て、本件借地権を訴外乙社に譲渡した。乙は、昭和57年3月15日、本件土地上に、建物(以下、「本件建物」とする)を建設し、登記を済ませている。

③ 乙は、丙社に対して、平成8年2月6日に本件建物及び本件借地権を譲渡し、同年3月1日にYがこれを承諾している。そして、丙・Y間では本件借地権の内容につき合意がなされた(以下、「本件賃貸借契約」とする)。本件賃貸借契約9条には次の各号のいずれか1つに該当すれば、催告なくして本件賃貸借契約の解除を認める旨が定められていた。すなわち、9条は、「丙が使用料の支払を怠ったとき(2号)、丙が第三者強制執行及び保全処分を受け、もしくは支払を停止し、その他信用を失ったとき(4号)、丙が本件賃貸借契約に違反し、Yにおいて本件賃貸借契約を存続しがたいと認めたとき(6号)」を無催告解除の事由として規定していた。

④ 平成18年3月29日、X(信用組合)は丙との間で信用組合取引にかかる基本契約を締結し、同取引の約定に基づいて、丙に1億5000万円を貸し付けた(利息年3.5パーセント、平成18年10月以降毎月末日に元利金148万3288円を分割弁済するとの約定)。

⑤ そして、丙に対する上記貸付債権等を担保するために、Xは、訴外丁銀行が本件建物につき設定をうけていた根抵当権の譲渡を受け、その登記を行った。このように、本件建物に根抵当権や抵当権を設定することについて、YはX

に対して承諾しており、この承諾の際には、将来、根抵当権が実行されて建物所有権が第三者に移転しても、当該第三者が水産関係業者であり、主たる業務内容が漁業基地の利用目的に沿うならば、本件土地の使用を承諾するとされていた。

⑥ 丙は、平成19年6月30日に支払うべき分割金の弁済を怠ったため、Xが書面にて催告を行い、また上記信用取引約定に基づき、平成19年11月16日の経過をもって、丙は期限の利益を喪失した。期限の利益喪失時点における丙の残元金は1億4162万9537円であり、これと同額の元金及び本件根抵当権の極度額に満つるまでの利息、さらに遅延損害金を請求債権として、Xは平成20年8月27日に、根抵当権に基づき、本件建物の競売を申し立てた。

⑦ さらに、Xは、平成20年11月7日に、代払許可決定(民事執行法188条、56条)を得て、平成20年11月28日にはYに対して賃料を提供するも、Yが受領を拒絶した。そのため、Xは95万8906円(内訳：平成20年7月～10月分の賃料74万9380円、供託の遅れた日数分の利息2万2181円、平成20年11月分の賃料18万7345円)を供託し、以後も継続して遅滞なく賃料18万7345円を供託した。

⑧ ところが、丙は平成20年9月30日に株主総会において解散決議がなされており、平成21年5月21日には特別清算開始決定がなされたため、Yは、平成21年5月28日に、本件賃貸借契約9条2、4、6の各号に該当するとして、丙に対して解除の意思表示を行った。

Xが申し立てた競売手続では、第1回入札において、1億1112万円の最高価買受の申出がされ、執行裁判所が売却許可決定をしたものの、その後、上記のようにYによる本件賃貸借契約解除の意思表示がなされたので、売却許可決定は取り消された。そして、第2回入札においては、Yから賃貸借契約解除の意思表示がなされていることを考慮して、売却基準価格が第1回入札の価格である8216万円から6685

万円に減価された。

なお、丙はYによる本件賃貸借契約の解除について異議なく認めている。

⑨そこで、Xは、丙及びYを被告として、本件土地につき、丙が本件賃貸借契約に係る賃借権を有することの確認を求めた。これに対して、Yは、i) 丙が本件土地の平成20年7～10月までの賃料（74万9380円）を滞納し、その後も本件賃貸借契約解除までの賃料を支払っていないため、本件賃貸借契約9条2号に該当すること、また、ii) 本件土地の利用者は水産漁業関係者であって、かつ、公有水面埋立許可に基づき造成された漁業基地の利用目的に沿うものでなければならぬところ、丙は清算され、新たに営業を行うことができないため、漁業基地の利用目的に沿う業務も行えないとして、本件賃貸借契約9条6号に該当する等と主張している。

これに対して、Xは次のように反論している。まず、上記i) について、未払賃料74万9380円は、Xが代払許可決定を受けて供託しており、その後も供託は継続しているし、本件建物の競売終了後には、建物の買受人が適法に弁済を開始することが予測されると反論し、また、上記ii) に対しては、特別清算が開始されても債務不履行解除の事由になるものではないし、根抵当権の実行により買受人が登場するとしても、Yは借地権の承諾（民法612条1項）の際に、買受人が使用目的に沿った使用を行うか判断することができるため、Yの利益が害されることもない等の反論を行っている。

⑩原審（東京地判平成22年12月28日金融法務事情1930号112頁）は、本件賃貸借契約の解除の有効性を中心に判断している。すなわち、Yが解除の意思表示をした時点では丙の債務不履行は解消されており、本件賃貸借契約9条2号に該当する解除事由は認められず、また4号及び6号については、たとえ無催告解除の事由が認められても、解除を相当とするような賃借人の背信行為が認められないとされて、X

の請求が認容された。

Yは、これを不服として控訴した。また、Xも附帯控訴して、原審における確認請求（以下、「当初確認請求」とする）につき交換的変更の申立てを行った。つまり、本件土地について丙が借地権を有することの確認を債権者代位権に基づいて求める請求（以下、「当審確認請求」とする）に変更する申立てを行った。しかし、Yがこの変更に同意しなかったため、控訴審では当初確認請求及び当審確認請求のいずれもが審理の対象となった。

2 判 旨

原判決取消し、当初確認請求を不適法却下、当審確認請求を認容（なお、判旨の紹介におけるタイトルや番号などは筆者が付した）。

(1) 当初確認請求の「確認の利益」について

「抵当権は、債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産につき他の債権者に先立ち抵当権者が自己の債権の弁済を受ける権利であって、抵当権の目的物に利用権を有するものではないから、そもそも、根抵当権者であるXは、本件建物について利用権を有しないし、本件建物の所有を目的とする本件借地権の権利者でも義務者でもない。そして、Xが本件借地権を確認する旨の判決を得ても、本件借地権の当事者である丙（賃借人）とY（賃貸人）は当初確認請求についての対立当事者ではないから、Xと丙あるいはXとYとの間で本件借地権を確認する判決が確定しても、本件借地権の当事者である丙とYとの間で、本件借地権の存在が既判力をもって確定される関係になく、本件建物の買受人とYとの間においても、その既判力を前提とする法律関係が構築されるものでもない。

したがって、Xが、当初確認請求をすることによって得ようとする本件借地権の当事者間（本件建物の買受人を含む。）における法律関係の不安定が当初確認請求により解消されるものではないから、Xにその確認を求める法律上の

利益（確認の利益）はないというべきである」と判断された。

(2) 当審確認請求の「確認の利益」及び代位訴訟について

「これに対し、Xの当審確認請求は、債権者代位権に基づくもの、すなわち、丙のYに対する確認請求を代位行使するものであるから、その既判力は本件借地権の当事者間に生じ、本件建物の買受人とYとの間においてもその既判力を前提とする法律関係が構築されることになって本件借地権の存否に関する不安定が解消されるものであり、本件借地権の賃貸人であるYが本件解除を主張して本件賃貸借の終了を主張しているのであるから、その確認を求める法律上の利益は存するのである。そして、上記当審確認請求に関する前提事実によれば、Xは丙に対して前記貸金債権等を有し、Yが本件解除をしたために、本件競売手続において、Xは丙に対して有する貸金債権等について十分な満足を得ることのできる見込みがなく、また、丙はYの本件解除について異議なく認めていることが明らかである。

Xは、本件根抵当権に基づき、本件建物について競売の申立てをしているところ、賃借人である丙が本件借地権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより、本件建物の売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがある、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられているのであるから、Xは、抵当不動産の所有者である丙に対して有するこの状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を保全するため、丙に代位して、本件借地権の確認を求める請求を行使することができる」と述べている。

(3) 本案に対する判断

こうして、Xの当初確認請求は確認の利益がなく、不適法であるため、原判決を取消し、当初確認請求に係る訴えを却下し、また、Xの当審確認請求については確認の利益があるため、

Xが代位行使することができるとして、以下のように本案の判断を行った。

すなわち、原審の判断を引用して、本件賃貸借契約9条2号の解除事由は存在せず、9条4号については解除事由が存在しても、背信行為がなく解除が認められないとの事情があると認定された。また、本件土地の賃貸借が東京都知事の埋立許可に関連して、漁業基地の目的で本件土地を利用することが前提となっているところ、丙は特別清算が開始すれば取引能力を失って新たな営業ができないため、上記利用目的に沿った業務遂行ができない。この点から、Yは本件賃貸借契約9条6号の事由が存在するとの主張を行っているものの、丙について特別清算が開始されても、丙の現況に変更はなく、上記のような目的と異なる他の目的で利用するわけではないので、土地の利用に関する違反はないとされた。

以上から、当審確認請求は理由があると判断され、この請求が認容された。

第2 検討

1 確認の利益について

(1) 確認の利益の意義と先例

(a) **確認の利益の意義** 確認の訴えの利益(確認の利益)とは、原告の権利又は法律関係に危険・不安定が現存し、かつ、その危険・不安定を除去する方法として、原告・被告間で訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場合に認められる。

この確認の利益の判断に際しては、通常、①対象選択の適否(確認対象として選択した訴訟物が原告・被告間の紛争解決に有効適切か)、②方法選択の適否(他の法的手段でなく確認訴訟を選択したことが原告・被告間の紛争解決に適切であるか)、③即時確定の現実的利益の有無(原告・被告間の紛争が確認判決によって即時に解決しなければならないほど切迫し、成熟したものか)等が考慮されている⁵⁾。

特に上記①について、確認の訴えの対象は現

在の権利または法律関係であることが原則とされているものの、この権利または法律関係は、原告の権利や原告・被告間の法律関係に限定されず、他人間の権利や法律関係をも対象とできる。つまり、当事者の一方と訴訟外の第三者との間に存する権利や法律関係であっても、その存否を確認することが、被告との関係で、原告の権利に生じている危険を除去し、また、原告の法律上の地位を安定させることにつながるのであれば、確認の対象とすることができるといわれてきた⁶⁾。

(b) **先例の存在** 上記の学説に加えて、土地賃借権付建物の根抵当権者が直接に設定者の借地権を確認する訴訟の提起を認めた東京高判昭和58年3月14日高民36巻1号47頁（以下、「昭和58年判決」とする）が存在している。

この昭和58年判決の事実の概要は次のようなものであった。まず訴外Aが、土地の所有者Bより建物所有目的で土地を賃借したところ、Aの建築にかかる建物に、Aの債権者Cのために根抵当権が設定された。しかし、AがCに弁済しないため、期限の利益を喪失し、同建物の競売が開始された。ところが、AがBに対して土地の賃料を支払っていなかったため、Bは賃貸借契約を解除した上で、Aに対して建物収去土地明渡請求訴訟を提起し、同判決が確定した。そこで、Bが、Cに対して、根抵当権の抹消登記手続請求訴訟を提起すると、Cは自己の抵当権の効力が土地の賃借権に及んでいるとして、Bに対して、Aが土地の賃借権を有することの確認を求める反訴を提起した。

このような事案の下で、裁判所はCの反訴請求について確認の利益を認めた。すなわち、Bは訴外Aの土地に対する賃借権を否認しているのであるから、そのことは「Cが本件建物について有する抵当権の効力が本件土地の賃借権に及ぶか否か、換言すれば、本件抵当権の効力の及ぶ範囲いかにについて、CとBとの間に直接の紛争が存在することを意味する」としている。そして、「本件反訴請求の実質的目的が本件抵

当権の効力の及ぶ範囲の確定にあるという点からみるならば、両者間における紛争の直接性は」さらに明確となるとして、建物抵当権の効力が賃借権に及んでいる場合には、その賃借権の存在は「地上建物の担保価値、すなわち抵当権の価値を増大させることが明らかであり、右賃借権の存否は抵当権の権利内容に著しい影響を及ぼし、当該建物の抵当権者が自己の有する抵当権を他に処分しようとする場合の抵当権の価額、又は右抵当権を実行した場合の建物の売却価額に著しい差異をもたらす」とし、この経済的な価値ないし価額の差異は「単なる事実上、経済上のものにとどまらず、当該抵当権の内容そのものに基因するものというべきであるから」、Cが訴外Aの賃借権を有することの確認を求めるとは法律上の利益を有すると判断した。

(2) 本判決と先例の関係

上記の昭和58年判決と比較して、本判決が根抵当権者Xの債権者代位権に基づかない借地権の確認訴訟（当初確認請求）を否定したことをどのように理解すべきか。

(a) **確認の利益との関係** たしかに、昭和58年判決のような債権者代位権に基づかない構成も理論的にみれば確認の利益の要件は満たし得るように思われる⁷⁾。このような観点からは、今後もア)昭和58年判決のような債権者代位権に基づかない確認訴訟の構成、そして、イ)本判決のような債権者代位権に基づく確認訴訟の構成の両者が存在し得るとの評価も可能である⁸⁾。

しかし、法律関係の安定や訴訟関係者の利益という視点から昭和58年判決と本判決を比較すると、上記のようなア及びイの両手段が並存するという理解と異なる方向で考えることも可能ではないか。

まず、昭和58年判決と本判決の判示には次のような違いが存在している。つまり、昭和58年判決は紛争が根抵当権者Cと土地の賃借人Bとの間に存在するものと判断している。これに対して、本判決は根抵当権者Xが借地権

を確認する旨の判決を得ても、本件借地権の当事者である賃借人丙と貸借人Yの間で、「本件借地権の存在が既判力をもって確定される関係になく、本件建物の買受人とYとの間においても、その既判力を前提とする法律関係が構築されるものでもない」と述べている。このように、本判決は昭和58年判決と比べて、どの範囲において法律関係の安定を図るべきかについての理解を異にする。

すなわち、本判決は建物買受人と関係をも含むより広い範囲で法律関係の安定を求めており、昭和58年判決のように抵当権者と抵当目的物の貸借人との間にだけ紛争が存在し、この両者の間でのみ法律関係の安定がもたらされればよいと考えるわけではない⁹⁾。こうして、本判決では、代位構成による既判力が「借地権の当事者間に生じ、本件建物の買受人とYとの間においてもその既判力を前提とする法律関係が構築されることになって本件借地権の存否に関する不安定が解消される」と述べ¹⁰⁾、X・Y間だけでなく、丙や買受人まで含む複数の関係者間の法律関係の安定という利益を考慮し、一回的に紛争を解決することが目指されているのである。

そもそも、訴えの利益は「原告・被告・裁判所（広く国民一般）の三者の立場・利害のバランスのうえに決められていくべきもの」である¹¹⁾。そして、被告についてみれば、応訴を余儀なくされた以上、請求棄却判決の獲得によって自身の法的地位の安定を図る利益が存在し、また、裁判所にとっては、「紛争の実質的解決に役立たない事件には本案の審理に立ち入らないことによって負担の軽減をはかり、かつ、紛争解決制度としての効率を高める」という訴訟制度の経済的・効率的な運営という利益を認め得る¹²⁾。

しかし、昭和58年判決の認めた上記アの構成について訴えの利益を認めるとすれば、本判決の1審のような訴えの構造では既判力がX・Y間及びX・丙間に生じるだけであって（民事訴訟法115条1項1号）、仮に判決後に丙から建物を買受けた者（買受人）が存在しても、そ

の買受人にX丙間に生じる既判力が及ぶに過ぎない（民事訴訟法115条1項3号）。したがって、上記アの構成では、本件の丙・Y間にも、丙からの買受人とYの間にもXY間に生じる既判力は及ばない。よって、仮にXの請求が棄却され、借地権の存在が否定されても、借地権の存在について、後日、丙や買受人がYと争うことを既判力によって封じることができない。これでは、前述の被告Yに認められる法的地位の安定を図るという利益が実現されないことになる。そこで、Yが不利益を被らないための配慮をするならば、丙や買受人との間でも紛争を未然に防止するべくYとの間において既判力を生じさせることが適切である。このような配慮から、本判決は上記イの構成を採用することで、丙や買受人との関係においても既判力を生じさせ、被告Yの利益をも考慮したものと思われる¹³⁾。

このような既判力に対する本判決の理解は、先に述べたように、X・Y間だけでなく、丙や買受人まで含む複数の関係者間で一回的に紛争を解決するものである。したがって、後日、Yと丙及びYと買受人との間における紛争の審理を行うことを防止し、裁判所の負担を軽減して、その分、裁判所が他の事件に力を注ぐことを可能とするものである。こうして、本判決が上記イの構成を採用したことは、訴訟制度を経済的かつ効率的に運営するという裁判所の利益をも考慮するものである。

よって、Xの当初確認請求（上記アの構成）は、Yと丙及びYと買受人の関係まで含んだ関係者全体の間で紛争を解決できないものであり、当審確認請求（上記イの構成）と比較して、紛争解決の有効性や適切性が低く、対象選択の適切性を欠くといえるのではなからうか。これに対して、当審確認請求は原告の利益だけでなく、被告や裁判所の利益を考慮し、訴訟に関係する三者の立場や利害のバランスを図った判断を行っている。これは、前記の訴えの利益に関する判断方法・基準に合致するもの

であり、紛争解決の有効性及び適切性が高く、対象選択の適切性の要件をみたすといえる。故に、当審確認請求に確認の利益を認めた本判決の立場は正当と評価できるため、今後の同種事案においては上記イの構成が採用されるべきではなからうか。

(b) 抵当権に関する最高裁判決との関係 また、後に詳細を述べるように、最判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁（以下、「平成11年判決」とする）は、抵当権者が抵当権の効力として、抵当不動産の所有者に対する担保価値維持請求権を被保全権利とみる債権者代位訴訟を提起する可能性を開いた。そして、平成11年判決や本判決の当審確認請求のように、金銭債権以外の権利を保全するため、債務者の無資力を要件としない代位訴訟は「債権者代位権の転用」と呼ばれ、この転用事例においては目的となる権利を代位行使する必要性や妥当性等が問われる¹⁴⁾。

そこで、(a)で述べたとおり、上記イの代位構成が紛争解決の有効性・適切性が高く、アの構成が対象選択の適切性を欠くということであれば、本件の当初確認請求は確認の利益を欠くことになり、本件の当審確認請求は抵当権者のために残された唯一の法的手段となるのであるから、代位の必要性や妥当性の要件を満たし、債権者代位権の転用を認めることができる。

こうした実体法的な観点からみても、平成11年判決の代位構成が登場した現在では、昭和58年判決のような上記アの構成は否定的に解さざるを得ないように思われる。そうであれば、(1)の(a)記載の学説が第三者に対する権利や第三者との法律関係の確認訴訟も確認の利益を認めるとしても、本判決と同種の事案においては、今後は基本的に上記イの代位構成をとることが望ましいといえるのではないか¹⁵⁾。

2 担保価値維持請求権について

(1) 従来の判例とその評価

(a) 平成11年判決の登場 かつての判例は

抵当権者が抵当不動産の不法占有者に対して、退去を求めることを否定してきた¹⁶⁾。しかし、前述の平成11年判決がこれを認めた。

平成11年判決の事実の概要は次のとおりである。Xは、Aに対する債権を担保するために、A所有の土地・建物に根抵当権の設定を受け、その後、2800万円を貸し付けている。Xは、Aから弁済を得られなかったため、根抵当権の実行として競売を申し立てたものの、Yらが競売の申立以前から本件建物を権原なく占有していたため¹⁷⁾、買受人が買受申出を躊躇したため、競売手続が進行しなかった。そこで、根抵当権者Xは、貸金債権を保全するために、Aが建物の所有権に基づいてYらに有する妨害排除請求権を代位行使して、建物をXに明け渡す旨の請求（民法423条所定の債権者代位制度に基づく請求）を行った。

これに対して、最高裁は次のように述べている。まず、i)「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるもの」ではない。そして、抵当不動産の所有者は「抵当権に対する侵害が生じないよう抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」といえるため、上記のような抵当権侵害の状態にある場合には「抵当権の効力として、抵当権者は、抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し、抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と述べ、この請求権を保全する必要があるときは、民法423条の法意に従って、抵当権者は抵当不動産の所有者が不法占有者に対して有する妨害排除請求権を代位行使することができる¹⁸⁾と判断した。ii) さらに、「第三者が抵当不動産を不法占有することにより、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁

済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許される」とも述べている。以上に抵触する限度で、最判平成3年3月22日は変更され、XはAの妨害排除請求権を代位行使して、Aのために建物を管理することを目的として、YらにXへ直接に建物を明け渡す旨の請求が可能であるとされた¹⁸⁾。

この平成11年判決は妨害排除請求権の代位行使を認めると同時に(上記判示i部分)、傍論ではあるものの、抵当権そのものに基づく妨害排除請求権を認めた(上記判示ii部分)。このi及びiiの両請求においては、第三者が抵当不動産を不法占有することにより「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態がある」ことが要件となっていることから、上記の「競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却価額が下落するおそれがあるなど」という判示部分は、不法占有による抵当権侵害の例示に過ぎないと評価されていた¹⁹⁾。

また、この平成11年判決はいくつかの課題を残していた。まず、平成11年判決は抵当権侵害の状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を被保全権利としているところ、この権利の性質がどのようなものか問題となる。また、直接の明渡しを受ける抵当権者が「管理することを目的として」占有すると判示されているものの、これはどのような意味であるかということも問題となった²⁰⁾。さらに、平成11年判決は、無権原の占有者に対して、所有者の妨害排除請求権の代位という構成を採用した事案であったが、権原を有する占有者に対しては、そもそも所有者が不動産の明渡し請求権を有しないため、この場合、所有者の妨害排除請求権を代位行使する余地がないとの限界があり²¹⁾、こうした事例への対応策が問題となっていた。

(b) 平成11年判決以後の判例 こうした状況

で、最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁(以下、「平成17年判決」とする)が、権原ある占有者の事案につき抵当権に基づく妨害排除請求を認めた。事案の概要は以下のようなものである。

建設業者X社が、A社との請負契約に基づき、A所有の土地上に建物を建築・完成したところ、Aが請負代金の大半を支払わなかったため、Xは建物の引渡しを留保していた。その後、XA間において、①請負代金の分割払い、②建物及びその敷地に請負残代金担保のためにXを第1順位とする根抵当権を設定すること、③建物を他に賃貸する場合にはXの承諾を得ることなどが合意され、Xのための抵当権設定登記がなされた。そこで、Xは建物をAに引き渡したところ、Aが上記分割金を一切支払わず、さらに、Xの承諾を得ずに、建物をB社に賃貸して引渡し、BもXの承諾なく建物をY社に転貸して引き渡した。上記転賃貸料は適正金額より大幅に安く、また、YとBの代表取締役が同一人物であり、Aの現在の代表取締役はかつてYの取締役であった。そして、Aが事実上倒産したので、Xは本件建物及び敷地に関して競売を申し立てたものの、買受人が現れずに売却できなかった。そこで、XはYに対して本件建物の明渡しと賃料相当損害金の支払を求めたところ、原審はXの請求を認容したので、Yが上告及び上告受理申し立てを行った。

これに対して、最高裁は次のように判断した。すなわち、「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、その占有により抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権者は、当該占有者に対し、抵当権に基づく妨害排除請求として、上記状態の排除を求めることができるものというべきである。なぜなら、抵当不動産の所有者は、抵当不動産を

使用又は収益するに当たり、抵当不動産を適切に維持管理することが予定されており、抵当権の実行としての競売手続を妨害するような占有権原を設定することは許されないからである」。さらに、「抵当権に基づく妨害排除請求権の行使に当たり、抵当不動産の所有者において抵当権に対する侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが期待できない場合には、抵当権者は、占有者に対し、直接自己への抵当不動産の明渡しを求めることができるものというべきである」と述べている。そして、本件の事情の下では、賃貸借契約や転貸借契約のいずれもが競売手続を妨害する目的が認められ、Yの占有により本件建物及びその敷地の交換価値の実現が妨げられ、Xの優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があり、取締役等が重複している関係から見てA社が抵当権に対する侵害が生じないように建物を適切に維持管理することを期待することはできないとの判断がなされ、Xが直接自己へ建物の明渡しを求めることができることとされた（不法行為に基づく賃料相当損害金の支払請求については省略）。

平成17年判決は、抵当不動産の所有者が「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されて」いると述べており、この点で平成11年判決の延長線上にあるといわれていたが²²⁾、平成17年判決が抵当権そのものに基づく妨害排除請求を正面から認めた以上、平成11年判決のような代位構成を今後はあえて採用する必要がないとの評価がなされた²³⁾。

その後、債権質権に関して、担保価値維持義務を認めた最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁（以下、「平成18年判決」とする）が登場している。これは、敷金返還請求権に質権を設定していた債務者が破産し、その破産管財人が裁判所の許可を得て、質権の目的である敷金返還請求権を未払賃料等に充当する合意をなした事案である。上記充当合意の時点で、破産財団には相当額の預金が存在したため、質権者が、上記充当合意は破産管財人の善管注意義

務に違反するものであり、これによって自己の質権が価値を失って、優先弁済権が侵害されたと主張して、損害賠償または不当利得返還請求を求めた。

これに対して、平成18年判決は、「債権が質権の目的とされた場合において、質権設定者は、質権者に対し、当該債権の担保価値を維持すべき義務を負い、債権の放棄、免除、相殺、更改等当該債権を消滅、変更させる一切の行為その他当該債権の担保価値を害するような行為を行うことは、同義務に違反するものとして許されないと」述べ、敷金返還請求権が質権の目的とされた場合において、「質権設定者である賃借人が、正当な理由に基づくことなく賃借人に対し未払債務を生じさせて敷金返還請求権の発生を阻害することは、質権者に対する上記義務に違反する」と判断した。そして、具体的には、原状回復費用を除く賃料及び共益費等（以下、「賃料等」とする）について、破産財団にこれらを支払うのに十分な銀行預金が存在しており、現実にこれを支払うことに支障がなかったにもかかわらず、これを支払わないで敷金をもって充当する旨の合意をし、敷金返還請求権の発生を阻害したと認め、こうした行為は「特段の事情がない限り、正当な理由に基づくものとはいえない」と判断して、担保価値維持義務違反を認めている。こうして、破産財団が上記の充当合意により、「賃料等の支出を免れ、その結果、同額の本件敷金返還請求権が消滅し、質権者が優先弁済を受けることが」できなくなっているため、破産財団が質権者の損失において賃料等に相当する金額を利得したというべきであるとして、不当利得返還請求を認容している（裁判官才口千晴の補足意見は省略）²⁴⁾。

（2）本判決と従来判例との関係

では、上記の先例との関係で、本判決をどのように位置付けるべきであろうか。

（a）先例との異同と代位構成の新たな可能性

先にみたように平成11年判決は、無権原者の占有によって、①抵当不動産の交換価値の実

現の妨害、そして、②抵当権者の優先弁済請求権の行使の困難という状態が発生すれば、こうした状態を抵当権侵害と評価している。この抵当権侵害が要件となって、③抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使する等して、①及び②のような侵害状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」が発生すると述べられている。この点について本判決をみると、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」という点(上記①)、そして、この妨害状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を保全するために」代位を認める点(上記③)は、平成11年判決と同様の判断を示している。しかし、本判決は優先弁済請求権の行使が困難であるという点(上記②)には明示的に触れていないし、抵当権侵害という表現もみられない。したがって、平成11年判決との間で判示内容に違いがある。

この点についてみると、まず本判決は判示部分冒頭で、抵当権者が担保不動産から優先弁済を受けることを認め(判旨1冒頭)、その上で、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」と述べている。不動産の交換価値の実現が妨害されると、優先弁済権の行使が困難となる可能性が高いとみるならば、本件でも実質的に担保目的物の交換価値からの優先弁済が困難となっているとの評価も可能であり、本判決は平成11年判決が示したのと同種の状態(「①交換価値実現妨害及び②優先弁済請求権の行使困難」という状態)にあるといえる。また、平成11年判決では、上記①及び②の状態を「抵当権に対する侵害と評価することを妨げない」と述べるのみであって、抵当権侵害の一般的な意味・内容が説示されているわけではない。そうであれば、本判決のように不法占有以外の行為によって、担保目的である建物の価値を下落させ、その交換価値の実現を妨げる場合も抵当権侵害から除外されるわけではない²⁵⁾。こうした観点からすれば、本判決が上記②や抵当権侵

害という文言に言及していないとしても、平成11年判決と抵触するものではなく、本判決の理論構成は平成11年判決と完全な連続性を保っているとの評価もあり得るかもしれない²⁶⁾。

とはいえ、本判決は占有以外の方法で抵当目的物の交換価値が害された事案であり、その意味では占有による抵当権侵害を前提とする平成11年判決や平成17年判決と行為態様が異なる。また、平成11年判決では、抵当不動産の競売が開始された後、買受人が買受申出を躊躇したので入札がなく競売手続が進行していないことまで事実として認定されている(同様に、平成17年判決も「競売手続による売却が進まない」ことまで認定していた)。こうした認定を前提として、両最高裁判決は交換価値の実現妨害に加えて(上記①)、「抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるとき」(上記②)をも抵当権侵害の内容としているのである。これに対して、本件は競売開始後に、第1回入札における売却許可決定が取り消され、その後の第2回入札では売却基準価額が減価されたという認定しかされていない。すなわち、競売の帰趨が明確に認定されていない点で、平成11年判決や平成17年判決と明確に異なっている。したがって、本判決が、上記①までしか述べず、上記②に言及していないという判決の前提となった認定事実の違いは特徴的な差異であると思われる。よって、本件を上記の理解のように、平成11年判決と完全に連続するものとみて、平成11年及び17年判決の述べる抵当権侵害と本件が全く同一の事例といいきるには、事例に若干の距離があるように思われる。

そうした中で、本件と先例との共通点をあえて見つけるとすれば、それは平成11年判決も本件も代位訴訟の必要性に迫られていたということであろう。すなわち、平成11年判決では、先にみたように最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁が抵当権に基づく物権的請求権の行使も、被担保債権を保全するために設定者の

所有権を代位行使することも否定していた状況において、担保価値維持請求権という概念が考え出され、この担保価値維持請求権を被保全権利とする妨害排除請求権の代位行使が認められた。本件も同じように、借地権の存在を脅かす設定者の異議なき同意に対して、抵当権者は設定者の借地権の確認請求権を代位行使する以外に、実体法上の対処手段をもたなかった。したがって、本判決は平成11年判決と同様に代位訴訟を認める必要性があったといえる。

そして、本件のように要件を満たさない解除が賃借人から主張され、それに対して、賃借人の同意がなされれば、抵当目的物である建物の存立の基礎となっている借地権が存在しないか、あるいは、不明確になり、抵当目的物の価値が損なわれる危険性があった。現に、解除が主張されたことで、本件では競売手続で売却基準価額が減価している。そうであれば、抵当権が交換価値を把握する権利であるにもかかわらず、交換価値の実現が妨げられており、抵当不動産が適切に維持管理されているとはいえない。したがって、交換価値の妨害（上記①）という点では、平成11年判決と同様の状況にあり、「抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を認めたとしても（上記③）、不当とまではいえない事案であった。

以上の点から、本件は代位訴訟の必要性や代位訴訟を認めて事案の解決を図る妥当性という点で、平成11年判決と同種の問題状況にあったことから、平成11年判決の規範が一部借用されたとみるべきであろう。このように借用という形ではあるものの、担保価値維持請求権を被保全権利とする代位行使が機能する事例が認められたことは、以下の意義があるだろう。すなわち、平成17年判決が抵当権に基づく妨害排除請求を認めた以上、あえて平成11年判決のような代位構成によって妨害排除請求権を行使するという必要はない（代位構成の役割は終了した）という評価がなされていたものの、本判決は妨害排除請求権の代位行使以外につい

ても、代位構成を認める新たな必要性を認識させた点に意味があるといえる²⁷⁾。

(b)「担保目的物を維持すべき」という法理の浸透 さらに、本判決では、賃借人丙が本件賃貸借契約の解除について異議なく認めているとの認定がなされている（事実⑧参照）。このように、丙が賃貸借契約の解除を争わないのであれば、丙・Y間に紛争がないとみて、そもそもXが丙の賃借権の確認請求権を代位行使できないと考える余地もあるかもしれない²⁸⁾。

もっとも、i) 債権質権に関して、平成18年判決は担保価値維持義務によって担保価値を害する行為を禁止している。この義務については同義務に違反する行為の効力が否定されるとの作用が承認されている²⁹⁾。この点からすれば、本判決では丙が解除を異議なく認める行為の効力について判断が示されていないものの、丙の同意は抵当不動産の競売価格に影響を及ぼす行為であって、担保目的物の価値を害するといえる。そうであれば、平成18年判決が認めた担保価値維持義務の作用からみれば、丙の同意は担保価値維持義務に違反するため、その効力が否定されることになる³⁰⁾。こうした平成18年判決の理解からみると、丙の同意によってXの代位訴訟が否定されることはないといえる。

また、ii) 平成18年判決の影響は以下の点にもみられる。すなわち、平成11年判決は第三者の不法占有という行為により、担保目的の価値が下落し、換価が妨害されて優先弁済権の行使が困難となったとして、第三者の行為が抵当権を侵害するとの判示がなされた。しかし、本判決では土地の賃貸借契約を解除した第三者Yではなく、「賃借人である丙が本件借地権を有しているのにこれを有していない、あるいはその存否が不明であるとされることにより」、建物の価額が下落し、もって抵当不動産の交換価値の実現が妨害されると判断されている。したがって、本判決では、平成11年判決のように第三者の行為による抵当権への影響を論じるのではなく、むしろ設定者丙の行為とその行為

の抵当権への影響（不動産の交換価値実現の妨害）を論じている点で、その構造は質権設定者の充当合意を問題とした平成18年判決に近い。このことから、本判決が平成18年判決の述べた担保価値維持義務の上記i)の作用を意識したものであると思われる。

このように、本判決では平成11年判決の代位訴訟のための判断枠組みを借用しながら、平成18年判決で承認された担保価値維持義務の作用が意識されており、これまでの最高裁判例が承認してきた法理が融合されている。この点から、下級審において、これまでの最高裁の判例法理が一連の統一的なものとして捉えられ³¹⁾、「担保目的物を維持すべき」という考え方が、民法上の概念として浸透しつつあるとの傾向がみてとれるのではないかと。

おわりに

最後に、担保価値維持請求権との関係で残された課題を提示してまとめに代える。

まず、上記のように、本判決が平成11年判決の規範を借用して代位構成を採用するものとみるならば、被保全権利の法的性質や法的根拠について課題が残る。すなわち、抵当目的物の交換価値の妨害状態を「是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権」を担保価値維持請求権と名づけたとしても、その法的性質や法的根拠については、本判決が明らかにしているとはいえ、これを明確にすることは今後に残された課題であろう。

学説では、上記の請求権が平成11年判決によって、「抵当権の効力として」認められていることから、これは物権的請求権という法的性質であるとの理解が示されており³²⁾、ここでは物権的な理解がなされている。これに対して、抵当権と同様に約定担保物権である質権のうち、債権質権では、質権設定者や第三債務者によって質入債権が消滅や変更等の危険にさらされるおそれがある。こうした危険を防止すべく、質権設定者や第三債務者は債権の質入れによっ

て一定の拘束をうけるといわれており、昭和以降の学説はこの拘束力を債権質権の効力として位置付けることが支配的であった³³⁾。そして、債権質権に関しては、先に述べた平成18年判決が質権設定者の「担保価値を維持すべき義務」を認めている。そこで、学説上の債権質権の拘束力という概念は、実質的にみて平成18年判決の述べる担保価値維持義務を負担することと同様であるとの評価が可能であり、結局債権質権の領域においても担保価値維持義務は担保物権の効力と関連する物的義務と理解できたのである³⁴⁾。

このように担保価値維持請求権及び担保価値維持義務が物権的な権利であり、また物的義務であるとするれば、それは先に述べた学説が認めるように、a) 担保物権から認められる物権的請求権であり、それに対応する物的義務であるのか。しかし、平成18年判決をみると、担保価値維持義務違反となる充当合意により、敷金返還請求権を消滅させて、「質権者が優先弁済を受けることが」できなくなり、「破産財団が質権者の損失において賃料等に相当する金額を利得した」場合に、不当利得返還請求を認めている。ここでは担保価値維持義務が認められているのであって、担保価値維持請求権という法律構成は示されていない。

そうであれば、担保価値維持請求権や義務は物権的請求権という枠にだけとどめられる概念ではなく³⁵⁾、むしろb) 優先弁済の効力といった担保物権の効力との関連で設定者に一般的な制約（担保価値維持義務の負担＝拘束）を課すものであり、それに反した場合に、この違反を除去するために担保価値維持請求権が発生する場合があるとみることもできるのではないかと³⁶⁾。あるいは、c) その他の構成があり得るのか³⁷⁾。こうした担保価値維持請求権や義務の法的根拠や法的性質の問題については、抵当権及び債権質権の両者を比較して今後総合的な検討がなされる必要があると³⁸⁾。

注

- 1) たとえば、借地上に建物が建設され、同建物に抵当権が設定された場合に、借地契約につき債務不履行解除や約定解除がなされたとしても、抵当権者は土地の賃貸人（敷地所有者）に対して自己の抵当権を主張できない。なぜなら、建物の抵当権者は「建物の敷地の所有者に対する関係においては建物所有者の有する権利以上の権利を享受すべき理由がないから、建物所有者がその敷地を占有し得る権原を有せざるに至ったときは、建物抵当権者もまた土地所有者に対しては該建物の取去を拒み得なくなることは己むを得ない」からである（高松高判昭和31年2月9日高民9巻1号7頁）。したがって、解除により借地権が消滅しても、ただちに建物抵当権が消滅することはないものの、借地権が存在しない以上、当該土地上に抵当建物を維持することは困難となり、抵当建物は取去を余儀なくされる。そうであれば、建物の価格は著しく低下し、また、建物が取去されれば、抵当権は消滅を免れないであろう。
- 2) 銀行実務では抵当権の設定を受ける際に、土地の賃貸人が借地契約を解除する時点で抵当権者に通知する旨の念書を求めることが少なくないといわれている。賃借人の賃料不払い等による借地契約解除の際に、賃料の第三者弁済（民法474条2項）あるいは代払い（民事執行法188条、56条）の機会を確保するためである（以上を指摘するものとして、宮崎隆博「借地上の建物に設定された抵当権の担保価値を維持する義務について」銀行法務21 No. 703 [2009年] 10頁、高橋寿一「判研」金融・商事判例No. 1373 [2011年] 8頁、片山直也「借地上建物への抵当権設定における担保価値維持義務—最高裁第一小法廷平成二十二年九月九日判決を契機として—」法学研究第84巻12号 [2011年] 282頁等を参照）。上記のような念書によって敷地所有者が抵当権者に対して通知義務を負う場合、同義務が懈怠されたまま借地契約が解除された事案において、事前の通知義務に違反した敷地所有者が損害賠償の責任を負う場合があることを判示したのものとして、最判平成22年9月9日判例時報2096号66頁がある。
- 3) 担保価値維持請求権の内容については議論があるものの、詳細は後に述べることとする。
- 4) 本判決が引用する原審の認定によれば、本件土地は、Yが東京都知事による公有水面埋立免許に基づいて造成した漁業基地であるとされている。
- 5) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣・2008年）140～144頁〔福

永有利〕、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂・2011年）270頁の分類に従った。もっとも、このような分類と異なり、確認訴訟をその機能に従って8つの類型に分類し、こうした訴訟類型毎に確認の利益の有無を整理する理解も示されている（伊藤真「確認訴訟の機能」判例タイムズ339号 [1976年] 29頁及び35～38頁）。

- 6) 中野ほか・前掲注5) 142頁〔福永〕、新堂・前掲注5) 277頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第2版〕』（有斐閣・2011年）368頁が本文のような立場を採用している。なお、判例としては、第2順位の抵当権者が第1順位の抵当権者を被告として1番抵当権の被担保債権消滅の確認を求めた例（大判昭和15年5月14日〔大民集19巻840頁〕）が存在している。
- 7) つまり、本文記載の①対象選択の適否との関係で昭和58年判決をみれば、確認対象である借地権は現在の権利であるし、また、本文で述べたように、他人間の権利の確認訴訟も可能であるから、訴外Aと土地賃貸人Bの間における借地権は確認の対象となる。加えて、②方法選択の適否についても、他の法的手段ではなく確認訴訟を選択したことが適切であるといえること（反対からみれば、確認訴訟以外の法的手段が用意されていないこと）が必要となるところ、昭和58年判決の事案では給付訴訟や形成訴訟という他の手段を想定することは困難であった。さらに、③即時確定の現実的利益の有無という点についても、抵当権の効力が借地権に及ぶならば、借地権の存否は抵当権の権利内容や抵当目的物たる建物の売却に影響を与え、根抵当権者Cの法的地位に危険や不安が現存し、これを解消するために確認判決を受けることが必要かつ適切であるといえる。このように理論的には確認の利益を認める余地はある。
- 8) 金融法務事情1930号（2011年）109頁の本判決に対する無記名のコメントが本文のような評価を示している。
- 9) 本判決に対する無記名のコメント・前掲注8) 109頁も同様の指摘を行っている。
- 10) 判例は民事訴訟法115条1項2号によって、債権者代位訴訟の債権者が受けた判決が債務者に対しても効力を有するとの立場であり（大判昭和15年3月15日大民集19巻586頁、ただし旧民事訴訟法201条2項〔現行の115条1項2号〕の事案である）、この観点から、XY間における本判決は民事訴訟法115条1項2号によって丙にも既判力が及び、丙からの買受人にも民事訴訟法115条1項3号によって既判力が及ぶといえるであろう。
- 11) 新堂・前掲注5) 258～259頁、高橋・前掲注6) 339頁。

- 12) 新堂・前掲注5) 258～259頁。
- 13) なお、Xにとっては請求認容判決を受ける利益があると同時に、次のような利益も認められるのではないかと、すなわち、本判決では、事実⑨のi)で紹介したように、賃料が未払いであるというYの主張に対して、Xが本件建物の競売終了後は建物の買受人が適法に弁済を開始することが予測されると反論している。したがって、買受人とYとの間に紛争が生じないことがXの主張の前提となっているのであり、買受人とYとの間における紛争を既判力によって防止することは、Xの主張の正当性を基礎付けるという意味でも、Xにとって利益があるといえるのではなからうか。
- 14) 中田裕康『債権総論 第三版』(有斐閣・2013年) 229頁は、①妥当な結論を導くために、より直截な法的手段・法技術が十分に開発されておらず、他の法的手段の利用が困難であり、②転用を認めることに弊害がないか、弊害があっても転用した場合の結果と比較すれば、弊害が僅少であるということ等を要件として債権者代位権の転用を認める学説(星野英一「判批」法学協会雑誌93巻10号[1976年]129頁)等を参考に、本文に述べたような転用の要件を示している。
- 15) 代位構成による確認訴訟を支持するものとして、片山直也「判批」金融法務事情1953号(2012年)24頁がある。
- 16) 最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁を参照。
- 17) Yらは、Aから建物を賃借したBより賃借していると主張したものの、1審では、AB間の賃貸借契約を認めるべき証拠がなく、YらがBから賃借したと主張しても、Yらの建物の占有権原は認められないと判断されており、控訴審も1審の判断を支持している。
- 18) 平成11年判決では、抵当権者が「抵当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態(筆者注：抵当権侵害の状態)を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有する」と述べられており、本文においては、この請求権を「担保価値維持請求権」と述べてきた。しかし、平成11年判決における奥田昌道裁判官の補足意見では、抵当権者が「抵当不動産の所有者に対し、抵当不動産の担保価値を維持又は保存するよう求める請求権(担保価値維持請求権)を有する」と述べられており、奥田補足意見の認める請求権と区別して、法廷意見の述べる請求権は「侵害是正請求権」と評価する立場も存在する(松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(下)」NBL683号[2000年]38頁を参照。なお、法廷意見と奥田補足意見の請求権概念はほぼ同趣旨であるとしながらも、上記の区別に従うものとして、道垣内弘人『「侵害是正請求権」・「担保価値維持請求権」をめぐって—最大判平成11・11・24の理論的検討』ジュリスト1174号[2000年]29頁がある)。もっとも、近時は、担保権の優先弁済的効力を確実にするものとして、設定者が「担保物の価値を維持すべき義務」を負い、これを「担保権者の側からいうならば、担保物の価値維持請求権があることになる」として、担保価値維持義務や請求権という用語を認める立場も登場しており(山野目章夫『物権法[第5版]』[日本評論社・2012年]218頁)、上記の請求権概念の理解には論者によって差異がみられる。
- 19) 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(中)」NBL682号(2000年)39頁、松井宏興「抵当権者の不動産明渡請求—最大判平11年11月24日と最判平17年3月10日を素材に—」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』(信山社・2012年)74頁が本文のような評価を示している。
- 20) 平成11年判決について、その他の残された課題については、内田貴『民法Ⅲ[第3版]債権総論・担保物権』(東京大学出版会・2005年)439～440頁、山野目・前掲注18)300頁を参照。
- 21) 安永正昭『講義 物権・担保物権法』(有斐閣・2009年)288頁注35を参照。
- 22) 金融・商事判例1218号(2005年)31頁の無記名のコメントを参照。
- 23) 妨害排除請求権の代位構成は「本来物権的請求権として処理されるべきものを債権者代位権制度に乗せるべく、無理な技巧を重ねるように思われる」と評価されており(松岡・前掲注18)の38頁)、本文記載の通り、平成17年判決が抵当権自体に基づいて物権的請求権を認める以上、代位構成の必要性が乏しいことが指摘されてきた(中田・前掲注14)の227頁を参照)。こうした評価からみると、平成11年判決の代位構成は過渡的な法律構成に過ぎないと理解することになろう(松岡・前掲注18)の40頁、内田・前掲注20)の439頁)。
- 24) なお、平成18年判決の事案や判旨の詳細及びその評価に関しては、原謙一「債権質の拘束力について—担保価値維持義務の法的根拠に関する考察—」横浜国際経済法学第21巻第2号(2012年)82～92頁及び159～176頁を参照。
- 25) 学説上も、抵当権侵害とは「目的物の交換価値が減少しそのために被担保債権を担保する力に不足を生ずること」とされており(我妻榮『新訂担保物権法[新訂第6刷]』[岩波書店・1975年]383頁)、競売手続上、抵当目的物の価格

- が減少するおそれがあり、「抵当不動産の交換価値の実現が妨げられている」と判示された本判決は、抵当目的物が被担保債権を担保する力を不足させるものであって、こうした点からも抵当権が侵害されている事例とみるのが全く否定されるものではないように思われる。
- 26) 類似の方向性として、松井宏興「判批」私法判例リマークス45号（2012年）13頁がある。ここでは、抵当権の優先弁済の効力が、①優先弁済権と②換価権という両機能を含むものであることを前提とすると、本件のように、競売の場面で「売却価額が適正な価額よりも下落するおそれがあるが、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられて」いる場合には、換価権（前記②）の行使の妨害が認められ、抵当権の優先弁済の効力の機能が害されていると評価されている。こうした理解から、本判決は抵当権侵害との文言は用いていないものの、平成11年判決と同様に、交換価値の実現妨害を抵当権侵害とする事案であるとされており、平成11年判決の示しと連続的に評価する視点のみとれる。
- 27) 本判決に対する無記名のコメント・前掲注8) 109～110頁、片山・前掲注15) 25頁、松井・前掲注26) 12頁等を参照。
- 28) この点について訴訟法的な観点からみると、本件の丙・Y間で借地権の解除について争いがなければ、丙には即時確定の現実的利益が乏しく、確認請求権が発生しないようにも思われる。このように考えれば、Xが丙の請求権を代位行使することは観念できないようにもみえる。もっとも、訴えの利益は原告・被告間の事情で判断されるため、本件の丙・Y間で借地権の解除について争いがなかったとしても、原告であるXと被告Yとの間で法律関係の不安定が存在すれば、丙・Y間の紛争の有無に関わらず、Xには即時確定の現実的利益が認められ、訴えの利益が肯定されることになろう。
- 29) 谷口安史「判解」法曹時報第61巻第3号（2009年）308頁を参照。
- 30) これに対して、以下のような民法398条との関係における理解も示されている。すなわち、本件のようにYが約定解除の要件を満たさない場合にも、Yの解除の意思表示を合意解除の「申込み」と理解し、丙の同意を合意解除の申込みに対する「承諾」と評価すれば、賃貸借契約の合意解除に類似した法律関係にあるものの、こうした合意解除は民法398条を類推適用すれば禁止されるものである。したがって、本判決が、丙は解除につき異議がないことを認定しながらも、Xの代位訴訟を認めたことは、上記のような民法398条との関係を考慮したとの評価も示されている（片山・前掲注15)の25頁）。
- 31) 片山直也「判批」ジュリスト臨時増刊1354号（2008年）71頁及び片山直也『詐害行為の基礎理論』（慶応義塾大学出版会・2011年）624頁では、平成11年判決と平成18年判決を比較・連続して位置づけ、設定者に対する担保価値維持義務等を根拠づける方向性が示されている。
- 32) 山野日章夫「抵当不動産を不法に占有する者に対する所有者の返還請求権を抵当権者が代位行使することの許否—最大判平成11・11・24をめぐって」金融法務事情1569号（2000年）49頁、道垣内・前掲注18) 30頁、森田修『債権回収法講義〔第2版〕』（有斐閣・2011年）206頁、松井・前掲注19) 76頁等を参照。
- 33) 代表的なものとして、我妻・前掲注25) 116頁及び191頁を参照。
- 34) 債権質権の拘束力に関する判例・学説については、原・前掲注24) 61～159頁を参照。
- 35) 本文で既に述べた通り、一方で平成11年判決が認めた担保価値維持請求権を物権的請求権とみる理解がある。他方で、債権質権に関する学説は物権的請求権を認めない見解（道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣・2008年）111頁）や、仮に物権的請求権を認めるとしても、対抗要件具備後の弁済や相殺等による質入債権の消滅については債権質権の拘束力で処理するという見解（我妻・前掲注25)の196頁）等が存在する。このように債権質権の領域では、担保目的の維持・確保について、必ずしも物権的請求権の問題として論じられてこなかった。現に、平成18年判決は担保価値維持請求権を明示していないし、物権的請求権が前提となるという法律構成を採用していないのは本文記載の通りである。すなわち、平成18年判決は不当利得返還請求権発生要件である「法律上の原因」の問題として、担保価値維持義務を取り扱っている（谷口安史「判批」ジュリスト1377号143頁）。そのため、債権質権制度との関係において担保価値維持請求権や義務の法的根拠や法的性質を見直すと、必ずしも担保価値維持請求権や義務が物権的請求権やそれに対応する義務の枠内にとどめ得る概念ではないようにも思われる。
- 36) 植竹勝「ABLにおける担保価値維持義務—ABL取引に関する契約実務を踏まえて—」金融法務事情1967号（2013年）21頁は、平成11年判決及び平成18年判決を参照し、担保価値維持義務を抵当権や質権の当然の物権的な効力から認められる裁判規範であり、設定者に対する行為規範でもあると論じており、物権の効力という一般的な概念から生じる規範と位置付けている。また、債権質権の拘束力についてはあるが、これが優先弁済的効力を根拠とするとの理解について、平野裕之『基礎コース民法

I 総則・物権法 [第3版]』(新世社・2005年) 413~414頁, 平野裕之『担保物権法 [第2版]』(信山社・2009年) 245~246頁, 平野裕之『コアテキスト民法Ⅲ 担保物権法 [初版]』(新世社・2011年) 148~149頁を参照.

37) たとえば, 近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権 [第2版補訂]』(成文堂・2007年) 7頁は債権を担保によって保全する関係を担保関係と称して, 当該関係を支配する信義則から担保価値維持義務を一般的に認めている. ここでは抵当権について, 設定者の担保価値維持義務が信義則に基礎を置く「物権上の義務」であるとされている(近江・前掲179頁). しかし, 担保の設定契約上の信義則または担保を設定した当事者という特殊な人的接触関係にある者の間における信義則上の義務と理解する他に, 信義則に基礎を置きながら物的な義務であるとの説明が可能であるのかは今後の検討課題としたい. また, 理論的には担保価値維持義務が契約や信義則を根拠とする余地があることを指摘するものとして, 清水恵介「担保価値維持義務について—最高裁判所平成十八年十二月二日判決に示唆を受けて—」民事法情報 No. 250 (2007年) 21頁が存在している. さらに近時権利行使制約力という概念から説明する立場もみられる(松岡久和「物権法講義-32 [第29回] 質権」法学セミナー703号 [2013年] 82~86頁を中心として参照).

38) 平成11年判決及び平成17年判決では, 抵当権者に不動産の占有が認められる余地が生じている(たとえば, 平成17年判決が「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」占有を認める). 他方で, 学説では, 債権質権には債権そのものの占有が観念できず, 要物性が希薄化し, 非占有担保的な性格が濃厚であることを認め, また債権質権が価値権的性格を有しているとして, 抵当権に接近していると評価されている(学説の概要は, 原・前掲注24の182~183頁を参照). このように, 抵当権と債権質権の両者は占有概念を軸に接近しつつあるようにも思われるため, 両者において一体として担保価値維持義務の問題を検討する必要があるといえないだろうか. なお, 非占有担保物権についてのみ担保価値維持義務が認められるのであり, 質権者が担保目的物を占有する物上質については担保価値維持義務を認めない見解もある(松井・前掲注26の13頁). しかし, たとえば質権者自身が直接に質物を占有する動産質権であっても, 設定者が質権者のもとに出向いて, あえて質権を害するような積極的な行為に出るならば, 担保価値維持義務を認める余地はあるのではないか(これを指摘するものとして, 清水・前掲注37の23頁がある). また, 民法344条の引渡しは指図による占有移転の方法でも足りるので, 第三者が質物を保管する場合には, 占有型担保の動産質権であっても, 非占有担保物権の場合と同様に担保価値維持義務を認める必要があるのではないかと思われる.

[はら けんいち 横浜国立大学大学院国際社会科学研究科博士課程後期]