

## 主 文

原判決を破棄する。

本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

## 理 由

上告代理人大川一夫の上告理由について

原審の確定した事実の概要は、次のとおりである。(一) 被上告人は、訴外D株式会社に対し、昭和五六年五月から同年一〇月分までの石油類等の売掛残代金債権として合計八一二万一千四〇四円を有する。(二) 訴外Eは、昭和五六年六月二五日期、被上告人に対して、右売掛残代金債務について、連帯保証した。(三) Eは、昭和五三年八月ころから同五六年九月ころまでに、上告人から合計一〇七六万円を借受けたが、同年一〇月D株式会社が倒産したので、同月二三日ころ、他の債権者を害することを知りながら、上告人との間で、右債務の担保として、第一審判決別紙物件目録記載の各土地及びその地上の建物(以下「本件土地建物」という。)につき代物弁済予約をした上、これを原因として、同日付けで、大阪法務局八尾出張所受付第二六〇五六号による所有権移転請求権仮登記手続をし、更に、同五七年三月ころ、本件土地建物につき譲渡担保契約を締結した上、これを原因として、同月一〇日付けで、同法務局出張所受付第五四一八号による所有権移転登記手続をした。(四) 本件土地建物につき、本件代物弁済予約当時、(1) 昭和五二年七月一八日受付で根抵当権者をG信用組合、極度額を三〇〇万円とする根抵当権設定登記が、(2) 同五四年八月二〇日受付で根抵当権者をH信用保証協会、極度額を六〇〇万円とする根抵当権設定登記がそれぞれ経由され、その後、同五六年一〇月二七日受付で、(3) 権利者をI、(4) 権利者をJ、(5) 権利者をK、(6) 権利者をLとする各根抵当権設定仮登記が、(7) 同年一一月六日受付で権利者をMとする根抵当権設定仮登記がそれぞれ経由されていたが(ただし、第一審判決別紙物件目

録記載二の土地については、(2)(5)を除く各登記は經由されていない。) 、同月一三日に(6)の仮登記が、同五七年四月一四日に(3)(4)(7)の各仮登記が、同月二二日に(5)の仮登記がそれぞれ抹消され、更に、上告人は、同年一月五日(1)の被担保債権元利金三二一万七七七五円を代位弁済し、同年一月二日(1)の根抵当権設定登記の抹消登記手続をした。(五) 本件代物弁済予約及び譲渡担保契約当時における(1)(2)の被担保債権額はそれぞれ前示各極度額を下らないが、本件譲渡担保契約当時における(3)(4)(5)(7)の被担保債権額は明らかではなく、また、本件土地建物の価額は原審口頭弁論終結時において二〇〇〇万円を超えない。

原審は、右事実関係のもとにおいて、本件代物弁済予約及び譲渡担保契約は詐害行為として取消されるべきであるとした上、右予約等は本件土地建物を一括してその対象としたものであつて不可分のものであるから、被上告人は右行為の全部について取消権を行使して現物返還を求めることができるとして、右予約等に係る前示所有権移転請求権仮登記及び所有権移転登記の抹消登記手続請求を認容した第一審判決を正当として控訴棄却の判決をした。

しかしながら、原審の右の詐害行為取消の範囲及び方法に係る判断は、是認することができない。抵当権の設定されている不動産について、当該抵当権者以外の者との間にされた代物弁済予約及び譲渡担保契約が詐害行為に該当する場合において、右不動産が不可分のものであつて、当該詐害行為の後に弁済等によつて右抵当権設定登記等が抹消されたようなときは、その取消は、右不動産の価額から右抵当権の被担保債権額を控除した残額の限度で価格による賠償を請求する方法によるべきである。けだし、詐害行為取消権は、債権者の共同担保を保全するため、詐害行為により逸出した財産を取り戻して債務者の一般財産を原状に回復させようとするものであるから、その取消は、本来、債務者の詐害行為により減少された財産の範囲にとどまるべきものであり、その方法は、逸出した財産自体の回復が可能である場合

には、できるだけこれによるべきであるところ、詐害行為の目的不動産に抵当権が付着している場合には、その取消は、目的不動産の価額から右抵当権の被担保債権額を控除した残額の部分に限って許されるが、右の場合において、その目的不動産が不可分のものであつて、付着していた抵当権の設定登記等が抹消されたようなときには、逸出した財産自体を原状のままに回復することが不可能若しくは著しく困難であり、また、債務者及び債権者に不当に利益を与える結果になるから、このようなときには、逸出した財産自体の返還に代えてその価格による賠償を認めるほかないのである（最高裁昭和三〇年（オ）第二六〇号同三六年七月一九日大法院判決・民集一五卷七号一八七五頁、同五三年（オ）第八〇九号同五四年一月二五日第一小法院判決・民集三三卷一号一二頁参照）。

そうすると、前記事実関係のもとにおいては、詐害行為として取消されるべき本件代物弁済予約及び譲渡担保契約の目的不動産に右詐害行為当時根抵当権が付着し、その後、その設定登記等が抹消されているのであるから、価格賠償によるほかないのに、これと異なる見解に立つて、本件土地建物の各価額、前示根抵当権の被担保債権額等取消の範囲につき十分な審理を遂げることなく、本件代物弁済予約及び譲渡担保契約の全部の取消を認め、上告人に対し右土地建物の所有権移転請求権仮登記及び所有権移転登記の抹消登記手続を命じた原判決には、民法四二四条の解釈を誤つた違法があるものというべきであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、論旨は理由があり、原判決はこの点において破棄を免れない。そして、本件については、前示根抵当権の被担保債権額等につき更に審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。

よつて、民訴法四〇七条一項に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	坂	上	壽	夫
裁判官	伊	藤	正	己
裁判官	安	岡	滿	彦
裁判官	貞	家	克	己