
第9章 抵当物件等をめぐる紛争

1 抵当権付物件等の売買

(1) 売買契約に関する紛争

① 売主が抵当権の存在を黙秘した場合

イ 要素の錯誤

【09- 01】

★東京高判 昭45.10. 5 東民21-10-205

Yは、本件建物にA銀行の根抵当権を設定していたが、Xとの調停手続において、この事実をX及び調停委員に明かさず、抵当権負担のないものとして、Xが本件建物をYから買い取ることで、同調停が成立した。その後この事実が判明し、Xは、同調停の無効を主張した。

これに対して、裁判所は、本件調停は本件建物に抵当権負担のないことが合意の前提事項であり、表示された動機であるから、同調停は要素の錯誤があつて無効であるとして、Xの主張を認めた。

ロ 売主代理人たる債権者の責任

【09- 02】

★福岡高決 昭41. 8.11 判時470-44

Aの債権者Yは、昭和37年8月、Aの養母Bの土地建物に抵当権を設定し、昭和40年4月、Bの代理人として、これを黙秘したまま、Xに同土地建物を120万円で売り渡し、内金10万円の支払いを受けた。残代金の支払いは昭和41年12月末とされていたが、Yは、同履行期到来前にXにその支払いを求め、Xが拒否すると、競売を申し立てた。Xは、信義則に反するとして、異議申立をした。

これに対して、裁判所は、YがAに対する債権の回収策として本件不動産に抵当権を設定させながら、同じくAに対する債権の回収策として同抵当権設定の事実を黙秘しつつ、Yが代理人となってXと同不動産の売買契約を締結し、しかも同売買契約の存在を無視して、突如同抵当権に基づき競売の申立てをすることは、信義誠実の原則に反するとして、競売手続開始決定を取り消した。

ハ 詐欺罪

a 積極的欺罔

【09- 03】

★東京高判 昭29. 6. 29 判タ42-31

売買に際し、相手方から抵当権の設定並びにその登記の有無について確められた際、そのような事実はないと積極的に回答し、相手方をして無負担の物件と誤信させ、金員を受領した場合には、告知義務の存否を検討するまでもなく、詐欺罪が成立する。

b 黙 秘

【09- 04】

★広島高判 昭29. 4. 8 高刑判特31-52

相手方が抵当権の負担のあることを知っておれば、買い受けないと認められる場合に、抵当権の設定及びその登記の存在することを黙秘して家屋を売却し、買受代金を交付させたときは、詐欺罪が成立する。

【09- 05】

★東京高判 昭29. 6. 30 東刑5-7-266

建物売買契約の締結にあたり、同建物に抵当権が設定されている事実を秘し、買主をして瑕疵のない建物であると誤信させ、代金名下に金員の交付を受けた行為は、詐欺罪にあたる。

【09- 06】

★福岡高裁宮崎支判 昭28. 3. 13 高刑判特26-99

Aの債権のために自己所有の土地建物について抵当権設定契約をし、その登記手続のために印鑑、必要書類等をAに交付してあるのに、その事実を秘してBに対し同土地建物を売り渡し、代金名義で金員の交付を受けた場合には、詐欺罪が成立する。

【09- 07】

★札幌高判 昭32. 4. 30 高刑裁特4-9-210

抵当権の設定及び競売手続開始決定のあった不動産を売却するにあたり、同事実を黙秘し、相手方をして抵当権の設定及び競売手続開始決定の事実のないものと誤信させた場合には、詐欺罪が成立する。

② 抵当権等の調査を怠った場合

イ 媒介業者の責任

【09- 08】

★大阪地判 昭57. 9. 22 判タ486-109

買主業者Xは、昭和54年7月媒介業者Yの媒介で、売主Aから土地を買い受けた。本件土地にはBの抵当権が設定されていたが、Yは登記簿を確認することなく、Aの説明を信じて、被担保債権額1,000万円で決済日までに抹消できると説明したので、Xは、これを信じて手付金及び中間金1,805万円を支払った。しかし、Aはこれを費消し、契約は履行されなかった。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、Yが登記簿謄本の調査をせず、Aの嘘言をうのみにして、Xに説明し、契約を締結させ、手付金を交付させた上、中間金支払いの約定がないにもかかわらず、担保権の調査確認を怠り、中間金の支払いをさせたことは、債務不履行責任があるとして、損害賠償を命じたが、Xにも、契約日の翌日届けられた登記簿謄本の点検、確認を怠り、過失があるとして、5割を相殺した。

ロ 取引主任者の責任が争われたもの

【09- 09】

★東京高判 昭61. 11. 27 判タ646-198

買主Xは、昭和56年5月26日、売主業者Y1から土地を買い受け、内金602万円を支払った。本件契約にあたっては、取引主任者Aが重要事項説明にあたり、昭和55年10月の登記簿謄本に基づき、B信用金庫の抵当権（債権額2,500万円）の設定があるが、抹消すると述べた。しかし、本件土地には昭和56年1月のCの仮差押登記及び5月13日のDの差押登記があり、契約の履行はなされなかった。Xは、Y1及びY2（Aの相続人）に対し、損害賠償を求めた。

第一審は、Y1の責任を認めたが、Y2については否定した。Xが控訴した。Y2は、相続放棄を主張した。

控訴審は、Y2は本件訴状の送達を受けるまで相続財産が全くないと信じており、相続財産がないと信ずるにつき相当な理由があったと認められるから、民法915条所定の3ヵ月の期間は本件訴状の送達の時から起算すべきであるとして、Xの請求を斥けた。

ハ 司法書士の責任

【09- 10】

★東京地判 平 3. 3. 25 判時1403-47, 判タ767-159

買主Xは、昭和63年8月媒介業者Aの媒介で、売主業者Bから土地建物を買い受け、9月26日残代金を支払い、Aを代理人として、登記手続を司法書士Yに依頼した。Yは、登記簿謄本を郵便で請求したが、決済日までには到達せず、7ヵ月前の登記簿謄本で確めただけであった。Xが代金を支払った後になって、Cが9月20日に本件物件について仮差押の登記をしていることが判明し、Bに資力がないため、Xは、解放金を出さざるを得なくなり、約1,200万円の回収ができなくなった。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、Yは、司法書士として、取引の日までに負担が登記簿上現れないか否かに留意する必要があると、少なくとも、取引当日にできる限り接着した時点における登記簿の状態を把握する等できる限りの努力をする必要があるところ、Yは、このような義務を尽さず、かつ、登記簿を確認するまで取引を延ばすべきこと、未確認で取引するのであれば責任が持てないことを主張しなかったのであるから、債務不履行責任があるとしたが、他方、Xにも、代理人Aは不動産仲介業者として最新の登記簿謄本を閲覧しなかった過失があると、5割を相殺した。

③ 抵当権が不法に抹消された場合

イ 民法94条2項の類推適用はないとしたもの

【09- 11】

★東京高判 平10. 7. 16 判時1656-86, 判タ989-275

★宇都宮地判 平 8. 4. 16 判時1656-93, 判タ989-282

Y1は、平成2年2月、Aから本件土地を買い受け、登記を移転して、Y2銀行の根抵当権設定登記をした。本件土地には、平成元年9月Xの根抵当権が設定されていたので、Y1は、その抹消をまって買い受けることとし、平成2年2月、Xの登記が抹消されたことを確めて、買い受けたものであったが、同登記の抹消は、Aが、銀行融資を受けるためXから交付を受けた登記済証と偽造の委任状により、Xに無断で行ったものであった。Xは、Y1、Y2に対し、登記の回復の承諾を求めた。

これに対して、裁判所は、Xが抵当権設定登記を不法に抹消された後、Y1が当該不動産の所有権を取得し、登記を移転しても、Xは、その外形を作出し、又は放置容認していたものではないから、Yらは民法94条2項を類推適用する余地はないとして、Xの請求を認容した。

(2) 買主等が抵当建物を取り壊し、又は荒廃させた場合

① 買主が取り壊した場合

イ 売主が取壊しの承諾を与えたもの

【09- 12】

★東京高判 昭26. 9. 27 下民2-9-1124

Yは、昭和23年5月本件建物をAから買い受け、同年9月、Bに売り渡した。本件建物には、Xの抵当権が設定されていたが、Yは、その事実を知りながら、これを隠してBに売り渡し、Bが同建物を取り壊すについて承諾を与え、かつ、その職人を斡旋し、取壊しに立ち会った。Xは、Yに対し、抵当権の侵害について、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、Yは本件建物が抵当権の目的となっており、建物の取壊しにより抵当権が侵害されることを知りながら、建物の取壊しに加功協力したから、抵当権の侵害について不法行為責任を負うとして、6万円の支払いを命じた。

ロ 買主が調査を怠ったもの

a 転 売

【09- 13】

★東京高判 昭56. 6. 30 金法984-60, 金商631-36

業者Yは、昭和54年、Aから土地を買い受けたが、同土地にB所有の本件建物があったので、これを買取って、取り壊し、更地として売却することとし、同年9月Bから本件建物を買受けた。本件建物には、Xのための根抵当権が設定されていたが、Yは、登記簿を確めず、直ちに取り壊し、同年10月他に転売した。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、他人が所有していた建物を買取って取り壊すにあたっては、それに先立って、その建物について第三者の権利が存在しないかどうかを登記簿等で十分調査し、そのような権利が存在しないことを確認した上でこれを行うべきところ、その調査確認を怠り、根抵当権を侵害したとして、Yに対し、450万円の支払いを命じた。

b 古材利用

【09- 14】

★山形地裁米沢支判 昭31. 3. 3 下民7-3-497

Yは、昭和29年2月、その経営する公衆浴場が焼失し、その再建にあたり、古材を物色中のところ、Aから、本件建物を買い受けた。本件建物には、Xの抵当権が設定されていたが、Aがその事実をYに告げなかったので、Yは、取壊しに着手し、その後Xの抵当権設定を知ったが、Yは、Aで処置すべきものと考えて、解体を完了し、浴場再建の材料として使用した。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、Yが建物の解体に着手後、その建物が抵当権の目的となっていて、抵当権が害されることを覚知すべきであったのに、これを看過し、漫然解体作業を進行させたのであるから、Yは、抵当権の侵害について不法行為責任を負うとして、Yに対し、27万8,817円の支払いを命じた。

ハ 登記簿の地番の表示が誤っているもの

【09- 15】

★仙台地判 昭36. 3. 31 下刑3-3-4-289

Yは、昭和34年3月、Aから土地建物を買い受け、本件建物にBの根抵当権が設定されていることを知りながら、同年8月これを解体し、損壊した。Yが建造物損壊罪で起訴された。Yは、本件建物の地番と登記簿上の地番が相違していると主張した。

裁判所は、抵当権の目的である建物が存する土地の地番と登記簿の地番の表示が相違している場合、同登記の更正がない以上、建物抵当権者は敷地所有者に対抗し得ないから、Yが本件建物を解体しても、建造物損壊罪は成立しないとして、Yを無罪とした。

② 買主が荒廃させた場合

【09- 16】

★仙台高判 昭60. 1. 30 判タ553-165

Yは、昭和50年10月、Aから本件建物を取得し、登記を移転した。本件建物には、Xの700万円の抵当権が設定されていたので、Yは、翌51年2月本件建物から家具等を搬出して、荒廃させた。本件建物は、その後Xの競売の申立てに基づき、昭和52年Xが競落した。Xは、Yの搬出により建物が荒廃し、損害を受けたとして、賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、YがXの抵当権を知りながら、建物を荒廃させ、担保価値を減少させたことは不法行為になるとして、Yに対し、損害賠償を命じたが、Xにも過失があるとして、2割を相殺した。

③ 売主が損壊した場合

イ 「他人ノ」建造物

【09- 17】

★最高決 昭61. 7. 18 刑集40-5-438, 判時1210-138, 判タ620-80

★長崎地裁壱岐支判 昭57. 8. 28 刑集40-5-454

★福岡高判 昭58. 7. 12 刑集40-5-465

Yは、昭和50年5月、Y所有の建物にA県漁連の根抵当権を設定し、その後、同根抵当権の実行により、Aが競落して、昭和55年1月Aに登記が移転された。同年3月、執行官が引渡命令の執行のため本件建物に臨んだ際、Yは、手斧で床柱等を切り付け、本件建物を損壊した。Yが建造物損壊罪で起訴された。Yは、本件根抵当権設定はAの詐欺によるものだと主張した。

第一審は、Aの詐欺の可能性がないとはいえないとして、Yを無罪とした。

控訴審は、Yの根抵当権設定はAの詐欺によるものではなく、本件損壊当時本件建物はAの所有であったとして、Yを懲役6月（執行猶予2年）に処した。

上告審は、「刑法260条の『他人ノ』建造物というためには、他人の所有権が将来民事訴訟等において否定される可能性がないということまでは要しないと解するのが相当であり、本件建物は刑法260条の『他人ノ』建造物にあたる」として、上告を棄却した。

(3) 抵当権の設定が仮登記の場合

① 第三取得者に対する本登記手続の請求

【09- 18】

★最高判 昭35. 7. 27 民集14-10-1926

★新潟地判 判決年月日不明 民集14-10-1937

★東京高判 昭33. 10. 13 民集14-10-1938

Aは昭和29年5月本件土地をXの担保に差し入れることを約束し、Xが同年6月29日抵当権設定の請求権保全の仮登記をしたところ、Aは、本件土地をYに売り渡し、同年8月6日登記を移転した。Xは、Yに対し、抵当権設定の本登記を求めた。

原審は、Xが勝訴した。Yは、仮登記は順位保全の効力を有するに止まるから、Aに対しても訴求しなければならないと主張して、上告した。

上告審は、「仮登記後の抵当不動産が第三者の所有に帰したときは、その第三者は仮登記後の抵当権の附着したままのものを、これを了知の上取得したのであるから、仮登

第9章 抵当物件等をめぐる紛争

記権利者は第三者に対し直接抵当権設定手続に協力すべき旨請求することができ、「仮登記権利者はさらに仮登記義務者に対し本登記に協力すべき旨請求することを要しない」として、上告を棄却した。

② 仮登記義務者に対する本登記手続の請求

【09- 19】

★最高判 昭37. 5. 25 民集16-5-1184, 金法314-11

★横浜地判 判決年月日不明 民集16-5-1189

★東京高判 昭34. 12. 23 民集16-5-1190

Yは昭和29年4月本件不動産にXの抵当権を設定することを約束し、Xが同年12月抵当権設定の請求権保全の仮登記をしたところ、Yは、昭和30年3月Aに売り渡し、その登記を移転した。Xは、Yに対し、抵当権設定の本登記を求めた。

原審は、Xが勝訴した。Yは、Aを相手とすべきであると主張して、上告した。

上告審は、抵当権設定の仮登記がある不動産について第三者が所有権移転登記をした場合、仮登記権利者は、仮登記義務者に対して本登記手続を請求することができ、また、第三者に対し直接本登記手続を請求することもできるとして、上告を棄却した。

(4) 抵当権設定後の仮登記権利者

① 本登記の承諾を求め得ないとするもの

【09- 20】

★東京地判 平4. 6. 30 金法1350-39

Y1は、平成元年11月22日、その所有する建物にY2の根抵当権設定登記をし、翌平成2年12月28日Xの所有権移転請求権仮登記をした。その後、Y2の根抵当権に基づく担保権の実行としての競売開始決定がなされ、平成4年1月27日差押登記がなされた。Xは、Y1、Y2に対し、仮登記に基づく本登記の承諾を求めた。

これに対して、裁判所は、① Y1については、Xの請求を認めたが、② Y2については、「本件差押登記は、本件仮登記後になされたものであるが、本件仮登記より前に設定登記のされた根抵当権に基づく担保権の実行としての競売開始決定に基づいてされたものであるから、Y2は、本件仮登記に基づく本登記につき承諾義務を負わない」として、Xの請求を斥けた。

② 後順位抵当権者に代価の返還を求め得ないとするもの

【09- 21】

★最高判 昭63.12. 1 民集42-10-719, 判時1298-115, 判タ685-147

★東京地判 昭59. 5. 21 民集42-10-725

★東京高判 昭60.12. 26 判時1184-68, 判タ606-74

Y 1は、その所有する建物にAの抵当権を設定して、昭和48年1月その旨登記をし、同年3月同建物をBに譲渡し、Bは昭和49年7月買主たる地位をXに譲渡し、Xは、昭和51年12月所有権移転請求権保全の仮登記をした。他方、Y 1は同建物をCに、また、CはDに譲渡し、Dは昭和52年1月登記を移転して、Y 2の根抵当権を設定した。Xは、Y 2に対し、仮登記を本登記にする承諾を求める訴えを提起したところ、昭和52年6月、Aの競売申立により、Y 2が競落し、Xの仮登記が抹消された。Xは、Y 1に対する損害賠償請求と、Y 2に対する不当利得返還請求に訴えを変更した。

原審は、Y 1の損害賠償責任を認めたが、Y 2に対するXの不当利得返還請求は斥けた。

上告審は、「不動産が競売手続において競落され、所有権に関する仮登記が先に登記された抵当権に対抗することができないために抹消された場合において、同仮登記の後に登記を経由した抵当権者に対して、不当利得を理由として、その者が競売手続において交付を受けた代価の返還を請求することはできない」として、Xの上告を棄却した。

③ 後順位抵当権者の実行により効力を失うとされたもの

【09- 22】

★東京高判 昭59.10. 23 金法1089-44, 金商710-11

買主Yは、昭和48年10月、売主Aから、Bの抵当権設定登記のある本件土地を買い受け、所有権移転請求権仮登記をした。Aは、昭和49年6月、本件土地にCの第二抵当権を設定して、その登記をし、昭和55年10月、Cの競売の申立てにより、Xが競落した。Xは、Yに対し、仮登記の抹消を求めた。Yは、仮登記に係る所有権移転請求権が後順位抵当権に基づく競売によって効力を失うのは、仮登記担保の場合であると主張した。

これに対して、裁判所は、Yの本件仮登記に係る所有権移転請求権は、Bの抵当権に対抗することができないものであり、Bの抵当権はCの申立てに係る本件競売による売却によって消滅するものであるから、民事執行法188条及び59条2項の規定により、同競売による売却によってその効力を失ったとして、Xの請求を認容した。

【09- 23】

★最高判 昭41. 3. 1 民集20-3-348, 判時445-28, 判タ190-113

★甲府地判 昭39. 3. 31 民集20-3-352

★東京高判 昭40. 6. 15 民集20-3-358, 判タ180-123

Xは、昭和30年1月、A所有の家屋について所有権移転請求権保全の仮登記をした。同年5月、B保証協会が抵当権を設定して、同抵当権の実行により、昭和35年7月Yが競落した。Xは、Yに対し、所有権の確認と登記の抹消を求めた。しかし、同家屋には、昭和26年11月Bの抵当権が設定されており、競落時まで存続していた。

原審は、Xが敗訴した。

上告審は、「同一の不動産について数個の抵当権が設定されているときは、後順位の抵当権者の申立によって抵当権が実行された場合であっても、競落当時存した抵当権はすべて消滅し、競落人は抵当権の負担のない不動産所有権を取得するのであるから、その不動産は競落当時存した最先順位の抵当権設定当時の権利状態で競売に付されるものというべく、従って、右最先順位の抵当権設定登記の後にその不動産について所有権その他の権利を取得した者は、その権利をもって競落人に対抗することができない」として、上告を棄却した。

④ その後の公売処分により効力を失うとされたもの

【09- 24】

★最高判 昭41. 3. 1 民集20-3-337, 判時445-29, 判タ190-112

★長崎地裁佐世保支判 昭38. 9. 27 民集20-3-341

★福岡高判 昭39. 2. 8 下民15-2-237

Aは、昭和29年7月、B所有の土地に抵当権を設定し、同設定登記をするとともに、所有権移転請求権保全の仮登記をした。しかし、Aの厚生年金保険料の滞納により、国税滞納処分の例による差押えがなされ、公売により、昭和33年7月10日、本件土地は公買人Cに登記が移転された。Xは、同日Cから本件土地を買い受け、登記を移転したところ、Aは、昭和38年5月所有権移転請求権をYに譲渡し、Yは、同年10月Zに譲渡して、それぞれ仮登記について移転の附記登記をした。Xは、Yに対し、仮登記の抹消を求めた。

第一審は、Xが勝訴した。Yが控訴し、Zが訴訟参加した。

控訴審も、Xが勝訴した。

上告審は、「滞納処分の例による不動産の差押登記がされる以前にすでに当該不動産の所有権移転請求権保全の仮登記が存する場合、右仮登記された請求権は、公売処分によって当然に消滅することはないが、右仮登記よりも先順位で（抵当権設定登記と仮登記が同日の受付にかかるときは、抵当権の登記の受理番号が先であれば、抵当権の登記が先順位となる。）該不動産上に公売処分当時有効に存在し、かつ、右処分によって消

滅すべき抵当権の設定登記が存するときは、仮登記は右抵当権に対抗できないので、公売処分によって抵当権が消滅する限り、この抵当権に劣後する仮登記された権利も消滅する」として、上告を棄却した。

【09- 25】

★最高判 昭41. 6. 17 判時450-17, 訟月12-9-1276

★京都地裁園部支判 昭37. 6. 16 訟月8-9-1388

★大阪高判 昭39. 4. 30 訟月10-8-1135

Xは、昭和22年11月、A所有の本件土地に、売買予約による所有権移転請求権保全の仮登記をしたところ、同土地はその後滞納処分による差押えを受け、昭和25年9月公売処分によりYらに登記が移転された。Xは、昭和30年10月、同仮登記に基づき所有権移転登記を行い、Yらに対し、登記の抹消を求めた。本件土地には、Xの仮登記に先立ち、Bらの抵当権設定登記があり、Yらは、Xに対し、登記の抹消を求めて、反訴を提起した。

原審は、公売処分によりBらの抵当権が消滅し、これに伴いこの抵当権に対抗できないXの仮登記上の権利も消滅するとして、Xの請求を棄却し、Xに対し、登記の抹消を命じた。

上告審は、公売処分によって先順位の抵当権が消滅する限り、同抵当権に劣後する仮登記された権利も消滅するとして、上告を棄却した。

(5) 抵当不動産等の第三取得者

① 消滅時効

イ 抵当不動産

【09- 26】

★最高判 昭48. 12. 14 民集27-11-1586, 判時727-45, 判タ304-160

★東京地裁八王子支判 昭44. 5. 30 民集27-11-1588

★東京高判 昭45. 4. 24 民集27-11-1593

業者Aは、昭和33年11月、Yから200万円を借り受け、その担保として、本件土地に抵当権を設定して、同年12月その登記をした。Xは、昭和37年9月、本件土地をAから取得した。Xは、昭和43年、Yに対し、Yの貸金債権は時効により消滅したとして、抵当権設定登記の抹消を求めた。

原審は、Xは時効を援用し得る当事者ではないとして、Xの請求を斥けた。

上告審は、「民法145条の規定により消滅時効を援用し得る者は、権利の消滅によ

り直接利益を受ける者に限定されると解すべきであるところ、抵当権が設定され、かつ、その登記の存する不動産の譲渡を受けた第三者は、当該抵当権の被担保債権が消滅すれば抵当権の消滅を主張し得る関係にあるから、抵当債権の消滅により直接利益を受ける者にあたる」として、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

ロ 仮登記担保権付不動産

【09- 27】

★最高判 昭60. 11. 26 民集39-7-1715 , 判時1181-102, 判タ585-52

★奈良地判 昭56. 4. 28 民集39-7-1707

★大阪高判 昭57. 3. 11 民集39-7-1715

Y 1 は、昭和36年1月、Xに対する債務580万円について7回払の支払いとし、同担保として本件土地について代物弁済の予約をし、その旨の仮登記をしたが、分割弁済を怠り、同年2月期限が到来した。Xは、昭和54年3月、Y 1 に対し、代物弁済予約完結の意思表示をし、Y 1 はこれを承諾した。しかし、Y 1 は、昭和44年12月、本件土地をY 2 に譲渡し、登記を移転した。Xは、Y 1 に対し代物弁済を原因とする登記の移転を、Y 2 に対し同登記の承諾と土地引渡しを求めた。Y 2 は、Xの仮登記の抹消を求めて、反訴を提起した。

原審は、① Y 1 については、Xの代物弁済予約完結の意思表示を承諾しているから、時効利益を放棄したとして、Xの請求を認容したが、② Y 2 については、消滅時効が完成したとして、Y 2 の反訴を認容した。Xが、上告した。

上告審は、「民法145条所定の当事者として消滅時効を援用し得る者は、権利の消滅により直接利益を受ける者に限定されるところ、所有権移転予約形式の仮登記担保権が設定された不動産の譲渡を受けた第三者は、当該仮登記担保権の被担保債権の消滅によって直接利益を受ける者というを妨げないから、右不動産によって担保された債権の債務者でなくても、その消滅時効を援用することが許される」として、上告を棄却した。

ハ 売買予約仮登記付不動産

【09- 28】

★最高判 平 4. 3. 19 民集46-3-222, 判時1423-77 , 判タ788-140

★広島地判 昭63. 4. 26 民集46-3-227

★広島高判 平 2. 2. 22 判時1356-95 , 判タ737-161

Aは、昭和31年5月、Bに対する貸金の債務として、B所有の本件土地について売買予約をし、その旨の所有権移転請求権保全仮登記をした。同予約完結権は、その後昭和59年Xが譲り受け、仮登記の移転登記をした上、Xは、Bに対し、売買予約完結の意思表示をした。しかし、本件土地は、Bから転々譲渡され、昭和36年Yらが取得し、

登記を移転していた。Xは、Yらに対し、所有権移転登記の承諾を求めた。Yらは、Xの仮登記の抹消を求めて、反訴を提起した。

第一審は、Xが勝訴した。

控訴審は、Yらの消滅時効の援用を認め、Yらが勝訴した。

上告審は、「売買契約に基づく所有権移転請求権保全仮登記の経由された不動産につき所有権を取得してその旨の所有権移転登記を経由した者は、予約完結権が行使されると、いわゆる仮登記の順位保全効により、仮登記に基づく所有権移転の本登記手続につき承諾義務を負い、結局は所有権移転登記を抹消される関係にあり、その反面、予約完結権が消滅すれば、所有権を全うすることができる地位にあることから、予約完結権の消滅によって直接利益を受ける者に当たり、その消滅時効を援用することができる」として、上告を棄却した。

【09- 29】

★東京地判 昭37. 3. 27 判時293-20

Yは、昭和23年9月、A所有の建物について売買予約をし、所有権移転請求権保全の仮登記をした。本件建物はAから転々譲渡され、昭和32年5月Xが買い受けて、登記を移転した。Xは、昭和36年、Yの予約完結権は時効消滅したとして、Yに対し、仮登記の抹消を求めた。

これに対して、裁判所は、Yの予約完結権は昭和33年9月時効消滅し、Xは「この権利又は義務に基づいて権利を取得し、又は義務を免れる者」にあたるから、消滅時効を援用することができるとして、Xの請求を認容した。

② 代位弁済

イ 代位弁済にあたらなかつたもの

【09- 30】

★東京高判 昭60. 12. 18 判時1179-81

Xは、売主Aら（物上保証人）から、B銀行の根抵当権の設定された不動産を、買い受けた。同契約にあたり、Xは、Bとの間で、主債務者Cの破産手続におけるBへの配当はXで受け取ることとし、その見込額を上乗せして弁済額と定め、Bに同代金を支払った。Xは、その後Cの破産管財人Yを相手として、弁済者代位により配当金債権を取得したとして、破産債権の確定を求めた。

これに対して、裁判所は、代位が成立するための弁済は売買代金額を既に売主に支払ったことを前提とし、別個の出捐による弁済でなければならないところ、Xは、売買代金をもってBに弁済したに過ぎず、求償権自体が発生しないとして、Xの請求を棄却した。

ロ 「弁済ヲ為スニ付キ正当ノ利益ヲ有スル者」

【09- 31】

★東京高判 平 2. 6. 28 金法1268-28

★東京地判 昭63. 4. 28 金法1218-31

業者Xは、宅地造成のため、昭和52年6月、本件土地をAから買い受け、代金支払時に所有権を移転する旨売買契約を締結したが、資金繰りに困り、Bの名義を借りてY金庫から3,000万円の融資を受けることとし、同年12月、Aの承諾を得て、本件土地にYの根抵当権を設定した。しかし、Bは、Yからの資金をXに貸し付けなかった。昭和54年2月、X・A・C三者間で合意が成立し、本件土地はAからCに移転登記され、Xは、Cからの代金のうち3,000万円をYに弁済し、Yの根抵当権を抹消した。しかし、Yは、Bに、手形等の担保を返還した。Xは、同返還により、Xの担保権の行使が不可能になったとして、Yに対し、損害賠償を求めた。

これに対して、裁判所は、民法500条にいう「弁済ヲ為スニ付キ正当ノ利益ヲ有スル者」とは、法律上の利益を受ける者をいい、事実上の利害関係を有しているに過ぎない者は該当しないところ、Xは、弁済当時、Yに対するBの債務につき、物上保証人でも抵当不動産の第三取得者でもなく、その他、自己の債務や負担を免れ、又は自己の権利を保全することのできる地位にあったということではできないから、Yの処理によりXが損害を被ったということではできないとして、Xの請求を棄却した。

ハ 極度額以上の債権が存する場合

【09- 32】

★最高判 昭42. 12. 8 民集21-10-2561, 判時508-42, 判タ216-124

★東京地判 昭37. 11. 29 民集21-10-2574

★東京高判 昭41. 10. 26 民集21-10-2580

昭和30年2月、XY間に調停が成立し、本件家屋についてYがZ銀行の根抵当権設定登記の抹消登記手続をし、Xに贈与する旨の約定がなされたが、Yが履行しなかったため、Zの根抵当権が実行されて、昭和34年Aが競落し、登記を移転した。Xは、Yに対し、損害賠償を求めた。Yは、債務者Xに代位して極度額をZに弁済したが、Zがこれを超える債権を有するとして受領を拒絶したので、昭和30年6月弁済供託し、Zの根抵当権は消滅していると主張した。

原審は、Xが勝訴した。

上告審は、「債権者が、一定の契約から生ずる債権を担保するために、被担保債権額について抵当権を設定し、かつ、当該契約から同被担保債権額を超える債権を有している場合、その抵当物件の第三取得者は、債権者に対し、被担保債権額を弁済供託するときでも、債権者との間に合意が成立し、又は代価弁済、滌除等の方法によるものでない

限り、当然には担保物件の被担保債権が消滅しないし、その抵当権設定登記の抹消登記請求権を有するものではない」として、上告を棄却した。

ニ 求償権の範囲

【09- 33】

★最高判 昭42. 9. 29 民集21-7-2034 , 判時498-29, 判タ213-101

★長野地裁上田支判 昭40. 2. 10 民集21-7-2039

★東京高判 昭41. 7. 13 民集21-7-2042

Aは、昭和31年、Yの依頼に応じ、YがBから110万円を借り受けるについてA所有の本件不動産を担保に供して、Bの抵当権を設定したが、Yが借受金を支払わないため、Bが抵当権を実行した。X（Aの妻）は、昭和35年Aから本件不動産の贈与を受け、登記を移転して、昭和37年Yの債務をBに弁済し、Bの抵当権が抹消された。Xは、Yに対し、求償した。

原審は、Xが勝訴した。

上告審は、「物上保証の目的物件の第三取得者が自己の出捐をもって債権者に対し弁済をした場合において、同第三取得者が有する求償権の範囲については、物上保証人に対する債務者の委任の有無によって、民法459条ないし462条の規定が準用され、Xは、弁済金及び法定利息金の求償権を有する」として、上告を棄却した。

【09- 34】

★山形地判 昭39. 11. 30 判タ172-221

Aは、昭和35年、YのBに対する債務の物上保証人となり、A所有の本件土地建物について根抵当権を設定した。Xは、昭和39年、本件土地建物を取得したが、Bが競売手続を開始したので、Bに代位弁済し、Yに対し、その求償をした。

これに対して、裁判所は、物上保証に供された担保不動産の第三取得者が債務者の委託を受けずに代位弁済をした場合、事務管理の費用償還請求としての求償権を取得するとして、被担保債権弁済額全額の求償を認めた。

ホ 保証人に対する求償

a 債務完済と信じていた第三者

【09- 35】

★東京地判 昭46. 8. 30 判時650-81

Aは、昭和34年Bから70万円を借り受け、本件不動産にBの抵当権を設定し、Yが連帯保証をした。Xは、昭和36年、Aの債務完済の言を信じて本件不動産を買い受

第9章 抵当物件等をめぐる紛争

けたが、Bは、昭和42年抵当権を実行し、競売に付された。Xは、昭和45年、Bと協議して、債務額100万6,000円を代位弁済した。Xは、Yに対し、求償した。

これに対して、裁判所は、民法501条2号により、第三取得者は保証人に代位弁済の効果を主張することができず、XがAの債務完済の言を信じていたとしても、自らの不明ということとどまるとして、Xの請求を棄却した。

b 共同担保となっている不動産の第三取得者

【09- 36】

★東京高判 平 1. 5.10 金法1254-36

「共同抵当の目的となっている物上保証人所有の不動産を第三者が取得し、その後債権者に対して被担保債権を弁済した場合には、その第三者は、民法501条但書1号、2号及び5号の法文及びその趣旨に照らし、物上保証人に対して債権者に代位することができない」。

へ 保証人の弁済

a 第三取得者の取得後の弁済

【09- 37】

★最高判 昭41.11.18 民集20-9-1861, 判時474-16, 判タ204-107

★神戸地裁尼崎支判 昭39. 5.15 民集20-9-1867

★大阪高判 昭40. 8. 4 民集20-9-1878, 判時427-29

Xは、昭和36年1月23日、Aから土地建物を買い受け、登記を移転した。本件土地建物は、昭和36年10月、AがY1銀行の貸金債務の担保として、Y1の抵当権を設定するとともに、代物弁済の予約を結び、同登記がなされていた。Aの連帯保証人Bは、昭和36年1月31日、Aの債務を全額弁済して、抵当権移転登記、仮登記移転登記をし、Y1の代物弁済予約完結権を行使して、Aを相手として所有権移転登記手続及び明渡請求訴訟を提起し、同年10月、Bが勝訴した。Xは、Bは代位の附記登記をしていないとして、Y1及びY2（Bの相続人）に対し、登記の抹消を求めた。

原審は、Xが敗訴した。

上告審は、「民法501条1号において、保証人が予め代位の附記登記をしなければ担保権につき目的不動産の第三取得者に対して債権者に代位しない旨を定めた所以は、目的不動産の第三取得者は、その取得に当り、既に債権の弁済をなした保証人が右代位権を行使するかどうかを確知することを得させるためであると解すべきであるから、保証人の弁済後に目的不動産を取得しようとする第三取得者に対しては予め代位の附記登記をする必要があるが、第三取得者の取得後に弁済をする保証人は、右代位のためには

同号による附記登記を要しない」として、上告を棄却した。

b 抵当権処分禁止の仮処分の附記登記

【09- 38】

★最高判 昭48. 10. 30 民集27-9-1304 , 判時722-59, 判タ302-147

★東京地判 昭46. 4. 26 民集27-9-1311

★東京高判 昭47. 7. 5 民集27-9-1319 , 判時676-24, 判タ285-258

昭和43年3月、AがB公庫から150万円を借り受け、Xが同債務を連帯保証し、Cが担保としてC所有の建物に抵当権を設定して、同登記をした。Bは、昭和44年1月、Yに本件債権を抵当権とともに譲渡し、同附記登記をした。Xは、同年2月抵当権の処分禁止仮処分命令を得て、同附記登記をし、同年6月、Aの債務をYに弁済した。Xは、Yに対し、抵当権の移転手続を求めた。Yは、本件建物は昭和43年11月CからDに、昭和44年7月DからEに所有権移転登記がなされているから、Xは抵当権の代位取得を主張し得ない、と主張した。

原審は、Xが勝訴した。

上告審は、「保証人が、代位弁済により抵当権を取得して抵当権者に対する抵当権処分禁止の仮処分の附記登記をした後、抵当権移転の附記登記をしたときは、保証人は、同仮処分の附記登記後抵当権移転の附記登記前に抵当物件を取得した第三者に対しても、代位弁済による抵当権の取得を対抗することができる」として、上告を棄却した。

ト 代位弁済後の債権譲渡

【09- 39】

★最高判 平 4. 11. 6 判時1454-85 , 判タ815-128 , 金商919-3

★高知地判 昭63. 1. 28 金商919-11

★高松高判 平 2. 11. 8 金商919-6

Xは、昭和56年1月、Y1から土地建物を買受け、3月登記を移転したところ、同年2月、AがY1に対する貸付金債権の担保として本件土地に抵当権を設定し、その登記をした。Xは、同年5月26日、Y1及びAと協議して、XがY1に代ってAに残代金1,230万円を支払ったが、Y2が翌27日Aから本件貸付金債権を譲り受けたとして、権利移転の附記登記をした。Xは、Y1に対し建物の明渡しを、また、Y2に対し抵当権の抹消を求めた。

原審は、Xが勝訴した。

上告審は、本件抵当権はXの代位弁済によって消滅したところ、Y2がその後にAから貸付金債権の譲渡を受け、Y1が異議を留めずに承諾しても、これによってY1がY2に対して本件貸付金債権の消滅を主張し得なくなるのは格別、Xに対する関係におい

て、被担保債権の弁済によって消滅した抵当権の効力が復活することはないとして、上告を棄却した。

③ 建物の建築

【09- 40】

★札幌高決 昭52. 6. 28 判タ359-273

X信用組合は、昭和47年、Aと信用組合取引契約を締結し、その担保として、本件不動産に根抵当権を設定し、Aと現状変更禁止特約を結んだ。しかし、Aは、昭和51年12月倒産し、昭和52年3月、一般債権者全員の同意を得て、本件不動産をYに譲渡して、登記を移転し、Yが建物の建築工事に着手した。Xは、Yを相手として、建物の建築工事続行禁止の仮処分を申請した。

原審は、Xの申立てを却下した。

抗告審は、抵当権は抵当物件の交換価値から優先弁済を受ける権利であって、抵当物件の通常の利用に従った利用を制限する権利を有しないから、競売手続に着手せず、差押の効力の生じていない段階においては、建築工事続行の差止を求める権利を有しないとして、抗告を棄却した。

(6) その他

① 競売代金余剰金請求権の譲渡契約

【09- 41】

★東京地判 平 8. 5. 29 判タ926-184

買主Xは、平成元年4月、売主Yから土地建物を6億1,000万円で買い受けることとし、売買契約を締結した。しかし、本件不動産には、評価額を上回る抵当権が設定されており、抵当権者の申立により昭和63年5月不動産競売開始決定がなされ、入札期日が指定されていたほか、Yは、占有者との間で所有権の帰属をめぐる係争中であった。Xは、本件契約にあたり、「Xは保証金1億円を交付し、Yは占有者の明渡承諾書及び抵当権者の抹消承諾書をXに提出する。提出できないときは、本件契約は当然に解除され、YはXに1億円を返還する」旨の特約を結び、同時に、「Yは、Xに対し、将来発生する不動産競売事件の競売代金余剰金還付請求権を債権譲渡する」旨合意した。しかし、Yは、抵当権者の抹消承諾書をとることができず、本件契約は解除された。他方、競売手続が進行して、本件不動産は競落され、国は競売代金余剰金6,766万円を供託した。Xは、Yに対し、供託金還付請求権の確認を求めた。Yは、本件債権譲渡契約は売買契約に付随するもので失効した、と主張した。

これに対して、裁判所は、Xは本件不動産をぜひ入手したいと考え、任意売却により取得できないときは競落により取得しようと考え、安心して高額で入札するために競売代金剰余金還付請求権の譲渡を受けたのであって、本件債権譲渡契約は、本件売買契約の従たる契約ではなく、本件売買契約の解除条件成就による消滅を停止条件として効力を生ずる契約であるとして、Xの請求を認容した。

② 買戻特約付不動産の転売

【09- 42】

★最高判 昭36. 5. 30 民集15-5-1459

★大阪地判 昭30. 11. 28 民集15-5-1465

★大阪高判 昭32. 2. 15 民集15-5-1470

Xは、昭和28年2月、本件不動産を買戻特約（買戻期限同年12月）付きで、Y1に170万円で売り渡し、登記を移転するとともに、買戻特約の登記をした。Xは、同年9月買戻代金の内金50万円をY1に交付したが、Y1は、同年11月本件不動産をY2に売り渡して、登記を移転した。Xは、Y1Y2の売買はXの承諾がないから無効であるとして同登記の抹消と、Y2に対し、120万円の支払いと引換えに登記の移転を求めた。

第一審は、Y1Y2の売買にXの承諾は必要でなく、Xは買戻期間中にY2に買戻しの意思表示をしていないとして、Xの請求を棄却した。

控訴審も、Xが敗訴した。Xは、買戻権行使の相手方は転得者に限らないと上告した。

上告審は、「買戻約款は売買契約により不動産を買い受けた者が約款所定の買戻期間中にさらにその不動産を第三者に売り渡し、かつ、右売買による所有権移転につきさらに登記を経由した場合は、その不動産の売主が買戻権を行使するには、右転得者に対してこれをなすべき」であるとして、上告を棄却した。