慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁判民訴事例研究 二七六〕 競売手続きにおいて抹消された所有権に関する仮登記の権利者から仮登記の後に登記を経由した抵当権者に対する代価の不当利得返還請求の可否
Sub Title	
Author	岡野谷, 知広(Okanoya, Tomohiro) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.11 (1989. 11) ,p.122- 129
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19891128-0122

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

したことにより新たな委任契約が締結され、その内容として報酬減額にも黙示の合意があったとするのは誤りであって、委任契約の特約をなす部分についてのみ当事者間に合意がみられたものと考えるべきであろう。

宮島　司

〔最高裁民訴事例研究二七六〕

昭六三6（最高民集四二巻一〇号七一九頁）

競売手続において抹消された所有権に関する仮登記の権利者から仮登記の後に登記を経由した抵当権者に対する代価の不当利得返還請求の可否

損害賠償請求事件（昭六三・一二・一第一小法廷判決）

Aは建物（借地権付、以下「本件建物」という）を所有していたが、昭和四七年一二月一四日にBのため同建物に抵当権（債権額三〇〇〇万円、損害金日歩三銭）を設定し、同四八年一月一一日にその旨の登記を経由した。

Aは同四八年三月二〇日に本件建物をCに売り渡し、Cは同四九年七月二四日にその買主たる地位をX（原告・控訴人・上告人）に譲渡した。Xは右売買契約に基づく権利を保全するため、同五一年一二月一一日に同四八年三月二〇日付売買予約を原因とする所有権移転請求権仮登記を経由した。

Aは同五一年一二月三〇日に本件建物をDに売り渡し、同日さらにDはEに売り渡し、同五二年一月一三日にEはAから中間省略登記により所有権移転登記を経由した。Eは同日Y（被告・被控訴人・被上告人）のために本件建物に根抵当権（極度額二億五〇〇〇万円）を設定し、Yは同日その旨の登記を経由した。

Xは本件仮登記に基づく本登記手続をするのに必要な実体的要件を具備したとして、同五二年二月二四日にAに対しては本件仮登記に基づく本登記手続を、E及びYに対しては右本登記手続の承諾をそれぞれ求めて訴を提起した。

しかし、Bの競売申立により同五二年六月一六日に本件建物について競売開始決定がなされ、その後Yが一億二〇〇〇万円で競落し代金が納付され、右代金から競売費用及び租税債権を控除した金額はBに三六五七万円、Yに八一四三万八六四九円交付された。

そこでXはA、Aの連帯保証人及びAの債務引受人たるDに対して建物売買契約の債務不履行（履行不能）による損害賠償請求を、E及びYに対しては前記本登記手続の承諾請求を不当に抗争したことにより本登記の機会を失わせ競売において代価の交付を受ける機会を失わせたとして不法行為による損害賠償請求を、さらにYに対す

る予備的請求として不当利得を理由に交付を受けた代価の返還請求をそれぞれ求め訴を提起した。

第一審は、A、その連帯保証人及びDに対する請求を認容したが、E及びYに対する請求については本登記手続を不当に抗争したとはいえないとしてこれを棄却し、Yに対する予備的請求については所有権仮登記では所有権の取得を第三者に対抗することはできずまた本件仮登記は債務不履行による損害賠償請求権を担保する意味を有しているとはいえないとしてこれを棄却した。XはYに対する関係について控訴。

控訴審も「仮登記権利者が、仮登記のままで、登記上利害の関係を有する第三者に対し、所有権の存在を前提として競売代金の自己への交付を求めるなど、実質的な対抗力を主張し所有権の内容の実現を図ることはできない」と説示して控訴を棄却した。Xから上告。

Xの上告理由は、本件と同一の論点を含む後記岡山地判昭五九・四・二五を引用して、本登記手続の承諾を求められた利害関係人は本登記をするのに必要な実体上の要件の具備の有無を争うことはできるか本登記がないことを理由として承諾を拒絶することはできず、仮登記権利者の所有権取得につき登記の欠缺を主張することのできる正当な利益を有する第三者に該当せず、仮登記権利者はその所有権取得につき本登記なくして利害関係人に対抗できるから、Yの代価の受領は所有者たるXに交付さるべきものを法律上の原因なく利得したことになる、というものである。

最高裁は次の理由でXの上告を棄却した。

「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、右仮登記の権利者は、所有権を取得していたときであっても、右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解するのが相当である。けだし、仮登記は本登記の順位を保全する効力を有するにとどまり、仮登記の権利者は仮登記に係る権利を第三者に対抗することができず、所有権に関する仮登記の権利者には、本登記を経由するまでの手続として、仮登記のままでその権利を主張することが認められる場合があるが（不動産登記法一〇五条一項、一四六条一項、仮登記担保契約に関する法律一五条二項参照）、この場合であっても、当該手続を離れて仮登記の権利者が本登記を経由したのと同一の効力又は法的利益の帰属を主張することが認められるものではないので、所有権に関する仮登記の権利者は仮登記の後に登記を経由した抵当権者に対して優先して代価の交付を受ける権利を主張することはできないからである。」

判旨に疑問。

一　本件は、先順位抵当権者の申立によりその担保不動産が競売手続において競落された場合に、非担保目的の所有権移転請求権仮登記の権利者Xは仮登記の後に登記を経由した抵当権者Y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（配当）を受けた代価（売却代金）の返還を請求することができるか、という点が問題となり判旨はこれを否定したものである。すなわち、本件でXが不当利得として主張する内容は、Xは所有権の仮登記権利者として本件建物につき先順位抵当権の負担を控除した価値を把握していたところYは競売手続における代価の交付によりその価値の配分を受けた（Xの損失、Y

の利得、両者の因果関係）が、XはYの根抵当権設定登記に先立つ仮登記を経由し右仮登記に基づき所有権移転の本登記をなすべき条件を具備して本登記手続を訴求したのであるから、右建物に対する競売期日前の所有権は実体上少なくともYとの関係においてはXに帰属していたからYが交付を受けた代価はXが交付を受けるべきものでありYの右金員の受領は法律上の原因を欠くものである、とするものである。したがって、Xの主張の当否はXの所有権移転請求権仮登記が先順位抵当権者に対抗できないために競売手続において抹消され（競売法二条、民事執行法五九条二項、八二条一項二号）右仮登記に基づく本登記をなす余地がなくなった場合に、右仮登記にかかる所有権の取得を本登記を経由することなしにYに対抗することができるかという点にかかることとなる。

二　判旨は、仮登記は本登記の順位を保全する効力を有するにとどまり仮登記のままでは仮登記にかかる権利変動を第三者に対抗することができない、として本登記なくしては仮登記の後に登記を経由した抵当権者に優先して代価の交付を受ける権利を主張することはできない、としたものである。

ところで、不動産登記法には仮登記そのものの効力については直接の規定がなく（なお仮登記担保契約に関する法律一三条、一五条等）、仮登記に基づいて本登記がなされた場合にその「本登記ノ順位ハ仮登記ノ順位ニ依ル」（不登法七条二項）こと（順位保全の効力）を定めているのみである。従って、仮登記のままで当該仮登記の内容をなす権利変動について実質的な対抗力を有するものではないと解され、判例も、仮登記しか得ていない者は民法一七七条の適用上同人の登記の欠缺を主張しうべき第三者に対しては所有権の確認を求めることはできない（最判昭和三二年六月一八日民集一一巻六号一〇八一頁）とし、また同様の第三者に対して自己の所有権に基づいて目的不動産の明渡しを請求することもできない（最判昭和三八年一〇月八日民集一七巻九号一一八二頁）として、仮登記のままの状態での対抗力を認めていない（ただし「予メ其ノ請求ヲ為ス必要アル場合ニ限リ」（民訴法二二六条）本登記を経由することを条件とする将来の明渡しを求めることはできる（東京高判昭和三六年六月二八日下民集一二巻六号一四五一頁、前掲最判昭和三八年一〇月八日）が、いうまでもなくこれは仮登記のままで対抗力を与えたものではない）。したがって、この限りでは本件判旨は仮登記の効力に関する従来の判例及び通説の立場に従ったもので当然の結論であるとも一応はいえよう。

ただ、昭和三五年の不動産登記法の改正により、所有権に関する仮登記に基づいて本登記をなす場合には、中間処分によって権利を取得した登記上利害関係を有する第三者があるときは本登記の申請にあたりその者の承諾書またはこれに承諾を命ずる裁判の謄本を添附しなければならないものとされた（同法一〇五条一項、一四六条一項）。そこでは本登記をなしうるだけの実体的要件が備わったときには仮登記権利者は仮登記のままで中間権利取得者に対し承諾を求めうることが当然の前提とされて

いると考えられることから、本件判旨もいうように「所有権に関する仮登記の権利者には、本登記を経由するまでの手続として、仮登記のままでその権利を主張することが認められる場合」が生じるに至った（所有権仮登記権利者のかかる権能は講学上「対抗的効力」などと名付けられている）。そして、本件でXが上告理由中に引用した岡山地判昭和五九年四月二五日判例時報一一三七号一一六頁はこの点に着目して、本件と同様の事案（ただし①競売手続が新法事件である点②競売申立人が仮登記の後に登記を経た抵当権者である点③仮登記が一号仮登記である点において本件事案と異なる。しかし①②については抵当権の中間になされた非担保目的所有権仮登記の取扱いにつき、競売申立人が先順位抵当権者であると仮登記の後に登記を経た抵当権者であるとを問わず抵当権の実行の際の売却条件は最先順位の抵当権を基準として決する点で旧法（旧競売法二条の解釈として最判昭和四一年三月一日民集二〇巻三号三四八頁）新法（民事執行法一八八条、五九条二項）とも差異はなく、また③についても不動産登記法が一号仮登記と二号仮登記を区別することなくその効力を定めていることからその効力に差異を設ける必要に乏しいこと（幾代通『不動産登記法〔第三版〕』二一三頁など）から基本的には同種事案と評して差支えないであろう）において、先順位の根抵当権者がいたため競売手続で抹消された非担保目的の所有権移転仮登記の権利者は後順位の根抵当権者に対しその受領した不動産競売による配当金について不当利得として返還請求できると判示した。すなわち同判決は「被告ら主張のとおり仮登記の本来的効果は順位保全の効力であり仮登記のままでは対抗力はない。しかしながら、仮登記権利者が不動産登記法一〇五条一項、一四六条一項に基づき利害関係人に対し本登記の承諾請求をした場合には、利害関係人としてこれを拒む理由としては仮登記権利者の所有権取得そのものを争うことしかなく、本登記がないから承諾を拒むということはできない。つまり、承諾を求められた利害関係人は仮登記権利者の所有権取得につき登記（本登記）の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に該当せず、仮登記権利者はその所有権取得につき登記（本登記）なくして利害関係人に対抗できると解することができる。これを本件につきみるに、原告は利害関係人たる被告……に対し本件仮登記に基づく本登記手続の承諾請求訴訟を提起していたのであるから、原告に登記（本登記）がなくとも本件不動産の所有権を取得したことを同被告らに対抗することができ」ると判示して本件判決と逆の結論を導びいている。両判決の差異は、不動産登記法一〇五条一項から導びかれる「対抗的効力」をあくまで所有権に関する仮登記を本登記に高める際の本登記手続の承諾請求という局面に限定しての効力ととらえるか、あるいはさらに拡張して本登記承諾請求の訴が係属している場合には仮登記のまま承諾義務者に対しては所有権の取得を前提とした請求までなしうる効力であるととらえるか、という考え方の差異に基づくものと考えられる。であるとすれば、「対抗的効力」は仮登記の順位保全の効力に由来するものであって、不動産登記法一〇五

条一項の規定によって基礎づけられるものである以上、それは本登記のための承諾請求に関してのみ認められるものと言わざるを得ない（吉野衛「仮登記の一考察(一)」判例評論七九号七一頁、幾代・前掲四五八頁、石川明「競売における配当と不当利得」金融法務事情一一三五号九頁）。したがって、この点に関しても本件判旨の論理は正当と言わざるを得ない。

しかし、問題は本事案のように仮登記自体が抹消されもはや右仮登記に基づく本登記をなす余地がなくなった場合についても、上述の仮登記の効力に関する一般論を形式的に適用して結論を導くことが可能ないし妥当であるか、ということである。

三　本件判旨を検討する前提として、先順位抵当権に劣後する非担保目的の所有権に関する仮登記の権利者が不動産競売手続においていかなる取扱いをうけるかを検討しておく。

現行民事執行法は、不動産の強制競売につき抵当権等の担保権の売却による消滅及びこの担保権者に対抗することができない権利の取得の売却による失効を定め（五九条一項二項）その登記は抹消されるものとし（八二条一項二号）かつこれら失効する権利者への配当も残余金の交付も予定しておらず（八七条、八四条二項）、以上の規定を不動産競売に準用している（一八八条、なお以上の取扱いは旧競売法二条の解釈としても同様に扱われていたところ（前記最判昭和四一年三月一日）を踏襲したものであるので旧法に基づく本件事案においても基本的に妥当する）。したがって、不動産競売において先順位抵当権に劣後する仮登記にかかる権利は売却により失効し所有権に関する仮登記権利者は先順位抵当権者に交付した残余金の交付をうけることもなくその仮登記を抹消されることとなる。

なお本事案とは直接の関連はないが、抵当権の仮登記をした者については、民事執行法上その順位に応じた配当金を供託し本登記要件の具備をまって配当を実施するものとされている（八七条一項四号、九一条一項五号、また旧法時代の判例も同旨、大判昭和二年五月二六日民集六巻七号二九一頁、最判昭和五〇年四月二五日判例時報七八〇号四〇頁）こととのバランスからしても、さらには担保目的の所有権仮登記権利者についての仮登記担保契約に関する法律一三条の取扱いからしても、民事執行法における先順位抵当権者に劣後する非担保目的の所有権に関する仮登記権利者の取扱いは立法論的には再考の余地があるように思われる（ちなみに、強制執行法案要綱案第一次試案第二十九、同第二次試案第七十三は、競売により消滅する担保権に劣後するため消滅する非担保目的の所有権に関する仮登記の権利者にその順位に応じた残余金の弁済請求の訴を提起することを認めていた）。

四　以上のように、先順位抵当権者に劣後する非担保目的の所有権に関する仮登記の権利者は、不動産競売手続においては先順位抵当権者に交付（配当）された残余金の交付を受けることはできず、残余金は自己の仮登記に後れて登記を経由した抵当権者に交付（配当）されることになる。そこで次に、競売手続

外でかかる仮登記の権利者が自己の仮登記に劣後する抵当権者に対して同人が競売手続において交付（配当）を受けた代価（売却代金）につき不当利得を理由としてその返還を請求しうるかが問題となるのであり、本件判旨はこれを否定したものである。判旨は上述のように仮登記はそれ自体対抗力を有しないという一般論をストレートに本事案にも適用して、仮登記の権利者は所有権を取得していたときであっても本登記が経由されていない以上、自己の仮登記の後に登記を経由した抵当権者に対して所有権取得を対抗することができず、その者に優先して代価の交付を受ける権利を主張することはできないから、不当利得を理由とする代価の返還請求はできないとした。

しかしながら、本件においてはXの仮登記は競売手続においてすでに抹消され、Xは仮登記に基づいて本登記請求をなすことはすでに不可能になっているのであるから、Xに本登記がない以上Yに対し自己の所有権取得を主張できないとすることはXに無理を強いるものである。しかも、Xは先順位抵当権者Bの競売申立に先立って、Aに対して本登記手続をまたE及びYに対して右本登記手続の承諾請求をそれぞれ求めて訴を提起していたにもかかわらず、目的不動産の競落によって仮登記自体が抹消されたために本登記手続（承諾）請求が維持できなくなり本件不当利得返還請求等の訴への変更を余儀なくされたものである。判旨は、将来の所有権取得の順位を保全すべく移転請求権保全の仮登記という対策を講じかつ本登記手続請求及び本登記手続承諾請求の訴を提起していたXにとり、自己の意思に反して仮登記を抹消されたうえ自己の仮登記の後に登記を経由した者に対して自己の所有権取得の主張もできなくなるというにほかならず、あまりにXの立場を無視するものといわざるを得ない。

ところで、不当利得制度は「形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が実質的・相対的には正当視されない場合に公平の理念に従ってその矛盾の調節を試みる制度」（我妻栄『債権各論下巻一』九三八頁）にほかならず、従ってその要件である「法律上ノ原因ナクシテ」とは財産的価値の移動をその当事者間において正当なものとするだけの実質的・相対的な理由がないことを意味する。しかるに、もともと仮登記に後れて登記を経由した抵当権者は、適法な仮登記の権利者が実体的要件を具備して本登記手続の承諾請求をした場合にそれを拒むことはできずその結果本登記が経由された場合には、仮登記の順位保全効により自己の抵当権が覆滅されることを覚悟せざるを得ない立場にあるはずである。とすれば、仮登記の権利者が適法な仮登記に基づき本登記手続（承諾）請求をなすに必要な実体的要件を具備している限り、たまたま先順位抵当権者の存在という当事者間の法律関係には無関係の事情によって、競売手続において仮登記権利者の地位が無視され仮登記に後れる抵当権者が残余金の交付（配当）を受けることになっても、それは当事者間で実質的・相対的に正当視されるものとは言い難い。この

点は、たとえ競売の結果仮登記自体が抹消され当該仮登記に基づく本登記を経由することが不可能になったとしても、それがやはり先順位抵当権者の存在という当事者には無関係の事情によるものである以上、同様と考えてよい。従って、Xの仮登記が適法（仮登記原因が無効ないし不存在でないこと）なものであり、かつXが本登記手続請求ないし本登記手続の承諾請求をなすに必要な実体的要件を具備した時は、不当利得による代価の返還請求を認めるべきであると考える。なお、本事案については「仮登記を本登記にする実質的要件が整っていなかった事例」とする解説（松本恒雄・法セミ四一五号一二二頁）も存するが、判例集からはいずれとも確認しえなかった。

なお、不当利得を肯定する見解に対しては、不当利得を肯定すれば「所有権仮登記に後れる権利者への配当は、即ち、不当利得の種子を配当することとなるが、民事執行法がかかる事態を是認したものと解すべきではあるまい」（富越和厚・本件判例解説・ジュリスト九二九号七〇頁）あるいは、「こうした解釈を採る以上は、執行手続の中でもそれに応じた処遇が仮登記権利者に与えられていなければ論理一貫性を欠く」（鎌田薫・本件原審判例解説・判例タイムズ六二八号一〇七頁）との批判がある。しかし、破産法二八七条の如き規定がない以上、「民事執行手続における配当ないし弁済金の交付は、確定判決によって確定した配当表に基づく場合にあってはともかく、少なくともその余の場合にあっては、実体法上の権利を確定または形成するものではない」（米津稜威雄「仮差押の手続相対効と不当利得」ジュリスト八七六号二五五頁）のであるから、競売手続外における配当金に関する不当利得による返還請求を一般的に否定すべき理由はない。すなわち、旧競売法ないし民事執行法に基づく不動産競売手続における仮登記権利者の前記の取扱いは、競売手続を超えて不当利得の成否という実体関係についてまでも規制するものではないと考える。民事執行手続における配当に関して事後に手続外で不当利得による返還請求をなしうるかに関しては、従来より配当表に対して配当異議の申出をしなかった債権者が手続外で配当金の不当利得による返還請求をなしうるかという問題をめぐって議論の存するところである。しかし、前述のように先順位の抵当権者が存する場合には非担保目的の所有権に関する仮登記の権利者は配当ないし残余金の交付に関与する地位が認められておらず、競売手続においてはその権利行使の機会が与えられなかったのであるから、いずれにしても不当利得による返還請求の余地を残しておかなければならないであろう。なお、この点「仮登記には対抗力がない以上、仮登記権利者が配当時までに本登記を経るか、あるいは本登記承諾請求訴訟を本案として配当受領を禁止する仮処分をえてその執行をしない限り、競売手続における後順位抵当権者の配当受領権を否定できず、事後の不当利得返還請求権を認めることはできない」（中野貞一郎『民事執行法』四五四頁）との見解も示されている。本登記手続にあたり後順位抵当権者からの任意の承諾を即時に得られな

い仮登記権利者にとって、配当受領を禁止する仮処分という方法が有効な手段となることは疑いないと思われるが、さりとて、かかる手段を認め得るとしてもそのことからただちに事後において不当利得の成立する余地を一切封じてしまう必要性があるか否かはさらに考慮を要する問題であろう。不当利得による返還請求を否定する見解の根底には、あるいは裁判所が実施する配当手続において配当を受けた者のその配当に対する信頼を保護し、また配当手続を徒労に終わらせないために配当の結果の安定をはかろうとの考慮が存するものと思料される。しかし、「手続法は、本来、実体的権利ないし法律関係を、忠実に観念的かつ事実的に形成することを目標にするものであるから、その実現過程において、手続上の必要から実現すべき実体関係に踏みこんで、これを変動させ、修正することは、格別の必要ないし理由のある場合に、しかも必要最小限度にとどめなければならない」（石川明「配当異議と不当利得」金融法務事情九九二号八頁）というべきであり、この観点からは配当の結果の安定という手続的要請は必ずしも民事執行手続に不可欠の要素とまではいえず実体関係を修正することまでを正当化しうるものではない（石川・前掲九頁）。さらに、仮登記に後れて登記を経た抵当権者はもともと自己の地位が覆滅されることを覚悟すべき地位にあることに鑑みれば、その者がたとえ配当の結果に信頼をよせたとしてもそれは法的保護に値する信頼とはいえないのではなかろうか。

五　附言するに、不当利得による返還請求を肯定する場合に、その要件として、仮登記権利者はいつまでに実体的要件を具備していつまでに権利行使をする必要があるか、具体的には配当手続の完了までに本登記をなしうる実体的要件を具備して本登記（承諾）請求の訴を提起しておくことが絶対的な要請であるか否かはなお検討を要する問題である（鎌田・前掲一〇七頁、石川・前掲金融法務事情一一三五号一〇頁）。

いずれにしても、競売手続完了後において不当利得による返還を求める場合には、買受人の代金納付により仮登記はすでに抹消されているのであるから「本登記義務者に対する本登記請求並びに本登記承諾義務者に対する承諾請求訴訟の提起を前提とすることは無意味」（井上稔「配当手続」ジュリスト八七六号八二頁）であり、不当利得の成否の先決問題として、仮登記自体の適法性及び本登記請求ないし本登記承諾請求の実体的要件の具備につき審判をすれば足りると解する。

六　なお本件に関する判例評釈として、富越和厚・ジュリスト九二九号六八頁があり、原審判決の評釈としては石川明・金融法務事情一一三五号六頁、滝沢聿代・ジュリスト八八一号一二九頁、鎌田薫・判例タイムズ六二八号九七頁がある。

（元・七・九稿）

岡野谷　知広