

主 文
原判決を左のとおり変更する。

控訴人らは、被控訴人に対し、被控訴人と訴外後藤観光株式会社との間において、被控訴人のため、原判決添付第一物件目録記載の建物につき東京法務局新宿出張所昭和三十七年一月二十八日受付第三九、九六二号をもつてなされた所有権移転仮登記に基づく所有権移転の本登記手続をなすこと、及び被控訴人と訴外Aとの間において、被控訴人のため、原判決添付第二物件目録（一）記載の建物につき同出張所同日受付第三九、九六三号をもつてなされた所有権移転仮登記に基づく所有権移転の本登記手続をなすことをそれぞれ承諾せよ。

被控訴人のその余の請求を棄却する。

訴訟費用は、第一、二審とも控訴人らの負担とする。

事 実

控訴代理人は、「原判決を取り消す。被控訴人の請求（控訴状に「控訴人の請求」とあるのは「被控訴人の請求」の誤記と認められる。）を棄却する。訴訟費用は第一、二審とも被控訴人の負担とする。」との判決を求め、被控訴代理人は、控訴棄却の判決を求めた。

当事者双方の事実上の主張、証拠の提出、援用、認否は、次に掲げるほか原判決の事実摘示と同一であるから、これを引用する。

一 控訴代理人は、

（１） Aは、昭和三十七年四月二〇日原判決添付第二目録（二）記載の建物について、後藤不動産株式会社の株式会社第一相互銀行に対する債務のため、根抵当権を設定し、同月二三日その登記を経由していたところ、右相互銀行の競売法による競売申立により、競売手続が開始され、昭和四十一年一〇月二七日有限会社中央電告社が競落して昭和四十二年六月一四日同会社のため所有権移転登記がなされるとともに、同日被控訴人のため同建物について昭和三十七年一月二十八日なされた停止条件付代物弁済契約による所有権移転の仮登記は、競落人の引き受けないものとして、抹消された。よつて、右建物に関するかぎり、被控訴人の予約完結権の行使はその効力を失つたものというべきである。

（２） 本件各建物は、被控訴人主張の各所有権移転仮登記の後昭和三十八年一〇月二〇日売買により控訴人Bに譲渡され、同年一月二四日同人のため所有権移転登記を経由しているのであるから、同人において右各建物につき代物弁済予約義務者の地位を承継したものであると見て、したがつて、その後の代物弁済予約完結の意思表示は同控訴人に対してなされるべきである。ところが、被控訴人の本件各建物についての代物弁済予約完結の意思表示はAもしくは後藤観光株式会社に対してなされたのであるから、いずれも無効である。

と述べ、

二 被控訴代理人は、

控訴人主張の一（１）の事実を認めるが、同一（２）の事実を争う。

と述べた、

三 証拠

控訴代理人は、乙第一号証を提出し、被控訴代理人は、右乙号証の成立を認めると述べた。

理 由

一 被控訴人が請求原因として主張している事実に対する当裁判所の事実認定及び判断は、原判決がその理由において判示しているところと同一であるから、その記載（原判決七枚目一記録二九丁表一三行目から同裏四行目まで）を引用する。

次いで、原審における控訴人らの「被控訴人は中央信用金庫に対して転抵当権を設定すると同時に代物弁済の予約完結権を行使し得ざる拘束を受けるに至つた」との抗弁について検討する。被控訴人が昭和三十九年九月一五日控訴人ら主張のとおり債務者後藤観光株式会社の承諾を得て中央信用金庫のために債権元本極度額金三億円の転根抵当権を設定し、その旨の登記を経由したことは当事者間に争いが無い。従つて、本件においては、転抵当権の担保する債権額が原抵当権の担保する債権額を超過するのであるがこのような転抵当権の設定は、これを無効と解すべきではなく、転抵当権者は、原抵当権の被担保債権額を超えて優先弁済を受けることができない制約を受けるにすぎないと解すべきである。ところで、一般に転抵当権を設定した原抵当権者は、転抵当権の目的となつた担保価値を減少ないし消滅せしめてはならない拘束を受けることは控訴人ら主張のとおりであるけれども、原抵当権者が代物弁済の予約完結権を行使した場合は、これを有効と解して妨げないものと考え

る。けだし、右予約完結権の行使により、目的物（本件各建物）の所有権は原抵当権者に帰属することとなつても、転抵当権者との関係においては、原抵当権は消滅せず（民法一七九条一項但書）、転抵当権者は依然その権利を行使しうるものと解すべきであるのみならず、本件において、右予約完結権の行使が転抵当権者の承諾の下になされたことについては、主張立証がないから、民法三七六条二項により右代物弁済はこれをもつて転抵当権者に対抗することができず、原抵当権は消滅しないというべきだからである。控訴人らの抗弁は理由のないものとして排斥を免れない。

二 そこで控訴人らの当審における各抗弁について判断する。

1 控訴人らの当審における抗弁（1）の事実は当事者間に争いがない。したがって、原判決添付第二物件目録（二）記載の建物に関する限り、被控訴人の仮登記が有効に存続することを前提とする同人の本訴請求はその前提を失つたものといわなければならない。

2 次に控訴人らの当審における抗弁（2）について審究する。

〈要旨〉一般に甲がその所有の不動産をもつてする代物弁済の予約を債権者乙との間に締結し、右予約に基づき乙の〈要旨〉ため所有権移転仮登記がなされた後、甲がその不動産を第三者丙に譲渡し丙のため所有権移転登記を経た場合に、乙は右予約の完結の意思表示を甲・丙いずれに対してなすべきか。控訴人らは、丙に対してなすべきであると主張するのである。

控訴人らの右の見解は、仮登記により乙の予約上の権利に対抗力が付与され、丙は乙の権利の対抗を受ける結果、右予約上の義務が甲から丙に承継されるとの考え方に立つものであると思われる。しかしながら、この考え方は以下に述べる理由により採ることができない。第一に、仮登記は、後にそれに基づく本登記がなされた場合にその本登記の順位が仮登記の順位による（不動産登記法七条二項）という順位保全の効力を有するにすぎず、本来仮登記自体によつて対抗力が生ずるわけではない。第二に、仮登記はいうまでもなく右のような順位保全の効力を発揮させるためになされるものである。前記の場合についていえば、甲乙間の仮登記は、予約完結による甲乙間の所有権移転について後に本登記がなされるべきことに備えて、その本登記に仮登記と同一の順位を得させる—それによつて乙が仮登記後に登記された第三者の権利取得（丙の所有権取得はこれに当る）を否認しうるようにする—ためになされるのである。従つて、仮登記に基づく本登記は、仮登記の際に予定された予約完結による甲乙間の所有権移転についてなされるのでなければならない。

控訴人らの見解によれば、予約完結により丙から乙へ所有権が移転することとならざるをえないが、そのような丙乙間の所有権移転の登記を前記仮登記に基づく本登記としてなすことはできないのである（できると解するときは、その本登記の順位が仮登記の順位によるとされることの意味を説明することは困難である）。第三に、不動産登記法一〇五条は、前記の場合に仮登記に基づく本登記が、仮登記の当時の所有権の登記名義人である甲を登記義務者としてなされるべきことを前提とした規定である。控訴人らの見解によれば右本登記は—丙乙間の所有権移転についてなされるのだから—丙を登記義務者としてなされるのが至当であるのに、不動産登記法の規定はそうにはなっていないのである。以上の各理由からみて、前記予約上の甲の義務は丙に承継されず、乙の予約完結の意思表示は甲に対してなすべきものと解するのが相当である。

なお、前記の仮登記の場合と、買戻権の登記がなされた後買戻義務者から第三者が当該不動産を譲り受けた場合との比較について、付言する。後者の場合には買戻権を有する者がこれを行行使するには右の第三者（転得者）に対し—買戻代金を提供して—買戻の意思表示をなすべきものと解されている（最高裁昭和三六年五月三〇日判決、民集一五巻五号一四五九頁参照）。しかしながら、これは、買戻の特約につき登記をすることが認められており、登記をしたときは買戻権が対抗力を有するものとされている（民法五八一条一項）ことによるものあつて（従つてこの場合には買戻により転得者から買戻権者に所有権が移転し、その両者の申請により右所有権移転の登記がなされることとなる、不動産登記法五九条ノ二参照）、前記の仮登記の場合を右と同様に解することはできないのである。もつとも、現在仮登記制度が利用されている場合のうち、本件のように代物弁済の予約の場合でなく、再売買の予約の場合には、その経済的機能も買戻の特約と類似しており、買戻の場合と同様に—転得者があるときは—予約完結の意思表示を転得者に対してなすべきものとし、転得者との間に売買契約を成立させた方が経済的要請に適すると考えられないでもないが、再売買の予約の場合についても、立法論としてならともかく、現行法

の解釈としては一すなわち仮登記制度を利用するものである限り一買戻の場合と同様に解することはできないと考える。

以上に説示したとおりであるから、被控訴人がA及び後藤観光株式会社に対してなした本件予約完結の意思表示は、控訴人ら主張のように相手方を誤まつたものということはできない。

三 以上に判示したところから明らかなように、被控訴人は、原判決添付第二目録の(二)の建物を除く本件各建物につき予約完結権を行使することにより、これらの建物の所有権を取得したものであるから、被控訴人の前記仮登記により後順位にある登記名義人である控訴人らは被控訴人が右仮登記に基づき本登記手続をするにつきこれを承諾すべき義務があるといわなければならない。したがって、(二)の建物を除く本件各建物について各所有権移転仮登記に基づく所有権移転の本登記手続の承諾を求める限度で被控訴人の控訴人らに対する本訴請求は理由があり、これを認容すべきであるが、その余は理由がないものとして棄却すべきである。

よつて、原判決は一部不当であるから、民訴法三八六条によりこれを変更すべきものとし、訴訟費用の負担につき同法八九条、九二条、九三条、九六条を適用して主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 三淵乾太郎 裁判官 園部秀信 裁判官 村岡二郎)