

主 文
本件控訴を棄却する。
控訴費用は控訴人の負担とする。
事 実

控訴代理人は「原判決を取り消す。被控訴人の本訴請求を棄却する。被控訴人は控訴人に対し、別紙第一物件目録記載（イ）（ロ）の各物件（以下たんに本件土地建物という）につき、昭和三〇年二月一四日東京法務局新宿出張所受付第二、五二一号でなされた所有権移転請求権保全の仮登記、および昭和三十一年四月一日同出張所受付第七、一二二号でなされた代物弁済による所有権移転登記の各抹消登記手続をせよ。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、被控訴代理人は主文第一項同旨の判決を求めた。

当事者双方の事実上の陳述、証拠の提出、援用、認否は次に記載するほか原判決の事実欄に摘示するところと同一であるから、ここにこれを引用する。

一、 原判決二枚目（記録二八丁）裏六行目に「金七〇万」とあるは「金七〇万円」の、同三枚目（記録二九丁）表一〇行目に「別紙第一物件目（録）記載の物件」とあるは「別紙第一物件目録記載の（ロ）の物件」の、同六枚目（記録三二丁）表一行目に「全額」とあるは「金額」の、同九枚目（記録三五丁）表一行目に「前頃掲地」とあるは「前項掲記」の、同一〇枚目（記録三六丁）裏五行目に「（３）」とあるは「（２）」の、同一二枚目（記録三八丁）裏六行目に「財団法人不動産研究所」とあるは「鑑定人Ａ」の各誤記と認められるから、それぞれそのよりに訂正する。

二、 被控訴代理人はその主張につき以下のとおり補充訂正した。

（一） 訴外Ｂが、控訴人に対し、第二貸金三〇万円を貸し渡したのは昭和三〇年七月一三日である。

（二） 被控訴人は、控訴人に対し、第一貸金につき昭和三年四月五日付をもつて同月一〇日までに支払うよう期限を定めて催告した。

（三） 原判決六枚目（記録三二丁）表八行目以下同丁裏七行目までを、次のとおり訂正する。

「原告（被控訴人）が被告（控訴人）より代物弁済により取得した別紙第一物件目録記載の（イ）（ロ）の物件の昭和三十一年二月一三日当時の時価相場は金二、四六二、八七〇円位であることは鑑定の結果により明瞭である。当時原告より被告に対する債権額は、元本が金一〇七万円であり、（イ）の宅地については住宅金融公庫のため債権額金五六五、〇〇〇円の先順位の抵当権が設定されているので、原告において被告にかわり利息を含めて相当額の債務の弁済をしなければならないことになり、そうすると事実上時価相場の約八割の額により代物弁済を受けた結果となるから、被告のこの点に関する主張は理由がない」

以上のとおり述べ、当審において控訴人が主張した抗弁事実を否認すると述べた。

三、 控訴代理人は被控訴人の右主張事実に対し、

（一） 控訴人が訴外Ｂから金三〇万円を、弁済期昭和三十一年九月三〇日の約で借り受けたことは認めるが、被控訴人のその余の契約条件に関する主張事実を否認する。

（二） 控訴人が被控訴人から第一貸金につき弁済期を昭和三十一年四月一〇日までと定めた支払催告を内容証明郵便で受けたことは認める。

とこたえ、本訴請求につき抗弁として、かりに、被控訴人がその主張のとおり代物弁済により本件土地建物の所有権を取得したものであれば、控訴人は右土地上に存する別紙第二目録記載の（ａ）（ｂ）の各建物の敷地部分につき、同建物の所有を目的とする法定地上権を有するものである。すなわち、控訴人が被控訴人のために本件土地建物につき抵当権を設定した昭和三十一年二月一四日当時、すでに右地上には控訴人所有にかかる前記（ａ）（ｂ）の建物が存在し、かつ登記済みであつたから、右土地が抵当権実行に基づき競売されたときは、その競落人は右地上建物の所有者のために同建物の所有を目的とする地上権の負担のある土地所有権を取得すべき関係にあつたところ、かりに本件において被控訴人が前記土地を代物弁済に基づき取得したものととしても、右代物弁済は競売にかえてなされたものであり、したがって右所有権の取得は実質上抵当権の実行に基づく場合と異らないのであるから、かかる場合にも民法三八八条に基づき地上建物の所有者たる控訴人のために同物件の所有を目的とする法定地上権を認めるを相当とするからである。

と述べた。

四、 証拠関係

被控訴人は、甲第一二號証、同第一三號証を提出し、当審証人Cの尋問を求め、乙第七號証の一ないし四、同第八號証、同第九號証の一ないし三、同第一〇ないし第一二號証、同第一四號証、同第一五號証、同第一六號証の一、二の各成立を認め、同第一三號証の成立は不知とこたえた。

控訴人は、原審において提出した乙第七號証を撤回し、当審であらたに乙第七號証の一ないし四、同第八號証、同第九號証の一ないし三、同第一〇ないし第一五號証、同第一六號証の一、二を提出し（ただし、乙第七號証の二および同第九號証の二のうち委任事項の記載部分は真正に作成された文書でない趣旨で提出する）、当審証人D、同Eの各尋問を求め、控訴人本人尋問の結果を援用し、甲第一二號証は、控訴人の署名および名下の押印部分の成立を認め、その余の部分の成立を否認し、同第一三號証は成立を認める。とこたえ、なお原審における控訴人本人尋問の結果は二回とも援用すると述べた。

理由

第一 先ず、被控訴人の本訴請求について判断する。

（一） 被控訴人は電話の売買および金融を業とする者であるが、昭和三一年二月一三日、控訴人に対し、同人所有にかかる本件宅地建物に抵当権の設定をえた上金七〇万円を貸し渡したことは、当時者間に争いがない。

原審および当審証人Cの証言、原審における控訴人本人尋問の結果、および鑑定人Fの鑑定の結果に徴すると、甲第五、第六號証の各念書はいずれも控訴人が昭和三一年二月一三日、被控訴人より金七〇万円の貸付を受けるにあたり、被控訴人より右貸金に関する事務の一切を委されていたその代理人である訴外Cの事務所において、同訴外人が予め本文を記載したものに控訴人において自署押印したものであることを認めることができ、原審における控訴人本人尋問（第一、二回）の結果中右認定に反する供述部分は前掲各証拠と対比してにわかに措信しがたく、他に右認定を左右するに足りる証拠はない。

そうして前掲各証拠と右甲第五、第六號証、成立に争いのない甲第一、第二號証、同第七、第八號証の各一、二、同第一〇號証の一、二、乙第七號証の一、三、四、同第八號証、同第九號証の一、三、控訴人の署名およびその名下の押印部分の成立について当事者間に争いがないので全部真正に作成されたものと推定すべき甲第一二號証、乙第七、第九號証の各二を総合すると、控訴人は、被控訴人の代理人である訴外Cを介して、弁済期を昭和三一年三月一〇日と定めて前叙の金員の貸付を受けるにあたり、本件土地建物に抵当権を設定するとともに、控訴人が右貸金の返還債務の履行を怠つたときは、被控訴人において右支払にかえて本件土地建物の所有権を取得することができること、および右抵当権の実行と代物弁済予約（いわゆる停止条件付代物弁済契約）完結権の行使の選択は、被控訴人の任意に委ねることを約諾した上、前叙のとおり各念書（甲第五、第六號証）および抵当権設定金円借用証書（甲第一二號証）を作成して右契約成立の証とするとともに、その登記手続の用に供すべきものとして白紙委任状と印鑑証明書を交付し、もつて右抵当権設定登記と所有権移転請求権保全仮登記を了したこと、並びに、被控訴人は、控訴人が前叙の貸金を約定の弁済期に返済しないため、昭和三一年四月五日控訴人に到達した同日付内容証明郵便によりあらためて支払期限を同年四月一〇日までと指定してその弁済方を催告するとともに（右内容証明郵便が前同日控訴人に到達したことは、当事者間に争いがない）、右指定の期日までに債務の履行のないときは本件土地建物を代物弁済として取得する旨の代物弁済予約完結の意思表示をなしたけれども、控訴人は右弁済期を徒過したこと、そこで被控訴人は右各物件は同人の所有に帰したものと、昭和三一年四月一日東京法務局新宿出張所受付第七一二二號をもつて代物弁済を原因とする所有権移転登記を経た（右登記のなされていることは当事者間に争いがない）ことがそれぞれ認められる。原審および当審における控訴人本人尋問（原審の分は第一、二回）の結果中以上の認定に反する供述部分は前掲各証拠に対比してたやすく信用できず、他に右認定を覆えずに足りる証拠はない。してみれば、本件土地建物の所有権は、すでに被控訴人の所有に帰したものと認むべきである。

しかるに、控訴人が、現に、本件土地の上に別紙第二物件目録記載の（a）

（b）の建物を所有し、もつて該敷地部分を占有していることは、控訴人において明らかに争わないので、これを自白したものとみなす。

（二） 控訴人は、かりに被控訴人が本件土地の所有権を取得したとしても、控訴人は該地上に存する控訴人所有の別紙第二目録記載（a）（b）の建物の敷地部

分につき、民法三八八条による建物の所有の目的とする法定地上権を取得した旨主張する。

〈要旨〉わが国では、土地と建物を各々独立した不動産として取り扱うから、土地及びその上に存する建物が同く〈要旨〉一の所有者に属する場合に、その土地又は建物の上にのみ抵当権を設定することもできるのである。ただ、土地と建物とが同一人に帰属するため、建物のために自己借地権のような利用権を設定することは、民法上不能であり、又競売の際にこれを設定することも事実上不能に近いから、抵当権の設定された土地または建物につき競売がなされた後も、地上建物の存立を全うせしめようとすれば、民法三八八条のような特別の規定が設けられるほかはないわけである。

ところで、土地および地上に建物を所有する者がその土地に抵当権を設定するとともに、代物弁済の予約をなし、抵当権の実行と予約完結権の行使の選択を債権者に委ねるという契約がなされた場合を考えると、代物弁済の予約は、実質上、抵当権の設定と同様に債権担保の効用を果すものであるが、その本質は、あくまでも土地所有者たる債務者が債権者に対する任意の譲渡を予約するものであつて、この場合には、前段で説明した抵当権の実行の場合とは異なり、予約完結権の行使により土地と地上の建物とが別個の所有者に、帰属することとなるかもしれないという想定の下に、予め、債務者の意思により、当該建物の所有を目的とする利用権（地上権又は土地の賃借権）の設定に関する合意をしておくことによつて、建物の存立を全うすることが可能なのである（本件においては、甲第一二号証の抵当権設定金円借用証書第四項参照）。要するに、競売の場合には、法律の規定があるからこそ法定地上権と呼ばれる建物の利用権が発生するが、代物弁済の予約の場合には、債務者は任意にこれと同様の利用権を債務者との合意により取得することができるのである。したがつて、本件のような場合に、民法三八八条を類推適用する必要はなく、控訴人の主張は採用できない。

（三） しかして控訴人は本件土地の占有権原について他になんらの主張および立証をしないので、結局同人は無権限でこれを占有しているものと認めるのほかはない。

しからば、控訴人は被控訴人に対して、右（a）（b）の各建物を収去した上、本件土地を明渡すべき義務のあることは明らかである。

第二 次に、控訴人の反訴請求について判断する。

（一） 本件土地建物につき被控訴人を登記名義人として、控訴人主張のとおり所有権移転請求権保全の仮登記、および代物弁済による所有権移転登記がなされていることは、当事者間に争いのないところである。

控訴人は被控訴人との間に本件宅地建物につき停止条件付代物弁済契約を結んだ事実はなく、従つて、右各登記は実体的権利関係に副わないものであり、同物件は、なお、控訴人の所有に属する旨主張し、当審証人Dの証言、原審における控訴人本人尋問（第一、二回）の結果中には右主張に副う供述部分があるがこれらの供述は前頭各証拠に対比してにわかに措信しがたく、却つて右各登記のなされたいきさつないし本件宅地建物がすでに被控訴人の所有に帰していることは、さきに認定したとおりであるから、控訴人が現在なお同物件を所有することを前提とする反訴請求は、すでにこの点において理由を欠くものといわねばならない。

（二） もつとも控訴人は、かりに被控訴人主張のごとき停止条件付代物弁済契約が結ばれたとしても、右代物弁済契約の締結は暴利行為であつて民法第九〇条により無効であると主張する。

原審における鑑定人Aの鑑定の結果によると、前記代物弁済予約成立の日である昭和三十一年二月一三日当時における本件土地建物の時価の合計は、金二、四六二、八七〇円が相当であることが認められる。

しかしながら、成立に争いのない甲第一、第二号証（本件土地建物の登記簿謄本）によれば、本件土地建物のうち（イ）の土地については、当時すでに本件停止条件付代物弁済契約（代物弁済の予約）に基づく所有権移転請求権保全仮登記より先順位で住宅金融公庫のために、債権額金五六五、〇〇〇円、弁済期昭和四五年三月一五日、利息年五分五厘なる債権担保のために抵当権設定登記がなされており、また（ロ）の建物については右同様先順位で、大蔵省のために昭和三十一年九月二、六日受付第一八、八三二号をもつて、同年九月一七日付滞納処分による差押の記入登記、および訴外Bのために、昭和三十一年七月一四日受付第一三六一八号及び第一三六一九号をもつて債権額金三〇〇、〇〇〇円、弁済期同年九月一二日、期限後の遅延損害金日歩九銭八厘なる債権担保のための停止条件付代物弁済契約に基づく所有

権移転請求権保全の仮登記および同債権担保のための抵当権設定登記がなされていることが認められるから、他に特段の反証のない本件においては、前示のとおり、控訴人が被控訴人と本件代物弁済の予約を締結した当時も、控訴人はこれらの担保付債務を負担していたものと推認されるので、当時本件土地建物が有した実質的な担保価値は以上の各負担の存在を考慮した上、判断されねばならないのであるが、前掲甲第五号証、および原審証人Cの証言によると、前記滞納処分による差押は淀橋税務署に対する金二七八、二三五円の租税債務の滞納を原因とするものであるところ、同債務については、被控訴人の代理人である訴外Cにおいて控訴人よりこれが納付を代行すべきことの依頼を受け、本件貸金のうちからあらためて該債務全額に相当する金員の預託を受けこれを納付した事情が認められるから右租税債務に関する分はさておき、その余の前叙各負担の元本価額を本件土地建物の評価額から差し引くときはその残額は金一、五九七、八七〇円となり、その他にも利息、遅延損害金債務の存すべきことを考え合せると、同物件の実質的な担保価値は右金額を超えらるものではなかつたと考えるのが妥当である。これに対し、被担保債権の額は本件貸金七〇万円であることは前段認定のとおりであるから、代物弁済予約当時における右担保物件の価値は被担保債権額の約二・二八倍にあたり、かりに控訴人の主張するように利息制限法二条を適用した結果右債権元本額が金六五三、八二七円となるとしても、右担保物件の価値は右債権元本額の約二・四四倍となるのであるが、代物弁済の目的物の価格がその被担保債権額を前示の程度超過するからといつて、被控訴人において、本件土地建物を取得することにより巨利を博する意図のもとに控訴人の窮迫無経験ないし軽率に乗じてこれを提供させたものと認むべき特段の証拠のない本件においては、右代物弁済の予約が公序良俗に反するものとはにわかに断じがたい。しからば控訴人の右公序良俗違反の主張は採用できない。

以上の次第であるから、被控訴人の本訴請求は理由があり、これを認容した原判決は相当というべく、また控訴人の反訴請求は失当で、これを棄却した原判決は相当であるから、本件控訴はいずれも理由がない。よつて、民訴法三八四条一項によりこれを棄却することとし、控訴費用の負担につき、同法九五条、八九条を各適用して、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 三淵乾太郎 裁判官 伊藤顕信 裁判官 土井俊文)

第一 目 録

(イ) 東京都新宿区 a b 番地の c
一、宅地 一〇〇坪九勺
(ロ) 東京都新宿区 淀橋 b 番地
家屋番号 同町 d 番地 e
一、木造モルタル塗セメント瓦葺二階建
共同住宅 一棟
建坪 二八坪七合四勺
二階 二九坪七勺

第二 目 録

(a) 東京都新宿区 淀橋 b 番地
家屋番号 同町 d 番 f
一、木造瓦葺二階建居宅 一棟
建坪 一四坪
二階 九坪二合五勺
(b) 東京都新宿区 淀橋 b 番地
家屋番号 同町 d 番 g
一、木造モルタル、セメント瓦葺二階建居宅兼事務所 一棟
建坪 一〇坪二合五勺
二階 六坪七合六勺