

〈判例評釈〉買戻特約の登記をしなかった場合における不動産買戻権譲渡の方法：買戻特約の登記をしなかった場合における不動産買戻譲渡の対抗要件：判例評釈

ADACHI, Mikio / 安達, 三季生

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

58

(号 / Number)

3・4

(開始ページ / Start Page)

200

(終了ページ / End Page)

207

(発行年 / Year)

1961-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010816>

判例評釈

買戻特約の登記をしなかつた場合に
 おける不動産買戻権譲渡の方法 —
 買戻特約の登記をしなかつた場合に
 おける不動産買戻譲渡の對抗要件

安達 三季 生

昭和三五年四月二六日第三小法廷判決（昭和三三年（大）第一八六号、西川俊一对松浪竹之助、不動産所有権移転登記手続請求事件）民集十四卷六号一〇七一頁

〔事実〕

(1) 訴外AはY（被告・控訴人・被上告人）に対し不動産を代金四十万で売渡す契約を結び、同時に五年以内にYの支払った代金及びその支出した登記手続費用を返還して右売買の解除をなしうる旨の買戻特約を結んだ。即日AY間で、右四十万円の代金債権のうち三十一万円余については、AがYに対し有する反対債権により相殺し、残代金八万円余については、右不動産

に設定されている訴外Bの抵当権の抹消登記のされるときに支払う旨の合意がなされた。そして右売買による所有権移転登記がなされたが買戻特約の登記はなされなかつた。その後AはX（原告、被控訴人、上告人）に右買戻権を譲渡し、その旨Yに通知した。Xはそこで既納代金三十一万円余に所有権移転登記の登録税と登記手続費用を加えた合計三十二万円余を現実にYに提供し買戻の意思表示をしたが、Yに受領を拒絶されたためこれを供託した。そしてXは買戻権行使により所有権を取得したと主張してYに対し、売買を原因とする所有権移転登記手続を求めた。これが本訴である。Yは、AX間の買戻権譲渡につき登記がない以上その對抗を受けないと争った。

(2) 第一審ではX勝訴。第二審では「不動産の買戻権はこれを物権的取得権と解するを相当とするから、その譲渡を第三者Y—に對抗するにはその登記を必要とし且つこれをもって足り、譲渡の通知は未だ右對抗要件をみたすに足りない。この理は売買契約と同時に買戻特約の登記をしなかつたために買戻権譲渡の登記ができない場合においても異るところがない」と判旨し、Yの前記主張を容れてXを敗訴させた（第一審判決取消）これに対するXからの上告理由の要点は「売買による所有権移転登記の際買戻特約の登記をしなかつた以上、後日その登記をする途がない（不登法三八条・大審院大正七年（七）第八三号

事件決定参照)のだから、若し原判決のような見解をとるならば、結局、登記のない買戻権の譲渡は不能に帰し、不動産買戻権を一種の財産として扱おうとする従来の判例の立場にも反することに成り、財産権を侵害する結果になる。」という。

〔判旨〕

原判決を破棄し、原審に差戻す。

「不動産の買戻権は、わが民法上一種の契約解除権の性質を有するものと解すべきである。ただ、民法は右不動産買戻権の行使により目的不動産の所有権を取得できる結果に着眼し、これが登記の途を開いて或る程度物権に準ずる取扱をしているので(民五八一条参照)、買戻権の特約につき登記がなされた場合には、買戻権の譲渡もまた物権の譲渡と同様に譲渡当事者の意思表示のみによつて有効にこれをなし得べく、右当事者以外の第三者に譲渡を以て対抗するには譲渡による移転登記を要し且つこれを以て足りると解するのが相当とされるにすぎない(大審院昭和八年(オ)一一二五号同年九月一二日判決)

それ故、(一)買戻の特約を登記しなかった場合における不動産買戻権の譲渡は、契約解除権たる本質にかんがみ、売主の地位と共にのみこれをなし得べく、(二)右譲渡を以て買主に対抗するには、民法一二九条・四六七条に従い買主に對する通知又はそ

の承諾を要し且つこれを以て足りるものと解すべきである。

然るに、(イ)原審が、売主たる訴外Aにおいて本件不動産に対する原判示抵当権設定登記を抹消したときに売買残代金の支払を受くべき旨合意の成立した事実を認定しながら、右抹消をすることが売主の債務として残存するや否やを審究することなくしてたやすくAからXに對する本件買戻権の譲渡を有効と認め(評訳者註—売主の債務として残存せば、売主の地位の譲渡は債務引受を含むから買主の承諾なしには譲渡しえず、従つて買戻権も買主Yの承諾なしには譲渡しえず、との意ならん)また(ウ)右譲渡を以て買主たるYに對抗するにはその旨移転登記を経ることを要する旨判示したのは、いずれも法令の解釈適用を誤つた違法があり……原判決は全部破棄を免れない。」

〔評訳〕

判旨第一点には反対、第二点には疑問をもつ。

(一)買戻権の性質については、従来いろいろ争われたが、買戻権の登記ある場合におけるその譲渡性及びその第三者に對する対抗要件等の具体的問題に関しては、現在では、ほぼ判例・學說の見解は、判旨前段に述べる所に統一、確立していると見てよい。しかし、買戻権の登記なき場合のそれについては、従来見るべき判例なく、學說も殆ど言及していない。本件は、この

問題について初めての判例であり注目するに値しよう。

(二)買戻権が譲渡される場合、その対象としての買戻権の性質如何の問題に関し、従来・解除権説・物権取得権説の対立があったが、現在では前説が判例通説の立場と見てよい。(註)私も原則的には前説をとりたいが、しかしなお根本的に検討する余地ありと考える。

〔事実を率直に観察するならば、世間で買戻権を譲渡するという場合、その当事者間で意図するところは、買戻義務者(売買契約の買主)に対し買戻権の譲渡人(売買契約の売主)が前に支払った売買代金と売買契約費用を、譲受人が(常識的な意味で)譲渡人に代つて、買戻義務者に弁済し、買戻の意思表示をすることによって、売買の目的物を取得しようという地位を移転することであり、必しも、解除権説が買戻権の内容としていう如き、売主の地位と一体をなす解除権の譲渡を(従つてまたそれに含まれるものとしての、解除権行使を停止条件とする停止条件附所有権の譲渡を)明確且つ限定的に意図するのでない。右の如きいわば漠然とした地位を譲渡することが当事者の意図であるから、合理的な意思解釈によって、右の意図をなるべく忠実に、従つてなるべく簡便に達成するに必要な権利の譲渡が買戻権譲渡の具体的内容であり、かかる権利が買戻権の具体的内容と解すべきである。従つて右の見地から若し必要とあれ

ば、買戻権譲渡の内容を、譲渡人の有する解除権を代理行使しうべき代理権授与と解除権行使を停止条件とする停止条件附所有権の譲渡と解する余地もあり、また、解除権と解するにしても、理論上可能ならば、売主の地位と独立した解除権と停止条件附所有権の譲渡と解したり、或は、必要とあれば、解除権とともに譲渡されるものを、停止条件附所有権それ自体とせず、右の停止条件附所有権を停止条件附に譲渡する(つまり、譲受人が所有権を取得することを停止条件として譲渡する。従つて前述の停止条件附所有権それ自体の譲渡なら譲受人が買戻義務者から直接に所有権を取得するのに対し、後者では、一旦買戻義務者から譲渡人が所有権を取得してから、これを通じて譲受人が所有権を取得する)と解する余地もありうるといわねばならない。ところで当事者の意図を最も忠実に、従つて最も簡便に達成させるためには買戻権譲渡の内容を、売主の地位から独立した解除権と、停止条件附所有権自体の譲渡と解するのが適当であろう。しかし右の如き譲渡が理論的に不可能なら別の可能な、しかし当事者の意図達成に可及的に適合した内容を与えなくてはならない。以下これらの点を検討しよう。

(四)まず解除の代理権授与よりも、解除権の譲渡が当事者の意図により忠実に解されるのは、具体的には、代理権だと本人(譲渡人)のために行使すべきものであり、従つて、それは本

人により撤回可能でなければならず、また本人自身も解除権を行使しようとしなければならぬ。しかし譲受人の行使する解除権は譲受人の利益のために行ない、撤回不能かつ本人の行使を許さぬとするのが当事者の意図に適合するから、むしろ解除権そのものの譲渡と解した方がよい。(もつとも、次に述べる如き、売主の地位をはなれて解除権を譲渡しようとする見解が法律上不能ならば、買戻権譲渡の内容を、解除の代理権授与——ただし撤回不能の特約ある授与——と停止条件附所有権の譲渡と解するのが適当だと思ふが、そう解してもさほどの不都合は生じない。というのは、本人——譲渡人——にも行使権を認めても、その行使のためには、売買代金の支払を要し、更に、解除権行使の効果としての所有権の取得が譲受人に帰するからである。なお代理権授与とした場合、譲渡人から買戻義務者に対する買戻権譲渡の通知は、相手方(買戻義務者)に対する、代理権授与の通知を含むと解しえよう。)

(四)従来、解除権は契約当事者としての地位にそなわるものだから、売主の地位とはなれて譲渡できないとするのが通説であり、(註)と判旨もその見解に立つが、私は甚だ疑問に思う。勿論解除権のみの譲渡を認めることは、利害関係のない者に、他人の法律関係を恣意的に変更せしめる権限を与える結果となつて好ましくないから禁すべきであらうけれども、解除権行使の結果

生ずべき権利の譲渡と共に譲渡するならば、譲受人は解除権行使について正当な利益をもつのであるから、(a)右の権利が譲渡性ある限り当事者の意思表示のみで解除権も共に譲渡しえ——その買戻義務者に対する対抗要件は、譲渡人からの通知でよいが、その通知は、買戻権譲渡の通知の中に含まれる——(b)右の権利の譲渡が買戻義務者の承諾を要するならば、解除権の譲渡も共にその承諾を要す——いずれの承諾も買戻義務者の買戻権譲渡の承諾の中に含まれる——と解すべきではないか。判旨は、解除権は売主の地位とともにのみ譲渡しようと解し、しかも、買戻権譲渡の際の現在の売主の地位とのみ譲渡しようとの見解のもとに(註)、現在売主が債務を負えば、売主の地位の譲渡は債務引受をも含むから、結局買戻権は買主(買戻義務者)の承諾なしには譲渡しえないとの見解をとる。しかしまず、少くとも解除権行使後の売主の地位とともに譲渡しようと解すべきであり(註)、(そう解すれば、本件の場合、たとえ売主Aが、本件不動産に対して訴外Bの有する抵当権を抹消すべき債務を買主Yに対して負っているとしても——本件の場合抹消債務と解せざるを得ない)と思うが詳言を避ける——解除権行使後には売主Aの地位には何等債務が残らないのだから、買主(買戻義務者)Yの承諾なしに——少くとも判旨第二点を前提とせば——解除権を譲渡しうる)更に私は、前述の通り、解除権行使の結果生ずべき、譲

渡性ある特定の権利と共に解除権も譲渡しうる。と解したい。そしてかかる譲渡が本件の当事者の意図に最も適合すると思う。なお、判旨の如き見解をとると、本件の場合、売主Aに抵当権抹消債務があると、そのために買主Yの承諾を得て始めて買戻権を譲渡した場合を想定すると、このとき若し買戻権の譲受人Xが買戻期限内に買戻権の行使を怠ると、譲受人Xは、売主たる地位の譲受人とする以上、当然売主Aが買主Yに対して有する残代金債権を取得していることになるが、これは当事者の意図に著しく反し、奇妙な結果ではなからうか(註5)。

(イ)買戻権譲渡の当事者の意図をなるべく忠実に解しようと思えば、解除権とともに譲渡されるのは、解除権行使を停止条件とする譲渡人の有する条件附所有権だと解する方が、停止条件附所有権の停止条件附譲渡と解するよりも正当だろう。というのは、前述の如く、前者だと譲受人は直接、買戻義務者から所有権を取得しうるのに、後者だと、譲渡人が一旦所有権を取得し、これを通じて譲受人は所有権を取得することになり、従って登記手続においても、前者なら、買戻義務者に対して直接に、所有権の移転登記請求権をもつのに、後者ならかかる直接の登記請求は、中間省略登記請求となるから原則として許されず、原則として、一旦譲渡人を経たからでないと登記名義を譲受人に

移しえず面倒だからである。しかも、目的物の占有移転の請求についても登記請求とパラレルに扱わざるをえないであろう。しかし、果して前者の如き譲渡が、不動産登記法との関連上、可能と解しうるかは問題である。

ところで、所謂中間省略登記の登記請求権は、現在の登記簿上の名義人(前者)、中間者、現在の物権取得者(後者)全員の合意を必要とし、かかる合意なき限り、後者が登記名義を得るためには、まず後者が中間者に対して有する登記請求権に基き、中間者が前者に対して有する登記請求権を代位行使し、一旦中間者に登記名義を移し、次に中間者に対する登記請求権に基いて登記名義を取得することが必要だとするのが判例、通説の立場である。そして、中間省略登記請求には右の如く全員の合意——具体的には前者と中間者の承諾といつてよい——ある場合以外には認められずとする根拠は、登記簿に公信力なき我民法上、なるべく実体的な権利変動に忠実に登記簿の記載をなさしめる必要があるからだとされる。ところで、買戻権者の停止条件つき所有権の取得、及びその譲渡は、まさに中間に位置するところの実体的権利変動にあたるから、これを登記簿に記載せず、直接に買戻義務者から買戻権の譲受人に所有権移転登記をなすことは、中間省略登記といわねばならない。

しかし買戻権の登記あり、またその譲渡の附登記あるとき

は、実体的な権利変動の過程がそのまま登記簿に現れているから中間省略でなく、従つて譲受人が買戻義務者に対して直接の所有権移転の登記請求をなしうるのは当然である。(従つて、実体的な関係においても、買戻権の登記あるときは停止条件附所有権自体の譲渡性が認められていると解すべきは当然であり、従つてまた、買戻権譲渡の内容を解除権と停止条件附所有権の譲渡と解すべきことになる。なお買戻権の登記には、実質的に解除権譲渡の買戻義務者に対する通知が含まれていると解すべきであろう。)ところが買戻権の登記なき場合には、右に述べた通り中間省略だから前者たる買戻義務者。中間者たる譲渡人の承諾なき以上譲受人は直接の登記請求権なく、しかも、買戻権の登記は売買契約による移転登記と同時になければならぬ(不登法四九条大審院大正一五年一〇月一九日決定、幾代「不動産登記法一五三頁参照)のだから(註6)、譲受人が譲渡人に代位して、買戻義務者に対し買戻権の登記請求をなすこともできず(註7)、従つてまた、譲渡人に対し買戻権譲渡の登記請求もできない。要するに直接的な方法でも、また、代位という間接的な方法でも、後者たる買戻権の譲受人は登記名義をえられず、従つてまた占有も得られない。ただ買戻義務者及び譲渡人の中間省略登記の承諾ある場合のみ——もつとも前者の承諾は買戻権譲渡の承諾の中に含まれていると解してよく、後者の承諾は、

買戻権譲渡の買戻義務者に対する通知の中に含まれていると解しえよう——これが可能にすぎない。従つて右の承諾なき限り、解除権と停止条件附所有権そのものの譲渡は、たとえ譲渡しようとしても無意味となり、結局、実体法上譲渡性なきものと言わざるを得ない。そこで買戻権の登記なきとき、右の承諾なき場合には、買戻権譲渡の当事者の合理的な意思解釈として、買戻権譲渡の内容を、解除権の譲渡(これを買戻義務者に対抗するには通知を要することは前述の通り)と停止条件附所有権の停止条件附譲渡と解すべきことにならう。この場合には、買戻義務者、譲渡人の承諾なきときも、譲受人は代位により間接的ではあるが登記名義を、従つてまた占有も取得しようことになる。

なお右の点については、中間省略登記は全員の合意を要するとする立場を前提として考察したのであるが、そもそも後者より前者に対する中間省略登記請求権は、中間者より前者に対する中間者・後者間の物権移転の通知、若しくは物権の移転を求める債権譲渡の通知によつて、成立すると解する余地もあるように思われる(註8)。この見解が理論的に可能ならば、買戻権の登記なきときも、買戻権を、解除権と停止条件附所有権と解し、その譲渡性を認め、買戻義務者に対する対抗要件を譲渡人からの通知と解することができよう。その限りでのみ判旨第二

点は容れることができよう。いずれにせよ中間省略登記の問題と買戻権譲渡の問題とは相関連して考察すべきことを指摘したい。従つてまた、登記の問題の起らない動産の買戻権については自ら異なる考慮が必要となる。

註1 我妻「債権各論」中卷三三一頁。民商法雜誌三十九卷・

一・二・三合併号七五頁・柚木「判例買戻権法」法曹時報十二卷六号七八〇頁・川添氏本件解説に引用の文献参照。

註2 異説を見ないところである。

註3 従来学説は必しもかかる見解をとつていない。むしろ解除権行使後の売主の地位とともに譲渡しようとする。

次註参照。しかし、民法演習Ⅲ一三六頁加藤「債権譲渡」は、法定解除権の譲渡に關してであるが売主に現在債務が残つていなければ、たとえ解除権行使の結果として売主が債務を負うことになつても、買主の承諾なしに、解除権を含めた売主の地位を譲渡しようとするのは本判旨に近いといえよう。私は法定解除権をも含めた売主の地位の譲渡が買主の承諾なしになしうするためには、現在の売主に債務がないだけでなく、解除権行使後の売主にも債務が残らないことが必要だと解したい。

註4 同旨、末弘「債権各論」四五八頁、鳩山「債権各論」三六五頁、我妻前掲等も同じ立場と解される。

註5 買戻権を売買する際、その対価は買戻に要する金額と目的物の時価の差額を標準として決められるのであり残代金債権額は全く考慮されないはずである。

註6 その理由として「買戻の登記は売買の目的たる不動産の移転登記自体が制限に服する旨の登記である。従つて登記技術の上からも……できない」我妻・有泉「債権法コンメンタル」三四一頁と説明されるが、実質な根拠としては納得しうべき理由がないように思う。不動産売買の予約完結前の将来の所有権移転請求権保全のための仮登記は許される——幾代「不動産登記法」九七頁——のだから、同様に買戻権についても少くとも将来の所有権移転請求権の保全のための仮登記は認めてよいのであるまいか。

註7 註6後段の主張が認められれば、買戻権の譲受人は譲渡人に代位して仮登記請求をなし、ついで仮登記権利譲渡の附記登記を請求し、更に、仮登記の余白に現権利者（譲受人）のための本登記を請求しうることにならう幾代「不動産登記法」一一〇頁註一〇参照。そうだとすれば、結局、買戻権の登記なき場合も、登記ある場合と同様に扱つてよいことになる。

註8 (a)かかる見解をとるも、それによつて前者及び中間者

が不利な立場におかれるとは考えられない。中間者は後者の代金支払とひきかえに前者に実して譲渡の通知をするから中間者の利益は確保される。また、前者は、中間者に対して対抗しうる事由を後者にも対抗しうるから——債権譲渡の規定の適用ないし準用により——前者の利益も害されない。また前者と中間者間、中間者と後者間の譲渡契約が有効な限り、後者から善意で物権を取得する者の保護という要請は生じない。

(b) たまたま、中間者と後者間の譲渡契約が無効であれば、登記と結びつく物権行為の無因性がなく、また登記に公信力なき我民法の立場では、中間者は、後者の登記を誤信した善意の取得者——前者と中間者間の登記省略のためその無効を調査しがい立場にある——に対しても、物権を対抗しうるが如くであり、その限りで不都合の如くであるが、しかし、中間者が中間省略の承諾をしたときには善意の取得者に対する対抗力を放棄したとみなされるはずであり、しかして、中間者の譲渡の通知は、実質的には中間省略登記の承諾と解しうると考えられるから、結局この場合にも中間者は善意の取得者に対する対抗力を放棄したとみなし、善意の取得者を保護すべきである。従つて、この点での不都合は何等生じない。

判例評釈

(c) 前者と中間者の譲渡契約無効の場合を考えると、前者と中間者間の登記がないためその無効を調査しがいのに前者は、善意の取得者に物権を対抗しうることになつて不都合のように見えるが、しかし前者の名前は中間省略登記の形においてもかく登記簿に表れているのだから、善意取得者は予め前者に問い合わせて、その無効を調査するチャンスが全くないわけではない。この点は(b)の場合と全く異なる。そして、善意取得者は取引に際して予め、前者から自己に対する対抗力を放棄してもらつておくこともできよう。

以上のように考察すれば、本文の如き見解は充分根拠があるように思える。