

不動産売買において抵当権の実行により買主が所有権を失ったことによって売主に損害賠償請求した事例

【文 献 種 別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和元年 7 月 3 日
【事 件 番 号】 平成 31 年（ネ）第 246 号
【事 件 名】 損害賠償等請求控訴事件
【裁 判 結 果】 原判決取消・請求認容（確定）
【参 照 法 令】 改正前民法 567 条（改正後の現 570 条）
【掲 載 誌】 金判 1576 号 8 頁

LEX/DB 文献番号 25564173

事実の概要

X は、平成 27 年 12 月 1 日、甲不動産の所有者 Y と売買契約を締結した。甲不動産には、第 1 順位極度額（1 億 1000 万円）、第 2 順位（極度額 1 億 2300 万円）の根抵当権が設定されていたが、第 1 順位根抵当権者 A による抵当権実行としての競売が開始され、改札期日が迫っていた。契約によれば、代金 1 億 2500 万円とし、頭金約 4975 万円（第 1 順位根抵当権の被担保債権額と同額）を X が Y の連帯保証人 P 名義で A に支払い、残金約 7525 万円は、売主退去の際に第 2 順位根抵当権抹消のための費用を控除して支払うこととされた。さらに当該契約とともに、P が代位取得した第 1 順位根抵当権を P から買主に無償譲渡するという合意もなされていた。

同月 2 日、頭金の支払い（保証人 P 名義での A への代位弁済）によって、競売手続は取り下げられ、Y から X への所有権移転登記が申請された。ところが、当時の 501 条 1 号によれば、P が根抵当権を代位取得するには、あらかじめ抵当権登記に付記登記をしておかなければならないと規定されていた（現在の改正法ではこの要件は削除されている）。したがって、X に移転登記されてしまうと、そもそも P が根抵当権を取得できないのであるから、X に譲渡することもできないことになる。登記実務上も、所有権移転登記申請がなされると、抵当権登記の代位の付記登記申請は却下されることになっていた。同月 3 日、P はこれらの事実気づき、同日及び翌 4 日、X に所有権

移転登記申請を取り下げて、根抵当権設定を先行させその後に所有権移転を行うよう求めた。しかし、X は、P の言動から詐欺ではないかと疑い、所有権移転登記を取り下げれば P が甲を他に売却してしまうのではないかと考えてこれに応じず、所有権移転登記は完了した。この時点で一旦完了した所有権移転登記の抹消登記、第 1 順位根抵当権移転の付記登記、再度の所有権移転登記を連件で行うことは可能であったが、P、Y は実行しようとしなかった。平成 28 年 11 月 21 日、第 2 順位の根抵当権が実行され、1 億 6200 万円で売却されたことにより、X は甲の所有権を失い、第 2 順位根抵当権者に 1 億 2300 万円が弁済された後、競売代金の剰余金である約 3257 万円が X に支払われた。もし、X が第 1 順位根抵当権を取得していれば、競売代金 1 億 6200 万円のうち、約 4975 万円について優先的に配当を受けることができ、第 2 順位根抵当権者はその残額 1 億 1226 万円の配当となり、剰余金はないということになる。そこで、X は、改正前民法 567 条 3 項に基づき、得られるはずであった約 4975 万円と支払われた約 3257 万円との差額約 1718 万円の損害賠償を Y に請求した（なお、不当利得返還請求もなされているが省略する）。

第一審（東京地判平 30・12・5 金判 1576 号 14 頁）は、所有権移転登記の取り下げという P の提案に従っていれば損害は発生しなかったのであるから、X の損害と甲所有権喪失との相当因果関係はないとした。また、所有権移転登記がなされた後であっても、X、Y が共同で錯誤による登記抹消によ

て登記をやり直す方法もあることをPが十分に説明しなかったとしてもPに帰責性があるとはいえないとした。

本判決は、一審判決を取り消し、Xの請求を認容した。

判決の要旨

「(認定した事実によれば) Xの本件不動産の所有権喪失とX主張の損害との間には相当因果関係があると認めるに十分である。……Xが本件売買契約に基づく本件登記申請を維持したことは、PがXによる頭金の支払とA保証による競売取下げのすぐ翌日に本件登記申請を根抵当権移転の付記登記申請に先行させたのは誤りであったと言い出すなど不審な言動をしていたことや、根抵当権移転の付記登記に必要な書類の交付という本件売買契約上の債務の不履行をしていたことからすると、5000万円近い頭金を支払った本件不動産の買主としての立場を考えれば、将来発生するおそれのあるリスクに備えるためには取引上ごく自然な行動である。」

「民法567条は瑕疵担保責任の規定であって、売主の帰責事由の有無にかかわらず損害賠償請求権は発生すると解される……。」

判例の解説

一 改正前民法567条の趣旨

判決当時の改正前民法567条は、改正後、現行民法570条となっており、その内容も変わっている。従来、改正前民法567条(抵当権がある場合における売主の担保責任)は、無過失責任であり、損害賠償範囲は信頼責任であるというのが通説であったと思われる¹⁾。古い判決には、無過失責任を明言するものもあった(大判大10・6・9民録27巻1122頁)。法定責任説によれば、目的物の所有権は既に移転させたので売主は債務を履行しており担保物権を消滅させる義務はないが、所有権を失ってしまったので、公平上損害を賠償すべきということであろう。

ところが、民法制定当初は、債務不履行責任と考えられていたようである。例えば、梅博士の著書によれば、買主が買い受けた権利を失ったときは、権利移転の義務ある売主は義務を履行した者

といえないから解除することができるし、債務不履行があるから損害賠償の義務があるというのである²⁾。

近時の学説でも梅博士と同様の債務不履行責任説が有力となっており、それによれば、改正前567条は、売主には抵当権付きの不動産であれば抵当権を抹消して完全な所有権を買主に移転する義務があったのに、それをせず、抵当権を実行された結果買主が所有権を失ったため、その債務不履行による解除や損害賠償請求を認める規定であるとされた³⁾。

本年4月から施行となった債権法改正によって、担保責任全体を通して債務不履行責任であることが明確にされたことにより、改正前567条も同様に改正された。すなわち、従来の改正前567条1項、3項は債務不履行の一般規定によればよいとして削除され、改正前567条2項の償還請求権のみ、現行民法570条(抵当権等がある場合の買主の費用償還請求)として残された⁴⁾。

本判決は、「売主の帰責事由にかかわらず……」と判示していることから、法定責任説によっているかのようであるが、本稿では、債務不履行責任説からも分析することにした。

二 改正前民法567条の適用

1 適用範囲に関する議論

戦後の改正前民法567条の適用例としては仮登記担保に類推適用された最判昭50・10・14(判時800号48頁)、自動車の所有権留保の場合に類推適用された東京地判昭42・1・26(判時480号44頁)くらいしか見当たらない。これは、抵当権が設定されている不動産が売買される場合は、通常、抵当権を抹消してから所有権が移転されるからのである。

学説では、担保債権額を差し引いて売買価格が定められた場合は、改正前567条の適用はないとされていた。その理由としては、買主が出捐をして所有権を保存すべきことが契約の趣旨に含まれるというもの⁵⁾が多い。債務不履行責任説からすれば、そのような売買価格であれば、売主に、契約上完全な所有権を移転するという義務はないということになるので、契約の趣旨からの説明につながり易いが、法定責任説も同様に考えるようである。問題なのは、改正前567条が適用されないのが担保債権額を差し引いて売買価格が決め

られた場合だけにとどまるかである。契約の内容として完全な所有権を移転する義務がないのであれば、改正前 567 条は適用されないのではないか。

2 本件への適用

本判決によれば、X が第 1 順位根抵当権の譲渡を受けることによりそれを交渉材料として第 2 順位根抵当権者に売買代金残額未満の対価を支払って第 2 順位根抵当権を消してもらうことを目指し、もし交渉が失敗して第 2 順位根抵当権が実行されても、第 1 順位根抵当権によって支払済代金は担保されるので損害をヘッジできると考えられていたとされる。そして、このような事実関係の下では、買主が債務の履行を引き受けたとか、買主が出捐をして所有権を保存することが契約の趣旨に含まれるという、Y が述べる 567 条適用除外の理由は無理だとする。

本件事案は、売買代金 1 億 2500 万円のうちの頭金の約 4974 万円が第 1 順位根抵当権抹消のために使われているので、実質的には、売買代金残金 7525 万円での、第 2 順位根抵当権付きの甲の売買ということができる。契約によれば、X が第 2 順位根抵当権を抹消するための費用は残代金から控除するというので、X が抵当権を消滅させることが考えられていた。

この場合に、完全な所有権を移転する義務の違反があったといえるであろうか。本件では、当初の予定と異なり、X が第 1 順位の根抵当権を取得できず、その状況で第 2 順位根抵当権が実行されてしまったので、X に損害が発生したわけである。売買契約による所有権を移転するという Y の義務は一応履行されているが、第 2 順位根抵当権を抹消して完全な所有権の移転をしたわけではない。そのような完全な所有権を移転する義務が Y にあったかといえば、競落額 1 億 6000 万円余を時価とすれば、時価に比して相当な安価での売買であるから、契約上そのような義務があったとはいえないであろう。したがって、本件は、改正前 567 条の想定する事例とは異なるように思われる。なお、法定責任説によっても時価より安価で買主が権利を放棄したという構成が可能である。現行法によっても、契約の解釈によって、完全な所有権を移転するという義務はないと解される。では、どのような義務違反があったかという、第 1 順位の根抵当権を移転するという義務

があったのに果たされていないだけである。

三 本件の法的構造

1 債務不履行について

まず、一審、本判決とも、所有権を失ったことと損害が発生したこととの相当因果関係という問題設定がなされている。しかし、相当因果関係の俎上に乗せるには、債務不履行の事実（完全な所有権を移転しなかったこと）があつてはじめて、そこからの損害との因果関係の相当性の判断となる（民法 416 条を相当因果関係ではなく予見可能性とみるべきという議論にはここでは触れない）。

しかし、相当因果関係ではなく、まず、債務不履行の有無について検討すべきである。債務不履行責任だとすれば、まず債務の内容を決定し、その違反があつて、それと損害の因果関係という順になる。債務の内容が負担のない所有権を移転するというものなら、完全な所有権を移転できなかったのが債務不履行であり、それとの相当因果関係がある損害の賠償ということであろう。そうすると、完全な所有権を移転できなかったという債務不履行についてまず検討しなければならないことになる。しかし、前述のように、本件売買契約上の売主の義務としては、第 2 順位の根抵当権が付されたままの所有権を移転すればそれで義務を果たしたことになる。すなわち、本件の場合、Y（及び P）の債務の内容は、売買契約によって所有権を移すとともに、第 1 順位の根抵当権を取得させるというものであった。

本件では、所有権移転義務は履行されたが、第 1 順位の根抵当権移転義務は履行されず、そのために第 2 順位の根抵当権が実行された結果、X は、剰余金約 3257 万円を受領したが、甲の所有権を得られなかったため、頭金との差額約 1718 万円の損害を被ったわけである。第 1 順位の根抵当権移転義務が果たされなかったことによって差額の損害が発生したことについては、議論するまでもない。

では、何が問題なのか。X は、P の提案に沿って登記申請を取り下げておけば抵当権を取得できた可能性が高い。したがって、Y の第 1 順位根抵当権移転義務の違反という結果は、X が P の提案に従わなかったことによって起きてしまったといえる。この評価が一審と本判決で正反対である。一審では、X が P の教示手続を執らなかったこと

は第1順位の根抵当権者たる地位を自ら放棄したに等しいと断じた。そして、Pに詐欺の前科があるといった事情は本件取引に直接関係なく、根抵当権移転に必要な書類の引き渡し遅延も債権回収会社に起因するものであるから、XがPの提案に応じなかったことが相当であるとはいえないとした。

これに対して、本判決は、Pが頭金支払いと競売取り下げのすぐ翌日に根抵当権移転の付記登記前の所有権移転登記が誤りと言い出したこと、根抵当権移転の付記登記に必要な書類の交付を遅延していたことを重視し、Xが登記申請を取り下げれば剰余金の支払いさえ受けとれないリスクを避けるのは合理的で自然であると評価した。

このように、XがP（Y側）の教示に従わなかったことについて、一審と本判決の評価が異なる。すなわち、Yの第1順位根抵当権移転義務の違反について、第一審はYに帰責性はないとみるのに対して、本判決は、帰責性ありとみたわけである。しかし、いずれの見方も一方的であり、X、Yともに、債務不履行の発生に関して過失があったのであり、損害賠償請求するならば、過失相殺（民法418条）を適用できる事例であったように思われる。

ただし、上記分析は、Pの行為についてYの帰責性に結びつけている。PがYの甥であるからといって当然にそうなるわけではない。本件では、契約からすれば、XとYの間でXに第1順位の根抵当権を取得させるという内容の合意があり、その義務をPに履行させたとみることができる。その意味で、PはYの履行補助者といえる。

履行補助者の過失論については理論的發展が著しいが、従来の通説によれば、履行補助者Pの過失が債務者のYの過失と同視されるということになり、近時の有力学説（森田、潮見）⁶⁾に従えば、契約の趣旨からすればPの過失も考慮されるということであろう。

以上のように、Yの第1順位根抵当権の移転義務違反ととらえることによって、損害賠償請求権を根拠づけることができ、また、Xの過失を考慮することもできることになる。

2 契約解除

もっとも、Xとしては、売買契約を解除し、代金返還請求するほうが事態に適合的であったので

ないかと思われる。

すなわち、本件に改正前567条を適用できるとすれば、Yは甲の所有権をXに移転したが、Xは、根抵当権の実行によって結果的に所有権を奪われたので、同条1項によりYとの契約を解除することができ、解除による原状回復として、支払済みの約4975万円の返還を請求することができることになる。剰余金として受領した約3257万円の返還義務と相殺することになるのか。

改正前567条を本件の適用外という私見、および現行法570条からすれば、第1順位根抵当権移転義務違反による解除を取り上げることになる。この義務違反が付随的なものであるとしても、履行不能となり、契約の目的達成が達成不能であるとして、売買契約自体の解除をすることができると考える（民法542条1項3号）。そうだとすれば、やはり原状回復義務として、支払済みの約4975万円の返還を請求することができることになる。

●—注

- 1) 柚木馨＝高木多喜男『新版注釈民法(14)』（有斐閣、1993年）246頁。
- 2) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編（大正元年版復刻版）』（有斐閣、1984年）511頁以下。
- 3) 広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、1994年）68頁、山本敬三『民法講義IV-1契約』（有斐閣、2005年）259頁。
- 4) 改正前567条2項のみ残した理由は、求償の根拠規定として用いられることが多いから（住友関係官発言。法制審議会民法（債権法）部会審議第84回会議PDF議事録14頁）とか、担保不動産が物上保証人所有の場合にも被担保債権の債務者に対してだけではなく、売主たる物上保証人に請求できることを示すため（道垣内幹事発言。同15頁）とされている。
- 5) 我妻栄『債権各論中巻I』（岩波書店、1973年）287頁など。他に、買主が同条の権利を放棄したというもの（柚木馨『注釈民法(14)』（有斐閣、1966年）160頁）、売主の担保責任を免除する特約があるとするもの（平野裕之『民法総論5契約法〔第3版〕』（信山社、2007年）322頁）がある。
- 6) 近時の履行補助者論については、潮見佳男『新債権総論I』（信山社、2017年）393頁以下などを参照。

立教大学教授 難波譲治