

## 主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

## 理 由

上告代理人田口正平の上告理由第一点について。

民法五〇一条本文によれば、弁済者が代位することを得る権利は、債権の効力および担保としてその債権者が有していた一切の権利であるが、いわゆる代物弁済予約による権利は、金銭消費貸借契約の当事者間において、債権者が、自己の債権の弁済を確保するため、債務者が期限に債務を履行しないときに債務の弁済に代えて特定物件の所有権を債権者に移転することを債務者と予約するものであつて、あたかも担保物件を設定したのと同じ機能を営むものであるから、この予約に基づく権利は、同条一号に列記する先取特権、不動産質権または抵当権と同じく、同条本文にいう債権者が債権の担保として有する権利であると解した原審の見解は相当である。原判決に所論法律の解釈を誤つた違法がなく、論旨は採用できない。

同第二点について。

民法五〇一条一号において、保証人が予め代位の附記登記をしなければ担保権につき目的不動産の第三取得者に対して債権者に代位しない旨を定めた所以は、目的不動産の第三取得者は、その取得に当り、既に債務の弁済をなした保証人が右代位権を行使するかどうかを確知することをえさせるためであると解すべきであるから、保証人の弁済後に目的不動産を取得しようとする第三取得者に対しては予め代位の附記登記をする必要があるが、第三取得者の取得後に弁済をする保証人は、右代位のためには同号による附記登記を要しないものといわなければならない。けだし、もし右の場合にも代位の附記登記を要求するものとするれば、保証人は、未だ保証債務を履行する必要があるか否か明らかでないうちから、当該不動産につき第三取得

者の生ずることを予想して予め代位の附記登記を経由しておく必要があることとなるが、これは、保証人に対し難きを強いることになるからである。右と同趣旨の原判決は相当であつて、原判決に所論の法律の解釈を誤つた違法はない。論旨は採用できない。

同第三点および第四点について。

原判決は、被上告人B被相続人Dは判示債務の弁済により債権者被上告銀行に代位し、同銀行が訴外Eに対し有していた本件不動産に対する抵当権および代物弁済予約上の権利を取得し、右権利移転の附記登記手続をなした事実を確定している。被上告人B被相続人Dが被上告銀行の有していた抵当権および代物弁済予約上の権利を取得したのは、弁済による代位であつて、権利の譲渡によるものでないことは所論のとおりであるが、右権利移転の附記登記は、本件不動産の第三取得者に対し権利取得を対抗する効力があるものと解するのが相当である。而して、上告人より被上告人Bに対する本訴請求は、被上告人Bが判示抵当権および代物弁済予約上の権利を有しないとして右附記登記の抹消を求めるものであつて、被上告人B被相続人Dにおいて右代物弁済の予約を完結したことを前提とするものではないから、この点に関する原判決の違法をいう所論は、判決の傍論として説示するところを非難するものにすぎない。原判決に所論の違法がなく、論旨はすべて採用できない。よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	奥	野	健	一
裁判官	城	戸	芳	彦
裁判官	石	田	和	外
裁判官	色	川	幸	太 郎