慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	形式的競売に関する一考察：消除主義及び剰余主義の準用・目的物の譲渡が競売手続に与える影響
Sub Title	Die Rechtsprobleme über das nicht um die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen geregelte Versteigerungsverfahren
Author	山木戸, 勇一郎(Yamakido, Yuichiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.26 (2013. 6) ,p.85- 131
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法科大学院開設10周年記念号 テーマ企画：民事手続法
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20130620-0085

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

テーマ企画―民事手続法

形式的競売に関する一考察

――消除主義及び剰余主義の準用・目的物の譲渡が競売手続に与える影響――

山木戸　勇一郎

第１章　はじめに
第２章　形式的競売の諸類型
　１　民法
　２　家事事件手続法（家事審判手続の中間処分としての競売）
　３　商法
　　⑴　債権者の受領拒絶又は受領不能などに対処するための競売（自助売却）
　　⑵　契約の相手方保護のための義務的競売（緊急売却）
　　⑶　海商法における特殊な競売
　４　破産法
　５　会社法
　　⑴　株式の競売
　　⑵　特別清算
　　⑶　外国会社の清算
　６　信託法
　７　建物の区分所有に関する法律
第３章　形式的競売への消除主義の準用
　１　消除主義の準用の可否に関する議論の状況
　２　形式的競売の類型化
　　⑴　清算型と換価型の二分論について
　　⑵　性質の類似性の観点からの分類
　３　検討されるべき問題の所在
　４　検討
　　⑴　担保権者に対する配当等を行うべきでない類型の有無
　　⑵　賃借人や地上権者などの中間用益権者の保護
　５　小括
第４章　形式的競売への剰余主義の準用

1　問題の所在
2　形式的競売における剰余主義の意義
(1)　剰余主義の趣旨
(2)　形式的競売における優先権利者の保護の要請と無益競売の禁止の要請
3　検討
(1)　清算型
(2)　所有者変更型
(3)　義務免脱型
(4)　分割型
4　結論
第５章　競売目的物の譲渡と競売手続の適法性
1　問題領域の設定――競売手続開始後の譲渡について――
2　競売手続開始前の譲渡について
(1)　はじめに
(2)　建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕について
(3)　分割型について
3　結論
第６章　おわりに

第１章　はじめに

民事執行法195条の「留置権による競売及び民法、商法その他の法律の規定による換価のための競売」は、講学上は広義の形式的競売と呼ばれており、留置権による競売を除いた部分については狭義の形式的競売（以下では、狭義のものを単に「形式的競売」という）と呼ばれている[1)]。この規定は旧競売法の任意競売に由来するものであり、旧競売法が担保権実行としての競売と留置権に基づく競売、形式的競売を並列的に規定していた――任意競売の申立権者に関して、動産については「留置権者、先取特権者、質権者其他民法又ハ商法ノ規定ニ依リテ其競売ヲ為サントスル者」（旧競売３条１項）、不動産については「留置権者、先取特権者、質権者、抵当権者、其他民法ノ規定ニ依リテ競売ヲ為サントスル者」（旧競売22条１項）と規定されていた――うちの後二者を分割して引き継いだものである。

1）中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂６版〕』（青林書院、2010年）773頁。

形式的競売は、強制競売や担保権実行に関する研究の量に比べると、その立法から長い時間を経ている割には、議論の対象とされることが少なかった分野であると言ってよい。民事執行法の制定過程においては、任意競売に関する議論は専ら担保権実行としての競売を念頭になされていたため、民事執行法195条については旧競売法の規定を単純に引き継いだだけであって、民事執行法の立法により新たに解決された問題はほとんどないといわれる[2)]。また、民事執行法の制定後においても、留置権による競売に関しては議論がなされていたものの、形式的競売に関する議論は僅少な状況にある[3)]。そこで、形式的競売の由来である旧競売法の沿革に溯ろうとしてみても、斎藤秀夫博士が「わが国の法典編纂史上におけるひとつの謎」と指摘するように[4)]、競売法の立法過程の史料が発見できないためにこれがほぼ不可能な状況であり[5)]、担保権実行についてはともかく[6)]、形式的競売がどのような沿革を持つものである

2）鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法⑸』（第一法規、1985年）352-353頁〔近藤崇晴〕。

3）形式的競売に関する先行研究として、浦野雄幸「『形式的競売』とその手続」NBL249号（1982年）31頁以下、岡部喜代子「限定承認による相続財産換価のための競売手続」司法研修所論集71号（1983年）19頁以下、浦野雄幸『条解民事執行法』（商事法務研究会、1985年）889頁以下、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』351頁以下〔近藤〕、園尾隆司「留置権による競売および形式的競売の売却手続」金法1221号（1989年）６頁以下（＝香川保一監修『注釈民事執行法⑻』（金融財政事情研究会、1995年）306頁以下〔園尾隆司〕）、山口信恭「共有物（不動産）分割のための競売における一般債権者の地位」判時1525号（1999年）３頁以下、奈良次郎「共有物分割訴訟の金銭代価分割請求と競売手続実行を巡る若干の問題(上)･(下)」判タ991号（1999年）60頁以下・997号（1999年）62頁以下などがある。

4）斎藤秀夫『競売法』（有斐閣、1950年）14-15頁、同「『競売法』の執筆を終えて」法律学全集（しおり）33号（同『競売法』の折込み）２頁。

5）三ケ月章「任意競売と強制競売の再編成」同『民事訴訟法研究第六巻』（有斐閣、1972年）141頁では、「資料の丹念な探索という点では現在の日本の法学者中の最適任者の一人として誰一人疑う者のない斎藤博士をしてさじを投げさせてしまう程、一切の資料が沈黙している」としている。なお、後に、竹下守夫「競売法の起草者」ジュリ575号（1974年）15頁以下において、競売法の起草者が富谷鉎太郎判事であることが明らかにされており、同判事の人となりについては、鼎談「斎藤秀夫先生に聞く」斎藤秀夫『民事訴訟法学内外の視角』（有斐閣、1986年）424頁以下に詳しい。

かについては、史料から推察することは困難である。そもそも旧競売法は、民法や商法の規定による競売をしなければならない場合の競売手続の規律を定める必要があったために、民法や商法の制定の際に間に合わせで起草された法律であることがしばしば指摘されており[7)]、形式的競売が沿革というほどのものを持つのかどうかについても疑問の余地がないではない。

形式的競売を巡るこのような状況の中で、近時最高裁判所第３小法廷の２つの決定――最決平成23年10月11日集民238号１頁（裁時1541号333頁、判時2136号36頁、判タ1361号128頁、金法1939号100頁）と最決平成24年２月７日集民240号１頁（裁時1549号61頁、判時2163号３頁、判タ1379号104頁、金法1959号97頁、金判1393号30頁）――は、形式的競売をにわかに議論の対象として浮上させた。前者は、建物区分所有法59条１項に基づく競売請求の訴えの口頭弁論終結後に、被告であった区分所有者がその区分所有権及び敷地利用権を第三者に譲渡し、その後にその認容判決に基づく競売の申立てがなされたという事案において、形式的競売の手続を開始することができるかという点が問題になったものである[8)]。また、後者は、共有物分割のための競売を命ずる判決による競売に、

6）担保権実行の沿革については、伊野博道『日本競売法論』（大同書院、1940年）18頁以下など。

7）斎藤・前掲（注4））『競売法』14頁、斎藤・前掲（注4））「『競売法』の執筆を終えて」３頁、竹下・前掲（注5））16頁。

8）決定要旨は、「建物の区分所有等に関する法律59条１項の競売の請求は、特定の区分所有者が、区分所有者の共同の利益に反する行為をし、又はその行為をするおそれがあることを原因として認められるものであるから、同項に基づく訴訟の口頭弁論終結後に被告であった区分所有者がその区分所有権及び敷地利用権を譲渡した場合に、その譲受人に対し同訴訟の判決に基づいて競売を申し立てることはできないと解すべきである。」としている。

これには田原睦夫裁判官の補足意見が付されている。その概要としては、(a)競売請求訴訟の係属中の譲渡の場合には、新所有者に対する別途の区分所有者の集会決議を経ることなく、引受承継の規定の適用によって、新所有者を被告に加えることを認めるべきである、(b)競売請求訴訟の判決確定後に共同利益侵害状態が消滅した場合は、競売手続開始決定に対して所有者（被告）は執行異議の申し立てができるが（民執182条の類推適用）、競売手続開始決定以前の所有者（被告）の救済手段は検討されてしかるべきである、というものである。

消除主義の規定（民執59条）が準用されることを前提として、無剰余の見込みの場合の措置の規定（同63条）が準用されるかという点が問題となったものである[9)]。

この２つの決定を一瞥すると、形式的競売であるという性質から直ちに何らかの結論が導かれるようなものではないことに気付かされる。例えば、前者の決定の問題を一般化すると、「競売目的物の譲渡が形式的競売の手続の開始要件の充足性に影響を与えるか」という問題であるといえるが、形式的競売の中には競売目的物の所有権の帰属を競売手続の開始要件の問題として論じる余地がないものも多く、また、この決定の事案が形式的競売の前提として競売を許可する判決を必要とするものに関するものであったという点も特殊である。また、後者の決定の問題を一般化すると、「形式的競売に剰余主義の規定が準用

9）決定要旨は、「民法258条２項所定の競売を命ずる判決に基づく不動産競売について、民事執行法59条が準用されることを前提として同法63条が準用されるものとした原審の判断は、正当として是認することができる。」としている。

これには岡部喜代子裁判官の補足意見が付されている。その概要としては、形式的競売に剰余主義の規定を準用するか否かの問題は、形式的競売の申立人と競売時期選択権を有する担保権者との間での利益衡量の問題であって、「それぞれに与えられている自己の利益を実現するための法的な手段の有無、方法という手続的側面について検討することが有用」とした上で、剰余主義の準用がない場合は、担保権者が競売手続の進行を阻止する手段はないが、剰余主義の準用がある場合は、競売申立人が担保権者との協議によって同意を得ることにより、競売手続を進行させることができるから、剰余主義の準用を認めた方が利益調整として優れている、というものである。ただし、「自助売却のように緊急性を要する場合、あるいは建物の区分所有等に関する法律59条によって命ぜられた競売のように、売却の必要性が高い一方、所有者ではない差押債権者と優先債権者の接触が予定されておらず、差押債権者において目的物件上の優先債権者の同意を得るなどの方策を採ることが著しく困難な場合は、剰余主義の準用を排してよい」とする。

なお、原審（東京高決平成23年３月31日金判1393号34頁）は、「先順位抵当権者等が自ら競売の申立てをしないのは、現状では担保債権の十全な満足を得ることができないため当該不動産の価額の値上がりを待っているなどの事情があることが通常であり、先順位抵当権者等の上記期待を無視して、無剰余であるにもかかわらず、共有物の分割手続を終了させるためだけの目的で共有物の分割のための不動産競売を進行させることは相当でない」と判示している。

されるか」という問題であるといえるが、後述するように、形式的競売の中には明文で剰余主義の規定の適用を排除しているものもある。

そもそも形式的競売という概念は、強制競売や担保権実行としての競売などを除いた残余としての競売の類型を指すものであって、その内容は雑多であるから、形式的競売であるという一事を以って論理必然に導かれる理論的な結論というものを求めるのは困難であろう[10)]。本稿ではこのような認識の下に、「形式的競売は『換価のための競売』である」というような性質論から直ちに結論を得ようとする姿勢を排し、形式的競売を巡る諸問題のうち、特にこの二つの最高裁判決で問題となった点――引受主義や剰余主義の準用の問題及び競売目的物の譲渡に関わる問題――について、形式的競売に分類される競売の性質に応じて、各々に適切な結論を得ることを試みたいと思う。

第２章　形式的競売の諸類型

検討の手始めとして、わが国の法律の規定により形式的競売が必要となる場合を、煩を厭わず知りうる限りすべて列挙してみたいと思う[11)]。

１　民法

①　共有物分割のための競売（258条２項〔共有〕、264条・258条２項〔準共有〕）

共有物分割の協議が不調となって、共有物分割の訴えが提起された際に、

10）香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法⑻』310頁〔園尾〕は、形式的競売に担保権実行のための競売の規定を準用する上においては、「どのような規定がそのような限度で準用されないかについては、当該形式的競売が認められた趣旨に応じて個別に判断する他はな」く、「『形式的競売には被担保債権と目されるものがないから、配当手続はありえない』というような形式論理に則って準用を排除すべき規定の範囲を決めるのは相当でない。」とする。また、山木戸克己『民事執行・保全法講義〔補訂二版〕』（有斐閣、1999年）238頁（福永有利『民事執行法・民事保全法〔第２版〕』（有斐閣、2011年）238頁）は、「担保権実行としての競売の規定がどの範囲で適用されるかは、各種の換価のための競売によって競売の目的ないし根拠も多種多様であるから、その内容を画一的に決めることはできない」とする。

現物分割が不可能であるときや現物分割によって価格を著しく減少させるおそれがあるときには、裁判所は判決で共有物の競売を命じることができる（この判決に基づく競売である）。

② 弁済供託のための競売（497条）

弁済供託の際に、目的物が供託に適しない場合又は目的物に滅失若しくは損傷のおそれがある場合、目的物の保存費用が過分である場合には、裁判所の許可（非訟95条〔旧83条〕）を得て競売に付し、その代金を供託することができる。

③ 相続財産の換価のための競売（932条等）

相続の際に相続財産の清算を行う必要がある場合に、相続債権者等に対する弁済のために相続財産を換価する目的で行われる競売である。限定承認の

11）包括的に列挙したものとして、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』360-365頁〔近藤〕があるが、その後廃止ないし改正された法令（商法や会社更生法の改正、通運事業法の廃止）があるので、本文ではそれを反映した。また、本文に列挙するもの以外にも、金融機関再建整備法25条の７第１項に換価のための競売を定めた規定があり、これは現在でも効力を持つが、戦後処理のための法令であって列挙する意味に乏しいため省略した。

なお、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』363頁〔近藤〕においては、形式的競売の一例として海上運送人（船舶所有者）による運送品の競売の規定（商757条１項）が挙げられている。この規定は、船舶運送における海上運送人に、荷受人に対する運賃その他の費用（商753条１項参照）の支払請求権を担保するために、裁判所の許可（商757条１項、２項）を得て運送品を競売し、その換価金を弁済に充当する権利を認めるものである。海上運送人は、海上運送契約の委託者である荷送人に対して、運賃その他の費用の支払いを請求することができるのに加えて、荷受人が運送品を受領した場合は、荷受人に対しても支払いを請求することができるが、この荷受人が支払うべき運賃その他の費用に関しては、すでに運送品の先取特権がある（民311条３号、318条参照）。したがって、この規定は運送品の先取特権の成立範囲を拡張する――この規定では運送品の先取特権（民318条）の成立要件の一部が要件とされていないことのほか、運送品は債務者（荷受人）の所有物である必要はなく、運送人の占有しているものである必要もない（商757条３項）――意味があると見ることができる（なお、この規定において裁判所の許可が必要であるのは、質物による弁済充当の際の裁判所の許可（民354条、非訟93条〔旧83条ノ２〕）に近い性質のものであると考えられる）。そのため、担保権実行としての競売に準ずるものと考え、本稿の考察対象から除外することにした。

場合において相続債権者及び受遺者に対する弁済のために限定承認者が行う場合（932条）、第一種財産分離の場合において相続債権者及び受遺者に対する弁済のために相続人が行う場合（947条３項・932条）、第二種財産分離の場合において相続債権者及び受遺者に対する弁済のために相続人が行う場合（950条２項・932条）、相続人不存在の場合において相続債権者及び受遺者に対する弁済のために相続財産管理人が行う場合（957条２項・932条）がある。

2　家事事件手続法（家事審判手続の中間処分としての競売）

④　遺産分割審判の中間処分としての競売（194条〔旧家審15条の４第１項〕）

遺産分割審判をするために必要と認められる場合には、家庭裁判所は審判前の中間処分として、相続人に遺産の換価のための競売を命じることができる。

⑤　相続財産分与審判の中間処分としての競売（207条・194条〔旧家審15条の４第３項・１項〕）

特別縁故者に対する相続財産分与審判をするために必要と認められる場合には、家庭裁判所は審判前の中間処分として、相続財産管理人に相続財産の換価のための競売を命じることができる（相続財産分与審判は相続人不在の場合の清算後の残余財産の分与に関するものであるから、本稿の問題関心との関係で議論の実益が少ないため、本稿の検討の対象からは除外する）。

3　商法

⑴　債権者の受領拒絶又は受領不能などに対処するための競売（自助売却）

⑥　商人間売買の売主による目的物の競売（524条１項）

商人間売買において、買主が売買の目的物につき受領拒絶し又は受領不能である場合には、買主に対して催告をした後に、売主は目的物を競売することができる。なお、価格の低落のおそれがある場合は催告は不要である（524条２項）。売主は換価金を供託する必要があるが（524条３項本文）、その前に換価金を代金に充当することができる（524条３項但書）。

⑦　問屋等による目的物の競売（556条・524条、558条・556条・524条、559条2項・556条・524条）

問屋営業等において、問屋等（問屋〔556条〕、準問屋〔558条〕、運送取扱人〔559条2項〕）が買い入れた物品につき委託者が受領拒絶し又は受領不能である場合には、委託者に対して催告をした後に、問屋等は目的物を競売することができる。催告不要、換価金の供託義務及び充当権に関しては、⑥の規定が準用される（556条・524条2項及び3項）。

⑧　運送人による運送品の競売（585条2項、586条1項・585条2項）

物品運送営業において、荷受人不明の場合（585条）や運送品の引渡しに関して争いがある場合（586条）には、荷送人に対して指図の催告をした後に、運送人は運送品を競売することができる。催告不要、換価金の供託義務及び充当権に関しては、⑥の規定が準用される（587条・524条2項及び3項）。

⑨　旅客運送人による手荷物の競売（591条2項・524条）

旅客運送営業において、手荷物が到達地に到達した日から1週間以内に旅客による手荷物の引渡しの請求がない場合には、旅客に対して催告をした後に、運送人は手荷物を競売することができる。催告不要、換価金の供託義務及び充当権に関しては、⑥の規定が準用される（591条2項・524条2項及び3項）。なお、旅客の住所又は居所が知れない場合も、催告は不要である（591条2項但書）。

⑩　倉庫営業者による寄託物の競売（624条・524条1項及び2項、627条・624条・524条1項及び2項）

倉庫営業において、倉庫営業の寄託者又は預証券や倉荷証券の所持人が寄託物につき受領拒絶し又は受領不能である場合には、これらの者に対して催告をした後に、倉庫営業者は目的物を競売することができる。催告不要に関しては⑥の規定が準用されるが、換価金の供託義務及び充当権に関しては⑥の規定が準用されていないので、換価金は倉庫営業者において保管すべきことになる。

⑵　契約の相手方保護のための義務的競売（緊急売却）

⑪　商人間売買の契約解除の場合における目的物の保管・供託のための競売（527条１項但書）

商人間売買において、目的物の瑕疵や数量不足の場合において買主が売買契約を解除した場合（526条１項）や目的物の相違・数量超過の場合（528条）には、売主に目的物を返還するまでは、買主には売主の費用で目的物を保管する義務がある。その際に、目的物に滅失又は損傷のおそれのある場合は、裁判所の許可（527条１項、２項）を得て目的物を競売に付し、その換価金を保管又は供託しなければならない（527条１項但書、528条・527条１項但書）。

⑶　海商法における特殊な競売

⑫　船舶の共有者の持分権の競売（702条１項、２項）

船舶の日本国籍を維持するためには船舶の全部を日本国民が所有していなければならないので（船舶１条２号）、他の共有者が日本国籍を失ったり、他の共有者の持分権が外国人に移転したりすると、当該船舶の日本国籍を維持できなくなる。そのため、船舶の共有者の持分権の移転又は国籍の喪失の場合において、船舶の日本国籍を維持するために、非日本国籍の共有者の持分権を喪失させることを目的として、裁判所に当該持分権の競売を請求することができる[12)]。

⑬　修繕不能の場合における船長による船舶の競売（717条）

船籍港外において船舶が修繕不能となった場合には、船長が船舶所有者を代理して[13)]、管海官庁の認可を得て、当該船舶を競売することができる（現代的には実益のない規定であるため[14)]、本稿の検討の対象からは除外する）。

12）なお、ドイツ商法においては、船舶の共有持分は原則として他の船舶共有者の同意なしに譲渡することができるが（HGB503条１項）、その譲渡により国旗掲揚権を喪失することとなる場合は他の船舶共有者の同意が必要であるから（同２項）、ドイツ法にはこれに相当する競売の規定はない。

4　破産法

⑭　破産管財人による競売[15]（184条１項、２項）

破産管財人が、破産財団所属の財産を換価するための競売である。破産管財人が破産財団所属の財産を換価するには、裁判所の許可を得て任意売却をする方法（78条２項１号、２号）のほか、この規定による競売手続で売却する方法が認められている。当該財産が別除権の目的物となっていたとしても、破産管財人がこの競売手続によって売却することを妨げない（184条２項）。なお、剰余主義の規定（民執63条及び129条）は、この競売手続には適用されない（184条３項）。

5　会社法

(1)　株式の競売

⑮　株式に一株未満の端数が生じた場合の処理のための競売（234条１項、６項・１項、235条１項）

株式会社の一定の行為によって株式に一株未満の端数が生じた場合は、株

13）船長の船籍港外における訴訟代理権の拡張の一環であり、船長との連絡が困難な地にある船舶所有者の利益を図るためのものである（村田治美『体系海商法〔２訂版〕』（成山堂書店、2005年）121-122頁、中村眞澄＝箱井崇史『海商法』（成文堂、2010年）124頁）。修繕不能には、絶対的修繕不能（航海が可能な程度までに修繕することが不可能である場合）と相対的修繕不能（修繕することが可能な地に至ることが不可能である場合〔商718条１項１号〕、修繕費が船舶の価格の４分の３を超える場合〔経済的修繕不能。同２号〕）があるが、経済的修繕不能の場合は船舶を売却して新船舶を購入する方が得策であるとの考慮による（村田・前掲122頁注7））。なお、ドイツ商法においても類似の規定があったが（HGB旧530条）、売却は公然の方法によらなければならないと規定されているのみであった（旧同条３項）。

14）村田・前掲（注13））122頁。

15）これを形式的競売に含めて考えるべきことについては、山木戸克己『破産法』（青林書院、1974年）239頁、谷口安平『倒産処理法〔第２版〕』（筑摩書房、1980年）315頁、香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法⑻』308頁〔園尾〕、竹下守夫他編『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）746頁〔菅家忠行〕、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第２版〕』（有斐閣、2009年）490頁、伊藤眞他『条解破産法』（弘文堂、2010年）1168頁など。

式会社はこれを競売してその代金を株主に交付しなければならない[16]（本稿の問題関心との関係で議論の実益がないため、本稿の検討の対象からは除外する）。

⑯　権利行使がなされない株式の競売（197条１項、５項）

株式会社が株主や登録株式質権者に対する通知又は催告を要しない場合（196条１項、３項・１項、及び294条２項）において、これらの者が５年以上継続して剰余金の配当も受領しなかった場合には、会社はその株式を競売して、その代金を交付することができる（本稿の問題関心との関係で議論の実益が少ないため、本稿の検討の対象からは除外する）。

⑵　特別清算

⑰　特別清算会社の財産の換価のための競売（538条１項、２項）

特別清算会社が、清算のために、特別清算会社が有する財産を換価するための競売である。破産管財人による競売（⑭）とほぼ同旨の規定であり、担保権の目的物となっていたとしても、競売手続によって売却することを妨げず（538条２項）、剰余主義の規定（民執63条及び129条）は適用されない（538条３項）。

⑶　外国会社の清算

⑱　外国会社の清算のための競売（822条３項・538条）

裁判所によって清算の開始を命じられた外国会社の日本にある財産の換価のための競売である。⑰と同旨の規律である。

6　信託法

⑲　清算受託者による信託財産の競売（178条２項）

16）会社法の制定に伴い端株の制度が廃止されており、新たに端株を発生させることは原則としてできない。

信託の終了の際に、受益者又は残余財産の帰属権利者が信託財産に属する財産につき受領拒絶し又は受領不能である場合等においては、清算受託者は当該財産を競売に付することができる。

7　建物の区分所有に関する法律（以下「建物区分所有法」とする）

⑳　建物区分所有法に基づく競売（59条１項）

建物の区分所有者の共同の利益に反する行為をした（又はするおそれのある）区分所有者がある場合に、区分所有者の共同の利益に反する行為による共同生活上の障害が著しく、他の方法によってはその障害を除去するのが困難である場合には、他の区分所有者の全員又は管理組合法人は、集会の決議に基づいて、訴えをもって当該区分所有者の区分所有権及び敷地利用権の競売を裁判所に請求することができる（この勝訴判決に基づく競売である）[17]。

第３章　形式的競売への消除主義の準用

1　消除主義の準用の可否に関する議論の状況

競売の目的物となった不動産の物上負担（担保権・用益権）の取扱いについては、売却によりすべて消滅させて買受人に物上負担がない不動産を取得させる消除主義と、買受人に物上負担があるままの不動産を取得させる引受主義がある。どちらを採用するかは立法政策上の問題であり[18]、不動産金融への影響、通常の売買における負担処理、各種の不動産上の権利の性質と利用状況、

17）区分所有者が建物の保存に有害な行為をしたり、規約で定めた義務に著しく違反したり、その他建物の管理又は使用に関して、区分所有者の共同の利益に著しく反する行為をした場合において、共同生活を継続することが困難な場合に、当該区分所有者との共同生活を解消する措置として認められているものである。したがって、この競売は区分所有権及び敷地利用権を金銭に換価することにその目的があるのではなく、当該区分所有者の区分所有権及び敷地利用権を剝奪することにその目的がある。

18）竹下守夫「不動産競売における物上負担の取扱」同『不動産執行法の研究』（有斐閣、1977年）104頁以下、中野・前掲（注1））416-417頁。

競売の実効予測などを総合的に考慮して決せられるものである[19]。消除主義は、物上負担のない不動産として売却ができるために競売による換価を容易にするという利点がある一方、担保権者には不利な時期における被担保債権の回収を強いることになり得るという欠点もある（引受主義については、この利点と欠点が逆転する）。わが国では物上負担の種類によって両者を併用しているが、原則的には消除主義が採られている[20]（留置権と不用益特約のない質権についてのみ引受主義が採られ、その他は消除主義が採られている〔民執59条１項〕）。

形式的競売に消除主義と引受主義のいずれを採用すべきかについては、大別すると、引受主義によるべきとするもの[21]（引受説）、消除主義によるべきとするもの[22]（消除説）、清算型については消除主義、換価型については引受主義によるべきとするもの[23]（二分説）、の３つの考え方がある。

19）中野・前掲（注1））416-417頁。

20）わが国において原則的に消除主義が採用されている理由としては、本文に述べた競売による換価の容易化以外に、(a)引受主義によると何度も競売がなされることになるという手続経済上の問題点があること、(b)抵当権や先取特権、不用益特約付質権、仮登記担保権の場合は、債権の満足を受けることができれば目的を達することができ、これらの担保権者を害する程度は軽微であること、(c)消除主義に長年親しんできた不動産金融取引界の混乱防止、などが挙げられている。以上については、兼子一『増補強制執行法』（酒井書店、1955年）239頁、中川善之助＝兼子一監修『強制執行・競売〔実務法律大系７巻〕』（青林書院新社、1974年）386頁〔上田徹一郎〕、竹下・前掲（注18））139頁以下、田中康久『新民事執行法の解説』（金融財政事情研究会、1980年）154頁、斎藤秀夫『講義民事執行法』（青林書院新社、1981年）204頁、福永有利「不動産上の権利関係の解明と売却条件」竹下守夫＝鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』（西神田編集室、1981年）340頁、三ケ月章『民事執行法』（弘文堂、1981年）252頁、坂本倫城「留置権による競売申立て」大石忠生ほか編『裁判実務大系(7)民事執行訴訟法』（青林書院、1986年）511頁。

21）浦野雄幸『条解民事執行法』（商事法務研究会、1985年）894頁、香川保一監修『注釈民事執行法(1)』（金融財政事情研究会、1983年）120頁以下〔田中康久〕、松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、2011年）452頁。

22）三ケ月・前掲（注20））467頁、坂本・前掲（注20））514頁、香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法(8)』307-308頁〔園尾〕、奈良・前掲（注3））67頁以下。実務はこの説によっているようである（東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編『民事執行の実務 不動産執行編（下）〔第３版〕』（金融財政事情研究会、2012年）381頁）。

引受説は、形式的競売においては、競売申立人に対する換価金の交付があるのみで配当等（配当又は弁済金の交付）の手続は行われない、という古くからある考え方[24]を前提に、目的物上の担保権を売却によって消滅させることは、担保権者が配当等を受けることができることと表裏をなすものであるから、形式的競売には消除主義を採用する前提が欠けている[25]、また、形式的競売に消除主義を採用すると、担保権者が把握している価値に対応する換価金をも競売申立人に交付することになって不当である[26]、と主張する。形式的競売は目的物を純粋に金銭に換価するのが目的であるから、換価金の全てを競売申立人に交付すべきである、という制度観に基づくものである[27]。

消除説は、形式的競売も強制換価手続と基本的な点で同質な国家的な換価手続であるという考え方から、形式的競売についてもできる限り民事執行法の手続を遵守すべきであって、配当要求も認めてよいし、剰余主義の適用も認めて

23）岡部・前掲（注3））34頁及び38頁注18、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』378-380頁〔近藤〕、田中・前掲（注20））470頁、中野貞一郎編『民事執行・保全法概説〔第３版〕』（有斐閣、2006年）314-315頁〔吉村徳重〕、福永・前掲（注10））238頁、竹下守夫他『ハンディコンメンタール民事執行法』（判例タイムズ社、1985年）489頁〔野村秀敏〕、中野・前掲（注1））776頁。

24）相続財産等の換価のための競売〔③〕について、大判大正２年10月10日法律新聞902号27頁。破産管財人による競売〔⑭〕について、法曹会決議昭和15年７月17日法曹会雑誌18巻10号110頁、法曹会決議昭和10年10月30日法曹会雑誌14巻１号74頁、最高裁判所事務総局編『民事執行事件に関する協議要録』（法曹会、1985年）190頁、最高裁判所事務総局『破産事件における書記官実務の研究〔訟廷執務資料65号〕』（最高裁判所事務総局、1995年）258頁、伊藤・前掲（注15））491-492頁、中野貞一郎＝道下徹編『基本法コンメンタール破産法〔第２版〕』（日本評論社、1997年）259頁〔砂山一郎〕、同261頁〔宮川聡〕、斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二編『注解破産法〔第３版〕(下)』（青林書院、1999年）455頁〔上野久徳〕、同458頁〔斎藤秀夫〕、伊藤他・前掲（注15））1169頁など。これに疑問を呈するものとして、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990年）473頁、竹下他編・前掲（注15））749頁〔菅家〕。

25）浦野・前掲（注3））『条解民事執行法』894頁。

26）浦野・前掲（注3））『条解民事執行法』896頁注４。

27）浦野・前掲（注3））『条解民事執行法』891、894頁。

よい、と主張する[28)]。

二分説は、引受説の制度観を基本にしながら、このような制度観が適用されない清算型という類型の存在を提唱するものである。すなわち、目的物の換価を目的とする換価型の場合は、債権の満足は目的外であるため配当等の手続を行うことはできず、また、目的物の物上負担（担保権や中間用益権）を消滅させるのは、純粋に目的物を換価するという制度目的を超えるものであるのに対して、清算を目的とする清算型の場合は、目的物から弁済を受け得る者に一括して弁済をすることを目的としているから、民事執行法の原則の通り消除主義を採用することに理論的な支障はない、と主張する[29)]。

2　形式的競売の類型化

(1)　清算型と換価型の二分論について

形式的競売の法令上の根拠や目的は多種多様であるから、形式的競売の一般的な性質論――実体法規に定められた換価権に基づく「換価のための競売」である（引受説）、形式的競売も国家的な換価手続である（消除説）――だけを根拠に、形式的競売を均一的に論じるのは不可能であるように思われる。そのような中で、二分説が形式的競売を清算型と換価型に分けて検討しているのは、競売の根拠や目的に着目して一定の類型化をしようとする試みとして評価すべきであろう。

28）三ケ月・前掲（注20））467頁。同書においては、任意競売と強制競売の差異を無暗に誇張するという過去の誤りに陥るべきではないとの主張がなされている。

29）鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法(5)』378-380頁〔近藤〕、中野・前掲（注1））776-777頁、中野編・前掲（注23））316頁〔吉村〕。この他に、換価型について物上負担を消除すべきではないとする理由として、(a)民事執行法は剰余主義を貫いていないから、担保権者の満足が十分に確保されない可能性がある、(b)担保権者や一般債権者の競売申立てがあれば、そちらを優先することになるので、これらの申立てを待てば足りる、ということが挙げられている（中野・前掲（注1））776-777頁）。なお、二分説に対しては、換価型の動産の形式的競売については引受主義を採ることは困難であって、換価型の不動産についてのみ引受主義を採る根拠が薄弱であるとの批判がある（園尾・前掲（注3））14頁、香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法(8)』307-308頁〔園尾〕）。

もっとも、換価型は清算型が切り離された残余としての類型であるにすぎないものであって[30]、換価型の中にもさまざまな目的のものが混在しているため、換価型は（清算型と異なって）純粋な「換価のための競売」であるといったような性質論で、何らかの結論を導き出すことが可能であるかどうかも疑問である。したがって、形式的競売を巡る諸問題を考察する上では、抽象的な性質論に拘泥することなく、形式的競売に属する競売の各々の性質に着目して検討していく必要があるものと思われる。

⑵　性質の類似性の観点からの分類

本稿では論述の便宜のために、性質の類似性の観点から本稿の考察対象となる形式的競売を以下のように分類しておくことにする。

まず、清算を目的とする手続等に付随して、清算事務の便宜のために行われる競売を**清算型**とし、相続財産等の換価のための競売〔③〕、破産管財人による競売〔⑭〕、特別清算会社の財産の換価のための競売〔⑰〕、外国会社の清算のための競売〔⑱〕、清算受託者による信託財産の競売〔⑲〕[31] がこれに属するものとする[32]。

また、清算型に属しないものをさしあたり換価型とし、これに属するものを大きくその目的別に、以下のように分類しておく。

（i）　競売申立人が目的物の引渡義務を負う場合において、目的物自体の引渡義務や引渡しまでの間の目的物の保管義務を免れさせることを目的とする類型（**義務免脱型**）：弁済供託のための競売〔②〕、商法の自助売却〔⑥～⑩〕、商法の緊急売却〔⑪〕[33] [34]

（ii）　競売申立人の利益のために、一定の必要性に基づいて他人の所有権を喪失させることを目的とする類型（**所有者変更型**）：船舶の共有者の持分権の競売〔⑫〕、建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕

30）鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』366頁〔近藤〕は、清算型は当該財産の清算を目的（当該財産から弁済を受け得る各債権者に対して一括して弁済することを目的）とした競売のこととし、換価型はこれ以外のものとしている。

㈢　共有物の分割を目的とする類型（**分割型**）：共有物分割のための競売〔①〕、遺産分割審判の中間処分としての競売〔④〕

31）この規定の競売は受領拒絶又は受領不能を原因として行われるものであるから、後述の換価型の義務免脱型に分類すべきようにも思えるが、以下に述べる通り、この規定の競売は法定信託財産の清算事務の便宜のためのものであると思われるため、本稿では清算型に分類することとした。すなわち、信託法178条１項では「信託の清算のために必要な一切の行為をすることができる」と定められているが、信託行為の別段の定めにより清算受託者に当該信託財産を処分する権限がないこととされている場合には、受領拒絶又は受領不能によって信託の清算事務に支障を来すことになるため、清算受託者の法定権限としてこの競売を規定したものと考えられる。また、その換価金は、専ら当該債権者のために供託（保管）をするのではなく、法定信託財産に帰属することになって、信託債権や受益債権の弁済や残余財産の給付に充てられることになるなど、清算事務のために用いられることになる（以上については、寺本昌広『逐条解説新しい信託法〔補訂版〕』（商事法務、2008年）378頁を参考にした）。このように見てくると、確かに清算受託者が目的物自体の給付義務を免れるためのものであるという側面はあるものの、主たる目的は清算事務の便宜であると考えられる。

32）清算型に属する例として、相続財産の換価のための競売〔③〕を挙げるものは多数である（鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』365頁〔近藤〕、岡部・前掲（注3））34頁、田中・前掲（注20））470頁、斎藤秀夫編『講義民事執行法』（青林書院、1981年）403頁〔住吉博〕、竹下他・前掲（注23））490頁〔野村〕、中野編・前掲（注23））314-315頁〔吉村〕、福永・前掲（注10））238頁、松本・前掲（注21））451頁）。また、特別清算会社の財産の換価のための競売〔⑰〕を挙げるものも比較的多い（鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』365頁〔近藤〕、中野編・前掲（注23））314-315頁〔吉村〕、福永・前掲（注10））238頁、松本・前掲（注21））451頁）。なお、遺産分割審判の中間処分としての競売〔④〕を挙げるものもあるが（竹下他・前掲（注23））490頁〔野村〕、福永・前掲（注10））238頁、松本・前掲（注21））451頁）、遺産分割手続自体は清算を目的とする手続ではないため、本稿では清算型には分類しない。

33）緊急売却は、物の引渡請求権の債権者である売主を保護することを目的としている点で、引渡請求権の債務者の保護を目的とした他のものとは色彩が異なる。もっとも、目的物自体を保管する義務を消滅させるという点では自助売却と目的が共通しているし、「滅失又は損傷のおそれ」がある場合に金銭に換価するという点では弁済供託との共通性がみられるから、さしあたりこの類型に含めておきたい。

3　検討されるべき問題の所在

すでに述べた通り、消除主義を採るか引受主義を採るかという問題はすぐれて立法政策の問題であるところ、わが国においては不動産の売却の便宜の観点から消除主義を採るのを原則とする立法政策上の決断がなされている。また、換価の実をあげるという観点からは、形式的競売においても消除主義を採用するのが好都合である。そこで、形式的競売に消除主義を採用することに何らか

---

34)【補論】ドイツにおける自助売却や緊急売却の規定に基づく動産の売却方法

わが国において動産の形式的競売がなされる類型に相当するドイツ法の規定としては、自助売却〔selbstverkauf〕(BGB383条1項及び3項、HGB373条2項1文）と緊急売却〔Notverkauf〕(HGB379条2項）がある。

ドイツ民法の自助売却の規定（BGB383条）は、動産の引渡義務を負っている場合において、当該動産が供託に適さないときは、競売をして代金を供託でき（同1項)、その際の競売は「公に」(＝「公の競売」によって）なさなければならない（同3項）というものである。ドイツ商法の自助売却の規定（HGB373条）は、買主が商品の受領について遅滞があるときは、売主はその商品を買主の危険及び費用において供託することができ（同1項)、売主は催告をした後にその商品を公の競売に付することができる（同2項）というものである。また、緊急売却の規定（HGB379条）は、隔地の商事売買において、買主が送付を受けた商品について異議を述べたときは、買主は一時保管の義務を負い（同1項)、その商品に腐敗のおそれがあり、かつ遅滞の危険があるときは、HGB373条の規定によってその商品を売却することができる（同2項）というものである。

わが国の自助売却や緊急売却の規定との相違点としては、(a)わが国における自助売却や緊急売却の対象は、条文上は不動産も含まれ得るのに対して、ドイツにおける自助売却や緊急売却の対象は、明文で動産に限られていること（ドイツ民法における自助売却の対象は動産に限られており、ドイツ商法における「商品」は動産に限られている〔HGB1条1号参照〕)、(b)わが国においては、動産競売の手続によってなされるのに対して、ドイツにおいては、「公の競売（öffentliche Versteigerung)」によるか、目的物が市場価格を有するときは、公の権限を有する者に委託して自由に売却することができるものとされていること（BGB385条、HGB373条2項2文)、である。

なお、「公の競売」とは、競売地に任命されている執行官や競売の権限のあるその他の公務員、公に任命された競売人によって、公に行われる競売のことである（BGB383条3項参照)。以上の他に「公の競売」に付するべきものとして規定されているものとしては、BGB966条〔物の拾得者は、物が腐敗する恐れがあるとき又は物の保管について過分の費用を要するときは、拾得物を公の競売に付さなければならない旨の規定〕、BGB1235条〔動産質権の目的物の売却は、公の競売に付さなければならない旨の規定〕がある。

の障害があるのか否かという点が問題となる。

この点について、まず、引受説からは、担保権者に対する配当等の手続がなければ、消除主義の適用の前提を欠くと主張されている。担保権者に対する配当等の手続を行わずに消除主義を採用すると、担保権者が把握している価値に対応する換価金は一度申立人に交付されることとならざるを得ないが、担保権者に一般債権者のような立場で換価金の交付を請求させるというのは、極めて疑問の多い取扱いであろう[35)]。したがって、消除主義によるのであれば、担保権者が把握している価値に対応する換価金については、競売申立人に交付するのではなく、民事執行法上の満足手続によって担保権者に直接配当ないし交付されるべきである。このように、消除主義を採用しつつ競売申立人に換価金を全て交付するという前提を採りえないとするならば、担保権者に対する配当等の手続を行うことができることは、消除主義を採るための前提となることになる。そうすると、まず検討されるべきであるのは、性質上担保権者に対する配当等を行うべきではない（競売申立人に換価金の全てを交付しなければならない）類型があるか否かということである。

また、二分説からは、物上負担や中間用益権を消除することは、目的物を換価するという制度目的を超えると主張されている。この根底には、目的物を単純に換価するために必要な範囲を超えて、目的物を巡る利益状況を変更するべきではないという考慮があるように思われる。消除主義を巡っては、強制競売や担保権実行に関して、かねてから中間用益権者の取扱いについて議論があったところであるが[36)]、形式的競売においても、このような利益状況の変更を

35）なお、法的清算手続に付随する形式的競売〔⑭・⑰・⑱〕に関しては、消除主義が採られることを前提にしながらも、担保権者に帰属すべき部分も含めて、換価金の全てを競売申立人に交付することが前提とされているように考えられる規定――担保権者が受けるべき金額が未確定のときは、競売申立人はその額を別に寄託しなければならない（破184条４項、会538条４項、822条３項・538条４項）――がある。引受説のような制度観の残滓であるか否かは不明であるが、金額が確定した際に競売手続において配当等の手続を行えばよいように思われるから（民執91条及び92条参照）、立法論的には疑問である。

是認することができるか否かについては、検討されるべきであろう。

そこで、次節では、⑴担保権者に対する配当等を行うべきではない類型の有無について、及び⑵物上負担に関する利益状況の変更の妥当性――担保権者の保護の問題については剰余主義の準用の章（第４章）で改めて検討することとして、まずは賃借権者や地上権者などの中間用益権者の保護の問題――について、それぞれ検討することにする。

なお、動産が売却されて引き渡されると、その目的物上の先取特権や質権は行使できなくなるため、動産の場合には引受主義を論じる余地がないから[37]、議論の対象は競売の目的物が不動産（又は大型船舶[38]）である場合に限られる。したがって、義務免脱型については、弁済供託のための競売〔②〕、商人間売買の売主による目的物の競売〔⑥〕、問屋等による目的物の競売〔⑦〕のみが議論の対象となる[39]。

４　検討

⑴　担保権者に対する配当等を行うべきでない類型の有無

通常の強制競売の手続において、担保権者に当然に配当受領資格が認められるのは、一種の物上代位的な考え方によるものである（消除主義を前提にすれば、競売目的物の売却によって担保権は消滅することになるので、担保権者は競売目的物の換価金に物上代位をすることが許されてしかるべきだからである）。したがって、換価金の交付請求権に物上代位をすることが可能である類型――換価

36）詳細については、兼子・前掲（注20））240頁、竹下・前掲（注18））146頁以下、同164頁以下、福永・前掲（注20））365頁以下など参照。

37）鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』377頁〔近藤〕、香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法⑻』290頁〔園尾〕。

38）総トン数20トン以上の船舶（民執112条）に関しては、基本的に不動産競売の規定が準用される（同121条）。

39）緊急売却〔⑪〕の要件は基本的に動産を想定したものである。また、運送人による運送品の競売〔⑧〕や旅客運送人による手荷物の競売〔⑨〕、倉庫営業者による寄託物の競売〔⑩〕については、契約類型の性質からして目的物が不動産ということはあり得ない。

金の交付請求権者が競売目的物の所有者である場合――に関しては、端的に担保権者に対する配当等を行うことを認めるべきである[40)]。そうすると、清算型に関しては、競売目的物の所有者（又は管理権者）が換価金の交付請求権者であるから[41)]、担保権者に対する配当等を行うことを認めるべきものと考えられる[42)]。また、換価型のうちの所有者変更型や分割型に関しては、競売目的物の所有者が換価金の交付請求権者であるから[43)]、担保権者に対する配当等を行うことを認めるべきものと考えられる。

以上に対して、換価型のうちの義務免脱型については、競売目的物の所有者はほぼ換価金の交付請求権者とはならないため、配当等を行うことを認めるかどうかについては一考を要する問題であるが、結論としては肯定すべきである。なぜなら、本来の目的物自体の供託に代えて、本来の目的物の価値以上の代価を供託させる理由はないので、担保権者に対する配当等を行っても不当ではないからである。

したがって、担保権者に対する配当等を行うべきではない類型はないものと

40）例えば、形式的競売は換価が目的であって債権者の満足を目的としたものではないといった形式論によって、別途担保権者に換価金の交付請求権に物上代位させるのは、あまりに迂遠な処理であると思われる。

41）清算受託者による信託財産の競売〔⑲〕については、目的物の所有権は信託終了後も法定信託財産に帰属するから（四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1989年）352頁、新井誠『信託法〔第３版〕』（有斐閣、2008年）377-378頁）、目的物の換価金も法定信託財産に帰属することになるので（寺本・前掲（注31））378頁）、法定信託財産の帰属者である清算受託者（信託受託者）に換価金を交付することになる。

42）結論同旨のものとして、竹下他編・前掲（注15））749頁、中野・前掲（注1））777頁、中野編・前掲（注23））316頁〔吉村〕、福永・前掲（注10））239頁。相続財産等の換価のための競売〔③〕について結論同旨のものとして、岡部・前掲（注3））34頁、竹下他・前掲（注23））490頁〔野村〕。

43）遺産分割審判の中間処分としての競売〔④〕については、遺産の所有者である相続人ではなく、遺産の管理者に対して換価金を交付することとされているが（民執規181条）、遺産の管理者は相続人の法定代理人としての性質を有している（斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判規則〔改訂〕』（青林書院、1992年）354、352頁〔野田愛子〕）から、債務者に対して交付しているのと同様のものと考えてよい。

思われる[44)]。

⑵　賃借人や地上権者などの中間用益権者の保護

強制競売や担保権実行の場面においては、明文の規定で中間用益権を消除することが認められており（民執59条２項）、さしあたり中間用益権者に対して不利益を課すことがやむを得ないものとして評価されていると見ることも可能である。しかし、形式的競売に関しても同じように評価することができるであろうか。

まず、清算型の場合は、責任財産に含まれる財産を清算の目的（一括して債権者に分配する目的）で換価するものであるから、強制競売や担保権実行の場面と大きく利益状況が異なるわけではないと考えられる。

これに対して、換価型の場合は、目的物を換価するだけのために中間用益権を消滅させることが相当であるかという点は、改めて考慮されなければならな

---

44)【補論】有名義の一般債権者の配当要求の可否

担保権者に対しては配当受領資格を認めても、有名義の一般債権者の配当要求は形式的競売の目的を超えるので認められないという見解も有力なので（岡部・前掲（注3））31頁以下、同35頁、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』383頁以下〔近藤〕、生田治郎「留置権の実行をめぐる諸問題」加藤一郎他編『担保法大系〈第２巻〉』（金融財政事情研究会、1985年）842頁、中野・前掲（注1））777頁）、有名義の一般債権者の配当要求についても蛇足ながら検討をしておきたい。

まず、清算型については、有名義の一般債権者による配当要求は否定すべきである。なぜなら、法的清算手続に付随する清算型については、一般債権者による強制執行などの個別的な権利行使は禁止されているので（破42条、会515条、会822条３項・515条）、一般債権者は法的清算手続において弁済を受けるべきであるからである。また、法的清算手続を伴わない清算型についても、相続財産等の換価のための競売〔③〕の場合は、債権者は限定承認者等から弁済を受けることが予定されており（民929）、また、清算受託者による信託財産の競売の場合〔⑲〕の場合も、注31）において述べたように、一般債権者は清算受託者から弁済を受けることが予定されているからである。

次に、換価型のうちの所有者変更型と分割型については、所有者（＝一般債権者の債務者）に対して換価金の交付をすることになる類型であり、一般債権者がこの交付請求権を差し押さえるのと同じことであるから、端的に一般債権者による配当要求を認めるべきであると考えられる。

いであろう。もっとも、換価型においては、不動産の中間用益権が問題となる事象はかなり限定的である。すなわち、義務免脱型で不動産が対象となり得る場合〔②・⑥・⑦〕は、受領拒絶又は受領不能がその要件になっているが、不動産に対抗力のある賃借権や地上権が存在している場合には、所有権の移転に伴って中間用益権の目的不動産の間接占有が当然に新所有者に移転するから、中間用益権が問題となり得る場合は競売の要件を満たすことはない。また、所有者変更型のうち大型船舶の共有者の持分権の競売〔⑫〕の場合は、共有者の一人の持分権上の抵当権の実行によっては、共有物上の用益権は直接的にその影響を受けることはないと考えてよいように思われる[45)]。

そうすると、中間用益権者の保護が問題となり得るのは、所有者変更型のう

義務免脱型については、ほとんどの場合は動産が目的物となるはずであるが、動産が目的物である場合は、一般債権者が形式的競売の手続において目的物から債権の満足を受けるという事態は考えにくいように思われる（競売目的物が動産の場合は、その目的物を競売申立人が占有していることから、動産の所有者に対して債権を有する有名義債権者は当該競売申立人が承諾しない限り差押えができないので、事件の併合ということは考えにくいためである）。不動産が目的物になり得る場合〔②・⑥・⑦〕のうち、②については、一般債権者が供託された換価金の還付請求権を差し押さえることができるのは、目的物の引渡請求権者が所有者（＝一般債権者の債務者）である場合であるから、この場合には一般債権者による配当請求を認めるべきであると考えられる。また、⑥・⑦については、交付された換価金を代金債権に充当することが可能であるから、買主や委託者が所有者（＝一般債権者の債務者）である場合において、一般債権者による配当要求を認めないのであれば、競売申立人は代金債権について優先権を持っているのと同様のことになるが、不動産売買の先取特権には登記が必要であること（民340条）との均衡からすると、競売申立人が一般債権者に先立って優先的に代金債権の満足を得られる根拠は乏しいから、一般債権者による配当要求は認められるべきであると考えられる。

したがって、清算型では一般債権者は配当要求をすることはできないものの、換価型では一般債権者の配当要求を認めるべきである（但し、義務免脱型の場合は、目的物の引渡請求権者が所有者〔＝一般債権者の債務者〕である場合に限る）。

なお、形式的競売においてはその性質上（換価目的の競売であるという制約から）当然に一般債権者には配当等をなし得ない、というような理解を維持するのは困難であることにつき、山口信恭「共有物（不動産）分割のための競売における一般債権者の地位」判時1525号（1995年）４頁以下参照。

ちの建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕と分割型である。中間用益権を保護すべきであるとすれば、すべての物上負担について引受けとする売却条件で競売手続を行うべきことになるから、売却が困難となるなどの引受主義の弊害を甘受してでもなお、それぞれの場合の利害関係人の実体的な関係性や競売目的との関係で中間用益権を保護するに値するかが問題となると考えられる[46)]。

この観点から検討すると、建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕に関しては、売却によって所有者を変更する必要性が高いことから認められているものであるから、売却が困難となるのは競売目的を著しく阻害することになるし、また、賃借人が受ける不利益については、競売申立人との関係では賃貸借契約の当事者間の内部関係の問題にすぎない（賃借権に優先する抵当権があるにもかかわらず賃貸人が共同利益侵害行為を行うことは、賃貸人の賃借人に対する債務不履行となり得るにすぎない）と評価することも可能であろう。

これに対して、分割型の場合は、競売申立人と中間用益権者とは賃貸借契約の当事者の関係にあり、賃貸人が共有物や遺産の分割の手続を採ることによって、賃借人が不利益を受けるという関係に立っているから、中間用益権者の利益は競売申立人との関係で直接的に保護されるべきものである。また、共有物や遺産を分割するという目的のためだけに中間用益権が消滅するというのは、後順位の担保権の実行により中間用益権が消滅するということよりも、より不合理感がないではない。

45）この点に関して論じたものを発見することはできなかったが、共有者の一人の持分権に抵当権が設定され、その後に共有者全員の同意によって共有目的物を賃貸した場合（全員の同意の必要性について最判昭和29年12月23日民集８巻12号2235頁参照）、この賃貸には他の共有者の持分権に応じた使用の側面があり、共有者の一人（買受人）は当然には他の共有者の持分権に応じた使用をやめさせることはできないことからすると、本文のように考えられるのではないかと思われる。

46）福永・前掲（注20））368頁は、中間用益権の取扱いについては、「単に手続上の考慮のみから決定してよいという問題ではなく……実体的にみて中間用益権をどの程度に保護する必要性があるかが十分に考慮されなければならない」としている。

したがって、分割型の場合には、中間用益権が存在するにもかかわらず競売が命じられた場合は、基本的には全ての物上負担を引受けとする売却条件で競売手続を行うべきであるように思われる。

5　小括

形式的競売においても、すべての類型について担保権者に対する配当等の手続を行うことが認められるべきであるから[47]、この点では消除主義を採用することに問題はない。

また、中間用益権者が存在する場合の分割型を除いては、中間用益権の保護の観点からの問題もないので、剰余主義の準用によって担保権者の利益が保護されるか、剰余主義の準用が否定されるべき場合であっても、担保権者の利益状況を変更することが是認される場合であれば、形式的競売においても消除主義を採ることには問題はないと考えられる。この点は次章において論じることにする。

第４章　形式的競売への剰余主義の準用

1　問題の所在

剰余主義とは、差押債権者の権利に優先する権利に対する満足を与えるに足りない売却を許さないものとする原則である。旧民事訴訟法649条１項は「差押債権者ノ債権ニ先タツ債権ニ関スル不動産ノ負担ヲ競落人ニ引受ケシムルカ又ハ売却代金ヲ以テ其負担ヲ弁済スルニ足ル見込アルトキニ非サレハ売却ヲ為スコトヲ得ス」と規定して、この規定に違反している場合は売却不許可事由とすることにより（旧民訴672条３号）、剰余主義を厳格に貫いていた。なお、あらかじめ無剰余が見込まれる場合については、旧民事訴訟法656条の規定に

47）三ケ月・前掲（注20））467頁、竹田稔『民事執行の実務Ⅰ 抵当権実行・強制競売・強制管理編』（酒井書店、1980年）228頁、香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法⑻』294、309頁〔園尾〕。

よって、差押債権者が優先する権利に満足を与えてなお剰余がある価額を申し出て、その申出額に相当する保証を提供し、買受人が現れない場合には自らその申出額で買い受ける旨の申立てをしなければ、強制競売の手続が取り消されることになっていた。

これに対して、現行の民事執行法においては、旧民事訴訟法649条１項に対応する条文は置かれなかったため、無剰余の場合であっても売却不許可事由になることはなく、厳格な意味での剰余主義は採用されていない。もっとも、現行法においても、旧民事訴訟法656条とほぼ同旨の無剰余の見込みの場合の措置の規定である民事執行法63条１項２号（動産等の場合の無剰余差押えの取消しについては129条２項）があり、現行法はこのような措置によって、剰余主義の考え方を維持しているといえる。

さて、旧競売法下においては、旧民事訴訟法649条１項の規定を任意競売（担保権実行としての競売や広義の形式的競売）に準用するか否かについて争いがあり、判例は、後順位の抵当権にも目的物を競売する権限があり、抵当権の実行は目的不動産上の担保物権の全てのためであるので、剰余がなくても無益とはいえないという理由によって、この規定の準用を否定していた[48)]。これに対して、現行の民事執行法では、民事執行法188条（及び192条）の準用規定があるため、民事執行法63条（及び129条）が担保権実行としての競売に準用があるのは明らかであるものの、形式的競売については「担保権実行としての競売の例による」（民執195条）と規定されているのみであって、民事執行法63条（及び129条）の規定の準用の有無は一義的には明らかではない[49)]。

そこで、形式的競売に剰余主義（無剰余の見込みの場合の措置）の規定を準用

48）当初の判例は準用を肯定する見解であったが（大決大正４年３月９日民録21輯252頁）、後に否定する見解に転じている（大決昭和５年７月１日民集９巻11号834頁、大決昭和６年11月30日民集10巻1143頁、大決昭和６年６月９日法律新聞3292号13頁）。このような判例の転回に疑義を呈していたものとして、岩松三郎『競売法』現代法学全集32巻（日本評論社、1930年）79頁、斎藤・前掲（注4））『競売法』137頁。過去の議論の経緯の詳細については、竹下・前掲（注18））96頁、中川＝兼子監修・前掲（注20））388頁〔上田〕参照。

するべきであるか否かについて、剰余主義の趣旨を踏まえながら検討をしていきたい。

なお、目的物の価額が手続費用を超えない場合の措置に関する民事執行法63条１項１号（動産等の場合の無剰余差押えの禁止については129条１項）についても、広い意味での剰余主義の範疇に入るものとして、以下の検討の対象に含めることにする。また、以下では不動産の場合の無剰余の見込みの場合の措置（民執63条１項）を念頭に検討することとし、無剰余差押えの禁止・取消し（民執129条）については条文の掲記等は基本的に省略する。

2　形式的競売における剰余主義の意義

⑴　剰余主義の趣旨

剰余主義の意義については、旧法（旧民事訴訟法）下においては、差押債権者にとって無剰余の換価を無益執行として排除するという執行法上の合目的的な要請によるもの（無益競売の禁止・合目的説）という考え方が一般的であったが[50]、先順位の権利が後順位の権利の行使によって害されることから保護するという物権法秩序の当然の要請によるもの（優先権利者の保護・物権法秩序説）という考え方も主張されていたところである[51]。

現行法（民事執行法）の63条１項２号の規定によれば、無剰余の見込みの場合の措置がなされることになるのは、買受可能価額が手続費用および優先債権の見込額の合計に満たない場合であり、論理的には競売申立人に対する配当等の見込みがなくても競売手続が取り消されることはないから、無益競売の禁止

49）一般的に剰余主義の準用を認めるものとして、三ケ月・前掲（注20））467頁、生田・前掲（注44））842頁、岡部・前掲（注3））34頁、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法⑸』381頁〔近藤〕。

50）大決大正４年３月９日民録21輯252頁、兼子・前掲（注20））239頁、三ケ月・前掲（注20））261頁、中野・前掲（注1））417頁注１、山木戸・前掲（注10））147頁、福永・前掲（注10））137頁、松本・前掲（注21））169頁など。

51）竹下・前掲（注18））101頁以下、鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法⑵』（第一法規、1984年）246頁以下〔竹下守夫〕。

の要請がその規定ぶりからは読み取りにくくなっている[52]。しかし、優先債権の満足は得られるものの競売申立人に対する配当等ができる見込みはない、といった限界的な事例を想定するのは現実的にはあまり意味のないことであるから、両説の間には単に説明の切り口の違いがあるにとどまるように思われる。そこで本稿では、剰余主義には無益競売の禁止と優先債権者の保護の両側面があるものとして検討をしていきたいと思う[53]（なお、優先権利者が存在しない場合である63条１項１号の規定の場合は、専ら無益競売の禁止の要請が妥当することは当然である[54]）。

⑵　形式的競売における優先権利者の保護の要請と無益競売の禁止の要請

㈠　優先権利者の保護の要請

優先権利者の保護の要請（物権法秩序の維持の要請）の眼目は、先順位の権利者の競売時期選択権の保護にあるといってよい。もっとも、競売時期選択権を

52）これに対して、旧民事訴訟法656条は「最低競売価額ヲ以テ差押債権者ノ債権ニ先タツ不動産上ノ総テノ負担及ヒ手続ノ費用ヲ弁済シテ剰余アル見込ナシトスルトキ」、すなわち優先する権利に対して満足を与えたうえで剰余がある見込みがなければ競売手続を取り消すという規定であった。

53）中野・前掲（注1））431-432頁注１は、剰余主義が物権法秩序の要請であるとしても、不動産競売の局面でそれをどこまで貫くかは、多面的な立法政策的な考慮によるべき問題であり、不動産競売の機能の維持の観点も考慮されるべきであるとする。また、最判昭和43年７月９日判時529号51頁は、「差押債権者に配当されるべき余剰がなく、したがって、差押債権者が執行によって弁済をうけることができないのにもかかわらず、無益な競売がされるとか、また、優先権者がその意に反した時期に、その投資の不十分な回収を強要されるというような不当な結果を避け、ひいては執行機関をして無意味な執行手続から解放させる趣旨のものであるから、差押債権者、優先権者および公益を保護することを趣旨とする」として、両者の要請を並列している。

54）63条１項１号の規定上も、買受可能価額が手続費用の見込額を超えない場合に無剰余の措置が採られることになっている。なお、中川＝兼子監修・前掲（注20））388頁以下〔上田〕は、物権法秩序説を支持しながらも、「執行費用を償うにも足りず、申立権者はなんらうるところがない場合をも剰余主義がカバーするものだとすれば……無益執行禁止の観点……をも副次的に並存させねばならない」としている。

制限することを認める抵当権消滅請求制度（民379条以下）等の存在も考えれば、競売時期選択権の保護という意味での優先権利者の保護の要請は絶対的なものではなく、他の要請から相対化され得るものであるといえる。

形式的競売においても、法的清算手続に付随する形式的競売の場合〔⑭・⑰・⑱〕については、競売時期選択権を制限する明文の規定がある（破184条3項、会538条3項、同822条3項・538条3項）[55]。これらの規律は消除主義が前提とされているので、優先権利者に担保目的物からの満足を得る上での不利益があり得てもなお、競売手続を続行して換価をすることが優先されていることになる。これが許容される根拠について、破産管財人による競売の規定〔⑭〕に関しては、剰余が生じる見込みがない場合でも、財産の管理に要する費用や公租公課等は破産財団の負担となるため、財団債権の増加の防止のために換価が必要であるから[56]――担保権者の利益を侵害しても、破産財団の負担軽減に優位性を認めたもの[57]――と説明されている。また、特別清算会社の財産の換価のための競売〔⑰〕に関しては、無剰余換価の禁止の規定を適用すると、剰余が生じる見込みがないときは、清算株式会社の申立てに基づく競売手続は取り消されることになり、特別清算手続の迅速な進行の妨げになるからと説明されている[58]。

以上の説明を総合すると、ある特定の時期に競売によってある財産を売却処分する必要性が、民事執行法63条の規定を排除する理由となっているというこ

55）古い学説には、担保権者による担保権実行としての競売の補充的性格を有するとして、無剰余換価は禁止されるとの説もあったが（加藤正治『破産法要論』（有斐閣、1947年）328頁、斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二編『注解破産法〔第3版〕(下)』（青林書院、1999年）460頁〔斎藤秀夫〕)、このような考え方を明文で排除したものである。

56）竹下他編・前掲（注15)）747頁〔菅家〕、伊藤他・前掲（注15)）1170頁。また、無剰余の場合でも破産財団から放棄することが適切ではない場合があることも指摘されている（山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞已＝水元宏典『倒産法概説〔第2版〕』（弘文堂、2010年）383頁〔山本和彦〕)。

57）伊藤他・前掲（注15)）1168頁。

58）萩本修編『逐条解説 新しい特別清算』（商事法務、2006年）151頁。

とができる[59]。これは、優先権利者の競売時期選択権の保護が、特定の時期に競売を実施する必要性という観点から後退し得ることを意味すると言えよう。

(イ) 形式的競売における無益競売の禁止の要請

民事執行法63条の規定を排除する前述のような理由を前提にすると、形式的競売の場合における競売の無益性は、通常の意味での無益競売の禁止における競売の無益性――競売申立人に対する配当等があるか否かという問題――の観点からだけではなく、競売によって売却処分すること自体の必要性があるか否かという問題にも関わることになる。

(ウ) 小括

以上のように、形式的競売に剰余主義の規定の準用をすべきか否かを考える上では、優先権利者の保護の要請を後退させることができる根拠――ある特定の時期に競売による売却処分を実施する必要性――や、形式的競売の場合における競売の無益性――競売によって売却処分すること自体を目的としているか否か――の観点からの検討が不可欠である。

---

59) なお、清算手続中に担保権が付着している財産を売却処分することは、本文に述べたようにあくまで手続法上の要請であって、財産に担保権が存在するまま法的清算手続を終了させても、債務者のない担保権が生じるようなことはないから、当該財産から担保権を消し去らなければならないという実体法上の要請があるわけではない。すなわち、破産手続の場合は、破産財団所属の財産に担保権が存在するまま破産手続が終了したり、当該財産が破産財団から放棄されたりしたとしても、個人破産の場合は破産者に、法人破産の場合には清算会社に、当該財産の管理処分権が移転するだけである。また、清算会社の場合は、清算会社財産の処分がなされないまま清算手続が終了したとしても、現務が結了していないものと解されるから法人格は存続する（江頭憲治郎『株式会社法〔第4版〕』（有斐閣、2011年）932頁、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫『新版注釈会社法(13)』（有斐閣、1990年）317頁〔中西正明〕、竹内昭夫『株式会社法講義』（有斐閣、2001年）754頁、前田庸『会社法入門〔第13版〕』（有斐閣、2009年）781頁）。

3　検討

(1)　清算型

清算型については、法的清算手続に付随する場合は明文で剰余主義の準用が排除されているが、法的清算手続を伴わない場合（相続財産等の換価のための競売〔③〕や清算受託者による信託財産の競売〔⑲〕）については明文の規定がないため、どのように考えるべきかが問題となる。

まず、清算対象財産を以って担保権者の不足額を含めた総債務を完済することができる場面のうち、被担保債権の弁済責任を清算対象財産が負担する場合においては、結論を導くための決定的な要素は見いだせない。なぜなら、この場面で剰余主義の規定を準用しても（保証の提供〔民執63条２項〕が不足額を弁済するのと同様の機能を持つため）清算事務の完結に支障をきたすことはないし、準用を否定しても（不足額は清算対象財産から弁済されるため）担保権者の利益を害することはないからである。

また、清算対象財産を以って総債務を完済することができない場面においても、結論を導くための決定的な要素は見いだせないように思われる。なぜなら、この場面では破産手続開始原因があるため（破223条、244条の３）、剰余主義の規定の準用に関していずれの結論を採ったとしても、結果的には無剰余での換価がなされ得る状況にあるからである（破184条３項）。

以上に対して、清算対象財産を以って総債務を完済することができる場面のうち、被担保債権の弁済責任を清算対象財産が負担しない場合（物上保証）においては、剰余主義の規定の準用の有無が重要な問題になる。前節での検討からすると、この場合において無剰余であっても換価が許されるのは、清算対象財産に属する財産を処分すること自体が清算事務の完結のために必要な場合であると考えられる。したがって、清算受託者による信託財産の競売〔⑲〕に関しては、剰余主義の規定の準用を否定すべきである[60)]。

60）相続財産等の換価のための競売〔③〕に関して、東京高決平成５年12月24日判タ868号285頁も準用を肯定する。もっとも、相続財産が債務超過の場面では、破産手続における処理との均衡から、準用を否定することも十分にあり得るように思われる。

⑵　所有者変更型

㈠　優先権利者の保護の要請の観点

所有者変更型に関しては、船舶の国籍喪失による不利益（⑫）や集合住宅での共同生活上の不利益（⑳）を解消するべく、できる限り早期に競売を実施する必要があるので、ある特定の時期に競売による売却処分を実施する必要性に基づいているということができる。目的物がオーバーローンであるという理由で、国籍喪失の不利益や集合住宅での共同生活上の不利益を甘受させるのは、規定の目的に反するものと思われる[61]。

㈡　無益競売の禁止の観点

所有者変更型は所有者を変更すること自体を目的としているので、換価金の交付の有無は競売目的とは無関係であり、まさしく競売によって売却処分をすること自体を目的としているといえる。

㈢　小括

したがって、所有者変更型に関しては、剰余主義の規定の準用を否定すべきである[62]。

⑶　義務免脱型

㈠　優先権利者の保護の要請の観点

義務免脱型においては、ほとんどの場合は動産が目的物となるはずである

61）船舶抵当権や区分所有住宅に対する抵当権は、内在的に競売時期の選択権を制約され得るものであるという捉え方もあり得る。東京高決平成16年５月20日判タ1210号170頁は、区分所有権は建物区分所有法59条による競売請求を受ける可能性を内在した権利であるから、区分所有権を目的とする担保権はこのような内在的制約を受けた権利を目的とするものであるので、当該担保権を有する債権者がその意に反した時期に、その投資の不十分な回収を強要される事態が生じたとしても、それは不測の不利益でも不当な結果ともいえないとしている。

62）建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕につき、東京高決平成16年５月20日判タ1210号170頁、中野・前掲（注1））776頁、法務省民事局参事官室編『新しいマンション法』（商事法務、1983年）320頁も結論は同旨であるが、配当手続を予定していないため民事執行法63条の制限を受けないという論理であり、理由付けには賛成することはできない。

が、この類型で動産が目的物である場合は、優先権利者の保護の要請を考慮する必要性はないものと思われる。なぜなら、動産質権者の場合は、目的物である動産を競売申立人が占有していたのであるから配当要求をすることはできないし（民352条）、動産先取特権者の場合は、目的物の譲渡による引渡しによって動産先取特権は行使することができなくなることからすると（民333条）、その競売時期選択権の保護を考慮する必要性は乏しいからである[63]。

これに対して、目的物が不動産の場合〔②・⑥・⑦〕については、優先権利者の保護が問題となる。義務免脱型の目的は、早期に目的物自体の引渡義務や保管義務を免れさせることにあることからすると、ある特定の時期に競売による売却処分を実施する必要性に基づいているということができる。また、この類型が対象としているのは目的物の譲渡の場面であるから、第三取得者の登場によって競売時期選択権が制約され得ることからすると（民379条以下参照）、優先権利者の競売時期選択権を保護する要請はさほど強くないと考えられる。

(イ) 無益競売の禁止の観点

義務免脱型においては競売の後に申立人が代金を保管・供託することが予定されているので、申立人に対する換価金の交付がなければ競売の目的を達成できないとも思える。しかし、前述の通り、この類型の競売の主たる目的は早期に目的物自体の引渡義務や保管義務を免れさせることにあるのであって、代金の保管・供託の点は必ずしもこの類型の本質的な目的ではないといえるから、競売によって売却処分をすること自体を目的としているものと考えられる。

63）仮に動産譲渡担保権者による配当要求が認められるという立場を採った場合でも、特別の動産先取特権で述べたことは、動産譲渡担保権にも同じように当てはまる。目的物に動産譲渡担保権が付着していたとしても、買主が善意で目的物を買い受けて引渡しを受けた場合には、動産譲渡担保権は即時取得によって消滅することになるから、追及効がないのと同様に考えてよいからである。なお、買主が悪意であった場合は、動産譲渡担保権が付着したままの所有権を取得するに過ぎないため、引受主義が採られているのと同じことである。

(ウ) 小括

したがって、義務免脱型に関しては、剰余主義の規定の準用を否定すべきである。

(4) 分割型

分割型については、競売申立人又は共有者に対する換価金の交付がなければ、金銭の交付によって分割をするという目的が達成できないので無益な競売ということができるし、担保債権者の利益を害してまで特定の時期に競売（分割）を実施する必要性はないように思われる。

したがって、分割型に関しては、剰余主義の規定の準用を否定する根拠は乏しいように思われる。

4　結論

以上の検討を総合すると、清算型の一部〔③〕と分割型については民事執行法63条１項各号（及び129条各項）の規定を準用すべきであり、それ以外の類型については準用を否定すべきである。

なお、剰余主義の規定の準用が否定された類型に関しては、消除主義の採否との関係が問題になるが、これらの類型で剰余主義の規定の準用が否定されるのは、担保権者の利益状況の変更が正当化できること、すなわち優先債権者の保護の要請が後退することに基づいているため、消除主義の規定を準用して差し支えないものと考える。

第５章　競売目的物の譲渡と競売手続の適法性

1　問題領域の設定――競売手続開始後の譲渡について――

最決平成23年10月11日集民238号１頁においては、競売目的物が譲渡されていた場合における建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕の開始要件充足性が問題となっていた。本章では、このような競売目的物の譲渡が形式的競売の競売手

続の適法性に与える影響について検討してみたい。

検討を始める上でまず重要な点は、競売手続開始後の譲渡の場合も検討対象に含める必要があるかどうかである。なぜなら、強制競売の際には差押えの処分禁止効があるため、競売手続開始後の譲渡を問題とする必要はないのに対し、形式的競売の場合には、競売手続の開始に伴って目的物の差押えがなされることになるものの（民執195条・188条・45条１項、195条・192条・122条１項）、この差押えに処分制限効があるか否かが以前から問題になっていたからである。処分制限効を否定する説の理由は、形式的競売の申立権者は目的物の所有者や他の共有者の処分を制限する実体法上の権限を有しないというものであり[64]、肯定する説の理由は、処分制限効を認めないと、手続中に物上負担が増加してしまう上に、代金を納付した買受人に移転登記がなされるまでの間に第三者が差押えをすると、買受人が所有権を取得できなくなるというものである[65]。仮に否定説を採用するとすれば、競売手続開始後における譲渡も問題となるので、この点をどう考えるかが問題領域の設定の上で重要となる。

この点を検討する上では、差押えの処分制限効の根拠を確認しておく必要がある。不動産の強制競売における差押えに処分制限効が必要とされるのは、(a)当事者を恒定する必要性（処分制限効がなければ、競売手続中に債務者から目的物を買い受けた第三者が第三者異議の訴えを提起する可能性がある）、(b)差押債権者の保護の必要性（処分制限効がなければ、差押債権者に優先する物上負担が競売手続中に増加するのを防ぐことができないため、差押債権者の利益を害する策動がなされ得る）、(c)買受人の保護の必要性（処分制限効がなければ、競売手続中に債務者から目的物を買い受けた第三者が対抗要件を具備すると、第三者が買受人に所有権を対抗できることになり、買受人が所有権を取得できないことになる）によるも

64）浦野・前掲（注3））『条解民事執行法』893頁。

65）岡部・前掲（注3））26頁、鈴木＝三ケ月編・前掲（注2））『注解民事執行法(5)』375頁〔近藤〕、香川監修・前掲（注3））『注釈民事執行法(8)』292頁〔園尾〕、住吉博『民事執行法入門』（法学書院、1980年）268頁など。

のであると考えられる[66)]。

こうしてみると、すべての要請は競売手続の実効性や競売手続の進行の安定を図るという手続法的な考慮によるものであり、処分を制限する実体法上の権利の有無を問題とする否定説の理由付けは当を得ないように思われる。

また、(c)の要請は、わが国の競売手続においては、その種類を問わず通有的に必要なものであると考えられる。すなわち、担保権実行としての競売手続においては、担保権には随伴性があるので(a)の要請は必要がなく、担保権の設定登記によってそれに後れる権利に当該担保権は優先することになるので(b)の要請も必要がないものの、買受人への所有権の移転を伴う以上は(c)の要請が必要であることに変わりがない。それゆえに、担保権実行の場合の差押えにも処分制限効が必要となると考えられる。そして、買受人への所有権の移転を伴うという点は形式的競売においても同様であるから、差押えの処分制限効の有無に関して、形式的競売を他の競売と殊更に区別する理由はないように思われる。

したがって、形式的競売においても、競売による売却によって買受人に所有権を移転させる以上、その差押えには処分制限効が必要であると解するべきである[67)]。そうすると、問題領域は競売手続開始前の譲渡の場合に限られることになるので、以下では専ら競売手続開始前の譲渡について検討していくこととする。

2　競売手続開始前の譲渡について

(1)　はじめに

競売目的物の権利帰属関係がそれぞれの形式的競売の開始要件そのものと

66）例えば、中川＝兼子監修・前掲（注20））333頁〔石丸俊彦〕において、「差押えの効力が生ずると債務者は不動産を処分する権限を制限される。これは国家機関である執行裁判所が債権者のために、債務者所有の不動産を換価するにあたり、その交換価値を競売開始決定当時の状態に保持し、第三者の介入による無用の混乱を排除して、その交換価値をもって債権の満足を与えるとともに、競落人を保護しようとするものである。」という説明がなされているのは、このような趣旨であると思われる。

なっている場合――例えば、清算型においては、競売手続開始時において競売目的物の権利が清算対象財産に帰属していなければ、競売手続を開始することは許されない――には、競売手続開始前の目的物の譲渡によって開始要件を欠

67）【補論】ドイツ法の不動産の形式的競売における差押えの処分禁止効について

1　わが国において不動産の形式的競売がなされる類型に相当するドイツ法の規定

ドイツ法においては、強制競売及び強制管理に関する法律（ZVG）において、破産管財人による破産財団所属の不動産の競売（ZVG172条以下）、相続債権者に対する弁済のための有限責任の相続人の申立てによる不動産の競売（ZVG175条以下）、共有関係解消のための不動産の競売（ZVG180条以下）が規定されている。これらについては、通常の不動産強制競売と同様に（ZVG172条、176条、180条が包括的に通常の不動産強制競売の規定を準用している）、引受主義と剰余主義が採用されている（ZVG44条１項、52条１項）。

⑴　破産管財人による破産財団所属の不動産の競売

わが国の破産法184条に相当する規定である。破産管財人は破産財団に所属する財産の処理方法として、その裁量によって任意売却の他に、「破産管財人は、管轄裁判所において破産財団に帰属する不動産の強制競売又は強制管理をすることができる。別除権がその不動産に存する場合も同様である。」（InsO165条）という規定に基づき、強制競売を選択することができることとされている（Stöber, ZVG, §172 Rdnr. 3.1）。このための手続を規定したのがZVG172条以下であり、同173条及び174条に特に定めるほかは通常の強制競売又は強制管理の規定が準用される。

⑵　相続債権者に対する弁済のための有限責任の相続人の申立てによる不動産の競売

わが国の民法932条にほぼ相当する規定である（ZVG175条では競売手続を利用することが可能であるという規定であるのに対して、民法932条は競売に付することを義務付ける規定である点が異なる）。この手続には、破産管財人による破産財団所属の不動産の競売の規定が準用されるほか、ZVG176条から179条に特に定めるほかは通常の強制競売の規定も準用される。

⑶　共有関係解消のための不動産の競売

わが国の民法258条に類似する規定である。ZVG180条は、共有関係解消のために行われる競売は、ZVG181条から185条に特に定めるほかは通常の強制競売の規定を準用する旨を規定している。なお、わが国と異なって、申立ての前提として判決を得る必要はない（ZVG181条１項、Stöber, ZVG, §180 Rdnr. 4.4）。

2　ドイツ法の上記の競売の場合における差押えの処分禁止効について

ドイツにおいては、上記⑴⑵については、すでに破産者や相続人の管理処分権に制限があるため（前者につきInsO81条、後者につきBGB1984条１項３文。破産管財人や遺産管理人〔Nachlassverwalter〕に管理処分権がある）、競売手続開始命令は差押え〔Beschlagnahme〕とは見なされないこととされている（ZVG173条、176条・173条）。

くことになる以上、競売手続の申立てを却下すべきことに問題はない。

若干問題が複雑なのは、形式的競売の手続開始の前提として、競売を許可し又は命じる裁判を得ることが必要とされている類型において、競売目的物が譲渡された場合である。競売の前提として上記のような裁判が必要な類型としては、義務免脱型（弁済供託のための競売〔②〕・緊急売却〔⑪〕）と分割型、建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕がある。もっとも、義務免脱型の場合は競売目的物の権利が誰に帰属しているかは要件上問題にならないため[68]、競売目的物の譲渡は競売手続の適法性に影響しない。そうすると問題となるのは後二者であるが、分割型については譲渡が実際に問題になる局面が少ないようにも思われるので、以下では建物区分所有法に基づく競売についてを中心に検討をしていくことにし、分割型については問題点の指摘と若干の検討のみにとどめることにする。

⑵　建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕について

㈠　譲受人に対する競売申立ての可否

建物区分所有法に基づく区分所有権及び敷地利用権の競売を許可する判決

共有関係解消のための不動産の競売（ZVG180条）における差押え〔Beschlagnahme〕については、処分制限効はないものと考えられている。これは、競売手続中の共有持分権の譲渡がなされても、譲受人が譲渡人の地位に就いて手続に参加することになるだけであり、競売手続に何らの影響も及ぼさず、また、最低買受申出価格にも影響を及ぼすことはない（競売を申し立てた共有者の持分上の物上負担とそれに優先する権利のみが最低買受申出価格の確定に際して斟酌される〔ZVG182条１項〕）ため、競売申立人に何らの不利益も及ぼさないからである（Stöber, ZVG, §180 Rdnr. 6.6.; Böttcher, ZVG, §180 Rdnr. 63.）。ここで買受人の保護という観点が出てこないのは、そもそも差押えは「債権者の利益において〔zugunsten des Gläubigers〕」生じるものであるとされていること（ZVG20条）、わが国と異なって買受人は競売手続による売却により目的物を原始取得すると理解されていること（Stöber, ZVG, §90 Rdnr. 2.1.）によるものではないかと思われる。

68）弁済供託の場合〔②〕は、競売申立人が特定の相手方に対する物の引渡義務を負っている場面であることで足り、緊急売却の場合〔⑪〕は、商人間売買において買主が売買契約を解除した場面であれば足りる。

は、給付請求権の存在や内容にかかわるものではないので、確定しても債務名義（民執22条）とはならないから[69]、仮に譲渡が口頭弁論終結後のものであっても、執行力の拡張（民執23条１項３号）や承継執行文の付与（民執27条２項等）の問題とはならない[70]。

そこで、単に当該判決によって付与された競売権限が当然に譲受人に及ぶか否かが問題となるが、結論としては否定すべきであると考えられる。なぜならば、建物区分所有法に基づく競売は、共同の利益に反する行為をした（又はするおそれのある）区分所有者との共同生活の解消を目的としたものであり、そのような行為に関与していない新区分所有者（譲受人）が、この判決に基づいて当然に競売を申し立てられる謂われはないからである。最決平成23年10月11日集民238号１頁も、「特定の区分所有者が、区分所有者の共同の利益に反する行為をし、又はその行為をするおそれがあることを原因として認められるものであるから、同項に基づく訴訟の口頭弁論終結後に被告であった区分所有者がその区分所有権及び敷地利用権を譲渡した場合に、その譲受人に対し同訴訟の判決に基づいて競売を申し立てることはできない」としており、立法担当官の見解もこれと同様である[71]。

なお、上記の競売権限が被告が現に所有する区分所有権及び敷地利用権にのみ及ぶことは、「原告は、被告の有する……区分所有権及び敷地利用権につい

69）建物区分所有法に基づく競売を許可する判決は、訴訟上の形成判決であるという理解が一般的である（法務省民事局参事官室編・前掲（注62））309頁、濱崎恭生『建物区分所有法の改正』（法曹会、1989年）361頁、塩崎勤編著『〔実務法律選書〕マンションの法律』（ぎょうせい、1993年）332頁〔安藤一郎〕、稲本洋之助＝鎌野邦樹『コンメンタールマンション区分所有法〔第２版〕』（日本評論社、2004年）317頁、川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法⑺』（有斐閣、2007年）779頁〔濱崎恭生＝宮澤賢一郎〕、越山和広「判批」新・判例解説Watch（法学セミナー増刊）11号〔2012年〕126頁、藤井俊二「判批」判評643号〔2012年〕９頁など）。

70）下村眞美「判批」平成24年度重要判例解説〔民事訴訟法７〕（2013年）132頁も、「執行力を有するものではないから、承継執行文付与の余地はない」とする。

71）法務省民事局参事官室編・前掲（注62））320頁、濱崎・前掲（注69））361頁。

て競売を申し立てることができる。」という主文の記載から明らかとなるため、仮に上記のように表示された判決によって競売申立てがなされた場合は、執行裁判所に提出された登記事項証明書に新区分所有者が現登記名義人として表示されていることによって、執行裁判所は容易に申立てを不適法と判断することができる（なお、新区分所有者が登記されていない場合は、開始決定と同時になされる差押えの処分制限効によって、その後の移転登記を以って競売手続に対抗することはできない）[72]。

(イ) 競売妨害目的での譲渡に対する対策

上記の結論によれば、被告が区分所有権及び敷地利用権の競売を免れる目的で、自己の関係者に区分所有権を譲渡することによって、簡単に競売手続の開始を阻止することができることになるという不都合が存在することになる（上記の決定の事案も、被告が支配するペーパーカンパニーに区分所有権を譲渡していたというものであった）。このような譲渡に対する対策として、どのようなことが考えられるであろうか。

まず、判決によって付与された競売権限を譲受人に及ぼす法律構成として、民事執行法181条３項を準用することが考えられる。この規定の本来の適用場面――担保権実行としての競売の申立ての前に承継があった場合の申立ての方法に関する規定であり、担保権が移転した場合（競売申立人側の承継）の場合に、担保権移転の付記登記を経ることなく、簡易に担保権実行としての競売を申し立てる方法を認めたもの――とは異なるものの[73]、この規定を形式的競

72）このように、区分所有権及び敷地利用権の譲渡があった場合には、この判決によって適法に競売手続を開始することはできないので、新区分所有者はこの判決を放置すれば足りるとはいえ、事前の救済手段がある方が望ましいといえる。この判決は債務名義ではないから執行関係訴訟（第三者異議の訴え等）を用いることはできないので、競売権不存在確認の訴えを本案とする競売禁止の仮処分（民保23条２項）を得て、後に競売手続の申立てがあった場合は、その仮処分命令謄本を執行裁判所に提出する（民執183条１項５号ないし７号）ことが、その手段として考えられる。なお、最判平成23年10月11日の田原補足意見の問題提起（注８）の(b)参照）についても、これと同様の方法を採ることが考えられる（高見進「判批」民商146巻６号〔2012年〕587頁）。

売の場合における「承継」の条項として準用するとした場合に、どのような事実が承継に当たるのかが問題となる。まず、承継が認められるのは、元の請求に承継を基礎づける事実を付加すれば承継人の下における請求が認められる関係に立つ場合であるという理解を前提にすると[74]、単に所有権の移転の事実だけを以って承継を認めることはできない[75]。そこで、例えば法人格否認の法理を用いて承継を基礎づけることが考えられる[76]。もっとも、仮に法人格否認の法理によって承継が認められるとしても、法人格否認の法理を適用するか否かについては規範的判断を含む以上、執行機関が競売手続の開始決定をする際に判断する対象としては適しておらず、通常は何らかの判決手続における判断が必要ということになりそうである[77]。なお、法人格否認の法理によって形骸化した新所有者（現登記名義人）の法人格を否認して、共同の利益を侵害した旧所有者の所有に属するものとして、民事執行規則23条１号の証明文書を提出する方法によることも考えられるが、この証明文書についても同様のことが言えよう。

また、仮に通謀虚偽表示（民94条１項）であることが認められる場合には、被告であった区分所有権の譲渡人は現在も所有者であるということになるか

73）最決平成23年10月11日の原審（東京高決平成23年３月31日金判1393号34頁）は、民事執行法181条３項は担保権の対抗力と追及効を前提にした規定であるとして、建物区分所有法に基づく競売には準用できないとしている。

74）例えば、中野貞一郎「執行力の客観的範囲」山木戸還暦『実体法と手続法の交錯（下）』（有斐閣、1978年）299頁以下。

75）この規定を準用して「承継」を肯定する見解の中には、所有権移転登記のある不動産登記事項証明書を提出するだけで足りるとの見解があるが（藤井・前掲（注69））156頁）、採用しにくい見解である。この見解によれば、所有権が移転したという事実だけで新所有者による共同の利益の侵害がさしあたりあったものと扱って競売手続を開始し、新所有者からの執行抗告を待つということになってしまう。越山・前掲（注69））126頁は、新所有者の負担を考慮してこの見解に反対している。

76）内山衛次「判批」リマークス46号（2013年）132-133頁は、競売妨害目的の譲渡に対する対策として、法人格否認の法理に基づいて承継（民執181条３項）を認めるべきであるとする。

ら、現実の所有者と登記名義人との間に齟齬が生じることになる。そこで、原告としては、区分所有権の譲渡人に代位して登記名義人に対して所有権移転登記抹消登記手続請求をするか[78)]、民事執行規則23条１号の証明文書を提出することになろう。後者の場合は通謀虚偽表示の事実の認定が必要となるから、この場合の証明文書についても法人格否認の法理の場合と同様のことが言えよう。

事前の防止策として、競売申立てを妨害する目的での譲渡そのものを防止するために、建物区分所有法59条１項に基づく競売請求権を被保全債権として処分禁止の仮処分（民保23条１項）を得ることが考えられる。もっとも、これが

77）最決平成23年10月11日の原審（東京高決平成23年３月31日金判1393号34頁）においては、競売申立人である抗告人から法人格否認が主張されていたが、原審は「競売の申立て段階における認定は、法定文書のみを資料として行うこととし、それ以外の証拠による認定を禁止したものと解され……法人格の濫用が認められる場合として例外的に競売請求権が承継されたかどうかについては、これを証する確定判決等の債務名義その他の公文書を提出しなければ、不適法な申立てとなるといわざるを得ない」としている。

これに対して、内山・前掲（注76））133頁は、「提出文書の種類や格式は限定されない……と考えることができるのではないか」と主張している。そうであるとしても、法人格否認を執行機関に対して簡易な証拠で立証するのは困難であるように思われる（法人格否認の法理による執行力の拡張〔最判昭和44年２月27日民集23巻２号11頁や最判昭和53年９月14日集民125号57頁は否定〕を肯定する見解においても、執行文の付与を受けるためには執行文付与の訴えを要するとされている〔福永有利『民事訴訟当事者論』（有斐閣、2004年）476頁〕）。

78）高見・前掲（注72））586頁。また、最決平成23年10月11日の原審（東京高決平成23年３月31日金判1393号34頁）は、「区分所有者が、競売申立てを妨害する目的で、自己が支配する法人に対して区分所有権の譲渡があったように仮装して登記簿上の所有名義を移転した場合、当該法人（第三者）と区分所有者との間の譲渡は無効であると解されるから（民法94条１項）、区分所有者は当該第三者に対して所有権移転登記の抹消登記請求をすることができ……、区分所有者に対する確定した競売請求判決を有する債権者は、当該区分所有者に代位して、当該第三者（登記名義人）に対して当該所有権移転登記の抹消登記手続を請求し、所有名義を当該区分所有者に回復した上で、競売開始の申立てをすることが可能である」としている。

認められ得るとしても[79]、他の区分所有者は立担保等の負担を負うことになる。

以上で検討した手段は、いずれも他の区分所有者にとって必ずしも負担が軽くはないものであると言えよう。競売妨害目的での譲渡に対する対策としては、基本的には建物区分所有法において新たな立法上の手当て――例えば、判決言渡しの時点における建物区分所有法独自の仮処分や仮の救済を規定する等――がなされるべきであるように思われる。

⑶　分割型について

㈠　共有物分割のための競売の場合〔①〕

共有物分割のための競売の場合〔①〕における分割競売を命じる判決は、給付請求権の存在や内容にかかわるものではないので、確定しても債務名義

79）建物区分所有法に基づく競売権を被保全債権とする処分禁止の仮処分については、これを認めるか否かについて議論があるところである。比較的古い文献では、否定説として篠田省二編『現代民事裁判の課題⑥（借地・借家・区分所有）』（新日本法規、1991年）815頁〔永井ユタカ〕や塩崎編著・前掲（注72））337-338頁〔安藤〕があり、肯定説として高柳輝雄『改正区分所有法の解説』（ぎょうせい、1983年）173頁がある。また、比較的最近の文献では、否定説として越山・前掲（注69）127頁や内山・前掲（注76））133頁があり、肯定説として下村・前掲（注70））132頁がある。

民事保全法においては、処分禁止の登記を執行方法とした処分禁止の仮処分としては、登記請求権を被保全債権とするもの（民保53条及び54条）と建物収去土地明渡請求権を被保全債権とするもの（民保55条）のみが法定されているところであるが、仮処分命令の内容は多種多様であり、保全すべき権利との関係でその内容と執行方法が定まるものであるから、民保53条以下の典型的な仮処分の場合以外でも、処分禁止の仮処分が――被保全権利との関係で処分禁止の登記をすることが意味のあるものとして――発令されたのであれば、その執行方法は処分禁止の登記によることになるべきであろう（民事保全法53条以下は限定列挙であって、それ以外はすべからく仮差押えや強制執行の例によらなければならない、という理解を民事保全法52条1項が強いるものと考える必要はないように思われる）。なお、処分禁止の登記に後れる所有権移転登記がなされた場合においては、仮処分債権者（他の区分所有者）との関係では旧所有者を現登記名義人として扱うことになり、そうすると建物区分所有法に基づく競売の申立てが却下されることはなくなるから、処分禁止の登記をすることには効果があるように思われる。

（民執22条）とはならないから、共有持分権の譲渡[80]が口頭弁論終結後であっても[81]執行力の拡張（民執23条１項３号）や承継執行文の付与（民執27条２項等）の問題とはならない。

分割競売を命じる判決によって、訴訟当事者であった各共有者には訴訟当事者であった全ての共有者の持分権を競売によって売却処分する権限が与えられることになるが、問題となるのはこの権限の及ぶ範囲である。訴訟当事者ではなかった譲受人の共有持分権にこの権限が及ばないとすると、譲受人が差押え前に対抗要件を具備していた場合には、買受人に完全な所有権を取得させることはできなくなるため、当該共有持分権を含めた分割競売の申立てについては不適法とすべきことになろう。そこで、譲受人に権限を及ぼす法律構成として担保権の承継の規定（民執181条３項）の準用が考えられるが、この場合に譲渡の事実のみを以って「承継」を肯定することができるかが問題となる。事後的に共有者の一部が変更になっても、現物分割や価格賠償方式による分割が不相

80）分割競売を命じる判決について、競売権を発生させる訴訟法上の形成判決の側面を有するに過ぎないと理解するならば、その判決は単に競売を命じてその換価金の分配割合を示すものにとどまるものであって、競売分割を命じる判決の確定の前後を問わず共有持分権の譲渡は可能であることになる。

なお、共有物分割の訴えが形式的形成訴訟であるとの理解に従えば、共有物の分割を命じる判決は実体法上の形成判決であることになるから、その判決の確定の時点で実体法上共有物の分割の効果が生じることになる（川島＝川井編・前掲（注69））477頁〔川井健〕）。これと同じように、分割競売を命じる判決についても実体法上の形成判決であると理解するならば、判決の確定時に共有の廃止の効果と主文に記載された通りの権利関係が発生するため、各共有者は主文に示された分配割合による換価金の交付を受ける権利を有するだけということになるから、共有持分権自体を譲渡することはできないということになるようにも思われる。もっとも、このように理解した場合においても、口頭弁論終結後判決確定前に譲渡をすることは可能である。

81）共有物分割の訴えの口頭弁論終結前に譲渡がなされていた場合（最判昭和46年６月18日民集25巻４号550頁は、対抗要件を具備していなければ、その譲渡を他の共有者に対抗することができないとしているので、この理解に従うならば、譲受人が対抗要件をも具備していた場合）は、共有物分割の訴えが固有必要的共同訴訟であるという理解に従うと、当事者適格欠缺の不適法な訴えということになる。

当であるという判断に変更が生じることは通常は考えにくいとすれば、譲渡の事実のみを以って「承継」を肯定して競売手続を開始して[82]、譲受人には換価金の交付を請求することを認めた上で、残る問題は売買の担保責任の問題として処理すべきことになろう。

(イ) 遺族分割審判の中間処分としての競売〔④〕

遺産分割審判の中間処分として競売〔④〕の申立ての時点で、一部の相続人の持分権が譲渡されていた場合においても[83]、なお遺産に帰属している部分に関しては、当該中間処分によって付与された権限に基づいて、そのまま競売手続で換価することが可能であると思われる。これに対して、遺産から逸出した部分については、遺産分割の手続の中において分割をすることはできないことになるから[84]、当該中間処分によって付与された権限は及ばないと考えられるため、この部分を含めて分割を希望する場合には、別途共有物分割の手続によるべきであろう。

3　結論

形式的競売における差押えにも処分禁止効があると解されるから、競売目的物の譲渡が形式的競売の手続に与える影響として問題となる場面は、競売手続開始前の譲渡の場合に限られ、競売目的物の権利帰属関係が競売申立ての要件として問題となる類型の場合は、競売手続開始前の譲渡によって競売申立ては不適法となる。建物区分所有法に基づく競売〔⑳〕の場合も同様であり、競売妨害目的の譲渡の場合の対策が問題となるが、他の区分所有者の負担を考慮すると、基本的には立法上の手当てがなされるべきであろう。

82）東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編・前掲（注22））371頁。

83）競売を命じられた後も相続人は自己の持分権の処分を禁じられることはない（斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法〔改訂〕』（青林書院、1992年）659頁〔石田敏明〕）。

84）最判昭和50年11月７日民集29巻10号1525頁参照。

第6章　おわりに

本稿は、形式的競売に関わる三つの問題――消除主義の準用・剰余主義の準用・競売手続開始前の目的物の譲渡が競売手続に与える影響――について、形式的競売であるという性質論から直ちに結論を導くのではなく、個々の形式的競売の性質に従って結論を導くことが必要であると考え、そのような方針で検討を試みたものである。形式的競売は文献が少ない分野でもあり、過去に議論されたことがなかった問題にも多々直面したところであるので、一つの叩き台として本稿を世に送ることとして、諸家のご批判を頂戴するのを待ちたいと思う。