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

Title	競賣手續と公信的效果
Sub Title	Public sale and public reliance
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.2 (1955. 2) ,p.1- 33
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550215-0001

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.

競賣手續と公信的効果

伊東　乾

一

競賣法上の競賣手續について公信的な効果を認めなければならない訴訟理論上の必要はあるか。

公信的な効果を、認めうるならば認めたいといふのが、ほゞ法律家一般の一致した見解であるが、通說はこの希望を訴訟理論上の要求として主張してゐるものではない。しかし、現に訴訟理論の名のもとに公信的効果の承認もしくは付與を要求する二三の有力な學說があるばかりでなく、通說的立場からも、その結論が通說にとつて寧ろ便利であるためか、この有力說に對してさほど明確な論難は加へられずに來てゐる。勿論、批判が全くないわけではないが、あるものは、超越的な批判であつて、內在的な批判ではない。

もし、訴訟理論の名のもとに、通用すべからざる理論が、見逃されて行はれることでもあれば、本來の訴訟理論のためには將來かへつて思はぬ損失を招くことにならう。のみならず、その言はゆる理論として主張せられるものは、國家行爲とくに裁判の効力の特殊性や、判決手續と執行手續との關連といつたやうな、訴訟法學の基本的問題に、關係するところが少く

ない。この意味で、消極的には無用の議論を切捨てる必要、積極的には訴訟法學の基本的問題考察の幾分の材料を拾ひあげたいといふ希望から、あらためて右の問題を取上げるのである。

競賣法といふ法典が、現行諸法令のうち最も「不備ナル法律ノ一ナルコトハ、斯界ノ定論」であると言はれてゐる（雉本朗造「競賣法ニ依ル競賣ノ性質及ヒ競賣開始ノ效力」民事訴訟法論文集三五五頁）。そのため、この法典を改正して、いはゆる競賣手續を改める必要は、早くから唱へられて來たところである。その際、改正の焦點とせられるものは、債務名義の採用である。通常、現行競賣法の解釋論としては、競賣手續に債務名義は不必要なものと考へられてをり、實務もこの解釋に從つてゐるのであつて、この點こそ民事訴訟法典所定の强制執行手續との最も顯著な相違點であると說かれてゐる（村松俊夫「任意競賣と其の無效」法學志林四一卷一一號一八頁、大審院大正二年六月一三日決定民錄一九輯四三六頁）。この現狀を改めて、競賣手續にも執行手續と同樣、債務名義を必要とするやうに法典を改正すべしとするのが、競賣法改正論の主眼點であつて、その理由は、競賣の結果目的物の所有權を取得すべき地位に立つ競落人の保護の必要から、競賣手續に公信的効果を付與するため、とせられる。そして、競賣法を不備な法律と斷定する「斯界ノ定論」は、かゝる改正論・立法論を、通說的見解として確立してゐるのである。ところが、かやうな實際上の必要といふことを超えて、改正論者のなかには、公信的効果の付與の必要を、競賣手續の本質とか、公賣ないし金錢執行の必然の要求とかいふものを援用して、さらに訴訟理論的に基礎づけようとするものが現れた。現行法の態度を評して「理論上」に「到底失當たるを免れない」とするのが、この傾向の合言葉である（岩松三郎『競賣法』現代法學全集三二卷四八一頁）。そして、この傾向は、さらに進んで、立法論として公信的効果の付與を主張するにとゞまらず、或は現行法上すでに債務名義は必要なるものと說き、或は債務名義なきまゝ現行法上すでに公信的効果が認められることを主張する傾向までを誘致した。果して、そのやうな「理論の要求」なるものが認められるであらうか。以下は、競落人の保護を中心とする實際上の必要といふことを超えて主張せられる斯かる所謂訴訟理論なるものの、當否を檢討するものである。

四年六月一日判決民集八巻五七三頁）。

本稿で民事訴訟法上の強制執行手續（以下單に執行手續と略稱する）に公信的効果があるといふのは、手續のかやうな結果を指すのである。

このやうな兩手續の取扱の相違は、判例・學說の自覺的な區別によるものであつて、偶然に生じた現象ではない。

又抵當權設定行爲ニシテ本來無效ナル以上ハ抵當權ノ實行トシテ競賣ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス假令競賣シタリトテ效力ナク競落人ニシテ善意ナリトスルモ所有權ノ之ニ移轉スヘキモノニ非ス彼ノ判決ノ執行トシテ爲サレタル不動產ノ强制競賣ノ場合ニ在リテハ後日判決カ廢棄セラルルトモ既ニ競落ニヨリテ所有權ヲ取得セル者ハ影響ヲ受クルコトナシト雖之執行ノ當時有效ナル債務名義存在シタルニ因ルモノナリ然ルニ抵當權實行トシテノ競賣ハ抵當權ノ有效ニ存在スルコトヲ前提トシテ爲サルルモノナレハ之カ無效タル以上競賣ハ實體法上ノ效力ヲ生シ得ヘキ理ナケレハ所有權移轉ノ效果發生スルニ由ナシ（大審院昭和六年五月二日新聞三二七〇號一三頁）。

かく競賣手續に公信的効果がないことは、競落人の保護のために好ましくないこと疑がない。競落人の保護に缺けることは、競賣手續の信用を害し、競賣價格を低下せしめ、不動產金融の阻害を來たさしめるであらう（村松三頁四〇頁五〇頁）。通說は、かゝる結果を耐ふべからざるものとし、競賣手續改正論の主眼點として公信的効果の付與を要求し、そのため競賣手續にも執行手續と同樣、債務名義を要するものと改めることを、主張するのである（我妻福島前揭時報七卷二號六三頁、我妻榮判例民法大正一一年七八事件三三八頁、平野義太郎同書同年一一八事件四九七頁、山田正三『民事訴訟法判例研究I』三〇四頁、等々）。

いま試みに競落人の保護の必要に對立する他の實體＝法政策的要求がないと假定すれば、卽ち、試みに競賣手續が公信的効果をもつことを望ましいに決まつてゐるものと假定すれば、これを理由として債務名義を要求する通說的立法論は正しいものと認められる。何故なら、公信的効果と債務名義とは結合するもので、債務名義があれば手續に公信的効果を認めることができるとともに、反對に、債務名義を用ゐずして手續に公信的効果を認めることは無理だからである。その後段は後に別に說く。前段は次の如くにして明かであらう。

執行手續が本來實現せらるべき請求權の存在しない場合に許さるべきでないのは言ふまでもない。實體權の存否と手續の

二

現行競賣法の通說的解釋論に從へば、次のやうな場合に、次のやうな結果が生じる。

競賣ハ權利ノ實行方法ニ外ナラサレハ競賣カ競賣法上適法ニ完結シタルモ唯權利實行ノ方法カ手續上有效ニ行ハレタルニ止マリ其結果タル所有權移轉ノ實體上ノ效力ハ之ニ依リテ確定スルモノニ非ス所有權移轉ノ實體上有效ナルヤ否ヤハ競賣法ニ依リ實行サレタル權利ノ實體上有效ナリヤ否ヤニ依リ定マルヘキモノナレハ實行サレタル權利ニシテ無效ナルニ於テハ競落ニ因ル所有權移轉ノ效力ハ競賣手續完結後ト雖モ尙之ヲ爭フノ餘地アルモノトス……既ニ抵當權ノ無效ナル以上ハ該不動產ノ本來ノ所有者タル上告人ハ競賣手續完結後ニ於テモ被上告人カ競落ニ因リ取得シタル所有權ノ效力ヲ爭ヒ以テ自己ノ所有權ヲ主張シ得ヘキハ前段說明スルカ如クニシテ上告人カ競賣手續ノ開始ヲ知リナカラ其手續繼續中ニ異議抗告又ハ訴ノ方法ニ依リ抵當權ノ無效ヲ主張シタルト否トハ問フ所ニアラス（大審院明治四〇年九月二六日判決民錄一三輯九一七頁）。

本稿で競賣法上の競賣手續（以下單に競賣手續と略稱する）に公信的効果がないといふのは、手續のかやうな結果を指すのである。公信的効果と呼ぶことが、用語として適切かどうかには疑問もあるが、便宜上先例のあるこの呼稱に從ふに過ぎない（我妻榮・福島正夫「抵當權」法律時報七卷一號五頁）。

同じやうな場合を强制執行に就いてみると、異なる結果が是認されてゐる。

上告人山本勘一ハ訴外神澤重縷ノ爲シタル執行力アル判決ニ基ク强制執行ニ因リ本件不動產ノ競落人トナリ競落許可決定ヲ受ケタルモノナルヲ以テ民事訴訟法第六百八十六條ニ依リ該競賣不動產ノ所有權ヲ取得シタルモノト云フヘク縱令其ノ執行名義タル判決カ後ニ至リ廢棄セラレタリトスルモ該判決ニ基キ爲サレタル執行行爲ハ之カ爲當然遡及シテ其ノ效力ヲ失フヘキモノニ非サルヲ以テ競落人タル上告人山本勘一ノ競賣不動產ニ對スル所有權ノ取得ハ之カ爲何等影響ヲ蒙ルヘキモノニアラス蓋競落人ハ競落許可決定ノ效力トシテ競賣不動產ノ所有權ヲ取得スルモノナルカ故ニ該決定ニシテ其ノ效力ヲ失ハサル限リ競落人ノ所有權取得ニ消長ヲ來スヘキ理由ナケレハナリ若之ヲ爾ラストセムカ强制競賣ニ於ケル競落人ノ不動產所有權取得ハ極テ不確實トナルヘク而モ確定判決ニ依ル執行ト雖其ノ判決カ再審ヲ求ムル訴ニ因リ廢棄セラルルコトアル場合ヲ想像シ得ヘキヲ以テ不動產ニ對スル强制執行ノ效力ハ殆ント有名無實ニ歸スルノ虞アルニ至ルヘシ（大審院昭和

結果とは、別段の事情のないかぎり、相照應しなければならない。公信的効果は實體權の存否と手續の結果とをずらして考へる問題である。從つて、この二つのものを切離して、相照應することを必ずしも必要としない制度の作られないかぎり、公信的効果のはいりこむ餘地はない。債務名義はこの二つを切離す制度である。さればこそ抽象的執行權說と具體的執行權說との對立を生じる。その孰れの見解に從ふも、債務名義に基づく執行手續を、そしてこれのみを執行法上有効と認めざるをえないこと、および、實體權の存否から手續が切離されてくることは、疑がない（中田淳一「動產執行における執行行爲の瑕疵」訴訟及び仲裁の法理二七九頁參照）。

勿論、このことは、なほ公信的効果を認める餘地を生じるだけで、認めなければならぬことを意味はしない。しかし、債務名義に公信的効果が伴はぬなら、債務名義は無意義である。換價たる競賣を公用徵收と解するか否かに關係はない。固より、手續に債務名義を要求することは、執行機關の責任を輕減する効果はあるが、それのみを目的とするなら、債務名義をまつまでもあるまい。例へば、債權者の申立のみに基づくとすれば足りる。債務名義は、執行手續を適法とするにとゞまらず、これに實體權が存せりと同一の實質的內容を與へようとするものである。卽ち、實體權に代はり、差押の根據を與へようとするものである（中田二六六頁二九二頁參照）。從つて、債務名義には手續の公信的効果が必ず伴ふことを、承認しなければならない（村松一八頁）。

僅かに生じる疑問は、競落人のかゝる場合の目的物取得は、債務名義の効果ではなくして、債務名義たる裁判の効果ではないか、といふことである。公正證書を債務名義とする執行について結果の相違を來たすであらう（村松四四頁參照）。既判力をもつて確定せられた給付義務は、そのまゝ執行に適する。その意味では、裁判を債務名義とする執行について、たしかに右の効果は裁判に基づくとも言へる。けれども、未確定の裁判に執行力の付與されることがある事實が既に暗示してゐるやうに、法が執行について何を實體權の代用として基本たらしめるかは、別個に決しうる所である。法典は、公正證書をも他の債務名義と並列し（民訴三五九）、原則として同一の取扱がせられ、同一の効果を生ずべきことを期待してゐるのであるから、右

の効果は、裁判のでなく、債務名義の効果と考へられなければならない。

従つて、問題とせられてゐる債務名義とは、執行の基本として定められた客觀的實質的判斷を指稱するとしなければならぬ。だから、第一に、もし立法論として實現手續内部に實質的審査をとり込まうとするなら、この立法論は債務名義を要求する立法論と本稿の問題に關するかぎり差異はない。他方、第二に、何を執行の基本とするかは立法政策の問題で、現執行法上債務名義とせられてゐるものだけが、先驗的に債務名義たる適格を有するものと決まつてゐるわけのものではない。實際上も鐵道抵當法のごときは、抵當權實行の手續について、執行法所定のもの以外の書面を、債務名義と定めてゐる（これについては、關本健男『鐵道抵當法論』一七七頁、谷井辰藏『不動產强制執行の諸問題』四四三頁）。しかしまた、第三に、たとへ執行の基本としても意味をもちうる文書であつても、或は主として執行の基本として意味をもつ文書であつても、法がとくに執行の基本として指定するものでなければ、債務名義ではない。不動產競賣の申立に利用せられる登記謄本のごとし。この意味で、昨今の企業擔保法案にみられる公正證書はなほ債務名義と言へない。

三

右のやうな通說的見解と異なり、公信的効果の承認もしくは付與に訴訟理論上の根據を供しようとする者は、競賣手續の「本質」が執行手續のそれと異ならぬことを主張する。既に前にみたやうに、執行手續においては、通說的な解釋論によるも、既に公信的効果が承認せられてゐるからである。卽ち、もし、競賣手續が「本質上」執行手續と全く異ならぬことが言へるとすれば、執行手續について公信的効果を認める議論を前提とするかぎり、少くとも現行競賣法典が競賣手續の本來の性格を歪めてゐるものと論じることによつて、立法論として債務名義の採用による公信的効果の付與を主張するのに寄與しうるであらうし、進んで現行執行法典もしくは競賣法典が現に競賣手續の本質に適合するやうに解釋せられなければならぬ

ものと論じることによつて、解釋論として債務名義の必要と公信的効果の承認とを主張することもできるであらう。さうして、更に、もし、加へて、公信的効果の承認に債務名義を要しないことが論證できるならば、解釋論として債務名義を要求しないまゝに公信的効果の承認を主張することもできることにならう。

問題は、その言はゆる「本質」とは何か、といふことである。或制度の構造の、いかなる部分を、またそのどこまでを本質とみるべきかは、抽象的に決まる問題ではない。これは論究の目的との關連で決まることである。從つて、競賣制度の本質といつたところで、それだけで一義的に何をさすかが明瞭になるわけのものではない。いま考へようとする諸說は、この點の自覺が曖昧であるために、漠然として本質の語を用ゐ、その內容を明確に規定してゐないが、いはゆる本質なるものの內容として議論の根據に援用せられてゐるものは、結局たゞ、競賣手續が、執行手續と同樣、國家の公權力によつて私人の權利を實現するための法的手續である、といふことに盡きると見える(論證四・五・六)。

競賣手續が、執行手續と同樣、國家の公權力によつて私人の權利を實現するための法的手續である、といふことには、疑はない。勿論、擔保權實行のためではなく、財產の保管整理のために競賣法に從つて賣却が行はれる場合にも、なほその手續をかゝるものと言へるかどうかには、異論もありうるが(正しくはこれも肯定すべきものと考へる)、競賣手續と執行手續との親近性は擔保權實行のための競賣手續について問題とされてゐるのであるから、姑くこの點は度外視してよい。然るときは、競賣手續が、國家權力によることも、私人の權利の實現に奉仕することも、法的手續であることも、みな競賣法典の明かに豫定するところで、また、改正論者もかゝる手續としたまゝ改善を加へようとするに過ぎないから、それ自體としては正當だと言はなければならない。これを本質と呼ぶのならば、まさしく競賣手續は執行手續と本質を同じうする。

問はれなければならないことは、ここで本質と呼ばれる右のやうな性格が、果して公信的効果と結合するかといふこと、卽ち、執行手續において認められる公信的効果は、執行手續の他の性格からではなしに、果して恰もこの性格から出てくる

のであるかといふことである。これは否定せられなければならない。

第一に、公信的効果を伴ふことは、公權力による私權實現の法的手續の內在的概念的な必要ではない。公權力によるといふことは、手續行爲が國家機關によつて統治權の發動として行はれるといふだけのことで、發動の根據・條件および結果とは別の問題である。（イ）先づ、統治權の發動と發動の根據とは異なる。國家の換價權に基づく換價行爲も公權的實現手續であれば、私人の換價權に基づく國家の換價行爲も公權的實現手續である。「公權力による」といふことは直ちに「國家の持てるものを」といふことになるのではない。執行手續の公信的効果は、債務名義によつて國家に許された換價權によるもので、それが公權的實現手續であるによるのではない。競賣手續における換價行爲の根據は何か。これは公權的實現手續の概念的必要としては決定できない。（ロ）次に、統治權の發動と發動の條件とは異なる。客觀的判斷を條件とする國家の換價行爲も公權的實現手續であれば、主觀的判斷を條件とする國家の換價行爲も公權的實現手續である。「公權力による」といふことは直ちに「公權的判斷を條件として」といふことになるのではない。執行手續の公信的効果は、關係私人の主觀的判斷を多少とも超えた客觀的判斷を債務名義としてゐることによるもので、それが公權的實現手續であるによるのではない。競賣手續における換價行爲の條件は何か。これは公權的實現手續の概念的必要としては決定できない。（ハ）更に、統治權の發動と發動の結果とは異なる。その結果が公に通用して覆されぬ國家の換價行爲も公權的實現手續であれば、その結果が不安定でも國家の換價行爲は公權的實現手續と言へる。公權力と公信力（公信的効果）とは概念上全く關係がない。

第二に、公信的効果を伴ふことは、公權力による私權實現の法的手續に加へられる外來的訴訟理論的要求でもない。かゝる要求としては、國家行爲の機能、裁判の効力、訴訟の制度目的および自力救濟禁止の法則の四つの理論の、全部もしくは一部が、意識的無意識的に援用されてゐる。

（一）先づ、公權的實現手續は國家行爲から組立てられる。國家行爲には言はゆる國家行爲の形式的存立の原則が行はれ

るであらう。國家行爲の形式的存立の原則は、成立ある行爲が取消をまたないで當然に無効と取扱はれることを原則として許さないものである。國家機關たる競賣機關が適法な手續をもつて競落人に競落を許したときは、手續を取消す機會が去つた手續完結の後において、人は競落の効果を爭ふことはできない筈であるまいか。さうであるとすれば、この點から、競賣手續には當然公信的効果が認められることにならう。

けれども、制度ならびに原則には、常にその存立の基礎がある。存立の基礎は目的によつて規定せられる。目的を超え、基礎を逸脱して、制度ならびに原則は妥當しない。問題は、從つて、競賣手續が果して、國家による强制の制度、ならびに國家行爲の形式的存立の原則の、目的の範圍内にあり、基礎に適合するかといふことである。國家の行爲が國家の行爲なるが故に常に無條件に妥當するといふ考へ方は、國家行爲もまた法律上の根據を持たねばならぬとする現時の思想の認めえない所であらう。さうであるとすれば、公權的實現手續が全面的に國家强制と結合し、國家行爲の形式的存立の原則を全面的に前提としなければならない理由はない。ここで必要なことは、實現のための行爲が、相手方たる關係者の抵抗を排除して强制的に施行されるといふことである。私人間では必要な實現行爲が施行できない場合を生じるであらう。公權的實現手續はこの限度でのみ國家權力と結合する。ここから先は、別の目的が別樣に規定する所である。執行手續は國家秩序の維持を目的として國家權力との結合をやゝ擴大したもので、公權的實現手續がすべて同程度の結合を必要とするのではない。競賣手續は果してどうであるか。それが公權的實現手續であり、國家行爲から組立てられるとしても、國家行爲には常に且つそのすべての面で形式的存立の原則が行はれるのではない。

もし、國家行爲につき常に且つ全面的にこの原則が行はれるとすれば、執行手續においてさへ、適法不當執行の問題を生ぜず、第三者の財産に對する執行も手續完結後は爭はれる餘地なく、執行吏ならびに執行裁判所の判斷にも既判力を認める方が首尾が一貫する、等の結果を生じるばかりでなく、手續中に取消の制度を認めること自體が一般に國家の恩惠でその合

理的基礎は見出されないことにもなりかねない。實現手續は何かを實現するもので、實現の結果は始に豫定せられたそのものの範圍を超える必要がない。執行手續で實現されるものも、何らかの程度に客觀化せられた私權である。始に豫定せられた程度を超えた客觀化が、手續終結の結果、私權に加へられて出てくる必要はない。ヨリ確實なヨリ新しい客觀化は常に判決手續に留保されてゐるのである（兼子一「請求權と債務名義」民事法研究第一卷一八四頁）。國家行爲形式的存立の原則を振廻すときは、執行手續について既にその不當な結果を生じるであらう。

この反省は、訴訟行爲論にとつて特に有益である（伊東「訴訟行爲の瑕疵」民事訴訟法講座二卷三五七頁註七七）。判決手續組成の裁判機關の訴訟行爲も、執行機關の執行行爲も、その効果、就中瑕疵の効果は、それぞれの行爲の直接の目的から決定せられるべきであつて、これらが國家行爲であることは問題にならない（中田二五九頁參照）。

（二）次に、公權的實現手續は裁判所の裁判をもつて行はれることがある。裁判には原則として當然無効を認めえないであらう。裁判所たる競賣機關が適法な裁判をもつて競落を許したときは、再審的不服申立によるのほか、裁判の確定後には人は競落の効果を爭ふことができない筈ではあるまいか。さうであるとすれば、この點から、少くとも裁判所が競賣機關たる場合には、競賣手續に當然公信的効果が認められることにならう。

けれども、裁判およびその効力も一つの制度として目的を有し基礎をもつ。裁判もまたこの限度をこえて妥當性を主張できないことは、自明の理である。問題は、こゝでも、競賣手續上の裁判がその目的上いかなる効力をもつべきかであつて、裁判を用ゐれば當然判決手續におけるそれと同一の効力を生じるのではない。判決手續は、紛爭を打切る目的から、やむをえず內容的な絕對の効力を原則として認めた。そのためには裁判所の實質的審査權が準備されてゐる。目的を異にする實現手續において、果して、判決手續における裁判論をそのまゝ持つてくることができるのであらうか。執行手續においてさへ既にこの點が疑問である。況んや競賣手續においておや。たとへ競賣手續が公權的實現手續であり、裁判所の裁判で行はれ

ることがあるとしても、裁判には常に裁判書の文言内容の無條件の確定が伴ふのではない。

尤も、論者と雖も、競賣機關の裁判が、既判力を生じる、としてゐるわけではなく、裁判は取消されないかぎり原則として内容に適合する効力を否認しえないものであるが、競賣手續における競落許可決定は目的物に關する競落人の創設的所有權取得を宣言するものであるから、その内容に適合する効力は競落人の所有權の創設であつて、この創設力が否認できない結果、手續に公信的効果が生じるものと論じてゐる。競落許可の決定は、果して、競落人の所有權取得を「内容」とするであらうか。競落許可に裁判を用ゐる目的は、果して、裁判所に形成力を付與することにあるのであらうか。假に裁判所に形成力を付與する趣旨なりとしても、果して、それは、無條件の創設を許す趣旨であらうか。制度は、その目的に從ひ、無條件の形成を許すこともあれば、條件つきで形成を許すこともある。條件つき宣言は裁判たりえないとする道理はない。論者の論旨に卽して言へば、競落許可決定の内容は、競落人の無條件の所有權取得ではなくして、債務者が前主だりしことを條件とする所有權の取得であるかも知れない。これは、裁判書の文言の問題ではなくして、制度の目的からする裁判の一般的限界の問題である。その孰れであるかが確定せられないときは、裁判に論旨のやうな効果があるか否かは、論斷しえない所と言はなければならぬ。

もし、裁判につき、常に、裁判書の文言内容の無條件の確定が伴ふとすれば、論者の論旨自體が矛盾してゐる結果になる。何故なら、競落人の無條件の所有權取得を宣言する競落許可の決定は、それ自體明かに所有權取得の正當性を認める趣旨を含むのであるから、既判力を否定することが奇妙である。のみならず、その立場からは、競賣裁判所の裁判にのみ創設力を認めて、執行吏の處分にこれを認めないことは、不均衡にならう（小野木常「換價たる競賣の本質」訴訟法の諸問題二五二頁參照）。裁判の効力もまた、個々について、そこに裁判を用ゐる制度の目的から理解せられるべきである。

この反省は、一般に、從來の裁判論を檢討するについて有益である。目的をこえて裁判は妥當しない。この、限界をこえ

た裁判こそが、無効の裁判にほかならない。といふことは、勿論、判決手續について不當判決は無効であるといふやうな、個別的考察を許すのではない。不當判決にもその効力を認めるといふことこそ、判決手續における裁判論の出發點である。個別的＝現實的考察と理念的考察とは區別せられなければならない。今こゝで目的との適合といふのは、制度の全體としての理念の問題である。裁判論はこの見地から考へられるべきものである。執行手續における執行裁判所の差押禁止權利に對する差押決定の効力や、第三者の不動產の換價の効力なども、この點からみるとき、多くの困難を避けることができるであらう。判決手續では、基本の約束から、廣く裁判の有効性を認めていかなければならぬけれども、これとて制度目的を逸脫はできない。いま試みにわが國での最も代表的な裁判論をひとつ取上げて從前の論調をうかゞふとすれば（雉本「裁判ノ無效」論文集五〇一頁以下）、裁判所が・受訴裁判所として・當該事件に關し・事件の解決を意圖して・法定の方式に從つて行ふ意思表現たることといふやうな五つの成立要件を掲げ（五三九頁以下）、成立ある裁判につき更に內容の不定不明・不能および法律の不許といふ三つの効力阻害事由を定立し（五五一頁以下）、これによつて裁判の有効無効を判定すべしとするその議論は（典型的適用例、雉本「競落決定ノ效力及ヒ其效力ノ間接否認」判例批評錄第一卷一五六頁以下）、あまりにも形式的機械的なるの謗を免れない。成立を個別的要件に分解後置する方法的誤謬は姑く措く（伊東講座二卷三四三頁(3)教材六頁）。右の議論によれば、例へば、訴なきに拘らず下された判決のごときは、無効にあらず、明白に不成立とも言へず、辛うじて非受訴裁判所の裁判なりとして不成立の場合に押込むほかはなからう（伊東講座二卷三五七頁註八〇）。裁判所が事件を彼此とり違へる場合は、全く繫屬なき事件に關する判決と同樣、非受訴裁判所の裁判となる筈であるにかかはらず、論旨はこの第三の場合に第一の場合は含まれないとするのであるから、この第二の場合もまた當然には第三の場合のうちに含まれ難いことになるためである（第三の場合はどこか他に現に事件の繫屬する裁判所がある場合）。かやうな遺漏は、事を、制度の目的との關係で、實質的有機的に理解しない必然の結果で、前示の執行法上の問題についても、この論法では、妥當な結果をうることができまい。所說を生かすためには、或は裁判の內容に應じた効力といふその「內容」を吟味限定して應用するか、或は法律の許さぬ內容をもつ裁判は

無効といふその「不許」を潤色擴大して應用するかしなければならない。

（三）更に、公權的實現手續は國家權力による私權の觀念的形成・確認の手續と相俟ち相補ふ。國家權力による私權の觀念的形成・確認の手續は訴訟である。訴訟は法的安定を制度目的とするであらう。これと相俟ち相補ふ公權的實現手續もまた、その本質は訴訟であると言はなければなるまい。從つて、これもまた、法的安定を目的とする筈ではあるまいか。さうであるとすれば、この點から、競賣手續には公信的効果の伴ふことが望ましいと言はなければならない。

けれども、既に前にも述べたやうに、或制度の構造の、いかなる部分を、また、その何處までを、本質とみるべきかは、抽象的に決まる問題ではない。これは論究の目的との關連で決まることである。從つて、一般に、或手續が本質上訴訟なりや否やを無目的に論じることは、何の意味をも持たない。目的の確定しない所では、判決手續・執行手續・競賣手續の全部を訴訟と言はうが、一部を訴訟として他を然らずとしようが、または一手續の一部分のみを訴訟として他を悉く然らずとしようが、どう言つてみたところで差支はない。問題となることは、常に、ただ、一定の現象が、或直接の目的との關係で、他の一定の現象と共通すると見られるか否か、といふことに盡きる。問題は、從つて、競賣手續が、判決手續と同樣、その結果に被實現權利との關係で不可爭の權威を與へられるべき手續なのであるか、といふことである。然りと言ふだけの根據はない。いかに觀念的形成と相俟ち相補ふと雖も、事實的形成の結果が手續外の眞實と適合すると否とを問はず公認せられなければならぬことに、決まるとは言へない。不可爭の權威を好ましいとする事情もありうるであらうし、反對の事情もありうるであらう。前の場合にこれに相應する制度を樹てればその公權的實現手續はこの限度でのみの訴訟制度なのであり、後の場合にこれに相應する制度を樹てればその公權的實現手續はこの限度では訴訟制度でない。訴訟であるかないかによつて兩制度が岐れるのではなくして、兩制度のこの相違を訴訟・非訴訟の語で表現してもよいといふだけのことである。競賣手續は、果して、その孰れに屬する公權的實現手續であるか。それが公權的實現手續であるとしたところで、公權的實現手

續であるといふことからも、從つて、觀念的形成に對立する手續であるといふことからも、公信的効果が望ましいか否かを決定するに必要な性質といふ意味での訴訟性は與へられない。

もし、抽象的な訴訟性をもつて公權的實現手續と公信的効果とを結合することができるならば、既に論者が訴訟性を明確であるとする執行手續においては、ひとり目的物を競落によつて競落人に歸せしめるばかりでなく、この適法な手續による不當執行の問題が生じることを全く否認し、第三者の財産に對する執行もまた手續の完結後は爭ひえないことを認めなければならない。そして、これらを認めることは、判決が爭ある請求權の存在を確定してこれが任意に履行せられ了つた場合、また、判決が債務者の目的物の所有權を確定してこれが任意に讓渡せられた場合と、果して、同一程度の危險をしか藏しないことなのであらうか。

或手續が訴訟なりや否やは何らかの直接の目的との關係でのみ考へらるべきだとの反省は、とくに、判決手續と執行手續との關係の理解について有益である。一般には兩者は一括して訴訟手續と言はれ、勿論、兩者に共通する訴訟理論は少くない。しかし、觀念的形成と事實的形成とは、直接の目標においても、手續の內容においても、實際上異なるべきは明かであつて、相違點に着眼すれば、執行手續を非訴訟手續と稱することができるのは勿論である。それにも拘らず兩者が共通するのは、執行手續が法の事實的形成たるものとせられる點にあるであらう。しかし、法の形成と言ひながら實際に法の形成でありえたか否かは常に判決手續に留保せられてゐるのであるし、兩者を一括するために相違點を見逃す弊も大きいのであつて、問題處理の價値基準の相違を示すためには、寧ろ通常は執行手續を非訟事件として訴訟から區別することが賢明であらう（伊東「紛爭の解決と具體法」法學研究二五卷九號一頁以下・教材二一五頁、兼子『增補强制執行法』四頁九頁）。執行行爲の理論としては、實體法生活と判決手續とが丁字型に交叉すると同じく、執行手續はまた判決手續と丁字型に交叉して（兼子研究I一八三頁）、實體法生活に還流するため（伊東講座二卷三四六頁註三二）、判決手續における訴訟行爲の理論とはおのづから異なつた寧ろ實體法的な理論を必要とすることがある（兼子執行法一一頁）。例へば、形

成せられつつある私權と手續外の權利との關係。法政策の問題としてもまた、執行手續の指導原理は實體的適正であるよりは寧ろ實効的であること迅速確實であることであつてよいので、公權力に拘泥しない自由な立場、廣い視野から、改善の策が講じられなければならない。

（四）最後に、公權的實現手續は私人の實力行使を排斥する。私人の實力行使は自力救濟の禁止に觸れるであらう。そのためにこそ實現手續が公權的實現手續の形式をとらねばならないものとするなら、それは能ふかぎり私人の處分から自由でなければならぬ筈である。さうであるとすれば、この點から、競賣手續は、換價權を私人に留保するものであることを避け、なるべく公信的効果を認めるやうに考へられるべきであらう。恐らくは、この點こそ、すべての異論を通じる且つ最も強い實質的な理由であると思はれる。

けれども、自力救濟の禁止は、私人の統制のない實力の行使を禁止するが、反對に、必ずしも完全な公權力のみによる執行を要求はしない。完全な私的手續と完全な公權力のみによる執行の手續との間には、無數のニュアンスがある。その一極端の排斥は、必ずしも他の極端を要求することにはならない。そしてまた、殘された多くの可能性の間についても、公的色彩の強いものを、その弱いものよりも、それだけ當然に望ましいとするものでもない。完全な私的執行は、正しい者が必ずしも強くはない事實によつて正義に反し、屢〻紛爭を釀すことによつて秩序を紊す。自力救濟の禁止は、この弊害を避けうれば、その目的を達する。目的を達するかぎりは、たとへ民間會社による執行を認めても、自力救濟の禁止には反しない。勿論、換價權を私人に留保し、公信的効果のない實現手續を認めるがごときは、まさに正義に反し、紛爭を生ぜしめやすいと言へるかも知れない。しかし、眞正の權利者が準備の手續を經ることなく直ちに實現手續に著手できることは、まさに正義の一つの要求であらうし、紛爭も、虛構の紛爭や爲にする紛爭に乘じられるのでなしに、あるべき紛爭が表面化する限度では、自力救濟の禁止の精神に矛盾はしない。執行手續さへ、既に、完全に公的色彩のみを有する制度ではない。競賣手續

は、果して、どの程度の公的色彩をもつ公權的實現手續たるを望ましいとすべきか。これもまた、自力救濟禁止の精神からは決定できないことである。

もし、自力救濟の禁止が、公的手續のヨリ多く公的であることを要求し、ヨリ多く公的であればそれだけ手續は優れたものとなるとすれば、判決手續は何故に當事者主義に廣汎な活動を認めるのであらうか。執行手續における換價たる競賣の性質は、特にわが國において、公用徵收とする舊說から漸次再び賣買契約であるとする新說が有力化しつつあるわけであるが、これは他の理由なしに當然に反價値的な傾向と斷じられるのであらうか。公的色彩を强調すべきか、私的色彩を强調すべきかは、調和點を求めながら歷史が、振子運動を描きつつ、惱み來たつたところである。これを訴訟理論について言へば、外から投入せられた兩種各樣の要求を、比重に應じ、且つ技術的に著實に實現するにはどのやうな運營が好ましいかが、常にその問題であるべきで、他の要求から切離し、比重を無視し、訴訟のアウタルキーを主張して、一面的に公的色彩を强調すれば足りるのではない。もしそれ、いかにすれば能率的であるかといふが如きは、訴訟外の實體法的、否、全法的理念に從屬する二次的な問題である。自力救濟の禁止は、訴訟理論における公權的色彩を、常に當然に且つ全面的に、合理化するものではない。

この點の反省は、恐らく、訴訟の有らゆる問題について有益であらう。判決手續における辯論主義の理解は、この點の考慮を要する多くの問題の一例である（伊東「民事訴訟における眞實義務」法學研究二五卷六號一頁以下）。

四

立法論として債務名義を要求する者が、訴訟理論上の根據として擧げるものは、次の五點の全部もしくは一部である（小野木『競賣法』新法學全集三三頁、村松前揭五六頁、由井健之助「競賣法に依る競賣手續に關する不服申立に就て」法曹會雜誌一四卷五號一一頁）。曰く、（1）擔保權實行のためにする競賣手續も「責任」の

強制的實現の手續である點で執行手續と本質を同じうし、異なる所はたゞ一は人的責任他は物的責任の實現に任じる點にあるのみで、競賣手續もまた強制執行たる金錢執行にほかならぬこと（小野木三頁、村松九頁以下、由井六頁註五）、（2）擔保權實行のためにする競賣手續は「訴訟」であつて非訟事件ではないこと（小野木四頁、村松九頁）、（3）債務名義は一面國家の獨占的強制權を基礎づけ他面滿足の權限を基礎づける双面の機能を有すること（小野木二九頁三〇頁。小野木「債務名義の本質」訴訟法の諸問題一七四頁參照）、（4）競賣法が債務名義の必要を明言しないのは形式的競賣手續を併せて規定したために過ぎないこと（小野木三一頁）、（5）擔保權自體に換價權は含まれてゐないこと（小野木三二頁）。

第一點について言へば、「責任」とは何かが問題である。論者の說明に徵すれば「債務の任意履行なき場合に於て債權者に對して之に代はる債權の滿足を供する權能を責任と呼ぶならば」その主張のやうな命題が成立つとせられてゐるのである。責任の語をかやうな意味に用ゐるかぎり、勿論、この命題は成立つと言へる。しかし、その實質的な內容は、責任の强制的實現といふことが實は右のやうな消息のみを指すのだとすれば、競賣手續もまた、執行手續と同樣に、「公權力による私權の實現の法的手續」である、といふこと以上には出ない筈である。

その第二點について言へば、「訴訟」とは何かが問題である。およそ、競賣手續に關して、それが訴訟であるか非訟事件であるかが爭はれる實益は、主として、不備杜撰な競賣法典を、民事訴訟法典をもつて補ふべきか、非訟事件手續法典をもつて補ふべきかの問題に關する（小野木五頁六頁、岩松三二卷四八三頁）。判例は、はじめ非訟法典をもつてこれを補ふべきものとし、のち大正二年にこれを更めて以來、民訴法典をもつてこれを補ふの態度を確立して、今日に至つてゐる。そして、その際、非訟法典をもつて補つた當初はその理由を競賣手續が性質上非訟事件に屬することに求めたが、改說以後は手續の性質については沈默してゐる。學說がこの問題を引受けた形である。しかし、既に述べたやうに、補充法規の決定はその決定の必要に卽し、債務名義の必要はまた別にその需要に卽して考へるべきで、本質論を決定すれば當然に彼此相通じるのではない。言葉を換

へて言へば、補充法規の決定について取上げられた條件が執行手續と共通であるといふ意味で競賣手續は訴訟たる本質を有すと言はれても、債務名義の必要を決定するに必要な訴訟性は、これと別異の條件に認められてよい。そして、一般には、補充法規の決定は、條文自體の體裁のほか、公權的實現手續たるの執行手續との共通性から既に決まることが多いから、これについて訴訟なりや否やを論じる實益は餘りない。ここで公權的實現手續たる點を執行手續と共通だといふ意味で訴訟性と言つてしまふと、配當手續の有無の如きについても、根據なき判斷を行ふ危險がある。債務名義との關係では、何が、何故、訴訟と共通かを、よく吟味することが必要である。であるに拘らず、論者の競賣本質論は、補充法規の問題についても、配當手續の問題についても、債務名義の問題についても、特に區別しては論じられない。以て最大公約數を求めるほかないとすれば、結局、論者が本質といふものは、競賣が公權的實現手續にほかならぬといふことに盡きよう。實際に行はれてゐる説明をみても、これを超えた理由づけは何ら見出すことができない。

第三點について言へば、執行手續における差押が双面の機能に基づくべきは明かである。一面ではそれは國家の强制力に基づき、他面ではそれは强制權の施用を是認せしめるに足りる權原卽ち換價權に基づかなければならない。强制力のない者の行爲は始から差押としての適格をもちえないであらう。差押の効力としての相對的處分禁止は生じる由がないと言はなければならない。しかし、それが同時に換價權に基づかなければ、手續は實體的な內容を持つことができない。この後段の權原を確保するものこそ、債務名義にほかならない。論者が債務名義に國家の獨占的强制權の基礎づけの機能を認めてゐるのは、不都合である。一方において、國家の强制權は既に公權的實現手續の制度的前提として豫定されるところで、更めて個々の事件についてこれを付與することを要しないのみでなく、他方において、强制權の個別的事件についての發動は、當該制度と國民の一般的地位との關係から、申立によつて促されうること當然であるから、ここにはなほ債務名義の問題を生じない。滿足名義たるの側面は、本稿の問題に直接の關連をもたない。とすると、この第三點の論據中、殘るところは、債務

名義は換價權を國家に與へるものだといふことと、從つて、もし實現手續においては總べて國家の「獨占的」强制權が前提とせられなければならないものとすれば、卽ち、もし換價權が國家に與へられないやうな實現手續はありえないものと假定すれば、常に實現手續は債務名義に基づかなければならぬといふことと、だけである。問題は、かうして、公權的實現手續は常に必ず換價權の國家への付與を必要とするか、に還元せられる。

第四點について言へば、これは、逆に、擔保權の實行のためにする競賣手續を形式的競賣手續と異なつて取扱つてよいかとの疑問を生ぜしめる。法典が兩者を同列に置いてゐるに拘らず、一が他と異なるといふためには、積極的な理由を必要とするが、擔保權實行のための競賣手續が公權的實現手續であるといふこと以上の說明は見當らない。しかし、財產の保管整理のための換價權の行使もまた、私權の實現の手續と言へないわけではない。假にさう言へないとしても、法典がこれと擔保權實行のための競賣手續とを一括規定するといふことは、手續外に換價權を豫定する點でこれと共通點をもつやうな、そのやうな公權的實現手續として擔保權實行のための競賣手續を考へてゐるのだ、とは言へないのか。從つて、問題は、およそ公權的實現手續はそのやうな手續であつてはならないのかどうか、といふことである。

第五點について言へば、擔保權が換價權を內含するかどうかは、實體法だけから一面的に決まることではない。權利は制度の主觀的理解にすぎない。請求權に換價權がないとせられるのが一般であるのは、それが債務名義を要する執行手續によつてのみ實現できる制度に現在ではなつてゐるがためである。擔保權に換價權があると見るべきか、ないと見るべきかは、その實現手續をどう定めたらよいかといふ問題の、主觀的側面からの言換へに過ぎない。問題は、依然として、公權的實現手續は、すべて執行手續の如くであらなければならないか、を出ない。

かくて、論者の所論は、すべて、結局は、競賣手續の公權的實現手續たる性格のみに依存してゐることを、知ることができる。そして、或手續が公權的實現手續であることは、必ずしもこれに公信的効果を認むべしとの結論に導かないこと、前

節に見た通りである。第二點については特に前に取出しても論じて置いた。

五

解釋論として既に現行法上に擔保權の實行が債務名義を必要とすることを論じる者は、更にこれを二說にわけることができる。その一說は、競賣法上の競賣には債務名義を要せざるも、擔保權者は擔保權を表示する債務名義をもつて執行手續によりうるとするものであり、他は、競賣法上の競賣に債務名義を要すとするものである。

前者が根據として擧げるものは、次の三點である（石神武藏「擔保權の實行と債務名義」民商法雜誌二卷一號一四頁。尤も、論文のテーマがねらひを異にするため根據は明確には示されてゐない）。曰く、（1）執行法は擔保權の實行を排除してゐないこと（一三頁）、（2）國權による權利の實現はすべて債務名義に基づくのが當然で、競賣法に直接規定あるもののみその例外と見られること（一七頁）、（3）擔保權實行の保全處分としての假差押に債務名義が必要である以上、これとの均衡を考ふべきこと（一七頁）。

第一點について言へば、ドイツ法のやうに（獨民訴五九二・六八八・七九四I5）擔保權を顧慮した規定をみないわが民事訴訟法典と、競賣法典とを並べてみるとき、執行法が擔保權の實行を排除してゐないと論じるのは、無理だと言はなければならない。特に、法定擔保權についても執行法が當初から債務名義による執行を豫定してゐたと考へるのは、困難ではあるまいか。少くとも、論者と反對の見解も、優に成立つ（岩松三二卷四八五頁、兼子執行九頁）。

第三點について言へば、論者が自ら承認する所の・競賣法に基づき債務名義なくして行はれる手續は、どういふことになるのであらう。また、擔保權實行の保全が假差押で出來るか否か疑問である。假に疑問を悉く留保したとしても、弱い權利が強い權利に比して却つて多くの關門を潜らなければならぬことは、寧ろ當然とも言へないではない。

右二點は、從つて、決定的な論據とは言へない。決定的なものは第二點であるが、これは、明かに、競賣手續が公權的實

現手續であるといふことから、直ちに債務名義の必要へ飛躍するものである。そして、或手續が公權的實現手續であることは、必ずしもこれに債務名義を要求すべしとの結論に導かないこと、前々節に見た通りである。

競賣法上の競賣手續に現に債務名義が必要であるといふ論者が、論據として擧げるものは、次の八點である（小野木「抵當權の實行と債務名義」訴訟法の諸問題一七九頁一八〇頁。博士は嘗ては前節に見たやうに立法論として債務名義の必要を說いて居られたが今日では改說して解釋論として主張せられる）。曰く、（1）擔保權實行のための競賣手續は本質上金錢執行にほかならぬこと（一七九頁・一八〇頁・一九六頁以下）、（2）現行法上も擔保權實行のための債務名義を考案することが困難ではないこと（一七九頁・二〇四頁以下）、（3）競落人の地位の不安定を救濟すべきこと、特に然らざれば登記に公信力なき我國において不動產金融の梗塞を來たすべきこと（一八〇頁・一八一頁・二〇〇頁以下）、（4）擔保權自體に換價權は含まれてゐないこと（一八一頁）、（5）現在無擔保債權者に換價權なしとされてゐることとの均衡（一九七頁）、（6）競賣機關は公權力を行ふものであつて、擔保權者の代理人ではないこと（一八一頁・一九七頁）、（7）私賣主義から公賣主義への變遷の沿革（一九〇頁）、（8）債務名義は「責任」の存在を假定的または確定的に確認することを本質とすること（二〇〇頁）。

右のうち、第二點は、考へうるといふだけのことで、これはなほ必要と解すべしとの根據にはならないから、除外して差支ない。第五點は第四點に還元して考へることができる。

第六點について言へば、差押が公權力で行はれるといふことは、必ずしも換價が公法的行爲でなければならぬことを意味はしない（中田二九五頁）。兩者は別個の問題であるから、換價が私法上の賣買であるとしても、競賣機關がこれによつて當事者の代理人になるとは限らない。問題は、公權的實現手續は、性質上當然に私人に換價權を留保しえぬか否か、に歸するのである。

第七點について言へば、制度が歷史的に規定せられることは勿論であるが、ローマ法から獨逸民訴法まで大まかに一般法制史的に辿られた沿革が、どれだけ我々の競賣法に接續するのかは、國內の立法過程を拔きにしては、明かでないばかりで

なく、公賣・私賣の意義もニュアンスがありうること、近代において却つて公權力の後退を合理化できる基礎も生まれてゐることを考へると、決定的な要素とは言へぬであらう。もし沿革を辿るならば、換價權を私人に留保する公權的實現手續を・完全に否定する・方向、を認めうるのかどうか、焦點を絞つて考へる必要があらう。示された限度では、なほ、競賣手續が公權的實現手續でなければならぬ、といふことしか出てこない。

第八點について言へば、公權的實現手續が、果して、常に責任の公權的確認の上に立つべきか否かが、問題である。

右三點は、從つて、孰れも競賣手續の公權的實現手續たる性格に論據を求めるに歸著する。第一點・第四點がこれに歸著することは既に前節にみたところである。斯くして、第三點を除くすべての論據は、結局、競賣手續の公權的實現手續たる性格を主張するに歸する、と言へる。第三點は、實踐上の必要で、今かりに此處で訴訟理論と稱してゐるものとは、無關係である。そして、或手續が公權的實現手續であることは、必ずしもこれに債務名義を要求すべしとの結論に導かないこと、前々節に見た通りである。

解釋論としては、債務名義を不要とする通說の見解を正當としよう（中村宗雄『判例民事訴訟研究』一卷七九頁、兼子『强制執行法』『新法學全集一一』頁註一・『判例民事訴訟法』二七七頁、村松五四頁、等）。その際、屢〻論じられる擔保權者の競賣申請權の有無の問題（小池隆一『民法概說』二〇六頁、今泉孝太郎『新物權法論』一五九頁、我妻『民法講義Ⅲ』舊版四一頁、岩松三二卷四七八頁）は、債務名義要否の問題とは別であつて、たとへ留置權者を含めすべての擔保權者に競賣法により競賣申請權を認めるとしたところで、かゝる申請權に基づく手續が債務名義を必要としない手續であるか否かは、それだけでは決定できないこと、卽ち、競賣申請權と換價の基礎になる權利とは異なることに注意しなければならない。しかし、競賣法が擔保權實行のために競賣を財產の保管整理のためにする競賣から區別してゐないこと（三・二二）、擔保權の實行を擔保權により「競賣ヲ爲サントスル」ものと表現してゐること（同上）、執行吏の執行調書に申立人の署名捺印のみを要求する體裁をとつてゐること（一四Ⅱ、民訴五四〇Ⅱ）、不動產競賣につき競賣期日の公告から執行法の場合と異なり特に「强制執行ニ因リ競賣ヲ爲ス旨」の記載を落して

ゐること（二九I、民訴六五八4）等をみるならば、法典は、この手續を執行手續とは異なる別個特殊な手續であつて（執行吏執行等手續規則が強制執行と競賣とを別章にするのもこの解釋に立つものであらう）、換價權を私人に留保し（中田二六五頁註四）、私人が換價權の行使についてこの手續によるべきに過ぎないものと考へてゐる、と臆測するのが自然である。換價權が私人に留保せられてゐるとすれば、もはや債務名義は必要をみない。競賣法二四條が競賣申立の添附書類を規定するにあたり、民事訴訟法六四二條六四三條に酷似する內容を定めながら、ことさら「債務名義」「執行力アル正本」の語を除いてゐることも、この結論を支持するものであらう。さうして、競賣法二四條二項一號・同二七條三項二號には「所有者」が擧げられてゐるに比して、これに對應する民事訴訟法六四二條一號・同六四八條二號にはこれが擧げられてゐない點をみれば、前述の日獨民事訴訟法の比較と相俟つて、法が民事訴訟法による擔保權の實行を豫定してゐないことも、また明かであると思ふ。

六

解釋論として債務名義を不要としながら猶且つ競賣手續に現行法上公信的効果が認められるとする者が、根據として擧げるものは、次の一〇點の全部もしくは一部である（雄本判批錄一卷一八九頁、岩松三七卷二一八頁、遠山續太郎「抵當權の不存在又は消滅と競落許可決定の實體的效力」三四頁）。曰く、（1）競賣手續は本質上執行手續と異ならぬものであること（遠山一一頁）、（2）手續の要件がその手續中に消滅したからと言つて既に行はれた手續自體が當然消滅する理由はないこと（岩松二一八頁、遠山三〇頁）、（3）裁判に原則として無効はないこと（雄本一六〇頁以下、岩松二一八頁、遠山三〇頁）、（4）國家行爲には形式的存立の原則が行はれること（雄本一五九頁一七三頁、岩松二一七頁、遠山二九頁）、（5）競賣法二三條が申立の取下を制限して競買申込人を保護しようとしてゐること（遠山三一頁）、（6）實體的眞實と手續の結果との不適合はこの場合に限らないこと（雄本一八三頁）、（7）眞所有者の不利益は異議等を活用しなかつたかぎり自業自得と言へること（雄本一八四頁）、（8）眞所有者の保護は異議等のほかなほ考へえないではないこと（雄本一一八三頁一八八頁、岩松二一八頁）、（9）競賣は公用徵收に類する公法上の處分であること（雄本一八六頁、

岩松三二卷四八八頁、遠山三二頁）、（10）競落人の權利を害し司法機關の威嚴を失墜せしめ法的安固を損ふは不當であること（雉本一八四頁一八九頁、岩松二一八頁、遠山三〇頁）。

第一點が競賣手續の公權的實現手續たるをいふにすぎないことは、他の論者の場合と同一である。此處では明かに、競賣手續は、「私權の實行手續であり、權利關係の確定を目的とするものではないから」とのみ、說明せられてゐる。

第二點・第三點・第四點について言へば、それぞれの原則の適用範圍を吟味してかゝることが必要である。これを逆に適用の客體の方からいふなら、競賣手續はいかなる點で何故これらの原則の適用下にはいるのかの說明が必要である。實體權の存在はこの場合、果して、手續の「要件」であるのか。あるとすればそれは何故か。競賣機關の手續行爲はこの場合、果して、不可爭の權威を認められるべき國家行爲であるのか。あるとすれば、それは何故か。競賣機關の裁判はこの場合、果して、實體的確定力ないしは內容的な是認を伴ふ形成力創設力ある裁判であるのか。あるとすれば、それは何故か。競賣裁判所の競落許可決定の効力は「不動產ノ所有權ヲ設定的ニ移轉スル效力」たるに疑はないか。また、その「抵當權ハ登記セラレ形式上其存在ニ缺ク所ナキカ故ニ……競賣ヲ申請シ……タルハ正當ニシテ」といふ「正當」は、問題の場合を解決するに足りる意味での正當で、果して、ありうるのであらうか（引用句は雉本一八一頁一八二頁）。勿論、論者はこれらの問に肯定的に答へる。然らば、それを何故とするか。手續に先立つ條件は手續の「要件」であり、國家の行ふ行爲は「國家行爲」にほかならず、裁判所の意思表現は「裁判」である、といふのでは、明かに何の答にもならない。これらの根據に基づいて競賣手續を前揭の諸原則に從はしめうる理由は何か。競賣手續は公權的實現手續であるから、といふのが、論旨の全體を通じて辛うじて讀取れるその理由である。他には全く理由らしいものは揭げられてゐない。

第五點について言へば、任意に取下をなしうるといふことと、實體權を證明して手續の結果を覆しうるといふこととは、全く別個の問題であるから、論據としては取るにたりない。

第六點・第七點について言へば、これまた、判決手續における理論をそのまゝ應用しようとするものである。應用の基礎はどこにあるか。こゝでも、競賣手續が公權的實現手續であること以外の根據は示されてゐない。

第八點について言へば、異議等の手段に全幅の信頼をかけること、從つて信頼できるだけの機會と審査とが充分これについて與へられることを期待することが、確定手續と實現手續との分離を無意味にすることは、言ふまでもない。なほ他の救濟手段として論者が提案するものは、實體權不存在確認の訴と假の處分(維本)もしくは假處分(岩松二三五頁)と、といふ方法である。これは競賣手續について請求異議の訴が認められないことを前提とするものであるが、請求異議の訴を必ずしも債務名義と結合して考へなければならないことはないので、寧ろ管轄や併合强制や假の處分を含む形式的制度として活用できることを認めるべきであらう(企業擔保法案が競賣手續に民訴五四五を準用してゐるのも直ちに不都合とは言へない)。通說は、競賣手續への民事訴訟法五四五條の準用を否定するが、その場合には實體權不存在確認の訴が許されることになるわけで、この訴につき民事訴訟法五四七條の假の處分の規定は準用できるとする者が少くない(菊井維大『判例民事手續法』五六頁、村松二九頁)。假に五四七條の準用を認めないとすれば、假處分を許さないわけにいかないであらう(岩松二三五頁)。そこで、眞所有者は、請求異議の訴に非ざれば實體權不存在確認の訴によつて、どつちにころんでも救濟をえられることになるから、論旨は一應理由があると言はなければならない。しかし、問題は、この種の不服申立の方法は、眞正の權利者から進んで行動を起こさなければならぬことを意味する、といふことである。競賣手續に公信的効果を認めないとするのは、これに反して眞正の權利者が自分の方から行動を起こす必要がないといふことである。他日その地位を任意に認めようとしない者に對しては或は訴を起こす必要があり、手續の途中でこれを阻止するには或は異議等の手段に訴へる必要があるといふことは、ここで請求異議の訴や實體權不存在確認の訴を起こさなければならぬのとは、丸で意味が違つてゐる。この兩者を意味が違はないとするのは、判決手續の理論を無反省に實現手續に類推しようとする者である。この論法でいけば、執行手續においてさへ、第三者の財産の競賣を必ず所有權移轉の効果を生じるものと見なけれ

ばならぬことにならう。眞正の權利者に手續を知る機會のない者もあることを考へよ。勿論、必ず眞所有者の有利に事を決めなければならぬといふのではない。判決手續の理論を類推してくるだけで結論はでないといふのである。類推しようとするなら類推できる基礎を示さなければならない。そして、競賣手續が公權的實現手續であること以外に、この基礎の説明は見當らない。

第九點について言へば、手續としての競賣と換價としての競賣との分離が明確でない。雉本博士に從へば、この論據は、更に下位に立つ五つの根據によつて支へられてゐる。第一には、私賣主義から公賣主義への一般的變遷の變革、第二には、民法三五四條は私の換價を認めるものであるからこれを獨逸民法が動產質につき私賣と公賣とを併せ認めるに比すれば競賣法上の競賣は公賣と認められること、第三に、民法三六七條が私の換價を認め同三六六條が民事訴訟法による換價を認めるのは獨逸民法が債權質につき私賣と公賣とを併せ認めたるに比すれば法が擔保權の實行をすべて執行の形式による公賣と考へてゐるものと認められること、第四に、競賣法四條が執行吏は自ら競買人となりえぬ旨を定めてゐること、第五に、擔保權者が執行手續において配當要求をするのは執行の形式で擔保權を實行するものであるから競賣手續が私賣の手續であるとすればこれと均衡を失すること（雉本論文集三六一頁―三六四頁・判批錄附錄五一七頁以下、博士は進んで更に再び右の根據中一・三・五の三點を反覆して競賣が强制執行の形式に從ふものであることを主張せられる）。これらの根據のうち、あとの二つは、先づ問題にならない。假に競賣が所謂私賣であるにしたところで、その公正を期するために執行吏が競買人となることを禁じることは出來るであらうし、配當要求と手續の追行とが同一視せられるなら、執行手續における無名義債權者の配當要求も認められないことになるであらう。殘る三論據は、悉く、手續としての競賣が國家の手續でなければならぬことのみを證して、換價として競賣の性質には關係がない。我々が沿革に學ぶべきは、自力救濟禁止の進展に過ぎないであらうし、民法三五四條・同三六七條に對立すべきものは國家の手續であることを要するに過ぎない。これらがこれを超えた根據と信じられてゐるのは、手續としての競賣と換價としての競賣が混同せられてゐるためにほかならな

い。私賣・公賣といふ概念の曖昧な對立させ方は、如實にこの間の消息を物語るものと言へる。これを分離して論旨を飜譯すれば、換價たる競賣が公用徵收に類する公法上の處分でなければならないのは、手續たる競賣が國家の手續でなければならないによるのだ、と理解するほかない。かくて、この論據も、また、競賣手續は公權的實現手續であるといふことのみを主張するに歸する。

第一〇點は、實踐上の必要で、訴訟理論の問題でない。但し、この點の說明に關連して、眞權利者の權利の喪失を、論者が、「訴訟法ハ……私權ノ保護ヲ完フシ權利ノ安固……ヲ維持スヘキ大使命トノ對照上一少弊害トシテ初メヨリ之ヲ甘受スルモノタリ」と言ひ、法的安定に並べて私權の保護（恐らくは擔保權者として手續を追行した者との意であらう）を掲げてゐることに注目すべきである。論者は進んで、「故ニ若シ案件ノ性質ニ合セス特定ノ場合ノ情實ト容レスト云カ如キ宋襄ノ仁的論法ヲ以テ本件競落決定ノ無效ヲ斷セントスルカ如キハ民事訴訟制度ノ大本ヲ破壞スルモノニシテ本末輕重ヲ明カニセス秋毫ノ末ヲ視ルニ精シクシテ輿薪ヲ察ル能ハサルモノト云ハサルヘカラス」とまで、はげしい表現を用いてその趣意を敷衍してゐる。ここに最も鮮かに實現手續と判決手續との不當な混同をみることができる。

かくて、論者の所論は取るに足りない論據と實踐上の必要とを除けば、すべて、結局は、競賣手續の公權的實現手續たる性格のみに依存してゐることを、知ることができる。そして、或手續が公權的手續であることは、必ずしもこれに公信的効果を認むべしとの結論に導かないこと、第三節に見た通りである。第三點・第四點ならびに判決實現兩手續の關係については、特に前にも取出して論じた。

解釋論としては、公信的効果を否定する通說の見解を正當としよう（我妻前揭判民三三八頁、兼子判民二七七頁・新全集一二頁、中田二六六頁二七五頁、村松一四頁一五頁四四頁五三頁）。前述のやうに、債務名義は換價權を執行機關に授權する。差押は換價權の存在によつてはじめて正當化されるものである。換價權の實體的存在を條件としないかぎり、債務名義がこれに代はらなければ、差押は到底是認せられえない。第一に、差

押そのものは手續の結果を正當化するに足りない。差押行爲が、單なる事實として、正當化の役に立たないことは、言ふまでもない。差押行爲自體を可能にする權限も亦、一般的な權限であつて、個々の具體的な差押行爲を是認させる力をもたない。この權限は、所定の國家機關が執行機關として、個々の具體的な事件を離れて既に有する權限である。そこで、この二つの要素のほかに、具體的に有効な差押は、何らかの基礎を必要とする。これが執行手續にあつては債務名義であるにほかならない。獨法上執行手續において差押質權・强制抵當權の成立が認められるのは、通說が、これらの物權は擔保權ではあるが執行手續外の債權に從屬せずとし（兼子研究Ⅰ一九五頁註三九）、また、差押につき Verstrickung と Pfändungspfandrecht とを區別すべしとしてゐる（中田二六三頁）ことに徵すれば、決してその特有な優先主義を貫くための手段たるにはとゞまらず、併せて、差押の基礎を說明するための構成たるものであることを知ることができる（兼子研究Ⅰ一九四頁註三八）。而も、かゝる差押の基礎なるものが、法律の授權によつて擬制的に生じるものでもなく、これらの特殊の賣却權自體に存するものでもないことは、差押質權・强制抵當權が更に債權者の公法上の物權に基づくとし、この物權の實行手續を執行手續にほかならぬとする說明さへ、一部には行はれてゐることから、明かである（兼子研究Ⅰ一六七頁）。そして、このやうな構成ないし說明が、悉く、實體權を執行の前提とせず、債務名義を前提とする執行手續の構造に由來することを考へれば、結局、債務名義が差押に基礎を與へる理由を納得させるための努力であるにほかならぬことを、知りうるであらう。第二に、差押そのもの以外にも、差押を正當化する要素はない。成程、手續の完結は、手續の取消變更の可能性を去らしむるであらう。けれども、手續はその前提に應じた効力を生じるにすぎない（中田二九五頁參照）。實體權の存在を前提とする手續では實體權の存在に應じ、債務名義の存在を前提とする手續では債務名義の存在に應じ、換價機關の恣意擅斷を許容し前提とする手續では恣意擅斷の存在に應じ、それ〳〵その限度で効果が承認せられることになるもので、手續の完結自體に獨自の作用があるのではない。また、成程、關係人に異議・抗告・訴の途をひらき、これらの利用せられず又は悉く却けられたときは、これを理由として手續の完結に差押を正當化し

てしまふ効力を認めることが出來さうに思はれる。勿論、法律をもつて强行することは慥かに出來ることに違ひない。しかし、その途をとらない限り、判決手續から切離された實現手續において、關係人の實體的權利の歸屬を決定することは、制度の約束を超えることである。もし、それ、競賣手續に必ず利害關係人を關與せしめ、その主張について實體的審査の權限を競賣機關に與へてしまふに至るならば、これはそのまゝ債務名義を採用したに等しく、而も解釋論としては考へえない所であらう。かくして、債務名義以外に公信的効果の根據を求めることは全く不可能である。洵に、「債務名義の存在を必要としない」といふことは「實體權の不存在に拘らず競賣手續を行い得る場合がない」といふことである(菊井判例一六七頁)。判例が競賣手續が私人に換價權の留保せられた手續であることを理由として、これに公信的効果を否定するに對して、「判例の論法に依れば債務名義に基きて爲されたる强制競賣の場合と雖も——債務名義の存否の點に於て差異を免れないが——同一の推究が出來ねばならぬであらう」と批評する(遠山二九頁)がごときは、全く債務名義の機能を誤認するものである。

尤も、債務名義なくしては公信的効果を認めることが出來ないのは、これによらなければ實體權と手續の結果とを切離すことが出來ないによるのであるから、特にこの切離しを企てる制度が手續外に準備せられれば、話は別になる。かやうな準備を立法によつて達成すべしと論じれば立法論として債務名義と無關係に公信的効果を要求できるものであるし、かやうな準備を既に現行法上認めうるものと論じれば解釋論として債務名義と無關係に公信的効果を要求できるものである。そして、可能な方策は多種多樣であらう。主要な方策の一つは、國家に目的物の收用處分權を認めてしまふことである。競賣手續が公權的實現手續であることは必ずしも換價たる競賣を國家の收用處分權に基づくとみることを要求するものではないし(前出)、却つて競賣法は私人に換價權を留保してゐるとみられるから(前節)、解釋論として既に現行法上この準備ありといふことは難しい。主要な方策の他の一つは、不服申立の途の杜絶を機會に、眞所有者の權利を否定してしまふことである。これまた利益衡量の結果奈何によつては解釋論としても成立たないかぎりではない。しかし、眞所有者を犧牲にできるかどうか

はなほ問題のあるところであつて、たとへ請求異議の訴もしくは實體權不存在確認の訴とこれに伴ふ處分とによつても眞所有者を競落人に對して讓歩させるに足りるかどうか疑が殘る有樣であるから、特別の規定のない現行法の解釋として、既にかゝる方策が備へられてゐると解するのは、解釋論の埒をこえるものであらう。主要な方策の更に他のひとつは、實體法上すべての物權的外觀に關して完全な公信的効果を認めてじまふことである。現在でも動產の競賣については即時取得の制度で手續の結果に公信的効果を認めうるであらうが、競賣手續の結果が問題となるのは實際上不動產の競賣が中心なのであつて、これに關するかぎり解釋論としてこの方策を考へる餘地はない。

かくして、中心的な不動產競賣について言へば、立法措置によるのほか、債務名義なくして公信的効果を認める餘地は先づない。解釋論として競賣手續に債務名義を認めえないことは前節にみた所である。從つて、解釋論としては、概して、現行手續について公信的効果を肯定することができない。

七

斯く、競賣手續について公信的効果を認めなければならない訴訟理論上の必要はない。解釋論も立法論も、その以外の點に立脚して樹てられるべきである。然るときは、現行法の構造上、解釋論としては競賣手續に債務名義は必要でないと見るほかなく、債務名義を必要としないとする以上、即時取得のやうな特別の制度を認めうる場合を除いては、逆に公信的効果を認むべきではないといふ訴訟理論上の必要がはたらく。公信的効果を認めようとすれば、立法論として事を論じるのが健全である。そして、立法論として公信的効果を認めようとするなら、債務名義の採用を論じるのが自然であるが、公信的効果を認めるべきか否か、從つて、債務名義を採用すべきか否かは、訴訟理論上の要求なるものから解放され、自由に諸般の實體＝法政策的要求を勘按して決定せらるべきである。我妻教授がこの問題をテクニックの問題・論理の問題でないと言つ

て居られるのは、蓋し洵に正當である（前掲判民）。

それなら、立法論として公信的効果を要求し、そのため競賣手續に債務名義を必要とするやうに法典の改正を行ふこと（一般には競賣手續を執行手續に吸收して一本にしようといふ）は適切であるか。本稿はこれに答へることを目的としない。しかし、事柄はさう簡單には判斷できない所であらうと考へる。通說的立法論はしきりに競買人の保護を强調する。擔保權は目的物の使用權能ではないから、取引の安全が强調せられることは一おう自然である（我妻「不動產物權變動に於ける公示の原則の動搖」法學協會雜誌五七卷一號一八頁以下）。これに對立する實體＝法政策的要求は、勿論、目的物の眞正の權利者の保護であらう。問題を動的安全と靜的安全との對立として理解し、今日では後者が前者に讓るべきものであるから、競賣手續においてもまた、競落人の地位が保護せられなければならないといふのが、通說的立法論の筆法である。訴訟理論なるものを持出す異論も、みな、この點は同樣である。けれども、かやうな動的安全と靜的安全との對立を、この場合、單純に公式的に受取る態度には、少からず疑問を感じる。

第一に、取引の安全のために、常に競落人の所有權取得を肯定することが、この場合、必要なことであるのか。債務名義によつて公信的効果を確保するときには、公信的効果とは言ひながら、實體法上に卽時取得や表見代理を問題にする場合とは異なつて、競落人の善意と惡意とに應じて手續の結果を二三にすることはできない。惡意の競落人を保護することが取引の安全のために果して必要なことであらうか。勿論、債務名義を要求すれば、虛無の擔保權に基づく手續が少くなることは豫想せられるが（債務名義成立後の事情の變更ある場合その他で、僞造などは名義無効と扱へる）、且つ假に虛無の擔保權に基づく手續が行はれても惡意の競落人が目的物を取得できることは現に執行手續に見られる現象であるからそれでいいのだとも言へるではあらうが、通說的立法論の中には登記簿の謄本のごときをも債務名義に加へようとするものがあるから、念を押して置くことが必要と思ふ。なほ、物權的表象に悉く公信力を與へる方策を擇ぶ場合には、要件の內容を周到に規定することを忘れてはならない。現在認められる動產競賣への卽時取得の適用についてもこの點遺漏が歎ぜられる（拙稿研究Ⅰ一九五頁註三）。善意とは何についての善意か、

どこまで過失は推定せられるか、等。

第二に、債務名義は換價權の保障にのみ關して、目的物の所有權を保障しない。從つて、有効な擔保權に基づいて目的物の讓渡後前主を債務者として行はれる競賣や、目的物以外の物に對して行はれる競賣によつては、債務名義制度のもとでも、競落人は目的物を取得できない。また、他人の物の上に擔保權が設定せられた場合（例へば登記名義上の所有者たる不眞正所有者の抵當權設定）にも、この擔保權の實行によつて競落人は目的物を取得できないと解すべきであらう。他人の物の上にする擔保權の設定は無効であるから、債務名義が與へられるべきでないことは勿論だが、與へられるべきでない物も實際には與へられることがあるために、この最後の問題が生じるのである。右の始の問題は承繼執行文で片が附かうし、中の問題は現在の執行手續と同じことであるから諦めもつかうし、そして、三問題とも反對の解釋が不可能でもなからうしはするけれども、孰れにせよ、債務名義が萬能の作用をもつわけではないことに注意することが肝要である。

第三に、債務名義を必要としないといふことは、擔保權者にとつては大きな便利である。通說は、目的物の所有者と競落人とのみを對立させて考へて、擔保權者の立場を遺却してゐるのではないか。執行手續において債務名義をえ執行文の付與を求めることは相當の面倒であるが、債務名義を要求しないときはこの面倒が悉く除かれるのであつて、この事は、剩餘の見込なき場合の競賣取消や配當手續に關する執行法の規定が競賣手續に準用せられないとする判例理論と相俟つて、擔保權の實行を相當に簡便にしてゐるのである。判例が競賣手續に債務名義のない理由を手續の簡易迅速を目的とするためと說明するのに對して、屢〻債務名義のない方が複雜な關係を生じるとして、論難が加へられてゐるのは、判例が擔保權者自身の立場をみるに對して、その眞意を誤解するものである。表見擔保權の實行を恐れるのあまり、眞正の擔保權者のこの便利を奪ふことは相當であらうか。擔保權は債權よりも强力であつて差支なくまた債權と異なり任意の履行といふことを考へることもできないのであるから、擔保權の實行を債權のための執行から區別することも理由がないとは言へないであらう。殊

に、現行民法を前提として、競賣手續に債務名義を要求し、競賣手續を執行手續と統合するときは、ひとり約定擔保權についてのみ債務名義が必要となるばかりでなく、法定擔保權にもこれを必要とせざるをえないことにならう。

第四に、公權力の干渉を增大することのみが、權利の保障と取引の安全とを圖る途であるのか。現在では、執行手續でさへ、殆ど十全の作用を營んでゐないと言はれてゐる。債務名義を採用することによつて競落人を保護してみたところで、それだけで、競落代價の低下を防ぎ、不動產金融の梗塞を防止することができようとは考へられない。ヨリ大きな原因は他にあるであらう。この點からは、寧ろ、權利實現手續全體の拔本的な改造が望まれはしないか。公權力が寧ろ一歩を退いて民間の換價手續を監督するにとゞめるのも一策であらう。逆に進んですべてを國家の計算において決濟するのも一策である。要は無條件に執行手續を範型としてこれに固執しないことが必要で、問題は單なる債務名義の問題にはとどまらないのである。

結論がどちらに決まるかは、本稿にとつて關心の外にある。無用な繫縛から切離されて、立法論ができるかぎり自由な立場、できるかぎり廣い視野において、檢討せられることを希望したい。

（昭和二九年一二月二〇日稿）