

Title	〔最高裁民訴事例研究九〕競落許可決定確定後における抵当債権の消滅と競落人の所有権取得 家屋明渡請求事件(昭和三七年八月二八日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.12 (1963. 12) ,p.73- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19631215-0073

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.

〔最高裁判事例研究 九〕

昭三七一九(最高民集一六卷
八号一七九九頁)

競落許可決定確定後における抵当債権の消滅と競落人の所有権取得

家屋明渡請求事件(昭三七年八月二八日第三小法廷判決)
X(原告・控訴人・上告人)は、Y(被告・被控訴人・被上告人)所有の家屋につき存する訴外Aの抵当権の実行のための競売手続において、右家屋を競落し、競落許可決定を得た。Yはこれに対して即時抗告を提起したが棄却され、右競落許可決定は確定した。Yは右棄却決定に対して特別抗告を申立てると同時にAに対し抵当債務全額と手続費用を弁済した。右特別抗告は却下され、Yは弁済を理由に異議申立をせず、Xは競売代金を納付し所有権移転登記をうけた。そこでXは本訴を提起し、Yの不法占有を理由に、所有権に基

づく家屋明渡の請求をなした。

第一審・第二審X敗訴。理由は「競売法による不動産競売手続においては、競落人は競売代金を納付したとき競売の目的である不動産の所有権を取得し、同時に右不動産の上に存する抵当権は消滅するものであつて、たとえ競落許可決定が確定しても競落人が競売代金を納付しないときは再競売されるのであるから競売手続は競落人において競売代金を納付したとき完了するものと解するを相当とし、従つて、たとえ競落許可決定が確定しても競落人が競売代金を納付しない間に債務者が競売の基本である抵当債務を弁済しこれが消滅したときは以後競売手続は続行することができず、たとえ競落人が競売代金を納付しても競売の目的である不動産の所有権を取得することはできない」という点に求めている。X上告。上告理由は以下のごとし。「若し債務者が競売手続に於て異議等不服手段に訴えなくと

も弁済をしたとの一事を以て何時でも競落人の所有権取得を否定し得るものとせば競落人の地位は余りにも不安定でありその蒙る損失は余りにも甚しく競売という公の手續に対する信頼は根底から失われる。何となれば債務の弁済と云うことは債権者と債務者の内部的な事柄であり到底第三者がその内情を詳にし得ない処である。従つて債務者と債権者が妥協し代金納付前に弁済があつたと事実を作り上げた場合容易に競落人の所有権が否定せられることとなり而も取得時効等の完成しない間はいつでも争われることとなりその不安定たるや甚しい。又競落人が多額の競落代金を納付しそれが配当せられた後所有権の取得を争はれた場合右代金を如何にして回収するのであるか。何等過失のない競落人に及ぼす危険と負担は甚しく重且つ大であり不公平の甚しいものがある。それも抵当権が当初から無効であるや云う特異の場合でなければまだしもである。債務者が弁済を怠り適法に抵当権が実行せられた後、単に弁済がなされたとの一事をもつて何等競売法上の不服手段に訴えることなくして而も所有権移転の効力を否認し得ることは競売手續に対する信頼を根底から失われしめこれを破壊するものとしり免れないであらう。以上の点に於て原判決は甚しく法律の解釈をあやまつたものである。これに対し上告審判決は、「競落許可決定確定後であつても、競売手續の完了（競落代金の支払）前に債務が消滅すれば、競売手續に於て債務者が異議抗告等の不服手段に訴えたかどうかに関係なく、競落人は代金支払により所有権を取得しえないと解するのが相当である」として、上告棄却。

判旨に反対。

抵当権または被担保債権が消滅したにもかかわらずなされた任意競売の効力如何については見解がわかれる。通説判例は、立法論としては競落人の地位を保護することにより競売制度の信用を高め

ることを主張しながら、任意競売が債務名義を必要としないこと、抵当権登記に公信用なきこと、競売手續は単に權利実行の方法にすぎないこと等を理由にその効力を否定する（字説としては、我妻担保物権法七年七八事件、柚木担保物権法（全集）三〇〇頁以下、殊に伊東乾「競売手續と公債的効果」民商研究六三頁以下、はその根拠の検討にすくれ、香野競売法（全集）一七三頁、井上「競落許可決定確定後における抵当取銷の弁済」法律時評三、五五五号九〇頁以下、判例としては井上前掲九一頁にくわしい。）これに反して効力肯定説は、競落許可決定の裁判たる性質により裁判の当然無効を原則として否定する立場から、抵当権の消滅にもかかわらずなされた任意競売は有効であるとする（「資本判例批評録」卷二一五頁、債權的に同號号、岩松「競売法」現代法学全集八五頁、造山「抵当権の不存在又は消滅」競落許可決定の実体的効力」民商法雜誌一三三頁四四号、さらに中野「競落許可後の抵当権と競落人の所有権取得」民商四八巻五号一五八頁は、「任意競売に債務名義が要求されない」ということとしたい問題であるが、かりに、それを認めるとしても、そのことだけからいふに、競売の要件の存在の判断をふくむ不在によつて直接否定される」といふ結論をみちひくことは論理的飛躍。）折衷的見解として、競売申立または競売開始決定の時に抵当権が存在しなかった場合と、存在はしていたが手續中弁済等により消滅した場合とを区別し、前の場合にはその効力を否定し、後の場合にはこれを肯定するものがある（平野判民大正一一年一年六〇事件、未だ債權論（現代法学全集一九九頁註二七）後の場合競売開始当時抵当権が存在していたれば開始は有効であるからその後の消滅は手續上の異議抗告のみよると説く。）

元來抵当権なき競売は執行法にいわゆる不当執行に該当する。執行機関は執行に際して執行の基本たる請求権の存在及び範圍を執行力ある正本により形式的に調査すれば足りるのと同様に、任意競売機関たる執行吏も任意競売に際して競売の基本たる權利の存否及び範圍について終局的調査及び判断を必要としない。したがつて、不当執行が執行をただちには不適法にしないのと同様に、実体権の不

存在は競売手続をそれだけでは不適法にするものではない。この点で強制執行と任意競売とを区別して考える必要はない。なるほど強制執行は債務名義を必要とし、任意競売はこれを前提要件としないという点で両者は異なる。しかし、執行に債務名義を必要としながら、なお不当執行の余地の存する以上両者を同一に論じうるからである。実体的異議事由に基づき競売手続を不適法にするには、請求異議の訴に準ずる訴、競売法一七条による異議乃至競落許可決定に対する即時抗告によらねばならない(もつぱら請求異議の訴に準ずるべきか否か否に論じらるる訴によるべきであると考え、この点は別題)。なお小川、請求異議の訴二綜合法学六二四五頁参照。さもなければ競落許可決定は確定し、代金支払及び移転登記が行われ、競売手続は有効に完結する。

競落許可決定が確定したことは、競落が競売法上手続的には適法になされたことを、したがって、競売機関が抵当権の存否を形式的には判断していることを確定はするが、実体法上競売の基本たる抵当権の存在や、さらには目的物の所有権が競落人に有効に移転することまでをその内容として確定するものではない。これは、強制競売における競落が競落人に当然には目的財産の所有権が帰属させるとはいえないこと、執行が完了してもその基本たる債務名義に表示された請求権が有効に存続し、執行による満足により消滅したということにもならないことと同様である。したがって、裁判に原則として無効はないとする立場から、競落許可決定による所有権の移転が換価権の基礎たる抵当権の不存在によつて否定されることがありえない、と結論することはできないであらう。

私は、競落許可決定そのものは行政行為たる性格を有すると同時に司法的法判断たる性格を併有するものと考え、しかし、その換価権の基礎たる抵当権や債務者の所有権の最終的確定はもちろん競落人の所有権の取得をもその対象として含まないものとみるべきであると考え。

そこで、通説・判例の立場に反対するとすれば、それは、目的財産の所有者の静的安全より競落人の動的安全の保護に重点をおくべきであるという、政策的考慮からのみなされうるのであろう。換価権の存在が権利移転の要件とされている現行法上、登記に公信力がなく、さらには登記なき抵当権も疎明により競売を開始しうるといふ事実から、抵当権なき競売により目的物の所有者がうける損害を競落人の動的安全を保護するために犠牲にすることが妥当であるかどうか、現行法の解釈論としてはなお検討を要する問題であると考える。なるほど動的安全の保護の強調は私法における一般的傾向であり、競売においてはそれが制度の信用維持のため、ひいては金融取引の円滑化に資することは認めなければならないから、立法論としてはその方向に進むことはともかくとして、解釈論としてそこまでいけるか否かという点になるといささか疑問をいだかざるを得ないのである(取引の安全を強調する見解として中野判民四八巻五号一五八頁)。

なお折衷説は、手続的違法と実体的違法の混同をきたしているように思われる。競売開始後に抵当権が消滅した場合であっても、担当機関は右権利の消滅を終局的に判断する権限も職責もないから、追行せられた競売は手続的には適法有効であるが、実体法的には違

法と解すべきであろう。この点で折衷説には賛成しえない。したがって判例通説が正当であると考へる。

以上に述べたように、抵当権が存在しなければ、競売の目的物の権利の移転ということは考へられないが、抵当権の消滅を競売手続のどの段階まで認めるかはこれと別問題である(井上前掲は、この問題をの消滅にもかかわらず進行された任意競売の効力の)。この点についても見解が問題と区別して論じられるが、正当であると考へる。

第一に競売法二三条を理由に最高価競買申込時以後はこれを認めないとする見解(平野判民大正二年六〇事件)、第二に競落許可決定確定後はこれを認めないとする見解(大判大正八年一月七日民録二五五二〇四二頁、大判大正九年五月三日民集二卷三二二頁など)、第三に競落代金の支払後は許されないとする見解(我妻前掲一七二頁、柚木前掲三〇一頁、加藤判民昭和三年五月二事件、大判二九四二四一六頁、大決昭和五年一月一日新報二〇九号一五頁、大決昭和〇一年七月一日民集一四卷一三七二頁、東京高決昭和三年三月三日判例タイムス四九号六二頁、名古屋高決昭和三年四月一四)、第四に売得金の配当・交付まで弁済を認めただ競落人に対抗しうるのは許可決定確定前のものに限るとする見解(有泉判民昭和〇年八四事件、同判民)、第五に配当時までの弁済はすべて競落人の所有権の取得を覆えずとみる見解(田中民商三卷三三二頁、三三三頁、三三四頁)などがある。

競売における所有権移転の時期については争いがあるが、通説にしたがつて(有泉判民大正一年一七二事件)、競落許可決定の時に代金不払を解除条件として所有権が移転すると解すべきであろう。また競落許可決定の確定があれば債権者が未だ満足を得ていなくても、実質的に抵当権実行は既に行われており、実行に伴う清算ともいうべ

き交付乃至配当手続が残っているにすぎない状態にあるとみるべきである(付の時であるとして)。姓木前掲三卷六〇〇頁、若松高橋九四頁、小野水一統判法(新法学会志)五八頁、吉川似処分の諸問題三九四頁註9、競落代金完納の時とみるのは齋藤前掲六七頁、任意競売終了期についての通説は正当であると考へるが所有権の移転期がどの時期とみる必要はないし、競売人に対抗しうる弁済による抵当権の消滅をこの時期までなしうるとみる必要もない。むしろ、抵当権実行の主要な部分は競落るべき手続であるとみることができよう。実際上も競落許可決定が確定すればそれまで弁済をしない債務者を競落人の条件附所有権の取得までを侵して保護する必要があるか否かは甚だ疑問である。とすれば、競落許可決定確定以後の債務者の弁済は競落人の所有権の取得になんらの影響を与えるものではないと解すべきで、第二説を以て正当であると考へる。

本判決の論理は、おそらくは従来の判例がそうであつたように競落人の所有権取得の時期を競売代金支払の時とみることににより(大正四年二月一日民録二二二七頁、最高判)、それ以前は所有権が移転していないから弁済による抵当権の消滅も可能であるというのである(井上前掲九)。しかし、本判決の論理の前提たる、従来の判例の主張する所有権移転の時期そのものは問題であるし、さらに、一步譲つて、これを正当であるとしても、抵当権の実行は既述のごとく競落許可決定確定によつて終了はしてはいないまでも既になされたものとしてよいから、爾後競落人の所有権に影響を与えるがごとき弁済による抵当権の消滅はありえないとみるべきである。

なお所有権移転の時期につき判例の立場をとつたとしても、抵当権が有効に存続しているうちに許可決定の確定があれば、競落人は所有権を代金支払まで取得はしないが、代金完納によりそれを取得

しうる期行権を得るから、この期待権を一方的に奪うような本件判旨には賛成しがたいとする批判もある(井上尚徳(九五頁))。もつともな批判である。

なお既に判例批評中に批判されているように(中野平揚九五頁、Xは競落不動産引渡命令によるべきで、家屋明渡の本訴によるべきではなく、明渡の訴は利益を欠きこの点から訴を却下すべきであつたことは明らかである。仮りに競落許可後の抵当権の消滅と競落人の所有権の取得との関係につき本判决の論理を正当なものとして認めるにしても、この点で請求を認容した本判决には賛成しえないのである。

(石川 明)

昭三七二〇(最高民集一六巻九号一九四六頁)

仮差押動産を第三者に保管させた場合の執行吏の注意義務

国家賠償法による損害賠償請求事件(昭三七・九・一八第三小法廷判決)

執行吏Vは仮差押決定に基づき債権者Gの委任により債務者Xに対する執行としてX所有の有体動産(ホイラーその他)の仮差押をしたが、当該物件は容積も大きく重量も相当なものなので、保管方法について苦慮していたところ、Gの代理人N弁護士からGの關係するT会社に保管させたい旨の申出があつたので、保管をN弁護士に任せた。Nは直ちに物件をT会社に運搬したが、T会社はV執行吏の管轄区域外に所在したばかりでなく、Vは同所での保管当初から

同所に赴いてこれを点検したことがなく、それが如何なる方法、状態で保管されているかについて監視注意したこともなく、施した仮差押の表示も剥落したままこれを放置していた。かくて、仮差押解除の後、XがV執行吏とともに物件の引渡を受けるためT会社に赴いたところ、既に目内物件はTから第三者に、第三者から更に他人へと順次引渡されてしまつており、現在の占有者もその所在場所も不明で、Xは目的物件の引渡を受けることができなかった。そこでX(原告)が国Y(被告)を相手取つて国家賠償法に基づき損害賠償金の支払を求めて訴をおこしたのが本件であるが、前記N弁護士は国(Y被告)の側に補助参加した。第一審裁判所は原告の請求を一部認容したので(約四〇〇万中約九万)、X・Y双方から控訴。控訴裁判所は、執行吏Vの過失を認め、且つその過失と原告Xに生じた損害との間に相当因果関係のあることを認定しつつ、X側の過失による過失相殺を考慮し、第一審判決を変更して、Y(国)に五万円および遅延損害金の支払を命じた。Yから上告、執行吏の点検義務は仮差押債権者の申立をまつて始めて生じるものであるから、債権者の申立がなかつた本件においてVに点検義務の違反は認められないこと、そうでないとすれば取扱事件総数約一五〇〇万件に対し執行吏わずかに三三五人(昭和三十一年)という現状に照らし執行吏に対し、まことに難きを強いる「結果になること、および、Vが目的物件を管轄区域外において保管させた点についてはVの過失を認めざるをえないが、この過失とXの損害との間には相当因果関係がないこと、を主張した。最高裁いわく、「所論の場合における執行吏の右職務上の注意義務とは、仮差押債権者の申立の有無に拘わらず執行吏の占有機関たるその第三者をしてその有体動産が滅失毀損することなく適当な状態で保管させるよう適時適当の方法で監視注意する義務をいうのであつて、必ずしも、有体動産を自ら点検する義務だけに限られるものではない」。本件でV執行吏は「職務上の

注意義務に違反したものと、いわねばならない。だが、この過失とXの損害との間には相当因果関係がない、と。——破棄自判（Xの請求を棄却）。

その点においてこそ原判決の破棄が行われたのであるから、事案の重点が寧ろ因果関係の存否に存することはいうまでもないが、これは実体法の問題に帰する。執行吏の義務違反が、どう損害賠償の要件たる過失ならびに違法性に連なっていくか、も同様である。

ここで考うべきは、執行吏の職務上の注意義務にとどまるが、案件中でも留意すべきは、判示のような注意義務を執行吏に課するところが取扱事件総数約一五〇万件に対し執行吏わずかに三三五人（昭和三一年）という現状に照らすと執行吏に対し「まことに難きを強いる」結果になるという上告論旨の指摘であり、これに一顧も払わぬ判示は、やや一般論に流れすぎた嫌いがある。窮状は深刻な執行法の検討を日程に上せているのであるから、執行吏の注意義務がその状況をも勘案して定めらるべきは当然でなければならぬ。だが、義務の程度は、監督関係で顧慮せらるべきそれと、執行当事者との関係で顧慮せらるべきそれとで、おのずから差異がある筈で、過重労働という状況は、前の意味では大きく注意義務を縮小するであろうが、後の意味ではさほど大きく注意義務を縮小しうるものではない。執行当事者との関係では執行目的が執行吏の注意義務ならびに点検に申立を要するや否やを決定し、不能でないかぎり目的の要求する最大の範囲・態様がこれに帰せられるものと解するほかはない。然る場合、判旨の説くような注意義務は一般論として妥当で

あるのみならず、事例は具体的にも他にいろいろな方法を考え結果を避けしえたであろう場合に属するから、V執行吏につき職務義務違反を認定したのは相当である。

上告論旨の持出した窮状論を無視する点のほか、執行吏の職務義務は点検義務に限られるものではないという場合、実は上告論旨も判旨のいうような包括的義務を点検義務と表現しているのであるから、判旨には、また、揚足取りの譏りを免れない面もあるとはいえ、執行吏の職務上の注意義務を明快に説示したものととして、判旨に賛成である。

（伊東 乾）