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

Title	〔最高裁民訴事例研究六一〕 民訴法五七三条における鑑定人の資格 損害賠償請求事件 (昭和四二年一一月一〇日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 宗田, 親彦(Sōda, Chikahiko) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 栂, 善夫(Toga, Yoshio) 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	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.1 (1969. 1) ,p.110- 121
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=AN00224504-19690115-0110

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.

〔最高裁民訴事例研究　六一〕

昭四二19（最高民集二一巻九号二三七七頁）

民訴法五七三条における鑑定人の資格

損害賠償請求事件（昭四二・一一・一〇第二小法廷判決）

X（原告、被控訴人、上告人）はNTKWHSトラクターショベルを丁に所有権留保つきの月賦販売に基き売渡した。しかるに丁は支払を怠るためにXは当該売買契約を解除した。そうして機械引渡請求権を被保全権利として東京地裁から丁を名宛人とする右機械の執行官保管の仮処分命令を得た。Xは右仮処分の執行を前橋地裁所属の甲執行官に委任した。甲執行官はこれを訴外某会社敷地に保管していたところ、Xはその保管を不適当とみて前橋地裁で本件機械の換価命令を得て、その執行を再び甲執行官に委任した。甲執行官は昭和三七年一月二二日に本件機械の換価競売手続を実施し、他に競買申出人も存在しなかったので、訴外乙がこれを五〇万一〇〇〇円で競落した。Xは甲執行官の右換価手続は公務員たる者の故意又は過失による違法な職務行為であるとしてY（国、被告、控訴人、被上告人）に対し、国家賠償法に基く損害賠償を請求した。

本件のポイントは、建設機械（トラクターショベル）の評価をさせるために執行官のした鑑定人の選任の適否及びその鑑定人の提出した鑑定書に基く競落の当否である。

この点に関しXは次の様に主張する。

㈠高価物の競売に際しては、専門的知識と経験を有する鑑定人に鑑定を依頼（民訴法七五六条・七四八条・五七三条）すべきであるのに、甲執行官は鑑定能力のないT自動車会社の従業員Aに鑑定させたのは職務上の義務に反し違法が存する。

㈡甲執行官は競売にあたり、競落予想価額の教示をし不当な便宜を与え、公正な競売手続運営を害し違法な職務行為をした。

■甲執行官は執行債権者たるXに対する受任義務に違反する。

㈠Xは予め競売期日に立会う旨通知しておいたところ、積雪のため列車が三〇分遅延しただけであるのに敢えて競売を強行した。

㈡執行官は鑑定の結果を競売実施前に執行債権者に示し、異議申立のチャンスを与えるべきである。Xは予め本件機械に詳しい機械専門メーカーのC作成の鑑定書（評価額一五二万円）を甲執行官に示

してあるから、前記鑑定書がこれの二分の一にも満たぬことを知っているはずである。かかる場合には異議の有無を確め、再鑑定の措置をとるべき義務が存した。

(ハ)もし前記鑑定書により競売をするにしても、同鑑定書の評価額（金七〇万円）を最低競売価額とし、この価額以上の競買申出人があらわれないときは競売期日を延期するのが善管注意義務として要求される。甲はかかる措置をとらなかった。

Xはその所有トラクターショベルを違法に低額に所有権を失い、金一〇一万九〇〇〇円（一五二万の三割減で売却できたとすれば、少くとも五六万三〇〇〇円）の損害を蒙ったとする。

第一審判決（東京地裁昭和三七年（ワ）八八〇八号・昭和四〇年一月二七日）

民訴法第五七三条の要求する「適当な鑑定人」については後述の上告審判決理由と同様に示したうえ、(イ)鑑定を依頼されたT自動車会社は建設機械はとり扱わない旨を示して鑑定を断っているのに甲は他の鑑定能力を有する者を調査しない。(ロ)Cの鑑定書は甲の示唆に基き作成され、鑑定評価額の著しい相違は知っていたと推認される。かかる場合には再鑑定が望ましいのにそれをなさない。として甲執行官に過失を認める。

第二審判決（東京高判昭和四〇年（ネ）三二五号）

鑑定に際し、Aは自ら数回にわたり、そのうち一回は建設機械の取扱経験を有する友人の立会をも求めて調査しており、さらに統計資料等も参照して慎重に評価をした。民訴法第五七三条の「適当なる鑑定人」については上告判決理由と同様にいう。さらに、動産競売である第五七三条の鑑定は最低競売価額として売却条件をなさず参考資料にとどまるから、鑑定額の差等は鑑定の結果を不適法ならしめない。

Xから上告。

原判決は民訴法第五七三条の解釈を誤っている。同条にいう適当な鑑定人とは、独力による評価能力がない限り同条の鑑定人とは認めえない。けだし、高価な動産はその評価が極めて困難であり、執行債権者、債務者その他の公正な利益を保護するために鑑定をさせ、高価物の適正な換価競売を実施せしめるものである。Aのなした鑑定は適法なものとはいえないとして、自動車と建設機械とはエンジン系統を同じくするだけで、全体の構造用途等において到底同種のものとはいえないとする。

上告審判決理由

民訴法第五七三条の規定により評価すべき鑑定人は同条の目的に照らして、目的物の評価をなしうるだけの知識経験を有して適当と認めうる者であれば、とくに目的物を平常とり扱っているなどの高度に専門的な知識経験を有する者に限られない。甲執行官がAのなした鑑定に基く鑑定書をしんしゃくした本件執行手続を違法とはいえない。

判旨に賛成する。

一、本判決は民訴法第五七三条にいう鑑定人の資格についてその意義を明確にし、従来学説上、判例上特に議論されたことのない点において新判例としての意義を有する。

二、民訴法五七三条の「適当なる鑑定人」の資格、意義等について殊さら論じたものは、存しないようにみえる（谷井辰蔵「執行法論」（上）一一三頁は、「特殊の技能を有する所謂専門家にあらざればこれは適当なる評価をなし得ざるを以て……」とするが、いわゆる専門家については、説明を加えていない。尾高「強制執行手続」一二六頁は「こ

こに所謂鑑定人には民訴法三〇一条の適用はない。」とする。）。

三、民訴法五七三条の趣旨は、通常の動産の評価は執行官がみずからこれをするのに、高価物については、その評価に不適当なる評価額を基準として競売を実施するのは、債務者の利益を害するのみならず、債権者にもまた不利益を及ぼすからである（同旨谷井「執行法論」（上）一二三頁）。ただ五七三条における高価物か否かの判断は執行官に委ねられていること。具体的場合にあたつては普通品と差異がなくなる場合も存すること。新執行官手続規則第三十二条によれば高価物以外で「執行官は必要があると認めるときは鑑定人に差押物の評価をさせることができる」としていること。判決手続における鑑定人（第三〇一条以下）は裁判所の判断の補助者であることを理由に相当高度の基準に基いて選任せられるが、強制執行手続であり換価――金銭的価値の評価にのみとどまる場合である。不動産の場合と異り最低競売価額制度（第六五五条）が採られておらず、動産の評価額は単なる見積り額にすぎないこと。競売において動産の評価額を下まわること一円たりとも許されないとするのは妥当性を欠くこと。等から考察するのに、五七三条で鑑定人に評価せしめることは義務ではないと考え従つて高価品について鑑定を行わなかつたとしても競売の効力には影響を及ぼさないと解する（ただし松岡「強制執行要論」九七八頁はこの場合の競売を無効と説く。）。

四、第五七三条にいう鑑定人の資格については判旨に賛否両論が考えられる。

(イ)判旨に反対論は、A、五七三条に殊さら一ケ条設けて高価な動産について適当な者に鑑定させる趣旨は、執行官にではなく鑑定をなすに適した者（執行官は一般通常の認識判断をなしうる者として、それ以上ということになる）に委ねる点にある。B、動産競売手続における評価額は拘束力がないから専門家でなくてよいとするが、拘束力が無くても鑑定人は専門家である方が債務者、債権者の利益に合致しやすい。等をもつて判旨に反対すると考えられる。

(ロ)しかし、判旨に賛成論はA、判決手続の三〇一条は「学識経験のある者」とするのに対し、五七三条は「適当なる鑑定人」とするにとどまり専門家である必要はない。B、強制執行手続は換価手続であり、その際の鑑定は目的物件の金銭的価値の評価にとどまる。C、当該動産を鑑定させるに際しても、その動産が高価物か否かは執行官に委ねられていること。D、執行の際であるため迅速性が要請される。E、専門家の鑑定でなければならぬとするとその鑑定料の支払はどうすべきかの問題が残る。F、場所的にも、専門家に依頼するとなると、目的物件の所在地、専門家の所在地の関係で制約が存する。

第五七三条の趣旨を前述のように把握し、判旨に賛成するものである（なお高価品とは、貴金属、書画こつとう、精密機械等が該当すると考えるが結局社会通念によつて決することになる。一般的には、金銭的に高価で市場性のないものを言うと考えられよう）。

五、執行過程において鑑定評価を得た場合に、評価額以下で換価することの可否について観察すれば、(一)最高価の競買申出が評価額に達しないときでも競落を許してよいか。(二)申出価額が評価額に達しないことを理由として、最高価競買人への競落を拒否できるか。以上の二点が問題となる。

(一)に関しては、有体動産の競売においては、法定売却条件としての最低競売価額を定めることをしないのであるから(民訴六五、五条参照)、最高価の競買申出が評価額に達しないときでも競落を許して差しつかえない(ただし、金銀物については特則がある。五八〇条参照)。

(二)に関しては、再度の競売期日を開いて、一層の高価競買申出を待つため、或は、執行裁判所に民訴法五八五条による特別の換価方法を申立てる目的で、最高価競買申出人への競落の告知を行わないままその競売期日を終了させうるかである。学説はこの点に関して一致していない(兼子「増補強制執行法」一八一頁は、競落を拒否できないとする。菊井「民事訴訟法(二)」一五二頁は債権者が欲しないとき、または執行吏が申出価額を不相当と認め、かつ債権者の承諾を得たときは拒否できるとする。松岡「強制執行法要論」九九三頁は、ほぼ兼子と同旨。ただし債権者が指図したときに限り拒否できる)。公の競売は、多数の競買人から自由に高価の申出をなさしめ、もつて公正かつ可及的高価な価額が成立することを前提にしてのことであり、評価額は換価との関係では単なる見積り額にすぎないのであるから、評価額に達しないとの理由で拒否することは許されないとするのが理論的であると考える。競買申出人の地位を考えると、債権者の同意があつてもそれによつて競売を拒否することは許されないものと考える(なお全国的には統一されてはいないが、東京地方執行吏合同役場では、普通品についてはできる限り評価額に近い価額で競買させるが、どうしても申出がない場合には相当低い価額でも許す。ただし、著しく不相当に低い価額の場合には、競落を許さず、競売期日を統行することがある。機械類その他の高価品は評価額に達する競買申出人がない限り競落を許さず、必ず期日を延期する。評価額と申出価額に著しい差がある場合には、再鑑定を行うとのことである(南新吾判例タイムズ一八二号一〇二頁)。

なお本判決には奈良次郎調査官の解説(法曹時報二〇巻三号二〇七頁)等が存する。

(伊東乾・宗田親彦)

昭四二20(最高民集二一巻九号二五二八頁)

和解調書に建物収去の条項がある場合と建物収去の訴の利益

建物収去土地明渡請求事件(昭四二・一一・三〇第一小法廷判決)

本件宅地の所有者訴外甲から本件宅地を買い受けて右賃貸人の地位を承継した原告X_1X_2らは、本件宅地賃借人訴外乙から本件家屋の所有権を取得し賃借人の地位を承継した被告Yに対して、甲乙間に昭和二七年一二月一八日成立した裁判上の和解に基づき建物収去・土地明渡を求めた。この甲乙間の和解の趣旨は、(イ)甲は乙に対して本件宅地を昭和三三年一二月三一日まで賃貸すること。(ロ)賃料に関する件(略)。(ハ)右(イ)の期限が到来した場合は、乙は何らの催告を要せずして本件建物を収去して本件宅地を明渡すこと。(ニ)右契約終了の場合、乙から買取請求があれば当事者は改めて協議すること、というものであつた。そこで原告X_1X_2らは、右期間が満了したことを理由に、被告Yに前記の請求をなした。この時原告X_1X_2らは右和解の目的とされた建物は「青森県三戸郡五戸町字新町一五番地二家屋番号同町第二二二番二木造柾葺二階建店舗一棟建坪一七坪五合二階一七坪五合」と表示されたものであると主張した。

これに対して被告Yは、原告X_1X_2らが主張する右和解の目的とされた建物と現存する建物との同一性を争いつぎのように主張した。即ち「右和解の目的とされた建物は、建坪一二坪二合五勺、二階一二坪二合五勺の建物であつて現存しない。現存する建物(本件建物)は別の建物である」と。またこれと関連して、原告X_1らが主張する承継関係を争い、原告らが本件宅地を甲から買い受けた後、直接原告X_1らから期間の定めなく賃借したものである等主張し、予備的に建物買取請求権を行使するとして争つた事案である。

これに対して原審の青森地裁は、証拠により、右裁判上の和解の目的とされた建物と現存する建物の同一性を認め被告Yの主張をしりぞけた。即ち、乙は甲から本件宅地を賃借し、同地上に建物を所有していたが、朽廃したのでこれを取りこわし本件建物を建築しようとした。そこで甲は乙に対し建物収去、土地明渡の訴を訴起し、その訴訟において前記の裁判上の和解が成立し、その和解条項の(ハ)において、「乙は、賃貸期間終了後、昭和二七年一二月一八日現在の建物を収去してその敷地を明け渡すこと」とされているが、右和解条項にいう昭和二七年一二月一八日現在の建物とは、建築中の本件建物と旧建物中残された台所部分を指すものであることを認定した。その結果原告X_1X_2らの右の主張及びその他の主張もあわせて認められた。ただし原審は被告の建物買取請求の主張を容れて、結局、被告Yは原告X_1X_2らに対し、金三五万円の支払と引換えに本件建物を引き渡し、かつ、本件宅地を明け渡すべき旨を命じたのである。

これに対して被告Yは仙台高裁に上告した。上告理由は、右和解条項の解釈を争うなど種々主張したが、その第四点において、第一審判決は、「乙死亡後は被告Yが単独で所有権を承継取得し、かつ本件宅地の賃借人の地位を承継した」とするが、「それならば、本件和解調書に承継執行文の付与を受けて執行できるから本訴は実のない無用な訴訟である故排斥さるべきである」として訴の利益を欠くことを主張した。

右の被告Yの上告理由第四点について、本件判旨は、「本件和解条項における収去すべき建物の表示は抽象的であり、また、買取請求の条項もあるから、右和解は建物収去のための債務名義としてその内容は必ずしも明確でなく、疑義あるを免れない。そして、債務名義の内容について疑義がある場合においては、さらに訴を提起する利益があるものと解すべきであるから、本件は訴の利益があるものというべきである」として訴の利益を肯定している。

判旨反対。

執行機関は執行に際し、債務名義の内容たる給付義務を解釈し認定しなければならない。右解釈が解釈・認定の限度をこえる場合、執行は違法になるから、当該執行に対し当事者は執行方法に関する異議（五四条）、又は即時抗告（五五条）により救済される。内容が明らかに不明乃至疑義がある場合であるにもかかわらず執行機関が一定の解釈に基いて執行を実施すれば、右の救済が当事者に与えられる。かくして、明らかに内容が不明乃至疑義ある場合は、当該債務名義に対し執行文を付与すべきではないし、又執行文が付与されてもそれに基いて執行機関は執行をなすべきではない。

執行文付与機関は、明らかに内容上不明乃至疑義のある債務名義に対し執行文付与を拒絶しうるか否か、換言すれば執行文付与に際して、執行文付与機関は、債務名義の内容に明らかに不明又は疑義がありや否やを調査し判断する権限並びに職責を有するや否やは一つの問題である。肯定的に理解すべきであろう。有効な債務名義にのみ執行文を付与しうるという点からは肯定説をとるべきであろうし、肯定説をとっても(1)内容上の不明乃至疑義が明白の場合に限り執行文の付与が拒絶できる点、(2)拒絶の処分に際しては民訴法二〇六条により裁判所の救済が与えられる点を考えれば当事者にとり特

に不利益はないとみるべきであろう。

凡そ債務名義が存在する場合でもその内容が不明乃至疑義ある場合、給付の訴の利益を認めるのが通説である（菊井＝村松・コンメンタール民訴Ⅱ五八頁、菊井・民訴法三二三頁、兼子・強制執行法六八頁、三ヶ月・民訴法六一頁、岩松＝兼子編・実務講座民訴編二巻六七頁）。ここに不明乃至疑義とは一切の資料をもってしても排除しえないものをいう。債務名義が和解調書の場合、それに既判力を肯定するや否やに関係なくこの点は変りがないといえるであろうか。和解に既判力を肯定する場合はいかに解すべきか。既判力は形式的確定、訴訟終了効の存在を前提とする。したがって、制限的既判力説を前提としない限り、旧訴を続行することはありえない。而して制限的既判力説はとりえないことは別稿においてすでに述べた通りである（石川・訴訟上の和解の研究一一七頁、二三七頁参照）。旧訴が復活し継続しない以上は、旧訴と同一訴訟物を主張してする別訴の提起は二重起訴の禁止にふれない。したがって既判力を有する債務名義一般の場合と同様、訴の利益ありといわねばならない。

和解に既判力を否定することが正当であると考えるが、既判力否定説をとるとどうなるか。和解の内容が不明確乃至疑義ある場合、少なくとも裁判上の和解に含まれる私法上の和解は成立していない。私法上の和解の瑕疵は当然には訴訟上の和解の訴訟上の効果である執行力や訴訟終了効を失効させるという形で影響を及ぼすものではない。和解無効確認の訴を通して訴訟終了効や執行力を、請求異議の訴を通して執行力をそれぞれ失効せしめる（石川・前掲一四四頁以下参照）。訴訟終了効が消滅して始めて旧訴が復活する。和解の実体的瑕疵の主張を和解無効確認の訴によらしめるのは、それが独立した一個の紛争だから審級の利益を保護するという点にその目的があるといえよう。しかしながら、和解無効確認の訴で勝訴した後に、それによって復活した旧訴を続行するというのでは、甚だ迂遠な感をまぬがれない。そこで、和解の無効を主張する当事者がその点につき和解無効確認の訴という別訴による審級の利益の保護を放棄した場合には、直接に旧訴の続行をはかることも許されると解すべきであろう。旧訴を続行して和解の無効を主張する場合でも、私法上の和解が無効であれば、それが当然に訴訟終了効や執行力等の訴訟上の効力を排除するわけではない。新期日指定の申立は、同時に（それが上訴審手続においてなされる場合には審級の利益の放棄のもとになされる。）附随的訴訟としての和解無効確認請求（この附随訴訟は訴の種類としては、和解無効の確認とその訴訟上の効力の排除という形成効を併有する救済判決を求める救済訴訟である。――この点については、石川・前掲一五四～五頁参照。）をも含む。そして、和解無効を認め旧訴についての本案判決をする場合には、当該本案判決は黙示的に和解無効の確認効と和解に伴う訴訟上の効果の排除という形成効を含むとみることができる。かように解すれば、和解に既判力を否定し、旧訴の続行を直接にあるいは和解無効確認の訴を通して間接に肯定する以上は、旧訴と同一訴訟物をもってする別訴は二重起訴の禁止にふれ許されないと解すべきであろう。またもし別訴の提起を認めるとすると、敗訴の可能性が強い当事者は、相手方の不注意に乗じて内容の不明確な和解をなし、不明確を理由に別訴を提起し改めて同一訴訟物につき訴をやりなおす機会を与えるという危険も考えられないことではない。かくして和解の内容に疑義ある場合は、当事者は旧訴訴訟物についての紛争の解決を旧訴の続行――それが直接的になされるか間接的

になされるべきかは別にして――によるべきであつて別訴によるべきではないと考える。

かくして、別に給付の訴を認めるべきか否かは実は和解に既判力を肯定するや否やにより決定さるべきものであるが、私は、既判力否定説をとるので（石川・前掲一二六頁）、別に給付の訴の提起を認める本件判旨には反対する。上田教授は「既判力否定説では、和解調書の記載が不明でなくとも給付訴訟を起すことは許されるが、これが不明な場合にはもちろん給付訴訟が許される」とされる（上田・民商五九巻一号一一一頁）。和解調書の表示が明確で疑義がないが、相手方がそこに表示された請求権の存在を争う場合に二つの場合がある。一つは、和解にそもそも瑕疵ありとする場合であり、他は、和解は有効であるが、弁済等成立後発生せる異議事由により争う場合である。いずれの場合も、和解に表示された請求権につき別に給付の訴を提起すべき利益ありと認められる（上田・前掲一一〇頁）。したがつて、前掲せる上田教授提唱の命題の前半については異論がないにしても後段には疑問があるように思われる。

なお不明乃至疑義が和解調書の一部に止る場合であつてもその一部が和解の要素をなす場合は和解全体に瑕疵が存することになり、瑕疵が当該一部に限定されるわけではない。瑕疵が当該一部に限定されるのは、当該一部が和解の要素をなさない場合である（上田・前掲一一二頁参照）。和解調書の内容に不明確乃至疑義がある場合については一般的に以上のごとくいえよう。而して本件に立帰つて考える場合、本件において和解調書の内容が不明確乃至疑義ありや否や問題である。すなわち、和解条項の解釈乃至調査可能な疑義であるのか解釈乃至調査の限界をこえる疑義であるのかという問題である。冒頭に述べた如く解釈乃至調査により不明確さを排除しうる程度の疑義であれば、その解釈乃至調査は執行機関の職責であり、仮りに既判力肯定説をとつても別訴たる給付の訴は許されないであろう。また既判力否定説をとつた場合でも訴訟終了効は認められなければならない。和解条項によれば収去の対象たる建物は、昭和二七年一二月一八日現在の建物として特定されている。それが現存する新建物か取壊わされた旧建物であるかをめぐり、当事者間に争いがある。本件調書の上から、現存する家屋が執行の対象か否か直ちに明白とはいえない。しかし執行機関としては、和解調書以外の資料に基いて、不明確を排除する義務を負う（兼子・判例民訴法六八頁、杉田・法曹時報二〇巻四号一六三頁）と同時に疑義排除の可能性を有する（この点につき上田・前掲一一三頁以下参照）。その他の資料を用いても、その不明確を排除しえない場合にはじめて調査の限界をこえる不明確乃至疑義が存するものとして、和解そのものに瑕疵が存することになる。本件はかかる場合でもなさそうである。そうであるとすれば、執行機関たる第一審の受訴裁判所は、昭和二七年一二月一八日現在の建物が、新建物と旧建物の台所部分であることを調査、判断の上、代替執行の授権決定をなすべきであつたと考える（同旨、上田・前掲一一三頁以下）。

かくして、私は、第一に本件判旨そのものにも反対である。第二に仮りに本件判旨が一般的命題として正当であるにしても、本件はこの命題にあてはまらないケースで、別に建物収去の訴を認めるべ

きではなかつたと考える。

（石川　明）

昭四二21（最高民集二一巻一〇号二六〇二頁）

執行方法異議事件の審理と憲法第三二条第八二条

執行方法異議特別抗告事件（昭四二・一二・一五第三小法廷決定）

債権者Yは、債務者X会社（抗告人・特別抗告人）のYとの間の手形債務につき、連帯保証人Aの所有土地に根抵当権を有していたところ、Xが債務を履行しなかつたので、Yは不動産任意競売の申立をし、横浜地裁よりその手続開始決定を得た。右開始決定に対し、Xが執行方法異議の申立をしたのが本件である。

Xの主張する異議原因は、XのYに対する手形債務合計金一六七万円を精算した残債務金一二七万円につき、「残存債務の更改並びに弁済契約書」と題する書面を作成したが、このXとYとの間になした契約は民法上の更改であり、これによつて旧債務が消滅し、それを担保する根抵当権も消滅したのであつて、新債務には抵当権が附従していないのにかかわらず旧債務の抵当権の実行として本件競売手続が開始されたのであるから、これは却下されるべきである、というにある。

Yは、Xの主張する更改並びに弁済契約が成立しその法的性質が民法上の更改であること、本件各土地が旧債務を基本債務とする根抵当権の目的物であつたことは認めたが、この更改の契約にあたり、両者は既存根抵当権の目的物たる本件土地を旧債務の限度において新債務に移転した右抵当権の目的物とする旨合意したものであるから、民法五一八条により本件実行抵当権は依然存続し、その実行のための本件競売申立および本件不動産競売開始決定は適法であると答弁した。

第一審裁判所は、弁論を開くことなく右Yの主張を認め、本件任意競売申立の基礎たる抵当権は現存するから、この抵当権の不存在を前提とする申立人の本件申立は理由がないとして棄却した。X抗告。抗告審も、弁論を開かずに本件における契約は、その契約の趣旨、内容よりして、新旧債権の同一性を切断するいわゆる債権の目的の変更による更改とは認め難く、むしろ単なる準消費貸借にすぎないと解したが、いずれにしても本件契約書の末項において、本件根抵当権が新債務を担保することをAが承諾していることは明らかであるとして、Xの主張は理由がないと抗告棄却。

X特別抗告。その理由とするところで、本件判示事項と関係のあるものは特別抗告理由四(二)であり、それは以下の通りである。すなわち、本件は相手方の競売の申立による執行方法異議事件の決定に対する抗告であるが、事件の内容・実質は抵当権の存否を争う純然たる訴訟事件で権利義務の存否を確定する裁判であり、このような本件裁判が憲法所定の例外の場合を除き公開の法廷における対審および判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に同三二条の何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われないという基本的人権としての裁判請求権を認めた趣旨を没却するものである、というものである。

右特別抗告に対し最高裁は、「抵当権の存否自体を確定するには、抵当権存否確認の訴が認められている。本件の競売開始決定に対する異議手続は、競売手続を進行させるか否かを決定するものに外な

らず、抵当権の存否それ自体について既判力を生ずるものではない。このような事件は、公開法廷における審理を経なくても憲法三二条・八二条に反しないことは、昭和四〇年六月三〇日当裁判所大法廷決定（昭和三七年（ク）第二四三号民集一九巻四号一一二四頁）の趣旨に照らし明らかである。」として、特別抗告棄却の決定をした。

判旨に賛成する。

一　本件における問題点は、第一に、公開法廷における対審および判決によらない裁判と憲法三二条、八二条との関係であり、第二に、任意競売手続における不服申立の方法である。

すなわち憲法三二条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定し、同八二条には、「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。」と規定されている。したがつて、憲法三二条にいう裁判は、常に同八二条の定める公開法廷における対審および判決によらなければならないのか、という問題がある。もちろん、八二条二項の「裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。」との例外はあるが、それ以外に公開法廷における対審および判決の必要のない裁判があるとすれば、それはいかなる場合かということが問題となる。

次に論点第二の任意競売手続における不服申立の方法についても、競売法には、動産の競売についての規定（一七条・一九条）があるのみで、本件の如き不動産の競売については何等の規定もないので問題になるところである。以下これ等の点について考察していく。

二　論点第一について。今までに最高裁が、公開法廷における対審および判決によらない裁判でも憲法三二条・八二条に違反しないと判示した事例として、㈠戦時民事特別法一九条二項、金銭債務臨時調停法七条一項によつてなされた調停に代わる裁判（昭三一・一〇・三一大法廷決定・民集一〇巻一〇号一三五五頁）、㈡罹災都市借地借家臨時処理法一五条による借地権設定に関する裁判（昭三三・三・五大法廷判決・民集一二巻三号三八一頁）、㈢家事審判法九条一項乙類一号の夫婦の同居その他夫婦間の協力扶助に関する処分の審判（昭四六・三〇大法廷決定・民集一九巻四号一〇八九頁）、㈣家事審判法九条一項乙類三号の婚姻費用の分担に関する処分の審判（昭四〇・六・三〇大法廷決定・民集一九巻四号一一一四頁）、㈤家事審判法九条一項乙類十号の遺産の分割に関する処分の審判（昭四一・三・二大法廷決定・民集二〇巻三号三六〇頁）、㈥非訟事件手続法による過料の裁判（昭四一・一二・二七大法廷決定・民集二〇巻一〇号二二七九頁）がある。

これに対し、憲法三二条、八二条に違反するとしたものとして、㈠戦時民事特別法一九条二項・金銭債務臨時調停法七条に従い、純然たる訴訟事件についてされた調停に代わる裁判（昭三五・七・六大法廷決定・民集一四巻九号一六五七頁）がある。これは、昭和三一年一〇月三一日の大法廷決定（前出㈠）が八対七で合憲とされたのに対し、九対六で違憲であると変更されたものである。

対審公開は裁判の公正を担保する不可欠の制度であり、原則として裁判は対審公開で行なうと解することが、裁判の公正のため望ましい。しかしながら、なかには対審公開に親しまないものや、単なる技術的・事務的手続で裁判の公正とはあまり関係のないものもあろうから、公開法廷における対審・判決によらなくてもよい合理的

根拠があるならば、公開の対審・判決でなくても違憲であるとは限らないと解されよう。

右合憲六・違憲一の計七件の判例についてみると、当初最高裁も公開における対審および判決によらない裁判につき、合憲あるいは違憲とすべき基準が一定せず、あるものは非訟事件であるか否かにより、またあるものは既判力の有無により、あるいは終局的な解決であるかどうか、他に救済手段があるか否かなどが、合憲・違憲の判断基準とされていた。本件判旨引用の昭和四〇年六月三〇日大法廷決定（前出㈣）が、昭和三五年七月六日大法廷決定（前出㈦）の憲法三二条・八二条についての見解を踏襲して以来、その基準が大体一定してきた。すなわち、判例は、憲法三二条・八二条について、「憲法は基本的人権として裁判請求権を認めると同時に法律上の実体的権利義務自体を確定する純然たる訴訟事件の裁判については公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたものであつて、これにより近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従つて、性質上純然たる訴訟事件につき当事者の意思いかんに拘らず、終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない。」と解している（なお、この昭和四〇年六月三〇日の判例は、遺産の分割に関する処分の審判（前出㈣）でも引用されている。）。この見解が通説であり（芦部信喜「家庭裁判所の審判と憲法第三二条および第八二条」続憲法演習一三一頁）、私も正当であると思う。もつとも、何が純然たる訴訟事件で何が非訟事件であるのかということは問題である。裁判所で扱う事件を訴訟事件と非訟事件とに区別し、訴訟事件は公開対審によつて、非訟事件は公開対審によらなくてもよいとの原則論は容易に首肯しえても、その両者の区別の仕方には問題が多い。たとえば、非訟事件と訴訟事件との区別につき実定法説をとると、立法者の恣意により全ての事件を非訟事件化することも可能であり、これにより全ての事件が対審公開の要なしということになり、裁判の適正公正の保障がなくなるおそれがあるからである。したがつて、対審公開の原則の例外を認めるためには、単に形式的に訴訟事件・非訟事件の区別をすることは正しくないのであつて、その性質に注目しなければならない。それ故、判例が、「性質上純然たる訴訟事件につき当事者の意思いかんに拘らず、終局的に事実を確定し、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定するような裁判は、公開法廷における対審および判決によらなければならない。」との訴訟事件・非訟事件両者の性質的区別をするのは正しい姿勢であるといわねばならない。現行法上、訴訟事件の中にも性質上非訟事件に属するものがあるし（たとえば、公示催告手続・経界確定の手続・共有物分割の訴などが、性質上非訟事件に属するといわれている。）、この逆の場合もありうるであろう。実定法に非訟事件とされているからとか、訴訟事件にされているからとかいう形式的な差異ではない、本質的な差異を明らかにしていくのが、今後の課題であろう。ここでは、これ以上深くは立入らない。というのは、私は、非訟事件とは裁判所の扱う行政事件であると解しているが、執行方法異議の裁判の合憲性が問題となつて

いる本件においては、この異議手続は単に手続的違法を攻撃するだけの目的をもつものであるから、前記の「単なる技術的手続」で裁判の公正とはあまり関係のないものを判断の対象とするから、いかなる説をとりいかに解しようとも合憲であることに変りはないからである（非訟事件については、鈴木・非訟事件の裁判の既判力、山木戸「訴訟事件と非訟事件」法学教室七号八二頁、石川「非訟事件理論の限界」法学研究三〇巻一二号六九頁などの文献およびそこで引用しているものを参照されたい。また、前出(一)より(七)までの各判例についての評釈は数多く存在するが、石川教授の前出(四)の判例評釈・法学研究四〇巻六号一〇一頁以下および前出(六)の判例評釈・判例評論一〇一号九七頁以下を参照されたい）。

三　論点第二について。本件のような不動産の任意競売手続についての不服申立の方法について、競売法に規定がないことは既述の通りである。そこで性質の許すかぎり、強制競売に関する民訴法の規定が準用されることになる。この準用の点は、任意競売手続が非訟事件であること、強制執行もまた非訟事件であることから認められよう。もつとも、これらの点については争いがあるところであるが、任意競売については、権利あるいは法律関係の確定を目的とするものでない点から非訟事件と解するのが有力であり、正当である（斉藤・競売法・法律学全集三九巻二三頁以下、鈴木・前掲書一五頁等参照）。強制執行についても、非訟事件であると解する見解が有力である。執行手続は当該法判断により確定された権利の実現を目的とするから、強制執行も非訟事件であると解することが正当である（石川・強制執行法（総論）概論五頁）。問題は、いかなる規定が準用されうるかである。

従来判例および学説で認められてきたものは次の通りである。(イ)民訴法五四四条の執行方法に関する異議説（大決・大二・六・一三民録一九輯四三六頁以来、この方法によるものが大部分である）。(ロ)民訴法五四五条の請求異議訴訟説（大判・昭六・一一・一八民集一〇巻一〇七二頁、福岡高判・昭二八・二・一八下級民集四巻二号三二八頁）。(ハ)民訴法五四九条の第三者異議訴訟説（大判・明三五・五・九民録八輯三三頁、大判・大一一・四・二〇民集一巻二一六頁など）。(ニ)通常訴訟および仮処分説（大判・明四三・二・七民録一六輯一四〇四頁など）。(ホ)抵当債務・抵当権不存在確認等の調停を申立て、民事調停規則に基づき競売手続停止の決定を求める方法。

右各方法のうち、(ホ)は、調停であるという点で実際上の重要性が少ないし、また(ロ)の請求異議の訴によるべしとする判例は、昭和四〇年七月八日第一小法廷判決（民集一九巻五号一一七〇頁）で「民訴法五四五条のいわゆる請求異議の訴は、債務名義の存在を前提とし、その執行力の排除を目的とする訴であるから、債務名義の存在しない任意競売には準用することができないと解するのが相当である。」との理由による判例変更により否定された（この件の判例批評として、本誌四〇巻七号一二頁に吉原氏のものがある。参照されたい）。この請求異議の訴の準用に対しては、債務名義の不要な任意競売にその執行力の排除を目的とする五四五条の訴に準ずる訴を認めることはできないと解すべきであつて、この点は学説の大多数が五四五条準用反対として採つていたところであり、この見解をいれた判旨は正当である。そこで右(イ)(ハ)(ニ)のいずれが妥当なものであるかが問題となる。右の(イ)より(ホ)までの各方法についての長所・短所については、石川教授が、「強制執行法（総論）概論」（鳳舎刊・一）六六頁以下）に詳論されているので参照されたい。

私は実務で一番多く行なわれている(イ)の執行方法異議説には賛成できない。何故なら、民訴法五四四条は違法執行についての異議の訴の規定であるから、担保権の不存在を理由とする本件のような場合には準用できないと解すべきである。もし準用できるとすれば、

競売機関に抵当権の存否に関する実体的判断の権限と職責を認めることになるが、それは競売機関の構成からみて適切ではない。五四四条は、抵当権不存在確認の訴の請求認容判決を競売機関に提出して停止を求め、それでも任意競売が止められない場合にはじめて問題となるものである。抵当権不存在確認の訴を認めるにしても、その勝訴判決が当然に任意競売手続を違法ならしめるものではないという意味で、それは非常に迂遠な方法であるといわざるを得ない。私は、担保権の不存在を理由として競売手続の排除を求めるためには、五四九条の第三者異議の訴によるべしとするのが最も適当と思う。この第三者異議説は最近有力であるが（岩松・競売法・現代法学全集九七頁以下、斉藤「請求異議の訴」総合判例研究叢書民訴(2)一六五頁、染野「請求異議の訴」民訴演習Ⅱ一二七頁など）、第三者異議訴訟を通じて確定されるものは担保権の存否ではなく、担保権の存否については判決理由中で判断されるにすぎない、という批判がある（中野・本件判例評釈・民商五九巻一号一四三頁）。しかし、この批判については、第三者異議の訴の法的性質について救済訴訟説（救済訴訟説については、三ヶ月・執行に対する救済「民訴講座四巻一一〇三頁以下、石川・強制執行法（総論）概論一五六頁以下、一九六頁を参照。）によれば問題は解決されることになる。したがつて、本件のような任意競売は、競売の目的物が競売によつて実現されるという責任の対象ではない不当執行であるから、目的物件所有者が原告となつて所有権を主張し、第三者異議の訴を提起して執行の停止（五四九条四項）を求める方法が正当であると解する。

なお、本件については、瀬戸調査官の解説（法曹時報二〇巻四号一七七頁以下）がある。

（梶　善　夫）

〔昭和四二年度完〕