

Title	〔最高裁判事例研究六二〕 仮処分の目的物件が換価されその売得金が供託された場合と本案訴訟のきすう 立木贈与契約無効確認杉丸太所有権確認損害賠償請求事件 (昭和四三年一月二五日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 豊泉, 貫太郎(Toyozumi, Kantarō) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 加藤, 修(Katō, Osamu) 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.2 (1969. 2) ,p.122- 131
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=AN00224504-19690215-0122

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.

ても、懲戒解雇の対象とするまでに至らないものと考える。

二次に、懲戒解雇事由に該当する場合に、これを普通解雇とするのは、何ら不利益を科するものでないから、差支えないと解される。ただ本件では、申請人の行為はそもそも懲戒解雇事由に該当

〔最高裁判事例研究 六一〕

昭四三一 (最高民集二二)

仮処分目的の物件が換価されその売得金が供託された場合と本案訴訟のみすう

立木贈与契約無効確認杉丸太所有権確認損害賠償請求事件 (昭四三・一・二五第一小法廷判決)

X (原告・被控訴人・被上告人) は Y (被告・控訴人・上告人) に対し、X 所有の当該山林への立入りおよび立木伐採の禁止と既に伐採された伐採木の搬出禁止 (債務者の占有を解いて執行吏保管) の仮処分命令を得、これを執行した。そして X が所有権に基づいて、仮処分命令と同趣旨の判決を求めたのが本件である。X の理由とするところは、Y が主張する立木の贈与契約は不成立もしくは無効である、また仮に有効としても贈与されるべき立木は未だ特定されていない、いずれにしても、それ故に立木は X のものであるというのである。一、二審ともほぼ X の主張を認め請求を認容した。ところが伐採木は本訴が第一審係属中に、執行裁判所の換価命令によつて

しないとみるべきであるから、普通解雇も認められないことにな

(宮本 安美)

換価され、その売得金が供託されていた^{二〇} (吉井 本件判例解説、法曹時報、Y は上告理由中でこの点をついた。曰く、「原判決は、」ことに、主文中、伐採木の搬出行為の禁止を明示しているが、本件一件記録によれば、伐採木は、すでに本案前の保全訴訟 (仮処分) の過程において、執行吏が換価処分によりこれを金銭に換価して供託しているのである。よつて X が、右供託金の支払請求を求めらば格別、すでに現実存在しないこと明白な『伐採木』の搬出禁止の請求を認容した原判決は、破毀されるべしと。最高裁は上告を棄却し、この点については次のように判示した。「仮処分の目的物に関して提起された本案訴訟の係属中に、執行吏の保管する仮処分の目的物が執行裁判所の換価命令によつて換価され、その売得金が供託されるに至つた場合においても、右の換価は、仮処分の目的物が滅失するおそれがあり、または著しい価額の減少を生じ、もしくは貯蔵に不相当の費用を必要とするようなときに、その経済的価値を保全する目的でなされるものであるから、その売得金は仮処分の目的物に

代わるものとして、その間になお同一性を保持しているものと解するの相当である。したがって、本案訴訟の目的物ないしはこれに対する審理の対象たる権利ないし法律関係はなお消滅したものでなく存在しているものと解すべきであるから、本案裁判所は、本件のように、搬出禁止の請求の目的となつた伐採木について換価が行なわれ、その売得金が供託された場合においても、直ちに訴訟の目的物が滅失し、これに対する権利ないし法律関係も消滅したものととしてその請求を棄却すべきものではなく、右換価が行なわれなかつた場合とひとしく、本来の訴訟物たる権利ないし法律関係について審理し、判決するを妨げないものと解するのが相当である」と。

一、本判決の立論に従つて、ここでは次の三点について考察してみよう。(一) 仮処分目的物が換価しうるかという問題、(二) 一般的に仮処分目的物が換価された場合の本案訴訟の訴訟物のきすうの問題、(三) 本件の場合に前問の解答が適用しうるかという問題、の三つである。

二、(一) について

この問題はいわゆる緊急換価処分と言われる問題で、それは要するに、民法七五〇条四項後段の規定が民法七五六条により仮処分に準用できるか否かの問題である。この問題については、従来、判例・学説にそれぞれ積極説、消極説の対立をみたのであるが、現在には共に積極説が有力である(菊井・村松「仮差押・仮処分」(昭四〇)三二八頁以下が詳しい。この問題を論じては兼子編「判例保全訴訟下巻」(昭四三)六八頁以下が詳しい。この問題を論じては、岡垣「仮処分の目的物と換価命令」(判タ三八号(昭二九)一頁。松野「仮処分の目的物の特別換価命令」(判例法学会集民法下巻(昭四〇)二七六頁。松本「仮処分の目的物の代替物に対する本執行」(仮処分の研

究上巻(昭四〇)二七一頁。松本「仮処分の目的物を換価することができるか(緊急換価処分)」(判タ一九七号(昭四〇)二四頁等がある。以上の論稿、判例研究は全て積極説を支持している。従来判例も積極説)。本判決はこの問題については、積極説を前提としているように思われる(判評一・四号一八五頁、奥村「本件判例」(民商五九卷三)。この問題で消極説をとるならば、理論的には換価された場合は従前の本案の訴訟物は消滅すると解することにならうからである(しかし、秘密に言えば、換価できるか否かの問題と換価された場合の本案の訴訟物のきすうの問題とは無関係とも言える。即ち消極説の立場でも、誤つて換価された場合、本案の訴訟物はどうかと、そもそも仮処分と本案訴訟の関係はどう理解するかといったことが問題になる余地がある)。そこで、ここではこの問題についての我々の見解を簡単に述べておこう。

判例としては、大決昭三・六・二〇(民集七卷四六六頁)ただし、消極説といえない面がある。東京高決昭二・八・二二(高民集四卷一・一三三頁)が有名。学説としては松岡・保全訴訟要論(六一五)三八九頁、加藤・強制執行要論(昭四〇)三二頁、兼子・増補強制執行法(昭二六)三三四頁等がある。判評では加藤(前掲大審院決定について・判民昭三年度四七事件)、山田(後掲大審院積債)の論拠は、要するに保全訴訟制度における仮差押・仮処分のそれぞれの機能の差異を強調し、仮処分は金銭的価値の保全を目的としないと説くのである。この主張は、確かに保全訴訟制度を理論的に明確に把握していると思う。だがしかし、この主張は理論的一貫性を強調するあまり、実質的考察に欠ける点がないだろうか。實際上、当事者は仮処分物件それ自体の使用価値よりも、その物に内在する経済的価値(交換価値あるいは金銭)に終極的な目標をおいている場合が少なくない。

このような場合には仮処分の目的物を換価し供託に付した方がより実質的にその価値を保全すると言えよう。消極説に立つてこのような場合でも仮差押手続によれということ、保全訴訟に要求される簡易迅速の実質的保全ということと衝突するであろう。保全訴訟制度の目的が一つには、判決手続の存在を前提とし、その結果と現実

とのギャップを埋めることにあるとするならば、その為の方法は常に当事者の利害の調和を考慮しながら、実質的・合理的の見地等から探し求めなければならない。消滅説のあまりにも形式的・機械的に理論を適用する態度には賛成できない。積極説に賛成するしだいである（勿論無条件に換価を認めるのではない。換価できる条件、換価申請人等の問題は判例保全訴訟下巻（前掲）を参照せよ。学説としては板倉・強制執行法義論（大五）一三二四頁、菊井・民法（二）（昭二五）三三五頁、柳川・新訂保全訴訟（昭二九）三六八頁等が前掲論稿以外に付加されよう。判評では吉川・判例保全処分（八五七事件）（昭九）、八六事件（昭二七）、菊井・判例民事手続法の一三五事件（判例昭九年度一七七事件）（昭九）、法律学研究二六卷五号（昭四）六三頁、岡田・法学新報六一卷二号（昭二九）一〇二頁、中務・戦後の仮処分判例の研究（民法雑誌）号（昭二九）一九五頁が有名。本件判例の奥村（前掲二七頁）、中務（前掲二三七頁）も積極説支持。これらが主張する論拠は私見とそう異なるものではない。これらの中には、消滅説をとると手続が複雑化、厳格化し、その結果社会的損失を招くとか、民法四九七条、民法訴訟法七五九条は積極説の論拠になるとかいう主張もみられる）。

三、(二)について

一応、所有権に基づく特定物引渡訴訟を例とし、その目的物が仮処分付付されていたが、本案訴訟中に換価され供託された場合、本案訴訟の訴訟物はどうなるかを考えてみよう（仮処分と本案訴訟の関係に執行・占有移転禁止違反の占有移転等において問題になる。しかし、満足の仮処分は目的に依じてその関係は考慮されるべきであつて統一・一般的には論じられないと思）。従来説かれた主張をまとめると次のようになる。第一説は換価処分後の仮処分は特定物の給付不能による損害賠償請求権を保全するものとなる（その結果、従前の被保全権利は消滅することになる）。大決昭九・二一八（前掲）、菊井。第二説は従前の仮処分は換価供託金の返還請求権を保全するものとなる（従つて、仮処分の目的は、裁判所は当事者をして換価金の引渡請求に訴え変更させることが必要であるとも説く。中務・前掲判九六六頁、谷本・前掲六八頁もこの立場を改説した）。第三説は仮処分の目的物の換価、供託の事實は本案訴訟の訴訟物に何ら影響を及ぼさないと説くのであ

る（但し本案訴訟で債権者勝訴の場合の主文での訴訟物表示に関し、争いがある。従前のままの特定物を引渡せよとよいとする立場と、「原告は被告に對し（前掲）（但し）〇年〇月〇日付〇〇地方裁判所昭和〇年〇〇号換価命令による換価命令を引渡せよ」という表示がよいとする立場とがある。前者には東京高判昭二八・三二九下民集四卷三五三頁、高松高判昭二八・三三〇高民集六卷五号二六八頁がある。後者には前掲の松本・岡垣、奥村、吉川・判例・判批がある。民事局の立場も後者である。民事裁判資料六七号二九四頁、昭三二。柳川・前掲三七八頁は第三説ではあるが、表示については述べていない。問題は第二説と第三説後説との違いである。そのいづれとも五・七民集四卷三四九頁もそうであるが、これらは第二説に近いように思える。裁

判所の換価命令による換価ということ、そして従前の仮処分命令がそのまま維持されているということ等を考えると、従前の目的物と売得金とが法的に同一であるとしなければ理論的には一貫しないと思ふ。第三説が正しいと思ふ。第一説、第二説にあつてはなに故に従前の仮処分命令が維持されながら、被保全権利の変化を主張しうのか疑問である（第一説は理論構成が技巧的であるという批判もある。さらに實際上不都合な結果が生じる。裁判所は訴の変更を促す責務をもつことになるし訴の変更をしない原告は敗訴することになる。また換価された事実が裁判上あらわれなかつた場合、原告勝訴判決では執行ができなくなる）。本判决は第三説の立場を支持するもので、これはまた実務のとるところでもある（松本・前掲判タ一九七掲九二四頁、なお本判决は王文表示の問題については態度を表明していないと解すべきである。前述の表示をめぐる争いには執行においてどちらが有利かというところで決められよう。後者の方が合理的であらう。表示上の問題については、裁判所は当事者の表示についての申立に拘束されないということになる（吉井・前掲一八八頁を参照））。

四、(三)について

本判决の特色とする所は、三で考察した考え方を撤出禁止という不作為請求の場合にも適用した点である。目的物と売得金が同一であると説くことは売得金が従前の目的物と同じように取扱われることを意味するという点、そして従前の目的物に對しては一般に如何なる行為も可能であること等を考えると、撤出禁止の不作為請求と言えども、別に特別な考慮は必要あるまい。判旨に賛成するしだ

いである(吉井・前掲一八五頁、奥)。ただ本件の場合、Xとしては仮処分
で得た仮定的・暫定的な状態を確定的状態にするために本件訴訟に
及んだ訳であるが(その意味で仮処分命令の内容と本案訴訟の内容)、この不作
為判決では供託金は受領できないと思うから、Xは別訴を提起し、
供託金の引渡を求めることになる。それ故に本件ではかかる撤出
禁止不作為請求が本案として妥当かどうかが問題になる。本案訴
訟としては伐採木の引渡訴訟を提起すべきであつたと思われる
(吉井・前掲一八八頁)。しかし、かといつて伐採木撤出禁止の本案訴訟が全く
無意味とは言えない(相手方が違反行為にてたとき、即。かかる疑問がない
訳ではないが、一応この点の取扱も判旨(判決ではないが、原判決を支持した
らして)に賛成する)。

五、以上、問題を(一)(二)(三)とみた訳であるが、結論といい、理論構成
といい、判旨とそう異なつてはいまい。判旨に賛成するしだいであ
る(本評釈で引用した以外に本判決を紹介し、解説するものとし、
定て判タ二一八号一六三頁、判時五一〇号四〇頁がある)。

(伊 東 乾・坂原正夫)

昭四三二(最高民集二二)

危殆状態にある会社が従業員給料債権の支払資金借入のため唯

一の不動産を譲渡担保に供した行為と否認権の行使の許否

売買契約否認請求事件(昭四三・二・二第二小法廷判決)

訴外A会社は支払を停止し、且破産宣告の申立を受けた後、同会社
の従業員の延滞賃料の支払資金に充てる為にY(被告・控訴人・被

上告人)より三〇万円を借り受け、右債権を担保する為、当時既に
危殆状態にあつたAとしては唯一の不動産である土地、建物をYに
譲渡した。その後Aが破産し、破産管財人X(原告・被控訴人・上
告人)は右譲渡担保契約につき否認権の行使等を請求した。

第一審はXの請求を認めたが、控訴審はこれに対し、否認権の行使
の対象とならずとして、Xの請求を棄却し、その理由として、「本
件物件の譲渡担保は、破産会社の危殆状態における唯一の不動産の
担保供与と認めるべきであるからこの点のみから見れば、右行為は
破産法七二条第一号にいわゆる破産者が破産債権者を害することを
知つて為した行為と推定し得られるが如き観があるけれども、当時
右会社は給料の延滞があり、その調達が他の方法では不能と思われ
る状態であつたこと、従業員の給料債権が一般債権に比し優先債権
であり、かつ従業員の延滞給料の支払は会社運営上必要欠くべから
ざる人的資源を確保する為最も緊要な支出であることを鑑みると、
右行為は、これに牽連する前記借入行為と関連せしめて見ることに
より、前記推定は否定され、外観上もむしろ必要資金獲得のための
正当な行為であつて、一般債権者に対する許害の意思即ち一般債権
者の犠牲において特定債権者のみ利せんとする意思に出たものでな
いものと認めるを相当とする。」としてゐる。X上告。その要旨は
本件不動産の時価は当時(昭和十五年)百四、五拾万円を超えるも
のであるのに僅か三〇万円の給料支払の為に譲渡担保に供したので
ある。この様に代価が余りに低廉である場合には破産法七二条一
号に該当する行為として否認できるものであることは明らかである。
原判決が本件物件の当時の価額を全然念頭に置かないで給料支払の
為ならば如何に時価の多大な物でも僅かな借入金のために破産会社が

譲渡担保に供しても、一般債権者は傍観する外なく、これを否認できないという判断は社会通念、経験則にも甚しく背反し、審理不貞、理由不備の違法があり、この違法は判決に影響及ぼすこと明らかなのであるという主張である。

最高裁は全員一致で破棄差戻をし、その理由とするところは次のとおりである。

本件譲渡担保が(中略)先取特権なる従業員給料債権の支払に充てる資金の借入として破産会社の必要資金の獲得の為にされたとしても、破産法七二条一号に基づく否認権の行使を否定する為には特別の事情のない限り、譲渡担保の目的物件の価額と、その被担保債権額との間に合理的均衡の存することを要すると解すべきところ、原判決は元金三〇万円(利息一割)の貸金債権の担保のために本件物件が譲渡担保に供された事実を確定したのみで本件物件の価額を確定せずに前記の原判決の事実関係から本件否認権の行使が全部許されないと判示したのは、法令の解釈、適用を誤つた結果審理不貞の違法をおかしたというべくこの点をつつ論旨は理由がある。

判旨に賛成する。

本判決は次の二点に於いて特色があると思われる。即ちその一点は本件債務が雇用人の賃金支払の為のものであり、他の一点は譲渡担保契約だということである。前者は破産法上優先債権(破産法第三九条)とされるのであり、後者は破産法上二ヶ条(同法第八八条)の規定しかないということである。先ず破産法上譲渡担保設定者が破産した場合に譲渡担保権者が如何なる権利を有するかにつき考察しなければならぬ。

通説(中田破産法和議法(全集)二一六頁、兼子恒田破産・和議法二〇〇頁等)に従えば「取戻権」(八七条)を行使できるとし、その旨の判決(東地裁五六民法四二四号)もある。しかしこれに対し別除権を行使できるといふ有力な反対説があり(小野木破法概 近時これに賛する説が増加する傾向である(法釈民法(8)三六三頁、中田前掲一七頁も通説に疑問的である。中頁以下、この様な考え方がドイツの通説、判例であるとして総合判例叢書民法(一七)譲渡担保二〇頁以下、但しドイツでは譲渡担保につき我が国がとる所有権の構成ではなく、質権の構成で別除権を認めている様である。植林弘「譲渡担保の法」譲渡担保につき取戻権と基礎において同一であるとされる(兼子強制執行法破産法五二)〇〇頁、中田前掲一五頁)。

第三者異議の訴につき、即ち譲渡担保権者がその担保目的物を第三者の執行により奪われた場合、第三者異議の訴(民法五四九条)を起し得るかである。通説(村松諸問題一五〇頁以下、近藤全訂執行関係法五二)判例(二・九六三・一一・二二、大判昭五)はこれを認める。これに対し、第三者異議を許さないという説(小野木「執行法概論」(2)三四五頁、菊井「民訴(2)」一又前者もかつては同意見であった。小野木「譲渡担保と差押」論整三、一形式上所有権及び占有権(略)を有していても実質上担保の為である以上これを超過して執行債権者に対抗させる必要はないから(略)優先弁済の請求に変更しなければならぬ」とする説(兼子「執行法六四頁、三月民訴研の訴」総合判例研究(2)一八四頁参照)に分かれているのが現状である(尚谷口安平「譲渡担保執行」統・学説展望一四〇頁以下、著者の立場)。

譲渡担保特に精算型譲渡担保において担保権者は目的物の所有権を取得しているが、実質的に把握しているのは被担保債権の額だけである。その反面債権者は目的物の所有権を移転した後、それが担保の結果として被担保債権額と目的物の価値の額の差を尚保

留している。即ちその目的物の有する価値は担保権者と設定権者が有していると解すべきである。(注二) (我妻新訂「担保物権法」五七五頁以下参照)

通常の財産状態において、被担保債権を超える利益を有しない債権者が債務者の財産が破産状態になったとき(本来破産法の諸制度が多数債権者の公平な満足を目的とするものであることから考えて)その物の全価値を有してしまうという考え方は余りにも形式的である。(注三)それが譲渡担保制度そのものに内在する不合理であつて執行法(この場合は破産法)〔筆者注〕の解釈として救いうる限度を超えている。(三ヶ月講座四一一二頁、但し著者が後に改説されたにつき三ヶ月前掲論文参照)として放つておくことは

妥当ではない。理論的にも如何なる権利を与えるか(取戻権か別除権か)を考えるのは自由である(何故なら譲渡担保自体判例、実慣行により構成されたものである)。そして前記の通り私は質権、抵当権と同様「担保的機能」の満足、即ち一般債権者より優先的に弁済を受けることで十分であると考へ、別除権者とすれば足りると解する。精算型譲渡担保が原則であることは民法学上通説であるが、特に本件に於いて被担保債権は三〇万円であり、その目的物は上告人の言に依れば一五〇万円位である場合には既に合理的均衡を失つており、精算型と認定することにならう。(最高昭四二・一一・一六第一小判。民集二二一九一・二四三三参照)

とすれば本件の場合右三〇万円は雇人の給料の爲の即ち優先債権であり、一般の債権者は何ら害されていないことになると思う。一方処分型譲渡担保であれば、その物の全価値を権利者は取得するので取戻権者になり、この場合には一般の債権者を害するので否認権の対象になると考へる。処分型であつても別除権とすれば良い

とする説(前記参照)もあるが、この場合の担保は真に目的物でありその物の価値ではないと考へ、疑問である(尚詳細な検討は後に考へるつもりである)。

とすればそのいずれの形態であるか、その資料として、本件物件の価額につき確定しなかつた原判決は審理不尺であり、破棄されたのは正当と考へる。

(注一) 我妻新訂「担保物権法」六一八頁は不動産の場合につき明らかにしていないが、同書六一六頁で動産(設定者保有)の場合「譲渡担保権者は被担保債権の優先弁済を受けるだけで満足し、目的物の有する残余の価値を他の債権者の弁済に充てるのが公平であり破産的清算の目的に適する」とし「管財人が被担保債権を弁済して目的物を取戻すことが出来る」とされている。これが破産法一九七条一四号のことを指すかは不明であるが「担保面」を重視しているのは賛成である。

(注二) 中野前掲論文において、著者は強制執行につき第三者異議の訴を認め、破産につき別除権を認めている。そしてそれが両制度の差によるものであることを詳細に説明されている(同書一四〇頁以下)。今回前者についての論述は避けるが、少くとも破産上譲渡担保財産の債権額を超える部分を破産財団内で現在化し、これを一般債権者の満足を与えるべきとし、別除権とされることは賛成する。

これは何らの矛盾ではない。例えば質権は異議事由であつても破産法上別除権者になると同様である。尚論文中譲渡担保権者は(間接)占有権があるから第三者異議が認められるとするが(真以下)、旧説に立つ場合「占有権があるから」とした場合の可否でなく「讓

渡担保権がある」とした場合、訴訟物が異なるのであり、これは理由にならないと考える。

高原審の判断理由の「事業経営の為の資金獲得の手段としてやむを得ないこと」を主観的な面（許害意思）の問題か（松坂「債権者取消権の研究」一五一頁参）、客観的な面（害する行為）の問題とする（真於保「債権総論」一八八〇頁）かの議論の余地がある。判例の様に意欲説をとれば認識があつても意欲はないとする消極的要件となるのではないか。認識説に立つたときこれは「害する行為」とならない要素になるのか、又許害行為は不法行為故に取消し得る（小池債権総論二五六）と解し、その違法性（又は取消に値いするだけの違法性）がないとするか、色々に考えられるが、この点未だ学説上十分な説明はなされていないと思われる。

（豊泉貴太郎）

昭四三三（最高民集二二卷 二号一〇八頁）

競買の申出と要素の錯誤

競落金差額請求事件（昭四三・二・九第二小法廷判決）

訴外Aは、本件甲土地および乙土地を所有し、甲土地上に家屋を所有していた。同人は、右両土地に抵当権を設定して訴外Bより金七十七万円を借受けていたが、その返済を遅延したために右両土地につき抵当権実行として競売の申立がなされた。上告人Y（被告・控訴人）は、右競売期日において本件甲土地につき金四一十円で競買申出をし、競落許可決定を受け、競落代金および費用の納入を命ぜら

れたが、この義務を履行しなかつたので再競売となり、訴外Cが金一五万六千円で競落し、代金が納入された。本件は、右競売手続中に前記訴外Bの抵当債権および抵当権の一部を譲受けた被告上告人X（原告・被控訴人）がYに対して再競売により生じた金二〇万三〇〇円の競落金差額の支払を求めて提起したものである。

それに対して、Yは次のように主張し、競買申出は錯誤に基くから無効であり、従つて競落許可決定も効力を生じないと抗弁した。すなわち、本件甲土地上の家屋については、右家屋の抵当権者訴外Dが抵当権を実行したため訴外Bが競落して代金を納入し右家屋の所有者となり、それと同時にその敷地である本件甲土地に法定地上権を取得したという事情があるにもかかわらず、本件甲土地に関する本件競売および競売期日の公告に法定地上権の負担が存在する旨の記載がなかつたため、Yは右法定地上権の存在を知らずに競買申出をなしたのだから、右競買申出には要素の錯誤があると主張するのである。

第一審・第二審ともXの請求を認容。Y上告。上告理由は二点からなり、第一点は、競売といえども一種の売買であるから民法九五条の適用があり、上告人Yは競売公告に「賃貸借なき土地」との表示があることにより本件家屋につき利用権なきものと信じて競買申出をなしたものであるゆえ、右競買申出は錯誤により無効であると主張し、第二点は、訴外Bから被告上告人Xへと抵当債権および抵当権の譲渡があつたとの事実認定には理由の齟齬があると主張する。

最高裁は次のように述べ、裁判官全員的一致で上告を棄却。

「上告理由一について…競買人の競買申出は、訴訟行為に準ずべきものであり（大判昭和十二年二月二日、新聞四二二五号一一

頁)、これに基づいてする裁判所の競落許可決定は裁判であるから、その違法を主張する競落許可決定を受けた最高価競買人は、右競売手続および競落許可決定につき不服があるときには、民訴法六七一条、六七二条等によつて異議を申し立て、および同法六八〇条により即時抗告を申し立てるべきものであり、民法五六八条、五六六条により救済を求められる特別の場合を除き、競売手続および競落許可決定の違法を右手続によらずに別訴で主張し、競売手続および競落許可決定の違法無効を主張することは許されないものというべきである。そうだとすれば、競売については民法九五条の適用があることを前提とし、上告人Yのした本件競買の申出は無効であるとの理論の理由のないことは明らかである。論旨は採用できない。」

「同一について……原審の認定判断は、原判示の証拠関係に照らして首肯できる。原判決には所論の違法はない。論旨は採用できない。」

判旨の結論に賛成。

一 判旨は、競買申出は「訴訟行為に準すべきもの」とし、「競売について民法九五条の適用があることを前提とし」てなされたYの「競買の申出は無効であるとの所論の理由のないことは明らかである」と判示しているので、競買申出に民法九五条の規定が適用されることを否定しているものと解される(鈴木・本件解説、法曹時報二〇巻九号一―一五号三三頁以下)。しかし、判旨のように競買申出は訴訟行為に準すべきものであるとの一言から競買申出につき民法九五条の適用を否定することはできないと思われる(中野・前掲三四)。もつとも、後述するように、錯誤による競買申出の無効を別訴で主張することは許されぬとする判旨の結論には賛成できる(中野・前掲)。

任意競売は債務名義を不要とする点で民訴法典上の強制競売と相違するが(伊東・競売手続と公債的効果・民事訴訟法)、国家の公権力によつて私人の権利を実現するための法的手段であるという点では強制競売となら異なるところがないこと(伊東・前掲七〇頁、七二頁(旧著))、および、強制競売は強制執行手続の一部門で広義の民事訴訟手続であり、任意競売手続には民訴法典上の強制執行に関する諸規定が準用されていることを勘案するならば、競買申出は、訴訟行為に準ずるものであるということができ(鈴木・前掲)、訴訟行為に準ずる取扱を必要とする面を持つことは否定できない(中野・前掲三三五頁)。しかし、それだからといって競買申出に民法九五条は適用できないとの結論を導き出すわけにはゆかないのである。なぜなら、競買申出には通常の私法上の売買における買受の申出に相当するもの、すなわち、自己の側で出捐をはかり権利を取得せんとする実体的な効果意思の表示が含まれていることをみのがすべきではなく(中野・前掲)、競買申出はもつぱら裁判の招来のみを目的とし裁判を離れては独自の意義を有することが少い一般の取効的訴訟行為(七七月、二八二頁)とはその実質を異にするものといふべきであるので、競買申出には訴訟行為に就いての一般原則どおり民法九五条の適用はないとすることは、競買申出の特性を無視し、競買申出人を不利な立場(この具体例については二八下民集一四巻六号二二七頁以下参照、競買申出人が取効担保責任を追求できないこと(民法五七〇条但書)を考慮あわせるならば競買申出人の不利な立場はより一層はつきりする(中野・前掲三五頁)なお、右広島高決は錯誤による)においこむことにならなければならない(中野・前掲三五頁、任意競売の性質が私法上の売買であるのかそれとも公法上の処分であるかについては学説の争いがある(斎藤・競売法三三頁以下)、公法上の処分説を採用したところ、公法上の処分により純然たる私法上の売買契約が完成されるという理論構成が可能なため、本文に述べたことは私法上

の売買説を採用したときのみ主張できるといふ性質のものではない。もつとも競売による所有権の移転そのものが公法上の処分とみるならば、民法九五条を適用する余地はなくなる。瀬戸・最高裁判第二小法廷昭和四三・二一六判決の解説・法曹時報二〇巻五号一四六頁は、本件判決が私法上の売買説を完全に否定するものと理解しているが、本件判決がそこまでいきついているかどうかは、疑問である(中野・前掲三四頁)。

私法行為は、相手方に対する関係で一定の効果を直接に生じ、相手方がそれを信頼できることが要請されるので、その任意の撤回が許されないのが原則であるが、一定の重大な瑕疵があるときは取消すことができる建前となっている(三月八頁、前掲)。それに対して、取効的訴訟行為は、前述したように裁判を離れては独自の意義を有することは少なく、直ちに一定の効果を生ずるものではないので、口頭弁論終結までは自由に撤回できるのが原則である(三月八頁、前掲)。ところで、競買申出は、中野教授が指摘されるように、権利取得と代金支払義務の負担に直結するので、その撤回は原則として許されず

(民訴法六七(八条参照))、いったん適法な申出をした競買人は、さらに高価な申出の許あるまでその申出額に拘束される(民訴法六六)という点で一般の取効的訴訟行為とは異なつた特性を持つため、民法九五条の適用を認めて競買申出人の保護をはかることには充分な意味があるといふべきである(中野・前掲)。そして、この点からしても競買申出には民法九五条の適用がないとする判旨には賛成できないのである。

二 既述したところで競買申出に民法九五条の適用を肯定してきたが、そのことは、不動産競売に際しては競売手続が終了する以前に競売手続上の不服申立方法を通じて主張する場合にのみあてはまることに注意しなければならない。その理由は、まず第一に、不動産の競売の許可決定は競売の申立としての競買申出に対する執行裁判

所の裁判であり、最高価競買申出を有効と認めてなされた競落許可決定の裁判が確定すれば、競買申立に付着した瑕疵は消滅することになるので、競売手続終了後は競買申出の無効を主張できなくなる

からである(中野・前掲三五頁。但競落許可決定に対する準再審が認められる場合はこのための手続的配慮が全くみられないから、執行官の競落告知後に競買申出の無効を主張することを理論的に否定できないことについては、中野・換価としての競売の法的性質・菊井先生献呈論集・裁判)。第二に、競売手続上において不服申立の方法

が規定されているにもかかわらず、それ以外の方法で競売手続上の行為ないし裁判の有効、無効を争わせることは、競売手続の確一性ないし安定性を害し、競売手続のやりなおしという事態を発生させ、競売ないしは執行制度の趣旨が全うされないことになるからである(鈴木・前掲)。

そして、具体的にいうならば、競買人の行為無能力、権利無能力を競落許可についての異議事由としている競売法三二条・民訴法六七二条二号が競買人の錯誤による意思表示の無効の場合にも類推されるのであり(前掲広島高決二二九頁、中)、さらに、錯誤による意思表示の無効は、競売法三二条・民訴法六八〇条二項の「競落を許すべき理由なきこと」の根拠となり、競落許可決定に対する競落人の即時抗告を理由づけるのである。かくして、以上に述べてきたことから明らかになつたように、競売手続終了後に別訴で錯誤の主張はできないのであるから、本件判旨の結論には賛成できるのである。

ところで、任意競売に民法九五条の適用ないしは準用があるとするれば、民法五六八条・五六六条等は空文と化し、意義を失うという批判があるが(鈴木・前掲)、競売手続終了後は民法九五条は適用されないのだから、右に挙げた民法の規定が意義を失うことはないの

ある。

競買申出に民法九五条の適用があるとし、競買申出の相手方は競売裁判所であるとすれば、競売裁判所はその地位ないし職務の性質上錯誤の主張ができなく、当事者双方に公平に働くべき民法九五条が競買申出人の側にのみ有利に働くことになると批判されるかもし

れない（鈴木・前掲二）（〇八頁参照）。しかし、競売裁判所は裁判により意思表示をし、裁判に錯誤による無効はあり得ないのだから、競買申出人のみが錯誤を主張できることは当然であり、競買申出人の側にのみ民法九五条が有利に働いているわけではないのである。

（石川 明・加藤 修）