

Title	不動産競売における不服申立について
Sub Title	Die Rechtsbehelfe in der Zwangsversteigerung in das unbewegliche Vermögen
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.3 (1971. 3) ,p.89- 109
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	津田・宮崎・伊藤教授退職記念論文集 第一部法律学関係
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710315-0089

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.

不動産競売における不服申立について

石川 明

一、問題の提起

二、解釈論

三、立法論

一 問題の提起

一 民法六七二条は第一号から第八号まで、競落許可に対する異議事由を規定している。強制競売の開始決定から競落許可決定にいたるまで、執行裁判所による執行処分が積み重ねられて手続が発展するのであるが、民法六七二条が競落期日における競落許可についての異議事由を列挙するのは、それ以前の段階で執行裁判所の執行処分に対しこれら異議事由を五四四条ないし五五八条の不服申立を通して主張することを併せ認めるのか、あるいは、逆にこれを否定し不服申立を競落期日における競落許可についての異議または競落許可決定に対する不服申立(執行裁判所の執行処分たる裁判に対する不服申立方法については、周知のごとく異議説、折衷説、抗告説、選擧説などが対立している。私は折衷説が正当であると考え、かように見解が対立しているから、以下「不服申立」なる表現に統一し、特に「執行方法の異議ないし即時抗告」なる表現を避けることにする。)に吸収・一本化しようとする趣旨なのであるか。本稿はこの

不動産競売における不服申立について

問題の解釈論ならびに立法論について若干の考察を試みようとするものである。

もちろん、従来の学説・判例は前者の立場をとるものと思われる。

二 その準備的作業として従来判例上競売開始決定から競落許可決定にいたるまで、五四四条の異議ないし五五八条の即時抗告の対象となつた執行裁判所の執行処分として何があるかひろい上げてみる必要がある。以下のものが挙げられる。すなわち、

(1) 強制競売開始・任意競売開始決定⁽²⁾ およびこれに準じるものとして、記録添付決定・再競売を命ずる決定⁽³⁾ (2) 強制競売申立却下決定・任意競売申立却下決定⁽⁴⁾ (3) 最低競売価額の決定⁽⁵⁾ (4) 民訴法六五六条二項による取消決定⁽⁶⁾ (5) 執行機関が手続を進行すべきであるのに進行させないことに対する方法異議⁽⁷⁾などが挙げられる。以上のうち(1)の再競売を命ずる決定は、最初の競落許可決定後になされるものであるが、再競売における競落許可決定との関係においてここに挙げた。(2)(4)(5)は、いずれも不服申立をしないかぎりそれ以後の手続が進行して競落にいたるものではないから、瑕疵の主張を競落許可についての異議ないし許可決定に対する不服申立に吸収・一本化することは問題にならない。したがつて、ここでは考察の対象からはずれる。これに反して、(1)(3)は吸収・一本化が問題になる執行処分である。

(1) 従来の学説でこの点を明言したものは見あたらないが、それは各処分についてそれぞれ不服申立が許されることを当然の前提としているからである。う。各処分についてそれぞれ不服申立を認めた判例については 注217参照。

(2) 強制競売開始決定に対し、即時抗告を認めるものとして、大決明三三・四・二〇民録九輯四四六頁、松山地決昭三五・一一・七下級民一一卷一一号二四〇三頁、タイムズ一一五号九九頁、異議を認めるものとして、大決明三八・七・一〇民録一一輯一一五五頁、大決明四三・八・九民録一六輯五五二頁、大決昭二・三・一八評論一六卷民訴五九九頁がある。任意競売開始決定に対し異議を認めたものとして、大決大二・六・一三民録一九輯四三六頁(傍論)、大決大二・七・一四民録一九輯六六四頁、大決大三・二・二二民録二〇輯二四五頁、大決昭一二・六・一九民集一六卷九五八頁、東京高決昭二九・五・六東高時報五卷四号民一〇二頁がある。

(3) 記録添付決定について異議を認めたものに、横浜地決昭一〇・三・七新聞三八二六号四頁がある。再競売を命ずる決定に対し異議を認めたものとし

て、大決昭二・二・二民集一六卷一九頁、大決昭二・二・九全集四輯四号四七頁があり、即時抗告を認めたものとして、大阪高決昭三七・一・二四高民一五卷一三三頁がある。再競売を命ずる決定に対し異議を認めたものとして、大決昭二・二・二民集一六卷一九頁、大決昭二・二・九全集四輯四号四七頁があり、即時抗告を認めたものとして、大阪高決昭三七・一・二四高民一五卷一三三頁がある。

(4) 強制競売申立却下決定に対し即時抗告を認めたものとして、大決昭四・二・二・一九民集八卷九五三頁があり、任意競売申立却下決定に対し即時抗告を認めたものとしては、大決大二・六・一三民録一九輯四三六頁がある。

(5) 最低競売価額の決定に対し異議を認めたものとして、大阪高判昭三五・一・一・二九高民一三卷九号八三二頁、福岡高決昭三六・八・一九下民二二卷八号一九四〇頁がある。

(6) 民訴六五六条二項による取消決定に対し異議を認めるものとして、任意競売についてはあるが、大決昭六・一・一・三〇民集一〇卷二四三頁があり(但し折衷的見解を示す)、即時抗告を認めたものとして大決昭九・八・一〇民集一三卷二六一〇頁がある。

(7) 任意競売申立取下げが無効であるにもかかわらず裁判所が手続を進行しない場合利害関係人に当該手続が進行せらるべきことを主張して五四四条の異議申立を認めたものとして、大決昭六・九・二九新聞三三五五号一三頁、同旨大判昭一〇・五・七民集一四卷八一七頁、最判昭二八・六・二五民集七卷六号七五三頁、東高民判昭三一・五・八高裁民集九卷五号三一五頁、タイムズ五九号六七頁などがある。

二 解 釈 論

一 前節において、これまでの判例にあらわれた競落許可決定にいたるまでの執行裁判所の執行処分たる裁判であつて各別に不服の対象となりたるものを列挙し、そのうちから、本稿の対象たるものを更に抽出した。これに判例にはあらわれてこないが一応問題となしうると考えられるものを加えて整理すると以下のごとくになる。

(1) 強制競売開始決定、記録添付決定、再競売決定 強制競売開始決定が無効または取消されれば競落許可決定があつても競落の効果は生じない。これに反して、後出(2)に指摘した執行処分の瑕疵は競落許可についての異議または競落許可決定に対する不服申立において主張することによりはじめて競落不許または競落決定取消の原因となる。これらの瑕疵は右の主張をしないかぎり競落の効果になんの影響をも及ぼすことはない。また、競売開始決定が無効または取消されれば、以後競売

手続がそもそも進められなくなるに反し、(2)に指摘した執行処分は、それが取消されてもそもそも競売手続の進行が阻止されるわけではなく、新しい処分に基づいてこれを進行せしめることができる。これらの点で、競売開始決定は、(2)に指摘した執行処分とは異なる。以上の点から、私は、解釈論としても立法論としても、競売開始決定に対しては独立して不服の申立を認めるのが妥当であると考ええる。換言すれば、競売開始決定に対する不服申立を競落許可についての異議または許可決定に対する不服申立に吸収することは妥当性を欠くように思われる。

記録添附決定は記録添附の扱いをうけた債権者のため、係属する競売手続が取消されれば自ら競売開始決定をうけた効力を生じるものであるから、記録添附決定に対する不服申立も競売開始決定に対する不服申立に準じた取扱いをすることが正当である。再競売開始決定も再競売手続の基礎になるという点で競売開始決定に準じた取扱をするのが相当であろう。

(2) (1)の執行処分を除外すると競落許可決定にいたるまでの途中の執行処分として何が残るであろうか。

(1) まず最低競売価額の決定が問題になる。たとえば、判例は最低競売価格がたんに低廉である場合は、これを六七二条の異議事由とするものではないが、低廉さが当・不当の範囲内にとどまる限り問題はない。これに反して、裁判所の裁量にもおのずから限界があるから、右決定がその限界をこえて低廉であれば、それは違法になるのである。したがって、そのことは最低競売価格の決定に対する不服申立事由になり、他方六七二条三号の異議事由にもなるし、また競落許可決定に対する不服申立事由にもなると解されよう。さらに、最低競売価格が民訴六四九条に違反して定められたり、任意競売の際に競売の結果生ずべき法定地上権を考慮しない不動産価格の鑑定に基づいて定められたような場合には、六七二条第三号の異議事由があると同時に、決定に対し不服申立ができる⁽⁴⁾と解すべきであろう。さらに、建物差押後所有者が必要費・有益費等を投じた結果その価値が増大したような場合も同様⁽⁵⁾に考えられる。

最低競売価額以外の売却条件（たとえば一括競売）を定める決定が違法である場合にも、右と同じことがいえよう。⁽⁶⁾ なお六

六二条の合意による売却条件変更の許可の裁判については職権による売却条件の変更に関する六六二条ノ二第二項に準じ不服申立を否定すべきであろう。

(四) 競売期日・競落期日の指定 たとえば、その指定が六五六条一・二項、六五九条、六六〇条に違反してなされた場合、指定に対する不服事由ありとみられる。このうち、六五六条に違反した点は六七二条第一号の「執行ヲ続行ス可カラサルコト」に該当し、競落許可についての異議ないし許可決定に対する不服申立の原因となる。六五九条一項違反は六七二条第六号の異議事由に該当する。六六〇条一項違反は六七二条のいずれの異議事由にも該当しないから、それは、競落期日指定に対する不服の事由にはなつても、競落許可についての異議事由または許可決定に対する不服の事由にはならないと考えらるべきであろう。したがつて六六〇条一項違反については前者を後者に吸収一本化することはできない。

(ハ) 期日の公告に六五八条の要件を欠く場合又は公告が法律上規定した方法により為されなかつた場合 競売期日の実施が違法であるから、利害関係人はあらためて競売期日・競落期日の指定の申立をなし、これを却下する裁判に対しては不服の申立ができる。また競売期日の執行官による実施は違法であるから執行方法の異議による救済を求めることもできよう。しかも右の事由は六七二条第四・五号によつて競落許可についての異議事由であり又許可決定に対する不服事由にもなる。

(ニ) 六六五条二項、六六六条一項の規定違背があるとき、または六六四条に違背して最高価競買人なりと呼上げた場合 これらの場合、執行官の執行処分が違法であるから、利害関係人は執行方法に関する異議をとおして救済を求めることができるかと解すべきであろうか。さらに、これらの場合競売期日は終了していないとみるならば、利害関係人は続行期日の申立をなし、却下の裁判に対して不服申立ができることにならう。又右の事由は同時に六七二条七・八号により競落許可についての異議事由になるし許可決定に対する不服の事由ともなる。

もつとも、東高決三六・一〇・三一高裁民集一四卷八号五三八頁、判例時報二八三号二四頁は、不動産の競売期日に、競

買人なく期日が終了したのに執行吏（現在は執行官以下同じ）が同期日に最高価競買人があつたものとして処理した違法を主張するには、競落許可についての異議の陳述または競落許可決定に対する即時抗告によるべきであつて、右執行吏の手續に対する五四四条の異議の申立によるべきではない、としている。この判旨を延長すると、六五八条、六六一条、六六五条二項、六六一条一項、六六四条等の違反があるときも、執行官の期日の実施等執行処分に対して五四四条の異議の申立をすることはできず、競落許可についての異議の陳述、許可決定に対する即時抗告によるべきであるとの取扱いになるであろう。しかしながら私は右の判例の立場には若干疑問を感じる。すなわち、もしそれが、執行官の処分に対し五四四条の異議を申立てることは、六七二条の異議によりうるがゆえに利益を欠くというのであれば、六七二条の競落許可についての異議事由はすべて競落許可についての異議または許可決定に対する不服申立に吸収・一本化すべしとしなければ一貫しない。おそらくは、競売の準備段階の執行処分については、たとえ六七二条の異議事由があつても競落許可についての異議または許可決定に対する不服申立とは別に、それぞれの処分に対する不服申立が許される。これに反し、競売期日が開かれれば、それ以後の手續規定違背は六七二条の異議または許可決定に対する不服申立に吸収・一本化されると解するのであろう。そうであるとするれば、(二)の事由については六七二条の異議または許可決定に対する不服申立への吸収・一本化は問題とならない。また(ハ)の場合も、公告は準備段階の行為でも、新时期の指定の申立をする場合は別にしてその手續違背の攻撃は執行官による期日の実施に向けられる以上(二)と同様に解すべきことにならうか。

(四) 競売申立の取下が有効であるにもかかわらず、執行裁判所がこれを無効なものとしてなした執行処分に対して、また、民訴五五〇条各号の書類の提出があつたにもかかわらずなされた執行処分に対して、さらには、競売開始決定後に破産・和議・会社整理・会社更生等の執行障害が生じたにもかかわらずなされた執行処分に対しては、それぞれについて不服申立を認める余地があるとともに、競落期日における競落許可についての異議ないし競落許可決定に対する不服申立事由にな

ると解することができる(六七二条)。

これら諸事由のうち判例が執行方法に関する異議を認めたのは、(イ)の最低競売価格の決定についてである。⁽⁷⁾その他の事由は競落許可決定に対する抗告事由としては主張されることがあつても、これを理由として各段階における処分に対し不服申立がなされているわけではない。実務の取扱として、執行方法に関する異議には当然に執行停止の効果があつてもなわなないから、明らかに濫用と思われる異議の申立に対しては、競落許可決定に対する不服申立の裁判まで持越して同時に裁判をするようである。そのため、途中の各執行処分に対して各別に不服の申立をしても実際には執行を遅延させこれを妨害する効果を挙げることができない。したがつて途中の段階における執行処分に対する不服申立は殆んどないといつてよいのが現状であらう。

しかしながら、執行裁判所の執行処分たる裁判に対する不服申立の方法に関し抗告説をとるならば、即時抗告には一般に執行停止の効力があるから(四一八条一項)、即時抗告の提起により競売手続はその都度停止することになり、即時抗告の執行妨害のための濫用という事態は容易におこりうる。もちろん即時抗告に執行停止の効力を認めない立法をすれば、抗告説をとつても、現在の実務の運用で、不服申立の濫用を防止できることになる。また異議説・折衷説・選択説をとり、まず異議の申立をなす場合でも、後述するように、競売手続の過程の手続違背はなるべくその都度洗い流して競落許可にいたるのが、競売制度の信用を維持するために好ましいとの観点からは、途中の異議を競落許可まで持ち越さずあらかじめ解決しておくべきことになる。そうすると異議の裁判に対し即時抗告を提起しうるから、結局不服申立が執行妨害のため濫用されることになりかねない。実務が執行妨害の目的をもつてする不服申立の濫用を防止すべく、競売開始決定に対する不服申立まで含めて、途中の執行処分に対する不服申立の裁判を競落許可決定に対する不服申立の裁判のときまで持ち越すのは、濫用防止のための便法として理解できないが、それは本来の防止策ではなからう。むしろ制度的には、不服申立を途中の執行

処分につき各別に認めず、競落許可についての異議または競落許可決定に対する不服申立に一本化するほうが適切であると考えられる。

二 (1) 基本的考え方 競売開始決定以後競落許可決定にいたるまでの各執行処分の瑕疵はそれぞれの処分に対する不服申立を認めることにより各段階において瑕疵を洗い流すことができるようにし、その上で競落許可決定にいたれば、先行処分に対する不服を認容しない裁判に既判力を否定しても、競落許可決定に対する不服事由が實際上減少することになり、それが取消される可能性も減少する。もちろん、六七二条の異議事由はそれが前段階で主張されていない場合でも競落許可についての異議または許可決定に対する不服申立事由になるから、それらを前段階で主張しえたとしても、これを主張しない限り依然として競落許可決定がこれらの事由により取消されることは否定しえない。しかし、許可決定取消の余地をできるだけ減少させることが競売制度の信用を高めることになるとの観点からすれば、手続の過程におけるそれぞれの段階で不服申立を認め、瑕疵を洗い流して許可決定にいたるのが適切であるとの考え方がでてくる。

これとは反対の立場もありうる。許可決定にいたる各段階の処分について不服申立を認めることは、執行遅延・妨害の原因になる。不服申立は特に執行停止の効果をとまなう即時抗告によるべしとする抗告説の立場をとる限り、手続過程中の各執行処分に対する不服申立が執行妨害のため濫用されることは必定であるといえよう。異議説・折衷説・選択説を前提として、不服申立が執行方法に関する異議による場合も、既述せる実務の取扱のように不服申立が濫用にわたる場合実質上不服申立に対する裁判を競落許可決定に対する不服申立の裁判のときまで持ち越すという濫用防止策が便宜的なもので、不服申立制度の本来あるべき姿ではないから避けなければならないとすれば、各段階の執行処分に対する不服申立が執行妨害のため濫用される危険性は十分認められる。

執行妨害の目的によりなされる不服申立制度の濫用をさけるために、これら不服申立を各段階・各処分に対して許すので

はなく、競争許可決定までもちこして、許可決定に対する不服申立に吸収・統合するべきであるとの考え方が他方にありうるであらう。

これを仮りに吸収説と呼ぶならば、吸収説は、訴訟経済の要求にも適するであらう。さらに、中間の処分ないし裁判は、特別の利益の認められない限り独立してこれに対する不服の申立をなすことが許されず、終局の処分ないし裁判に対する不服申立においてそれを主張することができるとする建前にもよりよく適合するように思われる。

しかしながら、ここでは、右の三つの要請とこれに対立する競争制度の信用維持とのいずれを優先させるべきかがまさに問題とされなければならない。前述せるごとく、吸収説によれば、非吸収説によるよりも、競争制度の信用が低下する結果になる、との批判をうけることになる。

(2) 吸収説に対する批判の検討 吸収説にも非吸収説にもそれぞれ長短がある。吸収説は不服申立の濫用を防ぐなど右に述べた長所を有するが反面競争制度の信用をおとす。逆に非吸収説は競争制度の信用保持に役立つが不服申立の濫用を防ぐことができない等の欠点を有する。

私は、結論的にいえば、吸収説をとつても競争制度の信用維持にとつて決定的な打撃とはならないが、逆に非吸収説をとつた場合の不服申立の濫用や訴訟不経済等の弊害は重大であると考える。以下特に競争制度の信用維持を中心に述べてみたい。

(イ) 競争許可決定に対する抗告事由は、任意競争における実体的事由は別にしても、殆んどの場合理由がないのが実情のようである。したがつて、これらの抗告事由を仮りに競争許可についての異議又は不服申立に吸収しても、それが著しく競争制度の信用を傷ける結果になるとはいいがたい。(ロ) 利害関係人はそれぞれの執行処分に際して各別に不服申立ができないにしても、職権発動を促す目的をもつてする違法是正の申立はできるのであるから、執行機関は右の申立を契機に自らの

執行処分は正をする機会がないわけではない。多くの場合右の申立により違法是正がなされるであろうから、瑕疵がそのまま競落許可決定までもちこされることはあまりないであろう。

東京高決昭三六・一〇・三一(前掲)は、不動産の強制競売期日に競買人がなく期日が終了したにもかかわらず、執行吏が同期日に最高価競買人があつたものとして処理した違法を主張するには、競落許可についての異議の陳述または競落許可決定に対する即時抗告によるべきであつて、右執行吏の手續に対する五四四条の申立によるべきではないとし、以下のごとく説く。「金銭債権についての不動産に対する強制競売は、当該不動産の換価に至るまでには多数の手續を経て実施されるものであるけれども、換価は、最終的には競落許可ないし不許可決定によりその帰結をみるので、法律の規定も、この段階において、異議事由を法定して競落期日に出頭した利害関係人に対し競落の許可についての異議申立の機会を与え(民法六七二条)、また競落許可ないし不許可決定に対し即時抗告の途を開いている(同法六八〇、六八一)趣旨よりすれば、換価につき右異議事由を主張するものは、右法律の規定に準拠して不服の事由を開陳すべきものであり、その前段階の個々の手續をとりあげて不服の申立をすることは許されないものと解するのが相当である」と。

判例時報の解説⁽⁸⁾が指摘しているように、この判例は、右のような形の民法五四四条の執行方法に関する異議申立の事例がすくなくとも思われるところから、先例的価値があると考えられる。しかしながら、右判例は不動産強制競売の競売期日における手續に対し執行方法に関する異議を申し立てることの適否に関するもので、その趣旨を強制競売開始決定以後競売期日にいたるまでの執行処分のすべてにおしおよぼす趣旨であるのか否かは問題である。すなわち、競売開始決定から競落許可決定にいたる一連の執行処分のうち競売の準備段階の処分については、たとえ六二七条の異議事由があつても、競落許可についての異議または競落許可決定に対する不服申立とは別個に、それぞれの処分に対する不服申立が許される。これに反し、既述の通り、競売期日が開かれれば、それ以後の手續規定違背は六七二条の異議または競落許可決定に対する不服申立

に吸収・一本化されると解し、不服を吸収されるものとされざるものとに分ける余地は十分ありうるからである。

私は、それにもかかわらず、右判例の趣旨を延長して、各段階の執行処分に対する不服で吸収可能なものはすべて六七二条の異議または競落許可決定に対する不服申立に吸収・一本化すべきであると考え。右判例をそのように読む余地もあることをここで指摘しておきたいと思う。というのは、右判例が不服を六七二条の異議または競落許可決定に対する不服申立に吸収・一本化する根拠として、右の異議または不服申立の機会が与えられているということは各段階で個々に不服申立を認めず不服申立を前者によらしめるのが法の趣旨であるとする点に求めている。この見解を前提とする以上は、六七二条所定のすべての異議事由につき吸収・一本化を考えるほうが筋が通るといふことになるからである。

もつとも、右の前提を是認するとしても、他方で前述せる競売制度の信用維持という理念の導入は右の前提からストレイトに吸収説を帰結することを妨げることにならう。したがって、右決定から競売期日の実施に限らずその準備段階の執行処分に對する不服申立についても吸収説をとるためには、吸収説をとつても競売制度の信用を著しく害するものではないことを既述のとおり主張しておく必要がある。

現行法上吸収説と明らかに相容れない規定がないのであるから、その結論が妥当性を有する以上、解釈論としても吸収説が正当であると思われる。

三 ちなみに附言すれば、現行法の解釈としては、競売開始決定に対する異議または即時抗告によつて申立が棄却されても、その事由が六七二条の事由に該当すれば、再度同一事由を競落許可についての異議事由として、あるいは競落許可決定に對する不服事由として主張することができるであろう。競売開始決定に対する異議の裁判は実体關係を確定する裁判ではないから確定しても既判力を有しないというのであろう。⁽⁹⁾ 仮りに Stein-Jonas-Schönke-Pohle の⁽¹⁰⁾とく異議の裁判に既判力を認める見解によれば別であるが、Baumbach-Lauterbach の⁽¹¹⁾ように、仮りに既判力にふれないにしても同一の事

由にもとづく再度の裁判の要求が権利濫用にあたるとした場合後述するとき執行処分の当然無効原因の主張まで遮断するものではないことは当然であろう。当然無効原因のごときははいかなる場合にも競落許可についての異議ないし許可決定に對する不服申立にまでもちこされるものとみてよいと考える。

さらに、民訴法六七一・六七二条の異議の主張をしておかないと当該事由を許可決定に對する不服事由とはなしえないという失権効が発生すると解すべきかという点が問題になる。いくつかの考え方がありうろと思う。第一は失権せずとする見解。第二は不服申立事由にはならないが、裁判所は職権で調査し顧慮することができるとする見解。第三は、不服申立事由にもならないし、他の事由にもとづく不服申立があつても職権で顧慮することすらできないとする見解などが考えられる。私は後述するように六七二条の異議事由を二つに區別し、執行処分の無効原因については第一の立場、取消原因については第三の立場をとることが正当であると考える。執行処分の当然無効は責問せざるにより治癒さるべき性質の瑕疵ではないから失権しないと解するのが妥当である。これに反し取消事由たる瑕疵は職権調査事項ではあるが、競落許可についての異議による主張の機会を一回認めればよく、その機会を利用しなかつた者にたとえ申立権までは認めないにしても改めてこれを取り上げてやるだけの重要な瑕疵とは考えないからである。

(1) 中田・執行行為の瑕疵・民訴講座四卷一〇三七頁。

(2) 東京高決昭三八・一一・二九高民集一六卷八号七六〇頁、時報三三六七号二九頁、仙台高決昭三五・一・八要旨集一一・七〇八頁、なお一年・二年五カ月の価格変動は六七二条の不服事由にならないとするものとして、大阪高決昭三六・一一・二六金融法務二九八号六頁、東京高決昭三七・九・一二東高民時報一三卷九号一四〇頁がある。

(3) 福岡高決昭三六・八・一九下級民集一二卷八号一九四〇頁は異議申立を認める。

(4) 東京高決昭三四・二・二四下級民集一〇卷二号三九六頁、同昭三八・一一・二二金融法務三六八号四頁、同昭四〇・一・一九下級民集二六卷一号一一頁、同昭四一・一〇・二三下級民集一七卷九・一〇合併号九七三頁、判例時報四六七号四六頁、金融法務四六一号九頁。なお同昭三七・八・三〇下級民集一三卷八号一七六四頁、仙台高決昭三九・二・一二下級民集一五卷二号二五七頁参照。

(5) 大阪高判昭三五・一一・二九高民集一三卷九号八三二頁。

- (6) 東京高決昭三八・三・一八高裁民集一六卷二七六頁、判例時報三三五号三三頁は、任意競売において、a b c dの競売不動産につき甲乙丙丁の抵当権が物件を異にし順位を異にして設定されているときに、右競売不動産を一括競売に付したことは、六七二条三号による抗告事由にあたるとしてい
る。また、大阪地決大正二・四・二六新聞八七〇号一八頁は、数個の不動産を競売に付するときは、これを各別に競売するのが法律上の売却条件であつ
て、利害関係人の同意なく一括競売にしたときは、抗告事由があるとする。なお、東京高決昭三六・二・二二下級民集二二卷二二八頁、東高民時報
一二卷二二八頁参照。
- (7) 註3・5参照。
- (8) 判例時報一八三号二四頁。
- (9) 大判大七・四・一五民録二四輯五一五頁、大判昭一五・三・一四評論一九民訴一八六頁、大判昭一六・二・二四民集二〇卷一〇六頁、中野執行方法
の異議の総合判例民訴(2)三五頁。
- (10) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 19. Aufl., § 766, III, 7.
- (11) Baumbach-Lauterbach, 30. Aufl., § 766, 4B.

三 立 法 論

一 私は第二節に述べた結論すなわち吸収説を現行法の解釈論として正当であると考えるものであるが、仮りに通説・判例のように非吸収説が解釈論として正当であると解すべき場合、立法論としても吸収説の立法を提言したいと思う。

二 不服申立制度濫用の防止すなわち手続促進等の要請と競売制度の信用維持という要請とが対立するなかにあつて、両者の妥協点の求め方はいろいろある。以下その若干のものを検討しておきたい。

(1) 各処分に対する不服申立は認めるが、その手続の簡易迅速な構成に配慮する。現在判例のなかでは執行裁判所の執行処分たる裁判に対する不服申立方法について折衷説⁽¹⁾をとるものが多いのであるが、折衷説のもとで執行方法の異議によらしむべき場合も、即時抗告によらしめることによつて、執行裁判所による二回の判断を避けることができる、換言すれば抗告説の立場を立法化する方法が考えられる。

私は、執行処分にあたり相手方を審訊している場合には異議を省略して直接執行処分たる裁判に対する抗告を認めても、第一審の省略という抗告説に対する非難はあたらぬが、相手方を審訊していない場合にも直接に抗告のみを許すとすれば、右の非難は妥当するといわざるを得ないと考える。殊に原裁判所の再度の考案が必要ではない点からみればより一層右の批判は妥当するといわざるを得ないと考える。不服の迅速な処理と第一審の保証という相対立する二つの要請の調和を意図するならば折衷説の立場が正当であると考え。この意味で、私は解釈論としても抗告説をとらないし、またそれを立法化することもできないと思う。

ちなみに、異議説と抗告説とが対立する一つの重要な原因は債権執行の終了時の問題に求められる。そこでこの点について以下若干言及しておきたい。抗告説は以下のごとく説く。すなわち、転付命令の送達があつても執行はただちに終らせず、抗告期間の徒過か抗告に対する裁判による転付命令の確定によつて執行が終了する。転付命令が違法であつても、必ずしも無効ではなく、また、転付命令が無効であつても、転付命令を得た債権者に対する弁済として有効になされうるから、債務者に転付命令に対する不服申立ての途を封じるのは不当であるという。これに対して、異議説は、転付命令がその送達によつて効力を生じた以上、執行手続は当然に終了するので、その後は執行方法の異議を申し立てることはできなくなるから、転付命令が違法でも執行手続上はこれを争う余地がないが、現行法の解釈としてはやむをえない。立法論的には申立期間を限定した不服申立てを認める規定をおくべきである、とする。折衷説や選択説をとれば異議を認めることになるから、その場合異議説に対する批判はそのまま該当することになる。転付命令も一つの執行処分である以上不服申立の途を封じることが不当であることは抗告説の指摘するところである。ましてや折衷説によると、転付命令の付与に際し相手方を審訊していればこれに対し抗告は提起しえても審訊していない場合には異議は提起しえないことになり執行処分に対する不服申立の可否という点でアンバランスが生じるという不都合がある。そこで、折衷説により異議を申立つべき場合も、即時抗告を

申立つべき場合に準じて異議申立期間が定められたものと解することが現行法の解釈論としてもできないものであろうか。もちろん、異議説・折衷説・選択説をとつた場合、転付命令に対して申立期間を限定して異議申立を認める規定をおき、この点成文の規定をもつて明らかにすることは立法政策として望ましいことは当然である。

つぎに仮りに再度の考案を義務づけるとするならば、抗告説の立場を立法化することができるかという問題がある。ドイツでは、抗告説の弱点は執行裁判所が不服の対象たる執行処分をみずから変更できないという点にあるとされるが（ZPO 五七七Ⅲ）、我が国では、即時抗告の場合再度の考案が認められるから、執行裁判所の執行処分たる裁判に対し執行方法の異議を認めなくても、原裁判所が再度の考案の機会を利用し自らの処分を更正しうる、と抗告説は主張する。これに対し、異議説は、再度の考案の機会に常に存在するわけではなく、特に抗告裁判所に抗告が提起された場合再度の考案のため事件を原裁判所に送付するや否やは抗告裁判所の裁量事項である、と反論している。したがつて、再度の考案を義務づければ、この点に関する限り異議説による抗告説批判は理由がなくなるから、抗告説の立場の立法化が可能であるというるであらうかが問題となる。ここで問題になるのは再度の考案の判断資料をどの範囲で認めるべきかという点である。

異議説は抗告説を批判して、即時抗告を提起するにあつては、抗告理由を掲げる必要もないし、再度の考案とはいつても執行処分をした当時と同一の判断資料を見直すにとどまり違法是正の可能性に乏しい。これに反し、執行方法の異議を認めれば、執行裁判所は、当事者を審訊したりあるいは口頭弁論を開いて、新たに収集された訴訟資料に基づいて判断をするから、再審査の実質が保証されることになる、と主張する。そこで問題になるのは、再度の考案にあつては、異議説の主張するように、執行処分をした当時と同一の判断資料を見直すにとどまるのであろうか、という点である。

再度の考案における判断資料の範囲については二つの解釈が考えられる。第一は右批判の述べるように、抗告の対象たる裁判の基礎となつた判断資料の範囲で再度の考案がなされるべきであるとの解釈がありうる。裁判の更正は違算・書損じ其の

他之に類する明白な誤謬がある場合に限定されるが、再度の考案は右のごとき同一の判断資料を前提とするが、裁判の更正よりやや広く、明白な誤謬には限定されないと解することになる。第二は、再度の考案に際して、原裁判所は原裁判におけると同一の判断資料の枠に拘束されることなく、抗告裁判所のなしうる口頭弁論を開き、また口頭弁論を開かないときには抗告人その他の利害関係人を審訊して訴訟資料の新たな収集にあたることもできるとする解釈である。第二の見解は、裁判の羈束力という点からみれば問題があるし、また原審の軽率な裁判を誘発する原因にもなるとの危険も感じられなくはない。しかし、再度の考案の制度は、抗告審の負担軽減とか、抗告裁判所と原審裁判所との間が距離的に離れている場合当事者ならびに利害関係人の負担が増大することなどからみて、抗告をできるだけ合理的に制限しようとする観点から認められる。かような点からみれば、第二説が合理的なものと考えられる。第二説を前提とすれば、再度の考案をめぐる異議説の抗告説に対する批判は、それが任意的であつて必要ではないとする点を除けば、換言すれば、原裁判と同一の判断資料を前提とするから原裁判変更の余地にとぼしいとする批判は理由がないといわねばなるまい。ましてや、再度の考案を原裁判所に義務づけるとすれば、異議説から抗告説に対する批判の一つである第一審省略の非難は妥当性を欠くことになる。しかしながら、執行方法の異議も再度の考案も任意的口頭弁論により裁判されるのであるという点では共通性を有する点、さらには異議につき裁判をするのもまた再度の考案をなすのも同一の執行裁判所であるという点などからみれば、再度の考案を原裁判所に義務づけることは、とりもなおさず異議説と同じ帰結を導くことになるであろう。それでは抗告説を立法化したことにはならなくなる。

抗告説を立法化する場合も、抗告事由は抗告によつてのみ主張しうるのであつて、当該事由を競落許可決定に対する不服事由とはなしえないとする立法政策的立場もありうる。もちろん、かかる失権効を認める場合にも不服申立人の責に帰すべからざる事由により不服申立ができなかった場合は失権効を否定することになる。そしてなるほど、かような立場は、手

続的瑕疵をすべて洗い流したうえで競落許可決定に臨むべしとする競売制度の信用維持の要請には適うものである。

ところで、不服事由は以下のとおり、当然無効原因と取消原因とにこれを区別することができる。そして、右の立場が失権効を認めるにしても、失権効は前者すなわち無効原因にはその瑕疵が重大であるからおよばないと解すべきではなからうか。執行処分は無効原因として以下の事由を挙げることができる。(イ)執行の一般的要件 (a)執行主体特に執行機関の瑕疵

①非執行機関の執行処分、たとえば書記官がなした競売開始決定。②執行権力の欠缺、我国の裁判権に服しないものを債務者とする競売手続あるいは外国にある物に対する競売手続。③職分管轄違背、執行の目的たる不動産の従物に非ざる動産を従物として、これをも含めて右不動産の競売開始決定をなした場合。(b)一般的執行要件に関する瑕疵 ①執行正本を欠く場合 ②執行障害・破産・和議・会社整理・会社更生手続の開始。これに反して、執行機関の土地管轄違背、執行当事者の当事者能力・訴訟能力、法定代理権又は任意代理人の資格の欠欠、執行開始要件(五二八、五二九条)の欠欠、不執行の合意、競売申立取下の合意、五五〇条各号の書類の提出、六七二条二号のうち、例えば外国人の財産取得に関する政令による不動産取得能力の制限を除く場合、六七二条三号〜八号までの事由が存する場合などは、いずれも失権するとみられる。要するに、瑕疵が重大で執行行為の当然無効の原因となるがごときものは失権しないのに反し、瑕疵がそれよりも軽く執行行為の取消の原因となるがよくなものは失権すると解される。⁽³⁾

民訴法四〇五条は、上告審における職権調査事項の取扱について定めている。すなわち、上告審は上告理由にもとづいて不服の申立のあつた限度においてのみ調査をなす建前であるが^(四)、職権調査事項はその例外であることを規定している。同じ趣旨から失権を認めるにしても、職権調査事項は一般に失権しない(ただし、後述のごとく、不服申立人に申立権を認めるか否かは別問題であり、これを否定する場合は、職権による当該事由の顧慮を認めるにすぎないことになる)と考えることもできる。しかしながら、失権の根拠は、執行妨害の目的をもつてする不服申立の濫用の防止(これのみが失権の根拠であるならば申立権を否定す

ればよく、職権調査事項一般につき職権による顧慮が許されるという意味で失権しないとしても不都合はない)にとどまるものではなく、競売制度の信用維持という点にも求められる。したがって、失権効を認める以上は、後者との関係では、やはり瑕疵をわけて、取消原因については失権を認めることができるのではなからうか。逆にいうと、取消事由は職権調査事項ではあるが、職権調査事項であることについて一定の时期的制限があるということになる。ところで「失権効が及ばない事項」という場合、「失権効が及ばない」の意味が問題になる。すなわち、第一に、失権効が及ばないから競落許可についての異議または許可決定に対する不服の事由にもなると解することができよう。第二に、右の意味で異議ないし不服の事由にはなりえない、そこでそれを理由に利害関係人に異議権したがって不服申立権が与えられるわけではない。しかし、許された異議ないし不服事由にもとづき異議ないし不服申立があつた際に職権をもつてそれら失権事項を調査判断することができる。述べておかない限り競落許可決定に対する不服事由としては失権する。しかしながら、他の事由にもとづく不服手続において職権で当該事由を顧慮することは許されるとする立場もありえよう。

第二・第三の立場は前述せる取消事由については妥当する余地もあるが、無効原因については妥当しいのではないかと、むしろ無効原因については第一の立場しかありえないのではないかと考える。そうであるとすれば、かなり多くの不服事由が競落許可についての異議ないし許可決定に対する不服申立に持ち越されることになる。失権を認める意味はあまり大きいものとはいえなくなる。

さらに、右の立場はおそらくは、抗告濫発の誘因になり、それが抗告裁判所の負担を増加し、さらには競売手続遅延の原因になることは容易に予想されるので、私としては、この種の失権的効果を認めることには若干の疑問を感じている。

(2) 各処分に対する不服申立を認めるが、その手続の簡易迅速な構成に配慮する点では(1)と共通の前提に立つが、不服申

立手続の構成を(1)と異にする立法政策的立場が考えられる。すなわち、各処分に対する不服はすべて執行方法に対する異議とするが、異議は一審限りとし、異議の裁判に対しては抗告を許さないとの立場がこれである。執行方法の異議は競落許可決定にいたる途中の段階で各処分につき違法の是正の機会をつくる必要から認められるが、執行手続の迅速化の要求から異議は一審限りとする。一審限りの異議により執行処分の違法は是正の機会を与えれば、殆んど違法は是正され、競落許可決定に対する抗告事由としてそれがもちこされることは事実上すくなくとみてよい。また異議が一審限りでは救済手段としては必ずしも十分なものではないから、異議の裁判に不服のある者はさらに、最後にまとめて競落許可決定に対する不服によりそれを主張することができる、という立場がこれである。

もつとも、一審限りの異議を認める立場で各処分に対する異議のみを認め、同じ事由をもつて競落許可についての異議ないし許可決定に対する不服申立の事由となしえないとする失権的効果を認めることについては、(1)において述べたように、やや問題があると思われる。

異議が認容されなかつた場合異議事由を再度主張して競落許可決定に対する不服事由とすることはできないという意味での失権効を認めるべきであろうか。異議が濫用されることが多いからといって、一審限りの異議で申立が認容されなかつた場合、以後いつさいその主張が遮断されるというのでは、いかにも救済としては不十分である。したがつて、一審限りの異議しか認めないならば、競落許可決定に対する不服をとおして再度その主張を認めざるを得ないであろう。

しかしながら、異議が棄却された場合、競落許可決定に対する不服をとおして再度同一の異議事由の主張を認めざるを得ないとするにも、私は、若干の疑問を感じざるを得ない。すなわち同一の事由をまず第一に一審限りの異議事由として主張することを認め、第二に競落許可決定に対する不服申立事由として再度の主張を認めるということは、二重の手間をかけることになるからにはかならない。もちろん、第一審かぎりの執行方法の異議は、競売制度の信用維持のために手続

の瑕疵をなるべく競落許可決定まで持ち越さないという理想から認められるものである。しかしながら、それだけの目的をもつにすぎないのであれば、私は、執行方法の異議を認めるまでもなく、違法是正の職権の発動を促す申立を認めればよいであろうと考える。實際上執行方法の異議を認めなくても、この種の申立を認めておきさえすれば、殆んどの手続違背は是正の機会を与えられ、競落許可決定に対する不服申立にまで持ち越されることは極めて稀なケースになるであろうと思われる。そうであるならば、執行処分に対する不服申立権は競落許可決定に対する不服申立に統一・一本化しても、救済として不完全なものとはいえないであろう。逆に各処分につきその都度一審限りとはいえ異議申立を認めれば、それが執行妨害のため濫用される危険や執行裁判所の負担を加重し訴訟経済に反することになることは常に存することを認めなければならぬ。

この意味で、一審限りの異議を認めることは、競売制度の信用維持・適法な執行手続の保証と執行手続の迅速性訴訟経済等の要請という相対立する理念の調和点をさぐるという正しい問題意識に立つて、考え出された一つのすぐれた立法論的着想ではあるが、問題がないわけではないと私は考える。

(3) 第三に考えられる方法は、(1)と同様即時抗告のみを認めるが、抗告を理由強制とし、且つそれに執行停止の効力が当然にはともなわないものとし、先行処分に対する抗告で主張できた事由とか排斥された事由は失権するものとする。すなわち、失権的效果を認めることによつて、一方で基本的には執行処分の瑕疵の持ち越しによる競売制度の信用喪失を防ぎつつ、執行妨害のための抗告制度の悪用を即時抗告の執行停止効を当然には認めないこと、ならびに不服申立を理由強制さらには証拠開示強制によつておさえようとする立場である。その濫用をおさえながら、先行処分に対する即時抗告と失権効を認めることによつて競売制度の信用維持をはかることを目的とするという点で、この考え方は高く評価されてよいであろう。

それにもかかわらず、私はこの第三の方向にも若干の疑問を感じている。第一に、失権効を認めるにしても、既述のとおり

りその及ぶ事項の範囲はおのずからかなり広く制限される。第二に失権効を認めるとそれが無用の抗告の誘因にならないとは断定できないであろう。もちろん抗告が執行停止の効力をもたないようにすれば、濫抗告による執行妨害の効果はそれだけ減殺される。さらに、濫抗告を防ぐという目的からみれば、抗告を理由強制あるいはそれに加えて証拠開示強制にするとは、ある程度効果的であると考えられる。とくに証拠開示強制によつて、抗告理由としてもかなり確実なものしかつけられないという結果になるから、即時抗告の濫用が相当程度避けられることになるといえよう。しかしながら、証拠開示まで強制することは実質上利害関係人の抗告権を不当に制限する結果になるから妥当性を欠くとすれば、理由強制のみが残ることになる。それだけでははたして濫抗告を防ぐに十分であるか否か疑問が残る。しかし、いずれにせよ、異議を認めるか即時抗告を認めるかは別にして、せめて理由強制により何程か不服申立の濫用を防止することができることは明らかであるから、この種の改正は必要であろう。第三に再度の考案を認めても、それが必ずしも第一審にかわりうるものとはいえないから、不服申立の方法として抗告のみを認めるにとどまる立場は、第一審省略の非難をまぬがれることができまいであろう。

(1) 執行裁判所の執行処分たる性質を有する裁判に対する不服申立の方法に関する見解の対立については、中野・強制執行法判例雑考(1)・民商五〇巻一
号一五九頁以下、池田・執行裁判所の執行処分にたいする不服申立方法・ジュリ三〇〇号学説展望二七〇頁。

(2) 菊井II村松・コンメンタールII民訴七三五頁。

(3) その区別については、中田・前掲参照。