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 一三三〕 抵当権の実行による競売手続きと債務者又は抵当不動産の所有者を原告とする配当異議訴訟の適否
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 民事訴訟法研究会(Minji sosho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.4 (1976. 4) ,p.100- 106
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=AN00224504-19760415-0100

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　一三三〕

昭和四九・9（最高民集二八巻一一〇号一八四一頁）

抵当権の実行による競売手続と債務者又は抵当不動産の所有者を原告とする配当異議訴訟の適否

配当異議事件（昭和四九・一二・六・第二小法廷判決）

Y（被告・控訴人・被控訴人・上告人）は訴外Aと継続的自動車販売契約を締結していた。Yによると、X_1・X_2（原告・控訴人・被控訴人・被上告人）は、右契約に基づく取引から生じるAのYに対する債務を担保するため、その所有する㈠の不動産」に元本極度額三、〇〇〇万円の根抵当権を設定し、かつ極度額三、〇〇〇万円の連帯根保証をなしたとのことである。抵当権の設定登記はなされている。Yは、自動車販売代金債権のうち八〇〇万円の部分を被保全債権として、（連帯根保証人たる）X_1・X_2所有の㈠の不動産」に仮差押をした。その後前記㈠・㈡の両不動産につき他の債権者からの申立に基づく抵当権の実行による競売手続が開始された。競売期日が開かれ、Yに㈠の不動産の売却代金から八一〇万余円（配当要求額は二、五二九万余円）、㈡の不動産の売却代金から五三万余円、計八六四万余円を配当する旨の配当表が作成された。なお、前記競売には記録添付がなされており、また、第一審判決理由中には、Yが配当要求を申立てた旨の記載がある。断定はできないが、同人が競売を申立て、これが記録添付されて、配当要求の効力が生じたものとも推測される。

右配当表中のYに対する配当部分につきX_1等が異議を申立てたが、異議

は期日に完結しなかつた。そこでX_1等は本件配当異議の訴を提起した。X_1等は、本件根抵当権設定契約と連帯根保証契約を締結した事実がない旨、および右根抵当・連帯根保証の被担保債権とされているYのAに対する債権も虚偽架空のものである旨を主張している。他方Yは、本案前の抗弁として、任意競売事件においては債務者や担保提供者は配当異議の訴を提起しえない、と主張して、X_1等の原告適格を争うとともに、本案については、前記根抵当権・連帯根保証・被担保債権の成立を主張した。

第一審裁判所はYの本案前の抗弁を退けた。本案については、連帯根保証契約の成立を否定したが、根抵当権の設定及び被担保債権の成立は認めて、一部認容・一部棄却の（配当表中仮差押権者たるYに対する配当額五三万余円のみを取消す）判決を下した。この判決に対してX_1等・Y双方から控訴。控訴裁判所もYの本案前の抗弁を退けたうえ、根抵当権設定をも否定し、結局X_1等の請求が全面的に認容された。

そこでYが上告。上告理由第一点は以下のごとくである。「本案前の抗弁について、原判決は競売法による不動産競売手続においても債務者および所有者は配当者に対する異議の訴訟を提起しうるもの（その結果配当金は異議訴訟の裁判確定まで供託される）と判断したが、任意競売手続においては債務者および所有者が抵当権ないし債務の不存在を主張して争う方法は別途に抜本的な方法があるし、抵当権設定登記という厳重な手続を踏んだものが、仮差押債権者の場合と全く同様に異議訴訟の裁判確定まで債務者ないし所有者の疏明もない異議陳述という一事により何等の保証なくして配当を受けることができないことは抵当権者の利益を著しく侵害するものであるから、配当異議訴訟を認めることはできず、これを認めた原判決は競売法に関する法律の解釈を誤つたものである」。第二点以下は判例集では省略されている。

最高裁は以下のごとく判示した。「抵当権の実行による不動産競売において配当期日が開かれ配当表が作成された場合、期日に出頭した債務者又は抵当不動産の所有者が債権者の債権に対し異議を申し立て、期日に異議が完結しなかつたときは、右債務者又は所有者は、配当表に対する異議の訴を提起することができるものと解するのが相当である。けだし、債務者及び所有者は、競落代金がその受取るべき者に交付されることに利害関係を有するから、競落代金配当の段階においてこれらの者に右のような異議の訴を認めることは、なんら競売法の精神に反しないし、このような異議のある債務者又は所有者の不服方法を単に債務ないし抵当権不存在確認訴訟の提起だけに限定すべき理由は存しないからである」（最判昭和三一年一一月三〇日民集一〇巻一一号一四九五頁を引用）裁判官全員の一致で上告棄却。

判旨に反対。

一　大決大正二年六月一三日民録一九輯四三六頁が、競売法による競売には、競売法に特にその旨の規定がなくとも、競売法中に反対の規定なく、またその性質の許す限りは民訴法の規定を準用すべきである、と判示して以来、実務においてはかかる取扱いが定着しているようである。また、学説においてもこれに対する異説はない。

二　しかし、抵当権の実行による競売（以下では考察を任意競売中抵当権の実行による競売に限定する）に民訴法の配当手続に関する規定の準用があるかについては見解の対立がある。従来は主として、準用を肯定して抵当権者・債権者が提起した配当異議の訴（民訴六三三条・六九七条参照）を適法とみなしうるか否かが問題となつたが、後に引用する判例中には債務者が提起した配当異議の訴の適法性が問題とされたものもある。学説は準用否定説（兼子・判批・判例民事法昭和

一六年度九〇事件。我妻・担保物権法（民法講義Ⅲ）・三二七頁）・全面準用肯定説（斎藤・競売法・一八九頁注(三)。同、判批・民商法三五巻五号九二頁。高島・判批・関西大法学論集七巻三号七七頁以下。石川・訴訟上の和解の研究・二五〇頁以下。山木戸・任意競売と配当手続・不当利得・実務管理の研究(3)（谷口知平教授還暦記念）・三〇五頁以下等。一部準用肯定説（配当表が作成された場合に準用を肯定する）（岡垣・判批・民商法六〇巻二号一二〇頁。土井・判解・判解民昭和三一年度二一一頁以下参照）に分類できる。判例はかつては準用を否定し、ないしは否定を前提とするものが多かつた（例えば、大判大正三年七月一日民録二〇輯五七〇頁。大判昭和六年一二月五日民集一〇巻一四四九頁）が、準用を肯定し、ないしは肯定を前提とするものもあつた（大判昭和八年五月三〇日民集一二巻一三八一頁。大判昭和九年三月二三日法学三巻一三二頁）。しかし、本判決引用の最判昭和三一年一一月三〇日が一部準用肯定説を採つて以来、下級審の判例でこれに従うものがみられ（札幌高判昭和三八年七月一二日高民集一六巻六号四四〇頁。大阪高判昭和四二年二月二八日金融法務四七一号三一頁。なお、前掲大判昭和八年五月三〇日も一部準用説である）、現在の実務は一部準用説によつているのではないかと推測される(1)（学説・判例の詳細については、斎藤・高島・石川・山木戸・岡垣・土井氏の前掲各論稿参照）。

担保権実行のための競売手続においても関係者間の利益調整をはかる必要がある。すなわちここにおける関係者の利害は強制競売におけるそれと変わらない。また、準用否定説は、抵当権者・債権者の正当な権利が満足せしめられなかつた場合には、不当利得返還請求による救済が認められると主張するが、それだけでは救済に不充分である。したがつて準用は肯定されるべきである。少くとも抵当権者・債権者の提起する配当異議の訴は許容されるべきである。準用肯定説に賛成する(2)。

三

次に本件で問題となつた抵当不動産所有者の配当異議の訴の原告適格ないし異議の完結方法について検討する。ただし、不動産競売の配当手続における抵当不動産所有者の利害（配当が実体に則してなされるか否かについての利害）は債務者の利害と同じである（競売法三三条二項参照）。また、抵当権の実行による競売の申立には名義が不要であると解されているのに対し、強制競売の申立には名義が必要であるため、両手続における債務者の競売申立人に対する地位には相違する点があろうが、申立人以外の配当に加入する者と債務者の間の利害関係は両手続で同一である。それ故これ等の者の間の法的関係に関する民訴法の規定も抵当権の実行による競売の場合に準用されるべきである。そこで以下では、民訴法の解釈として債務者の原告適格が肯定されるかを中心に論じることとし、抵当権の実行による競売と強制競売とで異なる点、注意すべき点をこれに付記することにする。

不動産競売の配当に加入しうる者としては、①競売申立人（さらに、①a強制競売の申立人、①b抵当権の実行による競売の申立人に分かれる）・②名義を持つ一般債権者で配当要求（記録添付の場合を含む）した者・③名義を持たない一般債権者で配当要求した者・④登記簿に記入された抵当権者・仮登記担保権者（最判昭和四九年一〇月二三日民集二八巻七号一四七三頁参照）等（不動産上の権利者――以下「登記抵当権

者等」と記す）で配当要求した者・⑤登記抵当権者等で配当要求をしなかつた者・⑥未登記抵当権者で配当要求した者が考えられる。

ところで、不動産競売においては債務者は配当期日に出頭して、配当表に対する異議、すなわち各債権者の債権又はその債権のため主張する順位に対し異議を申立てうる（民訴六九八条一項）。この異議が期日に完結しなかつた場合の完結方法（債務者の救済方法）いかんが問題となる。民訴六九八条四項は、異議が執行力ある名義を伴う債権に対する場合には、すなわち、前記①a・②の者の債権に対する場合には、債務者は請求異議の訴（同五四五条）、それに基づく仮の処分（同五四七条）とその認可・変更（同五四八条）により異議を完結すべき旨を規定している。しかし名義を持たない者、すなわち①bおよび③以下の者に対する異議の完結方法については直接に適用されるべき規定は民訴法中に存在しない。

そこで、これらの者に対しては、民訴六九七条により六三三条を準用して、配当異議の訴を認める見解がある（山木戸、前掲論文二九八頁三〇八頁。強制執行・競売（実務法律大系7）六五八頁（深沢）。赤塚・本件判批・判タ三二三号八四頁参照）。最高裁も本件において——判決理由中に明示されてはいないが——かような理論構成を採つたものと推測される。しかし、六三三条が、債務者の異議を認める必要のない動産競売上の配当手続に関する規定中に置かれていることからも（動産競売上の配当手続において債務者の異議を認める必要がないことについては、中野・配当手続の性格・強制執行・破産の研究・一七一頁参照。赤塚・前掲判批八三頁以下参照）、また、同条の文言からも、同条はもともと債権者の異議に関する規定であり、債務者の異議はいわばその守備範囲外であるといわざるを得ない。また、拡張解釈により同条を債務者の異議に適用することも無理である。成り立つ余地があるのは同条の類推である（六九七条・六三三条により債務者の配当異議の訴を認める論者は同条の適用によつているのか類推によつているのかを明らかにしていない）。

そこで六三三条の類推の可否が吟味されることになるが、その際考慮されるべきことは、第一に問題となつている場合と六九八条四項が適用される場合との比較、第二に配当加入者が自己の権利の満足のためになんらかの積極的な行為をしているか否かによる相違。第三に他の救済の有無と他の救済との比較である。そしてこれらの点を考慮すると、同じく名義を伴わない債権に対する異議といつても、前記①bおよび③から⑥までのいずれの者の債権に対する異議であるかによつて、そのもつ意味が異なつていることが判明するであろう。

まず第一点を検討してみる。民訴六九八条四項の趣旨は、執行名義の執行力を尊重し、異議の申立てだけで容易に配当の実施が妨げられることの防止にあると言われている（前掲強制執行・競売六五八頁）。そうであるとすると、逆に、名義のない者、すなわち他人の申立てた競売に後から乗つて来た者に対する配当の実施は異議の申立のみによつて妨げられてもやむを得ない、という考慮が成り立ちうる。あるいは、これに対して、民訴法は名義なくして配当要求をした者の債権につき債務者が認諾しなかつた場合に債権者の側に起訴

の責任を負わせている（同六四七条二項・三項）から、名義なき債権に対する債務者の防禦の手段はこれによるべきであると考える余地もあろう。しかしこの規定の背後には、無名義債権者は競売手続から容易に排除されても仕方ないとの配慮があるということもでき、そういえるならばこの規定の趣旨はむしろ配当異議訴訟の許容につながるのであろう。ただし、無名義といつても権利が登記されている場合とそうでない場合とでは事情が異なる、ということもできよう。登記自体はもとより執行力を発生せしめるものではないが、登記からは一応権利の存在が予測される。この点から登記がある場合を、名義を伴つている債権の場合に準じて扱う余地も出て来る。

第二に、競売申立、配当要求といつた何らかの積極的な行為を自己の債権の満足のためにおこなつた者が容易に配当から排除されることには問題があろう。他方、登記簿上担保権者である者には、彼がかような行為をしなくとも、配当がなされうるわけであるが、このような者（他人の申立てた競売に乗ることすらせず、いわば拾われた者）が配当から排除されたとしても、彼に苛酷であるとはいえないであろう。

第三に、他の救済の有無およびそれと配当異議の訴との比較への配慮も必要であろう。

任意競売の場合、競売開始決定に対し、債務者ないし抵当不動産所有者が被担保債権ないし抵当権不存在確認訴訟を本案として提起し、競売手続停止等の仮処分により、抵当権者（前述①bの者）を執行ないし配当から排除しうると考えられる。その他右の手段については、競売開始決定に対する異議説・抗告説・請求異議説・第三者異議説・請求異議応用説があるが、いずれが正しいかは、ここではたちいらない（この問題については、石丸・担保権の実行を争う訴訟・実務民訴講座10六七頁以下参照）。これらのいずれの説によるにせよ、競売手続を停止させるには、仮処分ないし仮の処分によらなければならず、そのためには疎明と、さらに多くの場合には立保証が要求される。しかし、債務者に配当異議の訴の提起が認められると、疎明、保証もなく、ただ訴提起の証明だけによつて配当実施が阻止されることになる。この点で配当異議訴訟は、債権不存在確認の訴等の救済と比較して、抵当権者・債権者に著しく不利益である（赤塚・前掲判批八五頁。上告理由もこの点をついているのであろうが、判決理由はこれに答えていない）。それ故配当異議訴訟が是認されれば、これが濫用されて、配当手続の遅延という結果をもたらす危険も大きい。

その他の名義を持たない債権者のうち、配当要求をしなかつた登記抵当権者等（前述⑥の者）においては他の救済手段が考えられないため、配当異議訴訟を認めざるを得ないであろう（赤塚・前掲判批八五頁）。

次に、名義を持たない一般債権者・登記抵当権者等・未登記抵当権者で配当要求をした者（前述③④⑥の者）については、債務者の認否と債権者の提起する債権確認の訴によつて債務者が救済される可能性がある（民訴六四七条二項・三項）。しかし、そのことが配当異議の訴を否定する根拠とは必ずしもなりえないことは、すでに述べた。ただし、これらの者のうちでも担保権の登記されている者（④）と

そうでない者（③⑥）とで事情が異なることもすでに述べた。

以上の諸観点からの考慮を総合して、債務者の配当異議の完結方法として配当異議の訴が肯定されるか否定されるかを、異議がいかなる者の債権に対して向けられているかによつて場合を分けて判断すると以下のようになる。括弧内はその理由である。

①b 抵当権の実行による競売の申立人＝否定（相手方に登記がある。配当加入のための積極的行為をしている。肯定は他の救済に比べて不均衡である）

④登記担保権者等で配当要求した者＝否定（相手方に登記がある点で①bの者に準じている。配当加入のための積極的行為をしている）

③名義を持たない一般債権者で配当要求した者＝肯定（相手方は配当加入のための積極的行為はしているが、名義をもつていない）

⑤登記抵当権者等で配当要求をしなかつた者＝肯定（相手方に登記はあるが、配当加入のための積極的な行為はしていない。他に救済方法がない）

⑥未登記抵当権者で配当要求した者＝肯定（③の場合と同じ）

四 ところで、本件で問題とされた配当のうち、(一)の不動産の売却代金からの配当に関しては、Yは右のうち④の者として加入したと推測される。そうであれば、この部分については配当異議の訴は許容されるべきではなかつた。あるいはいずれの者として加入したかが不明確であるとして、事件を原審に差し戻すべきであつたかもしれない（赤塚・前掲判批八五頁参照）。いずれの措置が正しいものであつたかは、判例集の事実関係に関する記載が不明瞭であるため、判断しかねるが、いずれにしても、最高裁が採つた措置には賛成できない。

(二)の不動産の売却代金からの配当に関しては、Yは③の者として加入したのである。③の者に対する配当異議の訴は、前述のごとく、是認されるはずである。しかしここでは、(二)の不動産に仮差押がなされているということが問題となる。

私は、（前述の考慮から）配当異議の訴が許容されると解される場合であつても、異議が仮差押の被保全権利である債権に対して向けられているときには、この訴による救済を否定すべきであると考える。けだし、被保全債権の存在・額については本案で確定されるのであるから、債務者が提起する配当異議の訴には権利保護の利益が欠けるからである。実際にも本案と配当異議訴訟とで抵触する判決が確定すれば、配当裁判所はその処理に窮するであろう。ただし、債務者の異議が被保全債権の存否や額でなく、順位のように本案の判決で確定されないものである場合には、権利保護の利益は肯定される。しかし、本件でX_1等は被保全債権の成立自体を争つているのであるから、権利保護の利益は否定される。この点でも私は判旨に首肯できない（赤塚・前掲判批八五頁以下）。

五 債務者の配当異議訴訟における原告適格が問題となつた事案としては大審院の判例が一件（前掲大判昭和九年三月二三日）の他に下級審の判例（前掲札幌高判昭和三八年七月一二日）があり、いずれも適格を肯定している(3)。しかしこの問題に関する、公式の判例集に掲載された最上級審の判例としては本件が最初のものである。その意味で

本件はリーディング・ケースないしそれに準じる重要性をもつ判例である。それだけに、最高裁が、前述のごとく理論的にも賛成できず、実務上も配当異議訴訟の濫用をまねく危険のある、本判決を下したことは、遺憾である。

(1) 学説中には、判例は一貫して一部準用説を採つている、と説明するものもある。(山木戸・前掲論文二九四頁。土井・前掲判解二一三頁参照)。

(2) 配当表が作成されるのは、売得金がすべての抵当権者・債権者を満足せしめない場合であろう(山木戸・前掲論文三〇八頁注8参照)。当初売得金が抵当権者・債権者を満足せしめると判断され、したがつて配当表が作成されなかつたが、抵当権者・債権者が配当額に不満を持ち、かつその主張が正しいとすればすべての抵当権者・債権者を完全に満足させることはできない、という事態もありうる。したがつて配当表が作成されなかつた場合でも、配当異議の訴を認めるべきである。この点で一部準用肯定説にも問題がある。ただし、抵当権の実行による競売においても多くの場合に配当表(「計算表」・「支払表」等名称は区々であるが)が作成されているとのことであるから(斎藤・競売法・一八九頁注(四))全面準用肯定説と一部準用肯定説とで実際上の違いはあまり生じないと思われる。

(3) 後者は、「……債務者がある抵当権者に配当せらるべき金額を主張して訴を起せば、その訴は、実質上、抵当権者に対する一部債務不存在確認請求の性質を有するものであるが、前記法条の準用による配当異議の訴としてこれを適法と解すべきである。」と判示している。

(追記) 本件については脱稿時現在本文に引用した赤塚判事補の判例批評が公刊されている。脱稿後、福永・民商法七三巻五号が公刊された。強制執行法要綱案第二次試案における債務者・所有者の配当異議の完結方法に関する規定(二七六)についても論及したかつたが、紙幅の制約があるため、論述を現行法の解釈論に限定せざるを得なかつた。

石渡　哲