

Title	〔最高裁民事事例研究二五五〕－ 上告審における被告の破産と破産債権確定訴訟への訴えの変更 二 指名債権が二重に譲渡された場合に対抗要件を後れて具備した譲受人に対してされた弁済と民法四七八条の適用 三 二重に譲渡された指名債権の債務者が対抗要件を後れて具備した譲受人に対してした弁済について過失がないというための要件 (最高裁昭和六一年四月一日第二小法廷判決) 競売公告に記載しなかった賃借権の対抗力 (最高裁昭和二八年三月一七日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊藤, 敏孝(Ito, Toshitaka) 田中, ひとみ(Tanaka, Hitomi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.9 (1987. 9) ,p.114- 122
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=AN00224504-19870928-0114

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 二五五〕

昭六一四 (最高民集四〇巻
三九五八頁)

一 上告審における被告の破産と破産債権確定訴訟への訴えの変更

二 指名債権が二重に譲渡された場合に対抗要件を後れて具備した譲受人に対してされた弁済と民法四七八条の適用

三 二重に譲渡された指名債権の債務者が対抗要件を後れて具備した譲受人に対してした弁済について過失がないというための要件

運送代金請求事件(昭六一・四・一一第二小法廷判決)

時間の経過に従って事実を追うようになる。

- ①昭和五四年六月二七日、Xは、訴外AがYに対して有する運送代金債権五一万〇二八八円(本件債権)を譲り受け、六月二八日ごろ確定日付ある通知がなされた。②七月六日、XはYより、本件債権の一部である二六六万三三九五円の支払を受けた。③八月八日ごろ、Aは、Xに対して本件債権譲渡の解除の意思表示をなすとともに、これをYに通知した。④八月一五日、訴外Bは、Aに対して有していた債権に基づき、本件債権中二一五万一一五一一円について仮差押命令を得、この命令はYに送達された。⑤九月一日ごろ、AはYに対し、③の解除を撤回する旨の通知をなした。⑥一一月一日、Bは、債権差押並びに取立命令を得、右各命令はYに送達された。⑦一一月二日、Yは、二一五万一一五一一円をBに弁済した。

このような事実経過のもとで、XがYに対し、本件債権の②で支払を受けた分を控除した) 残額二四万六八九三円と遅延損害金の支払を求めて訴えを提起したものである。

第一審(名古屋地裁豊橋支部昭和五六・三・二四)は、⑦の支払分を控除した二九五七四二円とこれに対する遅延損害金についてXの請求を認容し、その余を棄却した。原審(名古屋高裁昭和五六・一一・二二)もX敗訴部分に対するXの控訴を棄却した。

ところが、Yは、原審の口頭弁論終結後の昭和五九年二月一七日に破産宣告を受けた。破産管財人は、Xから届け出られた本訴請求にかかる二四万六八九三円のうち、YがBに弁済した二一五万一一五一一円(⑦の部分)とこれに対する遅延損害金について異議の申立をした。そこで、Xは、異議申立のあった二一五万一一五一一円とこれに対する遅延損害金四万五二九七九円との合計二六〇万四一三〇円の破産債権について確定を求め、上告審において訴えを変更し、破産管財人はこれについて同意した。

最高裁は、Xの二六〇万四一三〇円の破産債権確定請求を認容した。まず第一に、上告審におけるXの訴え変更を認め、「債務者に対する金銭債権に基づく給付訴訟が上告審に係属中に、当該債務者が破産宣告を受け、破産管財人が、届け出られた当該債権につき異議を申し立てて、前記訴訟手続の受継をした場合には、当該訴訟の原告は、右債権に基づく給付の訴えを破産債権確定の訴えに変更することができると解すべきである。」とした。

そして第二に、確定日付ある譲渡通知が先に到達したXを本件における唯一の債権者と認定したうえで、YのBへの弁済について債権の準占有者に対する弁済となる余地を認め、「二重に譲渡された指名債権の債務者が、民法四六七条二項所定の對抗要件を具備した他の譲受人（以下『優先譲受人』という。）よりのちにこれを具備した譲受人（以下『劣後譲受人』といい、『譲受人』には、債権の譲受人と同一債権に対し仮差押命令及び差押・取立命令の執行をした者を含む。）に対処してした弁済についても、同法四七八条の規定の適用があるものと解すべきである。」とした。

その上で、第三に、「民法四七八条所定の『善意』とは、弁済者において弁済請求者が真正の受領権者であると信じたことをいうと解すべき」ものとしてYを善意者としたが、「債務者において、劣後譲受人が真正の債権者であると信じてした弁済につき過失がなかったというためには、優先譲受人の債権譲渡行為又は對抗要件に瑕疵があるためその効力を生じないと誤信してもやむを得ない事情があることが必要であると解すべきである。」として、本件の具体的事実の下では、Bが真の債権者であると信ずるにつき相当の理由があったとはいえず、Bへの弁済には過失がなかったとはいえない、と判示した。

一 判示事項第一についての判旨に賛成する。

一 本判決は、上告審において被告が破産した場合における破産債権確定訴訟への訴えの変更について初めて言及したものであり、判示事項第一はこの点に関するものである。また、判示事項の第二と第三は、指名債権の二重譲渡について実体法上の

興味ある判断を示すものである。しかし、本稿は民事事例研究なので、第二、第三については割愛し、以下判示事項第一についてのみ検討することにする。民法上の問題点については、本文六に掲げた評釈を参照されたい。

二 まず、訴訟係属中の破産と受継による破産債権確定のプロセスを概観してみたい。

当事者が破産宣言を受けると「破産財団に関する訴訟手続」は中断する（民訴法二二四条）。ここで「破産財団に関する訴訟手続」とは、破産財団に属する財産に関する訴訟と破産債権に関する訴訟とを意味する。⁽¹⁾ 本件においては、XがYに対して給付訴訟を追行中に債務者たるYが破産しているところ、Xは、Aの破産者Yに対する、破産宣告前に基づいて生じた運送代金債権を譲り受けた者であり、その有する債権は破産債権である（破産法一五条）。従って、Xが追行していた訴訟は「破産財団に関する訴訟手続」として中断する（民訴法二二四条。破産債権者たるXは破産手続によらなければ破産債権を行使できず（破産法一六条、破産財団の管理処分権を有しない破産者Y（破産法六、七条参照）との間でその確定をはかる必要がなくなるからである。⁽²⁾

破産債権者は破産債権を届け出て調査・確定の手続をとる（破産法二二八、二四〇条）。Xの債権については、破産管財人から異議が申し立てられており、しかもその部分については無名義であるから、X側から管財人を相手にして債権確定訴訟によ

つてその確定をはからなければならない(破産法二四四条)。本件においては、破産宣告の当時訴訟が係属しており、破産によってそれが中断しているから、Xは管財人を相手に、中断した訴訟を受継する(破産法二四六条)。従来の訴訟と無関係に債権確定訴訟を行うのでは、費用と時間の無駄であるし、当事者間の公平にも欠けるので、それまでの訴訟を受継して利用しようとするものである⁽³⁾。ここで、当初の訴訟は債権確定訴訟に切り替えられる。

債権確定訴訟の法的性質には争いがある。給付訴訟説、形成訴訟説もあるが、破産債権の異議事項についての確認訴訟とするのが通説である。破産配当の基準確定という目的のためには、異議事由についての判断に既判力があれば十分だからである⁽⁵⁾。

三 債権確定訴訟が確認訴訟であるとすると、本件では、さきにXが開始していた給付訴訟を受継して確認訴訟を行うことになり、その際に、異議の対象事項についての積極的確認に請求の趣旨を変更しなければならぬことになる⁽⁶⁾。これは形式的には訴えの変更にあたるといえそうである(民訴法三三二条)。すなわち、訴えの変更とは、訴訟の係属後に原告が請求の趣旨または請求の原因を変更して当初の訴えによって審判を申し立てた事項を変更することをいい、求める救済の類型を給付から確認に変えることも請求の趣旨の変更として訴えの変更になる⁽⁷⁾⁽⁸⁾。そして、条文中、訴えの変更は「口頭弁論の終結に至る迄」なすことができ、上告審ではできないとされている。この文言から

すれば、本件でも上告審での受継による債権確定訴訟はできないはずである。

しかし、債権確定訴訟において生じる請求の趣旨の変更は手段的なものであるし、破産法二四六条が受継による債権確定訴訟を認めている以上、上告審における受継⁽⁹⁾、従って、それによる訴えの変更も当然に予定していると考えられる。このように不可避的に生じる請求の対象の変容までも上告審では許されないとするならば、他に証拠調べの必要もないのに、訴えを給付から確認に形式的に変更することだけのために、原判決を破棄して事件を事実審に差し戻さなければならないことになり、訴訟経済に反し、不合理であり、受継⁽¹⁰⁾によって訴訟経済と当事者の公平を図ろうとする破産債権確定訴訟の趣旨に反する。しかも、本件における債権確定訴訟への変更は被告の破産によって必要となつたのであって原告には責任がなく、その時期が上告審か事実審かによって差異を認めるべきものではなからう。また、「中断した訴訟が確認訴訟なら受継しても訴えの変更は不要だから(少なくとも不要な場合が多いだろうから)上告審での受継が可能だが、たまたま以前の訴訟が給付訴訟だとこれが不可能だ」というのも合理的ではない。ゆえに、受継による訴え変更は民訴法三三二条が「口頭弁論の終結に至る迄」と規定するにもかかわらず上告審でもなしうるべしとする結論については異論がないと思われる。

四 では、この結論を肯定するためにいかなる理論構成ができ

るだろうか。学説の主張をみながら整理してみたい。

まず、第一に、特に理由を示さずに肯定するものがある。兼子博士は「請求の趣旨の変更は受継が上告審で行われた場合にも許される」とされている¹¹⁾。羽田弁護士は「受継後は、破産債権者は異議を排斥し、債権の確定を図るために、審級(傍点筆者)および従前の訴の請求の趣旨に拘らず、破産債権の確認訴訟に適するように請求の趣旨を変更することが許される」とされる¹²⁾。上告審でも変更を許す趣旨であると思う。

第二に、ここで生じる「訴えの変更」を二応民訴二三二条の訴えの変更ととらえたい。行為の特殊性を強調する方法が考えられる。住吉教授は「形式的には訴えの変更(中略・筆者)に該当するが、債権確定訴訟に修正するための特別の訴訟行為」として問題を肯定する。特殊性をさらに煮つめていけないだろうか。

第三に、一応民訴法二三二条の訴えの変更の枠内で考えられるとしても、事実審の口頭弁論終結までという要件が常に必要であるのか、というアプローチの方法もあると思われる。上告審において訴えの変更ができないことについては、それが条文上の要件でもあり、ほとんど異論のないところである。「上告審は、事実審ではないから」という説明や、「上告審が事後的な法律審であることに由来する当然の制約である」、「訴の変更は新しい訴訟物の提示であるのだから、どんなに広く認めるとしても事実審係属中にして貰わないと困る。上告審(法律審)に至って

訴を変更するというのでは新しい訴訟物については事実審がなかったことになってしまっているのでこれを認めるわけにはいかない¹⁶⁾」、という説明がなされている。他方、控訴審での訴えの変更について学説は肯定的である。その理由として、請求の基礎に同一性があって審級の利益を害さないからだと言われており、第二審口頭弁論終結近くに訴えの変更があっても「新訴の審理のため従前の訴訟資料を大部分利用することができ、審理を遅延させるような新たなものを加える必要がないような場合」には訴え変更が許されるとしている。そこでこの点をおしすすめ、変更が形式的なものにすぎず、新たな訴訟資料も不要で、審理内容において事実審と法律審とで差がなく、その結果、当事者の審級の利益を害する心配がないような場合には、上告審での訴えの変更を認めてよいとも立論できるのではないか。例えば、本件で問題になっている給付から確認への変更などの広義の請求の減縮といわれる場合は、訴えの変更の概念の中に入るとしても、上告審で許しても問題ないものが多いのではないだろうか。もっとも、条文上の要件を無視することには抵抗があるうし、このような上告審でも変更が許されるようなものもはや訴えの変更ではないのではないかという気もする。

そこで第四に、そもそもここでの「訴えの変更」は特殊なもので、民訴二三二条の例外というよりも、それとは無関係なものと考える方法もあろう。会社更生法の更生債権確定訴訟における同様の問題に関して、このような請求の趣旨の変更は「審

判の対象をその外延においてひろげるものではなく、もともと審判の対象の枠の内にはいっていただけのものを、既判力の対象とするために主文で判断されるレベルにまで引き上げるための手段に過ぎない⁽²¹⁾。「このような請求の趣旨の変更（中略・筆者）は、審判の対象を拡げるものではなく、もともと審判の対象の枠の内にはいっていただけのものを、債権確定訴訟に適合するように修正するだけの訴訟行為であり、本来の訴えの変更（中略・筆者）」とはその性質を異にする⁽²²⁾。といった説明があるが、これらの見解は、民訴二二三二条の訴えの変更とは別のものとしてとらえているように思われる。

五 私も第四の方法が妥当ではないかと考える。受継による債権確定訴訟は、（形式的な場合もあるかもしれないが）当事者の変更を生じ、そのうえで請求の趣旨の変更を生じる。そして、当事者の変更は訴えの変更にあたらなないと解されているから、受継による債権確定訴訟を「当事者の変更プラス請求の趣旨の変更」というように複合的にとらえると、民訴法の訴えの変更とは異なる独自の制度ということもできるであろう。また、訴えの変更は原告の意思で生じるのに、ここでみられる「訴えの変更」の契機は制度上当然に生ずる点で異質である。このような点からすると、上告審での受継も予定する破産法二四六条は、「訴えの変更」的な要素を含むとしても、民訴二二三二条の特別法として「口頭弁論終結に至る迄」という要件を課されないと、言ってよいのではないだろうか。結局「訴えの変更」という概

念をどうとらえるかに帰着するのかもしれないが、請求の趣旨を掲げるのは裁判所および被告に対して審判ないし防御の範囲を明確にするためであり、これを変更する場合にはその点を明らかにするために訴えの変更の手續が必要となるのだという考⁽²³⁾え方をすると、従来の審理と同一視できるような手續の延長上にあるような場合には、訴えの変更の手續によるまでもなく、従って訴えの変更ではないとみることもできよう。

六 本件判批として、加藤和夫「時の判例」ジュリスト八六九号六五頁、池田真朗「判例解説」ジュリスト八七三三四二頁、同・判例セレクト（月刊法学教室七七号別冊）二二二頁、判例時報一二〇〇号六一頁、法律時報五八卷一一号一一二頁、判例タイムズ六〇九号四一頁、金融法務事情一一三三三三六頁、金融商事判例七五〇号三頁、がある。（校正中にジュリスト昭和六一年度重要判例解説の論稿に接した。）

- (1) 兼子〃松浦〃新堂〃竹下『条解民訴法』（昭六二）七四一頁。
- (2) 小室〃賀集編『基本法コンメンタール（1）第三版』（昭六〇）二五四頁。
- (3) 兼子監修・三ヶ月〃竹下〃霜島〃前田〃田村〃青山『条解会社更生法（中）』（昭和四八）七五六頁。同旨、宮脇〃井関〃山口『注解会社更生法』（昭六一）五四四頁。
- (4) 山本戸克己『破産法』（昭四九）二四九頁、谷口安平『倒産処理法（第二版）』（昭五五）二九九頁、斎藤〃鈴木〃麻上『注解破産法』（昭五八）九四五頁等。
- (5) 青山〃伊藤〃井上〃福永『破産法概説』（昭五四）一三二頁。

- (6) 前掲『注解破産法』九五六頁。
- (7) 斎藤秀夫編著『注解民法(4)』(昭五〇)一四五頁、前掲『条解民法』八五一頁、中田「判批(昭二七・二一・三五)』京大法学論叢五九卷六号(昭二八)一一六、一一七頁。但し、この点については訴訟物のとらえ方によって見解の違いが生じうるようにも思われる。吉村「竹下」谷口編『講義民法』(昭五七)三三三頁、小室直人「訴えの変更」中田「三ヶ月編『民法演習I』(昭二八)二六一頁。
- (8) また、本件では当初の二四万円余の請求のうち、異議のない部分を控除して二二五万円余の確定を求めているから、請求金額の減縮もなされていることになる。請求金額の減縮(いわゆる狭義の請求の減縮、注(18)参照)については、訴えの変更にあたりないとするのが通説・判例であるから(前掲『注解民法(4)』一四六頁)、この点については以下では問題としない。
- (9) 会社更生法に関するものであるが、前掲『条解会社更生法(中)』七六五頁、前掲『注解会社更生法』五四七頁。
- (10) 加藤和夫・本件判批六六頁。
- (11) 兼子一『新版強制執行法・破産法』(昭三九)二三七頁。
- (12) 羽田忠義『現代破産法』(昭五七)一九四頁。
- (13) 前掲『注解破産法』九五六頁。
- (14) 新堂幸司『民法(第二版)』(昭五六)四六〇頁、小島武司『要論民法(全訂版)』(昭五七)一三七頁。
- (15) 加藤・前掲判批六六頁。
- (16) 三ヶ月章『自習民法四〇問』(昭三九)一一一頁。
- (17) 菊井「村松」民法II』(昭三九)一〇九頁、前掲『条解民法』八五五頁。
- (18) 請求の減縮の概念には、最広義(訴訟物たる権利関係の個数を減らす場合)、広義(請求の趣旨を態様において弱くする場合)、狭

義(請求の趣旨を数量的に減少する場合)があるとされる。中田・前掲「判批」一一五頁、岩松「兼子編『法律実務講座』民法編二巻(昭三三)二三四頁。

- (19) この点については注(7)参照。なお、加藤・前掲判批六六頁で「上告審では、口頭弁論が開かれても請求の減縮以外の訴えの変更はできないものと解されている」との説明があるが、ここで「請求の減縮」が狭義のものを意味するならばそれは訴えの変更にあたりないというのが通説であるから、上告審で可能かどうかは問題にならないのではないだろうか。これが広義の減縮も含む趣旨なら、上告審における訴えの変更としてあらためてその根拠が問われることにならう。

(20) 請求の減縮の広狭と訴えの変更の概念とをリンクさせる必要はないかもしれないが、両者の関係については必ずしも明快に整理されていないように思われる。

(21) 前掲『条解会社更生法(中)』七六五頁。

(22) 前掲『注解会社更生法』五四七頁(北原弁護士執筆)。

(23) 前掲『条解民法』八五一頁。

(昭和六二年五月) 伊藤 敏孝

昭二八三(最高民事七巻)

競売公告に記載しなかった賃借権の対抗力

家屋明渡請求事件(昭和二八・三・一七第三小法廷判決)

本件係争家屋は訴外Aの所有であったが、Y(被告、控訴人、被上诉人)は訴外Aから昭和十三年一月頃以来係争家屋を賃料月十二円(終戦後は月三十円)の割合、毎月末払、賃貸期間を定めずして賃借

し、現に居住、占有している。Yは、昭和二十二年七月四日係争家屋をAより譲受けたが、その売買契約に於ては、代金を一万五千元と定め、即時内金一万円を支払い、残金五千元は昭和二十二年八月以降毎月千円ずつ支払い、その代金を完済したときにはじめて家屋の所有権をYに移転し登記手続をするという特約がなされていた。ところがYは右代金の内金一万四千円を支払ったのみで、残金千円を支払わず未だ係争家屋の所有権を取得することができなかった。昭和二十二年六月まで賃借人として所定の賃料をAに支払ってきた。その翌月頃係争家屋が競売に付され、九月三日X（原告、被控訴人、上告人）がこれを競落したので、尔後の賃料も支払わずまた右残金代金の支払いもしないで占有し今日に至っている。

そこでXがYに対して家屋明渡を請求したのが本件である。一審では、Yは右売買契約によってAより当該家屋を買受所有したので賃借契約は消滅した、またXが競落により所有権を取得しYは権原なく占有しているとしてXの明渡請求を認容した。これに対し、二審では競落時における賃借関係は存続しているとしてY勝訴。そこでXは次のような上告理由を主張した。即ち第一に、所有権留保については認定は採証上の法則違背がある。第二に、裁判所の競売公告には賃借の存する記載がないが、原審は競売公告の記載に反する事実を以て競落人に対抗できるかについて判断を逸している。第三に賃料が不払となってもなお賃借の存続する理由に付き不備がある。第四に、特定物を目的とする売買に於ては、反対の意思表示なき限り、即時に所有権移転の効力を有することが従来の大審院判例であるのに原審はこれに反して判決したのは失当である。更に追加上告理由として、同様に審理不実、理由不備の違法を述べた。上告棄却。第一点及び第四点について「所論所有権留保の点についても少なくとも黙示的にその意思表示があったものと認めることが

出来ないものではないのであって原審の認定に実驗法則に反する違法あるものという事は出来ない。」第二点については「借家法により第三者に対抗し得る賃借権は競売公告に記載なくとも、それにより右対抗の権利が消滅するものではない。」第三点については「原審は賃料を支払って居たという事実だけで賃借ありとしたのではない。此の事実を一の資料とし、これに他の資料を綜合して原判示特約の事実を認定したのであって、右特約が認められる限り賃料を支払わなくても代金全部の支払が無い限り所有権は移転せず、従って賃借ありとした原審の判断に所論の様な違法はない。」

判旨賛成

一 本件に於て最も重要な争点とされたのは、Xが係争家屋を不動産競売事件で競落し所有権を取得した当時、Yが右家屋に付賃借していたか否かについてであった。そこで本件評釈は強制執行法の観点から専ら上告理由の第二点についてのみ考察することとした。

本件では右賃借権が公告中に記載されなかった場合にも借家法第一条によって競落人Xに対抗し得るかが問題とされている。そもそも不動産競売に付いて公告に際しては、賃借借に関する事項の記載が要求されていた（旧民事訴訟法六五八条三号、競売法二九条。これは、競落人をしてあらかじめその承継しなければならぬ賃借借を知ることによって不測の損害を防止させるためである）。また賃借借の登記によらないで対抗力を生ずる賃借借では、前賃借人に対する借賃の前払または敷金の差入は競落人に対抗できるので、借賃の額の公告と相まって競落人が不動

産から現実に取得できる収益額を示すために昭和一三年に追加されたものであるといわれている⁽²⁾。即ち、競落人の保護と競売の信用維持が本条の立法趣旨である。旧民事訴訟法六五八条三号に違反した際の効果としては、特段の事情のない限り不動産を不当に高く売却したことになるから、競落人は競落許可決定に対し抗告の利益を有し⁽³⁾（旧民事訴訟法六八〇条一項）、抗告裁判所は執行裁判所の調査の結果いかなを問わず、職権によっても競落許可決定を取消さなければならぬとされていた（同法六八二条三項、六七四条二項、六七二条四項⁽⁴⁾）。

しかし、旧法下では、執行裁判所は競落人に対抗できる賃貸借の有無・内容を調査する職責を有するが、そのために与えられた法手段は競売申立債権者の提出する証書または執行官の取調報告書（同法六四三条一項五号、三項）だけであり、また自ら検証その他の証拠調を行ってより徹底した調査をすることは執行裁判所の性格に反するから許されない。従って、執行裁判所の調査によって対抗力のある賃貸借の有無・内容が明らかになることは、実際には必ずしも期待できないとされていた⁽⁵⁾。

二 これに対して民事執行法は以下のような改正を行った。まず、物件明細書の制度を採用し（民執法六二条、民執規三二条二項）、現況調査報告書・評価書の公開（民執規三二条二項）を義務とし、現況調査（民執法五七条）を行う際などに利害関係人の審尋ができることとした（民執法五七条）。

現況調査の対象は民事執行規則二九条に掲げられており、占

有者・占有状況等につき調査することができる。しかし現況調査のため執行官に認められている権限は、不動産への立入調査権と質問権、文書の提示要求権のみであり（民執法五七条二項）、たとえ占有があってもそれが賃借人かどうかはなお不明確とされる可能性もあり、万全の措置とは言いがたい。しかし、占有者があると物件明細書に書かれていけば、これを調査しないことの方がおかしいのであり、そのような場合には、執行債権者または配当受領債権者に対する担保責任（民法五六八条、建物保護法二条、借家法二条二項、農地法一八条、三二条）の追及によって買受人を保護し、調整を図るべきであろう。

三 そこで、実体面に於いて物件明細書の記載に誤りがあつたとしても、真実そのとより、本来存続すべき物的負担は物件明細書に記載されていなくとも存続し、逆に消滅すべき負担はたとえ物件明細書に記載されていても消滅すると解される⁽⁷⁾。即ち、物件明細書には公信的効果はない。なぜなら、本来存続すべき権利が裁判所の誤りによって常に実体法上消滅してしまうとするのは、その権利者の財産権を不当に侵害するし、逆に本来存続しない権利を存続させることは不当に安価に目的不動産を買うこととなり、公平に反するからである。そして競売不動産に対する賃貸借を競売期日の公告に掲載することの有無は、右賃貸借の存否に影響がない等として本判決以後、本判決の判示事項は判例法上確立せられている⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。私見も同様であり、判旨に賛成する。

- (1) 東京高決昭和三五年九月二六日下級民集十一卷九号一九七七頁。
- (2) 鈴木・宮脇・三ヶ月編注解強制執行法(3)二七四頁（滝川劔一執筆）。
- (3) 積極説である。公告の瑕疵が職権調査事項であること（旧法六七四条二項、六八二条三項）や、債務者が事後に担保責任を行使される虞のあること（民法五六八条、五六六条二項）を理由とする。これに対して、消極説は、かかる公告の瑕疵により債務者が損失を被ることがなく、担保責任を行使される虞もこれに当らぬとしている。参照宮脇強制執行法(各論)三四六頁―三四七頁。
- (4) 前掲・滝川(注2)二七五頁。これに対して新法下では、買受希望者は、公告だけを見て売却期日に参集するわけではなく、物件明細書の写しと共に備え置かれる現況調査報告書及び評価書の写し（民執規三一条二項）をも閲覧した上で売却期日に参集することが予定されているから（民執規三六条一項七号）、公告に現況の記載を欠くことが売却の手續に重大な誤りがあるとの主張がある。三ヶ月「鈴木編・注解民事執行法(2)三五五頁（近藤担当）」。
- (5) 前掲・滝川(注2)二七五頁。
- (6) 本研究会石川教授発言。
- (7) 本件清水(誠)評釈も同様の結論を採る。法協七二巻六号七一一頁。旧法下の評釈であるが、現行法に於いてもこの点には変更はないとされている。
- (8) 東京高決昭和三一年三月五日高裁民集九卷二号七六頁。
- (9) 大阪高決昭和三九年一月一〇日高裁民集一七巻一号一頁。期間の定めにつき、最判昭和三三年五月三〇日小二裁判集民三一号九〇〇頁、資料前払につき、福岡高判昭和四七年八月二九日下級民集二三巻五一八号四三〇頁。
- (10) これに対しては、物件明細書の作成は単なる事実行為であり、裁判ではないため、その記載に実体法上の効力を結びつけることは原則としてできず、買受人の地位の安定という要請からは本法は不徹底な改正にとどまった。この要請からは手続上、売却条件決定のための期日を設けて(二次試験六八)そこで売却条件を裁判所が確定し、それが以後の手續および売却の実体法上の効果を拘束するしくみとすることが望ましかったといえるであろうとする反論もある。竹下「上原」野村著・ハンディコメンタール民事執行法(上原執筆)。
- (11) 本件には他に金山評釈・最高裁民事判例批評昭和二八年度一八事件八八頁、土井評釈・判タ三〇号三五頁がある。

田中ひとみ