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

Title	〔最高裁判民訴事例研究 二七四〕 第三者所有の不動産に設定された抵当権が不存在であるにもかかわらず、右抵当権の実行により債権者に対してされた弁済金の交付と不当利得の成否
Sub Title	
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi) 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	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.9 (1989. 9) ,p.111- 119
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=AN00224504-19890928-0111

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.

和三四・九・一六下級民集一〇巻九号一九四八頁)。これらの判例、学説に対して、近時「商法二六五条違反の行為は、会社と取引の相手方である取締役との間では無効であるが、善意の第三者との間では有効であると解する」という相対的無効説が、学説上有力となってきている。けれども、昭和五六年の商法改正によって、同条違反の効果は民法一〇八条と同一すなわち無権代理であることが明らかになったものと考えられる。

本判決は相対的無効説をとっているが、私は無権代理行為の効果は、表見代理にあたらないかぎり、民法一一三条および同一一七条によるべきものと解するので、この点については反対である。

葉　大殷

〔最高裁民訴事例研究二七四〕

昭六三4（最高民集四二巻六号四七七頁）

第三者所有の不動産に設定された抵当権が不存在であるにもかかわらず、右抵当権の実行により債権者に対してされた弁済金の交付と不当利得の成否

不当利得金返還請求事件（昭六三・七・一第二小法廷判決）

訴外A会社は、昭和五三年一一月以来Y（被告・控訴人・被上告人）から合計三五〇〇万円に及ぶ融資を受け、その担保として訴外B所有にかかる土地（以下、「本件土地」という）に根抵当権を設定することとした。A会社の代表者Cは、Bを代理する権限がなかったにもかかわらず、昭和五四年八月二〇日、Yとの間に本件土地につき極度額四〇〇〇万円、債権の範囲金銭消費貸借取引等、債務者A会社とする内容の根抵当権設定契約（以下、「本件根抵当権」という）を締結し、同年一一月一〇日その旨の登記手続を経由した。

Yは、本件根抵当権の実行として、昭五六年一〇月一六日、本件土地につき競売の申立をなし、昭和五七年三月二三日、自ら代金九五一〇万円で買受けの申出をし、同月二六日、売却許可決定を受けた。Yは、同年四月二二日、裁判所に右代金を納付し、翌二三日、本件土地につき右売却を原因とする所有権移転登記を受け、同年六月一七日、被担保債権に対する弁済金として売却代金から四一二三万二三九一円の交付を受けた。

訴外Bは、昭和五三年六月一二日、公正証書遺言により、本件土地を含む財産全部を長男であるX（原告・被控訴人・上告人）に包括遺贈していたが、前記競売手続中の昭和五七年二月二八日に死亡した。

右のような事案につき、Xにおいて、本件根抵当権は無効であるからYが本件土地の売却代金から弁済金を受け取るべき権利はなく、したがって、Yは右弁済金を法律上の原因なく不当に利得したから、

内金四〇〇〇万円の返還を求めるとして、Yを相手取って不当利得金返還請求の訴えを提起したのが本件である。

第一審（松江地判昭和六一年四月二五日）では、本件根抵当権設定契約が無権代理であるか、それともBの意思に基づくものであるかがもっぱら争われたが、証拠からはBの意思に基づくものであるとの認定ができず、また、Yから併せ申し立てられていた仮定抗弁も認められず、Xの請求が認容された。

Y控訴。

原審（広島高裁松江支判昭和六二年六月一〇日）は、まず、本件根抵当権設定契約はCの無権代理行為にほかならず無効であると認定したが、不当利得の成否について以下のように判示し、Yの控訴を容れて第一審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。

1 「根抵当権の実行としての不動産競売において、競売を申し立てた根抵当権者が買受人となった場合でも、代金の納付による買受人の不動産の取得は、民事執行法一八四条の規定により、根抵当権の不存在により妨げられないものと解されるから、被控訴人（X―筆者注）は、昭和五七年四月二二日控訴人（Y―筆者注）が代金を納付した時に本件土地の所有権を喪失したものといわなければならない。」

2 「しかしながら、債務者甲が権限なくして所有者乙を代理し、債権者丙に対する自己の債務の担保として、丙に対し乙所有の不動産につき根抵当権を設定した場合において、丙の根抵当権の実行による競売の結果、乙が不動産の所有権を喪失し、丙が弁済金の交付を受けて甲の丙に対する被担保債務が消滅したときは、法律上の原因なくして乙所有の不動産により不当に利得した者は、債務者甲であって債権者丙ではない。（「甲」、「乙」、「丙」は、判決自身が説明のために用いた略称であり、筆者が付した略称ではない―筆者注）

3 「してみれば、債権者たる控訴人に対し不当利得として前記弁済金の返還を求める被控訴人の本訴請求は失当としてこれを棄却すべきである」

X上告。

Xの上告理由は、以下のとおりである。

1 「この法律関係は、競売の目的物たる動産が債務者または担保権者以外の第三者の所有に属する場合、競落人が善意取得し所有者が競売によりその所有権を失う場合と同様、所有者は債権者からその受領した配当金について不当利得として返還請求しうるものと考える（競落人が目的物の所有権を善意取得する場合の例として大判大正八年五月二六日、大判昭和七年一〇月二四日、東京高判昭和四八年一月二四日等。なお民事執行法一八四条の規定により、不動産の所有者が配当受領者に対し不当利得返還請求権を有することについては、現代法律学全集一〇『事務管理、不当利得、不法行為』上巻、四宮和夫著一〇六ページ（四）では、執行証書に基づく競売の場合と同様、肯定すべきだとする）。けだし、民事執行法一八四条が新設されるまでは不動産所有者がその所有権を失わないため、配当受領者たる債権者は土地所有者に対し不当利得をしたことにはならなかったが、同条新設により、買受人が所有権を取得し、他面所有者がその所有権を失うことになるところ、これは形式的な法の規定による結果にすぎず、実質的に観察するに、関係のない第三者たる所有者の財産によって債権者がその代金を領得することになるのであるから、所有者との関係で不当利得になると解するほかはないと思われる。」

2 「民事執行法一八四条は買受人保護のため、代金納付により確実に不動産を取得しうることを定めているだけで、更に進んで配当受領者が第三者たる所有者に対しても有効な弁済金である旨主張し

うることまで定めたものではないと解する。けだし、そうでないと債権者は実質的に第三者たる所有者から弁済を受けることになるからである。また所有者としては、自己の財産により直接的に弁済を受けた配当受領者から取り戻したいとまず思うのは当然であつて、配当受領者としても、関係のない第三者から弁済を受けながらその利益を保有することを期待するのは、正義に反する。債務者に対する債務消滅という効果は事実上のものであり、その利得は間接的である。」

これに対して、最高裁は、以下の理由でXの上告を認め、原判決を破棄してYの控訴を棄却し、Xの請求を認容した第一審判決を維持した。

判旨

1 「原審の右1の判断は首肯できる」

2 「〔原審の〕2、3の判断はにわかにこれを是認することができない。その理由は、次のとおりである。債権者が第三者所有の不動産のうえに設定を受けた根抵当権が不存在であるにもかかわらず、その根抵当権の実行による競売の結果、買受人の代金納付により右第三者が不動産の所有権を喪失したときは、その第三者は、売却代金から弁済金の交付を受けた債権者に対し民法七〇三条の規定に基づく不当利得返還請求権を有するものと解するのが相当である。けだし、右債権者は、競売の基礎である根抵当権が存在せず、根抵当権の実行による売却代金からの弁済金の交付を受けうる実体上の権利がないにもかかわらず、その交付を受けたことになり、すなわち、その者は、法律上の原因なくして第三者に属する財産から利益を受け、そのために第三者に損失を及ぼしたものというべきだからである。」

判旨1に反対。判旨2は賛成。

一　本件は、第三者所有の不動産に設定された抵当権（本件は「根抵当権」に関する事案であるが、議論に影響がないので以下「抵当権」と略称する）が、実体法上存在しないにもかかわらず、その抵当権が実行され、抵当権者自身が買受人となった場合において、右第三者は不動産の所有権を喪失するが、そのかわり売却代金から弁済金の交付を受けた債権者（抵当権者）に対し、不当利得の返還請求ができるとされた事案である。(1)

民事執行法制定以前の旧競売法時代は、抵当権が不存在あるいは消滅した場合、たとえ競売手続が適法に完結し競落人が競落代金を納付しても、競落人は所有権を取得することができず、抵当不動産の所有者は所有権を失わないものとするのが判例・通説(2)であった。(3)従って、本件判決のような問題はそもそも生じる余地がなかった。(4)これに対し、民事執行法は、一八四条に「代金の納付による買受人の不動産の取得は、担保権の不存在又は消滅により妨げられない」との規定をおき、いわゆる公信的効果を創設して、買受人の地位の安定を図った。この公信的効果の創設は、民事執行法における担保権実行手続の最大の眼目とされたものであるが、(5)法は単に公信的効果の発生を定めるのみであり、細部の具体的な運用は多く解釈に委ねられている。本件判決では、それらのうち、かねて学説で論じられていた二つの問題につき、最高裁として初めての判断が示されている。

二　まず、本件最高裁判決は、原審1の判断は首肯できるとす

る。原審1の判断とは、競売を申し立てた抵当権者が買受人となった場合でも民事執行法一八四条の適用により不動産の取得は妨げられないというものである。

1　ところで、買受人が競売を申し立てた抵当権者自身である場合、または、買受人が抵当権の不存在や消滅について悪意であった場合に、民事執行法一八四条の公信的効果が発生するかどうかについては、従来から議論のあったところである。学説における多数説は、このような場合には一八四条の適用はないとし、適用否定説をとっている。[6] その理由として、一八四条は、売却不動産所有者の静的安全を保護すべき要請と買受人の動的安全を保護すべき要請との比較衡量に基づく政策的な規定であることを理由に、前者の要請がより大きいと考えられる具体的な事情がある場合には、同条の適用を否定すべきであるとする。一八四条の公信的効果の理論的説明としては諸説があるが、[7] いずれも本条が静的安全と動的安全との比較衡量に基づく規定であることには争いがなく、この問題に関する結論は右の多数説でほとんど一致している。これに対して、少数ながら適用肯定説をとる見解もある。[8] 裁判実務としては、下級審の裁判例で、買受人が抵当権の不存在や消滅について悪意である場合でも一八四条の適用は妨げられないとし、適用肯定説をとったものがある。[9] 本件は、買受人悪意の場合と並んで問題とされていた買受人が競売を申し立てた抵当権者自身である場合につき、多数説とは反対に一八四条の適用を認める判断を最高裁が下したもので、今後の実務に与える影響は大きいものと考えられる。

2　もっとも、本件の評釈者のなかには、最高裁はこの問題について積極的に判断を下していないと見る見解もある。たとえば、竹下教授は、「本件においては、第一審以来、Yが代金を納付したことにより、Xが本件不動産の所有権を失い、Yがこれを取得したということは、当事者間で争われていない。従って、本判決が、このことを前提としているのは、弁論主義の原則上当然である。[10]」と述べられ、最高裁は右の点について法律判断を下していないと考えられるようである。しかし、最高裁がわざわざ「原審1の判断は首肯できる」と述べていることを考えると、右の点について判断を下していないとは考えにくい。本件不動産の所有権の帰属について仮に権利自白が成立しているとしても、権利自白は裁判所の判断を確定的に排除するものではないと考えるべきであり、[11] 学説が対立している局面であることから、最高裁が積極的に法律判断を行ったと見る余地は十分にあるように思われる。また、山田教授は、「本件は、担保権者が自ら買受人となった事例であるが、この点についてはまったく触れていない。学説の対立しているこの点について、判断を示していないことは、配慮不足の感を否めない。本件判決が買受人の善意・悪意を問わないと判断していると解することは、無理であるといえよう。[12]」と述べられるが、何故そのように言うことができるのか理解できない。栗田助教授は、別事件の判例評釈において、本件最高裁判決は競売を申し立てた抵当権

者が買受人になった場合でも民事執行法一八四条の適用があるとした先例であるとされるが、[13] 私見としてもそのように解してよいのではないかと考える。

3　これに対して、生熊教授は、「多数説が抵当権者自身が競落人であるときに民事執行法一八四条の適用を認めないとするのは、抵当権者は当然抵当権の不存在・消滅を知っている（悪意）という前提に立ち、それにもかかわらず、抵当権者が抵当権を実行し、自ら競落人となったのだから、所有者に所有権喪失の不利益を課すべきではないということにあろう。本件の場合、B（本評釈ではC―筆者注）の無権代理によって抵当権が設定されたのであり、抵当権者YがBの無権代理、すなわち抵当権の不存在を知っていたとは必ずしもいえないから、多数説の立場からしても、失権効を認め、Xの所有権喪失を是認する本判決の結論を支持する余地はあるのではなかろうか。[14]」と述べられ、本件最高裁判決と多数説の調和の道を探られる。しかし、多数説が、買受人悪意の場合と並んで買受人が抵当権者自身である場合を挙げているのは、買受人が抵当権者自身である場合は買受人の善意・悪意を問わず一八四条の適用を否定するという趣旨であろうと思われるし、所有者と買受人との利益衡量としても、買受人が抵当権者自身である場合は善意・悪意に関係なく一八四条の適用を否定すべきであると解する。なぜなら、抵当権者は、抵当権の不存在や消滅あるいは無効について不利益ないし負担を当然引き受けるべき立場にあり、抵当権者自身が買受人になった場合、抵当権者＝買受人が所有者の犠牲において一八四条の保護を受けることは利益衡量上妥当ではないと考えられるからである。[15]

4　以上の検討によれば、本件最高裁判決は、買受人が抵当権者自身である場合につき、従来の多数説に反して、一八四条の適用を積極的に認めたものと解しうる。筆者は、多数説である適用否定説を妥当と考えるから、この点に関する判旨1には賛成できない。また、右に述べたように、買受人が抵当権者自身である場合と買受人悪意の場合とは相互に関係がないので、本判決のいわゆる射程距離は買受人悪意の場合には及ばないと解される。

三　判旨2では、Xが民事執行法一八四条により本件土地の所有権を失ったことを前提として、XからYに対する不当利得返還請求の可否が問題となっているが、これに対する原審の判断と最高裁のそれは際だった対比を見せている。すなわち、原審は、抵当権実行により抵当権者Yは弁済金の交付を受け、その結果AのYに対する被担保債務が消滅するので、不当利得した者は債務者Aであるとする（以下、「債務者説」という）。これに対して、最高裁は、Yは本来抵当権者ではないから、抵当権の実行による売却代金から弁済金の交付を受けうる実体法上の権利がなく、それにもかかわらずその交付を受けたのであるから、不当利得した者は債権者Yであるとする（以下、「債権者説」という）。

1　本件の評釈者のなかで、債務者説を支持されるのは土田教授である。教授は、その理由として、「買受人の所有権取得を前提とする債権者の弁済受領を『法律上の原因がない』とするのは無理があり、非給付利得ないし侵害利得に当たる本件では、原審のように利得者は所有権を失わしめた債務者とし、所有権価格の返還をさせるか、不法行為による損害賠償をさせるべきではないかと思われる。[16]」と述べられる。

2　他方、多数の見解は債権者説を支持する。すでに本件判決が出される以前において、本件のような場合に、不動産を喪失した所有者から債権者に対する不当利得返還請求を認める見解が存在した。[17] もっとも、これらは債務者説との対比において論じられたものではなく、債務者への不当利得請求を積極的に否定したものではない。これに対し、本件判決の評釈の多くは、債務者説を積極的に批判して債権者説を肯定する。

たとえば、山田教授は、「実体関係においては、実行債権者は利害関係のない第三者の不動産の売却代金から弁済を受けることができるいわれはないので、売却代金を弁済金として交付されても、適法な弁済としての効力は認められないと解すべきである。適法な弁済としての効力が生じない以上、債権者は法律上の原因なくして弁済金の交付を受けたことになるから、第三者（所有者）に対し不当利得として返還義務を負うことになる。この場合、被担保債務は消滅していないから、債務者はなんら利得を得ていないことになり、債務者は不当利得をしたことにはならない。[18] 不当利得をしたのは、債務者ではなく実行債権者ということになる。」とされる。

また、竹下教授も「原審と判断を異にすることになった、法律上の原因なく利得を得たと見られるべき者は債権者Yか債務者A会社かという論点についても、最高裁の説くところが正当と思われる。YがXの所有に属する本件不動産からA会社に対する自己の債権のため弁済を受ける法律上の根拠は、その不動産上の抵当権しかないのであるから、それが不存在であるのに、不動産の価値的変形物たる売却代金から弁済金を受領したのは、まさしく『法律上の原因』なくして得た利益というべきである。他方、A会社の方から見ても、A会社が利得を得たというには、Yに対する債務を免れたことを要するが、X所有の不動産の売却代金は、それ自体Xの所有に属するから、それがYのA会社に対する債権のために交付されても、第三者の弁済と見られる特別の事情のない限り（本件では、Xの意思によらない抵当権の設定）、有効な弁済とはなり得ず、従ってA会社が利得をしたとはいえない。[19]」と述べられる。

この点につき詳細な議論を展開されている生熊教授も、以下のように債権者説を説かれる。「抵当権の実行の場合には、抵当権者は実体的に有効に抵当権の設定された不動産から優先弁済を受けうるのであり、有効に抵当権の設定されていない第三者の不動産が抵当権の実行としての競売により換価され、その不動産をその所有者が喪失するにかかわらず、売却代金から債

権者が弁済金の交付等を受ける場合は、弁済金が交付されても適法な弁済としての効力は生ぜず（したがって債務は消滅しない）、第三者は債権者に対して不当利得返還請求権を行使しうると解すべきなのである。[20]」

3　右に述べた諸見解によると、債務者説と債権者説のいずれを採るかの分水嶺は、無効な抵当権の実行に基づく配当金の交付をもって、適法な債務の弁済とみるか、それとも債務の弁済とはいえないとみるかにかかっているようである。すなわち、債権者説を支持する見解は、実体的に無効な抵当権の実行による売却代金の交付は実体的に適法・有効な弁済とはいえないということをその根拠とする。これに対して、債務者説は、適法な競売手続に基づく債権者の弁済受領を法律上の原因がない不適法な弁済とみることは、無理であるとするのである。

しかし、私見では、債務者説と債権者説は必ずしも共通の解釈論的基礎を有するものではないように思える。すなわち、債務者説は、弁済理論に忠実に本件弁済金交付を把握しようとする立場と思われるが、適法に行われた競売の売却代金の交付が、弁済としても適法であるという債務者説の考えは、弁済理論としてはきわめて自然である。かえって、実体法的には受け取る権利がないはずの弁済金の交付が、手続法的には適法なものとして予定されているという解釈の方が、よほど不自然である。他方で、債権者説は、所有者保護の実効性に厚い考えである。すなわち、債権者説は弁済の適法性に関する論理から演繹されたというよりは、結果の妥当性に関する配慮から生まれたものではないかと思われる。なぜなら、債務者説によれば、所有者は債務者を相手に不当利得の返環請求をしていくほかない。しかし、抵当権の実行を受けた債務者に、不当利得返還請求に応じるだけの資力があるということは通常考えられない。従って、この場合、所有者は債務者の無資力のリスクを引き受けることになる。他方、債権者説によれば、所有者は不当利得返還請求につき、現実の履行を受けやすいであろう。この場合、被担保債権は未履行の状態でなお存続しているから、債権者は無担保の状態で債権の回収を図ることになる。従って、債務者の無資力のリスクは債権者が負うことになる。この両者を比較すると、所有者はもともと債務者の無資力のリスクを負うべき立場にはないのに比べ、債権者は元来債務者の資力に関するリスクを負っていたのであるから、リスク配分論的には債権者説が妥当ということになる。債権者説は、表面的には、まず無効な抵当権の実行に基づく弁済を不適法とし、従って債権者の弁済金の受領は不当利得に当たるという論理構造をとるが、実際には、まず債権者に対する不当利得請求を認めるべきであるという利益衡量が先行し、これを理論的に構成するために弁済を不適法とみなしているのではないかと思われるのである。[21]

4　私見としては、純理論的にはいずれの立場も成り立つように思われるが、結果の妥当性から債権者説を支持する。弁済が適法であるかどうかという問題も、アプリオリに決定されるも

のではなく、目的論的解釈になじむものであろうと考えられるからである。しかし、債権者説が、所有者保護のための政策的考慮から出発した見解であるとすれば、原則的に債権者説に立ちつつも、所有者が債務者への不当利得請求を選択する場合には、これを認めて差し支えないように思われる。もともと本件における最終的な債務の負担者は債務者である。債権者説に立った場合、債権者が所有者の不当利得返還請求に応じ、その後、債権者が債務者から弁済を得てはじめて財貨の帰属関係は最終的な安定を迎える。これに対し、所有者が債務者に対する不当利得返還請求を選択する場合には、債権者を経由せずして財貨の帰属関係が最終的に安定することになる。そうであるとすれば、原則的には、弁済を不適法として債権者に対する不当利得返還請求を認めつつ、所有者が弁済を適法と認めて債務者に不当利得返還請求することも認めてよいと解する。すなわち、所有者に債権者に請求するか債務者に請求するかの選択権を認める考えで、いわば選択説ともいうべき考えである。現実には、債務者に対する請求が選択されるということは少ないかも知れない。しかし、本件を債務者説か債権者説かの二者択一を迫る問題とのみ捉え、いずれかの態度決定が必然的に要求されていると考えるのは、あまりにも硬直な解釈ではないかという気がする。

5　本件判決では、債権者に対する不当利得返還請求の可否のみが問題となっており、債務者への選択的な請求の可否はもとより問うところではない。また、私見においても、原則的に債権者に対し不当利得返還請求ができることについては異論がないから、判旨**2**には賛成である。

（1）　本件判例については、以下の評釈・注釈等がある。伊藤博・ジュリスト九二二号七〇頁、土田哲也・月刊法学教室一〇一号別冊付録判例セレクト'88・二一頁、山田二郎・金融法務事情一二一五号一頁、生熊長幸・判例評論三六三号四一頁、竹下守夫・判例タイムズ六九〇号四八頁、石川明＝三木浩一・金融法務事情一二〇九号六九頁（順不同）。

（2）　当初から抵当権が不存在であった場合につき、大判明治四〇・九・二六民録一三輯九一五頁、大判大正二・六・二六民録一九輯五一三頁、大判昭和一一・一〇・一〇新聞四〇五二号一七頁。競売手続開始後に抵当権が消滅した場合につき、大判大正一一・一二・二六民集一巻八二二頁、大判大正一二・五・二三民集二巻三一二頁、最判昭和三七・八・二八民集一六巻八号一七九九頁。

（3）　我妻栄・新訂担保物権法三二三頁、三三八頁以下、斎藤秀夫・競売法一七三頁、宮脇幸彦・強制執行法（各論）三七一頁、柚木馨＝高木多喜男・担保物権法〔新版〕三六二頁など。理由として、債務名義が要求されていないこと、担保執行は国家の執行権の発動に基づくものではなく担保権に内在する換価権に基づくものであることなどが挙げられている。

（4）　これに反し、動産の任意競売の場合は、競落人が善意取得をする場合があり、この場合、所有者の不当利得請求の問題が生じる。債権者に対する不当利得を肯定したものとして、大判大正四・八・二六民録二一巻一四一七頁。

（5）　法務省民事局参事官室「民事執行法案の概要」金融法務事情八

五九号二〇頁。

(6) 上田徹一郎「担保権実行のための競売の要件と効果」竹下守夫＝鈴木正裕編・民事執行法の基本構造五二七頁、新堂幸司「不動産競売」判例タイムズ四一八号四一頁、石川明「担保権の実行としての不動産競売の効果の安定」金融法務事情九七〇号一一頁、三谷忠之「不動産競売における買受人保護の限界」筑波法政六号二三頁、中野貞一郎「担保執行の基礎」民商法雑誌創刊五十周年記念論集Ⅱ・特別法からみた民法二三〇頁以下、山木戸克己・民事執行法講義二五〇頁、中野貞一郎・民事執行法下巻三三四頁、中野貞一郎編・民事執行法概説三三八頁〔吉村徳重〕、注解民事執行法五巻二五〇頁〔高橋宏志〕、生熊長幸「担保権実行のための競売」新堂幸司＝竹下守夫編・基本判例から見た民事執行法三二五頁など。なお、旧競売法下で同様の解釈を認めていたものとして山木戸克己「任意競売における競落人の地位」小野木＝斎藤先生還暦記念『抵当権の実行(下)』三八三頁。

(7) 競売開始手続前および競売手続中に本来の所有権者に与えられている手続的保障（開始処分に対する不服申立、競売手続の停止・取消など）を活用しなかったことによる手続上の失権効と捉える「失権効説」（通説）、債務者が競売阻止にでなかったことにより、買受希望者に所有権取得可能の外観を作り出したと考え、その外観信頼保護に理論的根拠を求める「外観信頼説」、所有者が買受人の所有権取得を争うことが著しく信義則に反する場合に限り公信的効果を認める「信義則説」、買受人保護政策のために執行機関に処分権限の授権を擬制したものと考える「授権擬制説」などがある。詳細は、中野・前掲論文二二七頁以下、三谷・前掲等参照。

(8) 三宅弘人「買受人の地位」新実務民事訴訟講座二八八頁以下、福永有利「担保権の実行」法学セミナー二四巻六号六七頁、栗田隆・判例評論三六一号六七頁以下、山田・前掲評釈一三頁。

(9) 旭川地判昭和六二年一二月二二日判例時報一二八二号一四六頁。

(10) 竹下・前掲評釈五三頁。

(11) 兼子一・民事法研究一巻二〇六頁参照。

(12) 山田・前掲評釈一三頁。

(13) 栗田・前掲六六頁。

(14) 生熊・前掲評釈四三頁以下。

(15) これに反する見解として、栗田・前掲六八頁。

(16) 土田・前掲評釈。

(17) 四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（上）一〇三頁以下、注解民事執行法五巻二四八頁〔高橋宏志〕。

(18) 山田・前掲評釈一四頁。

(19) 竹下・前掲評釈五二頁以下。

(20) 生熊・前掲評釈四五頁。

(21) このようなリスク配分を考える見解として、石川＝三木・前掲六八頁以下参照。なお、これに対する批判として生熊・前掲評釈四五頁。

平成元年六月一〇日稿

三木浩一