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三一〕 不動産の競落人が引渡命令を申請することなく競落物件の引渡を求める訴を提起した場合と訴の利益の有無 家屋明渡請求事件 (昭和三九年五月二九日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 渡辺, 惺之(Watanabe, Satoshi) 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	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.6 (1966. 6) ,p.65- 70
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=AN00224504-19660615-0065

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.

を行ないうるものである。そのような争議行為は、調停そのものを組合の有利に展開しようとするよりも、労使の自主的交渉を有利にしようとするものであつて、労働紛争を労使の自主的解決にゆだねようとする法の態度からして、右の争議行為は一概に排除されるものではない。

（阿久沢　亀夫）

〔最高裁民訴事例研究　三一〕

昭三九12（最高民集一八巻四号七二五頁）

不動産の競落人が引渡命令を申請することなく競落物件の引渡を求める訴を提起した場合と訴の利益の有無

家屋明渡請求事件（昭和三九・五・二九第二小法廷判決）

原告X（被控訴人・被上告人）は、訴外Aに対する不動産強制競売手続において、家屋甲・土地乙につき競落許可決定を得てその旨の所有権移転登記をうけた。被告Y_1・Y_2・Y_3（Aが死亡しY_1・Y_2はその相続人、Y_3はY_1の妹婿）は、Xに対し対抗しうる権原なしに右家屋甲を共同で占有し、またXに対抗しうる権原なしにY_3は土地乙上に家屋丙を建築所有し、Y_1・Y_2はこれに入居し、土地乙のうち右家屋の床面積部分を占有していることを理由に、家屋甲の明渡及び土地乙につきY_3の家屋収去、Y_1・Y_2の家屋退去、Y_1・Y_2・Y_3の敷地明渡ならびに家屋甲・土地乙の使用料相当損害金の連帯支払を求めるため、本訴を提起。一・二審ともXの全部勝訴。被告らが上告。上告理由第四点として、不動産競売手続で所有権を取得した競落人は、不動産引渡命令による明渡をうけられるから、別に明渡を求める給付訴訟を提起する必要がない。ことに本件の場合Xのために不動産引渡命令が発せられ、これに承継執行文が付与され、現に執行吏は引渡執行のため現場に臨んだことまで明らかであり、かかる引渡命令をさしおいてなされた本件訴はその利益を欠き、これを看過した原判決は民訴六八六・六八七条の解釈を誤つた違法のものである、という。

最高裁はこれに対して以下のごとく述べて、本件上告を棄却している。すなわち、不動産強制競売手続において不動産を競落し、その所有権を取得した競落人は、競落代金を完納したときは、競売裁判所に対し、債務者またはその一般承継人の占有にかかる右不動産を引き渡すべき旨の命令を申請し、該命令に基づいて引渡の執行をすることができるのであるが、競落人が競落物件の占有を取得するため、右引渡命令を申請しこれを執行する方法によることができるからといつて、債務者またはその一般承継人を相手どつて競落物件の引渡または明渡を求める訴を提起することが禁止されるものとは

考えられない。そして記録によれば、上告人Y_1・Y_2は、他の相続人六名とともに、被上告人を相手どつて、名古屋地方裁判所に対し、昭和三八年二月中所有権確認請求訴訟を提起し、本件土地および本件家屋（甲）が右相続人八名の所有であることを確認する等の判決を求め、被上告人の所有権を否認していることが認められるのであり、かかる事情のもとにおいては、被上告人が上告人Y_1、同Y_2に対し本件家屋甲および本件土地乙中本件家屋丙の床面積部分の明渡を請求することは訴の利益に欠けるところはない、と。

判旨に賛成。

本判例については、蕪山厳調査官の解説（法曹時報一六巻一〇四七頁）小山昇教授の批評（判例評論七四号三〇頁）および中田教授の批評（民商五二巻一号一五二号）がある。いずれも本件判旨に賛成の評釈である。私も本件判旨に賛成である。

不動産強制競売手続において競落人が競落許可決定により目的不動産の所有権を取得して、代金の全額を支払つてその引渡を求めたが、債務者がこれを競落人に引渡さない場合常に給付訴訟を提起しなければならないか、給付訴訟と引渡命令のいずれにもよりうるか、あるいは引渡命令によればよく給付訴訟は訴の利益を欠くとみるべきか。判例並びに実務の取扱は第一の立場から第二の立場へと変り、本件において最高裁は判例の第二の立場を踏襲したものと思われる。（判例の変化については、小山・前掲三〇―三一頁参照）

第一の立場は給付訴訟のみを認めようとするのであるが、（明治三八年九月二七日民刑八四五号司法省民刑局長回答、東京地決明治三五年七月二八日新聞一〇〇号九頁）かくては救済としては迂遠、且つ余計な費用がかかり、そのため競売の機能を減殺するところから（中野・訴訟関係と訴訟行為・二一二頁）否定される。

第二・第三の立場についてはどうか。中田教授が正当に指摘されるように、不動産引渡命令の法的性質を執行処分と解するとしてもまた債務名義と解するにしても（私は前説を正当と解するが、この点の詳細については中野・前掲二一二頁以下、この点の文献については中田・前掲一五一頁参照）給付判決におけるごとく目的不動産に関し、所有権に基づく又は売買に基づく（そのいずれであるかは問題であるが）引渡請求権の存否を既判力をもつて確定するものではないから、債務者が競落人の右の権利を争う場合は給付の訴を提起する利益があろう（中田・前掲一五二頁）。訴提起よりも簡易迅速な他の手段・方法が認められている場合に、あえてする訴は利益を欠くという原則は、両者が同一の目的達成を目標にする場合に妥当する。引渡請求権の事実形成の基礎の獲得という点では給付訴訟も不動産引渡命令も共通の目的達成に奉仕するが、引渡請求権の既判力ある確定という目的は後者には存しない。小山教授は、この点について、仮りに引渡命令を執行処分とみても、給付訴訟は紛争解決手続であるが、引渡命令は強制執行制度を運営する国が適正な運営のために必要な――いわばアフターケアのような――措置として行なうものであり、私権の保護または私権の紛争解決のための措置ではない、と説明されている。たとえば、目的財産が第三者に帰属し債務者の責任財産に属さない場合、右財産が競落決定があつても債務者はこれを競落人に引渡す義務を負わないであろう。競落人がかかる事由を主張して右財産の引渡をなさない場合、競落人としては右財産が債務者の責任財産に帰属し従つて競落による債権的引渡義務があることを判決により確定したり、競

落許可決定により取得した所有権に基く引渡請求権を確定してもらう利益はあるはずである。因みに、競落許可決定により不動産の所有権は競落人に移転するから（民訴法六八六頁）訴訟物に関する旧説の立場に立つ限り競落人はより確実には所有権に基く給付請求を提起すべきであろう。かくして、右に掲げた原則の適用はないものといわなければならないであろう。そしてこのことは、引渡命令の申請を適法になしえなくなつた場合はもちろん、なしうる場合でも、またすでに引渡命令を得ている場合でも変らない。

ただし、給付の訴の利益は債務者が実体的理由により目的物を引渡さない場合に認められる。引渡の拒絶が手続的理由に基づく場合は競落人としては不動産引渡命令をもらえばよく、債務者が手続的理由で引渡を拒否したいなら右命令に対して民訴法五五八条の即時抗告を提起すればよいからである。

かくして、私もまた本件判旨のとる第二の立場が正当であると考える。

（石川　明）

昭三九13（最高民集一八巻五号八八七頁）

譲渡担保の目的物件をもつてなされた代物弁済は否認の対象になるか。

否認権請求事件（昭三九・六・二六第二小法廷判決）

訴外A商店は、昭和三〇年一月二七日、破産宣告を受け、X（原告、被控訴人、被上告人）はその破産管財人である。Y会社（被告、控訴人、上告人）は、昭和二八年一一月末日現在、Aに対して売掛代金等総額一七〇万六四五九円の債権を有していたが、同年一二月一〇日、Aが賃借していた事務所の借室権、これに備付の什器器具一切及び電話加入権を合計一四五万円に評価の上、これを右債権の代物弁済として譲受けたものである。しかるに、Aは、既に昭和二八年一一月三〇日、支払停止をなしており、当時のAの財産状態及び前記各財産の価額よりして、右代物弁済契約は破産債権者を害するものであり、又Aはその事実を知つて契約をしたものであるから、右行為は破産法第七二条第一号に該当するものとして、否認し、前記各物件の価額及びその遅延損害金の支払を請求した。これに対し、Yは、その抗弁として、本件借室権は、Yが、昭和二八年八月一五日、Aに対する融通手形貸与のための担保として、Aより譲渡を受けたものであり、本件代物弁済契約は右担保権実行の趣旨の下になされたものであるから、否認権の対象とはならない。又、仮に右主張が理由がないとしても、Xが本件代物弁済契約を否認する結果、前記担保権は復活し、被告は別除権を行使し得る事となり、否認権行使は実益がないから許されない、と主張した。第一審判決は、Y主張の担保権は、融通手形担保のための、借室権だけの外部的移転の効果のみを伴つた譲渡担保であるが、代物弁済がなされた債務は、AのYに対する売掛代金債務八六万六四五九円と約束手形金債務八四万円とを含むものであり、右担保権は通常の商取引より生ずる売掛代金債権まで、その被担保債権として含むものとは認定できないこと、及び代物弁済契約は借室権のみならず什器、電話加入権をもこれに付加した上で締結されている事から考えて、右代物弁済契約は譲渡担保契約による担保権を実行する趣旨でなされたものではなく、新たに、売掛代金債権及び約束手形金債権の弁済方法の一

手段、即ち、その履行の趣旨で行われたものと解するのが相当である。又、被告の抗弁の後段についても、本件担保権は譲渡担保の性質を有するものにすぎず、破産法上別除権を認められない事明らかであるとして、被告の抗弁を理由なしとして、Xの請求の全部を認容した。Yは控訴したが、第二審でも、第一審判決の理由と同一の理由により、Xの本訴請求を正当とし、Yの抗弁の後段の部分につき、新たに代物弁済契約がなされた事からみて、従前の譲渡担保契約は消滅に帰したとみるのが相当として、譲渡担保契約が復活すると云うYの主張をしりぞけて、控訴を棄却した。Yは上告し、上告理由として、㈠当事者間に於ては譲渡担保権の実行の為又は之を強化する為に代物弁済契約が行われた事は明白であること、原審は譲渡担保契約が消滅したとしながらその理由を何ら示していないこと、及び、既に譲渡担保の目的物として第三者対抗要件を備えているものについて代物弁済をなしたのであるから当事者には一般債権者を害する意思はありえない事等から、原判決には理由不備並に事実に基づかずに判断した違法がある。㈡、代物弁済契約が否認権行使により失効した場合には、譲渡担保権は復活すると見るべきであり、電話加入権及び什器々具についての代物弁済と借室権の代物弁済とは各々別に判断すべきであり、原判決は審理不尽の誤りを犯したものである、と主張した。これに対し最高裁は、「本件譲渡担保契約そのものが否認さるべき場合は格別、上告人が、従前本件譲渡担保権により担保されていた前記約束手形債権につき、右担保権の目的である前記借室権をもつて代物弁済を受けても、その弁済額の範囲内においては、右の代物弁済は他の債権者を害するものでなく（もつとも前記借室権の時価と右弁済額との差額については他の債権者を害しないとはいえない。）、従つて否認の対象とはならない筋合である。しかるに、原判決は、前記のとおり、他に首肯するに足る理由を示すことなく、本件譲渡担保権の存在を全く無視して被上告人の本訴請求の全額を認容しているのであつて、ひつきよう、法令の解釈を誤り、ひいては審理不尽、理由不備の違法を犯しているものといわざるをえない」として、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

一　担保目的物を占有する譲渡担保権設定者が破産した場合に譲渡担保権者はいかなる地位にあるか。この問題については、先例もなく、また学説も分かれている。通説的見解は、判例が担保目的物につき譲渡担保権設定者が他の債権者から強制執行を受けた場合に譲渡担保権者は第三者異議の訴を提起する事が出来ると解して居ること、及び破産法第八八条の反面解釈から、この場合譲渡担保権者に取戻権を認めるのである（斎藤・本件評釈、判例評論七二号四八頁、宮田、本件解説、法曹時報一六巻八号八二頁、我妻・担保物権法二三五頁、柚木・担保物権法三九三頁）。これに対し、近時の有力説は、譲渡担保権者に別除権の行使を認め取戻権の行使を認めない（中田・本件評釈、民商法雑誌五二巻二号二四八頁、中田・破産法・和議法二八頁注(一)、小野木・破産法（有信堂）三一頁）。その根拠として、譲渡担保に於ける所有権の外形的移転は、債権を担保する事を目的とするものであり、その実質たる担保権の限度に於て債権者を保護するをもつて足ると解すべきであること、破産法第八八条の立法的妥当性にも疑問があること、及び取戻権行使を認めた場合生ずる具体的な不合理を説く（中田・前掲評釈、中田・破産法・和議法、二八頁注(一)、四宮・「譲渡担保」総合判例研究叢書民法(10)二一〇頁）。

譲渡担保は、当事者が外形的に所有権を移転するという形式をとる事により債権担保の目的を達しようとする信託行為である（四宮・前掲七

頁)、という譲渡担保の基本的性格から考え、設定者破産の場合の担保権者の保護もその担保権の限度にとどまるべきであるとする有力説の主張は、より実際的妥当性を有するものであると思う(この点につき、設定者に対する強制執行の場合に、譲渡担保権者は第三者異議の訴を提起出来るとする判例・通説に対し、優先弁済の訴のみ許さるべしとする有力な反対説が存在する事も考慮する必要があると思う。兼子・強制執行法(酒井書店版)六四頁等)。しかし、外形的な所有権移転により達しようとする担保権の内容は、一般の担保権とは異なり、当事者の合意により定められるものであり、流質的性格を有するものも認められているという点に、一般の担保権との最も大きな差異の一つがあるのであり、従つて、この点を無視して、一般の担保権に於ける如く、主として優先弁済権にのみその担保権としての実質を考える事は、果して妥当であるのかどうか疑問が残るのである。即ち、譲渡担保が清算処分型である場合はその担保権としての実質は優先弁済権にあると考えられるのであり、設定者破産の場合には別除権の行使のみ許す事が妥当であろうが、流質的性格を有する譲渡担保権の場合(その最も極端な型として、買戻特約付売買という型の狭義の売渡担保が考えられる)、当事者の主観的意図は担保目的物の取得にあるのであり、この点を考慮する事なく、設定者破産の際、優先弁済権保護を目的とする別除権による保護の限度にとどめる事は妥当でないであろう。即ち、別除権は流質的性格を有する担保権を予想して居らず、又破産法上もその点につき予想して作られた制度はないのである。従つて、理論的には若干の問題が残るであろうが、流質的性格を有する譲渡担保権の担保権者には取戻権の行使を認める事が妥当なのではあるまいか。

右はただ一個の疑問を提示するにとどまるが、本件譲渡担保権は清算的性質を有するものと推測されるのであつて、右の疑問とは関わりがない。すなわち、本件において、Yは別除権を行使し得る地位にあるのであり、本件譲渡担保権の存在を無視し、Yの既に有している地位を否定する原判決は不当であると云わざるを得ない。

二　次に、代物弁済契約と譲渡担保契約との関係につき検討してみることとする。譲渡担保契約ののち、更めて代物弁済契約がなされた場合に、第一審及び原審の如く、代物弁済契約を譲渡担保契約とは無関係になされたものであり、しかも譲渡担保契約は代物弁済により消滅したものとする以上は、当事者は合意により(恐らくは代物弁済が有効になされる事を条件として)、譲渡担保権を消滅させたものと解さざるを得ないであろう。従つて、代物弁済契約の全部につき一応否認の対象となる事を認めねばならず、否認権行使により代物弁済契約が失効する事により、当然譲渡担保権は復活するものと解さなければならない。そして、私は、一般論としていう限り、両者の関係についての理論的構成はこの様に解せられざるを得ないと考えるのである。何故ならば、実体法的に考えて、代物弁済契約は、たとえその弁済額の一部につき譲渡担保権が設定されていたものであり又担保権の目的を以つて代物弁済したものであつても、又当事者が担保権実行の趣旨で行つたものであつても、譲渡担保権の実行とは区別されなければならないものであるからである。

しかしながら、本件で、いわゆる代物弁済契約は、財産を個々的に評価し、とくに問題の借室権についても借室権だけの評価額を定

めたうえで行われている。譲渡担保権の実行は目的物の評価によつても行われうるものであるから、右いわゆる代物弁済契約中、借室権に関する部分は、債権額をこえない限度において、実は譲渡担保権の実行に他ならず、真正の代物弁済契約ではないと言わなければならない。従つて、具体的に本事案に関していうかぎり、前段の一般論は必ずしも妥当しないのであつて、原審ならびに第一審の理論構成は（それがそれ自体としても譲渡担保権の復活を認めない点で不当であることを別にしても）これを支持すべき根拠がない。原判決を破棄した最高裁の態度に賛成する。

（伊東　乾・渡辺惺之）