

不動産競売における 買受人保護の限界

三 谷 忠 之

目次

- 一 はじめに
- 二 実体上の瑕疵
- 三 手続上の瑕疵
- 四 あとがき

一 はじめに

(1) 民事執行法の下では、買受人が代金を納付して不動産の所有権を取得する（民執一八八条・七九条）と、担保権の不存在又は消滅を理由にその所有権取得を覆されないのが原則である（民執一八四条）。すなわち、差押登記時（民執一八八条・四八条・四六条一項但書）の不動産所有者は、担保権が不存在であつたり又は消滅していても、買受人の代金納付により、その所有権を喪失してしまうことになるのである。そして、この民執一八四条の認める効果は、立案

者によれば、今回の改正の最大の狙いであったのである。⁽¹⁾

債務名義の存在を必要としないにもかかわらず、換価権の基本となる実体権（担保権）がない場合であっても、強制執行における同じ効果が付与されているわけである。しかし、そのような強力な効果が、何等の法的手当もせず認められるはずがない。そこで、所有権を喪失することになる不動産の所有者のための、そのような法的手当として、民執一八一条ないし一八三条が設けられたのである。⁽²⁾

ところで、右に紹介したように、民執一八四条の新設が最大の目標であったということは、単に従来の実務を確認するために条文を設けたのではなく、従前においてはそういう解釈が採られていなかったことを予想させる。そして、まさにそうであったのである。すなわち、担保権の実行は、債務名義に基づく強制競売と異なり、担保権に内在する換価権を根拠とするものであり、そうであるが故に、担保権の不存在又は消滅の場合には換価権が発生せず、たとえ競売手続が完結しても、競落人の所有権取得は覆される運命にある、と解されていた。⁽³⁾

この競売法下での通説・判例に対して、民執一八四条新設に多大の影響を与えた山木戸教授の説を指摘しておくべきであろう。すなわち、山木戸教授は、「現在の登記制度ならびに競売手続のもとにおいても、所有者は競売開始決定の送達によって自己の不動産に対する競売手続の開始を告知され、その基礎である抵当権の瑕疵については、訴——請求異議の訴に準ずる抵当権不存在確認の訴——を提起してその競売手続を阻止することができ……所有者の権利防禦につきこのような手続的保障が存するところでは、その手段を講じなかった所有者と裁判所の競売手続を信頼してこれに応じた競落人との関係では、むしろ競落人の動的安全を保護するのが至当である」と主張されている。

(2) ところが、実体上の瑕疵と異なって、競売手続上の瑕疵については、

「依テ審按スルニ抵当權ノ実行ノ為ノ競売法ニ依リ抵当權ノ目的タル不動産ヲ競売スルニ当リ登記簿上ノ所有者ニ対シテノミ手續ヲ為シ眞正ノ所有者ニ対シテハ何等ノ手續ヲ為サザリシコトアリトスルモ利害關係人ハ競売手續ノ継続中之ニ対シテ異議又ハ抗告ノ方法ニ依リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルニ過キス抵当權ニシテ実体上有効ニ設定セラレタルモノニ於テハ設令手續ニ対スル異議又ハ抗告ノ原因存セントスルモ競売手續完結後ニ於テハ確定シタル競売許可決定ニ因リテ競売人カ取得シタル權利ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス本件ニ於テ競売申立人タル静岡農工銀行ノ有セン係争不動産上ノ抵当權カ実体上有効ニ設定セラレタルモノナルコトハ原判決ノ確定シタル事實ナルヲ以テ競売手續ヲ為スニ當リ登記簿上ノ所有者タル被告原告人杉山源一郎杉山平次郎ニ対シテ手續ヲ為サザリシトスルモ競売ノ完結ニ因リテ本件不動産全部ニ対シ原告人ハ所有權ヲ喪失シタルモノトシ所有權ヲ原因トスル原告人ノ本件請求ノ全部ヲ排斥シタル原判決ハ相当ニシテ原告論旨ハ何レモ其理由ナシ」

と判示する大判明治四三・四・八（民録一六輯八卷三〇六頁）をリーディング・ケースとして、競売人の所有權取得の効果を争いえないものとする立場で競売法下の判例は一貫していた、と評価しえよう。

このような結論を認めうる理由について、石丸判事は、「①有効な執行力ある正本（任意競売では担保權の存在）に基づく競売手續によって、競売人は実体上も有効に競売不動産の所有權を取得すること、②競売手續は、そのための權利実行の方法にはかならないこと、③競売手續の瑕疵は、競売手續の中で、異議または抗告等により不服を申立てることができ、その救済の方法があること、④それにもかかわらず、そのような手段によって競売許可決定の確定を阻止せず、かつ競売人が代金を完納して、競売手續が完結した以上は、競売手續は競売人に対する關係では有効に完了したものである」といへば、その後別訴でもって、競売の無効または許可決定の取消または無効を主張し、競売人の所有權取得の効果を否定することは許されない、という点にある。この理由には異論のないところであろう。その手續の個々の行為につき、不服申立の方法が競売手續の中で定められているのに、その方法を採用ことなく權利の実現を徒過した者に、その後他の手續をもつて、その効果を左右することを許すことは、著しく手續の確實性安定性を害

する無益なことであるからである。」と総括されている。

さてそれでは、右の如き総括の下に、競売手続上の瑕疵であればその瑕疵はすべて、買受人の代金納付・所有権取得に何の影響も与ええないものとされてしまうのであろうか。例えば、右の石丸総括における③④との関係でいうならば、目的不動産の所有権を失うことになる所有者が、競売開始決定の送達はもちろん以後の手続上の通知を全く受けていなかった場合はどうであらうか。担保権が有効に存在しておれば、そういう瑕疵も攻撃しえなくなるのであろうか。また、担保権が有効に存在しておれば、⁽¹⁾というが、例えば抵当権は抵当権設定契約の締結により有効に存在することになる。民法では、⁽²⁾抵当権設定登記は成立要件とはされていないのである。しかし、不動産競売を申し立てるには、登記が必要である(民執一八一条一項三号)。そこで、⁽³⁾抵当権者が、委任状等を偽造して抵当権設定登記をし、不動産競売を申し立ててきた場合、手続はどうなるであらうか。

(3) 民執一八四条の新設規定の存在によって、一見すれば、手続上の瑕疵は当然、更に実体上の瑕疵があっても、いかなる事情の下でも常に買受人は代金納付によりその所有権取得を覆されないものの如くである。

しかし、そこには何の例外も存しないのであろうか。買受人の保護にも一定の限界がありはしないか。本稿では、その辺の限界を探ることにしたい。

(1) 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(一九七八年)二〇頁、浦野雄幸・逐条概説民事執行法(一九七九年)二八七頁(「全訂版」(一九八一年)六三九頁)。

(2) 法務省民事局参事官室・金融八五九号二〇頁、浦野「民事執行法案の概説」NBL一六八号(一九七八年)四八頁、浦

野・逐条概説二七九頁以下（〔全訂版〕六一五頁以下）、浦野「民事執行法および民事執行法整理法の概要」ジュリスト六九六号（一九七九年）三一頁、田中康久「民事執行法における主要改正点」法律のひろば三三卷八号（一九七九年）一六頁以下、田中・新民事執行法の解説（一九七九年）三〇六頁（〔増補改訂版〕（一九八〇年）四〇四頁以下）、樋口忠美「民事執行法」時の法令一〇五八号（一九七九年）二〇頁以下。なお、これらの立法批判につき、三ヶ月章・民事執行法（一九八一年）四三七頁以下参照。

（3） 簡単には、福永有利「担保権の実行」法学セミナー三〇四号（一九八〇年）六四頁以下参照。

（4） 山本戸克己「任意競売における競落人の地位——競売手続と所有者の手続的保障——」小野木常二・齋藤秀夫先生還暦記念・抵当権の実行下（一九七二年）三五七頁以下（三八四頁以下）。なお、福永・法セ三〇四号六六頁、新堂幸司「不動産競売——買受人の地位の安定を中心として——」判例タイムズ四一八号（一九八〇年）三八頁参照。

（5） この点は、強制競売についても同じであった（鈴木忠一三ヶ月章二宮協幸彦編集・注解強制執行法(3)（一九七八年）四八三頁〔石丸俊彦〕参照）。

（6） 注解強制執行法(3)四八三頁以下〔石丸〕。

（7） 実務でも、未登記のままでも任意競売申立が認められていた（最（三少）判昭和二五・一〇・二四民集四卷一〇号四八八頁、執行事件実務研究会編・債権・不動産執行の実務（一九七八年）一九八頁）。

二 実体上の瑕疵

立案者によれば、⁽⁸⁾民執一八四条は、民執一八一条ないし一八三条の「三点の改正（申立てに担保権の存在を証する法定の文書を必要とし、開始決定に対し実体上の異議を認め、そして、担保権の存在を否定する一定の文書による競売手続の停止、取消しを認める）を柱にして、債務者（所有者）が、きわめて容易に不服申立て等によりその手続の停止、取消しを得られるにもかかわらず、買受人が代金を納付するまで、その不服申立て等をしないでこれを懈怠し

ているときは、手続上の失権効として、第三者である買受人が代金を納付したときは、その買受人の地位の保護を優先し、したがって、債務者（所有者）は、もはやその不動産の権利を買受人に主張できないこととしたわけである。」と説明されている。

右の説明中には、「手続上の失権効」とか、「主張できない」という表現が使用されている。どうやら手続的な問題として捉えているように思われる。⁽⁹⁾

ところが、学説においては、実体的な意味で民執一八四条の効果を理解すべきである、との主張も見受けられる。
(1) まず、立案の過程を見ていくことにしよう。

強制執行法案要綱案（第一次試案）においては、その第六十七（注）(2)に、「競落許可決定が確定し代金の支払が完了した場合において、債務者又は所有者が競落人の所有権取得を争うことができない旨の明文の規定の要否」として、検討事項とされていた。

そして、既に紹介したように、競売法下においても競落人の所有権取得を保障する解釈論も主張されていたのであるが、金融各界からは、明文規定を設けることが要望されていたのである。⁽¹⁰⁾

強制執行法案要綱案（第二次試案）では、その第二百二十二において明確に、

「買受人が第二百二により代金を支払ったときは、債務者又は所有者は、担保権又は被担保債権の不存在又は消滅を理由に、買受人に対し所有権を主張することができないものとする。」

と提案されていた。ここでも、「主張することができない」という表現が用いられている。前記の第一次試案では、「争うことができない」とされていた。いずれも、手続上の失権効ということが前面に出ている、と評価できるのであ

らう。ただし、右条項が全面的に、すなわち例外なく適用されるものでないことは、立案者の認めるところである。ところが、民事執行法（仮称）案要綱第一、二(一)(3)6においては、

「買受人の代金の納付による所有権の取得は、抵当権等の不存在又は消滅により妨げられることはないものとする。こと。」
と表現され、

続いて公表された民事執行法案の一八四条では、成立した民事執行法一八四条と同じく、

「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。」
と定められるに至った。

以上の法案の立案過程を眺めて顕著なのは、強制執行法案要綱案では、目的不動産の所有権を失うことになる所有者の側からの規定であるのに、民事執行法（仮称）案からは、所有権を取得する買受人の側からの規定の仕方であることである。主語が何になっているか、ということを見れば明瞭であろう。そして、そのことが、民執一八四条は、実体的な効果を規定しているのではないか、という疑問を生じさせるわけである。⁽¹²⁾

(2) 民執一八四条の効果を実体的に捉える説にも種々あって、必ずしも一致しているわけではない。

中野教授は⁽¹³⁾、立案過程も踏まえた上で、

「このような実体権の取得を手続上の失権効で説明することは必ずしも適當でないように思うので、私としては、やはり債務者、所有者のほうから異議をいかなかったという点に、執行機関に対する実体的な処分授權のようなものを認めざるを得ないのではないかと思っているわけです。つまり、一八一条所定の文書が提出されて競売手続が開始されたのを知りながら、また、執行異議や担保権不存在確認の訴えなどによって担保権の不存在や消滅を主張し、それによって得た反対名義（一八三条）を提出して競売手続を排除することができたのに、それをしないで、債務者・所有者が競売を甘受して完結に至らせた場合には、要す

るに、任意に財産を処分するのと同じだという意味で、処分授權を認めてよいと思いますし、執行異議等で主張したが通らなかったという場合でも、結局、法の要求している反対名義を提出してこなかったという意味で、同じ結果を認められても止むをえない。」

と、所有者の方から不服を申し立てたりしなかった点に、執行機関に目的不動産の処分権限を与えたものと考え、説を主張されている。⁽¹⁴⁾

中野教授の考えと非常に近い考えである、と自認される竹下教授は、⁽¹⁵⁾

「結局債務者側が一八二条のような手段が与えられているのに競売を阻止しなかったということによって、買受希望者に対して、正規の手続で買受をすれば所有権を取得できるという一種の外観を作り出したこととなりますので、この外観に対する信頼の保護と考えたらどうかという感じがするわけです。」

と主張される。⁽¹⁶⁾

非常に近い、といわれる両者の見解は、案に相違して、極めて重大な、異なる結論へと導くのである。その結論については(4)に述べるとして、ここでは、中野説は所有者側から眺め、竹下説は買受人側から眺めている、という差異に注目しておきたい。

しかし、竹下教授は、その後、別の説明の仕方をされている。すなわち、今度は所有者の側から説明して、⁽¹⁷⁾

「元来、担保権が存在しなければ競売はその基礎を欠き、執行機関は有効に執行行為をなしえない筈であるが、所有者が競売を阻止しえたにも拘らず阻止しなかったときは、無権限者の処分行為の追完に準じて競売は有効になる」

と。

(3) 次に、単に一方的な観察方法によるのではなく、二つの観点から民執一八四条を理解しようとする見解があ

る。

例えば、新堂教授は、⁽¹⁸⁾

民執「一八四条の認める効果は、……本来所有者の利益と買受人の利益との比較考量に基づく結論であるから、その結論を妥当としなない具体的状況がある場合には、一八四条の適用はないとする余地も予想される。」

とされている。

そして、上田教授は、⁽¹⁹⁾まず、

「競売開始決定や民事執行法一八一条の文書が所有者に送達され、所有者に手続の係属が知られているときは、買受人の代金納入後はもはや担保権の不存在・消滅を理由に買受人の所有権取得を争うことは通常認められない。すなわち、担保権の当初からの不存在・無効あるいは手続経過中における消滅の場合には、競売は、本来は民事執行法一八二条の異議あるいは担保権不存在確認の訴えが申し立てられると無効となるはずである。だが、所有者は、実体法上、本来処分権限のない無権利者の無効な処分行為を追完しうる地位にあり、その追完は黙示でもなしうる。このような法的地位にある者が、自己の所有物につき無効な競売がなされつつあることを知り、かつそれに対処しうる実体上の異議や訴えの手段が認められているのに、競売開始決定に対して実体上の異議申立てもせず担保権不存在確認の訴えも提起しないで、買受人の代金納入にまで至った場合には、失権によって買受人の所有権取得は確定的となることとなる。したがって、争わなかったとしても、黙示の追完が認められないような客観的事実がある場合には、提出責任は認められず、所有者は買受人の所有権取得を争えよう。」

と主張される。従来の追完説では必ずしも明確ではなかったが、上田教授は、「黙示の追完が認められないような客観的事実がある場合」には民執一八四条の適用を否定される。とはいえ、客観的事実とは具体的にどのような事情を指すかは明確でない。それはともかく、更に続けて上田教授は、⁽²⁰⁾

「なお、競売申立人が自ら買受人となった場合に、競売申立ての基礎となった担保権が不存在でありあるいは消滅している場合には、かかる無効な競売を申し立てた本人に所有権取得を確保する要はないし、また担保権の瑕疵を知っている第三者について

も同様に解してよい。このような場合には、競売手続、ことに買受けの効果の安定要求は成立せず、実体関係、つまり担保権の不存在・消滅を競売手続に可及的に忠実に反映すべき要求のみが存在するのであって、両要求の間に緊張関係は存在せず、買受人の代金納入までに担保権の瑕疵を争わねばならないという提出責任は認められず、失権効は成立しない。」

と。要するに、所有者の黙示の追完と買受人の善意とのいずれかを欠けば、民執一八四条の効果は認められない、ということになる。

吉村教授も、再び改説された竹下教授も、⁽²¹⁾⁽²²⁾基本的には右と同旨である。

(4) それに対して、(2)で紹介した見解によると、(3)での見解と異なった結論が出て来るのである。すなわち、民執一八四条の適用除外例が更に限られてくることになる。特に、所有者の側から眺める見解について、そのことが妥当する。

その典型が、「ただ、偽造文書で所有権移転登記をされてしまつて、その後に抵当権設定を受けた者が競売を申し立てた場合のように、所有者が競売手続の開始を知らず、反対名義を提出しようにも提出する機会がなかったという場合にだけ」民執一八四条の適用除外を認める中野教授の見解⁽²³⁾である。この見解においては、買受人の善意・悪意は全く考慮の外にある。したがつて、不動産競売申立人が買受人である、という場合は勿論のこと、買受人が担保権の不存在又は消滅を知っていた場合でも、民執一八四条の効果が認められることになる。民執一八四条の効果を、所有者の失権又は追完のみに根拠づけて理解する見解も、右と同じ結論になるであろう。

逆に、外観信頼保護説の立場からすれば、買受人の善意・悪意も考慮の対象になつて来るのである。⁽²⁴⁾ただし、この竹下旧説における外観は、所有者が作り出した外観を意味するのであつて、単に競売手続が行なわれているという外

観を意味してないのでないことを注意しなければならない。もし後者だとすれば、所有者が不知の間になされた競売手続においても、民執一八四条の効果を認めることになって、竹下旧説の前提と異なってくるのである。

(5) 更に、民執一八四条を制限的に解釈する説も登場している。すなわち、石川教授は、⁽²⁵⁾

「民事執行法は、担保権の実行について債務名義を必要とせず、単に法一八一条の文書の提出をもって足りるとしている。これは、担保権の不存在にもかかわらず開始された実行手続を適法とするものではない。右開始決定は、法一八二条に基づき、担保権の不存在という実体的異議によって攻撃せられうるものであるから、右開始決定による手続は、手続法上違法なのである。」

すなわち、担保権の実行の場合、債務名義を不要とするというのは、換価の根拠が担保権に内在する換価権であって、債務名義ではないということであり、したがって、担保権ないし換価権が存しない限り、換価は換価権なき換価として無効である。本来無効なものについて、所有者として無効である旨主張する責任も義務もない。……

したがって、……私はむしろ、所有者が当事者権を行使して、積極的に防御をつくさずして買受けの効果を争うことが著しく信義則に反するような場合に限って、例外的に失権を認めるべきではないかと考えるのである。」⁽²⁶⁾

と、少なくとも立案者の意図とは逆の思考の上に立たれている。そして、

「民事執行法一八四条の存在意義は、同条により担保権の存在を前提にして当該手続が適法に追行され目的物の所有権が買受人に移転した旨が法律上推定され、その結果、担保権の不存在 \parallel 当該手続の違法性 \parallel 買受人による所有権取得の否定の証明責任が原告に課せられる。したがって、買受人は、担保権の存在 \parallel 手続の適法性 \parallel 買受人による所有権取得について証明責任を負わなければならない点に求められる。」

とも主張される。これによれば、買受人は、当該手続で代金を納付したことを証明すればよい。そして、信義則違反について当事者の主張が必要でないとしても、その事実が証拠調に際して顕現するように努力すべきは、もちろん買受人であり、石川教授も、信義則違反についてまで推定される、とは言われないであろう。⁽²⁷⁾そして、石川説によれば、手続を適法に進めるためには、担保権の存在についても証明することが要求されることになる。⁽²⁸⁾

(6) また、新谷弁護士⁽²⁹⁾は、民執一八一条一項四号の文書を除いた上での議論であるが、

「手続全体との関係で一八一条一項の文書を債務名義的効力を有するものと位置づけ、元来かかる規定は不要であるが、抵当権の実行のための競売には債務名義を不要とする固定観念が存在し、かつ担保権の実行手続につき法条は債務名義なる表現を用いていないから、法は争いをさけるためにあえて一八四条を新設したものであって、それはむしろ確認的な意味をもつものである、と説明することも不可能ではないと思われる。」

と述べている。

この説は、手続上の失権効の理論の場合に、「一八四条の条文の体裁上、所有者等が救済手続をとりえなかった場合(買受人側の関知しない事情)に適用除外を認めることが適切か」と疑問を述べている。ここでの適用除外を認める場合とは、右の叙述の次のところでは、「文書の目録・写しの送付により、所有者は、通常、手続開始とその原因を知りうるが、具体的事情により不服の申立をなしえなかった場合」という例があげられているから、右の叙述での適用除外例は、「所有者等が不服申立をする機会がなかった場合(たとえば、偽造文書による所有権移転登記後に設定された抵当権に基づく競売手続)」ということになる。この除外例に対して疑問を述べているのであるから、新谷説によれば、右のような場合も民執一八四条の適用除外例にならないことが明らかであろう。

そうすると、強制執行の場合よりも強力な効力が、担保権の実行の場合に認められる。債務名義ではなく、債務名義的効力を有する文書で、「あまりにも強度の擬制」と同じ類の批判をするなら、「〇〇的」といった「あまりにも曖昧な表現」は不適切で意味がよく分からない。

また、既に引用したところにあるように、買受人側の関知しない事情の場合に適用除外を認めることに疑問を述べているところからすると、買受人が事情を知っていれば、民執一八四条の適用除外を認めるようでもあるが、その点

もよく分らない。

もし一切の適用除外例を認めないというのであれば、その根拠は何なのか、残念ながら明らかでない。債務名義的効力というだけでは根拠にならないであろう。さきに触れたように、強制執行の場合でも、債務者の所有物でなかった場合には、買受人への所有権移転は認められないからである。^(29a)

(7) ところで、「国家機関の関与する売却の効果が、手続外の事由で無効とされることは妥当でない」ということを強調していけば、「やはりこれは強制換価制度の属性として滞納処分等でも強制執行でも、担保権の実行でも、やっそここのところで強制換価制度として、足並が揃ってきたという点をとらえ、やはり公けの換価制度の属性という位置付をむしろ与えておいたほうがいい」ということになる。⁽³¹⁾

(8) 浦野・逐条概説〔全訂版〕六三九頁。

(9) 「民事執行セミナー〔第四回〕」ジュリ七二二号（一九八〇年）二五四頁〔中野発言〕（ジュリスト増刊・民事執行セミナー（一九八一年）六八頁）参照。なお、石川明編・民事執行法（一九八一年）三四五頁〔斎藤和夫〕は、「いわば不動産所有者（債務者）の懈怠を理由とする一つの失権的效果である。」という。

(10) この要綱案（第一次試案）第六十七（注）(2)の考え方に対して、山木戸教授は支持を表明されていた（山木戸・ジュリ五〇五号五七頁）。

(11) 資料「強制執行法案要綱案（第一次試案）に対する金融各界の要望意見」手形研究一八八号（一九七二年）六八頁以下参照。

(12) なお、買受人の立場からの規定の仕方の方が、買受人に安心感を持たせることができる、という効果もある、ということができよう。その意味で、民執一八四条は買受人の地位の安定をはかったものである、といわれるのも納得することができる。

(13) 「民事執行セミナー」〔第四回〕「ジュリ七二二号二五四頁」〔中野発言〕（民事執行セミナー六八頁）。

(14) この説に対しては、「手続上の不服申立の懈怠を、実体上の効力が生じる財産の処分授權……とみるのは、……あまりにも強度の擬制といわざるをえない」との疑問が提出（新谷勝「抵当権実行のための競売と債務名義」判タ四七〇号（一九八二年）四三頁）されている。

しかし、この疑問は理由がない、と考える。中野説は、民執一八四条の効果を認めるについて、実体法上はどのように解すべきか、という問題に対する一解釈を示しているにすぎないのである。また、「あまりにも強度の擬制」というが、その根拠がよく分からない。

(15) 「民事執行セミナー」〔第四回〕「ジュリ七二二号二五五頁」〔竹下発言〕（民事執行セミナー六八頁）。

(16) この主張に対しても、「権利外観理論は、元来、実体法上の取引行為に關するものであって、手続上の不作為の場合に適用されるか、という問題に加えて、手続を阻止しないことが、なぜ、実体上の権利の帰属を決する外観（かかる外観は、実体上のものでなければならぬはずである。）を作出することになるのか疑問である。」と言われる（新谷・判タ四七〇号四三頁以下）。

しかし、これは、競売も私法の側面から眺めれば売買であるといわれている点を看過した疑問でもある。

(17) 竹下守夫・民商法雑誌八四巻六号（一九八一年）九四〇頁。なお、竹下・民商七四巻三号四九六頁以下で黙示の追完の法理が述べられていた。

(18) 新堂・判タ四一八号四一頁。その結果、新堂説によると、「たとえ競売申立人が自ら買受人である場合、又は買受人が抵当権のないことを知っているような場合には、上述の利益考量は所有者側の保護に傾くべきであると思われ」、「所有者が知らない間に、偽造文書でその所有名義を第三者に移され、この第三者が設定した抵当権に基づいて競売が行なわれた場合などは、真実の所有者は、執行異議や第三者異議の訴えを提起できる地位にあるが（民執法一九四条）、競売手続中そのような不服申立てをする機会を与えられないのが通常であり、そのような機会がなかった場合は、代金納付後も買受人の所有権取得を争うことができ」、更に、「担保権者が所有者の住所をいつわって開始決定を公示送達したような場合も、現実に異議又は実行阻止の訴えを提起する機会を与えられなかった場合として、所有者は、やはり代金納付後も買受人の所有権取得を争いうる」ことになる。

- (19) 上田徹一郎「担保権実行のための競売の要件と効果——観念的形成と事実的形成を通しての手續保障充足と買受人の地位の安定——」竹下守夫・鈴木正裕編・民事執行法の基本構造(一九八一年)五二六頁以下。この説に対しても、「手續上の不服申立の懈怠を、実体上の効力が生じる……無効行為の追究とみるのは、たとえそれが黙示のものであっても、あまりにも強度の擬制といわざるをえない」との疑問が投げかけられている(新谷・判タ四七〇号四三頁)。なお、前注(14)参照。
- (20) 上田・民事執行法の基本構造五二七頁。
- (21) 中野貞一郎編・民事執行法概説(一九八一年)三三八頁〔吉村徳重〕。
- (22) 竹下「担保権の実行としての不動産競売(一八一条〜一八八条)」時の法令一一二三号(一九八一年)五〇頁。
- (23) ジュリ七七二二号二五四頁〔中野発言〕(民事執行セミナー六八頁)。したがって、立案者と同じ結論である。浦野・逐条概説二八七頁以下(「改訂増補」三八〇頁、「全訂版」六三九頁)、田中・解説三一四頁(「増補改訂版」四三五頁)参照。
- (24) すなわち、竹下旧説(ジュリ七七二二号二五五頁、民事執行セミナー六八頁以下)によると、「債務者側が現実に手續の進行を阻止するチャンスがあったと認められるかどうかとか、買受人の善意、悪意というようなファクターも考えて、所有権取得の効果がある場合には認め、ある場合には否定する」ことも可能になる。
- (25) 石川明「担保権の実行としての不動産競売の効果の安定」金融九七〇号(一九八一年)一〇頁。
- (26) 石川「民事執行法一八四条の公信的效果」判タ四二五号(一九八〇年)三頁。
- (27) しかし、この点は不明である。所有者の失権は例外であるにもかかわらず、すなわち、所有者は原則として失権しないにもかかわらず、失権しないことの証明責任を所有者に負わせているからである。間接反証のことであろうか。それはともかく、石川教授によれば、民執一八四条は、単に確信的に設けられた規定ではないことになる。経験則に反する特則ということになる。
- (28) この点も必ずしも明確ではない。民執一八一条一項各号の文書の提出があれば、担保権の存在が推定されることになるのであろうか。条文自体が示すシレンマでもある。
- (29) 新谷・判タ四七〇号四四頁。
- (29 a) 注解強制執行法(3)二三頁以下〔本井巽〕、四二九頁以下〔石丸〕、四六九頁〔石丸〕参照。
- (30) 法務省民事局参事官室・金融八五九号二〇頁、

三 手続上の瑕疵

さて、二(7)にあるように、「国家機関の関与する売却の効果が、手続外の事由で無効とされることは妥当でない」ということは、手続上の瑕疵を理由とするのであれば売却の効果が無効とされてもよい、ということの意味しているように感じられる。

しかし、果してそうであろうか。競売実務を指導することになる最上級審判例の見解からは、どうなるのかを以下に見よう。

(1) 民執一八四条の効果を認めるについての前提の一つとして、民執一八二条により実体上の瑕疵を理由に執行異議を申し立てることができる制度になっている。

手続上の瑕疵にしろ実体上の瑕疵にしろ、執行異議を申し立てるについては、不動産競売の手続が開始されていることを知っている、ということが前提になる。それは、不動産競売の開始決定がなされたことを知っている、ということの意味しよう。そして、不動産競売において、目的不動産の所有者が最初に手続の開始を知りうる機会は、不動産競売の開始決定の送達によってである。この送達は職権でなされることが保障されている(民執一八八条・四五条二項。なお、民執一八一条四項参照)。

(2) 民執四五条二項を不動産競売に準用する(民執一八八条)に際して、開始決定を送達さるべき「債務者」を「所有者」と読み替えるにしろ、⁽³³⁾「債務者及び所有者」と読み替えるにしろ、⁽³⁴⁾物上保証の場合でも、物上保証人たる所有

者に対する送達は最低限必要である。⁽³⁵⁾

それでは、不動産所有者に対する送達がなされずに競売手続が進められた場合の結果はどうなるのであろうか。この職権送達の瑕疵は手続上の瑕疵である。手続上の瑕疵ということから結論は予想されよう。すなわち、競売法下での最（一小）判昭和四六・二・二五（判例時報六三二号五四頁）が判示しているように、

「競売開始決定を所有者に対して送達されていなかったとしても、いったん競落許可決定が確定すれば、競売の基本たる債権の不存在または抵当権の無効である場合を除き、右競売を無効とすべきではなく、競落人は有効に競落不動産の所有権を取得するものと解すべきであり、その後においては、競売手続の瑕疵を理由として、競落許可決定の無効の主張が許されない旨の原審の判断は、正当として是認することができる。」

ということになる。この結論は、民事執行法の下でも是認されることが予想されるところである。⁽³⁶⁾ 競落許可決定（現下法下では、売却許可決定）も裁判であるから、確定後裁判の無効を当然には主張できない。民執一〇条一〇項によらざるをえない。その面では、右判示は正当である。問題は、前半の判示部分である。少なくとも、前述（一）（二）した石丸総括における③④の理由は不存在である。そして、「国家机关の関与する売却」という観点の強調からすれば、石丸総括②もあやしくなる。しかも、現行法下では、石丸総括①は、担保権の存在を証する文書さえ存すればよい、ということになろう。

(3) ところで、民事執行法案の提案理由の第二のところでは、⁽³⁷⁾ 「目的物が適正な価額で売却されることが、債権者の権利実現のために不可欠なことでありますので、特に権利関係の錯雑しております不動産については、その権利関係を正確には握して執行裁判所が適正な売却価額を定めてこれを売却することができるよう、執行官による不動産の現況調査権限を強化し、評価人の評価の適正を図り、加えて、目的不動産の権利関係を明らかにした物件明細書を

作成し、これを一般の閲覧に供し、適正な価額による買受けの申出を保障することといたしております。」とあり、これは民事執行法で実現されている。

債権者だけでなく、債務者や所有者にとっても利害がある。この点については、「債務者・所有者が競売手続に關して有する利益は、終局的には、(i) 不当執行の排除の利益と(ii) 不当廉売の排除の利益とに集約できる。」⁽³⁸⁾といわれる。(i) について、担保権が存在しておれば、手続上の瑕疵があつても不当執行とはいえないであらう。(ii) についても、不当廉売は、民事執行法の下では制度上考えられないことである。そうすると、右のように集約された債務者・所有者の利益は、競売開始決定の送達がなく、全く不知の間に手続が進行しても、侵害された、とは言えないであらう。それでは、開始決定送達の瑕疵は、買受人が代金納付すれば、いかんともできなくなるのであらうか。もし、できない、というのであれば、それは物上保証の場合を無視した議論と評することができる。

物上保証人が同時に連帯保証人である場合⁽³⁹⁾は除き、単に物上保証人たる地位にあるにすぎない場合を想定して、ここでは議論したい。この場合には、物上保証人が買受人となれる利益が考えられる。物上保証として目的不動産を提供したとしても、買受人の資格があれば、自己の不動産をそのまま所有しうる利益がそれである。民執六八条「債務者は、買受けの申出をすることができない。」を不動産競売に準用する(民執一八八条)については、やはり「債務者」の読み替えの可否の問題が生ずる。⁽⁴⁰⁾もし所有者たる物上保証人に買受け申出の資格があるとすれば、⁽⁴¹⁾債務の弁済が全くなされていない場合には登記簿上の債務額全額を支払わないと抵当権を消すことができないにもかかわらず、不動産競売の買受人としてなら、債務額全額を支払う必要なしに抵当権の負担を消滅させることができる可能性のある場合⁽⁴²⁾もあらう。その場合には、抵当権が有効だとしても、競売手続をやり直す必要性を認めることができるのではな

ろうか。そして、抵当権の負担解消のことを考えると、物上保証の場合、債務者は物上保証人に対する責任もあるが故に、債務者にも買受人の資格を認めてもおかしくないとも言えよう。

抵当権が実体上有効かどうか判例集の上からは明確でないが、⁽⁴³⁾大判明治三七・二・二二(民録一〇輯五卷一八七頁)は、

「依テ審案スルニ何人ト雖モ法律ノ規定若クハ自己ノ意思ニ依ルノ外所有権ヲ他ニ移転セラル、コト無キヲ以テ原則ト為ス是故ニ上告人ノ所有名義ナル本件ノ不動産ニシテ法律ノ規定若クハ上告人ノ意思ニ依リテ之ヲ被上告人ニ移転セシメタルコトナキニ於テハ縦令ヒ被上告人カ裁判所ノ競落許可決定ニ依リテ本件ノ不動産ヲ取得シタリトスルモ上告人ヲシテ之ニ干与セシメサル以上其取得ハ現在所有者タル上告人ニ対シテ効力ヲ生セサルヤ勿論ナリ今夫被上告人ノ本件不動産ノ取得即チ其手続カ適法ナルヤ否ニ関スル上告人ノ主張ハ本件ノ不動産カ競売セラル、ニ当リ第三取得者タル上告人所有ノ不動産トシテ手続ヲ尽サレタルコトナク終始前所有者タリシ川井民ノ所有ト看做サレタリシカ故ニ其競落許可決定ハ其所有者タル上告人ニ対シテハ効力ナク從ヒテ上告人所有ノ係争不動産ハ未タ競落ニ遭遇セサル情態ニ在リト論争セリ其事ハ原院ノ法廷調査及ヒ其証拠申請ノ趣旨ニ徴シテ明瞭ナリ而シテ本件ノ競売ハ抵当権ノ実行ニ基キ競売法ニ依リタルモノナルカ故ニ同法規定ノ外尚同法ニ援用シアル民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ上告人ニ其事由ヲ告知シ同人ヲシテ之ニ干与セシムルコトノ手続ヲ遂行セサル可カラス而シテ是等ノ告知又ハ手続ヲ履践シタル事跡ノ徴スヘキモノ無シ去レハ上告人所論ノ如ク若シ本件ノ不動産カ競売手続開始ノ際ヨリ競落許可決定ニ至ル迄第三取得者タル上告人ノ所有トセス其所有者トシテハ只前所有者ノ氏名ヲ掲ケアリシニ止リ上告人ヲシテ之ニ干与セシメサランニハ其裁判ハ第三取得者タル上告人ノ為メニハ適法ト云フヲ得ス然ルニ原院ハ単ニ明治三十三年東京区裁判所(チ)第八四四号記録ニ依レハ適法ナル言渡アリタルコト明瞭ナリトノミ説示シ上告人モ亦右ノ言渡ニ服従セサル可カラサル旨ノ理由ヲ開示セサルカ故ニ被上告人ノ本件不動産ノ取得カ適法ナル手続ニ從ヒタルモノナルヤ否ヤヲ知ルニ由ナク原判決ハ結局裁判ニ理由ヲ欠キタルモノニシテ上告理由アリ而シテ原判決ハ此点ニ於テ破毀スル」

と判示しているのである。この判例は、前記最判昭和四六・二・二五の上告理由でも引用されているが、判決理由ではそれに対して全く触れられていないのである。

(4) 売却許可決定(民執一八八条・七四条一項)が確定した場合には、民訴四二九条が準用されて(民執一〇条一〇

項)、準再審の救済手段が認められている(なお、民執七四条三項参照)

所有者への開始決定送達を欠き、全く競売手続の進行を所有者が知らなかった場合は、民訴四二〇条一項のどの再審事由に該当するのであろうか。考えられるのは、民訴四二〇条一項三号の事由位であろう。もちろん、債権者が策を弄すれば、民訴四二〇条一項五号が考えられようが。

たとえ再審事由が認められたとしても、判例の立場からすると、抵当権が有効でさえあれば、民訴四二八条により、やはり所有者の再審申立は却下されてしまうことになり、何ら救済にはならない。この申立にかかった費用さえ自己負担となる(民執二〇条、民訴九〇条・九一条参照)。

(5) 実体上の瑕疵がないとしても、所有者への開始決定送達の瑕疵を手続上の瑕疵として処理してしまうと、ここに更に重大な疑問が生じてくるのである。それは、差押の効力の問題である。

差押の効力は、不動産競売の開始決定が所有者に送達された時に生ずるのが原則である(民執一八八条・四六条一項本文)。

競売法下では、常に所有者への送達によって差押の効力が生ずるといふ説が有力であった。⁽⁴⁶⁾そして、「最高裁判例によって、任意競売においても競売開始決定の所有者に対する送達を要すること、差押の効力はその送達によってのみ生ずる旨を明言されることを望みたい。」⁽⁴⁷⁾という声さえあったのである。

ところが、判例は、前記(注(32)参照)の大決大正一三・七・一七のように判示するものもあるにはあるが、競売申立の登記(現行法では差押の登記)又は所有者に対する送達のいずれか早い時に差押の効力が生ずる、というのが主流であった。⁽⁴⁸⁾そして、競売実務では、競売申立の登記前に送達すると所有者が目的不動産を処分してしまうおそれ

があるとして、右登記完了後に送達をしていたようである。⁽⁴⁹⁾

まさに、右判例・実務の取扱いは是認したが、民執四六条一項但書なのである。しかし、条文を素直に読み、また常に所有者へは開始決定が職権送達される、ということを思い合わせるならば、送達を前提に差押の登記（これは本来差押の對抗要件である）の時から差押の効力を発生させるのである。差押の登記を欠いても差押の効力発生に影響はないが、送達を欠いたままでは登記があっても差押の効力は発生しないと解するのが穏当であろう。送達があつて始めて、差押の登記の時に遡つて差押の効力が生ずるのである。⁽⁵⁰⁾ そうすると、所有者への送達がないままの競売手続は、⁽⁵¹⁾ 差押の効力の生じていない目的不動産を国家機関が処分することになる。

(32) この点、競売法の下では明文規定はなかったが、大決大正一三・七・一七法律新聞二二九〇号一二頁は、

「按スルニ競売法ニ依ル競売事件ニ付テハ其ノ性質ノ許ス限り民事訴訟法の規定ヲ準用スヘキモノナレハ民事訴訟法第六百四十四条第三項ノ規定モ亦競売事件ニ準用スヘキモノトス從テ競売法ニ依ル競売手続開始決定モ亦債務者ニ送達スルニ依リテ差押ノ効力ヲ生シ競売ノ実施ハ其ノ差押ノ効力ヲ生シタル後ニ於テノミ之ヲ為シ得ヘキモノトス然ルニ本件記録ニ依レハ競売手続開始決定ヲ債務者ニ送達シタル事跡ノ見ルヘキモノナキニ拘ラス原裁判所カ該決定ノ送達ナキコトノ疎明ナキヲ理由トシテ其抗告ヲ棄却シタルハ重要ナル訴訟手続ニ違背シタルモノニシテ独立ノ抗告理由アリ」

と判示しており、この判例は、最（三小）決昭和五五・六・一九判タ四二四号八〇頁（竹下・民商八四卷六号九三二頁以下、住吉博・判タ四三九号（一九八一年）二六九頁以下）によつても引用されている。そして、実務でも職権で送達されていた（債権・不動産執行の実務二一八頁）。

(33) 園尾隆司「民事執行規則の解説」手研二九四号（一九八〇年）八頁（注3）及び（注5）、新堂Ⅱ竹下編・民事執行法を学ぶ（一九八一年）二八四頁〔生熊長幸〕。

(34) 田中・解説三〇七頁（増補改訂版）四〇八頁）、最高裁判所事務総局編・条解民事執行規則（一九八〇年）一五頁、竹田稔・民事執行の実務Ⅰ（一九八〇年）三六頁及び四九頁、座談会民事執行の実務（一九八一年）二九九頁〔松田延雄〕、石不動産競売における買受人保護の限界

川編・民事執行法三三三頁〔齋藤〕。

- (35) 競売法の下では、物上保証の場合でも、画一的処理のために、所有者に対しては当然のことながら、債務者にも債権者にも送達の方法によって開始決定が告知されていた(債権・不動産執行の実務二一八頁)。
- (36) 田中・解説三一五頁(「増補改訂版」四三六頁)では、本文の判例が引用されている。
- (37) 「民事執行法案提案理由説明書」金融八五九号六七頁以下、浦野・NBL一六八号六頁以下。
- (38) 竹下・民商八四卷六号九三四頁。
- (39) 物上保証人が連帯保証人である場合については、民事執行の実務三〇一頁以下の議論参照。
- (40) 園尾・手研二九四号八頁は「債務者又は所有者」と読み替えることを主張し、竹田・民事執行の実務I一〇頁は「債務者」のまま読み替えない。
- (41) 田中・解説〔増補改訂版〕四二八頁は、「債務者以外の第三者が自己所有の不動産を担保権の目的としていた場合には、それらの担保に基づく競売が行われたときは、所有者が当該差押不動産を買い受けることを制限する理由はありません。債務者でない所有者が買い受けることができることは、民法三九〇条からも類推されることです。」と述べる。
- (42) 最低売却価額が債務額より低い場合に考えられる。最低売却価額が債務額を超えているとすれば、所有者は、買受人になる必要なく、債務相当額を弁済すればよい。
- (43) 大判明治四三・四・八民録一六輯八卷三〇六頁は、本文の大判明治三七・二・二二について、「抵当権ノ実体上有効ナラサル場合ニ関スルモノナルヲ以テ」と述べている。
- (44) 所有者が担保権の不在の証明責任を負うことになる。なお、ジュリ七二二号二四八頁(民事執行セミナー六一頁以下)の議論参照。
- (45) 民訴九八条一項で、送達をしなかった裁判所書記官に対して費用償還を請求することが考えられなくはないが、担保権が有効であれば、国家賠償もいずれも駄目であろう。
- (46)(47) 山木戸・抵当権の実行下二八〇頁。
- (48) 前述(2)した最判昭和四六・二・二五は、両者がなされることを前提にいずれか早い時でなく、どちらかが実施されさえすれば差押の効力が生ずることを前提にしているのであろうか。

(49) 債権・不動産執行の実務二一七頁。

(50) 竹下・民商八四卷九三五頁も同旨である。

(51) 宮脇幸彦・強制執行法(各論)二七六頁は、「競売開始決定の債務者への送達前に強制競売手続の進行が許されないのは当然」という。

四 あとがき

前述(二)したように、学説の側では、買受人の善意・悪意をも民執一八四条について考慮に入れる方向が強い⁽⁵²⁾にもかかわらず、立案者は、民事執行「法一八四条の立法の趣旨」というのは、自分が異議等を主張して競売手続を取り消すことができるにもかかわらず、それをしなかったことによる、手続の安定を害するという意味では、そのような手続上の失権効を買受人に与えているのであって、その結果、買受人に不動産取得の効果を与えられたわけで、買受人の善悪というディメンションの問題ではないというように考えている」との説明を変えていない。

右の立法趣旨の説明には、「手続の安定」という表現が見られるが、所有者側の事情のみを考慮すれば、所有者への開始決定送達がなくとも、たまたま競売手段の進行を知った場合でさえ民執一八四条の効果が認められることになる。

そして、国家機関の行なう手続だから、という理由で民執一八四条の効果を認める考え方を採れば、民事執行法の立案者でさえ認めている適用除外例——所有権移転が偽造で、それに基づいて抵当権設定された場合——においても、民執一八四条の効果が認められる、という結論に至る可能性を秘めている、といえよう。国家機関が行なうということを理由づける根拠は、差押の効力が生じている、ということになる。しかし、それさえも、前述(三)(2)し

た最判昭和四六・二・二五のような考え方が出ているから、無視してよいようなところまで行ってしまいそうである。

立案者によれば、手続上の問題でのみ処理しようというのである。さすれば、登記の公信力の問題も手続上の観点からは公信力ありという結論につながりそうである。

私としては、民執一八四条の適用について、買受人側の事情も考慮に入れるべきであると思うのであるが、残念ながら、今のところ煮つまっていない。本稿を閉じるにあたって、最判昭和四六・二・二五の判旨が一人歩きしないよう注意を促しておきたい。

(52) 福永・法セ三〇四号六七頁は、「法文上買受人の善意を要件としないから、彼が悪意のときでも、一八四条の効果が生じると解すべきであろう。」と主張する。なお、それに続けて、「強制執行としての不動産の強制競売の場合については、民事執行法においてもなんらの規定がないが、債務名義が無効であったため、それにもとづく競売も無効であると解される場合に、民執法一八四条の類推適用が問題となる。」とある。この問題については、三代英昭「無効の債務名義にもとづく強制執行と競売の効果」判タ一五一号（一九六四年）三五頁以下（近藤完爾Ⅱ浅沼武編集・民事法の諸問題第Ⅱ巻（一九六六年）三七六頁以下）。

(53) 座談会「新民事執行法と債権回収実務(4)抵当権の実行(その4)」NBL二二二号（一九八〇年）三二頁〔浦野発言〕。