

〔下 級 審 民 訴 事 例 研 究 38〕

38

一 担保権実行としての不動産競売の売却決定について、担保権の不存在は、売却の不許可事由となるか（消極）

二 競売開始後所有者が死亡し、相続が開始していたが、執行裁判所が死亡の事実を知らなかったため、売却実施期日、売却決定期日等の通知を被相続人宛に行い、相続人の一人が受領していた場合につき、他の相続人からの期日の通知がなかったことを理由とする売却許可決定に対する執行抗告が認められなかった事例

三 民事執行法六三条違反を看過してなされた売却許可決定に対する所有者の執行抗告は許されるか（消極）⁽²⁾

東京高裁平成七年一月二三日決定（平成六年（ケ）一三〇二号売却許可決定に対する執行抗告事件、判例時報一五四五号五五頁）

〔事実〕

A所有の建物には、Bを債務者とするCの債権を担保するための根抵当権が設定されており、平成四年八月三十一日に、この根抵当権を実行する手続としての競売開始決定が

なされ、同年九月八日に、その正本がA本人に郵便配達人から交付する方法で送達された。ところが、平成五年四月二日には、Aが死亡し、Bを含めた複数の相続人が本件建物を相続した。執行裁判所はこの事実を知らないままに、

平成五年九月一七日に本件建物についての売却実施命令をし、これを平成六年四月一九日に取消した後、同年七月四日に売却実施命令をした。いずれの売却実施命令についても、これに基づく入札期日（入札期間と開札期日）及び売却決定期日の各通知は、A死亡後のAの住所地にAを名宛人として郵送され、相続人の一人であるBが受領した。Bの兄であるXも相続人の一人であるが、本件競売事件の進行を知らず、売却決定期日の前日である平成六年一〇月一二日になってBから聞いてこれを知り、売却決定期日に出頭してAの死亡を理由に売却不許可決定をすべきことを陳述した。このXの陳述の時点で執行裁判所にA死亡の事実が判明したが、執行裁判所は売却許可決定をした。Xは根拠権不存在を理由として競売開始決定に対する異議も申立てる一方、本件売却許可決定の取消、D有限会社に対する売却不許可の裁判を求めて、執行抗告をした。この執行抗告事件が本件である。Xはその理由として、①本件根拠権は、BがAに無断で設定したもので、存在しない、②A死亡後、相続人に対する入札期日及び売却決定期日の通知がなされなかった③売却決定期日に所有者死亡の事実と売却不許可を求める旨の陳述したのに売却許可決定がなされた④無剰余であるのに民事執行法六三条の手続がなさ

れていない、と主張した。

〔判旨〕

抗告棄却

一 「抗告の理由①（根拠権の不存在）について……民事執行法七四条二項は、七一条一号の『競売手続の開始又は続行をすべきでないこと』を売却許可決定の執行抗告事由としており、これらの規定は担保権実行としての不動産競売に準用されている（二八八条）。しかし、民事執行法一〇条が法に定めがあるときに限り執行抗告を許して民事執行手続の迅速な進行を図っていること、民事執行法の定める他の売却許可決定に対する執行抗告の事由はいずれも手続上の瑕疵を理由とするものであること、債務名義に基づく強制競売と担保権の実行としての不動産競売とでは、その基本的構造が異なるものであることを前提として、担保権の実行としての不動産競売については、担保権の存在を争うことができるよう、開始決定に対する執行異議の申立てにおいて担保権の不存在又は消滅を理由とすることができる旨明文の定めが設けられていること（一八二条）を考慮すれば、担保権の実行としての不動産競売における売却許可決定に対する執行抗告においては、担保権の不存在又は消滅は、右七一条一号に定める事由に該当しないと解

するのが相当であり、抗告の理由①は採用することができない。」

二「抗告の理由②、③（抗告人への期日通知の欠缺及び意見陳述）について……民事執行法四十一条は執行開始後に債務者が死亡したときでも強制執行を続行することができる旨を定めており、これは民事執行手続の迅速な処理を図る趣旨に出るものとして」同法二〇条の「特に定める場合」に当たると解され、これが同法一九四条により担保権実行の場合に準用されていることからすれば、担保権実行の手続中に所有者（又は債務者。以下同じ。）が死亡したときでも手続は中断することなくそのまま進行されるべきものと解される。もともと、所有者が死亡したときにも相続人（相続人がないか存否不明のときは相続財産法人。以下同じ。）が当事者の地位を承継していることは明らかであるから、債権者又は所有者の相続人の申出によって執行裁判所に所有者の死亡の事実及び相続人が判明した場合には、速やかに相続人に手続を承継させ、その相続人を所有者として扱い、以後の競売手続に関与する機会を与えることが望ましい。ただ、執行裁判所は当然に所有者の死亡を知り得る立場にはないから、執行裁判所が所有者の死亡の事実を知った後にも、相続人に手続に関与する機会を与え

ないで進行させた場合に、その手続が違法となるか、違法の程度が重大かは、個々の手続の性格と相続人が手続の進行を知っていた程度等事案の実情により、所有者保護の要請と手続の安定ないしは競買申出人（又は入札者）の保護の要請とを比較考慮して判断すべきである。……売却決定手続は、これにより所有者が不動産の所有権を失うこととなる重要な手続であるが、他方、既に保証金を提供して買受を申し出た者（そのうちの一人は最高価競買申出人（入札者）として不動産を取得する期待をもっている。）が生じた後の手続であるから、両者の権利の調整が要請される。……本件においても既に入札者が定まっており、同人の地位の尊重も求められるうえ、本件において売却決定期日の通知等は被相続人宛になされ、相続人の一人が受領しており、通常の相続人間の交際があれば、抗告人ももっと早く右期日を知ることとも可能であったと考えられるし、さらに、抗告人は本件売却決定期日までに手続に関与するようになり、競売開始決定に対して異議を申立てているのであるから、手続に関与できなかった不利益は大きいものとは見られない。これらの点、ことに執行裁判所は……抗告人の申出によって売却決定期日の直前になつてはじめて」A死亡の「事実を知ったのであって、それ以前は同人宛に期日を

通知してきたこと等を考慮すれば、原裁判所が「A「死亡後もその相続人に入札期日及び売却決定期日の通知をせずに売却手続を進めたことが違法であったとすることはできず、少なくとも手続の進行に重大な誤りがあった」とはできない。……抗告人が本件売却決定期日に出頭して「A「死亡と不許可決定をするよう陳述した……事実があったからといって、本件売却許可決定の手続に違法があるとか重大な誤りがあるとはいえないことは、既に判断したとおりである」。

三 「抗告理由④（無剰余）」について……本件事件においては、最低売却価額で手続費用及び差押債権者の債権に優先する債権を弁済して剰余を生ずる見込がないにもかかわらず、民事執行法六三条の手続がなされていないことが明らかである。しかし、民事執行法六三条の手続は、差押債権者に対する配当がない無益な執行を避け、あるいは優先債権者がその意に反した時期に担保権の実行を強制されることを避けるための手続であり、もともと所有者を保護するための手続ではなく、無剰余取消により結果的に所有者が所有権を失うことなく、これは反射的利益に過ぎない。したがって、同条の手続がなされず、また優先権者からの執行異議の申出もないまま売却手続が実施

されて売却許可決定期日に至った場合には売却許可決定がなされても、これによって特に所有者の権利が害されるということとはできず、抗告人は同条違反を理由に執行抗告することは許されない」。

〔評釈〕

判示事項第一点については判旨に疑問がある。第二点及び第三点については判旨に賛成する。

一 判示事項第一点は、担保権の不存在を理由とする売却許可決定に対する執行抗告の許否についてである。担保権実行の手続内で担保権の不存在を理由として不服を申立てる方法としては、民執法一八二条により、競売開始決定に対する執行異議が認められている。ここでの問題は、このいわゆる実体異議とは別に、売却許可決定に対する執行抗告の方法で、担保権の不存在を主張できるか、である。条文の解釈としていえば、担保権の不存在は、民執法七一条一の「競売手続の開始又は続行をすべきでないこと」（七、四、二、一八八条）にあたるか、となる。この問題は、議論の多いところ⁽³⁾で、判例も分かれているが、近時は学説でも判例でも消極説が有力であり、本決定もこの傾向に追随するものである。

二 積極説と消極説の論拠は多様であるが、主な論拠は次

のように整理できよう。⁽⁷⁾

まず、積極説は理論的な論拠として、担保権実行手続の根拠を問題にする。すなわち積極説によれば、担保権実行手続は、担保権に内在する換価機能に基づいて行われる。故に、担保権の不存在・消滅により換価機能が存しないことは、売却不許可事由となるという。⁽⁸⁾

これに対して、消極説は、民教法が担保権実行手続につき債務名義は要求しないけれども、旧法と異なり、競売開始の要件として一八一条一項所定の文書の提出を要求している点を重視し、次のように反論する。担保権実行の根拠が終局的には担保権の換価機能であることまで否定するわけではないにしても、この法定文書が有効に存在してさえいれば、法定の手段により担保権の不存在が公権的に確定されない限り、担保権実行手続の実施は許されるので、担保権の不存在自体は、売却不許可事由とならない、と。⁽⁹⁾のみならず、消極説は、積極説の見解に従うと、売却許可決定以外の担保競売における執行処分についても、担保権不存在を理由とする執行異議・執行抗告を許さないと理論上一貫せず、その結果、担保権不存在を理由とする執行異議・執行抗告が主張できる場合が際限なく広げられてしまうおそれもあると指摘する。⁽¹⁰⁾

また積極説の実践的な論拠として、手続経済及び債務者、所有者の救済という点を挙げることができよう。⁽¹¹⁾すなわち、担保権の存否が簡単に認定できる場合にも執行抗告を斥けて改めて執行異議を申立てさせるのは、迂遠であり、救済の途を封じることになりかねないということである。⁽¹²⁾これに対して、消極説は、積極説によれば執行抗告の濫用による遅延を招き、それにより買受人の利益を害するとする。⁽¹³⁾また、消極説は、誤って執行抗告を提起してきた場合は、執行裁判所ないし抗告裁判所の教示により容易に救済できるという。⁽¹⁴⁾が、この点については、教示は義務でない以上、救済に不公平が生じるとの指摘もある。⁽¹⁵⁾

更に積極説の論拠としては、抗告審の裁判を受ける機会を保障すべし、ということもある。⁽¹⁶⁾これに対して、消極説は、抗告審が任意的口頭弁論を開くことが考えられない現状では、抗告裁判所が執行裁判所よりも適切な審判をなし得る保障はなく、債務者としても異議手続より慎重な審理を望むならば担保権不存在確認の訴えを提起すべしという。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

さて、消極説の主たる論拠についてみると、まず、民教法の立法趣旨である手続の迅速の要請を挙げることができ⁽²⁰⁾る。即ち、民教法は、手続を迅速にするために、執行抗告

につき、手続上の事由の場合で且つ特別な定めがある場合に限定しており（二〇条一項⁽²²⁾）、またそう解しても、民執行法は、担保権の不存在・消滅について競売開始決定に対する執行異議（一八二条。ないしは担保権不存在確認の訴え、一八三条一項一号参照）で争えるようにしているため、債務者の権利の保護に欠けることはない、という⁽²³⁾。本決定の理由付けもまさにこれである。なお、民執行法の迅速な手続の要請は、旧法下における不服申立て、とくに売却許可決定に相当する競落許可決定に対する即時抗告の、濫用による手続遅延の反省にたったものであることは、周知のとおりである⁽²⁴⁾。

更に、これに関連する消極説の重要な論拠として、買受人の利益の保護の問題がある。すなわち、担保権不存在を理由に売却許可決定に対する執行抗告を認めると、前述のように手続が遅延する。具体的には、売却許可決定の確定・代金納付の時期が遅れ、それだけ買受人の所有権取得も遅れて買受人の利益を害することになるという⁽²⁵⁾。しかし、これに対して、買受人の利益の保護は、売却許可決定後の担保権不存在を理由とする執行異議や弁済も否定しないと理論的に一貫せず、執行異議の申立時期を制限しない通説の立場を前提とすれば、積極説からは、執行異議ならば許

されるのに執行抗告ならばなぜ許されないかの反論があり得るとの指摘がある⁽²⁶⁾。

以上が、積極説と消極説の主たる論拠と思われるが、更に、折衷的な見解として、次の諸説がみられる。

まず、消極説を前提にしながらも、実務的な配慮から、執行抗告による処理を例外的に認めてもよいとするものがある⁽²⁷⁾。実務的配慮の中身としては、積極説の実際的な論拠である債務者らの救済ないし手続経済が考えられているようである⁽²⁸⁾。

次に、担保権不存在を理由とする執行異議が申立てられしたが排斥されていた場合で、執行異議において提出された事実主張及び証拠によれば担保権の不存在が認められて競売開始決定を取消すべきであった場合は、手続を続行すべきでない事由に当たるとする説がある⁽²⁹⁾。この説は、とくに抗告審の裁判を保障しようとする積極説の論拠を重視したものといえる⁽³⁰⁾。

更に、この問題に関連する裁判例として、平成元年一月五日の東京高裁決定に注目しておきたい。同決定は、消極説を前提とするものであるが、ここでとくに注目したいのは、同決定が、担保権不存在を理由とする執行異議及びそれに伴う執行停止が申立てられていたにもかかわらず、

これに対する執行裁判所の判断がなされていない状態にある場合は、手続を続行すべきでない事由に当たるとして、執行抗告を容れた点である。理由としては、そうせねば、担保権不存在を理由とする「執行異議の申立権は有名無実にする」ことが強調されている。この部分は、直接的には、担保権不存在を理由とする執行抗告の可否の問題を扱ったものではないが、実質的にみるならば、右の問題に関し、前述の折衷説の第一説と同様、消極説を前提にしながらも積極説の意図する債務者らの救済の要請を考慮にいれ、更に、救済の範囲を、執行異議の申立権の保障の範囲とする考え方に立つもの、と捉えることもできよう。⁽³²⁾

三 さて、いずれの立場が妥当であろうか。まず、積極説による担保権の換価権を根拠とする論理及び抗告審を保障しようとする考え方については、前述のような消極説からの批判が正当と思われる。また、消極説は、とくに手続の迅速の要請ひいては買受人の利益保護を優先する民執行法の立法趣旨に忠実であるし、更に民執行法の立場は、旧法下の実務上の問題点を踏まえて経験的に生み出されたものであることからしても、積極説よりも消極説の方がより説得力があるように思われる。故に、基本的には、消極説を支持する。

ところで、民執行法は、担保権実行手続を、担保権の存在を公証する債務名義なくして開始できるとする一方、代金納付後は担保権の不存在を理由として買受人の所有権取得を覆せない（一八四条）構造を採用した。そのため、債務者・所有者が担保権の不存在を争う途をとくに保障する必要がある、そこから、担保権の不存在を理由とする執行異議（一八二条）が設けられたと考えられる。⁽³³⁾この点に鑑みると、消極説を採るにしても、積極説の論拠のうち、債務者らの救済の要請、少なくとも担保権の不存在を理由とする執行異議の申立権の保障については、なお考慮する余地があるように思う。そこで、消極説を前提にしながらも例外的に執行抗告を認める前記折衷説の第一説は、債務者らの救済に配慮するものとして、傾聴に値する。しかし、この説は、救済の範囲が具体的に示されていないことから、そのままでは、消極説のいうような執行抗告の濫用の問題が生じやすいと思われるため、俄かには支持し難い。

一方、同じく消極説を前提にしながら、担保権不存在を理由とする執行異議及び執行停止の申立てに対する執行裁判所の判断がなされていない場合に、担保権不存在を直接の理由とするものでないにしても、執行抗告を認める前掲平成元年一〇月五日の東京高裁決定の立場は、前述のよう

に、実質的にみると、担保権の存否を争わんとして執行抗告を申立てた債務者らの救済を、執行異議の申立権の保障の枠内で、図ろうとするものと捉えることもできる。そうすると、同決定の立場については、担保権の不存在を理由とする執行異議を設けた民執行法の趣旨にも即しているし、救済範囲が具体的に明らかであることから、賛成できる。

尤も、右の平成元年の東京高裁決定の事案は、執行異議と共に執行停止が申立てられていたというものであるため、執行停止の申立てではなく執行異議のみの場合についても、同様に解する立場かは明らかではない。けれども、同決定は理由として、執行異議の申立権の実質的保障を挙げるから、執行異議のみの場合も、執行停止の申立てがある場合と同様に解する立場とみる余地はある。また、そもそも執行停止は職権によるのであり（一一条二項・一二条六項）、執行停止の申立ては職権の発動を促すにすぎず、申立権は認められていないから、これを保障する必要はない筈である。この点からも、執行異議の申立てのみにとどまる場合と、執行停止の申立てを伴う場合と区別する必要はないと思う。⁽³⁴⁾従って、担保権不存在を理由とする執行異議の申立てに対する執行裁判所の応答がない状態を、手続を続行すべきでない事由に当たると解してよいであろう。他方、同

決定の立場によると、売却決定期日直前に執行異議を提起して手続を遷延することが可能になる。⁽³⁵⁾しかし、濫用的な異議は直ちに排斥すればよく、他方、理由のあるようにみえるものであれば、審理に時間がかかって買受人の利益を害するとしても、前述のような担保権不存在を理由とする執行異議の制度趣旨に鑑みれば、やむを得ないのではないか。

四 さて、本決定は、前述のように、近時の大勢たる消極説の立場を踏襲するもので、とくに目新しい点はないようにみえる。ただ、本件では、執行異議の申立てがされていることに注目しておきたい。この執行異議の申立てに関する事情は明らかでないが、仮に売却許可決定前に執行異議の申立てがあり、これに対する応答がないままに売却許可決定がなされているとすれば、本決定を、前掲平成元年一月五日の東京高裁決定の立場を否定するとみる余地もないわけではないであろう。こうした見方に対しては、執行異議の申立てに対する応答がないことにつき、抗告人の主張がなかったために判断がされなかったにすぎないとの反論もあり得ようが、職権による判断をすることもできたのである⁽³⁶⁾から、右のような仮定を前提とする限りは、なお二つの決定を対立するものとみる余地はないわけではないように思

う。このようにみた場合には、私見は前掲平成元年の東京高裁決定の立場を支持することから、同決定と異なる限りで、本決定の立場は支持できない。すなわち、仮に売却許可決定前に執行異議が申立てられ応答ないままに売却許可決定がなされたとすれば、職権により、手続の続行をすべきでない場合に当たると判断し、執行抗告を容れて、売却許可決定を取消すべきであったと思う。一方、本件の執行異議が売却許可決定後に申立てられたものとすれば、消極説の立場から、本決定の立場に賛成する。

なお、このように執行異議の申立てが売却許可決定の前か後かにより結論を異にするのは、執行異議の申立権の保障の見地からすると、おかしいとの批判もあり得るかもしれない。けれども、民執法は、いわゆる執行停止書面（民執三八条七号の文書並びに同一八三条六号及び七号の文書）につき、売却決定期日終了までに提出された場合は債務者保護を優先して手続を停止する（民執七二条一項・一八八条）のに対し、売却決定期日後に提出された場合は買受申出人保護を優先して手続の停止を認めない（民執七二条二項・一八八条）こととして、債務者保護と買受申出人保護の調整を図る見地より、売却決定期日の前後でその取扱を異ならしめる立場を採る。⁽³⁷⁾このことに照らしても、執

行異議の申立権の保障につき、申立てが売却許可決定の前か後かにより取扱を異にするのは、民執法の趣旨に反しないように思われる。

五 判示事項第二点について。これは抗告理由第二点及び第三点に対するもので、いずれも開始決定後に所有者が死亡した場合の相続人の手続関与に関する。抗告理由第二点は、開始決定後に所有者が死亡した場合に、所有者の相続人である抗告人に対し、入札期間・開札期日・売却決定期日（以下、入札期日等という）の通知がなかったことは、民執規一七三条一項（同四九条・同三七条一号）に違反し、売却不許可事由である「売却の手続に重大な誤りがあること」（民執七一一条七号・七四二条二項・一八八条）に該当するといふものである。抗告理由の第三点は、抗告人が売却許可決定期日に所有者の死亡に関する事情と不許可決定を求める陳述をした（民執七〇条・同一八八条）にもかかわらず、執行裁判所が売却許可決定をしたことが「売却許可決定の手続に重大な誤りがあること」（民執七四二条二項・一八八条）に該当するといふものである。

本決定は、いずれの抗告理由も排斥した。理由として、執行裁判所は当然に所有者の死亡を知り得る立場にないことを強調したうえで、所有者の死亡を知った後にも、相続

人に手続関与の機会を与えないで進めた手続が、違法か、違法が重大かは、手続の性格と事案の実情により、所有者保護の要請と手続の安定ないし入札者の保護の要請とを、比較衡量して決するとした。そして考慮する点として、売却決定手続は所有者と入札者の権利の調整が要請されること、入札期日等の通知は被相続人宛になされていたこと、原告人以外の相続人が入札期日等の通知を事実上受領していること、原告人は売却許可決定期日において陳述をしてること、原告人は開始決定に対する執行異議を申立てたこと、執行裁判所は所有者の死亡を知らなかったことを挙げている。

本決定はとくに抗告理由第二点の問題に比重を置いているようであり、本稿でも、この問題を中心に見ることしたい。すなわち、開始決定後に所有者又は債務者が死亡した場合の、相続人に対する入札期日等の通知の欠缺は、売却許可決定に対する執行抗告理由となるかである。

六 この問題に関する、民事執行法下の判例は見当たらない。その意味で、本決定は最初の先例としての意義を有するといえよう。

尤も、旧法下の判例には、この問題に関するものが存在する。⁽³⁹⁾一つは、東京高決昭和三十一年七月一三日である。⁽⁴⁰⁾同

決定は、強制執行の開始後に債務者が死亡した場合、民訴旧五五二条（民執四一条に相当）により手続は続行できるとし、任意競売にも同条の準用を肯定した上で、その場合債務者の相続人は債務者の地位を当然に承継するため、債権者は爾後相続人を債務者として手続を続行すべきであるから、競売期日の通知も相続人に対してなすべきであるとし、死者に対してなされていても、相続人に対してなされていなければ、競売手続を続行すべきではないとした。こうして、同決定は、本決定とは異なり、相続人に対する競売期日の通知の欠缺を理由に、競落許可決定を取消した。

一方、東京高決昭和三十四年一月一八日⁽⁴¹⁾は、任意競売の開始決定後の所有者死亡の場合において、原告人は、代位による相続登記がなされず、相続人に対する通知がなされずに、手続を続行したのは違法と主張したのに対し、相続人が手続に参加するには相続人においてその権利を証明することを要するから、競売申立人の代位による登記は不要であり、のみならず、相続人がその権利を証明する手続をとらないならば、相続人に対する期日の通知がなされないことは当然で、違法ではないとする。同決定がいう、相続人がその権利を証明する手続とは、具体的には相続登記を指すようであるが、相続登記以外の手続を必ずしも排除する

趣旨ではないように思う。

一方、民執法下の学説では従来、この問題を論じることが殆どなかったようである。民執四一条の解釈に関して、強制執行の開始後に債務者が死亡した場合は、相続人を債務者として手続を続行すべきことが言及され、前掲東京高決昭和三十一年七月一三日が引用されるにとどまっていた。⁽⁴³⁾

しかし、本決定の評釈において、石渡教授が、この問題を採り上げ、更に今後の研究の必要性を指摘されておられることが注目される。同教授は、死者を当事者としたままに進められた手続は本来違法で、相続人全員が事実上通知の内容を適切な時期に了解し得る状況にあるならば瑕疵は治癒するが、本件では抗告人はそのような状況になかったとして、本決定に反対の立場を採られる。また、同教授は、こう解すると、買受人の利益を害する虞があるにしても、債務者・所有者が自然人の場合は死亡はあり得べきことであるから、買受人に事前に調査してしかるべき措置を採ることを期待しても酷ではないとされる。⁽⁴⁵⁾

旧法下の学説でも、この問題に関してはあまり議論されていないようで、一般的には、強制執行に関し、通知等の債務者の関与を必要とする行為は、相続人に対して又は相続人によってなされるべきことを説くものがある程度であ

るが、次のような見解もあることが注目される。すなわち、一方で、山本判事は、強制執行開始後の当事者の変更は「執行機関としては容易に知り得ないことである。それ故当事者に変動があつたときはその旨を利害関係人は執行機関に届出るべく、この届出がなく、当事者の変動を知らないうでなした執行機関の執行行為は適法とすべきである」とされる。⁽⁴⁷⁾他方、本間教授は、「競売期日の通知の如く、当事者の知ることを要する行為を行なう場合に、旧適格者を当事者として行なつても、その行為が事実上新当事者に対して行なわれればよい。承継の事実が裁判所にあきらかになつた場合には、爾後裁判所は、承継人を当事者として扱うべきである。ただ、このように承継の事実が裁判所にあきらかになつた場合には、裁判所は職権をもつて手続を一時休止し、手続進行に関する新当事者の意思を尊重するのが妥当と思われる」とされる。⁽⁴⁸⁾「事実上新当事者に対して行なわれればよい」の意味は明らかではないが、相続人全員による通知の内容の了解まで要求する趣旨とすると、石渡教授の見解に近いことになろう。

七 以上のように旧法下のものも含めて判例・学説をみると、開始決定後に所有者又は債務者が死亡した場合の、相続人に対する入札期日等の通知の欠缺を理由とする執行抗

告の許否ないしは通知の欠缺が違法かについて、一応、積極説と消極説に区別することができよう。積極説として、最も典型的なのは前掲東京高決昭和三十一年七月一三日である⁽⁴⁹⁾。石渡教授の説は、相続人が事実上通知を了知し得る状況にあるならば瑕疵は治癒するとされる点で制限付きではあるが、積極説に分類できる。本間教授の説も一応ここに分類できよう。消極説に分類できるものとしては、いずれも制限付きであるが、相続人がその権利を証明する手続をとらない場合は違法でないとする前掲東京高決昭和三十四年一月一八日、執行裁判所が当事者の変更を知らない場合は違法でないとする山本判事の説が挙げられよう。この消極説の考え方は、概していえば、当事者変更の事実、相続人の側から執行裁判所に働きかけて明らかにすべきであるとの前提に立ち、⁽⁵⁰⁾ 相続人がそれをせず、執行裁判所が当事者の変更を知らない場合は、⁽⁵¹⁾ 相続人を不利に扱ってもやむを得ないとする立場ということになる。これに対して、積極説は、執行裁判所が当事者の変更を知っているか否かによる区別をしないものである。そこで本決定の位置付けであるが、本決定が、相続人に対する通知の欠缺の違法性を利益衡量によらしめることからすると、形式的には、折衷的な立場ということになる。けれども、利益衡量

において、執行裁判所が所有者の死亡を知らなかったことを強調し、結論として違法でないことから、少なくとも実質的には消極説に近いものと捉えることができる。

八 本決定もいうように、開始決定後に債務者・所有者が死亡した場合は、相続人は当事者の地位を承継するから、相続人を手続に関与させることが望ましい。そこで、執行裁判所にそれを期待できる場合すなわち、承継の事実が執行裁判所に判明している場合は、債務者・所有者の関与を要する行為について、相続人を手続に関与させるべきである。しかし、承継の事実が執行裁判所に判明していない場合までも、同様の取扱を貫く必要はないと思う。すなわち、前述の消極説に基本的に賛成する。なぜならば、民執法は、相続人に手続に関与する機会を与えないで手続を続行することをも、容認すると解せられるからである。

すなわち、民執法は、四一条一項及び一九四条により、手続開始後に債務者・所有者が死亡した場合にも手続の続行を認める。そうして手続を続行した場合には、相続人が手続に関与する機会を失う虞があるにもかかわらず、民執法は、他に、相続人が手続に関与する機会を確保する措置をとくに設けてはいない。尤も、相続財産又は相続人のた

めに特別代理人の選任を認める四一条二項は、相続人の手続保障を考慮するものと解しうるが、特別代理人の選任は、相続人の存在・所在が不明の場合で、申立てがある場合に限定されるから、相続人の手続保障を確実にする措置と解することはできない。そうすると、手続の迅速の要請から相続人の手続保障の後退を認めるのが民法の立場とみられるし、消極説はこの法の立場に即するものと思う。

石渡教授は、積極説の論拠として、前述のように、承継の事実につき、買受人に事前の調査を期待しても酷でないことを挙げておられるが、この点については、次のような理由から、むしろ相続人に調査を期待する方が妥当と思われる。すなわち、まず、民法がとくに一般人の売却への参加の促進を狙いの一つとする⁽³²⁾ことに鑑みると、買受人の調査の負担を重くするような解釈は、できるかぎり避けるのが、法の趣旨に適うように思われる。また、相続人は、相続財産を管理する立場にある（民法九一条一項・九二六条・九四〇条・九四四条参照）ことから、相続財産に関する調査を相続人に期待することは酷なことではないと思う。以上のことからみて、消極説が妥当と思う。

尤も、消極説を支持するにしても、特別な事情のある場合は例外的に、執行抗告を認めてよいと思う。特別な事情

としては、執行裁判所が承継の事実を知らなかったにしても、相当の注意を払えば知り得る状態にあった場合、承継の事実について相続人からの申出を期待することがとくに困難な事情があった場合等が考えられよう。こうした考え方は、利益衡量的な要素を持ち込む点で、本決定の立場と共通するが、本決定のように全面的に利益衡量によらしめるのではない点で、法的安定性につき利があるように思われる。

かような考え方により、本件をみれば、執行裁判所が承継の事実を知らなかった事案で、右のような特別な事情も認められないようであるから、相続人に対する通知の欠缺を理由とする執行抗告を否定した本決定の結論に賛成である。理由付けについても、実質的には賛成できるが、右に述べたように、特別な事情が認められない限り原則として違法でないと構成する方がよいように思われる。

九 なお、抗告理由第三点の問題すなわち、執行裁判所が承継の事実を知った後に、そのまま売却許可決定をしたことに違法はないかの問題がある。本間教授が述べられるように、執行裁判所が承継の事実を知った場合には、相続人を手続に関与させるべく、職権により、手続を一時休止することが考えられる⁽³³⁾。本件の場合も、抗告人が求めた売却

不許可決定ではなくとも、売却決定期日の延期を考える余地はあったとしても、手続の休止は裁量の範囲内であり、抗告人は手続に全く関与しなかったわけではないことにも鑑みれば、手続に違法はないと解する。故に、この点についても、本決定に賛成する。

一〇 判示事項第三点は、担保権実行手続において民執六三条（民執一八八条により担保権実行に準用される）の定める無剰余の場合に採るべき措置の懈怠を理由として、所有者が売却許可決定に対する執行抗告をなすうるかに関する。この点について、本決定は、民執六三条の目的は、無益執行の禁止及び優先債権者の保護にあり、所有者の保護ではないから、所有者は、六三条違反の売却許可決定により自己の権利が害される者ではない（七四条一項・一八八条）として、所有者の執行抗告を否定する。

この点について、広島高決昭和五七年一〇月二二日⁽⁵⁴⁾は、本件と同じく担保権実行に関し、六三条の目的は優先債権者保護にあることを理由に、所有者や債務者による執行抗告は許されず、優先債権者による執行抗告なしに六三条違反を理由とする売却許可決定の取消はできないとしていた。学説にも、この結論を支持するものが少なくない⁽⁵⁵⁾。一方、東京高決昭和六〇年六月一三日⁽⁵⁶⁾は、強制競売についてであ

るが、「最高価買受申出人が決定した以上、もはや無益な執行としてその手続を取消すべきではなく、執行裁判所としては売却を許可」すべしとし、六三条違反を理由とする債務者兼所有者による執行抗告を否定した。本決定は、結論的には、こうした先例を踏襲し、有力説と同じ立場をとるものといえる。

尤も、理由の点では、本決定は先行する裁判例と若干異なる。すなわち、いずれも、理由づけを六三条の目的に求める点では共通するが、目的の内容として掲げるものが異なる。すなわち、前掲昭和五七年広島高決は優先債権者の保護のみを挙げるのに対し、前掲昭和六〇年東京高決は無益執行禁止を強調する⁽⁵⁷⁾が、本決定は優先債権者保護と無益執行禁止の双方を挙げる。また前掲昭和五七年広島高決は、関連して優先債権者の執行抗告は許されることをいい、前掲昭和六〇年東京高決は、関連して最高価買受申出人が決定すれば六三条違反があつても売却を許可すべきことをいうが、本決定は、優先債権者の執行抗告の許否や六三条違反が売却不許可事由に当たるかについては述べていない点も、異なる。

六三条の目的については、従来、優先債権者保護と無益執行禁止の二つが考えられており、前掲昭和五七年広島高

決のように優先債権者保護を強調する見解と、前掲昭和六〇年東京高決のように無益執行禁止を強調する見解があるが、本決定のいうように、いずれも同条の目的として肯定してよいと思う。⁽⁶⁰⁾尤も、無益執行禁止には、債務者ないし所有者の保護も含まれると解する余地もあり、⁽⁶¹⁾そのように解すると、無益執行禁止を、所有者の執行抗告を否定する理由とすることには問題がないわけではない。けれども、無益執行禁止の主たる目的は申立債権者・執行機関の負担回避にあり、⁽⁶²⁾債務者・所有者の保護は、少なくとも、従たるものと考えるべきであるから、無益執行禁止の点を挙げ、所有者の執行抗告を認めることは妥当でないと思う。

また本決定は、他の裁判例のように、六三条違反は売却不許可事由となるか、また六三条違反を理由とする優先債権者の執行抗告は許されるかについて触れていないが、これらの点は傍論であり、本決定が触れなかったことは当然といえる。故に本決定の理由付け・結論ともに、賛成である。

一一 翻って、本決定が触れていない上記の二つの問題、すなわち六三条違反は売却不許可事由となるか、六三条違反を理由とする優先債権者による執行抗告は許されるかは、関連する問題であるので、ここで併せて言及しておきたい。前者すなわち最低売却価額で剰余を生ずる見込がないの

に六三条の措置が採られなかったことが判明した場合に、売却を許可すべきかについては、前掲東京高決昭和六〇年六月一三日とは異なり、学説上は消極的に解する立場が有力である。⁽⁶⁵⁾後者すなわち六三条違反を理由とする優先債権者の執行抗告については、これを肯定する前掲広島高決昭和五七年一〇月二二日を支持する立場が有力である。⁽⁶⁶⁾

この二つの問題は、六三条の目的論と関連づけて考えることができる。⁽⁶⁷⁾すなわち、六三条の趣旨として無益執行禁止を強調すれば、前掲昭和六〇年東京高決のように、同条違反があっても売却を許可する結論に結びつきやすく、同条違反を理由とする執行抗告は、優先債権者についても否定する結論に結びつきやすいであろう。一方、六三条の目的として優先債権者保護を強調するならば、前掲昭和五七年広島高決のように、優先債権者の執行抗告を認めるし、同条違反があれば売却不許可決定をする結論に結びつきやすいであろう。

六三条の目的について、私は、前述のように、無益執行禁止も優先債権者保護もみとめてよいと思う。そこで、二つの要請の調和を図る方法として、執行裁判所が売却決定期日において無剰余措置の欠缺に気づいても、優先債権者の異議がない限りは、売却許可決定をすべきであるが、こ

れだけでは優先債権者の保護は十分には図れないので、優先債権者は売却許可決定に対する執行抗告ができると考える。そして、六三条違反は、優先債権者の異議がある場合は七一条七号の「売却手続の重大な誤り」となり、⁽⁶⁹⁾優先債権者の異議がない場合には売却手続の誤りではあるが重大ではないと解する。また、このような考え方を本件に当てはめると、六三条違反は、優先債権者の異議がない場合には「売却手続の重大な誤り」に当たらないことから、本決定の結論を改めて支持しうる。

(1) 判時一五四五号五五頁は、競売開始後「債務者」が死亡した事例としているが、判決理由からは、死亡したのは所有者であることは明らかでも、債務者であることは読み取れない。

(2) 判時一五四五号五五頁は判示事項第三点につき、「無剰余取消しの事案であるが、売却が実施され、売却許可決定がなされた場合につき、無剰余取消しの適用により売却不許可をすべきか(消極)」という。けれども、本決定は、無剰余の場合の措置を定める民執六三条違反を看過してなされた売却許可決定に対し、「所有者」による執行抗告を否定するのみで、所有者以外の者による執行抗告の許否については述べていないので、判示事項第三点は本文のように説明する方がより適切と思う。なお、この点については、

判示事項第三点に関する本文参照。

(3) 積極説として、香川保一監修『注釈民事執行法』(金融財政事情研究会。以下、注釈民執と略記)(1)(昭和五八年)二四一頁(田中康久)、同『新民事執行法の解説』(増補改訂版。昭和五五年、金融財政事情研究会。以下、田中・解説と略記)四三三頁乃至四三四頁、注釈民執(8)(平成七年)九五頁(近藤崇晴)、注釈民執(4)(昭和五八年)四八頁注(21)(同)。なお、深沢利一『民事執行の実務』(上)(昭和五六年、新日本法規)三八〇頁は、担保権の不存在は売却不許可事由に当たるとするが、これを理由として執行抗告ができるかについては明言していない。この点につき石渡哲・本件判批・判評四五〇号五八頁注(2)参照。同教授はこれを消極説に分類する。

消極説として、竹下守夫・後掲東京高決昭和五七年二月二三日(後注(4)参照)判批・判評二九七号五四頁、同『民事執行法の論点』(昭和六〇年、有斐閣)一九九頁、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法』(新版、平成三年、日本評論社)四五九頁(竹下)、中野貞一郎『民事執行法』(二版、平成三年、青林書院。以下、中野・民執法と略記)四一七頁以下(注6)、同『担保執行の基礎』(民商九三巻臨増2『特別法からみた民法』(民商創刊五十周年記念II)(昭和六一年)二二五頁、稲田龍樹「被担保債権の消滅を理由とする不服申立方法」大石忠生他編

『裁判実務大系』(7) (昭和六一年、青林書院) 二七一頁、住吉博・東京高決昭和五八年八月二四日(後注(4)参照) 判批・ジュリ八一五号(昭和五八年度重判) 一三四頁、西澤宗英・後掲東京高決昭和六一年一月三一日(後注(4)参照) 判批・ジュリ八八七号(昭和六一年度重判) 一四〇頁、林屋礼二編『民事執行法』(平成三年、青林書院) 三四五頁(生熊長幸)、石川明他編『注解民事執行法・上』(平成三年、青林書院) 七五一頁(坂本倫城)、石渡哲・本件判批・判評四五〇号五六頁等。

浦野雄幸『条解民事執行法』(昭和六〇年、商事法務研究會。以下、浦野・条解と略記) 八三二頁及び八五八頁(「理論的には・正当」という)、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法』(第一法規。以下、注解民執と略記) (5) (昭和六〇年) 二四〇頁(高橋宏志)も、消極説に立つものではあるが、浦野判事も高橋教授も、別の機会に、消極説を基本とする折衷的な見解(本文の折衷説第一説がこれに相当する)を表明しておられる。後注(27)参照。

(4) 積極説に立つものとして、東京高決昭和五六年六月二九日判タ四五〇号九五頁、東京高決昭和五七年一月二三日判時一〇六六号六二頁。

消極説に立つものとして、大阪高決昭和五六年一月二六日判時一〇四三号六七頁、仙台高決昭和五七年五月一〇日金商六五〇号三〇頁、仙台高秋田支決昭和五七年五月一

九日判タ四七三号一四八頁、大阪高決昭和五七年八月一九日金商六六〇号四〇頁、東京高決昭和五八年八月二四日判時一〇九〇号一三三頁、東京高決昭和六〇年五月一五日判時一一八四号七七頁、東京高決昭和六〇年六月一三日判タ五七四号九〇頁、東京高決昭和六一年一月三一日判時一一八四号七七頁。

なお判例の立場の理解につき、石渡・前掲判評四五〇号五七頁注(1)及び五八頁注(2)参照。

(5) 石渡・前掲判評四五〇号五四頁、注釈民執(8)九三頁(近藤)・三谷忠之「民事執行法判例百選」(平成六年)八七頁等。

(6) 判例・学説の状況を整理したものとして、高橋弘志「不動産競売と担保権の不存在」ジュリ八七六号(昭和六二年)一〇四頁以下、注釈民執(8)九二頁以下(近藤)・三谷・前掲八五頁以下等。

(7) 以下の問題状況の整理はとくに高橋・前掲論文一〇六頁以下に負うところが大い。

(8) 東京高決昭和五七年一月二三日判時一〇六六号六二頁、注釈民執(8)九三頁以下(近藤)。

(9) 竹下・判評二九七号五五頁。なお、浦野雄幸「民事執行法の諸問題(九)」曹時三六卷二号(昭和五九年)二二八頁参照。これに対して、注釈民執(8)九五頁(近藤)は、担保権の不存在は民執七一条一号の競売手続を「開始すべき

でないこと」に当たらないとの反論は正当であるが、「続行すべきでないこと」に当たるとする。しかし、この見解についても、本文の同様の批判が当たるとではないか。

(10) 中野・民執法四一八頁、同・前掲論文二二五頁、高橋・前掲論文一〇八頁。

(11) 尤も、この点を強調するのは、積極説の論者や判例よりもむしろ、本文後述の折衷説の第一説(後注(27)参照)である。

(12) 高橋・前掲論文一〇七頁、注解民執(5)二四〇頁(同)、浦野・前掲曹時三六卷二二八頁乃至二二九頁、注釈民執(8)九四頁(近藤)。

(13) 高橋・前掲論文一〇八頁は限界事例での救済の必要を認め、浦野・前掲曹時三六卷二二八頁乃至二二九頁も、利害関係人の不利益の回避を是とする。また竹下・判評二九七号五四頁参照。

担保権不存在を理由とする執行抗告を排斥して執行異議を申立てさせようとする、債務者らの救済の途が封じられかねないというのは、具体的にいえば、執行抗告棄却による売却許可決定確定の直後に代金納付があれば、執行異議は提起できなくなる(高橋・前掲論文一〇九頁注(14))からである。また、たとえ執行異議を提起しても、売却許可決定後の場合はこれに伴う手続の一時停止はなされ得ず(執行異議に伴う競売手続一時停止の仮処分(民執一一条

二項・一〇条六項)の謄本は一八三条一項六号の文書であり(注釈(8)一〇五頁(佐藤蔵二))、これは三九条一項七号の文書に相当するので、一八八条により七二条二項が準用される(注釈(8)一一六頁(佐藤蔵二))ため、売却決定期日終了前までに提出しないと原則として手続を停止できない)、執行異議が認容され開始決定の取消決定がされても、同決定は執行抗告の対象となつて(一二条一項前段)確定するまで効力を生じない(一二条二項)ので、開始決定の取消決定が確定しないうちに、代金納付があれば異議は却下されてしまう(稲田・前掲論文二七二頁参照。尤も、同論文は、売却許可決定確定時は予めわかっていること故、消極説でも、債務者に酷でないとする)。代金納付の期限は、売却許可決定の確定から一月以内の日とする(民執規則五六条一項)ことになっているが、実務では売却許可決定の確定後直ちに代金納付ができることにつき、「民事執行実務の諸問題(第九回)」判タ五三二二号(昭和五九年)四三頁松田延雄発言参照。故に、代金納付時期の実務との関係からすると、実際に執行抗告では救済できても執行異議では救済できない事態に陥る可能性は否定しがたいようである。

(14) 竹下・判評二九七号五四頁。稲田・前掲論文二七一頁(同論文は遅延により、ブローカーの介入による競売市場の閉鎖化の危険も指摘する)。

(15) 竹下・判評二九七号五四頁乃至五五頁。稲田・前掲論文二七二頁。

(16) 高橋・前掲論文一〇八頁。また教示に応じて執行異議を提起しても、救済は得られない虞もあることに付き、前注(13)参照。

(17) この点を積極説の論拠として強調するのは、とくに本文後述の折衷説の第二説の論者である。栗田隆・東京高決昭和六二年一〇月二七日判批・判評三五四号五五頁及び五六頁をとくに参照。同教授は、民執法が執行抗告を制限する前提として、執行異議しか認めない処分については後の段階の処分に抗告を認めて、抗告審の判断の機会を考慮していることを、積極説の論拠として挙げ(五五頁)、抗告審の判断に服させるべしとの考え方は積極説の出発点であるという(五六頁)。また竹下・判評二九七号五四頁、高橋・前掲論文一〇七頁参照。

(18) 竹下・判評二九七号五五頁、高橋・前掲論文一〇七頁乃至一〇八頁参照。実務上、抗告審では審尋はされない(前掲「民事執行実務の諸問題(9)」判タ五三二号四〇頁浦野雄幸発言)が、執行裁判所は審尋をする(同号四二頁浦野発言参照)ようであり、むしろ執行裁判所の方が抗告裁判所よりも慎重な審理が期待できるとの見方(同号四一頁米津稜威雄発言)もある。なおこの消極説の批判に対する再批判として、栗田・前掲判評三五四号五六頁。

(19) 竹下・判評二九七号五五頁、高橋・前掲論文一〇八頁参照。

(20) なお中野・民執法四一八頁は、抗告審の判断の機会がないことを消極説の問題点として認めるが、これを理由に執行抗告を許せば、濫用の虞が大きいことを強調する。

(21) 手続の迅速性の要請を消極説の最たる論拠と指摘するものとして、小川浩・東京高決平成元年一〇月五日判批・判タ七六二号(平成三年)二六五頁。

(22) 東京高決昭和六〇年五月一日判時一一八四号七七頁(七八頁)。同旨、大阪高決昭和五六年一月二六日判時一〇四三号六七頁(六八頁)、仙台高秋田支決五七年八月一九日判タ四七三号一四八頁、大阪高決昭和五七年八月一九日金商六六〇号四〇頁(四二頁)、東京高決昭和六〇年六月一三日判タ五七四号九〇頁(九二頁)。

(23) 東京高決昭和六〇年五月一日判時一一八四号七七頁(七八頁)。民執一八二条の執行異議の存在を消極説の根拠とするものとして、大阪高決昭和五六年一月二六日判時一〇四三号六七頁(六八頁)、仙台高決昭和五七年五月一日金商六五〇号三〇頁(三一頁)、仙台高秋田支決昭和五七年五月一九日判タ四七三号一四八頁、東京高決昭和五八年八月二四日判時一〇九〇号一三三頁、東京高決昭和六〇年六月一三日判タ五七四号九〇頁(九二頁)、東京高決昭和六一年一月三十一日判時一一八四号七七頁(七九頁)。竹下

・判評二九七号五四頁、中野・民執法四一八頁等。

(24) 民執法案の提案理由説明(浦野・条解九頁乃至一〇頁)、注釈民執(1)二三〇乃至二三二頁(田中康久)等参照。

(25) 竹下・判評二九七号五四頁、稲田・前掲論文二七一頁、中野・民執法四一八頁等。なお、消極説が、債務者よりも買受人の利益保護を優先する背景には、債務者は開始決定後直ちに異議申立てができたはずなのに(前掲「民事執行実務の諸問題(第九回)」判タ五三二号三九頁松田延雄発言によると、実際に、実体異議の申立ては開始決定送達直後が多いようである)、それをしなかったのだから、不利益を受けてもやむを得ないという利益衡量もあろう(高橋・前掲論文一〇七頁も参照)。

(26) 高橋・前掲論文一〇七頁。

(27) 浦野・前掲曹時三六卷二二八頁乃至二二九頁。高橋・前掲論文一〇八頁。なお、前掲「民事執行実務の諸問題・(第九回)」判タ五三二号四二頁の米津稜威雄弁護士の発言も、類似的な考え方であることにつき、高橋・前掲論文一〇九頁注(17)。

(28) 浦野・前掲曹時三六卷二二八頁乃至二二九頁は、手続経済・利害関係人の利益を問題にする。高橋・前掲論文一〇八頁は個別事件での緊急避難的な救済を問題にする。

(29) 栗田・判評三五四号五七頁。

(30) 前注(17)参照。

(31) 金法一二五号三〇頁。事案は、債務者が売却決定期日の六日前に執行異議を申立てたが、執行裁判所はこれに応答しないまま売却許可決定をなし、同決定に対し、債務者は根抵当権設定は無権代理によるもので担保権は不存在である旨を主張して執行抗告をしたというものである。

(32) 小川・東京高決平成元年一〇月五日判批・判タ七六二号二六五頁も、同決定について、消極説を基本にしながらかも、積極説に通じるものと評価している。

(33) 注釈・民執(8)三八頁(佐藤歳二)、同書六九頁及び七〇頁以下(近藤)参照。

(34) 前掲東京高決平成元年一〇月五日の匿名コメントも結論同旨、金法一二五号三二頁。

(35) 小川・前掲判批・判タ七六二号二六五頁参照。

(36) 現に、前掲東京高決平成元年一〇月五日は、職権による判断がなされた事例である。

(37) 注釈民執(4)五四頁以下(近藤崇晴)参照。

(38) この問題に関しては、旧法下の問題状況を参考にすることに、とくに支障はないであろう。というのも、この問題は、条文からすると、強制執行の開始後に債務者が死亡しても手続を続行できるとする民執四一条に、とくに関係すると考えられるが、同条は、旧法下の民訴旧五五二条と同趣旨で、両条の間に大きな相違は認められないからである(林屋礼二「遺産に対する強制執行」『現代家族法大系

- 5『昭和五四年、有斐閣』一九八頁及び二一五頁付記参照。なお、相違としては、旧法では、特別代理人に関する定めが不明確であったこと、担保権実行への準用規定を欠いていたこと（民執一九四条参照）等が挙げられるが、後者については、準用を肯定する判例が存したことにつき本文参照（東京高決昭和三十一年七月一日）。
- (39) 本間義信「競売当事者の変動と競売手続の承継」小野木常・斉藤秀夫先生還暦記念『抵当権の実行・上』（昭和四五年、有斐閣）二五頁乃至二六頁参照。
- (40) 東高民時報七巻七号一四八頁。
- (41) 前注（38）参照。
- (42) 判タ九九号二五頁。
- (43) 注解民執(1)七一〇頁（町田頭）、注釈民執(2)六二五頁（富越和厚）、石川明他編『注解民事執行法・上』四三三五頁（小川浩）。
- (44) 注解民執(1)七一〇頁及び七一三頁注（2）（町田頭）も、相続人を債務者として手続を続行すべきことをいい、東京高決昭和三十一年七月一日を引用し、注釈民執(2)六二五頁及び六三二頁注（10）（富越和厚）は、債務者死亡後に手続を続行する場合につき、債務者が関与する手続の省略は許されないとして、同決定を引用している。
- (45) 石渡・前掲本決定判批・判評四五〇号五六頁及び五七頁。
- (46) 兼子一『強制執行法』（昭和二十四年、弘文堂）四四頁、菊井維大『強制執行法総論』（昭和五十一年、有斐閣）一七三頁乃至一七四頁、岩野徹他編『注解強制執行法(1)昭和四九年、第一法規』五二七頁（西村宏一）等。
- (47) 山本実一「執行関係の変動について(2)」判時一三三三号（昭和三十三年）二頁。同旨、菊井・前掲書一七三頁。
- (48) 本間・前掲論文三〇頁乃至三一頁。
- (49) この東京高決昭和三十一年七月一日を挙げて、相続人を手続に関与すべきことをいう民事執行法下の学説（前注（44）参照）も、積極説と解しうるであろう。
- (50) なお、本間教授も、当事者が積極的に行為を行うような場合は、新当事者は承継の事実を証明することを要するという（同・前掲論文三一頁）。
- (51) 東京高決昭和三十四年十一月八日の立場については、執行裁判所が当事者の変更を知っている場合でも、相続人がその権利を証明する手続をとらない限り、相続人に対する入札期日等の通知の欠缺は違法でないとするとの解釈も一応可能であるが、相続人にそこまで負担を課そうとするものと解することには疑問がある。
- (52) 民執法案の提案理由説明（浦野・条解一〇頁）、注解民執(2)三五頁（三ヶ月章）、注釈民執(3)三四四頁（大橋寛明）等参照。
- (53) 当事者の手続関与を保障する必要がある場合に、民訴

二二一条を準用して当事者に不定期間の故障がある場合の

中止命令をすることを認める見解がある。中野・民執法六二頁。なお民訴法の中止の規定の準用に関しては見解の対立があることにつき、同書六九頁注(4)参照。

(54) 判時一〇七四号六九頁・判タ四八五号一二二頁。

(55) 浦野・条解二八八頁及び三七頁、注解民執(2)三二五頁及び三二六頁注(41)(竹下守夫)、中野・民執法三八六頁(但し、執行抗告ができるのは優先債権者「等」という)。

(56) 判時一一六一号一二二頁。

(57) 東京高決昭和六〇年六月一三日の事案は、優先債権者の申立てにより後発の競売開始決定が既になされているもので、理由中でこの点にも言及している。そうしてみると、同決定は、優先債権者保護に全く配慮しないものともいえない。後注(65)の坂本判事及び中野教授の見解参照。

(58) 注解民執(2)二四七頁(竹下守夫)、浦野・条解二八八頁及び三二七頁等。物権法秩序説とも呼ばれる(福永有利「不動産上の権利関係の解明と売却条件」『民事執行法の基本構造』(昭和五十六年、西神田編集室)三六一頁、石川明他編『注解民事執行法・上』六六七頁(森義之)参照)。

(59) 田中・解説一六二頁、三ヶ月章『民事執行法』(昭和五十六年、弘文堂)二六二頁、注釈民執(3)三六七頁(大橋寛明)等。合目的性説とも呼ばれる(前注(58)の物権法秩

序説の名称に関する文献参照)。

(60) 同旨、石渡・本件判批・判評四五〇号五七頁。旧法下の判例であるが、最判昭和四三年七月九日判時五二九号五一頁も、民執六三条と同趣旨の民訴旧六五六条の目的に関し、無益執行禁止・優先債権者保護のいずれも挙げている。上田徹一郎「不動産上の担保権の取扱い」中川善之助・兼子一監修『実務法律大系』(7)(昭和四十九年、青林書院)三八八頁及び三八九頁も、剰余主義の根拠につき、優先債権者保護を基本としながら無益執行禁止も副次的に認める。竹下教授も、注解民執(2)二四七頁では剰余主義の根拠が優先債権者保護にあることを強調しながらも、同書三〇三頁及び三二五頁では、民執六三条の目的は、無駄な売却期日の防止にあるというから、無益執行禁止を否定する趣旨ではないようである。注釈民執(3)三六七頁(大橋)も、民執六三条の目的につき無益執行禁止を主としながら、優先債権者保護も従として認める。

(61) 上田・前掲論文三八九頁、注釈民執(3)三六六頁(大橋)、判時一一六一号一三三頁前掲東京高決の匿名コメント参照。

(62) 前注(60)の最判昭和四三年七月九日参照。

(63) 福永・前掲論文三七三頁注(39)も、無益執行禁止を債務者の利益保護のためといえるかは問題で、むしろ申立債権者・裁判所との関係で考えるべきことを指摘する。

(64) 結果的に剰余を生ずる買受申出額で買受申出があった場合は、売却を許可すべきである(同旨、中野・民執法三八六頁、注解民執(3)六九頁(三宅弘人)、石川明他編『注解民事執行法・上』六七七頁(森義之)等)。

(65) 注解民執(3)六九頁(三宅弘人)、注解民執(4)四五頁(近藤崇晴)、浦野・条解三一七頁、石川明他編『注解民事執行法・上』七五一頁(坂本倫城)。尤も、坂本判事は、東京高決昭和六〇年六月一日を、優先債権者からの二重開始決定がされている場合には、瑕疵が治癒されるとするものと解して、同決定に反対されないようであるから、六三条違反の場合でも、優先債権者の態度次第では、売却の許可を認めるようでもある。中野・民執法三八六頁は「当該事案において無剰余措置を欠いた売却実施が売却の系統の重大な誤り……と認められる限り売却不許可事由となる」とする。六三条違反でも売却を許可してよい場合を認める趣旨かは必ずしも明らかではないが、中野教授も、前掲昭和六〇年東京高決の事案の特殊性に言及されている(前注(57)参照)ので、やはり優先債権者の態度次第では売却許可を認めるようでもある。注解民執(2)三二五頁(竹下)は、優先債権者の承諾がない限り、売却不許とすべしというので、優先債権者の承諾ある場合には、売却を許可してよいということになる。石川明他編『注解民事執行法・上』六七七頁(森)は、例外的にであるが、売却を許可可

きる場合を認める。

(66) 前注(55)の文献参照。

(67) 六三条違反の場合に売却を許可すべきかの問題と剰余主義の意義根拠との関連につき、福永・前掲論文三八五頁参照。

(68) 前注(65)の竹下教授の見解、東京高決昭和六〇年六月一日に関する坂本判事・中野教授の見解は、六三条違反の場合でも、優先債権者の態度との関係で、必ずしも売却許可を否定しないようにみえる点で、私見と通じるように思う。

(69) 六三条違反が売却不許可事由に当たるとみる場合、七一条のいずれの事由に該当するかには見解の対立がみられる。一号の「系統を続行すべきでないこと」に当たるとする説(注解民執(2)三二五頁(竹下守夫)、浦野・条解三一七頁、七号の「売却の系統に重大な誤りがあること」に当たるとする説(注解民執(4)四四頁乃至四五頁(近藤崇晴)、中野・民執法三八六頁。注解民執(3)六九頁(三宅弘人)は、六三条違反は一号の「系統を続行すべきでない」場合に当たると解せるが、結果的に剰余を生ずる買受申出額で買受申出があったときは売却は許可してよいと解するから、六三条違反は「重大な誤り」を要求する七号の問題とする方が結果的に妥当という)、いずれにも当たるとする説(石川明他編『注解民事執行法・上』七五一頁(坂本))がある。

〔付記〕 本決定の評釈として、本稿でも各所にわたって引用した石渡哲教授の評釈がある（判評四五〇号五三頁）。同教授には発表前に右の評釈を拝見させて頂くご高配を賜った。この場を借り、あらためて厚く御礼を申し上げる次第である。

大濱しのぶ