

## 〔最高裁判事例研究 三七一〕

平一三一（最高裁民集五三卷三号六七一頁）

抵当権に基づく不動産競売において抵当権の不存在または消滅を売却許可決定に対する執行抗告の理由とすることができないとされた事例

売却許可決定に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件（平成一三年四月一三日最高裁第二小法廷決定）

〔事実〕

Xは、自己所有の不動産（以下本件物件という）に対するクレジット会社Yの競売申立に基づく浦和地裁第三民事部の売却許可決定（平成一二年九月五日）に対し、東京高裁に本件物件に関する抵当権設定の無効を理由に執行抗告を提起した。なお、Xは、競売開始決定、入札手続開始後に初めて上記の事実を知り、平成一二年八月三十一日に競売開始決定に対し執行異議を申し立てたが、排斥され、その後になされた上記売却決定に対し、同年九月一日に執行抗告を提起したものである。その際の実事関係は、以下の通りである。

Xは、その長男Aとかねてから同居していたが、Aに、本件物件を含む不動産の登記済証を保管させていた。しかし、Xの物忘れが顕著となったため、Aは、一〇年ほど前からXの実印および印鑑登録証カードを預かるようになった。

Aは、平成二年に顔見知りの中国産カシミヤ輸入会社社長Bから事業拡大のため取引銀行からの借入れの債務保証をするように頼まれ、F銀行に対し同輸入会社の連帯保証をしたほか同人およびXが相続で取得した土地（本件物件を含む）をF銀行に担保として提供した。しかし、上記輸入会社が債務を履行せず、平成四年二月頃からF銀行に担保権の実行を迫られ、平成四年八月、クレジット会社Yから保証債務履行のため、多額の金銭を借入れることにした。

Aは、上記事情を正直にXに話した場合にはXが反対し、抵当権設定を承諾しないことが予想されたので、Xに無断で本件物件を担保提供する手続をすることにし、預かっていた印鑑登録証カードを勝手に利用してXの印鑑証明書の交付を受け、平成四年八月上旬、自宅応接室において、Xから信頼されていることを奇貨として、一切の事情を知らせず、高齢

で判断能力の減退した X に Y が準備した金銭消費貸借並びに  
 抵当権設定契約証書、登記申請委任状等に署名させ、保管中  
 の X の実印を無断で捺印して書類を完成させ、それら書類、  
 印鑑証明書、登記済証等を Y に渡し、本件物件に Y のために  
 本件抵当権設定登記がなされた。

X は、本件抵当権設定契約の原因となった金銭消費貸借に  
 基づく四億一、〇〇〇万円の貸し付けは実行されておらず、  
 したがって、不成立であり、それに伴う本件抵当権設定にも  
 瑕疵があると主張し、東京高裁に対し執行抗告を提起し、浦  
 和地裁のなした競売開始決定および売却許可決定を取り消す  
 との裁判を求めた。

抗告審は、「担保権の不存在又は無効は、売却許可決定に  
 対する執行抗告の理由とはならないというべきである」とし  
 て、平成十二年一月六日に X の執行抗告を棄却した。X か  
 ら許可抗告。

許可抗告の理由

X は、抵当権並びに被担保債権の不存在の主張は訴えによ  
 るべきで競落許可決定に対する抗告の方法によるべきものに  
 非ずとした原決定を違法として斥けた大審院の決定<sup>(1)</sup>および  
 「担保権の実行としての競売は、担保権という実体法上の権  
 利に内在する換価機能に基づいてなされるものであるところ、  
 担保権が存在しないし消滅によって換価機能がなければ、競  
 売手続を開始又は続行することができない性質のものから、

担保権の不存在又は消滅は、民事執行法第七一条第一号に掲  
 げる事由に該当するので、これを理由に売却許可決定に対し  
 執行抗告をすることができると解すべきものである」と  
 した東京高裁決定を列挙し、原審決定の判例違反を主張した。<sup>(2)</sup>

〔決定要旨〕 棄却。

「抵当権に基づく民事執行法四三条一項に規定する不動産  
 (同条二項の規定により不動産とみなされるものを含む。)を  
 目的とする担保権の実行としての競売(以下「不動産競売」  
 という。)においては、抵当権の不存在又は消滅を売却許可  
 決定に対する執行抗告の理由とすることはできないものと解  
 するのが相当である。ただし、執行裁判所は、抵当権の登記  
 のされている登記簿の謄本等が提出されたときは、抵当権の  
 存否について判断することなく、不動産競売の手続を開始す  
 べきものとされているとともに、抵当権の不存在又は消滅に  
 ついては開始決定に対する執行異議の理由とすることが認め  
 られていることにかんがみると、不動産競売の手続において  
 抵当権の不存在又は消滅を主張するにはこの執行異議による  
 べきものであつて、抵当権の不存在又は消滅は、売却不許可  
 事由としての「不動産競売の手続の開始又は続行をすべきで  
 ないこと」(同法一八八条、七一条一号)には当たらないと  
 いうべきだからである。この判断は、所論引用の大審院の判  
 例に抵触するものではない。

以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、原決定に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。」——全員一致

## 〔評釈〕

## 一 判旨に賛成する。

本件は、抵当権の実行による不動産競売事件において、当該抵当権設定者である債務者Xが、被担保債権の不存在による抵当権の無効を主張して、執行裁判所の売却許可決定に対して執行抗告を申し立てた事案である。右のような実体上の事由が執行抗告の理由となるかどうかについては、民事執行法制定以来学説および下級審の裁判例において消極説と積極説が分かれていたが、どちらかといえば、消極説が優勢であった。最高裁の本件決定は、最高裁として初めて消極説を採用することを明らかにし、裁判例の統一を図つたものとして評価される。

二 担保権の不存在または消滅という実体上の事由は、法第一八八条により準用される法第七一条一号「強制競売の手續の開始又は続行すべきでないこと」の不許可事由として、これを売却許可決定に対する執行抗告により主張することができるかどうか、本件の問題点である。

右の問題について、旧競売法においては、担保権の不存在等の実体上の事由は、競売開始決定に対する異議の理由となるのみでなく、競落許可決定に対して担保権の不存在を理由に即時抗告をすることができ、またこれらの抗告がないままに競売が完結して申立競落人が代金を納付しても、競落人は、所有権を取得しないものと理解されていた。<sup>(3)</sup> さらに、競売申立の際には、担保権の存在について職権調査が行われ、現行法におけるような公文書の提出は規定されていなかったため、担保権設定契約書を提出し、未登記の担保権に基づいても競売が可能であった。<sup>(4)</sup> この仕組みの中で担保権の不存在は、競売手続の実行を阻止する事由であり、まず競売開始決定の手続において、債務者又は所有者の抗弁事由とされた。また債務者等は、競落許可決定に対する即時抗告においてこの担保権不存在を主張することが可能であった。旧民法第六八一条二項により、同法第六七二条に列挙された競落許可に対する異議事由を即時抗告の理由とすることが可能であったが、担保権の不存在等の事由は、同法第六七二条一号の「執行を続行す可からざること」に該当するものと解されていた。そのため、本来理由のない即時抗告が、有利な転売先を探す際の時間稼ぎのために濫用提起される事例が多かったといわれている。<sup>(5)</sup>

これに対して民事執行法は、原則として法定文書（法第一八一条）の提出により、職権調査を経ることなく、競売開始決定を下すものとし、担保権の不存在等の実体上の事由は、競売開始決定に対する執行異議事由とした。この法定文書の性質を巡っては、準債務名義説と書証説が主張されているが、いずれの説によっても、執行裁判所は職権調査をすることなく、開始決定をする点は変わりがない。債務者又は所有者は、執行異議の申立に奏功しなければ、代金納付による買受人の所有権取得を覆滅することができなくなる（法第一八四条）。この競売の公信的効果は、民事執行法によって創設されたものである。さらに民事執行法は、手続内部の関係者の救済方法として執行異議と執行抗告を規定し、その事由を振り分けるとともに、即時抗告の場合と異なり、これらの申立があっても、当然には手続を停止しないものとして、手続の安定と迅速化をはかっている。

以上のごとく、民事執行法施行後は、旧民法第六七二条一号の「執行を続行す可からざること」は、法第七一条一号の「強制競売の手続の開始又は続行すべきでないこと」と同一の意味を有するものではなく、旧競売法における競売許可決定に対する即時抗告に関する判例は、現時に

おいてはその妥当性を失っているものと考えられる。

本件決定において、最高裁は、「この判断は、所論引用の大審院の判例に抵触するものではない。」とのみ述べるにとどまり、同じく許可抗告理由に引用された東京高裁の裁判例に論及していない。この点は、大審院の判例が旧法に関するものであり、また東京高裁の裁判例が現行法に関するものであることを考慮すると、不十分な印象が残るが、右東京高裁の裁判例を大審院の判例と同一趣旨のものとして、併せてこれを否定する旨を判示したものと解されよう。

三 民事執行法において、担保権の不存在等の実体上の事由は、法第七一条一号の執行抗告の理由とはならないという見解（消極説）は、本件の最高裁決定の前においても一般的であった。しかし、旧法時代と同様の見解（積極説）を採る裁判例も少数ながら存在していた。

右の問題に関する最初の裁判例<sup>(6)</sup>（東京高裁決定・昭和六年六月二十九日）は、執行抗告によって弁済による被担保権の消滅が主張されたことに対し、これを証する資料がないとして抗告を棄却している。この裁判例は、積極説による最初のものと解されるが、この点については疑問視する見解もある。次に、東京高裁決定<sup>(8)</sup>（昭和五七年一月二三日）は、「担保権の実行としての競売は、担保権という

実体上の権利に内在する換価権能に基づいてなされるものであり、担保権が不存在又は消滅によって換価権能がなければ、競売手続を開始又は続行することができないものであるから、担保権の不存在又は消滅は同法第七十一条一号に掲げる事由に該当するので、これを理由に売却許可決定に対し執行抗告をすることができると解すべきである。

また、担保権の不存在または消滅を理由に競売開始決定に対する執行異議の申立てができるが、このことが前記のように執行抗告が許されることの妨げになるものではない」と判示して、積極説によることを明らかにしている。

また積極説をとる学説は、担保権の実行としての競売においては、開始決定に対する執行異議の申立において担保権の不存在ないし消滅を理由とすることが許されるので（法第一八二条）、これらの事由は、それ自体で売却不許可事由（法第一八八条において準用する法第七十一条一号）にもなる、と主張している。

他方、消極説をとる裁判例は、大阪高裁決定（昭和五六年一月二六日）を始めとして、多数存在する。これらの裁判例の理由には多少のニュアンスがあるが、右の大阪高裁の決定要旨は、これらの裁判例にほぼ共通した認識である。すなわち、民事執行法における執行抗告はとくに法が

定める場合に限り（民事執行法一〇条一項）しかも手続上の瑕疵を理由とするものに限り許されるものであり、執行により実現されるべき実体上の権利の不存在ないし消滅は原則として執行抗告の理由となしえない、民事執行法は担保権実行による不動産競売開始決定に対し担保権の不存在ないし消滅を執行異議の理由とすることができる（同法一八二条）とするとともに、執行抗告においては執行の迅速性を確保する見地から、原則として手続上の瑕疵を理由とするものに限り許すものとしたのであって、旧競売法、旧民事訴訟法のもとにおける『執行を続行すべからざる事由』についての解釈は民事執行法にそのまま妥当するものではない、と。

消極説をとる学説は、右の裁判例と同様に、民事執行法が総則規定において、手続の瑕疵を責問する方法として執行異議と執行抗告を規定し、また担保権の実行としての競売において例外的に担保権の不存在等の実体上の理由を執行異議事由とした趣旨を根拠としている。

四 消極説を代表する見解として竹下説と中野説がある。竹下説は、担保権の実行手続を準債務名義に基づく一種の強制執行とみる立場から、法第一八二条の執行異議を簡易な請求異議の訴えとして理解する。したがって、法第一八

二条とは異なる方法によって手続の内部で実体上の事由を主張することは原則として許されないということになろう。他方、中野説は、担保権の実行手続を担保権に内在する換価権に基づくものとみる立場から、右の執行異議を債務者または所有者に対する補充的な手続保障と理解する。すなわち、債務者または所有者は、執行異議および担保権不存を確認の訴えにより総量において十分な手続保障を与えられているので、右の執行抗告を認めるべきでないことになる。ただし、前者は、先取特権に基づく競売（法第一八一条四号文書による競売）において、右の法定文書が準債務者義的な性質を有しないことから執行抗告を認める点に違いがある。本件のような抵当権に基づく競売に関する限り、結論は同一である。積極説は、法第一八四条の公信的效果を前提として、債務者または所有者の手続保障を重視しようとする見解ではあるが、民事執行法上十分な手続保障が与えられており、債務者等の保護を強調すると、手続の遅延を招き、買受人の正当な期待の利益を損ねる結果を招くことになろう。またとりわけ積極説の代表たる前出昭和五七年の東京高裁の決定の理解によると、中野説からの批判<sup>13</sup>にみられるように、売却許可決定に対する執行抗告のみでなく、不服申立の理由が制限的に列挙されていない他の執

行処分、例えば、売却のための保全処分（法第五五条）に対する執行抗告、一括売却決定（法第六一条）、売却の法、日時、場所の決定（法第六四条）に対する執行異議に際しても実体上の異議の提出を認めることになり、耐え難い結果となる。したがって、消極説が正当である。

五 消極説に対しては、実際上の見地から執行抗告の弾力的な運用を認めようとする見解がある。

① 本件におけるように執行異議を提起したが、これが容れられず、執行抗告を提起する場合、担保権の不存在にもかかわらず不当に異議が認められなかったことの不利益を債務者又は所有者に転嫁すべきでないとして、売却許可決定に対する執行抗告を認める見解<sup>14</sup>である。この見解は、その結果において執行異議を排斥する決定に対して執行抗告を認めることに帰する。<sup>15</sup>

② 競売開始決定に対する執行異議は、売却許可決定の後、代金納付時まで可能であると考えられるが、債務者が売却許可決定の後に執行異議を提起する場合には、代金納付による異議の不奏功を避けるために、許可決定の確定をまつて納付期日の取消をする必要があり、それならば、売却許可決定に対して直接に執行抗告を申し立てる方が早期の決着を得られる旨の指摘<sup>16</sup>がある。しかし、売却許可決定は一

週間で確定すること（法第一〇条二項）、また執行抗告提起に伴う記録の移動を勘案すると、執行異議の場合と比べる時間的な差異はあまりないように思われる。また抗告による方が異議による場合と比べて債務者に対して手厚い保護となるような印象があるが、抗告も異議も決定手続で審理される点で大差はないと思われる。それゆえに、執行抗告を認める必要はないと考える。

③執行裁判所が執行異議について判断しないままに、売却許可決定をした場合に、実体上の事由そのものではなく、執行異議および執行停止の申立に対する判断をしないことが売却不許可事由に該当するとして執行抗告を提起した場合について、東京高裁の決定（平成元年一〇月五日）<sup>(17)</sup>は、執行抗告を認めた。右決定は、債務者又は所有者が実体上の事由を主張するための唯一の機会である執行異議の申立権を実質的に保護し、債務者に手続的な保障を与えようとしたものとして評価されるべきである。

以上、実際上の問題においても、③の場合を除いて売却許可決定に対しては担保権不存在等の実体上の事由による執行抗告を認める必要はなく、消極説は正当である。

六 法第一八二条の執行異議の審理は決定手続により、関係者に対する審尋ないし書証の取り調べによって行われ

るところ、実体上の事由を弁済又は供託等文書によって明確に証明できる場合は、異議申立は、比較的容易に奏功する。しかし、詐欺、無権代理、錯誤等による担保権設定契約の無効が主張される場合は、決定手続上の制約により異議申立が奏功しない可能性が高い。このように各々の実体上の事由の主張が異議手続に適合するか通常の訴訟手続に適合するかの判断は定型的に可能である。また本件における実体上の事由の主張は、後者の部類に属するのであり、債務者は、担保権不存在確認の訴えまたは調停を考慮すべきであったと思われる。

また売却許可決定に対する執行抗告の可否については、消極説が多数説であったとはいえ、債務者等が手続の選択を誤る下地はあった。本件の決定はその意味で有益であるが、今後同様の誤りが生じないとは言えない。執行異議にせよ、執行抗告にせよ、申立書はいずれも執行裁判所に対して提出されるのであるから、窓口においては適切な教示を心がけ、また執行裁判所においても執行異議への転換を認めるべきであろう。<sup>(18)</sup>

なお、本件の直接の論点ではないが、法第一八四条の公信的效果は、一方における債務者等の手続保障と他方における買受人の正当な期待利益の調和を基礎として認めら

れるものであり、本件においてこれらの前提条件が充足されているか否かについては、別途問題とされる余地がある。

- (1) 大決昭和一〇年一〇月二六日民集一四卷一九九四頁。
- (2) 東京高決昭和五七年二月二三日判例時報一〇六六号六二頁。
- (3) 斉藤秀夫・競売法一五六頁原注三〇、我妻栄・新訂物権法三三三頁。
- 大決昭和二年一月一九日新聞一七九八号一〇頁、大決昭和一年一〇月二六日民集一四卷一九四頁。
- (4) 大判大二年七月二三日民集二卷五四五頁、最判昭和二年一〇月二四日民集四卷一〇号四八八頁。
- (5) 村松俊夫・判例タイムズ一八二号二九頁。
- (6) 東京高決昭和五六年六月二九日判例タイムズ四五〇号九五頁。
- (7) 竹下守夫・判例評論一九七号五三頁判例時報一〇八八号二一五頁。
- (8) 前出注(2)
- (9) 香川保一監修・注解民事執行法4、四八頁(近藤崇晴)、田中康久・新民事執行法の解説(増補改訂版)三四頁、深澤利一・民事執行法の実務上三八〇頁。ただし、深澤説は、担保権の不存在等の実体上の事由が執行裁判所の

職権調査事項であることを根拠としている。しかし、民事執行法のもとでは、原則として職権調査事項ではないと解される(例外、法第一八一条四号)。

- (10) 判例時報一〇四三号六七頁、仙台高決昭和五七年五月一〇日金融商事判例六五〇号三〇頁(執行異議は、買受人による代金納付があるまで可能である。大阪高決昭和五七年八月一九日金融商事判例六六〇号四〇頁、仙台高裁秋田支決昭和五七年五月一九日判例タイムズ四七三号一四八頁、東京高決昭和五八年八月二四日判例時報一〇九〇号一三三頁(競売開始決定前の担保権の不存在等の主張は執行異議によるべきであり、売却許可決定に対する執行抗告の対象とならない)、東京高決昭和六〇年五月一五日判例時報一八四号七七頁、東京高決昭和六〇年六月一三日判例タイムズ五七四号九〇頁、東京高決昭和六一年一月三十一日判例時報一一八四号七七頁、東京高決平成七年一月二三日判例時報一五四五号五五頁。
- (11) 竹下守夫・「担保権の不存在と競売手続内での救済方法」民事執行法の論点一九五頁以下。
- (12) 中野貞一郎・民事執行法新訂四版四三九頁、「担保執行の基礎」民事手続の現在問題所収四五九頁以下、四七六頁。なお消極説の文献として、稲田龍樹・被担保債権の消滅を理由とする不服申立方法」裁判実務体系7二六五頁以下を参照されたい。

- (13) 前注(12)担保執行の基礎四七六頁。
- (14) 栗田隆・判例評論三五四号五六頁。
- (15) 石渡哲・判例評論四五〇号五九頁。
- (16) 浦野雄幸・「民事執行法の諸問題九」法曹時報三六卷二号二〇頁、三谷忠之・民事執行法判例百選八七頁もこの可能性を指摘するが、結果的に否定している。
- (17) 東京高決平成元年一〇月五日金融法務事情一二五五号三〇頁。小川浩・平成二年度主要民事判例解説・判例タイムズ七六二号二六四頁以下を参照されたい。
- (18) 竹下守夫前注(11)一九九頁を参照されたい。

栗田 陸雄