

「剰余主義・消除主義・引受主義」をめぐる若干問題

——競売における「先順位」抵当権の処遇原理——

齋藤和夫

- 一 はじめに
 - 二 三 「立法主義」をめぐる問題状況
 - 三 若干の分析と私見
 - 四 さいごに
- 基本文献リスト

一 はじめに

(i) 競売における「先順位」抵当権の処遇原理として、「剰余主義・消除主義・引受主義」の三つの立法主義が存在し、相互に交錯し、担保法学にあつては、様々な理論的・法体系的・解釈論的な諸問題を生起させている。これらの諸問題の解決のために、有力な諸学説による鋭利な分析や検討が、これまでもなされてきている。ここ

には、極めて貴重な学問的営為が、顕著となっている。理論的・法体系的・法解釈論的に著しい深化と拡がりを、みせている。⁽¹⁾ その驥尾^{きび}に付し、従前の拙稿において、粗雑ではあるが、ドイツ法上の理論的理解について、若干の私見を述べる機会を得ている。⁽²⁾

(ii) このような学問的状况の下、従前の拙稿に引き続いて、本稿はこれらの三「立法主義」をめぐる学問状况を素描し、簡略ではあるが、我が国の現行民執法上の法解釈論として、若干の私見を開陳しようとするものである。

(1) 本稿の末尾の「基本文献リスト」に掲げられた諸研究を、その代表とする。

(2) 「基本文献リスト」⑩⑪参照。

二 三 「立法主義」をめぐる問題状況

三つの立法主義をめぐっては、我が国の民執法学・担保法学にあつては、理論上、そして実務上、どのような問題が生じ、議論されてきたのであろうか。それらを簡潔に示せば、次のように指摘することができよう。

(1) 「剰余主義」は実定法(民執法)上の貫徹された法原則なのか

(i) 旧法下にあつては、旧民訴法六四九条一項の「剰余主義」宣言規定が存在しており、実定法上、「剰余主義」が妥当するものであることについては、まったく異論の余地がなかった。しかし、民執法の制定以降、民執法典中には旧六四九条一項に対応する宣言規定が存在していなかったところから、学説上、議論が存在している。

(ii) まず、剰余主義は民執法の実定的構成としては貫徹されていない、とする立場が主張されている。しかし、

旧法下と同様に、民執法にあつても剰余主義は堅持されている、との立場も有力である。

(2) 「剰余主義」の政策的根拠・意義は何か

(i) 「剰余主義」の政策的根拠や意義について、議論が存在している。「剰余主義」規定の本来的な立法趣旨は何か、についての議論である。

(ii) 我が国の大審院決定（大審決大正四・三・九民録二二輯二五二頁）は、これを「無益執行の排除」に、求めていた。また、最高裁判決（最高判昭和四三・七・九判時五二九号五一頁）も、その基本認識の延長線で、「差押債権者・優先権者・公益の保護」を目的とするものである、としていた。学説の通説的見解も、同様の趣旨を述べるものであった。

(iii) しかし、それに対して、有力学説（竹下研究）は、これに異論を唱えた。母法たるプロイセン法の理解をふまえて、それは無益執行の排除といった「執行法上の合目的考慮」に基づくものではなく、差押債権者に優先する「先順位担保権の保護」にある、としたのである。

(iv) なお、プロイセン法の立法史的状况よりすれば、剰余主義もまた「債務者（土地所有者）保護」のプロイセン法理に基づくものである、とする近時の拙稿の立場も、主張されている。

(3) 「剰余主義」は先順位「用益権」にも妥当する法原則なのか

(i) 旧法下より、「剰余主義」が先順位「担保権」のみならず、先順位「用益権」にも適用されるのか、について、議論があつた。

(ii) 旧六四九条一項の規定文言よりすれば、剰余主義は先順位「担保権」についてしか適用されず、先順位

「用益権」には適用されない、とするのが一般的見解であった。

しかし、同条同項の文言よりすれば、たしかにそのとおり（適用されない）ではあるが、剰余主義の本来的内容からすれば、その趣旨は先順位「用益権」の処遇にも生かされるべし、とする有力説（竹下研究）も存在した。

(iii) 新民執法下にあっても、同様の議論が存在している。

(4) 「剰余主義」は「担保競売」にも妥当する法原則なのか

(i) 旧法下にあつて、「剰余主義」が担保権実行としての競売、いわゆる「任意競売」にも妥当するの否か、について、議論があつた。

(ii) 債務名義に基づく不動産強制執行、いわゆる「強制競売」については、旧六四九条一項や旧六五六条の「剰余主義」規定が存在したので、これへの剰余主義の妥当は何の疑問もなかつた。

しかし、担保権実行の規制法典たる旧競売法には、右の両条に対応するような「剰余主義」規定が存在していなかつた。そこで、「任意競売」にも剰余主義が妥当するの否か、換言すればこれにも旧六四九条一項や旧六五六条の準用が認められるか、が問題（準用肯定説と否定説）となつていた。

(iii) なお、新民執法にあつては、これを立法的に解決し、その一八八条において、「剰余主義」規定について、「担保競売」への準用肯定の立場を明規している。

(5) 「剰余主義・消除主義・引受主義」の三「立法主義」はどのような相互関係にあるのか

(i) 競売不動産上の物上負担についての処遇原理としての「剰余主義・消除主義・引受主義」の三つの立法主義は、理論的・法体系的にみて、あるいは実定的にみて、どのような相互関係にあるのか。

(ii) まず、理論的・法体系的な視点よりすれば、我が国の不動産強制執行法の母法たるドイツ・プロセイン法における法構造にまで、眼を向けなければならぬであろう。また、実定的な視点よりすれば、我が国の実定法たる民執法中の三「立法主義」関連規定に注目する必要がある。

(iii) いずれにせよ、三「立法主義」の相互的位置付け如何について、従前の拙稿を含めて、我が国の学説にあつては、認識の違いがみられる。

三 若干の分析と私見

右の問題状況をふまえて、若干の分析を試み、私見を明らかにしたい。

(1) 実定法上の確立された基本原則としての「剰余主義」

(i) 旧民訴法六四九条一項は、「差押債権者ノ債権ニ先タツ債権ニ関スル不動産ノ負担ヲ競落人ニ引受ケシムルカ、又ハ売却代金ヲ以テ其負担ヲ弁済スルニ足ル見込アルトキニ非サレハ、売却ヲ為スコトヲ得ス」、と定めていた。差押不動産の競売にあつては、①差押債権者に対抗し得る担保権については、これをそのまま存続させて競落人の引受とさせるのか、②それとも、当該担保権を消滅させるが、その際、担保権者に完全満足を得させる価額でなければ競落を許可しないか、そのいずれかの条件でのみ、これを許す、との定めである。これは、①引受主義と②剰余主義との、いわば「二者択一の条件」でのみ競落が許可される、というものであつた。

以上を前提として、②の担保権消滅の条件の場合には、担保権者にまず完全配当し、その後剰余を生じ得る、そのような価額でのみ、競落が許可される、というのであるから、本条一項は「剰余主義」採用の宣言規定である、と一般に理解されてきた。¹⁾そして、同条同項に表れた「剰余主義は、いかなる差押債権者も自己の債権に優

先する不動産上の権利者を害して不動産を競売することを許さずとする、強制競売の基本思想の表明である」、とも指摘されてきた。⁽²⁾

(ii) しかし、他方、新民執行法の下、旧民訴法六四九条を継受した民執行法五九条にあっては、旧民訴法六四九条一項に該当する条項が存在していない。かくして、そこから次のような見解分岐が生ずることとなった。

(α) まず、剰余主義は「民事執行法の実定的構成としては、貫かれていない」、と断ずる中野・体系書の立場である。⁽³⁾ 民執行法六三条は、無剰余の場合における執行裁判所の措置（差押債権者への通知義務、手続取消し）について、定めているが、これは「剰余主義の間接的な保障」にすぎない。民執行法の立法に際しては、「剰余主義じたいを宣言する規定（旧六四九条一項）は意識的に外された」、としたのである。

(β) これに対して、民執行法の下でも、「この原則（剰余主義—斎藤注記）は維持されている」、とする竹下・コンメンタールの立場である。⁽⁴⁾ 旧六四九条一項に対応する規定が民執行法には存在しないところよりすれば、「一見すると、民事執行法は、旧法と異なり、この原則（剰余主義—斎藤注）を採用しなかったかのごとく」ではある。しかし、「剰余主義」関連規定としては、同条の他に、旧六五六条があり、「現象的には、（旧）六五六条が第一次的に剰余主義の趣旨を実現するものとして機能していた」。旧六五六条は民執行法六三条となっており、同六三条により民執行法は「剰余主義の原則をとることを間接的に示した」、とするのである。

さらに、加えて、民執行法六三条が無剰余の場合の執行裁判所の採るべき措置について定めたものであるところから、同条は「剰余主義の妥当を前提とし」た規定である。とすれば、本来的には、旧民訴法六四九条一項のような「剰余主義」宣言規定を、民執行法の「本条（五九条—斎藤注記）に定めるべきであった」、とするのである。⁽⁵⁾

(iii) 私見は、「剰余主義」は不動産強制執行の基本支柱たる法原則として把握すべし、と考えている。この限りで、竹下説に賛同するものである。

たしかに、我が国の実定法たる民執法にあつては、その母法たる一八八三年・プロイセン不動産執行法や現行ZVGにおけるとは異なつて、「剰余主義」の明示的な宣言規定は存在していない。この点よりすれば、「剰余主義」は実定的構成としては貫徹されていない、との見方も成り立つ。

しかし、八三年・プロイセン法や現行ZVGにあつては、「剰余主義」は不動産強制執行のもつとも根幹とされている基本原則の一つとされている。法体系上の基本支柱であり、理論的にも法解釈論的にも大前提のベースとされている。母法としての系譜的親近性よりしても、我が国の民執法にあつても、同様に「剰余主義」を法解釈論上のベースとすべきことは論理必然ではないか、と考えられる。

(iv) なお、詳論は避けるが、既に拙稿において、ドイツ・プロイセン法上の「剰余主義」がどのようなものであつたのかについて、若干の分析を試みている。そのポイントを要約すれば、次の如くである。⁽⁶⁾

① 「剰余主義」は、不動産強制執行の新理念として、一八八三年・プロイセン不動産強制執行法典中にはじめて導入されたものであつた。

② それは、従来からのプロイセン法の伝統的立場であつた「消除主義」に代わるものとして、八三年法に登場したものであつた。

③ プロイセン法上の「消除主義」にあつては、「非剰余思考」(先順位担当権であつても、剰余されることがなくとも、売却により、消除される)が包含されていたところ、そのアンチ・テーゼとして「剰余思考」(剰余主義)が定立されたものであつた。⁽⁸⁾

④ その立法趣旨としては、「非剰余思考」(消除主義)にあつては、あまりに先順位抵当権者の利益が侵害されてしまい、不当である、との考慮にあつた。ローマ法原理に裏付けられた考慮であつた。

⑤ 八三年・プロイセン法に導入された「剰余主義」は、現行のドイツ・不動産強制競売強制管理法(一八九

七年)にも継受され、その基本理念となっている。

- (1) 竹下・旧コンメンタール一二二頁。
- (2) 宮脇・強執法(各論)二九二頁。
- (3) 中野・民執法三八一頁。
- (4) 竹下・新コンメンタール二四六頁。
- (5) 同右。
- (6) 斎藤・第二論文三四頁以下。
- (7) 同三一頁以下。
- (8) 同三五頁。

(2) 「剰余主義」の法政策的根拠——「債務者」保護のプロイセン法理の具体化——

(i) 既に、旧法下より、「剰余主義」の政策的根拠如何について、議論が存在していた。判例・通説はこれを「無益執行の禁止」に求めていたが、学説の一部有力説(竹下研究)⁽²⁾は、そのような単に執行法上の合目的考慮に基づくものではないとして、これを「実体物権法秩序の要請」に求めた。

(ii) 新民執法下にあっても、同様の議論が引き継がれている。同じく学説の一部有力説(竹下研究)は、「剰余主義」は先順位債権者と後順位債権者との利益調整原理であり、実体法上優先的地位にある者を手続法上も優先させようとしたものである、と論じた⁽³⁾。実体物権法秩序が不動産競売の場面で実現したもの、それが剰余主義である、としたのである。

(iii) この一部有力説は、実質上、中野・体系書の立場でも、受容されているように思われる。そこでは、剰余

主義を定義づけるに際し、「目的不動産につき先順位の権利を有する者との関係において、実体権としての権利の優先劣後に従い、差押債権者に優先する権利が競売における売却によって害されてはならない」とするものを剰余主義という⁽⁴⁾、と述べられているからである。したがって、これが現在の支配的見解と云ってよいであろう。

(iv) 竹下研究は一八八三年・プロセイン不動産執行法の「立法理由書」に準拠し、その論証をおこなっている。「先順位担保権者の保護」とする点で、その限りで正当であり、私見も賛同するものである。

(v) なお、既に従前の拙稿でも若干論じたように、私見によれば、プロセイン法展開の立法史的状況からすれば、「剰余主義」の法政策的根拠については、次のように考えられる⁽⁵⁾。

① 後順位担保権者にも担保実行権が認められている（法政策的には、後順位者の担保実行権に手続的に一定の制約を課すことは、可能である）ところからすれば、先順位担保権者、とりわけ第一順位担保権者には、次のような不利益が生じてくる。

たとえば、不動産価額の下落の状況では、後順位者の実行申立てにより、第一順位者といえども、債権の完全満足を得られないことも生じ得る。また、債権者として期間の利益をなお享受したい（高利率の維持の下での収益確保）、という事情も存在し得よう。

とすれば、第一順位者としては、自らの望むべき時期に、自らのイニシアティブで、債権のより十分な満足を求めて、実行申立権を行使する、そのような利益を有している、といえよう。後順位者による実行にあつては、先順位者には、その利益が侵害されるおそれがある、のである。

② 一八八三年・プロセイン法の立法者（Johns）は、不動産信用恐慌の下、後順位者による実行により、先順位担保権者の利益はあまりに侵害されている、と考えた。それは法的正当性を欠く、としたのである。立法者はこの考慮をローマ法原理によって法的に確証化した。

③ ローマ法上、担保債権者には、その債権の回収のために、担保物譲渡の権限が付与されていた。この権限は第一順位者へのみ許与された。後順位者には許与されていなかった、のである。「後順位者による侵害から優先的な担保債権者は保護されなければならない」、これがローマ法原理である、と立法者 (John) は考えた。これが八三年法の「剰余主義」の原理を支持した思考であった。

④ しかも、八三年法の立法者の窮極的な考慮にあったものは、単に「先順位担保権者の保護」に尽きるものではなかった。その真の狙いは、投下資本の完全カヴァーを確実化することにより、投資者 (抵当権者) に魅力ある不動産金融を実現し、資本を必要とする「土地所有者 (債務者)」の利益を保護せん、とすることにあった。

⑤ 以上を前提とすれば、プロセイン法の「剰余主義」は、「債務者 (土地所有者)」保護のプロセイン法理に基づく、一つの具体化された派生原理であった。

- (1) 大審院決定大正四・三・九民録二二輯二五二頁。
- (2) 竹下・旧コンメンタール一二二―一二三頁。
- (3) 竹下・新コンメンタール二四六―二四七頁。
- (4) 中野・民執法 (四版) 三八〇頁。
- (5) 斎藤・第二論文三四頁以下。なお、斎藤・ドイツ強制抵当権の法構造一九七頁等参照。

(3) 「剰余主義」規定の先順位「用益権」への準用肯定

(i) 「剰余主義」規定の先順位「用益権」への適用如何については、旧法下より議論があった。

「剰余主義」規定である旧民法六四九条一項の文言よりすれば、同条同項は先順位「担保権」にのみ適用されるものである、と理解せざるを得なかった。しかし、学説の一部有力説 (竹下研究) は、同条同項の趣旨は先順

位「用益権」の取り扱いにもいかなされるべしとして、「剰余主義」規定の用益権への準用の必要性を指摘して⁽¹⁾いた。

(ii) 新民執法下にあっても、同様の問題が存在している。旧法下と同様、「剰余主義」規定である民執法六三一条一項の文言よりすれば、剰余主義は先順位「担保権」についてのみ適用されるものとして、理解されるからである。しかし、ここでもまた、学説の一部有力説(竹下研究)は、同条同項の趣旨は先順位「用益権その他の物的負担」にもいかなされるべしとして、その準用の必要性を強調している⁽²⁾。

(iii) 私見もまた、一部有力説(竹下研究)の主張が妥当ではないか、と考えている。同研究が指摘するように、一八八三年・プロセイン不動産執行法も、これを発展的に継承する現行ZVGも、「剰余主義」は、先順位「担保権」のみならず、先順位「用益権」にも、妥当する原則として、堅持されているものだからである。

(1) 竹下・旧コンメンタール一二二頁。

(2) 竹下・新コンメンタール二四八―二四九頁。

(3) 同二四八頁。

(4) 「剰余主義」規定の「担保競売」への準用肯定(民執法一八八条)

(i) 民執法一八八条は、同五九条一項などの「剰余主義」規定が「担保競売」にも準用される旨、明規している。したがって、旧法下において議論(準用肯定説と否定説)⁽¹⁾が生じていたこの問題については、準用肯定という形で立法的な解決がなされた、といえよう。

(ii) 旧法下の実務上並びに学説上、むしろ準用否定説が一般化していたにもかかわらず、民執法における準用

肯定への転換は、どのような理由に基づくものであったのか。端的に、既に旧法下にあっても、準用肯定説を主張する一部有力説（竹下研究⁽²⁾）が存在し、ここでの適確な論証が民執法上の転換の大きな動因となったのではないかと考えられる。

(iii) 竹下研究によれば、剰余主義は先順位の権利が後順位のそれによつては侵害されてはならない、との「実体物権法秩序」が存在するところ、それを不動産競売の場面で実現したもの、これが剰余主義である。とすれば、剰余主義が担保権実行としての競売に妥当するのは当然の事理である、とするものであった。⁽³⁾

(iv) 私見もまた、この竹下研究の結論を正当とするものであり、その限りで民執法一八八条の立法的解決（準用肯定）に賛同するものである。

なお、私見の立場より若干付言すれば、一八八三年・プロイセン不動産強制執行法は「担保権実行手続法」であり、同法中の「剰余主義」規定は本来的にまさしく「担保競売」への妥当原理であつた、ということに注目されよう。

(1) その概観・分析として、竹下・旧コンメンタール一四五―一四六頁。

(2) 竹下・不動産執行法の研究に収録されている一連の諸論稿が、それである。

(3) 竹下・旧コンメンタール一四五―一四六頁（旧六四九条）、同・新コンメンタール二四五―二四七頁・二四九―二五〇頁、同・不動産執行法の研究一〇七頁等。

(5) 対抗的構造としての三「立法主義」

(i) 競売不動産上の先順位「抵当権」の処遇原理として、「剰余主義・消除主義・引受主義」の三つの立法主

義が、交錯している。これらの三つの立法主義は、相互的に、どのような体系的位付けにあるのか。⁽¹⁾

(ii) 考察の前提として、次の二つが識別されなければならない。すなわち、①我が国の実定法たる民執法上、実定法的に三「立法主義」はどのような法構造をもつのか、②歴史的に規定された母法たるドイツ・プロセイ民法の展開上、それはどのような法構造をもつのか、の二つである。ドイツ・プロイセン法から日本民訴法・民執法への法継受の過程で、両者が異なつてしまつてゐる、というのが現実である。

(iii) 民執法上の実定法的な構造

我が国の実定法である民執法上、三「立法主義」は相互にどのような構造をもつものなのであろうか。

①実定法上の基本原則としての「剰余主義」 民執法五九条や六三条の「剰余主義」規定の存在よりすれば、我が国の民執法上においても、「剰余主義」は不動産競売の基本原則として定立されてゐる、と考えられる。⁽²⁾これらの諸規定は「剰余主義」の妥当を前提としたものであり、それをふまえての具体的措置について定めてゐるものだ、からである。

さらに、母法たるドイツ・プロセイ民法の確立した基本原則・基本思想たる「剰余主義」について、我が民法がそれを明示的に排斥したとは、規定上、到底考えられない、からである。したがつて、また、民執法五九条が旧民訴法六四九条一項の如き明示的な「剰余主義」宣言規定を存置しなかつたことは、同主義否定の根拠たり得ないこと、同六三条の規定の存在からいつても、無論であらう。

②剰余主義に連結された「消除主義・引受主義」 民執法は、「剰余主義」の基本原則の下、競売での担保権処遇につき、「消除主義」と「引受主義」とを併用してゐる。⁽³⁾しかも、私見によれば、これは、剰余主義に連結された「消除主義」であり、また剰余主義に連結された「引受主義」である、と考えられる。

③担保権の種類に応じた併用 消除主義と引受主義とは、民執法上、担保権の種類に応じて、使われ

ている。すなわち、(a)不動産上の先取特権・不用益特約付の質権・抵当権については、「消除主義」が(民執法五九条一項)、(b)不動産上の留置権・不用益特約なき質権については、「引受主義」が(同五九条四項)、それぞれ妥当するものとされている。

④ 剰余主義に連結された「消除主義」 剰余主義に連結された「消除主義」の妥当の下では、先順位のこれらの担保権(先取特権・不用益特約付の質権・抵当権)については、被担保債権の完全満足を確保されつつ(カヴァーされつつ)、満期到来とされ、競売売却代金より現金償還を受けることになる。

⑤ 剰余主義に連結された「引受主義」 剰余主義に連結された「引受主義」の妥当の下では、先順位のこれらの担保権(留置権・不用益特約なき質権)については、被担保債権の完全満足を確保されつつ(カヴァーされつつ)も、満期到来とはされず、競売売却代金よりの現金償還も予定されていない。

⑥ 民執法(実定法)上の構造 先行学説(竹下研究)の認識におけると同様に、本質的次元において「剰余主義」が大前提として存立し、そのいわば下位の合目的次元において「消除主義」と「引受主義」とが併置されている、というのが民執法という実定法上の構造となっている。

(iv) ドイツ・プロイセン法上の理論的・法体系的・実定法的な構造⁽⁵⁾
 ドイツ・プロイセン法の立法史的状況よりすれば、三「立法主義」はどのような構造をもつものとして理解されるのであろうか。

(α) テーゼ(消除主義)とアンチ・テーゼ(引受主義と連結された剰余主義)⁽⁶⁾

① 消除主義の確立(テーゼ) まず、プロイセン法(一八六九年法)の伝統的立場として、「消除主義」が存在していた。その原理的内容として、「非剰余思考」と「消除思考」との二つが包摂されていた。これがテーゼである。

…競売により、目的不動産上の抵当権は、その先順位であると後順位であるとを問わず、すべて消除される（一八六九年法二〇条以下・七五条・七九条）。

②新理念としての「剰余主義」（第一のアンチ・テーゼ） プロイセン法（一八八三年法）の新たな理念として、「剰余主義」が不動産競売の基本原則とされた。「消除主義」には「非剰余思考」が包摂されていたところ、そのアンチ・テーゼとして、「剰余思考」を具体化する「剰余主義」が定立された。これが第一のアンチ・テーゼである。

…競売申立債権者の権利（抵当権）に優先する諸権利（「先順位」抵当権）を decken する（剰余する）買受申出のみが、許可される（一八八三年法二二条、ZVG 四四条）。

③「引受主義」の連結（第二のアンチ・テーゼ） 一八八三年法は、「剰余主義」の新たな定立と共に、これに「引受主義」を連結させた。「消除主義」には「消除思考」が包摂されていたところ、そのアンチ・テーゼとして、「存続・引受思考」を具体化する「引受主義」が採用された。これが第二のアンチ・テーゼである。

… decken された（剰余された）先順位抵当権は競売買受人により引き受けられる（一八八三年法五七条、ZVG 五二条）。

④消除主義⇄引受主義と連結された剰余主義 理念的に図式化すれば、一方において「消除主義」（「非剰余思考」と「消除思考」）が存立し、他方において「剰余主義」（「剰余思考」と「引受主義」（存続・引受思考）の二つが存立している。「消除主義」をテーゼとすれば、「剰余主義」と「引受主義」は共に連結して、そのアンチ・テーゼを構成している。テーゼとアンチ・テーゼとの対極的構造、これがドイツ法上の理論的構造となっている。いわば、「対抗的構造」である。

(β) 消除主義の下での担保権の処遇⁽⁷⁾

① 担保権の処遇如何 一八六九年法上の「消除主義」の下では、担保権が消除されることになる。より具体的には、担保権は競売によりどのように処遇されたのか。

② すべての担保権の消除 競売により、目的不動産上のすべての担保権が消除され、競売買受人は無負担の不動産所有権を取得する。申立債権者に劣後する後順位担保権のみならず、これに優先する先順位担保権もまた、すべて消除される。

③ 完全満足の保証なくしての消除 全担保権の消除に際して、それらの担保権の被担保債権が補償(代償)を得たのか否か——完全満足を得たのか否か——については、何も考慮されない。法定の破産順位に基づいて、競売売却代金より配当を受けるのみであり、最先順位の担保権といえども完全満足は保証されていない。売却代金よりの償還が単に予定されているにすぎない(現金償還思考)。

④ 満期到来、そして現金償還の予定 全担保権の消除とは、換言すれば、それらの担保権の被担保債権が、現実の弁済期如何を問わず、満期到来する、ということである(満期到来思考)。したがって、また、現金償還が予定されている、ということでもある。

⑤ 小括 以上を小括すれば、「消除主義」の下では、すべての担保権が消除され、その被担保債権はすべて満期到来し、完全満足の保証なくして現金償還が予定されている。

(γ) 「引受主義と連結された剰余主義」の下での担保権の処遇⁽⁸⁾

① 担保権の処遇如何 「引受主義と連結された剰余主義」の下では、競売により担保権はどのように処遇されるのか。

② 先順位担保権の完全満足の確保 まず、「剰余主義」の妥当により、申立債権者に優先する先順位担保権については、その被担保債権の「完全満足」が確保された。先順位担保権を剰余する、買受申出のみが、執行裁判所

により許可される、からである。

③カヴァーされた先順位担保権の引受　カヴァーされた先順位担保権は、競売により消滅とされるのか、それとも存続し買受人引受となるのか。　剰余主義に連結された「引受主義」の妥当により、先順位担保権は存続し、買受人引受となる。買受人は先順位担保権の負担付の不動産所有権を取得する。

④満期到来せず、現金償還せず　先順位担保権の存続・引受とは、換言すれば、先順位担保権の被担保債権が、競売によつては、満期到来せず、当初の弁済期のままである、ということである。したがって、また、競売によつては、現金償還とはならない、ということでもある。

⑤小括　以上を小括すれば、「引受主義と連結された剰余主義」の下では、先順位担保権は剰余された形で、そのまま存続し、買受人の引受とされる。

- (1) 拙稿第二論文一七頁（竹下研究の理論モデル）、同一八頁（伊藤眞研究の理論モデル）、同四八頁（私見の理論モデル）、以上三つを図解の上、提示している。
- (2) 竹下・新コンメンタール二四六頁。なお、旧法下でも、同様の認識を示すものとして、竹下・旧コンメンタール一一一頁以下、宮脇・強執法（各論）二九二頁以下。
- (3) この点で、我が国の学説上、異論はない。たとえば、中野・民執法（四版）三八一頁など。
- (4) 竹下研究の紹介・分析については、斎藤第一論文一六八頁以下、同第二論文一六頁以下。
- (5) ①「消除主義」については、斎藤第一論文一八三頁以下、同第二論文三一頁以下、②「剰余主義」については、同第二論文三四頁以下、③剰余主義に連結された「引受主義」については、同第二論文四二頁以下。
- (6) 斎藤第二論文三一頁以下・三四頁以下・四二頁以下。
- (7) 斎藤第一論文一八六一―一八七頁、同第二論文三二―三三頁。
- (8) 斎藤第二論文三五頁・三七頁、同四三頁―四四頁。

四 やこひに

従前の拙稿による検討と関連して、本稿は、三「立法主義」をめぐる我が国の民執法上の諸問題について、若干の分析を試みた。しかし、すぐれた先行諸研究が存在するにもかかわらず、本稿は粗雑な私見を述べるに留まらざるを得なかった。残された課題はあまりにも大きい、それらはむしろ将来の「民執法・担保法改正問題」としてあらためて正面から検討すべきもののようにも思われる。他日を期したい。

〔基本文献リスト〕

(イ) 著作・体系書・コンメンタール等として、

- ① 兼子一・強制執行法・昭二四年——兼子・強執法として引用——
- ② (a) 鈴木三ヶ月三宮脇・注解強制執行法(3)・昭五一年——竹下・新コンメンタールとして引用——
- (b) 竹下守夫・不動産執行法の研究・昭五二年——竹下・執行法の研究で引用(剰余主義に関するドイツ・プロセイン法の詳細な研究を含む)
- ③ 宮脇幸彦・強制執行法(各論)・昭五三年——宮脇・強執法(各論)として引用(旧法下の代表的な本格的体系書)
- ④ 三ヶ月章・民事執行法・昭五六年——三ヶ月・民執法として引用(民執法立法を理論的・学理的にリードされた著者ならではの、鋭い問題提起が随所にみられる)——
- ⑤ 香川吉野三宅・注釈民事執行法(第三卷)・昭五八年——大橋(寛明)・注釈民執法として引用——
- ⑥ 鈴木三ヶ月・注解民事執行法(2)・昭五九年——竹下・新コンメンタールとして引用——
- ⑦ (a) 浦野雄幸・条解民事執行法・昭六〇年——浦野・条解民事執行法として引用(立法担当官による詳細・適確なコ

ンメンタールであり、単著であるところから立法趣旨も統一的に把握でき、貴重である)——

⑦(b)浦野雄幸・民事執行法の諸問題(1)——(11)・法曹時報三三卷一—一頁以下——同三六卷九号三一頁以下——法務省参事官として民執行法立法作業を指揮された立法担当者による極めて貴重な研究資料であり、適確な指摘が随所にみられ、研究上第一級のいわば「立法理由書」でもあるところから、必須の重要文献である——

⑦(c)浦野雄幸編・民事執行法(基本法コンメンタール)(第四版)・平一一年

⑧中野貞一郎・民事執行法(新訂四版)・平一二年——中野・民執行法(四版)として引用(民執行法の唯一の本格的且つ詳細・緻密な体系書)——

(ロ) 論文として、

⑨伊藤眞・「不動産競売における消除主義・引受主義の問題(1)——(3)——プロイセン法の発展を中心として——」・

法協八八卷四号一頁以下・同八八卷九号五八頁以下・同九〇卷三号七九頁以下・昭四六—四八年——伊藤・「消除主義・引受主義」で引用(プロイセン法の本格的な歴史研究であり、貴重である)——

⑩齋藤和夫・「競売における『先順位』・『抵当権の処遇原理の『根拠』——『消除主義』、そのドイツ・プロイセン的構造の解明——」・慶應法研七二卷一—二号一—五九頁以下・平一一年——齋藤第一論文として引用——

⑪齋藤和夫・「剰余主義・引受主義のドイツ的構造と根拠——立法史的研究の方法論的定立のために——」・慶應法研七三卷二—三頁以下・平成一二年——齋藤第二論文として引用——

(ハ) その他の諸文献については、ドイツ・プロイセン法に関するものを含めて、前掲の齋藤・第一論文二〇二頁以下の「基本文献リスト」並びに第一・第二論文に引用する諸文献に、譲る。