

民事執行における失権

——過誤配当における抵当権者の不当利得返還請求の
可否に関する検討を中心にして——

松 村 和 徳

1. はじめに——考察の対象——
 2. 過誤配当と不当利得返還請求との関係
 3. 民事執行手続と失権
 4. おわりに
-
-

1. はじめに——考察の対象——

手続法は、適正、迅速かつ公正な裁判を通して、個々人の実体的権利の保護とその実現をめざしている。手続当事者の実体的権利は、手続上も実体法秩序に従って原則保障される。しかし、適正、迅速かつ公正な裁判をめざして手続が構築される以上、手続当事者はそれに協力し、一定の制約を受けることになる。その制約の中で手続法上重要な意義を有してくるのが「手続による失権」システムである。とくに手続当事者が自己に保障されている諸権利・手段を行使しなかった場合には、「手続による失権」により、手続当事者は事後それらの諸権利・手段を手続上行使できなくなり、ひいてはその実体的権利を喪失することにもなってくる。民訴法上、責問権の喪失、時機に後れた攻撃防御方法の却下などがその失権の例である⁽¹⁾。この手続による失権は民執法上も存する（例えば、民執184条）。し

かも、民事執行手続は権利実現のための手続であることから、その失権は、実体的権利の喪失に直結してくる。本稿は、この民事執行における失権の構造、あり方について、とくに優先的弁済権を執行手続上も保障されている担保権者の失権可能性に関して中心的に検討するものである。

民事執行は、権利実現のプロセスである。執行債権者は、民事執行の手続を通して自らの権利を実現していく。この権利実現のプロセスにおいて、執行対象物に付着していた諸権利は、消滅しあるいはそのまま買受人に引き継がれる(民執59条)。執行事案の中核をなす担保権(とくに、抵当権、以下は抵当権を中心に論述を進める)は、実体法上優先的弁済権を有しており(民369条1項)、執行法上も基本的にはその満足が保障される。つまり、執行手続の結果として、担保権(抵当権)は、売却手続を経て消滅することになるが(民執59条1項)、剰余主義の適用により(民執62条)、少なくとも優先順位にある抵当権者はその債権回収を保障されている。しかし、抵当権者は、執行手続との関係で常にその権利を保障されるのであろうか。倒産手続においては、その手続の目的と特質から抵当権者も一定の制約を受ける(例えば、破産186条以下、民再148条以下、会更47条、104条以下など)。実体法上も制約を受ける場合もある(民379条以下など)。

執行という局面での抵当権者の処遇を筆者に考えさせる契機となったのが以下の判例である。すなわち、過誤配当の場合において、配当異議を申し出なかった者(抵当権者、一般債権者)が配当手続終了後に不当利得返

(1) 民事訴訟における失権に関しては、さしあたり霜島甲一「民事訴訟における失権とその根拠」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』(有斐閣・1988)350頁以下など参照。なお、筆者は民事訴訟における失権に関して「手続集中」理念から検討してきた(拙稿「わが国におけるオーストリア民事手続法の受容—「手続集中」理念と大正民事訴訟法改正—」早稲田大学比較法研究所叢書41号「日本法の中の外国法」(成文堂・2014)213頁、同「「手続集中」理念とその方策としての弁論準備システム」河野古稀祝賀論集『民事手続法の比較法的・歴史的研究』(慈学社・2014)221頁)。本稿もこの研究の一環として位置づけることができる。なお、本研究は、平成27年度科学研究費補助金(課題番号:15K03226)の一部の補助を受けたものである。

還請求をできるか否かが問われた二つの判決（①最判平成3年3月22日民集45巻3号322頁と②最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁）と、抵当権実行における競売申立て段階において、申立人が主張した被担保債権額を、その後の配当段階で拡張することができるかが問われた③最高裁平成15年7月3日裁判集民事210号217頁である。

配当による債権者は、配当表に基づき配当を得る。しかし、その配当表が実体的に正当な内容をもって作成されなかった場合、配当期日に欠席し、配当異議の申出をしなかった（取下げも含む）債権者（抵当権者、一般債権者）であっても、事後に、その配当表に従い配当を受けた他の債権者に対して、不当利益返還請求をなすかという問題が存した。上記①、②判例は、まさにこの点を問うものである。抵当権は、実体法上、優先弁済権があり、また被担保債権の全部の弁済があるまで目的物の全部の上に効力が及ぶ（担保物権の不可分性）ことから、抵当権は、その満足が保障されない限り、常に、権利追求をなすうとの結論になるのか。他方、執行手続が適法に経過したにもかかわらず、実施された配当結果の覆滅を認めることは、配当手続を徒労に終わらせ、執行手続の安定性の観点から問題となる。最高裁は、上記①、②判決において、抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先的弁済を受ける権利を有することから、他の債権者が債権又は優先権を有しないのに配当を受けたときには、抵当権者には実体法上の優先弁済権が害されたことによる「損失」があり、一般債権者は執行目的物上に実体法上の権利を有するものではなく、「損失」がないとして、抵当権者にのみ不当利得返還請求を認めた。

しかし、他方で、最高裁は、被担保債権の一部のみにつき競売を申し立てた担保権者による、事後（とくに配当段階で）、残部による請求債権額拡張の可否につき、③判決において、「競売手続の安定した遂行」を重視して、「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請」から請求債権額拡張を原則として否定した。これは、抵当権者の実体法上の権利が手続の安定性から制限されたものとみなしうる。

これらの判例は、一方で、抵当権者の実体法上の権限保障を優先し(①判決)、他方で手続の安定性を抵当権者の実体法上の権限保障より優先する結果(③判決)となっている。どのように考えればよいのであろうか。換言すれば、それは、執行手続における失権のあり方を問うものと思われる。本稿は、この点について若干の考察を行うものである。

2. 過誤配当と不当利得返還請求との関係

まず、過誤配当において配当異議を申し立てなかった者が配当手続終了後に不当利得返還請求をなしうるかをめぐる議論を概観してみる。なお、債務者については、もともと配当関係の外に立つことから、配当異議の申出の有無に関わらず、自己に対する本来の債権額を超えて配当を受けた債権者に対して、債務名義の既判力に妨げられない限り、不当利得の返還を請求できるとするのが通説・判例である⁽²⁾。そして、配当期日の通知を受けていない債権者については、手続保障の点から不当利得返還請求を認める点で議論はほぼ一致する。また、一般債権者については、自分の受け取るはずであった配当額を他の者が受け取ったからといって、その分の債権を失うことにならず、他の責任財産にかかっている。争いとなっているのは、それ以外である。いずれも判例・学説で激しく議論され、以下に記述するように、未だ議論の一致をみていない。

(1) 旧法下の議論

旧法下における配当手続は、動産執行について規定され、不動産執行がその特則を定める方式であった。動産執行では、債権者の協議によることを原則としていたが、不動産執行では、配当期日において関係者の意見を聞いたうえで裁判所による配当表確定が原則とされていた。動産執行で

(2) 中野貞一郎=下村正明『民事執行法』(青林書院・2015)564頁など参照。

は、期日に出頭しない債権者は配当表の実施に同意したものとみなされた。配当期日において配当額に異議を申し立てた者は、期日から七日以内に配当異議の訴えを提起すべきと規定されていた（旧民訴632条、633条）。そして、過誤配当における不当利得返還請求の可否の問題をめぐっては、旧民事訴訟法634条の規定が考慮された。

（参照）旧民事訴訟法634条（条文中のカッコ内の記述は筆者）

「異議ヲ申立テタル債権者前条ノ期間（異議者の起訴証明期間（配当期日から7日））ヲ怠リタルトキト雖モ配当表ニ從ヒテ配当ヲ受ケタル債権者ニ対シテ以テ優先権ヲ主張スル権利ハ配当実施ノ為妨ケラルルコト無シ」

通説は、この規定の文理に従って、配当期日に配当異議を申し立てた債権者は、自分の受けるはずであった配当額を他の者が受け取ってしまった場合には、その者に対して、不当利得返還請求ができるとされていた。問題は、異議を申し立てなかった債権者は、この条文の反対解釈として、不当利得返還請求はできるか否かであった。通説・判例は、この文理通りに解釈し、これを消極的に解していた⁽³⁾。債権者が配当異議を申し立てたか否かを可否の基準としたのである。この立場は、配当表を「裁判」と解する立場に依拠して主張されていた。大判明治30・11・26民録3輯10巻87頁、大判昭和15・1・15新聞4525号11頁などは、この配当表＝裁判説の当然の帰結として、消極説に立っていた。その一方で、配当期日において異議を申し立てなかった債権者も、「せいぜい配当手続の関係で配当表に従い配当を実施することに同意したものと擬制されるにすぎず、他の債権者の実体法上の権利を承認し又は自己の有する実体法上の不当利得返還請求権を放棄したこととなるわけではない」との見解も有力に主張されていた⁽⁴⁾。

他方、担保権（抵当権）の実行による任意競売については、強制競売の

(3) 兼子一『増補強制執行法』（酒井書店・1955）223頁、山木戸克己「任意競売と配当手続」民事訴訟法論集（有斐閣・1990）（初出：谷口知平還暦（3）（1972））298頁など参照。

(4) 宮脇幸彦『強制執行法（各論）』（有斐閣・1978）496頁。

場合とは反対に、不当利得返還請求を認める立場が通常であった。旧法下における配当手続は、担保権実行手続を規定していた競売法には規定されず、強制執行の規定を準用して運用されていた⁽⁵⁾。しかし、任意競売で配当手続を行うといっても、その規定の全面的準用、とくに旧民訴法633条・634条の準用については消極的に解する傾向にあった⁽⁶⁾。判例の動向については、「手続中の不服申立については民訴法の配当手続に関する規定を準用して異議申立および配当異議の訴を認めるが、過誤配当による不当利得の成否に関しては民訴法の規定の準用を否定して、手続中に異議を申し立てなくとも失権の効果を生じないとし、さらに配当異議訴訟の確定判決に従ってなされた配当についてもなお不当利得返還請求を認めている」とする指摘がなされていた⁽⁷⁾。例えば、大判大正3・7・1民録20輯570頁(575頁)は、「競売法第三十三条ニ依リ、裁判所カ競売代金ヲ交付スル行為ハ、実体上ノ権利ヲ確定スルモノニ非サルヲ以テ、同条ニ依リ配当ヲ受ケタル者ハ実体上之ヲ受クヘキ権利ヲ有スルモノニ限ラス。而シテ配当ヲ受クヘカラサリシ者カ、誤テ配当ヲ受ケ為メニ、当ニ配当ヲ受クヘカリシ者カ却テ之ヲ受ケ得サリシ場合ニ於テハ、前者ハ法律上ノ原因ナクシテ後者ノ当ニ受クヘカリシ財産ニ因リ利益ヲ受ケ為メニ後者ニ損失ヲ及ホシタルモノナレハ、民法第七百三条ニ従ヒ不当利得ノ責ニ任セサル可カラサルコト、本院判例ニ示ス所ノ如シ(句読点は筆者)」とし、その後、最高裁でも、最判昭和31・11・30民集10巻11号1495頁で、不当利得返還請求ができることを前提として担保権者が配当異議訴訟を提起できる旨を判示

(5) 競売法による任意競売の規定自体が不備であり、大決大正2・6・13民録19輯436頁で「競売法中反対規定ナク又其性質ノ許ス限りハ、民事訴訟法ノ規定ヲ準用シテ、競売法ノ運用ヲ円滑ナラシメ、競売手続ノ開始進行終了ニ支障ナカラシムルコトヲ要ス」として、基本的には民事訴訟法の強制執行の規定が準用されることになった。

(6) 宮脇・前掲書499頁など参照。

(7) この判例分析に関しては、山木戸・前掲論文323頁。なお、その理由としては、配当表が実体法上の権利を確定または形成するものではないという点であった。

した⁽⁸⁾。また、配当異議訴訟の確定判決に従ってなされた配当についてもなお不当利得返還請求を認めたのが、最判昭和43・6・27民集22巻6号1415頁である。このように、任意競売においては、判例は配当手続における失権効には消極的立場であったといえる。この点の事情につき、山木戸克己博士の次の指摘⁽⁹⁾が興味深い。すなわち、「判例が配当手続の失権的効果に否定的であることの背景としては、担保権実行の競売手続における配当手続に関する実務の取扱いが確立しておらず、また配当期日における手続が失権効を認めるに達するほど慎重でないとの危惧があり、そもそも強制競売の場合を含めて配当手続の失権効に対する消極的評価がある、という事情があるのではないかと憶測される」との指摘である。

(2) 民事執行法下の議論

このように、旧法下においては、規定の不備もあり、過誤配当における不当利得返還請求の可否についての争いは終結せず、立法に委ねられた。しかし、昭和54年制定の現行民事執行法では、その立法過程においてはこの問題についての議論はほとんどなされず、旧民訴法634条の規定を削除し、問題は解決せず、解釈に残された⁽¹⁰⁾。

(8) 最高裁昭和31年判決は、以下のよう判示している。

「抵当権の実行による不動産競売手続において配当表が作成された場合、異議のある抵当権者は、本件のごとく抵当権者相互の抵当権の存否、順位、被担保債権の範囲、並びに競売手続において配当を受くべき金額等を主張して配当表に対する異議の訴訟を提起し得るものと解するを相当とする。けだし、かかる訴を提起し得ると解することは、なんら競売法の精神に反するものとは認め難いし、かつ右のごとく異議のある抵当権者の不服方法を、単に競売手続終了後における不当利得返還の請求だけに限定すべき法理は存しないからである。」

(9) 山木戸・前掲書341頁以下。山木戸説は、配当手続の核心は売得金の配分について競合債権者間の調製にあるとし、実務上の事情があるとしても、配当手続に失権効を認めることは理論上当然であるとする。そして、配当手続における関係者の手続保障を立法上も実務上も十分配慮されているかが問題とする(342頁)。

(10) 田中康久『新民事執行法の解説(増補改訂版)』(きんざい・1980) 238頁な

民執行法制定直後の議論では、消極説⁽¹¹⁾が有力であった。消極説の論拠は、配当手続への参加と意見陳述の機会が与えられておきながら、その機会を利用しなかったことを理由とする「失権」に求められていた。つまり、配当に与える債権者相互間での配当関係においては、配当の順位や額につき実体状態との厳格な整合性は必ずしも要求されず、債権者の自主的な態度決定による変容の余地あり(配当表の正当性は債権者自治に求める手続構造となっている)、配当期日に出頭せず、出頭しても異議を申し出ない、あるいは異議を申し出ても配当異議の訴え等を提起せず、異議を貫徹しない場合には、配当表への賛意の表明があったものとみなす点にあった⁽¹²⁾。したがって、総債権者の合意により記載された配当表に基づく配当実施に準じ、「法律上の原因」(民703条)を有するとされた。

しかし、他方で、抵当権者と一般債権者双方が不当利得の返還請求をできるとする積極説⁽¹³⁾、抵当権者のみ不当利得を認め、一般債権者は否定する折衷説⁽¹⁴⁾が唱えられていた。

ど参照。不当利得になるかどうかは、実体上の要件であるから、民事執行法の中におくのはおかしいということから、旧民訴法634条は削除され、解釈に委ねられることになったとされる(ジュリ増刊・民事執行セミナー(1981)200頁(浦野発言)など参照)。

- (11) 田中・前掲書238頁、中野貞一郎『民事執行法(第2版)』(青林書院・1991)445頁以下、中野貞一郎編『民事執行法概説』(有斐閣・1991)223頁以下(鈴木正裕)、香川監修・注釈民事執行法4(きんざい・1983)355頁以下(近藤崇晴)、山木戸克己『民事執行法講義』(有斐閣・1984)156頁、鈴木=三ヶ月編『注解民事執行法(3)』(第一法規・1984)386頁以下(中野貞一郎)など。
- (12) 前掲・注解民執行法(3)(中野)388頁など参照。前掲・民執セミナー200頁(宇佐美発言)では、仮登記担保法17条2項で、仮登記担保権者は配当要求の終期までに届け出ないとその手続では失権する旨を規定していることとの均衡上、抵当権者の失権もありうるのではないかと指摘もなされている。
- (13) 石川明「配当異議と不当利得」金法992号(1982)6頁以下。
- (14) 浦野雄幸『条解民事執行法』(商事法務研究会・1985)415頁は、少なくとも配当異議の申出をした抵当権者は不当利得返還請求ができるとする。また、司法研修所編『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』(法曹会・1988、以下「諸問題」)293頁以下は、一般先取特権者以外の抵当権者は、配当異議の申出に関わらず、不当利得返還請求ができるとする。前者(浦野説)は、基本的に

積極説⁽¹⁵⁾は、配当手続の性質と実情をその正当化根拠とした。つまり、民執法の配当手続は個別合意による配当を許容してなく、手続上の要請から実体関係の変動を認めることは必要最小限にとどめるべきであるとする。そして、手続の実情は、債権者は配当表の不当を容易には知り得ないし、配当表は不正確な資料に基づいて作成せざるをえない。實際上配当手続への債権者の参加も少ない。また、配当表には実体的確定力がない。さらに、配当異議の訴え提起の証明期間が1週間しかなく、不当利得返還請求を失権させるほどの手続保障があるとは言えない。したがって、失権規定がなく、実体関係の終局的確定を訴訟に委ねる建前の下では、配当の結果を安定させ、不当利得返還請求を遮断するような失権的要請は認められない点を論拠としたのである。

折衷説⁽¹⁶⁾は、抵当権が執行目的物に対する交換価値を把握し、実体法上の優先権を有する点を不当利得返還請求が認められる論拠とする。旧法下から継続する実務の立場であったと言える。抵当権者は、抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有することから、他の債権者が債権又は優先権がないのに配当を受けたことでこの権利が侵害された場合は、他の債権者は抵当権者の損失によって利得したことになるとする（不当利得の要件である「損失」があるとする。つまり、抵当権者は目的財産の交換価値を実体法上把握していると解するのである）。これに対して、一般債権者は、その交換価値に実体的な権利を有していないので、不当配当がなされた場合にも「損失」がないとするのである。判例は、下記に示すように、債権者が執行目的財産について実体的優先権の保障された権利があるか否かを判断し、抵当権者のみに不当利得返還請求を肯定する。次の下級審判例の流れがそれを示していた。

は消極説の立場に立つものと言え、後者がその後の議論における折衷説と言えよう。

(15) 石川・前掲論文9頁参照。

(16) 前掲・諸問題295頁以下。

この問題をめぐる民執法下の判例は、一般債権者からの不当利得返還請求につき、東京地判平成元・12・22判時1347号75頁、東京高判平成2・5・30判時1353号62頁(平成元年東京地判の控訴審)及び東京地判平成3・1・24判時1384号67頁がある。いずれも、不当利得返還請求を否定するが、東京高裁は折衷説に立って一般債権者からの不当利得返還請求を否定したものといえる。抵当権者については、東京地判平成2・1・16金判858号10頁、その控訴審たる東京高判平成2・9・13判時1365号60頁(この上告審が下記最高裁平成3年判決)、仙台高判平成3・2・21判時1404号85頁があるが、いずれも抵当権者からの不当利得返還請求を肯定し、折衷説の立場にたつ。このように、下級審判例の主流は、折衷説に立つものと評することができた。少なくとも、抵当権者からの不当利得返還請求は肯定されていた。そうした中で、以下に記述する①最判平成3年3月22日民集45巻3号322頁及び②最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁という二つの最高裁判決が登場し、判例が折衷説を採用することを明らかにした。

(3) 最高裁平成3年判決及び平成10年判決とそれをめぐる議論

(イ) 最高裁平成3年判決及び平成10年判決

まず、①最判平成3年3月22日民集45巻3号322頁⁽¹⁷⁾は、配当期日に配当異議を申出なかった抵当権者が配当を受けた他の債権者に対してなした不当利得返還請求事案であった。最高裁は、以下のように判示し、抵当権者からの不当利得返還請求を肯定した。

「抵当権者は、不動産競売事件の配当期日において配当異議の申出をしなかった場合であっても、債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受け

(17) この判決に対する評釈として、以下のものがある。中野貞一郎・私法判例リマックス1991(上)153頁、青山善充・法教133号98頁、秦光昭・手形研究456頁4頁、栗田隆・金法1288頁、塚原朋一・金法1298号12頁、田原陸夫・金法1298号15頁、加藤哲夫・法セミ443号144頁、松岡久和・金法1304号66頁、富越和厚・曹時45巻7号103頁、滝沢聿代・判例評論393号(判時1394号180頁)など。

た債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかつた金銭相当額の金員の返還を請求することができるものと解するのが相当である。ただし、抵当権者は抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有するのであるから、他の債権者が債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受けたために、右優先弁済を受ける権利が害されたときは、右債権者は右抵当権者の取得すべき財産によって利益を受け、右抵当権者に損失を及ぼしたものであり、配当期日において配当異議の申出がされることなく配当表が作成され、この配当表に従って配当が実施された場合において、右配当の実施は係争配当金の帰属を確定するものではなく、したがって、右利得に法律上の原因があるとするはできないからである。」

そして、配当期日に配当異議を申出なかつた一般債権者が配当を受けた他の債権者に対してなした不当利得返還請求事案であつた、②最判平成10年3月26日民集52巻2号483頁⁽¹⁸⁾は、以下のように、判示し、不当利得返還請求を否定した。

「配当期日において配当異議の申出をしなかつた一般債権者は、配当を受けた他の債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかつた額に相当する金員について不当利得返還請求をすることができないものと解するのが相当である。ただし、ある者が不当利得返還請求権を有するというためにはその者に民法七〇三条にいう損失が生じたことが必要であるが、一般債権者は、債務者の一般財産から債権の満足を受けることができる地位を有するにとどまり、特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有するものではなく、他の債権者が配当を受けたために自己が配当を受けることができなかつたというだけでは右の損失が生じたということができないからである。」

(18) この判決についての評釈として、以下のものがある。上原敏夫・NBL663号60頁、滝沢津代・民商120巻1号133頁、手塚宣夫・判評479号41頁、野村秀敏・ジュリ1157号131頁、松本博之・私法判例リマークス19号144頁、野山宏・ジュリ1138号113頁、同・曹時51巻10号2560頁など。

このように、①、②両判例で、最高裁は、折衷説の立場に立つことを明らかにした。また、不当利得の他の要件である「法律上の原因」の有無についても、配当表及びそれに基づく配当の実施が不当に多額の配当を受けた債権者の利得は、配当表に対する債権者の消極的態度に「法律上の原因」となると言える実体法的な効力を結びつけることはできないとして、その利得に「法律上の原因」はないとしている。

(ロ) 最高裁判例後の議論

これらの判決後も、依然、消極説が学説上多数説であるように思われるが、積極説も支持者が増えている⁽¹⁹⁾。さらに、上記最高裁平成3年以降は、最高裁の採る折衷説が学説上も有力になりつつある⁽²⁰⁾。しかし、学説上は継続して議論され、未だ一致をみていない⁽²¹⁾。

判例に対しては、消極説の側から、担保物権は非担保債権が弁済される可能性を増大させる法的手段を保障するにすぎず、優先弁済への道程は、当然手続法の拘束に服し、配当受領の基礎となるのは公法上の権利であって直接的な実体的権利ではないとの批判が主張されている⁽²²⁾。また、折

(19) 松本博之『民事執行保全法』(弘文堂・2011) 219頁など。

(20) 福永有利『民事執行法民事保全法(第2版)』(有斐閣・2011) 158頁など。

(21) 本稿では、学説を積極説、消極説、折衷説に大別したが、折衷説はさらに細分でき、かつ実体法研究者を中心に利益衡量説なども主張されている。詳細は、さしあたり、上原・前掲法教342号72頁以下など参照。

(22) 中野・前掲りマークス156頁、中野貞一郎=下村正明『民事訴訟法』(青林書院・2016) 563頁など。つまり、抵当権者の優先弁済権も執行と配当手続を経なければ具体化しえないものであり、手続と切り離してこれを絶対視すべき必然性はないと主張されることになる(秦・前掲10頁、滝沢・前掲評釈21頁、同・民商141頁など参照。なお、これは、抵当権者と一般債権者を区別すべきではないとする積極説や利益衡量説からの理論づけでもある)。消極説の立場からこの観点を強調するのは、酒井一「民事執行と不当利得」奈良法学雑誌13巻3・4号(2001) 215頁以下であり、「担保価値は、その実行以前に決まっているのではなく、民事執行手続により形成される……担保権は、……配当実施段階にいたり、はじめて当該担保価値が現実化され、その価値が決せられる。配当は、配当表に基づき実施されるのであり、配当表こそが担保価値を実現する基礎となる(225頁)」と主張する。

衷説のとるような、抵当権者と一般債権者を分ける必然性がなく、とくに、執行実体における担保権者は手続を周知しており、すでに損害予防措置を講じているはずであり、保護するに値しないと主張されている⁽²³⁾。そして、手続的には、不当利得を認めることは配当期日の手続を徒労に終わらせ、裁判所が裁定した財貨移転を覆し、無意味にする点、また、不当利得への応訴の負担を相手方に課すことになる点が批判として挙げられた⁽²⁴⁾。そして、消極説をとる不利益は、債務者の不当利得返還請求権を代位行使して、少額配当受領者の救済は可能であるとしていた⁽²⁵⁾。

積極説側からも、一般債権者が競売手続において獲得した執行目的財産の換価代金から配当を受ける法的地位も抵当権者と同様に保護すべきであるとの主張がなされている。一般債権者については、自分の受け取るはずであった配当額を他の者が受け取ったからといって、その分の債権を失うことにならず、他の責任財産にかかっていると⁽²⁶⁾。

これまでの議論をみると、議論の焦点は、(イ) 配当手続に失権を認めるだけの手続保障が認められるかという点と(ロ) 配当表にはいかなる拘束力が生じるのかに大別できるように思われる。そこで、以下では、配当手続の基本構造を概観し、この手続をいかに捉えることができるかの点からこれらの観点を考察していくことにする。

3. 民事執行手続と失権

(1) 配当手続の基本構造と失権

執行法上は、売却代金から債権者全員の満足が受けられない場合（いわゆる「弁済金交付」がなされない場合）には、配当手続が実施される。つま

(23) このことを強調するのが、中野・前掲リマークス158頁である。

(24) 中野・下村・前掲書562頁以下など参照。

(25) 中野・前掲リマークス156頁など参照。

(26) 松本・前掲リマークス147頁、田原・前掲金法18頁など参照。

り、執行裁判所は、代金の納付があった場合には、「弁済金交付」の場合を除き、配当表に基づいて配当を実施しなければならないのである(民執84条1項)。そして、執行裁判所は、配当表を作るために配当期日を定め(民執85条1項)、配当期日には、配当を受けるべき債権者及び債務者を呼び出す(民執85条2項)。執行裁判所は、これらの者を審尋し、取り調べることができ、かつ即時に取り調べることができる書証の取調べをなすことができる(民執85条4項)。これが配当手続の第一段階である。上記(イ)の観点からは、この段階における配当期日への呼出し、当該期日での取調べの手続的評価が問題となろう。この点につき、配当受領資格のある債権者が適式な配当期日の呼出しを受けず、配当手続に関与できなかった場合には、当該債権者は、配当実施後でも自己が受けることができた分の配当額を他の債権者に対し不当利得返還請求をなしうるという点では議論は一致する。したがって、この配当手続の第一段階では、配当期日への呼出し、当該期日での取調べは、上記(イ)の観点での債権者の手続保障の一端として機能しうると評価できよう。

次に、配当の順位、額などが定められたときは、裁判所書記官は配当表を作成しなければならない(民執85条5項)。配当表には、配当の順位及び額、債権の元本、利息等が記載される(民執85条6項)。そして、配当の順位及び額は、配当期日においてすべての債権者間に合意が成立した場合には、合意により、合意が成立しない場合には、民法、商法その他の法律の定めるところの優先順位に従って記載される(民執85条1、2項)。配当は、この配当表に基づいて行われる。配当表の作成後は、明白な誤謬を除き、その記載を任意に変更できない。記載内容は、期日不出頭の債権者に効力を及ぼし、配当異議等による調整の余地が残るだけである。これが配当手続の第二段階である。この配当表の拘束力をいかに把握するかも議論のポイントとなっている((ロ)の観点)。積極説、折衷説は、条文上の根拠がなく配当表には実体的確定力がない⁽²⁷⁾とする。旧法下の議論にあったように、配当表の作成は裁判ではないという認識に基づくものと言えよ

う。他方、消極説は、債権者間の合意が優先される点を重視し、適式な呼出しがあったにも関わらず欠席することは配当表に対する賛意の黙示的表明と評価し、総債権者の合意による配当（民執85条5項）に準じて、法律上の原因になる⁽²⁸⁾とするのである。いわば配当表の作成に和議的特質を見出すのであろう⁽²⁹⁾。いずれにせよ、執行手続上の抵当権者の地位が絡んでくるのであるが、その分岐点となるのが配当手続による失権の可否をめぐる判断であったと言える⁽³⁰⁾。民事執行手続における失権という本稿での関心は、まさにこの点に存する。

配当表が作成されるとそれに基づく配当は実施される。配当実施前に、配当表記載の各債権者の債権または配当額について実体上の不服がある各債権者及び債務者は、配当期日に出頭して、その期日において配当表の記載について異議を申し出ること（配当異議の申出）ができる（民執89条1項）。ここに、上記（イ）の観点での債権者の手続保障の一端が現れている。配当異議の申出のない部分については、執行は実施される（民執89条2項）。これが配当手続の第三段階である。

配当期日において異議を申し出た債権者及び債務者は、その異議を貫徹するために、さらに配当異議の訴えを提起しなければならない（民執90条1項）。ただ、債務者が、この訴えを提起するのは、執行正本を有していない債権者に対して異議を申し出た場合に限る。この場合には、請求異議の訴えまたは確定判決変更の訴え（民訴117条）で争わなければならない（民執90条5項）。債権者及び債務者は、配当期日の終了後、一週間以内にこの訴えを提起した旨を執行裁判所に証明しないと、配当異議の申出は、取り下げられたものとみなされ（民執90条6項）、当初の配当表に基づいて配当は実施

(27) 例えば、塚原・前掲評釈17頁など。

(28) 中野＝下村・前掲書562頁など。

(29) 旧法下の議論では、和解的に理解されていた。手続的には倒産における和議に近いと思われる。また、旧法下の議論と同様に、今日でも配当表の作成を形成裁判と解するのが酒井・前掲論文225頁である。

(30) 富越・前掲解説116頁参照。

される。債権者の配当異議の申出が理由ありと認められる場合には、当該原告・被告となった債権者間のみで配当額が変更する。これに対して、債務者が配当異議の訴えを起し、勝訴したときは、その効力はすべての債権者に及ぶ。したがって、執行裁判所は、配当異議の申出をしなかった債権者のためにも配当表を変更しなければならない(民執92条2項)。これが配当手続における救済手続である。この過誤配当に対して民執行法が設ける救済措置の存在が、配当手続への欠席による失権を正当化しうるものであるが、周知のごとく、過誤配当と不当利得との関係において中心的議論の一つとされてきたのである。失権を認めない積極説、折衷説は、前述のように、(a) 債権者は配当表の不当を容易には知り得ない点、(b) 配当表は不正確な資料に基づいて作成せざるをえない点、(c) 実際上配当手続への債権者の参加も少ない点、(d) 配当異議の訴え提起の証明期間が1週間しかない点などをその理由として挙げている。これらの批判は、いずれも配当実務の実態に基づくものであり、消極説側もその不備(特に(b)、(d))を問題とするが、それだけで不当利得請求を認めることにならないとする⁽³¹⁾。

以上の配当手続の基本構造が失権を認めるに足るものであるかを検討する前提として、民事執行手続において執行対象物の所有者の失権をも認める民執行法184条の趣旨及びその失権のメカニズムとの比較をまず試みることにする。

(2) 民執行法184条に基づく失権の構造

旧法下では、競売手続が終了した後も担保権の消滅・不存在の事由を主張して、債務者は買受人に対抗できるかが議論されてきた。そして、可能とするのが判例⁽³²⁾の立場であった。その根拠となったのは、登記の公信

(31) 中野・前掲リマークス157頁以下、中野・下村・前掲書563頁など参照。

(32) 最判昭和37年8月28日民集16巻8号1799頁は、「競落許可決定確定後であつても、競売手続の完了(競落代金の支払)前に債務が消滅すれば、競売手続に

力がないことと競売手続に債務名義は必要としない点であった。後者は、民法自体が担保権の効力として競売権を認めており、競売手続自体の有効性も、買受人の所有権取得の根拠も、直接担保権の存否に関わってくるとの理解に基づいていた。

しかし、この帰結は、買受人の地位を不安定にするものであり、ひいては競売手続の信用喪失にも至りうるとして、この問題への対応が立法課題に挙げられていた。そこで、民執法は、民執法184条を創設し、買受人の保護と競売手続の安定化を図ったのである。立法段階では、(i) 申立て段階で強い債務名義的なものを要求し、その債務名義(的なもの)の効力として公信的効果を認めることとし、実体上の争いは、請求異議の訴えに類する執行手続外の訴訟(担保権実行に対する異議の訴え)に委ねる方向と(ii) 申立て段階では一定の証明文書を提出させ(これには債務名義的效果は認められない)、執行手続内において実体上の異議を申し立てることを認め、担保権の不存在・消滅が証明されれば、すぐに手続を取り消すという簡易な手続を設けることとし、それを利用しなかった債務者・所有者に対する手続上の失権効として、公信的効果を定めた明文規定を置く方向が提案された。(i) は、競売手続において債務名義不要の実務が定着していた取引界からの反対があり、立法者は(ii) の方向を採用したのであった。そして、民執法184条の制定となる。この(ii) の考え方に大きな影響を与えたのが、山木戸教授の見解⁽³³⁾であった。山木戸説は、強制競売に公信的効果が認められる実質的根拠を手続保障のある債務者と競売人の利益の比較衡量に求めた。つまり、債務名義、執行文、競売開始決定の送達を受け、請求異議の訴えにより執行を阻止する機会を保障されているの

於て債務者が異議抗告等の不服手段に訴えたかどうかに関係なく、競落人は代金支払により所有権を取得しえないと解するのが相当である(昭和三年六月二十八日大審院判決集七卷五三三頁参照)。』と判示して、買受人の所有権取得を認めなかった。

(33) 山木戸克己「任意競売における競売人の地位」小野木=齋藤還暦記念『担保権の実行(下)』(有斐閣・1972) 381頁以下。

に、これを活用しなかった債務者の利益と裁判所の手続を信頼するほかない競売人に利益を比較考量すると、後者を優先すべきことにその根拠を求めたのである。そして、債務名義のない任意競売でも所有者に対して相応の手続保障が認められるのであるから、競売人保護の帰結を承認することができるとするのである。こうした立法過程の議論を受け、民執法制定後は、民執法184条の公信的効果の理論的根拠として手続保障＝失権説が通説を形成する⁽³⁴⁾。最高裁も平成5・12・17判決(民集47巻10号5508頁)⁽³⁵⁾で失権説を採用した。学説上は、失権の理論構成を権利外観に求める見解⁽³⁶⁾や債務者(所有者)の処分権限の執行機関への授権を擬制する見解⁽³⁷⁾もあるが、いずれにせよ執行手続において債務者(所有者)が争う機会と権限が保障されていることを前提とする。この手続保障を前提とし、失権を認める(正当化する)メカニズムの説明が異なってきているのである。いずれにせよ、民執法184条の効果は、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帰結と言えそうである。

民執法が設けた失権のための手続保障としては、一般に①競売開始決定の要件としての法定文書の提出(民執181条)、②実体執行異議の導入(民執182条)、③競売手続の停止(民執183条)が挙げられている。①の点では、債務名義制度を採用しないが、法定の文書を要求するので、その文書作成時における所有者の関与の機会が与えられること、それゆえ、所有者に不服申立て責任を課すことも買受人との間では公平とみなされる。ま

(34) 山本戸克己『民事執行・保全法講義』(有斐閣・1992)226頁、新堂幸司「不動産競売」判タ418号38ページ(1980)、上田徹一郎「担保権実行のための競売の要件と効果」竹下=鈴木編『民事執行法の基本構造』(西神田編集室・1981)529頁、浦野雄幸『条解民事執行法』(弘文堂・1985)838頁など。

(35) 本件評釈等として、徳田和幸・平成5年度重判解説147頁、田邊誠・民執法判例百選(第2版)56頁、上北武男・法教166号132頁、富越和厚・金法1396号58頁、栗田隆=下村真美・金法1388号6頁、上原敏夫・私法判例リマークス1995(上)156頁、同・法教345号96頁などがある。

(36) 竹下守夫・前掲「民事執行セミナー」68頁の発言。

(37) 中野=下村・前掲書367頁以下。

た、民執法181条4項で開始決定の送達に際しての法定文書目録の相手方への送付が義務づけられている。これは、開始決定の原因となった文書を所有者に知らせて、不服申立ての機会を実質的に保障する趣旨であるとされている⁽³⁸⁾。②は所有者の手続保障に直結してくるが、これは法定の文書のみで簡易に担保権実行が開始されることに鑑み、執行異議という簡易な決定手続で実体的異議事由を主張できるとした点に立法者による所有者の手続保障考慮が見て取れる。さらに、その不服申立手段が執行異議であることから、代金納付まで異議の申出が可能であり、また新たな事由により繰り返し異議の申出が可能である。そして、③の点で異議の申立てを受けた執行債務名義は強制手続の停止を命じることができる。これらの点に、所有者の手続保障の重点があるように思われる⁽³⁹⁾。また、債務者（所有者）は、別途、担保権不存在確認の訴え又は第三者異議の訴えを提起し、執行を排除することができる。

さらに、近時は、前掲平成5年判決を受け、所有者が競売手続の当事者とされていたことを前提とすべき立場が主流となっている。当事者等として制度的に競売手続に関与し不当な競売手続を排除する地位が与えられていることが必要であり、たまたま競売手続の関与を知っていて競売手続を排除する機会があったというだけでは不十分とするのである⁽⁴⁰⁾。したがって、この立場では、競売開始決定の適法な送達があったことが重要な意義を有することになる⁽⁴¹⁾。

(38) 新堂・前掲論文40頁参照。

(39) 新堂・前掲論文41頁は、「新法が手続阻止の手段を幅広く明示し、担保権の存否を争う訴えと執行手続との関係を一応明らかにしている点は、所有者の救済手段の確実性の点で評価でき、……公信的効果を導くに足りる手続保障は制度的に一応備わっている」とする。

(40) 上原・前掲りマークス158頁など参照。

(41) 送達を民執法184条の適用要件とするのが、三谷忠之「抵当権の実行としての競売における所有者と買受人の地位」香川法学8巻2号208頁以下（1988）である。他方、所有者が競売手続の開始を知っていたことで足りるが、開始を知り得べきであった場合にまでは民執法184条の適用を認めるべきではないとの見解もある（菅原郁夫・法学53巻2号269頁（1989））。

このように、民執法184条の公信的効果を認めるためには、民執法181条ないし183条の規定だけでなく、送達も含めた手続全体の過程において、失権を受ける債務者(所有者)に手続保障がなされていることが想定されていると言えよう。本来有する権利が失権することを正当化するには、こうした手続全体からの視点が不可欠であると思われる。その点で、民執法184条の失権に際して当事者等として制度的に競売手続に参与したことを要件とする近時の主張は正当であると思われる。したがって、執行手続において実体権に関わる失権が認められるか否かの判断は、民執法184条の適用の局面だけでなく、一般に、手続全体の過程において権利者(抵当権者)がどのように手続に参与し、不当な手続の結果を排除する地位を与えられているかを考慮する必要があるように思われる。この視点から、本稿の主たる考察対象である過誤配当に際しての抵当権者の不当利得返還請求の可否を検討してみることにはしたい。そこで、以下では、まず、民事執行手続における抵当権者の処遇を概観し、その執行手続内での位置づけを明らかにする。次に、抵当権者がその利益を得るためにいかなる手続関与が保障されているかを確認する。

(3) 民執執行手続における抵当権者の処遇と手続保障

①民事執行手続における抵当権者の処遇

民事執行手続上、抵当権者はその実体法上の優先弁済権(民369条1項)を保障されている。競売手続申立権者でなくとも、抵当権者は差押債権者に対抗できる場合(差押え登記前に登記をなしていた抵当権者)には、順位に従って売却代金から配当を受ける(民執87条1項4号)。配当要求をする必要もない。そして、民執法の採用する剰余主義により、優先する抵当権などの被担保債権全額をカバーしうる買受可能価額を得る見込みがない場合には、原則、競売手続は取り消されることになる(民執63条、188条)。したがって、差押債権者の債権に優先する抵当権者の債権は、原則としてその全額が保障されるのである⁽⁴²⁾。そして、民執法は、剰余主義の制限

の下、不動産上の負担の処遇として消除主義をとる。つまり、不動産上の負担である抵当権は、「売却により消滅する」(民執59条1項)。この抵当権の消滅時は、売却許可決定の確定時である。そして、消除主義の下、無剰余の換価は排除されることになる。これにより、差押債権者に優先する抵当権者の配当受領が確保されるのである。ここに民執行法における抵当権者の処遇の核心がある。したがって、抵当権は執行手続により消滅することの意味が考慮されなければならない。抵当権者は、その権利に内在する換価権により執行手続を起動でき、開始された執行手続で執行目的物に対する優先的弁済権の確保が保障されることで、その目的を達成できる。民執行法上、買受人保護の観点を踏まえた執行目的物に対する物上負担の調整から、執行目的物上に存する「実体法上の抵当権」を消滅させ、代わりに抵当権者に対しては、執行目的物の売却代金に優先的配当受領権を認めるというのが現行執行法のスタンスである。しかも、この優先的配当受領権は、執行手続上生じた売却代金に生じることから、前述した過誤配当における不当利得請求についての消極説が主張していたように、執行機関に対する手続上の権利にすぎないと解すべきであろう。そして、このことは、理論的には、実体的優先弁済権を有する抵当権は消滅し、執行法上の優先的な配当受領権に転化することを意味してくると思われる。この転化により、抵当権者の優先弁済権(執行法上の優先的な配当受領権)は、執行と配当手続を経て具体化されてくることになる。そして、このような理解は、本稿の考察対象である過誤配当に際しての抵当権者の不当利得返還請求の可否についても影響を及ぼすことになる。

過誤配当と不当利得との関係における判例・実務の立場(折衷説)は、抵当権が執行目的物に対する交換価値を把握し、被担保債権の全部弁済まで実体法上の優先権を有する点に不当利得返還請求が認められる論拠を見

(42) 剰余主義は、物権法秩序の要請に基づくとの立場もあるが(竹下守夫『不動産執行の研究』(有斐閣・1977)101頁以下)、執行法の実定的構成としては貫かれていない(中野=下村・前掲書413頁、429頁注(1)など参照)。

出す。つまり、抵当権者は執行目的財産の交換価値を実体法上継続して把握していると解するのである。したがって、前述したように、抵当権者は、抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有するから、他の債権者が債権又は優先権がないのに配当を受けたことでこの権利が侵害された場合は、他の債権者は抵当権者の損失によって利得したことになるのである。しかし、売却許可決定確定時に消滅する実体法上の抵当権が、配当実施後も執行目的物に対する交換価値を把握し、実体法上の優先権を有すると捉えることは理論的には難しいのではなかろうか。抵当権が消滅し、執行法上の優先的な配当受領権に転化するのであれば、その優先的な配当受領権は執行法上の規律に服すると解するのが素直な解釈に思われる。また、配当実施後に不当利得の問題が生じるのは第二順位以降の抵当権者間と思われるが、少なくとも第一順位の抵当権者は原則として全額保障されるので、執行法上の保護としてはそれで十分との論理も成り立つように思われる⁽⁴³⁾。

②執行手続過程における抵当権者の手続保障

次に、執行手続上、抵当権者には自己の利益を保護するためにどのような手段が用意されているかを明らかにしてみよう。配当手続については、前述した。それ以外にも、抵当権者は、開始決定を告知され(規2条2項)、配当要求の終期は公告される(民執49条2項)。そして、配当要求の終期までに債権の存否等の債権届出の催告を受ける(届出催告書の送達(民執49条2項2号))。さらに、売却段階においては、抵当権者は売却の許可・不許可に関する意見陳述の機会が与えられ(民執70条)、売却許可決定に対する執行抗告(民執74条、無剰余であるのに売却手続を行った場合には民執法71条7号の売却不許可事由に該当するとされている)が可能である。こうした債権届出段階や売却段階での抵当権者の手続保障も配当実施後の失権を正当化する一要素となりうるのではなかろうか。

(43) 不当利得請求の可否が問題となるのは、基本的に後順位の抵当権者や一般債権者間でしかないことに留意すべきであろう。

そして、もう一つ考察すべきと思われるのが、前述した配当手続段階での請求債権額拡張の局面である。以下に検討してみる。

③担保権実行手続における請求債権額拡張と抵当権者の処遇

(a) 問題の所在

執行債権者は、強制競売でも担保権実行でも執行債権の一部のみを請求債権として競売の申立てをすることができる（民執規則21条4号、170条1項4号）。一部申立てのまま執行が終了しても、強制競売の場合には、残部債権を同一の債務名義をもってさらに強制執行ができる。しかし、担保権実行の場合には、目的物件の売却により担保権が消滅する（民執59条1項）。その結果、残部債権についてさらなる担保権実行はできなくなる。そこで、目的物件が見込みより高額に売却されたときには、被担保債権の一部のみにつき競売を申し立てた担保権者としては、事後に残部について請求債権の拡張をしたいと考えるであろう。実体法上も、担保権は被担保債権の全部の弁済があるまで目的物の全部の上に効力が及ぶ（担保物権の不可分性）。これらの点からみれば、競売申立て後に担保権者の請求債権の拡張を認めてよさそうである。他方、申立て段階の請求債権額は、超過売却（民執73条）などの後の執行手続の基準となる。事後の請求債権額の拡張は執行手続の安定性を害することにもつながる。配当段階における請求債権の拡張は、後順位の抵当権者等、執行債権者の配当期待権の侵害につながる余地もある。また、担保権者の一部競売申立ては、目的物件の売却見込みに加え、請求債権額が差押えの登録免許税の基準となることから、その節約を意図したものと言われてきた。請求債権の拡張を安易に認めれば、登録免許税の免脱を招く。そこで、担保権実行においては、申立債権者は、申立て後、とくに配当段階で計算書によってその残部について請求債権を拡張できるかをめぐり、民執法制定前から議論されてきたのであった。

(b) 議論の状況

この問題をめぐっては、民執法制定前において判例は拡張積極説を採っ

ていた。「不動産の競売申立に際し、旧競売法24条2項3号により申立債権の表示が必要とされるのは、被担保債権がいかなる債権であるかを明らかにするためであるから、その表示の程度は、これを特定しうる程度で足り、申立債権の額の表示は、債権額を限定する意義を有するものではない」としていたのである⁽⁴⁴⁾。学説も拡張積極説が有力であった⁽⁴⁵⁾。しかし、民執法施行を契機に、判例・学説とも拡張消極説に傾く。旧法下では申立債権の表示としては「競売ノ原因タル事由」のみで足りるとしていた(旧競売法24条2項3号)が、民執法170条4号(現170条1項4号)が債権の一部につき権利実行する場合には、その旨及びその範囲を要求する規定となり、目的物件の売却により担保権が消滅する規定(民執59条1項)と相まって、申立時に申立債権額を限定すべきことが要求されるに至ったとの理解が強まった⁽⁴⁶⁾。さらに、請求債権の表示は無剰余の場合の取消し(民執63条)、超過売却の場合の取消し(同73条)の判断基準となるとの意義を有するとの理解から、請求債権額の計算書による拡張につき否定の運用がなされていた⁽⁴⁷⁾のである。また、主に登録免許税の免脱の目的で一部債権のみの実行を申し立てた申立債権者は保護をする必要性に乏しいとの認識もあった。そして、判例上も拡張消極説への転換が生じた。名古屋地判昭和61・11・27判時1226号96頁を皮切りに、東京地判昭和62・6・23判時1274号113頁、東京高判平成13・10・30判時1775号65頁など公刊された判例は基本的に拡張消極説をとっていた。その後、判例は誤記等の例外を認め(例外を認めたものとして仙台高判平成4・3・17判時1429号63頁、大阪高判平成13・6・13判タ1083号282頁、東京高決平成13・7・17金判123号19頁、

(44) 最判昭和47・6・30民集26巻5号1111頁、大判昭和15・12・24法律新聞4658号13頁、その後の下級審も同様の展開を見せていた。福岡高決昭和34・3・6下民集10巻3号448頁、大阪高判昭和44・6・26判時577号84頁など参照。

(45) 齊藤秀夫『競売法』(1960・有斐閣)95頁など参照。

(46) こうした理解に疑問を呈するのは、富越和厚「担保権の実行としての競売」香川退官記念(テイハン・1993)287頁など。

(47) この点については、吉田直弘・法学論集(関西大学)54巻3号129頁以下など参照。

東京高判平成14・4・30判タ1106号297頁など)、最判平成14・10・22判時1804号34頁において、「競売申立書に明白な誤記、計算違いがある場合には、その後の手続においてこれを是正することが許されるものと解すべき」との立場が表明された。拡張消極説を基盤に若干の例外は認めるというのが、判例の流れであったといえる⁽⁴⁸⁾。そうした中で登場したのが③最高裁平成15年7月3日判決(裁判集民事210号217頁)である⁽⁴⁹⁾。③平成15年判決は、「競売手続の安定した遂行」を重視して、「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請」から請求債権額拡張を原則として否定した。学説上も、民事執行法制定後は、拡張消極説が通説である⁽⁵⁰⁾が、拡張積極説⁽⁵¹⁾も有力に主張されている。上記でも示したが、その根拠等、議論はほぼ出尽くしていると思われる⁽⁵²⁾。基本論点としては、以下の3点が挙げられよう⁽⁵³⁾。(1)民執規則170条2,4号(現行170条1項2,4号)は、実体法上認められている担保権者の優先弁済権を喪失させるものであるか(実体法秩序との調整の観点)、(2)請求債権額の拡張は競売手続の安定性を害するか(執行手続の安定性の観点)、(3)

(48) 詳細については、吉田・前掲119頁以下、園田賢治・法政研究(九大)72巻1号182頁以下など参照。

(49) この最高裁判例については、評釈として、荒木新五・銀法626号24頁、井上繁規・金法1710号27頁、酒井一・私法リマークス29号128頁、島田清次郎・民商129巻4=5号741頁、園田・前掲179頁、谷本誠司・銀法630号58頁、富越和厚・ジュリ1257号102頁、中島弘雅・法学研究(慶大)77巻10号125頁、二羽和彦・金判1191号60頁、野村秀敏・NBL785号65頁、萩本修・判タ1154号226頁、宮崎謙・百選198頁、湯川克彦・金法1716号56頁、吉岡伸一・金法1773号24頁、吉田・前掲112頁などがある。筆者もこの判例につき評釈したことがある(民事執行・保金百選(第2版)50頁)。本稿での請求拡張に内する論述は基本的にこの評釈に基づく。

(50) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂六版)』(青林書院・2010)535頁など参照。

(51) 富越・前掲論文285頁以下、荒木・前掲29頁、園田・前掲186頁以下など参照。

(52) 各見解の論拠とその検討については、井上・前掲判評31頁以下、中島・前掲判評131頁以下など参照。

(53) 登録免許税の免脱のおそれは決定的要素とはならないであろう。荒木・前掲27頁、中島・前掲131頁など参照。

請求債権額の拡張は競売手続の関係者に対する禁反言違反となるか(関係人間の利害調整の観点),である。

(c) 若干の考察

③平成15年判決は,民執規則170条2号,4号(現行170条1項2,4号)の趣旨につき,それが「競売手続の安定した遂行にある」ことを明らかにした(前述の観点(1),(2))。そして,請求債権額拡張の制限は,「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請から生ずるものであって(前述の観点(3)),上記各号の規定が被担保債権の一部実行の場合における残部の優先弁済請求権の喪失という実体法上の効果を定めるものではない(前述の観点(1))」とする。請求債権額拡張制限の根拠を禁反言に求めたことは,執行手続の集積,つまり,法的安定性を重視したと解すことができ,被担保債権の一部実行を申し立てた担保権者の請求債権額の拡張を否定する立場を原則として採ったと言える(この平成15年判決は,従来の議論との関係では,最高裁として,請求債権額拡張制限の根拠を信義則(禁反言)に求めたことを明らかにした点と,手続安定性の観点で競売手続(上の配当手続)段階と配当異議訴訟段階とで相違があることを明示した点にその特色があり,意義があると言えよう)。③判決以降も,原則,拡張消極説で判例は推移している⁽⁵⁴⁾。その意味で,③判決は実務に与えた影響の大きい判例である。そして,こうした立場(請求額拡張制限の根拠を禁反言の要請とした)を採る以上,錯誤,誤記などの場合には,例外とする旨を明らかにし,それを争う場合は,競売手続ではなく,競売手続外の配当異議訴訟であるとし(つまり,競売手続では拡張消極説が貫かれており,従前議論の対象となった配当段階での計算書による請求債権の拡張は

(54) 大阪高裁平成16・9・2金法1732号54頁,東京高判平成19・11・7訟務55巻1号150頁,名古屋高判平成20・12・19金法1867号46頁など。このように一部実行の場合に請求債権拡張が禁止されると,申立書記載が明示的でない場合に,その記載の趣旨が争われることになる。申立書の記載が被担保債権の一部について担保権実行を申し立てる趣旨か否かが問われた事案として,最判平成17・11・24判時1918号12頁がある。

認めない（前述の観点（2））、さらに、例外許容の要件として、自白の撤回要件と類似の要件を挙げた⁽⁵⁵⁾（「競売申立書における被担保債権の記載が錯誤、誤記等に基づくものであること及び真実の被担保債権の額が立証されたとき」には拡張を認める）。

本稿の関心では、③平成15年判決が「請求債権額拡張制限の根拠を信義則（禁反言）に求めた点」が関わってくる。この帰結の前提は、民執規則170条2号、4号（現行170条1項2号、4号）の規定に関する理解である。判決は、この規定の趣旨を競売手続の安定に置きつつも、この規定が実体法上認められている担保権者の優先弁済権を喪失させるものではないとする。これは、担保権実行の基礎を「担保権に内在する換価権」とする限り、規則の規定により実体法上の権限を制限することはできないと考えたものと思われる。この考え方に基づけば、請求債権額の拡張は認められそうであるが、この最高裁判決は、信義則（禁反言）を根拠に請求債権額拡張を制限した。関係人の利害調整がその背景に存在すると思われるが、「当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請」はそもそも想定できようか⁽⁵⁶⁾。この要請は、処分権主義の帰結から当該担保権者の一部申立てが残部債権の優先弁済権の放棄の意思表示をも意味することを前提とする⁽⁵⁷⁾。しかし、上述のように、申立担保権者の意思解釈として残部債権の優先弁済権の放棄まで読み込むことは無理であろう⁽⁵⁸⁾。また、拡張消極説では配当要求終期までに残部債権の競売申立でもできるとするが、これでは信義則の基礎となる、矛盾行為の存在、相手方の信頼とそれに基づく地位形成自体が成り立たない⁽⁵⁹⁾。民執規則の

(55) この点に関する問題点については、松村・前掲本件評釈51頁参照のこと。

(56) 酒井・前掲論文130頁、富越・前掲論文286頁など参照。

(57) 富越・前掲論文286頁参照。

(58) 荒木・前掲27頁、酒井・前掲論文130頁など参照。執行裁判所の指摘義務を主張する見解（松本・ジュリ増刊「担保法の判例Ⅰ」74頁）もあるが、それに応じない場合に放棄までを読み込むことは無理がある（松本・同74頁）。最も利害関係が生じる後順位抵当権者がいない場合や申立書に売却結果によっては残部の配当を望む付記がある場合にはなおさらである。

文言からは残部請求がありうるというのが素直な読み方であろう。さらに、関係人の利害調整という観点からみた場合、競売申立てをした担保権者が申立てをしたがゆえに不利な取扱いを受けることも問題である。とくに、届出債権者が当初の届出額を事後計算書によって拡張することを認める点⁽⁶⁰⁾は、申立担保権者とのバランスがとれない。以上を勘案すると、判例がとる信義則を基礎にした制限は十分な説得力を有していないのではなかろうか⁽⁶¹⁾。また、拡張消極説が重視する競売手続安定性の観点も決定的ではない。申立債権額は無剰余取消し禁止とは無関係であるし⁽⁶²⁾、超過売却の関係でも債権額拡張の場合には関係はない⁽⁶³⁾との指摘もある。確かに、民事執行手続の形式的、画一的基準による迅速かつ大量の事件処理の要請は重要であるが、実体法的秩序との調整を考慮したとき、手続のどの段階なのかが重要になるように思われる。

請求債権額拡張の可否は、配当手続段階(前述の第一段階)において配当表作成のための計算書の提出(規則60条)の局面で問題となる。実務では、拡張前の債権額と拡張後の債権額を併記した計算書の提出を求め、拡張前の債権額を上限として配当実施額を定めつつ、錯誤、誤記等は配当異議の訴えにより確認されれば、配当表の変更を認める取扱いである⁽⁶⁴⁾。しかし、配当が債権者の合意による調整されることが前提であるならば、計算書提出段階で拡張を認めても問題はさほど大きくない。むしろ、請求

(59) 最も利害関係が生じうる後順位抵当権者は、一部申立ての場合には残部拡張を当然想定していよう。この点につき荒木・前掲29頁。なお、本件判決の信義則要請を執行裁判所との関係で捉える立場(吉田・前掲162頁以下、井上・前掲33頁)もあるが、それは立法的問題であろう。

(60) 東京地裁民事執行センター実務研究会編「民事執行の実務(不動産執行編)下」(金融財政事情研究会・2007)(細江秀男)193頁など。

(61) それゆえ、信義則を基盤に総合的判断を主張する見解(野村・前掲79頁以下)も同様の問題が生じる。

(62) 中島・前掲132頁、荒木・前掲28頁、野村・前掲70頁など。

(63) 荒木・前掲27頁、二羽・前掲62頁など。反対、中島・前掲132頁など。

(64) 東京地裁民事執行センター実務研究会編著『民事執行の実務(第3版)不動産執行編下』(きんざい・2012)179頁。

債権額拡張否定の立場は、配当異議の申出のない抵当権者の不当利得返還請求を認めた前記①平成3年判決との関係では問題であると思われる。本稿で示したように平成3年判決自体の帰結も問題と考えるが、③平成15年判決により拡張が制限されても最終的には抵当権者の不当利得返還請求が認められる帰結となり、これは、競売手続の安定性の観点からも事案処理の落ち着きからも疑問となる⁽⁶⁵⁾。抵当権者の実体法上の優先的弁済権は売却許可決定の確定により執行法上の優先的配当受領権に転嫁するとする本稿の考え方では、配当期日段階では優先的配当受領権の額は確定せず、配当異議訴訟等の終結による配当実施までは手続上是正の余地が残されていると考える。したがって、競売手続内で請求債権額の拡張をむしろ認め、配当異議の申出のない抵当権者の不当利得返還請求を認めない処理の方が競売手続全体の円滑な進行と安定に資するように思われ、また抵当権者の手続保障を確保することになると考える。

④民事執行における抵当権者の位置づけ

このように、配当異議の申出のない抵当権者の不当利得返還請求を認めない処理は抵当権者に酷なものであろうか。問題あるとされるのは、配当手続の実態において抵当権者に配当異議の申出を要求し、その自己責任を問う点である。しかし、これはすでに中野教授が指摘されているように⁽⁶⁶⁾、後順位抵当権者の実体を考慮すれば、自己責任を問えると思われる。さらに、最高裁平成11年判決（最判平成11・11・24日民集53巻8号1899頁）は、抵当権の優先的効力が不動産の交換価値自体を維持することに及ぶことを認め、目的物の管理占有を認めるに至っている。執行手続前の抵

(65) 酒井・前掲131頁はこの点を考慮して本件判決は例外的処理の余地を残したと評価する。なお、大阪高判平成16・9・2金法1732号54頁は、被担保債権の一部について競売を申し立てた根抵当権者が配当を受けた後順位の抵当権者に対して残部の被担保債権にかかる優先弁済請求権を主張する不当利得返還請求を退けた。これは、③判決を敷衍したものであろうが、①平成3年判決と整合性がとれるか疑問である。

(66) 中野・前掲リマークス158頁。

当権者の立場はより強化されたと言えよう。さらに、抵当権者は物上代位権も有する。こうした権限を有する抵当権者は、執行手続において十分に執行対象物の状況を把握でき、その懈怠の自己責任を問われる立場にあると言えるのではなからうか。この点においても、抵当権者の自己責任を問う消極説の主張は支持できよう。

4 おわりに

以上、過誤配当の場合において、配当異議の申出をしない抵当権者が配当実施後不当利得返還請求をなしうるか否かの議論を中心に民事執行における失権のあり方を考察してみた。過誤配当における配当異議の申出をしない抵当権者の処遇の問題は、従来議論では、「実体法上の権利関係の尊重」と「配当手続の結果の安定」といずれを重視するかの議論であり、専ら「配当手続及びその救済システム」の位置づけ・評価に集中してきたと言える。しかし、その実質は民事執行における抵当権者の失権を認めるか否かの議論であったと言え、そうであれば、失権を認めるか否かは配当手続段階だけで判断すべきではないとするのが本稿の立場である。つまり、権利の実現段階である執行手続全体のプロセスにおいて抵当権者の実体法上の地位が執行法上どのように保障され、手続の中にどのように組み込まれていくか、そして、それがどのような失権を構成するかを検討すべきとの立場である。本稿では、民執法184条の公信的効果の根拠となる失権の構造との関係及び請求拡張の可否との関係から、執行手続全体の過程の中で抵当権者の処遇と手続保障の態様を検証した結果、配当異議の申出をしない抵当権者は配当実施後不当利得返還請求をなしえないとする消極説の立場を正当する帰結を導きだした。民事執行手続における失権は、権利喪失に直結し、実体的権利関係を変容させるものであることから、失権の基盤となりうる手続保障のあり方は今後も検討されねばならないであろう。