

手続終了後の実体的調整に関する一試論（一）

——過誤配当事例の検討を中心に——

梶 山 玉 香

第一章 問題の所在

第二章 考察方法の検討

第一節 前提的考察

1 失権効の作用場面

- (1) 統一的理解の必要性
- (2) 手続法上の失権効
- (3) 失権効と信義則
- (4) 失権効と手続保障

2 失権効の実体法的意味

- (1) 権利の消滅か？ 権利行使の遮断か？
- (2) 失権効と「法律上の原因」

第二節 二段階審査方式の採用

第三章 過誤配当事例を素材とした実験的考察

第一節 過誤配当事例の問題点

1 事例の設定

2 判例・学説の分析

- (1) 判 例
- (2) 学 説

3 問題点の指摘（以上、本号）

第二節 二段階審査方式による考察

第三節 小括

第四章 実体的調整方法の一般化へ向けて

第一節 利得返還型調整方法としての一般化

第二節 損害賠償型調整方法としての通用性

第三節 小括

第五章 結語

第一章 問題の所在

手続法上何ら瑕疵なく完了した手続の結果が実体法秩序に合致しない場合、これを実体法的に調整する余地は残されているであろうか。例えば、執行手続は債務名義に基づいて進行し、関係人からの異議申立てもなく終了したが、実際には、債務名義作成段階で債権の存在が誤って認定されていた、或いは、債務者のものでない財産が差し押えられ、換価されていたという場合、債務者や第三者は手続の不当性を理由として、事後的に何らかの救済を求めることができるか。できるとすれば、それは誰に対し、どのような方法によるのか。不利益を破った者に当該手続内で異議申立ての機会が保障されていたならば、どうであろうか。

右の問題は、実体法と手続法の関係をみる一素材として、古くから繰り返し論じられてきたものである。実体法は、正当な理由なく財産を失った、又は受くべき給付を得なかったなど、財貨帰属関係に異常が生じた場合に備え、不当利得の返還や損害賠償といった調整手段を用意している。その利用に時間及び方法的制約はなく、不利益を破った者は、要件さえ満たせばいつでも、あるべき状態へ向けた最適の調整を求めることができる。しかしながら、財貨の変動が一定の手続を経ていたとすれば、調整も必然的に何らかの制約に服さなければならない。手続には、結果の終局的安定が要求されるからである。そこで、与えられた異議申立ての機会を利用しなかった者が、適式に終結した手続に対して新たに請求権を持ち出し、一旦確定した結果を覆すことの是非が問われることになる。勿論、実体法秩序に沿わない財貨移転は、当事者が望むかぎり修正されるべきである。が、それを無制限に許すならば、手続は結果の不

安定さゆえに、次第に信頼を失ってしまうであろう。実体的正義の貫徹と手続安定の必要、これら相反する要請の間で如何に均衡をとるか。このようなジレンマの中、二つの対立する利益はしばしば天秤にかけられ、ケースごとに妥当な解決策が模索されてきた。大抵は、実体法論理が優先された。手続をあくまでも実体権実現の手段として捉えるならば、これは当然のことと言えよう。しかし稀に、多くは立法政策として、手続を重視する結論が採られた。いくつかの手続は、事後の主張を一切遮断することで結果の安定が図られたのである。また、立法化されていないケースであっても、社会的に高度の確定性が求められる手段については、解釈上、手続法論理による実体権の制限が主張されるようになった。いわゆる「失権効」である。

従来、先の問題に関する議論では、手続内でなし得た主張を事後的に行うことが許されるか、換言すれば、当該手続に失権効が働くか、が最大の争点となっていた。概して、実体法学者は実体権尊重の見地から、異議申立て制度の存在やその利用可能性にかかわらず、不当利得法ないし不法行為法上の調整を可能とする傾向にあった。これに対し、異議申立てを懈怠した者には以後、手続の不当性を理由とする一切の請求を認めないとする立場が、少数ながら、主に手続法学者側から唱えられていた。近年、一つの最高裁判決及び前後して出された下級審判決を契機として配当終了後の不当利得返還請求の可否が活発に論じられたが、依然として⁽¹⁾そこでも、失権効をめぐる実体法と手続法の対立が見られる。しかし、これほど議論の対象となっていながら、失権効の本質や効果は、意外と明らかにされていないようである。少なくとも、失権効とは何か、どのような場面で何を失わせるのか、について、各論者に共通の認識があるようには思えない。失権効を文字通りに解するならば、まさに権利を失わしめる効果であり、実体法上の権利消

滅原因であるかのごとくである。が、実体法は、これを手続法上の効果として切り捨ててきた。手続に失権効が働く結果、実体権に基づく主張が認められなくなるのは、当該権利が手続法上存在しないものとして扱われるからである、と説く。そうであれば、あくまでも実体権は無傷であり、ただ手続法論理から裁判上行使が制限されるにすぎない⁽²⁾。しかし、別の場面では、失権効をもたらす手続が自ら「法律上の原因」になる、と説明する⁽³⁾。そうすると、失権効を伴う手続の存在が財貨移転を直接に根拠づけ、不当利得返還請求権の成立自体を脅かすのであるから、単に手続法上の問題として切り離すことはできなくなる。

果たして、失権効は実体権の成否に影響を及ぼすのか。それとも、実体権の行使を遮断するだけなのか。これまでの議論が実体法と手続法の対立に終始し、どことなく物足りない印象を与えるのは、根本たる失権効自体の位置づけを怠っていたせいではなからうか。手続終了後の実体的調整の可否を考える前提としては、失権効に正当な法的位置づけを与えることが肝要である。よって、まず議論されるべきは、失権効の是非よりも、失権効の正体である。そのうえで、問題となる場面で失権効が働くのか、働くとすれば、実体法上の調整請求権は成立しないのか、又はその行使が制限されるのか、といった具体的問題を考えるのが順序として適切であろう。

本稿は、右のような問題意識から、冒頭に掲げた問題に対するアプローチの方法を提案し、その正当性を検証するものである。最終的なねらいは、不当手続の実体的調整一般に通用する考察方法を確立することにあるが、ここでは、過誤配当事例を主たる検討の素材とする。先述のとおり、過誤配当と不当利得の問題については、最高裁判決を含む一連の判決やこれに対する学説の反応など、議論状況をみるための材料が比較的豊富である。また、配当手続は執行

債務者―執行債権者―執行機関という三面関係に加え、競合債権者相互の関係にかかわるため、特に多くの論点を含んでいることも魅力である。以下では、次章において私なりに失権効を位置づけたうえで、本稿に用いる考察方法を示し、第三章で過誤配当事例を素材とした実験的考察⁽⁴⁾を行う。さらに、第四章では実験的考察の対象範囲を執行過誤事例一般にまで広げ、この考察方法が執行手続後の実体的調整一般に妥当するか、を扱うこととする。従来の判例や学説を分析して争点を整理し、今後の議論における土俵をつくることができれば、本稿の目的は達せられる。

(1) 最判平成三年三月二二日民集四五巻三三三二頁、東地判平成元年二月二二日判時一三四七号七五頁、東高判平成二年九月二三日判時一三六五号六三頁、東地判平成三年四月一九日判時一四〇四号九四頁など。これらの判例については、第三章第一節で詳細な分析を行う。

(2) 失権効により訴求可能性を奪われた債務を「自然債務」と称するか、はともかく、そのような債務が存在することは認められている(林良平他『債務総論(改訂版)』(一九八二年)六三頁[林])。但し、奥田昌道『債務総論』(一九九三年)九二、九三頁は、「訴訟法の立場からすれば、既判力をもって債務の存在が否定された以上は、法の世界において債権は存在しないものとして扱うほかない」が、このような場合、「わざわざ自然債務をもち出すまでもなく、債権は法上、消滅しているものとみて、ただ、任意の支払は七〇五条により返還請求しえないものとみれば十分である」とする。

近時の既判力論においても、既判力が訴訟上の効力であり、実体的法律関係に直接的な影響を及ぼすものではないことが前提となっている(次章第一節参照)。

(3) 大判明治三八年二月二日民録一一輯一〇二頁、東京控判明治三五年九月二九日新聞一〇八号九頁。最判昭和四三年六月二七日民集二二巻六号一四一五頁など(次章第一節2(2)参照)。

(4) 本稿では、まず手続終了後の実体的調整に関する考察方法を仮説的にたて、これを複数の個別事例へ適用することを通して考察方法自体の正当性を実証していく手法をとる。それ故、本稿における過誤配当その他の執行過誤事例の分析・検討は、

仮説を検証するための、いわば「実験」である。できる限り多くの「実験」を積み重ね、結果の妥当性を確認することにより、考察方法の基礎は堅固となる。「実験的考察」という、或いは耳慣れない表現を用いた所以である。

第二章 考察方法の検討

第一節 前提的考察

1 失権効の作用場面

(1) 統一的理解の必要性

失権効は、手続法上実に様々な場面で作用している。その目的も多様であるが、一応、準備手続等の中間手続では手続の促進、確定判決や競売といった最終手続にあつては手続の安定に集約されよう。しかし、失権効がどこまで徹底されるか、換言すれば、失権効を排除する例外がどこまで認められるかは、各制度に期待された具体的役割によって異なる。絶対的な安定が求められる手続では、失権効規定の適用にあたり当事者の主観的事情を斟酌する余地はない。逆に、失権効が手続促進の手段にすぎない場合は、手続の進行を妨げない範囲での柔軟性が必要となる。それ故、「同じく、一定の手続段階の終結による事実資料の排除・失権でも、その本質は、これを手段とする各制度の目的から理解すべきであつて、これらをいわば横断的に網羅して説明してみても、さして学問的認識を深めるゆえんではない」との考え方も当然に成り立つ。これまで、失権効の当否、その範囲が個別的に論じられながら、失権効とは何か、との議論が見られなかったのは、このような認識によるものであろう。

確かに、失権効は高度に政策的、手段的な性格を有している。それは、失権効の作用場面が従来、法律で定められた範囲に限られていたことから明らかである。しかし、一部で解釈上の失権効が認められつつある現在、失権効制度を統一的に理解する必要があるように思われる。⁽²⁾ そもそも、失権効とは何であるか。失権効が求められる背景には、どのような事情が存するのか。失権効により、どのような「権利」が「失われ」、その結果、実体法はどのような影響を受けるのか。解釈上の失権効を広く認めるにせよ、これに歯止めをかけるにせよ、これらの根本問題に対する答えが見い出せない限り、そこで展開される議論は説得力を欠くであろう。失権効の理論的解明は、解釈上の失権効に確固たる基礎を与えるとともに、その作用場面を限定し、濫用を防止することにも役立つのである。もともと、本節の目的は、あくまでも不当手続後の調整を与える前提として、手続の失権効を不当利得の成否と返還請求権行使の当否のいずれの段階で考慮すればよいか、すなわち、その法的な位置づけを確定することにある。よって以下では、手続法に規定された失権効や近時、信義則や手続保障との関係で論じられる失権効を分析し、そこに何らかの共通性が存しないかどうか、を調べる。その結果を踏まえ、失権効が実体法にもたらす効果について検討を加えることとする。

(2) 手続法上の失権効

失権効は、一定時点以降の主張や申立てを切り捨てることによって手続を早期に終結させ、又は結果を終局的に安定させることを目的とする。⁽³⁾ したがって、失権効が問題となるのは、手続にそのような迅速性や安定性が要求される場面である。例えば、準備手続終了の効果としての失権効(民訴二五五条一項)は、口頭弁論に先立って争点や証拠

を整理することにより、できるだけ一回の期日で口頭弁論を終結させようとの制度趣旨から導かれる。また、訴訟の完結を遅延させるような攻撃防御方法は、「時機に遅れた」ものとして却下される場合がある（民訴一三九条）。ここでの失権効には、随時提出主義の下で引き延ばされがちな手続を促進する役割が期待されている。訴訟の終了に際しては、確定判決に既判力が与えられ、同一事項につき内容的に抵触する後訴判決の出現が阻まれる。これも、最終口頭弁論終結時を基準時とする失権効の機能である⁽⁴⁾。執行法分野に目をやれば、既判力に関連して、請求異議事由の時的制限（民執三五条二項）が存在する。また、同時に主張し得た執行文付与異議事由・請求異議事由を別訴で提出することは、別訴禁止の要請から許されない（民執三四条二項、三五条三項）。さらに、民事執行法は、買受人の地位の安定を図るため不動産の担保競売に公信的効果を付与し、担保権の不存在や消滅が買受人の不動産取得を妨げない旨を規定する（民執一八四条）。これは、しばしば、真の所有者が不服申立て等を利用しなかったことによる失権効の結果と説明される⁽⁵⁾。

さて、上に挙げた諸既定では、「失権」という文言が一切用いられていない。そのため、何が「失権」するかは、条文上不明である。ただ、「之（注・準備手続調書等に記載のない事項）ヲ主張スルコトヲ得ス」（民訴二五五条一項）、「時機ニ後レテ提出シタル攻撃又ハ防御ノ方法ハ……裁判所ハ……却下ノ決定ヲ為スコトヲ得」（民訴一三九条）、「同時に、これ（注・異議事由）を主張しなければならぬ」（民執三四条二項）等の表現から察するところでは、対象となるのは「主張」の機会であるらしい。これらの失権効は、準備手続や口頭弁論手続で適時に提出しなかった事実・証拠、同一訴訟内で提出すべきであった異議事由につき、当事者が後の手続で主張する機会を奪う。内容は是

非にかかわらず、一定時以降の主張は手続促進の名の下、一律に遮断されるのである。

手続の安定が目指される場面では、どうであろうか。既判力を例に考えてみよう。前訴判決の既判力に服する手続では、当事者、裁判所のいずれもが先の判断に拘束され、これと矛盾する申立てや主張は一切排斥される。既判力の本質や根拠をどのように理解しようとも、このような消極的作用の存在を否定することはできない。⁽⁶⁾さらに、そこで失われるのが後訴における主張の機会であることについても、ほぼ異論を見ないのではないか、と思われる。例えば、所有権確認訴訟で敗訴した者は、別の訴訟において再び所有権の帰属を争い、関連の請求(所有権に基づく諸請求や不当利得返還請求)を持ち出すことができない。ひとたび所有権確認又は同棄却判決が確定した以上、所有権の帰属に関する規律は、再審の方法で当該判決の通用力が剝奪されない限り、当事者間に妥当し続ける。もはや、真実の法律関係がどうであったかを問題とする余地はない。それ故、現実には敗訴者が所有権を有していたという場合、その者の立場からすれば、自己の所有権が既判力によって奪われたかのような結果となる。しかし、現在、判決による実体的法律関係の形成、変更を認める学説は見あたらない。⁽⁷⁾判決と実際の法律関係とのズレを否定する立場は別として、多数の見解によれば、判決内容にかかわらず、所有権は依然として敗訴者に帰属している可能性がある。⁽⁹⁾ただ、後訴訟では前訴の判断に抵触する主張が審理の対象から外されるため、所有権を行使しようにもその場がないだけである。確かに、行使不能となった所有権には存在意義が認められないのであるから、これを「所有権の喪失」と説明することも不適切とは言えない。が、先の例で敗訴者が失ったものは、厳密に言えば、所有権という実体権そのものでなく、これを基に再び請求を立て、或いは攻撃防御方法として提出する機会である。

このように、手続法上の失権効は、手続の促進と安定のいずれを目的とする場面でも、申立ての遮断、主張・抗弁の遮断といった遮断的效果をもたらす。すなわち、失権効の及ぶ範囲で、主張や抗弁は排斥され、請求は棄却される。これを敢えて権利的に構成し、事実や証拠を提出する権利、異議を申し立てる権利など、手続的権能の「失権」と称することも可能である。が、いずれにせよ、手続法が或る手続に失権効を付与する場合には、あくまでも手続法上の効果のみが念頭に置かれている。もちろん、手続上の実現可能性を否定することで、結果的には、実体権を無に帰せしめる例も多い。が、上述の失権効が手続的要請を満たすための手段であることを想起すれば、「実体権の喪失」まで意図されていないことは明らかであろう。

(3) 失権効と信義則

先述のとおり、高度の安定性が求められる手続の終結にあたっては、失権効が比較的厳格に作用する。これは、「法的平和並びに安全の絶対確保」の要請に根差すものである。が、厳格な処理は、時として実質的に不当な結果をもたらす。例えば、従来の既判力論において、遮断の有無は、主張された事実の発生が準備時以前か、後かという時間的な先後関係により画一的に決定される。当該事実に関する知・不知といった主観的事情は斟酌されない。したがって、基準時前に成立した形成権を後訴で行使するというように、時間の先後を判断することが困難な事例に対しては十分に対応しきれない面がある。また、既判力の客観的範囲を確定するに際しても、或る事項が判決主文に含まれていたかどうか、との画一的な判断による。逆に言えば、判決に至るまでの過程で如何に討議が尽くされた事項であつても、判決主文に示された法律関係の前提問題でしかないならば、後訴における再提出に失権効は働かない。こ

ここでは、まさに厳格さゆえに、失権効が実質的な紛争の蒸返しに対して無力となる。

これらの難点を克服すべく、近時の学説は、伝統的理論の修正に努めている。信義則を用いて失権効の作用場面に弾力を持たさせる試みも、その一つである。代表例としては、約三十年前、新堂幸司教授により提唱された争点効理論⁽¹⁰⁾がある。争点効とは、「前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれを審理して下したその争点についての判断に生ずる通用力で、同一の争点を主要な先決問題とした異別の後訴請求の審理において、その判断に反する主張立証を許さず、これと矛盾する判断を禁止する効力」である⁽¹¹⁾。その根拠は、当事者間の衡平、信義則に求められている。すなわち、「当事者が主要な争点について争う態度に出るとともに、その争点についての裁判所の判断をもって当事者間の社会的存在としての紛争の解決基準にしようとしたことに基づく当事者責任」⁽¹²⁾に、争点効理論の基礎がある。実質的に前訴で争われ、裁判所の判断もなされた事項を後訴で再び提出して紛争を蒸し返すことは、相手方に対する信義に反するというわけである。

このような信義則的考慮は争点効理論を実質的に支えるものであったが、少なくとも初期の段階では判決効としての枠組みが堅固に保たれていたため、あまり表面に現れていなかった⁽¹³⁾。しかし、何らかの形で失権効を信義則に結びつける手法は、争点効をめぐる議論を契機として広く承認された感がある。例えば、一部の学説や判例は、争点効理論の問題提起を信義則適用の範疇で受け止めている⁽¹⁴⁾。また最近、既判力の説明においても、しばしば当事者責任、手続保障などの表現が用いられる⁽¹⁵⁾。判決効に限らず、失権効制度を設ける法政策の中では不誠実な訴訟追行による遅延、紛争の蒸返しなどへの配慮がなされているが、これらは、裁判所又は相手方当事者との関係で信義則に反する事情で

もある。手続法上の失権効が全て信義則により根拠づけられるとは言われなくても、信義則上の失権効が法定の制度を補充し、代替する機能を有していることに鑑みれば、両者の本質的部分には共通性があるように思われる。⁽¹⁶⁾

では、信義則のどのような機能が何を失権させるのであろうか。信義則の機能の一つに、正義・衡平の見地からの法ないし法律関係の修正がある⁽¹⁷⁾。その結果、場合によっては、新たな権利が根拠づけられ、今まで存在していた権利が否定される。「不適法な権利行使 (Unzulässige Rechtsausübung)」⁽¹⁸⁾の制限は、後者の例である。この類型には、「禁反言 (estoppel)」又は「先行行為に矛盾する挙動 (venire contra factum proprium)」禁止理論、「権利失効 (Verwirkung)」の原則が属する。前者は、先行行為とこれに矛盾する後行行為の存在、先行行為に対する相手方の信頼を要件として適用される⁽¹⁹⁾。先行行為は通常、作為であるが、権利行使が期待される場面では不作為であつてもよい⁽²⁰⁾。他方、後者の要件は、時間的経過その他の事情から、もはや権利行使はなされない、と相手方の信頼が生みだされることである⁽²¹⁾。この場合も、長期にわたる権利不行使状態と突然の権利行使との間の矛盾が問題となるので、基本的には矛盾行為禁止原則の一形態である⁽²²⁾。しかし、権利失効の原則は判例や学説を中心とした、独自の発展過程をたどっており、一般的な矛盾行為禁止原則とは一線を画する⁽²³⁾。さらに、権利失効の原則では、長期間の不作為状態に対する相手方保護の観点が強調される。不行使状態の継続が相手方の信頼を惹起する限りで、権利者が意識的に行使しなかったか否かは問題とならない⁽²⁴⁾。つまり、権利不行使に関する帰責の程度が低くても、相手方の利益がより保護に値する (eine vorrangige Schutzwürdigkeit des Gegenseits) ならば、権利は失効する⁽²⁵⁾。これに対し、矛盾行為禁止原則では、むしろ帰責性が重要視されるようである⁽²⁶⁾。

これら矛盾行為禁止原則や権利失効の原則による権利の否定は、手続法の領域でどのような効果をもたらすのか。前述の争点効理論からも明らかならず、信義則上の失権効は、前訴で主要な争点となった、又はならなかった事項を後訴で「提出すること」、「持ち出すこと」を対象としている。このことは、争点効をめぐる議論で散見される「遮断効」や「排除効」との表現からも明白であろう。ここでも、失権効は実体的法律関係の領域ではなく、手続への提出段階で作用するものと理解されているようである。但し、あくまでも、これは手続的法律関係に適用された信義則の作用であり、実体法上、右原則による権利の否定がどのような意味を有するかは別の問題である。⁽²⁸⁾

(4) 失権効と手続保障

さて、先の争点効論争は、判決効又はそれとは別の失権効が訴訟物の枠を越えて作用する可能性を示唆するものであった。ここでは信義則という道具が用いられたが、信義則適用の前提たる具体的事情として、前訴における当事者や裁判所の態様が評価されたことは言うまでもない。そこで、議論は自ずと、どのような事情があれば訴訟物による第一次的な遮断の範囲が緩和されるか、さらに、当事者のどのような態度が失権効を導くか、との方向へ進むことになる。手続保障論への傾斜である。

先駆的役割を果たされた新堂教授は、「判決の遮断効の範囲を決定する要素」の分析を通して、遮断効の範囲が「手続事実群」（具体的には、前訴で争点を絞った趣旨、時間的経過、裁判所の訴訟指揮の仕方及び釈明内容など）により制御され得ることを指摘される。⁽²⁹⁾ ただ、新堂教授の立場では、なお訴訟物概念に、「実質的にみれば同一の紛争といえるところまで遮断効の範囲を拡げること正当化できるように手続事実群の展開をリードする役割」（行為

規範面⁽³⁰⁾と「手続事実群によって調整される余地のある基準を提供」する役割（評価規範面⁽³¹⁾）が課せられている。その結果、争点効理論も、「訴訟物によってあらかじめ指示された遮断効の範囲を手続事実群の具体的展開に対応して調節する理論の一つの試み」として位置づけられる⁽³²⁾。それ故、前訴で当事者が何を主張すべきであったか、との配慮は、訴訟物の外で補充的に働くことになる⁽³³⁾。

このような流れの終着点に、提出責任効論がある⁽³⁴⁾。ここでは、「当事者が主張しえたしすべきであったということから遮断効を導く論法⁽³⁵⁾」がとられる。さらに言えば、「十分に争ったことによる、あるいは争うべくして争わなかったことによる自己責任であつて、判決効としての遮断の根拠は人間の行動規範そのものに求められる⁽³⁶⁾」のである。この立場は、いわゆる「手続保障の第三の波」論者により主張されており、独特な手続保障観を立論の基礎に据える。すなわち、「訴訟のはじまりから終了に至る当事者間のやりとりとそのルールづくりが手続保障の中身であり、そのような論争ないし対話のルールが訴訟そのものを支えまた手続を貫く基本原理として位置づけられる⁽³⁷⁾」。この立場から観れば、「判決効を及ぼすためには、あるいは不意打ちを防止するためには、どのような手続保障がなされなければならないか」という回顧的な発想は、「低次元の手続保障」と評価を受けることになる⁽³⁸⁾。むしろ、「提出責任、行為規範そのものが前訴手続のなかで明確にされ、当事者も裁判所もそれを認識しながら訴訟を迫行していく⁽³⁹⁾」ことが要求される。しかし、この点に関しては、「具体的なミクロの行為責任規範内容が、当事者双方に通用すべき規範として、そもそも事前に了承されることが、いったい可能であろうか」との疑問が呈されている⁽⁴⁰⁾。

手続保障を根拠とする失権効は、基本的に信義則上の失権効の延長線上に位置する。その機能・効果については、

通常、信義則上の失権効とほぼ同様に考えてよい。ただ、先の議論では当事者間(場合によっては、当事者・裁判所間)が信義則という所与の規範により規律されていたのに対し、提出責任効論は、当事者による具体的な行為規範の形成及び適用を想定している。論者により多少のばらつきはあるが、当事者の提出責任は、訴訟の内外を問わず、さらに、手続法、実体法の区別なく交渉の場面で一般に通用する、或いは超法的なルールから根拠づけられる⁽⁴¹⁾。それ故、ここでの議論を、失権効が手続的権能と実体権のいずれを対象とするか、との観点から分析しても、恐らく何も得られはしないであろう。この立場では再び「失権(効)」との表現が好んで用いられていることを考えると、強いて言えば、交渉過程の中で提出されなかった権利は、以後、当事者間では手続の内でも外でも無視されるのかもしれない。

2 失権効の実体法的意味

(1) 権利の消滅か? 権利行使の制限か?

失権効が作用した場合、実体的法律関係はどのような影響を受けるのか。先に見たとおり、失権効が手続上の提出権、申立権に及ぶとしても、問題は手続法の領域に止まるものではない。少なくとも手続による実現の場を失った実体権は、どのような法的位置づけを得るのか。この点については、二通りの考え方が成り立つであろう。すなわち、主張されるべきであった実体権自体も消滅すると説明するのか、或いは、実体権は存続するが、その行使が遮断されると構成するか、である。

類似の議論は、信義則の一発現形態である「権利失効」の法的効果に関しても見られる。「権利失効」の要件が満

たされたとき、当該権利は消滅する (Erlöschen des Rechtes) のか、その行使が妨げられる (Ausübungshindernis) にすぎないのか。正面から論じられる機会は少ないが、古くから争われている問題である。⁽⁴²⁾ 一九世紀初期の判例・学説の多くは消滅説に立っており、「権利失効」の効果は権利の「喪失 (Verlust)⁽⁴³⁾」「滅却 (Vernichtung)⁽⁴⁴⁾」「消滅⁽⁴⁵⁾」と表現していた。しかしジーベルト以来、しばらくは行使制限説が多数を占めた。行使制限説の基礎は、ジーベルトの「不適法な権利行使」論⁽⁴⁶⁾にある。すなわち、権利行使には原始的、内在的制約があり、このような制約は、まさに、失効する権利の「行使」を通して認識されるのである。ライヒ裁判所もジーベルト理論を受け入れ、「訴えをもって行使された請求権は、失効する」と表現するに至った。⁽⁴⁷⁾ 近時は、消滅説が再び優勢のようであるが、明確な理由はほとんど示されていない。⁽⁴⁸⁾ 一部で、「権利の内容は行使可能性の集積によって直接決まるのであるから、行使可能性が消滅すれば、権利自体、少なくとも権利の権能の一部が消滅すると考えてよいであろう⁽⁴⁹⁾」との理由づけが見られる程度である。

果たして「権利失効」を権利消滅原因とするか、権利行使の障害と捉えるか、によって、個々の問題に際して結論に具体的差異が生じるであろうか。この点については、行使制限説の立場から、以下のような指摘がなされている。⁽⁵⁰⁾ まず、行使可能性の重要性は権利の種類により異なる。失効する権利が債権であれば、本質的に請求権なのであるから、権利行使の障害であれ、権利自体を消滅させるのであれ、同じことである。しかし、物権や無体財産権の場合、権利行使が制限されたとしても、権利の存在意義が失われるわけではない。よって、商標権を有する者が「権利失効」により特定人に対して使用を禁止し得なくなったとしても、同人はなお無制限に使用する権限を有しており、使

用者がそのようにして獲得した占有状態を無限に拡大することは許されない。また、「権利失効」が権利行使の障害である限り、後に事情が変更されれば、権利行使は再び可能となる。これに対し、権利が一旦消滅してしまうと、もはや復活することはない。最後に、訴訟上の取扱いである。多数説は「権利失効」が法律上当然に生ずるものであり、当事者の援用がなくとも、裁判所が職権で考慮し得るものと考えている。しかし、「権利失効」の効果を生ぜしめるか否か、は当事者の判断に委ねるべきであるし、実際問題としても信託の裏切りという要件は、信託した者自身が主張しなければ、肯定されない。つまり、「権利失効」は「権利滅却的抗弁 (Rechtsvernichten Einwendung)」ではなく、「(権利) 抗弁 (Einrede)」である。⁽⁵¹⁾

以上の議論を参考に、手続上の失権効がもたらす実体法的効果を考えてみよう。実体権の消滅と実体権行使の制限のいずれと解するか、は説明の問題である。しかし、敢えて理論的に考えるならば、後者の構成が適当ではないか。理由は、以下のとおりである。現代の法体系からすれば、権利と権利から派生する請求権は理論上区別される。失権効による手続的機能の喪失は、この請求権にしか影響を及ぼさず、権利自体は無傷のまま存在する。また、信義則違反から解釈上導き出される「権利失効」に、権利消滅という強い効果を認めることには疑問を感じる。権利消滅効果の発生は、本来、目的到達や時間の経過、その他法定の要件を充足するなど客観的な事情によるべきであり、利益衡量の結果に左右されるべきものではない。

(2) 失権効と「法律上の原因」

しばしば、失権効を伴う手続に基づいてなされた給付には「法律上の原因」がある、と言われる。⁽⁵²⁾ 例えば、給付判

決の確定後に任意弁済し、又は強制執行が行われた場合、たとえ実際には債務が存在しなかったとしても、給付受領者は、利得返還義務を負わない。確定判決が「法律上の原因」となるからである。⁽⁵³⁾しかし、なぜ判決という訴訟法上の存在が実体法上「法律上の原因」として財貨移転を根拠づけるのであろうか。

この点を詳しく説明する判決や文献は殆ど見あたらないが、一つの手がかりを提供するライヒ裁判所判決がある。

騙取判決に基づく強制執行後、債務者（実際には非債務者）が債務の不存在を主張して給付の返還を求めた事実で、

「法律上の原因」の存在を次のように説いている。⁽⁵⁴⁾「本件で提起された返還請求訴訟は、無原因の不当利得請求権（*condictio sine causa*）、特に不法原因給付の返還請求権（*condictio ob injustam causam*）として性格づけられよう。

そのような返還請求のもとでは、行われた支払いに正当な給付原因（*justa causa*）、つまり法的に認められた債務原因が存在したか、が新たに争われる。言い換えれば、権利侵害的な給付原因が返還請求の原因として主張されているように、他方では、前訴において判決により合法的な債務原因が確定され、裁判で独立の給付原因（*causa*）が生じているのである。このような「法的に認められた債務原因」、「裁判で（もたらされた）独立の給付原因」との表現は、既判力の実体法説を彷彿させる。既判力が判決内容に合致するような法律関係を形成すると考えるならば、判決もまた、法律の規定や法律行為と同様に、利得の発生原因（*Entstehungsgrund*）となる。⁽⁵⁵⁾

しかし、先述のとおり、近時、既判力はむしろ訴訟法上の効力と理解されている。このような立場からは、既判力が「法律上の原因」を生み出す、との構成をとることができない。⁽⁵⁶⁾ゆえに、もはや「法律上の原因」には直接言及せず、不当利得返還請求が認められないのは、既判力が前訴の内容と矛盾する後訴を排斥するから、又は、紛争の実質

的な蒸返しを防止するため、といった理由を掲げる判決や学説も少なくない⁽⁵⁷⁾。が、他方では、「確定判決Ⅱ『法律上の原因』との構成が根強く支持されている⁽⁵⁸⁾。例えば、ツオイナーは、以下のように説明する⁽⁵⁹⁾。「前訴で確定された給付請求権は、法律上の原因——民法八一二条の要件がその欠缺に不当利得返還請求権をかからしめる——として考慮される。この請求権に関する先行判断は、返還請求訴訟にとつても先決事項となる。したがって、この場合、既判力ある先行判断が新しい訴訟に対して拘束力を持つことは、支配説の原則(訳者注・確定判決は、既判力をもって認容又は否認した法律効果が新たな紛争の判断にとつて先決的意義を有する場合に限り、異なる訴訟物に関する後続の判断に影響を及ぼす)により説明がつく。第一の手続で確定された給付請求権が今やもはや『受領権能(Bekommen-sollen)』という原初的な機能でなく、『保持力(Behaltdürfen)』という転化した形で現れることは、このことと矛盾しない。請求権が履行後もお給付原因、すなわち『保持力』の基礎として効力を持ち続けるのは、債務法上の請求権の性質である。それ故、債務法上の『受領権能』に関する言渡しは、通常、もたらされるべき給付のための法律上の原因、すなわち『保持力』についての言渡しを含んでいるのである」。ここでは、「前訴で確定された給付請求権」、その「受領権能」が転化した「保持力」が「法律上の原因」となる、とされている。このような説明は、あくまでも給付請求権の存在を前提とする限りで妥当する。請求権が弁済を受けて消滅すれば、もはや不当利得の問題は生じない。よって、返還請求訴訟の提起も許されない。これは、専ら実体法の論理から説明できることである⁽⁶⁰⁾。ここで、請求権の存在が判決で確定されていたかどうかは大して重要でない。しかし、判決上の給付請求権が実際に存しない場合にも不当利得とならないのは、まさに確定判決が存在するからである。判決が確定している以上、給付請求

権は存在する、と解するのか。それとも、「保持力」に重点を置き、もはや給付請求権の存否を争うことができない以上、給付受領者には消極的に「保持力」が認められる、と説明するのであろうか。⁽⁶¹⁾前者は、かなり実体法説寄りの考え方である。後者であれば、給付請求権の不可争性から導き出される「保持力」とは、不当利得返還請求の排斥により根拠づけられる「保持力」に他ならない。よって、これが不当利得返還請求権の成否を左右する「法律上の原因」となるのは、やはり論理的におかしい。

結局、失権効のある手続が不当利得法上の「法律上の原因」となることについて、現在の既判力論からは十分に説明できない。ゆえに、「確定判決Ⅱ『法律上の原因』』という従来の理論構成は、見直しを要するものである。

(1) 中田淳一「確定判決の失権効」『訴えと判決の法理』(一九七二年)一三五頁。

(2) なお、議論の出発点は異なるが、このように手続内失権と既判力を同一の視角から考察すべきとの指摘は、既に後述の「手続保障の第三の波」学派によってなされている(例えば、井上ほか『これからの民事訴訟法』(一九八四年)三五頁以下(佐上善和)。すなわち、既判力の遮断効を「訴訟における現実の攻防の経過を考慮して、当事者が主張責任を尽くしたかどうかの観点からみていくことになれば、手続内で失権するものの集合体」と理解されることになる(同三六三頁)。

(3) Rosenberg, Die Präklusionswirkung von Urteilen, Süddeutsche Juristenzeitung 1950, S. 313.

(4) 既判力と失権効の関係については、ドイツで一時期、不提出事実に関する失権効(Präklusionswirkung)を既判力と区別する見解が主張された(Rosenberg, a. a. O.; Habscheid, Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils, AcP 152(1952), S. 169 ff.)が、一般には、失権効は既判力の効果、作用と考えられている。

(5) 本稿第四章第一節2)参照。

(6) 既判力がこのような消極的作用と、後訴裁判所は既判力の生じた前訴の判断を前提として判断しなければならぬ、との

積極的作用を合わせ持つことに異論はなく、ただ、いずれがより本質的作用であるか、の点で意見が分かれていたにすぎない (高橋宏志「既判力 (一)」法教二四一号 (一九九二年) 九三頁以下『民事訴訟法講義ノート』(一九九二年) 所収)。

- (7) Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (1905) などに代表される。しかし、既判力が実体的法律関係を形成するとの考え方は、判決の形成力と既判力との区別を曖昧にし、既判力の相対性に矛盾するものとして、現在は、支持されていない。

- (8) 例えば、兼子一『実体法と訴訟法』(一九五八年) 一五八頁以下。最近では、吉野正三郎教授が、「やはり原告と被告の間に新たな法律関係が判決を通して設定されたというふうに見るべきではないか」として、ドイツの具体的法規説のように「抽象的な法律関係であったものが、裁判というプリズムを通して具体的な法律関係へと形成されていくとか、あるいは具体的な法規範が裁判を通して、当事者間を規律する新たな法規範として実現される」との考え方をとられる (吉野『集中講義民事訴訟法』(一九九〇年) 二二八頁)。

- (9) 代表的なものに、二ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」『民事訴訟法研究第一卷』(一九六二年) 二四九頁、小山昇『民事訴訟法 (五訂版)』(一九八九年) 三八九頁以下などがある。高橋・前掲九二頁は、「既判力の性質としては、実体法説的な面と訴訟法説的な面との両方がある、あるいは、当事者に作用していく面と裁判所に作用していく面との両方があると、緩やかに捉えておくことで当面は足りるであろう」としながらも、「敢えて理論的に考えれば、基本は訴訟法説に分があるのではなからうか」と訴訟法説を支持する。

訴訟法説的理解は、ドイツでも優勢である (Rosenberg-Schwab, § 152 II 2, Baumbach-Lauterbach-Hartmann, vor § 322, 3A, Thomas-Putzo § 322 4, Jaurnig, Zivilprozessrecht, § 62 III 1 usw.)。なお、実体法説と手続法説の中間的な立場では、判決で確定された法律関係の存在に関する「覆し得ない推定 (unwiderlegliche Vermutung)」として既判力を捉える (Pohle, Gedächtnisschrift für Calamandrei(1957), S. 377, J. Blomeyer, Zum Streit über Natur und Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft, JR 1968, S. 407 usw.) が、不可争性の実体法的説明にすぎず、実体的権利関係そのものの変更を認めるものではない。

既判力の効果には訴訟法的側面と実体法的側面があることについて指摘するのは、伊藤眞「既判力の二つの性格について」民商七八巻臨時増刊『法と権利三』二六六頁（一九七八年）。Vgl. Stein-Jonas-Leipold, § 322 Rn. 34 ff.

- (10) 新堂幸司「既判力と訴訟物」（一九六三年）「条件付給付判決とその効果」（一九六三年）『訴訟物と争点効（上）』（一九八八年）所収。

議論の契機となった判例では、土地建物の売買契約をめくり、買主から土地建物の明渡請求訴訟、売主から錯誤による売買契約の無効、又は詐欺による回取消しを理由とした所有権移転登記の抹消請求訴訟が提起され、先に確定した前者では買主、後者では反対に売主が勝訴する結果となった。後者の上告審は、明渡判決が確定しても「訴訟物である本件建物の明渡請求権および右契約不履行による損害賠償としての金銭支払請求権の有無について既判力を有するにすぎず、本件建物の所有権の存否について、既判力およびこれに類似する効力（いわゆる争点効）を有するものではない」と判示し、当時、下級審レベルで採用され始めた争点効理論を真つ向から否定した。さらに、登記抹消請求を認容する判決も所有権の存否について何ら拘束力ある判断を含むものではないため、買主はなお売主を被告として「本件不動産の所有権確認訴訟を提起し、右所有権に存否について既判力を有する確認判決を求めることができる」と、別訴提起の可能性まで示唆している。このような判断自体は、既判力の客観的範囲は主文中の判断に限られ、主文では訴訟物についての判断がなされる、という従来の立場を踏襲するものである。が、はからずも伝統的理論の弱点を露呈した本判決を機に、争点効に関する議論は一層、活発となった。詳細は、新堂「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」『訴訟物と争点効（上）』（一九八八年）所収参照。

- (11) 新堂『民事訴訟法』四二五頁。

- (12) 新堂「判決の遮断効と信義則」三ヶ月古稀『民事手続法学の革新（中）』（一九九一年）五一〇頁。

- (13) 新堂教授によれば、争点効は、「一般条項としての信義則が判決の一効果にまで定着した」ものであり、信義則適用の結果というより、むしろ「判決の制度的な効力」である（『争点効と遮断効（上）』一七〇頁）。ただ、判決効たる既判力は職権調査事項であるが、争点効は当事者の援用を必要とする。また、争点効を認めるにあたっては、前訴において当事者が主要な論点として主張立証を尽くし、裁判所がこれに応じたか、との実質的な判断を要する点で、完全な制度的効力とは言い

難い。まさに、新堂教授の争点効は既判力と信義則上の失権効の中間に位置し、両者の合成物として鶴的な性質を有していた。その後の学説では、基本的に新堂教授によって示された枠組みを維持しつつ、争点効の制度的な側面を強調して要件の明確化を目指す方向(吉村徳重「判決理由中の判断の拘束力」法政研究三三巻三六号(一九六七年)四四九頁)と信義則の適用例に取り込もうとの動き(中野貞一郎「争点効と信義則」『過失の推認』(一九七八年)二〇一頁、小山「いわゆる争点効について」『判決効の研究』(一九九〇年)八九頁所収。また河野正憲「信義則による確定判決の遮断効」法学五七巻(一九九四年)七四五頁以下)が見られる。前者の争点効は、必然的に既判力と制度面での同質性を有することになる。他方、後者では、要件の定式化が放棄され、信義則の個別具体的な適用を通して争点効の作用場面が模索される(後注(14)参照)。このように、争点効理論が二極分化していく中で、「争点効を判決の効力とすることは、民事訴訟法の諸原則の組合わせを基本的に改組しなければならないことではなからうか。あるいは、判決の効力(既判力)の根拠を信義則に求めなければならなくなるのではあるまいか。新堂教授の狙いは後者にあるようにも見えるのである」との小山教授の指摘は、重要である(小山「既判力か争点効か信義則か」『判決効の研究』(一九九〇年)一〇七頁以下)。指摘のとおり既判力が信義則上の失権効に接近するのであれば、争点効は信義則という媒介を通し、根拠の面で既判力と同質化するからである(後注(15)(16))。

(14) 信義則適用による請求の遮断については、前注(13)の文献及び竹下守夫「判決中の理由と信義則」山木戸還暦『実体法と手続法の交錯(下)』(一九七八年)参照。

また、最高裁は争点効を否定しつつも、前訴で土地の売買契約の原因とする所有権移転登記手続請求の棄却判決が確定した原告Xが、同じ被告Yを相手とし、Yの前主Bが約二〇年前に本件土地を取得した経緯(自作農創設特別措置法による買収処分及び売渡し処分を経て、BがXの前主A所有土地を取得した)を争った事案で、次のように判示した(最判昭和五一年九月三〇日民集三〇巻八号七九九頁)。「前訴と本訴は、訴訟物を異にするとはいえ、ひっきょう、右Aの相続人が、右Bの相続人及び右相続人から譲渡をうけた者に対し、本件各土地の買収処分の無効を前提としてその取戻を目的として提起したものであり、本訴は、実質的には、前訴のむし返しといふべきものであり、前訴において本訴の請求をすることに支障も

なかつたのにかかわらず、さらにXらが本訴を提起することは、本訴提起時にすでに右買収処分後約二〇年も経過しており、右買収処分に基つき本件各土地の売渡をうけた右B及びその承継人の地位を不当に長く不安定な状態におくことになることを考慮するときは、信義則に照らして許されないものと解するのが相当である」。このような信義則上の失権効に関する判例の分析は、小山・前注(13)一一九頁以下参照。

基準時後の形成権の行使についても、従来の厳格な理論を修正すべく、既判力の及ぶ範囲を主張に関する期待可能性の有無で調整する立場(新堂・訴訟法四一一頁)や、既判力の作用とは別個に信義則上の失権効で対応する立場(中野・「判批」民商八四卷六号九〇二頁)が主張されているが、これらの考え方にも信義則的な事情への配慮がうかがえる。

(15) 新堂・訴訟法四〇六頁。上田徹一郎「遮断効と提出責任」『判決効の範囲』(一九八五年)所収、水谷暢「後訴における審理拒否」民訴雑誌二六号五九頁(一九八〇年)など。また、既判力による遮断を「権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点」から根拠づけるかのような最高裁判決(最判昭和四九年四月二六日民集二八卷三号五〇三頁)も出現するに至っている。これに対し、吉野教授は、既判力の本質論、根拠論として「自己責任」を持ち出すことに批判的である(吉野・前注(8)二一七頁以下)。

(16) 判決効に限定して考えてみると、既判力、争点効と信義則上の失権効は並列的な関係にあるのではなく、信義則上の失権効(広義)のうち、制度にまで昇華されたものが既判力、やや制度的性質を後退させたものが争点効であり、さらに、両者の及ばない場面で信義則上の失権効(狭義)が直接作用する、と考えることが可能ではないか。なお、小山・前注(13)一〇七―一〇九頁、中野・前注(13)一八三頁参照。

(17) 好美清光「信義則の機能について」一論四七卷二号(一九六二年)一八一頁以下、菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』(一九九四年)八七頁以下、三二九頁以下など。

(18) 「不適法な権利行使」の制限は、もともとローマ法上の「悪意の抗弁(exceptio doli)」に由来し、債権者の権利行使や訴え提起に関係するものであった。時代とともに、「悪意」、すなわち害意や過責といった主観的な貴責要素は後退し、客観的不当性だけで権利行使が制限されるようになった。ドイツ民法制定後は、信義則(BGB二四二条)や不法行為規定(BG

B八二六条)を根拠としている (Münchener-Roth, § 242 Rn. 259)。

- (19) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 325 ff.; Soergel-Teichmann, § 242 Rdnr. 312 ff.; Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens(1993), S. 21 ff.

この原則に関しては、かつて、矛盾行為の禁止という倫理的側面からの説明が多かったが、近時、相手方の信頼保護の観点が強調されている (Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht(1971) S. 278 ff.)。もともと、法律行為的構成をよめる立場 (Wieling, Venire fontra cactum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176(1976), 334 ff.; ders., Venire contra factum proprium nulli conceditur, AcP 187(1987), 95 ff.) や「不適法な権利行使」論に批判的な立場 (Staudinger-Jürgen Schmidt, § 242 Rn. 599 ff.) からは、同原則の存在意義が疑問視されている。

我が国における研究としては、中野・「民事訴訟における禁反言」『過失の推認』(一九七八年)一七七頁以下のほか、伊沢孝平『表示行為の公信力』(一九三六年)、本城武雄「不開示による禁反言」民商四三卷五号(一九六一年)六五一頁、民商四四卷二号(一九六一年)二二〇頁などがある。

- (20) Singer, a. a. O., S. 6.

前述の争点効は、英米法上のコラテラル・エストoppel (Collateral Estoppel) を範としたものであり、「禁反言」の問題と言われている (例えば、新堂・前注(12)五一〇頁。「争点効のルーツを説明する際に、『争点効によって排斥される主張の中には、禁反言的主張も含まれる』と説明することはできようが、争点効を前訴判決の効力として——つまり前訴で主要な争点として争ったことの当事者責任として——制度化できるかぎりでは、一般条項にいちいち遡る必要がないと考える」。前訴で決着がついたと考えられている事項を再び提出するからである。これに対し、前訴で争われるべきであったのに争われなかった事項を持ち出すことをなお「禁反言」で説明するか、「権利失効」の原則 (後注(21)以下) と見るかは争いがあ (中野・前注(19) (不作為の禁反言)、山本戸克己「判批」『昭和五一年度重要判例解説』ジュリ六四二号(一九七七年)一三〇頁以下 (訴権の失効)、竹下前注(14)八五頁以下 (権利失効。但し、前訴における敗訴当事者の請求を遮断する根拠として言われる) 参照)。前訴で争点とならなかった事項の遮断は、先行行為が「主張しなかった」という不作為の結果で

ある、と評価するならば、権利失効の原則の範疇に入るかもしれない。が、前訴で一貫して或る請求を定立して争ったという原告の「作為」が、もはや別の請求を持ち出さないのであるう、との被告の信頼を喚起したとすれば、禁反言でも説明はつくことになる(新堂・前注(12)五〇八頁)。

(21) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 365 ff.; Staudinger-Jurgen Schmidt, § 242 Rdnr. 480 ff.; Soergel-Teichmann, § 242 Rdnr. 336 ff.; Singer, a. a. O., S. 223 ff.

我が国へ最初に紹介したものととして、成富信夫『権利の自壊による失効の原則』(一九六四年)。

(22) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 327; Soergel-Teichmann, § 242 Rn. 332, a. a. O., S. 10.

(23) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 327.

権利失効の原則の形成及び発展過程については、vgl. Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*(1934), Bommel, *Die Entstehung der Verwirkungslehre in der Krise des Positivismus*(1992).

(24) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 390 ff.

(25) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 390. それ故、権利者は自己の権利を認識していながら行使しなかったものと、相手方が信じていた場合には同原則が適用されるが、相手方も権利者同様、権利の存在を知らなかった場合や、権利の存在を知らず、権利者を不知の状態のまま放置していた場合には適用がないことになる。

(26) Münchener-Roth, § 242 Rdnr. 325. 不正な意図までは要求されないが、先行行為との矛盾に関する認識可能性(Erkenntnisbarkeit)は必要である。

(27) 一口に提出といっても、攻撃防御方法の提出であるのか、より高次の請求レベルであるか、については争いがある(議論の詳細については、高橋「既判力について(4)」法教一四四号(一九九二年)九二頁参照)。

(28) 実体法的意味については、本章第一節2(1)参照。

なお、権利失効の原則が手続法領域へ適用されると、一般の手続的権能(異議申立権など)は失われるが、審問請求権との関係で、訴権については慎重に扱われている(Baumgärtel, *Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO*

手続終了後の実体的調整に関する一試論(一))

und des FGG, ZJP 67(1954), 423 ff.; ders., Die Unverwirrbarkeit der Klagebefugnis, ZJP 75(1962), 385)。

- (29) 新堂「訴訟物概念の役割」『訴訟物と争点効(下)』(一九九二年)一一三頁以下。手続事実群の内容は、同一三〇頁以下。
- (30) 新堂・前注(29)一四二頁。
- (31) 新堂・前注(29)一四二頁。
- (32) 新堂・前注(29)一四六頁。
- (33) 新堂・前注(29)一三三頁以下。新堂教授の試みは、以下に紹介する提出責任効論の立場からも評価されている。その意味では手続事実群による調整は提出責任効に属すると見られなくもないが、「提出責任効の構成を貫徹するなら、提出すべきかどうかという観点を訴訟物の枠の内でも外でも明確にして提出責任を具体的に捉えてゆくという方向があってもよい」(水谷・前注(15)七三頁)との批判にも見られるとおり、やや不徹底な部分を残していたと言える。
- (34) 上田・前注(15)、水谷・前注(15)、吉村徳重「判決の遮断効と争点効の交错」『新・実務民事訴訟法講座二巻』(一九八一年)など。
- (35) 水谷・前注(15)六二頁。
- (36) 井上治典「手続保障の第三の波」法七二八号(一九八三年)『民事手続論』(一九九三年)五四頁所収。
- (37) 井上・前注(36)三五頁。
- (38) 井上・前注(36)三五頁。
- (39) 井上「判決効による遮断」法七一九八三年二九〇頁(九六頁) 井上他『これからの民事訴訟法』(一九八四年)二二七頁(二二二頁)所収。
- (40) 新堂・「提出責任効論の評価」『訴訟物と争点効(下)』(一九九一年)二五九頁。
- (41) 「訴訟過程は実体法の生活関係や取引関係と切り離された規範が機能する空間なのではなく、むしろ実体法の取引・交渉ルールの最も整備された一つの典型的な手続なのである」(佐上・前注(2)三七三頁)。吉村徳重三七三頁も、訴訟内の行為規範に「当事者間の実体的生活関係を規律する規範と共通の価値」を見る。

- (42) Siebert, a. a. O., S. 5, 139, 146 f. など。以下の叙述にあたっては、Bommel, a. a. O., S. 130 ff. を参考とした。
- (43) RGZ 119, 231(235).
- (44) RGZ 118, 375(377).
- (45) RGZ 134, 262(270).
- (46) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 139, 前注(8)参照。
- (47) RGZ 158, 100(107); 159, 99(105). usw.
- (48) Staudinger-Jurgen Schmidt, § 242 Rn. 502.; Soergel-Teichmann, 11 Aufl, (1986), § 242, Rn. 346.; Larenz, Schuldrecht Bd. 1, 13. Aufl. (1982), S. 249. usw.
- (49) Staudinger-Jurgen Schmidt, § 242 Rn. 502.
- (50) Münchener-Roth, § 242 Rn. 339.
- (51) 但し、この点の対立は、必ずしも制限説と消滅説の対立から帰結されるわけではない。例えば、ジーベルトは制限説に立つが、職権で斟酌されるべきである、とする (Siebert, a. a. O., S. 145 ff.)。因みに、信義則に関する事情はドイツでも職権で斟酌されるのが通常である。
- (52) 次章第一節以下の議論参照。
- (53) RGZ 1, 94(95 f.); 36, 202(205); 46, 75(77 f.); 69, 277(279).
- (54) RGZ 46,75(78).
- (55) Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, Festschrift für Adolf Wach, 3. Bd.(1913), S. 10.
- (56) Gaul, a. a. O., S. 7.
- (57) Rosenberg-Schwab, § 152.
- (58) Stein-Jonas-Leipold, § 322 2a.
- (59) Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge(1959), S. 14 ff.

(60) Larenz, a. a. O., § 2V.

(61) Esser, § 187, 5b. なお、Münchener-Gottwald, § 322 Rn. 196. は、請求権の存否、すなわち、「法律上の原因」に関する不可争性から理由づけられる。

第二節 二段階審査方式の採用

本節は、適法手続終了後なお不当利得返還による実体的調整の余地があるか、を検討するにあたっての考察方法を扱う。右の問題は二つの論点を含んでいる。一つは、そもそも執行により不当利得が生じるのか、それは誰の誰に対する関係なのか、という不当利得の要件論である。今一つは、手続が異議なく完結していること、不利益を被った者に手続保障が与えられていたことをどのように評価すべきか、である。後者との関係で、前節では失権効の法的位置づけについて考えてきた。これまでの考察の結果は、以下のようにまとめることができよう。

- ① 手続法上、失権効の対象となるのは実体権自体でなく、これを手続へ提出する手続的権能である。行使の機会を奪われたとしても、実体権は消滅しない。
- ② 手続法の領域で作用する失権効の背景には、禁反言や権利失効の原則といった信義則的な考慮が働いている。信義則に基づく失効は、手続法上も実体法上も、実体権の消滅をもたらさない。ただ、権利行使の障害となるだけである。

③ 手続で確定された法律関係は、失権効の反射的效果として消極的に維持されるのであり、手続結果に沿った法律関係の形成といった形で積極的に根拠づけられるわけではない。失権効が不当利得返還請求権の行使を妨げる

ことにより、給付保持を間接的、消極的に裏付けるとしても、このことから、失権効を伴う手続が「法律上の原因」として不当利得返還請求権の成立を妨げる、というのはトートロジーである。

そこで、本稿では、従来の手法とは異なり、失権効の問題を不当利得要件論の外で扱うこととする。すなわち、「法律上の原因」としては、専ら執行結果を根拠づける実体的法律関係を観念し、手続の失権効は、要件を満たして成立した不当利得返還請求権の行使が適当か、を判断する段階において、信義則との関係で考慮する。

考察は、二段階に分けて行われる。不当利得返還請求権の「成否」とその「行使の当否」である。第一段階では執行機関が介在しているという手続法的要素をさしあたり無視し、事実を実体法レベル、すなわち、私人間の財貨移転として捉え直したうえで、不当利得の要件が満たされているかどうか、を検討する。執行における満足手続は、執行債務者から執行債務者への金銭交付、売却手続は執行目的物所有者と買受人との間の売買⁽¹⁾と構成するのである。ここで不当利得返還請求権の「成立」が確認されると、次にその権利「行使」が許されるか、との第二段階へ進む。この段階では、信義則上の失権効の発動にあたり具体的な事情が考慮される。財貨移転に裁判所の運営する手続が介在していた点も、一要素として、ここで初めて斟酌されることになる。例えば、手続終了後に、その結果を実質的に損なわせるような調整が行われることは適当であるか。手続内に異議申立て制度が存在していた場合は、どうであるか。これら、手続の安定性や手続保障の程度といった手続法的事情は、信義則適用に際して顧慮されるべき事情、当事者の帰責や信頼の程度と同次元で捉えられるのである。既に見たとおり、このような手法は、法定の失権効制度を弾力的に運用したり、明文の規定なく解釈から失権効が導き出す場面で用いられている。もともと、そこではしばしば生

の信義則ではなく、手続に馴染むよう矯正された信義則が適用される。いわゆる「手続上の信義則」である。⁽²⁾が、本稿では、敢えて「手続上の信義則」との別のルールを設定する必要はなく、ただ信義則が手続上の法律関係に適用されることから、斟酌されるべき事情の構成要素が異なる、という程度で緩やかに理解しておきたい。

手続終了後の実体的調整は、以上のような、不当利得返還請求権の「成否」と「行使の当否」という二段階の審査を経た結果、認められるべきである。この考察方法の特色は、失権効の問題を不当利得要件(「法律上の原因」)論から切り離れた点にある。そうすることにより、不当利得要件論を充実させること、さらに言えば、私人間の法律関係に手続が介在する場合とそうでない場合とで、実体法(不当利得の成否)レベルの結論に差異をなくすことが狙いである。基本的に、実体法上不当利得でない財貨移転が、手続を介したばかりに不当利得をもたらすことはなく、逆に手続を経たからといって、実体法上不当利得でなくなることもないであろう、と考えるからである。なお、同考察方法は、さしあたり、不当利得法による調整を念頭に置くものであるが、不法行為法による調整も当然に射程内にある。

(1) 競売の法的性質については、争いのあるところであるが、本稿では深く立ち入らない。「売買」との表現は、執行目的物の所有権が所有者から金銭と引換えに買受人へ移る現象を実体法的にとらえたものにすぎず、法的性質論における私法説に直結するものではない。

(2) 民事訴訟法の領域における信義則(民一条二項)の適用は、今日、広く認められている(中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」民商四三卷六号(一九六一年)『訴訟関係と訴訟行為』(一九六一年)三八頁所収、山本卓「民事訴訟における信義誠実の原則」司法研究報告書一四輯一号(一九六二年)、山木戸克己「民事訴訟と信義則」末川古稀「権利の濫用(中)」(一九六七年)ほか)。

第三章 過誤配当事例を素材とした実験的考察

第一節 過誤配当事例の問題点

1 事例の設定

債権者が複数存在し、かつ、執行目的物の売却代金ではその全債権を満足させることができないとき、執行裁判所は執行当事者の立合いのもとに配当表を作成し、原則的には実体法に則った順位や額で配当を実施する。が、時として、実際には存在しない債権が配当表に記載された、又は、債権額に誤りがあったなどの理由から、配当受領者の中に本来受領すべき額を得られない者、逆に交付されるはずのない金銭を手にする者が出てくる。これが、過誤配当の問題である。⁽¹⁾このような配当がなされる場面は様々であるため、判例や学説はこれらを類型化し、具体的事情に応じた結論を導き出している。ここでは、過去の判例に現れた事実をベースに簡単な事例を設定し、以下の分析や検討に用いることとする。

事例は、次のとおりである。六つの事例に共通して、Xが配当で不利益を被った者、Yが過誤配当受領者、Zが執行債務者であり、他に競合する一般債権者としてA、B、Cがいる。配当に充てられる総額は五〇〇万円、各債権者の債権額は三〇〇万円、抵当権を有する場合の被担保債権額も同じく三〇〇万円とする。なお、配当手続には二重の異議申立て手段が用意されており、配当表に対して異議のある者は、期日に異議の申出を行ったうえで、一週間以内に配当異議訴訟を起こし、その旨を証明しなければならぬ（民執九〇条六項）。が、左の事例でのXは、これら執

行法上の救済制度を一切利用していないものとする。

〔事例 a—1〕 X、Yともに一般債権者として配当を受けたが、YのZに対する債権は既に消滅していた。(一〇〇万円・一二五万円)

〔事例 a—2〕 Xは一般債権者、Yは抵当権者として配当を受けたが、YのZに対する債権しか有していなかった。(五〇万円・一〇〇万円)

〔事例 a—3〕 X、Yともに一般債権者として配当を受けたが、裁判所の配当計算に誤りがあり、Xは本来の配当額の半分しか受領できなかった。(五〇万円・一〇〇万円)

〔事例 b—1〕 X、Yともに抵当権者として配当を受けた。Yより後順位であったXは満額配当を受けることができなかったが、実際にはYのZに対する債権は既に消滅していた。(二〇〇万円・三〇〇万円)

〔事例 b—2〕 X、Yともに抵当権者として配当を受けた。Yより後順位であったXは満額配当を受けることができなかったが、実際にはYはZに対する債権しか有していなかった。(二〇〇万円・三〇〇万円)

〔事例 b—3〕 X、Yともに抵当権者として配当を受けたが、裁判所の配当計算に誤りがあり、先順位のXは本来の配当額の半分しか受領できなかった。(二五〇万円・三〇〇万円)

事例のaとbはXの配当受領資格による分類で、aが一般債権者、bが抵当権者として配当を受けたケースである。横の数字はY側の事情や過誤配当の原因によって異なり、それぞれ、1はYが債権を有しないにもかかわらず配当を受けた「非債配当」ケース、2は一般債権者であるYが抵当権者として本来の額より多く配当を受けた「多額配当」

ケース、3も同じく「多額配当」ケースであるが、過誤配当の原因が裁判所の計算という、当事者（少なくともY）の関与できない手続にある場合である。各事例の末尾に記した括弧内の金額は、上がXの実際の受領額、下が本来受領すべき額であり、⁽²⁾Xは両者の差額を不当利得としてYに返還を求めるものとする。果たして、Xの請求はいずれの事例で認められるであろうか。

右の問題を考えるうえでの一つの手がかりとして、民事訴訟法旧六三四条がある。同条は、配当実施後の調整につき、「異議ヲ申立テタル債権者前条ノ期間（筆者注・配当異議訴訟の提訴証明期間―七日間）ヲ怠リタルトキト雖モ配当表ニ従ヒテ配当ヲ受ケタル債権者ニ対シ訴ヲ以テ優先権ヲ主張スル権利ハ配当実施ノ為メ妨ケラルルコト無シ」と規定していた。つまり、異議を申し出ながら提訴に至らなかった「優先権者」には手続終了後なお、他の配当受領者に対する不当利得返還訴訟によって権利を主張する余地が残されていたのである。同規定が異議の申出さえしなかつた者や一般債権者までを射程内としていたかはしばらくおくとしても、旧法下において、一定の範囲での事後的な調整が許されていたことは確かである。⁽³⁾ もっとも、旧六三四条は新法制定を機に削除されたため、民事執行法にはこれに相当する規定がない。が、このことから直ちに、配当実施後の調整可能性が否定されるわけではないであろう。そのような不当利得返還請求の可否は本来、手続法よりもむしろ実体法の規定に照らして判断されるべき問題である、というのが立法者の認識であつたからである。⁽⁴⁾ したがって、先の事例においてXの請求が認められるかどうかは今、まさに白紙の状態で実体法の解釈に委ねられているのである。

2 判例・学説の分析

(1) 判例⁽⁵⁾

判例の大きな流れとしては、まず、事例a―2型での不当利得返還請求を棄却する下級審判決が相次いで出された(東地判平成元年一二月二三日〔九四頁(表1)判例①〕、東高判平成二年五月二〇日〔同判例②〕判例①の控訴審)。両判決は結論を同じくしながらも、理由づけを若干異にしている。異議申出の懈怠という事実を重視し、異議なく作成された配当表に一種の失権効を認めた原審に対し、控訴審では、一般債権者であるXには不当利得の要件としての「損失」が欠ける、と返還請求権の成立が否定された。この微妙な違いは、配当表の失権効からXの請求が一般的に否定されるか、或いはXが担保権者であれば肯定される余地があるのか、というように他の事例での判断に大きな影響を及ぼす。が、ほぼ同時期に、Xの担保権者としての地位に着目して事例b―1型での請求を認容する判決(東地判平成二年一月一六日〔同判例④〕、東高判平成二年九月二三日〔同判例⑤〕判例④の控訴審)が登場し、下級審の態度が事例a型での請求を否定、事例b型では肯定でほぼ固まったことを印象づけた。特に、判例⑤は判例②を引用し、事例a型と事例b型における結論の違いを、「一般債権者は執行目的財産の交換価値に対して実体法上の権利を有するものではないので、ある債権者への多額配当が当然に少額配当受領者の損失によるものとは言えない」のに対し、「抵当権者は執行目的財産の交換価値を実体法上把握しているので、配当の結果、自己の優先権が侵害されたときは、その部分の配当を受けたものに対して不当利得の返還請求ができる」という執行目的財産に対する支配力の差に求めた。同判決は、失権効に関しても、配当表の記載に確定判決の既判力のような、事後の請求を排除する

効力は認められない、との立場を明確にした。その後、事例a―3型での請求を失権効的発想から否定する判決（東地判平成三年一月二四日〔同判例③〕）が一件見られたものの、最高裁平成三年三月二二日判決〔同判例⑦〕判例⑤の上告審〕は事例b―1型での請求を認容し、異議申出の不作為や異議訴訟の不提起が事後的調整に何ら影響を及ぼさないことを確認した。前後して出された下級審判決（仙台高判平成三年三月二二日〔同判例⑥〕、東地判平成三年四月一九日〔同判例⑧〕）でも、同様の判断がなされている。

さて、これらの判例を観察してみると、結論に至るまでの過程が大きく三つのタイプに分かれていることに気づく。多くは、不当利得の成否と配当結果を覆すことの可否という二つの論点に何らかの形で言及している（判例⑤⑥⑦⑧）が、手続完結という事実から即、不当利得返還請求を否定するもの（判例①③）、逆に、手続的事情には一切触れず、不当利得返還請求権の成否によってのみ結論を導き出すもの（判例②④）もある。そこでは、どのような事実が不当利得の要件を満たし、又は満たさないものとされているか。また、手続の完了や異議申立ての不作為が、法的にどのような評価を受けているのか。以下、各判決で示された判断を詳細に見ていくことにする。

判決理由中で展開された不当利得要件論の中心は、「損失」論である。先述のとおり、まさに「損失」要件をめぐる判断の違いが事例a型とb型とで異なる結論へ導いている。過誤配当による一般債権者の「損失」について、東京高裁（判例②⑤）は次のように説く。すなわち、「一般債権者は、執行目的財産の交換価値に対して実体法上の権利を有するものではなく、実体法的には、債務者の財産から請求債権の満足を受ける地位を有するにとどまり、その点では任意弁済の受領と変わるところはない。ところで、任意弁済において、債務者が複数の債権者に平等弁済をしな

かった場合、ある債権者への多額弁済が当然に少額弁済受領者の「損失」によるものということはできず、少額弁済受領者から多額弁済受領者に対する不当利得返還請求権は認められないというべきである。そして、配当においても、執行目的財産の交換価値を実体法上把握していない一般債権者については、任意弁済の場合と同様、ある債権者への多額配当が当然に少額配当受領者の「損失」によるものとはいえない」と。これを反対に解すれば、「執行目的財産の交換価値を実体法上把握している」(判例④⑤⑥)又は「優先弁済を受ける権利を有する」(判例⑦)担保権者の場合、「自己」の実体法上の優先権が侵害されたとき」には「損失」が認められることになる。つまり、担保権者が一定額を優先的に受け取る権利は実体法上保証されているが、一般債権者にどれだけの配当金が交付されるかは、手続完了時に判明した競合債権者の人数や債権額といった偶然の事実によって決まる。いわゆる「パイの切り分け」である。平等に分配された後で或る者の「取りすぎ」が明らかになったとしても、それが他の者の取り分であるとはまではない。実体法は、ただ債権者が債務者に満額の弁済を請求し、受領する「可能性」を規定するにすぎない、というわけである。

不当利得の要件のうち、「法律上の原因」をめぐる判断は分かれる。「法律上の原因」とは通常、財貨の変動を根拠づける実体的法律関係が問題となる。よって、過誤配当事例であれば、当該配当を根拠づける実体的法律関係の有無が論じられるはずである。もっとも、何が実体的法律関係にあたるかは漠然としている。まず考えられるのは、過誤配当受領者の受領権限である。配当手続において債権者が受領する金銭は、債務者の責任財産に由来する。その基礎には、実体法上の債権債務関係がある。それ故、事例 a—1、b—1型のように Y が債権さえ有していない場合、実

体法的には明らかに配当金受領の「原因」がない。また、債権を有していたとしても一般債権者や後順位担保権者であれば、先順位の担保権者との関係では「実体法上、本来的に……配当金を取得できない劣後的地位にあったにすぎない」のであるから、この者を差しおいて配当金を受領する権限はないことになる（判例⑥）。が、意外なことに、受領権限を「法律上の原因」と明言する判決は皆無である。後述のとおり、多くの判決は「法律上の原因」を手続の確定に求め、手続に確定判決ほどの安定性がないと見るや、ただちに「法律上の原因」を否定する。そのような判断の前提として、手続では埋められない実体的法律関係の欠缺が認識されていると思われるが、判例⑥のほか、「法律上の原因」に関連して受領権限を論じた判決は見られない。

債権債務関係が根拠づけるのは、債権者Zから各配当受領者XYABCへの財産移転である。しかし、ここで調整の対象とされる財貨移転は、Z—Y間ではなく、X—Y間に生じている。つまり、「法律上の原因」は、本来Xに帰属すべき金銭がYの手元にあることを法的に裏付け、正当化するものでなければならない。各配当受領者間の財貨移転は、執行機関による執行目的財産の分配を契機として生じ、この分配は、債務者及び全債権者の関与の下で作成された配当表どおりに行われる。したがって究極的には、配当表の作成、その際に各債権者の行った行為が原因となる。「配当表のうち配当異議の申出等のない部分については、それに記載された各債権者の債権についての配当の順位の変更及び当該配当表に基づく配当の実施を全債権者において異議なく承認したものと同様に評価することができ、換言すれば全債権者の合意があった場合と同じようにみることができ」る、とする判例①は、このような観点に立つものと思われる。配当の順位や額について全債権者の合意がある場合、民事執行法はこれを民法、商法その他の法律に

優先させている（民執八五条五項）。その限りで、実体的法律関係と異なる分配方法も成り立ちうる。判例①では、実体法に合致しない配当が異議なく実施された場合も同ケースに準じて「執行手続上正当化」されること、この手続的に正当な配当による「債権の消滅（満足）」が「債権者間においては実体法的にも正当なものとして取り扱われる」ことから、配当金の受領は不当利得法上も「法律上の原因」を有する、と説かれている。

民事執行法八五条五項の「全債権者」には、当然、Xも含まれる。そこで、より具体的に、配当表に対するXの（消極的）同意を「法律上の原因」と捉え、「配当期日において、不利益な取り扱いを受けながら配当表記載の配当額に異議の申し出をしない債権者は、執行裁判所の作成した配当表に消極的にしる賛意を表明したと扱われてもやむをえない」とする判決もある（判例③）。実体法上の規定に沿わない配当表が「当事者の意思」から生み出される点に注目し、配当表に異議を申し立てなかった以上、実施された配当は、本人が——消極的にせよ——望んだ結果である、と判断したものであろう。そこでは、Xの不作为が黙示の権利放棄に等しい扱いを受けている。そうすると、過誤配当による財貨移転は、まさにX自身の行為がもたらした結果であるが故に、「法律上の原因」を有することになる。もつとも、このような考え方に対しては、配当表作成手続は「配当表実施の目的を超えて、他の債権者の実体法上の権利の承認又は自己の有する実体法上の不当利得返還請求権の放棄を推認させる構造とはなっておらず、また右の場合の配当の実施を総債権者の合意により記載された配当表に従う配当実施に準ずるものと解することも困難である」（判例⑤⑧）との反対の見解も存在する。

右のように「法律上の原因」を実体的法律関係に見る立場に対し、多くの判決は、手続の安定性を問題としている。

すなわち、終結した手続が判決手続ほどの確定力を有するならば、失権効の作用により、以後、如何なる調整の余地も認められない。手続自体が「法律上の原因」となり、実体法上の根拠を欠く財貨転移に基礎を与えるからである。或る手続に安定性が認められるか否かは、失権効に関する明文の規定のほか、当該手続の目的や構造によって決まる。換言すれば、当該手続が実体的法律関係の終局的確定を目的とし、実体的正当性を確保するに十分な手段を講じているか、である。配当手続の安定性について、各判決の判断は分かれる。肯定派の判例①は、「配当財団の分配については、執行手続中における各債権者からの申出や資料の提出、さらには配当期日における配当異議の陳述や書証の提出を通じて、各債権者が自ら自己の権利を主張するとともに、互いにほかの債権者の実体上不当な主張を排除することによって、配当実施の基礎となる配当表の作成が行われることが制度上予定されて」いること、「配当表に基づく配当財団の分配について各債権者間の調整を図る方法として、配当異議の申出及び配当異議の訴えという救済手段を用意し、かつ各債権者に対してこの救済手段を行使する機会を保障している」ことを論拠として挙げている。これらの機会を債権者が利用しなかった場合には、「もはや配当表の記載を争うことができない旨の消極的な効果」が発生し、「法律上の原因」が形成されることになる。これに対し、否定派である判例⑤は、配当手続の構造を極めて詳細に分析したうえで、民事執行法が各債権者に権利主張の機会を与えていることは認めながらも、「その相手方たる債権者に、これに対する応答義務（資料提出義務）を規定して」いないことを指摘する。さらに、破産法上の債権表（破二四〇条以下）とは異なり、確定した配当表に確定判決と同一の効力を付与する旨の規定が存在しないこと、「民事執行法には、債権者間の配当に関する異議を全てその手続で完結させ、民法上の不当利得返還請求を許さない

旨の明示的な規定はなく、また配当の結果について、配当異議手続により画一的かつ早期に確定させる必要があることも認められない」ことから、配当手続に権利の実体的確定手続たる性質を見ることはできない、と結論づける。否定派に属する他の判決(判例⑦⑧)では、「配当の実施は係争配当金の帰属を確定するものではない」との理由から「法律上の原因」の存在が否定されている。配当手続の構造に関しては判例⑤の引用も、それに代わる叙述も見られないが、明らかに同判決の結論を踏まえた判断と思われる。

以上の分析結果によれば、判例の特徴として次の三点が挙げられよう。第一に、手続的事情が、不当利得の要件である「法律上の原因」との関係で、換言すれば、不当利得返還請求権の成否を判断する段階で論じられていることである。異議申立ての機会を有しながらも敢えて利用しなかった者が配当結果を覆すことは許されるか、との観点は、手続重視の結論をとるか否かにかかわらず、あまり表面に現れていない。むしろ、配当手続が実体的権利確定のための手続たりうるか、が議論の焦点となっている。この点に関連して、配当手続の失権効を正面から認めた判決が見られないことも、特徴の一つである。判例①③は一見、失権効的発想によるかのようなようであるが、詳細に観察すれば、配当表に対する「全債権者の異議なき承認、合意」(判例①)や「異議を申し出ない債権者の消極的賛意」(判例③)と、いずれも過誤配当の原因を債権者Xの行為(不作為)に求めていることがわかる。「もはや配当表の記載を争うことができない旨の消極的な効果」(判例①)も、手続の終極的安定等の要請から作用する失権効というよりは、手続内で行った(と推認される)処分行為の結果として理解されている感がある。最後に、「損失」要件が不当利得の成否を分ける鍵となっていることは、大きな特徴である。担保権者は、執行目的財産の交換価値を把握しており、その換

価金に由来する弁済に関しては、実体法上も後順位担保権者や一般債権者に先んじて受領する権利を有している。したがって、換価金が自己に劣後する者へ分配された結果、本来の配当額を受領しえなかった場合には、優先権は侵害され、担保権者は「損失」を被ることになる。他方、一般債権者には、本来受領すべき配当額というものが存在しない。一般債権者が配当で受け取る額は、競合債権者数やその債権額に応じて手続ごとに決まるからである。自己へ分配されるべき金額が確定できない以上、「損失」は認められない。これが、判例で展開された論理である。

(2) 学説

これまで発表された論文や判例評釈を見る限り、学説の状況は極めて複雑である。大きくは、一般の例にならない、原則としてXからの請求を否定する立場（以下、否定説）と全ての請求を認める立場（肯定説）、両者の中間的な立場（折衷説）に分けることができる。⁽⁷⁾が、結論が同じであるからといって論拠は必ずしも一致せず、逆に、異なる立場であつても、あらゆる面で対立しているわけではない。また、全面否定説や全面肯定説はほとんど存在せず、何らかの形で原則の修正が見られる。その意味では、いずれの立場をとつても、結論に大差は生じない。ただ、対立の根底には、実体法と手続法の在り方に対する基本的考えの違いがある。それ故、結論の部分だけに着目して、学説を類型化することは非常に危険である。このような事情から、以下では、基本的には右に示した分類によりながら、必要に応じて各学説を個別に検討することとする。なお、各学説の共通点、相違点をより明確にするため、九六頁に一覧表（表2）を作成したので、適宜参照していただきたい。

まず、中野貞一郎教授の主張に代表される否定説⁽⁸⁾の検討から入る。この立場では、Xの地位にかかわらず、配当終

了後の不当利得返還請求は認められない。異議の申出や異議訴訟の提起をなさなかったXの行為を重視し、何ら異議なく終結した配当手続に「法律上の原因」を見るからである。このような見解は、旧法下の学説において圧倒的多数を占めていた。代表的なものとして、配当表を一種の裁判ないし請求の認諾・和解と捉える考え方がある。また、裁判とは同視しないまでも、異議のない限りで「各債権者間で配当表の記載どおりの配当方法について協議が調ったものと同様にみな」し、この協議の効果によって、配当期日に異議を申し出なかった者の不当利得返還請求を遮断する説もある。いずれにせよ、これらの立場は、配当手続の本質を「債権者が競合し売得金が各債権者を満足せしめるに足らない場合に、関係者を関与させて売得金をどのように配当すべきかを確定し、これに関与して異議を述べなかつた債権者は、もはや他の債権者が受けた配当の不当を争うことはできなくなるようにすること（失権⁽¹¹⁾）」に求める。曰く、「失権の効果の伴わぬ配当手続は、単に事実上の調整手続ないし執行手続内だけでの暫定的規律の手段たるにすぎない⁽¹²⁾」からである。

配当手続に失権的效果を認める立場は、民事執行法が施行された後も、多数の教科書や注釈書によって支持されている。その説くところは、おおよそ次の三点に集約できる。すなわち、①事後の不当利得返還請求を認めると、配当期日の手続を実質的に徒労に終わらせる、⁽¹³⁾②手続上権利主張の機会が与えられながら、これを利用しなかつたため⁽¹⁴⁾に当該権利を失う場面は他にもある（例えば、民執一八四条）、⁽¹⁴⁾③配当期日に出頭せず、又は異議の申出等をしな⁽¹⁵⁾債権者の態度は、配当表に対する賛意の消極的表明と評価できる、である。但し、失権する者が配当手続に参加し、権利主張の機会を有していたことが、立論の前提となっているため、同人の手続保障に欠ける場合には失権的效果が生

じず、一転してXからの不当利得返還請求は認められることになる。⁽¹⁶⁾ 注意しなければならぬのは、否定説の多くがXの不当利得返還請求権の成否を判断するに際し、専ら「法律上の原因」の存否を基準としていることである。配当手続に失権的効果が働くならば、Yの配当受領には「法律上の原因」があり、XはYに対して不当利得の返還を求めることができる。が、反対に、期日に呼出しを受けなかった等の理由でXの失権が認められなければ、「法律上の原因」は否定され、Xの請求は許されない。後者のケースにつき、「利得」や「損失」といった他の要件への言及は殆ど見られない。唯一、中野教授が、Xの「損失」について次のような考えを示しておられる。「留置権以外の担保物権には、優先弁済受領の効力があるが、民事執行手続によって優先弁済を受けるには、執行法上の規整に服すべく、執行に対抗できる所有権や用益物権が執行にかかわらず存続するのに対し、競売不動産上の抵当権や先取特権は、売却によりすべて消滅する（民執五九条一項）。その消滅に代えて受領する配当金額については、配当に与る債権者の自主的規整が認められるのであるから、抵当権や先取特権によって予め把握した交換価値に達しない少額配当が実施されたからといって、直ちに抵当権等が『害された』というのは当たらない。他方、一般の差押債権者でも、差押えによって対象財産につき債務者の処分権を制限してその後の優先権の発生を阻止し、自己の債権の弁済に充てる財産として固定する点で、『一種の物的支配を認められた近い立場』にある⁽¹⁷⁾。ここでは、先に紹介した判例の立場とは逆に、「損失」において差押債権者と担保権者が同一の地位にあることが説かれている。しかし、単なる配当要求債権者や配当手続に参加していない債権者の「損失」をも同等に扱うのか、は明らかでない。さらに、そもそも過誤配当による「損失」は一般債権者と担保権者の双方に認められるのか、両者ともに認められないのか。「担保権者も一般

債権者も、ともに、配当を受けるのは債務者の所得に属する『売却代金の上の権利』（Recht am Erlös）によってではなく、執行機関に対する『売却代金を求める権利』（Recht auf Erlös）によるのであり、後者は、手続上の権利であり、公法上の権利なのである⁽¹⁸⁾との叙述だけでは、いずれの結論とも解し得る。ただ、「法律上の原因」がない場合にXの請求を認める以上は、担保権者や差押債権者、その他の債権者の区別なく、「損失」要件を充足することが前提となっているものと思われる⁽¹⁹⁾。

右の見解とは対極にあるのが、肯定説⁽²⁰⁾である。この立場は、「手続上の必要からする実体的法律関係の変動ないし修正は、必要最小限度にとどめるべきである⁽²¹⁾」との原則の下に理論構成を行う。したがって、立論は自ずと、配当手続における失権効の否定、すなわち、「法律上の原因」の否定を核とすることになる。例えば、否定説が優勢であった旧法下において、母国法たるドイツでの議論を手がかりに、肯定説を展開させた宮脇幸彦教授は、次のように述べられておられる。すなわち、「単に配当異議の申立がないという理由で確定した配当表には、配当異議の訴の確定判決などのように、実体的な配当額の当否を既判力をもって確定する効果は生じないから、その債権者は、たとえ配当異議を申し立てていなくても、配当表が実体的に正当であったならば自己が受けられたはずの配当額を不当に受領したほかの債権者に対し、不当利得（民七〇三条）としてその返還を請求することができる⁽²²⁾」。石川明教授は、売却手続における所有権移転効果の安定（民執一八四条）と比較し、「配当の結果として満足の安定は、換価による所有権の移転と同じ意味ないしは同程度に執行手続に不可欠の要素であるとはいえない⁽²³⁾」とされる。教授によれば、配当手続は「配当の結果を安定させて、不当利得の訴えを遮断しうるような強い手続的要請が認められるとはいえない⁽²⁴⁾」。

よって、このことから直ちに、「きわめて例外的に、異議ないし異議の訴えの申立てをすることなく不当利得の訴えを提起するについて、著しく信義則違反があると認められるような場合」を除き、「原則として、手続外で不当利得の返還請求をなしうる」との結論を導かれる⁽²⁵⁾。池田辰夫教授も同様の立場から、「基本的には（筆者注・不当利得返還請求につき）積極的に解するのが理論的な帰結といふべきではないか」と述べておられる⁽²⁶⁾。

このように、肯定説は、配当手続後のXの返還請求を手続的要請から遮断することなく、できる限り認めよう、と基本姿勢をとる。が、「法律上の原因」以外の要件、「損失」や「利得」、「因果関係」の各要件が具体的にどのような場面で充足されるのか、については、各論者ともあまり言及していない。一般に、担保権者からの請求は無条件に、Xが一般債権者である場合は、「利得」要件との関係で非債配当ケース（事例a—1型）に限って請求を認める立場が多いようである。例えば、宮脇教授は、「他の一般債権者が債務者に対して有する債権額の範囲内で正当に配当を受けた場合には、債務者が本旨弁済をした場合と同じく、その債権者の受領した配当額（の一部）を当然に不当利得だと主張しうる余地はないであろう」と述べておられる⁽²⁷⁾。破産とは異なり、「強制執行では、満足の事後的平等を図るまでもなく、なお債務者の他の責任財産にかかっていける建前である」こと、破産外では通常、執行による満足を詐害行為として取り消しえない（民四二四条）⁽²⁸⁾ことが、その理由である。田原睦夫弁護士も、不当な配当がYの債権の範囲にとどまる場合、X、Y間の債権には相互に優先権がなく、Yが配当により受領するのは自己の債権の範囲内であるから同人に「利得」はない、と説かれる⁽²⁹⁾。ただ、ここで注意しなければならないのは、同氏の念頭に置かれる一般債権者が、「損失」要件に関連して、差押債権者や配当要求債権者など、配当手続に参加した債権者に限定さ

れていることである。すなわち、配当加入していない債権者は、そもそも配当を受ける余地がなく、不当な配当による「損失」が存しない。ゆえに、同人自身の不当利得返還請求権は成立せず、債務者の請求権を代位行使する可能性が残るだけである。⁽³⁰⁾この点で、配当表に記載されていない一般債権者も「債務者に対して債権者代位の余地がある限りにおいて不当利得返還請求ができる」⁽³¹⁾と解される池田教授とは、見解を異にする。また、配当手続に關与し得なかつた債権者には請求を許す否定説よりも、厳しい結論である。他方、配当加入した債権者については、「その配当となる執行目的財産の交換価値から弁済を受ける地位を手続法的に保障されるだけでなく、実体法上も配当手続に従つて有効に弁済を受ける権利が保障される」とし、この権利が無権利者への配当により侵害を受けた場合には、一般債権者にも「損失」が認められる、⁽³²⁾とされる。配当手続に参加しうるのは、債務名義を有する債権者に限定されており、「そこでなされる配当を一般の任意弁済およびその際の非債弁済と同視することはできない」⁽³³⁾からである。これは、判例で展開された「損失」論に対立する考え方である。

なお、基本的には配当手続終了後の調整を認めながらも、配当を受領した債権者が手続への信頼から債権証書を破棄したり担保物権を債務者に返還している場合(民七〇七条)には、不当利得返還請求を認めない立場がある。⁽³⁴⁾Y側の事情を考慮に入れる点では異色であるが、やはり、原則的な事例における不当利得成立の論証が十分ではない。

最後は、折衷説である。⁽³⁵⁾この立場に属する各説は、一般債権者の請求否定、担保権者の請求肯定、という結論で一致する。しかし、その出発点においては、事後的調整に肯定的な立場と否定的な立場に分かれる。前者に属するのは、判例同様、「損失」要件で一般債権者と担保権者を区別する見解である。最高裁判決に前後して発表された論稿では、

同判決を支持する立場が多数を占める。その中で特に目をひくのは、松岡久和教授が不当利得の類型論の立場から、極めて精緻な不当利得要件論を展開しておられることである。松岡教授によれば、「過誤配当の場合は基本的には侵害利得の問題であり、ここでの『損失』は、財貨帰属規範に対する客観的な違反である⁽³⁶⁾」。したがって、担保権者にとっては「目的不動産の交換価値支配という財貨の割当が侵害されていること」が「損失」となる⁽³⁷⁾。が、優先権を有しない一般債権者では「執行手続への参加によって新たに執行目的財産の価値が割り当てられるとでも考えない限り」、「損失」は生じない⁽³⁸⁾。この点については、「配当手続参加者の範囲で債権者平等の原則を貫徹し、その限りで一般債権者のもつ価値帰属性を解釈論的に確保するというのは十分可能な構成である」が、「執行手続参加によって新たな実体法的権利を創設する規定が存在しない以上、平等原則を貫徹すべしとの要請は、手続外では事後的に不法行為によって、手続内では配当異議によって確保されれば足りる」と説明される⁽³⁹⁾。他方、不当利得の要件を充足した担保権者の請求に、手続の懈怠による失権は及ばない。「現行民事執行法の配当手続の構造は、異議手続への懈怠への制裁として直ちに失権効を生じるほど実質的な手続保障を与えるものとはなっていない⁽⁴⁰⁾」からである。

これに対し、栗田隆教授は、判例と同じく「損失」要件で一般債権者を切り捨てたうえで、担保権者についても、帰責性を考慮し、債権額を少なく届け出たり、期日において配当の不当性を認識していたなど、過誤配当が同人の行為や怠慢に起因するか、で絞りをかけておられる⁽⁴¹⁾。この考え方は、基本的に配当異議の機会を与えられながら利用しなかつた者の態度を配当表への消極的賛意の表明と評価する否定説に通じる⁽⁴²⁾。それ故、そのような評価の余地がないような場面では、担保権者のみならず、既に「損失」要件で切られた一般債権者の請求さえも認められる。栗田教授

は、ここでの不当利得返還請求訴訟に、配当異議訴訟に代わる救済手段としての役割を期待されるのである。⁽⁴³⁾

その他、衡平の見地から、X、Y双方の具体的事情を斟酌して不当利得の成否を判断する立場がある。⁽⁴⁴⁾ すなわち、過誤の重大性や当事者の帰責性、保護されるべき利益の衡量などを総合的に評価したうえで、Xの「損失」やYの「利得」が正当化され得るか、を見るのである。ゆえに、「法律上の原因」となる配当手続の確定力についても、手続の構造論から画一的に肯定、否定を決するべきではなく、「諸般の要素を考慮しながら裁量的に失権の基準を画してゆくという判断」を要する。⁽⁴⁵⁾ 「配当手続の尊重も実体法上の権利の重視も、いずれも例外を認めない絶対のもではなく、結局はバランスの問題に帰する」からである。⁽⁴⁶⁾ このような観点から、判例における定型的な「損失」論を批判し、抵当権者であっても「優先弁済権を失った後さらに一般財産から弁済を受ける可能性は残されている」し、「債務者が目的財産を除けば無資力であるような状況の下では、一般債権者も専ら配当に期待する」と指摘する。⁽⁴⁷⁾ 「特定財産に対する権利」という点では、配当手続へ参加した債権者も担保権者と変わりがなく、「担保権者の方が目的不動産に対してより密接な利害関係を有する」としても、このことは、「あくまでも裁量的取扱いの範囲内で」⁽⁴⁸⁾ 有利に評価されるにすぎない。したがって、過誤の内容が重大であり、調整を必要とする場面では、一般債権者からの請求であっても、認められることになる。

学説の分析から判明したことは、次の点である。まず、判例同様、「法律上の原因」が配当手続の構造との関係で論じられている。しかも、これを肯定する立場の多くは、配当手続の安定という手続的要請を前面に出す。同じ立場にある判決が配当表に対する「消極的賛意」、「異議なき承認、合意」といった表現を用い、より実体法的な説明に努

めていたこととは対照的である。同じく判例との比較で言えば、不当利得の要件をめぐる議論の内容がより充実している。例えば、「損失」の判断にあたっては、一般債権者と担保権者で区別する見解、両者を全く同等に扱う見解、配当加入の有無で分ける見解が対立する。また、「利得」の存否についても、非債配当事例（1型）と多額配当事例（2型）とで異なるか否か、が問題とされている。加えて、XやYに関する具体的事情を顧慮することにより、事案に応じた結論を柔軟に導き出す努力も散見される。考慮される事情としては、X側で、同人が配当に関与する機会を有していたか、期日において異議事由を知っていたか、Y側では、同人が配当の不当性を認識していたか、債務者に対して再度請求し得る状況にあるか、がある。これらの要素がどの要件との関係で斟酌されるか、は不明である。「法律上の原因」に関連して論じられることが多いが、より高次の見地から当事者間の利益調整を図るものであろう。もっとも、不当利得の要件論が充実しているとはいえ、あくまでも「比較的」であり、最終的な詰めのはきは随所に見られる。冒頭に述べたとおり、いずれの見解によっても、保護されるXの範囲に大きな違いはない。どの立場でも、異議申立ての機会が与えられていながら拱手傍観していたXの態度を完全に無視することができず、とはいえ、手続的要請から何の過失もないXの請求まで遮断してしまうことには躊躇するのである。よって、否定説や折衷説は、Xに十分な手続保障が与えられていなかった場合、担保権者、一般債権者に関係なく、その請求を認める。他方、肯定説は、信義則に反するようなXの請求を排斥する。折衷説の中にも、過誤配当に関するXの帰責性を考慮する立場がある。結果的には、①過誤配当の原因がXの懈怠にあるなど、配当結果を覆すことが著しく不当である場合は、Xの請求を許さず、②期日に呼出しを受けなかったり、異議事由を知らなかったなど、Xが過失なくして異議を申し立て

なかった場合にはXの請求を認める点で、学説の圧倒的多数は一致するであろう。しかし、右の結論に際して、Xの地位は一切問題とされない。「損失」や「利得」の要件をめぐって一般債権者と担保権者、場合によっては、差押債権者と一般の債権者、非債配当受領者と多額配当受領者に分けて立てられた、あの緻密な理論が、ここではすっかり姿を消してしまい、あたかも手続保障の有無だけが問題であるかのごとき印象を与えている。

3 問題点の指摘

判例や学説の分析結果から、以下のような問題点が指摘できるであろう。

まず、議論が必要以上に混乱していることである。一つの問題に複数の論点が存在する場合、それぞれに対する考え方の違いから立場が複雑に入り組むのは、或る程度やむを得ない。本章でとりあげた問題においても、配当手続の確定性やXの「損失」、Yの「利得」の存否(さらに、一般債権者と担保権者、非債弁済型と多額弁済型でそれぞれ区別するか否か)から、手続保障の有無や当事者の帰責性を考慮するか否か、に至るまで、論点は多岐にわたる。しかも、これらは、同次元の問題として並列的に論じられる。その結果、或る論点をめぐる対立(aの存否をめぐる、aと非aの対立)が、別の論点(b)に関する議論に巻き込まれ、奇妙な対立関係(aと非bの対立)を生ぜしめている。例えば、返還請求権の成否が争われる場面では、しばしば手続保障が問題とされる。これは、「法律上の原因」を配当手続と捉えることに起因する。手続保障が十分でない手続には実体的な権利確定力がなく、確定力のない手続は「法律上の原因」たりえない、となるからである。が、仮に右の論理が正しいとしても、「損失」の段階で返還請

求権を否定する立場に対して、「法律上の原因」の欠缺を主張しても説得力はない。よって、そこでは、手続保障の問題をはじめ、Xが異議申出を懈怠したことですら、何の意味も有しないはずである。

同様の混乱は、「法律上の原因」の内容についても見られる。「法律上の原因」として何が問題なのか、がはっきりしないのである。先の判例分析からも明らかなおとおり、「法律上の原因」の判断は、配当手続の確定力以外に、配当受領の基礎となる権利（弁済受領権）や財産の分配を根拠づける実体的法律関係（権利の放棄及び承認、総債権者の合意、配当表への同意）の存否を基準として行われている。が、本来、右の各要素は、考慮される段階を異にする。その是非はともかくとしても、理論的には、実体権があれば「法律上の原因」があり、無権利であつても合意等により処分が正当化されれば「法律上の原因」があり、さらに、合意等がなくとも権利関係が手続上終局的に確定されれば「法律上の原因」がある、といった順序で考えられるべき問題である。しかし、これらは「法律上の原因」の要件の下に一括して、又は一つだけとりあげて論じられることが多い。それ故、手続の確定力さえ否定すれば同要件を充足するかのような錯覚、或いは、実体法段階での対立に確定力の問題を持ち出す等の混乱を招くのである。

右の点に関連して、不当利得の要件論が「法律上の原因」の有無に終始する傾向にあることも指摘できよう。このような傾向は、学説において強く見られる。不当利得観の違いによって、要件の扱いに軽重があるにせよ、Yの不当利得を肯定するには、その成立に必要な要件を充足していることの論証が不可欠である⁽⁴⁹⁾。逆に不成立の論証は一要件の欠落を指摘すれば足りるものの、「法律上の原因」の有無を手続保障の程度にかからしめ、Xの手続保障に欠ける場合には返還請求権の成立を認めるといっているのであれば、やはり他の要件への言及が要求される。しかし、実際には、

Xに手続保障が与えられていたか否か、が結論を左右し、後は「実体的裏づけのない配当受領者は不当利得している」というような、やや荒っぽい理由づけが横行している感がある。あくまでも結論の妥当性を追求するならば、期日に呼出しを受けず、異議の機会を有しなかった債権者に「本質的には配当異議訴訟に代わる訴え」として不当利得返還請求訴訟を許すことはやむを得ないかもしれない。が、「本来不当利得ではないものをあえて不当利得返還請求訴訟によって保護する」⁽⁵⁰⁾手法には、疑問が残る。

既にこれらの問題点を意識された松岡教授は、Xの有する権利(担保権、一般債権)如何により「損失」の有無が決まるか、との問題と、手続の懈怠によりXの請求が失権するか、との問題を、それぞれ「権利の性質論」と「手続懈怠論」に分けて立論される。⁽⁵¹⁾その結果、手続保障論のむやみな混入を許すことなく、純粹な不当利得要件論を追求することに成功しておられる。混迷を極める議論が進むべき方向を示唆するものであり、注目に値する。ただ、惜しむらくは、「手続懈怠論」がどのような形で不当利得の成否に影響を与えるのか、が明確にされていない点である。

松岡教授が、「権利の性質論」と「手続懈怠論」を不当利得要件論の範囲で議論しておられるのか、前者のみが返還請求権の成否に関係し、後者は全く別の次元の問題と考えておられるのか、は必ずしも定かではない。⁽⁵²⁾

以下での考察は、基本的に松岡教授と同じような問題意識から出発する。議論が錯綜している原因は、松岡教授の分析に従えば、「権利の性質論」と「手続懈怠論」の混同にある。とりわけ、手続保障や異議の懈怠、配当手続の安定といった問題の取扱いに混乱がある。本稿の視点からすれば、これは、不当利得返還請求権の成否に関する問題と返還請求権行使の当否に関する問題の混同である。確かに、「法律上の原因」論内で段階的に(例えば、実体的法律

関係の欠如を手続の確定力が補い、手続の確定力は手続保障を前提とする、という形で）位置づけ、「損失」や「利得」等と並列的に論じるのも一つの方法である。が、本稿で実験的に採用する考察方法では、「手続懈怠論」を不当利得要件論とは別の次元で扱う。前章で確認したとおり、確定力ある手続が「法律上の原因」を形成する、という従来の説明には、少なくとも現在の既判力論からは疑問を感じるからである。「手続懈怠論」が配当手続の確定力を問題とする限り、「法律上の原因」論の範疇で論じることには躊躇せざるを得ない。もつとも、手続の懈怠が「消極的賛意」や「合意」など、何らかの形で実体法的評価を受けるのであれば、当然に、「法律上の原因」論の対象となるであろう。

[表1] 配当後の不当利得返還請求をめぐる判例の動向

判 決 例		判決理由の要約(I-損失、II-法律上の原因)	
a 2	①東地判平成元年12月22日 請求棄却 原告：一般債権者 被告：極度額以上の配当を優先的に受領した根抵当権者	I	一般債権者は、競売の対象となった目的不動産について一定の価値支配権を有するわけでないし、弁済を受けなかった額について債権が消滅するわけでもない。
		II	異議の申出のない部分については、各債権者の債権についての配当の順位の変更及び当該配当表に基づく配当の実施を全債権者において異議なく承認したものと同様に評価できる。
		II	配当期日での出頭、異議申出及び異議訴訟提起をしない等の場合には、もはや配当表の記載を争うことができない旨の消極的な効果の発生を認めることができる。
a 2	②東高判平成2年5月30日 控訴棄却 (①の控訴審)	I	執行目的財産の交換価値を実体法上把握していない一般債権者については、ある債権者への多額配当が当然に少額配当受領者の「損失」によるものとはいえない。
a 3	③東地判平成3年1月24日 請求棄却 原告：計算ミスで本来より少額配当となった一般債権者 被告：一般債権者	II	異議申出をしない債権者は執行裁判所の作成した配当表に消極的にしる賛意を表明したと扱われてもやむをえない。
b 1	④東地判平成2年1月16日 請求認容 原告：根抵当権者 被告：先順位で満額配当を受領した無権限者	I	執行目的財産の交換価値を実体法上把握している担保権者は配当の結果、自己の実体法上の優先権が侵害されたときはその部分の配当を受けた者に対して不当利得の返還を請求することができる。
	⑤東高判平成2年9月13日 控訴棄却 (④の控訴審)	I	執行目的財産の交換価値を実体法上把握している担保権者は配当の結果、自己の実体法上の優先権が侵害されたときはその部分の配当を受けた者に対して不当利得の返還を請求することができる。
		II	配当表作成手続は他の債権者の実体法

手続終了後の実体的調整に関する一試論(二)

同志社法学 四六巻二号

九四 (三四二)

b 1			<p>上の権利の承認や自己の不当利得返還請求権の放棄を推認させる構造になっておらず、異議のない場合の配当の実施を総債権者の合意による配当に準ずることもできない。</p> <p>II 配当手続を実体的権利確定の手続と見ることはできない。</p> <p>II 配当異議手続によって配当の結果を画一的かつ早期に確定させる必要はない。</p>
b 3 変形	<p>⑥仙台高判平成3年3月21日 請求認容 原告：債権届出のない抵当権者 被告：事情を知って配当受領した後順位抵当権者</p>	<p>I</p> <p>II</p>	<p>I 後順位抵当権者は実体法上本来的に本件配当額を取得できない劣後的地位にあったにすぎない。</p> <p>II 実体法上の権利関係は、利得経緯の如何（民事執行法に基づく正当手続による配当受領額）によって影響を受けるものではないし、先順位抵当権者の実体法上の権利が消滅するものでもない。このことは、配当異議の有無、同異議訴訟の提起の有無、先順位抵当権者がこれら行為に出ずべき機会の有無に関わるものでもない。</p>
b 1	<p>⑦最判平成3年3月22日 上告棄却 (④⑤の上告審)</p>	<p>I</p> <p>II</p>	<p>I 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、過誤配当による優先弁済権の侵害は抵当権者に損失を及ぼす。</p> <p>II 配当の実施は係争配当金の帰属を確定するのではなく、利得に法律上の原因はない。</p>
b 3	<p>⑧東地判平成3年4月19日 請求認容 原告：計算ミスで本来より少額配当となった抵当権者 被告：後順位抵当権者</p>	<p>I</p> <p>II</p>	<p>I 執行目的財産の交換価値を実体法上把握している担保権者は配当の結果、自己の実体法上の優先権が侵害されたときはその部分の配当を受けた者に対して不当利得の返還を請求することができる。</p> <p>II 配当作成手続は他の債権者の実体法上の権利の承認や自己の不当利得返還請求権の放棄を推認させる構造になっておらず、異議の手段を利用しなかったことをともって配当表の記載を争わない旨の私的な処分がされたと見ること</p>

	II	はできない。 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、利得に法律上の原因はない。
--	----	---

〔表2〕 配当後の不当利得返還請求をめぐる学説の状況

	事例	不当利得の要件充足		具体的事情の考慮・評価		
		損失・利得	原因欠落	異議の 不作為	配当手続 の構造	その他
中野説	a b	(○)	×	配当表への 消極的賛意	自主的態 度決定の 余地	手続保障欠缺時 は返還請求肯定
石川説	a b	(○)	○	通常、非難 可能性なし	結果安定の 要請なし	信義則による遮 断の可能性あり
田原説	a	1のみ○	○	通常、非難 可能性なし	—	配当手続への参 加により、実体 法上も配当受領 権が保障される
	b	○	○			
富越説	a	×	○	旧法規定は 確認規定で あり、異議 申出は不要	失権効発生 には手続保 障が不十分	—
	b	○	○			
栗田説	a	×	○	怠慢・懈怠 による場合 消極的賛意 の擬制	債権の存 否・額を調 査する制度 が不十分	手続保障欠缺時 は不当利得返還 訴訟が配当異議 訴訟に代替
	b	○	○			
松岡説	a	×	○	—	失権効発生 には手続保 障が不十分	—
	b	○	○			
滝沢説	a b	(○)	△	総合的に評価		過誤の重大性考 慮

(1) 一般には、「不当配当」と呼ばれることのほうが多い。本稿で敢えて「過誤配当」と表現するのは、財貨移転の不当性（不当利得返還請求権の成否）を判断する前に、「不当」という言葉を用いることに抵抗を感じるからである。

(2) 各事例の配当計算については、下の表を参考にさせていただきたい（単位は万円）。

(3) 旧六四三条における「訴ヲ以テ優先権ヲ主張する権利」の「訴」とは他の配当受領者に対する不当利得返還請求訴訟の謂いである。また、同規定の源流にあたるドイツ民事訴訟法旧七六四条二項（現行八七八条二項）の「優先権 (ein Besessenes Recht) と同じく、このでの「優先権」者には一般債権者を含めて考えられていた（兼子一『増補強制執行法』（一九五一年）二二三頁、松岡義正『強制執行要論（中）』（一九二五年）一二七九頁、加藤正治『強制執行法要論』（一九三五年）一二三三頁、『注解強制執行法（2）』（一九七六年）五四四頁〔丹野進〕、宮脇幸彦『強制執行法（各論）』（一九七八年）四九七頁ほか。但し、宮脇・同四九八頁は、他の債権者が「虚偽架空の債権や既に弁済などによって消滅していた債権」に基づいて配当を受領したケースに限定する）。確かに、ドイツ民事訴訟法は一般債権者にも「優先権」の主張を許すことがある。それは、同国が強制執行にあたって優先主義を採用し、差押えをした債権者に、約定担保権類似の担保権を与えているからである。先順位の差押債権者は先順位の担保権者でもあり、一般債権者は、後順位差押債権者と関係で優先的地位が認められる場面においてのみ、自己の権利を主張しうる。我が国の一般債権者のごとく、債務者の責任財産への支配力が包括的・抽象的レベルにとどまる場合の事後的調整は、念頭に置かれていない。それ故、旧六四三条の「優先権ヲ主張スル権利」との表現に対しては、「優先主義のドイツ法の基本構造を継受しつつ平等主義に改めた際の立法上の過誤」（宮脇・前掲四九七頁）との指摘もなされていた。このように、同規定の背景にはドイツ法固有の事情があったわけだが、旧法下の支配的見解は

手続終了後の実体的調整に関する一試論（一）

同志社法学 四六巻一 号

九七 (三四五)

	a-1		a-2		a-3		b-1		b-2		b-3	
	正	誤	正	誤	正	誤	正	誤	正	誤	正	誤
1	X 125	X 100	X 100	Y 300	X 100	X 50	X 300	Y 300	X 300	Y 300	X 300	X 150
2	Y -	Y 100	Y 100	X 50	Y 100	Y 112.5	Y -	X 200	Y 50	X 200	Y 200	Y 350
3	A 125	A 100	A 100	A 50	A 100	A 112.5	A 66.6	A -	A 50	A -	A -	A -
4	B 125	B 100	B 100	B 50	B 100	B 112.5	B 66.6	B -	B 50	B -	B -	B -
5	C 125	C 100	C 100	C 50	C 100	C 112.5	C 66.6	C -	C 50	C -	C -	C -

「平等主義を採るわが法の下では、順位による優先権だけに限定すべき理由はないから、自分の受けるはずであった配当額を他の者が受取ってしまった総べての場合に」(兼子・前掲二三三頁) 不当利得返還請求権を認めるべきである、と理解したのである。

また、旧六三四条が「異議ヲ申立テタル債権者」と規定していたことから、その反対解釈として、不当利得の返還を求め債権者は配当手続内で異議を申し出ておく必要がある、と考えられていた(松岡・前掲一二八〇頁、加藤・前掲二三三頁、兼子・前掲二三三頁、岡垣学「判批」民商六〇巻二九二頁、山本戸克己「任意競売と配当手続」谷口還暦『不当利得・事務管理の研究(3)』(一九七二年)二九八頁など)。しかし、母国法たるドイツでは、異議申出の有無を問わない、とするのが一般的理解である(Stein-Jonas-Münzberg, § 878 V, Tomas-Putzo, § 878, 5, Baumbach-Lauterbach-Albers, § 878, 3 は、二九版まで否定的見解であったが、三〇版以降、改説した)。

(4) 「不当利得になるかどうかは実体上の要件ですから、民事執行法の中に置くのはおかしい。そこで、旧法六三四条の規定は落とし、解釈に委ねることにしたのです」との説明(竹下ほか座談会『民事執行セミナー』ジュリ増刊(一九八一年)二〇〇頁「浦野雄幸発言」)に明らかである。ただ、解釈のポイントとして、旧法規定が「実体上の不当利得返還請求権は認められない場合に、特に手続上不当利得返還請求ができることとしたものなのか、それとも実体上の不当利得返還請求ができる旨を注意的に規定したものであったものかと考えるか」が問題となってくる(田中康久『新民事執行法の解説「増補改訂版」』(一九八〇年)二三八頁)。この点について、旧法下では、異議申出をした優先権者に限って不当利得返還請求権を与える趣旨と解されていたようである(中島寛二「実例手続強制執行法総覧 上」(一九二四年)六九三頁ほか)。立法者側の見解は分かれる。浦野参事官は、「旧法六三四条の規定があるから不当利得が成立すると見るのか、実体的に不当利得になるものを手続上優先権の主張ということでの規定が設けられているのか、よく分かりませんが、後者のような感じがするのです。ですから、旧法の規定がなくなっただけからといって、とたんに実体法上も不当利得でなくなるわけではないと思うのです」と確認規定的理解を示される(前掲座談会二〇一頁「浦野発言」)。但し、旧法下の通説とは逆に、同条の「優先権者」を担保権者に限定し、「一般債権者の場合には不当利得が成り立つ」という説は出てこないでしょう」と述べておられる。が、

田中参事官は、現行法下で「手続上配当意義の申出をし、その主張を訴えによって完結することが認められている債権者が、それを主張することなく配当の実施が行われた場合には、その配当金の受領は、法律上の原因なくして利得されたものではないので、若干の疑義はありますが、不当利得返還請求は、配当手続が終わった以降主張できないものと解すべきと思います」と説明される(田中・前掲二三八頁)。因みに、ドイツ民事訴訟法八七八条二項は、同条一項が異議の訴えがない場合に「異議を顧慮せず」配当表を実施する旨規定していることとの関係で、「この不利益が配当手続を越えて作用し、実体権を決定するわけではないことを、疑念の生じないよう確認する」目的で設けられた、と言われている(Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO II, S. 464.)。

(5) 以下で扱う判例は、①東京地判平成元年二月二二日判時一三四七号七五頁②東京高判平成二年五月三〇日判時一三五三号六二頁③東京地判平成三年一月二四日判時一三八四号六七頁④東京地判平成二年一月一六日金判八五八号一〇頁⑤東京高判平成二年九月一三日判時一三六五号六〇頁⑥仙台高判平成三年三月二二日判時一四〇四号八五頁⑦最判平成三年三月二二日民集四五卷三三三二頁⑧東京地判平成三年四月一九日判時一四〇四号九四頁である。民事執行法下の判例としては、他に、高知地判昭和六一年一〇月二四日金判七五九号三八頁(執行停止中の先行差押債権者が二重配当表が作成されなかったことについて配当異議の申出等をしなかった事例)があるが、やや特殊な事案であるので、分析の対象から外す。

その他、配当終了後の実体的調整が問題になるものとしては、競売物件につき所有権移転登記を有していた者が、先順位抵当権者との関係で右登記が抹消された場合に、配当受領した後順位抵当権者に対して不当利得返還を求めた事例(請求を否定するのは、最判昭和六三年一月二一日民集四二卷一〇号七一頁とその原審である東京高判昭和六〇年一月二二日六日判時一一八四号六八頁。肯定例として、岡山地判昭和五九年四月二五日判時一一三七号一一六頁)民事執行手続により配当を受けた債務名義を有する一般債権者に対して執行停止等の手続をとらなかった限定承認者が限定承認を理由として配当額の返還を請求した事例(東京地判平成三年六月二八日判タ七八一号二一六頁)などがある。

(6) この点の指摘は、「係争配当金の帰属を確定する」配当異議訴訟との関係で若干問題がある。旧法下では、配当異議訴訟後、同訴訟の敗訴者の、勝訴者に対する不当利得返還請求も認められていたからである(大判昭和一八年三月三日新聞四八

三七号六頁、最判昭和四三年六月二七日民集二三卷六号一四一五頁)。

- (7) このように、最終的な結論に着目した分類が一般的である(積極説・消極説Ⅱ富越和厚「判批」ジュリ九八二号(一九九一年)九六頁、積極説・消極説・制限的積極説(折衷説)Ⅱ中野貞一郎「判批」『私法判例リマックス一九九二上』(一九九二年)一五三頁、田原睦夫「不当な配当と債権者の不当利得返還請求」金法二二九八号一五頁(一九九一年)。積極(全面肯定)説・消極(否定)説・折衷(一部肯定)説・限定(限定的肯定)説Ⅱ青山善充「判批」法教一三三三号(一九九一年)九八頁、栗田隆「判批」『平成三年度重要判例解説』ジュリ一〇〇二号(一九九二年)一二九頁)が、争点ごとの結論による分類も見られる(松岡久和「判批」金法二二〇四号(一九九一年)六六頁)。
- (8) 田中・前掲二三八頁以下(一九八〇年)、中野貞一郎編『民事執行法概説』(一九八一年)二二三頁以下「鈴木正裕」、香川監修『注釈民事執行法四卷』三五五頁以下「近藤崇晴」(一九八三年)、鈴木Ⅱ三ヶ月編『注釈民事執行法三卷』三八七頁以下「中野」(一九八四年)、山木戸克己『民事執行法講義』一五六頁(一九八四年)、竹下ほか『ハンディコンメンタール民事執行法』二一〇頁以下「野村秀敏」(一九八五年)、浦野編『基本法コンメンタール民事執行法』二六七頁「生熊長幸」(一九八六年)、中野貞一郎『民事執行法(第二版)』(一九九一年)四四五頁、同・前注(7)一五三頁、東京地裁配当等手続研究会編著『不動産配当の諸問題』(一九九〇年)三二〇頁(上田正俊)。
- (9) 雉本朗造『判例批評録 二卷』二一八頁、松岡・前掲二二六九頁以下、菊井『民事訴訟法(2)』(一九五〇年)二二三頁、加藤・前掲二二三頁、吉川『強制執行法』(一九五八年)一一九頁。
- (10) 兼子・前掲二二三頁、中野「配当手続の性格」兼子還暦『裁判法の諸問題(下)』(一九七〇年)三二〇頁『強制執行・破産の研究』所収。
- (11) 山木戸・「任意競売と配当手続」谷口還暦『不当利得・事務管理の研究(3)』(一九七二年)三〇六頁。
- (12) 山木戸・前注(11)三〇七頁、中野・前注(10)三二五頁。
- (13) 中野・民事執行法四四六頁。
- (14) 鈴木・前注(8)二二三～二二四頁。

(15) 中野・民事執行法四四五～四四六頁。

(16) 中野・民事執行法四四六頁、同・前掲判批一五五頁。

(17) 中野・前注(8)判批一五六頁。

(18) 中野・前注(8)判批一五六頁。

(19) 中野教授は、以前、折衷説を主張しておられたことがある。その当時は、「一般債権者については、自分の受ける筈であつた配当額を他の者が受けとつたからといって、その分の債権を失うことにはならず、他の責任財産にかかつていける。その意味では損失もないので、不当利得返還請求権は発生しない」と述べておられた(前掲座談会二〇二頁「中野発言」)。

(20) 石川明「配当異議と不当利得」金法九九二二号(一九八二年)六頁以下、石川ほか編『注解民事執行法(上)』九三二頁「池田辰夫」、池田「配当異議訴訟をめぐる諸問題の現況」判タ七二九号(一九九〇年)二六頁、田原・前注(7)一五頁、同「判批」『民事執行法判例百選』別冊ジュリ(一九九四年)一一四頁、岸上晴志「判批」『担保法の判例I』ジュリ増刊(一九九四年)八五頁、秦光昭「判批」手研四五六号(一九九一年)四頁(先の最高裁判決からは、一般債権者の請求否定まで読み取れない、とする)。

(21) 石川・前注(20)八頁。

(22) 宮脇・前掲四九七頁。

(23) 石川・前注(20)九頁。

(24) 石川・前注(20)一〇頁。

(25) 石川・前注(20)一〇頁。岸上・前注(20)八七頁も、「配当異議の機会があるにもかかわらず、それを漫然と看過した者は、徒らに相手方の法的地位を不安定にさせるものとして、信義則上不当利得返還請求権を行使できない解すべき」とする。不当利得法理と信義則のよる行使制使の二段構えで立論されている点、信義則による調整が「手続の安定という実務の要請に応える」ことにある点で、私見に近い問題意識を有しておられるように感じる。

(26) 池田・前注(20)判タ七二九号三一頁。池田教授は、異議なき配当の実施に総債権者の合意の結果を見る立場に対し、明示

的にも黙示的にも合意は認められず、「配当異議の所定の措置等をとらなかつたことをもって、そうした合意(ないし処分)を擬制するという法律上の論拠は何ら存しない」と批判しておられる(同三二頁)。また、確定判決と同一の効力を有する債権表(破二四二条、二八七条)の確定にあたっては、破産管財人が「各債権者の債権の存否・金額・優先権等についてチェックできる態勢にある」点で、配当表とは異なる旨の指摘がなされている(同三一―三二頁)。

(27) 宮脇・前掲五〇四頁。

(28) 宮脇・前掲五〇四頁。

(29) 田原・前注(7)一八頁。

(30) 田原・前注(7)一八頁。

(31) 池田・前注(20)判タ七二九号三一頁。

非債配当事例(a―1、b―1型)では、非債配当受領者に対して、債務者Aが不当利得返還請求権を有する(異論のないところである。請求異議訴訟の不起は問題とされない。議論の詳細は、本稿第四章第一節参照)。それ故、仮にa―1型、b―1型でX自身の請求が認められなくとも、XはAの請求権を代位行使することができる。このような形でXの救済が可能であることは、しばしば否定説の論拠とされている。また、Xの請求権をも認めるのであれば、Aの請求権との関係をどのように説明するのか、との問題も出てくる(例えば、中野・前注(7)一五六頁)。

(32) 田原・前注(7)一八一―一九頁。

(33) 田原・前注(7)一二九八号一八頁。

(34) 石田穰「判批」法協九二卷三号(一九七五年)三六一頁。

(35) 青山・前注(7)九八頁、原田和徳「富越和厚『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』司法研究報告書三七輯二号(一九八九年)二九四頁「富越」、富越前注(7)九六頁、同「判例解説」曹時四五卷七号(一九九一年)一〇三頁、栗田隆「配当異議の申出をしなかつた債権者と不当利得返還請求」金法二二八八号(一九九一年)四頁、同・前注(7)一二九頁、松岡・前注(7)六六頁、同「過誤配当と不当利得」谷口先生追悼論文集二卷(一九九三年)五二二頁、同「差押債権者の実体

法上の地位(上)——過誤配当と不当利得および對抗の問題を手掛りに——金法一三九九号(一九九四年)二〇頁、塚原朋一「判批」金法一二九四号(一九九一年)一二頁、加藤哲夫「判批」法セ四四三号(一九九一年)一四四頁。

一般債権者と担保権者の処遇を区別する点で、折衷説は共通する。ただ、担保権者の中に一般の先取特権債権者を含むか、については、見解が分かれる。

- (36) 松岡・前注(35)谷口追悼五三二頁。
- (37) 松岡・前注(35)谷口追悼五三一頁。
- (38) 松岡・前注(35)谷口追悼五三一頁。
- (39) 松岡・前注(35)谷口追悼五三三頁。
- (40) 松岡・前注(35)谷口追悼五四三頁。
- (41) 栗田・前注(35)金法一二八八号八頁。
- (42) 栗田・前注(35)金法一二八八号八―九頁。
- (43) 栗田・前注(35)金法一二八八号七頁。
- (44) 滝沢津代「判批」評論三九三号(一九九一年)一八頁。肯定説(積極説)、否定説(消極説)、折衷説という分類の中に滝沢説を位置づけることは、難しい(栗田教授は、滝沢説を自説及び青山説とともに、折衷説の中でも否定説寄りの限定的肯定説に入れておられる)。

- (45) 滝沢・前注(44)三九三号二〇―二二頁。
- (46) 滝沢・前注(44)三九三号二二頁。
- (47) 滝沢・前注(44)三九三号二二頁。
- (48) 滝沢・前注(44)三九三号二二頁。
- (49) 全面的否定説以外の論者は、「一般債権者の不当利得返還請求権を否定するには、その法定要件〔法律上ノ原因〕、受益、他人の「損失」など)のいずれか一つを否定すれば足りる。しかし、一般債権者の不当利得返還請求権を肯定するためには、

それらの要件全部の充足を論証しなければならない。それなのに、それらの要件全部の論証をしないで、配当結果を安定させるような手続的要請の欠如とか他説への攻撃だけで積極説を立てるのは、暴論というほかはない」との指摘を(中野・前注(7)一五三頁)、謙虚に受けとめるべきである。

(50) 松岡・前注(35)谷口追悼五三三頁。

(51) 松岡・前注(35)谷口追悼五三三頁以下。

(52) 松岡・前掲谷口追悼五二八頁では「一般債権者の不当利得返還請求権の有無」、五三八頁以下では「異議手続を懈怠した債権者の不当利得返還請求」と区別されており、私見同様、権利の成否と権利行使の当否に分け、異議懈怠論を後者へ絡ませる意図のようでもある。が、金法一三九九号二二頁には、「異議懈怠によって不当利得返還請求権が失権する(あるいはそもそも成立しない)ことを肯定するか否か」が「法律上の原因の欠如」の問題である、との表現も見られる。