

手続終了後の実体的調整に関する一試論（二・完）

——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（以上、四六巻二号）
 - 第二節 二段階審査方式による考察
 - 1 考察の前提
 - (1) 配当手続
 - (2) 不当利得要件論
 - 2 第一段階——不当利得返還請求権の成否
 - (1) 審査事項
 - (2) 具体的検討
 - 3 第二段階——不当利得返還請求権行使の当否
 - (1) 審査事項
-
- (2) 具体的検討
- 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
 - 1 執行当事者間の調整
 - (1) 執行債務者・無権限配当受領者間
 - (2) 執行債務者・仮執行債権者間
 - 2 執行当事者・第三者間の調整
 - (1) 執行目的物所有者・買受人間
 - (2) 執行目的物所有者・執行当事者間
- 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

第二節 二段階審査方式による考察

1 考察の前提

(1) 配当手続

① 配当手続の構造

配当手続は、売却手続における買受人の代金納付により開始する（民執八四条一項）。執行裁判所は、特別の事情がある場合を除き、代金が納付された日から一カ月以内の日を配当期日として指定し（民執規五九条）、呼出状の送達により（民訴一五四条）配当を受けるべき債権者及び債務者を呼び出さなければならない（民執八五条二項）。売却代金から配当を受けることができるのは、差押債権者、配当要求債権者、仮差押債権者及び担保権者である（民執八七条一項）。配当期日が定められると、これらの債権者は、裁判所書記官から、債権の元本、配当期日までの利息その他附帯の債権及び執行費用の額を記載した計算書を一週間以内に執行裁判所へ提出するよう催告を受ける（民執規六〇条）。が、機関を徒過して提出された計算書も配当表作成の資料となる。債権者が計算書を提出しなかった場合には、競売申立や配当要求時に提出された文書（債務名義や登記簿謄本など）の記載が参考にされる。

配当期日では、配当表が作成される（民執八五条一項）。配当表の作成にあたって、執行裁判所は、原案を提示して出頭した債権者及び債務者を審尋し、即時の取調べが可能な書証については取り調べることができる（民執八五条三項）。配当表には、売却代金額のほか、各債権者について、債権の元本、利息その他の附帯の債権、執行費用の額、配当の順位及び額が記載される（民執八五条四項）が、この順位及び額は必ずしも実体法の規定に従う必要はない。

総債権者間に合意が成立した場合には、この合意で定められた順位及び額が記載される（民執八五条五項）。配当表の記載は、期日に欠席した債権者に対しても効力を有する。配当表に記載された債権の存否、額、順位について不服がある場合、債権者及び債務者は、配当期日に異議の申出をした（民執八九条一項）うえて、配当異議訴訟（場合にあり、請求異議訴訟）を提起することができる（民執九〇条一項）。期日から一週間以内に、執行裁判所に対して起訴証明がなければ、配当異議の申出は取り下げたものとみなされる（民執八〇条六項）。債権者の配当異議訴訟は、異議申出を受けた債権者との間で進められる。配当異議を認容する判決は、両者間での係争配当金の帰属を新たに定め、これに応じて配当表の該当部分に変更される。異議を申し出なかった債権者の配当額は、この判決結果の影響を受けない。異議の申出がなかった部分については、確定したものとして配当が実施される（民執八九条二項）。

② 配当をめぐる法律関係

配当手続には複合的な法律関係が内包されていることは、中野貞一郎教授により的確に指摘されている⁽¹⁾。すなわち、「執行機関を関しての債権者・債務者間の執行関係を縦軸とし、これに、競合する債権者間の配当関係が交錯する⁽²⁾」。しかも、「執行関係の規整の内容が執行当事者の意思にほとんど依存しないのに対し、配当関係の規整の内容は、多分に競合債権者の自主的な態度決定にかかり、配当手続による各債権者の主観的な態度によって異なる結果を待つ⁽³⁾」。つまり、配当手続における執行債権者の地位を考える場合には、実体法上の債権債務関係を基礎とした対執行債務者の関係と、専ら財産の分配に関わる対競合債権者の関係、場合によっては対執行機関の関係のうち、いずれが問題となるか、を見極める必要がある⁽⁴⁾。

(2) 不当利得要件論

① 議論の状況

従来、不当利得法は、財貨の移転が形式的には正当であるが、実質的には不当である場合に、衡平の理念に照らして調整を図る制度として理解されていた。⁽⁵⁾ 不当利得の要件も、民法七〇三条の文言に照らし、一方の「利得」と他方の「損失」及び両者の「因果関係」、これらを根拠づける「法律上の原因」の欠如と統一的に立てられてきた。しかも、「法律上の原因」という要件の下では、当事者の衡平という観点から様々な事情が総合的に判断されている。このように、不当利得制度全体を統一的把握する立場に対し、近時、ドイツでの議論⁽⁶⁾に影響を受けた類型論が有力に主張されている。⁽⁷⁾ この立場では、不当利得法の機能を大きく、「事実上行われた財貨の移転がその法的基礎を欠いている場合に財界移転を精算・矯正する機能」（いわゆる給付利得の整合）と「法による財貨の割当に反して享受されている利益を本来の権利者へ返還させ、財貨の帰属を保障する機能」（いわゆる侵害利得の調整）の二つに分け、⁽⁸⁾ 不当利得の要件や効果を類型ごとに定める作業が行われる。特に、「法律上の原因」の判断基準は、類型に応じて、実定法における財貨の精算秩序ないし財貨の帰属秩序に置かれる。また、従来の要件の取扱いにも軽重が認められる。⁽⁹⁾

② 本稿の立場

本稿の目的は、前章で採用した考察方法の正当性を客観的に実証することにある。したがって、特定の不当利得観は全面に出さず、できる限り中立的立場から考察を進めたいと考える。しかし、不当利得観の違いは、不当利得要件論に影響を及ぼしており、先の議論を全く無視した形で不当利得を論じることはできない。以下では、民法七〇三条の

文言から導き出される各要件につき、それぞれの立場での評価、具体的基準等を先に示したうえで、内容の検討に入ることとする。

2 第一段階——不当利得返還請求権の成否

(1) 審査事項

第一段階では、実体法上、不当利得返還請求権が成立するか否か、を審査する。具体的には、Yの配当受領行為が、本来この配当を受け取るべきであったXの「損失」のもとでの「利得」であり、これら一連の事象を正当化する「法律上の原因」も存在しないとして、実体法的に不当なものと評価されるか、である。なお、そのようなXの「損失」やYの「利得」はいずれも過誤配当を原因としているので、「因果関係」の要件は満たされていることを前提とする。⁽¹⁰⁾

各要件の検討に入る前に、配当受領行為が実体法上、どのように位置づけられるべきか、を考えておかねばならない。第一段階での考察は、手続要素を含まない実体的法律関係を対象とする。そのためには、過誤配当事例を純粹に実体法の問題として捉え直さなければならぬからである。また、配当受領行為に与えられた実体法的評価は、Yの不当利得の成否を判断するうえで、重要な手がかりとなる。⁽¹¹⁾

執行債権者として弁済金や配当を受領することにより、Yは満足を受ける。このような執行による満足は、弁済とならば債権消滅原因の一つである。ただ、弁済概念に含まれるか、それとも目的到達による債権消滅という別のカテゴリーに入れられるか、との細かい点で、古くから議論があるにすぎない。弁済を債務内容の実現と捉え、如何なる

方法であれ、実現される結果こそが債務内容であると考えることができれば、執行による満足も弁済の一形態として位置づけられる。逆に、債務内容として要求されるのは、債務者の自由意思に基づく行為である、と硬直的に考えるならば、執行による満足は弁済に「似て非なるもの」と言わざるを得ない。しかし、いずれにせよ、効果の点では弁済と変わるところがないので、本稿では、配当受領行為に弁済としての実体法的位置づけを与える。

配当手続で交付された金銭が債権を消滅させるか、を考える際には、ある程度、弁済に関する規定を基準とすることが出来る。他方、執行による満足は、終局的な給付保持原因でもある。通常、給付の保持は、債権実現の結果として認められるが、より消極的に、誰からの不当利得返還請求権も成立しないことの反射として認められる場合もある。それ故、弁済金や配当を受領する行為の実体的正当性を判断するには、先述のような実体法上の債権消滅要件とともに、これよりやや穏やかな給付保持要件をも考慮しなければならない。すなわち、受領資格の有無は、専ら弁済等の債権消滅要件を基準として判断される。が、一旦受領した弁済金や配当を終局的に保持できるか、が問題となる場面では、債権消滅と裏表の関係にある給付保持要件（実体権を有しない者は給付受領権限を有しないから給付を保持し得ない、との基準）だけでなく、不当利得の成否から帰納的に設定される給付保持要件（給付保持の許される可能性がないかどうか、との基準）まで考える必要がある。

(2) 具体的検討

① 損失

「損失」とは、財産の状態の減少である。従来の理論では、単なる損失のみならず、生じるべき財産増加がなかつ

たことも「損失」に含まれる。「損失」要件は、類型論によれば、侵害利得類型において重要な役割を果たしており、そこでは、財貨帰属に対する客観的侵害が基準とされる。

ポイントは、まず、Yへ交付された金銭がXに帰属すべきものと評価されるか、である。これは、執行目的物の売却代金に対する支配力の問題である。多くの見解に倣い、本稿でもひとまず一般債権者と抵当権者に分けて考えることにしよう。まず、一般債権者は、売却代金、その元である執行目的物への程度の支配力を有しているか、である。しばしば、一般債権者は債務者の責任財産全体へ極めて包括的な支配権を有するにとどまる、と言われる。いわゆる債権の拘取力である。が、このような説明は、差押債権者や配当要求債権者には必ずしもあてはまらない。

一つには、差押債権者が差押えを通して一種の物権的地位を獲得するからである。例えば、差押えを受けた物件には処分禁止効が働き（民執四六条）、差押え後の物権に対しては対抗力を有する。さらに、先の拘取力のレベルで言えば、債権の拘取力は差押えを通して具体化し、特定財産への支配力へと変化する。その意味で、差押債権者や配当要求債権者は、むしろ担保権者に近い。他方、担保権者の中でも一般の先取特権者から質権者に至るまで、執行目的物への支配力の強度にはかなりのばらつきがある。よって、これらを一括して論じることにも危険がある。

前節の冒頭で設定した事例に即し、問題を配当要求債権者と抵当権者に限定しよう。抵当権者は、執行目的物の交換価値を把握している。それ故、自分に帰属すべき価値は、配当手続参加以前の段階で順位に応じ、既に決まっているのである。これに対し、配当要求債権者の支配力は、手続への参加を通じて具体化される。自分にどれだけの価値が帰属するかは、手続ごとに妥当する分配ルールによる決まる。したがって、Yの手元にある金銭がまだ責任財産に

属していると評価された場合、Xが抵当権者であれば、予め定められた順位に照らし、その金銭がXへ帰属すべきものであったか否か、を判断することも可能である。が、配当要求債権者にすぎなければ、金銭が総債権者間で再び分配の対象となり得るだけであり、その価値を独占的に把握することはできない。もつとも、見方を変えれば、配当受領の基礎は債権の属性である弁済受領権限にあるので、抵当権者も債権者である以上、この点では一般債権者と変わるところがない。ただ、抵当権者の債権は抵当権にわって擱取力が強化されている。すなわち、抵当権を設定し、特定財産の交換価値を支配することにより、その対象範囲は債務者財産家ら第三者の財産にまで拡張され、その効力には他の債権者に対する優先性が付与される。少なくとも、この擱取力の強化が実体法上のものか、手続法上のものにすぎないか、は一つの問題である。担保権者の優先権は手続の中でしか主張し得ない、とする中野貞一郎教授の見解⁽¹²⁾、その基礎となった「担保物権は債権担保のための存在、すなわち、被担保債権が弁済される可能性を増大させる手段として設けられている」という鈴木緑弥教授の立場⁽¹³⁾では、擱取力の強化は手続法上保障されているにすぎないことになろうか。

Xの「損失」に関連して、もう一つ考えなければならないのは、Xの財産が減少したかどうか、である。一般債権者の債権は、執行終了後も残っている。抵当権者もまた、執行により抵当権が消滅するものの、依然として債権者であることに変わりはない。したがって、一般債権者も抵当権者も、債権者としては何ら「損失」を被っていないことになる。もつとも、より実質的な「損失」を勘案する立場では、債権の存否にかかわらず、債務者の資産状況に鑑み、債権の回収が期待できない場合に「損失」を認める⁽¹⁴⁾。しかし、債権者が債務者の財産処分行為に干渉し、財産流出先

にまで責任を追求し得るのは、民法上の詐害行為取消権（民四二四条）、破産法上の否認権（破七二条）等の特殊なケースに限られる。民法では原則的に、どの債権者へ弁済するかは債務者の自由であることに留意しなければならない。⁽¹⁵⁾ そうなると、問題は、担保権の消滅をどのように評価するか、である。過誤配当事例を侵害不当利得の類型と位置づける立場は、抵当権者が無担保債権者になり、目的不動産の交換価値支配を失ったことに「損失」を見る。⁽¹⁶⁾ しかし、債権者にとって、担保の喪失は、これまで強化されていた擱取力の低下、つまり、債権回収可能性の低下を意味するにすぎない。そのような実質的「損失」を非債ないし多額配当受領者との関係で調整する必要があるのである。財貨帰属秩序違反を強調する類型論では、むしろ、担保権者の価値支配下にあるはずの金銭が、劣後的地位にある者へ交付された点にのみ「損失」を認めるべきであるように思われる。

② 利 得

「利得」とは、財産状態の増加である。従来型理論では「現存利益」（現在の財産状態と不当利得がなかった場合にあるべき財産状態との差額）、類型論では「当初取得した利益」を基準に判断される。

ここでは、Yが金銭受領により自己の財産を増加させたか、が問題となる。Yの財産にとって、金銭の受領は明らかにプラス要素であるが、仮にYが金銭受領と引換えに何かを失うのであれば、増減はないことになる。この点は、Yに受領権限があるか否か、に関わるであろう。すなわち、多額配当事例（事例2型、3型）では、Yが、実体法上債権者としての地位を有している。したがって、受領した金銭を自己の債権の弁済に充当することができる。このことは、債権者平等の原則と何ら矛盾するものではない。排他性を有する物権とは異なり、債権には「排除関係がなく、

債権成立の時間的前後を問うことなく平等の効力をもって並存し、互いに他の債権に優越することがなく、執行手続において責任財産の「売却代金が総債権を満足させるに足りない場合には、各債権額の割合に応じて債権者に配分される」⁽¹⁷⁾。このように、債権者平等の原則とは、債権の相対性が権利実現段階で発現したものであり、複数の債権者が存在する場合にそれぞれが債権者との関係で平等の地位にある、との理念にすぎない⁽¹⁸⁾。それ故、債権の請求力や給付保持力が競合債権者の数や債権額に応じて制限されるわけではなく、少なくとも、実体法上は一般債権者であっても満額弁済を請求し、保持することができる。つまり、債務者が特定の債権者へ支払った弁済額が他の債権者との均衡を失するとしても、債権額の範囲内であれば、受領者にはその全額の保持が許される。同じ論理は、配当手続で受領した金銭の保持に関しても、あてはまるであろう。債権者平等の原則は、執行の場面で責任財産がいか分配されるべきか、の基準を提供するにすぎないからである。配当手続内で債権者の受領権限は、一定の分配ルールの制約に服するかもしれないが、ひとたび受領がなされたならば、給付保持力の有無は民法の原則から決定されるはずである。ここでは、債権者が配当でどれだけの金銭を受領すべきか、との受領権限と、債権者が配当で受領した金銭を保持することが許されるか、との保持権限が、別々に判断されることになる。

なお、非債配当事例（事例1型）において、金銭の受領がそのまま財貨の不当な増加にあたることは、言うまでもない。

③ 「法律上の原因」の欠如

「法律上の原因」は、或る財貨移転を根拠づけ、正当化する役割を果たす。従来の理論は、衡平の見地から「法律

上の原因」の存否を判断してきた。これに対し、類型論では、「法律上の原因」の欠如は、「法秩序の予定する財産的利益配分の法則に反することである」と説明されている⁽¹⁹⁾。

配当手続の構造に鑑みれば、執行債権者及び執行債務者は、責任財産の分配という共同作業に参加している。総債権者の合意に基づく分配も認められており（民執八五条五項）、その場合には、合意そのものが「法律上の原因」となる⁽²⁰⁾。しかし、期日に全ての債権者が出頭しなければ、また、たとえ全員が出頭したとしても、配当表に対する積極的な賛意の表明がなければ、そのような合意は成立しない。一般に、異議申出の不作為を黙示の同意と見ることは困難である⁽²¹⁾。但し、期日において異議事由を十分に認識していながら何も行動を起こさなかった、という場合に、配当表の記載どおりの権利関係を承認したものと解する余地はある。他方、配当受領行為に着目すれば、執行債務者との間に債権債務関係が存する限り、執行債権者の配当受領には実体的根拠がある。したがって、類型論的観点からは、多額配当事例（事例2型、3型）ではYへの金銭交付に「法律上の原因」が認められる可能性がある。もともと、有効な権利に基づく弁済受領であっても、抵当権の順位等の優先順位関係に反する場合には「法律上の原因」がない⁽²²⁾と言われる。

3 第二段階——不当利得返還請求権行使の可否

(1) 審査事項

第二段階では、第一段階で成立した不当利得返還請求権の行使が信義則に照らして妥当であるか否か、を審査する。

信義則という一般条項に依拠することから、具体的にどのような要素が、どのような形で斟酌されるのかをある程度、明確にしておかなければならない。前章で見たとおり、信義則上の失権効は、失権する者の作為又は不作為が相手方に、もはや権利行使はなされないとの信頼を生ぜしめることにより発動する。具体的には、失権する本人の帰責性と相手方の信頼とを比較し、たとえ帰責性が小さくとも、相手方の信頼を保護する要請が強ければ、本人の利益は犠牲にされる。したがって、以下での検討においても、過誤配当に対する帰責性がX側の事情から、適法手続に対する信頼がY側の事情から、それぞれ認定され、比較されることになる。

(2) 具体的検討

① 過誤配当への帰責性

Xは、過誤配当の結果を甘受すべきであろうか。X側の事情として考慮されるのは、債権の届出を懈怠し又は誤った内容で届け出たこと、配当期日における欠席、異議の不作為などである。配当表作成に際しての出頭や異議申出が、あくまでもXのために設けられた制度であり、決して義務ではないことに注意しなければならない。が、それでもなお、配当手続に利害関係人の共同作業的性格を見ることができるならば、Xが呼出しを受けながら出頭しなかったこと、提示された配当表に異議を申し出なかったことは、マイナスの評価を受ける可能性がある。その前提としては、当然、配当手続における手続保障を通して、Xが期日に配当の不当性を十分に認識し又は認識すべきであり、異議申出を期待し得る状況にあったことが必要である。先に見たとおり、判例や学説では、破産法上の債権表作成過程との比較において、民事執行法が配当表に失権効を及ぼすほどの手続構造を有していないことが言われていた。⁽²³⁾ また、

「債権届出の催告に応じない、抵当権登記・仮登記の残存する者を、原則として、登記簿の記載に従ってそのまま配当に与らせている現在の実務、および、配当異議起訴証明期間が短すぎて、異議を貫徹できる見込が立つほどの調査の余裕がないこと」から、配当手続における手続保障が実質的な面でも必ずしも十分でない、との指摘もある。⁽²⁴⁾ これらの事情を勘案すれば、特別の事情がない限り、Xの過誤配当に対する帰責性は否定されるであろうし、少なくとも重要視されるべきではない、と言えそうである。

② 適法手続への信頼

配当手続に対するYの信頼は、どの程度保護されるべきものなのであろうか。通常、Yは配当結果が終局的に安定するものと信じている。民事執行法は配当の実施を暫定的措置としておらず、実際にも手続完結後の不当利得返還請求は決して頻繁になされるわけではないので、そのような信頼は、全く理由のないものではないであろう。それ故、事実上の問題としては、Yが配当後、配当で受領した金銭の返還を常に覚悟しておく必要はない。もともと、度々触れてきたとおり、手続の構造から客観的に考えれば、配当手続に確定判決のごとき終局的安定性を期待することは難しいかもしれない。このような配当手続の確定力は、Yの信頼に根拠が認められるか、を判断する客観的基準である。これに対し、Yが配当受領に当たって不当性を実際に認識し、又は認識すべきであった、との事情は、手続に対する信頼度を量る主観的基準と言える。例えば、債権を有しないにもかかわらず配当を受領したYには、自分の受領権限の欠缺について認識があるはずである。これに対し、多額配当を受けた、との認識可能性はほとんどないであろう。また、配当結果の安定に対するYの信頼は、手続終了からXの請求までの権利不行使期間が長ければ長いほど一層強

くなる。場合によっては、そのような信頼からYは債権証書を破棄し、他に有していた担保物件を返還し、或いは債権を時効消滅させてしまうかもしれない（民七〇七条⁽²⁵⁾）。したがって、少なくとも、Xが主観的に配当結果の安定を信頼しており、他方、Yによる請求権行使時期があまりにも遅く、Xの利益を著しく害する場合には、Xの信頼保護が優先され、Yの請求は信義則上遮断されるであろう。

(1) 中野貞一郎「配当手続の性格」兼子還暦『裁判法の諸問題下』（一九七〇年）二九五頁以下『強制執行・破産の研究』（一九七一年）所収。

(2) 中野『民事執行法（第二版）』（一九九三年）四三四頁。

(3) 中野・前注(1)二九八頁、同・執行法三六頁。

(4) 例えば、中野・執行法四四六頁は、異議を懈怠した債権者の過誤配当受領者に対する調整には否定的であるが、「債務者は、もともと配当関係の外に立つから、配当異議の申出をしたか否かに拘わらず、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」と区別される。

(5) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（一九三七年）二九頁以下、谷口知平『不当利得の研究』（一九六九年）三九頁、松阪佐一『不当利得論』（一九六九年）一六四頁など。

(6) Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung(1934), v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel(1954), S. 333 ff., Larenz, Schuldrechts Bd. 2, 10. Aufl., (1972) S. 403 ff., Fikentscher, Schuldrecht, 4. Aufl. (1973) S. 567 ff. usw.

ケメラー以後、ドイツは類型論の傾斜したが、近時、再び、統一的理解をめざす方向も見られる（ドイツ法における議論の変遷については、Reuter-Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983) S. 4 ff.）

(7) 川村泰啓「一つの中間的考察——『返還さるべき利得の範囲』の『むすび』および類型論の基本的展開の『序』に代え

手続終了後の実体的調整に関する一試論（二・完）

同志社法学 四六巻五号

三九（八五一）

て」判評七二号（一九六四年）一七頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 上』（一九八一年）、鈴木祿弥『債権法講義』（一九八〇年）、土田哲也『不当利得の類型的考察方法』星野ほか編『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（一九八五年）、山田幸二『現代不当利得法の研究』（一九八九年）ほか。日本における類型論の発展過程については、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（一九八六年）二〇〇頁以下参照。

- (8) 給付利得と非給付利得（好美清光「不当利得の新しい動向について（上）」判タ三八六号（一九七九年）ほか）、運動法型不当利得と財産帰属法型不当利得（四宮・前注（7）七〇頁以下）、矯正的不当利得と帰属法的不当利得、両性的不当利得（加藤・前注（7）二九二頁以下）など名称及び範囲は微妙に異なる。本文の定義は、篠塚Ⅱ前田編『新判例コンメンタール民法8』（一九九二年）二五八頁（松岡久和）によった。

- (9) 「法律上の原因」につき、谷口Ⅱ甲斐『新版注釈民法』（一九九一年）三八八頁、（土田）、「損失」「利得」につき、同四二〇頁以下（田中整爾）参照。

- (10) 「受益と損失が同一原因から発生しているという意味での関連性があれば足りる」（松岡・前注（8）二六二頁）。

- (11) 以下、配当受領行為に関する位置づけに関する叙述は、梶山玉香「執行による『満足』と債権の消滅——「実体的正当性」基準の再検討——（二・完）」同法二二四号（一九九〇年）一〇〇頁以下。

- (12) 「優先弁済への道程は当然に手続法の拘束に服する」（中野・執行法四四六頁）。

- (13) 鈴木『物権法講義（四訂版）』（一九九四年）三二三頁。

- (14) 滝沢聿代「判批」評論三九三号一八三頁

- (15) 債務者は、自己の債務の弁済にあたり債権者平等の原則による制約を受けない。民法は、ただ債権者に、債務の引当てとなる一般財産の減少を防ぐ手段（民四二三、四二四条）を与えているにすぎないからである。つまり、「債務者の財政が健全な」限りでは、「早い者勝ちの理念が支配する状況」にある（中田裕康「責任財産・債権者平等」法教一五二号（一九九三年）四五頁）。

- (16) 松岡久和「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）二四頁。

(17) 奥田『債権総論』（一九九二年）一二頁。なお、鈴木『債権者平等の原則』論序説「曹時三〇卷八号（一九七八年）一頁参照。

(18) もっとも、井上治典「債権者平等の原則について」九大五九卷三一四号（一九九三年）七三頁以下では、手続面からより実質的な平等を図る視点が提供されている。

(19) 四宮・前注（7）七〇頁。

(20) 松岡・前注（16）二六頁は、合意による配当の場合（準）給付利得の類型と考える余地がある、とする。

(21) 明示的な合意がなくても、債権者による私的な処分がある可能性を認めるのは、竹下ほか『民事執行法セミナー』ジュリ増刊（一九八一年）二〇一頁（中野発言）。

(22) 加藤・前注（7）二五〇頁以下、松岡・前注（8）二七三頁。

(23) 東京高裁平成二年九月一三日判決（前節判例⑤）、原田Ⅱ富越『執行関係訴訟に関する実務上の諸問題』（一九八九年）二九五頁。

(24) 中野・執行法四五四頁。

(25) 旧法下で同旨を説くのは、石田穰「判批」法協九二卷三号（一九七二年）一五二頁。

なお、松岡「過誤配当と不当利得」谷口追悼二卷五四三頁は、「旧法下の石田説が民法七〇七条の類推適用を主張する点は、実体法の観点から右の例外則（引用者注・信義則上例外として不当利得返還請求が認められない場合）を具体的に表現するもので、手続懈怠による失権自体とは別のものと理解すべき」とする。

第三節 小 括

以上、前章で採用した二段階審査方式を用いて、過誤配当事例の考察を試みた。あくまでも考察方法の実証が狙い

であるので、本章で扱った問題に対し最終的な結論を下す必然性は認められないが、以下に、実験的考察の結果である、との留保の下で一応の解決方向を示しておきたい。まず、「法律上の原因」は、Yに実体法上の弁済受領権限があり、かつ他の債権者との優先順位に違反しない場合（事例a―2型）、及び総債権者が暗黙の合意を成立させていた、と推測できる特別な事情がある場合以外には、存在しない。また、事例a―2、b―2型では、Yは金銭受領と引換えに自分の債権を失うので、受領額が債権額の範囲にとどまる限りで「利得」がなく、不当利得が成立しないことになる。事例b―2型については、Xの抵当権との関係が問題となろうが、配当受領に際してXは債権者であること、優先的擲取力は責任財産へ及ぶにすぎず、責任財産から逸脱しYの手元で弁済に充てられた金銭にまで及ぶものではないことから影響はない、と考える。しかし、事例b―1型ではYに弁済受領権限がないので、価値としての金銭はなお責任財産の範囲内にとどっている。さらに、擲取力の強化、すなわち、被担保債権額までは他の債権者に先んじて擲取し得る地位は実体法上のものである、と考えるので、通常「法律上の原因」の欠如、Xの「損失」、Yの「利得」の全ての要件を満たすことになる。同じく非債配当である事例a―1型でも、「法律上の原因」の欠如、Yの「利得」の要件は充足されるであろうが、「損失」があるかどうか、は微妙である。Yの手元にある金銭の価値がまだ責任財産に属していると評価されても、その金銭が専らXに帰属すべきものであった、とまでは言えないであろう。したがって、不当利得の成立は否定的に解さざるを得ない。a―3型、b―3型についても、前者は一般債権者であるXの「損失」の要件で、後者は配当受領額が債権額を超えない限りYの「利得」の要件で、それぞれ不当利得返還請求権は成立しない。それ故、第一段階の審査を通過できるのは、事例b―1型、配当受領額が被担保債権額を

上回らない場合の事例b―2、b―3型に限られる。そこで、第二段階の審査にかけてみると、b―1型では通常、不当配当を認識できたはずのYには保護に値する信頼がないので、Xの利益が重んじられ、返還請求の行使は無条件に認められるであろう。また、事例b―2、b―3型でも、被担保債権以上の金額を受領したことに不当配当の認識が認められるならば、不当利得返還請求は許される。事例b―3型では、過誤配当の原因が裁判所の計算ミスというYには関係のない事情にあるものの、不当配当の認識が問われる限りでは、手続に対する信頼が十分ではない、と言える。

さて、配当手続の確定力、Xの手続保障と異議懈怠、といった手続的事情を「法律上の原因」の枠内ではなく、より高次元の段階で他の実体的事情と同列に扱ったが、さしたる違和感はないと感じたのは、私の一人合点であろうか。衡平の観点から「法律上の原因」を論じる従来の理論は別としても、法律要件的判断が専ら裁量に委ねられることに批判的であった類型論の立場からは、ある程度の理解が得られるのではないかと自負する。ただ、類型論では「法律上の原因」の判断に際し、手続法を含めた実定法秩序が基準とされるのに対し、私の考察方法では基準を実体法秩序のみに据えている。その理由は、前章で示したとおり、手続法論理による実体法の修正に疑問を感じるからである。ともあれ、過誤配当事例においては考察方法の適用可能性はひとまず実証されたように思われるので、次章では、実験的考察の範囲をその他のケースまで広げることとする。

第四章 実体的調査方法の一般化へ向けて

第1節 利得返還型調整方法としての一般化⁽¹⁾

1 執行当事者間の調整

(1) 執行債務者・無権限配当受領者間

適式な債務名義が存在すれば、その内容が実体的法律関係と一致しないとしても、執行手続は進行する。執行期間には執行債権の存否や態様を審査する権限がないため、債務名義は、裁判機関が不当性を確認するまで、その執行力によって手続を基礎づける。執行力を排除するには、執行債務者が執行の不許を求めて請求異議の訴えを提起しなければならぬ。それ故、例えば、判決で確定された債権がその後に消滅してしまったとしても、執行目的物が競売され、配当実施（又は弁済金交付）に至る可能性がある（前章a—1、b—1型事例）。この場合には、無権限配当受領者との執行債務者との間での調整が問題となる。先の考察方法に照らして、考えることにしよう。

第一段階において、執行債務者の、無権限配当受領者に対する不当利得返還請求権が成立することには異論がない⁽³⁾。実体法上、無権限配当受領者には、給付を保持する理由がないからである。唯一、債務の不存在を知らず給付した場合には、返還請求権の成立を否定される。が、一般に、強制執行の場面では右規定の適用がない、と言われる⁽⁴⁾。執行債務者が請求異議訴訟の懈怠により配当実施まで至らしめた事実を悪意の非債弁済と評価する余地はあるが、給付が任意でないこと、給付が給付者の積極的行為ではなく、不作為の結果であることを考えれば、返還請求権を喪失

させるほどの事情ではないであろう。⁽⁵⁾ただ、このような異議の懈怠は、第二段階の審査でマイナスに働く。すなわち、執行債務者からの請求の当否を考える場合には、同人の懈怠と、無権限であるにもかかわらず配当を要求した者との間で、帰責の程度が比較される。もっとも、通常、無権限配当受領者は配当の不当性を認識しているから、手続に対する信頼はなく、執行債務者に比べて帰責性も大きいであろう。よって、執行債務者からの請求は、遮断されないことになる。

(2) 執行債務者・仮執行債権者間

執行の基礎となった債務名義が後に失効した場合には、どのように考えるべきであろうか。例えば、仮執行宣言や仮処分命令が上訴審で取り消されたならば、執行当事者間の利益はどのようにして調整されるのか。この点については、既に立法的解決が図られており、執行債権者には原状回復義務が課せられている（民訴一九八条二項、民保三三条）。仮執行宣言に基づく執行や保全執行においては、権利確定前の暫定的救済を目的とする制度の性質上、変更・取消しの危険が常に存する。法律は、法的評価の定まらない段階での執行が債務者に与える不利益を最小限とするため、暫定的措置が結果的に不当であった場合には、執行債権者の責任で調整すべき旨を規定したのである。⁽⁶⁾

本稿の視点からは、右に挙げた規定をどのように理解すべきであろうか。まず、仮執行に基づく金銭の交付は、実体的法的に見れば、留保付ないし条件付弁済にあたる。すなわち、「債務が存在するのならば」との留保でなされた給付である。よって、最終的に債務の不存在が確認されると、給付は非債弁済となり、執行債務者の不当利得返還請求権が成立する。第二段階で斟酌される事情も上述(1)とほぼ同じであるから、その行使が遮断されることもない。その

限りで、民事訴訟法一九八条二項の給付物返還請求権は、本質的に不当利得法上の返還請求権に通じる。⁽⁷⁾ただ、同条により原状回復が認められる時点では、必ずしも本案訴訟での債務の不存在が確定していないことには注意しなければならぬ。したがって、原審への差戻しを命じる判決であっても、仮執行宣言が失効すれば、給付物返還請求権は成立する。⁽⁸⁾が、差戻審で前回と同じ内容の判決がなされると、同請求権は消滅し、⁽⁹⁾さらに上訴審で異なる判断がなされれば、再び復活する可能性がある。結局、この請求権は実体的法律関係の存否とは関係なく、専ら手続的事情から成立し、又は消滅する。その意味では、不当利得返還請求権とは異質な、法定の請求権と考えるのが適當である。⁽¹⁰⁾

不当仮処分における原状回復請求権も、仮執行の場合と平行に理解してよいであろう。⁽¹¹⁾民事保全法制定前には、仮処分が上級審で取り消され、又は本案訴訟で請求棄却判決を受けた仮処分債権者は受領した給付を返還する必要があるか、について見解の対立があった。⁽¹²⁾最高裁は、賃金仮払仮処分が控訴審で取り消された事例において、仮処分債権者の原状回復義務を認めた。⁽¹³⁾「賃金支払を求める仮処分申請部分が却下された以上、法律上の原因を欠く不当利得金として」返還すべきとした原審の判断に対し、被告たる仮処分債権者は「仮払金の受領が不当利得になるか否かは、本案訴訟の賃金請求権の存否にかかるのであって、仮払を命ずる仮処分判決が……取り消されたからといって、直ちに法律上の原因を欠くものとして不当利得が成立するものと解すべきではない」と上告したが、本判決は仮払金返還請求権が民事訴訟法一九八条二項の請求権に類するものであり、「仮払仮処分という訴訟上の事実に基づいて発生」する旨を明らかにしている。⁽¹⁴⁾民事保全法も、同じ立場から立法がなされたようである。⁽¹⁵⁾

2 執行当事者・第三者間の調整

(1) 執行目的物所有者・買受人間

執行官が第三者所有物を責任財産と誤認して差し押さえ、或いは、存在しない債権や担保権に基づいて執行目的物が競売されることがある。このように、責任財産以外の物が差し押さえや換価の対象とされた場合、たとえ競売が適法に実施されたとしても、これを裏付ける実体的法律関係が存在しない以上、当該物の所有者が自己の所有権を失ういわれはない。が、他方、買受人の側では、国家（裁判所）が運営する競売手続であるだけに、代金納付によって所有権を確実に取得したものと信じているはずである。そこで、真の所有者と買受人との間の利益調整をどのようにして図るか、が問題となる。

この点に関して、まず、第三者の財産が誤って差し押さえられ、換価された場合、通常の強制執行であるか、担保権実行かを問わず、買受人の所有権取得は否定される。⁽¹⁶⁾ 第三者異議（民執三八条、一九四条）の提訴により手続進行を阻止しなかった真の所有者の帰責性は、問題とならない。執行債権や担保権が無効であったり、既に消滅していたというケースであれば、実体権の存在を証明する文書（債務名義又は民執一八一条に列举された法定文書）が、競売手続を実体法的に正当化する余地もある。しかし、債務名義等の上でも執行債権や担保権の対象とされていない財産が売却される理由は、全く認められない。そもそも、第三者には手続の開始・進行を知る機会が保障されていないが、仮に異議申立ての可能な状況にありながら、これをなさなかったとしても、そのことが第三者にとって自己の所有権を失うほどの意味を持つとは考えにくい。ここでは、競売手続の安定よりも、所有権の帰属に関する実体法論理が貫

徹される⁽¹⁷⁾。

次に、実体権の不存在の場合、通常の強制執行において、執行債権の不存在は競落人の所有権取得を妨げない、というのが旧法以来の通説的理解である⁽¹⁸⁾。強制執行は実体権でなく、債務名義を基礎に進められるため、債権が存在しなくとも競売の効果に影響はないからである⁽¹⁹⁾。それでは、債務名義を要しない担保権実行の場合はどうか。旧法下の判例及び多数説は、担保権実行の基礎を実体権たる換価権に求め、実体権の瑕疵は当然に競売手続の無効をもたらす、と考えていた⁽²⁰⁾。このように取扱いに対しては、しばしば、通常の強制執行と担保権実行における競落人の地位の不均衡が指摘されていた。とりわけ、新法制定を目前に控えた時期には、手続内で何ら異議申立てを講じなかった債務者や第三者には失権効が及ぼされるべきである、との論調が目立つようになった⁽²¹⁾。売却手続の改善が叫ばれる中で、民事執行法の立法者は一つの解決策を示した。担保権が不存在である場合には買受人の保護が優先する旨を明文で規定したのである（民執一八四条）。

同条の趣旨について、多数説は、競売手続内における手続保障の裏返しとしての失権効と解する⁽²²⁾。より実体的な理解としては、手続の進行を阻止しなかった所有者の態度に着目し、執行機関に対する暗黙の処分授權があった、と構成する立場（授權擬制説⁽²³⁾）や適法手続による所有権取得という、所有者が作出した外觀への信賴保護を定めたものと捉える立場（権利外觀説⁽²⁴⁾）がある。さらに、何もせぬまま手続を完結させておきながら、後に権利主張することの信義則違反性に同条の効果を結びつける立場（信義則説⁽²⁵⁾）も見られる。これら、権利喪失を所有者自身の行為に帰せしめる考え方は、いずれも、同人に競売手続へ関与する機会（手続保障）が与えられていることを前提し

ている。民事執行法によれば、執行目的物の所有者には競売開始決定の送達がなされ、実行される担保権が存在しない場合、所有者は右決定に対する執行異議（民執一八二条）や手続の停止・取消しの申立て（民執一八三条）により、比較的容易に自己の権利を守ることができる。また、担保権実行は競売申立てに際し債務名義こそ必要としないものの、担保権の存在を証する法定文書の提出を求めることで実体的正当性を確保している。民事執行法一八四条をどのような理論構成で説明するにせよ、同条がこのような不当執行からの救済システムとの関係で存在していることは否定し得ないであろう。それ故、所有者が何らかの事情で競売手続の当事者として扱われなかった場合には、制度上関与の機会が保障されていないのであるから、同条の適用はないことになる。⁽²⁶⁾

民事執行法一八四条の適用に際し、学説の多くは、もう一つ共通の前提を有している。既に述べたとおり、同条制定の背景には、真の所有者よりも買受人の保護を優先する、との利益衡量がある。⁽²⁷⁾ このことから内在的制約として、保護に値しない買受人については適用を排除すべきである、との解釈が成り立つ。例えば、買受人が担保権不在の事実について悪意である場合、執行債権者自身が買受人である場合、が問題となる。⁽²⁸⁾ 条文の文言や失権効的構成を厳格に解するならば、所有権喪失効果の発生にあたり、買受人の態様は問われないはずである。下級審ではあるが、「（同条の規定は）債務者等の側における手続上の失権効に基づくものであり、担保権の不存在又は消滅についての買受人の善意・悪意により、所有権取得の効果が左右されるものではない」とした判決も存在する。⁽²⁹⁾ しかし、先述の利益衡量が基盤を失った以上、原則に立ち戻って真の所有者を保護するのが、多数の考え方である。

さて、本稿の立場からは、真の所有者・買受人間の調整をどのように図るべきであろうか。民事執行法一八四条の

理論的説明から考えてみよう。多数説に倣い、同条が失権効を規定していると理解しても、第二章で確認したとおり、手続上の失権効がもたらすのは手続的権能の喪失であって、実体権の所属を争うことがもはや許されなくなるだけである。結果的に、所有権の喪失であれ、それを行使する機会喪失であれ、所有者にとって大した違いはない。しかし、多数説のように、同条の効果を所有者に対する手続補償の程度や買受人の態様にかからしめるには、後者の構成のほうが自然である。本来、所有権の得喪は、対立する利得のいずれが保護に値するか、との利得衡量により決せられる性質の問題ではない。これに対し、本稿の考察方法によれば、所有者や買受人に関する事情が、権利行使の適否を判断する段階で当然に斟酌されるからである。

担保権が存在しないにもかかわらず、債務者又は物上保証人の財産が競売に付される。この事実を実体法的に考えれば、売却されるべきでない物が売買の対象とされたことになる。そこへ、買受人が登場する。実体法上、買受人が物の所有権を取得するのは、動産では即時取得（民一九二条）、不動産ならば民法九四条二項の類推適用が認められるなど、極めて限定されたケースである。これら特殊な要件を満たさない限り、買受人は代金支払いによっても所有権を取得し得ず、真の所有者から返還請求があれば、これに応じなければならない。ここまでは、第一段階の問題である。所有権が自己所有財産の売却を知らながら拱手傍観していたとしても、それが処分の追認と認められなければ、右の結論は変わらない。しかし、第二段階の考察にとっては、そのような所有権者の態度が、買受人側の主観的事情と並んで重要な材料となる。所有者の請求が信義則上遮断されるか否かは、所有者・買受人間で不当手続に対する帰責、信賴の程度を比較することにより決せられる。同条の適用場面として争いのない事例では、所有者が手続上当事

者として処遇されていたにもかかわらず、手続の進行に対して何の措置もとらない。他方、買受人は担保権不存在の事実など知るよしもなく、自分が所有権を取得したと信じている。この場合、買受人に所有権が認められるのは、先の比較衡量の結果、所有権の帰責性が上回るために信義則上の遮断効が発動し、所有者からの返還請求を排除するからである。それ故、比較の要素に変化があれば、異なる結論に達する可能性がある。例えば、学説の多くが主張するように、所有者に手続関与の機会がなければ、帰責の根拠は失われる。ここでは、買受人保護の要請が、やや後退するであろう。また、買受人が手続の不当性を認識していた、との事實は、手続に対する買受人の信頼を否定し、所有者側へ有利に働くことになる。

右の論理は、通常の強制執行にもあてはまる。前述したとおり、民事執行法制定前には、強制執行の基礎は生の実体権でなく債務名義にあるから、執行債権の不存在は買受人の所有権取得に影響を与えない、と理解されていた。現行法の下でも、この点は特に修正されず、先に紹介した一八四条とは異なる論理構成がとられているようである。⁽³⁰⁾担保権実行手続と統合されたとはいえ、債務名義の要否、異議申立て方法等の点で、両者が依然として異なる扱いを受けているためかもしれない。しかし、旧法下の学説では既に、「強制競売における競売の効果は債務名義の存在のみに依存するというのは、理論構成の問題であって、むしろ債務者の利得よりも競落人の権利取得を保護すべきものとする実質的判断が先行しているのではないか」⁽³¹⁾との認識から、同様の利得状況が担保実行における所有者と買受人との関係にも存在する旨が指摘されている。民事執行法一八四条の制定にあたっては、まさに、このような両手続の基本的同質性が考慮されたのであるから、敢えて全く別の論理で説明する必要はあるまい。よって、強制執行において

も、債務者の失権は、同人と買受人との利得衡量の結果として考えられる。債務者名義の存在は、債務者にとって異議申立ての機会と同じく、帰責の前提となる手続保障の一つである。⁽³²⁾ すなわち、強制執行では債務者名義と請求異議の訴え、担保実行にあつては、法定文書と執行異議（民執一八二条）、手続の停止・取消し（民執一八三条）が債務者等の手続への関与を保障し、同時に競売の実質的正当性を担保することで、手続に対する買受人の信頼を根拠づける。⁽³³⁾ これらが正常に機能しなければ、利得衡量の基礎は失われるのであり、その意味で、競売開始決定の送達は一連の手続保障を作用させるために不可欠である、と言える。

（2）執行目的物所有者・執行当事者間

上述のような競売により買受人が所有権を取得した場合、真の所有者は、被った損失につき、まず、配当受領者との間で調整を図ることが考えられる。配当受領者に交付された金銭は、債務者の責任財産以外の物に由来するからである。第三者所有動産が買受人により善意取得されたケースにおいて、判例は大審院以来、一貫して執行目的物所有者の、配当受領者に対する不当利得返還請求を認める。⁽³⁴⁾ 「たとえ債権者が第三者所有にかかる動産による売得金を受領しこれを取得したとしても、適法な弁済受領としての効力を生ずるいわれがない」⁽³⁵⁾ からである。同様の論理は、民事執行法一八四条関係の事例にもあてはまる。最高裁は、最近、第三者所有物に設定された根抵当権が無効であった場合の弁済金受領につき、「競売の基礎である根抵当権が存在せず、根抵当権の実行による売却代金からの弁済金の交付を受けうる実体上の権利がないにもかかわらず、その交付を受けたことになり、すなわち、その者は法律上の原因なくして第三者に属する財産から利得を受け、そのために第三者に損失を及ぼした」として、受領者の不当利得を

認めた。⁽³⁶⁾このような考え方は、第三者所有物に由来する金銭の受領に弁済効果が伴わないことを前提としている。学説の多くも、判例の見解を支持する。⁽³⁷⁾

しかし、弁済効果の否定は、決して理論上当然の帰結ではない。騙取金による弁済の例に明らかとなり、債務者が債権者に弁済として金銭を給付すれば、一般に、弁済効果は発生する。⁽³⁸⁾先述の事例で、仮に弁済効果が生じるとすれば、どうなるか。配当受領者の債権は消滅するから、同人の「利得」はなくなる。その代わり、「利得」は、他人の出損により債務を免れた債務者に認められる。つまり、執行により所有権を失った者の不当利得返還請求は、執行債務者を相手に行われることになる。実際、先に紹介した最高裁判決の原審は、不当利得したのは執行債務者であつて、執行債権者ではない、と判示している。⁽³⁹⁾説得力のある論理ではある。ただ、執行債務者に対する不当利得返還請求が認められる場合、強制執行後の債務者は大抵、無資力であるから、所有者がせっかく訴訟を提起しても、徒労に終わる可能性が高い。返還請求の相手方を執行債権者とする背景には、債務者の無資力というリスクを誰が負担すべきか、との考慮も働いているのである。⁽⁴⁰⁾

果たして、不当利得返還請求権は、誰に対して成立するであろうか。執行債務者に金銭の受領権限がある限り、つまり、担保権が無効であつても債権が存在しているならば、同人の不当利得は認められないように思われる。執行債権者が担保権の無効を知っていた場合等の例外を除き、同人の債権は弁済金を受け取った時点で消滅するからである。また、仮に第三者所有財産に由来する金銭の受領では弁済効果が生じず、執行債権者に対する経返還請求権が成立すると解しても、通常、その行使は遮断されうるのであろう。手続を信頼した執行債権者の利得は、十分な手続保障が与

えられながら手続の進行を積極的に阻止することなく所有権を失った者の利得よりも保護されるべきである。もつとも、執行債権者が担保権の無効を知りつつ、競売を申し立てたようなケースでは、手続に対する信頼は認められないので、結論は逆になる。

（１）以下の諸問題における第一段階の考察に関しては、若干観点を異にするが、梶山玉香「執行による満足と債権の消滅（二・完）」同法二二四号（一九九〇年）一〇九頁以下でも扱っている。債権消滅効果に係る議論（例えば、非債弁済や留保付弁済、第三者所有物に由来する給付の効果）の詳細については、そちらを参照していただきたい。

（２）請求権不存在の主張が債務名義たる判決の既判力により遮断される場合には、請求異議訴訟を提起することはできない。ただ、債権者が相手方当事者や裁判所を欺罔して確定判決を手にいれた場合（例えば、被告の手続への関与を妨げ、又は証拠を偽造した結果、勝訴判決を取得した場合）には、同判決の執行力を請求異議訴訟で排除しうるか、が問題となる。判例・学説ともに、請求異議の訴えを許さないのが多数である（最判昭和四〇年十二月二日民集一九巻九号二二七〇頁、斎藤秀夫「判決の不当取得」小山昇ほか編『演習民事訴訟法上』（一九七三年）三二九頁、中田淳一「確定判決に基づく強制執行と権利濫用」中村古稀『民事訴訟の法理』（一九六五年）四九〇頁『訴えと判決の法理』（一九七二年）所収。反対・大判昭和十五年二月三日民集一九巻一一〇頁、大判大正昭和十五年三月二日評論一九巻一五五頁、最判昭和三十七年五月二四日民集一六巻五号一一五七頁、中村武「民事判決の既判力の職能とその排除」新報六一巻一号（一九五四年）五二頁）。基本的には、再審の訴え（民訴四二〇条）によるべきであるとし、執行終了後の不当利得返還請求にも否定的である（大判明治三十八年二月二日民録一一巻一〇二頁、小野木常「確定判決の不当取得」論叢四五巻六号（一九四一年）九五頁『訴訟法の諸問題』（一九五七年）所収、斎藤・前掲三二六頁、中田・前掲四八七頁、中村・前掲四八頁。反対・谷口Ⅱ甲斐編『新版注釈民法一八巻』（一九九一年）七四一頁（谷口）、再審制度で救済できない者に限り、不当利得返還請求を認めるのは、上田徹一郎「騙取判決の既判力と不当利得」谷口還暦『不当利得・事務管理の研究（三）』（一九七二年）二六五頁以下、紺谷浩司「確定判決の無効と詐取（騙取）」『講座民事訴訟⑦』（一九八五年）三六九頁）。ドイツでも古くから議論のあるところであ

る。(Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung, AcP 80(1893), S. 141., Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung, FS für Wach, 3. Bd(1913), S. 1., Gaul, Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, S. 1. usw.)

なお、不法行為に基づく損害賠償請求については次節注(1)参照。

- (3) 大判大正一三年二月一五日民集三卷一号一〇頁、大判大正昭和八年六月二八日新聞三五八一号八頁、大判昭和一五年二月二〇日民集一九卷三三三三二二一五頁。

- (4) 民法七〇五条の適用は任意弁済に限られる(前注(2)六六五頁〔石田〕、松阪佐一『不当利得・事務管理(新版)』(一九七三年)一八〇頁)。という(Singer, Das Verbot Widersprüchlichen Verhaltens (1993), S. 28. は、悪意の非債弁済に関する規定の背後で、矛盾行為禁止原則的配慮の働いていることを指摘する。そうすると、同原則は、まさに不当利得返還請求権の成立に影響を及ぼすのであろうか。

- (5) 請求異議訴訟の提起は、事後の不当利得返還請求に影響を及ぼさない、とされている。これに対し、請求異議訴訟で棄却判決を受けた者が、不当利得返還訴訟を提起することはできない。

- (6) 債権者に暫定的救済を与えたことの均衡上、簡易な救済手段が認められるのである(民事訴訟法一九八条二項の沿革について、鈴木正裕「判決の法律要件の効力」山木戸還暦『実体法と手続法の交錯下』(一九七八年)一六三頁以下、民事保全法三三条の趣旨については、山崎潮『新民事保全法の解説』(一九九〇年)一七六頁以下を参照のこと)。

- (7) 民事訴訟法一九八条二項の給付物返還請求権は、一般に、民法上の不当利得返還請求権(菊井Ⅱ村松『全訂民事訴訟法Ⅰ』(一九六二年)一〇九九頁、竹下守夫「仮執行の宣言」中田Ⅱ三ヶ月編『民事訴訟法演習Ⅰ』(一九六四年)一八五頁、松浦ほか編『民事訴訟法講義〔補訂第二版〕』(一九八六年)四七六頁(上田)、上田徹一郎『民事訴訟法』(一九八八年)四四三頁)又はこれに類するもの(斎藤編『注解民事訴訟法(3)』(一九七三年)二八六頁(小室)、岩松Ⅱ兼子編『法律実務講座民事訴訟編5巻』(一九六七年)一九四頁)と解されている。

- (8) 鈴木・前注(6)一八一頁。

手続終了後の実体的調整に関する一試論(二・完)

（9） 兼子一『増補強制執行法』（一九五一年）五〇二頁。竹下・前注（7）一八六頁。

（10） 小山「判批」判タ六七六号（一九八八年）五四頁。

（11） 民事保全法制定前は、上訴審で満足の仮処分が取り消され、又は本案訴訟で請求が棄却された場合に、民事訴訟法一九八条二項の類推適用が認められていた（小室・前注（7）ほか）。

（12） 満足の仮処分、特に仮の地位を定める仮処分と同時に賃金仮処分が発令されている場合には、取消までの間に労働者（債権者）が労務を提供していることが考えられ、対価関係が生じている可能性もあるからである。

（13） 最判昭和六三年三月一五日民集四二巻三号一七〇頁。別訴で不当利得の返還を求めたものである。

（14） 最高裁判決同様、この返還請求権を不当利得返還請求権とは異質なものと捉えた判決に、浦和地判昭和六二年十二月二八日判時一二七四号一四三頁がある。ここでは、賃金仮払仮処分が上訴審で取り消され、確定した場合に仮処分債権者が右仮払金を返還しなければならないか、が争点となった。同判決は、まず、不当利得に基づく返還請求について、「金員の支払いを命ずる仮処分に基づいて仮処分債権者たる原告から仮処分債権者たる被告に対してされた給付は右仮処分が遡及的に失効したとはいえない以上、実体上右解雇が有効であるか否かにかかわらず右給付に『法律上の原因』がないとはいえない」として否定した。が、「仮処分は取り消されたのであるから、仮執行宣言に基づく仮執行後の原状回復義務を負うに至った」とみるのが相当である。そして、右の原状回復義務は、実体上の法律関係とは関係なく、仮処分の取消しの確定自体によって発生すると解すべきである」と、一九八条二項の給付物返還義務に準じた義務が認められることを明らかにした。ただ、ここでの前提が「仮処分申請を認容した第一審の仮処分完結が控訴審で取消されても将来に向って仮処分の効力を消滅させるにとどまり既往に遡って仮処分の効力を消滅させるものではない」ことにあるのに対し、最高裁判決では、仮処分の取消しにより「仮処分の効果も当初から発生しなかったことに帰し、右給付はその根拠を欠くに至る」と理解されている。これは、とりもなおさず、「法律上の原因」の捉え方の相違である。民法上の不当利得の成否にかかわる「法律上の原因」を、浦和地裁は仮処分自体に、最高裁は実体上の法律関係に見ている。最高裁が、仮処分の遡及的消滅により給付は根拠を失ったとしながらもなお、民法上の不当利得としての理論構成をとらなかったのは、まさに実体権の存否を審理する本案訴訟が

未確定であつたからである。なお、前注(7)で述べたとおり、民事訴訟法一九八条二項の給付物返還請求権は、通常、民法上の不当利得返還請求権と考えられている。この点でも、最高裁や前掲浦和地裁判決の論旨は興味深い。仮処分債権者が本案訴訟で敗訴し、判決が確定した場合には、前掲浦和地裁判決も「仮処分は仮処分制度の目的からいつて遡及的に失効する」としているので、給付返還義務の根拠は、民法上の不当利得に求められることになろうか(仙台地判昭和五六年二月二七日判タ四五一号一〇六頁、広島地裁福山支判昭和五七年八月一七日労働判例三九八号五四頁、東地判昭和六一年一月一二日判時一二一五号一三五頁)。

(15) 竹下ほか座談会『民事保全法の運用と展望』ジュリ臨時増刊(一九九〇年)四五頁以下の議論参照。

(16) 宮脇幸彦『強制執行法(各論)』(一九七八年)三七三頁、兼子・前注(9)二五三頁、大判明治三五年七月二日民録八輯七卷四頁、大判明治三七年二月二日民録一〇輯一八七頁、大判明治四〇年五月二〇日民録一三輯五六五頁、大判大正五年六月一日民録二二輯一一一三頁、大判昭和十四年九月八日民集一八卷一〇五九頁。

(17) 但し、動産の場合、即時取得の余地がある(大判大正四年八月二六日民録二二輯一四一七頁)。

(18) 判例は、債務名義が裁判を経ている場合に限って買受人の所有権取得を認め(大判昭和十一年五月一日新聞三九九三号七頁「仮執行宣言付支払命令」、大判昭和十三年四月二日下民集一七卷六五五頁「確定判決」、大判昭和十六年一月二九日評論三一巻民訴八〇頁「確定判決」、福岡高判昭和三七年四月二日下民集二三巻四号六二九頁)、和解調書や公正証書のように当事者の意思に基づいて作成される債務名義については、執行債権の不存在が競売の無効を招くと考えていた(大判昭和十一年七月一七日評論二五巻民訴四二九頁)。後者のケースに関しては、債務名義作成上の瑕疵(債務名義自体の無効)と内容上の瑕疵(債務名義上の権利関係の不存在・消滅)の違いが明確に意識されていなかったようである(後注(19)参照)。なお、小室直人「競売の公信的効果」小野木・斎藤還暦『抵当権の実行下』(一九七二年)二六六頁以下参照。

(19) 債務名義が無効であれば競売も無効とするのが、旧法下の判例の立場であつた。債務名義なき競売と同視できるからである(大判明治四五年三月一三年民録一八輯一八五頁「公正証書の偽造」、大判大正一五年五月二八日民集五巻七号四三九頁「和解調書の無効」、最判昭和四三年二月二七日民集二三巻二二号三一六頁「仮執行宣言付支払命令の騙取」、最判昭和五〇年

七月二五日民集二九巻六号一一七〇頁〔無権代理人による公正証書の作成〕等。最判昭和五四年二月二二日民集三三巻一号七九頁は、公正証書表示の権利義務関係に実体上の無効原因があるとしても、そのことが請求異議の訴えその他の方法により主張されないまま競売手続が完結した以上、もはや競落人による所有権取得の効果を争うことができない、とする。が、同判決は、公正証書が「有効な作成嘱託及び執行受諾の意思表示」に基づいて作成されたことを前提としており、公正証書の「作成」行為に無効原因があれば、上掲の判例と同じ結論に達した可能性もある。これに対して、当初、有効であった債務名義が後に取り消される場合（例えば、仮執行宣言付判決の上訴審での取消し）、買受人の所有権取得は当然には否定されない（大判昭和四年六月一日民集八巻五六五頁、大判昭和七年六月一〇日民集一一巻一三九四頁、大判昭和十一年五月一八日新聞三九九三三七頁、東高判昭和三年七月二二日下民集一五巻七号一八八〇頁など）。

他方、学説の多数は、無効な債務名義に基づく競売の効力を認めていた（兼子一・前掲強制執行法六八頁、中田淳一「動産執行における執行行為の瑕疵」『訴訟及び仲裁の法理』（一九五三年）二四九頁、三代英昭「無効の債務名義にもとづく強制執行と競落の効果」判タ一五一五号（一九六三年）三五頁以下、岩野ほか編『注解強制執行法二巻』（一九七四年）一七五頁〔丹野達〕など）。

- (20) 任意競売は「権利実行の方法」にすぎず、競売実施機関は権利の実体的判断ができないから、競売完結後も担保権の存否を争うことができる（大判明治四〇年九月二六日民集六一三輯九一五頁、大判（刑連）明治四四年三月六日刑録一七輯二六五頁、大判大正二年六月二六日民集一九輯五一三頁、大判大正八年二月六日民集二五輯六一頁、大判大正十一年二月二六日民集一巻八二二頁、大判昭和三年六月二八日民集七巻五三三頁、大判昭和八年二月二八日民集一二巻三〇〇八頁、大判昭和一〇年八月三一日法学五巻三五一頁、大判昭和十七年二月二六日新聞四七六八号一三頁、最判昭和三七年八月二八日民集一六巻八号一七九九頁、最判昭和四三年二月一六日民集二二巻二二二六頁、富山地判昭和六一年六月二日判タ六一五号一二三三頁）。

- (21) 雑本朗造『判例批評録一巻』（一九一七年）一八二頁以下〔競売許可決定の確定による競落人への設定的な権利移転〕、小野木常「抵当権の実行と債務名義」『訴訟法の諸問題』（一九五二年）一七九頁以下〔任意競売にも債務名義を要すべきとす

る」、山本戸克己「任意競売における競落人の地位」斎藤Ⅱ小野木還暦『抵当権の実行下』（一九七二年）三五七頁〔競売開始決定の送達、異議申立ての機会の保障を前提とする所有権の失権〕など。議論の詳細は、生熊長幸「抵当権の実行としての競売買受人の地位」岡山大学法学会雑誌一九卷一号（一九七九年）一四三頁参照。

- (22) 山本戸・前注(2)三五七頁以下、上田徹一郎「担保権実行のための競売の要件と効果」竹下Ⅱ鈴木『民事執行法の基本構造』（一九八一年）五二三頁、生熊長幸「担保権実行のための競売」新堂Ⅱ竹下編『基本判例から見た民事執行法』（一九八三年）三一七頁、福永有利「担保権の実行」法セ一九八〇年六号六四頁、三宅弘人「買受人の地位」『新・実務民事訴訟講座一二卷』（一九八四年）二九〇頁。

このような考え方に對しては、一八四条が手続上の懈怠をした当事者の手続上の権能を喪失させるのみならず、実体権の得喪を生ぜしめる根拠の説明が十分でないこと、本来、失権効は對裁判所との關係で生じるものであつて、對買受人との關係では生じないことが批判として言われている。

- (23) 中野「担保執行の基礎」『民事手続の現在問題』（一九八九年）四八〇頁以下（買受人保護の法政策的考慮に基づいて、売却の実体的効果帰属要件としての処分授權、執行機關に對する競売債務者の暗黙の授權があつたものと擬制する旨を定めたものと説明される）。同旨、栗田隆Ⅱ下村真美「民事執行法一八四条の適用範圍と判例の動向」金法一三八八号（一九九四年）一四頁（下村）。

- (24) 竹下守夫教授は、「債務者側が一八二条のような手段が与えられているのに競売を阻止しなかつたことにより、買受希望者に對して、正規の手続で買受をすれば所有権を取得できるという一種の外観を作り出したことになり、この外観に對する信賴の保護を定めた」ものと説明される（竹下ほか『民事執行セミナー』ジュリ増刊（一九八一年）六八頁）。これに對し、外観作出につき帰責的なのは、担保権の不存在・消滅にかかわらず競売を申し立てた者であつて、不服申立てをしなかつたに止まる競売債務者に全ての責任を負わせる理由がない、との批判がある。

なお、山本浩美「担保競売における公信力」上智三五卷一・二合併号一三二頁以下は、「公信的效果」との表現がしばしば用いられていたことに着目し、同条を「公信の原則」が発現する一場面として位置づける。

(25) 石川明「担保権の実行としての不動産競売の効果の安定」金法九七〇号（一九八一年）六頁、石川明「民事執行法一八四條の公信的效果」判タ四二五号（一九八〇年）二頁。

(26) 田中康久『新民事執行法の解説』（一九八〇年）四三五頁、中野・執行法三三四頁、山本戸・執行法・二五〇頁。

なお、上田・前注(22)五二五頁以下は「当事者権の保障が充足していなければ、失権はありえないが、当事者権の保障が充足しているからといって、そのことが当然に失権に結びつく……という関係はない」とする。上田教授は、提出責任効の観点から、「買受人との関係で、所有者に担保権の充足を前提として、さらに所有者が買受人との関係で代金納入までに担保権の不存在・消滅を争っておかねばならないという法的地位——実体法上の両者の関係から客観的に判断すべきである——にあると解されるか、すなわち、実体的手続保障要求の充足の有無にかかってくる」と説かれる。実体的手続保障とは、所有者が「実体法上、本来処分権限のない無権利者の無効な処分権を追完しうる地位」にあることを具体的内容とする。所有者が民法九四条二項により善意の第三者に競売の無効を対抗し得ない場合には、所有者の提出責任を判断するにあたり、この所有者・第三者間の実体関係が斟酌されることになる（同五二九頁）。

それでは、送達等の正式な手続によらずして、所有者が偶然に手続の進行を知っていたときは、どのように取り扱うべきか。旭川地裁昭和六二年二月二二日判決は、合意を欠く抵当権の設定後、競売開始決定前に偽造文書により所有権移転登記の抹消を求めて提訴していたことに着目し、次のような判断を示した。「抵当権の本質的内容が換価権能にある点からすれば、右訴訟を提起する者としては当該抵当権に基づく競売手続の開始の有無について無関心であり得る筈はなく、他方、競売手続開始の有無は、登記簿を閲覧しあるいは管轄執行裁判所に問い合わせる等の方法によりきわめて容易に知り得べきものである。これらの点に照らせば、右訴訟を提起した者が、当該抵当権に基づく競売手続の開始の有無ないしその進行に無関心であったか、あるいは前述のような競売手続停止の措置をとることなく放置したか、したために、競売手続が進行して買受人による代金納付がなされた場合には……もはや、その者は競売手続において自己が当事者として処遇されなかったことを理由として、民執法一八四條の効果を争うことは、許されないものと解するのが相当である。」（判時一二八二号一四六頁。もつとも、同判決では、「債務者等においてその責めに帰すべからざる事由により競売手続の開始及び進行を

知ることができず、その後も競売手続の停止・取消を求めるなどの不服申立の手続をとる機会が全く存在しないまま競売手続が進行して完結したというような場合については、同条の効果は及ばないと解する余地もあり得る」との一般論も展開されている。次いで、東京高裁が、偽造文書により真の所有者から所有名義を移した第三者抵当権を設定した事例につき、「競売手続上は当事者等として扱われなかった場合であっても、真実の所有者から何らかの事情により競売手続の開始・進行の事実を知り、若しくは知り得る状況にあつて、競売手続の停止申立て等の前示規定に基づく措置を講じ得る十分な機会があつたということができる場合には、所有者等が手続上当事者等として処遇された場合に準じて、同条の適用を認めるのが相当である」と判示した（東京高判平成元年二月一九日高民集四二巻三三三三五頁）。しかし最近、最高裁は、実体法の見地からは本来認めることのできない当該不動産所有者の所有権の喪失を肯定するには、その者が当該不動産競売手続上当事者として扱われ、同法一八一条ないし一八三条の手続にのっとり自己の権利を確保する機会を与えられていたことが不可欠の前提であるとし、一八四条を適用するためには「所有者がたまたま不動産競売手続が開始されたことを知り、その停止申立て等の措置を講ずることができたというだけでは足りない」との立場を明らかにしている（最判平成五年二月一七日民集四七巻一〇号五五〇八頁〔前掲東京高裁平成元年二月一九日判決の上告審〕）。

右のような事例で一八四条の効果を認めることに、学説は概ね消極的である。そもそも同条が予定していない類型として理解する立場（富越和厚「判批」金法一三九六号（一九九四年）五九頁以下〔同条は「担保権の不存在又は消滅」について例外的に規定するものであつて、それ以外の事由による権利移転障害について規定するものではない、とする〕、上北武男「判批」法教一六六号（一九九四年）一三三頁）、同条が前提とする手続保障との関係で否定する立場（佐上善和「判批」私法判例リマックス一九九一年上一四二頁、田邊誠「判批」民事執行法判例百選（一九九四年）二二二頁）がある。

(27) 山木戸・前注(21)・三七三頁は、比較衡量の内容として、「債務者は既に債務名義の成立に関与したその送達を受けており、かつ、執行手続の過程においてその開始及びその後の追行につき告知され、その手続中に上訴・再審または請求異議の訴及びこれに付随する手続によって執行を阻止しうる機会を保障せられているが、これに反して競落人は裁判所の手続を信頼するほかない地位にある」ことを挙げる。

- (28) 山本戸・執行法二五〇頁、中野・前掲二三〇頁、上田・前注(26)五二六頁、新堂幸司「不動産競売——買受人の地位の安定を中心として——」判タ四一八号（一九八〇年）三六頁、山本・前注(24)一八二頁（公信の原則からの帰結として買受人の「善意・無過失」を求める）など。

最判昭和六三年七月一日民集四二巻六号四七七頁では、第三者所有不動産に設定された抵当権が無権代理により無効であるにもかかわらず実行され、競売を申し立てた抵当権者自身が買い受けた事例において、第三者の所有権喪失を前提に立論されている。但し、本判決は、不動産の所有者が、その売却代金から弁済金の交付を受けた債権者に対して不当利得返還請求権を有するか、を争点としており（この点は、次項の問題である）、一八四条の適用に関する先例的意義は認めがたい。

- (29) 旭川地裁昭和六二年十二月二日判決前注(26)。

- (30) 例えば、中野・執行法一四二頁。

- (31) 山本戸・前注(21)三七三頁。

- (32) 「債務名義の多くは、その成立ないし存続につき債務者が主体的に関与する機会を保障された文書であり、債務者に対する手続保障が強制執行の正当性を支える」（中野・執行法一四〇頁）。

- (33) 担保権実行においては実体上の理由による執行異議や執行抗告が認められ、強制執行に比べて簡易な手続での異議申立てが可能となっている。この点につき、上田・「担保権実行手続における実体上の異議と判決手続の機能分担」金法一〇〇六号（一九八二年）一一頁は、「担保権実行名義の形成手続と担保権実行手続の両者を通して、債務者の手続保障の総量を債務名義に基づく執行の場合と、およそ同等にすることによって、担保権実行名義による実行の正当性を確保するとともに、目的物の買受人の地位の安定を実現することを可能ならしめている」と説明する。同旨を説くのは、中野・前注(23)四七三頁。

- (34) 大判大正四年八月二六日前注(17)。

- (35) 東京高判昭和四八年一月二四日下民集二四巻一—四号四二頁。

- (36) 最判昭和六三年七月一日民集四二巻六号四七七頁。

(37) 前注(38)の最高裁判決に関する判例評釈では、伊藤博「判批」ジュリ九三二号(一九八八年)七〇頁、同「判例解説」曹時四二卷二号(一九八八年)四一三頁、生熊長幸「判批」評論四六三号(一九八八年)四一頁、同「判批」『民事執行法判例百選』(一九九四年)別冊ジュリ二〇八頁、加藤雅信「判批」ジュリ九三五号(一九八九年)七三頁、竹下守夫「判批」判タ六九〇号五二頁、松本恒男「判批」法セ三四卷三号(一九八八年)一二〇頁、山田二郎「判批」金法一二一五号(一九八八年)一一頁。

(38) 最判昭和四二年三月三十一日民集二二卷二四七五頁、最判昭和四九年九月二六日民集二八卷六号二二四三頁。

(39) 広島高裁松江支部昭和六二年六月一〇日判決。土田哲也「判批」法教一〇一号別冊付録判例セレクト一九八八年二二頁も同旨。

(40) 石川明「三木浩一」担保権の不存在と執行手続上の問題点「金法一二〇九号(一九八八年)六九頁、三木「判批」慶応法学研究六二卷九号(一九八九年)一一一頁は、執行債権者、執行債務者のいずれに対しても返還請求権は成立するが、無資力のリスクは債権者が負担すべきである、とする。その他、加藤・「判批」民商一〇一卷四号(一九九〇年)五六六頁以下は、不当利得返還請求権が対執行債権者間で成立することを認めながら、弁済金交付を追認して債務者に対し同請求権を行使することも可能とする。

第二節 損害賠償型調整方法としての通用性

利得返還請求と並んで、手続の不当性を調整する方法には、もう一つ、損害賠償請求がある。請求の相手方となるのは、不当な手続結果をもたらした者、不当執行を申し立てた者であり、場合によっては、不当な判決を下した裁判所、又は不当執行を行った執行機関である。

前者に関しては、民事訴訟法一九八条二項が、仮執行宣言執行時の執行債権者に損害賠償義務を課している。その

法的性質につき、不法行為責任であるか、特別の法定責任であるか、で意見は分かれるが、無過失責任であることに⁽¹⁾は異論はない。⁽²⁾ 他方、不当仮処分の場合には、過失責任主義がとられている。⁽³⁾ また、判例は、確定判決を騙取した行為の不法行為性を認め、前訴訟で敗訴した被告に、原告に対する損害賠償請求を許す。⁽⁴⁾ 第三者所有物を差し押さえた債権者の不法行為責任を認めた判決もある。⁽⁵⁾ しかし、過誤配当事例では、後順位抵当権者が先順位抵当権者の債権届出がなされていないことを知りながら配当を受領したとしても、そのことだけでは不法行為を構成しない、としている。⁽⁶⁾

後者は、国家賠償請求⁽⁷⁾の形をとることになる。最高裁は、競売申立後に目的不動産を買い受けた者が第三者異議訴訟を提起しなかったため所有権を喪失した事例において、「執行処分により自己の権利を害される者は、まず民事執行法上の手続によりこれを是正すべきであり、これを怠ったため損害が発生したとしても、執行裁判所みずからその処分を是正すべき場合等の特別の事情がある場合でない限り、その賠償を国に対して請求することはできない」と判示した。⁽⁸⁾ これがリーディングケースとなり、その後も、異議申立ての懈怠により自ら不当な手続結果を招いた者からの国家賠償請求は認められていない。⁽⁹⁾ 国家に過失がある場合であっても、同じ論理が妥当する。⁽¹⁰⁾

さて、これまで用いてきた考察方法によれば、第一段階で調整請求権の成否、第二段階では同請求権行使の当否が審査されることになる。不法行為法のよる調整にあつては、それぞれ不法行為の要件充足、損害賠償請求権行使の当否を分けて考えなければならない。このような観点からは、判例等に見られる理論構成はほぼ正当であるように思われる。例えば、確定判決の騙取者の不法行為責任を認めた最高裁判決では、⁽¹¹⁾「判決が確定した場合には、その既判力

によって右判決の対象となった請求権の存在することが確定し、その内容に従った執行力の生ずることはいうをまたない」としながらも、①「その判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為又は不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為をおこない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合」には、②「右判決が確定したからとって、そのような当事者の不正が直ちに問責しえなくなるいわれはな」い、と説示する。このうち、①は不法行為の要件論であり、②は請求遮断の可否を問題としている。また、国家賠償請求事例では、「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけのものではない」、として一見、「違法性」の要件から請求を排斥するかのような判決が見られるが、他方では、先述のとおり、異議申立ての懈怠という事情を重要視し、裁判官の故意・過失や違法な行為について審理するまでもなく、「請求することはできない」と結論づける判決もある。⁽¹³⁾ 仮にそこでは損害賠償責任の成立要件が充足されているにもかかわらず、請求が認められないのであれば、本稿の視点からすると、手続法上の手段を利用せずに不当な手続結果を生ぜしめた事実が、行使の可否の判断にあたりマイナスに評価された結果と説明することができるであろう。

(1) 詳細は、鈴木正裕「判決の法律要件の効力」山本戸還暦『実体法と手続法の交錯下』（一九七八年）一六二頁以下参照。

(2) 大判昭和十二年二月二三日民集一六卷一三三頁。

(3) 最判昭和四三年十二月二四日民集二二卷一三三号三四二八頁。

- (4) 最判昭和四四年七月八日民集二三卷八号一四〇七頁。
- (5) 最判昭和三〇年一月二五日民集九卷一二号一八五二頁。
- (6) 仙台高判平成三年三月二二日（第三章判例⑥）。
- (7) 国家賠償法が裁判官の職務行為にどの範囲で適用されるか、については、争いのあるところである。（議論の詳細は、古崎慶長『国家賠償法』（一九七一年）二六五頁以下、同『国家賠償法研究』（一九八五年）四六頁以下、同『国家賠償法の諸問題』（一九九一年）一五六頁以下及びこれらに引用されている文献を参照のこと）が、一般に、司法権も当然に同法一条の「国又は公共団体の公権力」に含まれると解されている。ただ、判例は、一旦確定した判決に関して、「特段の事情」（最判昭和四三年三月一五日判時五二四号四八頁）、具体的には、「裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情」（最判昭和五七年三月一二日民集三六卷三号三二九頁）がない限り、裁判官の行為に違法性はない、と事実上適用を制限する。このような判断の根底には、手続中上訴などの不服申立方法が用意されている以上、これらを用いて裁判を正しい方向へ導くのは当事者である、との訴訟観があるように思われる。だからこそ、裁判官が積極的に誤判を招いた場合を除いては、原則として国家賠償責任は生じないのである。後注（8）の最高裁昭和五七年二月二三日判決は、まさに、この点を明らかにしたものと理解したい。なお、当事者が不服申立方法を利用しなかったことに対する法的評価については、後注（9）参照。
- (8) 最判昭和五七年二月二三日民集三六卷二号一五四頁。本判決を前注（7）で紹介した判決（最高裁昭和四三年三月一五日判決、最高裁昭和五七年三月一七日判決）との関係でどのように位置づけるか、については意見が分かれる。司法制度の本質に由来する制約から国家賠償法の適用を制限したと捉えるか（古崎・「判批」民商八七卷四号六二二頁、浅生重機「判例解説」曹時三八卷四号一二二頁など）、同法の適用を前提とし、第三者異議訴訟の不提起という事情を、職務行為の違法性を判断する上で考慮したにすぎないと見るか、である。しかし、後述のとおり、本判決のポイントの一つは、「違法性」についての言及がないことにある（後注（9）（13）参照。）また、事実上はともかく、国家賠償法の適用に正面から制約をかける趣旨とも読むことができない。

(9) 東京地判昭和五八年二月二三日判時一一〇九号二二頁、東京地判平成三年一月二四日(第三章判例③)、津地判平成三年三月一四日(『逐条民事執行に関する国家賠償判例総覧(上下巻)』法務省訟務局民事訟務課職員編(一九九三年)七六事件)など。例外的事情が認められたのは、福島地裁いわき支判平成二年一月一六日判時二三七三号二二頁。

なお、昭和五七年二月判決以前にも、被害者が不服申立方法を利用しなかったことを重視して、国家賠償責任を否定する判決がいくつか存在する。手続内での不服申立によつてのみ、手続の違法を主張すべきとする極端な国賠法適用否定説に立つ判決も見られるが、多くは、不服申立方法が講じられている以上、特別の事情がない限り、「違法な行為」が存在しないと判断していたようである(詳細は、法務省訟務局『裁判官の職務行為と国家賠償責任に関する裁判例の研究』(一九八二年)参照)。

(10) 鹿児島地判昭和五九年二月二六日判時一一四五号一一七頁。

(11) 最判昭和四四年七月八日民集二三卷八号一四〇七頁。

(12) 最判昭和五七年三月二日(前注(7))。

(13) 最判昭和五七年二月二三日(前注(8))では、従来の判例と異なり(前注(9)参照)、国家賠償請求権の成立要件についての言及がない。「国家賠償法の解釈に新しい視点を導入した」判決(浅生・「判批」ジュリ七六六号(一九八二年)七三頁)と評価される所以である。

第三節 小 括

以上、過誤配当事例以外で実体的調査が求められる場面を取りあげ、本稿の視点からの考察を試みた。いずれの問題も独立した研究の対象とされているものであるため、ここで安易に確定的な結論を出すことは控えるが、解決のための方向を示すことはできたように思う。すなわち、利得返還型では、手続の失権効または実体的確定力を「法律上

の原因」から切り離すことで、手続保障論に惑わされることなく、不当利得要件論を展開することができる。不当利得の各要件が充足されるか、はあくまでも財貨帰属法則により客観的に確定したうえで、具体的事情は、成立した請求権の行使が信義則上許されるか、を考える際に斟酌するのである。このような手法は、損害賠償型調整方法にも妥当する。もつとも、損害賠償型においては、従来より、不法行為の要件プラス請求権行使の妥当性という二重の審査を経た後に、被害者の請求が認められていた。不法行為では、不当利得法における「法律上の原因」のように、調整請求権の成否のレベルで手続的事情を考慮する余地がそもそも存在しなかったためであろう。⁽¹⁾しかし、いずれにせよ、失権効を権利行使の制限として位置づけることで、利得返還型調整方法も、損害賠償型調整方法と同じく、要件充足による請求権成立と信義則による行使制限、との理論構造で説明できるようになる。ここに、本稿が最終的に目指した実体的調整方法の統一的把握が可能となるのである。

もつとも、実体的調整が必要な事例は、本稿で取りあげたものに限らない。⁽²⁾先の考察方法に通用性が認められることを実証するためには、さらに実験的考察を積み重ねる必要がある。したがって現段階では、考察方法の通用性は、前章及び本章で考察した事例の範囲内に限って認められることになる。

(1) 手続懈怠が被害者側の「過失」と評価される余地はあろう。その場合、過失相殺の形で損害賠償請求権の成否に影響を及ぼすことは考えられる。なか、Singer, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens* (1993), S. 28. は、悪意の非償弁済と同じく（本章第1節注（4））、過失相殺制度の背景にも、矛盾行為禁止原則的な価値判断があることを指摘する。仮に過失相殺が請求権レベルで「相殺」的に機能するのではなく、過失そのものの存否に関係するものとすれば、既に制度化されているとは言え、信義則に基づく権利失効が権利行使の制限にとどまらず、権利の成立自体を脅かしていることになる。検討が必要

である。

(2) 本稿は、混乱を避けるため、実験的考察の範囲をさしあたり執行過誤事例に限定した。関連問題については、できるだけ前章及び本章の注で触れたつもりであるが、十分とは言えない。とりわけ、利得返還型調整の検討を中心とする本稿では、損害賠償型調整の全てをフォローすることができなかった。しかし、手続終了後に損害賠償型調整を必要とする場面は非常に多い。執行手続のみならず、判決手続、さらには行政手続、刑事手続に至るまで、不当手続の調整大抵、国を相手どった国家賠償請求の形で問題となる。本稿で採用した考察方法がそのまま全ての事例に適用するとは考えないが、いずれの手続であっても、前の手続で当事者が何を申述し、どのような証拠を提出したか、手続保障は十分であったか、相手方は手続の不当性を知り得る状況にあったか、との観点がキーとなるように思われる。この点については、別の機会に論じることとする。

第五章 結 語

本稿では、手続終了後、不当な手続結果が当事者間で、又は手続外の第三者との間でどのように調整されるべきかを考えてきた。対象を執行手続に限定したのは、手続の不当性に関する争いの大半が最終手続たる執行段階へ持ち込まれ、或いはそこで生じるからである。例えば、前段階である判決手続の結果に関する不当性(代表的なものとして、不当認定判決や騙取判決、判決後の権利変動)に対しては、請求異議訴訟が提起されるであろうし、配当の不当性は配当異議の申出及び同異議訴訟により処理される。その意味で、執行手続における異議申立て制度は、手続の不当性を手続内で除去する最後の手段である。手続で是正されなかった結果だけが、実体法の領域で、不当利得法ないし不法行為法による調整を受ける。そのような理由で、手続終了後の実体的調整は、多くの場合、執行手続の結果を対象

としているのである。

適法に完結した手続の結果をできるだけ維持しようとする立場がある。紛争の蒸返し防止という手続経済の観点から、或いは国家手続として手続利用者の信頼を確保するために、また、異議申立ての機会を与えられながら手続の進行を拱手傍観していた者への制裁として、手続終了後の調整を許さない。失権効の作用と説明される。しかし、失権効は不利益を被る者への十分な手続保障を前提とするため、同人の異議申立てが期待できない状況であれば、失権しないことになる。その一方で、できるだけ実体権を尊重しようとする立場がある。本来、手続は実体権を実現する手段にすぎないから、手続要請から実体権が修正を受けるのは本末転倒である、と考える。よって、手続により自己の権利が害された者に、手続終了後、利益を受けた者に対する不当利得法上の調整、場合によっては、不法行為を理由とする損害賠償請求まで認める。但し、不当手続の原因が本人にある場合には、そのような請求を許さない。信義則に反するからである。

右のような立場の違いは、しばしば手続法論理と実体法論理の対立と表現されてきた。換言すれば、手続安定のために失権効で実体権を切り捨て論理と手続結果を覆しても実体権の貫徹を目指す論理の対立である。しかし、両者はそもそも対立関係にあるであろうか。確かに、手続に関係のない場面での実体権行使は基本的に自由である。が、全く制約を受けないものではない。信義則違反や権利濫用に該当する場合には、たとえ権利を有していても、それを行使できないことがある。他方、手続法上の失権効に目をやれば、具体的な事情を考慮せず、基準時を境に一切の事後的請求を遮断するタイプは、もはや見あたらない。手続ごとに程度の差はあるにせよ、大抵は、より柔軟に作用し

ている。さらに、失権効の根底に或る種信義則的なルールが流れていることは、近時の既判力論でも意識されている。そのようなルールが民法一条二項の信義則と同質であるか、はしばらくおくとしても、右に挙げた二つの論理が必ずしも全面的に対立するものでないことは明らかである。正当な理由なく、権利行使の機会を奪うことは許されないが、正当な理由なく、他人を害するような権利行使も認められない。この点で、両論理は決して対立しないのである。互いの極端な部分ばかりを強調して攻撃し、手続の安定が重要だ、いや実体権を尊重すべきだ、と議論したところで、何も得られはしない。むしろ、手続法上の失権効と信義則による権利行使の制限は作用場面や範囲においてどの程度の共通性を有するのか、を見極める作業が必要である。

従来、実体法学は、失権効、遮断効と聞くと、アレルギー反応を起こしたかのように初めから受けつけず、逆に手続法学では、あたかも中毒であるかのように、実体的法律関係との不整合を失権効で全て強引に説明しようとする傾向が見られた。手続終了後の実体的調整の可否を考えるにあたっては、まず、これら実体法学の失権効アレルギー、手続法学の失権効中毒を克服しなければなるまい。本稿では、実体法学側から手続法上の失権効を積極的に受けとめて観察し、実体法論理に馴染むよう咀嚼する作業を行ったうえで、手続終了後の実体的調整に関する具体的問題の検討に入った。しかし、副題にあるとおり、失権効の位置づけを含め、本稿で採用した考察方法は、未だ試論の域を出ない。今後、さらなる「実験的考察」の積み重ねによる、仮説の検証作業が残されているのである。

(終)