

競売不動産上の権利と負担の取扱い

——消滅するものと引き受けられるもの

不動産執行—民事手続法解釈学の宝庫を開いて—

遠 藤 功

§ 1 現行日本法の立場

1 売却条件

不動産の強制競売・担保競売における強制換価としての売却の成立・効力に関する条件を売却条件という。

一般取引での当事者間の相対の売買では、当該不動産の上に存する担保権や用益権の消長および代金等については当事者の契約により自由に定められるが、強制換価においてはそれが制限されるし、競売特有の要因も在って、売却条件が法定されている。強制換価としての売却では、その性質上、売買の内容を契約当事者の自由な交渉による個別的決定に任せることは、特別売却条件を除き原則として認められない。どのような条件で買受け申出や不動産の所有権の取得を許すかを定型的に定め、買受申出人はそれに応じて代金額を申し出るものとする必要がある¹⁾。

売却条件は、強制換価としての売却において、買受人が不動産の所有権を取得するための要件でもある。民事執行法（昭和54年・1979年3月30日公布、昭和55年・1980年10月1日施行）は、不動産の強制競売における売却条件として、すべての競売手続に共通な法定の法定売却条件（民執53条・59条・60条・61条・75条・78条—83条）と各個の競売手続につき利害関係人の合意で定められた特別売却条件（民執59条5項）を規定する。そのほか、買受申出人は保証を提供しなければならないこと（民執66条）、債務者は買受の申出をすることができないこと（民執68条）も売却にかかわる条件である。

法定売却条件は、①売却基準価額によって定まる買受可能価額（民執60条3項）、②不動産上の担保権・使用収益権（用益物権、賃借権など）等の処遇（民執59条）、③法定地上権（民執81条）、④個別売却の原則と一括売却の制限的許容（民執61条）、⑤売却代金の支払と買受人の所有権取得（民執79条）などについて定められている。

これらの売却の条件に関する規定は、民執81条・執行＝法定地上権の規定を除いて担保不動産競売に準用される（民執188条²⁾。現実の不動産の競売の多くは担保不動産競売で、それも抵当権の実行としての競売である³⁾。不動産は、その資産価値の大きさと安定性によって債権回収の最も重要かつ確実な手段となっている⁴⁾。また、担保不動産収益執行の制定（民執180条2号、平成15法134改正）に見られるように、不動産は使用収益価値も大きい。それゆえ、不動産執行は、民事執行全体の中核に立つ⁵⁾。

特別売却条件は法定売却条件の一部、とくに前述の②に関して利害関係人の合意で変更したものをいう。

本稿では、②の売却に伴う不動産上の担保権・用益権等の権利の処遇に関して論究してゆきたい。

2 民事執行法の売却条件に関する規定の概要

民事執行法（昭和54年法4・昭和55年10月1日施行）施行前の旧民事訴訟法（明治23法29・明治24年1月1日施行、改正：大正15法61、昭和23法149、昭和54法4・法5等）は、不動産の強制執行と強制管理については、プロイセンの「1883年不動産強制執行法」（Gesetz vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen）を模範とし、強制競売においては、同法22条にならい、旧民訴649条が剰余主義を採用し、消除主義と引受主義を併用していた。現在、ドイツ「強制競売強制管理法」（Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung i. d. F. der Bekanntmachung v. 20. 5. 1898, 以下ZVGと略記する）は引受主義と剰余主義が結合している⁶⁾。

強制執行は、異別の衣裳を身につけた財貨取引法であり、強制が意思の自由に代わるだけであって、国民経済的にみれば経済生活の連鎖の一環なのであり、経済諸原則に従った執行形態が要請される⁷⁾。

民事執行に依って、実体法の定めに従って民事上の権利として保障された利益が与えられねばならない。もちろん、当該の権利につき、どのような執行手段を認めるか、執行の実施によりどのような成果を与えるかなどの決定は、執行法の理念と目的に適合することが要求される。立法政策として、剰余主義、消除主義、引受主義をどのように採り入れるべきかは、憲法や民商法等実体法はじめ諸法規範と取引の実態における合理性を正確に踏まえて判断されるべきである。適正・迅速な執行により、権利保護の実現と債務者保護・債務者更生に適する売却条件を決定することが必要である⁸⁾。

民事執行法は、競売不動産上の担保権について、民執59条1項・4項の規定によって、その種類に応じて消除主義と引受主義を併用し、受益権については、民執59条2項の規定によって、差押債権者や消滅する担保権者などに対抗できるか否かによって、引き受けられる権利と、消滅させられる権利とを区別している。

昭和54年・1979年の民事執行法制定の際には、従来の取扱いをそのまま引き継ぐほうが競売の実務に衝撃を与えないですむこと、消除主義を原則とするほうが買受人を得やすい事情や、裁判所・実務界が消除主義を歓迎していることなどが配慮されたといわれる⁹⁾。

3 民事執行法の立場—消除主義・引受主義の併用と剰余主義の間接的保障

(1) 民事執行法は、59条において、不動産の競売による売却により消滅する権利あるいは買受人が引き受ける権利については、不動産質権の処遇を除いて、旧旧・旧民事訴訟法と競売法（明治31法15）時代の実務の取扱いどおりとし、その内容を明確にした。すなわち、剰余主義の間接的保障のもとに、先取特権、抵当権については消除主義を採り（民執59条1項）、不動産上の留置権と使用・収益をしない旨の定め（民法359条）のない最優

先の不動産質権については引受主義を採る（民執59条4項）が、それ以外の質権は、消除主義を採ることを明らかにしたのである（民執59条1項・4項）。民事執行法は、その成立・施行まで無条件に引受主義の採られていた質権の大部分については、先取特権や抵当権と同じく消除主義を採ることとし、そして引受主義の採られる不動産質権をきわめて限定する取扱いが打出されている。また、売却により消滅する権利・差押え仮差押えに對抗できない権利または仮処分の執行は、旧法時の解釈と同様に、売却により消滅または失効することを規定し（民執59条2項・3項）、従来解釈によって補われていた点についても明文化している¹⁰⁾。

無剰余の場合の措置として、民事執行法は、剰余主義を、採用してはいるが、貫徹していない。たしかに、執行裁判所は、強制競売と担保競売を問わず、売却基準価額（民執60条1項）によって定まる買受可能価額（売却基準価額の80%以上、同60条3項）をもって差押債権者の債権に優先する債権と手続費用を弁済して剰余を生じる見込みがない場合は、差押債権者にその旨を通知しなければならないが、通知を受けた差押債権者が差額負担の申出や保証の提供など所定の措置をとらないときは、執行裁判所は競売手続を取り消さなければならないと規定する（民執63条1項・2項・188条）。この民執法63条の規定により、不動産上の担保権については、売却によって先順位権利者を害してはならないとする剰余主義の間接的な保障がある。また、平成16年・2004年法152改正により、差押債権者が不動産の買受人となることができない場合に差額負担の申出や保証の提供をせず、無剰余でないことまたは優先債権者の同意を得たことを証明しないときは（民執63条2項2号）、差押債権者は売却不許可事由としての買受けの資格・能力を欠く者に該当し（民執71条2号）、売却は不許可になる。とはいえ、民事執行法の立法にあたっては、剰余主義を宣言し剰余主義違反を競落不許可事由としていた旧民事訴訟法649条1項の規定は意識的に受け継がれなかった¹¹⁾。抵当権など担保競売について剰余主義を否定してきた旧競売法下の実務の取扱いを修正しつつ、温存したためである。ちなみに、

競売法には、旧民事訴訟法649条の（任意）競売への明文の準用規定が存在しなかった。旧法当時の裁判例は剰余主義の根拠を、無益執行の排除に求めたり、または無益な競売の避止と差押債権者・優先権者・公益の保護にあるとした¹²⁾。ちなみに、旧民事訴訟法649条1項は、「差押債権者ノ債権ニ先タツ債権ニ関スル不動産ノ負担ヲ競落人ニ引受ケシムルカ又ハ売却代金ヲ以テ其負担ヲ弁済スルニ足ル見込アルトキニ非サレハ売却ヲ為スコトヲ得ス」と規定していた。

この剰余主義についての消極的立法には、担保権に関して売却の結果無剰余であったとしても、執行債権者保護の目的と、競売に要する費用、時間、手数を考慮し、最高価買受申出人が決定され彼の支払う売却代金をもって手続費用と優先債権の全額を弁済するのにいささか不足というだけの理由で売却を不許可にすることができないという価値判断が先行した経緯がある¹³⁾。

用益権については、差押債権者に対抗できる場合でも、売却により消滅する抵当権に対抗できないものは消滅すると規定し（民執59条2項）、剰余主義を排している。

しかし、実体法上の優先権や競売不動産の所有者である債務者の生活利益に関する権利を競売手続で侵害してはならない。主に優先権保護のため、平成16年・2004年、民事執行法63条1項と同条2項の改正が施された（平成16法152）。無剰余措置の欠缺は競売手続の開始・続行をすべきでない（民執71条1号）として、不動産買受人たる資格・能力を欠く（民執71条2号）として、または、売却手続の重大な誤り（民執71条7号）として売却不許可事由と解され、事態によっては、損害賠償請求等による実体的調整が必要となる。

売却条件に関しても、競売不動産を換価・売却するために、競売手続の準備として、執行官による当該不動産に関する現況調査報告書（民執57条・民事執行規則29条・31条3項）、当該不動産についての評価人による評価書（民執58条・民事執行規則30条・31条3項）、裁判所書記官の作成

による物件明細書（民執62条）のいわゆる3点セットが当該不動産に関する占有・事実状態、権利関係を正確に伝えていることが要求される。

(2) 残余主義の根拠・目的をめぐる日本の学説の状況

この問題は日本では、まず、母法となったドイツ法を題材として議論されている。

- (a) 第1説は、昭和55年・1980年10月1日廃止前の旧民訴法中の不動産執行に関する規定の模範となった1883年プロイセン不動産強制執行法がその草案理由書において、残余主義を実体法に基礎を置く原則であるとし、ドイツ強制競売強制管理法・ZVGがその第一草案理由書において、不動産競売は執行債権者の権利に優先する諸権利を害さないようにしてのみ実施することが許されるとする原則の下に、残余主義を物権の本質に根ざすものであるととらえていることを重要視し、残余主義は、実体物権法秩序の要請であって、単なる執行法上の合目的的考慮にもとづくものではなく、競売申立債権者は自己の権利に優先する債権者の権利をすべて decken（カバー・補填）する条件でのみ行われるべきという原則である、と説く¹⁴⁾。
- (b) 第2説は、残余主義が支配的な原則で、それにより、優先権の保護と消除主義・引受主義との併用による合理的な解決を説き、現行民事執行法における通説的見解と同一の立場に立って総ての債権者の請求権を満足しないときの競売の効力を検討する¹⁵⁾。
- (c) 第3説は、無残余執行を執行申立債権者の権利よりも優先順位に立つ権利に対する侵害であるとし、残余主義は侵害者に対する物権の一般的効力としての物権的請求権に基礎を置くもの、と説く¹⁶⁾。
- (d) 第4説は、残余主義は、プロイセン不動産強制執行法が、不動産金融と抵当制度の発展によってもたらされた破産的競売から更生的競売への転換を支える引受主義の採用にあたり、危惧された手続遅滞等の弊害を避けるために最低競買申出価額の制度を導入したことに伴い、引受主義から分離した原則にすぎない、と説く¹⁷⁾。

第1説、第2説および第3説は売却条件を実体法秩序にできるだけ適合させようとする理論であり、もっともなことであり、傾聴に値する。

第4説は、1883年プロイセン不動産強制執行法の立法の前史および不動産金融の動向を克明に分析し、つぎの結論を得ている。① 当時、土地債務の成立があり、また抵当権の流通性が高められ、その結果として抵当権の安全性、確実性が強く要請され、先順位抵当権者の保護が図られる必要があった。そこで、差押債権に優先する権利の保護を図るとともに、それと並んで、② 当時、消除主義の下で一旦競売手続が開始されれば、当該不動産についての破産的競売となり、当時の新しい投資手段としての株式投資等において不動産に投下された全資本が一時に回収されて、不動産の経営が一挙に破綻してしまうことになり、不動産の価額も低下することが出来る。執行債務者である不動産所有者の利益を保護するためには、このような破綻を回避しなければならない。破綻回避を達するには、剰余主義の採用のみでは実現できず、引受主義の採用こそ必要とされる。①、②の事情を背景に1883年のプロイセン不動産強制執行法とその後のZVGの立法は、破産的競売から、「更生」的競売への移行したものであるとみることができると把握する。そのうえで、第4説は、プロイセン不動産執行法とその後のZVGの立法にあたり、①の点が強調され、②の点が影をひそめたため、ドイツの学説も①の差押債権者に優先する債権者の保護を剰余主義の根拠としている、と説得的に、第1説及至第3説が生まれる背景を明きらかにする。

思うに、1883年プロイセン不動産強制執行法制定に際して土地所有者側が消除主義から引受主義への転換を強く要求していたので、かつ、現行ZVGのもとで、引受主義採用の結果、競買申出人は手続費用の額と「最低競買申出価額」(geringstes Gebot)を超える「最高価競買申出価額」(Meistgebot)との差額を現金で決済するだけでよいと解されているので、剰余主義が引受主義から分離し発生したと分析・表明する第4説の見解は、経済生活の連鎖の一環として経済諸原則に従った執行形

態を探究することに適し、有益な教示を与える。

現行法に関して、剰余主義を、筆者は、実体法秩序の尊重、権利保護の実現、優先権者の保護と、債務者の保護・更生をはかり、具体的には、売却基準価額に投影されるものとして理解したい。日本の民事執行における典型的債務者像は、複数の債務をかかえ、債務超過ないしそれに近い資力の乏しい状態にあること¹⁸⁾を考慮すると、尚更である。

(3) ドイツにおける「最低競買価額」の制度と剰余主義の関係について

ドイツにおける最近の文献をたよりに、剰余主義について考察する¹⁹⁾。不動産の通常の売買では条件は契約相手を通して取り決められるし、法律（民法など）が条件を補完する規定をもっている。一方、不動産の（強制）競売において条件は、債務者の保障された利益を損なってはならないこと、および債権者や関係者の利益を顧慮して定められなければならない。

(ア) 「最低競買価額」の意義および範囲

ここで、ドイツ強制執行・強制管理法（Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 i.d.F.d. Bek. vom 20.5.1896, ZVG）上の最低競買価額制度を考察する。あわせて、剰余主義との関係についても観察したい。

剰余主義は優先順位にある債権者の保護を実現させる。すなわち、執行申立て債権者に優先する権利は執行によって決して侵害されるべきではない。

買受申出人の付け値〔競買申出価額〕は、最低でも、執行債権者の請求権に優先する権利および執行費用を償却（カバー）するに足るほどの額でなければならない（§44 Abs.1 ZVG 最低競買価額）。

引受主義によって、執行費用の額（正確には§49 Abs.1 ZVG）および最低競買価額を超える最高価競買申出の部分のみが現金で支払われなければならない（§49 Abs.1 ZVG 現金支払価額）。強制競売では、その値を付ける場合、現金支払価額のみで行われる。

注目すべきは、最低競買申出価額は、つねに、執行に参加している最

優先の権利をもつ債権者に合わせていることである。たとえば、不動産について、1番抵当権者甲が20,000ユーロ、2番抵当権乙が15,000ユーロ、3番抵当権者丙が35,000ユーロの各債権を有し、手続費用が2,000ユーロ、§10.Abs.1 Nr.1-3 ZVGの等級による請求権が1,500ユーロの場合、丙が競売を申し立てたとする。この場合、最低競買価額：38,500ユーロ、最低現金支払価額：2,000+1,500=3,500（ユーロ）、第三者丁が5,000ユーロで買受けることを申し出ると、彼が35,000ユーロを引き受けねばならないことは明白で、売却価額が事実上、40,000ユーロの値に達する（ただし、引受主義の適用がある）。同じ場合において乙が競売を申し立てたとすると、甲の抵当権の被担保債権額が最低競買価額に当たる。そうすると乙と丙の権利は消滅することになるので、この両者はすべての利益を高い最高価競買価額（の申出）について有することになる。緊急の場合には、少なくとも不動産の価値増加の機会を保つために、丙自らが不動産を競り落とすことが生じる²⁰⁾。

最低競買申出価額は手続費用および執行を申立てた債権者に優先する債権を合計したものが含まれる (§44 ZVG)。具体的には、手続費用 (§109 ZVG)、執行申立債権者の土地管理費 (§10 Abs.1 Nr.1 ZVG)、農林業地のための被用者の当期および最後の1年の延滞給料 (§10 Abs.1 Nr.2 ZVG)、土地の公課の過去4年間の未済額 (§10 Abs.1 Nr.3 ZVG)、執行申立債権者に優先する土地上の権利に基づく請求権（土地担保権によって担保される債権） (§10 Abs.1 Nr.1 ZVG, §11 Abs.1 ZVG) などである²¹⁾。

(i) 売却条件

競売は関係人および第三者へ効果が及ぶゆえに、競売の条件と効力は法律によって定められている (§44 ZVG 以下)。その変更は可能である (§59 ZVG)。

個々に法律上、売却条件が、買受人と関係人の権利と義務、すなわち、競売対象の範囲 (§55 ZVG)、危険負担 (§56 ZVG)、使用賃借人およ

び用益賃借人に関する法的関係 (§§57 ZVG 以下) を調整している²²⁾。

不動産売却条件として考慮されるのは、①執行債権者に優先する債権者および手続費用の保護、②不動産の不適正な廉価な売却などからの債務者の保護、③多数一般人の競売参加を可能とすること、という3つの事柄である。最低競買価額の制度は、おもに①の考慮に基づくものである。②、③の考慮に基づくものには、おのおの、最低買受申出価額、現金支払価額の制度である²³⁾。

売却条件には最低競買価額に関する諸規定が割り振られている。個々の場合にあってはまる競売条件は競売期日において確定され、読み上げによって告知される (§66 IZVG)。

(ウ) 剰余主義が生まれる背景

ドイツ普通法および大半の地方特別法の時代においては、いわゆる消除主義が行われていた。消除主義においては、差押えにより不動産に付着している負担がすべて消滅し、買受人はすっかり負担のない不動産を取得する。その結果、物権的権利者は売得金に目をつけるように押しやられることになる。このシステムに対しては、19世紀の60年代から批判が目立ってきた。その批判としては、順位秩序に内在する優先順位主義に違反するという批判である²⁴⁾。

批判は次のことに基く。競売を実施している債権者の競売が彼よりも順位が良い債権者をその権利から押しのけることを認める場合、前者が後者に課す強制、すなわち、十分な売得金のときでも、後者が資本を支払期限の終期のまえに回収しなければならないという強制は、経済的合理性に合わないと思われ、また、不十分な競買入札申出による (不) 利益のときは、結局、出資者がその不動産までを買い受けなければならないという強制的事態が必然的に生じ、この事態は、競売実施債権者が競売リスクを高順位債権者に代替不能な不適正な移転をするものと認められたからである。それに加えて、全最高価申出価額を現金で支払わねばならないという強制が、財力のある買受申込人の層を狭め、不

動産競売を窮屈にする状況が発生した。

上述の事態・状況をまえに発生した批判は、1875年の第12回ドイツ法律家会議²⁵⁾で強まり、決定的となった。すなわち、競売による落札は執行申立て債権者に優先するすべての権利を補償すること、執行を申し立てていない先順位債権者に損害を与えないこと、競売の危険は公平に、執行を実施する債権者が負担することから始まること、執行の危険は同順位の債権者が分かち持ち、後順位からより後順位の債権者が負担することになったうえで法発展が行われたのである²⁶⁾。

(㊦) 剰余主義の意義および最低競買価額制度との接合

剰余主義は、かくして、競売に際して最低競買価額が許可される方法においてのみ遂（実）行されることを認める（不適法による却下，§71 Abs.1 ZVG；競落不許可，§83 Nr.1 und 6 ZVG）。すでに言及したように、最低競買価額は、競売を進行している債権者間の序列順位によってのみ決定される。すなわち、その額は執行債権に優先する請求権の総和に従って金額が定まる。競売不動産の価値には最低競買価額のコ額は全く関係がない。不動産の価値よりもかなり低い価額での競売に対して保護するものでもある（§§74a, 85, 85a ZVG, §765a ZPO²⁷⁾）。

（強制）競売にとって、強制競売・強制管理法における剰余主義が本質的で重要である。剰余主義は、競売が執行を申立てた債権者に優先する権利を保護することを条件にしてのみ遂行されるべきであることを意味している²⁸⁾。

剰余主義の現実の姿は、競売法制のなかで、広義では、剰余主義によって、買受人が執行債権者に優先する不動産担保権を現金でカタをつけ、決済せねばならないところであるが、引受主義のもとでは、買受人は執行債権者に優先する諸々の権利の総額を、売却代金に算入して、諸々の権利の総額を差し引いた売却代金を引き受ける必要があり、それでよい。より良い順位の物権的権利の絶対的効力および、買受希望者層を拡大するという期待が立法者を、剰余主義を引受原理として導入する気にさせ

た、と考えられる。そのために、最低競買価額制度の設置を必要としたのである²⁹⁾。

以上考察したように、剰余主義はだれが現実の競売において補償されねばならないか、すなわち、具体的事件においてだれのどのような利益が保護される必要があるのかを決するものである。また、剰余主義は、執行申立て債権者に対して§10 ZVGの順位において先行する請求権が必ず、競売の売得金によって保障されることを要求する。法律は剰余主義が最低競買価額制度において実現されることを規定し (§44 ZVG)、剰余主義の原理は、剰余主義が最低競買価額(制度)に吸収・受け入れられたことによって、最低競買価額のなかに具現され、最低競買価額に組み入れられた支払いにより償却されない不動産に付着する物権的権利が差押え後も不動産の負担として存在する (§52 Abs.1 Nr.1 ZVG)。すでにそれらの権利から支払期限のきた反復的給付および執行費用並びにその他の請求権 (§49 Abs.1 ZVG 参照) が、買受人によって現金で支払われるべきものである³⁰⁾。

(オ) 最低競買価額の確定

最低競買価額は競売期日において出席した利害関係人を審尋するなどして確定される (§66 ZVG)。準備された最低競買価額の案が利害関係人に提示され説明されたあとに、決定でなされる。最低競買価額は、取消しえないことには全く異論はない。けれども不適正な最低競買価額は §83 Nr.1 ZVG によって落札・売却の取消し理由となる³¹⁾。

§ 2 不動産競売に伴い競売不動産上の消滅する権利・引き受けられる権利

1 消除(滅)主義・引受主義

(1) 消除主義

消除主義は、競売不動産上の負担を売却によって消滅させるので、売却後に複雑な権利関係を残さず、買受人の地位を安定させるという長所と、その反面、買受人に対して不動産の負担償却分を包み込む全価額の支払を

強制する結果、売却価額が高額になり、買受人の範囲をせばめ、さらに、消除主義のもとで売却代金から抵当権等を有する債権者もその満足を図らねばならないので、特に後順位の抵当権をもつ債権者や一般債権者が競売を実施する場合において、もし売却代金が十分でないときは、先順位抵当権者や担保権者・出資者が、債権の全部または一部を回収できない危険を甘受しなければならないという短所をもつ。

そこで、消除主義から生じるこのような弊害を避け、無益な競売を防止し、差押債権者よりも先順位の債権が強制執行によって侵害されないようにするため、売却代金をもって不動産上の負担と手続費用を補填・償却（decken）してなお剰余がある場合に限り、競売を許すという剰余主義（負担補償主義）を徹底させるか、または引受主義を併用して、買受人に先順位の抵当権を引き受けさせる（つまり、先順位の抵当権等を消滅させることなく、それを付着させたまま不動産を買い受けさせる）立法・対応策が考えられる³²⁾。

(2) 引受主義

引受主義は、差押債権者に優先する不動産上の権利者の地位を動かさず、不本意な回収を強めないで、その地位の安定に役立ち、しかも、売却代金が不動産の金額ではなく、引き受けるべき負担に相当する額を控除した残額で足りるので、買受人の代金負担が軽くてすむという長所をもつ。しかし、厳格な売却条件決定手続きを経なければ、引き受けるべき負担の範囲や売却基準価額に算入すべき負担の額も明らかにならず、権利関係の錯雑を持ち越し、しかも、買受人は、引き受けた抵当権等の実行によりその所有権を失う危険にさらされるという短所を有する³³⁾。

(3) 対応策の選択

上に述べた引受主義と消除主義の選択は、執行申立債権者に対する当該権利の対抗力の有無・実体法上の優劣関係のほか、当該権利の性質（金銭価値の取得を目的とする権利か否か）、不動産金融市場の在り方（金融債権者が一般的に投下資本の早期回収を不利と感ずるか否か）、競売の難易

(負担付きの不動産でも買受けの申出を容易に得られるような社会的環境か否か)等、多面的な立法政策上の観点から、いずれを採用することが合理的であるかを考慮して決せられるべきものである³⁴⁾。困難な問題であるが、日本では、立法論として、すべての担保権に対して消除主義を採用すべきであるという見解が優勢である³⁵⁾。

ドイツ法では引受主義と剰余主義が結合している³⁶⁾。

§ 3 民事執行法上競売により消滅する不動産上の権利

競売不動産の担保権につき、剰余主義のもとに、その種類と順位に応じて消除主義と引受主義を併用している(59条1項・4項。なお、59条2項)。

1 消滅する担保物権

59条1項は、旧民事訴訟法649条2項と同じく先取特権・抵当権について消除主義をとり、使用および収益をしない旨の定めのある質権(民法359条)についても、先取特権・抵当権と並んで売却によって消滅するものと定める。使用・収益を伴わない不動産質権は、実質的には抵当権と異ならないためである。仮登記担保権も、ほぼ抵当権に準じて、原則として売却により消滅する(仮登記担保契約法16条1項。ただし、同条2項)。

これらの担保物権は、強制競売の場合に限らず、担保権の実行としての不動産競売の場合でも申立債権者の権利との優劣にかかわらず、すべて競売によって消滅し、その登記は抹消され(82条1項2号・188条)、買受人はこれらの担保物権の付着しない権利を取得する(59条1項・188条)。これらの権利が売却により消滅するのは、買受人の代金納付の時とする有力説があるが³⁷⁾、売却許可決定の確定時と解すべきである³⁸⁾。担保権の抹消登記は買受人の代金納付によって職権で囑託され、これらの担保権を有する債権者は順位に従って配当等を受ける(87条1項4号)。

このような立法がされた理由は、これらの担保物権は、占有を伴わず、収益価値ではなく、専ら交換価値を優先的に把握することとまるから、その被

担保債権が完全に弁済されることが重要であり、これらの担保物権が強制換価によって消滅することに反対する必要は少なく、日本では不動産を単に金融の対象としてのみとらえるのは稀少で、これらの担保権の侵害の程度も、それほど大きくないといえるからである³⁹⁾。また、できるだけ買受人に負担のない不動産を取得させようとする取扱いは、平成15年・2003年法134による改正までフランス法にならない滌除の制度をもっていたわが国の抵当権制度とも理念的にも対応し、不動産の買受人の多くが自己使用を欲する場合に適合するものであったともいえる。

なお、不動産上の担保権には剰余主義が保障されているので（民執63条）、競売が許されない場合がある。すなわち、当該不動産の買受可能価額（民執60条3項）をもって手続費用と差押債権者の債権に優先する再建に弁済してなお剰余を生じる見込みがないときは、執行裁判所は差押債権者にその旨の通知をしなければならない（民執63条1項）。差押債権者は通知を受けた日から1週間以内に、自らが買受人になることができる場合、手続費用と優先債権の見込み額を超える申出額を定めて、申出額に達する買受けの申出がないときは自ら申出額で買い受ける旨の申出をして保証を提供するか、または、自らその不動産の買受人になることができない場合は、右の申出額と現実の買受申出額との差額負担を申し出るか保証を提供するかしなければ、無益な競売競争となるから、競売手続は取り消されなければならない（民執63条2項2号・59条5項・188条）。また、後者の場合63条2項所定の行為をしない執行債権者は買受資格・能力を欠くとして売却不許可となる（民執71条2号）。ただし、差押債権者が無剰余に該当しないことを証明したとき、または買受可能価額で全部の弁済を受けられない見込みの優先債権者から競売による売却について同意を得たことを証明したときは、執行裁判所は競売手続を取り消さずに続行する（民執63条2項但書）。

2 消滅する担保権者の権利の補償

民執59条1項によって消滅する先取特権、質権、抵当権を有する債権者は、

それらの担保権が差押えの登記（民執46条・48条）前に登記されていれば、剩余主義のもとでは、その順位に従い、売却代金から配当を受けることができる（民執87条1項4号）。被担保債権の全額について満足を受けることができる（なお、民法375条・341条参照）。上記の担保権が差押えの登記前に存する仮差押えの登記後に登記されたものであるときは、担保権者は、仮差押債権者が本案訴訟で敗訴し、または仮差押が失効したとき以外は、配当を受けることができない（民執87条2項）。これに対して、上記の担保権が差押えの登記後に設定された場合は、右の担保権を有する債権者は、担保権者としての資格で配当を受けることができず、配当要求の終期までに一般債権者として配当要求をするほかない（民執51条1項・87条1項2号）^{40）}。

なお、共同抵当権も共同根抵当権も消滅する。目的不動産の一部についてのみ競売が行われた場合、民法392条・393条の適用のある共同抵当権にあっては、後順位債権者による競売開始に際して共同抵当権者は被担保権の全額について満足が保障される（民執63条）。民法398条の18のいわゆる累積共同根抵当において、先順位の共同根抵当権者はその不動産上の極度額まで満足が保障され、残りの不動産について根抵当権が確定しかつ被担保債権が共通で被担保債権全額の弁済を受けたときは根抵当権が消滅し、根抵当権が確定せず全額の弁済を受けなかったときは根抵当権は存続する^{41）}。

また、差押債権者に対抗できない仮登記担保権は、抵当権等と同じように売却によって消滅する（仮登記担保契約法16条1項）。この場合、民執59条2項・3項および5項が準用される（仮登記担保16条2項。なお、差押債権者に対抗できる場合として、同15条2項）。

不動産の使用収益をしない旨の定めのない質権は、原則として売却によって消滅しない（民執59条4項）。しかし、次の2つの場合は例外的に消滅する。すなわち、民事執行法は旧民事訴訟法649条4項の規定を改め、この質権よりも先順位で登記された先取特権・使用収益をしない旨の定めのある質権または抵当権が消滅する結果（民執59条1項）、これらの担保権者に対抗することができない不動産を使用収益しない旨の定めのある質権は、売却に

よって消滅するとし（民執59条2項・4項）、また、差押えまたは仮差押えの登記後に登記された使用収益をしない旨の定めのない質権も、差押えの登記および仮差押えの登記が売却によって失効する結果（民執59条3項）、差押債権者や仮差押債権者に対抗できなくなるため、売却によって効力を失うとする（民執59条3項・4項）。

3 消滅する用益権

差押債権者（または仮差押債権者）に対抗することができない競売不動産上の権利の取得は、売却によって効力を失うのが当然であるが、さらに差押債権者には優先するが、民執59条1項の定めにより消滅するとされる抵当権等に対抗できない不動産上の権利は、それが担保権であろうと用益権であろうと、また所有権であろうと、売却によって消滅することを、民執59条2項は規定している。

民執59条2項の規定によって、賃借権、地上権、永小作権などの競売不動産上の用益権は、最優先順位にあるものでない限り消滅する。したがって、抵当権の設定登記後に登記された賃借権、地上権等の用益権は消滅してしまうことになる。また、差押えの登記または仮差押えの登記後に登記された用益権も同様に失効する。仮差押えの登記後、仮差押え以外の者の申立てによる差押えの登記前に用益権の設定されている場合には、仮差押えの本案訴訟の決着がつくまでは手続を停止せざるをえないものと考えられるが、仮差押え後の用益権の取得は、売却により確定的に効力を失うと解し、その用益権の消滅扱いの売却条件で手続を進行させているのが実務上の取扱いである⁴²⁾。したがって、仮差押債権者が本案訴訟で敗訴した場合には、用益権者は、執行手続外で保護を図るべきこととなる⁴³⁾。

最優先でない不動産質権で使用および収益を伴うものも、同様に民執59条2項によって消滅し、買受人に対して使用収益権を主張できないこととなる。

以上の考察から、民事執行法は、用益権の保護と担保権・差押えにおける交換価値の把握との関係調整を対抗問題として処理していることがわかる。

したがって、用益権のうち、担保権設定前や（仮）差押え前から対抗力をもって設定された最優先（最先順位）の用益権は、買受人に引き受けられる（消滅するとの規定の適用がなく、民執59条2項の規定によっても失効しない）。また、賃借権の登記よりも前に登記を有するすべての抵当権者の同意の登記のある賃借権も消滅しない（民法387条）。これに対して、消滅する担保権、差押え・仮差押に劣後する用益権は、売却により、その権利の取得は失効する⁴⁴⁾。平成15年・2003年法134により廃止された短期賃貸借は、民法387条に該当する場合や経過措置として存続する短期賃貸借を除いて消滅する⁴⁵⁾。抵当権の付いた土地について民法602条所定の期間を超える賃借権の登記がされていても、抵当権の設定登記後にされたものである以上、右賃借権をもって抵当権者および抵当土地の買受人に対抗できない⁴⁶⁾。

前述のような民事執行法の取扱いにより、用益権者が用益権失効により損害を被る場合には、その損害賠償請求権について配当要求が認められる⁴⁷⁾。

不動産に順位を異にする複数の抵当権が設定され、その中間に用益権がある場合には、後順位の抵当権の実行により不動産が売却され買い受けられたときにも、最優先順位の抵当権に対抗できない中間の賃借権は、前述のように、最優先順位の抵当権とともに消滅し、買受人に対抗することができない⁴⁸⁾。その理由は、抵当権実行に際して、廃止された短期賃貸借が執行妨害のために濫用された轍を中間の賃借権に踏ませないため、かつ不動産金融の梗塞を招かないためと解されている。しかし、中間の賃借権についてのこのような処遇は終局的に中間の用益権を消滅させるので、これら用益権に関して剰余主義が排除されていることから、バランスを欠くとして批判が厳しい⁴⁹⁾。立法者は不動産金融の円滑な運営に重点的価値を置くのであるが、今後被備者・労働者がその身分と共にもつ賃借権や居住権について基本的人権の保護の観点および社会政策的考慮から、また実体法の権利内容を競売手続に反映させるためにも、中間の用益権をめぐる立法論的検討が必要である。この中間の用益権の処遇とそれに対する批判は、最優先順位の抵当権設定当時以前に対抗力を備えた賃借権が消滅し、その後新たに中間の賃借権が設定

された場合も同様である⁵⁰⁾。

4 不動産上の処分制限等の失効

民事執行法は、不動産の売却があれば当該不動産にかかる差押えや仮差押の執行が失効するのは当然であるとし、差押債権者や仮差押債権者に限らず、これに優先するものでも消除主義により消滅する先取特権・抵当権および使用収益をしない旨の定めのある質権のいずれかに対抗することのできない仮処分の執行もまた、売却により効力を失うと規定する（民執59条3項・82条1項3号）。差押えの登記前に登記された仮差押債権者は、配当を受ける地位にあるものとして取り扱われる（民執87条1項3号）。

民執59条3項で中心の問題となる仮処分は、処分禁止の仮処分であり⁵¹⁾、それ以外の事実上の占有を取り上げている占有移転禁止の執行官保管の仮処分は、民事執行法施行前の旧民事訴訟法時代の解釈と同じように失効しないと解される⁵²⁾。

5 引き受けられる権利

(1) 引き受けられる担保権

民執59条4項は、引き受けられる権利について規定する。不動産上の留置権については、民事執行法施行前の旧民事訴訟法どおり、引受主義をとることを明らかにし、不動産質権については、使用および収益をしない旨の定めのない、すなわち、使用収益権の認められる質権で最優先順位にあるものに限って引き受けられることとしている。民執59条4項所定の担保権については、その被担保債権を弁済する責任を負うこととなる。平成15年・2003年法134改正によって短期賃貸借が廃止されたので、賃借権について賃借権に優先するすべての抵当権者の同意の登記（民法387条）がないときは、抵当権に後れる賃貸借建物の使用者は買受人の代金納付時から建物の引渡しまで6か月の引渡猶予期間が認められることとなる（民法395条1項1号・2号，民執83条2項）。

民執59条4項の「弁済する責め」の意味については、民事執行法施行前の旧民事訴訟法時代の判例は、留置権、質権が引き受けられる場合の買受人は、執行債権者と併存的に被担保債務を負い、両者間に連帯債務関係が生じるとしている⁵³⁾。

なお、担保の目的を有しない所有権の移転に関する仮登記で最優先順位のものも、所有権取得権として、売却により買受人が引き受ける権利となり、買受人は、前記仮登記の本登記を承諾する義務を負うこととなる。

不動産上の留置権は、民事執行法施行前の旧民事訴訟法と同じく（旧民訴649条3項参照）、買受人が引き受ける（民執59条4項。ただし、同条5項。なお、国税徴収法21条、地方税法14条の15は留置権の消滅を規定する）。民執法195条は、留置権者の競売権を担保権の実現としてではなく、一種の形式的競売を申し立てる権利として扱っているが、留置権者は事実上の優先弁済を受ける地位にある。留置権者は、競売によって影響を受けず、常に債権の弁済を受けることができるし（民執59条4項、民法295条）、その債権の弁済を受けるまでは、買受人に対して留置権を行使できる⁵⁴⁾。バブル経済がはじけて、不動産競売事件において、土地・建物所有者から工事を請け負った業者が未払工事代金を被担保債権とする留置権を主張する例が少なくない。完成した建物に留置権が成立することには、さして異論はない。最高裁判所も、宅地や造成業者が工事事務所用建物を所有することにより造成土地を占有するとして、造成代金を被担保債権とする民事留置権を認めた⁵⁵⁾。建物建設途中の、または完成した建物の敷地に商事留置権が成立するか否かについては、商事留置権を肯定する下級審の裁判例がある⁵⁶⁾が、商事留置権には公示がなく債権と物の牽連性もなしに土地の担保価値の把握にまで介入することは認めがたい⁵⁷⁾。留置権は、目的物の使用価値、交換価値のいずれをも支配せず、担保物権というより、むしろ、物権的抗弁権というべきものである⁵⁸⁾。

(2) 引き受けられる用益権

最高順位の抵当権者等に対抗することができる最優先の用益権のみが買

受人に引き受けられる（民執59条2項）。なお、不動産の賃借権者が占有している当該不動産に複数の抵当権が設定されている場合に当該賃借権者を抵当債務者とする抵当権とは別の抵当権に基づく競売が実行されたときは、当該賃借権者を債務者とする抵当権として競売開始決定（二重開始決定を含む）がされていたときを除いて不動産引渡命令（民執83条）を発することができない⁵⁹⁾。これを受けて、東京地裁民事執行センターは、この占有者が破産手続開始の決定を受けている場合および引渡命令手続における審尋で債務不履行を自認した場合には二重開始決定がある場合と同視して、引渡命令を発令する取扱いをとっている⁶⁰⁾。

- 1) 中野貞一郎『民事執行法増補新訂6版第2刷』415頁（2011年）。
- 2) 法定地上権は、抵当権の実行または強制競売がされた場合に法律の規定により当然に生ずる（民388条・民執81条）。民法388条による法定地上権は、担保競売の場合および抵当権の設定された土地・建物の、方または双方に対する強制競売の場合に適用され、民執法81条の法定地上権は、抵当権設定のない土地・建物に対する強制競売の場合に適用すべしとするのが通説である。中野・前掲6版第2刷427頁参照。
- 3) 本文で述べた事態に呼応して、担保競売に重点を置く教科書として、中野貞一郎『民事執行・保全入門（2010年）』と、佐藤歳二『実務保全・執行法講義〔債権法編〕（2006年）』がすでに刊行されている。
- 4) 森田修『債権回収法講義第2版』199頁（2011年）。
- 5) 中野・前掲6版第2刷385頁。
- 6) 竹下守夫「不動産競売における物上負担の取扱」兼子博士還暦（下）327頁以下（1970年）、341頁注⑮同・『不動産執行法の研究』94頁（1977年）所収参照。
- 7) Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht 12. Aufl., S. 15（2010）、中野・前掲6版第2刷7頁。
- 8) 立法や制度の意義・歴史・社会的事情、比較法的考察についてなど詳細は、竹下・前掲兼子還暦論文・前掲研究、伊藤真「不動産競売における消除主義・引受主義の問題」法協88巻4号375頁（1971年）・89巻9号1091頁（1972年）、90巻3号509頁（1973年）、同「不動産引渡命令・消除主義・引受主義」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫編・演習民事訴訟法（下）393頁（1973年）、福永有利「不動産上の権利関係の解明と売却条件」竹下守夫＝鈴木正裕編・民事執行法の基本構造339頁（1981年）、中野・前掲6版第2刷415頁・431頁注(1)、内田貴・抵当権と利用権1頁・157頁・323頁・329頁・335頁（1983年）、宮脇幸彦・不動産執行沿革誌(1)(2)法曹時報20巻10号2164頁・21巻8号1506頁、同訳「プロイセン不動産執行法」民訴雑誌14号90頁（1968年）。なお、谷口安平・民事手続法論集第4巻3頁（2000年）、佐

藤歳二「不動産競売の売却条件を決定する際の留意点」新民事執行実務No.1号51頁(2003年), 福永有利ほか「シンポジウム担保権の効力と不動産執行」民訴雑誌44号102頁, 実際的な問題は, 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編著・民事執行の実務(上)第2版301頁(2007年)参照。

- 9) 浦野雄幸・遂条概説民事執行法〔全訂版〕〔59条解説〕(1981年), 同・条解民事執行法263頁(1985年), 新堂幸司=竹下守夫編・民事執行・民事保全法199頁以下〔吉野衛〕(1995年), 前掲竹下守夫=鈴木正裕編・民事執行法の基本構造363頁〔福永有利〕(1981年), 中野・前掲6版第2刷415頁参照。
- 10) 以上, 前掲, 浦野, 中野, 竹下, 福永参照。旧法時の判例として, 最判昭和37年9月18日民集16巻9号1977頁は, 不動産について仮差押えの登記後, その債務者から不動産を貸借した者は, 右仮差押事件の執行により, 右不動産を取得して競売人に対して貸借権をもって対抗することができないとする。
- 11) 以上, 中野・前掲6版第2刷417頁, 福永・前掲基本構造363頁以下。旧民訴649条1項と同旨の第一次試案27と第二次試案71も同じ運命であった。
- 12) 大決大正4年3月9日民録21輯252頁, 最判昭和43年7月9日判時529号51頁。
- 13) 中野・前掲6版第2刷418頁, 福永・注10同所。
- 14) 竹下・前掲研究94頁, 101頁, 129頁, 131頁以下, 同・注解民執(2)245頁以下。
- 15) 萩澤達彦・名古屋大学法政論集136号520頁以下, 527頁(1991年)。
- 16) 槇梯次「担保権の実行をめぐる先順位権の直接性と優先性」民商法雑誌78巻臨時増刊(1)218頁以下(1978年)。
- 17) 伊藤眞・前掲法協90巻3号509頁以下, 527頁以下, 533頁以下, 536頁以下(1973年)。
- 18) 竹下守夫『民事執行法の論点』24頁以下参照(1985年)。
- 19) 拙稿「売却基準価額についての一考察」日本法学75巻3号1155頁以下, 1171頁以下(2010年)参照。Vgl. Ko ENDO, ZZPInt 13 (2008) 209ff. 211f, 217f.
- 20) Baur/Stürner/Bruns Zwangsvollstreckungsrecht 13., Aufl. 2006, S. 460.
- 21) 鈴木尚久「ドイツにおける民事執行手続」海外ジャーナルNo.5(1999年)45頁以下, 50頁, Roland Böttcher ZVG Gesetz über die Zwangsvollstreckung und die Zwangsverwaltung 5. Aufl. 2010, S. 321ff. 350ff., 353ff., Zeller/Stöber Zwangsversteigerungsgesetz 16. Aufl. 1999, S. 621ff., 623ff.
- 22) Kurt Stöber, HRP Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ZVG-Handbuch 7. Aufl. (1999) S. 148.
- 23) 前注(2)同所。
- 24) Dieter Eickmann Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht 2. Aufl. 2004, S. 69f. なお, 伊藤眞・前注(17)参照。
- 25) Vgl. Die Verhandlungen des 10. 11. 12. und 16. Deutschen Juristentages. Das Gutachten v. Salpius zum 12. Deutschen Juristentag (1875), Verhandlungen des 12. DJS., S. 117ff.
- 26) Eickmann, 注(29) S. 70.

- 27) Stöber, 注(7) S. 149.
- 28) Stöber, 注(7) S. 148.
- 29) Stöber, 注(7) S. 148.
- 30) Eickmann, 注(29) S. 70f.
- 31) Eickmann, 注(29) S. 122.
- 32) 剰余主義と引受主義・消除主義との関係につき, 竹下・前掲兼子還暦364頁・研究94頁以下, 伊藤眞・前注(8), 福永・前注(8), 中野・前掲6版第2刷6頁, 415頁, 431頁注(1)参照。
- 33) 三ヶ月章・民事執行法254頁(1981年)参照。
- 34) 鈴木忠一＝三ヶ月章＝宮脇幸彦編・注解強制執行法(3)123頁〔竹下〕(1976年)。
- 35) 竹下・前掲担保権と民事執行・倒産手続155頁, 福永・前掲「不動産上の権利関係の解明と売却条件」前掲基本構造370頁。
- 36) Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Rdnr. 36.1 ff.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, S. 1123ff.; Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, S. 95f.; Gerhardt, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl. 1982, S. 157ff.; Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 1987, S. 235ff.; Eickmann, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 2004, S. 69ff.; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht 7. Aufl. 2003, Rdnr. 892ff.; Stöber, ZVG-Handbuch 1999, Rdnr. 238ff., 451f., 452ff.; Zeller/Stöber, ZVG, 17. Aufl. 2002, § 44 Rdnr. 4.1 ff., § 52 Rdnr. 1.1, 2.1 ff.; vgl. ferner Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, Bd. 8, 22. Aufl. 2004, vor § 864 Rdnr. 1 ff.
- 37) 鈴木忠一＝三ヶ月章編・前掲注解民事執行法(3)279頁〔大橋寛明〕, ジュリ増刊・民事執行セミナー78頁〔浦野発言〕(1981年), 富越和厚「差押・仮差押えの効力(5)」金法1005号23頁。
- 38) 東京高決昭和61年9月30日金法1157号37頁, 中野・前掲6版417頁, 藤井一男・裁判実務体系(7)民事執行法154頁, 近藤莞爾・佐藤歳二など座談会・民事執行の実務80頁, 最高裁判所事務総局編・条解民事執行執務資料(2)17頁, 東京地裁民事執行実務研究会編・改訂不動産執行の理論と実務(上)236頁。
- 39) なお, 後順位の差押債権者によって開始された強制換価手続において, 抵当権者が自己の意思に基づかない弁済を強要され, ひいては有利な投資対象を失ってしまうというドイツ民事訴訟法制定当時の事情があることについて, 三ヶ月・前掲民事執行法254頁参照。
- 40) 東京高判平成6年4月12日判タ901号201頁参照。
- 41) 以上, 詳細は, 竹下・前掲研究181頁以下, 同・前掲担保権と民事執行・倒産手続32頁以下参照。
- 42) 最高裁事務総局編・条解民事執行事件執務資料〔民事裁判資料134号〕22頁, 東京地裁民事執行実務研究会編著・不動産執行の理論と実務(下)543頁, 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会著・前掲民事執行の実務・不動産執行編(上)第

競売不動産上の権利と負担の取扱い——消滅するものと引き受けられるもの

2版330頁以下(2007年)参照。

- 43) 浦野雄幸・前掲遂条216頁。
 - 44) 滞納処分について、大阪高判昭和59年12月26日高民集37巻3号256頁。
 - 45) なお、竹下守夫・前掲論点143頁・157頁以下参照。
 - 46) 最判昭和38年9月17日民集17巻6号871頁。
 - 47) 兼子一・増補強制執行法240頁、上原敏夫＝長谷部由紀子＝山本和彦・民事執行・保全法119頁、拙稿・後掲注(6)。
 - 48) 中野・前掲6版421頁、福永・前掲基本構造365頁以下、田中康久・新民事執行法の解説〔増補改訂版〕156頁参照。この取扱いは、旧民訴法時の判例・通説でもあった。詳細は、鈴木忠一＝三ヶ月章編・注解民事執行法(2)262頁以下〔竹下守夫〕、柚木馨＝高木多喜男編・注解民法(9)105頁〔柚木馨＝上田徹一郎〕、なお、新版注釈民法(9)254頁〔上田徹一郎〕参照。
 - 49) 竹下・前掲研究101頁・146頁・167頁、広中俊雄「賃貸中の不動産に対する競売開始決定後に賃貸人のした賃借権譲渡の承認と譲受人の競落人に対する地位(最判昭和53年6月29日民集32巻4号762頁)」判時922号152頁、椿寿夫編・担保法の判例Ⅰ75頁〔生熊長幸〕。中間の用益権に直接関するものではないが、ドイツでは、法の前の平等、住居の不可侵、法的審尋請求権、所有権の保障等が問題とされ、不動産競売の許可決定につき5件の違憲判決がでている(中野・前掲6版第2刷17頁注4)。場合によっては過(苛)酷執行の禁止としても考慮されるべきである(青山善充「民事執行法の改正と今後の展望」司研論集114号55頁以下・2005年参照)。
 - 50) 最判昭和59年2月14日判時1109号92頁。判批、篠田省二・金法1066号12頁、東海林邦彦・民商91巻2号112頁、生熊・前注(49)参照。
 - 51) 鈴木忠一＝三ヶ月章編・注解民事執行法(2)271頁〔竹下守夫〕、同・注解民事執行法(3)292頁〔大橋寛明〕、中野・前掲6版第2刷425頁。
 - 52) ジュリ増刊「民事執行セミナー」92頁〔浦野発言〕、中野・前掲6版第2刷425頁。
 - 53) 最判昭和41年12月20日民集20巻10号2139頁、中野・前掲6版第2刷420頁。
 - 54) 判タ875号281頁解説。立法論として問題がある、中野・前掲6版第2刷420頁。
 - 55) 最判平成3年7月16日民集45巻6号1101頁。そのほか、東京高決平成6年2月7日判タ875号281頁〔商事留置権の成立を立地建物双方について肯定〕。新潟地長岡支部判昭和46年11月15日判時681号72頁〔商事留置権を肯定〕。
 - 56) 東京高決平成6年12月19日判タ890号254頁。
 - 57) 中野・前掲6版第2刷420頁。学説・判例の詳細は、同書433頁注(5)および(5a)参照。
 - 58) 鈴木祿弥・物権法講義〔5訂版〕418頁以下、430頁以下(2007年)。
 - 59) 最決平成13年1月28日民集55巻1号17頁。
 - 60) 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会編著「民事執行判例エッセンス2002」判タ1103号48頁。なお、民事執行法59条に関しては、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法第6版』199頁以下(2009年)〔拙稿〕参照。
- 付記：校了後、松本博之『民事執行保全法 2011年12月30日』を知りえた。