

タイトル	〔判例評論〕「最先順位の抵当権者に対抗することができる賃借権により競売不動産を占有する者が実行抵当権以外の抵当権の債務者である場合における引渡命令の可否」
著者	西中園，浩
引用	北海学園大学法学研究，39(4)：747-760
発行日	2004-03-31

〔判例評論〕「最先順位の抵当権者に対抗することができる
賃借権により競売不動産を占有する者が実行抵当権以外の
抵当権の債務者である場合における引渡命令の可否」

西中 蘭 浩

〔不動産引渡命令に対する抗告審の原決定に対する許可抗告事件〔平一二（許）二二二号〕、最三小決平一三・一・二五、民集五五
卷一号一七頁、判時一七四〇号四一頁、判タ一〇五五号一〇六頁、金法一六〇九号五〇頁、金判一一一六号一二頁、原々審横浜
地裁川崎支部平一二（ヲ）三三三号、平一二・二・一〇決定、原審東京高裁平一二（ヲ）四八五号、平一二・四・五決定〕

〔事実の概要〕

Y（相手方・抗告人・相手方）は、昭和六三年十一月から、

A（株式会社）の所有する本件建物を期間の定めなく賃貸（賃
料月額一三〇万円）して酒類の販売を営んでいた。

その後、本件建物にAを債務者とし、Bを債権者とする最

料 先順位の根抵当権が設定され（平成元年四月）、設定登記がなされている。次いでYの取引先C1（後にC2に権利譲渡）に対する商品取引等の債務を担保するため、Aを物上保証人として本件建物に後順位根抵当権が設定され、設定登記がなされた。さらにYの取引先Dに対する商品取引等の債務を担保するため、同じくAを物上保証人として本件建物に後順位根抵当権が設定され、設定登記がなされた。

平成九年一月、Aは破産宣告を受け、同年八月Yは破産管財人との間で、本件建物につき賃料月額四〇万円として賃貸借契約を更新した。

平成九年本件建物につき、前記Bを債権者とする根抵当権に基づいて競売が実施され、X（申立人・相手方・抗告人）がこれを買受、代金を納付し、賃借人Yを相手方として本件建物の引渡命令を申し立てた。

執行裁判所（横浜地裁川崎支部）が、引渡命令を発したもので、Yが執行抗告を申し立てた。

原審（東京高裁）は、原決定を取り消し、引渡命令の申立てを却下した。そこで、Xが許可抗告を申し立てた。

なお、本件不動産競売手続きにおける物件明細書には、Yの賃借権は買受人对抗できる旨が記載されており、賃借権

の存在による減価がなされていた。また原審の認定によればYを債権者とする根抵当権債務については債務不履行の事実が存在しない。

〔主 文〕

本件抗告を棄却する

〔判 旨〕

執行裁判所は、最先順位の抵当権を有する者に対抗することができ、賃借権により不動産を占有する者に対しては、この占有者が当該不動産に自己の債務を担保するために抵当権の設定を受け、当該抵当権の実行として競売の開始決定（二重開始決定を含む。）がされていた場合を除き、引渡命令を発することができないと解するのが相当である。その理由は、以下のとおりである。

最先順位の抵当権を有する者に対抗することができる賃借権により不動産を占有する者であっても、当該不動産が自らの債務の担保に供され、その債務の不履行により当該抵当不動産の売却代金からこの債務の弁済がされるべき事情がある場合には、その賃借権を主張することは、当該抵当不動産の

売却を困難とさせ又は売却価額の低下を生じさせて、当該抵当不動産及び担保を提供した所有者の利益を害することとなるから、信義則に反し許されないというべきであり、かかる占有者は、当該不動産の競売により買受人に対してその賃借権をもって対抗することができないと解するのが相当である。当該抵当権の実行としての競売の開始決定がされているときは、その債務不履行の事実が民事執行法八三条一項ただし書にいう「事件の記録上」明らかであるから、執行手続上もその賃借権を主張することが許されない場合に該当するといえる。しかし、当該抵当権の実行としての競売開始決定がされていない場合には、執行事件の記録上は、その債務不履行の事実が明らかということはできず、当該占有は買受人に対抗することができず賃借権によるものというべきである。

本件においては、実行事件の記録によれば、相手方が最先順位の抵当権に優先する賃借権によって本件建物を占有しており、相手方が本件建物に自己の債務を担保するために抵当権の設定を受けていたものの、この抵当権に基づく競売開始決定はされていなかったというのであるから、引渡命令を発することができるときに該当するといふことはできず、本件建物の競売による買受人である原告人の相手方に対する引渡

命令の申立てを却下した原審の判断は、是認することができ。原決定に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

（裁判長裁判官 元原利文 裁判官 千種秀夫 裁判官 金谷利廣 裁判官 奥田昌道）（民集五五卷一号一八〇一九頁）

検 討

I 不動産引渡命令の概略（不動産引渡命令の意義と経緯）

不動産引渡命令とは、不動産競売に付随して、執行裁判所における略式手続により簡易に引渡執行の債務名義を取得する手段を買受人に認めた制度である。

旧民事訴訟に基づく引渡命令については、明文の規定は無かったが、早い時期から大審院（大審決大正六・三・三民録二三輯三〇六頁他）により認められ、最高裁（最高判昭和三五・八・四裁判集民四九七頁他）により踏襲されてきた。またこの当時は、引渡命令が執行処分であるか、債務名義であるかにつき争いがあり、判例は執行処分説に立つものが多く、

料 学説は債務名義説に立つものが多かった。

資 民事執行法制定（民事執行法八三条）により、引渡命令の存在は明文化され、独立した債務名義とされた。なお担保権実行による競売においては、民執一八八条により同八三条が準用され、その際には「債務者」は目的不動産の「所有者」と読み替えられる。

II 賃借人を債務者とする抵当権が設定されている場合の取り扱い（学説・判例の状況）

競売により消滅する最先順位の担保権に対抗することができ、長期賃借権者（および短期賃借権者で差押えの効力発生前に対抗要件を備えたものを含む、以下単に「賃借権者」と呼ぶ。）は、引受主義により買受人に引き受けられ、存続する。したがって不動産引渡命令の対象とはならないのが原則であるが、賃借権者が同時に抵当債務者である場合については、同債務者に対して不動産引渡命令を発令できるにつき、旧法時代から議論がなされてきた。

賃借権者が同時に抵当債務者である場合については、その抵当権につき不動産競売が申し立てられ、不動産競売開始決定（二重開始決定を含む、以下同じ）がなされている場合（実

行抵当債務者）と、不動産競売開始決定がなされていない場合（実行外抵当債務者）に分けて議論されている。

以下、本件最高裁決定についての解説等に表示されている議論の内容を概観する。

1 賃借人を債務者とする抵当権が実行されている場合（実行抵当債務者の場合）

① 否定説（不動産引渡命令を発令できないとする見解⁽²⁾）

（論拠） 債務者の賃借権の設定が実質的に真実であり現実で使用されている場合は債務者は通常の第三者とは異なる不利益を受ける理由はない

② 全面肯定説（不動産引渡命令を発令できるとする見解⁽³⁾）

（論拠） 抵当権を設定して借入れをする際に、抵当権者に対し、将来抵当権が実行されても、立ち退かないと明言する債務者があるとは考えられず、たとえその点について黙っていたとしても、立ち退くものとの暗黙の了解があるのが通常であると考えられ、債務不履行によって不動産が売却されるのに、とうの債務者が保護されるのは、著しく衡平・信義に反する（債務者の意思の推測・暗黙の了解、所有者との均

衡・信義則、執行妨害の防止

③ 制限的肯定説・折衷説（原則として発令すべきであるが、引渡を拒むことが信義則に反しない場合は発令できないとする見解⁽⁴⁾）

（論拠） 債務者が所有者（物上保証人）の抵当権設定前から不動産を賃借し占有している場合には、抵当権者も債務者の占有を前提にして抵当権を取得していたのであり、債務者は買受人に対しその引渡しを保証したわけではなく引渡しを拒んでも直ちに信義則に反することにはならない

なお、上記②と③については、「（制限的肯定説は）賃借人がすでに居る場合には、抵当権者はその債務者の占有を前提として抵当権を設定しているものであるから、対抗を認めても損害を受けないという抵当権者側の予測可能性を重視する⁽⁵⁾」点で相違すると説明されている。

以上のように、実行抵当債務者に対する引渡命令に関して（これを全面的に肯定するかあるいは制限的に肯定するかについての争いはあるが）、学説及び判例の状況としては、これを発令できると解する見解が支配的ということができる。

2 賃借人を債務者とする抵当権は実行されていない場合（実行外抵当債務者）（本件で問題となった場合）

① 否定説⁽⁶⁾

（論拠） 実行外抵当権の債務者は自分の債務不履行により抵当権実行手続が開始されたわけではなく、自らを債務者とする抵当権実行申立てによる二重開始決定による手続が開始されなければ引渡命令の相手方とはならない

② 全面的肯定説⁽⁷⁾

（論拠） 債務者自身が債務不履行になっていない場合であつても、金融の便を提供してくれた所有者が抵当権の実行を受ける場合に、自己の賃借権を主張し不動産の売却代金を減少させるならば、残存債務の増加により所有者に迷惑をかけることになり、さらに物上保証を受ける際には所有者の将来の担保価値の実現を妨害しないとの意思がるものとみなされるのであるから、債務不履行の局面だけを見れば賃借権は信義則に反しないように見えるが、物上保証の提供段階まで遡って総合的に考察すれば、やはり賃借権の主張は信義則に反する

③ 制限的肯定説・折衷説（債務不履行説）（実行外抵当債

務者が債務不履行にある場合には引渡命令の対象となるが、債務不履行にない場合には対象とならないとする見解⁽⁸⁾

（論拠）

債務者が債務不履行の状態にあれば常に自らの設定した抵当権は実行可能であり、偶然に他の抵当権が実行されている場合であっても、消除主義によりその抵当権は換価が強制されることから、そのような状況で金融の利益を得た不動産の担保価値の低下を招く賃借権を主張することは信義則に反して認められない

なお、生熊教授⁽⁹⁾によれば、この見解の論拠として以下のようなものが考えられるとされる。

i 最先順位賃借人が自らの債務不履行によりその抵当権が実行されるにいたったときは、抵当権者との関係では当該不動産の買受人に対してその賃借権を主張することなくこれを明け渡すことを承諾しているものと解することができる

ii 自分の債務不履行により当該不動産を担保に提供してくれた所有者がその所有権を失うという事態に陥っているにもかかわらず、当該賃借権者のみがその占有を保護される

というのは著しく、衡平、信義則に反するものというべきである

iii 最先順位賃借権者が自らの債務不履行により抵当不動産の売却代金からこの債務の弁済がされるべき事情がある場合に、自分の賃借権を主張することは、抵当不動産の売却を困難とさせまたは売却価額の低下を生じさせて、抵当権者および担保を提供した所有者の利益を害することとなるから、信義側に反するものというべきである（本件最高裁の立場）

iv 不動産競売手続きにおいて売却により消滅しない賃借権に基づき対象不動産を占有する者がいる場合には、通常その売却価額を低下させあるいは売却を困難にするのであるから、最先順位賃借人は、抵当権の設定時において、抵当権者を含む関係者間で反対の意思が明示される等の特段の事情がない限り、物上保証人および抵当権者に対し、将来自らの債務不履行により抵当権が実行されるときには、賃借権を放棄する旨の意思を表示したものと認めるべきである

実行外抵当債務者に対する引渡命令発令の可否については、上記見解の対立があるが、学説及び判例は③の制限的肯

定説に立つものが多い状況にある。

III 本件最高裁決定の検討

1 実行外抵当債務者に対する引渡命令に関する一般論

本件最高裁決定は、上記、IIの2の③の立場に立ち、iiiを論拠とするものと解される。その帰結として、抵当債務者に対する競売開始決定（二重開始決定を含む）がなされていることをもって、同債務者の債務不履行の存在を認定し、同債務者への不動産引渡命令を発することを認めるものであると理解される。

2 「抵当債務者に対して競売開始決定がされている場合を除き、引渡命令を発することができない」ということの意味

東京地方裁判所の民事執行を担当される裁判官の分析によれば、本件最高裁決定に示された「抵当債務者に対して競売開始決定がされている場合を除き、引渡命令を発することができない」と言うことの意味として、以下の四つの立場が考えられるとされる⁽¹⁰⁾。その内容を簡単に示すと、

① 実体要件説

抵当債務者に対する競売開始決定の存在が、実体法上、抵当債務者に明渡義務が認められるための要件事実であるとしたと捉える考え方

この考え方については、「実行外抵当権について競売開始決定がない場合、買受人は、当該実行外抵当権の抵当債務者に対し、引渡命令を得ることができないことはもちろん、別途、訴訟において明渡判決を得ることもできないこととなる。」とし、さらに本決定の「一般論の趣旨がまったく生かされないことになってしまいうし、実行外抵当権に関する競売開始決定の有無というある種偶然的事情により、実体上の明渡義務の有無が変わってくるのは、いかにも不都合であろう」と指摘されている⁽¹¹⁾。

② 手続保障（例示）説

抵当債務者に対して競売開始決定がされている場合を除き引渡命令は発せられないとした趣旨を、抵当債務者において競売開始決定に対する執行異議という手続保障の機会があったことに求め、競売開始決定の存在はその例示であるとする考え方

この考え方については、「本決定の形式的文言に反する疑い

料が強く、「かりに抵当権債務者を審尋したうえで抵当債務に債務不履行が認められれば引渡命令を発令できるというのであれば、『競売開始決定がある場合を除き債務者審尋を要する』といった判示をすると思われるのに、本決定にはそのように書かれていないという問題がある。」と指摘されている。⁽¹²⁾

なお、この点に関連して、山野目教授は、本件決定に「例外文言（『特段の事情のない限り』）をおかなかったことは、まず判例評価の次元において、適当でないと評されるべきである。」⁽¹³⁾と指摘されている。

③（執行手続き上の）証拠法則説

引渡命令発令の場面に限らず、一般的に、執行裁判所が、事件記録上、抵当債務が債務不履行にあると認定できるのは、当該抵当権に基づく競売開始決定があった場合のみとしたと捉える考え方

この考え方については、「債務不履行の事実の認定基準としては明確であるが、実体上、抵当債務が債務不履行にあるのに、評価上、長期賃借権としての減価をするならば、所有者及び抵当権者の利益を害することになり、やはり、本決定の述べる一般論に反する結果となってしまう」こと（このこと

は上記①の実体要件説の問題と同様である）、加えて「一般的に、最高裁判所の決定は、反証を許す経験則を定めることはあっても、裁判官の自由心証を制限することはいしはずであるから、証拠法則を定めたものと解するのは相当でないとの反論も考えられよう。」⁽¹⁴⁾と指摘されている。

④ 引渡命令要件説

本決定は、引渡命令発令の可否に関するものであるし、一般論として、抵当債務が債務不履行にあれば、買受人が抵当債務者に対し明渡請求をすることができていることを認めており、そのうえで、民事執行法八三条一項ただし書の「事件の記録上」について議論を進めていることから、「抵当債務の債務不履行の事実が事件の記録上明らかであること、すなわち、競売開始決定の存在」を引渡命令手続における抗弁「事件の記録上買受人に対抗することができる権限により占有している」と認められること」に対する再抗弁として新たに位置づけたものと捉える考え方

この考え方については、「物件明細書上、賃借権を引き受けないとされているにもかかわらず、引渡命令の発令はないという平成八年民事執行法改正により解消されたはずの買受人

にとって分かりにくい状態を再現するとの問題がないではない。また、事件記録上、実行外抵当権の抵当債務に債務不履行が認められるための要件を、物件明細書作成段階と引渡命令発令段階とで使い分けているかのようにもみえ、やはりわかりにくいとの見方があるかもしれない。⁽¹⁵⁾と指摘されている。

本検討のコメントとして、「以上に言及した四通りの考え方のなかでは、この引渡命令要件説が理論的に最も難がないかと思われ、かつ、本決定の一般論が指摘する所有者および抵当権者の利益も一応保護することができることとなる。東京地裁では、当面、この考え方に基づく運営を予定している⁽¹⁶⁾」と述べられている。

示された考え方を考察するに、①と③の考え方は、本決定の一般論との整合性も考えると採用することができず、②については判例理論上「例外文言」が存在しないことに不適切な点がみられることから、④の考え方が、実務上「わかりにくい」取り扱いがなされるところとしても、もつとも妥当とされているようである。

IV 結びとして——私見——

前述のように、「不動産引渡命令とは、不動産競売に付随して、執行裁判所における略式手続により簡易に引渡執行の債務名義を取得する手段を買受人に認めた制度」であることに鑑みれば、あくまで民事執行手続に付随する簡易の債務名義を作出するものである、ということに重きを置いて考察すべきものと考ええる。

本件最高裁決定については、「当該抵当権に基づいて競売開始決定がされている場合は、抵当債務の不履行があることが執行事件の記録上客観的に明らかとすることができる。しかしその他の場合に執行手続内で債務不履行をいかなる資料で認定し得るかには問題があり、どの程度の債務不履行があれば信義則違反と見るべきか等他にも色々と問題があると思われる。そうすると、執行手続に付随する簡易迅速な救済手段である引渡命令では、当該抵当権に基づいて開始決定がされているなど、再抗弁が執行事件の記録上問題なく認められる場合に限ってこれを発することができるとして、これ以外の場合は原則に戻って明渡訴訟等に委ねるのが適当であると思われる⁽¹⁷⁾」とのコメントがなされており、おそらく最高裁の本件について判断は、このコメントに示された内容と一致

料

するものと考えるのがもっとも妥当と思われる⁽¹⁸⁾。

資

この認識に基づき、引渡命令の発令のための要件を考える
と、物件明細書作成段階において、後に起こるかもしれない
不動産引渡命令をめぐる紛争を想定し、当該物件にかかわる
権利関係をつぶさに調査し、実体法上の権利関係を確定する
というのであれば格別、かかる本来厳格な方式で営まれる訴
訟手続においてなされるべき認定のレベルに近い確実性を
もって、競売のための資料として物件明細書を作成すること
を求めるならば、民事執行法の理想とする迅速な権利の実現
は到底達成されえないものとなるうし、またかかる現況調査
は、調査をおこなう執行裁判所・執行官の権能を超えるもの
といわざるおえない。

また本来、被担保債権につき債務不履行が存在するか否か
は、単に遅延損害金の債権届出によって当然に認められるも
のと解すべきではなく、その蓋然性が存在するにとどまるに
すぎない。まさにその債務不履行の存在が、遅延損害金を基
礎付けるものであって、通常の民事訴訟においてはそのこと
を争点に審理がなされるのであるから、執行手続上は当該債
務者の審尋をおこない、同債務者が債務の存在および債務不
履行についても認め、争わないことが明らかであるといった

状況が認められないときには、訴訟による解決を念頭におく
べきであろう。

このように付随する引渡命令手続のために、本来の執行手
続の遅延をきたす事になりかねない債務不履行の有無の調査
を要求することになる制限的肯定説の立場へは、にわかに賛
成することは躊躇されると言うべきである（ただ、制限的肯
定説については、実行外抵当債務者につき債務不履行がある
ときには引渡命令を発することができるとの理解を、当該債
務者は実体法上その賃借権をもって買受人に対抗することが
できないとしている点は説得力があるというべきである。そ
の意味において、この見解は、債務不履行説とよぶのが適切
と考える）。

上記の引渡命令の任務である迅速な買受人の権利実現とい
う課題を重視するならば、基本的には全面肯定説の立場にも
説得力があると考えられる（とりわけ実行抵当債務者の場合
に限っては、全面的に）。

なお実行外抵当債務者の場合について、私見では、全面肯
定説では本件のように物件明細書に買受人が引き受ける旨記
載がある場合でも、つまりその分の減価をなし（その分安価
に買い受けることができた）、買受人において賃借権の存在を

引き受けることが前提で買受の申し出をしている場合にも、引渡命令を発することになり、所有権を失う所有者ならびに賃借権を失うことになる実行外債務者との比較において、買受人の保護に偏りすぎていると解する。

実行外抵当債務者の場合、全面肯定説ならびに私見によれば、債務不履行についての判断は、執行裁判所がなすべき事項ではない⁽¹⁹⁾。真に実体法上最先順位抵当権者に対抗できる賃借人であるならば、まずは引渡命令に対する執行抗告において債務不履行の不存在を主張し、かりに執行抗告においてその賃借権が認められず引渡命令が確定しても、引渡命令ならびに執行抗告の裁判には既判力が認められないのであるから、賃借人が賃借権の存在を主張して請求異議の訴え（民執三五条）を提起することを遮断することはできない。

権利実現の迅速性の要請と当事者の手続保障の要請との調和として、執行により自己の権利への侵害を主張する者（本件での実行外抵当債務者）は請求異議の訴え（主張する者の権限によっては第三者異議の訴え）を提起すべきことが求められている（起訴責任の転換⁽²⁰⁾）と言うべきであるから、当該債務者の債務について強制競売の開始決定がなされ⁽²¹⁾、あるいは記録上（執行裁判所による審尋を含む）買受人に対抗する

ことができる賃借権の存在が認められない場合には、引渡命令を発令し、以後の紛争は引渡命令の相手方となった者のイニシアティブによる通常の民事訴訟で解決すべきである。

なお本件について付言すれば、たとえば買受人が抗告許可を申立て、提示した抗告理由中には、本件賃借人は実行抵当債務者の一〇〇パーセント出資の子会社であり、主要な役員等も同一であることを理由に法人格が否認されるべき場合である旨の主張がなされていることを考慮しても、執行手続上で執行裁判所が認定すべき事項でないことは明白と言わざるをえない。仮に、買受人のかかる主張が正当であるならば、通常の民事訴訟において明け渡しを命じる給付判決を受けることができはずであるから、執行手続に不当に過大な任務を負わせることになる取り扱いが行われるべきではない。

この問題について本件の特徴としては、物件明細書に「賃借権は買受人に対抗できる」旨の記載がなされていたのであるから、引渡命令を発することができない場合に該当することになる。したがって本決定を受けた買受人は、明渡訴訟を提起して、給付判決を受けそれを債務名義として不動産明渡執行を求めなければならないことになる。

以上のことから、本最高裁決定の提示した内容を、引渡命

料 令の執行手続内での付随手続という性質、物件明細書の作成段階での状況、執行裁判所による審尋の実施、引渡命令に対する救済、実体関係の解明という視点で考察すると、「例外文言」の欠如という憾みはあるが、競売開始決定の存在は手続保障を例示したものと解することが、本最高裁決定の真意にもっとも合致するものといえよう。

したがって、上記Ⅲの2において本件最高裁決定に示された「抵当債務者に対して競売開始決定がされている場合を除き、引渡命令を発することができない」ということの意味として提示した四つの考え方では、②の手続保障（例示）説が妥当と考えられる。

ちなみに本件最高裁決定を上記のように理解することは、平成一〇年以降（平成一四年、一五年）の民事執行法および同法に関連する改正が（不動産にかかわる不良債権の解決による国民経済の活性化という政治的目的によるが）、迅速な権利の実現、違法な執行妨害の排除等によってその目的を実現しようとしていることとも合致するものであり、現在の社会情勢に適合しているものといえることができるであろう。

注

(1) 中野貞一郎・民事執行法（新訂四版）（現代法律学全集二

三）・四九八頁、なお不動産引渡命令の経緯・概略について拙稿・判例タイムズ一〇〇五号（平成一〇年主要民事判例解説）二四三頁および同書掲載の文献参照。

(2) 浦野雄幸『条解民事執行法』（一九八五年）三七九頁以下、東京地決昭五九・七・二四

判例時報一一五二号一五二頁他

(3) 前期（民事執行法制定前）石丸俊彦『注解強制執行法(3)』

五〇九頁、『座談会』民事執行の実務』二九〇頁（中沢良和発言）法曹会、『座談会民事執行セミナー』一六五頁

（南新吾発言）ジュリ増刊他、東京高決昭六〇・七・一七判タ五七六号九五頁他

後期（民事執行法制定後）山本和彦「判批」判評三七九号五四頁、同「判批」判評五〇四号二四頁、澤野芳夫「判批」判タ八五二号二四二頁、鈴木三ヶ月編『注釈民事執行法(3)』二七四頁（中山一郎）他、『不動産執行の理論と実務』東京地裁民事執行実務研究会編（平成六）四八六頁以下、（同）改訂版（下）五二七頁、東京地執行処分（物件明細書）平四・七・八判タ八〇七号二六三頁、金法一三四八号四〇頁、東京高決平七・一〇・一三東高民時報四六卷一〇一二号三一頁、東京高決平九・一〇・二九判時一六四〇号一三二頁他

(4) 佐藤歳二「不動産引渡命令」ジュリ八七六号五七頁、石川小島二佐藤編『注解民事執行法（上巻）』八五〇頁（佐藤歳二）、

中野貞一郎「引渡命令の相手方をめぐる最近の動向」金法一二〇九号四五頁他

(5) 山本和彦・前掲「判評五〇四号二八頁

(6) 西村Ⅱ佐藤『注解不動産法(9)』四一四頁(佐藤歳二)

(7) 山本和彦・前掲「判例評論五〇四号二九頁

(8) 前掲『不動産執行の理論と実務』東京地裁民事執行実務研究会編(平成六)四八七頁、(同)改訂版(下)五二七頁

(9) 生熊長幸「判批」判例評論五一二号一八頁

(10) 畑一郎・松本有紀子「本件判批」金法一六一二号九頁以下による検討、なお同検討については生熊・前掲「判批」判評五一二号二三頁以下参照

(11) 畑・松本・前掲「本件判批」九頁

(12) 畑・松本・前掲「本件判批」九頁

(13) 山野目「判批」金法一六二〇号四〇頁

(14) 畑・松本・前掲「本件判批」九一〇頁

(15) 畑・松本・前掲「本件判批」一〇頁

(16) 畑・松本・前掲「本件判批」一〇頁

(17) 判例時報一七四〇号四三頁

(18) 二羽助教教授(二羽和彦「本件判評」金融・商事判例一一二五号六二頁)は、「本決定が、債務者兼賃借人と買受人との実体法上の法律関係を執行手続に反映させるという点を重視していること、および、簡易・迅速な救済手段である引渡命令の発令手続においては非典型的な事実について実質的・実体的な判断は行わないとしたことは評価」することができ、「お

そらく、引渡命令によって買受人の明渡請求の起訴責任を占有者の側に転換することを正当化する根拠が具備されているといえるか、そして起訴責任を転換されることになる占有者の側に転換される旨の情報を獲得する制度的保障があるのか、といった手続上の観点が最高裁の判断の背後に存在し、あえて明渡訴訟等の途を選択したものと考える。」(同書・六七頁)と指摘されている。この理解は、私見の立場と同旨といえよう。

(19) 山本教授の指摘されるように、「物件明細書を作成するに際して、執行裁判所は件外抵当権の抵当債務者の債務不履行の有無を判定しなければならなくなる。しかし、執行裁判所がその点について十分な資料を得られる保障はないし、その判断の結果は既判力をもたず事後的に覆る可能性は常に残る。」(山本・前掲・判評五〇四号二九頁)など、執行手続の果たすべき任務に着目すれば、原則として執行手続内で債務不履行についての判断をなさしめることが問題であることは明らかである。

(20) 中野・前掲書・四八九頁、起訴責任転換説については、中野一二三頁以下参照。なお、中野教授によれば、「引渡命令の執行に対する請求異議なり第三者異議の提訴あるいはそれに伴う仮の処分申立てが不動産競売に対する悪質な執行妨害の一端として利用される恐れがあり、警戒を要する」(同書五〇六頁)と指摘されている。

(21) 実行外抵当権について競売開始決定(二重開始決定を含む)

がなされていても、必ずしも実体関係が確定しているわけではなく、手続保障の機会があったとしても、「それには一定の限界があることに留意すべきである。」(畑・松本・前掲「本件判批」一四頁〔注2の記載参照〕)と指摘されている。

本件最高裁決定を掲載、あるいは論評している文献(注揭示のものを除く)

内山衛次「本件判評」法律時報(私法判例リマックス二四 平成

一三年度判例評論)一三八頁

荒木新五「本件判評」判例タイムズ一〇六八号八二頁

同 「本件判評」Credit & Law 一四二号二二頁

廣田民生「本件判評」判例タイムズ一〇九六号(平成一三年度主

要判例解説)二〇〇頁

瀬戸口壯夫「本件判評」ジュリスト一二一九号一三六頁

母 善夫「本件判評」ジュリスト一二二四号一三七頁

大濱しのぶ「本件判評」法学研究(慶應義塾大学)七五巻七号一

一一頁

園田謙治「本件判評」法政研究(九州大学)六八巻四号一〇三頁

「本件判評」金融・商事判例一一一六号一二頁

「本件判評」判例タイムズ一一〇三号四八頁