

○論説：民事紛争における理論と実務

林 圭介*

第1 はじめに

民事紛争の理解と解決にあたって理論の役割は大変重要である。このことに疑問の余地はない。他方、事件を扱う過程において理論を検討した結果、「この事件は理論どおりにはいかない」との感想を抱くことがある。それも稀なことではない。このことは否定しえない事実である。

それは何故なのか。「理論が想定する事例」と「実際に生ずる事例」とが類型において大きく異なる場合がある。このことが「この事件は理論どおりにはいかない」と思わせる1つの大きな要因である。

理論の構築にあたっては、一般的に起こりうる事例を想定していると思われる。確かに想定どおりの事例も多い。しかし、実際に事件になるケースでは、このような事例のみではない。一般的に想定される事例と異なるために紛争に発展するものも多い。

そこで、本稿では、「理論が想定する事例」と「実際に生ずる事例」に違いがあるケースを取り上げる。このことを通じて理論の役割についても考察してみたい。

なお、理論は、一般的には学説における理論を想定している。しかし、本稿で扱う「理論」には「法制度」や「立法案」の根底にある「理論」も対象とした。このような理論も一般的に起こりうる事例を想定しているからである。本稿はこれらの「理論」も含めた「理論と実務」の検討である。

* 学習院大学法学部教授・弁護士。

第2 本稿における検討の内容

1 検討対象とする「具体的な事例」

検討対象とする具体的な事例は、①明示的一部請求訴訟の審判対象に関する事例、②反射効に関する事例、③相殺の再抗弁に関する事例、④所有権登記が残存する場合の建物取去土地明渡請求の事例、⑤内覧制度に関する事例、⑥競売において瑕疵担保責任を認める債権法改正の中間試案に関する問題である。

2 「理論が想定する事例」との違い

本稿の課題は、「理論が想定する事例」と「実際に生ずる事例」が異なる場合があることを明らかにすることである。これに対しては、「理論が対象とする事例は抽象的である。したがって、対象とされる具体的な事例の範囲は広い。かなり特殊な事例もカバーしている」とする反論が予想される。ただ、実際に実務を経験すると、そのようには感じられない実際の事例が多いことを実感する。

3 実務的観点からの指摘

本稿では実務的な観点からの「理論が想定する事例」とは異なる「実際に生ずる事例」の指摘が中心である¹。そのため理論問題の検討にまでは十分に踏み込めていない。このことをご了承願いたい。

第3-1 明示的一部請求の審判対象に関する事例

1 具体的な事例

訴訟対策として、客観的な事実関係と異なった訴訟物に基づいて訴訟提起をすることがある。次のような事例である。

①X社はY社との間でY社の倉庫の建築につき5000万円で請負契約を締結した、②建築が完了してY社は1500万円を支払ったものの3500万円の請負代金が未払いである、③Y社の支払能力に疑問が生じX社はこのままでは残額

1 本稿は、学習院大学法務研究所が主催する法実務研究会において、筆者が平成29年6月3日に「民事裁判実務からみた理論問題」のテーマで報告した内容の一部を要約したものである。

3500万円全額が回収不能になるおそれがあると判断した、④そこで、X社とY社が交渉をした結果、現時点でY社は1000万円であれば支払える可能性のあることが判明した、⑤契約書の内容は、当初契約の工事内容の事後的な変更に伴い、Aa（当初契約であり契約金額3000万円）、Ab（工事内容変更後の契約金額4000万円）、Ac（同5000万円）と変更されている、⑥X社はAcの契約内容に従い工事を完成しているため、X社が本来主張すべきなのはAcの契約書に基づく残代金3500万円である、⑦Y社は、Aaの契約内容については基本的に認めるものの、Ab、Acの契約書については権限外の担当者が作成した部分もあるとして、Ab、Acの契約の成立については争う意向を示している、⑧以上の経緯を踏まえて、X社としては早期決着を最優先としてAaの契約に基づく主張をする方針を確認して、契約代金3000万円の残額1500万円の内、さらにその一部である1000万円の支払を求める残代金請求訴訟を提起した、⑨Y社はAaの契約に基づく請求であったため、ほとんど争うことがなく、裁判所は速やかにAaの契約を認定した上でX社勝訴の判決をした、⑩そのため、X社は予定どおり1000万円の回収を完了した、⑪ところが、1年後にY社の業績が改善しAcの契約に基づく残額の支払が可能となり、また、Y社からは、X社に対して工事内容について瑕疵があるなどと主張される事態となった、⑫この工事の瑕疵は、Aaの契約では工事対象とされており、Ab、Acの契約での工事対象とされている。

2 理論との関係

(1) 緊急対応としての訴訟対策

本件の事例は、明示的一部請求に関するものである²。X社として本来主張すべきであるのはAcの契約内容である。完成した建物もAcの契約内容のとおりであり、裁判で認定されたAaの契約内容とは異なっている。したがって、Y社の支払能力に問題がなければ、当然、Acの契約内容に従った訴訟をす

2 長谷部由起子『民事訴訟法〔新版〕』（岩波書店、2017年）66頁は、「判例は、債権の一部であることを明示していた場合には、その一部のみが審判の対象となるとする。・・・これに対して、学説においては、明示の有無にかかわらず、債権全体が審判の対象となる見解が有力である」としている。

べきである。このことに異論はない。しかし、予期に反してY社の支払能力に問題が生じていることが発覚した。また、契約当初の契約AaがAb、Acに変更されたことについて、有効性が争われる可能性が生じた。建築請負契約ではこのような契約内容の事後的な変更はしばしば起こりうることである。実際に施工してみて、工事の追加や修正の必要性が判明するからである。しかも、途中の契約交渉については事情を熟知する現場担当者が中心となって行われることが多い。そこでの合意については、現場担当者同士の相互了解が書面化される。本件では、Aaの当初契約書の後にAb、Acの契約書が作成されている。実際の契約現場では何十回も契約内容が変更されることもある。その場合は、Aa、Ab、Ac・・Azというような契約内容の変更となる。変更回数が多くなれば、途中の契約について権限外の担当者による変更であると主張される可能性も高まる。最終契約がAzなどという場合、早期に資金の回収を図らなければ相手方からの回収可能性がなくなる可能性がある場合の訴訟対応は特に注意を要する。

(2) 「平時の訴訟」と「緊急時の訴訟」

本件の場合、X社としてはAcの契約内容が客観的には正しいと判断している。しかし、訴訟でAcの主張をすれば立証に時間を取られる。その間に相手方の経営状態が悪化して回収可能性がなくなる可能性が高い。そのような場合は、X社としては次善の策として早期決着を図るためにAaの契約を前提とする訴訟を選択する。緊急時においては「最善」を求めることは「最悪」の結果をもたらす。「最悪」の結果とは、回収可能性がなくなることである。客観的な正しさを追求してAcの契約（「最善」の策）を前提に訴訟をすると立証に時間を取られて回収額がゼロ（「最悪」の結果）になる可能性がある。しかし、現時点でAaの契約（「次善」の策）を前提に訴訟をして早期に決着を図れば1000万円の回収が図れる（「最悪」の結果の回避）。

「緊急時の訴訟」としてはAaの契約に基づく訴訟提起がX社にとって経済的合理性の観点からは妥当な選択である。さらに言えば、「妥当な選択」というより、この状況下では「必要不可欠な選択」ともいえる。

(3) Aaの契約による訴訟の問題点

X社が判決に基づいて1000万円を回収して終了、すなわち、その後、Y社が破産する事態となれば、その後の問題は基本的に生じない。しかし、本件事例のように、その後、Y社の事業が改善したような場合が問題となる。完成した建物とAaの契約内容とは明らかに異なっている。完成した建物はAcの契約内容に従ったものであるからである。極論すれば、Y社からは「Aaの契約内容に従った建物は完成していない」とする主張すら可能となる。また、本件のように、Y社が主張しようとする工事の瑕疵については、Aaの契約では工事対象となっておらず、Ab、Acの契約の対象となっている。

事後的にY社の事業が改善したような場合は、Acの契約に関する問題こそが本格的な争いの対象となる。しかし前訴においては、Aaの契約のみが主張されており、「Acの契約内容」について明示していない。したがって、Acの契約との関係では、「黙示的一部請求」の問題でもある³。

以上のような複雑な関係になってしまうのが実情である。ここでは「明示的一部請求」の問題について検討する。明示的一部請求の理論についての議論では、一般に「一部請求の当否を判断するために問題となる債権全部について審理判断することが可能である」ことが前提とされていると思われる。すなわち、主張される権利関係の外枠が明確なものであることが想定とされている。そして、当事者は、この明確な外枠を争点として主張立証すべきであるとされる。本件でいえば、「X社はAcの契約を主張しようとするれば可能であった。それにもかかわらずX社はAaの契約を主張する訴訟対応をした。そうである以上、今後はAaの契約を前提として対処する」というものである。確かに、X社にとってはAcの契約内容は明確であり、これが本来の争点であることも認識していた。しかし、Acの契約を外枠として主張すれば立証にかなり時間がかかる。その間にY社が破産してしまう可能性が高い。そうすればAaの契約を主張して訴訟の早期決着を図れば可能であった1000万円の回収す

3 Aaの契約との関係では3000万円の一部請求として1000万円の支払を求めている。しかし、Acの契約の場合は5000万円の請求となるものの、前訴では3000万円を超える部分については全く触れられていない。したがって、この部分との関係では黙示的一部請求の関係になると解される。

ら不可能になる。そのためにAaの契約による主張をしたわけである。しかも、このことは「緊急時の訴訟」の対応として非難されるべきものではない。また、Y社としてみても、X社がAaの契約に基づく主張をしている以上、Acの契約についての問題をY社から持ち出す必要はない。

「理論が想定する事例」は、「X社はAcの契約を主張しようとするれば可能であったのに、あえてしなかった」というものである。しかし、「実際に生ずる事例」は「X社はAcの契約を主張できたとしても、それは単なる理論上のことである。現実の訴訟対応としてはすべきではない。Aaの契約を主張して早期決着を図ることこそが、この事案におけるベストの選択である」というものである。

すなわち、「実際に生ずる事例」では、X社は明確な外枠である総額5000万円のAcの契約をあえて主張せずに総額3000万円のAaの契約を主張する。「3000万円の一部請求としての1000万円」ということで「明示の一部請求」となっている。しかし、この「明示」された3000万円のAaの契約は「明確な外枠」ではない。あくまでも1000万円の早期回収に必要な限度で設定した「仮の外枠」である。しかも、「本来の明確な外枠」が「5000万円のAcの契約」であることはY社も当然認識している。

ただ、前訴では「5000万円のAcの契約」は争点とされていない。その意味では、「明示の一部請求」というのは「3000万円のAcの契約」との関係での1000万円ということである。しかし、X社もY社も、本来の争点は「5000万円のAcの契約」であることを認識している。つまり、「前訴で争点とされていない5000万円のAcの契約」が本来の「明確な外枠」であることについて共通認識がある。

このように、「明示の一部請求」に関する「理論が想定する明確な外枠」と「両当事者が認識する明確な外枠」について食い違いが生じている。また、この場合、3000万円を超える2000万円の部分は、「一部請求」の問題としては「明示」されていない。「明示された」3000万円を超える「明示されていない」2000万円については、理論的には前記のとおり「黙示の一部請求」の問題となる。しかし、この部分について当事者には「本来は争点である」との共通認識があるので、単純に「黙示の一部請求」であるとはいえない面がある。

以上のとおり、「理論が想定する事例」と「実際に生ずる事例」との間にはズレが生じている。実務としては、この後の紛争事例に対応する場合、出来る限り事後に生じた事態を前提として実体に即して解決しようとする。事後の訴訟が提起されるときは和解による解決となることが多い。両当事者ともに後訴における客観的な事実と前訴の訴訟で認定された事実とが異なるということについて理論的な問題があることを感じているからである。裁判所の立場からも、前訴の事情は理解できる。したがって、出来る限り前訴の影響を及ぼさないような解決方法が模索される。判例の見解では訴訟物が一部請求に限定されるとしている。訴訟物や審判対象などについては、出来る限り限定的に解釈することが社会実体に適合した紛争解決が可能であり望ましい。この考え方は、実務的な観点からの実感である。判例の見解はこの実務感覚に沿うものである。

ただ、判例の見解では訴訟物が一部請求に限定されているものの、この点には疑問が残る点があると指摘されている⁴。この指摘はもっともであり正当である。本件のような暫定的な主張に基づく訴訟対応についての理論と実務の関係は未解決の課題である。

第3-2 反射効に関する事例

1 具体的な事例

①X（妻）とY（夫）は家屋購入資金にするため、Yを主債務者としてZ（Xの父）から3000万円を借り受け、Xが連帯保証した、②ごく簡単な消費貸借契約書と連帯保証契約書を作成した、③Yは、当初は毎月10万円程度の返済をしていたものの、生活態度の乱れなどから2500万円の債務返済を遅滞している、④ZがYに2500万円の貸金返還請求訴訟を提起するものの、Zは契約書を紛失しており本人訴訟でもあり拙劣な訴訟対応のために敗訴判決を受けて控訴を

4 長谷部・前掲（注2）293頁は、「判例は、一部請求において確定判決の既判力は請求されていない残部には及ばないとしつつ、被告から相殺の抗弁が提出された場合には、請求されていない残部を含めた債権総額から自動債権の額を控除するいわゆる外側説を採用している。しかし、訴訟物が一部請求部分に限定されることと、外側説を採用することが整合するかについては、疑問が残る」としている。正当な指摘である。

することなく確定した、⑤Xは上記訴訟についてZに有利な証言をすることが可能であったが、Yと婚姻関係にあったこともあり訴訟には一切関与しなかった、⑥その後、XはYの生活態度の乱れを見かねて離婚した、⑦Xは実家に戻りZとともに生活を開始している、⑧XはZから借り受けた残額2500万円の内、1000万円をZに返済した、⑨XがZに対して1000万円の求償権行使の訴訟を提起した。

2 理論との関係⁵

(1) 客観的事実と明らかに異なる判決

債権者Zが主債務者Yに対する貸金返還請求訴訟で敗訴判決を受けて、この判決が確定する。一般的には、このような債権者による保証人に対する請求を認容することは望ましくない。このことは一般的な感覚からして当然であるともいえる。しかし、現実には本件のような事例が生ずる。YはZから3000万円を借り受けたことを明らかに自覚している。ただ、返済資金がないために借受けの事実を争う。Zは高齢であり本人訴訟でもあるため拙劣な訴訟対応のために敗訴判決を受ける。Zの敗訴判決は客観的には明らかに誤った結論である。ただ、具体的な訴訟の場面においては、必ずしも客観的な事実が明らかになるものではない。その意味では、このような結論となってしまう同様の訴訟もあり得る。XによるYに対する求償権行使の訴訟では、裁判所としては、Yに対して、Xに1000万円の分割弁済をする和解を成立させるよう強く促すことが通常である。Yが和解を拒絶した場合、Xが勝訴することが通常である。

(2) 後の訴訟での具体的妥当な判断を許容する理論の重要性

本件は、一般的には、主債務が存在しないことが判決で確定した以上、保証債務は付従性により存在しなくなる。このことは、債権者が自己の債権をしっかりと管理し、訴訟対応についても問題がないようなケースでは当然のこととして当てはまる。この場合には、主債務者に対して敗訴した債権者に

5 長谷部・前掲（注2）290頁が「反射効とは、当事者間に既判力の拘束のあることが、当事者と実体法上、特定の関係にある第三者に対して、反射的に有利または不利な影響を及ぼすことをいう」としている問題である。

保証人に対する請求を認める必要がない。このことに異論はない。

ただ、実際に生ずる本件のような事例では、反射効を肯定する理論に従うと具体的な妥当性が図れない。一般的な事例では反射効を肯定して結論を出したとしても問題が生ずることはない。しかし、実務的な観点からは、具体的事案に即した妥当な結論に関心が集中する。したがって、理論が想定した一般的に想定される事例と同一の事例であったとしても、理論によって決着を図ろうとすることは少ない。あくまでも具体的な事例についての認定判断により結論を出す。理論が適用可能な場合であっても、理論の適用という経路をとることなく結論を出すことが可能である。つまり、「理論が想定する一般的事例」なのか「理論が想定しない特殊事例」なのかの判断を省略して結論が出せるということである。この意味で、実際上の機能という点からは、理論の適用範囲を必要以上に拡大することなく、事例に応じた具体的に妥当な判断を許容する余地を広く認める理論が望ましい。

第3-3 相殺の再抗弁の許容性についての理論に関する事例

1 具体的な事例

①XはYに対して、A債権（1000万円）及びB債権（2000万円）を有する、②Yは両債務の支払を遅滞している、③Xが調査したところ、Yは資金繰りに窮していることが判明した、④Yは現時点ではせいぜい500万円しか弁済できない状況である、⑤Yの経営状態が回復する可能性はあるものの、このまま放置すると倒産リスクもある、⑥XはYとの交渉の結果、YはA債権についてその存在を強くは争わないものの、B債権の存在については明確に争う意思のあることが判明した、⑦A債権、B債権の双方を同時に提訴すると、B債権について争われてA債権の債務名義化も遅延する可能性がある、⑧そこで、速やかに1000万円のみの債務名義獲得を目的としてYが反論しないと予想されるA債権のみで提訴した、⑨A債権の訴訟の審理が開始したところ、Xの予想に反して、第2回口頭弁論期日においてYがXに対してC債権（1000万円）による相殺主張をした、⑩Xは、当初はC債権の存在は簡単に否定できると考えていたものの審理経過からするとC債権の存在が認められる形勢

となった、⑪第5回口頭弁論期日において、裁判所から「他に主張立証がなければ終結する。それでも良いか」と打診があった、⑫Xは、今後の訴訟進行の検討のために10分間の休廷を求め、これが認められた、⑬Xは、廊下においてYに対して、B債権をもってC債権と対当額で相殺すると通告した、⑭Xは、休廷後の口頭弁論において、「Xは、先ほど、Yに対して、B債権をもってC債権と対当額で相殺する旨の意思表示をした」と主張した、⑮裁判所は、このXの再抗弁主張を認めた。

2 理論との関係

(1) 実務的観点からみたXの対応

ここで問題となる理論は、最高裁平成10年4月30日民集52巻3号930頁⁶の「弁論期日における相殺の再抗弁は許されない」とするものである。XのA債権に対してYのC債権による相殺主張がされた場合、弁論期日においてYのC債権に対してXのB債権をもって相殺に供する再抗弁主張をしても、この主張が許されないことになる。

仮にYの相殺主張が認められるとXのA債権の請求は棄却となる。この場合、改めてB債権を別訴で提起すると印紙代や弁護士費用も必要となる。そのため、実務的にはB債権を再抗弁で相殺主張するのがベストの対応である。そうすれば、A債権の請求が認容となるからである。

(2) 理論のすり抜け

理論が禁ずるのは「弁論期日における相殺の再抗弁」主張である。訴訟外で「相殺の再抗弁」を主張しておき、そのことを弁論期日で主張することは禁じられていない⁷。そのために、Xは休廷を求めて廊下（つまり訴訟外）で

6 民事訴訟法判例百選〔第5版〕（有斐閣、2015年）44番事件（評釈者・坂田宏）を参考にした事例である。

7 この判例は、「訴訟外において相殺の意思表示がされた場合には、相殺の要件を満たしている限り、これにより確定的に相殺の効果が発生するから、これを再抗弁として主張することは妨げないが、訴訟上の相殺の意思表示は、相殺に意思表示がされたことにより確定的にその効果が生ずるものではなく、当該訴訟において裁判所により相殺の判断がされることを条件として実体法上の相殺の効果が生ずるものであるから、相殺の抗弁に対し更に相殺の再抗弁を主張することが許されるとすると、仮定の上に仮定が積み重ねられて当事者間の法律関係を不安定にし、いたずらに審理の錯雑を招くことになって相当でな」としている。

相殺主張をしたことになる。

最高裁としては、相殺の再抗弁を封ずるための理論構築をしている。訴訟手続が開始している以上、相殺の再抗弁は「弁論期日でされる」。理論構築をするにあたり、このことが前提にされていたと考えられる⁸。しかし、「実際に生ずる事例」としては、本件のような対応がある。これなどは再抗弁主張者の対応によっては、判例理論の適用場面がなくなってしまう「理論のすり抜け」の事例である。

(3) 本件の再抗弁主張の許容性

本件のような対応は、見方によっては「脱法行為」と評価される可能性もある。しかし、Xのこの訴訟対応は、速やかな訴訟の決着を求めたところ、予想外の展開を踏まえて別訴提起の負担を回避するためにされたものである。

休廷中とはいえ訴訟外でされた相殺の主張は「確定的に効果が生ずる」。したがって、実際にこのような主張がされた場合、脱法行為とまで評価される可能性は低いと思われる。

第3-4 所有登記名義が残存する当事者の建物取去土地明渡義務の理論に関する問題

1 具体的な事例

①土地所有者Xは、地上建物所有権の登記名義人Yに対して建物取去土地明渡訴訟を提起した、②Yは、現在はすでに建物所有権をZに譲渡しており、建物所有権者ではないので建物取去土地明渡はないと主張した、③Xは、Yに対して「実体上の建物所有権を有していた時期に所有権登記名義を有していたことがあるか」と質問した、④Yは、これに対して「所有権移転登記を得た時期は、Zに対して建物所有権を譲渡する売買契約を締結した後である」と返答した、⑤Yの主張は、「所有権取得の登記を経由したのは、実体上の所有権を喪失した後である」というものである。

8 (注6)の「訴訟外において相殺の意思表示がされた場合」というのは、本件のような「休廷の間に相殺の意思表示をする」事案は想定されていないように思われる。おそらく「訴訟前に相殺の意思表示がすでにされていた」場合を想定していると考えられる。

2 理論との関係

(1) 不都合な事態回避のための理論構築

ここで問題となる理論は、最高裁平成6年2日8日民集48巻2号373頁⁹の「他人の土地上の建物の所有権を取得した者が自らの意思に基づいて所有権取得の登記を経由した場合には、たとい建物を他に譲渡したとしても、引き続き右登記名義を保有する限り、土地所有者に対し、右譲渡による建物所有権の喪失を主張して建物取去・土地明渡しの義務を免れることはできないと解するのが相当である」とするものである。

建物取去義務を負うのは建物所有者に限定されると解されていた。しかし、他人の土地上に建物を不法に建築するような事案も多くある。このような事案では、建物所有権が次から次へと移転されることが多い。建物取去義務を免れるためである。土地所有者が建物所有者を苦心の末に見つけ出すと、その直後にさらに所有権を移転されてしまう。そうすると、いつまでも建物取去を実現できない状態が継続する。このような事態は回避する必要がある。そのために、仮に所有権を失っていても、一定の場合には過去の所有権を者に建物取去土地明渡義務を課することとした。判例は所有権を失っても登記名義を有している者にはこの義務を課するという理論を構築した。ただし、この義務が発生するためには1つの条件がある。その条件が「所有権の登記名義人として実体上の所有者であった時期がある」というものである。

「所有権の登記名義人」として「実体上の所有者を有していたことがある」からこそ、「実体上の所有者が負担する建物取去義務」を「所有権の登記名義人が負担する」ことになる。逆に、「所有権の登記名義人」として「実体上の所有権を有したことがない」のであれば、「所有権の登記名義人」に「実体上の所有者の義務」を負担させることは出来ない。このことは、当然ともいえる。

(2) 理論の抜け道

「実際に生ずる事例」としては、この理論の適用回避が極めて容易に出来

9 民法判例百選Ⅰ総則・物権〔第7版〕（有斐閣、2015年）49番事件（評釈者・横山美夏）を参考にした事例である。

てしまう。「登記名義人として実体上の所有者であったことがない」という「事例の創出」である。「事例の創出」というのは「このように装う」ということである。売買契約は要式行為ではない。したがって口頭でも売買契約が成立する。そうすると、「所有権登記を取得した日」の数日前に「第三者に売却していた」と装うことが簡単に出来る。また、所有権の登記名義を取得することは、現在の所有者ではない以前の所有者であっても可能である。物権変動的登記請求権に基づく登記名義の取得である。

不都合な事態を解消するために何とかして理論を構築する。そうすると、この適用を回避するための事例が編み出される。ある意味でこれは仕方がないことである。ここで諦めずにさらに理論を発展させることになる。当然、全ての問題について理論が適切な解決策を提示できるものではない。しかし、新たに不都合な事態が生ずるということは新たな理論を生み出す契機となる。

(3) 実際の訴訟での対応可能性

ところで、自己の土地上に第三者が不法に建築した建物について建物所有者が転々と変更する。しかも、上記のような事例を創出されて建物の所有登記名義人を相手方として建物取去を求めることが出来ない。このような事態は土地所有者にとって著しい損害が生ずる。

したがって、実務的には、土地所有者としては、「登記名義人として実体上の所有者であったことがない」とする上記のような主張は虚偽の事例創出であって、明らかに脱法的な対応であると強く主張する。そして、裁判所においてこのような脱法的な主張は虚偽であるので認めないとする可能性も十分にあり得る。この場合は、「理論の抜け道」の利用に対して、裁判所の認定によって妥当な結論が確保される余地がある。

第3-5 内覧制度¹⁰の問題

1 具体的な事例

①ある土地付き建物が競売による売却対象となっている、②Xら（Xa、Xb、Xc、Xd・・等）は、いずれもこの物件の居住目的の買受希望者である、③Yは、この物件を出来る限り安価で買い受けて、これを速やかに転売して利益を挙げようと計画している業者である、④この物件について内覧実施命令が出され、Xら及びYは内覧への参加を申し出た、⑤Yは、内覧の当日、内覧に訪れる者を把握するためにこの建物の入り口付近で待機していた、⑥Yは、次々に訪れたXらに対し、順次、「この物件の購入を希望されているのですね。私も購入するつもりでしたので色々この建物について調べてみました。そうすると、どうも良くない噂ばかり耳に入ってくるのです。この建物内では何人もの居住者が次々と病死したりしているようです。また、仮に購入しても、明け渡しを求める時点では現在は病院に入院中のおじさんが戻ってきて、引渡命令を執行するのが困難になるなど困った事態になりそうですよ」などと、親切そうに装ってXらに購入を諦めさせるような虚偽の事実を次々と述べ立てた、⑦結果的に、このXらはいずれも入札をせず、Yのみが入札をしたため売却可能価額¹¹で購入し、速やかに転売をして予想を超える高額の利益を獲得した。

2 制度の根底にある理論との関係

(1) 内覧制度制定の趣旨

競売不動産の買受希望者に対する情報公開として、民事執行法の平成15年改正により物件の内覧制度が新たに設けられた（民事執行法64条の2第1項本文、民事執行規則51条の2、3）。これは、不動産買受希望者が現物を確認して購入するのは当然の権利であるとして立法化されたものである。

(2) 従前の競売場での「せり売り」における弊害

現行の「入札」制度が導入される以前は、競売場で「せり売り」（昭和55

10 上原敏夫＝長谷部由起子＝山本和彦『民事執行・保全法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）136頁以下参照。

11 民事執行法60条3項が規定する売却基準価額の8割の金額。

年9月まで)が実施されていた。民事執行については、現在でも、いわゆる「執行妨害」が付き物であるともいわれている。これをどのように排除するかが極めて重要な課題となっている。競売場において「せり売り」が実施されていた当時には、買受希望の意思表示をした者が何人かの者に取り囲まれて競売場から出て行く。このような場面がしばしば目撃されていた¹²。これは買受の意思表示をした者に対してその意思を撤回させるための行動である。執行妨害をしようとする者にとって最も重要なことは執行妨害の対象者となる買受希望者の把握である。この点で競売場における「せり売り」は極めて都合が良かった。自分の目の前で買受希望者が挙手をして名乗り出るからである。

(3) 現行の「入札制度」の導入

現行の「入札制度」が導入されたことにより、「せり売り」におけるこのような弊害が除去されることになった。入札制度のもとでは、買受希望者が封入した「入札書」を執行官に差し出す方法によって行われる。この入札書は、開札期日に開札されるまでは第三者の目に触れることがない。したがって、執行妨害を企てる者による、買受意思のある者の事前把握が出来なくなった。その結果、買受人の買受意思を事前に撤回させる方法による執行妨害が不可能となった。

(4) 内覧制度の導入による新たな懸念

しかし、内覧制度の導入により新たな懸念が生ずることになった。すなわち、「具体的事例」のようなケースである。前述のように、執行妨害を企てる者にとって最も重要なことは「買受意思のある者の把握」である。内覧によってこのことが可能となる。幸か不幸か、内覧制度は実務においてほとんど活用されていない。ただ、活用例が多くなったときには、この懸念が現実化する可能性も十分にある。目的物を自分の目で確認してから購入することが望ましい。この内覧制度導入の目的と制度を制定する前提としての理論については理解できる。しかし、上記のような懸念に対する対策も必要である。

12 筆者が大阪地裁の執行センター（大阪地裁第14民事部）に勤務していた当時、何人もの執行官から「せり売り」の状況についての経験を聞く機会があった。

第3-6 競売において瑕疵担保責任を認める債権法改正の中間試案に関する問題

1 はじめに

ここで取り上げるのは債権法改正の中間試案で提案された改正案に関する問題である。最終的な債権法改正においては撤回された論点である。したがって、改正後における実務において問題が生ずることはない。その意味では論述の必要性に乏しいテーマであるともいえる。しかし、中間試案での提案時においては、実務的問題がかなり生ずる可能性が大きいとして話題となった論点である。実務的観点からの検討¹³が立法案撤回の1つの契機になったと思われる。以上の経緯を踏まえて、「立法の実務に対する影響の検討」の1つの参考例として取り上げる。

2 立法案の内容

問題となった立法案の要約は、「①競売においても瑕疵担保責任の規定を適用する¹⁴、②債務者が無資力であるときは、買受人は代金配当を受けた債権者からその一部又は全部の返還を求めることができる」というものである。立法案は、消費者保護の観点から、競売による不動産の取得の場合にも、売買契約における買主の保護と同様の保護が与えられるべきであるとして提案された。

3 実務に対する影響

(1) 競売による売却の実情

競売による売却を実施する前提として執行官は競売不動産の現況調査（民事執行法57条1項）と評価人による評価（同58条1項）が行われる。建物を例にとると、大半のケースは、現況調査の時点で居住者のある現に使用されている中古の建物である。建物内には多数の家具が置かれ、床にはカーペットなどが敷かれている。したがって、天井裏や床下を含めた建物の瑕疵について十分な現況調査を実施することは極めて困難である。

13 拙稿「法務時評：競売時における瑕疵担保責任に関する債権法改正による実務的影響」銀行法務21（経済法令研究会、2011年）1頁において、筆者もこの問題について検討した。

14 現行民法及び成立した改正法では、競売には瑕疵担保の規定を適用しないとしている。

競売による売却価額は、このようなりスクが内在する特殊性をも考慮して定められる。競売市場修正¹⁵が加えられ一般的な市場価格よりもかなり低額となる。したがって、建物に瑕疵がなければ、かなりお買い得となるケースも多い。この意味で、競売による買受けは「リスクはあるものの、かなりのリターンも期待できる」というのが実情である。一般論として、「ノーリスク、ノーリターン」から「ハイリスク、ハイリターン」までの取引類型があるとす。この観点からすると、競売の場合、実務的感覚からは「ミドルリスク、ミドルリターン」という取引類型に該当する。

また、競売の場合には、当事者間の売買契約ではないので、瑕疵担保免責特約（民法572条）を締結することができない。一般的な不動産取引であるとすれば、市場価格よりもかなり低額な売買や売り急ぎの低額物件などの場合、瑕疵担保免責特約が付される事案も多い。これにより「リスクとリターン」の均衡が図られる。

(2) 通常の売買との比較からしても競売の場合に不均衡な保護を与える改正案

しかし、改正案では、市場価格よりもかなり低額であるにもかかわらず、瑕疵担保免責特約を付することができない。また、「市場価格よりも低額の売買である競売」の場合に、「瑕疵担保の保証」を得られるとした上で、「債務者（売主）が無資力である場合、配当を受けた債権者から配当代金の返還」まで求められるとしている。通常の売買であれば、売主が無資力であれば買主は瑕疵担保の保証を受けられない。瑕疵担保の責任を負うのは売主のみだからである。そうすると、改正案は、通常の売買と比較しても著しく買主に有利な内容となっている。つまり、改正案は、競売による購入の場合を「ノーリスク、ハイリターン」の内容にすることを意味している。

この改正案は、通常売買との比較という観点からも、明らかに不均衡な保護を競売による買受人に与える内容となっている。

(3) 配当を受けた債権者による瑕疵に関する立証の事実上の不可能性

債務者（売主）が無資力である場合、配当を受けた債権者は配当代金の返

15 地域により異なるものの、東京・大阪やその近郊都市では、市場価格の7割程度に減額修正されることが多い。

還によって瑕疵担保責任を履行する必要がある。配当を受けた債権者が、買主から瑕疵担保を理由とする配当代金の返還訴訟を提起されたとする。この場合、瑕疵の存否が最大の争点になる。ただ、債権者からすると、瑕疵の存否についての立証は事実上不可能である。瑕疵の存否が問題となる建物に居住しているのは通常は買主本人である。つまり、債権者からすると立証対象となる「瑕疵」の内容が完全に相手方の手の内にある。配当を受けた債権者は担保物を評価してこの物件を担保として取得している。したがって、担保取得当時の建物に関する資料を保有している。しかし、通常は担保を取得してからかなりの時間が経過して競売となる。そのため、担保取得当時の情報は現在の瑕疵立証にはほとんど役立たない。そうすると、配当を受けた債権者からすると、買受時にあった瑕疵なのか、買受時以降に生じた瑕疵なのかの区別も困難となる。

(4) 最終的な配当金受領処理の時期の問題

また、配当を受けた債権者は、瑕疵担保責任を負う可能性のある期間内については、最終的な配当金受領として社内での決済処理をすることが出来ないことになる。

(5) 改正案の撤回

以上のような問題があるこの改正案は撤回となった。仮にこの改正案が立法化されていた場合には、執行官による現況調査のあり方、金融機関などにおける受領配当金処理の時期などについてかなり問題が生じていたと予想される。改正案が提案されたのは、消費者である買主保護の要請という一般的には妥当とされる理論に基づくものであった。しかし、この改正案によると、通常の売買における買主よりもはるかに有利な保護が競売による買受人に与えられることになる。この改正案は、当初想定した「一般的には妥当とされる理論」が、実際に適用する場面ではその「妥当範囲」が予想よりも大きく超えるものとなった一例である。いずれにしても改正案の撤回は適切な措置であったと思われる。

第4 まとめ

理論と実務の関係というのは大変難しい問題である。理論構築にあたって、実務の要請を過大に考慮すれば、理論は単に現実に流され現状追認の道具となる。しかし、理論が実務と乖離して構築されるときは、おそらくこのような理論は実務には受け入れられない。

一般的に、理論が想定する事例は実際の事例と異なることがあり、理論をそのまま適用すると「事案の妥当な解決」から離れることがある。判例の場合は具体的事例を前提とした判断であるため、具体的事例が異なる場合は「事案が異なる」とする対応が可能である。また、最高裁の判例はほとんどの場合、「特段の事情がない限り」とする限定判断をしている。したがって、「特段の事情」の認定による例外的な判断も可能となる。

しかし、個別的な事例によって適用される内容が異なるというのでは「理論」を構築する意味が失われる。出来る限り幅広く一般化することが理論のもつ重要な役割である。他方、実務では「具体的な事例の解決に相応しい」理論かどうかに関心がある。理論の有用性の判断もこの面からなされる。すなわち、理論では適用場面を広げる方向性を目指し、実務は理論の不当な一般化を警戒する。

その意味で、理論と実務は双方の立場から充実した対話を積み重ねることが必要であると思われる。

