

民事執行法上の配当異議の訴えと 配当表の性質

柳 沢 雄 二

目次

- 1 はじめに
- 2 配当表の性質に関する記述
- 3 従来 of 議論
- 4 ドイツにおける議論
- 5 現行法での検討
- 6 まとめ

1 はじめに

民事執行法（昭和 54 年法律第 4 号。以下、「法」ということがある）の平成 16 年改正¹では、様々な改正がなされている²。その中で、「裁判所内部の職務分担の合理化」として、もともと執行裁判所（裁判官）の職務

-
- 1 正式には、「民事関係手続の改善のための民事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成 16 年法律第 152 号）という。この法律は、平成 16 年 11 月 26 日に成立し、平成 17 年 4 月 1 日から施行されている。
なお、この改正法に合わせて、民事執行規則（以下、「規」という）も一部改正されている（平成 17 年規則第 1 号。平成 17 年 1 月 11 日制定・同年 4 月 1 日施行）。
 - 2 詳細につき、小野瀬厚＝原司編著『一問一答平成 16 年改正民事訴訟法・非訟事件手続法・民事執行法』92 頁以下（商事法務・2005 年）参照。

だったものが裁判所書記官の職務へと権限移転されることとなり、裁判所書記官の職務権限が拡大されることになったのである。

そのような権限移転された職務の1つに、配当表の作成がある（法85条5項³）。配当表の作成を裁判所書記官の権限とした理由として、次の2点が挙げられている⁴。まず実務的理由として、従来も裁判所書記官が配当表の原案を作成しており、その原案は執行裁判所の審査の結果と一致するのが通例であったことである。また理論的理由として、執行裁判所が定めた配当表に記載すべき内容を単に配当表に記載するということは、判断作用を伴わない定型的なものであるから、執行裁判所が自ら行う必然性はなく、むしろ公証官である裁判所書記官が行うのがふさわしいことである。

そして、実務的には、この改正による混乱は全く生じていないと言ってよく、私見もまた平成16年の法改正それ自体に異論を差し挟むものではない。この点は、まず冒頭で確認しておきたい。しかし、理論的には、なお検討すべき事項があるのではないかと考えられる。

2 配当表の性質に関する記述

(1) 問題の所在

たとえば、中野貞一郎教授と下村正明教授の共著からなる『民事執行法』の体系書には、配当異議の訴えの法的性質に関連して、「民事執行法は、配当表を一種の裁判として構成するとともに、配当の実施は常に配当表に準拠すべきものとする態度を貫く」という記述が見られる⁵。すなわち、この記述は、配当表が「裁判」の性質を有することを前提としていると考えられるのである。

3 小野瀬=原編著・前掲（注2）98-99頁（商事法務・2005年）参照。

4 『例題解説不動産競売の実務 [全訂新版]』270頁（法曹会・2012年）。

5 中野貞一郎=下村正明『民事執行法』554頁（青林書院・2016年）。なお、この記述は、中野教授が単著で出されていた体系書の段階から、基本的に変っていない。中野貞一郎『民事執行法 [増補新訂6版]』542頁（青林書院・2010年）参照。

しかし、裁判⁶とは、国家の裁判機関（裁判所または裁判官）が、その判断または意思を、法定の形式に従って外部に表示する訴訟行為をいうとされる。そのため、裁判所書記官の行為は、たとえ法律的判断を含む場合であっても、「処分」（民事訴訟法（以下、「民訴法」という）121条参照）であって、「裁判」ではないと解されている⁷。

そうすると、平成16年改正が施行されている現在において、裁判所書記官が作成する配当表を「裁判」と捉えることは、もはやできないのではないかという疑問が生じる。

本稿は、この疑問およびそれに基因する問題点について検討することを目的とする。

(2) 本稿の構成

この疑問等を検討するに当たっては、そもそも配当表の性質論がいかなる文脈の中で議論されてきたかを確認する必要があると思われる。そこで、従来議論として、民事執行法の制定前である旧民事訴訟法（明治23年法律第29号。以下、「旧民訴法」という）および旧競売法（明治31年法律第15号）の時代の議論、ならびに、民事執行法の制定から平成16年改正前までの議論を、まず概観する（3）。また、民事執行法の母法であるドイツにおける議論も、簡単ではあるが紹介する（4）。その上で、現行法での検討を行う（5）。

6 「裁判」を定義づけることは非常に困難であるとされるが（兼子一＝竹下守夫『裁判法 [第4版]』1頁以下（有斐閣・1999年）参照）、ここでは訴訟法上の専門用語としての意味で捉えている（同書301頁以下参照）。

7 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ [第2版]』432頁（日本評論社・2006年）、兼子一ほか『条解民事訴訟法 [第2版]』1299頁〔竹下守夫（弘文堂・2011年）、伊藤真『民事訴訟法 [第5版]』491頁（有斐閣・2016年）等〕。

3 従来 of 議論

(1) 旧法下の論点⁸

旧法下において、配当表の性質に関連して問題となった論点として、①配当表の作成に関する手続的瑕疵の不服申立手続（違法執行に対する法的救済制度）、②配当異議の訴えの法的性質、③配当異議手続と不当利得返還請求の関係、の3点を挙げるができる。

①配当表の作成に関する手続的瑕疵の不服申立手続（違法執行に対する法的救済制度）

(ア) 学説

この問題に関しては、即時抗告説・執行方法の異議（方法異議）説・兼子説が対立していた。

即時抗告説⁹は、配当表作成の手続的瑕疵については配当表に対する即時抗告（旧民訴法 558 条¹⁰）によるとする説である。その理由として、配当表は配当について斟酌すべき債権の存否・額・順位を確定するから、口頭弁論を経ずにすることができる執行裁判所の裁判たる性質を有すると述べていた。

これに対して、執行方法の異議（方法異議）説¹¹は、配当表作成の手続

8 本稿において、旧法下の条文、判例または文献を引用する際には、旧字体を新字体に置き換えている。

9 前野順一『強制執行手続』381頁（松華堂書店・1931年）、松岡義正『強制執行要論中巻』1270頁（清水書店・訂正第6版・1938年）、菊井維大『民事訴訟法（二）』213頁（有斐閣・1950年）、吉川大二郎『強制執行法〔改訂版〕』125-126頁（法律文化社・1958年）等。

10 旧民訴法 558 条は、「強制執行ノ手続ニ於テ口頭弁論ヲ経スシテ為スコトヲ得ル裁判ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得」と規定していた。

11 竹下守夫『不動産強制執行法の研究』325頁（註20）（有斐閣・1977年。初出：民訴雑誌 18号（1972年））、深沢利一「配当手続」中川善之助＝兼子一監修『強制執行・競売（実務法律大系第7巻）』635-636頁（青林書院新社・1974年）、宮脇幸彦『強制執行法（各論）』468頁（有斐閣・1978年）等。

なお、中野貞一郎「配当手続の性格」同『強制執行・破産の研究』177頁（有斐閣・1971年。初出：兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題（下）』（1970年））は、

的瑕疵について、まずは執行方法の異議（旧民訴法 544 条¹²⁾を申し立てるべきであり、その異議の裁判に対して即時抗告をすることができるとする説である。その理由として、債権計算書の提出の催告から配当の実施に至るまでの配当手続は強制執行の方法であって、配当表の作成も裁判たる性質を有しないと述べていた。

なお、兼子一博士¹³⁾は、配当期日に不服を陳述し、これを排斥する裁判に対しては、即時抗告をもって争うとしていた。その理由として、配当表を裁判と認めることには疑いがあるが、さりとて期日の開かれる場合に別に方法異議を認める必要は乏しいと述べていた。

(イ) 判例

この論点に関する判例としては、大決昭和 12・5・26 民集 16 卷 657 頁がある。

事案は、X が、配当裁判所が優先債権の申出があるにもかかわらず普通

「配当表の法的性質を裁判と見ない以上、当然に、執行方法の異議によるべきものと解される。しかし、他面、配当表作成の手続的瑕疵が配当表の記載の実体的不当（配当表の記載に従い配当を受ける理由がないこと）を生ぜしめた場合に、この配当表の実体的不当につき配当期日に配当表に対する異議を申し立て、また、配当期日に異議が完結しない場合に配当異議の訴を提起して、競合債権者間の配当関係における決着をはかることは妨げられないであろう。」と述べている。

これに対して、谷井辰蔵『財産権の強制執行』317 頁（巖松堂書店・1934 年）および同『強制執行法論』242—243 頁（巖松堂書店・1936 年）は、「執行裁判所の作成する配当表は一の裁判に属す。何者、各債権者の請求権に対する配当額を指定する執行裁判所の意思表示なればなり」と述べつつも、「配当表に対し配当期日に先ち之れが不服を申立てんとせば須らく執行方法の異議を申立つべきものと解せんとす」としている。

- 12 旧民訴法 544 条は、「(第 1 項) 強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執行官ノ遵守ス可キ手続ニ関スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁判ス又執行裁判所ハ第五百二十二条第二項ニ定メタル命ヲ発スル権ヲ有ス (第 2 項) 執行官力強制執行ノ申立ヲ却下シタル場合ニ於ケル異議ニ付テモ亦前項ト同様トス」と規定していた。
- 13 兼子一『増補強制執行法』221 頁（酒井書店・1951 年）。なお、中務俊昌「金銭執行における債権者の競合」法セミ 20 号 37 頁（1957 年）も、この説に賛成している。

債権として配当表を作成したこと、配当期日につき旧民訴法 629 条¹⁴の期間を遵守しなかったこと、および配当期日に電報で異議の申立てをしたにもかかわらず異議が完結したのとして配当表を確定実施したこと等を理由として、原審に即時抗告をした。原審は、配当表の作成その他の配当手続は裁判ではないから、これに対して旧民訴法 558 条の即時抗告は許されないとして、即時抗告を不適法却下した。そこで、X が再抗告した。

大審院は、「配当表ノ作成並其ノ確定及実施ノ手続ハ民事訴訟法第五百四十四条ニ所謂執行ノ方法ニ該当スルモノニシテ同法第五百五十八条ニ所謂執行手続ニ於テ口頭弁論ヲ経スシテ為スコトヲ得ヘキ裁判ニアラサルヲ以テ是等配当手続ニ関スル形式上ノ法律違背ヲ理由トスル不服申立ハ同法第五百四十四条ノ異議ニ依ルヘキモノニシテ直ニ同法第五百五十八条ノ即時抗告ニ依ルコトヲ許サス又配当表ノ実質内容ニ対スル不服申立ハ配当期日ニ異議ノ申立ヲ為シタル上配当ニ関スル異議ノ訴ニ依ルヘキモノニシテ抗告ヲ以テスルヲ許ササルモノトス」と判示して、X の再抗告を棄却した¹⁵。

このように、判例は、執行方法に関する異議（方法異議）説を採用していたといえることができる。

②配当異議の訴えの法的性質

(ア) 学説

この問題に関しては、形成訴訟説・確認訴訟説・救済訴訟説が対立していた。

-
- 14 旧民訴法 629 条は、「(第 1 項) 裁判所ハ配当表ニ関スル陳述及ヒ配当実施ノ為メ期日ヲ指定シ其期日ニハ各債権者及ヒ債務者ヲ呼出ス可シ但債務者ノ所在明カナラサルトキ又ハ外国ニ在ルトキハ呼出ヲ為スコトヲ要セス (第 2 項) 配当表ハ各債権者及ヒ債務者ニ閲覧セシムル為メ遅クトモ期日ノ三日前ニ裁判所ニ之ヲ備置ク可シ」と規定していた。
- 15 判例評釈として、野間繁「判批」民商 6 卷 5 号 908 頁 (1937 年)、菊井維大『判例民事手続法』130 頁 (弘文堂・1951 年) がある。

形成訴訟説¹⁶は、配当表を裁判と解する見解から主張されることが多かった¹⁷が、配当異議の訴えにつき、配当表の変更または新たな配当表の調製を求める訴訟法上の形成訴訟であり、この訴えに基づいて配当額が形成されるとする説である。

これに対して、確認訴訟説は、積極の確認訴訟説と消極の確認訴訟説に分かれる。前者¹⁸は、配当異議の訴えにつき、配当期日における自己の異議の主張の当否、したがってまた配当額の確定を求める確認の訴えであるとする説である。その理由として、配当表を一種の裁判と認めることには疑いの余地があるし、また配当額は本来配当表の作成を待たずに定まっているはずのものであると述べていた。他方で、後者¹⁹は、配当異議の訴えにつき、異議の相手方である債権者すなわち被告の配当受領権の不在の確認を求める確認の訴えであるとする説である。その理由として、配当異議は、他の債権者の債権ないしその優先権が配当表の記載通りに存在しないことに基づいて、その配当受領権を争うものであると述べていた。

さらに、救済訴訟説²⁰は、配当異議の訴えにつき、給付請求権の確認（確認機能）と、配当表の変更ないし失効（形成機能）を併有する訴訟であるとする説である。

16 板倉松太郎『強制執行法義海』1170頁（巖松堂書店・1930年）、前野・前掲（注9）398頁、松岡・前掲（注9）1285頁以下、加藤正治『改訂強制執行法要論』234頁（有斐閣・1946年）、菊井・前掲（注9）216頁、吉川・前掲（注9）128頁、的場悠紀「配当異議訴訟の性質」道工隆三先生選歴記念『民事法特殊問題の研究』95頁以下（酒井書店・1962年）等。

17 これに対して、宮脇教授（前掲（注11））は、配当表を裁判と見ることに反対するもの（468頁）、配当異議の訴えの性質は形成訴訟であるとし（480頁）、配当表が裁判であるかどうかの議論……は、配当異議の訴の性質を考えるに際して殆ど影響がない」（479頁）と述べる。

18 兼子・前掲（注13）225頁、小野木常『強制執行法概論』225頁（酒井書店・1957年）、中務・前掲（注13）37頁、中野・前掲（注11）189頁等。

19 山木戸克己「任意競売と配当手続」同『民事訴訟法論集』330頁（有斐閣・1990年）。初出：谷口知平教授選歴記念『不当利得・事務管理の研究（3）』（1972年）、鈴木忠一ほか編『注解強制執行法（2）』552-553頁（丹野達）（第一法規出版・1976年）等。

20 石川明『訴訟上の和解の研究』254頁（慶應義塾大学法学研究会・1966年）。

(イ) 判例

この論点に関する判例としては、次の2つの大審院判決がある。

まず、大判昭和3・12・24新聞2974号13頁の事案は、Aに対する強制競売事件につき作成された配当表に、Yら4名はAに対して債権を有するものとしてそれぞれ金額が計上されていた。Xは、Yら4名の各債権の存在は是認することができないとして、Yら4名を被告として配当異議の訴えを提起した。その際にXは、異議申立てを承認しなかったBほか8名を共同被告としなかった。原審は、配当異議の訴えで共同被告とすべきものは、配当期日に異議申立てを承認しなかったことの他に、その異議申立てにより不利益を被る債権者であることを要するとして、Xの請求を認容した。そこで、Yら4名が上告した。

大審院は、「配当表ノ変造ヲ目的トスル訴ニ在リテハ其ノ変更ニ承認ヲ為ササリシ債権者全員ニ対シテ之ヲ提起スルヲ要スルコト固ヨリ言フ俟タサルトコロナリト雖本件ニ於ケルカ如ク或債権者ノ債権ノ不存在ヲ理由トシテ配当表ノ変更ヲ求ムルモノニ在リテハ其ノ変更ハ当該債権金額ノ削除ヲ来スモノニ外ナラサルカ故ニ変更ノ結果当然計数的ニ他ノ債権者ニ対スル配当額ノ増加ヲ見ルニ至リ之ニ因リテ他ノ債権者ハ単純ニ利益ヲ得ルニ止マルヲ以テ之等債権者カ特ニ之カ承認ヲ為ス旨ヲ明示セサリシトスルモ之等債権者カ格段ニ何等カノ方法ニ依リ配当表ノ変更ニ対シ異議ヲ述ヘタル事実ノ徴スヘキモノナキ限リ右変更ニ承認ヲ為シタルモノト同一視スヘク從テ之等債権者カ明ニ之ニ承認ヲ為シタル場合ト同様ニ処理シ之等債権者ヲ訴ノ相手方ト為スノ要ナキモノト解スルヲ至当トス」と判示して、Yら4名の上告を棄却した。

次に、大判昭和18・3・3新聞4837号6頁の事案は、電話加入権の係争売得金に対し、後順位の質権者であるYが、配当期日に配当表につき独り異議を申し立て、その後に訴えをもって異議を主張した。その請求が認容されて判決が確定したことにより、Yは裁判所から配当金の交付を受けた。その間、先順位の質権者であるXらは、少しも異議を申し立てず、また上記訴えでは敗訴したにもかかわらず、Yが勝訴判決に基づき配当金

の交付を受けた途端に、競売代金の受戻請求訴訟を提起した。原審は、配当異議の訴えの判決は形成判決であって、その判決の効力は何ら実体上の確定力を有するものではないから、実体上の権利を有する X らの権利はこの形成判決のために少しも影響しないとして、X らの請求を認容した。そこで、Y が上告した。

大審院は、「配当表異議ノ訴訟事件ニ於ケル確定判決ハ畢竟競売手続上如何ナル債権者ニ売得金ノ如何ナル数額ヲ交付スヘキヤヲ定ムル手続上ノ形成判決ニ過キスシテ之カ為債権者ノ実体法上ノ優先権ノ有無及順位ヲ確定スル効力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ配当表ニ対シ異議ヲ申立テサリシ債権者ハ仮令右訴訟ノ被告トシテ不利益ナル確定判決ヲ受クルモ自己ノ本来有シタル質権ノ効力トシテ其順位ニ於テ優先弁済ヲ受クヘキ実体上ノ権利ニハ毫モ影響ヲ受クルコトナシ」と判示して、Y の上告を棄却した。

このように、判例は形成訴訟説を採用していたといえる。ただし、どちらの判決も、配当表の性質について明言しているわけではなかった。

③配当異議手続と不当利得返還請求の関係

この問題に関しては、強制執行の場合と、旧競売法上の任意競売に対する旧民訴法上の配当手続の準用の可否に分けて検討する必要がある。

(ア) 強制執行の場合

(あ) 学説

旧民訴法 634 条は、「異議ヲ申立テタル債権者前条ノ期間（筆者注：配当異議の訴えの提訴期間）ヲ怠リタルトキト雖モ配当表ニ從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²¹。すなわち、配当期日に配当異議を申

21 この規定は、ドイツ民訴法 878 条 2 項に由来するものである。しかし、優先主義を採用するドイツ法では、「優先権 (ein besseres Recht)」とは差押質権 (Pfändungspfandrecht) を意味すると理解することができるのに対して、日本の旧民訴法は平等主義を採用して差押質権を否定していたのであるから、こ

し立てた債権者は、法定の提訴期間内に配当異議の訴えを提起しなかった場合または訴えを提起したことの証明をしなかった場合であっても、配当表に従って配当を受領した他の債権者に対して、自己が受領すべきであった金額を不当利得として返還請求することができるかと解されていた。

それでは、配当期日に配当異議の申立てをしなかった債権者は、配当を受領した他の債権者に対して、不当利得返還請求をすることはできないのであろうか。この問題については、不当利得返還請求を否定する説と肯定する説が対立していた²²。

否定説の理由は、おそらく純粋に旧民法 634 条の反対解釈に基づくのではないと思われるものもあった²³が、中には、配当期日において配当異議の申立てがないときは配当表にしたがって配当を実施すべきであるとされ（旧民法 630 条 1 項）、また期日に出頭しない債権者は配当表の実施に同意したものとみなされる（旧民法 632 条 1 項）ことから、この場合には配当表は確定し、終局判決の性質を帯びるに至るために、以後は配当の結果を争うことはできないということを挙げるものもあった²⁴。

の点を無視してドイツ法を無批判に継受した旧民法 634 条は「立法上の過誤に基因する」と批判されていた。宮脇・前掲（注 11）497 頁・498 頁（註一）参照。

22 なお、深沢・前掲（注 11）640 頁は、「優先弁済請求権を有する債権者」と「優先権なき一般債権者」を区別して、前者にのみ不当利得を肯定していた。しかし、強制執行と任意競売（担保権実行）を区別していた旧法下での議論を前提とする限り、強制執行の場面での「優先弁済請求権を有する債権者」と「優先権なき一般債権者」が具体的に何を意味していたのかは不明である。

23 谷井・前掲（注 11）『財産権の強制執行』348—349 頁、同・前掲（注 11）『強制執行法論』277 頁、加藤・前掲（注 16）233 頁、高根義三郎「共同執行」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第 4 巻』1158 頁（有斐閣・1955 年）等。

24 松岡・前掲（注 9）1281 頁、岡垣学『強制執行法概論』287—288 頁（中央大学出版部・1972 年）等。

なお、兼子・前掲（注 13）223 頁は、「配当表が配当の基礎となる所以は、それが性質上裁判であるからではなく、異議申立のない限り、仮令実質的には不当であっても、各債権者間で配当表の記載通りの配当方法について協議が調ったものと同様にみなすことにあるとみるべきであろう。」としつつ、同書 222 頁において、「若し期日において異議を申立てず、又は期日に呼出を受けながら欠席すれば、配当表の記載を承認したものとみなされ（民訴 632 条 1 項）、以後これに基づき配当の結果を争うことができず、他の債権者に対しその配当受領を不当と主張して返還の請求もできなくなる。」と述べる。

これに対して、肯定説²⁵は、単に配当異議の申立てがないという理由で確定した配当表には、配当異議の訴えの確定判決等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ということをも理由としていた。

(い) 判例

この論点に関する参考判例としては、不当利得返還請求の事案ではないが、次の2つの大審院判決を挙げることができる。

まず、大判明治30・11・26民録3輯10巻87頁の事案は、Xが抵当権を有していた地所を強制執行のために競売に付したところ、その売得金は抵当権者であるXに帰すべきであるにもかかわらずYが取得したとして、Xがその取戻しを求めてYに対して優先権確認の訴えを提起した。Xは、本件訴訟は実体法上の権利を主張する訴訟であって強制執行に関する異議の訴えではないから、訴えを提起するのに配当期日に異議を申し立てる必要はないと主張した。しかし、原審は、XがYに対して不動産上の抵当権を主張するには競売代金の配当実施の期日に異議を申し立てたことを要するとして、Xの訴えを却下した。これに対して、Xが上告した。

大審院は、「適法ニ調製セラレ又孰レノ債権者モ異議ヲ申立スシテ適法ニ実施セラレタル配当表ハ終局的判決ノ性質ヲ帯ビ裁判所ヲモ各債権者ヲモ絶対ニ羈束シ得ル確定決定ノ効力ヲ有スル事此確定決定ニ対シ不服ノ訴権ヲ許サレタル者ハ独リ民事訴訟法第六百三十四条ニ明掲セラルル所ノ異議ヲ申立タル債権者ノミニ限り其他ノ債権者ニ至テハ斯ル訴権ノ許ヲナキ事及ヒ原判決ニ於テ配当表ノ実施後之ニ不服ヲ唱ヘ訴ヲ起シテ不動産上ノ抵当権ヲ主張スルニハ配当表ニ対シ異議ヲ申立タルコトヲ要スト判断シタルハ相当ニシテ不法ニアラサル事ヲ知了セラル可シ」と判示して、Xの上告を棄却した。

25 宮脇・前掲(注11)497頁。

次に、大判昭和 15・1・15 新聞 4525 号 11 頁（請求に関する異議事件）の事案の詳細は不明であるが、原審は、競売不動産の一部が存在していなかったために、その部分の競売は無効であるから、競落人である被上告人の先代が競落代金の配当を受けた銀行に対して競落代金の返還を請求し、当該銀行が競落代金を被上告人先代に返還したことで、いったん消滅した債務名義の基本となる公正証書の貸金債権がその限度で復活したと認定し、貸金公正証書はその復活した金額につき執行力を有すると判示した。これに対して、上告がなされた。

大審院は、「適法ニ調製セラレ且孰レノ債権者モ異議ヲ申立テシテ適法ニ実施セラレタル配当表ハ終局的判決ノ性質ヲ帯ヒ裁判所及各債権者ヲ羈束シ得ル確定判決ト同様ノ効力ヲ有スルモノナル所本件配当表ノ実施ニ付異議ノ申立カ為サレタル事実ハ原審ノ確定セサル所ナレハナリ……（中略）……従ツテ原審ノ確定シタル事実ニ依リテハ右競売ノ一部ノ無効ハ前記配当ニ因ル債務消滅ノ効果ニ消長ヲ来ササルモノト之ヲ断セサルヲ得ス」と判示して、原判決を破棄して事件を原審に差し戻した。

これら 2 つの判決は、配当表が確定判決（と同様）の効力を有することを認めている点が特徴的である。

- (イ) 旧競売法上の任意競売に対する旧民訴法上の配当手続の準用の可否
- (あ) 旧競売法には、配当手続に関する規定が存在しなかった²⁶。

ところで、旧競売法に規定が存在しない場合には、性質上許される限

26 旧競売法の中で、配当に関連するといえることができる条文としては、15 条と 33 条があった。

前者は、「執行官ハ競売ノ完結後売得金ノ中ヨリ競売ノ費用ヲ控除シ其残金及ヒ競落セサリシ物ハ遲滞ナク之ヲ受取ルヘキ者ニ交付シ又ハ其者ノ為メニ之ヲ供託スルコトヲ要ス」と規定していた。

また、後者は、「(第 1 項) 競落人ハ競落ヲ許ス決定カ確定シタル後直チニ代価ヲ裁判所ニ支払フコトヲ要ス此場合ニ於テハ裁判所ハ其裁判ノ謄本ヲ添へ競落人カ取得シタル権利ノ移転ノ登記ヲ管轄登記所ニ嘱託スヘシ (第 2 項) 裁判所ハ前項ノ代価ノ中ヨリ競売ノ費用ヲ控除シ其残金ハ遲滞ナク之ヲ受取ルヘキ者ニ交付スルコトヲ要ス」と規定していた。

り旧民訴法の規定を準用すべきであるというのが、確立した判例理論²⁷であった。

しかしながら、判例は、旧競売法上の任意競売に対して旧民訴法上の配当手続を準用することはできず、抵当不動産の売却代金を誰が受領するかは実体法で決すべきであって、抵当権者の優先権の主張は訴えで行うことができるけれども、裁判所による売却代金の交付は実体上の権利を確定するものではないと解していた²⁸。もっとも、学説では、任意競売にも配当

- 27 大判大正 2・6・13 民録 19 輯 436 頁（判例評釈として、雉本朗造『判例批評録第 1 巻』126 頁（弘文堂書房・1917 年）、『判例百選（ジュリ 200 号）』14 頁〔斎藤秀夫〕（有斐閣・1960 年）、『判例百選 [第 2 版]』118 頁〔斎藤秀夫〕（有斐閣・1965 年）がある）を嚆矢とし、その後多数の判例で同様の立場が採用されている。詳細につき斎藤秀夫『競売法』25 頁（註一）（有斐閣・1960 年）参照。
- 28 大判明治 40・9・25 民録 13 輯 886 頁、大判明治 43・11・25 民録 16 輯 795 頁、大判大正 3・7・1 民録 20 輯 570 頁、大判昭和 8・3・27 法学 2 巻 11 号 107 頁、大判昭和 8・10・18 法学 3 巻 4 号 108 頁、大判昭和 16・12・5 民集 20 巻 1449 頁、大判昭和 18・3・3 新聞 4837 号 6 頁等。

たとえば、大判大正 3・7・1 は、「競売法第三十三条ニ依リ裁判所カ競売代金ヲ交付スル行為ハ実体上ノ権利ヲ確定スルモノニ非サルヲ以テ同条ニ依リ配当ヲ受ケタル者ハ実体上ノヲ受クヘキ権利ヲ有スルモノニ限ラス而シテ配当ヲ受クヘカラサリシ者カ誤テ配当ヲ受ケ為メニ当ニ配当ヲ受クヘカリシ者カ却テ之ヲ受ケ得サリシ場合ニ於テハ前者ハ法律上ノ原因ナクシテ後者ノ当ニ受クヘカリシ財産ニ因リ利益ヲ受ケ為メニ後者ニ損失ヲ及ホシタルモノナレハ民法第七百三条ニ從ヒ不当利得ノ責ニ任セサル可カラサルコト本院判例ニ示ス所ノ如シ」と判示した（判例評釈として、石坂音四郎『民法研究第 4 巻』624 頁（有斐閣書房・1917 年）、雉本朗造『判例批評録第 2 巻』218 頁（弘文堂書房・1918 年）がある）。

また、大判昭和 16・12・5 は、大判大正 3・7・1 を引用した上で、「而シテ右ノ場合ニ於テ配当ヲ受ケサリシ者カ右配当ニ関シ異議ヲ述ヘタルモノナリヤ否ハ右不当利得返還ノ権利主張ニ何等ノ消長ヲ来ササルモノト解スルヲ相当トス蓋シ競売法ニ依リ競売手続ニ於テハ民事訴訟法ノ強制競売ニ付認メラルルカ如キ執行力アル正本ニ因ラサル一般債権者ノ配当要求ハ之ヲ許サス（昭和八年（オ）第二千二百八十号同年十一月二十一日言渡当院判決参照）執行力アル正本ニ因ル債権者以外ニハ物上担保権者ノミ其ノ担保権ノ順位ニ從ヒ債権ノ弁済ヲ受クルニ止マルカ故ニ其ノ債権者間ニ於ケル権利ノ成立其ノ順位等ハ記録上容易ニ之ヲ了知シ得ヘク從テ民事訴訟法第六百三十三條第六百三十四條ニ定ムルカ如キ債権確定ノ方法ニ関スル法則ハ競売法ニ依リ競売手続ニ之ヲ準用スヘキモノニ非サルヲ以テナリ」と判示した（判例評釈として、河本喜與之・民商 15 巻 6 号 631 頁（1942 年）、『判例民事法昭和 16 年度』405 頁〔兼子一〕（有斐閣・1944 年）がある）。

なお、最判昭和 32・4・16 民集 11 巻 4 号 638 頁は、第 2 順位の抵当権者が、

手続に関する旧民訴法の規定を全面的に準用すべきであるとする見解が有力に主張されていた²⁹。

(い) これに対して、最判昭和 31・11・30 民集 10 卷 11 号 1495 頁は、任意競売での配当異議訴訟を認めた。

事案は、A 所有の不動産について抵当権の実行による競売手続が行われ、競売裁判所が競売代金の配当に関して配当表に該当する「支払表」を作成した。第 3 順位の抵当権者である X と、第 2 および第 4 順位の抵当権者である Y は、ともに支払表に記載された相手方の債権の存在ないし額を争って、配当異議の訴えを提起した。第 1 審は X の請求を認容し、Y の請求を棄却した。Y が控訴したが、原審は控訴を棄却した。これに対して Y が上告した。

最高裁は、「抵当権の実行による不動産競売手続において配当表が作成された場合、異議のある抵当権者は、本件のごとく抵当権者相互の抵当権の存否、順位、被担保債権の範囲、並びに競売手続において配当を受くべき金額等を主張して配当表に対する異議の訴訟を提起し得るものと解するを相当とする。けだし、かかる訴を提起し得ると解することは、なんら競売法の精神に反するものとは認め難いし、かつ右のごとく異議のある抵当

被担保債権が消滅していたにもかかわらず配当を受けた第 1 順位の抵当権者に対して、当該配当金額の受領は不当利得であると主張した事案であり、最高裁は「民法第七〇三条の『他人の財産』というのは、既に現実に他人の財産に帰属しているものだけでなく、当然他人の財産としてその者に帰属すべきものを含む意味に解すべきであ(る)」と判示して、第 2 順位の抵当権者に不当利得返還請求権があるとした(判例解説として、三淵乾太郎『最高裁判所判例解説民事篇昭和 32 年度』85 頁(法曹会・1964 年)、同・金法 142 号 12 頁(1957 年)がある。また、判例評釈として、好美清光・一橋論叢 28 卷 6 号 644 頁(1957 年)、谷口知平・民商 36 卷 4 号 547 頁(1958 年)がある)。

- 29 岩松三郎『競売法(現代法学全集第 32 卷)』13 頁(日本評論社・1930 年)、小野木常『競売法(新法学全集第 22 卷)』54-55 頁(日本評論社・1938 年)、斎藤・前掲(注 27) 188 頁等。なお、法曹会決議昭和 8・4・19 法曹会雑誌 11 卷 7 号 95 頁も、「競売法ニ因ル競売ニ付テモ民事訴訟法ノ配当手続ニ関スル規定ノ準用アリ配当表ニ対スル異議モ民事訴訟法ノ規定ニ準シ完結スヘキモノトス」としていた。

権者の不服方法を、単に競売手続終了後における不当利得返還の請求だけに限定すべき法理は存しないからである。」と判示して、Yの上告を棄却した³⁰。

この判例は、従来の判例を明示的に変更しているわけではないが、実質的には判例変更したものとして、実務上のみならず学説上も注目された。

(う) 他方で、留意すべき判例として、最判昭和 43・6・27 民集 22 巻 6 号 1415 頁が挙げられる。

事案は、第 3 順位の抵当権者である X が不動産の競売を申し立てたところ、Y が第 2 順位の抵当権を有すると主張して配当要求をしたため、競売裁判所は X と Y に配当する旨の配当表を作成した。X は、Y の債権は全然存在しないと主張して、配当表に異議を申し立て、さらに配当異議の訴えを提起した。この訴訟では X が勝訴したが、その請求の趣旨を記載するに当たって、X は自己に対する配当額を過少に記載したため、その記載額で認容する旨の判決が確定した。配当裁判所は、この判決に従って、記載額分を X に配当し、残額を Y に配当した。そこで、配当異議の訴えに勝訴した X が、敗訴した Y に対して、配当を受け損ねた金額につき不当利得として返還請求をした。第 1 審は X の請求を棄却したが、原審は X の控訴を容れて X の請求を一部認容した。これに対して Y が上告した。

最高裁は、「任意競売における配当異議訴訟の判決は各抵当権の存否、その順位を確定するものではないから、原審認定の事実関係の下において X が Y に対し不当利得返還請求権を有するものとし、Y は X に対し四四六、七九七円の支払義務ありとした原審の判断は正当であり、原判決には何等所論の違法はない。」と判示して、Y の上告を棄却した³¹。

30 判例解説として、土井王明『最高裁判所判例解説民事篇昭和 31 年度』211 頁(法曹会・1961 年)がある。また、判例評釈として、斎藤秀夫・民商 35 巻 5 号 715 頁(1957 年)、高島義郎・法学論集 7 巻 3 号 72 頁(1957 年)がある。

31 判例解説として、千種秀夫『最高裁判所判例解説民事篇昭和 43 年度』615 頁(法曹会・1969 年)がある。また、判例評釈として、岡垣学・民商 60 巻 2 号 287

ただし、この判例では、配当異議訴訟の法的性質ないし訴訟物に関する説示がなされたわけではなかった。

(2) 民事執行法制定後の議論

民事執行法が制定されたことにより、旧法下の論点に関する議論がどのように変化したのかについて、ここでまとめておく。

(ア) まず、旧法下の論点①（配当表の作成に関する手続的瑕疵の不服申立手続（違法執行に対する法的救済制度））に関しては、民事執行法の制定によって、立法的に解決されたといつてよい。

すなわち、執行抗告（法 10 条）を申し立てるには、民事執行法上「特別の定め」が必要となる（同条 1 項参照）。しかしながら、配当手続には、執行抗告を認める旨の規定が存在しない。よって、配当表の作成に関して手続的瑕疵がある場合でも、不服申立権者が執行抗告を申し立てることは不可能である。むしろ、不服申立権者には、執行裁判所の執行処分に対しては執行異議（法 11 条）が、また裁判所書記官の処分に対しては異議（法 20 条・民訴法 121 条）が、それぞれ認められることになる。

したがって、ここではもはや配当表の性質を持ち出す余地はない。

(イ) 次に、旧法下の論点②（配当異議の訴えの法的性質）に関しては、なお議論が続いている。

(あ) その前提として、配当表の性質³²について、裁判の性質を認める説

頁（1969 年）、星野英一・法協 86 巻 8 号 983 頁（1969 年）、石川明・法学研究 43 巻 2 号 99 頁（1970 年）がある。

32 もっとも、香川保一監修『注釈民事執行法<第 4 巻>』270 頁〔近藤崇晴〕（金融財政事情研究会・1983 年）は、「配当表が裁判たる性質を有するか否かを論ずることにさして実益があるわけではない」と指摘する。鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（3）』363 頁〔中野貞一郎〕（第一法規出版・1984 年）も同旨。

と認めない説が対立している。

配当表に裁判の性質を認める説³³は、配当期日における手続に鑑みれば、配当表には裁判たる性質を認めることができることを理由とする。

これに対して、配当表の作成自体は裁判とはいえないとする説³⁴は、配当表は訴訟法上の裁判所の作成する「一定の判断を示した文書」であるが、その作成は裁判（決定）の形式でなされるわけではなく、単なる告知・通知とも異なる「執行処分」（民執5条・11条等参照）に該当することを理由とする。

（い）また、配当異議の訴えの法的性質³⁵について、形成訴訟説・確認訴訟説・複合的訴訟説が対立している。

形成訴訟説³⁶は、配当異議の訴えにつき、配当表の変更または取消しを求める訴訟法上の形成訴訟であるとする説である。

これに対して、確認訴訟説³⁷は、配当異議の訴えにつき、異議申立ての

- 33 浦野雄幸『逐条概説民事執行法 [全訂版]』301頁（商事法務研究会・1981年）、香川監修・前掲（注32）270頁〔近藤〕、鈴木＝三ヶ月編・前掲（注32）363頁〔中野〕、浦野雄幸『条解民事執行法』391頁（商事法務研究会・1985年）等。
- 34 伊藤善博ほか『不動産執行における配当に関する研究』67頁（法曹会・1985年）。なお、田中康久『新民事執行法の解説 [増補改訂版]』234頁（金融財政事情研究会・1980年）は、明確な理由を示さずに、結論のみ同旨を説く。
- 35 もっとも、清水湛＝佐藤修市「配当異議訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座12』254頁（日本評論社・1984年）は、「実務上、この訴えの性質が何かを論ずることの実益はそれほど大きくない」と述べる。西村宏一＝佐藤歳二編『注解不動産法9 不動産執行』449頁〔久我泰博〕（青林書院・1989年）も同旨。
- 36 民事執行法制定後・平成16年改正前の文献として、田中・前掲（注34）236頁、『民事執行セミナー』196頁〔浦野雄幸発言〕（有斐閣・1981年）、斎藤秀夫編『講義民事執行法』273頁〔菅野国夫〕（青林書院新社・1981年）、浦野・前掲（注33）『逐条概説』316頁、香川監修・前掲（注32）334－335頁〔近藤〕、鈴木＝三ヶ月編・前掲（注32）394頁〔中野〕、浦野・前掲（注33）『条解』411－412頁、414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37輯2号）』228頁以下（法曹会・1989年）、石川明ほか編『注解民事執行法』926頁〔池田辰夫〕（青林書院・1991年）、中野貞一郎『民事執行法 [新訂4版]』480頁（青林書院・2000年）等。
- 37 小室直人編著『民事執行法講義 [2訂版]』104頁（法律文化社・1998年）。

当否を前提問題として、異議申立債権者の配当額の確定を求める訴えであるとする説である。

さらに、複合的訴訟説³⁸は、配当異議の訴えにつき、配当表記載の債権の存否等の確認と、配当表の変更（形成効）を求める訴訟であるとする説である。

この問題に関する民事執行法制定後の最高裁判例はないようであるが、下級審判決としては形成訴訟説を採用するものが多い³⁹。

（ウ）そして、旧法下の論点③（配当異議手続と不当利得返還請求の関係）に関しては、議論の対象が変化していることに注意しなければならない。

（あ）問題の所在

すなわち、異議を申し立てた債権者による不当利得返還請求を認める趣旨だと解されていた旧民法 634 条に対応する規定は、民事執行法には存在しない⁴⁰。また、担保権実行に対しては、強制執行の配当手続が全面的に準用されている（法 188 条等）。

そのため、「ある債権者が、自己の配当額が不当に少なかったにもかかわらず、配当期日に配当異議の申出をしなかったり配当異議の申出をした後に配当異議の訴えを提起しなかったりした場合に、当該債権者は、過大に配当を受領した他の債権者に対して、執行手続外で不当利得返還請求を

38 山木戸克己『民事執行・保全法講義 [補訂 2 版]』163 頁（有斐閣・1999 年）、福永有利『民事執行法・民事保全法 [第 2 版]』156（有斐閣・2011 年）。なお、この説は、明確に述べられているわけではないけれども、内容的にはかつての救済訴訟説と同じなのではないかと考えられる。

39 東京地判平成元・12・22 判時 1347 号 75 頁（ただし傍論）、名古屋高判平成 7・5・30 判タ 921 号 287 頁、東京地判平成 14・12・27 判例秘書 L05731811（平成 14 年（ワ）第 6610 号・第 17026 号）等。

40 旧民法 634 条に対応する規定を民事執行法に置かなかった理由としては、不当利得の成否は実体上の要件であり、民事執行法の中に規定を置くのもおかしいので、解釈に委ねることにしたとされる。前掲（注 36）『民事執行セミナー』200 頁〔浦野雄幸発言〕。

することができるか」という問題に対して、ここでは、不当利得の成立要件（民法 703 条）のうち「損失」または「法律上の原因」があるかという形で議論され、そこに担保権者が担保目的物に対して有する「実体法上の優先弁済受領権」をどのように評価するか（すなわち、一般債権者と担保権者を区別することが妥当か）が関連しているといえることができる⁴¹。

(い) 学説

学説上は、主に全面的否定説・全面的肯定説・折衷説（一部肯定説）・その他の説が対立している⁴²。

全面的否定説は、配当に異議のある債権者は、一般債権者でも担保権者でも、配当期日に配当異議の申出等をしなかった場合には、執行手続外で不当利得返還請求をすることはできないとする説である。ただし、この説も、当該債権者が適度な配当期日の呼出しを受けなかった等、配当手続に適切に関与することができなかつた場合には、不当利得返還請求を肯定している。

これに対して、全面的肯定説は、配当に異議のある債権者は、一般債権者でも担保権者でも、配当期日に配当異議の申出等をしたか否かにかかわらず、執行手続外で不当利得返還請求をすることができるとする説である。

-
- 41 この問題に関する論文として、石川明「配当異議と不当利得」金法 992 号 6 頁（1982 年）、二瓶修「配当期日の欠席と不当利得の成否」藤田耕三ほか編『民事執行法の基礎』231 頁（青林書院新社・1983 年）、栗田隆「配当異議の申出をしなかった債権者と不当利得返還請求」金法 1288 号 4 頁（1991 年）、秦光昭「配当異議の申出をしなかった債権者の不当利得返還請求の可否」手研 456 号 4 頁（1991 年）、田原睦夫「不当な配当と債権者の不当利得返還請求」同『実務から見た担保法の諸問題』330 頁（弘文堂・2014 年）（初出：金法 1298 号（1991 年））、松岡久和「過誤配当と不当利得」林良平＝甲斐道太郎編集代表『谷口知平先生追悼論文集第 2 巻』521 頁（信山社出版・1993 年）、松岡久和「差押債権者の実体法上の地位（上）」金法 1399 号 20 頁（1994 年）、酒井一「民事執行と不当利得」奈良法学雑誌 13 巻 3 = 4 号 215 頁（2001 年）、松村和徳「民事執行における失権」早稲田大学法務研究論叢 1 号 69 頁（2016 年）等がある。
- 42 学説については、さしあたり酒井・前掲（注 41）216 頁以下、上原敏夫ほか編『民事執行・保全判例百選 [第 2 版]』86 頁〔中島弘雅〕（有斐閣・2012 年）、松村・前掲（注 41）76 頁以下等を参照。

さらに、折衷説（一部肯定説）は、配当に異議のある担保権者は、配当期日に配当異議の申出等をしたか否かにかかわらず、執行手続外で不当利得返還請求をすることができるのに対して、配当に異議のある一般債権者は、配当期日に配当異議の申出等をしなかった場合には、執行手続外で不当利得返還請求をすることはできないとする説である。

（う）判例

判例は、抵当権者については不当利得を肯定する（最判平成 3・3・22 民集 45 巻 3 号 322 頁。以下、「平成 3 年最判」という）のに対して、一般債権者については不当利得を否定する（最判平成 10・3・26 民集 52 巻 2 号 513 頁。以下、「平成 10 年最判」という）ため、折衷説（一部肯定説）を採用しているといえる。

①平成 3 年最判の事案は、不動産競売手続において、2 番抵当権者である Y 会社の被担保債権は配当期日前に弁済によって消滅していたにもかかわらず、Y による債権届出も債権計算書の提出もなかったために、登記簿に記載された債権額 500 万円の被担保債権が存在するものとして、配当期日では、1 番抵当権者、2 番抵当権者である Y および 3 番の租税債権者に対しては満額を配当し、4 番根抵当権者である X 銀行に対しては極度額 500 万円のうち 27 万 7149 円を配当する旨の配当表が作成された。配当期日に出頭した利害関係人から異議の申出がなかったため、配当表どおりの配当が実施され、当日出頭しなかった Y に対する配当は供託され、後日 Y がこれを受領した。X は Y に対して、不当利得返還請求として、X が受領すべきであった配当不足分 472 万 2851 円およびこれに対する遅延損害金の支払いを求めた。第 1 審は X の請求を認容し、控訴審は Y の控訴を棄却した。これに対して、Y が上告した。

最高裁は、「抵当権者は、不動産競売事件の配当期日において配当異議の申出をしなかった場合であっても、債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受けた債権者に対して、その者が配当を受けたことによって

自己が配当を受けることができなかつた金銭相当額の金員の返還を請求することができるものと解するのが相当である。ただし、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のであるから、他の債権者が債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受けたために、右優先弁済を受ける権利が害されたときは、右債権者は右抵当権者の取得すべき財産によって利益を受け、右抵当権者に損失を及ぼしたものであり、配当期日において配当異議の申出がされることなく配当表が作成され、この配当表に従って配当が実施された場合において、右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、したがって、右利得に法律上の原因があるとはできないからである。」と判示して、Yの上告を棄却した⁴³。

②平成10年最判の事案は、XはAに対する執行力ある公正証書に基づき、AがB株式会社に対して有する本件建物の賃料債権の差押命令を得た。

43 判例解説として、富越和厚『最高裁判所判例解説民事篇平成3年度』134頁（法曹会・1994年）、同・ジュリ982号96頁（1991年）がある。また、判例評釈として、塚原朋一・金法1294号12頁（1991年）、西尾信一・手研455号76頁（1991年）、青山善充・法教133号98頁（1991年）、加藤哲夫・法セミ443号144頁（1991年）、滝沢聿代・判評393号（判時1394号）180頁（1991年）、松岡久和・金法1304号66頁（1991年）、中野貞一郎・リマ4号153頁（1992年）、栗田隆・平成3年度重判解（ジュリ1002号）129頁（1992年）、水野有子・平成3年度主判解（判タ790号）76頁（1992年）、椿寿夫編集代表『担保法の判例I』85頁〔岸上晴志〕（有斐閣・1994年）、竹下守夫＝伊藤眞編『民事執行法判例百選』114頁〔田原睦夫〕（有斐閣・1994年）、大村敦志『判批』法協111巻6号915頁（1994年）、近藤基「配当と弁済充当・不当利得」小林明彦＝道垣内弘人編『実務に効く担保・債権管理判例精選』91頁（有斐閣・2015年）等がある。

なお、平成3年最判を引用して同旨を説く裁判例として、最判平成4・11・6民集46巻8号2625頁、東京地判平成9・9・17金判1050号51頁、東京地判平成12・9・14金法1605号45頁、東京地判平成14・9・20金法1688号53頁、東京地判平成15・9・30判タ1155号291頁、東京地判平成17・2・28判例秘書L06030840（平成16年（ワ）第13974号）、大阪地判平成20・10・14金判1347号54頁、大阪高判平成21・10・30金判1347号31頁（大阪地判平成20・10・14の控訴審）、東京地判平成28・8・30判例秘書L07131936（平成27年（ワ）第7893号）等がある。

差押命令は、A および B にそれぞれ送達された。Y 銀行は、A との間で、本件建物につき極度額合計 5900 万円の根抵当権を設定して登記を経由し、根抵当権に基づく物上代位によって建物の賃料債権の差押命令を得た。第三債務者である B は、賃料合計金 994 万 9800 円を供託した。配当期日では、X に対する配当額を 752 万 3689 円、Y に対する配当額を 243 万 7913 円とする配当表が作成され、異議の申出がなかったために、配当表に従った配当が実施された。X は、Y が受領した配当額 243 万 7913 円は不当利得であると主張して、その返還を請求した。第 1 審は X の請求を棄却し、控訴審は X の控訴を棄却した。これに対して、X が上告した。

最高裁は、「配当期日において配当異議の申出をしなかった一般債権者は、配当を受けた他の債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかった額に相当する金員について不当利得返還請求をすることができないものと解するのが相当である。けだし、ある者が不当利得返還請求権を有するというためにはその者に民法七〇三条にいう損失が生じたことが必要であるが、一般債権者は、債務者の一般財産から債権の満足を受けることができる地位を有するにとどまり、特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有するものではなく、他の債権者が配当を受けたために自己が配当を受けることができなかったというだけでは右の損失が生じたということができないからである。」と判示して、X の上告を棄却した⁴⁴。

44 判例解説として、野山宏「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成 10 年度(上)』332 頁(法曹会・2001 年)、同・ジュリ 1138 号 113 頁(1998 年)がある。また、判例評釈として、手塚宣夫・判評 479 号(判時 1655 号) 235 頁(1999 年)、上原敏夫・NBL663 号 60 頁(1999 年)、滝沢津代・民商 120 巻 1 号 133 頁(1999 年)、野村秀敏・平成 10 年度重判解(ジュリ 1157 号) 131 頁(1999 年)、松本博之・リマ 19 号 144 頁(1999 年)、福永有利・金法 1556 号 63 頁(1999 年)、大澤晃・平成 10 年度主判解(判タ 1005 号) 98 頁(1999 年)、伊藤眞ほか編『民事執行・保全判例百選』106 頁[田原睦夫](有斐閣・2005 年)、上原敏夫・法教 342 号 69 頁(2009 年)、上原ほか編・前掲(注 42) 86 頁[中島]等がある。

なお、平成 10 年最判を引用して同旨を説く裁判例として、東京地判平成 14・11・15 判例秘書 L05730843(平成 13 年(ワ)第 5391 号)、東京地判平

4 ドイツにおける議論

配当表の性質および日本の旧法下の論点に関しては、ドイツでも同様の議論がなされている。そこで、ドイツにおける議論をここで確認しておく⁴⁵。

(1) 配当表の性質および配当表の作成に関する手続的瑕疵の不服申立手続（違法執行に対する法的救済制度）

判例⁴⁶および通説⁴⁷は、配当表の作成について、執行裁判所⁴⁸の裁判（Entscheidung）としての性質を認める⁴⁹。そして、配当表の作成に関する手続的瑕疵の不服申立手続（違法執行に対する法的救済制度）については、即時抗告（ドイツ民訴法 793 条⁵⁰・司法補助官法 11 条 1 項⁵¹）によ

成 27・7・16 判例秘書 L07030790（平成 26 年（行ワ）第 338 号）等がある。

45 本稿において、ドイツ民訴法の邦訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典—2011 年 12 月 22 日現在—』（法曹会・2012 年）による。

46 OLG Karlsruhe JW 1927, 2475; LG Gießen NJW 1967, 1138; OLG Düsseldorf Rpfleger 1995, 265; BGH NJW-RR 2007, 782; BGH NJW-RR 2009, 1427.

47 Wieser, ZP 103 (1990), 171, 178f.; Wieser, Begriff und Grenzfälle der Zwangsvollstreckung, 1995, 63f.; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13.Aufl., 2006, §33.11, §36.35, §36.40; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12.Aufl., 2010, §59 Rn.26, §67 Rn.9; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 10.Aufl., 2014, Rn.499; Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6.Aufl., 2016, §876 Rn.7; Stein/Jonas/Bartels, ZPO, Bd.8, 23.Aufl., 2017, §874 Rn.4, §876 Rn.4; Musielak/Voit/Becker, ZPO, 15.Aufl., 2018, §876 Rn.3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 76.Aufl., 2018, §876 Rn.4.

48 ただし、配当手続を遂行するのは司法補助官である（司法補助官法 3 条 1 号 k,l,m・3 条 3 号 a・20 条 17 号参照）から、配当表の作成も、実際には司法補助官によって行われる。

49 ドイツでも、「裁判」には判決・決定・命令の 3 種類がある（MünchKommZPO/Musielak, Bd.1, 5.Aufl., 2016, Vor.§300 Rn.1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18.Aufl., 2018, §58 Rn.3ff.）が、配当表に裁判の性質を認める見解は、決定（Beschluss）を想定している。

50 ドイツ民訴法 793 条は、「強制執行手続において口頭弁論を経ずにすることができる裁判に対しては、即時抗告することができる。」と規定している。

51 司法補助官法 11 条 1 項は、「司法補助官の裁判に対しては、一般的な手続法上の規定によって許される上訴が認められる。」と規定している。

ると解している。

その上で、即時抗告の提起期間がいつから開始されるかに関して、配当表の送達時からだとする裁判例⁵²と、配当表の言渡し（告知）時からだとする裁判例⁵³が対立している。この問題につき、ドイツ通常裁判所（BGH）は、不動産執行に関する事案で、「即時抗告に服する配当表の作成または実施に関する決定は、利害関係人に送達されなければならず、即時抗告を提起する期間は送達から開始される（要旨）」と判示した⁵⁴。

（2）配当異議の訴えの法的性質

配当異議の訴えの法的性質について、かつては確認訴訟説や命令訴訟説も主張されていたが、訴訟上の形成訴訟説が、現在の判例⁵⁵および通説⁵⁶である。

ただし、この結論は、配当表の性質論から導かれているわけではないようである。というのも、ドイツでは、目的財産の差押えによって差押質権（ドイツ民訴法 804 条⁵⁷）が発生することから、配当異議の訴えでは、原告の被告に対する優先権（すなわち、先行する差押質権）の存否が中心的に争われることになる⁵⁸。そのため、配当異議の訴えの法的性質を論じるに当

52 OLG Hamm Rpfleger 1985, 453.

53 OLG Schleswig-Holstein SchlHA 1983, 194; OLG Karlsruhe Rpfleger 1995, 427; OLG Koblenz InVo 1998, 81; OLG Stuttgart Rpfleger 2000, 227.

54 BGH NJW-RR 2009, 1427; vgl. Hintzen, Rpfleger 2016, 258.

55 OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 599; BGH NJW 2001, 2477.

56 Baur/Stürner/Bruns, a.a.O. (Fn.47), §33.10; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O. (Fn.47), §59 Rn.42; Wieczoreck/Schütze/Bittmann, ZPO, 10.Bd., Teil.2, 4.Aufl., 2015, §878 Rn.8; Schuschke/Walker, a.a.O. (Fn.47), §878 Rn.2; MünchKommZPO/Dörndorfer, Bd.2, 5.Aufl., 2016, §878 Rn.1, Fn.1; Zöllner/Stöber, ZPO, 32.Aufl., 2017, §878 Rn.2; Stein/Jonas/Bartels, a.a.O. (Fn.47), §878 Rn.40; Musielak/Voit/Becker, a.a.O. (Fn.47), §878 Rn.3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O. (Fn.47), §878 Rn.7; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 39.Aufl., 2018, §878 Rn.1.

57 ドイツ民訴法 804 条 1 項は、「差押えにより、債権者は、差し押さえられた目的物の上に質権を取得する。」と規定し、同条 3 項は、「先行する差押えにより生じた質権は、後行の差押えにより生じた質権に優先する。」と規定している。

58 この点については、前掲（注 21）も参照。

たって、配当表の性質論は前面には出てきていないものと思われる。

(3) 配当異議手続と不当利得返還請求の関係

ドイツ民訴法 878 条は配当異議の訴えに関する条文である⁵⁹が、同条 2 項は、「配当表に対して異議を主張する債権者の権能であって、配当表に従って金額を受領した債権者に対して優先する権利を訴えの方法により主張する権能は、期間の懈怠及び配当表の実施によって妨げられることはない。」と規定している。ここから、提訴期間内に配当異議の訴えを提起しなかった債権者は、配当異議の訴えではなく不当利得返還請求訴訟を提起することで、自己の優先権を追求することができる⁶⁰と解されている⁶⁰。

もっとも、ここで不当利得返還請求訴訟が認められる根拠としては、差押質権による優先権の影響が大きいと思われ、配当表の性質論については言及されていないようである。

(4) 小括

このように見てくると、ドイツでは、目的財産の差押えに基づく差押質

59 ドイツ民訴法 878 条 1 項は、「異議ある債権者は、予め催告を受けることなく、期日の日をもって始まる 1 か月の期間内に、関係する債権者に対して訴えを提起した旨を裁判所に証明しなければならない。この期間を徒過したときは、異議を考慮することなく、配当表の実施を命じる。」と規定している。

60 なお、ドイツ民訴法 881 条は、「異議ある債権者に対する欠席判決においては、異議を取り下げたものとみなす旨を言い渡すものとする。」と規定している。この場合、異議権者は欠席判決の既判力によって同法 878 条 2 項の権利（すなわち不当利得返還請求権）も失うとする見解もある（Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O. (Fn.47), §881 Rn.2; Zöller/Stöber, a.a.O. (Fn.56), §881 Rn.1）が、通説は、欠席判決を受けた債権者も、同法 878 条 2 項に基づく不当利得返還請求訴訟によって、自己の優先権を追求することができる（Baur/Stürner/Bruns, a.a.O. (Fn.47), §33.10; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a.a.O. (Fn.47), §59 Rn.41; Brox/Walker, a.a.O. (Fn.47), §16 Rn.498; Wieczorek/Schütze/Bittmann, a.a.O. (Fn.56), §881 Rn.1; Schuschke/Walker, a.a.O. (Fn.47), §881 Rn.2; MünchKommZPO/Dörndorfer, a.a.O. (Fn.56), §881 Rn.3; Stein/Jonas/Bartels, a.a.O. (Fn.47), §881 Rn.1; Musielak/Voit/Becker, a.a.O. (Fn.47), §881 Rn.1）。

権が配当手続に及ぼす影響が非常に大きく、差押質権を認めない日本法との間には重大な相違があることを認識しなければならない。とすれば、ドイツにおける議論をそのまま日本の議論に持ち込むことはできないと言わざるを得ない。

5 現行法での検討

以上の議論を踏まえて、平成 16 年改正以後の現行法の解釈について検討する。

(1) 配当表の性質について

(ア) 配当表と執行裁判所による配当内容の定め

(あ) 冒頭で述べたように、平成 16 年改正によって、配当表の作成権者が執行裁判所から裁判所書記官へと変更された。その結果、配当表は、執行裁判所が定めた配当の内容を、裁判所書記官が記載したものであると把握すべきこととなった。そうすると、裁判所書記官が作成する配当表それ自体を、もはや「裁判」と見ることはできないと言わなければならない。

そもそも、平成 16 年改正の前後を通じて、執行裁判所が配当の内容を定めるという点に変わりはない⁶¹。すなわち、配当の内容は依然として執行裁判所が定めるのであり、その内容を、平成 16 年改正前は執行裁判所が配当表に記載していたのに対して、平成 16 年改正後は裁判所書記官が記載するということになるのである。

とすれば、「配当表の作成」という用語について、平成 16 年改正の前と後で、その意味が変わっていることに注意しなければならない。つまり、平成 16 年改正前は、「執行裁判所による配当内容の定め」と「執行裁判所による配当表への記載」の両方を含めて「配当表の作成」と表現されていたのに対して、平成 16 年改正後は、単に「裁判所書記官による配当表

61 この点は、小野瀬＝原編著・前掲（注 2）99 頁も明確に言及している。

への記載」のみをもって「配当表の作成」と表現されることとなったのである。したがって、後者の場合、「執行裁判所による配当内容の定め」と「配当表の作成」は、明確に区別されなければならない。

そして、以上の点を踏まえると、「執行裁判所が配当の内容を定める」という点を捉えて、執行裁判所による「配当決定」という「裁判」と解することができるのではないか⁶²と考えられる。

(い)ところで、旧民訴法下で「配当表は裁判とはいえない」と主張していた見解は、「配当表の作成にあたっては、配当裁判所は、各債権者の提出した計算書または事情届書その他すでに提出済みの書類の記載をそのまま基礎として配当額を計算すべく、それらの記載の当否について実質的な審査をしない」ということを、主な論拠としていた⁶³。

それでは、現在の配当手続はどのようになっているのであろうか。これを概観すると、次の通りである。

- ①代金が納付されたときは、執行裁判所は、配当期日を指定する（規 59 条 1 項）。
- ②執行裁判所は、配当期日に、配当を受領すべき債権者および債務者を呼び出す（法 85 条 3 項）。
- ③裁判所書記官が、各債権者に対して、債権計算書の提出を催告する（規 60 条）。
- ④各債権者によって提出された債権計算書のほか、事件記録に現れた資料等を基にして、配当額を算出する。なお、実際には、裁判所書記官が配

62 「裁判」には判決・決定・命令の 3 種類がある（秋山ほか・前掲（注 7）432 頁以下、兼子ほか・前掲（注 7）1299 頁以下〔竹下守夫〕、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 V』3 頁以下（日本評論社・2012 年）、伊藤・前掲（注 7）491 頁以下等）が、その中では、「執行裁判所による配当内容の定め」は「決定」に属すると解される。

63 中野・前掲（注 11）178 頁。

当の金額を計算して、あらかじめ配当表の原案を作成している。

- ⑤執行裁判所は、配当期日において、出頭した債権者および債務者を審尋し、かつ即時に取り調べることができる書証の取調べをすることができる（法 85 条 4 項）。
- ⑥執行裁判所が、配当期日において、配当を受けるべき各債権者について、その債権の元本および利息その他の附帯の債権の額、執行費用の額ならびに配当の順位および額を定める（法 85 条 1 項）。
- ⑦裁判所書記官は、配当期日において、執行裁判所が定めた内容を、配当表に記載する（法 85 条 5 項・6 項）。

このように見てくると、確かに配当手続における執行裁判所による証拠調べは簡易かつ限定的ではあるけれども、とはいえこの範囲では執行裁判所による実質的な審査が予定されていると評価してよいのではなかろうか⁶⁴。すなわち、「執行裁判所による配当内容の定め」を「裁判」と言ってもよいのではないかと解される。

（う）もっとも、「執行裁判所による配当内容の定め」を「裁判」と見ることに對して不利に働き得る事情としては、以下の諸点を挙げることができる⁶⁵。

- ①執行裁判所による配当期日の指定は、利害関係人の都合に関係なく行われる。そのため、配当期日に出頭したくても他の都合によって出頭することができない債権者または債務者が存在し得る。
- ②配当期日への債権者または債務者の出頭は、義務ではない。そして、実際には、配当期日に債権者または債務者が出頭しないことのほうが多い

64 鈴木＝三ヶ月編・前掲（注 32）363 頁〔中野〕。

65 配当手続の実情については、齋藤隆＝飯塚宏編著『民事執行〔補訂版〕』191－192 頁（青林書院・2014 年）、内田義厚『民事執行・保全 15 講』122－123 頁（成文堂・2016 年）等参照。

とされている。

- ③債権者による債権計算書の提出は、義務ではない。よって、債権計算書を提出しなかったからといって、債権者は配当を受領することができなくなるわけではない。すなわち、債権計算書以外の資料等によって、債権者に配当すべき配当額が算出されることになる（抵当権者の場合は登記された金額、根抵当権者の場合は極度額に依拠して算出される）。ただし、当該方法で算出された金額が正確である保障は存在しない。
- ④債権者または債務者が配当期日に出頭しない場合、執行裁判所による審尋も書証の取調べも行われない。
- ⑤通常は、裁判所書記官が作成した配当表の原案どおりに配当内容が定められる。この場合には、あらかじめ作成された配当表の原案が、配当期日調書にそのまま添付される。

しかしながら、前述のように、「裁判」といえるかどうかは、裁判機関の判断または意思が法定の形式に従って外部に表示されているか否かがその判断基準となる⁶⁶。そして、配当の内容は、最終的には執行裁判所の責任でもって定められるのであって、執行裁判所の判断作用を伴うということが可能である。この場合、執行裁判所が配当期日に配当内容を定めた(法85条1項本文)際には、執行裁判所の「告知」(法20条・民訴法119条)による外部への表示が要求されるというべきであるが、実際にも執行裁判所は、たとえ形式的ではあっても、配当期日に出頭した債権者または債務者に対して、配当表の原案を基にして配当内容を表明することによって、執行裁判所の判断を「告知」しているものと思われる。

とすれば、執行裁判所が配当内容を定めることは、執行裁判所による単なる「執行処分」とどまるものではなく、むしろ執行裁判所の「裁判」の性質を有すると解すべきである。

66 この点については、前掲(注7)に対応する本文を参照。

(え) さて、このように解する場合、参照され得る制度として、判決に代わる調書（調書判決、民訴法 254 条 2 項）を挙げることができよう。

これは、裁判所が言い渡した判決の内容を、一定の要件の下に、裁判所書記官が口頭弁論期日の調書に記載したものである。そして、判決に代わる調書（調書判決）それ自体は、口頭弁論調書の一部であると解される⁶⁷。すなわち、判決の内容は裁判所が判断し、その判断内容を裁判所書記官が調書化（書面化）するのであり、この点は、執行裁判所が配当の内容を定め、その定まった内容を裁判所書記官が配当表という形で書面化するということと、制度上の共通点を見い出すことができるように思われる。

(お) 以上より、平成 16 年改正後の現行法においては、「執行裁判所による配当内容の定め」をもって、「配当決定」という「裁判」と解すべきである。

その反面、配当表それ自体は、もはや「裁判」と見ることは不可能であり、裁判所書記官が作成する調書の一種にすぎないといわなければならない⁶⁸。ただし、配当表は、配当期日調書（規 12 条 1 項）とは別に作成さ

67 刑事訴訟上の調書判決（刑訴規 219 条）に関してではあるが、金築誠志「判決書の簡素化」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅲ第 3 編公判・裁判（2）』248 頁（日本評論社・1975 年）は、「調書判決は、公判調書の一部であって、独立の裁判書ではない。」「要するに、調書判決は、公判廷で宣告された判決を、立会書記官が公判調書に記録したものである」と述べている点が参考になる。これらの点は、民事訴訟上の判決に代わる調書（調書判決）でも同様に解してよいものと思われる。

68 なお、最判平成 27・10・27 民集 69 卷 7 号 1763 頁の第 1 審である京都地判平成 25・3・7 民集 69 卷 7 号 1773 頁は、「前件競売手続における配当実施額につき、その配当期日後に生じた損害金の弁済に充当することができるか」という問題を検討するに当たり、民事執行手続の定めを踏まえて、「執行裁判所が定めた配当表には、これに記載されたとおりに配当の順位及び額が決定されるという点において、裁判としての性質がある」とし、さらに債権者が配当金を受領した時点または配当の額に相当する金銭が供託された時点で実体法上も弁済または債権消滅の効果が生じるとして、「担保不動産競売手続における配当手続において債権者が受領した配当金については、これを債権者が当該配当期日以後に生じた附帯債権の弁済に充当することが認められていると解することはできない」と判示する。

れる必要がある。

(イ) 配当内容の定め(配当決定)の効果

私見のように「執行裁判所による配当内容の定め(配当決定)」を「裁判」と解する場合、この配当内容の定め(配当決定)にいかなる効果(効力)が生ずるのであろうか。以下、①自己拘束力(自縛性)、②形式的確定力、③実質的確定力(既判力)の3点に分けて検討する⁶⁹。

①自己拘束力(自縛性)、すなわち判断した裁判所自身による変更の可能性について

民事執行法上、配当内容の変更は、配当異議の申出(法89条1項)および配当異議の訴え等の提起(法90条)によらなければならないことになっている。さらに、配当内容の定め(配当決定)は、執行手続の指揮に関するものではないから、いつでも取り消すことができるわけではないと解される(法20条・民訴法120条の反対解釈)。

とすれば、執行裁判所といえども、いったん配当内容が定められた場合には、その定められた配当内容を任意に変更することはできないといわなければならない⁷⁰。したがって、配当内容の定め(配当決定)には、自己拘束力(自縛性)が生ずるといふべきである。

ただし、配当内容の定め(配当決定)を「裁判」と見ることから、その定められた内容に「計算違い、誤記その他これらに類する明白な誤りがあ

しかし、「執行裁判所が定めた配当表」という表現は、法85条1項および5項に鑑みれば不正確であり、したがって配当表それ自体に「裁判としての性質がある」という表現も、厳密に考えれば不適切であると言わなければならない。

69 自己拘束力(自縛性)・形式的確定力・実質的確定力(既判力)については、兼子ほか・前掲(注7)507頁以下〔竹下守夫〕、伊藤・前掲(注7)509頁以下・521頁以下等参照。

70 浦野・前掲(注33)『逐条概説』302頁、鈴木=三ヶ月編・前掲(注32)361頁〔中野〕、浦野・前掲(注33)『条解』392頁等。

るとき」は、執行裁判所は、申立てによりまたは職権で、いつでも更正決定をすることができる（法 20 条・民訴法 257 条）と解すべきである⁷¹。

②形式的確定力、すなわち通常不服申立手続による取消しの不可能性について

民事執行法上、配当異議の申出（法 89 条 1 項）および配当異議の訴え等の提起（法 90 条）により、配当異議の申出のある部分については、配当内容の確定が遮断されるのに対して、配当異議の申出のない部分については、配当内容が確定して配当が実施される（法 89 条 2 項）。

とすれば、配当異議の申出がなかったことにより、配当内容が確定した部分に関しては、配当異議の訴え等の提起という民事執行法で予定された通常不服申立手続によっては、もはや当該配当内容を取り消すことはできないということになる。

よって、確定した配当内容の定め（配当決定）には、形式的確定力が生ずるといふべきである。

③実質的確定力（既判力）、すなわち確定した裁判に生ずる判断内容の不可争性（いわゆる蒸し返し禁止効）について

ここで想定される問題としては、配当異議の申出がない、または配当異議の訴え等の提起を証明しない等により、配当内容が確定して配当が実施された後に、配当を受領すべきであったと主張する者がその配当内容を争うという形で蒸し返しをすることが許されるか否か、ということであると思われる。とすれば、この問題は、配当の実施後に不当利得返還請求をすることができるか否かの問題に収斂されるといってよいであろう。そして、この問題を検討するに当たっては、配当表または執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）の性質ないしその効力から直接的に結論を導くので

71 鈴木＝三ヶ月編・前掲（注 32）367 頁〔中野〕。

はなく⁷²、配当手続およびそれに続く不服申立手続の実質にも着目して、不当利得返還請求が認められるか否かを決すべきである⁷³。

(ウ) 配当実施後の不当利得返還請求の可否

(あ) 前述のように、判例は、抵当権者については不当利得を肯定する（平成3年最判）のに対して、一般債権者については不当利得を否定する（平成10年最判）ため、折衷説（一部肯定説）を採用しているといえる。

その理由としては、次の2点が挙げられる。まず、「損失」について、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ために、当該権利を害されたときは損失が認められる（平成3年最判）のに対して、一般債権者は、債務者の一般財産から債権の満足を受けることができる地位を有するにとどまり、特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有しないから、配当を受けられなくても損失は認められない（平成10年最判）という点である。次に、「法律上の原因」について、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（平成3年最判）という点である。

しかしながら、抵当権者と一般債権者を区別することに対しては、折衷説（一部肯定説）以外の学説から、かなり強く批判されている。すなわち、抵当権者の有する優先弁済受領権は、民事執行手続を経なければ具体化し得ない権利であって、民事執行法上の規律に服さなければならない点では、抵当権者も一般債権者と異なるのではないかというのである⁷⁴。

72 この点は、配当表を裁判と解しつつ、実質的確定力（既判力）は認められないけれども、不当利得返還請求は全面的に否定するという見解が、平成16年改正前でも有力に主張されていたことが、非常に示唆的である。鈴木＝三ヶ月編・前掲（注32）363頁・387頁以下〔中野〕、酒井・前掲（注41）225－226頁参照。

73 香川監修・前掲（注32）270頁〔近藤〕。

74 全面的否定説では、中野・前掲（注43）156頁、酒井・前掲（注41）224頁以下、中野＝下村・前掲（注5）563頁、松村・前掲（注41）90頁等。全面的肯定説では、秦・前掲（注41）10頁、松本・前掲（注44）47頁等。利益衡量説では、滝沢・前掲（注44）141頁等。

(い) そして、その上で、一般債権者が配当手続で配当を受けることができる法的地位も、実体法的な地位であるから保護されてよいとする見解が、有力に主張されている⁷⁵。

しかし、一般債権者の場合、自己が受け取るはずだった配当を他の債権者が受け取ったからといって、その分の債務者に対する債権が失われるわけではなく、理論的には、一般債権者は債務者の他の責任財産に対して強制執行をすることが可能である⁷⁶。とすれば、配当手続によって一般債権者が配当を受け取れなかったとしても、そのことをもって一般債権者の「損失」を肯定するのは困難であると言わざるを得ないのではなかろうか。

さらに、抵当権者の場合、抵当権は不動産の売却によって消滅し（法 59 条 1 項）、抵当権者の優先弁済受領権は、優先的な配当受領権として、配当手続およびそれに続く不服申立手続の中で実現されるべき権利となる⁷⁷。このことは、逆に言えば、抵当権者の優先弁済受領権は、あくまでも配当手続の中で存続しかつ実現されるべき権利であって、配当実施後もなお存続すると解するのは難しいのではないかと思われる。

(う) また、不当利得返還請求の可否の問題では、これまでは主に、「法

75 全面的肯定説では、秦・前掲（注 41）10 頁、手塚・前掲（注 44）237 頁、松本・前掲（注 44）147 頁等。利益衡量説では、滝沢・前掲（注 44）141 頁等。

76 松村・前掲（注 41）72 頁等。

もともと、「債務者に他に目ぼしい財産がない場合には、その配当手続で配当を受けられないときは、当該債権を失ったのと実質的には変わらないことになる」とする見解もある（福永・前掲（注 44）66 頁）。しかし、個別執行である民事執行手続では、執行目的財産の他に債務者に目ぼしい財産があるか否かを当該手続内で判断するのは困難であるから、債務者が他に目ぼしい財産を有するか否かで一般債権者の「損失」の有無を判断するのは不当であると言わなければならない。よって、この見解には、にわかに賛成することはできない。

77 この点は、抵当権者が適式な配当期日の呼出しを受け、配当期日に参加することができたことを前提とする。したがって、適式な配当期日の呼出しを受けず、そのために配当期日に参加することができなかった抵当権者の場合は、配当手続およびそれに続く不服申立手続の中で自己の優先弁済受領権および優先的な配当受領権を実現する余地がなかったことになるから、不当利得返還請求を認める必要があることは認識しなければならない。中野＝下村・前掲（注 5）562－563 頁、松村・前掲（注 41）72 頁等。

律上の原因」の有無の問題が議論されてきた。そして、各学説は様々な理由を挙げているのであるが、その対立の背景には、配当手続およびそれに続く不服申立手続をどのように評価するかについての見解の相違があるように感じられる⁷⁸。

すなわち、一方では、利害関係人には配当手続への参加が保障されており、かつ民事執行法は配当異議の申出（法 89 条 1 項）および配当異議の訴え等の提起（法 90 条）という不服申立手続を予定している以上、これ以外に不当利得返還請求を認めると、配当期日が形骸化して不当であるという考え（全面的否定説）があり、他方では、配当手続での債権調査は不十分で、債権計算書の提出がない場合には算出された金額が正確である保障はない上に、配当異議の訴え等の提訴期間が基本的に配当期日から 1 週間と短く（法 90 条 6 項参照）、不当利得返還請求を否定するのは酷であるという考え（その他の説）があるといえる。

もっとも、民事執行法上、権利者が、自己の権利を主張する機会を与えられながら、その機会を利用しなかったために権利を失うことになる場面⁷⁹は、いくつか見られるところである。そして、これらの場面では、債務名義または手続開始文書の作成段階での関与、当該文書の送達または通知による手続の開始の了知、不服がある場合の法的救済制度の利用、手続の停止・取消しによる執行の排除という形で、権利者には手続保障が与えられている点が注目される。

そこで、このような観点から配当手続についてさらに検討してみると、①配当手続の前段階として、債権届出の催告（法 49 条 2 項）、剰余を生ずる見込みのない場合等の措置（法 63 条）、配当要求があった旨の通知

78 この点は、上原・前掲（注 44）NBL663 号 63 頁、上原・前掲（注 44）法教 342 号 73 頁の指摘に負う。

79 具体的には、債務名義の瑕疵・債務名義の取消し・執行債権の消滅・強制競売手続の瑕疵の場面（石川ほか編・前掲（注 36）809-810 頁〔桐善夫〕等参照）や、担保不動産競売の公信的効果（法 184 条）が生じる場面（松村・前掲（注 41）84 頁以下参照）である。

(規 27 条)、売却決定期日における意見陳述 (法 70 条)、が権利者に認められており、また、②配当手続では、配当期日の呼出し (法 85 条 3 項)、債権計算書の提出 (規 60 条)、配当期日での審尋および書証の取調べ (法 85 条 4 項)、不服がある場合の配当異議の申出 (法 89 条 1 項) および配当異議の訴え等の提起 (法 90 条)、によって、権利者には手続に関与する機会が与えられているということが可能であろう。とすれば、手続保障としても、それなりに配慮されていると評価してよいのではなかろうか⁸⁰。

よって、債権調査が不十分であることや、配当異議の訴え等の提訴期間が短い⁸¹という問題点があることは承知の上で⁸²、なお全面的否定説を支

80 松村・前掲 (注 41) 88 頁以下参照。

81 配当異議の訴え等の提訴期間が 1 週間とされている (法 90 条 6 項参照) 根拠は、実はよく分からないと言わざるを得ない。

というのも、この条項の前身は旧民訴法 633 条であるが、同条は、「期日ニ於テ異議ノ完結セサルトキハ異議ヲ申立テタル債権者ハ他ノ債権者ニ対シ訴ヲ起シタルコトヲ期日ヨリ七日ノ期間内ニ裁判所ニ証明ス可シ若シ其期間ヲ徒過シタル後ハ裁判所ハ異議ニ拘ハラズ配当ノ実施ヲ命ス可シ」と規定していた。

この規定の沿革について、提訴期間に特化して、以下検討する (テビョー草案および明治民事訴訟法の沿革に関しては、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』35 頁以下 (有斐閣・2004 年) および松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』4 頁以下 (信山社・2015 年) に負うところが大きい)。

まず、テビョー草案第 721 条では、「相当ノ期限ヲ与ヘ其期限内」とされていた (松本博之=徳田和幸編著『日本立法資料全集 193 民事訴訟法 [明治編] (3) テビョー草案関係Ⅲ』167 頁 (信山社・2008 年))。ドイツ語では、“innerhalb einer angemessen zu bestimmenden Frist” (同書 326 頁)。

次に、明治民事訴訟法の審議において、「[資料 28] 民事訴訟法草案第 25 回 (テビョー草案修正分)」第 721 条では、「適当ニ定ム可キ期間内」とされていた (松本博之ほか編著『日本立法資料全集 194 民事訴訟法 [明治 23 年] (1)』132 頁 (信山社・2014 年)) のに対して、「[資料 76] 民事訴訟法草案議案第 42 号 (明治 21 年 9 月 6 日)」第 613 条では、「期日ヨリ十四日ノ期間内」と修正された (同書 296 頁)。ただし、この部分の修正の理由については、「文章ノ修正ニ過キス」 (同書 299 頁) とされており、その趣旨は不明である。

また、この第 613 条に関する法律取調委員会での議事 (「[資料 129] 民事訴訟法草案議事筆記第 44 回 (第 610 条~第 632 条) (明治 21 年 9 月 6 日)」) では、松岡康毅が「四週間ヲ十四日ニシタノテスカ」と質問したのに対し、小松清治が「一ヶ月ヲ十四日ニシタノテス」と答えている (松本博之=徳田和幸編著『日本立法資料全集 196 民事訴訟法 [明治 23 年] (3)』124 頁 (信山社・2014 年))。ここでの「四週間」や「一ヶ月」が何に依拠していたのか、筆者には理解できなかったが、おそらくドイツ民訴法が「1 か月」としていることを念頭に置いていたのであろうと思われる (ただし、あくまでも推測の域を出ない)。

持すべきであると解する。

(え) もっとも、全面的否定説に対する批判として、不当利得返還請求の失権を認める規定が存在しないという点が指摘されている⁸³。

しかしながら、失権効が認められる場面のすべてについて、民事執行法にその旨の規定が存在するわけではない。また、私見のように「執行裁判所による配当内容の定め(配当決定)」を「裁判」と見ることにより、確定した裁判の効力という観点から、失権効を肯定する根拠の1つとして考察することも許されるのではないかと思われる⁸⁴。

その後、法律取調委員会の再調査において、「〔資料 172〕民事訴訟法第七編第二章以下調査案第 1 回～第 8 回終(626 条～818 条)」第 690 条では、「期日ヨリ十四日ノ期間内」だったが(松本博之＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 197 民事訴訟法〔明治 23 年〕(4)』188 頁(信山社・2015 年))、この資料の修正版と目される「〔資料 173〕民事訴訟法草案第七編第二章以下調査案(626 条～765 条)」第 695 条になると、「期日ヨリ七日ノ期間内」と短縮されている(同書 218 頁)。もっとも、この短縮の根拠も不明である。

しかし、それ以降の草案では一貫して「期日ヨリ七日ノ期間内」とされ(「〔資料 175〕民事訴訟法草案第一版(再修正原本)」第 695 条(同書 321 頁))、「〔資料 176〕民事訴訟法(元老院提出案)」第 643 条(松本博之＝徳田和幸編著『日本立法資料全集 198 民事訴訟法〔明治 23 年〕(5)』82 頁(信山社・2015 年))、および「〔資料 177〕民事訴訟法元老院第三説会修正」第 633 条(同書 184 頁))、これが旧民法 633 条につながっていった。

このように見てくると、配当異議の訴え等の提訴期間が法定された趣旨が、配当異議を早期に完結させて、債権者への配当の実施が長期間にわたって阻害されるのを防止する点にあることは間違いないが(香川監修・前掲(注 32) 345 頁〔近藤〕、鈴木＝三ヶ月編・前掲(注 32) 398 頁〔中野〕)、それがなぜ「1 週間」なのかは、結局のところ解明できなかった。なお、提訴期間が配当期日から 1 週間というのが短すぎるということは、立法論としても以前から指摘されているところである(鈴木＝三ヶ月編・前掲(注 32) 393 頁〔中野〕)。

82 全面的否定説も、現在の配当手続の問題点は認識しており、改善の余地があることは認めている。中野・前掲(注 43) 158 頁、中野＝下村・前掲(注 5) 576 頁(註 32) 等。

83 石川・前掲(注 41) 9 頁、松本博之『民事執行保全法』219 頁(弘文堂・2011 年)等。

84 このような考え方は、「執行裁判所による配当内容の定め(配当決定)」について実質的確定力(既判力)を否定するとしても、十分に成り立つものであると思われる。

また、このような解釈は、後述するような、配当異議の訴えの敗訴当事者が相手方に対して不当利得返還請求をすることを信義則によって遮断するという

とすれば、この点は全面的否定説を支持することの障害にはならないというべきである。

(2) 配当異議の訴えの法的性質について

(あ) 前述のように、配当異議の申出のある部分については、配当内容の確定は遮断される（法 89 条参照）。そして、配当異議の申出をした債権者または債務者は、基本的に配当期日から 1 週間以内に（法 90 条 6 項参照）、配当異議の訴えまたは請求異議の訴えもしくは定期金賠償判決の変更の訴え（民訴法 117 条 1 項）を提起しなければならない（法 90 条 1 項 5 項）。

この配当異議の訴えの法的性質について、多数説である形成訴訟説は、法 90 条 4 項が配当異議の訴えを認容する「判決においては、配当表を変更し、または新たな配当表の調製のために、配当表を取り消さなければならない」と規定している点に鑑みて、配当表の変更または取消しを宣言する形成訴訟であると解している⁸⁵。

しかしながら、法 90 条 4 項および多数説は、明示的に述べているわけではないものの、「配当表が裁判の性質を有する」ことを、暗黙のうちにその前提としていたのではなかろうか。すなわち、配当表が「裁判」の性質を有するからこそ、配当異議の訴えによって、（裁判である）配当表の変更または取消しが必要となる、と暗に考えていたのではないかと思われる

見解と、そのルーツ（すなわち、手続保障に裏打ちされた失権ないし遮断）において共通していると考えられるのではないかと思われる（この点は、第 88 回民事訴訟法学会（2018 年 5 月 19 日）における筆者の個別報告に対する垣内秀介教授からの御質問に示唆を受けている）。

- 85 民事執行法制定後・平成 16 年改正前の文献については、前掲（注 36）参照。また、平成 16 年改正後の文献として、深沢利一（園部厚補訂）『民事執行の実務（上）〔補訂版〕』745 頁（新日本法規・2007 年）、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法〔第 6 版〕』323 頁〔生熊長幸〕（日本評論社・2009 年）、中西正ほか『民事執行・保全法』183 頁〔中西〕（有斐閣・2010 年）、松本・前掲（注 83）213 頁、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』271 頁〔藤本利一〕（日本評論社・2014 年）、中野＝下村・前掲（注 5）554 頁、内田義厚『執行関係訴訟の理論と実務』137 頁（民事法研究会・2016 年）、園部厚『執行関係訴訟の実務』49 頁（青林書院・2017 年）等。

るのである⁸⁶。

これに対して、私見のように、平成16年改正後の現行法において、「執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）」を「裁判」と捉え、配当表それ自体は調書の一種にすぎないと解する場合には、配当異議の訴えでは、「配当表の変更または取消し」よりも、その配当表の基となった「執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）の変更または取消し」のほうが重要なのであって、解釈でもこの点に焦点を当てるべきであると考えられる。

すなわち、執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）によって、執行裁判所自身に対する自己拘束力（自縛性）が生じると解する場合、配当異議の訴えの認容判決を通じて配当決定を変更または取り消して、執行裁判所を自己拘束力（自縛性）から解放することが必要になるといえるのであり、その点で配当異議の訴えの認容判決には形成的な効果が認められると解すべきである。

よって、配当異議の訴えは、執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）の変更または取消しを求める訴えであり、訴えの類型としては、訴訟法上の形成訴訟であると解する。

(い)そして、配当異議の訴えの認容判決では、配当決定を変更または取り消した上で、配当額の係争部分を、いかなる債権者に、いかなる数額をもって支払うべきかを定めるべきであり、もしこれを定めることが適当でない場合（たとえば、配当異議の訴えが複数係属している場合）には、判決において新たな配当手続を命ずるべきである⁸⁷。

86 とりわけ平成16年改正前の議論では、田中・前掲（注34）234頁を除き、配当表に裁判の性質を認める見解（前掲（注33）参照）は、いずれも配当異議の訴えの法的性質を形成訴訟と解していた点が注目される。

87 この点は、旧民訴法636条が、「異議ニ付キ裁判ヲ為ス判決ニハ配当額ノ係争部分ヲ如何ナル債権者ニ如何ナル数額ヲ以テ支払フ可キヤヲ定ム可シ若シ之ヲ定ムルコトヲ適当トセサルトキハ判決ニ於テ新ナル配当表ヲ調製及ヒ他ノ配当手続ヲ命ス可シ」と規定していたのが参考となる。もっとも、内容的には、法90条4項と異なるわけではない。

これによって、新たな配当内容が決定されることになると解される⁸⁸。

(う) この場合、配当異議の訴えの訴訟物については、執行裁判所による配当内容の定め(配当決定)に対する異議権であると解することができるであろう⁸⁹。

なお、形成訴訟説による場合、被告債権者の債権の存否および額、原告が債権者の場合には原告債権者の債権の存否および額、さらに訴訟当事者が担保権者の場合には担保権の存否は、訴訟物とはならないから、この点について既判力は生じないと言わざるを得ない。

しかしながら、配当異議の訴えで敗訴した当事者が、相手方当事者に対して、相手方が受領した配当金を不当利得であるとして返還請求することができるというのは、いかにも不当であると思われる。

したがって、配当異議の訴えの判決が確定した後に、当該訴訟の敗訴当事者が相手方に対して不当利得返還請求をすることは、信義則上認められないと解すべきである⁹⁰。

88 なお、私見を前提とすると、立法論としては、法90条4項は、配当異議の訴えの認容判決においては新たな配当内容が決定されるという点を、また法92条2項は、債務者が提起した配当異議の訴えで債権者が敗訴したときは、執行裁判所は、配当異議の申出をしなかった債権者のためにも配当決定をやり直すという点を、より明確に規定すべきである。

89 配当異議の訴えの訴訟物につき、原田=富越・前掲(注36)230頁は、異議の申出があった配当額についての配当受領請求権の存否であるとする。これに対して、中野=下村・前掲(注5)555頁は、被告債権者への配当額が原告との関係において実体法・手続法に従いあるべき配当状態に一致しないとの主張であるとする。

90 香川監修・前掲(注32)344頁〔近藤〕、鈴木=三ヶ月編・前掲(注32)413頁〔中野〕、原田=富越・前掲(注36)295頁、中野貞一郎「執行配当の規準」曹時54巻12号10頁(2002年)、中野=下村・前掲(注5)564頁・574頁(注27)、内田・前掲(注85)154頁、園部・前掲(注85)87頁等。

これらの文献は、既判力による遮断を根拠として不当利得返還請求をすることはできないと主張しているが、仮に訴訟当事者の債権の存否や額等につき既判力が生じないと解する場合には、信義則違反を根拠とする不当利得返還請求権の遮断を否定するものではないと思われる。

6 まとめ

本稿の内容をまとめると、次の7点になる。

- ①裁判所書記官が作成する配当表それ自体を、もはや「裁判」と見ることはできない。
- ②むしろ、「執行裁判所による配当内容の定め」をもって、「配当決定」という「裁判」と解すべきである。
- ③配当表それ自体は、裁判所書記官が作成する調書の一種にすぎない。
- ④執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）を「裁判」と解した場合、その効果（効力）として、自己拘束力（自縛性）および形式的確定力が生じる。
- ⑤配当実施後の不当利得返還請求の可否については、一般債権者のみならず抵当権者についても、これを否定すべきである（全面的否定説）。
- ⑥配当異議の訴えは、執行裁判所による配当内容の定め（配当決定）の変更または取消しを求める訴えであり、訴えの類型としては、訴訟法上の形成訴訟であると考えられる。また、配当異議の訴えの訴訟物は、執行裁判所の配当内容の定め（配当決定）に対する異議権である。
- ⑦訴訟当事者の債権の存否や額等は、配当異議の訴えの訴訟物とはならないから、この点につき既判力は生じない。しかし、配当異議の訴えの判決が確定した後に、当該訴訟の敗訴当事者が相手方に対して不当利得返還請求をすることは、信義則上認められない。