

論文

区分所有法59条競売と口頭弁論終結後の 脱法的処分行為の防止

—最三小決平成23・10・11の意義—
(平成23年(ク)第166号, 平成23年(許)第8号)

花房博文

- I 問題の所在
- II 最高裁第三小法廷平成23年10月11日決定と下級審判断
 - 1 事実の概要
 - 2 原告の主張と裁判所の判断の整理
 - (1) 競売申立理由の概要
 - (2) 東京地裁平成22年10月18日競売開始決定
 - (3) 執行抗告申立理由の概要
 - (4) 東京高判平成23年1月7日執行抗告決定
 - (5) 特別抗告・許可抗告申立理由の概要
 - (6) 最高裁第三小法廷平成23年10月11日決定
- III 検討
 - 1 滞納管理費の回収方法の選択
 - (1) 不動産競売による管理費等の回収手続の相違
 - (2) 形式的競売としての法59条競売の意義
 - 2 「口頭弁論終結後の承継人」に対する既判力の拡張と執行力の拡張の相違
 - 3 解決策としての解釈可能性
 - (1) 共同利益相反行為の除去の意義と証明責任の転換可能性
 - (2) 保全処分の可能性
- IV 結語(脱法的処分行為に対する解決への解釈論とその限界)

I 問題の所在

マンション住戸数は都市部を中心に急速な増加傾向をたどっているが¹⁾、他方、初期のマンション群では、建物の経年劣化、管理組合員の高齢化に加えて、長期にわたる不況の影響を受け、組合員の財政的状況の悪化が、計画的で安定したマンションの維持・管理に障害をもたらしている。

この10年をみても、管理組合が抱える主たる問題に、組合員の管理費や修繕積立金等の滞納問題が常に挙げられて来ている²⁾。

とともに、行政主導でマンション管理の破綻防止に向けての制度的検討や、法曹実務からも回収方法や法解釈上の努力が続いて来ている。

中でも、本稿でとりあげる「建物の区分所有等に関する法律（以下、「法」という。）」59条に基づく競売請求は、有効的な債権回収方法として注目され、利用されて来ている。勿論、債権回収はより簡便な方法が利用勝手がよく、特に非法律専門家である管理者にとっては、催告、督促手続、少額訴訟等々の他に準備された方法が法59条競売よりも好ましいし、また、区分所有法に特に法定された先取特権によって回収することが本筋でもある。

しかし、運用上これらの方法では、他に多数債権者がいる場合や滞納者が支払に非協力的な場合には実効性が乏しく³⁾、さらに、このような未回収状態の継続はいずれ修繕積立金不足として、他の区分所有者等にも、マンションの維持管理の破綻を生じさせる重要な問題となるので、できる限り、円滑に回収、このようなりスクが除去できる仕組みが求められるところである。

ところで、法6条には建物に有害または共同の利益に反する行為を禁止し、区分所有法第7節には法6条違反者を「義務違反者に対する措置」として、法57条から60条にその法的措置が規定される。なかでも、法59条は、当該侵害区分所有者に対する最終手段として、その者の区分所有権を競売できる旨の厳しい措置が規定されている。

多数決による措置は往往にして村八分のような団体自治を引き起しかねな

いのでその判断には裁判所の関与が求められる。同条に掲げる「著しい共同利益侵害行為」と判断基準は難しい問題であるが、近時の判例⁴⁾では、侵害者の一連の行動を総合判断してかなり緩やかに共同利益相反行為であると認めらる傾向にある。

以上のような経過の中で、平成23年10月11日、管理費等の滞納を理由とする法59条競売請求における最高裁の許可抗告決定が示された⁵⁾。

口頭弁論終結後競売実行までの間に当該区分所有権が譲渡された場合には、同条競売の趣旨は、侵害区分所有者の属人性を原因とする侵害行為の排除にあるため、単に移転登記等による区分所有権が譲渡された事実の証明だけでは、当該区分所有権の譲受人に対しては、前主を被告とした判決による競売を実行することができないと判示するものであった。

本決定の是非は後に検討するとしても、判示された決定内容がマンション管理に与える影響はとて大きいものである。すなわち、最高裁決定が例外に付言しなかったゆえに、同決定の論理を脱法的に利用する譲渡行為が拡大させてしまう危険と、共同利益侵害行為への最終手段であった法59条競売の実効性を失わせしめ、実質的に侵害者の変更がない場合であっても、管理組合は、再度、脱法的処分による承継人に対して、法59条競売を請求して競売をせざるを得ず、イタチごっこの侵害除去を強いられることになる。

このような侵害者が入居者となったマンションでは、もはや計画的安定的な管理状況の回復は至難になるであろう。

最高裁及び各裁判所も、脱法的な利用がなされかねないことは十分理解した上で、現行手続制度の通説的解釈の限界として、当然の帰結であると考えられるものであるが、滞納管理費等の問題を抱える当該管理組合にとってみれば、現実的に訴訟手続をずっと繰り返す負担や管理破綻を招きかねない深刻な課題であり、解決に向けた解釈可能性が早急に模索されなければならないであろう。そこで、本稿では問題解決の可能性を中心に、法59条競売について検討を加えたいと考える。

II 最高裁第三小法廷平成23年10月11日決定と下級審判断

1 事実の概要

本件で認定された事実の概要は、以下に示すようなものであった。

平成19年3月13日に、被告Y1は、公売物件として当該所有権を取得（その際に、Y1を代表とするA社に対する抵当権が設定されていた。）した。

Y1は前主からの多額の滞納管理費の承継するとともに、Y1自身の滞納も重ね続けるので、管理組合法人X1はY1に対して、230万9579円および遅延損害金の支払請求訴訟を提起して、支払請求認容判決を得た。

しかし、判決確定後もY1が不履行を続けたので前記確定判決にもとづいて強制執行をかけようとしたが、A社の抵当権が設定されているために不動産執行での回収の実効性は乏しく、またY1の賃借人を第三債務者とするY1への賃料債権を差し押えようとしても、陳述の催告に対し「Y1以外の者から賃借している」と陳述されてしまうために、債権執行も不効奏に終わった。

そこで、X1は、総会決議によって副理事長X2を法59条2項、法57条3項に基づく訴訟担当者を選任して、法59条の競売請求訴訟を提起し、平成22年1月26日に競売請求認容判決を得た。なお、同判決正本は、遅くとも平成22年1月27日にはY1に送達されていた。

その後、Y1は判決確定前の同年2月10日に、本件物件の5分の4の持分をY2社（なお、Y2は21年8月28日に設立された会社で、Y1の弟Bが代表者であるが、Bはその事実を全く知らない。また、Y1自身はY2社の代表取締役でもあり、Y2にはY1以外に役員は存在せず、Y2社の所在地はA社と同一である。）に譲渡して、移転登記も済ませたが、Y2もまた滞納を続けている。

そこで、X2は平成22年3月12日に、Y2に対しても法59条競売を実行するために「承継執行文の付与」を裁判所に求めたところ認められず、ま

た、「執行文付与の訴え」も提起したが、法59条競売には民事執行法33条1項を準用する規定がないことを理由に却下された。

止むを得ず X 2 は、平成22年8月6日に Y 1 および Y 2 双方を相手として、本件物件の競売開始を申し立てたところ、①形式的競売について種々のものがあるにも拘らず、民事執行法に個別の規定が置かれていないのは、形式的競売それぞれの趣旨や性質に応じた手続を許容しているものである。法59条の規定の趣旨に照らせば、同条に基づく競売は競売を申し立てる時点における所有者を相手方としてよいと考えることができない。②民事執行手続においては、定型的に迅速かつ大量の事件処理を行うことが図られていることに照らせば、執行裁判所としては、実体的な内容にまで立入って審査、判断することについては謙抑的であるべきとして、Y 2 の持分に対する競売許可請求については却下された。

そこで、X 2 は執行抗告したところ、③法59条はその権利の存在を公文書によって提出された場合に限り開始できるものであり、移転登記事項証明書だけでは Y 2 の共有持分権についての競売請求権の存在は証明されていない、④民事執行法195条が規定する担保権実行競売手続の準用に関しては、担保権の実行においては、担保権の登記等により追及力があるがゆえに競売申立時における所有名義人以外の者へも競売実行ができるのであり、そのような公示制度のない法59条競売では譲受人への競売はできない、⑤本件が執行妨害目的の法人への譲渡で法人格の否認が明白であるとしても、それが公文書により証明されなければ、口頭弁論終結後の譲受人とは言えない、として Y 2 の持分に対する競売請求は却下した。

そこで、X 2 は最高裁へ本特別抗告及び本許可抗告を求めた事案である。

2 原告の主張に対する裁判所の判断の整理

次に、X 2 の競売開始申立から最高裁決定に至るまでの、原告の法的主張及びそれに対する各裁判所の判断の概要を比較検討する⁵⁾ことから、口頭弁論終結後の譲受人に対する法59条競売の実行困難性に関する法律上の争点

を整理してみたい。

(1) 競売申立理由の概要

まず、X 2 が、本競売許可請求の申立てにおいて、競売申立請求訴訟の被告 Y 1 に譲受人 Y 2 を加えた根拠は以下のとおりである。

①民事執行法の原則からすれば、競売申立て時の所有者に競売を申し立てれば足りる点

法59条競売は、民事執行法195条に規定する「その他法律の規定による換価のための競売」に該当し、「担保権の実行としての競売の例」による。すなわち、法59条競売請求権認容判決によって、原告は、被告たる区分所有者が所有する区分所有権及び敷地利用権（以下「区分所有権等」という。）に対し、担保権に準じた権利としての「競売を申し立てる権利」を有するので、法59条競売請求権認容判決（口頭弁論終結）後に対象物件の区分所有権等の移転が行われても、競売申立て時の所有者を相手方として競売を申し立てれば足りる。

したがって、本件の場合、「担保権の実行としての競売の例」により、本物件の区分所有権等の5分の1の持分を有する Y 1 及び5分の4の持分を有する Y 2 を相手方として競売を申し立てることにより、本物件全部を競売の対象とすることができる。

②法59条競売請求判決後に、再度、区分所有権等の承継を確認する公文書（確定判決）を取得できることの非現実性（法59条3項、民事執行法181条3項）

法59条競売と同じく形式的競売の一つである共有物分割のための競売と同様に、判決に不服のある当事者が不当に競売を阻止することを防止すべく、「判決後に共有者の変更があった場合には、担保権について承継があった後に担保不動産競売の申立てをする場合に準じ、相続その他の一般承継においてはその承継を証する文書を、その他の承継にあってはその承継を証する裁判の謄本その他の公文書（民事執行法181条3項）、すなわち、移転した旨を示す不動産登記事項証明書を、競売申立権の基礎となる法定文書とともに提出す

れば、承継人を当事者として開始決定をすることができる」と解すべきである。

別途、Y 1とY 2が一体であることを確認する判決、又はY 1からY 2に対して競売申立てを受ける地位が承継されたことを確認する判決を受けることは、競売申立ては競売請求の判決確定から6ヶ月以内に申し立てなければならないという時間的制約があるため(法59条3項)、現実的には不可能で妥当でない。

③「判決確定後の譲受人には競売請求の判決効が及ばない」ことを理由とする競売申立ての却下は認められない点

「競売請求訴訟の口頭弁論終結後に当該区分所有者が区分所有権を他に譲渡した場合の競売の可否は民法115条1項の解釈問題であり、判決確定後であっても、区分所有権の任意譲渡は妨げられず、譲渡された場合は判決効は譲受人には及ばないためY 2を相手に競売を申し立てることはできないとの解釈が考えられる。実際、Y 2が本物件の「口頭弁論終結後の承継人」にあたることを根拠に、東京地方裁判所民事第30部に対し、本件訴訟の判決について承継執行文付与の申請を行ったが、同部の裁判所書記官は、上記の解釈を根拠に執行文の付与を拒絶された。

しかし、民事訴訟法第115条1項3号により判決効が及ぶ「口頭弁論終結後の承継人」とは、相続等による包括承継人のみならず前訴の被告から不動産の所有権ないし占有を譲り受けた者を含むから(最判昭和26年4月13日民集5巻5号242頁、大決昭和5年4月24日民集9巻415号)、本件訴訟の口頭弁論終結後にY 1から本件持分を譲り受けたY 2は当然に「口頭弁論終結後の承継人」に該当し、区分所有法上、「判決確定後の譲受人に対しては競売請求の判決効が及ばない」とする解釈の根拠となるような規定は何ら存在しない。

また、確定判決後の譲渡について、「実質的に義務違反者である区分所有者に区分所有権等が戻らないのであれば、結果的には競売申立てを主張できないという考えに与してよい」と記載されており、形式的な譲渡にかかわらず義務違反者が実質的に物件を保有しているケースでは、原則どおりY 2が

「口頭弁論終結後の承継人」に該当するというべきである。

まず、本件ではY 1が5分の1の共有持分を保有しており、かかる共有持分に基づき、本物件全体について変更を拒否したり（民法251条）、物件の原状を維持するための保存行為をしたり（同法252条但書）できるのであるから、本物件は依然としてY 1の支配を脱していない。

さらに、Y 2の実態をみると、事実上、Y 1本人が支配する会社であり、Y 1が本件判決に基づく競売の申立てを防ぐためにY 2に対する譲渡を仮装したことは明白であり、実質的にはY 1が本物件を所有しているというべきである。したがって、本物件については、Y 2へ譲渡された本件共有部分を含め、本物件全体について競売を申し立てる必要がある。

③競売開始決定の発令段階でも実質的な判断を避けるべきでない点

迅速性の要求される執行手続では、競売開始決定の発令段階では、まずは形式的な判断によって発令の是非を判断することが多いと思われる。しかし、例えば賃料の債権差押えに関して、事実関係に照らせば所有者（賃貸人）と賃借人（転賃人）を同視することが相当であるとして転賃料債権の差押えを認めた事例や不動産引渡命令に関して、形式的な所有者だけでなく、その実質的な支配下にある会社について相手方としての適格性を認めた事例などがあり、必要に応じて発令段階において実質判断がなされることは許容されるといえる。提出証拠によれば、Y 1とY 2が実質的に一体の関係にあることは明白であり、仮にY 2に反論があれば、競売開始決定後にY 2が執行異議を申立てるべきである。

④処分禁止の仮処分によって解決を図ることができない点

係争物に関する仮処分の被保全権利は、物を対象とする給付を目的とする請求権であるところ、本件の競売請求権は形成権であり、かつ、例えば共有物分割請求や離婚に伴う財産分与請求のように形成権の行使の結果、最終的に形成権の行使者が特定の物を取得するわけではないので、競売請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分が認められる余地はないと解される。

また、民事保全法上、係争物に関する仮処分としては「登記を執行方法と

する処分禁止の仮処分」と「執行官が執行を行う占有移転禁止の仮処分」しか規定されておらず、また、その要件と効力は厳格に法定されている。したがって、仮に競売請求権を保全するために処分禁止の仮処分が発令されたとしても、その効力の実現、そして執行方法について明確に法定されているわけではないため、競売請求の判決後に物件の譲渡を受けた第三者を相手方として競売開始決定を申し立てることができるかどうかは明らかではない。

このような状況においては、到底、「競売請求訴訟の前に処分禁止の仮処分登記を具備しておけば、判決後の第三者に対する譲渡は仮処分債権者に対抗できない」とはいえず、本件は、処分禁止の仮処分によってではなく、競売開始決定の相手方の問題として解決を図らざるを得ない、とするものである。

小 括

原告が共同利益侵害者である Y に対する競売請求認容判決をもって Y 2 も含めて法59条競売に至った理由は、① Y 1 と Y 2 で共有している区分所有権なので全体を競売しなければ実効性がない点、② Y 2 は形骸化された会社であり、その実質支配が Y 1 に残存していることは明白であり、その旨を証明すれば足り、形式的な Y 2 を執行対象に含めざるを得ない点、③ 執行裁判所であっても、書面等で②のような実体判断を行うことは可能である点、④執行力を拡張するための承継執行文や執行文付与の訴えは、債務名義の執行力に基づく強制競売とは異なる担保権実行の例によるとされる形式的競売であるので、やはり現実的に認められなかった点、⑤担保権実行競売の例によるのであれば、むしろ所有者の承継如何は問題とされず、担保権の効力は執行異議、あるいは第三者異議の訴えで当該目的物の現所有者によって争われるものである。⑥法59条競売には6か月以内の競売開始期間が設けられているために、再度譲受人に対する確定判決を得るのは事実上不可能である。⑦民事訴訟法115条1項3号の規定により、判決効は、原則として口頭弁論終結後の承継人に及ぶものであり、本来は承継人の方で及ばない旨を主張すべきである。⑧訴訟中及び判決後の権利変動等が生じないように同法

律関係を保全するための、処分禁止の仮処分も法59条の趣旨から、現実的には認められないのが明白である点等から、現行法制・裁判実務の下では、侵害者 Y 1 の侵害除去のための競売を認める判決をもって、Y 1 の脱法的意図で形骸的に作り上げられた Y 2 に対して、執行裁判所の判断によって直接的な執行が認められなければならない状況にある、とするものである。

(2) 東京地裁平成22年10月18日競売開始決定

ところが、当該執行裁判所では、Y 1 の持分についてのみ法59条競売手続の開始を認めたが、Y 2 の持分についての競売開始決定申立ては却下された。同決定理由の概要は、以下に示す通りである。

①法59条が侵害区分所有者の行為を原因とした競売である点

「法59条競売権が区分所有者の行為を原因として認められたものであることからすれば、競売権を認めた判決の効力は、同事件の口頭弁論終了後に区分所有権を譲受けた者には及ばないと解することが相当である。そして、この理は、区分所有者が区分所有権の一部を譲渡した場合においても相当すると解する。そうすると、本件において、本件判決の効力は Y 2 には及ばないこととなる。」

②民事執行法195条の形式的競売の規定は各規定の趣旨や性質に応じた手続を許容している点

「民法、商法その他の法律の規定による換価のための競売については種々のものがあるにもかかわらず、民事執行法がそれらについて個別の規定をおかず、同法195条において担保権の実行としての競売の例による旨だけを規定していることからすれば、必ずしもすべての手続を担保権の実行としての競売と同様に行わなければならないわけではなく、換価のための競売のそれぞれの趣旨や性質に応じた手続とすることも許容していると解することができる。そして、前述の法59条の趣旨等に照らせば、同条に基づく競売の場合には、競売を申し立てる時点における所有者を相手方としてよいと考えることはできない。」

③民事執行手続の要請として執行裁判所に実質審査ができない点

「民事執行手続においては、定型的に迅速かつ大量の事件処理を行うことが図られていることに照らせば、執行裁判所としては、実体的な内容にまで立ち入って審査、判断することについては謙抑的であるべきといえる。この考え方は、法59条競売の場合にも妥当するといえ、執行裁判所としては、競売権を認めた確定判決正本や登録事項証明書等の資料について形式的に審査し、実質的に判断することなく処理することが求められていると解する。」

小 括

執行裁判所は、①法59条は侵害行為を行う者の属人的な排除を目的とするもので執行力の拡張はなく、完全な所有権の移転であれ共有持分権の移転であれ同様である。②民事執行法195条が抽象的・包括的に「担保権実行としての競売の例による」と規定しているのは、各形式的競売固有の性質に応じた手続を許容するためであり、法59条には①を目的とした手続が求められている。③受訴裁判所と執行裁判所の役割分担は、民事執行法手続の基本原則であり、定型的に迅速かつ大量の事件処理を図る執行裁判所の趣旨から実体判断はできない。とするものである。

(3) 執行抗告申立理由の概要

そこで、X 2は執行抗告を申し立てた。抗告申立理由の概要は以下の通りである。

①法59条の執行力の拡張について

Y 2は民訴法115条1項3号の「口頭弁論終結後の承継人」に該当し、区分所有法上、「口頭弁論終結後の譲受人に対しては競売請求の判決効が及ばないとする解釈の根拠となるような規定は何ら存在しない。

仮にそのような解釈が成り立つとしても、判決効が判決後の譲受人に及ばないという例外的な解釈が合理性を有するのは、あくまで迷惑行為等を行う区分所有者が自ら物件を手放せば競売を申し立てる必要がないケースに限られ、形式的な譲渡にかかわらず区分所有者が実質的に物件を保有しているケ

ースでは、原則どおり、Y 2が「口頭弁論終結後の承継人」に該当するといふべきである。

しかし、原決定は、民訴法115条1項3号の解釈問題として論ずべきところを、法59条の趣旨から、短絡的に判示しただけであり、民訴法115条1項の定める確定判決の効力が制限される理由を明確にしておらず、原決定の判断は法的根拠を欠くといふべきである。

②法59条の制度趣旨について

原決定の判示するとおり、仮に、民事執行法195条が換価のための競売について、それぞれの趣旨や性質に応じた手続とすることを許容しているとしても、かかる規定は、あくまで執行手続の範囲内において、換価のための競売の趣旨を勘案することを認めたものに過ぎない。

例えば、法59条競売申立てに関して、東京高等裁判所平成16年5月20日判決は、同競売申立てには民事執行法63条の剰余主義は適用されない旨を判示しているが、あくまで執行手続範囲内で、法59条競売申立てに関して剰余主義の効力を否定したものである。

確定判決の効力が及ぶ者の範囲は、民事執行法ではなく民事訴訟法115条に規定されているところ、原決定は、本来、民事訴訟法115条1項の解釈問題として検討すべきところを、かかる検討に立ち入ることなく、民事執行法195条を根拠に、執行手続の手続を超えて民事訴訟法の定める判決効に制限を加えており、かかる解釈は、民事執行法195条の許容する範囲を超えた違法な解釈といふべきである。

なお、既に本件で、東京地方裁判所民事第28部は、法59条競売について、民事執行法33条1項を準用する規定がないから（同法195条、194条）、執行文付与の訴えを提起することは許されないと判示している。

原決定とこの判決を合わせると、民事執行法195条は、法59条競売は、競売申立権の承継を示す公文書として不動産登記事項証明書を提出する方法（民事執行法181条3項）も、執行文付与の訴えによる方法も許されず、本件のように執行妨害目的で区分所有権の譲渡がなされた場合には一切対抗手段が

ないことになり、明らかに社会正義に反する。

③執行裁判所の実体判断の可否について

原決定も指摘するとおり、民事執行法195条が「換価のための競売のそれぞれの趣旨や性質に応じた手続とすることも許容している」とすれば、法59条競売に関しては、必要に応じて、形式的な判断にとどまらず、債務者の執行妨害等を想定し、実質的な判断に踏み込むことが要請されているというべきである。

例えば、「債権執行の対象が外形上債務者の責任財産とは認められない場合であっても、債権者が迅速性が損なわれることを甘受した上で、前記債権が真実は債務者の責任財産に帰属することを証明した場合については、執行裁判所に執行手続を開始しうるものと解される」（東京高等裁判所平成14年5月10日決定）とする決定がある。

この決定の考え方からすれば、法59条競売についても、申立人が迅速性、その他の不利益を受けることを甘受した上で実質的な判断を求めた場合には、当然に執行裁判所が実質的に判断の上で競売手続を開始することもできるはずである。

小 括

執行抗告申立では、①確定判決の一般的効力に関する原則を法59条の趣旨解釈のみで否定することは、民事訴訟法115条3項の解釈に誤りがある。②法59条競売では、その実効性確保のために消除主義が採用される、といった判例解釈があるので、各形式的競売の性質や趣旨を考慮するならば、執行力の拡張は認められる。③迅速性やその他の不利益を甘受しても、執行裁判所が実質判断に立入った判例もあり、現行法制下でも執行裁判所での実質判断は可能である、とするものである。

(4) 東京高裁平成23年1月7日執行抗告決定の概要

X 2の執行抗告に対する抗告裁判所の判断の概要は、以下の通りである。

① Y 2の持分への競売請求権への公文書が未提出である点

「法59条競売は、いわゆる形式競売であり、『民法、商法その他の法律の規定による換価のための競売』に当たるから、民事執行法195条により、担保権の実行としての競売の例によることになる。そして、不動産担保権の実行としての競売は、担保権の存在を証する確定判決等の債務名義や公正証書又は担保権の登記に関する登記事項証明書という法定の公文書が提出されたときに限り開始するものとされており（民事執行法181条1項。ただし、一般の先取特権を除く。）」

「法59条競売請求権は判決の確定自体に基づいて生じるものであるから、本件においては、Y 2の有する本件物件の共有持分権についての競売請求権を認めた確定判決等は提出されていないから、Y 2に対する本件申立ては不適法である。」

②法59条競売請求権には追及力がない点

「担保権の実行としての競売において、競売申立時の所有者に対して競売の申立てをすべきこととされているのは、実体法上の効力として、対抗力を有する担保権には追及効があり、担保権の目的である権利（所有権等）が第三取得者に譲渡されても、担保権者は当該担保権を当該第三取得者に対して対抗できるからである（なお、そもそも競売申立時の登記簿上の所有名義人以外の者を所有者とする競売開始決定を得ても、差押登記をすることができない。）。」

「法59条競売請求権は、区分所有者の共同利益背反行為による共同生活上の障害が著しい場合に、当該区分所有者を区分所有者としての地位から排除するために認められるものであるから、区分所有権等が共同利益背反行為を行った者以外の第三者に対して譲渡された場合には、当該第三者に対して前主に対する競売請求権を対抗できるものとは解されない（何ら公示されない競売請求権による競売の不利益を、第三取得者が甘受すべき理由も見当たらない。）」「そうすると、『競売請求の対象となる区分所有権の譲渡がされても、これに伴い競売請求権の債務者について承継があった』ものと同視することもできない。」

③区分所有権の承継の公文書は、登記事項証明書だけでは足りない点

「民事執行法181条1項が、不動産担保権の実行としての競売の開始につき…公文書の提出を法定しているだけでなく、同条3項は、担保権について承継があった後、不動産担保権の実行の申立てをする場合には、その承継を証する裁判の謄本その他の公文書を提出しなければならないと定めている。このような規定は、競売手続の密行性、迅速性に鑑み、法が、競売の申立て段階における認定は、法定文書のみを資料として行うこととし、それ以外の証拠による認定を禁止したものと解される。」「そうすると、「担保権の実行としての競売の例」によるとされている形式競売においても、法人格の濫用が認められる場合として例外的に競売請求権が承継されたかどうかについては、これを証する確定判決等の債務名義その他の公文書を提出しなければ、不適法な申立てとなるといわざるを得ない」

「強制執行手続においては、法人格の否認の法理につき、権利関係の公権的な確定及びその迅速確実な実現をはかるために手続の明確、安定を重んじ、判決の既判力及び執行力の範囲を名義人以外の当該法人にまで拡張することは許されないと解されているところであり（最高裁第一小法廷昭和44年2月27日判決民集23巻2号511頁，最高裁第一小法廷昭和53年9月14日判決裁集民125号57頁参照），法人格を否認すべき事情があることをもって当該法人が民事訴訟法115条1項3号に含まれるとは解されないところ，この理は，判決の形成力に基づいて開始される形式競売においても何ら変わるところはないというべきである。」

④本件執行妨害等は民法94条1項に基づく抹消登記請求で解決できる点

「区分所有者が、競売申立てを妨害する目的で、自己が支配する法人に対して区分所有権の譲渡があったように仮装して登記簿上の所有名義を移転した場合、当該法人（第三者）と区分所有者との間の譲渡は無効であると解されるから（民法94条1項），区分所有者は当該第三者に対して所有権移転登記の抹消登記請求をすることができる（大審院昭和16年8月30日判決参照）。そして，このような場合には，区分所有者に対する確定した競売請求判決を有する債権者は，当該区分所有者に代位して，当該第三者（登記名義人）に対して

当該所有権移転登記の抹消登記手続を請求し、所有名義を当該区分所有者に回復した上で、競売開始の申立てをすることが可能であるとする（権利能力のない社団を名宛人とする金銭債権を表示した債務名義に基づく強制執行の申立てに当たって、権利能力のない社団の旧代表者等が登記名義人である財産につき、債権者は、当該権利能力のない社団に代位して登記名義人へ移転登記手続を請求して、その移転登記手続をした上で執行をすることが望ましいとするものとして、最高裁第三小法廷平成22年6月29日判決・田原睦夫裁判官の補足意見参照。）」

⑤6か月の競売申立期間の進行が停止され、代位行使される抹消登記請求を被保全権利として、処分禁止の仮処分による解決が図れる点

「抹消登記手続請求の訴訟係属中は法59条3項所定の6か月の競売申立期間は進行しないと解するのが相当である（同訴訟係属前に競売請求判決確定から6か月の競売申立期間が経過している場合には、再度、真実の区分所有者に対して競売申立請求訴訟を提起することも可能であると解される。）。そして、この方法によるならば、債権者は、上記代位により行使する抹消登記手続請求権を被保全債権として当該第三者（登記名義人）に対し、処分禁止の仮処分を申し立てることも可能となる」

小 括

執行裁判所は、①担保権実行としての競売は、確定判決相当に公証力の高い法定文書で公証されている実体権に基づき競売されるのであり、同趣旨の法59条競売は、判決を請求権の基礎として開始されるものである以上、Y2への確定判決がない以上実行できないのは当然である。②担保権は法定文書の効力の拡張ではなく、登記を利用した不動産担保権の追及力によって譲受人への執行ができるのであり、そのような追及力がない以上は、譲受人へは及ばない。③区分所有権の任意譲渡に伴う侵害状態の継続は、単に登記事項証明書だけでは証明できない。④ただ、追加的に、確定判決等によってその旨を、法人格否認の法理や通謀虚偽表示等を公証できれば、債権者代位の転用による抹消登記も可能であるし、その間は時効の進行は停止でき、仮装名義人への処分禁止仮処分で保全できる方法はある。とするものである。

抗告裁判所では、あえて、その解決方法として④に言及している点が注目される。

(5) 特別抗告・許可抗告申立理由の概要

しかし、この執行抗告決定④に示される方法では解決できないと考え、特別抗告、法令解釈違背があるとして許可抗告を申し立てた。

許可抗告申立理由の概要は、以下に示す通りである。

①原決定が示す限定された事案と本件事案とが明らかに相違する点

民事執行法181条3項の証明文書について、原決定が挙げる参照判例は、当初から直接の債務者及び債務者と一体の関係にあると考えられる法人を双方とも被告として訴訟を提起すれば解決を図ることができた事案であり、かつ仮処分によって責任財産の散逸を防止することができた事案である。

しかし本件は、判決後に初めて相手方が区分所有権を譲渡しており、当初より譲受人を被告として訴訟を提起することは不可能である上、仮処分も機能しない事案であるから本件とは前提が全く異なる。

原決定が挙げる抹消登記請求を対抗手段として用いることができるのは、競売申立てを妨害する目的で自己が支配する法人に対して区分所有権の譲渡されたような「仮装して登記簿上の所有名義を移転した場合」に限られるのであり、本件ではその解釈は通用しない。

②競売申立期間の停止事由に法的根拠がない点

法59条所定の6か月という競売申立期間は除斥期間と解され、法文上は進行停止事由について何ら記載がなく、進行停止事由を認めた判例も存在しないので法的根拠がない。

③法59条競売を有名無実化させる原決定解釈である点

原決定に従えば、原決定が想定した場合以外には、結局、管理組合として採りうる手段はないこととなり、区分所有法の定める競売請求の制度が有名無実化し、このような結論は著しく社会正義に反するといわざるを得ない、法令の解釈に関する重要な事項が含まれている。

また、法人格否認の法理と本件事案との相違点、及び承継の有無に関して不服申立方法について、補足書面によって以下のような補足がなされた。

①法人格否認の法理による解決が本件には適さない点

最高裁昭和44年2月27日判決は法人格否認の法理が適用されるべき事実関係のもとでも判決効の拡張を否定し、また、最高裁判所昭和53年9月14日判決（以下「昭和53年判例」という。）は、実体法上、法人格の否認が認められる場合にも債務者に対する判決の既判力・執行力は会社には及ばない旨判示して執行文の付与を認めている。

これに対し、法59条に基づく競売は民事執行法195条に規定する「その他法律の規定による換価のための競売」に該当し、「担保権の実行としての競売の例」によるため、民事執行法33条1項に基づく執行文付与の訴えを提起することはできない。そして、担保権の実行としての競売の場合においては、登記事項証明書によって現所有者に競売を申し立てられるのであるから、法59条競売においても、登記事項証明書の提出によって「承継」（民事執行法181条3項）として、現所有者に競売を申し立てることができる应考虑すべきである。

この段階までは法人格否認により判決効を拡張できるかどうか、口頭弁論終結後の譲受人には判決効が及ぶかどうかといった論点は問題とならない。

②判決効の拡張が及ばないことは譲受人による執行異議により解決すべき点

仮に法59条競売請求の判決効は口頭弁論終結後の譲受人には及ばないとの解釈をするのであれば、それは、譲受人側が執行異議によって競売物件が既に競売請求の相手方の支配下でないことを明らかにさせることで、対象物件が競売によって処分されることを防止できると解すべきである。この手続は、担保権の実行において、譲受人が担保権の不存在又は消滅を主張する場合と同様である（民事執行法182条）。

このように考えなければ、管理組合側には一切、競売を申し立てられた物件が競売請求の相手方の支配を脱していないことを主張する機会が与えられ

ず、一方、競売請求の相手方は形式的な名義変更で簡単に競売を回避できることになり、競売請求権を認めた趣旨を完全に没却し、著しく社会正義に反することになる。

また、譲受人側が対象物件が競売請求の相手方の支配下でないことを明らかにすることは容易であり、万一、競売開始決定等により譲受人が損害を受けることがあれば、競売請求の相手方に担保責任等を追及することができるのであるから、譲受人に対して格別の負担を課すものとはいえない。

(6) 最高裁第三小法廷平成23年10月11日決定

そして、以上に列挙した争点のもとで、本最高裁決定は次のように判示した。

・平成23年（ク）第166号事件について

「民事事件について（特別抗告をすることが許されるのは、民訴法336条1項所定の場合に限られるところ、本件抗告理由は違憲をいうが、その実質は原決定の単なる法令違反を主張するものであって、同項に規定する事由に該当しない。」

・平成23年（許）第8号事件について

「建物の区分所有等に関する法律59条1項の競売の請求は、特定の区分所有者一が、区分所有者の共同の利益に反する行為をし、又はその行為をするおそれがあることを原因として認められるものであるから、同項に基づく訴訟の口頭弁論終結後に被告であった区分所有者がその区分所有権及び敷地利用権を譲渡した場合に、その譲受人に対し同訴訟の判決に基づいて競売を申し立てることはできないと解すべきである。これと同旨の原審の判断は正当として是認することができる。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。なお、裁判官田原陸夫の補足意見がある。

裁判官田原陸夫の補足意見は、次のとおりである。

「私は、法廷意見に賛成するものであるが、建物区分所有法59条1項の訴

訟の性質等に関して判示した先例も未だなく、また学説として殆ど論議もされていない以下の諸点について、若干の補足的意見を述べる。

1 新所有者の訴訟引受けの可否について

(中略) …競売請求訴訟は、法廷意見が述べるとおり、特定の区分所有者が区分所有者の共同の利益に反する行為をし、又はその行為をするおそれがある(以下、かかる状態を「共同利益侵害状態」という。)ことを原因として認められるものであって、そこで審理の対象となるのは、当該区分所有者の上記のような属性である。

そうすると、同訴訟の事実審口頭弁論終結後に被告が区分所有権及び敷地利用権を譲渡した場合には、その譲受人が上記のような属性を有しているとは当然には言えない以上、被告に対する判決の効力が譲受人に及ぶと解することはできず、同判決に基づいて、譲受人を相手方として競売を申し立てることはできないというべきである。

ところで、競売請求訴訟係属中に、被告が区分所有権(及び敷地利用権)を第三者に譲渡した場合に、原告は当該譲受人に対して訴訟引受けを申し立てることができるか否かが問題となる(本件で、相手方が口頭弁論終結前に共有持分の譲渡を受けていた場合には、その点が争点となり得た。)

競売請求訴訟が、特定の区分所有者の属性を原因として認められる訴訟であって、訴提起について慎重な手続が定められている(同法59条2項、58条2項、3項)ことからすれば、譲受人にも被告と同様の属性が存するか否か及び競売請求訴訟を提起するか否かについて、同法の定める手続を経たうえで別訴を提起すべきであるとする考え方も有り得る。

しかし、競売請求訴訟が係属していることは、譲受人が僅かな調査をすれば容易に判明する事実であり(例えば、区分所有者の共同の利益に反する行為が、暴力団事務所としての使用等その使用態様であるならば、当該区分所有建物を見れば一見一して明らかであり、また本件のごとく管理費の未払であるならば、それは当然に譲受人に承継される(同法6条)ものである。)、譲受人は訴訟を引き受けることによって不測の損害を被るおそれはない。

また、訴訟引受後に譲受人において区分所有者の共同利益侵害状態を解消させれば、競売請求棄却の判決を得ることができるのである。

他方、原告は、譲受人に訴訟を引き受けさせることにより、従前の訴訟の経過を利用することができ訴訟経済に資することになる。また、訴訟係属中に被告が区分所有権（及び敷地利用権）を譲渡することにより、競売請求を妨げるという被告側の濫用的な妨害行為を抑止することができる。

かかる点からすれば、競売請求訴訟提起後に、被告が当該区分所有権（及び敷地利用権）を譲渡した場合には、原告は、譲受人に対し訴訟引受けを求めることができるものというべきである。

2 被告であった区分所有者に対する競売請求訴訟の認容判決確定後競売手続が開始されるまでの救済手続について

競売請求訴訟の認容判決確定後、同判決に基づく競売手続により売却されるまでの間に、被告であった区分所有者（元被告）が区分所有者の共同利益侵害状態を解消するに至った場合の元被告の救済手続について、これまで殆ど論じられてこなかった。

同判決に基づく競売は、担保権の実行としての競売の例による（民執法195条）とされているところ、競売手続開始決定後に競売請求認容判決の基礎となった区分所有者の共同利益侵害状態が解消するに至ったとの事実、競売申立ての基礎となった事実が消滅したことを意味するのであり、担保権に基づく競売の場合に例えれば、担保権が消滅した場合に比肩するものといえる。そして、担保権の消滅は民執法182条により執行異議事由とされているところから、競売手続開始決定後に区分所有者の共同利益侵害状態が解消するに至った場合には、同条を類推適用して、執行異議の申立てができるものと一応解される。

しかし、上記の執行異議による救済手続は、原告が判決に基づいて競売申立てをして初めて利用できるものである。競売手続開始前に元被告が区分所有者の共同利益侵害状態を解消するに至った場合においても、競売申立期間たる判決確定後6か月間（建物区分所有法59条3項）は、元被告は原告により競売

申立てがなされる危険を負うのも已むを得ず、競売手続開始決定がなされた場合には執行異議の申立てによって対処するべきであると解するのは、元被告の地位を余りに不安定なものにするものである。

私は、競売請求認容判決確定後、元被告が同判決に基づく競売手続開始決定前に区分所有者の共同利益侵害状態を解消するに至っている場合の元被告の救済手続の可否について、検討されて然るべきであると考え。」

III 検 討

最高裁は、①特別抗告については、民訴法336条1項所定の場合に限定され、本件抗告理由は違憲を理由としていない、②許可抗告については、法59条競売請求は侵害者の行為を原因として認められるものであるから、区分所有権の譲受人に対して同訴訟の判決に基づいて競売を申し立てることができないとする原審の判断は正当として是認することができる、として、訴訟手続通りに請求を却下している。

田原睦夫判事補足意見として、①競売請求訴訟係属中に被告が区分所有権を第三者に譲渡した場合であれば、属人的な侵害行為として別訴の提起を求めなくとも、原告は当該譲受人への訴訟引受の可能性に言及し、②競売手続開始後にの共同利益侵害状態を解消し元被告は、(担保権実行としての競売の例によるのであれば)請求異議の訴え(民事執行法28条)で争うことになるが、原告が競売の申立てをしないかぎり行使できない、すなわち元被告主導での救済が求められないために、競売請求権が消滅する6か月間を法的に不安定な状態にする、本決定の結論に対して、別途の救済方法の検討が必要であると付言するものである。

しかし、田原判事の補足にみられるような検討の間もなく、同決定の結論部分の影響は既に同種の執行事件にも及んでいるものといえよう⁷⁾。

ところで、同決定については、解説や評釈が既に幾つかなされており、区分所有法的分析からの消極的な評価と手続法的分析からの積極的な評価とに

別れて双方の分析視点には大きな隔りがある⁸⁾。

そこで、本稿では、積極的評価の見解が意識していない区分所有という特殊な共有関係にとって、法59条競売が果たす意義や必要性を再度検討し、消極的評価に立つ見解が重視していない、判決・執行手続における要請、裁判所の役割分担、保全による当事者恒定効に、例外が認められる可能性があるのか否かを再検討してみたいと考える。

1 滞納管理費の回収方法の選択

まず、管理組合が滞納管理費を回収する場合に、その回収方法の選択から検討から始めたい。

(1) 不動産（区分所有権）競売による回収手続の相違

管理組合または管理者が、滞納状態の継続に対してまず最初にとり得る方法は書面による支払の催告、その後の法的手段としては、支払督促、少額訴訟、債権執行等の迅速・簡便な方法が選択されるであろう。

それでも回収の見込みが立たない場合には、当該債権は5年の短期消滅時効にかかるため、その期間内に、管理組合あるいは管理者は、最終的手段として当該不動産（区分所有権）に対して不動産競売を実行して、当該区分所有者を区分所有関係から排除とあわせて回収不能にならぬような手段を執らざるを得ないことになる。

区分所有者の交替によって、滞納されている債務は、法7条1項に掲げる区分所有者に対する債権として特定承継人にも固有の債務として承継される（法8条）ため、管理組合としては競売によって資力ある買受人にさえ交替できれば、直接的に買受人からの弁済を受けて回収することも可能なのである。

したがって、解決の目処がたたない場合には不動産（区分所有権）の競売の方法によって、当事者の交替を求める選択をすることになる。

そして、不履行区分所有者の区分所有権を競売対象にする方法として、3つの選択がある。

①管理費等請求訴訟の認容判決等に基づく強制競売の申立

まず、一般債権者として不動産競売を実行する方法である。この方法をとるには、回収すべき債権の存否が裁判所等の公的機関により公証されている必要があるため、執行力のある債務名義（管理費等請求訴訟の認容判決）の正本または執行証書等、その他の添付書類として、送達証明書、不動産登記事項証明書、公課証明書、資格証明書等求められる。

しかし、この方法では、あくまで一般債権者として不動産執行するものであるため、同不動産に他の担保権等が設定されている場合には、それらの担保権が消除主義に基づき消除された競売物件となり、その競売において担保権は優先配当を受けることになるので、一般債権者が配当を受けられる金額は少なく、しかも、その残額は、一般債権者間は債権額に応じて按分比例される債権者平等の取扱がなされるため、殆ど回収が見込めない場合が多い。

それどころか、配当等を受けることができない場合には無剰余取消によって同執行自体が取消されるために有効な執行手段とならないことが多い。むしろ、債権を差押え一早く転付命令を受ける方法や、高額な動産を有する場合には動産執行を選択する方が直接的、有効的な回収方法の選択といえよう。

本件において、Y 1 が当該不動産を公売取得段階で、Y 1 が代表者名義を有する A 社名義での抵当権設定をしている点は、この回収困難性を意識した対抗手段であったと推測される。

②区分所有法7条の先取特権に基づく担保不動産競売の申立

次に、法8条に規定される債権については、その債権回収のために、法定担保物権として先取特権が認められている（法7条）ので、担保権の実行として競売を求める方法が考えられる。そもそも、担保権の実行は、実体権として既存する換価権・優先弁済権を、執行裁判所手続（関与）の下で、行使するに過ぎないのであり、前掲①の債務名義の取得は必要ではない。

しかし、競売法を廃止して、強制競売手続と一体化された手続の中で担保権の債権回収を進める民事執行手続の制定の過程で、担保競売にも公信的効

果が強化されたため、公正証書や担保権設定登記等、債務名義に相当するような、公証力の高い法定文書が求められることになった。

したがって、同方法については、担保の存在を証する書面（管理費等について定めた管理規約、管理費等について決議した総会議案書及び総会議事録）、その他、民法335条1項所定の事実を証明する文書、資格証明書を添付書類等を提出して執行を求めることになる。

なお、同条の先取特権は債務者の特別財産の上に執行されるので、特別の先取特権に該当する担保権であるが、その効力と順位については一般の先取特権として法定されているので、そのような取扱を受ける（法7条）。

そのため、この方法によれば、対抗要件を具備しなくても一般債権者には優先するが、登記された担保権には劣後することになる。よって、既に対抗要件を備えた抵当権等が設定されている場合には、全額回収の見込みは殆どないであろう。

同条の担保目的物には当該専有部分に備え付けられた動産も含まれるから、動産執行も可能ではあるが動産の換価価値を考えると、有効な回収方法とはいえない場合も多いであろう。

勿論、一般の先取特権であっても対抗要件である担保登記を具備することは可能ではあるが、同登記手続には債務者の承諾が必要となるため、実際には非常に困難を要する。

さらに、同競売においても、やはり消除主義が採用されることから、①と同様に無剰余取消となる可能性が残るのである。

③区分所有法59条に基づく不動産競売の申立

本件で原告から請求されたのがこの方法である。

ところで、団体自治（意思）によって、絶対不可侵であるはずの所有権を奪うには、公共の福祉による所有権の制限に相当するような、それなりの合理的根拠が必要であり、その判断を同管理組合の私的自治に委ねることはできないので、この方法を選択するには請求根拠については、裁判所の判断がその前提となる。

すなわち、法59条競売を実施できる実体法上の根拠とは、法6条に規定される「建物の保存に有害な行為」または「建物の管理又は使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為」がなされ、かつ法57条の行為停止請求（差止め請求）や、法58条の専有部分の使用停止請求をもってしては解決できず、もはや当該区分所有者を区分所有権から排除する方法でしか解決できないような実体関係が生じているという前提を、競売請求を認容する判決をもって公証してもらう必要がある、この判決によって発生する競売請求権である。したがって、同競売請求を求める判決の法的性質は形成判決であると解するのが通説である。

同執行を求めるには、競売請求権認容判決正本又は謄本、判決確定証明書、資格証明書、不動産登記事項証明書、公課証明書等の添付書類が必要となるが、債務名義に基づく不動産強制競売ではないので、送達証明書は不要である。

このように、法59条競売の目的はもっぱら区分所有関係から共同利益背反行為の除去を求める形式的競売であり、この手続では債権回収はできない点は重要である。それゆえ、管理組合が滞納された債権を回収するには、売却金が区分所有権の元所有者である侵害者に交付される前に、別途配当要求をあわせてしておかなければならない。

ところで、東京高決平成16年5月20日（判タ1210号170頁）⁹⁾が、法59条競売に関しては消除主義をとりながら無剰余取消が適用されないと判断したことが、その後の著しい滞納管理費の回収方法として、法59条競売請求を増大させる影響を与えていると思われるが、同決定の判断理由は次のようなものである。

「同条に基づく競売においては、そもそも、配当を受けるべき差押え債権者が存在せず、競売の申立人に配当されるべき剰余が生ずるかどうかを問題とする余地はないというべきである。その一方で、同条が当該区分所有者から区分所有権を剥奪するための厳格な要件を定め、訴えをもって競売を請求すべきものとしていることからすれば、そのような厳格な要件を満たす者と

して競売請求権を認容した確定判決が存在する以上、同条に基づく競売においては、売却を実施して、当該区分所有者からの区分所有権の剥奪という目的を実現する必要性がある」、また消除主義に関しては、「競売手続の円滑な実施及びその後の売却不動産（建物の区分所有権）をめぐる権利関係の簡明化ないし安定化、ひいては買受人の地位の安定化の観点から、民事執行法59条1項（いわゆる消除主義）が適用され、当該建物の区分所有権の上に存する担保権が売却によって消滅する」とし、実体法上優先する担保権者の交換価値の実現時期の自由を侵害していないかという点については、「区分所有権は、そもそも同条（法59条）による競売請求を受ける可能性を内在した権利というべきであり、区分所有権を目的とした担保権は、このような内在的制約を受けた権利を目的とするものというべきである。従って、同条に基づく競売によって、当該担保権を有する債権者がその意に反した時期に、その投資の不十分な回収を強要される事態が生じたとしても、それは、上記のような区分所有権の内在的制約が現実化した結果に過ぎず、当該債権者に不測の不利益を与えるものではなく、不当な結果ともいえない」と、法59条について、区分所有関係を配慮した特別な判例解釈によって、①や②の取消可能性の問題は解決されることが多く、法59条競売が他の競売手続に比較して実効性をもつことになった点は重要である。

●配当要求

配当要求は、自らが差押え債権者として競売手続の実行主体となっていない他の競売手続の換価手続・配当手続において、自らにも配当を求める方法であり、かかる配当要求権者は各種執行手続において法定されている。

他者の不動産の強制競売において配当要求するには、一般債権者として行使する場合には、①執行力ある債務名義、すなわち滞納管理費等支払請求訴訟の確定判決正本（仮差押え決定正本）、すなわち、滞納管理費等支払請求訴訟（給付訴訟）の確定判決の取得、②法7条の先取特権に基づく場合には、法定担保物権であるので担保設定を証する書面にかえて、管理費等の被担保債権自体を公証する文書（一般の先取特権の場合には私文書も認められる）に基づいて

配当要求することになる（民事執行法51条、同法181条1項4号）。

●承継人への請求

また、通常、滞納管理費の内容については、競売手続において滞納額が考慮された売却基準価額となっており、物件明細書等によって事前に買受人が知り得る点、また区分所有権の取得にあつては、規約は勿論、開催された集会決議の議事録等も原則として交付されて法59条競売に至った経緯を知り得る点、さらに、法8条によって、滞納されている債務は、法7条1項に掲げる区分所有者の債権として特定承継人に対しても承継され、特定承継人固有の債務となるために、管理組合としては競売によって区分所有者が資力ある買受人に交替されれば、買受人に対して直接的に弁済を求めて支払を受けることも可能である。

(2) 形式的競売としての法59条競売の意義

①義務違反に対する法的措置規定の制度趣旨と構造

法59条競売は、民事執行法195条に規定される形式的競売である。その理由は法59条の制度趣旨から理解されている。すなわち、法59条の規定の趣旨は、法57条の行為の差止め（行為停止請求）、法58条の専有部分の使用停止請求では、もはや法6条の侵害状態が除去できない場合にのみ、同状態の除去を求めるために、区分所有関係から強制離脱させることを目的とするものであるからである。前述のように、法8条と相俟って競売支払能力のある買受人から弁済を受けることの債権回収方法としての有用性は認められるとしても、同法の制度趣旨は決して債権回収を目的とする制度趣旨ではない点は重要である。

また、管理規約が団体自治規範として当該区分所有関係における住生活の基本原則とされる以上、明文規定の有無に拘らず、規約遵守義務は各区分所有者の内在的根本的義務である。そして、規約事項の一つとして管理費等の支払義務は規定されるものであるから、管理費等を滞納行為は、まずは規約違反行為となれば、管理組合あるいは法26条の訴訟担当者としての管理者は

支払請求訴訟を提起でき、それに基づく不動産強制競売が可能となる。しかし、債務名義取得の煩雑さと無剰余取消の危険が伴うことは前述の通である。

一方、法59条競売を実行するためには、実体的要件として、①共同利益相反行為がなされているか、あるいはそのおそれがあること、②共同生活上の障害が著しいこと、③他の方法によっては共同生活の維持を図ることが困難であることの3要件、手続的要件として、④あらかじめ当該区分所有者に弁明の機会を与え、⑤他の区分所有者全員（または管理組合法人）が集会決議を開き、区分所有者及び議決権の4分の3以上の特別多数決によって、訴えをもって請求することで初めて認められるものである（法59条1項、2項）。また、かかる競売請求権は裁判上行使することを要する形成権であり、また、競売請求権の発生を求める形成の訴えであると理解されている。

以上のように、滞納管理費問題は、弁済意思及び弁済資力が既にある滞納者であっても区分所有関係から排除して、他の資力ある区分所有者に交替させることで解決される可能性が高いものである。

共同利益侵害者を区分所有関係から排除する方法は、不動産（区分所有権）競売の実行に共通する効果であるが、前述(1)の①や②の選択では多額の債務が残る担保権が設定されていたり、多数の債権者がいる場合には、無剰余取消の可能性が高く、形式的競売ゆえに、その適用のない(1)③の方法以外には解決方法がない場合も多い。そして、侵害区分所有者の交替さえできれば、法8条に基づいて買受人から債権回収する途が開かれているのである。

②執行手続の基本原則（裁判所の分業と債務名義・執行文の役割）

ところで、本件の各裁判所が否定的な見解を支持した理由に、民事執行法固有の要請と執行裁判所の権限範囲がくり返されている。果して、手続法上厳守されなければならない基本原則であるか否かを制度趣旨から検討していきたいと考える。

権利侵害に対して自力（私的）救済は禁止される。威嚇や暴力手段による私的実行の横行や債権者間の平等原則が逸脱される危険があるからである。

したがって、権利救済手続は、原則として各種執行手続に従った国家機関である執行裁判所（執行官も含む）の専権となる。

ただ、この権利救済手続を利用するには、申立人には実体法上の権利者であることが前提であり、その実体権の存否を判断したり、公証するのが受訴裁判所・公証人の役割とし、執行裁判所はできる限り公証文書に従った回復手続のみに専念する分業・特化されることが、数多くの訴訟事件を定型的・簡便・迅速に処理するには望ましいと考えられている。

本件原々審が、執行裁判所は実体判断については謙抑的であるべきだと判断しているのは、まさに、このような権利確定・権利救済手続法的な要請によるものである。

また、民事執行法22条に規定される執行手続開始要件とされる「債務名義」の一つである確定判決が確定した権利関係の基準時は、（当事者が事実を主張立証できる最終の場である）口頭弁論終結時とならざるを得ないので、その後には権利変動が生じた場合には、再度、訴訟提起の必要性が生じるが、これでは手続が煩雑になるため、既に獲得した債務名義の執行力を簡便な手段で流用できることで執行手続の簡便・迅速化が図られる。そこで、執行手続開始要件に、債務名義に加えて、受訴裁判所による、執行時点での債務名義の執行力を公証するための「執行文」の付与手続も要件となる。

この執行文には、債務名義の再確認にとどまる「単純執行文」と、確定判決後に条件成就が認められた場合の「補充執行文」、目的物の承継や当事者変更などが生じた場合に債務名義を流用するための「承継執行文・交替執行文」、執行開始段階の相手方が特定できない場合の「債務者不特定執行文」等があり、このような執行文付与手続が導入されることで、その部分のみを文書で証明すれば流用が可能となる。さらに債権者に証明できる文書等が提出できない場合にあっても、裁判所にその部分のみの実体関係の確定を求め「執行文付与の訴え」制度もある¹⁰⁾。

本件原々審では、法59条競売事件は担保権の実行としての競売の例によるので、強制競売における執行開始要件としての債務名義は必要とされず、し

たがって、その債務名義の執行力に関わる、承継執行文や執行文の付与の訴え等が民事執行法27条1項、同条2項、同法33条1項を根拠に認められなかったのも、当然の帰結と考えられるよう。

③形式的競売手続への担保権実行競売の準用の意義

担保権実行競売では、既に担保権設定契約等によって実体権として優先弁済権を得ているので、実体関係の根拠を示す債務名義（確定判決等）の取得手続は必要ではなく、登記や公正証書等の公文書によって担保権の存在が証明できればよいとされている。

他方、そもそも形式的競売は、債権回収を目的とするものではなく、単に現物分割が不可能な財産を分割可能（金銭分割）にするための競売（換価競売）手続なので、その開始にあっては当事者が実体法上の根拠を示せばよいという意味で担保権競売の例によるとされている。

前述のように、法59条競売は債権回収を目的とするものではなく、単に侵害行為の区分所有関係からの排除を目的とするので形式的競売に該当するが、ただ、法6条の共同利益違反行為が生じていることを前提に法59条競売請求権の根拠を示す必要があり、その根拠を裁判所によって審理、公証してもらう必要もあるので、既に登記によって共有持分が公示されているような共有物分割等の形式的競売とは競売請求権発生原因が異なる。

本件では、執行文の付与も執行文付与の訴えも認められなかったX2は、民事執行法195条が準用する担保不動産実行手続の承継人への執行力の拡張（民事執行法181条3項）を根拠に、Y1及びY2への競売を試みたが、登記を利用した不動産担保権には不動産登記による公示・対抗手段があり担保不動産が転々譲渡されたとしても実体法上の優先権に追及力があり、また不動産執行手続では交換価値支配をその目的とするために、買受人が現れ、しかもできる限り高額な競落を期待するためにも、消除主義が採用されることから、他者による当該不動産競売においても担保権は配当要求をしなくても、不動産登記上の利害関係人であることは執行裁判所としても把握できるため、配当要求なしに配当を受けられる債権者として扱われる。法59条競売に

はそのような制度がないことを理由に排斥された。

むしろ、法59条競売の特殊性から、区分所有権の移転だけでは請求権の根拠が示されず、法6条を前提とする法59条競売請求権の相手方からの侵害状況の移転が公文書によって証明されない限り、執行裁判所は執行の相手方とは認められない点が強調されている。

では、どのような追加的公文書が求められるのかは、結局、譲受人が法59条に該当するだけの共同利益違反に至っているかを裁判で確定してもらう必要があり、結局、振出しへと循環することになるし、その間に取得済みの競売請求請求判決の執行力が6か月で失われるとすると、殆ど意味をなさない判決取得行為ということになろう。

また、再度確定判決を得る必要があるならば、それを前主への執行力の拡張の証明としてではなく、譲受人に対しても、利益相反者であるという証明を得たことになることから、直接的に執行できるわけである。

したがって、これら本件事案についての一連の決定に従えば、法59条競売にあっては、簡便・迅速な対処方法が何も用意されていないという点を自認するものであり、判例・通説的解釈に従った場合の、訴訟手続制度及びその制度趣旨への論理矛盾を生み出す最も重大な問題点であると思われる¹¹⁾。

2 「口頭弁論終結後の承継人」に対する既判力の拡張と執行力の拡張

ところで、確定判決は、権利関係確定の効果（既判力）が、口頭弁論終結後の承継人・所持人にも及ぶ（民訴法115条1項3号、4号）のが原則である。しかし、たとえば民法94条2項の「通謀虚偽表示の無効は善意の第三者には対抗できない」というように、意思表示の無効の効力が相対的な関係に止まると実体法に規定されている場合には、訴訟手続上の既判力の拡張との関係でどのように扱うべきかの問題が生じる。形式説と実質説との対立があるが、この議論の実質は、判決効が拡張されるか否かの問題ではなく、訴訟手続の中で、善意の承継人の実体権をどのような方法で保護すればよいのかで

ある点が重要である。すなわち、形式説の立場にたてば、原則として判決効が及ぶとした上で、善意の第三者の側で効力が及ばない旨を主張ができるとし、実質的の立場からは、実体法（民法94条2項）によって効力が生じない者については、実体関係の実質的判断（実体権に即した原則と例外）の中で、民訴法115条3項の判決効が拡張されるとするものである¹²⁾。そして、民訴法115条の既判力拡張規定の根拠は、単に紛争解決の実効性確保のみでは足りず、「承継」概念の中に、既判力拡張の正当性根拠が内容とされなければならないと説明される。そして、承継対象は訴訟物たる権利・法律関係にとどまらず、例えば、土地の賃貸借終了後の建物取去土地明渡請求訴訟の口頭弁論終結後に、敗訴被告から建物の所有権を取得した者は、敗訴被告の引渡義務や移転登記義務を承継した者ではないが、紛争解決の実効性の要請から「承継人」とであると考えられている¹³⁾。

また、当事者が後訴でその確定された実体の拡張を争う場合ではなく、債務名義に徴表される権利の現存性を確認する執行文付与段階で、あるいは執行文付与に対する異議の訴え等で争われる場合には、執行力の拡張の可否の問題へと転換するが、ここでも「承継」概念を前提して、形式的な主観的拡張の正当性が判断対象となる。

しかし、本件の場合にはこれらの例とは問題設定を異にする。すなわち、形式競売請求認容判決を求めた法59条の目的が、当該侵害者の「属人性を原因とする」侵害行為の除去にあるのであれば、譲渡行為によって目的達成によって、判決によって形成された競売権は実体法的にも消滅するため、そもそも既判力や執行力の拡張という論理が生じて来ないことになる。少なくとも法59条の立法担当者の見解は同趣旨に理解される¹⁴⁾。

しかし、この論理では、少なくとも原審が示すような実体が何ら変らない者へ処分行為に限って譲渡行為の無効確認を求めることになろう。

例えば生活環境を害する侵害者が、妻へ贈与して同居を続けるような場合、あるいは友人に譲渡して同居を続けるような場合に、譲渡・譲受人間に必ずしも実体的同一性がなく、かつ侵害行為を除去できないことが明白な場

合には、再度法59条競売を譲受人に対して行わなければならないことになる。

担保競売の例によるにも拘らず「承継人」への効力拡張の余地がない解釈には無理が生じる。この点、原々審は、単に登記事項証明書による区分所有権の移転を示す法定文書だけでは、当該競売請求権の承継人への移転があったとは判断できないとの理由付からすと「承継」概念に基づく効力拡張判断の余地を示唆しているようにも思われ疑問が残る。

なお、差押え登記後の譲渡については見解が分れており、差押えの処分禁止効を重視する立場では譲渡が対抗できないが、法59条の形式的競売の制度趣旨を重視する立場では譲渡行為自体は有効となるため、競売開始決定に対して執行異議で争うことになろう¹⁵⁾。

3 解決策としての解釈可能性

(1) 共同利益相反行為の除去と証明責任の転換可能性

本件最高裁決定及び同決定については、肯定的な見解と否定的な見解と別れるところであるが、両説は、そもそも法59条の制度趣旨、すなわち目的達成の意義についての理解の相違にある。

前者の立場では、法59条競売の制度趣旨は、当該区分所有者の属人的な共同利益侵害行為を競売という手段をもって除去することにあると解する。他方、後者の立場では、競売の目的は共同利益が害されている状態の回復を求めるものであり、実体的同一性が認められるような同一視できる場合は勿論のこと、例えば共同利益を害するほどの生活妨害を行う区分所有者が、当該区分所有権を妻へ譲渡して同居を続ける場合や、関連会社に譲渡する場合においても侵害状態の回復が果されない場合を認めるものである。

本稿も、消極説の立場を支持し、消極説からの解決提言について検討してみたい。

①集会決議の特定承継人へ証明責任の転換可能性と法的根拠

本決定判断に消極的な立場¹⁶⁾からの、法的根拠を示した最も有力な解決

提言によると、まず、執行段階で執行裁判所に実体関係の実質的判断を求めることは難しい、との前提に立ち、本競売においても担保権実行競売の例に倣い「共同利益の侵害状態」が承継されることを原則として、担保権が設定されていない等の実体的根拠がない場合には承継人において執行異議で争うのと同じく、本競売において実体的根拠がないこと、すなわち「共同利益の回復」は譲受人において執行異議の申立によるべきであるとするものである。

一方、本決定を指示する立場からは、「しかし、このように解すると、承継人は手続の開始後になって執行抗告（民執182条参照）を申し立てることで始めて、自分には区分所有建物から排除されるような属性がないこと、すなわち、「共同の利益の侵害状態（管理費の不払い等）が解消されていることを主張立証するしか道がなく、執行抗告の提起では競売手続は当然には停止しない（民執183条参照）。このような帰結は、承継人の利益を大きく損なう解釈である」¹⁷⁾と評価されている。

しかし、このような証明責任の転換の可否については、承継人の利益保護の観点から考察した上で、取得原因を一般の取引市場を通じて取得した事実等を示せば足りるものであり、善意の承継人にとっては比較的容易であり、特に承継人の利益保護を害するものではないとする¹⁷⁾。

さらに、その法的根拠として承継人に対する集会決議の拘束力をあげる。「すなわち、区分所有法59条1項の競売請求訴訟は集会の決議に基づくものであり、その決議は、「区分所有者の特定承継人に対しても、その効力を生ずる」（同法46条1項）ところ、区分所有権の譲受人は、当該区分所有権を取得すると同時に同決議についての善意・悪意にかかわらず当然に同決議（および同決議に基づく認容判決）に拘束されるから、同法59条の訴訟についての先の理解を前提とすると、共同利益の回復についても自らで主張・立証しなければならないものと解される。」

また、田原裁判官が補足意見に掲げる、（事案は違うが）訴訟係属中の訴訟引受に関する公示性も同趣旨であるとする見解である。

しかしながら、団体規範の拘束力は、承継人が区分所有者たる資格を得たことから生じるものであり、区分所有権の承継によって前主の侵害状態回復義務を原則的に承継するものとは言い難いではなからうか。

特に任意譲渡の場合には、当事者の契約から生じる当事者間の債権債務内容と、団体自治を遵守することになる規約（合意）の法的拘束と、物的支配の対抗力等の問題は、各事項に即した効力の検討が必要に思われる。

特定承継人にも生じる管理組合への債務は法8条に法定されたものに限定されて、拡大解釈すべきでないことからすると、脱法的処分のような特殊な例外を防止するために、法6条状態が区分所有権の取得者に原則的に承継されて、譲受人をして回復した旨の証明責任を転換させるべきとするには、なお躊躇される。

(2) 保全処分の可能性

そこで、仮に法59条競売が属人的な原因に基づく侵害行為の除去にあるため、承継は観念されず、任意処分によって当該競売権は消滅するとの立場にたった場合に、むしろこのような脱法的な任意処分行為を招かないために、処分禁止の仮処分といった保全処分の可否を検討したい。

近時、暴力団排除条例に基づき、規約に管理組員資格として非暴力団員を規定したマンションにおいて、暴力団員が住居用の専有部分を暴力団事務所として改造した義務違反行為について、当初は法58条に基づく専有部分の使用禁止請求を被保全権利とする事務所使用禁止の仮処分が認められていた事例において、使用禁止の判決確定後も、本件専有部分の区分所有権を第三者へ譲渡せず、又は譲渡できず、同判決で定められた期間経過後に再び専有部分を自ら使用する可能性は相当程度高度である場合には、そのことを理由に59条競売請求が認められた例¹⁹⁾があるが、同事件は保全命令を求める際の本案請求とその後の本案請求が必ずしも一致していない。

本件では、原告訴訟代理人は保全処分は認められない、認められても有効性がないと判断・主張している。その理由は、係争物に関する仮処分の被保

全権利が、物の給付を目的とする請求権である必要があり、また、形成権行使の結果としても物の給付を伴わないので、本件競売請求権には認められない点や、「登記を執行方法とする処分禁止の仮処分」や「執行官が執行を行う占有移転禁止の仮処分」の要件と効力は厳格に法定されているのに対して、「競売請求権保全のための処分禁止の仮処分」の内容が規定されていない点をあげて、本件では、執行力の拡張を求めたものである。

しかし、仮処分命令の内容と被保全権利である本案請求権とは、本案請求を前提とするので、原則的には同一である必要があるが、保全の必要性によっては、必ずしも同一である必要はないと考えられるものである。

法59条競売請求権の法的性質にもよるが、同競売権が、「共同利益侵害の原因となっている侵害者所有の区分所有権に関して、『当該区分所有者の意思に反しても』共同利益の回復のために、管理組合または管理者に与えられた競売請求権である」を捉えられるならば、同判決によって侵害区分所有者の任意処分の自由は制限されるべきものであり、脱法的な任意処分を制限しておく保全の必要性がある場合には、本案では競売請求によって明渡しを求めることと一見矛盾するように見えるが、執行妨害を排除するための当事者恒定効を求める保全の必要性がある場合には、移転登記を禁止する仮処分、占有移転禁止の仮処分等が認められる可能性は充分あると考える²⁰⁾。

IV 結 語（脱法的処分行為に対する解決の可能性）

以上のように、本件最高裁及び一連の決定は、現行手続法の下での通説的解釈に立つことを明らかにしたものであり、手続法的な解釈論としては正当であると思われる。

しかしながら、冒頭にも述べたように、既に我々の住環境にとって重要性を高めるマンション居住において、その財産的価値や共同生活秩序が著しく侵害される状況にあって、その回復への最終的な拠り所であった法59条競売規定を阻害する脱法的利用を防ぎきれない判断であり、管理組合や管理者

に、馳ごっこのような訴訟手続を繰り返させる負担や煩雑さを容認するものとなろう。

特に最高裁決定では、下級審決定と異なり、「特段の事情のないかぎり」という例外を設けない判断を下した点には問題が残る。傍論で田原睦夫判事が示す問題も含めて、種々の例外事例が生じることは予想されるものであり、むしろ、「特段の事情」を付して、その判断基準例が示されるべき決定が望まれるところであつたろう。したがって、平成15年担保・執行法一体改正によって抵当権等に対する執行妨害が根絶されたのと同様に、早急に区分所有法や民事執行法での立法的解決が待ち望まれる問題である。

ただ、本決定判断は、立法当初には予想され得なかった法59条競売に内包、関連される争点を数多く提起している。

最後にこれらの点を整理して、

1 そもそも、形式的競売について、民事執行法195条の規定が、抽象的・包括的に「担保権の実行としての競売の例による」と表現していることを、本件執行抗告決定のように、その制度趣旨から導かれる各種各様の取扱ができると片付けてよいものなのか。

確かに、前掲大阪高裁決平成16年5月20決定は、法59条競売は形式的競売であるので無剰余取消が採用されない利点に加えて、確定判決までとって共同利益の除去を求めている以上、競売が円滑に達成できるように消除主義が採用され²¹⁾、担保権者には区分所有建物であることは承知の設定であるから不測の損害を与えないとの独自の判断をしている。しかし、公益性の高い一般の先取特権でさえ特別の担保権には劣後する(民法)実体法上秩序がるにも拘らず疑問が残る。

このような解釈に問題が生じるのは①同規定の制度趣旨をどう解釈するか、本件についてみれば、区分所有法は「第七節 義務違反者に対する措置」と規定する一方、法6条や法57～60条の規定の文言は明らかに共同利益の侵害状態を前提に共同利益の回復を求めているものであり、いずれが趣旨とされるのかが更に解釈に疑義を生じさせることになる。

また、法59条解釈に消除主義を採用すべきか否かは担保法秩序との関係や、他の形式的競売との関係からも判断されなければならない。消除主義による競売の達成可能性は他の形式的競売にも同様に言えることであり、無剰余取消が求められることになろうが、本件では形式的競売であるので求められていない。他方、共有物分割に関する最小三決平成24年2月7日(判タ1379号104頁)では、消除主義(民事執行法59条)かつ無剰余取消(民事執行法63条)が求められ、このような取扱の差異が生じる理由も同じく形式的競売の制度趣旨の相違によると説明される²²⁾。確かに区分所有関係には、より共同の利益保護の要請があるとしても、このような実務の取扱には行為規範として法的安定性を損うことにならないかが案じられる。

2 法59条競売が、実行要件として担保競売に準じる法定文書として求められる、「形成判決」の法的性質は何か。

立法趣旨や通説・判例によれば、法59条の競売請求権は、競売請求訴訟を求め、確定判決によって法的効果が形成される競売請求権であり、執行力を求める給付判決ではなく形成判決であると理解されている。

形式的形成判決である点に異論はないが、①当該侵害行為が共同利益の侵害状況の原因であること、②他の方法によっては回復できないこと、③侵害者に弁明の機会を与えていること等の主要な争点として判断された法的評価部分と、実体関係の確認によって管理組合に与えられた競売権が実行できる執行力部分の、判決効としての性質をどのように解すべきかが問題となる。

競売請求権の承継可能性、既判力や執行力の拡張、保全対象となる請求等との関連で、いずれも重要な問題であり、十分に議論していく課題であると思われる。

この点、本件一連の決定はこれらについて詳細には言及されず、立法者意思や属人的侵害の排除のみを理由として片付けられているように思われる。

4 見解の別れる法59条の制度趣旨の問題とは別に、そもそも法59条競売の要件として求められる競売請求権認容判決によって得られた、実体権としての当該区分所有権の「競売請求権」の法的性質は何か問題となる。

すなわち、同競売権が、「共同利益侵害の原因となっている侵害者所有の区分所有権に関して、『当該区分所有者の意思に反しても』共同利益の回復のために、管理組合または管理者に与えられた競売請求権である」を捉えられるならば、同判決によって侵害区分所有者の任意処分の自由は制限されるべきものであり、また、制限の可否と既になされた任意処分の有効・無効とは、別のレベルの問題である。

5 4とも関連するが、法59条の形成判決の既判力が口頭弁論終結後の承継人に拡張されるとすれば拡張される判決効の内容は何か。

侵害区分所有者は、共同利益侵害行為を回復しなければ競売に付されるという法的効果なのか、あるいは侵害区分所有者の意思に反しても管理組合や管理者に競売請求権が認められる効果なのかをなお検討する必要があると思われる。

6 法59条の形成判決の競売請求権（執行力）が、口頭弁論承継人に拡張される可能性はあるのか。

給付（差止）訴訟の債務名義を前提とした強制執行の例ではあるが、不法行為に基づく差止請求の相手方が、侵害態様を種々に変更し不法行為を継続しているような場合にあっては、承認執行文の付与に準じた「転換執行文」のような特殊執行文の付与の取扱を認めるべきであると指摘する見解²³⁾がある。

勿論、担保権実行競売に債務名義の現存性を公証する執行文は求められないが、同説の趣旨や、形式的競売にあっては各競売固有の手続の柔軟性が認められるのであれば、関係する譲受人を利用した執行妨害の継続等59条の共同利益侵害がなお除去されていない状況が、社会通念に照らしても明白な場合には、その部分のみの法定証明文書の追加提出によって承継人にも対する執行力の拡張可能性についても解釈できる余地は残りそうである。

7 譲受人への証明責任の転換が生じないという見解にたち、4において、競売請求認容判決によって当該侵害区分所有者の任意処分の自由は制限されるという見解にたった場合に残される問題は、果して当該侵害者が自己

の財産である区分所有権を、より高額に任意処分できる自由を剝奪できるのかである。

滞納を理由とする法59条競売においては、有効な高額処分は管理組合にとっても共同利益の回復に帰するものであるため、なされた有効な法律行為を原告に認められた競売請求認容判決の効力をもって無効とまではできないであろう。したがって、為されてしまった高額処分については保全を取消して回収し、保全処分による利益の侵害については、譲渡人である侵害区分所有者において別途賠償請求することになろう。

以上、検討して来たように、法59条競売請求については、仮にその制度趣旨が共同利益侵害「状況の回復」であると捉えても、債権回収を目的としない形式的競売である点、共同利益の侵害状態及び「その継続」が前提となる競売請求であって、それらは裁判所の判断をもって原告の責任において基礎づけられる競売権である以上、法59条競売に関しても、強制競売における債務名義に執行文付与に類するような手続が認められのであれば、執行文付与機関、すなわち競売請求権を認容した受訴裁判所によって、追加部分の実体関係判断のみで、執行力の拡張ができるものと考え得るが、現行法制度のもとでは、そのような競売制度になっていない以上、処分行為による区分所有者の変更によって、再度、譲受人に対する判決を求めざるを得ないであろう。

しかし、区分所有権の任意処分が、必ずしも共同利益侵害状況を回復するとは限らず、脱法的処分の危険性があることは裁判所にも明白であるから、法59条競売請求の実効性を保全する必要がある場合には、処分禁止の仮処分によって当事者恒効を与えて任意処分を禁止しておくべき制度的利用が可能であると考えるが、それらを越えた解釈については現状では困難ではないかと考える。

註

- 1) 国土交通省によると、平成22年現在、571万戸のマンションストックに1400万人が

居住している。また、平成25年1月30日発表された東京カウンティの調査報告では、平成24年現在、マンションストック数639万戸、マンション化率も全国平均で11.8%、東京都25.52%、千代田区81.22%が伝えられている。(マンション管理新聞897号6頁)

- 2) 国土交通省『平成20年度マンション管理総合調査』によれば、滞納問題は、居住者のマナーの悪さ、建物の不具合に続くものである。また滞納住戸数割合も、平成15年度の26.7%から平成20年度38.5%へと急増している。
- 3) 実効性が乏しい理由は、多く管理組合ではマンション管理会社に委託していたり、マンション管理士のアドバイスを受けている場合もあるが、いずれも訴訟代理の資格はなく、①送達できない苦勞、②調停によって回収猶予、また滞納を繰り返される、③既存の登記された担保権によって無剰余による執行取消となる。等々、特に、連番で任命されたボランティア意識での管理者にとっては、組合員からの離脱を検討したくなるような負担が生じているのが現状である。
- 4) 東京地判平成13年8月30日判例集未登載、大阪地判平成13年9月5日判時1785号59頁、大阪高判平成14年5月16日判タ1109号253頁、東京地判平成17年10月12日同未登載、同19年4月27日同未登載、同20年8月29日同未登載、同21年7月15日同未登載、同22年11月17日判時2107号127頁等々。
- 5) 裁時1541号1頁、裁集民238号1頁、判時2136号36頁、判タ1361号128頁、金法1939号100頁。
- 6) なお、原告訴訟代理人の主張は住民感覚での正当性や手続法的障壁に対する法解釈の困難性が、各執行裁判所の判断には極めて法的正当性が散見されるのため原文を記載する必要があるが、紙面及び本稿での比較理解の都合上、抜粋、表記変更、及び要約を施している。
- 7) 鎌野邦樹「区分所有権競売請求訴訟(区分所有法59条1項)の法的性質」市民と法79号6頁。同稿によれば、義務違反者がその妻に贈与した事例(富山地裁高岡支決平成23年11月24日及び同抗告審名古屋高金沢支決平成24年8月10日)においても、「口頭弁論終結後の承継人は、債務名義上の当事者と異なる法主体であることから、債務名義の効力を及ぼすには法律上の根拠が必要であると解されるが、債務名義の拡張が可能となる法律上の根拠があるとは認められない。」とされている。
- 8) 本決定については、決定直後に区分所有法の研究領域では大きな議論とされたが、それに比して評釈等が少ない現状は、あらためて最高裁による解釈変更がなされない限りは、執行現場では、前掲注7)の判例が、「最高裁決定は、譲渡人が管理費を滞

納している事案について、区分所有法59条1項の競売請求に関する確定判決が口頭弁論終結後の承継人にその効力が及ばないと判示したもので、例外的な事情が想定される旨の判示をしておらず、本件について最高裁決定の射程が及ばない事案と断じることには躊躇せざるを得ない」との判示からも明白なように本件最高裁決定とは異なる対応を期待することは難しく、今後、同種の事例において、侵害者による脱法的な任意処分による執行妨害が広がることを懸念した点もその要因であろう。

なお、本件評釈としては、区分所有法的分析に立つものとして鎌野・前掲注7) 6頁、藤井俊二・判時2154号153頁、手続法的分析に立つものとして、越山和弘「新・判例解説 Watch 民事訴訟法 No. 2」11号 125頁、126頁、丸山昌一・NBL977号82頁、高見進・民商法雑誌146巻6号579頁がある。

- 9) 渡辺晶子・全国マンション問題研究会編『わかりやすいマンション判例の解説(第3版)』民事法研究会284頁以下。
- 10) 中野貞一郎『民事執行法増補新訂5版』262頁以下、374頁以下。
- 11) この点は立法的解決がなされるべき規定であろう。
- 12) かかる争点については、既判力の拡張問題としては形式説と実質説の対立が、さらに執行段階でもそれを受けて、執行力の拡張問題として大きく議論されることになるが、それは判決効(給付判決の執行力について)が承継されることを前提とした、正当な利益者の保護に関するものであり、法59条の場合には属人的権利であり承継が生じない場合を前提とすれば、全く反対の問題として生じてくることになる。
- 13) 上原敏夫「既判力の主観的範囲(1)」『民事訴訟法の争点』230頁。他
- 14) 濱崎恭生『新しいマンション法の解説』362頁
- 15) 永井ユタカ「義務違反者に対する措置」『現代民事裁判例の課題(6)』808頁、
- 16) 鎌野・前掲注7) 7頁。
- 17) 越山・前掲注8) 127頁。なお、同説は濫用的な執行免脱に対して方策がないことが根本的な問題であると言及した上で、第三者対抗要件具備時をもって承継を認めれば実際の被害はかなり解消できるとコメントしている。しかし、民法177条の解釈として、実質的に不動産物権変動が生じていても、登記移転がない限り、登記名義人は当該不動産から生じる物権的負担の免除を第三者に対して免れないのが通説・判例の見解であり、脱法的処分を行う目的からも処分と同時に登記も移転するであろうから、同説の立場にたっただとしても、問題解決の期待は少ないように思われる。
- 18) 越山・前掲注8) 126頁。
- 19) 福岡地判平成23年5月9日(仮処分命令)及び福岡地判平成24年2月9日(法59

条競売認容判決) いずれも判例集未登載。中島繁樹「事例からみる管理組合の暴力団対策」マンション管理センター通信2012年8月号22頁。

- 20) 高柳輝雄『改正区分所有法の解説』173頁。当事者恒定の必要性から仮処分を認める見解もある。
- 21) 浦野雄幸・大石忠生・松田延雄他, 座談会「民事執行実務の諸問題10・完」判タ537号47頁。同稿によれば, 執行実務では, 法59条競売に関してではないが, 配当手続のない形式的競売において「抵当権消し貸渡し」という配当と同様の結果を導く方法をとるなど, 現実的運用では実質的に消除主義を採用しないと売却できないと報告されている。
- 22) 同判決における岡部喜代子判事の補足意見。
- 23) 中野貞一郎『民事執行法増補新訂第5版』266頁。