

民事保全に関する
頻出質問集

2009年3月印刷

序 文

2007年7月の民事訴訟法の適用開始から現在に至るまで、私たちのプロジェクト（王立裁判官・検察官養成校民事教育改善プロジェクト）は、裁判官や検察官から民事訴訟法に関する数多くの質問を受け、これらの質問に回答してきた。

そして、私たちは、これらの質問と回答は、実務で事件を担当している方々にとって大変有益ではないかと考えるに至った。そこで、私たちのプロジェクトでは、民事保全に関する質問と回答を集めて整理し、「民事保全に関する頻出質問集」を作成した。その際には、日本の国際協力機構（JICA）及び法務省法務総合研究所国際協力部（ICD）にご協力いただいた。

留意事項：この頻出質問集における回答は、私たちのプロジェクトにおいて作成されたものであり、司法省その他カンボジア王国のいかなる関係機関の公認も受けていない。

この「民事保全に関する頻出質問集」は、2009年3月に印刷された。

目 次

第1章 総論

- 1 係争物に関する仮処分にはどのようなものがあるか。
- 2 仮の地位を定める仮処分にはどのようなものがあるか。
- 3 係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分との違いは何か。占有移転禁止の仮処分及び建築工事禁止の仮処分は、それぞれどちらに分類されるか。
- 4 不動産仮差押えと不動産処分禁止の仮処分の共通点、相違点はどのようなものか。
- 5 刑事裁判と民事上の損害賠償請求がともに扱われている刑事事件について、
(1)被疑者の財産を保全するために被害者が民事保全を申し立てることができるか
(2)上記刑事事件の提起は保全事件の本案事件(557)に当たるか。

第2章 申立て

- 6 保全申立書に債務者の氏名、住所が特定されていない場合（例えば、建築工事禁止の仮処分や通行妨害禁止の仮処分を申し立てる場合で、誰が建築工事をしているのか、誰が道路に妨害物を置いたのかが分からない場合）、裁判所はどうすべきか。
- 7 (1)保全申立てが却下された場合、同じ事案について再度保全申立てをすることができるか。
(2)保全申立てが認容されたが、562条2項所定の2週間が経過して執行ができなくなった場合、同じ事案について再度保全申立てをすることができるか。
- 8 保全申立書を債務者に送達する必要があるか。
- 9 本案訴訟が控訴審に係属している場合、第一審裁判所に保全申立てをすることができるか。
- 10 本案訴訟が上告審に係属している場合、控訴裁判所に保全申立てをすることができるか。

第3章 審理

- 11 保全事件を合議体で審理することはあるのか
- 12 既に本案訴訟が係属している事案について保全事件が申し立てられる場合、その本案訴訟を担当している裁判官がその保全事件も担当することはできるか。
- 13 仮の地位を定める仮処分において、審尋を経ないで決定することができる「特別な事情があるとき」(548IV但書)とは、例えばどのような場合か。
- 14 保全決定申立てや、保全決定への不服申立てについての審理の際に、当事者以外の第三者を審尋することは可能か。

第4章 担保

- 15 裁判所が無担保で保全決定を出すのは、例えばどのような場合か
- 16 担保決定を債務者に送達又は告知する必要はあるか。
- 17 保全決定とその執行がされた後、本案訴訟において債権者が敗訴した場合、保全手続により生じた債務者の損害はどのように回復されるか。
- 18 裁判所が担保を立てさせないで保全命令を出していたときは、債務者の損害はどのように回復されるのか。担保を提供する場合としない場合の違いは何か。

第5章 決定

- 19 処分禁止の仮処分決定を発する前に、債務者が目的物を処分してしまった場合、裁判所は仮処分決定を出せるか。
- 20 (1)債務者の財産に担保権が設定されている場合、裁判所は仮差押決定ができるか。
(2)担保権の額を考慮すると剰余を生ずる見込みがない場合、裁判所は仮差押決定ができるか。
- 21 仮差押えについての仮差押解放金と同様に、仮処分について「仮処分解放金」を定めることはできるか。
- 22 民事保全の決定において、手続費用の負担を定めるべきか。

- 23 保全決定申立てを却下する決定や、それに対する抗告申立てを却下する決定を債務者に送達又は告知する必要はあるか。
- 24 一部認容、一部却下の保全決定を債務者に送達、告知する必要があるか。
- 25 裁判官が保全決定を発した後、それが誤りであったことに気付いた場合、自らそれを取り消し、又は変更することができるか。

第6章 不服

- 26 保全異議が申し立てられた場合、その審理を担当するのは、原決定を発した裁判官か、それとも別の裁判官か。
- 27 仮の地位を定める仮処分の申立てに対し、審尋を経て(548IV)仮処分決定がされたが、保全異議が申し立てられた。この場合も、改めて審尋をしなければならないのか(552)。
- 28 保全異議に対する決定主文はどう記載すべきか。
- 29 557条(本案の訴えの不提起等による保全決定の取消し)の2項「第1項の期間は、2週間以上でなければならない」という規定はどういう趣旨か。日本では、どのように運用されているか。
- 30 保全決定における「被保全権利」と本案訴訟の「請求権」は、同一でなければならないか。
- 31 土地紛争に関する保全決定が発せられた後、債務者から「本案の訴えの不提起等による保全決定の取消し」(557条)の申立てがされた場合、債権者が行政機関(土地登記委員会等)に調停や裁定の申立てを行うことは、「本案の訴えの提起」に該当するか。
- 32 債務者が保全異議を申し立てた場合、既に行われている保全執行は停止するか。
- 33 保全異議に対し、保全決定を認可する旨の決定がされ、債務者が抗告した場合、既に行われている保全執行は停止するか。
- 34 556条ただし書の「特に必要があると認めるとき」とは、具体的にはどのような場合か。

第7章 執行

- 35 保全決定申立てと保全執行申立てを同じ書面でできる場合があるか。例えば、不動産仮差押えに関し、決定の申立てと執行の申立てを同じ書面でできるか。
- 36 債務者の財産が登記されていない場合、仮差押えはどのように執行するか。
- 37 (1) 不動産仮差押えの執行はどのようにして行うか。
(2) 不動産仮差押えの執行がされた場合、債務者はその不動産から立ち退かなければならないのか。また、債務者はその不動産を賃貸できるか。
(3) 不動産仮差押えが執行された場合の効力はどのようなものか。
- 38 占有移転禁止の仮処分はなぜ必要なのか。その仮処分が執行された場合の効力はどのようなものか。
- 39 (1) 動産の仮差押えは、どのようにして執行するか。
(2) その執行後に、仮差押物が第三者に譲渡されて引き渡されてしまった場合、どのような措置がとれるか。
- 40 目的物を特定せずに発した動産仮差押決定（546条ただし書）については、どのように執行するのか。その場合、仮差押えの目的物とすることについて制限はあるか。
- 41 不作為を命ずる仮処分はどのようにして執行するか、例えば、①建築工事禁止の仮処分、②騒音禁止の仮処分について、どのようにして執行すべきか。
- 42 保全執行がされた後に、保全決定が取り消された場合（保全異議、保全取消し、仮差押解放金の寄託等により）の手續は、どのようになるか。

第8章 その他

- 43 ある物について仮差押命令が発せられたが、その後、その物の所有権を主張する第三者Xが現れた。この者は仮差押えの効力を排除するためにどうすればよいか。
- 44 仮差押解放金が寄託された場合に、裁判所が仮差押執行の取消決定の代わりに停止決定を出すことはできないのか。

1 係争物に関する仮処分にはどのようなものがあるか。

1 係争物に関する仮処分とは、「係争物の現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるときにその係争物の現状を維持させる処分」である(531②)。

2 日本の民事保全法では、係争物に関する仮処分として、「処分禁止の仮処分」と「占有移転禁止の仮処分」の2つが規定されているので、参考のため概略を紹介する。

(1) 処分禁止の仮処分（被保全権利は登記請求権）

ア 不動産処分禁止の仮処分1（不動産の所有権移転登記請求権を保全するためのもの、日民保 53 I, 58 条 I, II）

保全執行は、登記簿に「処分禁止の仮処分の登記」をすることにより行う。

債権者が本案で勝訴した場合、「処分禁止の仮処分の登記」より後にされた登記で、債権者の所有権に抵触するものは抹消することができる。

イ 不動産処分禁止の仮処分2（所有権以外の権利に関する登記請求権（例えば抵当権や地上権の設定登記）を保全するためのもの、日民保 53 I, II, 58 I～IV）

保全執行は、登記簿に「処分禁止の仮処分の登記」をするとともに、「保全仮登記」（例えば、抵当権や永借権の設定仮登記）をすることにより行う。

債権者が本案で勝訴した場合、「処分禁止の仮処分の登記」より後にされた登記で、債権者の権利（例えば、地上権）に抵触するものは抹消することができる。加えて、「保全仮登記」を本登記にすることができる。こうして本登記された権利（例えば、抵当権や永借権等）は、上記仮処分執行後に現れた新所有者や抵当権者に対抗することができる。

ウ 登記又は登録可能な物の処分禁止の仮処分（日民保 54, 61）

不動産以外でも、登記又は登録ができる物（車、船、航空機等）については、ア、イの規定が準用され、上記同様の処分禁止の仮処分をすることができる。

(2) 占有移転禁止の仮処分（被保全権利は引渡請求権）

物の引渡請求権を保全するため、①債務者に係争物の占有移転を禁止し、②債務者に係争物の占有を解いて執行官に引き渡すことを命じ、③執行官に係争物の保管を命じ、④執行官に①、③の公示を命じる仮処分である（日民保 25-3）。

この執行がされた後に占有が第三者に移転されても、ほとんどの場合、第三者は自己の権利を債権者に対抗することができない（日民保 62）。

3 カンボジアでの運用の方向性について

カ民訴法でも上記 2 (2) と同様の占有移転禁止の仮処分の規定はあり (571)、日本と同様の運用がされることになると解される。

他方、カ民訴法に処分禁止の仮処分の規定はないが、その必要性はあるものと解される。その仮処分決定で命じるべき内容、執行方法及び効力については、今後の運用上の工夫により定めていくべきであるが、その際、日本の例は参考になるとと思われる。

2 仮の地位を定める仮処分にはどのようなものがあるか。

1 仮の地位を定める仮処分とは、「争いがある法律関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるために必要があるときに判決の確定までの仮の状態を定める処分」である(531③)。

①仮差押え、②係争物に関する仮処分は、それぞれ種類の決まったものであるが、③仮の地位を定める仮処分は、非典型的で多様である(「民事保全のなかから①、②を除いたものすべて」ともいえる)。

2 日本で比較的好く見られる例としては、以下のものが挙げられる。

(1) 金員仮払の仮処分

ア 例えば、労働者が不当解雇されたとして雇用主を訴える際に、本案訴訟の判決までの生活費に窮するとして、給料の仮払を求めるもの

イ 例えば、交通事故の被害者が加害者を訴える際に、本案訴訟の判決までの生活費に窮するとして、損害賠償金の一部の仮払を求めるもの

(2) 建築工事禁止の仮処分

例えば、債権者の所有地上に、債務者が権限なく建物を建て始めた場合、所有権に基づいて建築工事をしないように求めるもの

(3) 明渡し断行の仮処分

例えば、飲食店の駐車場に車が何週間も放置され、営業に支障が生じるために緊急に車を撤去するように求めるようなもの

(4) 通行妨害禁止の仮処分

隣人同士で私道の通行権に争いが生じ、一方が私道上に柵を設けて通れなくしてしまったため、他方がその柵の撤去を求めるようなもの

(5) 騒音禁止の仮処分

(6) 面会等禁止の仮処分

暴力団による激しい借金取立てへの対処、男女関係のもつれによる面会強要への対処等

(7) 出版差止めの仮処分

3 係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分との違いは何か。占有移転禁止の仮処分及び建築工事禁止の仮処分は、それぞれどちらに分類されるか。

1 定義

係争物に関する仮処分とは、「係争物の現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるときにその係争物の現状を維持させる処分」である(531②)。

仮の地位を定める仮処分とは、「争いがある法律関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるために必要があるときに判決の確定までの仮の状態を定める処分」である(531③)。

2 相違点

係争物に関する仮処分は、将来の強制執行による権利の実現を保全する目的で係争物の現状を維持するものであるが、仮の地位を定める仮処分は、将来の強制執行による権利の実現を保全する目的ではなく、権利関係に争いがあることによって債権者に生ずる現在の危険や地位の不安定さを暫定的に排除する目的で行われるものである。

また、審理手続についてみると、係争物に関する仮処分については、債務者を審尋せず債権者側の言い分のみを聞いて発令されることが多く(539, 114 I, II参照)、迅速に審理されるのに対し、仮の地位を定める仮処分については、原則として債務者の審尋が行われ(548IV)、審理にある程度の時間がかけられる。これは、前者については、「密行性」の要請があり、係争物の現状維持を目的とするものであるのに対し、後者については、一般に「密行性」の要請がなく、債権者に仮の満足を受けさせるとともに債務者に重大な影響を与えるものであることに鑑み、慎重に審理すべきものとされたのである。

3 占有移転禁止の仮処分及び建築工事禁止の仮処分について

占有移転禁止の仮処分は、将来の引渡請求の執行を保全するため、債務者に対し、係争物の第三者への占有移転を禁止する仮処分であって、係争物に関する仮処分の典型例といえる。

建築工事禁止の仮処分は、これから建築を予定している建築物又は既に建築中の建築物について、建築工事を禁止する仮処分である。その背景となる法律関係としては、敷地利用権争い、建築請負契約を巡る争いなど、様々である。いずれにしても、債権者に生じる著しい損害を避けるため、判決の確定まで「建築物の建築をさせない」という仮の状態を定める処分といえる。加えて、この仮処分については、「密行性」の要請は大きくないこと、資材や労働者を調達して建築準備をしていた債務者に重大な影響を与えることなどから慎重な審理が要請されるという理由からも、仮の地位を定める仮処分に当たると解される。

4 不動産仮差押えと不動産処分禁止の仮処分の共通点、相違点はどのようなものか。

1 定義

不動産仮差押えとは、金銭債権の強制執行を保全するために、債務者所有の不動産の処分を制限する処分である(531①参照)。

不動産処分禁止の仮処分は、係争物に関する仮処分(531②)の一種であり、債権者所有の不動産に関する登記請求権の強制執行を保全するために、債務者による当該不動産の処分を制限する処分である(本書第1問参照)。

2 共通点について

両者とも、債務者による処分を制限して対象不動産の現状を維持するものであり、執行方法や執行の効果は共通である。

すなわち、執行は、不動産仮差押えの場合も(567)、不動産処分禁止の仮処分の場合も(570)、登記をする方法により行い、執行官が対象不動産を占有することはない。したがって、債務者は、執行後も、通常の用法に従って対象不動産を使用し、又は収益することを妨げられない。

また、不動産仮差押えや不動産処分禁止の仮処分の登記によって、債務者は、対象不動産の処分を禁止される。上記各登記後に、債務者が対象不動産を譲渡し、又はこれに担保権を設定しても(その登記は受理されるが)、それらの各行為の効力を債権者に対抗することができない。したがって、債権者が後に強制執行の手続を開始した場合、その手続の中では、債務者の上記各行為は効力を有しないものと扱われる(本書第38問参照)。

3 相違点について

最も本質的な違いは、被保全債権が何かという点である。

不動産仮差押えは、金銭債権の強制執行を保全するためのものであり、被保全債権は金銭債権である。

これに対し、不動産処分禁止の仮処分は、対象不動産に関する登記請求権の執行を保全するためのものであり、被保全債権は、対象不動産に関する登記請求権(非金銭債権)である。

- 5 刑事犯罪と民事上の損害賠償請求がともに扱われている刑事事件について
- (1) 被疑者の財産を保全するために被害者が民事保全を申し立てることができるか。
 - (2) 上記刑事事件の提起は民事保全の「本案の訴え」(557)に当たるか。

1 (1)について

民事保全を申し立てることは可能である。

被害者は、被疑者又は被告人に対する損害賠償請求権を被保全権利として、被疑者又は被告人の財産の仮差押えを申し立てることができる。これは前記刑事事件が係属する前であるか後であるかを問わない。

2 (2)について

刑事訴訟法の下での民事上の請求も、557条の「本案の訴え」に該当すると解される。

557条の「本案訴訟」は、通常訴訟(75)に限らず、反訴(86)又は督促手続(319)も含むものである。なぜなら、これらはすべて権力をもって被保全権利の存否を確定する手続だからである。刑事訴訟法の下での民事上の請求も、権力をもって被保全権利の存否を確定するものだから、557条の「本案の訴え」に当たると解される。

6 保全申立書に債務者の氏名、住所が特定されていない場合（例えば、建築工事禁止の仮処分や通行妨害禁止の仮処分を申し立てる場合で、誰が建築工事をしているのか、誰が道路に妨害物を置いたのかが分からない場合）、裁判所はどうすべきか。

債務者の氏名、住所は、保全申立書の必要的記載事項である（541 I ①）。したがって、これを欠く保全申立書は違法である。

そもそも、債務者の氏名や住所が分からない場合、その後の手続（決定の送達、保全執行）を進めることは不可能である。

裁判所としては、申立人に対し、まずは事実上、口頭で補正を促し、申立人がこれに応じない場合は、申立書の補正を命じ（539, 78 I）、それでも申立人が補正しない場合は、決定により申立書を却下すべきである（539, 78 II）。

- 7 (1) 保全申立てが却下された場合、同じ事案について再度保全申立てをすることができるか。
- (2) 保全申立てが認容されたが、562条2項所定の2週間が経過して執行ができなくなった場合、同じ事案について再度保全申立てをすることができるか。

1 質問(1)について

却下決定がされた後、再度同一の申立てがされた場合には、これを許すと法的安定や訴訟経済を害しないかが問題となる。もっとも、保全の審理の対象には「被保全権利」と「保全の必要性」の2点があることなどとの関係で(541)、上記「同一の申立て」に当たるかは慎重に検討すべきである。

ア 被保全権利、保全の必要性、疎明資料がいずれも同一である場合、上記「同一の申立て」に当たり、再度の申立ては単なる蒸し返しであって信義則上許されないものと解される(民法5条、民訴法4条)。

イ 被保全権利が同一でも、保全の必要性が異なる場合、上記「同一の申立て」に当たらず、再度の申立ては許されるものと解される。一旦保全の必要性がないとして申立てが却下されても、その後、状況が変化して保全の必要性が生じる事例は多いと解され、そのような場合は再度の申立ては許容される。

ウ 被保全権利、保全の必要性は同一であるが、新たな疎明資料が加わったという場合、上記「同一の申立て」に当たるかについては、議論がある。肯定説は、被保全権利と保全の必要性が同一である以上、疎明資料が異なっても「同一の申立て」に該当すると解するほかはなく、紛争の蒸し返しに当たるとして、再度の申立ては許されないとする。しかし、保全手続の「暫定性」という性質に加え、保全事件では時間的制約の下で疎明資料を収集するため、重要な疎明資料が後に発見されることがあり得ることなどに配慮し、再度の申立ては許容されるとする否定説も十分理由があると解される。

2 質問(2)について

認容決定がされた後、再度同一の申立てがされた場合には、申立ての必要性を欠くのではないかが問題となり、原則として許されないものと解される。しかし、設問のように執行期間が経過してしまった場合には、再度申立てをする以外に方法がないため、例外的に上記申立ての必要性を肯定してよいと解される。

8 保全決定申立書を債務者に送達する必要があるか。

民訴法第7編中には、保全申立書の債務者への送達について規定した条文は存在しない。そこで、設問に関する民訴法の規定は、「訴状は、被告に送達しなければならない」とする79条1項（第2編中の規定）及び「特別の定めのある場合を除き、保全処分の手続に関しては、第2編から第4編の規定を準用する」とする539条である。

「準用」(539)とは、「ある事項に関する規定を、他の類似事項について、必要な修正を加えつつ、あてはめること」を意味する。そこで、設問については、訴状に関する79条1項が保全申立書についてもあてはめられるべきかが問題となる。

79条1項は訴えに固有の規定であり、対審審理の原則(3I)の下、相手方に十分な反論の機会を与えた上で判決がされることを前提とするものである。他方、保全手続においては「密行性」の要請が重視され、これが保全手続の基本的特徴の一つである。すなわち、保全決定が執行される前に、債務者が保全申立てがされたことを知れば、保全の対象財産を隠匿するなどの妨害行為に及び、保全手続の実効性が損なわれるおそれがあることから、保全手続には債務者に秘密裏に進めるべきという要請がある。その結果、保全手続では、前記対審審理の原則は一定程度後退している(535I, 114Iただし書, 562III等)。保全申立書を送達することは、まさに上記「密行性」の要請に反するので、保全手続には79条1項をあてはめるべきではないと解される。

したがって、裁判所は、保全申立書を債務者に送達すべきではない。

9 本案訴訟が控訴審に係属している場合、係争物の所在地を管轄する第一審裁判所に保全申立てをすることができるか。

可能である。

540条1項によれば、本案の管轄裁判所及び係争物の所在地を管轄する第一審裁判所の双方が保全事件を管轄する。

したがって、債権者は、本案の管轄裁判所（設問では控訴裁判所）に保全申立てをしてよいし、係争物の所在地を管轄する第一審裁判所に保全申立てをしてもよい。

係争物の所在地を管轄する第一審裁判所に保全申立てがされた場合、その第一審裁判所は保全決定を発することができる。

10 本案訴訟が上告審に係属している場合、控訴裁判所に保全申立てをすることができるか。

できない。

保全決定事件は、本案の管轄裁判所又は仮に差し押さえるべき物若しくは係争物の所在地を管轄する始審裁判所が管轄する(540 I)。

本案の管轄裁判所は、第一審裁判所とする。ただし、本案が控訴審に係属するときは、控訴裁判所とする(540 II)。

上記各規定によれば、本案訴訟が上告審に継続している場合、控訴裁判所に保全申立てができる余地はない。

11 保全事件を合議体で審理することはできるか。

保全事件を合議体で審理することはできる。

保全事件の単独制と合議制については、第一審裁判所に関しては 23 条が適用され、控訴裁判所に関しては、カンボジア裁判所構成法（草案）が適用されることになっている。

12 既に本案訴訟が係属している事案について保全事件が申し立てられる場合、その本案訴訟を担当している裁判官がその保全事件も担当することはできるか。

本案訴訟を担当している裁判官が、同じ事案についての保全事件を担当することは可能である。民訴法上、これを禁じる規定はない。

保全事件の分配については、26 条が適用される。そこで、裁判所の所長は、保全事件の分配に関して、毎年あらかじめ定めておかなければならない。

仮に、所長が、保全事件の分配について、「本案訴訟が係属している事案について保全事件が申し立てられた場合は、本案訴訟の担当裁判官にこれを分配する。」旨定めれば、本案訴訟を担当している裁判官に保全事件が分配されることになる。

13 仮の地位を定める仮処分において、審尋を経ないで決定することができる「特別な事情があるとき」(548IV但書)とは、例えばどのような場合か。

- 1 一般的には、「審尋を行うと債務者が執行妨害を行うおそれ強い場合」や「債権者に重大な危険が切迫している場合」などといえる。
- 2 具体例としては、
 - ① 車を月賦により購入した者(通常、代金完済まで売主に車の所有権が留保される旨の約束がされている)が長期間代金支払を滞納しているという状況で、売主が車の引渡しの仮処分を求める場合
 - ② 土地明渡仮処分決定を得たが、その債務者と通謀していることが明らかな者が当該土地の占有を始め、その者に対して土地明渡仮処分を求める場合
 - ③ 隣人が建物建築のために隣接部分の地面を掘り下げ始めたが、土地が崩れる危険性が高いので、建築続行禁止の仮処分を求める場合
 - ④ 借家紛争に伴い、借主不在の間に貸主が便所にコンクリートを流し込んだという状況で、借主がコンクリート撤去の仮処分を求める場合
 - ⑤ 一見して明らかに違法な誹謗中傷記事が掲載された雑誌の出版日が迫っている状況で、その誹謗中傷の対象者が出版差止めの仮処分を求める場合
- 3 もっとも、以上のような場合でも、債権者の疎明の十分さ、債務者から正当な弁解がされる可能性の程度などを考慮して、債務者の反論の機会を不当に奪うことのないよう慎重に判断しなければならない。

14 保全決定申立てや、保全決定への不服申立てについての審理の際に、当事者以外の第三者を審尋することは可能か。

1 原則として許されない。

なぜなら、114条2項(539条により保全手続に準用される)は「裁判所は当事者を審尋することができる」と定めており、第三者を審尋することができるという規定はないからである。

したがって、当事者以外の第三者から供述を得るためには、口頭弁論を開いて(539, 114 I), 証人尋問を行わなければならない。

2 ただし、当事者のために事務を処理し、又は補助する者については、裁判所が相当と認める場合、「当事者に準じる者」として審尋することが可能であると解される。

なぜなら、これらの者は、当事者に非常に近い立場にあることに加え、当事者に代わって直接事件に関与していることから、当事者以上に事実関係を知っており、事案解明のために審尋を認める必要性が高いからである。

例えば、上記「当事者に準じる者」に該当する可能性がある者として、以下のよう
な者が挙げられる。

ア 会社がある業務に関して保全申立てを行う場合の当該業務の担当職員

イ 労働者が解雇の無効を主張して賃金仮払等の仮処分申立てを行う場合で、解雇
に至る事実経過に労働組合が密接に関わっているときの労働組合の役員

ウ 当事者に代わり、専門能力に基づき事務処理を行っていた建築士、税理士

エ 当事者に代わり、相手方と交渉を行っていた配偶者、子

15 裁判所が無担保で保全決定を出すのは、例えばどのような場合か

日本の実務では、裁判官が無担保で保全決定を発するのは非常に限られた場合である。

例えば、仮の地位を定める仮処分のうち、従業員たる地位の確認請求訴訟を提起した元従業員（債権者）に賃金を仮に支払うよう債務者に命じるものについては、裁判官は無担保で保全決定を発する。

また、仮の地位を定める仮処分のうち、交通事故による損害賠償請求訴訟を提起した被害者（債権者）に賠償金を仮に支払うよう債務者に命じるものについては、裁判官は無担保で保全決定を発する。

なぜなら、これらの事例では、決定を発する理由、保全の必要性は、仮の賃金や仮の賠償金がなければ債権者が生活することができないということにあり、決定を発することは債権者の著しい損害又は急迫の危険を避けるために必要だからである(548Ⅱ)。これらの事例において、債権者に担保を立てるよう命じることは、保全の必要性を根拠付ける上記理由と矛盾することになる。

したがって、日本では、これらの事例では、裁判所は担保を立てさせないで保全決定を発するのが一般である。しかし、ほとんどすべての事案において、裁判所は、担保を建てさせて保全決定を発している。

16 担保決定を債務者に送達又は告知する必要はあるか。

1 送達について

決定は告知すればよいのが原則であり(213 I), 決定の送達は, 特に規定があるときに限り必要となる(例えば, 543, 554Ⅲ, 557Ⅷ, 558Ⅲ, 559Ⅲのほか, 419Ⅱ等)。

担保決定については, 送達すべきとする規定がないため, 送達は不要である。

2 告知について

213 条 1 項(第 2 編中の規定)は, 「決定は, 相当と認める方法で告知することによって, その効力を生ずる。」と規定し, 539 条は, 「特別の定めのある場合を除き, 保全処分の手続に関しては, 第 2 編から第 4 編の規定を準用する」と規定している。

「準用」(539)とは, 「ある事項に関する規定を, 他の類似事項について, 必要な修正を加えつつ, あてはめること」を意味する。そこで, 設問については, 告知を要するとする 213 条 1 項を担保決定についてもあてはめるべきかが問題となる。

担保決定を債務者に告知すると, 保全執行がされる前に債務者に保全決定申立てがされたことを知られてしまい, 保全手続の「密行性」の要請に反し, 債権者を害することになる。また, 担保決定自体は, 債務者の権利を害するものではなく, 仮に債務者が担保額に不満を持ったとしても, 保全決定に対する異議の中でそれを主張する機会を与えれば足りるといえる。

以上のとおり, 担保決定については, 債務者に告知した場合の支障が大きい一方, 債務者に告知する必要性は高くないため, 213 条 1 項をあてはめるべきではない。

よって, 裁判所は, 担保決定を債務者に告知すべきではない。

17 保全決定とその執行がされた後、本案訴訟において債権者が敗訴した場合、保全手続により生じた債務者の損害はどのように回復されるか。

1 債務者は、債権者に対し、不法行為に基づく損害賠償請求をする(民法 743 I)。

2 損害賠償請求訴訟について

その要件は、「違法性」「故意又は過失」「損害の発生」である。以下、本案訴訟で債権者が敗訴したことが、後の損害賠償請求訴訟にどのように影響するかについて、日本での扱いを紹介する。

(1) 違法性について

保全決定の被保全権利が否定されたことについては、本案訴訟の判決の既判力(194)が及ぶことになる。したがって、存在しない被保全権利に基づいて保全申立てをしたことになり、損害賠償請求訴訟では違法性の点は争うことができないことがほとんどと解される。

(2) 過失について

日本の最高裁判決は「一般に仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告の敗訴が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のない限り、右申請人において過失があったものと推認するのが相当である」とする。したがって、本案訴訟では、過失を否定する特段の事情があるかという観点から審理がされる。

過失を否定する特段の事情がある場合としては、例えば、法律関係が複雑で法解釈又は判断が困難である場合や、債務者の側にも債権者の判断の誤りを誘発する原因があった場合などが考えられる(特段の事情が認められて過失が否定される事例は、決して少なくないとされる)。

(3) 損害賠償請求訴訟における損害の範囲の認定について

保全手続と相当因果関係にあるすべての損害が含まれる。訴訟費用、執行費用、原状回復のための運送費、仮差押解放金についての利息、仮差押えにより売却が妨げられたところ、本来の時期に売却できていれば得られたであろう利益、保全手続により建物を賃貸できなかったことから生じた賃料、保全手続により営業できなかったことから生じた逸失利益、仮差押えをされたことによって営業上の信用を失ったことによる損失などのほか、慰謝料も含まれる。弁護士費用がどの範囲まで含まれるかについては議論がある。

3 保全手続における担保との関係

上記損害賠償請求訴訟で勝訴判決を得た債務者は、債権者が保全申立ての際に立てた担保について、優先弁済権を有する(72)。担保が寄託された裁判所に上記勝訴判決を提出し、寄託物の還付の手続により担保を取得することができる。

18 裁判所が担保を立てさせないで保全命令を出していたときは、債務者の損害はどのように回復されるのか

保全申立てにより債務者に損害が生じた場合、債務者は、債権者に対し、民法 743 条に基づく損害賠償請求をすることができる。

裁判所が債権者に担保を立てさせていた場合で、債務者が上記訴訟で勝訴し、判決が確定したときは、債務者はその担保から優先弁済を受けることができる(72)。

担保からどのような方法で満足を受けられるかは、司法省が起草中の「裁判寄託省令」草案に規定されている。上記草案によれば、寄託物の還付を請求しようとする者（設問では債務者）は、その請求権を証明しなければならないとされる。設問では、債務者は、寄託物還付申請書とともに上記判決を提出し、寄託物の還付を受けることができる。

裁判所が債権者に担保を立てさせていなかった場合、債務者は担保から満足を受けることができない。債務者が保全申立てによる損害の賠償請求訴訟で勝訴した場合、債務者は、その判決を執行名義として(350 I, II①)、強制執行を申し立てるべきである。しかし、差し押さえるべき物がない場合、強制執行は不可能である。このような事態を避けるため、裁判所は、保全決定を発する場合、ほとんどすべての事件において、債権者に対し、担保を立てるよう命じるのである。その意味で、担保を立てさせるかどうかに関する裁判官の裁量は狭いといってよいと考える。

19 処分禁止の仮処分決定を発する前に、債務者が目的物を処分してしまった場合、裁判所は決定を出せるか。

処分禁止の仮処分決定を発する前に、債務者が目的物を処分してしまった場合、裁判所は決定を出せない。

裁判所は、既に債務者が処分してしまった目的物について、処分禁止の仮処分決定を発することは、論理的にできない。

20(1) 債務者所有の不動産に抵当権が設定されている場合、裁判所は仮差押決定ができるか。その執行手続はどのようになるか。
(2) 担保抵当権の額を考慮すると剰余がない場合、裁判所は仮差押決定ができるか。

1 (1)について

可能である。仮差押えの執行は、通常と同様 567 条に従って行われる。

2 (2)について

設問の場合に、仮差押えを禁じる規定はなく、その不動産の仮差押えをすることができる。435 条も、不動産の仮差押えに準用されることはない(567IV参照)。実際には、仮差押えの申立て時において、不動産及び抵当権のそれぞれの正確な価格が明らかになっていることはほとんどないと思われる。

21 仮差押えについての仮差押解放金と同様に、仮処分について「仮処分解放金」を定めることはできるか。

1 仮処分解放金を定めることはできないと解される。

仮差押解放金については547条1項に規定されているが、民訴法上、仮処分について「仮処分解放金」を定めることができるとする規定はない。

2 「仮処分解放金」の制度が設けられなかった理由 — 仮差押解放金の趣旨との関係
(1) 仮差押解放金の制度の存在理由としては、概ね次の2点が挙げられる。

① 仮差押えは金銭債権を保全するものだから、債務者からその金銭債権に相当する金員が寄託されれば、仮差押執行が取り消されても債権者は不利益を受けない。

② 債務者としても、金銭の寄託により仮差押執行が取り消されれば、対象物を自由に処分することができるようになり、便宜である。

(2) 仮処分の場合、被保全権利が金銭債権ではないため、上記①の事情を欠き、基本的には解放金の制度となじまないといえる。例えば、不動産の占有移転禁止の仮処分について考えると、債務者が金銭を寄託しても、被保全権利である当該不動産の明渡請求権が保全されることにはならない。

そこで、仮処分については解放金の制度が設けられなかったのである。

3 もっとも、仮処分の中には、被保全権利が金銭債権ではないものの、実質的には金銭の支払を受けることによってその目的を達することができるものもあり得る。起草担当者は、この場合に債務者が担保として金銭を寄託した場合は、559条の「特別の事情による仮処分決定の取消し」が認められるので、仮処分解放金の制度は不要であると考えたようである(559条の<注>参照)。

「実質的には金銭の支払を受けることによってその目的を達することができる仮処分」に該当する例として以下のものが考えられるが、その認定は慎重にしなければならず、下記類型に該当しても、当該事案における事情を総合考慮して認定しなければならない。

○金銭債権の処分禁止の仮処分

○詐害行為取消権(民法428条)を被保全権利とする不動産処分禁止の仮処分

○遺留分減殺請求権(民法1235条)を被保全権利とする不動産処分禁止の仮処分

○所有権に基づく引渡請求権を被保全権利とする材木の伐採、搬出禁止の仮処分

22 民事保全の決定において、手続費用の負担を定めるべきか。

1 この問題に関しては、次の2つの問題点を検討しなければならない。

- ①保全の手続費用の負担は、本案の訴訟費用の負担と別個に定めてよいか。保全段階で手続費用の負担を定めた場合、後に本案段階で結論が覆ったときに支障はないか。
- ②保全の認容決定については、同一審級で審理される保全異議が可能であるため、これは「その審級における事件を完結する裁判」(65 I)に当たらないのではないか。

2 問題点①について

日本では、議論はあるものの、実務上は、「保全手続」と「本案訴訟」は別個の手続だから、保全の手続費用は本案の訴訟費用に含まれず、保全手続内で独立に費用負担を定めるべきであるという解釈が定着している。

保全段階の結論に基づき債務者が手続費用を負担し、後にその結論が本案段階で覆った場合、債務者は、債権者に対し、その手続費用を含めて、違法な保全申立てをされたことによる損害の賠償を請求すればよい。

3 問題点②について

- (1) 日本では、前記②の観点から、実務上は以下のような扱いが定着している。
 - ア 却下決定においては手続費用の負担を定める(不服申立ては上級審への抗告であり、「その審級における事件を完結する裁判」に当たるため、544)。
 - イ 認容決定においては手続費用の負担を定めない(不服申立ては同一審級への保全異議であり、「その審級における事件を完結する裁判」に当たらないため、550)。
 - ウ 保全異議に関する決定では、手続費用の負担を定める(不服申立ては上級審への抗告であり、「その審級における事件を完結する裁判」に当たるため、561)。
- (2) しかし、上記イの扱いについては、認容決定について必ず保全異議が申し立てられるとは限らないところ、その場合、手続費用の負担の裁判がされないまま放置されることになるという問題がある。そのような問題を避けるため、認容決定において手続費用の負担を定めるという扱いにも、十分な理由があると解される。

23 保全決定申立てを却下する決定や、それに対する抗告申立てを却下する決定を債務者に送達又は告知する必要があるか。

1 民訴法の規定の整理

543 条は「裁判所は保全決定を当事者に送達しなければならない」とするが、これは保全決定申立てを却下する決定には適用されない。民訴法は、「保全決定」と「保全決定申立てを却下する決定」という用語を区別して使っており、このことは、550 条（前者への不服申立手続）と 544 条（後者への不服申立手続）の各規定を見比べれば明らかである。

そこで、設問に係る民訴法の規定は、「決定は、相当と認める方法で告知することによって、その効力を生じる」とする 213 条 1 項（第 2 編中の規定）及び「特別の定めのある場合を除き、保全処分の手続に関しては、第 2 編から第 4 編の規定を準用する」とする 539 条である。

2 検討

「準用」(539)とは、「ある事項に関する規定を、他の類似事項について、必要な修正を加えつつ、あてはめること」を意味する。そこで、設問については、保全決定申立てを却下する決定や、それに対する抗告申立てを却下する決定（以下まとめて「却下決定」という）について、213 条 1 項をあてはめる際、修正が必要かを検討することになるが、結論的には以下のとおりの修正が必要である。

まず、却下決定が発せられるまでの審理において、債務者に対し口頭弁論又は審尋の期日の呼出しがされなかった場合、裁判所は却下決定を債務者に告知すべきではないと解される。理由としては、次の 2 点が挙げられる。第 1 に、却下決定は債務者の権利を侵害せず、債務者が不服申立てをする利益がない。第 2 に、債務者の呼出しがされない類型の保全決定申立事件には、密行性の要請があるものが多く、却下決定を債務者に告知してしまうと、将来、債権者が資料を整えて再度保全決定申立てをすることの妨げになるおそれがある。

他方、却下決定が発せられるまでの審理において、債務者に対し呼出しがされた場合は、213 条 1 項のとおり、債務者に告知すべきと解される。なぜなら、債務者は、呼出しを受けたことにより保全決定申立てがされたことを知っているため、密行性の要請は問題にならないし、却下決定がされたことを知らせなければ、その後も債務者に当該申立てにつき無用の準備をさせることになるからである。

3 まとめ

却下決定が発せられるまでの審理において、債務者に対して呼出しをした場合は告知を要するが、呼出しをしなかった場合は告知すべきではないと解される。

なお、債権者に対しては、いずれの場合も告知が必要と解される。

24 一部認容，一部却下の保全決定を債務者に送達する必要があるか。

一部認容，一部却下の保全決定は，両当事者に送達すべきである。なぜなら，一部認容をしている以上，この決定は「保全決定」(543)に当たると解されるからである。

25 裁判官が保全決定を発した後、それが誤りであったことに気付いた場合、自らそれを取り消し、又は変更することができるか。

1 裁判の自己拘束力について

裁判は一旦されると、これをした裁判官も自らのした裁判に拘束され、以後その内容を取り消し、又は変更することができないのを原則とする。

2 裁判のうち、「判決」については、自己拘束力を明言する規定(191)が置かれているほか、判決の事後的な取消し又は変更を許す場合としては、「更正」の規定(192)のみが置かれている。

裁判のうち、「決定」については、判決よりは緩やかに解されており、訴訟指揮に関する決定などはいつでも取り消せる旨規定されている(214, 53Ⅲ, 58Ⅱ)。そのような規定がない決定について、事後的な取消し又は変更が許容されるかは問題であるが、日本では、類似の規定状況の下、上記のような規定がない決定でも、性質によっては、事後的な取消し又は変更が許容されるものがあると考えられている。

3 保全決定についても、その性質の解釈により決すべきところ、

① 法的安定性、決定で有利に判断された側の当事者の保護、裁判の權威の維持の要請や、保全異議や保全取消等の不服申立手段が整備されていることと、

② 訴訟経済、上訴審の負担軽減、明らかな間違いには自ら是正した方が裁判の威信を高めるともいえること、保全の迅速性の要請

などの諸事情について、総合考慮して判断すべきと思われる。

私見としては、保全決定は、暫定的ではあるものの実体関係について判断し、その決定を前提に執行手続も進められることなど、判決に類似する面が強いから、自己拘束力は強く解すべき要請があり、仮に誤りに気付いても、それについては不服申立てを待つべきであり、自ら取り消し、又は修正することはできないと考える。

26 保全異議が申し立てられた場合、その審理を担当するのは、原決定を発した裁判官か、それとも別の裁判官か。

1 「保全決定に対しては、債務者は、その決定をした裁判所に異議を申し立てることができる」(550)とされ、異議申立ての宛先は、官署としての裁判所(例えば「プノンペン市裁判所」等)となる。

具体的に当該裁判所のどの裁判官が保全異議申立事件の審理を担当するかは、予め定められた事件の分配方法に従って決せられる(26)。

2 そこで、事件の分配方法をどのように定めるべきかが問題となる。

民訴法上は、これに関して特に規定が置かれていないため、いずれの裁判官が担当しても、違法という問題は生じない。

どのように定めるのが相当かという観点からは、以下の2とおりの見解がある。

① 不服申立手続である以上、債務者の納得が得られやすいように、保全決定を発した裁判官とは別の裁判官が担当するのがよい。

② 上訴ではなく同一審級の不服申立てであって、従前の審理の続きという性質があることから、保全決定を発した裁判官が担当するのがよい。

3 日本では、同様の規定状況の下、一般的には別の裁判官が担当するように分配方法が定められていることが多いようである(①の扱い)。

他方、合議体で保全決定を発したときはその合議体が保全異議申立事件も担当すると定められている例や、本案係属後に保全異議が申し立てられた場合は本案担当裁判官が保全異議を併せて担当すると定められている例もあり(②の扱い)、常に①の扱いだけがとられているわけではない。

カンボジアの実情を踏まえて決すべき事項と考えられる。

4 なお、558条や559条の保全取消申立事件の担当裁判官についても、ほぼ上記同様に考えられる。

27 仮の地位を定める仮処分の申立てに対し、審尋を経て(548IV)仮処分決定がされたが、保全異議が申し立てられた。この場合も、改めて審尋をしなければならないのか(552)。

- 1 552条がある以上、保全異議の審理の際に改めて審尋を行わなければならない。
- 2 日本では、同一審級ではあるものの、発令段階と異議段階とで担当裁判官が異なる場合が多く、その場合は、改めて審尋を行う必要性がある。
- 3 同じ裁判官が担当する場合でも、改めて審尋すべき意義はあるといえる。

規定をみると、異議段階では、少なくとも一度は対審による審尋が保障されているが(552)、発令段階ではそのような規定がなく、債権者と債務者を個別に審尋してよい。また、異議審の段階では、審理の終結の決定が必要とされるが(553)、発令段階ではそのような規定がない。

実際に、発令段階の審理では非常に迅速な判断が求められ、債権者と債務者を個別に審尋して判断することも多い。

以上のように、異議段階では、発令段階と比べて、規定上より慎重な審理が求められており、実際上も発令段階での簡易な審理を補充する必要がある場合が多いといえるため、異議段階で改めて審尋を行う意義はあるといえる。

- 4 もっとも、事例によっては、発令段階で十分な審理がされ、異議段階では従前と同じ議論が繰り返されるだけのこともあり、その場合は、異議段階の審尋を早急に終結して判断をするという運用を行うことは十分考えられる。

28 保全異議に対する決定主文はどう記載すべきか。

保全異議に対する決定主文は、例えば、次のように記載すべきである。

「債権者Aと債務者Bとの間の保全事件(事件番号 999)について、同裁判所が○年○月○日に発した保全決定を認可する。」

541条1項によれば、裁判所は、前の決定の結論を維持することにした場合、前の決定を認可しなければならない。しかし、裁判所は、異議申立てを却下する必要はない。なぜなら、前の決定に対する異議申立ては、債務者が裁判所に対し、口頭弁論又は当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日を開くことにより、そのような期日を経ずに発せられた決定について改めて審理することを求めるものと解されるからである。

したがって、裁判所は、前の決定を維持することにした場合、異議申立てを却下する必要はなく、前の決定を認可する旨の決定をすればよい。

他方、裁判所は、前の決定を取り消すことにした場合、前の決定を取り消す旨を記載し、加えて債権者の申立てを却下する旨を記載した決定をしなければならない。

29 557条（本案の訴えの不提起等による保全決定の取消し）の2項「第1項の期間は、2週間以上でなければならない」という規定はどのような趣旨か。日本ではどのように運用されているか。

1 債権者が保全決定を得た後、本案訴訟を起こさずに放置している場合、債務者は、557条1項により保全取消の申立てをすることができる。

申立てを受けた裁判所は、債権者に対し、相当と認める一定の期間内に、次のことをするよう命じる（「起訴命令」）

①本案訴訟を提起すること

②本案訴訟を提起したことを証する書面を提出すること

552条2項は、上記「一定の期間」は、2週間以上でなければならないとする。

2 同条2項の趣旨は、債権者に対し、本案訴訟を起こすために準備期間を与えるものである。個別の事件により準備に要する期間は異なるため、その期間の長さについては裁判所が裁量により定めるが、保全申立てと本案訴訟提起の準備はさほど変わらないのが通常であるから、完全な自由裁量にすると、著しく短い期間が定められてしまう可能性があるが、債権者にとっては、本案の申立手数料の調達、弁護士費用の調達その他の提訴準備に時間がかかるかもしれない。そこで、立法者は「2週間以上」として債権者に最低の準備期間を保障したものと考えられる。

3 実務の運用であるが、やはり、保全申立てと本案訴訟提起の準備はさほど変わらないのが通常であることが考慮され、長い期間は定められないようである。例えば、「1年」と定めることは規定上可能だが、相当でないと解される。

大阪地裁では、通常「19日」と定めているそうである（前記①に14日、②に5日かかると想定。2008.5 同地裁裁判官から聴き取り。）。東京地裁の裁判官が書いた文献では、東京地裁では通常「1か月」と定めているそうである。

30 保全決定における「被保全権利」と、その後の本案訴訟における「請求権」は、同一でなければならないか。

1 裁判所が起訴命令(557 I, 本書第 30 問参照)を発すると、債権者は、定められた期間内に本案訴訟を提起し、それを証する書面を提出しなければならない。それをしない場合は保全決定が取り消される。

もっとも、債権者は、保全決定申立てを急ぐあまり、適切でない権利の法的構成を選んだり、保全決定後の事情の変化に伴い、権利の法的構成を変えたりしなければならないことがある。例えば、Aが被保全権利を「賃貸借契約終了に基づく土地返還請求権」としてBに対し、占有移転禁止の仮処分を申立てをし、認められた。しかし、よく検討すると、賃貸借契約はそもそもなかったと考え、Aが「所有権に基づく土地返還請求権」を本案の請求権としてBに対して訴えを提起したいという場合である。

このような場合に、保全決定における「被保全権利」と違う「請求権」に基づき本案訴訟を起こすことになるが、上記起訴命令との関係でどの程度のずれまでが許容されるか(当該「請求権」に基づく本案訴訟の提起により、保全取消を免れることができるか)が問題となる。

2 日本では、両者の間に「請求の基礎の同一性」がある範囲内であれば、許容されると解されている。これは、本案訴訟における訴えの変更が許容される範囲(84)と同じ概念である。

より具体的には、①旧権利と新権利との利益関係が社会生活上共通していること、②旧権利に関する裁判資料が新権利に関する裁判資料に相当程度利用できること、といった要件が満たされればよいと解されている。

31 土地紛争に関する保全決定が発せられた後、債務者から「本案の訴えの不提起等による保全決定の取消し」(557)の申立てがされた場合、債権者が行政機関(土地登記委員会等)に調停や裁定の申立てを行うことは、「本案の訴えの提起」に該当するか。

1 保全手続は、権利が確定、実現されるまでの間に、債権者が損害を被ることを防ぐため、その権利の仮の保護を認める制度であり、債権者が後にその権利の確定のための手続をとることが前提となっている。他方、保全決定が発せられると、債務者はその財産が拘束された状態に置かれるなどの不利益を受ける。そこで、557条は、債権者が保全決定を得た後、進んで権利確定のための手続をとらない場合に、債務者に保全決定の取消しを求める手段を与えたものである。

557条の上記趣旨からは、「本案の訴え」は、必ずしも民訴法上の訴えに限らず、被保全権利の存否について確定力(194条参照)をもって確定する手続であればよいと解される。

2 設問については、カンボジアにおける土地紛争の解決手続がどのような仕組みになっているかにより、結論が異なるといえる(筆者は、その仕組みの詳細を把握することができない。以下の観点から、実情に照らして検討されたい)。

ア 土地登記委員会等における調停又は裁定等の手続を経た後でなければ訴訟を提起することができないという仕組みになっている場合は、次の2つの理由から、調停や裁定の申立てをもって「本案の訴えの提起」に該当すると解してよい。第1に、調停又は裁定等の申立てをすることは、権利確定のために不可欠な手続の一段階に着手したといえる。第2に、債権者に対し、一定の期限までに訴訟を提起すべきことを命じた場合、その期限までに調停又は裁定等の手続が終了するとは限らないため、不可能を強いることになりかねない。

イ 前記調停又は裁定等の手続を経なくても訴訟を提起することができるという仕組みになっている場合は、調停や裁定の申立てをもって「本案の訴えの提起」に該当するとはいえず、債権者は直接訴訟を提起しなければならないと解すべきである。なぜなら、前記の557条の趣旨からは、債務者の不安定な地位を早期に解消するため、債権者としては、できるだけ早期に、かつ、強制的に解決に至る手続を選択すべきだからである。

32 債務者が保全異議を申し立てた場合、既に行われている保全執行は停止するか。

当然には停止しない。債務者が 551 条 1 項の申立てをし、裁判所がこれを認める決定をした場合に限り、既に行われている保全執行が停止され、又は取り消される。詳しくは、同条の〈注〉参照。

33 保全異議に対し、保全決定を認可する旨の決定がされ、債務者が抗告した場合、既に行われている保全執行は停止するか。

当然には停止しない。債務者が561条3項により準用される551条1項の申立てをし、裁判所がこれを認める決定をした場合に限り、既に行われている保全執行が停止され、又は取り消される。

34 556条ただし書の「特に必要があると認めるとき」とは、具体的にはどのような場合か。

1 保全決定が発せられ、保全異議審でこれを取り消す旨の決定がされた場合、その取消決定は確定しなければ効力が発生しないが（556条本文）、裁判所が「特に必要があると認めるとき」は、取消決定の効力を直ちに発生させることを宣言することができる（同ただし書）とされている。

2 そもそも、決定は告知により直ちに効力が発生するのが原則だが（213I）、もし、前記取消決定の効力が直ちに生じるとすると、債務者は、すぐに保全執行取消手続をして目的物を処分することが可能となり、そうすると債権者としては、後に保全抗告で結論が再度覆っても、もはや手の打ちようがなくなってしまう。

そこで、債権者の利益を保護するため、556条本文は、前記取消決定に関してはすぐには効力が発生せず、それが確定するまで当初の保全決定の効力が存続することを原則としたものである。

3 もっとも、債権者の上記利益を犠牲にしても債務者の利益を優先すべき状況にある場合は、前記取消決定の効力が直ちに生じさせ、債務者を保全執行から解放する必要があるといえる。

そこで、556条ただし書は、前記のとおり、「特に必要があると認めるとき」、前記取消決定の効力を直ちに発生させて、債務者をすぐに保全執行から解放させられることとした。上記「特に必要があると認めるとき」の解釈については、同様に債務者の保全執行からの解放を認める551条の要件が参考になると解される。すなわち、「保全決定の取消しの原因となることが明らかな場合」又は「保全執行により償うことができない損害を生ずるおそれがある場合」には、裁判所は「特に必要があると認める」ことが多いのではないかと解される。

具体的には、前者の例として、次の場合が挙げられる。

○当初の保全決定が法解釈を明らかに誤っている場合

○当初の保全決定の根拠となっている書証が偽造であることが判明した場合

また、後者の例として、次の場合が挙げられる。

○保全執行が続くことによって、債務者が倒産するおそれがある場合

○保全執行が続くことによって、債務者が生活できなくなるおそれがある場合

35 保全決定申立てと保全執行申立てを同じ書面でできる場合があるか。例えば、不動産仮差押えに関し、決定の申立てと執行の申立てを同じ書面でできるか。

不動産仮差押決定が出された場合、その執行の方法は、裁判所書記官による登記の嘱託のみであるから(567)、わざわざ債権者に改めて執行申立書を出させる必要はなく、決定と執行の申立てを同時にさせてよいのではないかという問題がある。

この点については、以下の2つの見解が考えられる。

第1 否定説 — 532条2項, 534条1項6号, 564条の準用する349条2項に忠実に、「不動産仮差押執行申立書」は「不動産仮差押決定申立書」と別個に提出しなければならないとする取扱い

(問題点と対応策)

- 1 「決定の送達→執行申立て→仮差押登記嘱託→仮差押登記」という手続を経なければならず、迅速性の要請に反する。
→債権者に送達する一方で、電話連絡もするという運用が考えられる。
- 2 仮差押決定が債権者と債務者に同時期に送達された場合(543条)、「執行申立て→仮差押登記嘱託→仮差押登記」が完了する前に、債務者が所有権移転登記をしてしまう危険がある。
→これを防止すべく、先に債権者に送達し、債務者への送達は一旦留保し、仮差押登記が完了してから債務者に送達する運用が考えられる。

第2 肯定説 — 「不動産仮差押決定申立書」において、将来これが認容された場合の執行申立ても併せて行えるとする取扱い

(問題点と対応策)

- 1 執行申立書に執行名義正本を添付しなければならないとする564条, 349条2項との関係が問題となる。
→次の要件を満たす場合は、実務上の要請の強さを考慮し、許容されると解釈すべきである。
 - ①特に迅速性、密行性の要請が強いこと
 - ②保全決定を担当する機関と保全執行を担当する機関が同一であること
 - ③保全執行の内容が一義的に明らかであること
- 2 上記扱いがどの種類の保全手続に許されるかが、規定から明確でない。
→上記1の①～③の要件を満たすもの、言い換えると「登記若しくは登録をする方法又は第三債務者若しくはこれに準ずる者に保全決定の送達をする方法による保全執行」と解することになる。例えば、不動産仮差押えのほか、不動産処分禁止の仮処分、債権仮差押えなどがこれに当たる。

当初は、規定に忠実に、第1の扱いをとる方がよいかもしれない。ただ、実務上の要請の強さを重視し、第2の解釈、運用を行うことも十分考えられる(日本では、第2のような扱いを可能とする規定がある)。

その場合、保全決定申立ての受付時の指導に注意を払う必要がある。つまり、第2の1の①～③に該当する保全決定申立てがあった場合には、併せて執行申立てもさせるといふ指導をすべきであり、申立書の雛形を準備しておくことが有効である。申立ての趣旨は、『債権者の債務者に対する別紙債権目録記載の請求債権の執行を保全するため、債務者所有の別紙物件目録記載の不動産は、仮に差し押さえる』との裁判及び上記不動産の仮差押えの執行を求める」となる。

36 債務者の財産が登記されていない場合、仮差押えはどのように執行するか。

不動産仮差押えの執行手続は、567条、420条等に規定されている。仮差押えをされる土地が未登記のものである場合、裁判所書記官は、登記官に対し、仮差押えの登記に加えて土地自体の登記もするように嘱託する。

- 37(1) 不動産仮差押えの執行はどのようにして行うか。
(2) 不動産仮差押えの執行がされた場合、債務者はその不動産から立ち退かなければならないのか。また、債務者はその不動産を賃貸できるか。
(3) 不動産仮差押えが執行された場合の効力はどのようなものか。

1 (1)について

不動産仮差押えの執行は、仮差押えの登記をする方法により行う(567 I)。具体的には、仮差押決定を發した裁判所の裁判所書記官が所轄官庁に対して仮差押えの登記をするよう囑託する(同条Ⅱ～Ⅳ, 420)。

2 (2)について

不動産仮差押えの執行については、動産仮差押えと異なり(565 参照)、執行官が目的不動産を占有する方法はとらない。仮差押えの執行がされても、債務者は、通常の使用に従って目的不動産を使用し、又は収益することを妨げられない(569Ⅳ, 421Ⅲ)。

したがって、債務者は、目的不動産を自ら使用することを妨げられず、立ち退く必要はない。また、仮差押執行の前から目的不動産を他人に賃貸していた場合、引き続き賃貸することは仮差押えの効力に抵触しない。

一方、仮差押執行後に、目的不動産を新たに他人に賃貸する行為は、通常の使用に従った使用とはいえず、仮差押えの効力に抵触する。もっとも、この場合でも、債務者と賃借人との間では、賃貸借契約は有効に行うことができる。しかし、将来、債権者が後に本案訴訟で勝訴し、その判決に基づいて不動産執行手続(417～)を開始した場合、その手続の中では、上記賃貸借契約の効力はないものと扱われる。すなわち、賃借人は債権者や買受人等に対し、賃借権を対抗することができない。

3 (3)について

仮差押えの登記により、債務者は、目的不動産の処分を禁止される。つまり、債務者がその後、目的不動産を譲渡し、又はこれに担保権を設定するなどの行為をしても(その登記は受理される)、それらの各行為の効力を債権者に対抗することができない。したがって、前記同様、債権者が後に不動産執行の手続(417～)を開始した場合、その手続の中では、債務者の上記各行為は効力を有しないものと扱われる。

38 占有移転禁止の仮処分はなぜ必要なのか。その仮処分が執行された場合の効力はどのようなものか。

1 設問について分かりやすくするため、次の事例について検討する。

【事例】

Aが、Bを被告として物の引渡請求訴訟を提起し、勝訴判決を得てそれが確定したが、Aが強制執行を申し立てようとした時点では目的物はCが占有していた。Aは、Bに対する勝訴判決に基づき、Cに対して強制執行することができるか。

2 【事例】で訴訟提起前に占有移転禁止の仮処分がされていなかった場合

ア CがA B間の訴訟係属中にBから目的物を引き渡された者であるとき

物の引渡請求訴訟において、訴訟係属中に被告が第三者に目的物を引き渡しても、原告はそのまま被告に対する訴訟を続けてよい(88Ⅱ)。そして、被告に対する勝訴判決の効力は承継人にも及び(198Ⅲ)、原告は承継人を執行債務者として強制執行ができる(351Ⅰ③)。この場合、原告は、上記勝訴判決に特別執行文の付与を受け(356Ⅱ、Ⅲ)、承継人に対して強制執行をすることになる。

よって、Aは、上記手続により、Cに対する強制執行をすることができる。

イ CがA B間の訴訟係属前にBから目的物を引き渡された者であるとき

この場合、前記アに掲げた88条2項、198条3項、351条1項3号の各規定は適用されないから、AはCに対して強制執行をすることができない。

なお、訴訟係属は、訴状が被告に送達されたときに生じると解される。

ウ CがBとは無関係に目的物を占有した者(単なる不法占有者等)であるとき

Cは、Bからの承継人に該当しないため、前記アに掲げた198条3項、351条1項3号の各規定は適用されず、AはCに対して強制執行をすることができない。このことは、Cの占有開始がA B間の訴訟係属前、係属後のいずれであっても同じである。

エ アの場合でも、CがAに対抗することができる権原を有しているとき

例えば、Cが、目的物を善意取得した場合や(民法193条本文)、民法353条2項本文の「第三者」に該当する場合には、Cは、自らの民法上の権利を主張して、Aの引渡請求を拒むことができる。したがって、Aが前記アの手続により判決に特別執行文の付与を受けても、Cが執行文付与に対する異議の訴え(364)等を提起すれば、強制執行は最終的には実現しない。

3 占有移転禁止の仮処分について

占有移転禁止の仮処分は、上記2イ、ウ、エのような事態に対処するために必要なものである。

占有移転禁止の仮処分の申立てについては、裁判所は、債務者の呼出しを行わず、債権者側の意見のみを聞いて、決定するのが通例である(539条、114Ⅰ、Ⅱ参照)。

占有移転禁止の仮処分の執行方法は、571条1項に定められている。

占有移転禁止の仮処分が執行されたときは、債権者は、本案の執行名義に基づき、その物の引渡しの強制執行をすることができる（571Ⅱ本文）。ただし、その執行がされたことを知ってその物を占有した者に対する場合に限られるものの（571Ⅱただし書）、その執行後に当該物を占有した者は、その仮処分の執行がされたことを知って占有したものと推定される（571Ⅲ）。

4 【事例】で訴訟提起前に占有移転禁止の仮処分がされていた場合

ア CがA B間の訴訟係属中にBから目的物を引き渡された者であるとき（前記2アに対応）

この場合、占有移転禁止の仮処分の効果とは直接関係なく、前記2アの手続により、Aは強制執行をすることが可能である（上記仮処分の執行により、特別執行文の付与を受ける際の証明が容易になることについては、後記5参照）。

イ Cが占有移転禁止の仮処分の執行後、A B間の訴訟係属前に、Bから目的物を引き渡された者であるとき（前記2イに対応）

Aは、571条2項本文を根拠として、Bに対する勝訴判決に特別執行文の付与を受けて、Cに対する強制執行をすることができる。Cは、執行文付与に対する異議の訴えを提起することが可能ではあるが、571条3項の推定を受けるため、勝訴するためには、Cの側で「占有移転禁止の仮処分の執行がされていたことを知らなかったこと」（例えば、占有開始時点で仮処分の公示が滅失していたことなど）を立証しなければならない。

ウ Cが占有移転禁止の仮処分の執行がされた後、Bとは無関係に目的物を占有した場合（前記2ウに対応）

AがCに対して強制執行ができること及びその手続については、上記4イと同様である。

エ アの場合でも、CがAに対抗することができる権原を有しているとき（前記2エに対応）

前記2アの手続により、AはCに対する強制執行をすることが可能である。前記2エと同様、Cは、自らの民法上の権利を主張して、執行文付与に対する異議の訴え等を提起することができるが、571条3項の推定を受けるため、民法193条本文や民法353条2項本文の各「第三者」に該当することの立証は困難であると考えられる。

5 特別執行文付与時の手続について

AがCを執行債務者として特別執行文の付与を受けられるのは、「執行名義に記載された当事者以外の者を（略）執行債務者として強制執行をすることができることが明白であるとき、又は執行債権者が文書をもってそのことを証明するとき」（356条3項）に限られる。

前記2アの場合、Aは、Cが198条3項、351条1項3号の「承継人」に該当すること、すなわち、Bから占有を承継したことを証明しなければならないが、一般的にはこの証明は容易でない。

他方、前記4ア～エの場合（占有移転禁止の仮処分の執行がされた場合）、Aは、571条2項、3項により、Cが上記仮処分の執行後に目的物を占有したことを証明すればよい。具体的には、仮処分決定の正本及び仮処分執行調書を提出すれば、占有移転禁止の仮処分の執行がされた事実及びその時点でCが目的物をまだ占有していなかった事実が容易に証明されるといえる。

- 39(1) 動産の仮差押えは、どのようにして執行するか。
(2) その執行後に、仮差押物が第三者に譲渡されて引き渡されてしまった場合、どのような措置がとれるか。

1 質問(1)について

(1) 執行方法

ア 当該動産を債務者が占有する場合

執行官がその動産を占有する方法により行う(565 I)。

イ 当該動産を第三者が占有する場合

a 第三者が任意に提出するときは、執行官がその動産を占有する方法により行う(565 I)。

b 第三者が提出を拒否するときは、提出を強制することはできない。仮差押債権者が、動産引渡請求権に対する仮差押えをするしかない。

(2) 仮差押物の保管について

執行官が自ら保管するのが原則である。ただ、執行官は、相当であると認めるときは、仮差押物を債務者に保管させ、使用させることもできる。その場合は封印等の方法で差押えの表示をしなければならない(565IV, 385IV, V)。

2 質問(2)について

執行官の所属する始審裁判所は、仮差押債権者の申立てにより、第三者に対して仮差押物を執行官に引き渡すべき旨を命ずることができる(565IV, 390 I)。執行官は、動産引渡執行の方法で(525)、仮差押物を取り戻すことができる。

40 目的物を特定せずに発した動産仮差押決定（546条ただし書）については、どのように執行するのか。その場合、仮差押えの目的物とすることについて制限はあるか。

1 目的物を特定せずに発する動産仮差押決定について

仮差押決定は、目的物を特定して発しなければならないが（546条本文）、動産の場合は、決定を発する時点で特定することが困難なことがあるので、目的物を特定しないで仮差押決定を発することができることとされている（同ただし書）。この場合、仮差押決定の主文では、目的物を特定せず、単に「債務者所有の動産を仮に差し押さえる」旨を記載することになる。

2 執行について

動産仮差押決定の執行は、執行官が目的物を占有する方法により行い（565Ⅰ）、その具体的方法は動産執行の場合に準じることになる（同Ⅳ，384Ⅱ，385～392）。つまり、動産仮差押執行の申立書には仮に差し押えるべき動産が所在する場所を記載しなければならない（384）。そして、申立てを受けた執行官は、上記場所に立ち入り、債務者が占有する動産の中から、仮差押えの執行をすべき物を検索し、選択する（385Ⅰ～Ⅲ）。

3 仮差押えの目的物とすることの制限について

- (1) 執行官は、債務者が占有する動産について仮差押えの執行をすることができ（385Ⅰ）、それが債務者の所有に属するかどうかを調査する必要はない。ただし、その外観自体から第三者の所有物であることが明らかな場合は、仮差押えの執行をすべきではないと解される（荷札の付いた荷物等）。
- (2) 仮差押えは将来の動産執行を保全する目的で行われるものであるから、380条により差押えが禁止される動産については、当然に仮差押えの執行もすることができない。
- (3) 「超過差押え」、「剰余を生ずる見込みのない場合の差押え」に該当する場合、当該動産について仮差押えの執行をすることはできない（565Ⅳ，391，392）。

41 不作為を命ずる仮処分はどのようにして執行するか、例えば、建築工事禁止の仮処分、騒音禁止の仮処分について、どのようにして執行すべきか。

- 1 日本では、2以下の扱いがされている。もっとも、日民訴52条2項（「物の給付その他の作為又は不作為を命ずる仮処分の執行については、仮処分命令を債務名義とみなす」）と同じ規定がカ民訴にはなく（570条参照）、この違いが以下の扱いに影響を与えるかは検討の余地があるかもしれない。
- 2 建築工事禁止の仮処分について（違反行為により除去の対象となる物が生じる場合）

この仮処分に違反して建築が行われた場合、債権者は、当該仮処分決定を執行名義として、527条に基づき代替執行によって、建築された部分を除去することができる。改めて当該部分の除去を求める仮処分を申し立てる必要はない。
- 3 騒音禁止の仮処分について（違反行為により除去の対象となる物が生じない場合）

この仮処分に違反する行為がされた場合、債権者は、当該仮処分決定を執行名義として、528条に基づき間接強制によって、その中止を確保するために相当と認める一定額の金銭の支払を求めることができる。
- 4 なお、これらの仮処分については、債務者が違反行為をしない限り、強制執行は考えられないところ、①執行期間の制限（562Ⅱ，2週間）が適用されないとする見解と、②違反行為がされたときから2週間の執行期間の制限が適用されるとする見解があるが、日本では①が通説とされる。

42 保全執行がされた後に、保全決定が取り消された場合（保全異議，保全取消し等により）の手続は，どのようになるか。

※文中の「保全裁判所」は保全決定を発した裁判所を意味し，「執行裁判所」は保全執行を担当する裁判所を意味する。両者は規定上別の裁判所であるが，現実には，同じ裁判官が上記2つの裁判所の役割を担当することは多い。

各保全決定の執行手続の違いに応じて各取消手続も異なる。以下，概略を説明する。

1 不動産仮差押えについて

(1) 執行までの手続

保全裁判所の不動産仮差押決定(545, 546)

→ 執行裁判所による登記嘱託(567)

→ 不動産仮差押登記

(2) 保全執行取消しの手続

債務者が不動産仮差押決定の取消決定を執行裁判所に提出 (564, 370 I ①)

→ 執行裁判所は執行取消決定をし，両当事者に告知

→ 執行裁判所は上記登記につき抹消登記嘱託

◇執行取消決定に対しては，執行抗告が可能である(564, 345 I ①)

2 動産仮差押えについて

(1) 執行までの手続

保全裁判所の動産仮差押決定(545, 546)

→ 執行官による対象物の占有(565)

(2) 保全執行取消しの手続

債務者が動産仮差押決定の取消決定を執行官に提出 (564, 370 I ①)

→ 執行官は執行取消処分をする（「決定」は裁判所のみ発することができ，執行官が行うのは事実行為たる「処分」である）。具体的には，

○執行官が対象物を保管している場合

債務者に対し，仮差押えの取消しを通知し，保管場所で対象物を引き渡す。

○債務者が対象物を保管している場合 (565IV, 385IV)

債務者に対し，仮差押えの取消しを通知すれば足りる。

○債権者が対象物を保管している場合

債務者は，原状回復を命ずる決定 (555) を得て対象物を債権者から取り戻せる。

◇執行取消処分に対しては，執行異議が可能であり，執行異議申立てを却下する決定に対しては執行抗告が可能である(564, 344 II, 345 I ③)

3 債権仮差押えについて

(1) 執行までの手続

保全裁判所の債権仮差押決定(545, 546)

→ 執行裁判所による債務者及び第三債務者への送達(403VIII)

(2) 保全執行取消しの手続

債務者が債権仮差押決定の取消決定を執行裁判所に提出（564, 370 I ①）

→ 執行裁判所は執行取消決定をし、債権者、債務者に告知するとともに、第三債務者に同決定がされた旨及び仮差押えが失効した旨を通知する。

◇執行取消決定に対しては、執行抗告が可能である（564, 345 I ①）

4 不動産処分禁止の仮処分について

(1) 執行までの手続

保全裁判所の処分禁止の仮処分決定

→ 執行裁判所による登記嘱託

→ 処分禁止仮処分登記

(2) 保全執行取消しの手続

債務者が処分禁止の仮処分決定の取消決定を執行裁判所に提出（564, 370 I ①）

→ 執行裁判所は執行取消決定をし、両当事者に告知

→ 執行裁判所は上記登記につき抹消登記嘱託

◇執行取消決定に対しては、執行抗告が可能である（564, 345 I ①）

5 占有移転禁止の仮処分について

(1) 執行までの手続

保全裁判所の占有移転禁止の仮処分決定

→ 執行官が対象物を占有し、公示をする（571）。

(2) 保全執行取消しの手続

債務者が占有移転禁止の仮処分決定の取消決定を執行官に提出

→ 執行官は執行取消処分をする。具体的には、

○執行官が対象物を保管している場合

債務者に対し、仮処分執行の取消しを通知し、対象物を引き渡す。

○債務者が対象物を保管している場合

債務者に対し、仮処分執行の取消しを通知する。

○債権者が対象物を保管している場合

債務者は、原状回復を命ずる決定（555）を得て対象物を債権者から取り戻せる。

6 金員仮払仮処分、引渡仮処分について

(1) 執行までの手続

金員仮払仮処分の執行は金銭執行の手続による。不動産執行及び債権執行の場合には執行裁判所が担当し（民訴402, 418）、動産執行の場合は執行官が担当する（384）。

引渡仮処分の執行は、引渡執行の手続により、執行官が担当する（524, 525）。

(2) 保全執行取消しの手続

いずれについても執行手続が完了した場合は（例えば、引渡しが完了した場合は）、もはや執行取消しの対象とはならない。この場合、債務者は、原状回復を命ずる決定（555）を得て支払済みの金銭又は対象物を債権者から取り戻せる。

執行手続が継続中の場合は、564条、370条1項1号による執行取消手続を行う。

7 建築工事禁止の仮処分等について

(1) 執行までの手続（本書第42問参照）

建築工事禁止の仮処分は、保全裁判所から債務者に送達されるが、不作為を命じるものであるから、違反行為がない限り保全執行はあり得ない。

違反行為すなわち建築工事がされた場合、債権者は、建築された部分の除去を求めて代替執行を申し立て、527条1項の決定を得る（併せて同条4項の決定を得てもよい）。上記方策では建築工事続行を十分に阻止できない場合、間接強制の方法をとる余地もあり、その場合、528条1項の決定を得て、その執行は金銭執行の手続による。

(2) 保全執行取消しの手続

ア 建築工事禁止の仮処分が債務者に送達されただけの状態の場合

保全執行手続は始まっていないので、執行取消しの余地もない。

イ 代替執行の手続がとられている場合

○代替執行が完了してしまっている場合は、保全執行取消しの対象にはならず、債務者は、債権者に対し、別途損害賠償請求をするほかない（本書第18問参照）。

○代替執行が進行中の場合

債務者が建築禁止仮処分の取消決定を執行裁判所に提出すれば、執行裁判所は、527条1項の決定（527条4項の決定もされていた場合はそれも併せて）の取消決定をし、双方に告知する（564, 370 I）。

ウ 間接強制の手続がとられている場合

債務者が建築禁止仮処分の取消決定を執行裁判所に提出すれば、執行裁判所は、528条1項の決定の取消決定を行い、双方に告知する（564, 370 I）。

528条1項の決定に基づく金銭執行が進んでいるときは、上記取消決定を提出し、その金銭執行の取消手続を行う。

43 ある物について仮差押命令が発せられたが、その後、その物の所有権を主張する第三者Xが現れた。Xは仮差押えの効力を排除するためにどうすればよいか。

Xは、債権者を被告として、第三者異議の訴えを提起することができる(564, 365)。保全手続は、①保全命令段階と②保全執行段階に分かれるところ、①については、債権者・債務者間にしか効力がないのでXに被害が生じることはなく、②の執行が行われた場合に初めてXへの被害が生じるため、Xにとっては、②に関する不服申立手続だけあればよいことになるのである。

もっとも、時期的には、保全命令の内容から目的物が特定されている場合は、保全執行の開始を待たずに第三者異議の訴えを提起してよい。第三者異議の訴えを提起した場合、執行停止の裁判を求めることができる。

Xの請求が認められる場合、判決主文は「〇〇(裁判所及び事件番号等)の保全命令に基づく〇〇(物)に対する保全執行はこれを許さない」というようになる。これを執行裁判所に提出すれば、保全執行は停止され、既にされた執行処分は取り消される。

44 仮差押解放金が寄託された場合に、裁判所が仮差押執行の取消決定の代わりに停止決定を出すことはできないのか。

569 条 1 項は、「債務者が 547 条の規定により定められた金銭の額に相当する金銭を裁判所に寄託したときは、保全執行裁判所又は執行官の所属する始審裁判所は、仮差押えの執行を取り消さなければならない。」と規定しており、停止決定については触れていない。569 条 1 項が取消決定のみを規定し、停止決定に触れていない理由は、この状況において停止決定は必要ないからである。

569 条 1 項に基づく執行取消決定がされた後、執行申立てがされた場合は、裁判所は、執行申立てを却下すべきである。

569 条 1 項に基づく執行取消決定がされる前に執行申立てがされていた場合は（つまり、執行取消決定の前に執行が始まっていた場合は）、裁判所は、既に実行されている執行を取り消すべきである。

したがって、債権者にとって執行取消決定があれば十分であり、停止決定は必要ない。

もう一つの理由は、この状況において執行停止決定は不便だということがある。裁判所が執行停止決定を発したが、債権者が執行開始後に 370 条 1 項 7 号に基づき執行機関に決定正本を提出した場合、債権者はこの執行停止決定によっては執行取消しを受けることができず、既に開始されている執行の取消しを受けるためには、別の執行取消決定を得なければならないのである。

結局、解放金が寄託されたとき、裁判所が発すべき決定は、執行停止決定ではなく、執行取消決定である。

民事保全の種類

民事保全の種類		被保全権利(541 I ③)	保全の必要性(541 I ④)
仮差押え(531①)	不動産仮差押え	金銭の支払を目的とする債権(545 I)	強制執行が不可能又は著しく困難になるおそれがあるとき(545 I)
	動産仮差押え		
	債権仮差押え		
係争物に関する仮処分(531②)	占有移転禁止の仮処分	係争物の引渡しを目的とする債権	係争物の現状の変更により、強制執行が不可能又は著しく困難になるおそれがあるとき(548 I)
仮の地位を定める仮処分(531③)		争いある権利又は法律関係	者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避

民事保全の種類

民事保全の種類	決定の方法		執行の方法	執行の効果	強制執行との関係
仮差押え(531①)	仮差押えの解放のための金銭の額を定めなければならない(547)		仮差押えを登記する方法(567 I)	仮差押えに反する財産の処分は、強制執行手続との関係では無効となる。	仮差押えは、強制執行のための差押えに変換される。
		対象物を特定する必要がない(546)	申立書に動産の場所の記載が必要(565IV,384 II) 執行官が目的物を占有する方法(565 I)	仮差押えに反する財産の処分は、強制執行手続との関係では無効となる。	
			保全執行裁判所が第三者に対し、債務者への弁済を決定する方法(566 I)	仮差押えに反する財産の処分は、強制執行手続との関係では無効となる。	
係争物に関する仮処分(531②)	その物の占有を移転し、その占有を解いて執行官に引き渡し、執行官にその物を保管させ、執行官に上記について公告することを命じる(571 I)		執行官が係争物等を占有する方法(571)	仮処分に反する占有の移転は、強制執行との関係では無効となり、執行債務者は固定される(571)	特別執行文の付与により、執行名義記載の当事者と異なる当事者に対する強制執行を行うことができる。
仮の地位を定める仮処分(531③)	債務者が立ち会うことができる口頭弁論又は審尋を経ずに決定を発することはできない(548 IV) 例外: 548IV但書		本案判決に基づく強制執行と同様の方法	仮の地位、状況又は権利を設定し、債権者は一時的な満足を得られる	仮処分の執行において既になされているため、改めて執行をする必要はない。

仮差押解放金

	目的	誰が寄託するか	事件の種類	必要的か任意か	寄託すべき額
担保(542)	保全決定の誤りによる債務者への損害賠償を担保するため	債権者	すべて(仮差押え, 係争物に関する仮処分又は仮の地位を定める仮処分)	任意 決定は, 担保を立てさせて, 又は立てさせないことができる(542)	裁判所は損害額を見積もらなければならない。次の事項が考慮される。 <ul style="list-style-type: none"> －被保全権利の種類, 額 －保全の種類 －保全の目的物の種類, 額 －債務者の職業, 経済状況 －疎明の程度
仮差押解放金(547)	財産を仮差押えから解放するため 差し押さえられた財産の代わりとなる。	債務者	仮差押えのみ	必要的 裁判所は決定において金額を定めなければならない(547)	仮に差し押さえられた財産の額 又は被保全債権の額

仮差押解放金

	命じる時点	寄託すべき担保	どの裁判所に寄託すべきか	寄託の効果	寄託者が担保の取戻しを請求できる場合	被寄託者が担保の還付を求められる場合
担保(542)	裁判所は、保全決定をする前又は担保決定中において(決定の執行の条件として)担保の寄託を命じることができる。	金銭又は有価証券(536)	担保の寄託を命じた裁判所又は保全執行裁判所	裁判所は決定を発し、又は執行する	担保の事由が止んだとき(73Ⅱ) 例)債権者が本家で勝訴した 債権者が債務者の同意を得たとき(73Ⅲ) 債務者が2週間以内に権利を行使しなかったとき(73Ⅳ)	債務者が誤った決定により損害を被ったとき、債務者は債権者に対し、損害賠償請求をすることができる。 そして、債務者が勝訴し、その判決が確定したとき、債務者は他の債権者に優先して担保から満足を得ることができる(72)
仮差押解放金(547)	仮差押決定中	金銭(547)	仮差押決定を発した裁判所又は保全執行裁判所(547Ⅱ)	裁判所は仮差押えの執行を取り消す(569Ⅰ)	債権者が仮差押え決定又は執行申立てを取り下げたとき 仮差押決定が異議(550)、取消し申立て(557,558,559)、抗告(561)により取り消されたとき	債権者が本家で勝訴して判決が確定したときは、確定判決つまり執行名義に基づいて、寄託金返還請求権を差し押さえることができる(350,402)。 つまり、債権者は債権執行の方法により満足を得られる(402)

異議, 抗告等

	対象	申立人	申立ての理由	担当裁判所	手続	決定に対して更に異議又は抗告が可能か
保全決定に対する異議(550)	保全決定 × 保全申立ての棄却決定	債務者	保全決定が不当であること	原決定を發した裁判所(550)	裁判所は双方当事者が立ち会うことができる口頭弁論又は審尋期日を開く(552) 裁判所は, 相当の猶予期間を置いて終結期日を定める(553)	可能(561 I ①) 例外: 抗告裁判所で異議申立てが認容された場合(561 I 但)
棄却決定に対する抗告(544)	保全申立ての棄却決定(544)	債権者	決定が不当であること	抗告裁判所	原決定を發する手続と同じ(304 I, 273) 当事者の審尋(114 II) 任意的口頭弁論(535 I, 114 I 但)	不可(259 III) 例外: チャート参照
保全取消し(557, 558, 559)	保全決定 × 保全申立ての棄却決定	債務者	決定自体は正当だが, 決定後に事情変更があったこと	原決定を發した裁判所(557, 558, 559) 又は 本案裁判所(558, 559)	裁判所は双方当事者が立ち会うことができる口頭弁論又は審尋期日を開く(560, 552) 裁判所は, 相当の猶予期間を置いて終結期日を定める(560, 553)	可能(561 I ①)
抗告(561)	異議申立て又は取消し申立てに関する決定(561)	債権者 又は 債務者	決定が不当であること	抗告裁判所	裁判所は双方当事者が立ち会うことができる口頭弁論又は審尋期日を開く(561 III, 552) 裁判所は, 相当の猶予期間を置いて終結期日を定める(561 III, 553)	不可(259 III) 例外: チャート参照

保全不服申立フローチャート

地裁に保全申立てをしたときに限る
保全決定の取消し(557条~560条)に関してはのぞく

