慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究 二一三〕執行抗告の抗告状が原裁判所以外の裁判所に提出された場合と裁判所のとるべき措置
Sub Title	
Author	栂, 善夫(Toga, Yoshio) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.10 (1983. 10) ,p.100- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19831028-0100

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ど、その商人の固有の名称がその重要部分を占めており、廃止または変更から間がない旧商号を使用する場合とを、同一に論じることはできない。そして、旧商号についても、後者のように、他人がそれを使用することにより、第三者をして営業主体を誤認させるおそれのある場合もある以上、旧商号の使用を許諾して第三者の誤認を助長した場合には、なお、名板貸の責任が認められるべきであろう。判例は、営業廃止後に、自己の商号および氏名の使用を、使用人に黙示的に許諾していた者に対して、名板貸の責任を認めているが（最判昭和四二・二・九判例時報四八三号六一頁、前掲・同昭和四三年六月一三日）、Y会社の商号変更後の旧商号の名板貸による責任を認めた、本判旨も妥当と解される。

近藤　龍司

〔最高裁民訴事例研究　二一三〕

昭五七8（最高民集三六巻六号一二二九頁）

執行抗告の抗告状が原裁判所以外の裁判所に提出された場合と裁判所のとるべき措置

売却許可決定に対する執行抗告却下決定に対する特別抗告事件（昭五七・七・一九第一小法廷決定）

本件抗告人は、千葉地方裁判所一宮支部昭和五六年(ケ)第七七号不動産競売事件に対する競落許可決定に対して執行抗告をしたところ、抗告状に執行抗告の理由の記載がなく、かつ、抗告状を提出した日から一週間以内に執行抗告の理由書が提出されなかつたとして、昭和五七年四月九日執行抗告却下の決定がなされた。これに対し、本件抗告人は、右決定は、「不当であるから本件特別抗告に及ぶ次第である」として、更に抗告の申立てをした。

最高裁は、特別抗告として申立ててきた点については、「右抗告人は、売却許可決定に対する執行抗告却下決定に対する特別抗告と題する書面を当裁判所に提出したが、右抗告却下決定に対しては民事執行法一〇条八項の規定により更に執行抗告をすることができ、したがつてこれに対し直接特別抗告の申立をすることは許されないのであるから、右の申立は、特別抗告としては不適法とせざるをえない。」とし、また、この特別抗告を執行抗告として扱うとした場合について、「また、これを民事執行法の前記規定による執行抗告の申立と解するとしても、右規定による執行抗告については同法一〇条二項の規定が適用されるから、抗告状を原裁判所でなく当裁判所に提出してした本件申立は、執行抗告としては、右規定に違反するものというべきであるところ、このように民事執行法一〇条二項の規定に違反してされた執行抗告については、右規定及びその他の同条各項の規定を通じて看取される法の趣旨に照らし、抗告状を受理した裁判所において民訴法三〇条を類推適用して事件を原裁判所に移送すべきではなく、直ちに不適法な申立としてこれを却下すべき

ものと解するのが相当である。」とした。抗告却下。

判旨に反対する。

一　民事執行法一〇条二項は、「執行抗告は、裁判の告知を受けた日から一週間の不変期間内に抗告状を原裁判所に提出してしなければならない」と、上告状に関する民事訴訟法三九七条一項にならつて、原審に執行抗告状を提出すべき旨規定している。したがつて、もし、間違つて執行抗告の抗告状を抗告裁判所に直接提出したとすると、この執行抗告は、不適法として却下されることになる。しかし、上告および特別上告で、上告状や特別上告状が直接上告裁判所に提出された場合、現行の実務の取り扱い、および学説の多数説は、原審へ移送すべしとする。(1)このことから、執行抗告状が、直接抗告裁判所に提出された場合も、上告状の場合と同様に、民執法二〇条により民訴法三〇条一項を類推適用して原裁判所に移送すべしとする考えがでてくるのは当然であろう。昭和五五年一〇月一日、現行民事執行法が施行されて以来、執行抗告状が直接抗告裁判所に提出される例がかなりあり、実務上も却下説と移送説とが対立している。それも、同一高裁内で却下説を採用する部と移送説を採用する部があるという実務上不都合な状態であつた。(2)しかし、右の点は、現行法上、正面から最高裁判所によつて判例の統一がなされる分野のものではないため、却下か移送かの統一の方法は、立法的解決か、適法な特別抗告理由を付した特別抗告に対する最高裁決定における付言等を期待するほかないといわれていたところ、(3)今回、最高裁が、売却許可決定に対する執行抗告却下決定に対してなされた特別抗告を好機到来と、特別抗告は要件を欠いているものの、これを執行抗告とみて、(4)却下説を採用したことにより、意外に早く統一の機会に恵まれた。本件第一小法廷決定に続き、(5)二日後、昭和五七年七月二〇日、第三小法廷も却下説を採用したので、実務上の取り扱いとしては、却下説に固まつたといえよう。(6)

本件判例は、執行抗告の抗告状が原裁判所以外の裁判所に提出された場合、却下すべきか、移送すべきかの争いに最高裁としての判断を示し、実務上、統一を果たしたという点で意義のある判例であるが、却下説を採用して統一をはかつたことには反対したい。

二　執行抗告の抗告状が、直接に抗告裁判所に提出された場合の取り扱いとして、右に述べたとおり、却下説と移送説がある。

却下説の根拠は、(1)執行抗告の立法趣旨、すなわち旧法下での即時抗告でみられた濫抗告による執行手続の遅延の防止、(2)移送を許すと原裁判所および関係当事者が原裁判の確定およびその時期を知ることが困難になり法的安定性を損う、ということにある。(7)

これに対し、移送説の根拠は、次のとおりである。(8)(1)抗告権の保障、すなわち執行抗告期間は一週間と限られているから、却下された場合、再び抗告状を原裁判所に提出しても間に合わない。本来、抗告につき管轄を有する裁判所に抗告状を提出したという手続上の誤りで、抗告人に不利益を負わせるのは相当ではない。(2)上告状・特別抗告状が直接上告裁判所、特別抗告裁判所に提出された場合、事件を原裁判所に移送するのが確定した慣例である。(3)原裁判の

確定の有無は、原裁判所と抗告裁判所との連絡により解決をはかればよい。(4)抗告状を直接抗告裁判所に持参した場合は、窓口指導で原裁判所に提出するように指示がなされるであろうところ、これとのバランス上、郵送の場合も移送すべきである。このほか、執行抗告の要件の審査権限は、原裁判所が専属的に有することを移送すべきことの理由にあげる見解もある。(9)

なお、折衷説として、本来の管轄裁判所である抗告裁判所に提出されたときは移送を認め、その他の裁判所に提出されたときは却下すべしとする見解がある。(10)

三　却下説の論拠(1)執行抗告の立法趣旨、すなわち濫抗告の防止、執行手続の迅速化をはかる目的から、移送説を否定することは正しいであろうか。移送説によると濫抗告を招くことになり、執行手続の迅速化をはかる目的に反するというが果たしてそうであろうか。思うに、抗告裁判所に直接抗告状を提出してなされた執行抗告を、常に一律に濫抗告であるときめつけるのは、妥当ではない。

民事執行法で採用された執行抗告の立法趣旨が、濫抗告の防止、執行手続の迅速化にあるとすることについて、却下説と移送説とで争いがあるわけではない。両説の違いは、この立法趣旨から、必然的に却下説が導かれるか否かにある。却下説は、立法趣旨から必然的に却下説が導かれるとする。これに対し、移送説は、立法趣旨を著しく害さない限り、申立人の抗告権の保障をはかる必要から移送すべきで、常に却下すべきであるとは解さない。その理由は、すでに移送説の根拠で述べたところでもあるが、管轄は裁判所の権限分配の定めにすぎないこと、そのため、民訴法三〇条一項は、当事者が正しい提出先を知らないことによつて不利益を受けることのないように当事者の救済をはかつていること、上告状が直接上告裁判所に提出された場合、原裁判所に移送する扱いがなされていること、抗告状を直接抗告裁判所に提出するのは陥りやすい誤りであること、このような手続上の誤りをおかしたにすぎない当事者の抗告権を失わせることは不当であることにある。

すでに指摘されているように、却下説か移送説かのこの問題は、民執法一〇条の立法趣旨、執行手続の迅速化を重視するか、抗告権の保障を重視するかの選択の問題であろう。(11)その場合、立法趣旨から一律に却下する見解よりも、抗告権を重視する移送説の方に支持すべき要素が多い。権利保護の面で移送説がすぐれているのみならず、移送説を採用したからといつて、実際上、執行手続がそう大きく遅延するとは思われないからである。旧法下での即時抗告には執行停止の効力があつた上、即時抗告に際し不服の理由を明らかにする必要がなかつたので、即時抗告の濫用による執行の引き延ばしということがみられた。ところが、執行抗告は、特別の定めがある場合に限り認められ（民執法一〇条一項）、執行抗告の理由を明記しなければならないものとし（民執法一〇条三項・四項、民執規六条）、執行抗告には執行停止の効力はないこととした（民執法一〇条六項）。したがつて、即時抗告のときにみられたような即時抗告の濫用による執行手続の遅延は、執行抗告では回避できる制度になつている。却下説は、「抗告の申立人が故意に、手続の進行を遅らせるため（たとえ

ば、最高価買受申出人となつた競売ブローカーが転売先を探すための時間稼ぎのため)、執行抗告状を抗告裁判所に提出すれば、抗告裁判所から原裁判所(執行裁判所)へ抗告状が送付される間は、執行抗告により手続が停止するものについては、よけいな手続の停止が行われることになる」[12]というが、移送を迅速に行えば著しく執行手続の遅延をもたらすとは思えない。また、「法の不知を保護する必要もないので(本法施行直後は、旧法との違いのため、まちがえる申立人もあり得るが、本法の周知の後はこのような申立ての多くは故意犯であろう)」[13]との理由にも従い難い。執行裁判所が執行抗告のできる裁判をし、これを当事者に告知(ただし、民執法六九条の場合は言渡し)するに際しては、現在、執行抗告をする場合には原裁判所に抗告状を提出すべきことを注意した書類をつけている。したがつて、それにもかかわらず執行抗告状を抗告裁判所に提出するのは、右の考えからすれば、すべて故意犯となろう。たしかに、即時抗告は、原裁判所または抗告裁判所に書面または口頭でなす旨定められていたけれども(民訴法四一六条)、実際は抗告裁判所になされていたから、民事執行法施行直後は、本当にうつかりして間違える申立人が多いであろうし、民事執行法での扱いが知れてくれば間違える人も少なくなり、その結果、相対的に故意に間違える人の割合いが増えてくるであろう。しかし、注意書きを入れても、民事執行法の周知後であつても、善意でうつかりと執行抗告状を抗告裁判所に提出することがあることは避けられない。それを、一律に悪意として、執行手続を遅らせる目的であるとするのは酷であろう。執行手続を遅らせる意図のもとになされた濫用的な執行抗告であれば、濫用的であることを理由に却下すればよい。[14]民事執行法では、執行抗告は、旧法での即時抗告とは異なり、関係者に重大な不利益を及ぼす手続法規違背の場合にのみ認められているから、抗告権の保障こそ重要である。

執行抗告状を直接抗告裁判所に持参した場合は、いわゆる窓口指導がなされるであろうから、問題となるのは郵送の場合である。直接持参をした場合と郵送の場合とで、直接持参をした申立人の方が自己の権利保護に熱心で真面目な申立人であり、郵送した申立人は執行手続の遅延を企てているとはいえないから、両者の取り扱いが別々になるのは妥当ではない。

却下説の論拠(2)の点は、移送説にとつて全く問題がないわけではないにしても、移送説の論拠(3)にあるように、抗告状の提出の有無を抗告裁判所に照会する方法があり、移送説に対して決定的ダメージを与えるものではない。この点につき、移送説に立つ判例は、移送すると「執行抗告の申立期間が経過しても、原裁判が確定したかどうかが原裁判所に当然に明らかでないことになり、そのため執行抗告を許す裁判の確定をまつて進行すべき次の手続が、原裁判所に抗告状の提出があつた場合に比し遅延することにはなる」ことは認めつつも、執行抗告の期間が「一週間と短く定められており、しかも事件の移送は特に長期間を要するものではないうえに、必要があれば抗告状の提出の有無を抗告裁判所に照会する等の方途もあるから、移送すべきものと解したからといつて、民事執行法が執行抗告につきその第一〇条によつて達成しようとした趣旨・目的に著

しく背馳する結果となるものということはできない」[15]としている。本来、裁判が確定したか否かは裁判所にとつて重要事であり、また、抗告裁判所への照会等面倒なことはなるべく避けたいと考えているようにみえる裁判所が、それよりも抗告権の保障の方に重きを置き、不都合な点は抗告裁判所への照会等で除去することができる旨述べている右判例は高く評価されるべきであるし、説得力がある。

四、右にみたとおり、移送説が正当であるが、移送を要するのは、移送をすればその執行抗告がなお適法として維持される可能性がある場合である。抗告裁判所に執行抗告状が抗告期間経過後に提出された場合、移送の裁判をする前に抗告理由書提出期間（民執法一〇条三項）が経過したのに理由書が提出されない場合などは、抗告裁判所は抗告を不適法として却下すべきで[16]、移送する必要はない。なお、抗告期間遵守の効力は、抗告裁判所に抗告状を提出したときに生じ[17]、抗告期間内に原裁判所に到達するように移送しなければならないわけではない。

五、折衷説は、裁判の確定の有無を知るため、全国の高等裁判所およびその支部にまで照会すべきであるとなると、実際上煩瑣にたえないから、執行抗告の抗告状が本来の管轄裁判所である抗告裁判所に提出された場合にのみ移送を認める。これに対しては、管轄裁判所である抗告裁判所以外の高等裁判所に抗告状を提出するのは、きわめて稀なことであろうから、裁判の確定の有無の確認の照会は、本来の管轄裁判所たる抗告裁判所に対してのみなせば足り、万一、その稀な場合が生じた場合は、関係人の申立てまたは職権で執行裁判所が原状回復に必要な措置をとることができることから、移送を認める場合を、折衷説のように、本来の管轄裁判所である抗告裁判所に提出された場合に限る必要はないとの批判がなされている[18]。私もこれに賛成したい。

（1）　たとえば、三ケ月章・民訴法二六〇頁、小室直人・上訴制度の研究二七九頁、新堂幸司・民訴法（第二版）七七頁、斉藤秀夫編・注解民訴法(1)一七五頁、同(6)三二六頁など参照。

（2）　山田二郎・金法九九三号一三頁、これは、東高決昭和五六年五月二五日判時一〇〇六号五四頁の判例評釈である。

（3）　判タ四五六号一〇二頁コメント、竹下守夫「民事執行法に関する判例統一の必要」法教二〇号一一九頁参照。

（4）　本件は、特別抗告（民訴法四一九条ノ二）として申し立てられているが、最高裁は、これを執行抗告として扱つた。本件抗告人は、売却許可決定に対する執行抗告却下決定に対して、特別抗告の申し立てをした。右執行抗告却下決定は、抗告理由書不提出のためであつた（民執法一〇条五項）。この場合、再度執行抗告ができる（民執法一〇条八項）。したがつて、特別抗告をすることはできないから、右特別抗告は不適法として却下すればよい。ところが、特別抗告が形式的要件を欠いていても、他の不服申立てとみる余地がある場合は、救済をはかるのが判例の立場であり（最決昭和四六年九月一〇日裁判集一〇三号四九七頁）、本件最高裁もこの立場に従つた。

（5）　判タ四七七号八七頁、判時一〇五二号六六頁。

（6）　鷺岡康雄・本件解説・季刊実務民事法1二四一頁。

（7）　却下説に立つ学説としては、田中康久・新民事執行法の解説（増補

改訂版）三六頁、同・注釈民事執行法（香川保一監修）1二四九頁、住吉博・判評二七二号（判時一〇一〇号）四四頁、宮崎光雄・金法九五二号二五頁。判例としては、東高決昭和五六年二月一七日判時九九八号七〇頁、同昭和五六年六月二三日判時一〇一〇号五二頁、同昭和五六年七月二九日判タ四五六号一〇二頁など。なお、最高裁判所事務総局編・民事執行事件執務資料㈡三頁も却下説をとるが、「運用としては、抗告人が直接高裁に抗告状を持参した場合には、原審に提出するよう窓口指導を行い、郵送された場合で抗告期間内に原審に到達するよう転送できるときは、抗告人提出の郵便切手を利用して原審に送付する取扱いも考えられる」とする。

(8) 移送説に立つ学説としては、石川明・判タ四七〇号二頁、浦野雄幸・逐条概説民事執行法（全訂版）五〇頁、同・NBL二六一号三九頁、竹下守夫「執行機関に対する不服申立」民事執行法の基本構造七七頁、同・判例評釈・判タ四七二号二五六頁、斉藤秀夫編・講義民事執行法一〇三頁、斉藤秀夫・本件評釈・民商八八巻三号三七三頁など。判例としては、東高決昭和五六年五月二五日判時一〇〇六号五四頁、同・昭和五六年八月二八日判タ四五六号一〇三頁、同・昭和五六年九月二九日判タ四五五号一〇三頁などがある。

(9) 浦野・前掲概説五〇頁、東高決昭和五六年九月二九日判タ四五五号一〇三頁。

(10) 山田・前掲一五頁。

(11) 山田・前掲一四頁、石川・前掲三頁。

(12) 田中・前掲注釈1二四九頁。

(13) 田中・前掲注釈1二四九頁。

(14) 竹下・前掲評釈二五八頁。

(15) 東高決昭和五六年五月二五日判時一〇〇六号五五頁、東高決昭和五六年九月二九日判タ四五五号一〇三頁も、「原裁判所及び関係人が原裁判の確定の有無及び時期を知ることの困難は、執行抗告状の提出に関し原裁判所と抗告裁判所が適時に連絡をとるなど実務上の処理により簡便にこれを除去することができるから、移送の措置をとることの妨げとみる必要はない」とする。

(16) 竹下・前掲評釈二五八頁、斉藤・前掲本件評釈三八二頁。

(17) 竹下・前掲論文七七頁、山田・前掲一五頁。

(18) 竹下・前掲評釈二五八頁、斉藤・前掲本件評釈三八二・三八三頁。

栂　善夫