

Title	動産引渡命令に対する第三者の救済
Sub Title	Schutz von Dritten beim Herausgabebefehl der beweglichen Sache
Author	石渡, 哲 (Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.1 (1994. 1) ,p.75- 93
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940128-0075

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.

研究ノート

動産引渡命令に対する第三者の救済

石 渡 哲

一 はじめに

二 「動産引渡命令」の創設の経緯

(一) 旧法下での判例、実務および学説

(二) 民事執行法二二七条制定の過程

(三) 民事執行法二二七条と民事保全法六二条

三 動産引渡命令の性質

四 動産引渡命令発令の要件

五 第三者の救済

(一) 引渡命令発令手続の瑕疵に基づく救済

(二) 実体上の占有権原に基づく救済

(三) 差押えの手続の瑕疵に基づく救済

一 はじめに

民事執行法の法文上、動産の差押えは執行官がその動産を占有して行うのが原則であり、執行官が相当であると認める場合に、債務者にこれを保管させることができることになっている(民執二三三条一項・三項)。民事執行法施行前(以下では、「旧法下」という)においては、債権者が同意したとき、およびその運搬に重大な困難があるときに、債務者に保管させることができることになっていた(民訴旧五六六条一項・二項)。しかし旧法下の実務では、債務者に保管させるのが原則であったといわれている。現行法下でもおそらく債務者の保管が実務上の原則であろう。そこで、保管を任された債務者が占有を第

三者に奪われたり、あるいは当該動産を第三者に譲渡して占有もこれに移転してしまうことがある。また、執行官は差押債権者ないし倉庫業者などの第三者に差押物の保管を任せることもできる（民執一三四条、民執規一〇四条一項）が、これらの者が占有を侵奪されること、あるいは差押物を別の第三者に譲渡して占有も移転してしまうこともありうる。右の譲渡は差押えとの関係では無効であるし、占有移転によって差押えの効力が消滅するわけでもない⁽²⁾。したがって、これらの場合に執行官は差押物を占有する第三者に対しその返還を求めることができるが、第三者が任意に返還しないときに、いかなる措置を執ることができるか、具体的には、特段の債務名義などがなくとも独自の権限で第三者から当該動産を取り戻すことができるか否かが、問題になる。また、執行官が直接差押物を占有している場合でも、その占有が第三者によって侵奪されることが考えられないことではないが、そのときにも執行官の取戻しの可否が問題になるであろう。

これらの問題について旧法下では明文の規定がなかった。後述のように二（一）二（一）⁽¹⁾、一部の学説は、執行官の取戻しを認めていたが、そのための理論構成には無理があった。そのためであるが、執行官の取戻しを認めないのが実務の一般的な取扱いであった。

ちなみに、旧法下では上記の問題は、——多くの場合不動産についてなされる——占有移転禁止（現状変更禁止）の仮処分

において主観的変更があった場合に、執行官にいわゆる点検執行として第三者の占有を排除することができるか否かという問題と、同質のものと考えられるとともに、実務上後者の問題のほうがよりしばしば生じたため、これに付随して論じられることが多かった。しかし、占有移転禁止の仮処分命令の正文が動産の差押命令の文言を借用したものであり、したがって理論的にはむしろ動産執行の場合の措置を占有移転禁止の仮処分の場合に準用するという順路が採られたのである⁽⁴⁾。さらに、学説中には後述の小室直人教授の所説二（一）二（三）⁽³⁾のように、両者において執るべき措置は異なる、と解するものもあった。

いずれにせよ、差押物を第三者が占有するにいたった場合に、執行官の取戻しが認められないならば、手続の安定と効率が悪くなれること著しい。そこで、民事執行法の制定にあたり立法者はこの問題の解決を図るため、新たに同法一二七条をもって「動産引渡命令」の制度を設けた。すなわち、右の場合執行裁判所は差押債権者の申立てにより第三者に対して差押物の執行官への引渡しを命じることができることにしたのである。しかし、かような制度が設けられると、差押物を占有する第三者が差押物につき正当な占有権原を有しているにもかかわらず、引渡命令が発令される可能性がある。その場合には、第三者になんらかの救済方法が与えられなければならないはずである。また、差押手続自体が違法な場合、もしくは引渡命令の発令手続に瑕疵がある場合にも、第三者はこの点を主張して救済を求め

ることができなければならぬ。しかしながら、これらの場合に第三者に認められる救済方法が何であるかは、条文上当然に明白なわけではない。本稿ではこの救済方法いかんの問題を検討したいと考えている。

しかし、この問題は動産引渡命令の法的性質いかん、すなわちこれが債務名義であるのか執行処分であるのかという点、およびその発令の要件いかんとも関連しており、さらに、これらの点は動産引渡命令の制度の創設の経緯ともかかわりがある。

したがって、第三者に認められる救済方法いかんの問題の検討に先立って、これらの諸点が論じられることになるであろう。⁽⁵⁾

- (1) たとえば、吉川二郎『強制執行法』五九頁（法律文化社、改訂版、一九五八年）、西村宏一・貞家克己編『執行官法概説』二二九—二三〇頁（法曹会、一九六九年）、並木茂「申立・差押(5)」上谷清ほか編『強制執行・競売の基礎』二二二頁（青林書院新社、一九七七年）、宮脇幸彦『強制執行法（各論）』七〇頁（法律学全集、有斐閣、一九七八年）。

- (2) 田中康久『新民事執行法の解説』二八二頁（金融財政事情研究会、増補改訂版、一九八〇年）、香川保一監修『注釈民事執行法』五三—五五頁（宇佐見隆男）（金融財政事情研究会、一九八五年。以下では、『注釈民法』(5)と表示する）。

- (3) 近藤完爾『点検執行覚書』『民事訴訟論考四卷』四頁（判例タイムズ社、一九七八年、初出、判タ一五〇号（一九六三年））。近藤完爾『浅沼武編『民事法の諸問題Ⅲ』へ判例タイムズ社、一九六九年』にも所収。以下では、『民訴訟論考四卷』から引用する。並木・前掲論文注(1)一—三二頁。小室直人「執行吏占有の性質」吉川大

二郎博士還暦記念『保全処分の体系（下）』五七—五七八頁（法律文化社、一九六六年）参照。

- (4) なお、小室・前掲論文注(3)五八三頁注(55)によると、ドイツでは不動産について占有移転禁止の仮処分がなされることはなく、もっぱら動産の差押えとの関連で問題が生じていたようである。ドイツの学説、判例については、佐竹新也「差押後第三者が差押物の所持を取得した場合の取戻の適否」『司法研修所創立十五周年記念論文集（上）』三五八頁以下（司法研修所、一九六二年）、小室・前掲論文注(3)五六〇頁以下参照。

- (5) 動産引渡命令につき規定する民法一二七条に関する本稿で取り上げる問題も含む解釈上の諸問題についての私の見解は、近々公刊されることになっている。石川明・小島武司・佐藤歳二編『注釈民事執行法（下）』（青林書院）の私が執筆を担当する一二七条の解説において披瀝する予定である。この注釈書における解説と本稿での論述とに重複する部分があることを、お断りしておかなければならない。

二 「動産引渡命令」の創設の経緯

(一) 旧法下での判例、実務および学説

1 判例、実務

旧法下で、差押動産の占有が第三者に移転した場合の執行官⁽⁶⁾の実力による占有の回復の可否が問題になった判例は、私の知るかぎりでは一件あり、それは執行吏のかような回復を

認めている。⁽⁷⁾しかし、これを原則として認めず、せいぜい第三者が債務者と通謀し一体となって執行妨害にでるような場合であるとか、第三者の侵害行為が進行中もしくはその直後であったり自力救済が許される場合に、例外としてこれを認めるといふ考え方が、実務一般を支配していたようである。⁽⁸⁾右の判例は旧法下において異例なものであったといえよう。

このような実務の取扱いの基礎には、占有移転禁止の仮処分におけるいわゆる主観的変更の場合執行官(吏)は点検執行として実力で占有を回復することはできないとした、昭和三〇年(一九五五年)代以降の実務の扱いの基礎におけるのと同様の考え方があったものと、推測される。

2 学説

旧法下の学説は、執行官(吏)の実力による占有の回復を認めるもの(以下では、「積極的」といふ)、これを認めないもの(以下では、「消極的」といふ)、および、占有の回復のために執行官(吏)が占有回収の訴えを提起することを提案するもの(以下では、「占有回収の訴え説」といふ)に大別することができる。ただし、同じ結論に至る学説でも、その理論構成は必ずしも同じわけではない。

(一) 積極説

澤栄三氏⁽⁹⁾は、執行吏の占有につき公法説に立つてつぎのように主張された。執行吏の占有の侵害に対しては、公物の管理者

がその占有を奪われた場合、公物設定の目的上特別の規定をまたずにこれを維持するための処分を当然になしうるので同様に、特別の規定がなくとも占有の維持、回収が可能である。たしかに積極説を認めるための規定はないが、個々の規定の欠陥は解釈により補う余地があり、執行吏が占有を回復できないのは不当であるから、回復は債務者に対する執行(の一環)として債務者に対する手続法、具体的には、民訴旧五三六条・五三七条(民執一三三二条二項・六条一項・七条に相当)の類推により可能になる、と。

近藤完爾氏は、執行処分ないし差押えの効力から積極説を以下のように理由付けられた。⁽¹¹⁾「請求権満足または保全のため執行により事実的形成の第一歩が踏み出されると、その後の処分は手続続行を妨げる範囲において無効とされるし、また執行によって第三者の実体上の権利行使は少しも拘束を受けないが執行法上の効果として差押による事実的形成を無形式に否認することはできない。」「執行手続の続行を妨害するような行為がなされたときは迅速円滑な執行をなすべき職責を持つ執行吏は執行機関としてこれが排除をなすべき職務を負い、これに必要な権限を有するもので」ある。

ただし積極説の主張者の中にも、第三者が債務者から占有を承継したのではなく奪取した場合については、執行官は、自力救済として第三者の占有を排除できるとき以外は、差押物の実力による取戻しはできない、と解しているものがあつた。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

以上の積極説に対してつぎのような批判が提起されていた。

まず、澤氏に対して、同氏と同様執行吏の占有につき公法説の立場に立たれる吉川大二郎博士はつぎのように批判された。⁽¹⁴⁾
澤氏の見解は、「あらゆる面で國家を個人に優先せしめる權力主義的ないし權威主義的な考え方に通じるもの」であり、かつ、

執行吏の占有と公物の管理の同一視も比較できないものを比較するものであつて、しかも、公物の場合でも管理者は侵害者に対して特別の規定なしに公物の管理権の作用として強制力をもつて奪取を図ることはできない。また、第三者からの占有回復を債務者に対する執行の続行とみることも、執行行為自体の続行と執行の効力の存続とを混同するものである、と（後に紹介する佐竹新也氏の積極説批判もこれと同じ趣旨である）。その後の学説においても、執行官占有の性質はこの問題の解決の決め手にはならないものと、明言するものがあつた。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

つぎに、近藤氏等の見解については、後述の宮脇幸彦教授が指摘されたように、執行官は第三者に対する執行の権限を、少なくとも当然には、有しておらず、執行官がこれを有すると解するためには、特段の理論構成が必要ならずである。先の近藤氏の論述は、執行機関にこの権限があるということを、当然の前提にしてなされたものであつて、その理由付けがなされているとは思われない。

また、積極説の基礎には、執行官が第三者の占有を排除できなければ、執行の実効性が確保できないとの認識があるように

思われる。かような認識は、それ自体うなずけるものではあるが、そのことから特段の規定がないのに第三者に対する強制力の行使を執行官に認めることには、論理の飛躍があるのでないだろうか。⁽¹⁸⁾

(2) 消極説

宮脇幸彦教授は、執行官が差押物の占有を失つただけでは差押えの効力は消滅しないが、執行官は本来第三者に対して執行の権限を有していないし、さらに、執行官に差押物と第三者が占有中の物との同一性を認定し、また第三者の正当な権原の存否を審査して、取戻しの可否を判断させるのは不適當であるとの理由で、消極説を主張された。⁽¹⁹⁾

消極説の主張者の中には、第三者を債務者と同視すべき場合、たとえは、債務者と一体となつて執行妨害をしている場合、および自力救済が認められる場合には、執行官による取戻しが可能であると解するとともに、差押債権者が債務者を代位して第三者から差押物の取戻訴訟を提起する解決策を提案するものもあつた。⁽²⁰⁾

(3) 占有回収の訴え説

佐竹新也氏と小室直人教授は占有回収の訴え説を主張されたが、その理由付けは異なる。

佐竹新也氏はまず、第三者の占有の性質から積極説を批判された。⁽²¹⁾ すなわち、第三者が占有を債務者から承継した場合でも、侵奪した場合でも、そして、執行吏の占有につき公法説を前提

にしても、私法説を前提にしても、第三者の占有は原始的占有であり直接占有であるから、執行吏の取戻しは新たな執行行為であって、差押えの続行ではない。それゆえ、執行吏の取戻しを差押えと一体となった執行行為とみる積極説は誤りである。と。そのうえで佐竹氏は、差押物の保管を任された債務者が第三者に占有を移転した場合、公法説を前提にすれば、執行吏の公法的占有が侵奪されたことになり、私法規定の類推により、また、私法説を前提にすれば、私法の規定の直接の適用により、執行吏による占有回収の訴えの提起が可能である、と主張されるときにも、債務者の第三者に対する所有権に基づく差押物返還請求権を差し押さえて取り立てることにより、差押物を第三者から取り戻す方法も可能である、と指摘された。⁽²²⁾

小室直人教授は、占有移転禁止の仮処分の場合については、積極説を支持されたが、動産の差押えの場合は、第三者の即時取得が成立すること、あるいは動産の同一性の識別が困難なこともあり、その点の判断を執行吏に期待することはできないとの理由で、執行吏による取戻しは原則として認めず、ただ例外的に自力救済が認められる場合、および、差押物の同一性がきわめて明白で、かつ即時取得の不成立を何人も疑わないような場合に限って、これを認められた。そして、執行吏の占有が公法上の原因によるものであるとしても、民法の占有の規定が適用ないし準用されることはありうるとして、執行吏が占有回収の訴えにより占有を回復できる、と主張された。⁽²⁴⁾

占有回収の訴えに対しては、執行官の占有といっても、執行官が国の機関として行動しているいじょう、国の機関としての占有であり、占有権の帰属主体は国であるから、執行官個人の占有訴権は認められず、国に占有権を認める余地はあるが、実務上その行使は期待できず、また費用の負担などの点でも問題が残る、との批判があった。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

（二）民事執行法一二七条制定の過程

1 民事執行法制定作業開始以前

たしかに、上述のように、積極説には理論的に無理があるもので、旧法下の実務において消極説が支配的であったのはやむをえないことであった。しかし、差押物の占有が第三者に移った場合、執行官にはこれを取り戻すことができないのでは、執行手続の実効性と安定性が著しく損なわれる。占有回収の訴え説によるとしても、この場合の対策としてあまりにも迂遠である。このため立法的措置が待たれていた。すでに昭和三〇年（一九五五年）には、日本弁護士連合会が、後に立法された民事執行法一二七条の内容と同様の立法的措置を執ることを要望する旨の、決議をしていたとのことである。学説においても立法的措置の必要性を説くものがあつた。⁽²⁷⁾

民事執行法一二七条による動産引渡命令の制度はこれらの要請に応えるものであつた。ただし、同法制定以前においてすでに自動車及び建設機械強制執行規則七条ノ二第一項が以下のよ

うな規定により引渡命令の制度を設けていた。なお、同規則は一九五二年（昭和二十七年）に制定されたが、七条ノ二は一九五三年（昭和二十八年）に挿入されたものである。

（自強規七条ノ二第一項）

差押の効力が生じた時に債務者の占有にあった自動車等をその後占有するに至った債務者以外の者がこれを執行官に提出することを拒むときは、裁判所は、差押債権者又は執行力のある正本に基づき配当を要求する債権者の申立により、自動車等を占有する者に対し、これを申立人の委任する執行官に引き渡すべき旨を命ずることができ。但し、その占有が差押をもって対抗することができない権利に基づくものであるときは、この限りでない。（同条の制定当初は、「執行官」が「執行吏」であり、「自動車等」が「自動車」であった。一筆者）

この規定が民執法一二七条の先駆となったのであるが、ただ、この規定においては、第三者が占有権原を有するときは、これに対して引渡命令を発することはできないものとされていたことに、注意する必要がある。

2 民事執行法制定作業開始以後

周知のように、民事執行の制定作業は一九五二年（昭和二十七年）の法務大臣の諮問²⁹を受けて法制審議会において開始されたものである。同法制定に至るまでに、中間案というべきものとして、まず一九七一年（昭和四六年）一二月に法務省民事局参事官室から「強制執行法案要綱案（第一次試案）」（以下では、

「第一次試案」という）が公表され、ついで、これに対して各方面から提出された意見を参考にして、一九七三年（昭和四八年）九月に同じく法務省民事局参事官室から「強制執行法案要綱案（第二次試案）」（以下では、「第二次試案」という）が公表された。第二次試案に対して各方面から提出された意見をふまえて、法制審議会は一九七七年（昭和五二年）二月に前記諮問に対する答申として「民事執行法（仮称）案要綱」（以下では「民執法案要綱」という）を法務大臣に提出した。この民執法案要綱に基づいて国会に提出された「民事執行法案」が立案された。³⁰

民執法一二七条のもとになったのは、第一次試案百六、第二次試案第八十二および民執法案要綱第一強制執行・二金銭債権に基づく強制執行・（三）動産に対する強制執行10である。それらは、表現上の相違はあるが、内容的にはいずれもまったく同じであるので、すべてを引用するのはいささか冗長にすぎることが、正確を期するために、以下にあえてこれらを紹介することにする。

（第一次試案百六 差押物の返還命令）

1 差押えの後に第三者が差押物を占有した場合において、第三者が差押物を執行官に返還することを拒むときは、執行裁判所は、債権者の申立てにより、その第三者に対し、差押物を執行官に返還すべき旨を命ずることができるものとする。ただし、その占有が差押えに対抗することができる権利に基づくものであるときは、

この限りでないものとする。

2 前項の申立てに関する裁判に対しては、執行抗告をすることができるものとし、確定した返還命令は、執行力のある債務名義と同一の効力を有するものとする。

（第二次試案第百八十二 差押物の返還命令）

1 差押えの後に差押物を占有した債務者以外の者が差押物を執行官に返還することを拒むときは、執行裁判所は、債権者の申立てにより、その者に対し、差押物を執行官に返還すべき旨を命ずることができるものとする。ただし、その占有が差押えに対抗することができ権利に基づくものであるときは、この限りでないものとする。（自強規七の二）

2 へ第一次試案第百六二と同じ文言）

（民執法案要綱第一・二（三）10）

(イ) 執行裁判所は、債権者の申立てにより、差押えの後にその動産を占有した第三者（権原に基づき占有する者を除く。）に対し、これを執行官に返還すべきことを命ずることができるものとする。

(ロ) (イ)の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができるものとし、確定した返還命令は、執行力のある債権名義と同一の効力を有するものとする。

これらが民執法一二七条になったのであるが、立法の最終段階で第一次試案第百六二但書、第二次試案第百八十二但書および民執法案要綱第一・二（三）10（イ）のカッコ内にあたる部分が削除され、国会に提出された民事執行法案においてはこれら

に該当する文言はなくなった。したがってこの段階で、第三者の正当な占有権原の存在は引渡命令発令の消極的要件ではなくなったわけである。このように立法の方針が変更されるに至った経緯を明らかにする資料は、私の知るかぎり、存在しないようである。⁽³¹⁾

また、第一次試案第百六二、第二次試案第百八十二および民執法案要綱第一・二（三）10（ロ）から、立法者が動産引渡命令を債務名義と考えていたことが判明する。⁽³²⁾

（三）民事執行法一二七条と民事保全法六二条

前述のように、従来、差押動産の占有が第三者に移転した場合の問題と、占有移転禁止の仮処分の執行後に占有が第三者に移転した場合の問題は、通常同様のものとして検討されていたところ、前者については民執法一二七条により立法による解決が図られた。他方後者についても、一九八九年（平成元年）一月に公布された民事保全法がその六二条をもって立法的解決を図った。この規定によると、執行官による第三者の占有の排除は行われず、本家で勝訴した仮処分債権者が、仮処分の効力としての当事者恒定力により、第三者に対する執行を——従前よりもはるかに——容易に執行文を得たうえで、なしうることになった。⁽³³⁾つまり、前者においては執行官による取戻しが可能になったのに対して、後者においてはそれは認められないが、しかし仮処分債権者は、本家で勝訴したのちに、第三者に対し

でも容易に執行できることになった。両者を比較すれば、前者の解決方法がより直截であるといえるであらう。³⁴⁾

(6) 周知のように、執行官は、昭和四一年(一九六六年)の執行官法の制定以前は、「執行吏」といわれていた。当然のことながら、以下で引用する判例、学説のうち同法制定以前のものにおいては、「執行吏」という言葉が、以後のものにおいては「執行官」という言葉が使われている。本稿での引用にあたっては、もとの判例、学説で使われている言葉をそのまま用いることにする。

(7) 東京地決昭和三七一年一月二五下民集二三卷一〇号二一四九頁判タ一三九号二五二頁(判タ誌では、裁判の日付が「昭和三七一年一月二六日送達告知」となっている)。

(8) 『執行官提要(民事裁判資料九五号)』一七頁(法曹会、初版一九六八年)。中川善之助「兼修『強制執行・競売(実務法律大系7)』三一〇頁(大島崇志)(青林書院新社、一九七四年)は、執行官が「強制的に取り戻すことはできないと解されている」と述べている。執筆者が実務家であることから、これは実務の状況を述べたものと、推測される。

民事執行法施行後に公刊された文献でも、このことを指摘するものが多数ある。たとえば、田中・前掲書注(2)二八二頁、最高裁事務総局編『条解民事執行規則』三五三―三五四頁(法曹会、一九八〇年)。以下では、「条解規則」と表示する。『ジュリスト増刊・民事執行セミナー』二五六頁(浦野雄幸発言)(有斐閣、一九八一年。以下では、「民事執行セミナー」と表示する。鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法4』一八六頁(井上稔)(第一法規、一九八五年。以下では、「注解民執法(4)」と表示する。注釈民執法(5)三五二頁(宇佐見)、浦野雄幸「条解民事執行法」五六八頁(商事法

務研究会、一九八五年)など。

(9) 昭和二四年(一九四九年)に公表された論文である、澤栄三「執行吏占有と第三者の侵害排除」『保全訴訟研究』二四〇―二四二頁(弘文堂、一九六〇年。初出、経済関係新判例三卷二号)一九四九年)。以下では、「保全訴訟研究」から引用する。は、大阪区裁判所、大阪地方裁判所では点検執行による第三者の占有の排除は認められていなかったが、東京地方裁判所執行吏役場ではこれが行われていたと報告している。また、昭和三七年(一九六二年)に発表された、岡村治信「現状変更禁止仮処分の本質と効力(二・完)」判タ一三三二号一三頁は、東京高裁管内ではこれを行っていたが、その他の裁判所ではほとんど行っていない、と報告している。ただし、吉川大二郎「占有移転禁止の仮処分の効力」『増補・仮処分の諸問題』六四―六五頁(有斐閣、一九五八年。初出、民訴雑誌一号)一九五五年)。以下では、「増補・仮処分の諸問題」から引用する。では、昭和二〇年代の大阪地裁、大阪高裁の判例の中にこれを認めるものがあることが報告されている(大阪地判昭和二三年六月一九日、大阪地決昭和二四年四月三〇日、大阪高判昭和二四年四月九日)。

民事保全法制定後の文献であるが、山崎論『新民事保全法の解説』二九七―二九八頁(金融財政事情研究会、一九九〇年)は、昭和二〇年代までは点検執行による第三者の占有排除が行われていたが、昭和三〇年代以降は行われなくなった、と述べている。

(10) 澤・前掲論文注(9)二五〇頁以下。

ただし、澤氏の論文は本来占有移転禁止の仮処分のさいの点検執行としての第三者占有の排除の可否を論じるものである。しかし、同氏は、有体動産の差押えのさいの執行吏の取戻しを可能としたうえで、占有移転禁止の仮処分の場合も同様であるとの理論構成を行っている。ここで引用した論述は有体動産の差押えに関する論

述でもあるといえる。

- (11) 近藤・前掲論文注(3) 一五一―一六頁。
 近藤氏の論文も占有移転禁止の仮処分に関するものである。しかし、同氏自身がこの問題に関する事案で裁判官となされた裁判(注(7)に引用した判例)において、論文におけるのと同じ趣旨を判示されていることから、同氏は有体動産差押えのさいの問題についても積極説を正当と解しておられるものと、みなすことができよう。
- (12) 並木・前掲論文注(1) 一三三―一三四頁。
- (13) そのほか、鈴木忠一「三ヶ月章編『注解強制執行法2』」一〇一頁〔上谷清〕(第一法規、一九七六年)も、積極説をとることを、示唆してゐる。
- (14) 吉川・前掲注(1)強制執行法五九頁。
- (15) 吉川・前掲注(9)占有移転禁止の仮処分の効力六八―六九頁。吉川博士の論述も占有移転禁止の仮処分に関してなされたものであるが、その趣旨は動産の差押えの場合にも妥当するであろう。
- (16) 佐竹・前掲論文注(4) 三七二頁、鈴木「三ヶ月編・前掲書注(13) 一〇〇頁〔上谷〕、並木・前掲論文注(1) 一三三頁。
- (17) 執行官占有の法的性質(私法上の占有か公法上の占有か)は、かつて活発に議論された問題である(たとえば、小室・前掲論文注(3) 五六〇頁以下、岩野徹ほか「有体動産の差押へ強制執行セミナー」一頁以下〔有斐閣、一九六六年〕、鈴木「三ヶ月編前掲注(13)注解強制執行法(2) 九〇頁以下〔上谷〕」参照。ドイツの学説については、小室・前掲論文を参照)。しかし、占有移転禁止の仮処分のさいの点検執行としての第三者の占有の排除の可否の問題においてまさにそうであるが、実務上生じた問題の結論を出すのに、執行官占有の法的性質は必ずしも決め手にならず、この議論がどこまで

実益のあるものであるかは、率直にいつて疑問である。

- (18) 吉川・前掲注(9)占有移転禁止の仮処分の効力七四頁も、占有移転禁止の仮処分との関連で、実際の効用の減殺から第三者に対する強制力の行使を執行吏に許すことは、本末転倒である、と述べている。
- (19) 宮脇・前掲書注(1) 七五頁。
- (20) 田倉整「執行吏の差押物に対する占有離脱と取戻」兼子一編『民事訴訟法(下)(実例法学全集)』七四―七五頁(青林書院新社、一九六五年)。
- (21) 佐竹・前掲論文注(4) 三六三頁。
- (22) 佐竹・前掲論文注(4) 三七五頁。
- (23) 小室・前掲論文注(3) 五七九―五八〇頁、同「占有移転禁止の仮処分」松村俊夫裁判官還暦記念論文集「仮処分の研究(下)」一頁以下、とくに一六頁以下(日本評論社、一九六六年)。
- (24) 小室・前掲注(3)執行吏占有の性質五八〇―五八一頁以下。
- (25) 鈴木「三ヶ月編・前掲注(13)注解強制執行法(2) 一〇〇―一〇一頁〔上谷〕」。
- (26) そのほか、並木・前掲論文注(1) 一三三頁も、必ずしも明確な理由を示していないが、占有回収の訴説に反対している。
- (27) 佐竹・前掲論文注(4) 三五八頁による。
- (28) 佐竹・前掲論文注(4) 三八〇頁、小室・前掲注(3)執行吏占有の性質五八一頁。
- (29) 諮問第一二号、「強制執行及び競売に関する制度を改善する必要があるとすれば、その要綱を示されたい」。諮問第一三号、「執行吏制度を改善する必要があるとすれば、その要綱を示されたい」。
- (30) 民事執行法制定の過程については、多くの著書、論文があるが、たとえば、浦野・前掲書注(8) 一頁以下参照。

(31) 民事執行法の立法作業において重要な役割をはたされた浦野雄幸教授(立法作業当時は、法務省民事局参事官)による同法の解説においても、この点は明らかにされていない。浦野・前掲書注(8)六頁以下、同「民事執行法の概説」NBL二六八号三六一三七頁参照(一九七八年)。たしかに浦野教授は、引渡命令発令の段階で占有者の占有権原の有無や内容を審査するのは適当でない旨の発言をしておられる(「民事執行セミナー」二五七頁〔浦野発言〕)が、かような考え方に基づいて当初の方針が変更された経緯には言及されていない。

(32) すでに、永田誠一「差押物の引渡命令と善意取得者」大石忠生ほか編『民事執行訴訟法(裁判実務大系7)』三五三頁(青林書院、一九八六年)が、本文における論述と同じことを立法の経緯に基づいて述べている。

(33) 山崎・前掲書注(9)二九六頁以下参照。

(34) 立法者が動産差押えの場合と占有移転禁止の仮処分の場合とで本文で述べたような異なる措置を規定した理由は、明らかでない。しかし両者には次のような違いがある。すなわち、前者は有体動産につき行われるので、当該動産を執行官が取り戻さないならば、そのあいだに占有が転々と移転し、第三者の善意取得が成立する可能性が大きい。他方、後者は通常不動産につき行われるが、不動産については即時取得がないので、本案訴訟の係属中目的不動産を第三者が占有していても、仮処分の効力としての当事者恒定力が認められれば、本案で勝訴した仮処分債権者の執行は可能である。かような両者の違いから前記の異なる扱いには合理性があるといえる。

三 動産引渡命令の性質

動産引渡命令の性質については、これを債務名義であるとする見解⁽³⁵⁾(以下では、「債務名義説」という)と、執行処分であるとする見解⁽³⁶⁾(以下では、「執行処分説」という)がある。動産引渡命令の性質を表すのに、「債務名義類似」、「保全的な債務名義」もしくはこれらに類似した表現を用いる学説をも債務名義説に入れるならば、同説が通説であるということができる。動産引渡命令の性質いかんは、後述のように(五)(二)3、引渡命令の執行に対して当該動産を占有する第三者が差押えに對抗できる占有権原に基づいて請求異議の訴えを提起できるか否かという問題と関連する。

債務名義説に対する疑問を提起された中野貞一郎教授は、その理由として以下の諸点を挙げられた⁽³⁸⁾。第一に、差押債権者が第三者に対して差押物の引渡請求権を自己の権利として持っているとは、考えにくいこと。第二に、動産引渡命令は第三者に対する審尋を必ずしも行わずに発令されること。第三に、執行期間に制限があること。第四に、執行開始のために執行文の付与が不要と解されていること、である。

他方、債務名義説は以下の諸点を根拠にしている。第一に、立法者の意思ないし立法の経緯である。すなわち、前述の第一次試案第百六二、第二次試案第百八十二および民執法要綱案

第一・二(10)(9)が、引渡命令は債務名義であることを明言しており、また、立法担当者も同様の発言を行っていることである⁽⁴⁰⁾。第二に、第一の点の前提として、引渡命令に対する不服申立方法として立法者が執行抗告を認めたことである。すなわち、第一次試案、第二次試案、民執法要綱案の右に示した箇所において、不服申立てが執行抗告によるべきことが、債務名義性の前提であるかのような記述がなされている。またその後の学説においても、不服申立てが執行抗告によるべきことを、債務名義説の根拠として挙げているものがある⁽⁴¹⁾。第三に、動産引渡命令が執行処分であるとするならば、差押えを申し立てた執行官の職務区域外ではその執行はなしえないことになるが、差押物が右職務区域外に搬出される場合もあり、その場合にも執行が可能であることを前提に、立法がなされている（民執規一一〇条）ことである⁽⁴²⁾。第四に、動産引渡命令が強制執行の当事者でない第三者に対して発せられることになっていることである⁽⁴³⁾。

たしかに、一方で中野教授が挙げられる諸点、とくにその第一点、すなわち、差押債権者は自己への引渡請求権を持っていないという点には、説得力がある。債務名義説の主張者からも動産引渡命令の執行は差押債権者への占有移転を目的とするものではなく、執行官の占有回復の措置にすぎないから、狭義の強制執行とはいいたいの、指摘がなされているが⁽⁴⁴⁾、それは、少なくとも第一の点の内容自体は——そこから執行処分説を導

き出すことができるかと考えるか否かは、別として——正しいものと認めていることを、意味しているといえる。他方、債務名義説が掲げる論拠は、ひとつひとつでは、必ずしも理由付けとして決定的なものとはいいたいがたい。とくに、第二の、不服申立方法が執行抗告であることが、根拠として強調されることがある点には、注意を払う必要がある⁽⁴⁵⁾。立法者には、執行処分においても重要なものについては不服申立方法を執行抗告とすることもできるはずである。したがって、少なくとも不服申立方法が執行抗告であるということが一人歩きして、引渡命令の性質いかんについての決定的な根拠になると考えられているとしたら、問題である。

しかしながら、ここに挙げられた諸点を総合的に考慮すれば、やはり執行処分説ではなく債務名義説をもって正当と解すべきであろう。さらに、動産引渡命令が差押債権者の申立てによって発令され、職権によって発令されることはないということも、債務名義説を支持する視点の一つになるであろう。

ただし、たしかに動産引渡命令においては、その執行により形成された事実状態が後に第三者の正当な占有権原の存在により覆されることのあることが、はじめから予定されており、それゆえそれは保全的な性質を有するものである。したがって、執行力とともに給付請求権の存在を確定する既判力をも有する確定給付判決と比較するならば、引渡命令はいささかこれと異なり、薄弱な効力を有するにすぎないものであるといえる。確

定給付判決が債務名義の典型であるとの認識を前提にすれば、債務名義説に対する疑問が生じるのも、理由のないことではない。しかしもとより、既判力をもって実体関係を確定することが、債務名義であるための要件ではない。また、保全処分命令のように、保全的な債務名義の例は現行法上ほかにもあるので、動産引渡命令だけが特異なものというわけではない。そう考えるならば、前述の中野教授が挙げられた諸点も、債務名義説を採るための障害にならない。

要するに、動産引渡命令は、保全的債務名義であると解すべきである。債務名義説に対して疑問を提起された中野教授もその後、動産引渡命令は「一種の保全的債務名義たる性質を有する」ものであるとの見解を表明されている⁽⁴⁶⁾。

- (35) 田中・前掲書注(2)二八三頁、条解規則三五五頁注(2)、園尾隆司「民事執行規則の解説」手形研究二九四号四五頁(一九八〇年)、民事執行セミナリー二五六頁・二五七頁〔浦野発言〕、三ヶ月章「民事執行法」三四五頁(弘文堂、一九八一年)、竹田稔「民事執行の実務Ⅱ」三六一頁(酒井書店、一九八一年)、注釈民法法(5)三五二頁・三五九頁(宇佐見)、注釈民法法(4)一八七頁(井上)、浦野・前掲書注(8)五六九頁、深沢利一「民事執行の実務(中)」二二九頁(新日本法規、一九八三年)、竹下守夫ほか「ハンディコンメンタール民事執行法」二八三頁〔野村秀敏〕(判例タイムズ社、一九八五年)、浦野雄幸編「基本法コンメンタール民事執行法」三六〇頁(小林基郎・橋村春海)(日本評論社、新版一九九一年)、永田・前掲論文注(32)三五四頁。ただし注(37)参照。

- (36) 民事執行セミナリー二六〇―二六一頁〔中野貞一郎発言〕。ただし、注(46)参照。

上谷清「新しい動産執行の諸様相」竹下守夫・鈴木正裕編「民事執行の基本構造」四一八頁(西神田編集室、一九八一年)も執行処分説を支持しているのであろうか。

- (37) 注(35)に掲げた学説のうち、条解規則、竹田・前掲書、竹下ほか・前掲書〔野村〕は「債務名義類似」という表現を、深沢・前掲書はこれとともに「仮処分命令に準じる」という表現を、注釈民法法(5)〔宇佐見〕、注釈民法法(4)〔井上〕、浦野・前掲書、永田・前掲論文は、「保全的債務名義」という表現を、田中・前掲書は、「物の引渡しを求める断行の仮処分に準じて、債務名義に準じるもの」という表現を、園尾・前掲論文は「形式的には債務名義」という表現を用いている。

- (38) 注(36)に引用した中野教授の発言。

- (39) 民事執行セミナリー二五六頁・二五七頁〔浦野発言〕。

- (40) 永田・前掲論文注(32)三三三頁が立法者の意思ないし立法の経緯に言及している。

- (41) 条解規則三五五頁注(2)、民事執行セミナリー二五六頁・〔浦野発言〕、三ヶ月章・前掲書注(35)三四五頁、注釈民法法(4)一八七頁(井上)、浦野・前掲書注(8)五六九頁、竹下ほか・前掲書注(35)二八三頁〔野村〕、浦野編・前掲書注(35)三五九―三六〇頁〔小林・橋村〕。

- (42) 民事執行セミナリー二五六頁〔浦野発言〕、注釈民法法(5)三五七頁〔宇佐見〕、永田・前掲論文注(32)三五四頁。

- (43) 注釈民法法(5)三五七頁〔宇佐見〕。

- (44) 条解規則三五五頁注(2)、三ヶ月・前掲書注(35)三四五頁、浦野編・前掲書注(35)三六〇頁〔小林・橋村〕、深沢・前掲書注

(35) 二二九頁。

上谷・前掲論文注(36)四一八頁は、注(36)で述べたように、執行処分説を採るもののようにも解され、同説を前提にするならば当然のことであるが、動産引渡命令の執行を厳密な意味での執行とはみていないようである。

(45) 注(41)に掲げた学説は、座談会での発言である、民事執行セミナーの浦野発言をのぞいて、いずれも、債務名義説を採ることの根拠として不服申立方法が執行抗告であることのみを挙げている。

(46) 中野貞一郎『民事執行法』五〇〇頁(青林書院、第二版、一九九一年)。

四 動産引渡命令発令の要件

動産引渡命令発令の要件は、第三者が差押動産を占有していることと差押債権者の申立てがあることである。

発令の要件に関連して、第三者が正当な占有権原、すなわち差押債権者に対抗できる占有権原を有していても、動産引渡命令は発令されうるか、換言すれば、第三者の占有権原の存在は発令の消極的要件であるか否かが、問題になる。⁽⁴⁷⁾ なお、第三者が占有権原を有する場合としては通常、第三者が差押後に差押物につき所有権、質権などを即時取得した場合が考えられる。

しかし、第三者が差押前から占有権原を有している場合も、考えられないことではない。たとえば、第三者の所有物であるが、債務者がリース契約などにより占有している物、または第三者

が譲渡担保権を有する物もしくは所有権留保付きで売った物が差し押えられ、第三者がこれらの物を実力で引き上げたところ、差押債権者が動産引渡命令を申し立てるといったケースが、考えられる。⁽⁴⁸⁾

前述(二)(二)の立法の経緯から、第三者が正当な占有権原を有していることは、動産引渡命令発令の消極的要件にはならないものと解される。すなわち、動産引渡命令の先駆的制度といふべき自動車等の引渡命令においては、自動車等を占有する第三者が正当な占有権原を有するときには、発令できないものと規定されており(自強規七条の二第一項)、かつ、民事執行法制定の過程でも当初は同様な規定を設けることが予定されていたのに、立法の最終段階でかような規定が削除されたという経緯から、民事執行法は、第三者の占有権原を発令の消極的要件とはしない趣旨である、と解されるのである。そのことから、また、動産引渡命令の制度は、差押えの後に占有が移転した場合に、いったんにかく占有状態をもとに戻すことを目的とするものであるということができる。立法者は、実体法上適正な事実状態の形成は、第三者のインシチャティヴによって開始されうる手続、具体的には、後述のように(五)(二)、第三者異議訴訟によらせることにしたのである。⁽⁴⁹⁾ つまり、動産引渡命令の制度は、中野貞一郎教授が指摘されるように、第三者の占有権原につき起訴責任を転換するものであるということができ

第三者の占有権原の存在は発令の消極的要件にならないという点に関して、第三者が差押物について留置権を取得した場合、留置権は、引渡命令により差押物を取り戻されると、消滅してしまう(民三〇二条)ので、その存在は例外的に動産引渡命令発令の消極的要件になると解する余地があるかも知れない⁽⁵¹⁾。しかしこの場合でも、第三者、すなわち留置権者は、後述のように、第三者異議の訴えの提起にともなう仮の処分により引渡命令の執行を阻止することができるので、あえて解釈上の例外を設ける必要は認められない⁽⁵²⁾。

(47) 発令の要件をめぐるその他の問題に関する私見は、石川ほか編・前掲書注(5)(近刊予定)で披瀝されるであろう。

(48) 注釈民執法(5)三六一頁(宇佐見)による。

(49) このことは、民事執行法の体系書、注釈書をはじめとして、動産引渡命令に言及するすべての文献が述べているといつてよいであろう。とくに、民事執行セミナー二五七頁・二五九頁・二六一頁〔浦野発言〕、二六一頁〔三ヶ月発言〕参照。

(50) 中野・前掲書注(46)五〇〇頁。

(51) 注釈民執法(5)三六一頁(宇佐見)が、このような考え方がありうることを指摘している。ただし、注(52)に引用するように、同書がかような考え方を支持しているわけではない。

なお、新堂幸司教授は、必ずしも理由を明確に示されてはいないが、留置権の存在が明白な場合には、引渡命令は発令できない、と述べておられる(民事執行セミナー二五九頁〔新堂幸司発言〕)。

(52) 注釈民執法(5)三六一頁(宇佐見)。同書はさらに、仮に本文で述べたような考え方を採りえないとしても、第三者(留置権者)

は引渡命令に対する第三者異議の訴えにおいて留置権の存在を異議事由として主張できるので、留置権を執行抗告の事由にする必要はない、と述べている。

浦野雄幸教授も、留置権の存在は引渡命令発令の障害にならない、と述べておられる(民事執行セミナー二五九頁〔浦野発言〕)。

五 第三者の救済

動産引渡命令に対して第三者が救済を求める場合としては、第三者が引渡命令の発令手続の瑕疵を主張する場合、実体上の占有権原を主張する場合、および、本体である動産執行の違法、すなわち差押手続の瑕疵を主張する場合の三つが考えられる。以下では、これらの場合ごとに第三者の救済方法を検討する。

(一) 引渡命令発令手続の瑕疵に基づく救済

引渡命令に瑕疵がある場合の例としては、引渡命令が差押債権者でない者の申立てに基づいて発令された場合、申立期間(民執一七条二項)徒過後の申立てに基づいて発令された場合、差押物でない物につき発令された場合、第三者が差押後に動産を占有するに至ったわけではない場合が考えられる⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾。

かような瑕疵が執行抗告(民執一七条三項)により主張されることについては、異論はなからう。執行抗告の提起は当然には引渡命令の執行を停止させるものではないが、執行裁判

所は仮の処分として執行の停止を命じ、または担保を立てさせたりえてその続行を命じることができる(民執一〇条六項)。

(二) 実体上の占有権源に基づく救済

第三者が占有権原を有している場合としては、前述(四)のように、第三者が差押後に差押物につき所有権、質権などを即時取得した場合のほか、差押前から占有権原を有していた場合、たとえば第三者の所有物を債務者がリース契約などにより占有していた場合、第三者が譲渡担保権者もしくは所有権留保付き売主である場合もありうる。かような場合の第三者のための救済方法として一応考えられるのは、執行抗告、第三者異議の訴えおよび請求異議の訴えである。

1 執行抗告

動産引渡命令が引渡請求権の存否についての判断を経たうえで発令されるべきものであるとの前提に立って、善意取得は執行抗告の理由になるとする見解がある。⁽⁵⁶⁾しかし、これまでくりかえし述べたように、第三者の占有権原の存在は動産引渡命令発令の消極的要件とされていらないので、占有権原の有無は発令手続において審理されべきものではない。したがってこの見解はその前提において問題がある。通説、判例が考えているように⁽⁵⁶⁾、第三者の占有権原は執行抗告の理由にならない。

なお、さきに四で、留置権についてはその存在を引渡命令発

令の消極的要件とみる見解もありうることを、指摘した。かような見解を前提にすれば、留置権の存在は執行抗告の理由になる。しかし、前述のように、かような見解には従いえないので、留置権の存在が執行抗告の理由になると考えることもできない。⁽⁵⁷⁾

2 第三者異議の訴え

差押物につき第三者が所有権などの差押えに對抗できる占有権原を有することが、民執法三八条一項の規定する第三者異議の異議事由に該当することは、明白である。したがってこれらの権利を有する第三者は第三者異議の訴えを提起することができる。第三者異議の訴えを認めるのは、通説である。⁽⁵⁸⁾

ただし、第三者異議の訴えは、引渡命令ないしその執行に対する第三者の救済ではなく、引渡命令の本体ともいふべき動産執行の不許を求めるものであり、その認容によって動産執行に付随する引渡命令の執行が失効することになるのである。このことから、第三者異議の訴えと動産引渡命令の関係が問題になる。

まず、動産引渡命令の発令前に第三者が第三者異議の訴えの請求認容の仮執行宣言付き判決ないし確定判決を得ている場合には、引渡命令は発令できないはずである。⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾

動産引渡命令の発令後その確定前に第三者が前記の判決を得た場合、第三者は執行抗告を提起して引渡命令の取消しを求め

ることができる。また、引渡命令は確定前の執行も可能である（民執一二七条四項・五五条七項）が、第三者は前記の判決の正本を執行機関である執行官に提出して、執行を阻止することができるものと解される。なぜなら、動産引渡命令は独立の債務名義の形式をとってはいるが、実質は動産執行に付随する手続であるから、本体である動産執行手続が前記判決により取り消されることになったいじょう、引渡命令の執行もその前提を欠くことになるからである。⁽⁶³⁾

つぎに、第三者異議の訴えの提起にともなう仮の処分としての執行の停止・取消し（民執三八条四項・三六条一項）と動産引渡命令の発令ないし執行との関係を検討したい。

仮の処分として、すでになされた執行処分の取消しが命ぜられた場合は、第三者が前記の判決を得た場合と同じように、本体である動産執行が取り消されたことになるから、これに付随する引渡命令の発令ないしその執行もその前提を失い、したがって第三者はそれを阻止することができる。⁽⁶⁴⁾

仮の処分として執行の一時停止を命ずる裁判がなされた場合についても、引渡命令の動産執行に対する付随性、保全性を強調する立場を前提にして、本体が停止されればそれに付随する引渡命令の執行もできなくなるとの見解がある。⁽⁶⁵⁾しかし、停止の場合は、取消しの場合と異なり、動産執行はなお存続しているのであるから、引渡命令もその基礎を失ってはいない。そして形式上は引渡命令は本体である動産執行から切り離されたも

のであるから、動産執行の停止は引渡命令の発令および執行に影響を及ぼすものでない。むしろ、この場合に動産執行の停止の裁判によって引渡命令の執行まで停止されるならば、執行官の占有が失われた状態で執行が停止することになり、断行的な保全執行である引渡命令の制度を設けた趣旨に反することになる。かように動産執行の停止の裁判は引渡命令の発令および執行に影響を及ぼすものではない。⁽⁶⁶⁾

3 請求異議の訴え

動産引渡命令を執行処分とみる立場を前提にするならば、引渡命令の執行に対する請求異議の訴えを認める余地はない。他方、引渡命令を独立した債務名義であるとみる立場を前提にすれば、これに基づく執行に対する請求異議の訴えを認めることができる、と考える余地がある。実際に、請求異議の訴えの提起を認めていると解さる学説がある。⁽⁶⁸⁾請求異議の訴えが認められれば、その提起にともなう仮の処分によって引渡命令の執行を停止ないし取り消すことができる（民執三六条一項）。

しかし、引渡命令は、債務名義であるといっても、差押債権者の引渡請求権に基づき、かつこれを実現するために発令されるものではなく、第三者の占有権原の有無を問うことなく、第三者が差押物を占有していること（と差押債権者の申立て）のみを要件として発令される保全的な債務名義である。したがって、引渡命令に対して請求異議の訴えを提起することはできな

いものと、解すべきである。⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾

(三) 差押えの手續の瑕疵に基づく救済

差押手續の瑕疵としては、たとえば、差押時に目的物を占有していた第三者が任意にこれを提出しなかったにもかかわらず、差押えがなされた場合が考えられる⁽⁷¹⁾。この場合に第三者が自力で差押物を取り返し、差押債権者の申立てにより引渡命令が発令されたなら、第三者は差押手續の違法をいかにして主張できるかが、問題になる。引渡命令に対する執行抗告も考えられる⁽⁷²⁾。しかし、違法な差押えも、取り消されるまではその効力がある。引渡命令は本体の差押手續とは形式上切り離されているのであるから、瑕疵があっても一応効力のある差押えを前提として発令されていれば、右瑕疵が引渡命令に対する執行抗告の事由になることはないものと、解される⁽⁷³⁾。

差押手續が違法であるならば、第三者は差押手續に対する執行異議(民執一一条一項)を提起すべきである。⁽⁷⁴⁾

(53) 最後の例以外は、注解民執法(4)一九一頁「井上」による。最後の例は、永田・前掲論文注(32)三五六頁による。

(54) そのほか、第三者が本文で後に述べる第三者異議訴訟の請求認容の仮執行宣言付き判決ないし確定判決を得ているのに、引渡命令が発令された場合も、発令手續に瑕疵があるといえる。もともとこの場合には本来動産引渡命令は発令されえないはずである。しかし、差押債権者があえて発令を申し立てたなら、発令手續において第三者の審尋は行われないう(注釈民執法(4)一九〇頁「井上」)

は、動産引渡命令に対する密行性の要請のゆえに第三者の審尋はできない(違法である)、と述べている。違法とまでいえるか否かは別として、第三者の審尋が好ましいことでないことは間違いない。實務上も行われることはほとんどないものと推測される)から、相手方である第三者が前記判決の存在を主張する場が設けられることはないので、引渡命令が発令されてしまう可能性がある。ただし、引渡命令が発令されても、第三者は前記判決によりその執行を阻止することができる。しかし、第三者はともかく引渡命令の名宛人になつており、その効力を受けるのであるから、これを取り消させる利益、すなわち執行抗告の利益もあるといえよう。

(55) 民事執行セミナー二六一頁「竹下発言」。

(56) 学説では、田中・前掲書注(2)二八三頁、民事執行セミナー二六一頁「浦野発言」、注釈民執法(5)三五八頁「宇佐見」、注解民執法(4)一九〇―一九一頁「井上」、竹下ほか・前掲書注(35)二八二頁「野村」、中野・前掲書注(46)五〇〇頁。判例では、東京高決昭和五八年四月二六日下民集三四卷一―四号一七八頁 判タ四九八号一〇二頁。

(57) 注釈民執法(5)三六一頁「宇佐見」。

(58) 田中・前掲書注(2)二八三頁、最高裁判務総局「民事執行に関する執行官事務の概要(民事裁判資料一三五号)」四五頁(一九八〇年)、竹田・前掲書注(35)三六一頁、上谷・前掲論文注(36)四一七頁、民事執行セミナー二六〇頁「浦野発言」、二六一頁「浦野発言、三ヶ月発言」、注釈民執法(5)三六二頁「宇佐見」、注解民執法(4)一九一頁「井上」、浦野・前掲書注(8)五六九頁、竹下ほか・前掲書注(35)二八二頁「野村」、浦野編・前掲書注(35)三五九頁「小林・橋村」、永田・前掲論文注(32)三五六頁、深沢・前掲書注(35)二三八頁、中野・前掲書注(46)五〇〇頁。

- (59) 中野・前掲書注(46)五〇〇頁は、引渡命令自体に対する第三者異議の訴えが認められないことを、明言している。他方、浦野・前掲書注(8)五六九頁は、動産を善意取得した第三者は、「この引渡命令のみに基づく執行に対し、所有権に基づき第三者異議の訴えを提起して、その取消しを求めるべきものである。」と述べているが、引渡命令自体に対する第三者異議の訴えを認める趣旨であろうか。
- (60) 民事執行セミナー二六〇頁〔南発言〕、永田・前掲論文注(32)三五五頁。
- (61) 注釈民法(5)三六二頁〔宇佐見〕。
- (62) 注(54)で述べたように、この場合にも実際には動産引渡命令が発令されてしまう可能性がなくはない。これが発令されたなら、第三者には前記判決により執行を阻止することができることも、引渡命令に対する執行抗告を提起してその取消しを、求めることもできるものと、解される。
- (63) 注釈民法(5)三六二頁〔宇佐見〕。
- (64) 注釈民法(5)三六二頁〔宇佐見〕。
- (65) 民事執行セミナー二六〇頁〔浦野発言〕。
- (66) 民事執行セミナー二六〇頁〔三宅発言〕、注釈民法(5)三六二頁〔宇佐見〕、中野・前掲書注(46)五〇〇頁。
- (67) 上谷・前掲論文注(36)四一八頁はこのような立場をとっているであろうか。
- (68) 永田・前掲論文注(32)三五六頁。民事執行セミナー二六〇頁〔竹下発言〕もその趣旨か。
- (69) 注釈民法(5)三六三頁〔宇佐見〕、注解民法(4)一九一頁注(16)〔井上〕、深沢・前掲書注(36)二二九頁、中野・前掲書注(46)五〇〇頁はいずれも請求異議の訴えを認めていない。
- (70) 私見と異なり、仮に請求異議の訴えを認めるならば、第三者は同じ占有権原に基づいて請求異議の訴えと第三者異議の訴えの双方を提起することができることになる。しかし、一方を提起して敗訴した第三者が、その後他方を提起することを認めたのでは、提起にともなう仮の処分により引渡命令の執行が妨げられた場合、権利の実現が遅滞するであろう。したがってこの場合には、かような二重の提訴を禁じるためのなんらかの理論構成を行うことが必要になるであろう。
- (71) 浦野雄幸『要点民事執行法』一四九頁(商事法務研究会、増補第二版、一九八五年)。
- (72) 中野・前掲書注(46)五〇〇頁は、このようなケースで動産引渡命令に対する執行抗告を認める趣旨であろうか。
- (73) 注解民法一九〇―(4)一九一頁〔井上〕。
- (74) 浦野・前掲注(71)要点民法一四九頁。