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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究一四〕 定期金の給付を命ずる仮処分の執行と民事保全法四三条二項 (最高裁平成一七年一月二〇日第一小法廷決定)
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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	2005
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.12 (2005. 12) ,p.78- 85
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=AN00224504-20051228-0078

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.

〔民集未登載　最高裁民訴事例研究　一四〕

定期金の給付を命ずる仮処分の執行と民事保全法四三条二項

債権差押命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件　平成一一七年一月二〇日最高裁第一小法廷決定（最高裁平一六(許)第二六号）（判例時報一八八八号九一頁、判例タイムズ一一七五号一四三頁、金融法務事情一七四四号五四頁）

〔事　実〕

X（抗告人）はY（相手方）に対して、XのYに対する賃金債権を被保全権利として、「平成一六年四月から平成一七年二月まで毎月二日限り二〇万円を仮に支払え」との内容の債務名義を有していた。Xは、右債務名義のうち平成一六年六月二日を支払期限とするものを請求債権として、その支払期限から二週間以上を経過した同年七月二日に、原々審に対し、Yが第三者に対して有する預金債権について、債権差押命令の申立てをした。原々審、原審ともXの申立てを却下すべきものとした。これに対してXから許可抗告の申立てがなされたところ、原審はこれを許可した。最高裁は、以下のように判示して、Xの（許可）抗告を棄却した。

〔判　旨〕

「民事保全法四三条二項は、定期金の給付を命ずる仮処分の執行についても適用され、仮処分命令の送達の日より後に支払期限が到来するものについては、送達の日からではなく、当該定期金の支払期限から同項の期間を起算するものと解するのが相当である。これと同旨の原審の判断は正当」である。

〔評　釈〕

判旨は妥当であるが、結論に至る理由が十分に示されていない点は、遺憾である。

一　民事保全法四三条二項は、「保全執行は、債権者に対して保全命令が送達された日から二週間を経過したときは、

これをしてはならない」と規定している。ところが、定期金（その例としては、本件におけるような賃金のほかに、交通事故の損害賠償金や扶養料がある）の給付を命ずる仮処分については、各個別給付ごとに執行の申立てを繰り返さなければならないとすると、債権者にとって酷であるとの理由から、執行期間の規定の適用を否定し、執行期間の制限はない、とする見解が民事保全法の立法準備作業に参画した者の一部によって主張されている。[1] 他方、各定期の到来した日からその定期分の給付の執行期間が進行する、という見解もある[2]（以下では、前者の見解を、執行期間の制限がないという意味で、「期間無制限説」というが、後述のように、旧法下でも同説の前身となる見解があったので、それと区別する必要があるときは、「現行法下での」という修飾句を付ける。ただし、旧法下か現行法下かを問わず、執行期間の制限を否定する見解を「期間無制限説」ということもある。後者の見解を「期間制限説」といい、期間無制限説について述べたのと同様に、必要があるときは、「現行法下の」という修飾句を付け、また、旧法下か現行法下かを問わず、執行期間の制限を肯定する見解を「期間制限説」ということもある）。

仮処分には、定期金の給付を命ずるものやその他種々の類型があり、それらの中には、民事保全法四三条二項の適用の有無につき見解が分かれ、学説、実務とも固まっていないものもある、といわれている。[3] そのような状況下で、本決定において、最高裁は定期金の給付を命ずる仮処分について期間制限説を採用したのであり、そこに本決定の判例としての重要性がある。

二　すでに民事保全法の施行前、すなわち、仮差押え、仮処分の手続につき全面的に旧民事訴訟法第六編「強制執行」第四章「仮差押及ヒ仮処分」が適用されていた当時、および、民事執行法が制定され、仮差押え、仮処分の執行に同法旧一七四条ないし一八〇条が適用されていた当時（民事保全法の施行とそれにともなう民執法旧一七四条ないし一八〇条の削除〈平成三年〉まで）から、期間無制限説と期間制限説のそれぞれの前身が存在した。

ただし、民事保全法と旧民事訴訟法および民事保全法施行前の民事執行法とでは、仮処分の執行期間に関する規定の置き方が異なる。民事保全法四三条二項は、同法第三章「保全執行に関する手続」第一節「総則」中に置かれている。それに対して、旧民事訴訟法では、同法七四九条二項が仮差押命令の執行期間を命令の言渡しまたは送達から一四日と定め、同法七五六条が仮処分の手続に仮差押えの手

続に関する規定を準用していた。そこで、定期金の給付を命じる仮処分の執行が、同法七四九条二項の準用により期間の制限に服するか否かについて、見解が対立していた。民事執行法の制定にあたり、旧民訴法七四九条二項は民事執行法旧一七四条二項に（ただし、一四日が二週間に変わった）、旧民訴法七五六条は民事執行法旧一八〇条一項に、それぞれ引き継がれたので、見解の対立はそのまま残った（以下では、旧民訴法七四九条二項または民事執行法旧一七四条二項の準用を否定し、執行期間の制限はないとする見解[4]を、「旧法下における期間無制限説」といい、準用を肯定し、定期の到来した日からその定期分の給付の執行期間が進行するという見解[5]を「旧法下における期間制限説」という）。ちなみに、旧法下におけるこれらの規定の置き方は、ドイツ法におけるのと同様であり（旧民訴法七四九条二項、民執法旧一七四条二項はドイツ民訴法九二九条二項に、旧民訴法七五六条、民執法旧一八〇条一項はドイツ民訴法九三六条に相応する）、かつ、ドイツでも同様の見解の対立がある[6]。ただし、執行期間が日本では二週間（旧民訴法七四九条二項では一四日）であるのに対して、ドイツでは一箇月である点は異なる。

旧法下における期間無制限説は、定期金の給付を命じる仮処分においては、支払期限が仮処分命令で定められた期ごとに到来するので、執行期間の起算日を前記規定の文言どおりに保全命令の言渡しまたは送達の日とすると、執行は大部分が不可能になってしまう、ということをその根拠にしている（支払期限が送達後一四日または二週間以内に到来した部分についての執行は、理論的には可能である）。この点は、現行法下の期間無制限説が、前述のように、各個別給付ごとの執行申立てが債権者にとって酷であることを、その根拠にしているのと、異なる。

三　保全執行に執行期間が設けられているのは、保全命令が緊急の必要性に基づき発せられる暫定的な裁判であることによる。保全命令が発せられたのに、債権者がいつまでも執行に着手しないとすれば、緊急の必要性が否定されるであろう。しかし、債権者が執行に着手しないのが、法的にそもそも着手できないがゆえである場合は、着手しないことが保全命令制度の緊急性に反するとはいえない。この点で、旧法下の期間無制限説がその根拠として主張していることには、説得力があるように思われるかもしれない。

しかし、この場合でも、保全命令が緊急の必要性に基づいて発せられるものであることに、変わりはない。一方、民事保全法四三条二項が執行期間の起算日を保全命令送達

の日としているのは、通常、債権者は、保全命令が送達されれば、執行の着手が可能になるからであろう。これら二つのことを合わせて考慮すれば、保全命令が送達されても、債権者が執行に着手できないときには、そのことを理由として、執行期間の制限を一切否定してしまうのではなく、執行期間の起算日を送達の日ではなく、執行の着手が可能になった日と読み替えて、その日から執行期間が開始すると解すべきである。定期金の給付を命ずる仮処分命令にあっては、その日は各個の支払期日である。

要するに私は、定期金の給付を命じる仮処分においては、民事保全法四三条二項の「保全命令が送達された日」を各期の到来した日と読み替えたうえで、同項を適用すべきであると考える。すなわち、私は期間制限説を支持するものである。

四　現行法下の期間無制限説は、前述のように、執行の申立てを繰り返さなければならないとすると、債権者にとって酷である、と主張している。この点について、同じ定期金の給付を命じる仮処分であっても、被保全権利が扶養料請求権等であれば、平成一五年の民事執行法改正以降は、債権者は予備的差押えの制度の利用（この改正によって追加された民執一五一条の二の民保五二条一項による準用）によって、執行申立てを繰り返さないですむようになった。[7] しかし、その他の定期金の給付を命じる仮処分の債権者の多くも、解雇された労働者や生活に困窮している交通事故の被害者のような社会的弱者であることを考えれば、前述の主張も理解できないではない。とくに、現行民事保全法によれば、執行期間は二週間であり（旧民訴法七四九条二項・七五六条によれば一四日、民執法旧一七四条二項・一八〇条一項によれば二週間）、債権者に与えられた時間的余裕は少ない。ドイツ法が執行期間を一箇月としていること（ドイツ民訴九二九条二項・九三六条）を考えれば、立法論として、執行期間の長さについて検討の余地はある。[8] ただし、仮に執行期間を一箇月にしても、賃金債権は通常月ごとに履行期が到来するであろうから、債権者は、債務者が任意に履行しないかぎり、いずれにしても毎月執行を申し立てなければならない。このことが一般人にとってかなり煩雑なことであり、相当な負担になることは、否定できない。

しかし、保全処分は、権利関係未確定のあいだに債権者に暫定的な保護を与える制度であるが、その反面として、債務者が不利益をこうむることにもなるので、債権者の利便性のみを重視することは、衡平でない。たしかに、仮の

地位を定める仮処分においては審尋の機会があり（民保二三条四項）、手続保障がある程度つくされている（許可抗告理由はこのことを主張している）としても、この点に変わりはない。そうであるとすれば、仮処分による保護を得るために債権者がある程度の負担を負うことは、やむを得ないことであって、それを理由に期間無制限説をとるべきではない。ただし、前述のように、執行期間が現行のままでいいのか、これを伸長すべきかは検討の余地がある。

五　以上のように、私は期間制限説を支持するが、同説の中でさらに、ある期の執行期間を徒過した場合、当該仮処分命令を債務名義とする執行全体が許されなくなるという見解[9]と、執行期間を徒過した期の執行が許されなくなるだけで、次期以降の執行まで許されなくなるわけではないという見解[10]が対立している[11]。初期の期間制限説の主張者である吉川大二郎博士は、前者の見解をとられた。私は、後者の見解が正当である、と考える。その理由を以下に述べる。

ある期の執行期間を徒過したからといって、当然にそれ以降の期の保全の必要性がなくなるわけではない。たとえば、たまたまある期に、債権者が臨時収入を得たために、あるいは、債務者が任意に支払をしたために、執行をしなかったということもあり得る。さらに、前者の見解によれば、債務者が一度でも任意に支払をして、執行を不能にすれば、執行期間の徒過になり、債権者は、新たな仮処分命令を得ないかぎり、以後の執行ができなくなってしまう。旧法下の期間無制限説の中には、この点を期間制限説の難点として攻撃するものもあった[12]。しかし、後者の見解によれば、この攻撃を避けることができるのであって、この点は期間制限説自体の難点ではない。

ただし、期間徒過がたびかさなれば、保全の必要が否定され、債務者は事情変更による保全取消し（民保三八条）を求めることができるであろう[13]。なお、後者の見解を支持する学説の中には、期間徒過につき、たびかさなるという限定を付けずに、それが事情変更による保全取消しの事由になる可能性がある、と述べているものもある[14]。それらの学説は、少なくともその文面からは、一回だけの徒過でも事情変更になる可能性がある、と解しているように読むことができる。たしかに、事情変更の有無は、個別具体的な状況の変化にかかっているのであるから、一回の徒過だけで事情変更があったと認められるケースも全くあり得ないわけではないであろう。しかし、通常は、一回だけの徒過から、執行全体を許さないとするほどの、事情の変更ありと認めることはできないであろう。ちなみに、期間無制限

説の中にも、債権者があまりに長期にわたって執行の申立てを怠ったときは、事情変更による保全取消しが可能である、とするものがある。[15]

六　期間制限説を支持する筆者の立場からすれば、同説にしたがって事案を処理をした判旨は妥当である。しかし、判旨が理由中で述べていることは、期間制限説の結論であって、その理由ではない。[16] 本件の争点については、前述のように、旧民訴法の時代から現在に至るまで、見解が対立しており、数の上では必ずしも多くはないが、有力な学説が期間無制限説を主張していた。かような状況下で期間制限説を採用した本件の判例としての重要性を考えれば、最高裁は、その理由を明らかにすべきであった。決定理由は、「これと同旨の原審の判断は正当」である、と述べているので、あるいは、原決定が理由を明らかにし、最高裁はそれを援用しているのかもしれない。しかし、原決定は、本件を掲載する法律雑誌のいずれにも収録されていないので、最高裁が期間制限説を採用した理由は、明らかになっていない。最高裁にはやはり理由を示すことが望まれる。（〈追記2〉を参照されたい）

（1）　山崎潮監修・瀬木比呂志編集代表『注釈民事保全法【下】』二六頁（瀬木比呂志）（きんざい、一九九九年）、瀬木比呂志『民事保全法』五三〇頁（判例タイムズ社、全訂第二版、二〇〇四年）。

（2）　竹下守夫＝藤田耕三編『注解民事保全法（下巻）』一四頁以下（揖斐潔）、一一八頁（小林昭彦）（青林書院、一九九八年）、山崎監修・前掲注（1）一五八頁（山崎潮）、松田典浩「保全執行の期間」山崎潮編『民事保全の基礎知識』二一二頁（青林書院、二〇〇二年）、原井龍一郎＝河合伸一編『実務民事保全法』二二四頁（益田哲生）（商事法務、新訂版、二〇〇二年）、東京地裁保全研究会編著『民事保全の実務（下）』一六二頁（きんざい、新版増補、二〇〇五年）。

（3）　山崎監修・前掲注（1）一五八頁（山崎）。

（4）　松岡義正『保全訴訟（仮差押及仮処分）要論』三九七頁（清水書店、一九二六年）、菊井維大『民事訴訟法（二）』三八三頁以下（有斐閣、一九五〇年）、松浦馨「仮処分の執行期間について」菊井先生献呈論集『裁判と法（下）』九三八頁（有斐閣、一九六七年）。

（5）　吉川大二郎「仮処分の執行期間について」『保全処分の研究』二四五頁（弘文堂書房、一九三七年。初出、法と経済六巻一号〈一九三六年〉）、兼子一『強制執行法』三三三頁（酒井書店、増補、一九五五年）、中村修三「保全処分命令の執行期日の遵守」判タ一九七号一一九頁（一九六

六年）、上谷清「定期的な金銭の給付を命ずる仮処分と執行期間」判タ一九七号一三一頁（一九六六年）、鈴木忠一ほか編『注解強制執行法(4)』四二五頁〔西山俊彦〕、五一七頁〔奈良次郎〕（第一法規、一九七八年）、鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法(6)』四三七頁〔奈良次郎〕（第一法規、一九八四年）、西山俊彦『保全処分概論』二五〇頁（一粒社、新版、一九八五年）、丹野達『保全訴訟の実務Ⅰ』三五八頁（酒井書店、一九八六年）。

(6) ドイツの学説、判例は、やや古い文献であるが、松浦・前掲注(4)八八八頁以下に詳しく紹介されている。さらにより古い文献であるが、吉川・前掲注(5)二二九頁以下でもドイツの学説が取り上げられている。

(7) 長谷部由起子「本件判批」民商一三三巻一号一九五頁（二〇〇五年）。

(8) 長谷部・前掲注(7)一九六頁は、執行をするため、とくに第三債務者を特定するためには、二週間では不十分であるという観点から、執行期間を一カ月にすることを、提案している。

(9) この見解を主張するのは、本文でつぎに述べるように、吉川・前掲注(5)二四五頁である。

(10) 中村・前掲注(5)一一九頁、上谷・前掲注(5)一三一頁、西山・前掲注(5)二五〇頁、山崎監修・前掲注(1)一五八頁〔山崎〕、竹下＝藤田編・前掲注(2)一四頁以下〔揖斐〕、原井＝川井・前掲注(2)二二四頁〔益田〕。

(11) 兼子・前掲注(5)三三三頁は、「定期の給付を命じる仮処分については、現在給付すべき分について執行期間を考えればよく、その部分について任意履行があれば、その後の給付について執行期間の問題は生じない」と述べている。同書が期間制限説を支持していることは判る。また、同書が本文で論じられている問題も取り上げていることも判るが、これにつきいかなる立場に立っているかは、不明瞭である（兼子説については、上谷・前掲注(5)一三一頁注(10)がその不明瞭さを指摘している。また、松浦・前掲注(4)九三八頁が期間無制限説の立場から批判している）。

なお、筆者はかつて概説書の中で右の兼子博士の論述の一部と類似した記述をし（石川明編『民事執行法』四七二頁以下〔石渡哲〕〈青林書院新社、一九八一年〉）、それに対する批判を受けている（竹下＝藤田編・前掲注(2)一一八頁〔小林〕）。筆者の現在の見解は、本文ですぐつぎに述べる。

(12) 菊井・前掲注(4)三八三頁。ちなみに、旧法下の期間制限説に立つ、上谷・前掲注(5)一三一頁も、吉川説の難点として、このことを指摘している。

(13) 中村・前掲注(5)一一九頁。

(14) 上谷・前掲注(5)一三一頁、西山・前掲注(5)二五〇頁、山崎監修・前掲注(1)一五八頁〔山崎〕。

(15) 旧法下では、松浦・前掲注(4)九四一頁、現行法下では、山崎監修・前掲注(1)二六頁〔瀬木〕、瀬木・前掲注(1)五三〇頁。

(16) 長谷部・前掲注(7)一九三頁も、本決定の理由付けが明らかでない、と述べている。

〈追記1〉 本件については、本稿で引用している長谷部由起子教授の評釈がある。長谷部教授は、私見と異なり、本件では、債権者に救済が与えられるべきであった、と論じておられる。

〈追記2〉 本稿脱稿後、初校までの間に、『裁判集民事』二一六号五七頁以下に本件が登載されて、公刊された。それには抗告審の決定理由中、定期金の給付を命じる仮処分の執行が期間の制限に服することの理由を述べている部分が、収録されている（六七頁以下）。

抗告審決定は、旧民事訴訟法以来の立法の経緯を示したのち、民事保全法四三条二項による執行期間の制限の趣旨は、保全処分命令の緊急性を守ることにあるとしたうえで、「民事保全法四三条二項には、定期の給付を命じる仮処分の執行についての適用を排除する内容は盛り込まれていないところ、……民事保全法制定に至る経緯及び上記の民事保全法四三条二項の趣旨からすると、定期の給付を命じる仮処分においても、各給付ごとに個別の執行期間を考えることは可能であり、その支払期から二週間以内に執行の着手を要すると解することが、保全命令の性質からして相当であって、定期の給付を命じる仮処分についても民事保全法四三条二項による執行期間の制限は適用され、債権者は、各定期の支払期から二週間以内に執行の着手をしなければ、当該定期の支払分については、その執行ができなくなると解するのが相当である」、と判示している。

石渡　哲