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 四〇二〕不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者において債務写の不作為義務違反の事実を立証することの要否
Sub Title	
Author	河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko) 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	2006
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.79, No.11 (2006. 11) ,p.106- 116
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=AN00224504-20061128-0106

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.

〔最高裁民訴事例研究四〇二〕

平一七4（最高裁民集五九巻一〇号二八八九頁）

不作為を目的とする債務の強制執行として間接強制決定をするために債権者において債務者の不作為義務違反の事実を立証することの要否

間接強制決定に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件（平成一七年一二月九日第二小法廷決定）

〔事　実〕

原審である東京高裁平成一七年四月二六日決定[1]の認定によれば、事実関係は以下の通りである。

債務者Yは、債権者XとフランチャイズFC契約を締結して複数の店舗で「A」という名称で居酒屋の営業をしていたが、平成一五年四月頃、同契約は解約された。この契約には契約終了後二年間は類似する営業を行なってはならないとする競業禁止条項があったが、Yは「海鮮居酒屋B」という名称で営業をしていた。このためXはYに対してYの営業の差止めを求める訴訟を提起した。同訴訟の第一審は平成一六年四月二八日にXの請求を認容して、Yは平成一五年四月一三日から平成一七年四月一二日までの間千葉県および茨城県において居酒屋営業またはこれに類似する営業をしてはならないとする判決を行なった。その後控訴審、上告審を経てこの判決は確定した。

ところがYが上記判決後も居酒屋営業を継続していたことから、Xは平成一七年二月二一日に執行文の付与を受け、平成一七年二月二三日に上記の執行力ある判決正本にもとづく間接強制の申立てをした。

原原審である東京地裁は平成一七年三月一〇日、Xの申立てを認め、Yが前記判決の命ずる不作為義務に違反したときは、Xに対し違反行為をした店舗一店につき、各一日につき一〇万円の割合による金員を支払うことを命ずる旨の間接強制決定を行なった[2]。

Yは、平成一七年三月一日以降は営業内容を海鮮レストランに変更して看板にも「海鮮レストランB」と記載しておりすでに居酒屋営業は行なっていないにもかかわらず、原決定

はこれを行なっていると認定した事実誤認があると主張して執行抗告をした。

抗告審である東京高裁は平成一七年四月二六日、「不作為を命ずる債務名義に基づく間接強制を命ずる場合において、その不作為義務に違反する債務者の行為の存在は、その要件とはなっていないものと解するのが相当である。」とし、間接強制決定時に違反行為が現に存在することは決定の要件ではないから、原原審がこの点を判断しないで間接強制の決定をしたとしても、これについて違法、不当な点はないとしてYの抗告を棄却した。

これに対してYが、不作為義務違反の事実の存在は不作為を命ずる間接強制決定発令の要件となると解すべきこと、仮に不作為義務違反の事実の存在までは要求されないとしても、不作為義務違反行為のおそれの存在は必要であると解すべきであることを主張して許可抗告を申し立てたところ、抗告が許可され、これについて最高裁が判断を示したのが本件決定である。

〔決定要旨〕

最高裁判所第二小法廷は、裁判官全員一致の意見で以下の通りYの抗告を棄却した。

「不作為を目的とする債務の強制執行として民事執行法一七二条一項所定の間接強制決定をするには、債権者において、債務者がその不作為義務に違反するおそれがあることを立証すれば足り、債務者が現にその不作為義務に違反していることを立証する必要はないと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

間接強制は、債務者か債務の履行をしない場合には一定の額の金銭を支払うべき旨をあらかじめ命ずる間接強制決定をすることで、債務者に対し、債務の履行を心理的に強制し、将来の債務の履行を確保しようとするものであるから、現に義務違反が生じていなければ間接強制決定をすることができないというのでは、十分にその目的を達することはできないというべきである。取り分け、不作為請求権は、その性質上、いったん債務不履行があった後にこれを実現することは不可能なのであるから、一度は義務違反を甘受した上でなければ間接強制決定を求めることができないとすれば、債権者の有する不作為請求権の実効性を著しく損なうことになる。間接強制決定の発令後、進んで、前記金銭を取り立てるためには、執行文の付与を受ける必要があり、そのためには、間接強制決定に係る義務違反があったとの事実を立証することが求められるのであるから（民事執行法二七条一項、三三条一項）、間接強制決定の段階で当該義務違反の事実の立証を求めなくても、債務者の保護に欠けるところはない。

もっとも、債務者が不作為義務に違反するおそれがない場合にまで間接強制決定をする必要性は認められないのであるから、この義務違反のおそれの立証は必要であると解すべきであるが、この要件は、高度のがい然性や急迫性に裏付けら

れたものである必要はないと解するのが相当であり、本件においてこの要件が満たされていることは明らかである。

以上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。」

〔評　釈〕

判旨の結論に賛成する。

一　問題の所在および本判決の意義

本件は、居酒屋営業またはこれに類似する営業をしてはならないとする不作為義務を命じる債務名義にもとづいて間接強制の申立てがなされた事案である。不作為義務の強制執行を間接強制により行なう場合には、債権者はまず不作為を命ずる債務名義にもとづいて予告決定の申立てを行なう。執行裁判所は債務者を審尋した後（民事執行法一七二条三項）、申立てを認容するときは、違反行為を止めないときまたは違反行為が行なわれるときには債権者に対して一定額の強制金を支払うべき旨の予告決定をする（民事執行法一七二条一項）。予告決定がされたにもかかわらず違反行為がなされた場合には、債権者は強制金決定の正本に条件成就執行文の付与を受け、強制金取立ての強制執行をする。違反行為の存在については債権者が証明責任を負うと解されるので、債権者は執行文の付与を受けるためには文書により違反行為の存在を証明しなければならない（民事執行法二七条一項）。これができない場合には、債権者は執行文付与の訴えを提起し、この訴えにおいて違反行為があることを証明しなければならないことになる（民事執行法三三条一項）。

この場合に、履行期が未到来であるためにまだ違反が生じていない不作為義務について事前の予防として間接強制の強制金予告決定を求める申立てが認められるかどうか、すなわち、「債務者に違反行為があること」が執行裁判所が強制金の予告決定を行なうための要件として必要かどうか、仮に不要であるとすると、他に何らかの要件が必要かどうかについて争われたのが本件である。

これについて本決定は、債務者に違反行為があることという要件は不要であるが、予告決定にあたっては債権者において、債務者が不作為義務に違反するおそれがあることを立証する必要があるとした。この問題に関する判断は最高裁として初めてのものであり、実務にとって重要な意義を有すると考えられる。

二　違反行為の存在を間接強制予告決定の要件とすることの当否

予告決定の要件として違反行為を必要とするかどうかについては判例および学説が分かれている。従来の通説的見解はこれを必要とし、間接強制は不作為義務違反が現に継続している場合に限って可能であり、間接強制を義務違反の事前の予防として用いることはできないとした（必要説）[3]。必要説はその根拠として、強制執行の開始には履行期の到来が必要であり、間接強制も執行方法のひとつであるから同様に解すべきところ、一回的不作為義務はその作為が禁止された時期までは履行期は到来しないため義務違反は生じないこと、反復的もしくは継続的不作為義務も、違反のない間は義務が任意に履行されているために義務違反はないことから、どちらにしても執行開始の要件が備わらない点を挙げる[4]。必要説によれば義務違反の事前の予防は、たとえば占有保全の請求（民法一九九条）のように実体法が事前の予防として作為義務の請求を認めている場合にはそれにより、その他の場合は仮処分によることになる[5]。

従来の実務の取扱いも必要説を前提としていたとされる[6]。この点を直接に問題とした裁判例ではないが、静岡地浜松支決昭和六二年一一月二〇日は暴力団組長に対し建物を組事務所として使用することの禁止を命じた仮処分決定について間接強制の申立てを認めるに際して、債務者が建物内に構成員らを立ち入らせた行為が仮処分命令で禁止された違反行為に該当すると判断した上で間接強制を命じている[7]。またこの抗告審である東京高決昭和六三年一月二七日[8]もこの判断を維持して執行抗告を棄却している。これらの決定は、予告決定の要件として違反行為を必要とすることを前提としていると考えられる。

これに対して、必要説では不作為義務の執行としては不充分であることなどから予告決定の要件として違反行為を不要とする見解（不要説）を主張されたのが竹下守夫教授である[9]。その根拠としてはまず、事前の予告決定を認めたとしても旧民事訴訟法七三四条（現行民事執行法一七二条）の文言に必ずしも反するとはいえないことが挙げられる。次に、損害賠償の予告が執行行為の一種であることからすると執行開始の要件が備わらなければ予告決定をなしえないとも考えられるが、履行期以前に執行行為を許すかどうかは政策の問題であり、不作為義務はその債務の性質からしていったん義務違反があるとその後に不履行部分の義務を強制執行により追完的に実現するのが不可能であることから、不作為が一回的であると反復的であると継続的

であるとを問わず、義務違反行為がなされたことを前提とせずに予告決定を認める必要があることが挙げられる。この場合、他の執行開始の要件を具備する限り、「義務違反のおそれがあること」を履行期において違反行為があったことに準じた要件として認め、この要件を満たす場合には予告決定の段階までは執行を認めてよいとする。さらに、沿革として現行民事執行法一七二条の前身である旧民事訴訟法七三四条はフランス判例法上のアストラントの制度を取り入れた旧民法三八六条三項の実質をドイツ民事訴訟法八八八条、八九〇条を範として執行方法に転化することによってできたものであるところ、旧民法三八六条三項は明文で判決中の損害賠償の予告を認めていること、ドイツ民事訴訟法八九〇条二項も判決中で秩序拘禁の予告を認める趣旨を明らかにしていることから、立法者は不作為義務違反の事前の予防手段としての間接強制を排除する意思はなかったと解すべきことが挙げられる。[10] この竹下教授の論文以降は不要説が多数説となっている。[11] このほかの不要説の根拠としては、間接強制が履行期が到来した時点でその履行を任意に履行させることを目的とする制度であることから、その履行期の到来前に、履行しなかった場合には強制金を支払うという警告を与えるのはむしろ当然であるとの主張もなされている。[12]

他方、不作為義務のうち反復的なものおよび継続的なものについては、現在は違法行為がなくても遠くない過去において違法行為があれば全期間を通じて考察すると不履行があるといえるから、債務者は任意に債務を履行せず、その履行期は到来したものと解して予告決定を認めてよいとし、また一回的な不作為義務については、将来の当該時期における不履行が多分に予想される場合には、債務名義である将来の不作為を命ずる判決または仮処分のなかで民法四一四条三項の「将来のため適当な処分」として被告または債務者に違反行為があれば一定の賠償金の支払いを命ずることができるとする見解も主張されている。[13] さらに、金銭執行においても任意履行があったにもかかわらず行なわれた強制執行については請求異議の訴えによる排除が予定されているにすぎず、不履行は執行の要件とはされていないことを根拠として不作為義務の執行についても不履行を執行の要件とする必要はないとする見解も主張される。ただしこの見解は、一回的不作為債務について期限到来前に予告決定を認めることは民事執行法三〇条に触れるとする。[14]

この点につき東京高決平成三年五月二九日[15]は、「債務者に違反行為のおそれもないような場合にまで執行のために

決定を発する必要もないし、またその利益もないから、執行裁判所はこの点を判断することはできるというべきであるが、それ以上に、違反の事実があったことの証明まで必要であるとすれば、債権者は常に一度は違反による権利侵害を免れないということになって、せっかくの債務名義を得た意味がなくなってしまうからである（一回限りの妨害の排除が問題となる場合を考えてみるとよい）」こと、また「右仮処分命令違反行為の存在は、本件間接強制の決定を債務名義として債権者が損害金の支払の強制執行を求める段階で、執行文の付与を求めるために債権者が文書により、又は訴を提起して証明する必要があり、債務者において争う機会が与えられる」ことから予告決定において違法行為を要件としなくても債務者の手続保障がはかられていることを理由に不要説をとった。本件決定も、間接強制制度が予告決定により債務者に対して債務の履行を心理的に強制することにより将来の債務の履行を確保するものであることから、必要説によるときにはその目的を達することはできず、特に不作為請求権はその性質上債務不履行後の債務の実現が不可能であるから債権者の有する不作為請求権の実効性を著しく損なうこと、また、強制金を取り立てるための執行文の付与を求める手続きにおいて債権者は義務違反行為の存在を証明することが求められるので、予告決定の段階で違反行為の証明を求めなくても債務者の保護をはかることはできるとする。これは、近時の多数説である不要説および前記東京高決の見解を是認したものということができる。

不要説が述べるように、不作為義務はいったん違反行為がなされてしまうと履行されなかった部分の後の強制執行による補完が不可能であるという性質を有することから、作為義務とは異なって義務違反に対する予防の措置を認める必要がある。また必要説によるときには一回的不作為義務についてはまったく執行方法がないため義務の実現方法がないことになるし、反復的・継続的不作為義務についても違反行為がなされるおそれが差し迫り、それによって回復しがたい損害が生じることになることが確実に予想される場合であってもこれに対処することができないことになるため、間接強制の実効性は失われてしまい妥当でない。[16] これを実質的にみても、不作為請求権者が被告に不作為を命じる判決を得るためには訴えにおいて不作為義務違反行為がなされたか、あるいはなされるおそれがあることを証明しなければならないところ、予告決定を得る際に必要説が主張するようにもう一度義務違反行為がなされたことを

証明しなければならないとすると、債権者は違反行為の存否について二度証明責任を負担することになって当事者間の公平を欠くことになる。[17] 以上の点にかんがみると、本決定が近時の多数説に従って不要説をとり、違反行為の存在を執行行為の要件としなかった点は妥当であったと解される。

三　義務違反のおそれの存在を間接強制予告決定の要件とすることの当否

では、予告決定の要件として義務違反行為が存在することは必要でないとして、義務違反のおそれの存在などの事実を必要と解すべきであろうか。この点については不要説にもさまざまな見解があり、何らかの要件を必要とするものにもさまざまなニュアンスの違いがある。大別すると、①「違反行為の行われる高度の蓋然性があるときは、間接強制のための、制裁金支払の予告決定を求めうると解すべきである。[18]」ないし「違反行為の危険が重大かつ明白な場合には、債権者は、不作為の事前強制として、違反行為があったことを条件として間接強制金の支払を命ずる決定を求めうると解する。[19]」として違反行為がなされる危険が比較的大きいことを要するとすると思われるものと、②「違反行為がなされる現実の危険がある限り、事前の予防のためにも間接強制ができると解すべきである。[20]」ないし「不作為のおそれがあるときは、債務名義成立と同時に、履行期の到来している通常の場合は、間接強制が許されるかぎり、その方法により、強制執行をすることができると解される。[21]」として、違反行為がなされる危険性は前者より若干緩やかでよいとすると思われるものがある。またこれに対して、③予告決定を得るためには違反行為の証明はまったく不要であるとする見解も主張されている。[22]

この点について前記東京高裁平成三年決定は「債務者に違反行為のおそれもないような場合にまで執行のために決定を発する必要もないし、またその利益もないから、執行裁判所はこの点を判断することはできるというべきである」とする。この決定は②の見解に従うようにも思われるが、決定中で違反行為のおそれがあるかどうかについて具体的に判断している訳ではないことから、この決定についての判例評釈の多くは、この決定がどの見解に従うかは必ずしも明らかではないとしていた。[23] 本件決定はこの点について債務者が不作為義務に違反するおそれがない場合にまで間接強制決定をする必要性は認められないことを根拠として、義務違反のおそれの立証は必要であるが高度の蓋然性や急迫性までは必要がないと述べることにより、自らの

立場を明らかにしている。

予告決定にあたって義務違反のおそれの存在などの何らかの事実が要件として必要であるとする見解の根拠は従来必ずしも明らかにされていないが、これは間接強制が国家による執行権の行使であって債務者に心理的強制を与えることを重視することにもとづくものと思われる。[24] すなわち強制執行は国家権力による民事上の権利の強制的実現であって債務者の人格に対する制約であるところ、間接強制も執行方法のひとつであり、債務者の自由な意思や人格に対して直接的な制約を加えるものである。とすれば、強制執行制度全体に及ぶ一般原則からすれば、間接強制についても違法行為が現になされた場合でなければこれを行なうことはできないと解するのが本来の筋である。そして予告決定も間接強制の一部であることは明らかであるから決定にあたっても本来ならば違法行為の存在を要すると解すべきであるが、前述した不作為債務の性質および執行行為としての実効性の確保という観点からこれを一歩譲って、違反行為があるのと同視できる状態が生じている場合、あるいはこの要件をより緩和して、違反行為のおそれがある場合に予告決定を認めるものと解される。

たしかに強制執行は国家による強制権の実現であるから、債務者の自由意思を尊重するために債務者に対して過度の制約を行なってはならないことは明らかである。しかし他方において執行にあたっては民事上の権利実現の実効性の確保も考慮されるべきである。そこで予告決定の要件としてなんらかの事実の存在を必要とすべきかどうかは、これらの両要請の調和をどこに求めるかという観点から検討されなければならない。[25]

この点から考えると、前述したように一回的不作為義務は事前の執行を認めないと義務の履行を確保するための執行方法がまったくないことになるし、その他の不作為義務についても義務違反後に不履行部分を追完するのが不可能であることから他の義務とは異なって違反行為がない場合に予告決定を認めなければ執行の実効性が大きく損なわれてしまう。すなわち不作為義務は予防的機能を有しているといえるのであり、このために事前の予告決定を認める必要性は高い。

反面、前述したように予告決定も間接強制における執行方法の一部をなすことは明らかである。またたしかに予告決定はまだ強制金の金額を具体的に確定するものではなく、これが具体的に確定されるのは執行文付与の段階であるが、まったく何らの金額も示されないわけではなく、たとえば

「債務者が平成○年○月○日までに前項記載の債務を履行しないときは、債務者は債権者に対し、違反行為をした日の一日につき金○円の割合による金員を支払え。」といった決定がなされるわけであり、これを債務者の自由意思や人格に対する制約という面から見ると抽象的なものとはいえ、予告決定に応じて債務者は一定程度の心理的な圧迫を受けると考えられる。とすれば、予告決定を行なうに際しても、違反行為の証明をまったく不要とすることはできない。ただし、要件として違反行為の行われる高度の蓋然性までを要求するときには、予告決定の手続きが不安定となり、不作為請求権の機能が害されるおそれが生じる。

これらの諸要請を考え合わせると、予告決定にあたっては、義務違反行為のおそれがあることを要すると解することが妥当であり、この点で本決定の理由づけに賛成する。

このような要件を不要とする見解は、強制金を現実に取り立てるためには債権者はいわゆる条件成就執行文の付与を受けなければならず、そのためには債権者は文書により違反行為の存在を証明するか（民事執行法二七条一項）、それができない場合には執行文付与の訴えを提起して、その訴訟において違反行為の存在を証明しなければならないのであるから（民事執行法三三条一項）、債務者にはこれらの手続きにおいて違反行為の存在を争う機会が与えられており債務者に対する手続保障ははかられているため、これに加えて予告決定の段階で執行のおそれなどの事実の存在を要件とする必要はないとする。しかしこのように解することは上述したように債務者の自由意思や人格に対する不当な制約となるおそれが生じるため、賛成できない。

本決定の事案は、直接には継続的不作為義務の間接強制に関するものであるが、本決定の述べる理由づけは継続的不作為義務のみに関するものではなく、不作為義務一般にあてはまるものであることから、本決定の射程は不作為義務一般に及ぶものと解される。

本決定については、山本研教授[26]（判旨反対）、川嶋四郎教授[27]（判旨反対）による評釈および河津博史弁護士による判例紹介[28]がある。

（1）民集五九巻一〇号二八九五頁。
（2）民集五九巻一〇号二八九四頁（主文のみ）。
（3）加藤正治『強制執行法要論』（有斐閣、改訂版、昭和二一年）三三二頁、菊井維大『民事訴訟法（二）』（有斐閣、昭和二五年）三〇一頁、兼子一『強制執行法』（酒井書店、増補版、昭和三〇年）二九四頁、山本卓「不作為を目的と

する請求に関する強制執行」司法研修所報告書八輯二号五八頁・一四八頁、吉川大二郎『強制執行法』（法律文化社、昭和三三年）一四二頁、中野貞一郎「作為・不作為債権の強制執行」『訴訟関係と訴訟行為』（弘文堂、昭和三六年）二八三頁［ただし中野教授は後に後掲注(19)で違反行為の危険が重大かつ明白な場合には間接強制決定ができるとする見解に改説され、さらに後掲注(11)で違反行為のおそれがある場合に間接強制決定を認める見解に改説された。］、三ケ月章『民事執行法』（弘文堂、昭和五六年）四二四頁、石川明編『民事執行法』（青林書院新社、昭和五六年）三〇三頁など。

(4) 兼子・前掲注(3)二九四頁。

(5) ただし必要説も反復的・継続的な不作為義務について債務名義成立後にいったん違反があった場合には、執行裁判所が「将来のため適当な処分」（民法四一四条三項）として、将来の違反行為ごとの一定の賠償金の支払いの予告を命ずることは認めるのが一般である。兼子・前掲注(3)二九六頁など。なお、小山昇ほか『演習民事訴訟法(下)』（青林書院新社、昭和四八年）四〇八頁〔竹下守夫〕参照。

(6) 鈴木忠一ほか編『注解民事執行法（五）』（第一法規出版、昭和六〇年）四〇頁［富越和厚］、江口とし子「判批」判例タイムズ七九〇号二二四頁参照。

(7) 判例時報一二五九号一〇七頁。

(8) 判例時報一二六二号一〇五頁、判例タイムズ六五六号二六一頁。

(9) 竹下守夫「不作為を命ずる仮処分」吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系(下)』（法律文化社、昭和四一年）六〇五頁、竹下守夫ほか『ハンディコンメンタール民事執行法』（判例タイムズ社、昭和六〇年）四一五頁［竹下守夫］など。

(10) 竹下・前掲注(9)「不作為を命ずる仮処分」六〇六頁。アストラントについては大濱しのぶ『フランスのアストラント』（信山社、平成一六年）、特に一九頁、四六頁参照。

(11) 松浦馨「仮処分の執行期間について」三ケ月章編菊井先生献呈論集『裁判と法（下）』（有斐閣、昭和四二年）九一七頁、山口和男「騒音の規制と被害者の救済」法曹時報二四巻一〇号五七頁、上原敏夫「不作為を命する仮処分の諸問題」鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟講座（一四）』（日本評論社、昭和五七年）二四七頁、上村明広「差止請求訴訟の機能」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟(二)』（弘文堂、昭和五九年）三〇一頁、小室直人編『民事執行法講義』（法律文化社、改訂版、平成三年）一六〇頁、新堂幸司ほか編『民事執行法・民事保全法』（有斐閣、平成七年）二九一頁［上村明広］、山木戸克己『民事執行・保全法講義』（有斐閣、補訂二版、平成一一年）二一四頁、中野貞一郎『民事執行法』（青林書院、増補新訂五

版、平成一八年）七八四頁など。

(12) 座談会「間接強制の現在と将来」判例タイムズ一一六八号四二頁〔山本和彦発言〕。

(13) 菊池博「不作為を命ずる仮処分における代替執行と間接強制」村松裁判官還暦記念論文集『仮処分の研究（下）』（日本評論社、昭和四一年）一二五頁。

(14) 鈴木忠一ほか編『注解民事執行法（五）』（第一法規出版、昭和六〇年）一一六頁〔富越和厚〕、香川保一監修『注釈民事執行法（七）』（金融財政事情研究会、平成元年）二〇一頁〔富越和厚〕。

(15) 判例時報一三九七号二四頁、判例タイムズ七六八号二三四頁。この決定の批評として江口・前掲注(6)二二四頁、池尻郁夫「判批」別冊ジュリスト一二七号一九八頁、野村秀敏「判批」ジュリスト臨時増刊一〇〇二号一三五頁、大濱しのぶ「判批」別冊ジュリスト一七七号一八〇頁がある。

(16) 竹下ほか・前掲注(9)『ハンディコンメンタール民事執行法』四一五頁。

(17) 大濱・前掲注(15)一八一頁。

(18) 竹下ほか・前掲注(9)『ハンディコンメンタール民事執行法』四一五頁。

(19) 中野貞一郎『民事執行法』（青林書院、新訂四版、平成一二年）六一七頁。ただし前述のように、中野教授は後に同書増補新訂五版（中野・前掲注(11)）で改説された。

(20) 小山昇ほか・前掲注(5)四〇九頁〔竹下守夫〕、新堂幸司ほか編・注(11)二九一頁〔上村明広〕。

(21) 小室編・前掲注(11)一六〇頁、山口・前掲注(11)五七頁。

(22) 池尻・前掲注(15)一九九頁、野村・前掲注(15)一三六頁、山本研「本件判批」ＮＢＬ八二七号一〇頁、川嶋四郎「本件判批」法学セミナー六二〇号一一五頁。

(23) 野村・前掲注(15)一三六頁、大濱・前掲注(15)一八一頁。池尻・前掲注(15)一九九頁は、東京高裁平成三年決定はこの点について触れていないとする。これに対して判例時報一九二〇号四〇頁の本件決定についてのコメントは、東京高決平成三年五月二九日は「明確に不要説を打ち出し」ていたとする。

(24) 座談会・前掲注(12)四三頁〔伊藤眞発言〕参照。

(25) このような意味においてこの問題は政策的側面が強いことを指摘されるのは竹下・前掲注(9)「不作為を命ずる仮処分」六一二頁。

(26) 山本・前掲注(22)八頁。

(27) 川嶋・前掲注(22)一一五頁。

(28) 河津博史「本件判批」銀行法務21六六一号六〇頁。

河村　好彦