

第7章 民事執行法・民事保全法

平成28年以降、毎年、民事執行法・民事保全法から出題されている。

①選択すべき法的手段を正しく指摘するとともに、②当該法的手段を採るべき理由について、当該法的手段を採らなかった場合に生じ得る不都合と当該法的手段を採った場合の法的効果を比較しながら論じることが求められる傾向にある。

細かい知識は問われないから、法的手段の種類、類型ごとの効果、基本的な手続について勉強しておけば足りる。

第1節 民事執行法

1. 意義

強制執行とは、執行機関を通じて給付義務を実現するための手続を意味する。

執行力が認められる判決などを債務名義と呼ぶところ、債務名義の典型は、確定した給付判決である（民事執行法22条1号）。

2. 要件

(1) 債務名義

ア. 種類

強制執行をするためには、債務名義が必要である。

債務名義とは、強制執行の基礎となる文書を意味し、22条各号で規定されている。

第22条（債務名義）

強制執行は、次に掲げるもの（以下「債務名義」という。）により行う。

- 一 確定判決
- 二 仮執行の宣言を付した判決
- 三 抗告によらなければ不服を申し立てることができない裁判（確定しなければその効力を生じない裁判にあつては、確定したものに限る。）
 - 三の二 仮執行の宣言を付した損害賠償命令
 - 三の三 仮執行の宣言を付した届出債権支払命令
- 四 仮執行の宣言を付した支払督促
 - 四の二 訴訟費用、和解の費用若しくは非訟事件（他の法令の規定により非訟事件手続法…の規定を準用することとされる事件を含む。）、家事事件若しくは国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律…第29条に規定する子の返還に関する事件の手続の費用の負担の額を定める裁判所書記官の処分又は第42条第四項に規定する執行費用及び返還すべき金銭の額を定める裁判所書記官の処分（後者の処分にあつては、確定したものに限る。）

和田執行保全法 15～26 頁

る。)

五 金銭の一定の額の支払又はその他の代替物若しくは有価証券の一定の数量の給付を目的とする請求について公証人が作成した公正証書で、債務者が直ちに強制執行に服する旨の陳述が記載されているもの（以下「執行証書」という。）

六 確定した執行判決のある外国裁判所の判決（家事事件における裁判を含む。第24条において同じ。）

六の二 確定した執行決定のある仲裁判断

七 確定判決と同一の効力を有するもの（第3号に掲げる裁判を除く。）

イ. 主観的範囲

執行力の主観的範囲は、既判力と同様、原則として前訴の対立「当事者」に限られるが、例外的に一定範囲で拡張されている（執行力の原則的範囲と拡張範囲は既判力のそれと概ね一致する。）。

第23条（強制執行をすることができる者の範囲）

- 1 執行証書以外の債務名義による強制執行は、次に掲げる者に対し、又はその者のためにすることができる。
 - 一 債務名義に表示された当事者
 - 二 債務名義に表示された当事者が他人のために当事者となった場合のその他人
 - 三 前2号に掲げる者の債務名義成立後の承継人（前条第1号、第2号又は第6号に掲げる債務名義にあつては口頭弁論終結後の承継人、同条第3号の2に掲げる債務名義又は同条第7号に掲げる債務名義のうち損害賠償命令に係るものにあつては審理終結後の承継人）
- 2 執行証書による強制執行は、執行証書に表示された当事者又は執行証書作成後のその承継人に対し、若しくはこれらの者のためにすることができる。
- 3 第1項に規定する債務名義による強制執行は、同項各号に掲げる者のために請求の目的物を所持する者に対しても、することができる。

(2) 執行文

ア. 執行文付与の手續

第25条（強制執行の実施）

強制執行は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施する。ただし、少額訴訟における確定判決又は仮執行の宣言を付した少額訴訟の判決若しくは支払督促により、これに表示された当事者に対し、又はその者のためにする強制執行は、その正本に基づいて実施する。

第26条（執行文の付与）

- 1 執行文は、申立てにより、執行証書以外の債務名義については事件の記録の存する裁判所の裁判所書記官が、執行証書についてはその原

本を保存する公証人が付与する。

- 2 執行文の付与は、債権者が債務者に対しその債務名義により強制執行をすることができる場合に、その旨を債務名義の正本の末尾に付記する方法により行う。

2項は、承継執行文の制度である。

第27条（執行文の付与）

- 1 請求が債権者の証明すべき事実の到来に係る場合においては、執行文は、債権者がその事実の到来したことを証する文書を提出したときに限り、付与することができる。
 - 2 債務名義に表示された当事者以外の者を債権者又は債務者とする執行文は、その者に対し、又はその者のために強制執行をすることができることが裁判所書記官若しくは公証人に明白であるとき、又は債権者がそのことを証する文書を提出したときに限り、付与することができる。
- 3、4、5 （略）

第33条（執行文付与の訴え）

- 1 第27条第1項又は第2項に規定する文書の提出をすることができないときは、債権者は、執行文（同条第3項の規定により付与されるものを除く。）の付与を求めるために、執行文付与の訴えを提起することができる。
- 2 （略）

強制執行は、債務名義（22条各号）に基づくものではあるが、具体的には、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施される（25条本文）。

したがって、債権者は、強制執行の申立てをするのに先立ち、執行文の付与の手続（26条1項）を経る必要がある（この意味において、債務名義の取得→執行文の付与→強制執行という流れを辿ることになる）。

例えば、Xは、Yを被告とする貸金返還請求訴訟におけるX勝訴の確定判決を債務名義として、Yが所有する甲土地に対する不動産執行をする際には、同訴訟の「確定判決」（22条1号）について執行文の付与の手続（同法26条1項）を経た上で、「債務名義に表示された当事者」（同法23条1号）であるYが所有する甲土地に対する不動産執行（同法43条1項）の申立て（同法2条）をするべきである。

イ. 異議の申立て

第33条（執行文の付与等に関する異議の申立て）

- 1 執行文の付与の申立てに関する処分に対しては、裁判所書記官の処分にあつてはその裁判所書記官の所属する裁判所に、公証人の処分にあつてはその公証人の役場の所在地を管轄する地方裁判所に異議を申し立てることができる。
- 2～5 （略）

第34条（執行文付与に対する異議の訴え）

- 1 第27条の規定により執行文が付与された場合において、債権者の証明すべき事実の到来したこと又は債務名義に表示された当事者以外の者に対し、若しくはその者のために強制執行をすることができることについて異議のある債務者は、その執行文の付された債務名義の正本に基づく強制執行の不許を求めるために、執行文付与に対する異議の訴えを提起することができる。
- 2 異議の事由が数個あるときは、債務者は、同時に、これを主張しなければならない。
- 3 （略）

（3）強制執行開始要件

和田執行保全法 58～62 頁

ア. 債務名義の送達

第29条（債務名義等の送達）

強制執行は、債務名義又は確定により債務名義となるべき裁判の正本又は謄本が、あらかじめ、又は同時に、債務者に送達されたときに限り、開始することができる。第二十七条の規定により執行文が付与された場合においては、執行文及び同条の規定により債権者が提出した文書の謄本も、あらかじめ、又は同時に、送達されなければならない。

イ. 確定期限の到来

第30条（期限の到来又は担保の提供に係る場合の強制執行）

- 1 請求が確定期限の到来に係る場合においては、強制執行は、その期限の到来後に限り、開始することができる。
- 2 （略）

ウ. 担保の提供を証する文書の提出

第30条（期限の到来又は担保の提供に係る場合の強制執行）

- 1 （略）
- 2 担保を立てることを強制執行の実施の条件とする債務名義による強制執行は、債権者が担保を立てたことを証する文書を提出したときに限り、開始することができる。

エ. 反対給付又はその提供の証明

第31条（反対給付又は他の給付の不履行に係る場合の強制執行）

- 1 債務者の給付が反対給付と引換えにすべきものである場合においては、強制執行は、債権者が反対給付又はその提供のあつたことを証明したときに限り、開始することができる。
- 2 （略）

オ. 他の給付の執行不能の証明

第31条（反対給付又は他の給付の不履行に係る場合の強制執行）

- 1 （略）
- 2 債務者の給付が、他の給付について強制執行の目的を達することができない場合に、他の給付に代えてすべきものであるときは、

第2節. 民事保全法

1. 民事保全とは

(1) 制度趣旨

民事保全とは、訴訟提起から判決確定までの間における現状維持又は暫定的法律関係の形成・維持により、債権者が本案請求に係る権利を保全するための制度である。

仮差押え・係争物に関する仮処分は、責任財産あるいは係争物の現状を維持し、将来の強制執行の実効性を確保することに意義がある。

仮の地位を定める仮処分は、本案判決確定までの間、暫定的な法律関係を形成・維持することにより、債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けることに意義がある。

(2) 民事保全の特質

ア. 緊急性

第3条（任意的口頭弁論）

民事保全の手續に関する裁判は、口頭弁論を経ないですることができる。

第13条（申立て及び疎明）

- 1 保全命令の申立ては、その趣旨並びに保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性を明らかにして、これをしなければならない。
- 2 保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性は、疎明しなければならない。

第43条（保全執行の要件）

- 1 保全執行は、保全命令の正本に基づいて実施する。ただし、保全命令に表示された当事者以外の者に対し、又はその者のためにする保全執行は、執行文の付された保全命令の正本に基づいて実施する。
- 2 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2週間を経過したときは、これをしてはならない。
- 3 保全執行は、保全命令が債務者に送達される前であっても、これを行うことができる。

仮処分は、上記の制度趣旨から、速やかにしなければその目的を達成し得ないという意味で、緊急性を有する。

この緊急性は、保全命令手續において、保全手續に関する裁判が全て決定手續で行われる（3条）うえ、保全すべき権利又は法律関係及び保全の必要性に関する立証が疎明で足りること（13条2項）や、保全執行手續において、承継執行文が必要とされる例外的な場合を除き執行文を要しないこと（43条1項）、執行機関が明文で定められていること（43条2項）、保全命令が債務者に送達される前でも執行をなし得ること（43条3項）などにも表れている。

改訂民事保全1頁

改訂民事保全1~2頁

イ. 暫定性（仮定性）

民事保全は、その大半が強制執行の保全を目的とするものであり、判決手続から強制執行手続に移行し、その目的が達成されるまでの間、暫定的に一定の権能や地位を認めるものである。

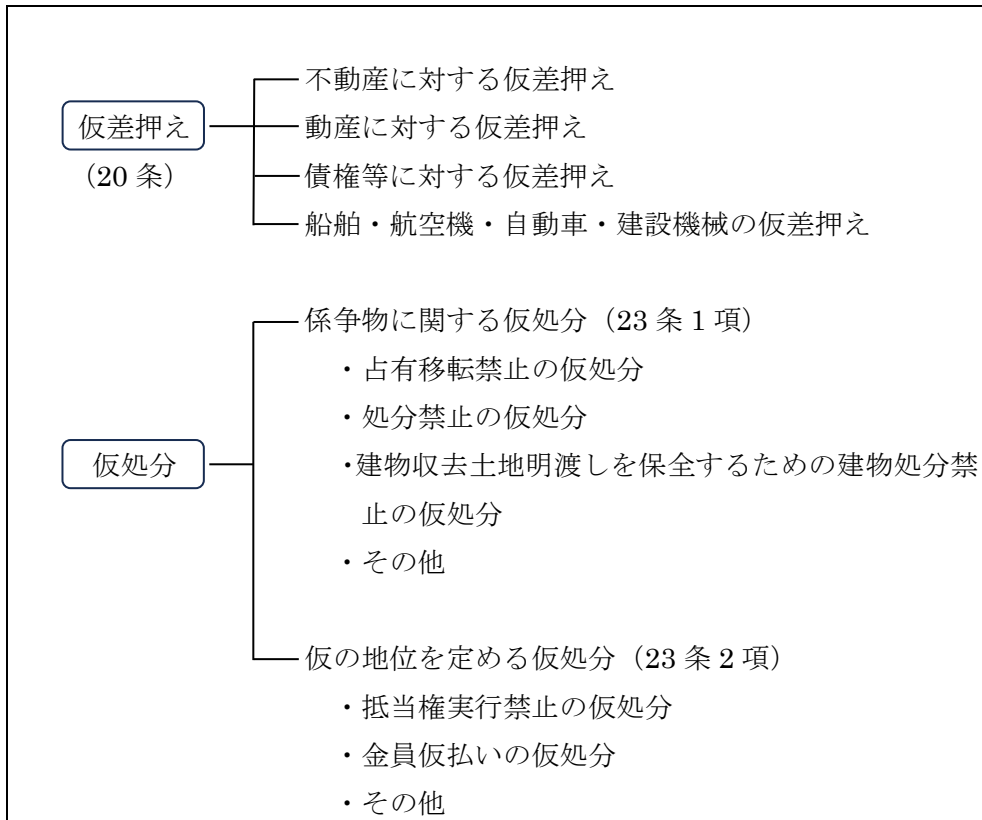
ウ. 付随性

第37条（本案の訴えの不提起等による保全取消し）

- 1 保全命令を発した裁判所は、債務者の申立てにより、債権者に対し、相当と認める一定の期間内に、本案の訴えを提起するとともにその提起を証する書面を提出し、既に本案の訴えを提起しているときはその係属を証する書面を提出すべきことを命じなければならない。
 - 2 前項の期間は、2週間以上でなければならない。
 - 3 債権者が第1項の規定により定められた期間内に同項の書面を提出しなかったときは、裁判所は、債務者の申立てにより、保全命令を取り消さなければならない。
- 4～8 （略）

民事保全は、本案訴訟を前提とし、本案訴訟に付随するものである。したがって、本案訴訟が提起されていないとき、債務者の申立て（これを「起訴命令の申立て」という。）により取り消されることになる（37条）。

2. 民事保全の種類



完全講義「民事」380頁

民事保全は、（1）金銭債権を保全するための「仮の差押え」と（2）特定物に対する給付請求権を保全するための「仮処分」に大別され、「仮処分」は、「係争物に関する仮処分」と「仮の地位を定める仮処分」に分類される。

(1) 仮差押え

第20条 (仮差押命令の必要性)

- 1 仮差押命令は、金銭の支払を目的とする債権について、強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又は強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあるときに発することができる。
- 2 仮差押命令は、前項の債権が条件付又は期限付である場合においても、これを発することができる。

第21条 (仮差押命令の対象)

仮差押命令は、特定の物について発しなければならない。ただし、動産の仮差押命令は、目的物を特定しないで発することができる。

ア. 意義

仮差押え (民事保全法 20 条 1 項) は、金銭債権の支払を保全するために、執行の目的である債務者の責任財産の現状を維持し、将来の強制執行を確保する手段である。

金銭債権を強制的に回収する場合、給付訴訟の提起→給付判決の確定 (債務名義の取得 [民事執行法 22 条 1 号]) →債務者の責任財産に対する強制執行という過程を経るのが通常であるところ、強制執行を開始するまでの間に、強制執行の対象となる債務者の責任財産が無くなってしまったのでは、強制執行をするために給付訴訟を提起して債務名義を取得した意味が失われてしまう。また、責任財産を回復するために詐害行為取消訴訟 (民法 424 条) を提起するという方法もあるが、このような第 2 の訴えを提起することは費用・時間等の面で負担が大きいき、受益者や転得者が善意であった場合には敗訴することになる (民法 424 条 1 項但書、同条の 5 第 1 号) から、詐害行為取消訴訟では責任財産を保全する手段として十分ではない。そこで、金銭債権者が将来の強制執行を確保するために、債務者の責任財産を仮に差し押さえてその処分権を奪っておくことで、債務者の責任財産の現状を維持し、それが不当に散逸することを防ぐ必要があり、そのための迅速な手続が仮差押えなのである。

イ. 種類

仮差押えには、①不動産の仮差押え、②動産の仮差押え、③債権等の仮差押え、④船舶・航空機・自動車・建設機械の仮差押えがある。

(ア) 不動産の仮差押え

第47条 (不動産に対する仮差押えの執行)

- 1 民事執行法第 43 条第 1 項に規定する不動産 (同条第 2 項の規定により不動産とみなされるものを含む。) に対する仮差押えの執行は、仮差押えの登記をする方法又は強制管理の方法により行う。これらの方法は、併用することができる。
- 2 仮差押えの登記をする方法による仮差押えの執行については、仮差押命令を発した裁判所が、保全執行裁判所として管轄する。
- 3 仮差押えの登記は、裁判所書記官が嘱託する。

改訂民事保全 3 頁

執行保全概説 331 頁

和田執行保全 217~218 頁

改訂民事保全 52 頁

改訂民事保全 44~49 頁

4、5 (略)

不動産の仮差押えには、「仮差押えの登記をする方法」と「強制管理の方法の方法」とがある。

「仮差押えの登記をする方法」による不動産の仮差押えの効力は、仮差押命令が債務者に送達された時に生じる（47条5項、民事執行法46条1項）。

債務者に対する関係では、目的不動産に関する処分行為を制限する効力が生じる。もっとも、仮差押命令に違反する債務者の処分行為が絶対的に無効となるのではなく、本執行の手續が行われる限り、その手續との関係で効力が否定されるにとどまる（手續的相对効）。

手續的相对効が生じる結果、仮差押命令の執行後に債務者が目的不動産を処分しても、仮差押債権者は債務名義を取得して債務者を相手方として強制競売の申立てをすることができる（本執行）。他方で、仮差押命令に違反する債務者の処分行為も、当事者間では有効であるから、仮差押えが申立ての取下げや取消しによって失効したときは、完全な効力を有することになる。

第三者に対する関係では、手續的相对効が生じる結果、仮差押命令の執行後であっても、債務者は、目的不動産を第三者に譲渡し、又は抵当権や賃借権を設定することが可能である。もっとも、仮差押債権者は、このような第三者の権利を無視して、本執行としての不動産強制競売ができる。

(イ) 動産の仮差押え

改訂民事保全 55～58 頁

第49条（動産に対する仮差押えの執行）

- 1 動産に対する仮差押えの執行は、執行官が目的物を占有する方法により行う。
- 2 執行官は、仮差押えの執行に係る金銭を供託しなければならない。仮差押えの執行に係る手形、小切手その他の金銭の支払を目的とする有価証券でその権利の行使のため定められた期間内に引受け若しくは支払のための提示又は支払の請求を要するものについて執行官が支払を受けた金銭についても、同様とする。
- 3 仮差押えの執行に係る動産について著しい価額の減少を生ずるおそれがあるとき、又はその保管のために不相応な費用を要するときは、執行官は、民事執行法の規定による動産執行の売却の手續によりこれを売却し、その売得金を供託しなければならない。

動産に対する仮差押えの執行は、執行官が目的物を占有する方法により行う（49条1項）。

債務者に対する関係では、目的動産に関する処分行為を制限する効力が生じる。もっとも、仮差押えの執行後における債務者の処分行為が絶対的に無効となるのではなく、本執行の手續が行われる限り、その手續との関係で効力が否定されるにとどまる（手續的相对効）。

手續的相对効が生じる結果、仮差押命令の執行後に債務者が目的不動

第3節. 予備試験過去問

予備試験で出題された事案を短文化した上で、解説と答案例を掲載する。

【民事実務 - 平成28年設問1(1)】

弁護士Pは、Xの訴訟代理人として、Yに対し、所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権及び所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権を訴訟物として、甲土地について所有権移転登記及び甲土地の明渡しを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することにした。

弁護士Pは、本件訴訟に先立って、Yに対し、甲土地の登記名義の変更、新たな権利の設定及び甲土地の占有移転などの行為に備え、事前に講じておくべき法的手段を検討することとした。

弁護士Pが採るべき法的手段を2つ挙げ、そのように考えた理由について、それらの法的手段を講じない場合に生じる問題にも言及しながら説明しなさい。

（解説）

1. 不動産に関する登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分

Pは、①甲土地の所有権移転登記請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分（民事保全法23条1項、53条1項）を申し立てるべきである。

①には、次のような機能がある。

Yを被告とする所有権移転登記手続請求訴訟の提起後、同訴訟の口頭弁論終結前に甲土地の登記名義がYから第三者に変更された場合、同訴訟の確定判決の既判力は当該第三者に及ばない（民事訴訟法115条1項3号対照）ため、同訴訟の係属中に訴訟引受けの申立て（同法50条）をするか、同訴訟の係属中又は終了後に当該第三者を被告とする所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起する必要がある。また、第三者が「承継」によらずに甲土地の登記名義を取得した場合には、訴訟の口頭弁論終結の前後を問わず、Xの勝訴確定判決の既判力は当該第三者に及ばないし、訴訟引受けの申立ても認められないから、当該第三者を被告とする所有権移転登記手続請求訴訟を提起せざるを得ない。

このように、登記名義がYから第三者に変更された場合、Xとしては、訴訟引受けの申立て、又は当該第三者を被告とする所有権移転登記手続請求訴訟の提起を要することとなる。

前者を用いるためには、Xは、甲土地の登記名義の移転に常に注意を払わなければならないし、後者については、Xは、余計な費用や時間を要することになる上に、前訴における既得の地位が害されることにもなり得るし、訴訟経済にも反する。

他方で、①の仮処分が認めら、処分禁止の登記がなされると、これに遅れる第三者名義の登記は、Xが本案の勝訴確定判決を取得するなどすれば、全て抹消可能となる（民事保全法58条1項、2項）。この意味で、①の仮処分には当事者恒定効が認められる。

改訂民事保全2～4頁・62～71頁、
和田執行保全251頁、完全講義「民事」110頁

2. 占有移転禁止の仮処分

Pは、②甲土地の明渡請求権を被保全権利とする占有移転禁止の仮処分（同法23条1項、25条の2第1項）を申し立てるべきである。

②には、次のような機能がある。

Yを被告とする土地明渡請求訴訟の提起後、同訴訟の口頭弁論終結前に第三者が甲土地の占有をYから承継した場合、同訴訟の確定判決の既判力は当該第三者に及ばない（民事訴訟法115条1項3号対照）ため、同訴訟の係属中に訴訟引受けの申立て（同法50条）をするか、同訴訟の係属中又は終了後に当該第三者を被告とする土地明渡請求訴訟を提起する必要がある。また、第三者が「承継」によらずに甲土地の占有を取得した場合には、訴訟の口頭弁論終結の前後を問わず、Xの勝訴確定判決の既判力は当該第三者に及ばないし、訴訟引受けの申立ても認められないから、当該第三者を被告とする土地明渡請求訴訟を提起せざるを得ない。

このように、甲土地の占有がYから第三者に移転した場合、Xとしては、訴訟引受けの申立て、又は当該第三者を被告とする土地明渡請求訴訟の提起を要することとなる。

前者を用いるためには、Xは、甲土地の占有移転に常に注意を払わなければならない。しかも占有の移転を察知することは実際には相当困難であることが少なくない。後者については、Xは、余計な費用や時間を要することになる上に、前訴における既得の地位が害されることにもなり得るし、訴訟経済にも反する。

他方で、②の仮処分が認められると、その後に甲土地の占有を取得した第三者に対して、Yを被告とする土地明渡請求訴訟における勝訴確定判決を債務名義として、甲土地の明渡しの強制執行をすることができる（民事保全法62条1項）。この意味で、②の仮処分には占有関係を固定することによる当事者恒効が認められる。

（答案）

Pは、①甲土地の所有権移転登記請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分（民事保全法23条1項、53条1項）と、②甲土地の明渡請求権を被保全権利とする占有移転禁止の仮処分（同法23条1項、25条の2第1項）を申し立てるべきである。

Yを被告とする所有権移転登記手続請求訴訟の提起後、同訴訟の口頭弁論終結前に甲土地の登記名義がYから第三者に変更された場合、同訴訟の確定判決の既判力は当該第三者に及ばない（民事訴訟法115条1項3号対照）ため、同訴訟の係属中に訴訟引受けの申立て（同法50条）をするか、同訴訟の係属中又は終了後に当該第三者を被告とする所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起する必要がある、これは煩雑である。他方で、①の仮処分が認められ、処分禁止の登記がなされると、これに遅れる第三者名義の登記は、Xが本案の勝訴確定判決を取得するなどすれば、全て抹消可能となる（民事保全法58条1項、2項）（①の理由）。

改訂民事保全2～4頁・70～71頁、
和田執行保全255頁、完全講義「民事」110頁