

《資料》

## 仮差押及び仮処分制度に関する改正試案に ついての意見書——報告要旨

国土館大学法学部

（報告：菊池 定信）  
（ク：小松 良正）

### 1. はじめに

法務省民事局参事官室は、昭和61年12月に仮差押及び仮処分に関する改正試案を公表したが、これは昭和58年10月から法制審議会民事訴訟法部会が各界の意見を参酌して審議してきたものを基礎として立案されたものである。現行の仮差押及び仮処分制度は、明治23年に制定された民事訴訟法の旧第6編、強制執行中に規定されていたものである。このうち保全執行手続の部分は昭和54年に制定された民事執行法に移行されたため、保全訴訟手続は民事訴訟法第六編に、保全執行手続は民事執行法第三章に規定されるという体系をとっている。いずれにしても、この分野においては、これまでほとんど法改正がなされていないため、この度の改正試案は各界に大きな関心を引き起こすものと思われる。そこで当大学法学部においても、この改正試案について研究会を開き討議した結果、以下のような討議をしたので、本誌にその報告をさせていただくことにした。

### 2. 仮差押及び仮処分制度に関する改正試案 についての評価

#### (1) 保全処分の申立て等の方式

現行民事訴訟法では、仮差押えおよび仮処分の申請等については書面又は

口頭ですることができるとしている（民訴740条，同756条等）。これに対して，試案によれば，保全処分の申立て，保全異議の申立て，保全決定の取消しの申立て及び保全処分に関する抗告は，書面で行わなければならないものとし，またその他の保全処分に関する申立てについても，口頭弁論期日においてする場合を除き，同様とするとしている（試案総則・2）。しかし，このような試案の立場を前提とした場合，保全処分に関する各種の申立て等は書面であることを必要とすることになり，不適切であるとの意見があった。たとえば，訴訟上の付随的申立ては，口頭主義を維持したほうが試案の目的とする「迅速性」に奉仕するのではないであろうか。また，試案のような立場は裁判所の負担軽減のために，当事者に対して責任を転嫁することになるのではないかとの意見があった。さらに，簡易裁判所における訴訟手続においては口頭の申立てを維持してもよいのではないかとの意見もあった。

## (2) 保全処分に関する裁判

現行法では，仮差押の申請に関する裁判を判決手続であるか，決定手続であるかは裁判所の裁量とされ（民訴742条），また仮処分に関する裁判については原則として判決手続によるものとし，例外的に決定手続によりなされるものとされる（同757条）。これに対して試案は，保全処分に関して裁判所のする裁判は口頭弁論を経ないですることができるとし，口頭弁論を経てする場合であっても決定をもってするものとしている（試案総則・3）。それゆえ，保全処分に関する裁判はすべて決定の形式により行われることになる。このような試案の立場については，「迅速性」の要請を重視するものとするれば，そのような立場も止むを得ないとする意見もあった。しかし，事案によっては，なお慎重な審理を要する場合があり，試案のような規定ではその要請に応えることができないので保全処分に関する裁判は原則として決定手続によるものとし，事案の内容が慎重を要する場合には，より詳細な審理手続を設けるべきである，という意見が強かった。

(3) 当事者以外の者の審尋

現行法は、決定手続においては当事者を審尋することができることを規定している（民訴125条2項）。したがって、保全処分の手続全般において当事者を審尋することができることは疑いがない。これに対して試案はさらに、裁判所は保全異議若しくは保全決定の取消しの申立て又は保全抗告についての決定をするに際し、申出により、当事者以外の者を審尋することができるとし、この場合においては、相手方に対し、審尋に立ち会う機会を与えなければならないとしている（試案総則・4・a）。この点については、試案が第三者審尋を簡易な証拠調的なものと考え、また相手方に対しては立会権を保証することで、当事者間の公平をはかるという手当てをしているので、試案の立場も止むを得ないであろうとの意見も出された。しかし、ここでいう「立会権」というものがどのような権利を保証したものであるかは曖昧であり（証拠調における当事者の立会いと同趣旨か）、立会権の内容をもう少し具体的に規定してもらいたい、という意見があった。

(4) 保全処分の執行停止等

現行法においては、仮差押決定に対して債務者が異議を申し立てた場合でも、執行は停止されないものとされている（民訴744条3項、同756条により仮処分命令に準用）が、民訴500条・511条・512条等の準用により執行停止を認める見解が存在している。これに対して、改正試案は、保全異議又は保全決定の取消しの申立てがあった場合において、申立てのため主張した事情が法律上理由があるとみえ、事実上の点について疎明があり、かつ、保全処分の執行により償うことができない損害を生じるおそれがあることの疎明があったときは、裁判所は申立により担保を立てさせ、又は一定の期間内に担保をたてるべき旨の条件を付して、保全処分の執行若しくは効力の停止又は既にした保全処分の執行の取消しを命ずることができるとする（試案2・保全処分の手続・10）。これは、特別上告、執行関係訴訟等に伴う執行停止（民訴500条、民執法36条1項）の要件よりも厳格なものとされているが、その理由として

試案の説明書は、保全処分の執行停止等は保全処分の本来の趣旨からいって例外的に認められるべきである点を指摘している。このような試案の立場については、仮執行としての保全処分の執行停止の要件が本執行の停止の要件よりも厳しいものとするのはどうかという意見があり、前者の執行停止の要件は事例によっては（例、保全命令が簡易な決定手続によるのに対応して）本執行の停止要件の程度と同等でよく、また満足の仮処分の場合にはむしろ執行停止の要件を緩和して、停止をある程度容易に認めるべきであるとの意見があった。

#### (5) 不動産の処分禁止の仮処分

##### (ア) 仮処分の執行

従来の実務では、用益物権、担保物権又は賃借権の設定の請求権を保全しようとする場合でも、そのための方法が明確に規定されていなかったため、所有権保全と同様の方法を採らざるをえず、したがってその登記もすべて甲区欄になされ過大な効果が与えられていた。またそれによって保証金もかなりの額にならざるをえなかった。これに対して、試案によれば用益物権、担保物権又は賃借権の設定の請求権を保全するための処分禁止の仮処分においては、その執行は仮処分に基づく処分禁止の登記及び仮登記によるものとし、第三者の登記の抹消を求めることはできず、仮処分に基づく仮登記の本登記のみを求めることができるとしている（試案四・3・a・b）。このように、その仮処分の効力を順位保全にとどめようとする方向については、債務者のみならず債権者自身の立場からも適切であるとする意見があった。しかしながら、試案のような制度を設ける場合に不動産登記法との整合性（例、対抗問題の錯綜）に十分配慮されたいとの意見があった。

##### (イ) 第三者に対する通知

現行の実務においては、仮処分の登記の後にされた第三者の登記が抹消される場合、第三者は登記の抹消について知らされることはない。この点について試案は、仮処分の登記がされた後に、第三者の登記がされた場合におい

て、債権者がその第三者の登記の抹消を求めるには、あらかじめその旨を第三者に通知しなければならないとしている（試案四・3・c）。このような試案の立場については、第三者を保護するために、登記の抹消を利害関係をもつ第三者が知る機会を保障する必要があるので、試案のように第三者に通知を与えるべき点については異論はなかった。しかし、第三者保護の方法としてそのような通知だけでは不十分ではないかとの意見もあり、なお慎重に検討してもらいたいとする意見が多かった。さらに、通知を受けた第三者についての具体的な救済方法を法文上規定したらどうかとの意見があった。

#### （6）占有移転禁止の仮処分

現在の解釈によれば、仮処分の本案の債務名義の効力は、目的物を債務者から承継した者にもおよび、承継によらないで取得した者に対しては、この者に対して新たな訴えを提起し、また仮処分の申立てをしなければならないと解されている。これに対して試案によれば、債権者はその本案の債務名義に基づき、占有移転禁止の仮処分がされた後に当該物を占有した者に対しても、その引渡し又は明渡しの強制執行をすることができるとしている（試案四・4・a）。このように試案が、その仮処分の効力が原則として債務者の承継人のみでなく、不法占拠者に対しても及ぶことについては、理論構成上の問題は別として、実際上の必要性の点から賛成の意見があった。しかし、次のような批判があった。試案の但書によれば、本文に対して債務者からの承継によらないで占有した者が、仮処分の執行につき善意で過失がないときは、この限りでないとしている。この点は、占有移転禁止の仮処分における公示が不徹底であるという基本的な問題に起因していることは明かであるが、そのような公示の不徹底性という抜本的な問題の他に、第三者側の「善意・無過失」というような曖昧な抽象的な基準によったのでは、手続上明確な処理ができるのかどうか疑問があるとの意見があった。またこの点自体が紛争になるとすれば、逆に試案の目指す「迅速性」の要請に反することになるのではないかとの意見もあった。

(注) 今次の仮差押・仮処分改正案については、すでに多くの見解が述べられている。山崎 潮「仮差押・仮処分制度改正試案の経緯」ジュリスト879号86頁，青山善充「仮差押・仮処分制度改正試案の特色と今後の検討課題」同92頁，今井功「裁判実務からみた仮差押・仮処分制度改正の問題」同97頁，原井龍一郎「弁護士実務からみた仮差押・仮処分制度改正の問題」同103頁，特集「仮差押・仮処分制度改正の諸問題(1)(2)」判例タイムズ639号5頁，640号7頁，研究会「仮差押・仮処分制度の改正と利用者の立場(1)～(4)」NBL387号8頁，394号36頁，396号38頁，400号36頁。

また，昭和62年度の民事訴訟法学会では，「仮差押えおよび仮処分制度の改正について」と題してミニ・シンポジウムが開かれ，詳細な報告と質疑応答がなされている（民事訴訟雑誌34号102頁以下参照）。

さらに，現行法の下での仮差押え・仮処分制度の実態について，松浦 馨・三谷忠之・野村英敏「仮差押え・仮処分法上の諸問題に関する実体調査レポート―〈その1〉東京・高松・徳島の地裁・法務局での調査(一)～(三)―」民商95巻3号443頁，同4号589頁，同5号745頁を参照。