

《資料》

法務省民事局参事官室 御中

国士舘大学法学部・民事法担当者

「担保・執行法制の見直しに関する要綱
中間試案」に対する意見

標記の件について、民事法担当教員（上原由起夫、菊池定信、五島京子、小松良正、高橋 敏、藤村和夫、森田悦史、山本 研）を中心に別紙のとおり意見をとりまとめましたので、これを送付いたします。

第一 主として担保法制に関する事項

一 留置権

(一) 留置権の効力（民法二九五条等関係）

留置権の効力を見直し、留置権者に優先弁済権を与えるものとするかどうかについて、なお検討する。

「意見」現行法が、一方で、留置権に優先弁済権を与えず（民法二九五条）、他方で、動産上の留置権については弁済を受けるまでは目的物を留置することができ（民事執行法一二

四条、一九〇条参照）、不動産上の留置権については競売後も留置権を失わない（民事執行法五九条）としているのは、担保権としての留置権の実効性を確保するためのものとして首肯し得ないものではない。

しかしながら、これにより、同一物上に担保権が競合する場合には、いずれかの担保権が実行された後の処理、あるいは担保権の実行自体を困難にすることも容易に想像される。

たとえば、抵当不動産が短期賃貸借に付され、当初は、適法な短期賃貸借が行われていたにもかかわらず、その後、占有者の交替が繰返され、何らの権限を有しない占有者が占有するに至った場合、抵当権者による、抵当不動産の不法占有者に対する明渡請求が認められることになるものと思われる（最大判平成二一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁参照；但し、本判決は、短期賃貸借が関与するものではない）が、そのような経緯を経ず、短期賃借人が、目的不動産に（修繕等の）手を加えて、同不動産につき適法に留置権を取得したときは、この者に対する明渡請求は認められないことになるう。

したがって、このような場合を想定すれば、留置権に優先弁済権を与え、他方で、留置権の存する目的物上の担保権の実行により留置権を消滅させる（消除主義）ことが問題解決に資するものと思われる。

ただ、留置権に優先弁済権を与えることとした場合であっ

ても、留置権の被担保債権の如何、あるいは目的物の如何を問わず、一律の取扱をすることが望ましいかは、なお検討の余地がある。

なお、留置権に優先弁済権を与えるときは、留置権者の単なる占有という事実によるのではなく、留置権の存在が公示されることが望ましい。

目的物が不動産の場合は登記を公示手段とすることが考えられるが、留置権が法定担保権であることと、登記の共同申請主義との関係から、直ちに登記を公示手段としてよいか一考の余地がある。

二 先取特権

(一) 雇人給料の先取特権 (民法三〇八条関係)

民法三〇八条の先取特権の被担保債権の種類および範囲について、商法二九五条における「(会社)ト使用人トノ間ノ雇用関係ニ基キ生ジタル債権」と同じ内容にするものとする。

〔意見〕 労働債権に係る先取特権に関する規定たる民法三〇八条と商法二九五条の内容が一致しておらず、その不一致を解消するのが望ましいという指摘はその通りである。しかし、その両規定が具体的に意味するところを、予め明らかにしておくことも必要ではないかと考えられる。すなわち、民法三〇八条の「雇人」と商法二九五条の「使用人」との異同

につき、必ずしも明らかでないところがある。

判例は、ひろく雇傭契約によって労務を供給する者を「雇人」というとして、日雇労働者・パート従業員も「雇人」としているようである(最判昭和四七年九月七日民集二六卷七号一三三四頁)が、この「雇人」が「使用人」と同義であるならば、どちらかの用語に統一すればよいということになる。また、さらに、両規定の内容が異なるのは、民法三〇八条は、被担保債権を「最後の六ヶ月間の給料」としているのに対し、商法二九五条はそのような制約を付していない点である。

民法三〇八条の内容を商法二九五条と同内容の規定にする、一般債権者を不当に害することになるのではないかとの批判があり得るが、この先取特権によって担保される被担保債権は、単に、労働の対価というにとどまらず、その雇人ないし使用人(および、その家族)の生活の基盤を維持するために不可欠のものといえるのであるから、一般債権に優先してしかるべきものであり、それゆえにこそ、先取特権が認められるのである。したがって、民法三〇八条の内容を商法二九五条の内容と同内容の規定にすることは、社会政策的見地からも賛成できる。

(二) 不動産保存の先取特権 (民法三三七条関係)

不動産保存の先取特権の被担保債権を、裁判所が選任した鑑定人が相当と評価した保存費に限るものとするかどうかどう

かについて、なお検討する。

〔意見〕 まず、不動産先取特権の被担保債権を確定する前提として、その被担保債権を産出す不動産保存行為に如何なる行為が含まれることになるのかが、検討されてよい。そして、その行為如何によっては、被担保債権額を容易に確定できない場合が、相当に見込まれるのであれば、鑑定手続の導入に積極的な姿勢が示されてよい。

たとえば、今後、土壌汚染除去行為が求められる機会が増加することが考えられるが、こうした行為もここに含まれるのであれば、その費用の相当性をめぐって紛議が起ることも想定されるところ、鑑定手続を導入することが望ましいであろう。

ただ、あらゆる場合に鑑定手続を経由すべきであるとする、かえって、無用の負担を債権者に課すことにもつながりかねないので、一定の者(利害関係人)の申立がある場合に限って鑑定手続を経るべきとすることも考えられる。

(三) 不動産工事の先取特権 (民法三三八条関係)

不動産工事の先取特権の効力を保存するには、工事開始前にその費用の予算額を登記しなくとも、工事完了後直ちにその費用の額を登記すれば足りるものとする。

〔意見〕 現行法は、不動産工事の先取特権は、工事を始める前にその予算額を登記しなければならぬとしているのみならず、工事費用がその予算額を超えたときは、その超過額に

つき、先取特権は存しないとしている(民法三三八条一項但書)ので、この先取特権を担保権として有効なものとするためには、工事完了後Ⅱ工事費用が明確になった後に、その額を登記せしめることが望ましい。

(四) その他

労働債権の保護等の観点から、民法の先取特権の規定に関するその他の見直しをどうかどうかについては、なお検討する。

〔意見〕 労働債権の保護が抵当権の有用性に劣後すべきであるとの見解に与することはできないので、労働債権の保護等の観点から先取特権の規定の見直しをすることには賛成である。

三 質権

指名債権の債権質 (民法三六三条関係)

指名債権をもって質権の目的とする場合においては、その債権につき、債権証書があるときであっても、その証書の交付を質権設定の効力発生要件とはしないものとする。

〔意見〕 賛成できない。むしろ、債権証書が存する場合には、質権の成立を明確にするためにも債権証書の交付を質権の成立要件とすべきであると考ええる。

債権証書が存しないことが明白であるときは、設定契約と同時に、その旨を証する文書の交付をもって質権の成立を認め、債権証書が存在するにもかかわらず、その所在が不明で

ある等の場合の不利益は債権者（質権を設定しようとする者）において、その不利益を甘受すべきである。

四 抵当権

(一) 不動産の収益に対する抵当権の効力等

抵当不動産の収益に対する抵当権の効力に関する次のような点について、なお検討する。

a 抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、その内容をどのようなものとするか。

(A案)

民事執行法における強制管理と同様に、競売とは別個の、抵当権者が不動産の収益から優先弁済を受けるための手続とする。

(B案)

競売に付随して、差押え後売却までの間において抵当権者が不動産の収益から優先弁済を受けるための手続とする。

a A案に賛成。

(理由) 競売とは別個の手続きである必要があるので、B案には賛成しかねる。

b 抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するものを設けることとする場合において、抵当権に基づく賃料

に対する物上代位の在り方の見直しをする必要があるか。

(A案)

抵当不動産の賃料に対する物上代位は認めつつ、賃料に対する物上代位と強制管理に類する手続についての調整規定を設けることとする。

(B案)

抵当不動産の賃料に対する抵当権の効力については、強制管理に類する手続によってのみ実現すべきものとし、賃料に対する物上代位は認めないものとする。

b B案に賛成。

(理由) 抵当不動産の賃料に対する物上代位を判例が是認してきたのは、最判平成元・一〇・二七のいわゆる香川判決に引きずられたことと、バブル崩壊による大量の不良債権発生という実務上の要請によるものであり、民法の有力学説を無視したものであったのだから、この機会にすっきりした制度を設けるべきである。

(二) 濫除（第三取得者の主導によって抵当権を消滅させる制度）

(A案)

濫除制度について、次のような見直しを行った上で存続させるものとする。

a 濫除の申出をすることができる者は、当該抵当不動産について所有権を取得した者に限るものとする（民法三

七八条関係）。

b 抵当権者が濫除の申出を受けた時から「二月」以内に競売の申立てをしたときは、濫除の効果は生じないものとする（民法三八四条関係）。

c 抵当権者は、抵当権を実行しようとする場合において、第三取得者にその旨の通知をすることを要しないものとする（民法三八一条関係）。

(B案)

濫除制度を廃止し、第三取得者の主導によって抵当権を消滅させる制度は置かないものとする。

B案に賛成。

(理由) 濫除制度は、悪用されているのが実態であり、抵当権を無力にする制度は廃止すべきである。

(三) 一括競売（民法三八九条関係）

土地の抵当権者は、抵当権設定後に抵当地に建物が築造された場合においては、建物を抵当地とともに競売することができるものとする。ただし、建物所有者が抵当地について抵当権者に対抗することができる占有権原を有するときは、この限りでないものとする。

反対。

(理由) 無権原占有の第三者の建物は、収去請求で処理するのが妥当である。

(四) 短期賃貸借（民法三九五条関係）

(ア) 建物

(A案)

抵当権に後れる賃貸借は、その期間の長短にかかわらず、抵当権者（買受人）に対抗することができないものとする。

(B案)

(B1案)

a 「二年」以内の期間の定めのある賃貸借は、抵当権に後れるものであっても、その期間内に限り、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとする。

b 賃貸借が抵当権者に損害を及ぼす場合には、抵当権者は、その解除を裁判所に請求することができるものとする。

c 賃貸借が抵当権者（買受人）に対抗することができる

場合においても、賃借人は、期間経過後において、引渡命令（民執法八三条）の対象になるものとする。

(B2案)

a 抵当権に後れる賃貸借は、抵当権の実行による抵当不動産の売却後一定の期間（例えば、「六月」）以内に限り、抵当権者（買受人）に対抗することができるものとする。「b、cは、(B1案) b、cと同じ」

A案に賛成。

(理由) 立法当初から問題とされた制度であり、今まで手

をつけられなかったことが驚くべきことである。不法占有も

あるからこの制度を廃止しても意味がないという議論があるが、反社会的勢力・暴力団は合法である制度を利用する（法網をくぐる）プロであり、この制度を廃止することによるその筋への影響力は大きなものとなる。

正常な賃貸借は保護せよというのは、建前論であり、何ら問題解決にはならない。一割、二割でも悪用されていればその立法は失敗なのである。

正常な賃貸借は保護せよというが、その識別に手間どるよりは、一律に明渡猶予期間を置くべきであろう。民法三九五条を削除した上で、不都合があれば、定期借家制度の見直しの時点で、借地借家法を改正して、明渡猶予期間を規定すればよい。敷金は買受人に承継させるべきではない。

(イ) 土地

抵当権に後れる賃貸借は、その期間の長短を問わず、抵当権者（買受人）に対抗することができないものとする。

試案に賛成。

(理由) 民法三九五条廃止論からは、当然の帰結である。

(五) 根抵当権

(ア) 根抵当権者の元本確定請求

根抵当権者は、担保すべき元本の確定を請求することができるものとする。ただし、担保すべき元本が確定すべき期日の定めがある場合は、この限りでないものとする。

る民事執行法五五条の保全処分に関しては、その要件を緩和する方向での見直しをする中間試案に賛成である。

a 不動産の価格を減少する程度が著しいものであることを要しないものとするかどうか。

a 民事執行法五五条一項においては、不動産の価格を減少させる程度が著しいものであることを要しない、とする案に賛成する。その理由は以下の通り。

①不動産の価格を減少させている不動産の占有者で執行妨害を意図しているものであるか否かは、現実的には、個別の事実ごとに執行裁判所の判断に任せらるべきであるが、実際上、その主観的意図の有無を判断することは極めて困難であろう。そこで、より客観的な判断基準ないしは要件を定めておくのが適切である。その観点から、「不動産の価格を減少させている不動産の占有者で占有権限を有しないもの」という客観的な要件を定め、これを基準として同条の保全処分の対象を判断すべきである。単に不動産の価格を減少させているだけで、その占有者に対し同条の保全処分を発することができるものとする、執行を受け入れようとしている占有者など、現に保護されるべき占有者までもが排除されるおそれがあり、いわゆる占有屋等による不動産執行の妨害対策の目的を超え、その適用範囲を不当に拡大するおそれがある。

②不動産執行の妨害を意図する占有者（いわゆる占有屋）は、

試案に賛成。

(イ) 元本不発生に係る確定事由

民法三九八条ノ二〇第一項一号を削除する。

試案に賛成。

(六) その他

抵当権の実効性の向上等の観点から、民法の抵当権の規定に関するその他の見直しをすることがどうかについては、なお検討する。

抵当権の簡易な実行を図るための制度は不要である。競売制度の充実が先決であると考える。

第二 主として執行法制に関する事項

一 いわゆる占有屋等による不動産執行妨害への対策

(一) 民事執行法上の保全処分の強化（民事執行法五五条等関係）

(ア) 要件の緩和

民事執行法五五条の保全処分の要件につき、これを緩和する方向での見直しをすることとし、次のような点について引き続き検討する。

「意見」競売不動産の占有による執行妨害に対する対策については、多方面から検討されるべきであるが、その一つであ

完全に排除されるべきであるが、その排除は、執行手続上の諸制度において達成されるべきであって、ひとり同条一項が担うべき問題ではない。それゆえ、まず一次的には、「占有権限を有しないもの」という客観的な基準により、保全処分の対象者の範囲を明確にしておくのが適切である。

b 同条二項の執行官保管の保全処分につき、「特別の事情」がない場合であっても同条一項の規定による命令に違反したことを要しないで、同項の保全処分と同様の要件の下で発することができるものとする案に賛成するか。

b 同法五五条二項の執行官保管の保全処分は、「特別の事情」がない場合であっても、同条一項の規定による命令に違反したことを要しないで、同項の保全処分と同様の要件の下で、発することができるものとする案に賛成する。

①多種・多様な価格減少行為等を防止・回避するためには、併存的に保全処分の方法を定めおき、個別の事実ごとにその選択を差押債権者に任せるのが適切だからである。

c aのような見直しをしない場合であっても、不動産の現状の変更（占有の移転を含む。）の禁止を命ずる保全処分については、価格減少行為等があることを要しないので、執行裁判所が必要があると認めるときに発することができるものとするかどうか。

c a案のような見直しをしない場合であっても、同条一項の保全処分のうち、不動産の現状の変更・占有の移転の禁

止を命ずる保全処分については、価格減少行為等があることを要しないで、執行裁判所が必要であると認めるときに発することができ、という考え方には、反対である。理由は以下の通り。

① a案のような見直しが必要であり、仮にその見直しをしない場合であっても、不動産の現状維持を内容とする保全処分については、同条一項の定める価格減少行為等があることをその発令要件とすべきである。同条一項の保全処分の趣旨は、差押え不動産の価格減少行為等を禁止する点にある、と位置付けるべきだからである。

② c案は、不動産の現状の変更・占有の移転の禁止を命ずる保全処分に限り、価格減少行為等を要件とすることなく、執行裁判所が必要であると認めるときに発することができ、というのであるが、問題は、執行裁判所がいかなる基準をもって必要と認める判断をするのか、という点である。

「補足説明」(三四頁)によれば、不動産の現状維持を内容とするものに限って要件を緩和するのは、不動産の物理的変更や占有移転がしばしば執行妨害の手段として行われていることなどを考慮したからである、とされるが、そうだとすると、執行上許容される範囲の現状変更の場合にも、執行裁判所の判断により保全処分が発せられるおそれがある、同条項の立法趣旨を逸脱するおそれがある。更にそのような抽象的な発令要件では、適用の基準が曖昧である

a 執行官以外の者も不動産の「保管人」となることができるものとするかどうか。

「意見」 a 民事執行法五五條二項の執行官保管の保全処分については、執行官以外の者、例えば不動産の管理を業とするものを不動産の保管人となることができるものとする案に賛成する。

①不動産の保管については、船舶執行等にみられるように、執行官よりも、それを専門の業とする法人等が担うのが妥当だからである。

b 不動産を保管する執行官(保管人)の権限について、例えば、不動産の価値を維持するために必要な行為をすることができる、買受希望者に対して不動産の内覧をさせることができる等の規定を設けることとするかどうか。

b 不動産を保管する執行官又は保管人の権限に関しては、次のように規定を整備すべきである。

①明文中、不動産の価格を維持するために必要な行為をする権限、例えば差押え建物の価値を維持するための補修、不法占有者の排除等に必要な権限を認めるとともに、これらに要する費用を共益費用とすることを明らかにすべきである。

②一般の不動産取引におけると同様に、買受希望者に対する情報を提供する必要から、執行手続上においても、原則として不動産の内覧を認めるべきである。ただし権原を有す

ことから、適切・公正に運用されないおそれがあることを指摘しておきたい。

d cの禁止命令に違反した者に対しては、価格減少行為等があることを要しないで、同条二項の執行官保管の保全処分を発することができるとするかどうか。

d cの禁止命令に違反した者に対しては、価格減少行為等があることを要しないで、同条二項の執行官保管の保全処分を発することができるとする考え方には、反対せざるを得ない。その理由は以下の通り。

①現状変更禁止の保全処分の発令は、価格減少行為等のあることが要件とされるべきだからである。したがって差押え不動産の物理的な変更や占有移転等だけでは、保全処分を発することができず、これらによって価格が減少すると認められるときに、保全処分を発することができるものと定めるべきである。

②既に再三述べたように、民事執行法五五條は差押え不動産の価値を維持して適正価格での売却の実施を目的として立法化されたものである、と位置付けるべきであり、そうであれば、価格減少行為等の現存を同条の基本的な要件とすべきであろう。

(イ) 不動産の保管

民事執行法五五條二項の執行官保管の保全処分につき、次のような点について引き続き検討する。

不動産の占有者・居住者の同意があるか、または内覧を拒まない場合に限られる。占有者等の意思を無視してまで買受希望者に内覧権を保障する考え方には、賛成できない。(ウ) その他

民事執行法五五條の保全処分につき、その他、次のような点について引き続き検討する。

a 保全処分の相手方である不動産の占有者を通常の方法により特定して表示することが困難である特別の事情がある場合には、相手方の表示を「(保全処分執行時の)不動産の占有者」として、保全処分を発することができるものとするかどうか。

「意見」 a 民事執行法五五條の保全処分の発令時において、発令の相手方である不動産の占有者を通常の方法によっても特定して表示することができない特別の事情があるときは、相手方を特定せずに、抽象的に「(保全処分執行時の)不動産の占有者」と表示して、保全処分を発することができるという考え方に、賛成である。その理由は以下の通り。

①執行妨害その他により、不動産の占有者の氏名等を把握することが困難であるときは、抽象的な相手方の表示で保全処分を発することができるものとすべきである。これを許容した場合に、特定されない占有者の利害よりも、執行の迅速や不動産の売却の安全等が重視されるべきだからである。

② 特定されない占有者を表示する保全処分において、その発令から執行までの間に占有者が入れ替わる可能性があるが、著しい価格減少行為という現行法の要件のままでは、その入れ替わりに対応して要件を充足すると認定することが著しく困難であると指摘されている。そこで、民事執行法五条の発令要件を緩和する考え方、すなわち（ア）で指摘したように、「不動産の価格を減少させている不動産の占有者で占有権原を有しないもの」と要件を緩和して、占有者が入れ替わった場合でも、発令要件を充足すると認定することができるようにしておく必要がある。

b 民事執行法五五条の保全処分として、民事保全法六一条一項に規定する内容の命令（占有移転禁止命令）が発せられ、これが執行されたときは、不動産の売却後に当該保全処分の債務者に対して発せられた引渡命令の執行力が、同条の定めるところと同様に拡張されるものとするかどうか。

b 保全処分として民事保全法六一条一項に規定する占有移転禁止の命令が発せられ、これが執行されたときは、不動産の売却後に、その保全処分の債務者に対して発せられた引渡命令の執行力が同条に定める効果（当事者恒定効）と同様に拡張する考え方に、賛成である。その理由は以下の通り。

① この考え方は、差押債権者の申立てに係る五五条の保全処分において、買受人のために、当事者恒定効のある占有移

地のない従属性の強いものについては、本来、独立した建物としての登記を認めるべきではないから、職権で抹消する手続を講ずれば足りる。

二 問題となるのは、未登記の付属建物のうち、例外的に独立した一個の建物となりうるものについてであるが、主建物について設定された抵当権の効力がその付属建物にも及ぶか、またそれに差押えの効力が及ぶか、したがって主建物が売却された場合に、買受人はその付属建物の所有権をも取得して第三者の保存登記を抹消することができるか、などであるが、これらは否定すべきである。独立した一個の建物である以上、これに主建物についての抵当権の効力を及ぼすことはできないし、これに主建物に対する差押えの効力を及ぼすこともできない。それゆえ、保全処分によりその登記の抹消を命ずることもできない、と解せざるを得ない。

（二） 明渡執行の実効性の向上

（ア） 占有移転禁止の仮処分における債務者の特定方法
（民事保全法六一条関係）

不動産の占有移転禁止の仮処分において、通常の方法により債務者を特定して表示することが困難である特別の事情がある場合には、債務者の表示を「（仮処分執行時の）不動産の占有者」として、仮処分を発することができるとする。

転禁止命令を発することができる、というのであるが、このような保全処分が認められるとすれば、買受人の利益となり、かつ不動産の売却がスムーズに行われる意味からも有益であろう。

② ただし、一つの保全処分について当事者恒定効を個別的に認める、という考え方が適切であるかどうか、執行制度の全体を通じて吟味してみる必要があるように思われる。

c 民事執行法五五条一項の保全処分により、登記の名義人等に対し、登記の抹消等を命ずることができるものとするかどうか。

c 同法五五条一項の保全処分として、登記名義人に対し執行妨害を意図した不法な登記の抹消を命ずることができるとする案に対しては、次に述べるように、一）については賛成であるが、二）については反対である。

すなわち、抵当権の効力が及ぶ未登記の付属建物につき独立の建物としての表示登記をし、第三者名義の所有権保存登記をする方法、また抵当権の目的である建物につき増築をして区分所有登記をし、増築部分につき第三者名義の所有権保存登記をする方法などによる執行妨害が行われている、といわれている。執行手続上これらに対処する方策としては、保全処分によってこれらの登記名義人に対し登記の抹消等を命ずることができる、という提案である。

一）未登記の付属建物のうち、独立した一個の建物となる余

「意見」 試案の立場に、原則的に賛成する。

民事保全法においても、民事訴訟法におけると同様、保全命令を発令する際には、その相手方である当事者を特定する必要があることは、その相手方当事者の防御権保障の観点からはいうまでもない。しかし、近時の占有屋等による執行妨害にみるように、明渡請求権者がその権利を保全するために、占有移転禁止の仮処分の申立てを行おうとしても、占有者が誰であるかが不明であり、その特定が困難なケースが多く、迅速な権利保全の障害となっていることは周知の事実である。このような観点からすれば、試案が提案するように、債務者の表示を「（仮処分執行時の）不動産の占有者」として、仮処分命令を発令することができることは、迅速な執行の実現という点で、極めて重要な意義を有すると思われる。この場合、当該占有者に対する手続権の保障という点が一応問題となるが、その占有者不明という状態は、当該占有者自身が生じたものであり、その原因は、当該占有者に責任があるから、当該占有者は強い保護に値しないと考えられる。

次に、試案は、債務者の表示を「（仮処分執行時の）不動産の占有者」とすることができるための要件を、通常の方法により債務者を特定して表示することが困難な「特別の事情」があることを要件としている。しかし、試案が迅速な執行の確保をその目的としているとすれば、この「特別の事

妨害を根絶すべきであろう。

(イ) 承継執行文における承継人等の特定方法 (民事執行法二七条二項関係)

不動産の占有移転禁止の仮処分 (民事保全法六二条) 等があらかじめ執行されている場合における不動産の引渡し又は明渡しの強制執行 (以下「明渡執行」という。) において、債務名義上の債務者以外の不動産の占有者を通常の方法により特定して表示することが困難である特別の事情があるときは、承継人等の表示を「(明渡執行時の) 不動産の占有者」として、承継執行文を付与することができるものとする。

〔意見〕 試案の立場に、原則的に賛成する。

不動産の占有者を特定する要件を緩和すべき必要性は、本案訴訟を前提とした占有移転禁止の仮処分の場合だけでなく、債務名義取得後の不動産の明渡執行の際における、承継執行文付与の申立てにおいても存在することはいうまでもない。このような場合も、悪質な占有屋等により債務名義上の当事者とは異なる者に占有を行わせ、容易に執行妨害を行うことが可能となっている。したがって、このような場合にも、承継執行文の発令の際の占有者の特定要件を緩和することが妥当である。

このような観点から、試案は、債務名義上の債務者以外の不動産占有者を通常の方法により特定して表示することが困難な特別の事情があるときは、承継人等の表示を「明渡執行時の不動産の占有者」として、承継執行文を付与することができるものとする。もっとも、この場合も、発令の要件としての「特別の事情」は、発令を容易化すべきであるから、厳格に解すべきでない。

(ウ) 明渡しの催告 (民事執行法一六八条関係)

明渡執行を行う執行官が、債務名義上の債務者 (承継執行文における承継人等を含む。) による不動産の占有を認定して執行可能であると判断した上で、断行期日を定めて明渡しの催告をした場合につき、所要の事項を公示する等の措置を講ずるものとするを前提として、例えば、次のような効果を与えるものとする。

〔意見〕 試案の立場に、原則的に賛成する。試案の補足説明が指摘するように、明渡執行の実務においては、執行官が、債務名義上の債務者が不動産を占有していることを認定し、執行の着手が可能と判断した上で、明渡しの断行期日を定めて債務者に告げることにより、断行期日までに任意に明け渡すよう債務者に促すこと (明渡しの催告) が広く行われている、とされており、執行費用の節約等の面からも、合理的なものであると考えられる。他方、この場合も、断行期日までに、不動産の占有者の変更等による執行妨害が予想され、再度執行文の付与を受けて、明渡執行の手続を最初からやり直さなければならぬことになる。そこで、試案は、明渡しの

情」の要件は、一般的に外から見ると占有者が不明であるときえいえば、この要件が充足されるものとして、その特定要件を緩やかに解すべきものと考えられる (民法五五条の「特別事情」について、古賀政治「執行法制の見直しについての中間試案の要点と実務 (下)」銀行法務六〇頁 (二〇〇二))。ところで、試案の補足説明は、上述の前提を採るとしても、仮処分の執行時には債務者が具体的に特定されていない場合は、執行官は、この仮処分の執行を行うことはできない、との立場をとっている。しかし、これでは、せっかく仮処分命令の発令が容易化されても、迅速な執行という目的は再び挫折してしまい、結局はまた巧妙な占有屋等による執行妨害を容認することとなる。

そこで、仮処分の「執行時」においても、仮処分の「発令時」と同様、占有者の特定要件を緩和し、執行を可能とすべきである。その方法については、①執行時においても、「占有者特定開示手続により特定された占有者」との表示でよいとする、②氏名を開示しない占有者については、その占有権限は薄弱であると推定し、通常訴訟より簡便な手続 (いわゆる、断行仮処分) で、明渡しの執行を行うべきである、との見解があり (栗田隆「明渡執行の実効性確保」ジュリ一二二 三号六一頁 (二〇〇二))、注目される。いずれにしても、「発令時」だけでなく、「執行時」においても、仮処分の実行の容易化をはかるための方策を用意し、占有屋等による執行

難な特別の事情があるときは、承継人等の表示を「明渡執行時の不動産の占有者」として、承継執行文を付与することができるものとする、とされており、賛成する。もっとも、この場合も、発令の要件としての「特別の事情」は、発令を容易化すべきであるから、厳格に解すべきでない。

ところで、試案の補足説明は、明渡執行時においても不動産の占有者を具体的に特定することができなかった場合 (特に占有者と出会わなかった場合) は、承継執行文の送達も困難となることから、執行官は、明渡執行をすることができないものと考えられる、としている。しかし、これでは、結局、占有屋等による悪質な執行妨害を排除することはできないであろう。したがって、承継執行文の「発令」段階だけではなく、その執行時においても占有者特定の要件を緩和すべきである。

この点について、近時、①執行官が対象不動産に出向き、新占有者に出会ったが、新占有者が氏名を開示しないときは、その者は自己に対する承継執行文の送達を受ける権利を放棄したのであるから、氏名不詳のまま執行する、②新占有者に出会わないときは、執行官に連絡すべき旨の公示を建物の入口等の見やすい場所に掲示し、この公示に対して、例えば二週間経っても応答がなければ、新占有者に対する承継執行文は、執行債務者を現在の占有者という形で抽象的に表示したまま、公示送達に付し、それとともに、建物明渡しの催告

催告の制度を明文化するとともに、占有屋等による執行妨害を排除するため、(a)として、断行期日までの間に、占有者の変更があった場合であっても、承継執行文を要しないで、直ちに明渡しの手続をすることができるとしている。執行妨害の根絶という観点から、極めて妥当な提案であり、賛成する。

もっとも、補足説明が指摘するように、このような取扱いの前提として、債務名義上の債務者からの承継人でない者(非承継人)にも、当該債務名義の執行力が及ぶようにする必要はある。そこで、試案は、明渡しの催告につき、不動産の占有移転禁止の効果を付与するとともに、不動産を一旦執行官に保管させた上で債務者の使用を許すこととし、執行官が所要の事項を公示するものとするとの提案を行っている。この点は、迅速な執行の確保という点から賛成する。ただし、この場合、善意の非承継人に対する手続の保障をはかる必要があることは補足説明の指摘する通りであり、この点について、明文の規定を置くことも検討すべき(例えば、第三者異議の訴えを提起できる等)であろう。また、明渡し催告の間も、迅速な執行の確保という目的からは、補足説明の指摘する通り、「一カ月程度」が妥当であると解する。

次に、(b)は、断行期日に除去すべき目的外動産がある場合に、これを債務者等に引き渡せないときは、執行官は、当該動産を保管することを要せず、直ちに動産執行の売却手

続により売却することができるものとする提案を行っている。これにより、別の売却期日指定に伴う搬出費用および倉庫への保管料を節約できるし、また、この点を明渡し催告の際の公示に含めることで債務者の手続保障をはかることができるから、この試案の提案に賛成する。あわせて、補足説明が指摘するように、直ちに売却することとした場合でも、買い手が現れない可能性もあるので、①執行官に目的外動産で価値のないものを廃棄する権限を付与する明文規定を置くとの提案、または、②残置された目的外動産につき、断行期日までに反対の意思表示をしない限り所有権を放棄したものとみなすものとし、その旨を明渡しの際に債務者に告知しつつ公示すべきである、との提案のいずれも、迅速な執行の実現の観点からは妥当であり、賛成する(ただし、①の方策の方が、より抜本的な解決方法であり、適切であると解する)。もっともその際、残置された動産が、債務者以外の第三者の所有物である場合は問題があり、なお検討を要すると思われる。

(三) その他の方策

「意見」その他の方策として、試案の(注)および補足説明は、①自らの占有権原を明らかにしない占有者につき一定の手続の下で失権させる制度を導入する、②濫抗告への対策として、引渡命令につき確定前に効力が生じるようにすべきである、③同様の理由で、売却許可決定についても、確定前に

効力が生じるようにすべきである、④引渡命令については、単純執行文の付与を不要とする、等の方策を挙げる。いずれも迅速な執行という目的を持つ提案であるが、このうち、①は抜本的な方策ではあるが、補足説明も指摘するように、失権した者に対して訴訟等の手続保障をする必要があるとすれば、逆に競売手続の遅延をもたらす可能性があるであろう。また、③についても、後日、その効力が覆された場合、複雑な法律関係が生じる可能性がある。②および④は、賛成する。

二 強制執行の実効性の確保

(一) 間接強制の適用範囲の拡張

(ア) 「作為又は不作為を目的とする債務」及び物の引渡債務について、間接強制の方法により行うことができないものとする。

(イ) 「賛成」執行方法としては、直接強制が債務者の人格尊重、および、効率の両面でもっともすぐれ、直接強制・代替執行とも機能し得ない債務についてのみ間接強制を認めるとする間接強制の補充性論は合理的根拠に乏しいと考えられる。すなわち、①必ずしも直接強制の方が間接強制よりも債務者の人格を尊重する執行方法とはいえないこと、②執行対象によっては間接強制の方が直接強制や代替執行より効果的であることもあり得ること、がその理由としてあげられる。したがって、「作為又は不作為を目的とする債務」

及び物の引渡債務についても、間接強制の余地を認め、事案に応じてもっとも効果的な執行方法を債権者に選択させることが望ましいと考えられることから、試案に賛成する。

(イ) すべての金銭債務又は一定の金銭債務(例えば、少額債務、少額定期給付債務)についての強制執行を間接強制の方法により行うことができるものとするかどうかについては、引き続き検討する。

(イ) 「意見」金銭債務につき間接強制を認めることには賛成でない。

積極説が説く、①資力がありながら支払わない債務者に対しては履行促進のため間接強制が効果的である場合があること、②少額債務のように定型的に費用倒れになりやすなものについては間接強制の必要性が高いことなどの論拠は、現在の執行実務を前提とすれば一理あり、金銭債務についての間接強制の導入は実効性確保の観点からは魅力的に映る。しかし補足説明においても指摘されているように、損害額を上回る間接強制金の支払いを命じ、それを債権者が取得することを認めることについては、懲罰的損害賠償の制度をもたないわが法制において理論上これをどのように正当化するかが問題となる(たとえば、懲罰的損害賠償を命じた外国判決をわが国の公序に反するとした、最判平成九年七月一日民集五一卷六号二五七三頁参照)。さらに、無資力者に対して間接強制を命じることの問題性、および、

利息制限法を潜脱する等の目的での間接強制の濫用の可能性なども考慮すると、金銭債権につき間接強制を導入することについては、なお慎重であるべきであると思われる。

資力がありながら支払わない債務者に対する履行促進策としては、間接強制を導入するという方策によるのではなく、直接強制そのものの改善により対応すべき問題であり、また、少額債務についても、簡便な直接強制の方法である債権執行をより簡易・迅速かつ低コストで利用できるものとするよう改善することにより対処すべきである。

したがって、金銭債権の実現については、次項目で提案されているように、債務者の財産開示制度を導入するなどの方策により直接強制の実効性を高めることにより対応すべきであり、現時点においてただちに間接強制を導入することは理論上の問題もあり賛成できない。

(二) 債務者の財産を把握するための方策

(ア) 次のような財産開示の手続を設けるものとする。

(イ) 「賛成」強制執行制度の実効性を高めるため、執行債権者が債務者財産に関する情報を獲得するための財産開示の制度を創設することにつき賛成する。

a 執行裁判所は、金銭債権についての債務名義を有する債権者の申立てにより、財産開示の期日を定めて、債務者呼び出すものとする。

a 「意見」財産開示の手続は、強制執行の準備段階として

b 注「意見」債務者が開示すべき財産の範囲については、債務者の全財産とすると、債権者の有する金銭債権の満足という目的を超えて債務者に財産開示の義務を課すことになると考えられることから、手続の申立てをした債権者の有する債権の満足に必要な範囲の財産で足りるとすべきである。

補足説明が指摘する「債権の満足に必要な範囲」の問題については、開示された財産の価値が債権を満足するに足るものであることを裁判所に対し疎明させ、開示の範囲が不十分であると判断した場合には裁判所が追加的に財産の開示を求めることができるべきである。

また、補足説明が指摘するように、執行逃れのための財産隠匿行為（詐害行為）があり得ることも考慮すると、開示すべき財産は、債務者の現有財産に限定せず、財産開示手続前の一定期間内に処分した財産をも対象とすべきである。

c 債務者が正当な理由がないのに期日に出頭せず、宣誓若しくは財産開示の陳述を拒み、又は虚偽の陳述をした場合等につき、所要の罰則を設けるものとする。

c 「意見」財産開示期日への不出頭、宣誓や陳述拒否、虚偽陳述に対し罰則を科すことにより、開示手続の実効性を確保しようとする考え方には反対する。わが国の法制に新たに財産開示制度を導入するにあたっては、導入当初から

の意味を有することから執行裁判所を手続実施機関とすることには賛成する。財産開示手続の申立てにあたっては、債務者保護の観点から、債務名義を必要とすることについては賛成するが、あくまでも強制執行とは別個の前段階の手続にとどまることから、執行文の付与までを要求すべきではない。

a 注「意見」財産開示の制度は、少額債権の実現についても有用な制度となることが期待されることから、利用者（債権者）の利便性を高めるためにも簡易裁判所において手続を行うことを認めるべきであり、また、これを認めても債務者側にデメリットが生ずることはなく、むしろ期日への出頭などを考えると債務者にとっても便宜である。

強制執行を試みたが不奏功に終わったことを手続の申立要件とすることについては反対する。財産開示を求める必要性があることを疎明させれば足りると考える。

b 財産開示の期日において、債務者は、宣誓の上、自己の財産状況を開示しなければならぬものとする。

b 「意見」宣誓の効果については、宗教的背景の希薄なわが国においてはさほど大きな期待はできないが、偽証に対する牽制効果が皆無とはいえない面もあることから、少額訴訟手続の場合と同様に、原則的には宣誓義務を課すが、裁判所の裁量により省略できるものとするべきである（民訴三七二条一項参照）。

刑罰に裏打ちされた強力な制度とするのではなく、当面は債務者による自主的な財産開示を基調とする緩やかな制度として取り入れ、その運用状況を見た上で問題があれば対応策を講ずるべきである。

(後注) 「意見」後注において提言されている制度は、補足説明においても指摘されているように、それだけではさほど大きな効果は期待できないが、財産開示手続を補完するより簡便な情報取得手段としてこのような制度を設ける意味はあると考える。

ただし、執行官が取得した債務者財産に関する情報につき、債権者が無限定にこれを知り得るとすれば債務者の個人情報保護という観点から問題があると考えられるため、執行官から通知を受けるための要件および範囲については一定の絞りをかけるべきである。

(イ) 金銭債権についての債務名義を有する債権者の申立てにより、執行裁判所が、債務者の有する財産に関し第三者に対して照会する等の制度を設けるかどうかについて、なお検討する。

(イ) 「意見」第三者に債務者の財産に関する情報を開示させる制度を創設することについては反対する。

補足説明が指摘するように、銀行などの金融機関をここにいう第三者としたとしても、集権的な情報管理システムが存在しないわが国においては、結局個別的に預金口座の

有無を照会する以外なく、制度新設のメリットは少ない。また、行政機関や税務署に債務者の勤務先などの情報を公開させることについては、個人情報保護の観点から慎重であるべきと考える。また、照会を受ける第三者の守秘義務と開示義務との関係も問題となろうし、開示請求が相次いだ場合、照会を受ける第三者の負担も問題となる。さらに、開示された情報が目的外に利用される危険もあり、その濫用防止策を講ずる必要も生ずる。したがって、かかる制度の新設については、メリットに比し、あまりにも多くの問題があることから反対する。

(三) 少額定期給付債務の履行確保

(ア) 「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」についての強制執行においては、弁済期の到来した定期金についての差押えと同時に、弁済期の到来していない定期金についての差押えをすることが出来るものとする。ただし、弁済期の到来していない各定期金についての差押えの対象は、「債務者の給料債権など一定の継続的給付に係る債権」であって、その弁済期が当該定期金の弁済期より後に到来するものに限るものとする。

(イ) 「賛成」少額定期給付債務のなかでも、「子の養育費」については、①契約上の債務と異なり、あらかじめ債権者において不履行を回避するための策を講ずる余地が少なく（たとえば、高い利息を課す、担保の提供を求めるなど）、

②婚姻が継続していた場合には何らの手続を要することなく債務者において負担されていた費用である等の特殊性があり、また、その履行確保が債権者の生活維持のために重要であることから、定期金の弁済期が到来するたびに反復して強制執行を申し立てる手間と費用を軽減する必要性は一般の少額定期給付債務に比してもより高いといえる。したがって、かかる特徴および高度の必要性を考慮すれば、試案が提案するように、「子の養育費などの一定の少額定期給付請求権」については一般の少額定期給付請求権とは別個の取り扱いを認め、民事執行法三〇条一項の例外として、弁済期の到来していない定期金についても差押えをすることが出来るものとするに賛成である。

かかる例外的取り扱いを認めるのは、現時点において、弁済期末到来の定期金について差押えをする必要性がある場合に限定すべきであることから、補足説明にいうように、すでに少額定期給付債務の一部につき債務不履行となつていることを要件とすべきである。また、期限未到来の定期金債権につき、債務者が現有する責任財産のすべてを対象として強制執行を行うことについては問題が多いことから、試案が提案するように、差押の対象となる財産については、差押を求める当該定期金と時期的に対応関係があるもの（その引き当て財産となる蓋然性が高いもの）に限定すべきである。

により給料債権等の差押えが禁止されている部分のうち一定の部分に対しても同法一五三条による範囲変更の決定を要しないで差押えをすることが出来るものとするかどうかなど、その履行確保をより充実させるための手続上の方策について、なお検討する。

(イ) 「意見」子の養育費請求権については、その履行確保が債権者の生活維持のために重要であることから、履行確保をより充実させるための手続上の方策について検討する必要性は高いと考える。子の養育費は、婚姻が継続していた場合には何らの手続を要することなく債務者の生活費から拠出されていた費用であるという点に着目すると、試案が提示する、養育費を執行債権とする強制執行（債権執行）については、民事執行法一五二条一項により差押えが禁止されている部分についても差押えをすることが出来るものとするとの考え方は、基本的に支持しうる。

しかし、差押えをすることが出来る範囲を定めるにあたって、家庭裁判所が定める養育費の額を全面的に信頼し、執行裁判所の個別の判断を要しないと考える方には反対する。家庭裁判所が養育費の額を定めるにあたり考慮する事項と、執行の段階でどの範囲まで差押えを許すかの判断にあたり考慮すべき事項は異なるのが当然であり、差押禁止の範囲（すなわち、差押えをすることが出来る範囲）については、執行裁判所があらためて判断すべきである。た

(ア) 注「意見」 「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」の範囲については、子の養育費に限定することはなく、一般の請求権と別異の取り扱いをすることを正当化するに足るだけの特徴（識別性）があり、また、その必要性が高いものについてはこれに含めてかまわないと思われる。補足説明が例としてあげる、他の扶養料や婚姻費用の分担にかかる請求権などについては、高度の必要性があるかが問題となるだろうが、これらの要件を満たすときには、これに含めてよいであろう。さらに、人身侵害の不法行為に基づく定期金賠償の請求権についても、同様に一定の要件を満たす場合には期限未到来の部分についても強制執行を行うことを許容してよい。このように考えると、結局は、「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」の範囲について定型的に定めることは妥当ではなく、一定の要件を設けた上で個別的に判断せざるを得ないのではいかと考える。

「債務者の給料債権など一定の継続的給付にかかる債権」の範囲については、給料債権以外にいかなる債権をこれに含ましめるかが問題となるが、自営業者の収入についても額が一定しており定期的なものはこれに含めるべきであり、また、賃料収入についても定期・定期的なものについてはこれに含めてかまわないと考える。

(イ) 「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」については、その強制執行において、民事執行法一五二条一項

たとえば、債務者が離婚後、再婚し、新たに扶養家族を有するに至っている場合には、債務者の新たな扶養家族の生活費なども差押禁止範囲を定めるにあたり考慮されることになる。

なお、子の養育費などの履行確保をより充実させるための方策として、債務者の給料債権等につき差押え範囲を拡張するという趣旨に鑑みれば、一般債権と差押えが競合した場合であっても、差押え範囲が拡張された部分については、養育費等に対し優先的に配分されるものとすべきであり、その旨を述べる補足説明の考え方に賛成である。

(イ)―注「意見」(ア)において提案される、弁済期の到来していない定期金についても差押えをすることができるものとす
る「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」と、(イ)において検討課題としてあげられている、給与債権に対するより広範な差押えを認める「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」は、同一の文言こそ使われているものの、(ア)と(イ)で提案・検討されている制度が異なる以上、その範囲を画するために顧慮される事情、あるいは要件も当然に異なり、その範囲も「必ずしも一致するとは限らない」どころか、異なって当然である。

たとえば、(ア)において提案される制度上の「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」の範囲については、(ア―注)で述べたとおり、人身侵害の不法行為に基づく定期

金賠償の請求権を含ましめ得ると考えるが、他方、(イ)においてとりあげられている「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」については、不法行為に基づく請求権を含ましめることは、検討されている制度の趣旨から見ても難しいと思われる。

なお、仮に(ア)と(イ)の両者が立法化される場合には、「子の養育費など一定の少額定期給付請求権」との用語を共用すべきではなく、文言を変更することにより混乱を避けるべきである。