

売却のための保全処分に関する一考察（二・完）

新 井 剛

四 決定例の紹介⁽¹⁾

それでは、以上の検討を踏まえた上で、売却のための保全処分に関する決定例を紹介したと思う。以下では、平成八年の民事執行法改正施行（平成八年九月一日）前までに出了された一二四件について、決定例が出了された年月日が早い順に紹介する。

【1】山口地決昭和五六年一月二二日『民事執行法上の保全処分』二二二頁

事案は、土地および地上建物に対する抵当権の実行としての差押え後に、土地建物の所有者が、空地部分に建物を建築したり、建物を増改築・除去等の行為をするおそれがあるものであった。

決定は、所有者に対して、競売土地につき建物等の建築禁止、競売建物につき増改築・除去等の行為禁止を命じた。

【2】広島高決昭和五六年五月一三日『民事執行法上の保全処分』二二三頁（【1】事件の抗告審）

事案は、【1】参照。

決定は、これらの行為をなすことは、善良な注意義務をもって目的不動産の管理にあたるべき所有者としては、もはや通常の用法の範囲を超えるとして、所有者に対し、競売土地につき建物等の建築禁止、競売建物につき増改築・除去等の行為禁止が命じた原決定を相当であるとした。

【3】仙台高裁秋田支決昭和五七年二月六日判夕四九六号一一三頁

事案は、土地の第三取得者たる所有者が、抵当権実行通知後に右土地について、第三者に対し採石権を設定するとともに、直ちに右採石権を自ら賃借する旨の契約を締結したものであった。

決定は、右契約は虚偽仮装とした上で、不動産の所有者の行為が当該不動産の通常の用法に従う使用収益の範囲に属するものであっても、当該不動産の性質、特性、従前の使用関係に照らし、それが当該不動産の客観的価値を著しく減少させるおそれがある場合には、売却のための保全処分により、右行為を禁ずることができるとして、原決定（所有者に対する採石行為の禁止命令）に対する抗告人の抗告を棄却した。

【4】東京高決昭和五八年三月二九日東京高裁（民事）判決時報三四卷一―三号四六頁

事案は、差押え後、競売手続が開始された土地の上に、借地人が他の土地にあった建物を移設する行為をしたものであった。

決定は、借地人が建物を移設する行為をしたことよって、競売不動産の価格が著しく減少するとはいえないというべきであるから、抵当権者は土地所有者および借地人に対して差押物件の保全処分として、右建物の収去を求め（²）ることはできないとした。

【5】東京高決昭和六〇年八月二三日判時一一六六号六四頁

事案は、抗告人が民事執行法五五条所定の債務者とは、差押債権者に債務を負っている者と解すべきであるとして、同人に対する保全処分決定は違法であると争ったものである。

決定は、抵当権の実行としての不動産競売における売却のための保全処分においては、民事執行法一八八条で準用される民事執行法五五条の「債務者」とは、「債務者または所有者」をいうものと解するのを相当とするとした。

【6】東京地決昭和六〇年九月一八日判タ七六五号二五〇頁

事案は、所有者が差押え後に、占有補助者を使って、パワーショベルにより売却対象の建物を改修工事と称して半分損壊した。占有補助者は建造物損壊罪により現行犯逮捕されたが、所有者はさらに他の者を使って損壊しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少する行為にあたるとして、民事執行法五五条一項の保全処分を経ることなく、執行官保管の売却のための保全処分を認め³⁾た。

【7】東京高決昭和六一年五月三〇日東京高裁(民事)判決時報三七卷四・五号五二頁

事案は、土地および地上建物に対する抵当権の実行としての競売開始決定がされた後に、右土地建物の所有者が右建物を取壊し、新建物を再築したというものであった。

決定は、本件土地にはもともと本件建物が存在していたのであるから、本件土地の所有者がその地上に建物を再築することは本件土地を通常の用法に従って使用するものといわざるをえないなどとして、当該行為は、右土地につき民事執行法五五条一項所定の価格減少行為には該当しないので、右所有者に対し右再築を禁止する保全処分

を発することはできないとした。

【8】大阪地決平成三年五月二八日債権管理六五号二二頁

事案は、所有者が倒産後、行方不明となり、差押えられた一棟の建物のうち数室について、空室の状態で放置されているというものであった。

決定は、これだけでは、「不動産の価格を著しく減少する行為」にはあたらないとした。

【9】東京地決平成三年五月二九日判タ七六五号二四四頁

事案は、債務者兼所有者（不動産業およびパチンコ店経営の会社）を、暴力団と関係のある占有屋が差押後に、会社役員を変更する形で乗っ取り、空家である売却対象建物を、配下の者を使って占有させて、占有関係を不明確にしようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少するおそれがある行為に該当するとして、債務者兼所有者に対し、占有移転を禁止する売却のための保全処分を認めた。

【10】東京地決平成三年六月三日判時一三九六号一〇四頁

事案は、債務者兼所有者が差押え後に、地質調査と称して、売却対象の土地に槽を組んで作業をしているというものであった。

決定は、このことが、執行妨害のための建物の建築あるいは工作物の設置等を企んでいるとしか言いようがないとした上で、このまま放置することは本件土地の換価に影響をきたすものであるとして、所有者に対し、建物の建築等を禁止する売却のための保全処分を認めた。

【11】大阪地決平成三年六月一日判時一四三九号一四四頁

事案は、債務者兼所有者が、抵当権が設定されている土地建物のうち、建物を抵当権者に無断で取り壊した後、差押え直後に、建物の基礎工事が開始され、数日後に建物が建築されたというものであった。

決定は、建物収去が引渡命令としては不可能であること、本件建物の建築が執行妨害の意図による可能性が強いこと等から、債務者兼所有者に対し、建物についての占有移転禁止を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【12】大阪高決平成三年六月二十八日債権管理六五号二三頁(Ⅱ)【8】の抗告審
事案は、【8】参照。

決定は、これだけでは、「不動産の価格を著しく減少する行為、又はそのおそれのある行為」にはあたらないとした。

【13】東京地決平成三年七月二五日判時一三九六号一〇五頁

事案は、債務者兼所有者が、差押えの五日前から、売却対象の土地上に建物を建築するためコンクリートの基礎工事をし、その上に建物を築造しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少する行為に該当するものであり、このまま放置することは本件土地の換価に影響を来すものであるとして、建築工事中および続行禁止の売却のための保全処分を認めた。

【14】東京地決平成三年七月三〇日判タ七六五号二四九頁

事案は、売却対象の土地につき建物の建築等を禁止する売却のための保全処分が既になされている不動産競売事件(【10】事件)において、所有者がその土地に第三者をして車を駐車させ、あるいは建築予定である旨の看板を設置させたというものであった。

決定は、この行為が、執行妨害を意図しているとして、更に執行官保管の売却のための保全処分を認めた。

【15】東京地決平成三年八月七日判時一四一九号八八頁

事案は、分譲用の新築一戸建て（未入居）の所有者会社が倒産し、工事代金に基づく留置権を主張する第三者が、売却対象建物の占有を開始する一方、所有者会社の代表者は不明であるというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少する行為に該当するとして、所有者およびその第三者に対して、占有移転または占有名義変更の禁止および執行官保管を命じる売却のための保全処分を認めた。

【16】東京地決平成三年九月一七日『民事執行法上の保全処分』二二三二頁

事案は、所有者が競売土地に建物を建築しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為にあたるとして、競売不動産についての占有移転禁止を命ずる売却のための保全処分が認められた。

【17】東京地決平成三年一〇月一九日判時一四二二号一一〇頁

事案は、債務者兼所有者が、手形の不渡りを出した後、空家の状態にあった競売対象不動産の周りに暴力団関係者と目される者がたむろし、債務者兼所有者の代表者は債権者の前から姿を消し、競売対象不動産の占有が第三者に移転される可能性があるというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者に対し、本件不動産に関する占有移転禁止を命じる売却のための保全処分を認めた。

【18】東京地決平成三年一〇月二一日判時一四二〇号一〇六頁

事案は、所有者が、売却対象建物を取り壊して、新しい建物を建築しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少するおそれがある行為に該当するとして、建物取壊し等を禁止

する売却のための保全処分を認めた。

【19】大阪地決平成三年二月五日債権管理六五号二四頁

事案は、更地に抵当権を設定したところ、その差押え登記後に土地所有者がビルの建築工事を開始したというものであった。

決定は、建物建築工事の続行禁止ならびに競売土地の占有移転及び占有名義の変更の禁止を認めた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【20】大阪地決平成三年二月一六日債権管理六五号二四頁

事案は、区分所有建物二二室とその敷地持分を抵当に取られた所有者が二回目の不渡りを出した当日、第三者に対して賃借権仮登記を設定したが、不動産の一室のみに占有者がいるだけというものであった。

決定は、この場合に、所有者に対して賃借権設定の禁止ならびに占有移転及び占有名義の変更の禁止を認めた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【21】大阪地決平成四年一月一六日債権管理六五号二五頁

事案は、すでに賃借権設定の禁止ならびに占有移転及び占有名義の変更の禁止が認められた不動産について、所有者が一部の改装工事をした上、窓ガラスに問い合わせ先を表示した張り紙を掲示するなど賃借人を探していることが明らかであるというものであった。

決定は、このような場合に、執行官保管を認めた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【22】東京地決平成四年一月二〇日判時一四二三号一〇七頁

事案は、所有者が差押え後に、売却対象の土地を整地したうえ、駐車場として賃貸しようとしているというもの

であった。

決定は、このような行為が、不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為に該当するとして、現状の変更、占有の移転および賃借権の設定等を禁止する売却のための保全処分を認めた。

【23】 宇都宮地裁大田原支決平成四年一月二七日金法一三四三号三九頁

事案は、所有者が、不動産競売の競売対象建物および敷地内に、暴力団が関与する物件であることを誇示する貼紙(「〇〇組」、「××会」、「さわるな」、「近づくな」)をしたというものであった。

決定は、所有者に対し、その除去を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【24】 東京地決平成四年一月二九日判タ七八〇号二五八頁

事案は、更地に抵当権を設定した後、所有者がその土地上に建物(地下二階地上一〇階建てのビル)を建築する行為について、その建築行為が差押前に債務者の信用状態が悪化する約六か月前から開始され、既に五億円弱の資金が投じられているというものであった。

決定は、このような事情がある場合には、抵当権と利用権の調整の観点からみて、建物の建築中止および続行禁止を命ずる売却のための保全処分は認められないとした。

【25】 東京地決平成四年二月二八日判タ七八一号二四一頁

事案は、所有者会社が売却実施命令後に、売却対象の建物につき内外装工事を始め、これを他に賃貸しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少するおそれがある行為に該当するとして、内外装工事中止、同工事禁止および占有移転を禁止する売却のための保全処分を認めた。

【26】東京地決平成四年三月一〇日金法一三二〇号七二頁

事案は、土地とその地上建物に共同抵当権が設定され、その実行としての競売手続中に、建物が火事により滅失し、所有者が新たな建物を再築しようとしているというものであった。

決定は、このことは、新建物のために法定地上権が成立しないとしても、地上建物の収去のために時間や費用等の負担があり、そのために買受希望者が減少するなどの事情があるから、不動産の価格を著しく減少する行為に該当するとして、再築を禁止する売却のための保全処分を認め⁽⁴⁾た。

【27】東京地決平成四年三月一三日判時一四二三号一〇九頁

事案は、【22】事件で、売却のための保全処分が命じられたにもかかわらず、所有者以外の第三者が、差押え後に売却対象の土地を執行妨害目的で駐車場として賃貸しようとしている所有者の依頼を受けて、その賃貸の仲介等のために土地を管理しているというものであった。

決定は、当該第三者は、所有者会社と一体となつて、あるいは所有者の占有補助者として、土地を管理・占有し、これを有料駐車場として賃貸しようとしているのであるから、現状変更、占有移転および賃借権設定等を禁止する売却のための保全処分の相手方となつた。

【28】東京地決平成四年三月一三日判時一四二三号一一四頁

事案は、【22】事件で、売却対象の建物につき内外装工事および占有移転を禁止する売却のための保全処分が既になされているにもかかわらず、所有者が工事を続行、完成させて、建物を他に賃貸しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少するおそれがある行為に該当するとして、更に執行官保管の売

却のための保全処分を認めた。

【29】東京地決平成四年三月二六日判タ七八一号二三三五頁

事案は、【28】事件の執行（執行官保管）をしようとしたところ、所有者以外の第三者が、売却実施命令後に売却対象建物に執行妨害目的で入居していたというものであった。

決定は、当該第三者は、所有者の占有補助者とみるべきであるから、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分の相手方となるとした。

【30】東京地決平成四年四月三〇日『民事執行法上の保全処分』二八七頁

事案は、貸付金の利払いが止まって約九カ月経過し、第一回の手形不渡を出す一〇日前に、抵当土地建物について第三者に賃借権設定仮登記がなされ、抵当土地に基礎工事がされ、建物につき内装工事がされて、他に賃貸しようとしているというものであった。

決定は、このことが、不動産の価格を著しく減少するおそれがある行為に該当するとして、所有者に対して建物の内外装工事等の中止、同工事等の禁止、競売土地建物の占有移転禁止を認めた。

【31】東京地決平成四年五月六日判タ七九四号二五七頁

事案は、【29】事件の退去命令にもかかわらず、第三者が、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分の後、執行妨害目的で競売対象建物を占有しているというものであった。

決定は、当該第三者に対し、執行官保管を命じる売却のための保全処分を認めた。⁽⁵⁾

【32】大阪地決平成四年五月一二日債権管理六五号二七頁

事案は、債務者兼所有者が、抵当権が設定されている土地建物のうち、建物を抵当権者に無断で取り壊した後、

差押え後に、執行妨害の目的で建物を建築したというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者に対し、建物についての建物建築工事の続行禁止を命ずる売却のための保全処分を認めた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【33】大阪地決平成四年五月二〇日債権管理六五号二七頁

事案は、すでに建物建築工事の続行禁止を命ずる売却のための保全処分が認められた土地について、土地所有者が建物の建築工事を続行したというものであった。

決定は、この場合に、執行官保管を命じた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【34】東京地決平成四年五月二九日判時一四三二二号一〇五頁

事案は、巨額の債務を抱え破産状態にある所有者から、差押えの三カ月前に負債の整理を依頼された整理屋である第三者が、所有者との間で、仮定の賃貸借および根抵当権設定契約を結び、競売対象建物を占有しているというものであった。

決定は、当該第三者は売却のための保全処分の相手方になるとともに、その占有により本件建物の価値は著しく減少するとして、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【35】大阪地決平成四年六月一五日債権管理六五号二六頁

事案は、すでに執行官保管が認められた土地について、同土地上の建物の所有名義が第三者であったために執行官保管が執行不能になっていたところ、土地所有者が建物の建築工事を始めたというものであった。

決定は、この場合に、土地所有者に対して建物建築工事の続行禁止を命じた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【36】大阪地決平成四年六月一五日債権管理六五号二八頁

事案は、債務者兼所有者が、抵当権が設定されている土地建物のうち、建物を抵当権者の承認を得て取り壊した後、差押え後に、執行妨害の目的で建物を建築したというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者に対し、建物建築工事の続行その他価額の減少をきたす行為の禁止を命ずる売却のための保全処分を認めた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【37】大阪地決平成四年六月一八日債権管理六五号三〇頁

事案は、更地に抵当権を設定したところ、差押え登記後に土地所有者が建物を建築した上、第三者を入居させ、さらに大掛かりな整地工事と側溝の掘削工事を開始したというものであった。

決定は、差押えの時点で更地である土地に建物その他の工作物を建築するなどということは、善良な注意義務をもって目的不動産の管理にあたるべき所有者としては、もはや通常の用法の範囲を超えるものといふべきであり、不動産の担保価値を著しく減少させるものであるとして、当該所有者に対して、整地工事および側溝の掘削工事の続行禁止ならびに建物の建築、工作物設置その他価額の減少をきたす行為の禁止を認めた。

【38】大阪地決平成四年六月二四日債権管理六五号二六頁

事案は、すでに執行官保管が認められた建物について、建物の占有者が第三者であったために執行官保管が執行不能になっていたところ、占有者の占有が仮装であり、その後占有を止めたというものであった。

決定は、この場合に、改めて土地所有者に対して執行官保管が命じられるとした(具体的な理由づけは付記されていない)。

【39】大阪地決平成四年六月二五日債権管理六五号二八頁

事案は、所有者が、すでに建物建築工事の続行その他価額の減少をきたす行為の禁止を命ずる売却のための保全処分が認められた土地について、建物工事を続行し完成させた上、第三者に賃貸しようとし、さらに残部の土地を貸駐車場とするため整地工事に着手したというものであった。

決定は、この場合に、所有者（および本件工事の施主、建物賃貸の仲介者等を占有補助者として括弧書きで）に対して、現状変更、占有移転及び賃借権設定その他価額の減少をきたす行為の禁止と同時に、執行官保管を命じた（具体的な理由づけは付記されていない）。

【40】大阪地決平成四年六月二六日債権管理六五号三一頁

事案は、すでに所有者に対して整地工事および側溝の掘削工事の続行禁止ならびに建物の建築、工作物設置その他価額の減少をきたす行為の禁止が認められた土地について、所有者が工事を続行したというものであった。

決定は、この場合に、土地所有者に対して執行官保管が命じられるとした（具体的な理由づけは付記されていない）。

【41】東京地決平成四年六月二六日「民事執行法上の保全処分」二二九頁

事案は、所有者が差押え後に、執行妨害目的で、売却対象の土地を整地し工作物を設置しようとしているというものであった。

決定は、この行為が、不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為に該当するとして、建物建築禁止の保全処分とともに、直ちに執行官保管を認め、その旨の公示保全処分も認めた。

【42】東京地決平成四年七月三日判時一四二四号八六頁

事案は、抵当土地につき条件付地上権設定仮登記、抵当建物につき条件付賃借権設定登記を取得した者がその一

カ月後、抵当不動産の所有権を取得したところ、当該所有者が、競売対象建物に内外装工事を開始し、その占有を第三者に移転しようとしているというものであった。

決定は、当該所有者に対し、内外装工事中止、同工事の禁止及び占有移転禁止を命ずるとともに、執行官に対し占有移転が禁止されていることを公示することを命ずる売却のための保全処分を認め⁽⁶⁾た。

【43】東京地決平成四年七月六日判タ七九九号二四〇頁

事案は、第三者が、不動産競売において、差押え後に執行妨害目的で競売対象土地を整地し、工作物を設置しようとして、別事件（【41】事件）で執行官のなした公示書を破棄するなどしているというものであった。

決定は、この場合には、民事執行法五五条一項の保全処分を発しても実効性を有するとはいえないとして、民事執行法五五条一項の保全処分を経ることなく、執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【44】東京地決平成四年七月七日「民事執行法上の保全処分」二四二頁

事案は、所有者が差押え後に執行妨害目的で売却対象の土地を整地し、工作物を設置しようとしているというものであった（関連事件として、【41】【43】事件）。

決定は、この行為が、不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為に該当するとして、直ちに執行官保管を認めた。

【45】東京地決平成四年七月一〇日判時一四三五号一〇一頁

事案は、不動産競売申立事件の所有者が、差押え後に執行妨害目的で、競売対象建物の四階及び五階部分を、同建物の一ないし三階部分の賃料につき債権譲渡を受けたと称する第三者に占有移転しようとしているというものであった。

決定は、この場合、民事執行法五五条に定める不動産の価格を著しく減少するおそれのある行為に該当し、その後所有者が行方不明の状態にあるとして、民事執行法五五条一項の保全処分を発しても実効性のないことが明らかであるから、これを発することなく、直ちに同条二項の執行官保管の保全処分を発した。

【46】大阪地決平成四年七月一七日債権管理六五号三一頁

事案は、更地に根抵当権を設定したところ、差押え登記後に土地所有者がコンテナボックスと事務所を設置し、カラオケボックスの営業をすべく内装工事を進めているというものであった。

決定は、この場合に、所有者に対してコンテナボックスと事務所の占有移転及び占有名義の変更の禁止を認めた(具体的な理由づけは付記されていない)。

【47】東京地決平成四年七月二〇日『民事執行法上の保全処分』三〇三頁

事案は、所有者会社の信用状態が相当悪化して約四カ月が経過した頃、空家であった抵当土地建物が執行妨害行為をおこなったことのある第三者に、賃料低額かつ譲渡転貸可の特約ある賃借権設定の仮登記がなされたというものであった。

決定は、この場合に、所有者に対して占有移転禁止が命ぜられるとともに、執行官に対し、占有移転が禁止されていることを公示することを命ずる売却のための保全処分を認めた。

【48】東京地決平成四年七月二三日『民事執行法上の保全処分』三〇六頁

事案は、【15】事件の関連事件であり、分譲用の新築一戸建て(未入居)の所有者会社が倒産し、期間三年、高額の敷金、賃料一二月分前払、譲渡転貸自由といった約定で転借権を有すると主張する第三者が、不動産競売の差押え直前に、競売対象建物を占有し始めたというものであった。

決定は、この場合の第三者は、所有者会社の意思に基づいて専ら執行妨害を目的として占有を開始したのが明らかであるとして、所有者の占有補助者である当該第三者に対し、退去命令が出された。

【49】東京地決平成四年七月二三日判タ七九八号二六二頁

事案は、【15】事件の関連事件であり、分譲用の新築二戸建て（未入居）の所有者会社が倒産し、実体のない異常に高額な内装工事代金についての留置権を主張する第三者が、不動産競売のための差押え直前に、競売対象建物の占有を開始したというものであった。

決定は、この場合の第三者は、所有者会社の意思に基づいて専ら執行妨害を目的として占有を開始したのが明らかであるとして、所有者の占有補助者である第三者に対し、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分を認め⁷た。

【50】東京地決平成四年七月二三日『民事執行法上の保全処分』三一頁

事案は、第三者が、不動産競売のための差押え直前に、債務者兼所有者から鍵を交付され、競売対象建物を占有するというものであった。

決定は、この場合の第三者は、所有者会社の意思に基づいて専ら執行妨害を目的として占有を開始したのが明らかであるとして、所有者の占有補助者である第三者に対し、退去命令が出された。

【51】東京地決平成四年七月二七日『民事執行法上の保全処分』二四三頁

事案は、抵当不動産である二箇所の債務者兼所有者が、債務不履行後一箇所を賃貸し建物を建築させたので、もう一箇所もそのおそれがあるというものであった。

決定は、この場合に、債務者は抵当権者に対して、抵当物件の担保価値の維持に協力するべき義務に違反する行

為にあたるとして、所有者に対し、建築禁止・公示、および占有移転禁止・公示の保全処分を命じた。

【52】東京地決平成四年八月一日判時一四三五号一〇四頁

事案は、債務者兼所有者が行方不明となり、債務者兼所有者から管理を委ねられたと称する暴力団員が競売の取下げと抵当権の放棄を求めてきており、債務者兼所有者の他の物件に占有者が現れたというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者に対し、民事執行法五五条一項の占有移転禁止の保全処分を命じても、その実効が上がないことは明らかであるとして、五五条一項の保全処分を経ることなく、二項の執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【53】東京地決平成四年八月一四日判時一四三六号六七頁

事案は、【42】事件の所有者(抵当権設定後の第三取得者)に対する占有移転禁止・公示の保全処分の際、競売建物に入居し使用借権を主張する第三者が、その契約書の写しをとることを拒否し、競売対象建物を現実に使用している様子はないというものであった。

決定は、当該第三者は、本件所有者の占有補助者と見るべきであるから、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分の相手方となるとした。

【54】大阪地決平成四年八月二五日債権管理六五号三二頁

事案は、借地権付建物に根抵当権を設定し実行したところ、土地所有者が根抵当権実行禁止の仮処分を得たため競売手続が停止され、本案訴訟において所有者敗訴の判決が確定した。その後、その所有者が建物の借地権を第三者に譲渡して建物を建替えることを計画し、敷地所有者に計画の承諾を申し入れていたというものであった。

決定は、この場合に、所有者は法的手段で争うことに失敗したため、不法な手段で(執行を免れる目的で建物を

取り壊すことは犯罪である)申立人の根抵当権行使を妨害しようとしている可能性が強いといえるとして、所有者に対して建物の取壊し及び毀損の禁止を認めた。

【55】東京地決平成四年九月八日判時一四三四号一一四頁

事案は、債務不履行から八カ月後、抵当権者が債務者及び所有者の承諾を得て、抵当土地に囲いを設置して管理していたが、その一年後、債務者及び所有者が囲いを損壊の上、売却対象土地に建物を建築し、その占有を他に移転しようとしているというものであった。

決定は、当該債務者及び所有者に対し、建物建築工事禁止及び土地の占有移転禁止を命ずるとともに、執行官に対し、その公示を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【56】東京地決平成四年九月一〇日『民事執行法上の保全処分』三一九頁

事案は、【47】事件と同じであるが、競売建物であるマンションのうち、一室については、執行妨害目的か否か不明の占有者がいたため、それ以外の部分について占有移転禁止を発令し、執行してもらったところ、その後当該占有者も退去し空家となったというものであった。

決定は、この場合に、当該一室についても、所有者に対する占有移転禁止および公示の保全処分を命じた。

【57】東京地決平成四年九月一〇日『民事執行法上の保全処分』三三二頁

事案は、差押え後、抵当土地建物は債権回収をもちろむ第三者に賃貸借契約がなされ、任意売却に協力しないと建物を占拠する旨述べていることを所有者会社の有限責任社員が申立人に告げた後、賃借権設定仮登記がされたというものであった。

決定は、この場合に、所有者に対して占有移転禁止および公示の保全処分を命じた。

【58】東京地決平成四年九月一六日判時一四三五号九八頁

事案は、債務者兼所有者及び第三者が、不動産競売のための差押え後に、競売対象土地に建設残土を搬入し、仮設建物を建築したというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者及び第三者に対し、土砂の撤去、建物の収去、土地からの退去、土砂搬入禁止、建物等建築禁止及び占有移転禁止を命ずるとともに、執行官に対し、その公示を命ずる売却のための保全処分を認められた。

【59】東京地決平成四年九月一七日判時一四三六号六九頁

事案は、【53】事件の退去命令が相手方の送達妨害により送達できない状況下で、第三者が、執行妨害目的で競売対象建物を占有し、占有移転禁止・公示の保全処分執行による公示書をペンキで塗りつぶすというものであった。

決定は、当該第三者は、所有者の占有補助者と見るべきであるから、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分の相手方となるとした。

【60】東京地決平成四年九月二一日『民事執行法上の保全処分』三二八頁

事案は、抵当土地を賃借した主張する第三者が、草の繁茂する更地であった抵当土地を差押え後に、整地し駐車場として賃貸したが、①二年間借地としての利用がなされなかったこと、②賃貸したという所有者会社の事務所が存在せず、代表者が転々としている等、正常な賃貸借契約がなされたのが疑問であるというものであった。

決定は、当該第三者に対し、土地の現状変更禁止、賃貸禁止、占有移転禁止およびその公示を命じた。

【61】東京地決平成四年九月二二日判タ七九八号二六五頁

事案は、【49】事件の退去命令発令後も、実体のない異常に高額な内装工事代金についての留置権を主張する第三者が、建物からの退去を命ずる売却のための保全処分に従わず、占有を継続しているというものであった。

決定は、当該第三者に対し、執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【62】大阪地裁堺支決平成四年九月二四日金法一三三八号三三頁

事案は、所有者が、不動産競売のための差押え後に、金融業者である他の債権者のために、競売対象建物に短期賃借権を設定し、その金融業者の債権回収目的のため、第三者に賃貸させようとしているというものであった。

決定は、当該所有者に対し、占有移転禁止を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【63】東京地決平成四年九月三〇日『民事執行法上の保全処分』三三四頁

事案は、【50】事件の退去命令発令後も、債務者兼所有者から鍵を交付され競売対象建物を占有する第三者が、占有を継続するというものであった。

決定は、本件では、本件土地建物の執行官保管を求める本件申立てには理由があるとして、第三者に対する執行官保管の保全処分を命じた。

【64】大阪地決平成四年一〇月一日債権管理六五号三三二頁

事案は、土地及び建物に抵当権を設定したところ、差押え登記直後に土地所有者が建物の内装・外装工事をし、七社の会社名を掲示して占有を仮装したうえ、土地建物の所有権を第三者に移転し登記したというものであった。

決定は、この場合に、新所有者に対して直ちに建物の執行官保管を命じた（なお、占有を主張する一社については更正決定によって占有補助者として括弧書きで表示した）（具体的な理由づけは付記されていない）。

【65】大阪地裁堺支決平成四年一〇月五日判時一四三五号一〇五頁

事案は、競売建物の所有者会社が営業停止状態となり、その代表者も行方不明になって、競売建物が無施錠のまま放置されてしまったことから、執行妨害を目的とする不審者が不動産競売申立事件の競売建物に出入りしているというものであった。

決定は、この場合、右不審者は所有者の占有補助者として認定し、保全処分の独立した相手方とはならない。所有者を相手方とする執行官保管の売却のための保全処分を命じれば足りるとされ、相手方会社が営業を停止し、代表者が行方不明の場合に、民事執行法五五条一項の保全処分を発することなく、同条二項の執行官保管の保全処分を発した。

【66】東京地決平成四年一〇月五日判時一四三八号九二頁

事案は、【58】事件の命令の公示後、競売土地上に建築された建物について第三者名義の所有権保存登記がなされるとともに、競売対象土地への土砂の搬入が継続されているというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者及び第三者が、土砂撤去及び建物取去を命じられていることの公示を執行官に命じる、売却のための保全処分を認めた。

【67】東京地決平成四年一〇月五日判時一四三七号一三二頁

事案は、競売建物の所有者会社は抵当権実行段階になって所有権移転登記を得た者であったが、執行妨害目的の者が競売建物を占有するおそれが高いというものであった。

決定は、当該所有者に対し、占有移転禁止を命ずる売却のための保全処分とともに、執行官に対し、その保全処分の公示を命じた。

【68】東京地決平成四年一〇月六日『民事執行法上の保全処分』三三五頁

事案は、草の繁茂する更地であった抵当土地を、所有者会社から承諾を得た第三者が、差押え後に、整地し駐車場に変更したが、第三者は暴力団と密接な関係があるというものであった。

決定は、所有者会社に対し、競売土地の現状変更禁止、賃貸禁止およびそれらの公示を、また第三者は所有者の占有補助者であるとして、第三者に対し、競売土地の現状変更禁止、賃貸・仲介禁止、退去およびそれらの公示を命じた。

【69】甲府地決平成四年一〇月六日判タ八〇七号二六二頁

事案は、債務者兼所有者会社が、事実上の倒産状態になった後、空家のまま放置されていた競売対象物件が暴力団関係者等に占拠されるおそれがあるというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者者に対する売却のための保全処分として、占有移転禁止命令とその公示、および執行官保管命令を同時に発令した。

【70】東京地決平成四年一〇月七日判時一四三八号九四頁

事案は、第三者及び債務者兼所有者が、【58】事件で既に発令されている売却のための保全処分に従わず、執行妨害目的で、競売対象土地に土砂を搬入し、又はこれを放置しているというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者及び第三者に対し、執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【71】東京地決平成四年一〇月一三日判時一四三六号七一頁

事案は、所有者及びその第三者が、不動産競売のための差押え後に、執行妨害目的で、競売対象建物を第三者に占有させているというものであった。

決定は、当該所有者及びその第三者に対し、所有者の所在不明と第三者による送達妨害のため民事執行法五五条

一項の保全処分を経ることなく、執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【72】東京高決平成四年一〇月一六日『民事執行法上の保全処分』三七八頁

事案は、【50】事件の執行抗告事件であり、第三者が、不動産競売において、差押え直前に、債務者兼所有者から鍵を交付され競売対象建物を占有するということなのであった。

決定は、当該第三者が、執行妨害の目的であるとして、占有者に対し退去命令を出した原決定を相当であるとした。

【73】大阪高決平成四年一〇月二二日債権管理六五号二九頁

事案は、所有者が、すでに建物建築工事の続行その他価額の減少をきたす行為の禁止を命ずる売却のための保全処分が認められた土地について、建物工事を続行し完成させた上、第三者に賃貸しようとし、さらに残部の土地を貸駐車場とするため整地工事に着手したというものであった。

決定は、当該所有者（および本件工事の施主、建物賃貸の仲介者等を占有補助者として括弧書きで）に対して、現状変更、占有移転及び賃借権設定その他価額の減少をきたす行為の禁止と同時に、執行官保管を命じた原決定は相当であるとした。

【74】東京地決平成四年一〇月二二日『民事執行法上の保全処分』三四一頁

事案は、不動産競売において、差押え直前に、債務者兼所有者から鍵を交付され競売対象建物を占有する第三者が、執行妨害の目的であるとして、占有者に対し退去命令が出されたが、占有者不在で送達できずにいるうちに、占有者の占有補助者が占有を継続しているというものであった。

決定は、当該占有者に対する執行官保管の保全処分を命じた。

【75】東京地決平成四年一〇月二八日判タ七九九号三三八頁

事案は、差押えの四か月後、債務者兼所有者が、競売ビルの内装工事等をおこない、第三者との間で濫用的な内容の賃貸借契約が締結されたほか、ビルの一部の占有を他に移転しようとしているというものであった。

決定は、当該債務者兼所有及び第三者に対し、占有移転禁止、工事禁止、工所用資材撤去、工所用資材搬入禁止等を命ずるとともに、執行官に対し相手方らが右命令を受けていることの公示を命ずる売却のための保全処分を認められた。

【76】東京地決平成四年一〇月二八日『民事執行法上の保全処分』三五二頁

事案は、【67】事件の所有者会社に対する占有移転禁止・公示の執行の際、いったん立ち退いていた賃借権設定登記を取得している第三者および前に占有していた第三者である政治結社が再び占有していたというものであった。

決定は、第三者は、所有者と通謀の上、所有者の占有補助者として、執行妨害を目的として占有しているとして、第三者に対し、競売建物からの退去およびその公示を命じた。

【77】東京地決平成四年一二月四日『民事執行法上の保全処分』三八三頁

事案は、所有者会社が倒産し、暴力的金融業者の支配化に入った後、空室であったマンション(複数)に一斉に表札が掲げられたが、人気がないというものであった。

決定は、この場合に、表札を掲げた第三者に対して退去命令、所有者会社に対して占有移転禁止を命じた。

【78】東京地決平成四年一二月五日『民事執行法上の保全処分』三八六頁

事案は、所有者会社が倒産した直後、会社所有の更地に第三者の建物所有を目的とする地上権設定登記がされ、

所有者の一団の土地に執行妨害を専門とする他の第三者の看板が掲げられたというものであった。

決定は、このことから、所有者会社の代表者が行方不明のため所有者会社に対して直ちに執行官保管を命じた。

【79】東京地決平成四年一月六日判時一四三九号一四二頁

事案は、土地および建物に根抵当権が設定されたのち、建物が取り壊され、更地の状態で差押えがされたが、債務者兼所有者及び第三者が、更地である競売対象土地上に建物を建築し、建物完成後は請負人名義で建物の所有権保存登記を行う予定であり、新築建物に申立人のために抵当権を設定する予定はなく、工事を中止する意思はないというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者及び第三者に対し、建築工事禁止、占有移転禁止を命ずるとともに、執行官に対し、右命令の公示を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【80】東京地決平成四年一月一〇日判タ八〇一号二四三頁

事案は、債務者兼所有者が競売対象建物（五階建てビル）の占有を、差押え後に、暴力団関連会社に移転し、又は移転するおそれがあるというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者に対し占有移転禁止を命じ、暴力団関連会社は所有者の占有補助者であるとして、暴力団関連会社に対し建物からの退去を命ずる売却のための保全処分とともに、執行官に対し、右保全処分命令の公示を命じた。⁽⁸⁾

【81】福岡地裁小倉支決平成四年一月一二日金法一三三九号四〇頁

事案は、債務者兼所有者が、競売対象建物を無施設で放置して行方不明となっており、無断侵入者が後を断たず、非行少年らのたまり場と化しているというものであった。

決定は、当該債務者兼所有者に対し、民事執行法五五条一項の保全処分を経ることなく、執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【82】東京地決平成四年一月一日『民事執行法上の保全処分』三五九頁

事案は、所有者が利払い遅滞七ヵ月後、抵当土地建物を第三者に賃料低廉、賃料一〇年分全額前払い、譲渡転貸自由の特約で賃借されたが、その第三者は暴力団員風で、当該建物に配下の者を住まわせ、申立債権者に債権回収を控えるよう高圧的な態度で迫ったというものであった。

決定は、このことから、所有者に対して占有移転禁止、第三者を退去させることを命じ、所有者の占有補助者といえる第三者に対し退居と所有者以外への占有移転の禁止を命じた。

【83】東京地決平成四年一月一日『民事執行法上の保全処分』三六一頁

事案は、不動産競売の差押え後に、執行妨害目的で不動産を占有した第三者に対し退去を命ずる保全処分がされたが（【76】事件）、それに従わなかったというものであった。

決定は、所有者の占有補助者である第三者に対し執行官保管の保全処分を命じた。

【84】東京地決平成四年一月二〇日『民事執行法上の保全処分』三六五頁

事案は、不動産競売の差押えの頃から、執行妨害目的で不動産を占有した第三者が暴力団事務所として使用しているというものであった。

決定は、この場合に、所有者の占有補助者である第三者に対し退去を命ずる保全処分を命じた。

【85】東京地決平成四年一月二四日『民事執行法上の保全処分』三六七頁

事案は、債務者兼所有者が、競売対象建物の占有を暴力団関連会社に移転したため、暴力団関連会社に対し、建

物からの退去を命ずる売却のための保全処分がなされた(【80】事件)にもかかわらず、占有を続けたというものであった。

決定は、このことから、当該暴力団関連会社に対し執行官保管の保全処分を命じた。

【86】東京地決平成四年二月八日『民事執行法上の保全処分』二五九頁

事案は、更地に抵当権を設定したところ、差押えの六ヶ月後に、土地所有者から債権回収目的で土地を賃借した第三者が簡易建物を建築した上、建築資材を置いているというものであった。

決定は、当該第三者に対して資材撤去、建物収去、土地退去、資材搬入禁止、建物建築禁止、所有者以外への占有移転禁止およびそれらの公示を認める保全処分を命じた。

【87】東京地決平成四年二月一日『民事執行法上の保全処分』二六一頁

事案は、更地に抵当権を設定したところ、差押えの二ヶ月前に土地所有者から債権回収目的で土地を賃借した第三者が、競売土地に土砂等を搬入されないためと称して、簡易建物を建築し、保存登記をしたというものであった。

決定は、当該第三者に対して建物収去、土地退去、建物建築禁止、所有者以外への占有移転禁止およびそれらの公示を認める保全処分を命じた。

【88】東京地決平成四年二月一八日『民事執行法上の保全処分』三六八頁

事案は、所有者会社が倒産し、暴力的金融業者の支配化に入った後、空室であったマンション(複数)に一斉に表札が掲げられたため、表札を掲げた第三者に対して退去命令、所有者会社に対して占有移転禁止が命ぜられたが

(【76】事件)、その後他の第三者が占有するなどしていたというものであった。

決定は、この場合に、この占有する第三者に対して退去命令、所有者に対して執行官保管を命じた。

【89】東京地決平成四年二月一八日「民事執行法上の保全処分」三九〇頁

事案は、所有者会社が倒産した直後、会社所有の更地に第三者の建物所有を目的とする地上権設定登記がされ、所有者の一団の土地に執行妨害を専門とする他の第三者の看板が掲げられたというものであった。

決定は、このことから、所有者会社の代表者が行方不明のため所有者会社に対して直ちに執行官保管を命じた。

【90】東京地決平成四年二月二日「民事執行法上の保全処分」三七三頁

事案は、【84】事件の退去命令にもかかわらず、第三者が退去しないというものであった。

決定は、第三者に対し、執行官保管命令を下した。

【91】東京地決平成四年二月二五日「民事執行法上の保全処分」三七四頁

事案は、【34】事件の退去命令にもかかわらず、第三者が退去せず、第三者の家族、使用人も居住しているというものであった。

決定は、この場合に、第三者に退去を命ずる保全処分がされたにもかかわらず、退去しなかったとして、第三者(家族、使用人も含む)に対し執行官保管命令を下した。

【92】東京高決平成四年二月二八日判タ八〇四号二八二頁

事案は、【58】と同一である(不動産競売における債務者あるいは所有者以外の第三者で、その占有補助者又はこれを自称する者及び占有侵奪者が、保全処分の相手方になるかが争点になった)。

決定は、このような者は、売却のための保全処分の相手方となるとし、売却のための保全処分において、必要かつ相当な範囲に属するかぎり、保全処分の公示を執行官に命ずることができる⁽⁹⁾とした。

【93】東京地決平成五年一月二七日判タ八一四号三三二頁

事案は、第三者が、不動産競売における差押えの直前に、執行妨害の目的で、いわゆる豪華マンションであり、販売用の物件である本件建物に、販売にそぐわない事務所の看板を掲げ、その占有を開始したというものであった。

決定は、債務者が債務の弁済をすることができない状態であるにもかかわらず、競売物件を執行妨害を目的とする者に占有させる行為は、不動産の価格を著しく減少する行為に該当するとして、当該第三者に対し、建物毀損等の禁止および建物退去等を命ずるとともに、執行官に対し、その公示を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【94】東京地決平成五年二月三日判タ八一二号二五一頁

事案は、第三者が、本件建物につき、賃借権設定仮登記(存続期間一〇年間分全額前払済、譲渡転貸ができるの特約あり)を経由し、占有しているというものであった。

決定は、執行妨害を目的として占有する当該第三者は、所有者の占有補助者と同視できるとして、この者に対し、執行官保管を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【95】東京地決平成五年二月一五日判時一四五二号八三頁

事案は、第三者が、執行妨害目的で競売対象建物を占有し、簡易物置等を設置したというものであった。

決定は、当該第三者に対し、建物からの退去、物置撤去等を命ずる売却のための保全処分を認めた。¹⁰⁾

【96】東京地決平成五年二月一八日判時一四五二号八五頁

事案は、第三者が執行妨害を目的として、競売対象土地上に、本件土地の場所柄(西麻布)におよそ似つかわしくない簡易建物を建築し、他の者に占有を移転するおそれがあるというものであった。

決定は、当該第三者に対し、建物収去および占有移転禁止等を命ずる売却のための保全処分を認め⁽¹⁾た。

【97】東京高決平成五年二月一八日判タ八一五号二二四頁
事案は、不動産競売における債務者あるいは所有者以外の第三者であって、所有者の関与の下、執行妨害の目的で、競売対象建物の二、三、五階を占有している者が存在するということであつた。

決定は、当該第三者は、所有者の占有補助者ということができるとして、売却のための保全処分の相手方となるとした。

【98】東京高決平成五年二月一八日判タ八一五号二二四頁

事案は、【97】事件と同じであるが、別の第三者が、執行妨害の目的で所有者の関与の下に不動産の占有をしているというものであつた。

決定は、このような者は、所有者の占有補助者ということができ、これに対して民事執行法五五条一項に基づき本件保全処分（公示を執行官に命じたことも含めて）を命じた原決定に違法はないとした。

【99】東京高決平成五年二月二五日金法一三五八号五六頁

事案は、債務者兼所有者の関与の下に、競売対象建物を占有している者が、本件競売の開始前からこれを占有しており、執行妨害の目的で本件不動産を占有しているものではないとして抗告したというものであつた。

決定は、抗告人が提出した契約書等は信憑性に欠け、結局抗告人は、執行妨害の目的で債務者兼所有者の関与の下に右の占有をしているにすぎない者であるというべきであるから、同会社の占有補助者ということができるとして、売却のための保全処分の相手方となるとした。

【100】東京地決平成五年三月一日判時一四五三号一四四頁

事案は、第三者が、競売の申立ての直前に、所有者の関与の下に執行妨害目的で競売対象土地上に、簡易建物を建築したというものであった。

決定は、当該第三者は、所有者の占有補助者と同視され、建物の収去、土地からの退去および賃借権設定・原状変更・占有移転の禁止を命ずる売却のための保全処分の相手方となるとした。

【101】東京地決平成五年三月三日判タ八一二号二五一頁

事案は、第三者が、執行妨害を目的として、競売対象建物の二、三、四階部分を占有するというものであった。

決定は、当該第三者に対し、建物からの退去を命ずるとともに、執行官に対し、その公示を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【102】東京地決平成五年三月一〇日判タ八一二号二五一頁

事案は、第三者が、執行妨害を目的とする暴力団員ないしこれと関係する者が競売不動産を占有するというものであった。

決定は、当該第三者は、共謀のうえ、執行妨害を目的として、本件建物を占有しているものと認められるとして、建物からの退去を命ずるとともに、執行官に対し、その公示を命ずる売却のための保全処分を認めた。

【103】東京地決平成五年三月二四日判タ八一四号三三五頁

事案は、不動産強制競売において、差押えの直前に執行妨害目的で競売対象建物の占有を開始した第三者に対し発令された建物退去等を命ずる第一次保全処分が、右第三者の妨害により送達できなかつたというものであった。

決定は、このようなときは、第一次の保全処分の内容を承知しながら、その送達を妨げるために妨害工作をしたものと考えられるとして、送達前であっても執行官保管を命ずる売却のための保全処分を発令することができる

した。

【104】東京地決平成五年三月二六日判時一四五五号一一七頁

事案は、所有者が競売対象土地にあつた競売対象建物を取り壊し、新しい建物を建築したが、本件差押えがなされた段階では既に本件工事は相当程度進行しているというものであつた。

決定は、本件差押え後も本件建物の建築工事を続行したが、これは執行妨害を目的となされたものではなく、本件差押えがなされた段階では既に本件工事は相当程度進行しており、これを中止するときは相手方らは相当程度の損害を蒙ることが予想されるとして、売却のための保全処分の申立てが却下された。

【105】東京高決平成五年三月三〇日判時一四五八号六五頁

事案は、執行妨害目的で、競売対象建物を占有する原告人が、債務者とは別個の固有の権利に基づいて独立の占有を有する者であるから、売却のための保全処分の相手方にはならないと主張したというものであつた。

決定は、当審において、賃貸借契約書を提出するが、右書証によつても、原告人らの右主張を肯認することはできないとして、当該第三者は、売却のための保全処分の相手方となつた。

【106】東京高決平成五年四月二三日金法一三六七号一三七頁

事案は、執行妨害を目的とする濫用的な短期賃借権者であり、競売対象建物を占有していた原告人が、相手方に對抗することができる賃借権を有するとして、原決定は違法であると主張したものであつた。

決定は、原告人が仮にその主張のような賃借権を有していたとしても、右賃借権は、執行妨害を目的とした濫用的なそれと推認され、執行手続においてその効力を認めるに由ないものというべきである。そうだとすると、原告人はいわゆる占有侵奪者と同視することができるから、原告人に対して民事執行法五五条二項に基づき本件保全処

分を命じた原決定に違法はないとした。⁽¹²⁾

【107】東京高決平成五年五月二二日判タ八四八号三〇一頁

事案は、第三者が、債権者による抵当権実行の準備段階以降に、債務者兼所有者の関与ないし協力の下に執行妨害の目的で、更地であった競売対象土地上に、一〇日で完成したプレハブ建物を建築したというものであった。

決定は、当該第三者は、右行為が差押登記より前にされた場合であっても、建物の取去等を命ずる売却のための保全処分の相手方となるとした。

【108】東京高決平成五年六月二日判時一四六八号九六頁

事案は、執行妨害を目的とする濫用的な短期賃借権者が、競売対象建物を占有するというものであった。

決定は、抗告人らの主張する賃借権は、執行妨害を目的とした濫用的短期賃借権と推認され、民事執行手続においてはその効力を認めるに由ないから、抗告人らは、右手続においては、無権原占有者と同視すべきであるところ、使用収益する権利を有する債務者に対して売却のための保全処分を命ずることができる以上、無権原占有者に対しても、同様の保全処分を命ずることができると解すべきであるから、抗告人らは、右処分の相手方となり得るとした。

【109】大阪地決平成五年八月二一日金法一三七四号三四頁

事案は、第三者が、差押えの後、執行妨害の目的で、債務者兼所有者から競売対象の土地について共有持分の譲渡を仮装し、さらに共有物分割によりその所有者となつて、中断されていた本件工事を続行し、建物が五階建の堅固な建物を建築しようとしているというものであった。

決定は、当該第三者は、債務者兼所有者の占有補助者ないしはこれと同視すべき者に当たるとして、売却のための

保全処分の相手方となるとして、建物建築工事の続行および占有移転を禁止する旨の保全処分を命じた。

【110】大阪地決平成五年八月二〇日金法一三七四号三六頁

事案は、差押えの時に更地であつた本件土地に建物を建築し、これを、屋台村として建物をいくつかに区画して各別の賃借人に賃貸することを計画しているというものであつた。

決定は、この行為が、不動産の価格を著しく減少する行為に当たるときには、差押えの効力によりもともと禁止されている価格減少行為を明確にして禁止するにとどまる以上、具体的行為者を特定しなくても、可能性のある債務者らに対して発することが許されるから、債務者及び所有者に対し、建物建築禁止を命じ、執行官にその旨を公示すべきことを命ずる売却のための保全処分をすることができるとした。

【111】大阪地決平成五年八月三〇日金法一三七四号三〇頁

事案は、相手方に対し第一次の建物建築禁止の保全処分発令及びその公示後にも、引き続き建物建築行為により、執行妨害を行う相手方と第三者が存在するというものであつた。

決定は、当該執行妨害者は相手方が、先行の保全処分に違反して、第三者と一体となつて本件土地上に建物を建築し、執行妨害を囂っているものと認められるとして、相手方に対する執行官保管命令の主文中に、第三者も括弧書きで表示した。⁽¹³⁾

【112】仙台高決平成五年九月七日判時一四八五号三三頁

事案は、第三者が、所有者の関与のもとに、執行妨害の目的で競売対象の土地を所有者から賃借（賃料前払、敷金高額、譲渡転貸自由の特約あり。）して占有し、これを駐車場として転貸しようとしているというものであつた。

決定は、当該第三者は、所有者の関与のもとに執行妨害を目的として競売不動産を占有する者であり、競売手続において独立の占有者として保護するに値せず、所有者の占有補助者と同視できるとして、売却のための保全処分の相手方となるとした。

【113】福岡高決定平成五年九月二〇日判タ八五七号二六九頁

事案は、所有者が建物管理を放棄し、管理を委ねられた暴力団関係者から、執行妨害目的で競売対象建物を賃借し、これを占有する第三者が存在するというものであった。

決定は、当該第三者は、暴力団関係者を介して所有者からその占有を許諾されているものとして、所有者の占有補助者とみなすべきであるから、売却のための保全処分の相手方となるとして、第三者に対する建物退去の保全処分とともに、所有者および第三者に対して執行官保管を命じた。

【114】高松高決定平成五年一〇月一五日判時一四八五号三五頁

事案は、土地とその地上建物に共同抵当権が設定された後に、所有者が執行妨害を目的として、地上建物を取り壊して第三者名義の新しいプレハブ製の建物(床面積わずか一〇・一〇平方メートルに過ぎない)を建築して土地を占有させているというものであった。

決定は、所有者が前記の態様で競売対象の土地を占有させることは、当該抵当権の設定登記後のものであれば、右占有の移転時期が差押えの前後を問わず、不動産の価格を著しく減少させる行為として、売却のための保全処分の対象となり、執行妨害目的で所有者から競売対象である土地の占有移転を受けた者は、所有者の占有補助者として、売却のための保全処分の相手方となるとした。

【115】大阪地決平成五年一〇月一八日判時一四七六号一三七頁

事案は、執行妨害の目的で競売対象の土地を占有する所有者以外の第三者が存在し、新たな建物を建築しようとしているというものであった。

決定は、当該第三者が、所有者の占有補助者とは認められない場合であっても、所有者に許されることが正当な権利を有しない執行妨害者に許されるはずはないから、端的に所有者と同様に売却のための保全処分の手方となるとして、建物建築工事中止とその続行禁止を命じた。

【116】大阪地決平成五年一〇月二七日金法一三七四号三九頁

事案は、債務者兼所有者が、差押え後急遽、本件土地に建物を建て、債務者兼所有者の占有補助者若しくはこれと一体となって執行妨害をしている第三者が、その建物を占有しているというものであった。

決定は、債務者兼所有者に対し、建物収去、土地明渡を命じ、当該第三者は債務者と同視できる者として、売却のための保全処分の相手方となすことが許されるとして、当該第三者に対し、建物からの退去をそれぞれ命じた。

【117】高松高決平成六年一月二四日判タ八六一号二七七頁

事案は、第三者が、所有者らの執行妨害の意図に従いその補助者として競売対象不動産を占有するというものであった。

決定は、民事執行法一八八条で準用する同法五五条の売却のための保全処分の対象となる行為は、所有者及び債務者がする行為に限られ、右以外の者の行為は含まれないところ、抗告人は、所有者でも債務者でもないことは記録に照らし明らかであるから、抗告人が個有独立の権原に基づいて占有している場合はもちろん、たとえ相手方の主張するような所有者らの執行妨害の意図に従いその補助者として占有する場合であっても、抗告人を相手方として右の保全処分の申立てをすることは許されないとした。⁽¹⁴⁾

【118】大阪高決平成六年二月二二日金融・商事判例九六五号三三三頁

事案は、競売対象の不動産の所有者と共謀のうえ、①滞納処分による差押え直後の、②保証金高額、③二年分の賃料前払いの特約がある賃借権を理由に、これを占有する第三者が存在するというものであった。

決定は、売却価格を著しく減少する行為についての共謀が認められる場合には、第三者に対しても「債務者又は所有者」と同視できるものとして保全処分命令を発することができるとした上で、その発すべき保全処分命令の具体的内容、担保の要否、これを要する場合の担保の額等については、原裁判所においてこれを検討すべきこととするのが相当であるとして、本件を原裁判所に差し戻した。

【119】大阪高決平成六年二月二八日金融・商事判例九七六号一〇頁

事案は、抵当権が設定されている主たる建物の未登記の附属建物について、所有者の妻が所有者と共謀し、その譲受けを仮装した上で、表示登記の申請行為をしたというものであった。

決定は、このような行為は、「不動産の価格を著しく減少する行為」に該当するとして、その発することのできる保全処分命令の具体的内容等のほか、担保の要否、これを要する場合の担保の額等につき更に検討することが必要であるから、原裁判所をしてこれをさせるため、本件を原裁判所に差し戻した。⁽¹⁵⁾

【120】名古屋高決平成六年六月二二日判時一五四五号六一頁

事案は、差押えの効力発生後に、債務者兼所有者と通謀して、賃借権に基づき土地の使用を開始し、更地であった競売対象の土地上に、プレハブ二階建ての簡易な仮設建物(床面積一、二階各一九・四四平方メートル)の建築に着手してこれを完成させた者が存在するというものであった。

決定は、本件賃貸借契約は、短期賃貸借に名を借りて入札希望者の嫌忌する占有状態を作り出し、もって、本件

土地の買受け申出を阻害して、売却の実現を困難にさせるか、本件土地の売却価額を低下させて廉価での買受けを図り又は立退料名義で金銭の支払を受けて不当な利益を得る目的の下に締結したものと認めることができ、正當な利益を目的とするものではなく、本件競売の実現を妨害するか又は不当な手段で債権の回収を図るものといわなければならぬから、このような者は、債務者兼所有者の占有補助者と同視でき、建物収去を命じる売却のための保全処分の方手方となつた。

【121】東京高決平成七年二月一五日判タ八九二号二六〇頁

事案は、更地に抵当権を設定した後、本件敷地について、賃料は年額一二万円、全額一括支払済、期間五年、譲渡転貸自由、敷金が五〇〇万円という特約が付された土地賃貸借契約がなされ、その土地上に建物を建築して、居住している第三者が存在するというものであつた。

決定は、当該第三者は所有者の占有補助者として保全処分の相手方となるが、売却のための保全処分として建物からの退去を第三者に命ずることは、保全の効果がほとんどない一方、建物所有者の生活に重大な影響を及ぼすので、保全の手段としての相当性を欠き許されないとした。

【122】東京高決平成七年七月三一日金法一四七五号一一頁

事案は、土地に対する抵当権設定当時、地上建物が存在したが、販売目的に応じて頻繁に建て替えることを予定していた住宅展示用のものであつたところ、その後その建物を壊し新たな建物を建築し、その保存登記をして法定地上権の成立を主張する建物所有者が存在するというものであつた。

決定は、土地に対する抵当権設定当時における地上建物が、販売目的に応じて頻繁に建て替えることを予定していた住宅展示用のものであるときは、土地につき建物のために法定地上権は成立しないとした上で、本件表示の登

記及び所有権保存登記を経由したものであり、この行為は、競売により売却される土地の買受人に対し、存在しない法定地上権を存在するかのよう主張する行為の一環としてされたものであつて、土地所有者と意を通じて執行妨害の目的でしたものであることが推認できるものといふべきであるところ、本件抵当権の目的である本件土地の価格を著しく減少させるものと評価するのが相当であるとして、土地所有者の事業のうちログハウス等の販売部門を独立させた当該建物所有者に対して、建物の取去を命じる売却のための保全処分を命じた。

【123】東京高決平成八年八月九日金融・商事判例一〇一一号二一頁

事案は、第三者が、土地に対する競売開始決定の直前に、債務者兼所有者の直接の容認、関与の下に不当な目的で、基礎工事の着手から一週間後には本件建物をほぼ完成という建物を建築したというものであつた。

決定は、当該行為は、不動産の価額を著しく減少させる行為に当たり、その建築主から建物を譲り受けた者は、債務者又は所有者の占有補助者と同視し得る者とみるに妨げがないから、売却のための保全処分の相手方となつた。

【124】横浜地決平成八年八月九日金法一四六六号四五頁

事案は、更地に抵当権を設定した後に、本件敷地について、本件敷地について、賃料は年額一二万円、全額一括支払済、期間五年、譲渡転貸自由、敷金が五〇〇万円という特約が付された土地賃貸借契約がなされ、土地上に建物を建築して所有し、建物に居住して土地を占有する第三者が存在するというものであつた。

決定は、第三者が主張する賃借権は、通常の利益のみを目的としたものといふことはできず、所有者の意思に基づき、申立会社の担保権実行による競売を妨害する意図の下に法律関係の外形を作出しているものと推認すべきであるから、第三者は、本件土地をその所有者の意思に基づき占有している占有補助者に当たるとして、第三者に対

し、建物の収去とその公示を命じた。

五 決定例の分析⁽¹⁶⁾

本章では、第四章において紹介した売却のための保全処分に関する決定例を分析したいと思う。分析の視角は、次のようなものである。

- 第一に、決定例登場場の状況が、時代的にどのように変化しているか、
- 第二に、決定例の結論は、どのような状況であるか、
- 第三に、否定例はどのような理由に基づくのか、
- 第四に、どのような事案について、決定例が出されているか、
- 第五に、各事案に関する多寡は、地域によって違いが存するか、
- 第六に、保全処分の相手方について、どのような決定例が出されているか、
- そして第七に、執行官保管命令を即時に出すことができるかにつき、どのような決定例が出されているかである。

1 決定例の時期と結論

全決定例一二四件のうち、最判平成三年三月二日以前の決定例が七件なのに対して、それ以後の決定例が一七件と大幅に増加している。また、最判平成三年三月二日以前の決定例七件のうち、本条の保全処分を命じたの

が五件、否定したのが二件となっている。

これに対して、最判平成三年三月二二日以後の決定例が一一七件のうち、本条の保全処分を命じたのが一一一件、否定したのは【8】【12】【24】【104】【117】【121】のわずか六件に過ぎなくなっている。最判平成三年三月二二日以後、本条が執行妨害を排除する手段として利用され、裁判所側もこれに応えようとする姿勢がここからは見受けられる。

2 否定例の分析

ここで、最判平成三年三月二二日以後に出された六件の否定例を分析すると、まず、建物建築が差押え以前からなされ、すでに相当程度工事が進んでいるため、工事の中止を求めることは認められないとされている(東京地決の【24】【104】)。この二件では建物建築行為が執行妨害目的ではないとの判断と工事中止による損害の大きさ、工事が完成に近いことなどから保全処分申立が否定されている。

また、空室となっているだけでは「不動産の価格を著しく減少する行為」にはあたらないとしたものがある(同一事案であり、大阪地決の【8】と大阪高決の【12】)。

さらに、保全処分の対象となる行為は債務者又は所有者の行為に限られるとした高松高決の【117】は、執行妨害者を保全処分の相手方として排除するよりも、本条の成立過程や文言を重視し、形式論理を貫いたものであるといえよう。

【121】は、執行妨害目的で建物を建築し、居住する第三者でも、建物からの退去を第三者に命ずることは許されないとした。その理由は、保全の効果がほとんどない一方、建物所有者の生活に重大な影響を及ぼすというもので

あり、保全の相当性に欠けるというものである。学説では、執行官保管命令に關してではあるが、不動産の価格を保全することを目的とする以上、執行官保管によって不動産の保全を図ることができないときには、債務者が禁止・行為命令に違反しても、執行官保管を発することができないと解されている。⁽¹⁷⁾ 執行官保管同様、所有者等の不動産占有を剥奪する建物退去においても、保全の有意性、相当性が必要とされたものとして理解できよう。

3 紛争類型

(1) 紛争の事案、価格減少行為の態様としては最判平成三年前の決定例七件のうち、建物損壊または建物建築等の物理的妨害によるものが五件、占有による非物理的・事実上の妨害は一件、不明が一件である。

これに対して、最判平成三年後の裁判例一一七件のうち、物理的妨害によるものが五四件、占有による妨害が五七件、それ以外が【8】【12】【14】【23】【81】【119】の六件となっている。

そのうち、【14】【23】は、看板設置など悪質な妨害類型である。

また、【8】【12】【81】の三件は、競売建物が空室となっている事案として共通であるが、前二者では保全処分が否定されたのに対して、【81】では執行官保管が認められている。前二者は最判平成三年三月二二日後、まもなくの決定であること【8】では差押え後の賃借人は引渡命令によって容易に排除できることが否定理由として挙げられている)、本条の執行妨害者に対する活用に消極的であった大阪の決定であること等が影響して否定的な決定が出されたものと考えられる。これに対して、【81】では所有者が無施設で行方不明となっており、全く管理が放棄されている点が重視され、肯定決定が出されている。

【119】は所有者の妻に抵当付属建物を譲渡するという特殊ケースである。

このように、最判平成三年後においては、物理的妨害を含まない、単なる占有による妨害が多くなっていることが注目される。執行妨害の類型が外部的に明らかである単純なものから、より巧妙化したものへとシフトしてきたことを物語るものと言えよう。

(2) ここで、以上の紛争の事案、価格減少行為の態様を①建物毀損行為(その後再築した場合も含む)、②建物建築行為、③使用、賃貸、占有移転行為、④示威行為、⑤その他の五つの類型に分けて、各地域別にもう少し詳しく検討してみることになろう。なお、①類型と②類型および⑤類型の建物移設が前述の物理的妨害にあたるものであり、③類型が前述の占有による非物理的・事実上の妨害にあたるものである。そして、④類型と⑤類型の残りがそれ以外である。

まず、東京についてであるが、最判平成三年前に出された四件のうち、①類型が二件(肯定例一件、否定例一件)、⑤のその他が二件(建物移設 \parallel 否定例と、不明 \parallel 肯定例)となっているのに対して、最判平成三年後に出された八一件のうち、①類型が二件(肯定例一件、否定例一件)、②類型が三四件【24】【104】【121】の三件を除いて、すべて肯定例)、③類型が四四件(すべて肯定例)、④類型が一件(肯定例)、⑤類型がなし、となっている。

次に、大阪について検討すると、最判平成三年前に出されたものはない。最判平成三年後に出された二七件のうち、①類型が三件(すべて肯定例)、②類型が一二件(すべて肯定例)、③類型が九件(すべて肯定例)、④類型がなし、⑤類型が三件(妻への譲渡 \parallel 肯定例一件、空室 \parallel 否定例二件)、となっている。

さらに、その他の地域であるが、最判平成三年前に出された三件のうち、②類型が二件(同一事案で山口地決、広島高決とも肯定例)、③類型が一件(仙台高裁秋田支決の肯定例)となっている。最判平成三年後に出されたのは九件で、①類型が一件(高松高裁で肯定例)、②類型が二件(名古屋高決、横浜地裁とも肯定例)、③類型が四件

(甲府地決、仙台高決、福岡高決で肯定例、高松高決で否定例)、④類型が一件(高松高裁で肯定例)、⑤類型が一件(無施設放置の福岡地裁小倉支決で肯定例)、となっている。

(3) 以上から、東京においては占有による非物理的・事実上の妨害が物理的妨害よりも多いのに対して、大阪では物理的妨害が占有による非物理的・事実上の妨害の方よりも多いことがわかるであろう。また、大阪における物理的妨害は第三者によるものよりも所有者自身によるものが多い¹⁸⁾。そのことは、第三者による非常に巧妙な執行妨害が東京を中心におこなわれているのではないかということを推測させる。そのため、東京での決定例が大阪に比べてはるかに多いのではなからうか。

他方、大阪では、東京に比べて巧妙な不動産執行妨害が多くなかったので、本条の第三者に対する活用も当初、消極的であったのではないかという推測が成り立つ(大阪地裁の決定例は執行妨害目的の第三者を「所有者の占有補助者」と見て、第三者をも保全処分の手方とする考えには当初反対していた)。しかし、平成五年以降は大阪でも、占有による非物理的・事実上の妨害が物理的妨害よりも多くなってきており、それに伴って大阪でも本条の第三者に対する活用に積極的な判断がなされてきたのではないかと考える。

4 保全処分の相手方

(1) 最判平成三年三月二二日以前において売却のための保全処分が命ぜられた五件はすべて同条の文言どおり所有者に対するものであって、抵当権者、所有者以外の第三者に対して命ぜられたものはなかった。

これに対して、最判平成三年三月二二日以後においては、保全処分が認められた一一一件のうち、実に六七件が第三者に対して命ぜられたものである(ここには、所有者とともに、第三者に対して保全処分が命ぜられたもの

含む)。本条が最判平成三年三月二二日以後、執行妨害者を排除する機能を営んできたことがここでも確認されるのである。

(2) もつとも、第三者に対して本条の保全処分を命ずるためには、本条の文言上のネックがあった。このネックを回避するために、裁判所が採用したのが、執行妨害目的の第三者を「所有者の占有補助者」と見る考えである。この考えに明示的に立つ裁判例が【27】【29】【48】【50】【53】【59】【82】【83】【84】【97】【98】【109】【112】【117】【120】【123】の一六件である。

東京地裁の松丸伸一郎判事(当時)は執行妨害目的の第三者を「所有者の占有補助者」と見る判断基準として、①債務者・所有者の関与の下に、②執行妨害目的をもって、不動産を占有することにより価格減少行為を行う者は、保全処分の相手方となるとしている。⁽¹⁹⁾

この二つの要件のうち、①は債務者・所有者の占有補助者ないしこれと同視しうる者という法律構成により民事執行法五五条の規定を適用するために必要とされるものである。ただし、この「関与」は、かなりゆるい解釈がされており、不作為でも足りるとすれば、ほとんどの場合に所有者の関与があると考えることができるとしている。すなわち、不法占拠者の場合にも、所有者が競売不動産の管理をしなかったこと、あるいは不法占拠者を排除しない不作為に所有者の関与を認める。⁽²⁰⁾

(3) しかしながら、この考えはすべての裁判所で採り入れられた訳ではない。とくに、大阪地裁の決定例は執行妨害目的の第三者を「所有者の占有補助者」と見て、第三者をも保全処分の相手方とする考えには反対しており、【65】では執行妨害目的の不審者は、所有者の占有補助者であるから保全処分の相手方とならないという東京地裁の考えとは正反対の結論を出していた。そして、執行妨害に関与する第三者については、所有者に対する保全

処分の主文中に執行裁判所が占有補助者として認定している旨を括弧書きで示しておけば、第三者を独立の相手方としなくても、執行官の執行の際にも排除すべき者かどうかを悩むことはないとした。⁽²¹⁾【39】【64】【73】の決定例で、このような取り扱いがされている。

しかしその後、大阪地裁も【116】において「債務者と同視できる者」については保全処分の相手方となるという考えを提示するにいたっており、さらに【115】は明らかな執行妨害者については、端的に所有者と同様に相手方とすることができるとして、執行妨害目的の第三者に対しては保全処分の相手方として排除するという対応をするようになってきている。

これに対して、東京高裁の決定例はもともと執行妨害目的の第三者を保全処分の相手方とする判断を下していたが、さらにこれらの者は「占有補助者又はこれを自称する者及び占有侵奪者」【92】であるとか、「占有侵奪者と同視できる」【106】とか、「無権限占有者と同視できる」【108】といった新たな理由付けを模索している。これらの理由付けは、先の判断基準の①債務者・所有者の関与を不要とするものであって、さらに条文の文言から離れて、執行妨害目的の第三者を保全処分の相手方とするものである。

(4) このように各裁判所は、色々な理由付けを模索して執行妨害目的の第三者を保全処分の相手方としたのであるが、以上のような考えに対しては、強く疑問を呈するものがある。⁽²²⁾

5 執行官保管命令

(1) 第二項の執行官保管の保全処分を、第一項の保全処分と同時に出せるかについては、前述のように民事執行セミナーでも議論があり、原則として許されないとするのが多数説であった。もっとも、裁判例では【6】決定

を嚆矢として計一五件で、第一項の保全処分と同時に、あるいは第一項の保全処分を経ることなく直ちに執行官保管が命ぜられている。第一項の保全処分と同時に執行官保管が命ぜられた決定例として、【15】【41】【69】【113】の四件があり、第一項の保全処分を経ることなく直ちに執行官保管が命ぜられた決定例として【6】【43】【44】【45】【52】【64】【65】【71】【78】【81】【89】の二一件がある。

(2) このような取り扱いが認められたケースとしては、第一に所有者ないしは所有会社の代表者が所在不明であるというものであり、八件ある【45】【52】【64】【65】【71】【78】【81】【89】。第二に、土地改造・工作物設置のおそれがあるもので、二件ある【41】【44】。第三に、建物損壊のおそれがあるという場合である【6】。第四に、暴力団関係者への占有移転がされようとしている場合である【69】。第五に、所有者が建物管理を放棄している場合である【113】。第六に、別事件の保全処分を命ずる公示書が破棄されたからという場合である【43】。なお、【15】は第三者が差押えに近接して競売物件の占有を開始したケースだが、理由は不明である。

以上のケースをまとめると、所有者が所在不明であったり、管理を放棄しているなど、第一項の保全処分を出してもその意味が乏しい場合や、競売不動産が損壊、改造などのおそれがあるため不動産価値が著しく減少する行為がなされることが切迫している場合には、第一項の保全処分と同時に、あるいは第一項の保全処分を経ることなく直ちに執行官保管が命じることができると考えられているといえよう。

(3) 学説においても、債務者が所在不明の場合、例外として第一項の保全処分と同時に、あるいは債務者が現に不動産価格を著しく減少させる行為をおこないつつある場合には、第一項の保全処分を経ることなく、直ちに第二項の執行官保管命令を申立てることができる⁽²³⁾との考えが出されており、以上の実務の取り扱いは妥当であると解される。

6 地域

裁判例が出された地域を検討すると、全二二四件のうち、東京が八五件(最判平成三年後に關しては八一件)、大阪が二七件(すべて最判平成三年後)、その他が一二件(最判平成三年後に關しては九件)となっており、圧倒的に東京で出された裁判例が多くなっている。

このことから民事執行法五五条の売却のための保全処分は、主として東京で利用され、東京地裁および東京高裁によって執行妨害者を排除するための努力と理論構築がなされてきたと評価できるのである。

六 学説の対応

1 執行妨害をする第三者を本条の保全処分の相手方とすることはできるか。この問題は、本条におけるもつとも重要な問題であつて、学者等からも多くの論稿が出されている。⁽²⁴⁾以下では、東京地裁を中心にして展開された第三者を相手方とする実務に対して、学者等がどのように考えてきたかを検討する。

前述のように国会での原案修正により保全処分の相手方は「債務者」に限定され、「不動産の占有者」はその対象から除外されることとなった。しかし、民事執行法施行の当初から、差押後の処分が手続内で無視されることとの關係上、差押後の債務者の占有承継人は、手続上は占有補助者と同視すべきであるとの見解が出されていた。⁽²⁵⁾この立場は一般的場合には疑問であるとされていたが、⁽²⁶⁾例外的に差押後に債務者が執行妨害を目的として占有させた占有屋や暴力団員のごときを債務者の占有補助者とみることはできると解されていた。⁽²⁷⁾もつとも、これらの見解は

これらの者を「占有補助者」とみて、所有者に対する保全処分を排除できるとするものなのか、それともこれらの「占有補助者」を相手方として保全命令を発することができるとするものなのかについては、不明であった。⁽²⁸⁾

その後、最判平成三年三月二二日民集四五巻三号二六八頁以降、前述のように東京地裁を中心として、執行妨害者を「占有補助者」と見た上で、これらの者を相手方として保全命令を発することができるとする決定例が相次ぐようになっていった。

2 これらの実務動向に対して、逸早く賛成の立場を表明したのが栗田隆教授である。⁽²⁹⁾ 栗田教授は、執行妨害者を「占有補助者」と見た上で、これらの者を相手方として保全命令を発することができるとする決定例の理由と考えられるものとして、次の三つを挙げている。第一に、占有補助者を名宛人とすることで、執行官に占有補助者か否かの認定で煩わせず済むこと、第二に、債務者のために請求の目的物を所持する者に対して執行の範囲が拡張される民事執行法二三条三項を理由に、占有補助者を名宛人とすることで、承継執行文の付与(民事執行法二七条二項)という手続を省略することができること、第三に、執行妨害のための占有者は、準占有補助者として排除できてよいが、占有の独立性が高いので別個にその占有補助者も名宛人とすることである。そして栗田教授は、第三の理由から以上の決定に賛成されている。

3 しかし、以上の執行実務に対しては、執行妨害を排除しようという意図は評価できるとしつつも、次のような理由から反対する見解があった。すなわち、①第三者を相手方とするのは国会での修正により削除されたことに反する、②第三者を占有補助者と位置づけるのであれば、所有者に対する保全処分を排除できるはずである、③独立性の高い第三者を占有補助者と解するのは無理があるというのである。⁽³⁰⁾

また、栗田教授の分析に対しては次のような批判がなされた。

第一に、執行官に占有補助者か否かの認定で煩わせず済むためには、第三者の相手方とせずとも、所有者に対する保全命令に括弧書きで占有補助者を記載することで十分である。そこで、山田正人書記官は所有者に対する保全命令の正文に括弧書きで占有補助者を記載することで、占有者を排除できるとの方法が妥当であるとす⁽³¹⁾。

第二に、民事執行法二三条を持ち出すのであれば、債務者・所有者に対する保全処分となるから、債務者または所有者の価格減少行為が必要であり、執行妨害者単独の行為に対しては理由として成立しない⁽³²⁾。

第三に、執行妨害者を所有者の占有補助者と見ながら、占有の独立性の高さを理由に所有者とは独立の相手方とするのは論理矛盾がある。そこで、富川照雄判事は執行法のような制約のない民事保全法による通常の保全処分としてなすべきではないかとする。この場合、被保全債権である抵当権に基づく明渡請求権が平成三年判決によって否定されたことが問題となるが、「あからさまな執行妨害に対する保全処分は平成三年判決によっても認められていたものと考え⁽³³⁾る」⁽³³⁾。

このように執行妨害者を「占有補助者」と見た上で、これらの者を相手方として保全命令を発することができるとする決定例に対しては、賛成する見解もある一方、否定的見解も強かった。そして、その批判者たちも執行妨害排除のための代替となる方法を主張していた。しかし、山田書記官の見解では独立性の高い第三者は占有補助者ではないとの立場を採るから、排除できる執行妨害者の範囲に限られるし(石渡教授の見解も同様である)、富川判事の見解は最判平成三年三月二二日を善解する事を前提としているが、そもそも善解できるかが疑問であった。

4 こうした中で、東京高裁・大阪地裁では、執行妨害者を端的に所有者と同様に相手方とすることができるとして、執行妨害目的の第三者は保全処分の相手方として排除できるという決定を出すようになっていった。これらの決定例は、執行妨害者を「占有補助者」と見た上で、これらの者を相手方として保全命令を発することができる

する従来の決定例に対する前述の批判を受けて、本条の文言上の理由付けを断念する。しかし、その代わりに国会での修正理由が「正当な権原による占有者の立場」を配慮した結果なされたものであったことから、正当な権原を「持たない執行妨害目的の第三者は端的に保全処分の相手方として良い、とするものである」。

このような立場を強力にバックアップするのが中野貞一郎教授である。中野教授は「執行の実体は力であつて、判断や理論ではない」との考えを前面に打ち出して、「端的に、不正な執行妨害者であることが顕著な占有者も民事執行法五五条の保全処分の相手方となることを認めるべき」とされている。そして、その理由としては不正な利得を図る執行妨害は法の容認するところではなく、競売手続上このような不正占有者等を排除する必要がある、同条の保全処分による以外にこれに代わる法的手段がない点が挙げられている⁽³⁴⁾。

また、栗田教授は、執行妨害者を「占有補助者」と見る従来の説が、このような者も保全処分の相手方とするための修辭法に過ぎないのであるから、条文の文言にこだわらないならば「執行妨害者」という新しい概念をもつて保全処分の相手方となり得る第三者をあらわすことにしたいとして賛成の立場を明らかにしている⁽³⁵⁾。

5 しかしこれに対しても、条文の文言から乖離した解釈論を引き出すことは、やはり無理であるとか、第三者の手続保証が不十分であるから立法の決定にしたがうのが良いとして、反対する見解⁽³⁷⁾が存しており、賛否が分かっていた。

七 小括

以上から最判平成三年以降、裁判所は執行妨害排除のために、東京地裁を中心として執行妨害目的の第三者を

「所有者の占有補助者」と見て、本条の保全処分の相手方とすることでその排除を図ってきたということができよう。しかし、執行妨害者を何故に「所有者の占有補助者」と見ることができているのかについては十分な理由付けがなされていなかったといわざるを得ない。そのため、東京高裁・大阪地裁では執行妨害者を端的に所有者と同様に相手方とすることができるとして、執行妨害目的の第三者は保全処分の相手方として排除できるといふ決定を出すようになった。

このように、最判平成三年以降、裁判所は執行妨害排除のために、執行妨害者をも本条の保全処分の相手方とすることでその排除をおこなうという努力を続けてきたが、それは同条の明文に反するような形で繰り広げられてきたのである。そして、学説もこれらの実務を理由付けようとしてきたが、議論が対立する状況だったといえるであろう。

八 平成八年民事執行法改正―地裁レベルの実務を吸い上げる形の改正⁽³⁸⁾

1 改正の背景

(1) 地裁レベルの実務の存在

以上において検討してきたように、実務と直に接している地裁レベル等では、執行妨害の現状に対して最高裁とは違う認識を有していたために、主として「占有屋を抵当権設定者（所有者）の占有補助者とみる」ことによつて、保全処分の相手方の範囲を占有屋にまで広げることをおこなっていたのである。

しかし、このような地裁レベルの判断が實際上、執行妨害排除に対して有効であった半面、その理論的根拠が薄弱であることから反対論が根強くあったことは前述のとおりである。³⁹⁾ そのため、明文によりこの判断を正当化するべく、民事執行法の改正が企図されたのである。

(2) 平成七年後半からの住専の社会問題化

平成八年の第一三六通常国会は、住専国会とも言われ、前年の後半からいわゆる住専(住宅金融専門会社)が多額の不良債権を抱えていることが報じられたことから、この処理策をめぐってさまざまな議論がなされた中で開かれたものである。住専の処理をスムーズに進めるにあたっては、不良債権の回収の実効性を確保するため、抵当不動産に巢食う執行妨害者を排除する方策が必要であることが認識され、与党にプロジェクトチームが設けられた(座長は自由民主党保岡興治衆議院議員(当時))。同チームは一部の弁護士の要望を受けて、民事執行法の一部を改正することとし、その法案が議員立法として国会に提出され可決成立したのが「民事執行法の一部を改正する法律」である。改正の内容は次のとおりである。

2 改正の内容

(1) 保全処分の相手方の範囲の拡大(五五条一項、二項および七七条)

五五条一項について、債務者のほか、「不動産の占有者」に対しても保全処分を命ずることができる。五五条二項および七七条(買受人のための保全処分⁴⁰⁾)については、債務者のほか、不動産の占有者でその占有権原を買受人に対抗することができない者に対しても保全処分を命ずることができるとした。

この改正は、民事執行制定時に保全処分の手当の範囲が、労働組合の反対により「債務者」に限定されたのを、「不動産の占有者」をも相手方としていた政府原案に戻す形になる。最判平成三年三月二二日以後、地裁レベル等において「不動産の占有者」をも「占有補助者ないしは準占有補助者」として相手方としてきた決定例を立法に取り込んだものといえよう。

それでは、この改正をどのように理論的に基礎付けるべきであろうか。

この問題については、抵当権と用益権の関係に関する管理行為論、所有者保護説が有益な示唆を与えてくれると思われる⁽⁴¹⁾。すなわち、同説によれば抵当権設定後、抵当不動産を利用できるとするのはあくまでも所有者（設定者）の保護を図る目的で、管理行為の範囲内においてのみ認められるものであって、賃借人による抵当不動産の利用は所有者保護の反射的利益に過ぎない。このように、抵当権設定後の賃借人による利用権はそもそも所有者保護に根ざした、その反射的利益によるという独立性の弱いものであるが、賃借人が執行妨害を目的とする等の場合には、この反射的利益すら受けることができず、その占有は全く独立性を有しないものと評価されるのである。その意味では、抵当権設定後の不動産利用においては、執行妨害目的の賃借人は、いわば所有者の占有補助者として占有するに過ぎないと考えることができよう。もちろん、このような執行妨害者は所有者とは別人格であるので、このような者に対して別途保全処分を命ずることもできるのである。以上のように考えるならば、前述の東京地裁による理由付けやこの平成八年改正も論理的にスムーズに基礎付け得るのではないだろうか⁽⁴²⁾。

(2) 執行官保管命令の要件の拡大(五五條二項)

五五條二項の執行官保管命令について、一項の命令違反があった場合だけでなく、特別の事情がある場合には直

ちに執行官保管を命ずることができるとした。

この点も最判平成三年三月二二日以後、地裁レベル等において、直ちに執行官保管を命ずることができるとしていた決定例を立法に取り込んだものであるといえよう。

(3) 審尋の規定の新設(五五条三項、七七条二項)

五五条、七七条の各保全処分について、裁判所が必要ありと認めるときには、債務者・所有者以外の第三者を審尋しなければならぬとした。

保全処分の相手方を拡大する等の改正をした結果、占有者の正当な権利を害することがないようにとの配慮で設けられた規定である。

(4) 引渡命令の相手方の範囲の拡大(八三条一項)と必要的審尋の対象の変更(八三条三項)

差押えの効力発生前から権原により不動産を占有している者に対しても、その占有権原を買受人に対抗できない場合には、引渡命令を発することができるとした。また、債務者以外の占有者に対して引渡命令を発する場合にも、事件の記録上その者が買受人に対抗できる権原を有していないことが明らかなきときは、その者を審尋することを要しないとした。

前者の改正は、民事執行制定時に引渡命令の相手方の範囲が労働組合の反対により限定されたのを、「およそ買受人に対抗できない者全般」に発令できると考えられていた政府原案に戻す形になるものといえよう。この改正によつて新たに引渡命令の相手方となる者の例としては、差押の効力発生前からの占有者のうち、使用借権者、対抗

要件を具備していない賃借権者、抵当権設定後に対抗要件を具備した長期賃借権者、抵当権設定後に対抗要件を具備した短期賃借権者で差押後に期間が満了した者などをあげることができる。

また後者は、審尋の趣旨が相手方に権利主張の機会を与えるためであることから、その必要のない者への審尋を不要としたものである。

(5) 競売開始決定前の保全処分の新設(一八七条の二)⁽⁴³⁾

不動産競売の開始決定がなされる前でも特に必要があるときは、担保権実行者の申立てにより、五五条の保全処分と同様の保全処分を命ずることができることとされた新設規定である。この競売開始決定前の保全処分は、速やかに競売の申立てがなされることを前提として、担保不動産の交換価値の減少を防止するため、民事執行法が認めた暫定的・仮定的な処分である。

本保全処分は売却のための保全処分と同様の保全処分ではあるが、申立ておよび発令の時期はもちろんのこと、次のような相違が両者には存する。

第一に、本保全処分は不動産の競売についてのみ認められるが、五五条は船舶や航空機にも認められることである(一八九条、一二一条)。

第二に、本保全処分においては、申立権者は「担保権を実行しようとする者」だけであり、一般債権者による申立てを認めていない。

そのため第三に、本保全処分では、申立てに際して担保権の存在を証する法定文書を提示しなければならぬ。第四に、本保全処分では執行官保管の相手方となる不動産占有者は、申立担保権者に占有権原を対抗できない者

に限られる。

第五に、本保全処分は「開始決定前に保全処分を命ずべき特別の必要性」が発令の要件とされている。

第六に、本保全命令では、申立人が三カ月以内に競売の申立てをしたことを証する文書を提出しない場合には、相手方または所有者の申立てにより、保全処分が取り消される。

3 改正による影響と残された問題点

(1) 本改正によって、五五条および七七条の保全処分において、執行妨害者である占有者も発令の相手方となるということが明文をもって認められることとなった。その結果、これらの者に対する発令に関しては法的根拠が明確になった一方で、五五条ないし七七条の保全処分申立ての受理件数自体は増加しなかった。その理由は、すでに地裁レベル等においてこれらの者に対しても「占有補助者」として発令できるとしていた実務をそのまま採りいれたに過ぎなかったためである。その意味では、新設された競売開始決定前の保全処分(一八七条の二)の活用が期待されるが、その申立件数は各地裁とも一桁にとどまっている。以上について、次の表を参考にされたい。なお、縦棒は制度創設前であることを指し、空欄は不明である。

* 民事執行法五五条、七七条、一八七条の二(現一八七条)の各保全処分の件数の推移⁽⁴⁴⁾

平成の年度	五五条	七七条	一八七条の二	五五条	七七条	一八七条の二	五五条	七七条	一八七条の二
平三年	一八	一	一	八	〇	一	一	〇	一
四年	六五	六	一	二二	二	一	一	一	一
	東京	東京	東京	大阪	大阪	大阪	名古屋	名古屋	名古屋

以上の表から、より仔細に検討すると、民事執行法五五条の売却のための保全処分は、平成五年ころをピークに

二二年	二〇年	一九年	一八年	一七年	一六年	一五年	一四年	一三年	一二年	一一年	一〇年	九年	八年	七年	六年	五年
一〇	四	一	八	一四	一〇	四	二二	二〇	四八	七〇	五三	七四	五七	四七	八九	一〇一
五	四	三	一三	一五	二〇	一一	三六	三四	一五	三九	五五	四七	二四	一〇	一九	一七
一	〇	〇	〇	二	〇	一	五	三	三	八	八	七	二			
				五	一〇	五	一〇	一八	二二	二三	三一	三一	一九	三八	三五	三五
				四	四	二〇	一〇	二三	四四	三五	一四	二九	二一	一六	一三	一二
				〇	一	二	二	一	〇	〇	四	二	二			
											八	二	〇	八	五	一三
											六	一三	六	七	七	五
											〇	一	一			

申立件数が減少傾向にあり、平成八年改正以降もあまり増加していないことが分かるであろう。

逆に、民事執行法七七条の買受人のための保全処分は、平成三年ころはほとんど利用されていなかったけれども、それ以降増加傾向にあり、その結果民事執行法五五条の売却のための保全処分の申立件数と同程度かそれ以上になりつつあることが分かるのである。

さらに、新設された民事執行法一八七条の二の競売開始決定前の保全処分は、各地裁とも申立件数が一桁にとどまっており、あまり利用されていないことが確認できよう。このように、各条に関する申立件数の推移には若干の違いがあるが、その申立件数は二桁にとどまっていることから明らかなように、総じてその利用が低調であることが確認できるのである。

(2) それでは、このように保全処分が利用されない理由はどこにあるのであろうか。その理由は、執行妨害が巧妙化していることにある。すなわち、保全処分が発令されるためには、申立人は執行妨害者の占有が「価格減少行為等」にあたることの疎明をなすことを要するけれども、執行妨害が巧妙化しているためなかなかその立証が困難になっているのである。この点が、債権者がわざわざ保全処分の利用をしようとしにくい最たる理由である。

また、執行抗告が濫用されていることも債権者による保全処分の利用を阻むものとして挙げられるし、民事執行法上の保全処分においては当事者恒効がない⁽⁴⁵⁾ことから、占有者が転々とされると、折角の保全処分も効果がないということも債権者による保全処分の利用に二の足を踏ませる原因になっていたのである。

(3) これに対して、平成八年改正後、民事執行法八三条の引渡命令の利用は好調である。次の表を参照された

い。

* 不動産執行事件の新受件数と引渡命令の申立件数の推移⁽⁴⁶⁾

	不動産執行事件の新受件数() 内は対前年比	引渡命令の申立件数() 内は対前年比
平成元年	四八三三四	六六一四
平成二年	四一七九(-) 七一五五	四九六三(-) 一六五一(-)
平成三年	四四〇五五(+) 二八七六	三二八一(-) 一六八二(-)
平成四年	五四一〇五(+) 一〇〇五〇()	三三三五(-) 五六(-)
平成五年	六二八九一(+) 八七八六	三五六一(+) 三三六(-)
平成六年	六三九〇五(+) 一〇一四	四七八九(+) 一二二八
平成七年	六三九六六(+) 六一(-)	五四二二(+) 六二二(-)
平成八年	六六六四九(+) 二六八三	六八五五(+) 一四四三
平成九年	六六三〇一(-) 三四八	八八一五(+) 一九六〇
平成一〇年	七八五三八(+) 一二三三七	一〇一四二(+) 一三二七
平成一一年	七五二四二(-) 三三一九六	一四一一五(+) 三九七三
平成一二年	七六八五二(+) 一六一〇	一六九九七(+) 二八八二

以上の表から分かるのは次のことである。

第一に、不動産執行事件の新受件数は平成元年から三年まで、微減傾向にあったが、平成四年度以降一貫して増加傾向にあり、平成一〇年以降は七五〇〇件を超える申立てがされていることである。ここには、バブル経済崩

壊による影響が如実に現れているとともに、抵当権がかつてのように九九・九パーセント以上実行されないで終わるといふのは、過去のものとなっていることが分かるのである。

第二に、これに対して引渡命令の申立件数は、平成元年から三年まで、極端に減少しており、平成三年は平成元年の申立件数の半分以下となつてゐる。また、最判平成三年三月二二日が不法占拠者の排除は引渡命令によりなされることを法が予定していると判示したにもかかわらず、平成三年、平成四年と増加するどころか、逆に申立件数が減少していることが確認できるのである。平成五年以降は申立件数が増加しているが、平成元年のレベルにまで申立件数が回復したのは、民事執行法が改正された平成八年のことである。そして、平成八年改正以降は、申立件数が飛躍的に増大していることが分かるのである。

第三に、その結果、不動産執行事件の新受件数に対する引渡命令の申立件数の比率は、平成元年度の二三・六八パーセントから平成三年度に七・四四パーセント、平成五年度に五・六六パーセントへと順次減少していった。しかしそれ以降、順次増加に転じて、平成一一年度には一八・七五パーセント、平成二二年度には二二・一一パーセントと不動産執行事件約四・五件に一件の割合で引渡命令が申立てられるようになってゐるのである。

以上のように、平成八年民事執行法改正後も、民事執行法上の保全処分の利用が総じて低調なのに対して、引渡命令は実務上非常に利用されるようになってきているのである。このことから、平成八年民事執行法改正は同法八三条の利用にとって有益であつた反面、同法五五条、七七条にとってはあまり有用ではなかつたと纏めることができよう。

九 平成一〇年民事執行法改正⁽⁴⁷⁾

1 改正の背景

平成八年改正の後も、以上のような問題点があったため民事執行法上の保全処分の利用が進まず、不動産競売による不良債権処理もあまり進んでいなかった。また、平成九年一月に北海道拓殖銀行および山一證券が相次いで経営破たんするなど、金融システムの危機が表面化した。そのため、政府・与党金融再生トータルプラン推進協議会が設置され、競売手続の迅速・円滑化を図るため、民事執行法の一部改正等の法整備をおこなうことが決定されたのである。これを受けて、「競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律案」および「特定競売手続における現況調査及び評価等の特例に関する臨時措置法案」が議員立法によって国会に提出され、平成一〇年一〇月一二日に可決成立した。そして、同年一二月一六日に施行された。

2 改正の内容

本改正の内容は次のとおりである。

第一に、執行官・評価人等による目的物件に関しての調査権限が強化された(民事執行法一八、五七、五八、一六八条)。強化されたのは具体的には、公課に関する証明書、固定資産税に関して保有する図面その他の資料の写し、電気・ガス・水道水等の使用および契約状況に関しての調査権限である。

これは、目的物件の占有者が占有開始時期や占有権原等を偽り、あるいは執行官の現況調査等に協力しないため、円滑な手続の進行が妨げられる事例が増えているとして講じられた措置である。端的に言って、執行妨害の巧妙化に対する対抗措置といつてよいであろう。

第二に、濫用的な執行抗告の簡易却下が認められた(同法一〇条五項四号)。

近年、執行裁判所の売却許可決定や引渡命令に対して、手続の遅延のみを目的とした濫用的な執行抗告が増加しており、いわゆる抗告屋が暗躍していることから、これを執行裁判所が却下することとしたものである。

第三に、買受申出をした差押債権者による保全処分を認めたことである(同法六八条の二)。

これは、従来の民事執行法上の保全処分に加えて、新たに占有者等が不動産の「売却を困難にする行為」をするとき等に、その占有を排除して、執行官保管または債権者保管とすることができるといふ保全処分を定めたものである。これにより、債権者保管となった場合には、競売における重大な欠点といわれた内覧の不可能性と物件引渡しの際の不安がなくなることから、物件の売却に取ってはプラスである。ただし、差押債権者がこの保全処分を申立てるには、次の売却手続において買受けの申出がなかった時は最低売却価額以上の額で自己競落する旨の申出をし、かつ、その申出額に相当する額の保証を提出しなければならないのは、本保全処分の利用にとってネックである。

その他に、次のような改正がされている。第四に、売却の見込みのない場合における手続の停止、取消等の制度の新設(同法六八条の三)、第五に、買受人のための移転登記の嘱託方法の改善(同法八一条の改正)、第六に、配当期日の呼出状の送達手続の簡素化(同法八五条の改正)である。

3 改正後の利用状況⁽⁴⁸⁾

第一 執行官・評価人等による目的物件に関しての調査権限に関して

まず、民事執行法一八条二項により公課に関する証明書の交付を請求した件数は、執行官によるものが東京で五件、大阪で一〇九件、評価人によるものが東京で二二件、大阪で三九件となっている。次に、同法五七条四項により固定資産税に関して保有する図面その他の資料の写しの交付を請求した件数は、執行官によるものが東京で一四件、大阪で二二一件、評価人によるものが東京で三七件、大阪で二七一件である。さらに、同法五七条五項により電気・ガス・水道水等のライフラインに関する報告を請求した件数は、執行官によるものが東京で二六〇三件、大阪で一三〇件、評価人によるものが東京で九一件、大阪で一六九件となっている。

このように、公課に関する証明書の交付請求および固定資産税に関して保有する図面その他の資料の写しの交付請求に関しては、大阪地裁による利用が顕著である。これに対して、電気・ガス・水道水等のライフラインに関する報告請求については、とくに執行官によって利用されており、東京地裁では不動産執行事件の新受件数に対する比率として約四四％、大阪地裁では同三〇％となっている。ライフラインに関する調査は、対象物件の占有関係の把握に有効であることから主に執行官の現況調査に利用されていることがうかがえよう。

第二 濫用的な執行抗告の簡易却下について（同法一〇条五項四号）

執行抗告の原審却下については、東京で四三六件、大阪で一三二件となっている。平成一二年の執行抗告申立件数に対する原審却下の比率は、東京地裁、大阪地裁とも約二九％である。執行抗告がされる原決定の大部分は、売却許可命令および引渡命令だそうである。執行抗告により手続は通常一から三ヶ月程度遅延するといわれているか

ら、約三割の事件で、手続の遅延を防げたことになる。

第三 買受申出をした差押債権者による保全処分について(同法六八条の二)

本保全処分については、執行官保管型の申立てが一〇件、申立人保管型がわずか一件となっている。内訳は東京地裁で六件、横浜地裁で二件のほか、千葉地裁、水戸地裁下妻支部、甲府地裁が各一件となっている。やはり、本保全処分に関しては、差押債権者がこの保全処分を申立てるのに際し、次の売却手続において買受けの申出がなかった時は最低売却価額以上額で自己競落する旨の申出をし、かつ、その申出額に相当する額の保証を提出しなければならぬことがネックになっていると思われる。また、債権者たる金融機関に不動産を管理するノウハウが欠けていることも大きな要因であろう。

4 残された問題点

このように、民事執行法平成一〇年改正は、執行妨害の巧妙化と執行抗告の濫用に対しては、それぞれ執行官・評価人等による目的物件に関する調査権限の強化と濫用的な執行抗告の簡易却下という対策をとったわけであるが、当事者恒効の問題については、未だ明文による対応がなされていなかったのである。

しかし、この点に対する対応なくしては、占有の転々移転に対して民事執行法上の保全処分は有効な対策足り得ないであろう。そこで、この点をどう解決すべきかが問題になる。

この問題に関しても、抵当権と用益権の関係に関する管理行為論、所有者保護説は有益な示唆を与えてくれる。すなわち、同説によればあくまで抵当権設定後、抵当不動産を利用できるとするのは所有者(設定者)の保護を図る目的で、管理行為の範囲においてのみ認められるものであって、賃借人による抵当不動産の利用は所有者保護の

反射的利益に過ぎない。このように、抵当権設定後の賃借人による利用権はそもそも所有者保護に根ざした、その反射的利益によるという独立性の弱いものであるが、賃借人が執行妨害を目的とする等の場合には、この反射的利益すら受けることができず、その占有は全く独立性を有しないものと評価されるのである。その意味では、抵当権設定後の不動産利用においては、執行妨害目的の賃借人は、いわば所有者の占有補助者として占有するに過ぎないと考えることができる。

したがって、執行妨害目的の賃借人は所有者の占有補助者と考えて良いことになるのであるが、賃借人(占有屋)がその占有を他者に転々移動していったとしても、転借人等の新たな占有屋は、保護に値する独立の占有を有しないと解されるから、どこまでいっても所有者の占有補助者に過ぎないのである。よって、執行官保管の場合には、所有者およびその占有補助者は執行官に明け渡せという保全命令を出せばよいし、引渡命令の場合には、前所有者およびその占有補助者は買受人に対して引き渡せと命ずればよいのである。このように、当事者恒効につき未だ明文の規定がないという問題も、管理行為論・所有者保護説からは解釈論によって対応可能であったと考える。⁽⁴⁹⁾

十 平成一五年担保・執行法制改正⁽⁵⁰⁾

1 改正の背景

担保・執行法制改正がなされた理由は、根本的には、不動産価値の下落、長引く不況の中で増大した不良債権の

回収を効果的に進めるため、抵当権実行に対する妨害を防止し、また、不動産の競売を促進し、明渡しを簡易・迅速化する必要があったことによる。⁽⁵¹⁾

執行妨害に対しては、平成八年、平成一〇年と民事執行法の改正等がおこなわれ、濫用的な短期貸借に基づく不法占有者を競売手続上、的確・迅速に排除することが可能になっているが、依然として占有屋等による執行妨害の事例があることが問題視されていたのである。⁽⁵²⁾

そのため、行政改革推進本部の規制改革委員会は、平成一二年一二月一二日の「規制改革についての見解」の中で、短期貸借制度の再検討を含め、「担保制度についての制度面・運用面の両面について必要な見直し・改善の検討を行うべきである。」とし、これを受けて平成一三年三月三〇日に閣議決定された「規制改革推進3か年計画」において、短期貸借制度は廃止を含めた見直しをすべきものとされたのである。⁽⁵³⁾そして、平成一三年五月二十九日に法制審議会の中に担保・執行法制部会が設置され、その改正に向けた作業がおこなわれた。法制審議会担保・執行法制部会は、合計二〇回開催され、広く意見・コメントを募集するとともに、それらを参照しつつ検討が加えられた。

その後、国会に上程された「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案」は、平成一五年七月二五日に参議院において可決成立した。そして、改正担保・執行法は、平成一五年一二月一二日の政令に基づいて、平成一六年四月一日から施行された。⁽⁵⁴⁾

2 改正の内容

平成一五年の担保・執行法制改正では、民事執行法に関して、主として次のような改正がなされた。

第一に、五五条一項、七七条一項、一八七条一項の「著しく」の要件が削除された。すなわち、民事執行法上の保全処分が発令には、「不動産の価格を著しく減少する行為」等の立証が必要とされていたが、執行妨害が巧妙化していることから、その発令要件を緩和したのである。この改正により、巧妙な執行妨害に対応しやすくなることが期待される。⁽⁵⁵⁾

第二に、五五条二項の執行官保管命令の要件が緩和された。すなわち、売却のための保全処分のうち、執行官保管を命ずるものについては、それ以外のものよりも発令要件が加重され、原則として不動産の占有者等が他の保全処分に違反したことが要件とされていたが、この要件については、占有者等を次々と入れ替える方法等による執行妨害に適切に対処する上での妨げになっていくという問題点が指摘されていた。そこで、改正法は、事案に応じて必要な保全処分を的確に発令することができるよう、執行官保管を命ずる保全処分についても、他の保全処分と同様の要件で発令できるものとした。⁽⁵⁶⁾

第三に、占有移転禁止の保全処分に当事者肯定効が付与された(八三条の二、五五条一項三号、七七条一項三号、二七条三項二号)。この点は、前述した平成一〇年改正によっても残されていた問題点(九の4)に対して、改正法が明文で対処したものと位置づけることができるであろう。同所で提示した私見(二二二頁)は、本制度の実体法上の理由付けとなるものと考えられる。

第四に、第三の前提として、公示保全処分が新設され(五五条、七七条、一八七条、六八条の二)、損壊したら刑事罰(二〇四条)になるとされた。すなわち、保全処分によって不動産の価格減少を防止するためには、保全処分の内容を第三者にも認識させる必要があるが、特に占有移転禁止の保全処分に当事者肯定効を付与する前提として、占有移転禁止の命令が発令されている旨の公示が不可欠であることからなされた改正である。⁽⁵⁷⁾

第五に、相手方を特定しない売却のための保全処分の新設(五五条の二)といった改正がなされた。本改正も執行妨害の巧妙化に対する対応策である。すなわち、占有者等を次々と入れ替える方法等による執行妨害の場合には、相手方の特定が容易ではなく、特定できても発令後、執行時には占有者が入れ替わっている場合もある。一方、保全処分の執行時において相手方が特定され、その者に対して不服申立ての機会が与えられる限り、保全処分の発令時において相手方が特定されていなくとも、相手方保護に欠けることはない。そこで、保全処分の相手方である占有者を特定することを困難とする特別の事情があるような場合には、相手方を特定しないで保全処分を発令できるとしたのである。⁽⁵⁸⁾

3 改正後の利用状況

平成一五年の担保・執行法制改正後における、売却のための保全処分の利用状況についても、前掲の表を参照していただきたい。この表を見る限り、売却のための保全処分に関する利用状況は増えているわけではない。一方で、引渡命令の申立件数は堅調なようである。⁽⁵⁹⁾

占有屋自体が少なくなつたのか。露骨な執行妨害が減少したのか。学界に属する者としてはその真相を掴みきれない。おそらくは、担保法・民事執行法に関する一連の改正や、抵当権者は所有者の妨害排除請求権を代位行使して占有屋を排除できるとした最大判平成一一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁、および抵当権者が抵当権に基づく妨害排除請求として占有屋を排除できるとした最判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁等の判例の効果によって、執行妨害排除策が功を奏したからであろう。その結果、買受人が引渡命令で占有する者を追い出せば、特段問題がない状況になっているものと推察する。

十一 まとめにかえて

このように、売却のための保全処分に関する現在の利用状況はあまり芳しいものではない。しかしながら、これまでの同制度に関する裁判所や学説の努力、改正の歴史は、望ましい制度への変遷の歴史である。不幸にして民事執行法制定の際に修正されてしまったり、執行妨害がほとんどないドイツの法制度よりも発令要件が厳しかった売却のための保全処分が、執行妨害を排除するために適切な制度へと生まれ変わってきた歴史である。

現在のところ、執行妨害は沈静化したようにも見受けられる。しかし、日本経済が再びマイナス成長になれば、いつ占有屋等による執行妨害が再燃するとも限らない。その際には、望ましい制度へと生まれ変わった、売却のための保全処分が直接、間接に威力を発揮するものと思われる。今後の動向を注視していきたいと思う。

注

(1) 民事執行法五五条に関する従来の決定例をまとめて紹介するものとして、平成四年度までの決定例を紹介する東京地裁民事執行実務研究会編『民事執行法上の保全処分』(一九九四年、以下『民事執行法上の保全処分』で引用する。)、大阪地裁の決定例を紹介する山田正人「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(上) (下)」債権管理六五号二〇頁以下、六六号四八頁以下(一九九三年)がある。なお、本条は強制競売における差押債権者のための制度であり、法一八八条により、担保権実行としての不動産競売にも準用されるという体裁になっているが、実際の決定例では、ほとんど例外なく差押抵当権者が申立人となっている。同様の指摘は、玉木雅浩「抵当物件の執行妨害への対抗手段としての『売却のための保全処分』—民事執行法五五条の解釈論—」金融実務研究八号一二二〜一二三頁(一九九三年)、山田正人・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(上)」債権管理六五号二二頁、富川照男「民事

執行における保全処分の運用一判タ八〇九号四頁(一九九四年)、『民事執行法上の保全処分』七〇頁(杉原麗)などで、すでになされており、一般的理解を得た事柄であろう。この場合、本条の「債務者」は「債務者または所有者」と読み替えられることとなる〔5〕決定参照、判例・通説である。

- (2) 本決定の評釈として、大西武士・判例金融取引法(上)―預金、貸出・管理回収五二〇頁(一九九〇年)がある。
- (3) 本決定の評釈として、栗田隆・判評三九九号(判時一四二二号)一七一頁(一九九二年)がある。
- (4) 本決定の評釈として、福永有利・判リマ七号一四三頁(一九九三年)がある。
- (5) 本決定の解説として、江口とし子・平成四年度主要民事判例解説(判タ八二二号)二三六頁(一九九三年)がある。
- (6) 本決定の解説・評釈として、岩城謙二・法令ニュース二七巻一〇号三一―三五頁(一九九二年)、西澤宗英・金法一三六四号六二―六五頁(一九九三年)、松丸伸一郎・民事執行法判例百選(別冊ジュリ一二七号)六六―六七頁(一九九四年)がある。
- (7) 本決定の解説として、三代川俊一郎・平成五年度主要民事判例解説(判タ臨増八五二号)二三二頁(一九九四年)がある。
- (8) 本決定の評釈として、奥博司・平成五年度重要判例解説(ジュリ臨増一〇四六号)一四九頁(一九九四年)がある。
- (9) 本決定の評釈として、佐藤鉄男・判評四一四号(判時一四五八号)二一八―二二二頁(一九九三年)、栗田隆・民事執行法判例百選(別冊ジュリ一二七号)六八―六九頁(一九九四年)、上原敏夫・NBL五五二号六六頁(一九九四年)がある。
- (10) 本決定の評釈として、石渡哲・判評四二〇号(判時一四七六号)二二一頁(一九九四年)がある。
- (11) 本決定の評釈として、石渡哲・前掲判評四二〇号(判時一四七六号)二二二頁がある。
- (12) 本決定の評釈として、中野貞一郎・判リマ九号一四一頁(一九九四年)がある。
- (13) 本決定の解説として、松丸伸一郎・平成五年度主要民事判例解説(判タ臨増八五二号)二三四頁(一九九四年)がある。
- (14) 本決定の解説として、岩木宰・平成六年度主要民事判例解説(判タ臨増八八二号)二六八頁(一九九五年)がある。
- (15) 本決定の解説として、東法子・銀行法務二一四〇巻八号七八頁(一九九五年)がある。
- (16) 従来の決定例を整理・検討するものとして、石渡哲「民事執行法の保全処分の相手方」木川統一郎博士古稀祝賀『民事

- 裁判の充実と促進」中巻(以下、木川古稀中巻と略称する。)五一六～五四〇頁(一九九四年)、生熊長幸「売却のための保全処分等と平成三年最高裁判例」『執行妨害と短期貸借』所収二三三～三三八頁(二〇〇〇年)等がある。とくに、計七六件の裁判例を整理・分析する生熊教授の論文は非常に詳細なものであり、本稿にとつて大いに参考になった。本稿は、生熊論文では紹介されていない四八件の決定例を補充し、ポイントを絞つて分析・検討するものである。
- (17) 鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法(2)』(以下「注解民執(2)」で引用)(中野貞一郎)一六一頁(一九八四年)、町田顕「不動産価値の保全と適正売却価格の確保」竹下守夫「鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』所収三〇二頁(一九八一年)。
- (18) 山田正人・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(上)」債権管理六五号二〇頁以下では、計一六の事例が紹介されており、そのうち計一二の事例が建物取り壊し・建築の例であるが、さらにそのうちの計七事例では第三者が登場せず、所有者が物理的妨害をしたものである。
- (19) 『民事執行法上の保全処分』七八頁(松丸伸一郎)。
- (20) 『民事執行法上の保全処分』九〇頁(松丸伸一郎)。
- (21) 山田・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(下)」債権管理六六号五五頁。
- (22) 山田・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(下)」債権管理六六号五五頁、富川・前掲「民事執行における保全処分の運用」判タ八〇九号一四～一六頁、奥・前掲平成五年度重要判例解説(ジュリ臨増一〇四六号)一四九～一五一頁。なお、以上の実務による相手方拡張の問題に関して、学説がどのように考えてきたかについては後に詳しく検討する。
- (23) 大橋寛明『注釈民事執行法(第三巻)』二〇七頁(一九八三年)、『注解民執(2)』(中野貞一郎)一六〇～一六一頁など。
- (24) 栗田隆「売却のための保全処分をめぐる諸問題の検討(下)」建物の建築禁止と占有のコントロールを中心にして」金法一三三〇号一四～二二頁(一九九二年)、福永有利「抵当権の効力と民事執行法五五条の保全処分」判タ七九二号六～一五頁(一九九二年)、栗田・前掲判評三九九号(判時一四二二号)一七一～一七六頁、佐藤・前掲判評四一四号(判時一四五八号)二二八～三二二頁、山田・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(下)」債権管理六六号五五頁(一九九三年)、富川・前掲「民事執行における保全処分の運用」判タ八〇九号一四～一六頁、石渡・前掲判評

- 四二〇号(判時一四七六号)二二一～二二八頁、石渡・前掲「民事執行法の保全処分の相手方」木川古稀中巻五一六～五四〇頁、中野・前掲判リマ九号一四一～一四五頁、栗田・前掲『民事執行法判例百選(別冊ジュリ二二七号)』六八～六九頁、上原・前掲NB五五二二六六～七七一頁、奥・前掲平成五年度重要判例解説(ジュリ臨増一〇四六号)一四九～一五一頁、松丸伸一郎「売却のための保全処分の相手方」『民事執行法上の保全処分』所収七二～九二頁、同・前掲『平成五年度主要民事判例解説(判タ臨増八五二号)』一三四～一三六頁、大橋寛明「売却のための保全処分―その相手先についての考察(民事手続法をめぐる諸問題)」『民事法と裁判(下)』(貞家最高裁判事退官記念論文集)所収一七～四〇頁(一九九五年)、栗田隆「民事執行法上の保全処分の相手方の範囲」『執行妨害対策の実務』三七～六七頁(新版、一九九七年)等。
- (25) 田中康久「新民事執行法の解説」(増補改訂版)(一九八〇年)一六八頁。
- (26) 町田・前掲「不動産価値の保全と適正売却価格の確保」竹下||鈴木編『民事執行法の基本構造』所収三〇三頁、『注解民執(2)』(中野貞一郎)一六一頁注一。
- (27) 町田・前掲「不動産価値の保全と適正売却価格の確保」竹下||鈴木編『民事執行法の基本構造』所収三〇五頁、『注解民執(2)』(中野貞一郎)一六二頁。
- (28) 栗田隆「売却のための保全処分をめぐる諸問題の検討(下)―建物の建築禁止と占有のコントロールを中心にして」金法一三三〇号一七頁、高木新次郎「民事執行に関する最近の諸問題(上)」NB五三三四号一〇頁(一九九三年)、石渡・前掲「民事執行法の保全処分の相手方」木川古稀中巻五二〇～五二二頁。
- (29) 栗田・前掲「売却のための保全処分をめぐる諸問題の検討(下)―建物の建築禁止と占有のコントロールを中心にして」金法一三三〇号一四～二二頁(一九九二年)。
- (30) 山田・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(下)」債権管理六六号五五頁、富川・前掲「民事執行における保全処分の運用」判タ八〇九号一四～一六頁、石渡哲・判評四二〇号(判時一四七六号)二二四頁、同・前掲「民事執行法の保全処分の相手方」木川古稀中巻五三四～五三五頁(一九九四年)。
- (31) 山田・前掲「大阪地裁にみる売却のための保全処分命令申立事件の決定例(下)」債権管理六六号五五頁。
- (32) 以上の批判とは反対に、石渡教授は、本条の文言等からして執行妨害者を相手方とするのは解釈として無理だとした上で、債務者ないし所有者を相手方とする保全処分命令を発令させ、債務者のために請求の目的物を所持する者とするものに対してのみ、承継執行文の付与を得て(民事執行法二三条三項)、排除できるとの考えに立っている。石渡哲・前掲判

- 評四二〇号(判時一四七六号)二二五〜二六頁、同・前掲「民事執行法の保全処分の相手方」木川古稀中巻五三五〜五三七頁。
- (33) 富川・前掲「民事執行における保全処分の運用」判タ八〇九号一六頁。
- (34) 中野・前掲判リマ九号一四一〜一四五頁。
- (35) 栗田・前掲「民事執行法判例百選(別冊ジュリ一二七号)」六八〜六九頁。さらに栗田教授は、同・前掲「民事執行法上の保全処分の相手方の範囲」「執行妨害対策の実務」三七〜六七頁で、第三者の価格減少行為の違法性が明らかで顕著であることを第三者を相手方とする際の要件として重視する立場から、「明白な違法行為者(包含)説」に自説を発展させている。
- (36) 石渡・前掲「民事執行法の保全処分の相手方」木川古稀中巻五三三五頁。
- (37) 奥・前掲平成五年度重要判例解説(ジュリ臨増一〇四六号)一五一頁。
- (38) 本改正については、萩本修「民事執行法の改正」民法一四八五号(一九九六年)四八頁以下、同「民事執行法の一部を改正する法律について」ジュリ一〇九六号(一九九六年)一五頁以下、山本智子「民事執行法の改正について―売却のための保全処分を中心として」銀行法務21 五三四号四頁以下(一九九六年)、深山雅也「民事執行法の一部を改正する法律の改正」NBL五九八号二六頁以下(一九九六年)等参照。
- (39) 民法旧三九五条の趣旨を賃借人を保護するものと解する説からは、賃借人は所有者とは独立した存在であり、所有者の占有補助者とする東京地裁の考えは奇異な実務対応であると解されるであろう。
- (40) 民事執行法七七条(買受人のための保全処分)、同法八三条(引渡命令)等に関する決定例の紹介と分析については別稿に譲るが、以下ではこれらの執行妨害排除手段に関しても必要に応じて紹介することにする。
- (41) ここで、管理行為論・所有者保護説とは、抵当権設定後の抵当権と利益権の調整を図る規定であった民法旧三九五条が短期貸借の保護を認めていたのは元来、抵当権は所有者の利用権を制限するという抵当権観念をもとに、所有者に認められていた「管理行為」に基づく規定であるという議論であり、民法旧三九五条は、所有者(賃貸人)保護のための規定であつて、賃借人保護の規定ではないという説のことである。管理行為論については、内田貴「抵当権と利用権」(一九八三年)二九頁以下参照。平成一五年の担保・執行法制改正により、民法旧三九五条が廃止され、新三九五条の明渡猶予制度へと改正されたことは、抵当権設定後の抵当権と利益権の調整に関して、抵当権者の承諾がない限り(新三八七条参

照)、所有者は抵当権者を害するような賃貸行為はできないという管理行為論・所有者保護説がより一層妥当することになったと考える。

- (42) もちろん、民事執行法五五条自体は担保競売特有の規定ではなく、不動産の強制競売一般に関する規定である。しかし、実際上本条はほとんど担保競売のために利用されていることは前述のとおりである。抵当権の設定がある不動産について、一般債権者が競売を申立てたときも本文の説明と同様に解される。また、以上のことは競売不動産に抵当権の設定がなくとも、競売のための差押えがあつた後に占有を開始した執行妨害者に対しても当てはまるといえるだろう。競売のための差押えが、債務者に通常の用法に従つた不動産の使用収益を認め、通常の用法を超えた使用収益を排除している民事執行法四六条二項は本文の説明とパラレルに解されるからである。そして、抵当権の設定がない不動産を競売のための差押え前から占有する賃借人は競売人にも対抗できる者であり、執行妨害を目的とするとして民事執行法五五条、七七条等で排除することが問題となるようなものはほとんど考えられないのではないだろうか。

- (43) 本条は、平成一五年の担保・執行法制改正により、増加競売の規定(同法旧一八七条)が廃止されたことに伴い、同法一八七条に繰り上げられている。

- (44) 本表を作成するにあたっては、季刊「債権管理八五号の「特集・民事執行実務の新展開」における各地裁の概況報告(東京地裁について五一頁、大阪地裁について五三頁、名古屋地裁について五九頁)(一九九九年)および飯塚宏「東京地裁執行部における民事執行センター開庁前後の執行事件の動向と新しい執行制度の運用状況及びその分析」判タ一二三三号七一頁(二〇〇七年)の表、ならびに坂本寛「大阪地方裁判所における平成一五年改正担保・執行法の検証と担保不動産収益執行の一考察」判タ一二〇五号二七頁(二〇〇六年)の表と、東京地方裁判所民事執行センター「東京地裁民事執行センターにおける平成二一年の事件概況等」金法一八九四号三七頁(二〇一〇年)の別表3を参照した。

- (45) 本改正の法案準備段階では、五五条と七七条の保全処分に当事者恒効効を持たせる規定を加えることが考えられていたが、最高裁判所から他の法律との整合性の欠如や法律上の難点を指摘されて法案から削除した。占有妨害対策研究会編(代表山田齊)『占有妨害排除の理論と実務―競売物件明渡しの実例と実践的理論(新訂増補版)』(一九九九年)三七頁。
- (46) 本表を作成するにあたっては、判タ一〇六九号の特集「民事執行手続の改革」一九頁の別表七(二〇〇一年)を参照した。

- (47) 本改正については、法務省民事局参事官室「競売手続の円滑化および根抵当権の元本確定手続の臨時措置に関する法整

- 備の概要」金融法務事情一五三一号(一九九八年)六頁以下、占有妨害対策研究会編(代表山田齊)・前掲書四〇頁以下等参照。
- (48) 永延聡秀「後藤和泉「最近の民事執行事件の処理―「競売手続の円滑化等」を図るための関係法律の整備に関する法律」施行後一年を經過して」金法一五七八号(二〇〇〇年)六頁以下参照。
- (49) これに対して、村上正敏「民事執行法上の保全処分の公示」東京地裁民事執行実務研究会編『民事執行法上の保全処分』一〇〇〜一〇一頁(一九九三年)は、占有移転禁止の保全処分とその公示や執行官保管命令が当事者肯定効を定める民事保全法六二条の要件を充足しないことを理由に、民事執行法の保全処分の当事者肯定効を否定する。しかし、民事執行法内部の解釈問題として本文のように解することができるのではないだろうか。
- (50) 本改正については、谷口園恵「筒井健夫編『改正担保・執行法の解説』(二〇〇四年)、道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度(補訂版)』(二〇〇四年)、古賀政治編『ケースでわかる新担保・執行法制』(二〇〇二年)、小林秀之「角紀代恵『わかりやすい担保・執行法改正』(二〇〇四年)、関西法律特許事務所編『改正担保・執行法の理論・実務と書式』(二〇〇四年)、松村和徳「執行妨害対策―とくに新民事執行法における保全処分の改正に関して―」銀行法務二一 六三八号四二頁(二〇〇四年)、北村賢哲「民事執行法上の保全処分および引渡命令に関する近時の改正について」クレジット研究三二号三四頁(二〇〇四年)等参照。
- (51) 谷口「筒井・前掲書三頁。
- (52) 道垣内ほか「前掲書九六頁以下。
- (53) 道垣内ほか「前掲書五三頁参照。
- (54) 谷口「筒井・前掲書三頁参照。
- (55) 谷口「筒井・前掲書七五頁参照。
- (56) 谷口「筒井・前掲書七五頁参照。
- (57) 谷口「筒井・前掲書七七頁参照。
- (58) 谷口「筒井・前掲書八〇頁以下参照。また、本改正に関しては、特に栗田隆「売却のための保全処分等―民事執行法五五条の二を中心にして」関法五五巻四・五号四二三頁以下(二〇〇六年)参照。
- (59) フランスにおいて、競落人が明渡執行をするためレフェレ手続が頻繁に利用されていることを指摘するものとして、金

(60) 子敬明「フランスにおける不動産執行競落人のための占有移転手続」千葉大学法学論集二〇卷一号四九頁以下(二〇〇五年)がある。
同様に、望ましい法律制度へと変化した結果、利用されなくなった制度に仮登記担保がある。