

《判例研究》

既に債務名義を取得している債権に基づく仮差押えの可否

東京高裁判平成二四年一月二九日第一二民事部決定〔平成二四年(ラ)第二五〇六号
債権仮差押命令申立却下決定に対する抗告事件〕判例タイムズ一三八六号三四九頁

清水 宏

【決定要旨】 債権者が被保全債権について債務名義を有している場合であっても、速やかに強制執行を行うことのできないような特別の事情があり、強制執行が不能または困難となるおそれがあるときには、権利保護の必要性を認め、仮差押えを許すのが相当である。

【事実】

訴外株式会社A社は、Yに対して金銭債権（以下、本件債権という。）を有し、これについて執行証書（以下、本件執行証書という。）を作成していた。その後、Aは破産手続開始決定を受け、Xが破産管財人に選任された。Xは、Aの有する財産につき調査を行うに際して、YがBに対して債権を有しているとの情報入手したため、本件債権に基づいて、YのBに対する債権（以下、本件仮差押債権という。）に対する仮差押命令を求めるとして、

た。

原審である東京地裁は、原告人の債権仮差押命令の申立て（以下本件申立てという。）を、債務名義のある債権に基づく仮差押命令の申立ては権利保護の必要性を欠くとして却下した（東京地決平成二四年一月一六日公刊物未搭載）。そこで、Xが、本件申立ては権利保護の必要性が認められるなどと主張して、東京高等裁判所に抗告した。

【決定…原決定破棄差戻し】

「：仮差押命令は、民事訴訟の本案の権利の実現が不能あるいは困難となることを防止するために、債務者の責任財産を保全することを目的とする民事保全処分であり、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とされている（同法二〇条一項）。したがって、債権者が被保全債権について確定判決等の債務名義を有している場合には、債権者は、遅滞なくこの債務名義をもって強制執行の手続をとれば、特別の事情がない限り、速やかに強制執行に着手できるのが通常であるから、原則として、民事保全制度を利用する権利保護の必要性は認められないといふべきである。

他方、仮差押命令の目的が前記のとおりであることに照らすと、債権者が被保全債権について債務名義を有している場合であっても、債権者が強制執行を行うことを望んだとしても速やかにこれを行うことができないような特別の事情があり、債務者が強制執行が行われるまでの間に財産を隠匿又は処分するなどして強制執行が不能又は困難となるおそれがあるときには、権利保護の必要性を認め、仮差押えを許すのが相当であるといふべきである。

これを本件についてみると、原告人は、破産者株式会社Aの破産管財人であり、破産者の有する執行力のある債

務名義（公正証書）により本件仮差押債権に対し債権執行を行なうには、抗告人への承継執行文を得て、かつ、これを公証役場から相手方に送達し、その送達証明書を添付して債権執行の申立てを行なわなければならない。そうすると、承継執行文付きの公正証書が相手方に送達されることにより、相手方は、抗告人が強制執行の準備をしていることを予想することが可能となり、相手方において、本件仮差押債権を譲渡したり、また、本件仮差押債権の弁済期限が平成二四年一月一〇日であることから、第三債務者から弁済を受けるまで送達を受領しない等するおそれがあるというべきであるから、債権者において、債権執行を速やかに行なうことができず、これが不能又は困難となるおそれがあり、上記特別な事情がある場合に当たると認められるのが相当である。したがって、本件申立てについては、仮差押えの権利保護の必要性があると認めるのが相当である。」

【評釈】

本決定の理由および結論に賛成である。

第1 既に債務名義の取得された債権を被保全権利とする仮差押えの可否

たとえば、売買契約に基づく売買代金支払い請求訴訟を提起し、その請求認容判決が確定することで債務名義〔民事執行法（以下、民執という。）二二条一号参照〕を取得した者が、当該売買代金債権に基づいて、仮差押命令手続を申し立てた場合、原則として、当該申立ては認められず、却下決定がなされることになる。これは、被保全権利とされた債権について、既に債務名義が取得されているため、即時に無条件で金銭執行手続を申し立て、債務者の責任財産を差押え、安全に権利の満足を得ることができ、もって保全の実をもあげることができるので、敢え

てさらに仮差押命令手続を申し立てる必要がないためである。⁽¹⁾

もつとも、このように債務名義を取得していても、即時に無条件で強制執行を行うことができない事情が存在する場合には、例外的に仮差押命令手続の申立てを行うことができる。こうした場合としては、たとえば、①債務名義は存在するが、送達が未了であるとか、目的財産が不動産などであって、同時送達が不可能なものであることから、送達手続中に財産の隠匿等がなされるおそれがある場合、②債務名義について執行停止決定がされており、執行停止決定前に財産の保全がなされていない場合、③債務名義が条件の成就、期限の到来にかかっており、条件成就執行文や承継執行文を要する場合、④担保の提供にかかっている場合、⑤などである。⁽⁶⁾

但し、被保全権利について既に債務名義を取得しており、債権者の意思いかんによれば、直ちに強制執行の申立てをすることが可能ではあるが、たとえば、一応和解を試みたいとか、あるいは、現時点では執行の申立てを行っても満足を得られる見込みがないため、当面執行を行わないで、景気の回復を待ちたいとの理由で仮差押命令を得ておきたいと主張するような場合については、この限りではない。というのは、このような仮差押えが認められるならば、債権者にとつては便宜ではあるものの、その反面、暫定措置である仮差押えがなされている状態がいつまで継続するかわからないときは、債務者の負担が大きく、場合によっては、剰余の見込みが明らかになるまでといった恣意的な運用を許すことになりかねないためである。⁽⁷⁾

本件において、債権者であったAは、Yに対する金銭債権につき執行証書を作成しており、当該債権について既に債務名義を取得している（民執二二条五号）。その後、Aに対して破産手続開始決定がなされたことにより、Aの財産に対する管理処分権が、Aにかかる破産事件の破産管財人であるXに専属することとなった。そこで、Xが当該債務名義に基づいて強制執行の申立てを行う場合には、承継執行文（民執二七条二項）の付与を受ける必要があ

る。承継執行文の付与に関して、本件では本件執行証書を作成し、かつその執行文付与機関である公証人が、承継の有無を調査することになるところ、承継人である破産管財人Xが、破産手続開始決定書の正本および破産管財人の選任にかかる書面を提出することになるであろうから、執行文付与の訴えを提起することまではないであろう。もっとも、当該執行文の付与を受けて後、債務名義の正本、当該承継執行文、および債権者が提出した文書の謄本を、公証役場から相手方であるYに送達してもらい（民執二九条後段）、さらには、その送達証明書を得たうえで、これを強制執行の申立書に添付して、申立てを行うことになる（民執二五条、民事執行規則（以下、民執規という。）二一条参照⁸⁶）。さらに、本件のような債権執行においては、その実効性を確保するために、差押命令を発するに際して債務者の審尋を要しない（民執一四五条二項）とされていることに鑑みれば、何らの保全措置も行わないまま、相手方に債務名義等が送達されると、債権の回収が困難となる可能性がある。こうしたことから、本件は、上述の①の類型に該当するものと解する。

そこで、裁判所は、本件決定のように、仮差押えを認めるべきであるとの判断の下に、仮差押えの申立てを却下した原決定を破棄し、事実認定を尽くさせるべく原審に差し戻したものである。こうした本決定の処理については正当であると評価することができる。

第2 権利保護の必要性と保全の必要性

1 問題の所在

本件決定においては、既に債務名義が取得されている債権に基づいて仮差押命令を申し立てることを、権利保護の必要性の有無に関する問題であるととらえているが、この点については、保全の必要性、厳密には、仮差押えの

必要性（民事保全法（以下、民保とする。）一三条一項・二〇条）の有無の問題であるとらえる裁判例も存在する。⁽⁹⁾そこで、本件決定の理由の理論的当否を検討するに当たり、この問題について考察する。

2 権利保護の必要性

権利保護の必要性とは、民事保全の制度を利用することのできる正当な必要性があるか否かという問題をいう。⁽¹⁰⁾これは、どのような実体的権利や利益について民事訴訟制度を実質的に利用できるかを決める問題である、民事訴訟における「訴えの利益」⁽¹¹⁾に相応する概念である。⁽¹²⁾

この訴えの利益は、訴えが適法なものとして扱われるための要件であり、本案について審理・判決をするための前提条件である訴訟要件のひとつである。⁽¹³⁾そして、保全手続にいわゆる権利保護の必要性についても、これが肯定された上で初めて、民事保全手続の利用を求める申立てが適法なものとして取り扱われ、審理対象である被保全権利および保全の必要性（民保一三条一項参照）⁽¹⁴⁾についての審判を受けることができるという関係では、やはり訴訟要件の問題として位置づけられることになる。

ところで、民事訴訟手続としての給付の訴えにおいては、給付請求権の実現が目的であり、わけでも現在の給付の訴えにあつては、履行期の到来した給付請求権を主張するだけで、訴えの利益が肯定される。⁽¹⁵⁾そして、この考え方を、請求権の保全を目的とする民事保全手続に投影するならば、給付請求権、すなわち、被保全権利が存在するとの主張、および、将来の強制執行が不能ないしは困難となるおそれが存在するとの主張を行うだけで、通常は、民事保全制度を利用する正当な利益である権利保護の必要性が肯定されることになるとも考えられる。こうしたことからすると、保全命令手続において、訴訟要件としての権利保護の必要性は特に問題とする必要はないとの指摘⁽¹⁶⁾

にも一理はあるといえよう。しかしながら、現在の給付の訴えにおいても、給付の訴えが問題とされる場合がないわけではなく、⁽¹⁷⁾そうした点に鑑みれば、保全命令手続においても、訴訟要件としての権利保護の必要性を問題とする意義は失われておらず、むしろ、後述する保全の必要性との区別を明確にし、それぞれの問題を適切に処理するべきである。

このように、権利保護の必要性は訴訟要件であるとされるところ、民事保全手続の利用が正当化されないような事件を排除することによって裁判所運営の効率化を図るというその趣旨に照らせば、公益的な色彩が認められることから、この訴訟要件の具備の調査は職権によって開始されることとなる（職権調査事項⁽¹⁸⁾）。したがって、保全裁判所は、当事者からの主張を待つことなく、申立てについて権利保護の必要性の有無を判断しなければならない。また、その判断の基礎となる資料の収集は、これが本案と密接な関係にあることから、調査の過程で行われた当事者の弁論に現れたものに限るべき（弁論主義⁽¹⁹⁾）であるとされる。

そして、この権利保護の必要性は、保全命令の申立人の立場においては、客観的に権利保護の必要性があるか否かというかたちで現出することになる。また、裁判所の立場においては、保全手続の利用を認めるに値する申立てであるか否かというかたちで把握されることになる。さらには、相手方である被申立人の立場においては、保全手続を利用する実益のない申立てに應對させられることを回避できるか否かという問題としてみることになる。このように、権利保護の必要性は、申立人、裁判所、被申立人の三者の立場・利害のバランスを考慮した上で判断されるべきものである。⁽²⁰⁾

なお、権利保護の必要性は、他に特別な救済方法の存在する場合には、これを欠くものとされ、そうした場合としては、たとえば、①仮差押債権者が被保全債権について十分な担保を有している場合、②強制執行の停止や行政

処分の停止を求める場合、個別執行が禁止されている場合（破産法四二条二項、民事再生法三九条一項、会社更生法五〇条一項・二〇八条本文、会社法五一五条一項・二項など）などがあるとされる。⁽²¹⁾

3 保全の必要性

保全の必要性とは、被保全権利の存否が確定されるまでの間の暫定的な保全措置が必要であることをいう。⁽²²⁾ また、仮差押えとの関係でいわゆる仮差押えの必要性（民保二三条一項）とは、金銭債権について、強制執行をすることができなくなるおそれ、または、強制執行をするのに著しい困難を生じるおそれがあることをいい、単に資力・財産がないことではなく、責任財産の量的・質的減少による将来の強制執行の不能もしくは著しい困難となるおそれをいう。⁽²⁴⁾

保全の必要性は、申立ての記載事項、審理方式の選択において課題となるほか、審理対象の把握、当事者適格の承継に関連するなど、保全命令手続における重要な要件である。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

そこで、保全の必要性の性格を巡っては、旧法化においては保全訴訟の訴訟物をどうとらえるか、また、現行法の下でも保全手続の審理対象をどうとらえるか、ということも関連して、様々に論じられてきた。⁽²⁷⁾ そうした見解の中には、旧法下のものであるが、保全の必要性を権利保護の必要性と同じく、訴訟要件としてとらえるべきであるとする見解も存在した。⁽²⁸⁾ しかしながら、法一三条一項の定めからすると、保全命令の申立てに際しては、保全の趣旨、被保全権利と並んで、保全の必要性を明らかにして行うことが求められており、被保全権利および保全の必要性の有無が、保全の趣旨に理由があるか否かについての裁判所の判断の根拠となることからすると、これは審理に入る前提条件ではなく、審理の対象そのものであると解するべきである。⁽²⁹⁾ また、訴訟要件とする見解による場

合、被保全権利の有無が審理対象となることになるが、それでは、訴訟物である権利関係の存否を判断する本案訴訟との違いをどこに求めるかが明らかでなくなるといふ指摘もある。さらには、保全の必要性は、本案判決の確定を待つことによつて債権者に生じるおそれのある損害を防止する必要性という問題であり、保全命令が発令されないままで本案判決の確定を待っていたならば、債権者にどのような損害が生じるかを考慮するという点では、大局的な制度の運用の在り方を考慮する権利保護の必要性とは性質の異なるものであり、むしろ、保全の必要性によつてその権利に関する通常の判決手続から保全手続を独立させるものとして、独自の存在理由を持つていてと考えるべきである。⁽³¹⁾ こうしたことから、保全の必要性は、審理の対象となる実体的要件であつて、訴訟要件ではないものと解する。

保全の必要性は実体要件であることから、その審理は弁論主義にしたがい、当事者の疎明を基礎として判断されることになる。⁽³²⁾ そして、保全の必要性を定める法一三条一項または二〇条一項は、言わば一般条項であり、仮差押えに関していえば、強制執行の不能または著しい困難といふことの評価概念であるため、これを基礎づける具体的な事実の主張と疎明を必要とする。⁽³³⁾ すなわち、たとえば、毀損、贈与、廉売、隠匿、放棄等による責任財産の散逸・減少、換価困難なもしくは売渡容易な財産への交換等が、こうした事由となる。そして、この保全の必要性を基礎づける事実、単なる債権者の主観的な危険では足りず、債務者の資力、職業、経済的信用、債務者の言動等の具体的事情によつて客観的に裏づけられる必要があるとされる。⁽³⁴⁾

これに対して、債務者が債権者の権利を否認していること、債務者が履行を拒絶していること、本案訴訟が遅延していること等の事情は、債務者の責任財産の価値の保全に直接の関連を有していないため、それだけでは保全の必要性を基礎づける根拠とはならない。また、現在既に債務者の財産により、債務を完済することができない状況

にあることは、債務者の責任財産の現状の変更により、債権者の強制執行が不能となる危険と直接の関連を有しないから、やはり、これだけでは保全の必要性を基礎づけることにはならないとされる。⁽³⁵⁾

なお、保全の必要性が実体要件であるとして、もう一つの実体要件である被保全権利（民保二三条一項参照）との関係については、両者を独立かつ対等の審理対象として並列的な関係でとらえる考え方もないではない。⁽³⁶⁾ しながら、被保全権利が存在して初めて、保全の必要性が問題となるため、被保全権利に対して、保全の必要性は従たる地位にあると解する。⁽³⁷⁾ もっとも、被保全権利の疎明が十分であるからといって保全の必要性の疎明が不要となるものではなく、また、反対に保全の必要性が大きく、その疎明が十分になされたとしても、被保全権利の疎明が不十分であれば、保全命令を発することはできないとされる。⁽³⁸⁾

4 検討

以上に述べたことを前提として、既に債務名義が取得されている債権であることは権利保護の必要性の問題であるのか、それとも、保全の必要性の問題であるのかを検討してみる。そして、そのためには、まず、権利保護の必要性の問題として処理すべき場合と、保全の必要性の問題として処理すべき場合とを識別するメルクマールを明確にする必要がある。⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾

この点につき、権利保護の必要性は、訴権の利益に関するものであって、保全処分制度を利用するだけの正当な必要性の有無の問題であるのに対して、保全の必要性は、その利用についての必要性を認めた場合において、なお保全命令を発すべきか否かの判断に際して要求される必要性の問題であるとする見解がある。⁽⁴¹⁾ この見解については、かつての訴権論とのかかわりで権利保護の必要性を説明する点には、現代における議論として十分なものでは

なくなっているのではないかとの疑問が残らないでもない。しかしながら、権利保護の必要性ないし訴えの利益という概念と、訴権論との関係に鑑みれば、それはごく僅かな瑕疵に過ぎないといえよう。また、権利保護の必要性和保全の必要性とは、前者が本案と密接不可分の存在であり、後者が本案そのものであることから、本案とのかわりに着目して単純に両者を識別することは困難であるが、この見解のように、両者の論理関係に着目すれば異なる問題であることが比較的容易に明らかとなる。そこで、基本的にはこの見解のように識別するのが妥当である。

そこで、事件の性質および内容との関係において、一般的に民事保全制度の利用を許容性すべきか否かという問題であるか、または、当該許容性の存在を前提とした上で、保全手続を利用しなければ、紛争解決の実行性が損なわれるおそれがあるか否かという問題であるかを、識別基準とすべきである。

こうした基準を前提として、本件決定に関して問題となりうる、被保全権利について既に債務名義を取得していることを、権利保護の必要性の問題と保全の必要性の問題とのいずれとみるべきかについては、学説においても見解が分かれている。この点、この問題を保全の必要性とみるべきとする見解もないわけではない。⁽⁴²⁾しかしながら、既に債務名義を取得しているということは、原則として、その後再度民事訴訟等の債務名義を作成する手続を経る必要はないことを意味し、判決手続等に時間がかかるため、強制執行による権利の実現が困難となるおそれという問題が生じるものではない。むしろ、直ちに、それが不要である場合を除いて執行文の付与を受け、迅速な強制執行により権利の実現を期待できるものであり、民事保全制度を利用しておくべきかという問題には至らないことが通常であるといえる。こうしたことからすると、この既に債務名義を取得していることは、権利保護の必要の問題と解するのが正当である。⁽⁴³⁾

こうしたことを前提として、上述したところの繰り返しとなるが、本件では、被保全権利となる金銭債権につき、既に執行証書（民執二二条五号）が作成されており、その文脈においては、当該執行証書に執行文の付与を受けて、直ちに強制執行を申し立てればよいとするのが一般的であり、この事情だけであれば、通常は、民事保全手続の利用など考える必要がない。

したがって、本件を権利保護の必要性の問題として処理した本件決定の理由は理論的にも正当である⁽⁴⁴⁾。そして、上述のように、本件では、承継執行文の付与を受けて、債務名義である執行証書の正本を送達し⁽⁴⁵⁾、強制執行の申立てをするのに、確定判決に単純執行文の付与を受けて強制執行を申し立てるような典型的な場合よりも時間がかかること、そして、責任財産を確保する方策が何ら採られていないという事情に鑑みれば、責任財産である債権が譲渡その他によって債務者の財産から流出する可能性がある。そこで、こうした場合には、短いタイムラグではあるが、強制執行の申立ての手続をするのに時間がかかる限りにおいて民事保全制度を利用する必要性、すなわち権利保護の必要性が肯定されるものと解する。

なお、本件のように、訴訟提起を前提とした仮差押命令の申立てについては、民事保全制度の特質である付随性に反するのではないかとの批判もない⁽⁴⁶⁾が、権利保護を实效あらしめるための例外的救済措置として認めるべきである。

第3 結びにかえて

以上により、既に債務名義を取得した債権に基づく仮差押命令の申立てについて、権利保護の必要性を肯定した本件決定は、その理由と結論の双方において正当である。

なお、本件決定は、原審が訴訟要件の欠缺を理由として申立てを却下する決定をしたのに対して、当該訴訟要件は充足されていると判断したものであるため、実体要件である被保全権利および仮差押えの必要性についての審理・判断をさせるため、原審に差戻しを行っている。権利保護の必要性が肯定されるからといって、論理必然的に保全の必要性が肯定されるものではない以上、差戻しをするのが妥当であると解する。⁽⁴⁷⁾

以上

註

- (1) 兼子一『増補強制執行法』(酒井書店、一九五七年)三〇四頁、菊井維大・村松俊夫・西山俊彦『三訂版仮差押・仮処分』(青林書院新社、一九八二年)一〇〇頁〜一〇二頁、西山俊彦『新版保全処分概論』(一粒社、一九八五年)四七〜四八頁、松浦馨・三宅弘人編『基本法コンメンタール民事保全法』(日本評論社、一九九三年)一〇二頁(上北武男)、竹下守夫・藤田耕三編『注解民事保全法上巻』(青林書院、一九九六年)一九九頁(梅善夫)、竹下守夫・藤田耕三編『民事保全法』(有斐閣、一九九七年)一五一頁(北山元章)、門口正人・須藤典明編『新・裁判実務大系13巻民事保全法』(青林書院、二〇〇二年)三四頁(安東章)、須藤典明・深見敏正・金子直史『民事保全』三訂版二(青林書院、二〇一三年)一一一頁参照。また、仮処分に關して、柳川眞佐夫『新訂保全訴訟』(酒井書店、一九五九年)一四二頁。

- (2) たとえば、不動産競売手続が無剰余を理由に取り消される蓋然性が高い場合には、速やかに強制執行を行うことができない特別の事情があったとするものとして、名古屋高決平成二〇年一〇月一四日判時二〇三八号五四頁がある。また、公正証書が作成されたが、その送達が未了である場合が実務上散見されるとの指摘がある。山崎潮監修・瀬木比呂志編集代表『注釈民事保全法』上(「きんざい」、一九九九年)二七五頁(園尾隆司)。

- (3) たとえば、仮執行宣言付判決に対して、控訴提起による執行停止決定を得たものについて、大判昭和二年三月九日民集六卷三

号九一頁、また、調停調書に基づく強制執行に対して請求異議の訴えが提起され、執行停止決定を得たものについて、東京地判昭和五年六月二三日下民集一卷六号八八六頁、さらには、和解調書の存在する債権に基づく仮処分命令申請に対して、控訴を提起した上で執行決定を得たものについて、東京高判昭和四五年四月三〇日東高時報二一卷八三頁がある。

(4) 確定判決のある債権に基づく不動産引渡請求権に関して、県知事の許可を条件とするものについて、東京高決昭和四七年八月三〇日判時六七九号二一頁がある。

(5) 傍論として述べたものとして、大阪控判昭和六年二月二一日法律学説判例評論全集二〇巻民訴六九三頁がある。

(6) 兼子前掲注1・三〇四頁、時岡泰「債務名義の存在と仮差押えの必要性」我妻栄編集代表『別冊ジュリスト保全判例百選』(有斐閣、一九六九年)四二―四三頁、鈴木忠一『三月月章編』『注解民事執行法』(6)〔第一法規出版、一九八四年〕三〇頁(西山俊彦)、(仮処分に關して)柳川前掲注1・一四二頁、西山前掲注1・四八頁、丹野達『保全訴訟の実務I』(酒井書店、一九八六年)二七頁、佐賀義史「保全の必要性」三宅弘人『荒井史男』岨野涕介編『民事保全法の理論と実務(上)』(ぎょうせい、一九九〇年)一七四頁、松浦『三宅編前掲注1・一〇二頁、竹下』藤田編前掲注1・注一・一五九頁(梅)、竹下『藤田編前掲注1・一五一頁(北山)、丹野達』『民事保全手続の実務』(酒井書店、一九九九年)三二頁、門口『須藤編前掲注1・三四頁』三五頁(安東)、瀬木比呂志監修『エッセンシャル・コンメンタール民事保全法』(判例タイムズ社、二〇〇八年)一六五頁(長谷部幸弥)、山崎監『瀬木編代前掲注3・二七五頁(園尾)、加藤新太郎』山本和彦『裁判例コンメンタール民事保全法』(立花書房、二〇一二年)一五九頁(山本和彦)

(7) 東京地裁保全研究会編『評論民事保全の理論と実務』(判例タイムズ社、一九九八年)一九頁(瀬木比呂志)、門口『須藤編前掲注1・三五頁(安東)、藤原俊二』「公正証書を有する債権者による仮差押え」判タ一〇七八号八九頁。瀬木比呂志『民事保全法【第三版】』(判例タイムズ社、二〇〇九年)一五七―一五八頁。

(8) たとえば、公正証書を債務名義として不動産に対して執行を行う場合、正本の送達手続にある程度の日数を要し、さらに競売開始決定まで日数を要するため、正本送達後に債務者が財産を隠匿するおそれがあり、こうした場合には仮差押えが必要となるとされる。菊井『村松』西山前掲注1・一〇一頁注(1)。本件は、債権に対する強制執行であることから、債権者が取立てを行

い、また、転付命令を申し立てる可能性もあるが、それでも時間のかかることには変わりないであろう。

(9) 裁判例のうち、権利保護の利益の問題として扱うものとして本件決定がある外、執行証書を作成している場合に不動産に対する仮差押えの申立てを却下したものと、東京高決昭和三二年五月一五日判タ七一号五七七頁、前掲名古屋高決平成二〇年一〇月一四日、さらには、既に仮差押決定を得た債権について仮差押えの申立てをした場合に、権利保護の必要を欠くものとして却下した、東京高判昭和五五年一〇月三〇日判時九八四号七四頁がある。これに対して、保全の必要性の問題として取り扱うものとして、この問題に関するリーディング・ケースとされる前掲大判昭和二年三月九日、前掲東京地決昭和五年六月一三日、大阪高決昭和三九年一〇月二〇日判時四一〇号三〇三頁、前掲東京高判昭和四五年四月三〇日、前掲東京高決昭和四七年八月三〇日、仮執行宣言による執行が確定的なものではないことを理由とする東京地判昭和四八年六月五日金法七一〇号三四頁、申立人が被保全権利について十分な担保を有する場合に関する東京高決昭和六〇年三月二八日判時一一五二号一四三頁、そして、不動産競売手続が無剰余を理由とする取消しを受ける可能性が高いからといって、執行が不能とか著しく困難であるとはいえないとして、保全の必要性を否定した東京高決平成二〇年四月二五日判タ一三〇一三〇四頁などがある。

なお、前掲東京高決平成二〇年四月二五日の評釈を中心テーマとしつつ、裁判例を整理・分析したものとして、吉岡伸一「債権名義を取得している債権者が仮差押命令を申し立てることの可否」岡大法学五九巻三・四号一九九頁以下がある。

(10) 西山前掲注1・四七頁、東京地裁保全研究会編前掲注7・一八頁(瀬木)。

(11) 民事訴訟における訴えの利益とは、本案判決をすることの必要性およびその実際上の効果を個々の請求について吟味するために設けられた要件をいう。新堂幸司『新民事訴訟法第五版』(弘文堂、二〇一一年)二五七頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』【上】第二版補訂版(有斐閣、二〇一三年)三四三頁など。また、これを、①訴えによって定立されている請求が本案判決の対象となりうるものかどうかを問題とする権利保護の資格と、権利保護の資格が満たされていることを論理的前提として、当該事件の事実関係を考慮して、本案判決によって訴訟物についての争いが解決されるかどうかを問題とする権利保護の利益の二つに分析し、通常の訴えの利益とは後者を指すものとして、伊藤眞『民事訴訟法』【第4版】(有斐閣、二〇一一年)一六七―一六八頁がある。

(12) 訴えの利益は、紛争解決の実行性を欠く本案の審理・判決を避けるための要件であって、民事訴訟制度の実質的な利用条件を決めるものであるため、民事訴訟制度の運営の方向を左右する重大な問題であり、いわゆる訴権論の中核的な問題として論じられ、その議論を通じて発展してきた。

すなわち、訴権論とは、個人が訴えを提起し、裁判所において裁判を受けることのできる関係を、個人の権能とみて、これを訴権と呼び、その権利を内容としてどのような行為ないし裁判を求めるものと構成するべきか、また、それがどんな要件の下に認められるか、さらには、そのような権利を観念する実益があるか、といった諸問題に関する議論をいう。そして、訴えの提起によって民事訴訟制度を利用する機会が生じることから、訴えの提起に裁判所がどのような対応をするかは、民事訴訟の目的をどう把握するかということと対応関係にあることから、訴権に民事訴訟制度の目的論が反映される形で、議論がなされた。こうした見解には、訴権を司法上の権利から切り離し、別箇独立の権利とする公法的訴権説、訴えに対して何らかの判決が得られることを訴権の内容とする抽象的訴権説、請求認容判決を請求する権利として構成する具体的訴権説、本案判決を請求する権利とする本案判決請求権説、裁判所に対して、具体的な状況と段階に応じて、法律上必要な行為はすべて要求できる権利とみる司法行為請求権説、さらには、訴権とは訴訟の制度目的の主観的な投影に過ぎないとみて、それを訴訟理論の中核に据えることを否定する見解などがある。

この訴権論には、私権と訴訟上裁判を要求できる地位とを分離し、また、両者の密接な関係に鑑みて訴えの利益や当事者適格という観念を作り出した点では、有意義であったものの、現代においては、これを立法論・解釈論の指針として用いる実益はそれほど大きくないとの評価がある。他方、訴えの利益は、事件ごとに微妙な利益衡量が要請され、その際には制度運営者である裁判所の立場と利用者である当事者の立場が対立する場合が多く、制度運営上の合理性を権利保護を求める利用者の不当な犠牲の上に追求するおそれがないとは言えないとして、利用者の立場を第一義とした解釈・立法への指導標として、訴権という観念を用いる実益も残されているとの指摘もある。新堂前掲注11・二四一頁以下など参照。

こうした議論を背景として、民事保全手続における権利保護の必要性についての考察も行われるべきである。

(13) 新堂前掲注11・二三五頁、二四一頁など。

- (14) 民事保全手続において訴訟要件とされるものには、ここで問題となっている権利保護の必要性の外、①事件の人的・物的裁判籍が日本国に属すること、②申し立てられた裁判所が管轄権を有すること、③当事者が実在し、当事者能力を有すること、④当事者が訴訟能力を具備するか、代理権によって補充されていること、⑤当事者適格を有すること、⑥申し立てが適式であること、などが挙げられる。竹下＝藤田編前掲注1注解・一二九頁〔高野伸〕、原井龍一郎＝河合慎一編著『実務民事保全法【三訂版】』（商事法務、二〇一一年）四三頁〔栗原良扶〕、松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、二〇一一年）四八九頁など。
- (15) 高橋前掲注11・三四九頁など。
- (16) 松浦＝三宅編前掲注1・一〇〇頁〔上北〕。
- (17) たとえば、既に確定した給付判決の存在する請求権については、原則として、訴えの利益は認められないが、時効中断の必要性や滅失した判決原本を再取得するために、訴えの提起をする場合は、例外的に訴えの利益が認められるとされる。また、債務名義としての執行証書のある請求権でも、当該債務名義に対する請求異議の訴えを予め封じる意味において、新たに給付の訴えを提起するに際して、訴えの利益が肯定される。高橋前掲注11・三四九～三五〇頁参照。
- (18) 藤原前掲注7・八八頁。
- (19) 新堂前掲注11・二三七頁、四九〇頁など参照。
- (20) 新堂前掲注11・二五八頁～二五九頁、高橋前掲注11・三四四頁など参照。なお、こうした文脈から、注12における訴権論の評論に関する指摘は正当であるといえよう。
- (21) 瀬木前掲注7・一五八頁以下。
- (22) 原井＝河合編前掲注14・・四四頁〔栗原〕、佐賀前掲注6・一六七頁など。
- (23) 竹下＝藤田編前掲注1注解・一三五頁〔高野〕、松浦＝三宅編前掲注1・一〇〇頁〔上北〕、山崎監・瀬木編前掲注3・二七〇頁〔園尾〕、瀬木監前掲注6・一六一頁〔長谷部〕、加藤＝山本編前掲注6・一一三頁〔深見敏正〕など。
- (24) 原井＝河合編前掲注14・五六頁〔栗原〕。
- (25) 原井＝河合編前掲注14・四四頁〔栗原〕。

- (26) 保全の必要性が審理の対象となる実体要件であることを明確にしたものとして、最判平成一五年一月三十一日民集五七卷一七四頁参照。
- (27) 学説を整理し、法改正もふまえて詳細に分析したものととして、竹下⇨藤田編前掲注1・四二頁以下〔吉村徳重〕、瀬木前掲注7・一七二頁以下などがある。また、西山前掲注1・二〇頁以下、佐賀義史「仮差押えの必要性」ジュリ九六九号一九九頁、竹下⇨藤田編前掲注1注解・一九九頁〔梶〕、松浦⇨三宅編前掲注1・一〇〇～一〇一頁〔上北〕、原井⇨河合編前掲注14・四六頁以下〔栗原〕、加藤⇨山本編前掲注6・一一四頁〔高野〕参照。
- (28) 保全の必要性を権利保護の利益と同様に訴訟要件の問題ととらえる見解として、伊東乾「仮処分における被保全権利―その保全訴訟の訴訟物たる地位について―」村松俊夫裁判官還暦記念論文集「仮処分の研究〔上巻〕総論」（日本評論社、一九六五年）九五頁以下、石川明「保全訴訟の訴訟物」今泉孝太郎⇨田中実編「小池隆一先生還暦記念論文集・比較法と私法の諸問題」（慶応通信、一九五九年）三四八頁以下がある。
- (29) 門口⇨須藤前掲注1・三三頁〔安東〕、藤原前掲注7・八八頁。
- (30) 佐賀前掲注6・一六七頁。
- (31) 西山前掲注1・二二頁、藤原前掲注7・八八頁。
- (32) 西山前掲注1・四七頁注（1）、竹下⇨藤田編前掲注1・一五三頁〔北山〕、藤原前掲注7・八八頁など。
- (33) 原井⇨河合編前掲注14・四四頁、五六～五七頁〔栗原〕。
- (34) 原井⇨河合編前掲注14・五七頁〔栗原〕、竹下⇨藤田編前掲注1・一五〇頁〔北山〕、竹下⇨藤田編前掲注1注解・一九八頁〔梶〕、丹野前掲注1民事保全手続・三三二頁など。
- (35) 鈴木⇨三ヶ月編前掲注6・二九頁〔西山〕、佐賀前掲注1・一六九頁など。
- (36) 竹下⇨藤田編前掲注1・一五三頁〔北山〕、原井⇨河合編前掲注14・四五頁注（8）〔栗原〕など。なお、松浦⇨三宅編前掲注1・一〇〇頁〔上北〕参照。
- (37) 西山前掲注1・四〇頁、竹下⇨藤田編前掲注1注解・一三五頁〔高野〕、竹下⇨藤田編前掲注1注解・一九九頁〔梶〕、松浦⇨

三宅編前掲注1・一〇〇頁〔上北〕など。

(38) 佐賀前掲注27・一九九頁、竹下⇨藤田編前掲注1注解一九九頁〔梅〕。

(39) この両者は、しばしば混同されがちであり、実際、旧法時代にはそうであったとの指摘がある。東京地裁保全研究会編前掲注7・一八頁〔瀬木〕、瀬木前掲注7・一五六頁。たとえば、松岡正義『保全訴訟仮差押及仮処分要論』(清水書店、一九二四年)八〇頁は、権利保護の必要がないことを保全理由の欠缺としており、権利保護の必要性を保全の必要性の一環としてとらえていた。

なお、現行法の下でも、上述の注9で取り上げた前景東京高沢平成二〇年四月二五日と前掲名古屋高沢平成二〇年一〇月一四日のように、同様の問題について、異なる実務上の取り扱いがなされている場合がある。

(40) とところで、上述のように、権利保護の必要性が訴訟要件であり、保全の必要性が実体要件であるとするならば、申立てに対する裁判が一つのメルクマールとなることが考えられないではない。すなわち、民事訴訟において、訴訟要件の欠缺を理由とする場合は、訴えを却下する訴訟判決がなされるのに対して、実体要件の欠缺、すなわち請求に理由がないことに基く場合は、請求棄却判決がなされる。そして、このことから、仮に裁判例が両者を混同して利用していたとしても、その真意としては、いずれであったかが識別できそうでもあり、その分析を通じて一定のメルクマールの抽出が可能となるのではないかとも思われる。しかしながら、民事保全手続では、実務上、訴訟要件の欠缺の場合も、実体要件の欠缺の場合も、同じく申立てを却下するという形式の決定がなされている。竹下⇨藤田編前掲注1・一五七頁〔北山〕、原井⇨河合編前掲注14・一八〇頁〔華学昭博〕など。したがって、こうした手続形式をとっかかりとしてメルクマールを明確にすることはできないのであって、やはり、両者の区別は実質的な検討の下に行わざるを得ないのである。

(41) 西山前掲注1・四七頁。

(42) 権利保護の必要性の問題と保全の必要性の問題の相違を意識的に明確にした上で、保全の必要性の問題であるとするものとして、松浦⇨三宅編前掲注1・一〇〇頁〔上北〕、竹下⇨藤田編前掲注1注解・一九九頁〔梅〕、原井⇨河合編前掲注14・四三頁〔栗原〕など。また、こうした点を明らかにせず、あるいは、当然に保全の必要性の問題とするものとして、兼子前掲注1・三〇四

- 頁、時岡前掲注6・四二頁、菊井Ⅱ村松Ⅱ西山前掲注1・四一頁・一〇二頁、丹野前掲注6保全訴訟・二七頁、三宅Ⅱ荒井Ⅱ岨野前掲注6・一七〇頁・一七四頁〔佐賀〕、竹下Ⅱ藤田編前掲注1・一五二頁〔北山〕、山崎監Ⅱ瀬木編代前掲注3・二七四―二七五頁、丹野前掲注6・三二頁、加藤Ⅱ山本前掲注6・一五八頁―一六〇頁〔山本〕、須藤Ⅱ深見Ⅱ金子前掲注1・一一一頁など。
- (43) 西山前掲注1・二〇頁以下・四六頁以下、鈴木Ⅱ三ヶ月編前掲注6・三〇頁〔西山〕、東京地裁保全研究会編前掲注7・一八頁以下〔瀬木〕、瀬木前掲注7・一五六頁以下、門口Ⅱ須藤編前掲注1・三三頁〔安東〕、藤原前掲注7・八八頁、瀬木監前掲注6・一六五頁〔長谷部〕、松本前掲注14・四九一頁など。
- (44) なお、本件原審決定も、結論的には問題があるものの、権利保護の必要性の有無が問題となるところまでは評価できよう。
- (45) 藤原前掲注7・八九頁によれば、正本の送達証明を提出するまで執行官室においてある程度の日数を要するとされる。
- (46) 前掲東京高決昭和三二年五月一五日では、「仮差押制度は、本案訴訟を起こすもののために、本案請求権の保全のために認められたものであって、…本案訴訟を起こすことを考えていない債権者の権利保護のために認められた制度ではない」と判示する。
- (47) 菊池浩明「債務名義を有する債権者が債務者所有の不動産に対して強制競売の申立てをしたが、無剰余を理由に強制競売の手続が取り消された場合について、権利保護の必要性があるとしてこの不動産につき仮差押命令を申し立てることができる」とされた事例Ⅱ別冊判タ二九号二三三頁。
- (48) その際には、債権者による財産隠匿のおそれ等、強制執行を不能または困難ならしめるおそれのある事情を具体的に疎明しなければならぬ。藤原前掲注7・八九頁。