

## 民事保全 テキスト

目次	頁
I (民事保全の) 定義	1
II (民事保全の) 趣旨	
III (民事保全の) 特徴	
①暫定性、②迅速性、③付随性、④密行性	
IV 種類	【図1 保全手続の種類】
(1) 仮差押	
(2) 係争物に関する仮処分	2
(3) 仮の地位を定める仮処分	
V 保全命令手続	【図2 保全事件の流れ】 4
1 保全命令申立	
(1) 申立書の提出	
① 管轄	
② 提出先	
③ 申立書	5
④ 手数料	6
⑤ 添付書類	
⑥ その他の提出書類	7
2 審理	
3 担保	8
(1) 担保の機能	
(2) 担保の決定と告知	
	【表1 仮差押の基準】 9
	【表2 処分禁止の仮処分の基準】
	【表3 占有に関する仮処分の基準】
(3) 担保の提供期間	10
(4) 担保の提供方法	
① 供託	
② 支払保証委託契約	11
③ 当事者間の特別な契約	12
4 保全命令の発令準備及び発令	
(1) 発令準備	
(2) 発令	13
5 執行	
(1) 保全執行について	
(2) 保全執行の方法	14
① 保全命令発令裁判所が執行機関となる場合	
② 執行官が執行機関となる場合	15
(3) 保全執行の申立	
① 申立行為	

②	裁判所書記官による執行		
③	執行官による執行	-----	1 6
VI	付随手続	【図3 却下の場合】 -----	1 7
		【図4 保全異議・取消】	
		【図5 保全抗告】	
1	不服申立等	【表4 各手続の関係】	
(1)	保全命令申立の却下決定に対する不服申立		
(2)	保全異議	-----	1 8
(3)	保全取消		
(4)	保全抗告	-----	1 9
(5)	取消決定等に対する執行抗告	-----	2 0
2	その他		
(1)	起訴命令の申立		
(2)	担保物変換		
(3)	保全執行取消	-----	2 1
VII	担保取消・取戻	-----	2 3
1	定義		
2	趣旨		
3	種類	【図6 担保取消の種類】	
(1)	担保取消		
①	担保事由が消滅した場合		
②	担保権利者の同意を得た場合	-----	2 4
③	担保権利者に対する権利行使の催告による場合		
(2)	担保取戻	-----	2 5
4	担保取消の手続	【図7 手続図】 -----	2 6
(1)	申立権者と管轄裁判所	-----	2 7
(2)	申立の方式[横浜地裁]		
(3)	担保取戻手続について		
(4)	その後の手続		
VIII	DV防止法に基づく保護命令手続	-----	2 8
(1)	法制定の趣旨		
(2)	定義		
(3)	保護命令の種類		
①	接近禁止命令		
②	退去命令	-----	2 9
③	申立類型		
④	両命令の相違点		
⑤	効力発生時期		
(4)	保護命令の取消		
*	参考文献	-----	3 0

# 民 事 保 全

I 定義: 民事訴訟の本案の権利実現のため、本案提起前に暫定的にその権利を保全することを目的とする手続きのこと

II 趣旨: 民事上の権利等につき争いがあり、相手が話し合いに応じようとしない場合、権利等を主張する者(債権者・原告)は、その権利等の存在を確定させるため、訴訟を提起することになる。そして勝訴判決を得ても、相手方(債務者・被告)が任意に権利の存在を認めない場合には、勝訴判決により得た債務名義に基づいて強制執行を申し立てて満足を得ようとするようになるが、『訴訟を提起して勝訴判決を得て、強制執行手続きに着手する』間に相手方の財産状態が悪化したり、係争物の処分等、権利関係につき変動があると、原告が勝訴判決等を得てもその権利を実現できないことになる。

そのため、その様な危険を回避し、将来の強制執行を可能にするため、権利関係が確定するまでの間、現状の権利関係を変更できないようにしたり、暫定的な措置を定めたりすることを目的とする手続きが必要となり、これを民事保全手続という。

III 特徴:

①暫定性(仮定性)－本案による権利実現までの仮の措置で応急的なものであり、その効果は本案訴訟の確定までのもの。なお立証は疎明で足り(§ 13)、また本案訴訟の判断において保全事件の結果は顧慮されない。

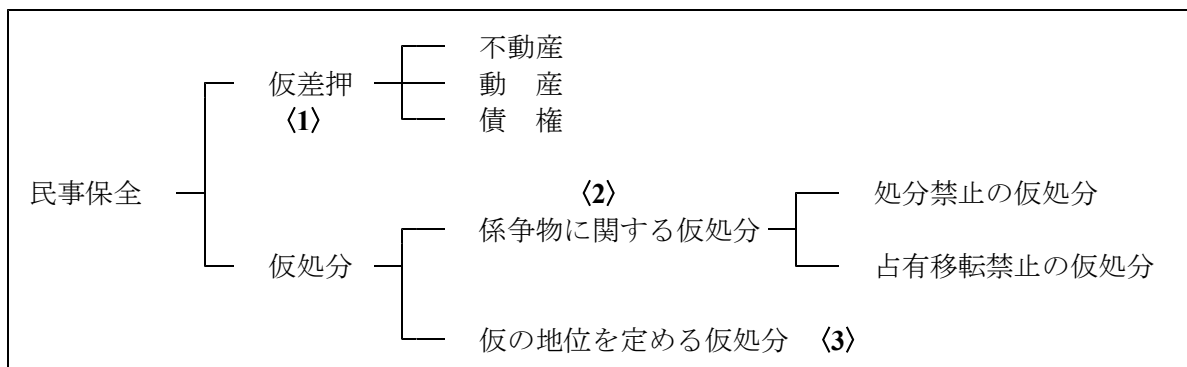
②迅速性(緊急性)－債務者に強制執行免脱の機会を与えないこと。裁判手続としてはa口頭弁論は任意的(§ 3)、b証拠は疎明で足りること(§ 13 II)、保全執行手続としてはa保全執行期間が保全命令送達後2週間に限定(§ 43 II)、b原則、執行文付与を要しない(§ 43 I)、c保全命令送達前でも執行可能(§ 43 III)、d保全命令発令の裁判所が、同時に執行機関となる(§ 47 II、50 II、53 III)点に特徴が見られる。

③付随性(従属性)－本案判決ないし執行までの時間的ズレを補うもので、必然的に本案判決による権利関係の確定を予定している。本案の管轄裁判所に保全事件の管轄があり(§ 12 I)、債権者が本案の起訴命令に反して本案を提起しない場合(§ 38)や、本案訴訟において債権者敗訴の判決が言い渡された場合(§ 38)に、債務者は保全命令の取消を求めうる。

④密行性－先に相手方に知られて執行免脱行為を為されることを回避するため。事件記録の閲覧等の制限(§ 5 I)、保全の執行が相手方に送達前も可能(§ 43 III。むしろ原則としては執行終了後)。なお、仮の地位を定める仮処分の場合、口頭弁論又は債務者が立ち会うことができる審尋期日を開くことを要するとされ(§ 23 IV)、密行性は採用されていない。

IV 種類

図1 保全手続の種類



(1) 仮差押(§ 20): 債務者に対して有する、金銭の支払を目的とする債権(金銭債権)について、将来、強制執行が不能又は著しく困難になる虞があるときに、債務者の責任財産の現

状を維持するための手続きで、「決定」として発せられるもの

目的とする財産により、不動産仮差押、債権仮差押、動産仮差押、自動車仮差押、特許権仮差押等がある。

【具体例：X氏がY氏に対する1000万円の貸金を回収するため、勝訴判決を得た後、その不動産を強制競売して、その代金から貸金分を回収する場合—不動産の換価価値にのみ着目し、そのものの自体の利用は考えていない】

(2) 係争物に関する仮処分(§ 23 I)：特定物に対する将来の引渡請求権等、非金銭債権の実現を確保するため、債務者の財産の一部を処分できないようにする手続。—主に占有移転禁止の仮処分と処分禁止の仮処分

【具体例：X氏がY氏から不動産を購入したが、登記手続等に協力せず、逆に第三者に売却・登記されたりしかねないため、後に勝訴判決を得ても、自分への所有権移転登記が、不能又は著しく困難とならないようにする場合—自分がその不動産を利用するため等、目的物自体に着目(但し、不能となって損害賠償請求権となった場合は金銭債権化)】

①占有移転禁止の仮処分：例えば、賃貸借契約が終了した後も、借主が賃借物件に居座って出て行かないような場合、建物明渡請求訴訟を提起、勝訴し、明渡の強制執行を申立てても、その間に目的不動産の占有者が変わっていると明渡執行が困難又は不能となるため、『明渡請求権を保全するための手続』で、係争物に対する占有という事実状態の変更を禁止し、通常は執行官が一旦債務者から係争物を取り上げるものの、その保管を債務者に命ずることで、債務者の使用継続を認める。その後、係争物が移転されても、訴訟を継続して勝訴判決を得れば一定の第三者に強制執行を認める、いわゆる当事者恒定効を確保するものである。

②処分禁止の仮処分：例えば、不動産を購入したにも関わらず、売主が所有権移転登記手続きをしない場合、所有権移転登記手続請求訴訟を提起し勝訴しても、その間に第三者に登記名義が変更されてしまうと目的達成が困難となるため、『登記請求権を保全するための手続』で、処分禁止の登記をすることにより執行される。なお、その後、第三者が係争物につき権利を取得することは否定されていないが、債権者が仮処分により保全した権利を本登記(この例では、所有権移転登記)した場合、その第三者は権利取得の効果を債権者との関係では相対的に否定されることで、実質的に当事者恒定効を認める。

※不動産に関する所有権以外の権利の保存、設定、変更についての登記請求権保全のための仮処分—処分禁止の登記とともに、仮処分による仮登記(保全仮登記)をする方法により執行される(§ 53 II)。この場合、本案判決に基づき仮処分に遅れる登記を抹消するのではなく、保全仮登記に基づき本登記をすることになる。例えば、1000万円の抵当権設定義務に債務者が協力しないため、処分禁止の仮処分を申し立てた後、第三者が本物件を購入し所有権移転登記を済ませ、その後、債権者が勝訴判決を得た場合、当該第三者は自己の登記に優先する1000万円の抵当権が設定される範囲で負担すれば足り、自己の所有権登記が抹消されることはない。

(3) 仮の地位を定める仮処分(§ 23 II)：争いのある権利関係につき、現在、債権者に生じる著しい損害又は急迫の危険を避けるために、暫定的な法律状態の形成を図る手続。なお、目前に迫った危険の除去が目的であるので、一般的に密行性は要請されない。また、暫定的な措置により、債権者は現在の危機の回避という利益を受ける反面、逆に債務者は本案での敗訴判決に等しい大きな不利益を通常受けることになるため、原則として債務者審尋が必要とされる(但し、緊急性により無審尋により発令される場合もあり)。

例—①現状の保全のみでは債権者に著しい損害や危険が発生する場合、事実上、本案で勝訴したのと同様の結果を実現する[満足的仮処分]、不動産等の仮の引渡等を命じる仮処分(いわゆる断行の仮処分)、

- －②建築工事禁止の仮処分、通行妨害禁止の仮処分[債務者の不作為を命じるもの]
- －③解雇された労働者が解雇無効を争う場合の雇用契約上の仮の地位を定める仮処分（地位保全の仮処分）
- －④上記の場合の毎月の給料（賃金）の支払いや交通費による損害賠償金の仮払いの仮処分（金員仮払いの仮処分）

※「仮差押」や「係争物に関する仮処分」と、「仮の地位を定める仮処分」との大きな違いとしては、保全の必要性の内容として、前者が強制執行を困難とするような債務者側の事情に着目するのに対し、後者は債権者に生ずる著しい損害や急迫の危険の回避という債権者側の事情を重視しており、手続面では後者につき、原則として口頭弁論又は債務者審尋期日を経なければ発令できない(§ 23 IV)点がある。

※特殊保全について

民事保全法は、一般の民事事件、商事事件（非訟事件手続法の対象は除く）、特許事件、労働事件、人事訴訟事件（人事訴訟手続法に定める特例以外は民事訴訟法の適用がある－改正前の著書なので要確認）を本案とし、その権利又は権利関係を保全する仮差押及び仮処分を対象とするものであり、それ以外の保全処分－破産法 155 条による保全処分（－改正前、要確認）、会社更生法 39 条による保全処分、民執法 55・77 条による売却前の保全処分、同 68 条の 2 による買受申出人のための保全処分、家事審判法 15 条の 3 による審判開始前の保全処分、不登法 33 条による仮登記仮処分などは民事保全法の適用を受けない保全処分であり、一般に、「特殊保全処分」等と呼ばれている。また、行訴法 25 II 等に規定される処分の執行停止、労働組合法 27 VIII の緊急命令、独占禁止法 67 条の緊急停止命令なども、いずれも行訴法の適用を受けるものであり民事保全法の対象ではない。

他方、家事事件の実質を有するものであっても、例えば離婚訴訟に付随して財産分与を求めるための保全処分は、民事保全であると理解されている。

因みに、特殊保全のうち、家事審判法による審判前の保全処分とされるものについては、地方裁判所にではなく、家庭裁判所にその申立をしなければならない（人訴法関係－要確認）。また、東京地裁の場合は民事部内部の事務分配の問題として、労働関係の保全処分は労働部で、知的財産権関係は知的財産権部で、破産関係は破産再生部で、執行関係は執行部で、会社関係は商事部で、それぞれ受付事務も担当しているので、各部に直接申し立てる（立件する）こととなる。

※民事保全手続－【保全命令の発令手続】と【発令された保全命令を実現するための保全執行に関する手続】に区別される  
 （cf民事訴訟における、【本案判決】と【それを実現するための強制執行手続】に対比でき、特別の規定がある場合を除き、保全執行手続には民事執行法・規則が準用される）



③申立書—正本1通を裁判所に提出する（債務者審尋を必要としない申立ての場合、申立書の副本は不要）。

※ 申立書の記載事項

- イ 標題—どのような保全命令の申立書であるかを明らかにするために、その対象物、若しくは申立の種別により、「債権仮差押命令申立書」、「不動産仮処分命令申立書」等記載する。
- ロ 当事者の表示—保全命令の申立人は「債権者」、相手方は「債務者」とし、その代理人も表示する。通例は、「別紙当事者目録の記載のとおり」として引用し、保全命令の決定書の作成する方法が一般化している。
- ・ 自然人は住所及び氏名を、法人等は本店（主たる事務所）の所在地、名称（商号）及び代表者名を記載して表示する。
  - ・ 代理人には、当事者が訴訟能力を有しない場合の法定代理人又は特別代理及び訴訟代理人を含み、その氏名、住所、郵便番号及び電話・ファクシミリ番号を記載する（規則6 民訴規53IV）。送達場所の届出（§7、民訴104 I 準用）の趣旨も含む場合は、当該住所に「(送達場所)」と記載する。
  - ・ 保全執行として登記（登録）を要する場合、登記簿（登録原簿）上の氏名若しくは名称又は住所と現在のそれらとが異なる場合、登記（登録）嘱託に支障が生ずる事から、東京地裁では、債権者に対し、両者の併記を求めている。
  - ・ 民執法143条に規定する債権に対する仮差押命令の申立書には、「第三債務者」の氏名又は名称及び住所並びに法定代理人の氏名及び住所を記載しなければならない（規則18 I）。
- ハ 請求債権の表示又は仮処分により保全すべき権利の表示—仮差押命令申立書の場合は、「請求債権の表示」として、債務者に対し請求する債権を他の債権と識別できる程度に特定して記載する。
- ・ 仮処分命令申立書の場合は、「仮処分により保全すべき権利の表示」として、被保全権利を「所有権移転登記手続請求権」、「建物収去土地明渡請求権」等と記載する。
- ニ 申立の趣旨—いかなる種類、態様の保全命令を求めるかの結論の記載であり、通常訴訟の請求の趣旨に対応するもの。保全執行の対象は、通例、「別紙物件目録記載のとおり」等として引用する方法による。
- ・ 仮差押命令申立書の場合、被保全権利（請求債権）の種類、内容、金額を特定し、この債権の執行を保全するために債務者の財産を仮に差し押さえるとの裁判を求める旨を記載し、（動産に対する場合を除き、）仮に差し押さえるべき物を特定して記載しなければならない（なお、動産の場合でも目的物を特定して申し立てても差し支えない）。
  - ・ 仮処分命令申立書の場合、この部分の記載により、求める仮処分の態様とその範囲が明らかにされ、債権者が実質的にいかなる結果を得ようとするかが明確になる。
  - ・ 占有移転禁止仮処分命令の申立の趣旨は、法62条に定める発令すべき主文の必要的内容に対応するように記載しなければならない。
- ホ 申立の理由—申立の趣旨記載の請求が生ずる原因を明らかにするもので、通常訴訟における請求の原因に対応するもので、「保全すべき権利又は権利関係（被保全権利）」と「保全の必要性」から成る。
- a 保全すべき権利又は権利関係（被保全権利）の記載
- ・ 仮差押における被保全権利は、金銭の支払を目的とする債権（金銭債権）であることを要し（§20 I）、条件付き又は期限付きのものでもよい（§20 II）。具体的には、被保全権利の内容である、請求債権の金額、種類、態様は申立の趣旨に記載されるので、申立の理由には権利の発生を根拠付ける法規の要件に該当する事実を記載する。
  - ・ 係争物に関する仮処分の被保全権利は、金銭債権以外の特定物の給付を目的とする

請求権(§23Ⅰ)で特定物の引渡請求権、特定物についての債務者の作為・不作為を目的とする請求権に関し、その権利の種類、態様、範囲、権利の発生原因たる事実を記載する。

- 仮の地位を定める仮処分によって保全すべき権利関係は、争いのある権利関係であればすべて含まれる(§23Ⅱ)ので、争いのある権利関係につき、その事実内容を具体的に記載する。
- 被保全権利を理由付ける事実の記載は、最小限度その権利発生の根拠となる要件事実の記載で足りるが、裁判所が紛争の実体や争点を正しく把握し、適正な決定をするため、重要な間接事実及び予想される抗弁事実に対する反論も記載する必要がある。
- 債権者の主張の法的根拠を明らかにする趣旨から、被保全権利の記述の最後に「まとめ」の項目を設け、被保全権利の法的内容を明記するのが望ましい。

#### b 保全の必要性の記載

- 仮差押—将来強制執行をすることが不能、又は著しく困難となる虞があるとき(20Ⅰ)

債務者の責任財産が濫費、廉売、毀損、隠匿、放棄など量的、質的に減少を来す虞がある場合や、担保権設定、債務者の逃亡、度重なる転居等により執行に事実上の障害を及ぼす事情がある場合がこれにあたる。

- 係争物に関する仮処分—現状の変更により、債権者の権利実行が不能又は著しく困難となる虞があるとき(23Ⅰ)

債務者その他の者により係争物につき毀損、隠匿、占有移転、譲渡、担保権設定等がなされたり、係争債権が取り立てられて消滅する危険がある場合などに認められる。

- 仮の地位を定める仮処分—争いのある権利関係につき、債権者に著しい損害又は急迫の危険を避けるためにこれを必要とするとき(23Ⅱ)認められる。

#### へ 疎明方法の表示(13Ⅱ、規13Ⅱ)—具体的に被保全権利及び保全の必要性を理由付ける各主張事実を記載するごとに、その事実に対応する証拠を、「(甲1)」等と付記して記載する。

「申立の理由」記載後に、「疎明方法」として疎明書類の号証番号及びその書類の標題を番号順に「1, 甲1、契約書」等と全部の疎明書類を記載しておくとその全体を把握することができる。

#### ト 添付書類の表示(規6、民訴規2Ⅰ③)

#### チ 年月日の表示(規6、民訴規2Ⅰ④)

#### リ 裁判所の表示(規6、民訴規2Ⅰ⑤)

#### ヌ その他の記載事項

- 強制管理の方法による不動産に対する仮差押の執行等を申し立てる場合、仮差押命令申立についての手続にて、その執行を申し立てをする旨を明示しておかなければならない(規32Ⅱ等)—仮差押の登記による執行の場合と強制管理等の方法による仮差押の執行とでは、債務者に与える損害の程度も異なり、発令裁判所の担保決定等も影響を及ぼすため、記載を要する。

④手数料—1個の申立につき2000円(民訴費§3別表第111の2ロ)を収入印紙により納付する。

※横浜地裁においては、申立の内容に関わりなく、**2000円×債権者数×債務者数**で計算する(平成16年10月現在)。

#### ⑤添付書類(規則§20)



- ・疎明書類（原本は、面接時に裁判官に提示）－保全命令の申立書に表示
- ・弁護士が受任－訴訟委任状
- ・当事者・第三債務者が法人の場合－資格証明書（横浜の場合、商業登記簿謄本は過去3ヶ月内に発行された謄本原本）、なお住民票が必要となる場合もあり
- ・不動産について(規20)－不動産登記簿謄本(なお、不動産仮処分禁止仮処分の目的不動産は過去1ヶ月内に発行された証明書原本)、未登記の場合は債務者の所有に属すること証する書面と不動産登記法(101Ⅱ)に規定する図面
- ・評価証明書等－担保額の決定や登録免許税の計算のために必要。
- ・債権仮差押の場合、第三債務者に対し、民執法147条の陳述催告を求めるときは、その旨の申立書

⑥その他の提出書類【i表「保全事件目録・郵券一覧表」】－各種目録（当事者目録、請求債権目録、仮差押債権目録、物件目録等）

※不動産仮差押及び不動産仮処分の執行は法務局に対する登記嘱託によるが、の登記嘱託書に添付する目録（登記権利者・義務者目録及び物件目録等）を作成する場合、数字は多画文字（壹、弍、参、四…等）を使用すること。

## 2 審理

(1) 事前審査－申立書、疎明書類、添付書類等の形式的審査

- ・保全命令の申立は書面でしなければならず(規1Ⅰ)、裁判所は申立がされると、事件番号を付したうえで、各裁判官に分配する。

※実務上は特に保全事件の専門部が設置されている裁判所では、受付担当の書記官が、申立書の必要的記載事項の具備(§13Ⅰ、規13)、貼用印紙額、添付書類、当事者能力、代理権、管轄、添付書類等の形式的要件及び申立の趣旨及び理由についての実体的要件について有る程度まで審理し、補正を要する点や疑問点又は追完を要する疎明資料・添付書類がある場合には補正・追完を得てから、裁判官の審理に回る。

(2) (実体的要件の) 審理

※従前は決定手続又は判決手続によるとされていたが、現行法では民事保全手続は全て決定手続によると規定された(§3・オール決定主義)。これは、旧法下では一度判決手続を選択すると決定手続に戻ることができなかつたため、審理に長時間を要し、緊急性を旨とする保全手続に適していなかつたためである。

※審理方法として a書面による審理、b当事者の審尋による審理、c任意的口頭弁論による審理の3つがあり、旧法下と異なり、口頭弁論を開いた場合でも審尋に移行することが可能

\*横浜地裁では、

①イ 債権者面接→全件実施（可能な限り即日面接による）

※密行性の要求される仮差押命令申立事件において、口頭弁論を開いたり、債務者審尋を行うことは、債務者に財産隠匿や毀損等の機会を与えることになり、申立の目的を達成できなくなる虞が生じるため

ロ 債務者面接→仮の地位を定める仮処分（要審尋事件）のみ行われる（§23Ⅳ）

※仮差押の執行が債務者に多大な損害を与える虞があり、被保全権利や保全の必要性の主張、疎明が不十分な場合や、債務者から抗弁の主張が予想される場合には、まれに債務者審尋が行われることもあり（但し、横浜地裁では開かれないか[16. 10. 6開催裁判所書記官による講義の際、配布されたレジュメでは上記ロの場合のみとのこと]）

②立証→疎明で足りる（§13Ⅱ、7、民訴法188）

### 3 担保

#### (1) 担保の機能

民事保全事件は、緊急性の要請から立証は疎明で足りるとされ、密行性の要請から大部分の事件は債務者審尋を経ずに発令されるため、保全命令が結果的に違法・不当とされる場合もありうる。

そのため、債務者が被る虞のある損害を容易・確実に賠償しうるように、債権者に損害の担保を立てさせる（ほぼ全件）。また濫用的な保全命令の申立を抑止したり、債務者無審尋での迅速な発令を正当化する機能も有する。

#### (2) 担保の決定と告知

債権者面接又は審尋の結果、裁判官が担保額を決定する。担保額は口頭により告知している。

※ 横浜地裁の場合、申立書の補正又は資料追完の指示がある場合で、裁判官が、事実上、担保の見込額を伝える場合には、補正又は追完後に担保決定をする趣旨であるかどうかを確認して頂きたいとのこと。

#### ※ 担保額の決定—担保額決定の考慮要素

担保額は、裁判所の裁量により決定される（§ 14 I）が、その際には次の事項が総合的に考慮される。

##### a 保全命令の種類

- ・現状変更を生じない仮差押・処分禁止仮処分よりも、現状の変更を生じる仮の地位を定める仮処分の方が、違法・不当な民事保全により、債務者が被る損害額が大きくなると予想されるので、担保額は高額となる。
- ・他方、同じ仮の地位を定める仮処分でも、債権者の生活困窮を理由とする賃金仮払いの仮処分等は高額な担保を要求するのが背理なので、例外的に無担保又は僅かな担保額により発令されることがある。

##### b 保全目的物の種類・価額（—目的物の時価による）

- ・仮差押等の目的物が不動産等である場合、債務者は任意処分を禁止されてその転売利益（目的物価額の2割前後が多い）を喪失するから、担保額は目的物価額の2割前後を中心に他の諸要素をにより増減される。
- ・仮差押等の目的物が営業用動産、給与債権、取引上の債権、銀行預金債権等である場合、保全命令により債務者の信用が大きく毀損され、解雇や取引中止、期限の利益喪失等、深刻な不利益を受けるので、被保全権利や保全の必要性が慎重に検討されるほか、不動産を対象とする場合に比べ、担保額も高額となる。
- ・不動産の価額の算定方法—保全処分により禁止されるのは、不動産の任意処分であるから不動産の価額は任意処分時の価額による。不動産の時価は、固定資産税課税標準価額、公示価格、路線価等を参考とすることが多い（申立時にこれらの資料も添付書類として裁判所に提出する。なお、時価算出のため、適切な指数を掛けることがある）。

抵当権等の負担額は控除する。また土地利用権の価額は、地上建物に加算し、土地からは控除する。

##### c 被保全権利の種類・価額

- ・類型的に疎明が容易で、その存在の蓋然性が高い権利（ex手形・小切手債権等）を被保全権利とする場合の担保額は低い。
- ・類型的に疎明が容易ではなく、その存在の確実性が劣る権利（ex特殊不法行為による損害賠償請求権）を被保全権利とする場合の担保額は高くなる。

##### d 債務者の職業・財産・信用状態その他の具体的事情に即した予想損害

- ・同じ預金仮差押であっても、債務者が営業主であった場合、発令により、取引金融機関に対する期限の利益喪失等による致命的な打撃を受ける虞があるため、担保額は高くなる。

- ・既に信用悪化により、営業不能状態にある場合には、高額とはならない。
- ・債権者が国のように、支払能力に問題がない場合でも、担保が、債務者に対する優先弁済をうけさせるもの、及び支払を受ける方法も容易であることから、担保額の減免事由とはならない。

e 被保全権利や保全の必要性の疎明の程度等

- ・被保全権利の疎明の程度が高い場合（ex貸金債権について、債務承認文書の存在、内容証明郵便による催告に対し債務者が何ら異議を述べていない等）、担保額は低くなる。
- ・過払利息の元本充当の抗弁が高度に予想される高利の継続的な貸金債権であるような場合には、担保額も高額となる。

\* 1 裁判実務においては、上記 a～c の定型的要素の組み合わせによって「担保額の基準表」を作成している庁が多く、それらを参考にしながら、事案毎に上記 d・e を総合考慮して裁量により担保額を決定している。

表1 仮差押の基準(%)

目的物		動産	不動産	債権	自動車	船舶
被保全権利						
手形小切手		15～30	10～20	10～25	10～25	10～30
貸金・賃料・売買代金等		20～30	10～25	15～30	20～30	20～35
損害賠償	交通事故	5～15	5～10	5～15	5～15	
	その他(離婚慰謝料を除く)	25～30	15～30	15～35	20～30	
詐害行為取消権		20～40	15～30	20～40	20～40	20～40
離婚に伴う財産分与・慰謝料		10～15	5～15	5～15	5～15	5～15

表2 処分禁止の仮処分の基準(%)

目的物	債権	動産	不動産	有価証券 自動車
被保全権利				
所有権等	20	15～20	10～15	15
土地賃貸借終了			15～30(*)	
詐害行為取消権	20～40	25～40	20～40	20～40
財産分与	10～25	15～20	10～25	10～25

\*対象は建物のみ。債務不履行を原因とする場合は賃貸借終了の可能性が高いので低い方の基準に近くなり、正当事由あるいは一時使用を理由とする場合は高い方の基準に

表3 占有に関する仮処分の基準

処分内容		基準の対象		動産 目的物(%)
		賃料(月額)	借地権価格又は 借家権価格(%)	
占有 移転 禁止	債務者使用	居住者用 3～6 事業用 6～	5	15
	執行官保管	24	10～20	30
	債権者使用	36	20～30	50
引渡し		36～	30～	60

\* 2 担保額決定の判断基準

- ①債権基準説—被保全債権額を基準とする
- ②目的物価格基準説—目的物の価格を基準とする
- ③折衷説

東京地裁では、担保が債務者の被る可能性のある損害を担保するために立てられたものである目的から、目的物価格説を基準としつつ、不都合な場合は債権基準説を考慮して決定するという折衷説をとる。

- ・[被保全債権額>目的物]の場合、目的物価格説が基準となる。
- ・[目的物価格>被保全債権額]の場合、原則として目的物の価格を基準とするが、目的物の価格が著しく上回る時は、被保全債権額を上限として、目的物の価格と被保全債権額との比率を考慮して妥当な額が決定される。
- ・不動産の価額の算定方法—不動産の仮差押や仮処分により禁止されるのは、不動産の任意の処分であるから、不動産の価額は任意処分時の価額による。不動産の時価は、固定資産税課税標準価額、公示価格、路線価等を参考にすることが多い（時価算出のため、適当な指数をかけることもある）。
- ・抵当権等の負担額は控除する。
- ・土地利用権の価額は、地上建物に加算し、土地から控除する。

### (3) 担保の提供期間(§ 14 I)

保全処分の執行期間が債権者への保全命令送達日から2週間とされている趣旨(§ 43 II)に照らし、裁判所の裁量で3~5日、通常は最長で7日であり、大型連休・年末年始にかかる場合でも最長2週間である。

※担保額の告知を受けた日(初日)は不算入であり、期間の末日が土・日曜日である場合は、その翌日が期間満了日となる(§ 7、民訴§ 95 I・III、民§ 140)。

### (4) 担保の提供方法

#### ① 供託—§ 4

##### イ 供託場所

a 原則として担保提供を命じた裁判所または保全執行裁判所の所在地を管轄する地方裁判所管轄区域内の供託所(法務局)、これ以外の供託所での供託は無効であり、この点を見過ぎてされた保全命令は取消を免れない(但し例外としてbの場合があり)。

b 保全命令の担保について、特に緊急を要する場合があります、当事者の予測を上回る高額の担保額の提供を命じられた場合、原則どおりの供託所しか認められないとすると、遠隔地により著しく不便なことで、供託そのものが遅れるだけでなく、保全命令の発令、その執行遅滞が生じ保全の目的を達せられない場合も起こりうるため、§ 14 IIは、§ 4 Iの例外として、同条項による供託をすることが困難な事由があるときは、迅速な担保供託ができるよう裁判所の許可を得て、債権者の住所地または事務所所在地その他裁判所が相当と認める地を管轄する地方裁判所の管轄区域内の供託所に供託することができる[管外供託]。

##### ※管外供託手続

- ・許可申請—書面による[東京地裁]。諾否について、裁判所は債権者側の事情(通常は遠隔地)のほか、債務者側が権利行使する際の場所的不利益(有価証券につき、還付請求となった場合、現実に供託された供託所で払い渡しを受けなければならない)も考慮し、相当と判断した場合→慎重な判断が求められる。
- ・許可された場合—適法な管外供託であることを明らかにするため、備考欄に「民事保全法第14条第2項の許可による供託」等の記載をすることになる(なお、供託の際、裁判所の許可があったことを証する書面等の提出等不要→供託所を間違えた場合等無効な供託になる)。
- ・取り扱いの実情—供託したことを証する書面(供託書正本等)の提示まで、管外供託所を管轄する裁判所への提示を認めたわけではなく、また東京地裁は郵便による提示も認めていない(証明文書の紛失事故、誤記の補正、返還の手間等)ため、供託を証する書面は、発令裁判所に、直接、出頭して提示する負担は残る。

##### ロ 供託物

a 日本の通貨、小切手(供託事務取扱手続準則39条の要件を具備するもの)

\* 供託事務取扱手続準則39条：供託金の受入れを取り扱う供託所においては、供託官は、

相当と認めるときは、日本銀行を支払人として政府、地方公共団体、公団、公庫、公社若しくは銀行が振り出した小切手又は第4条の派出元銀行若しくは払込委託銀行の自己宛小切手を、金銭に代えて領収することができる。

b 有価証券の供託

価格の変動や換価の難易の問題があるので、金銭による供託の場合と比べて債務者が不利益を被ることがないように、裁判所が相当と認める有価証券によらなければならない(§4I)

- ・国債・地方債—価格が安定し、換価が容易なので認められることが多い
- ・株券(価格が極めて不安定)—東京地裁保全部では、電力・ガス会社などその存立基盤が確立し比較的安定度の高いものにつき、ごく例外的に割増率を十分高くした上で認める取り扱い

手続：担保決定の際、担保金額を決める(cf担保変換(§4II)考慮)。なお、額面通りの評価は債務者を不当に害する虞もあるため、実質的価値を評価して、担保金額に割増した金額に相当する有価証券の数量を担保に[東地：国債—額面の120~150%、安定企業株については前日最終値の200%…平15.3頃(経済情勢の変化により当然、割増率等は変化する)]。

ハ 供託手続

a 担保提供者は、前記の供託所に対し、供託物とともに所定の事項[供託規則13]記載した供託書を提出する。

b 供託所(法務局)で必要となる書類等

委任状—供託用。なお確認請求(※)を得ておくことが望ましいとのこと

供託金額(釣り銭が出ない様にする)

資料(供託書を記入する際、当事者の住所・氏名、保全事件の事件番号等が必要となるため)

※確認請求について

代理人により供託をする場合、委任状(i)の提示が必要となるが、供託手続のときに供託官に「確認請求」を受けることで、後日、供託物払渡手続の際、(i)に使用した印鑑と同一の印鑑で「供託書(払渡請求書)」又は「払渡請求に関する委任状(ii)」を作成し「確認請求を受けた委任状(i)」を添付することで、印鑑証明書の添付を省略できる制度

- ・供託手続をする際、依頼者(債権者)から同一の委任状をもらっておく
- ・供託時に供託書と委任状を提出する際、口頭で「確認請求する」旨を告げれば足りる
- ・法人の場合は、資格証明及び印鑑証明書が必要(ex 払渡請求時までには代表者が変更している可能性等)

\*平成15年改正前までは、印鑑証明が原則として必要であったが、改正後は個人及び法人共に不要との扱いになった。しかし、17年改正で、法人については印鑑証明書の添付が再度必要との取り扱いになったが、個人については従前どおりのため、原則として、確認請求をする必要はなくなったが、(供託所)窓口の取り扱いとしては、確認請求をしておいてもらう方が望ましいとのこと。

c 保全命令の発令裁判所又は執行機関に、立担保の証明として、供託書正本又は証明書を提示するとともに、その写しを提出する。

Cf 管外供託(§14II)の場合でも、上記のとおり、証明は発令裁判所になる。

②支払保証委託契約

イ 概要

立担保を命じられた者(担保義務者)が、裁判所の許可を得て、現金等を供託する代わりに、銀行等と民保規2(\*)に掲げる要件を満たす支払保証委託契約を締結する方法によるもので、将来債務者に保全執行等による損害が生じ、その損害賠償額が確定判決等により確定

した場合には、銀行等は担保義務者に代わって、裁判所が定めた金額を限度としてこれを支払うことを約束するもの（bondともいう）。

＊（法第四条第一項の最高裁判所規則で定める担保提供の方法）

## 第二条

民事保全法（平成元年法律第九十一号。以下「法」という。）第四条第一項の規定による担保は、担保を立てるべきことを命じた裁判所の許可を得て、これを命じられた者が銀行、保険会社、農林中央金庫、商工組合中央金庫、全国を地区とする信用金庫連合会、信用金庫又は労働金庫（以下この条において「銀行等」という。）との間において次に掲げる要件を満たす支払保証委託契約を締結する方法によって立てることができる。

- 一 銀行等は、担保を立てるべきことを命じられた者のために、裁判所が定めた金額を限度として、担保に係る損害賠償請求権についての債務主義又はその損害賠償請求権の存在を確認する確定判決若しくはこれと同一の効力を有するものに表示された額の金銭を担保権利者に支払うものであること。
- 二 担保取消しの決定が確定した時又は第十七条第一項若しくは第四項の許可がされた時に契約の効力が消滅するものであること。
- 三 契約の変更又は解除をすることができないものであること。
- 四 担保権利者の申出があったときは、銀行等は、契約が締結されたことを証する文書を担保権利者に交付するものであること。

## ロ 供託との違い

- ・既に銀行等に担保金額以上の預金を有する場合は、銀行等に若干の保証料を支払うほかは現金等を出捐する必要がない。
  - ・預金のない場合には、担保金額と同額の定期預金をさせることが多いが、この場合は通常の銀行利子が付くことになる。  
（現金の供託の場合、担保義務者は現実に現金を出捐しなければならず、被担保債権が確定するまでの間、現金を供託所でごく定率の利子（供3、供規33では0.024%）で凍結することにならない）
- 現在、銀行等は超低金利となっているため、利率等に関するメリットは少ないが、供託所まで現金を運搬するリスクを回避できる点にメリットが認められる。

## ハ 立担保の方法

- ・担保義務者は、「支払保証委託契約による立担保の許可申立書」2通を裁判所に提出する。
- ・契約を締結する銀行等（民保規2に規定されている金融機関）に関し、「保険会社」について、「生命保険会社」は除かれる。  
担保義務者は、契約を締結した旨の証明書の交付を銀行等から受けて、これを裁判所に提出する。

＊契約店舗の制限の有無（債務者が権利行使をする際の不利益の虞の有無）

法文上、地理的制限はなく、発令裁判所の管轄区域外の店舗との契約も認められる。これは、担保権利者が支払請求をする場合、金融機関が契約店舗以外の店舗で必要書類を受け付けた場合でも、契約店舗へ取り次ぐ取り扱い等を取っているため、支障がないと認められるためである。しかし、必ずしも不利益が生じないとは言いきれないことから、管轄区域外での契約締結の場合には、その理由を上申書等で明示すべきである。なお、この場合も債権者は支払保証委託契約を証する書面の提示は発令裁判所に出頭して行わなければならない。

- ③当事者間の特別の契約—担保義務者が、担保権を設定するか保証人を立てる等の契約を締結した場合にはそれに従う（§4但書）が、実務上はほとんどなし。

## 4 保全命令の発令準備及び発令

### (1) 発令準備

- ・決定書の作成は、当事者の提出する目録を利用している。

- ・ボンドによる場合には、担保目録を引用する方法による。
- ・発令準備の際、通常、執行準備（登記嘱託書の作成、催告書の作成等）も同時に行う。なお、登記嘱託書に使用する「登記権利者・義務者目録」を作成するにあたり、数字については多面数字を使用しなければならない。
- ・不動産に対する保全処分の場合、登録免許税(収入印紙)の納付が必要となる

イ 不動産仮差押の場合

- a 請求金額(1000円未満切捨)×4/1000 (100円未満は切捨)
- b 登記所が数カ所におよぶ場合[定率税・定額税納付による方法]
  - ・不動産の個数の最も多い(同数の時には任意の)登記所の分として、上記により算出した額(定率税額)の収入印紙を、他の登記所の分として、不動産1個につき、1500円(定額税額)の収入印紙を納付する(土地・建物は別個に数える。Ex 1筆に2棟なら4500円)。

ロ 不動産仮処分の場合

- a 課税価格(評価額、1000円未満切捨)×4/1000 (100円未満は切捨)
- b 登記所が数カ所におよぶ場合、各登記所ごとに税額を計算する。
- c 物件が複数ある場合には、課税価格の段階で合算して、1000円未満を切り捨てる。

(2) 発令

- ・通常、担保提供の事実が確認できれば、保全命令の発令がなされる。
- ・裁判所としては、保全命令の発令は、担保提供を確認した日に行うべく処理している。
- ・発令後、保全命令正本は、債権者に送達する（§ 17…なお、実務上は受領書を提出して、交付又は普通郵便により送付する場合が多い）

5 執行

(1) 保全執行について

①性質等

民事保全の執行のことを執行保全といい、§ 46により、民執法の総則規定及び強制執行の総則規定が準用されているが、終局的満足の実現を図るための強制執行と比較すると②以下の特徴が見られる。

②執行文の付与不要

迅速性の要請から、執行期間が限定され、その結果、発令とその執行が接着した一連の手続として行われることを予定しているため、その間に当事者の変更が生じることは稀であるため、原則として執行文の付与を要せず、命令正本に基づき直ちに執行を実施し得るものとした(§ 43 I 本文)。但し、「発令」から「執行」までの間に債権者又は債務者に承継があったときは、執行当事者を執行名義上公証するため、例外的に承継執行文の付与を受ける必要がある(同但書)。

③執行期間— § 43 II 債権者に命令送達後 2 週間

イ 趣旨 債務者にとって、発令時点の事情に基づき決定された担保額があまりに日時が立ちすぎると不当に損害を与える虞がある。他方、債権者につき、直ちに執行しない者は保護に値しないため。但し、仮の地位を定める仮処分の場合は執行期間の制限はないと解すべき場合もあり。

ロ 期間の計算 保全命令が債権者に送達された日から進行 (§ 43 II) し、民法の期間の計算に従うので、初日は不算入となる (§ 7、民訴95 I、民140)。

【なお、民執法174IVでは、起算日につき「言い渡された日」又は「送達された日」とされていたが、調書決定の場合(規10)の様には原本なくして言い渡される場合に「言渡時」を基準とすると、執行できないのに執行期間のみ経過することになり債権者に酷となるため、法制定により削除された。】

ハ 執行期間の遵守 2 週間の執行期間内に執行の着手があれば足り、執行が完了することを要しない (ex 第三債務者が不在等で送達未了の間に期間を徒過したとして失効させる

のは、為すべき事を為した債権者に不当な結果になるため)

## ニ 各種保全命令の具体的な執行の着手時期

- a 不動産の仮差押命令 保全執行裁判所が、仮差押の登記の嘱託が発せられたとき
- b 債権仮差押命令 保全執行裁判所が第三債務者に対し仮差押命令を発送したとき
- c 動産仮差押命令 執行官が目的物の差押・搜索等強制行為に出たとき
- d 不動産等に対する処分禁止の仮処分 保全執行裁判所が仮処分の登記等の嘱託が発せられたとき
- e 物の引渡執行、執行官保管を命ずる仮処分 執行官が債務者の占有を解くための強制行為に着手したとき
- f 金銭の仮払を命ずる仮処分 金銭執行の申立時（仮処分命令発令後、債務者が任意に履行しない場合、仮処分命令正本を債務名義として）
- g 妨害物の除去、明渡断行等の代替的作為を命ずる仮処分 裁判所に対し、授權決定を申立てたときと解される（授權決定発令時とすると執行の着手まで相当の期間を要することとなり債権者に酷になるため。但し、「債務者が一定期間内に作為義務を履行しない場合には債権者は代替執行し得る」旨の記載がある場合には、上記一定期間経過後に執行期間の進行が開始し、債権者は現実の執行に着手する必要があると解される）
- h 不代替的作為義務を命ずる仮処分 間接強制を申立てたとき
- i 不作為を命ずる仮処分 執行期間の制限はないと解される（「代替執行や間接強制をなし得るに至ったとき」とした場合、債務者が不作為命令に違反していることを知り且つその証拠収集に要する期間は相当程度となり、債権者に酷となるため）

## ホ 期間経過の場合の処分

- a 経過の有無の判断 裁判所が職権で調査する
- b 経過している場合 執行申立てを却下する
- c 期間経過を看過して保全執行が為された場合 債務者は執行異議を申立ることができる。また債務者は、保全異議又は事情変更による保全取消により、保全命令自体の取消しを求め得る

## ④送達前の執行

- a 民事保全手続の緊急性・密行性の要請から債務者に送達される前でも保全執行をなし得る（§43Ⅲ—債務名義が予め又は同時に債務者に送達されることを要する本執行と異なる）。
- b 実務上は執行終了を確認してから債務者に送達する（原則）。執行官による執行の場合は執行の際、現場で債務者に交付して送達することもある。
- c 執行後、相当期間経過後も送達がされない場合、債務者は執行異議の申立てにより、執行の取消しを求め得る
- d 執行文付与が必要となる場合（§43Ⅰ但書） 執行文等の謄本が相手方に送達されなくても保全執行を実施し得る（§46が民執法29（債務名義等の送達）を準用していないため）が、事後的に送達するのが相当と解される（相手方にとって承継等につき争う利益があるため）。

## ⑤担保の提供

担保を立てることが条件とされている場合は、立担保を証する文書を提出しなければ、保全執行を実施することができない。

## (2) 保全執行の方法—保全執行を行うのは執行機関であり、裁判所又は執行官が行う（法2Ⅱ）

### ①保全命令発令裁判所が執行機関となる場合

- a 不動産の仮差押執行 仮差押の登記をする方法又は強制管理の方法による（§47Ⅰ）
- b 船舶・航空機に対する仮差押の執行 仮差押の登記をする方法又は執行官に対し船舶国籍証書等を取り上げて保全執行裁判所に提出すべきことを命ずる方法による（§48Ⅰ規34）
- c 自動車・建設機械に対する仮差押の執行 仮差押の登録をする方法又は執行官に対し



執行官に対し自動車を取り上げて保管すべき旨を命じる方法による。なお、これらの方法を併用することもできる(規35、39)

d 債権及びその他の財産に対する仮差押の執行 第三債務者に対し債務者への弁済を禁止する命令を発する方法による(§ 50)

e 作為又は不作為 代替執行又は間接強制による(§ 52Ⅱ、民執171、172)

f 不動産の権利及びそれ以外の権利について登記又は登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分の執行 処分禁止の登記又は登録をする方法による(§ 53Ⅰ、54)

g 法人の代表者の職務執行停止の仮処分等の執行 職務執行停止等の登記をする方法による(§ 56)

【上記のうち、aのうち強制管理の方法、bのうち船舶国籍証書等の取上げを命ずる方法、及びcのうち自動車等の取上げを命ずる方法については、保全命令発令以外の裁判所が執行裁判所に、これ以外の場合は発令裁判所が執行裁判所となる。】

## ②執行官が執行機関となる場合

a 動産に対する仮差押執行 執行官が目的物を占有する方法による(§ 49)

b 不動産又は動産を債権者に明け渡す又は引き渡す仮処分の執行 執行官が債務者の目的物に対する占有を解いて又はこれらを取り上げて債権者にその占有を取得させ又は引き渡す方法による(§ 52Ⅰ、民執168、169)

c 不動産又は動産に対する占有移転禁止の仮処分の執行 執行官が債務者の目的物に対する占有を解いてこれを保管し、債務者がその物の占有を移転することが禁止されている旨及びその物を執行官が保管している旨を公示する方法による(§ 62Ⅰ)

## (3) 保全執行の申立

### ①申立行為

イ 原則として書面による申立てを要する(§ 2Ⅱ、規1⑥)

ロ 登記若しくは登録する方法又は第三債務者等に保全命令の送達をする方法による保全執行の場合、保全命令の申立書(§ 2Ⅰ)とは別に、保全執行の申立は要しない(規31但書)

[理由]a発令した裁判所自身が執行裁判所となるため、発令手続きに引き続き執行手続きに移行することが可能であること、b執行内容が命令自体から一義的に明らかで再度の申立が必要ないため[迅速性の要請から]

### ハ 特に執行の申立が必要となるもの

a 不動産に対する強制管理の方法による仮差押執行(§ 47Ⅰ)

b 船舶・航空機に対する船舶国籍証書等の取上げを命ずる方法による仮差押執行(§ 48Ⅰ、規34)

c 自動車・建設機械に対する執行官に対し保管を命ずる方法による仮差押執行(規35、39)

d 動産に対する仮差押の執行(§ 49)

e 不動産又は動産を債権者に明け渡す又は引き渡す仮処分の執行(§ 52Ⅰ、民執168、169)

f 不動産又は動産に対する占有移転禁止の仮処分の執行(§ 62Ⅰ)

※上記のうち、a～cの場合に保全命令発令裁判所の管轄内に対象物が存在するとき、執行裁判所が同一となることがあり得るが、執行開始時に対象物が管轄区域内にあること(cf 本案と不動産所在地の管轄が異なる場合等)を立証して初めて執行機関が定まることから、執行の申立を要する

### ②裁判所書記官による執行

a 登記・登録嘱託によるもの(§ 47Ⅱ、Ⅲ、52Ⅰ等) 保全命令発令後、当然に保全登記が為されることになる[不動産仮差押、不動産処分禁止仮処分、自動車仮差押等]

b 第三債務者に対する決定正本送達の方法によるもの 保全命令発令後、第三債務者に送達する方法で為される[債権仮差押等]

※書記官による執行の場合、保全命令発令日に発送手続を取るべく処理をしているが、郵

便発送時刻が午後4時であるため、担保提供確認が午後遅い時間となる場合、翌日発送となることもあることを承知されたいとのこと

③執行官による執行—動産仮差押、占有移転禁止仮処分、建物明渡断行仮処分等

※執行官による執行の場合、債権者は執行が完了した旨を、発令裁判所にFAXにより連絡する。発令裁判所は、それを確認してから債務者に、保全命令正本の送達を実施する。



2週間とされた。

③対象

- a 申立てを却下する裁判であり、一部却下の裁判についても却下された部分につき即時抗告できる
- b 裁判長の申立書の審査による申立書却下命令(§7、民訴137Ⅲ)については、訴状却下命令の1週間に比し、敢えて2週間を認める合理性がないので、同様に解すべきとされる。

④手続

- a 書面でしなければならない(規1②)
- b 抗告状を原裁判所に提出しなければならない。なお、申立手数料は原則として3,000円
- c 抗告審の訴訟手続は、特段の規定がない限り、第一審の手続による。
- d 必要的債務者審尋事件(§23Ⅳ)について、原審で債務者審尋が行われている場合には、抗告審裁判所は、債務者審尋を経ないで仮処分命令を発することができるかと解される。

⑤裁判

- a 申立に理由があると認めるときは、決定で原決定を取消し、更に保全命令を発し、又は原裁判所に移送する旨の決定をする。
- b 不適法又は理由がないと認めるときは、決定でこれを却下する(実務上、理由がない場合には「棄却」の語が用いられることがある)。
- c 決定には、口頭弁論を経ない場合でも、理由を付さなければならない。
- d 即時抗告を却下する決定については、再抗告することができない(§19Ⅱ)。

(2)保全異議(§ 第三節)

①趣旨

仮差押・仮処分を認容する決定(保全命令)に対して、債務者が同一審級の裁判所に再度審理を求める不服申立のこと(§26)。裁判所は発令時点に立ち返って、保全の要件が存在するか否かを判断したうえで、保全命令を認可し、変更し又は取消すことになる(§32)。

②審理

当事者に対等な手続を保障する観点から、口頭弁論又は当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日を経なければならない(§29)。

③保全執行停止の裁判等(§27)

保全命令に不服のある者が、保全異議の申立をしてもそれだけでは保全執行は停止しないため、厳格な要件の下で保全執行の停止又は既にした執行処分の取消す制度を設けた(が、実務上、執行停止の認められる余地は少ないといわれる)。

a 要件

- ・保全命令の取消の原因となることが明らかな事情があること
- ・保全執行により償うことができない損害を生ずる虞があること

b 効力

保全異議の申立に対する裁判の決定がなされるまでの暫定的なもので、保全異議申立についての決定で、執行停止等の裁判について、取消・変更・許可の裁判がなされ(§27Ⅲ)、これにつき、独立して不服申立をすることはできない。

(3)保全取消(§37～ 第四節)

①趣旨 一定の事情が生じたこと等の場合に、保全命令を発令した同一審級の裁判所に対し、保全命令の取消を求める、債務者の申立て—保全命令の発令そのものの当否を争うものではない(cf 保全異議についての取消決定…発令自体の当否を争ったうえでの裁判)

②種類

イ 本案の不提起等によるもの(§37)

起訴命令に定められた期間内に、債権者が本案訴訟を提起したことを証する書面を提出し

なかった場合

- a 書面の不提出とみなされる場合 書面の提出後に訴えの取下げ、または却下された場合
- b 例外 (的取り扱いが認められる余地がある場合)
  - ・期間の不遵守が債権者の責めに帰すべき事由によらない場合
  - ・債務者の起訴命令申立が、敢えて債権者の長期不在の時期を狙った場合など、濫用的なものと思われる場合

ロ 事情の変更によるもの(§38)

- a 事情変更の意義 保全命令の要件である被保全権利や保全の必要性に関し、現在では発令時とは異なった判断をすべき事実や事情が存在すること
- b 基準時 発令時。よって原則として発令後に生じた事実(「客観的変更」という)に限られるが、発令時点で既に生じていた事実であっても、債務者が当時知ることができずに発令後知に至った場合や、知っていたが疎明する資料がなく、発令後に資料が発見された場合(「主観的変更」という)でも、債務者は不当な保全命令に拘束されるいわれはないので事情の変更に含まれると解される
- c 被保全権利に関する事情の変更例
  - ・被保全権利の消滅(弁済、解除、目的物の消滅、仮処分において債権者が所有権等を喪失した場合等)
  - ・本案訴訟で被保全権利の存在を否定する判決が確定した場合
    - cf1 本案訴訟で被保全権利の存在を否定する判決が未確定の場合—上級審で覆される蓋然性が少ないと認められる場合は事情変更による取消が認められる(通説・判例)
    - cf2 債権者敗訴の理由が期限未到来、条件未成就の場合—被保全権利の存在そのものが否定されたのではないので、事情変更にはあたらない
- d 保全の必要性に関する事情の変更例—発令後に債権者が十分な物的担保を得た場合や債務者が十分な財産を有するに至り、且つ隠匿・処分の虞がなくなった場合など
- e 保全意思の放棄・喪失
  - ・起訴命令を受けている債権者が訴えを取り下げたとき
  - ・被保全権利について裁判上の和解が成立し、その内容から保全命令による利益を債権者が放棄したと認められるとき
  - ・保全執行の可能性の消滅—執行期間の徒過や立担保が条件の事案において債権者が担保を立てない場合等

ハ 仮処分命令により償うことができない損害を生じるおそれがあるとき、その他の特別な事情によるもの(§39)

- ③ 保全異議の規定の準用 当事者に対する手続保証や執行停止の制度(上記(2)②③)等につき、保全異議の規定を準用する(§40)

(4)保全抗告

- ① 趣旨 保全異議・保全取消の申立に対する裁判についての抗告裁判所に対する不服申立制度(上訴・§41)
- ② 手続
  - a 原裁判所に対して申し立てる(§41 I、7、民訴331、同286)
  - b 書面による—抗告状の提出(民保規1⑤)
  - c 期間—保全異議・保全取消の申立についての裁判の送達を受けた日から2週間以内の不変期間内(§41 I 本文)
- ③ 保全異議の規定の準用 当事者に対する手続保証や執行停止の制度(上記(2)②③)等につき、保全異議の規定を準用する(§41 IV、42)
- ④ 再抗告 保全抗告についての裁判に対し、更に抗告することはできない(§41 III)

(5) 取消決定等に対する執行抗告(§46、民執12)

- ・保全執行裁判所のなした執行取消決定に対する不服申立のことだが、執行取消文書の提出に基づく執行取消の場合には執行取消できない(§46、民執40Ⅱ)

ex保全命令の取消の裁判のみでは、執行機関において、保全執行の取消義務が生じないため、執行機関に執行取消文書を提出する(ex 民執39Ⅰ①～④、⑥、なお、同⑦)

→執行取消文書が提出された場合には、執行裁判所が保全執行を行っているときは、理論上執行取消決定をする必要がある

- ・一般に執行取消決定に対しては執行抗告をすることができるが、取消の根拠・内容が確実となる執行取消文書が提出された場合には、執行抗告することができない

※講学上、民執39Ⅰで、同項に掲げる文書が提出された場合、強制執行は停止しなければならない旨規定されているが、①～⑥の文書は執行取消にまで及ぶ、いわゆる執行取消文書であり(民執40Ⅰ)、⑦⑧の文書は、単なる執行停止文書である)。

※cf民執10 (執行抗告) 民事執行手続に関する裁判に対する上訴による不服申立としての抗告で、特別の規定がある場合に限り許される

- ・抗告事由は、原則とし手続的瑕疵であるが、実体法上の事項が執行機関の調査事項となっている限度で実体的瑕疵についても認められる。
- ・当然には執行停止効はなく、執行停止のため仮処分を得る必要があるのが原則

2 その他

- (1) 起訴命令の申立—保全命令の債務者が、発令裁判所に、債権者に対して本案を提起するとともにそれを証する書面を発令裁判所に提出することを申し立てること。

イ 趣旨

暫定的・仮定的措置である保全命令の発令により、財産権の処分禁止等の制限を受けた債務者は、債権者が本案提起をしない場合、いつまでも不利益状態から逃れられないことになり、他方、速やかに本案提起をして権利関係の確定を図るべき債権者がそれを怠っているときは、権利実現の意欲を欠き、民事保全制度を濫用しているとも考えられるため、一定期間内に本案訴訟の提起を証する書面の提出が為されない場合、保全命令を取り消すもの(§37)

ロ 手続等

- a 発令 債務者からの起訴命令申立を受けたときは、発令裁判所は本案訴訟の有無を審査することなく直ちに債権者に対し起訴命令を発しなければならない。
- b 一定期間 通常は1ヶ月(§37Ⅱ 2週間以上規定)
- c 不服申立 起訴命令申立の却下の裁判には抗告することができる(民訴410)が、起訴命令に対しては不服申立はできない。

- (2) 担保物変換

①定義

保全命令に関する手続において提供した担保を、担保提供者の申立に基づく裁判所の決定又は担保提供者と担保権利者との契約によって、他の担保に変換することを認める制度(但し後者による実例はほとんどない)

②趣旨

担保提供者にとって、供託した担保を後日利用・処分する必要が生ずる可能性がある一方、担保権利者にとっては担保価値が同じであれば変換によっても特段の不利益はないため、担保を提供した者は発令裁判所に対し、担保変換の申立をし、発令裁判所の決定によって、担保の変換をすることができるものとされた。

③手続[東京地裁保全部の例による手続の流れ]

- イ 申立人による、担保変換の申立

- ロ 裁判所による、変換すべき担保の提供命令（但し、有価証券の場合には相当性の判断（§4I）等行われる）
- ハ 申立人による、変換すべき担保の提供（一時的に、二重に担保を提供した状態となる）
- ニ 申立人による、変換すべき担保を提供したことの裁判所への証明
- ホ 裁判所による、担保変換決定及び申立人に対する変換決定正本の交付
- ヘ 申立人による、変換決定前の担保の取戻手続

④不服申立等一申立を認容・却下する判断並びに認容する場合の担保金額やその方法は裁判所の裁量によって決すべきものなので、却下決定のみならず、申立と異なる金額・方法による担保変換決定に対しても、申立人及び担保権利者のいずれも不服申立はできないものと解される

### (3) 保全執行取消

#### ① 定義

既にされた保全執行の効果あるいはこれによって現出された状態を排除し、債務者をその拘束から解放することで、保全執行手続は、保全命令手続とは別個独立のものである（cf保全命令一発令裁判所、執行機関-執行裁判所・執行官）ため、保全命令が失効しても当然には失効せず、債権者の意思又は、一定事由に基づく債務者の申立等により、別途取り消される。

#### ② 申立権者

##### イ 債権者

###### a 保全命令の取下げ（発令裁判所が保全執行機関の場合）

- ・債務者の同意なしにいつでも可能（…債務者に何らの不利益もないため）
- ・別途、保全執行申立の取下書の提出は不要一保全命令そのものに保全執行の申立を兼ねていると解されるため

###### b 保全執行申立の取下げ

- ・執行機関（保全執行裁判所・執行官）に、保全執行申立の取下書を提出する。この場合、保全命令は依然として存続する（…担保取消ができない）ため、債権者は発令裁判所に対し、別途保全命令申立の取下書を提出することになる。

- c 処分禁止の仮処分の抹消登記嘱託の申立をする場合（仮処分の債権者が、後に債務者を登記義務者として、仮処分により保全した登記請求権に関する登記を申請する際、債権者は仮処分の効力を援用して、仮処分登記に劣後した登記の抹消を申請でき（不登146/2 I、146/3 I）、その場合、登記官は職権でその仮処分登記を抹消することになる（不登146/2 III、146/3 II）が、劣後する登記がない場合には債権者が仮処分の効力を援用したか明らかではないため、債権者は保全執行裁判所に対し、処分禁止の登記の抹消の嘱託を申し立てることができる（規48）

##### ロ 債務者

###### a 解放金の供託 保全命令に解放金の記載がある場合

- ・同額の金銭を供託して保全執行裁判所に対し、執行取消を申し立てる（§51 I、57 I）
- ・供託手続一発令裁判所又は保全執行裁判所を管轄する地方裁判所の管轄区域内の供託所
- ・供託の事実や供託書の記載等を審査し、誤りがなければ執行取消決定が発せられ、即時に効力を生ずるため、（執行機関たる）裁判所は確定を待たずに執行を取り消し、執行官が執行機関の場合は、債務者が取消決定正本を提出して、執行処分の取消を求める。

###### b 執行取消文書による場合

- ・債務者からの執行取消の申立書と共に提出することで執行取消決定をし、且つ決定を当事者双方に告知する（規31、民執規2 I ③）
- ・「保全執行しない」旨の記載一裁判上の和解等による調書、保全命令の取下げを証する書記官作成の文書等

- c 債権者が担保の追納をしなかった場合等 保全執行続行の条件として、一定期間内に提供を命ぜられた追加担保を納付したことを証する書面、債権者が提出しなかった場合、保全機関は、既にした執行処分を取り消す（§44 II）。

- ・ 事情変更による取消の申立よりも、担保不提供という事実のみなので、債務者の負担が軽減される
- d 保全命令取消決定 (同正本一執行取消文書(§ 46、民執 40 I、39 I ①))

ハ 債権者及び債務者以外の者

- a 保全執行に対する第三者異議訴訟の原告(保全執行における第三者)が勝訴判決を得た場合

- ・ 第三者異議訴訟の執行力ある判決正本一執行取消文書(§ 46、民執 40 I、39 I ①)
- ・ 勝訴者(第三者)から執行取消の申立書と共に提出一執行取消決定をし、且つ決定を当事者双方に告知する(規31、民執規2 I ③)

- b 債務者に破産宣告がなされた場合

- ・ 保全執行は、破産財団との関係で失効する(§ 42 I)ので、失効解放手続きをとる必要はない

・ 実務では、債権者や第三債務者が破産の事実を知らずに無用の手続きをとらないように破産管財人の上申を待って破産の事実を通知する取り扱いをすること

・ 同時廃止事案の場合、当然には失効せず、再生債務者からの保全処分中止、取消を求める旨の上申があった場合、中止、取消決定を行ったうえで、債権者、債務者、第三債務者に送達する取り扱いをしていること

- c 民事再生手続において、民事保全法に基づく保全処分中止命令及び取消命令を受けた場合

- ・ 東京地裁では、再生債務者からの保全処分中止、取消を求める旨の上申があった場合、中止、取消決定を行ったうえで、債権者、債務者、第三債務者に送達する取り扱いをしていること

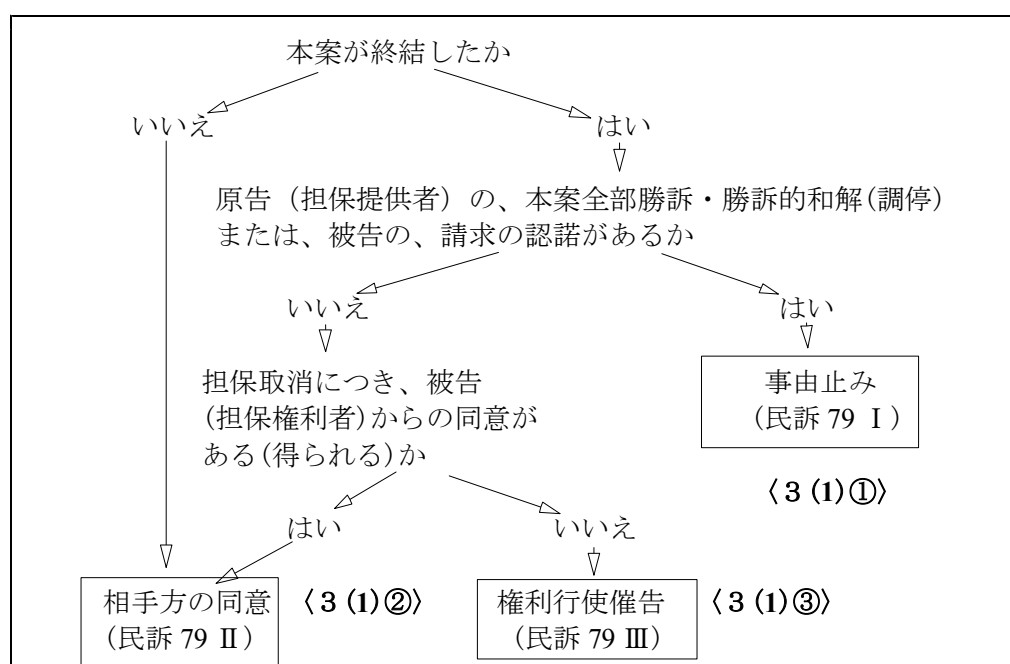


## VII 担保取消・取戻（手続）

- 1 定義：保全命令を得るために担保を立てた債権者及び第三債務者（一担保提供者）が、その担保を取り戻すための手続のこと
- 2 趣旨：保全命令は、通常、申立人（債権者）に担保を提供をさせてから発令されるが、それは、もし保全執行が違法・不当だったこと（…被保全権利や保全の必要性がなかったのに発令・執行された場合や執行手続きに違法があった場合など）により相手方（債務者）が損害を被った場合に、填補する賠償金に充てるためであり、他方、担保提供者としては、提供した担保資金は動かせないことになる。  
そのため、債務者に損害が生じなくなる虞がなくなったときには、担保提供者に担保資金の返すことを認める制度が担保取消・取戻制度である。

### 3 種類

図6 担保取消の種類



#### (1) 担保取消 (§ 4 II 民訴79)

次のいずれかに該当することを担保提供者が証明したときに、裁判所が担保取消決定をするもの

##### ① 担保事由が消滅した場合（…「事由止み」と言われる）

###### イ 意義

被担保債権である相手方（債務者）の損害賠償請求権の不存在が確定し、担保を提供しておく必要性が消滅したこと（ex 債務者の100万円の預金債権を仮差押したうえで、100万円を請求する本案訴訟を提起した結果、100万円全額につき勝訴判決が確定した等）

###### ロ 実務上の注意

- ・債権者が本案訴訟で被保全権利の一部につき勝訴判決を得た場合、残余部分に関する保全命令の執行は正当と評価されず、担保の事由が止んだとは言えない（ex 上記の例で、100万円の請求に対し、80万円に付き認容した判決が出た場合、20万円部分については債務者に損害が生じている可能性があるため）
- ・その他、本案訴訟における和解のとき包括的清算条項（「当事者間に本和解条項に定めるほか、何ら債権債務関係はない」との文言）がある場合の取り扱い等、個々の事案での検討を要する。

- ・仮執行宣言付支払督促が確定した場合、確定後も債務者は請求異議の訴えを提起して全面的に争うことができるため、被担保債権の不存在が確実に言ったとは言えないので、この場合は不可（→権利行使催告の方法によることになる）

ハ 取消事由を証する書面

- a 債権者の本案全部勝訴の判決正本の写し(正本照合の手続をする)又は謄本、及び確定証明書
- b 債務者(被告)の請求の認諾、又は全面的に勝訴したと同じ内容の和解若しくは調停の各調書の正本の写し(正本照合の手続をする)又は謄本

② 担保権利者(債務者)の同意を得た場合

イ 意義

同意したことにより、担保債権者がその担保に対する権利を放棄する意思表示をしたものと解され、担保消滅事由の存在に関係なく且つ本案提起前後を問わず、担保取消決定ができる

ロ 実務上の注意

本案訴訟での和解が成立する場合に、実務上、和解条項中に担保取消につき同意する旨の記載がなされることが多いが、第三者が担保を提供して場合には、その第三者に対して同意する旨の記載がなされなければならない

ハ 取消事由を証する書面

同意は担保権利者本人又はその代理人が書面により行い(同意書の提出)、真正なものであることを証する必要がある

- a 共通のものー1枚で下記の事項が記載されている書面を使用する場合もある
  - ・同意書(但し本人による場合は実印を押捺する)
  - ・即時抗告権放棄の上申書
  - ・担保取消決定正本受領書
- b 担保権利者本人が手続をする場合
  - ・印鑑証明書
- c 代理人による場合
  - ・委任状…保全命令発令時とは別の特別委任を要し、担保取消の同意及び即時抗告権の放棄に関する委任文言の記載が必要

③ 担保権利者(債務者)に対する権利行使の催告による場合(同意擬制)

イ 意義

訴訟の完結後に、裁判所が担保権利者に対し、一定の期間内にその権利を行使するよう催告し、その期間内に担保権利者が権利行使をしなかった場合には、担保取消に同意したものとみなして、担保提供者が担保取消決定を得て担保物の取り戻しを認めたもの

ロ 「訴訟の完結」とは

- a 保全事件及び本案訴訟も終了し、担保権利者の損害賠償請求権の発生する範囲および額が確定し、その権利行使に特段の支障がない状態になった場合のこと
- b 本案訴訟が提起された場合ー債権者の全部又は一部敗訴判決が確定したとき、債権者の請求の放棄または訴えの取下げがあったとき、債権者(原告)の敗訴的和解・調停等があつて執行が解放されたとき
- c 本案未提起の場合ー債権者が保全命令を取下げがあったとき、保全命令取消決定により保全執行が解放されたとき

ハ 権利行使の催告期間

催告書到達の日から14日以内に訴え提起等、権利行使に着手し、その旨を遅くとも期間

満了後 5 日以内に裁判所に届け出る様にとの内容の催告書を債務者に送達する。

ニ 取消事由を証する書面ー以下のいずれかの書面を要する

- a 本案全部又は一部敗訴判決正本の写し又は謄本及び判決確定証明書
- b 訴えの取下げにより訴訟が終了した場合には、訴状を添付した訴え取下げ証明書
- c 請求の放棄、敗訴的和解又は調停の各調書の正本の写し又は謄本
- d 本案訴訟未提起の場合には、その旨を記載した上申書

(2)担保取戻

未執行等、債務者に損害が生じないことが明らかな場合や、担保権利者（債務者）が担保取戻請求権を承継した等、債務者に不服申立の機会を与える意味がない場合に、担保取消手続によらずに簡易な取り戻し手続を認めたもの

4 担保取消の手續(代理人による場合)

図10 手續図

機関等	手續			必要・関係書類等	備考(注意点等)
	事由止み [止み]	同意 [同意]	権利行使催告 [催告]		
被告(担保権利者)		同意書をもらう		裁判外の同意の場合、A、B、Q(※1)、R(※2)、D(※3)	※1 代理人がついている場合、 ※2 代理人がついていない場合、 ※3 法人の場合
裁判所 保全係			担保取消申立	F、C、G(2通、1枚に150円の印紙貼付)、N、Pほかに [止み]E・H及びI・Oのいずれか+郵券I [同意:裁判外]上記A・B・Q又はR [同意:裁判上]E+郵券II [催告:裁判上]H・I又はE、+郵券III [催告:取下]J+郵券III [催告:不提訴]K+郵券III	※4 郵便事情等を考慮し、通常は1ヶ月程度
[保全係→相手方への決定正本]	送達する→相手方即時抗告が可能(抗告期間(1週間)経過後)	①受書提出→送付されず ②非提出→告知※5	[事由止み]の場合と同様に		※5 横浜地裁本庁の場合(送達の取扱をする所もあり)。なお、抗告権は放棄しているので直ちに確定する。
保全係→申立人			担保取消決定		
供託所			確定	N(申立時に証明書と共に提出していれば不要) L・M・Q(本人が手続すれば不要)、D(法人の場合) R(※7)	※6 通常は抗告書提出の郵便事情等を考慮して確定後3日程度経過 ※7 委任状に押印する
			供託原因消滅証明書交付※6		
			供託金取戻手續		
			日銀小切手による払い渡し		

必要書類

A 同意書	B 即時抗告権放棄書	C 担保取消決定正本受領書
D 資格証明	E 和解(調停)調書及びその写し	F 担保取消申立書
G 供託原因消滅証明申請書	H 判決正本及びその写し	I 判決確定証明書
J 取下により本案が終了したことの証明書	K 本案不提起の上申書	N 受書
L 供託物払渡請求書	M 供託原因消滅証明書	
O 認諾調書及びその写し	P 90円を貼付した返信用封筒(取りに行く場合は不要)	
Q 委任状	R 印鑑登録証明書(A・Bには実印を使用する)	

郵券組合せ

- I 被申立人1名につき、1050円1組(ex[止み]担保権利者に対し決定正本送達のため)
- II 同、90円1組(ex[同意:裁判上]担保権利者に対し決定を告知するため、cf[同意:裁判外]既に了知しており、告知も不要)
- III 同、1050円2組(ex[催告]特別送達2回分(権利行使の催告書+決定正本))

(1) 申立権者と管轄裁判所

①申立権者－担保提供者又はその承継人、また担保提供者の債権者は債権者代位権(民423)により申立ができるものと解される。

②管轄裁判所－担保提供命令を発した裁判所に限られる

(2) 申立の方式[横浜地裁本庁]－実務上、書面でなすこととされる

①共通のもの

イ 申立書

a 申立手数料は不要

b 手続の便宜上、電話番号・FAX番号を記入する

cf 「被申立人の同意」「権利行使催告」については、決定までに相手方(担保権利者)一定の行為・手続が必要となるが、「事由止み」は申立人のみの行為で足りる

ロ 供託(又は支払保証委託)原因消滅証明申請書 2通(うち1通に証明手数料として150円の収入印紙を貼付)

ハ 90円切手を貼った申立人代理人宛て封筒(上記ロ送付用…出頭する場合は不要)

ニ 供託(又は支払保証委託)原因消滅証明書受領書

②添付書類等…「正本及び写し」については、正本は返却される

イ 事由止み[共通] 郵券－被申立人1名につき1050円

a 本案全部勝訴－判決正本及び写し、判決確定証明書

b 全部勝訴的和解・調停成立－和解・調停調書正本及び写し

ロ 担保権利者の同意

a 同意書による場合－債権者の担保取消決定正本受領書のほかに、債務者(担保権利者)又はその代理人弁護士による次の書類

同意書(担保権利者本人の場合は実印によること)、即時抗告権放棄の上申書、担保取消決定正本受領書、印鑑登録証明書(代理人弁護士による場合は不要)、委任状(代理人弁護士による場合)

b 和解調書等の同意条項による場合－和解・調停調書正本及び写し、郵券(被申立人1名につき90円)

ハ 権利行使催告[共通] 保全事件の取下書、執行の解放証明書(占有移転仮処分の場合等、執行官作成)、郵券(被申立人1名につき1050円2組)

a 本案全部・一部敗訴－判決正本及び写し、判決確定証明書

b 不利内容の和解等－和解・調停調書正本及び写し

c 本案訴訟取下一本案取下証明書(訴状の写しを添付)

d 本案不提起－本案不提起の旨を記載した上申書

(3) 担保取戻手続について

供託(または支払保証委託)原因消滅証明書の代わりに、担保取戻許可申立書を2通作成(収入印紙は不要)し、1通が許可書として戻ってくる。執行官が行うべき事件等で執行官が着手しなかったことの証明が求められる場合もある。

(4) その後の手続

①供託

供託した供託所に

供託原因消滅証明書、(払渡請求に関する)委任状、確認請求を受けた委任状、印鑑(不要?)

・確認請求のない場合は実印による委任状、及び印鑑証明書が必要となる

・供託書正本(供託した際作成したもの)は不要となったとのこと(法務局備え付けパンフに

- よる)
- ・住所や氏名等の変更を伴う場合には住民票等の書類が必要となる
  - ・法人の場合には、資格証明書(作成後3ヶ月以内のもの)が必要…但し法人登記と供託所が同一の法務局の場合、法人登記部門への確認手続で購入が不要となる場合も
- ↓
- 小切手の交付を受ける

## ②支払保証委託契約(ボンド)

支払保証委託契約消滅証明書を用意して、支払保証を委託した金融機関に対して、委託契約の消滅手続きを求めることになる(なお、消滅申請書等の書類については事前に各金融機関に確認しておくが良い)

## VIII (参考) DV防止法に基づく保護命令手続

### (1) 法制定の趣旨

いわゆるDV防止法とは平成13年に成立した、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」のことで、その前文では「人権の擁護と男女平等の実現を図るためには、配偶者からの暴力を防止し、被害者を保護するための施策を講ずることが必要であり)…配偶者からの暴力に係る通報、相談、保護、自立支援等の体制を整備することにより、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護を図るため」にこの法律を制定した旨をうたっている。

※平成16年に改正法が成立したことから一部変更有り(二重下線部分→※)

### (2) 定義

同法1条では、定義として「配偶者からの暴力」及び「被害者」を規定している。

#### ①「配偶者からの暴力」(1項)

配偶者(婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。以下同じ。)からの身体に対する不法な攻撃であって生命又は身体に危害を及ぼすものをいう

a 具体的には、刑法上、暴行罪又は傷害罪にあたる行為が該当する

(cf刑法208「暴行」の定義：人の身体に対する有形力の不法な行使)

b 生命・身体に対する不法な攻撃に当たらない性的暴力(避妊に協力しないこと、見たくないポルノビデオを見せること等)や精神的暴力(完全に無視すること、人格を否定する様な暴言を吐くこと等)は本条の暴力には含まれない。

※配偶者からの暴力については、「配偶者からの身体に対する暴力(配偶者からの身体に対する不法な攻撃であって、生命または身体に危害を及ぼすもの)又はこれに準ずる心身に有害な影響を及ぼす言動」と定義が拡大した

#### ②「被害者」(2項)

配偶者からの暴力を受けた者(配偶者からの暴力を受けた後婚姻を解消した者であって、当該配偶者であった者から引き続き生命又は身体に危害を受けるおそれがあるものを含む。)をいう。

a 事実婚の相手方(内縁関係にある者)についても、婚姻の届出の有無に違いがあるだけで、実体としては法律婚とは変わりがなく、また第三者に相談しにくく、外部にも発覚し難い等の特徴は法律婚の配偶者と共通するため事実婚の相手方も同法の対象としたものと解される

b 元配偶者(但しc)、恋人、元恋人からの暴力は、一般の暴力と異なることから、同法による保護の対象とはならず、刑法やいわゆるストーカー防止法等他の法令により保護が図られることになる。

c 婚姻中に配偶者から暴力を受け、その後、婚姻を解消したが、当該配偶者であった者から引き続きその状態が継続し、その者の生命又は身体に危害を加えられる虞があるものについては、同法の「被害者」に含まれる。

### (3) 保護命令の種類(§10)

#### ①接近禁止命令(同1号)

命令の効力が生じた日から起算して6ヶ月間、被害者の住居(当該配偶者とともに生活の本拠としている住居を除く。以下同じ)その他の場所において被害者の身边につきまとい、又は被害者の住居、勤務先その他通常所在する場所の付近をはいかいすることを命ずるもの

a 「つきまとい」：しつこく被害者の行動に追従すること

b 「はいかい」：正当な理由なくうろつくこと

※一定の要件の下で、被害者の子への接近禁止命令を発する規定を新設した

ex 配偶者が、幼年の子を連れ去ることで、その子の身上監護のため被害者が自ら配偶者に会いに行かざるを得なくなる等

## ②退去命令(同2号)

命令の効力が生じた日から起算して2週間、被害者とともに生活の本拠としている住居から退去することを命じるもの

a 申立時に被害者及び配偶者が生活の本拠をともにする場合に限り発令される(§10但書)

b 被害者が婦人センターに一時保護されている場合や実家に緊急に避難している場合でも、常態として生活の本拠を共にしていれば足りる。

c 2週間—配偶者の居住権・財産権の行使に制限を加えるものであるため、制限は必要最小限度にとどめ、他方、被害者はその期間中に必要な荷物等を整理し運び出す等、配偶者との別居を可能にすることを予定したものと思われる。

※・2ヶ月に伸長—2週間では、新たな転居先確保等の期間として十分でないことから

・はいかい行為も禁止する旨を規定

## ③申立類型—併せての申立も可能

a 接近禁止命令の申立のみ

b 退去命令の申立のみ

c 接近禁止命令及び退去命令の申立

## ④両命令の相違点

イ 保護命令の取消—接近禁止命令にのみ(DV17 I)

退去命令は2週間と短いため(必要性が少なく、2週間以内に保護命令の必要がなくなるといふ事態はあまり考えられない)

ロ 再度の申立(同一事実を理由とする)—接近禁止命令に限り申立て可(DV18 I)

再度の退去命令を認めることは相手方の居住の自由(憲22)や財産権(憲29)の保障との関係で問題があり、期間を2週間と定めた趣旨を没却しかねない(既に発令された退去命令期間中に被害者は引越等が可能であり、通常は認めにくいと思われるとのこと)。

※退去命令の再度の申立についても、被害者に責めに帰する事由なく、退去命令発効から2ヶ月以内に転居等完了することが出来ない場合等、再度発令する必要があると認められる場合に可能

## ⑤効力発生時期(DV15 II)

a 相手方に対する決定正本の送達

b 相手方が出頭した口頭弁論若しくは審尋期日における言渡し

\*東京地裁では退去命令は言渡しによるが、告知を受けた者も退去のための時間的余裕を与えられてしかるべき(退去準備のため…身の回り品のとりまとめ等)

→被害者としては、退去前の相手方に遭遇して不慮の事故に遭わぬよう申立代理人・警察等の援助を受け、相手方が退去したことを確認したうえで帰宅することが望ましい。

## (4) 保護命令の取消(DV17 I)

### ①制度趣旨

保護命令発令後、申立人と相手方との間で新たな信頼関係が構築される等、発令時と異なった事情が生じ得ること、また相手方としては、発令により行動の自由につき一定の制約を受けるため、取消を認めることにつき法的利益を有するため規定された

②取消の対象－接近禁止命令

cf退去命令を内容とする保護命令は、有効期間が2週間に止まり、取消を認める必要性が少なく、2週間以内に、保護命令の必要性がなくなる事情の変更が想定できないため、認められない。

③取消の申立人

イ 保護命令の申立人による場合

- a 時期的制限なし→いつでも求め得る。
- b 申立は書面による(記載事項は保護命令規則9Ⅱに規定)

ロ 相手方による場合

- a 保護命令の効力発生後、3ヶ月経過したこと且つ
- b 保護命令申立人に異議がないことを裁判所が確認したことを要する

**参考文献**

- ・きんざい 民事保全の実務(上下)
- ・青林書院 [青林法律相談11]仮差押・仮処分の法律相談
- ・新日本法規 保全処分の申立・処分事例集
- ・民事法研究会 書式民事保全の実務
- ・有斐閣ブックス 民事執行法講義
- ・法律事務員のための全訂版実務ハンドブック 3 民事保全編
- ・平成16年10月6日実施 弁護士会主催研修会レジュメ
- ・田村氏(東京南部L/O事務職員)作成レジュメ
- ・三浦氏(旬報L/O)作成レジュメ
- ・判例タイムズ No.1157 改正DV防止法2