

後の賃借権の内容を買受人に主張することができない。また、賃借人に有利な内容の変更登記を付記登記で申請する場合は、利害関係人の承諾書を添付する必要があり（不登66条）、同意を与えた抵当権者はこの利害関係人に該当し、その承諾書を添付する必要がある。なお、抵当権者の同意後における賃借権の譲渡又は転貸については、抵当権者は法律上の利害関係を有する者ではないので、その旨の付記登記の申請については、抵当権者の承諾書を添付する必要はないと考えられる（道垣内ほか「新しい担保・執行制度〔補訂〕」71頁は、抵当権者の同意が必要とする。）（谷口ほか「改正担保執行法の解説」44頁（注34）、道垣内ほか「新しい担保・執行制度〔補訂〕」68頁～71頁、照屋敦・金法1712号36頁、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」348頁(2)、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」248頁・249頁）。

賃借権の内容を賃借人に不利に変更する場合（賃料の増額等）は、その不利な合意等について、賃借人は当事者となり、変更登記の有無に関わらず、競売による買受人からのその内容の主張を拒むことができない（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」348頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」249頁）。

(c) 土地賃借権の抵当権者の同意による対抗力の付与と民法  
389条の一括競売〔抵当地上の建物の競売〕

この抵当権者の同意による賃借権に対する対抗力の付与は、建物だけでなく、土地についても認められ、この同意による対抗力を取得した賃借人が土地抵当権設定後に築造した建物は、前記 a で述べた平成15年の民法等の改正後の民法389条による一括競売〔抵当地上の建物の競売〕の対象とすることはできない（道垣内ほか「新しい担保・執行制度〔補訂〕」68頁・79頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」249頁(ウ)）。

c 明渡猶予制度

(a) 明渡猶予制度

前記 a で述べた平成15年の民法等の改正により、短期賃借権制度の廃止とともに、抵当権に対抗できない賃借権により建物を占有する者でも、競売手続の開始〔差押え〕前より使用収益をしている者又は強制管理・担保不動産収益執行の管理人が競売手続の開始〔差押え〕後にした賃借権により使用・

収益をなす者〔抵当建物使用者〕に対しては、建物の競売によりその所有権が買受人に移転した時から6か月間の明渡猶予期間を与えるものとされた〔明渡猶予制度〕（民395条1項）。この明渡猶予制度の保護を受ける者は、競売建物の買受人への所有権移転時点（代金納付時）において現実に競売建物を使用又は収益していた者ということになる（谷口ほか「改正担保執行法の解説」35頁～37頁、谷口園恵ほか・NBL771号55頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」249頁）。

ただ、買受人の買受時（代金納付による所有権移転の時）より後に、前記抵当建物使用者に対し、相当の期間を定めて建物使用の対価1か月分以上の支払を催告し、その相当の期間内に履行がないときは、前記明渡猶予制度の適用がない（民395条2項）（園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」249頁・250頁）。

#### (b) 明渡猶予期間中の法律関係

民法395条1項の明渡猶予の規定は、買受人に占有権原を対抗できない建物占有者〔抵当建物使用者〕に対して、賃借権その他の占有権原を付与するものではなく、買受人との関係において、明渡義務の履行に実体法上の期限の猶予を与えたものにすぎない。そのため、買受人は、明渡猶予期間中の抵当建物使用者に対して、基本的には何らの義務を負うものではなく、抵当建物使用者は、前所有者に対する敷金返還請求権その他の債権と買受人に対する使用の対価支払義務との相殺を主張することはできない。また、明渡猶予期間中の抵当建物使用者は、買受人に対して、建物を使用したことの対価を支払う義務を負うことになり、この対価の法的性質は、不当利得金である（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」340頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」250頁(イ)）。

#### (c) 賃貸借の更新と明渡猶予制度

差押後に建物賃貸借契約が更新された場合も、民法395条1項の要件を満たす限り、明渡猶予制度の適用があると解される（西岡清一郎・自由と正義54巻9号63頁、池田光宏ほか・ジュリスト1261号45頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」250頁(ウ)）。

## (d) 仮差押えと明渡猶予制度

仮差押えと明渡猶予制度(民395条)の関係については、競売による差押えと同様に考えてよいとする説〔明渡猶予制度適用否定説〕もある。しかし、仮差押えと明渡猶予制度の関係については、処分制限効への抵触の有無で決すべき問題ではなく、民法395条1項に規定する保護要件に該当するかどうかにより判断すべきであり、同項は、「競売手続の開始前から使用又は収益をする者」(民395条1項1号)とするのみである以上、仮差押後であっても、競売手続開始前からの賃貸借に基づく占有者であれば、明渡猶予の対象となると考えられる〔明渡猶予制度適用肯定説〕(東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」336頁イ・353頁3、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル(申立・売却準備)」250頁(エ))。

※(適用肯定説)一谷口園恵・新民事執行実務3号64頁、阪本・東京地裁「競売申立の実務と記載例〔全訂3版〕」62頁※4、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」336頁・354頁

(適用否定説)一畑一郎・判タ1123号5頁※5、内田義厚・判タ1149号44頁、宮崎謙・判タ1174号6頁

## (e) 滞納処分による差押えと明渡猶予制度

滞納処分による差押後に設定された賃借権については、当該賃借権について民事執行法59条2項の類推適用により売却によって効力を失うとして、当該賃借権に占有者への引渡命令を認めた最高裁平成12年3月16日決定(民集54巻3号1116頁・判時1708号120頁・判タ1028号182頁)の考え方からすると、明渡猶予制度の適用はないとも考えられる〔明渡猶予制度適用否定説〕。しかし、建物の明渡猶予制度は、抵当権に後れて対抗要件を備えた賃借権は全て売却により消滅するものとしつつ、一定の保護要件を満たす占有者に6か月の明渡猶予を与えるものであって、民法旧395条の短期賃借権の保護とは異なり、賃借権の存続を認めるものではないから、滞納処分による差押えの処分制限効の有無についての議論は、この制度による明渡猶予を与えるかどうかの結論には直結しないと考えられる。そして、明渡猶予の対象となるかどうかは、端的に民法395条1項に規定する保護要件に該当するかどうかによって判断すべきであり、同項は「競売手続の開始前から使用又は収益する者」(民395条1項1号)とするのみである以上、滞納処分による差押後であっても、競売手続開始前

からの賃借権に基づく占有者であれば、明渡猶予の対象となると考えられる〔明渡猶予制度適用肯定説〕（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産（上）」336頁ア・353頁3、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」251頁（オ））。

※（適用肯定説）一谷口園恵・新民事執行実務3号64頁、阪本・東京地裁「競売申立の実務と記載例〔全訂3版〕」62頁※4、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産（上）」336頁ア・354頁・「同（下）」127頁・128頁、東京高決平25.4.16判タ1392号340頁

（適用否定説）一畑一郎・判タ1123号5頁※5、内田義厚・判タ1149号44頁、山野目章夫・新民事執行実務3号37頁・38頁、宮崎謙・判タ1174号6頁

#### （f） 定期建物賃貸借等と明渡猶予制度

更新があり得ない定期建物賃貸借等（借地借家38条～40条）については、期間満了前であれば、その範囲内で明渡猶予制度（民395条）の適用があるが、期間満了後には明渡猶予制度の適用はないと解すべきである（畑一郎・判タ1123号8頁、池田光宏ほか・判タ1261号45頁・46頁、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産（上）」368頁（4）、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」251頁（カ））。

6か月の明渡猶予期間（民395条1項）中に定期建物賃貸借（借地借家38条）の期間満了日が到来する場合であっても、6か月という猶予期間に変更はないものと解される。代金納付までに期間が満了する定期建物賃貸借で、期間が1年未満（終了通知は不要）であるか、又は、有効に終了通知がされていて、賃貸人が賃借人に対し期間満了による賃貸借の終了を対抗できるとき（借地借家38条4項）には、明渡猶予の適用はないと解される。これに対し、代金納付の時点において、定期建物賃貸借の期間は満了しているが終了通知がないか、通知期間（借地借家38条4項）経過後に終了通知がされたが6か月が経過していないため、賃貸人が賃借人に賃貸借終了を対抗できない状態である場合、その裏返しとして、賃借人は、賃貸人に対して賃貸借契約上の一切の権利を主張することのできる立場にあり、賃貸人との関係では、賃貸借により建物を使用収益しているということができ、明渡猶予の適用を認めてもよいと思われる（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産（上）」368頁、鷹野旭・新民事執行実務13号89頁）。

#### （g） 一時使用目的の建物賃貸借と明渡猶予制度

一時使用目的の建物賃借人については、借地借家法の適用がないこと（借地借家40条）などから明渡猶予制度の適用を否定する考え方もあるが、条文上

賃貸借の種類に制限がないことなどを理由に、明渡猶予制度の適用を肯定することができると思われる（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」339頁(オ)、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」252頁(キ)）。

#### (h) 建物未登記所有者からの賃借権と明渡猶予制度

転借人の占有権原の引受けの有無については原賃借人の占有権原の引受けの有無で決せられるとする親亀子亀理論と同様に考えて、明渡猶予制度の適用を否定する考え方もあるが、建物未登記所有者が競売手続開始前に所有権を取得していた者である場合には、正常な賃借人を保護する明渡猶予制度の趣旨から考えて、明渡猶予制度の適用を肯定できると思われる（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」339頁(カ)、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」252頁(ク)）。

#### (i) 建物の駐車場の賃貸借等と明渡猶予制度

区分所有建物として登記されている一区画を駐車場として賃借しているときは、そのような占有では独占的・排他的支配が可能であるとはいえないので、建物を使用する賃借人の保護を目的とする明渡猶予制度の適用はないと考えられる。ビルの屋上部分についてのアンテナ設備のための賃借権等についても、同様に、独占的・排他的支配が可能であるとはいえないので、建物を使用する賃借人の保護を目的とする明渡猶予制度の適用はないと考えられる（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」340頁(ク)、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」252頁(ケ)）。

#### (j) 所有者及び所有者に準ずる者と明渡猶予制度

所有者及び所有者に準ずる者については、建物賃借権について認められる明渡猶予制度の適用はないと解すべきである（東京地裁・さんまエクスプレス17回（金法1671号）39頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」252頁(コ)）。

#### (k) 実行抵当権又は実行外抵当権の債務者と明渡猶予制度

実行された抵当権の債務者は、信義則上、占有権原を主張することはできず、所有者と同視できると考えられ、明渡猶予制度の適用はないと考えられる（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」339頁a、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」252頁）。

賃借人の債務が債務不履行状態にあると認められる場合には、当該抵当権

に基づいて競売手続が進行する可能性があるので、明渡猶予制度の適用を否定すべきである（東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」339頁b、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」253頁）。

### (1) 非正常賃借権と明渡猶予制度

従前、非正常賃借権とされてきたものには、大きく分けて、次のものがある（園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」253頁）。

#### ① 執行妨害目的の賃借権

#### ② 信義則上否認されるべき賃借権（小規模閉鎖会社所有の建物を当該会社の代表者が賃借している場合等）

#### ③ 債権回収目的の賃借権

①については、短期賃借権制度が執行妨害の契機となっているのではないかということから平成15年の法改正がなされた趣旨から考えて、明渡猶予制度の適用はないと考えられる。②についても、信義則上所有者と同視すべき者であるから、所有者と同様に明渡猶予制度の適用はないと考えられる。③については、短期賃借権制度が廃止され、当該賃借権が買受人の引受けとならない以上、明渡猶予制度が適用されても、賃借人は賃料の前払があっても賃料相当損害金を支払わなければならない、敷金の差し入れがあっても敷金返還請求権を行使できないので、目的不動産が本来の用法に従って利用されている以上、債権回収目的の賃借権に明渡猶予制度を適用しても差し支えないと思われる。ただ、実務上、債権回収目的には執行妨害目的が併存していることが少なくなく（債権回収目的が執行妨害目的の徴表の1つと考えられる。）、結局、明渡猶予制度が適用されない事例が多いと思われる（東京地裁・さんまエクスプレス17回（金法1671号）39頁・40頁、畑一郎・判タ1123号6頁～8頁、小池一利・判タ1135号27頁・28頁、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」337頁3、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」253頁）。

### (m) 建物使用者の費用償還請求権及び留置権の行使

支出した必要費・有益費等の費用償還請求権は、賃借人の費用償還請求権の規定である民法608条ではなく占有者の費用償還請求権の規定である民法196条によることになり、また、明渡猶予制度の趣旨から考えて、民法295条2項の類推適用により、その費用償還請求権を被担保債権とする留置権を行

使用することはできないと解すべきである（池田光宏ほか・ジュリスト1261号44頁，遠藤ほか「新版平成16年担保・執行法の要点」168頁・169頁，園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」253頁・254頁）。

抵当権者に対抗できない賃借権者である抵当建物使用者（民395条）が，前所有者に対する敷金返還請求権を被担保債権として，賃借物件である競売建物について留置権を行使できるかということも問題となるが，対抗要件に基づく優劣の決定関係を無にしないために，抵当権者に対抗できない建物使用者には，敷金返還請求権を被担保債権とする留置権は認められないと解すべきである（最判昭43. 11. 21民集22巻12号2765頁・判時544号37頁・判タ229号144頁）（道垣内ほか「新しい担保・執行制度〔補訂〕」60頁・61頁，園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」254頁）。

#### (n) 転借人と明渡猶予

転借人は，原賃借人の賃借権に基づいて買受人に対して占有権原を主張できるのであり，売却により効力を失うのも原賃借権であることから，明渡猶予により保護されるべき者も原賃借人であって，転借人が，原賃借人とは別に独立して明渡猶予の保護を受けることはなく，転借人は，原賃借人が明渡猶予を受ける者である場合に，原賃借人と同様に主張ができるだけである（東京地裁・さんまエクスプレス36回（金法1798号）24頁I，東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産（上）」336頁（ア），園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」254頁（セ））。

#### d 短期賃借権制度廃止の時期～経過措置

前記 a（160頁）で述べた平成15年の民法等の改正法施行（平成16年4月1日）の際現に存する抵当不動産の賃借権（同改正法施行後に更新されたものも含む。）で，最先の抵当権登記後に対抗要件を備えた民法602条に定める期間を超えない賃借権については，従前の例により，民法旧395条が適用されて短期賃借権として保護されることになる（平成15年法律第134号附則5条）（園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」254頁）。

したがって，同改正法施行の際に存する民法602条に定める期間を超える賃借権である長期賃借権については，新法が適用され，建物明渡猶予制度の保護が与えられるが，それ以外の同改正法施行の際に存する短期賃借権は，同改正法施行後に申し立てた競売事件でも，短期賃借権制度の適用があるこ

その他の担保権者が抵当不動産の収益から優先弁済を受けるための強制管理類似の手続として、担保不動産収益執行制度が創設された(民執180条2号)。担保不動産収益執行においても、民事執行に共通の総則規定である1条から21条までが適用され、強制執行の総則規定では、債務名義に関する諸規定を除き、その一部(民執38条・41条・42条)が準用され(民執194条)、不動産の強制競売の規定を一般的に準用している(民執188条)(民事執行規則では、担保不動産収益執行について、総則規定である1条から15条の2が適用され、不動産に対する強制管理の規定が一部を除き一般的に準用されている(民執規173条2項))。これにより、強制管理と担保不動産収益執行の手続も、かなり共通なものとして規定されている。

以下、本節第2で担保不動産競売、第3で担保不動産収益執行について述べるが、手続上共通する部分については、第1節第2の強制競売及び第3の強制管理の説明によることとし、本節第2の担保不動産競売及び第3の担保不動産収益執行では、担保権の実行としてそれらの手続に特有の部分について述べることとする。

## 第2 担保不動産競売

担保不動産競売については、基本的手続は強制競売と同様になされ、その部分については、強制競売の部分の説明で、強制競売の規定を準用する民事執行法188条・194条及び民事執行規則173条1項を挙げているので、その記載を参照されたい。ここでは、担保不動産競売における特有の問題について説明する。

### I 担保不動産競売の申立て

#### 1 担保不動産競売申立書の記載事項

##### 書式例 担保不動産競売申立書

担保不動産競売申立書		収入 印紙 4000円
		平成〇年〇月〇日
〇〇地方裁判所第〇民事部 御中		
債権者		〇〇〇〇株式会社
代表者代表取締役		〇 〇 〇 〇㊟



電 話 ○○○-○○○-○○○○

FAX ○○○-○○○-○○○○

担 当 ○ ○ ○ ○

当事者 別紙目録のとおり

担保権・被担保債権・請求債権 別紙目録のとおり

目的不動産 別紙目録のとおり

債権者は、債務者（兼所有者）に対し、別紙請求債権目録記載の債権を有するが、債務者がある弁済をしないので、別紙担保権目録記載の（根）抵当権に基づき、別紙物件目録記載の不動産の担保不動産競売を求める。

上記不動産につき、入札又は競り売りの方法により売却しても適法な買受けの申出がなかったときは、他の方法により売却することについて異議がありません。

添付書類

- 1 不動産登記事項証明書 ○通
- 2 公課証明書 ○通
- 3 資格証明書 ○通
- 4 住民票 ○通

当事者目録

〒○○○-○○○○ ○○市○○町○丁目○番○号

申立債権者 ○○○○株式会社

代表者代表取締役 ○ ○ ○ ○

〒○○○-○○○○ ○○県○○市○○町○丁目○番○号

債務者兼所有者 ○ ○ ○ ○

担保権・被担保債権・請求債権目録

1 担保権

- (1) 平成○年○月○日設定の抵当権
- (2) 登 記 ○○地方法務局○○出張所

平成○年○月○日受付第○○○○○号

2 被担保債権及び請求債権

(1) 元 金 ○, ○○○, ○○○円

ただし、平成○年○月○日の金銭消費貸借契約に基づく貸付金（弁済期平成○年○月○日）

(2) 利 息 ○○○, ○○○円

ただし、(1)の元金に対する、平成○年○月○日から平成○年○月○日までの、約定の年○%の割合による利息金

(3) 損害金

ただし、(1)の元金に対する平成○年○月○日から支払済みまでの、約定の年○%の割合による遅延損害金

物件目録

- |   |      |                         |
|---|------|-------------------------|
| 1 | 所 在  | ○○市○○町○丁目               |
|   | 地 番  | ○○番○                    |
|   | 地 目  | 宅 地                     |
|   | 地 積  | ○○○. ○○m <sup>2</sup>   |
| 2 | 所 在  | ○○市○○町○丁目○○番地○          |
|   | 家屋番号 | ○○番○                    |
|   | 種 類  | 居 宅                     |
|   | 構 造  | 木造スレート葺2階建              |
|   | 床面積  | 1階 ○○. ○○m <sup>2</sup> |
|   |      | 2階 ○○. ○○m <sup>2</sup> |

(1) 債権者、債務者及び担保権の目的の権利の権利者の氏名又は名称及び住所並びに代理人の氏名及び住所（民執規170条1項1号）

ア 債務者の一部を当事者とし不在抵当権実行申立て

抵当権の実行により、競売物件の売却代金から被担保債権の弁済がされる

と、債務者は所有者から求償を受ける立場にあり、債務者を当事者に掲げるのは、その防御権を保障するためであるから、債務者の一部を外した抵当権実行の申立ては、当事者を記載していない申立てとして不適法であり、却下を免れない（東京地裁「改訂不動産執行の理論と実務(上)」4頁～6頁、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」60頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」7頁）。

これに対し、根抵当権実行の場合は、その競売手続で外された債務者の債務は弁済されず、所有者から求償を受けることがなく、その競売手続で防御の機会を与える必要がないので、債務者の一部を外した申立ては許される（東京地裁「改訂不動産執行の理論と実務(上)」5頁、東京地裁「執行の実務〔3版〕不動産(上)」61頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」7頁）。

#### イ 所有者等の表示

担保不動産競売の申立書には、所有者等の担保の目的である権利の権利者の記載をする（民執規170条1項1号）。申立書の当事者目録上の所有者等の住所及び氏名又は名称が不動産登記記録上の現在の所有者等の名義（住所及び氏名又は名称）と一致しなければならない。一致しないときは、「不動産登記記録上の住所及び氏名又は名称」を併記し、そのつながりを示す書面（住民票・戸籍の附票等）を提出する（阪本・東京地裁「競売申立の実務と記載例〔全訂3版〕」177頁～180頁、東京地裁「改訂不動産執行の理論と実務(上)」7頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」8頁）。

不動産の共有持分や登記された地上権及び永小作権並びにこれらの共有持分（不動産とみなされるもの＝民執180条柱書・43条2項）の競売においては、担保の目的である権利の権利者として、不動産の共有持分権者、地上権者及び永小作権者並びにこれらの共有持分権者を記載する（阪本・東京地裁「競売申立の実務と記載例〔全訂3版〕」185頁・186頁、「条解民執規〔3版〕」607頁、園部「〔三訂〕不動産競売マニュアル（申立・売却準備）」8頁）。

### (2) 担保権・被担保債権・請求債権の表示

#### ア 担保権の表示

担保不動産競売の場合、競売申立書添付の「担保権・被担保債権・請求債権目録」に、申立ての元となった担保権を、特定して表示する（民執規170条1項

な債務の履行を促す間接強制と共通するところもある。しかし、履行命令等の制度は、以下の点で、間接強制とは異なっている（園部「書式代替執行・間接強制等の実務〔五版〕」7頁2）。

- ① 履行命令における過料は、履行命令に従わないことに対する秩序罰としての制裁であり、間接強制金は、私法上の債務の履行を強制するために課され、強制執行としてなされるものである。
- ② 履行命令制度を利用できるのは、家庭裁判所で定められたものに限られるが、扶養義務等に係る金銭債権についての間接強制は、それに該当する債権であれば、公正証書に執行受諾文言がついた執行証書等、家庭裁判所以外で作成された債務名義に基づいても行うことができる。
- ③ 履行命令に違反した場合の過料は、10万円以下と定められているが、間接強制金の額は、事案に応じて裁判所が定めることになっており、上限は定められていない。
- ④ 過料は、国庫に支払われるが、間接強制金は、申立債権者が収受することができる。
- ⑤ 履行命令に違反した過料は、違反ごとに発せられるが、間接強制金は、1回の命令で債務の履行があるまで継続的に発生するようにすることもできる。

## 第5 間接強制の対象とならないもの

間接強制は、債務者本人に心理的強制を加えて債務を実施するように仕向けるものなので、債務者が実行しようという意思さえ持てばやれる場合でなければ目的を達することができないことになるので、債務者の意思のみで履行することができる場合でなければ発令することはできないと解されている（大決昭5. 11. 5新聞3203号7頁，最大判昭31. 7. 4民集10巻7号785頁・判時80号3頁・判タ62号83頁，最決平27. 1. 22（平26（許）17）判時2252号33頁・判タ1410号55頁，最決平27. 1. 22（平26（許）26）判時2252号33頁・判タ1410号55頁）。したがって、①債務の実行に第三者の協力が必要でそれを容易に得る見込みがない場合（福岡高決平26.

6. 6判時2225号33頁), ②債権者の受電設備完了前における電力会社の送電義務等債権者の側で特殊な設備をしなければ債務が実行できない場合, ③実行につき債務者の資力に対して不相応な多額の費用を必要とする場合には間接強制をすることは許されないとされている。また, 債務者が実行の意思を持ってばやれる場合でも, ①芸術的創作等債務者の意思を抑圧してさせたのでは本来の内容の実行ができない場合, ②夫婦の同居義務(大決昭5. 9. 30民集9巻11号926頁)等それを強制することが現代の文化観念に反する場合も間接強制をすることは許されないとされている。これらの間接強制もできない場合には, 債権者としては, 債務不履行による損害賠償の請求により満足を図るしかない(園部「書式代替執行・間接強制等の実務〔五版〕」7頁VI)。

## 第6 意思表示の擬制

「為す債務」のうち登記義務等の債務者が意思表示をする債務については, その意思表示の性質上他人が代わって履行することのできない不代替的作為義務であり, 本来的には, 執行方法としては間接強制の方法によって行うことになる(これについては, 間接強制にもなじまないとする説もある。—「注釈民執法7」302頁・305頁(注2))。しかし, 債権者としてはその意思表示がされた場合に生ずる法律効果が発生すれば, それで十分なはずである。そこで, 間接強制という実効性の乏しい方法を避けて, 意思表示をすることを命ずる判決等の債務名義があれば, それによって債務名義の確定又は成立時に意思表示があったものとみなす方法をとることにした(民執174条1項本文, 民414条2項ただし書)(「注解民執法(5)」119頁)。これが, 「意思表示の擬制」である(園部「書式代替執行・間接強制等の実務〔五版〕」8頁VII)。

## 第7 平成15年法律第134号及び平成16年法律第152号 の法改正後の強制執行の基本構造

本章本節第2(633頁), 第3(634頁)で説明したように, ①平成15年法律第134

号の改正法（平成16年4月1日施行）により、間接強制の適用範囲を拡大し、物の引渡債務や代替的作為義務及び不作為義務についても、間接強制の方法による強制執行を認め（民執173条1項）、②平成16年法律第152号の改正法（平成17年4月1日施行）により、扶養義務等に係る金銭債権について、間接強制の方法による強制執行をすることができることとされた（民執167条の15第1項）。

しかし、直接強制ができる債務については直接強制をし、それができない債務で第三者が代わってすることが可能な債務については代替執行をし、第三者が代わってすることが不可能な債務については間接強制をするという強制執行手続に関する基本的な考え方は、条文の構成上は維持されている（本章本節第1（633頁）参照。平成15年法律第134号の改正及び平成16年法律第152号の改正においても、民事執行法171条、172条、174条、民法414条の強制執行に関する基本的条文の内容は変更されていない。）。ただ、①物の引渡債務については直接強制のほかに、②代替的作為義務及び不作為義務については代替執行のほかに、③扶養義務等に係る金銭債権については直接強制のほかに、それぞれ間接強制ができるようになった。そして、その間接強制と他の執行方法の選択については、債権者の自由に委ねられている（谷口ほか「改正担保執行法の解説」128頁以下、大濱しのぶ・判タ1217号87頁、園部「書式代替執行・間接強制等の実務〔五版〕」9頁）。これにより、法改正があった範囲内では、間接強制の、他の執行ができない場合にするという「補充性」はなくなったと言える。

また、平成15年法律第134号の改正法（平成16年4月1日施行）は、これまで直接強制又は代替執行によることができるために間接強制が許されなかった事案において間接強制によることもできるとする選択肢を加えたものにすぎず、従前直接強制や代替執行ができなかった事案においてまで、間接強制をすることを可能とするものではないので、直接強制や代替執行を行不得ない事案においては、民事執行法173条1項による間接強制は認められず、この間接強制は同法168条1項、169条1項、170条1項及び171条1項に規定する強制執行が可能な場合に限って許されると解される。そうすると、賃借人が目的建物を無断転貸し、現在の占有者が特定できないような場合は、目的建物の占有者を特定しないままの直接強制・代替執行を実施することはできないため、間接強制によることも許されないと解される（鈴木雄輔・金法1990号60頁）。

## 第8 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律に伴う子の返還の強制執行等

国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律が平成26年4月1日から施行され、国際的な子の返還の裁判手続・強制執行について定められた。これは、連れ去られた子を、1回今まで住んでいた国に戻し、そこで子の今後の監護権について決着させることが、子の利益にかなっているという考え方に基づいている。

子の返還の強制執行は、確定した子の返還を命ずる終局決定（子奪取92条）（これと同一の効力を有するもの（家事調停調書（子奪取145条3項）、家事調停に代わる審判（子奪取145条3項））を含む。）正本に基づいて、当該債務名義を作成した家庭裁判所が執行裁判所となって、債務者による子の監護を解くために必要な行為をする者として執行官を指定し、かつ、返還実施者を指定した（子奪取138条）、第三者に子の返還を実施させる決定をする代替執行（民執171条1項）の方法により行うほか、間接強制（民執172条1項）の方法により行うとした（子奪取134条）。代替執行の申立ては、間接強制（民執172条1項）の決定が確定した日から2週間を経過した後（ただし、間接強制決定で定められた債務を履行すべき期間の経過が2週間より後である場合は、その期間経過後）でなければすることができずとし、間接強制前置とした（子奪取136条）。また、子が16歳に達した場合は、代替執行の方法による強制執行（執行裁判所の決定に基づく子の返還の実施を含む。）をすることはできず（子奪取135条1項）、子が16歳に達した日の翌日以降に子を返還しないことを理由として、間接強制による金銭の支払を命ずることはできずとされた（子奪取135条2項）。

執行裁判所の代替執行の決定に基づく、子の監護を解くために必要な行為〔解放実施〕を求める申立ては、執行官に対して行うことになる（子奪取140条、子奪取規85条）。従前行われていた、意思能力のない幼児の引渡請求権の強制執行を動産引渡しの強制執行〔直接強制〕（民執169条）の類推により実施する場合は、執行官が執行機関としてなされるが、この解放実施における執行官は、執行機関ではなく解放実施者となる。ただ、執行官の解放実施におけ

る、実際の対応は、幼児の引渡しの直接執行の執行機関として行う場合と同様のものがあり、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律で定められている執行官の権限に関する規定(子奪取140条)の内容が、幼児の引渡しの直接執行においても参考とされるべきである(「新基本法コンメ民執法」424頁)。

また、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律で、子の返還の強制執行について、間接強制前置(子奪取136条)がとられ、16歳に達した子に対する代替執行・間接強制を認めない(子奪取135条)ことは、意思能力のない幼児の引渡請求権の強制執行についての、直接強制(民執169条)及び間接強制の関係についてと同様の方向に考えるべきではないかと思われる(「新基本法コンメ民執法」424頁)。

## 第9 間接強制と他の執行方法の併用

### I 総説

本章本節第2(633頁)、第3(634頁)、第7(638頁)で述べたように、平成15年法律第134号の改正法(平成16年4月1日施行)及び平成16年法律第152号の改正法(平成17年4月1日施行)により、①物の引渡債務については直接強制のほかに、②代替的作為義務及び不作為義務については代替執行のほかに、③扶養義務等に係る金銭債権については直接強制のほかに、それぞれ間接強制ができるようになった。そうすると、債務名義を取得した債権者は、当該債務名義に基づく間接強制と他の執行方法の併用ができるかが問題となる。

これについては、具体的には、以下の問題がある。

### II 間接強制と他の執行方法の並行申立て

改正された民事執行法173条1項及び167条の15第1項で、他の執行方法によるほか、「債権者の申立てがあるときは」間接強制の方法により行うと定めている。これは、間接強制と他の執行方法の選択については、債権者の意思に委ねている趣旨であると解される。

しかし、そこから、直ちに、債権者が、間接強制と他の執行方法を並行して申し立てることができるかと解することはできない。これについては、債権