抗告・異議申立ての実務

田中　敦 編集

新日本法規

第２　除斥・忌避

１　はじめに

民事訴訟法が定める裁判官（民訴23・24）や裁判所書記官（民訴27）に対する除斥・忌避の制度は、裁判の適正・公正を実現するために、個別の事件において、当事者からの申立てにより、一定の事由がある裁判官や裁判所書記官を当該事件の審理から除外する制度である。同旨の制度として、回避の制度がある。これは、裁判官（民訴規12）や裁判所書記官（民訴規13）が、除斥・忌避事由に該当する場合に、監督権を有する裁判所の許可を得て、自発的に職務の執行を避けるものである。平成8年法律第109号による改正前の民事訴訟法には規定があった（旧民訴43）が、裁判所内部の分配の問題ともいえる上、刑事訴訟法は刑事訴訟規則中に規定していること（刑訴規13）をも勘案し、現行法では、民事訴訟規則に規定されている。

除斥・忌避の制度は、他の裁判手続にも規定がある。民事執行手続（民執20）、民事保全手続（民保7）、倒産手続（破産13、会更13、民再18）には民事訴訟法が準用されるほか、非訟事件手続法にも規定があり（非訟11・12・14）、民事調停法はこれを準用する（民調22）。また、家事事件については、人事訴訟法（人訴29・10、人訴規7）、家事事件手続法（家事10～16）に規定がある。

なお、除斥・忌避の制度は、実務上は、自己の意に沿わない裁判官等の訴訟指揮を是としない当事者が、訴訟の進行の引き延ばしを図るために申し立てることが少なくなく、この決定が確定するまで訴訟手続を停止しなければならない（民訴26・27）こととともあいまって、裁判の遅延を招いている面が少なくないことに留意する必要がある。

２　除斥・忌避に関する抗告・異議

(1)　はじめに

まず、除斥・忌避に関する抗告・異議の手続について概観する。

(2)　抗　告

除斥・忌避に関する手続は、合議体が行う（民訴25②）。簡易裁判所については、その裁判所の所在地を管轄する地方裁判所が決定で裁判を行う（民訴25①）。除斥・忌避を理由があるとする決定に対しては、不服を申し立てることができない（民訴25④）が、理由がないとする決定に対しては、即時抗告をすることができる（民訴25⑤）。すなわち、高等裁判所が、抗告審として判断を行う。これらに対して更に不服がある場合には、特別抗告（民訴336）のほか、許可抗告（民訴337）の途もある。

特別抗告は、高等裁判所の判断に憲法違反がある場合にされる（民訴336①）。また、許可抗告は、現行民事訴訟法の施行に伴って新設された手続であるので、次に項を改め、解説を行う。

(3)　許可抗告

許可抗告は、高等裁判所が当該裁判に「法令の解釈に関する重要な事項を含む」と判断し、抗告許可申立てを許可した場合に、最高裁判所への許可抗告とみなされる手続である（民訴337①②）。

許可抗告については、最高裁調査官が平成10年の制度発足から令和元年までの20年余にわたる運用について、コメントを付した紹介が公刊されているが[注1]、除斥・忌避に関する合計15件は、いずれも「所論の点に関する原審の判断は、正当として是認することができる。所論は採用することができない。」と判示して、抗告を棄却している。忌避は、後述するように、法令解釈がほぼ確立しており、しかも、その多くは事案に即した個別、具体的事実関係を前提とするものであり、迅速な解決が求められている[注2]。したがって、除斥・忌避について抗告を許可することは、慎重にすべきであろう[注3]。

(4)　異　議

民事訴訟法上、除斥・忌避に関する異議の制度はない。もっとも、当事者が担当裁判長等の措置に対して行う、訴訟指揮等に対する異議（民訴150）は、実務上は、証拠調べや尋問の制限など、忌避と同様の訴訟指揮をめぐる場面で申し立てられることが少なくない。したがって、単に当事者が「異議申立て」と題する書面を提出した場合であっても、当該申立ての趣旨がどこにあるのかという真意を可能な限り確認することが相当であろう。

３　除斥・忌避の要件

(1)　はじめに

除斥・忌避については、上記２(3)を踏まえ、最高裁判所の判例集又は上記許可抗告で現れた判例を中心に概観することとする。

(2)　除斥事由

除斥は、裁判官に民事訴訟法23条1項所定の事由がある場合に、当該裁判官を職務から排除する制度である。裁判所は、申立てにより又は職権により、除斥の裁判を行う（民訴23②）が、除斥原因のある裁判官は、除斥の裁判によって初めて職務が行えなくなるのではなく、初めから職務を行うことができない。その意味では、除斥の裁判は確認的な性格を有するものにすぎない。

除斥で実務上問題となるのは、前審関与（民訴23①六）である。これに関する最高裁昭和36年4月7日判決（民集15・4・706）は、「不服を申し立てられた前審の裁判」とは、当該事件について直接又は間接に下級審のした裁判を指すものと判示するが、最高裁平成12年3月17日決定（許可抗告実情28【4】）では、前審の裁判に関与した裁判官はその職務の執行から除斥されるという上記規定が、裁判所書記官にも準用されるかが問題となった。これは、最高裁昭和34年7月17日判決（民集13・8・

第17　抗　告

１　はじめに

抗告とは、訴訟に関してされる裁判のうち、決定・命令という判決以外の裁判に対する独立した不服申立ての方法である。抗告の対象となるのは、訴訟手続に関する申立てを却下した決定・命令や、本来は決定・命令では裁判することができない事項について誤って決定・命令がされた場合である（民訴328）。

通常抗告とは、不服申立ての期間の定めがなく、原裁判の取消しを求める利益（抗告の利益）のある限りは、いつでも申立てができるものである。即時抗告は、裁判の性質上、特に迅速に確定させる必要があることから、一定の不変期間（民事訴訟法で1週間。民訴332）内に提起すべきものとされており、原則として、法が特に明文で、即時抗告をすることができる旨規定している場合に限り認められる（民訴21・25⑤・44③・69③・71⑦・75⑦・86等）【注1】。

抗告の効果として、即時抗告の場合には、原裁判について執行停止の効力が生ずるのに対し（民訴334①）、通常抗告の場合には、原裁判について執行停止の効力はないが、抗告裁判所又は原裁判をした裁判所若しくは裁判官は、原裁判の執行停止等を命ずることができる（民訴334②）。また、抗告がされると、原裁判所（裁判長）は、抗告を理由があると認めるときは、その裁判を更正しなければならないという再度の考案の制度が認められている（民訴333）。

抗告審の審理においては、特に、抗告審で原裁判を変更する際の相手方の手続保障が問題となる（第１章第２節２(4)ア・イ参照）。

簡易裁判所の決定・命令に対する抗告審（地方裁判所）の決定については、再抗告をすることができる（民訴330）。また、地方裁判所及び簡易裁判所の決定・命令で不服を申し立てることができないものに対

しては、特別抗告（民訴336①）をすることができる。高等裁判所の決定・命令に対しては、特別抗告（民訴336①）、許可抗告（民訴337①）をすることができる。

また、受命裁判官・受託裁判官の裁判に対しては、受訴裁判所に対する異議の申立てをし、その申立てに対する裁判に対して初めて抗告が認められている（民訴329②）。

２　再抗告

(1)　はじめに

再抗告とは、抗告裁判所の決定に対し、更に抗告を申し立てることをいう（民訴330）。

(2)　再抗告の対象

再抗告の対象は、簡易裁判所の決定・命令に対し、地方裁判所が抗告審としてした決定である（民訴330）。

高等裁判所の決定・命令に対しては、最高裁判所への特別抗告、許可抗告のみが許されているから（民訴336①・337①、裁所7二）、再抗告は認められない。

(3)　再抗告の申立期間、申立ての方法

再抗告の申立期間は、再抗告の対象となる決定の内容が即時抗告又は通常抗告のいずれの抗告によるべき性質のものであるかにより、即時抗告期間内に申し立てなければならないか否かが定まる（最決平16・9・17裁判集民215・193）。したがって、再抗告の対象となる原裁判が即時抗告の認められる場合であれば、これを却下又は棄却する決定に対する再抗告も即時抗告となり、規律が適用されることとなる。

再抗告の申立ては、高等裁判所宛ての再抗告状を原裁判所に提出してするが、再抗告状に理由の記載がない場合には、抗告人は、再抗告提起通知書の送達を受けた日から14日以内に原裁判所に再抗告理由書

を提出しなければならない（民訴331・315、民訴規205・210）。

(4)　再抗告の理由

再抗告の理由は、抗告裁判所の決定に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること、又は決定に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある場合に限定されている（民訴330）。

ア　憲法違反

「憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること」（民訴330）の解釈は、民事訴訟法312条1項と同様であると解されている。

また、同条2項の絶対的上告理由についても準用されるものと解されているから、決定に絶対的上告理由がある場合には、決定に影響を及ぼすことが明らかでなくても、再抗告の理由になると解される[注2]。

イ　決定に影響を及ぼすことが明らかな法令違反

法令違反については、民事訴訟法312条3項と同様に、決定に影響を及ぼすことが明らかな場合にのみ再抗告の理由となる（民訴330）。

(5)　再抗告の審理

再抗告は、抗告審の決定に対する不服申立てであるから、上告及び上告審の訴訟手続に関する規定が準用される（民訴331ただし書）。

３　特別抗告

(1)　はじめに

特別抗告は、地方裁判所及び簡易裁判所の決定・命令で不服申立てができないもの並びに高等裁判所の決定及び命令に対し、憲法解釈の誤りがあることその他憲法違反があることを理由に、最高裁判所に対してする不服申立てである（民訴336①）。

(2)　特別抗告の対象

特別抗告の対象は、地方裁判所及び簡易裁判所の決定・命令で不服申立てができないもの並びに高等裁判所の決定及び命令である（民訴

第７節　担保権の実行としての競売等

１　はじめに

民事執行法は、180条から195条までを「第3章　担保権の実行としての競売等」として規定し、不動産（民執180～188）、船舶（民執189）、動産（民執190～192）並びに債権及びその他の財産権（民執193）の各担保権の実行について定めるとともに、留置権による競売及び民法、商法その他の法律の規定による換価のための競売（民執195）について規定する。また、船舶以外の準不動産（航空機、自動車、建設機械及び小型船舶）の担保権の実行としての競売については、民事執行規則に規定が置かれており（民執規175～177の2）、担保不動産競売に準ずる手続が定められている。

これらのうち不動産、準不動産、動産並びに債権及びその他の財産権の各担保権実行の概要やそれらに関する執行抗告及び執行異議については、本章第２節ないし第５節で論じられているので、ここでは、動産を目的とする担保権の実行としての競売（動産競売）手続のうち執行裁判所における動産競売開始の許可（民執190②～④）について取り上げるとともに、民事執行法195条による競売（換価のための競売、広義の形式的競売）について簡単に触れる。

２　執行裁判所における動産競売開始の許可

(1)　概　要

平成15年法律第134号による改正前の民事執行法190条では、動産競売は、債権者が執行官に対して当該動産を提出したとき又は当該動産の占有者が差押えを承諾する文書を提出したときに限り開始するものとされていたため、目的物を占有していない動産売買先取特権者などの場合、債務者・占有者の任意の協力が得られなければ、現実に担保

権を実行することができなかった。この問題を解消するため、上記改正（平成16年4月1日施行）により、執行裁判所における動産競売開始許可決定に関する規定（民執190①三・②～④）が新設された。

すなわち、債権者が、担保権の存在を証する文書【注1】を提出して、書面により動産競売開始の申立て【注2】をしたときは、執行裁判所は、執行官による動産競売の開始を許可することができる（民執190②本文、民執規178②）。ただし、当該動産が、執行官において当該動産を捜索できる債務者の占有する場所又は容器（民執123②）にない場合には、執行裁判所は、動産競売開始の許可をすることができない（民執190②ただし書）【注3】。動産競売開始許可の決定を得た債権者は、執行官に対し、同決定謄本を提出して動産競売の申立てをし、その場合の動産競売では、執行官は、債務者の住居等に立ち入り、目的物を捜索することができる（民執192・123②）が、執行官が動産競売を開始するには、目的物の捜索に先立って又はこれと同時に上記許可決定が債務者に送達されていることを要する（民執190①三）。執行官は、目的動産を差し押さえて、これを自ら保管し、あるいは債務者その他の者に保管させた上、換価手続をする（民執192及び民執規172による動産執行の規定の準用）。

(2)　動産競売開始許可の申立てについての裁判に対する執行抗告

動産競売開始許可の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる（民執190④）。動産競売開始許可の決定により、執行官による債務者の住居等の捜索が認められる（民執192・123②）ことから、同許可決定に対する債務者の執行抗告を認めるのが相当であり、これとの均衡上、申立てを却下する決定に対する債権者の執行抗告を認めるのが相当と考えられるからである【注4】。執行抗告をする機会を実質的に保障するために、動産競売開始許可の決定は、債務者に対して送達しなければならない（民執190③）【注5】。上記許可決定に対する執行抗告では、許可要件（担保権の存在を証する文書の提出、目的物の

所在）の存在を争うことができるが、他方、担保権の不存在若しくは消滅又は一般先取特権による場合の被担保債権の一部消滅については、執行異議（民執191）によって主張すべき事由であり、執行抗告の理由とすることはできない[注6]。

(3)　動産競売の差押えに対する執行異議

動産競売に係る差押えは執行官の処分であるから、執行異議（民執11）の対象となるところ、動産競売に係る差押えに対する執行異議の申立てにおいては、担保権の不存在又は消滅を理由とすることができ、また、一般先取特権による場合には被担保債権の一部の消滅も理由とすることができる（民執191）。

３　換価のための競売（広義の形式的競売）

(1)　概　要

民事執行法195条は、留置権による競売及び民法、商法その他の法律の規定による換価のための競売（狭義の形式的競売）について、「担保権の実行としての競売の例による」とする。狭義の形式的競売の例としては、共有物分割のための競売（民258②）、遺産分割のための競売（家事194①）、相続財産の清算のための競売（民932・947③・950②・957②）、破産法184条2項に基づく別除権目的物換価のための競売、建物の区分所有等に関する法律59条に基づく競売などがある。手続の開始は、執行裁判所又は執行官に対する書面による申立てにより（民執2、民執規1）、換価権を証明する法定文書の提出が必要である[注7]ほか、担保権実行と同様、一般的な手続的要件として、管轄、当事者能力、執行費用が予納されていることなどが必要である。

形式的競売につき、「担保権の実行としての競売の例による」とされているといっても、個々の条文の準用の当否については議論がある。特に、売却条件に関し、目的物に対する担保権等を消滅させるか（消除主義）否か（引受主義）が問題となるが、実務上は、消除主義に立

第８節　債務者の財産状況の調査

１　はじめに

民事執行法は、債務者の財産状況の調査を強制執行、担保権の実行としての競売等と並ぶ民事執行の一つと位置付け、その調査のための具体的な制度として、財産開示手続及び第三者からの情報取得手続を定めている。これは、上記両手続が、債権者が債務者の財産から債権の満足を受けるための手続である点で、強制執行等の手続に通ずる性質を有する反面、強制執行等と異なり最終的な債権の満足に至るものではないことを考慮したことによるものである【注1】。

２　財産開示手続

(1)　意義等

財産開示手続（民執196以下）は、債務者に対して財産の開示を命じる手続であり、平成15年法律第134号による民事執行法の改正（平成16年4月1日施行）により創設された。財産開示制度の趣旨は、勝訴判決等を得た債権者が債務者財産に関する情報を取得することにより、債権者の権利実現の実効性を確保することにある【注2】。さらに、債務者の財産状況の調査に関する制度の実効性を向上するため、令和元年法律第2号（令和2年4月1日施行）により、申立権者の範囲の拡大・罰則の強化を内容とする改正がされた【注3】。

(2)　手続の概要

執行裁判所は、申立権者からの適法な申立てに基づき、財産開示手続の実施決定をする。実施決定の確定後、執行裁判所は、財産開示期日を指定して申立人及び開示義務者（債務者等）を呼び出すとともに、期限を定めて開示義務者に財産目録の提出を求める。開示義務者は、非公開の財産開示期日において、宣誓の上、期日の時点における債務

者の財産を開示しなければならない。開示義務者は、正当な理由なく期日に出頭しない場合や虚偽の陳述をした場合等には、6か月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられる（民執213①五・六）【注4】。また、申立人等も、財産開示手続において得られた債務者の財産等に関する情報を債権行使の目的以外に利用・提供した場合には、30万円以下の過料に処せられる（民執214①）【注5】。

(3)　実施決定の要件等

ア　申立権者

申立権者は、執行力のある債務名義の正本を有する金銭債権の債権者（民執197①）及び一般の先取特権を有することを証する文書を提出した債権者（民執197②）である。前者について、金銭債権についての強制執行の申立てをするのに必要とされる債務名義であれば、いずれの種類のものであっても、これに基づいて財産開示手続の申立てをすることができる【注6】。なお、民事執行法190条2項に基づく動産競売開始許可に係る決定書正本を有する金銭債権の債権者は、執行力のある債務名義の正本を有する金銭債権の債権者に当たらず、財産開示手続を申し立てることはできない【注7】。

イ　強制執行の開始要件

債務名義に基づく申立てについては、債務名義の正本等の債務者への送達、確定期限の到来等の強制執行開始の要件（民執29～31）を備える必要がある（民執197①ただし書）。

一般先取特権に基づく申立てについては、被担保債権の履行遅滞が必要である。

ウ　先に実施した強制執行の不奏功等

手続を実施するためには、強制執行又は担保権の実行における配当等の手続（申立ての日より6か月以上前に終了したものを除く。）において、申立人が金銭債権（先取特権の被担保債権）の完全な弁済を得

ることができなかったとき（民執197①一・②一）（以下「1号要件」という。）か、知れている財産に対する強制執行（担保権の実行）を実施しても、申立人が金銭債権（被担保債権）の完全な弁済を得られないことの疎明があったとき（民執197①二・②二）（以下「2号要件」という。）のいずれかに該当する場合でなければならない。債務者の財産状況の調査の手続は、債務者のプライバシーに属する事項の情報開示ないし提供を強制するものであることから、これを実施する必要性が高い場合に限ってその実施を許容する趣旨である。

1号要件の「配当等」とは、配当又は弁済金の交付（民執84③）に限るとするのが実務の趨勢である【注8】。他方、学説の中には、配当又は弁済金の交付に限らず、不動産執行において無剰余取消しがされた場合、動産執行が執行不能により終了した場合、債権執行において取立額が請求債権額に満たない場合等も含むとする見解もある【注9】。

2号要件については、実際に何らかの強制執行等を実施する必要はないが、申立人が債権者として通常行うべき調査を行い、これにより判明した財産に強制執行等を実施しても債権の満足を得られないことの疎明を要する。もっとも、申立人において債務者の財産を調査するのが困難な事情がある場合等には、債務者の住居所在地の不動産登記事項証明書の提出等により債務者名義の不動産が見付からないこと等が確認できれば、疎明としてそれで足りると解することもできるであろう【注10】。

エ　再実施の制限

債務者が過去3年以内に財産開示期日においてその財産について陳述したものであるときは、原則として、財産開示手続を実施することができない（民執197③本文。なお、例外につき民執197③ただし書）。先行の財産開示手続の後、しばらくはその記録閲覧に他の債権者の情報取得を委ね、財産開示手続の再実施による債務者の負担を避ける趣旨である【注11】。

第２節　破産事件

第１　文書等の閲覧・謄写

１　事件に関する文書の閲覧等

利害関係人は、破産法等の規定に基づき裁判所に提出され、又は裁判所が作成した文書等の閲覧・謄写を請求することができる（破産11①②）。破産手続の場合、何人でも訴訟記録の閲覧をすることができる民事訴訟とは異なり（民訴91①）、閲覧・謄写の請求人が利害関係人に限定されていることが特色である。利害関係人とは、破産事件に法律上の利害関係がある者をいい、請求人は、利害関係を有することの疎明を要する。利害関係人の代表例としては、破産債権者が該当しよう。なお、閲覧・謄写の対象は、上記の文書等に限定されており、事実上提出された書面などは含まれない。破産管財人による裁判所に対する各種連絡には手続メモ等が多用されているが、このようなメモは、事実上提出されるものであって閲覧等の対象にはならない。また、閲覧等の請求には時期的制約があり、一部の者は、破産手続開始決定前の暫定的処分の発令、又は破産手続開始の申立てについての裁判がされるまでは、閲覧等の請求ができない（破産11④）。これは、破産事件の密行性に配慮した規定である。

２　支障部分の閲覧等制限申立却下決定に対する即時抗告

ところで、以下の文書等については、利害関係人が閲覧等を行うことにより、破産財団の管理又は換価に著しい支障を生ずるおそれがある部分があることにつき疎明があった場合には、裁判所は、当該文書等を提出した破産管財人又は保全管理人の申立てにより、支障部分の閲覧等の請求をすることができる者を、当該申立てをした者に限定す

ることができる（破産12①）。これは、利害関係人の利益保護を図りつつ、破産手続の円滑な進行を図るための規定である。

① 破産管財人が破産者の事業を継続する場合に、裁判所の許可を得るために提出した文書等（破産36）

② 破産管財人が破産者の従業者に対し必要な説明を求める場合に、裁判所の許可を得るために提出した文書等（破産40①ただし書）

③ 破産管財人が不動産の任意売却その他裁判所の許可を得なければならないとされた行為をする場合に、裁判所の許可を得るために提出した文書等（破産78②）

④ 破産管財人が職務の執行に際し抵抗を受けるときに抵抗を排除するため警察上の援助を得る場合に、裁判所の許可を得るために提出した文書等（破産84）

⑤ 保全管理人が債務者の常務に属しない行為をする場合に、裁判所の許可を得るために提出した文書等（破産93①ただし書）

⑥ 破産管財人が法定の報告事項（破産157①）以外の事項を裁判所に報告することを命じられた場合の報告に係る文書等（破産157②）

文書等の提出者が閲覧等の制限を申し立てたにもかかわらず、これが却下された場合には、提出者は即時抗告をすることができる（破産12④）。即時抗告の理由は、当該部分（支障部分）の閲覧等が制限されなければ、破産財団の管理又は換価に著しい支障を生ずるおそれがあることである。

３　支障部分閲覧等制限決定取消申立却下決定に対する即時抗告

支障部分の閲覧等制限決定がされている場合、支障部分の閲覧等の請求を求める利害関係人は、支障部分について、閲覧等の制限の申立ての要件を欠くこと、又はこれを欠くに至ったことを理由として、閲覧等の制限決定の取消しの申立てをすることができる（破産12③）。

この申立てについての裁判に対しては、即時抗告をすることができる（破産12④）。したがって、例えば、取消しの申立てが却下された場合、支障部分の閲覧等を求めようとする利害関係人は、この却下決定に対し即時抗告することができるところ、即時抗告の理由は、支障部分の閲覧等を認めても破産財団の管理又は換価に著しい支障を生ずるおそれがあるとはいえないこと、又はそのおそれが喪失したことである。利害関係人は、これらの取消事由を疎明しなければならない。

４　支障部分閲覧等制限決定取消申立認容決定に対する即時抗告

支障部分の閲覧等制限決定がされている場合、支障部分の閲覧等の請求を求める利害関係人は、支障部分について、閲覧等の制限の申立ての要件を欠くこと、又はこれを欠くに至ったことを理由として、閲覧等の制限決定の取消しの申立てをすることができる（破産12③）。

この申立てについての裁判に対しては、即時抗告をすることができる（破産12④）。したがって、例えば、取消しの申立てが認容された場合、閲覧等の制限を申し立てた文書等の提出者は、この認容決定に対し即時抗告をすることができる。即時抗告の理由は、支障部分の閲覧等が認められれば、破産財団の管理又は換価に著しい支障を生ずるおそれがあることである。

なお、閲覧等の制限決定を取り消す決定は、確定しなければその効力を有しない（破産12⑤）。即時抗告の結果、閲覧等の制限が維持される場合もあり得ることから、確定まで効力を生じないこととされたものである。

【注】　本稿は、破産法に関するものであるが、民事再生事件（民再16・17、民再規9・10）及び会社更生事件（会更11・12、会更規8・9）における閲覧・謄写も、ほぼ同様の規律となっている。

新日本法規