

〔民集未登載最高裁判事例研究 四七〕

強制執行認諾文言のある公正証書で養育料の支払が定められたが、その支払期限が到来しているものについて未履行分がある場合において、その支払期限が到来していない養育料債権を被保全債権として債務者所有の不動産に対してされた仮差押命令の申立てについて、民事保全制度を利用する必要性（権利保護の利益）を欠くとの理由でこれを却下すべきものとした原審の判断が是認された事例

不動産仮差押命令申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件
最高裁平成二九年一月三十一日第三小法廷決定（最高裁平二八(許)三九号、抗告棄却）判例時報二三二一九号四〇頁、判例タイムズ一四三六号九六頁

〔事実〕

X（妻）とY（夫）は、平成一四年五月、「離婚に伴う養育料及び慰謝料支払契約公正証書」（以下、「本件公正証書」という）を作成し、協議離婚した。本件公正証書には、YはXに対して、離婚に伴う長男Aおよび二男Bのための養育料として月額三万円を支払う旨、また、慰謝料として一〇〇万円の支払義務がある旨が定められており、本件公正証書に定

める金銭債務の履行をしないときは、直ちに強制執行に服する旨が陳述されている。

その後、平成一四年六月から平成二八年一月までの間、養育料の一部および慰謝料の全部が未払となっており、その額は合計二三九万円（養育料一三九万円、慰謝料一〇〇万円）にのぼる。一方、Yは、平成二二年一月、本件不動産（土地および建物）を購入し、Yを債務者、独立行政法人住宅金融

支援機構を債権者とする貸金返還請求権三〇〇〇万円およびその利息・損害金を被担保債権とする抵当権を設定した。本件不動産の平成二七年度における固定資産評価額は合計一〇一一万九四一三円である。

Xは、平成二八年一月、これまでの支払状況からみて今後の確実な支払が期待できない等と主張して、平成二八年二月から平成三二年三月までのAの養育料債権一五〇万円を被保全債権として、Y所有の本件不動産の仮差押えを申し立てた。本件申立て時点における上記貸金返還請求権の残額は明らかとされていないが、右貸金債権の債権者名からみて長期分割払いの住宅ローンであると推測されること、また、抵当権設定時から六年余りしか経過していないことからすると、上記貸金債権の残額が本件不動産の評価額を上回っている可能性は高いと見られる。なお、Yは、現在、自営で建築業を営み、本件不動産の建物に居住している。

本件においては、上記養育料の支払につきX・Y間で強制執行認諾文言のある公正証書が作成されているところ、このような債務名義の存在する被保全債権についても、なお民事保全制度を利用する必要性が認められるか否かが問題となった。この点、原々審は、現時点でAの将来の養育料について全く支払の可能性がないとは言えないこと、また、未払債権二三九万円について即時の強制執行が可能であり、現時点で本件不動産に余剰価値がないことを前提に将来生じる可能性

のある余剰価値の保全を目的とすることは、民事保全制度の予定するところではないこと等を理由に、権利保護の必要性および保全の必要性のいずれも認められないとして、本件申立てを却下した。

原審（東京高決平成二八・五・一二判時二三三九号四三頁参照）は、大要、以下のように判示して、原々決定に対するXの抗告を棄却した。すなわち、(1)金銭債権について債務名義が存在する場合には、債権者は特別の事情のない限り速やかに強制執行をすることができるから、原則として民事保全制度を利用する必要性（権利保護の利益）は認められない。ただし、執行停止命令が発せられているなど、債権者が速やかに強制執行をすることができない特別な事情がある場合には、強制執行をすることができなくなるおそれや強制執行をすることが著しく困難になるおそれがないとは言えず、民事保全制度を利用して権利保護を図る特別の必要性が認められる余地がないわけではない。(2)上記「特別の事情」について検討するに、本件における被保全債権は毎月末日払いの養育料債権であるところ、毎月当月分についての履行期が到来するものであるし、現に期限が到来した未払の債権として二三九万円が存在するから、Xは本件公正証書に基づき、本件において被保全債権となっていない慰謝料等の債権をも含めて請求債権とし、速やかに本件不動産につき強制競売の手続を開始させることが可能である。また、本件においては無

剰余を理由として競売手続が取り消される可能性が相当程度認められるものの、上記取消しの可能性は確実なものとは言いえず、執行停止命令が発せられている事例や、実際に強制競売手続を申し立てたが無剰余を理由として同手続が取り消されているような事例と同列に論ずることはできない。債権者にとって無剰余取消しが相当程度見込まれる強制競売を申し立てることが経済的に躊躇されることは理解できるが、これをもって速やかに強制執行をすることができない十分な事情があると認めることは困難であると言わざるを得ない。(3)したがって、本件においては、債務名義が存在する被保全債権につき、なお民事保全制度を利用し権利保護を図る特別の必要性は認められない。

これに対して、Xが抗告許可の申立てをし、原審は抗告を許可した。

〔決定要旨〕

抗告棄却。

「本件事実関係の下においては、所論の点に関する原審の判断は是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官岡部喜代子、同木内道祥の各反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、本文のとおり決定する。」

木内道祥裁判官の反対意見

「本件仮差押えに民事保全制度を利用する必要性（権利保護の利益）がないとする原審の判断は是認できない。その理由は次のとおりである。

一 本件仮差押えにおける権利保護の利益につき、まず問題とされるのは、Xが債務名義を有することであるが、債務名義があっても、債権の期限が未到来であれば、強制執行を開始することができない（民事執行法三〇条）のであるから、期限到来分の債権とは別異のものである期限未到来の債権については債務名義があることをもって仮差押えを利用する必要性を否定することはできない。

本件でXの有する養育料債権は、給料その他の継続的給付に係る債権に対しては、期限未到来のものについても差押えが可能である（同法一五一条の二）が、本件では、Yは給料その他の継続的給付に係る債権を有するとは認められないから、この差押えを利用することはできない。同法一六七条の一六は期限未到来の養育料債権についても間接強制を認めるが、それは六月以内に確定期限が到来するものに限定されているところ、本件仮差押え申立ての時点において、Xの有する養育料債権のうち期限未到来分は、平成二八年二月分以降、長男分については五〇月分一五〇万円、二男分については六八月分二〇四万円の合計三五四万円であり、間接強制が可能であることをもって本件仮差押えにつき権利保護の利益がないということもできない。

さらに、債務名義を有しており、債権の期限が到来して即時に強制執行の申立てが可能な債権を有する債権者であっても、その時点で強制執行の申立てをするか否かは債権者の意思に委ねられている。本件仮差押え申立て時点で養育料債権の期限到来分、すなわち、延滞分は長男分と二男分を合計してほぼ二年分の一三九万円にのぼっているもの、ただちに強制競売を申し立てることが経済的にちゅうちょされる実情にあるXが、それを行わないからといって、別に有している期限未到来の債権の保全措置をとることに、不利益を課せられる理由はないはずである。

二 次に、本件仮差押えの対象とされた不動産には独立行政法人住宅金融支援機構を債権者とする抵当権が設定されているところ、現状では、無剰余とされる可能性が相当程度あるものの、上記抵当権は普通抵当権であり、Yが被担保債権の分割支払を怠っている状況もうかがえない以上、将来において剰余が生ずる見込みがあることは否定できない。債務名義がなく今後の提訴を予定して行われる不動産仮差押えの申立てにおいて、申立ての時点で対象不動産が無剰余である可能性が相当にあつても、仮差押えが認められているのは、強制執行を開始できる将来の時点における剰余の見込みが否定できないことを前提としているからである。本件でも、同様に、現時点の無剰余の可能性の程度を理由として仮差押えを利用する必要性を否定することはできない。

確かに、Xは、既に期限の到来した養育料債権一三九万円および慰謝料債権一〇〇万円の合計二三九万円について、不動産に対する強制執行の開始を求めることができる。しかし、その強制執行手続の請求債権は期限到来分のみである。期限未到来分についても債務名義があるので配当要求をすることができるが、それは、Xが差押えをすることができた不動産を対象とする強制執行手続についてである。Yが複数の不動産を所有していれば、差押えは請求債権の額に相應する不動産に対してしか許容されない。期限到来分の債権で差押えを許されなかった不動産があれば、それを期限未到来分の債権によって仮差押えをする必要性があるというべきである。その仮差押えによつて、この不動産をYが処分してもそれに優先することができ、他の債権者からの差押えがあつても当然の配当加入が認められるからである。

三 以上のとおりであるから、債務名義を有しているが期限未到来であつて即時に強制執行の申立てができない債権を有する債権者が、期限未到来の債権を保全するための実効性がある仮差押え制度を利用することについて、強制執行の申立てが可能で債権を有しているが即時に強制執行の申立てをしていないが故に権利保護の利益を否定することはできないというべきである。」

岡部喜代子裁判官の反対意見は、木内裁判官の上記反対意見に同調する。

〔評釈〕

本決定の結論に賛成する。

一 本決定の意義

本決定は、債務名義を有する養育料債権のうち期限未到来分を被保全債権とする仮差押命令の申立てについて、本件事実関係の下で民事保全制度を利用する必要性を欠くことを理由に却下すべきものとした原決定の判断を、結論において是認した事例である。⁽¹⁾

仮差押命令は、「民事訴訟の本案の権利の実現を保全する」(民法法一条参照)ことを目的とした民事保全処分の一つであり、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があるとき、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」(同一二〇条参照)に発することができるとされている。そのため、金銭債権につき既に債務名義を有する債権者が右金銭債権を被保全債権とする仮差押命令の申立てをすることは、当該債務名義に基づいて直ちに強制執行に着手することが可能である以上、原則として仮差押えをする必要性ないし利益を欠くと考えられる。⁽²⁾ 他方、上記の理由からすれば、債務名義に基づく速やかな強制執行が不能または困難な場合

においては、その例外として、将来時点における強制執行を保全するための仮差押えが許容されると解する余地がある。本件もまた、債務名義を有する金銭債権を被保全債権とする仮差押命令の申立てについて、そのような例外的扱いを認めることの是非が争われた事案である。

本件事案は、債務名義に基づく速やかな強制執行を不能または困難とする事情として、次の各事情が認められる点に特徴がある。第一に、本件においては債務者の責任財産たる本件不動産につき強制競売を開始したとしても、無剰余を理由に競売手続が取り消される可能性があるために、債権者において直ちに強制競売を開始することが必ずしも期待できないことである。債権者が債務名義を有する場合において、債務者所有の不動産に無剰余の見込みがあることが当該不動産に対する仮差押えの必要性を基礎づける事情となりうるか否かについてはかねてから議論があり、近時の裁判例も積極・消極に分かれていたところ、本決定は少なくとも本件事実関係の下でこれを消極に解した。また、第二に、本件仮差押命令の申立てにおける被保全債権は債務名義を有する養育料債権のうち支払期限の到来していない部分であり、当該期限未到来分に関しては、原則として現時点における強制執行ができないとされることである。

養育料債権のように、定期的・反復的な給付義務のうち期限が到来している部分について未履行がある場合に、期限の到来していない部分のみを被保全債権として仮差押命令の申立てをすることの許否については議論の蓄積がなく、また、先例も乏しかったところ、本決定は結論においてこれを消極に解した。

本決定は例文的な体裁をとっているために、決定文それ自体からは多数意見の判断理由を直接に知ることはできない。もともと、本決定が結論において是認する原決定は、本件において民事保全制度を利用する必要性が認められないとする理由を詳述しており、その論旨は本決定を理解する上で有益であると思われる。また、本決定における木内裁判官の反対意見（岡部裁判官同調）は、原決定の判断を是認することができないとする理由を詳論するものであり、このことは間接的ながら、多数意見が右反対意見に対して否定的ないし慎重なスタンスに立っていることを示唆している。そこで本評釈では、本件原決定の論旨および本決定の反対意見を考察の手掛かりとして、本決定の当否について検討する。

二 債務名義を有する金銭債権を被保全債権とする仮差押えの許否

本件原決定は、金銭債権について債務名義が存在する場合、債権者は特別の事情のない限り速やかに強制執行をすることができると、原則として民事保全制度を利用する必要性（権利保護の利益）は認められないが、執行停止命令が発せられているなど、債権者が速やかに強制執行をすることができない特別の事情がある場合には、強制執行をすることが不能または著しく困難になるおそれがないとは言えず、民事保全制度を利用して権利保護を図る特別の必要性が認められる余地がないわけではない、との一般論を述べる。

前述のように、仮差押命令は金銭債権の実現を保全することを目的として、その強制執行が不能または著しく困難となるおそれがある場合に発せられるものであるから、既に債務名義を有する場合においては、当該債務名義に基づく強制執行を通じた速やかな権利の実現が可能である以上、原則として仮差押えをする必要性ないし利益に欠けると考えられる。³⁾ このような必要性ないし利益については、これを民事保全の実体要件の一つである「保全の必要性」（民法一三条一項）の問題として位置づける見解と、民事訴

訟における訴えの利益に相当する手続要件としての「権利保護の必要性」（本件原決定のように、「民事保全制度を利用する必要性」や「権利保護の利益」とも表記されるが、本稿では以下、「権利保護の必要性」の表記を用いる）の問題として位置づける見解^⑤とに分かれる。前者は、「保全の必要性」とは別に「権利保護の必要性」という概念を設けず、債務名義を有する場合の仮差押えの必要性の問題も「保全の必要性」の問題に包摂されると考えるのに対して、後者は、民事保全制度を利用するだけの正当性があるか否かの問題である「権利保護の必要性」と、これが認められる場合に保全命令を発すべき必要性があるか否かの問題である「保全の必要性」とは次元を異にする事柄であるとの理解を前提として、債務名義を有する場合の仮差押えの必要性の有無を「権利保護の必要性」の問題として考える。両者の違いは、理論的には、前者であれば要件充足について疎明で足りる（民保法二三条二項）一方、後者であれば要件充足につき証明を要する（同条項の反対解釈）という違いを生じうるが、実際の事件処理においては両者のいずれによるかで結論を左右するほどの違いはないとの指摘も見られる^⑥。もっとも、「保全の必要性」とは別に「権利保護の必要性」概念を説く見解は、およそ一般に民事保全

制度を利用する正当な必要性があるか否かという一般的・抽象的なレベルの問題と、これが認められることを前提としてなお保全処分を発すべき現実の必要性があるか否かという個別的・具体的なレベルの問題とがあることを概念的に区別する点で示唆的である^⑦。債務名義を有する場合の仮差押えの必要性ないし利益の問題は、債務名義を有する債権者において強制執行の手続によらず、民事保全の手続を利用することの正当性を問うものであり、債務者による財産の処分や隠匿といった民事保全の実体要件たる「保全の必要性」とは次元を異にする問題であることからすると、ここで問題とされる仮差押えの必要性ないし利益は「保全の必要性」とは異なる要件として把握することが適切であるように思われる。

いずれにせよ、債務名義を有する金銭債権を被保全債権とする仮差押命令の申立ては原則として許されないと解される一方で、債権者が速やかに強制執行をすることができない特別な事情がある場合に例外的扱いが許容されるとする基本的な判断枠組みについては、判例・学説上、異論は見られない。この「特別な事情」が認められる例としては、判例に現れた事例の中には、^⑧執行停止命令が発せられているために、当該債務名義に基づく強制執行を開始できな

い場合、①債務名義上の権利が期限付きまたは条件付きであるために、相当の日時が経過した後でないとして強制執行ができない場合があるほか、学説・実務においては、②執行証書を債務名義とする強制執行の場合など、債務名義の送達から強制執行の着手までに多少の日時を要するために、その間における財産の処分や隠匿を防止する必要がある場合、③強制執行が保証を立てることにかかっている場合で、保証の額が高額で保証金を調達するのに相当の日時を要するとき、などが挙げられている⁽¹²⁾。

三 権利保護の必要性を基礎づける事情の有無①

—— 無剰余の見込み

債権者が既に債務名義を有する場合であっても、強制競売の対象となる不動産について無剰余の見込み（民執法六三条一項各号参照）があるとすれば、強制競売を開始しても無剰余を理由に当該手続が取り消される可能性があるために、債権者において直ちに強制執行に着手することは必ずしも期待できない。その一方で、将来において剰余価値が生じた場合に当該不動産を換価して権利の実現を図る可能性は残されているから、その間における当該不動産の処分や隠匿を防止するために、債権者において当該不動産に

つき仮差押命令を申し立てることが考えられる（このことは、債務の引き当てとなる財産が当該不動産以外に存在しないか、または、その存在が不分明である場合に顕著となる）。

このような、強制競売の対象となる不動産について無剰余の見込みがあることが、既に債務名義を有する債権者にとって、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を基礎づける「特別の事情」となりうるか否かについて、学説・裁判例は消極・積極に分かれる。消極説⁽¹³⁾は、①無剰余の場合でもなお民執法六三条二項所定の無剰余取消しの回避措置を講じることにより強制執行手続を続行することは可能であり、無剰余の可能性があるからと言って執行が不能または著しく困難であるとまでは言えないこと、②将来的に剰余価値を生じる見通しが立たない中でいつまで存続するのかわからない仮差押えを許容することとは、処分制限効を受ける相手方に負担を強いることになると、等をその理由とする⁽¹⁴⁾。これに対して、積極説⁽¹⁵⁾は、①無剰余取消後、再度強制競売の申立てをするまでの間に債権者が当該不動産を隠匿または処分するなどしてその執行が不能または著しく困難となるおそれがあること、②これを避けるべく、債権者に繰り返し強制競売の申立てを強

いることは酷であること、等を理由に権利保護の必要性を肯定しようとする¹⁶⁾。

思うに、不動産に対する強制競売手続が無剰余を理由に取り消された後、優先債権の残存額が減少または消滅し、あるいは不動産価額の上昇等により当該不動産に剰余価値が生じれば、将来的に当該不動産に対する強制競売によって被保全債権の満足を図ることができるから、そのような将来時点における強制執行の不能または著しい困難をあらかじめ回避する手段が必要となりうることは否定できない。しかしながら、上記の消極説が示唆するように、無剰余の見込みがある不動産であっても、①強制競売手続が無剰余を理由に取り消されるか否か（以下、「無剰余取消しの可能性」という）は、強制競売手続において定まる不動産の買受可能価額と当該時点において存在する優先債権との差額、さらには、民執法六三条二項所定の無剰余取消しの回避措置の有無にかかっているという点において不確実性を有する上、たとえ強制競売手続が無剰余を理由に取り消されることが確実であると仮定したとしても、②当該不動産につき将来において剰余価値を生じるか否か（以下、「将来の剰余発生の可能性」という）は、当該不動産の価格変動や優先債権の弁済状況等に左右されるといふ点において

多分に不確実性を有する問題であり、これらの不確実性を一切度外視して権利保護の必要性を肯定することは、保全処分の効果の重大性に鑑み保全命令の発令を真に必要とされる場合に限定した法の趣旨と相容れない。したがって、無剰余の見込みがあるとの一事をもって権利保護の必要性を基礎づけることはできず、これに加えて、無剰余取消しの可能性および将来の剰余発生の可能性のいずれについても、これを基礎づける事情の主張・立証を要すると解すべきである。

この点、近時の裁判例においては、権利保護の必要性の判断に際して、無剰余取消しの蓋然性についての主張・立証を必要とする例（名古屋高決平成二〇・一〇・一四判時二〇三八号五四頁¹⁸⁾）や、そのような無剰余取消しの蓋然性に加えて近い将来における剰余発生の可能性を必要とする例（大阪高決平成二六・三・三判時二二二九号二三頁¹⁹⁾）が見られるところ、前者のように、無剰余取消しの蓋然性を要件とするのみでは権利保護の必要性を基礎づけるにはなお不十分であるように思われる。仮差押命令の申立て時点において当該不動産につき無剰余取消しの蓋然性が認められるとしても、およそ当該不動産につき剰余価値を生じる見通しが立たない（したがって将来の強制執行の見通しも

立たない) 中で仮差押えを許容することは、将来の強制執行の保全という民事保全の目的を超えた仮差押えを許容するものとして否定的に解すべきであると思われる。そのため、無剰余を理由とする仮差押えについて権利保護の必要性を肯定しうるのは、当該不動産について無剰余取消しの蓋然性が認められる場合で、かつ、優先債権に対するこれまでの弁済状況や当該不動産の現在価値等に照らして、近い将来において剰余を生じる確実性が認められる事案に限られると解するのが相当であるように思われる。²⁰⁾

本件原決定は、本件において「無剰余を理由として競売手続が取り消される可能性は相当程度認められる」としながらも、「上記取消しの可能性は確実なものとはいいえない」として権利保護の必要性を否定するものであり、論旨は、権利保護の必要性を基礎づける「特別の事情」が認められるためには、無剰余取消しの可能性が相当程度の可能性を超えた確実性をもって立証されることを必要とするものと解される。このような理解は、前述した「権利保護の必要性」と「保全の必要性」を概念的に区別した上で前者について疎明ではなく証明が必要とする理解とも親和的であり、かつ、判断の基礎となる具体的事実の如何によつては権利保護の必要性を肯定する余地を残すものと言

える。本件では、抵当権設定時の被担保債権の種類(長期分割払いの住宅ローン債権と見られる)および額(元金三〇〇〇万円および利息、遅延損害金)、抵当権設定時からの年数の経過(六年余り)、対象不動産の現在価値(固定資産評価額の合計として約一〇〇〇万円)が明らかとなる一方で、相手方の返済状況は不明であるとされる。²¹⁾ 右の事実関係の下では、当該不動産が無剰余であるか否か自体の判断に不確実さが残る上、無剰余取消しの回避措置の可能性や、将来における剰余発生の可能性についての判断にも不確実さを伴うことからすると、権利保護の必要性を否定すべきものとした原決定および本決定の判断は、本稿の立場によつても結論において是認することができる。

この点に関連する木内裁判官の反対意見は、一般的な不動産仮差押えの申立て(債務名義がなく今後の提訴を予定して行われるもの)においては、申立ての時点で対象不動産が無剰余である可能性が相当にあつても仮差押えが認められていることを理由に、原決定が無剰余の可能性の程度が相当程度にとどまることを理由として権利保護の必要性を否定することに反対する。しかしながら、上記の一般的な不動産仮差押えの場合は、債権者において既に債務名義を有する場合は異なり、「権利保護の必要性」要件は原

則として問題とならないから、両者の間で仮差押命令の発令要件において差異を生じること自体は不合理とは言えないように思われる。

四 権利保護の必要性を基礎づける事情の有無②

——将来の養育料債権

本件仮差押命令の申立ては、債務名義を有する養育料債権のうち、期限未到来分を被保全債権とするものである。債務名義を有する場合であっても、期限未到来の債権については原則として期限到来後でなければ強制執行を開始することができないから（民執法三〇条一項）、将来における期限到来後の強制執行を保全するために民事保全制度を利用する特別の必要性が認められるのではないかが問題となる。前述のように（二参照）、従来の学説・裁判例は、債務名義上の権利が期限付きまたは条件付きであるために、相当の日時が経過した後でないと強制執行ができない場合において例外的に仮差押えを許容する扱いを認めているところ、本件のように、債務名義上の権利が定期的・反復的給付に係るものであり、期限到来分につき未履行がある場合（したがって、当該部分については強制執行の開始が可能である場合）においてもなお、これと同様の扱いを肯定

しうるかが問題となる。

本決定の多数意見が上記論点に関して否定的な立場であることは結論において明らかであるが、その基礎にある考え方は必ずしも明確ではない。この点、原決定は、「本件における被保全権利は、毎月末日払いの養育料債権であるところ、……現に期限が到来した未払の債権として二三九万円が存在するから、Xは、本件公正証書に基づき……速やかに本件不動産につき強制競売の申立てをし、手続を開始させることが可能である」との理解に立っている。右の論旨からは、養育料債権を被保全債権とする仮差押命令の申立てに際しての権利保護の必要性は、養育料債権全体との関係で判断されるべき問題であり、本件養育料債権を全体として見れば、期限到来分について直ちに強制執行に着手することができる以上、民事保全制度を利用する特別の必要性は認められないとする考え方がうかがわれる。本決定も、このような理解を少なくとも明示的に否定するものではない。⁽²²⁾

他方、木内裁判官の反対意見は、①債務名義があっても期限未到来分については強制執行を開始することができるから、期限未到来の債権については債務名義があることをもって仮差押えを利用する必要性を否定することはでき

ないこと、②養育料債権は、給料その他の継続的給付に係る債権に対しては期限未到来分を請求債権とした差押えが可能であるが（民執法一五一条の二）、本件相手方は給料その他の継続的給付に係る債権を有しないから、この差押えを利用することはできず、また、民執法一六七条の六は期限未到来の養育料債権についても間接強制を認めているが、その範囲は六月以内に確定期限が到来するものに限られていること（本件養育料債権のうち期限未到来分は、長男につき五〇月分、二男につき六八月分である）、③期限未到来分につき即時に強制執行の申立てが可能な債権者であっても、その時点で強制執行の申立てをするか否かは債権者の意思に委ねられており、本件において直ちに強制競売を申し立てることが経済的に躊躇される実情にある債権者がそれを行わないからと言って、期限未到来の債権の保全措置をとることについて不利益を課せられる理由はないこと、を論じる。

これらを検討するに、一般に、債務名義上の権利が期限付きまたは条件付きの場合に例外的に権利保護の必要性が認められるのは、右の場合においては、債務名義取得後、速やかに強制執行を開始することができず、その間に強制執行が不能または著しく困難となる事態を生じうるからで

ある。だとすれば、養育料債権のように、債務名義上の権利が定期的・反復的給付に係るものであり、かつ、支払期限の到来している部分について未履行がある場合においては、当該部分について直ちに強制執行に着手することが可能であるし、期限が到来していない部分についても配当要求（民執法五一条、八八条参照）の方法による権利の実現が可能であるから、他に強制執行に着手することを妨げる特別の事情のない限り、民事保全制度を利用する必要性は認められないと解するのが相当であるように思われる。本件においては、期限未到来分について強制執行に着手することを妨げる他の事情として、本件不動産に対して強制競売を開始しても無剰余を理由に当該手続が取り消される可能性が相当程度存在するという事情が認められるが、無剰余の見込みがあるとの一事をもって権利保護の必要性を基礎づけることができないことは、三で検討したとおりである。

たしかに、木内反対意見が指摘するように、本件債務者は「給料その他の継続的給付に係る債権」を有する者ではないから、養育料債権の期限未到来分についていわゆる予備差押えの制度（民執法一五一条の二）を利用することはできず、支払義務者が給料所得者等である場合と比較して、差押えの対象となる財産の範囲に違いを生じることとは否定

できない。しかしながら、現行規定が上記「給料その他の継続的給付に係る債権」に限って予備差押えを認めたる趣旨は、各定期金債権の満足とそのため引当財産の発生を時的に同調させる趣旨⁽²³⁾であり、そのような立法趣旨自体は一定の合理性を有するものと考えられるし、本件のように予備差押えの方法による⁽²⁴⁾ことができない場合でもなお将来の養育料債権に基づく間接強制の申立ては所定の要件（民法一六七の一五、同一六七条の一六）の下で可能であるから、これを超えて民事保全制度を利用することは、現行民事執行法および民事保全法が本来的には予定していないところであると解されよう。

五 おわりに

本決定により、債務名義を有する養育料債権のうち期限未到来分を被保全債権とする仮差押命令の申立ては、少なくとも本件と同様の事実関係の下では認められないとする最高裁の立場が明らかとなった。本件被保全債権が、養育料債権という、その実現が生計の維持に不可欠であり、特に定期の履行が求められるべき債権であることに鑑みれば、その履行確保の実効性が確保されるべきことは言うまでもないが、他に引き当てとなる財産が存在する場合において

は、それらの財産を対象とした強制執行の方法による権利の実現が考えられるほか、間接強制の方法を通じた債務の履行を求める途も残されている⁽²⁵⁾。今般の「民事執行法の改正に関する中間試案」⁽²⁶⁾においても、現行の財産開示手続をより強化する方向での見直しや、第三者からの債務者財産に関する情報を取得する制度の新設⁽²⁸⁾などが盛り込まれており、これらの改正が実現すれば、相手方の預貯金債権等、不動産以外の債務者財産を引き当てとした権利の実現がこれまで以上に拡大することが期待される。

(1) 本決定の評釈として、酒井一「判批」法教四四八号（二〇一八年）一二六頁、杉山悦子「判批」リマックス五六号（二〇一八年）一三〇頁、佐瀬裕史「判批」平成二九年度重要判例解説（二〇一八年）一三八頁がある。

(2) 最決平成二四・九・六は、確定判決を有する損害賠償債権を被保全債権とする仮差押命令の申立てについて、権利保護の必要性を欠くことを理由に却下すべきものとした原決定を正当として是認した例である。同決定の紹介として、尾島明「宮下修」許可抗告事件の実情——平成二四年度」判時二二〇六号（二〇一三年）一五頁参照。

(3) 大判昭和二・三・九民集六卷三九一頁は、一般論として「即時ニ執行シ得ヘキ執行名義ヲ債権者ニ於テ有ス

ル場合ハ原則トシテ仮差押ハ之ヲ為スヘキ必要ナシ」と論じる。

- (4) 兼子一『増補強制執行法』(酒井書店・一九五四年)三〇四頁、山崎潮監修『注釈民事保全法(上)』(民事法情報センター・一九九九年)二七四頁(園尾隆司)、安東章「債務名義や保全命令を有する債権者からの保全申立ての可否」門口正人『須藤典明編』新・裁判実務大系(13)(青林書院・二〇〇二年)三四頁、原井龍一郎『河合伸一編』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)、加藤新太郎『山本和彦編』裁判例コンメンタール民事保全法(立花書房・二〇一二年)一五八頁(山本和彦)など参照。
- (5) 西山俊彦『新版保全処分概論』(一粒社・一九八五年)四七頁、丹野達『民事保全手続の実務』(酒井書店・一九九九年)四三頁注(21)、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(二〇〇二年)八八頁、瀬木比呂志『民事保全法(新訂版)』(日本評論社・二〇一四年)一三八頁など参照。
- (6) 安東・前掲注(4)三四頁、松本博之『民事執行保全法』(弘文堂・二〇一一年)四九八頁、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事保全法』(日本評論社・二〇一四年)七二頁(酒井一)など参照。
- (7) 瀬木・前掲注(5)二二七頁は、権利保護の必要性と保

全の必要性を区別する考え方につき、「民事訴訟法上の訴えの利益に関し、一般的な権利保護の資格(法律上の争訟や審判権の問題)と権利保護の利益(狭義の訴えの利益)を分けて考える思考方法に通じるところがある」と付言する。

- (8) 前掲大判昭和二・三・九民集六卷三三九頁(仮執行宣言付判決に対して控訴が提起されたことに伴い執行停止の裁判がなされた事案)、東京地判昭和二五・六・一三下民集二卷六号八八六頁(調停調書について請求異議の訴えが提起されたことに伴い執行停止の裁判がなされた事案)参照。

(9) 債務名義上の権利が条件付きの場合につき、東京高決昭和四七・八・三〇判時六七九号二頁(県知事の許可を条件とする本登記手続請求権等を被保全債権として仮処分命令の申立てをした事案)参照。また、東京高決平成二四・一一・二九判タ一三八六号三四九頁は、強制執行に際して承継執行文の付与が必要となる事案(執行証書を有する債権者について破産手続が開始され、破産管財人が選任された事案)において、権利保護の必要性を肯定した事例である。

- (10) 時岡泰「判批」我妻栄編『保全判例百選』(有斐閣・一九六九年)四三頁、山崎監修・前掲注(4)二七五頁(園尾)、藤原・前掲注(5)八九頁、瀬木・前掲注(5)一

五九頁など参照。

(11) 時岡・前掲注(10)四三頁、安東・前掲注(4)三四頁参照。

(12) これらの場合は、いずれも客観的な保全の必要性を肯定しうる場合であると見ることができ。他方、客観的には直ちに強制執行できる状態にあるにもかかわらず、債権者が和解を行いたい、あるいは、目的物の価格上昇を待ちたいといった、主観的な保全の必要性を主張するのみでは仮差押命令は許されないと指摘がある。瀬木比呂志『民事保全法』(判例タイムズ社・二〇〇一年)一四三頁、安東・前掲注(4)三五頁、瀬木・前掲注(5)一三八頁など参照。

(13) 近時の消極例として、①東京高決平成二〇・四・二五判タ一三〇一三〇四頁は、既に確定判決を得ている債権者が、債務者所有の不動産が無剰余であることを理由として当該不動産につき仮差押命令の申立てをした事実において、権利保護の利益ないし保全の必要性を欠くとして本件申立てを却下した原決定を維持した事例である。本決定は、その理由として、⑦本件債権者は債務名義を有し、債務者の一般財産に対し直ちに強制執行できる状態にあるから、その執行を保全するという観念をいれる余地はなく、その保全の必要性を肯定することはできないこと、④本件不動産に対し直ちに強制執行を開始した

場合に、民執法六三条一項所定の無剰余の通知を受ける可能性が高いとしても、同二項所定の額を定めて保証とともに申し出ること、または、本件抵当権者の同意を得ることで執行を続行できるのであり、上記通知を受ける可能性が高いからといって、執行が不能または著しく困難であるとは言えないこと、また、⑨先に仮差押えをし、その後債務名義を得た場合においては、強制執行への移行はいつでも、すなわち遠い将来でも可能であるが、強制執行が直ちに可能であるのにこれを放置し、対象不動産の価値の増加を待つということが本来あるべき状態ではなく、このようなことが事実上可能であるからといって、本件仮差押えを認めるべきであるとは言えないこと、を挙げる。

また、②東京高決平成二四・三・九(尾島〓宮下・前掲注(2)一五頁に紹介がある)は、債務名義を有する債権者が、債務者所有の不動産について開始した強制競売手続が無剰余を理由に取り消された後、本件債務名義上の債権を被保全債権として同一不動産について仮差押命令の申立てをしたという事実において、権利保護の必要性を認める特別の事情は認められなかった事例である。本決定はその理由として、⑦本件において、債権者は、民訴法六三条二項所定の手続を執ることにより強制競売手続の続行を求めることができるのであって、資力がな

いなどの理由で同項所定の手続を執ることができないとしても、それは事実上の困難を言うにすぎないこと、④強制競売手続における買受可能価額が市場価格よりも低いために、実際上は本件不動産に余剰があるにもかかわらず、強制競売手続上の制約によって弁済を受けられないう事態は、民事執行法が買受可能価額をもとに剰余の有無を判断する無剰余取消しの制度を採用したことによって不可避免的に生ずるものであり、同法の容認するところであること、⑤不動産の価額がいつ上昇して余剰価値が生ずるのか、その見通しが立たないような恣意的な基準でいつまで存続するか分からないような仮差押えを認めることは、いたずらに相手方の負担を強いるものであること、を挙げる。本決定に対しては抗告許可の申立てがなされ許可されたが、最高裁は「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」と判示して、抗告を棄却した。

(14) 瀬木・前掲注(12)一四三頁は、無剰余の見込みがある場合につき、「とりあえずの仮差押えを認めてほしいという債権者の意向が理解できないではないが、このような便宜的な仮差押えを認めるとこれがいままで存続するかわからず(結局、剰余の見込みが明らかになるまでといった恣意的な基準でその存続を認めることにならざるをえない)、債務者の苦痛が大きい上、民事執行法が採っ

ている手続相対効の原則(略)からこのような仮差押えであっても他の権利者の権利関係に影響を及ぼす可能性があり、種々の法的问题が派生してくることに注意する必要がある」と論じる。安東・前掲注(4)三五頁も同旨。

(15) 積極例として、③名古屋高決平成二〇・一〇・一四判時二〇三八号五四頁は、強制競売手続が無剰余を理由に取り消された後、本件債務名義上の債権を被保全債権として同一不動産について仮差押命令の申立てをした事案(前掲注(13)②と同種の事案)において、⑦強制競売手続が無剰余を理由に取り消された場合でも、先順位の抵当権の被担保債権が減少・消滅し、不動産価格が上昇するなどして当該不動産に剰余が生じれば、将来的に当該不動産に対する強制競売によって被保全債権の実現・満足を得る可能性が残されているところ、その間に債務者が当該不動産を隠匿または処分するなどしてその執行が不能または困難となるおそれがあること、また、④強制競売手続が無剰余を理由に取り消された後も、債権者は、当該債務名義に基づいて再度当該不動産に対して強制競売の申立てをすることは可能であるが、債権者に繰り返し強制競売の申立てを行うことを要求することは酷であるし、とりわけ、無剰余を理由に取り消されてから間もない時点においては、強制競売手続は再び無剰余を理由として取り消される蓋然性が高いこと、等を理由として、

本件申立てを却下した原決定を取り消し、「現時点で本件不動産の強制競売を申し立てても再び無剰余を理由として強制競売手続が取り消される蓋然性が高いことを裏付ける事情（これは、無剰余取消しがなされてから一年未満の本件においては、無剰余取消しの時点で存在していた先順位担保権等が現時点でも消滅していないこと等で足りると解される。」等について更に審理を尽くさせるべく、事件を原審に差し戻した。本決定の解説として、菊地浩明「判批」平成二一年度主要民事判例解説（二〇一〇年）二二二頁参照。

また、④大阪高決平成二六・三・三判時二二二九号二
三頁は、債権者が債務者所有の不動産について開始した強制競売手続において、執行裁判所から無剰余取消しとなる見込みであることを告げられたため、民法六三三条二項所定の優先債権者の同意を得ようと試みたところ、同意が得られなかったことから、上記強制競売の申立てを取り下げる一方、本件債務名義上の債権を被保全債権として同一不動産について仮差押命令の申立てをした事案である。本決定は、⑦本件不動産の価格が無剰余取消し後間もなく上昇している可能性は低いものと推認できるところ、本件優先債権は住宅ローン関連の債権であり、上記取下後に見込まれる減少額を考慮しても、その額が不動産の評価額を下回るものとは認められず、債権者が

現時点で本件不動産の強制競売を申し立てたとしても無剰余取消しとなる蓋然性が高いこと、また、④将来の本件不動産の価格については不確定ではあるものの、本件優先債権に対する弁済状況からすると、優先債権が将来にわたって減少または消滅することも考えられるから、遠くない将来においては剰余が生じて強制競売または競売申立てが許される時期が到来する可能性があること、等に照らして、本件申立てを却下した原決定を取り消し、事件を原審に差し戻した。本決定の解説として、内田義厚「判批」新・判例解説 Watch 一六号（二〇一五年）一五七頁「初出・TKCローライブラリー（文献番号 Z18817009-00-060501147）（二〇一四年）」参照。

(16) 山本ほか編・前掲注(6)七二頁「酒井」は、近い将来に剰余が生じることが確実である場合に、例外的に仮差押えの必要性を肯定する。また、内田・前掲注(15)一六〇頁は、実務経験に即して、「無剰余取消し又は競売申立取下げの時点からおおむね六か月前後の時点において、優先債権が弁済等によって減少したり、再度の強制競売においては優先債権者が無剰余回避措置をとる蓋然性が高くなっているといった事情の変更によって、近い将来に剰余が生ずる見込みが相当程度認められることを『証明』した場合」に、例外的に権利保護の必要性を肯定すべきとする。

- (17) 以上の点につき、本研究会での三木浩一教授のご発言から示唆を受けた。本件のように未だ強制執行に着手されていない事案においては、無剰余取消しの可能性を判断するに際して、①強制競売開始申立ての可能性、②(仮に強制競売手続が開始されたとして)強制競売手続の無剰余取消しの可能性、③(仮に無剰余取消しがなされたとして)当該不動産につき将来において剰余を生じる可能性、という三点において仮定的な判断を重ねることになると言える。
- (18) 事案の概要と決定要旨につき、前掲注(15)参照。
- (19) 事案の概要と決定要旨につき、前掲注(15)参照。
- (20) 山本ほか編・前掲注(6)七二頁(酒井)、内田・前掲注(15)一六〇頁も、近い将来における剰余発生の可能性が認められる場合に限って、仮差押えの必要性が肯定される旨を説く。
- (21) この点において、優先債権の残額や返済状況が明らかとなっていた、前掲大阪高決平成二六・一三・三判時二二二九号二三頁とは具体的な状況を異にする。
- (22) 本決定の匿名コメント(判時二二二九号四二頁、判タ一四三六号九七頁)は、本決定の多数意見について、「養育料債権を被保全債権とする仮差押命令の申立ての権利保護の必要性の有無については、各月ごとの債権を切り出して議論するのではなく、養育料債権全体の実現方法の問題として議論すべきであり、既に支払期限が到来した未履行のものがあれば、基本的には、まず、それについて強制執行に着手すべきであるという考え方が背景にあるように思われる」と解説する。
- (23) 中野貞一郎⇨下村正明「民事執行法」(青林書院・二〇一六年)六八六頁、谷口園恵ほか「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の解説(6)」NB L七七四号(二〇〇三年)三八頁など参照。
- (24) 離婚後の子の養育料の不払問題は深刻な社会問題の一つでもある。厚生労働省が平成二九年一二月に発表した「平成二八年度全国ひとり親世帯等調査結果報告」によれば、養育費を受けたことがない母子家庭は平成二八年で五六・〇%にのぼるとされる(<http://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11923000-KodomoKateikyoku-Kateifukushika/0000190325.pdf>)。
- (25) 平成一五年、一六年改正以降の養育費の強制執行の概況に関して、岡部喜代子「養育費・面接交渉の強制執行」家族(社会と法)二六号(二〇一〇年)五二頁以下参照。
- (26) 法制審議会民事執行法部会の第一回会議(平成二九年九月八日開催)において取りまとめられたもの。原文は法務省ホームページにて公開されている(<http://www.moj.go.jp/content/001236344.pdf>)。
- (27) 「中間試案」では、財産開示手続の申立てに必要とさ

