

〔最高裁民事例研究 四〇九〕

平一八六（民集六〇巻七号二六二三頁）

強制執行を受けた債務者がその請求債権につき強制執行を行う権利の放棄又は不執行の合意があつたことを主張して裁判所に強制執行の排除を求める場合に執るべき手続

いう）を発した。これに対し、Xらは、Yは、Xらの被承継人またはXらに対し、本件公正証書に基づく強制執行を行わない旨の意思を表明しており、強制執行を行う権利の放棄または不執行の合意が成立していると主張し、本件各命令の取消しと本件各命令の申立ての却下を求めて執行抗告をした。

原々審である東京地方裁判所は、平成一八年一月五日、Xらの主張は請求異議の訴えによつて争うべき実体法上の事由を理由とするものであり、執行抗告の理由とはなり得ないものであつて、民事執行の手続きを不当に遅延させることを目的としてされたものと認められるとして、民事執行法一〇条五項四号に基づいて、Xらの執行抗告を却下した。そこで、Xらは、この決定に対し執行抗告をした。

原審である東京高等裁判所は、平成一八年二月二十四日、迅

速性が求められる執行手続において、不執行の合意の存否についてまで執行裁判所が調査および判断をすることは相当ではないとして、原執行抗告を却下した原々審の判断を是認し、Xらの執行抗告を棄却した。Xらは、これに対して、原審の決定は、不執行の合意に関する大審院の判例に違反すること

〔事実〕

告棄却）

などを理由として許可抗告の申立てをし、許可された。

〔決定要旨〕

抗告棄却

「抗告人らの主張する不執行の合意等は、債権の効力のうち請求権の内容を強制執行手続で実現できる効力（いわゆる強制執行力）を排除又は制限する法律行為と解されるので、これが存在すれば、その債権を請求債権とする強制執行は実体法上不当なものとなるというべきである。しかし、不執行の合意等は、実体法上、債権者に強制執行の申立てをしないと、いう不作為義務を負わせることとなり、執行機関を直接拘束するものではないから、不執行の合意等のされた債権を請求

債権として実施された強制執行が民事執行法規に照らして直ちに違法になるということはできない。そして、民事執行法には、実体上の事由に基づいて強制執行を阻止する手続として、請求異議の訴えの制度が設けられており、不執行の合意等は、上記のとおり、債権の効力の一部である強制執行力を排除又は制限するものであつて、請求債権の効力を停止又は限定するような請求異議の事由と実質を同じくするものといふことができるから、その存否は、執行抗告の手続ではなく、請求異議の訴えの訴訟手続によつて判断されるべきものといふべきである。

抗告人らは、執行抗告によつて不執行の合意等の存在を主張することができるというが、執行抗告は、強制執行手続においては、その執行手続が違法であることを理由とする民事執行の手続内における不服申立ての制度であるから、実体上の事由は執行抗告の理由とはならないというべきである。なお、不執行の合意等の存否が執行異議の手続で判断されるべきでないことは、上記検討によつて明らかである。

以上によれば、強制執行を受けた債務者が、その請求債権につき強制執行を行う権利の放棄又は不執行の合意があつたことを主張して裁判所に強制執行の排除を求める場合には、執行抗告又は執行異議の方針によることはできず、請求異議の訴えによるべきものと解するのが相当である。これと見解を異にする大審院の判例（大審院大正一四年（オ）第九七〇号同一五年二月二四日判決・民集五巻二三五頁、大審院大正一五年（オ）第一一二二号昭和二年三月一六日判決・民集六巻一八七頁、大審院昭和一〇年（オ）第九五二号同年七月九日判決・法律新聞三八六九号一二頁）は、変更すべきであ

〔評 税〕

本決定の結論に賛成する。ただし、結論を導く過程には疑問がある。

一 本決定の意義

債権者と債務者の間で、特定の債務名義について、およ

そ強制執行をしない旨、強制執行の申立てを取り下げる旨または一定の時期まで強制執行をしない旨などを合意することがあり、一般に不執行の合意または不執行契約（以下、「不執行の合意」）⁽¹⁾と呼ばれている。こうした不執行の合意があるにもかかわらず、債権者がその合意に反して強制執行を行った場合に、債務者がどのような救済手段をとりうるかについては、民事執行法制定前の旧民事訴訟法の時代から、争いがあった。学説においては、請求異議の訴え（旧民訴五四五条・五六〇条）によるべきであるとする請求異議説が有力に主張され、民事執行法制定後も請求異議説が通説であった。これに対し、実務は、旧法下の執行方法に関する異議（旧民訴五四四条）によるべきであるとする方法異議説（旧法下における方法異議の制度は、現行法下の執行異議の制度に対応するので、以下、現行法を前提とした議論に際しては、「執行異議説」という。また、本稿で「執行異議説」というときは「請求異議説」との対比が主眼であるので、執行抗告による場合も含むものとする）が多數であった。最上級審の判断としては、本決定に至るまで長らく最高裁判例がなかつたため、方法異議説を採った大審院時代の判例が、この問題に関する最上級審の先例として、今日まで残っていた。こうした状況下に

二 法的性質論との関係

執行異議説と請求異議説との争いをめぐる議論においては、不執行の合意の法的性質から演繹的に結論を導こうとするのが、伝統的に採られてきたアプローチである。不執行の合意の法的性質については、訴訟契約説と実体契約説が対立する。訴訟契約説は、不執行の合意を訴訟法上の合意と解する立場である。この立場によれば、不執行の合意によって執行法規が変更されることになるから、執行機関は当然にこれを遵守する義務を負うとされる。したがって、執行機関による執行行為が不執行の合意に違反する場合は、法規違反の不適法な執行行為となるので、執行方法に関する異議が認められるとする。これに対し、実体契約説は、不執行の合意は債権者に対して執行を行わないという不作為義務を発生させる私法上の債権契約であると解する。

おいて、本決定は、最高裁として初めてかつ民事執行法下における最上級審の判断として初めて、この問題を正面から取り上げ、方法異議説を採る大審院判決を変更すべき旨を明示的に述べ、学説上の通説である請求異議説を探ることを明らかにしたものである。

させないので、これに反する執行行為も違法ではなく、執行機関の職責や権限から見ても、不執行の合意の存否や内容を顧慮する義務と必要はないとする。したがって、不適法な執行行為を是正するための手段である執行方法に対する異議によることはできず、むしろ、請求異議の訴えの類推適用、準用または適用のいずれかによるべきであるとする。⁽³⁾なぜなら、請求異議の訴えは、執行手続上は適法であるが実体法上は不当な執行を阻止するための救済手段であるところ、執行行為をしないという債務を負担した者がその合意に違反して行った執行行為は、実体法上の不当執行であることにおいて、請求異議の訴えが予定している場合と異なることからである。こうした両説のうち、実体契約説が学説上の通説であり、それが請求異議説が通説であることに結び付いている。

本決定も、こうした演繹的なアプローチを前提として、不執行の合意の法的性質について実体契約説を採ることを明らかにし、それをほぼ唯一の論拠として、請求異議説を採るという結論を導いている。すなわち、Xらの主張する不執行の合意は、「債権の効力のうち請求権の内容を強制執行手続で実現できる効力（いわゆる強制执行力）を排除又は制限する法律行為」であり、「これが存在すれば、そ

の債権を請求債権とする強制執行は実体法上不当なものとなるというべきである」として、まず、不執行の合意が実体法上の効力を生ずる実体契約であることを述べる。次に、「不執行の合意等は、実体法上、債権者に強制執行の申立てをしないという不作為義務を負わせるにとどまり、執行機関を直接拘束するものではないから、不執行の合意等のされた債権を請求債権として実施された強制執行が民事執行法規に照らして直ちに違法になるということはできない」として、不執行の合意が訴訟契約ではないことを重ねて述べる。そして、これに続けて、不執行の合意は「債権の効力の一部である強制执行力を排除又は制限するものであ」る点で、「請求債権の効力を停止又は限定するような請求異議の事由と実質を同じくするもの」であるから、請求異議の訴えによるべきであると結論付けているのである。

しかし、このような演繹的なアプローチのみによって結論を導くのは、解釈論の手法としては妥当性を欠く。なぜなら、不執行の合意の法的性質と不執行の合意を主張する手続きの間には、必ずしも必然的な結び付きはないからである。⁽⁴⁾

まず、実体契約説を前提とした場合であるが、実体契約説が当然に請求異議説に結び付くわけではなく、執行異議

説を探ることも可能である。たしかに、執行異議や執行抗告は、形式的な執行手続法規の違背を主たる対象とするものであるが、確定期限の到来や反対給付の履行のように実体権の存否にかかる事項を執行機関が調査・判断すべきものとされている場合には、これらの不服申立が執行の実体的正当性の確保につながる（民執三〇条、三一条）。また、担保執行については、担保権の不存在や消滅が執行異議なし執行抗告の事由に加えられている（民執一八二条、一九一条、一九三条二項）。したがって、執行異議や執行抗告が手続面の審査を担当するという分担は、必ずしも絶対的なものではない。實際にも、旧法下の学説の中には、実体契約説に立ちながら方法異議説を採る見解もあつた。⁽⁵⁾ また、実体契約説を前提として、方法異議と請求異議の訴えのいずれも認められるとする、いわゆる折衷説を主張する見解もある。⁽⁶⁾

他方、訴訟契約説を前提として、請求異議説を採ることもできないわけではない。たしかに、請求異議の訴えは、本来的には、債務名義に表示された実体権の存否または内容についての異議を主張して執行力の排除を求める訴えであるが、裁判以外の債務名義については手続の瑕疵も含む成立についての異議も含まれている（民執三五条一項）。

後段⁽⁷⁾。したがつて、請求異議の訴えが実体面の審査を担当するという分担もまた、絶対的なものではないからである。

結局、執行異議説と請求異議説のいずれを探るべきかについて、不執行の合意の法的性質は決定的な意味をもたず、実質的な要素を検討して判断をすべきである。

三 実質的な検討

債権者と債務者の間で強制執行をしない旨の合意や一定の時期まで強制執行をしない旨の合意がなされる場合、その合意の趣旨が真に不執行の合意なのか、それとも実は当事者間では実体法上の合意を意図していたのかが、明確でないことが少なくない。たとえば、強制執行をしない旨の合意が書面または口頭で行われていても、その趣旨として実体上の権利の放棄を含んでいたり、無条件の請求権を実体的に条件付きのものに改変する趣旨であつたりする場合がある。⁽⁸⁾ また、不執行の合意は、しばしば執行債権についての期限の猶予と結び付いてなされており、不執行の合意と期限の猶予とのいずれにあたるかが、個別の不執行の合意の解釈として争われる事件も少なくないとされる。⁽⁹⁾ 後者の典型例として、次のような裁判例がある。債権者が作成

した念書には、「本件公正証書表示の弁済期は、便宜的に定めたものであるから右弁済期を経過しても右公正証書により強制執行をいたすようなことはありません」との記載があつたが、この記載の趣旨について、債務者は「公正証書は便宜的なもので、したがつて強制執行など一切しないと」いうものであると主張したのに對し、債権者は「公正証書に基づく執行は好意的にある期間は待つてやろうという趣旨のもの」と主張した。この事件において、裁判所は、公正証書記載の弁済期は真実の弁済期ではないという趣旨か、あるいは期限の猶予を相手方に与えた趣旨かのいずれかであると判示した。つまり、不執行の合意ではなく、実体法上の合意であると認定したのである。

このように、不執行の合意の存否や内容をめぐる争いでは、実質的かつ微妙な判断が必要となる場合が多いことに鑑みれば、その審判は決定手続で行われる執行抗告や執行異議によるべきではなく、必要的口頭弁論を経る請求異議の訴えによることが妥当である。また、当事者間の合意が実体法上の合意と認定された場合はもちろんのこと、不执行の合意と認定された場合であっても、強制執行の排除は請求権の不存在に等しい結果を債権者にもたらすことになるので、その点でも、必要的口頭弁論の手続きが望ましい。

また、執行機関が不執行の合意の有無やその内容を、執行に際して職権をもつて調査することは、實際問題として不可能に近いか、かりに可能であるとしても不適当である。⁽¹¹⁾

さらに、執行異議説によつた場合には、当事者間の合意が不執行の合意と認定された場合には執行抗告または執行異議によることになるのに對し、実体法上の合意と認定された場合には請求異議の訴えによることになり、いずれと認定されるかによつて救済方法を異にすることになつて、実務上も混乱を來す。他方、請求異議説によつた場合は、いずれと認定されても常に請求異議の訴えとなるので、このような不都合は生じない。以上の検討から明らかなように、実質的な考慮によれば、請求異議説が妥当である。したがつて、本決定の演繹的なアプローチには疑問があるものの、本決定の結論には賛成である。

四 民事執行法三五条の適用の可否

請求異議説を採る見解は、請求異議の訴えの規定（旧民訴法五四五条、現行民執法三五条）を準用ないし類推適用するのか、それとも直接適用するのかについて、さらに寛解が分かれる。多数説は、不執行の合意は、債務名義に記載された実体法上の執行債権の不存在や消滅に関わるもの

ではないので、請求異議の訴えが直接的に想定している事態ではなく、請求異議の訴えの規定を準用または類推適用すべきであるとする。⁽¹³⁾これに対し、中野貞一郎教授は、このような多数説の立場は、請求異議訴訟の訴訟物の把握が狭隘にすぎることに由来するのであり、訴訟物の把握自体に問題があるとされる。すなわち、請求異議の訴えの訴訟物につき、多数説は、債務名義に表示された実体法上の法律関係を訴訟物とするので（实体関係説）、実体法上の執行債権の不存在や消滅を導くものではない不執行の合意は、請求異議の訴えの規定の直接適用ではないという結論になる。これに対し、中野説は、債務者が特定の債務名義の執行力の排除を求める地位にあるとの法的主張を訴訟物と捉えるので（債務名義説）、請求異議の訴えの規定を直接適用すべきとの結論になると説く。いずれの見解によつても実質的な差異は生じないが、請求異議訴訟の訴訟物については債務名義説によるべきであると解するので、民執法三五条が直接適用されると解すべきであろう。

五 本決定の射程と今後の課題

本件は、債務名義が公正証書である事案であるが、本決定の射程は、債務名義が確定判決である場合にも、当然の

こととして、及ぶものと考えられる。債務名義が確定判決である事案に本決定の考え方を適用し、請求異議説に従つた処理をする場合には、不執行の合意が当該訴訟の口頭弁論終結前になされていたときに民執法三五条二項が適用されて不執行の合意を異議の事由として主張することができなくなるのか、それとも不執行の合意に対しては同規定が適用されないのかが問題となる。この点につき、伝統的な多数説は、不執行の合意は執行段階において初めて問題になる性質のものであり、給付訴訟において判決成立前に不執行の合意を主張しても顧慮されず、裁判所は無留保の判断をなすことを妨げられないことを理由として、債務者は民執法三五条二項の制限を受けることなく、不執行の合意の存在を主張することができると解してきた（三五条二項不適用説）。これに対し、中野教授は、給付訴訟の訴訟物は直接的には給付請求権の存在と範囲であるが、債務者の財産に対する執行可能性としての責任の存在および範囲も給付訴訟の訴訟物に附属するものとして、これに関する事由を給付訴訟の口頭弁論において主張することができ、判決主文にも執行制限を表示すべきであるとの理解を前提として、執行契約（不執行の合意を含む）の事実を給付訴訟の口頭弁論で主張することができたのに、それをしないで

給付訴訟が確定するに至ったときは、同じ事由を請求異議の訴えにおいて主張することは許されないとされる（三五条二項適用説）⁽¹⁷⁾。

この問題については、最判平成五年一月一日民集四七巻九号五二五五頁が出たことにより、それ以前とは前提となる状況が変化した。すなわち、同判決は、「給付訴訟において、その請求権について不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであることが主張された場合には、この点も訴訟物に準ずるものとして審判の対象になるというべきであり、裁判所が右主張を認めて右請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないことを判決主文において明らかにするのが相当であると解される」として、不執行の合意による責任の制限も訴訟物に準ずるものとして判決手続における審判の対象となること、不執行の合意に関する事由が給付訴訟の口頭弁論で主張された場合には裁判所によって顧慮されること、および、給付訴訟の判決主文において不執行の合意の存在による執行の不許が表示されることを明らかにした。つまり、中野教授が説かれる三五条二項適用説の前提が整つたこと

になる。

もつとも、同判決は、上記判示の前に「給付訴訟の訴訟物は、直接的には、給付請求権の存在及びその範囲であるから、右請求権につき強制執行をしない旨の合意（以下「不執行の合意」という。）があつて強制執行をすることができないものであるかどうかの点は、その審判の対象にならないというべきであり、債務者は、強制執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができると解される」と述べている。すなわち、債務者が給付訴訟の口頭弁論において不執行の合意を主張した場合は、裁判所はこれを取り上げて判断した上で判決主文にも表示しなければならないが、債務者は給付訴訟の口頭弁論における主張が強制されるわけではなく、給付訴訟の段階では不執行の合意を主張することなく、強制執行の段階に至つて初めて主張することも許されるという趣旨のように読める。そうすると、給付訴訟で不執行の合意が主張されたが認められず、無留保の給付判決がなされた場合は、債務者は請求異議訴訟でもはや不執行の合意を主張することはできないと解することはできるとしても、中野教授が説かれるように、不執行の合意の事実を給付訴訟の口頭弁論で主張することができたのに、それをしなかつたときに同

じ事由を請求異議の訴えにおいて主張することは許されないとの結論まで導くことは、困難なように見える。実際ほとんどの学説は、そのように解しているものと思われる。しかし、同一の事由が給付訴訟の口頭弁論終結前でも口頭弁論終結後でも任意に主張できるというのは、給付訴訟と請求異議訴訟との無用な重複を強いる結果となり、一般的な判決効の理論とも整合しない。私見としては、平成五年判決によつて給付訴訟の口頭弁論および判決主文において不執行の合意が取り上げられるようになつたのに加えて、本決定によつて請求異議説が明示的に採用された以上、五条二項適用説を採用すべき段階に至つたと考える。したがつて、上記最判平成五年一月一日判決のうち、「債務者は、強行執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができる」と解される部分は、早晚、変更されるべきであると解する。

- (1) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂五版〕』(青林書院・二〇〇六年)八〇頁参照。
- (2) 松岡義正『強制執行要論〔上〕』(清水書店・一九二四年)六三八頁、小野木常『強制執行法概論』(酒井書店・一九五七年)三三四頁等参照。

(3) 類推適用説として、兼子一『民事法研究第一巻』(酒井書店・一九四〇年)二九二頁参照。準用説として、斎藤秀夫『執行契約』民事訴訟法学会『民事訴訟講座第四巻』(有斐閣・一九五五年)一〇六二頁、吉川大二郎『強制執行法』(法律文化社・一九五八年)五一頁、同『強制執行における権利濫用』末川先生古稀記念『権利の濫用(中)』(有斐閣・一九六二年)三三九頁・三四一頁、近藤完爾『全訂執行関係訴訟』(判例タイムズ社・一九六八年)二三九頁等参照。適用説として、石川明『不執行の合意について』法研三五巻六号六〇五頁、中野・前掲注(1)八一頁等参考。

(4) 中野・前掲注(1)八一頁は、不執行の合意を含む執行契約一般の法的性質に関する訴訟契約説と実体契約説の古くからの対立について、「決定的な意義を有する議論ではない」とする。

(5) 兼子・前掲注(3)二九一頁、斎藤・前掲注(3)一〇六一頁。

(6) 石川明『強制執行法研究』(酒井書店・一九七七年)一〇四頁、三ヶ月章『民事執行法』(弘文堂・一九八一年)一七一頁。

(7) 中野貞一郎教授は、債務名義に表示された实体権の存否または内容についての異議を主張する場合を「本来型の請求異議」と呼び、裁判以外の債務名義について成立の異

議を主張する場合を「転用型の請求異議」と呼ぶ。中野・前掲注(1)二二三頁参照。

(8) 香川保一監『注釈民事執行法第二卷』(金融財政事情研究会・一九八五年)四〇七頁〔宇佐見隆男〕参照。

(9) 中野・前掲注(1)八三頁参照。

(10) 東京高決昭和四九年三月一四日東高民時報二五卷三号二九頁。

(11) 香川監・前掲注(8)四〇九頁〔宇佐見隆男〕参照。

(12) 中野・前掲注(1)八三頁参照。

(13) 準用説、類推適用説、適用説の分布につき、前掲注

(3) 参照。

(14) 中野・前掲注(1)八三頁参照。

(15) 中野教授は、横浜地判昭和四二年二月七日下民集一八卷一〇二号一〇七頁、大阪高判昭和五五年五月二八日高民集三三卷二号七三頁等も、実質的には債務主義説を採用しているとされる。中野・前掲注(1)二三〇頁参照。

(16) 鈴木忠一『三ヶ月章編『注解民事執行法(1)』(第一法規・一九八四年)五九四頁〔吉井直昭〕、香川監・前掲注(8)四〇八頁〔宇佐見隆男〕等参照。

(17) 中野・前掲注(1)八三頁参照。

(18) 中野・前掲注(1)八三頁参照。

三木 浩一