

# 二重の仮執行免脱宣言について

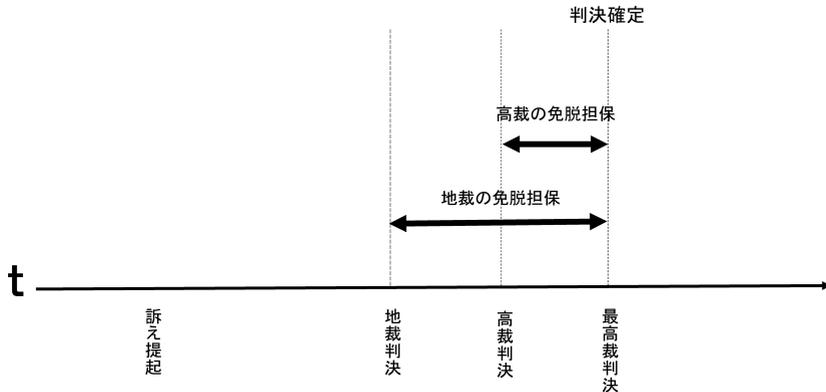
——担保の重複を避ける——

永 島 賢 也

- I 要約
- II 「二重の仮執行免脱宣言」という用語について
- III 仮執行宣言について
- IV 仮執行の免脱宣言について
- V 具体的事例
- VI 問題の提起
- VII 供託した担保の取消について
- VIII 担保取消決定の却下・棄却理由について
- IX 同却下・棄却理由の分析と検討
- X 主文付記という解決案について
- XI 執行文付与の阻止（補論）について

## I 要約

- 1 仮執行免脱宣言付きの第一審判決に続いて、第二審においても仮執行免脱宣言を付す場合（二重の仮執行免脱宣言）、担保の重複を避けるため「この供託は第一審における免脱担保金の供託によってもすることができる」と主文に付記すべきである。
- 2 仮執行免脱宣言の担保の趣旨は、判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をできなかったことによって被ることがあるべき損害を担保する、というものであるから、二重の仮執行免脱宣言の場合、第一審判決からその確定に至るまでの期間と、第二審判決からその確定に至るまでの期間には、第二審判



決からその確定に至るまでの期間の範囲で、担保の趣旨が重複してしまう。また、学説のように本案の請求権についても担保する趣旨を認めるのであれば担保の対象となる債権についても担保の趣旨が重複することになる。これを避けるため、上述のような主文付記を提案するものである。

## II 「二重の仮執行免脱宣言」という用語について

- 1 「二重の仮執行免脱宣言」とは、本稿の造語であり、法律実務家において一般的に使用されている用語ではない。ただ、本稿で繰り返し触れられるため、その内容を端的に短く表現したものである。
- 2 本稿において、二重の仮執行免脱宣言とは、第一審で仮執行免脱宣言が付され、かつ、第二審でも仮執行免脱宣言が付されたケースを指している。たとえば、第一審判決にて2500万円が認容され仮執行免脱担保金2000万円が付され、第二審判決にて多少減額されて2200万円が認容され仮執行免脱担保金1800万円が付されたというような事例がこれに該当する。
- 3 本稿は、このような二重の仮執行免脱宣言がなされた判決について、その実務上の問題点を考察するとともに、その解決案を提案するものである。

## III 仮執行宣言について

- 1 仮執行の免脱宣言の前に、まず、仮執行の宣言について、その制度の趣旨

について、記憶喚起のため簡単に整理しておきたい。

- 2 仮執行の宣言とは、未確定の終局判決に、その内容を実現できる効力（執行力／広義の執行力を含む）を付与する形成的裁判のことである。民事訴訟法259条は、財産権上の請求に関する判決については、裁判所は、必要があると認めるときは、申立てにより又は職権で、担保を立てて、又は立てないで仮執行をすることができることを宣言することができる、と定めている。
- 3 本来、判決は、確定してはじめて、その効力、ことに強制執行によりその内容に対応する状態を実現できる効力を生じるのが原則である。しかし、この原則を貫くと、一方では、敗訴者の上訴によって判決の確定が遮断されることでつねに勝訴者の権利の満足が遅らされることになり、他方では、敗訴者が執行を避けるだけの目的で上訴をする弊を生じるおそれがある。そこで不当な裁判に対する救済として上訴その他の不服申立てを認めるとともに、個別的に仮執行宣言を付することによって判決の確定前でも執行を許すものとして、敗訴者の上訴の利益と勝訴者の早く満足を受ける要求との調和均衡をはかったものと解釈されている。また、この制度は、濫上訴の抑制と訴訟資料の一審集中という効果をもつと説明されている<sup>1)</sup>。
- 4 このように、仮執行宣言の制度は、執行力は確定判決に認められるのが原則であるところ、敗訴者のための上訴による救済との均衡から、勝訴者の利益のために裁判所が終局判決に執行力を付与することを認めるものである。上訴によって終局判決の確定が妨げられ、それによる勝訴者の不利益を補うために仮執行宣言に基づいて未確定の終局判決に執行力が付与され、さらに執行停止の裁判によって、その執行力が停止されうるという手続構造となっている<sup>2)</sup>。

---

1) 兼子一ほか『条解民事訴訟法【第2版】』（弘文堂、2011年）1421頁〔竹下守夫＝上原徹夫〕。同書同頁では「敗訴者が執行を受〔傍点筆者〕けるだけの目的で上訴をする弊」と記載されているが、ここでは「敗訴者が執行を避けるだけの目的で上訴をする弊」とか「敗訴者が執行を先延しにするだけの目的で上訴する弊」などの表現のほうがわかりやすいように思われる。

- 5 この仮執行の制度は、理論上は例外的なものであるにもかかわらず<sup>3)</sup>、実際上はひろく認められ、むしろ原則化している。ただ、従来、上訴提起によって上訴裁判所があまりにも機械的に執行停止を命ずる傾向があり、この制度の機能を減殺しているくらいがあったとされ、そこで、現行法では、執行停止の要件が厳格化された、と説明されている<sup>4)</sup>。

#### IV 仮執行の免脱宣言について

- 1 この仮執行の宣言に対し、他方で、裁判所は、その宣言をすると同時に、事情により、相手方の申立てにより又は職権で、担保を立てて仮執行を免れることができる旨を判決主文で宣言することができる。民事訴訟法259条3項4項である。
- 2 これは、裁判所が敗訴当事者の利益を考慮してその者を判決により仮執行を免れさせるよう宣言するものであり、仮執行免脱宣言と呼んでいる<sup>5)</sup>。これが付されていれば、債務者はその担保を供した書面を執行機関へ提出して、執行の停止及び執行処分を取り消しを求めることができる<sup>6)</sup>。通説は、仮執行宣言・仮執行宣言付判決の執行力は免脱担保が立てられることにより当然に消滅する、という<sup>7,8)</sup>。

---

2) 伊藤眞『民事訴訟法【第7版】』（有斐閣、2020年）620-621頁。

3) 最三小判昭52・3・15民集31巻2号289頁も「原告が判決未確定の間に仮執行をするという特別な利益〔傍点筆者〕を与えられている」と述べ、仮執行は、特別な利益が与えられている、と解されている。

4) 兼子・前掲注1) 1422頁。

5) 山本和彦ほか『注釈民事訴訟法』第4巻（有斐閣、2017年）1182頁〔松原弘信〕。

6) 兼子・前掲注1) 1426頁。

7) 同旨の判決として東京地判平4・6・17判時1435号27頁。

8) 反対の見解として、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法【改訂版】』（2021年、青林書院）185頁。

## V 具体的事例

1 上述の理解を前提に、以下のとおり、第一審で仮執行免脱宣言が付され、かつ、第二審でも仮執行免脱宣言が付された具体的事例を掲げて考察したい。本稿では東京高裁令和2年2月27日判決を採り上げる。二重の仮執行免脱宣言の性質上、同事件の第一審判決、第二審判決、最高裁決定までの一連の判決・決定について説明する。まず、第一審から順番に、その主文のみを抽出してみる。

2 同事件の判決主文を抽出すると次のとおりである。原告はX1とX2の2名であり、被告はY（控訴人、上告人）である。

(1) 横浜地裁平成31年3月20日判決（平成26年(ワ)第2682号）

1 Yは、X1に対し、1257万1084円及びこれに対する平成24年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

2 YはX2に対し、1257万1084円及びこれに対する平成24年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

3 省略

4 省略

5 この判決の第1項は仮に執行することができる。ただし、YがX1に対して1000万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

6 この判決の第2項は仮に執行することができる。ただし、YがX2に対して1000万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

(2) 東京高裁令和2年2月27日判決（平成31年(ネ)第1833号）

1 原判決を次のとおり変更する。

2 Yは、X1に対し、1092万1084円及びこれに対する平成24年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

3 Yは、X2に対し、1092万1084円及びこれに対する平成24年12月

9日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

4 省略

5 省略

6 この判決の第2項は、仮に執行することができる。ただし、YがX1に対して900万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

7 この判決の第3項は仮に執行することができる。ただし、YがX2に対して900万円の担保を供するときは、その仮執行を免れることができる。

(3) 最高裁令和3年1月29日決定（令和2年（オ）第956号、同（受）第1200号）

1 本件上告を棄却する。

2 本件を上告審として受理しない。

3 省略

3 第一審では、合計2514万円余りが認容され、免脱担保金は合計2000万円である。第二審では、合計2184万余りが認容され（330万円の減額）、免脱担保金は合計1800万円である。

①第一審判決： 2514万円余り……担保2000万円

②第二審判決： 2184万円余り……担保1800万円

## VI 問題提起

1 以上の判決に対し、Yは次のように対応し、担保金を供託した。

2 まず、Yは、第一審判決後、仮執行の免脱のため、X1とX2に対しそれぞれ1000万円ずつ合計2000万円の担保金を供託した。

3 その後、第二審判決の言渡しを受けたYには、いくつかの選択肢があった。ひとつは、第一審裁判所へ担保取消を申立て、供託金2000万円を取り戻したうえ、うち1800万円を改めて供託するという選択である。もっとも、第一審裁判所が担保取消を認めるかどうかは明らかではなく、債権者が判決後すぐに強制執行の申立てに着手したとすれば時間的に間に合わないという問

題があった。

- 4 もうひとつは、第二審判決で合計1800万円の免脱担保金が要求されているものの、既に第一審判決に基づきこれを超える2000万円の担保金が供託されているので、改めて、担保金を供託することなく、第一審判決に基づく担保供託の事実を援用するというものである<sup>9)</sup>。しかしながら、この選択では執行文の付与を阻止することはできなかった。
- 5 そこで、Yは第3の選択として第二審判決に基づいて担保金を供託し、執行文付与機関（高裁担当部書記官）に提示して写しを提出することにより、執行文が付与されることを阻止することにした。こうして、早期に強制執行手続の開始可能性を封ずるため、第二審判決に基づいて1800万円を供託した後、第一審裁判所に対し担保の事由が消滅した（民訴法79条1項）として2000万円全額の担保取消を求めることにした。第一審の仮執行の宣言は、その宣言・本案判決を変更する第二審判決の言渡しにより変更の限度で失効している（民訴法260条1項）、これに対応する仮執行の免脱宣言も失効したと解釈することができ、また、民訴法79条1項は同条3項と異なり「訴訟の完結」を要件としていないからである。
- 6 こうして、Yは、第一審判決後、仮執行の免脱のため、X1とX2それぞれ1000万円ずつ合計2000万円を担保金として供託し、第二審判決後、仮執行の免脱のため、X1とX2それぞれ900万円ずつ合計1800万円を担保金として供託した。すなわち、Yは第一審と第二審合わせて合計3800万円の担保金を供託した。第二審の認容額は合計2184万2168円（10921084×2）であるから、Yが供託した金額は認容額の1.739倍（38000000÷21842168）になる。第一審での認容合計額2514万2168円と、第二審のそれである2184万2168円とが合計されて（4698万4336円）、被告が二重に支払われる、ということはある得ない。にもかかわらず、他方で、第一審の免脱担保金（2000万円）

---

9) この場合、第一審の裁判所へは合計200万円につき担保取消を申し立て、一部（200万円につき）の供託金の取戻しも考えられるが、そのような供託金の一部の取戻しという手続が、法務局（供託官）に対して円滑に進むものかどうかは明らかでない。

と第二審のそれ（1800万円）の合計額（3800万円）の担保を立てさせられるということは、その担保の趣旨が重複し、債務者に二重の負担をかけさせていないか、という問題がある。

- 7 債務者が、第二審の認容額の1.739倍という認容額を超える免脱担保金を供託しなければならない法的根拠とは何か。被告は一審二審の認容合計額の債務（4698万円余り）を負うことはないのであるから問題になる【問題提起】。
- 8 しかも、後述のように、第一審判決に基づいて供託された2000万円について判決確定前の担保取消は却下されているので、債務者は供託した3800万円のほかに、別途、2184万円とその遅延損害金の支払資金（約3077万円）を用意しなければならなかった。これは認容額に比し過大な負担と言える。

## Ⅶ 担保取消について

- 1 債務者（Y）としては、第二審判決に基づき免脱担保金1800万円を供託したので、第一審判決に基づき供託した2000万円の免脱担保金の担保取消の手続を申し立てた。同一の債権について二重に担保を供している状態にあるからである。
- 2 しかしながら、第一審裁判所（担保取消の担当部）は、YのX1及びX2に対する担保の取消の申立てをいずれも却下した<sup>10)</sup>。理由部分を引用すると次のとおりである。

「2. この点、本件申立てによる取消しを求める本件担保は、第1審判決に仮執行免脱宣言が付されることにより、第1審判決の勝訴原告の執行が遅延することによって生じる損害を担保する目的で立てられたものであると解される。本件では、上記第1審判決は控訴審判決によって一部取り消されたものの、これに対しては上告が提起されており、

---

10) 横浜地決令2・4・8（民集掲載なし）。事件番号は令和2年（モ）第2080号と同2081号であり、2つの事件の決定の理由は全く同一である。

判決は確定していない。このように判決が未だ確定していない状況においては、最終的に第1審判決が確定し、当該判決に基づく執行が遅延したことによる損害の賠償を、第1審勝訴原告（被申立人）が相手方である申立人に対して請求する可能性はなお残るといふべきであつて、この可能性がある限り、第1審判決に付された本件担保の事由が止んだということとはできない。したがって、基本事件の判決が確定していない現時点においては、本件担保の事由が消滅したことの証明がされたとはいえず、民事訴訟法79条1項の規定による本件申立てには理由がなく、これを却下すべきである。

3. なお、申立人は、現在、申立人は第1審判決に基づき1000万円の、控訴審判決に基づき900万円の仮執行免脱担保をそれぞれ供託しているが、上記各金額をみれば、これらの担保は執行遅延による損害賠償のほかに判決の本案請求をも担保される趣旨が含まれると解するのが合理的であるところ、第1審判決及び控訴審判決で命ぜられた仮執行免脱担保の趣旨は共通しており、控訴審判決で供託した担保をもってその目的は達成されているとみるべきで本件担保の必要性は消滅している、また本件担保が取り消されなければ申立人は二重の担保を強いられることになり不合理であるなどと主張するが、控訴審判決において、同判決で命ぜられた900万円の担保の趣旨が、第1審判決及び控訴審判決で共通するものであるとの言及は一切されていない。また、本件担保及び控訴審における担保の趣旨が、本案請求を含むものであるとの申立人の主張を前提とすれば、第1審判決が確定する可能性がある現時点で、本件担保を取り消してしまえば、もともと認められていた1000万円の担保のうち、900万円しか担保されないこととなり、第1審勝訴原告（被申立人）にこれによって被る不利益を転嫁することになり、妥当でない。申立人の上記主張はいずれも是認できるものではなく、前記2の判断を左右するものではない。」

- 3 (1) この却下決定に対して、Yは抗告をした<sup>11)</sup>。抗告審では2つの事件はそれぞれ別の部に係属した<sup>12)</sup>。いずれも同抗告を棄却した。その理由については、次のとおりである。
- (2) まず、同1045号事件については、上述の決定の「2. この点」から「これを却下すべきである。」までを次のとおり改めている。

「2 「担保の事由が消滅した」（民事訴訟法259条6項、79条1項）とは、担保提供の必要性が消滅したことをいうものと解される所、仮執行免脱宣言に付される担保は、その判決の確定に至るまで、勝訴原告が仮執行をすることができなかつたことによって被ることのあるべき損害を担保するものであるから（最高裁昭和43年6月21日第二小法廷判決・民集22巻6号1329頁）、仮執行宣言が付された判決が上訴審において取り消され、それが確定するなどした場合には、担保提供の必要性が消滅し、「担保の事由が消滅した」ものと解するのが相当である。これを本件についてみると、本件担保は第1審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保であるところ、控訴審判決は第1審判決を変更したにすぎず、確定もしていないから、担保提供の必要性が消滅したということではできず、本件担保について「担保の事由が消滅した」と認めることはできない。」

- (3) 次に「3. なお、申立人は」から「主張する」までを維持したうえ、その後の部分を、次のとおり改めている。

「主張する。しかし、仮執行免脱宣言に付される担保は、本案の請求

---

11) 担保取消の却下の決定に対する不服申立ては、即時抗告でなく、抗告なので（民事訴訟法79条4項、同328条参照）、民事訴訟法332条の定める期間（1週間）の制限は受けない。

12) 東京高決令2・7・20（民集掲載なし。事件番号は東京高裁令和2年（ラ）第1045号）。東京高決令2・7・31（民集掲載なし。事件番号は東京高裁令和2年（ラ）第1046号）。

それ自体までも担保するものとは認められないから（前掲最高裁昭和43年6月21日第二小法廷判決・民集22巻6号1329頁参照）、本件担保が本案の請求をも担保していることを前提とする原告人の上記主張は採用することができない。第1審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、第1審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであり、控訴審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、控訴審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであるから、第1審判決及び控訴審の各主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保の趣旨が共通しているということとはできないし、本件担保を取り消さなければ二重の担保を強いられるという関係にもない。」

(4) そのうえで、次のとおり、続ける。

「(1)原告人は、第1審判決の仮執行免脱宣言に付された担保金額は1000万円であるが、控訴審判決がこれを変更し900万円としたことにより100万円の限度で失効しているところ、原告人は控訴審判決に基づき同判決の定めた900万円を別途供託しており、相手方はこの900万円について権利行使できるのであるから、担保の事由は消滅したと解すべきであると主張する。しかし、原告人の上記主張は、仮執行免脱宣言に付された担保が本案の請求をも担保とすることを前提とするものと解されるところ、前記のとおり、本件担保は、本案の請求を担保するものではなく、相手方が第1審判決に基づく仮執行をすることができなかつたことによって被ることのあるべき損害を担保するものであるから、原告人の上記主張は採用することができない。(2)原告人は、第1審判決及び控訴審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保の額からいづれも本案の請求まで担保する趣旨であり、担保の趣旨が第1審判決と控訴審判決で重複していることは明らかで

あると主張する。しかし、前記のとおり、仮執行免脱宣言に付される担保は、本案の請求それ自体までも担保するものではなく、第1審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、第1審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであり、控訴審判決の主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保は、控訴審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであるから、第1審判決及び控訴審判決の各主文に掲げられた仮執行免脱宣言に付された担保の趣旨が共通しているということとはできない。原告人は、担保の額が高額であることから仮執行免脱宣言に付される担保が本案の請求をも担保するものであると主張するものであるが、そもそも本案の認容額に満たないものであるし、担保の額は仮執行することができなかったことと相当因果関係がある損害全てを担保するものであるから、担保の額から直ちに本案の請求をも担保するものと解することはできない。したがって、原告人の上記主張は採用することはできない。」

4 もうひとつの原告審決定（同1046号事件）は、次のとおりである。「2当裁判所も、本件担保取消の申立てを却下するのが相当であり、本件原告は理由がないものと判断する。その理由は、以下のとおりである」と述べ、「(1)ア、同イ」と記号が付された段落で事実経過を簡潔にまとめたうえ同ウとして「基本事件は、原告人が、控訴審判決に対して上訴したことから、上告審に係属中であり、基本事件の判決は確定していない。」と述べ、次のように続ける。

「(2)民訴法79条1項の「担保の事由が消滅した」とは、担保提供の必要性が消滅したことをいうと解されるところ、本件担保は、第1審判決に基づく仮執行を免脱するための担保であり、第1審判決及び控訴審判決においては、担保の趣旨について明示していないものの、その担保の趣旨は、当該判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をするこ

とができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものと認められる（最高裁昭和43年6月21日第二小法廷判決・民集22巻6号1329頁参照）。

そうすると、本件においては、第1審判決は控訴審判決により一部変更されて認容額が減少したが、基本事件は上告審に係属中であり、第1審判決を変更する旨の控訴審判決は確定しておらず、現時点で第1審判決に基づく仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害は確定していないというべきであるから、本件担保提供の必要性が消滅したと認めることはできない。

したがって、担保の事由が消滅したとの証明があったとは認められない。

- 3 (1)これに対し、抗告人は①仮執行の宣言は、その宣言又は本案判決を変更する判決の言渡しにより変更の限度においてその効力を失うのであるから（民訴法260条1項）、第1審判決による仮執行宣言及びその免脱宣言は、控訴審判決の言渡しにより、少なくとも100万円の限度で効力を失っており、抗告人は控訴審判決に基づく担保として900万円を別途供託しているから、本件担保により相手方の権利を担保しておく必要性は消滅しているのであり、本件担保の事由が消滅したと解すべきである、②担保の事由の消滅の判断に当たり、担保権利者に損害賠償請求権のある可能性が絶無であることまで、担保取消し決定前に取り調べる必要はなく、むしろ、相手方に担保取消決定に対する即時抗告をもって担保の事由が消滅したとはいえない理由を主張立証させれば十分であり、控訴審判決による担保では執行が遅延したことによる損害賠償請求権を担保できない事由を相手方にも主張立証させるべきである、③基本事件においては、第1審判決も控訴審判決も担保の趣旨について言及がないが、第1審判決では1257万1084円の認容額に対して約8割である1000万円の担保が定められており、控訴審判決でも1092万1084円の認容額に対して約8割である900万円の担保が定

められているので、いずれも、執行することができなかつたことによって被ることがある損害を超えて、判決の対象である請求までをも担保する趣旨と解するのが相当であり、基本事件においては、担保が重複していることから、本件担保取消しを認めるのが合理的かつ相当であるなどと主張する。

(2) しかしながら、①第1審判決を変更する控訴審判決が言い渡されたことから、民訴法260条1項により第1審判決に基づいて仮執行することはできないが、前記2(2)のとおり<sup>13)</sup>、現時点では、本件担保の被担保債権である第1審判決の確定に至るまで相手方が仮執行をすることができなかつたことによって被ることのあるべき損害額は確定しているとはいえない。そのように解しないと、抗告人は、第1審判決に基づく仮執行を免れた上、被担保債権が未確定であるにもかかわらず、損害賠償の担保も取り戻せることになり、仮執行の免脱を宣言した趣旨に反することになる。また、抗告人は、本件担保に加えて、控訴審判決に基づく担保も供託しているが、控訴審判決に基づく担保が、第1審判決に基づく本件担保と同趣旨であると認めるに足りる証拠はないから、控訴審判決に基づく担保を提供したことが、本件担保の供与の必要性を消滅させるものとはいえない。次に、②担保取消決定による利益を受けるのは、担保提供者であることから、担保取消事由は担保取消申立人が主張立証すべきである上、本件のように、仮執行免脱宣言の基礎となった判決が確定していないという場面においては、担保権利者側に担保の事由が消滅したとはいえない理由を主張立証させるべきであるという抗告人の主張は採用の限りではない。さらに、③第1審判決及び控訴審判決のいずれも仮執行免脱担保の趣旨について明示していないが、仮執行についての担保が仮執行によって債務者が被ることのある損害についての損害賠償請求権を担保するものである

---

13) 上述の「民訴法79条1項の」から「証明があったとは認められない」までを指す。

こととの均衡を考えれば、仮執行免脱のための担保は、当該判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものと認められる。したがって、請求債権自体をも包摂する趣旨での担保が重複していることから、本件担保の取消しを認めるべきであるとする上記③の主張はその前提を欠くものである。また、第1審判決における本件担保と控訴審の仮執行宣言免脱の担保は、第1審判決及び控訴審判決のそれぞれについての仮執行をすることができなかったことによって被ることのあるべき損害を担保するものと解されることから、必ずしも重複したものであるとはいえず、抗告人も第1審判決による仮執行を免れるという利益を受けていることに照らせば、不合理な負担を強いているものともいえない。抗告人の上記主張は、いずれも採用できない。」

- 5 以上のとおり、第一審判決に基づいて供託された2000万円の担保取消は認められていない。一見すると免脱担保の趣旨が重複しており、担保取消が認められてもよさそうであるが、これを否定した理由とはどのようなものであったのであろうか。

## VIII 担保取消決定の却下・棄却理由について

- 1 上述の決定それぞれについて、その理由を簡潔にまとめると次のとおりである。
- 2 第一審裁判所<sup>14)</sup>は、①本件の仮執行免脱担保金は執行遅延の損害を担保するものであること、②判決は確定していないこと、③（控訴審判決が破棄され）最終的に第一審判決が確定することもあり得ること、④控訴審判決は担保金の趣旨には言及していないこと、⑤担保を取り消すと1000万円のうち

---

14) いずれも横浜地決令2・4・8（民集掲載なし）。事件番号は横浜地裁令和2年（モ）第2080号、同2081号。

900万円しか担保されないこと（100万円の減額）になり第一審勝訴者に不利益を転嫁してしまうこと、である。

- 3 抗告審<sup>15)</sup>は、①担保の事由が消滅したとは、担保提供の必要性が消滅したことであること、②仮執行免脱担保金は、その判決の確定に至るまで勝訴者が仮執行できなかったことにより被る損害を担保するものであること、③判決は確定していないこと、④仮執行免脱担保金は本案の請求それ自体までも担保するものとは認められないこと、⑤控訴審判決の仮執行免脱担保金は控訴審判決の執行の遅延による損害賠償請求権を担保するものであること、⑥第一審判決及び控訴審判決の仮執行免脱担保金の趣旨が共通しているものではないこと、⑦二重の負担を強いるものではないこと、である。
- 4 もうひとつの抗告審<sup>16)</sup>は、①判決が確定していないこと、②担保の事由の消滅は担保提供の必要性の消滅と解釈されること、③1審・2審は担保の趣旨を明示していないが判決確定に至るまで仮執行できなかったことによる損害を担保するものと認められること、④現時点では第一審判決の仮執行ができなかったことによる損害が確定してはいないこと、⑤第一審判決を変更する控訴審判決が言い渡されたため第一審判決に基づく仮執行はできないものの（260条1項）その損害額が未確定のうちに担保の取戻しがなされると仮執行免脱宣言を付した趣旨に反すること、⑥判決が確定していないという場面では担保権利者側に担保の事由が消滅したとはいえない理由を主張立証させるべきという考えは採用できないこと、⑦一審・二審に担保の趣旨の明示はないものの仮執行についての担保との均衡から仮執行免脱の担保は当該判決が確定に至るまで仮執行できなかったことによる損害を担保するものと認められること、⑧一審の担保と二審の担保はそれぞれの判決に基づいて仮執行できなかったことによる損害を担保するものであるから重複しないこと、⑨抗告人も一審判決の仮執行を免れるという利益を得ており不合理な負

---

15) 東京高決令2・7・20。事件番号は東京高裁令和2年(ラ)第1045号。

16) 東京高決令2・7・31。事件番号は東京高裁令和2年(ラ)第1046号。

担とはいえないこと、である。

## IX 却下・棄却理由の分析・検討

- 1 上述の各決定の理由を分析すると、いずれの決定においても、基本事件の判決が未確定であるという点に触れられていることがわかる。すなわち、民事訴訟法79条1項の「担保の事由が消滅した」とは担保金の必要性の消滅のことであり<sup>17)</sup>、その必要性の判断においては、基本事件の判決が確定しているかどうかは考慮されていることになる<sup>18)</sup>。この点は、担保の趣旨に関する解釈とも関係してくる。担保の趣旨が、判決確定に至るまでに被る損害を担保するものとすれば、判決が確定する前に担保の取消を認める帰結とは整合しにくいことになるからである。
- 2 また、いずれの決定も担保の趣旨について触れており、それは最高裁判決（昭和43年6月21日）と同旨のものである。同判決の理由を引用すると、次のとおりである。

「いわゆる仮執行または仮執行免脱の宣言の制度は、勝訴原告に担保を供しまたは供しないで判決確定前の仮執行を認めるとともに、その仮執行によって損害を蒙ることのあるべき敗訴被告には担保を供して仮執行の免脱をえさせて、判決未確定の間の当事者の利害の調節権衡を図るためのものと解せられるから、仮執行の免脱の宣言に付せられる担保は、その判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をすることができなかったことによって蒙ることのあるべき損害のみを担保するものであって、本案の請求それ自体までも担保するものではないと解するのが相当である。」

- 3 この担保の趣旨については、従来から争いがある。仮執行免脱のための担保が【A】仮執行免脱の結果、権利の実現が遅延したことで債権者が被るこ

---

17) 第一審裁判所の「本件担保の事由が止んだ」という箇所は、抗告審で改められている。

18) 民事訴訟法79条1項は、同法79条3項と比較すると「訴訟の完結」までは要件とされていないが、基本事件の判決が確定しているかどうかは考慮されている。

とのある損害に限り担保するのか、【B】本案の請求権を含めて担保するのか、である。最高裁が【A】説を採ることは明らかであり、本件の各決定もいずれも【A】説を採用している。もっとも、【A】説を採ったとしても、債務者が財産を隠匿する等して執行が不能になった場合の損害は、執行の遅延により特別事情のもとで生じた損害とみられ、免脱担保によって担保されると解されるから、【B】説との実質的差異は一見するほど大きくないと説明されている<sup>19)</sup>。しかしながら、【A】説と【B】説との間には執行の遅延と発生した損害との間の因果関係が真偽不明に陥ったときの不利益を債権者（【A】説）が負担するのか、債務者（【B】説）が負担するのかの差が伏在している<sup>20)</sup>。

【A】 = 判例・遅延損害に限定

【B】 = 学説・本案請求も含む<sup>21)</sup>

- 4 最高裁判例解説<sup>22)</sup>は、【A】説を是認したうえ、【B】説に触れ、次のとおり述べる。「ただ、実務上仮執行の免脱のための保証の額が慣行的な一定の基準ともいべきもの——このことの当否には批判がある——により比較的高額に定められているのは、ただ単に仮執行免脱のためによる損害賠償債権の担保のみを考慮するというだけでなく、同時に、仮執行宣言により本執行をしようという債権者の権利が安易に停止されるのは妥当でない——なるべく仮執行の効果をえさせるようにしようという機能についての配慮が作用していると考えられる。そして、このような配慮も、保証額の算定にある程度の才量のあることからみれば（また、訴訟の実態からみれば、理論的説明はとも角として）あながち非難さるべきものではないように思われる。」とする。つまり、ここで言うところの保証の額が比較的高額であるからと言って、それは保証の法的性質までも変化させる（執行遅延による損害にとどまらず、本案の請求権まで担保する）ものではないと解釈されている。

---

19) 兼子・前掲注1) 1427頁

20) 最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度572頁注四〔奈良次郎〕参照。

21) 新堂幸司『新民事訴訟法【第6版】』（弘文堂、2019年）752頁。

22) 前掲注20) 571頁。

- 5 こうして、二重の仮執行免脱宣言において、もし【B】説を採用するのであれば、担保の趣旨は請求債権を含むものであるから、第一審の免脱担保と第二審の免脱担保は同じ債権を二重に担保することになり不合理であるという主張も成り立ちうるが、他方、【A】説を採用するのであれば、そのような不合理は生じないということになる。担保の趣旨は執行できなかったことによる損害を対象としているので、同一の債権を二重に担保している（免脱担保の趣旨を超えて債務者に二重の負担をかける）ことにはならないからである。
- 6 しかしながら、【A】説は担保の趣旨を「判決の確定に至るまで勝訴原告が仮執行をすることができなかつたことによって蒙ることのあるべき損害のみを担保する」と解釈するものであるから、第一審判決からその確定に至るまでと、第二審判決からその確定に至るまでとの間には、期間的に重なる部分が生ずることになる。第一審判決の免脱担保金も、第二審のそれも、第二審判決からその確定に至るまでの期間に生じた損害について二重に担保することになるからである。すなわち、【A】説では担保の趣旨が時間的に重複し、【B】説では担保の趣旨が对象的に重複することになる。それゆえ、【A】説のように期間的に重複するほうが、【B】説のように对象的に重複するよりも、より不合理なものとは言えないという理由が必要になってくることになる。
- 7 たとえば、免脱担保金が、対象債権（金銭債権）まで担保するものであるとすると、その約8割程度の額が二重に担保されることになり得るが、他方、担保期間のほうの重複は時間的にその8割にまでに達することはないであろう、という理由が考えられる。しかしながら、判決確定後、振り返って何割程度の期間が重複していたかと語ることはできても、判決時にその確定時を予測するのは頗る困難と言える。本件事例について言えば、第一審判決から第二審判決まで約11カ月で、第二審判決から最高裁決定（確定）までも約11カ月であるから、重複する期間は約5割（22分の11=2分の1）と計算することができる。確かに5割は8割より少ないと言えるが、金額的に8割であることと、期間的に5割であることを単純に数値比較することは妥当な推

論とは言えないであろう。このように、第二審判決時からその確定時までには生ずる損害を第一審判決時から第二審判決時までには生ずる損害よりも、より保護すべきとする合理的理由をみつけるのは難しい。いずれにせよ、二重の仮執行免脱宣言の問題を法的に正当化するためには【A】説を採用するだけでは十分と言えない

- 8 このように【A】説を採っても、第一審判決と第二審判決の担保の趣旨の期間的な重複は避けられないため、債務者に二重の負担を強いるものではない、と理由付けることは困難である。

## X 解決案（主文付記）について

- 1 それでは、どうすれば、このような担保の重複という問題を避けることができるであろうか。
- 2 結論を先に述べると、高裁判決の主文において、免脱担保金の額を定めようえ、「この供託は第一審における免脱担保金の供託によってもすることができる」旨付記する、という方法を提案したいと考える。
- 3 (1) この方法は、既に発せられた仮差押命令と同一の被保全債権に基づき異なる目的物に対し更に仮差押命令の申立てをすることの許否について判断された最二小判平成15年1月31日決定・民集57巻1号74頁<sup>23)</sup>を参考にしたものである。
- (2) 同判決は、特定の目的物について既に仮差押命令を得た債権者は、これと異なる目的物について更に仮差押えをしなければ、金銭債権の完全な弁済を受けるに足る強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又はその強制執行をするのに著しく困難を生ずるおそれがあるときには、既に発せられた仮差押命令と同一の被保全債権に基づき、異なる目的物に対し、更に仮差押命令の申立てをすることができる、と判断したものである。

---

23) 判例タイムズ1114号（2023年）153頁以下参照。

- (3) これにより、複数の仮差押命令がなされ得ることになるため、それらの仮差押命令に定められる仮差押解放金の合計した金額が被担保債権の額を超える場合も出てくることになる。本稿では、これを「仮差押解放金の重複（問題）」と呼ぶことにする。
- (4) この問題への対処法として北川弘治裁判官の補足意見は次のように述べる。「先行仮差押命令と同一の被保全債権に基づき、異なる目的物について仮差押命令を発するに当たって、両仮差押命令の仮差押解放金の額の合計が被保全債権の額を超えることとなるときは、裁判所は、後行仮差押命令の主文において、仮差押解放金の額を定めた上、この供託は先行仮差押命令における仮差押解放金の供託によってもすることができる旨を付記すべきである。そうすることによって、債務者が被保全債権の額を超える仮差押解放金を供託しなければならない事態を避けることができる。」
- (5) このように、同補足意見は主文への付記によって被保全債権額を超える仮差押解放金の供託を避けようとするものである。仮に先行仮差押命令の存在が判明せず主文付記がなされなかった場合は、保全異議を申し立て、付記を得たうえ、仮差押解放金を供託し、各仮差押の執行の取消を求めることができる、と説明されている。
- (6) この仮差押解放金の重複問題への対処法から着想を得て、主文付記という方法を二重の仮執行免脱宣言の問題への解決案としたい<sup>24)</sup>。
- 4 (1) 仮差押解放金とは、仮差押えの執行の停止を得るため、又は、既にした仮差押の執行の取消しを得るために、債務者が供託する金銭のことである（民事保全法22条1項）。本来、仮差押えは金銭債権の執行を保全するためのものであるから、債務者が右金銭債権を担保するに足りる額の金銭を供託することにより債権者が右相当額の価値を保全することが

---

24) 2022年4月2日に開催された民事訴訟法学会関西支部の例会での議論を踏まえたものである。

できれば、債権者には特段の不利益がない。他方、債務者には、金銭の供託によってその所有する財産に対する仮差押執行を未然に防止するか、又は仮差押を受けた財産に対する執行を解放し、その処分等を可能にする利益がある。そこで、右利益を調整し、債務者に仮差押執行を受けた目的物に代わるものとして金銭を供託させることとしたのが仮差押解放金の制度である。

(2) 他方、仮執行免脱宣言は、本来、執行力は確定判決に認められるものであるところ、債務者が上訴による救済を受けられることとの均衡上、債権者のために終局判決に執行力を付与することを認め、他方で、債務者に担保を立てさせることによって執行の停止や執行処分の取消しを得ることができるようにして、判決の未確定の期間の当事者の利害調整を図ったものである。

(3) 両制度には、担保を供して執行停止等を認め当事者間の利害調整を図るという趣旨に類似性があり、仮差押解放金の重複問題への対処法を二重の仮執行免脱宣言の問題に利用する基礎があるのではないかと考える。担保の重複を避けようとする趣旨が共通しているからである。

5 また、運用上も無理のないやり方ではないかと思われる。控訴審（裁判官）にとって、第一審判決に仮執行免脱宣言が付されていること、同免脱宣言に付された担保は判決が確定するまでの期間を担保する趣旨であること、控訴審判決が仮執行免脱宣言を付すと同判決言渡時から判決確定時までの期間が第一審判決の免脱担保と重複することはいずれも容易に認識可能だからである。他方、控訴審（裁判官）として、第一審の敗訴者が実際に担保を供しているかどうかは必ずしも明らかではないため<sup>25)</sup>、担保を供していても、供していなくとも、いずれの場合でも通用する主文付記というやり方は利用しやすいものと思われる。

---

25) 実務的に見て、控訴審の期日において、裁判長が第一審の敗訴者側に対して「供託金は納めましたか」と質問することには違和感がある。

- 6 (1) また、この主文付記という方法は、第一審判決に基づいて供託された免脱担保金を援用することが認められた最高裁判決とも整合すると考える。上述した最判昭和43年6月21日は次のように述べる。

「訴外旭無煙炭鋳株式会社が原告主張の日、熊本地方裁判所において、原告主張の仮執行宣言及び免脱宣言付判決の言渡を受けたが、原告主張の日、仮執行免脱保証金四〇〇、〇〇〇円を熊本地方法務局へ供託し、右仮執行の免脱を得た上、右判決に対して福岡高等裁判所に控訴したところ原告主張の日その主張の仮執行宣言付変更判決がなされ更に第一審判決に対する仮執行免脱保証金を援用〔傍点は筆者〕し、右第二審判決の仮執行の免脱を得て、最高裁判所へ上告したところ、原告主張の日、上告棄却の判決がなされ同日第二審判決が確定したこと、及び原告がその主張の還付請求をなしたところ、処分庁たる熊本地方法務局供託官宮崎太市は前記保証金は仮執行免脱によって蒙った損害の保証であって本案の請求自体をも担保するものではないとの理由により原告の請求を却下したことはいずれも当事者間に争がない。」

- (2) そして、上述した最高裁判例解説は、事案の概要を次のようにまとめている。

「A(会社)は、昭和三五年一二月七日熊本地裁において、工事金請求事件について、Xに対し金五三万七二五五円を支払うべき旨の仮執行宣言付判決の言渡を受け、同年一二月一〇日仮執行免脱保証金四〇万円を熊本地方法務局に供託し、右仮執行の免脱を得て、控訴を提起し、同三九年四月一三日福岡高裁において、AはXに対し金四七万二二三五円を支払うべき旨の仮執行宣言付判決の言渡がされ、Aは第一審判決に対する仮執行免脱保証金を援用〔傍点筆者〕して、第二審判決の仮執行の免脱を得て上告をしたが、同四〇年四月一三日上告棄却の判決がされ、第二審判決は確定した。」

- (3) このように、第一審判決に基づいて供託された免脱担保金の援用が認められるのであれば、あらかじめ控訴審判決に「第一審における免脱担

保金の供託によってもすることができる」旨主文付記することも認められてしかるべきところである。そのほうが、その後の手続の簡素化ないし迅速化に資することにもなると考える。

- 7 (1) では、最高裁判決の見解（【A】説）ではなく、学説（【B】説）の考え方に立脚した場合はどうであろうか。結論としては、【A】説より一層強い理由で主文付記がなされるべきことを正当化できると考える。
- (2) 【A】説（を採る最高裁判決の立場）では、仮執行の免脱担保金は本案の請求自体をも担保するものではなく、純理論的には本案請求については担保の重複は認められないことになり得る。他方、【B】説では、認容された請求権についても担保の趣旨が重複することになるため、仮差押解放金の重複の問題において、被保全債権の額を超える金額を債務者が供託しなければならなくなる事態を避けようとする趣旨と、二重の仮執行免脱宣言の問題において、認容された請求権の額を超える金額を供託しなければならなくなる事態を避けようとする趣旨とは、調整しようとしている当事者間の利益状況につき類似性が一層強いと解されるからである。担保の重複対象は、一方は被保全債権であり、他方は認容債権であるから、いずれもその債権額を基準として超過額について供託を避けようすることに共通した合理性を見出すことができると考える。
- (3) この点、【A】説から主文付記の正当化を試みる場合には、仮差押解放金における重複は被保全債権額に対応しているが、他方、二重の仮執行宣言における重複は期間的なものであるから、その類似性を認めるためには、ある程度の理論的な抽象化を行うか、あるいは、訴訟実態にみられる機能（実務上比較的高額な免脱担保金額が付されるという慣行により、できるだけ債権者に執行の効果を得させるという帰結）を加味することになるであろう。
- (4) また、【A】説からは、もし期間的な重複を避ける方法が他にるのであれば、主文付記をする必要性を失わせることもできるであろう。しかしながら、【A】説が仮執行免脱担保は判決確定までの執行遅延による損

害を担保するものと定義する限り、第一審の裁判所は第一審判決の確定時を知らず、第二審の裁判所は（第一審判決が確定しなかったことは知っていても）第二審判決の確定時を知らないため、第二審判決から確定時までの重複は避けがたいとみられる。すなわち期間的重複を避ける方法が他にあるとは考え難い。第二審の裁判所は、第一審の仮執行免脱担保の期間を制限して重複する期間を失くす方法を探すしかないが、仮に、第二審の裁判所が第一審の仮執行免脱担保の期間を制限するとすれば、その内容は判決確定より前の時点を選択せねばならず、それは判決確定時点までの執行遅延による損害を担保するというそもそもの【A】説の定義に反する帰結を招く。仮に期間を制限したとしても、第一審と第二審のそれぞれの期間に対応する担保金額をいくりにするのが相当か、という難しい問題に直面することにもなるであろう。

- 8 こうして考えてくると、【A】説でも【B】説でも、第一審における免脱担保金の供託によってもすることができる旨を主文に付記するのが妥当ではないかと考える。

## XI 執行文付与の阻止（補論）について

- 1 では、実際にそのような主文付記がなされた場合、債務者はどのような手続を踏まればよいか。主文付記がなされたとき、債務者（訴訟代理人）は担当書記官に対し、第一審において免脱担保金が供託されていることを示して、執行文の付与をしないよう求めることはできるであろうか。
- 2 そこで、まず、執行文の付与制度の趣旨を検討してみる。
  - (1) そもそも執行文とは、強制執行の要件の調査を執行機関と他の機関とが分担するための法技術であり、執行文の付与機関は強制執行の実体的要件の存在を調査し、その存在を公証して執行機関に対し伝達することが求められているものである。
  - (2) 民事執行法26条1項は、そうした調査のための資料を容易に確認できる機関として、裁判所書記官または公証人を執行文付与機関として定め

た。裁判の機関ではなく、公証の機関が執行文付与機関とされるのは、執行文付与のための要件は、原則として訴訟記録などの書面の形式的な審査で足り、裁判機関の判定によらしめるまでもないと考えられたからである。したがって、執行文の付与は裁判ではなく、裁判所書記官（／公証人）による処分的一种である。

- (3) 執行文の制度は、その対象となる強制執行の要件についての調査権を付与機関にいわば専属させ、執行機関等の調査権を排除する側面をも有するものであるから、その権限のない者の付与にかかる執行文は無効であり、そのような執行文の付された債務名義の正本に基づく強制執行もまた、無効とされる<sup>26)</sup>。
  - (4) そして、執行文付与の要件は、客体面の要件としては有効な債務名義が存在していることが必要であり、具体的には、積極的要件として、(a)形式上債務名義の要件を充たす文書であって、(b)強制執行の可能な請求権を表示するものが存在すること、消極的な要件として(c)文書の効力を妨げ、あるいは失わせる事由がないことが必要になる<sup>27)</sup>。
  - (5) しかしながら、破産手続開始決定などの執行障害事由がある場合でも、執行文の付与は、狭義の強制執行には含まれず、その準備段階にあるものに過ぎないので、妨げられるものではない<sup>28)</sup>。したがって、これと同様に考えれば、債務名義について執行停止決定がなされている場合についても、執行文の付与は妨げられない、ということになるはずである。
- 3 (1) この点については先例がある。東京高裁昭和45年6月17日決定（執行文付与に対して異議申立てがなされ、これが却下されたことに対して即時抗告がなされた事例）である。結論としては、東京高裁は東京地裁の付与した執行文を取消し、これに基づく強制執行は許さない、と判断し

---

26) 以上(1)、(2)、(3)とも、伊藤眞＝園尾隆司編『条解民事執行法【第2版】』（弘文堂、2022年）234頁〔垣内秀介〕。

27) 伊藤・前掲注26) 236頁。

28) 伊藤・前掲注26) 236頁。

ている。引用すると次のとおりである。

「本件のような強制執行停止決定が発せられた以上、速かに確実にその趣旨の実現せられるべきことはいうまでもない。ところで、もし停止決定があるにもかかわらず執行文の付与が許されるとすると、執行債権者が執行債務者の有する債権に対して転付命令による執行をなした場合には、その命令が執行債務者及び第三債務者に送達されると同時に執行が終了するので、執行債務者において執行停止の実効を得るためには、転付命令の申請後直にその執行裁判所に停止決定正本を提出しなければならない。しかし、いつどこで強制執行の申立がなされるかも知れないのに、執行裁判所を予測して右申立のなされることに注意することは事実上不可能であり、さりとて予測される執行裁判所にあらかじめ停止決定を提出しても、現実に強制執行の申立のない以上右裁判所においてその受理され得ないことも明らかである。したがって、一旦執行文が付与されてしまうと、転付命令の送達以前にその執行を停止し得る余地は殆どなく、転付命令による執行に関するかぎり、執行停止決定の実効を挙げることが困難であることは原告人の主張するとおりである。」

「しかしながら、執行文の付与は、強制執行に先立って債務名義の存在、執行力等を公証する行為にすぎず、本来執行停止の対象となる狭義の執行行為でもないし、実質的に考えても、執行文の付与は、転付命令による執行のみではなく、その債務名義に基づくあらゆる執行のためになされるのであるから、転付命令の場合に不合理の生ずる故をもって執行文の付与が許されないとすれば、執行の開始がおくれる等、執行債権者に不測の損害を生ずるおそれなしとしない。なお、転付命令による執行が正当でなかった場合には、不当利得返還請求による補償の方途が残されている。したがって、転付命令による執行の場合に前述の不合理があるからといって、執行停止決定の発せられたことの故

をもって執行文の付与を許されないとすることはできない。よって抗告理由は採用できない。」

- (2) このように、債務名義に執行停止決定がなされている場合でも執行文の付与は妨げられない、という規範を定立したうえ、事案の解決としては、次のように述べる。

「しかし、債務名義が有効に存在するか否かは、執行文付与にあたり職権で調査すべき事項であるところ、当裁判所の職権調査（裁判所書記官中山裕作成の昭和四五年五月四日付および同年六月五日付各電話聞取書参照）によると、本件債務名義である東京地方裁判所昭和四四年（手ワ）第一三一五号約束手形金請求事件の仮執行宣言付手形判決は、その後右判決に対する異議申立事件において取消され、昭和四五年三月中右取消の裁判確定によりすでにその債務名義としての効力を失ったことが認められる。そして、債務名義としての効力のないことが明らかなる場合には執行文の付与は許されないのであり、抗告裁判所もその裁判の前に生じた右事情を斟酌すべきであるから、原決定を取消し、本件債務名義に対する執行文の付与を取消した上これによる執行を許さないことを宣言することとし、手続費用につき民事訴訟法第九六条、第八九条、第九〇条を適用し、主文のとおり決定する。」

- (3) すなわち、職権調査の結果、債務名義は効力を失ったと認められるので、執行文の付与を取り消したうえ、執行を許しないと結論づけている。従来からの規範内容を維持しつつ事案の解決としての工夫がなされているものである。

4 このように強制執行停止決定が発せられている場合においても、執行文を付与することは妨げられない、というのが従来からの多数説である<sup>29)</sup>。

5 (1) しかしながら、執行文の付与は狭義の強制執行に含まれず、その準備

---

29) 伊藤・前掲注26) 236頁。

段階に過ぎないとしても、「強制執行をすることができる」との執行文を付与することは執行停止決定の趣旨に反するし、これを認めることは同決定の実効性を損なってしまう、ということから、39条の類推適用により執行文の付与を否定する見解も有力に主張されている<sup>30,31)</sup>。

- (2) この説に従うとすれば、執行文付与機関に対して執行停止決定の正本が提出された場合のほか、当該執行文付与機関（裁判所書記官）が属する裁判所と決定を発した裁判所とが同一であるなど、発令の事実が執行文付与機関に顕著である場合には、執行文の付与を拒絶すべきこととなる。執行停止決定が発せられていても、執行文の付与を阻止できないとすれば、差押えを停止することは事実上困難な場合が多いと考えられるから、この説を支持すべきものと思われる、と説明されている<sup>32)</sup>。
- (3) 現に実務においても仮執行免脱担保の供託書正本の原本を提示し、その写しを書記官に提出すると、（今後仮に債権者から執行文の付与が求められても）執行文は付与しないという取扱いがなされて来ている。
- (4) 平成2年ころ、全国の約1000人の主任書記官等にアンケートした結果では、仮執行免脱宣言による担保が立てられたことが判明している事件において執行文付与の申立てがなされた場合に、執行文を付与した、というのが「11」、執行文付与を拒否したというのが「3」、そして、仮定の話として、仮に、そのような申立てがあれば執行文を付与するというのが「510」、仮に、そのような申立てがなされても執行文は付与しないというのが「283」、回答を保留するものが「179」であった、という。このように実務としては対応が分かれている<sup>33)</sup>。

---

30) 伊藤・前掲注26) 237頁。

31) 大山涼一郎ほか『執行文に関する書記官事務の研究(上)』(司法協会、平1992年) 236頁以下。

32) 伊藤・前掲注26) 237頁。

33) 大山・前掲注31) 257頁。

	付与	拒否
経験	11	3
仮定	510	283

\* 回答留保 179

- 6 (1) また、債務者にとって、執行停止の効力はできるだけ早期に獲得したいと考えるのが通常であろう。しかしながら、たとえ強制執行が申立てられるより前に停止文書が提出されたとしても、その時点ではまだ現に係属している執行手続自体がないため、執行停止文書を受理することはできないものと解釈されている<sup>34)</sup>。これに関する東京高裁平成20年10月1日決定は、執行機関が事実上これを受理したとしても、その後の申立てに影響を及ぼさない、と判断している。引用すると次のとおりである（預金債権の差押えの事案）。

「本件は、債権者である相手方が、執行力ある判決正本を債務名義とし、債務者である原告人の第三債務者に対する預金債権等を被差押債権として差し押さえた債権差押命令に対する執行抗告事件である。一件記録によれば、原告人は、原告人と相手方との間の東京地方裁判所平成18年(ワ)第12135号不当利得返還請求事件の判決に対し控訴し、控訴に伴う執行停止の申立てをして、平成20年6月27日に強制執行停止決定を受け、同日、執行裁判所に強制執行停止決定正本（執行停止書面）を持参したが、その時点では、東京地方裁判所平成20年(ル)第6880号債権差押命令（本件差押命令）の申立てはされていなかったこと、その後、同年7月1日に本件差押命令の申立てがされ、同月7日に本件差押命令が発令され、各第三債務者には同月8日に、原告人には同月11日にそれぞれ本件差押命令正本が送達されたこと、原告人は、執行裁判所に対し、同月14日に執行停止書面を添付した同月11日付けの

34) 伊藤・前掲注26) 408頁。

強制執行停止上申書の提出をしたこと及び執行裁判所は、原告人及び各第三債務者に対し執行停止がされた旨の通知をし、同通知はそれぞれ同月16日に送達されたことが認められる。原告人は、執行裁判所は本件差押命令の発令前に強制執行停止決定を受領しているから、本件差押命令は民事執行法39条1項7号に反し違法であると主張する。しかし、原告人が執行停止書面を執行裁判所に持参した際には、いまだ本件差押命令の申立てはされておらず、執行事件としての事件の係属がなかったことは上記認定のとおりであり、この段階では執行停止書面を受領することはできないから、原告人が、執行停止書面を執行裁判所に提出し、執行裁判所が事実上これを受領したとしても、そのことは本件差押命令の申立てには何ら影響を及ぼさないものといわざるを得ない。そして、本件においては、相手方の本件差押命令申立後に原告人から執行裁判所に執行停止書面を添付した強制執行停止の上申書が提出がされたのは、同月14日であるから、本件差押命令は同日執行停止の効力が生じたものと解される。そうすると、本件差押命令自体には何ら違法な点は存在しないものというべきである。なお、相手方が、本件差押命令の申立てをした時点で、執行停止書面の存在を知っていたとしても、そのことは直ちに本件差押命令の適法性を左右するものではない。」

- (2) すなわち、執行停止のための事務処理が間に合わなかったという場合はもちろん、逆に早すぎても執行手続は止められないという事実上の困難性があるのである。上述の例のように預金債権が差押えを受けると、それが債務者の信用力に影響を与えるものでなかったとしても、金融機関との取引契約上、形式的には期限の利益の喪失事由に該当することになるため<sup>35)</sup>、あらかじめ事情（近く差押命令が届く可能性があることや、予想される金額、その金額が経営には影響がなく信用力を害さないことなど）の説明のため各方面へ奔走せざるを得なくなる。差押をきっかけ

に契約条件の変更が打診されることもあり、経営リスクのひとつである。

- 7 そこで、従来の多数説ではなく、39条の類推適用により執行文の付与を否定する見解を採用し、執行文付与の段階で執行文を付与しないという運用を定着させ、早期に執行停止のために対応した債務者に対し、執行停止という帰結を現実を与えるのが合理的ではないかと考える。
- 8 この説によるとき、仮執行の免脱担保を立てたという証明書類が提出されたときには執行文の付与が拒絶されることになる。仮執行宣言付判決において担保を立てて仮執行を免れる旨の仮執行免脱宣言がなされている場合に債務者が担保を立てると、仮執行宣言付判決の執行力は消滅すると解釈されているので<sup>36)</sup>、担保を立てたことの証明書<sup>37)</sup>が提出されると、強制執行を停止するだけでなく、既にした執行処分も取り消されることになる（民事執行法39条1項5号）<sup>38)</sup>と解されているからである。そして、実際、上述のとおり、実務でも、この39条を類推して執行文の付与の段階で付与を否定するという運用もなされて来ている。もっとも、いったん適法に執行文が付与されて強制執行が開始された後に、執行停止決定の正本が提出された場合、当該強制執行の続行ができなくなるにとどまり、執行文の付与が遡って違法となるものではないと解される。
- 9 (1) それでは、上述のような主文付記がなされた二重の仮執行免脱宣言がなされた場合、同付記に従って、第一審における免脱担保金の供託の事実を書記官に示して（供託書の原本を示し、その写しを交付して）執行文の付与を阻止することができるか。
- (2) できると解すべきである。

---

35) たとえば、金融取引法研究会作成2021・7・1の銀行取引約定参考例では、預金などについて差押えの命令が発送されたとき、いっさいの債務について当然期限の利益を失うとしている。

36) 東京地判平4・6・17判例タイムズ795号（1992年）81頁。

37) たとえば、供託書正本。

38) 伊藤・前掲注26) 402-403頁。

- (3) 確かに、執行文は、執行付与機関と執行機関とに強制執行の要件調査の作業を分担させるという法技術であり、執行文付与機関は、強制執行の実体的要件の存在を調査し、その存在を公証することによって、後に続く執行機関に対し、これを伝達することが求められている。強制執行の実体的要件の主要事項である有効な債務名義の存在、執行当事者適格（承継等を含む）、債務名義上の条件付請求権についての条件成就などを、執行機関の判定に委ねず、より適当な機関である裁判所書記官（執行証書については公証人）に審査させ、その結果を執行文に表示して執行機関に伝達することにしたものである。執行文の特質は、強制執行の実体的要件の存在を公証することによって、みずからが手続的要件のひとつとなったものである点にある。
- (4) しかしながら、執行文のもつべき機能をこのような基本の枠内に封じ込める必要はないであろう。強制執行は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施するので、執行文は、過去の一定時点における形成の所産たる債務名義を前提としながら、これと相俟って強制執行の基礎を拡大することもできるものである。債務名義の成立後の実体状態の変化に即して債務名義の記載を執行文により内容的に追加・訂正・補充する方法であり、執行文付与をめぐる手続保障を支えとして債務名義の実効範囲を執行当時の具体的状況に合わせてシフトする役割を執行文に担わせることができる<sup>39)</sup>。
- (5) このように考えれば、役割分担という法技術を固定的なものとして執行機関との峻別を貫くまでの必然性はなく、現状にあわせて付与機関の役割を柔軟に解釈する余地があるのではないかと思われる。その限界は、公証機関であることから、審査資料が手元近くにあること、訴訟記録などの書面の形式的な審査で足りることにあると解するのが相当である。
- 10 債務者が、判決主文の付記に沿って、第一審判決に基づいて供した免脱担

---

39) 中野・前掲注8) 265頁。

保金の供託正本を書記官に示し、その写しを提出したような場合、判決書と供託正本によって形式的に審査できる内容であるから、執行文の付与を停止させることができると解すべきである。もし、第二審判決の求める免脱担保金が第一審のそれよりも高額の場合は、その差額の担保を供したことを証する書面を示して、その写しを提出すれば執行文の付与は停止できるものと考ええる。

- 11 もし、主文付記がなされていなかった場合でも（主文付記の実務が定着するまでの過渡期にはあり得ると思われる）、第一審判決に基づいて供した免脱担保金の供託の事実を援用すれば、同様に対応することができるものと考ええる。その援用によって第二審判決の仮執行の免脱を得て上訴することには先例<sup>40)</sup>があるからである。改めて裁判に類するような実質的判断をする必要性はなく、先例の趣旨に沿って、執行文を付与しないということは手元にある訴訟記録などを基礎に形式的な審査をすることで対応可能である。

（ながしま・けんや 弁護士、筑波大学非常勤講師）

---

40) 最二小判昭43・6・21民集22巻6号1329頁。