

執行停止に対する救済

——オーストリア強制執行法における保証の問題を中心として——

清 田 明 夫

目 次

- 一 はじめに
 - (一) 問題の設定
 - (二) 設定の理由
 - (三) 問題考察のための態度一
 - (四) 問題考察のための態度二
 - (五) 作業過程
- 二 問題の限定
 - (一) 問題の散在
 - (二) 問題の抽出
- 三 現在迄の判例の趨勢
 - (一) 戦前の態度
 - (二) 昭和三一年迄
 - (三) 昭和三一年以降現在迄
 - (四) 学説の判例における浸透状況
- 四 代替の救済
 - (一) 裁判所の自由な修正による救済
——ドイツおよび日本において——
 - (2) 日本法における救済
一九三一年ドイツ民事訴訟法

執行停止に対する救済

- 改正草案における救済
- (3) 一九三一年ドイツ民事訴訟法改正草案迄の動向およびそれ以降の動向
- (4) その救済の評価
- (二) 不法行為責任に基づく損害賠償による救済—日本法において—
 - (1) 判例・学説の動向
 - (2) その評価および日本法における保証
- (三) 保証の完全化による救済—オーストリー法において—
 - (1) オーストリー法での取扱
 - (2) 停止制度略説—前提作業—
 - (a) 体系上の説明
 - (b) 管轄の統合
 - (c) 執行停止の事由
 - (d) 執行停止の裁判

- (c) 停止された手続の再開
- (3) 保証と執行停止の連関性
 - (a) 無保証の停止
 - (b) 相当保証による停止・完全な保証による既存処分取消
 - (c) 完全な保証による停止
- (4) 保証の構成
 - (a) 保証の意味
 - (b) 保証額決定基準
 - (c) 保証額の挙示
 - (d) 保証供与責任の非免除性
 - (e) 保証への権利行使
- 五 採るべき救済
 - (一) 請求異議訴訟の特殊性
 - (二) 保証の完全化による救済
- 六 おわりに

一 はじめに

(一) 問題の設定

執行停止に対する救済、それは、強制執行手続内における執行債権者の、強制執行停止に対する救済を扱うものである。いうまでもなく、それは、典型的には我が強制執行法における執行停止の裁判それ自体を抗争せしめる不服申立の可否が中心課題であり、しかも、これが現在その解決をせまられる焦眉の問題であることは疑いのないところである。⁽¹⁾

(二) 設定の理由

ところで、我が強制執行手続において、強制執行の停止は、執行機関と裁判機関との分化のもとに、各種の観念的形成手続の反映として、あるいは、その実効性の担保として、事実的形成の阻止という、つなぎのあるいは橋渡しの処分として観念されるのが通常である。⁽²⁾したがって、当然のことながら、それは強制執行を受ける債務者のための救済手段であることは疑いのないところであるところ、このことを、典型的には、確定判決に基づく債務名義によるその実効を、専ら債権者の満足の実現という目的に向って一瀉千里に実施さるべき強制執行という手続との関連においてみると、この執行停止が有する執行債権者への侵害は真に大なるものがあるといわざるをえない。したがって、この執行停止を、これの基本となる観念的形成と別個独立に抗争せしめることの必要性の有無が蓋し問題となるわけである。

(三) 問題考察のための態度 一

そして、この問題に対する我が国の判例および学説が果した業績は、その積極説あるいは消極説⁽³⁾ともに、それ自体

において有する正当性は、一応是認されねばならないであろう。しかし、それでは、果してこうした問題に対して、いずれか一方の結論を正当とすることが許されないかというところではない。法解釈論におけるプレファランス (preference—優先選択) は実体法の分野においても、そのバックボーンを体系的整合性とか、あるいは、それに類するものを基本としてなされるし、また、なされるべきものとの提言⁽⁴⁾を聞くとき、手続法それ自体、実体法に比してより制度の法であること、つまり、抗争のための手段であり、したがって、制度の浸透こそ民事訴訟法の一つの使命とするとき、そこにおいて、いずれの解釈論を採用すべきか、つまり、どの制度を採用すべきかのプレファランスは、より明確なバックボーンのもとになされねばならないし、また、なされうると信ずるのである。本稿において問題とするところのものは、強制執行手続におけるそれであり、そして、そこで支配する理念は、武器平等の原則の修正および手続一回性の原則を含めての手続の迅速性の要請、そして執行当事者の早急な満足の実現の要請⁽⁵⁾にほかならない。こうした理念を踏まえて、本論題をみると、ここでもう一つ考慮すべき問題があると思われる。

(四) 問題考察のための態度二

それは、近時、法の客体的側面と主体的側面⁽⁶⁾の問題として論ぜられるところのものである。前者は、つまり、法規定の精緻性あるいは整備性への努力であり、後者は、法の担い手の問題とされるものである。この観点からすれば、本論題は、偏に法規定の精緻性あるいは整備性の欠如がもたらした問題であることは確かなことである。つまり、執行停止の裁判を抗争せしめる不服申立方法が、容認されているのか、または、禁止されているのか、その点の明文規定が欠如しているために、いきおい、この点に関する判例史も、この規定の欠如を如何に評価するかを中心に展開されることになったからである。そして、このことのゆえに、これはまた、法の主体的側面⁽⁷⁾の問題であることになるの

でもあるが、真に解釈さるべき問題は何なのかの反省なしに、あるいは、これとほど遠い時点で、上述の執行法において支配する理念の実現と称して議論がなされたことがなかったといえないように思われるのである。

(五) 作業過程

かくして、我々は、以下、二、において、広く執行停止に対する救済といえども、我が民事訴訟法に多く散在するうちのいずれを中心に扱うのかの問題の設定を出発点とし、一応通説がその地位を確固たるものとした時点に至るまでの主として判例の簡略な動勢を素描し、その時点以降、現在迄の通説の判例における浸透状況をみたのち、母国たるドイツにおける同種の問題に対する大勢を一瞥し、その後、それよりの暫定的な吸収化現象がみられる一九三一年のドイツ民事訴訟法草案において、それは、当時においては一つの歴史的事実に終止したとはいえ、その草案における將に範とすべき果敢な努力及び対策をみる。更に進んで、この一九三一年草案がその多くを範とあおいだオーストリー強制執行法、そこにおいては、我が国およびドイツの執行停止制度とは異なり、きわめて精緻され、かつ、整備された体系を有するがゆえに、本問題解決へのきわめて示唆にとむ処置を三、及び四においてみた後、五および六においては、本問題に対して最終的に採るべき態度を提言せんとするものである。しかし、問題の性質上、執行停止制度全般、あるいは、その他の隣接領域との関連においてみる事の必要性に迫られるゆえに、時には、軌道からはずれた、あるいは、必要以上に冗長に亘ることを懸念しながらも、前述の過程にしたがって、まず第一の作業から始めることにする。

(1) 中野・執行停止・取消・総合判例研究叢書・民事訴訟法(2)二二〇ページ。

- (2) たとえば、三ヶ月・執行に対する救済・民事訴訟法研究二卷七三ページの説くところである。
- (3) 執行停止に対する不服申立につき主として理論的に論ずるものに、三ヶ月・前掲・八一ページ、昭和三一年までの高裁判例を中心これを扱うものに中野・前掲・二一〇ページがあげられる。
- (4) 川島・科学としての法律学八四ページにおいて主張されるところである。
- (5) 三ヶ月・前掲四九ページ、および、三ヶ月・執行法上の救済の特異性(一)判例タイムズ一八二号六ページも要約すれば、この原則を認める。
- (6) このように法(制度)をその客体的側面、つまり、規定の精緻性あるいは規定の整備性への努力と、主体的側面、つまり、法の妥当性・実効性を維持・再生産してゆくための人間的努力、つまり担い手やその条件の分析の二面に分けて、今や前者の努力を継承しながら、後者にそのエネルギーを向けるべきときであると説くものに、三ヶ月・法の客体的側面と主体的側面・自由の法理(尾高朝雄教授追悼論文集)二九五ページ所収。および三ヶ月他・各国弁護士制度の研究三九ページの研究があげられる。
- (7) 法の主体的側面とは、註(6)で紹介したように、それは、法の妥当性・実効性を再生産してゆくための人間的努力であるとされている。例えば三ヶ月・前掲・追悼論文二九五ページ。そして、この具体的内容について、法の担い手やその条件の分析が挙げられるが、私は、これに加えて、法の担い手の積極的な立法活動それ自体も、法の主体的側面の問題に含めたいと考えるからである。一見、それは、法の客体的側面の問題であるかのようにみえながら、実は、法の担い手の人間性の問題に帰着するからである。たとえばある解釈論の争いに終止符が打たれた状況の下では、これに沿った立法がなされて、しかるべきであるし、又、そうするのが、その時代に生きた法の担い手の責務であると考えからであり、ここに法の担い手の広い人間性の問題が介入していると考えるからである。このように法の客体的側面と主体的側面の問題は、相互に密接不可分な連関性を有しているものと私は理解している。

二 問題の限定

(一) 問題の散在

ところで、一口に執行停止に対する救済といっても、我が民事訴訟法では、その救済の前提としての種々の執行停止につき規定が散在している。

それらは、審級制度の利用の採否との関連で判決手続との関係において問題となる特別上告・再審の場合の五一一条、仮執行宣言付判決に対する上告の場合の五一一条および仮執行宣言付判決に対する控訴・仮執行宣言付支払命令に対する異議の場合の五一二条であり、一方、純然たる強制執行手続のうち総則においてのそれらは、執行文賦与に対する異議の場合の五二二条二項、執行方法に関する異議の場合の五四四条一項後段、請求異議の訴・執行文賦与に対する異議の訴の場合の五四七条、五四八条・第三者異議の訴の場合の五四九条四項であり、同じ執行手続内のものであるが、特殊なものとして、優先弁済請求の訴の場合の五六五条二項および差押禁止拡張の場合の五七〇条ノ二の三項が存在している。

このうち、審級制度の利用の採否との関連で問題となる五〇〇条、五一〇条および五一一条では、昭和二九年の改正法により、それぞれ要件の修正および追加とも相まって、その不服申立禁止の規定が存在するが故に問題はなく、また、手形訴訟制度の新設に伴い追加された五一一条ノ二の手形小切手事件における控訴異議申立と執行停止命令についても同様、不服申立禁止規定を置いているため問題はない。しかし、これらを除く残余の執行の停止については、それぞれ基本的には、五二二条および五四七条の執行の停止に関する規定それ自体あるいは、その準用によっている場合であるので、この二条が前記の法条におけるように不服申立禁止の規定を整備していないので、これをめぐっての不服申立の可否が問題となるわけである⁽¹⁾。

(二) 問題の抽出

したがって、ここでは、五二二条二項執行文賦与に対する異議の場合と、五四七条および五四八条の請求異議の訴および執行文賦与に対する異議が中心となり、わけでも、執行文賦与に対する異議およびそれに対する異議の訴については、その使命として、執行の延期的阻止につき奉仕するのみであり、また、この点に関する判例も、きわめて、僅少であるので、ここでは、主として、給付訴訟の反対形相として、実体権の変動あるいは、権利の消滅の終局的確定を使命とする執行法上の女王ともいふべき請求異議につき中心に考察することにする。

(一) 三ヶ月・前掲八六ページ、中野・前掲二一三ページ。

三 現在までの判例の趨勢

(一) 戦前の態度

請求異議の訴の提起に際してなされる執行の停止に対して不服申立が許されるか否かについては、現在までの通説の先がけをなした学説⁽¹⁾、その誕生をもたらしたとはいえる大審院最後の判例、それまでの判例の態度は、二つの解決をなしていた。第一に、五五八条、つまり、強制執行手続内における決定に対する即時抗告を認める規定(五五八条)を根拠に、執行停止決定に対して不服申立を認める方向と、第二に、同じく即時抗告を認めながら、即時抗告の効力による執行停止効(四一八条)⁽²⁾を否定するという二つの方向であった。総じて、即時抗告により執行停止に対する不

服申立を認めていたのである。

(二) 昭和三十一年迄

しかし、戦後の判例についてみると、前記の判例の第二の方向、つまり、即時抗告を認めながら、これについて停止効を認めないとする判例に対する学説の批判ならびにその他の論拠の正当性を認めてか、新たに、即時抗告を許さないとする判例が現出するに至った。⁽³⁾

まず、戦前同様、即時抗告を認める判例の流れをみる。「1」五〇〇条の類推を立法論として承認しながら、五四七条二項の強制執行を停止する裁判は口頭弁論を経ないでなすことができる裁判で、五五八条の裁判に該当するものとするもの（名高裁決・昭和二八・三・二八・下民集四一三―四四六）、「2」債務名義に基づく早急な強制執行を続行させるための手段として執行停止自体の裁判の誤りの是正の必要を説くもの（東京高裁決・昭和二八・一一・二〇時報四七三）、「3」、「2」と同旨で、五〇〇条の如き不服申立禁止規定の不存在を論拠に、結局このことが強制執行本来の目的にも達するとするもの（大阪高裁決・昭和三〇・一一・一二高民集八一―一九四）、「4」裁判が人間による実践的判断であることを前掲に、その誤りの可能性ある場合につき、是正するのが原則であるとして、これを認めることによる実害が伴うことの実証的証明もないとするもの（東京高裁決・昭和三一・七・一三下民集七一―一八四二）、さらに、「5」五四七条一項の原則を挙げて、仮の処分が管轄裁判所でない裁判所から、また、抵当権の実効について同条による停止決定がなされるというように誤ってなされる場合もないことを論拠に債権者の利益を考慮してこれを許しているもの（東京高裁決・昭和三一・三・二六高民集九一三―一二七）が挙げられる。

他方、即時抗告を許さないとする判例は、「6」即時抗告を許す裁判とは、独立した裁判たることを要するとし

て、この点、執行停止決定は、本案言渡までを効力の存続期間としてなされる一時的応急的性質のものであり、それ自体、独立の裁判でないとした後、五〇〇条と性質上差異なしとし、同条類推を許容し、即時抗告不許とするもの（福岡高裁決・昭和二四・七・一五高民集二一三一―一四三）、〔7〕本決定と後の異議の判決において取消・変更認可される意味においての仮の裁判とし、その不服申立の必要性のないこと、および、これの許容により、異議の裁判の目的を失うに至る危険を有するもの（札幌高裁決・昭和二七・二・二〇高民集五一二―一六六）、〔8〕、〔7〕と同旨後、申請内容につき実質的に審理判断された以上強制執行停止裁判に対して即時抗告不許とするもの（札幌高裁決・昭和二八・三・一二高民集六一二―一六三）、〔9〕第三者異議の訴についても同旨、無用の争を重ねさせるだけとするもの（大阪高裁決・昭和二九・一・二二高民集七一―一六）、〔10〕競売の目的物は債務者の所有でなく、抗告人の所有に属するとして、五四九条に従い配当手続の停止を求めた事件で、五四九条四項と五〇〇条の対比から、五〇〇条の昭和二九年改正による判断事項の同一化、裁判の性質の同一化を論拠に五〇〇条を類推するもの（大阪高裁決・昭和三〇・一二・二七下民集六一―二二八二）、〔11〕予断排除のために五〇〇条、五一二条は不服申立を禁止している以上、本条の場合も不服申立をなしうるとする根拠乏しいとして、〔6〕と同説示して、決定に対する不服申立については四一〇条、四一二条の如く特別規定あるときのみ許容するもの（東京高裁決・昭和三一・二・一七高民集九一三一―一二三）、〔12〕、〔6〕と同様の趣旨で、停止決定は蓋然性から確実性へと進むまでの暫定的調整を目的としたものとして、不服申立を許すと本案審理と二重の判断をなさしめることになるとし、仮処分との差異につき、そこでは、異議申立につき、当裁判所が修正の余地ある点で異るとするもの（東京高裁決・昭和三一・二・一七高民集九一三一―一二三）、〔13〕相手方の第三者異議提起による執行停止決定に対する抗告において、第五四七条

の執行処分の停止または取消決定は、その当否が結局本案である異議訴訟において判断すべきとして五〇〇条三項の準用を認めるもの（大阪高裁決・昭和三一・二一・六下民集七一四三七）がある。

以上、通観するとおり、戦後において即時抗告を認めない判例が相当多く現出している事実是否定できないし、また、とくに、積極説、消極説の区々対立あるのは同じ大阪高裁の判例においてであることも否定できない事実である。

（三）昭和三十一年以降現在迄

それでは、次に、特に消極説が通説的地位を確保したともいえる時点以降並びに、前記の判例の分析の下に、その後の判例の動勢が注目されるとした学説の指摘⁽⁴⁾以後の判例の趨勢をみることにする。

先ず、積極説をとるものとして、「14」全く簡単に五〇〇条の準用を否定し、かつ不服申立禁止規定の不存在を論拠に認めるもの（札幌高裁決・昭和三五・二一・六高民一三一九八二九）、「15」抗告人がなした仮処分執行に対して、民訴法第五四九条第四項、第五四七条第二項を適用して執行処分の一時の取消を命じた決定に対しての不服申立てがあるが、「3」を踏襲し更に加えて、一時的停止・取消なる制度は本案訴訟審理の維持にかんがみ合目的考慮によつてなす自由裁量処分であることを説き、この点において非訟事件の本質を有する特殊的保全処分の一つに属するとする。しかし、民事訴訟法においては非訟事件手続法第十九条の如き合目的性を貫徹するための職権的規定の欠如と不服申立禁止の不存在を論拠に即時抗告による是正をまつとするもの（大阪高裁決・昭和三七・一・二五時報二九三一一九）、「16」任意競売について債権及び根抵当権不存在確定ならびに根抵当権設定登記の抹消請求の訴を提起し競売手続の停止を求める場合に第五四七条の停止決定をなしたのに対する即時抗告事件であるが、問題の焦点は

前記の場合における第五四七条の準用ありや否やであったが、取扱として即時抗告を許容し、申立内容につき判断している（大阪高裁決・昭和三八・四・八下民一四一四一六八四）ものがある。しかし、判例を限定して考察するとき前二件は仮処分に関するものであるし、後の一件も又、本来問題としてあるケースからはずれるといえよう。それでは消極説に依った判例をみる前に次の二つの判例をみよう。先ほども指摘した部によって区々対立している大阪高裁のものも含まれているが、問題は五四七条掲記の要件のない場合についての形式的違背の場合につき論ずるものである。

〔17〕 執行停止の申請代理人である弁護士に弁護士法第二五条第一号違反の事由があることを理由に即時抗告した事件につき、この場合は、同決定の内容の当否を争う場合と異り、右決定自体の違法を争う為の即時抗告は許すべきとしているもの（大阪高裁決・昭和三六・九・一七下民一二一九一二九三）および〔18〕適法に第三者異議が提起され、五四九条・五四七条によって仮の処分を命ずる裁判に対しては五〇〇条三項類推によって不服申立を許さぬと解しながら、この事件では、第三者異議の訴の提起がないのに仮の処分が発せられた場合であり、こうした裁判に対しては、何等根拠のない違法な決定として違式の決定命令に対する抗告の四一条を類推適用して抗告を許すとしている（札幌高裁決・昭和三六・一〇・一六高民一四一六一四三六）。

蓋し、当然の結論といえはいえるが、かくする場合にも即時抗告を不許としなかった点において注目されてよいように思われる。それでは、最後に、消極説に立つ判例二つをみよう。

〔19〕 仮処分の執行に対する第三者異議の訴に伴う第五四七条の仮の処分を命ずるための要件と、この仮の処分に對する即時抗告の許否につき、仮の処分の付随性を強調し、これを異議に付いて裁判をなす執行裁判所の審理に合

目的に判定せしめる趣旨として、ただ仮の処分の要件の存否の判断を誤った場合等、特段の事情のない限り、この仮の処分に対しての独立の抗告を許容しないとしている（大阪高裁決・昭和三八・五・二二下民一四一五一一〇〇〇）。
それでは、消極説に依り、しかも、この点の判例としては最も精緻な議論を展開し、少くとも現在迄の時点において、この点における論争に終止符を打たんと意思すら見られる同じく問題の大阪高裁の判例はその論拠を次のように展開する。

〔20〕（大阪高裁決・昭和三四・五・一時報二〇二一三二）本件は民事訴訟法第五四七条第二項に基く強制執行停止決定に対する抗告の申立であるところ、右決定に対して不服申立をなしうるか否かについては従来から見解の対立するところであるが、当裁判所は左の理由により不服の申立は許されないものと考える。

（一）先ず同法第五五八条によれば強制執行手続において口頭弁論を経ずしてなしうる裁判に対しては即時抗告を為すことが出来る旨規定されており、同法第五四七条に基く停止決定については別段不服申立を禁ずる旨の規定もないから、同決定についても当然第五五八条に従い即時抗告をなしうるとする見解もあるが、仮執行宣言付判決・支払命令に対し、上訴を提起した場合に於て、原裁判に基く強制執行に対し、一時その執行停止を命ずる裁判に対しては、不服申立の許されないことは、同法第五一一條第二項、第五一二條第二項がそれぞれ同法第五〇〇條第三項を準用していることより明らかであるから、右上訴審における裁判を強制執行異議の本案裁判と対比することにより、右の執行停止の裁判とその仮定性、暫定性、従属性において全くその性質を同じくする本件原決定、即ち同法第五四七条に基く停止決定について、たまたま不服申立を禁じた明文の規定が存しないとの理由のみによって、即時抗告による不服申立が許容されると速断することは甚だしい形式的解釈として、にわかに賛同し難いところで

ある。この種の一時的な裁判に対する独立した取消変更の途を与えるか否かについては、仮差押、仮処分等の暫定的保全処分命令たる裁判（これは確定した債務名義が存在しないという点において、前掲仮執行宣言つき本案判決に対比されるが）の場合と同様、基本たる権利実現の要請（債権者の利益）の強度と、その基盤の誤謬や変動に対処する権利実現の阻止の必要性（債務者利益）の程度とを相関的に勘案して各種制度の機能・本質に徴してあくまでも実質的に検討解決せらるべきものと考ええる。

(二) 次にもし、この種の裁判に対する独立した不服申立を許さないとすれば、その後停止決定が違法不当であることが判明しても臨機の取消・変更を許容する措置が認められていないから、本案訴訟の裁判ある迄右の違法な停止決定は当然維持せられ債権者の利益は不必要に抑圧せられることになるから、この点において停止決定の付随性・一時性を過度に強調することは正当でないとの見解が考えられるであろう。即ち強制執行の停止に対しては、応急性がないことは仮差押仮処分命令に対しては異議手続による再審査のほか、事情変更による取消制度があり、破産更生の特別保全命令に対しても発令裁判所による臨機の取消・変更制度を認めていることに対照して、一見当を得ないが如くにも見られないことはないが、元来保全処分たる裁判に認められる応急性は、被保全権利の存否よりむしろ、保全の必要の変動により多く対処し、保全制度の限界を逸脱しない配慮に基づいているものと考えられ、絶対的な権利存否の判断（訴訟的乃至裁判の本質）よりも、むしろ、一応存在するとみられる権利の保全という政策的でないし目的配慮（非訟的乃至は行政的性格）に主としてその根拠を置くものとみるべきであるから、執行停止の不可変性（一時性の枠内における）は異議訴訟の裁判の本質に却って適合するものであって、この理は前掲の仮執行宣言つき裁判に対する執行停止についても同様である。それ故、これが為に不服申立の必要性を絶対的に強調するこ

とも、不可であり、この必要性は実質的に見ても、後述の債務者の利益保護の重要性に比肩され得ない。

(三) 次に執行停止決定を発するがための理由とその証拠の存否を特別要件視して、この要件存否の再審査の為に不服申立を許容するを可とする見解が考えられるが、かかる要件は、一旦確定された債務名義の内容たる権利実現の正当性に疑を生ぜしめ、従ってこれを阻止しようとする債務者に所期の救済を附与するがための最小限度の主張の立証に過ぎないものであって、仮執行宣言付判決の執行停止にこれを必要としないのは、その債務名義としての未立性から、当然に、反対当事者即ち債務者にこれを免除しているものと考えべく、これを、本案訴訟において早晩判断をうくべき債務名義の内容の實質的正当性の有無の問題とは別個独立の要件とみて、特にその存否のための再審査手続を設けることを必要とするものとは考えられないから、この見解も支持しえない。

(四) そこで、不服申立の許否につき、さらに考察を要する点としては、同法第五四七条に基く強制執行停止決定に対して不服方法として即時抗告がなされた場合、抗告審において審理の結果、原停止決定が取消されたときは、債権者の強制執行は続行されることになり、ために往々本案たる異議訴訟の完成前に右強制執行が完了して、異議訴訟はその目的を失い、本案訴訟の原告たる債務者は敗訴せざるを得ない事態に立至るべきことである。このことは単に同一の目的のために無益な二重の係争を生ずるとか、抗告訴訟が異議本案訴訟よりも却って重視せられ、主従顛倒するとか、判断が区々に分れる虞が生じて不都合であるとかいう、手続的形式的不合理を指摘するものではなく、執行停止の許否という仮定的暫定的処置により債務名義の執行が許され、その結果、新しい事実が形成され、しかもそれが確定した既成事実として、それ自体は動かし得ないものなるということの当否の問題なのである。これを無条件に甘受することは債務者の利益の完全な否定であり、不当な執行停止に対する債権者の利益の侵害は専

ら権利実現の遅延の面に於て生ずるのに反し、不当な執行実施の喪失となって現われるのであるから、この点からみれば債務名義の当否につき一旦疑点が認められた以上は、その放任の不当結果に対して、債権者・債務者のいづれに最後の救済の余地を残すべきかは、おのずから明らかであろう。のみならず、異議本案訴訟については証明の有無即ち確信判断を以て勝訴を決すべき筈であるのに拘らず、一旦発せられた強制執行停止決定につき、独立して、しかも疎明による手続でその当否を争わせることとすると、結果として単なる疎明即ち確信に至らざる判断を以て、本案訴訟における確信判断の結果を事前に左右せしめることになり、もし前者にして誤たんか債務者に対しては爾後債権者に対する損害賠償請求以外全く救済の途を閉してしまふ結果をもたらすこととなるのである。尤も停止決定の審理が疎明によってなされることは、抗告審に限らず、原審に於ても同様であることは勿論であるが、原審に於て疎明がないものとして停止決定申立を却下された場合は（この場合は救済を求める債務者自ら、容易な方法により与えられる債務名義の当否に対する裁判所の疑念発生をも果し得なかつたものとして、その結果は自ら甘受すべきものである）格別、一旦債務者保護の必要が認められて停止決定がなされた以上同様の簡易な疎明方法によるこれが廃棄手続を是認することは簡易手続による執行防止の手段を専ら債務者の利益保護のために附与したこの制度の趣旨にも反するものといわざるを得ないのである。即ち、この趣旨よりすれば、執行停止は一時的な防衛手段として比較的容易に（因より反対疎明は許容されるが）これを附与するが、その廃棄は同様に容易に為されてはならず、一層慎重な確信的判断に基づいてはじめて為さるべきものとする所以が是認されるのであって、この意味に於て一旦なされた停止決定は尊重されねばならないのである。

(五) 以上の法理を法の規定に求めると前述の民訴法第五四八条第一項が異議本案訴訟の判決を為す際に、既判の執

行停止決定の当否を審査すべきことを規定していることが明らかであり、前掲の理由に徴すると、一旦発せられた執行停止の維持又は取消変更は、本案訴訟に於ける確信判断に基いて本案の裁判と同時に職権でこれをなすべきとされている趣旨の至当であることが首肯せられる。即ち執行停止決定の是正は右の方法によってのみなされうべく、他の独立した是正手段はその必要を認めないのみならず、むしろ、その当を得ないものとしてこれを拒否していることが明確となるのである。

(六) 右に述べた以外に民訴第五四七条二項の執行停止に対して不服方法として即時抗告を許すべきであるとの主張を首肯せしめるに足る理由を發見することが出来ない。

とする。(一)においては不服申立禁止規定の不存在につきただ単にそのことのみで、不服申立を許容すると速断してはならず、そのことは各種制度の機能、本質に徴して実質的に検討すべきこと、(二)次に不服申立不許とした場合の仮差押・仮処分の臨機の取消・変更がなされる場合と対比させて、停止決定の不可変性こそ、本案訴訟の実効性の担保たるべきこと、(三)に執行停止の要件を独立の審査に属するものとの見解に対して、それは結局、本案判断の枠内においてなされるべき要件と同一視し、(四)では債務名義に疑義が生じた場合、即時抗告を許容するとすれば、そしてこれが認可された場合、事実的形成が先行し、債務者の利益の侵害の大きさは、単にその執行の遅延の面のみで生ずる債権者の利益の侵害に優ることおよび、執行停止決定自体の判断を疎明手続による事前審査によらしめることが本案に影響を有することになることおよび既発の決定を尊重すべきことを強調するが、結論的にいって、債務名義に疑義が生じた場合の最小限度の救済手段として、執行停止決定を把握し、その取消・変更は専ら、本案訴訟による確信的判断に基いてのみ、職権でなすべきとして、將に通説の立場⁽⁵⁾を採用しているのが注目される。

(四) 学説の判例における浸透状況

以上、通説が確固とした地位を占めるに至った時点以後の第五四七条の執行停止に対する不服申立の許否に関する判例をみたが、仮処分に関するもの三件、五四七条の要件以外の形式的違背に関するもの二件であり、他の二件のうち、一件が簡単に五〇〇条の準用を否定する積極説に依ったものであり、もう一つが、最後にみた精緻な議論を展開し、消極説に依った判例である。これ等の素材より、一応結論的には、通説の第五四七条の執行停止決定に対しては即時抗告を許さないとする点と、その代替の救済策として、適時、本案係属裁判所に既発の執行停止決定の取消・変更をなさしめるという点に於いても最後の判例はこれを認めるに至っているし、現在の時点迄という留保付ではあるが、判例に関しては、この点の論争は落着をみたと評しえよう。

なお最近、「21」最高裁昭和四〇・七・二〇民集一九一五一一二九〇は、特別抗告の適法要件の審理の場をかりて、この問題に関して次のような判決をなしている。本件は、申立人が家屋明渡を約諾した和解調書について、その執行力の排除を求めるため簡易裁判所に請求異議の訴を提起し、執行停止決定をえて、第一審で勝訴したが、控訴審では、逆に敗訴し、執行停止決定は取消され、これには民訴法五四八条二項により仮執行宣言が付された。申立人は、さらにこの敗訴判決に対し上告を提起するとともに五二一条二項、五〇〇条四項より原裁判所に判決の執行停止を求めたが却下された。ついで、申立人は、記録が地裁にある間、地裁に対して民訴五四七条二項に基づきさらに強制執行停止の申立をしたが、棄却された。右棄却決定に対して特別抗告がなされたのが本件である。これに対して最高裁は特別抗告要件につき本件抗告の理由とするところは、違憲に名をかりて、その実質は原審決定の単なる法令違背を主張するにすぎないものであり、本件の抗告理由は特別抗告要件に当らぬとし、民訴五四七条二項の裁判に対する

不服申立の許否の点については、次のように判示している。『本件は、抗告人が、請求異議訴訟の受訴裁判所である山口地方裁判所に対して、同法五四七条二項の規定に基づき強制執行停止を申し立て、同裁判所が右申立を棄却する旨決定したのに対して、当裁判所に抗告の申立をしたものであって、右民訴法条に基づく強制執行停止の申立に対する裁判に対して不服の申立が許されないことを前提とするものと解せられる。右裁判に対して不服の申立が許されるかどうかについては、従来説の分かれるところであるが、当裁判所は、右裁判所が本案の手續に付随し本案の裁判がなされるまでの一時的応急的な裁判の性質を有するものであることにかんがみ、同法五〇〇条三項の規定を類推して、右裁判に対しては不服の申立を許さないものと解するを相当とする』とした。この判決の基礎となつた原決定は、果して従来、判例が区々対立ありとされ、学説が問題としてきた裁判であるかなどの疑問が提起されており、⁽⁶⁾確かに従来の学説、判例の対立の解決を急ぐあまり、いささかスイチュエーションのことなる事実關係に、論陣をはつたきらいがないでもないが、ともあれ、一応、既述の定着しつつある判例の動向⁽⁷⁾に沿って、下級審の判例の統一をはかり、この点の最高裁の立場を明らかにしたものととして注目すべき判例である。

- (1) 直接には、大決昭和一一・二・六民集一五―二―一四七が停止決定に即時抗告を認める通説に立ちながら、即時抗告の効力たる執行停止の効力を否定した判旨を批判したものであるが、これを基点として当時の通説の論拠を、特に一九二〇年から一九三〇年代のドイツでの同じ問題に対する動きをも参照しながら攻撃する。そして即時抗告を許さないとの消極説を主張し、その不当な結果を第一に本案裁判所の自由な修正処分に又第二に不法行為上の損害賠償責任により救済すべく提唱するものであった。くわしくは、菊井・判例手続法一七三―一七五ページ参照。

- (2) この即時抗告を認めながらその効力としての執行停止効を認めぬとする判例は大審以降戦後においてはみられない。これ

を採るのは岡垣・一時的執行停止命令に対する不服申立・判例タイムズ二九号二七三〇ページおよび小山・判例評論六号一九ページ。特に後者は、執行停止の裁判については狭義の執行力がない故、そもそも即時抗告を許容してもその執行停止の効力を生じないとする。

(3) 戦後の判例の動勢をみるものとして加藤・矢沢・三ヶ月・民事判例展望三九〇ページ以下、および中野・前掲二一三ページ以下のそれぞれ精緻な判例分析の研究がある。

(4) 三ヶ月前掲書二〇五頁の指摘及び岡垣・前掲二二頁が判例の動勢をみたあとの指摘である。結局岡垣・前掲二一頁以下の分類は本稿の問題とする第五四七条については即時抗告を許すか否かの積極説及び消極説の対立に帰していると評しえよう。事実、戦後の判例及び最近迄の趨勢を本文でみたところによれば、通常抗告をなしうるとする(3)説を支持する判例は見当らない。

(5) (イ) 蓋し、この時点においてこそ、通説はその地位と確固としたものといえよう。従ってこの点の論争は打切るべきである。第一に本論争が規定の精緻性の欠如が生んだ問題であることは指摘したが、規定の存在不存在を論拠になす議論は立法者意思か法律意義探究かで争われる法解釈論と同様で、単なるその二者択一(プレファランス)の問題でなく、立法を一つの妥協の結果或いは実定法それ自体に必ずしも絶対的意義を認めえないものだとの前提に立てば結論は見易いものである。例えば仮執行制度と執行停止制度の類似性を巨視的に承認すれば、その抗告不許の規定の類推は当然と云えよう。しかも積極説がなしていた形式的な条文操作は司法ではないといえよう。疑問の入り込むところにこそ司法が成立するので、それが必要ならば行政である。第二に、*「事実上の点の疎明」*を独立の判断事項として不服申立を認める実益あるとの点である。この点は今迄の判例が、要件以外の事項で停止決定をなした点につき不服申立を認めているという点を担保として、その判断の実践性を尊重すべきとする判例の存在は単に職業的セクショナルリズム或いは同族意識からのみ出たものではないであろう。もつと個々の裁判官を信頼すべきである。只その要件判断に際して有する裁判官の法的知識—例えば請求異議の原因として和解が入るか、相殺はどうかの問題により客観的に違法な停止決定がなされても制度の法なら仕方がないので、その解決はもつと根本的なところにあると云えるし、第三に、それ自体問題の解決ならぬ停止決定を抗争せしめるより、請求異議でその本来の結着をつけるのが先決である。只、ここで債務者は確定した債務名義を有する債権者に対してその満足に見合う保証を供託することにより執行停止をうる。只しこの第三は仮説である。この点は本文三以下代替の救済策で考察する

ところである。

(四) この点奇妙にも余り問題とならぬのは、仮処分の執行停止に対する即時抗告の場合である。この点は従来より仮処分の執行停止が許されるか否かにつき議論が集中し、仮処分本案―仮処分異議訴訟―執行停止決定に対する即時抗告、とますますその紛争解決の精力分散化がなされている点は訴訟の遅延という観点からのみすれば、強制執行停止の場合より一層大きな問題である。

(六) 本件に関する判例解釈において、霜島・法学協会雑誌八三卷三号四七四ページは、従来、問題とされて来たのは、執行法上の救済の源の提起に際しての、終局判決までのあいだの一時的応急措置たる執行停止の申立に対する裁判であり、しかるに、本件は、終局判決後の上告審の裁判までの、正確に云えば、上告審による一時的応急措置あるまでの、つなぎの執行停止と申立であり、両者は混同されてはならないとする。この外、本件に対する判例批評として中野・民商法雑誌五四卷三号三八三ページおよび森調査官の解説・法曹時報一七卷一〇号一六二ページがある。

ただ、筆者の扱う論題は、執行停止決定が發布された場合の、債権者（請求異議訴訟の被告）側からの停止決定に対する抗告の可否を問題にするものであり、ここに執行停止の訴訟の迅速性の要求がからんで問題があるのに比して、本件の場合には、債務者（請求異議提起者）の提起する抗告の許、不許の問題である。抗告提起権者の相違している点でも、本件は参考判例のカテゴリーにとどまるべきものと思料する。

(七) 判例集に登載された判例の趨勢を追跡するかぎり、本文においてみたように、消極説に落着く傾向にあることはいなめない。しかし、この点、強制執行セミナー(4)強制競売と仮処分三二八ページにおける村松判事の発言によれば、判例集への登載への実情を、実務は大方、積極説をとっているが、たまたま消極説をとる判例は珍しいので、これを登せているのではないかとの発言がある。しかも、積極説が多い根拠を、不服申立禁止の明文規定を欠く点に求められている。この点、三ヶ月・前掲セミナー三三〇ページは、規定の仕方にも絶対的意義を認めるのではなく、むしろ出発点に戻って、不服申立禁止の規定を拡張解釈すべきか、反対解釈すべきか、類推解釈すべきかを、目的論的に態度決定すべきとされる。なお、三ヶ月・執行法上の救済の特異性(一)判例タイムズ一八二号六ページも参照。この点前記註(5)参照。

四 代替の救済策

右の現在迄の判例の趨勢においても似たように、執行停止決定に対する不服申立を認めないことによる、いわば救済策を本案の受訴裁判所の本案判決に際しての取消・変更委ねるとの提言は、他のもう一つの可能な救済策、つまり、その不当なる結果を不法行為上の損害賠償をも認めることにより救済するとの提言と共になされたことに始まった。そして後者の損害賠償請求による救済策の問題は執行停止決定によるそれについては余り脚光をあびず、専ら、前者の救済策について議論がなされたように思われる。

かくして、ここでは、執行停止決定に対する不服申立を許さないことによる債権者側の救済を認めるか、認めないか、認めるとすれば如何な救済が適当かを考察するのが、これからの課題である。一応典型的に提言される前述の二つの救済策につき検討する。

(一) 裁判所の自由な修正による救済——ドイツおよび日本において——
執行停止決定の取消・変更を本案裁判所の自由な処分委ねる救済

(1) 日本法における救済

我が国の民事訴訟法では執行の開始の前後により本案管轄裁判所と執行裁判所の統合をなしていないので、執行停止決定を得て強制執行を停止するには、執行裁判所への当該決定の提出が必要となり、始めて執行の停止が可能となる(五五〇条第二)。(1) として、本案—請求異議訴訟—係属裁判所が、本案審理の最終段階において、右の停止決定の取消変更をなすことになる。(1) つまり、異議訴訟提起前の、異議の為主張した事実が法律上理由ありと見え且事実上の点

の疎明によりなされた停止決定を、今度は、証拠手続による判決手続において本案が蓋然性より確実性へと凝縮してゆくにつれてなされる裁判所の処分の修正であり、この本案裁判所により変更する可能性を認めることと、不服申立を許さないということが、将しく、相関関係に立つことも指摘されているところである。⁽²⁾

(2) 一九三一年ドイツ民事訴訟法改正草案における救済

このように、不服申立を認めないことと、これの代替として、裁判所による事後的に自由な修正をなさしめるといふ発想は、実は、母法国、一九三一年ドイツ民事訴訟法草案にも存したのである。⁽³⁾ 周知のように、一九三一年草案は少くとも、一つの歴史的事実に終止とはいえ、その後ドイツの民事訴訟法に与えた影響は大なるものがあつたし、又、事後それよりの抽入化現象も、しばしば見られるところから、そこでなされた作業は高く評価されるところである。⁽⁴⁾

その一般的評価をなすことはここでの課題ではないが、一八七七年にドイツ民事訴訟法が起草され、施行された當時においては、国家は個人の自由な決定の権利を出来る丈制限しなく、なるべく、当事者の自由な訴訟支配に委ねることが、結局、一切の事項において最も妥当な動向を齎らすとされたことによる。⁽⁵⁾ つまり、訴訟における個人の自由支配が結果した訴訟遅延、とりわけ、強制執行の遅延及びその満足の実現の後退をテーゼとして、執行手続の八方美人的性格を破棄し、専ら執行手続の進行という点において多くの改革をなした本改正案においては、この執行停止に対する不服申立を含めて、従来の執行停止制度が狙上に登ったことも又將に本草案が指摘しているところである。⁽⁶⁾

蓋し、従来（及び現行ドイツ民事訴訟法もそうであるが）からの債務者側の救済方法、つまり異議（Erinnerung）、即時抗告又は訴の方法により異議申立ある迄債権者の執行の申立（委任）を正当なものとして扱ふこと、結局これが、債権者の執行における当然の優越した地位を確保するとの制度が、執行停止の申立の乱用を生み、しかも、その事実状態及

び法律状態を直ちに充分に洞察することの困難性の故に、この申立を即座に理由なしとして却下することが出来ないことによつて、一層悪意の債務者の執行停止の申立の利用を助長した点を指摘して次のような対処策を編成した。いづれも一時停止 (vorläufige Einstellung) に関するものであるが、

第八六九条 (現行・七〇七条、七一九条、七三二条二項、七六六条一項第二段、七六九条、七七〇条、七七一条三項) — 停止

原因・担保供与等 —

(一) 原状回復の申請、上訴、申立者は訴中に於て法律上強制執行に影響を及ぼす裁判の請求あるときは、執行裁判所は申立に因り担保を提供せしめて、又は担保を提供せしめることなく一時執行の開始又は続行を停止することを得べく、又は執行の開始又は続行を担保の提供に係らしむることを得るものとし、担保を提供させて既存の執行処分を取消すことをも得、

(二) 事件の係属する訴訟裁判所は申立に因り手続の一時停止を命じ、執行裁判所が一時停止を命じた場合も之を取消・変更若は認可することを得、

(三) 執行裁判所が事件に審判手続を指示したとき (第七八一条)、一時停止は、執行裁判所に於て定むべき期間に限り之を命ずることを得るものとし、此の期間内に訴訟裁判所の指図を求むべし、執行裁判所が本案につき決定をなす権を有せざるときは、一時停止は尚又急迫なる場合に限り之を命ずることを得る。

第八七〇条 (新規定) — 停止の裁判の形式・不服申立不許 —

(一) 一時停止については決定を以て裁定をなす、此の決定に対しては不服を申立てることを得ず。

(二) 執行裁判所が執行手続に於て主張することを得べき事情に因り、一時執行を停止したるときは、調査をなして

事実状態及び法律状態を解明することを要するも、執行裁判所が申立人に審判手続を指示した場合（第七八一条）又は記録を抗告裁判所に提出した場合（第八四〇条二項）は此の限りにあらず。

第八七一条（新规定）―証明方法―

(一) 一時停止は其の条件の疎明ありたるときに限り之を命ずる。

(二) 債務名義の法律上の存在（Rechtsbestand）が争われるときは、債務名義の取消を予期すべきことの疎明あるときに限り前項の処置をなすべし。

との規定を置いたのである。こうした一時停止の規定を整備することは、一つには、既存の停止条文の散在を統一することにもあつたが、とりわけ、我々の問題として執行の停止に対する不服申立について、その不許は第八七〇条一項の新設規定で明確にこれを宣言したのであるし、その救済策として、執行裁判所の権限の拡張及び統一に伴つて、大幅に停止決定の取消・変更権限を執行裁判所の権限とし、執行裁判所がその権限を有しない場合でも、急迫な場合につきこの権限を認め、その停止原因となる事情の存否に疑義があるときは確定した場合でなければこれを命ずることが出来ない等、本草案迄に生じた執行停止制度の有した欠陥に対して果敢な処置を講じ、理想型と迄もいえる執行機関による執行停止の自律的判定の運用をなさんとしたのである。

(3) 一九三二年ドイツ民事訴訟法改正草案迄の動向およびそれ以降の動向

このように執行停止に対して不服申立を許さず、しかも、そのことによる不利益を事後的に裁判所の取消・変更による自由な処分によって救済しようとの動きは、右にみた一九三一年ドイツ民事訴訟法草案それ自体において突然に現われた処置ではなかつたのである。一九二〇年からほぼ三一年草案が起草される迄の間についてであるが、支配的

な学説及び判例はその第七六九条（日本法五〇八条に該当）の即時抗告を執行停止決定を抗争する為の手段として認める中にあって、一部の学説及び判例は即時抗告の不許を、更に進んで、事後的な処分⁽¹⁰⁾の修正でその不利益に対処しよう⁽¹¹⁾と努力したことも又事実であった。

しかし、この消極説は、未だ少数であったことは否定出来ないが、一方、一九三一年ドイツ民事訴訟法草案公表以降現在迄のドイツでの動きをみると注目すべきものがある。勿論、一九三〇年代より依然として積極説をとるものもみられるが、⁽¹¹⁾それ等は細かな判例の分析や、詳細に自説を展開した後の結論ではないが、一方執行停止発布裁判所の種類により、第一に、先ず執行裁判所の裁判に対しては即時抗告を許すが、同じ執行裁判所の裁判であっても停止期間経過後は許されないが、この期間を短く裁定したか又は誤ってこれを定めなかった場合、異議の裁判によってその期間を延期したり、新たに設定したりする場合は即時抗告は許されうる。として、むしろ、停止命令の発布の要件ではなく、形式的な違背について即時抗告を認めるのは、我が国において先に形式的違背の是正については許す判例の傾向と同じであるが、第二に、受訴裁判所の裁判に対しては即時抗告は許されないとして、つまり、受訴裁判所は先行の停止決定に拘束され、第七七〇条（受訴裁判所による取消・変更処分を定める規定・日民訴五四八条）によるか、その外、事後に生じた変更事由に基づき、その変更をなしうるだけで、これは停止決定に対しての不服申立を与えないことからする救済策だとするかなり多くの学説及び判例⁽¹²⁾においてみられるに至っている主張で、一九三一年草案の影響とみてよいであろうか。こうした現象は、少くとも、三我が国の判例の趨勢において通説が占めた地位を暫時、母国においてもそうした動きがあるとみてよいように思われる。

(4) その救済の評価

しかし、この通説が開拓した救済にも欠陥がみられないかというところではない。執行停止決定発布の時点から異議の訴の裁判において事後的処分がなされる迄の時間的空間内における債権者の利益保護という立場、裏からいえば、その時間的空間における債務者の挙動を悲観的に把握する立場⁽¹³⁾からの批判である。この立場からは、すぐ様、執行停止決定を即時抗告で争わしめる可能性を認める事の必要性を説くことになるわけであり、かくなれば議論のむしかえしは否定出来ない。この点をより建設的に救済する方法として、先にも指摘した、通説の先がけをなした学説⁽¹⁴⁾が将に強調した、不法行為による損害賠償により填補しては如何との提言である。

- (1) 終局判決における仮の処分の取消・変更・認可を定める第五四八条の規定するところである。
- (2) 三ヶ月・執行に対する救済・民事訴訟法研究(2)八二ページ。
- (3) Entwurf einer Zivilprozessordnung. veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, 1931. その比較法的素材として好例のものであることは後述一一二ページ註(一)参照
- (4) Lent-Jaurnig, Zivilprozessrecht, II Aufl. 1963, S. 276.
- (5) Entwurf, a. a. O. S. 400.
- (6) Entwurf, a. a. O. S. 404.
- (7) Entwurf, a. a. O. S. 200.
- (8) Entwurf, a. a. O. S. 512.
- (9) Entwurf, a. a. O. S. 514~515.
- (10) Stein-Jonas ZPO. § 769 IV Nr. 21; Seuffert-Walsmann, ZPO. § 769 (3); Baumbach, ZPO. II Aufl § 769 (3) 等の支配的学説が即時抗告を許すとしていた中において、少数ながらこれを否定する動きのあったことは菊井・判例手続法一七三~一七五ページの指摘するところである。

(11) Baumbach-Lauterbach, ZPO. 28. Aufl. 1965, § 769 (3) は依然として受訴裁判所又は執行裁判所の決定に対し許し、Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts 9 Aufl 1961, § 176. II 2 d に於て、五七五条三項、七〇七条、七一九条と異り即時抗告により争うるとし、只、受訴裁判所の裁量に誤りがなかったか否かについての事後審査は制限されんとし、OLG. Koblenz. NJW. 1960, 827¹⁶ を挙げる。

Lent, Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht 3 Aufl. 1951, S. 40. もこれを許す。

(12) Wiczorek, Kommentar zur Zivilprozess § 769 Cu. Dva. 及びそこに掲げられる判例参照。

Adolf Schönke, Zwangsvollstreckungsrecht 5 Aufl. 1948, S. 197. は即時抗告を許さないとして一時停止命令を列記する中で、第七六九(請求異議、執行文賦与に対する異議の訴の場合の仮の処分)を掲記する。

(13) 五四八条一項に規定するところの執行停止の裁判を取消又は変更する裁判は、異議の訴の裁判における判断を執行手続の上に反映させるものだから、異議の訴の裁判に至る以前において、不当に不利益を受けたものを救済する問題は依然として残るとし、結局不服申立を認めぬなら明文を以て示すべきとし、即時抗告を許す積極説をとるは小山・判例評論六号一九ページ。

(14) 菊井・判例手続法一七五ページ。

(二) 不法行為責任に基づく損害賠償による救済 ——日本法において——

(1) 判例・学説の動向

従来より、いわゆる、違法執行および不当執行による国家の賠償責任とりわけ執行債権者の損害賠償責任構成の問題は、法的評価の多面性から、この区別を明確に試みられた兼子・強制執行法・一四三頁に始まり、近くは、判例分析を中心これを論ずるものに齋藤・違法執行による損害賠償・損害賠償責任の研究(中)六九七頁がある。なお、広義において、不当執行というとき、保全処分による仮差押および仮処分の場合も包含することはいうまでもなく、

また、そのいずれもが債権者または申請人（仮処分債権者）の賠償責任について構成するものであるが、この点に関して吉川・保全処分による損害賠償責任に関する諸問題・保全処分の研究四三七頁で論じられている。

しかし、ここでは、今までも、しばしば指摘したように、専ら債権者側の救済について、しかも執行停止に対する不服申立を認めぬことの代替としての救済を考察しているわけであり、つまり、本案訴訟―請求異議訴訟―の結着が債権者の勝訴に終わった場合の救済策如何の問題ともいえるわけである。蓋し、債務者の勝訴の場合には、執行停止決定によるつなぎの処分を橋渡しとして、終局的に執行の排除がもたらされることになるが故に問題はないし、この場合の債権者の責任は、仮執行の第一九八条二項の適用をみない、つまり、仮執行に関する第一九八条二項は確定判決や終局的債務名義に対する再審の訴や請求異議の訴において債権者が敗訴しても、当然に責任を負わないので、その適用をみないとするのが我が国およびドイツの学説の広く承認するところである。さらに、敷衍すれば、本案判決が変更される場合に原告が原状回復および損害賠償義務を負うべき旨の第一九八条二項は、一応の判断で執行を許しながら、その当否をその後の手続による確定的な判断に係らしめる構造をもつ制度において、後の裁判により執行の許容性が取り消されるような場合に類推をみるとして、決定を債務名義として執行した後（五五九条一号）、抗告により取り消された場合とか、執行文の賦与が異議によって取り消された場合とか（五二二条・五四六条）後記の場合について⁽¹⁾は許すけれども、確定判決に基づく執行の場合には問題とならぬとする点では一致しているからである。そして、同じく請求異議訴訟が問題となる場合も、執行停止を得た債務者に対して、保証を立てて執行の続行を許された債権者が本案で敗訴した場合には無過失責任を負うと解されているに過ぎないのである。

(2) その評価および日本法における保証

従って、今ここで扱うのは、この逆の場合、つまり、執行停止を得た債務者の本案における敗訴の場合である。しかも、我が国の判例では、その間の債務者の責任については、当然、故意・過失の証明が必要であり、たとえば、判例は、担保権者たる債権者がその権利を実行するためには、相手方による執行停止が故意または過失に基くものであって、債権者のため実体法上の損害賠償責任を負うことを証明しなければならない⁽²⁾とし、また、その点の責任追求については必ず訴の提起によることを要するものも我が国の判例の立場である⁽³⁾。そして、この確定判決に基づいて、保証の提供が事前になされていれば、所定の手続を履践して、これに対して担保権⁽⁴⁾を行使するか、あるいは、保証の提供のない場合は、個別に債務者の財産に対して、本来の執行と併存して執行してゆくという迂路をとらざるを得ない。従って、この不法行為責任という、新たな訴提起による債務者の損害賠償責任を認めることは、その訴訟手続をふまねばならぬという煩雑性と、果して、これによって十分な賠償が得られるか否かという点においても、少なからず不安の存することは否定できないところである。

現行法五四七条が無保証の執行停止を認める余地のあることを認めていること、さらに進んで、立保証による執行停止の場合も、実務の取扱いをみると、その担保は十分となしえない。蓋し、五四七条の執行停止による担保額決定は通常、請求金額または目的物件の評価額の三分の一の前後を標準として、これに加えて、疎明の強度および特別事情により可能性として十割までの広汎な保証が命ぜられている⁽⁵⁾。しかし、この点、統計的資料によれば、担保額三分の一のもの80、無担保108、不明のもの111として総件数294のうち、不明の場合とはかく、ほぼ三分の一より以下のものが殆んどである⁽⁶⁾。なお、この三分の一は合理的根拠があるかについて、多くの疑問を唱える学者もあり、それは、一つの慣行であり、簡易、迅速性のゆえに漫然この決定基準額に依拠して決定することを戒める⁽⁷⁾。この点、執行

停止制度と同一の位置にあるともいえる仮執行について、相当高額の担保供与による免脱を説く実務家からの提言は傾聴に値するものと思われる。⁽⁸⁾ともあれ停止決定を要件判定との関連において保証額を決定するとの実務も、慣行による三分の一が支配的であることは疑いのないところとして、このことは将しく、執行債権者の執行請求権に見合う保証の額でないこと、および、それへの権利実行を訴によらねばならない非完全性および迂遠性は將に事実として肯認されねばならない。⁽⁹⁾そうして、こうした点の疑問を想起してか、実務家による執行停止と担保の関係を、また、仮執行との担保につき種々の問題提起をなし、その妥当な解決を期待するとの提言も現出して来ている。

かくなれば、異議訴訟終了後も、債権者が安んじて、その基本債権および執行停止による損害、つまり、その間の基本債権より生ずる法定果実の如く、これらを即座に執行できる状態、即ち、これらの引き当てとなる金銭・代替物の提供によって事前に創設せしめておく必要があることになるであろう。⁽¹⁰⁾つまり、執行停止の際の保証の完全化⁽¹¹⁾による対処ということである。

(1) たとえば、日本では、兼子・条解民事訴訟法(1)一九八条二項、菊井・村松・民事訴訟法(コメンタール)一九八条〔3〕八およびドイツでは、Baumbach—Lauterbach, a. a. O. § 717. 5, Rosenberg, a. a. O. § 174 VI.

(2) たとえば、大判・昭和六・一・一〇評論二〇民訴一四四ページ。

(3) 執行停止による損害賠償請求権の強制執行についても一般原則に基づき債務名義を必要とする大決昭和六・五・二七法律新報二六〇—一〇一および、いずれも保全処分に関するものであるが、訴の提起の必要を説くものは、大決昭和六・一・二三民集一〇—一—二〇、大決昭和一〇・九・二七民集一四—一八—一六五〇および担保権利者の権利行使は担保供与者の催告期間内に訴の提起による必要をなく東京高裁判昭和八・一・二三評論二二民訴一二五がある。これらの判例は、いずれも、債務者の執行停止に対する保証供与のあるときの権利の実行方法を説くものである。したがって、必ずしも、担保供与のな

い場合について参考となりうるか疑問があるが、蓋し、訴による救済方法より外ないのは、我が国の強制執行法の体系よりして当然であろう。この点、民法の過失責任理論にとらわれない客観的な損失補償の導入を強調する三ヶ月・前掲書一四ページは後記註(11)で論ずる趣旨と同旨か。なお、この点、母法因ドイツの動きにつき吉川・ウェーバー一時的執行停止決定の取消と損害賠償・法と経済五巻三号四五二ページ。

- (4) 担保権実行の引き当てとなる保証については第五一三条の律するところであるが、さしずめ、これへの権利実行方法は、その担保権を供託者の供託局に対する供託物返還請求権上の質権―債権質―と構成することの難点の指摘(近藤・訴訟上の担保・民事訴訟法講座四巻五五七ページ、兼子・前掲・執行法一五四ページ、吉川・強制執行法二五一―二二ページ)より、次のごとく、その実効方法では一致している。損害賠償請求権の発生―執行力判決取得―裁判所より供託書下渡受領―裁判正本とともに供託局へ提出、供託物還付(供託物取扱規則五条一号四号)金銭なら即座満足、有価証券なら換価して満足に充当する(兼子・前掲一五四ページ、その他、通説である)。

- (5) 近藤・執行関係訴訟九六二ページ。

- (6) 法律実務講座第五巻一七六ページ。

- (7) 吉川・仮差押手続における保証・保全処分の研究二三ページ。

- (8) 畔上・判例タイムズ四八号三八ページ、および、その当否につき法曹時報一三号「民事裁判の諸問題」(座談会)五一ページ以下。

- (9) このことは、五四七条の要件判定に対して不服申立をなさんとする点に焦点がむけられたことは蓋し当然であったであろう。とりわけ、請求異議の勝訴の蓋然性を事前に判定することの困難さは、それを基礎づける異議事由を時効完成・相殺など観念的に生ずる場合については特に大きいであろう。蓋し、弁済などの事実、その証明をなす証書の入手の容易なこと、これらの場合は、五五〇条で執行を停止しうる場合である。そのことの不可能な前記事由について異議訴訟が多いことは近藤・前掲八九ページの説くところである。

- (10) 村松・強制執行停止決定の担保の取消、一六五ページ、および同・民事裁判の諸問題九九ページ。

- (11) このことは、必然、保証の完全化および随時の債務名義の発布により対処すべきことにならう。

(三) 保証の完全化による救済——オーストリー法について——

(1) オーストリー法での取扱

かくて、執行停止に対する不服申立を認めぬ為の救済策として、本案訴訟での既存の仮の処分の自由な修正策の欠陥を補うために、執行停止決定の際の債権者の基本債権及び異議訴訟の係属日時を事前想定しての利息の合算額の保証、つまり、保証の完全化によって債権者の利益を保護せしめるべく提言するものであるが、次には、この保証の問題で、極めて示唆に富む制度を有する、同じドイツ語国、オーストリー強制執行法⁽¹⁾においてこれをみるのが次の課題である。

一口に執行停止制度における保証の問題といっても、オーストリーの執行停止制度も、当然のことながら実体的形成と事実的形成の橋渡しの処分であることからする手続の煩雑性の故に、執行停止制度の簡略なパースペクティブの内⁽¹⁾にこれを見出さねばならない必要にせまられるが、先ず、結論的にいって、執行停止に対する救済、それは典型的には執行停止の裁判に対する不服申立の可否であることは既に指摘したところであるが、オーストリー強制執行法は、この不服申立を抗告 (Rekurs)⁽²⁾ という形態で許容している。ただ、オーストリーの学説及び判例に於ては、この問題はドイツ、とりわけ我が国に於けるように焦眉の問題であることは明確に指摘されていない状態である。⁽³⁾ それは、法体制の相違による当然の帰結ともいえるが、問題は特に保証の点について、あるいは、その提供を義務づける要件との関係で多くの判例の集積がみられる点⁽⁴⁾で逆に問題はすりかわっていると評し得ようか。これはともかく、それは停止制度全般のパースペクティブを保証の問題の考察に必要な範囲で先ずみることにする。

(2) 執行停止制度略説——前提作業——

オーストリー法も強制執行を職権による間断なき展開を目的として編成していることは他と異なるところがなく、ただこの性急性も時には債務者への考慮から、慎重な速度を規定せしめて、有体動産及び不動産の競売に關してその為の規定を整備しているが、⁽⁵⁾他方、強制執行手続の中止又は中断 (Unterbreiben) ⁽⁶⁾ についても各種の手当をなしている。第一に、強制執行の停止に關するもの第二にその一時保持あるいは中止に關するものである。

先ず強制執行の停止について

(a) 体系上の説明 オーストリー強制執行法上、執行に対する救済として觀念せられるのは、抗告、各種の訴、申立、執行の阻止・取消・停止・制限⁽⁶⁾、そして異議の五種に分れるのが、執行の停止は、体系的には各種の訴、執行の取消あるいは終了に續いて、總則では第四二条以下第四五条に於て規定されている。

(b) 管轄の統合 しかも、オーストリー法は、これを範とした一九三一年ドイツ民事訴訟法草案における取扱が特異な型でそうであったように、強制執行の開始前及び開始後の差異により執行停止に關する中立の管轄を執行認可裁判所と執行裁判所への二つの裁判所に分化・統合している。⁽⁷⁾勿論、執行認可に対する抗告に併合した執行停止の中立のように専ら執行認可裁判所の専屬管轄に属する⁽⁸⁾という例外もないではないが、執行停止に關する管轄の共通規定の存在は、後述するように極めて重要な意味を有する場合がある。⁽⁹⁾

(c) 執行停止の事由 執行停止の為の事由は制限列举であると解されており、⁽¹⁰⁾それ等は次の一六種である。①強制執行法第一条掲記の強制執行認可の原因たる執行名義の不成立・無効・取消の訴の提起、②手続再開の為の中立、③原状回復と取消の訴、④私的仲裁判断の廃棄に關する訴、⑤第三九条二、三、四号の目的物の執行不許の為の執行の取消、⑥裁判所又はその他権限ある執行名義発出機関への請求に対する異議の訴、執行認可に対する異議の訴及び第

三者の異議の訴、⑦債務者の有する同時履行の権利、⑧請求の取下げ、強制執行の放棄、強制執行手続続行の放棄、⑨強制執行の続行実施が手続費用超過の見込なきとき、⑩相続債権者の招集、⑪高利貸の科による刑事裁判所よりの停止申立、⑫裁判所と行政庁の間の不明な権限の争い、⑬外国の原料品に対する所有権留保、⑭執行認可に対する抗告の提起及び執行行為に対する異議、⑮強制競売に代えての強制管理の申立、⑯引受の申立、⑰破産及び和議手続⁽¹¹⁾であり、これ等の制限的停止事由のうち、⑩相続債権者の招集、⑭抗告及び異議の提起、⑯引受の申立については職権で考慮し、⑪高利貸の際の事由については、刑事裁判所よりの囑託に基づいてなし、⑮の強制管理及び⑯の引受の申立については停止を求める既時の申立がなくてもそれぞれ考慮されるわけである⁽¹²⁾。これ等の事由のうち、とりわけ第四二条掲記の停止事由に加えて後述の要件つまり、執行の実施が停止申立者にとって財産上回復し難い損害を生ずるときにのみなされ、

(d) 執行停止の裁判 執行の停止が認可される場合には常に執行停止決定が必要とされるが、その決定の際には停止期間も亦命ぜられねばならないことになっている⁽¹³⁾。

(e) 停止された手続の再開 そして停止された手続は職権ではなく、必ず申立⁽¹⁴⁾によって再開・再実施され、それぞれその終了あるいは取消へと向って進むことになる。

次に強制執行の一時保持或いは中止については、それは執行機関によってなされる強制執行の短期時の、仮の停止あるいは猶予であって、仮の処分 (Provisorium) と観念されているものであるが、債務者が執行機関に対して、公正証書、又は公に認証を受けた証書⁽¹⁵⁾ (例えば金額支払の旨の集金為替 (Postaufgeheshchein) など) によって、執行委任命令後なされた債権者への弁済を又は執行実施の猶予、或いはその放棄を証明した場合、執行機関はこの強制執行の実施

を裁判上の決定ある迄一時保持することを要するとされるのがこれである。

- (1) 一八九六年 Franz Klein の手の下に制定されたオーストリー強制執行法を比較法的素材として扱うことの意義は今更、多言を要しないであろう。それは母国ドイツに於てその一九三一年草案においてオーストリー強制執行法を範としその類似性を有するものであることを、草案起草者自ら認めるところであるし、(一九三一年独逸民事訴訟法草案法に説明書・司法資料一七七・三〇ページ) とりもなおさず、我が国に於ても、テツヒョー草案に於ても部分的にオーストリー法を参考とし(兼子・条解民解民事訴訟法・上二ページ)、大正一五年の改正法(現行法)もオーストリー法の参考によりなされたとの立法的資料として参照されたこと、及び個々の研究に於てもその比較法的価値の高い事は將に指摘されているところである。例えば三ヶ月・強制執行と滞納処分の統一的理解・民事訴訟法研究二卷・一四八ページ、三ヶ月・民事訴訟法・法律学全集一五二ページ。
- (2) オーストリー強制執行法はその六五条に於て、強制執行手続内に於て為した裁判所の決定は此法律に於て不服を許さない旨又は独立して上訴を許さない旨規定した場合の外之に對して抗告を許すとしている。従つて観念的には、執行停止は決定でなされるゆゑ抗告を以て争いうるわけである。オーストリー法の抗告(Rekurs)は不服申立ある決定をなした同じ裁判所に提起するを要し(OZPO五二〇)、口頭弁論を経ない決定手続でなされる(OZPO五二六)。尚注意すべきは、抗告は、その不服申立ある決定を既存の事実に基づいて Überprüfung(再審査)することを目的するため、更新の禁止(Neuerungsverbot)の適用をみる。従つて新事実及び新証拠の提出を認められない。このことは決定の発布が(1)口頭弁論を経た場合と(2)これを経ないでなされた場合に、(1)では、更新を認容することにより異議提起者に対し、相手方の優位にたつことになること、蓋し、抗告に対する答弁は行われず、更新を許すと相手方が態度を決め兼ねる、つまり、抗告は口頭弁論を経ずに行われる為、との理由と、(2)の場合、更新によつて抗告手続のじゅう滞がなされ、新事實は新しい抗告の提起によりなされうるとし、その根拠を控訴手続に於てすら更新が許さないことを強調して、抗告の場合当然の理とするは、Neumann, Kommentar zur Exekutionsordnung, S. 262.
- (3) オーストリー強制執行法を考察するに際して参照した下記の文献によるも、停止決定に對して明確に抗告を許すか否かの

問題は指摘されていない、記述(2)の注より観念的に許される故、抗争の手段としての抗告は、専ら他の争点に関する手段として利用され、判例面には現出しないのか、ただし、これは憶測である。尚、その為に参照した文献は、Franz, Klein: Die Neuen Österreichischen Zivilprozess-Gesetzentwürfe. Neumann: a. a. O.; Gustav, Walkar: Österreichisches Exekutionsrecht 4 Auflage 1932; Rudolf, Pollak: System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes 1932; Tolrann Hanreich-Friedrich Peters-Friedrich Stigel: Schriftsätze im Exekutions und Sicherungsverfahren 4 Aufl 1952; Stigel-Michmayr: Zivilprozessordnung und Jurisdiktionsnorm 12 Aufl 1960; Heller: Exekutionsordnung 10 Aufl 1961. Georg, Petshek: Der Österreichische Zivilprozeß (Eine Systematische Darstellung) 1963. 等による。

- (4) 判例は事実関係との対比に於て、又それこそ決定的であるとも云えるのであるが、この点、やや簡略なコンデンスの形ではあるがオーストリー法の判例の動勢を知るのに適するものとして、判例を根拠にその記述を試みている Walker, a. a. O. S. 135 ff. 及び最も判例をもう羅しているものとして Heller, a. a. O. S. 4 ff. がある。尚、以下、判例を参考とする場合に、現実にコンデンスされた形でなく、その全体を参照しうるのは、現在 Sammlung von Zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes, herausgegeben von Dr. Julius Glaser. 略して *GLU.* 及び Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil und Justizverwaltungsfachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern, beginnend mit Band I Jahrgang 1919. 略して *SZ* 等僅かである為、これ以外の判例は前記 Heller のそれによる。
- (5) ÖEO二七三は差押と競売との間に少くとも三週間の存置期間を置くべき旨の規定、ÖEO一六九は競売条件の確定と競売期日の間に一ヶ月二ヶ月においてこれを定むべき旨の規定である。いずれも競売の為の下見その他完全を画くするための処置で、競売の実効性を担保する為の期間である反面、債務者の為にも意味を有する規定である。Pollak, a. a. O. S. 876.
- (6) オーストリー強制執行法は取消を *Einstellung*、停止を *Aufschiebung*、制限を *Einschränkung* なる語を使用し、ドイツ法が取消を *Aufhebung*、停止を *Einstellung* としている点は単に言葉の問題であるがその対照は興味をひく。
- (7) ÖEO四五条は執行停止の申立を含めて、その取消・制限の申立に依る場合の管轄を規定しているが、執行の認可後、その実施前の管轄を執行認可裁判所に、実施後の管轄を執行裁判所に統一している。尚例外として註(8)参照。
- (8) 執行認可に対する抗告に併合した停止申立は第一に、執行実施前は、ÖEO四五条により当然執行認可裁判所になすこと

を要するとされる Heller, a. a. O. S. 459. 第二に「執行実施後については ÖEO 四五条に拘らず、執行認可裁判所の専属管轄とするものが判例である OdG Wien 21, Tumi 1929 ZBL, 1930 Nr 132; 19 Mai 1926 SZ. VIII 166. この点執行認可に對する抗告と併合しない独立の停止の申立は実施後は執行裁判所に提起すべきものとするは Heller, a. a. O. S. 459; 11 März 1950, ZBL 1930, Nr 240.

(9) 一一八ページ参照。

(10) Pollak, a. a. O. S. 878, 及び Walker, a. a. O. S. 136. 制限的列举であるとする。このことは執行停止の認められる適用範囲とも牽連するのであるが、保全執行及び仮処分等の停止はそれぞれ特別の保護規定 (Rechtsschutzmittel) の存在を以て、この分野では観念的に除外されるとする。但し、ÖEO 三九六条を留保してとする一が、他の總ての強制執行手続に原則として適用ありとするは Walker, a. a. O., S. 135~136.

(11) ① ÖEO 第四二条一・二・三号、この外 E.G.・Z.P.O (施行法) XXV・Z.P.O 五二九 (無効の訴)、XVII I、E.G.・E.O (§ 4 Nof Ov. 25 Juli 1871 R.G.B.L. 75) KO 第四二条取消の訴、② ÖEO 四二条二号、③ ÖEO 第四二条二号、④ ÖEO 第一条一五号、四二条二号、⑤ ÖEO 三九条二項、四二条三号、⑥ ÖEO 三五、三六、三七条、尚執行名義が基づいている事由とは別の事由で執行の不許に関する訴としては XXIV・XXXEGGO (カルテル仲裁裁判所)、ÖEO 第八条異議の訴 (外国の執行名義に對する) も存する。⑦ ÖEO 第八条、ÖEO 四二条四号、⑧ ÖEO 第三九六号、ÖEO 第四二条三号、⑨ ÖEO 第三九条八号、四二条三号、⑩ ÖEO 第四二条七号、ÖEO 第四二条八号、六八条、GE ⑩ 第四二条、⑪ ÖEO 二〇一条、⑫ ÖEO 第二〇四号、二七一条、⑬ KO 一一条、和議法 一一条 Pollak, a. a. O. S. 878. 等の分類するところである。

(12) 本文に掲げた職権で考慮する場合、他裁判所よりの囑託に基づいてなす執行停止のうち、⑭ 執行認可に對する異議及び執行の方法に對する異議については、この提起があれば、註 (8) で記述した管轄との関連して考察するとき、職権での考慮とは、処分権主義による関係から、抗告に停止の申立を併合しない場合も当該決定がなされるとの意味と解する外ない。

(13) この停止期間は停止認可の際、裁判所により裁定され、通常は暦日により、又停止事由を構成する救済、例えば訴・抗告の確定裁判迄の如くに定められる。更に具体的には、停止事由 ⑦ の場合は執行債務者の負う反対給付の供与ある迄とか ⑩ 相続債権者の招集については、招集期限の経過迄とか招集期限後八日迄とか、Stagel, Schriftsätze, S. 69. は実際に定められる

りとを掲げる。この停止期間の職権裁定はÖEO二〇一条の場合前掲停止事由⑮の場合には適用されなく。同くへ Stajel, a. a. O. S. 69.

- (14) 申立による執行の開始又は続行が原則であるが、職権でこれがなされる場合がある。執行認可に対する抗告が却下された場合である Neumann, a. a. O. S. 214. 抗告提起による職権停止の反対形相として把握出来る。なお、オーストリー法はかように原則は、申立によるを必要とするのが原則であるが、この点、一九三一年ドイツ民事訴訟法草案は停止決定期間の満了を職権による監督事項として、その満了後は、職権で執行続行させる旨説く。草案説明書・前掲二四五ページ。
- (15) 勿論、その厳格な公に認証された証書の場合を私的なもので許すとする取扱に（ごり）は、Heller, a. a. O. S. 461.

(3) 保証と執行停止の連関性

さて、ここでは保証の問題に関して、記述の執行停止制度の簡略なパースペクティブを前提にあるいはこれとの関連に於て考察するのが目的であるが、保証の関連条文は次の

第四三条―執行行為の一時保持、既存処分取消、執行の制限―

(一) 執行の停止を命じた場合に於ては裁判所別段の命令をなさない限り停止の要求の時迄に既になされた総ての執行行為をその間保持せしむる。

(二) 既になした執行処分の取消は、次のような時に限り執行の停止の際命ずる。停止を必要としたこの行為の保持が回復しがたい損害を生じさせ、かつ執行の請求に対して完全な保証を提供したとき。

(三) 執行停止の為の原因が執行目的物の各個又は請求の一部に関してのみ生じた場合、執行は一時その他の目的物に関して行い、又停止の原因によって請求が関係しない他の部分にのみ続行する。

第四四条―執行停止の中止、相当保証による停止、停止期間、申立による再実施―

(一) 執行停止の認可は次のようなとき中止するを要する。執行の停止がこの申立者にとって償うことの出来ぬ、又は回復し難い重大な財産上の不利益なる危険と牽連することなくして執行が開始又は続行され得る場合。

(二) 次の場合執行の停止は申立人の相当な保証に係る。

1 第三五条、第三六条の請求又は執行認可に対する異議が基づいている事実が、疑いなき証書によって証明されないとき。

2 債務者の身内、或いは債務者と家族共同体に於て生活している者が、一四日を過ぎて第三七条の第三者異議の訴を提起し、かつこの訴の提起者が、この期間満了前又は後も、この執行を始めて不意に知り、かつこの訴を遅滞なく提起したことを証明出来ないとき。

3 執行の停止が執行債権者の満足を危うくするに十分なこと、停止後始めてそのような蓋然性を有する危険となる事情が生じたとき、この停止の請求をなした者に、所定の期間内に保証を立てるべきことを申立により命じ、これがなければ執行が再実施さるべきことも命ずる。

(三) 猶予認可の際、裁判所は、どれだけの間執行が停止されるか指示することを要する。

(四) 停止された執行手続は各場合につき別段の規定なきときは、申立によってのみ再び続行される。
の二条である。

オーストリー法においては執行停止決定がなされる為の要件は次の四つである。①執行停止の中立あること、②前掲の停止事由のあること、③強制執行の開始又は続行が債務者にとって償いがたい又は回復しがたい財産上の損害を生じさせること、④執行停止により債権者の満足に危険とならないこと⁽¹⁾である。この③の要件に加えて、保証と停止

との関係についてみると、

1 無保証による執行の停止

2 停止を申立てた側からの立保証による停止

3 その際の既存行為の保持

4 完全な満足の為の立保証による執行の取消

が行われることは学説⁽²⁾により指摘されているところであるが、以下、保証と停止の連関性についてみれば

(a) (イ)無保証による執行の停止 この場合は職権による停止の場合等⁽⁴⁾執行認可に対する抗告及び執行方法に関する異議がなされる場合及び、⁽¹⁰⁾相続債権者の招集、⁽¹⁵⁾競売に代えての強制管理の申立について、これ等は職権で考慮することからして、当然保証の供与も義務づけられない⁽³⁾。

他方⁽⁹⁾手続費用超過見込みなきとき、⁽¹³⁾外国の原料品に対する所有権留保の場合についても保証の規定が適用されない旨認められている⁽⁴⁾。こうした職権による考慮ならびに手続費用の超過見込み場合等無用手続回避の為に強制執行手続を停止するには事の性質上保証も義務づけられないのは蓋し当然といえよう。

(ロ)これ以外の前述の執行停止事由のうちにも無保証により執行停止がなしうることは第四二条二項三号の明定する、債権者の満足にとって執行停止が危険なくみえる場合である。しかし、「執行の停止認可後、債権者の満足にとって危険の蓋然性を惹起する事情が生じた場合は」執行停止申立となした者に対して所定の期間内に保証を提起すべく命じ、これなきときは執行が再実施さるべきことを命ずる場合がある。これは後発的に、停止決定後なされる点からすれば、無保証による停止も極めて浮動的であり、この点は管轄の統合とも相まって、こうした事情生起の場合は

常に保証の供与により、その停止決定を担保させているわけである。

しかも、「執行認可後始めて生じた……」との文理は第一に、執行停止認可後、始めてその危険の蓋然性を惹起させる事情が生じた場合を意味するのは当然であるが、進んで、第二に、執行停止認可当時、既にその事情が存在していた場合で、ただ中立人、及び裁判官がこれを未だ関知していなかった事情にもその適用をみるとされ、⁽⁵⁾結局、上記の規定の存在は停止認可後も又これ迄裁判官が評価しなかった理由からも、事後的に保証要求が許されるということを確認するものと解されている。

こうした停止認可後の取扱は、同じ執行の阻止と観念されるものうちでも停止を除く執行の取消及び制限が予め口頭弁論を経て裁判がなされるのとは異り、⁽⁶⁾口頭弁論を経ない決定で行われる手続からしても肯認されるし、これにとりも尚さず、停止決定後の本案訴訟の状態の停止決定への反映とも見られ、これこそ、管轄の統合により執行開始前、あるいは開始後に分断し、本案訴訟たる観念的形成の事実的形成への反映、ないしは、観念的形成途上に於ける債権者の満足権の危険を將に保証の供与に於て担保せんとする趣旨であるといえるわけである。⁽⁷⁾

- (1) 停止の要件をこの四つ掲げるのは Neumann, a. a. O. S. 203. である。勿論これは一般的要件であり、申立を要しない場合としては註(12)参照
- (2) Neumann, a. a. O. S. 212. である。
- (3) Pollak, a. a. O. S. 877. なおこの点 Stajel, Schriftsätze, S. 70. は保証の供与の規定の適用されないのは本文掲記の三つの場合に限る。
- (4) この点迄も保証の供与が許されないとするは Pollak, a. a. O. S. 878. である。並' vgl Stajel, Schriftsätze, S. 70.
- (5) Neumann, a. a. O. S. 212. 及び Walker, a. a. O. S. 138. 執行停止前に生じていれば、後に始めて執行債権者が関知す

るに至った事情に基くことが出来る旨の判例 E V 3 Febr. 1925 SZ. VII. Nr. 32. を掲げ¹⁰⁾。

(6) ÖEO 第四五三条三項の明定するところである。ここでは意識的に停止の際の口頭弁論についてはずして¹¹⁾。尚この Ein-stellungsbeschluss (取消決定) に対しては抗告は許されなく Pollak, a. a. O. S. 881. 尚、こうした取消決定に対して抗告を許さないとするものはこの他、ÖEO 二七九 a、動産の差押の際、目的物発見されない場合の処置を定める規定で、所定の期間内にその存在場所の通知義務を債権者に課した規定、これを懈怠した場合の手続の取消決定につき抗告不許とする。この点、ほぼ取消決定に対しては抗告を許さぬのがその態度である。

(7) Neumann, a. a. O. S. 212. Walker, a. a. O. S. 138.

(b) 相当な保証による執行の停止と完全な保証による既存処分⁽¹⁾の取消 (イ) 執行の停止が債権者の満足にとって危険となるに十分なることで第一に執行の対象物に関して債権者の満足が危険を有しうる場合とは、例えば、容易に腐敗し易い物⁽¹⁾に対しての強制執行が挙げられるのが典型であるが、第二に、執行対象物以外の事情で相当な保証を要求される場合としては、それは強制執行実施⁽²⁾前の執行の停止がなされる場合である。このことは、執行停止をなしうる時間的限界とも大きな関連を有するのであるが、一応、個々の強制執行行為の認可に始まり、この認可された強制執行の終了又はその取消迄⁽²⁾なしうることは学説・判例の広く認めるところであるが、従って、このことは、その認可前と終了又は取消後の執行の停止は許されないことを肯認せしめるが、これは蓋し四三一条一項の規定により、既になされたところの執行行為⁽³⁾の文理と執行法上それ自体自明の理であるとされている。

問題となるのはこの執行認可⁽⁴⁾後と執行実施前⁽⁴⁾の間になされる執行の停止である。つまり執行実施前の執行停止は、債権者にとってはこのため担保権及び満足権取得の可能性を剥奪されることになるので、従ってこの場合は相当な保証⁽⁴⁾或いは完全な保証が要求されることになる。

(四)ひるがえって、既存行為の取消迄もなされる場合がある。この場合は(イ)の第二の場合の反対形相ともみられるもので、強制執行の実施がなされた場合の個々の執行行為の一時保持と共になされる場合である。この際には停止の一般要件の外、保証は執行請求権の完全な (volle) 満足に見合う保証の供与があるときにのみ許されているし、しかも、かような完全な満足の為の保証の供与は後述(c)の場合の保証の供与を無用ならしめるとされている。(5)かくして、執行実施前の執行停止も、実施後の執行停止、取消の際にも、いずれも相当な或いは完全な満足に見合う保証を条件として、それぞれ執行停止がなされるということは、次に(c)悪意の訴提起と想定される場合と相まうて、問題は専ら、保証の供与に条件づけられているといっても過言ではない状態である。

- (1) Pollak, a. a. O. S. 877.
- (2) Neumann, a. a. O. S. 232. 及び Pollak, a. a. O. S. 876. 確定した判例は SZ IV. 130. GLUNF. 5815. が存する。
- (3) Pollak, a. a. O. S. 877.
- (4) Walker, a. a. O. S. 138.
- (5) この既存処分取消の問題は認可された執行停止の効力とも関連するが、原則として執行の一時保持(ÖEO第四二条一項)である。しかし、執行処分取消は、第一に、回復しがたい損害の生起と第二に執行債権の完全満足の為の保証の供与あるときである。従って、完全な満足の為の保証の供与がなければ許されない。例として、差押又は評価等の執行行為を挙げると Pollak, a. a. O. S. 877. である。なお Walker, a. a. O. S. 138.
- (6) Stagesel, Schriftsätze, S. 70. はこの完全な保証を執行請求権(つまり元本及び附帯請求をいうもの)と指摘し、この完全な保証の供与があれば悪意の訴と想定される場合(ÖEO第四四条(2))の制限ない保証を無用に帰せしめるとする。蓋し、この完全な保証により、本案訴訟の結着により債権者の執行請求権は担保されているからである。

(c) 完全な或いは制限なき保証による停止 (i) 悪意の訴提起⁽¹⁾ (schikanöse Versuch) として、制限なく保証が命ぜられる場合として、第一に、請求異議や執行の認可に対する異議の訴を基礎⁽²⁾ける事実 (Tatbestand) が疑いなき証書で証明されないときと、第二に、第三者異議訴訟のうち、訴提起者が執行債務者の身内とか、これと家族共同体において生活している者で、給付期間 (十四日) を過ぎて、本訴を提起し、かつこの執行を不意に知り、遅滞なく訴提起したことを証明出来ない場合においてである。この二つの悪意の訴提起を想定せしめる場合は、後の改正一九二二年の改正⁽²⁾で追加されたものであり、それ迄は、現在の四四條二項三号が、その二項を構成していたに過ぎない⁽³⁾。従って当時の本項の解釈から、それは債務者の保証の供与についてのみ定めていたことや規定の趣旨及び位置よりして、第三者異議訴訟の場合には、保証の供与が義務づけられないとの見解が支配的であった⁽⁴⁾。

(ii) ところで、二号の身内の第三者異議提起には、通謀虚偽が容易に想定される場合であるが、一号の訴の異議事由についての疑いなき証書がない場合は、判例によれば、未確定の決定⁽⁵⁾や債務者の反対請求が判決で確定されていないとき等⁽⁶⁾、その事由の存在が主観的に認識出来ても、客観的に確定していない場合と、客観的に存在していても、その証書入手が不能な場合⁽⁷⁾には、その証書なき場合として、依然保証が命ぜられるし、無論、これを証人という人証⁽⁸⁾によっても確定することを許されていない状態である。しかし、ここで注意すべきは、かかる場合にも、相当な保証の供与を条件に停止がなされているということである。

(ii) しかも、このことは、停止認可の際の裁判官の自由裁量及び停止事由の判定の問題とも関連するのである。

この悪意の訴提起を想定せしめる場合を相当な保証の供与を条件として許すとの立法的解決がなかった当時においては、執行債権者及び債務者の両当事者の利益考量に関して、執行停止が、前者にとって満足権に危険を有し、これ

がなければ、後者にとつても回復し難い財産上の損害を生ぜしめる危険ある場合においては、相当保証の供与による停止がなかった故に、結局は、債権者の危険性の優位から停止は行わずに置かねばならぬとして、その理由を、債権者の強制執行の為の権利は債務名義により確定されているに反し、債務者は仮に強制執行を不許とし又はそれに関する裁判がなされていないとの主張を挙げるだけであるからとされていた。⁽⁹⁾

この点は、立法的解決をみた後、停止事由の判定を、その事由の依拠する事実関係の裁定不許との点で少くとも一致をみ、⁽¹⁰⁾ 裁判官の職責は専ら、

1 停止事由判定の際、訴やその他停止事由に基づいている事実関係 (Sachverhalt) の事実の裁定は出来ないし、

2 訴の内容についても考慮出来ぬが、ただ

3 その停止事由がそれ自体に於て、不適當か、見込なきかについてのみ審理する職責を負うとされるのみで、後の判例が開拓した、これに加えて、本案の勝訴の蓋然性も斟酌すべきものとする傾向⁽¹¹⁾においても、依然として原則は変りない点は注目すべきである。そして、異議を基礎づける事実を確定証書により証明出来ぬ場合も、停止を発し、ただ、それを相当な保証を条件としている点は参考とすべき点である。

(二) 一方、同様の処置は仮執行の免脱の場合においてもみられる。執行の基礎が動揺せしめられているにも拘らず、それと執行面を調整するという意図をもつ点で、執行停止制度と仮執行宣言制度とは本質的に類似するといえよう。かかる観点からオーストリー法の仮執行宣言類似の制度 (Exekution zur Sicherstellung) をみるとき、仮執行の停止及び取消に関する規定の中に執行停止制度以上に明確に、その保証の完全化による執行の免脱⁽¹²⁾を定めている場合がある。第三七六条一号及び、とりわけ二号の場合である。一号は「執行行為を認可された金銭の債権が認可当時既に支

払済であることまたは十分に担保されていること (hinlänglich sichergestellt war) を疎明したとき、第二号は「債権が其後に至って支払われたこと又は十分に担保された (hinlänglich sichergestellt ist) こと、殊に債務者が、保全すべき債権及び其付帯請求を合わせた金額を現金又は有価証券にて裁判所に提出したことの疎明あるとき、そして、利息付債権については保全期間における利息をも合わせて提出あることを要す」と規定しているのがこれである。ここでは、こうした規定の存在を指摘するだけで十分であろう。

(1) この場合シカーネ的な試みとして構成するのは、Pollak, a. a. O. S. 877. であるが、Pollak は ÖEO 第四四二条の各号の場合について三号、つまり債権者の満足にとつて危険を有する執行停止の場合と一号・二号の訴提起の場合の執行停止の場合とを区別し、前者では単に保証が条件づけられるに反し、後者の場合には *vorbehaltlos* (制限なく) 保証が命ぜられるとする。その記述するところ制限なくは、他の停止要件の判定の必要性を要しないものとするのか明らかでないが、保証が無制限に命ぜられることは不可能 (Stagel, Schriftsätze, S. 70) であるので、又他の記述より、要件判定の緩和を意味するものと解する外ない。

この点これ等の場合をただに並列的にのみ扱うのは Walker, a. a. O. S. 137~138. で Pollak の如く少くとも段階的に考察してゐない。尚この点は訴の事由の証明方法 (ÖEO 第四二条二項一号、二号) と関連するが、これについては (c) (d) 参照。

- (2) Heller, a. a. O. S. VI; Walker, a. a. O. S. 8.
- (3) 従つて当然のことながら一九〇二年に刊行された Neumann のコンメンタールにはこの点の解明はない。
- (4) Neumann, a. a. O. S. 213.
- (5) LG. Wien 16 Apr. 1929, 41 R 525/95.
- (6) 24. mai 1934 GerH 1934 S. 139.
- (7) 29. Aug 1934 ÖRZ 1934 S. 199, Stagel: Schriftsätze, S. 44.
- (8) 8. Juli 1930 Rsprr. 1930 Nr. 434.

- (9) Neumann, a. a. O. S. 213.
- (10) Walker, a. a. O. S. 137.
- (11) 本訴の勝訴の蓋然性を斟酌すべきものとしても、本文掲記の原則が優先するとする判例は、18, Juni 1930, ZBL. 1930 Nr. 286, S. 708, 30 Apr 1958 3 ob 188/58, TBl. 1948 S. 164, ORZ 1932 S. 191. であり、⁽¹⁾ Walker a. a. O. S. 137.
- (12) Heller, a. a. O. S. 1554. Neumann, a. a. O. S. 1007. は以前よりのこの規定の存在を言認せしめる。

(4) 保証の構成

かくて、執拗な迄に保証の供与を条件としてなされる執行停止も、最後に、この保証の額の決定、供与の方法、権利の実行方法についてみななければならない。

(a) 保証の意味 保証が前述の各場合によりなされる目的は要求された停止が効力なきに帰した場合の執行債権者の執行請求権の満足を担保することは当然であるが、⁽¹⁾

(b) 決定基準 については、第一に、執行停止によって生ずる執行債権者の期待額により、第二に担保物や債権額⁽²⁾によって決定されることになるとするのが判例の大勢であるが、個々には、執行請求額だけでなく、担保物の最少額⁽³⁾ (geringste Wert) と異議訴訟提起者の勝訴の蓋然性が決定的であるとするもの、⁽³⁾ 又額の裁定に当っては強制執行の段階⁽⁴⁾ (Stadium) を考量すべきとするものもある。

ただ、異議訴訟提起の為の費用に関しては、請求異議についても、第三者異議の訴についても、算入されない。⁽⁵⁾

(c) 保証額の挙示 これは執行停止中立者が、裁判所によって定めらるべき保証の履行を中立者において申出、可

能なだけ所定の金額を挙げ、この保証が、第一に執行債権者の満足にとつてのみでなく、第二に停止期間中の目的物の売却、価格減少・第三者による権利設定等の事由により生ずる債権者の財産上の不利益と担保する為の十分な額たることも挙示することによりなされる⁽⁶⁾。

(d) 保証供与の非免除性 執行停止決定取得の為の保証の供与は厳格な迄に貫徹されており、まず、訴訟上の救助権或いは受救権 (Armenrecht) は保証の供与に際しては適用がなく⁽⁷⁾、現実の保証額を必要とし、従つて、当然のことながら、保証額調達困難等の事由では、絶対に免除されないことを指摘する判例は夥だしい⁽⁸⁾。

(e) 保証一つの権利実行 (i) 保証に関する準拠規定はオーストリー民事訴訟法第五六条により、通常、現金、有価証券、銀行の預金通帳により、保証不能又は困難なとき抵当証券或いは内国に普通裁判籍を有する支払能力ある保証人を立てることにより可能とされている⁽⁹⁾。

しかし、執行停止に対する保証は、引渡すべき目的物を供託することは許されず⁽¹⁰⁾、特定物引渡又は作為・不作為の強制執行の停止の場合は、この履行に代る利益額を強制執行法第三六八条 (作為・不作為の義務不履行の際の代替請求及び損害賠償請求権に関する規定) に従つて定める。

いずれも、執行債権者は裁判所になされた供託の目的物に対して、その保証された請求権の為、担保権或いは質権 (Pfandrecht) を取得する⁽¹¹⁾。

(ii) 権利の実効は執行停止を申立てた債務者の過失の有無を問わず、又訴の方法によらず⁽¹²⁾、執行債権者が強制執行手続において実現すべき額の補償が支払われる。無過失の損害賠償責任の徹底した形態であろう。

(5) オーストリー法の一応の評価

執行停止に対する救済

さて、ここで記述したところによりオーストリー法の一応の評価をなさねばならない。凡そ一つの制度を評価するに際して種々の関連でみるべきことの必要性は十分承知しながらも、そこにおいて一致した点は、執行停止の要件の判定にしても、またその発布の条件である保証の間についてもまた同様のスイチュエーションにある仮執行の停止においても、総て強制執行が給付判決による債務名義の実現としての金銭・代替物に関する問題であり、従って、その執行に対する請求異議訴訟に於ても、執行債権及び付帯請求にみ合う額の保証の供与により執行停止がなされ、本案訴訟の終結の際の執行停止による損害は、保証への訴の方法によらない、無過失賠償責任の徹底した形で権利実行がなしうることをみた。そしてこのことの外に、管轄の集中による事後の保証の供与命令・執行停止の際の裁判官の職責につき、確定証書による異議事由の証明なき場合も、相当な保証の供与により執行停止をなし、後は本案訴訟に待つとした点も又指摘されねばならない。

以上、執行停止に対する不服申立を認めぬことによる救済を、(一)本案裁判所の自由な事後的な修正処分に或いは(二)不法行為による損害賠償の構成に於て、更に(三)オーストリー法における保証の完全化においてみてきた。それでは、最後に如何な救済が我が法として妥当か、これをみるのが残された課題である。

(1) Neumann, a. a. O. S. 215.

(2) Neumann, a. a. O. S. 215, Walker, a. a. O. S. 133 3 März 1926, ZBL 1926 S. 134; 21, Aug. 1930 ZBL 1931, Nr. 23.

(3) 18. Juni 1930 ZBL. 1930 Nr. 286 S. 708.

(4) Pollak, a. a. O. S. 877.

- (5) 請求異議の費用に関する Mai 1935 ZBL. 1935 Nr. 377 ; 21 Febr. 1951 SZXXIV 47 があり、第三者異議の費用に関する Mai 1933, ORZ 1933, S. 166 ; 3 nov. 1950 ÖTZ. 1951 S. 71 EvBl. Nr. 46, SZXXIII 314 ; 30. Juli 1936 ÖRZ 1936 S. 229. がある。
- (6) Stägel, Schriftsätze, S. 70. その書式の要式として、その旨を指摘する。
- (7) 31. Jäm 1951 OTZ, 1951 S. 196 EvBl. Nr. 148.
- (8) Heller, a. a. O. S. 452 Nr. 28 a 参照。
- (9) Neumann, Zivilprozessrecht. § 56, Faching, Hans W, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen 1960, S. 382 ff.
- (10) Neumann, a. a. O. S. 215.
- (11) ÖZPO 第五六条四項。
- (12) Neumann, a. a. O. S. 215, Walker, a. a. O. S. 138. 及び判例が認めるところである。 27. Okt. 1926 SZIII Nr. 304, 20 März 1930, SZXII Nr. 66.

五 探るべき救済

(一) 請求異議訴訟の特殊性

その訴訟の本質を如何に把握するかは、ともかくとして、少くとも給付訴訟の反対形相としての請求異議訴訟は、その後の権利の消滅、或いは、実体権の変動の確定を伴いつつ、執行力の剥奪という形成的機能も伴う訴として構成されることは疑いのないところであるが、しかも、請求異議訴訟を基礎づける異議事由の種類を見ると、それらは、(イ)弁済・免除・更改・相殺・譲渡のように債務の消滅及び権利の移転の原因たる事実であり、(ロ)給付義務の態様の変更を争う異議に於ては履行条件の変更・期限の猶予・債権の質入や差押のような事実であるが、そのいずれも巨

執行停止に対する救済

視的にいって、給付訴訟のうちの金銭または代替物の一定数量の引渡請求に関するものの変動を基礎づける事由たることは疑いないところである。

(二) 保証の完全化による救済

この金銭債権の蓋然性、このことを執行停止との対比で見るとき、前述した執行停止に対する不服申立を認めないことによる救済を保証の完全化ということで対処せしめては如何ということである。保証の完全化、つまり、執行債権者の満足を完全ならしめる額の供与―その額は、前記オーストリ―法における執行停止の為の保証の完全化でみたように、元本および付帯請求（多くは請求異議訴訟の要する日時を事前想定しての利息額）を含むものとする―による執行の停止を認めるということ、具体的には、停止を強制執行において債権者が請求する額とイコールの金額の保証の供与によらしめるということである。⁽¹⁾

このことは、ひいて、執行の停止の際裁判所の裁量とされる不確定概念としての現行民法五四七条二項の「不服の理由としての事情が法律上理由ありと見え、且、事実上の点の疎明」を無用ならしめ、完全な保証あるときは必ず執行の停止を許可する。そして、一方、完全な保証の供与がなければ執行停止は許さない。このことは、それ自体、決して両当事者にとって意義ありと見えぬ執行停止決定そのものを疎明手続によって抗争させることより生ずる紛争解決の精力分散化をなからしめ、紛争の焦点を証明手続により抗争せしめる本案訴訟による確定に集中し、そして、その結果として、実は両当事者のいずれか一方が有する不利益を回避出来るということになる。

つまり、要件論の問題を、機械的とまでいえる金額の挙示があるか否かの判定の問題に移項させるということである。しかし何故に、現行民訴の下における要件判断を、保証の完全化により代替せしめんとするかは、それは、異議

訴訟を基礎づける事由との関連で問題となるといわねばならぬ。

請求異議訴訟の原因別統計によれば、そこで統計的に扱われた事件は、比較的最近のものとはいえぬが、異議の対象となった債務名義の種類は(1)公正証書 (2)判決 (3)即決和解 (4)和解 (5)調停 (6)支払命令 (7)訴訟費用確定決定の順位においてであり、(1)の公正証書に関する請求権不成立に関する事由を除外すれば、(2)の判決についての請求異議原因数は(a)消滅時効完成 (b)免除 (c)弁済 (d)相殺 (e)和解成立 (f)限定承認 (g)解除・供託・出世払契約成立 (h)民法第五〇四条の免責の順序であり消滅時効完成の主張が最も多いことが指摘されている。しかも、問題を、さらに決定的にさせるのは、こうした異議事由を肯認せしめる事実の証拠方法の有無という点である。現行法第五五〇条に掲げる「証書」が存在する場合は、本条により、執行処分⁽²⁾の取消・停止が認められるが、先に掲げた異議事由では、こうした証書(証拠方法)のない場合または、それが存在する場合でもその成立が争いうる私文書(五五〇条第四)の場合、または、時効の完成などの場合においては、疎明段階で、これを理由づけることは困難であろう、そうした意味において多く問題となろう。これらはいずれも異議訴訟の確定を待たねばならぬ意味で、この点において不確定である。つまり、第五五〇条で執行裁判所から執行停止をうることが困難な場合とは、時効の完成・相殺・口頭免除などの場合であろう。時効の完成については、その異議訴訟提起までに時効の中断が生じたかもしれないし、また、相殺については、請求異議訴訟の原因を構成しうるかの問題はともかくとして、⁽³⁾少くとも、本案訴訟による確定を必要とする異議事由であろうし、口頭免除などはとりわけ争いうる性質のものであるからである。このように、現行民法第五四七条二項の要件判断の困難さを、完全な保証の供与に代替させるといふことで、対処せしめては如何というのである。この点で、オーストリー法が、疑いなき証書で異議事由が確認されなるときも、一応、執行停止を相

当な保証に係らしめている点で、そこでは少くとも事前に一つの要件判定をなしている取扱より、さらに一步進めるわけである。不服中立を認めないということは徹底した形で追求するなら、ここまで来る必要がある。つまり、ここで、金額の挙示だけで執行停止の発布を定める前に、現行法のような要件判断に執行停止の発布に係らしめるとすれば、以前問題の解決はないことになるからである。

さて、このようにしてなされた保証の供与に基づいてなされる異議訴訟とその後の法律関係の帰趨を、例を時効の完成の事実にとれば、異議訴訟で時効完成の事由が排斥された場合は執行債権者は執行請求額と異議訴訟中の利息も合わせて、今度は強制執行という不安定な手続によらずして満足をうるといえるし、一方、債務者勝訴の場合は、それ自体・劣後的であった地位を担保供与による執行停止というつなぎの処分を基礎として終局的に回復できうるからである。

- (1) 保証の完全化、つまり執行請求権と同額の保証の供与と異議訴訟後の訴によらぬ保証への権利実行という必ずしも明確な分析は試みられてはおられぬまでも執行停止制度悪用の防止のため、保証の額について実務上の経験から再考する余地のあることを指摘されるは上谷、執行停止制度について、現代の裁判・判例タイムズ二〇一号一八〇ページである。
- (2) 近藤・執行関係訴訟八九ページ。
- (3) 三ヶ月・民事訴訟法三二二ページ。

六 おわりに

かくして、執行停止に対する不服申立を許さないとする不利益を保証の完全化により担保させるべく提言するもの

である。しかし、何よりも、まず、先にみたように、執行停止決定に対する不服申立の許否に関する学説・判例の動向がおよそ四分の一世紀を通じて一つの方向に落着しつつある傾向にあるとき、これに沿った、立法がなされてしかなるべきであるし、それはとりもなおさず法の規定の精緻性への努力として、法の客体的側面の問題である反面、これに向っての積極的な立法活動が期待されるという意味で、法の担い手の、それへの努力という面で、すぐれて法の主体は側面の問題となるであらう。