

**離婚給付等契約公正証書の離婚慰謝料請求権に基づく債権差押命令の申立てを却下した決定に対してされた執行抗告が認容され、債権差押命令が発令され得た事例**

【文献種別】 決定／東京高等裁判所  
【裁判年月日】 平成28年1月7日  
【事件番号】 平成27年（ラ）第1957号  
【事件名】 債権差押命令却下決定に対する執行抗告事件  
【裁判結果】 原決定取消し・申立て認容  
【参照法令】 民事執行法27条・29条  
【掲載誌】 判時2312号98頁

LEX/DB 文献番号 25544639

**事実の概要**

1 X（抗告人・債権者）はY（債務者）との間の離婚給付等契約公正証書（以下、「本件執行証書」という。）を債務名義とし、本件執行証書記載の慰謝料請求権（下記2の③）の未払い分の一部を請求債権として（以下、「本件請求債権」という。）、A銀行に対するYの預金債権について債権差押命令を申し立てたところ、原審は、Xが執行開始要件の証明をしないとしてこの申立てを却下する決定をした。これに対してXが、原決定取消しと債権差押命令の発令を求めて執行抗告をしたのが本件事案である。

2 本件執行証書は以下のようなものである。

まず、前文として、「夫Yと妻Xは離婚することに合意し、離婚に伴う子の養育費、慰謝料・財産分与の支払いなどについて以下の通り合意した」とし、当該合意によりYがXに対して支払う①XとYとの間の長男及び二男の養育費については、離婚成立月から具体的に定めた月までの間、毎月一定額を支払う（第1条1項）、②二男の高校及び大学授業料については、具体的に定めた期間に一定額を上限として支払う（同2項）、③離婚による慰謝料については「YはXに対し、離婚による慰謝料として金850万円の支払義務があることを認め、平成22年9月末日までに金400万円、平成28年5月末日までに金450万円を第1条第1項に定める方法により支払う」（第2条。以下、「本件条項」という。）というものであり、④離婚による財産分与（第3条）については具体的に定めた期日までに一定額を支払う（1号）とするとともに、離婚成立月から一定期間毎月一定額

を支払う（2号）というものである。

3 原決定は、慰謝料請求権は離婚した際に初めて発生するものであることは明らかであるから、本件請求権の執行は民事執行法27条1項の「債権者の証明すべき事実の到来に係る場合」に当たり、民事執行法29条によれば、この執行文と執行文付与にあたってXが公証人に提出したYとの離婚を証する文書の謄本がYに送達されたことが執行開始要件となるが、Xがその証明をしないので債権差押命令の申立てを却下した。これに対してXは、民事執行法145条5項に基づき執行抗告。

**決定の要旨****主文**

1. 原決定を取り消す。2. 本件請求債権を差し押さえる。（以下略―筆者）

**理由**

(1) 「本件執行証書の内容の解釈認定権限は、当該債務名義に基づく強制執行を担当する執行機関が有するが、債務名義の機能が執行手続を債務名義作成手続から分離して、執行機関に実体上の給付義務の存否、内容を調査することなく執行を実施させることにあることに鑑みると、債務名義の内容の解釈の資料は、執行文付与の場面とは異なり、当該債務名義ないし執行文に限られ、原則として、それ以外の資料を参酌できないと解するのが相当である。」

(2) 「本件執行証書は、抗告人と債務者が離婚することを合意するとともに、離婚に伴う養育費、慰謝料、財産分与の支払を合意したものであ

る。」「協議離婚は、届出を必要とする要式行為であるから、その届出がされて初めて離婚の効力を生ずるものであり、離婚に伴う慰謝料請求権も、特段の事情がない限り、離婚の効力が発生するまで成立しないものと解される」が、「離婚当事者が離婚の成立時期より前の一定の時期を期限として離婚に伴う慰謝料請求権を発生させる合意をすることが法的に無効とされる理由はないと解され、このような合意の存在は、上記の特段の事情に当たるものというべきである。」

「一般的に離婚の効力発生を要件として負担することになると解される子の養育費及び財産分与の支払について、本件執行証書の条項では、離婚の効力が発生した離婚成立月を始期として支払うこととするものと、具体的に定める期日又は具体的に定めた期間に一定額を支払うとするものがあり、後者の支払合意は、素直な文言解釈としては、離婚の成立を要件としない支払義務を定めたものと解されるものである。」そして債務者の慰謝料支払義務も、「一定の期日までに一定額を分割して支払うという内容のものであるところ、本件条項で支払うとされている慰謝料について、本件執行証書の前文では『離婚に伴う』慰謝料と、本件条項では『離婚による』慰謝料となっているが、その支払が一定の期日までに一定額を分割して支払うとされていることに照らして、この『離婚に伴う』又は『離婚による』という文言が一義的に離婚の成立ないし離婚の効力発生に基づくという意味を表すものと解することはできないというべきであり、素直な文言解釈としては、離婚の成立を要件としない支払義務を定めたものと解するのが相当である。」

「このように、本件執行証書の条項の文言上、離婚の成立を要件とする支払義務と離婚の成立を要件としない一定期日又は一定期間の支払義務を定めるものが書き分けられているのは、意味があるものであり、その書き分けは原告人と債務者の意思を反映したものと解するのが相当である。」

(3) 「以上によれば、本件請求債権に係る債務名義となる本件条項に定める慰謝料請求権は、原告人と債務者との協議離婚の成立を要件として発生する債権ではなく、原告人と債務者とが確定期限内に債務者の支払義務が生ずる慰謝料請求権として合意したものであると解するのが相当」である。「そうすると、本件請求債権については民事執行

法 27 条 1 項の適用はなく、また、同項の適用を前提とする同法 29 条の適用もないというべきであるから、本件申立てについてこれを却下すべき理由はない。なお、本件執行証書についての執行文は、本件執行証書に定める請求権の全部について執行力を付与する内容のものとなっているが、前記 (2) で認定した債務者の支払義務を原告人との協議離婚の成立を要件としている第 1 条の養育費及び第 3 条 2 号の財産分与に係る請求権並びに本件条項中の期限未到来の分割金に係る請求権との関係では相当でないものである。」

## 判例の解説

### 一 問題の所在

本件では、公証人によって付与された執行文が単純執行文か補充執行文かが問題となった。この違いにより執行開始要件が異なるため、債権差押命令発令の可否に関わることになる。

#### 1 執行文の種類

強制執行は、原則として執行文の付された債務名義の正本に基づいて実施されるのであり（民執法 25 条）、債務名義とその執行力を公証する執行文の付与が必要となる。執行文には、債務名義の内容そのままを公証する単純執行文と、民執法 27 条の規定する特殊執行文（1 項の補充執行文、2 項の承継執行文、3 項の債務者不特定執行文）がある。債務名義と執行文の存在により執行機関は実体的要件を判断することなく、執行に速やかに着手できることになる。

執行文付与機関は、裁判所の関与する債務名義については事件の記録の存する裁判所の書記官であり、執行証書についてはその原本を保存する公証人である（民執法 26 条）。本件は執行証書を債務名義とするものであるから公証人が執行文付与機関となる。特殊執行文の付与は、旧法時代には裁判長の命令を要していたが、民事執行法はこれを不要とし、書記官と公証人に特殊執行文付与を認めた。そのため、特殊執行文付与要件の立証方法が制限され、債権者による文書の提出のみが認められている。また、債務者側には執行文付与手続への関与機会なしに、執行文の付与もしくは付与申立却下がなされることになる<sup>1)</sup>。

#### 2 執行文と執行開始要件

特殊執行文が付与された場合には、当該特殊執

行文と債権者側が執行文付与申立て時に提出した文書を、執行の開始前にあらかじめ、又は執行と同時に<sup>2)</sup>、債務者に送達しなければならないこととされている(民執29条)。執行機関は、これらの送達が行なわれていることを執行開始要件として判断するのであるが、通常は債権者が提出する送達証明書により認定され、送達が行ない場合には、強制執行の申立てを却下しなければならない<sup>3)</sup>。

このように送達が行なわれているのは、債務者に特殊執行文付与要件が認定されて執行文が付与されたこと及びその提出資料を了知させ、防御の手段を講じさせる機会、特に執行文付与に対する異議の訴えを提起する機会を保障するためである<sup>4)</sup>。

本件の場合には、債務名義である本件執行証書上の本件請求債権の発生がXYの協議離婚の成立を要件とするものであるか否かについて原審と執行抗告審の判断がわかれた。離婚が要件でなければ単純執行文の付与となり、執行文等の送達は必要なく、離婚が要件であるとすれば補充執行文が付与され、執行文及びその証明資料の送達が行なわれる<sup>5)</sup>。原審は、補充執行文のケースと解しこれらの送達を必要と判断したが、本件決定は単純執行文のケースと解し送達の必要はないとして債権差押命令を発令した。

このように、執行文の種類について原審と本決定で判断が分かれたのは、本件条項が離婚を条件とするものかどうかが一義的でないという点のほか、公証人による執行文付与の場合、形式からは執行文の種類が判断できず、公証人がどちらとして付与したのが執行機関に明白ではないというところにも問題がある<sup>6)</sup>。

### 3 債権差押命令発令の手続

債権執行においては、執行機関である執行裁判所は債務者を審尋することなく差押命令を発令する(民執法145条2項)。これは、債権の処分は容易であるため、事前の手続関与機会を与えることにより執行を察知した債務者が目的債権を処分して執行免脱を図ることを防ぐためである。この処分の容易性という債権の特色——特に本件のように対象となる債権が預金債権である場合にはそれが顕著である——を考えると、本件の執行文が補充執行文であるとすれば、執行開始前に文書の送達が行なわれることにより執行免脱の恐れが出てくる

ことになる。よって、債権者側とすれば、単純執行文であり送達の必要がない方が、実効的な執行に繋がることになる。

## 二 債務名義の解釈

本決定においては、本件申立てにおける債務名義である本件執行証書の内容の解釈認定権限は<sup>7)</sup>、当該債務名義に基づく強制執行を担当する執行機関が有するとした上で、判断手続・執行手続の分離の原則から、債務名義の内容の解釈資料は、債務名義と執行文に限られそれ以外の資料を参酌できないとする。債務名義の機能は、執行手続を債務名義作成手続から分離し、執行機関をして実体上の給付義務の存否・内容の調査に関わることなく執行を実施させることにある。執行開始にあたり、債務名義の記載以外の事実や証拠の収集を要するというのでは、執行要件として債務名義を要求した趣旨を没却する結果となるため、債務名義と執行文以外の資料を参酌しないのである<sup>8)</sup>。

そこで本決定は本件条項の解釈を行い、結果として、本件執行証書の各条項のうち、本件条項にかかる慰謝料請求権は、協議離婚の成立を要件として発生する債権ではなく確定期限に債務者の支払義務が生ずる慰謝料請求権として合意したものと解されるので、単純執行文の付与があればよいとして、債権差押命令を発令した。本件執行証書についての執行文は、本件執行証書に定める請求権の全部について執行力を付与する形となっているが、本件条項以外の請求権との関係では効力がないこととなる。この文言解釈が、本決定がいうように「素直な文言解釈」といえるかどうか、また、当事者の意思に合致するかどうかはともかく、仮に補充執行文であるとして文書等の事前送達を要請するならば、相手方が執行を察知し執行対象となりうる債権を処分する恐れが出てくるのであり、債権者側からみれば単純執行文と解することに一定の合理性があるように思われる。

## 三 抗告審による差押命令の問題点

本件では原決定が申立却下決定であり、執行抗告審が原決定取消しのうえ差押命令を発令した。先にみたように債権差押命令の審理は密行性の要請から債務者の審尋不要のまま進められるが、差押命令の申立てを却下する決定も債務者に告知・送達されることはない。また、これに対する債権者

の執行抗告において抗告裁判所が差押命令を発する場合にも、予め債務者を審尋する必要はない<sup>9)</sup>。

しかし、この抗告裁判所が自ら発令した差押命令に対しては、制度上、執行抗告ができないことになっている(裁判所法7条2号)。そうすると債務者は自己の言い分を述べる機会がないまま、自己に対する差押命令を受けそれが直ちに確定するという不利益を受ける。

特に本件のように、債務名義の解釈により執行文が単純執行文であるとされた上で債権差押命令が出された場合には、その解釈に対して債務者の不服申立て方法がないことになる。また、債権者側も債務名義の一部である本件条項にのみ効力を認められて差押命令が出されたことに対して、不服申立ての機会がないことになる。要するに債務名義の解釈について、両当事者が争う機会が奪われることになるのである<sup>10)</sup>。そのため、本件のような場合には、原決定を取り消して原审に差し戻すべきであったと考えられよう。差し戻し後の原审で差押命令が発令されれば、それに対しては執行抗告が可能となる。

#### 四 公証人の離婚公正証書作成プロセス

公証実務においては、債権者に補充執行文及びその証明資料の送達を負担をかけることのないよう、条件付給付文言とはしないことが推奨されている<sup>11)</sup>。他方、執行文付与過程においては、離婚届出の有無を債権者に確認するほか、戸籍謄本を提出させて離婚の事実を確認する扱が多いとのことであり、単純執行文で済む文言にしつつもその付与にあたっては離婚の事実を確認しているようである。このような運用については、執行証書としては理論上の疑義をなくすように記載を明確にする工夫が求められるとの指摘がある<sup>12)</sup>。

公正証書の場合、公証人の関与のもとで条項が作られるというよりは、事前に作成されたものを公正証書にすることが多いという事情がある。そのため公証人だけでなく、特に債権者側に関与する法専門家は、本件のように将来的に預貯金等の執行の可能性がある場合には、単純執行文のみで執行が可能となるよう文言に注意することが必要であろう。

#### ●—注

1) 債務者側は執行文付与をめぐる不服申立手続(民執法

32条、34条)を利用する。例外として、意思表示の擬制の場合、補充執行文付与に際しては書記官が債務者へ催告し文書提出の機会が与えられる。民事執行法174条。

2) 執行裁判所が執行機関である場合には、執行裁判所は送達実施機関ではなく、また、執行の着手は執行開始の裁判(本件では、債権差押命令の発令)であるから、同時に送達するのは不可能である。執行着手と同時の送達が可能なのは、執行官(動産執行の執行機関であり、送達機関でもある)による動産執行の場合に限られる。

3) 実務上は却下する前に、送達証明書 の追完を促すのが適当とされている。鈴木忠一=三ヶ月章『注解民事執行法(1)』(第一法規、1985年)503頁[近藤崇晴]。

4) 浦野雄幸『逐条概説民事執行法[全訂]』(商事法務、1981年)106頁、田中康久『新民事執行法の解説[増補補訂版]』(きんざい、1980年)85頁。

5) 本件条項には「平成22年9月末日まで」、「平成28年5月末日まで」という確定期限がついているが、確定期限は執行文付与の要件ではなく執行開始要件(民執法30条1項)であるため、協議離婚の成立が要件ではないとするならば、単純執行文を付与するケースとなる。この点、本決定が「本件条項中期限未到来分の分割金に係る請求権との関係では相当でない」とするのは疑問が残る。

6) 仙波英窮「民事執行法27条1項の執行文付与についての諸問題」公証171号(2014年)26頁。

7) 債務名義の解釈とは、その債務名義に基づきいかなる種類・内容・範囲の執行を為すべきかを明確にする観念的行為である。近藤完爾『執行関係訴訟全訂版』(判例タイムズ社、1968年)33頁以下。

8) 中野貞一郎=下村正明『民事執行法』(青林書院、2016年)164頁。

9) 鈴木忠一=三ヶ月章『注解民事執行法(4)』(第一法規出版、1985年)402頁[稲葉威雄]。

10) 債務者側は審尋請求権の侵害を主張して、特別抗告(民訴336条)を提起する余地は残るがやはり迂遠であろう。中野貞一郎『担保権の存在を証する文書』(民執193条1項)——動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使をめぐる裁判例』判タ585号(1986年)17頁。また、坂田宏「執行証書に基づく執行における条件成就執行文の要否」法教442号(2017年)128頁は、執行文付与に対する異議の訴え、あるいは請求異議の訴えで争わせることで十分であるという実務的メッセージと指摘する。

11) 日本公証人連合会『新版 証書の作成と文例(全訂家事関係編)』(立花書房、2005年)5頁。また、「離婚事実の証明は当事者間で明らかであるとして戸籍謄本の送達は不要ではないか」との問題提起もなされている。齋藤隆「公正証書による強制執行と執行実務の実際」公証155号(2009年)3頁。

12) 判時2132号99頁(本件囲み記事)。