

代替執行の実施費用

吉田純平

- 一. はじめに
- 二. 代替執行の目的
- 三. 執行費用
- 四. 代替執行の費用
- 五. 判例
- 六. 執行費用償還請求権と実施費用
- 七. まとめと代えて

一・はじめに

本稿は、代替執行の費用に関する諸問題、特に、作為実施に係る費用の償還請求権の法的性質およびその取立方法について検討するものである。

代替的作為、ないし不作為執行のうち不作為義務違反による有形的結果の除去または将来の義務違反抑止のための適当な処分としての代替的作為の強制的実現は、代替執行(民執一七一条)ないし間接強制(民執一七二条)によってなされる⁽¹⁾。代替執行と間接強制の併用の可否については争われるが、許容する見解が多数である⁽²⁾。代替執行の手続は、授權決定の申立てによって開始される。申立てに対して、執行裁判所は、一般の執行要件および代替執行の要件を審査し、決定で裁判する⁽³⁾。執行裁判所が申立てを認容するときは、作為執行の場合には、執行債権者の請求権を満足させるべき特定の代替的作為を債務者の費用で債務者以外の者に実施させることを債権者に授權する旨の決定をする(民執一七一条一項一号)。不作為の場合には、違反結果の除去処分あるいは予防処分を債務者の費用で債権者に授權する旨の決定をする(同二号)。これらを、授權決定という。授權決定においては、目的行為の具体的内容を表示する必要はあるが、実施者の表示は必要がない⁽⁴⁾。また、授權決定は、執行裁判所の処分行為であり、債務名義ではなく、執行文付与を要しない。債権者は、授權決定に基づいて代替行為を実施する。授權決定に実施者の指定がない場合には、債権者自身が行うか、または任意の第三者たる私人に行わせることができる。

代替行為の実施費用は、当然に債務者が負担する。債権者の申立てにより、執行裁判所は、債務者に対して必要な費用を予め債権者に支払うべき旨を命じる(費用前払決定、民執一七一条四項)⁽⁵⁾。債権者は、前払決定を債務名義として

金銭執行により取立てをすることができ（民執二二条二号）。前払決定がなされない場合、または前払費用に不足が生ずる場合には、執行費用一般の取立方法に従って取立てがなされる（民執四二条）。

ところで、代替行為には、請求権の内容に従って様々な行為がなされることになるが、場合によってはその費用はかなり高額になる。たとえば、建物収去請求に際しては、建物収去の工事の費用が実施費用となる。前払決定がなされた場合には、それは債務名義となるが、その債務名義作成過程となる手続が、手続の構成として適切と言えるか、また、前払決定がなされていない場合に、それを執行費用として取立てをすることができるとについては疑問が生じる。というのも、債権者が債務者に対して有する実施費用に係る請求権は、まさに債権者が債務者に対して有する作為・不作為請求権と同視すべき実体的権利であり、その存在はさておき、その額については慎重な手続において審理・判断されるべきものと考えられるからである。また、実施費用は、一見すると、「手続」費用といえないことから、いかなる手続においてその額などが審理・判断されるべきかを十分慎重に検討しなければならないと思われる。このような問題意識の下、本稿では、代替執行の費用に関する諸問題を考察するものであるが、これには、代替執行の手続構造を明らかにしたうえで、執行費用（訴訟費用）の法的性質に関する基礎的考察に基づいた検討が必要であると考えられる。そこで、本稿では、これらの作業を行い、代替執行の費用について考察を行っていく。後述の令和二年最高裁判例は、執行費用の取立方法について判断したものであるが、この問題点は代替執行の費用の取立ての際により鮮明になると思われるので、この判例の内容を併せて批判的に検討する。

二・代替執行の目的

代替執行を規定する民事執行法一七一条一項によれば、まず、作為を目的とする債務についての強制執行は、債務者の費用で第三者に当該作為をさせることを執行裁判所が命じること、そして、不作為を目的とする債務についての強制執行は、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、または将来のため適用な処分をすべきことを執行裁判所が命じる方法で行われる。このように、代替執行は、債権者が有する請求権が作為請求権であるとき、これを実現する方法として、債務者の費用で、債権者などの行為をさせることとしたものである。このとき、債務者に費用を負担させるということがいかなる意味を有するかについては、代替執行の目的（民執一七一条の意図ともいえるか）をどのように捉えるかにもよるところであろう。

平成二九年の民法（債権法）改正に伴い、民執一七一条は改正されて現行の条文となったわけであるが、この過程について確認しておく。改正前一七一条、及び民法四一四条は、以下の通りであった。

民事執行法改正前第一七一条

第一項 民法第四一四条第二項本文又は第三項に規定する請求に係る強制執行は、執行裁判所が民法の規定に従い決定をする方法により行う。

第二項 前項の執行裁判所は、第三三条第二項第一号又は第六号に掲げる債務名義の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める裁判所とする。

第三項 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、債務者を審尋しなければならない。

第四項 執行裁判所は、第一項の決定をする場合には、申立てにより、債務者に対し、その決定に掲げる行為をするために必要な費用をあらかじめ債権者に支払うべき旨を命ずることができる。

第五項 第一項の強制執行の申立て又は前項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

第六項 第六条第二項の規定は、第一項の決定を執行する場合について準用する。

民法改正前四一四条

第一項 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

第二項 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもつて債務者の意思表示に代えることができる。

第三項 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる。

第四項 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。

改正前の民法四一四条に関して、改正前の伝統的な理解によれば、債権者が債務者に対して債務の履行を請求する

権限を有し、裁判所に訴えを提起できる（債権が請求力を有する）のは当然であり、明文の規定は不要であると考えられていた。そして、同四一四条二項は、作為請求権について、同条三項は、不作為請求権については、それぞれ代替執行をなしうることを規定するものであった。^⑥ 民法四一四条の改正を通じて、債権の実体的効力と執行手続の關係が整理された。まず、作為請求権・不作為請求権の執行手続を定めるものとされた旧四一四条二項及び同三項が削除された。そのうえで、改正後四一四条一項本文は、「債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、民事執行法その他強制執行の手続に関する法令の規定に従い、直接強制、代替執行、間接強制その他の方法による履行の強制を裁判所に請求することができる」と規定した。この改正によって、民法四一四条が、債権の実体的効力に関する規定であることが明らかとされた。^⑦ また、履行の強制が強制執行の手続によって実現されるという意味で、債権の実体的効力と執行手続の関連性が明らかにされた。^⑧

この改正は、代替執行の目的に影響を与えるか。^⑨ 川嶋四郎教授の研究によれば、民事執行法旧一七一条の基本的意図については、作為請求権・不作為請求権の「金銭的救済」と「現実的救済」という二つの可能性がある。^⑩ 同研究は、歴史的沿革から、民法旧四一四条及び民執旧七二七条は、現実的救済を意図していることを明らかにした。しかし、改正後の民法四一四条は、請求権の性質と執行の方法を結び付けていない。それゆえ、立法者意思としては、作為請求権・不作為請求権についても、金銭的救済か現実的救済かに拘らないものとの理解できる。このような考えの下では、代替執行を「金銭的救済」か「現実的救済」のどちらを意図したものと断じることが難しく、請求権の種類、債権者の意図などにより異なると解するべきであろう。

三・執行費用

つぎに、代替執行の費用の問題を検討する前提として、執行費用一般についての法状況を確認しておく。

(1) 執行費用の意義

強制執行に際して、「強制執行の費用で必要なもの」は債務者の負担となる（民執四二条一項¹¹⁾）。そして、いかなる費用が、「必要なもの」であるかについては、民事訴訟費用等に関する法律（以下、「民訴費用法」という。）二条に掲げられたものであるとされる¹²⁾。強制執行にかかる費用のうち、この費用を「執行費用」と呼ぶ。それ以外の費用を含めたものは「広義の執行費用」ということができる。民事執行を申し立てるときは、申立人は、民事執行の手續に必要な費用として裁判所書記官の定める金額を予納しなければならぬ（民執一四一条一項前段）。執行費用は債務者の負担となるが、上記のように債権者は、費用を予納・支出することになるので、債権者は、これを取り立てることができることとなる。債権者が支出した執行費用を債務者から強制的に取り立てるには、執行費用についての債務名義が必要となるのが原則であるが、金銭執行、すなわち金銭の支払いを目的とする債権についての強制執行の場合には、その執行手續内において、債務名義を要しないで、同時に取り立てることができる（同時取立て・民執四二条二項）。さらに、同時取立てがされなかった執行費用および債務者に返還すべき金額（民執四二条三項）については、執行裁判所が、申立てにより、費用額確定処分をなすものとする（民執四二条四項ないし九項）。

(2) 費用額確定手続

前述のように、執行費用は、金銭執行では、執行手続において同時取立てをすることができ、非金銭執行では同時取立てはすることができない。また、金銭執行においても、同時取立ては債権者の義務ではないので、同時取立てをしないまま執行手続が終了し、事後的に取立てをする場合が生じる。これらの場合には、債権者が簡易な手続で、執行費用の取立てのために執行費用を確定して債務名義を得る手続が必要となる。そこで、債権者は、執行費用の額を確定するために、費用額確定処分を執行裁判所に申し立てることができる(民執四二条四項)。費用額確定処分の申立てについての処分に対しては、異議を申し立てることができる(民執四二条五項)、この異議の申立てについての決定に対しては執行抗告をすることができる(民執四二条七項)。したがって、費用額確定処分は債務名義となる(民執二二条三号)¹³。これにより、債権者は、執行費用の取立てを、訴訟によらず、簡易な手続により債務名義を得て取り立てることができる¹⁴。なお、費用額確定処分の申立てをするときは、費用計算書およびその謄本ならびに費用額の疎明に必要な書面を提出しなければならない(民訴規二四二条二項)。

四. 代替執行の費用

(1) 代替執行の費用の意義

次に、代替執行の費用に関する状況としては以下の通りとなる。

代替執行の費用は、大きく二種類に分けることができる。一つは、授權決定手続に必要な費用である。これには、

債務名義の送達証明申請、執行文の付与、授権決定申立てに関する手数料、書記料、提出費用などがある¹⁵。もう一つは、授権決定に基づく作為の実施の費用（実施費用）である。実施費用は、作為の準備から完了までに支出した費用で、たとえば補助者の人件費、資材費、機材費等であり、そのうち作為の実施に必要であったものである¹⁶。執行官が実施者である場合には、執行官への手数料（執行官法八条二項二〇号）、費用（同一〇条）、補助者への支払いに要する費用などが含まれる¹⁷。

前者については民訴費用法に規定された費用（民訴費用法二条一二号等）であり、民事執行法四二条一項の執行費用であることは明らかであるが、実施費用については、これに該当するかが争われる。多数説は、執行費用に該当するというものである。これには、代替執行は、執行債権者が債務者の費用で定められた行為をすることができる点に意義があるから、代替執行に際して立て替えた債権者は、代替執行を終えた後でも、債務者に対し、実体法上その償還を請求することができることは当然であるとする¹⁸。これを認める裁判例もある¹⁹。

これに対して、執行費用に該当しないと見る見解によれば、債務者が実施費用を負担する根拠を民法四一四条一項（民法旧四一四条二項）に求める²⁰。

(2) 代替執行の費用の取立て

作為実施の費用は、債務者の負担である（民執一七一条一項）。費用を支出した債権者は、どのようにこれを債務者から取り立てることができるか。

①費用前払決定

債権者は、執行裁判所に対して、代替行為の実施費用をあらかじめ支払うよう債務者に命ずる旨の申立てをすることができる(民執一七一条四項)。この申立ては、授權決定の申立てと同時になされるのが通例であり、授權決定の発令までにする必要がある⁽²¹⁾。

前払決定の申立ての際には、作為実施に必要とされる具体的な作業内容とこれに必要な費用を明らかにし、これを裏付ける見積書等の資料を提出する⁽²²⁾。授權決定をするに際して、執行裁判所は、代替行為の実施費用を算定し、債務者に費用前払いを命じる決定をする。この費用前払決定は抗告によらなければ不服を申し立てられない裁判として債務名義となる(民執二二条三項)。これにより、債権者は、前払いを命じられた金額については金銭執行により債務者から取り立てることができる。作為実施が完了して、前払決定で定められた額に余剰が生じた場合には債務者は、不当利得として差額の返還を求めることができる。取立てがなされていない場合には、請求異議の訴えにより執行力を排除することができる⁽²³⁾。

②費用額確定手続による取立ての可否

前払決定がなされなかった場合、または費用額が前払いの額を超える場合には、同時取立てができないため、執行費用額確定処分を得た上で(民執四二条四項ないし九項)、これを債務名義として金銭執行により取り立てることになる。代替執行の実施費用については、費用前払決定がなされなかった場合、または前払費用決定で定められた費用よりも多額の費用を要した場合に、執行費用として施行裁判所の裁判所書記官による費用額確定手続によって取り立てるこ

とができるかが問題となる。⁽²⁴⁾ この問題は、代替執行の実施費用が執行費用に当たるかという前述の問題とも関わるものである。これを肯定する見解は、費用額確定手続によるしかないとするが、その根拠は明確ではない。⁽²⁵⁾ しかし、実施費用が執行費用に含まれることの当然の帰結であると考えられたものと推察される。これに対して、否定する見解は、代替行為の実施は強制執行ではないこと、民訴費用法に掲げられていないこと、実施費用は非定型的であり、その支出の必要性や金額の相当性の判断は費用額確定手続には適さないことを根拠とする。⁽²⁶⁾ この見解によれば、実施費用は執行費用とはいえず、費用額確定手続を経て取り立てることができないこととなり、実施費用は債務者に対する給付訴訟により請求することができるのみである。

五. 判例

(1) 最高裁令和二年四月七日判決民集七四卷三号六四六頁

執行費用の取立ての方法に関しては、最高裁令和二年四月七日判決民集七四卷三号六四六頁（以下、「令和二年判決」という。）がある。⁽²⁷⁾ 本判決は、実施費用の取立ての方法についても関係してくると思われる。そこで、これを検討したうえで、代替執行における実施費用との関係、特に上記の実施費用を費用額確定手続によって取り立てることについて検討する。

①事実の概要

事実の概要は、以下の通りである。

X（被上告人）は、Y（上告人）に対してある建物の一部（以下、「本件建物部分」という。）について明渡しを命ずる仮執行宣言付判決に基づく強制執行をなし、その際、民事執行法四二条一項に規定する強制執行の費用で必要なものに当たる合計一六一万円余（以下、「本件執行費用」という。）を支出した。Xは、本件執行費用について、Yによる本件建物部分の占有に係る共同不法行為による損害であると主張して、Yに対して、不法行為に基づき上記一六一万円余及びこの請求に係る弁護士費用相当額一六万円余並びにこれに対する遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起した。原審は、Xの請求を認容したところ、Yが上告受理申立てをした。

②判決の要旨

最高裁の判決は、一部破棄自判・一部上告棄却して、次のように判示した。

「民事執行法は、強制執行の費用で必要なものを債務者の負担とする旨を定め（四二条一項）、このうち同条二項の規定により執行手続において同時に取り立てられたもの以外の費用については、その額を定める執行裁判所の裁判所書記官の処分（以下「費用額確定処分」という。）を経て、強制執行により取り立て得ることとしている（同条四項ないし八項、一二条四号の二）。また、同法四二条一項にいう強制執行の費用の範囲は、民事訴訟費用等に関する法律（以下「費用法」という。）二条各号においてその費目を掲げるものとされ、その額は、同条各号に定めるところによるとされている。

このように、費用法二条が法令の規定により民事執行手続を含む民事訴訟等の手続の当事者等が負担すべき当該手続の費用の費目及び額を法定しているのは、当該手続に一般的に必要と考えられるものを定型的、画一的に定めることにより、当該手続の当事者等に予測できない負担が生ずること等を防ぐとともに、当該費用の額を容易に確定することを可能とし、民事執行法等が費用額確定処分等により当該費用を簡易迅速に取り立て得るものとしていることとあいまって、適正な司法制度の維持と公平かつ円滑なその利用という公益目的を達成する趣旨に出たものと解される。そうすると、強制執行においてその申立てをした債権者が当該強制執行に要した費用のうち費用法二条各号に掲げられた費目のものについては、民事執行法四二条二項により債務者から執行手続において取り立てるほかは専ら費用額確定処分を経て取り立てることが予定されているというべきであつて、これを当該強制執行における債務者に対する不法行為に基づく損害賠償請求において損害として主張し得るとすることは上記趣旨を損なうこととなる。

したがって、強制執行の申立てをした債権者が、当該強制執行における債務者に対する不法行為に基づく損害賠償請求において、当該強制執行に要した費用のうち費用法二条各号に掲げられた費目のものを損害として主張することは許されないと解するのが相当である。」

なお、宇賀克也裁判官の補足意見がある。

「民事執行法四二条二項以下に定める執行費用額確定手続は、裁判所書記官が費用法二条各号所定の費用の額のみを計算して債務名義とするものであり、訴訟手続と比較して簡易迅速であり、かつ申立手数料も不要とされている。

しかし、一般に、簡易迅速な特別手続が法定されている場合、それが専ら私人の便宜のみを念頭に置いたものであれば、当該特別手続を利用するか、通常の手続を利用するかを私人の選択に委ねることを否定することはできないと

思われる。たとえば、登録免許税法三一条二項は、登録免許税の過誤納があるとき、その旨を登記機関に申し出て、当該過大に納付した登録免許税の額を登記機関が所轄税務署長に通知すべき旨を登記等を受けた者が請求することを認めている。最高裁平成一三年（行ヒ）第二五号同一七年四月一四日第一小法廷判決・民集五九卷三号四九一頁は、これと同趣旨の規定である平成一四年法律第一五二号による改正前の登録免許税法三一条二項について、登記等を受ける者が職権で行われる上記の通知の手続を利用して簡易迅速に過誤納金の還付を受けることができるようにしたものであり、登録免許税の還付を請求するのは専ら同項所定の手続によらなければならないこととする手続の排他性を定めるものといふことはできないと判示している。

したがって、簡易迅速な特別手続の排他性を認めるためには、当該手続が単にその手続の利用者の便宜を図るにとどまらず、当該手続の利用に公益性を認めて、当該手続を排他的なものとする趣旨であるかを検討する必要がある。

費用法二条は、民事執行法四二条四項以下に定める執行費用額確定手続、民事訴訟法七一条が定める訴訟費用額確定手続等とあいまって、償還請求が可能な費用を当該訴訟等の手続により生じた一切の費用とせず、一般にそれらの手続において必要とされる類型の行為に要した費用を公平に当事者双方に負担させることにより、当事者が訴訟制度等を躊躇なく利用し、適正な立証活動等を可能にすることを意図したものといえる。したがって、それは、裁判を受ける権利を実効的なものとするという意味において、司法制度の基盤の一環をなすものといえ、公益性を認めることができ、手続の排他性を認めることが正当化されると考えられる。」

(2) 本判決の意義と射程

本判決は、建物明渡しの強制執行の申立てをした債権者が、当該建物の占有に係る不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、当該執行に要した費用のうち民訴費用法二条各号に掲げる費目のものを損害として主張することは許されない旨を判示したものである。ここでは、執行費用については同時取立ての方法、そして執行費用額確定手続によつて確定した執行費用額確定処分を債務名義として取り立てる方法に触れた。本判決の事案では、いわば第三の道として、執行費用について、費用額確定手続とは別に、不法行為に基づく損害賠償請求の訴えにおいて請求することができるかが問題となる。一般的に、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、その請求に関して手続のために必要となった費用とともに損害として請求することが認められているところであるが、本判決は、執行費用の取立てについてはもっぱら費用額確定手続によらなければならないと判断したものである。

ところで、執行費用額確定手続は、裁判所書記官による費用確定処分を目的とするきわめて簡易な手続であり、当事者にとっては簡易な手続によつて費用の取立てのための債務名義を取得することができるという利点がある。前述の代替執行の実施費用について費用額確定手続でもって債務名義を取得しうるか、という問題は、実施費用について債権者のこの利益を享受することができるかが問題となるのである。他方で、債権者にとって、不法行為に基づく損害賠償請求権として構成される請求権を有していると評価できるかは別として、判決手続でもって執行費用について裁判を受ける権利が認められるか、という問題をたてることができる。本判決は、費用額確定手続を利用することができることと合わせて、公益性を根拠として、結果的には判決手続でもって費用額について裁判を受ける権利を否定したこととなる。⁽²⁸⁾しかし、簡易な手続を受けることができることは、充実した審理を受ける機会が与えられなくてよ

いことの根拠とはなりえず、両者は別に考えられなければならない。とくに、代替執行における実施費用のように、一般的に高額になる傾向にあり、またその内容が一義的、形式的に決定されうるものではなく実質的な判断を含むような場合には、より充実した審理が要求されることになる。

前述の通り、本判決は、執行費用について判決手続で裁判される機会を当事者に与えないことを示したものであるが、代替執行の実施費用については、判決手続において審理・裁判される必要が認められることから、すくなくとも代替執行の実施費用については本決の判示内容は妥当しないと考えなければならない⁽²⁹⁾。したがって、本判決の射程は、代替執行の費用額確定には及ばないと解するべきである。

六．執行費用償還請求権と実施費用

(1) 執行費用償還請求権の法的性質

いかなる手続でもって代替執行の費用を取り立てることができるかについて、執行費用償還請求権の法的性質の面から検討する。代替執行、強制執行に限らず、民事手続を利用するために必要な費用については、原則当事者の負担となる⁽³⁰⁾。そして、手続にかかる費用については、手続の開始を求める当事者が予納をしたうえで（民訴規三条一項、民執一四条二項）、最終的にどちらの当事者がいくら費用を負担するかが裁判される。民事訴訟の場合には、判決の主文において、当事者間の訴訟費用負担の割合が判断される（民訴六七条一項）。執行の場合には、債務者が費用を負担することは決まっているので、それを前提として、前述（三(2)）の手続に基づいて、執行費用の額が確定され、債権者

によってその取立てがなされることとなる。つまり、費用を支出した当事者は、費用を負担する義務を負う当事者に対して費用償還請求権を有することになる。この費用償還請求権の法的性質については、上記の令和二年判決に関する問題、すなわち、執行費用の償還請求権を不法行為に基づく損害賠償請求の訴えにおいて訴求することができるか、という問題とも関わってくる。

この費用償還請求権には、訴訟法上の請求権と実体法上の請求権と二つの側面がある。訴訟法上の請求権とは、訴訟法規にその基礎を有する請求権である³¹⁾。訴訟費用、または執行費用の負担については、それぞれ民事訴訟法、民事執行法において定められ、訴訟費用、執行費用に当たる費用については民事訴訟法において規定される。これらの規定に基づいて生じた請求権は訴訟法上の請求権といえる。

実体法上の請求権とは、強制執行が債務者の債務不履行に起因して行われたことを基礎として、その実施のために生じた費用の償還を求める請求権であり、債務不履行に基づく損害賠償、または不法行為に基づく損害賠償として、費用を支払った債権者が債務者に対して請求するものである³²⁾。

たしかに我が国では、費用償還請求権について、訴訟法上の請求権と実体法上の請求権との区別は意識されてこなかった³³⁾。しかし、費用額確定処分を経て確定される費用償還請求権は、まさに、訴訟法規にその発生の原因があり、特別に定められた手続を用いてのみ行使されうる性質を有する請求権であり、これは訴訟法上の請求権と意義付けるのが適切であろう。

(2) 費用償還請求権とその実現のための手続

訴訟法上、および実体法上の費用償還請求権が、それぞれのどのような手続によつて実現されることが予定されるべきか。訴訟法上の請求権については、簡易な費用額確定手続によることを可能とするべきである。この趣旨は、訴訟費用や執行費用の償還は、訴訟事件や強制執行事件の付随的な手続事項であり、対象となる費用は一般的には低額であること、審理の内容は、申立人の主張する額について、本体の事件記録に基づき疎明の有無を判断することであり複雑な主張や精緻な立証を要するものでないことから、費用償還請求権の行使に過大な費用、時間、労力を要し、費用償還請求の実効性を損なわれないようにするものである⁽³⁴⁾。

くわえて、判例によれば、これは実体法上の権利（令和二年判決の事案では不法行為に基づく損害賠償請求権）として判決手続において訴求することはできない。しかし、民事執行法が、執行費用について簡易な方法で取り立てる手段を債権者に認めているからと言って、訴訟手続においてこれを請求する権限を制限しているとはいえず、この点でも令和二年判決には疑問が残る⁽³⁵⁾。

他方で、実体法上の請求権については、民事訴訟における大原則に従い、判決手続において審理・裁判されるべきである。しかし、実体法上の請求権と性質決定される費用の中には、民事費用法二条に掲げられた費用に該当する費用も含まれており、実質的には同じ費用について、それを審理・裁判する手続を異なるとすることは無意義である。すなわち、この費用については、簡易な費用額確定手続において審理、裁判することになるべきである。そうすると、主には民事費用法二条に掲げられる定型的費用以外の費用について、どのような手続で審理・裁判されるかが決定されるべきで、それで足りる。

代替執行の実施費用についてみると、民訴費用法に掲げられた費用ではなく、たしかにそれが執行そのものであるとはいえ、その費用が訴訟法に基づくものとは言えない。くわえて、実施費用は、一般的に高額になりやすく、定型性もないので、その必要性（民執四二条一項）の判断にはより慎重な審理が必要であり、また当事者はそれを求めることができないなければならない。よって、実施費用については判決手続での審理・裁判がなされるべきであり、費用額確定処分の対象とはならないと解する。そうすると、上述のように、令和二年判決は、やはり実施費用については射程に含まれないとするか、仮に含まれるとするならば、実施費用について判決手続での審理・裁判の機会を当事者から奪う点でやはり不当である。

七．まとめに代えて

本稿では、代替執行の実施費用の法的性質とその取立方法について検討した。費用償還請求権の訴訟法的性質と実体的性質を区別したうえで、実施費用の訴訟法的性質を否定した。実施費用の取立方法については、その性質から費用額確定手続ではなく、判決手続による審理・裁判の機会が当事者に与えられるべきであり、またこれによるべきである。このことは、令和二年判決の問題点を浮き彫りするとともに、その射程を明らかにするものといえる。

本稿は、令和四年度法学部研究費「学術研究費（共同研究費）」「一般条項における実体法と手続法の交錯」（代表松嶋隆弘）の研究成果の一部である。

(1) 平成一五年の担保法・執行法改正により、代替的作為の執行方法として、執行債権者による代替執行と間接強制の選択を認めることになった（民執一七一条、同一七三条）。中野貞一郎¹¹下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院、二〇二二年）八五三頁以下。

(2) 併用を認める裁判例としては、広島高裁松江支部平成一七年二月二四日（非公表・後掲大濱論文で紹介されたもの）がある。併用を肯定するものとして、中野¹²下村・前掲注(1)、八五四頁、山本和彦「間接強制の適用範囲の拡大」『新しい担保・執行制度〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇四年）一六〇頁、鈴木雄輔「間接強制と代替執行・直接強制の併用の許否」金法一九九〇号五七頁。併用を否定するものとして、大濱しのぶ「間接強制と他の執行方法の併用の許否」判タ一二一七号七三頁。

(3) 実体上の理由は審理されない。中野¹³下村・前掲注(1)、八五五頁。授權決定をする際、執行裁判所は、債務者を審尋しなければならぬ。これは、授權決定によつて債務者が重大な打撃をうけるのが通常であること、したがつて授權決定をするか否か、どのような授權決定が相当であるか、前払費用額をいくらと算定するか等の判断が必ずしも一律単純なものではなく、事実認定や債務名義の解釈なども含めて総合的裁量的に判断せざるを得ない場合もあることに鑑み、債務者に対し簡易迅速な方法による防御の機会を保障し、もつて裁判の公平と適切妥当な執行を期したものであるとされる。藤田耕三¹⁴河村卓哉¹⁵林屋礼二編『民事執行法の基礎』（青林書院新社、一九八三年）八三頁〔伊藤剛〕。ただし、審尋の対象となる事項について不明であり、必要的ではとも解される。鈴木忠一¹⁶三ヶ月章編『注解民事執行法(5)』（第一法規、一九八五年）七七頁〔富越和厚〕。

(4) 授權決定の本質は、債権者に対して、債務者の作為実施を代わつてなすことを許可することにあるから、実施者を指定する必要はない。鈴木忠一¹⁷三ヶ月章編・前掲注(3)、七七頁〔富越和厚〕。

(5) これは、授權決定の申立てとともになされることが通例であるが、授權決定後でも申立ては可能である。

(6) 大村敦志¹⁸道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、二〇一七年）九九頁〔加毛明〕。

(7) 法制審議会民法（債権法）部会資料六八A、四頁。

(8) 加毛・前掲注(6)、一〇二頁。

- (9) 川嶋四郎「代替執行論・覚書(1)」法政研究六七卷三号一〇五頁以下(特に一〇九頁以下)参照。
- (10) 川嶋四郎「差止的救済形成の源泉としての「適当ノ処分」に関する一試論——創造的授權決定手続」を含む「適当処分手続」の構想と民事執行法一七一条の再構成」熊本法学七一号一頁。
- (11) 強制執行は、債務者がその債務を履行しないことが原因で債権者が行わざるを得ないものであるから、執行のために必要な費用は債務者が負担することが当然であるとされている。中野貞一郎、下村正明『民事執行法〔改訂版〕』(青林書院、二〇二一年)一〇六頁。ただし、強制執行は債務者が任意に履行しないことを要件としていないことから、強制執行をしなれば弁済を受けることができなかつたか否かについては、常に肯定できるとは限らず、債権者の行為によって費用を増加したときに該当することもありうる。したがって、法が執行費用の負担者を明文で定めなるときは、具体的事件ごとに、右のような事実を確定しなければ、費用の負担者が定められないこととなるおそれがある。民執四二条一項は、事情のいかんにかかわらず、強制執行が行われ、その執行に必要であつた以上、その費用の負担者は、常に債務者とするものと規定した。香川保一監修『注釈民事執行法2』(きんざい、一九八五年)六四六頁〔大橋寛明〕。
- (12) 「必要なもの」の意義について検討したものととして、拙稿「執行費用の分配」河野古稀『民事手続法の比較法的・歴史的研究』(慈学社出版、二〇一四年)四三二頁。執行費用となるものとしては、強制執行の申立費用、債務名義の送達費用、執行文付与に関する費用、差押えの登記登録に要する費用、換価に関する費用(たとえば、現況調査を行う執行官の手数料、不動産の評価費用、売却のための公告費用等)、手続続行のための通知費用、差押債権者の申立てによる売却のための保全処分をする費用(民執五五条)、第二債務者の供託費用などが挙げられる。齊藤秀夫・齊藤和夫『基本法コンメンタル民事執行法〔第6版〕』(日本評論社、二〇〇九年)一三九頁
- (13) 費用額確定処分自体は給付を命じる裁判ではないが、債務名義と認められる。大橋・前掲注(11)、六五九頁。
- (14) 債権者が費用額相当金額を返還すべき場合で、民執四二条三項に基づいて費用額の確定決定がなされる場合についても同様である。
- (15) 鈴木忠一、三ヶ月章編・前掲注(3)、八四頁〔富越和厚〕。

- (16) 園部厚『書式代替執行・間接強制・意思表示擬制の実務〔第6版〕』（民事法研究会、二〇二一年）九六頁。
- (17) 鈴木忠一 Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八五頁〔富越和厚〕。
- (18) 田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』（きんざい、一九八〇年）三七三頁。
- (19) 東京地決昭和四五年六月八日下民集二二巻六号七六九頁。実施費用については、「広義の執行費用」に含まれるとする。また、費用前払決定がなされた事案ではあるが、債務者に対する費用償還請求権を被保全権利とする仮差押命令を認めた名古屋高決平成二五年六月一日金法一九八五号一六〇頁は、執行費用額確定の申立てが民事保全法三七条一項の「本案の訴え」に該当するとした。
- (20) 鈴木忠一 Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八五頁〔富越和厚〕。なお、この場合も、作為を執行官に担当させる場合には執行費用となる余地があるとするものもある（民訴費用法二条三号参照）。鈴木忠一 Ⅱ三ヶ月章編『注解民事執行法（1）』（第一法規、一九八四年）七二〇頁〔大橋寛明〕。
- (21) 鈴木忠一 Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八六頁〔富越和厚〕。
- (22) 鈴木忠一 Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八六頁〔富越和厚〕。
- (23) 香川保一監修『注釈民事執行法（7）』（きんざい、一九八九年）二六六頁〔富越和厚〕。
- (24) 執行費用の同時取立てができるのは金銭債権についての強制執行、つまり金銭執行のみである（民執四二条二項）から、同時取立てをすることはできない。
- (25) 旧法下では、肯定説が通説であった。田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』（きんざい、一九八〇年）、三七四頁、川嶋・前掲注(9)、一三一頁。旧法下の文献として、兼子一『増補民事執行法』（酒井書店、一九五二年）二八八頁。
- (26) 鈴木忠一 Ⅱ三ヶ月章編・前掲注(3)、八四頁〔富越和厚〕。
- (27) 本判決の評釈として、拙稿・新・判例解説 watch 一七号一四七頁、内田義厚・判例秘書ジャーナル HJ10081、高田賢治・法教四七九号一四四頁、青木哲・金法二二六九号三六頁、山木戸勇一郎・ジュリ臨増一五五七号一〇二頁、河津博史・銀行法務二一・八六八号四七頁、工藤敏隆・法学研究（慶應）九四巻四号一二九頁、安永祐司・民商一五七巻三号五三一頁、内

海博俊・リマ六三号一二六頁、岡庭幹司・判評七五七号一三三頁がある。

(28) 前述のように、費用額確定処分の申立てについての処分に対しては、異議を申し立てることができ(民執四二条五項)、この異議の申立てについての決定に対しては執行抗告をすることができる(民執四二条七項)。たしかに、裁判官による判断、及び上訴の機会が保障されているが、それで十分か意識されていたかは疑問である。

(29) 筆者は、本判決の評釈において、民訴費用法二条の趣旨である公益性は、訴訟費用や執行費用となるべき費用の限定列挙に関するものであり、手続の選択は無関係であるから、当事者が判決手続を選択する権利が奪われるべきではないとして本判決に反対した。拙稿・前掲注(27)、一四七頁。

(30) 国家が私人に自力救済を禁止し司法を独占するが、国民に裁判制度を無料で利用させることにはならない。中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』(有斐閣、二〇一八年)四八一頁。

(31) Serena Köppen, Rechtskonfliktkosten im Zivilrecht, 2022, S.12.

(32) Köppen, a. a. O., (F.n.31), S.1.

(33) ドイツの議論については、金子宏直『民事訴訟費用の負担原則』(勁草書房、一九九八年)一三二九頁以下参照。

(34) 工藤・前掲注(27)、一三八頁。

(35) 中野Ⅱ下村・前掲注(1)、一九七頁。

