

Title	執行請求権論
Sub Title	On Vollstreckungspruch
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.6 (1961. 6) ,p.18- 43
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610615-0018">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610615-0018</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 執行請求權論

石川 明

- 一 はしがき
- 二 具體的執行請求權説と抽象的執行請求權説の對立
- 三 中間説 その一
- 四 中間説 その二
- 五 むすび

## 一 はしがき

執行請求權論は、一方において執行本質論と關係し、他方において不當執行論並びに請求異議訴訟本質論と關係する執行法の基本問題である。最近顯著に唱えられる訴權<sup>(1)</sup>並びに執行請求權否定論を假りに肯定するとしても、實體法上の請求權の存在が執行要件をなすか否かという問題は依然として残る。本稿は、執行制度の目的との關連において従來の執行請求權論を檢討し、以て不當執行論並びに請求異議訴訟本質論への足がかりをつけようとするものである。

(1) 例えは訴權を訴訟制度の反射効とみてこれを否定する見解、三ヵ月、民事訴訟法、八頁以下、民事訴訟の機能的考察と現象的考察、法協七五卷二號一一七頁以下、私は訴權肯定論をとるか、ここではこの點につき論じないことにする。

また小野木教授は、「執行請求権を認める見解もあるが、それは権利保護請求権の一亜種として認められるものであり、後者が理論的に認められない以上前者も認められない」とされる。強制執行法・破産法、四頁。しかし、権利保護請求権論者に限り執行請求権を認めるのではない。例えばローゼンベルク・グローは執行請求権を司法請求権の低位概念とし、兼子教授は判決手続において本案判決請求権を認められつつ、執行請求権を認められる。更に吉川教授は、新法律學全書強制執行法二〇―二一頁において「この認識に基づき権利の強制的實現がなされることは、權利本來の特質でなければならぬ。従つて所謂強制執行權と私法上の權利（請求權）とは別個の獨立の二個の權利と見るべきではなく、強制執行は私法上の權利行使の一態様であるといわねばならぬ。債務名義自體は國家が或る時點に於ける實體權の存在を一應是認する一つの形式であり、之に一定の條件の下に執行力を肯定するのである。果してそうだとすれば、強制執行權なる概念にいかなる内容をもり、またいかなる精緻な理論を構成するとしても、國家に對する公權として、實體權と別個に之を認める實益は殆んど考えられない」とされる。實體法上の請求權が強行性を有すること當然であるが、強制的實現は執行手續によりなされるのであり、執行法は實體法と次元を異にする。そこに實體權と並んで執行請求權の存在の必要性が認められる。兩者が存在の場合・權利の方向・効果を異にする以上別個のものとして觀念すべきである。

## 二 具體的執行請求權説と抽象的執行請求權説の對立

抽象的執行請求權説によれば、執行請求權乃至執行力は實體權の存否と無關係に抽象的に債務名義のみに基づき發生する、とされる。抽象的執行請求權説を唱える者として、Hellwig, Geib, Stein, Pagenstecher, Hein, Rosenberg 等<sup>(2)</sup>をあげる事ができる。その各見解は兼子教授により「請求權と債務名義」中に紹介されている<sup>(3)</sup>。

Hellwig の執行請求權論は彼の實體法・訴訟法對立二元觀に基礎づけられた抽象的なものである。すなわち、執行權を權利保護請求權の一發現型態であるとし、執行關係と狹義の訴訟關係とを併行的に考え、訴訟成立要件と權利保護要件とをわけ、執行申立人が執行權者たることは後の要件の一つであるとし、而して執行權を私法上の請求權そのものでも、又その屬性、作用でもなく、従つて債務者に向けられたものでもなく、實體權とは無關係な訴訟上の權利として債務名義の成立と共に

に發生する、というのである。<sup>(4)</sup>この見解は次の三點で批判されている。(1)第一に訴權と執行請求權の取扱上矛盾がある。すなわち判決請求權として具體的訴權を認めながら執行請求權は抽象的であるという。更に彼が既判力につき訴訟法説をとり判決上の權利と實體權との關連を否定する場合、確定判決に基づく執行においても權利保護はその對象をくもらされる。

この點は有力な批判として、しばしばなされるところである。彼にあつては、既判力論ひいては實體法訴訟法對立二元觀、更には執行請求權論が、その具體的訴權論と矛盾していることは動かしがたい事實である。私法一元觀からその訴訟觀を一步前進せしめたとはいへ、訴權論においては依然として私法的二元觀を完全には脱却しえず、その影響を若干殘していることに、この事實は依つているのである。ここで問題なのは、従つて、Hellwigの體系内在的矛盾を指摘することではなく、考察の出發點として、私法的二元觀を完全には脱却しえなかつた具體的訴權論をとるか否かということなのである。勿論解答は「否」でなければならぬ。(2)第二に權利保護請求權と執行請求權の取扱上の矛盾のみならず、彼にあつては、執行請求權並びに假差押請求權の取扱いにおいて矛盾がある、とされる。すなわち彼によると、假差押請求權は被保全權利の存在の場合にのみ存在するという。これに反し、執行請求權は實體的請求權とは獨立に存在するという。その取扱上の差異は不當執行の問題において生じる。すなわち、不當執行の損害賠償義務を彼は公法上適法な行爲の實體法上の違法性に基因せしめるに反し、不當假差押に基づく損害賠償の原因を債權者が假差押權ではなく、假差押の可能性をもつていたにすぎないという點に求めている。事情は兩者において何等異るところがないに拘らず、かかる差異的取扱いをなすのは矛盾である、と Goldschmidt はいっているのである。<sup>(7)</sup>不當假差押により發生する損害賠償責任が不法行爲に基づくものではなく、法の特に認めた無過失賠償責任であるとしても、Goldschmidt のいうように Hellwig の前提たる權利保護という目的をすべての訴訟制度に一貫すれば兩請求權の取扱上の矛盾に合理的根據はない。(3)この他 Goldschmidt は Hellwig における既判力及び執行力の取扱上の矛盾を指摘する。<sup>(8)</sup>すなわち Hellwig によると、不當に棄却された判決の既判力は權利保護請求權を否定する

能力を缺くが、實體的に不當な給付判決には執行力が發生し執行請求權が發生する<sup>(9)</sup>。この點について Goldschmidt は、既判力及び執行力は明らかに判決の特性であつて、執行請求權を質的に判決請求權と異つた基礎の上に定立しようとするなら、兩者を共通の上位概念を以て統合することはできないという。執行力と既判力とは共に判決の特性であるとはいへ、各々の内容を異にするのであるから Hellwig の説く處は一應納得できても、結果的にみれば、それは二つの相矛盾せる權利——被告の權利保護請求權と原告の執行請求權——を認めることになり不當であるし、何よりも廣義の訴訟が權利保護を目的とするという彼の大前提と矛盾することにならう。

Ortmann は抽象的執行請求權説の論據を次の四點に要約している。<sup>(10)</sup> (1) 具體的執行請求權説から抽象的執行請求權説に對する批判としてよく指摘されることであるが、獨乙民法七七五條は——殊に郵便受取證の提出が何故執行を停止させるか——抽象的執行請求權説と矛盾しないか、という疑問に對して、次のように反論する。先づ第一に、同條の意味における法律効果が依存しているのは債權者の實體的満足という事實ではない。同條は執行停止の効果を實體權欠缺の一定の認識根據に結合するに過ぎず實體權の消滅それ自體に結合していないこと、債權者のすべての満足が執行停止の理由として評價されるのではなく一定要件の存する場合に限定されること、殊に同條の列擧は制限列擧と考えられること、更には同條5號の如く請求權消滅に充分ならざる事項をも執行停止事由としていること——すなわち同條は郵便受取證の提出を執行停止事由としているが、持參債務の場合その支拂は郵便局への支拂の時ではなく債權者受領の時に完成するはずである——等はそれを示している。次に、同條の結果として生じるものは執行權の完全な消滅ではなく單にその停止制限であるに過ぎない。すなわち同條規定の事由により執行請求權はその行使が制限されるに過ぎず、消滅してしまふものではない。以上二つの點よりみて、同條は執行請求權の實體權への依存性を論證するものではなく、逆にその獨立性を論證するものである。(2) 第二に執行權が假りに實體權に依存しているというならば、債權者はその存在を證明せねばならず、又もし債務名義の存在が prima

Vista であるというならば債務者はその存在を反證を擧げて否定しえなければならぬ。勿論債務名義が判決である場合、かかる反證といえども既判力に抵觸することは許されないが、既判力に抵觸しない場合乃至は既判力の全く問題とならない執行證書の場合も、反證を擧げることによつて債務者を執行から保護することはできない。蓋し七九五條による七七五條の準用で、執行停止には債權者の満足を證明する一定の書面が必要であり、それ以外には請求異議訴訟に訴える以外に救済の道はないからである。(3)第三に執行機關に反證の評価をなさしむることが不適當であるが故にこそ債務名義に執行力を與えたのであつて、元來それは抽象的なのである。(4)最後に、執行請求權の實體權への依存性を肯定するなら、國家の執行權も亦同一の制限に従うはずである。それを否定するならば、個人は、執行權に關する限り、國家の主權に無制限に従うということとを前提としなければ、現實の不當執行を説明しえない。しかしかく解することは具體説の立場から不當執行を説明する一つの可能性であるが、それは近代法治國家理念の嘲笑を意味する。Jellinek が消極的地位すなわち法律違反に對する強制からの自由も亦個人の國家に對する權利に屬すると主張した如く、個人の國家に對する消極的地位が法律的に限界づけられたものであるならば、國家の執行權力のもとでも服従者によりそれは主張さるべきものである。執行權限はその要件が國民のすべてに妥當性を要求するという意味で國家に潜在的には無制限に歸屬する。しかし具體的現實的執行權の意味においては、法律的に性質づけられた法律要件に基づいてのみ、すなわち債務名義に基づいてのみ執行權は成立する。具體説の立場から不當執行を説明する他の可能性は、後にふれる Goldschmidt が説くように、執行行為のうちには國家の行為と機關の行為とをわけ、執行行為を無條件の拘束力をもつ國家の職務命令に基づく執行機關の行為として理解することである。彼はいう。判決の既判力の無條件の効力は——彼は判決における權利 (Recht am Urteil) を認めない——後訴の裁判官に對し既に確定された法律狀態をその判決の基礎におくべしとの拘束的職務命令を意味し、執行力の無條件の効力は執行機關に對する執行せよとの拘束的職務命令を意味するといふ<sup>(11)</sup>。しかしこれは正當ではない。先ず第一に同一一個の執行行為を國家の執

行爲と執行機關の執行行爲とに分解把握することの妥當性は問題である。<sup>(12)</sup> この點で Goldschmidt は彼自身批判の對象とした Geib の犯した誤りを自ら犯したことはないであらうか。Geib が同一一個の執行行爲中に執行追行行爲と實體權の行使とをわけて考えたのに反對して、Goldschmidt は概念的に一個の行爲を二つの行爲にわけて考えることは理論的に不可能であるといつた。<sup>(13)</sup> もしそうであるなら、執行行爲という概念的に同一一個の行爲のうち國家の執行行爲と執行機關の執行行爲とをわけて考えることも亦正當ではないといわねばなるまい。第二に彼は具體的執行請求權説の立場から不當執行の違法性を認める際に次の如くいう。すなわち、國家並びに債權者の執行行爲が違法であるとしても、執行機關の執行行爲は無條件の拘束的職務命令により、債務名義が實體法上不當であつても適法である。拘束的命令に基づいてなされた事實上の執行處分が同時に執行機關並びに國家に對して、國家との關係で義務に適した従つて適法な機關の職務行爲を救済が講じられる迄國家權力の適法な處置として國民にこれを尊重せしめる權利を發生せしめるものである、<sup>(14)</sup> と。しかしながら拘束的職務命令關係は國家内部の關係換言すれば國家對執行機關の關係であつて、國家乃至執行機關對國民の關係とは別のものである。何故に對内關係における命令が對外關係發生の根據たりうるのか。職務命令あるが故にそれが違法であつても機關の行爲が適法になるはずはない。Goldschmidt は、機關の行爲が適法であるが故に國民はこれに服従すべきであるという。對内關係及び對外關係を混同せる議論といふべきであらう。執行機關の行爲を適法であるとするためには、別の理由が求められねばなるまい。

以上論じた抽象的執行請求權説に反し、Goldschmidt は自らの具體的執行請求權説を構成するに際し、先ず次の五點を論據として指摘している。<sup>(16)</sup> (1)債務名義が執行請求權を實體的基礎と無關係には發生せしめていないという事は、既判力の介在により事態が不明確になる虞れない執行證書(獨乙民訴法七九四條五號)の場合及び獨乙民訴法六九九條の執行命令の場合に明らかである、と。Goldschmidt の主張する如く成程執行權は實體權と法律上全く無關係に與えられるものではない。しか

しそれは實體權の存在が執行權の要件であることを意味してはいない。「實體權のために」ということは、實體權實現を内容とするということではなく、單にそれを目的にするにすぎないと解釋しうる。すなわち、實體權は執行權の要件ではなく單に實體的 *causa* をなすにすぎないと考えられるからである。(2) 第二に彼はいう。執行力の實體權からの獨立性は執行請求權の實體權からの獨立性を含まない。債務名義は無條件に執行力を發生せしめるが、假りにそれが抽象的執行請求權を發生せしめているというならば、その最少限の効果として實體的 *causa* の不存在に關する舉證責任は轉換せねばならぬ。しかるに現實には債務名義の單なる存在によつて執行債務者に彼に負わされていない舉證責任が轉換されてはいないのである、と。そして彼はその例として、獨乙民訴法六〇〇條Ⅱ項の爾後手續、異議及び上訴手續、再審、執行證書上の請求權又は獨乙民訴法七二七・七三八條により執行される請求權に關する確認又は給付訴訟に基づく實體請求權不存在確定の場合を擧げている。しかしこの點における彼の主張も亦正しくないように思う。先ず第一にいかなる場合にも——彼の例示する場合にも更には確定判決に基づく執行における請求異議の訴、不當利得不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の場合にあつても——舉證責任の轉換はないものといわねばならない。例えば後三者において債務者が實體權の消滅又は期限の猶豫につき舉證責任を負うのは舉證責任分配の原則に従つたものであり、舉證責任の轉換ではない。その原則は前者においても同じである。もしこれを以て *Goldschmidt* が舉證責任の轉換といつているとするならば、それは抽象的執行請求權の發生に係るものではなく、債務名義の存在が實體權存在の *prima vista* であるか否かの問題に係るのである。債務名義が實體權の存否の推定において果す役割と、債務名義に基づき *Goldschmidt* のいう様に執行力だけが發生するのがあるいは執行請求權も發生するののかという問題とは相互に異なる問題なのである。(3) 第三に彼はいう。抽象的執行請求權の實體的 *causa* が私的請求權であるということは理解できないことである。公法的執行請求權の實體的 *causa* は常にそれ自體公權であらねばならぬ。ではそれはいかなる權利であるか。執行法に關していえば權利保護請求權は執行請求權なのであるから、それは權利保護請



求權たり得ない。給付判決請求權は執行請求權と同一の目的すなわち執行を目的とするものではなく、單に執行の基礎づけに向けられたものであるから、これも實體的 *causa* たり得ない。さりとて Degenkolb の主張する如く債務名義のみによつて條件づけられた形式的執行權限と債務名義及び實體的請求權の兩者により條件づけられた實質的執行請求權とを區別し、後者が前者の實體的 *causa* であるということもできない。蓋し、實體的 *causa*、それに依存する抽象的執行請求權の發生と同時に成立するが如き實體的 *causa* はその原因ではなく効果であるから。従つて残る唯一の可能性は、權利保護請求權が當初より私法上の要件に基づいて執行に向けられており、それと並んであるいはその代りに抽象的執行請求權が發生すると考えることであり、そうすることにより始めて抽象的執行請求權は實體的 *causa* をもつことになるのである。しかし權利保護請求權は初めから債務名義の發生を志向しており執行を志向していないのであるから、かく解することは事實に反する。給付判決は實體的に條件づけられた權利保護請求權と並んで又はその代りに抽象的執行請求權を發生せしめるものではなく、むしろ債務名義は給付判決請求權を執行請求權に變えるために私法上の法律要件と結びつくのである、というのである。しかし公法上の抽象的請求權の實體的 *causa* が公權であらねばならぬということがいえるだろうか。このテーゼは、實は實體法並びに訴訟法における統一評價の可能性を前提とする。兩法域における統一評價の可能性はまさに執行請求權論によつて決定される問題ではないだろうか。従つて Goldschmidt が抽象的執行請求權の實體的 *causa* が公權であらねばならぬという前提に立ち、かかる公權は見當らないという理由で抽象的執行請求權説を否定する場合、それはまさに理論の逆轉といわねばならぬ。更に Goldschmidt の Degenkolb 批判も正當ではない。蓋し時間的同時性は論理的形式原因關係の存在を否定するものではない。(4)債務名義が存在するからといつて從來の訴訟物にかわつて抽象的執行請求權が新たな訴訟物になるものでもない。一見執行請求權が訴訟物であると思われる請求異議訴訟にあつても直接間接とを問わず執行請求權が訴訟物をなすものではない。請求異議の訴の本質を執行請求權不存在確認の訴とみる場合にのみ執行請求權がその

訴訟物となるのであるが、この見解は正當ではない。蓋し請求異議訴訟において執行を不適法とする判決がある迄許されるのは、執行機關の執行行為であつて債權者の執行行為ではないからである。執行請求權が請求異議訴訟の訴訟物ではないということは、債務名義に明らかな解除條件の主張のためにも請求異議訴訟が必要であることから明白である。假りに執行請求權の否認を求める請求が請求異議訴訟の對象であるとすると、これは理解しえないことになる。蓋し執行請求權は解除條件の發生と同時に消滅しているのであるから、これは債務名義の無條件の効力が抽象的執行請求權の發生を意味していないことを示す。蓋しもし抽象的執行請求權が存するとならば、抽象的執行請求權が明らかに消滅している場合債務名義の明示的失効を執行停止のため必要としないからである。このように彼はいうのである。しかしながら彼のこの議論は具體説を前提として抽象説を批判し具體説の正當性を論證しようとするものであつて、その前提の正當性の證明にはならない。

(5) *Goldschmidt* は更にいう。執行が債權者の申立に係つていふ事實は、一見債務名義の存在が執行機關に對する執行命令であるのみならず執行機關の執行義務を發生せしめるが債權者の無條件の執行請求權を發生せしめるものではない、というテーゼに反するかのように見える。しかし執行申立という執行開始要件は執行力それ自體又はその効果の無條件の放棄の可能性を意味するものではない。蓋しさもなければ給付訴訟繰返しの禁止が執行力それ自體の放棄により回避されることになるであろうし、後者にあつては、執行機關に對し既に排除されている債務名義の實體的基礎の調査の負擔を負わしめることは當事者の任意になしうるところではないからである。執行力が既判力同様放棄しえないものであるということは、單に債務名義の存在によつて發生せしめられた執行機關の執行義務が執行債權者の執行權とコレラートの關係に立つものではないことの證據である、という。執行力が既判力同様放棄しえないものであることは明らかである。しかし彼は權利の放棄が自由であるという前提に立つている。この前提こそまさに問題である。權利の任意放棄可能性については、公的色彩のこい權利から純私益的權利にいたる迄各種の段階が認められるであろう。訴權執行請求權の如きは問題があるが、それらが

一方において私益保護を目的とする他方、適法な紛争の解決という公的利益に關するが故に、その放棄が實體法上の契約を意味する場合を別として、放棄は認められないといわねばならぬ。従つて、無條件の執行力が債權者に執行請求權を認めたものであるならば、執行力が放棄しうるにも拘らず實際は放棄しえないのであるからそれは執行債權者に執行請求權を與えたものではないという Goldschmidt の見解も誤りであるといわねばならぬ。

以上の如き論據を擧げた後、彼は更にその見解を確證するために、債務名義の無條件の効力を拘束的職務命令とすることに對して提出されるであろう疑問に答えて<sup>(17)</sup>いる。豫想された疑問とは次の三つである。(1)第一の豫想される疑問は、判決手續における裁判官と執行機關との間に上下秩序の關係がないから、職務命令を以てこれを説明することはできないのではないかということである。彼によれば、債務名義の無條件の拘束力同様既判力も亦後訴の裁判官に對する無條件の拘束力ある職務命令なのである。すなわち、不當判決は實體法説の説く様に判決における權利を發生せしめるものではない。Hellwig は成程判決における權利とすることをいつているが、不當判決において敗訴者の權利保護請求權の存續を認めながら、かかる權利を認めること自體相矛盾する二つの權利を認めたことになる。Hellwig は判決における權利とすることをいいながら、實際上はそこから何の結果も導出していない。蓋し他方不當判決取消は、その確定効に——その執行力に對するとは違つて——遡及効を與えることができないことを明らかにしているからである。<sup>(18)</sup> いずれにせよ既判力は放棄しえないが、既判力により判決における權利が認められるとするならば、それは放棄してもよいはずである。放棄しえないというのは既判力なる効果が判決における權利ではないことを意味する。結局既判力とは後訴の裁判官に對し確定された法律狀態をその判決の基礎とすべしという拘束的職務命令なのである、と彼はいう。既判力に關するこの見解についても、執行力を執行機關に對する拘束的職務命令とする見解に對すると同様、前訴及び後訴の裁判官の間に上下關係がないからそれを職務命令と解することに對して當然疑問が生じてくるのである。既判力・執行力の拘束的職務命令性に對するかかる疑問に彼は次のよう

にこたえている。すなわち、一定の司法機關が他の司法機關の命令に拘束されるのは、行政部内におけるそれとは異つて、その法的原因を直接に法律に有している。兩者の相違はまさに司法・行政の本質的相違に基因するものである。行政にあつては法の制限内で自由な行動を展開し、その統一性は中央化により維持されねばならぬものであるが、司法の果すべき義務は法秩序の維持であつて、その活動の統一性はその目的すなわち法秩序維持という目的により確保されるのである。更に和解乃至執行證書にあつては、それが當事者の合意に基づくものであるが故に職務命令なる特質をそれらに歸しえないのではないかという疑問がある。この點は後に Bernhardt も指摘した處であるが、<sup>(19)</sup> Goldschmidt は、かかる場合の執行力は明示的且嚴格に解釋さるべき法規により與えられているが故に職務命令性に反する論證たりえないという。思うに命令が上下關係を前提とすること自明である。彼が命令關係として前訴の裁判官と後訴の裁判官との關係を考えたり、判決裁判所と執行機關との關係を考えたり、あるいは私人と執行機關との關係を考える場合、それは誤りであろう。——もつとも最後の關係において彼は豫想された批判にこたえるに際し、この誤りに氣付いているが——。命令關係は實はこれらの關係においてあるのではなく、職務命令なるものを認めるならば、彼自身その批判に應えたように、その原因は法規に求めらるべきであつて、すなわち法規乃至法規にあらわれた國家意思と後訴の裁判官乃至執行機關との間に認めらるべきものである。判決裁判所と執行機關との關係においてもそうなのである。(2)彼のテーゼに對して提出される第二の疑問は、典型的債務名義たる給付判決における給付命令は、執行機關に向けられたものではなく被告に向けられたものではないか、という疑問である。成程 Goldschmidt の指摘するように Kisch は次のようにいう。<sup>(20)</sup> 經驗上給付訴訟が提起されるのは債務者が履行をなしえない場合かあるいは任意の履行の意思を缺く場合であり、これらの場合給付命令があつてもそれは債務者の履行準備を完成させるわけではないし、任意履行を拒む債務者の意思を變更させることもできない。法律上の禁止命令を更に繰返す意味がない。換言すれば、すべての債務名義乃至給付判決は債務者という義務主體に訴えることが無駄であり、債務者のうちに強制

力が行使さるべき客體のみを理解する點から出發している、というのである。元來執行請求權は執行機關に對する權利なのであるから、執行機關に對する命令であつて始めて執行請求權が発生する餘地がでてくる。しかし、思うに、給付判決の命令的性格に關するこれら二つの見解は相互に矛盾するものではない。それは元來被告に對する給付命令なのである。Kischの命令說批判はこの點で正當ではない。給付命令は債務者が任意履行をなさざるが故に與えられるのであつて、それにより生じる履行準備の成否、債務者の意思の變更の成否等は、その命令的性格と相矛盾するものではない。法律上の命令を更に繰返す必要がないというが、實體法上の給付義務が現實的強制力ある義務として作用するか否かは判決類型によつて決まるのであつて、給付命令を伴わぬ確認判決にあつては、現實的強制力を伴う履行義務が存在しえないのである。従つて現實的強制力を伴う義務を發生せしめるためには、給付判決による債務者に對する給付命令を必要とする。法律はこの給付判決を執行機關に對する執行命令の原因とした。この點にのみ執行機關に對する命令の存在根據がある。當初より給付判決がそもそも執行機關に對する執行命令を含むものではない。(3) Goldschmidt のテーゼに對し提出を豫定される第三の疑問は、給付判決がそもそもいかなる命令をも含むものではないのか、という疑問である。すなわち Schütze, Kisch は判決一般殊に給付判決の命令的性格を否定する。(21) 彼等によれば、すべての「判決による確定」に歸屬せしめられる「權威的力」及び殊に給付判決に歸屬せしめられる強行性は、裁判官の具體的命令に基づくものではなく、むしろ法規の抽象的命令に基づくものである、という。これに對して Goldschmidt は先ず命令說の代表者 Laband と共に不當判決のケースを援用して確認・給付を問わず判決の命令的性格を考えない限りこれを説明することはできないという。(22) そして次に不當判決は別問題としても、既判力及び執行力の制度は判決の命令的性格を認めるものであるという。すなわち Goldschmidt はいう。給付判決の強行性はその法的根據を被告の給付を命じる私法法規中にありとする Schütze の見解は事物の本質に反する。それはむしろ國家の公法上の強制權にその根據をもつ。Schütze, Kisch の見解は Wach も否定したように、(23) 訴訟は本質的に判

決による法の確定であるという見解に基づいている。しかし訴訟の目的は権利の保護 (Rechtswahrung) 乃至權利實現 (Rechtsverwirklichung) である。そしてこの目的は私法の領域においてではなく、司法法の領域において新たな法律効果の意欲された創造なくしては達成せられ得ないものである。裁判官の命令が他の司法官廳を拘束する法的根據は、行政におけるが如く上下從屬關係にあるのではなく直接法律にありとするのであるが、しかし判決の効果は裁判官の意思に反し、あるいは裁判官の意思なしに生じるものではなく、裁判官の意思により生じるのである。従つて判決は意思表示である。確かに権利の實現は判決による権利の確定を要件とする。確認判決中にはこの第一次的且典型的機能が濃厚にでているが、命令的機能は外觀上後退している。これに反し給付判決においては、その訴訟目的が権利の實現であり、従つて意思表示乃至命令としての性格が強い。すなわち Kisch が „Verurteilen“ を „Entscheidung zu Ungunsten einer Person“ と解釋したのは適切ではなく、entscheiden, für richtig erkennen, daß eine Person ein Nachteil zu treffen habe” と理解すべきであり、それは „etwas sei“ とし確定のみならず „etwas sein solle“ という要求であるという。<sup>(24)</sup>しかしながら、第一に Laband, Goldschmidt の命令説は、判決のイデアルタイプに非ざる不當判決からイデアルタイプを論じている點で誤りである。第二にここで Goldschmidt が判決一般の命令的性格として問題としているもののうち、我々は、既判力の問題と執行力の問題とを區別して論じる必要がある。今直接問題である執行力の問題に限定して考えてみよう。

一方で命令の根據を法規に求めながら、他方で裁判官の意思に求めるのは矛盾ではないだろうか。私見によれば元來確認判決には勿論給付判決にも亦命令的要素はないといわねばならない。例えば履行期到来せる請求權について「請求權の存在を確認する」という確認判決と、「支拂うべし」という給付判決の文言の差異は實は判決類型の相違を示すだけで、實は同じ意味をもっている。「支拂うべし」は請求權の確認であり、請求權の確認は支拂うべしということである。兩者は表現の異なる同義語である。唯判決類型を明示するためわけて使用されているにすぎない。實體法上滿期の請求權の存在乃至給付義

務の存在はとりもなおさず實體法が給付を命じていることなのである。従つて、確認と給付の相違は執行力の有無に係る、給付判決も亦適用された實體法をそのまま判決主文にかかけた迄のことで、確認判決とは別に裁判官の給付命令を含むものではない。命令の根據は實體法に求められねばならぬ。

以上論じた如く、債務名義の無條件の効力を、前訴の裁判所又は判決裁判所の後訴の裁判所又は執行機關に對する拘束的職務命令と解するならばそれは誤りという他ないが、拘束的職務命令の原因を裁判官の命令に非ずして法規に基因せしめる場合、その點だけについていえば理解しうる。しかし、その理論に内含される矛盾は既に指摘せる如く顯著であつて採用することができない。結局兼子教授の指摘せられるように、具體的執行請求權説の立場に立てば、債務名義の形式的執行力の解明に努力せねばならないのであるが、Goldschmidt はその解明に失敗したものと評せざるを得ない。<sup>(25)</sup> Goldschmidt は、その著「不當執行論」の終章において、國家並びに執行機關の執行行為とを區別し執行機關に對する拘束的職務命令に現實的執行の基礎を求めるとの誤りに氣付き、いわゆる具體的執行請求權——彼はこれを *jus exequendi, Recht zur Vollstreckung* と呼ぶ——とは區別して、*jus executionis, Recht der Vollstreckung* なる概念を導入している。<sup>(26)</sup> 彼は外觀上適法な國家權力の行使の假の尊重を求めると公法上執行機關に化體された國家の權利は占有權に比せられるといつて、この *jus executionis* と *jus exequendi* との關係を實體法上の占有權と本權との關係になぞらえている。この點に我々は中間説存在の餘地を見出すことができる。蓋し、この見解が執行の公用徴收擬制説に似て採用しえざるものであるとはいへ、國家乃至執行機關における具體的執行權（執行本權）と執行手續權（執行占有權）との對立を認めることによつて、それらに對應する執行債權者側の權利として具體的執行請求權（執行請求本權）と執行手續請求權（執行請求占有權）との對立とを推測せしめるからである。

Hegel 流の一元論の立場から、判決論におけると同様執行の理論構成においても固有の見解を展開するものに Binder の

具體的執行請求權論がある。彼は執行の對象たる請求權と執行請求權とを同一物として理解する。「執行債權者は執行行爲によつて實體的請求權以外の權利を主張するものではないとすれば、訴訟法上適式な執行の追行にも拘らず債權者は實體權が存在しない限り執行債權者に對して違法に行爲してゐるのである」という Geib の主張はその前段において正當であるが、その後段においては不當であるという。Binder によれば、その一元論の立場から實體上の請求權と執行請求權とは元來一個のものであつて、従つて執行請求權が存在するのに、それを通して行使される請求權が存在しないということは考えられないのである。従つて強制執行は形式的な執行請求權の實現にのみならず、同時に必然的に債務者に對する實體上の請求權の實現に奉仕し、且つ形式的に適法な執行が實體的に違法たり得ないのである。Geib が同一一個の行爲の二面性を認める點で正しい考え方に立ちながら正當な結論を導出しえなかつた原因は、法秩序と權利保護秩序の二元性ということを彼が考へていたことによるのである。このように Binder は執行の對象たる請求權と執行請求權とを同一物と考へるか、乃至は同一物の異つた二つの側面と考へる<sup>(27)</sup>。すなわち彼は次のようにいう。執行は Geib のいうように國家權力の行使であると同時に私的請求權の行使でもあるのではなく、國家權力の助力による私的請求權の行使なのである。従つて債務者に對して執行をなす權利は實體權の存否と運命を共にするのではなく、反對に、實體的請求權は執行權と運命を共にする。Geib の考へた如く二つの權利が固有の方法で相互に結びついているのではなく、同一一個の權利の二つの側面が問題となつてゐるに過ぎないのである。債務者は二個の權利の行使をうけるのではなく、公法的並びに私法的側面をもつ一個の權利の行使をうけるのである、という。かくて抽象的執行請求權説を排する。他方、彼は債務名義が債權者並びに執行機關の形式的執行資格 (formelle Legitimation) を創る資格證書 (Legitimationspapier) であるとし、これに基づき執行を爲しうることは、當該執行に實質的理由あることを意味せずとして、債務名義を執行權發生の要件とすることに反對する<sup>(28)</sup>。この點で彼の見解は他の具體的執行請求權説とは異なる。すなわち兼子教授の言葉をかりれば、「彼は執行名義を之を公證する執行文



と共に執行権の内容から驅逐し去つて彼の一元論を支持せんと努めるのである。<sup>(29)</sup> Binder の見解は次の諸點で問題がある。

(1) 先ず問題になるのは「無力な私法に基づく私権が訴訟に於て始めて權力による保護を享有するに至るにあらずして、統一的な法的秩序によつて保護せられる所に個人の利益が権利となる」という彼の基本的立場である。先ず第一にかかる立場からは、消極的確認判決において何が権利として認められるとしようか。例えば債務の履行をうけた債権者が後日債務者より不當利得に基づく返還請求をうけ、返還請求権の不存在が訴訟上確定されたとしよう。この場合に返還請求権が否定されるのは既判力を以て確定せられていないにせよ債権者が債権を有していたからである。既判力ある確定はしないにせよ権利が存在しているのである。當該債権は當該判決により既判力を以て確定されるものではない。不當利得に基づく返還請求の消極的確認によつて始めて與えられる権利とは何であろうか。更に自然債務關係はそれ自體法律關係であるが、債権者はこれを訴求しえないこと勿論である。かくて自然債権は權利になりうる可能性がない。しかるに自然債務履行の受領は有効であり、その履行は他の係争法律關係の先決問題として既判力をもつてではないが、認容される。それは訴訟を離れても債権者に自然債権があつたからではないのだらうか。一方において權利の可能性を否定しつつ、他方これを肯定することは矛盾である。一般的にいつても Binder の見解は訴訟制度に關してなされるべき理念的・抽象的考察方法と現實的・具體的考察方法とをりちがえた結果誤つて導出された歸結とみることはできないであらうか、という疑問がある。裁判は事實審の口頭辯論終結時の法狀態を正確に反映すべきなのであつて、それが訴訟の理念であり、ノルマルなケースなのである。(2) 次に問題となるのは、假りに判決手續に關して彼の所論が正しいとしても、執行権についてそれは正當であらうか、という疑問である。先ず第一に彼の所論を以てしては具體的執行請求權説共通の缺點である不當執行をいかに説明するのであらうか。執行権なき執行はいかにして認められるのであらうか。<sup>(30)</sup> 第二に彼の理論の内在的缺陷として次のようにいえよう。すなわち權利は力であるとする彼の基本的テーゼよりすれば、債務名義を執行権の内容から驅逐することは正

當ではなく、債務名義上の債權の實在性を認めることがむしろ筋が通るのではないであろうか。債務名義を執行権の内容から驅逐することは、權利保護の側から權利を認めようとする彼の考え方とはまさに逆である。假りに債務名義のうちに權利の實在性を認めそれによつて債務名義の執行における形式的資格性を認めようとするならば、總ての不當執行は適法といわざるを得ない。一部に不當執行の適法性を論じる學説はあるが、この學説も實體權の存在を理由として不當執行の適法性を主張するものではないこと當然である。因みに執行の資格證書は債務名義それ自體ではなく執行力ある正本であること Rosenbergs の指摘する通りである<sup>(31)</sup>。

Bernhardt も亦具體的執行請求權説をとる。彼の主張は大凡次の如くである<sup>(32)</sup>。執行機關に執行開始に際し實體的請求權存否の調査權がないという事實から抽象的執行請求權説をとることはできない。假執行宣言附判決、假差押命令、訴訟上の和解、執行證書等は請求權の存在につき何の保證をも與えるものではないが、法がこれらにその迅速なる攻撃可能性の故に執行力を付與する場合、これら債務名義が請求權の存在を確實にはないが蓋然性を以て確定しているのであるから、債務者の危険において執行力が附與せられているわけではない。蓋し裁判所は請求權の存在を少なくとも *kursorisch* に調査したか、或いは當事者が公の證書において嚴格に文書化したからである。殊に後者において債務者が存在しない債務又は彼が考えているとは異つた態様の債務を認めるということは例外だからである。しかしながら、蓋然的確定と存在とは混同されてはならない。蓋然的確定の存在にも拘らず、權利は存在するかしないかのいづれかではない。ある程度の認識は實在を意味しない。第二に執行機關は執行手續の内部で債務名義成立後の實體權の變動を獨自に調査し執行に際して、顧慮せねばならぬ。これは具體説を裏付けるものであり、獨逸民訴法七七五條四・五號はその例である。五號はよく抽象説の論據として援用されるところであるが、それは誤りである。郵便局への支拂は近い將來における満足が確定的であるから執行停止事由になるのである、と彼はいうのである。しかし郵便受取證の提出によつて執行が單に停止されるにすぎず、執行力の消滅

には更に請求異議訴訟を必要とするのは何故か、という疑問に彼は充分な解答を與えることができるだろうか。彼は本條の執行停止が終局的なものではなく假の處分であることが具體說批判の論據にはならない、と主張する。それは、民法が執行力消滅の判断を債權者の地位の重大な侵害とみているので、終局的判断を訴訟にゆだねたのである、という理由からである、と彼はいう。しかし彼の以上の議論からは具體說は歸結されようがない。蓋し實體權の存否が訴訟により判断されるまでその存否が不明であるに拘らず執行力だけが與えられているのであり、かかる事實はあきらかに抽象的執行請求權を認めたとことになるからである。

抽象的執行請求權說一般に加えられる批判は、抽象說が「外部的な手續の觀察に終始するために、執行手續の目的を反省せず、債務名義の執行力の存する所、執行權ありと爲すに止り、隨つて實體上の請求權の存否か執行手續に反映を及ぼすことを説明するに困難である<sup>(38)</sup>」ということであつた。確かに初期の抽象的執行請求權說にそのような傾向はあつた。しかし果して執行手續の目的を反省する場合抽象的執行請求權說は否定さるべきであらうか。Degenkolb が主張するように判決手續の目的を法の確定とし、執行手續の目的を與えられた權利の保護にあるとみることがは正當であると思う。勿論判決手續といふと事實審口頭辯論終結時において客觀的に存在する法を確定することを目的とするのであるが、辯論主義の結果それ迄に攻撃防禦方法が完全に盡されない場合もあらうし、誤判の可能性も考えられる。しかしそれ等の事由は總て再審事由なき限り既判力を以て遮斷される。敗訴者はいかなる場合にも不當判決を理由に別訴を以て例えば不當利得の返還請求又は不法行為に基づく損害賠償請求をなさないこと當然である。これ等はいずれも既判力の制度と矛盾する。これに反して不當執行にあつては、執行救済訴訟や損害賠償不當利得返還請求が認められる。これらの點から考へて Degenkolb の命題は正當である。しかし執行手續の目的が與えられた權利の保護實現にあるからといつて、それが執行の内容になるといふことはいえない。與えられた權利の實現という目的を實現する手段は亦別個に考へられねばならない。一定時點における法判断を基

準に執行を行わざるを得ないという制度的制約、執行の遅延の可能性及び執行機關の性質上執行機關に實體的請求權の存否を判断させることの不適當性、公正證書にあつては、公證人により作成されたものであり債務者は自己に不利な義務をそれが眞實に非ざる限り證書に作成しないであろうという意味で權利の一應の實在性を示し、且つ訴訟追行の間を省き簡易迅速な執行が可能であるという點から債務名義と認めようとする要請、假執行宣言附判決にあつては債權者の危険における執行遅延による實効性消滅の防止の要請等が手續の構成に加味されるからである。更に一面で執行手續においても當事者主義の原則が貫かれている。請求異議事由があつても債務者が請求異議訴訟を提起しなければ債務名義の執行力は排除されることなく執行は續行される。不當執行終了後といえども、債務者が不當利得返還請求又は不法行爲に基づく損害賠償請求をしなければそれまでのことで、その不利益を回復することはできない。すなわち執行が客觀的に存在する實體權の實現を目的としつつも判決手續におけると同様當事者主義の原則を取入れて、實體關係の執行關係への反映を當事者の負擔と責任とにおいてなさしめていることを意味する。執行手續の目的より具體的執行請求權を直ちに導くことは勿論前述せる如く誤りであるし、亦抽象説を否定することも誤りではなからうか。更に抽象説を以てしては實體上の請求權の存否が執行手續に反映することを説明しえないというが、例えば抽象説をとる Rosenbergs が次の如く述べていることからみてもかかる批判は正當ではないと思う。「しかし執行請求權は執行の對象たる請求權のためのみ存在する。執行の對象たる請求權が成立していないかつたり、他の債權者に移轉していたり、あるいは消滅していたりしている場合、債務者が七六七條——請求異議訴訟の規定(筆者註)——に従つて形成判決により強制執行を不適法ならしめることができ、當該執行により満足をうけた債權者に對して不當利得の返還請求權又は場合によつては損害賠償請求權をもつということは、前述の事實に基づいて<sup>34)</sup>」このように抽象説においても執行手續の目的を意識しているのであり、その執行手續の目的からして實體上の請求權の存否が執行手續に反映することは當然と考えられるのである。かくて抽象説一般に對する前掲批判は初期の抽象説の一般的傾向

を指摘するという意味では正當であるが、抽象說そのものを絶對的に否定する論據とはなりえないと考える。

具體的執行請求權說一般に加えられる批判は、何故一般に債務名義の存在のみによつて執行手續が現實に遂行せられうるのかということである<sup>(36)</sup>。この點は具體說を以てしては決して解決しえないのである。その他私は若干の點を指摘しておきたい。先ず第一に執行手續の目的から必ずしも具體說が歸結せられ得ないこと既述の如くである。次に具體的執行請求權の存在意義奈何という問題がある。それは、成程執行行為の違法性を歸結することができよう。しかしそこで歸結される違法性は直接には執行法上の違法性である。勿論それから實體法上の違法を導くことはできようが、不當執行行為の實體法上の違法性をそのように導出する必要はない。従つてこの點で具體的執行請求權の存在は理論上必ずしも必要とされない。具體的執行請求權ではなくむしろ實體權の不存在を以て不當執行における實體的違法性を充分に説明しうる。第三に具體說が權利保護請求權說と共通の發想法に従つて構成されていることである。成程權利保護請求權說の立場からは具體的執行請求權說が理論的には一貫している。そして、執行制度の目的を客觀的に存在する權利の現實的形成と理解する場合、執行において具體說をとりうる可能性は、判決手續において權利保護請求權說をとる可能性よりはるかに大きいといえよう。しかしこの可能性も亦抽象說一般の批判に關して述べたように否定されねばならない。

(2) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 149, 492, Klagrecht u. Klagmöglichkeit, S. 17f., Geib, Rechtsschutzbegehren u. Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozess, S. 24, 66, 68, 94, 104, Ortman, AcP, 107, S. 203ff., Steh, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, S. 11ff., Pagenstecher, Zur Lehre von der Materiiellen Rechtskraft, S. 371ff., Hein, Feststellungswirkung, S. 18, Rosenberg, Lehrbuch, 7 Aufl., S. 845ff.

(3) 兼子、民法研究一卷一五九頁以下。

(4) Hellwig, Klagrecht u. Klagmöglichkeit, S. 19.

(5) 兼子、前掲一六六頁。Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, S. 24ff., Binder, Prozess u. Recht, S. 243, Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, S. 102.

- (6) Hellwig, a. a. O., S. 13f.
- (7) Goldschmidt, a. a. O., 24ff. Hellwig は假差押命令によつて與えられた權利の濫用による相手方の侵害ということをいつている。  
\* (Hellwig, a. a. O., S. 14) これが兩權利の取扱上の矛盾を緩和するものではないこと Goldschmidt の指摘する通りである (a. a. O., S. 29)°
- (8) Goldschmidt, a. a. O., S. 29, 31.
- (9) Hellwig, Rechtskraft, S. 20f.
- (10) Örtmann, a. a. O., S. 207ff.
- (11) Goldschmidt, a. a. O., S. 32ff.
- (12) Rosenberg, Lehrbuch, 8 Aufl. S. 886.
- (13) Goldschmidt, a. a. O., S. 13.
- (14) Goldschmidt, a. a. O., S. 78.
- (15) 兼子, 前掲一七六頁°
- (16) Goldschmidt, a. a. O., S. 24ff.
- (17) Goldschmidt, a. a. O., S. 44ff.
- (18) 例えは Hellwig はその著, "Grenzen der Rückwirkung" S. 21 において, 不當判決において勝訴者が敗訴者の權利を不當に侵害し, 場合によつては損害賠償責任が発生しているのであるが, それを主張できないのは不當判決に既判力があるからで, 不當判決が取消されればこれを主張できるようになる。しかしこれは遡及効ではない, という。換言すれば元來判決における權利等は存在しないのであつて, 存在するのは客觀的存在である權利と, 訴訟上不當判決の既判力に反する主張ができないという事實である。しかるに執行力は不當判決においても客觀的に存在するのであるから取消は遡及することになる。この意味で彼が不當判決における權利ということをいつても, それに何の意味も認められなかつた。
- (19) Bernhardt, Vollstreckungsgewalt u. Amtsbetrieb, S. 48.
- (20) Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, S. 23ff.
- (21) Schultze, Konkursrecht, S. 144ff., Privatrecht u. Prozeß, S. 125, 224, 581ff, ZZP, 12, S. 472ff., Kisch, a. a. O., S. 23ff.

- (22) Laband, Staatsrecht, 4. Aufl., III. S. 352, Note 2.
- (23) Wach, Handbuch I, S. 10.
- (24) Kisch, a. a. O., S. 28f.
- (25) 兼子、前掲一七六頁以下。
- (26) Goldschmidt, a. a. O., S. 78.
- (27) Binder, Prozeß und Recht, S. 239f.
- (28) Binder, a. a. O., S. 225, 248, 251f., 260, 298.
- (29) 兼子、前掲一七九頁。
- (30) 兼子、前掲一八〇頁。
- (31) Rosenberg, a. a. O., S. 887.
- (32) Bernhardt, a. a. O., S. 40ff.
- (33) 兼子、前掲一八一頁。
- (34) Rosenberg, a. a. O., S. 847f.
- (35) 兼子、前掲一八一頁。

### 三 中間説 その一

Degenkolb 及び Rückmann は基本的には具體的執行請求權説の立場を尊重しつつ、その理論的缺陷を、執行請求權(具體的執行請求權)と執行手續請求權(抽象的執行請求權)——彼はこれを外的權限(äußere Befugnis)と呼ぶ——とを同時に認めることによつて回避しようとした。Degenkolb は次の如く主張する。<sup>(36)</sup>すなわち執行手續の目的は與えられた權利の保護にあるが、この目的は抽象的執行請求權説によつては説明できない。形式的な債務名義によりなされる具體的執行に債務者が服さねばならぬ内的根據は、債權者が國家行爲及びその結果を相手方との關係で自己に要求する權利があるという點に

求められる。執行權は債務名義及び實體的請求權をその要件とするが、その國家に對する行使は外的權限としての債務名義の存在を以て足る、という。

この見解は次の諸點で問題がある。(1)先ず第一に從來この見解に加えられた批判は、「具體的執行權論の共通の缺點たる、請求權不存在なるも國家の執行行為を發動せしめうることを、すなわち彼の所謂外的權限が實質的權利なくして存しうることの疑問について未だ充分の解決を與えていない」ということであつた。<sup>(37)</sup> 成程彼はこの點に關する解答を與えていない。一方で執行手續の目的から具體説をとりつつ、他方所謂外的權限を認めざるを得なかつたのは、具體説一般の缺點を自覺し、執行手續の抽象的構造及びその構造をとらざるを得ない制度的理由を自覺していたからではあるまいか。素朴な型における抽象説及び具體説がいずれも執行制度の一面しかとらえていないという意味である。抽象説の理論的難點が、何故實體權が執行に對する異議の事由になるか、あるいは執行手續の目的との關係で實體權がないのに何故執行が可能であるのかということであつた。この疑問に答えることができなかったのは、それがもつばら執行の外部的な手續乃至は執行手續請求權のみを考察の對象とし、執行手續の目的乃至は執行請求權を考察の對象から排除したからであつた。具體説の缺點は現實に行われる不當執行を説明しえない點にあつた。これは同説がもつばら抽象説とは全く逆の方向にその關心を向けていたからであつた。その意味でいずれの見解も片面的であつた。兩説相互間に交された批判についても同じことがいえる。おそらくかかる觀點から兩説の統合を實現しようとした彼の意圖は正當なものとして評價しうる。しかし後にも論じる如く、一體與えられた權利の保護という執行手續の目的から必然的に具體的執行請求權説が歸結されてしかるべきなのかということが第二の問題とされねばならない。既述の如き理由でこれは否定せられねばならない。亦たとえ本説におけるが如く具體的執行請求權を認めるとしても、その存在價值奈何という點で問題があることも既述の如くである。存在意義の問題に關連して Goldschmidt のいうように公權の原因たる權利が公權である必要がないことも既に述べた。



(36) Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, S. 100ff.

(37) 兼子、前掲一七五頁。

#### 四 中間説 その二

具體的執行請求權説と抽象的執行請求權説との對立をテーゼとアンチテーゼとの對立とすれば、この對立關係からジレンマの構成に努力されたのは兼子教授である。<sup>(36)</sup> その見解は次の通りである。すなわち教授は兩説に對し既述の如き一般的批判を加えられた後次の如く論じておられる。

私法上の請求權は原則として執行により自らを實現する力を内藏しており、債務と責任はこの意味で一致している。この點で Binder の見解は正當であるが、請求權の存在ということを奈何に考えるかが問題である。實體法上の要件事實があれば實體權が當然に發生するという従來の二元説も、判決の既判力において權利が假象的形態より絶對的實在へと形成されるという Binder 説も等しく平面的考察に終つている。この點を觀念的形成と事實的形成の關係から考えると次のようになる。具體の場合の權利の存否は客觀的認識を俟ち、その最も確實なものが既判力である。訴訟法的には認識形式が客觀的である程内容は實在的である。確定判決といえど他の認識と異なる處は確實性の強度である。假執行宣言附判決公正證書にあつてもその内容として或程度形成された私權が存在する。これら認識は爾後の過程でより高次なものにより置換えられる可能性があるが、當座の認識としてその存在する限り、内容たる權利もその程度の實在性を保有し強制力を内藏する。事實形成においては其の内容を實現するか否かの一つであり、認識形式の確實性に對應するが如き段階は設け得ない。觀念的形成は常により確實なもの客觀的なものと發展し確定判決で一度休止するが、この状態を前提に更に發展する。事實形成はこれに反して或一定時の認識を捉えて行われる。兩者は直角的に交叉する。各債務名義は或程度に形成せられた請求權の訴訟上の存

在を表明し、執行権は當該請求權の強制力の現われである。債務名義上或程度の客觀性ある認識は、爾後これと内容上矛盾するより確實な認識あるいは新たな認識により効力を失うが、後者の成立迄妥當力を維持する。執行は前提たる認識に對應する状態の實現のみで、内容たる請求權を正當つけるものではないから、爾後の觀念形成により請求權が否定された場合不當利得等の問題が生じるのは當然である。

このように私法法規の妥當、權利の實在性を訴訟的發展の動的觀察方法に於て眺め、事實的形成と觀念的形成との交叉と請求權に強制力を内在することの二つを基調として債務名義の本質を考えてこそ、執行權の實質的方面と形式的方面との綜合が可能なのである、とされるのである。

確定判決が權利の實在性をどの程度に示すかは既判力の本質との關係で議論のあるところであろう。假りに實體法說の主張を既判力の實體的機能として否定しないとして、確定判決は權利の實在性を示すものと考えよう。しかしそれはあく迄も既判力の標準時においてである。公正證書及び假執行宣言附判決が權利の實在性を示すか否か問題がある。實體法上權利は存在するかしないかであつて、權利に關するある程度の認識というものはありうるが、ある程度の實在性を有する權利というものは存しない。それが存するという場合、そこに認識と實在との混同がある。認識として公正證書及び假執行宣言附判決は終局的なものではないからその成立時においても權利の實在性に關する或程度の認識である。従つて權利の實在性は勿論明らかではない。強制力をもちうるのは實在する權利であつて、或程度實在する權利ではない。實體要件の發生・變更・消滅により權利は發生・變更・消滅する。假りに一步讓つて確定判決、それよりは弱い程度においてはであるが、公正證書及び假執行宣言附終局判決中にある程度の實在性を有し、且つ強制力を内藏する權利が形成されているとしても、その標準時は決して執行の時ではないはずである。従つて問題はどの認識乃至觀念形成を執行の基礎として取扱うか、ということなのである。執行時に一定の認識を正當なものとして取扱う、換言すれば執行手續において債務名義に表象された實體的請求

權を存在するものとして取扱うということは、當該請求權の存在乃至は或る程度の存在を意味しない。債務名義に表象された實體的請求權を執行手續において存在するものとして扱うということは、それが執行時における請求權の實在性を示していない以上、執行は實體的請求權とは別個無關係に行われる、すなわち抽象的であることを意味する。

(38) 兼子、前掲一八一頁以下。同旨菊井編、法律學演習講座、民事訴訟法下、一七〇—一七一頁。

## 五 ち す び

具體的執行請求權説が自らに對する批判に答ええないことは明らかである。抽象説に對する一般的批判は、素朴な實體法・訴訟法對立二元觀に基づく初期の抽象的執行請求權説に對しては妥當するように思う。ここでは確かに執行手續の目的の反省を缺き、手續の外的側面だけが問題とされた、という傾向があつたことは率直に認めねばならぬ。そこで執行手續の目的を意識しつつ、その制度的制約からくる手續の抽象性をありのままに把握するところに、新しい形の抽象的執行請求權説が構成されるものと考ええる。ドイツの最近の通説もかかる新抽象的執行請求權説であると考えてよからう。

すなわち、執行請求權は抽象的に債務名義のみに基づき發生し、實體的請求權をその要件としない。勿論執行手續は實體權の現實的形成をその目的とするが、何を執行に際して實體權として取扱うべきかは別の問題である。一定時において成立した觀念形成、債務名義上の請求權を執行時において存在するものとして扱う。殊に執行時においては、確定判決でも權利實在の蓋然性すら示さない。しかし手續の技術的理由から、法は一定時における確定乃至は蓋然的に認識された權利を執行時においても存在するものとして取扱ひ、従つて執行力乃至は執行請求權を認めた。執行請求權はその場合實體權の存否とは無關係に存在するものとして取扱われた權利の効果として發生する。實體關係の變動が執行關係に反映することは執行手續の目的からみて當然のことなのである。