

Title	不當執行論
Sub Title	On „ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb“
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.7 (1961. 7) ,p.18- 38
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610715-0018

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.

不當執行論

石川明

- 一 序論
- 二 違法行為に基づく損害賠償説 (一)
- 三 違法行為に基づく損害賠償説 (二)
- 四 違法行為に基づく損害賠償説 (三)
- 五 違法行為に基づく損害賠償説 (四)
- 六 違法行為に基づく損害賠償説 (五)
- 七 適法行為に基づく損害賠償説 (一)
- 八 適法行為に基づく損害賠償説 (二)
- 九 結論

一 序論

一 實體権なきに拘らず適式な執行がなされた場合不當利得の返還請求が認められることは當然であるが、これに加え、違法行為に基づく損害賠償請求権が発生するか否かは問題とされる。學說の大勢は、その理論的根據をいかに構成する

かは別として、これを肯定するが、適法行爲に基づく損害賠償説もある。本稿は、執行請求權論との關連においてこの問題を検討しようとする。

二 一八九八年の獨逸民事訴訟法改正に際して、執行債權者が假の債務名義に基づき執行をなしたが、後に當該債務名義が取消された場合、債權者の故意過失を必要とすることなく債權者に損害賠償義務を發生せしめる三〇二條Ⅳ項、六〇〇條Ⅰ項、七一七條Ⅰ項、九四五條の規定が加えられた。この改正によつて始めて不當執行一般の理論構成が問題とされるに至つた。なるほど前掲諸條の規定する假の債務名義に基づく不當執行の場合と終局的債務名義に基づく不當執行の場合とは區別されねばならない。蓋し前者における損害賠償責任は無過失の危険責任であるに反し、後者におけるそれは、私見によれば、不法行爲に基づく損害賠償責任であつて故意過失を必要とするからである。前者は違法性にその責任原因を有するものではないが、後者は執行行爲の違法性にその責任原因を有する。勿論この點學說上争いのある處であるが、⁽¹⁾しかし、責任原因を何に求めるかという問題と、これら總の場合に不當執行が違法であるか否かという問題とは別個である。

(1) 例へば、Fischer-Fischerhof, Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangs Vollstreckung, S. 45 ff. 保全處分について、違法行爲に基づく損害賠償説をとるのは、吉川教授、保全處分による損害賠償責任の諸問題、立命館三五周年論文集、法經編、二九五頁、及び三〇三—三〇四頁参照。即ち保全處分による損害賠償を無過失賠償責任という見解があるが、かく申請人の負擔を重くしては、訴訟遅延という裁判制度の現代的缺陷をカバーするために充分活用されるべき保全訴訟の効用がうするが故に政策的理由から原則的に不法行爲責任とし、違法・故意過失を必要とすべきであり、これに若干の危険責任的要素を加味しようとするものである。しかし本稿においては直接關係がないのでこの點にはふれずにおく。

二 違法行爲に基づく損害賠償 (一)

I Hellwig, Geib, Stein 等の説く處であるが、必ずしもその主張は一致しない。いずれも抽象的執行請求權説に基づ

き實體法上違法、執行法上適法という意味で二重評價の可能性を肯定するのである。その原因は Hellwig にあつては實體法訴訟法對立二元觀に求められ、Gold にあつてはそれが執行行爲中に執行法上の執行行爲と實體法上の實體權追求行爲とを區別する點に求められ、Stein にあつては執行請求權の相對權たる性質に求められている。即ち Hellwig は實體法・訴訟法對立二元觀に基づき公法上の執行請求權は私法上の請求權の存否とは全く無關係で、むしろそれは債務名義の存在のみを前提とする。従つて國家に對する執行請求權の適法な行使は私法上の請求權の存在しない場合債務者に對して同時に違法たることがある、⁽¹⁾ という。Gold は訴及び執行の申立中には二個の行爲が含まれているという。一つは權利保護の要求、他は私法上の請求權の強行性 (Erzwingbarkeit) の主張である。前者の適法性及び効力は私法上請求權の存否とは全く關係ない。かくて不當執行行爲は公法上適法、私法上違法である、⁽²⁾ というのである。Stein はいう。債權者の債務名義に基づく執行權の國家に對する主張は適法な行爲であるが、債務者に對しては同時に違法になる。それは執行申立中に Gold の主張するように二個の行爲が含まれているからではなく、執行請求權が相對權だからである。法はその行使が同時に他方に對し違法になる權利を一方に與えることができるとして狩獵許可證の例を擧げている。即ち同許可證をもつ者が、他人の狩獵權を侵害して狩獵をなした場合、當該行爲は公法上適法なるも私法上違法である、⁽³⁾ というのである。

二 Goldschmidt と Hellwig, Gold の見解を二様に解釋して、その各々につき批判を加えている。⁽⁴⁾

1 第一に彼等の所謂「訴訟法上適法、實體法上不當な執行」を、公法上適法、私法上違法という意味に理解して、これを批判する。⁽⁵⁾ 即ち同一の行爲が公法上適法、私法上違法であるということは apriori に考えられないことである。全法秩序の統一性という觀點からみて違法の概念も亦統一的であらねばならない。一定の行爲が一定部分の法規により禁止されれば、それは禁止されているのである。反對にある權限が一定法規により認められていれば、當該行爲はそれが他人の權利を侵害する場合であつても違法ではない。一定行爲への權限を與える許容規定は違法性阻却を意味する。不當執行の問題

にこれをあてはめてみれば、債務名義の存在に積極的公法的許可が結合しているが故に私法上その権利行使は違法たり得ないということにならう、というのである。この Goldschmidt の批判は同一一個の行爲につき二重評價の可能性を否定するものであるから Geib の如く同一執行行爲中に公法上並びに私法上の二個の行爲を考へる見解に對する批判にはそのままはならない。そこで Goldschmidt は、確かに一個の行爲が複数の法律要件に該當することはあるけれども、通常の場合一個の行爲が偶然二つの法律要件に該當するだけであつて、Geib のいう二つの機能が密接不可分概念必然的に結合しているとは異なる。概念必然的に二つの機能を包括する執行要求なる法律要件を二つの法律要件にわけてそれぞれに異つた評價を與ふる理由はない、という。思うに Geib が執行行爲のうち二個の行爲を區別して考へたのは、まさに當該不當執行行爲の二重評價の必要からである。二重評價の可能性を認めることは、一個の行爲に二つの側面を認めることであり、且つ一個の行爲中に一個の行爲を認めることと同じ意味をもつ。従つて Goldschmidt が Geib の反論の可能性を封じる迄もなく、それを二重評價の可否の問題として取扱えばよいのである。

2 いずれにせよ Hellwig, Geib の見解を既述の如く解釋したのでは Goldschmidt の前提たる不當執行行爲の違法性を論證することができない。そこで彼は兩者の見解に第二の解釋を與えてこれを批判している。⁽⁶⁾ 即ち不當執行行爲が訴訟法上適法、實體法上違法という命題は、不當執行行爲が形式的に適法、實質的に違法であることを意味する、という解釋がこれである。この第二の解釋のもつ意味は、Hellwig 及び Geib の見解において、兩者の出發點の相違に従つて異なる。Hellwig は執行請求權を具體的に權利保護請求權の一種として認め、たとへ執行請求權が實體的請求權のために存在するものとしても、それが單に訴訟上債務名義の存在にのみ條件づけられているという點で訴訟的なものであり、實體的な訴權とはこの點で異なる。それは純形式的に條件づけられた權利であるからその行使は實質的に違法たりうるのである。つまり不當執行行爲が同時に形式的に適法、實質的に違法たりうるという命題は、Hellwig の執行請求權論よりみれば、原因なき (sine causa)

抽象權の行使が問題であることを意味する。換言すれば Hellwig がこの命題において、執行請求權のその實體的原因 (sachl.) 即ち實體權からの形式的獨立性と實質的依存性とを理解しているのである。Hellwig の命題のもつかかる意味に對して Goldschmidt は、次の様に批判している。抽象的に條件づけられた權利が原因なしに (ohne cause) 行使される場合その行使は實質的に違法であるという見解もあるが、これは不當である。むしろ實質的原因なき抽象權の所持は窮極的に違法である。しかしこれに反し抽象的權利の行使は、それが原因なき場合であつても形式的並びに實質的に賠償義務、可罰性を理由づけるが如き違法行爲ではない。權利の行使は違法たり得ない、とこのようにいうのである。Geib は Hellwig とその出發點を異にする。彼は執行請求權を訴訟關係より發生する内容的に抽象的な權利——例えば判決請求權・訊問請求權——と事實上同じ段階に置く。即ち Hellwig の如く執行請求權を單に形式的にのみならず實質的にも私的請求權から解放しているし、内容的にも公法上の執行權能は私法上の請求權の實現を單に目的とするにすぎず内容とするものではない、というのである。執行權限は實體權の變様ではなく、單に立法によつて認められた實體權強制實現の公的手段であり國家の執行行爲喚起の手段である。かかる公權の行使即ち執行申立は、訴の申立と同様に債權者が債務者に對して請求權を主張・追求・實現する形式であるから、不當執行の場合執行要求は形式的に適法、實質的に違法ということになる。約言すれば、彼にあつては、不當執行行爲が同時に形式的に適法、實質的に違法であるという命題は、形式的並びに實質的に私的請求權の要件内容とは概念的に獨立している執行權の行使が、同時に當該私的請求權の行使の形式を示すことから導かれる。換言すれば、この命題は存在する形式權の行使という形式における不存在の實質權の越權にその根據をもつている。Geib の命題のもつかかる意味について Goldschmidt は以下の批判を加えている。執行要求は概念的には私法上の請求權の存在とは獨立の公法上の執行權限の行使であり、それは私法上の請求權の實現を目的とするに過ぎず内容としないのか、あるいは執行要求は概念的には請求權者がその實體權を實現する形式であるのか、そのいずれかでしかあり得ない。蓋し執行要求が同時に

私法上の請求権の實現を概念的に内容とし且つしないことは不可能であるから。従つて執行要求を内容、要件上實體權と無關係な執行權限の行使と定義する場合不當執行要求は適法ではあるが違法である。適式性と形式的適法性、法形式と形式權との誤つた混同が *Genb* をして、形式權 X の行使は概念的に實質權 Y の行使の形式たりうると信ぜしめたのである。概念上相互に分離すべき、従つて異つた判斷の對象となる法律要件（形式的公法的執行權の行使と實質的私法的請求權の行使）を一つの法律要件（執行申立）中に概念的に統一することは誤りである、というのである。

三 第一の解釋及びその批判において問題とされる二重評價の問題をどう理解すべきであらうか。Goldschmidt の主張するように同一一個の行爲が公法上適法、私法上違法ということは *a priori* に考えられないことであらうか。元來法はそれぞれの理念に従つてそれぞれの規律對象と規律基準とをもつ。各々の法規が各々の立場から異つた判斷を加えるからといつて法體系全體からみてそれ等が矛盾しない以上異つてよい。Zitelmann は一定法規が精確な概念規定を與えることなく「違法行爲」という文言を用いている場合（例えば獨逸民法二二七條）、法規はその根源的（統一的）意味においてそれを使用していると考えるべきであるとし、この點に統一的違法性概念を考える一つの實益を求めてゐる。⁽⁷⁾ しかしかかる場合もその概念規定は當該法規の規定目的との關係における解釋からでてくるのであつて、敢て統一的意味における違法性を考へる必要はない。統一的意味における違法性がそもそもいかなる内容をもつものであるかは不明確であるし、それが一定の内容をもつものとしても、特定の規定における違法性の概念がそれに該當するや否やは當該規定の解釋から決定されることである。従つて一概にかかる場合の總てに統一的意味における違法性が意味されているといふことはできない。Zitelmann は違法性の概念は統一的であるが法律効果發生の要件は各法規の追求する目的に従つて異なるから、法律効果は同一の違法行爲についても各法部門において異りうる、⁽⁸⁾ という。しかし効果という現象的問題との關連なしに唯抽象的に一定行爲に適法、違法の評價を與へることは大凡意味がない。⁽⁹⁾ よくひかれる例を擧げてみよう。土地用益權者が建築法上の許可なしに用益地上に建

築をなした場合當該建築は公法上違法であるが私法上所有権者との關係で通常の場合適法な用益權の行使である。Zitelmannの論法をもつてすれば、公法上かかる行爲が禁止されているが故に私法上も違法であるが、私法上かかる違法は何の効果をも發生せしめないことになる。この場合二つの評價が相互に獨立に成立つと考える方が適切である。更に例えば自己の所有物の損壞により用益權者の用益權を侵害するが如き場合は、所有權の行使としては適法、第三者の用益權の侵害としては違法という二重評價の可能性を認めることが妥當であるのか、或いは用益權が存在する場合その程度で所有權はその内容が限定されているが故にかかる行爲はそもそも違法であり、二重評價の可能性がないというべきなのであるか。Steinの指摘した狩獵證の例はどうであらうか。これについてSauer及びFischerhof⁽¹⁰⁾は次のように批判している。Steinの見解は權限と權利の混同である⁽¹²⁾。狩獵許可證の所持は狩獵の權限を與えるものに過ぎず狩獵が假りに網でなされる場合具體的に違法なのである、という。そしてこの例では行爲の相手方が問題なのではない——Steinは行爲の相手方を問題とする相對權の考え方をとる——。蓋し二つの評價は共に國家に對してなされているからである。そしてこの行爲は狩獵權が侵害された場合と同様に違法なのであると。しかしこのケースとSteinの例示する狩獵權侵害の場合とは各々その性質を異にする。前者にあつては狩獵法上及び刑法上の違法が統一的に考えられるであらうが、後者にあつては私法上の狩獵權が侵害されるか否かは狩獵法の關心外のことであつて、従つて兩者の評價は各別になされるものであり、二重評價の可能性があるものといえよう。Sauerによれば同一一個の行爲は常に適法又は違法のいずれか一方でしかない。評價は窮極において常に勿論國家との關係でなされる。換言すればたとえ私法に限定される評價であつても國家即ち法によつてなされるものである、といつて總ての法領域における二重評價の可能性を否定しようとする。Steinの指摘する例において狩獵許可證は確かに權限乃至一般的許容性を與えるものである。だからといつて當該狩獵行爲が狩獵權を侵害した場合に、私法・狩獵法の區別なしに統一的に違法といつてみた處で、その違法は狩獵法上何の意味ももたないであらう。我々は評價をなす主體と評價の對象た

る法律關係の主體とは區別して考えねばならぬ。Sauer の見解にはこの點の混同に基づく誤解が含まれているとみてよい。統一的評價がなされうるや否やは、當該法規の理念乃至目的により決せられねばならぬ。統一評價の必要は Zitelmann, Beling, Goldschmidt, Sauer, Fischer-Fischerhof, Bernhardt のいうように總ての場合について認められるものではなく、逆に一方の評價が他方の評價を攝取することによつて統一的評價がなされる場合もあるということである。執行制度の目的及び抽象的執行請求權説の正當性については別稿に述べた如くであるから、不當執行の場合二重評價の可能性を認めることが正當である。

第二の解釋における Hellwig の見解に対する Goldschmidt の批判も亦正當ではない。蓋しその所持が違法な權利はその行使も違法であらねばならない。權利の行使は適法であらねばならぬという前提に問題がある。その所持が實體的に違法と評價された權利の行使は違法であらねばならぬ。Goldschmidt の批判は元來異つた次元にある二個の評價を一つの次元に統一しようとする點に誤りがある。この點では Hellwig の見解が正當である。第二の解釋における Gold の見解に対する Goldschmidt の批判も亦正當ではない。元來原因關係と形式關係で評價が異りうるか否かの問題も、二重評價の可否の問題にかかる。それが原因・形式という二つの對立する關係であれ、或いは實體・執行という二つの對立する關係であれ、二重評價の可否の問題はいずれの關係にも妥當するのである。

Sauer は Stein の見解を許可 (Zulässigkeit) と理由具備 (Begründetheit) 一般的適法と具體的適法、權限 (Befugnis) と權利 (Recht) との混同である、と評している。即ち Stein の所謂抽象的執行請求權は權限であつて權利ではない、というのである。齋藤教授も Sauer が權利と權能との混同を指摘する點では結果的には贊同されるようである。狩獵免許の例においては確かにそれが權限を與えるもの或いは齋藤教授の主張されるように警察禁止の解除を意味し、權利を與えるものではないといえよう。しかしだからといって、一定の狩獵行爲につき私法上並びに公法上の評價が統一的になされねばならぬ

という理由はない。蓋し公法上の権限の付與がこの場合私法上の権利の存否を全く關心の外にしているからである。亦更に狩獵免許は権能の付與乃至は警察禁止の解除であると批判し、その批判をそのまま執行請求権の場合にも通用せしめることはできるであろうか。換言すれば執行請求権は權利に非ずして権能なりとすることは可能であろうか。疑問であると思ふ。

四 以上論じた如く Hellwig, Geib, Stein の見解は二重評價を肯定する點で正當である。これらの諸見解の缺點は二重評價の可能性を肯定した點にあるのではなく、むしろ執行法上の評價基準として違法・適法なる基準を取上げた點にある。即ち不當執行爲は執行法上適法 (rechtsmässig) —— 適法 (zulässig) ではない —— 實體法上違法である、とする點である。

- (1) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht, S. 149, 492; Wesen u. subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 7; Klagrecht u. Klagmöglichkeit, S. 23 f.
- (2) Geib, Rechtsschutzbegehren u. Anspruchsbetätigung S. 68.
- (3) Stein, Grundlagen, S. 18 f.
- (4) Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, § 2 u. 3.
- (5) Goldschmidt, a. a. O., S. 9 ff.
- (6) Goldschmidt, a. a. O., S. 15 ff.
- (7) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, ACP Bd. S. 13.
- (8) Zitelmann, a. a. O., S. 12.
- (9) Goldschmidt は二重評價の可能性を否定する一つの論據として次の様にいう。執行爲の可罰性が問題とされる場合二重評價の可能性を肯定することは誤りである。即ち可罰行爲の違法性は公法又は私法いずれの法規により定めるか問題であるし、むしろ統一的に外刑法法規の總體によつて決定されるとみるべきである」と。Goldschmidt, a. a. O., S. 11. 第一に不當執行爲の可罰性を考えること自體に問題があるが、この點は別にしても、第二にこのことは二重評價否定の根據にはならない。蓋しこの場合刑法的評價が問題にならなすぎず、その財産罪たる性格から刑法的評價に私法的評價がとりいれられているにすぎないからである。

(9) Sauer, Grundlagen 2 Aufl., S. 287.

(11) Fischer-Fischerhof, a. a. O., S. 58.

(12) Stein のよう狩獵證の付與は Sauer のいうように權限の付與と考えられる。これを純粹に權利性のある執行請求權と對比した點で彼の見解は妥當ではない。

三 違法行爲に基づく損害賠償説 (二)

Goldschmidt は、前章において紹介したように Hellwig, Geib 等抽象的執行請求權説に基づく不當執行論を批判した後、自らは具體的執行請求權説の立場から次の様な結論を導く⁽¹⁾。訴訟法に適つているが實體的に不當な執行は、それが公法上適式であるが權限なき (unberechtigt) が故に私法上違法である。國家の不當執行行爲も亦權限なく且つ違法である。これに反し執行命令に對して無條件の服從義務がある執行機關の執行行爲は適法である。國家の jus exequendi の缺ける場合にも國家の jus executionis は存在する、というのである。この見解は次の諸點で疑問がある。(1) 先ず第一に具體的執行請求權説をとり、二重評價の可能性を否定している點問題がある。そのいずれも正當ならざる所以は別稿⁽²⁾並びに本稿において既に述べた通りである。(2) 第二に同一一個の執行行爲中、國家の執行行爲と執行機關の執行行爲とを分け兩者に異つた評價を與える點問題がある。即ち既に述べた如く、元來不可分の一個の國家行爲を二分することは、Goldschmidt 自身 Geib 批判においてその缺點として指摘した誤りを犯すことになる。更に統一評價の可能性を肯定しつつも、同一一個の行爲を二分してその各々に別個の評價を與えることは、まさに二重評價の可能性を肯定していることにはならないか。(3) 第三に國家並びに債權者の執行行爲に執行法上違法 (rechtswidrig) という評價が成立たないことは後に述べる處であるが、もし假りにそれが成立つたとした場合、かかる評價は一體何のために必要なのであろうか。損害賠償の問題は元來實體法の問題であるから

實體法上の違法評價を必要とし、訴訟法における違法評價を必要としない。請求異議訴訟の原因も訴訟法上の違法性ではなく執行の基礎たる實體権の不存在又は期限の猶豫と考えれば足りよう。敢えて執行法上の違法性を考える必要はない。(4) 後に Goldschmidt は國家の不當執行行為は違法であるというが、これは國家の執行行為のもつ二つの側面を理解しない見解である。我々は Fischer-Fischerhof の主張する如く、^(a) 國家の執行行為 (staatliche Vollstreckungstätigkeit) と債権者の執行追進行爲 (Vollstreckungsbetrieb) とを分けて考えるべきである。兩者を混同する處に Goldschmidt の理論の混迷の要因が存する。即ち前者については實體的評價が成立しない。従つてこれについて訴訟法上違法というならにかく、私法上それが違法であるということはいえないはずである。私法並びに執行法の兩面からする二つの評價が成立つのは實は後者のみついてなのである。後者が私法上違法という評價をうけうるのである。

(1) Goldschmidt, a. a. O., S. 73.

(2) 拙稿、執行請求權論、本誌三四卷六號二三頁以下。

(3) Fischer-Fischerhof, a. a. O., S. 57 ff.

四 違法行為に基づく損害賠償説 (三)

Degenkolb の中間的執行請求權説⁽¹⁾からは、次の如き不當執行論が歸結されよう。即ち彼によれば債務名義のみを要件とする執行の外的權限と共に債務名義並びに實體的請求權を要件とする具體的執行請求權との二つが認められる。具體的執行請求權と實體的請求權との間で統一評價の必要が認められ、次に具體的執行請求權乃至は實體的請求權と抽象的執行請求權(外的權限)との間に二重評價の可能性が認められる。それはまさに原因と形式の關係であり、抽象的執行請求權と實體權との關係に觀點を限定すれば、執行法と實體法とによる二重評價の可能性が肯定されることを意味する。かくて不當執行行為

は執行法上適法にして違法、實體法上違法なのである。

Degenkolb の執行請求権論が誤りであること別稿において述べた處であるが、⁽¹⁾それより歸結される不當執行論も亦誤つた前提の範圍内で妥當性を缺くものといわねばならない。即ち具體的執行請求権を認める限りに於いて、當該執行行為の執行法上の違法性が歸結されるのであるが、そういう評價は Goldschmidt 說批判に述べた様に凡そ意味がない。執行法上適法違法の評価が成立たないことは別にしても、執行法上違法という評價は一體いかなる意味をもつのであろうか。

(1) 拙稿、前掲論文、三九頁以下。

五 違法行為に基づく損害賠償説(四)

Fischer-Fischerhof は次の様に説く。⁽¹⁾ 先ず第一に二重評價の可能性を否定し、Stein の見解を Sauer と共に權利と權限との混同であるとし、更に Krickmann の見解を効力と適法性との混同であると批判したこと既述の如くである。この立場に立ち、次の如く自説を展開する。裁判權執行權の行使は國家に内在する義務に由來し、この義務は國民が國家行為を要求し、その爲の要件が具備すれば具體化する。債務名義はこの要件であつて、債權者に強制執行の可能性を與える。實體權の存在は要件ではない。しかし債權者・債務者・第三者は國家に對し權利はもたない。獨逸民訴法七六七・七七一條の訴も Unzulässigkeit の宣言を求める請求權を基礎とせず、訴訟物は實體權より生じる實體私法上の異議權で、形成權として相手方の一定行為への義務を發生せしめるものではない。従つて當事者の執行行為が國家に對して存在する權利の行使であつて適法であるという主張は正しくない。不當執行の場合、假りに當事者の執行行為が國家に對してそれが違法たり得ないということから違法行為としてのみ評價されうるとしよう。しかし當事者の執行行為がそもそも實體的法律關係に關しないのであるから——國家に對する執行法上の行為としてのみみられるから——、實體法的评价という點よりみれば、それは無價

値なのではないだろうか。更にこの點との關係で、訴訟行爲に關する評價基準が問題にされねばならない。訴訟行爲については元來適法・違法 (*rechtmässig od. rechtswidrig*) という評價は成立せず、これと對應する評價として適法・不適法 (*zulässig od. unzulässig*) の評價が與えられる⁽²⁾。その救済は訴訟法上の手段によつてのみなされる。當該行爲につきそれをこえる評價は訴訟法上の評價ではない。Goldschmidtによれば、當事者の國家に對する法的地位の特質から——他者の *Sollen* 自己の *Dürfen* と結びつかない訴訟上の意味における權利の特質より——二つの認識即ち第一にこの權利は侵害せられ得ないこと、第二にその承認が訴訟法上適法又は違法と判断せられ得ないことが明らかである。以上の理由から次の三つの結論が歸結される。第一に當事者の不當執行行爲 (*ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*) は訴訟上の可能性の判断として適法 (*zulässig*) であるが、實體権を侵害するという意味で違法である。適法 (*zulässig*) と違法 (*rechtswidrig*) という二つの評價は矛盾しない。訴訟法上の意味における權利が自己の *Dürfen* と結びつかないという意味で、それが違法性を排除するものではない。第二に、國家の不當執行行爲 (*ungerechtfertigte Vollstreckungsfähigkeit*) は國家權力の適法な行使として許され、これに對して實體法的評價はなされない。國家はその權力 (*Machtfülle*) に基づいて行動している。第三に、執行處分は従つて國家の執行處分の結果としては適法 (*zulässig*)、債權者の執行行爲の結果としては適法 (*zulässig*) であると同時に、違法 (*rechtswidrig*) でもある。従つて債務者又は第三者は執行行爲に對して正當防衛權をもたない。というのである。

訴訟上の權利の總てが果して他人の *Sollen* と結びつかず、更に自己の *Dürfen* とも結びつかないものであるか。執行請求權の如きは國家の執行機關の *Sollen* 及び自己の執行法上の *Dürfen* と結びつくものと考えるべきであろう。これを否定する彼の見解は、當爲と訴訟上の權利侵害の取扱ひ乃至權利の保護の問題とを不當に混同しているものと評せざるを得ない。例えば執行吏が不當に執行委任を拒絶したため損害が生じた場合、國家賠償法に基づき債權者は執行吏に損害賠償を請求しえないであろうか。訴訟手續上の救済としては執行方法に關する異議による他はないが、實體的に損害賠償請求權が成

立するとすれば、それは執行吏の受任義務を前提としなければ考えられない。訴訟手續上の評價として適法 (zulässig)・不適法 (Unzulässig) を基準とすることは訴訟法上の権利の権利性肯定と矛盾するものではない。亦私のように實體法・訴訟法二元觀の立場から二重評價の可能性を肯定し、且つ訴訟手續上違法 (rechtswidrig) なる評價基準を否定する立場からみれば——この點では Fischer-Fischerhof も同説であるが——権利が Dritten と結びつかないが故に違法性を排除するものではないとする點は一體いかなる役割を果すのであろうか。権利侵害の訴訟法上の違法性を論證するために Dritten と結びつかないという意味で訴訟上の當該権利の権利性を否定するならとにかく、訴訟手續上の評價としての違法の評價を否定する立場からは、それは何の實益もないのではないか。更に齋藤教授は Fischerhof と共に、公權としての執行請求權を認容する以上債權者が自己の有する執行請求權を行使することは、債務者に對して客觀的に不法行爲にならぬと結論せざるを得ない、とされる。⁽⁸⁾蓋し二重評價の可能性を否定されるが故にである。いずれにせよ訴訟上の権利の権利性否定論と訴訟手續上の適法・不適法の評價基準の承認ということとは別個の問題である。前者については賛成しえないが、後者は正當である⁽⁴⁾と考へる。Goldschmidt により提唱されたかかる價值基準を取上げて従來の論争に新生面を開いたことは彼の一つの卓見であつた。そして彼の見解の今一つの長所は、彼が執行行爲中に國家の執行行爲 (Staatliche Vollstreckungstätigkeit) と債權者の執行遂行行爲 (Vollstreckungsbetrieb) との二行爲を分けて考へたことである。

(1) Fischer-Fischerhof, a. a. O., S. 52 ff.

(2) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 290 f.

(3) 齋藤教授、不當執行行爲の違法性に付て、訴訟法學の諸問題、四三頁。

(4) 例へば、伊東教授、訴訟行爲の瑕疵、民訴講座二卷、三四二頁以下、Rosenberg, Lehrbuch, 7 Aufl. S. 848.

六 違法行爲に基づく損害賠償説 (五)

Rosenberg は次の如く説いている。⁽¹⁾元ず第一に彼は訴訟行爲の評價基準として適法・不適法の判断のみを認めるに過ぎない。即ち請求異議訴訟において實體的請求權の消滅を理由に執行は不適法になるのであつて違法になるのではないのである。従来よくいわれるように、同一行爲が同一當事者間で同時に二重の評價をうけるということは誤りであるが、不當執行の場合當該行爲の違法性を考えようとするなら考えられないことはない。例えば Geib や Stein の主張する如く、當該執行行爲について、それが國家・債權者間では適法 (rechtsmäßig)、債權者・債務者間では違法と考えられるからである。しかしこの見解によれば、不當執行の損害賠償は獨逸民法八二三條によることになるが、Rosenberg 自身の見解によれば、實體權の欠缺のみを以てしては不當執行行爲に違法の判断は勿論不適法の判断すら加えられないのであるから、その賠償責任は獨逸民法八二六條によることになる。

この Rosenberg の見解は次の諸點で問題がある。第一に、同一當事者間における同一一個の行爲は二重の評價をうけないという前提である。執行行爲は形式的には同一當事者間の同一一個の行爲であるが、實質的には異つた當事者間の二つの異つた意味をもつ行爲として考えられる。異つた當事者間の異つた二つの行爲が相互に密接に關連して、その結果評價が統一されるか否かは實は、執行制度の目的乃至は執行請求權論奈何に懸る問題である。Rosenberg は行爲の實質的分析を缺いている。現に彼の見解は、結局不當執行行爲につき、債權者・債務者間の問題として、實體的評價を與えている。彼の命題を裏返せば、同一一個の行爲であつても異つた當事者間においては異つた評價が可能なることになる。同一一個の不當執行行爲であつても、債權者・債務者對國家間ではそれが訴訟法上適法 (sittlich)、債權者對債務者間においてはそれが實體法上違法 (rechtswidrig) という評價が成立しうることに既に述べた通りである。彼によれば不當執行行爲も訴訟法上は適法

(zulässig)であり、それは實體法上適法 (rechtsmässig) の評價をうける。従つて獨民法八一三條の適用をうけない。しかしながら同條にいわゆる違法 (rechtswidrig) は「特別な違法」(eine besondere Rechtswidrigkeit) を意味し、不法行爲一般に必要とされる一般的違法性を意味しない。⁽²⁾ 八二六條の良俗違反 (Gegen die guten Sitten) は後者の一態様である。従つて、Rosenberg が八二六條を適用して損害賠償責任の發生を認める場合、不當執行行爲につき實體法上不法行爲一般に必要とされる一般的違法法の判断をしているといつてよからう。これは我民法七〇九條の適用を認めることを意味する。この意味で彼は結局不當執行行爲について二重評價をなしているのである。一見適法行爲に基づく損害賠償説の如くみえながら、結局二重評價をなし、實體法上違法とする結果になつている。即ち不法行爲における違法概念を狭く解する場合成程一見それは適法行爲による不法行爲の如く見えるかもしれない。しかし適法行爲による不法行爲の成立は行使さるべき甲權と侵害さるべき乙權とが共に實體權の領域において相互に抵觸せねばならぬ。然るに不當執行における執行請求權と保護さるべき債務者の法益とは相互に存在の場を異にする。⁽³⁾ 前者は執行法上存在するに反し後者は實體法上存在する。前者はその行使が實體法上いかなる評價を與えられるかということとは全く無關係に與えられている。更に亦同一一個の行爲であつても異つた當事者間においては異つた評價が與えられてしかるべきである。債權者債務者對國家の關係と債權者對債務者との關係において不當執行行爲の評價は異つてよい筈である。従つて執行法上適法 (zulässig) な行爲は實體法上違法 (rechtswidrig) であつてもよい。それが實體法上も適法 (rechtsmässig) であらねばならぬ理由はない。蓋し元來執行請求權は當事者の執行行爲の執行法上の適法性 (Zulässigkeit) のみを保證するものであつて、實體法上の評價はその關心外の事項だからである。

(1) Rosenberg, a. a. O., S. 848.

(2) E. Meitner, Schuldrecht. II. Besonderer Teil, S. 194. 彼は八二六條につき次の如く書いてゐる。「此處では特別の違法性はその他の不法行爲と異り必要とされない。何故ならば總ての良俗違反行爲は法規がこれを是認しない以上既にそれ自身違法なのであるか

ら。それ故に行為者は特に違法の認識を證明する必要がない。」亦 *Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 1950, S. 899.* は、「同條の場合「加害行為が違法であることは必要としない」としながら「それ自體違法ではない加害行為はそれが良俗違反の加害行為という要件を含むが故に違法になるのかどうかは争われている。Oertmann は反對しているが(DJZ 1908, 825 ff.)肯定してよからう。成程ある行為が賠償義務を發生せしめるということから、常に當該行為が禁止されているというとはいえない。しかし、その良俗違反性の故にある行為が賠償義務を以て威嚇されている場合、黙示の禁止があるものと考えねばならぬ。それ故良俗違反の加害行為に對して正當防衛が許される」と述べていることは注目されるべきである。

(3) 適法行為による不法行為という考え方の根據につき末弘教授は次の如く述べておられる。末弘教授、適法行為による「不法行為」、法律時報五卷七號八頁以下。

「甲權利の存在が必然乙權利を侵害する。而も甲權利の存在を許すことが社會經濟上利益多しとして要求されるならば、其存在によつて之が必然侵害されるとしても甲そのものを禁じるわけにはいかない。所が甲の存在を許すと必然乙が侵害されるから、乙には其侵害によつて蒙るべき損害の賠償を與えつつ、尙甲の權利の存在を許して兩者の調節を計ることが要求されるのであつて適法行為による損害賠償の法理は此所に其理論的根據を有するのである。」

しかし不當執行はこの場合に於てはまらないと解すべきである。即ち執行請求權と債務者の侵害せられる權利は等しく實體法の領域次元において衝突するものではない。執行請求權は全く抽象的に與えられており、その行使が債務者の權利を侵害するや否やは全く執行請求權の關心外のことといわねばならないからである。

適法行為による不法行為という場合、二つの性質を相互に異にするケースが例示される。その第一は一見衝突する如く見えながら二つの權利がその存在の次元を異にするため、實は衝突していない場合である。例えば、末弘教授は前掲論文九頁において、大正五年五月十六日の大審院判決が、電車會社が行政廳の許可によつて爲したる架橋工事に因る漁業權侵害を理由とする損害賠償請求事件に於いて不法行為の成立を否認したのに對し、シャルモン教授の「かくの如き行政許可は第三の權利の留保の下に於てのみ賦與せらるべきものなるが故にそれによつて第三者が損害を蒙つた場合には其賠償を請求するを妨げない」という考え方によれば命令は命令としてそれ自身有効、因つて發生すべき第三者の損害だけは之を賠償せねばならぬと言ふように考へて、適法行為による損害賠償の可能性が考えられる、という。しかし行政許可が第三者の權利を侵害せざることを要件とする場合の他行政許可は、當事者の行為が第三者の權利を侵害するや否やは全く無關心といわねばならぬ。行政許可があるからといつて第三者の權利侵害行為が私法上適法行為であるというわけにはいかない。許可は行政法上の問題、權利侵害は私法上の問題であり、全く存在の次元を異にする。私法上之をみれば違法行為による不法行為とみる

べきであろう。これに反して大正五年十二月二十五日大審院判決大阪アルカリ株式會社毒ガス事件は、私法上認められた権利の行使が因つて生じる損害分擔なくして之をなすことが公序良俗に反する場合であるが、之を以て適法行爲による不法行爲というに適している。不當執行の場合は前者であつて後者ではない。

七 適法行爲に基づく損害賠償説 (一)

Bernhardt は不當執行行爲といえども適法行爲であるといふ⁽¹⁾。彼は先ず二重評價の可能性を否定する。そして法が非終局的債務名義に基づく執行を認める以上いかなる場合にも當該執行は適法であつて、債務名義又は債務名義の執行力が取消された場合であつても適法である。かかる見解のみが國家行爲の權威性にふさわしいものである。反對説によれば適法に始まる多くの執行が違法なものとされることになるが、これは法秩序の無欠缺性 (Unversehrtheit) と完結性 (Geschlossenheit) に對する強い疑問を起させる。もし執行が違法であるなら高等裁判所の假執行宣言附判決に基づく執行からは、それが不當であつても損害賠償義務が生じないのは何故か (獨逸民訴法七一七條Ⅰ項) 説明できない。更に、今假りに假執行宣言附判決が正當であり、それを取消す判決が誤つているとしよう。假りに執行の違法性が損害賠償の根據であるとすれば、既判力の限度内で執行の適法性を主張し損害賠償をまぬがれることが可能はずであるが、實際はかかる主張は認められない。以上の論據から法律が債權者に一定時において取消又は變更の可能性ある債務名義に基づいて執行をなす權限を認めている場合、假の債務名義を利用する債權者が債務名義の不完全性より生じる危険を負擔すべきであるとして始めて正當であり妥當である。従つて此處で問題となる賠償責任は法律上の危険責任 (Gefährdungspflicht) である。この假の債務名義に関する議論は、終局的債務名義に基づく不當執行についても妥當する、というのである。

その發生を法が當初より豫測していた状態の惹起により當該執行行爲が違法になるはずがない、といつて二重評價の可能

性を否定する點に彼の最大の理論的缺陷がある。彼が具體的執行請求權説をとることは別稿に指摘した處であるが、この基本的立場からは執行行為の違法性が歸結されねばならないであろう。それは彼の理論に内在的な矛盾であるといえよう。彼は更に彼の見解こそ國家行為の權威性にふさわしいものであるというが、國家行為が常に適法であるという保證はない。それは國家權威思想の無反省な現われでしかない。^(a) 違法説を批難するために援用する獨逸民訴法七一一條Ⅲ項の規定にしても、假執行宣言附判決が正當、それを取消す判決が誤つてゐる場合の例にしても、本稿の最初に指摘したように、假の債務名義による不當執行に基づく危険責任と終局的債務名義による不當執行に基づく損害賠償責任の無差別的取扱に起因する誤解を示すものと考えられる。七一一條Ⅲ項で免除される賠償責任は危険責任であつて、不法行為責任ではない。假りにそうであるとしても、それは見込なき上告を避けることを目的とする政策的規定であり、かかる要請が優先する。亦後の例では「既判力の限度内で」という制限がある以上執行の適法性を主張して損害賠償をまぬがれる餘地はないであろう。

(1) Bernhard, Vollstreckungsgewalt u. Amtsbetrieb, S. 48 ff.

(2) 拙稿、前掲論文、三四頁以下。

(3) 彼の見解はナチス時代の全體主義的執行法理論であり、國家中心的要素が強いこと中田教授の指摘される通りである。中田教授、執行行為の瑕疵、民訴講座四卷、一〇二五頁。

八 適法行為に基づく損害賠償説 (二)

齋藤教授は執行請求權論においてローゼンベルグの抽象的執行請求權説に賛意を表され、次の如く主張される。⁽¹⁾ 先ず、法律上許された行為なるが故に、後に債務名義が取消されるとも執行行為は違法となることなく、適法行為による損害賠償理論への努力も看過しえない。次に執行行為を Fischer-Fischerhof が主張すると同様に、國家の執行行為と債權者の執行行

爲とに分け、不當執行においては、前者が適法なること論を待たない。後者についても、それが法律上許された行爲であるが故に債務名義が後に取消又は變更されても變じて違法になることはない。即ち行爲はその行爲時に評價が確定し又は確定しうべきものであつて、遡及的違法はあり得ないのである。損害賠償義務が違法行爲のみより生じるとする理論は、狭いローム法概念に基づくものであり、客觀的違法侵害と過責の二要素を擧げるのはゲマイネスレヒトからの不法行爲概念に過ぎない。實定法上も適法行爲による損害賠償が認められているのであるから、適法行爲は法律上の意味における損害を惹起し得ずという理論は正當ではない。以上の如く説かれるのである。

教授が不當執行を論じるに際し、評價の對象の確定の問題をとりあげられ、Fischer-Fischerhofと共に、執行行爲を國家の執行行爲と債權者の執行行爲とに分けられ、問題が後者について存するとされた點は賛成である。問題はまさに後者の評價の點に存する。この點で、一方で抽象的執行請求權説をとりつつ、他方二重評價の可能性を否定される結果となつていゝるが、これは矛盾ではないか。成程債權者の執行行爲は法律上許されてはいるが、抽象説によればそれは執行法上の問題であつて、これに加えられる實體法上の評價は全く別になされてよいはずである。更にこの種の責任を適法行爲に基づく補償責任と説く見解に對する兼子教授の批判も亦注目に値する。⁽²⁾ 即ち、「例えば、相隣關係で相手方に生じる損失を拂えば隣地を利用できる場合は、侵害と補償とは同一平面で評價される對價關係にあるのに對し、この場合は早期執行という技術的な適法性によつてカバーされないところの法の欲しない状態を生じさせたことに基づくのであるから、やはり一種の不法行爲責任と認めるのが相當である。」

(1) 齊藤教授、前掲論文、六四頁以下。

(2) 兼子教授、強制執行請求權、民訴法講座四卷、九九五頁。

九 結 論

以上論じた處を此處に要約してみよう。(1)不當執行においても國家の執行行爲(Vollstreckungstätigkeit)は適法(zulässig)である。客觀的に存在する實體上の權利の現實的形成という執行の目的よりすればそれは本來不適法(unzulässig)なものであるべきであるが、債務名義における權利を存在するものとして取扱わざるを得ない手續上の要請、債務名義の實質的審査權を執行機關に與えることの不適當性、執行法における當事者主義等の諸原理を採用し抽象的執行請求權を認めることから、それが適法なものとされる。(2)不當執行における當事者の執行遂行行爲(Vollstreckungsbetrieb)は執行法上適法(zulässig)であると同時に實體法上違法(Rechtswidrig)である。執行法上の適法性については(1)参照。(3)従つて不當執行に基づく損害賠償は違法行爲に因る損害賠償であつて、獨民法上もRosenbergの主張する如く八二六條に基づくものではなく八二三條に基づく。(4)従つてそれを假の債務名義に基づく不當執行における損害賠償責任と同視することは妥當性を缺く。

兼子教授は別稿に述べた如く固有の執行請求權説より出發され、二重評價の可能性を肯定され、不當執行行爲は執行法上適法、實體法上違法であるとされ、違法行爲に基づく損害賠償責任の發生を認められる。⁽¹⁾私見と異なる點は次の三點である。第一に出發點たる執行請求權説において私は抽象的執行權説をとる。第二に執行行爲中に國家のそれと債權者のそれとを區別する。教授の所謂「執行法上適法、實體法上違法」の評価は後者について成立つ。第三に執行法上の「適法」が zulässigを意味するならば問題はないが、 rechtsmässig を意味するなら、この點問題がある。

(1) 兼子教授、強制執行法、一四五頁以下。