慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	不執行の合意について
Sub Title	Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlußes
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1962
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.6 (1962. 6) ,p.19- 41
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620615-0019

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.

不執行の合意について

石川　明

序
一　不執行の合意の性質に関する学説とその批判
二　不執行の合意に反しておこなわれた執行における債務者の救済
三　不執行の合意に関する若干の判例
四　不起訴の合意について
結　語

序

私は、本稿において、執行制限契約のうち執行排除契約すなわち不執行の合意につき、その法的性質、効力及びこれに反する執行からの救済などを研究しようと思う。

一　不執行の合意の性質に関する学説とその批判

不執行の合意の本質に関しては、大別して四つの見解があるといってよかろう。これらを以下において順次紹介し、検討

してみようと思う。

(一)　訴訟法上の契約とみる学説[一]　不執行の合意をもつて、直接執行法上の効力を生じる訴訟法上の契約であるとする見解である。この説の論拠は、不執行の合意が、「執行すべき訴訟上の権利の抛棄を包含し、したがつて、それはこの可能性の喪失を招来するということである。もつとも、この論者は、近時の立法が裁判所に民事訴訟の審理手続の代りに全く別異の手続をもつて審理し得る裁量を与えていることを理由として、従来訴訟に関する合意の許容の問題の場合には、ほとんど全部の学者により援用されるところの、いわゆる便宜訴訟の禁止の原則の正当性に対し著しく疑問を抱いている人である。[二]」

この見解の基礎は次の二点にあるとみてよかろう。その第一は、執行請求権の抛棄が可能であるということであり、その第二は、執行法上の効果を直接に発生せしめる契約は訴訟法上の契約であるということである。

そこで、次に、これら二点を検討してみようと思う。

第一に、執行請求権の抛棄は可能であろうか。もちろん、ここにいわゆる執行請求権とは、抽象的なもの（執行制度の一般的利用資格）をさすのではなく、具体的なもの（具体的な請求権に関する）をいうのである。前者が国民の人格的権能として抛棄しえないものであること当然である。[三]問題となるのは後者である。後者の意味における執行請求権はこれを抛棄しえないとする見解が有力である。[四]抛棄不可能説には四つの論拠がある。(1)まず第一に、執行請求権は公権であるからこれを抛棄しえないとする論拠がある。この論拠はさらに二つにわかれる。(イ)すなわち、執行請求権は国家に対する公権であり、債務者に対する私権ではないから、債権者・債務者間の不執行の合意は、国家に対する執行請求権の抛棄を包含しえないのである。[五]

(ロ)さらに執行請求権は、債権者の私的利益にのみ関するものではなく、公の利益においてもまた認められる公権であるから、これを抛棄しえない、[六]というのである。(2)第二に、執行要件、執行障害に関する執行法規は強行規定であり、したがつて、当事者の意思に基づき手続を規整することは、法がこの権能を当事者に明らかに与えた場合に限り許されるのである。

便宜執行は許されない、[七]という論拠がある。(3)第三に、執行請求権の拋棄を認めると、経済的社会的弱者は常に拋棄を強要されるおそれがあり、そうなることは公序良俗に反するから許されない、という主張がある。[八](4)第四に、執行機関の執行行為が執行法上に不適法であるためには、執行機関が知りうべき手続規定違背のあることが必要であるが、執行請求権拋棄の場合、執行機関はそれを知りうべき可能性がないから、拋棄にも拘らず行われた執行行為もまた適法であるという論拠がある。[九]

以下これら四つの論拠を検討してみよう。

(1)(イ)の論拠、すなわち、執行請求権が対国家公権なるがゆえに、債権者・債務者間の合意によりこれを拋棄しえないとする見解は正しいであろうか。なるほど、公権たる執行請求権は債権者対国家の関係において存在する権利である。これを債権者・債務者間の合意で直接拋棄することはできない。しかし、執行請求権を国家に対する関係において債権者が拋棄する義務を負う契約は、執行請求権の拋棄が可能であることを前提とすれば可能である。したがつて、この論拠は、執行請求権の拋棄それ自体が可能か否かという問題に関するものではなく、債権者・債務者間の合意による執行請求権の放棄が可能か否かという問題に関するものであるといえよう。さらに、債権者・債務者間の合意による執行請求権の拋棄が全く考えられないかどうかも多分に疑問である。債権者・債務者間に執行請求権拋棄の合意があつた場合、国家に対する関係で執行請求権の拋棄ありたるものと擬制することは、執行請求権の拋棄の可能性の承認を前提とする以上は、考えられないことではないからである。なるほど原則として、当事者間の合意によりその一方と第三者との間に存する法律関係を直接に処分することはできないけれども、もし第三者との法律関係（ここでは債権者対国家間の執行請求権の関係）が債権者の利益においてのみ認められているのであるならば、当事者間の合意を当事者の一方と第三者との間の法律関係に影響させることは可能であろう。要は、ここでも、執行請求権それ自体の放棄の可否にあるといわねばならないであろう。

(1)(ロ)の論拠、すなわち、執行請求権は債権者の私益においてのみならず、公益においてもまた認められているものであるがゆえに、これを拋棄することはできないとする論拠は正当であろうか。訴権についてではあるが、兼子教授は次のごとく述べておられる。(一〇)「国家の利益としては訴訟制度を維持し私人をして之を利用する機会を与ふれば足り、訴権は具体的場合に訴訟制度を利用する権利即ち広い意味で営造物利用権であつて、専ら利用者の利益の為に存するものである。――中略――具体的な法的紛争に関して之が解決を求める権利としての訴権は之を拋棄するも何等訴訟制度の目的と背致し、公の秩序を乱す筈はない。実体法の権利からすれば訴権は其の訴訟に依る保障である点では実体法上の保障である相殺権等と同様であり、後者を放棄しうることを見れば、前者の放棄を許すも該権利の本質に反する訳ではない」と。また Bohn もこの点につき次のごとく述べている。「強制執行手続においても、判決手続におけると同様、処分権主義が支配する。執行手続は職権によつてではなく、当事者の申立によつて開始される。――中略――この事実から具体的な執行手続の遂行につき公の利益は存しないとみてよい。――中略――したがつて、私人間の合意により執行申立権を消滅せしめることは許される」(一一)と。訴権なり執行請求権が当事者の利益において与えられていることは確かである。したがつて、執行請求権の行使は債権者の自由である。しかし、権利行使の自由から、ただちに権利の拋棄の可能性を帰結することはできないであろう。執行は実体法上執行による実現の可能性のある実体権の実現を目的とする。したがつて、現実に執行請求権を行使して執行を遂行するや否やは債権者の自由であるから別問題として、執行に適する実体権が存在する以上その執行による実現の可能性は与えられなければならない。執行に適する実体権が存在するにもかかわらず、執行法上適法に執行権行使の可能性が全く排除されることは許されないであろう。たしかに、執行請求権の行使は債権者の自由であるが、実体法上執行しうべき請求権の存在する以上行為規範上債務者は債権者に対して給付をなすべきなのであるから、執行請求権行使の自由はあくまでも、執行の可能性を前提とするものでなければならないであろう。執行制度のかかる目的よりみて、執行請求権の拋棄は認めることができ

ないと考える。(一二) 便宜執行禁止の理由はさほど決定的な論拠とは思われない。もちろん、便宜執行が許されないことにつき異論はないが、問題は便宜執行をどの範囲において認めるかという点にある。すなわち、「便宜訴訟禁止の原則の正当性に対し著しく疑問を抱く」までもなく、便宜訴訟禁止の範囲を先ずもつて明確にしない限りこの原則は本説を否定する決定的な要因とはなつていないのである。Bohn はこの点につき次のように述べている。「立法者により明らかに認められた場合においてのみ手続上合意を許そうということが従来しばしば主張されてきた。しかしかかる便宜訴訟禁止理論は今日修正されてしまつた。いかなる場合に当事者の合意が許さるべきかは今日法律上明確ではない」(一三)と。

(3)の主張、すなわち、経済的社会的弱者保護が必要であるとする理由は重要である。兼子教授は、この点につき、「弱者保護の理想は不起訴の合意の場合のみに存するものではなく、合意自由の一般的制限として別に論ずべきものである」(一四)とされている。それが一般的制限として別に論ぜらるべきであるということから、弱者保護の理念が不執行の合意の排除を肯定すべき論拠になりえないとはいえない。けだし、不執行の合意は、合意制限の一般原則の適用さるべき具体的ケースと考えられるからである。

さらに(4)の理由、すなわち、執行請求権の拋棄は執行機関の知りうべからざるものなるがゆえに、その存在にもかかわらずなされる執行も執行法上適法であるという論拠も、重要である。執行請求権が拋棄可能であり、且つ拋棄がなされた場合、それにもかかわらず現実に申立てられ且つ追行せられた執行機関の執行行為は執行法上不適法であらねばならない。執行行為の瑕疵は執行方法に関する異議(民訴法五四四条)又は即時抗告(同法五五八条)により救済さるべきものである。しかして、この異議の対象たる執行行為の瑕疵は、「執行又は執行行為の形式的な手続上の瑕疵」である。殊に、形式的な手続上の瑕疵に限定したのは、迅速な執行という要請と、執行機関の性質上手続の実質的瑕疵につき判断させることの不適当たることに由来しているのであるから、不執行の合意の存否を執行機関に判断させ、且つその不存在が執行行為を不適法たら

しめる瑕疵であると考えることは適切ではないであろう。斉藤教授は、この点につき次のごとく説かれている。[一五]「しかしながらこの論拠をもつてしては説明に窮する場合に逢着するので充分正しさを誇るわけにはいかぬ。すなわち、例えば執行債権者がその手中に在る債務名義の数通の正本を奇貨として同時に執行に及んだ場合には、執行機関においてその瑕疵を知り得ないに拘らず、民訴第五四四条の執行方法に関する異議が認められるのであるから、執行手続の違背は執行機関がこれを知り得べき場合にのみ認め得る、とするのは妥当ではないからである」と。斉藤教授の例示される場合に民訴法五四四条の救済が認められると考えることは問題があるように思われる。すなわち、執行文の付与そのものは一種の行政行為であると考えれば、同時執行の必要がなくなつた場合に、執行文付与に対する異議又は異議の訴による救済が考えられるからである。むしろ、兼子教授が、「実質上も執行機関に於て予め合意の存否、内容を調査することは不可能であるのみならず、又之にかかる権限を与へるのは妥当ではないから、執行方法に関する異議を認める見解には賛し難い」[一七]とされるのに賛成する。[一六]

第二の問題は、訴訟法上の契約の範囲の問題である。Schiedermair により確立され、最近の多くの学説がこれに従つている原則によれば、合意の法的性質は、当事者により意欲された、直接且つ適法な法律効果が訴訟法に属するか実体法に属するかによつて、訴訟法上の合意か、実体法上の合意かが定まる。[一八] 不執行の合意は、執行請求権の拋棄という執行法上の効果の発生を目的としているがゆえに、執行法上の合意であるといえるけれども、そもそもの目的とする執行請求権の拋棄は既述のごとく不可能であり、したがつて、右合意は訴訟法上その効力を生じない。訴訟法上効力を生じない、原始的に不能な契約なのであるから、むしろ当事者がこの合意により実質的に直接意欲しているものは、執行請求権の拋棄という訴訟法上の効力ではないと解しなければならない。そこで次に不執行の合意を私法上の契約とみる見解が登場する。

㈡　私法上の契約とみる説[一九]　不執行の合意は直接執行法上の効力をもたず、単に執行請求権の不行使、すなわち不執行の不作為義務を発生せしめる私法上の債権契約であるとみる説がこれである。例えば、斉藤教授は次のごとく主張されてい

る。「合意に反する執行行為はしないとの不作為が強制執行の領域に存する事実は、私法上の債権契約の成立を妨げるものではない。訴訟上の権能に対する私法上の契約なる観念は矛盾しているというヘルウィックの非難は、執行契約についても適切でないといわねばならぬ。蓋し、私法上の債権契約の対象は、法律上可能にして法律上の禁止がなければ足りるからである。債務名義を使用するか否かについても、また、如何なる種類・段階においても強制執行をするかは全く債権者の随意であり、法律は執行契約において約せられた債権者の作為・不作為について全く忍受しているのである。かくのごとく法律は債務名義の使用方法につき債権者の自己制限を忍受しているのであるから、債権者の同様な制限をば、契約による拘束によつて招来することは何等妨げないといわねばならぬ。ロケットが執行契約許容の内部的根拠として権利の放棄しうること、及び、契約自由の原則を挙げているが、その前半の理論は、これを債権者の自己制限と改めるを適切とすると共に、後半の理論は、債権契約の対象が敢て私法上の行為たるを要せず、公法上の行為でもよいことを指示する限り正当である」(二〇)と。

しかして、この見解の基礎には、不執行の不作為が執行請求権の抛棄とは異るものであるとする認識が存する。このように考えることは正しいであろうか。なるほど観念的には両者はあきらかに異る。しかし、この見解が間接的にではあれ、不執行の合意に執行法上の効力を認める以上、不執行の合意は執行法上執行請求権の抛棄と同じ意味をもつことになろう。そして、実質的に執行請求権の抛棄と同じ効果をもつ私法上の契約は、執行請求権の抛棄が不能な以上、原始的不能の契約であるといわねばならない。なるほど論者の指摘するごとく、債務名義を使用するか否かについても、また、いかなる種類・段階において強制執行をするかは全く債権者の随意である。しかし、この自由は、先にも述べた通り、あくまでも執行の可能性を前提とした自由であつて、この前提をくつがえすことは許されない。かかる事項を目的とする契約は、原始的に不能な契約であつて、無効である。

さらに、この見解が、一方で、「執行手続に関しても、判決手続と同様の理由から任意訴訟の禁止の原則が存し随つて当

事者は予め執行手続の型態を変更し得ぬとみるべきで、法の規定する場合の外は執行契約は債権者の執行上の権能自由を制限する私法上の契約と見るべきである」[二一]として、任意訴訟の禁止を強調することは、他方で、右の私法上の契約から間接的に発生する訴訟法上の効果を認めることと矛盾していると考えられよう。

㈢　私法上の自然債務発生契約とみる説　執行法上の執行請求権能を直接にも間接にも処分しえないとすれば、不執行の合意は実は実体法上の請求権に関する責任契約と理解することが適切であろう。責任排除、責任制限契約は実体法上適法にして有効である。それは執行請求権能に関するものではなく、もつぱら実体的請求権の実体法的属性に関している。

㈣　以上三説のほか、不執行の合意には、執行請求権の抛棄に関する執行法上の合意と実体法上の責任契約とが併存していると考える見解がある[二二]。この見解は少なくともその前半につき第一説につき述べた処と同じ批判が成立つであろう。

（一）Schiedermair, Vereinbarung im Zivilprozess (1935), S. 134, 83; Bohn, Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses, ZZP 69, 20, S. 23.

（二）斉藤教授、執行契約、民事訴訟法講座四巻、一〇五三頁

（三）Bohn, a. a. O., S. 23. Bohn はここで、Vollstreckungsanspruch は抛棄しえないといつているが、それが一般的執行制度利用資格を指している点疑いがない。なお、訴権についてではあるが、兼子教授、訴訟に関する合意について、民事法研究一巻、二七四頁

（四）斉藤教授、前掲、一〇五三頁、訴権についてではあるが、兼子教授、前掲、二七四頁

（五）Seuffert-Walsmann, IV vor § 704 ; Hellwig-Örtmann, System II, S. 175. 斉藤教授、前掲、一〇五四—五頁、訴権についてではあるが、兼子教授、前掲、二七四頁

（六）Raatz, Vollstreckungsverträge (1935), S. 25 ff; Hochgräfe, Vollstreckungsverträge (1938), S. 34 f. 殊に破産につき Kohler, Ges. Beitr., S. 173.

（七）斉藤教授、前掲、一〇五四頁

（八）兼子教授、前掲、二七四頁

（九）斉藤教授、前掲、一〇五三—四頁

（一〇）兼子教授、前掲、二七四頁

(一一) Bohn, a. a. O., S. 24.

(一二) 三ケ月教授は、訴訟行為としては契約が例外的である理由の一つとして、「当事者には一定の限度で訴訟上の可能性を用いるか用いないかの自由が認められている。しかしこうした自由があるからといつて予めそれを契約により拘束することは、当事者の決断の自由を奪うことになる。当事者に一定の範囲で自由を認めるといつても、それはその効果を明確に判断しうる状況において当事者の決断にまかせるという趣旨であるから、事前にその行使を制約するのは適当でないし、あまり広く合意を認めると当事者の不測の不利と弱者の圧迫を生ぜしめるおそれがある」とされている。この理由からのみすれば、その効果を明確に判断しうる限度で執行請求権の抛棄も可能になろう。

(一三) Bohn, a. a. O., S. 23; Vgl. Bülow, Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP S. 641 ff.

(一四) 兼子教授、前掲、二七四頁

(一五) 斉藤教授、前掲、一〇五四頁

(一六) 兼子教授、前掲、二九一頁

(一七) Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 43 ff.

(一八) Lent, Kurzlehrbuch, 2. Aufl., § 79 III; Nikisch, ZPR 3. Aufl., § 55; Schönke, ZPR 5. Aufl., § 33 II 3 および兼子教授、前掲、二六四頁

(一九) 有力な見解である。我国では、兼子教授、前掲、二八九頁、斉藤教授、前掲、一〇五六—七頁、ドイツでは Raatz, a. a. O., S. 26; Förster-Kann, Kommentar, Vorbemerkung § 704.

(二〇) 斉藤教授、前掲、一〇五六—七頁

(二一) 兼子教授、前掲、二八九頁

(二二) 例えば、兼子教授、前掲、二八九頁、斉藤教授、前掲、一〇五五頁のコーラーの見解。

二　不執行の合意に反しておこなわれた執行における債務者の救済

第一説、すなわち訴訟上の契約とみる見解の当然の帰結は、その救済を執行方法に関する異議(民訴法五四四条)によらしめることである。この点については、すでに前節で述べたが、その理由は次のごとくである。すなわち、当該合意により執行法規が変更せられたことになるがゆえに、執行機関の執行行為がこれに違反する場合、右執行行為は法規違背として不適法な執行行為となり、これに対し執行方法に関する異議が認められることになる、というのである。合意違背の執行における

救済を執行方法に関する異議によらしめる見解に対しては、すでに述べた通り、「執行機関に於て予め合意の存否、内容を調査することは不可能であるのみならず、又之にかかる権限を与へるのは妥当ではないから、執行方法に関する異議を認める見解には賛し難い」とか、「執行手続が不適法であるというためには手続規定の違背の存することを要し、しかも、かかる違背は執行機関がその違背を知り得べき可能性を持つ場合において始めて問題となり得る筋合であるのに、執行上の権能の抛棄の場合には、右の如き可能性が存しないから、該抛棄に違背せる執行も執行法上不適法ではない」とか、あるいは、「執行機関こそは、当事者の執行契約を顧慮しなくとも執行法規違反とはならぬし、また、かかる合意を顧慮してはならぬのである。執行機関の職責は、債務名義、執行文、送達等の一定の形式的要件の存在の形式的審査に限定されているからである。要するに、執行方法に関する異議は、執行の不適法が直接法律の規定に基く場合であるのに、執行契約の場合はそうでないから、民訴五四四条を適用する前提要件を欠くものといわねばならぬ」という批判がなされている。しかし、執行法の適法・不適法の基準をどこに求めるかの問題を論ずるまでもなく、不執行の合意とみる見解そのものが誤りである以上、合意違反の執行から救済を執行方法に関する異議に求めることは適切ではなかろう。

第二説、すなわち、不執行の合意は、不執行の不作為義務を発生させる私法上の契約であるとする見解によると、不執行の合意違背の執行行為からの救済は、請求異議の訴（民訴法五四五条）そのものによるか、あるいは請求異議の訴に準じることになる。この見解によると、不執行の合意は直接執行法上の効果を発生せしめるものではないから、これに反する執行も執行法上不適法なものではない。したがつて、合意違背の執行行為からの救済として執行方法に関する異議は問題とならない。そこで、ドイツの通説・判例は、この救済を請求異議の訴そのものによるものとしている。[二三] しかし、他方、正面から請求異議の訴を認めることが請求異議の訴を認めた法文の文言に反すること、不執行の合意が執行法上の権能それ自体に関し、執行の対象たる実体法上の請求権の属性に関しないことから、その救済を請求異議の訴に準じるとする見解がある。例えば、

兼子教授は、「だが若し両者（執行方法に関する異議と請求異議の訴――筆者註）何れかを類推すべしとの前提を採るならば、請求異議の訴が、執行手続上は適法な執行であるが実体法上不当な執行を阻止するが為に与へられる救済であり、又当事者間の実体関係に付ては執行機関の調査に委ねず、受訴裁判所の判決手続によらしめて居る点に鑑みれば、当事者間の契約上債権者が一般に或は特定の執行行為を求むべからざる私法上の義務を負ふことに基き執行を阻止するには、寧ろ之こそ類推すべき充分の根拠があるといへる」[二四]とされている。さらに、斉藤教授はこの点につき次のごとく主張されている。「ラーツの論証したように、執行法の立法者は何等執行契約違反の場合の救済についてこれを予想しなかつたのであるから、準用する必要と、準用するに適当な性質、すなわち、準用適格とを具備することが論証されるならば、民訴五四五条の準用により立法の欠陥を満たすことは是認されねばならない。損害賠償請求やダックワイラーやロケットの説く如く不作為の訴や仮処分による救済手段をもつてしては、請求異議の訴の場合に比し債務者の地位が甚だしく害されるに至り、堪え難いことは、すでに述べたところであり、それは、民訴五四五条の準用を認めるにつき充分な必要要件を充たすものである。次に請求異議の訴は債務名義の執行力により適法に執行はなしうるが、実体法上不当な執行より債務者を保護するために認められた救済方法であるから、私法上の債権契約により債務名義を一時又は永久的に使用せず、またはある特定の執行行為はこれを為さず、または、ある目的物に対する執行はこれをなさず等の債務を負つた場合に、これに違反した執行は、まさに実体上不当な執行に外ならぬから、実体上不当な執行たる点において両者は相一致し、ここに民訴五四五条の準用上充分な適格を具備するのである」[二五]と。民訴法五四五条の準用の必要が認められるという前提に立てば、同条準用の適格具備性もうなずけないことではない。しかし、私見によれば、既述のごとく、不執行の合意が実体法上の自然債務契約であるところから、右合意違背は直接に請求異議の訴により救済されてしかるべきである。この意味で、準用論者が、不執行の合意違背の執行の場合救済手段がないから民訴法五四五条を準用すると主張することは正当ではない。論者は、執行が執行の対象たる実体的請求

権との関係で不当なのではなく、単に、不執行に関する実体法上の合意との関係でのみ不当であるとするのであるが、むしろ、執行は執行の対象たる実体的請求権との関係で不当になるのであるから、その救済については、請求異議の訴に関する民訴法五四五条の適用を考えればよいのであつて、同条の準用を考える必要はないのである。実質的にみても、執行の直接の対象は、当該執行の基礎たる債務名義に表示された実体的請求権の実現であつて、決してそれ以外の私法上の請求権の実現ではない。したがつて、この意味では、それ以外の請求権、すなわちここでは、不執行の不作為を求める請求権を実現するためには、むしろ論者が不充分であるとして排斥する不作為の訴・仮処分によるのが本筋ではなかろうか。

なお、不執行の合意違背の救済を請求異議訴訟に準じる訴に求める見解は、異議事由たる不執行の合意の発生は、民訴法五四五条にしたがつて既判力の標準時以後に限定する、とはしていない。この点につき兼子教授は、「執行契約は執行の段階に至つて始めて問題となるものであり、之に基く債務者の請求権も之以前には主張する利益を有しないのであるから、仮令執行契約は口頭弁論終結前に締結されていても、当該訴訟に於て提出の機会なく又執行契約ある給付判決を為すことを妨げられぬと解すべきであつて、執行開始後之を主張することを得る」[二六]とされる。賛成である。

（二三）　斉藤教授、前掲、一〇六二頁参照
（二四）　兼子教授、前掲、二九二頁
（二五）　斉藤教授、前掲、一〇六二頁
（二六）　兼子教授、前掲、二九二頁、斉藤教授、前掲、一〇六三頁

三　不執行の合意に関する若干の判例

㈠　判例は、最初は、不執行の合意をもつて実体法上の債権の抛棄とみていた。

大審院民二・大九（オ）九三八号、請求異議事件、大一〇・六・一三判決、民録二七輯一一五〇頁

この判決の事実関係は次のごとくである。X会社がYに対し金銭債権を有し、これが判決により確定。その後大正六年五月八日X会社とYとの間に次の契約が成立した。㈠即時金一〇五円を支払うこと。㈡翌六月一〇日までに金四〇円を支払うこと。㈢残額はYが徳義的に任意に支払い、X会社は強制的請求をしないこと。しかるに、X会社は残額債権につき執行しようとしたので、Yはこれに対し請求異義の訴を提起した。第一審Y敗訴。第二審でX会社敗訴。X会社上告。上告論旨は以下のごとくである。YはX会社が残額債権を抛棄したというが、第二審判決は、X会社は債権自体を抛棄しているのではなく、執行請求権を抛棄したにすぎないとしている。それは、当事者の申立てざる事項を採断して之を当事者に帰せしめたものであつて、違法の裁判である。しかして、元来債権と執行請求権とを引離して考えるのが誤りである。権利の本質上ある権利の実行に関し国家の強制力を以て其権利の本然の満足を与えらるべきことは必然の事項であり、之を除外しては権利の観念を形成することができない。権利の性質上国家の強制力を用いてもなお権利行使の実をあげられないものに付いては格別、債権本来の性質上強制履行を許すものに付ては、其不履行の場合における執行請求権を除外しては之を権利として観念することはできない。したがつて、ある債権につき執行をなす権利だけを分離して之を抛棄し、その余の部分を存置して之を債権なりと称することはできないのであるから、かかる抛棄行為は当然無効である、というのである。かかる事実関係を前提としてこの判決は次のごとく述べている。

「徳義上任意に支払をうくべき債権なるものは存在しないから、原審が、㈢の残額債権は之を徳義上支払うべきものとするとの契約が成立したものと認めた以上は、この部分につき債権の抛棄があつたものと考えるべきであるにもかかわらず、――中略――右の事実をまつて債権の抛棄に非ずして執行請求権の抛棄であると理解しているのは不当であるけれども、既述のごとく、右の事実をもつて残額債権の抛棄と解すべき以上、債権の抛棄を認めず、単に執行請求権のみの抛棄を認め、ま

た執行請求権のみの拋棄は当事者の主張しないところであるにもかかわらず之を認めたりとして原判決を批難する上告論旨は、結局理由がない。」

上告理由・判決理由中問題点は二つあるように思われる。第一は、不執行の合意が実体法上の請求権の拋棄を意味するか否かの点。第二に、第二審判決が、不執行の合意を実体法上の請求権の拋棄とみることなく、執行請求権のみの拋棄であるとみることによつて、現行民訴法一八六条の原則に違反しないかどうかの点。後者は問題と直接関係ないので以下第一点についてのみ考察する。

すでに述べたように、不執行の合意は実体法上の請求権の拋棄とは区別されなければならない[二七]という点で、判旨は正当ではない。さらに、第二審判決が、不執行の合意を執行請求権の拋棄として取扱つたり、上告論旨が、不執行の合意を執行請求権の拋棄として取扱い、且つ債権の性質上執行請求権の拋棄を無効であるとしているのは、いずれも正当ではない。すなわち、不執行の合意は、既述のごとく、責任契約とみるべきであつて、結論的には控訴審並びに上告審判決同様請求異議の訴により救済さるべきものである。

この点につき、穂積教授は、執行請求権のみの拋棄が許されるとする立場から次のごとく主張されている[二八]。「私もこの結果を是認するが、理由としてはむしろ第二審の方をとりたい。それが強制執行に対する異議の訴だから両判決が同一結論に帰着したが、もし請求自体の訴であつたら、大審院は請求権なしと判決し、控訴院は請求権ありと判決すべき筈であつて、私は其場合にも後者に与みする。私には何故強制執行請求権だけの拋棄ができないかが分らない。強制執行権のない請求権を考え得ないというが、上告論旨も強制執行の出来ない請求権があることを認めているのであつて、其場合をどう説明するか。既に性質上強制執行権を伴わぬ請求権があることを認めるならば、当事者の意思で強制執行権だけをなくすることも許されぬ理由がない」と。

ここで問題となるのは、論者が、自然債務契約と執行請求権の拋棄の合意とを明確に区別していない点である。両者は明確に区別されなければならない。もちろん、前者は債権の実体法的属性としての強制力の拋棄であるから、結果的には、執行請求権の拋棄と同じことになるのではある。しかし、執行しえないという結果はあくまでも債権の実体法的属性としての強制力の欠缺からくるのに反し、後者の場合は、実体法上は強行性ある債権につき訴訟法上の執行請求権を拋棄した点に基因している。前者は許されるが後者は許されない。因みに、論者は「もし請求権自体の訴であつたら」といわれるが、自然債務につき提起された訴は不適法であり、実体判決はなされえない。

なお、明確ではないが、第二審判決は、不執行の合意を執行請求権の拋棄としながら、請求異議の訴において、X会社を敗訴せしめている。すなわち、第二審判決によると、前記第一説をとりながら、合意違反の執行に対する救済として請求異議の訴を認めているようであるが、もしそうであるとすれば問題があることすでに述べた通りである。不執行の合意を執行請求権の拋棄と考えるならば、合意違背の救済は、執行方法に関する異議によるべきであろう。

㈡ しかし、その後の判例が不執行の合意の法的性質につき第一説をとるか第二説をとるかは明らかではない。不執行の合意がなされたことを主張するには、民訴法五四四条の執行方法に関する異議によるべしとするのが判例の大勢であるが、その救済を五四四条によるということから、これら判例が不執行の合意につき第一説をとつていると考えることはできない。けだし、執行に関する形式上の異議はすべて五四四条の異議によるべきであり、実体上の異議はすべて五四五条の訴によるべきであるとする判例の立場からすると――この立場そのものは極めて問題であるが――、不執行の合意ある場合、その性質につき第二説をとつたとしても、執行の利益なしとして五四四条による右合意違反の執行からの救済が考えられるからである。しかし、いずれにせよ、以下にあげる一連の判例が五四四条の異議により不執行の合意を主張しうるとすることで、これに訴訟法上の効力を認めている点共通している。

イ　不執行の合意が口頭弁論終結後になされた場合につき、次の判決がある。

大審院民三・大一四（オ）九七〇号、請求異議事件、大一五・二・二四判決、民集五巻二三五頁

この判決は、不執行の合意が判決後なされたことを主張するには、五四四条の異議申立によるべきであつて、五四五条によるべきではないとし、その理由として次のようにいう。「上告人が原審において主張せし所は、本件強制執行の基本たる判決は大正一二年四月二〇日に云渡されたものであり、その後、同年五月二〇日訴訟当事者間において、右判決にもとづく強制執行は之をなさない旨の特約が成立。しかるに被上告人は右特約を無視し、大正一四年六月一七日執行をなしたが、これは失当であるということは原判決の事実摘示に徴して明らかである。しからば、債権者が一旦判決にもとづく執行をなさない旨の特約をしておきながら、これに違反して執行をなすがごときは、もとより不当であるが、債務者がかかる特約にもとづく異議を為すには、請求に関する異議の手続によるべきものではない。けだし、請求に関する異議は、判決その他の債務名義において確定した実体上の権利につき異議の原因が存するときに為すべきものであり、本件特約のごときは、実体上の権利のいかんには全く関係なく、ただ単に判決に基づく執行を為さないという契約に止まるからである。したがつて、かかる特約にもとづく異議はすべからく執行の方法に関する異議手続によるべきものといわねばならない。」

この判決は二つの点で問題がある。第一に、本判決は、本件特約のごときは実体上の権利のいかんには全く関係がないとしているが、これは問題である。もちろん、本件特約が被上告人の債権拋棄を意味するものではないという意味で実体上の権利いかんには関係がないが、それが債権の実体法上の属性である責任の拋棄に関するという意味では、まさに実体権の属性に関している。第二に、請求に関する異議が、判決その他の債務名義上確定せる実体上の権利につき異議の原因が存するときに限るとする点で問題がある。すでに述べた通り、債務名義上の実体的請求権そのものにつき異議事由が存しない場合であつても、右実体的請求権の行使が実体法上違法である場合には請求異議の訴に準ずる訴が許されてしかるべきである。

今仮りに、不執行の合意の法的性質につき第二説を正当であると考えると、請求異議に準じる訴も許されるわけである。本判決は、漠然と「判決にもとづく執行を為さないという契約」といっているが、不執行の合意が、第一説、第二説いずれの性質をもつかという問題をまず解決しない以上いかなる救済がなさるべきかの問題も解決しえないのである。

ロ　不執行の合意が口頭弁論終結前になされた場合につき次の判決がある。

大正一五（民上）五九〇号、昭二・一・二五、朝高院判、評論一六巻民訴二一四頁

この判決は、「不執行の合意が口頭弁論終結前になされたことを主張するには、五四四条の異議申立によるべきであり、五四五条の訴によるべきではない。」とし、その理由として次のごとく述べている。「被告が平壌覆審法院大正一三年民控二五四号穀物代金返還請求事件につき与えられた判決の執行力ある正本に基づき、その債務者たる原告に対し本件強制執行を為さしめたこと、ならびに右訴訟係属中口頭弁論終結前たる大正一三年八月一三日右両人間に同訴訟につき被告が勝訴判決を得るも、これをもつて執行をなさず又給付をも請求しない趣旨の契約が成立したことは原判決の確定した事実である。これによれば、当事者は訴訟に係る実体上の請求権消滅の合意を為すと同時に尚当該訴訟の判決確定を予想し、たとえ後日右請求権に関し被告勝訴の判決をうけることがあつても、被告は原告に対して執行をなさないことを約束したものと解することができる。したがつて原告は右請求に関し当該訴訟において請求権消滅の抗弁を提出し、よつて被告の請求を拒否することができるとともに、被告勝訴の判決の確定した後はその執行を拒否できるものである。ただ判決により確定した請求に関する異議は之を主張することを要する口頭弁論の終結後にその原因を生じ、且つ故障をもつてこれを主張することができなかつたときに限つて許されるものであるから、前記訴訟の判決が確定した今日原告は前記請求権消滅の事由をもつてその執行を拒否する方法はない――中略――。しかし、前記契約の他の内容たる被告勝訴の判決をうけてもこれにつき執行をしないという趣旨は、ただ単に執行をしない権利関係を生ずるにすぎないものであつて、もとより実体上の請求権のいかんに関する

ものではないから、その事由の成立時期のいかんにかかわらず訴訟の口頭弁論において防禦方法として主張しうるものではない。しかして、かくのごとく不執行の特約があるにもかかわらずこれに違反して執行をなすことは不当であつて、相手方はこれを拒否する権利をもつている。しかし、かかる趣旨による異議は、判決により確定した請求に関するものではないから、五四五条の請求異議事由たり得ない。したがつて、その主張は五四四条によるものと解すべきである。」

この判決においてもまた、不執行の合意の法的性質につき明確な説明はなされてはいない。合意違反の執行からの救済についてはイについて述べたところが妥当する。ただ、本判決が、「不執行の合意が唯単に判決に基づく強制執行をなさざるべき権利関係を生じるにすぎないものであつて、もとより実体上の請求権のいかんに関するものではないから、その成立時期のいかんにかかわらず訴訟の口頭弁論において防禦方法として主張しうべきものではない」としている点は、結論的にいつて賛成である。事実審の口頭弁論終結前になされた不執行の合意もまた請求異議事由になりうるのはかかる理由によるものである。兼子教授は、有限責任につき、「責任限定の事由が、訴訟の口頭弁論終結前に存した場合にも、この主張が許されるかは、民訴第五四五条Ⅱ項との関係上疑があるが、有限責任は請求権の属性ではあるが、その存在・数額の確定には関係なく、執行力の関係で執行の段階で初めて問題となるのであるから、判決手続で必ずしもこれを抗弁として判決中に留保を求めなくても、事後において主張することを妨げない」[二九]とされている。

ハ　支払命令につき不執行の合意があつた場合に関し次の判例がある。

大審院昭一〇（オ）九五二号、昭一〇・七・九民二判、新聞三八九号一二頁、評論二四巻民訴三三七頁

この判決は、支払命令につき不執行の合意があつたことを主張するには、五四四条の異議申立によるべきであつて、五四五条の訴によるべきではないとして、その理由を次のごとく述べている。「上告人が本訴異議の原因とするところは、単に当事者間に本件支払命令にもとづく強判執行を為さない旨の合意があつたという点にあり、この合意をなすに至つた事情と

して上告人が親族等より金銭の出捐を得るために被上告人の父等と相通じて、虚偽の債権証書を作成し同人等より裁判所に対し支払命令を申請してもらう手段をとつた事実を陳述したが、右支払命令の既判力に反してその確定した請求権自体を争うものではないこと所論のごとくであるけれども、かくのごとき支払命令により確定した実体上の権利に関係なく単に当該支払命令に基く強制執行を為さない旨の合意が成立したことは、執行方法に関する異議の事由たるにとどまり、これをもつて請求に関する異議の訴の原因ではないとするのが当院従来の判例である。したがつて上告人の異議の原因とする処が、右所論のごときものであるとしても、これを本訴における異議の原因となすのは失当であつて、本訴を理由なしとして排斥した原判決は結局正当である。

㈢ 不執行の合意の主張を民訴法五四五条の請求異議の訴によらしめる判決がある。

大正一四（ネ）六六六号、大正一五・七・二〇大阪控民三判、評論一六巻民訴三二頁

この判決は、不執行の合意が口頭弁論終結前になされたときは、判決に対して五四五条の訴を提起することができるといい、その理由として次のごとくいう。「債務名義たる判決の基本たる口頭弁論の終結前に当事者間に和解契約が成立し、該契約において後日合意上確定せしむべき判決の内容と或範囲において相異なる実体上の権利関係を約定し、債務者に和解契約の不履行なき限り債権者は右判決を強判執行のため使用せざる特約をなしたる場合には、かかる特約は有効にして、後日債務者に和解契約の不履行なき限り判決において形式上確定せる請求権の実行を妨げるものであるが故に、債権者は之を理由にして、其判決に基く執行に対し請求異議の訴を為すことができ、この場合には異議の原因は債権者が特約に反して判決を使用するによつて生じるものであるから、右口頭弁論終結後に生じたものとして許されるべきである。」と。

このケースは次のケースと同じである。

㈣ 不執行の合意につき二つの場合をわけて考察するものとして次の判例がある。

大審院大一五（オ）一一二二号、昭二・三・一六民三判、民集六巻一八七頁

この判決は次のごとくいう。「不執行の合意についてみるに、もし、あるいは債務の履行期を延長し、あるいは債務者に与うるに所謂延期の抗弁権をもつてし、あるいは無条件の請求権を条件附の請求権となす趣旨であるとすれば、それは請求そのものに関する事由であり、まさに請求異議に該当し、民訴法五四五条Ⅱ項前段の適用をうける。すなわち、合意が当該判決の基本たる口頭弁論終結前に成立した以上は、もはや異議の訴をもつて主張すべきものではない。債務者としては口頭弁論においてこの合意を主張することによつて相当な判決を得てもつて請求の現在の状態を明らかにすべきなのである。もし不執行の合意が前述のごとき意味ではなく、ただ債権者が勝訴判決を得ても、之にもとづく執行のみをしない、もしくはある条件の成就するまでこれをなさないという趣旨であるとすれば、すなわち執行申立という一つの訴訟行為をなさない又はある条件の成就する迄は申立をしないというだけであつて、たとえかかる合意を口頭弁論において提出したとしても、判決主文にいかなる影響を及ぼすものではないからそれは請求に関する異議事由たりえないものである。債務者としては執行方法に関する異議申立により其執行を排除することができるに止るとともに、当該合意が何時成立したかは問うところではない。この種の異議に対しては民訴法五四五条Ⅱ項のごとき制限は存在しないからである。原判決をみるに本訴における事実関係はあたかも『口頭弁論終結前に当事者間に和解契約が成立し――中略――判決の内容とある範囲において相異る実体上の権利関係を約定し、債務者に和解契約の不履行なき限り債権者は右判決を強制執行のため使用せざる特約をなした場合』でありと称し、しかして『かかる特約は有効であり、――中略――請求権の実行を妨げるものであるがゆえに債務者はこの特約を理由にして――中略――請求異議の訴をなすことができる』と判示すると共に、そのすぐ後で、『この場合に異議の原因は債権者が特約に反し――中略――強制執行をなした――中略――時に生じたものであつて、判決の基本たる口頭弁論終結前――中略――に生じたものではない』と判示した。かかる判示は、まず不執行の合意の内容を明確にせず、又請求に関する異議

の性質を究明せず、さらにこの異議の訴なるものは執行名義の執行力そのものを排除するを目的として従つて執行の開始とは全く没交渉であることを省みず、彼此を混同している誤つた議論といわざるを得ない」

この判決の問題点は二つあるように思われる。まず第一に、不執行の合意の法的性質の解明が充分になされていないという点。二つの場合をわけて、「執行の申立をなさない」合意――本稿の当面の問題はこれであるが――を実体的請求権に関しない事由であるとしている。論者はおそらく「執行の申立をなさない」合意につき執行請求権の抛棄を考えているものと思われるのであるが、かかる合意の性質につき三つの見解の成立ちうることすでに述べた通りである。第二に、本件のごとき場合、その救済を五四四条の異議に求める点は問題である。本件和解は実体的効力をもたない。けだし、それが判決確定前訴訟外でなされているからである。したがつて請求異議の訴により救済を求めることはできない。ここでは、効力があるとすれば、右和解契約の不履行を解除条件とする不執行の合意のみである。右不履行が当該債務名義に対する執行文付与の条件である。したがつて不履行なきにかかわらずなされた執行における救済としては執行文付与に対する異議又は異議の訴でなければならない。

(五) 最後に次の判例をあげておく。

昭一三(モ)五〇八八号、昭一五・一・三一東控民八決定、評論二九巻民訴一四〇頁

この判例は、判決云渡前になされた不執行の合意により判決の執行を妨げることはできない、といい、その理由として次のごとく述べている。「判決の確定力及び執行力は判決の確定によつて当然生ずるもので、当事者の合意によつて左右できるものではない。強制執行をしないとの合意も判決の宣告後になされた場合は格別、判決の言渡もないうちに予め合意をしても何等判決の執行を妨げる効果を生ずべきものではない」と。

この判例では、不執行の合意の法的性質の問題、不執行の合意が判決前になされた場合と判決後になされた場合とで効力

のちがいがあるのかどうか、またそれは何故かという問題につき全く説明を欠く。

以上に概観せるごとく、不執行の合意に関する判例は、その内容において統一を欠き、その取扱につき充分な根拠を示していない状態にある。

（二七）加藤教授、民事訴訟法判例批評集二巻、三五八頁

（二八）判例民事法（大正一〇年度）、三〇七―八頁

（二九）兼子教授、強制執行法、五三頁

四　不起訴の合意について

不執行の合意の本質およびその効力に関する見解は、不起訴の合意についても妥当する。すなわち、不起訴の合意は、訴権の抛棄に関する訴訟法上の契約でもなく、訴権の不行使に関する実体法上の契約でもなく、実体法上の責任契約と解すべきである。したがつて、それは、実体法上の権利の抛棄又は債務の免除とは同視すべきではない。それが実体法上の責任抛棄契約であるがゆえに、責任が問題とならない場合には不起訴の合意は不適法であり無効である。例えば、物権につき確認訴訟を提起しない合意、あるいは形成訴訟を提起しない合意等がこれである。

不起訴の合意に反して訴が提起された場合はどうであろうか。訴権抛棄に関する訴訟法上の契約であるとする説によれば、不起訴の合意により訴権は抛棄せられているがゆえに訴は不適法として却下せられるべきである。訴権不行使を内容とする私法上の契約説によれば、「被告に於て当事者間に不起訴の合意の存する旨を主張し立証する以上、国家としても真剣に原告の審判の要求を取上げてやる必要がないから」「被告の合意が存在する旨の抗弁に基き、訴は不適法として却下されることになる。」[三〇] 実体法上の責任抛棄契約説によれば、請求は請求適格を欠き、やはり訴は不適法として却下されることに

なる。

（三〇）　兼子教授、前掲、二七五―六頁

結　語

不執行の合意を実体法上の責任抛棄契約と解するということは、当事者の意思解釈の問題である。不執行の合意において、当事者が、執行請求権の抛棄に関する訴訟上の合意や、不執行の不行為義務の発生を内容とする私法上の契約を明らかに意図しているならば、右不執行の合意は無効である。

不執行の合意を実体法上の責任抛棄契約とみれば、合意違反の執行からの救済として請求異議の訴を許すことについての理論構成が明確になる。