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

Title	第三者のためにする訴訟上の和解にもとづく強制執行について
Sub Title	Die Vollstreckung aus dem Prozeßvergleich zugunsten Dritter
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.6 (1970. 6) ,p.1- 17
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700615-0001

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.

第三者のためにする訴訟上の和解にもとづく強制執行について

石川明

一　問題の提起
二　否定説の立場
三　否定説批判
四　肯定説の展開

一　問題の提起

第三者のためにする訴訟上の和解にもとづいて、要約者が債権者として諾約者に対し強制執行をなしうることについて問題はない。判例は、第三者が受益の意思を表示しない場合であつても、債権者（要約者）はみずから債務者（諾約者）に対し第三者に給付すべき旨の請求権を行使し、また強制執行ができる、としている（昭和三〇年一月一七日広島高決・高裁民集八巻一号二三頁）。また、第三者のためにする契約において第三者が受益の意思表示をしたとしても、要約者は第三者に給付すべきことを諾約者に請求する権利を失わない（昭和三一年九月二四日東地判・下級民集七巻九号二五九三頁・時報九六号一八頁）、とし

ている。この点からみても、右の命題が認められるべきことは当然であろう。

これに反して、第三者が右和解を債務名義として諸約者に対して強制執行をなしうるか否か問題である。

以下ここで取上げて検討する場合を限定しておきたい。ひとくちに第三者のためにする訴訟上の和解といつても種々の場合がある。第三者に対する給付を債務者に命じる訴訟上の和解に第三者が関与したか否かは別問題として、それが第三者のためにする真正契約であつても、第三者に関する限り第三者にとり当該給付については債務名義たりえないことを当事者が合意した場合にあつては、この合意の効力は認めざるを得ない。したがつて、この場合諸約者＝債務者の債務不履行があれば、第三者＝債権者[1]は改めて訴を提起し債務名義を取得しなければ執行をなしえない。これに反して、要約者・諸約者が右のごとき合意を明示的にしていない場合は、該和解が第三者にとつても債務名義たりうるか否か問題になる。けだし、執行力は訴訟上の和解の原則的効果だからである[2]。

ZPO七九四条一項一号は、第三者みずから訴訟上の和解の締結に関与し、和解上の権利を取得し義務を負う場合、第三者のためならびに第三者に対し当該和解が債務名義になることを肯定している。したがつて、かような場合該和解にもとづき第三者が強制執行をなしうることに疑問はない。我民事訴訟法上これに該当する規定はないが、同様に理解してよいであろう。もつとも、かかる場合、第三者に関する部分は起訴前の和解があるとみる立場もありえようが、かような見解に賛成しえないことはすでに別稿で述べたとおりである[3]。したがつて、ここで問題になるのは、第三者の関与なくして第三者のためにする訴訟上の和解が締結された場合である。そもそも、和解の一方の当事者が、訴訟にも和解の締結にも関与しない第三者に対して義務を負担する内容の訴訟上の和解を締結しうるか否かが問題であろう。私はすでに別稿において、この種の訴訟上の和解が許されることを説いた[4]。

第三者のためにする和解に含まれる実体契約が、いわゆる真正な第三者のための契約である場合と不真正な契約である場

合とがある。それが不真正契約であれば、第三者は該契約にもとづき実体法上固有の権利を取得しないから、右契約を内容とする訴訟上の和解は債務名義にならない。それが真正契約であれば、当該契約から第三者が直接に給付請求権を取得するがゆえに、それが第三者のために債務名義たりうるか否かが問題となる。

以上要約すると、ここで検討の対象とする第三者のための訴訟上の和解とは以下の場合に限られる。(1) 当事者が合意により第三者のための債務名義性を明示的に否定していないこと。否定していればそれは当然債務名義にならない。(2) 第三者が和解の締結に関与していないこと。第三者が和解の締結に関与していれば第三者のためにそれが債務名義になる。(3) 第三者のための和解が真正な第三者のための契約であること。不真正契約であればそれは第三者のために債務名義にならない。

ちなみに、この問題の解決は必ずしも訴訟上の和解の法的性質論とは直接に関連しない。訴訟行為説によれば、訴訟上の和解は単に訴訟行為たる性質を有するにすぎないから、和解の締結に関与しない第三者が債務名義を取得するための根拠として実体的法律行為をもちだすことができないから、その債務名義性を否定せざるを得ない。これに反し、競合説ないし併存説および私法行為説によれば、和解の訴訟法上の効果は実体法上の効果と対応して和解の締結に関与しない第三者にも拡張されるとする余地がある[5]、と説かれる。しかしかような理論構成は誤りであるといわなければならない。けだし、かような理論構成をつらぬくならば、訴訟行為説をとる以上当事者間においてもその執行力を否定せざるを得なくなるからである。

さて、本節の冒頭で提起した問題について肯定説[6]と否定説[7]とが対立している。この点に関するドイツの判例も必ずしも統一されたとはいいがたい。本稿において私は、否定説の理由を批判しつつ肯定説の正当性を論証しようとするものである。

（1）第三者のためにする真正契約にあつて、債権者は第三者に限られるか、第三者ならびに要約者かは、意思解釈の問題である。
（2）Bonin, Der Prozeßvergleich, S. 155.
（3）石川・訴訟上の和解の研究八六頁以下。
（4）石川・前掲八六頁以下。Bonin, a. a. O., S. 154 f.
（5）OLG Celle, MDR 54, 746.
（6）Zu § 794 ZPO, Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., II. 3 b; Zöller, 8. Aufl., 1 e; Thomas-Putzo, 2. Aufl., 5; Rosenberg-Schwab, Lehrbuch 10. Aufl., S. 667; Jauernig, JZ 60, 10 ff.; derselbe, JZ 67, 28 ff.; Kion, NJW 66, 2021; OLG Celle, MDR 54, 746. Jauernig の後者および Kion のものは、注7の OLG Celle の決定の批評である。
（7）OLG Celle, NJW 66, 1367=JZ 67, 28; OLG München, NJW 57, 1367=MDR 57, 490; Baumbach-Lauterbach, 28. Aufl., zu § 794 ZPO Anm. 2 B und Kaap, DGVZ 64, 82

二　否定説の立場

否定説の論拠を紹介するため一九六六年五月一七日ツェルレ高裁の決定をここに引用したい。(1) 右決定は、「その締結に関与しない第三者に対し給付を命ずる和解にもとづき第三者は執行をなしえない」と判断した。その理由として以下のごとく述べている。

申立人は実体法上の債権と同時に執行債権者という訴訟法上の地位を取得し、和解にもとづき自ら執行をなすべき権利をもつとする地裁の見解には賛成できない。地裁はこの点に関していえば OLG Celle, MDR 54, 746 の判断に従つたものである。右裁判は第三者のため請求権が発生するという実体的効果に対応して執行力という訴訟上の効果も発生すると説く。しかし本決定はこれに賛成することはできない。

民事訴訟の当事者は訴訟上の和解において第三者に対し執行債権者たる地位を与える権限をもたない。なるほど和解によつて第三者に実体権を出捐する（zuwenden）ことはできるが、和解にもとづいて執行する権限をあたえることはできない。……中略……第三者は〔強制執行のためには—筆者注〕むしろ和解の成立に関与しているべきであつたし、また〔不関与であれば—筆者注〕第三者に出捐された権

利にもとづいて自己の債務名義を作成しておかなければならないことになろう。この命題は、当事者・第三者間に成立する和解を規定するＺＰＯ七九四条一項一号の反対解釈として帰結されるとは必ずしもいえないが、しかし、執行手続の当事者が明確に確定され基本的には債務名義に当事者として表示されなければならないという点から帰結されるものである。

肯定説の見解はその他の点でも疑問なしとしない。すなわち、和解に登場する第三者が（ＢＧＢ三二八条一項により）自己の権利を取得するのか否かという場合によっては解釈の困難な実体法上の問題を訴訟によらずして、執行文付与に際し執行文付与機関に調査・判断させることになるからである。また、第三者に与えられた請求権は、場合によっては、実体法上あたえられた期間をはるかにこえた消滅時効期間が認められることになる（ＢＧＢ二一八条）。しかもその場合債務者〔＝諾約者―筆者注〕は、和解の成立に際して第三者のこの請求権の強化を常に知りえないことになる。第三者は訴訟ならびに訴訟上の和解にみずから関与することなく、消滅時効の不利益変更禁止の例外をみずからの有利に役立てうることになる（ＢＧＢ二二五条）。最後に債務者は第三者の請求権に対しあるいはありうる異議の主張に関して、みずから執行異議訴訟によりイニシャティブをとらなければならないし、第三者と対決するために、第三者により提起されるべき訴を待つよう制約されえないことになる。また、和解の成立に関与しない第三者に執行文を付与する必要は認められない。蓋し、第三者は一方では和解の成立に関与することができるのであるし、他方では和解により彼に出捐された請求権を訴訟しうるからである。

右決定理由にあらわれた否定説の論拠を要約すると次の通りである。(1)　執行当事者は債務名義に明確に表示されていなければならないとの観点からすれば、第三者に給付を命じる和解は第三者のための債務名義としては不適法である。(2)　第三者の請求権は債務者により意識されることなく消滅時効期間のかなりの延長により強化されることになり、さらに、第三者はみずからの関与なしに時効期間延長禁止の例外の利益をうけることになる。(3)　第三者の請求権に対し諾約者＝債務者が異議を主張しようとする場合、否定説によれば第三者が諾約者＝債務者に対し給付の訴を提起するまで待てばよいのであるが、肯定説によると、諾約者＝債務者が異議にもとづく攻撃を強制されることになるのは不都合である。(4)　この種の和解を第三者のための債務名義と解する必要ないし利益がない。

以上ツェルレ高裁の前記決定にあらわれた否定説の四つの理由に加えて、さらに次の二つの理由を指摘しておきたい。(5)

否定説はその理由をＺＰＯ七九四条一項一号の規定の文言に求める。右規定は、「執行は、裁判所の面前において、当事者間あるいは当事者の一方と第三者間において締結された和解によりなされる」としている。したがつて、訴訟当事者にあらざる第三者は和解の締結に関与した場合にかぎり当該和解にもとづき執行をなしうる。第三者が和解に関与しなかつた場合でも、当該和解にもとづきＢＧＢ三二八条による直接の権利を取得した以上これにもとづき執行をなしうるとする見解は法律上の根拠を欠く、とする。(2) (6) 第三者のためにする訴訟上の和解における当事者の合意は、第三者に関する限りＢＧＢ三二八条の純然たる私法上の契約であつて、訴訟上の和解ではない。けだし、訴訟上の和解の成立に関与した者は、その一方に対する給付請求権を第三者に出捐することができるが、債務名義を前提とする執行債権者の地位は私法上の契約により形成せられ得ないからである。(3)

(1) 前節註7の OLG Celle の決定がこれである。本決定の事案は以下のごとくである。被申立人は一九四七年四月一〇日離婚せる妻と高等裁判所において訴訟上の和解を締結し、当時当事者間の七歳の娘であつた申立人の扶養者に対し未払の扶養料が一五七五ＲＭあつたが、一九四七年五月一日より満二一歳にいたるまで、毎月一〇〇ＲＭずつ支払う義務を負担した。申立人はこの和解の成立に関与していなかつた。成年に達したのち彼女は和解につき執行文の付与ならびに一対一の割合でＲＭ債権をＤＭ債権に書換えることを求めた。執行文付与機関は第一の申立についてこれを認容した。被申立人は執行文の付与に対する異議の申立をした（ＺＰＯ七三二条）。被申立人は「一九四七年の和解における合意は申立人の為にする契約であつて、申立人には被申立人に対する間接的請求権しか帰属しない。訴訟当事者のみが、右和解にもとづいて執行をなしうる」と主張した。地裁は異議の申立を棄却した。被申立人がこれに対し抗告したのが本件であり、抗告はＺＰＯ五六七条により認容された。

(2)(3) OLG München, NJW 57, 1367=MDR 57, 490.

三　否定説批判

まずここで右に挙げた否定説の理由を批判しておきたい。

(1) 執行当事者は債務名義に明確に表示されていなければならないという要請から、第三者への給付を命ずる和解は第三者

のために債務名義とはならないといわれる。前段の要請は正当である。したがつて、第三者が執行債権者であるか否かについて実質審理をせざるを得ない場合にまで肯定説をとることは誤りである、と私は考える。したがつて、第三者のためにする訴訟上の和解が、真正な第三者のための契約を含むことが明白である場合にかぎり第三者のために執行文を付与すべきであるとする提案がしばしばなされたが、[1] この提案は正当であると考える。肯定説に立つた場合考えられる債務名義の濫用の危険性は、訴訟上の和解により第三者に直接請求権が与えられないにもかかわらず、換言すれば訴訟上の和解が真正な第三者のための契約を含まないにもかかわらず、第三者のために執行文が付与され第三者がこれにもとづいて執行をする危険性があるという点に存する。この危険は、第三者のための和解が真正な第三者のための和解を含むことが明白である場合にかぎり執行文の付与を認めることによつて回避しうる。[2]

ちなみに、第三者が当該和解が真正な第三者のためにする和解を含むため執行文の付与を求めたが、執行文付与機関により、和解上第三者に固有の請求権が帰属することが必ずしも明白ではないとして執行文の付与が拒絶された場合、第三者は執行文付与の訴により救済を求めうると解しえよう。[3]

(2) 第三者の請求権が消滅時効期間の延長により強化されることになり、第三者はみずから関与することなく時効期間延長禁止の例外を認める結果になるという利益をうけることになるという点について。BGB二一八条によれば裁判上の和解の内容たる債権については三〇年の消滅時効期間が認められる。我民法一七四条ノ二によつても、和解の内容たる債権は、十年より短き消滅時効期間の定めあるものと雖もその消滅時効期間は十年に延長される。

第三者に関するかぎり私法上の契約であつて裁判上の和解に非ずとすればその限度で時効期間の延長はない。しかしながら右の効果の発生すなわち時効期間の延長は不都合ではないと思われる。BGB二一八条一項、我民法一七四条ノ二第一項により時効期間の延長が認められる根拠は、裁判や和解により債務名義が作成されるという点にあるのではなく、それらに

よつて債権の観念形成ないし公証がなされるという点にある。したがつて、訴訟上の和解が真正な第三者のための契約として、第三者の債権をも和解の内容とした以上その消滅時効期間が延長されるのはむしろ当然のことである。仮りに否定説をとつて当該和解が第三者のために債務名義にならないにしても、第三者の債権の消滅時効期間は延長されると解すべきであろう。そうであるとすれば、消滅時効期間の延長は否定説をとるか肯定説をとるかの決め手にはならない。前者と後者は無関係な問題である。

なるほどBGB二一八条一項後段は、単に「和解」ではなく「執行力ある和解」（傍点筆者）といつている。条文の文言からは、真正な第三者のための和解が第三者のために債務名義になると解すれば時効期間の延長が認められ、逆に債務名義とならなければ時効期間の延長は認められない。つまり肯定説をとるか否定説をとるかは実は時効期間の延長の可否の問題と関連するようにみえる。しかしながら、かように解することには問題がある。既述のとおり、和解の執行力は時効期間延長の根拠ではなく、むしろ右の表現は訴訟上の和解の単なる云換にすぎないと解すべきだからである。すなわち、BGBは今日一般的な表現である「訴訟上の和解」なる語を用いていない。「執行力ある和解」なる表現は、そもそも執行力のない訴訟外の和解と対照して用いられているものである。したがつて、訴訟上の和解が単に請求権を確定、形成するにすぎないような場合であつても、時効期間の延長が排除さるべきではない。[4] 現に我民法一七四条ノ二第一項は単に「裁判上ノ和解」と規定するにすぎない。

第三者が和解の成立に、したがつて和解に表示される第三者の債権の確定、形成に関与しないことは、BGB二一八条一項、我民法一七四条ノ二第一項の適用を排除する理由にはならない。けだし、むしろ同項の適用の根拠は、諾約者＝債務者が請求権の確定に協力したという点に求められるからである。[5]

(3) 否定説によれば、債務者は異議の主張を第三者の債務者に対する給付の訴の提起までまつことができるのであるが、肯

定説によれば債務者が攻撃のイニシャチィブをとることを強制されることになるのが適切ではないといわれる。しかしながら、右に述べたところは肯定説の批判にはなりえないと思われる。けだし、債務者は和解を締結し第三者に請求権を認めることによつて、みずから右請求権に関する異議の主張についてイニシャチィブをとる負担を受認したからである。(6)

(4) 否定説がこの種の和解を第三者のための債務名義とする必要性を否定する点について。否定説は、第三者が和解を債務名義としたいならば和解の成立に関与すればよいのであるし、関与しなかつた場合には、第三者は右和解にもとづき第三者に出捐された請求権を訴求し、みずからを債権者とする債務名義を得ればよいから、右の必要性を否定すると説くのである。しかしながら、第三者が訴により債務名義を取得しうるがゆえに、この種の和解を債務名義とする必要性を否定することはできないであろう。けだし、第三者がその債権を執行することを望むならば必ず訴を強いることになるからである。また、第三者は和解に関与しうるがゆえにこの種の和解を債務名義とする必要なしとすることも適切ではないであろう。けだし、かように解することは、第三者に和解の成立への関与を強いることになるからである。和解の成立に関与しなくても、また新たに訴を提起しなくても、第三者が和解を債務名義として執行をなしうるとする必要性が認められるのではないであろうか。否定説のこの点の論拠は、債務名義取得のため債権者に複数の手段があたえられてよいとの命題を否定することになる。債務名義取得のためある手段が与えられたからといつて、他のすべての手段を排斥してよいということにはならない。特に他の手段がより簡易・迅速な手段であれば、その必要性は特に肯定されなければならない。(7)

(5) ZPO七九四条一項一号の規定の文言について。ZPO七九四条一項一号が、当事者間の和解のほか、当事者の一方と第三者との間に成立した和解をも債務名義としたのは、一八九八年五月十七日の改正法によるものである。すなわち「あるいは一当事者と第三者との間」という文言はこのとき旧ZPO七〇二条一号（現行ZPO七九四条一項一号にあたる）に加えられたものである。(8) 理由書はこの点について以下のごとく述べている。(9)

実務上法的紛争解決のため裁判所の面前で成立する訴訟上の和解において、間接関与の第三者の側で義務が引受けられることがしばしばある。旧ＺＰＯ七〇二条五号（現行ＺＰＯ七九四条一項五号）の要件がある場合は別にして、右の和解にもとづいて七〇二条一号により第三者に対し執行をなしうるか否か争われている。

としている。理由書で直接問題とされているのは第三者が義務を引受ける場合であつて、権利を取得する場合ではない。しかしこれら二つの場合を区別して取扱う必要はないであろう。ところで、Gaup-Stein は、OLG München, Hamburg, Kassel の決定を参照しつつ、旧ＺＰＯ七〇二条一号の訴訟上の和解は、当事者相互間で且つ係争法律関係に関係する限りにおいてその範囲内で成立すると説いている。[10] かかる立場からみれば、訴訟上の和解に第三者がはいりこむ余地がない。したがつて、概念必然的に訴訟上の和解は第三者のため、および第三者に対して債務名義たりえないことになる。これに反して、LG Plauen,[11] OLG Jena[12] は、訴訟上の和解を主観的関係においても客観的関係においても拡張すべきであり、第三者が訴訟当事者の一方に対する法的関係を顧慮して和解に関与するか否かの問題は本質的なものではなく、むしろ重要なのは、和解が全体として紛争解決という目的にかなわなければならないという点である。この意味で旧ＺＰＯ七〇二条一号の拡張解釈こそ和解を全体として把握しようとする当事者本来の意図にかなうと思われる。第三者に対する関係を和解から排除したのでは、当事者はおそらく該和解を締結しなかつたであろうと思われる。とくに、立法者が、現行ＺＰＯ七九四条一項一号において将来にわたり、この旧来の論争に明示的に解決をあたえたという点は重要である、とする。

右の改正前は、第三者が訴訟上の和解に関与した場合第三者のためにも旧ＺＰＯ七〇二条一号の和解すなわち債務名義たる和解が存在するか否かが問題とされ、それが立法的解決をみたのであつた。今日問題なのは、和解の成立に関与しない第三者が直接権利を取得した場合第三者のために、ＺＰＯ七九四条一号の和解、したがつて債務名義たる和解があるとみてよいか否かという点である。

旧ZPO七〇二条一号が訴訟当事者間の和解にかぎつて債務名義になるとしたのに反し新ZPO七九四条一項一号は第三者の関与する和解も債務名義になるとしている。一八九八年の改正前すでに判例は、主観的・客観的な関係における訴訟上の和解の拡張をしばしば認めていたといわれる。この旧ZPO七〇二条一号の判例による拡張解釈が立法者により認められ右の改正が実施された。立法者は第三者が関与する和解にもとづき第三者に対する執行を認めることが明らかに訴訟における全体としての紛争解決の要求から望ましいとしたのである。第三者が義務を負担する場合は第三者が関与しなければ第三者に対してそれを債務名義として執行することはできない。しかし第三者が権利を取得する場合は、第三者の関与しない場合であつても、紛争の全体としての解決という点から考えれば、第三者のためにそれが債務名義となる必要があろう。おそらく通常の場合そうでなければ要約者は第三者のための和解を締結しなかつたであろう。かような観点よりみれば、ZPO七九四条一項一号の文言によつて、立法者が和解の成立に関与しない第三者を和解から全く排除する、換言すれば和解に引き入れることを妨げる趣旨であると解釈すべきではないであろう。訴訟上の和解が真正な第三者のためにする契約を含む場合、訴訟上の和解は客観的内容という点では、第三者が和解の成立に関与すると否とでなんら異るものではない。これに反し、たしかに和解の成立への関与の有無は主観的には差異をもたらす余地がある。すなわち、第三者が和解の成立に関与すればZPO七九四条一項一号が適用されることに問題はないのであるが、これに反して関与しなければその適用なしとする余地がありうる。しかしながら、この差異は後者の場合にZPO七九四条一項一号の規定を拡張解釈することにより克服されうるものであろう。同号の沿革からみて、同号は本来和解の成立における第三者の関与を認めたにとどまるものではなく、その成立に関与しなくても第三者がそもそも訴訟上の和解に引込まれうることを規定したものと解すべきであろう。[13]

(6) 第三者のための和解を二つに分解し、第三者に関する限り私法上の合意があるにすぎないとすることが適切ではないこと、すでに(5)において述べたとおりである。和解は全体として一つのものとして、紛争の全体的解決に奉仕するものとみる

べきであろう。ここで次の点を指摘しておきたい。

第三者のための和解を第三者に関するかぎり執行証書としてあるいはそれに準じるものとしてその執行力を認めることができないであろうか。ＺＰＯ七九四条一項五号は執行証書に関する規定であるが、そこでは、「独逸裁判所または独逸公証人が……」と規定し、公証人の作成になるもののほか裁判所の作成になる執行証書を認める。この点は我民法五五九条三号とことなる。管轄の問題を別にすれば、ＺＰＯによれば我民訴法によるよりも第三者に関する部分につきこれを執行証書と解する余地がはるかに大きいといわなければならない。[14] 我民訴法にあつては裁判所に執行証書作成権限をみとめるわけにはいかないので、右の問題を肯定的に解することは許されないと解される。また仮りに和解において裁判所はその面前でなされた私法上の和解の公証機能を営むと解しこの機能を拡大して第三者に関する限り執行証書が成立するとみるとしよう。そう解しても、執行証書の内容たりうる請求権には制約があるから、必ずしもすべての場合第三者に関する範囲で執行証書が成立するとみることはできない。[15] むしろ第三者に関する範囲についてもこれを訴訟上の和解として取扱うことが適切であると思われる。しからば第三者に関するかぎり即決和解ないし準即決和解ありとみて、第三者についても債務名義たることを認めることは許されるであろうか。私はかつてかような見方には賛成しえないこと[16]を説いた。

(1) Jauernig, JZ 67, 29 f. なお、Bonin, Der Prozeßvergleich, S. 156 はこの点について以下のごとく述べている。ＺＰＯにあつては訴訟物たる権利が訴訟係属中第三者に譲渡されても当事者恒定主義がとられる（二六五条二項二段）。原告Ａの被告Ｂに対する給付訴訟の係属中右請求権がＣに移転した場合、請求が理由があれば、ＢはＡに対する関係でＣに給付せよとの判決がなされる。この場合執行債権者はＣであつてＡではない。この場合との比較において考えれば、第三者のための和解の場合も第三者が債権者であつて不都合はない。この場合Ｃが債権者であることが債務名義上明白であるから、Ｃが債権者たりうる。第三者のための和解にあつても、当該和解調書の記載からそれが真正な第三者のための契約を含むことが明白であれば、第三者のため執行文を付与することに問題はない、と。

(2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO 18. Aufl., § 794 Bem. II 3 b; Jauernig, JZ 60, 11 f.

(3) Kion, a. a. O.

(4)(5) Jauernig, JZ 67, 29.
(6)(7) Jauernig, JZ 67, 30; derselbe, JZ 60, 11.
(8) 石川・前掲書八八頁。もちろん当事者の一方と第三者が他方当事者を排除のうえ締結した和解は法的紛争を解決する和解とはいえないから訴訟上の和解とはいえないことは、当然である。Rosenberg-Schwab, a. a. O., S. 664.
(9) Vgl. Jauernig, JZ 60, 12, FN 9.
(10) 3. Aufl., § 702 Bem. I 1 b; Wolf, AcP 88, 153 (225).
(11) ZZP 24, 258 (259).
(12) ZZP 26, 533 (534); 28, 317 (318 f.)
(13) Jauernig, JZ 60, 12.
(14) 現に Jauernig, JZ 60, 13; Bonin, a. a. O., S. 156 はこの問題を論じている。
(15) Jauernig, JZ 60, 13.
(16) 石川・前掲書八六頁。

四　肯定説の展開

つぎに、第三者に対し給付を命ずる判決と第三者のための和解とを比較することによつて、肯定説の妥当性を検討したいと考える。

一　第三者のための契約にもとづく債権者の執行権限

第三者のための契約において要約者が諾約者との関係で得る判決の主文は、第三者に対する給付を諾約者に命ずるものである。もちろんこの場合第三者が直接みずから諾約者に対し債権を取得するか否か、したがつて第三者のための契約が真正契約か不真正契約かという点はここでは問題ではない。いわゆる当事者の別段の意思（BGB三二五条参照）が認められないかぎり、要約者は債権者でありみずから第三者に対する給付を実現するため、執行をなしうる。(1)(2)

二　第三者のための契約にもとづく第三者の法的地位

(1)　真正な第三者のためにする契約において、要約者の諾約者に対する勝訴判決を債務名義として第三者は執行をなしうるか否か問題である。不真正契約の場合第三者は諾約者に対して請求権を取得するわけではないから、右の判決は第三者にとつて債務名義になる余地がない。ここで右に提起された問題にこたえるべく、まずはじめに、右判決の効力が第三者におよぶか否か検討しなければならない。

(イ)　そもそも執行当事者は承継執行文の付与される場合を別にすれば、債務名義に債権者または債務者として表示された者である。第三者への給付を命ずる判決にあつては第三者が明示されているということだけで、第三者も執行債権者であるとみることはできない。すなわち、要約者・諾約者間の訴訟における訴訟物は要約者の諾約者に対する第三者への給付請求権である。右の訴訟において第三者の諾約者に対する給付請求権は訴訟物ではない。したがつて、右訴訟における原告勝訴の判決は、原告＝要約者のみを執行債権者とするものである。(3)

しからば、つぎに第三者は承継執行文をうけて要約者の諾約者に対する勝訴判決にもとづいて諾約者に対し執行しえないかどうかが問われることになろう。ＺＰＯによれば、既述のごとく当事者恒定主義がとられる。その結果、訴訟係属中の債権者＝原告の承継人に対し承継執行文が付与される。この場合当該確定判決の既判力が承継人にも及ぶから、承継人が承継執行文をうけ執行債権者になりうるのである。(4) 要約者対諾約者間の訴訟における要約者勝訴の判決の効力は、要約者・諾約者間におよぶにとどまり、その既判力ならびに執行力は第三者におよばない。(5) また、第三者が要約者の諾約者に対する請求権を承継するわけでもない。したがつて、承継執行文付与に関する民訴法の規定の直接の適用は認められない。しからば、それらの規定を類推適用することはできないであろうか。通説ならびにＢＧＨの見解によれば、要約者対諾約者間の確定判決の既判力は第三者におよばないとされる。(6) これに反して、Schwab はこの通説・ＢＧＨの立場を批判して、前訴の既判力ある判決は既判力の拡張ではなく、第三者効力という形で第三者に効力をおよぼすと説く。(7)

私自身はかような第三者に対する効力を否定するのが正当であると考える。しかし仮りにこれを認めるとするとどうであろうか。第三者に対し前訴の判決の効力が拡張されるという場合、その効力が既判力か第三者効力か反射効力かはしばらくおくとしよう。[8] いずれにしても、判決による当事者間の権利関係の確定が第三者にその効力を拡張するのは、一般に第三者の法的地位が判決当時における当事者のそれに実体法上依存する関係にあるためであるとされている。まずはじめに、要約者・諾約者間の判決を請求認容判決と棄却判決とに二分し、後者について効力の拡張を否定するのが正当ではなかろうか。[9] けだし、第三者が独自の請求権を取得する場合（いわゆる真正な第三者のための契約）要約者はその請求権の存続を妨げることはできない（BGB三二八条二項、民法五三八条）。訴訟追行は処分類似の効力をもつがゆえに、[10] 第三者は右の棄却判決に拘束されないと考えうるからである。そこでつぎに、問題になるのは、諾約者・要約者間の訴訟における請求認容判決の効力が第三者におよぶか否かという点である。Wieczorek はこの点積極に解している。[11] しかしながら、真正な第三者のための契約にあつては、第三者は要約者の行為いかんにかかわらずみずから請求権をもつから、そのかぎりにおいて第三者の法的地位は要約者のそれに依存しない。したがつて、要約者の諾約者に対する請求認容判決の効力は第三者におよばないから、第三者は右判決にもとづいて執行をなしえないことになる。

(ロ) 仮りに右判決の効力が第三者におよぶと考える場合、第三者は承継執行文をうけて執行をなしうるであろうか。承継執行文付与の要件に欠けると思われる。[12] すなわち、承継執行文の付与にさいしては、承継の有無の判断が前提となるにすぎない。承継さるべき権利について再度の実体的審判がなされるわけではない。これに反して、第三者が承継執行文の付与を求めうるとすれば、その際執行文付与機関は、第三者のための契約が存在することを前提としてそれが真正な契約であるか否かすなわち第三者に訴求されたものとは別の独自の権利が帰属するか否かを判断しなければならないことになる。また第三者が承継執行文の付与を求めうるとすれば、第三者が諾約者に対しみずからの権利を行使する方法は、要約者の諾約者に

対する勝訴判決があればそれについて執行文の付与を求めることに限定され、右請求権について別に諸約者に対し給付の訴を提起する利益を欠くことになる。執行文付与機関は、債務名義が確定判決である場合には第一審受訴裁判所の書記官である（民訴法五一六条二項）。したがつて、通常は債務者の住所地を管轄する第一審受訴裁判所の書記官が執行文付与機関になる。これに対して、第三者が別訴を提起することになれば、第三者は義務履行地の裁判所に訴を提起することができることになる（民訴法五条）。以上の理由から、要約者・諸約者間の請求認容判決につき第三者が承継執行文の付与を求めることはできないと解すべきであろう。

(2)　第三者のためにする訴訟上の和解についても(1)で述べたところが妥当するであろうか。要約者の諸約者に対する請求認容判決について右に展開された否定説の議論は、第三者のためにする訴訟上の和解については妥当しないと解すべきであろう。訴訟上の和解について通説は肯定説をとる。両者につきその債務名義性に関し異別に考えることは、一見奇異な現象であるかのごとき観をあたえるかもしれない。しかし、ここで判決と和解の両者の差異を検討することにより、それがむしろ当然の帰結であると考えられよう。すなわち、両者の差異はつぎの点に存する。判決にあつては、第三者の諸約者に対する請求権ではなく、要約者の諸約者に対する第三者への給付請求権の存在のみが判断されるのに反し、第三者のための訴訟上の和解にあつては、その内容が客観的には訴訟物に限定されるわけではないし、主観的にも訴訟当事者に限定されるわけでもないという点に存するのである。(13)

かくして、私は、真正な第三者のための訴訟上の和解は当該第三者のために債務名義たりうると解する。

(1)　通説である。鳩山・日本債権法各論上一八八頁、末弘・債権各論一八九頁、我妻・債権各論上巻一二六頁、竹屋・第三者のためにする契約・契約法大系二八三頁。Gerhardt, Die Vollstreckung aus dem Vertrage zugunsten Dritter, JZ 69, 692.

(2)　ちなみに、第三者のための契約の執行方法いかんに関しては争があつた。且つては右の執行は代替執行によるべしとの見解が主張された。この点については、Keil, Zwangsvollstreckung auf Leistung an Dritte, ZZP 45, 113 ff., 122 f. 参照。すなわち、第三者への履行という作為を内容とする請

求権が問題であるから、代替執行がなさるべきであるとされた(ZPO八八七条・我民訴法七三三条)。しかしながら、代替執行説は、一九一五年の前掲Keil の論文がでて以来否定され、今日では一般の債権執行と同様に直接強制によるべきであるとの点で異論をみない。Vgl. Gerhardt, a. a. O., S. 693, FN 13. Keil はこの点について以下のごとく述べている。すなわち、民訴法には第三者に対する給付義務の執行についての規定を欠いている。これは法の欠缺である。したがって一般の債権執行に関する規定で性質の許すものを類推すべきである、と。Vgl. Gerhardt, a. a. O., S. 693, FN 14.

(3) Gerhardt, a. a. O., S. 693.

(4) Gerhardt, a. a. O., S. 693.

(5) ドイツの通説ならびにBGHの立場。Hellwig, Verträge, S. 326; derselbe, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, S. 279 ff.; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., § 325, VI 4 a E; Thomas-Putzo, § 325 Anm. I E; Urteil vom 16. 11. 1951, BGHZ 3, S. 385 ff. 三ケ月・民事訴訟法三五頁、同・研究I二六九頁参照。

(6) 註5参照。

(7) Schwab, Rechtskrafterstreckung auf Dritte, ZZP 77, 149.

(8) この点については、兼子・判決の反射的効力・七四巻六五五頁、同・実体法と訴訟法一六三頁、同・連帯債務者の一人の受けた判決の効果・研究I三六九頁、中田・確定判決の反射的効果・判例評論五号一四頁、同・法セ一一号・三一号、鈴木・既判力の拡張と反射的効果・神戸法学九巻四号、一〇巻一号、木川・判決の第三者に及ぼす影響・法学新報六四巻一二号、六五巻一号、六八巻三号、吉村・既判力拡張における依存関係・法政研究二六巻四号、二七巻一号、二八巻一号、同・アメリカにおける既判力拡張の一側面・法政研究二九巻六三頁以下、同・判決の反射的効力・ジュリ学説展望二六四～五頁、同・民訴判例百選一六〇頁、上村・確定判決の反射効と既判力拡張・中村先生古稀論文集、白川・判決の第三者に及ぼす影響・実務民事訴訟講座二巻一〇五頁以下。なお三ケ月・わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲・裁判法の諸問題中巻三四一頁以下参照。

(9) Gerhardt, a. a. O., S. 694. なお三ケ月・前掲論文三九九頁以下参照。

(10) Bettermann, Die Vollstreckung des Urteils in den Grenzen seiner Rechtskraft 1948, S. 85; Henckel, ZZP 70, 448 ff. u. 463.

(11) ZPO, § 325 B II a 1.

(12) Gerhardt, a. a. O., S. 695.

(13) Gerhardt, a. a. O., S. 696.