

Title	執行排除・制限契約 (二・完) : その法的効果・適法性・契約違反に対する救済を中心として
Sub Title	Vollstreckungsausschließende und -begrenzende Verträge (2, end)
Author	石渡, 哲 (Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.4 (1977. 4) ,p.24- 73
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=AN00224504-19770415-0024">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19770415-0024</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.

## 執行排除・制限契約（二・完）

——その法的効果・適法性・契約違反に対する救済を中心として——

石 渡 哲

### 緒言

#### 一 学説・判例の沿革

- (一) ドイツの学説——その一——（モノグラフィーおよび論文）
- (二) ドイツの学説——その二——（体系書およびコンメンタール）
- (三) ドイツの判例

#### 四 日本の学説

#### 四 日本の判例

### 二 理論的問題の総説

- (一) 契約の種類
- (二) 考察の範囲

#### (三) 方法上の問題……（以上前号）

### 三 契約の効果と適法性

- (一) 考えられる効果の種類
- (二) 私法上の義務付け効果説批判
- (三) 免除・猶予説批判
- 四 責任排除・制限説批判
- (四) 執行的效果（執行請求権の放棄と具体的な執行権能の放棄）

### 四 契約違反に対する救済（契約の主張方法）

- (一) 考えられる救済・主張方法
- (二) 損害賠償請求の訴
- (三) 給付の訴
- 四 確認の訴

#### (四) 執行文付与に対する債務者の異議および異議の訴

#### (四) 方法異議・即時抗告・請求異議の訴・第三者異議の訴およびそれらの類推——その一——

#### (四) 方法異議・即時抗告・請求異議の訴・第三者異議の訴およびそれらの類推——その二——

#### (四) 特別な救済

#### (四) 要約

#### 五 いったん開始された強制執行を中止・停止・制限すべき契約

#### 六 契約違反の場合の損害賠償

#### 七 債務者破産の場合の契約の効果

#### あとがき

## 三 契約の効果と適法性

### (一) 考えられる効果の種類

訴訟契約一般におけると同様、法律上規定のある執行に関する契約が直接執行法上の効果（以下、執行的效果と称する）を有することについては問題ない。

法律上規定のない執行排除・制限契約の効果としては以下の効果が考えられる（以下の効果が従来の学説・判例に現われている）。

執行全般、一定の対象に対する執行、一定の方法による執行をおこなわないという、私法上の不作為の義務付け効果。この効果を認める見解は、契約違反に対する救済をめぐって、さらに分かれる。損害賠償しか認めない、あるいは不作為の訴のとき給付の訴を認める見解（原初的義務付け効果説）と、請求異議の訴の類推・準用ないし直接の適用を認める見解（発展的義務付け効果説）である。債務の免除ないし猶予（処分的効果説）

責任の排除ないし制限（これも処分的効果説に分類しうるであろう）

執行的效果（訴訟的效果説）。最近では、訴訟的效果として、訴訟上の処分的効果と訴訟上の義務付け的效果の二種を認める見解もある。

以上の効果のうち、債務の免除ないし猶予と、責任の排除ないし制限はときとして混同されている。例えば、執行契約の学説史を書いたシェークは、「実体法的に方向付けられた解決の諸様（das Spektrum materiellrechtlich orientierter Lösungsvorschläge）」という項目のもとで、両者を一括している。<sup>(1)</sup>しかし責任が実体法の領域に位置するか否かは、後述のごとく、問題であり、したがって責任排除・制限の効果は免除とは別個のものと考えるべきである。

契約の効果として考えられるものは右に掲げたが、学説・判例のなかにはこれらを組み合わせた効果を認めるものがあ

る。その組み合わせにもヴァリエーションがある。例えば、両性的な契約(執行的效果と、免除・猶予ないし責任排除・制限)を認める見解、契約の内容により異なる効果を認める見解、契約締結の時期により異なる効果を認める見解がある。

各学説・判例がいかなる効果を認めているかは、すでに紹介した(本稿「二」)。

右に掲げた効果のなかには、単独行為で惹起しうると考えられるものもある。例えば、債務の免除・猶予がそうである。執行的效果も、後述のごとく債権者の執行上の権能の放棄であり、それは単独行為によりなされうると解する余地がある。しかし、これらの効果を当事者間の契約により発生させるという構成も不可能ではない。かつ、単独行為であるか契約であるかによつて、本稿で検討の対象にする問題点(とくに、契約違反に対する救済方法の確定)に関し、結論は異ならない。そこで本稿では従来の慣例にしたがい、「執行契約」という名称を用いる。

(一) Schug, a. a. O., S. 87ff.

## (二) 私法上の義務付け効果説批判

私法上の義務付け効果を認める見解のうち、契約違反に対する債務者の救済として損害賠償のみ、またはこれとならんで給付の訴(不作為の訴ないし原状回復の訴)を認める見解、すなわち原初的義務付け効果説は、その実際上の結果が、後述のごとく、債務者の救済として不十分である。(本稿「四・(一)および(二)」)

契約の本来の効果は私法上の義務付け効果であるとしながら、救済として請求異議の訴の類推、準用ないし直接の適用を認める見解、すなわち発展的義務付け効果説は、債務者の救済については一応満足のいく結論に達している。しかし、訴訟契約一般について、発展的義務付け効果説においては契約本来の効果がそれ自体としては何も働いておらず、また本来の効果から訴訟法上の効果を導き出す理由付けが必ずしも成功していない、との批判があるが(本稿「二・(四)・2」)、このことは

執行契約にも妥当する。

要するに、私法上の義務付け効果は、他のより直接的効果が認められない場合に、はじめて考慮の対象となりうるのである。

### (三) 免除・猶予説批判

法律行為自由の原則により、特段の事情なき限り、債権者は債務を免除および猶予できる。しかし、合意に際しては、「強制執行を一切（もしくはは、特定の財産に対して、ないし、某年某月某日まで）おこなわない」、ないしこれに類似の表現が用いられるであろう（詳しくは、「(四)・8」参照）。意思表示の解釈にあつては必ずしも用いられた文言に拘泥すべきではない。しかし右のごとき表現からは、通常は当事者の意思が、より直接的に執行手続に影響をおよぼすことにあつたという解釈がなりたつであろう。したがつてまずそのような効果の適法性を問題とすべきである。

そこで問題となるのが、責任の排除・制限と執行的效果である。

### (四) 責任排除・制限説批判

1 執行排除・制限契約の効果として、債務の免除・猶予および執行的效果のほかに、責任排除・制限の効果を考えることが観念上可能であるか、<sup>(1)</sup>また実益があるか否かは、実体上の請求権と責任の関係ないしは債務と責任の関係をいかに把握するかということ、あるいは責任の概念の帰属領域いかんということにかかわっている。この問題をめぐつてはすでに多くの研究が発表されている。<sup>(2)</sup>私は、この問題に深くたちいることは、後日の課題とし、ここでは、執行契約の法的効果を検討するために必要な限度で、検討する。

この問題に関する学説はいくつかの類型に分類されるが、<sup>(3)</sup>一つの考え方として、実体上の債権の属性として給付義務のみ

を認め、責任を執行法(訴訟法)の領域に移行させる見解がある。この見解によれば、責任は執行法の作用であり、また、自然債務(責任なき債務)も私法上の効力は通常の債務と変わらず、ただ公法(執行法)上の効力が異なるにすぎないことになる。<sup>(4)</sup>そして、責任排除・制限の効果は実は執行的効果と同じことであり、ひいて両者を区別することは、不必要かつ不可能ということにもなる。

しかしながら私はこの見解には賛成できない。けだし近代法においては債権者の訴権・執行権の前提として実体法上債権の強制力・擱取力(訴求力と請求力)が予定されていなければならず、実体上の債権に基づく国家の執行権能がいかなる対象に対して発動するかは、まさに債権の実体上の属性であると考えられるからである。<sup>(5)</sup>

次に、責任を債権の法的性質と解し、債務は責任に従属すると解する説がある。これによれば、自然債務・責任なき債務(前者は訴求しえない債務、後者は執行しえない債務)<sup>(6)</sup>の存在は否定される。<sup>(7)</sup>したがってこの説を前提とすれば、契約による責任排除・制限も不適法である。しかし、この説のように、責任を債権の本質とみるのは、責任がはたす機能の過大評価である。私は一応、「債権を『債務』・『責任』の二つの独立の、エレメントの結合と解し、一定の場合には両エレメントの分離可能性を承認<sup>(8)</sup>」する立場にしたがつておく。そして、責任は通常は債権にともなつているが、その必須のエレメントというわけではなく、例外的に自然債務・責任なき債務が存在する場合があると考えられる。<sup>(9)</sup>

要するに責任は実体法の領域に属し、自然債務・責任なき債務は存在しうる。そうであれば、法律行為自由の原則により、責任排除ないし制限の契約は適法である。

ただし、執行排除・制限の表示がなされた場合、当事者が責任排除・制限の効果を意欲しているのか、あるいは執行の効果を意欲しているのかは別問題である。そして、当事者は多くの場合、いずれの効果の発生を意欲するかを、明示的に表示しないであろうから、いずれの効果が認められるかにより、いかなる相違が生じるかを明らかにしたうえで、当事者は原則

としていづれを望むかを推測すべきである。この点を次に検討しよう。

- (1) 以下の論者は執行契約と責任契約を区別している。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷二〇四九頁。Schiedermair, a. a. O., S. 131; Raatz, a. a. O., S. 8; Schönke-Baur, a. a. O., § 7 II 2. ただし, 'Lent-Jaernig, a. a. O., § 1 VI 3. だが、かような区別を困難か、不要であるとする。
- (2) 債権法総論の体系書のほか、わが国の研究としては、例えば次のものがある。加藤「債務ト責任」『破産法研究 第二卷』一頁以下、(はじめ、法協三三卷・大正四年・五、六号に掲載。本稿では「破産法研究 第二卷」から引用する)。石田(文次郎)「債権の本質と責任」『法学論叢二〇卷(昭和三年)二号七二頁以下。平野「民法におけるローマ思想とゲルマン思想(大正一三年)』二四頁以下。石田(喜久夫)・前掲自然債務の研究。同「自然債務について」『私法三二号(昭和四年)』一七七頁以下。磯村「債務と責任」『民法演習・3・債権総論(旧版)』(昭和三年)一頁以下。同「自然債務」『判例演習債権法』(昭和三年・増補版・四年)一頁以下。奥田「ドイツ民法の請求権概念について(一)」『法学論叢六五卷(昭和四年)二号二二頁以下。小野木「自然債務と訴権」『訴権論序説』三一九頁以下。法制史的研究としては以下のものがある。中田(蕪)「独仏中世に於ケル債務ト代当責任トノ區別」『法協二九卷(明治四四年)』一〇——一二号。上山「ゲルマン部族法時代に於ける債務関係の一考察——債務と責任を中心として」『法学論叢六二卷(昭和二年)』四号。ドイツの学説については、古いものではあるが、この注に掲げた加藤教授の論文のほか、磯村教授の両論文にも紹介がある。
- (3) 前注に掲げた磯村教授の両論文において要領のいい分類がおこなわれている。
- (4) 加藤・前掲債務ト責任三八頁以下。川島「債権法総則講義 第一(昭和二年)』四七頁。松坂・前掲書三二頁。
- (5) 兼子「増補強制執行法」(昭和二年、増補版は二六年)五〇頁。同「請求権と債務名義」『民法研究 一卷』一八二頁(はじめ、「加藤先生還暦祝賀論文集」・昭和六年・に収録。本稿では民法法研究一卷から引用する)。磯村・前掲債務と責任七頁。同・前掲自然債務五頁。於保・前掲書七六頁。平野・前掲書一四八頁も、法社会的観点より、責任を訴訟法の領域に移行することに反対している。
- (6) 我妻「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」(昭和三年)六八頁。
- (7) 石田(文)・前掲論文一〇一頁以下、一〇八頁。
- (8) 磯村・前掲自然債務六頁(傍点原文)。同・前掲債務と責任七―八頁参照。
- (9) いかなる場合に自然債務が認められるかについては、磯村・前掲自然債務四頁以下参照。

2 契約が責任排除・制限の効果を惹起するか、執行的効果を惹起するかで、契約違反に対する債務者の救済方法が異なるということが、まず考えられる。この点は本稿「四」で検討する。私は、救済に差異はあるが、通常考えられているほど明確な違いは出てこないと考えている。

実際上の相違点としては、救済手段のほかに、以下の点が考えられる。

第一に、債務者が債権者に対して有する債権に対する執行が契約により禁じられたとする。もし契約締結の意図が、単に債務者に執行を免かれしめることであれば（例えば、執行を受けることによる債務者の社会的信用失墜を回避させるため）、当事者は執行的效果を意欲していると考えられる。かように執行的效果が意欲され、かつそれが適法ならば、債権者が当該債権を受働債権とし、債務者に対する自己の債権を自働債権として相殺をおこなうことは契約の趣旨に反さず、したがって適法である。なぜなら、当事者の意思は、債務者を執行から免かれしめることのみにあるからである。これに対し、契約締結の意図が、当該債権を責任からはずすことにあるならば、右の相殺は契約締結の趣旨に反し、不適法である。なぜなら、相殺は実質上受働債権を強制的に弁済させたことになり、それゆえ当該債権を債務者の責任のなかにとりこむことになるからである。<sup>(1)</sup>

なお、合意の効果が免除であれば、恒久的に、猶予であれば、猶予期間中は相殺ができない<sup>(2)</sup>。（この点では、責任排除・制限契約と同じである）。

第二に、契約の効果が執行的效果ならば、債務者が債務の履行を怠ると、履行遅滞に陥り、彼は損害賠償義務を負う。これに対して、契約の効果が責任排除・制限であり、債務者が履行を怠つたならば、次のような結果になる。責任が排除されない制限されても、債務者の給付義務と債権者の給付受領権とはなお存続するから、債務不履行による債務者の損害賠償義務は存在する。しかし、責任を排除ないし制限された債務においては、債務不履行による損害賠償義務についても責任が排除・制限されていると解すべきであろう。当事者がこれに異なる意思表示をしていれば格別、そうでない場合はこう解するのが自然である。したがって契約から執行的效果が生じるか、責任排除・制限の効果が生じるかにより、債務不履行の際の賠償義務が通常の債務であるか、責任の排除・制限された債務であるかの相違が出てくる。

なお、合意の効果が免除・猶予であるならば、債務が履行されなくとも、履行遅滞は生じない<sup>(3)</sup>。ちなみに、支払い猶予令（モラトリウム）は、責任の一定期間の排除というよりは、債務の一定期間の猶予と解すべきであろうが、実体法学者は、この場合には履行遅滞の責任は免除されると解している<sup>(4)</sup>。

しかし、以下の点では、執行的效果が生じようと、責任排除・制限の効果が生じようと、変わりがない。

まず、執行的效果が発生すれば、債務者の任意の弁済は贈与とも非債弁済ともみなされず、したがって後に遺留分（民法一〇二八条以下）による減殺の対象にもならないが、この点では、責任排除・制限の効果が生じた場合も同様である。ただし、責任が排除・制限されていても、債務者はなお実体私法上債務を履行すべき義務を負っているのであるから、彼がおこなう債務の履行は有効な弁済とみなされるであろうから<sup>(5)</sup>。

なお、合意の効果が免除ならば、債務者の弁済は贈与ないし非債弁済であり、それゆえ後に遺留分の対象になる<sup>(6)</sup>。猶予の場合も、猶予期間中の弁済は同断である。

また、一般には自然債務（責任なき債務）の効果として、更改・保証・担保権設定が可能なこと、およびその効果が権利の譲受人にも対抗しうること（自然債務性の持続）<sup>(7)</sup>が挙げられている。私もこのことは首肯しうると考える。したがって契約による責任排除・制限の場合にも同じことが妥当する。この点については、しかし、契約の効果が執行的效果であつても、結論は変わらない。すなわち、かかる効果をとまなう債権についても更改・保証・担保権設定は可能であり、またその効果は譲受人にも対抗できるものといえよう<sup>(8)</sup>。

なお、合意の効果が免除ならば、実体権自体が消滅しているのであるから、更改・保証・担保権設定は考えられない。権利の第三者への譲渡もありえない。猶予の場合は、猶予期間内は更改・保証・担保権設定は考えられない（猶予期間経過後のための担保権設定等は考えられる）。猶予された債権の譲渡は可能であるが、債務者が譲受人に猶予を対抗しうるか否かは、

民法四六八条の規定するところにしたがう。

以上の論述を要するに、契約の効果が執行的効果であるか、責任排除・制限であるかにより、問題となつた債権を自動債権とする相殺の可否、および債務不履行による損害賠償請求権の特質の点で実際上の相違が生じる。そしてこの二つの点のいずれについても、原則としては当事者は執行的効果を意欲しているとの推測がなりたつてであろう。すなわち、「執行をしない」との表示からは、右の相殺まで禁じる意図は原則としては推測できないであろう。また、債務不履行の際の損害賠償義務についてまで責任を排除することは、原則として当事者の意図するところではなからう。

なお、斎藤教授ならびにシーダーマイアーは、当事者が責任契約ではなく、執行の排除・制限を意欲していると解釈される根拠として、責任制限は、財団の人格化、例えば有限責任会社の設立により達せられる、と説明される。責任制限が原則として意欲されないという結論自体には賛成できるにしても、財団の設立は一般人にとつてはあまり親しみのない手続を踏まなければならないので、この途があるということは、当事者が契約締結において責任制限を意欲しないという解釈の根拠にはならないであろう。

- (1) 我妻・前掲書七一頁、および磯村・前掲債務と責任一三頁は自然債権を自動債権とする相殺はできない、と論じているが、これは本文で述べた事柄とは別である。
- (2) 穂積・前掲判批三〇八頁。Ditrich, a. a. O., S. 35.
- (3) Ditrich, a. a. O., S. 35.
- (4) 我妻・前掲書一三七頁。於保・前掲書一五一頁。
- (5) 我妻・前掲書七一頁。柚木・高木・前掲書三三二―三四頁。
- (6) 穂積・前掲書判批三〇八頁。
- (7) 我妻・前掲書七一頁以下、七四頁。石田(喜久夫)「判批」民法判例百選Ⅱ(昭和五〇年)一九頁参照。
- (8) この点に関する研究としては、Soehring, a. a. O., がある。

(五) 執行的効果 (執行請求権の放棄と具体的な執行権能の放棄)

1 執行排除・制限契約における執行的効果とは、債権者の執行法上の権利ないし権能の放棄・制限である。かような権利、権能としてはまず執行請求権 (Vollstreckungsanspruch) が考えられる。ここで執行請求権の本質を詳細に検討する余裕はないので、<sup>(1)</sup>ただ次のように述べるに留めておく。執行請求権とは、国家に対し執行行為の着手と追行を求める債権者の公的権利である。それは実体上の請求権に基礎を置くのではなく、ただ債務名義にのみ基礎を置き、かつ訴訟法により認められるものである。

学説中には、執行請求権の存在を否定するものがある。この立場を前提とすれば、契約による執行請求権の放棄はそもそも問題になりえない。ラーツはかようにして執行請求権の放棄は問題にならないと主張している。<sup>(2)</sup>

執行請求権の存在を認めるか否かは、訴権の存在を認めるか否かとも関連する。たしかに最近では訴権否定論も有力ではあるが、<sup>(3)</sup>法が自力救済を禁じた代償として、訴権の存在を肯定することには、充分な理由があると思われる。<sup>(4)</sup>(訴権についても詳細に検討する余裕はないが)。執行請求権も、その本質をいかにとらえるかは別として、その存在は肯定される。

- (1) 執行請求権については、例えば、次の研究がある。兼子・前掲請求権と債務名義一五七頁以下。同「強制執行請求権」『民事訴訟法講座 第四巻』(昭和三〇年) 九七九頁以下。石川「執行請求権論」法学研究三四卷(昭和三六年) 六号一八頁以下。同「強制執行の基礎理論」『演習民事訴訟法 下』(昭和四八年) 二二五頁以下。ドイツの文献としては Scherf, a. a. O., S. 19ff.; Emmerich, a. a. O., S. 435ff.; Burck a. a. O., S. 403f. などへの引用やそれに関するものがある。訴権についてはなお vgl. Luke, Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76 (1963), S. 20f.
- (2) Raatz a. a. O., S. 20ff. ネットクは、ラーツが執行請求権の存在を否定したのは国家社会主義(ナチズム)の影響であると述べている (Schug, a. a. O., S. 115)。

(3) 訴権否定説を有力に唱えられるのは三ヶ月教授である。三ヶ月「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」『民事訴訟法研究 第一巻二二五九頁以下』(はじ

め、法協七五巻・昭和三年・二号に掲載)。同「民事訴訟法(法律学全集)」(昭和四年)二頁以下。同「裁判を受ける権利」(演習民事訴訟法 上(昭和四年)三頁以下。なお、石川・前掲「執行請求権論一八頁注(1)参照。

(4) 訴権否定論に対する反論としては次の論稿がある。伊東「本案判決請求権説批判」(裁判法の諸問題 上(兼子博士還暦記念)) (昭和四年)二九五頁以下。石川・前掲強制執行の基礎理論二七頁。そのほか、木川「法律要件と請求原因」(民事訴訟政策序説)三二一頁以下(はじめ法学新報六三巻・昭和三年・一二号に掲載)。新堂・前掲論文(判タ二二二号)三一頁以下参照。

2 学説のなかには、執行請求権と執行権能・可能性(Vollstreckungsbefugnis, bzw. Vollstreckungsmöglichkeit)を概念上区別するものがある。ラーツ、シーダーマイアー、ポーン、マルティンおよびH・J・ヘルヴィヒの学説がこれである。

ラーツは執行請求権の存在は否定するが、債権者の名義に基づき執行を進行する訴訟上の可能性の存在を肯定し、それは放棄しえないと解している。<sup>(1)</sup>

シーダーマイアーとマルティンによれば、権利保護請求権の一部たる国家に対し執行を求める請求権(マルティンはVollstreckungsrechtと称している)自体の放棄は不適法である。その理由は、権利保護請求権は私法秩序の維持に奉仕し、公益にかかわるからである。執行排除・破産排除はそれゆえ不適法である。これに対して、特定の執行の可能性・訴訟上の権利に関する契約は適法である。その理由は、契約は公益に反しないこと、執行法上処分権主義が認められていること、および法が明文規定で若干の執行契約に執行的効果を付与していることである。そこで執行対象の制限契約・執行着手の順序付け契約・競売を法定の方法と異なる方法でおこなう契約・換価に関する契約が適法であるとされる。<sup>(2)</sup>

ポーンはシーダーマイアーと同じ理由付けで、執行請求権は放棄できず執行権能は放棄しうると解している。両者の関係は次のように把握されている。執行請求権はそれ自身抽象的である。けだしその存在のみによつて執行手続は開始せず、開始のためには債権者の申立が必要であるから。この執行を開始させる権能(Ingangsetzungsbefugnis)が執行権能である。<sup>(3)</sup>

H・J・ヘルヴィヒも同様に執行請求権は放棄しえないと論じている。彼は、しかし、国家に対する執行請求権とは独立

別個に、当事者相互の関係において、訴訟上の特定の状態で特定の方法で行為する可能性（権能）があると述べている。そしてこの可能性に関する契約の適法性を検討している。<sup>(4)</sup>

ラーツの見解は、前述のごとく、その前提である執行請求権の存在の否定に問題がある。また、執行的效果を検討する場合、当事者間の関係において認められる権能を問題にする必要はないから、H・J・ヘルヴィヒの所説は考察の対象外に置く。<sup>(5)</sup> 検討すべきは、シーダーマイアー等のごとく、債権者の国家に対する関係において執行請求権と執行権能の二重構造が認められるかという点である。

シェルフは執行請求権と執行権能の概念上の区別に消極的である。彼は、双方ともに債権者の国家に対する関係において認められるのであるから、前者の処分を否定し、後者の処分を許容するのは矛盾であると主張している。<sup>(6)</sup>

しかし、国民は国家に対して執行行為の着手を求める抽象的な権利（国民の人格的権能としての執行請求権<sup>(7)</sup>）を有すると同時に、債務名義をもつ者は、これに基づき、国家に対して特定の執行行為の追行を求める具体的な権利（以下、具体的な執行権能と称する）をも有しているシーダーマイアー等がおこなった区別も、この執行請求権と具体的な執行権能の区別と同じであると思われる。また、執行請求権は国民の人格的権能であるから、放棄不能である。<sup>(8)</sup> かくしてシーダーマイアー等の区別は首肯される。

ただし、いかなる場合に契約は執行請求権にかかわり、あるいは具体的な執行権能にかかわるのかが問題である。シーダーマイアーは、先に引用したように、執行排除契約の対象は前者であると述べている。たしかに、契約の対象を特定しないで締結される執行排除契約（AはBに対し一切の執行をおこなわない旨の契約）は執行請求権に関する、それゆえ不適法な契約といえよう。しかし、特定の実体上の債権ないし特定の名義に基づく執行を排除する契約（これらも執行排除契約と称しうる）においては、別の構成も可能である。これらの場合も観念的には、執行請求権が放棄されたと解する余地はあるが、当該債権

ないし名義に基づきなされうる執行行為のすべてにつき、着手を求める、債権者の個々の具体的諸権利が包括的に放棄されたと解する余地もある。逆に執行制限契約であつても、個々の具体的な債権ないし名義につきなされたのでなければ(例えば、AはBに対して一切の不動産執行をおこなわない旨の契約)、執行請求権を対象とするものといえる。

要するに、個々の債権ないし名義につきなされた執行排除・制限契約は具体的な執行権能に関するものである<sup>(9)</sup>。そして、執行請求権は放棄しえないものであるから、執行契約の執行的效果としては、この具体的な執行権能の放棄の可否を問題とすべきことになる。

- (1) Ratz, a. a. O., S. 24f.
- (2) Schiedermair, a. a. O., SS. 85, 90ff., insbes. 92-94, 134; Martin, a. a. O., S. 196f.
- (3) Bohn, a. a. O., S. 22ff.
- (4) H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 87ff.
- (5) Vgl. Burck, a. a. O., S. 402-403 Fn. 41.
- (6) Scherf, a. a. O., S. 24f. 結論同旨 Schug, a. a. O., SS. 121ff., 167ff.; Gantl, a. a. O., S. 348.
- (7) (8) 石川・前掲不執行の合意について一八二頁。上田・前掲論文三〇一頁注(8)。
- (9) この問題についてはなお、vgl. Bohn, a. a. O., S. 24ff.

3 訴訟契約一般におけると同様、執行契約においても、執行的(訴訟的)効果を認めると、経済的・社会的圧力により弱者が執行権能の放棄を余儀なくされるとして、執行的效果を否定する見解がある<sup>(1)</sup>。しかし、すでに訴訟契約一般について述べたように、経済的・社会的強者が弱者に対する厚意により訴訟上の権能を放棄することも絶無とはいえない。その場合にも、契約を無効とすることは、むしろ債務者に苛酷であるから、右の危険を根拠に、総じて訴訟的效果を否定すべきではなく、前記の圧力が濫用された場合に、個々の契約を無効とすることにより、弱者保護をはかるべきである(2) P O 一〇二五条二項の趣旨はこの場合にも妥当する<sup>(2)</sup>。この点は執行契約にも妥当する。

細野氏は、この点を越えて、当事者間の力関係に関して執行契約が他の訴訟契約ととくに異なる点があると主張される。すなわち、同氏は、訴訟契約一般は不適法であると解されるが、<sup>(3)</sup>「執行請求権ハ寧ロ強者ノ為メ」のものであるから、放棄可能であると述べておられる。<sup>(4)</sup>しかし、既述のごとく他の訴訟契約においても経済的・社会的強者が厚意により訴訟上の権能を放棄することがありうるし（例えば、弱者への同情から強者が不起訴を約する<sup>(5)</sup>）、他方、執行権能の放棄も常に強者が弱者のために厚意でおこなうとは限らない。例えば、下請けの零細企業が、製品の納入先である大企業に対する製品の代金債権に基づく執行を、大企業の圧力により放棄せしめられることも考えられる。それゆえ右の点から、執行契約を他の訴訟契約に対して特別扱いすることには賛成できない。

また、訴訟契約一般におけると同様に、執行排除・制限契約が普通契約約款・標準書式契約のかたちで締結された場合には、一方当事者の経済的・社会的圧力がはたらいた可能性が大きいが、常にそうであるわけではない。したがって、問題となつた場合の意思の自由の存否については個々の判断されるべきである。その際、当事者に意思の自由があつたか否かについては、訴訟契約一般におけると同様に意思の自由がなかつたことを主張する側が举证責任を負うと解すべきである（訴訟契約一般については、本稿二・四・三）。

- (1) 石川・前掲不執行の合意について一八五頁。
- (2) Emmerich, a. O., S. 416f.
- (3) 細野・前掲書一四一頁。
- (4) 細野・前掲書一三二頁。この点についてはなお、上田・前掲論文二九八頁参照。
- (5) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二七四頁。

4 執行の効果否定の根拠として、執行要件・執行障害に関する規定の強行性が挙げられることがある。<sup>(1)</sup>兼子博士が、執行手続にも任意訴訟禁止の原則が妥当すると述べられ、<sup>(2)</sup>また、シュニークが、ZPO第八編（強制執行編）の目的は、国家の強

制権の適用にあつての法的安定性を確立することであるから、ZPO八四三条(日本民訴六一二条に相当——当事者の意思のみで執行的效果が発生することを認める規定)は例外規定であると論じているのも、同様の趣旨である(シュュークの論述は次に引用するシーダーマイアーの所説に対する反論である)。

他方シーダーマイアーは、ZPO八一六条、八四三条等若干の明文規定が当事者の意思・合意による執行的效果の惹起を認めていることを根拠として、明文規定のない執行契約の執行的效果を是認して<sup>(4)</sup>いる。

はたして執行要件・執行障害に関する規定が強行規定であるのか、また、当事者の意思・合意に執行的效果を付与する規定が例外規定であるのかは、執行法規が私益と公益のいずれに奉仕すべきものであるかにより決まる。この点は次の執行法規の公法性と関連して問題になる。

- (1) 斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇五四頁以下。吉川・前掲書五三頁。Bartels, JW 1933, S. 2850; Ders., JW 1934, S. 1229; Dackweiler, a. a. O., S. 1155; Ratz, a. a. O., S. 26.
- (2) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二八九頁。
- (3) Schug, a. a. O., SS. 125, 185. 同頁 Gaul, a. a. O., S. 349; Hochgräfe, a. a. O., S. 28.
- (4) Schiedemair, a. a. O., SS. 85, 94, 115, 132f. 同頁 Emmerich a. a. O., S. 434f., vgl. S. 421.

5 次に、執行的效果否定の根拠として、執行法が公法であることが挙げられる。この根拠は、訴訟契約一般におけると同様に、さらに二つの方向に分かれる。一つは、執行上の権能は債権者の对国家の権能であるから、当事者間の合意によりこれを放棄しえないことである<sup>(1)</sup>。他は、執行上の権能は私益のみならず、公益にも奉仕するものであるため、当事者の合意でこれを放棄しえないことである<sup>(2)</sup>。

前者は、訴訟契約一般におけると同様、執行的效果を否定するための決定的根拠となりえない。国家に対する権利であつても、もつばら一方当事者の利益においてのみ認められているものであれば、当事者の意思による放棄が是認されてしかる

べきだからである。<sup>(3)</sup> けれど、かような権利をめぐることは、実質的利益関係は債権者・債務者間にあるからである。かかる権利の処分については、義務者たる国家を含めて、第三者がその有効性を攻撃する利益ないし資格はないというべきであろう。

かくして、執行権能が公益に奉仕するか否かが問題になる。

執行手続においても処分権主義が妥当するので、執行をおこなうか否か、いつ、いかに執行をおこなうかは全く債権者の自由に委ねられている。国家は、個々の執行がおこなわれるか否か、いつ、いかにおこなわれるかについては利益を有しない。<sup>(4)</sup>

このことからただちに執行的效果を是認する見解<sup>(5)</sup>に対して、石川教授は次のように反論される。「……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。したがって、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、執行法上適法な執行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ぬであろう。執行制度のかかる目的よりみて、執行請求権の放棄は認めることができないと考える」と。<sup>(6)</sup>

しかし、執行手続上処分権主義が認められているということから、現行法体系は実体上の権利の執行手続による実現について債権者にイニシアティブを付与しているということができよう。かような観点からは、実体上の請求権を存続させながら、具体的な執行権能のみを放棄することは、現行の執行制度の目的と抵触することではなからう。

ただし、私も、処分権主義から具体的な執行権能の放棄が無制限に許されるかについては考慮を要すると考える。それは、兼子博士が、国家は個々の訴訟の解決については利益を有しないが、集団的処理を必要とする訴訟制度の円滑と能率の増進のため、当事者の利益はある程度無視されてしかるべきである、とされているのと共通する点がある。この点で問題となるのは、執行的效果の是認は、契約違反の執行を執行法上違法にするが、かかる帰結は、執行制度の円滑と能率を妨げることにならないかという危惧があることである。次にこの問題を論じる。

- (1) 加藤・前掲判批・民訴判批集二巻三四四頁以下、三四八頁以下、三五三頁以下。同・前掲判批・判民昭和二年一五八一—一五九頁。於保・前掲書七三頁注(六)七三頁。Geib, a. a. O., SS. 173, 173 Pn. 1; Helwig-Oertmann, a. a. O., S. 145ff.
- (2) Geib, a. a. O., SS. 94, 173, 173 Pn. 1; Hoffmann, a. a. O., S. 53. シーターハイヤーとヘーンは、本文に記した理由で、執行請求権の放棄の適法性を否定しているが、執行権能の放棄は許容されると解している(Schiedermair, a. a. O., SS. 85ff., 90ff., insbes. 92-94, 134; Bohn, a. a. O., S. 20ff.)
- (3) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二五二—二五三頁。石川・前掲不執行の合意について一八三頁。Roquette, a. a. O., S. 161f.; Gaul, a. a. O., S. 348; vgl. Reichel, a. a. O., S. 211f.; H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 89.
- (4) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二五五頁以下参照。大阪谷・前掲判批七三六—七三七頁参照。Gaul, a. a. O., S. 348.
- (5) Bohn, a. a. O., S. 23f.; Emmerich, a. a. O., SS. 415ff., 429f.; Büchel, a. a. O., S. 403 Pn. 41; Gaul, a. a. O., S. 348; OLG Dresden, OLG Rsprr. 13, S. 198ff. など vgl. Schug, a. a. O., SS. 106, 126, 134; vgl. Scherf, a. a. O., S. 67f.
- (6) 石川・前掲不執行の合意について一八四頁。
- (7) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二五五—二五六頁。

6 執行排除・制限契約は、その内容が債務名義中に留保されているか(かかる留保が可能であるかは後に検討する)、あるいは書面に表示されていれば格別、そうでなければ、執行機関は契約の存在を認識しえない。

かような契約に執行的效果を認めることには次のような問題がある。すなわち、執行的效果が生じれば、契約に違反する執行は執行法上違法となるが、執行機関に認識しえない事由に基づいて執行が違法になることが、はたしてありうるか、と

いう問題である。この問題を消極的に解することを、執行的效果の否定の根拠の一つとして挙げる学説は多い。<sup>(1)</sup>

これに対して齋藤教授およびラーツは、この点は執行的效果の否定のための決定的論拠たりえないと主張される(結論としては執行的效果を否定されるが)。その根拠は、債権者が手中にある債務名義の数通を奇貨として同時執行におよんだ場合、執行機関はその瑕疵を認識しえないにもかかわらず、債務者に認められる救済は方法異議(違法執行からの救済)であり、したがって執行機関が当該瑕疵を認識しえないことから、執行的效果を否定することはできないのである。<sup>(2)</sup>

しかし、この場合には、執行正本が複数存在するいじよう、同時執行も違法とはいえない、と解すべきである。そうであれば、むしろ「執行文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」が認められるべきである。<sup>(3)</sup>

いずれにしても、複数の名義を奇貨とする執行を執行排除・制限契約違反に対する救済手段の決定を検討するにあたり援用することには問題がある。そこで、なお、執行機関に認識しえないことを事由として、強制執行が執行法上違法になるということがありうるかということが検討されなければならない。

執行機関に認識しえない事由によつて執行が執行法上違法になる、と帰結することに対する疑念の基礎には、いくつかの相互に関連する危惧があるものと推測される。

第一に以下の危惧がある。執行法は一定の要件を掲げ、執行がそれを具備していればその執行を適法視するたてまえをとつている。これは執行の「外観主義」といえようが、それは執行の迅速化のために採用されて<sup>(4)</sup>いる。すなわち執行機関は、執行法が規定する要件のみを審査して執行手続を進めるのであり、その他の点を審査する負担を負つていない、むしろ審査する権限がない。執行的效果の是認はこの外観主義と矛盾しないか、という疑念がある。

執行的效果を是認して、契約違反の執行を執行法上違法と評価することは、たしかに外観主義に抵触する。しかし執行法

の外観主義も合目的考慮の所産であつて、絶対的妥当性をもちうるものではない。執行法が外観主義を採用している目的は、手続の迅速化の要請を達することにある。手続の迅速性はもとより公益にも奉仕するであろうが、債権者の利益に奉仕するところがより大きいものといえよう。そうであるとすれば、債権者自身が外観主義による迅速性の利益を放棄した場合には、外観主義の要請を後退させることが許されるであろう。

第二に、第一の危惧と同じ基盤から生じるのであるが、執行機関に認識しえない事由により執行が執行法上違法となることを認めると、国家は不当に国家賠償義務を負うことになるという危惧がある。同時に、執行機関は、違法執行をおこなうことを恐れて、執行の追行を躊躇しがちになるのではないか、という批判もありうる。

しかしこの危惧は杞憂にすぎない。その理由は一つには、執行が違法であるという場合の違法と、国家賠償の原因となる違法とが同一であると考える必要はない、ということである。また、国家賠償が認められるためには、公務員に故意または過失があることが要件であるが（国家賠償法一条一項）、契約違反の執行をおこなつたということだけでは、故意・過失は認定されない、ということもその理由になるであろう。したがつて執行機関の前述の躊躇も合理的な理由のないことである。

第三に、執行的效果を認め、契約違反の執行を違法執行と解すると、それに対する救済は方法異議（民訴五四四条）によるべきことになるが（ただし即時抗告による救済も問題となるが、この点については後に簡略に私見を述べる）、それがかような場合の救済として適切であるか、という危惧がある。具体的には、救済は異議手続によらしめるよりも、訴訟手続たる請求異議訴訟によらしめる方が妥当であるという、目的論的考慮から、方法異議による救済が、ひいては執行的效果の是認が疑問視されるのである。なお、判決手続上の訴訟契約においては、契約にいかなる効果を帰せしめるにせよ、契約違反に対する救済は訴訟裁判所に対して求められるのであるから（別訴により求めるか、係属中の手続内で求めるかの違いは生じうるが）、この点は問題にならない。執行契約においては、いかなる効果が認められるかで、救済を求める先とその手続が異なりうる（受訴裁判所か執

行裁判所か、訴訟手続か異議手続か)。かように、執行契約は判決手続上の訴訟契約にない問題を含んでいるから、両者に異なる効果を帰せしめる見解があつても、そのことから、その見解に自家撞着があるとは、必ずしもいえない。

ところで、たしかに、現実には執行排除・制限契約をめぐる争いが生じる場合の多くにおいては、契約が締結されたか否か、ということ自体が争点となり、その解明には口頭弁論が必要となる。口頭弁論や審訊は異議手続でも不可能ではないが、本来口頭弁論を必要とする訴訟手続の方が、より適切である<sup>(8)</sup>。したがつて方法異議による救済を認めることに對する疑念には一応理由がある。

しかし私は、後述のように、契約に執行的效果を認めたとしても、救済を訴訟手続によらしめる、という結論にいたる理論構成も可能であると考えている(本稿「四・(七)」)。もしこれが正しいとすれば、救済方法に関する考慮は執行的效果否定のための決定的論拠たりえない。

- (1) 石川・前掲不執行の合意について一八五—一八六頁(ただし、同・前掲執行契約再論二〇頁参照)。中野・前掲執行方法の異議一六頁。同・前掲請求異議訴訟の訴訟物一四頁。前掲注解強制執行法(1)三八七頁(川上)。また、兼子・前掲訴訟に関する合意二九一頁も同趣旨であろう。
- (2) 斎藤・前掲論文・民訴講座四卷二〇五—二〇五四頁。Ratzl, a. a. O., S. 25f.
- (3) 石川・前掲不執行の合意について一八六頁。
- (4) 兼子「増補強制執行法」六頁以下参照。
- (5) 兼子・前掲書二四頁参照、一四三頁以下参照。
- (6) 石川・前掲執行契約再論二〇頁。
- (7) 前掲注解強制執行法(1)三八七頁(川上)。vgl. Schug, a. a. O., S. 190f.; vgl. Scherf, a. a. O., S. 104ff.
- (8) Schug, a. a. O., S. 191.

7 前述のように、訴訟契約において当事者の意思決定の自由が確保されているか否かの判断基準として、効果の予見可

能性と、効果の重大性が挙げられている。竹下教授は、執行契約の適法性は両者のいずれからも問題にならないと解して<sup>(1)</sup>られる。これに対して石川教授は、不執行の合意において予見可能性はあるが、効果の重大性を否定することには問題があると反論される<sup>(2)</sup>。

既述のごとく、効果の重大性は訴訟契約一般において適法性の基準となる(本稿二・四・三)。しかし、契約により執行が排除・制限されても、実体権自体の存在が否定されるわけではない(その結果、例えば、債務者の任意の弁済を受領する権限を、債権者は失わない。また、債務者が履行を怠れば、彼は債務不履行に陥る)。それゆえ、効果の重大性により執行的效果を否定することには、賛成できない。

(1) 竹下・前掲論文(五八―五九頁)。

(2) 石川・前掲不執行の合意について一八五頁。

8 以上(二四―七)においては、執行的效果を否定するために挙げられる根拠が検討された。その結果、それらはいずれも執行的效果の否定のための決定的論拠となりえないことが判明した。

他方、契約締結に際し、いかなる表現が用いられるかは個々の場合で異なるだろうが、通常は、「AはBに対して有する……の債権(あるいは名義)に基づく強制執行を(某年某月某日まで)一切おこなわない」、「……に基づき、Bの財産中……は差押えない」、「……に基づき差押えはするが、換価はしない」、「……に基づき強制管理はするが、強制競売はしない」、ないし右に類似の表示がなされるであらうが、かような表示の解釈としては、通常は直接執行手続におよぶ効果が意欲されていると解されよう。それは単に文言上の意味という観点のみならず、他の効果、なかならず責任排除・制限の効果と比較しても執行的效果が意欲されたものと解されることは、すでに述べた(四・二)。

要するに、執行的效果の適法性を否定すべき根拠はなく、かつ当事者は原則として執行的效果を意欲するものと推測され

るのであるから、執行排除・制限契約からは原則として執行的效果が発生するということになる。

## 9 執行排除・制限契約の執行的效果についてはなお若干の説明を加えておきたい。

第一に、最近、訴訟的效果を訴訟上の処分的（變動的）効果と義務付け的效果とに分ける見解が主張されているが、執行契約の効果についても観念的には右の二種の効果と考えられるとしたうえで、後者のみを適法と認める見解がある。<sup>(1)</sup>しかし、これまでの論述から、執行排除・制限契約においては前者も適法とみなしうるであろう。また、当事者は、右のいずれを意欲しているかを、ほとんどすべての場合明示していないであろう。そこで契約はいずれの効果も惹起するか、あるいは両効果を惹起するかが、問題になる。通常、債務者はより強い効果である執行（訴訟）上の処分的効果を意欲するが、債権者は義務付け的效果を意欲するにすぎないとの推測がなりたつであろう。しかし、そのことから、当事者間の意思の合致がなきがゆえに契約は不成立ないし無効であるとしたのでは、契約締結の趣旨がいかされなくなる。そこでこの場合には、当事者は債務者の地位の強化を意図して、契約を締結したということを考慮して、処分的効果の発生を認めることが合理的であろう。そして、この効果が認められれば、それとらんで義務付け的效果の発生を認めることは不要となろう。もつとも、右のいずれの効果が認められるかにより、実務上、とくに契約違反の執行に対して債務者がとりうる救済手段について大きな相違は生じないであろう。けだし、右のいずれの効果が認められるにしても、契約違反の執行は執行法上違法となるからである（契約違反に対する債務者の救済方法いかにについては、後に検討する——本稿「四・(乙)」）。

第二に、執行排除・制限契約が執行的效果を有するのは、契約内容が名義に留保され、あるいは書面に表示された場合に限らない。そうでない場合にも契約は執行的效果を有する。<sup>(2)</sup>

第三に、執行排除契約・对象的執行制度契約のみならず、執行方法の制限契約（例えば、強制管理のみをおこない、競売によ

る換価はおこなわないとの契約。ドイツ法上の開示宣誓にかわる保証の申立はおこなわないとの契約)も、ともに執行的效果を惹起する。後者は執行的效果を惹起するが、前者は責任に関する契約、ないし免除・猶予であるとの構成も考えられるし、実際すでに紹介した学説のなかには(本稿「二」)、かような区別をおこなうものもある。しかし私は、すでに論じたところから、前者においても執行的效果を認めうると考えるので、この区別はおこなわない。逆に、方法の制限についても、実体法上の権利実現の方法が制約を受けている、と理論構成する余地もあり、したがって執行方法を制限する契約も実体法上の契約の一種と解することも理論的には可能である。現にシュルフは、強制執行の手段の選択は実体権が規定すると述べている。<sup>(4)</sup>

(1) H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 60ff.

(2) Schug, a. a. O., S. 178ff. insbes. S. 187f.; Gaul, a. a. O., SS. 347, 349; H. J. Hellwig, JR 1972, S. 159.

(3) 石川教授は、契約が名義に表示されることにより、もしくは契約内容を表示する書面が提出されることにより、契約から執行的效果が発生すると主張しておられる(石川・前掲執行契約再論一五頁以下)。

(4) Scherf, a. a. O., S. 88.

#### 四 契約違反に対する救済(契約の主張方法)

##### (一) 考えられる救済・主張方法

執行排除・制限契約に違反する執行を債権者がおこなった場合、債務者がとりうる救済手段ないし契約の主張方法として従来の学説・判例にあらわれたものは以下のものである。

損害賠償請求の訴(他の救済を認めない)

給付の訴(不作為の訴ないし原状回復の訴)

契約関係の確認の訴

執行文付手に対する債務者の異議ないし異議の訴  
即時抗告

方法異議

方法異議の類推

請求異議の訴

請求異議の訴の準用ないし類推

第三者異議の訴の類推

右のほか、ここに挙げた救済の何種類かを組み合わせるものがある。その組み合わせ方にもヴァリエーションがある。これは通例契約の効果に関して何種類かの効果の組み合わせを認める各種の見解に対応しているといえよう。

各学説・判例がいかなる救済を認めるかはすでに紹介してある(本稿「一」)。

## (二) 損害賠償請求の訴

契約違反の執行を阻止するための何らかの救済を認める論者の多くは、すでに執行がなされた後の事後的救済として損害賠償請求を認めている。しかしここで問題とするのはかように他に救済を認めたらうで、損害賠償請求を第二次的に認める見解ではなく、救済として損害賠償請求のみを認める見解の是非である。

この見解の基礎には便宜訴訟の禁止の考えがある。しかしながらそれが首肯しえないものであることは、すでに述べた(本稿「二・四・2」)。さらに、損害賠償請求を認めるだけでは債務者の救済としても不十分である。損害賠償請求権は、契約違反者が無資力な場合、執務者の救済に何ら役立たない。また、契約により執行の対象から除かれた物が美術品・骨董品のごとく代替しえない価値を有する場合、損害賠償によつては債務者の損失を填補しえない。<sup>(1)</sup>

(1) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二九二頁(二七二―二七三頁参照)。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇五九頁・竹下・前掲論文(二)二七頁、二九頁注(13)。近藤・前掲書三三八―三三九頁。Lane, a. a. O., S. 676; Raatz, a. a. O., S. 65。飯田簡裁判昭和三年八月三日判タ八三三七六頁の判決理由。

### (三) 給付の訴

給付の訴による救済を認める見解の基礎にもやはり便宜訴訟の禁止の考えがあるといえよう。しかし、すでに述べたように、それは首肯しえない。

また、給付の訴を認める見解のうち、不作為の訴を認める見解に対しては、これによると将来おこなわれるおそれのある執行には対処しうるが、すでに着手された執行には対処しえないとの批判がある<sup>(1)</sup>。この批判は正当である。

他方、原状回復の訴、すなわち、執行の申立の取下げ、差押の解除、差押えられた物の取戻しの訴を認める見解は、この批判を回避しうるかにみえる。

しかし、原状回復の訴によるにしろ、不作為の訴によるにしろ、給付の訴によつたのでは契約違反の執行に直接対処できない。その理由は、債務者はたとえ勝訴判決を得ても、それは債権者に一定の作為ないし不作為を要求するものであり、執行機関を名宛人とするものではないから、執行手続に直接影響をおよぼすものではない、ということである。この点で給付判決は、方法異議を容れる決定および請求異議の訴・第三者異議の請求認容判決が、その正本の提出により、執行を直接に停止ないし制限する(民訴五五〇条一号)のと異なる<sup>(2)</sup>。あるいは、給付判決の正本を民訴五五〇条一号の「強制執行ヲ許サストシテ宣言」した裁判そのものとみなせなくとも、それに準じるものとみて、同号を類推ないし準用しうると考える余地は、あるかもしれない。しかし、かような類推ないし準用は、他に適当な救済のない場合に限り可能であるが、私見によれば、後述のごとくより適切な救済が認められるので、右の類推ないし準用によることは否定される。結局、給付判決が確定し

ても、債権者がそれにしたがわなければ、債務者は判決に基づく執行をおこなわなければならないことになる。それでは解決が迂遠である。またいかなる執行方法をとらうるかも、疑問として残る。<sup>(3)</sup>

さらに、給付の訴による救済を認める論者は、応急の措置として仮処分により執行を停止しうると主張している。<sup>(4)</sup>しかし、前述のごとく、本訴において直接に執行手続に影響をおよぼしえないとすれば、仮処分で執行の停止を命ずることもまたできないというべきである。<sup>(5)</sup> ちなみに、請求異議の訴ないし方法異議による救済が認められれば、後述のごとく、執行の仮の停止が可能である。

以上のように、給付の訴による救済は債務者の救済として不十分であるから、この救済は他に執行手続内の救済が考えられないという前提に立つてのみ、問題となりうる。<sup>(6)</sup>

- (1) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二九二頁。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇六—一〇六一頁。Raatz, a. a. O., S. 67; Schug, a. a. O., S. 113f.
- (2) 斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇六—一〇六一頁。Raatz, a. a. O., S. 67; Schug, a. a. O., S. 113f. ; Stein-Jonas-Münzberg, a. a. O., § 766 II 1.
- (3) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二七一頁、二九二頁。竹下・前掲論文(二七頁、二九—三〇頁注(13))。Stein-Jonas-Münzberg, a. a. O., § 766 II 1.
- (4) Hoffmann, a. a. O., S. 57; Roquette, a. a. O., S. 175f.; Dackweiler, JW 1934, S. 1155. ただし、トーマス・プットゾの「コンメンタール」の第六版は、救済として給付の訴を認めながら、応急の措置としては仮処分でなく、仮の処分を認めている(Thomas-Putzo ZPO 6, Aufl. § 766 7)。
- (5) 兼子・前掲訴訟に関する合意について二九二頁。同・前掲増補強制執行法三三五頁。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇六一頁、一〇六四頁注(一九)。竹下・前掲論文(三〇頁注(13))。Raatz, a. a. O., S. 68f.
- (6) Burck, a. a. O., S. 398 Fn. 33.

#### (四) 確認の訴

執行排除・制限契約から発生する契約関係の確認の訴の利益は、他に執行を阻止するより直接的方法がある場合には否定

される。それゆえ、実体上の権利関係に関する争いが係属中であれば、後述のごとく、債務者は、当該訴訟で契約の存在を主張することにより名義に契約内容を留保させうるから、確認の利益は否定される<sup>(1)</sup>。また、債権者が契約に違反して執行を開始した後は、後述のごとく、直接執行を阻止しうる方法が認められるので、確認の利益は否定される。

しかし、名義成立後で、債権者がいまだ執行を開始してはいないが、客観的にみてその危険がある場合には、確認の利益は肯定されよう<sup>(2)</sup>。債務者はこの場合確認の訴を提起しうる。

(1) Vgl. H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 127f.

(2) Stein-Jonas, a. a. O., § 766 II 1; vgl. Scherf, a. a. O., S. 109ff.

### (五) 執行文付与に対する債務者の異議および異議の訴

執行文付与に対する異議(民訴五二三条)における異議事由は、付与機関が付与に際しその存在を調査・判断すべき事項の欠缺である<sup>(1)</sup>。執行排除・制限契約の存在はこれに該当しないから、執行文付与に対する異議による救済は否定される<sup>(2)</sup>。執行文付与に対する異議の訴(民訴五四六条)は、第一に執行文付与の具体的要件のうち、名義に表示されかつ債権者が挙証責任を負う請求権行使の条件の成就(民訴五二八条二項)を争う場合に、第二に承継その他の執行適格に関する事項(民訴五一九条)を争う場合に、認められる<sup>(3)</sup>。執行排除・制限契約は右のいずれにも該当しないので、執行文付与に対する異議の訴による救済も否定される。

(1) 「実務法律大系」強制執行・競売 一一八頁(石川)。

(2) Stutenis, a. a. O., S. 406; Raatz, a. a. O., S. 52; Scherf, a. a. O., S. 103.

(3) 前掲強制執行・競売 一三二頁(石川)。

### (六) 方法異議・即時抗告・請求異議の訴・第三者異議の訴およびそれらの類推——その一——

1 以下では標題に掲げた各種の救済方法の許否を検討する。救済方法の決定にとつては、なかならず従来の演繹的方法論によれば、契約の効果が重要な意味をもつと考えられている。私自身は、後述のごとく、かような方法論のみから結論を出すわけではないが、さしあたり契約の各種の効果ごとに論述を進めていく。

2 執行排除・制限契約から私法上の不作為の義務付け的效果が発生すると解しつつ、契約違反に対する救済として請求異議の訴の類推、準用ないし直接の適用を認める見解は、その結論は一応妥当であるが、その理論構成に問題があるので(本稿「二・四・2」)、これを考察の対象からはずす。

3 執行契約が債権の免除・猶予の効果を発生させる場合——私見によれば、それは原則的な場合ではないが——、救済方法が請求異議の訴であることについて、異論はなからう。名義が判決であり、契約が既判力の基準時に締結された場合には、民訴五四五条二項が適用される。<sup>(1)</sup>債務者は訴訟係属中に契約の存在を主張して、契約の効果を判決に影響させておかなければならない。ちなみに、契約締結時と既判力の基準時の先後により、契約に異なる効果が帰するという見解の基礎<sup>(2)</sup>は、契約の締結が基準時前であっても、その主張の可能性を残しておくという、配慮があるのであろう。

(1) Schönke-Baur, a. O., § 7 II 2 a; Stein-Jonas-Münzberg, a. O., VI 6 vor § 704, § 766 II 1. したがって vgl. Hellwig-Oertmann, a. O., S. 195 Fn. 20; vgl. Bärck, a. O., S. 401ff.

(2) すでに紹介した(本稿「1」)「ダップヴァイラー」の論文およびシェンケル・パウアーの体系書がとる見解である。

4 契約が責任排除・制限の効果を惹起する、との見解を主張する論者の多くは、救済方法は請求異議の訴ないし第三者異議の訴(の類推)である、という結論にいたっているが、方法異議を認める者もある。<sup>(1)</sup>最後の見解は、責任が訴訟法上の領域

に属するとの前提に立つて、はじめてなりたちうるものである。しかし、既述のごとく私はこの立場を採らない（本稿「三・四・一」）から、最後の見解は考察の対象からはずす。

責任が実体法の領域に属するものと解すれば、債務者の責任外の財産への執行に対する債務者の救済としては請求異議の訴が是認される。

他方、「第三者異議の必要は、執行が本来は債務者の責任財産に対してのみ行なわれるべきであるにかかわらず、執行手続において執行機関は目的物が債務者の責任財産に属するかどうかの実質的審査を行わず、債務者の所持（有体動産執行の場合、五六六条）、債権者の開示（権利執行の場合、五九六条・五九七条）、登記もしくは証明書（不動産執行・船舶執行の場合、六四三条、七〇六条、七二〇条）、というような外観的徴表を基準として執行が行なわれることに基づく。……かくては債務者の責任財産に属しないものが執行を受けることも真実ありうべきであり、さような場合には自己の財産を不当に侵害される利害関係人は執行に対して横槍を入れることが許されなければならない筈だからである。」<sup>(2)</sup>

そうであるとすれば、第三者異議の訴は、責任排除・制限契約により債務者の責任の範囲外に置かれた財産への執行に対する救済としても認められるべきである。学説・判例中には、相続の限定承認がなされたにもかかわらず、相続人の固有財産に執行がなされた場合の、相続人の救済として第三者異議の訴を認めるものがあるが、責任排除・制限契約の違反の場合にこれが認められるのと同様に、首肯しうる。ただ、これらの場合に債務者に第三者異議の訴による救済を許すことは、この訴を規定する民訴五四九条一項の「第三者カ……権利ヲ主張スルトキハ……」との文言と矛盾しないかが問題となる。限定承認の場合は、それでも、観念的には、相続人のなかに相続人固有の地位と被相続人の承継人としての地位という異なる地位の並存を考えうるから、相続人を右の第三者とみうるが、前述の契約の当事者たる債務者を第三者とみることには無理がある、ということもできよう。しかし、民訴五四九条一項で「第三者カ……」と書かれているのは、「通常、責任財産は債

務者の一般財産であるから、責任財産以外の物に対する執行は、多くの場合、第三者の財産に対する執行になる<sup>(4)</sup>ためであつて、「……債務者が特別財産をもつてのみ責に任ずべき特殊の場合には、固有財産に対して執行を受ける債務者は、右の第三者と同一の地位に立ち、したがつて本訴につき原告適格をもつことになる。」<sup>(5)</sup>

要するに、契約から責任排除・制限の効果が発生する場合——私見によれば、それは原則的な場合ではないが——には、契約違反に対する救済としては請求異議の訴と第三者異議の訴の双方が認められる。後者については、類推でなく、拡張解釈による直接の適用が認められる。<sup>(6)</sup>

この二つの救済はいずれも不当執行の排除を目的とする。しかし請求異議の訴は、債務名義に表示された請求権に関する実体的異議事由を確定するものであるから、当該名義に基づく執行を全面的に排除するものであるのに対し、第三者異議の訴は、異議原因が執行の目的財産につき存するから、名義の執行力を全面的に排除するのではなく、当該財産に対する執行のみを排除するにすぎない。<sup>(7)</sup>

債務名義が判決であり、契約が既判力の基準時前に締結され、かつ判決主文中に責任排除ないし制限が留保されなかつた場合、債務者は請求異議の訴または第三者異議の訴を提起しうるかは、検討の余地がある。

請求異議の訴に関して、責任制限は判決中に留保されていなければならず、留保がなければ、以後の主張は既判力により遮断されるとの見解がある。<sup>(8)</sup> たしかに責任財産の限定は請求権の実体的属性であるとしても、それは執行の段階ではじめて問題となる。この点でそれは、弁済・免除等の一般の異議事由と比べると、執行により密接な関係をもつ。したがつて執行手続におけるその主張は認められるべきである。<sup>(9)</sup> それゆえ、既判力の基準時前に締結された契約も請求異議事由たりうる。<sup>(10)</sup>

第三者異議の訴については次のように解しうる。名義に留保がなければ、執行文中にこれを掲記したうで、この訴を提起しうる。執行文中に留保がない場合でも、執行文の更正を求めたうで、この訴を提起しうる。<sup>(11)</sup>

請求異議の訴が認められるいじよう、債務者は仮の処分（民訴五四七条・五四八条。ZPO七六九条・七七〇条）により執行を停止しうる。<sup>(12)</sup> 第三者異議の訴が提起された場合も、同断である（民訴五四九条四項）。

なお、契約締結の時点が既判力の基準時前である場合であつても、名義に契約の内容を留保することは、前述のごとく不要ではあるが、しかし法律上許されないというわけではない。<sup>(13)</sup> 責任排除・制限は訴訟物たる請求権の実体的属性であるから、債務者（訴訟における被告）の主張があれば、判決主文にこれを留保することは可能である。<sup>(14)</sup>（判決以外の名義においても留保は可能である）。

また、責任に関する契約が書面に表示されることもありうる。この書面は民訴五五〇条四号の証書に準じるものと解される。それゆえその提出によつて債務者は執行を停止しうる。<sup>(15)</sup> また、既述のごとく、契約から発生する法律関係の確認の訴に訴の利益が肯定される場合がありうるが、もしこの訴において原告である債務者の請求認容判決が確定すれば、判決正本を民訴五五〇条一号ないし二号の証書に準じるものと解することができる。

かように責任排除・制限契約が名義に留保される、書面に表示されかつ書面が提出される、ないし契約に基づく法律関係を確認する判決の正本が提出されれば、契約の存在は執行機関に認識可能になる。このことのゆえに、名義への留保・前述の書面の提出・確認判決の正本の提出から執行法的效果が発生すると解される。<sup>(16)</sup> したがつて留保ないし書面・判決正本の提出にもかかわらずおこなわれた執行は実体法上違法であると同時に、執行法上も違法である。そこで、このような執行に対して債務者は方法異議によつて救済を求めるとも可能になる（ただし、即時抗告による救済も問題となるが、この点については後に簡略に私見を述べる）。このような場合、方法異議と請求異議の訴（および第三者異議の訴）とを比較すると、前者がより簡易な手続であるから、後者によることは権利保護の利益を欠くという見解がある。<sup>(17)</sup> しかし、一つの社会的・経済的目的を達成するために、法が複数の途を設けている場合、両者が特別法・普通法の関係にあれば格別、一般には双方を認めることが

法の趣旨に合致している。方法異議と請求異議の訴および第三者異議の訴はこの関係にはない。もとより、ある方法によつたのでは目的を完全に達しえないというのであれば、その方法によることは利益を欠く。しかし請求異議の訴および第三者異議の訴によつても、執行の阻止という目的は達しうるのであるから、権利保護の利益は否定されない。むしろ、方法異議においては、異議が容れられても、当該決定は既判力をともなわないのに対して、請求異議の訴および第三者異議の訴においては、請求認容の判決は既判力をともなうものであるから、この点でこれらの訴を提起することには充分に実益がある。ただし、既判力の内容がいかなるものであるかは、請求異議訴訟・第三者異議訴訟をいかなる性質の訴訟であると解するかにより異なる<sup>(18)</sup>。また、これらの訴訟の性質につき形成訴訟説をとり、かつ形成判決の既判力を否定する立場にしたがえば、その請求認容判決の既判力も否定されるであらう。しかし形成判決の既判力を否定するのは現在では少数説であらう<sup>(19)</sup>。要するに、契約の効果が執行排除・制限であると解され、かつ契約が名義中に留保され、もしくは契約内容を表示する書面ないし契約に基づく法律関係を確認する判決の正本が提出された場合には、方法異議と請求異議の訴および第三者異議の訴が選択的に認められる<sup>(20)</sup>。

(1) 松坂・前掲書二二頁。

(2) 伊東「第三者異議の訴」『民事訴訟法演習 Ⅱ』(昭和三九年)一四三頁。本文中括弧内に示された番号は民訴の第何条かを示す。

(3) 兼子・前掲強制執行法五二頁。伊東・前掲論文一四三—一四四頁。前掲強制執行・競売一一六—一七頁、一六七頁(石川)。なお、近藤・前掲書二四一—二四三頁参照、二八一頁参照、四七七八頁参照。

判例としては、大判昭和一〇年一月一四日新聞三九〇九号七頁が第三者異議の訴による救済を認めている。ただし、大判昭和一五年二月三日民集一九卷一一〇頁および大判昭和一五年九月二八日評論三〇巻民法二四頁は、救済は請求異議の訴によるべきであるとしている。

(4) (5) 伊東・前掲論文一四三頁。

(6) 磯村・前掲自然債務五頁は「請求異議ないし第三者異議を類推すべきである」とし、於保・前掲書七八頁注(五)は、「第三者異議の訴(民訴五四九条)に準すべきもの」としている。同書七三頁注(六)も類似の表現をしている。

(7) 前掲強制執行・競売一五四頁(石川)。

- (8) BGH ZRP 68, S. 101; Geib, a. a. O., S. 173f.; Reichel, a. a. O., S. 229f.
- (9) 兼子・前掲書五二頁。石川・前掲不執行の合意にらつて一九九一—二〇〇頁。
- (10) 石川・前掲不執行の合意にらつて一九三頁。Kohler, Gesamtelte Beiträge, S. 166; Bartels, JW 1933, S. 2850; Hoche, a. a. O., § 13 III 4.
- 契約を私法上の義務付け契約と解したるを、請求異議の訴の類推ないし準用を認める論者も、異議事由としての契約の主張が既判力によつて遮断されることはないとして解している。兼子・前掲訴訟に関する合意にらつて二九二頁。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇六三頁。Ratz, a. a. O., S. 231; vgl. Sintenis, a. a. O., S. 410.
- (11) 伊東・前掲論文一四四頁。
- (12) Reichel, a. a. O., S. 231. この点<sup>9)</sup>、請求異議の訴の類推ないし準用を認める論者も同じ結論にたつている。兼子・前掲訴訟に関する合意にらつて二九二頁。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇六三頁。Schug, a. a. O., S. 192.
- (13) 請求異議の訴の準用ないし類推を認める論者のなかには、かような留保は必要かつ不可能であると主張する者がある。斎藤・前掲論文・民訴講座四卷一〇六三頁。Ratz, a. a. O., S. 75.
- (14) 責任制限の留保がなされた場合、この留保にいかなる効果が帰するかも問題であるが、その検討は後日の課題としたい。この点については以下の文献がある。新堂「責任限定を明示した給付判決の効力」(「私法学の新たな展開(我妻栄先生追悼論文集)」(昭和五〇年) 六〇九頁以下。小山「判批」判タ三四号(昭和五〇年)一一三頁以下。吉村「判批」民商法七二卷(昭和五〇年) 四号九七頁以下。白井「判批」法学研究四八卷(昭和五〇年) 七号一一九頁以下。最判昭和四九年四月二六日民集二八卷三号五〇三頁。
- (15) 石川・前掲執行契約再論一六頁。
- (16) 石川・前掲執行契約再論一六頁。一九頁参照。
- (17) Emmerich, a. a. O., S. 436f., vgl. S. 437 Fn. 101.
- (18) この点については学説が錯綜している。諸説の概況を知るためには、前掲強制執行・競売一〇三頁以下、一五四頁以下(石川)参照。
- (19) かつて形成判決の既判力を否定された三ヶ月教授も、現在では既判力肯定説に改説された、改説前、三ヶ月・前掲民事訴訟法五〇頁以下。改説後、同「訴訟物再考」民事訴訟雑誌一九号(昭和四八年)五一頁注(一)、五五頁以下。
- (20) 石川・前掲執行契約再論一九頁以下。vgl. Burck, a. a. O., S. 405 ff.; vgl. Stein-Jonas-Munzberg, a. a. O., § 766 N. 2.

(七) 方法異議・即時抗告・請求異議の訴・第三者異議の訴およびそれらの類推——その二——

1 既述のとおり、私は、執行排除・制限契約は原則として執行的效果を有すると考えている。ところで、従来執行的效果

果を是認する見解にあつては、債務者の救済として方法異議を認めることには、まず異論がないといえよう。

ただし、一般に執行裁判所の執行処分たる裁判に対する不服申立の方法が方法異議であるのか、あるいは即時抗告であるのかは、争われているが、この点は執行排除・制限契約に基づく救済についても、執行裁判が執行機関である場合には、問題となりうる。

一般論として右の不服申立方法が方法異議であるのか、即時抗告であるのかについては、慎重な検討を要し、ここで詳細に論じる余裕はない<sup>(1)</sup>。ただ、一応の態度表明をすべしとすれば、不服申立を即時抗告によらしめることは、第一審の省略になるといふ点から問題であるといえよう<sup>(2)</sup>。とくに執行排除・制限契約に基づく不服は——執行的效果を是認する限り、手続上の問題点ではあるにせよ——当事者の利害に重大な影響をおよぼすものであるから、第一審の省略は許されるべきではなからう。そこで、この場合の不服申立を即時抗告によらしめることは、考察の対象からははずす。

そこで、執行的效果が是認されるという前提にたつたうえで、——この前提に立つ限り、従来はほとんど疑いの余地がないとされていたことであるが——債務者の救済を方法異議によらしめることは是非を検討する。その際は、契約が債務名義に留保され、または契約内容を表示する書面ないし契約から発生する法律関係を確認する判決正本（かような確認の利益が認められる場合があることはすでに述べた。「四」参照）が提出された場合と、そうでない場合とを分けて検討する。そして前者を検討する前提として、契約内容の債務名義（とくに判決本文）への留保が可能であるかについても、検討する。

- (1) この問題については判例・文献ともに数多い。諸説の概況を知るためには、戸根「執行方法の異議と即時抗告」『実務民事訴訟講座』10（昭和四五年）八七頁以下参照。前掲強制執行・競売九〇頁以下（石川）参照。
- (2) 前掲強制執行・競売九六頁以下（石川）参照。

2 執行排除・制限契約が有する執行的效果は、訴訟物たる債権の実体上の属性ではない。それゆえ、本案判決の正文が

訴訟物に関する原告の申立に対する裁判所の返答であるということを厳格に貫けば、契約内容を名義に留保することに疑問がないわけではない。事実、執行的效果を認めるシーダーマイアーはかかる見解を主張している。<sup>(1)</sup>しかし、契約の執行的效果は、訴訟物の実体上の属性ではないとはいえ、訴訟物たる実体権の実現方法を規制するものであるから、実体権と間接的ながら密接な関連をもっている。したがって、その内容を判決に留保することは、必要ではないが、許容されるべきである。このことは判決以外の名義についても妥当する。この留保の効力については検討の必要はあるが、それは後日の課題とした<sup>(2)</sup>。

(1) Schledermair, a. a. O., S. 135. 東京地判昭和三十一年二月一八日判タ七三三〇八頁は傍論で同じ趣旨を述べている。

(2) 責任制限の留保に関する文献は、(4) 4注(14)に掲げた。

3 契約内容が名義に留保され、もしくはこれを表示する書面ないし契約から発生する法律関係を確認する判決の正本が提出されたにもかかわらず、契約違反の執行がなされた場合の、債務者の救済が方法異議であることについては問題ない。執行的效果を認めるいじよう、従来の演繹的方法論によれば当然に到達する結論である。この場合には執行機関が契約の締結を認識しうる状態にある、という点からも疑いの余地はない。

方法異議が申立てられれば、裁判所の命令による執行の一時停止が可能である(民訴五四四条一項後段・五二二条二項。Z P O 七六六条一項後段・七三二条<sup>(1)</sup>二項)。

(1) Emmerich, a. a. O., S. 436.

4 契約内容が名義に留保されることもなく、またこれを表示する書面ないし契約から発生する法律関係を確認する判決の正本の提出もない場合であつても、執行的效果を認めるとすれば救済方法は方法異議であるというのが、いわば常識にな

つているといえよう。しかしながらこの場合の救済は異議手続によるよりも、訴訟手続（請求異議訴訟）によらしめる方が適切ではないかという目的論的考慮からの疑問があることは、すでに述べた。疑問となるのは具体的には次の点である。第一に、現実に執行排除・制限契約をめぐる争いが生じる多くの場合においては、契約の存在自体が争われ、その解明には、名義中の留保もしくは前述の書面ないし確認判決の正本の提出がない場合には、口頭弁論を開くことが必要となる。口頭弁論は異議手続においてもなされえないわけではないが、本来それを必要なものとしている訴訟手続の方が、これをおこなうにはより適切である。訴訟手続においては口頭弁論が必要であるが（民訴一二五条一項・ZPO一二八条）、異議手続においては必要的でない（民訴五四三条三項・ZPO七六四三条三項）<sup>1</sup>点が問題となる。第二に、ドイツにおいては以下のごとき問題が指摘されている。請求異議の訴の管轄は第一審受訴裁判所に専属し（ZPO七六七条一項・八〇二条）、したがって通常は地方裁判所に管轄が認められる。他方、方法異議の管轄は区裁判所に専属する（ZPO七六六条一項・八〇二条）。ドイツでは地方裁判所以上の裁判所では弁護士強制主義が採用されているが、区裁判所ではこれが採用されていない（ZPO七八条一項）。そこで、執行排除・制限契約という当事者の利害に重大な影響をおよぼす問題は、弁護士強制主義が採用されている地方裁判所における審理、すなわち請求異議訴訟によらしめる方が適切ではないかという、疑問である<sup>2</sup>。

これらの問題のうち、第二点は、少くともわが国においては取り上げる必要がない。なぜならわが国では方法異議の管轄も請求異議の訴の管轄ともに地方裁判所に専属しているからである（民訴五四四一条・五四三条一項・五四五条・五六三条）。これに対して、第一の疑問点には合理性があると思われる。この点から救済を方法異議によらしめることの妥当性は否定される。しかしながら私は、方法異議の否定から執行的效果の否定をただちに導くことはできないと考えている。この点を以下に論じよう。

手続上違法な執行からの救済は方法異議であり、実体上違法な執行からの救済は請求異議の訴であるということは、旧来

の常識であるといえよう。<sup>(3)</sup>しかし、救済手段の決定、ないし訴訟裁判所と執行裁判所の機能の分化をどのように機械的・体系的にかつ演繹的におこなうことが、実定法の解釈としてはたして正しい態度といえるかは疑問である。すでに紹介したシューク、エンマーリヒ、シュルフの機能論的・目的論的方法論の背後には、右の常識に対する疑問があつたといえよう。しかしこれに対して最も鮮明に問題点を指摘したのはビュルクである。

この点に関するビュルクの見解は本稿でもすでに紹介したが(本稿二・(一)・9)、それは現在おこなわれている検討にとつてもきわめて重要なので、いまいちどその概略を示そう。<sup>(4)</sup>先に述べた方法異議と請求異議の訴の機能の分担は原則であり、これに対する例外もある。例えば、ZPO八一三条aによれば、執行裁判所は債務者の申立により債務者の一定の人格的および経済的状况のもとで、債権者の利益をもあわせて考慮して、差押物の換価猶予を<sup>(5)</sup>なしうると規定している。ZPO八五一条a(農産物の売却に基づく債権の差押の取消)・八五一条b(使用賃料および用益賃料債権の差押の取消)は、類似的考慮により執行裁判所が差押の取消をなしうる旨を規定している。これらの規定によれば、執行裁判所は換価猶予・差押取消という手続形成的決定をなす前提として、場合によつては困難な実体的問題の判断をしなければならないことになる。またZVG三〇条a(債務不履行が一般的経済状態による場合の競売手続の一時停止)第一項は、競売手続の「停止により競売を避けうべき見込があり、かつ履行期の到来せる義務の不履行が一般的な経済状態に起因し、債務者において免れ得ざる状況に基づくときは、債務者の申立により最高六ヶ月まで手続を一時停止しなければならない」と規定し、同条二項は、「一時の停止が追行債権者の経済状態を斟酌し、これに期待することができず、とくにその不相当な損害を生ぜしむべきとき、またははなはだしく売得金を減少せしむべきときは、申立を却下しなければならない」と規定している。ここでも執行裁判所は債務不履行の原因たる一般的経済状態という実質的問題の判断をしなければならない。<sup>(6)</sup>苛酷執行に関するZPO七六五条aについても事情は同じである。さらに、ZPO七七七条は、債権者がその債権のために質権または留置権のある債務者の有体物を

占有する場合、それをもつて当該債権を満足せしめうるならば、債務者はその限度において、その他の財産に対する執行に対し、方法異議を申立てうると規定し、またZPO九〇〇条四項は、債務者が三ヶ月以内に履行を完了しうることを疎明した場合、執行裁判所は宣誓にかわる保証の期日を延期しうると規定しているが、これらの規定にあつても執行裁判所は実体的判断を要求されている。そしてこれらの場合、およびやはり救済を方法異議によらしめるべきであるとされている超過差押（ZPO八〇三条一項後段）の場合と、執行排除・制限契約の場合とは事実状態が類似している。

要するに、ビュルクは手続法上違法な執行からの救済は方法異議により、実体法上違法な執行からの救済は請求異議の訴によるという、従来常識とされていた原則には明文規定で認められた例外があることを指摘したうえで、例外的に実体上の問題でありながら執行裁判所により方法異議手続において判断されるべきであるとされている事項と、執行排除・制限契約とが類似しており、したがつてこれに基づく救済も方法異議によるべきであると主張しているのである。

執行裁判所（機関）と訴訟裁判所の機能の分化に関し従来常識とされていた考え方に対しては、ビュルクのほか、R・G・ホフマン<sup>(7)</sup>ならびにギレス<sup>(8)</sup>によつても疑問が提起されている。たしかに、判決裁判所と執行機関の「職務分担が正しくなされていなければ、訴訟手続は混乱する。また、他方あまりに形式的な分配は手続を硬直させる<sup>(9)</sup>。」この点から右の論者が提起した問題点は今後充分に検討されるべきである。とくに、ビュルクが前記の原則に対する例外の存在を指摘し、旧来の常識に疑問を投げかけた点は、彼の功績である。

しかしながら私は、この例外について彼が下した評価ならびに彼の結論には賛成できない。

前記の原則は以下の考慮に基礎を置いていと推測される。手続法上の違法は簡単に審判されうるものであるから、その判断は、迅速性の観点から、執行裁判所が異議手続においてなすのが合理的である。一方、実体法上の違法の判断が第一審の受訴裁判所の専属管轄事項とされているのは、同裁判所が当該実体関係を熟知しているはずだからであろう。またこの判

断が訴訟手続においてなされることになつてゐるのは、実体法上の違法は、手続法上の違法と異なり、通常は簡単に審判されえず、慎重な審理が必要なためであらう。ところが、ビュルクが例外として挙げている、実体上の問題が方法異議手続によつて判断される場合においては、いずれもその判断が比較的容易になされる。ビュルク自身は、この判断はときとして困難であると述べている。たしかに、ZPO八一三条a等における債務者の人格的・経済的状況のもとでの債権者の利益、ZVG三〇条a等における一般的経済状態と債権者の経済状態、ZPO七七七条における質権または留置権のある物の価額をもつて弁済をなしうるか否かの判断、ZPO八〇三条一項後段における超過差押になるか否かの判断を下すために、執行裁判所がときとして多少時間や労力を費さなければならぬこともあらう。しかし少くとも、請求異議の訴における異議事由の典型とされている、弁済や相殺による債権の消滅に比べれば、通常その判断は容易であらう。さればこそ、法はその判断を執行裁判所により異議手続においてなさしめてゐるのであらう。また、ZPO九〇〇条四項においては、三ヶ月以内に履行が可能であることの疎明が保証の期日の延期のための要件になつてゐるのであつて、証明が要求されてゐるのではない。

要するに、前記の原則に対して例外的に、法が明文をもつて、実体的判断を執行裁判所が異議手続においてなすべき旨を規定してゐるのは、それが実体上の問題であつても、比較的容易に審判される事項である場合である。そうであるとすれば、逆に執行法上の違法であつても、それが簡単に認識しうるものでなく、その判断のために複雑な証拠調べが必要となる問題を、執行裁判所により異議手続において判断させることは、法の趣旨に反するといえる。たしかに民訴五四四条一項は、「強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執行官ノ遵守ス可キ手続ニ関スル申立及ヒ異議」が方法異議の事由となる旨を規定してゐるのであるから、執行法上の違法はすべて方法異議の事由になると解するのが、規定の文言には忠実であるかもしれない。しかし、方法異議の事由となりうるのは、執行法上の違法のなかでも執行機関に当然に認識されうるものに限られると解するのが、法の趣旨に忠実な解釈であらう。

もちろん、通常は、かように執行機関に認識しえない手続上の瑕疵は存在せず、むしろ執行法規の違反（それは執行機関に認識可能である）のみが執行法上の違法たりうると解されているのであろう。かような考えの基礎には、すでに述べたところであるが、執行法規の違反ではなく、執行機関にも認識しえない事由に基づいて執行が手続法上違法になることはあり得ないという、執行法上の外観主義からの疑念、および執行機関に認識しえない事由の主張が方法異議によらしめられるべきではないとの配慮があるのであろう。しかし後者の配慮はこれまでの論述から杞憂にすぎないことが判明したといえよう。前者の疑念も、前述のごとく（本稿「三・四・六」）、執行法上の外観主義が絶対的なものではないので、決定的なものではない。

かくして、執行排除・制限契約の違反のごとく、執行機関には当然には認識しえず、法律上の規定からは導かれない手続上の違法（瑕疵）は、方法異議によつて主張されるべきではないということができよう。しかし、これを請求異議の訴によつて主張すべきであると結論付けることにも、民訴五四五条一項が、請求異議事由となるのは「判決ニ因リテ確定シタル請求ニ関スル債務者ノ異議」であると明言していることから、問題の余地がある。しかし、立法者がかような条文を制定したのは、前述のように、訴訟手続において判断を下すべき異議事由、すなわち執行機関に当然には認識しえない事柄に関する異議事由としては、実体上の異議のみがその念頭にあつたからであらう。もし立法者が、手続法上の違法で執行機関に当然には認識しえない事項があることを予想していたなら、これをも請求異議事由に取り込んだはずである。そうであるとするれば、かような手続法上の違法からの救済のためには、民訴五四五条の拡張解釈により、したがつて同条の類推ではなく直接の適用により、請求異議の訴が認められてしかるべきである。

異議事由は契約違反の執行がおこなわれたときに発生するのであるから、名義が判決であり、契約の締結が既判力の基準時前であつても、契約の主張が民訴五四五条二項によつて遮断されることはない。

また、請求異議の訴に基づく仮の処分による執行の一時停止（民訴五四七条・五四八条）も認められる。

かように請求異議の訴を認める結論は、契約を免除・猶予と解する説、責任排除・制限と解する説の結論と異ならない（免除・猶予説においては民訴五四五条二項の適用がある点は異なる）。また、契約を私法上の義務付け契約と解しつつ、請求異議の訴の類推、準用ないし直接の適用を認める所説とも異ならない。しかし結論にいたる理論構成が異なる。

なお、救済が訴訟手続によるべきであるとの配慮から、請求異議の訴による救済が認められるとすれば、第三者異議の訴による救済を認めるべきか否かも、検討の余地がある。前述のごとく、請求異議の訴は当該債務名義に基づく執行を全面的に排除するものであるのに対して、第三者異議の訴は当該財産に対する執行のみを排除するものである。したがって当事者の意思がもつばら個々の執行の排除のみに向けられている場合には、第三者異議の訴が適法な救済として認められる。第三者異議の訴が提起された場合にも、債務者は仮の処分によつて執行を停止せしめうる（民訴五四九条四項・五四七条・五四八条）。

請求異議の訴と第三者異議の訴のいずれが認められるかは、それぞれの訴の目的が右のごとく異なるので、理論的には、当事者がいかなる意図をもつて救済を求めているかによつて、決せられる。しかし実務上はむしろ、いずれの救済を求めたかということから、当事者の意思が推測されることにならう。

(1) (2) Schug, a. a. O., S. 190 ; Scherf, a. a. O., S. 104ff.

(3) Vgl. Bürck, a. a. O., S. 398f.

(4) 以下の論述はBürck, a. a. O., S. 398ff.の要旨である。ビュルクの所説は、石川・前掲執行契約再論八頁以下にも要約・紹介されている。

(5) 換価猶予については、石川「ドイツ民事訴訟法における換価猶予について」法曹時報二七卷（昭和五〇年）三頁一頁以下参照。

(6) 苛酷執行については、石川「苛酷執行について」法曹時報二四卷（昭和四七年）九頁一頁以下参照。

(7) R. G. Hofmann（権訳）「執行手続における当事者能力および訴訟能力の審査法学研究四九卷（昭和五二年）五号七九頁以下」（この論文はR. G. Hoffmann, Die Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit im Vollstreckungsverfahren, KTS 1973, S. 149ff.の邦訳である。ホフマン氏はこの論文に先立ち「訴訟裁判所と執行機関の機能の分化をテーマとする学位請求論文をザールラント大学のリュッテ教授に提出している。Hoffmann, Die Aufgabeverteilung zwischen Vollstreckungsorgan und erkennenden Gericht, Diss. Saarland (1972). 前掲論文はその重要部分を独立し

た形にあらためたものである。

(8) Gilles, Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zivilrecht prozessualer und zivilistischer Prozeßbetrachtung, ZfP 83 (1970), S. 61ff.

(9) ホフマン(梅沢)・前掲論文八〇頁(訳者はしがき)。

(10) この点に関連して、三ヶ月教授の以下のごとき論述は反省の契機となるであろう。「元来、法典に即しすぎた体系的思弁は、余程注意しないと、一つの歴史的制約をもつものを本質の問題にすりかえてしまい、ひいて弾力的な展開の桎梏となるというおそれを内在せしめるものである。」(三ヶ月「民事訴訟法学の今後の課題と方法——法の動態学の樹立をめざして——」民事訴訟法研究第五卷二四頁(はじめ「法と裁判 下(菊井先生献呈論集)」・昭和四二年・収録)。

## (八) 特別な救済

1 ドイツでは判例上も学説上も、開示宣誓ないし宣誓にかわる保証の申立排除・制限の契約の違反に対する救済方法いかんが、しばしば問題とされている。この救済として請求異議の訴や方法異議ないしそれらの類推も考えられるが、開示宣誓ないし宣誓にかわる保証手続内の異議(ZPO九〇〇条五項―旧三項)を認める見解も有力である<sup>(1)</sup>。

ドイツ法の解釈としては、この点は次のように解すべきであろう。契約内容が名義ないし宣誓にかわる保証をなすべき義務を明白ならしめる証書(ZPO九〇〇条一項参照)中に留保されておらず、あるいは契約内容を表示する証書ないし契約から発生する法律関係を確認する判決の正本の提出もない場合には、救済は請求異議の訴または第三者異議の訴による。その理由は、名義中の留保、右の書面ないし判決正本の提出なき場合に、一般の執行排除・制限契約の違反に対する救済として請求異議の訴ならびに第三者異議の訴が認められる理由と、同じである。

次に、契約内容が名義ないし宣誓にかわる保証をなすべき義務を明白ならしめる証書に留保され、または契約内容を表示する証書ないし契約から発生する法律関係を確認する判決正本が提出された場合には、救済は異議手続によるべきことに

なる。この点も一般の執行排除・制限契約におけると同様である。ただしここでは、異議手続として方法異議と宣誓にかわる保証手続内の異議の双方が考えられるため、いずれが適法な救済であるのか、あるいは双方の選択が可能であるかが問題になる。理論的には手続内の救済のみが適法なものと認められる。けだし、手続内の救済を規定するZPO九〇〇条五項は、方法異議を規定する同七六六条に対して特別法だからである。ただし、債務者が提起した異議に方法異議という名称が付されていても、宣誓にかわる保証手続内の異議のための要件が備わっていれば、異議の申立を受けた裁判所は、当該異議を同手続内の異議と評価して、適法視すべきである。

(一) K. Blomeyer, JW 1933, S. 1905; Bartels, JW 1933, S. 2850; Laue, JW 1934, S. 676; Schiedermair, a. a. O., S. 136 Fn. 11; Fmm-erich a. a. O., S. 435; Scherf, a. a. O., S. 123; OLG Dresden, OLG Rsp. 13, S. 198ff. 以上のうち、K. Blomeyerは請求異議の訴と開示宣誓手続内の救済の双方を認める。バルテルスは執行の全面的排除・対象制限契約の違反に対する救済としては請求異議の訴を認め、開示宣誓排除契約の違反に対しては同手続内の異議を認める。ラウエは方法異議と同手続内の異議の双方を認める。シーダーマイヤーとエンマーリヒは同手続内の異議のみを認める趣旨であろうか。シェルフは原則として手続内の異議による救済を認めるが、証拠調べが必要なときは、これと請求異議の訴の選択を許している。

2 外見上類似の問題が、判決の確定にいたるまで仮執行をおこなわない、ないし仮執行に制限をもうける契約、すなわち仮執行排除・制限契約においても生じる。これはわが国においても問題となりうる。

シェルフは、附随的問題のために本案に並行する訴訟を認めるべきではなく、それは本案に吸収することが法の趣旨にかなう、との理由から、右の契約の違反に対する救済はZPO七一九条(日本民訴五二二条に該当)による仮執行の停止によるべきである、と主張している。<sup>1)</sup>しかし同条は、仮執行宣言付判決に対する控訴あるいは仮執行宣言付支払命令に対する異議の申立があつた場合の、執行の一時停止を規定しているのであるから、仮執行排除・制限契約に基づく救済にこれを直接に適用することには、無理がある。また同条を類推する必要性も見出しえない。したがって、契約内容を表示する書面が提

出されたならば、救済は、一般の執行排除・制限契約におけると同様に、方法異議によるべきである。<sup>(2)</sup> かかる書面の提出なき場合は、請求異議の訴または第三者異議の訴によるべきである。

また、判決の確定にいたるまで仮差押をおこなわない、ないし仮差押に制限をもうける契約についても同様の問題が生じる。ここでも、仮差押手続内の救済である民訴七四七条による仮差押の取消が認められないかが、問題となりうる。しかし同条の取消は、差仮押の理由の消滅その他の事情の変更に基づくものであり、前記の契約はこれに該当しない。したがって契約違反に対する救済は、仮執行排除・制限契約の違反に対すると同様、契約を表示する書面が提出されれば方法異議、そうでない場合には請求異議の訴または第三者異議の訴である。

(1) Scherf, a. a. O., S. 113ff.

(2) 仮執行排除・制限契約の内容が判決に留保され、かつ仮執行宣言付判決が下されるといふことは、現実には生じないであろう。また、仮執行宣言付判決が下つた後、仮執行がおこなわれる前に、契約から生じる法律関係の確認の訴が提起され、その判決が確定するということも、まず考えられない。したがって、名義中に判決内容が留保されるとか、右の確認判決の正本が提出されるという事態は考慮する必要がない。

## (九) 要 約

執行排除・制限の合意が免除・猶予と解される場合（私見によればそれは原則的な場合ではないが）、救済は請求異議の訴である。名義が判決で、合意が既判力の基準時前になされれば、その主張は既判力により遮断される。

契約が実体上の責任排除・制限契約と解される場合には（私見によればそれも原則的な場合ではないが）、救済は請求異議の訴または第三者異議の訴である。名義が判決であり、契約が既判力の基準時前に締結された場合であつても、契約の主張が既判力によつて遮断されることはない。契約が名義に留保され、もしくは契約内容を表示する書面ないし契約から発生する法律関係を確認する判決の正本が提出された場合には、債務者は前記の二つの救済とらんで方法異議を選択しうる。

契約が執行的效果を有する場合（私見によればそれが原則である）で、契約が名義中に留保され、もしくは契約内容を表示する書面ないし契約から発生する法律関係を確認する判決の正本が提出された場合には、救済は方法異議である。そうでない場合の救済としては請求異議の訴と第三者異議の訴が認められる。

以上のように、私見によれば、合意が免除・猶予であると解するか、責任排除・制限の効果を惹起すると解するか、あるいは執行的效果を惹起すると解するか（原則的な場合）により、救済方法にそれほど大きな違いがないことになる。それは、私が、救済方法の決定にあたり、伝統的な演繹的方法論を維持しながら、これに目的論的・機能論的方法論および利益衡量的的方法論から一定の反省を加え、その帰結を修正したからである。

なお、契約違反の執行がいまだおこなわれてはいないが、債権者がこれをおこなう危険が大きい場合には、債務者は、契約から発生する法律関係の確認の訴を提起しうる。

## 五 いったん開始された強制執行を中止・停止・制限すべき契約

本稿「三」でその法的効果について、「四」でその違反からの救済について論じたのは、執行開始前にかじめ執行を排除ないし制限する契約についてであつた。かような契約は、「三」で述べたように、原則として執行的效果を有する。しかし、いったん開始された執行を停止・制限すべき契約、換言すれば、債権者がおこなつた執行手続上の申立を取下げなければならない<sup>(1)</sup>については、以下の事情から、別段の考慮が必要になる。すなわち、いったん開始された強制執行を停止または制限するためには、停止・制限が終局的であるにせよ一時的であるにせよ、法定の書類の提出が必要である（民訴五五〇条）。したがつて執行の停止・制限の申立は要式行為である。さらに、執行を停止・制限する権限は当該強制執行を実施する執行機関

にのみ帰する。したがつて、執行の停止・制限の効果は債権者・債務者に与えられた権限の共同的行使ないし不行使によつて達せられるものではない。それゆゑ当事者の合意のみによつてかような効果を発生させることはできないのである（本稿二・四・31）。

しかしながら、合意の内容が書面に表示されているならば、その書面を民訴五五〇条四号の書面に準じるものと解するとは可能である。したがつて、合意にもかかわらず債権者が執行を続行する場合、債務者は、五五〇条四号の類推により、前記の書面を提出して、執行の停止・制限を求めることができる。

当事者が前記の書面を作成しなかつた場合、契約は前述のごとく直接に執行を停止・制限する効果をもちえない。そこで契約の効果としては免除・猶予、責任排除・制限および申立の取下げという債権者の作為を義務付ける私法上の効果が考えられる。これらの効果のうち、私法上の作為の義務付け効果が発生するとすれば、債権者の契約違反に対する債務者の救済としては、作為を求める給付の訴が認められることになる。もつとも、訴訟契約一般におけると同様、請求異議の訴の類推ないし準用を認める余地もあろう（いわゆる発展的義務付け効果説）。しかし、既述のごとく、この説には、これによると契約の本来の効果が機能しないことになるという難点があるので（本稿二・四・21）、ここでは同説を考察の対象からははずす。他方、効果が免除・猶予であると解される場合、および責任排除・制限であると解される場合、債務者の救済としては請求異議の訴または第三者異議の訴が認められる（その理由付けは一般の執行排除・制限契約の場合と同じである）。実務上は給付の訴によるよりも、請求異議の訴または第三者異議の訴によるほうが、契約違反の執行を直接に阻止しうることも、すでに述べた（本稿二・四・31）。したがつて、特段の事情なき限り、当事者の意思は免除・猶予もしくは責任排除・制限に向けられていと解するのが合理的であろう。

要するに、契約違反に対する債務者の救済としては、契約が書面に表示されなかつた場合は、請求異議の訴または第三者

異議の訴が認められよう。

（1）大決昭和一四年六月二〇日民集一八卷六一七頁、東京控判昭和一〇年九月二〇日新聞三九一〇号二頁は、（任意）競売申立を取下げるべき契約に關する事案である。

## 六 契約違反の場合の損害賠償

1 すでに執行が終了した後の事後的救済として債務者に損害賠償請求権が認められるか、またこれが肯定されると解する場合、同請求権はいかなる性質を有するかは、問題である。

損害賠償請求権の発生を否定するツァイスは、その根拠として、第一に、合意によつて利益を受ける当事者は訴訟内で契約の存在を主張することが可能であるから、これをしなければ、過失相殺がなされるということを、第二に、損害賠償請求権は前訴の判決の既判力に抵触するという<sup>(1)</sup>ことを挙げている。ツァイスのこの主張は、判決手続上の契約を念頭に置いてなされたものと推測される。

第二点は、仮に判決手続上の訴訟契約については妥当するとしても、執行排除・制限契約においては損害賠償請求権発生<sup>(2)</sup>の障害とならない。ただしそれは契約違反の執行がなされた時点で発生するからである。

他方、第一点の過失相殺は執行排除・制限契約においても問題となりうる。ただし、債務者は、既述のごとく、方法異議、請求異議の訴ないし第三者異議の訴によつて執行を阻止しうるからである。さらに、契約の締結が名義作成以前であれば、名義中にこれを留保せしめことも可能であつた、ということもできる<sup>(3)</sup>。しかし債務者の側に相殺されるべき過失が常にあるとは限らない。例えば、契約締結者自身ではなく、その承継人が損害賠償を請求するケースにおいては、承継人は契約の締結を知らず、かつ知らないことにつき過失がないということも考えられるであらう<sup>(4)</sup>。また、過失相殺がなされても、常に賠

償額がゼロになるとは限らない。<sup>(5)</sup> したがって損害賠償請求権が認められる場合もありうる。

- (1) Zeiss, Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten, NJW 1967, S. 706.
- (2) H. J. Hellwig, 氏は判決手続上の契約に關し、ツァイトに反對し、H. J. Hellwig, Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten, NJW 1968, S. 1072ff.; vgl. Ders., Zur Systematik, S. 70.
- (3) 兼子・前掲訴訟に關する合意は、二〇二頁。
- (4) H. J. Hellwig, NJW 1968, S. 1075.
- (5) 竹下・前掲論文(三三五頁注(2))。vgl. Schug, a. a. O., S. 193.

2 この損害賠償請求権が債務不履行(民法四一五條)に基づくものか、不法行為(民法七〇九條)に基づくものかについては、議論の余地がある。私は後者であると解する。その理由は、執行排除・制限契約が執行的效果を惹起すると解される原則的な場合も、また責任排除・制限の効果を惹起すると解される場合も、債権者は債務者に対して不執行ないし執行制限の不作為の義務を私法上も執行(訴訟)法上も負っているわけではなく、それゆえ債務不履行といふことはあり得ないからである。<sup>(1)</sup>

(1) 竹下・前掲論文(四〇頁以下)。細野・前掲書一三六頁以下参照。vgl. H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 70f.

3 訴訟・執行契約違反による損害賠償請求権については、なお、これを訴訟・執行法上の性質を有するものと解する説<sup>(1)</sup>と、私法上の性質を有するものと解する説<sup>(2)</sup>がある。

執行排除・制限契約は私見によれば、原則として執行的效果を有するのであるから、その違反の場合の損害賠償請求権はたしかに執行法上の法的關係を基礎として発生するといえる。また、同請求権が財産上の請求権であることから、ただちにその私法的性質を帰結することはできない。財産上の請求権でも、国家賠償請求権のように、公法上の性質をもつものもあるからである。しかし契約違反による損害賠償請求権は契約当事者間に生じるものであり、彼等は法律上対等な地位にある。

したがって同請求権は私法上の性質を有する。

もつとも、この請求権がいずれの性質を有するにしても、実務上の取扱いに差異はなからう。ドイツにおいては公法上の紛争は行政裁判所が管轄を有することになつてゐるが(VWGO—ドイツ行政裁判所法—四〇条二項)、訴訟・執行契約違反による損害賠償請求権が訴訟・執行法上の性質、すなわち公法的性質を有すると解する論者も、これを訴求する場合の管轄は通常裁判所にあると、解してゐる。<sup>(3)</sup>

(1) H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 108ff.; Schug, a. a. O., S. 193f.

(2) Baumgärtel, AcP 169, S. 188f.; Scherf, a. a. O., S. 125.

(3) H. J. Hellwig, Zur Systematik, S. 126; Schug, a. a. O., S. 194.

## 七 債務者破産の場合の契約の効果

執行排除・制限契約の締結後に債務者が破産しても、なお契約の効果が維持されるかは、問題である。当事者の意思が明白に表示されていれば、それにしたがう。しかしむしろ明白な表示がなされない場合が多いであらう。

執行排除・制限契約は多くの場合経済的に危険な状態にある債務者の財産状態のためなおしを意図して締結されること、および債権者の破産参加の権利の放棄は他の債権者の利益になるだけで、債務者(破産者)にとつてはもはや何の利益にもならないことを考慮するならば、原則として契約の効果は債務者の破産後は否定されるべきである。<sup>(1)</sup>換言すれば、特段の表示がなされていない限り、当事者は個別執行のみを考慮して契約を締結したと解すべきである。

(1) Scherf, a. a. O., S. 63.

本稿の執筆にあたっては、資料の収集から脱稿にいたるまで、恩師石川明教授より懇切な御指導を賜わった。また、伊東乾教授、田中実教授からも多くの貴重な御教示をいただいた。これらの先生方に感謝申し上げるとともに、本稿で御教示のすべてをいかしきれなかつたことにつき、おわび申し上げる次第である。

本研究のため参照した文献のうち、筆者自身の私有のもの、ならびに慶應義塾図書館および同大学資料室に所蔵されている文献以外は、坂原正夫助教教授所有の資料、法務図書館、西ドイツ・ザールラント大学およびケルン大学の蔵書のコピーを使用した。坂原助教教授、閲覧の便宜を与えて下さった法務図書館の福島小夜子女史、コピーを航空便で送つて下さったザールラント大学法経学部ゲルハルト・リュケ教授およびケルン大学に留学中であつた柁善夫助教教授に感謝申し上げる。

Ich möchte an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Lüke, Saarbrücken, der mir gütigst betreffs Literaturen viele Hilfe geleistet hat, meinen herzlichen Dank aussprechen.

**追記** 本稿の「緒言」をはじめ、前号に掲載された部分の注の数箇所において私は、執行拡張契約に関する私の研究を判例タイムズ誌上に近く発表する予定である旨を表示した。しかし本稿をも含めて、モノグラフィーマとめるため、同誌への掲載を遠慮することにしたことをおことわりしておく。