

# 強制執行法に於ける執行停止要件の客観化とその限界

清 田 明 夫

## 目 次

- 一 執行停止手続に内在する理念の特異性と執行停止論に関する日本・ドイツに於ける最近の動向
- 二 オーストリー強制執行法に於ける執行停止要件の客観化の問題
- 三 ドイツに於ける執行停止手続の位置づけに関する動向
- 四 若干の立法論的検討と提言

### 一 執行停止手続に内在する理念の特異性と執行停止論に関する

#### 日本・ドイツに於ける最近の動向

一 古くより、言いふるされたかの感のある「執行は法の終局にして果実なり (executio est finis et fructus legis)」<sup>(1)</sup>との法諺は、それ自体、的確に観念的形成手続に対する強制執行手続の事実的形成機能と、さらにその窮極的性格を

如実に物語るものに他ならない。そして、強制執行手続の事実的形成こそ、権利実現の最終目的としてまた重要であることも疑いないところである。このように見るとき、強制執行手続内部に於ては、観念的形成手続の場合に対比して、その妥当する理念ないしは原理に於ても、大きな相違を内在せしめていることも、これを率直に容認せねばならない。片や、権利の確定という訴訟手続の大きな範疇を占める分野であるからこそ、ここでは両当事者の公平な手続関与ないし厳格な手続要請を前提にした手続形成に重点が置かれ、他方、強制執行手続は事実的形成として、観念的形成を一応の前提とし、その実現を目ざすが故に、武器平等の原則の修正および手続一回性の原則を含めての手続の迅速性の要請、さらには執行当事者の早急な満足の実現の要請が貫かれねばならぬことになる。<sup>(2)</sup>

二 こうした強制執行手続であるが故のそこに於て支配する理念の特異性は、観念的形成の動揺即ち時間的契機とその制約下にある実体権の変動によって、如何に事実的形成手続は影響されうるものか、またその範囲及び限界について、如何になるか、とりわけ、執行手続の停止制度（取消・制限・停止）の位置づけにつき、本稿に於ては停止原因（要件）の客観化の問題に焦点を合わせて考察してみたい。

執行停止制度のうち、停止原因又はその要件の客観化の問題に焦点を合わせるの、次の理由による。

まず第一に、現在、その作業が進行中である強制執行法改正の過程に於て提出されている強制執行法案要綱案（第二次試案）に於て、執行停止制度の改革に関しては、ほぼ、現行法どおりの現状維持がその基本的態度たることである。これには執行停止制度に関するモノグラフィの僅少と立法論的提言を擁する論稿が少いことに起因してか、停止制度の基本構想につき改革する必要が、さして、大きくないといわれている。<sup>(3)</sup>そこで、本稿は、こうしたそれほどの改革の必要をみないという消極的な改革作業に対して又は将来の改正作業への一資料さらには提言たることを企図したいということである。

第二に、この問題に対するドイツでの最近の学説の動き、さらには、オーストリーでのこの問題に対する施策の現存ということである。ドイツに於ては、一九七二年四月、ドイツ民事訴訟法担当者会議に於て、そのプログラムのひとつに強制執行法の改正に関するテーマがとりあげられ、ボン大学の Gaul 教授が Die Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung-Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung (「強制執行に於ける法的救済——その単純化の可能性と限界——」) というテーマで報告し、この中で、法的救済の担保的機能を有する執行停止の仮の処分 ( einstweilige Anordnung ) について言及し、特に停止要件の客観化の問題に触れているからであり、<sup>(4)</sup> さらに、Gaul 教授は同年六月、ドイツ民事訴訟雑誌 ( Zeitschrift für Zivilprozess ) 八九巻二号の巻頭論文として、ほぼ同旨の論稿 ( Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung-Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung ) を掲載し、担当者会議での報告をさらに発展・敷衍させたものとみられることである。ドイツで強制執行法改革の動向のある中で、とりわけ、我国と執行停止制度に関してはほぼ制度的に遜色ない体系を有する中で、この問題を如何に把握しているかを知ることができるからである。

今一つは、オーストリーでの動向である。オーストリーは、同じドイツ語国でドイツと隣接した位置にありながら、そこで生成・発展して来た強制執行制度は日本・ドイツと対比しては、顕った体系的特色と相違を有しているからである。ここでは、執行停止制度については日本的体系とは、相当相違しているが故に、日本での道具建てでは、理解のゆき届かぬ点のある中で、特に我々が問題としている停止要件の客観化については、これを既に立法的解決をなし遂げているとも評価しうる体系を有しているとも見うるからである。<sup>(5)</sup> 従って、オーストリーでの同種の問題に対する学説・判例への問題状況の現れ方の相違も含めて、これを比較法的に扱うことの意義は十分大きいものといわねばならぬからである。以上、二つの理由から、特に停止制度のうち、停止要件の客観化の問題に限定して考察して行

きたいと考えている。

三 ひるがえって、日本に於ける強制執行改正作業での停止制度の処遇如何。執行停止制度は、観念的形成を前提にして、事実的形成手続たる強制執行手続の取消・制限・停止を企図するものである。加えて執行当事者の利害の調整に大きく影響を及ぼす制度であるので、その内包する問題は主体の問題を出発に、客體、その手続、さらには、他の救済制度との関連など多面に広がる。<sup>(6)</sup>

このうち、執行停止制度につき、本改正作業は、抜本的改革の必要は認めていないまでも、以下のような処置を現時点迄の試案では提案している。第一に企図しているのは、執行停止の仮の処分に対する不服申立の禁止であり、第二には、苛酷執行に対する執行の停止である。<sup>(7)</sup>

前者については、近時の最高裁判決を含め、有力説はその処分の暫定的性格と本案訴訟による随意の変更ないし修正を理由に、この不服申立を認めぬ方向に、理論の趨勢が定着してきているようであるし、この点に関しては、私は別の機会に判例分析とドイツの動向をふまえて詳論したことがあるのでこれに譲りたいと思う。いずれにせよ、私は、その機会に、オーストリー強制執行法に若干の範を求めて、不服申立を禁止する代償として、少くとも、執行停止申立の際の保証（担保）の完全化により、執行当事者の浮動的地位を担保させるべく提言した。そこには、執行停止制度乱用の動向を抑制する意義と、先にみた強制執行手続の特異性<sup>(12)</sup>がそこに存在すると思料したからである。只、私のそこでの立論に於ては、執行停止の際の保証提供の停止原因<sup>(13)</sup>につき、意識的に考察することがなかったのと、恐らく、保証の完全化を提唱する以上、訴訟法のいう不確定要素を含めて、停止原因の検討まで考察する必要にせまられると思えるからである。

さらに、本改正作業が、苛酷執行の停止を制度化しようという意図には、必ずや、それは停止原因の場を借りて登

場せざるを得ぬ制度と見られるからであり、かくなれば、本改正作業が正面きって停止制度につき抜本的改革を企図しなくとも、何らかの形で停止原因の検討が、停止原因の客観化にすぐさま関連するものであるか否か予測出来ぬものにせよ、いずれ問題にならざるを得ぬ性質のものであると思われるからである。かくする意味からも、先の私の主張、ないしは理論の深化の意味からも、本論題に取り組む必要があると思料するからである。

四 加えて、他の手続領域に於ける執行停止制度の問題如何。強制執行手続が純司法的判断を離れて処分的契機を有するものであれば、よりすぐれて、こうした性格を有する分野に於ては、一層、手続停止の問題は、純粹訴訟事件と異なった形で、重要性と意義を持つことになる。一つは、非訟事件の分野であり、他の一つは行政事件の分野に於てである。前者については、その手続性質が行政的<sup>(14)</sup>性格を有するものであることは多少のニュアンスはあれ現在肯認されているところであるし、そうした内的性質とも相まって裁判過程の手続への反映はとりわけ議論の存する領域である。近時ドイツで、Göppinger<sup>(15)</sup>が非訟事件手続に於ける仮の処分の問題を他の手続との対比に於て詳論し、他方、行政法の分野では、とりわけ、行政法に於ける理念の執行不停止原則との関連から、本稿で扱うとは異った執行停止制度の諸問題が内在しているが、これらについても、ドイツ及び<sup>(16)</sup>我国でも最近著書・論稿が発表されている現況である。いずれ、非訟事件の分野については、機会を改めて詳論したいと考えている。

しかし、こうした各分野に於ける理論の集積の中で、その共通する実体権の変動(他の手続)の執行手続への反映の問題は、すぐれて、それぞれの手続分野に於て妥当する理念ないし原理の相違を前提にしながらも、何らか相互に相寄与しうる余地のあることは十分に認めうると思料するのである。

五 かかる意味からも、本稿の捧げられる行政法学者、故田中真二先生には、その御存命中の学恩に謝し、このつたない小稿を寄稿させて頂くことに望外の喜びを感じる次第である。

- (1) この法諺は、英語訳としては「An execution is the end and the fruit of law. となれ」その出典は「古く、The First Part of the Institutes of the Laws of England, or a Commentary on Littleton, by Sir Edward Coke.」に存すると言われる。なお、武市・イギリスの法律格言（昭和四三年）二〇八ページ参照。そして、こうした、法諺についての邦語の引用文献には、中野・執行の停止・取消・総合判例研究業書・民事訴訟法(2)（昭和三十三年）一九八ページがある。
- (2) これ等の諸原則の妥当根拠については、清田・執行停止に対する救済—オーストリー強制執行法に於ける保証の問題を中心として—神奈川法学四巻二号・五巻一号（昭和四四年）七七ページ以下及び特に同論文八〇ページ及び八二ページ注(5)の引用文献参照。

(3) 昭和四十六年十二月発表された法制審議会の強制執行制度部会の強制執行法案要綱案（第一次試案）に依れば、第七執行の停止、取消し等に於て「強制執行の停止、取消し等については、ほゞ現行法どおりとするものとする」とが明言されている。なお、その後の動向として、第二次試案での取扱いについては注(7)参照。

(4) 当論文発表の会議体であるドイツ法系民事訴訟法担当者会議の会議の内容の報告とその討論の内容をめぐる簡潔な報告は、当会議に日本民事訴訟法学会を代表して参加された中野教授の、中野・西ドイツにおける強制執行改革論議の一斑・ジュリストNo.五一〇（昭和四七年）一一一ページに於てなされており、また、当会への派遣手続内容については、民事訴訟法学会・民事訴訟法雑誌(18)（昭和四七年）二七九ページ及び同雑誌(19)（昭和四八年）二六六ページに掲記されている。

(5) オーストリー法、とりわけその民事訴訟法ならびに強制執行法が比較法的資料として好個な存在であることは、清田・執行停止に対する救済—オーストリー法制執行法に対する救済・神奈川法学四巻二号・五巻一号（昭和四四年）一一二ページ注(1)及び同所の引用文献参照。

(6) 確かに個々の制度も制度の全体的なパースペクティブとの関連に於て意味を有することは、ひとり、執行停止制度のみに止まらないのであるが、とりわけ、執行の迅速性という債権者の利益と、これに対し、実体権の変動の反映という債務者の利益が相対的に関連を有する分野では、とりわけ顕著であり、ドイツでは、一九三一年ドイツ民事訴訟法改正草案に於ける停止制度と執行異議、第三者異議訴訟などのいわゆる救済制度につき、配慮がなされていたこともこのことの証左である。この点についての詳細かつ的確な紹介として、三ヶ月・強制執行と滞納処分の一統的理解・民事訴訟法研究二巻（昭和三五年）二〇〇ページ以下及び二〇三ページ注(六)がある。

- (7) 前掲・強制執行法案要綱案(第一次試案)第七 執行の停止、取消し等に関する項(注)(1)に於て執行停止の仮の処分に対する不服申立の不許を、さらに同注(3)(v)に於て苛酷執行に対する執行の停止の要否を検討事項とし、これらの二点は、昭和四十八年九月に発表された同部会強制執行法案要綱案(第二次試案)に於て具体化された。前者については 第二十五 異議の訴えと執行に関する仮の処分3に於て、また後者については、第二十九 苛酷執行の場合の強制執行の停止等123に於て明文化が示されている。
- (8) 最判昭和四〇・七・二〇民集一九卷五号一二九〇ページ及びこの最高裁判例がそれまでの下級審判例に対する判例統一の意義を有するものであることの指摘は、同じく清田・前掲・執行停止に対する救済・九四ページ以下参照。
- (9) もはや有力説というより通説であると思料するのであるが、三ヶ月・民事判例展望三九〇ページ以下及び三ヶ月・執行法上の救済の特異性(一)判例タイムズ一八二号六ページ及び三ヶ月・請求異議の訴に於ける強制執行停止決定に対する不服申立の適否・判例民事訴訟法(昭和四十九年)三五二ページがあげられる。
- (10) この点は私の評価である。清田・前掲・執行停止に対する救済・九六ページ注(5)参照。
- (11) 清田・前掲・執行停止に対する救済・七七ページ以下。
- (12) 同じく清田・前掲・執行停止に対する救済・七七ページ以下及び一三〇ページ以下参照。
- (13) 民事訴訟法第五四七条二項に云う「然レトモ異議ノ為メ主張シタル事情カ法律上理由アリト見エ……」に見られる要件がこれである。
- (14) 三ヶ月・前掲・執行法上の救済の特異性(一)一ページなど。
- (15) H. Göppinger, Die vorläufige Anordnung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Berücksichtigung anderer Verfahrensordnungen, Archiv für die zivilistische Praxis (1969), Bd. 169, S. 513~541. v. a. n. Göppinger は Stuttgart の Oberlandgerichtsrat. として実務家の地位にあり、とりわけこうした非訟事件の分野は、真正訴訟事件に比して一層行政法的性格の強い分野であり、ここでの論稿内容が興味を持たれるところであるが、これらの詳細は別の機会に譲りたい。
- (16) ドイツでのこの分野に於ける研究業績は同じ民事訴訟法学に於けるそれよりも多様を極め、特に著書としては Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess (1967), S. 221. が仮の処分

の歴史と、その性格につき記述し、更に Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte (1967). 及

35 D. Leibold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutz im Zivil-Verfassungs- und Verwaltungsgerichtlichen Verfahren (1971). がその主要なものとして見られる。

(17) なお、日本では Wieseler の著書につきこれを参照ないし紹介している邦語文献として、東条・行政事件における執行不停止原則の再検討(一)(六)―西ドイツの執行停止制度との対比に於て―民商法雑誌六一巻四号(昭和四五年)―六三巻一号(昭和四五年)及び東上・行政上の保全訴訟の研究序説―ドイツにおける執行停止原則の沿革・その一―法と政治二一巻四号(昭和四六年)四一ページ及び、広岡・西独行政裁判所法における保全処分・法と政治二一巻一号(昭和四六年)一ページ以下などの諸論稿が見られる。

## 二 オーストリー強制執行法に於ける執行停止要件の客観化の問題

一 オーストリー強制執行法における執行停止要件の客観化の問題は、先ず第一に、取消要件(手続)(Einstellungs-verfahren)と停止要件(手続)(Aufschiebungsverfahren)の分化と、それぞれの取消ないし停止原因の個別的掲記によって特長づけられる<sup>(1)</sup>。そして、第二に、これを踏まえた取消手続及び停止手続の目的に応じた審理方式が整備されているということである。通常、執行停止の概念には、講学上、手続の取消、停止、一時保持、制限の四停止形態が存在するのであるが、ドイツ民事訴訟法ならびに ZVG 及び日本の強制執行法に於ては、狭義の停止・制限につき規定を置くのを原則としている法制に比し、オーストリー強制執行法に於ては、これに加え、先に見た、取消を含めて精緻な強制執行の停止制度を整備しているということである。

もっとも、我々がこうした整備されているとする評価は、当事国・オーストリーでは、異論の存するところであり、その実、ポラークなどは、それ程、自国の強制執行法を体系立っているとは評価していない<sup>(2)</sup>。こうした点は、すでに、



我々が整備していると評価できる諸制度が、オーストリーでは、既に所与の制度として定着し、さほど、我々が感じ取る程大きくは制度への自己陶醉が存しないのは、一見、当然の如く見える面がありながら、こうした局面になると、とりわけ日本法に於ける諸制度の精緻性の欠如が目につくのは、単なる伝統ある国への憧ればかりではない面がある。この事の証左は、第一には、オーストリー法の誕生以来、数度の改正作業がなされた際にも、抜本的改正作業がないという側面である。このことは、誕生当時のオーストリー強制執行法が、極めて強制執行法に於ける理念をあくなき迄に具現化し、しかも、このことが制定以来、一〇〇有余年に亘って定着し、あるべき強制執行法の体裁とさらには、その実効性ならびに妥当性を有していると見うるからである。

さらに、このことは、第二に、同じドイツ語国であるドイツに於けるオーストリー強制執行法に対する評価のあり方の面に発展する。後に触れるガウル論文は、執行停止制度の客観化の問題にしても、さらに、要件判定の手続体系にしても、オーストリー強制執行法の価値を高く評価し、つとに、これに範を求むる余地のあることを的確に指摘しているからである。<sup>(3)</sup>しかも、ガウル論文は、その結びに於て、<sup>(4)</sup>強執行法の体系整備に関しては、とりわけフランス・クラインの手になるオーストリー強制執行法の再認識を力説している。<sup>(4)</sup>こうしたオーストリー法への評価は独り強制執行法の分野にのみ止まらない。特に民事訴訟法の分野に於ても、例えば故ローゼンベルグは控訴審の構造に関してドイツに於ける改正案が発表される毎にオーストリー法に範を求むべきことを提唱していることは周知の事実であった。<sup>(5)</sup>これ等の事実を総合するとき、我々の行う直接のオーストリー法への評価とは異った意味合を以って、その所説の妥当性はより大きいものと受取らざるを得ない。

かくして、以下に於ては、オーストリー強制執行法に於ける取消手続と停止手続の峻別と、それぞれの取消ないし停止原因（要件）の客観化とこれ等の審理手続に於ける特異性を見て行くことにしたい。

## 二 取消手続と要件の客観化

(1) 瑕疵ある強制執行は、退けられねばならぬ。それは、申立又は職権によって行われ、決して、独自実行性は無い。さもなくば法的不安定性を生ずるからである。そして、安全性生成の為、取消決定 (Einstellungsbefehl) を必要とし、この決定ある迄は、誤った (ad irrem) 強制執行は効力を有し、欠缺なきものとされる。かような決定の目的は個々の形成された強制執行の続行の除去であり、取消された強制執行は恰もそれが実施されなかった如くに、効力を有しない。このように取消しの一般的概念は定義されている。<sup>(6)</sup>

(2) 取消決定は所定の取消手続に関連し、又個々の債権者及び所定の債務者に関連する。これに反し、只債権者の地位でも例えば契約による担保権者は取消決定により何ら影響を受けない。この担保権者は、強制執行手続が行われている限りは、執行認可によって許容されているからである。取消決定は差押行為を廃棄することになるが、取消決定がなければ、そのような廃棄効力は存しない。この上に、裁判所は、職権によって、同時に、総ての実行された執行処置 (Exekutionsschritte) を遡及的に (rückwirkend) 廃棄し (EO三九条一項)、さらに、登記簿に (vornehmen) する。これは、三九条一項の表現によってのみならず、その実体の反映としてなされる。ところで、何故に、強制競売の記入は、差押の場合と異って扱われるべきなのであるか？ ポラークは、この点原則として、この遡及効は、競売の事実的可能性と、第三者の既得の権利との間の限界を画するものとしている。例えば、差押物件が競買人に譲渡され、強制管理人が、物件に関する担保権を有する (gelassen) 場合でも、しかし、もし、遡及(効)が可能な限り、職権によって、即時にその状態を差押え (Beschlagnahme) 前に回復させられねばならぬ。誰が、必要な具体行為を実行すべきかは、事実問題であると。例えば、保管者 (Verwahrer) は、通例、もし、執行財産が債務者 (Schuldner) から取去られたのであるならば、<sup>(7)</sup> 執行の対象物を債務者に持つて行くべきである。

こうした取消は、それぞれ、職権と申立に基づいてなされるのであるが、先ず第一に職権によってなされる場合には、オーストリー強制執行法上下記のものが掲げられる。①請求異議訴訟、②執行認可に対する異議、③第三者異議の訴、④破産法一二条の効果として同K.O.一六六条に言う費用超過予測による取消、⑤ *Inst. O.* 一二条、⑥執行の取消事由としての三九条二号、五号、八号（費用超過）、⑦執行証書廃棄、⑧登記簿の状態から強制管理の実効不能—取消と執行債権者への当該障害除去命令、⑨強制管理の認可を受けた債権及び附帯請求の弁済満足による取消、⑩強制競売の申立の際の競売条件に関する草案の提出命令又はこれに代る陳述命令とこれ等懈怠の場合の手續の取消、⑪新競売の申立期間・一ヶ月以内に違反する場合の申立による取消と最高競売人に対する禁止の取消、⑫異議認容による競落拒否と確定後の取消、⑬⑭評価額及びその $\frac{1}{4}$ 超過代金による買取申出に基づく強制競売の取消・⑮担保権者による債権の弁済と取消申立・⑯競売開始前の債権者の執行続行放棄に基づく強制競売の取消・⑰競売手續開始前の債務者よりの弁済と金円の執行判事への提出に基づく強制競売の取消、⑱取消審理手續、⑲取消原因の通知と競売実行の続行告知、⑳所定事由による競売以外の方法による換価命令と基本競売の取消、㉑執行の放棄に続行申立の際の準用規定（二〇〇条一項二号、四号、二〇〇条二項、二〇六条一項）がいずれも職権による取消に関連するものである。<sup>(8)</sup> 第二に、申立による取消の場合としては、通常、満足しかつ続行を放棄した債権者、時には、利害関係人、又は債務者による申立<sup>(9)</sup>によって取消がなされる場合である。

ところで、この取消手續 (*Einstellungsverfahren*) の性格づけに関しては判決手續か又は、他面に於て中間領域手續が混入している手續か、のいずれかと評価されているようである。誰もこの両者から選択することはできない、とポラークは指摘している。<sup>(10)</sup> 法律は異論の余地なく、規定するが、一方では、各種の救済の訴に関する三五条・三六条・三七条に規定されているように、判決手續を回避することが許されぬ場合があり、かつ又、他方では、強制執行法が予め

規定していないならば判決手続への委付（訴えの委付）は行われるべきではないとされている。この中間領域（Zwischenverfahren）では、原則として、当事者ならびに取消申立をした執行当事者の口頭弁論手続に於て成立しているが（E O 四九条三項）、審尋手続が多くこの部面に亘って用いられ、執行不許（E O 三九条二号）、代理権・能力欠缺の場合（E O 三九条三号）、執行債権者の満足・猶予（E O 四〇条）、競売期日三日前の負担等の引受けによる申立許容の際の債務者の審尋（E O 二七一条）などであり、この審尋には、当事者の無方式な口頭又は書面に基づく審尋が（E O 一四五条三項・強制執行手続に於ける任意的口頭弁論と審尋の要式一五十五条二項）行われ、時としては、E O 二〇〇条三項、二八二条一項の場合のように強制執行続行の放棄の際には審問の実施なくして（ohne Gewährung rechtlichen Gehörs）なされる場合がある。しかし、決定手続の前に判決手続を用意されている部面では、規定に従って、資料蒐集が行われ、さもなくば、職権でなされる。

取消に関する裁判は、決定でなされ、この決定は争いうる。<sup>(11)</sup> この決定は、訴訟当事者にもみ送達され、かつ、利害関係人が取消申立者である場合は、この者にも又送達される。これ等の者に対し、有利にも不利にも効力（Rechtskraft）が生ずる。取消認容決定の拡張効（weitere Rechtskraft）は、強制執行の解放（時）（E O 三九条二号）、未成年者に対する執行（E O 三九条三号）、市町村又は、公共の利益のために設立された公の営造物と認められた物に対する強制執行（E O 一五条、三九条四号）、費用支払の欠缺（der mangelnden Kostendeckung E O 三九条八号）の場合の明白な利害を有する者にも及び。同じ対象物につき他の債務名義に基づく強制執行を遂行すべき場合で、既にこれに關し取消決定が存在する場合には、取消に関する第二の決定発布は、第一の決定と関連する。そして、裁判所は、第一の決定以来（形成された）の法律状態を決定的に変更すべきか否かについてのみ審査する。

(3) 取消決定発布の管轄裁判所は、執行の開始前は、執行認可裁判所が、開始後は、執行裁判所となる。<sup>(12)</sup>（E O 四五

条二項)。しかし、執行開始後も又、取消申立を認可裁判所に提起すべき場合がある。その場合とは、取消申立を、請求異議の訴、認可に対する異議、又は強制執行に対する異議の訴と併合せかつ、当該訴が執行認可裁判所に提起された場合がこれである。

(4) 過誤ある強制執行を導いた事実 (Tatbestand) は、それ故に、取消決定の為の事実(事由)としてのそれは多くの数にのぼる。これを把握するには、次の事に注意することを要する。即ち、執行の瑕疵は、裁判所の責任、さらに当事者又は利害関係人のそれに関連することのみならず、各種の執行の瑕疵に関連するものであるということである。何故なら、例えば債務者が弁済したが故に恐らく、無資力であるが故に、執行は、企図された結果を生じなく、瑕疵を有しているということがあるからである。そして強制執行法は、取消事由を限定しているが、しかし、それらは、明確に規定されてはいるが、ポラークによれば先に指摘したように体系立ってはいないとされる<sup>(13)</sup>。しかし、取消事由は三つのグループに分類出来る。即ち、第一に、債務名義の瑕疵 (Mangel im Exekutionsstufel)、第二に、執行認可に於ける瑕疵 (Mangel in der Exekutionsbewilligung)、そして第三に、強制執行の遂行に関する瑕疵 (Mangel im Exekutionsvollzuge) がこれ等である。そして、これ等の取消事由は手続体系に於て各種執行分野に於て取消原因を整備していることは当然であるが、これとは別に、云わば強制執行の総則に於て、執行手続の取消に関し数条を起し、取消原因を列挙することに注意せねばならない。

(5) 執行名義に関する瑕疵

(a) 確認が欠如したか又は執行機関によって由来されたものでない場合は、何人にとっても、取消なくして、等閑に附されるが故に、この場合は強制執行認可は行われなければならないはずである(EO五四条一項二号)。にも拘らず、認可が行われた場合は、これには、抗告を要しないで、取消を要する。この事は、EO第三九条一項に所謂拡張された列挙によ

り明確である。<sup>(14)</sup>

⑥ 確認判決が存在するが、しかし、執行名義が存しないか又は、未だ執行性を存しない場合は、無論、執行認可に対しては執行取消の申立は、開かれていない。しかし、抗告は許されている。そして、この認可を変更し又は取消す旨の抗告の裁判に基づき、一審裁判所は、職権によって執行を取消さねばならない（E〇七〇条二項）。しかも、債務名義が（後に）執行権を生じた場合にも、満足（弁済）を理由にする申立によっても同時に取消されるのである。

⑦ 確認（判決）が存在しても、しかし、効力を存しない（*unwirksam*）（E〇三条一号）か又は、決して執行力を有しない場合（E〇第一二条、三五条、三九条七号、一七三条）、直ちに取消されるを要するのではなく、無効性又は目下の執行権の不存在に関する申立（訴）につき予め権限ある裁判所の判決がなされることを要する。同様に、ZPO一五〇条の場合の欠席判決の取消と、請求に対する異議に関する判決の場合にも同様である。

⑧ 証書の執行性の宣言が確定判決による破毀・無効（宣告）により廃棄された場合のみ、⑦による方法でなくして、職権によって即座に執行を取消される（E〇第七条三）五項、三九条九号）。

(6) 執行認可に於ける瑕疵<sup>(15)</sup>

⑨ 執行認可が申立によりなされるのに（E〇三条二項・三九条六号）、申立なしに認可がなされた場合又は、執行の方法を制限すべき場合に（E〇一四条）、これを制限せず、認可申立について過剰なままに認可された場合。

⑩ 認可が許されぬ執行方法に—例えば執行法上一般的にまた独立に執行実施を許さぬ事件・権利・請求に関して—振り向けられることを内容としているとか、執行を免除されたか、又は分離されずに強制執行に引き入れらるべき執行対象財産に対して認可がなされたときである（E〇三九条二号・一五九条）。

⑪ 訴訟が法定代理人の関与なくして行われた未成年者の財産に関し執行の認可がなされ、しかもその執行対象財

産が、未成年者の自由な処分に関わるものでないものであるとき（ZPO二条、EO三九条三号、一七五条三項）。

④ 執行債権者が、執行の開始を総じて（überhaupt）又は当時放棄したとき。

⑤ 請求に於て債務者として人的な責任を請合った社員が存しないか又は執行債権者に対して異議をそのような当事者から有するとか、同様に執行債権者に対して、相殺の為の反対債権を有する場合（EO二一条、三六条二号）。

⑥ 執行認可が執行対象物の差押の際の順位の原則に違背（verletzen）するとき。

⑦ 抗告（Rekurs）が執行認可に対してなされたとき（EO七〇条二項）。

執行免除されているか又は分離を許されない執行対象財産に対しての認可、さらに未成年者に対するその場合は、執行の取消は、職権で行われ、その他は申立、によるのみ行う。その上、放棄（Verzicht）は大抵、EO三六条三号に於ける取扱（執行認可に対する異議）に依ってなされる。以下は現行法では改正により削除されたものであるが、ちなみに、前記⑥の場合には、（商事会社）＝Handelsgesellschafter は常に訴によるを要する（EO三六条・四〇条）ときれていた。

(7) 執行の遂行に於ける瑕疵

これに関しては、多くの執行取消根拠が存する。これ等は決して責任に結びつけられるのではなく（この点④前段参照）、又、決して法律違背に向けられるものでもない。法律に応じた強制執行も又、取消の根拠に役立つこともある。以下にその事由を示す。<sup>(16)</sup>

① 遂行が委任に違背（Auftragswidrigkeit）して、例えば、提出を拒まぬ第三者の保管中にある財産（EO三六二条）（Sachen）に対してなされた場合、かような法律違背に対しては、抗告（Rekurs）がなされ、執行機関の違背に対しては、要式ある期間の制限のない異議（EO六八条）がなされ、これらの結果（認容）によって、執行の取消は職権

によってなされる。

⑥ 遂行が委任に適ったものとして把え得る場合でも、執行の実施が許容すべからざると主張する第三者が権利を有している物に対する対象財産を差押えた場合（EO第三七条）。法的救済としては、強制執行に対する異議の訴、即ち第三者異議の訴（Einzündlungsklage）EO三七条）がある。この結果により、執行の取消は職権によって行う。

⑦ 執行遂行が総じて又は一部又は特別な執行を免除されている債務者の動産に対して行われるとき（EO第三九条二号・三号）。

⑧ 執行名義は執行可能であるが、官庁が具体的な執行を不許と言明している場合、その認可は、その為に、執行不能である。つまりこれは重要な公益的利益の保護の必要に関連するものであるが、この場合としては、公益物に対する執行、つまり、公的ないし公益の営造物（EO第一五条）、あるいは公の交通事業を営む営造物に対する執行がこれに当る。

⑨ 認可された執行が法律的に執行出来ぬ場合。僅少であるが、主要な場合として、執行対象財産として請求されている不動産物件が債務者の所有に属さぬ場合（EO第一〇一条、一三四条）。職権によって取消す。

⑩ 執行債権者による不十分な執行運用（Ezekutionsbetrieb）。これ等は性格的には、瑣細な、故意の、怠慢な、偶然の場合に該るとされるが、これ等の場合として、執行の放棄、執行の猶予（EO第三九条六号・二〇〇条三号）。不動産の強制競売条件の未提出（EO一四五条）。競落許可の開始の際に必要な競売申立のないこと（EO一八八条、申立期間は一ヶ月）。管理人に委任された物に対する強制管理又は強制競売の申立の不実施（EO三二八条、申立期間は一ヶ月）。これ等の場合は職権によって取消す。

⑪ 執行債権者が満足を得た場合。債務者による場合はEO三五条・四〇条、一二九条であり、第三者による場合



は、E O 二〇〇条一号・二号、二七一条、二八二条、A B G B 一四二二条。債務者が選択権を有している場合に、債権者によってなされた債権とは異った債権につき債務者により選択権が行使された場合（E O 一二条、三九条七号）。取消は申立によってなされる。

⑥ 執行の見込みなきこと。強制執行法は、一八八七年一〇月四日官報七四の取消根拠と結びつく。それは拡大し、かつ、多くの場合に捧げられるが、所定の執行手続の実施（又は続行）は、手続の総費用及び経るべき費用を考量することに要件づけられる。これを超える収益が存しないことは、動産及び不動産の強制競売にとって肝要な問題であるとされ、最低競売価額の配当（*Meistbotsverteilung*）の際のこの費用の順位が問題となる。収得金に関する予見に際して、こうした事実が明確になった場合は、執行を職権で取消す（E O 三九条八号）。強制管理に関しても次の様な場合に取消される。即ち強制管理のため特別な費用を要し、その収益を以て之を支払うこと不能の場合に於て、債権者が之に必要な金銭を立替えないとき等強制管理の収益が期待できぬときがこれである（E O 一二九条二項）。そこには執行の続行について全く落度が見出されない。また、最低競売価額に到達しないとき、強制競売は最終的に職権で取消される（E O 一八八条、二八二条参照、二八〇条二項）。従って、全く価額を提供されなるときも同様である。

① 償還権の行使（*Ausübung des Einlösungsrechtes*）E O 二〇〇条二号）による場合も取消に関連する。

### 三 訴と取消申立の併合の意義並びに必要性及び取消と停止との連関

以上のようにオーストリー強制執行法に於ける取消（*Einstellung*）に関しては、個々の具体的な取消事由の規定とこれに伴う審理手続の整備をなしている訳であるが、さらに、この取消手続と他の手続、とりわけ各種の救済の訴えらびに狭義の停止（*Aufschichtung*）手続との関連について次にみることにする。

まず、第一に、各種の救済の訴と取消の申立の関連についてであるが、取消申立の併合の意義については、この取消の申立を請求異議・執行認可に対する異議さらには第三者異議の訴の際、たとえこれが明確に掲げられてなくとも、これ等の訴に対する確定判決によって、訴提起者の為執行の取消が行われねばならないとされている。確かに、オーストリー強制執行法三五条・三六条及び三七条の最終項ではこの旨明定しているわけであるが、三九条三項に関する司法省回答に厳然とこの取扱いが見られる。<sup>(17)</sup>

そして、第二に、停止との関係につき言及すれば、三九条三項の場合及び、同条一項の各号の場合には、七号のみを除いて、①訴に関する裁判あるまで又は、②取消申立に関する裁判あるまで、執行は停止され得ることになっている。このことは同強制執行法四二条一項一号・二号・三号及び五号そして第二項に明定されているところである。ここに於て、①第一に、訴に関する裁判あるまで執行の停止がなされうる場合とは、即ち、E O 四二条一号の執行名義の不成立・無効・取消の訴、E O 一条掲記の執行名義に関し、手続再開原状回復の要求と仲裁判断に関する取消の訴、そして三五条・三六条・三七条に所謂、請求異議の訴・執行認可に対する異議・第三者異議の訴がこれである。そして、②第二に、取消に関する裁判あるまで停止がなされる場合とは、三九条二号より四号までの取消事由はとりもなおさず特に第六号の場合の債権者が強制執行の申立を取下げ、認可された強制執行の実施を総じて放棄し、又は一時の期間放棄し、又は強制執行手続の続行を放棄したときに債務者はこれ等を事由に取消申立をなすことができるが、これ等の裁判あるまで、その基本となる強制執行の停止が命ぜられうる（E O 四二条三号）。しかも、この取消申立に関する取消決定についての送達はこれを行わずに済みますことが可能とされている（E O 三九条二項後段）。

只これと、やや類似の理由による取消申立の訴への先行につきE O 第四〇条は次のように定める。各個の事由については、弁済・期限賦与・強制執行の実施の放棄・一定期間（猶予）放棄がなされたときに、取消申立の先行が許さ

れ、しかも、この手続として、裁判する前に債権者の必要的審尋がなされる。しかし、これも任意的審尋となることがある。つまり、債権者の満足ないし陳述（上述の意思表示に関する）が疑なき証書により証明された場合がこれである。このように、取消に関する手続の先行と必要的ないし任意的審尋を前手続としながらも、この審尋の結果により、各個の事由の判定が、さらに精緻な手続を要求されるときは、債務者に対して訴の方法に委付することを要請している（E(1)四〇条一項・二項）。

これらを理由にする取消申立の際には、同時に停止の申立もなすことになり（E(1)四二条三号）、またこの取消の申立がなければ取消は行われないとされている<sup>(18)</sup>。

四 このように、オーストリー強制執行法に於ける各種の救済の訴と取消申立と停止の申立の三種三様の法的救済の途の間にみられる制度的特色は次のようである。

まず第一は、取消事由の個別客観化という方法を打ち出しながら、そこに於ける事由の内容によって観念的形成手続への委付により、他面、この確認を受くべき取消事由を、観念的形成手続の先行手続に付託するには、余りにも当事者の処分行為性を稀釈する部面の事由に関しては、先ずは取消手続内部での決定手続にその判定を委ねる方式をとる、必要最小限度に於て観念的形成手続の利用を認める制度に分別した点にある。このことは、先に取消手続の性格性についてポラークが、取消手続はむしろ観念的形成とも云えぬ中間領域手続であることの指摘にもあるが如くに肯認できうる特異性である。後者も、つまり、執行当事者の処分権主義の発露とも言える処分行為—例えば弁済・期限賦与・執行放棄・猶予などを理由とする取消手続に関しては、先の救済の訴に対して先行手続が留保されることから、この先行取消手続の終了まで、執行手続の停止も命ぜられることも可能であり、更に、ここでの取消事由に関する審理方式は必要的審尋を原則としながら、債権者の処分行為を示す明解な態度が疑いなき証書により証明された場

合、この審尋も任意的となるなどの手続段階を踏まえた審理手続が整序されている訳である。

更に第二の特色として、取消手続の先行によるも、その事由の判定が観念的形成に依ることを必要とされる場合は、証明手続を踏まえた訴への委付による取消事由の判定が担保されている。このように一面では観念的形成(訴)の原理を踏まえながら、他面では簡易な、しかも合理的審理手続を踏まえた、強制執行事件の訴訟係属の離脱—これこそ一つの強制執行法の目ざす目的であるが—を企図している点は大きな特色とみられる。

(1) 例え<sup>54</sup> Pollak, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes (1932), S. 881.

(2) Pollak, a. a. O., S. 882 に於ける指摘である。

(3) H. F. Gaul, Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung-Möglichkeiten und Grenzen einer Verein-fachung, Zeitschrift für Zivilprozess (1972), Bd. 85, Heft 3, S. 301—304.

(4) Gaul, a. a. O., S. 310.

(5) Rosenberg, Zu den Entwurf einer Zivilprozessordnung (unter besonderer Berücksichtigung des Urteils-verfahren), Zeitschrift für Zivilprozess (1933), Bd. 57, S. 189, S. 339. などに見られる一貫した主張である。特にドイツ民事訴訟法の制定過程に於てオーストリー法がその好個の模範対象であったことは、最近のドイツ民事裁判制度改正準備委員会報告 (Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit (1961)) の各部の指摘にみられる。例えば一九〇九年法については二四ページ、一九三五年法に関しては、三二ページ、とりわけ控訴制度に関しては一八ページ、二七ページなどがそれ等である。

(6) Pollak, a. a. O., S. 880, I.

(7) Pollak, a. a. O., S. 880—881, II.

(8) ① E O 三五条、② E O 三六条、③ E O 三七条、④ K O 一二条、⑤ Ausgl. O. 一二条、⑥ E O 三九条二号、⑦ E O 九条、⑧ E O 一〇一条、⑨ E O 一二九条、⑩ E O 一四五条、⑪ E O 一八八条、⑫ E O 一九三条、⑬ E O 二〇〇条、⑭ E

- 〇二〇三条、<sup>⑮</sup>EO二〇六条、<sup>⑯</sup>EO二八〇条、<sup>⑰</sup>EO二八二条、Pollak, a. a. O., S. 881.
- (9) Pollak, a. a. O., S. 881. EO二六九条、三九条七号、二九五条参照。
- (10) Pollak, a. a. O., S. 881.
- (11) Pollak, a. a. O., S. 881~882.
- (12) Pollak, a. a. O., S. 882 III.
- (13) Pollak, a. a. O., S. 882 IV.
- (14) Pollak, a. a. O., S. 882 V.
- (15) Pollak, a. a. O., S. 883 VI.
- (16) Pollak, a. a. O., S. 884 VII.
- (17) Heller, Exekutionsordnung, 10. Aufl. (1961), S. 405, JML zu § 39 EO, p.3.
- (18) Heller, a. a. O., S. 405.

### 三 ドイツに於ける執行停止手続の位置づけに関する動向

一 ところで、ドイツに於ける執行停止の客観化の動向は如何であろうか。ここでは、強制執行法に關しては我國の制度とはほぼ体系的に同様の制度と見られるが故に、停止手続の客観化、とりわけ、取消手続と停止手続の分化と、個々の原因の明確化はオーストリー法に於ける如くには明確な形態にはない。むしろ手続取消原因の客観化については強制競売及強制管理に関する法律—Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom. 24. März 1897—に於て若干見られるに過ぎない。即ち、①強制競売又は手続の続行が妨げられる権利が土地登記簿上明白で執行裁判所がこれを知った時の競売手続の取消、②債権者の競売申立の取下げによる手続の取消、③債権者の停止に対する同意と停止中に於ける新たな同意による取下、④一時停止の際の不変期間内に於ける続行申立不実施に

よる取消、⑤債権者の満足による取消、⑥費用超過見込ならびに費用未納による取消<sup>(1)</sup>、以上である。これ等の取消原因のうち明確に執行当事者の処分権主義が妥当する領域に係る原因としては、②競売申立取下、③停止に対する同意と停止中の新同意、そして④続行申立不実施、⑤満足に関するものであり、他は、執行障害事由として当事者の処分に係らない事由である。そして、ZVGでは、これ等の取消原因の内容に対比して審理手続を整備していない。

従って執行法に於ける各種の法的救済の連関については、オーストリー法のように、審理手続の整序が存しなく停止手続に関しての一九五三年の執行措置法により若干修正・追加された部門を除き観念的形成と事実的形成の関連・限界が改めて問題とされざるを得ない。特に、先にも指摘した如く、停止・取消・訴<sup>(異議)</sup>の関連がむしろ、取消手続をやや疎外した形で、各種の訴と、個々の停止制度との関連で把握されているドイツでの現状に於ては、先にもみたオーストリー法の如く取消手続の体系的整備が存しないのは或いは当然のことかもしれない。

そこで以下に於ては、停止手続と観念的形成手続との関連に於てこれに言及しているガウルの論稿に焦点をあてて、そこでの執行停止制度に対する問題認識ならびにドイツでの動向を把握してみたい。

二 ガウルは、停止手続 (Einstellungsverfahren) と観念的形成手続につき、次の点を指摘して論じている。第一に、停止裁判所と本案裁判所の必要的一致の維持の為の執行裁判所の形成決定手続の代りの受訴裁判所での停止手続。第二に、停止手続と本案手続との二重構造の廃棄——停止裁判の抗争性の代りに、受訴裁判所による修正——。第三に、停止命令期間の設定——片面的疎明の審尋期間の設定——。第四、裁量の「客観化」——オーストリー強制執行法第四四一条一項・二項——。第五に、明らかに理由なき訴に対する停止裁判の予防効。第六に、他の予防手段——ドイツ民訴法第七七五号四号五号の一次的停止原因の拡張——。これ等を踏まえて、訴の原理と一次的停止の事実的形成との保持<sup>(3)</sup>についてである。

(1) 第一の問題に関して、ガウルは次の様に言う。もし訴の原理を固持するとすれば、確かに、一時停止制度の事実的形成及び取扱が問題となる。しかし、このことについては、誰しも現今では別に驚きはしない。蓋し、物事の性質に於けるジレンマと理解しているからである。もし裁判官が、競売期日の僅か前に、停止申立につきその食卓に就かねばならぬなら、<sup>(4)</sup> 裁判官は、全く心理的には掛値をすることになる。まさしく、賢明な裁判官は、未だ不明確な事実ならびに法律状態の故に継続的な損害と単なる執行の遅延の考量とでは執行停止に傾きがちであると。一九三一年草案では、<sup>(5)</sup> この問題を、受訴裁判所の停止手続から、顕て、執行裁判所の決定手続に位置させた。にも拘らず、執行申立に関する裁判については、これを、本案につき最終責任を持つ裁判所が判断すべきとする原則が、断固として固執されていた。しかし、この権限配分は全く宿命的な効果が現われるだろう。全く不必要な二重労力の面を除き、執行裁判官による結果見込という準備的審査を予示することになるからである。この面では、現行の規定は、前進している。つまり、確実な緊急性のある場合にのみ、執行裁判所即ち執行官によって、民訴法七六九条二項による一時的停止を、受訴裁判所の求めに応じて極めて短い期間を定めてこれを行うのである。しかも現行法はこの緊急性が受訴裁判所に到達するを要するとしている。<sup>(6)</sup>

(2) そして第二に、停止手続と本案手続との二重構造の廃棄を企図し、停止裁判の抗争性の代りに、受訴裁判所による修正を提唱して次のように言う。(1)と関連して、一九六七年の促進法草案<sup>(7)</sup>の提言では、次のような結論に達した。即ち、停止手続と本案手続の二重構造性を除去する為にその停止裁判を——既成の七一七条二項の如く——全く争えぬものと宣言することが<sup>(8)</sup> スタインによってなされた。何故なら結果見込が何かと関係するときには常に原裁判所の視角と同様に、抗告裁判所の視角を狭隘にすることである。何故かと言えば、確かに法的なものではないにしろ、しかし、心理的などとは言え本案の判断に関する予断性が抗告裁判所の裁判によってなされることをはじめから避けるべき

であるからである。かくしてこの不抗争性の代りに、現行の受訴裁判所による一時的停止命令の「修正」(Präjudizierung)が訴訟手続の過程に依じて、<sup>(9)</sup> 妥当な方法となると。

(3) 第三に、停止命令期間の設定、加えて、片面的疎明に基づく聴取に関して。しかし、この「修正」というこの地味なあるいは単純な(schlichte)変更性では、十分ではない。というのは、執行を求める債権者は、實際上、裁判所の裁量だけが頼りだからである。裁判所がその停止処分<sup>(10)</sup>の再精査を強いられる為に、停止によって「(第一審の)判決の発布まで」の七六九条一項の取扱いがなされるが、これは次のように修正されることが可能である。即ち、さしあたり二ないし三カ月の最長期間の停止を命ずるか又は、多分これは有効であろうが片面的疎明に基づいて、十四日内の審尋期間を設定することの制限をつけて停止を命ぜられるを要することであると。ここから、疑いなき証書の提出が、あるいは譲渡担保契約(Sicherungsübereignungsvertrages)の提出<sup>(10)</sup>が目差されうる。このように現行法のような不定期間の設定より一歩進めて、不変期間(所定)の設置又は、事後手続の留保の下に停止命令を発布する。そして、後者に関しては、法定証拠類似の施策が裏打ちされるべきことを提唱する。

(4) 第四に、裁量の「客観化」<sup>(11)</sup>についてガウルは、次のように言う。確かに、要式自由の原則が支配している法律に於ては、性急な支払態度(状況)(rasche Liquidstellung)の為の方策は、本質的に制限されている。それでも、今日、所有権留保もまた、本質的に契約法式から結果として生じ、かつ(それは)、今は割賦販売法一条のaに要求されている書式は、こうした方法での先達である。こうした他の分野での方策を執行停止の尺度として範としうるかに關して、このことを、形式証拠主義への帰還を意味すべきではないとし、意識的に、民訴訟の立法者は、才量<sup>(12)</sup>による裁判の為にこれを廃棄したのであるから、としながら、一定の停止要件の客観化は是非とも可能と見られる、<sup>(13)</sup> として偶、オーストリー強制執行法四四二条二項二号の趨勢に於ては——執行停止を求める当事者が家族共同体の場合には、



停止要件の判定を超えて原則として保証の供与が命ぜられる——との制度を掲記している。<sup>(14)</sup>

(5) そして、次に、明らかに理由なき訴に対する停止裁判の予防効につき、債務者又は第三者による明らかに理由なき訴えを、停止の取消の際、撤回するような、予防的効力を、勿論停止要件の厳格な規整と同時に行われるべき、<sup>(15)</sup>とも言う。

(6) 最後に、他の予防手段として、もしその為に予め全く訴の提起を来るがままに任せぬとすれば、執行官による民法第七七九条四号及び五号の<sup>(16)</sup>一時停止の原因の拡大に対しての他の予防策として思案さるべきである。仮え、これが一般に執行予防の問題であり、訴訟逃避のそれでないということに関連するにしても。それで、停止の為の小切手の提出に際して、その支払能力に対しては何の考慮も bestehen しない。さりとて、保証供与及び所有権留保に關して文書による証明に際しても同様の取扱とすることを提言する。勿論、この提議は、讓渡担保の際の日付遡及の危険 (Rückdatierungsgefahr) について考慮していないし、かつまた、所有権留保の際の文書によらぬ明白な支払様式についても同様である。とした後、だから、民法七七六条<sup>(17)</sup>二段の取消の仮定性は固執すべきである。そして全く同様に、債権者の要求に基づいて執行が継続されることも維持すべきで、さもなくば、異議手続に於ける当事者役割の倒錯を理由に実質的に紛争を引き延ばす結果になろうと結んでいる。<sup>(18)</sup>

三 このように執行停止制度に対する過去の改正作業の果敢な取組みとその提言にも拘らず、ドイツに於ける態勢として現行の制度への執着が一方ならぬものであることは、容易に肯認できる中であって、僅かながら、事後的形成 (停止手続) と観念的形成 (各種の訴・異議) につきその二重構造の再構成、さらに進んで、事後的形成手続に於ける審理手続の整備の萌芽が見られることも確かである。

(1) ① Z V G 二八条、② Z V G 二九条、③ Z V G 三〇条、④ Z V G 三一条二項、後の執行措置法により Z V G 三一条一項二段

に修改す<sup>⑤</sup> ZVG 一六一条一項、<sup>⑥</sup> ZVG 一六一条二項。

(2) H. Gaul, Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung-Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung, Zeitschrift für Zivilprozess, Band. 85, Heft 3 (1972), S. 251~310. Gaul が本稿を掲載する際のことについては先に触れたが、最近の著書論稿面での活躍は目ざましい。中野教授の紹介によれば、Gaul は訴訟契約論の Schiedermair 等に新訴訟物論の Schwab を師事し、Rosenberg の Lehrbuch につき強制執行法の部分につき補訂中であるとのことであるが、この他に、筆者の知り得た最近の業績として、Lex commissoria und Sicherungsübergang-Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübergang, Arcp, Band. 168 Heft 4, (1968) S. 351~382; Willensmangel bei Prozeßhandlungen, Arcp, Band. 172 Heft 4 (1972) S. 342~355; Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichansprüche, Arcp, Band. 173 Heft 4 (1973), S. 321~340; Die Gerichtsvollzieher-ein organisations rechtliches Stiefkind des Gesetzgebers, ZZP, Band. 87 Heft. 3 (1974), S. 241~276. など多方面に亘る。本稿での引用参照文献は冒頭のものである。

- (3) Gaul, a. a. O., S. 254.
- (4) Gaul, a. a. O., S. 301. 確かに、この停止要件の事前判定の困難性はガウルの指摘によるまでもなく予測の出来る事態であり、彼自身もここに執行停止の問題性が存在することを看破している。
- (5) Entwurf einer Zivilprozessordnung, Veröffentlichung durch das Reichsjustizministerium. (1931), S. 200, S. 512.
- (6) Gaul, a. a. O., S. 301. ZPO 七六九条二項、日民訴五四七条四項も同旨。
- (7) Beschleunigungs-Entwurf 1967. については、Gaul も各所でこれに触れている。Gaul, a. a. O., S. 265, S. 302.
- (8) Gaul, a. a. O., S. 302. この点の不抗争性については、先の一九三一年草案に於て果敢に提言されたところであった。これらの点に関するドイツでの動向については、清田・執行停止に対する救済—オーストリー強制執行法に於ける保証の問題を中心として—神奈川法学四卷二号・五卷一号(昭和四四年)一〇一—一〇二ページ参照。
- (9) Gaul, a. a. O., S. 302. Gaul はドイツでの通説である、“Präjudizierung” 所謂“修正”を基本的に肯認している。しかしこれのみでは十分でないことについては彼自身認識しているようであり本文(3)以下により妥当な具体的提言がある。
- (10) この疑なき証書 (unbedenklicher Urkunden) という概念ならびに用語自体ドイツ法に存しないものであり、この点は

既にオーストリー強制執行法に存する制度に範を求めたものと思われる。オーストリー強制執行法四四二条一項一号には既に法文用語として見られる。詳しくは、清田・前掲一一六―一二一ページ参照。

(11) Gaul が言う // 裁量の客観化 // と筆者の企図する // 執行停止要件の客観化 // は一脈通ずる点もないではないが、後者の概念の方がより多様な場合を想定しているのに反し、Gaul のそれは狭義の執行停止要件の部面での問題であることに意義があり、従って、このことは更に、法定証拠主義の問題に関連してゆくことについては本文(4)参照。

(12) Gaul が念頭に置いているであろう法定証拠主義は疑なき証書と担保を両者共包含したものでないか不明であるが、後にオーストリー法四四二条二項に範を求むべきことの可能性を示唆している点からすれば、第三者異議訴訟の際のシカーネ的訴訟及び執行停止につき考慮しているものと思われる。この点、清田・前掲・一一五ページ以下参照。Gaul, a. a. O., S. 303. しかるに、Gaul が他の手続での先駆であるとするドイツ割賦販売法1条aは、一九七四・五・一五の第二次改正により修改正されたものであるが、その内容とするところは、我国の割賦販売法第三条(割賦販売条件の明示)などに該当する内容を包摂するものである。この点1条aの内容と停止要件の客観化と如何に関連があるのか筆者の斯法への認識不足から明確に指摘できない。只、一つ指摘できることは、第三者異議の際の事由判定の際に権利者証明として、これ等法律が要求している要式を備えた証書に執行停止の判断を係らしめ、その範囲内で停止要件の客観化を念頭に置いていることは容易に知りうる。

(13) Gaul, a. a. O., S. 303. Gaul はかくして、こうした具体的施策をオーストリー法に範を求め、しかも、これ等の取扱いを、一名停止要件の客観化と呼称している。この点注(11)の裁量の客観化と如何なる相違があるのかこの点いささか不明である。

(14) ÖEO 四四二条二項二号及び注(12)後段参照。

(15) Gaul, a. a. O., S. 303.

(16) ZPO 七七五条四号・五号いずれも、当事者の処分権主義発露とも見られる行為、弁済受領・猶予の公文書・私文書の提出と郵便による支払証の提出による停止を定めるものである。

(17) 注(16)に所論証明手段は他面、裁判所の手続主宰性を損う結果となる場合もある。従ってその実体面の判定を含めて権限機関の判定に待たねばならぬことに、ZPO 七七六条二段の一時保持に止るべきことの固執を提唱しているものと思われる。

る。なお、本文で使用されている Rückdatierungsgesfahr 概念については実体を把握しえぬが、例えば民訴法 (ZPO) 二〇七条では、不変期間を遵守すべき場合にはこの日附遡及の効力を有するとの規定がある。

(18) Gaul, a. a. O., S. 304. Gaul は、債権者の申立による再度の執行続行についても現行法の立場を維持すべきことを訴訟促進の見地から力説している。

#### 四 若干の立法論的検討と提言

一 これまでに、取消ないし停止制度についてオーストリー法の取扱いと、ドイツに於ける若干の取扱いをみた限りに於いては、次のごとく要約できうる。

執行停止要件の客観化という問題は、実は大きな広がりをもっているということである。一つには、取消ないし停止原因の客観化の問題であり、他は、取消ないし停止の審理手続に関する問題である。取消原因の客観化は、とりわけ、オーストリー強制執行法に於ては、その精緻性を極め、取消原因の明確化によって、手続の取消原因を明らかにし、加えて、その連関としての狭義の停止制度に寄与するところが大きいと言わねばならない。他面、こうした、取消原因の客観化は、発展して、取消手続の特異性と、その位置づけにつき、オーストリー法特有の審理手続を整備する基盤を提供しているということである。取消原因が当事者、特に執行手続の分野に於ては、執行債権者であるが、この者の処分権主義の発露としての面から導き出される原因による取消手続については、裁判所の関与を顕って後退させている点にみられる。これ等の場合の取消手続開始は申立によってのみなされ、しかも、それ等の審理手続に関しては審尋がその基本的審理形態であるが、これ等も、特に処分内容の程度如何によって審尋が行われずになされる場合がある。こうした点を見ると、執行制度の使命を、できる限り、有効・適切に、しかも、処分権主義の妥当しない領域に關してのみ、裁判所の関与を許容し、手続取消の実効性を目的としていることは容易に見出しうる特異性

である。

しかも、この取消手続の明確な位置づけは、各種執行法上の救済—異議ないし訴—との関連にも大きな意味を有している。特に、取消手続と観念的形成手続との位置づけについては、前者を先行手続とし、そこでは、決定手続に於いた迅速な審理手続を用意し、もし、こうした手続に於て、観念的形成手続の手を借用せざるを得ぬ事実と関連するときは、訴への移行を認めるなど、手続進行の段階が易から難へと組み立てられている点である。しかも、このことは取消手続の前置性が必要的とされる訳ではなく、観念的形成手続に結合した取消手続の併合も許容されているという点である。

こうした点などの手続体系を対比するとき、我国の取消ないし停止手続が、観念的形成手続として各種の異議ないし訴の中で留保されている体裁を有するのとは異なり、手続消滅の促進と裁判所の関与における手続の進行がそれぞれに応じて企図されている点であり、こうした点にこそ、執行手続の目的ないし使命が奉仕すべき内容及び程度を背後に明確に踏んだ制度と言えるのである。

確かに、我国の制度の如く、観念的形成手続を前提とした取消ないし停止制度を準備する制度は、確かに一つの利点として、起訴ないし異議提起のイニシアティブという点に一種の負担が賦与され、停止制度の乱用を阻止する機能面を有することは一面肯認できうるわけであるが、他面、このことは、本来的に当事者の処分権の発露によって、手続の取消し迄進んでも妥当と見られる局面に迄こうした起訴ないし異議提起のイニシアティブを賦与する関係で、手続の錯綜をもたらし、本来、簡易な手続で処理される事項までも取込むという逆の効果が導き出されうるのも、また率直に認めねばならない。この点で手続の段階性の原理の思想は是非とも必要であり、先にガウル教授の指摘にもあるように、目的に沿った審理手続を整備すべしとするその具体的提言には傾聴に値するものがある。

二 このように、オーストリー強制執行法での取扱いおよびドイツでの動きを参酌して、私は次のごとき手続体系の整備を提議したいと考える。第一には、取消原因と停止原因を明確に分化することである。そして、第二に、これ等、取消ないし停止原因に見合った審理手続を整備することである。ここに於ては、強制執行制度の目的を明確に踏まえて、観念的形成手続を出来る限り後退させ、例外的に決定手続からの移行ないし委付を容認する形態によって取消ないし停止手続を整備することである。

こうした意味から、昭和四十八年九月に発表された強制執行法案要綱案（第二次試案）が、執行法上の各種の救済方法の整備として、執行抗告、執行異議、執行関係訴訟に統合した点は一応評価できうるが、その救済内容については、ほぼ現行法の救済内容と大差なく、またそれぞれの救済間の統合関係については若干これを明文化したものの、先に私の提議した易から難への手続段階を踏まえた審理手続の整備の問題と、しかも、その前提としての停止原因の客観化については、本要綱案に於ても明確に考慮されていない。これらは、将来の改正作業に於て考慮すべきと考える。

三 かくして既述のごとく、強制執行法の使命ないし目的として、その窮極性と早急な実効性をあげる為の方策が、他面、当事者の正当な権利救済の途を留保しながら、思い切った形でなされる必要があると思われる。かかる観点から、私は、本稿に於ては、いくつか整備すべき問題として執行停止（取消も含んだ意味で）要件の客観化について、若干の比較法的素材によりこれを考察したいと考えたからである。大方のご叱正を頂くことを期してこの小稿を閉じたいと思う。