

論 説

債務名義作成機関と執行機関の分離再考
——民事執行法施行40周年を迎えて——

内 田 義 厚

- 第1 はじめに
- 第2 分離原則の意義——2つの側面——
- 第3 分離原則再検討の根拠
- 第4 分離原則の見直しに関する従来の見解との相違点
- 第5 具体的検討——抽象的差止判決に基づく強制執行について——
- 第6 債務名義作成機関と執行機関の連携強化に対する問題点と検討
- 第7 まとめ

第1 はじめに

2020年は、民事執行法施行40周年となる年であった。この間、いわゆるバブル経済崩壊に伴う競売事件の激増と停滞をはじめとする危機的な状況はあったものの、実務、学説、立法の連携によってその荒波を乗り切り、また、幾つかの懸案事項について立法化（新制度の創設、立法の改廃）や、判例による解決が図られるなどした。そして、そこにおいて一貫して流れていた理念は「権利実現の実効化」という観点であったといえるのではないかと思われる。本稿では、かかる権利実現の実効化の観点から、これまでである意味自明とされてきた、「債務名義作成機関と執行機関の分離原則」（以下、「分離原則」という。）について再検討を加えようとするもの

である。そして、民事執行法立法時における論点の一つとして理論と実務の両面から議論がされた、いわゆる「抽象的差止判決の強制執行の在り方」について、これまでの議論を振り返りつつ、分離原則に関する近時の注目すべき研究結果なども参照しながら検討していくこととしたい。

第2 分離原則の意義——2つの側面——

まず、日本法における分離原則の意義、内容について、2つの側面から整理していく。

1 伝統的・歴史的観点からの分離原則

まず、伝統的、歴史的観点からの分離原則とでもいうべきものがある。これは要するに、執行機関による実体的審査の禁止（執行機関が実体的権利の存否、存続について審査、判断することの禁止）という点が核心になる。「執行機関が自ら給付請求権の存否を審理判断することは、機関の構成上適当ではなく、また強制執行の申立てにつきかかる実体的な審理判断を経てこれを肯認したうえ初めて強制執行を実施することは勿論、給付請求権実現の観点から、強制執行手続進行中も、執行行為の際問題となる毎に、給付請求権の現存を確認すべきものとする、強制執行の進行はたびたび停止されて遷延を招き、迅速、活発、確実に生命とする強制執行の機能は麻痺不随の様相を呈し、その価値は著しく減損する」という菊井博士の記述⁽¹⁾は、上記のような伝統的・歴史的観点からの分離原則を言い表したものである。そして、特にわが国の場合、執行文の制度や執行機関が二元的構成をとっているという点も相まって、分離原則は執行機関による実体的審査の禁止という点に重点が置かれて理解されてきたと考えられる⁽²⁾。そして、執行機関における実体的審査の禁止という点については、

(1) 菊井維大・強制執行法（総論）（有斐閣、1976）30頁。

(2) 山田正三・強制執行法（弘文堂書房、1936）14頁が、債務名義の存在理由につ

(3) 近時有力な異論もあるものの、執行法施行40年の運用の積み重ねの中で、このような実体的審査の禁止という点については、確実に定着していると考えてよいのではないかと思われる。

2 機能的観点からの分離原則

ところで、このような伝統的・歴史的観点からの分離原則のほかにも、もう一つ、わが国における分離原則の理解として、「機能的観点からの分離原則」とでもいうべきものがあつたように思われる。これは要するに、「請求権や判決主文と執行との結びつきの重視」という点が核心にある。「執行機関と権利判定機関を分離するという政策を貫徹するためには、両者の役割の分担をはっきりさせておくことが不可欠である。換言すれば、執行の基本となる者の作出には執行機関を一切関与せしめず、権利判定機関の判定（例外的には当事者の意思の合致）が執行機関にとって拘束的なも

き、「強制執行を為すにあたり、これにより保護せられるべき権利の存在並びにその範囲を私権確定の法則に依り調査し然る後初めて執行を開始するがごときは迅速に手続を実行するの妨げとなり債権者を保護する途にあらざる…」とし、また、兼子一・増補強制執行法（酒井書店、1951）67頁は、同じく債務名義の存在理由につき、「執行手続を教義の訴訟から分離し、独立の機関に担当させる関係上、執行機関をして実体上の請求権の存否の調査に煩わされずに、執行に専念することできるように迅速完全にその手続を遂行させるためである。」としているが、これも、執行機関による実体的権利に関する調査・判断の否定という点が分離原則と密接に結びついていることの指摘と解しうる。これと同旨とみられるものとして、福永有利・民事執行法・民事保全法第2版（有斐閣、2011）48頁。

(3) この点については、和田吉弘弁護士（前青山学院大学教授）の一連のご論考が注目される。同「執行異議・執行抗告の機能の再構成—不動産の所有権帰属の審査可能性をめぐる試論」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新』下巻（有斐閣、1991）93頁、同「強制執行手続における実体権審査について」民訴雑誌44号（法律文化社、1998）222頁、同「強制執行手続と実体権審査—執行債権についての審査を中心として」明治学院論叢653号（2000）99頁、同「CPO成立過程における判決手続と執行手続との関係」新堂先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築』下巻775頁等。本来であれば、これらのご論稿に対する検討も本稿ですべきところではあるが、本稿では、機能的観点からの分離原則に対する批判的検討に重点を置く関係で、これについては追って私見を明らかにすることとしたい。

のであることを承認し、それが執行機関に執行の基本として与えられた以上、そこに表示されている権利の存否・内容については、執行機関としては疑問を抱くことは許されず、必ずその実現のために執行手続を開始・進行してその実現を図らなければならないとしておくことが必要となる。」⁽⁴⁾ という三ヶ月博士の記述は、上述のような機能的観点からの分離原則を言い表したものであるといえる。これは、債務名義、特に判決主文等の給付条項に記載されている事項に忠実な執行こそが分離原則の核心であるという考え方であるといつてよいかと思われ、現行民事執行法の制定に大きな役割を果たされた三ヶ月博士のご主張であったということも相まって、特に訴訟実務あるいは執行実務における中心的な考え方になっていったのではないかと思われる。すなわち、非金銭執行において、債務名義表示の請求権と執行方法が一对一对の関係に立っている場合（平成29年改正前における民法の規律）を前提にした場合、それ以外の執行方法を認めないということが分離原則の趣旨に合致するという考え方につながっていくことになる。また、金銭執行、あるいは、非金銭執行を問わず、判決主文等の給付文言を基に執行方法を決定する、あるいは、執行方法を意識して主文の記載を決定するということが分離原則に合致するという考え方につながっていくことになったと考えられる。

3 機能的観点からの分離原則の問題点

このような、機能的観点からの分離原則の考え方は、執行手続の中でも、定型的処理になじむもの（例えば、金銭給付を内容とする判決を債務名義として、不動産や定型的な債権を差押目的とする強制執行）についてはメリットがあることは確かである。しかしながら、かかる機能的観点からの分離原則は常に妥当するわけではなく、さまざまな弊害、あるいは問題が生

(4) 三ヶ月章・民事執行法（弘文堂、1981）55頁。

(5) 執行実務においては、定型的事件の処理が大多数を占めるので、機能的観点からの分離原則の考え方でも多くの場合には問題は生じないといえる。

じることがある。以下、具体的に指摘したい。

(1) 金銭請求での判決主文と理由の齟齬

例えば、金銭請求訴訟において、一定額の金銭支払いを命ずる判決がされたが、そこでの主文と、理由の記載内容に齟齬が生じている場合、執行機関としてはどのようにすればよいか、特に、理由の記載をもとにして請求債権を構成してきた場合、執行機関としては判決主文の記載を優先させてよいのかという問題になる。

この点、機能的観点からの分離原則を強調すれば、執行機関としては判決主文に表示されている給付請求権の内容に疑義を持つことはおよそ許されず、理由の記載を根拠に執行機関が請求債権を構成することは許されないとする方向が考えられる。しかし、債務名義を作成した裁判所が判決主文の記載において誤記をしたという可能性も否定できないのであるから、判決主文の記載にだけ依拠することは果たして妥当といえるかという問題は残る。この点がはしなくも露呈した判例が、いわゆる非明示の一部請求と残部請求の可否に関する最判最判昭和32年6月7日民集11巻6号948頁である。同判決は、前訴の判決理由中の記載では連帯債務と解釈し得る債務であったにも関わらず、主文の記載を基に分割債務であると解釈したため、後訴において残部請求の問題を解決しなければならなくなったという事案であり、前訴の判決主文を連帯債務と解釈することができていれば、残部請求の問題は解決が容易であったといえることができる。もっとも、ここで執行機関が独自に解釈することは前述した伝統的・歴史的観点からの分離原則に抵触する可能性があるため、債務名義作成機関と執行機関との間の連携の持ち方が課題になってくる。

(6) この判例は民事執行法制定前の判決であるが、同様の事案は民事執行法の下でも起こりうる。

(2) 主文記載等が不明確な場合の処理

機能的観点からの分離原則からすれば、判決主文等における給付記載の表現内容から、その後の執行手続の方向性が決まることになるから、そこにおける主文の記載内容にかなりの神経を使わざるを得なくなり、また、記載があいまいな場合に問題が生じてしまうことになる。例えば、いわゆる引換給付判決と条件付き判決とでは判決主文の書き方が厳密には異なってくるが、そのどちらとも解しえないような主文の判決で強制執行を申し立てられた場合、機能的観点からの分離原則に過度にとらわれてしまうと、債務名義を作成した訴訟裁判所にその趣旨を確認することもできず、⁽⁷⁾頭を抱えてしまうことになりかねない。

(3) 判決主文等の記載が執行方法との関係で意味を持たない場合

判決主文等の記載内容と最適な執行方法が必ずしも対応関係に立たず、請求権、主文の特定がそれほどの意味を有しない場合には、機能的観点からの分離原則では解決がつかないことがある。この場合の例としては、子の引渡しの強制執行での請求権の特定と執行方法との関係が挙げられる。子の引渡しの強制執行についての実体的な性格、その請求権の実体的性格については、民事執行法制定前から様々な争いがあることは周知のとおりであるが、その性質論と執行方法とが直線的に結び付いているかといえ、少なくとも現行民事執行法においては、そのような理解はされていない⁽⁸⁾のではないかと思われる。

(7) もっとも、この場合は、執行文が単純執行文あるいは条件成就執行文のどちらが付いているかで区別すれば足りることも考えられるが、執行文の記載に依拠してしまうことが果たして妥当といえるか、また、執行文のような補充的解釈手段がおよそない場合には解決に窮することになる。

(8) 令和元年民事執行法改正前の論稿であるが、村上正子「判批」民商146巻3号360頁が、請求権の性質決定と執行方法を結びつける考え方を批判する。また、後述するとおり、子の引渡しの強制執行の規律の明確化に関する同改正法の調査審議の過程においても、子の引渡請求権の法的性格と執行方法とを結びつける議論はされておらず、手続的にどのような方法が実効的かつ子の心情に配慮したものとなる

4 本稿の方向性

機能的観点からの分離原則については、メリットも一定程度は認められるものの、具体的場面においては限界ないし問題点が露呈してしまうことは先に述べたとおりである。このような問題点が生じてしまう原因は、債務名義の記載方法あるいは解釈の在り方ということと、分離原則との関係の整理が必ずしも十分になされていないまま、機能的観点からの分離原則が強調されてしまったことにあるのではないかと、もっと言えば、分離原則の本質的要素が何であるかについての整理検討が十分になされてこなかったためではないかと思われる。そこで、本稿においては、分離原則、特に機能的観点からの分離原則について、権利実現の実効性強化を旨とする民事執行法の一連の改正が持つ意義を踏まえつつ再検討する。そして、分離原則の意義・内容について再構成したうえで、債務名義作成機関と執行機関の分離と連携の共生という観点から、幾つかの具体例を基に今後のあるべき理論と実務の方向性を提案することにしたい。検討の順序としては、第1に、機能的観点からの分離原則再検討の契機となっている背景事情や基本理念について整理して明らかにし、債務名義作成機関と執行機関の連携という視点を提示する。第2に、債務名義作成機関と執行機関の連携という点について、これまでの先行研究を紹介しつつ、それらの研究成果と私見との相違点を明らかにする。第3に、上記連携のあり方について具体的に検討するものとして、いわゆる抽象的差止判決の執行方法に関する従来の議論を整理しつつ、これを債務名義作成機関と執行機関の連携という観点からとらえ直し、私見を提示する。そして、第4に、債務名義作成機関と執行機関の連携を図るべきとした場合の問題点や今後の課題などについて検討を加えて、結びとしたい。

かが議論されている。この点につき、久保野恵美子「直接的な子の引渡しに関する規律の明確化」山本和彦監修・論点解説令和元年改正民事執行法（2020、きんざい）208頁参照。

第 3 分離原則再検討の根拠

以下では、分離原則、特に機能的観点からの分離原則の再検討の根拠について述べる。その要点を先に述べれば、(1)平成15年の担保・執行法改正、(2)子の引渡しの強制執行の規律の明確化などを契機として、(1)憲法理念を基礎とした『最適執行』の理念、(2)金銭執行に関する実務運用の現状、(3)子の引渡しの強制執行における債務名義作成機関と執行機関の連携、(4)非金銭執行での執行方法の多様化といった点を根拠として、機能的観点からの分離原則が本質的なものではないという点を明らかにしようとするところにある。

1 再検討の契機

——司法制度改革と平成15年担保・執行法改正——

平成13年6月に司法制度改革審議会が取りまとめた意見書においては、民事司法制度改革の一環として、権利実現の実効性をより一層高めるとい(9)う視点から民事執行制度を見直すべきとの提言がされ、かかる実効性強化の観点から、平成15年に民法担保法及び民事執行法の大改正がされた。その内容についてここでは詳述しないが、その意義は、それまでの「請求権あるいは判決主文等の措定と、それに基づく執行方法の決定」という図式から「より実効的な執行方法の措定とその正当化」という方向へのシフト(10)ということではなかったかと思われる。そして、このようなシフトが最も端的な形で現れたのが、請求権の実現方法の多様化、特に、平成15年の民

(9) 司法制度改革審議会意見書Ⅱ第1の6参照。

(10) 司法制度改革審議会意見書を受けて、2001年6月18日、法務大臣から法制審議会に対し、「権利実現の実効性をより一層高めるとい観点から、民事執行制度の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」という新たな諮問がされたが、これが、「権利実現の実効性」という点をクローズアップさせる出発点になったと考えられる。

事執行法改正で実現した、非金銭執行に関する間接強制の適用範囲の拡大という点であったように思われる。これは、従来の「請求権と執行方法の一对一対応」というシステムから、「請求権と執行方法の結び付きを希薄化し、実効性のある執行方法を具体的状況に応じてその都度選択する」というシステムへの変換であったといえることができる。そして、このようなシフトは、令和元年の民事執行法改正における子の引渡しの強制執行の規律において、「直接的な強制執行」というカテゴリーが新たに設けられることによって、さらに多様化が進行しつつあるといえる。そして、機能的な分離原則は、従来の「請求権と執行方法の一对一対応」というシステムの下でよりよく機能するものであったといえるから、このようなシフトチェンジは、いわば必然的に機能的な分離原則を見直す契機になったといえることができる。

2 再検討の正当化根拠

次に、機能的な分離原則を見直すことがどのような根拠によって正当化されるのかについて検討していく。

(1) 民事執行手続の憲法的基礎——最適執行の理念

民事執行は、民事上の権利（給付請求権）を強制的に実現する国家作用であり、その行使は法に基づくものでなくてはならないことはもとより、その手続は適正なものでなくてはならない。これをより具体的に述べるとすれば、当事者及び関係者の実体的権利をプロセス面で保障していくという点に、民事執行手続の憲法的基礎があるということになるのではないかと考える。換言すれば、債権者、債務者をはじめとする執行手続関係者の実体的な権利を、司法手続を通じて保障するということに民事執行の憲法的基礎の核心があるのではないかと考えている。そして、かかる司法手続による保障の中身をさらに掘り下げると、その内容は、「適正手続を基礎とした最適執行の実現」ということになるのではないかと考える。

そして、ここでいう最適執行とは、民事執行が民事上の権利の強制的実現手続であるということに照らせば、「請求権について、その実質的価値を損なうことなく、公平・迅速かつ経済的に実現する」という意味になるものとする。すなわち、当該権利の性質や当事者が置かれている状況、強制執行に至る経緯等を考慮しつつ、最も適した形で、しかも権利の実質的価値を損なうことなく、公平、迅速かつ経済的に実現する、そして、具体的な執行方法もそのような憲法理念に合致するものでなければいけないということである。そして、このような観点で改めて分離原則を捉え直すと、最適執行を実現するために、機能的観点からの分離原則というものは本質的要素になってくるのかという点については疑問符を付けざるを得ないのではないか、また、本質的要素とされる以外の部分の領域については柔軟な対処を可能にすることが適切ではないかと考える。

(2) 非金銭執行での執行方法の多様化

第4の1で述べたとおり、非金銭執行において間接強制の適用範囲が拡大し、いわゆる不代替的作為義務以外の日金銭債務については間接強制を選択することが可能になっている。また、令和元年の民事執行法改正における子の引渡しの強制執行の規律の明確化の議論の中でも、子の引渡し請求権との関係で執行方法がどのようになるかということが特に議論されたものではなく、むしろ、前述した最適執行の観点から、どのような執行方法が最も適切か、また、子の心情に配慮したあるべき制度設計はどのようなものかという観点からの議論が中心であったといえる。このような立法の流れ、特に、非金銭執行における執行方法の多様化（複線化といってもよい）は、これまでの機能的な分離原則に対して大きな変革を迫るものとなっていると考えられる。

(3) 子の引渡しの強制執行における連携

子の引渡しの規律については、前述のとおり多様化が図られているが、

それ以外にも、実務運用の中で、債務名義作成機関（家庭裁判所）と執行機関（執行官）との事前のミーティングが行われ、両機関の間で緊密な連携がとられていたことも根拠として挙げられる。⁽¹¹⁾このミーティングにおいては、執行官による直接強制を実現するため、執行官にとって参考になる情報（当該子の状態からみて、直接強制を実施することが子の福祉に反するような事情はないか、子が通常所在する場所と監護環境、現に監護している者の性格や行動傾向、直接強制を実施するにあたって特に注意すべき事項）について、債務名義作成機関から情報提供してもらうことが中心になるが、このような連携は、機能的観点からの分離原則を徹底すると、正当化は困難と考えられる。

（4）金銭執行における連携

これまで述べてきた非金銭執行の場面だけではなく、金銭執行の場面においても、債務名義作成機関と執行機関との連携が実務においてはみられる。一つは、平成16年の民事執行法改正で新設された、少額訴訟に係る債務名義による金銭債権に対する強制執行制度であり、少額訴訟債権執行の手続において裁判所書記官が行う執行処分に関しては、その裁判所書記官が所属する簡易裁判所を持って執行裁判所とすることになった点が挙げられる（民事執行法167条の2、167条の3）。もう一つは、運用においてであるが、「強制執行できない債務名義を作成しない」という考えのもと、執行裁判所から、強制執行ができない、あるいは困難になると考えられる判決主文や給付条項について情報提供をして注意喚起を促したりすることが行われている。また、これとは逆に、訴訟事件等の代理人弁護士などから執行機関に対して、判決主文（請求の趣旨、申立ての趣旨）の記載内容、訴訟

(11) このようなミーティングについては、ハーグ国内実施法施行後の執行実務においても踏襲され、最高裁判所事務総局民事局及び家庭局からは事前ミーティングのモデル案が示されていたようである。新民事執行実務14号（2016、民事法研究会）45頁の関連之判事発言参照。

上の和解における給付条項の文言の表現等について問い合わせが寄せられることもあり、それに対しては、具体的事件における指示にわたらない範囲で、一定の情報提供(同種の先例の有無、執行機関での従来の一時的取扱い等を回答する)を行うという運用がされているのが実情ではないかと思われる。このような連携は、機能的観点からの分離原則を中心に考えた場合は正当化が困難と考えられる。

3 分離原則の再構成

(1) 機能的観点からの分離原則の位置づけ

以上の各正当化根拠からすれば、結局、分離原則の核心的な部分は、「執行機関は、債務名義に記載された実体的権利の存否に関する確認や再度の審査は行わない」という意味、すなわち、伝統的あるいは歴史的意味での分離原則の意味に捉えれば足り、機能的観点からの分離原則といわれるものは本質的な要素とはいえず、債務名義作成機関に対する一種の行為規範としての意味を有する⁽¹²⁾にとどまると解すべきである。

(2) 分離原則の中心的要素

核心的要素が前記のように理解できるとした場合、それ以外の部分については、各々の役割分担を強調するのではなく、相互の連携協力ということが重要な要素として浮かび上がってくることになる。そこで以下では、この連携協力ということの具体的な中身について検討する。

まず、前述した最適執行の実現ということからすれば、ここでの連携とは、「債権者の権利の迅速かつ円滑な実現に向けての司法機関の相互連携」という点が核心になると考えられる。これは大きく分けて2つの方向性があると思われる。一つは、「執行機関から債務名義作成機関に対する確認

(12) 強制執行の段階で執行機関及び債権者等の関係者が戸惑ったり、余分な手続負担を負うことがないように債務名義中の給付部分を作成すべき、ということを債務名義作成機関に注意喚起するということが、行為規範の内容ということになる。

協力要請」であり、そしてもう一つは、「債務名義作成機関から執行機関に対する事前確認要請」である。すなわち、執行機関から債務名義作成機関に対して、例えば、執行方法、あるいは、具体的な執行方法の指定に当たって協力を求めるということ、そして、債務名義作成機関から執行機関に対して、その後の強制執行が円滑にいくように事前に確認要請をすること、大きなこの2つの方向性が、この相互連携の核になると考えられる。

第4 分離原則の見直しに関する従来の見解との相違点

分離原則の再構成については、これまでも様々な角度から見解が出されている。ここでは、それらの見解と私見との相違点を明らかにすることとしたい。

1 訴訟裁判所が執行機関となるべきとする見解（非金銭執行について）

分離原則を再構成する方向性の一つは、作為・不作為請求権の執行については分離原則をとらず、訴訟裁判所が執行機関となるべきとする考えである。このような立場に立つ論者は、(1)一つの請求権に対して、複数の執行方法が認められるとすると、どの執行方法を選択するべきかについては、判決主文からは判断できないことになること、したがって、執行機関は（当事者の申立を踏まえて）、執行の段階で、具体的にどの執行方法が最適かを選択し、判断することが求められるとする。そして、(2)民事執行法は、旧民事訴訟法における執行機関の三元的構成（執行裁判所、執達吏、受訴裁判所）に代えて、執行裁判所と執行官を執行機関とする二元的構成へと構造を変えたが、本来、代替執行や間接強制をめぐる裁判においては、事件の記録を参照のうえ、債務名義の形成過程を確認しつつ実体的判断をすることが不可避であって、執行裁判所を執行機関としたことは誤った方向性であったと主張する。そのうえで、授權決定と間接強制の局面に

においては、分離原則に固執することなく、本来の判決機関である第一審の受訴裁判所を執行機関とし、実体的判断を認める必要があるとしている⁽¹³⁾。

しかし、この見解に対しては、判決主文から執行方法を判断するという点で、機能的観点からの分離原則が前提になっている点が疑問点として指摘できる。また、執行機関が、執行の段階で、具体的にどの執行方法が最適であるかを判断すべきとする点は私見と同一であるが、(2)において、代替執行や間接強制をめぐる裁判においては、事件記録を参照のうえ、実体的判断をすることが「常に」求められるとすれば疑問がある。代替執行においては、強制執行の一般的要件の充足のほか、債務名義記載の作為が特定できていること⁽¹⁴⁾、当該義務が代替性を有すること、債務名義記載の作為内容と代替執行申立てに係る作為の内容が同一であれば授權決定が発令されるのであり⁽¹⁵⁾、債務名義作成過程における事件記録を調査することが必ずしも求められているわけではないからである。また、執行実務上も、債務名義作成過程における事件記録を常に調査して実体判断を行っているかといえ、そうではないのではないかと思われる。そのようなことからすれば、執行機関を訴訟裁判所とする根拠の前提は、必ずしも成り立たないのではないかという疑問が出てくることになる。このようなことからすれば、執行裁判所を執行機関とすべきとする見解には賛成することはできない。

2 判決段階で強制執行の決定を併せ行う余地を認める見解

また、分離原則は一応前提としつつ、間接強制が強制執行の方法として

(13) 河村基予・小林秀之「『判決機関と執行機関の分離』原則の再検討—民法414条の改正を契機として—法学論集(鹿児島大学)44巻2号1頁(2011)

(14) 債務名義に表示された作為義務・不作為義務の消滅等の実体関係は審理の対象にはならない。伊藤眞・園尾隆司編集代表「条解民事執行法」(弘文堂、2019)1548頁〔青木哲〕

(15) 齋藤隆・飯塚宏編著・リーガルプログレッシブシリーズ4民事執行(補訂版)(青林書院、2014)328頁〔森淳子〕。

想定される場合においては、判決において強制金（間接強制金）決定を併せ行うことを認めるべきとする見解もある⁽¹⁶⁾。不履行の発生時に初めて強制執行の申立てを考慮するのではなく、不履行に陥った場合の制裁を判決で予告しておくことによって、債務の履行を促進しようとする点に趣旨があると考えられ、間接強制の実効性強化の方向としては注目に値する見解といえる。しかし、このような見解も問題がないわけではない。第1に、代替的作為執行においては、間接強制のみならず、代替執行の方法も認められるが、間接強制ではなく、代替執行（授權決定）における作為の特定についても、このような判決と強制執行の併用が認められるかについては必ずしも明らかではなく、仮に代替執行の場合にこのような判決での併用が認められないとすると、執行の手段としてはやや不十分になってしまうという嫌いがあるように思われる。第2に、間接強制・代替執行を問わず、仮に判決段階での併用が認められたとしても、判決当時に想定された執行方法が、その後の社会経済情勢の変化や技術発展等に伴ってもはやそのまま維持できない場合には、かえってそこで訴訟裁判所で決定したことが足かせになってしまう可能性があるように思われる。また、そのような変化があった都度、訴訟裁判所が執行方法を決定（変更）するというようになってしまうと、これはこれで非常に耐えがたい負担になってしまうのではないかと考えられる。また、このような状況変化を見越した上で債務名義を作成するという事は、訴訟手続の実際においてはかなりの困難が伴うのではないかと、訴訟裁判所の負担の増大、あるいは、本案審理が非常に重くなる危険性が大きいのではないかとという点が問題点として指摘できる。以上からすると、この見解についても、その意図ないし目的には評価すべき点はあるものの、直ちに賛成することはできない。

(16) 山本和彦「強制執行手続における債権者の保護と債務者の保護」竹下守夫先生古稀祝賀『権利実現過程の基本構造』（有斐閣、2002）292頁以下、大濱しのぶ・フランスのアストラント（信山社・2004）499頁。

3 執行機関による権利再調整を肯定する見解

さらに、分離原則について、救済ないし権利再調整の見地から見直すべきとする見解もある。この論者は、債権者と債務者間の利害調整のプロセスに着目し、双方が公正にかかわりあいながら利害調整に向けて関係づけをしていく⁽¹⁷⁾ 手続そのものが救済（過程による救済）であるという観点に立脚して、かかる救済に関する考え方からすれば、執行過程も、もっぱら執行機関の強制力の発現のようにみえるものの、実質は、債権者と債務者が、そのような強制措置を一つの契機にしながら、そこで新たな関係づけを行っているプロセスであると捉えることができるとする。そして、このような観点から、判断過程（債務名義の成立過程）と執行過程の厳密な分離は妥当せず、両者を一体として捉えた上で、執行手続においても当事者間の利害再調整が認められるとする。

この見解については、従来の分離原則、特に機能的観点からの分離原則に対して批判的な観点を提示している点では賛成できるが、執行手続における当事者間の利害再調整を認めることに対しては疑問がある。第1に、ここでいう利害関係の再調整が、債務名義によって確定された実体的権利に関する差異調整を意味するとすれば、そして、その再調整が、請求異議の訴え等の訴訟手続ではなく、執行手続の中で行われるとした場合、執行機関による実体的権利の存否に関する再審査を認めることになり、私見が分離原則の核心とする、「執行機関は、債務名義に記載された実体的権利の存否に関する確認や再度の審査は行わない」という点と正面から抵触してしまうという点が挙げられる。論者は、金銭執行の場面も含めてかかる権利再調整を認めるものであるが、これは上記分離原則の核心的部分との

(17) 井上治典「民事救済手続の理念と構造」井上治典・中島弘雅編『新民事救済手続法』（法律文化社、1992）3頁以下、特に7頁、西川佳代「不作為義務の間接強制に関する諸問題—当事者の役割分担の視点から—」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社、2008）523頁以下、特に534頁。

抵触のみならず、債権者の権利実現の実効化という観点からも問題が多いように思われる。第2に、債権者や債務者が執行の場において、あるいは執行手続に入った段階において、そのような権利の再調整というものを実に望んでいるのかということについては、多くの場合は妥当しないのではないかと考えられるし、執行段階での再調整を認めることは、執行債務者にとっては利益な場合が多いと考えられるが、執行債権者の立場からすれば、事案によっては執行に対する引き延ばしあるいは妨害行為と映る場合もあると考えられ、これが原則化あるいは常態化することは、執行制度に対する信頼を損ねる危険性もあるように思われるところである。以上のような点からすると、この見解についても賛成することはできない。

4 まとめ

これまでの見解と私見との相違は、執行機関の役割論、すなわち、権利の実現過程において、執行機関がどのような役割を果たすべきかという点に関する考え方の相違が根底にあるものということができる。1の訴訟裁判所が執行機関となるべきとする見解は、代替執行ないし間接強制の方法によって債務名義記載の権利を実現するに当たっては、執行機関による実体的判断が避けられないという認識のもと、それをよりよくなしうるのは訴訟裁判所であるという考え方が根底にあるものということができる。次に、2の、判決段階で強制執行の決定を併せ行う余地を認める見解は、判決段階においても実効的な権利実現ないし義務の円滑な履行という観点から、間接強制の場面においては訴訟裁判所が執行機関の役割を果たすべきという見解ということができる。そして、執行機関による権利再調整を肯定する見解は、1あるいは2の見解とは異なり、執行手続も紛争処理の一過程であるという認識のもと、権利の実現という観点よりも紛争の調整という点に重きを置く見解ということができる。

では、これらの見解と私見とはどのような関係に立つか。私見は、分離原則について、執行機関による実体的再審査の否定という点が核心である

と考えるので、権利再調整を広く認める3の見解とは異なる。そして、「債権者の権利の迅速かつ円滑な実現に向けての司法機関の相互連携」という点を重視することから、訴訟裁判所と執行機関の一体化を指向する1の見解とも異なる。また、判決段階における執行方法の特定には問題が多いと考えることから、これを一定の場合には可能とする2の見解とも異なることになる。そして、私見の要点をここで述べるとすれば、「執行機関は、債務名義作成機関がその存在を確定した権利義務について、その時点での状況に即応した形で、迅速に実現していく、最適な形で実現していくということに主たる役割がある」ということを軸に解釈論・運用論を構築すべきだとする見解ということになる。民事執行法施行後40年にわたり、執行機関は、上記のような役割を果たしてきたということで利用者や利害関係者の信頼を得てきたのではないかと思われるのであり、今後も、その信頼に応えるべく、さらにそれを推し進めていくのがあるべき方向性ではないかと考える。もっとも、上記各見解は、間接強制や代替執行における機能的観点からの分離原則の問題点ないし限界を指摘し、それを解決するために、債務名義作成機関あるいは当事者と連携しつつ、執行機関が一定の役割を果たすべきとする点では共通する要素があるといえ、この点は傾聴に値すると考えている。

第5 具体的検討

——抽象的差止判決に基づく強制執行について——

そこで、以上のような検討を基にして、債務名義作成機関と執行機関の連携について、具体的事例をもとに考えていくこととしたい。それが「抽象的差止判決に基づく執行方法」という問題である。これについては、周知のとおり、間接強制の可否の問題もあるが、ここでは、本稿のテーマである分離原則との関係で問題が多い、「抽象的差止判決の執行方法として、具体的な侵害防止措置を内容とする授權決定をなしうるか」という問題点

に絞って検討する。

1 学説状況

授權決定の可否という点については、以下のとおり、否定説、肯定説及び制限的肯定説があるとされている。

(1) 否定説⁽¹⁸⁾

代替執行における作為義務の態様や内容は債務名義の作成手続の中で具体化されるべきであり、授權決定の手続において定めることはできないとする説である。民事執行法の制定及び施行当初に立法担当者を中心に唱えられた見解であるが、学説においても支持がある。⁽¹⁹⁾

(2) 肯定説⁽²⁰⁾

具体的な侵害防止措置を決める授權決定が債務名義としての性質を有し、債務者はこれに対し請求異議の訴えを提起することによって争い得るとする見解である。

(3) 制限的肯定説

一定の場合には具体的態様を授權決定において定めることを認めるとする見解であるが、これについては、どのような要件のもとで授權決定を認めるかによって見解が分かれている。

① 一義的特定必要説⁽²¹⁾

不作為債務の内容及び違反の態様から、なすべき債務の内容が社会通念

(18) 田中康久・新民事執行法の解説（増補改訂版）（金融財政事情研究会、1980）372頁、浦野雄幸・条解民事執行法（商事法務研究会、1985）746頁。

(19) 松本博之・民事執行保全法（弘文堂、2011）337頁。

(20) 竹下守夫「生活妨害と強制執行」立教法学13号（1974）1頁、同「生活妨害の差止と強制執行・再論」判タ428号（1981）28頁、山本和彦ほか編・新基本法コンメンタール民事執行法（日本評論社、2014）428頁〔大濱しのぶ〕

上一義的に定めうる場合に限り、具体的な侵害防止措置を定める授權決定をなしうるとする見解である。

② 債務名義包含説⁽²²⁾

抽象的差止判決に基づいて具体的措置の実施のために授權決定ができるのは、債務者に求められる具体的措置の内容が抽象的差止判決の中に実質上盛り込まれている場合に限り、かつ、命ぜられる具体的措置には、債務者に最も負担が少ないと認められるものが選択されるべきとする見解である。

③ 作為義務包含説⁽²³⁾

抽象的不作為判決において確認された抽象的不作為請求権が抽象的作為請求権を実質的に包含していると判断される場合には、その作為請求権を実現すべき措置を選択、特定して代替執行を認めるかのように抽象的不作為判決に対する適当な処分による執行ができるとする見解である。

④ 救済指針付き差止判決説⁽²⁴⁾

差止訴訟での判決手続の基本構造は、差止めの結果を達成するにふさわしい具体的救済方法の選択肢が、審理の過程の中で徐々に具体化され明らかにされて行くべきプロセスでなければならないという点を前提に、判決手続においては、権利侵害についての判決と救済方法についての判決の段階的实施(二段階的裁判)が必要とする。そして、救済方法としての判決主文においては、基本的な差止命令を記載するほか、例示列挙的に具体的

(21) 香川監修・注解民事執行法(7)(金融財政事情研究会、1989)273頁〔富越和厚〕。

(22) 中野貞一郎「非金銭執行の諸問題」新・実務民事訴訟講座12民事執行(日本評論社、1984)479頁、中野貞一郎＝下村正明・民事執行法(青林書院、2016)820頁、山本ほか編・前掲注(21)28頁〔大濱しのぶ〕。

(23) 安永祐司「抽象的不作為請求・判決と強制執行に関する考察(一)～(五)」法学論叢183巻5号35頁、184巻3号25頁、184巻6号54頁、185巻3号53頁、185巻6号53頁(2018～2019)、特に同(五)67頁。

(24) 川嶋四郎「差止訴訟における強制執行の意義と役割-問題の所在と解決の方向性」ジュリ971号260頁。

救済方法（具体的作為・不作為の措置）を記載した形式のものが妥当とする見解である。その上で、授権決定については、救済方法の特質等から、原則として慎重な審理が要求される^{として}、任意的口頭弁論の実施が要請されるとしている。

2 学説に対する検討

(1) 否定説に対する検討

否定説は、授権決定が執行方法の一態様となり、執行処分であることが明らかにされたことから考えると、否定説が民事執行法の趣旨に適合するとしている。これは、民事執行法の立法作業の中で、一時、不作為義務の執行方法として代替執行を認める案が出されたもの⁽²⁵⁾、これが最終的に否定されたことから、かかる立法経過を踏まえて、否定説を採用するのが穏当と考えられたことによるのではないかと考えられる⁽²⁶⁾。確かに、立法当初において、立案段階で否定された方法を解釈によって肯定することは、立法に対する信用問題にかかわることであるから、このような解釈が唱えられたことには一定の理由はあると考えられる。しかし、民事執行法制定後40年を迎えた今日においては、間接強制の適用範囲の拡大をはじめとして、非金銭執行の多様化が図られていることなどからすれば、現在においても否定説を採用するだけの合理的理由があるとはいえないのではないかと^{思われ}、最適執行の観点からすれば、授権決定の余地も認めていくことが必要かつ相当と考えられる。

(2) 肯定説に対する検討

次に、肯定説であるが、その核心は、不作為請求権の場合には、結果の

(25) 強制執行法案要綱案第二次試案第305参照。

(26) 田中康久・前掲注(19)372頁が、否定説の方が新法（筆者注・民事執行法）には適合するように考えられるとしているのも、かかる趣旨ではないかと考えられる。

除去や適当な処分を求める権利は、実体法上本来の債務名義に記載されている不作為請求権とは別個の請求権であるから、その強制的実現のためには、債務者に防御の機会を与えた上で、その存在を認定し公証する債務名義が必要である、そして、債務者には係る請求権の存否を争う手段として請求異議の訴えを認めるべきという点にあると解される。すなわち、肯定説の根拠は、大別して、①不作為請求権と結果の除去を求める権利とは別個独立の請求権であること、②①を前提に、債務者間の防御権保障の見地から、別途債務名義作成手続を踏む必要があること、それに対しては請求異議の訴えの機会を付与するのが相当、という2点に分けられる。

しかし、①の根拠については、結果の除去や適当な処分は、あくまで当初の債務名義で認定された不作為請求権をどのように実現する（実効化あらしめる）のが最も適切かという観点から定められる執行方法にすぎず、あえて別個の請求権として授權決定の枠内で債務名義作成を求める必要はないのではないか、具体的請求権確定のための手続が授權決定手続で足りるのかという批判が妥当するのではないと思われる。また、②についても、授權決定に対して請求異議を認めることが民事執行法の解釈において可能かという問題は措くとしても、債務不履行状態を惹起している債務者に対して、請求異議の訴えまで認めることが必要なのか、審尋手続の枠内で十分ではないかという批判は成り立つように思われるところである。

(3) 一義的特定説に対する検討

一義的特定説の核心は、不作為債務の内容及び違反の態様から、なすべき債務の内容及び社会通念上一義的に定めうる場合に授權決定が認められる範囲を限定して、機能的観点からの分離原則と執行の必要性の双方に配慮した点にあると考えられるが、このように一義的に定め得る場合が多いとは直ちには考えられないことからすれば、授權決定を認める場面がかなり限定されることになってしまい、非金銭執行における最適執行の要請には反するように思われる。また、一義的に特定できるかについて、執行裁判

所が判断するとした場合、判断材料がおのずから限定されることから、同じく授權決定が認められる範囲が狭くなるという問題点が生じるように思われる。

（4）債務名義包含説の検討

債務名義包含説の核心は、①債務者に求められる具体的措置の内容が抽象的差止判決の中に実質上盛り込まれている場合であること、かつ、②命ぜられる具体的措置には、債務者に最も負担が少ないと認められるものを選択すべきという2点にあると解される。しかし、①については、訴訟裁判所の審理を過度に重くすることになりかねないと思われる。具体的には、判決の中に事実上であるにせよ、具体的防止措置の内容を盛り込まざるを得ないとしてしまうと、訴訟裁判所としては、違法性や受忍限度の審理において、具体的な防止措置として何が適切かということ、かなりの程度意識せざるを得なくなるのではないかと考えられる。また、②については、訴訟審理の段階と強制執行の段階との時間的懸隔が大きい場合には、判決段階で（債務者にとって負担が少ないと思われる）具体的防止措置について仮に決定していたとしても、その内容が陳腐化するリスクというものも事案によっては生じるように思われる。このようなことからすれば、まずは債務名義作成段階においては、請求権の存在というものを可及的迅速に確定し、それに基づく任意履行の段階で、まずは債務者による履行方法の選択権の保障の観点から具体的な措置を債務者において実施させ、それが不十分な場合に代替執行手続の中で具体的措置を決定していくという流れのほうが、トータルとしては迅速、かつ実効的な執行につながるのではないかと、また実務的にも無理がないのではないかとと思われる。

（5）作為義務包含説に対する検討

作為義務包含説の核心は、①不作為義務の強制執行における適当な処分とは、債務名義の問題ではなく執行方法の問題であるとした点、及び②判

決において確認された抽象的不作為請求権が抽象的作為請求権を実質的に包含していると判断される場合には、その作為請求権を実現すべき措置を選択、特定して代替執行を認めるかのように抽象的な不作為判決に対する適当な処分による執行ができる、とした点にあると解される。そして、①については後述する私見と共通する点がある。②については、授権決定が認められる作為義務に引き付けて解決を図るという点でこれまでの見解にない視点を提示しており、評価できる。しかし、ここで論者が言うところの「実質的に包含」という点が、果たしてどのような場面を具体的に想定しているのかということは、必ずしも明らかではないように思われる。また、誰がこのような包含関係を判断するのか、これは恐らく執行機関であろうと思われるが、債権者や債務名義作成機関とこの点に関する認識ないし意図が異なっていた場合にどのように調整をしていくのかといった点については、なお検討すべき点があるように思われる。

(6) 救済指針付き差止判決説に対する検討

救済指針付き差止判決説の核心は、①判決手続（債務名義の作成過程）において救済方法も含めた審理・判決を求めるという点、そして、②授権決定の段階においても、具体的措置を決定するにあたっては任意的口頭弁論によるべきとして、その中で、具体的救済方法の決定及び事後的修正を可能にする措置を決定すべきという点にあると解される。しかし、①の点については、救済方法も審理・判決の中に含ませることは、判決手続を過度に重くしてしまう可能性があるという点で、(4)の債務名義包含説と同様の疑問が妥当するのではないかと考える。また、②については、授権決定における「適当の処分」として具体的な救済方法を決定していくという点は、後述する私見と共通する点があるものの、任意的口頭弁論まで要求することが果たして妥当といえるか、また、授権決定の審理の内容として、

(27) 具体的防止措置に関する特定は、法律的な問題というよりも、科学的・技術的側面が強いのではないかと考えられるから、口頭弁論によるか審尋によるかという

どのようなものを想定しているのかがやや不明確ではないかといった問題点が指摘できるように思われる。したがって、この見解についても、なお検討すべき点は残されているように思われる。

3 各学説の横断的検討——分離原則の観点から——

以上、各学説に対する個別の検討をしてきたが、本稿のテーマである分離原則との関係で、これらの各学説について横断的に検討し、私見を明らかにすることとしたい。

まず、否定説、一義的特定説及び債務名義包含説、また、救済指針付き差止判決説に関しては、機能的観点からの分離原則という考え方が、やはり、大きく影を落としているのではないかと考えられる。すなわち、否定説の論者の中には、授權決定を認めることは分離原則に反すると主張する見解もあるが、ここでいう分離原則とは、機能的分離原則のことを指しているのではないと思われる。⁽²⁸⁾ そうだとすれば、機能的観点からの分離原則が本質的なものではないと解する私見からは、否定説は採りえないということになる。次に、一義的確定説は、債務名義の段階で作為義務の一義的特定を要求し、執行機関はそれに基づいて執行をなしうるにとどまるとする見解であり、これも機能的観点からの分離原則に大きく影響されている説とみることができるから、否定説と同様に取りえないと考える。さらに、債務名義包含説及び救済指針付き差止判決説も、前記した批判のほか、債務名義作成段階の審理（訴訟での審理）において具体的措置が盛り込むことを要求し、執行機関はそれに基づく執行を実施することを期待するものといえるから、やはり機能的観点からの分離原則ということが相当程度意識されているのではないかと考えられる。したがって、否定説、一

点はそれほどの重要性は持たないのではないかとと思われる。

(28) 松本337頁は、「民事執行法は、債務名義の内容に応じた執行方法を定め、作為執行については具体的な作為義務の内容を特定した債務名義を要求しており、種々の執行方法の混ぜ合わせはできないと考えられる。」としているが、これは機能的意味での分離原則に他ならないのではないかと考えられる。

義的確定説及び債務名義包含説については、2で述べた各説に対する批判および分離原則との関係において採用することはできない。

では、肯定説についてはどうであろうか。肯定説の論者である竹下教授は、原則的には、執行機関は、債務名義に定められた給付義務の実現を任務とし、債務名義に表示されたところと異なる給付義務の強制執行は許されないとしつつ、不作為義務の強制執行については、同義務の履行以上のことがなしうること、実体法的には、違反の結果の除去義務は、不作為義務とは別個の作為義務であることからすれば、将来のための適当な処分として、侵害防止設備の設置義務の存否・内容を判断し、授權決定を与えたとしても、それが判決機関と執行機関の分離の一般原則に反するゆえに不当とはいえないと主張される。このうち、竹下教授が「債務名義に表示されたところと異なる給付義務の強制執行は許されない」のが原則としている点は、機能的観点からの分離原則をかなりの程度意識してのものと思われる。これを原則として据えている点については疑問がある。もっとも、竹下教授の主張の核心はそこではなく、執行機関が将来のための適当な処分として侵害防止設備の存否・内容を判断し、これに授權決定を与えることが妥当とする点にあると解される。しかし、この部分は、分離原則の本質的部分と考える伝統的・歴史的観点からの分離原則と抵触してしまうことになるのではないかと考えられる。すなわち、債務名義に定められた不作為義務の実現以上の実体的義務を、執行機関が「独自に」決定できるとしてしまふと、債務名義で定められた実体的権利について執行機関が審査・判断することと基本的には異ならなくなるのではないかとということである。この点、具体的防止措置の決定の問題を実体的義務の問題とは切り離し、執行方法の決定にすぎないとすれば、歴史的・伝統的観点からの分離原則との抵触は避けられるが、実体的権利義務の問題としてしまう限り、抵触することは避けられないのではないかとと思われる。このように考えると、肯定説に対しては、機能的観点からの分離原則の側面からの批判ないし疑問もあるものの、むしろ重点は歴史的・伝統的観点からの分離原則と

の抵触という点にあったのではないかと思われる。

もっとも、肯定説が、抽象的不作為義務の強制執行、特に生活妨害や公害等の新しい紛争に対して実効性ある強制執行を指向している点は現在においても重要性を失っておらず、非金銭執行の多様化が図られるようになった現在においては、さらに重要性が増しているといつてよいと思われる。

そこで、以下では、かかる肯定説の趣旨を生かしつつ、抽象的差止判決に基づく強制執行について、「債権者の権利の迅速かつ円滑な実現に向けての司法機関の相互連携」という観点を取り入れた形で、私見を提示することとしたい。

4 私見

(1) 民事執行法171条1項2号の解釈

抽象的不作為義務の強制執行において、具体的防止措置を内容とする授權決定ができるかという点は、民事執行法171条1項2号の「将来のため適当な処分」の解釈にかかわるので、まずこの点から検討する。

まず、「将来のため適当な処分」を執行裁判所が授權決定においてなしうとした趣旨は、不作為義務の多様性、また、違反防止手段の多様性という点を考慮し、最適執行の実現という観点から、授權決定の段階において最適な執行方法があればそれによるべきとした趣旨と解する。換言すれば、この段階では、執行裁判所は、最適執行を実現すべく、いわば非訟的に関与していくということになるといえる⁽²⁹⁾。そして、「適当な処分」とは、請求権あるいは義務を確定するという問題ではなく、純粹に、その具体的執行方法の問題にすぎないという形に理解すべきではないかと考える。特⁽³⁰⁾

(29) 丹野達「抽象的差止判決の執行」東洋法学39巻1号77頁（1995）。同論文86頁は、「将来のための適当な処分」について、非訟的性格を有し、訴訟手続によらなければならないとする必然性はないとする。もっとも、その根拠が、上記処分の内容に関する判断が裁判所の裁量的性格を有するという点に求められている点は相当ではないと考える。

に、不作為義務の強制執行については、何が適当な処分として最良かということが一義的に定まらない場合も多いと考えられることから、請求権や義務の確定とは切り離して、債務名義作成機関や、あるいは専門家の協力なども事案によっては得ながら、執行機関が最適な執行方法を選択・確定すべきという趣旨に解するのが最も妥当ではないかと思われる。すなわち、債務名義作成機関と執行機関の連携がここでのポイントになると考えられるのである。

以上を要約すれば、執行機関が適当な処分を定め得るとしたのは、最適執行の観点から具体的な執行方法を定めるべきとする趣旨であり、執行裁判所は、その趣旨を実現すべく、債務名義作成機関等と連携しながら、具体的防止措置をいわば非訟的に形成していく立場にあることの現れと解しうる。そして、このような解釈は、機能的観点からの分離原則というものが本質的なものではないという立場をとることで初めて整合的に導き出されると考える。また、授權決定について、債務名義が確定判決の場合には第一審裁判所が執行裁判所となること（民事執行法171条2項、33条2項）も、かかる連携を実質化・容易化するという観点から整合性をもって理解することができると思う。

(2) 「第二の債務名義の作成過程」という考え方について

授權決定における具体的防止措置の特定はあくまで非訟的な性質を有すると考えるのが私見ではあるが、これに対しては、作為・不作為執行においては、授權決定にしても間接強制決定にしても、本来の債務名義に書いていない給付義務をそこで宣言しているのではないか、執行裁判所が取り扱っている事項は判決事項にもなりうる性質のものであり、執行手続にお

(30) 安永・前掲注23(四)73頁は、ドイツの判例を参照しつつ、生活妨害事案では個々の侵害防止措置は請求を特定する要素とはならず、授權決定手続において債務者が実施すべき措置を審理・判断しても、請求権の存否を確定することにはならず、分離原則には直ちに抵触しないと考えられるとしているが、私見も同意見である。

いて第二の債務名義作成過程が展開しているのではないかという点からの疑問ないし批判が考えられるところである。しかし、本来の債務名義は、作為・不作為請求権の存在という、強制執行の不可欠の前提をなす実体法上の請求権の存在を示すものであるのに対し、授權決定や間接強制決定は、かかる実体法上の請求権の存在を前提として、それを強制的かつ実効的に実現するにはどのような執行方法ないし措置を採るべきかという点に焦点があるのであり、その意味では実体法上の請求権（義務）の具体的形成を本質とするものとして、本来の債務名義の作成過程とは質的にかなり異なるのではなからうか。また、当事者（特に執行債権者）の意識としても、ここで新たに債務名義を作成する（換言すれば、新たな請求権または義務の存否を決定し、内容を特定する）というよりは、どのような方法によることが本来の債務名義の趣旨を生かすことになるのか、そのためにはどのような執行方法および具体的措置が最も適切か（最適執行の理念に合致するか）という点に重点が置かれていると考えるのが通常ではないかと考えられる。また、執行機関としても、本来の債務名義の趣旨を解釈し、権利ないし義務としても同一性を損なわない範囲で、より実効的な執行方法は何かという観点から授權決定や間接強制決定を行うのが通常と考えられる。このようなことからすれば、授權決定や間接強制の手続を「第二次的な債務名義作成過程」と位置付けるのは相当ではない。

（3） 授權決定の具体的手続

では、(1)の解釈を前提とした場合、授權決定の手続はどのように進行させることになるか。ここでは、執行機関からの確認協力要請の場合について、授權決定の手続に即して考えていくことにする。

まず、授權決定の申立てをする際に、まず適当な処分の具体的内容について白紙の状態で執行機関が決定するということは困難ないし不可能な場合が多いと考えられる。そうだとすれば、適当な処分の具体的内容については、まず、ある程度の特定を債権者に求めるということは必要と考える

(このような、債権者による特定責任については後述する。)。その上で、債務者審尋を行い、ここで債権者が特定した具体的な侵害防止措置について争う機会を保障するとともに、過酷執行の回避等の観点から債務者に審尋を行うことになる⁽³¹⁾。そして、その結果、侵害防止措置について確定できれば特に問題は生じないが、それが確定できないということになった場合には、執行裁判所から債務名義作成裁判所への確認協力要請が必要になる。すなわち、判決主文の趣旨の確認、あるいは、判決の理由中で執行方法に言及していた場合、その内容を確認する、場合によっては訴訟記録の検討といったようなことも考えられよう⁽³²⁾。すなわち、債務名義作成段階での訴訟記録などを適宜閲覧・調査し、それも判断資料の一つとしながら最終的に執行裁判所が確定をしていく、つまり、判断資料を得るという方法も考えられる。また、具体的な侵害防止措置に関して、それ以外の方法で訴訟裁判所から何らかの情報提供が得られるのであれば、当事者に対する手続保障に配慮する必要はあるものの、それを拒否するまでのことはないように思われる。そのような手続を経た上で、なお具体的な侵害防止措置について特定ができないというのであれば、授権決定の申立てを却下するということもあり得るが、多くの場合は、これらによって侵害防止措置を特定した形での授権決定がなしうるといえることになると考えられる。また、運用上の問題ではあるが、このような手続の中で、具体的な侵害防止措置の確定にあたって専門的知見が必要と執行裁判所が判断した場合には、その意見聴取を必要的なものとするのも検討に値するのではないかと思われる。

(31) 債務者は、授権決定申立ての段階で、すでに何らかの防止措置をとっているのであれば、それが不作為義務の履行としては十分であることを主張していくことになる。また、債権者が特定した防止措置についても、審尋の中で反対の提案をしていくことになると考えられる。

(32) あるいは、本案訴訟における受忍限度の審理においては、現時点での防止措置の内容とその評価が問題になっていることが多いから、その内容を執行機関が把握し、それとは異なる形あるいはレベルでの防止措置を考えるきっかけにすることもできよう。

第6 債務名義作成機関と執行機関の 連携強化に対する問題点と検討

以上述べてきた、債務名義作成機関と執行機関の連携については、検討を要すると思われる問題点がいくつかあると考えられる。以下、この点について検討する。

1 執行機関二元制との関係

わが国が採用する執行機関二元制を前提とした場合、かかる連携強化はどのように解されるのか、具体的には執行官についても同様に解すべきかが問題になるが、これまで述べてきた連携強化の趣旨からすれば、執行官も当然に含まれると考える。債務名義作成機関との連携強化は、執行官による具体的運用のばらつきを解消し、また、個々の執務能力向上のためにも必要と考えられる。また、子の引渡しの強制執行においては、既に債務名義作成機関からの情報提供や協議等が行われ、これは有用なものと評価されていることからしても、連携強化は執行官においても図られるべきである。

2 連携の時期ないしタイミング（事前の確認要請の場合）

債務名義作成機関から執行機関に対する事前確認要請の場合には、その時期が問題になる。すなわち、具体的執行方法の問題は実体的権利の存否と全く切り離すことはできないのであり、事前確認要請がされたタイミングいかんによっては、執行機関が債務名義作成機関に対して実体的権利存否に影響を及ぼしたともみられかねないという懸念が想定される。しかし、金銭執行を中心とする事前確認要請に関するこれまでの運用において、かかる懸念が生じた例はないのではないかとと思われること、また、執行機関としても、当該具体的事例に対する回答というのではなく、これま

での先例の有無、執行実務における一般的と思われる取扱例などの紹介に止まる限り、特に大きな問題は生じないと思われる。

3 執行手続の当事者との関係

債務名義作成機関と執行機関の連携は、司法機関相互の連携という点が中心となるので、かかる連携の中で当事者はどのような役割を果たすことになるかが問題になる。

(1) 債権者の役割

第6で述べたとおり、授権決定の申立ての際に、債権者に対して侵害防止措置等についてある程度特定を求めるということができ、債権者は、それに協力する義務があると考えられる。具体的には、授権決定の申立てに際し、違反行為の防止ないし予防的措置として必要な作為の内容を可能な限り具体的に示すということになるとと思われる。そして、かかる債権者の特定義務は、民事執行法施行40年の中で大きな動きの中で、肯定することは比較的容易ではないかと思われる。すなわち、平成10年の民事執行法改正では、不動産競売において三回売却手続を経てもなお売却できない場合の競売手続の取消しにおいて、債権者の協力義務を基礎とする規定がおかれ（民事執行法68条の3第2項、民事執行規則51条の5第1項参照）、また、令和元年の民事執行法等の改正においては、子の引渡しの強制執行に当たっての債権者の出頭義務（民事執行法175条5項）といった形で規定が設けられており、このような流れからすれば、授権決定等における具体的な侵害防止措置の特定義務というものも十分に根拠づけられるのではないかと思われるし、また、適切と考えられる。そして、この義務を債権者が尽くさないということであれば、授権決定の申立てが却下される場合もあると考える。このあたりは、非訟事件手続での債権者等の当事者の協力義務とその違反の効果という点からの検討が必要と思われるが、授権決定の分野においては、上記のように解釈することはできると考える。

(2) 債務者の役割

債務者に対しては、債務者の特定に対する反論の機会を付与する見地から、審尋の際に具体的な侵害防止措置に対する意見を聴取する機会を付与することが必要になると考える。また、具体的な侵害防止措置については、債務者からの具体的な提案があれば、それを審尋などを通じて積極的に聴取し、防止措置の最終的な確定に役立てることが必要かつ適切と考えられる。

4 専門家の関与

専門的知見の活用については第6間の4(2)で触れたが、例えば、専門家からの意見聴取などが訴訟裁判所の段階でされているような場合には、その内容について執行裁判所に提供するといったことも考えられる。執行手続における専門家の活用という点は、2019年の改正において子の引渡しの強制執行の中でクローズアップされた問題であるが、⁽³³⁾ 授権決定の場面においても活用の余地はあると考える。特に、具体的防止措置が科学的・技術的分野の専門領域に属する場合はそうであろう。

5 事前確認の方法ないし範囲

事前確認要請の運用については、口頭弁論期日や和解期日でそのような要請を行う旨、双方立会いの期日において事前に告知し、その上で、当事者あるいは代理人を通じての事前確認という流れになることが多いのではないと思われる。提供する情報については特段の限定はないと考えてよいであろう。債務名義作成機関が承認ないし同意した情報に限定されるのかという点については、連携を実効化するという観点から、差し当たり、限定しないほうが望ましいのではないかと考える。

(33) 内野＝吉賀＝松波編著・Q&A 令和元年改正民事執行法制（きんざい、2020）286頁参照。授権決定の場合も、執行官が行う場合は、執行補助者（執行官規則12条）として専門家を活用することは考えられよう。

6 執行裁判所の負担の問題

債務名義作成機関との連携を軸に具体的な侵害防止措置をはじめとする具体的執行方法を決定していくとした場合、執行裁判所の負担は重くなりすぎるのではないかと疑問ないし懸念も考えられるところである。しかし、具体的な侵害防止措置をはじめとする執行方法の決定は本来的には執行裁判所の役割であり、そこでの負担は当然負うべきと考えられること、執行機関が独自に具体的執行方法を決定すべきということであれば、そのような懸念も当たっている部分があると考えられるものの、債務名義作成機関や債権者などとの連携により決定するというのであれば、その負担はそれほど懸念する必要はないのではないかと、実際上も、かかる連携が本格的に要請される場面はそれほど多いとは想定されないので、十分に対処しうるのではないと思われる。

7 執行機関による債務名義の解釈権限との関係

債務名義作成機関との連携を軸として具体的執行方法を決定していくとした場合、債務名義の解釈権限が執行機関に属することとの関係で抵触が生じないかという疑問が出てくる可能性がある。しかし、債務名義の記載内容について、執行機関が客観的・合理的に解釈した上で、具体的執行方法について執行機関による判断が容易でない場合や、債務名義の記載の給付部分について疑義がある場合などについて、債務名義作成機関に対して確認、および、情報提供を求めるという点が連携の核心であることからすれば、債務名義の解釈権限が最終的に執行機関に帰属するという点に揺るぎはないのであり、抵触は生じないと考えられる。債務名義作成機関はあくまで情報提供者、あるいは、意見を述べるという立場にとどまり、執行機関の解釈権限に対して何らかの影響を与えるものではないと考えられる。

8 立法化の要否

かかる債務名義作成機関と執行機関との連携について立法化が必要かは問題になりうるが、立法化が必須とはいえないと考える。現在においても、債務名義の解釈や子の引渡しの強制執行において連携がある程度図られていることは前述したとおりであり、そのような運用について明文の根拠の有無を問題とする見解は見当たらないことなどを考えると、民事執行法の解釈・運用論のレベルで、連携は十分実現できるものと考えている。もともと、個々の制度において、そのような連携について明文化が必要な場合はないとはいえないが、それについては、その都度必要性について検討すれば足りるように思われる。

第7 まとめ

分離原則の核心は、歴史的・伝統的意味における分離原則、すなわち、執行機関による実体的な審査の禁止という点にあり、機能的観点からの分離原則というものは、本質的なものではない。民事執行法制定時およびその後しばらくは、非金銭執行に関する執行方法が多様なものではなく、また、実務上も、機能的観点からの分離原則にとらわれていたようなところがあったと思われる。特に、抽象的差止判決についての執行方法、特に具体的な防止措置を内容とする授權決定をなしうるかという論点については、学説においても、機能的観点からの分離原則が大きく影を落としていたのではないかと、また、執行機関が独自に具体的に侵害防止措置を決定しようとしたことで、歴史的・伝統的意味での分離原則とも抵触する結果となってしまっていたのではないかとと思われる。しかし、民事執行法施行後40年にわたる立法や実務の動きは、権利実現の実効化、あるいは最適執行の実現という観点から、そのような観点を脱し、逆にシフトチェンジを促す方向であったということがいえる。すなわち、債務名義作成機関と執行

機関の「分離」という点を強調するのではなく、その妥当する範囲を的確に画したうえで、両機関の連携も他方の軸としながら、最適執行の実現を図るという方向性への転換である。特に、非金銭執行における具体的執行方法の決定については、請求権や判決主文との結び付きを重視した機能的な分離原則を出発点とするのではなく、実効性（最適執行）の観点から債務名義作成機関と執行機関が連携して最も適切な方法を見いだすべきであり、その手続過程においては、債権者、および債務者も一定の義務ないし役割を果たすべきであると考え。そして、このような考え方に対し、分離原則が何ら障害となるものではないというべきであり、分離原則と、債務名義作成機関と執行機関の連携という考え方は共存、共生し得ると考える。

(本稿は、早稲田大学特定課題研究2021C-044の助成を受けた。)