



博士論文概要書

松村和徳

(題名：民事執行救済制度論—民事執行法における救済制度の研究序説—)

本論文は、民事執行法における不当執行および違法執行に対する不服申立制度の意義とそのあり方を研究の対象として、その再構成を試みたものである。とくに、本論文では、不当執行に対する第三者異議の訴えと請求異議の訴えを中心に研究した。本論文は、序章と四つの編からなる。本論文では、「民事執行は権利の実現のための制度であり、しかも、その実現は迅速かつ確実であることが要請され、この保障が司法の信頼を支えるといえる。しかし、反面で、民事執行は、国家権力による市民の生活圏への強制的介入である点を見逃してはならない。」という認識を出発点とする。かかる認識の下、研究対象である執行における不服申立制度を、国家による不当・違法な強制的介入からの「救済制度」として位置づけ、検討した。

まず、序章においては、民事執行の実体的正当性確保システムを論じること、民事執行の基本構造及び救済制度に関する筆者の基本的考え方の提示を試みた。序章で、民事執行における実体的正当性確保システムの基本構造を中心に考察することにしたのは、民事執行が債権者等の生活圏への強制的介入によりそれらの者の法益を侵害する実質をもっており、かつその説明は民事執行制度の全体構造を捉えることにつながるからである。そして、そこでは、現代の民事執行法学においてこの問題について本格的に論じ、議論をリードする竹下守夫教授の所説と中野貞一郎教授の所説を分析・検討することを通して、筆者の固有の視点の提示を試みた。結論的にいえば、筆者は、強制執行の局面、担保権実行の局面、対第三者の局面の三つの局面から、民事執行における実体的正当性確保システムを考察し、執行の正当性は、執行システム自体の内では確保することは困難であり、執行システムとそれを取りまく他の諸制度の相互作用のなかで確保されるしかないというのが、私見である。

序章では、まず中野・竹下両説を、次のように、批判・検討した。中野説は、当事者の執行・反対名義提出責任を觀念して、当事者の行動にその正当性を確保する役割を任せようとする。しかし、民事執行は、権利の国家機関による強制的実現であり、その民事執行の正当性は、国家が執行権を独占する限り、基本的には国家が制度的に保障すべきものと思われる。恣意的な当事者の行動を制度保障の基礎とすることはできない。また、中野説の説くように、債権者の債務名義提出の必要を「責任」の觀念で捉えるのが、適切かは問題と思われる。さらに、中野説では、第三者との関係で執行の正当性をうまく説明できない。第三者の関係でいえば、不当執行に対する第三者異議の訴えがまず考察対象となるが、この訴訟において第三者の反対名義提出責任を觀念すること自体、極めて困難である。第三者異議訴訟において、問題は、執行対象面での適法な執行行為による第三者の法的利益の侵害であり、それは、第三者にとっては、いわば不意打ち的侵害といえる。しかも、国家権力による強制的介入を第三者は受けることになる。こうした第三者に、反対名義提出責任を觀念して、執行の正当性確保の役割を担わせる論理構成には十分な論拠がないと考える。次に、竹下説では、執行の正当性保障は執行の事前審査システムと事後的是正システムによって確保されるとし、さらに、事前審査システムの重視を唱える。執行の正当性保障を執行システムの中で考えるという姿勢には、賛成である。しかし、竹下説においては、事前審査システムが重視され、そのシステム内の債務名義制度及び執行文制度により執行の正当性が確保されるという構成には疑問がある。事前システム自体がわが国の執行システムの中では十分ではないと思われるからである(例として、執行証書の場合)。竹下説の第二の問題は、担保権実行における執行の正当性保障についてである。この場合には、債務名義制度は存在しない。事前審査システムは、強制執行の場合と比べ、きわめて簡易である。そうすると、竹下説自体この局面では、事後審査システムを重視せざるをえなくなる。しかし、不当執行に対する最終的是正、救済手段は、最終的には、担保権不存在確認の訴えなどの通常の訴えに依拠する。つまり、執行システム外に事後的是正システムの機能を委ねることになる。第三に、竹下説では、第三者に対する関係でも、事前審査システム重視による執行の正当性保障という見解は貫徹できない。第三者に対する関係では、第三者異議の訴えに執行の正当性保障(実体的コントロール)を求めているが、しかし、執行というのは、基本的には債権者=債務者関係で考慮

されるべきもので、その正当性を第三者のイニシアチブに委ねるべきものではない。執行の正当性のために第三者に起訴責任を負わせるのは、やはり是認できない。以上を考慮すると、中野説も竹下説も執行の正当性保障について十分な論証をしていないとするのが筆者の結論である。

そこで、筆者は、執行の実体的正当性確保システムにつき、次のような私見を展開した。すなわち、

民事執行が国家制度である以上、その正当性も制度的に保障すべきものと考ええる。その点では、竹下説に賛成である。また、執行システムにおいては、竹下教授により詳細に説明されたように、事前審査システムと事後的是正システムから執行の正当性は担保されるという基本的枠組みが存在するといえる。しかし、問題は、かかる執行法上のシステム単独では、その制度は機能しないということを認識すべき点にある。つまり、執行制度が債務名義制度及び執行文付与制度で事前に実体的正当性を審査し、救済システムにより事後に実体的正当性を審査するとしても、その債務名義制度、執行文付与制度さらには執行行為を支える裁判制度、公証制度、書記官制度など、あるいは執行内部制度たる執行官制度等との連関を離れては、執行の正当性担保は、機能しないと考えるのである。その例として、確定判決と執行証書に基づく強制執行を比較してみた。債務名義制度が、所定の成果を上げるには、民事裁判制度、公証制度などが十分に機能することが前提なのである。しかし、現在の公証制度は、債務名義制度に期待される成果をもたらす前提制度としては、制度的に十分だと言い難い（第二編第二章参照）。それゆえ、既存のシステムに基づく見解では、執行の正当性確保はできない。執行の正当性確保の基本的枠組みとしては、竹下説の説示するように、事前審査システムと事後的是正システムとになるが、既存のシステム自体に何らかの変容を加えねばならない。最終的には、立法的解決が必要であるが、わが国の立法事情を鑑みると、大きな期待はできない。そこで、解釈論によるシステム把握の変容が必要となるのである。まず、事前システム自体が完全ではない以上、事後的に不当な執行を是正、排除することになる救済システムの比重が大きくなっていく。他方、不完全な事前システムを支える周辺・内部制度の解釈論的変容も必要となろう。この二つの方向からのアプローチにより、執行の正当性確保の方策を考慮すべきと思われる。また、対第三者との関係においては、事前審査システムは観念できない。もっぱら、第三者異議の訴えという救済制度に、執行の正当性確保は委ねられることになる。しかし、第三者異議の訴えの特質からは、執行の正当性確保はその二次的機能でしかない（第一編参照）。他方、執行が国家作用であり、しかも第三者は基本的に執行とは無縁であることを考慮すると、むしろ、対第三者関係では一層執行の正当性確保は重要になる。それゆえ、この局面でのその確保は、制度的にもまた現在の解釈論を前提にするとやはり何らかの変容が必要である。例えば、債権者による執行目的物の特定責任、第三者異議の訴えの予防的利用やその許容性の拡充など、解釈論による従来の考えの変容を前提としない限り、この局面における執行の正当性確保は難しい。担保権実行の局面においては、執行の正当性は、執行システム外の救済制度、つまり、担保権不存在確認の訴え等によるしかないのである。強制執行とのバランスを考慮すると、事実上、担保権実行における執行の正当性確保は執行システム内では困難としか言いようがない。おそらく、執行の正当性確保のためになしうる次善の策は、現行法では、解釈により執行開始の局面、執行救済の局面で柔軟な対応をしていくことだけのように思われる。

以上の私見においては、とくに、強制執行の局面、担保権実行の局面、対第三者の局面という三つの局面から考察したとき、共通するのが執行救済制度の重要性である。これらの局面においては、執行救済制度、つまり竹下説的にいえば、事後的是正システムの比重が大きいと言えよう。しかし、それも、周辺制度や社会的諸条件いかにによってその所定の成果の成否は決まってくる。そのためには、執行救済制度をめぐる周辺制度や社会的諸条件の分析が不可欠であり、それが解釈論に反映されねばならない。かかる作業を行ったのが、以下の四つの編の論述である。とくに、第一編の第三者異議の訴え及び第二編の請求異議の訴えに関して、かかる観点からの考察を、本論文では中心的に行った。

第一編で取り上げた第三者異議の訴えは、修士論文以来の研究テーマである。その第一章から第三章で、第三者異議の訴えの法的性質論を中心に、その訴訟構造、目的等を、ドイツ法及び日本法における学説史を中心に検討を加えた。その結論の概要は、次のものである。

第三者異議の訴えは、第三者の権利および法的地位の保護のために、第三者が執行手続において自らの権利主張をなす機会と場所を保障することにその主たる制度目的はあると考えるべきである。この制度目的については、強制執行の対象面での正当性を保障するために、執行の対第三者関係における実体的適否を判決手続で確定し、その結果を執行手続に反映させることにその目的があるとの見解が近時有力に主張され、支

持されている。しかし、これは制度運営側から、この訴えの機能を論じたにすぎない。この訴えが、第三者のイニシアティブに依拠するものである点を無視してはならない。この見解では、何故に執行の実体的コントロールを本来執行の外に在るはずの第三者の訴え提起に係らしめるのが十分に説明できないのである。また、他の執行関係訴訟と第三者異議の訴えを同列にして考察することには無理があると思われる。沿革的には、第三者異議の訴えは執行審における参加制度として発展してきたものである。

第三者異議の訴えの法的性質をめぐっても、請求異議の訴えの場合と同様に激しく争われている。ここでの議論の中心は、第三者異議訴訟の訴訟物・判決効、そして現実の執行の停止・取消の関係であり、通説・判例は、形成訴訟説をとる。また、最近では、第三者異議の訴えの判決効の二重機能性を認める、特殊訴訟説も有力である。しかし、法的性質論は、第三者異議の訴えの解釈論に反映できる性質論をとるべきである。第一章及び第二章においては、従来の議論を、(1)訴えの理由づけの局面、(2)訴えの方向性の局面、(3)判決効の局面という三つの局面から分析、検討した。そして、そこでの結論は、次のようなものである。つまり、従来の議論は、そもそも請求異議の訴えと第三者異議の訴えをパラレルに捉える点に問題がある。第三者異議の訴えは、債務名義成立過程を問題とすることはなく、つまり、既存の権利・法律関係の形成には基本的には全く関係なく、権利実現段階で生じた紛争をその対象としている。そして、この紛争は、実質的に「私人対私人」の紛争である。和解・認諾もできる。第三者異議の訴えは、「債権者」に対して提起されるのである(2の局面)。執行を実施する執行機関の行為を問題としているのではない。さらに、この訴えは沿革的には第三者の所有権の保護を目的とした妨害排除の訴えとして生成され、発展してきたことを見過ごしてはならない。第三者異議の訴えが妨害排除の性質を有することは比較法上も沿革上も承認されている(4の局面)。それゆえ、第三者異議の訴えは、妨害排除(差止)的に理解し、実体的違法性に基づく不作为請求権ないしは執行排除請求権を訴訟物として、その性質は給付の訴えに類して理解すべきである(3の局面)。ただ、執行は、債権者でなく、執行機関によって実施されるので、執行排除のメカニズムの説明の点で問題が残る。しかし、第三者異議の訴えで問題となるのは、債権者の行為である。したがって、第三者異議請求認容の場合には、執行開始前であれば、債権者には執行名義不提出義務が生じ、執行後では執行排除義務が生じると解すべきである。そして、後者の場合には、執行排除義務は執行手続の事実レベルで債権者の執行反対名義提出義務に転化すると解し、債権者が義務不履行の場合には、第三者が自ら判決正本の提出をなすことができる執行反対名義提出の意思表示の擬制(民執一七三条の類推適用)があったと解することで、執行排除のメカニズムは説明できる(新給付訴訟説の提唱)。このように解することが、執行の停止・取消は執行反対名義の提出があってはじめて生じるとする、民執法三九条及び四〇条の文言に、最もそうことになると思われる。

かかる第三者異議の訴えの理解に基づき、第四章で、第三者異議の訴えの許容基準について検討を加え、その再構成を試みた。私見は、第三者異議の訴えを給付訴訟の一類型として捉える。したがって、従来議論されてきたように、この訴えを原告適格を論じる意義は、ほとんどないと考ええる。むしろ、重要なのは実質的にいかなる場合にこの訴えが認められるかである。第三者異議の訴えの異議事由については、現在は、第三者が執行対象物につき一定の権利ないし保護されるべき法的地位を有し、それが侵害され、かつその侵害につき執行を受忍する理由がない場合に、第三者異議の訴えが認められるという点で一致をみているといっていよい。これは、第三者異議の訴えを妨害排除(差止)的に把握するにほかならない。もっとも、わが国における通説的な実体法的妨害排除請求権理論では、その射程範囲は狭すぎる。執行は、国家権力による市民の生活圏への強制的介入であることなどを勘案して、権利一般をその妨害排除(差止)請求の対象とする点に第三者異議の訴えの執行上の特殊性がある。そして、このことは、物権を中心とした権利指向から権利一般をめぐる実体的違法性指向へ解釈基準が移行したことを意味する。したがって、第三者は、本案審理において異議事由を主張しなければならないとするが、実際上は第三者は執行対象物をめぐる自己の権利ないし法的地位が対債権者との関係で実体法上違法に侵害されていることを主張すればよい。基本的に第三者が執行対象物をめぐる何らかの権利または法的地位を有するかぎり、第三者は原告適格を有すると言える。問題は、実体的違法性の存否であり、それにより第三者異議の訴えの許否が決定する。

次の問題は、執行対象物との関係においていかなる場合に、第三者の権利ないし法的地位が対債権者との関係で実体法上違法に侵害されていると言えるかということである。通説・判例は、執行により第三者の権利がなんらかの侵害を受けること、その権利が執行債権者に対して対抗できるものであること、および執行を排除できる正当な理由があることを要求する。この問題について最も詳細に検討を加えるのが竹下守夫教授である。竹下教授は、請求の当否の判断基準は、三つの段階を経て決定されるとする。まず第一段階では、

第三者の実体的権利の侵害があることを要する。この権利の範囲は、物権的妨害排除請求権の根拠となる権利が基本となるが、第三者異議の訴えの訴えの場合には、現在の実体法の通説の考える範囲より広く捉えるべきとする。そして、かかる権利が侵害されているか否かは、執行の種類と権利の種類により一般的に定まるとする。基本的には、利益衡量論である。そして、その関係上、第二段階で、権利の性質からではなく、執行債権者の対応などから、執行の違法性が認められる場合を想定する。つまり、第三者との関係において債権者の権利実現が権利の濫用または信義則違反となる場合には、執行の違法性が認定できるとする。そして、第三段階では、逆に権利の性質から執行の違法性が認められても、第三者側に権利行使を制限される事情がある場合には、執行は違法でないとする。権利行使が法令により制限されている場合、執行債権者の権利の順位が第三者の権利に優先する場合、第三者の権利行使が権利濫用・信義則違反となる場合が挙げられている。

私見は、第三者異議の訴えは妨害排除請求的性質を有すると考えるゆえに、基本的には竹下説に与する。しかし、主張・立証の側面で、私見は若干異なる。通説・判例も竹下説でも、基本的には第三者が執行の違法性と受忍理由の不存在を主張・立証する負担を負うことになる。しかし、第三者異議の訴えの場合には、第三者は基本的に債権者＝債務者間の執行とは無縁のはずであり、執行目的物をめぐり執行により不意打ち的に紛争に巻き込まれ、起訴負担を負うことになった者である。また、執行行為自体は適法であろうと、第三者側からみれば、実体的に違法な侵害であり、しかも国家権力による強制的介入である。また、二次的には執行対象面での執行の正当性確保の役割まで押しつけられている。そして、基本的には、第三者異議の訴えは第三者の生活圏への国家機関の強制的介入に対する救済手段であることを勘案すると、執行という国家作用の局面での第三者の地位のバランスをとる必要がある。そうすると、第三者は執行目的物について自己の権利ないし法的地位が存在することを主張・立証すれば、基本的に執行の実体的違法性は推定されたと考えてもいいのではないかとするのが私見である。そして、権利の優先性、第三者の代替的権利保護手段の存在、第三者の権利行使の禁止または信義則等の違反などは、執行の実体的違法性を阻却する事由となり、債権者が主張・立証の責任を負う者と考える。なお、竹下説での第二段階で考慮される債権者側の権利濫用等は、執行目的物につき第三者が権利ないし法的地位を有する限り、債権者側から違法性を阻却する事由が提出された場合に再抗弁として第三者側から主張・立証されることになる。しかし、実際的には、筆者のように対第三者関係では執行自体がすでに実体的違法性を帯びると考えると、権利濫用等の法理が適用されてくる局面はあまりないことになる。

以上の主張・立証責任の分配の基本方向に基づき、抵当権者の提起した第三者異議訴訟事件を具体例にあげ（東京地裁昭和四七年一〇月三十一日判決下民集二二巻九一十二号五七六頁。これはまた信義則に違背した権利行使を理由に第三者異議の訴えを認容した事例でもある）、従来の見解と私見の相違を顕在化した。抵当権に基づく第三者異議の訴えの許否については、抵当権は異議事由となりえないとする従来の通説・判例と私見とが、最も対立する局面の事案であり、結論的には、原則・例外が逆転する。この問題で、私見は、次のような理論構成をとった。

第三者が自己の抵当権の存在を主張することにより、第三者は、原告適格を当然に有し、適法に第三者異議の訴えを提起できる。第三者が抵当権の存在を主張・立証すれば、まず実体的違法性が理論上推定される。ただ、抵当権者は、実体法上、優先弁済権が保障されていることから、通常は、配当要求が可能である。したがって、一般には債権者がその旨を主張することによって、つまり、第三者の代替的権利保護手段の存在により執行の実体的違法性は阻却され、第三者異議の訴えの訴えは、棄却されることになる。通常は、かかる理由から、抵当権に基づく第三者異議の訴えが提起される場合はまずない。しかし、事案によっては、抵当権は執行により担保価値の減損を被り、それが受忍できない場合が出てくる。例えば、抵当権者の効力の及ぶ動産を他の債権者が差し押さえたり、又は引渡し強制執行にでる場合などである。かかる場合には、第三者は、代替的権利保護手段の存在の主張に対して、執行による担保価値の減損を主張・立証することにより執行の実体的違法性が認定され、第三者異議の訴えを理由づけうるとするのが私見である。ただ、この場合にもさらに、抵当権者が担保価値の減損を受忍すべき理由（例えば、建物取壊土地明渡しの執行の場合に、建物に抵当権が設定されているが、建物の賃貸借契約が有効に解除されたという理由など）を債権者が主張・立証することにより、実体的違法性は阻却されることになる。そして、それに対し、第三者がかかる理由のないこと（例えば、前述の例で建物の賃貸借契約の解除が無効）をさらに主張・立証するという構造を想定できる。理論的には、このようなメカニズムで、抵当権者の第三者異議の訴えの許否が決定されるといえる。実際的には、最初から執行による担保価値の減損又はそれを受忍すべき理由の有無が主張され、争点となる。抵当権に基づく第三者異議の訴えが提起されるの

は、実務上はこうした場合である。したがって、筆者の考えでは、抵当権をめぐる従来の見解の原則・例外が逆転する形となる。

第五章は、このような許容基準から、最高裁昭和四〇年三月二六日判決（民集一九巻二号五〇八頁）を題材に、第三者異議訴訟における詐害行為取消権の主張方法に関して検討し、抗弁として主張する旨を論じた。

第二編は、請求異議の訴えに関してである。まず第一章で、請求異議の訴えの基本構造について、従来の議論とは、まったく異なる私見を展開する。それは、次のような内容である。

請求異議の訴えの議論は、従来のように、判決効中心の議論は回避すべきである。また、請求異議の訴えと第三者異議の訴えをパラレルに考える思考は採るべきでない。そのように見た場合、請求異議の訴えの多様性が注目されてくる。とりわけ、以下のような守備範囲の拡張は注意すべきである。

まず第一に、民事執行法により債務名義の成立に関する請求異議の訴えが導入された点である。このことは、請求異議の訴えに従来とは異別の型が加えられたことを意味する。債務名義の成立に瑕疵がある場合には、債務名義それ自体が無効となり、そもそも債務名義に執行力の生じる余地はない。したがって、債務名義の執行力の排除のみを請求異議の訴えの訴えの目的とする従来の通説・判例では、この型の請求異議の訴えはうまく説明できない。

第二に、債務名義の成立に関する請求異議の訴えの導入とも関連するが、わが国の議論（とくに通説）が依拠するドイツ法の請求異議の訴えとわが国民民事執行法の請求異議の訴えは、その守備範囲が根本的に相違する点を考慮に入れるべきである。とくに重要となるのは、ドイツ法では、わが国とは異なり、変更の訴えと請求異議の訴えでその守備範囲の分担が基本的にはなされており、ドイツ法的な請求異議の訴えの把握をわが国で採るには、慎重を要する。

第三に、わが国の判例、学説における請求異議の訴えの守備範囲の拡張を見逃すことはできない。その一つに挙げられるのが、信義則違背や権利濫用を理由とする請求異議の訴えが認められることである（前者、最判昭和三七五年五月二四日民集一六巻五号一一五七頁、最判昭和四三年九月六日民集二二巻九号一八六二頁、後者、大判昭和一五年二月三日民集一九巻一一〇頁（肯定説）、最判昭和四〇年一一月二一日民集一九巻九号二二七〇頁（否定説））。これらの請求異議の事由に基づく請求異議の訴えを許容する場合、従来の請求異議の訴えの理解ではカバーできない面が出てくる。

また第四に、最近、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを認める判例が民事執行法下で出たことも注目される（東京地判平成六年一月二六日判タ八五三号二七三頁及びその控訴審判決たる東京高判平成七年五月二九日判時一五三五号八五頁）。ここでの問題は、本来、請求異議の訴えは債務名義の執行力排除を目的すると解する従来の判例・通説では、請求異議の訴えの守備範囲外であったといえる。しかし、実際の必要から、旧法下でも争いがあり、判例も分かれていた。民事執行という国家作用が市民の生活圏への強制的介入であり、他の救済手段の存在の有無等を考慮すれば、このような請求異議の訴えを認めるべき実務上の必要性は、大きい。いずれの場合にも、肯定説の根底には、請求異議の訴えは債務者の救済という観点があるといえよう。そして、それは救済制度としての請求異議の訴えの制度的使命の拡張といえる。問題は、かかる肯定の場合に、請求異議の訴えの把握が従来と変わるかであろう。例えば、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの肯定は、特定財産に限定して債務名義の執行力の排除を求める請求異議の訴えの許容と把握し、従来の理論の継続性を図る見解も主張されている。この見解では、請求債権の有無についてはどのような形で確定するのであるか。別途の債務不存在確認の訴えは許されるとするのであるか。前掲・東京高判平成七年五月二九日はこれを認めた。一方で従来の理論から外れて請求異議の訴えを認め、判決効の局面では従来の理論を維持する。そのこと自体で、従来の通説たる形成訴訟説の理論構成自体が変容していると思われる。

さらにまた、債務名義の種類により、取扱いを異にする必要はないかも考慮すべきある。すでに、債務名義の性質如何により、管轄、異議の範囲が異なることは認められている。この点もどう評価すればよいのであろうか。さらに、後述するが、例えば、確定判決に基づく請求異議の訴えと執行証書に基づく請求異議の訴えとの理解は、同一であってよいと言えるであろうか。債務名義作成過程および執行文付与過程での差異は大きい。救済のあり方からも再考していく必要がある。

以上のことを考慮すると、従来のように請求異議の訴えを単一的枠のなかで把握することは再考されるべきと思われる。むしろ、請求異議の訴えについては、債務名義の種類あるいは異議事由により、判決効、異議の同時主張の強制などの点で個々にその構造の把握が変わることを正面から肯定していくべきではなかろうか。つまり、請求異議の訴えという単一構造の訴えは存在せず、債務名義をめぐる争いを基礎にして異な

る構造を有する執行救済訴訟の総体（集合体）を請求異議の訴えと解する方向性が今後検討されるべきである。その方が、その制度的使命の拡張と合致し、わが国固有の請求異議の訴えの把握確立につながる。

かかる方向性からの請求異議の訴え把握の試みとして、第二章では、執行証書に基づく請求異議の訴えに関して検討した。具体的には、確定判決と執行証書に基づく強制執行の場合を比較し、考察した。この章では、まず、執行証書の債務名義性に関して検討を加えた。ここでの筆者の出発点は、「債務名義の執行力の根拠は、それを認めた法律自体に求めるべきとの見解があり、確かに、法律により債務名義性が認められる以上、執行証書は債務名義として取り扱われる。それ自体を否定することはできない。しかし、問題は、法律がなぜその債務名義に執行力を認めたかである。執行証書の債務名義性が許容される根拠および制度的保障が存在しなければならないのである。法が承認する効力を認める根拠や制度的保障に問題があれば、立法や解釈論でそれを是正していかねばならない。」という点にある。そして、本論文では、執行証書の債務名義性の根拠を、(1)社会的需要、(2)法的制限—証書の方式・手続の厳格な履践—、(3)執行受諾意思の表示、(4)事後的な救済システムの存在、の四つに分けて、検討・分析した。その結果、わが国における執行証書制度の個々の正当化根拠に問題が存することを明らかにした。さらに、執行証書作成に際し、債務者像の転換の必要性を指摘した。続いて、ドイツ法における執行証書制度の概要ととりわけ公証人の役割と責任につき、判例・学説を概観し、積極的公証人像の構築と公証人の教示義務の導入の必要性を問うた。そして、執行証書に対する請求異議の訴えの構造の再構成を試みたのである。そこでの、主張は次のようなものである。

執行証書の場合には、社会的需要も大きいが、反面で、消費者信用取引をめぐるトラブルが発生したように、執行証書制度自体に問題がある。現行の執行証書は、国家による市民生活圏への強制的介入である執行の前提たる債務名義としては、他の債務名義（とくに、確定判決）に比べ、債務者救済及び債務名義制の制度的保障の点で必ずしも十分ではない。その保障のためには、まず公証制度自体の解釈論的変容が必要となる。執行証書の場合には、その担い手である公証人の役割が非常に重要であり、とくに、執行証書作成に際し、公証人に実質的審査権がない点は問題である。そこで、ドイツ法参考にして、解釈論として実質的審査権ないし公証人の教示義務を解釈論上認めていく必要を唱えた。これにより、債務名義制度および執行文付与制度の補完をなしうると思われる。しかし、執行証書の場合には、債務名義性の付与が紛争予防的になされ、代理人による作成も可能であるという特質を有する。それゆえ、事前審査システム自体に限界が存する。そのバランスをとるためには、救済システムによる調整が必要となる。執行証書の場合、不当執行に対する救済システムとして実質的に機能することが期待されるのは、請求異議の訴えである。そこで、この請求異議の訴えの再構成の必要が出てくるのである。それでは、どのようにしてバランスをとるか。私見は、執行が国家作用であること、事前審査システムの不備などを勘案して、まず、執行証書に基づく請求異議の訴えの場合には、教示義務違反を請求異議事由として主張できる旨の請求異議事由拡張論を唱え、さらに、請求異議訴訟において義務づけられている異議の同時主張の強制（三五条三項）を執行証書の場合には緩和すべきとするものである。これにより、不当執行に対する救済の機会が増え、さらには、執行の正当性確保機能も厚くなるであろうと考える。そして、執行証書に基づく強制執行の実体的正当性も、このような二重の解釈論的変容を経て確保されると考えるのである。

第三章では、第一章で展開した観点から、検察官が訴訟費用の裁判の執行のために発した徴収命令の請求異議の訴えの拒否についての、平成四年七月一七日最高裁判決（民集四六卷五号五三八頁）を題材に、請求異議の訴えの適用範囲を論じたものである。ここで展開した請求異議の訴えの許否基準に関する私見は、許否は、この訴えの役割との関係で考慮し、債務名義であることを前提として、債務名義の特質、他の不服申立手段の存否とその利用可能性、実質的審理の必要性等を斟酌しながら、各債務名義毎に決定していく方向を主張した。

このように、本論文では、請求異議の訴えの構造に関して、まったく新たな方向からの理論構成を試みた。しかし、それは、執行証書に基づく請求異議の訴えを中心にした考察であり、この領域での研究は、まだ未完成である。本論文の副題に研究序説をつけた所以である。

第三編では、違法執行に対する救済手段である執行抗告と執行異議を検討した。とくに、債権等についての担保権実行における差押命令に対する不服申立てをめぐる高裁決定の対立を考察の題材に取り上げ、執行抗告と執行異議の振り分け基準を検討したものである。第一章では、執行抗告と執行異議の基本的特質と、民事執行法における違法執行救済制度の位置づけを概説した。そして、ここでの最大の問題は、両違法執行

救済制度の振り分け基準である。この振り分け基準を考察する対象として、本論文では、債権等についての担保権実行における差押命令に対する不服申立てを取り上げた。この不服申立方法については、民事執行法一九三条二項で、同一四五条五項（執行抗告）と同一八二条（執行異議）を準用していることから、実体的事由を理由として執行抗告が提起された場合にどう取り扱うかをめぐり、高裁間で食い違いをみせ、学説でも所説が対立していた。そこで、この一九三条二項の解釈論を通じ、違法執行救済制度としての執行抗告と執行異議のあり方を検討したのが、第二章である。第二章では、次のように、私見を展開した。

民事執行法における執行抗告と執行異議の振り分け基準は、四つの準則による。つまり、(1)異議事由の系統事由への限定、(2)両制度の重疊的行使の禁止、(3)再抗告の禁止、(4)担保権実行では、執行異議により実体的事由を主張できる(1)の特則一である。一九三条二項の解釈論において、この準則を変更すべき必要性があるか否かを、考察対象とする。そして、この解釈が問題となった、大阪高裁昭和五六年決定、東京高裁昭和六〇年決定、高松高裁平成二年決定を取り上げ、執行抗告説（東京、大阪高裁決定と学説の多数説）と、異議事由振り分け説（高松高裁決定）の対立を分析し、かつこれに加え、学説上展開されていた所説を検討・分析した。その結果、結論的には、異議事由振り分け説の優位を主張し、理論上を再構成を試みたのが、本論文である。本論文での主張は、異議事由振り分け説の最大のネックは、(2)準則との適合性であり、これが多数説に批判された最大の問題点であった。そこで、私見は、この点についての異議事由振り分け説の正当化を試みた。まず、私見は、差押命令の機能・特質に着目し、差押命令には、処分禁止機能と、取立権付与により民事執行における最終的決定機能が存する旨を主張した。そして、前者の機能は、まさに、担保権実行手続における競売開始決定と同義に解することができ、他方、後者は、不動産競売における売却許可決定と同義に解することができるとした。それゆえ、差押命令は、一つの執行処分ではあるが、実質的には、二つの執行処分の特質を有すると解することができる。その結果、差押命令では、処分禁止機能を有する特質において、他の担保権実行と同様に当事者の公平の見地から、競売開始決定に対すると同様に、執行異議で実体上の事由を主張できると解し、他方、取立権付与という機能の点において、終局的決定たる性質から売却許可決定において執行抗告が認められると同様に、執行抗告ができると解した。

第四編では、配当段階での救済システムを論じた。ここでは、物上保証人に対する不動産競売事件で、被担保債権の債務者は配当異議訴訟の原告適格を有するかが問題となった、最高裁判決平成九年二月二五日（民集五一巻二号四三二頁）の判例評釈を通して、考察を加えた。なお、この配当段階での救済システムの研究もまだ今後の課題を残す。この事件では、担保権実行における競売手続で、執行目的物の所有者と被担保債権の債務者とが異なる場合で、被担保債権の債務者は、競売手続の執行関係又は配当関係の当事者ではない。しかし、債務者も自己の債務については、利害関係を有している。そこで、被担保債権の債務者は、民事執行法一八八条にいう債務者かが問題となった。ここでの解釈論の焦点は、かかる債務者に原告適格を認めると、配当異議の申出権者が多数生じ、手続を複雑化させ、本来の執行手続の目的を危険にさらすことになるが、他方、かかる債務者の利益はいかに救済されるかである。最高裁判決は、手続債務者に限定する形で、かかる債務者に原告適格を認めた。私見は、本件に関してのみ、結論的には支持できるが、原則は否定説をとる。つまり、手続債務者に限定して配当異議を認めるとしても、手続債務者の地位の偶然性、所取う者の異議申出の場合の調整、判決効の問題などで、疑念を払拭することはできず、これらの問題が生じる可能性がない、実行担保権の被担保債権の債務者が単独の場合で、かつ所有者の異議申出がない場合に限定した形でのみ、手続債務者の配当異議を認めることができると解する。

以上、申請した博士論文の概要である。