

執行力概念の再検討

河 崎 祐 子

I はじめに

私法関係においては、当事者たる個人の意思によってこれを自由に規律させる「私的自治の原則」が妥当する¹、といわれる。この観点からすれば、私法領域での紛争すなわち民事紛争についても、その当事者たる個人の意思によって解決が図られることが望ましい、という考え方が成り立つ。実際民事訴訟法は、訴訟がいかなる程度にあるかを問わず裁判所による和解の勧誘を認める（89条）などともとも当事者の意思による訴訟の終了に好意的であったし、2000年代には、「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（いわゆるADR法）の制定やこれを踏まえた産業競争力強化法（同法以前には旧産業活力再生特別措置法）における認定認証紛争解決事業者（いわゆる事業再生ADR）の制度化など、私的合意を活用した紛争解決を志向する新しい動きがみられた。

ただそこで興味深いのは、このような近年の私的自治活性化の試みが、最終局面ではいつも、国家の強制力すなわち執行力の付与を要求していた、ということである。例えば、法務省のもとに設置されADR法の内容について議論したADR検討会において、ある委員は「ADRというのは私的自治をベースとしているかもしれない」が「準司法機関的」なものだから「アウトプットに関しては、司法機関と共通するところがある」、それゆえ「厳しい要件」のもとで執行力を与えることも「仕組み方によって全然できないことはなかろう」と主張していた。しかし、こうした主張が根強く存在していたにもかかわらず、最終的にはADRに対する執行力の付与は実現しなかつ

¹ 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表『新法律学辞典〔第3版〕』（1989年）625頁参照。

た。その際、裁判官として検討会に参加していたある委員は、「ADR というのは自主解決だったはずなのに、何で最後になって突然国家権力に結び付くのか」との疑念を呈したうえで、執行力の付与を求めた論者らに対してこう断言した。「私法上の和解に執行力を与えるという理論的な根拠が本当にあるのだろうかというまず理論的な問題がある」²。

こうした新たな動きが注目されるのは、それが図らずも、民事訴訟制度に内在する次のような疑問を想起させるからである。すなわち、私法関係の原則とされる私的自治の原則に基づいた個人の意思の貫徹と、執行力に基づいた国家の強制力の行使（強制執行）という、本来相対立する関係にあるはずの両者が、なぜ民事訴訟という一連の手續のなかに並存しているのだろうか。また、こうした両者の“協働関係”はどのような理論的根拠に基づいているのだろうか。この疑問を探究するために、本稿では、判決内容の実践の問題としての執行力に焦点をあて、これを理論的に検討してみたい。

もちろん、民事執行上の中核的概念である執行力については、既にさまざまな定義や説明が数多くなされている³。しかし、抽象的なその概念規定が民事執行の性質や基本構造とどのような理論的關係にあるのかという執行力の理論的な根拠については、近年立ち入って検討されることが少ないように思われる。これに対して、この理論的な課題に向き合ってきたのは、民事執行法学の権威である中野貞一郎博士である。中野博士は、「債務名義の執行

² 河崎祐子「民事手続法としてのADR法」一橋法学13巻3号（2014年）937-939頁。

³ 例えば、近年では、川嶋四朗『民事訴訟法概説〔第2版〕』（2016年）353頁、三木浩一・笠井正俊ほか『民事訴訟法〔第2版〕』（2015年）462頁、司法協会『執行文講義案〔改訂再版版〕』（2015年）13頁、斎藤隆・飯塚博編『民事執行〔補訂版〕』（2014年）26頁、長谷部由紀子『民事訴訟法』（2014年）274頁、小島武司『民事訴訟法』（2013年）679頁、野村秀敏『民事訴訟法の解説〔4訂版〕』（2005年）153頁、小田司編『民事執行法・民事保全法』（2014年）46頁、松村和徳『民事執行・保全法概論〔第2版〕』（2013年）20-24頁、竹下貴浩『司法書士デュープロセス民事訴訟法・民事執行法・民事保全法〔新版第2版〕』（2012年）113頁、生熊長幸『わかりやすい民事執行法・民事保全法』（2012年）25頁、中西正・中島弘雅・八田卓也『民事執行・民事保全法』（2010年）2頁、和田吉弘『基礎からわかる民事執行法・民事保全法〔第2版〕』（2010年）38頁、福永有利『民事執行法・民事保全法』（2007年）43、49頁以下などがある。

力」を「形式的執行力」と「実体的執行力」に区別して、前者を「もはや債権者がそれ以上の裁判を求める必要なしに強制執行をなしうる、執行に熟した状態」、後者（「ふつうは」はこれを「指して執行力とい」う）を「債務名義に表示された給付請求権の強制執行による実現を求めうること」と定義したうえで、執行力の理論的な根拠は「当該名義に基づいて強制執行をすることを認めた法律」にあり、「憲法上の基礎（憲二九条一・二項）に立つ」と論じた。この中野博士の理解をめぐっては、「執行力は、権利存在の判断の、執行担当機関に対する、行動準則としての通用力」であるとの立場に立つ竹下守夫博士から「執行力を物質化するものといわざるをえない」との批判が寄せられたが、再反論した中野博士は、竹下博士のいう「通用力」の根拠も結局は「債務名義性を認めた法律」にしか求められないはずだと指摘したのであった⁴。

「債務名義」の内容（「給付請求権」）の「強制執行による実現」を求めうることを執行力だと定義し、その理論的な根拠を究極的には「憲法上の基礎（憲二九条一・二項）」に求めるこの中野博士の議論は、執行力を民事裁判手続の一環として位置付けようとする点に極めて大きな意味があるように思われる。なぜなら、司法の「民営化」という発想のもとに法律でADRに執行力を付与せよという上述の議論とは異なって、中野博士の立論は、国家の強制力の恣意的な発動を裁判手続という憲法的基礎において抑制しようとするものだと思われるからである。「どのような文書を債務名義とするかは、立法者の政策的考慮にかかる」⁵という叙述は、この中野博士の問題認識を踏まえたうえで理解されなければならない。

しかし、それでもなお執行力をめぐる問題については、さらなる探求の余地があるように思われる。というのも、一部の強い要望にもかかわらずADRへの執行力の付与が最終的には実現しなかったように、執行力の根拠

⁴ 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂六版〕』（2010年）169頁、竹下守夫「執行力の本体」民事執行法の論点（1985年）63頁〔初出は、法学教室23号（1982年）〕。

⁵ 中野・前掲書注(4)66頁。

とされる「債務名義性を認めた法律」の内容は、一定の理論的な根拠のうえに成り立っているからである。またそれゆえに、竹下博士が指摘しているように、執行力の「本体を正しく把握してはじめて」「債務名義の意味、請求異議訴訟の訴訟物・判決の効力、執行力の拡張の意味など」を、「ひいては民事執行制度の基本的仕組み」を、「正しく認識しうるに至る」と考えられる⁶。ならば、執行力概念を検討することは、その根拠や執行の法律構成を問い直す契機となり、さらには、国家が私法の領域にどのような形で関わっているのかというより一般的な問いをめぐっても、何らかの手がかりの獲得につながるのではないだろうか。

そこで本稿では、このような問題意識のもとに、日本における体系的な民事訴訟法理論を確立した加藤正治博士、兼子一博士、そして竹下守夫博士の三博士の理論に焦点をあてて、①執行力の定義、②強制執行の法的性質、及び③そこでの国家の法的役割、という三つの角度から、理論的理解の歴史の変遷を辿ってみたい。この本稿の目的に即して、以下の考察の対象は、民事執行法1条の規定する「民事執行」のうち、強制執行（特に確定判決を債務名義とするもの）に限定する。

II 権利関係の実現—加藤説

1. 前史

強制執行に関する規定は、もともと日本最初の民事訴訟法典である明治23年（1890年）民事訴訟法（以下「明治民事訴訟法」という）の第六編（強制執行）に置かれていた。この明治民事訴訟法は、判決手続に関しては大正及び戦後に改正を経たが、強制執行部分については改正がたびたび見送られた結果、昭和54年（1979年）3月に現行民事執行法が成立するまで、立法的に概ねそのまま継受された当時のドイツ民事訴訟法の内容を幅広く維持していた。もっとも、その理論的理解は最初から一貫していたわけではない。

⁶ 竹下・前掲書注(4)63-64頁。

例えば、明治民事訴訟法制定当初に法典調査委員会委員を務めた高木豊三博士は、強制執行（民事の執行）を、「確定判決若クハ其他ノ執行名義ノ趣旨ニ従ヒ公力ニ籍リ強制以テ各種ノ義務ヲ執行セシムル一切ノ手續」⁷と定義し、起訴権能の有無を判定する予審手続、本案の審理手続に続く、民事訴訟手続の「三段落」と位置づけた。それによると、民事の執行をめぐるのは「裁判所ハ所謂裁判権若クハ管轄権ニ依テ」「一箇人ヨリ一箇人ニ對スル私権保護ノ爲ニ此權利ヲ實行ス」るのであり、「國家ハ統治權ノ主體タリ故ニ一般人民ヲ強制スル權アリ」との理解に基づいて、「人ノ身體若クハ財産ニ對スル強制權ハ國家ノ占有ニ屬ス」と解される。この国家が独占する「執行權（Exekutivegewalt）」は、「裁判所カ裁判ヲ爲スニ就テ有スル所ノ職權ノ全部」である裁判権の一種として「司法權ニ屬スルモノ」で、「直接若クハ間接ノ強制ニ依テ裁判所ノ命令殊ニ判決ヲ實行スルノ權利」である「訴訟上ノ強制即チ強制執行ノ權利ニシテ法律ノ令スル所ヲ基本トシ之ニ裁判所自カラノ宣言ヲ付シ（執行命令）而シテ之ヲ強制的ニ執行スル所ノ裁判所ノ權利ヲ云フ」、とされる⁸。

これに対して、民事訴訟法改正事業を引き継いだ民事訴訟法改正調査委員会委員の一人である松岡義正博士は、判決及び強制執行を「私権ヲ保護スル裁判上ノ手續」だとしたうえで、強制執行について「國家カ權利者ニ私権…（略）…實行ノ結果ヲ享有セシムルカ爲ニ強制力ヲ應用シテ行フ私権保護ノ手段」と定義する。ここでは、強制執行を判決と並ぶ「私権ヲ保護スル裁判上ノ手續」とする点では高木博士と同様ながら、重点が“義務の執行”から“私権実行の結果”へと移っている。というのも、強制執行は「國家ノ命令ニ服從セサル義務者ニ對スル刑罰ヲ目的トスルモノ」ではないので、「國家ノ強制力ノ應用ハ義務履行ノ爲ニ之ヲ爲ス故ニ自ラ適當ノ限度を有シ之ヲ超越スルコトヲ許サス」と考えられているからである⁹。このように、私権保

7 高木豊三『民事訴訟法論綱 完〔訂正第十版〕』（1902年）775頁。

8 同上書8, 52-53, 777-778頁。

9 松岡義正『強制執行要論上巻』（1924年）1, 6-7, 21頁。

護の対象である債権者だけでなく債務者の立場をも視野に入れた松岡博士は、強制執行を「執行機関ニ依リテ代表セラルル國家ト當事者（債権者及債務者）ノ間ニ成立スル獨立ノ單一ナル二面的法律關係」としての「公法關係」と捉えて、一方で「債権者ハ國家ニ對シ其ノ強制力ヲ債務者ニ應用スヘキ旨ノ請求權」である「執行的請求權」を、他方で「國家ハ債務者ニ對シ強制力ヲ應用スルノ權利」である「執行權（Vollstreckungsrecht）」を有すると説明したのであった。この債権者の「執行的請求權ノ前提要件」であり、かつ「執行權ヲ形成スルモノ」が債務名義であり、「債権者ハ債務名義ニ基キ執行的請求權ヲ有シ國家ハ債務名義ノ範圍内ニ於テ執行ヲ實施スルノ權利ヲ有シ（執行權）又義務ヲ負フ」のだというのである¹⁰。

同じく改正調査委員会委員の一人である仁井田益太郎博士も、強制執行が「相手方ニ對スル強制方法ニ依リテ當事者ニ請求ノ瓣濟ヲ得セシムル司法機關ノ行爲」であることを理由に挙げて、松岡博士と同様に「民事訴訟ノ目的ヲ達スヘキ私權保護ノ行爲ニ外ナラス」と論じ、これを「債権者カ國家ニ對シテ強制執行ヲ求ムル權利即チ執行請求權ヲ有スルトキニ限りノ之爲スモノ」だと説明した。ただ仁井田博士によれば、「吾人ノ私權ヲ反對ノ利益ヲ有スル者ノ間ニ對シテ保護スルコトヲ目的トスル裁判上ノ手續」である民事訴訟を国家が行う所以は「私法ニ於テ吾人ノ權利ヲ認メタルニ由ル」と説明され、ではなぜ私法において権利が認められているのかということ「互ニ他人ノ利益ヲ侵スコトナカラシメ以テ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲ニ外ナラス」とされているから、民事訴訟は一方で私權の保護を直接の目的としつつ、他方では私法秩序ならぬ「公益ヲ維持スルコト」をいう社会の秩序維持がその間接の目的だとも認識されていた¹¹。

2. 加藤博士による体系化

以上にみてきた明治期の論者の見解は、強制執行を権利の側面に着目して

¹⁰ 同上書47-48, 52, 54, 233-234, 253頁。

¹¹ 仁井田益太郎『民事訴訟法大綱〔第九版〕』（1926年）519, 527, 3-4頁。

みるか義務の側面に着目してみるのか、あるいは、民事訴訟制度の意義や目的とも関連して国家と当事者（債権者・債務者）との執行関係を法的にどのように構成するのかをめぐり、必ずしも十分に理論化・体系化がされていたわけではなかった。このようななか、破産制度をも視野に入れつつ民事裁判制度全体を見据えて、こんにちに至る理論的基盤を確立したのが加藤正治博士だったといえる。そこで以下、執行力の定義、強制執行の法的性質、国家の法的役割という三つの観点から、加藤博士が執行力及び強制執行について法的にどのように捉えていたのかを浮き彫りにしてみたい。

(1) 執行力の定義

加藤正治博士によれば、「執行力 (Vollstreckbarkeit)」とは法律が付与するものであり、法律によって執行力が付与された「公正證書 (öffentliche Urkunde)」が債務名義である。これが意味するのは、債務名義が「強制執行の爲めには絶対的必要の条件」だということであり、ゆえに加藤博士の考える執行力は債務名義と密接不可分な関係にあったということである。というのも、後述のように、国家に対する私権保護請求権としての強制執行請求権を観念する加藤博士にとって、私権保護請求権の基礎には「権利保護の要件」がなければならず、その実質的要件として「強制執行に依り保護を爲すべき債権を確定したる債務名義」が必要だと考えられたからである¹²。

もっとも強制執行を行うためには、実質的要件だけでなく、形式上の要件である「執行力ある正本 (vollstreckbare Ausfertigung)」すなわち債務名義の正本に執行文を付記して「豫め執行力の有無を調査し執行力ある旨」の「証明」がなされたものも必要とされていた。この趣旨について加藤博士は、「債務名義の執行力の有無を知ることが困難」な執行機関に「之に依りて実質的要件たる債務名義の執行力あることを證明し」、もって直ちに執行に着手できるようにしたものと説明して、これを付与する職務は裁判事項

¹² 加藤正治『改訂 強制執行法要論〔12版〕』（1957年）21-23頁。

ではなく公証事項に属するとしている。こうして「執行機関は債務名義に基づいて執行の申請を受くるときは執行に着手すべき職責を有する」がゆえに、「實體上の権利なくして執行が開始」されるという「不合理な結果」が生じることもあるが、これは「法の組織上已むことをえざる結果」なのであった¹³。

では、このようにして債務名義に付与される執行力そのものは、どのような概念として理解されていたのだろうか。

「債務名義としては最も重要にして且つ理想的のもの」とする「確定の終局判決」¹⁴の場合について、加藤博士は「判決の執行力」とは「國家の強制力即ち執行機関の強制執行の方法に依りて判決の内容を實現する効力をいふ」¹⁵と定義した。ここには執行力を理解するうえで加藤博士が重視する三つの点が表示されている。まず、執行力が「判決の内容」を「實現する」ものであるという定義からは、第一に、執行力が「判決の内容」を対象とするものであること、第二に、それを「實現する」のが目的だとされていることが読み取れる。また第三に、加藤博士の議論によれば「判決の内容」を「實現する」ための強制執行とは「國家の強制力」そのものであり、これと同義だと解されていたことが分かる。それゆえ、この定義の意味をよりよく理解するためには、まず國家の強制力により實現されるべき内容である「判決の内容」について、加藤博士が判決のどの部分や要素に着目していたのかを考えてみなければならない。

この問いの手がかりとなるのは、確定判決の効力を、当事者間に確定する「判決の内容たる實體關係」、あるいは既判力により「實體的に当事者間の權利關係が確定するに至る」確定判決の「其の内容たる權利關係」¹⁶だとする加藤博士の叙述である。これを踏まえると、判決の「内容」とは判決に

¹³ 同上書65-66, 24頁。

¹⁴ 同上書25頁。

¹⁵ 加藤正治『新訂 民事訴訟法要論〔4版〕』（1952年）290頁。

¹⁶ 同上書278頁。

よって確定された当事者間の「實體的権利関係」を指示していると解される。そうであるならば、執行力として加藤博士が考えていたのは、国家がその強制力を用いて当事者間の「實體的権利関係」を実現する効力だった、とすることができる。しかも加藤博士は「執行力を有するは給付判決に限り、確認判決、形成判決は原則上之を有しない」¹⁷としているから、当事者間の「實體的権利関係」とは給付判決におけるそれだということになる。

この給付判決について、加藤博士は次のように説明している。すなわち、原告による「私法上の請求権の存在に基づき被告に一定の給付義務を命ずる判決を求むる」訴えに対して、敗訴被告の「給付の義務を確認すると同時に給付命令を包含する」ものが給付判決であるが、この「給付命令を包含する點が給付判決の特色」であって、「之に因りて執行すべき権利の内容を明確にし且つ之れが執行力を生ずる基本を爲す」。それゆえに「給付命令（Befehl）を包含するから之に執行力を付與して債務名義とするに適する」し、また執行文付与機関も「給付命令を基礎として」「執行文を付與する」のだという¹⁸。このようにみえてくると、加藤博士の理解において執行力は、被告に対しての「給付命令（Befehl）」に具体化されていることが分かる。これを民事訴訟の目的である私権保護の観点からより一般的に捉え直すならば、「判決の内容を実現する効力」としての執行力の基礎は、「判決の内容」として「確定」された「實體的権利関係」の実現、より端的には、保護対象である「私権」に置かれているとすることができる。

¹⁷ 同上書291頁。

¹⁸ 同上書337, 291頁。なお、このように解するのであれば、「給付命令」とその前提としての「権利存在の確定」とは切り離して考えることはできない。そうすると、和解調書や公正証書、破産債権者表といった確定判決以外の債務名義についての「給付命令を包含せざるも法律が給付命令ある確定の給付判決と同一に見做すから債務名義たりうる」（338頁）との説示の趣旨は、「確定の給付判決と同一」とみなされることによって「権利存在の確定」があったと評価される、というところにあるといえるだろう。

(2) 強制執行の法的性質

加藤博士の考える執行力が¹⁹、判決の内容として「確定」された「實體的権利関係」における「私権」の実現を根拠とするものであるとして、そのための方法である強制執行については、法的にどのような構成が与えられていたのだろうか。

まず民事訴訟一般について、加藤博士は「私権の保護を直接の目的とする裁判上の手続」であるとする。というのも、自力救済時代から「國家社會の進歩につれて」国家的私権保護の時代へと至って、「従前は私権の効力に基づく」と説かれた「相手方に對する強制力 (Erzwingbarkeit)」は、「國權に依りてのみ相手方に對して發動し得る」「公權の作用に基づく」ものとなり、その裏返しとして「私権の保護は國家機關がその責に任ずるに至」ったと解するからである。かくして認められる「吾人が國家機關に向つて私権の保護を要求し得る權利」は「私権保護請求權」と称され、これがさらに「證據保全請求權」(証拠保全)、「執行保全請求權」(仮差押・仮処分)、「判決請求權」又は「訴權」(判決)、「強制執行請求權」(強制執行)、そして「破産請求權」(破産)という、「民事訴訟法及び破産法」にかかる五種類の「國家に對する公權」へと「分科」する¹⁹。このように、加藤博士は民事訴訟として保全の段階から判決・執行の段階までの一連の裁判上の手続を念頭に置き、これにさらに破産手続を加えたその全体を國家による私権保護の制度と捉えて、この責任領域において、國家は当事者の権利保護請求に応じて「判決」を下し、その「内容」を実現する義務を負っている関係にある、とみるのである。

これを強制執行に特化してみると、「國家の強制力 (Zwangsgewalt) に依りて吾人の債權の内容を實現し以て直に満足を與へ又は之が保全を爲し吾人の債權を保護する國家機關の行動を指す」²⁰というのが加藤博士の説明である。この背後にあるのは、自力救済禁止と引き換えの國家に対する私権保

¹⁹ 同上書4-5頁、加藤・前掲書注(2)1-2頁。

護請求権という上述の考え方であり、その一分科である「強制執行請求権」は「國家の強制力に依りて吾人の私権の内容を實現し以て吾人の私権を保護する権利」²¹と定義される。ただし「其の強制執行を成すべき権利」は債務名義によって「代表」されており、「強制執行に依りて保護せらるべき相手方に対する私権たる債権」とは區別されなければならない。また、強制執行請求権は「國家に對して」の「公権」であって、債務者が強制執行を受けるのは「債権者に對し特に執行行為を受忍すべき義務があるが爲めではない」し、「債権の實體的效力としては相手方に対する強制力を包含するものではない」。すなわち、当事者間の関係が問題なのではなくて、「債務者は國民たる一員として國家の權力に服従し國家の強制力に服従すべき義務があるが爲め強制執行を受くる」のであり、「強制力は國家獨り之を保有し債権者は其の強制力の發動に依りて保護を受くる」という関係があるのである²²。「國家の強制力即ち執行機關の強制執行」だと捉え、強制執行を「國家の強制力」と同義だと考える加藤博士からすれば、強制執行とは「國家機關の行動」にほかならなかったのである。

それでは、このような国家による「私権保護」の一環としての強制執行は、法的にはどのような性質をもつものと考えられていたのだろうか。

この点について、加藤博士は次のように述べている。すなわち、強制執行についての規律は当時まだ民事訴訟法に規定されていたため、「其の手續に關し民事訴訟法の一般規定が適用せらる」ことからすれば、「現行法の解釋として」は「之を訴訟事件と解する」のが「當然」だと考えられる。これに

²⁰ 加藤・前掲書注(2)4頁。なお、ここで「債権」とは、強制執行法における「其の強制執行を爲すべき権利」の意味であって、「其の性質の如何」を問題とするものではない(3頁)。

²¹ 同上書3頁。

²² 同上書3-4頁。同趣旨は判決手続についても妥当し、この場合の私権保護請求権の一分科である判決請求権(訴権)もまた國家に対する公権として説明される。ただし、この場合の被告については「原告の訴訟提起による訴訟成立により法律の力に因りて當然」に「被告の訴権」が「生ずる」と捉えるのが、加藤博士の理解である(主観的保護要件説)(前掲書注(5)9-10, 13頁)。

対しては、強制執行事件は「既存の権利関係を確定するのではなく寧ろ確定せる債権の内容に関し國家機關が之に關與し…消滅せしむるのであるから非訟事件であるといふ見解も立つ」ところである。しかし「一國が立法を爲すに當たりては必ずしも純理論のみによることを得ない」し、實質的にみても「執行の要件等の審査及び判斷に關し相當に複雑なる手續を要し固有の訴訟事件と之を區別するの必要が無き程である」から、強制執行事件は「純理論」的には非訟事件であるとしても「訴訟事件として扱って居る」のだ²³。以上が加藤博士の考える強制執行の性質であった。

ここで、加藤博士の理解における次の二点を指摘することができる。第一に、強制執行事件は「私権の保護」を直接の目的とする訴訟事件であり、「司法權」を行う「國家機關たる裁判所」²⁴の「行動」として“司法”の性格を認めることになる。ただ加藤博士によれば、訴訟と非訟を「區別する実益」は、根拠法の違いのほか、訴訟事件であれば憲法上の要請から「必ず裁判所に訴へて裁判を受くることとなる」のに対して、非訟事件であれば「必ずしも裁判所を煩す必要なく行政官廳に於ても之を取扱ひ得る」ところにある²⁵。そうすると第二に、「純理論」的には非訟事件に分類される強制執行事件は「行政官廳」による取扱いが法制度上許容され得るものだということになる。したがって、加藤博士における強制執行の法的性質は訴訟手続の一環としての非訟手続であり、それゆえに「行政官廳」においても取り扱いうるものとして理解されていたといえる。

²³ 加藤・前掲書注(12)9-10頁。ここで訴訟事件とは「判決に依りて私権關係の存否を確定する手續」をいい、非訟事件とは「國家が私権の發生、變更又は消滅に關與する手續」をいうが、「強制執行の事務」のように「理論上の性質は非訟事件であるが、現行法は訴訟事件とし民事訴訟法中に規定せられてある」ものが増加したために「統一的説明」に「困難を感じる」状況が生まれていると指摘している（前掲書注(15)41-42頁）。

²⁴ 加藤・前掲書注(15)2頁。

²⁵ 同上書41頁。

(3) 国家の法的役割

以上の加藤博士の理解においては、一方で債権者と国家との間に強制執行請求権とこれに応じて「私権の内容を實現」しもって「私権を保護する」責任ないし義務の関係があり、他方で債務者と国家との間に「國家の強制力」と「國民たる一員として」これに「服従すべき義務」を負う関係が觀念されていた。ここにあるのはいずれか一方の当事者と国家との直接的関係であり、両当事者間あるいは両当事者と国家との関係は想定されていない。そしてこの構図に「私権の保護を直接の目的とする」民事訴訟という制度目的を重ね合わせるならば、民事訴訟制度を設営する国家は、あくまで債権者の立場に成り代わって債務者に対して「國家機關の行動」による「強制力」を發動する立場にあることが分かる。また実際に、加藤博士の理解する「當事者間」の関係は、債権者からみた債務者に対しての「權利關係」として捉えられており、債務者はあくまで「強制力」行使の対象という受動的主体であるに過ぎない。その意味で、加藤博士の理解における国家はいわば債権者の代理人>だということができるだろう。

III 給付義務の實現 — 兼子説

1. 私権保護説に対する批判

民事訴訟を私権保護請求権に対応する国家制度と捉える加藤説の考え方は長く日本における通説的地位を占め、「ほとんど異説をみない程」²⁶であったが、やがて批判が向けられるようになった。

例えば、「國家制度に付て個人的目的を先行せしめるのは論理を顛倒した話である」²⁷と指摘した兼子一博士は、國家が私法法規を制定するのは「私人間の經濟的並に身分的關係」を「法律的に權利義務の關係として取扱ひ又個人が之に準據すべきことを要求」するためであるところ、「此の法律關係の確定や義務の遵守」を「單に關係者の一致や自制」に委ねていたのでは

²⁶ 喜頭兵一「權利保護請求權説の批評」司法協會雜誌10卷3号（1930年）37頁。

²⁷ 兼子一『民事訴訟法概論』（1938年）5頁。

「其の法規は現實の生活關係に其の支配を徹底し得ぬこととなり、その實効性は極めて薄弱となるを免れない」から、「國家が既に私法法規を定立する以上他方其の實効性」を「確保する方法を講じることは又自ら課する任務でなければならぬ」と主張した。そこで國家は、「裁判所を設けて具體的事件に付き私法法規を適用して法律關係の存否に關する裁判を爲さしめ、之に關係人を服從せしめる拘束力を附與し」、さらに「私法上の義務不履行に對しては其の公權力を發動して強制的實現を計る」こととしたのであり、この「公權の判斷に依り抽象的な私法法規を觀念的に具體化すること（裁判手續）」と「公權力を以て私法の觀念的に命ずる義務の内容を事實的に實現すること（強制執行手續）」との兩手段をもって、「私法」が「始めて完全な実効性を享有すること」こそが民事訴訟制度の目的だ²⁸、というのである。このように「現代國家」は「國家自身の直接の目的の爲にこの制度を設けている」のだから、「私人が國家の法律的保護を享有し得るのは寧ろ此の制度に依り私法が其の實効性を保障されることの反射に外ならない」²⁹、というのが兼子博士の考えであった。

「國家の制度經營の目的」と私人による「個人の利用目的」とを明確に區別して捉えるこの兼子博士の視点は、戦後、民事訴訟の目的について「權利保護と私法秩序の維持との對立を、前法律的な立場に於て、止揚した歸結」として「私的紛争の解決に求める」ように改説がなされた後も、基本的に変わりはない³⁰。すなわち、「私權が私法に基いて先づ存在すると考えることは、國家權力の確立しない自力救済時代に、國家法としての實體私法の存在を前提する點で矛盾である」うえに、「國家社會内に於ける權利とは、國家權力による保障そのものであり、國家權力の保護に與かることにあるのであるから、具體的な司法作用を待たないで、具體的な權利の實在も亦觀念する

²⁸ 同上書 2-3 頁。

²⁹ 同上書 5 頁。また末弘嚴太郎・田中耕太郎責任編集『法律學辭典 第三卷』（1936年）1689, 1690頁〔兼子一〕参照。

³⁰ 兼子一「民事訴訟の出發點に立返つて」民事法研究第一卷〔第6版〕（1954年）478, 485頁〔初出は法協65卷2号（1947年）〕。

ことができない³¹。さらに、加藤博士のように「権利保護の請求」という法律構成をとるならば、原告の請求棄却の場合において「原告の訴えにより権利が危うくされる」被告に「自ら求めないものを與えることになる」ことが十分に説明できないとも批判がなされた³²。

では、このような批判を展開した兼子博士は、執行力及び強制執行についてどのように理解していたのだろうか。

2. 兼子博士による体系化

(1) 執行力の定義

兼子博士の定義するところによれば、執行力とは「債務名義である判決その他の證書に基き、執行を申立て續行し得る効力」³³であり、なかでも「判決の執行力とは、その主文に掲げられた給付義務を、強制執行に依って實現できる効力をいう」³⁴。この「判決の執行力」の定義を、加藤博士の定義である「國家の強制力即ち執行機關の強制執行の方法に依りて判決の内容を實現する効力」と比較すると、次の三点で明らかに異なっていることが分かる。

① 第一は、強制執行による實現の対象に関わる点である。すなわち、加藤博士における實現の対象は「判決の内容」であり、これは前述のとおり当事者間の「實體的權利關係」として理解することができるものであったが、これに対して兼子博士は判決の「主文に掲げられた給付義務」に着目している。このように、「權利」ではなく「義務」が強調されている点が兼子博士の定義の第一の特徴である³⁵。

では、兼子博士のいう判決の「主文に掲げられた給付義務」とは実際どのような内容を指し、加藤説とはどう異なっているのだろうか。これを探る手

³¹ 同上書478頁。

³² 兼子一『民事訴訟法体系』（1954年）33頁。

³³ 兼子一『増補 強制執行法』（1951年）9頁。

³⁴ 兼子・前掲書注32349頁。

がかりとして、「民事上の強制執行は、自己の利益の實現に特定の相手方の協力を必要とする者、即ち私法上の請求権を主張する者が、これを求めた場合に行われる」³⁶という叙述が注目される。というのも、ここで強制執行の対象となる「私法上の請求権」の意味は「自己の利益の實現」にあり、それは「特定の相手方の協力」があつて初めて可能となる、とされているからである。すなわち、「意味の世界に属する文化的實在」である「法」や「権利」については、「紛争を契機とし、訴訟を通して始めて」「具体的な生活関係の規律として」の「権利関係の實在性」として、「具體的な関係を支配する確定的な法的實在としての権利関係の形成を見る」³⁷というのが兼子博士の理解であり、したがつて法を適用する裁判所は、いわば「法的社会」「国家社会」と「現實の生活関係」「具体的な生活関係」との間にあつて、「意味の世界」にある「法」や「権利」を「現實の生活関係」に轉換する役割を担っているのだと解されていた。そしてそのような役割を果たす民事訴訟とは、「関係人の私的判断が互いに一致しない様な」³⁸いわば“非常時”において、「裁判所によって」与えられた判決が「公權的法律判断として相争う私人を拘束することによってその間の紛争を強制的に解決」するとともに、「更に實力を用いて義務者に強制を加え、権利者の満足を圖ることによって、義務の履行による利害の衝突を調整する」制度である³⁹、と意義づけられていたのであった。このようにみても、兼子博士にとっての民事訴訟とは、“非常時”の対応として「公權的」に下された「法律判断」が「具体的な生活関係」に規律として適用・実践されていく一連のプロセスであり、そこで

³⁵ こうした語法は、とりわけ戦前の兼子博士の叙述によく見受けられるところである。例えば、債権者と債務者との関係について、加藤博士が「権利又は権利関係」「私權又は私權關係」（前掲書注(15)2頁）といった語法によるところを、兼子博士は「權利義務の關係」「法規による具體的權利義務」「法律關係」、「私法上の法律關係の確定や義務の實現」（前掲書注(27)2, 5頁）としていた。

³⁶ 兼子・前掲書注(334-5頁)。

³⁷ 兼子・前掲論文注(30483-484頁、兼子一『實體法と訴訟法』（1967年）157-158頁)。

³⁸ 兼子・前掲論文注(30483頁)。

³⁹ 兼子・前掲書注(3226頁)。

いう「義務」は、「自己の利益の實現」のために「特定の相手方の協力」を引き出すための論拠として機能している、と理解することができるように思われる。

② そうだとすれば第二に、加藤博士が判決の内容を「實現する」効力として執行力を定義していたのに対して、兼子博士は給付義務を「實現できる」効力だとしている点も、些細だが重要な違いだということになろう。というのも、第一点目の考察が示しているように、兼子博士からすれば、強制執行手続が問題となる場合の一方当事者の「自己の利益の實現」には「特定の相手方の協力を必要とする」ため、その「協力」なくしてただ「私法上の請求権」を「主張」しても当然に「實現する」ものではないからである。対照的に加藤博士においては、「債務名義」という「強制執行の爲め」の「絶対的の必要の條件」が調いさえすれば、「判決の内容」たる「實體的権利關係」は基本的に「實現する」ものとして捉えられていたのだということができる。そうすると、加藤博士と兼子博士は、強制執行の対象のみならず強制執行の「實現」をめぐる方法についても、意見を異にしていたことになる。なぜなら、兼子博士からすれば、「事実的形成を担当する執行手続においては、実現すべき権利についての判断は、これを他に任して自ら行わず、これを前提として実現に専念することが適策」⁴⁰であるがゆえに、「執行法上執行機関」は「執行の迅速と執行機関の構成の点から見て」「実質的に調査する職責を有しない」⁴¹ということだったからである。

こうして「執行力は私法上の請求権が債務名義に表示されると執行機関としてこれを調査する権限を有しないことから生ずる効果」だとする兼子博士は、「その請求権が判決手続により否定されれば、自ら執行機関に対する執行力も消滅を来す」⁴²、したがって「債務名義の執行力は、私法上の給付義務を或程度の観念的に形成した判断について、事実的形成を擔當する執行機

⁴⁰ 兼子・前掲書注33)2頁。

⁴¹ 同上書59頁。

⁴² 同上書115頁。

關に對する効果として、法の認めたもの」⁴³である、と議論する。それゆえ「債務名義の執行力」を「觀念的に形成した判斷」の「執行機關に對する効果」とみて、「當事者間に具體的な給付義務の確定されたことを執行機關として尊重して執行すべき職責を負うことに基く」と理解する兼子博士にとってみれば、加藤博士による「國家の被告に對する給付命令（又は執行機關に對する執行命令）に基づく」との理解は、「實體上給付義務のある以上被告が履行しなければならないのは當然」であるところを「重ねて給付を發する」という「無意義」なもの⁴⁴と言わざるを得ないのであった。このようにみてくると、兼子博士の理論における執行力の根拠は、執行機關に「反射的な効果」⁴⁵を及ぼすところの、給付義務の存在についての「公權的法律判斷」⁴⁶に求められているといえるだろう。

③ 強制執行の「實現」の方法をめぐる加藤博士と兼子博士とのこの理解の違いは、また別の形で「判決の執行力」の定義に表れている。それは第三に、一方で加藤博士が「國家の強制力即ち執行機關の強制執行」だとして強制執行を「國家の強制力」とほぼ同義に理解していたのに対して、他方の兼子博士はこの定義を踏襲していないということである。このことは、兼子博士が強制執行を「國家の強制力」と同義とはみなしていないことを示唆するとともに、強制執行そのものについての解釈が加藤博士とは大きく異なることを意味しているといえるだろう。では兼子博士は、強制執行の法的性質をどのように理解していたのだろうか。

(2) 強制執行の法的性質

「私法上の請求權」を主張して強制執行の實現を図るには「特定の相手方

⁴³ 同上書95頁。

⁴⁴ 兼子・前掲書注32144-145頁。

⁴⁵ 兼子・前掲書注3396頁（請求異議認容判決の場合）。また、執行機關が第三者異議認容判決を尊重して行動すべきことは、同判決の「反射的效力と見て差支えない」とする（59頁）。

⁴⁶ 同上書26頁，兼子・前掲書注332頁。

の協力を必要とする」と認識していた兼子博士にとっては、そのプロセスもまた「特定の相手方の協力」を度外視しては理解することのできないものであった。なぜなら、兼子博士によれば、強制執行は「一種の訴訟手続の形態で行われ」、「國家機關たる執行機關の外に、對立する執行当事者がその主體となり、これらの者の申立・陳述・立會・受領等の行爲が、執行機關の執行行爲その他の付隨的行爲と相まって、一の手続を形成している」からである。このように、強制執行は「國家の強制力」を有する執行機関に加えて、これを「求めた」債権者と「協力」を余儀なくされる債務者という「對立する執行当事者がその主體」となって形成する「民事訴訟手続の一種」だというのが、兼子博士の理解であった⁴⁷。

しかしこの一方で、兼子博士は、「強制執行を行う國家作用は本質的には行政作用と認められる」としている。すなわち、行政とは「具體的な國家目的を實現する國家作用」であり、これが「人民に對する國家權力の行使である場合」には「行政處分の形式や内容の適法性」は「終局的には法の適用を司る司法による確定に留保されて」、「それによって適法性が否定されるまでは、自力執行性を保有する」。民事関係における強制執行も「その作用の實體は、稅務官吏の行う滯納處分や、檢察官の指揮監督の下に行われる刑の執行と異なるものではない」が、「執行すべき当事者が私人である」ことから「自力執行を認めることは許され」ず、「他の行政機關に行わせることも適當でない」ため、「司法機關である裁判所に行わせることとし」たのだ⁴⁸、というのである。

この「行政作用」としての「實體」ゆえに、「一種の訴訟手続の形態で行われ」る強制執行には判決手続とは異なる原則が妥当することになる。すなわち「執行は債権者の権利の満足のために、債務者に強制を加えることを目的とするから、兩當事者の手續上の地位も能動・受動の對立が明瞭であり、

⁴⁷ 兼子・前掲書注3310、4頁。なお、加藤博士の強制執行法の教科書において「執行の機關」と題する節はあるが、「執行当事者」に関する章立てはみられない。

⁴⁸ 同上書4-5頁。

判決手続における審理についての原告・被告の地位の平等、攻撃防御の武器の對等の原則とは自ら異なる⁴⁹⁾のである。まただからこそ、「私法上の義務の實現の保障を、完全に果たす」という強制執行制度の「理想」が「どんな場合に完全といえるか」は、「現實の制度として經濟事情や社會思想を背景とした種々の要素の對立緊張を考慮し」てその「技術的調和を計らなければなら」ない⁵⁰⁾、と考えられた。これを換言すれば、「現實の生活關係」における「私法上の義務の實現」を「完全に」「保障」するためには、觀念的な「法」や「權利」だけでなく、「前法律的な、個人並びに社會にとつての端的な必要」⁵¹⁾との「調和」が不可欠だということを意味する。

また、現實の生活關係において「私法上の請求權」の滿足を図るには「特定の相手方の協力を必要とする」という兼子博士のこの実践的な權利認識は、同博士の執行請求權についての理解にも反映されている。というのは、兼子博士も加藤博士と同じく、強制執行を申し立てる私人（債權者）と國家との間に、「國家に對する公法上の權利として」「私人が自己の爲に、國家の強制執行制度を利用し、その執行權力の發動を求めることのできる權能」である「強制執行請求權」を認めたと、⁵²⁾「觀念的形成的動的發展的な過程」において捉えた「權利の實在性」の観点から、その基礎について次のように説明しているからである。すなわち、執行の目的である「私法上の請求權の滿足」のためには「一定時の且つ或程度の觀念的形成が無ければ、その對象が判明しない」ので、「一時點における觀念的形成的結果として、その程度の請求權の實在性を表示するもの」が債務名義だと把えて、「この實在性は、以後のより確實な又はより新な觀念的形成的過程において否定されない間は、その妥當性を保持し、執行請求權の基礎となる」、つまり「その執行の結果が私法上正當なものであったかどうかは、後日の觀念的形成に留保されている」と考えたのであった⁵²⁾。

⁴⁹⁾ 同上書10頁。

⁵⁰⁾ 同上書6頁。

⁵¹⁾ 兼子・前掲論文注30477頁

(3) 国家の法的役割

兼子博士による執行力の定義には、上記の三点において民事訴訟を国家による私権保護の制度と捉えた加藤博士との顕著な違いが表れていた。この背景にあったのは、観念的な「法的社会」ないしこれを求める「國家社會」と「現實の生活關係」との関わり、あるいは法律と「前法律的」なものとの關係に対する問題関心だったように思われる。「國家社會」も法律も、「個人並びに社會」という「現實」のある目的を達成するために人為的・観念的に作られたものであり、だからこそ「現實の制度」として「經濟事情や社會思想」を背景とする「種々の要素」との「對立緊張を考慮」したり、「前法律的な、個人並びに社會にとつての端的な必要」との「調和」を採ったりすることが重要だとされたのである。

しかも兼子博士にとって、裁判所を介したこの両者の交渉が問題となるのは、あくまで「關係人の私的判断が互いに一致しない様な」「非常時」に限られていた。というのも「私人間の生活關係は、大部分は相互の交渉により、無事に済んで行くのであって、この限りにおいては、國家社會としても通常これに介入する必要はないし、又これをしたのでは到底やりきれぬものでない」からである⁵³。他方“非常時”には、「國家社會の法の適用」を「國家として一義的に決定」する裁判手続は「法律の實効性を確保」する契機となる⁵⁴。いわば、ここでの国家には、私的自治が機能しない“非常時”に駆り出される<救急医>としての役割が期待されているといえるだろう。

このようにみえてくると、兼子博士における「私人間の生活關係」と「法的

⁵² 兼子・前掲書注335、50頁。また、兼子一「請求權と債務名義一執行（請求）權の一考案」前掲書注30183-185頁〔初出は菊井維大編『加藤先生還暦祝賀論文集』（1932年）〕。

⁵³ 兼子・前掲書注3225頁。実際「裁判規範として適当なものが、生活規範として理想であるといえない」のであって、「我々が買物一つをするにしても、民法の担保責任や危険負担の規定まで気を回さなければならないとすれば、それこそイローゼに罹るであろうし、又夫婦間で民法の規定通りに暮らさなければならないとすれば、水臭いことになろう」というのが兼子博士の認識であった。兼子・前掲書注3755-56頁。

⁵⁴ 兼子・前掲論文注30483-484頁。

社会」「國家社會」との区別は、一方で前者を後者による侵食から守りつつ、他方で後者の仕組みをもって前者の「生活關係の安定明確を期する」企てとして捉えられる。換言すれば、加藤博士が個人の法律上有する「私權」の重要性に目を向け、國家に対する「權利保護請求權」を觀念することでその「保護」のありようを探究していたのに対して、兼子博士はこうした國家による「私權」の「保護」が「生活關係」に対する國家の介入の契機ともなりうることを重視し、「國家社會」と「私人間の生活關係」との適正な關係に基づいた權利の「保障」のあり方を模索していたのだということが出来るのである。

この両博士の問題意識を統合的に継承しつつ、現代における新たな課題に対処しようとしたのが、次に取り上げる竹下博士であった。

IV 憲法による保障 一竹下説

1. 「前法律的」理解に対する批判

平成8年(1996年)の現行民事訴訟法の制定に際し、竹下博士は、「制度設計の基本理念」⁵⁵を示すとの観点から兼子博士を含む従来の論者による民事訴訟の目的論に触れ、「日本国憲法の下における民事訴訟の目的」を論じるためには「憲法上司法に与えられた役割から出発すべきである」が、これまでは「少なくとも正面から、憲法上の司法の役割との關係において民事訴訟の目的を論ずることはなかった」と指摘した。そのうえで、「複雑な機構によって企業活動が行われる高度技術社会」である「現代社会」は「一步誤れば」「一般市民に重大な被害を及ぼし」「広い範囲の市民に拡散した被害をもたらす危険をはらんだ」「企業活動が行われる高度危険社会」であるから、「これに対応する」ための「訴訟制度全体の設計」は、「紛争の解決」とどまらず「このような被害者に救済を与え、権利のある者が勝訴できるよ

⁵⁵ 竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴40号(1994年)5頁。民事訴訟の目的を問うことの意義は、このほか「出来上がった制度を規律する法規」の「解釈上の指針」を与える点にも見出されている。

うな仕組みになっていなければならない」と強調した。これは事実上、兼子説に対する批判であり、その理論的な再検討が必要だとする表明であったとすることができる。なぜなら、裁判手続を通して「具体的な関係を支配する確定的な法的實在としての権利関係の形成を見る」という兼子博士の「前法律的な」理解によったのでは、現代の「企業活動」から生まれうる「客観的事実として被害を受けあるいは被害の危険に曝されていることは疑いのような一般市民あるいは地域住民」が「救済を訴訟に求めようとするとき」十分な「救済」を与えることができないと考えられたからである⁵⁶。

そこで竹下博士は、この「高度危険社会」における「司法の核心的役割」を「実体的権利の保障」に見出した。これはすなわち「憲法を頂点とする実定諸法規・その基礎にある法原則等の総体としての実体法規範によって定められた『権利（法的に保護された利益を含む）』を、対審構造をもつ手続において確定し、これに必要とされる『救済』を与えることによって、司法的に保障（保護するといってもよい）する」ことを意味している。「憲法の全体構造」のなかで「裁判を受ける権利」が「基本権として保障」されていることを考えるならば、「憲法上の司法の役割」とは「権利を有する者に司法的救済を与えること」を「本来の目的」としていると考えられるから、「日本国憲法の下における民事訴訟」は「実体的権利の保障」を目的としなければならない、というのが竹下博士の主張であった⁵⁷。

竹下博士のこの見解は、一見すると加藤博士の目的論に近似するものの、従来一体的に理解されていた“権利”を、「経済的取引・社会生活あるいは政治的諸活動上の実質的利益・価値を内実とし、社会構成員に対する財貨・価値支配の割り当ての機能を担う『権利』」である「実質権」と、その侵害

⁵⁶ 同上論文2-3頁。

⁵⁷ 同上論文11-13頁。ここで竹下博士は、「統治機構は権利章典に奉仕するという意味をもつかぎりにおいて真の存在理由を有する」とする芦部信喜教授の立憲民主制憲法についての理解に依拠しつつ、「近代法治国家における司法」の「核心的役割」を「基本権をはじめとする個人の権利保障」を超えた「市民社会に存在すると観念された市民法上の権利一般の保護」に求めている。

からの回復や侵害の危険の排除のために「必要とされる『救済』」を与える手段である「請求権」とに切り離して把握したうえで、民事訴訟での保護の対象は専ら前者の「実質権」だとする点に大きな特徴がある。しかもこの両者は、裁判所による柔軟な解釈の余地を残すものとして考えられていた。例えば「実質権」に関しては、「憲法を始め個々の実定法規範定立の趣旨あるいは実定法規範・その基礎にある法原則を含めた実体法秩序全体」によって「正当化し得る場合」には裁判所による「あらたな『権利』の承認」がありうるという意味で、その根拠となる「実体法規範も開かれた性質を持って」いる。また後者の「請求権」は、このような「実質権の救済手段」であり、その内容については「立法府により一義的に決定されているというわけではなく、むしろ司法が訴訟制度を通じ、立法府の定めた枠内で、個々の事件の事情に即して具体的に形成することが予定されている」⁵⁸、というのである。

では、「憲法上の司法の役割」という観点から民事訴訟を再構成する竹下博士は、執行力及び強制執行についてどう理解していたのだろうか。

2. 竹下博士による体系化

(1) 執行力の定義

竹下博士は、「多義的で、混乱を招きやすい」執行力の概念について「法的に規律すべき実体を正確に把握」するため、「もっぱら裁判あるいはそれを化体した証書ないしそれに準ずる証書の属性を指す」ものを対象に「手続的（形式的）執行力」と「実体的（実質的）執行力」とを区別した。前者が「裁判がその内容である給付請求権につき強制執行によって実現され得るという資格」、後者が「裁判がその内容たる請求権につき、強制執行により実体法及び手続法上正当に実現され得るという資格」と定義される。このうち、判決機関と執行機関が分離されている現在の強制執行法制下で問題となるのは、「実体法上も是認されるという保障」を含まない前者であり、また

⁵⁸ 同上論文17-18, 21, 23-24頁。

それゆえにこの手続的執行力の概念は「判決機関と執行機関との分離の体制の下で必要とされるもの」だと説明される。というのは、この手続的執行力があれば、(債務名義が裁判の場合)「裁判が、請求権の存在を示すものとして、強制執行制度全体に対し通用力をもつ」からであり⁵⁹、ゆえにこの「執行力の本体」は、「執行機関(および執行文付与機関)が実体権の存否の判断権を有しない場面において、ある証書の内容をなす、執行により実現さるべき実体権の存在の判断が、執行機関の行動準則として、これに対して有する通用力」⁶⁰だというのが竹下博士の理解である。したがって竹下博士の考える執行力の根拠は、「実体権の存在の判断」に求められることになる。

では、この手続的執行力の定義は、兼子博士におけるとどこが違っているのだろうか。両者の定義を比較してみると、次の三点の違いが明らかである。

まず第一に、強制執行による実現の対象について、兼子博士が「給付義務」に着目したのに対して、竹下博士は裁判の内容たる「請求権」として捉えている。“義務”に対して“権利”に着目しているという意味では、竹下説は加藤説に近いといえるが、加藤博士が「判決の内容たる實體関係」すなわち「實體的権利関係」だとしていたのに対して、竹下博士はそこでの“権利”を「請求権」に限定している点で、加藤説とは異なっている。この違いは、上述した裁判手続と「請求権」との関係についての理解を反映したものと思われる。

そのうえ、さらに注目すべきは、兼子博士が「給付義務」を「実現できる」「效力」だとしていたところが、竹下博士の定義では「裁判」が「実現され得るという」「資格」だとされていることである。ここでは、第二に「效力」が「資格」に変わっており、第三に強制執行を「主體」の立場から(「給付義務」を「実現できる」という形で)定義している兼子博士に対し

⁵⁹ 竹下守夫「執行文付与の訴えと請求異議事由」民事執行における実体法と手続法(1990年)300-302頁〔初出は、民商79巻3号(1978年)〕。

⁶⁰ 竹下・前掲論文注(4)62頁。

て、竹下博士は「実現」されるべきものの観点から（「裁判」が「実現され得る」という形で）定義しているのである。この違いが示唆しているのは、竹下博士の強制執行についての理解は兼子博士とは大きく異なるということであろう。そうすると、竹下博士のこの新しい執行力概念の意味を知るためには、結局、強制執行の法的性質がどのように捉えられているのかをみても必要がある。

(2) 強制執行の法的性質

竹下博士の強制執行理論において特徴的なのは、「強制執行の正当性の保障」⁶¹に対する強い問題意識だといえる。なぜなら、「訴訟制度とりわけ判決の効力が国の権力を裏付けとする拘束を意味する」うえに、強制執行は「判決手続に比し、国の権力作用による私人の生活圏へのより直接的な侵襲である」から、「基本的人権の憲法上の保障と調和」することのできる「正当性の根拠」がより一層「とわれてしかるべき」だと考えられているからである。この「強制執行の正当性」について、竹下博士は「私法上の請求権の実現のために執行機関の行う執行行為が、憲法に基礎を置く現行法秩序全体により正当として是認されること」と定義し、より具体的には「主として、執行機関の執行行為が、憲法に基礎をおくものとしての実体私法秩序により正当として是認されること、つまり実体的正当性」を意味する⁶²、としている。

ここで、この「正当性」を方向付ける「実体的」の意義を確認しておきたい。この手がかりは、民事執行法の制定により創出された「民事執行」の概念についての次の説示に見出される。すなわち竹下博士は、「民事執行」を「民事上（私法上）の権利の強制的実現または保全のための裁判上の手続ないし制度」と定義付けたうえで、その目的は「私法上の権利の強制的実現

⁶¹ 竹下守夫「強制執行の正当性の保障と執行文の役割」前掲書注69)173頁〔初出は、編集委員会編『裁判と上訴：小室直人・小山昇先生還暦記念（下）』（1980年）〕。

⁶² 同上論文173-174頁。

(または保全)」にあるのだから「民事執行の手続法的規律の基本は、実体法を指標とすべき」⁶³であり、「実体法上の権利の実体法に即した実現、換言すれば、民事執行の実体的正当性を保障しながら、実体権の強制的実現」が図られなければならない⁶⁴、と論じている。ここからは、竹下博士がいう「実体的」とは「実体法に即した」という意味だということが読み取れる。したがって、竹下博士にとって強制執行（民事執行）とは「実体法を指標とすべき」手続法的規律により「私法上の権利」を「実体法に即し」て「強制的」に「実現」するためのものだということができる。このように強制執行の基準や根拠が専ら「実体私法秩序」に求められている点は、兼子博士における強制執行制度の「理想」が「現実の制度として経済事情や社会思想を背景とした種々の要素の対立緊張を考慮し」た「技術的調和」を必要とするものであったことと対照すると、大きな特徴だといえるだろう。

この竹下博士の理解によれば、民事執行は「あくまでも、債権者の債務者に対する私権を、法に即して実現する作用」である司法の作用であって、「端的に国家目的を追求する行政作用ではな」い⁶⁵。そしてそのようなものとして、国家に対する強制執行請求権の基礎は「常に債権者の債務者に対する実体権の存在」に求められ、特に債権執行には「簡易な権利実現方法」として「破産に対する関係での制度的役割」⁶⁶が見出される。そこで、この「債権者の債務者に対する私権を、法に即して実現する」ための仕組みとし

⁶³ 竹下守夫「民事執行法の成立と将来の課題」前掲書注(5)7頁〔初出は、竹下守夫・鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』(1981年)〕。竹下博士は、民事執行は「いわば私法上の権利の実現に奉仕すべきもの」だとする(「民法と民事執行法」前掲書注(4)4頁〔初出は法教1号(1980年)〕)。

⁶⁴ 竹下守夫「民事執行における実体法と手続法」前掲書注(5)48頁〔(初出は鈴木忠一・三月月章監修『新・実務民事訴訟法講座12』(1984年)〕)。

⁶⁵ 竹下守夫「民事執行請求権」前掲書注(4)36-37, 39頁〔初出は法教22号(1982年)〕。

⁶⁶ 竹下守夫「民事執行の社会的機能」前掲書注(4)28-29頁〔初出は法教19号(1982年)〕。竹下博士によれば、民事執行の主な社会的機能は、金銭執行については、小規模企業者や大きな資産を持たない個人債務者・給料生活者に対する「与信契約上の債権の強制的実現」に、非金銭執行については「現実的には、不動産取引上の引渡請求権の強制的実現」にある(25-27頁)。

での強制執行を、竹下博士は、民事執行制度全体を「執行機関の執行実施行為が実体法の要請に合致するようコントロールすること」を目的とする一つの「実体的正当性保障システム」として理論的に構成したのであった⁶⁷。

この実体的正当性保障システムは、「実体的正当性の事前審査システム」と「実体的正当性を欠く執行の事後的是正システム」とで構成されており、その構造は次のように説明されている。まず事前審査システムは「有効な債務名義」の存在を前提とし、「債務名義によってカバーされない正当性の要件」については「原則として執行機関と執行文付与機関とによって」、さらに「特に慎重な審査を要する場合」には「裁判所によって」も、その審査が分担される構造になっている。ここで、これら複数の「審査機関と執行担当機関を結び付けるものが、執行文」であり、また、裁判所が「執行担当機関に向けて」執行文の付与や執行の許容を宣言するという「特殊な判決主文」をもつ「(執行法上の) 命令訴訟」として、執行文付与の訴えや執行判決を求める訴えが用意されている、と分析されるのである⁶⁸。

他方、事後的是正システムを担うのは「事前審査における判断の誤り」に対する、執行文付与に対する異議、執行抗告又は執行異議、及び「執行が実体的正当性を欠く場合（いわゆる不当執行の場合）」の是正手段である請求異議の訴えや執行文付与に対する異議の訴えである。これらの不服申立が理由ありとされるときは、前者の場合には「執行機関に向けて、有効な債務名義又は執行の実体的正当性の要件の欠如により、執行が許されないこと」が、後者の場合には請求異議の訴えであれば「債務名義上の実体権の存否・内容を確定し」たうえで「その債務名義による執行の不許」が判決主文において宣言されるが、竹下博士はこれらを、「実体的正当性の要件」についての事後的な「審査の結果」を「執行関係に反映させ、これをコントロールする」ことを「使命」とするものだと評価する⁶⁹。というのも、手続的（形式

⁶⁷ 竹下・前掲書注(59)174-175, 50, 52頁。

⁶⁸ 竹下・前掲論文注(64)55-58頁。

⁶⁹ 同上論文62-63頁。

的) 執行力の概念は「もともと執行担当機関に対し一定の行為を是認しかつ義務づけるためのものであって、判決裁判所に対しては意味を持たない」、したがって「執行担当機関がいかなる行為をすべきかを、判決裁判所が判断するレベルでは、執行力の存否は意味をもたず、実体関係に立ち返って、執行がどうあるべきかをコントロールするのが本道である」⁷⁰と考えるからである。

このように、「実体的正当性保障システム」において「強制執行の実体的正当性」を図る重要な契機となっているのは、いわゆる執行関係訴訟である。この執行関係訴訟について竹下博士は、「強制執行を担当する機関が、その職務行為をなすにあたり、本来みずから調査・判断すべき、その職務行為の前提要件たる事項のうち、慎重な審理・判断を要するものを、裁判所が事前または事後に判決手続によって判断し、その結果に応じて執行関係をコントロールする、という制度的使命を有する」と位置づけるとともに、これら訴訟が共通して有する「その審判の結果から見てあるべき執行関係を、執行担当機関に向けて判決主文で指示・宣言する、という構造」的特質を捉えて「命令訴訟」という独自の訴訟類型を提唱した⁷¹。なぜなら、これら訴訟は「その判決主文で他の国家機関に対する義務付けの宣言をすることを特色と」しており、訴訟の基本的な三類型のいずれとも区別されるべきだと考えられるからである。同訴訟における「あるべき執行関係の宣言により、執行担当機関が、その宣言にしたがった行為をする義務を負うに至る」が、竹下博士によれば、この「執行関係訴訟の判決の、執行担当機関に対する拘束力」は「法自体が」「執行担当機関は判決機関のなす宣言にしたがって行為すべきものと定めていることの結果」であり、「執行法の認めた特殊な効力」だと理解されるのである⁷²。

⁷⁰ 竹下・前掲論文注59307頁。

⁷¹ 竹下・前掲論文注6466頁。なお、この命令訴訟の訴訟類型上の位置づけを、「給付・確認・形成の三訴訟類型と並ぶ、第四の一般的訴訟類型とどういうか、あるいは、給付訴訟をその一部にふくむ上位概念と考えるべきか」は留保されている(次注335頁)。

(3) 国家の法的役割

以上にみてきた竹下博士の強制執行理論は、執行を「あくまでも、債権者の債務者に対する私権を、法に即して実現する作用」である司法作用として捉えている点では加藤博士の見解に近いものの、「訴訟制度」が「国の権力を裏付けとする拘束」であり、なかでも強制執行は「国の権力作用による私人の生活圏へのより直接的な侵襲である」点を重要視している点では、強制執行の「實體」を「行政作用」と捉える兼子博士の国家制度に対する問題意識が継承されているともいえる。にもかかわらず、竹下説が兼子説とは異なる立場に立つのは、国家機関としての司法が現代において果たすべき役割をめぐる問題意識のゆえである。すなわち、兼子博士が法による紛争の解決調整を“非常時のもの”と位置付けつつ、「具体的な関係を支配する確定的な法的實在」は裁判手続を通して形成されると捉えたのに対して、現代の「企業活動」がもたらす「高度危険社会」に対応するためには「被害者に救済を与え、権利のある者が勝訴できるような仕組み」が必要だと考えた竹下博士は、兼子博士の「前法律的な」理解によっては「司法の核心的役割」は果たせないと結論した。このことが示唆するのは、従来は専ら「國家權力」との関係で私人間の「生活関係の安定明確」が図られていたところを、現代の「高度危険社会」においては「國家權力」とともに「企業活動」がもたらす高度な「危険」との関係をも考慮していかなければならなくなった、ということである。法治国家におけるそのための装置として考えられるのは「実体法秩序」であり、これを民事法の領域でいえば「憲法に基礎をおくものとしての実体私法秩序」をおいてほかにはない。

このように考えるならば、竹下博士の「実体的正当性保障システム」は、「市民」や「企業」といった訴訟の当事者ととともに、「私人の生活圏へのより直接的な侵襲」を行う国家機関をも、権力抑制装置としての「実体私法秩

⁷² 竹下守夫「第三者異議訴訟の構造」前掲書注69334-336頁〔初出は曹時29巻5号〔1977年〕〕。この「特殊な効力」に「実定法上類似のもの」は、「現時の通説の理解の下における行政法三三條所定の他の行政庁に対する拘束力」だという。

序」の下に置くことで、法的「拘束力」を及ぼそうとする企てとして理解できるように思われる。このような意味において、竹下博士の強制執行理論における国家とは、「実体私法秩序」のコントロールに服する<「実体的正当性保障システム」の一アクター>だということができよう。

V ドイツ法からの示唆

以上の執行力概念をめぐる学説の変遷が示しているのは、それぞれの時代状況の違いにもかかわらず、一方で「相手方」との関係において、他方では「国家権力」の、さらには現代の「企業活動」がもたらす「危険」に対抗して、「生活関係の安定」をいかに確保するかという問題に一貫して取り組まれてきたのだということである。こうした執行力及び強制執行をめぐる理論的課題が日本だけのものではないことを確認するために、以下では日本の民事訴訟法・民事執行法の母国であるドイツの議論状況を概観し、そのことが持つ意味を探ってみたい。

1. 「執行力」の概念

元来、明治民事訴訟法の基礎となったテヒョー草案においては、“執行力(ある)”に対応する“mit der Vollstreckungsermächtigung”な判決正本は「執行命令書」と翻訳されていた⁷³。これはその後、法律取調委員会における検討が進められる過程で「執行命令を付したる(判決書)」となり、やがて「執行力」へと転じていったようである⁷⁴。こうした翻訳の経緯や背景はそれ自体興味深い⁷⁵が、ここでは加藤博士が「執行力」の対訳とした“Vollstreckbarkeit”に焦点をあてて、ドイツにおけるこの概念についての理解を整理してみよう。

⁷³ 松本博之・徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治編〕(3)テヒョー草案関係Ⅲ(日本立法資料全集193)』(2008年)148, 298頁(596, 597条)等参照。

⁷⁴ 松本博之・徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治23年〕(1)(日本立法資料全集194)』(2014年)〔資料26〕参照。また、その後明治民事訴訟法が制定されるまでの経過については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』(2004年)117-217頁に詳しい。

“Vollstreckbarkeit”は、強制執行が形式化されていることのゆえに、執行名義（又は債務名義）の存在のみに結び付けられている。このことが意味しているのは、執行名義の存在あるいはそれについて執行が可能であることを問題とする判断がなされて債務名義が排除されるまでは、原則としてこれを執行することができるということである。執行名義は、実現される請求権又は責任を執行することができることを公表する公的な証書（öffentlich Urkunde）であり、これをもって執行機関にはその他の法律上の要件が備わる限り執行を行うことが義務付けられる⁷⁵。この名義の概念は、狭義では給付又は責任を求める請求権を対象とするものであり、ゆえに給付又は責任判決で確定したものか又は仮執行が可能であると宣言されたものが執行名義を構成するのが通常である。これに対して、広義での執行可能な判断を実行する国家の行為はおよそ民事執行ではなく、単に別の国家行為の基礎を構成しているにすぎない。

また法治国家原則の観点からは、債務名義とは、強制執行の内容と範囲を拘束的に確定することをもってする執行機関の干渉権限についての法治国家に要求される授權根拠であって、強制執行には絶対欠くことのできない“基本的要件”だと説明される。これを原理的にいえば、執行名義は、執行の基礎（根拠）を構築し、債権者の権利を強制執行ならびに強制執行についての国家の管轄及び義務に限定しているのである。したがって、債務名義なくしては、たとえ債務者に対する実体的請求権が存在し確認されていようとも債権者にはいわゆる執行請求権が認められない⁷⁶。

このように“Vollstreckbarkeit”は本来、いわば執行できる資格（vollstreckungsfähig）⁷⁷として捉えられるものである。これに対して、強制執行の目的を国家の（債務者に対する）給付命令の強制的な貫徹に求めたベーム（Harald Böhm）によって、既判力（Rechtskraft）に匹敵する効力

⁷⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht* 12 Aufl., 2010, § 10 Rn. 1

⁷⁶ Rosenberg/Gaul/Schilken, *a. a. O.*, § 10 Rn.1 ff, 12,79.

⁷⁷ Baur/Stürmer/Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht* 13 Aufl., 2006, Rn 13.7.

としての執行力（Vollstreckungskraft）が觀念されるべきとの主張がなされたことがある。不当執行の場合にも適法に獲得された債権者の満足を維持するべきとの立場から提言されたその趣旨は、判断手続と執行手続はともに自力救済禁止に対する国家の補償であり、債権者保護の一部を構成するものであって、両手続はそれぞれに平穩の確保という意義を有するのだから、執行手続の終了後においても執行の結果を維持することのできる手続的効力が生ずることを認めるべきだというものであった⁷⁸。しかしこのような手続的効力は、強制執行の形式的構造と矛盾するものであるためこんにちの通説的には認められない。なぜなら、実体法の顧慮されない適法な執行に基づく“最終的な収益の配当”は強制執行の目的とするところではないからである。すなわち、形式化された強制執行手続は、最終的な財産の配分という意味での固定化を正当化することのできる判決手続の保障を欠いている⁷⁹。

2. 執行請求権の法律構成

ドイツ民事訴訟法において強制執行は、裁判上認定された又は形式上裏書された債権者の権利を国家による強制の方法によって実現するための手続であり、その主な使命は債権者に然るべき満足を得させることに求められている。このように債権者の利益に偏って目的設定されていることは、判決手続と異なって、その債権者について権利が判決手続において認められたか或いはその他の執行名義において文書による保障がなされていることのゆえに正当化される。すなわち、執行の基礎を構築する債務名義によって、債権者は手続上支配的な役割を与えられていると考えられるのである⁸⁰。

債権者は債務名義に基づいて、認められた申立てに対し執行措置を行うように要求する国家に対する請求権、すなわち執行請求権を有していること

⁷⁸ Böhm, *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsanspruch*, 1971, S.19, 45.

⁷⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, *a. a. O.*, § 1 Rn. 5.

⁸⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, *a. a. O.*, § 1 Rn.1 ff. Vgl. Entwurf einer Zivilprozessordnung mit Erläuterungen veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium 1931, S. 400.

になる。執行請求権は、かつては権利保護請求権の性質をもつものと考えられていたが、これに代わって司法へのアクセス権保障としてのいわゆる司法保障請求権 (Justizgewäreanspruch) が判例・学説上認められるようになったこんにちでは、執行名義保持者と判定された債権者についての司法保障請求権の顕現だと理解されている。このことが示すように、司法保障請求権の顕現としての執行請求権は、伝統的には国家による権力独占の結果としての自力救済禁止の相関概念としてその基礎を単なる法律 (einfachen Recht) のなかに見出してきたが、こんにちでは憲法上の請求権として、単なる法律と並んで憲法にもその法的根拠が見出されている⁸¹。とりわけ1999年3月25日のBGH判決以降、債務者の基本権 (基本法2条Ⅱ) のみならず、強制執行における債権者の満足権 (Befriedigungsrecht) が、基本法14条Ⅰ [所有権] 及び19条Ⅳ [効果的な権利保護] に基づくものとして判例上繰り返し取り上げられており、強制執行の目的もこの満足権に対応させる形で議論されている。さらに2002年の民事訴訟法改正法によって法律抗告制度 (§ 574 I 2, 強制執行との関係では § 793) が導入されたことも契機となって、この基本法上保障された債権者の権利に言及する裁判例は増大傾向にある⁸²。

この執行請求権を含む強制執行における法律関係は、国家と両当事者が主体として参加する“三角関係”の構造として捉えられる。具体的にいえば、第一は処分権主義原則の下での“申立関係”であり、これは債権者が国家に対して執行請求権、すなわち法律上の執行要件がある場合に国家に対して執行行為を要求することのできる主観的公権を有することを前提とした、債権者の国家に対する関係を意味する。第二は国家の債務者に対する“干渉関係”である。国家による執行強制には不可避免的に債務者の基本権に対する侵

⁸¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, *a. a. O.*, § 6 Rn. 1, 2, 7.

⁸² Rosenberg/Gaul/Schilken, *a. a. O.*, § 3 Rn. 7, § 6 Rn. 1, 3, 7. 例えば, BGH, Beschl. v. 12. 12. 2003 / BGHZ 157, 195, 202 ff. = NJW 2004, 954 ff.; BGH, Beschl. v. 27. 3. 2008 / BGHZ 176, 79, 83 ff. = NJW 2008, 1675 ff. これら近年の最高裁判例の意義について, Gaul, Die neue Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof in der Zwangsvollstreckung - ein teurerkaufte Fortschritt, DGVZ 2005, 113, 123 ff.

害が伴うがゆえに、ここでは強く適法性の原則が妥当する。そして第三の關係は、執行法律關係の“基盤關係”としての債権者と債務者との間の關係であり、これは実体法ではなく、執行文との関連で兩者關係を決定する債務名義を基盤とする⁸³。

3. 国家の強制権と強制執行の二つの側面

以上のドイツ民事訴訟法におけるこんにちの理論は、執行力概念を考えるにあたり少なくとも三つの重要な示唆を与えてくれる。第一に、執行力とは執行が可能とされる資格として捉えらえるのであって、それ自体が既判力に類比される判決の固定的な効力ではない、との指摘である。というのも、ドイツ法をめぐる理論的解釈によれば、執行力は、裁判上ないし正式な裏書によって債権者の権利が認定されたことに基礎を置くからである。このことから、執行は債権者の権利の確定作業、さらにはこのために必要不可欠な事実關係の確認作業を前提としているということが示唆される。

第二に、強制執行手続上、債権者に執行を許す唯一の根拠として債務名義が強制執行の不可欠の条件とされている一方で、債務名義において強制執行の内容を確定することをめぐり、法治国家原則が債務者に対する干渉の授權根拠とされていることである。このように債務名義が“三角形”の執行關係の重心に据えられることによって、一方では債権者の権利行使の、他方では国家による干渉の、両面での限界を画しているのである。

そして第三に、強制執行における債権者の満足権を、民事訴訟法等の単なる法律のみならず、憲法上保障された権利と位置づける近年の最高裁判例の動向も注目される。基本法の2条II [平等原則] や20・28条 [社会国家原則] との衡量の要素として19条 [所有権] が挙がっていることから推察されるように、ここでは債権者の満足権が、権利義務關係という一種の「社会」關係のなかで把握されているからである。この点において、竹下博士と

⁸³ Rosenberg/Gaul/Schilken, *a. a. O.*, § 8 Rn. 3, 8 ff.

同様ドイツにおいても、司法には、当事者間の紛争状態に決着をつけることにとどまらず、より積極的な責務を果たすことが期待されているといえよう。

VI おわりに

本稿では、私的合意に執行力を与えようとする近年の議論を契機として、民事訴訟における私的自治と国家の強制力との関係を探究するために、執行力概念とこれを基礎とする執行の法律構成を歴史的に辿ることを通して、執行力及び強制執行の理論的根拠を考えてきた。

まず、日本の民事訴訟理論の基礎をつくった加藤博士によれば、権利保護を求める私人の私権を保護することは、「國家社會の進歩」とともに自力救済を禁じて「強制力」を独占した国家が引受けるべき責任であると理解され、強制執行は私権保護のための一連の裁判手続の一部を構成するものと位置づけられた。それゆえ、執行力とは、強制執行という「國家の強制力」により「判決の内容」を実現する効力であり、そこで実現されるべき「判決の内容」とは、給付判決における「実体的権利関係」を指すのだとされたのである。ただ、「純理論」的にみると、強制執行は権利関係を確定するものではないから非訟事件に分類されるとの理解も成り立ち、「行政官廳」がこれを行うことも法制度上は許容されると考えられたのであった。この加藤博士の執行関係における国家は、いわば「私権保護を求める私人の代理人」として、私権保護のために積極的に「國家の強制力」を行使することが期待されている。

これに対して、国家が定立し設営する私法法規や訴訟制度以前に「私権」を想定するのは「論理を顛倒」していると批判した兼子博士は、訴訟の目的を「私法秩序」の「実効性」の「保障」あるいは「私的紛争の解決」と「利害の衝突」の「調整」に求める独自の理論を打ち立てた。それによれば、執行力は、判決主文に掲げられた「給付義務」を「強制執行」によって「実現できる効力」と定義され、ここで強制執行とは、「國家機關たる執行機關の

外に、對立する執行當事者」も「主體」となった「民事訴訟手続の一種」として、「司法機關である裁判所」が担当すべきものとされた。もっともその「國家作用は本質的には行政作用」であり、「私法上の義務の實現の保障を、完全に果たす」という強制執行制度の「理想」は「現實の制度として經濟事情や社會思想を背景とした種々の要素の對立緊張を考慮し」た「技術的調和」の上に實現されるのでなければならぬものであった。この兼子博士の民事訴訟制度の理解において、國家機關たる裁判所は「法的社会」「國家社會」と「私人間の生活關係」との間のいわば緩衝帯であり、また前者の論理である「法」や「權利」を後者の「現實の生活關係」に轉換・定着させる契機として位置づけられていた。したがってこの國家は、私的自治の機能しない“非常時”に限り呼び出されて処方する<救急医>だと捉えることができる。

しかしこのような「前法律的」な司法の位置づけでは、現代の「企業活動」がもたらす「高度危険社会」において深刻な被害を被りうる「一般市民」を救済することは難しいと考えた竹下博士は、「憲法の全体構造」のなかに「司法の役割」を意義付けようとして、「日本国憲法の下における民事訴訟」は「実体的權利の保障」を目的とすると主張した。そのため執行力は、裁判の内容すなわち実体權の救済手段である「給付請求權」が強制執行により「實現され得る」「資格」だと定義される。このような立場からすれば、「国の権力作用による私人の生活圏へのより直接的な侵襲である」強制執行が「基本的人權の憲法上の保障と調和」することのできる「正当性の根柢」がより一層「とわれてしかるべき」なのは必然である。そこで竹下博士は、強制執行を、「実体法を指標」とした「手続法的規律」のもとに「民事執行の実体的正当性を保障しながら、実体權の強制的實現」を図るための「実体的正当性保障システム」として捉えたのであった。このシステムにおいては「実体私法秩序」のコントロールに服するという意味で、「國家」も「一般市民」や「企業」とともに<「システム」の一アクター>として位置づけられる。

こうした理論の歴史的な展開は、一面で私的自治と国家の強制力との関係について、さまざまな理論的説明が可能であることを示している。ただ他面で、それぞれの時代状況の違いにもかかわらず、その根底には理論的共通性を見出すことができる。それは、あるときは国家に積極的な役割を期待し、またあるときはその行き過ぎた干渉を牽制しながら、私人の現実の「生活関係の安定明確」を「社会」的視野からどう確保するかを探究するという、理論的姿勢である。そしてその葛藤の行き着いた先が、憲法による国家権力（及び「企業活動」による「危険」）の抑制であり、また、国家に権利保障を義務付けるための憲法上の権利性の強調だったのであって、これは「社会国家原則」を重視するこんにちのドイツにおける議論状況とも合致する。それゆえ、執行力及び強制執行をめぐる理論的変遷の歴史は、これを強制執行の局面についてみるならば、この国家の「権力」の抑制と私人の「権利」の「保障」の促進というしばしば相対立する二つの要請にいかに関わり合いをつけるのかをめぐる格闘の歴史として理解することができるのである。

もっとも、国家権力としての司法を「憲法を頂点とする実定諸法規・その基礎にある法原則等の総体としての実体法規範」によってコントロールしようというこの企ても、新たな理論的課題に直面しているように思われる。というのも、私的合意に執行力を付与しようとする近年の動きからは、“非常時”以外の場面にまで国家の強制力を呼び込もうとするあまり、権力を抑制しようとする発想がすっぱり抜け落ちてしまっているからである。

このような現状を前にするとき、権利保障を目的とするこんにちの民事裁判制度に、いま再び、兼子博士のいう「前法律的」な観点から光を当ててみる必要があるのかもしれない。なぜならば、兼子博士の理論的姿勢を踏まえると、「前法律的」とは必ずしも“反憲法的”“非憲法的”と同義とは考えられず、むしろ「経済事情や社会思想」といったより広い社会的視野の下に権力の抑制を試みるものだと捉えられるからである。経済不況や憲法改正が取りざたされる現在、兼子博士の問題意識をこのような角度から捉え直すならば、民事訴訟制度や強制執行の目的及び存在意義に、また新たな側面を

河 崎 祐 子

見出すことができるのではないだろうか。

*本稿は科学研究費補助金 JP26380109 の助成を受けたものである。