九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

代替執行論・覚書（一）：民事執行法一七一条の新たな解釈に向けて

川嶋，四郎
九州大学大学院法学研究科教授

https://doi.org/10.15017/2216

出版情報：法政研究. 67 (3), pp.105-134, 2001-01-31. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

研究ノート

代替執行論・覚書（一）
――民事執行法一七一条の新たな解釈に向けて――

川嶋四郎

第一章　序
第二章　民事執行法一七一条の含意
一　民事執行法一七一条の基本的意図
二　民事執行法一七一条の規定する執行方法
三　義務内容による執行方法の区別
第三章　代替的作為義務の強制執行における授権決定手続
一　はじめに
二　代替的作為義務に関する授権決定手続における観念的執行過程
三　代替的作為義務に関する授権決定手続における現実的執行過程
四　代替執行の費用　（以上、本号）
第四章　不作為義務の強制執行における除却手続と「適当ノ処分」手続　（以下、次号完結予定）
一　はじめに
二　不作為義務違反状態の除却処分手続
三　将来のための「適当ノ処分」手続
第五章　「適当ノ処分」の現代的意義：抽象的差止判決の執行手段としての意義について
一　問題の現況
二　近時における学説の展開
第六章　結
一　代替執行と間接強制の適用順序
二　不作為義務の強制執行における除却処分手続と適当処分手続の統合化
三　民法四一四条二項・三項の性質論と「適当ノ処分」の現代的意義
四　執行裁判所による継続的な執行関与の必要性
五　その他の課題

第一章　序

かつて、私は、差止的救済のもつ特殊性に見合った強制執行過程の再構築のために、新たな「授権決定手続」（民法四一四条二項・民事執行法一七一条）や「適当処分手続」（民法四一四条三項）の創造に向けた基礎的研究を開始した。その成果の一部は、「差止的救済形成の源泉としての『適当ノ処分』に関する一試論（一）――『創造的授権決定手続』を含む『適当処分手続』の構想と民事執行法一七一条の再構成――」[1]として公表したが、その後、この研究は中断したまま、一〇年近くの年月が経過した。その間、民事手続法の領域では、民事保全法（平成一年法九一号）、新民事訴訟法（平成八年法一〇九号）、および、民事再生法（平成一一年法二二五号）などが制定・施行され、民事執行法も、不動産に対する強制執行や不動産競売等の分野は、平成八年および同一〇年に大きな改正を経験した（平成八年法一〇八号、平成一〇年法一二八号〔いわゆる競売手続円滑化法〕および平成一〇年法一二九号〔いわゆる特定競売手続調査評価法〕等）。

しかし、金銭的満足を超え、現代社会の多様なニーズを執行局面において調整・実現するための有益な受け皿となるべきであるとも考えられる行為執行（作為・不作為義務の執行）の過程は、あたかもぽつねんと取り残された孤島のように、ほとんど不易の状況を保ちつづけていた。

ところが最近、この領域に用意されている執行方法としての間接強制（民執法一七二条）については、貴重な歴史研究が明らかにされた。森田修『強制履行の法学的構造』[2]が、それであり、ローマ法、フランス法およびドイツ法を浩瀚に渉猟され、民法四一四条および民事執行法等の詳細な学説史・立法史を明らかにされた上で、現行法の解釈局面においては、例えば、いわゆる「間接強制の補充性」の克服が説得的に論じられた。さらに、山本和彦「民事救済システム」[3]でも、執行過程の包括的な考察の中で、間接強制の活用のあり方が論じられた。[4]

これに対して、代替執行およびその他の執行方法の可能性についての本格的研究は、これまでのところ、ほとんど存在しないのが実情である。一般に、法的な紛争処理過程を紛争当事者の法的救済過程と位置づけ、特に、判決手続・執行手続をトータルに見据えて裁判上の救済過程と考える私見にとっては、執行過程は救済実現過程[5]であり、それを首尾よく実現し得る手続装置が法的に完備されていなければならないと考える。[6]金銭的救済が、金額およびその

支払方法といった比較的機械的な処方の可能な救済手段であるのに対して、非金銭的救済、すなわち差止的救済（以下、金銭給付以外の作為・不作為を内容とする救済を差止的救済と呼ぶ）は、その内実として一般に多様な救済方法が考えられるので、原告・被告または債権者・債務者および裁判所間のやり取りを通じて事件の文脈に最適な救済方法を創意工夫できる可能性を有している救済手段と考えられる。[7] それゆえ、裁判上の救済過程において、関係主体間の相互のやり取りと目的に向かった議論を活性化し審理・判断・実行過程を充実したものとするためには、非金銭的救済手段に対する研究が不可欠となる。それは、現行法上用意されている執行方法の再検討と新たな執行方法の可能性の探究でもある。私の上記研究も、そのためのささやかな一歩に過ぎないが、その後突如として、在外研究のという僥倖に恵まれ、また、勤務校の変更など、身辺多端な状況の中で、中断したままであった。[8]

本稿は、未熟なメモ書きに過ぎないが、今後の研究の足がかりとし、かつ、執行方法の多様化と柔軟化を目指す議論の布石とするために、さしあたり、この間に細々と続けてきた民事執行法一七一条に関する研究を、とりあえず覚書の形で公表するものである。

※本稿は、本誌掲載にさいして、当初から、「論文」としてではなく「研究ノート」として、レフリー制の下での審査を申し出たものである。

〈註〉

（1）『熊本法学』七一号一―七一頁（一九九二年）。

（2）東京大学出版会、一九九五年。この初出は、森田修「履行強制の法学的構造（一）～（六・完）」『法学協会雑誌』一〇九巻七号一一四五頁、一〇号一五七二頁、一一号一六七九頁、一一〇巻四号四七三頁、五号五八三頁、六号七五五頁（一九九二年～一九九三年）。

（3）『岩波講座・現代の法5（現代社会と司法システム）』二〇九頁（岩波書店、一九九七年）。

（4）そこでは、例えば、抽象的差止判決の強制執行過程について、間接強制だけでなく代替執行をも認める見解（私もこの立場に立つ。後註146とその本文を参照）を批判され、「そもそもそのような具体的差止め（代替執行の可能性）の必要性には疑問もある。間接強制によって一旦執行手続に入ったのならば、最後まで間接強制によって押し切るのがむしろ原則とも思われるからである。もちろん強制金のレベルによっては間接強制が実効を伴わない場合があるのは確かであろうが、その場合も強制金を引き上げていけば、どこかで被告の採算ラインが割れ、操業停止・供用停止等

に追い込まれるはずであり、その前段階で債務者が自主的な対処を行うはずである。」（同二二三頁）と論じられた。しかし、周到にも、「ただ、残る問題は、経済的な考慮を無視できる……公共団体や国が債務者の場合である。……事案では、情報公開を拒否する公共機関が間接強制金の引上げにもかかわらず、公開義務を履行せず、ついに債権者側が住民訴訟による強制金支払いの差止めを求めるという異例の展開となったが、結局右請求は否定されたようである（東京高判平成八年九月八日）。このような事例を見れば、一定の措置（代替執行などによる対処）を必要とする場合はなお観念できようか。」〔以上、（　）内は、原文。〔　〕内は、川嶋。〕（同二三九頁註16）と、的確な指摘をされている。

ただ、このように間接強制を貫徹することの問題点の核心は、一般に、被告・債務者が金銭を支払いつづける限り、なぜ原告・債権者に受忍を強制することが正当化できるかであり、私見では、後に述べるように、「現実的救済優位の思想」に裏打ちされた代替執行という執行方法が、債権者・債務者関係の状況に応じて、より容易に原告・債権者に利用できてしかるべきであると考える。それは、確かに、金銭は万能の作用を果たすとも考えられるが、それを超える価値、すなわち窮極のところ人間の尊厳をより直接的に確保するための現実的救済の必要性を、切実に感じるからである。

（5）ただ、厳密には、救済の実現に尽きるものではなく、場合によっては、救済再形成過程の意義をも同時に帯有する。川嶋四郎「『公共的差止訴訟』における差止判決の修正（一）（二・完）――アメリカの『公共的インジャンクション』をめぐる議論を手がかりにして――」『民商法雑誌』九七巻四号四八三頁、五号六五三頁（一九八八年）参照。

（6）救済過程というものの考え方の基礎については、川嶋四郎「『救済法』の課題と展望に関する一試論・序説」『民事訴訟雑誌』四三号一九八頁（一九九七年）を参照。

（7）See D. Rendleman, The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction, 33 U. Fla. L. Rev. 346 (1981).

（8）なおこの間も、私は、細々と「大規模差止請求訴訟の救済構造」についての研究を継続してきたが、それは主として、判決手続のあり方（審理手続および当事者適格等）に関するものであり（前者については、川嶋四郎「大規模公害・環境訴訟における差止的救済の審理構造に関する予備的考察」『判例タイムズ』八八九号三五頁〔一九九五年〕等を参照。後者については、同「環境民事訴訟の現状と課題――大規模差止訴訟における申立主義と当事者適格論に関する一試論――」森島昭夫＝大塚直＝北村喜宣編『〈ジュリスト増刊〉新世紀の展望②・環境問題の行方』九五頁〔有斐閣、一九九九年〕等を参照）、執行手続過程に

ついては、僅かに、川嶋四郎「一九世紀ドイツのイミッション（Immission）訴訟・執行手続における救済過程について――主としてライヒ最高裁判所（Reichsgericht）の判例を素材として――」『熊本法学』八九号一四七頁（一九九七年）で、若干言及することができたにとどまった。本稿は、上述のように、日本法の新たな解釈論の展開のための覚書というだけではなく、今後公表を予定している「アメリカにおける大規模差止執行過程の研究」のために、手続比較の基本視座を確保する目的をも有している。

第二章　民事執行法一七一条の含意

一　民事執行法一七一条の基本的意図

民事執行法一七一条〔以下、単に「本条」ということがある〕は、「民法第四百十四条第二項本文又は第三項に規定する請求に係る強制執行」の方法について定めている。本条によれば、この種の強制執行は、「執行裁判所が民法の規定に従い決定をする方法」により行われる。本条は、民法の規定を取り込んだ形で規定されているために、その基本的意図を見極めるためには、民法四一四条二項・三項の解釈にまで立ち入らなければならない。作為・不作為執行においては、民法の解釈が死命を制すと考えられるからである。(9)

大部分の規定を金銭執行手続に割いている現行民事執行法にあって、しかも、個別的に規定された非金銭執行の僅かな条文群の中にあって、本条は、比較的包括的で一般的な規定の体裁を取っている。高度に複雑化し、同時に多様かつ多元的な価値が承認されつつある現代社会において、金銭的な救済とは異なる救済手段を規定した本条が有している基本的思想とその方向性を見定めることは、困難な問題ではあるが、日本法における将来の民事救済法体系の実効性を占う上で、回避できない課題である。同時に、それは、以下で民事執行法一七一条に考察を加えるさいの基本的な指針ともなるのである。

周知のように、民法四一四条および民事執行法一七一条は、複雑な沿革を辿って今日に至っている。その基本的な意図および方向性を簡潔に記述することは困難ではあるが、私見では、金銭的満足とは異なる救済内容が求められている場合に、その本来的な義務内容（結果自体）の実現をできる限り貫徹すべきであるとするいわば「現実的救済貫徹の思想」とでも言うべきものが、そこに定礎されているのではないかと考えたい。それは、以下のような民法四一四条および本条の沿革から明らかになる。

その「現実的救済」に対する考え方の変遷は、以下のような系譜を辿って今日に至っている。[10][11] 現行民法四一四条は、明治二三年（一八九〇年）に制定された所謂旧民法（明治二三年法二八号）の財産編三八二条に、その淵源を有しており、それが修正されたものである。この旧民法は、金銭的救済を原則に据えていたフランス法から訣別した。そこには、「自然法の原則」による制約が存在していたものの、基本的には、現実的救済に対する積極的な姿勢を窺うことができた。旧民法は、規定上、作為・不作為義務について、直接履行が可能でしかも債務者の身体を拘束しないで履行できる場合は、損害賠償ではない直接履行を原則としていたのである。このような「現実的救済」に対する基本的な考え方は、金銭的救済を原則とし作為・不作為執行を例外的なものと位置づけた所謂テッヒョ―草案を大幅に改めて成立した旧民事訴訟法強制執行編（明治二三年法二九号〔民法施行法による改正前〕）にも、基本的に受け継がれていると考えられる。さらに、明治二九年（一八九六年）の現行民法（明治二九年法八九号）においては、起草者は、その実現のためには債務者の身体の拘束をも辞さない態度を採っていた。ここでは、より一層現実的救済に対する積極的な姿勢が採用されたと考えられるのである。このような考え方を基礎とし、しかもそれを反映させる明治三一年（一八九八年）の民法施行法（明治三一年法一一号）による改正後の旧民事訴訟法強制執行編における作為・不作為執行観も、基本的には現実的救済に対する積極的な内容をもつものであったと考えられる。しかしながら、民事執行法の制定過程では、現実的救済理念の具体化が、特に昭和四八年（一九七三年）の『強制執行法案要綱案（第二次試案）』で検討されたものの、[12] 立法には結実しなかったのである。[13][14]

ちなみに、本条の規定する代替執行は、「代償的執行」と表現されることがある。確かに、債務者から費用の支払いを受け強制執行を行う点から見れば「代償的」と評されうるかもしれない。[15] しかし、この執行方法は、単に金銭的な満足自体に甘んじることなく、あくまで作為・不作為という結果自体の実現、すなわち現実的な特定的給付の満足を志向する強制執行の方法であると考えられるので、言葉の問題を超えて、代替執行を「代償的」と形容するのは不適切であると考えられる。

二　民事執行法一七一条の規定する執行方法

伝統的な見解によれば、本条は、いわゆる代替執行の手

続のみを規定していると説明されることがある。[16] この代替執行は、執行裁判所による債権者に対する授権決定とこれに基づく具体的作為の実施により終了し、その執行手続の内容は、本来的には債務者がなすべき作為の実施を債権者に授権する旨の決定と債務者がその費用を負担する旨の決定に尽きると考えられている。このように、伝統的見解は、本条を執行機関の職務内容から説明する。例えば、実務上数多く現われる本条の具体例として、建物収去義務の強制執行を例に採れば、本条による執行手続は、建物収去の実施を債権者に授権する旨の決定と債務者に対する費用負担決定に尽き、建物の解体・搬出以外に債務者等の抵抗を排除する措置を通じて所謂受忍義務の強制（民執法一七一条六項参照）が行われても、また、そのような授権決定に基づく具体的な作為が実施されても、それらは強制執行手続の一環とは考えられていないのである[17]（以下、本稿で「伝統的見解」という場合には、この立場を指す）。

しかしながら、このような伝統的見解では、代替執行という執行方法については、「差押え→換価→満足」の段階を経て債権者の満足に至る金銭執行（直接強制）の場合に比して、債権者・債務者関係の公平、救済実現過程のあり方（特に、救済実現に対する裁判所のフォーラム提供のあり方）の点で十分ではなく、さらに、債権者の満足に対する認識と配慮が余りにも少な過ぎると言わざるを得ない。

さらに、より根本的には、本条を、単に代替執行という執行方法のみを定めた規定と限定して考えるべきではないであろう。確かに、代替執行のための授権決定手続は、本条の核心的な部分を成していると言えるが、それが総てというわけではないからである。債務者等による抵抗の排除方法も規定してあれば、「適当ノ処分」という広汎な具体的救済方法の創造さえをも予感させる文言を含む規定も存在する。しかも、債権者の満足という視点から見た場合に、授権決定手続という形の強制執行は、単に授権決定の言渡しに尽きるものではなく、またその決定を言い渡せば終了するというものでもなく、債務名義上の作為・不作為請求権で意図された結果を完全に満足でき、その将来的な保障が得られて初めて、債権者の満足に至り、執行手続が終了すると考えられるのである。

なお、近時本条は、公害・環境訴訟事件で主張されている差止請求権の強制執行手続に関する規定としても、後述するように注目を集めている。[18]

三　義務内容による執行方法の区別

民法の規定を挿入して条文を構成している本条は、基本的には、債務名義に表示された義務内容により、異なる執行方法を準備していると考えられる。

まず、前提問題として、民法四一四条二項・三項が債権総則に位置する規定ゆえに、作為・不作為「債権」に関する規定であるかのような印象を与えるが（また、民事執行法一七二条一項には、「債務」という表現も見られるが）、しかし、本節の表題が「金銭の支払を目的としない請求権についての強制執行」とあるように、本条は、単に債権的請求権だけではなく、物権的請求権にも適用される。[19] したがって、以下では、作為義務・不作為義務と表現することにしたい。

さて、一般に、民法四一四条二項本文の規定する「強制履行ヲ許ササル」作為義務とは、代替的作為義務を言うとされ、その執行方法は代替執行であるとされている。[20] 作為義務が代替性を有するか否かについては、通説は、作為結果の同一性を基準としている。すなわち、金銭の給付や有体物の引渡しを目的とする義務といった直接強制を許す義務ではない作為義務であって、債務者以外の者によっても債務者がなしたのと事実上同一の目的（作為結果）を達成できるものが、この代替的作為義務に当たる。例えば、建物等の建築物や有形物等の収去・撤去・建設・修理・移動などが代替的作為義務の典型例である。また、例えば、新聞などへの謝罪広告の掲載も代替的作為であるとされている。[21] 一般に、作為義務の代替性が疑わしい場合には、申し立てた債権者自身が代替的な作為実施で満足する限り代替性があると考えられる。[22] なお、作為の具体的実施のための仕様がいくつか存在する場合でも、そのいずれを採るかにより結果や費用などに著しい差異を生じない限り、代替性を否定する理由にはならないと評価できるであろう。[23]

これに対して、民法四一四条三項は不作為義務を規定している。その執行方法は、不作為義務違反状態の「除却」と「将来ノ為メ〔の〕適当ノ処分」である。この規定は、一瞥したところ、不作為義務の特質に鑑み、不作為義務自体の強制執行と言うより、不作為義務違反の結果の排除方法と防止方法とを規定しているように見える。しかし、執行方法自体は、後述するように、主として「適当ノ処分」の内容の解釈に委ねられているとも考えられる。なお、不作為義務自体は、間接強制の対象になる（民執法一七二条参照）。

ところで、作為義務と不作為義務は、通常文言により区

別される。しかしながら、その区別が困難になる場合も考えられる。「〜する義務」（作為義務）が「〜しない義務」（作為義務）の形で記述できる場合もあるからである（逆も同様）。例えば、個別事件の状況にも依存するが、「騒音を出さない義務」は、「騒音を出さないような一定の措置を実施する義務」と、また、「ダムの水を供給する義務」は、「ダムの水の供給を妨害しない義務」とも記述できるのである。したがって、基本的には、義務内容により執行方法に区別を設けることが妥当か否かが再考されるべきであり、立法論的な課題ではあるが、将来的には、例えば、多様な救済方法を準備し、作為・不作義務の執行を統一した包括的な「行為義務」の執行規定が創設されることが、望ましいと考えられるのである。

しかし、それはともあれ、以下では、まず、執行対象となる義務内容に従い、代替的作為義務の執行手続（→第三章）、不作為義務の執行手続（→第四章）の順に考察を加え、次に、特に現代的な課題である差止請求の執行手続の問題（→第五章）を論じ、最後に、本条に関する今後の課題（→第六章）について言及してゆきたい。

〈註〉

(9) 浦野雄幸『条解民事執行法』七四六頁（商事法務研究会、一九八五年）。

(10) 川嶋「前掲論文（註1）」一八頁以下を参照。

(11) さらに、ローマ法以来の沿革の詳細については、森田『前掲書（註2）』一七頁以下を参照。

(12) この点については、竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行——強制執行法案要綱案第二次試案における関連規定の検討——」『立教法学』一三号一頁（一九七四年）を参照。

(13) さらに、民法四一四条に関する近時の研究として、福永有利「強制履行に関する民法四一四条は、民法中に置くべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望(2)〔債権総論(2)〕』九五頁（日本評論社、一九九一年）も参照。

(14) C. A. Wright, The Law of Remedies as a Social Institution, 18 U. Det. L. J. 376 (1955)は、救済法の体系的理解のための先駆的な業績であるが、そこでは、すでに違法行為が発生している場合には、訴訟上原告が、金銭的救済よりも特定的救済（インジャンクションや特定履行等）を望ならば、それは否定されるべきではない旨が主張されている。

(15) 例えば、香川保一監修『注釈民事執行法（7）』二五〇頁〔富越和厚執筆〕（金融財政事情研究会、一九八九年）は、「代償的満足」とも表現する。

(16) 例えば、鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法(5)』七二頁〔富越和厚執筆〕(第一法規、一九八五年)参照。ただし、同書九二頁も参照。

(17) 例えば、香川監修『注釈民執法(7)〔註15〕』二五一頁、二五七頁〔富越〕等。

これに対して、授権決定の実施手続も執行手続の一環であると把握する見解として、例えば、鈴木忠一＝三ケ月章＝宮脇幸彦編『注解強制執行法(4)』一三六頁〔山本卓執筆〕(第一法規、一九七八年)、中野貞一郎『民事執行法〔新訂四版〕』六七六頁(青林書院、二〇〇〇年)。この点に関しては、さらに後述第三章三(4)を参照。

(18) 後述、第五章二を参照。

(19) 例えば、奥田昌道編『注釈民法(10)〔債権(1)〕』二六九頁〔奥田昌道執筆〕(有斐閣、一九八七年)。

(20) 代替的作為義務の強制執行のために間接強制が利用できるか否かの問題については、後述、第六章一(1)を参照。

(21) 判例(最〔大〕判昭和三一年七月四日『民集』一〇巻七号七八五頁)および通説(例えば、中野『前掲書〔註17〕』六八四頁註2)。ただし、第三者である新聞社などには広告応諾義務はなく、広告の掲載が拒否されれば代替執行は実効性を欠く(中野『前掲書〔註17〕』同頁)とされるが、それは、謝罪広告の場合に限られず、代替執行一般に内包する限界の問題である。

(22) 例えば、兼子一『強制執行法〔増補版〕』二八六頁(酒井書店、一九五五年)。

(23) 中野『前掲書〔註17〕』六七四頁。

第三章　代替的作為義務の強制執行における授権決定手続

一　はじめに

強制執行における授権決定手続の特徴は、判決手続等で形成された債務名義の内容をなす作為義務が、二段階の手続を経て強制的に実現されて行く点に、見出すことができる。

すなわち、まず第一段階は、債権者による授権決定の申立てから決定に至るまでの過程であり、これはいわば観念的執行過程と評することができる。しかし、授権決定手続は、授権決定により完結するものではなく、その決定内容が実施され債権者が満足を得て初めて終了する。この第二段階は、いわば現実的執行過程と言うことができる。従来ともすればここで言う観念的執行過程が授権決定手続の中心に据えられていたが、現実的執行過程も、執行の果実の現実的入手の過程であり、観念的執行過程に優るとも劣ら

ぬ程に重要な執行手続であると考えられる。以下、それぞれの段階を分説し、さらに、代替執行にかかる費用の問題についても検討してゆきたい。

なお、後述する不作為義務の強制執行においても授権決定手続が利用されるので、以下では、不作為義務の強制執行における授権決定手続に固有な問題を除き、この手続一般について検討を加えたい。

二　代替的作為義務に関する授権決定手続における観念的執行過程

(1)　管轄（民執法一七一条二項）

一般に、本条の強制執行を行う執行機関は、執行裁判所であり、それは、債務名義の種別により異なるが、具体的に区分して論じれば、以下の通りである。

まず、債務名義が確定判決、仮執行宣言付判決、抗告によらなければ不服を申し立てることができない裁判、そして確定判決と同一の効力を有するものについては、第一審裁判所が執行裁判所となる。次に、確定した執行判決のついた外国裁判所の判決または確定した執行判決のついた仲裁判断については、執行判決をした第一審裁判所が執行裁判所となる。さらに、簡易裁判所で成立した和解調書または調停調書については、訴額により当該簡易裁判所ではなくその所在地を管轄する地方裁判所が執行裁判所となることもある（民執法一七一条二項、三三条二項一号・二号）。

旧法下では、作為・不作為義務の強制執行における執行機関は、「第一審ノ受訴裁判所」であり、これが、執行裁判所・執行官と並び、三元的な執行機関の一翼を担っていた。しかし、現行法は、執行機関を執行裁判所と執行官とに二元化し、第一審受訴裁判所の概念をも取り込んで、執行裁判所制度が再編された。そこで、現行法下においても、「実質的には、第一審の受訴裁判所が管轄することは旧法と変わらない」[24]として、このような立法に疑問を差し挟まない向きもある。

しかしながら、仮に第一審受訴裁判所（またはそれに相当する裁判所）が執行機関とされたのが以下の理由によるとするならば、このような執行機関の再編成自体、再考の余地があるように思われる。すなわち、まず、作為・不作為執行の場合には、与える債務の執行と比較して、債務名義の表示との同一性の認定に実体的考慮を要し、基本的には、本案に関する続行的判断の側面があり、債務名義についての記録が存する裁判所が担当することが相当であるこ

と、[25] 次に、代替実施請求権は義務の効力に含まれるとしても、債務名義に表示された債務本来の内容とは異なる履行方法を許す点で債務名義作成手続に準じるものと解されること、また、特に不作為執行における除却や将来のための適当の処分では、債務名義に表示された義務とは別異の義務の実現を執行処分として直接に作出することになること[26]などが、その理由として挙げられていたのである。

また、旧法が、作為・不作為執行における執行機関に関する基本的立場を継受したと考えられるドイツ法の立法理由書の中には、以下のような興味深い記述が見られる。

「作為、不作為、受忍の強制執行のために許された措置の性質に従い、妨害物の除去は別として、これらについては裁判所の協力がなされねばならないことが、直ちに明らかとなる。至る処で、裁判所は、どのような措置が許されるかを審査するだけではなく、給付命令の対象たる行為に代えて、他の行為を当て嵌めることも必要になり、その結果、判決は、それ自体ただ何をなすべきかに関する情報のみを示すに過ぎない。執行官には、その地位に関して承認された原則に従えば、それほど広汎な審査権限は委ねられていないのである。裁判所のなすべき判断は、本質的に、本案訴訟の継続された判断に基づいているので、受訴裁判所に委ねるのが最も合目的的である。[27]」

このように、旧法下で、作為・不作為執行における執行機関が第一審の受訴裁判所とされていたことは、単に沿革的なものに過ぎないと断言はできず、より実質的な内容を有していたのである。しかも、現代においても、上記の諸理由に照らし、機能的かつ実践的な側面から考えても、第一審の受訴裁判所が執行機関として最適であるように思われる。そして、より根本的に言えば、例えば確定判決を債務名義とする金銭執行ではある程度の合理性を有していると考えられる「判決機関と執行機関の分離の原則」も、作為・不作為執行では、例外的であれ、再考の余地があると考えられるのではないだろうか。

(2) 申立て

申立ての趣旨において、債権者は、債務名義に表示された作為義務を明示し、それにつき債権者による実施の許容を求めれば足りる。

まず、特に具体的に作為実施者を明記しておく必要はない。[28] 実施者は、授権決定の審理過程で特定されることもあり、また、特に第三者が特定されることなく債権者に実施が命じられることもある。代替的作為義務の授権決定は、

その義務につき「債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ為サシムル」ことを命じる決定であるが、現実には、作為実施者は第三者に限定されていないのであり、債権者自身でも構わない。授権決定の内容としては、債権者への作為実施の許容と債務者の費用負担の決定である。しかし、例えば、建物収去の代替執行に関して、実務上は、執行官が作為実施者に指定される事例が多く、「債権者の申立てを受けた執行官は、別紙目録記載の建物を債務者の費用で収去することができる。」という文例が利用されている。

(3) 審理

授権決定手続においては、執行力のある債務名義の正本の存在すること、および、民事執行法二九条ないし三一条に規定されている要件充足の有無についての審理が行われる。

特に、作為義務の履行期は、その義務の態様により異なる。具体的には、まず、例えば建物収去義務などの一回的作為義務については、その履行期が、次に、例えば定期演奏義務のような反復的作為義務については、各作為義務の履行期が、さらに、例えば落石落土防護柵の維持管理義務のような継続的作為義務については、その当初の履行期が、それぞれ履行期である。ちなみに、履行期の到来により追完的履行が不可能になる類の一回的作為義務については、伝統的には、履行を強制する余地はないと解されている。[29]

しかし、このような義務をも含めて、しかも間接強制の活用に加えて、より直接的に結果を達成するために、代替執行の可能性をも探求すべきであると思われる。特に、単に定期行為やその種の一回的作為義務だけではなく、例えば一回的作為義務の不履行で生命・身体に重大な危害が生じる場合などには、不履行の蓋然性が高いときに限り、事前の執行を承認するのが妥当であると考えられる。[30]

以上に加え、授権決定手続においては、作為対象の特定性の有無（→(i)）、債務者の作為実施権限や現実的な作為実施可能性の有無（→(ii)）、さらには、不履行の事実の存否（→(iii)）が、その審理対象となるか否かなどが問題となる。以下、順に検討を加えたい。

(i) 作為対象の特定性

債権者は、申立書に求める裁判を記載しなければならない（民事執行規則二条一項五号）。[31] 執行裁判所は、債務名義に表示された作為義務が代替的であることを確認した上で、[32] その代替的作為義務の内容を明らかにしなければならない。

一般に、伝統的な授権決定手続（執行手続）についての考え方によれば、作為義務の内容は債務名義自体から一義的に特定できるものでなければならないとされる。一義的と言えるか否かの判断基準は必ずしも明確ではないが、いずれにせよ、債務名義の解釈は可能である。

まず、伝統的な見解によれば、執行裁判所の解釈権能は必ずしも広く考えられてはいない。しかし、裁判例の中には、「調停条項の全文と調停によって解決された紛争の対象である建物の登記簿謄本等当事者の拠るべき意思が明白な資料を総合参酌」して解釈を行うべきであるとするものもある。[33] このような執行裁判所における債務名義の解釈権能を広く捉える考え方が、以下で述べるように、裁判例上では多数を占めていると考えられる。

従来の裁判実務では、例えば、和解調書や調停調書に問題となる文言が含まれていることが多いと言われている。特に、裁判例において、例えば、地上物件を収去し土地を明け渡すべき旨の和解調書や調停調書について、明け渡すべき土地の特定はあるが収去すべき建物その他の工作物が明確に記載されていない場合の取扱いが問題にされ、二つの異なる考え方が存在すると分析されている。[34]

すなわち、一方で、執行機関の解釈権能を広く認め、例えば、特定の土地の「債務者所有地上物」を収去すべき旨の記載により、建物収去執行の対象は和解や調停の「成立時において……土地上に存在するすべての地上物」として十分に特定されていると解し、それ以上の具体的明示は授権決定にさいして行えば足りるとする立場の裁判例が存在する。[35] さらに、基本的にはこの立場に立つと考えられる裁判例として、例えば、後日における建物増改築の結果、債務名義に表示された構造や床面積との間に差異が生じても、他の資料から建物の同一性が認められる限り授権決定を発することができるとするものがある[36]（この場合に、授権決定には現実の建物が表示される）。

これに対して、他方で、執行機関の解釈権能を広くは認めず、例えば、調書における「本件土地上の建物」を収去すべき旨の記載では収去対象の特定はないとして、債務名義の執行力を否定する立場の裁判例も存在する。[37]

債務名義の解釈について、いかなる立場を採用すべきかの問題は、執行手続の基本構造の解明にかかわる困難な問題である。まず、執行手続に関する伝統的な考え方からは、一般的に言えば、執行機関の解釈権能を広くは認めず、以下のような解答がなされるであろう。つまり、債務名義の機能は、執行手続を債務名義作成手続から分離し、執行機

関に実体上の給付義務の存否や内容を判断させることなく執行を実施できることにあり、債務名義の解釈のために債務名義の記載以外の事実や証拠の収集を要するというのでは、執行要件として債務名義を要求した趣旨が没却される結果となるので、解釈の資料は、債務名義ないし執行文に限られ、執行機関は、原則としてそれ以外の資料を参酌することはできない。[38] ただし、伝統的な見解であっても、代替執行の授権決定の局面では例外的に考え、例えば、この場合には、いわば第二次的な債務名義が作られるのであり、当事者の審尋もなされるので、債務名義の解釈にさいし、その作成手続の経過なり審尋の結果を参酌するのが当然であるとする見解[39]もある。また、判断資料としては、債務名義の外には登記簿謄本や当事者の陳述の一致等に限定されるべきであり、債務名義の解釈のために鑑定などを要すべき場合は原則として債務名義の内容は不特定であるとする見解[40]も存在する。[41]

この問題は、現在の執行裁判所における職務権能の問題あるいは果たすべき役割の問題とも関係し、困難な問題であるが、伝統的な見解に反して、私見では、次のように考えたい。すなわち、まず、授権決定手続は、債務名義を得た債権者の既得的地位を損なうことなく、債務名義に記された基本的な権利義務関係を基礎にして、現実の執行により近接した時点における債権者・債務者関係の具体化あるいは再調整の場として、この手続が積極的に活用されるべきであると考える。しかも、任意的口頭弁論も可能な執行手続においては、例えば鑑定等の証拠調べも行うことができると解される。したがって、仮に鑑定・証人尋問などの証拠調べが必要となる場合でも、債務名義の内容は不特定であるとは言えず、執行裁判所は、それらの手段を駆使して債務名義の解釈を行うことができると考えたい。決定手続が、当事者間に新たな将来関係を創り出すための審理を可能にする弾力性に富んだ手続であることは、特に、民事保全法の制定過程で明らかにされたと言えるであろう。[42]

なお、伝統的な立場から、債務名義の内容が執行時の全建物の収去を目的とするものであれば、現建物の収去義務とその余の建物等の建築禁止義務とを明示し、後者に反して建築された建物については義務違反物として除去を求めるべきであろうという提言[43]は、債務名義の明確化という点では傾聴に値する。しかし、債権者の行為規範として、このような将来を睨んだ精致な内容の債務名義を要求することには一定の合理性があるとも考えられるが、しかしながら、評価規範として、そのように明示されていない債務名

義の効力を疑問視することには、逆に問題が残る。私見では、債務名義の解釈を通じて、この提言で述べられたような義務内容を解明することは執行手続においても可能であると思われ、また、代替的作為義務の代替執行も不作為義務違反状態の除却のための代替執行も基本的には同様な授権決定手続であり、一個の手続で一括して行う方が当事者の利便に資するように思われるからである。したがって、授権決定の申立ての段階では作為義務の厳格な特定を要求する必要はなく、任意的口頭弁論手続における証拠調べを通じて具体的な作為義務の内容が特定できれば、結論的に作為義務の特定としては問題が無いと考えたい。

(ii) 債務者の作為実施権限や現実的な作為実施可能性の有無

授権決定はそれ自体、確かに、第三者に対する関係で作為義務の債権者による代替的実施の正当性を確定するものではない。しかしながら、そのことは、執行裁判所の信頼性や執行の実効性、債務者・第三者の手続保障の要請、さらには社会福祉的国家観の下における執行機関の果たすべき役割を考慮に入れると、授権決定に一定の利害関係を有する第三者を排除して授権決定手続を行うことを正当化するものではないことに、注意しなければならない。

まず、代替執行につき第三者の同意が必要な場合に、その同意が得られていない段階で授権決定を行うことができるか否かの問題がある。例えば、建物が債務者の所有に属さないことは、建物収去の授権決定を行う妨げとはならないという裁判例[44]が存在する。しかし、第三者の同意が必要な場合には、仮に授権決定がなされてもそれを実施することはできないので、上記の考慮を踏まえ、かつ事前に不当執行の余地をできるだけ少なくすべきであるという見地からは、まず、第三者の審尋を行うこと、そして、例えば、第三者の同意があるまで授権決定手続を停止することやあるいは第三者の書面による同意を授権決定実施の条件とする授権決定を行うことなどが考えられてよいのではないだろうか。

また、当該建物に債務者以外の居住者のいる場合で、その者に対して退去を命じる債務名義がない場合でも、建物収去の授権決定を行う妨げとはならない、というのが裁判例[45]の立場である。[46] しかし、この場合でも、少なくとも授権決定の審理段階で、当該第三者の審尋を行うことが望ましいと考えられる。執行裁判所は、不当執行および過酷執行の虞れの有無を事前にチェックするためである。しかも、その第三者が債務名義に表示された債務者の占有補助者で

あるかまたは執行妨害者であることが明らかになった場合には、無条件の授権決定を行うことができると考えられるが、そうでない場合には、当該第三者に対する債務名義が提出されるまで授権決定手続を停止することや、あるいは第三者に対する債務名義の取得を授権決定実施の条件とする授権決定を行うことなどが考えられてよいのではないだろうか。このように考えて来ると、債務者の作為実施権限や現実的な作為実施可能性等の有無は、上述した形で、授権決定手続の審理対象になると考えたい。

また、建物収去執行にさいして、建物抵当権者は、請求異議の訴えないし第三者異議の訴えを提起でき、執行裁判所は、その機会を保障するために、授権決定手続において抵当権者に対して、その申立てのあった旨を告知しなければならないとの見解[47]も、授権決定手続における第三者の手続保障とその手続自体の正当性保障の観点から支持できる。

したがって、伝統的に考えられていたような授権決定についての見方、すなわち「授権決定における強制の契機〔は〕、当事者における代替実施の許可にあるに過ぎない」[48]という考え方は、授権決定自体がもつ債務者・第三者に対するインパクト、したがって、それらの者に対する手続保障の見地から、必然的に修正を受けざるをえないと考えられる。

なお、例えば、債務者の同居者（占有補助者）の中に、老人、幼児、病人、妊婦、さらには受験生などがいる場合も、特別の考慮を要する。一般には、特別の考慮事由がなくなるまで授権決定手続を停止することや一定の条件・期限を付した授権決定を行うことなどが考えられる。[49]

(iii) 作為義務不履行の事実の存否

作為義務の不履行が授権決定の審理対象となるか否かについては争いがある。まず、民法四一四条一項の存在を根拠に、不履行を授権決定の要件に含める有力な見解[50]が存在する。しかし、現行法下では、特にこのような要件を加重する実定法上の定めはなく、履行期の徒過でもって執行可能となると解したい。[51]一般的に言えば、義務の履行は、債務者が、原則として請求異議の訴えにより主張すべきであると考えられるからである。裁判例にも、代替執行の授権決定における審理として、実体上の事由を含めないものがある。[52]

しかしながら、注意すべきことは、以上述べたことが、作為義務の履行の有無を執行機関が審査する権限が無いことおよび審査することが適切でないことを意味するものではないということである。現実の執行実施により近接した

時点における債権者・債務者関係の再調整の場として、授権決定手続が積極的に活用されるべきであるとする私見の立場からは、不履行は確かに授権決定の要件ではないが、しかし、債務者は履行の事実を授権決定手続で主張することはできると考えたい。まず、履行の事実は、執行裁判所の権能としても、必要な場合には任意的口頭弁論を駆使して、その存否を判断することができるが、（請求異議訴訟手続と授権決定手続との併合審理が不可能な現在）例えば債権者の部分的履行の主張などを通じて、債権者・債務者間の対話と交渉の中で、現状に即した授権決定内容（具体的救済方法）を創造することが、適切であると考えられるからである。ただし、債務者が授権決定手続を徒らに遷延させる目的で履行事実の主張を行うことは許されず、主張と同時に相当な証拠資料を提出することが、信義則上要求されると解したい。[53]

(iv) 作為実施者

従来から、授権決定において、執行裁判所が作為実施者を指定することは、必ずしも必要ではないとされている。債権者自らが作為内容を実施することもでき、また、それを第三者に行わせることもできるからである。[54] ただし、授権決定に作為実施者の指定がある場合には、債権者はこれに拘束される。[55] 実務上は、債権者の申立てを受けた執行官を作為実施者とするものが圧倒的に多い。しかし、作為内容が専門的な技術や知識を必要とする場合には、当該執行官が作業の適正を監視することは不可能であるという指摘[56]もなされており、この点に関する制度改善が望まれる。

(v) 方法

授権決定をなすには、必ず債務者を審尋しなければならない（必要的審尋、民執法一七一条三項）。これは、債務者に、審尋という審理形態で文書提出や意見陳述の機会が保障されれば足り、現実にそれらがなされねばならないと言うものではない。この規定は、授権決定手続においては、執行裁判所が執行機関となる通常の執行手続（民執法五条参照）とは異なり、少なくとも必ず債務者を審尋しなければならないことを保障したのであり、より慎重な審理手続である任意的口頭弁論（民執法四条）が開かれた場合には、債務者審尋は要しないと解される。[57]

この審尋の目的については争いがある。まず、作為義務の不履行が授権決定の審理対象となるとする見解（前述(iii)参照）に立てば、履行事実の有無が審尋対象となるが、作為義務の不履行を積極的な執行開始要件と解する前提が妥当でないことは前述した。私見では、基本的には、第一審

受訴裁判所を執行裁判所としたことと同様に、執行手続内であれ、債務名義に表示された基本的な権利義務関係を具体化しまたは具体的救済方法を創造するにさいして慎重を期したものであるとの認識が正当であると考える。[58] 法は、手続保障の要請から、審尋という弾力的な審理形態が積極的に活用されることにより、執行裁判所が、債務者に対して事前に警告するとともに履行事実の主張およびそれを証する文書提出の機会を付与し、[59] かつ同時的に、債権者、利害関係者、参考人の審尋（民執法五条）を行い、授権決定内容を具体化・明確化することを、必要的審尋という形で最小限執行裁判所に要請していると解されるのである。しかし、場合により、必要的審尋を契機に、債権者・債務者間の意見の齟齬が表面化し、また、両当事者の再交渉の必要性が顕在化することも考えられるが、そのさいには、執行裁判所は、対席を保障した任意的口頭弁論に移行すべきであり、あくまでも既存の債務名義を出発点として具体的作為内容に関する債権者・債務者間の対話と交渉を通じて、授権決定内容を具体化・明確化すべきであると考えられる。このようにして、債務名義で規定された基本的な権利義務関係が、現実の執行実施に最も近接した時点において具体的救済方法として具体化されることになる。[60]

なお、実務上は、「民事執行法一七一条三項により次のとおり審尋する。別紙当事者間の〜事件の〜の執行力のある正本に基づき、債権者から別紙のように授権決定の申立てがあったので、意見があれば、この書面到達後〜日以内に書面をもって意見を述べられたい。」と記載した文書が送付されて、この審尋が行われている。

(4) 決定

授権決定の申立てが要件を欠くかまたは理由がない場合には、執行裁判所は、申立却下の決定をなし、申立人に告知する（民執規則二条二項）。この決定に対しては、執行抗告を申し立てることができる（民執法一七一条五項）。

執行裁判所が申立てを認容する場合には、その旨の決定を行い、申立人および債務者に告知する（民執規則二条一項二号）。伝統的な見解によれば、この局面では、民事訴訟法二四六条が準用され、執行裁判所は、申立ての趣旨に沿った決定を行わねばならないとされている。しかし、私見のように、授権決定手続は、債務名義に表示された基本的権利義務関係を基礎としそれを具体化する過程として債権者・債務者関係の再調整機能を果たすべきであると考える立場からは、民事訴訟法二四六条は準用されず、執行裁

判所は、授権決定の申立ての趣旨に拘束されることはないと解すべきである。その限りで、授権決定手続は、非訟的性格を帯びた手続と性格づけることができる。

この決定に対しては、執行抗告を申し立てることができる（民執法一七一条五項）。伝統的な見解は、この抗告理由を手続上の瑕疵および伝統的見解による授権決定手続の審理事項に限定する。しかし、この抗告審における審理は、上記授権決定手続の審理の延長上にあると考えられるので、執行抗告の理由としては、単に、適式な債務名義や執行文が存在しないこと、作為義務が非代替的であることおよび債務者審尋の欠如等授権決定手続上の瑕疵が存在すること（通説的な見解は抗告理由をこれらに限るとする）だけでなく、さらに、請求異議事由、作為対象たる物についての第三者の権利の存否等の実体上の事由も、執行抗告の理由になると解したい。この場合、審理対象によっては、任意的口頭弁論を開くことが望ましいこともある。

三　代替的作為義務に関する授権決定手続における現実的執行過程

(1)　意義

伝統的な見解によれば、強制執行の方法としての授権決定は、債権者に対して債務者に代わり当該作為をなすことを許容することを主たる内容とし、その反射的な効果として、債務者に対して、債権者による作為実施を受忍する義務を課すに留まるとされる。[61] しかしながら、一般に強制執行は、原則として債権者の満足をもってその手続が完結するのであり、そのための強制的実現の過程も同時にその手続の核心部分を成すと考えられる。特に、作為・不作為執行が、判決手続の延長と位置づけられることの[62]意味としては、通常の金銭執行に比して、執行の局面でも実体判断を余儀なくされることにあると思われ、かつそれが期待されているからであると考えられる。

したがって、単に観念的な授権決定の確定に至る過程（観念的執行過程）だけではなく、執行裁判所は、その決定の現実的な執行手続をも監視する義務（救済実現監視義務）があると解される。例えば、債務者による受忍義務の履行状況についての監視、債権者が不当執行・違法執行を行わないことの監視および授権決定内容ひいては債務名義の内容に盛り込まれた結果の達成に関する監視（債権者の満足の確認）などが、その具体的な内容をなすのである。したがって、執行裁判所と債権者・債務者との関係は緊密

であることが望ましく、債権者は、執行裁判所に対して、作為実施結果の報告義務を負うと解したい。このように、授権決定手続の現実的執行過程における執行裁判所は、債権者および債務者が、いつでも対話と再交渉を行えるために立ち帰ることのできる整序されたフォーラムとして機能することが望まれるのである。

なお、授権決定自体は、その現実的執行手続における債務名義になるのではない。したがって、その現実的執行手続を行うにさいしては、特に授権決定に執行文を付することを要しない。[63] 授権決定の現実の執行は、授権決定の確定前でも可能である（民執法一七一条五項、一〇条六項参照）。

(2) 代替的作為の実施者

代替的作為の実施者としては、民法四一四条二項の文言によれば、同条三項と異なり、第三者のみが想定され第三者への授権のみが可能なように読めるが、一般に、これは例示に過ぎず、債権者を実施者とすることを禁じたものではないと解されている。

まず、債権者が実施者とされた場合に、債権者は、「執行裁判所の命令により民事執行に関する職務を行うもの」（民執法六条二項）、すなわち執行補助機関となり、授権決定の現実の執行にさいして抵抗を受けるときは、執行官に対して援助を求めることができる（民執法一七一条六項、六条二項。）。

次に、授権決定において債権者以外の者が実施者に指定されている場合には、原則として債権者はこの指定に拘束される。この意味は、債権者がまず当該第三者を作為実施者として請負契約などを交渉し締結しなければならないということに尽きると解される。もっとも、当該第三者はその契約の締結義務を負うものではないが、一般には、授権決定の審理過程でその内諾が得られている場合がほとんどであろう。ただし、例外的に、授権決定で指定された第三者がその契約締結を拒む場合その他当該第三者に代替的作為を実施させることができない場合には、執行不能となりその授権決定が無に帰するのではなく、債権者は、自ら行うかまたは他の第三者に行わせることができると解したい（後者の場合には、後述するような作為実施者の指定が無い場合に準じて考えたい。）。

実務上は、授権決定において執行官が実施者に指定されている場合が多く、[64] その場合、作為実施は、執行官の裁定事務（執行官法一条二項）となる。債権者は、その実施を

執行官に申し立てることを要するが、執行官は、それを拒否することはできない。[65] 執行官は、具体的な作業内容の実施のために、さらに第三者を補助者とすることができる。執行官は、作為の実施につき調書を作成しなければならない（民執規則一三条四項）。一般に、代替執行の実施は、その行為者が債権者、債権者の委任した第三者、執行官のいずれであっても、「ひとしく債務者の意思を排除して国家の強制執行権を実現する行為であるのであるから、国の公権力の行使であるというべ」きであり、国家賠償法一条の適用もあり得る。[66]

なお、授権決定において作為実施者の指定が無い場合には、債権者が実施者であると解することができる。債権者は、第三者に具体的作業を依頼することができ、第三者は債権者の補助者となる。

(3) 債務者の受忍義務と抵抗者の排除（民執法一七一条六項）

まず、従来から、債権者は「執行官以外の者で執行裁判所の命令により民事執行に関する職務を行うもの」（民執法六条一項）には該当しないため、このような規定が置かれたと説明されている。[67]

しかしながら、民事執行法六条は第一章総則に位置し、同法一七一条一項の強制執行にも適用されると考えられ、また、債権者は執行官以外の者で執行裁判所の授権決定により民事執行に関する職務、すなわち、授権決定の現実的執行過程を担当する者なので、本条六項は単なる注意規定にすぎないと解したい。

元来、債務者は、給付判決等で命じられた作為内容を本来自ら任意に履行することができる地位にあったにもかかわらず、それを怠った結果、債権者は授権決定を得ざるをえない状況に追いやられた。確かに授権決定自体、債務者の結果実現行為を妨げるものではないので、一般には、債務者は、授権決定後であっても、任意の履行をなすことができると言うことができる。[68]

しかしながら、この任意履行は、授権決定の実施を妨げない限りで行うことができるにすぎないと考えられる。つまり、授権決定後は、債務者は、授権決定の現実的執行につき受忍義務を負うことになる。特に、現実の執行に相当の準備や期間を要する場合および債務者が知悉している専門技術を要する場合などには、債務者の任意履行が迅速な結果の実現にとって望ましいとも考えられるが、逆にその申出が執行妨害策の一環として利用される虞れもなくはな

い。この場合、確かにその申出に応じるか否かは債権者の判断に委ねられているとも考えられる。[69] しかしながら、すでに、授権決定が現実的執行に着手されている場合には、授権決定をなしその後も継続的に現実的執行過程を監督すべき役割（→第二章二および本章三(4)）を担っていると考えられる執行裁判所が、本来その責任で、債権者の意見を聴きその意向を尊重しつつ、債務者の任意履行に許可を与える制度が創設されるべきであると考える。

債務者が、受忍義務に違反して授権決定の実施を妨害し、また抵抗するときは、実施者が執行官の場合には、その抵抗を排除するために、威力を用いまたは警察上の援助を求めることができる（民執法六条一項）。実施者が執行官以外の者である場合には、執行官に援助を求めることができる（民執法一七一条六項、六条二項）。いずれの場合でも、執行官は、債務者の住居等へ立ち入り開扉等（民執法五七条三項、九六条三項、一一六条四項、一二三条二項参照）をなし得ると解することができる。この点については、確かにこれらの権限が執行官の職務に関する総則規定に盛り込まれていないことに鑑みれば疑義があるが、しかしながら、それらの措置が代替的な作為実施のために不可欠な場合には、授権決定自体により執行官のそのような措置が正当化されると考えられる。

この抵抗排除の申立てをなし得る者は、授権決定の名宛人たる債権者であり、債権者以外の現実の作為実施者は、債権者に抵抗排除の申立てを促すことができるに過ぎない。この抵抗排除の対象となる者については、特に明文の規定はなく、受忍義務を負う者、すなわち債務者およびその履行補助者に限定されないと解される。ただし、現実の執行実施対象につき正当な権限を有している第三者は、この限りでない。

なお、執行官が威力を行使する場合には立会人が必要であり（民執法七条）、執行調書が作成される（民執規則一三条一項六号・二項参照）。

(4) 代替執行の終了時点

代替執行の終了時期をどの時点と考えるかについては、執行の停止等の余地との関係で、従来から争いがあった。[70] まず、第一説は、授権決定のなされた時点で代替執行は終了し、それ以後は執行の停止・取消しの余地はないとする。次に、第二説は、授権決定の確定をもって執行は終了すると考える。さらに、第三説は、授権決定に基づく作為の実施の完了をもって執行が終了すると考える[71]であり、これが

現在の通説である。

しかしながら、まず、授権決定手続に関する従来の伝統的見解が、この第三説を正当化できるか否かについては、やや疑問がある。すなわち、伝統的な見解（↓(1)）は、授権決定の本質を債権者に対する代替的実施の許可すなわち授権にあると考え、その現実的な執行過程自体については執行機関は何等の監督権も有しないとするが、このような立場を貫徹すれば、第一説あるいは第二説が支持されるはずである。しかし、すでに指摘されているように、第一説および第二説は、債務名義が示す請求権の満足を考慮していない点で不十分である。そこで、伝統的な見解も、この点に鑑み、代替執行の終了時点を授権決定に基づく作為実施の完了時点まで遅らせたのであるが、それ自体は実質的に見てもっともであるとしても、そのこと自体がすでに伝統的見解の理論的な破綻を示していると言えるであろう。代替執行は、授権決定の告知（観念的執行過程）に尽きるものではなく、執行裁判所は、授権決定の現実的執行過程をも監視する義務（救済実現監視義務）があると考える私見では、この現実的執行過程も授権決定手続に不可欠の本質的部分を成すと考えられるので、基本的には第三説が正しい方向性を示していると考えられる。しかしながら、債務名義が示す請求権の満足に対する考慮を徹底させると、代替執行の終了時点の表現方法としては、債権者が満足を確保できた時点（結果達成が確保できた時点）とするのが正当であると思われる。[72] これは、第三説が授権決定に基づく作為の実施の完了を終了時点とするのと変わりないようにも見えるが、執行裁判所が債権者の満足時点まで授権決定手続に責任を負担することを明らかにし、当該授権決定に基づく作為実施が何等かの障害により不可能であっても授権決定の効力自体は左右されず障害消滅時に改めて現実的作為の実施が可能であることを明らかにするためには、直截に債権者が満足を確保できた時点を代替執行の終了時点とするのが妥当であると考えられるのである。ただし、その最終的な判断は、執行裁判所が行うべきであると考える。

(5) 執行の停止・取消し

授権決定の申立後その決定がなされるまでに執行取消書面（民執法三九条一項一号ないし六号）が提出された場合には、執行裁判所は、申立てを却下すべきである。これに対して、執行停止書面（民執法三九条一項七号・八号）が提出されたに過ぎない場合には、相当期間内に停止事由が

消滅しない限り申立てを却下すべきであるとの見解[73]も存在するが、執行裁判所は、基本的には期間の長短にかかわらず停止事由が消滅するまで決定を留保すべきである。

授権決定がなされた後に執行取消書面が提出された場合には、授権決定を取り消し、当事者双方に告知する（民執規則二条一項二号）。この決定に対しては、執行抗告は許されない（民執法四〇条二項）。執行停止書面が提出された場合には、民事執行規則一三六条二項に準じ、裁判所書記官は、これらの文書が提出された旨および執行停止が効力を失うまで授権決定の効力も停止される旨を申立債権者に通知することが妥当であろう。[74] ただし、この取消決定または停止の通知をするに当たり、執行裁判所は、無意味な措置を行わないためにも、予め作為実施の完了の有無や債権者の満足の有無を調査するのが妥当であると考えられる。

なお、授権決定自体に対する執行抗告に付随する処分として、執行手続の停止が命じられた場合にも妥当するが、そのさい、原裁判（授権決定）について執行停止の仮の処分が発せられた場合には、原裁判所がこの処分を行ったのではない限り、これを執行機関に提出し執行停止を得る必要がある。

四　代替執行の費用

(1)　執行費用

授権決定の申立てから決定までの観念的執行過程で要する費用と、その決定の現実的執行過程で要する費用とは、共に執行費用（民執法四二条一項）となると解する。前者の費用には、例えば、債務名義の送達証明申請・執行文の付与・授権決定申立てに関する手数料、書記料、提出費用などがあり、後者の費用には、現実の作為実施に要した費用（抵抗を排除するために要した費用も含む）がある。[75] 現実的執行過程を強制執行過程と解し得ないとする伝統的な見解の下で、しかも、そこで要する費用の非定型性を理由に、この費用を執行費用に含めない見解[76]が存在するが、これは妥当でない。代替執行においては、観念的執行過程と現実的執行過程とが一体となって強制執行手続を形成することはすでに述べた。伝統的な見解とは逆に、現実的執行過程に要する費用が非定型的だからこそ、法は、債権者に過大な負担をかけないように、事前に債務者から取り立てるための措置（前払命令、民執法一七一条四項〔後述(2)参照〕）を設けたと考えられる。執行裁判所の現実的執行過程に対する監視の下で、しかも相当な方法で、作為が実施

された場合には、それに要した費用は全額債務者の負担となる。なお、債権者が作為の実施に着手した後に債務者が任意の履行をなした場合に、準備のために費用を要した場合にも、これを執行費用に含めて考えることが妥当である。[77] 当事者間の公平の見地からは、これを否定して、債権者に後日損害賠償請求訴訟を提起する負担を負わせることは妥当ではないのである。

代替執行の費用の取立方法としては、執行裁判所が、執行費用額確定決定によりその額を定め、債権者は、これを債務名義として強制執行することができるのである（民執法四二条四項）。

(2) 作為実施費用の前払命令（民執法一七一条四項）

作為実施費用については、債権者は、作為実施前にその前払命令を得て、執行することができる。これは、本来債務者自身が履行できたにもかかわらず履行しなかったことに由来するのが代替執行であるので、当事者間の公平の見地から、現実的執行過程に要する費用につき債権者に過大な負担をかけないように配慮して、法が、債務者から事前に必要な費用を取り立てるための措置を設けたものであると解される。民事執行法が予定している前払命令は、授権決定手続の完了時までに「あらかじめ」命じられるべきものと考えれるので、債権者は、作為実施の完了前ならば何時までも申立てが可能であるとの見解[78]が妥当である。これは、債権者の便宜に資するための制度であるので、基本的には債権者の申立てを制限する方向での解釈は妥当ではない。現行法上、前払命令の申立ては、必ずしも授権決定の申立てと同時に行わねばならないものではない。上述したように、執行機関たる執行裁判所は、授権決定後の現実的執行過程においても執行関与義務を負担すると解せられ、この前払いの申立てに対する判断を通じて執行が円滑に行われることを担保すべきである、と考えられるのである。なお、民執法一七一条四項の「執行裁判所は、第一項の決定をする場合には」という規定の文言が、前払命令の申立てを授権決定がなされるまでになすことを要請しているとも考えられるが、しかし、この文言の趣旨を「授権決定の手続を行う場合には」と捉えれば、授権決定手続は現実的執行手続の完結を俟って初めて終了することになるので、何等問題はないと考えられる。

この前払命令も決定手続であり、執行裁判所は、審尋をなすことができるが、条文の上では、債務者審尋は必要的とはされていない（民執法一七一条三項との比較）。前払

命令の決定は、債務名義となる（民執法二二条三項）。しかしながら、作為・不作為義務の執行の文脈では、通常、それ自体は債務名義とはならない授権決定手続等において債務者審尋が必要的とされていることに鑑みると、その具体的作為の資金的裏打ちとなる前払命令の審理手続は、同様に慎重な手続が黙示的に要請されていると考えられる。したがって、授権決定手続との権衡上、前払命令の審理手続においても当然債務者審尋が要求されていると解したい。この前払命令およびその却下決定に対しては、執行抗告が可能である（民執法一七一条五項）。

なお、前払命令により取り立てられた金銭が現実に要した費用に満たない場合には、不足分につき、債権者は執行費用として、執行費用額確定決定を得て債務者から取り立てることができると解すべきである。逆に、前払命令により取り立てられた金銭が現実に要した費用を上回る場合には、債権者は債務者に差額を返還しなければならない。この場合、前払命令による執行手続の着手前またはその手続中であって抗告提起期間内ならば、債務者は、執行抗告により決定の変更を求めることができ（民執法一七一条五項）、その後ならば、請求異議訴訟で現実に要した額を上回る部分の執行の不許を求めることができると解され、さらに、執行手続の終了後ならば、不当利得の返還請求が可能であると解される。[79]

〈註〉

(24) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七四頁〔富越〕。

(25) 田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』三七二頁（金融財政事情研究会、一九八〇年）、中野『前掲書〔註17〕』六七四頁。

(26) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七四頁〔富越〕。

(27) C.Hahn＝E.Stegemann, Die gesammten Materialien zur CPO, APT.1, 2 Aufl., 467-68 (1881).

(28) 香川監修『注釈民執法（7）〔註15〕』二五四頁〔富越〕。

(29) 例えば、鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解強執法（4）〔註17〕』一三七頁〔山本〕。

(30) なお、不作為義務の事前執行については、後述、第四章三(2)(ii)を参照。

(31) 書式については、深沢利一『民事執行の実務（下）〔三訂版〕』八三二頁以下（新日本法規、一九九七年）を参照。

(32) 代替性の基準については、前述、第二章三を参照。

(33) 東京高決昭和四一年三月一九日『東京高民時報』一七巻三号三一頁。さらに、債務名義の更正決定に関するものであるが、東京高決昭和五六年一一月一〇日『判例時報』一〇四二号一二八頁も参照。

(34) 中野貞一郎「債務名義の解釈」同『判例問題研究・強制執行法』一頁（有斐閣、一九七五年）、近藤完爾『執行関係訴訟〔全訂版〕』三五頁（判例タイムズ社、一九六八年）参照。

(35) 例えば、広島高決昭和三九年一〇月五日『下民集』一五巻一〇号二四〇九頁、札幌地決昭和四一年八月三〇日『判例タイムズ』一九五号一四五頁、東京高決昭和四四年一一月五日『判例時報』五七八号五五頁。

(36) 例えば、東京高決昭和三七年一〇月五日『東京高民時報』一三巻一〇号一六〇頁。

(37) 例えば、神戸地決昭和三三年一二月一一日『下民集』九巻一二号二四二八頁。

(38) 中野『前掲書〔註17〕』一五八頁参照。

(39) 中野『前掲書〔註17〕』一六一頁註9。

(40) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七五頁〔富越〕。

(41) さらに、田中康久「抽象的判決による代替執行の可否」藤田耕三＝河村卓哉＝林屋礼二編『民事執行法の基礎』二七〇頁（青林書院、一九八三年）も参照。

(42) 例えば、山崎潮『新民事保全法の解説〔増補改訂版〕』八四頁（金融財政事情研究会、一九九〇年）参照。

(43) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七五―七六頁〔富越〕。

(44) 東京高決昭和三五年五月三一日『下民集』一一巻五号一二二八頁。

(45) 東京高決昭和三五年二月一一日『下民集』一一巻二号三〇五頁。

(46) なお、東京高決昭和三八年一一月三〇日『下民集』一四巻一一号二三五三頁も参照。

(47) 山本和彦「建物収去手続における建物抵当権者の法的地位――借地権担保の解釈論的実効化にむけての試論――」『法学（東北大学）』五三巻一号五四頁、八七頁、九二頁（一九八九年）。

(48) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七七頁〔富越〕。

(49) ただし、仮病の疑いのある場合の処置につき、例えば、岩野徹＝西村宏一＝井口牧郎＝宮脇幸彦編『注解強制執行法（1）』三四七頁〔稲葉威雄〕（第一法規、一九七四年）を参照。

(50) 鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解強執法（4）〔註17〕』一三四頁、一三七頁〔山本〕等。

(51) 例えば、平井宜雄『債権総論』一八四―一八五頁（弘文堂、一九八五年）、鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七六頁〔富越〕、香川監修『注釈民執法（7）〔註

15)』二〇一頁〔富越〕。

(52) 東京高決昭和五七年一二月二二日『東京高民時報』三三巻一〇～一二号一六四頁。学説としては、中野『前掲書〔註17〕』六七五頁、浦野雄幸編『基本法コンメンタール・民事執行法〔第四版〕』四二三頁〔小林昭彦執筆〕（日本評論社、一九九九年）〔例えば、債務の不履行は審査の対象ではなく、債務の履行が請求異議事由となるものと解すべきである、とされる〕等。

(53) なお、不作為義務違反状態の除却のための授権決定手続および適当処分手続と不履行（および履行）の事実との関係については、後述、第四章二(2)(ii)および三(2)(ii)参照。

(54) 民法四一四条二項と同三項との文言の差異は、特に意味が無いと考える。なお、この差異については、鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七九頁〔富越〕参照。

(55) この意味については、後述、三(2)参照。

(56) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七九頁〔富越〕。

(57) 浦野編『前掲書〔註52〕』四二四頁〔小林〕。同書は、審尋の方式について、次のように言う。すなわち、審尋の方式について定めはないが、債務者に十分な防御の機会を与えるため、申立書の副本および債務者の提出した添付書類ならびに証拠文書の写しなどを債務者に送達したうえ、審尋期日を指定して呼び出すか、あるいは一定の期限までに書面で意見を陳述し文書などの証拠（資料）を提出するように催告するという方式が妥当である、と。

(58) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七七頁〔富越〕。なお、香川監修『注釈民執法（7）〔註15〕』一八六―一八七頁〔富越〕も参照。

(59) この結果不当執行の余地が減少する。東京高判昭和四五年六月三〇日『下民集』二一巻五＝六号九九七頁参照。

(60) なお、伊藤剛「授権決定と必要的審尋」藤田耕三＝河村卓哉＝林屋礼二編『民事執行法の基礎』二六三頁（青林書院、一九八三年）は、執行裁判所が特に積極的に審尋しなければ違法となるような事項は想定し得ないとするが、上記理由により、この必要的審尋の意義を軽視することは基本的に許されないと考えられる。

(61) 例えば、鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』七九頁〔富越〕。

(62) 前述、本章二(1)参照。

(63) 執行文を要しないとするのが判例・通説である。例えば、大審院判昭和一八年四月二三日『法学』一二巻一一号九九七頁、兼子『前掲書〔註22〕』二八八頁等。

(64) 浦野『前掲書〔註9〕』七四八頁。

(65) 拒否した場合には、債権者は執行異議を申し立てることができる。中野『前掲書〔註17〕』六七五頁。反対、札幌高決昭和三二年二月四日『高民集』一〇巻一号二八頁。

(66) 最高裁昭和四一年九月二二日『民集』二〇巻七号一三六七頁、中野『前掲書〔註17〕』六七六頁、田中『前掲書

〔註25〕』三七三頁）。

(67) 例えば、田中『前掲書〔註25〕』三七三頁等。

(68) 兼子『前掲書〔註22〕』二八八頁、鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解民執法（4）〔註17〕』一四四頁〔山本〕。

(69) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八一頁〔富越〕。

(70) 以下の三説については、鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解強執法（4）〔註17〕』一四一頁〔山本〕、および、鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八二頁〔富越〕を参照。

(71) 東京高決昭和三八年九月二日『下民集』一四巻九号一七〇九頁、吉川大二郎「強制執行の終了期」同『仮処分の諸問題〔増補版〕』四八九頁（有斐閣、一九五八年）、渋川満「代替執行手続における執行停止」近藤完爾＝浅沼武編『民事法の諸問題Ⅲ』四一九頁（判例タイムズ社、一九六九年）、鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解強執法（4）〔註17〕』一四一頁〔山本〕、田中『前掲書〔註25〕』三七四頁、鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八三頁〔富越〕、中野『前掲書〔註17〕』六七六頁、山木戸克己『民事執行・保全法講義〔補訂二版〕』二一三頁（有斐閣、一九九九年）、河野正憲「代替執行」新堂幸司＝竹下守夫編『基本判例から見た民事執行法』三〇七頁（有斐閣、一九八三年）、浦野編『前掲書〔註52〕』四二五頁〔小林〕等。

(72) 三ケ月章『民事執行法』四一八頁（弘文堂、一九八一年）参照。

(73) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八三頁〔富越〕。

(74) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八四頁〔富越〕。

(75) なお、執行官が実施者である場合には、執行官への申立手数料、執行手数料（執行官法八条一項一五号）、費用（同法一〇条）が、それに含まれる。）

(76) 鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八四頁〔富越〕。

(77) 鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解強執法（4）〔註17〕』一五〇頁〔山本〕。反対、鈴木＝三ケ月編『注解民執法（5）〔註16〕』八五―八六頁〔富越〕。

(78) 鈴木＝三ケ月＝宮脇編『注解強執法（4）〔註17〕』一四七頁〔山本〕等。

(79) 田中『前掲書〔註25〕』三四七頁。

（次号に続く）