

債務名義成立後の承継人に対する執行力の 拡張についての一試論

——土地債務の譲渡に関するドイツ連邦通常裁判所の
判例を素材として——

池 田 愛

目 次

第一章 はじめに

第一節 本稿の目的

第二節 問題の所在

第一款 執行文付与機関による略式手続における局面での問題

第二款 異議手続における局面での問題

第三款 判決手続における局面での問題

第四款 本稿における考察対象と本稿の構成

第二章 わが国における議論状況

第一節 民事執行法制定前の議論状況

第一款 旧民事訴訟法制定前の議論状況

第二款 旧民事訴訟法制定後の議論状況

第三款 小 括

第二節 民事執行法制定前後の議論状況

第一款 権利確認説

第二款 起訴責任転換説

第三款 小 括

第三章 ドイツにおける議論状況

第一節 ドイツにおける承継執行手続の概要

第一款 執行文付与手続に関する規律

第二款 執行文付与の可否に関する判断に対する救済手段

第三款 補 足

第二節 土地債務の譲渡事例に関する連邦通常裁判所の判例紹介

第一款 【①判決】 BGH, Versäumnisurteil vom 30. 3. 2010

第二款 【②決定】 BGH, Beschluss vom 29. 6. 2011

第三節 補 論

第一款 日本法との関係における注意点

債務名義成立後の承継人に対する執行力の拡張についての一試論

第二款 債務者側の承継人が固有の防御方法を有する場合に関する議論状況

第四章 試 論

第一節 日本法への示唆

第一款 執行文付与手続について

第二款 異議手続について

第三款 判決手続について

第二節 私 見

第一款 執行文付与手続における局面での問題について

第二款 異議手続における局面での問題について

第三款 判決手続における局面での問題について

第三節 関連する最高裁判例の検討

第五章 おわりに

第一章 はじめに

第一節 本稿の目的

債務名義成立後の承継人（民執23条1項3号、執行証書については同条2項）に対する、または承継人のための執行力の拡張は、かつて既判力の拡張と同一に論じられてきた¹⁾ ところ、執行力の拡張と既判力の拡張との相違が指摘されて以来²⁾、独自の考察対象として理論的な研究がなされてきた。とりわけ、

1) その理由は、旧法下の規定の仕方にあるといわれている。すなわち、民事執行法制定前の旧民訴法において、執行力の主観的範囲については497条の2が、既判力の主観的範囲については201条が規定していた（これらは、共に大正15年〔1926年〕の民訴法改正の際に新設されたものである）ところ、旧民訴法497条の2は、執行力の及ぶ範囲につき、単に、判決がその判決に表示されている当事者以外の者に対して効力を有すべきときと規定し、判決の効力が拡張される範囲は、同201条によって具体的に知ることができるという規定のあり方になっていた。そのため、判決の効力としては、既判力が第一次的なものであり、執行力はこれに付随するに過ぎないとみて、執行力の主観的範囲は既判力の主観的範囲と一致すると解されてきたとのことである。梅善夫「執行力の主観的範囲」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』274頁（有斐閣、1979）参照。

2) 初めてこれを指摘したのは、吉村徳重「既判力拡張と執行力拡張——占有承継の法的評価を契機として」同『民事判決効の理論（下）』94頁（信山社、2010）〔初出：法政研究27巻2＝4号（1961）〕、鈴木正裕「判決の反射の効果」判例タイムズ261号5頁注（8）（1971）であるとされる。

すなわち、既判力の拡張の場合、承継人は、既判力をもって確定された他人間

1970年代から90年代において、承継人に固有の防御方法に関する取扱いをめぐり、権利確認説と起訴責任転換説との間で活発な議論が行われたところである³⁾。しかしながら、結局、両説の決着をみないまま、その後大きな展開もなく、現在、承継人への執行力拡張についての議論は停滞気味にあるといえるのではないと思われる。

一方、ドイツでは、2010年および2011年に、執行力拡張場面における承継の要件、執行文付与手続における審理範囲、および執行文付与に関する法的救済手続等にかかわる判例が相次いでなされ、一時、承継執行というテーマが学説・実務双方において注目を浴びることとなった。

そこで、本稿では、今一度日本における議論状況を整理・確認したうえで、この二つのドイツにおける判例とそれに関する議論を紹介・考察することにより、わが国における承継人への執行力拡張の議論を進展させるための一資料の獲得を試みることを目的とする。そして、従来の日本における議論とドイツ法の考察より得られた資料を基礎として、私見を提示してみたい。

第二節 問題の所在

民事執行法上、債務名義成立後の承継人に関して問題となり得る局面としては、① 執行文付与機関による略式手続における局面（民執27条2項）、② 異議手続における局面（同32条）、③ 判決手続における局面（執行文付与の訴え〔同33条〕・執行文付与に対する異議の訴え〔同34条〕、請求異議の訴え〔同35条〕）と複数存在することから、まずは、議論の対象を明らかにするために、“どの局面”において、“何が”問題となりうるのか⁴⁾を整理し、本稿がどの問

ㄨの権利義務の存否を後訴で争えないだけであるのに対して、執行力の拡張の場合、未だ確定されない承継人自身に対する請求権につき執行を受けることになるという違いがある。

3) これまでの学説の整理・分析については、住吉博「執行力拡張論復習」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践（上）』398頁以下（法律文化社、1980）、裁判所書記官研修所『執行文に関する書記官事務の研究（下）』書記官実務研究報告書23巻1号46頁以下（1990）〔福永浩之〕を参照。

4) 承継人に関する議論を各局面に分けて考えることを示唆するものとして、たと

題を考察対象とするのかを明示しておきたい。

第一款 執行文付与機関による略式手続における局面での問題

執行文付与機関による略式手続における局面〔以下、①局面とする〕では、どのような場合に「承継」があるとされて、承継執行文が付与されるのか、換言すれば、債権者は、この手続において、「何を」主張・立証することによって、承継執行文の付与を受けることができるのかが問題となる〔以下、問題①とする〕。

具体的には、「承継人に固有の防御方法」について、この局面において債権者がその不存在を主張・立証する必要があるか否かという問題が、従来の議論の主たる対象となってきた。そして、この問題を検討するにあたっては、以下のような事項が問われてきたところである。たとえば、承継執行の「許容根拠」をどのように考えるのか（特に、債務名義の作成に関与していない債務者側の承継人に対する執行を認める根拠は何か）、また、これに関連して、承継執行の許容根拠たる「承継」の要件をどのように理解すべきか（承継人とされる者が、前主からどのような地位を承継していれば、その者に対する執行を可能としてよいのか）、執行文の役割をどのように捉えるのか（執行文は何を公

ゝえば、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』742頁（弘文堂、2019）、同「訴訟当事者から登記を得た者の地位——争点効の主観的範囲に関する試論（その二）をかねて——」同『訴訟物と争点効（上）』341頁、342頁（有斐閣、1988）〔初出：判例評論152号、153号（1971）〕は、承継人に対する執行力拡張の問題は、民執27条2項・23条1項3号等によって第三者に対し簡易に執行力が認められる場合（本稿でいう①局面）に限定されるとする（③局面においては、前訴判決の既判力の拡張が問題となるにすぎないと解されている）。

また、竹下守夫「執行文付与の訴えと請求異議事由——最高裁昭和五二年一一月二四日判決を手懸りとして——」同『民事執行における実体法と手続法』307頁（有斐閣、1990）〔初出：民商法雑誌79巻3号（1978）〕は、執行担当機関が自らいかなる行為をすべきかを判断するレベルでは、形式的執行力——債務名義が請求権の存在を保障するものとして通用力をもつか否か——を考慮し、その内容に従って行為すべきであるが、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、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として、本稿でいう①局面と③局面とでは、審理判断の対象が異なることを説く。

証するのか)、執行力の拡張の意味をどのように理解するのか、法が略式手続を置いた意義をどのように理解し、そしてそれをどの程度尊重するのか、執行文付与機関の審理できる範囲・権限はどの程度なのか(現行法下において、裁判長の命令〔旧民訴520条1項〕と債務者審尋〔旧民訴520条2項〕の余地を排斥したこととの関係も含む)等である。

第二款 異議手続における局面での問題

異議手続における局面〔以下、②局面とする〕については、承継人に対する執行力の拡張に関する議論において、これまであまり注目されてこなかったように見受けられるが、ここでは、この手続において、どのような事由が審理対象となるのかが問題となる〔以下、問題②とする〕。

この問題②につき、もう少し細かくみてみると、まずは、異議手続における審理対象について、そもそも(ア)証明文書の存否に限られるのか、それを超えて承継の事実の有無そのものも審理対象となるのかが問題となる⁵⁾。しかしながら、これについては、現在、承継の有無も審理対象になると解するのが多数説⁶⁾となっており、それほど議論のあるところではないといえる。したがって、議論の対象となるのは、その先の(イ)「承継人に固有の防御方法」の有無についても、「承継」にかかるものとして、異議手続の審理対象となるのかという問題である。

第三款 判決手続における局面での問題

判決手続における局面〔以下、③局面とする〕においては、まず、「承継人に固有の防御方法」の有無に関する審理は、「執行文関係訴訟(執行文付与の訴え・執行文付与に対する異議の訴え)」によるのか、「請求異議の訴え」によ

5) この問題の概要については、香川保一監修『注釈民事執行法(2)』285頁以下(金融財産事情研究会、1985)〔富越和厚〕を参照。

6) ただし、承継の有無といった実体判断は、最高裁判所まで争わせるべきで、異議手続ですることは問題だと指摘するものもある(田中康久『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』73頁(金融財政事情研究会、1980))。また、香川監修・前掲注(5)286頁〔富越〕も、異議手続は書面審理を補充するものにすぎず、審尋または任意的口頭弁論により承継の立証を目的とするものではないとする。

るのが問題となる〔以下、問題③とする〕。この問題には、「承継」の要件をどのように理解するのか、「承継人に固有の防御方法」の位置づけをどう捉えるのか、民執33条から35条に基づく訴訟の体系的理解やそれらの訴訟の使命をどう考えるのかといったこと等が関係する。

さらに、「承継人に固有の防御方法」は「執行文関係訴訟」において争うべきとした場合には、それ以外の「承継人に対する請求権の存否自体」（たとえば、承継人に対する請求権は一度発生したものの、相殺や弁済等で消滅したといった場合における、その消滅事由の存否）も、この訴訟における異議事由と解されるのかという問題が生じる〔以下、問題④とする〕。この問題は、執行文関係訴訟の目的・機能・実質をどのように理解するのか（給付訴訟と異なるとみるのか、審判対象を限定した要点訴訟とみるのか）に関係する。

また、執行文関係訴訟と請求異議訴訟との関係につき、一方の訴訟における異議事由を、他方の訴訟でも主張できるかという問題もある〔以下、問題⑤とする〕。たとえば、1つ目のパターンとして、問題④に関して、「承継人に対する請求権の存否自体」は「執行文関係訴訟」における異議事由とはならない（＝請求異議事由となる）と解した場合に、請求異議事由たる「承継人に対する請求権の存否」自体を「執行文関係訴訟」においても主張できるかどうかの問題となる⁷⁾。さらに、2つ目のパターンとしては、問題③に関して、「承継人に固有の防御方法」は「請求異議事由」になると解した場合に、請求異議事由たる「承継人に固有の防御方法」を「執行文関係訴訟」でも主張できるかどうかの問題となる⁸⁾。

そして、一方の訴訟が提起されて確定判決がなされた場合に、他方の訴訟における異議事由もその既判力により遮断されることになるのかという問題もある。

7) 逆のパターンとして、問題④に関して、「承継人に対する請求権の存否自体」を「執行文関係訴訟」における異議事由になると解した場合に、これを「請求異議訴訟」においても主張できるかという問題が考えられる。

8) 逆のパターンとして、問題③に関して、「承継人に固有の防御方法」は「執行文関係訴訟」における異議事由になると解した場合に、これを「請求異議訴訟」でも主張できるかという問題が考えられる。

る。これは、執行文関係訴訟と請求異議訴訟についての理解や、両者の関係をどのように捉えるのか（いわゆる訴権競合説・法条競合説等の対立）に関係する問題といえる。

第四款 本稿における考察対象と本稿の構成

以上、第一款から第三款において述べてきた問題のうち、本稿では、①局面における問題①、②局面における問題②の（イ）、および③局面における問題③を取り扱うこととする。問題④および問題⑤は、「承継」に関する問題というよりは、「執行関係訴訟」の理解に関する問題という性質が強く、別途の考慮を要するため、本稿の考察対象とはしないこととした。

本稿の構成としては、まず、第二章において、本稿の考察対象に関するわが国における従来の議論を整理し、その到達点を確認する。次いで、第三章において、ドイツにおける判例・議論状況を紹介した後、第四章において、試論として、まずはドイツの議論からわが国における議論のために有益と思われる点を抽出し、最後に私見を提示するという順序で論じていきたい。

第二章 わが国における議論状況

本章では、前章にて述べた問題①から問題③に関して、これまで学説がどのような理解を示してきたのかについての紹介と整理を試みる。その際、「口頭弁論終結後の承継人への執行力の拡張」に関するわが国の法制度は、大正15年（1926年）の民事訴訟法改正前と改正後、さらに民事執行法制定（昭和54年＝1979年）後とでそれぞれ異なることから、法の変遷にあわせた整理が必要とされること、および、本稿の目的との関係上、学説の紹介にあたっては、本稿の主題とする問題について活発な議論がなされるようになった時期における議論状況（権利確認説と起訴責任転換説の対立）を重点的かつ詳細に取り上げる必要があると思われることから、以下のように分けて行うこととした。すなわち、まずは、権利確認説・起訴責任転換説が提唱される前——民事執行法制定前——の段階（第一節）と、後——民事執行法制定前後——の段階（第二節）の2つに大別する。そして、第一節においては、さらに、旧民事訴訟法制定前

(第一節第一款)と制定後(第一節第二款)に区分し、第二節においては、権利確認説(第二節第一款)と起訴責任転換説(第二節第二款)に分けることとした。

第一節 民事執行法制定前の議論状況⁹⁾

第一款 旧民事訴訟法制定前の議論状況

大正15年の民事訴訟法改正がなされる前の時点において、承継執行に関する規定としては、承継執行文について定めた519条¹⁰⁾、承継執行文付与の際に裁判長の命令を要する旨を定めた520条¹¹⁾¹²⁾、執行文付与の訴えについて定めた521条¹³⁾、執行文付与に対する異議の申立てについて定めた522条¹⁴⁾、および執

9) 立法・改正の経緯、それに伴う学説の変遷および判例の詳細については、小山昇「口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について——日本民事訴訟法学説史の一断面——」同『小山昇著作集(2)』180頁以下(信山社、1990)を参照。

10) 第519条「執行力アル正本ハ判決ニ表示シタル債権者ノ承継人ノ為ニ之ヲ付与シ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ一般ノ承継人ニ対シ之ヲ付与スルコトヲ得但其承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキ又ハ証明書ヲ以テ之ヲ証スルトキニ限ル此承継カ裁判所ニ於テ明白ナルトキハ之ヲ執行文ニ記載ス可シ」

11) 第520条「第五百十八条第二項及ヒ第五百十九条ノ場合ニ於テハ執行力アル正本ハ裁判長ノ命令アルトキニ限り之ヲ付与スルコトヲ得裁判長ハ其命令前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債務者ヲ審尋スルコトヲ得右命令ハ之ヲ執行文ニ記載ス可シ」

12) なお、債務名義が「執行証書」である場合には、学説上、公証人は、519条の承継がある場合であっても、裁判長の命令を要することなく、独立して執行文を付与することができるとする説が多くみられた。

大正改正前の文献として、今村信行『民事訴訟法正解後篇』65頁、66頁(有斐閣、1902)、同『増訂再版民事訴訟法注解(下巻)』1177頁(明治大学出版部講法会、1904)、佐藤重之『強制執行論(不動産強制競売編)』55頁、56頁(佐藤重之、1906)、板倉松太郎『強制執行法義海(訂正再版)』277頁、278頁(巖松堂、1916)。

大正改正後の文献として、加藤正治『強制執行法要論』69頁(有斐閣、1942)、小野木常『強制執行法及破産法講義』127頁(臼井書房、1948)、兼子一『増補強制執行法』111頁(弘文堂、1951)、吉川大二郎『強制執行法(改訂版)』46頁(法律文化社、1958)、竹田元一『改正強制執行法実務総攬[最新増訂版]』104頁(大同書院出版株式会社、1958)。

13) 第521条「第五百十八条第二項及ヒ第五百十九条ニ依リ必要ナル証明ヲ為ス能ハサルトキハ債権者ハ判決ニ基キ執行文ノ付与ニ付キ第一審ノ受訴裁判所ニ訴ヲ起ス

行文付与に対する異議の訴えについて定めた546条¹⁵⁾が存在するのみであり、現在のように執行力の主観的範囲を定めた規定は存在していなかった。

このような状況下において、学説は、519条の文言通りに、そもそも承継執行文が付与される承継人とは、「債権者の一般承継人および特定承継人」と「債務者の一般承継人」であり、「債務者の特定承継人」はこれに含まれないと解する見解が多数¹⁶⁾であった¹⁷⁾。そのため、承継執行文の付与〔①局面〕に

「スコトヲ得」

- 14) 第522条「執行文ノ付与ニ対シ債務者カ異議ヲ申立テタルトキハ其執行文ヲ付与シタル裁判所書記ノ属スル裁判所之ヲ裁判ス

裁判長ハ其裁判前ニ仮処分ヲ為スコトヲ得殊ニ保障ヲ立テシメ若シクハ之ヲ立テシメシテ強制執行ヲ一時停止シ又ハ保障ヲ立テシメテ強制執行ヲ続行ス可キヲ命スルコトヲ得」

- 15) 第546条「前条ノ規定〔執筆者注：請求異議の訴えに関する規定〕ハ第五百十八条第二項及ヒ第五百十九条ノ場合ニ於テ債務者カ執行文付与ノ際証明シタルト認メラレタル事実ノ到来ニシテ此ニ因リ判決ノ執行ヲ為シ得ヘキモノヲ争ヒ又ハ認メラレタル承継ヲ争フトキハ亦之ヲ準用ス但此場合ニ於テ第五百二十二条ノ規定ニ従ヒ執行文ノ付与ニ対シ異議ヲ申立ツル債務者ノ権ハ此カ為ニ妨ケラルルコト無シ」

- 16) 今村・前掲注(12)正解後篇62頁、同・前掲注(12)注解(下)1174頁、1175頁、佐藤・前掲注(12)50頁、51頁、仁井田益太郎『民事訴訟法要論(下巻)』1070頁(有斐閣書房、水野書店、金港堂書籍株式会社、1913)、同『民事訴訟法大綱〔第9版〕』549頁(有斐閣、1926)、板倉・前掲注(12)270頁以下、前田直之助『民事訴訟法講義(第六編以下)(上巻)』80頁(巖松堂書店、1925)、中島寛二『實例手続強制執行法総覧(上巻)』104頁(酒井書店、第六版、1927。なお、同著の初版の発行が1924年であり、主に大正改正前の議論状況をまとめたものといえるため、ここに分類した)。

- 17) これに対して、債務者の特定承継人に対する「既判力」の拡張について、肯定されるべき場合があることを説いていたものとして、雉本朗造「判批」法学論叢3巻2号121頁以下(1920)がある(ただし、執行力が拡張されるか否かの明確な記述はない)。

また、債務者の特定承継人に対する「執行力」の拡張について、例外的に肯定される場合があることを説いたものとして、松岡義正『強制執行要論(上巻)』208頁以下(清水書店、第8版、1938。なお、初版発行は、1924年である)がある。この文献では、その具体例として、①債務引受(ただし、「移転的債務」の引受けの場合は、旧債務者が免責される等の理由から執行力の拡張を肯定するが、「添加的引受」の場合は、引受けたる債務者は従来の債務者と共に債権者に対し義務を負担し、従来の債務者の免責がないことからいわゆる債務の承継とはならないとして、執

あたり、債権者の承継人に関しては、多少の言及を行う文献¹⁸⁾ がみられるものの、債務者の特定承継人が固有の防御方法を有する場合の取扱いに関しては、議論の組上にあがる余地がなかったためか、ほとんどの文献において何の言及もみられなかった。

執行文付与に対する異議〔②局面〕については、当時、形式上の原因（たとえば、承継に関するものとして、裁判所書記が裁判長の命令が必要であるにもかかわらずこれを受けずに承継執行文を付与した場合や、承継が明白でないまたはその証明書がないにもかかわらず承継執行文が付与された場合等）のみを主張することができ、実体法上の理由（承継の有無もこれに含まれる）は異議申立てではなく判決手続（執行文付与に対する異議の訴え）において主張すべきであるとする見解¹⁹⁾ と、実体上の争いであったとしても承継の有無については異議手続で争えるとする見解²⁰⁾ の両方が主張されていた²¹⁾。

ㄨ行力の拡張を否定する)、② 係争物の譲渡、③ 占有承継、および④ 営業の譲渡が挙げられている。このうち、②および③の場合に関して、承継執行のための要件の一つとして、物の譲受人または占有承継人が、民法の規定に従い善意の譲受人または直接占有者として保護を受けるものに非ざること（同214頁、215頁）が必要であるとする点が着目される（その理由として、同214頁は、譲渡人に対する判決がかかる譲受人に対し執行力を有するとすれば、その利益を害することを挙げている）。

- 18) たとえば、債権の譲受人について、第三者に対する譲渡を債務者に通知することまたは債務者がこれを承諾したことを、証明書をもって証明する必要があるか否かに関して言及する文献がいくつか存在する。

これを不要とするものとして、板倉・前掲注（12）271頁。その理由として、①譲渡通知は権利の条件ではなく第三者との関係における対抗条件であるのみならず、第三債務者は何時でも譲渡につき承諾をすることができることと、② 519条1項は承継の証明のほかには要求していないことを挙げている。

反対に、これを必要とするものとして、雫本朗造「判批」京都法学会雑誌13巻5号82頁、83頁（1918）。その理由について、債権の譲渡は、債務者への通知がなければ、債務者その他の第三者に対抗することができないということから、これを証明しなければ、譲受人は執行文付与機関に対して自己が「債権者の承継人」なることを主張することができないからであると述べる。同旨、中島・前掲注（16）104頁。

- 19) 今村・前掲注（12）正解後篇109頁、佐藤・前掲注（12）422頁。

- 20) 仁井田・前掲注（16）要論1081頁、板倉・前掲注（12）1035頁以下、前田・前掲注（16）116頁、中島・前掲注（16）118頁以下、松岡・前掲注（17）574頁、575頁。

- 21) 佐藤・前掲注（12）427頁、428頁によれば、当時も異議申立てと異議の訴えのノ

執行文付与に対する異議の訴え〔③局面〕において、承継の有無につき争うことができるとされていたことについては、特に現在と変わりがない。

なお、②③局面において、承継の有無そのものに加えて、承継人に固有の防御方法についても争えるか否かは、先にも述べた通り、そもそも債務者の特定承継人に対して承継執行文の付与が認められていなかったことから、問題となる余地がなく、これに言及した文献はほとんど見当たらない。ただし、大正15年の民事訴訟法改正時期に近づくと、これについて言及する文献が若干ではあるがみられるようになる。たとえば、大正民事訴訟法の立法にあたっての貴族院特別委員会における小委員会にて、政府委員の池田虎二郎が、承継人に対する執行について、「此口頭弁論終結後に其物の権利を譲り受けたと云ふことが茲にありますれば、それにも此判決は及ぶと、併ながら其譲り受けた者が自己の固有の権利に基きまして、此債権者が即ち原告側に対する何か抗弁がありますれば、それは執行に対する異議の訴へ」²²⁾である、と斯ふ云ふことになって居ります〔下線は執筆者による〕²³⁾と述べていることが注目される。

第二款 旧民事訴訟法制定後の議論状況

承継執行に関する旧民事訴訟法における最も大きな変更点は、執行力の主観的範囲を定めた497条の2²⁴⁾と、既判力の主観的範囲を定めた201条²⁵⁾が新た

ゝ両方の方法によることができるとする説の方が多数であったとされる。

- 22) 当時は、執行文付与に対する異議の訴え（546条）については、請求異議の訴え（545条）の規定を準用していたためか、「執行文付与に対する異議の訴え」のことを「請求異議の訴え（546条本文）」と記載する文献もみられたところである（たとえば、松岡・前掲注（17）574頁、谷井辰蔵『強制執行法論』28頁（敝松堂書店、1936）参照）。

そのため、ここでの池田発言における「執行に対する異議の訴へ」が、執行文付与に対する異議の訴えを指しているのか、それとも請求異議の訴えを指しているのかについては、正確なところは不明といえる。

- 23) 法曹会『第五十一帝國議会議事訴訟法改正法律案委員会速記録』（抄）（一九二九）。これについては、小山・前掲注（9）203頁、204頁の紹介による。
- 24) 第497条の2「①判決カ其判決ニ表示シタル当事者以外ノ者ニ対シ効力ヲ有ス可キトキハ其者ニ対シ又ハ其者ノ為メニモ之ヲ執行スルコトヲ得但第六十四条ノ規定ニ依ル参加人ニ付テハ此限ニ在ラス
- ②前項ノ場合ニ於テ執行力アル正本ノ付与ニ付テハ第五百十九条乃至第五百二十ノ

に追加された点である²⁶⁾。この法改正に加えて、裁判上の和解に基づき、土地賃借人に対して建物収去土地明渡義務を負う地上建物所有者から当該建物の所有権を譲り受け土地を占有する者が、201条1項にいう承継人にあたるとし、同法条、203条および497条の2の規定に基づき、当該譲受人に対して執行文の付与を請求することができるとした大決昭和5年（1930年）4月24日大民集9巻415頁²⁷⁾が出現したことで、承継人の延長の基準に関する学説が進展したといわれている²⁸⁾。すなわち、債務者の承継について、特定承継を除外し、一般承継がある場合に限り執行文を付与すべき旨を定めていた519条の規定は、旧民事訴訟法下においても残留していたものの、「これ民事訴訟法が第四九七条ノ二を設け広く判決の効力の及ぶべき当事者以外のものにも執行力ある正本を付与し得べき旨定むる所以であつて、民事訴訟法第五一九条一項（債務者につき一般承継人に限りたる）はこの範囲に於て変更せられたるものと云わねばならぬ」²⁹⁾として、「債務者の特定承継人」に対しても執行力の拡張を認める見解³⁰⁾がみられるようになった³¹⁾。その後、最高裁³²⁾においても、裁判上の和解により建物収去土地明渡義務を負った者から建物を借り受けその敷地を占有

ㄨ一条ノ規定ヲ準用ス」

25) 第201条「①確定判決ハ当事者、口頭弁論終結後ノ承継人又ハ其ノ者ノ為請求ノ目的物ヲ所持スル者ニ対シテ其ノ効力を有ス

②他人ノ為原告又ハ被告ト為リタル者ニ対スル確定判決ハ其ノ他人ニ対シテモ効力ヲ有ス」

26) この点については、前掲注（1）も参照。

27) その判例評釈として、山田正三「判批」法学論叢24巻4号612頁以下（1930）、兼子一「判批」法学協会雑誌49巻9号191頁以下（1931）等がある。

28) 小山・前掲注（9）208頁。

29) 山田正三『強制執行法』174頁（弘文堂書房、1936）。

30) 上田操＝石神武藏『改訂執行法便覧〔第3版〕』2頁、3頁（清水書店、1937）、岩本勇次郎『強制執行法〔総則編〕』72頁（巖松堂書店、1937）、黒川眞前『日本強制執行総論（中巻）』244頁（巖松堂書店、1938）。

31) これに対して、旧民事訴訟法制定後も、債務者の承継については、包括承継の場合のみ承継執行文の付与を認め、特定承継の場合は認めないと説くものも存在した。前野順一『改正強制執行法総論篇』50頁（和田書店、1942）、加藤・前掲注（12）72頁、小野木・前掲注（12）128頁。

32) 最判昭和26年（1951年）4月13日民集5巻5号242頁。

する者は、201条1項にいわゆる承継人にあたり、また、和解調書の効力が及ぶ債務者の特定承継人に対しても執行文の付与を請求できると解されることがから（203条、201条、497条の2）、「五一九条において債務者の承継人を一般の承継人に限るということも前示民訴二〇三条、二〇一条、四九七条の二等の規定に準拠して自ら判決の効力の及ぶ特定承継人を含む趣旨に修正して解釈されなければならない」との判断がなされたこと等もあって、債務者の特定承継人に対する執行力の拡張（とりわけ、債務名義に表示された債務者より係争物を譲り受けた者に対して、その係争物について物権的請求権を有する債権者によってなされる承継執行）を肯定する見解が、次第に有力なものとなっていったように思われる³³⁾。

このように、承継人の範囲については、旧民事訴訟法の制定前よりも認められる範囲が広がったという点で、学説上の進展がみられるものの、旧民事訴訟法制定後も、しばらくは、①局面における「承継人に固有の防御方法」についての取扱いが意識して論じられることはなかったように見受けられる³⁴⁾。なお、執行文付与に対する異議〔②局面〕については、形式的な要件の欠缺に限られ、承継の有無については争えないとする見解³⁵⁾もみられるものの、例外的に、承継の有無については執行文付与に対する異議を申し立てることができるとの見解³⁶⁾が多数のようであった。また、執行文付与に対する異議の訴え

33) たとえば、吉川・前掲注(12) 20頁、21頁、竹田・前掲注(12) 77頁（なお、同・77頁は、債務引受については、免責的債務引受人に対しては承継執行文を付与できるとするが、重疊的債務引受の場合には、旧債務者がなお債務を有していることから承継執行文を付与することはできないとする）。

34) なお、旧民事訴訟法制定前と同じく、債権の譲受人に対する執行文付与にあたり、債権譲渡の事実の証明のみで足りるのか、それとも譲渡の対抗要件を充足した事実の証明も必要かという問題については、言及する文献が存在する。対抗要件の充足についての証明書の提出が必要と説くものとして、上田＝石神・前掲注(30) 35頁、竹田・前掲注(12) 72頁。

35) 小野木・前掲注(12) 131頁。

36) 谷井・前掲注(22) 28頁、山田・前掲注(29) 199頁、岩本・前掲注(30) 116頁、前野・前掲注(31) 96頁、97頁、加藤・前掲注(12) 106頁、兼子・前掲注(12) 117頁、118頁、吉川・前掲注(12) 217頁。

〔③局面〕において、承継の有無を争えるということは、旧民事訴訟法の制定前と同様異論なく認められていたところである。しかしながら、②局面および③局面において、「承継人に固有の防御方法」の有無を争えるかという問題について言及した文献は特にみられなかった。

ところが、その後、訴訟物論争を契機として、承継人に固有の防御方法の取扱いに関する問題が明確に意識され始めるようになる。その発端は、旧訴訟物理論を支持する立場から、新訴訟物理論に対して投げかけられた問題——新理論は、物権的請求と債権的請求の区別を訴訟物の構成において反映させないところ、民訴法201条の承継人となるかどうかは、特定承継については権利の実体法的性格によって異なることから、物権的請求権と債権的請求権の区別がされない場合には、承継人となるかどうかを定める根拠を失わせることになる——であった³⁷⁾。この問題にこたえる形で、新訴訟物理論から、「承継人」概念の提唱——201条1項にいわゆる承継人にあたるかどうかは、前訴の訴訟物が物権的請求権であるか債権的請求権であるかにかかわりがないということ——と、判決が承継人に対してその効力を有することの意味と承継人に固有の防御方法の取扱い——承継人は、前訴の訴訟物につき、前主が主張することができたはずの防御方法を主張することができないという意味に理解すべきであり、したがって、承継人が「固有の防御方法」を有するときは、それを主張することは妨げられない——が提唱されるに至った。そして、ようやく、強制執行の場面における承継人に固有の防御方法に関する取扱いについても、意識的に論じられるようになり始めた。

この問題を初めて詳細に説いた³⁸⁾のは、小山昇「口頭弁論終結後の承継人」

37) 小山昇「口頭弁論終結後の承継人について」同『小山昇著作集(2)』168頁(信山社、1990)[初出：北大法学論集10巻1-4号(1960)]参照。

38) 口頭弁論終結後の承継人に対する「既判力」の拡張については、小山説よりも前に、山木戸克己「訴訟物たる実体法上の関係の承継」法学セミナー30号46頁、47頁(1958)が、適格承継説の提唱と共に、口頭弁論終結後の善意取得者は、承継人として既判力の拡張を受けるけれども、善意取得については、その既判力に妨げられることなく主張できる旨を説いていたところである。

前記論文では、執行力の拡張に関する記述はないが、その後、同『民事執行・メ

北大法学論集10巻1－4号28頁以下（1960）である。まず、小山説は、新訴訟物理論および当事者適格の承継があった場合に201条1項にいう承継があるとする立場（適格承継説）から、たとえば、占有回収の訴えの被告が口頭弁論終結後に目的物の所持を第三者に移した場合について、以下のように説く。すなわち、新説によれば、この訴えにおける訴訟物は回収さるべき目的物の引渡し主張であり、訴えの相手方は引渡要求が向けられた相手方であるが、この引渡要求は目的物の所持者に対し向けられなければ意味がないことから、訴えの相手方も目的物の所持者でなければならず、したがって、目的物の所持者が被告適格を有するとして、前記第三者も一応承継人であるとする。そして、民法200条2項は、該第三者が、「承継執行文付与の訴え」において、または「承継執行文付与異議またはその訴え」によって、自己への承継執行文の付与を争うために役立つものであり、彼は前訴の請求が占有回収請求であったことを主張し立証すれば、民法200条2項が適用され、承継執行文の付与は否定されるとする³⁹⁾。

このような記述から、小山説は、①局面においては、承継執行文付与のために、債権者側が「承継人に固有の防御方法」の不存在を主張・立証する必要はなく、②局面および③局面（執行文付与に対する異議の訴え）において、その存否を争うことができるとするものと解される。③局面につき、小山説が請求異議の訴えではなく、執行文関係訴訟によるとする理由については、特に述べられていない⁴⁰⁾。

ㄨ保全法講義〔補訂版〕〕59頁（有斐閣、1997）において、一般的に、固有の防御方法を有する譲受人に対しては強制執行をすることはできず、その意味で執行力の及ぶ「承継人」ではないとの記述がみられる。

39) 小山・前掲注（37）176頁、177頁。

40) その理由の一つとして、当時は、既判力の拡張と執行力の拡張との区別がまだ明確に意識されていない状況で、固有の防御方法を有する者は201条1項における「承継人」にあたるか否かといった対立軸で議論されていたことから、承継人に固有の防御方法は「承継」にかかるものとして位置づけられていたということが考えられる。

さらに、小山・前掲注（9）238頁において、「当時は、承継執行文付与の訴え」

次に、この問題を詳細に論じた文献として、三ヶ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」法曹時報13巻6号1頁以下（1961）が挙げられる。三ヶ月説は、承継人概念は、窮極的には、訴訟制度運営上の考慮（占有の承継があれば訴訟法上は承継人として扱うのでなければ困るという考慮）と、実体法上の地位をかみ合わせて利益考量をして判決の効力が及ぶのを防ぐことができる場合を認めねばならぬという考慮が、微妙に錯綜することを理由に、分裂することがあることを指摘した上で、「問題の生ずる根源を適確に認識し、評価基準の差異を率直に認め、承継人概念が問題となる訴訟上の局面をはっきりとらえた上で、統一的な、又評価基準の差異に即応する立体的な解決の方途を考究する必要がある」⁴¹⁾として、「承継概念の二義性」を提唱する。すなわち、口頭弁論終結後に敗訴被告から係争物の占有を承継した者について、執行力の拡張場面においては、原告（債権者）は、その点だけ立証すればこの者を承継人として執行文の付与を求めうるし、必要ならば執行文付与の訴えを適式に起しうるとし、新占有者が自己に執行力が及ぶのは不当であるとするならば、その事実を執行文付与の訴えにおける本案の抗弁としてまたは執行文付与に対する異議の訴えにおける請求原因として主張すべきであり、そのことの挙証責任は新占有者が負うとする⁴²⁾。要は、「引渡訴訟の目的物の占有の取得者である以上、これを承継人とみななければ困ることがあるという訴訟運営上の考慮から流れ出る要請と、占有を取得した一事でもって常に執行力拡充を認められては困ることがあるという実体法的判断の加わった評価の調整は、同一平面において承継人かどうかを概念的に論じて一義的に処理することに苦心するよりも、右のように執行力の拡充の前提手続を認める点では前者の要請に応え（一応は

ゝにおいて、債務名義上の義務についての実体的異議の提出をも認めてこれを審理することができるというのが通説であったと見られる」との付言がなされていることも参考となろう。

41) 三ヶ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」法曹時報13巻6号21頁、22頁（1961）。

42) 三ヶ月・前掲注（41）27頁注（7）によれば、こうした構成は、既に、Schultze, Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger（1981）が提唱していたとのことである。

承継人として手続を進めることを認める)、右にみた抗弁を出しうる者に対する関係では、本案判決でそれを斟酌して執行の前提たる債務名義(又はその補充たる承継執行文)を拒むということで後者の要請に応える(窮極的には承継人として扱わぬ)、という形で立体的に調整することを考えることの方が、実際的にも妥当であるとする⁴³⁾。

他説と比較すると、三ヶ月説は、端的に、①局面における承継概念と③局面における承継概念とは異なることを認め、①局面では形式的な承継概念でもって承継執行文の付与を認め⁴⁴⁾、承継人に固有の防御方法がある場合には、③局面(執行文付与に対する異議の訴え)において実質的な承継人といえるかどうか⁴⁵⁾の問題として判断すればよいとする点が特徴的である⁴⁶⁾。なお、②局面における取扱いについては特に明言されていない。

このほか、係争物の承継人や占有承継人について、①局面においては、小山説および三ヶ月説と同じく、承継人に固有の防御方法の不存在につき証明を要することなく承継執行文の付与を認めてよいとしつつも、③局面においては、前二説とは異なり、「承継人に固有の防御方法」を「執行文付与に対する異議の訴え」ではなく「請求異議の訴え」によるべきとする見解も主張されていた⁴⁷⁾。

43) 三ヶ月・前掲注(41)24頁、25頁。

44) 三ヶ月章『民事訴訟法〔第3版〕』(弘文堂、1992)217頁、218頁によれば、承継執行文付与手続は、書記官の処分でその裁断がなされねばならないということから、真に実体的な判断をなすことは断念されているということを経由に、ここでは、承継の形式的概念に従って、占有の移転の事実のみを調べてそれが肯定されるなら承継人とみて新占有者に対して承継執行文を発するとされる。

45) 三ヶ月・前掲注(44)217頁は、形の上では占有の移動があったとしても、実体法上の権限としては全く独立の地位を新たに取得したが故に(たとえば即時取得の要件を満たす場合)、「承継人ではない」として、訴訟法上も前主との関連を切断しなければならない場合があるとし、これを承継の実質的概念と呼称する。

46) また、紛争の段階的処理については、三ヶ月章「紛争解決の一回性と再施可能性」法曹時報32巻1号1頁(1980)、特に承継については24頁以下を参照。

47) 村松俊夫「訴訟と執行からみた占有の承継」法学新報68巻7号12頁、13頁(1961)、中務俊昌＝川村俊雄「口頭弁論終結後の承継人と判決の効力」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座(2)』60頁以下(日本評論社、1969)、斎藤秀夫編『強制執行法講義』26頁以下(青林書院新社、1971)[石川明]。

その理由としては、債権者に執行文付与の要件として善意取得がないことを証明させることは適当ではないから、その主張・立証責任は債務者に負わせることが適切であり、本来執行文付与の際に形式的に調査・判断すべきことでもなく、さらには善意取得が請求権の属性とは別個の問題であるということが述べられている⁴⁸⁾。

第三款 小 括

旧民事訴訟法が制定される前の時代においては、当時の法制度との関係で、「債務者の特定承継人」に対してはそもそも承継執行文を付与し得ないと解する見解が多数であったことから、本稿が主題としている「承継人に固有の防御方法」に関する取扱いが議論の俎上にあがることはない状況にあった。しかしながら、大正15年の改正間際の時点では、若干ではあるが、「債務者の特定承継人」に対しても、一定の場合には執行力の拡張が認められることを説く文献が存在し、また、「承継人が固有の防御方法」を有する場合の取扱いについて言及するものも存在していた。この当時は、たとえば、承継執行のための要件として、物の譲受人または占有承継人が「民法の規定に従い善意の譲受人として保護を受くるものに非ざること」が必要であると説くものがある一方⁴⁹⁾、承継人に固有の防御方法がある場合には「執行に対する異議の訴え」によるべきと説くもの⁵⁰⁾があり、承継人に固有の防御方法が「承継」にかかるものであるのか否か（①局面において、承継人に固有の防御方法の不存在を証明する必要があるか否か、また、承継人に固有の防御方法は、③局面における「執行文付与に対する異議の訴え」にかかるものであるのか、それとも「請求異議の訴え」にかかるものであるのか）については、定説といえるほどの見解はなかったものといえる。

旧民事訴訟法が制定された後の時代においては、新たに497条の2および201

48) 斎藤編・前掲注(47) 28頁〔石川〕、中務＝川村・前掲注(47) 64頁、65頁参照。

49) 松岡・前掲注(17)を参照。

50) 貴族院特別委員会の小委員会における池田虎二郎政府委員の発言（これに関する評価については、前掲注(22)）を参照。

条が設けられたことから、「債務者の特定承継人」にも執行力の拡張が認められるとの見解が有力に主張されるようになったという点で、学説の進展がみられたものの、「承継人に固有の防御方法」に関する取扱いについては、旧法制定前と同じく議論の対象となることはあまりないようであった。その後、訴訟物論争を契機として、新訴訟物理論の立場から、承継概念（特に適格承継説）と既判力が承継人に拡張されることの意味が論じられるようになり、その結果、とりわけ、係争物の譲渡事例において、①局面では、承継人に固有の防御方法の有無にかかわりなく、占有の承継（による当事者適格の移転）さえあれば、承継人にあたるとして承継執行文の付与を認めるとの見解がみられるようになった。その一方で、承継人は、自己に固有の防御方法については前主を被告とする前訴判決の既判力により妨げられることなく主張することができるということから、承継執行文が付与された場合には、判決手続（③局面）においてこれを主張して争うことができると説かれるようになる。ただ、その手段については、「執行文付与に対する異議の訴え」によるとするもの⁵¹⁾と、「請求異議の訴え」によるとするもの⁵²⁾の両説が主張されており、この時代も定説といえる見解は存在しなかったといえよう。

第二節 民事執行法制定前後の議論状況

以上の議論は、まだ既判力の主観的範囲と執行力の主観的範囲が同一のものであると解されていた時代におけるものでもある。その後、口頭弁論終結後の承継人に対する執行力の拡張に関する議論は、既判力の拡張と執行力の拡張との相違が指摘されるようになってから、さらなる発展を遂げることとなった。すなわち、権利確認説と起訴責任転換説との間における論争である。以下では、両説が、問題①～③に関してどのような見解を示しているのかについて概観する。

51) 小山説、三ヶ月説を参照。

52) 前掲注（47）の文献を参照。

第一款 権利確認説

まず、権利確認説⁵³⁾と称される見解は、①局面における問題①につき、結論として、債権者は、承継執行文の付与を受けるにあたって、第三者に固有の防御方法の不存在を主張・立証する必要があるとする。ただし、固有の防御方法の不存在は、「証明」までは必要なく、「蓋然的な推認」で足りるという。権利確認説を説く論者が問題①につきこのように考える背景には、共通して、執行力の正当化根拠は、その債務名義が権利存在の蓋然性を表示・公証する文書であるということだけでなく、その作成に債務者が関与していることにあるところ、債務名義作成への関与のない承継人に対する執行をどのように正当化するのかという問題意識がある。

権利確認説を説く論者であっても、各論者によりその理論構造が異なるため、以下では、代表的な見解といえる(i)吉村説、(ii)新堂説、(iii)竹下説、(iv)上田説について、個別に整理しておきたい。

(i) 吉村説⁵⁴⁾は、承継人に対する請求権が確定されることなしに、承継執行文の付与によって強制執行されることを許容する根拠は何かを追求する見解である。そして、吉村説によれば、その根拠は、「債務名義上に形成された請求権についての当事者の一方の法的地位を第三者が承継したこと」に求められるべきとされる⁵⁵⁾。そうすると、さらに、具体的にどのような要件があれば、第三者が当事者の法的地位を承継したといえるのかが問題になるとし、結論として、第三者が債務名義上に形成された債務者の債権者に対する給付義務と同視しうる程度に確実な給付義務を取得した場合であるとする。このことから、債

53) 以下で挙げるもののほか、権利確認説と同様の処理を説くものとして、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法(1)』483頁、484頁(第一法規出版株式会社、1984)〔丹野達〕、香川保一監修『注釈民事執行法(2)』323頁、324頁(金融財産事情研究会、1985)〔宇佐見隆男〕、石川明ほか編『注解民事執行法(上)』314頁、315頁(青林書院、1991)〔野村秀敏〕。

54) 吉村徳重「執行力の主観的範囲と執行文——承継執行の構造と許容根拠」同『民事判決効の理論(下)』109頁以下(信山社、2010)〔初出：竹下守夫＝鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』(1981)〕。

55) 吉村・前掲注(54)134頁。

務者側の承継においては、承継人に固有の防御方法が認められないことによって、承継人の債権者に対する給付義務が債務名義上の債務者のそれと同視しうる程度に確実に認定される場合だとする⁵⁶⁾。

(ii) 新堂説⁵⁷⁾ は、既判力拡張の意味と執行力拡張の意味の相違を強調し、まずは執行力拡張の意味を定義したうえで、そこから承継執行文はいかなる場合に付与すべきかを考えようとするものである。すなわち、執行力の拡張の意味は、相手方と承継人との新紛争（後訴）に対する解決内容を示すことと同義であると定義したうえで、①局面における作業は、「相手方と承継人との間の新紛争に対して——簡易にはあれ——本案の審理をすること（相手方と承継人との間に定立される新請求の当否の審理をすること）」だと解し、したがって、承継人の固有の防御方法の有無・成否の判断を全く省略することは許されないと説く。ただし、新堂説に特徴的な点として、新堂説は、実際の執行力拡張の判断基準を考えるにあたり、(i) 一方では前訴の紛争解決の実効性の確保の要請に応えなければならないが、他面では不利益を受ける承継人の固有の防御方法の有無・成否の確実な予測をしなければならないことと、(ii) この確実な予測の要請と矛盾するものとして、簡易迅速性の要請に配慮しなければならないということから、①局面において第三者の固有の抗弁全てを考慮すると解するのではなく、これを考慮するか否かは、固有の防御方法の認容率の高さや、債務名義債権者の第三者に対する勝訴率の低さ・第三者の勝訴の見込みの高さにより決せられるとする点がある⁵⁸⁾。

(iii) 竹下説⁵⁹⁾ は、まず、執行力拡張の意味を、ある者に対する（あるいは、

56) 吉村・前掲注 (54) 135頁。

57) 新堂・前掲注 (4) 登記を得た者の地位297頁以下、同「弁論終結後の承継人」同『訴訟物と争点効 (下)』353頁以下（有斐閣、1991）〔初出：三ヶ月章＝中野貞一郎＝竹下守夫編『新版・民事訴訟法演習 2』(1983)〕。

58) この点と関連する他の論者の見解として、証明責任分配の原則から導かれる証明すべき事実を超えるものであっても、その事項の性質を考慮し、比較的証明方法が容易であること等の事項については、債権者に証明を求めるべきとする見解もある。裁判所職員総合研究所『執行文講義案〔改訂再訂版〕』116頁（司法協会、2015）。

59) 竹下守夫「民事執行における実体法と手続法——民事執行の基本構造の把握の」

ある者の)ある債権についての確定判決その他の債務名義を、他の者に対する(あるいは、他の者の)他の債権の強制執行のために流用を認めることだと解する⁶⁰⁾。したがって、承継執行文は、債務名義形成手続に關与する機会のなかった第三者に対し、債務名義においてその存在が容認されている債権以外の、第三者自身に対する債権の強制執行を許容する効果をもつことになるということから、執行の実体的正当性のために、債務名義上の債権の存在を前提として第三者が債務名義上の権利に關し一定の法的地位を承継し、それによって債権者がこの者に対し、執行により実現しようとしている権利を実体法上有効に取得し、現にこれを有することが必要とされる。それには、法的地位の承継原因事実のほか、その承継の障害要件事実の不存在、第三者に対する権利取得の障害要件事実やその消滅原因事実の不存在を要するとして、これらも執行文付与手続における事前審査の対象になるとする⁶¹⁾。ただし、一般原則上、債務者が挙証責任を負う事実については、債権者側の立証困難を考慮して、民執177条3項の類推適用を認めている。すなわち、債務者側に、一定の期間を定めて、権利又は義務の移転の障害事実、いわゆる承継人に固有の抗弁事実等が存する

ゝために——」同『民事執行における実体法と手続法』45頁(有斐閣、1990)[初出：鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座12民事執行』(1984)]、同「執行力の拡張と承継執行文付与手続の構造」同『民事執行法の論点』92頁以下(有斐閣、1985)、同「承継執行文付与手続再論」同『民事執行法の論点』101頁以下(有斐閣、1985)、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』594頁以下(弘文堂、2011)[竹下守夫]。

60) 竹下・前掲注(59)実体法と手続法69頁、同・前掲注(59)構造93頁。

また、承継執行文付与手続を、あくまで請求権の確認なり、承継人該当性の事前審査手続と解している(兼子・前掲注(59)596頁[竹下])。

61) 竹下・前掲注(59)実体法と手続法70頁以下。また、同・前掲注(59)構造98頁も参照。

なお、竹下説における執行当事者適格の理解については、竹下守夫「民事執行法の下における強制執行のとらえ方——請求権の実現か、裁判の執行か——」新民事執行実務11号11頁以下(2013)を参照。承継人の場合についても、「執行当事者適格者は強制執行によって実現されるべき請求権につき、行使の権限、給付履行の義務を負う者」であり、執行債権者が執行債務者に対する強制執行を求めるためには、執行機関に対して「執行力ある正本」によってこれを証明しなければならないとする(特に17頁、18頁以下参照)。

のであれば、その事実を証明する文書を提出すべき旨を催告し、その者が、その期間内にその文書を提出しないときに限り、執行文を付与するものと解すべきとする⁶²⁾。

(iv) 上田説⁶³⁾は、その前提として、承継概念につき「依存関係説」を支持する見解である。そして、執行文付与手続は執行の正当性確保のための手続であり、依存関係説による以上は、占有や登記等の承継の審理だけで執行文を付与すべきでなく、固有の抗弁についても審理すべきとする⁶⁴⁾。そのうえで、執行力拡張の場合は、起訴責任を債権者と承継人のいずれに分担させるかの問題と直結することから、この責任分担の評価基準として、「判決効の帰属主体間の平等原則」を提唱する⁶⁵⁾。その考慮要素として、以下の諸点をあげて、権利確認説による処理が妥当と結論づける⁶⁶⁾。すなわち、承継人側は、係争物の譲渡が許されているにもかかわらず、通常、訴訟係属や判決効については知りえないこと、債権者側には、仮処分制度を利用して基準時後の承継に備えておくという道が制度上保障されていたこと、および別訴提起自体承継人にとって大きな負担であることが指摘されている。

次に、②局面における問題②については、特に言及のないものが多いが、権利確認説によれば、「承継人に固有の防御方法」も、「承継」にかかるものとして、異議手続における審理対象であると認めるものと推測される。

最後に、③局面における問題③については、権利確認説によれば、「承継人に固有の防御方法」の有無は、「執行文関係訴訟（33条・34条）」によって争われるとされる。

62) 竹下・前掲注(59)構造99頁、同・前掲注(59)実体法と手続法75頁以下。

63) 上田徹一郎「口頭弁論終結後の承継人」同『当事者平等原則の展開——当事者平等原則の代替的充足と判決効帰属主体間の平等原則——』164頁以下（有斐閣、1997）〔初出：中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』（1995）〕。

64) ただし、上田説も、竹下説と同様、民執177条3項の類推等の対応を考慮する。
上田・前掲注(63)189頁。

65) 上田・前掲注(63)192頁。

66) 上田・前掲注(63)195頁以下を参照。

第二款 起訴責任転換説

ここでは、起訴責任転換説の代表的な論説とされる中野説⁶⁷⁾を紹介しておきたい⁶⁸⁾。まず、中野説によれば、①局面における問題①については、結論として、債権者は、承継執行文の付与をうけるために、承継（中野説によれば、第三者が債務名義に記載された債権者・債務者の法的地位に基づいて自己の法的地位を取得したこと〔＝依存関係〕）と、承継人に対する「請求の有理性」を備えるための事実⁶⁹⁾を証明することが必要とされる。

中野説の理論構造⁷⁰⁾を要約すると、以下の通りである。まず、中野説は、

67) 中野貞一郎「執行力の範囲——承継執行・転換執行における起訴責任の転換——」同『民事手続の現在問題』258頁以下（判例タイムズ社、1989）〔初出：山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯（下）』（1978）〕、同「弁論終結後の承継人——いわゆる実質説・形式説の対立の意味」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』213頁以下（判例タイムズ社、1994）、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』129頁以下（青林書院、2021）。

68) このほか、起訴責任転換説と同様の処理を説くものとして、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』614頁以下（有斐閣、2020）、同「判決の第三者に対する効力」井上治典＝伊藤眞＝佐上善和『これからの民事訴訟法』235頁以下（日本評論社、1984）〔初出：法学セミナー337号（1983）〕、香川保一監修『注釈民事執行法（2）』182頁（金融財産事情研究会、1985）〔近藤崇晴〕、河野正憲「口頭弁論終結後の承継人（その二）——執行力の拡張——」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫編『演習民事訴訟法〔新演習法律学講座12〕』588頁以下（青林書院、1987）、上野泰男「執行力の主観的範囲」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔3版〕』253頁（1998）、松本博之『民事執行保全法』108頁（弘文堂、2011）〔ただし、松本説は起訴責任転換説にも問題があることを指摘している〕、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール 民事執行法』72頁（日本評論社、2014）〔名津井吉裕〕、笠井正俊「口頭弁論終結後の承継人に対して判決効が作用する場面について」松本博之先生古稀祝賀論文集『民事手続法制の展開と手続原則』567頁注（22）（弘文堂、2016）、伊藤眞＝園尾隆司編集代表『条解民事執行法』191頁、192頁（弘文堂、2019）〔垣内秀介〕、上原敏夫ほか編『民事執行・保全判例百選〔第3版〕』17頁（有斐閣、2020）〔鶴田滋〕。

69) 具体的には、承継人について新たな給付の訴えを想定したときに、債務名義の表示にかかる請求権の存在に加えて主張することによって、承継人についての請求が有理性を得るのに必要十分な事実のことを指すとされる。中野＝下村・前掲注（67）131頁。

70) 中野・前掲注（67）執行力の範囲269頁以下参照。

強制執行の許容は、「起訴責任の転換——強制執行における名義形成責任の分担——」の観点だけから根拠づけるべきとし、債務名義と反対名義の形成責任をめぐっては、被承継人の相手方と承継人との間の利害対立があるため、両者の間における実質的衡平の確保が問題となるとする。そして、基本的に、承継執行の根拠は「承継」にあるが、これでは基準として抽象的すぎるとして、執行債権についての債務名義・反対名義の形成責任の分担に照らし、以下の4つのファクターをあげて、執行力拡張を受ける承継人の範囲を導き出す。1つ目は、債権者の既得的地位の維持（債務名義形骸化の防止）の必要性である。これに関して、承継執行の歴史は、承継人に関する訴訟の省略（簡略化・不要化）の歴史であることが指摘されている。2つ目は、執行力の客観的範囲の同一性である。これは、債務名義上、その執行により債権者に帰すべきものと予定されえた給付利益（またはその量的・質の一部）じたいが承継執行によって実現されることをいうとされる。3つ目は、承継人に対する請求の合理性である。これは、債務名義における執行債権の表示とあいまって、もし承継人に対する新たな給付の訴えを提起するとすればそれにつけ加えて主張しないと請求がその主張じたい理由あるもの（合理性 Schlüssigkeit）とならない事実を債権者側が証明することであるとされる。4つ目は、承継人に関する手続保障である。すなわち、承継人に対し、自己の給付義務の存在・消滅を主張して請求異議の訴えを提起し、最終的に承継執行を排除する可能性が確保されていることが必要であるとされる。

次に、②局面における問題②について、中野説によれば、異議手続においても、承継に関する事実（たとえば、占有承継の場合における占有移転の事実）は争うことができるとする。一方で、承継人に固有の防御方法（たとえば、民法192条の善意取得、通謀虚偽表示の第三者）は、請求異議で争うとされており、異議手続については言及されていない⁷¹⁾ ことから、異議手続の利用は認めないものと推測される。

最後に、③局面における問題③について、中野説によれば、「承継人に固有

71) 中野・前掲注(67)執行力の範囲274頁参照。

の防御方法」の有無については、「請求異議の訴え」によるとされる⁷²⁾。

第三款 小 括

以上みてきた議論状況をまとめると、権利確認説も起訴責任転換説も、既判力の拡張と執行力の拡張との相違を前提に、“何故、承継人は、自らに対する請求権があらかじめ確定されていないにもかかわらず、執行力の拡張を受けることになるのか”を追求する点では、共通しているといえる。両説の対立点は、“被承継人の相手方と承継人との間で、いかなる基準によって起訴責任が分担されるのか”の問題に集約されると解されており⁷³⁾、さらにいえば、この問題は、被承継人の相手方と承継人との間の利益考量により決せられるとされている⁷⁴⁾⁷⁵⁾。

権利確認説に対する批判としては、書記官や公証人が、裁判長の命令や債務者の審尋なしに、承継人に固有の防御方法の有無を判断できるのか、立法者はそのような期待をしていないということ⁷⁶⁾、債権者に承継人に固有の防御方法

72) ただし、起訴責任転換説を支持しつつも、承継人に固有の防御方法は、請求異議の訴えではなく執行文関係訴訟の審理対象になると解する見解もある。香川監修・前掲注(68)182頁〔近藤〕、河野・前掲注(68)599頁、伊藤＝園尾編・前掲注(68)191頁〔垣内〕。

また、本章第一節第二款にて述べたように、起訴責任転換説が提唱される前の時代では、いわゆる形式説と称される立場から、承継人に固有の防御方法は、「執行文付与に対する異議」または「執行文関係訴訟」により争うとする見解が存在していた(小山説、三ヶ月説を参照)。

73) たとえば、吉村・前掲注(54)130頁、上田・前掲注(63)190頁参照。

74) 中野・前掲注(67)執行力の範囲270頁や上田説を参照。

75) なお、権利確認説においても、固有の防御方法の認容率の高さ等に応じて①局面における審理対象を考える見解(新堂説)がある一方、起訴責任転換説も、承継の事実をプラスすることによりかえって承継人に対する請求に有理性が欠けることが判明するときは、さらにその有理性を備えるための要件事実をもプラスして証明する必要があるとして、要件事実のせり上がりを認めるため(中野＝下村・前掲注(67)132頁、133頁)、両説における具体的帰結における差異は、今日ではそれほど大きなものではないとの評価もなされている(伊藤＝園尾編・前掲注(68)191頁〔垣内〕参照)。

76) 吉村・前掲注(54)122頁、中野・前掲注(67)承継人234頁、同・前掲注(67)執行力の範囲268頁、中野＝下村・前掲注(67)144頁注(5)、伊藤・前掲注

の存在の証明を要求するのは無理であること⁷⁷⁾、債権者の既得的地位を保護し、承継人に対する債務名義の再取得の負担を軽減するという債務名義成立後の承継人への執行力拡張の立法趣旨を蔑ろにすること⁷⁸⁾、当初から簡易付与の申立てができないような承継人ならば、給付の新訴を提起させた方が承継人に関する請求権の存否につき既判力ある判決が得られる点で優っているといったこと⁷⁹⁾等がいわれている。

起訴責任転換説に対する批判としては、実体法的には「承継」の要素とされてきた承継人に固有の防御方法が、執行文付与手続の対象ではなく、請求異議事由とされるのはなぜか、「有理性」の証明があれば承継執行文を付与して承継執行を許容することは、消極名義形成の機会があるということだけで正当化されうるのが⁸⁰⁾、すなわち、承継人が事後的にその責任において消極名義を形成して不当執行を排除する機会を持つという意味での手続保障だけでは、承継執行を正当化する根拠として不十分であるといったこと等がいわれている⁸¹⁾。

第三章 ドイツにおける議論状況

第一節 ドイツにおける承継執行手続の概要

ドイツにおける承継執行手続の規律と日本における承継執行手続の規律は、共通する点もあれば異なる点もある。そこで、ドイツにおける議論状況を紹介

ㄨ (68) 第三者に対する効力241頁、242頁、松本・前掲注 (68) 109頁。

77) 中野・前掲注 (67) 承継人234頁、中務=川村・前掲注 (47) 64頁。

78) 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール』59頁 (日本評論社、2014) [鶴田滋]、同・前掲注 (68) 17頁。

79) 中野・前掲注 (67) 執行力の範囲269頁。

また、松本・前掲注 (68) 109頁は、権利確認説によれば、簡易に執行文を取得できない場合に提起される執行文付与の訴えの訴訟物は、承継人に対する債権者の実体法上の請求権自体と解さざるを得ないところ、このことにより、一般の給付の訴えと並んで執行文付与の訴えが定められていることの意義の大半が失われると指摘する。

80) 吉村・前掲注 (54) 112頁、113頁、石川明ほか編『注解民事執行法 (上)』195頁 (青林書院、1991) [上田徹一郎]。

81) 吉村・前掲注 (54) 130頁。

する前に、まずは本節において、ドイツにおける承継執行手続に関する規律の概要を述べておくこととする⁸²⁾。

第一款 執行文付与手続に関する規律

まず、ドイツでは、承継執行についての根拠条文として、ドイツ民事訴訟法〔以下、ZPO とする〕727条1項が存在する。そこでは、「執行力ある正本は、判決に表示された債権者の権利承継人のために、並びに、第325条により判決の効力を受ける、判決に表示された債務者の権利承継人〔Rechtsnachfolger〕及び係争物の占有者に対して付与することができる。」と定められている。ただし、承継執行文の付与を受けるためには、権利承継または占有関係が、裁判所に顕著であること、または公の証書⁸³⁾もしくは公に認証された証書⁸⁴⁾により証明されることが必要とされる⁸⁵⁾。

82) 以下の記述については、主として、Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage, 2020 における Wolfsteiner の解説を参考としている。

また、ZPO の訳文については、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典—2011年12月22日現在—』（法曹会、2012）を、ドイツ民法典〔以下、BGB とする〕の訳文については、国立国会図書館調査及び立法考査局『基本情報シリーズ19 ドイツ民法Ⅰ（総則）』、同『基本情報シリーズ20 ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）』（2015）を参照した。

83) この概念は、ZPO415条1項のそれだとされる（Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 726, Rn. 55, OLG München NJW-RR 2018, 1423 im Anschluss an BGHZ 25, 186）。

そして、ZPO415条1項によれば、公官庁がその職務権限の範囲内で、または公証権限を有する者がその業務の範囲内で、規定された方式により作成した文書のことだと規定されている。

84) 実際には、BGB129条1項に基づき、署名のみが認証されることである（Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 726, Rn. 57）。

BGB129条1項（訳）「法律により、意思表示について公の認証が規定されているときは、意思表示は、書面により行わなければならない、表意者の署名は、公証人により認証されなければならない。意思表示が、書面作成者により記号を用いて署名されているときは、第126条第1項に規定する記号の認証が必要であり、かつ、これをもって足りる。」

85) このように、日本と異なり、証明の手段が公文書等に限られているのは、私文書の提出を許すと、必然的に、真正に成立したものであるか否かにつき審理を行わなければならないところ、真正であることの審理は、対審的な証明手続におい

ZPO727条に基づく執行文の付与機関は、原則として、司法補助官（司法補助官法〔以下、RpflG とする〕20条1項12号）⁸⁶⁾ であるとされているが、債務名義が執行証書である場合には、公証人（ZPO797条2項1文）⁸⁷⁾ または官庁（同条2項2文）であるとされている。

日本法との違いとして特筆すべき点は、ドイツでは、承継執行文を付与するにあたって、債務者審尋が可能とされている点である（ZPO730条⁸⁸⁾⁸⁹⁾）。この審尋は、通常は書面によりなされるが、口頭弁論もなされうる。また、ここ

ゝて、相手方当事者の義務的な審問〔Anhörung〕でもってのみ可能であるからだとして説明される（Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 726, Rn. 54）。

86) 単純執行文の場合は書記官（ZPO724条2項）が執行文付与機関となるが、ZPO727条に基づく執行文等の特殊執行文の場合には、司法補助官が執行文付与機関となる（RpflG20条1項12号、13号、26条）。

ただし、司法補助官が付与すべきところを誤って書記官が付与したとしても、その執行文は無効にはならないと解されている。

87) 執行文付与手続における公証人の審理権限に関しては、書記官と同じであるとされている。したがって、実体法的な評価にかかるものについては、書記官同様、公証人も審理権限を有しないとされる。後掲注（100）BGH2004年7月16日決定、後掲注（107）BGH2009年4月16日決定および後掲②決定等を参照。

88) ZPO730条（訳）「第726条第1項及び第727条から第729条までの規定の場合においては、執行力ある正本の付与に先立って債務者を審尋することができる。」

89) この規定の文言上（“kann”）、債務者の審尋は司法補助官の裁量であり、義務ではないと解されている（ただし、ZPO894条2文〔意思表示擬制〕の場合等、例外的に裁量が制限される場合もあるとされる）。Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 730, Rn. 4.

これに対して、Sieg, Die Rechtskrafterstreckung bei Rechtsnachfolge und ihre Bedeutung für die Vollstreckung nach § 883 ZPO, ZZP 66, S. 31, 1953, Wiezorek/Schütze/Paulus, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, 2016, § 730, Rn. 4 は、727条の場合における債務者の審尋は、義務的であると説明している。

また、BGH, Beschluss vom 5.7.2005- VII ZB 23/05, DNotZ 2005, 917は、原則として、債務者の審尋は司法補助官の裁量であるとしつつも、債権者側の権利承継事例において、債務者が権利承継を自白し（ZPO288条）、かつ、従来の債権者が、権利承継人への執行文の付与に同意する場合には、ZPO727条所定の文書による権利承継の証明は不要であるとしたうえで、このような事情が期待される旨を申立人が述べる場合には、申立人の審尋についての申請を認める義務が認められうるとする。

では、債務者は、原則として、債権者により提出された文書では不十分であるということのみを主張することができ、反証を行うことはできないとされる⁹⁰⁾。

第二款 執行文付与の可否に関する判断に対する救済手段

(i) 執行文の付与が拒絶された場合——債権者側の救済手段

執行文付与手続において、執行文の付与が拒絶された場合における債権者側の救済手段として、執行文付与の訴え（ZPO731条）⁹¹⁾がある。

また、判決手続以外の手段として、執行文付与機関に応じた手続も用意されている。まず、(a)司法補助官が執行文付与機関として判断した場合には、①即時抗告〔sofortige Beschwerde〕（RPflG11条1項、ZPO567条）をすることが可能である⁹²⁾。さらに、抗告裁判所の判断に対して不服がある場合には、ZPO574条の条件の下で、②法律抗告〔Rechtswescherberde〕が認められうる⁹³⁾。なお、上級地方裁判所〔以下、OLG とする〕あるいは連邦通常裁判所〔以下、BGH とする〕の司法補助官が執行文付与機関として判断した場合には、抗告の代わりに、異議を申し立てることが可能とされている（RPflG11条2項）。そして、OLG の判断に不服がある場合には、ZPO574条に基づく法律抗告が認められうる。

次に、(b)公証人が執行文付与機関として判断した場合には、①公正証書作成法〔以下、BeurkG とする〕54条に基づく抗告〔Beschwerde〕（同条1項を参照）が可能とされる。ここでの抗告手続には、BeurkG54条2項1文により、家事事件及び非訟事件における手続に関する法律〔以下、FamFG とする〕の規定が適用される。そして、抗告は、FamFG64条2項に基づいて、公証人に

90) Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 730, Rn. 8.

91) ZPO731条（訳）「第726条第1項及び第727条から第729条までの規定により必要とされる公の証書又は公に認証された証書による証明をすることができないときは、債権者は、判決に基づき第一審の受訴裁判所に執行文付与の訴えを提起しなければならない。」

92) BGH, Beschluss vom 26.8.2020 - VII ZB 39/19, BGHZ 227, 1.

93) 前掲注（92）のBGH2020年8月26日決定を参照。

申し立てられる。申立てをうけた公証人が、抗告を理由あるものと認める場合には、それに応じて更正することになる。これに対して、公証人が更正しない場合には、事件を抗告裁判所へと提示する（FamFG68条1項1文）⁹⁴⁾。ここでの抗告裁判所とは、地方裁判所〔以下、LG とする〕の民事部である（BeurkG54条2項2文）。さらに、抗告裁判所の判断に対して不服がある場合には、② 法律抗告が可能である（FamFG70条以下）。法律抗告の管轄は、裁判所構成法〔GVG〕133条に基づき、BGH が有するとされる。

(ii) 執行文が付与された場合——債務者側の救済手段

執行文付与手続において、執行文が付与された場合における債務者側の救済手段として、① ZPO732条1項⁹⁵⁾に基づく異議申立てが可能とされている。この異議に基づく判断に対しては、② 即時抗告が可能であり（ZPO567条1項2号）、さらに、条件を満たせば、③ 法律抗告も可能である（ZPO574条1項2号）。

このほか、判決手続による救済手段として、執行文付与に対する異議の訴え（ZPO768条⁹⁶⁾）も認められている。この執行文付与に対する異議の訴えと、ZPO732条に基づく異議申立ては、併用可能とされる。

94) なお、抗告裁判所の審理範囲について、Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 797, Rn. 27 によれば、公証人自身が審理すべきであった範囲と同じであるとされる。すなわち、執行文付与手続において、公証人には、公の証書あるいは公に認証された文書以外のものを証拠として許容したり、証人を尋問したり、反証を調査したりすることが認められていないため、同じことが抗告裁判所にとっても妥当するという。

95) ZPO732条1項（訳）「執行文の適法性に関する債務者の異議については、執行文を付与した裁判所事務課の属する裁判所が裁判する。この裁判は決定によってする。」

なお、執行証書の場合における管轄については、ZPO797条3項に規定がある。

96) ZPO768条（訳）「第767条第1項、第3項の規定は、第726条第1項、第727条から第729条までの規定、第738条、第742条、第744条、第745条第2項及び第749条の場合において、債務者が、執行文の付与の際に証明があったと認められた執行文付与のための要件の発生を争う場合に準用する。ただし、これらの場合において、第732条により執行文の適法性に対して異議を申し立てる債務者の権能を妨げない。」

第三款 補 足

以上で述べてきたことのほか、本稿の考察対象に関連する事項について、若干の補足をしておきたい。

まず、執行証書についてであるが、ドイツでは、執行証書の債務名義性については、判決（ZPO704条）とは別に、その他の債務名義として、ZPO794条1項5号により規定されている。執行証書を債務名義とする場合の手続に関しては、別段の規定がない限り、ZPO724条から793条までの規定が準用されることとなっている（ZPO795条）⁹⁷⁾。

次に、債務者の救済手段についてであるが、第二款で述べてきたもののほかにも、請求異議の訴え（ZPO767条）⁹⁸⁾と、ZPO767条類推のいわゆる訴訟上の形成の訴え〔prozessuale Gestaltungsklage analog § 767 ZPO〕が認められている。後者の訴えは、ZPO上に根拠規定のないBGH⁹⁹⁾によって認められた訴えである。当初は、不特定を理由とする債務名義の無効（形式的な根拠に基づく債務名義の無効¹⁰⁰⁾）を対象としていたが、その後、実体法上の根拠に基づき債務名義の無効が主張される事例¹⁰¹⁾にも対象範囲が拡大され、現在では、

97) なお、ZPO726条、727条、および請求異議の訴え（ZPO767条）について、条文上は「判決」を念頭に置いているにもかかわらず、実務では、判決の場合にこれらの条文が適用されることは減多にないとのことである。それに対して、執行証書の領域においては、よく適用がみられるといわれている。Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 797, Rn. 1.

98) ZPO767条（訳）「①判決によって確定された請求自体に関する異議は、債務者が、訴えの方法により第一審の受訴裁判所において主張しなければならない。

②この異議は、異議の事由が、本法律の規定により、遅くとも異議を主張しなければならない口頭弁論の終結後において初めて生じ、かつ、故障申立てによりもはや主張することができない限りにおいてのみ、許される。

③債務者は、その提起すべき訴えにおいて、訴え提起のときに主張することができたすべての異議を主張しなければならない。」

99) BGH, Urteil vom 18.11.1993 -IX ZR 244/92, BGHZ 124, 164.

100) 債務名義の欠缺やその形式的な無効は、ZPO732条に基づく異議手続においても主張できるため、債務者は、ZPO732条に基づく異議とZPO767条類推の訴えについて、選択権を有するとされる。BGH, Beschluss vom 16.7.2004 -IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718.

101) BGH, Urteil vom 27.9.2001 -VII ZR 388/00, ZIP 2001, 2288=NJW 2002, 138. ➤

「債務名義の有効性」は、一般的にZPO767条類推の形成の訴えの対象となっている。

第二節 土地債務の譲渡事例に関する連邦通常裁判所の判例紹介

本節では、ドイツにおける承継執行の議論を進展させる契機となった、土地債務¹⁰²⁾の譲渡事例に関する2つのBGHの判例を紹介したい。なお、両事例ともに、本来の事実関係はより複雑なものとなっているが、ここでは、分かりやすさを重視して、本稿の考察において必要と思われる事実限定し、事案を簡略化して紹介することとした。

ㄨ なお、実体法的な根拠に基づく債務名義の無効は、BGH（前掲注（100）BGH 2004年7月16日決定や後掲注（107）を参照）によれば、異議手続では審理されないとされているため、この場合には、ZPO767条類推の形成の訴えのみが認められることとなる。

102) 土地債務（BGB1191条）とは、権利者が土地から一定額の金銭の支払いを受けられることを内容とする権利（不動産担保権）である。BGB873条に基づき、抵当権と同様、登記土地債務と証券土地債務のいずれかの形式で設定される。ただし、抵当権と異なり、土地債務に付従性はない。しかしながら、実務上、債権の純然たる担保として設定されるのが普通とされる。この場合の土地債務は、被担保債権から完全に離れて存在するものではないから、単独土地債務ではなく、いわゆる保全土地債務（BGB1192条1a項）とされる。保全土地債務の場合、土地債務者は、債務法上の担保契約に基づいて信託的拘束を受けることとなり、土地債務権者は、担保契約により信託的な担保権者の地位が認められることとなる。かつては、抵当権の場合と同様（BGB1157条2文、892条）、土地債務の譲受人による善意取得が認められており、これにより所有者の有する抗弁権の切断が生じ得たが、2008年に新設されたBGB1192条1a項1文後段により、保全土地債務に関しては、BGB1157条2文が適用されないこととなったため、善意取得による抗弁権の切断は、担保契約に基づく抗弁権には生じないこととなった。

ドイツにおける土地債務については、マンフレート・ヴォルフ＝マリナー・ヴェレンホーフ著、大場浩之ほか訳『ドイツ物権法』558頁以下（成文堂、2016）を参照した。また、ドイツにおける不動産担保権の実行手続については、越山和広「ドイツにおける不動産担保権の実行手続」金融法務事情1803号29頁以下（2007）を参照。

第一款【①判決】BGH, Versäumnisurteil vom 30.3.2010

—XI ZR 200/09 (OLG Celle), BGHZ 185, 133

〔事実の概要〕

1989年3月13日、X（原告）とA（Volksbank、譲渡人）との間で、公正証書により、Aによる融資に際して、X所有の土地に証券土地債務等が設定された〔以下、本件証書という〕。その際、Xは、本件証書において、土地債務に基づいて土地債務権者に帰属することとなる主債務および利息等を求める全ての請求権に関して、自らの負担付の土地および自身の全財産において、即時の強制執行に服するとした（執行受諾の意思表示〔Unterwerfungserklärung〕）。これとの関連で、以下のことも取り決められていた。すなわち、土地債務は、取引関係から生じる現在および将来の全ての請求権の担保のために利用されるところとすること、および、土地債務は、担保された債権と共にのみ、自由に売却することができるということである。

その後、Xが追加融資を受けたり、XA間で和解が締結されたり等したが、結局、Xは支払債務を完全には履行しなかった。そこで、Aが取引関係を解約する旨を告知し、残余債権について返済期限が到来することとなった。

そして、2004年12月に、AはXに対する全ての債権をB（GbR）に売却し、土地債務と共に譲渡した。次いで、2005年7月に、Bは、Wに債権および土地債務を譲渡し、同年12月にその旨の登記を済ませ、さらに、2007年10月に、Wは、Y（被告）に債権および土地債務を譲渡し、同年12月にその旨の登記がなされた。

2008年5月23日、Yが、Xに対して、土地債務を設定した本件証書に基づき、執行文の書換え（ZPO791条1文、727条1項）を受けて、強制執行を開始した。そこで、Xが、Yに対して、本件証書に基づきなされた強制執行の不許を求めて、本件訴えを提起した。

Xが本件訴えにおいて主張した根拠は、以下の2点である。1点目は、執行受諾の意思表示の無効である。これは、貸金債権の自由な譲渡可能性は、即時の強制執行への定型的な受諾との組み合わせにおいて、BGB307条1項1

文¹⁰³⁾における原告の不適切な不利益にあたるため、ということを理由としている。すなわち、銀行実務として、執行受諾の意思表示をするにあたっては、定型文書が利用されていることとの関係で、そのようなものを用いて債務者が行った執行受諾の意思表示が、その後になされた被担保債権の譲渡により、譲渡を受けた債権者のためにも有効になるとされるのは、債務者にとって不適切な不利益を与えるものであるので、BGB307条1項に基づきこの受諾の意思表示は無効と解すべきという趣旨の主張である。したがって、これは、いわば「債務名義の無効」を主張するものであることから、BGHによれば、ZPO767条類推のいわゆる訴訟上の形成の訴えの対象とされる。

Xの本件訴えにおける根拠の2点目は、消滅時効の抗弁である。これは、「実体法上の請求権に対する抗弁」を主張するものであるため、請求異議の訴え（ZPO767条）によるものとされる。

なお、本件訴えでは、Yの反論として、Yは、XとAとの間で締結された担保契約に加入〔eintreten〕していないということが主張されており、この事実について、当事者間に争いはなかった。また、Yによる予備的反訴も提起されていたが、この点は本稿では省略する。

第一審はXの請求を認容したが、控訴審が請求棄却としたため、Xが上告した。

〔判旨〕

本判決の原文は長文であり、ここで全てを紹介することは適切ではないため、以下では、本判決の判断のうち、本稿の考察対象に関連するもののみを抜粋して紹介する。まず、結論として、本判決は、Xの主張のうちの1点目「執行受諾の意思表示の無効」に関して、控訴審がZPO767条類推の訴えを請求棄却としたことは正当であるとする。

103) BGB307条1項（訳）「普通取引約款の規定は、それが、利用者の契約の相手方に対し、誠実及び信義の命令に反して不適切な不利益を与えるときは、効力を有しない。不適切な不利益は、その規定が明確でなく、理解できないことから生じる可能性がある。」

その主たる判示事項は、定型的な執行受諾の意思表示は、債権の自由な譲渡可能性を理由に、BGB307条1項1文（旧AGBG9条1項）の意味における不適切な不利益にはあらず、無効とはならないと判断し、この受諾の意思表示は、全ての将来の土地債務権者にとって有利な法的効果を發揮するとした部分である。

本件事例は、いわば、融資を受ける債務者側と、土地債務権者（銀行）側のどちらを保護すべきかが問題となった事例といえることができるが、この主たる判示事項では、銀行側に有利な判断がなされたといえることができる。ただし、本稿との関係では、この主たる判示事項の部分は特に問題とはならず、むしろ、その先の傍論における判断部分の方が重要な意味を持つため、以下に関連する部分を抜粋して紹介する（なお、下線は全て執筆者による）。

「……土地債務の全ての将来の所有者が、ZPO795条1項、727条1項に基づき書き換えられる執行文〔umschreibende Klausel〕によって、執行受諾の意思表示の債務名義としての機能を主張できるわけではない…。むしろ、定型的に行われる原告の意思表示は、AGBG5条（現在：BGB305c条Ⅱ¹⁰⁴⁾）に基づき、原告の有利に、執行の受諾は、信託的に拘束される保全土地債務から生じる請求権に対してのみ拡張されると解釈される。——被告のように——、担保契約に基づく義務に加入していない土地債務権者は、そのような法的地位を取得しない、その結果、被告は、いわゆるZPO727条1項にいう名義化された請求権〔titulierten Anspruch〕に関する権利承継人とはならない、ということになる」

この傍論部分における判断¹⁰⁵⁾は、銀行側の保護を意図した主たる判示事項

104) BGB305c条2項（訳）「普通取引約款の解釈に際しての疑義は、利用者の負担に帰する。」

105) Kessler, “Rechtsnachfolge” in Vollstreckungsklauseln, WM 2011, S. 486ff.によれば、そもそも①判決は、執行の受諾は原告の不適切な不利益とは解されないと判断しているため、これを理由に請求棄却の控訴審判断を維持すればそれで足りたということから、傍論部分は、本来であれば、不必要なものであったと指摘されている。それにもかかわらず、本判決があえて傍論部分における判断をしたことの理由としては、当時の土地債務をめぐる議論状況を考慮したためであると推測される。➤

とは対照的に、債務者の保護を意図しているといえることができる。また、これを主張する「手続」に関して、特に注目される部分を抜粋すると、

「……確かに、被告は、……土地債務の取得によって、同時に、名義化された請求権に関する権利承継人とはなっていない。このことは、しかしながら、債務名義の執行力に対して向けられるものであるZPO767条類推の形成の訴えも、ZPO767条に基づく請求異議の訴えも、成功させることはできない。なぜならば、——債務名義において表示された債権者の Aktivlegitimation の消滅の場合とは異なって——、そのことから名義化された請求権に対する抗弁が生じるわけでもないし、また、それによって、執行受諾の意思表示の有効性が問題となるわけでもないからである。ZPO795条1文、727条1項に基づき、権利承継が生じているかどうかは、むしろ、執行文付与手続に留保される、その結果、執行債権者への名義化された請求権の移転を無効だと考える債務者は、この手続において予定されているZPO732条〔執筆者補足：執行文付与に対する異議〕、768条〔執筆者補足：執行文付与に対する異議の訴え〕に基づく法的救済手段〔Rechtsbehelfe〕を講じなければならない……」

「このような解決は、執行文付与手続において、名義の書換えに関して権限を有する者〔執筆者補足：執行文付与機関のこと。本件では公証人〕が、職種で、新たな土地債務の所有者が、ZPO727条1項の基準に基づいて、担保契約への加入を証明しているかどうかを審理しなければならないという利点を有する。債務者は……防御者の役割から、請求異議の訴えの手続における攻撃者、

ㄨというのも、当時は、ドイツ銀行の柔軟性と競争力を強化するために、未回収金の流動化をすること（ここでは、土地債務付の債権の譲渡を認めること）が必要不可欠と考えられていた（Stürner, Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Banken und der Schutz des Eigentümers belasteter Grundstücke, JZ 2010, S. 775ff. を参照）。そのため、主たる判示事項のような銀行側に有利な判断がなされることになったものと解される。しかしながら、その一方で、定型文書を用いた執行受諾の意思表示が、将来の全ての土地債務権者にとって有用なものとして扱われるとするのは、債務者保護に欠けるということが指摘されていた。そこで、傍論部分では、債務者保護に資するような内容の判断をすることで、両者のバランスをとったのではないかと推測される。

すなわち請求異議の訴えの原告の役割を強制されるものではない。執行文が付与された場合において初めて、債務者は、——それを阻止することを望むならば——、この手続において予定されている法的救済手段を利用しなければならない。」としている。

〔①判決の評価〕

(i) ①判決の位置づけ

①判決の傍論部分の判断は、それまで滅多にみられなかった執行手続法上のテーマに関する判断であり、大きな反響を呼んだといわれている¹⁰⁶⁾。この判決により、従来ほとんど注意を払われてこなかった「執行文の書換え」というテーマが、突然、注目を浴びることになったとのことである。

なお、①判決以前の議論状況に関して補足をしておくと、まず、BGH の第Ⅶ民事部が、2009年に、執行受諾の意思表示がBGB307条1項1文に基づき無効であるか否かの審理に関して、「執行文付与手続」は適していないと判断していたところであった¹⁰⁷⁾。また、実務では、土地債務の譲渡がなされた場合、①判決が「承継の要件」とした「譲受人による担保契約への加入」については調査をせず、土地債務の譲渡のみでもって、譲受人のためにZPO727条に基づき執行文を付与していたという状況であった。

そのため、①判決の判断内容は、それまでの学説・判例にはみられない、独

106) Kessler, aa.O. (Fn. 105), S. 486.

107) BGH, Beschluss vom 16.4.2009 -Ⅶ ZB 62/08, NJW 2009, 1887. この事件では、①判決の事実関係とは異なり、執行受諾の意思表示が、BGB307条1項1文に基づき無効であることを理由に、ZPO732条に基づく異議が申し立てられたという事案である。この事件において、第Ⅶ民事部は、執行証書においてその全ての財産における即時の強制執行に服するとしている債務者は、「執行文に対する異議(ZPO732条)」の手続において、執行受諾の意思表示がBGB307条1項に対する違反を理由に無効であることを主張することは許されないと判断した。そして、公証人の審理権限に関して、執行受諾の意思表示がBGB307条1項に違反するか否かの審理は、包括的な実体法上の評価を前提とし、それについて、公証人(ZPO797条)は、書記官(ZPO724条)と同様に権限を有しないと判断を行っている。

なお、BGH Beschluss vom 18.6.2009 -Ⅶ ZB 101/08, BeckRS 2009, 19515, BGH Beschluss vom 9.7.2009 -Ⅶ ZA 15/08, BeckRS 2009, 22036 も同旨。

特の見解と評されているところである¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾。①判決の傍論部分の評価に関しては、「債務者の法的地位を穩健に強化するものである」として評価するもの¹¹⁰⁾ もみられるものの、どちらかという、批判的な評価の方が多くように見受けられた¹¹¹⁾。そこで、以下(ii)において、①判決につき、どのような批判がなされていたのかを別途紹介することとする。

(ii) ①判決に対する批判

まず、①判決が示した「承継の要件」に関しては、「譲受人による担保契約への加入」は、ZPO727条の意味における権利承継人とされるための要件ではなく、ZPO726条¹¹²⁾の意味における（黙示の）執行の条件である¹¹³⁾との批判がなされている。この批判につき、もう少し具体的に説明すると、そもそも、①判決の見解によれば、実体法上の請求権（本件では土地債務）は譲受人に譲渡されているにもかかわらず、譲受人による担保契約への加入がなければ、執行受諾の意思表示の効力が譲受人に及ばないことを理由に、ZPO727条にお

108) Bolkart, Prozessuale Rechtsnachfolge in titulierte Grundpfandrechte, DNotZ 2010, S. 491.

109) その後、①判決の判断に続く BGH の判例として、BGH, Urteil vom 3.12.2010 – V ZR 200/09, BKR 2011, 291 がある。

110) Bolkart, aa.O. (Fn. 108), S. 483.

111) Kessler, Anmerkung, ZIP 30/2011, S. 1442. によれば、①判決は、公証人に多くの仕事と悩みの種をもたらすこととなったといわれている。また、①判決が、譲受人による担保契約への加入の有無を公証人の審理範囲としたことについて、「この審理は、実務における公文書等の証拠手段の制限ゆえに失敗するに違いないということを、第XI民事部は、執行文書換えの手續の基本の誤認において、見落としていた」と指摘している。

112) ZPO726条は、条件付給付の場合における執行力ある正本について定めた規定である。すなわち、判決の執行が、その内容上、債務者の負担する担保の提供以外の債権者が証明すべき事実の到来にかかる場合には、公の証書または公に認証された証書による証明が必要である旨を規定する。

113) Stürner, aa.O. (Fn. 105), S. 776. この点について、Stürner は、①判決は、担保契約への加入がZPO726条の条件となることを明らかとすることなく、債務名義を転用するための執行文（補足：ZPO727条）を、債務名義を補充するための執行文（補足：ZPO726条）と結び付けたと評している。

同旨のものとして、Kessler, aa.O. (Fn. 105), S. 487.

る権利承継が認められないとされているので、これはすなわち、「実体法上の請求権」についての承継ではなく、「執行受諾の意思表示の効力が譲受人に及ぶ」ということが、ZPO727条の権利承継の要件として設定されているということになる。しかしながら、これを批判する論者は、ZPO727条の「権利承継」は、実体法上の請求権における承継を基礎に考えるべきであるという前提のもと、担保契約の対象となるのは、執行受諾の意思表示ではなく、あくまで土地債務だけであるので、ZPO727条の承継は、土地債務の所有者たる地位のみが問題となるはずであるという批判を行っている¹¹⁴⁾。

このような批判に対して、①判決を擁護する論者からは、①判決は、「訴訟上独立した承継〔prozessrechtsautonomen Rechtsnachfolge〕」を前提としており、担保契約への加入を、その条件へと昇格させたものである¹¹⁵⁾ という反論もあるが、訴訟上独立した承継概念という考え方は、賛同を得ていない¹¹⁶⁾。

次に、「執行文付与機関の審理範囲」に関して、①判決が、「担保契約への加入」について、その証明の有無を執行文付与機関が職権で審理すべきとしたことに対しては、債務名義からは簡単には読み取ることのできない、債務名義の形式的ではなく実体法的な評価を、執行文付与機関に強制することになる¹¹⁷⁾との批判がなされていた。

最後に、「担保契約への加入についての証明責任」に関して、①判決の見解によると、まずは債権者の側が、執行文付与手続において「担保契約への加

114) それ以外の実体的な要素〔Materielle Elemente〕は、ZPO726条に関してのみ、訴訟法上の局面へと上げられると解されている（Kessler, aa.O. (Fn. 105), S. 487）。

115) Bolkart, aa.O. (Fn. 108), S. 487ff. によれば、債務者は、ZPO726条の場合、執行の条件について自由に処分することが許されることに鑑みて、執行受諾の意思表示の際にも、ZPO727条の意味における権利承継のための条件を、訴訟上独立して確立することが許されるとされる。

116) Bolkart の見解に反対するものとして、Kessler, aa.O. (Fn. 105), S. 487, Binder, Roma locuta, ausa finite – ein weiteres Mal? Keine Plüfung der treuhänderischen Bindung des neuen Sicherungsnehmers nach Rechtsnachfolge durch den Notar im Klauselerteilungsverfahren, ZBB 2012, S. 25.

117) Volmer, Anmerkung, MittBayNot 2010, S. 383, Kessler, aa.O. (Fn. 105), S. 486等。

入」につき証明しなければならないことになるが、それは不可能であるか、可能であっても追加の費用負担が必要な場合があるとの指摘がなされていた¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾。

第二款【②決定】BGH, Beschluss vom 29.6.2011

—VII ZB 89/10 (LG Koblenz), BGHZ 190, 172

〔事実の概要〕

2000年2月17日、X（申立人）とY（債務者）との間で、信用契約が締結された。この契約証書において、貸付債権の担保のために、Y所有のO土地につき、融資金額と利息を含めた程度において、第一順位の即時に執行することができる土地債務の調達と、同程度における執行力ある抽象的（原因債権に付従しない）債務承認〔abstrakten Schuldversprechen〕¹²⁰⁾の交付が取り決められた。なお、Yは、2000年2月14日に、EからO土地を取得している。

2000年4月13日、公正証書によって、O土地のかつての所有者Eは、R銀行（譲渡人）のために、O土地につき証券土地債務を設定した〔以下、本件証書という〕。本件証書において取り決められていた内容のうち、ここで特筆すべ

118) Volmer, a.a.O. (Fn. 117), S. 386, Sommer, Die künftige notarielle Praxis im Klauselerteilungsverfahren Kurzbeitrag zur Entscheidung BGH RNotZ 2010, 390, RNotZ 2010, S. 381f. 等。

119) また、執行文付与にあたり、債権者側に担保契約への加入について証明責任を負わせることは、実体法の観点からは直感的なものではないとの指摘もある。なぜならば、「譲受人による担保契約への加入」は、その担保契約から生じる債務者の抗弁を根拠づけるものであり、これは、通常訴訟においては、目的土地の所有者（債務者）が主張責任・証明責任を負うものと解されているからである（Bolkart, a.a.O. (Fn. 108), S. 490、大場ほか訳・前掲注（102）575頁を参照）。

ただし、Bolkart 自身は、この場合にも、実体法の領域と訴訟法の領域は分離するとして、実体法上の主張責任・証明責任に関する規律は、訴訟上の執行受諾の意思表示の場合には、債務者を拘束しないとす。すなわち、債務者は、執行の条件に関する自由な処分権限が認められるため、債権者が実体法に関して主張・立証責任を負わない場合であっても、訴訟上、債権者によって証明される執行の条件を定めることができると説く。

120) 「無因的」と訳されることもあるが、本文では、大場ほか訳・前掲注（102）568頁の訳にならった。

きこととしては、まず、RとY（将来の所有権者として）は、土地債務に基づいて債権者に帰属する元本・利息等についての全ての請求権のために、土地債務の負担がついている所有権において即時の強制執行に服すること（＝物権的な強制執行の受諾）と、Yは、取り決められた土地債務に相当する程度における金額の支払につき、人的な責任を連帯債務者として引き受けることを宣言し、同時に、この証書に基づき、その全財産において即時の強制執行に服すること（＝強制執行の受諾がなされた人的な責任）が挙げられる。加えて、本件証書は、担保の合意〔Sicherungsabrede〕も含んでいたとの事実認定もなされている。

2000年8月29日、Rは、第一順位の証券土地債務の一部と、同額の債務者の人的な責任の引受けに基づきRに帰属する請求権を、Xへと譲渡し、2010年3月18日にその旨の登記がなされた。そこで、Xは、権利承継人として、公証人に対し本件証書のための執行文の付与を求めたところ、公証人は執行文の付与を拒絶した。これに対してXが抗告したところ、抗告審（LG）も執行文の付与を拒絶した。その理由は、前記①判決の立場に基づき、定型的な執行受諾の意思表示は、信託的に拘束される保全土地債務に基づく請求権に対してのみ拡張されるとの解釈を採用した公証人の意見に賛成したためである。すなわち、①判決のいうように、執行文付与のためには、Xが担保契約への加入を証明しなければならないところ、それができていないために執行文付与が拒否されたとのことであった。これに対してXが法律抗告をしたところ、BGHは、結論として、執行文の付与を認めた。

〔決定要旨〕

本決定も、原文が長文であるため、本稿の考察対象と関係のある部分のみを抜粋して紹介することとする。まず、本決定は、冒頭部分において、①判決を紹介したうえで、①判決に対してなされていた批判、すなわち、執行文付与機関に実体的な評価を強制することになること、譲受人による担保契約への加入は権利承継の要件ではなく執行の条件であること、および債権者の重大な困難

（債権者の証明が不可能であるか、またはその証明のために追加の費用負担が必要であること）を挙げた後、結論として、「第Ⅶ民事部は、第Ⅺ民事部の、この部により必要とされる担保合意への加入が、ZPO727条に基づき執行文付与手続において審理されるという見解には従うことができない」とする。

そして、ZPO727条の意味における債権者の権利承継人の定義については、「ZPO727条の意味における債権者の権利承継人とは、債務名義において表示された債権者の地位について、債務名義に基づき執行される請求権〔vollstreckenden Anspruch〕自体か、少なくとも、その権限〔Berechtigung〕を取得した者のことをいう……。それゆえに、この規定に基づく権利承継は、実体法上の譲渡の構成要件〔Übertragungstatbestand〕に従う。土地債務における権利承継人とは、それゆえに、法律行為による権利承継の事例においては、土地債務を譲渡された者である。」とし、「第Ⅺ民事部によって採用された譲渡の場合の制限は、むしろ、強制執行の条件である。それゆえに、公正証書に基づく強制執行は、譲受人が担保契約に加入しているという条件にかからせられることとなる」とした。

次に、このような条件がZPO726条1項に基づく執行文付与手続において顧慮されるか否かが問題になるが、②決定はこれを否定し、執行文付与手続においては顧慮されないとして、執行文付与手続における審理について言及している。その中でも特に着目すべき点は、そもそも執行の条件が付されているか否かの判断については、第一に、債務名義（執行証書）の文言を前提に判断するとされている点である¹²¹⁾。すなわち、債務名義の内容からみて、債務名義の解釈により行われるのであって、債務名義の文言において、ZPO726条の意味における条件が示されていない場合には、公証人は、そのような条件を承認することはできず、したがって、公証人は、執行の条件を当事者の利益考量のみから導き出すことはできないとする。その理由として、執行文付与手続におけ

121) なお、債務名義の文言に加えて、債務名義から明らかとなるその目的と当事者の利益も考慮可能である〔BGH, Beschluss vom 19.8.2010 – VII ZB 2/09, NJW-RR 2011, 424, 426 等参照〕と発言されている。

る審理範囲が、形式化を理由に制限されていること、および利益考量のみに基づく公証人の解釈は、公証人に、形式的ではない実体法上の債務名義の評価を強いることになることが挙げられている。そしてその直後に、以下のような叙述が続く。

「……実体法上の状況に基づいて審理が行われる判決手続とは異なって、執行文付与手続は、立法者の意思によれば、“事件〔Sache〕の訴訟上の状況に基づく執行力の審理”に役立つものとされる……。このことは、債務名義は、原則として、実体法上の規準にならうことのない形式的な執行力についてのみ審理されるという効果を伴って、執行文付与手続の“訴訟上の独自性〔prozessualen Eigenständigkeit〕”をもたらしものである……。執行文付与手続は、判決手続の結果を検査したり……、あるいは、執行開始前の実体法上の変動を顧慮するために役立つものではない。債務名義の無制限の審理が執行文付与機関に要求されることはなく、そして、執行文付与手続における証明手段の限定を考慮すると、さらにそれを期待することもできない。裁判所の事務課の書記官に関しては（ZPO724条2項）、そのことは、裁判官と比較して制限されている権限〔Sachkompetenz〕から導かれる。

公正証書が、判決とは異なり判決手続を先行させないとしても、執行文付与機関としての公証人の訴訟上の職務の範囲に関しては、何ら異なることは妥当しない。裁判所の事務課の書記官であっても、公証人であっても、債務名義の内容について無視することは許されない。両者とも、これを、形式的観点（ZPO724条1項）において、実質的観点（ZPO726条1項）において、人的観点（ZPO727条1項）において実行しなければならない……。それ以上の審理権限——とりわけ実体法的な評価——は、原則として、公証人の権限に属しない（BGH, Beschl. v. 16.4.2009 – VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887, 1888……）。それに応じて、当部は、すでに、公証人は、執行文付与手続において、原則として、実体法上の考慮に支えられた基礎となっている債務名義の無効の主張を考慮してはならない旨を判断している〔執筆者補足：前記2009年決定等参照〕。無効を基礎づける前提条件が、債務名義から容易に判明する場合

(“Evidenzkontrolle”)、この原則の例外が認められるかどうかについて、BGHは、これまで未決定のままである〔執筆者補足：前記2009年決定等参照〕。〕

また、この点に関する補足として、このほかにも、執行文付与手続における形式的な審理により、実体法的には強制執行が許されないはずのものが強制執行可能になってしまうという反論に対して、②決定は、この「形式化を補うために、債権者にとっても、債務者にとっても、証明手段の制限のない、対審的な手続を開始するための法的救済手段〔執筆者補足：執行文付与の訴え：ZPO731条と執行文付与に対する異議の訴え：ZPO768条〕が存在する」ということを挙げて、この反論を退けていることが参考となる。

最後に、本件事例へのあてはめに関する部分であるが、「譲受人による担保契約への加入」という条件については、債務名義の文言において示されているものではなく、もっぱら、当事者間の利益考量（債務者保護）に基づき、解釈のみから明らかとなる条件であるため、公証人がそのような執行の条件が付されていることを承認することは許されないとする。そうすると、公証人は、権利承継が証明され、かつ、その他の執行文付与手続において許される抗弁が存在しない限り、執行文を付与しなければならないこととなり、したがって、債権者は、「担保契約への加入」についての証明をするために、執行文付与を求める訴え（ZPO731条）を強制されないとする。

このように解すると、当事者が条件の有無を争う場合、どの手続を利用するのが問題となるが、これについて②決定は、譲受人による担保契約への加入が執行の条件とされなければならない事例かどうか、および譲受人が担保契約へ加入しているかどうかは、ZPO768条（執行文付与に対する異議の訴え）において明らかにされると述べる。これを証明責任の観点からみると、譲受人による執行を争う債務者側に、「担保契約への加入が条件となっているにもかかわらず、それが不存在であること」の主張・立証責任を課したこととなるが、これに関連する②決定の叙述を以下に抜粋しておきたい。

「その場合に、債務者が攻撃者の役割に置かれるということは、このような解決にマイナスの材料を提供するものではない……。債務者は、その文言に基

づき無条件に公証された受諾の意思表示でもって自身に対する債務名義を作出しており、そして、それゆえに、債務者が、その債務名義に基づく強制執行の適法性に対抗する限りにおいて、攻撃者の役割に置かれることについての根拠を築いている。」¹²²⁾

〔②決定の評価〕

(i) ②決定の位置づけ

②決定は、①判決が傍論において述べたところの、承継の要件、譲受人による担保契約への加入の位置づけ、公証人の審理権限および法的救済手段につき、異なる立場を採ったといえる¹²³⁾¹²⁴⁾。この②決定の実務上の効果は莫大だと評されているところであるが¹²⁵⁾、本決定の評釈などをみるに、学説・実務ともに概ね肯定的に受け取られているようである¹²⁶⁾。ただし、②決定への批判が

122) これは、すなわち、債務者側に起訴責任の負担を課したものといえるが、②決定の評釈の中には、この判断部分が、第Ⅺ民事部にとって影響力が大きかったと評するものもある (Piekenbrock, Das Sicherheitenpaket der Realkreditgläubiger: Ein juristisches Schauspiel, ZZP 125, S. 196, 2012)。

なお、このような判断に至った背景には、実際に債権者に証明を課すことが酷であったという事情があったことも、本決定のポイントといえよう。

123) ただし、②決定は、完全に①判決を否定したわけではない。②決定も、①判決における主たる判示事項である、土地債務の自由な譲渡可能性を肯定した部分については支持しており、また、場合によっては、執行受諾の意思表示が譲受人に及ばないこともありうるということを認めている点でも、①判決を肯定している。

124) なお、②決定は、当該事案においては、ZPO726条の意味における条件の存在を否定したため、これを理由に執行文の付与を認めるとの結論を導き出すことができたことから、それ以外の①判決の見解には従えないとする部分の叙述は、結局第Ⅺ民事部に対する当てこすりとして理解されるとの評価もある (Kessler, aa.O. (Fn. 111), S. 1443ff.)。というのも、①判決を担当した第Ⅺ民事部は銀行法専門部であるのに対し、②決定を担当した第Ⅶ民事部は、法律抗告や抗告審の判断およびその他の民事部に権限を有しない限りにおいて権限を有するとされていることから、①判決や②決定で問題となった「執行文付与」に関する事件は、第Ⅶ民事部の領域に属するものであり、他の部に口を出されたくないという意図があったものと推測されている。

125) Piekenbrock, Anmerkung, LMK 2011, 323694.

全くないというわけでもないため、以下では、②決定に対する批判を紹介しておきたい。

(ii) ②決定に対する批判

②決定に対する批判のうち、とりわけ示唆的であると思われる指摘として、債務者に攻撃者としての役割が与えられる根拠に関するものがある。②決定は、その根拠を、「債務者自身が債務名義を作出したこと」に求めているところ、「このことから生じる不利益は、第Ⅶ民事部に反して、一般的な利益考量によってのみ正当化されるのであり、これに対して、債務者によって発せられた、定型化され、かつ、その文言に基づき無制限になされる執行受諾の意思表示によって正当化されるのではない」¹²⁷⁾ というものがある。

また、執行文付与機関の審理範囲に関して、②決定が、執行文付与機関は広範囲な解釈を行う権限を有しないとするについて、ZPO726条1項はどのような類の制限をしていないとして支持しないとする意見も述べられているところである¹²⁸⁾。

126) その後、②決定を引用する BGH の判例として、BGH, Urteil vom 14.6.2013 - V ZR 148/12, MittBayNot 2014, 268 = ZBB 2014, 324, BGH, Urteil vom 20.4.2018 - V ZR 106/17, NJW 2018, 3441, BGH, Urteil vom 6.7.2018 - V ZR 115/17, NJW 2019, 438 がある。

127) Herrler, Grenzen des Schuldnerschutzes beim Forderungsverkauf, NJW 2011, S. 2763ff.

128) Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 727, Rn. 69.

さらに、Wolfsteiner は、②決定が、ZPO768条の準用における執行文付与に対する異議の訴えが適法とされるということを理由に執行文付与に際して「譲受人の担保契約への加入」の証明を断念することに対しては、ZPO768条において定められている法的救済手段は、他の法的救済手段を排除しないということから、その根拠づけに賛成できないと述べる（したがって、Wolfsteiner によれば、譲受人の担保契約への加入についても、執行文付与手続において証明することが必要とされる。その証明手段については、Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Auflage, 2019, S. 551ff. を参照）。

なお、このような指摘は、Wolfsteiner が、公証人による執行文付与について、以下のような見解によっていることに起因するものと思われる。すなわち、Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 797, Rn. 4 によれば、公証人に

第三節 補 論

第一款 日本法との関係における注意点

第二節にて紹介した BGH の判例とそれに関する議論は、これまであまり注意が払われてこなかった承継執行の議論を隆起させたものであり、日本法にとっても示唆に富むところが多い。しかしながら、日本法への示唆を考えるにあたり、注意すべき点も存在する。

まず、1つ目は、ドイツと日本では、実体法の規定が異なるということである。とりわけ、日本においては、前記2つの判例で問題となっている「土地債務」という不動産担保権は存在しない。

2つ目は、前記判例で問題となった「譲受人による担保契約への加入」という事由は、たとえば、承継人に対する執行力の拡張場面でよく議論されるような「善意取得」の事例のように、実体法上明白に認められている事由ではなく、実体法の解釈（そして当事者間の利益考量）から、債務者にとって有利に導かれる事由であるということである。

3つ目は、前記判例は、両事件ともに、「債権者」側の承継の事例であったということである。すなわち、債権者側の承継事例においては、②決定が指摘するように、執行力の拡張により不利益を被ることとなる債務者は、債務名義作成手続に関与しているが、債務者側の承継事例においては、不利益を受けることとなる第三者（承継人）が、債務名義作成手続に関与できていないという点で違いがある。そして、わが国では、承継人に対する執行力の拡張の問題を論じるにあたっては、「債務者」側の承継人が固有の防御方法を有する事例を念頭に置くことが多いため、この3点目に関しては、特に補足が必要になると思われる。そこで、以下では、ドイツにおいて、「債務者」側の承継人が固有の防御方法を有する事例に関して、どのような規律があり、どのような議論が

↘よる執行文の付与とは、「判断 [Entscheidung]」であり、執行文付与手続は、原則として「対審的 [kontradiktorisch]」であるから、公証人は、予め用意されている司法補助官のやり方によって最も確実な道 [sichersten Weg] を行くのではなく、対審的な手続において、全く適切に判断をしなければならないとされる。

なされているのかにつき言及しておきたい。

第二款 債務者側の承継人が固有の防御方法を有する場合に関する議論状況

まず、債務者側の承継人に固有の防御方法として考えられる典型的なものは、「善意取得」であると解されるところ、ドイツでは「善意取得」と「既判力の拡張」に関する規定として、ZPO325条2項が存在する。そこでは、「無権利者から権利を移転された者の利益を図る民法の規定を準用する」とあることから、無権利者からの善意¹²⁹⁾ 取得者（動産の場合であれば、BGB932条から935条、不動産の場合であれば、BGB892条）には、既判力が拡張されないこととなる。そして、「執行文付与」との関係では、ZPO727条1項が、執行文はZPO325条により判決の効力を受ける債務名義債務者の承継人に対して付与することができる」と規定しているため、善意取得の場合には、執行文は付与されないこととなる。

問題は、債務者側承継人の「善意」を、誰がどの手続で主張するのかということである。そこで、まずは、承継人と債権者のどちらがこの点に関する証明責任を負っているのかということからみると、ドイツでは、「善意」は推定されるとされていることから、通常訴訟における本来の証明責任の分配によれば、「債権者」側が、取得者の「悪意」を証明しなければならないということになっている。

しかしながら、興味深いのは、上記のような理解にもかかわらず、学説上、①局面（執行文付与手続）においては、取得者の悪意の証明なくして、「権利承継」の証明があれば、それだけで執行文は付与されると考えられていることである¹³⁰⁾。これはすなわち、執行文付与手続においては、取得者が「善意」

129) ここでいう善意とは、二重の意味の善意が必要であるとするのが通説・判例の立場である。すなわち、前主が「無権利者」であることの善意と、「訴訟係属」についての善意が必要と理解されている。BGH, Urteil vom 20.12.1951-IV ZR 91/51, BGHZ 4, 283, BGH, Urteil vom 7. 5. 1991-VI ZR 259/90, BGHZ 114, 305, BGH, Urteil vom 14. 9. 2018-V ZR 267/17, BGHZ 219, 314 および後掲注 (136) RG 1912年3月30日判決を参照。

130) Stein/Jonas/Münzberg, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band7, 22. Auflage, 2002, §727, Rn. 26, Rosenberg, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, 7

か否かは審理されないということを意味する。

これに対して、②局面（ZPO732条に基づく異議手続）において、取得者の善意を争うことができるかという問題については、未だ確立した見解はない状況にある。これに関して詳しく論じた文献は見当たらなかったが、コンメンタール等では、ZPO732条で争うことができるとするもの¹³¹⁾と、ZPO732条では争えないとするもの（または、争う手段としてZPO732条を明示していないもの）¹³²⁾の両説がみられる¹³³⁾。

↘2010, S. 342, Saenger/Kindl, Zivilprozessordnung, 9. Auflage, 2013, § 727, Rn. 11, Zöller/Siebel, Zivilprozessordnung, 33. Auflage, 2020, § 727, Rn. 26, Tohmas/Putzo, Zivilprozessordnung, 41. Auflage, 2020, § 727, Rn. 15, Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 18. Auflage, 2021, § 727, Rn. 4, Kindl/Meller-Hannich/Giers/Haas, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Auflage, 2021, § 727, Rn. 8, Vorwerk/Wolf/Ulrici, BeckOK ZPO, 43. Edition, 2021, § 727, Rn. 13, Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 14. Auflage, Rn. 17. 12, Wiezorek/Schütze/Paulus, a.a.O. (Fn. 89), § 727, Rn. 34, Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 727, Rn. 52.

その理由として、このような結果は妥当でないと考えられるため（たとえば、Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 128), S. 526）といった簡単な叙述や、執行文付与手続における効率性の観点（Wiezorek/Schütze/Paulus, a.a.O. (Fn. 89), § 727, Rn. 34）を挙げるものがみられた。

131) Sieg, a.a.O. (Fn. 89), S. 31, Wiezorek/Schütze/Paulus, a.a.O. (Fn. 89), § 727, Rn. 34, Zöller/Siebel, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 26, Tohmas/Putzo, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 15, Rosenberg, a.a.O. (Fn. 130), S. 342, Baur/Stürner/Bruns, a.a.O. (Fn. 130), Rn. 17. 12.

また、執行文に対する異議手続において、債務者側承継人の善意取得につき審理・判断を行った下級審裁判例として、KG [Kammergericht], Beschluss vom 25. 6.2009 - 27 W 92/08, BeckRS 2009, 20146 がある。

132) Münchener Komm./Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 82), § 727, Rn. 52, Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 128), S. 527, Stein/Jonas/Münzberg, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 26, Musielak/Voit/Lackmann, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 4, Saenger/Kindl, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 11, Kindl/Meller-Hannich/Giers/Haas, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 8, Vorwerk/Wolf/Ulrici, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 13.

133) この問題は、ZPO732条に基づく異議手続の制度趣旨をどのように理解するかにより左右されるものと解される。

たとえば、Piekenbrock, Anmerkung, LMK 2009, 286671 は、強制執行における法的救済手段を、原則として2つのグループに分類できるとし、1つは、形式化➤

そして、③局面（判決手続）においては、取得者が「善意」を主張して争う手段として、ZPO768条に基づく執行文付与に対する異議の訴えを想定する見解の方が有力となっている¹³⁴⁾。ただし、その際の証明責任については転換されないため、通常訴訟における場合と同じく、「債権者」側が「悪意」について立証するという見解が多数である¹³⁵⁾。これに加えて、ZPO767条に基づく請求異議の訴えにより争うことができるかどうかは、一方の訴訟における異議事由を他方の訴訟でも主張できるかという問題〔第一章第二節第三款問題⑤を

ㄨされた執行手続の遵守の確保のために用いられるもので、ZPO732条に基づく異議はこのグループに属するとする。もう1つは、この形式化の埋め合わせのために用いられるもので、実体上の権利を保護するために、証拠制限等のない正規の判決手続を要求するものとされる。ZPO731条、768条、767条等は、後者のグループに属するとされる。

このような理解によれば、ZPO732条に基づく異議手続は、同じく形式化された執行文付与手続におけるのと同じ範囲でしか審理・判断ができないということになるため、①局面では取得者の善意につき判断せられないとするドイツにおける一般的な理解によれば、②局面でも取得者の善意については判断せられないということになる。

このほか、異議手続の形式性を説くものや、異議手続における審理範囲は公証人の審理範囲と同じであり、その執行文が付与された状況において、公証人が執行文を付与したことが適法であったか否かだけが審理判断の対象になるとの理解を説くものとして、Münchener Komm. /Wolfsteiner, a. a. O. (Fn. 82), § 732, Rn. 3, Wolfsteiner, a. a. O. (Fn. 128) S. 579f., Binder, a. a. O. (Fn. 116), S. 24f., Bork, Die Wirksamkeit von Unterwerfungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZIP 2008, S. 2049ff.

134) Münchener Komm. /Wolfsteiner, a. a. O. (Fn. 82), § 727, Rn. 52, Wiezorek/Schütze/Spohnheimer, a. a. O. (Fn. 89), § 768, Rn. 1, Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 26, § 768, Rn. 7, Zöller/Siebel, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 26, Musielak/Voit/Lackmann, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 4, Saenger/Kindl, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 11, Kindl/Meller-Hannich/Giers/Haas, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 8, Vorwerk/Wolf/Ulrici, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 13, Tohmas/Putzo, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 15, Rosenberg, a. a. O. (Fn. 130), S. 342, Baur/Stürner/Bruns, a. a. O. (Fn. 130), Rn. 17. 12.

135) Münchener Komm. /Wolfsteiner, a. a. O. (Fn. 82), § 727, Rn. 52, Wiezorek/Schütze/Spohnheimer, a. a. O. (Fn. 89), § 768, Rn. 20, Stein/Jonas/Münzberg, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 26, Zöller/Siebel, a. a. O. (Fn. 130), § 727, Rn. 26.

参照]をどのように理解するかにより結論が変わってくる。

以上の問題について直接判断を行った BGH の判例は見当たらないものの、参考となりうる判例として、BGH, Urteil vom 20.12.1951 - IV ZR 91/51, BGHZ 4, 283 がある。当該事件は、Y O間の確定判決によって物の引渡しを命じられたOからその物を善意取得したX（すなわち、ZPO325条1項の意味におけるOの権利承継人）に対して、ZPO727条に基づく執行文の書換えによって強制執行がなされたため、Xが、Yに対して、その物の引渡しを求めて新訴を提起したという事案である。BGH は、取得者は、その物をZPO325条2項の意味における善意によって取得している限り、たとえ彼がZPO732条、768条に基づく法的救済手段を利用していないとしても、自らの所有権を新訴によって主張することができる旨を判示した。特に詳しい理由は述べられていないものの、このような判示から、BGH は、取得者の「善意」を争うための法的救済手段として、ZPO732条に基づく異議とZPO768条に基づく執行文付与に対する異議の訴えを想定していると推測することができよう。

さらに、ライヒ裁判所〔RG〕の判例¹³⁶⁾ではあるが、傍論において、「勝訴した原告には、もちろん、係争物の取得者に対する執行文が、単なる権利承継の証明に基づいて付与される（ZPO727条）、そして、それにより、取得者が……執行文の付与を不適法だと考える場合には、取得者の側で、ZPO768条に基づく訴えが可能となるということが強要される。しかしながら、執行文の適法性に関する訴訟において、執行債務者の悪意の証明は、すなわち、譲渡人が無権利であることの悪意に関しても、訴訟係属の悪意に関しても——ZPO325条2項において、両方の悪意は互いに同等に扱われている——、執行債権者の義務である。」と述べるものがある。ここでは、ZPO732条に基づく異議については言及されていないため不明であるが、債権者側が取得者の悪意を証明しなくても承継執行文を付与できるとしていること、および、取得者の善意を争う手段として、ZPO768条が想定されていることが参考となろう。

136) RG, Urteil vom 30.3.1912-Rep V460/11, RGZ 79, 165.

第四章 試 論

第一節 日本法への示唆

本節では、これまでみてきたドイツにおける議論より、わが国における議論にとって有益となりうる点を抽出していきたい。

第一款 執行文付与手続について

①局面に関する有益なものとして、第一に、「承継の要件」について、判例上、あくまで「実体法上の請求権」の移転を基礎に考え、それ以上の実体法的な解釈にかかわる問題は承継の要件には含まれないとされていること（②決定参照¹³⁷⁾）が挙げられる。この②決定以降、関連条文に関する解説¹³⁸⁾でも、承継の要件については、この②決定を引用するものがみられるところであり、債権者側の承継・債務者側の承継を問わずこのような考え方が学説上も浸透しているものと推測される。

日本法との関係でいえば、これは日本における承継の要件に関する学説でいうところの「依存関係説」や「実体適格説」といった、実体法上の法的地位の移転を基準とする見解と親和的であると評することができる。

第二に、「公証人の審理権限」について、判例上、実体法的な解釈にかかわる問題（ここでは譲受人による担保契約への加入）が、公証人による審理対象とはならないとされた根拠が、主に「執行文付与手続における形式化」にあるとされていること、そして、このような形式化された審理に、執行文付与手続の“訴訟上の独自性”を見出していること、さらには、この形式化を補うために判決手続が置かれているという制度上の構造にも言及されていること（②決定参照）が挙げられる。

137) また、BGH, Beschluss vom 14.6.2012-VII ZB 47/10, NJW-RR 2012, 1297 も、債権者側の権利承継人の定義につき、②決定を引用する。

138) たとえば、Zöller/Siebel, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 2 は、②決定を参照とした後に、権利承継は、「債権者側あるいは債務者側に関して、判決（その他の債務名義）において、執行請求権……に関して債権者あるいは債務者として表示されている人物のあらゆる交替である」とする。

日本法との関係でいえば、このような略式手続における形式化や制度上の構造に重点を置く姿勢は、起訴責任転換説が説く根拠と共通するものといえる。ただし、起訴責任転換説はこのような形式化を補う手段は「請求異議の訴え」であるとしているのに対して、ドイツの判例（②決定参照）および善意取得の取扱いに関する多数説（第三章第三節第二款参照）は、「執行文付与に対する異議の訴え」を想定している点に違いがある。

第三に、「譲受人による担保契約への加入に関する起訴責任・証明責任」について、通常訴訟における本来の証明責任はその不存在につき債務者側が負うと解されているところ¹³⁹⁾、①判決（その存在につき債権者側に課す）と②決定（その不存在につき債務者側に課す）とで異なる結論となったこと、そして、②決定は、その根拠を「債務者自身が債務名義を作出したこと」に求めたのに対して、学説上、「一般的な利益考量」によってのみ正当化されるとの批判がなされていることが挙げられる。さらに、②決定がそのような判断に至った背景として、債権者側の証明困難が指摘されていることも着目すべき点といえよう。

日本法との関係でいえば、このような考え方は、承継人に固有の防御方法の認容率の高さ等を基準に執行文付与手続における審理対象を決するとする見解（新堂説）や、債権者側に証明を課すのは酷との理由でその起訴責任を承継人側に課すことを正当化する見解（起訴責任転換説）と共通するものであり、この問題を考えるにあたり、重要な考慮要素となることを示すものであると考える。

第二款 異議手続について

②局面に関する有益なものとして、実体法上の解釈にかかる問題（譲受人による担保契約への加入）につき争うための手段として、①判決は異議手続も挙げているのに対して、②決定は異議手続を挙げていない¹⁴⁰⁾ということが挙げ

139) 前掲注（119）を参照。

140) これを、②決定は異議手続では争えないと判断したものだとして、②決定の立場に賛同するものとして、Binder, a.a.O. (Fn. 116), S. 24ff.

られる。これはすなわち、①②③局面を通してしてみると、①判決は、①局面②局面③局面（執行文付与に対する異議の訴え）全てにおいて、譲受人による担保契約への加入が審理対象になるとする（＝①から③局面における審理対象〔①判決の見解によれば「承継の要件」〕を、統一的に理解している）のに対して、②決定は、①局面と②局面においては、「譲受人による担保契約への加入」は審理対象とはならないが、③局面においては執行文付与に対する異議の訴えの審理対象になるとする（＝①から③局面における審理対象〔②決定の見解によれば「執行の条件」〕を、各局面の手続の特殊性に応じて、別に解している）ということができる。

また、債務者側の承継人の「善意取得」につき、異議手続において争うことができるか否かについては学説上議論があるところ、異議手続においてはこれを争うことができないとする見解では、①局面と②局面における審理対象（手続の形式化を理由に、承継の有無のみを審理可能とし、善意取得については審理不可能とする）と、③局面における審理対象（善意取得についても審理可能とする）とを別に考えることとなる。これに対して、異議手続においても善意取得を争うことができるとする見解では、①局面ではこれを争えないとするため、①局面における審理対象（承継の有無のみを審理可能とする）と、②局面③局面における審理対象（善意取得についても審理可能とする）とを別に考えることとなる。

日本法との関係でいえば、かつては、各局面に応じて審理対象を考える見解も主張されていたところ¹⁴¹⁾、現在では、「特殊執行文」の問題となる「承継（27条2項）」や「条件（27条1項）」の内容は、①局面から③局面まで統一的に理解するのが一般的となっており¹⁴²⁾、各局面に応じて「承継」や「条件」の内容を変えるという考え方は少数説のように思われる。このような議論状況

141) 三ヶ月説を参照。

142) たとえば、前掲注（4）で挙げた見解に対して、伊藤・前掲注（68）民事訴訟法616頁は、本来民執27条2項の判断に適さない事項は、たとえ判決手続による場合であっても、執行文関係訴訟による判断にも適さないとする。

において、②決定や善意取得の取扱いに関するドイツにおける議論が示す、手続の特殊性（証拠制限がなされているか否か、裁判所による対審手続によるか否か等）に応じて、その手続における審理対象（「承継」「条件」の内容）を変えるという思考は、示唆的であると考ええる。

第三款 判決手続について

③局面に関する有益なものとして、②決定は、執行文付与手続および異議手続の審理対象とはならないとした実体法上の解釈にかかる事由（担保契約への加入という執行の条件）を争うための判決手続として、「請求異議の訴え」ではなく、「執行文付与に対する異議の訴え」を指示したことが挙げられる¹⁴³⁾。また、善意取得に関する取扱いについても、これを争うための判決手続としては、「執行文付与に対する異議の訴え」を想定する見解が多数説となっている¹⁴⁴⁾ことが注目される。

日本法との関係でいえば、第二款で述べたことと重複するが、日本においては、①局面から③局面まで「承継」「条件」を統一的に理解し、①局面において「承継」「条件」にあたらぬ実体法上の事由については、③局面では「執行文関係訴訟」ではなく「請求異議の訴え」の守備範囲とする理解が一般的なように思われるため、この点も日本法との比較において興味深い点であるといえる。

143) ただし、土地債務の譲渡事例における「譲受人による担保契約への加入」という「条件」に関しては、そもそもZPO726条が予定する「執行の条件」ではなく、法律上予定されていない（隠れた）執行の条件といえるものであるため、②決定のように、これをZPO768条の審理対象とすることについては疑問視する声もある。

たとえば、Binder, aa.O. (Fn. 116), S. 28 は、ZPO726条に分類されない（隠れた）執行の条件については、ZPO768条の適用対象とはならないはずであることから、これはZPO768条の直接適用ではなく類推適用によるとみるべきであると説く。その他、同旨の見解として、Herrler, aa.O. (Fn. 127), S. 2762, Fn. 15, Piekenbrock, aa.O. (Fn. 122), S. 195.

144) その理由の一つとして、ドイツでは、日本と異なり、善意取得については、承継人に対する既判力の拡張を定めた規定（ZPO325条2項）において明文化されているため、これを「承継」にかかるものとして位置づけられやすいということが考えられる。

第二節 私 見

以上述べてきたことを踏まえて、第一章第二節にて提示した問題につき、順次検討していきたい。

第一款 執行文付与手続における局面での問題について

承継執行文付与手続において、どのような場合に「承継」があるとされて、承継執行文が付与されるのか〔問題①〕について検討する。そもそも承継人に対して承継執行文を付与し強制執行を可能とするということは、前主により作成された債務名義を承継人に転用すること、すなわち、承継人が債務名義上の請求権を基礎とした債権者あるいは債務者の地位に就くことを意味する。そのため、承継執行の許容根拠たる「承継」は、債務名義に表示された「実体法上の法的地位」の移転を基準とすべきと考える。

ただし、「実体法上の依存関係」の具体的内容については論者により濃淡があり、ここでの議論において重要となる視点（承継人に固有の防御方法との関係）から分類すると、以下の(ア)と(イ)の2つに分けることができる。すなわち、(ア)承継人が固有の防御方法を有する場合であっても、実体法上の依存関係の切断はない（＝実体法上の依存関係は、前主からの実体法的な地位の移転で足りる）とするものと、(イ)承継人が固有の防御方法を有する場合には、実体法上の依存関係は切断される（＝実体法上の依存関係を肯定するためには、承継人に固有の防御方法の不存在が必要である¹⁴⁵⁾）とするものに分けられる。ドイツでは(ア)のような理解と親和的であり、また、昨今、日本における依存関係説を支持する見解の多くも(ア)のように理解し、(イ)が説くような厳格な依存関係説をとる論者はあまりみられない状況にある。

私見としても、特に①局面においては、その証明のために用いられる証拠が限られていること、および審理の形式化を理由に、①局面における「承継」としての依存関係は、(ア)の意味で理解するのが妥当であると考え。したがって、問題①の結論として、債権者は、(ア)の意味における依存関係（＝承継）を証明すれば足り、承継人に固有の防御方法の不存在まで立証することは不要となる。

145) 石川ほか編・前掲注(80)194頁〔上田〕等を参照。

このように考えた場合には、債務者（承継人）側に起訴責任を課すことの根拠が問われることとなるが、日本においてこれまでに指摘されてきたことと、ドイツにおける議論において指摘されていたことをあわせると、承継執行制度の意義（債権者に迅速な執行を可能とさせること）、執行文付与手続の構造（形式化された略式手続）とその特殊性故の手続の独自性、この形式化を補うための手続が別途用意されていること¹⁴⁶⁾、および債権者側の証明困難といったことを根拠として挙げることができる。

そこで、これらをもとに、具体的な事例においてどのような帰結となるのかについて、若干例ではあるが、現段階の私見を提示してみたい。まずは、「債権者側の承継事例」のうち、「債権譲渡の場合における対抗要件（民法467条）」の具備について、承継執行文を付与するために、債権者（承継人）側が対抗要件の具備を証明しなければならないのか、それとも債権譲渡の事実だけがあればそれで足りるのかにつき対立があるところ¹⁴⁷⁾、私見は、債権譲渡の対抗要件を備えていること（債務者への通知または債務者の承諾の事実）についての証明は、比較的容易とされている¹⁴⁸⁾ことから、「債権者」側が対抗要件の具備につき証明することを要する¹⁴⁹⁾ものと考ええる。

次に、「債務者側の承継事例」のうち、「善意取得」にかかわるもの（動産の即時取得〔民法192条〕、通謀虚偽表示における第三者の善意〔民法94条2項〕）については、債権者が文書のみによってこれを証明することは困難であると思

146) ドイツにおける議論や日本における起訴責任転換説では、形式化を補うための手続は「判決手続」（ドイツの場合は執行文関係訴訟、起訴責任転換説の場合は請求異議訴訟）だとされているところ、私見では、後述するように、②局面の異議手続も認められると考えることから、「判決手続」のみを認める場合よりは、債務者（承継人）側の保護にも配慮しているものと考ええる。

147) 旧法下における議論については、前掲注（18）および前掲注（34）を参照。

148) 裁判所書記官研修所・前掲注（3）235頁以下〔福永〕、裁判所職員総合研究所・前掲注（58）135頁。また、香川監修・前掲注（68）185頁〔近藤〕によれば、これを証する文書として、通知書の内容証明郵便、承諾書等が挙げられている。

149) 任意代位の場合における対抗要件（民法500条、民法467条）についても同様と解する。同旨、裁判所書記官研修所・前掲注（3）271頁〔福永〕、裁判所職員総合研究所・前掲注（58）136頁。

われること¹⁵⁰⁾から、債権者はこの点につき不存在の証明をしなくとも、承継執行文を付与することが許されると考える。

さらに、「占有回収の訴え（民法200条）」について、債務名義上、占有権に基づく引渡請求権が肯定されている場合において、当該物件の占有取得者に対して承継執行文の付与を受けるために、債権者が新占有者の「悪意」を証明しなければならないのか否かという問題がある。学説上は、承継執行文付与手続において債権者が証明すべき事項は、通常訴訟において債権者が証明責任を負う事実（請求原因事実）と合致するという前提のもと、新占有者の悪意（200条2項）は債権者が証明責任を負う事実であるから、承継執行文の付与を受けるにあたって、債権者がこれを証明しなければならないとする見解が有力のように見受けられる¹⁵¹⁾。しかしながら、通常訴訟における証明責任の分配により執行文付与手続における証明事項を決するという考え方には疑問がある¹⁵²⁾。むしろ、執行文付与手続の特殊性（形式化）や制度の意義、当事者間の利益衡量（私見では、特に証明の困難という点を重視）に焦点をあてるべきと考え、ここでも証明の難易度を考慮して、①局面では、「新占有者の悪意」の証明がなくとも執行文の付与を認めるべきと考える。したがって、とりあえず前主か

150) なお、権利確認説をとる新堂説も、通謀虚偽表示の善意の第三者については、「善意」が証明される確率は一般的にかなり低いと考えられることから、善意の取得者かどうかを判断することなく、承継執行文を付与すべきとしている。新堂・前掲注（4）登記を得た者の地位342頁以下。

151) 中野＝下村・前掲注（67）133頁、中野・前掲注（67）執行力の範囲275頁、282頁注（30）、河野・前掲注（68）597頁以下、浦野雄幸編『基本法コンメンタール〔第6版〕』92頁（日本評論社、2009）〔鈴木正裕〕。

152) この点につき、本来の証明責任の問題は、一旦訴えを提起して審理をつくした後に主要事実が存否不明となった場合の不利益分配の問題であって、この種の訴え提起をめぐる利益状況を配慮したうえでの起訴責任分担を決める問題とは全く場面を異にする（＝証明責任の所在によって、起訴責任の分担が決まることにはならない）との指摘（吉村・前掲注（54）131頁、141頁注（9））が示唆的である。

さらに、ドイツにおいては、「善意取得」の事例につき、債権者側に取得者の「悪意」を証明する責任があるとしつつも、執行文付与手続においては、手続の形式化を理由に、その証明なくして執行文を付与すると解する説が多数説となっていることも参考となろう。

らの占有移転という事実があれば「承継」はあるとみて承継執行文を付与し、もし新占有者が善意である場合には、新占有者がそれに対する32条の異議あるいは異議の訴えを提起することになる。しかしながら、その場合の証明責任は転換しないので、不服申立てがなされた以上は、②局面あるいは③局面で、債権者側が新占有者の悪意を証明するということが良いのではないか¹⁵³⁾ と考える。

具体的事例における帰結は以上の通りであるが、①局面における債権者側の証明事由にはならないということから、直ちに、そのような事由が執行文付与機関にとって明らかである場合にまでそれを顧慮してはならないとの命題が導かれるわけではなく、BGH の判例（②決定）がこの問題については未決定であるとあえて言及しているように、このような事由を執行文付与機関が顧慮してよいかどうかは別問題だと考える。そして、私見としては、債務名義等、債権者により提出された文書の内容から、債務者にとって有利な事実（承継人に固有の防御方法の存在等）が明らかである場合¹⁵⁴⁾ には、これを顧慮して執行文の付与を拒絶することが可能であると解する¹⁵⁵⁾。

153) 形式説と称される立場においては、「適格承継説」と「新訴訟物理論」を前提として、このような取扱いになると考えられていたものと思われる。たとえば、小山・前掲注（37）177頁を参照。

また、この点については、ドイツにおける善意取得者の「善意」に関する取扱いも参考になると考える。

154) たとえば、通謀虚偽表示の事例において、債務者から当該物件を譲り受けた第三者が競売による取得者であり、特に前主と第三者との間に親族関係や交友関係等のないことが、債務名義等から明らかな場合が考えられる。

また、香川監修・前掲注（68）188頁〔近藤〕は、例として、承継人が債権者の登記の欠缺を主張し得る第三者であることが、債権者提出の文書によって証明される事実関係から明らかになる場合を挙げる。

155) なお、香川監修・前掲注（68）188頁〔近藤〕は、債権者が債務者側の承継の根拠となる事実を提出することによって、承継人（とされる者の）固有の防御方法も証明されてしまう場合には、債権者が再抗弁事実と相当する事実をも文書によって証明しない限り、執行文の付与を拒絶すべきとする。伊藤＝園尾編・前掲注（68）192頁〔垣内〕も、債権者の提出書類等から例外的にそうした事情が推認されるような場合には、証明文書の追加を求めることとせざるを得ず、適切な補充がなされなければ、執行文の付与を拒絶すべきとする。

第二款 異議手続における局面での問題について

ここでは、異議手続において、「承継人に固有の防御方法」の有無についても審理対象となるのかという問題〔問題②〕について検討する。私見を提示する前に、32条の異議事由に関する一般的な理解を述べると、原則として、債務名義に表示された実体上の異議事由は、請求異議の訴えによるべきであり、本条に基づく異議事由とはならないが、債権者の証明すべき事実の到来・承継等に関する事由については、実体的な事由であっても、請求異議の訴えの対象とならないものは、本条に基づく異議事由となるとの理解が一般的のようである¹⁵⁶⁾。このような理解を前提とすると、「承継人に固有の防御方法」が32条の審理対象となるか否かは、これが請求異議事由にあたるか否かで結論が分かれるということになりそうである。

私見は、結論を先に述べると、承継人に固有の防御方法も異議手続の審理対象になると考える。その理由は、後述するように、③局面における「承継人に固有の防御方法」の存否の審理は「執行文関係訴訟」によると解すること、たとえ異議手続が、実務上、書面審理を原則とするものであったとしても、必要に応じて審尋または口頭弁論をすることも可能であることから、必ずしも「承継人に固有の防御方法」の審理判断が不可能というわけではなく¹⁵⁷⁾、また異

156) たとえば、鈴木＝三ヶ月編・前掲注(53) 539頁、540頁〔丹野〕、伊藤＝園尾編・前掲注(68) 291頁〔垣内〕参照。

157) ドイツでは、異議手続の形式化を理由に、その審理範囲は①局面と同じだとみて、承継人の「善意」については争えないとする説が有力に主張されている(前掲注(133) 参照)。しかしながら、異議手続は、執行文付与手続と異なり裁判所が担当機関となって、場合によっては審尋等も利用することができることから、①局面と②局面の手続の形式化には内容の相違があるということが出来る。さらに、わが国においては、民事執行法制定以前、異議手続において実体法上の争いと位置付けられる「承継」の有無について争えるか否かにつき議論があったなかで、例外的にこれについては争えるとする説の方が有力であり、現在では多数説に至っていることも鑑みると、①局面と②局面の審理対象が全く同一のものでなければならないということはないものと解される。したがって、結局は、その例外をどのような理由に基づいてどこまで認めあるいは認めないのかという問題に帰着し、①局面と②局面の審理対象は同じであるべきという理由のみから、承継人に固有の防御方法の有無を審理できないと結論づけることは妥当でないと考える。

議手続を行う意義がないとまでは思われないこと¹⁵⁸⁾、および、32条に基づく異議手続と執行文関係訴訟の併用を認める通説的な立場によれば、「承継人に固有の防御方法」について、異議手続での主張も認めるとした方が、判決手続しか認められないとするよりも承継人の保護となること¹⁵⁹⁾が挙げられる。

第三款 判決手続における局面での問題について

承継人に固有の防御方法の有無は、「執行文関係訴訟」によるのか、「請求異議の訴え」によるのかという問題〔問題③〕について、まずは最近の議論状況を一見すると、「承継人に固有の防御方法」が、①局面において審理対象になるとすれば「執行文関係訴訟」（＝権利確認説）、審理対象にならないとすれば「請求異議の訴え」（＝起訴責任転換説）というように、①局面における審理対

158) 特に、異議事由について当事者間に争いが無い場合に、問題の早期決着を図れる可能性があり、さらに、異議手続で決着がつけば、訴訟を回避できるというメリットもある。たとえば、債権者が、債務者の承継人に対して、承継人に固有の防御方法があることを知らずに承継執行文の付与を申し立て、これが認められたという場合を想定する。そして、承継人に固有の防御方法が存在するという主張を聞いて債権者がそれを認める場合（すなわち、承継人に固有の防御方法があるという事実を知っていれば、その者に対して執行文の付与を申し立てることはしなかったという場合）、異議手続の利用を認めれば、この手続で承継人側が固有の防御方法を主張し、債権者がそれを認める（執行文付与の申立てを取下げる）ことで早期に決着がつくが、異議手続の利用を認めないとなれば、結局、承継人側が執行文付与に対する異議の訴え（あるいは請求異議の訴え）を提起し、債権者はそこで敗訴することとなる。このように、訴えが提起されれば確実に敗訴すると想定されるような場合に、異議手続において承継人側の意見を聴いて先手を打つことで、そのようなリスクを回避することができることとなる（また、承継人側も、訴え提起ではなく異議申立てにより解決を図ることができるので、負担が少なくなるといえる）。

ドイツでは、このように、承継人側の意見を聴き、将来訴訟となった場合の敗訴リスクを回避する機会を与えるという役割を、執行文付与手続における債務者審尋（ZPO730条）に負わせるという考え（Stein/Jonas/Münzberg, a.a.O. (Fn. 130), § 727, Rn. 44）が主張されているが、日本では、現行法上、ドイツのような執行文付与手続における債務者審尋の制度は存在しないため、異議手続にこのような役割を負わせることが妥当ではないかと考える。

159) 一方で、異議申立ての相手方については、異議手続の利用を認めることによるメリットは考えられるところ（前掲注158）、手続保障上、何らかの不都合は生じないと思われる。

象になるか否かが、この問題を決めるかのような状況にあると見受けられるところもある。しかしながら、かつて形式説が、これを①局面における審理対象とはならないと解しつつも、③局面においては「執行文関係訴訟」の審理対象になると解していたことからすれば¹⁶⁰⁾、①局面における審理対象となるか否かという問題から、必然的にこの問題に対する解決が得られるというものでもないと思われる¹⁶¹⁾。

それでは、何がこの問題の解決基準となるのかが問われることになるが、これまでの議論を参照すれば、一つは、①局面から③局面において、「承継」の要件（内容）は統一的なものでなければならぬと解するのかどうか、そして、もう一つは、「承継人に固有の防御方法」をどのように位置づけるのかによるところが大きいと考える。すなわち、前者の問題については、審理対象となる「承継」を全ての局面で統一的に理解すべきとした場合には、①局面で「承継」にかかるものとして審理対象になるものは、③局面において執行文関係訴訟の審理対象となり、①局面で「承継」にかかるものとして審理対象にならないものは、③局面において執行文関係訴訟の審理対象にならないということになる。後者の問題については、「承継人に固有の防御方法」が承継人に対する「請求権の存否」にかかるものだとして解した場合には、まさに実体法上の請求権の存否に関する問題ということになるため、「請求異議の訴え」における審理対象と解することになるのに対して、「承継人に固有の防御方法」も「承継」にかかるものだとして解した場合には、「執行文関係訴訟」における審理対象と解することになる。

しかしながら、私見は、前者の問題については、既に述べたように、わが国においても①局面と③局面の審理対象を異にする見解（形式説）がかつて通説を展開していたように、また、ドイツの判例（②決定参照）やドイツにおける

160) 前掲注（51）を参照。

161) さらに、①局面においては起訴責任転換説と同じ立場にたちつつも、③局面においては「執行文関係訴訟」によるとする見解も存在することは、先に述べた通りである（前掲注（72）を参照）。

「善意取得」に関する取扱いについての多数説が説くように、①局面から③局面における審理対象を統一的に理解すべきとする確固たる根拠はないものと考え¹⁶²⁾。また、後者の問題に関しても、解釈次第でどちらにでも理論構成が可能であることを示すだけで、この問題を解決するための決定的基準とはなり得ないといえる。そうすると、この2点以外の解決基準が求められることとなるが、その基準は、「執行文関係訴訟」と「請求異議訴訟」のどちらによる方が、手続利用者にとってより有意義であるのかという実効的な観点から決すべきではないかと考える。

たとえば、これを「請求異議訴訟」の審理対象と解した場合、そのメリットは、「承継人に固有の防御方法」の存在だけでなく、承継人に対する実体法上の請求権の存否等も争うことができるうえに、一度請求異議訴訟における確定判決が出ると、その既判力（あるいは、請求異議訴訟の訴訟物の捉え方によっては、35条3項が準用する34条2項に基づく失権効）によって、基準時前に生じていた、(別の)請求異議事由を用いた請求異議訴訟の繰返しを防止することができるので、紛争の一回的解決に資するという点が挙げられる。これに対して、デメリットとしては、逆に、争える対象が広いことから、その分判断に時間がかかる可能性があること、承継人が「固有の防御方法」のみをとりあえず争いたいと思っていた場合に、請求異議訴訟を提起せよとなると、それ以外の請求異議事由について思わぬ失権につながる可能性もあること、および、請

162) 後掲の研究会において、このように手続局面に応じて審理対象を変えとする私見に対しては、27条2項と34条の条文の構造上、両者とも同じものを想定しているのではないかという貴重なご指摘を頂戴した。

私見は、実際に各局面に応じて「承継（審理対象）」につき異なる解釈を行っていたという歴史的な経緯に加えて、そもそも条文のいう「債務名義に表示された当事者以外の者に対し、若しくはその者のために強制執行をすることができること」とはいかなる場合であるのかにつき明文上の規定がなく、解釈に委ねられていることから、手続内容の違いに応じて、各局面でこれを異なるものとして解釈することを禁じるほどのものではないと考えている。

なお、条文の構造上、①局面における審理対象でなかったものを、③局面における審理対象になると解することが難しいということであれば、34条の「類推適用」によるとの理解も可能であると考ええる。

求異議事由となるものは32条の異議事由にはならないとの一般的な理解を前提とすると、32条に基づく異議手続は利用できないことになりうることが挙げられる。

一方で、これを「執行文関係訴訟」の審理対象と解した場合は、前述したことの裏返しとなるが、まず、そのメリットとして、「要点訴訟」として審理対象が「承継」にかかる事由に限定されるので、早期に解決できる可能性があること、請求異議訴訟と執行文関係訴訟を別個独立のものとする立場¹⁶³⁾を前提とすれば、執行文関係訴訟が提起されて確定判決が出た後であっても、請求異議事由についてはその既判力により遮断されることはなく、思わぬ失権を防げること、および32条に基づく異議手続の利用を説明しやすいということが挙げられる。これに対して、デメリットとしては、「承継人に固有の防御方法」も執行文関係訴訟の対象と含めることで、形式的な承継の有無のみを審理対象とする場合よりも判断に時間がかかることになり、「要点訴訟」としての特質を失う可能性があること、「承継人に固有の防御方法」の有無に関する問題と、「承継人に対する実体法上の請求権」の存否に関する問題とを明確に区別することが難しく、審理判断にあたり請求異議訴訟において一緒に行う方が良い¹⁶⁴⁾かもしれないこと、および、場合によっては、執行文関係訴訟と請求異議訴訟の2つの訴訟が提起されることになり、紛争の最終的な解決までに手間や時間がかかることが考えられる。

以上を踏まえたうえで、どちらがより良いかを考えた場合、私見としては、「執行文関係訴訟」における審理対象とする方が良いと考える。その理由は、かつて「承継人に固有の防御方法」も「執行文関係訴訟」の審理対象になると解されていたことやドイツにおける例をみると、この点を審理対象に含めたと

163) 執行文付与に対する異議の訴えと請求異議の訴えとの関係に関する最高裁判例として、最判昭和41年12月15日民集20巻10号2089頁、最判昭和43年2月20日民集22巻2号236頁、最判昭和55年5月1日判時970号156頁、最判昭和55年12月9日判時992号49頁、執行文付与の訴えと請求異議の訴えとの関係に関する最高裁判例として、最判昭和52年11月24日民集31巻6号943頁を参照。

164) このような懸念を示すものとして、竹下・前掲注(4) 306頁参照。

しても、「要点訴訟」としての特質を失うわけではないと思われること、争点を「承継」にかかわる点に集中させることができ、請求異議事由に関して思わぬ失権を防げること、当事者が「承継人に固有の防御方法」の存否のみを争いたいと考えている場合に、それ以上の実体権の存否等の問題も含めた一回的な解決を強いる必要性があるのかは疑問に思われること、状況に応じて、訴訟の途中であれば、一方の訴えから他方の訴えへと訴えの変更が可能であり、必要であれば裁判所による釈明でカバーすれば足りること、および、32条に基づく異議手続を利用できるとした方が、手続開始のための負担軽減という視点からすると承継人の保護になり、一方で、異議手続において承継人側の主張を聴くことにより敗訴の可能性のある訴訟を回避できるという点からすると債権者側の利点ともなることである。

第三節 関連する最高裁判例の検討

最後に、承継人が固有の防御方法を有する場合の「執行」に関する判断を行った最高裁判例（最判昭和48年6月21日民集27巻6号712頁）につき、どのように理解できるのかを検討しておきたい。

〔事実の概要〕

本件土地はYの所有名義の登記がなされていたところ、Xは、Yに対して、この登記は通謀虚偽表示によるものであると主張し、真正な登記名義回復のための本件土地所有権移転登記手続請求訴訟を提起した（前訴）。前訴は、Y欠席のままXの請求認容判決がなされて確定した。その後、Zは、Yに対する本件土地の不動産強制競売手続において、前記の事情について善意で本件土地を競落し、その旨の所有権移転登記を経由した。そこで、Xが、Zに対する承継執行文の付与を受けて、ZからXへの所有権移転登記を得た。これに対して、Zは、前記虚偽表示につき善意であって、XY間の判決効を受けず、承継執行文の付与は違法であり、Xの経由した登記も無効であると主張して、Xに対して、本件土地の所有権確認と真正な登記名義回復のための所有権移転登記手続

請求訴訟を提起した（本訴）。

第一審および原審は、Zは民法94条2項の善意の第三者に該当するとし、XはZに対して承継執行文の付与を得て強制執行をすることができなかったとしてZの請求を認容したため、Xが上告した。

〔判旨〕 上告棄却

「……Xは、本件土地につきY名義でなされた前記所有権取得登記が、通謀虚偽表示によるもので無効であることを、善意の第三者であるZに対抗することはできないものであるから、Zは本件土地の所有権を取得するに至ったものであるというべきである。このことはXとYとの間の前記確定判決の存在によって左右されない。そして、ZはYのXに対する本件土地所有権移転登記義務を承継するものではないから、Xが、右確定判決につき、Yの承継人としてZに対する承継執行文の付与を受けて執行することは許されないといわなければならない。」

〔検討〕

まず、①局面に関して、本判決の立場はどのように理解できるのかという点から検討してみたい。本件では、すでに承継執行文の付与を受けた後に新訴が提起されたという事案であるため、本判決は、①局面における問題につき、何らかの判断を示したものであるということとはできないと考える。すなわち、判旨における「承継執行文の付与を受けて執行することは許されない」との叙述は、最終的に、通謀虚偽表示の場合における善意の第三者に対して執行することは許されないということを述べるものであって、①局面における簡易付与手続において、承継執行文を付与することは許されないということを述べるものではないと解する¹⁶⁵⁾。

165) この点に関しては、丹野達「執行力の客観的範囲試論」同『民事法拾遺』281頁注(32)(酒井書店、2004)が、この判決は実質説をとった判例とされるが、「承継執行文の付与を受けることができない」としたのではなく、「承継執行文を受けて執行することは許されない」としたものであって、形式説をとっても執行は許されないものであるから、結論に変わりはないのであって、たやすく実質説をとった。

次に、③局面に関する本判決の立場について検討してみたい。判旨における「承継執行文の付与を受けて執行することは許されない」という文言からは、「通謀虚偽表示における善意の第三者」であるという事由は、「承継執行文の付与」にかかわる事由と解されているとも理解することができる。そうだとすれば、それは、③局面において、「執行文関係訴訟」の審理対象になるということになり、「請求異議」の対象ではないということにもなりそうである¹⁶⁶⁾。むしろ、本件は登記請求が問題となっていたことから、後訴が執行文付与に対する異議の訴えでも請求異議の訴えでもなく、通常の民事訴訟であったため、本判決が直接的に承継人に固有の防御方法を争う場合は「執行文関係訴訟」の審理対象になると述べたわけではない。そこで、ここでは、本判決を考察する際の一要素として、本判決が出た当時（昭和48年〔1973年〕）における学説の議論状況を指摘しておくにとどめたい。すなわち、その当時は、新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」（1971年）が公表されたところであり、また、当時の学説は形式説が有力とのことであった¹⁶⁷⁾。そして、③局面において、

ㄨ判例ということとはできないと述べていることが参考となる。

その他、本判決が①局面につき判断を示したものではない旨を指摘するものとして、河野正憲「判批」北九州大学法政論集3巻1号107頁（1975）、笠井正俊「登記手続を命ずる確定判決と承継人に対する判決効」上野泰男先生古稀祝賀論文集『現代民事手続の法理』332頁、333頁（弘文堂、2017）、和田吉弘「執行力の主観的範囲」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』238頁（有斐閣、2009）。

これに対して、水谷暢「判批」民商法雑誌71巻2号382頁（1974）は、新堂説を支持する立場から、「本件最判が承継執行文の付与は許されなかったのは、のちになってXの善意が立証されることによって回顧的にそう判断されることになったというのではなく、当初から、移転登記請求のケースにおいては承継執行文を付与すべきでないとしたと解すべき」とする。

166) たとえば、伊藤＝園尾編・前掲注（68）191頁〔垣内〕は、「この判示を前提とすれば、少なくとも執行文付与の訴えまたは付与に対する異議の訴えにおいては、承継人が善意の第三者に該当するかどうかは、承継人に該当するかどうかの問題として、付与の訴えにおける抗弁または異議の訴えにおける異議事由として主張できるものと解される」と説く。

167) 谷口安平「判批」法セ231号81頁（1974）。

なお、本判決は、まだ中野先生による起訴責任転換説が提唱される前の判決である。

「承継人に固有の防御方法」を「執行文関係訴訟」と「請求異議訴訟」のどちらで争えるかという議論については、承継人に固有の防御方法の有無を承継人概念と結びつけていた実質説はもちろんのこと、形式説も新堂説も「執行文関係訴訟」で争えるとしていたことから、「執行文関係訴訟」によるとの見解の方が有力であった時代とみることができるのではないと思われる¹⁶⁸⁾。

第五章 おわりに

これまで述べてきたことを要約すると、本稿は、ドイツにおける判例とそれに関する議論および日本におけるこれまでの議論（特に形式説）に鑑みて、①局面（執行文付与手続）、②局面（異議手続）、③局面（判決手続）の全てを通して、「承継」の要件（あるいはその具体的内容）を統一的に理解する考えに疑問を呈し、各局面の手続の特殊性や意義に応じて、その手続に相応しい審理対象を考えるべきとの結論に至った。

具体的には、①局面では、承継執行文制度の独自の意義、手続の形式化とそれによる債権者の証明困難等を理由に、「承継」の要件としては、原則として、形式的な実体法上の法的地位の移転という意味での依存関係があれば足りるとする代わりに、②局面、③局面（執行文関係訴訟）においては、判断機関（裁判所）、その手続の特質（①局面と比べて証拠制限がないこと）、承継人の保護、および手続利用者にとっての実効性の観点から、形式的な実体法上の法的地位の移転に加えて、承継人に固有の防御方法の有無についても、「承継」にかかるものとして争うことができると考えた¹⁶⁹⁾。

168) ただし、形式説の立場にあっても、これを「請求異議訴訟」において争うべきであるとしていた見解も存在していたことは、先述の通りである（前掲注（47）参照）。

169) このような私見は、古くは、①局面（承継の形式的概念）と③局面（承継の実質的概念）とで異なる承継概念（いわゆる承継概念の二義性）を提唱した三ヶ月説と、比較的最近のものとしては、手続の軽重に応じて審理のあり方を考える、和田・前掲注（165）239頁によるところが大きい。

とりわけ、宇佐見隆男ほか『民事執行セミナー』ジュリスト増刊1981年48頁における三ヶ月発言「執行文を出すときには、多少承継の問題が絡まろうと、あるい

なお、承継人に対する執行力の拡張を考えるにあたっては、その要件および根拠となる「承継」——私見では「実体法上の依存関係」——が、いかなる場合に認められるのかが重要となるところ、本稿では、実体法上の依存関係は前主からの実体法的な地位の移転で足り、したがって、承継人が固有の防御方法を有する場合であっても、実体法上の依存関係の切断はないという程度の理解を示すにとどまった。また、私見における具体的な事例の取扱いに関しても、若干例を示すにとどまり、網羅的な検討はできていない。これらについては、今後の課題としたい。

【付記】

本稿の執筆にあたっては、関西民事訴訟法研究会にて報告の機会を頂戴し、多くの貴重なご意見・ご批判等を賜りました。この場をお借りして、改めて厚く御礼申し上げます。

* 本稿は、科学研究費【課題番号19K13566】の助成による成果の一部である。

「は条件のことで多少疑問があろうと、少なくとも法律上の要件を満たすような外見的資料があるときには、私はまず出すべきだと思うのです。それが出た後で、真に争うべき問題があるときは、今度こそ、執行文を争う本来の土俵に持って行けばよい、私のいう、いわば第二ラウンドに持ち込めば良いという構えで基本的にはよいのではないか……債務名義というものがちゃんとあるときは、直ちに執行ができるというのが本則なのであって、むしろ条件・承継の問題でそれが阻まれるのは、比較的例外的な事態であるからです。」に、深く共感を覚えるところである。