

## 具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否

石渡 哲

### もくじ

- I はじめに
- II 判例および裁判例ならびに学説
  - 1 判例および裁判例
    - (1) 戦前の判例・裁判例
    - (2) 戦後の裁判例
  - 2 学 説
    - (1) 従来の学説
    - (2) 近時の学説
  - 3 要約と分析
- III 可否に関する検討
  - 1 各説の根拠——論点の整理——
  - 2 論点の検討
    - (1) 請求異議訴訟の目的とそれにかかわる事項
    - (2) 強制執行と請求異議訴訟の反復
    - (3) 債務者と債権者の利益衡量
    - (4) 債務者の救済の道の確保
    - (5) 「一部請求」の援用

(6) 対象を限定した請求異議の訴え

IV 具体的処理

- 1 否定説による処理
- 2 仮に肯定説または制限的否定説にしたがった場合の処理

前注

資料(判例・裁判例、学説等)を引用するさい、縦書きの資料は横書きにした。その場合、漢数字は算用数字にした。

第二次大戦前の資料を引用するさい、以下のような変更を加えた。(1) 適宜濁点を付けた(たとえば、「許ササル」を「許サザル」にした)。(2) 適宜句読点を補った。(3) 旧字体を新字体にした(たとえば、「實」を「実」に、「ㄗ」を「コト」にした)。ただし、人名および著書・論文の標題は原文のままにした。

本稿の末尾に関連する判例・裁判例のリストを添付した。本文および脚注において判例に付けられている番号(たとえば、[12]大聯判大正 10 年 3 月 10 日)はこのリストの番号である。

I はじめに

既に行われた特定の個別具体的執行行為の排除(取消し)を求める請求異議の訴え(以下「具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴え」<sup>1)</sup>という)が認められるか否かは、夙に明治時代から判例・裁判例で問題になっていた(以下、これを認める見解を「肯定説」、認めない見解を「否定説」という<sup>2)</sup>。ただし、後述のように、現在ではこの二説以外の考え方も現れている)。肯定説と否定説の実際上の違いは、次に述べるように、請求債権額に比べて差し押さえられ

---

1) 判例・裁判例、先行研究中では、「個別的執行の排除(を求める請求異議の訴え)」、「制限的請求異議の訴え」というような表記が用いられることもある。

2) 本稿で取り上げられている問題に限らず、学説中には、あることを肯定ないし許容する考え方を「積極説」と、否定ないし許容しない考え方を「消極説」と表記するものが多い。しかし、筆者は、「肯定説」、「否定説」のほうがそれぞれの内容をより直截、かつ明確に表していると思うので、これらの言葉を用いることにする。

た財産の価格が少ない場合に生じる。したがって、この問題が生じるのは、金銭執行においてである<sup>3)</sup>。

金銭執行に対する請求異議訴訟における訴訟の目的の価格を決める基準は請求債権額である（民訴8条1項、民訴費4条1項参照）。しかし、具体的執行行為である特定の財産の差押えの排除を求める請求異議の訴えが認められるなら、その訴訟の目的の価格は差し押さえられた財産の価格になる。その結果、請求異議の訴えの提起にあたり原告・債務者は、請求債権額よりも差し押さえられた財産の価格が低い場合、訴状に貼用すべき印紙の額を低くすることができる。また、訴え提起にともなう執行停止の仮の処分がなされるさいの担保の額（民執36条1項）も低くなることが見込まれる。さらに、原告・債務者が訴訟代理人に支払う弁護士費用の額も低くなるであろう。このように、肯定説によれば請求異議の訴えの提起にあたり原告・債務者は経済的負担を軽くすることができる。他方、否定説によるとそうすることができない。判例・裁判例においては、後述のように、貼用印紙の額が問題になることが多い。そのほかに、訴訟の目的の価格が異なることにより、請求異議の訴えの第一審の事物管轄が異なることもある（民執35条3項・33条2項5号、裁24条1号・33条1項1号参照）。

なお本稿では、債務名義の執行力一般の排除を求める請求異議の訴え（訴訟）を「一般の請求異議の訴え（訴訟）」という<sup>4)</sup>。

- 
- 3) より詳しくいうと、問題となる請求異議の訴えで排除が求められているのは、特定の財産に対する差押えである。したがって、ここでいう「執行行為」は執行機関の執行処分である。ちなみに、判決手続の領域で「訴訟行為」というと、当事者の訴訟行為の意味で用いられることが多い——裁判所の訴訟行為を意味することもあるが——。それに対して、本稿でいわれている「執行行為」は、上述のように、執行機関の処分である。
- 4) 「一般の請求異議の訴え」は中野貞一郎が用いる表記である。ちなみに、中野は、「一般の請求異議の訴え」のなかに民事執行法35条1項前段が規定する請求異議の訴えと同条同項後段が規定するそれがあり、前者を「本来型の請求異議」、後者を「転用型の請求異議」

ちなみに、請求異議の訴えの提起にともなう強制執行の停止 (民執 36 条) についても一般的な強制執行の停止と具体的執行行為の停止とが考えられる。それに関して、債務者はいずれを申し立てることもできるが、後者が申し立てられたときに、前者の停止を命じることは、申し立てられていない事項について裁判することになり (民訴 246 条)、許されないということについては、異論がないようである<sup>5)</sup>。なお、仮に肯定説にしたがって——筆者は、後述のように、否定説を支持するが——、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを認めるなら、かような請求異議の訴えを提起した債務者は、一般的な強制執行の停止を申し立てることができない、と解すべきであろう。

## II 判例および裁判例ならびに学説

### 1 判例および裁判例

#### (1) 戦前の判例・裁判例

##### i 大審院判例

既に明治 30 年代には下級審裁判例において、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否が問題になっており、否定説を採る裁判例が存在した<sup>6)</sup>。

---

と表記している (中野貞一郎「請求異議訴訟の異型」『民事訴訟法の論点 II』225-227 頁 (判例タイムズ社、2001 年、初出、判タ 904 号、1996 年))。なお中野は、「一般の請求異議の訴え」を「通常の請求の異議の訴え」と表記したこともある (同「請求異議訴訟の訴訟物」『強制執行・破産の研究』27 頁 (有斐閣、1971 年、初出、『実務民事訴訟講座 10 巻』日本評論社、1970 年))。

- 5) 鈴木忠一=三ヶ月章編『注解民事執行法 (1)』645 頁 [鈴木忠一] (第一法規、1984 年)、伊藤眞=園尾隆司編『条解民事執行法』368 頁 [青木哲] (弘文堂、第 2 版、2022 年)。注 12) で取り上げられる [13] 大阪地決大正 13 年 10 月 7 日はこの点が問題になった事案である。
- 6) [1] 新潟地裁判判年月日不明明治 34 年 (ワ) 256 号新聞 104 号 (明治 35 年 9 月 15 日発行) 7 頁、[2] 大阪控裁判判年月日不明 (明治 36 年 (子) 894・899 号) 新聞 309 号 (明治 38 年 10 月 10 日発行) 9 頁。

最初の大審院判例は [3] 大判明治 41 年 3 月 16 日民録 14 輯 270 頁である。

この事案では、請求異議訴訟の原告・債務者が現行法上の請求の趣旨（民訴 134 条 2 項 2 号）にあたる「一定ノ申立」（旧々民訴 190 条 2 項 3 号）の欄に「債務追認契約公正証書正本ニ因り明治 39 年 7 月 5 日ニ為シタル強制執行ハ之ヲ取消ス可シ」と記載し、このような請求異議の訴えが認められる否かが、争われた。原審がこれを認めたところ、債権者が否定説に基づいて上告した。大審院は、「請求ニ関スル債務者ノ異議ノ訴ニ於テ原告ハ、債権者ノ為セル強制執行ヲ許サザル旨ノ宣言ヲ求ム可キモノナルコトハ、上告論旨ノ如シト雖モ、本件ニ於テ被上告人ガ、上告人ノ為シタル強制執行ハ許サザル旨ノ宣言ヲ求ムト云ハズシテ、強制執行ハ之ヲ取消ス可シト云ヒタルハ、強制執行異議ノ訴ニ於ケル結果ヲ言頭シタルモノニシテ、被上告人ノ請求セル原因ニシテ、本件強制執行ヲ為シタル債権者即チ上告人ノ債権ヲ否定シ、其執行ヲ避ケントスルニ在ルニ於テハ、本件ノ訴ニ付キ如上ノ文辞ヲ用キタリトモ何等妨ゲアルコトナシ」と説示した（民録 14 輯 272-273 頁。民録では引用部分のすべてに傍点が付けられている）。この点で本判決は上告人・債権者の主張を退け、原判決を是認している（ただし、大審院は別の理由で原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した）。このことから、本判決は肯定説を採るものと解釈されるかもしれない。しかし筆者は本判決についてそのような解釈はせず、次のように解釈する。

まず引用された部分のうちの前半（「上告論旨ノ如シト雖モ」より前の部分）に「債権者ノ為セル強制執行ヲ許サザル旨」とあるのは、文理にしたがえば、債権者が行った具体的執行行為の排除の意味である。しかし、後半これに類似した「上告人ノ為シタル強制執行ハ許サザル旨」という文言と「強制執行ハ之ヲ取消ス可シ」という文言が並べられ、両者が対比されていることからすると、筆者は、この判決が「債権者ノ為セル強制執行ヲ許サザル旨」および「上告人ノ為シタル強制執行ハ許サザル旨」という文言に持たせようとした意味は、債務名義の執行力一般の排除であると解釈する。言い方を換えれば、この判決においては、強制執行を「許サザル」という表記と「取消ス」という表記が使い

分けられていて、前者は、「債権者（または上告人）ノ為シタル」という修飾句が付けられているけれども、執行力一般の排除を意味し、後者は、具体的な執行行為の取消し（排除）を意味するものと解釈するのである——この解釈は文理上無理のあるものではあるが——。そのうえで、本判決は引用された部分の後半で、一定ノ申立（請求の趣旨）の欄に具体的執行行為の排除を求める旨が記載されていても、かかる記載を、強制執行を避けようとする意味、すなわち債務名義の執行力一般の排除の意味に解する（善解する）ことができるならば、請求異議の訴えとして許容できると考えている。以上から筆者は、本判決の基本的立場は否定説であると解する<sup>7)</sup>。

---

7) 本判決は先行研究において様々に解釈・評価されている。

近藤完爾は、その著書の初版において、本判決は否定説を採るものと解釈した（同『執行関係訴訟』11 頁〈判例タイムズ社、初版、1955 年〉）。それに対して、斎藤秀夫は、同判決の判決要旨中に、請求異議訴訟の原告は「債権者ノ為シタル強制執行ヲ許サザル旨ノ宣言ヲ求ムベキモノトス」という記述があることから、近藤の解釈に異を唱えた（同「請求異議の訴」『総合判例研究叢書・民事訴訟法 2』44 頁〈有斐閣、1957 年〉）。これを受けて近藤は、上記著書的全訂版の注で、本判決が否定説を採っているとは断言できないと述べたが、本文では初版の記述を維持した（同『執行関係訴訟』18 頁注 (1) 追記、14 頁〈判例タイムズ社、全訂版、1968 年〉）。以下、近藤のこの著書を引用する場合、原則として、全訂版の頁数を示す。ただし、初版からの引用が必要な場合には、その旨をこたわって、初版の頁数を示す）。

石川明は、本判決は「請求異議の訴本来の目的が債務名義の執行力の排除にあることまで否定しようとするものである」と解している（石川明「請求異議の訴と個別的執行の排除——訴訟における一部請求の可否——」法研 35 卷 4 号 27 頁、34 頁注 (1) 〈1962 年〉。岩野徹ほか編『注解強制執行法 (1)』410 頁注 (38)〔吉井直昭〕〈第一法規、1974 年〉も同様の解釈をしている）。

斎藤も石川も、本判決の要旨または理由中に「債権者ノ為シタル強制執行ヲ許サザル旨ノ宣言ヲ求ムベキモノトス」との記述（またはこれに類似した記述）があることに基づいて、本判決は、請求異議の訴えは債務名義の執行力の一般的排除を目的とするものではないと考えていると解釈しているようである。しかし、筆者は、本文で述べたように、この記述はそのように解釈すべきではないと考える。

なお、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否が問題になった多くの事例において、貼用印紙の額が請求債権額に応じた額でなければならぬか、現に差し押さえられている財産の価格に応じた額で足りるかが問題になったが、本件では、判決書を読むかぎり、この点は問題になっていない。このことから、筆者は、本件の訴状には前者の額の印紙が貼用されており、そのため、「一定ノ申立」の欄における前述のような記載にもかかわらず、訴えが一般の請求異議の訴えとして適法とされたのであろう、と推測する。

大審院はさらに [6] 大判明治 44 年 2 月 4 日民録 17 輯 30 頁において否定説を採った。

この事案では、債権額が 2 万円の債務名義に基づいて 3174 円 10 銭の財産が差し押さえられ、債務者が請求異議の訴えを提起したが、訴状には 3174 円 10 銭に対応する印紙しか貼用されていなかった。第一審が否定説に基づき訴えを却下し ([5] 大阪地裁判年月日不明 (明治 43 年 (ワ) 518 号) 新聞 677 号 (明治 43 年 11 月 10 日発行) 13 頁)、控訴審もこの判断を維持したので、債務者が上告した。大審院は、請求異議の訴えは「確定シタル債務名義ノ効力ヲ排除スルヲ以テ目的ト為シ、唯其債務名義ニ依リテ現ニ差押ヘラレタル財産ノ解除ヲ目的トスル訴ニ非ズ……本訴ノ如キ異議ノ訴状ニ貼附スベキ民事訴訟用印紙ハ債務名義ノ債権額ヲ標準ト為スベキモノニシテ、差押ヘラレタル財産ノ価格ヲ標準ト為スヲ得ザルモノト謂ハザルヲ得ズ」と説示して、上告を棄却した。

ところが大審院はその後、[9] 大判大正 3 年 5 月 14 日民録 20 輯 531 頁において、肯定説を採用した。

---

中野貞一郎は、本判決について大審院は「請求異議の訴えにおける『請求の趣旨』……の文章表現の問題としてしかとらえていない観がある」(傍点筆者)、と批判的なコメントをしている (同・前掲注 4) 請求異議訴訟の異型 228 頁)。

菊井維大「強制執行法 (総論)」241 頁 (有斐閣、1976 年)、大島崇「制限的な請求異議の訴え」藤田耕三ほか編『民事執行法の基礎』52 頁 (青林書院新社、1983 年) は、本判決は肯定説を採るものと解している。

同判決は、「請求ニ関スル異議ノ訴ニ於テ現実ノ強制執行処分ヲ許サザル旨ノ宣告ヲ求ムルモ、異議ノ訴ニ副ハザルノ申立ナリト謂フ可ラズ。何トナレバ異議ノ訴ハ開始サレタル強制執行ノ排除ヲ目的トスルモノニシテ、如上ノ宣言ヲ為シタル判決ニ依ルモ強制執行排除ノ目的ヲ達スルヲ得レバナリ」(民録 20 輯 532 頁。民録では引用部分のすべてに傍点が付けられている)と説示し、そのうえで、「本訴ハ現ニ実行サレタル執行処分、即差押ヲ許サズト宣言ヲ求ムルモノナレバ、訴訟物ノ価格ハ差押物件ノ価格ニ依ルベキモノニシテ、強制執行ノ基本タル債権ノ金額ニ依ルベキモノニ非ズ。而シテ差押物件ノ価格ニ従ヘバ本訴ハ神戸区裁判所ノ管轄ニ属スベキモノ」(民録 20 輯 535 頁)との結論を導き出した。なお、引用文中の傍点を付けた部分を文字どおり解釈すれば、請求異議の訴えは既に開始された強制執行、すなわち具体的執行行為の排除を目的とするものであって、一般の請求異議の訴えはないことになる。

続いて、[12] 大聯判大正 10 年 3 月 30 日民録 27 輯 667 頁が、[9] 大判大正 3 年 5 月 14 日を参照すべき判例として挙げたうえで、肯定説を採ることを明らかにした。さらに昭和期になっても、[19] 大判昭和 9 年 11 月 14 日判決全集 (14) 34 頁、[20] 大判昭和 13 年 5 月 28 日判決全集 5 輯 12 頁 (両判例は同じ判例集に収録されているが、収録箇所の表示の仕方が時期によって異なる) が肯定説を採った。いずれの事案においても、訴状の貼用印紙の額が問題になった。

しかしその間にあって、[17] 大判昭和 4 年 11 月 13 日評論 19 卷民訴 137 頁は否定説を採っている。

このように、大審院の判例<sup>8)</sup>には一貫性が欠けている。近藤完爾は、[3]

---

8) なお、大判大正 6 年 11 月 5 日民録 23 輯 1724 頁は、公正証書に基づく強制執行に対する請求異議の訴えに関する事案で、訴状に貼付した印紙の額が問題になった。しかし、本件では、一通の公正証書に複数の債権についての執行受諾約款が記載されたが、そのうちの一つの債権を請求債権とする強制執行に対して債務者が請求異議の訴えを提起し



大判明治41年3月16日が否定説を採っているのに、[9]大判大正3年5月14日が肯定説を採ったこと、しかしその後[17]大判昭和4年11月13日が否定説を採ったことについて、「後の二例はいずれも連合部によってなされていない点で手続上の誤りを冒している」と批判している<sup>9)</sup>(旧裁判所構成法49条、現行裁10条3号参照)。もっとも、聯合部ということであれば、肯定説を採った[12]大聯判大正10年3月30日は聯合部判決である。しかし、この事件が聯合部の事件になったのは、記載が事実と吻合しない公正証書の無効は執行文付与に対する異議と請求異議の訴えのいずれによるべきかについての、それ以前の判例の混乱を取束させるためだったようである<sup>10)</sup>。具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否についてこの判決は、前述のように、肯定説を採用した[9]大判大正3年5月14日を引用しつつ、同説を採ったが、それ以前の否定説を採った判例には言及していない。そのことから筆者は、大審

---

た。このようなケースで貼用すべき印紙の額の基準は公正証書に記載されている債権額の総額なのか、実際に行われている強制執行の請求債権の額なのか、争点になり、判旨は後者であるとした。このように本件においては、貼用すべき印紙の額が争点になり、少ない額の貼用でよいとの結論になったのであるから、肯定説と否定説のいずれによるかが争われ、肯定説が採用されたように解されるかもしれない(斎藤・前掲注7)52頁は、本判決についてこのように解しているようにも思われる)。しかし本件では、貼用印紙の額を決める基準が請求債権の額であるか差し押さえられた財産の価格であるかが、問題になったのではなく、債務名義上の総債権額か当該執行における請求債権の額かが問題になったのである。もっとも、原告・債務者は、債権者が「為サシメタル強制執行(すなわち個別の執行行為——筆者)ハ之ヲ許サザル旨ノ判決ヲ求メ」たとされている(民録23輯1736頁)。しかし、訴状には請求債権の額に応じた印紙が貼付されていたことから、請求の趣旨(一定ノ申立)の記載にかかわらず、当該請求債権についての執行力一般の排除が求められたと認定されたのであろう、と推測される。

9) 近藤・前掲注7)17頁注(1)。斎藤・前掲注7)43頁、48頁、51頁および大島・前掲注7)52頁も大審院の判例の不統一を指摘し、批判している。

10) この点については、たとえば、中野貞一郎=下村正明『民事執行法』249頁注(5)参照(青林書院、改訂版、2021年)。

院聯合部には、本判決をもって具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否に関して判例を統一しようとする意図はなかった、と推測する。

## ii 下級審裁判例

このような判例の一貫性の欠如を反映して、下級審裁判例も否定説を採るもの<sup>11)</sup>と肯定説を採るもの<sup>12)</sup>とに分かれていた。

戦前の下級審裁判例のなかでとくに [14] 東京地判大正 14 年 10 月 29 日と [16] 東京地判大正 15 年 6 月 29 日の二件が筆者の関心を引く。後者について石川明は、肯定説を採るものであり、その理由を大審院判例が肯定説を採っていることに求めていると解したうえで、それは理由にならないと、批判的なコメントをしている<sup>13)</sup>。たしかに、同判決の理由中には「前示訴ハ……個々ノ

---

11) 注 6) に掲げたもの、および [5] 大阪地判裁判年月日不明 (明治 43 年 (ワ) 518 号) ([6] 大判明治 41 年 3 月 16 日の第一審判決) のほか次のものがある。

[7] 東京控判明治 44 年 11 月 17 日新聞 763 号 22 頁、[11] 東京地判大正 6 年 3 月 10 日評論 6 卷民訴 107 頁 (108 - 110 頁)、[14] 東京地判大正 14 年 10 月 29 日新聞 2517 号 9 頁 = 評論 15 卷民訴 81 頁、[16] 東京地判大正 15 年 6 月 29 日評論 16 卷民訴 38 頁 (この判決が否定説を採ると解釈するについては、本文でこの後すぐになされる論述を参照されたい)、[18] 東京地判昭和 7 年 3 月 30 日法新 302 号 25 頁。

12) [4] 東京控判明治 42 年 12 月 18 日最近判 6 卷 108 頁、[8] 東京控判大正元年 11 月 9 日新聞 838 号 24 頁 = 評論 1 卷民訴 245 頁、[10] 東京区判大正 5 年 2 月 (または 12 月) 28 日新聞 1108 号 27 頁 = 評論 6 卷民訴 107 頁 (新聞では 2 月、評論では 12 月)、[15] 浦和地判大正 15 年 6 月 6 日評論 15 卷民訴 403 頁。

[13] 大阪地決大正 13 年 10 月 7 日新聞 2328 号 8 頁も肯定説を採る裁判例であるといえる。事案は以下のである。原審において請求異議の訴えの提起にともなう強制執行の停止が命じられた。それに対して債権者が、債務者は実際に行われた強制執行の停止を求めているので、強制執行一般の停止を命じるのは、申立ての範囲を超えていると主張して、抗告を提起した。本決定は抗告を容れて、事件を原審に差し戻した。このように、本件では具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否が争点になったわけではない。しかし、本決定は理由のなかで——傍論ではあるが——肯定説を表明している。ちなみに、本決定のもととなった請求異議の訴えは一般の請求異議の訴えであった。

執行行為ノ排除ヲ求ムルモノニシテ、固ヨリ請求異議ノ訴トシテ理論上許容スベキ限ニ非ラザルモ、大審院ガコノ種請求異議ノ訴ヲ是認スル判例ヲ示シテヨリ、實際上益々散見スルニ至リタルトコロニシテ、当裁判所ハ実務取扱上ノ見地ヨリ暫クコノ見解ヲ遵奉スベキ……」との説示があり、そのうち「大審院ガコノ種請求異議ノ訴ヲ是認スル判例ヲ示シテヨリ」以下の部分をみると、この判決は十分な理由付けをしないままに肯定説を採ったように読めるかもしれない。しかし筆者は、次に述べるように、この判決は十分な理由付けをしないままに肯定説を採ったものではない、と考える。

第一に、この判決は東京地方裁判所民事第6部が出したものであるが、同じ部の裁判長を同じくすると推測される裁判所が、そのわずか8箇月前に否定説を採る判決を出している。それが[14]東京地判大正14年10月29日であり<sup>14)</sup>、同判決は理由中で、肯定説について、これ「ヲ為スモノナキヲ保シ難シト雖モ、固ヨリ採ルニ足ラザルナリ」とさえ言い切っているのである。また[16]においても、判決文中の先に引用された部分の前半では「前示訴ハ……個々ノ執行行為ノ排除ヲ求ムルモノニシテ、固ヨリ請求異議ノ訴トシテ理論上許容スベキ限ニ非ラザルモ」と説示されている。

第二に、[16]東京地判大正15年6月29日は、債務者が具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを提起し、受訴裁判所がこれを認めたという単純

---

13) 石川・前掲注7) 35頁注(7)。

14) [14]東京地判大正14年10月29日の裁判長は、この判決を掲載した法律新聞に「岩松三郎」と記載されている。一方、[16]東京地判大正15年6月29日の裁判長は、この判決を掲載した法律評論に「岩松」と記載されている。法律新聞には裁判官名がフルネームで記載されているが、法律評論には姓しか記載されていない。それゆえ、法律新聞に掲載されなかった[16]の判決の裁判官のフルネームは確認できないが、8箇月のあいだに同じ部から出された判決の裁判長の姓が共通であることから、筆者は、両判決の裁判長は同一人物である、と推測する。ちなみに、両判決の陪席裁判官はすべて別の人物である。

な事案ではなく、以下のような事案である。本件訴えが提起される前に、債務者は請求債権の相殺による消滅を主張して、既になされた執行行為、すなわち具体的執行行為の排除を目的とする請求異議の訴え（以下「前訴」という）を提起し、請求異議を認める判決が確定している。その後、本件請求異議の訴え（以下「後訴」という）が提起された。後訴は一般の請求異議の訴えである。判旨は、後訴は前訴判決の既判力を受けず、また旧民訴 545 条 3 項（現行民執 35 条 3 項・34 条 2 項に相当。異議事由の同時主張の必要）の適用もないとした。このように、後訴は一般の請求異議訴訟であるが、既に具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが提起され、異議を認容する判決が確定しているので、後訴の受訴裁判所は、かような請求異議の訴えが適法であるとの前提で、判決をせざるを得なかったのである。

以上から筆者は、[16] 東京地判大正 15 年 6 月 29 日は、大審院判例が肯定説を採っているということを受容し、無反省に受け入れて肯定説を採ったのではなく、むしろ裁判所の真意は否定説であった、少なくとも、裁判長は否定説が正当であると考えていた、と解する。また、判決文からは、みずからの見解が判例と異なる裁判官の苦悩も読み取ることができる。さらに、この判決は具体的執行行為の排除を求める請求異議訴訟の認容判決が確定した後に、強制執行とそれに対する請求異議の訴えが反復されたことがあったことを、示している。

## (2) 戦後の裁判例

具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否に関する最高裁の判例は現在までのところ存在しない。

この問題に関する戦後に公刊された最初の下級審裁判例は [21] 東京高決昭和 30 年 3 月 23 日東高民 6 卷 3 号 45 頁 = 判タ 49 号 64 頁であり、その事案は次のようである。

債務名義である公正証書記載の債権額が 3954 万円で、実際に差し押さえられた物件の価格が 6 万 9 千余円だった。債務者は、公正証書に基づく執行力の

排除を求めて、請求異議の訴えを提起し、その訴訟物の価格を7万円として、訴状にそれに対応する額の印紙を貼用した。原審の裁判長は訴訟物の価格は3954万円であるとし、それに対応するように印紙を加貼すべき旨の命令を出した。これに対して債務者は請求の趣旨を、債権者が当該債務名義に基づいてなした強制執行（6万9千余円の物件の差押え）は許さない旨に訂正し、印紙を加貼しなかった。そこで原審の裁判長は訴状を却下した。これに対して債務者が抗告を提起した。本件はその抗告審決定である。抗告審は、請求の趣旨の訂正を訴えの変更とみて、これを許したうえで、「その訴訟物の価格は、具体的執行の排除を求める執行の目的物の価格によって算定するのを相当とする。……本訴の印紙は不足がないものといわなければならない」と説示して、事件を原審に差し戻した。抗告審が、訴状送達前、すなわち訴訟係属前に訴えが変更されたとみたのは、誤りであるが<sup>15)</sup>、それはともかく、本決定は肯定説を採つ

---

15) 中野・前掲注15) 請求異議訴訟の異型 230頁がこのことを指摘している。

本件のような事案で原審の裁判長ならびに原審および抗告審が執るべき措置について、筆者は次のように考える。

裁判長の追貼命令後に債務者が行った請求の趣旨の訂正は、本文で述べたように、訴えの変更ではなく、訴状という書面の当該部分の書き換え、または、書き直した新たな書面と従来の書面の交換という事実行為である。これによって貼用印紙の額は訴訟物に応じたものになった（訴訟物のほうが貼用された印紙の額にあわされた、というほうが正しい）。したがって訴状は——他の点で不備がないかぎり——適法であるから、裁判長によって却下されるのではなく、被告に送達されなければならない、送達によって訴訟係属が生じる。このことは、肯定説と否定説のいずれによるかで、異なる。しかしその後の措置はいずれの説によるかで異なる。肯定説によれば、このようにして係属することになった訴訟において原告・債務者が主張する請求異議事由の成否が審理され、その結果にしたがって本案判決がなされることになる。一方、否定説によれば、提起された訴えが許容されないことになる——そのさい、裁判所は請求を棄却すべきか、訴えを却下すべきかが、問題になるが、それについては後に本文で検討する（IV 1）——。

ところが本件では、原審の裁判長が訴状を却下してしまい、これに対して抗告が提起された。訴状は、上述のように、却下すべきではなかったのだから、抗告審が訴状却下命令を取り消したことは正しかった。しかし、本件の抗告審は事件を差し戻したが、

ている。

次の裁判例として [22] 大阪地判昭和 34 年 9 月 18 日判タ 97 号 62 頁がある。

この事案では、和解調書を債務名義として特定の物件になされた強制執行の不許を求めて、請求異議の訴えを提起した債務者が、請求原因の一つとして、債務名義上の債務の一部を弁済したと主張した。本判決は、「本件具体的執行々為は債務名義の効力以上になされているものであるから一部失当なることは明白であるが、民事訴訟法第 545 条（現行民執 35 条に相当——筆者）所定の訴を以て具体的執行々為の不許を求め得るのは債務名義自体の効力がすべて消滅している場合に限られるべきであって、債務名義の効力中一部が消滅しているに過ぎない場合においては、具体的執行々為の全部は固より一部の不許もこれを求め得ないものと解すべきである」と説示して、訴えを退けた（判例タイムズ誌上には、事実に関するコメントと判決理由の一部しか掲載されておらず、主文は収録されていないので、請求が棄却されたのか、訴えが却下されたのかは、判らない）。要するに判旨は、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは、債務名義の効力すべてが消滅している場合には、許容されるが、その一部が消滅した場合には、許容されないとしている（「制限的肯定説」ということができよう）。しかし判決書中の判例タイムズ誌に掲載された部分には、前者の場合に許容されることについても、後者の場合には許容されないことについても、その理由が示されていない<sup>16) 17)</sup>。

---

訴訟係属がまだ生じていないのであるから、差し戻す先がない。したがって差し戻しはあり得ない。訴状却下命令が抗告審によって取り消されたことにより、原審は当然に訴状を被告に送達しなければならなくなる。ただし、原審は抗告審が訴状却下命令取消決定を出したことを、当然に知り得る立場に立ってはいないので、抗告審はこの決定を出したことを、適宜の方法で原審に通知しなければならない。

16) 近藤・前掲注 7) 15 頁は、一部の不許容について理由が示されていないとしたうえで、どの一部を取り消すべきかが特定できないことが理由かもしれない、と推測している。

17) なお、引用された部分の冒頭の、執行行為が債務名義の効力以上になされているから、

その後の注目すべき裁判例は [23] 東京地判平成6年1月26日判タ853号273頁である。事実関係は些か特異で込み入っているが、大略次のようである。

被告を賃貸人、原告を賃借人とする店舗賃貸借契約が締結され、その契約につき公正証書が作成された。契約では、賃料および管理費が1か月31万円、その支払いを怠った場合の損害金が日歩7銭とされていた。被告が上記公正証書を債務名義として原告の動産を差し押さえた。請求債権は、原告が賃料および管理費の支払を怠ったことに対する損害金184万余円のうちの47万余円であった。原告は、賃料を被告指定の銀行口座に送金したが、被告が口座を閉鎖したため、弁済供託したと主張した。被告は、閉鎖の事実を否認した。本判決は、原告の弁済供託は、被告の取引銀行への受領拒絶の依頼により、原告の振込送金が返金されたことによる、と推認した。本件にはいくつかの争点があるが、本稿のテーマとの関連では、被告が行った強制執行の不許、すなわち具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否が問題になった。

本判決は以下のように説示して、本件においてはこの問題につき肯定的に処理した。「……一般に、請求異議の訴えにより具体的執行行為の排除を求めることについては、消極的に解されている。(原文では改行——筆者)しかし、請求異議の訴えにより具体的執行行為の排除を求めることが許されないとまで解する必要はなく、その必要性が認められる特別な事情がある場合には、これを認めても差し支えないものと解するのが相当である。」(傍点筆者) 本件の債務名義は継続的給付に係るものであり、「そのため、本件請求異議訴訟においては、原告は、毎月発生するすべての賃料及び管理費につき、債権消滅原因等

---

不当であるという趣旨の説示にも、筆者は疑問を持つ。請求債権の一部が消滅していても、残債権(債務者からみれば、残債務)があるいじょう、強制執行自体は不当ではなく、ただ残債権を超える部分についての執行が不当になる。したがって、たとえば、債務名義上の債権額が1000万円で、300万円を弁済した債務者が請求異議の訴えを提起した場合であれば、裁判所は700万円を超える強制執行の不許を宣言することになるのではないだろうか。近藤・前掲7)15頁参照。

を主張立証しなければならないが、本件においては、供託金の取戻請求権の一部につき被告が転付命令を取得するなど、当事者双方の訴訟進行上の合意による争点の簡略化が期待できない明らかな事情があるため、原告にとって、右主張立証の負担は實際上少なくないと考えられること、債務名義の執行力の排除を求めて請求異議訴訟を提起し、これに伴う執行停止の裁判を求める場合の担保の額は、一般に、具体的執行行為の排除を求める場合の執行停止の担保の額に比べて高額であり、本件原告のような賃借人に対してそれを強制することは酷と考えられること等の事情があることが認められ、このような事情のある本件においては、右にいう特別な事情があるものと解するのが相当である。」

判旨は、結論において具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容した。しかし、これを許容するのは「その必要性が認められる特別の事情がある場合」だとしているのであるから、むしろ本判決は基本的にはこれを許容しないとの立場を採りつつ、許容される場合もあるとしているのである。この点で、本判決はそれまでの判例・裁判例において採用され、また学説において主張された肯定説、否定説のいずれとも異なる考え方を採るものであるといえる(以下では本判決の立場を「制限的否定説」という)。

なお、本判決が、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるために考慮しているのは、原告・債務者の資力の欠乏だけではない。たしかにその点も考慮されているが、被告・債権者の権利行使および訴訟追行に関する態度ならびに訴訟進行に関する見通し等が総合的に考慮されている。

この事件の控訴審判決である [24] 東京高判平成 7 年 5 月 29 日判時 1535 号 85 頁も、原判決の理由を引用して、本件における具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの許容性を肯定した。ただし、請求異議の訴え自体は、執行の終了によって訴えの利益が消滅したとして、却下された。

この事件は以下に述べる点で特異な事案であったといえる。第一に、賃料および管理費の支払が遅滞した場合の損害金の率が日歩 7 銭と異常に高い。第二に、被告・債権者が賃料等の受領を拒絶した。第三に、賃貸人である被告・債



権者は、賃料の不払があると主張しながら、賃貸借契約を解約せず（そのことだけであれば、特異とはいえないが）、賃料等については強制執行をせず、遅延損害金の一部について強制執行を申し立てた。第四に、債権者は、債務者が供託をすると、すぐに供託金返還請求権を差し押さえ、転付命令を得てしまい、しかも、それを理由に、有効な供託とはいえないと主張した。第五に、債権者は差押物につき民事執行法 137 条による競売を申し立て、自ら買い受けてしまった。第六に、債権者は、ほかにも、同じく賃料等の不払から生じたとする損害金債権を請求債権として強制執行を申し立てている。

これらの点から、筆者は、被告・債権者に強い悪意があったと推測する。たしかに、民事紛争が生じる場合のなかには、いずれか一方または双方の当事者にある程度の悪意があることは必ずしも稀なこととはいえないかもしれないが、本件における債権者の態度は尋常でないように、筆者には思われる。また、第一審判決の「事実及び理由」の記述からは、被告・債権者が訴訟手続の形成に非協力的であり、裁判官が苦慮したことも読み取られる。

具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否が問題になった最新の裁判例は、[25] 東京地判令和 3 年 5 月 25 日 LEX/DB25589340 である。

この事案における債務名義は、建物収去土地明渡しと平成 30 年 1 月 24 日から明渡し済みまで 1 箇月ごとに一定額の支払を命じる仮執行宣言付判決である（事件は上告審に係属中<sup>18)</sup>）。債権者が明渡し済みまでの金銭の支払について不動産強制競売を申し立てた。請求債権の額は、判決で命じられた額の 3 か月分である 434,904 円であり、執行の対象となった不動産の売却基準価格は 3,780,000 円だった。債務者が、請求債権額に相当する金銭を供託したことを理

---

18) 民事執行法 35 条 1 項前段カッコ書は、仮執行宣言付判決を債務名義とする強制執行に対しては、請求異議の訴えを提起することができない旨を定めている。しかし、本判決は、事件が上告審に係属中であって、異議事由が控訴審の口頭弁論終結後に生じた場合には、請求異議の訴えが許されるとした。この点も本判決が示した重要な判断であり、筆者はこの点については判旨に賛成する。

由に、請求異議の訴えを提起した。請求の趣旨は当初「被告の原告に対する前訴判決正本に基づく不動産強制競売の執行は、これを許さない」であったが、原告はその後に、「訴状訂正申立書」によって「被告の原告に対する執行力ある前訴判決正本に基づく本件不動産に対する強制執行は、これを許さない」に変更した。変更後の請求の趣旨は、既になされた特定の執行行為の排除を求めていることが、明確である。判旨は、「請求異議の訴えは、本来的には債務名義の執行力の排除を目的とするものであるが、その必要性が認められる場合には、請求異議の訴えにより具体的執行行為の排除を求めることも許されると解するのが相当である」(傍点筆者)と説示して、判決主文で実際に行われた強制執行の不許を宣言した。

具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが認められるのが、「その必要性が認められる場合」であるとしていることから、本判決も、[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日と同様、制限的否定説を採っているといえる。ただし、本判決は、必要性が認められるのはいかなる場合か、および、本件がその場合に当たるかという点について、十分明確にしないままに、かような請求異議の訴えを許容しているように、筆者には思われる<sup>19)</sup>。

---

19) 本判決には以下のような疑問がある。本件では差し押さえられた財産の価格(売却基準価格は 3,780,000 円)が請求債権額(434,904 円)よりも大きいので、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを提起するほうが、一般の請求異議の訴えを提起するよりも、より多額の印紙を貼用しなければならなくなるので、前者を提起する実益がなかったと思われる。もっとも、請求債権は 1 か月ごとに発生する定期金債権なので、順次増加するものであり、被告・債権者の主張によれば、令和 3 年 1 月 23 日の時点(本判決の弁論終結時は同年 4 月 15 日)では 4,828,163 円に達している。

また、債権者と債務者のあいだの本来の争いは建物取去土地明渡しであり、それを命じる仮執行宣言付判決があるにもかかわらず、債権者が付随的な措置である明渡し済みまでの金銭の支払の強制執行のみを申し立てたことにも、筆者は疑問をもつ。

## 2 学説

### (1) 従来の学説

学説においては夙に雫本朗造が、1912年（大正元年）に発表した論文において、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否を論じ、その許容性を否定した<sup>20)</sup>。雫本は、肯定説を採る [9] 大判大正3年5月14日が出ると、これに対する判例批評において肯定説の不当と否定説の正当を主張して、判旨に反対した<sup>21)</sup>。次いで、同じく肯定説を採る [12] 大聯判大正10年3月30日に対する判例批評において、山田正三<sup>22)</sup> と加藤正治<sup>23)</sup> も否定説の立場から判旨（加藤は [12]、[9] 両方の判旨）に反対した。その後しばらく、とくに民事執行法制定前においては、否定説<sup>24)</sup> が多数説であった——通説であったといえよう——。ただしこの時期にあっても、近藤完爾が、1955年に公刊され、

---

20) 雫本朗造「請求ニ對スル異議ノ訴」『民事訴訟法の諸問題』381-382頁（有斐閣、1955年。初出、新報22巻11号〈1912年〉、23巻1号、2号〈1923年〉。引用箇所は22巻11号。以下本稿でこの論文を引用する場合、『民事訴訟法の諸問題』の頁数で示す）。

21) 雫本朗造「判批」『判例批評録第貳巻』201-204頁（弘文堂書房・有斐閣書房、1918年）。

22) 山田正三「判批」『判例批評民事訴訟法第一巻』243-244頁（弘文堂=有斐閣、1923年）。

23) 加藤正治「判批」『民事訴訟法判例批評集第一巻』485-489頁（有斐閣、1926年）。

24) 加藤正治『強制執行法要論』126頁（有斐閣、改訂版、1946年）、齋藤・前掲注7）48-50頁（ただし、肯定説に理解を示してもいる）。三ヶ月章「執行に対する救済」『民事訴訟法研究第二巻』65頁注（1）（有斐閣、1962年、初出、『民事訴訟法講座第四巻』有斐閣、1955年）、染野義信「請求異議の訴」中田淳一=三ヶ月章編『民事訴訟法演習Ⅱ』126頁（有斐閣、1964年）、菊井・前掲注7）240-242頁、中野・前掲注4）請求異議訴訟の訴訟物27-28頁（ただし、中野は後に新しい見解を主張した。（2）ii）、齋藤秀夫編『強制執行法講義』72頁（齋藤秀夫）（青林書院新社、1971年）、岩野ほか編・前掲注7）409-411頁〔吉井〕等。

兼子一『増補強制執行法』103頁（酒井書店、1955年）が、「個々の執行行為の取消はこれを求めるに及ばない」（傍点筆者）と述べているのは、「…求める」ことを明確に否定しているわけではないと解することもできなくはない（近藤・前掲注7）18頁注（2）はそのように解している）。しかし兼子の真意は、このような取消しを認める利益がないとして、否定説を採ることであろう（齋藤・前掲注7）50頁注（2）はそのように解している）。

執行関係訴訟に関してその後の実務にも学説にも多大な影響を及ぼした著書で、肯定説を主張し、この問題に関しても一石を投じた<sup>25)</sup>。さらに、1962 年には石川明も肯定説を主張した<sup>26)</sup>。ただし、後述のように (Ⅲ 2 (5))、近藤と石川では理由付けが異なる。

民事執行法制定後は、否定説の文献がなお多数公刊されているが<sup>27)</sup>、肯定説の支持者も増えている<sup>28)</sup>。

## (2) 近時の学説

### i 制限的否定説

近時、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えにつき、[23] 東京地判平成 6 年 1 月 29 日または [24] 東京高判平成 7 年 5 月 29 日を引用して、その必要性がある場合には、許容してよいと述べる、すなわち制限的否定説を主張する学説が出現した<sup>29)</sup>。ただし、それらにおいては、原告・債務者の経済

---

25) 近藤・前掲注 7) 初版 11-14 頁 (1955 年)、全訂版 14-18 頁 (1967 年)。

26) 石川・前掲注 7) 26 頁以下、同『強制執行法 (概論) 総論』162-164 頁 (鳳舎、1967 年)。

27) 田中康久『新民事執行法の解説』92 頁 (金融財政、増補改訂版、1980 年)、石川明編『民事執行法』97 頁 [西澤宗英] (青林書院新社、1981 年)、鈴木=三ヶ月編・前掲注 5) 583 頁 [吉井直昭]、竹下守夫ほか『ハンディーコンメンタール民事執行法』72-73 頁 [上原敏夫] (判例タイムズ社、1985 年)、松本博之『民事執行保全法』382 頁 (弘文堂、2011 年)、伊藤=園尾編・前掲注 5) 362-363 頁 [青木]。

28) 香川保一監修『注釈民事執行法 (2)』392-393 頁 [宇佐見隆男] (金融財政、1985 年)、大島・前掲注 7) 50-52 頁、原田和徳=富越和厚『執行関係訴訟における実務上の諸問題』司法研究報告書 37 輯 2 号 14-15 頁 (1989 年)。

浦野雄幸『条解民事執行法』150 頁 (商事法務研究会、1985 年) は、債務者が請求異議の訴えにより求める執行力の排除には「具体的執行処分の不許だけでなく、抽象的執行の不許も認められる」と述べている。浦野は、前者が原則であると解しているのであろう。しかし、いずれにせよ、同書も肯定説を採るものとみることができる。

29) 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法 (別冊法学セミナー)』98 頁 (山本研) (日本評論社、2014 年)、上原敏夫ほか『民事執行・保全法』79 頁 [上原敏夫] (有斐閣、第 6 版、2020 年)。

の負担が必要性に関連すると考えられているようではあるが、必要性が認められるのはいかなる場合であるかが、十分に明確にされてはいない。

## ii 対象を限定した請求異議の訴え説

中野貞一郎は、一方で具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは理論的に容認できないが、他方でこれを容認する要請も否定できないとして、その中間の道を模索した。その結果、中野は「対象を限定した請求異議の訴え」を提案する。これは、特定の財産に限定して債務名義の執行力の排除を求める請求異議の訴えである。中野の所説<sup>30)</sup>の概略は次のとおりである。

中野はまず、わが国の民事執行法の母法であるドイツ法が、明文規定をもって、対象を限定した請求異議の訴えを認めていること（ドイツ民訴785条・769条）、およびそれ以外にも解釈上同様の請求異議の訴えを許容している場合があること、ならびに、わが国でも船舶所有者等の責任の制限に関する法律（船主責任制限法）が同法による責任制限に反する強制執行が行われた場合に、強制執行の不許を求めて債務者が提起する訴えについて、民事執行法の請求異議の訴えに関する規定を準用する旨を定めている（同35条1項・2項）ことを、指摘する。さらに中野は、対象を限定した請求異議の訴えは既に解釈上一定の場合に認められている、とも指摘する。それは、責任制限契約（特定の対象または特定の種類の対象に対してのみ強制執行をする旨の、あるいはそれに対しては強制執行をしない旨の合意）に反する強制執行が行われた場合、および、法律上の責任制限（たとえば、限定承認をした相続人の責任制限。民922条）に反する強制執行が行われた場合である。すなわち、責任制限契約により当該債権・債務のための責任から除外された財産に対して強制執行が行われた場合

---

30) 中野・前掲注4) 請求異議訴訟の異型 232頁以下。中野は、それまで、否定説を主張していた（中野・前掲注4) 請求異議訴訟の訴訟物 27-28頁）。なお、中西正ほか『民事執行・民事保全法』91頁〔中島弘雅〕（有斐閣、第2版、2021年）も対象を限定した請求異議の訴え説に同調している。なお、中野＝下村・前掲注10) 228頁参照。

の債務者、あるいは、限定承認をしたにもかかわらず、相続債権者により自己の固有財産に対して強制執行が行われた場合の相続人のための救済方法は請求異議の訴えであり、それらは対象を限定した請求異議の訴えであるというのである。

中野は、請求債権額に比べて少額の財産が差し押さえられた場合（債務名義上の債権額が 3 億円で、1 千万円の定期預金債権が差し押さえられた場合が、例として挙げられている）、差し押さえられた財産に限定した請求異議の訴えの提起が可能であり、それは具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えとは異なるものである、と考えている。ただし、筆者には、中野の見解は具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容するのと、同じ結果に至っていると思われる。

### 3 要約と分析

具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否について、第二次大戦前（大審院時代）には、大審院判例も下級審裁判例も肯定説と否定説に分かれ、混乱していた。戦後には最高裁判例はなく、5 件の下級審判例が公表されている。それらのうち、1 件（[21] 東京高決昭和 30 年 3 月 23 日）は肯定説を採った。別の 3 件（[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日、その控訴審判決である [24] 東京高判平成 7 年 5 月 29 日および [25] 東京地判令和 3 年 5 月 25 日）は制限的否定説を採り、いずれも当該事案において具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容し得るとした<sup>31)</sup>。残りの 1 件（[22] 大阪地判昭和 34 年 9 月 18 日）は、制限的肯定説を採り、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを、当該事案においては許容しなかったが、原則としては許容されると

---

31) ただし、[24] 東京高判平成 7 年 5 月 29 日は、既に強制執行が終了したことを理由に、請求異議の訴えを却下している。また、[25] 東京地判令和 3 年 5 月 25 日は、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるのはいかなる場合かを、明確に示していない。

解しているようである。このように、現在の裁判例は、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容する傾向にあるといえることができる。

実務の運用については、古いものではあるが、1983年に公刊された文献において実務家から、「現在の実務は、ほぼ積極説（本稿でいう「肯定説」——筆者）で運用されている」との報告がなされている<sup>32)</sup>ほか、より古い文献において、肯定説にしたがった処理がなされていることを窺わせる論述がなされている<sup>33)</sup>。これらのことから、筆者は、実務では現在でも具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されている、と推測する<sup>34)</sup>。

一方、学説上かつては否定説が多数説ないし通説であったが、近時、肯定説を採る学説のほか、制限否定説や対象を限定した請求異議の訴え説のように、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容する、許容の可能性を認める、またはこれと同様の結果を導く学説が有力になっている。

具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容することが理論的に非常に難しいことは、肯定説や制限否定説の支持者自身が認めている<sup>35)</sup>。それ

---

32) 大島・前掲注7) 52頁。この論文の執筆者は、公刊当時、東京高等裁判所判事であった(同論文を収録する書籍の執筆者紹介による)。

33) 近藤・前掲注7) [初版] (1955年) 12頁、[全訂版] (1967年) 15頁には、「実務上の経験からいうと、…度重なる執行とこれに対する請求異議訴訟という弊害は、事実上生じていないようである」(傍点筆者)との論述がなされている。この論述は、この著書が公刊された当時の実務においては具体的執行行為の排除を求める請求異議訴訟がなされていたことを前提として、それによる弊害は生じてはいないといっているであろう。

34) ただし、筆者の推測と異なり、中野・前掲注4) 請求異議訴訟の異型 226頁は、[23] 東京地判平成6年1月26日が出現する前の状況について、実務も否定説を採っているのではないかと推測している。

35) たとえば、肯定説の主張者である近藤完爾は、「具体的な執行行為の取消を求め得るものとする見解はいかにも根拠薄弱な便宜論の感をまぬがれない」と述べている(同・前掲注7) 14頁)。大島・前掲注7) 52頁も同じことを考えているのであろう。制限的否定説を表明する、山本ほか編・前掲注29) 98頁〔山本〕にも、許容は「請求異議の訴えの本来の目的とは異なる」との記述がある。

にもかかわらず、現在の裁判例および実務においてこれが許容され、また学説上も許容する見解の支持者が増えているのは、資力の乏しい者の救済の道を閉ざさないためという、実践的な考慮によるものである。すなわち、ここでは、法の解釈および法制度の運用にあたり、あくまで理論的正当性を追求すべきか、経済的弱者の保護を図り、妥当な結論を追求すべきであるかという、法解釈の根幹にかかわる問題が問われているのである。

ところで、法による規律はわれわれの社会生活のすべての領域に影響を及ぼすが、民事執行手続に関する規律はその影響がとくに直接的で強力である。そのことから民事執行法の解釈には実践的な意味が極めて強いといえることができる。このことは、中野貞一郎が強調するところである<sup>36)</sup>。当初否定説を主張していた中野<sup>37)</sup>が、[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日を契機として、対象を限定した請求異議の訴え説を主張した<sup>38)</sup>のは、このような問題意識に基づいてのことであろう。また、近時の学説における制限的否定説の主張者<sup>39)</sup>や対象を限定した請求異議の訴え説への同調者<sup>40)</sup>も同様の問題意識を持っているものと推測される。

### Ⅲ 可否に関する検討

#### 1 各説の根拠——論点の整理——

これまでに判例・裁判例において採用され、あるいは学説において主張されたのは、前述のように、否定説、肯定説、制限的否定説および対象を限定した

---

36) 本稿とは別の問題を取り上げた論文であるが、中野貞一郎「民事執行における理論と実務——競売不動産上の妨害貸借への対応をめぐって——」『民事訴訟法の論点Ⅱ』239 頁以下 (判例タイムズ社、2001 年。初出、判タ 1000 号 (1999 年))。

37) 中野・前掲注 4) 請求異議訴訟の訴訟物 27-28 頁。

38) 中野・前掲注 4) 請求異議訴訟の異型 232 頁以下。

39) 注 29) に同じ。

40) 注 30) に同じ。



請求異議の訴え説である<sup>41)</sup>。

本節で筆者は具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否に関する筆者自身の見解を示すが、それに先立って、それぞれの説が自説の根拠として主張していることを整理しておく。

#### i 否定説の根拠

否定説の根拠として主張されるのは以下のものである。第一に、請求異議の訴えは債務名義の執行力一般の排除を目的とするものである<sup>42)</sup>。第二に、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを認める必要がない。なぜなら、債務者は、一般の請求異議の訴えを提起して請求認容判決を得れば、これにより既になされた執行処分を取消しを求めることができるからである（民執39条1項1号・40条1項。ただし、これらのことを否定説の理由とするのは、民事執行法施行以前の学説、判例・裁判例に多いが、それらにあっては、旧民訴550条1号・551条が根拠となる条項として挙げられている）<sup>43)</sup>。第三に、

---

41) [22] 大阪地判昭和34年9月18日は、基本的には肯定説を採りつつ、請求債権の一部の消滅の場合には、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容しないが（制限的肯定説）、なぜこの場合にかぎって許容しないのかを、説明しておらず、かつ、この区別に合理性があるとは思われないので、この考え方は本稿では取り上げない。

42) 否定説を採る学説、判例・裁判例のほとんどすべてがこのことを理由にしているといえる。学説で明確にこのことを述べているのは、たとえば、山田・前掲注22) 243-244頁、菊井・前掲注7) 240頁、岩野ほか編・前掲注7) 409-410頁〔吉井〕、鈴木=三ヶ月編・前掲注5) 583頁〔吉井〕。判例、裁判例では、たとえば、[6] 大判明治44年2月4日は、請求異議の訴えは「確定シタル債務名義ノ効力ヲ排除スルヲ以テ目的ト為シ、唯其債務名義ニ依リテ現ニ差押ヘラレタル財産ノ解除ヲ目的トスル訴ニ非ズ」と説示し、[14] 東京地判大正14年10月29日は、請求異議の訴えは「債務名義ノ執行力ノ排除ヲ求ムルコトヲ目的トスル。……個々ノ執行処分ノ取消ヲ求ムルガ如キハ此訴ノ性質ニ反シ……」と説示している。

43) 中野・前掲注4) 請求異議訴訟の訴訟物27頁、菊井・前掲注7) 242頁注(1)。

以下の学説、判例・裁判例も同じことを、否定説を採る理由としてしていると思われるが、「必要」という言葉は使っていない。雫本・前掲注21) 判批204頁、加藤・前掲注23) 判批487頁、斎藤・前掲注7) 43頁、斎藤編・前掲注24) 97頁〔斎藤〕、岩野ほか

具体的執行行為の排除が請求異議の訴えの目的であるならば、債務者は、強制執行が始まるまでは、請求異議の訴えを提起できないことになってしまう<sup>44)</sup>。第四に、肯定説にしたがって、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容され、請求が認容されても、当該債務名義の執行力は排除されないので、それに基づく強制執行とそれに対する請求異議の訴えが反復される危険がある<sup>45)</sup>。第五に、肯定説によると、第四の理由として挙げられている、請求異議の訴えが反復して提起される事態、および同一名義に基づく強制執行に対する請求異議の訴えが並行して係属する事態が起こり得るが、それは、異議事由の同時主張が規定されている (民執 35 条 3 項・34 条 2 項。旧民訴 545 条 3 項) 趣旨にもまた訴訟経済にも反する<sup>46)</sup>。以上のうち第一の理由が最も本質的な理由である。

## ii 肯定説の根拠

肯定説の根拠として主張されるのは以下のものである。第一に、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを認めないと、資力の乏しい債務者の救済の道が閉ざされてしまう<sup>47)</sup>。第二に、かような訴えを認めても、債権者によ

---

編・前掲注 7) 409-410 頁 [吉井]、[2] 大阪控判裁判年月日不明、[3] 大判明治 41 年 3 月 16 日、[6] 大判明治 44 年 2 月 4 日、[14] 東京地判大正 14 年 10 月 29 日、[17] 大判昭和 4 年 11 月 13 日。

- 44) 雉本・前掲注 20) 請求ニ對スル異議ノ訴 381-382 頁、[11] 東京地判大正 6 年 3 月 10 日。
- 45) 雉本・前掲注 20) 請求ニ對スル異議ノ訴 381-382 頁、加藤・前掲注 23) 判批 486-487 頁、中野・前掲注 4) 請求異議訴訟の訴訟物 27 頁、岩野ほか編・前掲注 7) 注解強制執行法 (1) 410 頁 [吉井]、[2] 大阪控判裁判年月日不明。菊井・前掲注 7) 242 頁 (「必ずしもその期待通りに事が運ぶとは限らない」と述べている)、田中・前掲注 27) 92 頁 (「争いの解決にならない」と述べている) も反復の危険があることを認めているのであろう。
- 46) 中野・前掲注 4) 請求異議訴訟の訴訟物 27 頁、岩野ほか編・前掲注 7) 410 頁 [吉井]、竹下ほか・前掲注 27) 73 頁 [上原]。
- 47) 近藤・前掲注 7) 14 頁、[13] 大阪地決大正 13 年 10 月 7 日、[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日。

る強制執行の申立てと、それに対する債務者による請求異議の訴えが反復されるという弊害は、実務上生じていない<sup>48)</sup>。仮に債権者が敢えて強制執行をすれば、債務者は再び請求異議の訴えを提起でき、執行完結後は不法行為に基づく損害賠償請求が可能である<sup>49)</sup>。第三に、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは一般の請求異議の訴えの一部請求である<sup>50)</sup>。ただし、このことを理由とすることに対しては、後述のように(2 (5))、肯定説の陣営からも異が唱えられている。

### iii 制限的否定説の根拠

最初に制限的否定説を採った裁判例である[23]東京地判平成6年1月26日は、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるのは、債務者の資力の面のみならず、被告・債権者の権利行使および訴訟追行に関する態度、ならびに訴訟進行に関する見通し等を総合的に考慮して、許容する必要がある場合であるとしている。しかし、なぜそのような場合にこれを許容するのかは、説明していない。このような場合に許容するのは当然であって、それ以上に根拠を挙げる必要はないと考えられたのであろうか。その後制限的否定説を採った裁判例および学説は、そもそも、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるのはいかなる場合であるかを、十分に明確にせず、ただ、必要がある場合には許容されるとしている。

### iv 対象を限定した請求異議の訴え説の根拠

中野貞一郎がこの説を提唱した根拠は既に示したが(II 2 ii)、いま一度簡略に示す。わが国の民事執行法の母法であるドイツ法が明文規定をもって対象を

---

48) 近藤・前掲注7) 14-15頁、大島・前掲注7) 52頁。

49) 近藤・前掲注7) 14頁。

50) 石川・前掲注7) 請求異議の訴と個別的執行行為の排除 29-34頁、[4]東京控判明治42年12月18日、[8]東京控判大正元年11月9日。[9]大判大正3年5月14日、[15]浦和地判大正15年6月6日、[20]大判昭和13年5月28日もこの趣旨であろう。

限定した請求異議の訴えを認めていること、およびそれ以外に解釈上同様の請求異議訴えが許容される場合があること、ならびに、わが国でも船主責任制限法が同様の請求異議の訴えを規定していること、さらに、責任制限契約に違反する強制執行および法律上の責任制限（限定承認の場合等）に違反する強制執行に対する債務者の救済方法として対象を限定した請求異議の訴えが認められていることである。

## 2 論点の検討

以下では、1 で述べた各説が自説の根拠として主張していることについて筆者の考えを披歴する。結論を先に述べれば、筆者は否定説を支持する。

### (1) 請求異議訴訟の目的とそれにかかわる事項

否定説の第一の根拠として挙げられた、請求異議訴訟の目的は債務名義の執行力一般を排除するものであるということに対しては、異論はないであろう。このことが否定説の決定的な根拠である。請求異議訴訟の法的性質については、周知のように、諸説が錯綜しているが<sup>51)</sup>、性質論についていかなる立場に立っ

---

51) 請求異議訴訟（あるいは、より一般的に執行関係訴訟）の法的性質に関しては、注目すべき研究書、論文が公刊されているが、その数は多数であるため、ここで網羅的に掲示することはできない。ここでは、学説の状況をまとめている文献を数編挙げるに止める。菊井・前掲注 7) 218 頁以下、鈴木＝三ヶ月編・前掲注 5) 576 頁以下〔吉井〕、松本・前掲注 27) 365 頁以下、中野＝下村・前掲注 10) 229 頁以下、伊藤＝園尾編・前掲注 5) 341 頁以下〔青木〕。

52) ただし、石川・前掲注 26) 強制執行法（総論）概論 163-164 頁は、請求異議訴訟の性質につき形成訴訟説を前提にすれば肯定説になるが、実体的確認訴訟説ないし救済訴訟説を前提にすれば否定説が正当であると述べている。請求異議訴訟の性質に関する各種の見解と具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否との関係については、岩野ほか編・前掲注 7) 411 頁注 (41)〔吉井〕、鈴木＝三ヶ月編・前掲注 5) 586 頁注 (40)〔吉井〕参照。

でも、この点が否定説の理由になる<sup>52)</sup>。

否定説の第二の根拠として挙げられた、債務者は、一般の請求異議の訴えにより既になされた執行処分を取消しを求めることができるから、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを認める必要がないということについて、筆者はそのとおりであると考えている。しかし、肯定説は、債務者には、強制執行一般ではなく、既になされた執行処分の取消しに限定してその排除（取消し）を求めることに、固有の利益——「必要」と言い換えることができよう——があるとの、基本的な考え方の上に成り立っているのであろう。そうであるとする、否定説の側から肯定説に対して必要の欠如を理由に批判しても、肯定説の側からは、それは基本的な立場の相違である、と応えるのではないだろうか。すなわち、必要の有無は両説の基本的な立場の違いを反映するものであって、自説の根拠ないし他説に対する批判の理由になるものではない、と筆者は考える。

否定説の第三の根拠として挙げられた、肯定説によると債務者は、強制執行が開始されるまで請求異議の訴えを提起できないということは、成り立たない。なぜなら、肯定説は一般の請求異議の訴えを認めないのではなく、これは認めるが、それとらんで具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えも認めるからである。すなわち、肯定説の立場に立っても、債務者は強制執行の開始前から一般の請求異議の訴えを提起することができるのである<sup>53)</sup>。

## (2) 強制執行と請求異議訴訟の反復

### i 反復の危険

否定説が、肯定説によると具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの

---

53) [4] 東京控判明治42年12月18日は判決理由中で、両方の請求異議の訴えが可能であると、説示している。ただし、前述のように(II 1 (1) i)、[9] 大判大正3年5月14日は、一般の請求異議の訴えはないという趣旨にも読める。

提起と債権者による強制執行の申立てが反復される危険がある、と主張する(否定説の第四の根拠)のに対して、肯定説は、実際にはそのような反復は生じていない、と主張する(肯定説の第二の根拠)。

理論的には、この危険があることは否定できない。そして裁判例でこの危険が現実のものになった事案がないわけではない。[16]東京地判大正 15 年(1926 年)6 月 29 日がそれである(事案の詳細は II 1 (1) ii に記載されている)。しかしかような事案は、今から 100 年近く前に起きたこの 1 件だけである。このことから、現在では、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容しても、強制執行と請求異議の訴えの反復が起こる危険はほとんどないといえることができるであろう。このことは肯定説に有利に働くものと思われるであろう。しかし、後述のように ((3) i)、このことには、肯定説に不利に働く面もある。

#### ii 再度の強制執行の違法性

具体的執行行為の排除を求める請求異議訴訟の請求認容判決後の再度の強制執行が完結した場合、債務者には不法行為に基づく損害賠償請求が可能であるという、肯定説の論者の主張に、筆者は賛成できない。たしかに、強制執行の実施が債務者に対する不法行為になることはあり得ないことではない<sup>54)</sup>。しかし、強制執行が債権者の権利実現のための手段であることを考慮するならば、不法行為成立の判断は慎重になされなければならない。仮に具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるとして、その請求認容判決が確定し

---

54) たとえば、大判昭和 15 年 2 月 3 日民集 19 卷 110 頁は、債権者が、債務者の相続人が限定承認したことを知りながら、相続債務の履行を求める給付訴訟でそのことを提出せず、無留保の給付判決を得て、それに基づき強制執行を申し立てることは不法行為になると説示している。ただし、筆者自身は、この場合に不法行為が成立すると解することに、反対である(石渡哲「限定承認による責任制限の手續上の主張」横浜法学 27 卷 3 号 56 頁以下(2019 年)。なお、筆者はこの論文において、上記判例について重大な誤解をしたが、そのことは本稿で検討されている問題と関連がないので、別の機会に訂正したい)。

た場合、それでも、請求異議事由が存在しない、すなわち請求認容判決が誤判であると確信している債権者が、たとえ再度の請求異議の訴えが提起されても、その受訴裁判所が最初の請求異議訴訟の受訴裁判所と異なる判断をすることを期待または確信して、債務者の別の財産に対する強制執行を申し立てることに、不法行為の成立要件である違法性があるとは、必ずしも常にいえないであろう。

なお、不法行為の成立とは別に、信義則を援用して、このような再度の強制執行の危険から債務者を守ることも考えられなくはない。すなわち、前の請求異議の訴えが認められれば、債務者は、当該債務名義に基づいて自分の財産に対する強制執行が行われることはないだろうと信じまたそう期待するであろう。再度の強制執行は債務者のこの期待を裏切ることになるから、信義則上許されず、仮にこれがなされれば、請求異議事由になるというのである。たしかに、強制執行の実施が信義則に反し、請求異議事由になることはあり得る<sup>55)</sup>。しかし、現在検討中の問題に関していうと、債務者が一般の請求異議の訴えを提起しておけば、債権者による再度の強制執行の危険を完全に排除できた。それゆえ、そうしなかった債務者を、信義則を援用して、再度の強制執行を受ける危険から守る必要はない、と筆者は考える。

要するに、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるとすると、理論的になされ得る——現実にはほとんどなされないかもしれないが——その請求認容判決後の再度の強制執行を不法行為または信義則違反とみることによって、それを完全に防止することはできない、と筆者は考える。

### iii 異議事由の同時主張、訴訟経済

肯定説によると起こり得る再度の強制執行と請求異議訴訟の反復、および同

---

55) 信義則違反・権利濫用が請求異議事由になるということについては判例もあり、また多くの文献において論じられている。たとえば、最近の文献として、西川佳代「請求異議事由としての権利濫用」三木浩一ほか編『民事手続法の発展』（加藤哲夫先生古稀祝賀論集）253頁以下（成文堂、2020年）、中野＝下村・前掲注10）239頁以下参照。

一の債務名義に基づく強制執行に対する請求異議訴訟の並行した係属は異議事由の同時主張の規定の趣旨および訴訟経済に反するという、否定説の主張（同説の第五の理由）について、筆者は、たしかに理論的にはそのとおりであると考えている。しかし、前述のように、かような反復は現実にはほとんど起こっておらず、並行した訴訟係属も起ってはいないと推測される。仮にこれらが起こったとしても、規定自体ではなく、規定の趣旨および訴訟経済に反するということであるので、理由として決定的なものとはいえないであろう。

### (3) 債権者と債務者の利益衡量

#### i 再度の強制執行が行われないことによる債務者の利益

たしかに、これまで述べてきたように、現在の実務は肯定説によって処理されているが、強制執行とそれに対する請求異議の訴えの提起が反復してなされるという現象は生じていないようであり、そのことが肯定説の理由の一つになっている。しかし、かかる現象が生じていないのであれば、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを提起して勝訴した債務者は、本来債務者が提起すべき一般の請求異議の訴えを提起して勝訴した債務者に比べて、低額の訴訟費用を支払っただけで、事実上同等の利益を享受していることになる。それではこれら二とおりの債務者の間の衡平が害されているといえる。

このことは、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えという請求異議の訴えの形態を否定する方向に働くであろう——決定的な根拠にはならないが——。

---

56) 以下の判例・裁判例は、判決書または決定書から、差し押さえられた財産が動産であることが判明する。[2] 大阪控判裁判年月日不明、[3] 大判明治 41 年 3 月 16 日、[5] 大阪地判裁判年月日不明、[12] 大聯判大正 10 年 3 月 30 日、[13] 大阪地決大正 13 年 10 月 7 日、[18] 東京地判昭和 7 年 3 月 30 日、[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日（その控訴審判決である [24] 東京控判平成 7 年 5 月 29 日）。動産の種類や数量については、本稿の末尾に添付した「判例・裁判例リスト」に記してある。



ii 差押えの間接強制的機能

判例・裁判例においては、差し押さえられた財産が動産である事例<sup>56)</sup>、および、差し押さえられた財産の価格が請求財産の額に比べて大幅に少額である事例<sup>57)</sup>が目立つ。

ところで、動産執行が現実に果たす機能は時代や社会によって異なるが、現在のわが国において動産執行は、直接に債権の十分な満足を得ることが意図されているのではなく、債務者に心理的な圧力を加えて履行を促すこと、すなわち間接強制的機能を果たすことを期待してなされることが多いといわれている<sup>58)</sup>。このような状況に問題があることは、既に多くの文献において指摘されているが<sup>59)</sup>、そのような現実があることは否定できないであろう。動産の差押えの排除を求める請求異議の訴えの可否が問題になった事案においても、そのすべてではないにしても、債権者が、間接強制的機能を果たすことを期待して差押えを申し立てた事案が少なからずあるものと推測される<sup>60)</sup>。

---

57) 以下の判例・裁判例は、判決書から請求債権額と差し押さえられた財産の価格が判明する。カッコ内に二つの額を示す。[5] 大阪地判裁判年月日不明(2万2200円:3174円10銭)、[6] 大判明治44年2月4日([5]の上告審判決)、[10] 東京区判大正5年2月28日(800円:500円未満。当時、500円が区裁判所と地方裁判所の事物管轄の境界だったようだ)、[19] 大判昭和9年11月14日(900円:189円)、[21] 東京高決昭和30年3月23日(3954万円:6万9千余円)。

58) 最近の文献では、上原ほか・前掲注29) 166-167頁〔長谷部由紀子〕、伊藤=園尾編・前掲注5) 1103-1104頁〔河村浩〕。民事執行法制定後間もない時期に公表された文献であるが、浦野雄幸ほか〔研究会〕民事執行実務の諸問題(7)判タ527号47頁〔浦野発言〕、54頁〔橋村春海発言〕、62-63頁〔浦野発言、米津稜雄発言〕(1984年)、香川保一監修『注釈民事執行法(5)』122-123頁、157-158頁〔近藤崇晴〕(金融財政、1985年)。わが国の動産執行の歴史については、園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』239-240頁参照(弘文堂、2009年)。

59) たとえば、前注58)に掲げた文献はいずれも、動産執行が間接強制的機能を果たすことに問題があるとの認識に基づいている。

60) ただし、注56)に掲げた判例・裁判例の8件中6件は明治・大正時代のものである。筆者は当時の実務の状況を知らないが、当時あつては動産執行も現在より金銭執行本来の機能を果たしていたかもしれない。

また、差押えの対象が動産以外の財産であっても、その価値が請求債権額よりも著しく低い事案のなかには、債権者が当該執行に間接強制的機能を発揮することを期待している事案もあるのではないかと推測される。

このように強制執行が間接強制的機能を発揮することが期待されている場合には、差し押さえられた財産の価格が請求債権額に比べて著しく低くても、差押えは請求債権額全額の満足を期待してなされたと解することができる。そうであるとすれば、かかる差押えの排除を求める請求異議の訴え、すなわち具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えも債権全額のための強制執行の排除、すなわち債務名義の執行力一般の排除を目的としていると考えることができる。このような請求異議の訴えを提起した債務者と一般の請求異議の訴えを提起した債務者が支払った訴訟費用に違いがあるのは、衡平に反すると考えることができる。

このことも、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えという請求異議の訴えの形態を否定する方向に働くであろう。

#### (4) 債務者の救済の道の確保

既に述べているように、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの許容が理論的に成り立ち難いことは、肯定説および制限的否定説の主張者も認めている。それでも、これらの見解が主張されるのは、資力の乏しい債務者の救済の道を確保しなければならないと考えられるためである。そこで、資力の乏しい者の救済の道の確保が許容の根拠になるか否かを検討する。

まず、資力の乏しい者の救済の道の確保は訴訟救助および(民事)法律扶助制度によるべきである、と主張する学説がある<sup>61)</sup>。しかし、遺憾ながら、現実には両制度とも経済的弱者の救済のために不十分なものであることは、否定

---

61) 菊井・前掲注7) 242頁、石川編・前掲注27) 97頁〔西澤〕。中野・前掲注4) 請求異議訴訟の訴訟物 28頁にも同様の記述がある。

できない<sup>62)</sup>。

次に、債務者のすべてが、一般の請求異議の訴えの提起のための経済的負担に耐えられないわけではないということを、確認しておきたい。すなわち、債務者のなかには、一般の請求異議の訴えを提起できるだけの資力のある債務者もいれば、資力が乏しいため、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えしか提起できない債務者もいるということである。前者の債務者にとっては、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容しなくても、救済の道が閉ざされることはない。むしろ、このような債務者にこれを許容すると、前述のように（(3) i、ii）、この者は、本来負うべき経済的負担よりも軽い負担で、事実上同じ結果を得ることになってしまう。それに対して、後者の債務者にとっては、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されなければ、救済の道が閉ざされることになる。

このように考えるならば、債務者の救済の道を確保するという観点からは、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを無制限に許容する肯定説ではなく、債務者が一般の請求異議の訴えの提起の経済的負担に耐えられない場合に限って、これを許容する制限否定説が理に適っているといえるであろう。

なお、最初に制限的否定説を採った [23] 東京地判平成6年1月26日は、前述のように（II 1 (2)）、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの許容に関して、原告・債務者の資力の欠乏だけでなく、債権者の態度や訴訟の見通しを考慮している。しかしあの事案のように、被告・債権者に悪意があり、訴訟進行に関して協力的でない事案では、提起されたのが一般の請求異議の訴えであろうと具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えであろうと、訴訟の円滑な進行は望めないであろう。それゆえ、後者を許容する意味がない。したがって、仮に制限的否定説を採るとするならば、具体的執行行為の排除を求

---

62) 中野・前掲注4) 請求異議訴訟の異型 233 - 234 頁。大島・前掲注7) 52 頁も、訴訟救助および法律扶助によっては問題が解決でないことを理由に、肯定説を採っている。

める請求異議の訴えを許容するのは、債務者の資力の欠乏の場合に限定すべきである。それは、債務者に一般の請求異議の訴えを提起するだけの資力がないことが、許容の要件、すなわち訴えの適法性の要件になるということである。

しかし、それは訴えの適法性の要件としてはあまりに不明確である。仮にこれを要件とするならば、この点の審理のために裁判所は過重な負担を負うことになり、現実的でない。

そもそも、債務者の資力のいかんにかかわらず、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの許容は請求異議の訴えの目的と相容れないものであり、認められない。

たしかに、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを一切認めないならば、繰り返し述べているように、資力の乏しい者の救済の道が閉ざされる可能性がある。あくまで理論的正当性を追求して、そのような結果に至ることは、前述の(Ⅱ3)民事執行法の解釈の実践性という観点からすると問題である、という意見もあるだろう。たしかに、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを提起したのが資力の乏しい者である場合、裁判官としては訴えを受け容れざるを得ないであろう。[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日の裁判官はまさにこのような立場に立たされたのであり、あの事案で原告・債務者が提起した請求異議の訴えを許容したことは、実務上の処理として妥当であったといわざるを得ない。しかし、学説がこれに追随していいのかという点は、慎重に検討しなければならない。筆者は、妥当な結論を引き出すために、理論的に受け容れがたい解釈論をすることは、学説の領域を超えたことである、と考える。現行の法規または制度に難点がある場合、学説までが理論的に無理な解釈論によって問題を回避すると、法改正や制度改革の必要性が低く認識され、あるいはさらに否定されてしまう虞もなくはない。このように考えて、筆者は、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは許容されないとの考え、すなわち否定説を敢えて支持する。

## (5) 「一部請求」の援用

肯定説を採る学説、判例・裁判例の一部がその根拠として援用する、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは一般の請求異議の訴えに対する一部請求の訴えであるということ（否定説の第三の根拠）は、誤りである。なぜなら、債務名義が有する執行力はその性質上可分なものではないからである。言い換えれば、個々の具体的な執行行為の根拠になる執行力は債務名義の執行力の数量的な一部ではない<sup>63)</sup>。肯定説の主張者のなかにも、一部請求であることを理由とすることに反対する者がいる<sup>64)</sup>。

なお、否定説の学説のなかに、一部請求を援用することに反対する理由として、Pfenigweisprozess（貼用印紙額を低く抑えるため等の理由により、債権額をごく少額に分割して、訴求すること）において訴えの利益が否定されることを、挙げる学説がある<sup>65)</sup>。しかし、Pfenigweisprozessは、債権者が、債務者の意思とは全く関係なく、自身の意思のみによって債権を分割して提起する訴えであるのに対して、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは、まず債権者が特定の財産に対する強制執行を申し立てて、これに対する対抗策として債務者が提起するものである。したがって、前者に訴えの利益が欠けることは、後者が許容されないことの理由にはならない、と筆者は考える。

## (6) 対象を限定した請求異議の訴え

中野貞一郎が対象を制限した請求異議の訴え説の根拠として挙げる、船主責

---

63) 斎藤・前掲注7) 46頁、48-49頁、菊井・前掲注7) 241頁、中野・前掲注4) 請求異議訴訟の訴訟物 27-28頁、斎藤編・前掲注24) 72頁〔斎藤〕、岩野ほか編・前掲注7) 410頁〔吉井〕、鈴木=三ヶ月編・前掲注5) 583頁〔吉井〕、[18] 東京地判昭和7年3月30日。

64) 近藤・前掲注7) 13頁。

65) 三ヶ月・前掲注24) 33頁注(9)。菊井・前掲注7) 242頁。

染野・前掲注24) 126頁、岩野ほか編・前掲注7) 410-411頁〔吉井〕が、肯定説は試験訴訟を認めるに等しいと述べているのも、同じ趣旨であろう。

任制限法 35 条 2 項はたしかに、船主責任制限を主張する訴えに民事執行法の請求異議の訴えに関する規定を準用すべき旨を定めている。また、中野が同様に根拠として挙げる、責任制限契約に反する、あるいは限定承認のような法定の責任制限に反する強制執行に対する債務者の救済方法が請求異議の訴えであるということも、大方の認めるところであろう<sup>66)</sup>。しかし、これらの場合は、いずれも差し押さえられた財産が債務者の責任財産でない場合である。差し押さえられた財産が債務者の責任の範囲にあるならば、たとえその価格が請求債権の額よりも低額であるとしても、責任外の財産に対する強制執行と同視することはできないはずである。中野は両者を同視するのであるが、同視できる理由が明らかにされていないのではないだろうか。

また、船主責任制限に基づく強制執行の排除を求める訴えにせよ、責任制限契約もしくは法定の責任制限に基づく請求異議の訴えにせよ、いずれも一般的に責任の範囲を制限しようとするもの——排除ではなく制限であるから、全面的に債務者の責任を否定するのではないが——であり、一般の請求異議の訴え

---

66) ただし、本文で述べられているような、責任外の財産に対する強制執行に対する債務者の救済方法としては第三者異議の訴えも考えられる。中野も、責任制限が債務名義ないし執行文に掲げられている場合の救済方法としては第三者異議の訴えが可能である、と考えている(中野・前掲注 4) 請求異議訴訟の異型 235-236 頁)。また、債務名義が確定判決である場合には、責任制限契約ないし限定承認が既判力の基準時前になされ、判決手続で債務者がそれを主張しなかった場合、かかる事実が異議事由となるか、それともその主張が民執法 35 条 2 項により遮断されるかが、問題になるであろう(限定承認のさいの問題については、石渡・前掲注 24) 51 頁以下参照)。

なお、判例は、不執行の合意を、「債権の効力のうち請求権の内容を強制執行手続で実現できる効力(いわゆる強制執行力)を排除または制限する法律行為」と解し、これに違反する強制執行に対する債務者の救済方法は請求異議の訴えであるとしている(最判平成 18 年 9 月 11 日民集 60 卷 7 号 2622 頁)。筆者は、この判決が不執行の合意の法的性質についてどのように考えているかの判断は留保するが、もし責任排除・制限契約と解しているのであるなら、責任排除は請求異議事由になるということになる。不執行の合意については、今後なお検討したいと考えている。

である<sup>67)</sup>。したがって債務者は、債権者が強制執行に着手する前でも、この訴えを提起することができる<sup>68)</sup>。また、訴訟物の価格も請求債権の額であり、貼用すべき印紙の額もこれに応じたものになるであろう。

以上により筆者は、請求債権の額よりも差し押さえられた財産の価格が低い場合に提起される請求異議の訴えを「対象を限定した請求異議の訴え」とみて、訴訟物の価格を請求債権の額ではなく差し押さえられた財産の価格とし、貼用印紙の額もこれに応じたものとすることはできないと考える。

## IV 具体的処理

### 1 否定説による処理

筆者は否定説を支持するが、同説によれば、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは許容されず、最終的には退けられなければならない。ただし、提起された請求異議の訴えの請求の趣旨の欄に、具体的執行行為の排除を求めるようなことが書かれていても、原告・債務者の真意が債務名義の執行力一般の排除を求めることにありと解する余地がある場合には、裁判所は直ちに訴えを退けるのではなく、当事者の真意を確認すべきである<sup>69)</sup>。たとえば、請求の趣旨の欄の記載が上述のようであっても、請求債権の額に対応する額の印紙が貼用されているときは、原告・債務者の真意は、一般の請求異議の訴えを提起することにある可能性が高いといえよう。

原告・債務者の意思が一般の請求異議の訴えを提起することにあると確認さ

---

67) 稲葉威雄「船舶所有者等の責任の制限に課する法律の解説(7)」曹時 28 卷 11 号 51 頁(1976 年)は、船主責任の制限に基づく訴えについて「その名称にかかわらず、個別的執行の排除を目的とするものではない」と述べている。

68) 稲葉・前掲注 67) 51 頁は、船主責任の制限に基づく訴えについてこの旨を明言している。

69) 夙に、[3] 大判明治 41 年 3 月 16 日がこの旨を説示している。

れたなら、裁判所は、——一般の訴訟要件が具備しているかぎり——適法な請求異議の訴えが提起されたものとして、事件を処理することになる。

原告・債務者の真意が具体的執行行為の排除を求めることにあれば、提起された請求異議の訴えは許容されず、裁判所はこれを退けなければならない。そのさい、裁判所はかような請求異議の訴えは不適法であるとして、訴え却下の判決をすべきか、あるいは、請求は失当であるとして、請求棄却の判決をすべきかが、問題になる。この問題は、否定説を採る学説のあいだでも、管見の及ぶかぎり、論じられていない。裁判例には、請求を棄却したものと<sup>70)</sup>、訴えを却下した、または上級審の判決で、第一審の執るべき措置が却下であるとしたものがある<sup>71)</sup>。しかしいずれの裁判例も、みずからの措置が正しい理由、または、他の措置が間違いである理由を明らかにしていない。

否定説によれば、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えは請求適格を欠いているのであるから、不適法として却下されるべきである。

## 2 仮に肯定説または制限否定説にしたがった場合の処理

前述のように、学説においては肯定説の支持者が増えており、現在の実務は肯定説にしたがって運用されている。また、[23] 東京地判平成 6 年 1 月 26 日が制限的否定説を採用して以来、これと同旨の学説も出現しており、今後の実務が同説にしたがって運用される可能性もあると思われる。そこで、肯定説あるいは制限的否定説にしたがった場合の裁判所のなすべき処理についても言及しておく。

---

70) [1] 新潟地判裁判年月日不明、[18] 東京地判昭和 7 年 3 月 30 日。

71) [2] 大阪控判裁判年月日不明、[5] 大阪地判裁判年月日不明、[7] 東京控判明治 44 年 11 月 17 日 (第一審の却下を是認した)、[11] 東京地判大正 6 年 3 月 10 日 (第一審が本案の弁論を実施して、請求を認容したのを、違法とした)。



i 肯定説にしたがった場合の処理<sup>72)</sup>

肯定説によれば、提起された請求異議の訴えが一般の請求異議訴訟であっても、具体的執行行為の排除を求めるものであっても、許容されるが、裁判所は、提起された訴えがいずれであるかを、明確にしなければならない。なぜなら、両者の対象（訴訟物）は数量的な意味での全部と一部の関係にあるのではなく、まったく別である<sup>73)</sup>ので、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが提起されたのに、債務名義の執行力を一般的に排除する裁判をすることはもとより、その逆も処分権主義（民訴246条）違反になるからである。いずれの請求異議の訴えが提起されたかは、請求の趣旨の欄の記載だけではなく、原告・債務者の真意を確認したうえで、判断しなければならない。原告・債務者の真意が一般の請求異議の訴えを提起することにあるにもかかわらず、貼用印紙の額が差し押さえられた財産の価格に応じた額であるときは、裁判長が印紙の追貼を命じることになる（民訴137条1項後段）。

ii 制限的否定説にしたがった場合の処理

制限的否定説によれば、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えが許容されるのは、原告・債務者が一般の請求異議の訴えを提起するための資力を有していない場合である。すなわち、仮に制限否定説にしたがうならば、かかる資力の欠如が許容の要件であり、原告・債務者はこの点について主張・証明責任を負っている、と筆者は考える。ちなみに、制限的否定説を採った [23] 東京地判平成6年1月26日は、当該事案において、具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを許容する必要性を認める「特別な事情がある」<sup>74)</sup>と

---

72) 本文における以下の論述は、肯定説の支持者である近藤完爾の論述（同・前掲注7）16-17頁）を参考にしてなされている。

73) 肯定説の一部に、一般の請求異議の訴えと具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えを全部請求と一部請求の関係とみるものがあるが、既に述べたように（Ⅲ2（5））、それは誤りである。

説示しているので、裁判所が、当該事案において許容の要件が具備しているとの、合理的な疑いを差し挟まない程度の確信を得ていたことが判る。ただし、原告・債務者がみずから要件の具備を主張したか否か、また、裁判所にそのことを確信させるための資料をみずから提出したか否かは、判決書だけからでは判断できない。

## 追記

本稿執筆のための資料の収集等について、関東学院大学・河村好彦教授、横浜国立大学・西川佳代教授にご協力を賜った。記して感謝申し上げます。ただし、本稿は筆者の見解を表明するものであり、本稿における記述に誤りがあれば、それは筆者の責任である。

---

74) 同判決は、許容される場合について、原告・債務者の資力のみならず、被告・債権者の態度、訴訟進行に関する見通し等を考慮している。しかし筆者は、前述のように(Ⅲ 2 (4))、仮に制限否定説を採るならば、考慮しなければならないのは、原告・債務者の資力だけである、と考える。

具体的執行行為の排除を求める請求異議の訴えの可否

判例・裁判例リスト

番 号	見解の分類 <sup>1)</sup>	裁判年月日 判例集・掲載誌 <sup>2)</sup>	判旨についての 解釈 <sup>3)</sup>	被差押財産の 種類 <sup>4)</sup>	債権額：被差 押財産の価格 <sup>5)</sup>	却下・ 棄却 <sup>6)</sup>
[1]	否定説	新潟地判裁判年月日不明(明治34年(ワ)256号)新聞104号(明治35年9月15日発行)7頁				棄却
[2]	否定説	大阪控判裁判年月日不明(明治36年(子)894・899号)新聞309号(明治38年10月10日発行)9頁		有体動産 <sup>7)</sup>		却下
[3]	否定説	大判明治41年3月16日民録14輯270頁	解釈、評価が分かれている。	有体動産		
[4]	肯定説	東京控判明治42年12月18日最近判6巻108頁				
[5]	否定説	大阪地判裁判年月日不明(明治43年(ワ)518号)新聞677号(明治43年11月10日発行)13頁		有体動産	2万2200円：3174円10銭	却下
[6]	否定説	大判明治44年2月4日民録17輯30頁 [5]の上告審判決				
[7]	否定説	東京控判明治44年11月17日新聞763号22頁		家屋		却下
[8]	肯定説	東京控判大正元年11月9日新聞838号24頁＝評論1巻民訴245頁				
[9]	肯定説	大判大正3年5月14日民録20輯531頁				
[10]	肯定説	東京区判大正5年2月28日新聞1108号27頁＝評論6巻民訴107頁(「評論」では裁判年月日が「大正15年12月28日」)			800円：500円未満 <sup>8)</sup>	
[11]	否定説	東京地判大正6年3月10日評論6巻民訴107頁(108-110頁)				却下
[12]	肯定説	大聯判大正10年3月30日民録27輯667頁		動産 <sup>9)</sup>		
[13]	肯定説	大阪地決大正13年10月7日新聞2328号8頁 (請求異議の訴えに対する判決ではない)		動産		
[14]	否定説	東京地判大正14年10月29日新聞2517号9頁＝評論15巻民訴81頁				

[15]	肯定説	浦和地判大正15年6月6日評論 15巻民訴403頁		土地		
[16]	否定説	東京地判大正15年6月29日評論 16巻民訴38頁	肯定説と解する 先行研究がある。			
[17]	否定説	大判昭和4年11月13日評論19巻 民訴137頁				
[18]	否定説	東京地判昭和7年3月30日法新 302号25頁		有体動産		棄却
[19]	肯定説	大判昭和9年11月14日判決全集 (14) 34頁			900円 : 180円	
[20]	肯定説	大判昭和13年5月28日判決全集 5輯12号36頁				
[21]	肯定説	東京高決昭和30年3月23日東高 民6巻3号45頁 = 判タ49号64頁			3954万円 : 6 万9千余円	
[22]	制限的肯定説	大阪地判昭和34年9月18日判タ 97号62頁				
[23]	制限的否定説	東京地判平成6年1月26日判タ 853号273頁		動産		
[24]	制限的否定説	東京高判平成7年5月29日判時 1535号85頁 [24] の控訴審判決		動産		
[25]	制限的否定説	東京地判令和3年5月25日LEX/ DB25589340		不動産		

- 注 : 1) 判例・裁判例が執る考え方を、筆者の解釈に基づいて分類した。
- 2) 審級に関係なく、裁判の時期の古い順に列挙した。最上級審（大審院）の判例は太字にした。
- 3) 判旨の解釈または評価について意見が分かれている場合、筆者の意見と異なる意見が表明されている場合、そのことを示した。
- 4) 判例集または法律雑誌に掲載された判決書から、差し押さえられた財産の種類（有体動産、家屋等）が判る事例においては、その種類を示した。
- 5) 判例集または法律雑誌に掲載された判決書から、債務名義上の債権額と差し押さえられた財産の価格が判る事例についてはそれぞれの額を対比した。どちらか一方しか判っていないものについては、記入していない。
- 6) 否定説の判例・裁判例のうち、判例集または法律雑誌に掲載された判決書から、訴えが却下されたか、請求が棄却されたかが判るものは、それを示した。肯定説の場合は、問題にならないことである。否定説の判例・裁判例でも、下級審が否定説により処理し、上級審がそれを是認する判断をした事例では、この点が不明なものもある。
- 7) 一人の債務者について、赤家具20人前外38点、置時計1個外120点。他の債務者について、黒桐四重箆筒1個外56点。
- 8) 当時、500円が、区裁判所と地方裁判所の事物管轄の境界であったようである。
- 9) 煙草入戸棚1個、菓子箱8個、店台1個、魚缶詰12個。