

第三者異議の訴え

——その存在意義を問う——

菊池定信

- 一 はじめに
- 二 竹下教授の見解
- 三 検討(結びに代えて)

一 はじめに

一 民事執行法第三八条一項は、強制執行の目的物について所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有する第三者は、債権者に対し、その強制執行の不許を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができる、と規定する。そして同条は、担保権の実行としての競売(民執一九四条)に、また保全執行(民保四六条)などにも準用されている。

この第三者異議訴訟に関しては、従前、その訴えの性質や異議の事由などの議論が中心であり、その訴えがどのような存在意義ないしは制度的使命を有するのか、というようなことについては、本格的な研究が少なかったように思

われる。そこで本稿では、第三者異議の訴えの存在意義ないしは制度目的等に関し、これまでの見解を概観しつつ検討してみたい、と考えている。

強制執行をいかなる財産に対して行うかは、実体法の定めるところに従って決まるから、その目的物が実体法上債務者の一般財産または責任財産に属している場合にのみ、執行が許されるものでなければならない。したがって強制執行が第三者の財産に対して実施されたり、強制執行により第三者の権利が侵害される場合には、その執行は実体法上不当であり許容されるべきでない。それゆえ、手続上もこのような不当な執行が生じないように、その防止・是正手段を講じておくことが要請される。けだし執行に関する手続は、実体法上の権利を備えている場合にのみ実施されるように規律したものでなければならぬからである。

しかし、現実には、強制執行が債務者の責任財産以外の財産に対して行われ、第三者の権利を侵害するケースがしばしば存することは、これまで、よく指摘されてきたところである。問題は、このような権利侵害の執行を排除する手段として認められている第三者異議の訴えの存在意義ないしは制度趣旨に関してである。すなわち、なぜ当該執行に関わらなかった第三者に訴えの提起という過重な役割を担わせるのか。かかる執行は、元来、これを惹起せしめたものの責任において是正されるべきであるのに、どうしてその排除する役目を第三者に引き受けさせるのか、などというような疑問について応えなければならぬように思われる。けだし、不当執行が生じないように手続内で防止手段が講じられているのに、その実効性が期待できない、というのであれば、それは手続上の欠陥として、その是正・排除もまた手続内で行うのが筋道だからである。ところが、それに反して、当該執行に全く関与していない第三者にその役割を引き受けさせる、というのであれば、これを正当化するに足る法的根拠ないしは理由が明らかにされなければならぬ。当該不当執行により権利を害される第三者の救済は必要であるとしても、そのことから、直ちに、第

三者に訴えの提起という過大な負担を担わせることの当否が検討されなければならない。

実体法上許容されるべきでない不当執行により第三者が権利を侵害される場合には、第三者はその執行の排除を求めて第三者異議の訴えを提起することができる、というのであるが、そもそも、その訴えを提起するか否かは、専ら第三者の意思に任されているのである。しかも実際問題として、第三者が訴えを提起しようとすれば、費用・労力・時間その他で過大な負担を強いられる。それゆえ、第三者が不当執行の排除を求めて、常に訴えを提起するとは限らない。現実には、不当執行を受忍するケースも少なくないのではないかと推測される。そうであるとすれば、不当執行を是正・排除する手段としての第三者異議の訴えが、実際には、その意図したとおりに機能しているとは言い難い。第三者異議の訴えの存在意義自体が再考されなければならないのである。

筆者は、以上の問題意識をもって、第三者異議の訴えの存在意義ないしは制度趣旨に関して検討してみようと考えている。

二 第三者異議の訴えの存在意義ないしは制度趣旨等に関する見解は、およそ次の二・三に要約することができる。

(ア) 中野教授は、第三者異議の訴えの制度趣旨について次のように説く。すなわち、強制執行の実施に際して、執行機関は、その擱取しようとする対象が債務者の責任財産に属するかどうかを調査しなければならないが、現行法は、形式主義的な建前をとり、債務者の責任財産に属する一応の外観（不動産執行における登記、動産執行における債務者の占有、債権執行における債権者の申述）があれば、それに基づいて適法に強制執行を開始することができるものとした。執行事件の迅速な処理のためにする手続要件の形式化である。しかし、当然のことながら右の外観が存するにもかかわらず特定の財産が債務者の責任財産に属しない場合があり、また、責任財産に属してもその財産に対する

強制執行によって第三者が権利を害され、その他、受忍すべき理由のない不利益をこうむる場合もある。これに対する是正手段が第三者異議の訴えである。⁽¹⁾

さらに中野教授は、執行対象に関する強制執行の実体的当否を精確に判定するためには、それなりの判断資料の収集と慎重な審査を必要とするが、これを執行開始前に執行機関に要求するとすれば、強制執行の円滑な実施は全く不可能とならざるをえないこと、そこで、執行法は、この要件審査を立体的に構成することにし、第一段階では、強制執行を開始しようとする執行機関に、対象が債務者の責任財産に属する外観を具えればそれに対する執行は許されるとして、形式主義的に処理させるとともに、外観が真実の権利関係を裏切り、外観に基づく執行が第三者を害する場合には、第二段階として、第三者の側から、そのイニシアティブをもって訴えを提起し判決を得て強制執行の排除を求めうるものとしたこと、それが第三者異議の訴えである、⁽²⁾というのである。

(イ) これと同趣旨の見解は極めて多い。例えば山木戸教授によれば、強制執行が債務者の責任財産でない財産に対してなされ、第三者を害するときは、そのような第三者の利益を保護する方法がなければならぬこと、執行の目的物が債務者の責任財産に属するか否か、これについて第三者が執行により違法に侵害されるべき権利を有するか否か(執行による侵害を受任すべき義務を負うか否か)は実体関係上の問題であるから、第三者の救済方法は訴えによる判決手続きとするのが適当であり、これが第三者異議の訴えの制度趣旨である、⁽³⁾とする。

三 以上の見解によれば、第三者異議の訴えは、要するに、執行により権利を侵害される第三者の救済手段であり、実体的に不当な執行の是正手段である、⁽⁴⁾ということになる。たしかに、不当執行により権利を侵害される第三者の救済は必須であり、そのことの故に、第三者異議の訴えの必要性を説くのは、それ自体正当であろう。しかし、他方、

不当執行の是正手段と位置付けるのは適切でないように思われる。つまり、執行対象が債務者の責任財産に属するか否かの実体的判断を手続上極度に形式化したこと、それが原因で第三者の権利を侵害する不当執行が生じている、⁽⁵⁾というのであれば、その事後の是正・排除もまた、その執行手続内で始末すべきだからである。ところが、現行法の下では、手続内の事後の是正措置を講ずることなく、その是正・排除は、ひとり第三者の訴え提起に依存している。それゆえ、権利救済のために提起した第三者の異議の訴えが、その意図に反して、不当執行の是正・排除の役割まで担わせることにしているのである。つまり事前審査の誤りの事後の是正を訴えの提起という第三者の過重な行為に求められていることになる。

第三者の財産に対して執行するなど、実体法上認めることができない執行を一般に不当執行といわれているが、このような不当執行は、当然に第三者異議の訴えにより排除されるわけではない。第三者が訴えを提起するか否かは、その意思に任されている。それゆえ、現に第三者が訴えを提起しないときは、第三者の権利を侵害し、実体的に許されない執行がそのまま実施される、という問題がある。このことは、不当執行の事後の是正・排除をもつばら第三者の手に委ねたことに由来しているように思われる。第三者異議の訴えの存在意義自体が再考されなければならない。

(1) 中野貞一郎 民事執行法(第二版)(一九九三年、青林書院)二五九頁。

(2) 中野・前掲注(1) 執行法二六三頁。

(3) 山木戸克巳 民事執行・保全法講義(一九九二年、有斐閣ブックス)一〇二頁。

(4) 中野貞一郎編・民事執行・保全法概説(一九九一年、有斐閣双書)一一九頁(上田徹一郎)。その他、同旨のものとして、三ヶ月章・民事執行法(昭和五六年、弘文堂)一三七頁以下、鈴木忠一・三ヶ月章編纂・注解民事執行法(1)(昭和五九年、第一法規出版)六五七頁以下(鈴木忠一)、西村宏一・佐藤歳二編・注解不動産法9不動産執行(一九八九年、青林書

院) 一五七頁以下〔西村宏一〕、浦野雄幸編・基本法コンメンタール民事執行法(昭和六一年、日本評論社) 一一五頁以下〔斎藤秀夫〕、斎藤秀夫編・講義民事執行法(一九八一年、青林書院新社) 一二四頁、林屋礼二編・民事執行法(一九九一年、青林書院) 二九四頁、小室直人編著・民事執行法講義(一九八八年、法律文化社) 二二頁、新堂幸司・竹下守夫編・民事執行・民事保全法(一九九五年、有斐閣) 一三二頁、内田武吉編著・民事執行・保全法要説(平成七年、成文堂) 六六頁。なお旧法時の文献としては、加藤正治・強制執行法要論(昭和三十一年、有斐閣) 一三〇頁、兼子一・強制執行法(一九六〇年、酒井書店) 五二頁、吉川大二郎・強制執行法(一九六五年、法律文化社) 二三六頁、斎藤秀夫編・強制執行法講義(一九七七年、青林書院新社) 八二頁、菊井維大・強制執行法(総論)(昭和五十一年、有斐閣) 二五四頁等。

二 竹下教授の見解

前述したように、筆者は、第三者異議訴訟の存在意義を再考する必要があるものと考え、この点、竹下守夫教授は、民事執行が私法上の権利の強制的実現を目的とすることから、実体的正当性を具備している場合にのみ民事執行が行われるように、執行全体を構成し規律すべきである、という考え方に立脚して、第三者異議訴訟の制度的使命等について詳細に研究されている。以下では、その論文「第三者異議訴訟の構造」のうち、本稿の主題に関わる部分について引用しつつ紹介してみよう。

(ア) 「元来、債務名義に表示された請求権の実現のために、いかなる財産に対して強制執行をなしうるかは、実体法の定めるところによって決定される。一般の金銭債権の実現のためであれば、債務者の一般財産が執行の目的物となり、また実体法上の物的有限責任の定めのある債権の実現のためであれば、その限定された責任財産に対してのみ、執行することが許される。しかし、ある財産が債務名義に表示された特定の請求権の実現のための執行の目的物とさ

れうるか、それともその財産の上に第三者が所有権その他の権利を有し執行がこの権利の侵害となるが故に許されな
いか——つまり特定の財産に対する執行の、対第三者関係における執行の実体的適否——は、執行債権者及び第三者
の実体的利害にかかわり、かつ、しばしば慎重な審理・判断を要する。ところが、執行機関は、その性質上、かかる
執行の実体的適否を、終局的に判断するに適していない。しかし、だからといって、強制執行が、その実体的適法性
の保障なしに実施されてよいということにはならない⁽¹⁾」。

「そこで、現行強制執行法は、執行の実体的適否を、まず、第一次的に、執行開始に先立って、執行機関が権利存
在の外観により判断し、そして、第二次的に、判決機関が事後に慎重な手続で判断するという、二段階の手続で審査
することとし、それによって、執行制度全体としては、強制執行の対第三者関係における実体的適法性を確保しよう
としているのである。つまり、現行強制執行制度は、執行の対第三者関係での実体的適否の終局的確定は、第三者の
イニシアティブによって開始される判決手続においてすることとし、その終局的確定の結果にしたがって執行手続を
事後的にコントロールする——具体的には続行しあるいは取り消す——との前提の下に、執行機関は、さしあたり外
観にしたがって実体的適否の判断をし、執行を開始するか否かを決定すべきこととしているのである。第三者異議訴
訟は、まさしく、この、対第三者関係における執行の実体的適否を終局的に確定し、その結果にしたがって執行手続
をコントロールし、もって、執行対象の面で、請求権を実体法どおりに実現するための手段である。したがって、第
三者異議訴訟の制度的使命は、強制執行の対象面での正当性——終局的意味における合法性——を保障するため、執
行の対第三者関係における実体的適否を判決手続で確定し、その結果を執行手続に反映させることにある、というべ
きである⁽²⁾」。

「別の角度から言えば、第三者異議訴訟は、決して、まず執行の実体的適否と無関係にその開始を許し、たまたま、

そのようにして開始された強制執行によって権利侵害を受ける者があった場合には、それを救済する必要があるとい
うので、執行制度の目的とは別の理由に基づき、後から認められた手段であるのではない。それは、執行制度が、執
行の実体的コントロールの手段として当初から予定する特別の訴訟であり、執行制度の不可欠の一部である。実際、
この訴訟の裏づけなくしては、たとえ執行機関が権利存在の外観にしたがって一応の判断をするにせよ、なお、第三
者の実体的利益を侵害する可能性があるにもかかわらず執行を開始しうる、とすることの合憲性を基礎づけることは、
困難であろう。従来の諸説においては、第三者異議訴訟のかかる制度的使命が、必ずしも十分に認識されていなかっ
た憾みがある⁽³⁾。

そして竹下教授は、次のように結ぶ。「執行関係訴訟が、もともと執行制度を担当する国家機関——具体的には執
行文付与機関及び執行機関——において、その職務行為をなす前提として判断すべき事項のうち、関係当事者の実体
的利益にかかわるものを、いわば執行過程から取り上げて判決手続で審理・判断し、その結果を再び執行過程に戻し
て、それによって執行の適正を確保する使命をもつものであることは、むしろ常識的には誰しも異論なく承認するこ
ころであろう。ところが、従来の多くの学説では、判決機関と執行機関の分離ということから、一方的に、執行手続
は、一定の形式的要件さえ備わっていれば、関係当事者間の実体関係とは無関係に、その適法性が認められるとい
ことを強調し、執行関係訴訟の判決によって、突如法律状態が変動する（多くの場合、執行が適法から違法に変動す
る）と説く。しかし、判決機関と執行機関との分離は、それ自体としては合理性を有するとしても、だからといって、
それだけでは、実体的適否の調査なしに執行を行い、債務者や第三者の権利を侵害してもよいということにはならな
い。もし、単に執行機関の能力が限定的であるから実体関係の調査ができないというのであれば、執行機関の構成を
改めよという方が、個人の主体性とその尊厳に、より良く調和するといえよう⁽⁴⁾」。

「そこで、わたくしは、本稿において、考察の直接の対象を第三者異議訴訟にとりつつ、執行関係訴訟は、決して、
まず実体的適否と無関係に強制執行を開始することを許した上で、その強制執行によって権利侵害を受ける者のため、
執行制度の目的とは別の理由に基づいて後から認められた救済手段ではなく、反対に、強制執行の実体的適法性
を保障する手段として、当初から予定された、執行制度の不可欠の一部であると位置付けた」と強調されている⁽⁵⁾。

(イ) 以上の竹下教授の見解は、論理的には、支持されるであろう。しかし、なお次の疑問を提起しなければならな
い。すなわち、第三者異議訴訟をもって、執行がその対象物につき実体法どおりに実現するための手段であり、その
制度的使命は、執行の対象面での実体的正当性を保障するためにある、とする点である。もし、第三者異議訴訟の存
在意義を右のように位置付けるならば、まさに、なにゆえに訴え提起という積極的な役割を第三者に負わせることが
できるのかが明らかにされなければならない。

この点につき竹下教授は、次のように説明する。すなわち、「……第三者異議の訴えにより、判決手続で執行の実
体的適否につき審査を受けるとしても、そもそも、第三者に起訴の負担を課すこと自体許されるか、との観点から、
なお疑問の生ずる余地がある。この疑問に対する答えとしては、さしあたり次のように考える。すなわち、一方で、
もし、ある物に対する執行が実体法上是認されるかどうかを事前に判決手続で審査しなければならぬとしたなら、
実際上ほとんど執行は不可能にならざるをえないから、執行機関の外観による判断で執行の開始を認める実際上の必
要性が極めて大きいし、他方、有体動産、不動産では、執行債務者に占有なり登記なりがあれば、真実の権利関係が
それに一致することが多く、また一致しない場合にも、債務者の財産らしい外観が生じていることについては、真の
権利者にも責任のあることが多いと考えられることである。ただ、債権については、執行債権者の陳述のみに依拠し
て差押えをする点で、さらに疑問が残る……」⁽⁶⁾と。

(ウ) 最後に、竹下教授の見解を纏めておこう。次の一文は、第三者異議の訴えなどの存在意義に関する見解を簡潔に表していると思われる。

執行法上適法であるにも拘わらず、実体的許容性の要件を欠き、実体法上是認されない執行を不当執行というが、「このような不当執行は、本来の執行の実体的許容性の要件が直接に事前審査の対象とされないか、または事前審査が限られた手段によってのみなされるべき場合に生じます⁽⁷⁾」。

「具体的には、……執行の目的物に対して第三者が何らかの権利を有するときには、債権者が債務者に対する権利の実現のためその物に対し強制執行をしても、実体法上その第三者の権利の違法な侵害にならないということが、執行の対第三者関係における実体的許容性の要件なのですが、執行機関が執行を実施する際の事前審査の段階では、この要件は目的物の占有・登記名義などの外観を基準として審査すれば足りるとされています。そこで、実際には第三者の所有物に対して執行が行われるなど、対第三者関係において実体法上是認されない執行が行われる場合がありうるわけ⁽⁸⁾です。」

「これらの場合には、実は、民事執行法は、このような事態の生ずる可能性を予想しつつ、別の理由から（債務名義の成立過程における債務者の関与、執行の目的物に対する第三者の権利の存否を確認することの困難性など）、事前審査の段階では執行の実体的許容性の本来の要件の審査は一応の限度で足りることとし、その代わり、執行の実体的許否の終局的確定のための手段を別に用意して、債務者あるいは第三者が執行を不当とするならば、いつでもこれを利用して執行の排除を求めようようにしているのです。そして、このための手段として、債務者のために用意されているのが、請求異議の訴え（民執三五条）であり、第三者のために用意されているのが、第三者異議の訴え（民執三八条）です。このように、これらの訴えは、民事執行制度が、執行の実体的許容性の確保のために、その事後審査の

手段として設けた特別の訴えなのです。⁽⁹⁾」

- (1) 竹下守夫「第三者異議訴訟の構造——執行関係訴訟の体系的位置付けに関する一試論」民事執行における実体法と手続法（一九九〇年、有斐閣）三二七頁・三二八頁（法曹時報二九卷五号所収、昭和五二年）。
- (2) 竹下・前掲注（1）実体法と手続法三二八頁。
- (3) 竹下・前掲注（1）実体法と手続法三二八頁・三二九頁。
- (4) 竹下・前掲注（1）実体法と手続法三六三頁。
- (5) 竹下・前掲注（1）実体法と手続法三六三頁。
- (6) 竹下・前掲注（1）実体法と手続法三二九頁注（2）。
- (7) 新堂幸司・竹下守夫編・民事執行・民事保全法（一九九五年、有斐閣）二六頁（竹下守夫）、同・民事執行法を学ぶ（昭和五六年、有斐閣）二六頁・二七頁（竹下守夫）。
- (8) 新堂・竹下・前掲注（7）民事執行・保全法二六頁。
- (9) 新堂・竹下・前掲注（7）民事執行・保全法二七頁。

三 検討（結びに代えて）

一 強制執行が実体法上の権利の実現を目的とするものである以上、特定財産に対する執行も実体法上許容される場合に限りに行われるべきであり、実体法上債務者の所有に属さない財産に対する執行は、手続上阻止されなければならぬ。それゆえ、本来は、目的物に対する実体権の存在が執行の実体的要件とすべきであるところ、既に詳説したように、現行制度の下では、その要件は、目的物に関する登記名義・占有等の外観で足りるとして形式化し、その本来の実体権の存在に代えて変容されたものとなっている。

しかしながら、現実には、実体的な権利関係と符合しない不動産登記が多く存することは、一般によく指摘されているところであり、また、占有による公示も極めて不完全である、といわれている。このように登記や占有による権利関係の公示が不完全であるにも拘わらず、強制執行では、それが実体的な権利関係を反映する基準とされ、したがって、それに基づく差押えその他の執行も適法である、とするのであるが、しかし、その公示の不完全性の故に、その執行によって第三者の権利が侵害される危険性が多々ありうることも、しばしば指摘されてきたところである。例えば、占有改定による動産の譲渡担保には、そのような事情が多くみられるとされ、また、占有改定により対抗要件を備えた譲受人の動産を譲渡人の債権者のために差し押さえた場合も、同様の事情にあるとみられている。

たしかに不動産登記や占有には、権利の推定力があり（民一八八条）、登記名義人や占有者を正当な権利者とみることが出来る。しかも、登記や占有は、一応、真実の権利関係を公示する場合が多いのも事実である。したがって、登記や占有という外観によって実体的な権利の存否を判断しようとする方向性は、一般の取引社会では、支持されてよい。しかし、そのことから、執行の過程においても、その外観を目的物に対する実体的判断基準として確定し、したがってそれに基づく執行の適法性を強調するのは、適切でないように思われる。登記・占有に基づいて適法に強制執行を開始することができる、というためには、その登記や占有が実体関係を正確に公示し、その外観が真に正しいものである、として一般に認知されていなければならないからである。つまり、一方では、登記や占有の不完全性を認めながらも、他方では、それを唯一の目的物に対する実体的な判断基準としたところに、無理があったように思われる。この点を配慮して、執行手続内で新たな是正手段を考えてみなければならない。

二 翻って、債権者の債務者に対する請求権（執行債権）についての存否に関する執行法上の仕組みを概観してみ

よう。

(ア) いうまでもなく、強制執行を求めるには、執行債権の存在を必要とするが、民事執行法は、これに代えて、その存在を高度の蓋然性をもって証明する文書、すなわち債務名義の存在で足りるとしている（民執二二条）。この債務名義を強制執行の基本とする点につき、竹下教授は、「……債務名義は、一応、実体権の存在を高度の蓋然性をもって証明する文書であるし、さらに、その成立過程において債務者に関する機会の保障された文書である。したがって、もし実体上権利が存在しなければ、債務者としては債務名義の成立そのものを阻止しえた筈である。……もし現時点において権利が存在しないというなら、その確定のための起訴責任は債務者に負わせる方が公平であろう。民執法は、一方で債権者が執行を求めるには債務名義の存在のみで足りるとすると共に、他方で債務者が債務名義に表示された権利の実体的不存在を主張し、執行の排除を求める手段として請求異議の訴えを用意しているものであり（民執三五条）、これはまさしく、債務名義成立過程における債務者の関与権の保障による、執行時における実体権存在の確定責任の転換を認めたものに他ならない。したがって、債務名義の存在で足りるといえるのは、決して実体権の存否と無関係に、債務名義と呼ばれる一定の文書そのものに執行を求める権限の根拠を見出す趣旨ではなく、債務者自身が関与して権利存在の外観を作出したが故に、債務者のイニシヤティブによってその不存在が確定されない限り、執行手続の実施のレベルでは、権利が存在すると扱うのが債権者・債務者間の公平に合致し、それ故にまた執行機関も債権者のため執行行為をなすべきだとの趣旨によるのである。」⁽¹⁾と。要するに、債務名義の成立等に関する債務者の手続保障がそれに基づく執行の正当性を担保する、というのである。

債務名義は強制執行の基本であり、これにより強制執行の実体的正当性が担保されるのであるが、民事執行法は、さらに、限定的にせよ、債務名義に表示された請求権に関する審査についての手続を定める。すなわち、かかる請求

権に付された条件の成就の有無、執行当事者適格、債務名義の有効性等の判断については、執行文の付与手続において行うべきものとし（民執二七条）、また、執行を開始するにあたり調査すべき確定期限の到来、反対給付などの実体判断については、執行機関の審査に委ねる（民執三〇条等）。このように強制執行では、債務名義の実体的正当性を確保するため、より慎重な手続が用意されているのであるが、さらに、債務者が債務名義成立後の弁済受領文書または弁済猶予文書を提出したときは、その債務者のために強制執行を一時停止すべきものとして（民執三九条一項八号）、執行手続内での簡易な救済方法を設けている。それでもなお、債務名義上の請求権の存在・内容等について異議のある債務者は、その異議を主張して強制執行の不許を求めることができる請求異議の訴え（民執三五条）が用意されている。

(イ) 以上に反し、目的物に対する執行の実体的判断の仕組みは、現行法上、極めて不完全であるといわざるをえない。つまり、執行開始時に、執行対象が債務者の責任財産に属する外観を有するか否かの判断を執行機関に任せ、しかもその判断は、登記等の外観に基づく形式主義を採用して、実体判断を許さない。しかし、しばしば指摘してきたように、それが執行対象の実体的適否を判断する仕組みとして不十分であるのであるが、それにも拘わらず、その形式的判断だけで、実体的適法性を確保しようとする。そして外観に基づく執行が債務者の責任財産以外の財産に対してする場合、あるいはその執行によって第三者の権利が侵害されて不利益を被る場合には、その第三者の方から、訴えを提起して執行の排除・是正を求めることができ、その判決手続で執行の実体的適否を確定する、というのである。しかし、それは、あくまでも、第三者が自ら積極的に訴えを提起した場合のことであり、その第三者異議訴訟が提起されて本案判決があることを前提として成り立つ理論であるに過ぎない。そして、現実には、第三者としては、不当執行により被る不利益よりも、訴訟に要する費用・労力その他の負担が大きい場合には、その不当執行の排除を求め

ず、不利益を受忍することも考えられる。いずれにしても、第三者が訴えを提起するか否かは、その自由意思に任されている。そうだとすれば、第三者異議訴訟は、不当執行により権利を侵害される第三者に対し、その救済の機会を保障したものである、とみるのが正鵠を得ているように思われる。⁽²⁾ 執行手続上、執行対象の実体的正当性の確保を完全なままにして、その確保をもっぱら第三者の訴え提起に委ねようとする考え方は、妥当でないように思われる。

(ウ) ところで、これまで竹下教授がしばしば強調してきたように、第三者異議訴訟（の制度的使命）は、目的物に関する執行の実体的適法性を保障する手段である、とか、強制執行の対象面での正当性を保障するためにある、とし、執行により権利侵害を受けた第三者を救済する必要がある、という事後的な理由に基づき認められたのではない、という。そして、第三者の実体的権利を侵害する可能性があるにも拘わらず、執行の開始を許すのは、その実体的当否を終局的に判断する第三者異議訴訟が当初から用意されているからだ、というのである。たしかに、教授の見解は、論理的であり、説得力がある。しかし、教授の見解によれば、結局は、第三者異議訴訟の制度的使命を担うのは第三者だということになるが、なにゆえに、その使命を第三者に担わせるのか、という根本的な問題がある。しかも、これまでしばしば指摘してきたように、訴えを提起するか否かは第三者の意思によること、その結果、例えば、同一事案の不当執行について、ある第三者は訴えを提起したが、ある第三者は訴えを提起しなかった、という事態を生ずることがあり、これらの不確定事由も、その制度的使命の判断基準としなければならない。これらの諸事情を勘案すれば、第三者異議の訴えは、権利侵害を受ける第三者を救済するために認められたもの、つまり強制執行によって権利を侵害され不利益を被る第三者に、その救済の機会を保障したのが第三者異議の訴えであり、その訴訟の結果として、執行の実体的正当性が確保されるに過ぎない、と解するのが、もっともその制度の実体に即しているものと考ええる。

三 第三者異議訴訟の存在意義を強制執行によって権利が侵害され不利益を被る第三者の救済手段である、と位置付けると、現行法のもとでは、執行対象に対する実体的審査は、登記・占有という外観による形式的審査に止まることになり、それだけでは、民事執行の実体的正当性、つまり実体権なくして民事執行を行ってはならないという要請に応えたことにはならない。これに応えるためには、執行対象の実体的適否について判断する仕組みを執行手続上策定する必要がある。あるいは、その仕組みを立法論的に考案してみる必要があるように思われる。

筆者は、制度上判決機関と執行機関とを分離させことそれ自体は合理的理由があるとしても、そのことのゆえに、執行機関に一切、実体的適否を判断する権能を認めない、ということまで強硬するものではない。この点、民執法も、限定的・形式的ではあるが、執行機関に実体的審査を委ねている条項がある（民執三〇条以下）。さらに、執行機関は、執行の実体的適否を判断する能力を有していない、という見解もあるが、現在では、そのような見解は通用しないであろう。すなわち、債務者の責任財産に属する外観（不動産登記・占有）が存するにも拘わらず、その財産が債務者の所有に属さないことが明白である場合には、執行機関は、執行の開始・続行を許すべきではない。つまり、差押えは回避されるべきであり、その後の手続きは取り消されるべきである。この点、不動産の強制競売手続において、売却により不動産の移転を妨げる事情が明らかになった場合には、執行裁判所が職権で、その手続を取り消すべきものと定める民執五三条の規定が参考になる。⁽³⁾ いずれにしても、執行対象に対する実体的正当性の保障は、国家が担当する当該執行手続内において確保されるべきであって、第三者の行為に委ねるべきではない。

(1) 竹下守夫「民法と民事執行法」民事執行法の論点（昭和六〇年、有斐閣）八頁・九頁。これと同旨の竹下論文には、「民事執行における実体法と手続法」民事執行における実体法と手続法（一九九〇年、有斐閣）五四頁・六二頁、同「民事執行の正当性と適法性の保障——民事執行の基本構造——」新堂幸司・竹下守夫編民事執行・民事保全法（一九九五年、有斐

閣）二二頁、同「民事執行の正当性と適法性の保障」新堂幸司・竹下守夫編民事執行法を学ぶ（昭和五六年、有斐閣）二二二頁がある。

(2) もっとも、第三者異議訴訟には、債務者との通謀によるものもある、と指摘するのは、村松俊夫「第三者異議事件について」民事裁判の諸問題（民事裁判研究Ⅱ）（昭和四二年、有信堂）一四三頁。

(3) 民執五三条は、部分的に第三者異議訴訟の機能と重複するものである、という見解もある（鈴木忠一・三ヶ月章編注解民事執行法（2）不動産執行（上）（昭和五九年、第一法規出版）一三四頁（内田龍））。