

# 「和解的執行（執行 ADR）」再考

—— ドイツ法・中国法の実務運用を手がかりとして ——

史 明 洲<sup>\*</sup>

- I はじめに
- II ドイツ法
- III 中国法
- IV 日本法
- V 検討：和解的執行の三つの類型

## I はじめに

本稿は、和解的執行に関する日本法の従来議論を再考するものである。現行の日本法は和解的執行に関する条文を一切置いていない。従来は、和解的執行に関する学説の議論も活発ではなかった。また、数少ない議論の中で、和解的執行の運用の中身をあまり意識せず、単に強制執行手続における和解的契機の重要性を論じる論稿が多かった。

しかし、強制執行手続は、あくまで私法上の権利を公権力により実現させる手続なので、当事者の意思自治がある程度存在するはずである。強制執行手続において和解的契機が潜んでいることは、理論上、比較的容易に導かれる。また、実務の中でも、強制執行手続の和解的解決が実際に存在するように思われる。それに対して、むしろ、「和解的契機」がいかなる場合に「和解的執行」に転化するか、という問題が重要であろう。和解的執行は、あくまで合意型手続で、債権者と債務者の両方にとってメリットがある場合に限って成立する。そうすると、ど

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第16巻第2号 2017年7月 ISSN 1347-0388

※ 中国政法大学民商経済法学部専任講師

んな場合に双方にメリットがあるかは、法律の「条文」よりも、実務の「運用」から浮かび上がる。そのために、単に法律の条文や制度の概要に止まらず、その実際の運用や社会的背景を含む制度の実情に立ち入る分析が求められる。本稿が「実務運用」を分析の中心にしたこと理由はここにある。

さらに、民事訴訟は当事者のためのサービスの制度であり、広義の民事訴訟の一部である強制執行も同様である。こういった公的サービスの性質を有する手続では、可及的に当事者の意思を中心とすべきである<sup>1)</sup>。このためには、単に当事者の間に自発的に行われた和解的運用だけではなく、何らかの手続機関を当事者の間に介在させて、和解的執行を促進する方法が考えられる。この場合には、どの手続機関に、どんな立場で、和解的執行の促進を担当させるか、という問題が生じる。本稿は、和解的契機の類型に応じて、複数の和解的執行の類型が存在するとの立場から、それぞれの類型において、手続機関の立場が異なり、担い手も変わると考える。言い換えれば、和解的執行を実施する手続機関は、「執行機関」だけではない。具体的には、支払猶予・分割弁済、事実上の調停、事実上の倒産処理といった三つの類型が混在する。執行官のほかにも、例えば、執行裁判所や調停機関などの民事手続法上の機関も、和解的執行において重要な役割を果たせると思う。

以上の問題意識のもとで、本稿は、和解的執行に関する明確な法的根拠を有し、実務運用に関する資料が比較的豊富なドイツ法と中国法を、比較法の対象に選んだ。まず、ドイツ法は、日本法の母法であり、2013年1月1日の民事訴訟法改正により、和解的執行を強制執行手続の一つの指導原理に引き上げた。その最新の實務は、日本法にとって示唆があることは言うまでもない(Ⅱ)。次に、中国法は、日本法とまったく異なる制度を採用する。すなわち、一つの債務名義につき、一つの強制執行手続しか開始されない、という独特な制度の建て方を有するので、個別執行である日本法やドイツ法に対して、「集団的処理」の特徴がある<sup>2)</sup>。そのために、執行機関の権限が強く、執行機関の主導による和解的執行が盛んに行われている(Ⅲ)。ドイツ法と中国法を考察した後、従来の日本法の議

1) 山本和彦「審理契約再論——合意に基づく訴訟運営の可能性を求めて」同『民事訴訟法の現代的問題』(有斐閣、2016年)184頁。

論（Ⅳ）を整理して、若干の検討をしたい（Ⅴ）。

なお、表題で使用する「和解的執行」と「執行 ADR」について、本稿における定義は次のものである。まず、広義の和解的執行である。和解的執行は、「和解的契機を含む強制執行手続の運用」一般を意味する。第三者の仲介を介さずに、当事者の間に自発的に行われた和解的運用、及び第三者が介在する和解的運用の両方を含む。このような抽象的で、制度全体をイメージすることを広義の和解的執行とする。次に、狭義の和解的執行である。広義の和解的執行のうち、第三者が介在する和解的運用、すなわち「執行 ADR」を狭義の和解的執行とする。本論文は、原則として、狭義の和解的執行を念頭に置いて議論を進める。

## Ⅱ ドイツ法

ドイツ民事訴訟法は、2013年1月1日に施行された「強制執行における事案解明の改革についての法律」により、金銭執行の総則の冒頭に手続の指導原理を設けた。その中で、第802a条1項は、「執行官は、迅速、完全かつ費用節約的な金銭債権の回収を目指す」とし、このような理想的な金銭債権の回収を実現する手段の一つとして、「事件の和解的解決（第802b条）を試みること」が掲げられている。さらに、立法者は、第802b条1項において、「執行官は、手続のあらゆる段階で、和解的解決に配慮しなければならない」と規定している。これらの条文を見る限り、和解的執行は、強制執行の指導原理に押し上げられていると言えよう<sup>3)</sup>。

ところが、ドイツ法における和解的執行は、一つの体系的理念として評価すべきであるが、「強制執行手続の効率化」というさらに大きな理念の下に置かれた

2) 史明洲「中国における強制執行手続の輪郭」一橋法学15巻3号（2016年）163頁以下参照。

3) ドイツ民事訴訟法第802b条を紹介する先行研究として、内山衛次「強制執行の和解的解決」民事訴訟雑誌第62号（2016）23頁以下がある。但し、内山論文は、同条の体系的地位について、「これにより、和解的解決は強制執行の指導原理へ押し上げられた」（同論文23頁）と評価したので、本稿の指向と異なる。そのため、本稿は原則として、ドイツ法の議論を直接に検討する。

二次的な理念である。すなわち、和解的執行は、確かに指導原理の一つとして成り立つが、より高次元の原則の下に置かれたので、独自の地位または独自の中身を有しない。また、強制執行手続の効率化という原則そのものは、強い効力を伴わない原則である。また、その理念は、二つの制限を受けているので、実務上の効果が限られている。第一に、和解的執行は、全面的に執行官の裁量に委ねる手続であるが、執行官の権限の範囲が狭く、かつインセンティブが足りない。実際に、和解的執行の量と質は、各執行官の個人差に大きく左右される。第二に、和解的執行の成立後に債務者の財産状況が変動し、かつ支払計画を遵守しない場合に債権者が被る不利益は、現行法では回避しがたい。このような不利益を合理的に回避できる方策を見出せない以上、債権者が和解的執行を認める事案は限られるであろう<sup>4)</sup>。

## 1 「強制執行手続の効率化」の手段として和解的執行

和解的執行は、強制執行の指導原理の一つとして成り立つが、強制執行手続の効率化という、より高次元の原則の下に置かれて、独自の地位または独自の中身を有せず、強制執行手続の効率化を実現するための手段にすぎない。ドイツ法における和解的執行を理解するには、強制執行手続の効率化を離れて、和解的執行を論じることは妥当ではない。このような原理の間の内在的関連は、2013年改正法の施行前には単に解釈上存在していたが、2013年改正法の施行後に第802a条1条により法典に取り入れられた。

### (1) 旧法：2013年改正法の施行前

執行当事者の間における和解的執行の促進は、2013年に施行された民事訴訟法改正の最も重要な課題の一つである<sup>5)</sup>。そこにおいて、和解的解決は、確かに強制執行のすべての段階における指導的な方針として位置づけられた<sup>6)</sup>。ただ、

---

4) 但し、ドイツ法における和解的執行の運用実態が芳ばしくないようであるが、主流の教科書またはコンメンタールを見る限り、必ずしも文献上確認されるわけではない。

5) Prütting/Geherlein, ZPO Kommentar, 11. Auflage, § 802b, Rn. 1 (Meller-Hannich).

6) BT-Drs 16/10069 S. 24.

執行官に与えられた和解的執行の促進義務は、新しい理念ではない。2013年に改正法が施行されるまでも、いくつかの条文があった。

第一に、動産執行の不奏功の場合の和解的執行である（旧第 806b 条）。和解的執行の中心的な条文であり、執行官はいかなる状況でも和解的かつ迅速な処理を目指さなければならないとされた（旧第 806b 条 1 文）。(1)執行官が和解的執行を認める要件として、「動産執行の試みの不奏功」、「債務者が短い期間内に債務を分割払いにより弁済できることについて、信頼できる説明をおこなったこと」及び「債権者が分割払いに同意したこと」の三つが求められる（同 2 文）。(2)前記の条件が満たされる場合に、執行官は、分割払いによる債権回収を行うことができるが、分割払いは原則として 6 ヶ月以内とする（同 3 文）。

この規定は動産執行の節に置かれており、かつ動産執行の不奏功が和解的解決の要件とされていたが、同条の実務運用において、動産の交換価値の一般的な低下により、動産執行の多くが不奏功に終わるから、債権者の同意による執行債権の分割弁済を債務者に広く許容するようになっていた<sup>7)</sup>。前記のように、法文上は、和解的執行が一つの独立した原理のように思われるが、代表的なコンメンタールの当時の版では、既に和解的かつ迅速な解決 (gütliche und zügige Erledigung) が強調され、「例えば、本条第 2 文の規定によって、書面による分割払いの合意が存在する場合に、和解的執行は、差押えまたは換価等の強制執行に優先する。一方、執行官は、和解的執行をもって、迅速な弁済を受ける債権者の利益に凌駕させてはならない。法律によって保障されている執行官の仲介的活動が満足できる結果をもたらさない場合に、迅速な強制執行を求める債権者の利益が優位に立つ」としていた<sup>8)</sup>。

第二に、動産差押えの奏功の場合の換価延期である（旧第 813a 条）。(1)執行官が換価延期を認める要件として、「債務者が債権者への弁済及び強制執行の費用に必要な金額を一年以内に支払うことを確約すること」及び「債権者が分割払いによる支払いを拒絶しないこと」の二つが求められる（同条 1 項 1 文）。(2)前記

7) BT-Drs 16/10069 S. 20.

8) Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 511-945, 3. Auflage, § 806b, Rn. 2 (Gruber).

の条件が満たされる場合に、執行官は、差押物の換価を延期して、分割払いによる債権回収を行うことができ、分割払いの一回の支払金額及び弁済時期は執行官の職権により定める（同文）。(3)執行官は、直近の支払期日の後に換価期日を指定することができる、既に指定した期日は、前記期日に移すことができる（同項2文）。(4)強制執行申立てにおいて分割払いによる弁済に債権者が既に（事前に）同意している場合を除いて、執行官は、換価の延期及び執行官が決めた一回の支払金額を債権者に遅滞なく通知しなければならない（同2項1文）。(5)通知を受けた債権者は、換価の延期について、異議を申し立てることができる。執行官は、債権者の異議申立てを債務者に通知し、その通知によって、換価の延期は終了する。この終了の効果は、債務者が完全又は部分的に支払いを遅滞する場合にも生じる（同項2文）。

この条文の目的は、換価猶予により差押動産の換価を回避し、債務者を保護することである<sup>9)</sup>。旧第806b条と異なって、旧第813a条は換価延期を認めるかどうかの裁量権を執行官に付与していない。すなわち、債務者による確約及び債権者による拒絶の不存在がある限り、執行官は、換価延期を実施し、分割払いの一回の支払金額及び弁済時期を定めるとする<sup>10)</sup>。確かに、この条文に関して、執行官のイニシアチブが排除されたため、第806b条のように和解的かつ迅速な処理を目指す執行官の義務は存在せず、和解的解決という理念が優位に立つ。但し、現行法においては、旧第813a条が削除され、換価猶予も執行官の権限に服するようになった（第802b条2項2文）。その意味では、強制執行の迅速性との関係も考慮されるべきであろう。

第三に、動産の差押えがされた場合に換価を停止する条項である（旧第813b条）。(1)執行裁判所が換価停止を認める要件として、「債務者の人物及び経済状況並びに債務の種類に従い、適当と認められること」及び「債権者の重要な利害に反しないこと」の二つが求められる（同条1項1文）。(2)執行裁判所は、命令により、債務者の申立てにより支払期間を定めて差押物の換価を一次中止することができる（同文）。裁判所は、民事訴訟法第732条2項の定める命令<sup>11)</sup>を発する

9) MünchKommZPO, a.a.O. (8), §813a, Rn. 1 (Gruber).

10) MünchKommZPO, a.a.O. (8), §813a, Rn. 8 (Gruber).

ことができる（同項2文）。(3)前記債務者の申立てが動産の差押え後の二週間以内になされたものでない場合は、執行裁判所は、債務者が手続を遅延させる意図をもって又は重大な過失により期間内に申立てをしなかったことについて、心証を得ると、実質的な審査を経ないで申立てを却下するものとする（同条2項）。(3)執行裁判所は、事情に従い、特に債務者が定められたとおりに支払いを履行しなかった場合に、債権者の申立てにより、換価停止命令を取り消して、又は内容を変更することができる（同条3項）。(4)換価停止命令は複数回の発令が許される（同条3項）。但し、換価延期の期間の合計は、差押え後の一年を越えてはいけない（同条4項）。(5)手続を著しく遅延させることがない場合に、執行裁判所は、換価停止命令の発令に先立って、相手方を審尋しなければならない。また、適切な場合において、執行裁判所は、和解的解決のために口頭弁論を命じることができる。(6)換価延期に関する裁判に対しては、不服を申し立てることができない（旧813b条5項）。

この条文の目的は、換価の停止により差押動産の換価を回避し、債務者を保護することである。また、換価停止のための裁判において、より包括的な和解的解決の契機が生じる。ただ、本条はあくまで換価停止であり、和解的解決そのものに関する条文ではない<sup>12)</sup>。

第四に、債務者名簿の登録猶予である。（旧第900条3項）(1)執行官が債務者名簿の登録猶予を認める要件として、「債務者が6ヶ月以内の分割弁済により債権者の債権を満足できることについて信頼できる説明を行ったこと」及び「債権者が同意したこと」の二つが求められる（同項1文）。(2)執行官は、宣誓に代わる保証の期日を前記分割弁済期間のすぐ後に設定し、または6ヶ月後までに延期することができる（同文）。(3)債務者は新しい期日において、少なくとも債権の四分の三を弁済したことを証明した場合に、執行官はさらに2ヶ月まで債務者名簿への登録を延期することができる（同項2文）。

11) 民事訴訟法第732条2項「裁判所は、裁判の前に、一時的な命令を発することができる。裁判所の命令は、特に担保を立て若しくは担保を立てずに強制執行を一時停止し、又は担保を立てる場合に限って継続できる。」

12) MünchKommZPO, aa.O. (8), §813b, Rn. 1 (Gruber).

この条文の目的は、債務者名簿への登録を猶予して、ブラックリストと呼ばれる債務者名簿への登録を回避し、債務者を保護するものである<sup>13)</sup>。

以上のように、2013年前の旧法は、第806b条、第813a条、第813b条及び第900条3項など、和解的解決に関連する条文を複数有していた。ただ、言い換えれば、強制執行事件の和解的解決は、原則として、法律が列挙した場面にしか行われなかった。

## (2) 改正法：2013年改正法の施行後

2013年の改正法は、旧法における複数の関連条文を削除して、それを新第802b条に統合した。新法は、「執行官は、手続のあらゆる段階で、和解的執行に配慮しなければならない(第802b条1項)」として、和解的執行は執行官の職権によって、強制執行の試みから債務者名簿への登録までのすべての手続段階で求められるようになった<sup>14)</sup>。執行官のすべての執行処分<sup>15)</sup>に適用され、財産情報(Vermögensauskunft)の取得の段階であっても例外ではない<sup>15)</sup>。さらに、たとえば債務者名簿の登録後でも、執行官の任務が終了したとは考えられず、この段階でも分割払いの協定を締結することができる<sup>16)</sup>。第802b条は、和解的執行について、体系的な地位を獲得したといえる<sup>17)</sup>。

なお、新法のもとで、ドイツにおける強制執行の標準的な流れは以下のようなものである<sup>18)</sup>。(1)債権者が管轄権のある執行官に強制執行の申立てを行い、執行官が債務者に履行を求め、または債務者の所在地を探知して(第754条、第755条)、履行を求める。(2)債務者が任意に履行し、または分割払いの合意(802b条2項)がなされる場合には、事件が処理される。但し、債権者が和解合

---

13) ドイツ法における債務者名簿に関して、青木哲「ドイツ法からみた金銭執行の実効性確保」三木浩一編『金銭執行の実務と課題』(青林書院、2013年)193頁以下参照。

14) BT-Drs 16/10069, S. 2.

15) Hergenröder, Gütliche Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip (Teil 1), DGVZ 2012, 106, 108.

16) Harnacke/Bungardt, Probleme mit dem neuen Recht—Lösungen anhand von Beispielfällen, DGVZ 2013, 1, 10.

17) Prütting/Geherlein, a.a.O. (5), § 802b, Rn. 2 (Meller-Hannich).

18) Prütting/Geherlein, a.a.O. (5), § 802a, Rn. 3 (Meller-Hannich).

意に異議を申し立て、もしくは債務者が履行遅滞に陥る場合は、執行猶予の効果が消滅する（第802b条3項）ので、強制執行手続が続行する。(3)執行官による履行の要請に債務者が応じない場合には、債務者に財産情報を開示する義務が生じる（第802c条、第802f条）。(4)情報開示義務の履行を拒絶した債務者は、債務者名簿に登録される（第882c条1項1号）ほか、制裁として監置を命じられることがある（第802g条）。(5)債務者が財産情報開示義務を拒絶したとき、執行官は、第三者情報により財産情報を取得することができる（第802i条）。また、債務者が宣誓に代わる保証を行って、財産情報を開示したにもかかわらず、開示された財産をもって債権者の債権を完全に満足できない場合も、同様である（第802l条）。(6)財産開示により、債権者の債権を完全に満足できるほどの財産が現れていない場合には、執行官は改めて分割払いの合意を考慮することができる。(7)最後に、第三者情報を取得しても、債権者の債権を完全に満足できるほどの財産が現れていない場合には、債務者が債務者名簿に登録される（第882c条1項1号、2号）。

上記のような標準的な流れの中から和解的執行に着目してみると、(1)債権者は「強制執行の申立て」において、和解的執行を事前に排除できるほか、最低条件（各期の最低弁済額や最長の弁済期間など）を弁済計画に加えることができる<sup>19)</sup>。債権者が和解的執行を排除した場合に、債務者は苛酷執行禁止の一般条項（765a条）<sup>20)</sup>に基づき、救済を求める可能性が残っている<sup>21)</sup>。但し、債権者は、執行官が提示した和解的執行の合意を拒否する自由があるが、執行官が和解的執行を目指す行動そのものを拒否することができない<sup>22)</sup>。(2)債権者が和解的執行を事前

19) BR-Drs. 304/08 S. 53.

20) ZPO 第765a条1項「強制執行の処分が、債権者を保護する必要を十分に尊重しても、なお全く特殊な事情のため善良な風俗に合致しない苛酷なものであるときは、執行裁判所は、債務者の申立てにより、処分の全部もしくは一部について取り消し（aufheben）、禁止（untersagen）または一時停止（einstweilen einstellen）をすることができる。執行裁判所は、七三二条第二項（引用）に規定した命令を発することができる。処分が動物に関するものであるとき、執行裁判所は、自ら考慮をなすにあたり動物に対する人の責任を考慮しなければならない。」、2項—5項は省略する。

21) Mroß, *Anwälte müssen umlernen: Neue Möglichkeiten in der Zwangsvollstreckung*, AnwBl 2013, 16, 17.

22) Musielak/Voit, ZPO, 13. Auflage, §802a, Rn. 2 (Voit).

に排除しなかった場合には、執行官は、強制措置により生じる不利益な結果を債務者に示唆し、その任意履行を勧告する<sup>23)</sup>。和解的執行の交渉は執行官の職権行為で、債権者の特別な申立ては必要とされないが、債権者が和解的執行のみを望みたい場合に限って、特別な申立てをする必要がある<sup>24)</sup>。(3)そこで、債務者が和解的執行の交渉に応じて、金額及び時期の確定された支払いを実行できる旨の信用できる説明をしたときに限り、執行官は債務者に対して、支払期限を認めまたは一部履行(分割払い)による弁済を許すことができる。(4)支払計画が確定された場合には、強制執行は猶予される。弁済は、12ヶ月以内に完結するものとする(第802b条2項)。ただ、「12ヶ月以内」は為条項(soll-Vorschrift)で、強行法規ではない<sup>25)</sup>。(5)執行官は、第2項の規定に基づいて定められた支払計画及び支払猶予を遅滞なく債権者に通知する。債権者が遅滞なく異議を申し立てた場合には、支払計画は、債務者への通知とともに効力を失い、それと同時に支払猶予は終了する。債務者が定められた支払いの全部または一部を二週間以上遅滞しているときも、同様とする(第802b条3項)。

前記の標準的な流れが示すように、執行官は、債権者が、例えば動産の差押えだけを申し立てており、和解的解決を明確に申し立てていない場合でも、まず最初に、執行当事者間で和解的解決を図るように務める。これは、立法理由書が、第802a条2項1文の各号は通常の執行経過の順序に従うとすることからも明らかである<sup>26)</sup>。ただ、もう一方で、標準的な流れは絶対的ではなく、債権者は申立ての中で執行措置の内容を制限することができるほか、執行官は、複数の執行処分及び順序を選択することができる<sup>27)</sup>。ここで重要なのは、執行官が手続の各段階において、手続を次の段階に進めるか、それとも和解的執行を仲介するかである。すなわち、債務者は、弁済能力と弁済の予定について、信用できる説明を行わなければならない。執行官は、債務者の説明を聴取し、信用性の有無を判

23) Thomas/Putzo, ZPO, 36 Auflage, § 802b, Rn. 1 (Seile).

24) Prütting/Geherlein, aa.O. (5), § 802b, Rn. 1 (Meller-Hannich).

25) BT-Drs 16/10069, S. 24.

26) BT-Drs 16/10069, S. 24.

27) Becker-Eberhard, Weitere Aufgaben für Gerichtsvollzieher/-innen—was ist rechtlich möglich und was (noch) nicht?, DGVZ 2014, 209, 214.

断する。そこで、信用性がある場合のみ、執行猶予を命じる。履行能力がある場合と履行能力のない場合の仕分けだと思われる。ただ、その判断に際して、「疎明（gläubhaft darlegen）」することで十分であり、「正式の証明手続（die förmlichen Beweisregel）」が適用されないため、簡易かつ迅速な判断が可能である<sup>28)</sup>。執行官は、効率的な執行（eine Effektivierung der Vollstreckung）と合意的解決（gütliche Erledigung）という任務を両立させながら<sup>29)</sup>、「債権の満足可能」と「債権の満足不可能」を手続の中で仕分けしていく。債権者の債権が満足されうる場合に限り、和解的執行の合意が試みられ、債権者の債権がもともと満足されない場合は、手続が素早く先に進み、最後に債務者名簿への登録にたどり着く。

## 2 課題その一：執行官のインセンティブと権限の不足

和解的執行の実施は、第 754 条 1 項の授權により執行官の固有の執行措置とされ<sup>30)</sup>、また、債権者により排除されてはならないとされている<sup>31)</sup>。さらに、法律は執行官に広範な裁量権を付与し、「和解的執行を試みるかどうか（Ob）」<sup>32)</sup>、「和解的執行の内容をいかなるものにするか（Wie）」<sup>33)</sup>の両面で執行官の裁量権を認めている。但し、その一方、裁量権の大きさのわりには、執行官のインセンティブ及び権限は大きくない。

### (1) 執行官のインセンティブの不足

執行官が和解的執行の試みにより得られる手数料収入は、2017 年 3 月末現在、16 ユーロ（約 1800 円）である（強制執行費用法附表第 207 号）。業務にかかる労力とコストを考慮すると、平均的な執行官にとって、この僅かな金額がインセ

28) Thomas/Putzo, a.a.O. (23), § 802b, Rn. 3 (Seile).

29) Thomas/Putzo, a.a.O. (23), § 802b, Rn. 4 (Seile).

30) Thomas/Putzo, a.a.O. (23), § 802b, Rn. 5 (Seile); Gothe, Zahlungsvereinbarungen nach § 802b ZPO, DGVZ 2013, 197, 200.

31) Musielak/Voit, a.a.O. (22), § 802a, Rn. 3 (Voit). 但し、後述のように、債権者は「和解的執行の合意」を拒絶することができる。Musiellak/Voit, a.a.O. (22), § 802b, Rn. 14 (Voit).

32) Seibel, Zwangsvollstreckungsrecht aktuell, 3. Auflage, S. 25 (Wilhelm).

33) Seibel, a.a.O. S. 26 (Wilhelm).

ンティブになるかは懸念されるべきであろう。実務では、労力とコストを節約するために、合意に向ける交渉は、場所を限定しないとされている。即ち、債務者の住居を訪ねて面会の方法による合意交渉は望ましいが、電話やFAXでの交渉も許される<sup>34)</sup>。それに、旧第806b条に代わって制定された第806b条は、旧第806b条の「執行官は債権者が同意すれば分割弁済金を取り立てるべきである」という規定を削除し、執行官の分割弁済金取立義務をなくした。文献上、同内容を削除する立法者の意図は確認できないが、執行官の負担軽減が理由ではないかという推測が可能であろう。なお、執行官は、和解的解決に努める権限（第802a条2項1文）を行使し、支払いを受領し、これを債権者に交付することは現行法でも可能である<sup>35)</sup>。旧法下の実務では、執行官は、支払合意の締結後に最初に支払われる分割弁済金のみを取り立て、その後の取立ては、執行資料を返還したうえで債権者に委ねる、という実務運用がなされて、今後もそれが継続されるとの指摘がある<sup>36)</sup>。しかし、取立義務が削除された以上、当該運用が執行官の個人差に左右されることは、間違いないであろう。

## (2) 執行官の権限の不足

まず、現行法は、手続法上の効力と実体法上の効力を分断し、前者は執行官の専権とし、後者は債権者と債務者の私法上の合意に任せている。両者の効力を結合させる権限は債権者にある。具体的には、手続法上の効力について、法律は、期限の猶予 (eine Zahlungsfrist) 及び分割払い (eine Tilgung durch Teilleistung) を和解的執行の合意内容 (第802b条2項1文) とし、執行官の権限により、手続法上の効果を生じさせる<sup>37)</sup>。支払合意 (Zahlungsvereinbarung) は、執行官の仲介によって、債務者と債権者の間で締結された手続契約である<sup>38)</sup>。この合意は、手続契約としての効力しか認められず、実体法上の支払猶予の法的

---

34) Zöller/Stöber, ZPO, 31. Auflage, § 802b, Rn. 5 (Stöber).

35) Zöller/Stöber, a.a.O. (34), Rn. 12 (Stöber).

36) Hergenröder, Gütliche Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip (Teil 1), DGVZ 2012, 106, 110.

37) Prütting/Geherlein, a.a.O. (5), § 802b, Rn. 1 (Meller-Hannich).

38) Zöller/Stöber, a.a.O. (34), Rn. 11 (Stöber)

効果は生じず<sup>39)</sup>、また、実体法上の支払猶予の法的効果が生じないため、和解的執行にかかわらず、利息が発生する<sup>40)</sup>。その一方、実体法上の効力については、債権者と債務者の間で通常の私法上の契約を締結することができるが、この契約は、手続法上の効果をもたらすことはない。けだし、第 754 条 1 項が、第 802b 条により執行官の高権的活動にしか手続法上の効果を認めていないからである<sup>41)</sup>。ただ、法律は、手続法上の効果と実体法上の効果との結合を認めないわけではない。例えば、債務者が和解的執行のために担保を提供するという実体法上の義務の履行を、手続契約の条件とすることができる<sup>42)</sup>。その意味では、両者の効果の連携は可能であるが、その連携を実現させる権限は、執行官に存在しない。なお、前記の理解に対して、学説の中で、第 802b 条の規定は例示規定に過ぎず、執行官の権限はそれに制限されないとするものがある（非限定説）。しかし、その理解によれば、執行官の法的地位が「債権者と債務者の両方の受託者」であり、執行官を公法的な機関とする現行法と相容れない<sup>43)</sup>。

次に、現行法は、和解的執行の効力の消滅について、執行官の関与を排除している。すなわち、債務者が決められた支払金額の一部または全部を支払期日の二週間以内に納付できなかったとき、債務者の帰責事由の有無にかかわらず、執行猶予の法的効力が自動的に（*automatisch*）消滅する（802b 条 3 項）。このときに、強制執行の続行を阻止するためには、債務者は、改めて債権者と実体法上の契約を締結しなければならない<sup>44)</sup>。

以上のように、和解的執行の実施において、執行官が権限を駆使し、柔軟に手続運営を行うことは、事実上かなり制限されている。

---

39) BT-Drs 16/13432, S. 42f; BT-Drs 16/10069, S. 24

40) BT-Drs 16/13432, S. 50.

41) Prütting/Geherlein, a.a.O. (5), § 802b, Rn. 1 (Meller-Hannich).

42) Musielak/Voit, a.a.O. (22), § 802b, Rn. 11 (Voit).

43) Becker-Eberhard, a.a.O. (27), 213. なお、本稿の見解と違って、内山教授は、非限定説を通説として捉えている。内山衛次・前掲注 3) 25 頁。

44) Thomas/Putzo, a.a.O. (23), § 802b, Rn. 7 (Seile).

### 3 課題その二：債務者の財産状況変動の危険性

支払計画の期間中に、債務者の財産状況が債権者にとって不利な方向に変動する危険性は常に存在する。特に、債務者が財産を処分すること、及び競合債権者により債務者の責任財産に対する強制執行が実施されることが、典型的な例である。仮に最終的に債務者が支払合意を遵守しなければ、和解的執行の効力が消滅しても（第802b条3項）、債務者の財産状況に著しい変動が生じたため、もはや債権者は満足の機会を逸し、大きな不利益を被ってしまう<sup>45)</sup>。これらの場合を考えると、執行官が債権者に納得できる支払合意を提示し、債権者の異議申立てによる和解合意の拒絶を避けるように配慮することは、決して容易ではない。債務者の財産状況変更による不利益を回避する手段は主に以下の二つ考えられるが、いずれも現行法では無理がある。

#### (1) 財産差押の並行実施

債権者は、先に債務者の動産を差し押さえてから、和解的執行の合意に応じることができる<sup>46)</sup>。これにより、債務者が合意を遵守しない場合でも、債権者は換価により優先権を確保できる<sup>47)</sup>。しかし、通常、動産の換価価値が希薄で、かかる措置の実効性は乏しいと言わざるをえない。なお、和解的執行の合意の締結前に、債務者の債権を差し押さえることが考えられるが、債権執行は執行官の管轄ではないうえ、時間がかかることもある<sup>48)</sup>。差押・移付命令の第三債務者への送達（第829条2項）はその者に債務者の状況を知らせるため、債務者の保護の趣旨に相反するであろう。さらに、不動産執行についても、執行官は管轄を有しない。執行官主導の和解的執行との連携は考えにくい。このように、財産差押の並行実施による債務者の財産状況変動の危険性の回避は、実効性の問題が大

---

45) Hergenröder, *Gütliche Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip* (Teil 2), DGVZ 2012, 129, 129.

46) Hergenröder, *Gütliche Erledigung der Zwangsvollstreckung als Leitprinzip* (Teil 1), DGVZ 2012, 106, 110.

47) Hergenröder a.a.O. (45), 129f.

48) Schwörer, *Rechtsnatur und Gestaltungsmöglichkeiten der gütlichen Erledigung nach Reformder Sachaufklärung*, DGVZ 2011, 78, 81.

きく、また強制的な差押えは、そもそも債務者の協力を必要とする和解的解決の基盤を破壊する可能性を持つとの指摘もあり得る<sup>49)</sup>。

## (2) 担保の設定

契約による担保の設定は、強制執行による差押えとは異なり、公示されることはなく、第三者に知られずに行うことができる。動産譲渡担保（Sicherungsübereignung）では、設定者である債務者は担保の目的物を引き続き使用して利益を得ることが可能であり、第三者は債務者の状況を知ることがない。また、担保のための債権譲渡（Sicherungsabtretung）は、通常、債務者の給付能力に問題があるとの印象を第三者に抱かせないために、債務者にとって自分の財産状況を知られたくない第三者の関与なしに行われる。これにより、債務者の労働所得が担保のために譲渡される場合は、差押えの場合と異なり、債務者が解雇されるおそれもない<sup>50)</sup>。もっとも、債権者は、第三債務者が譲渡について知ることなくその義務を履行した場合に、第三債務者に対して新たに義務の履行を要求することができず、自己に対するその効果を認めなければならないから（ドイツ民法第 407 条 1 項）、不利益を被ることがある<sup>51)</sup>。

但し、担保の設定は、現行法が定める執行官の権限に抵触する。担保の設定は、あくまで実体法上の契約により行われるもので、第 802b 条は、そのような権限を執行官に付与していない。この問題を解決するために、学説の中では、担保の設定に際する執行官の活動を二分して考えるものがある。すなわち、執行官は、まず高権的な執行機関の権限を行使し、債務者と債権者との間で仲介人として活動する（第 802b 条 1 項）。次に、高権的な活動（die hoheitliche Tätigkeit）とは別に、執行官と債権者とが私法上の信託契約（Treuhandvertrag）を締結し、執行官は第 802b 条の執行機関ではなく、信託の受託者として活動する<sup>52)</sup>。しかし、このような契約により、執行官の活動には高権的な活動と私法上の活動が混在す

49) Hergenröder a.a.O. (45), 130.

50) Hergenröder a.a.O. (45), 131.

51) Hergenröder a.a.O. (45), 132.

52) Schwörer, a.a.O. (48), 83.

ようになり、特に、仮に執行官にインセンティブを与えるために高い報酬を設定すると、執行官の報酬に関する法律規定を逸脱するではないかという不都合が生じうる<sup>53)</sup>。

#### 4 小括

以上の紹介が示したように、ドイツ法における和解的執行には、次の特徴がある。

第一に、現行法の和解的執行は、本質的に債務者保護のための制度ではなく、債権者保護のための制度である。将来の支払能力がある債務者に限って、支払猶予・分割弁済が認められる。債権者の債権が満足されうる場合にだけ、和解的執行の合意が試みられ、債権者の債権がもともと満足されない場合は、手続が素早く先に進み、最後に債務者名簿への登録にたどり着く。また、将来の支払能力がある債務者について、債権者にとっても将来の給付という利益があるので、債権者と債務者の利益が合致する。

第二に、現行法の和解的執行は、期限の猶予と分割弁済に関する内容のみ、執行官に合意調達の権限を付与し、手続法上の効果を生じさせる。執行官の権限が非常に限定されている。また、細かい調整が予測される和解的執行に対して、執行官が得られる手数料が少額である。筆者は、教科書、コンメンタールまたは実務解説書において和解的執行の実効性に関する評価の記述を発見できなかったが、少なくとも頻繁かつ積極的な運用は考えられにくいであろう。事実上、執行官の個人差により、運用の実態が分かれることが予測される。

第三に、債権者の視点からみて、債務者の財産状況変動の危険性を回避する手段が乏しい。そのため、和解的執行の利用を拒否する権利がある債権者が、あえて和解的執行の利用を求める場面は、債権者の個人差にもよるが、それほど多くないと予測される。

---

53) Musielak/Voit, a.a.O. (22), § 802b, Rn. 6 (Voit).

### Ⅲ 中国法

和解的執行に該当する制度として、中国法では、「執行和解」というものがある。この執行和解は、「包括執行に準ずる執行」という中国法の制度の特性のもとで成り立つ強制執行手続の和解的運用で、本稿では、中国語表記のまま、「執行和解」と称する。

#### 1 執行和解の運用の概要

中国法の強制執行は個々の債務者財産からの債権者の満足を目的とする個別執行ではなく、債務者の全責任財産を対象とする執行である。一個の債務名義につき、一個の執行手続しか開始されないので、特定の債務名義について最初に強制執行手続に着手した執行機関が包括的な執行機関となる。それに加えて、この執行機関は広範かつ強力な債務者財産探索権限を有し、どの債務者財産を差押・換価するかの選択も、債権者の権能ではなく、執行機関の権限とされる<sup>54)</sup>。こういった背景のもとで、執行和解は概ね以下の段階を経て、成立に向かう（なお、文献上示されたことではなく、複数の執行裁判官に対する筆者の聞き込みによる）。

第一に、執行機関は、第三者照会などの財産調査によって、債務者の全責任財産の状況にある程度究明し、即時に債務者の全責任財産を換価しても、債務名義における給付請求権の全額実現が見込めないと判断する場合、個々の財産に対する執行処分を試みる前に、または一部の財産に対する執行処分を試みてから、債務者の財産状況の現状を債権者に知らせて、執行和解の利用を示唆する。

第二に、債権者は執行機関からの財産状況報告を受けて、執行和解による解決が望ましいと判断する場合、自ら、または執行機関の仲介により、債務者と交渉する。債権者にとっては、債務者との間の民事上の権利関係を適切に調整することに合理性が生じる場面が度々あり得る。そのような合理性は多種多様であるが、次の典型的な適用場面が考えられる。例えば、債権者が債務者に分割弁済を認め

---

54) 史明洲・前掲注2) 164頁以下。

ることで、当該債務者の事業または経済生活の再生を待つて、より高い弁済総額を期待できる場面である。また、債務者の所有する工場建物や生産設備などに簿価上の価値があるが、買い手が少なく、財産換価にかなりの時間が費やされる場合に、債権額の減額を承諾し、強制競売や任意売却を待たずに、債権満足を受ける場面である。さらに、債権の減額や期限の猶予を譲歩し、債務者の関連会社や親族から担保を引き出すことも考えられる。

第三に、債権者と債務者の間に合意が調達された場合に、その合意は法的効力を有するものになる。執行和解の法的効果を得るには、執行和解契約を締結しなければならない。この契約の形式は任意であり、原則として書面によるべきであるが（1998年執行規定第86条2項前段）、口頭による契約も効力が認められる（1998年執行規定第86条2項後段）。但し、執行和解契約は直ちに執行停止の効果を生じさせるわけではない。そこで、債権者は、執行和解契約締結の事実を執行裁判所に報告し、かつ強制執行申立てを取り下げ、または強制執行手続の停止を申し立てなければならない（2015年民訴法解釈第466条前段）。執行裁判所は、取下げまたは停止の申立てを受け、当事者の真実の意思により締結された執行和解契約であること、及び公序良俗等に違反しないことを審理して、執行和解の許否を判断し、執行裁判所が執行和解を許可した場合に、執行和解の効力が生じる。（2015年民訴法解釈第466条後段）。債権者が強制執行申立ての取下げを申し立て、執行裁判所がそれを許可した場合には、既に行った執行処分を取り消して、強制執行手続の効力を遡及的に消滅させる。それに対して、債権者が強制執行手続の停止を申し立て、執行機関がそれを許可した場合には、既に行った執行処分は取り消されないが、新たな執行処分はもはや許されず、強制執行手続が停止となる。つまり、執行和解は、当事者の合意により強制執行手続の遂行を阻止する。

以上のように、中国法の執行和解は、強制執行手続の中で、債権者と債務者に利害調整の場を提供し、その再交渉の結果に法的効力を与えるものである。すなわち、執行和解の法的効力の成立に至るまでの交渉過程が、最も大きな特徴だと思われる。

## 2 執行和解の態様

中国法の実務では、執行和解が成立する事件は主に二つの種類がある。

### (1) 現在資力不足型

現在資力不足型とは、債務者に現に十分な弁済能力がない事例である。この場合、早期の執行処分によって債務者の責任財産の「現在価値」を確保したほうが合理的に見えるが、しかし、場合によっては、支払資力を一次的に失った債務者に時間的猶予を与えると、事業や生活を立て直す余地がある場合に、その債務者の責任財産の「現在価値」より「将来価値」のほうが、債権者により高い弁済率をもたらすことがある。特に、中国法の執行和解は、第三者照会などの財産開示によって、債務者の全責任財産の状況のある程度究明した段階で行われる手続なので、債権者からみて、一種の事実上の再建型倒産処理に近い。ここで、債務者の財産を換価しても完全な債権満足を得られない債権者は、支払猶予、分割払い、一部元本債務・利息の免除や換価延期など、様々な執行和解の態様を自らの意思で選択し、それを債務者に認めることができる。例えば、以下の事例が考えられる。

#### 【事例 1】支払猶予・分割払い<sup>55)</sup>

債権者 X は、請負代金の未払いを理由とし、債務者 Y に対して、強制執行手続を申し立てた。しかし、Y は、訴外 A から賃貸した営業中のホテルに取り付ける設備や備品等の動産を除けば、執行目的財産となりうる財産を所有していない。動産執行により、設備・備品に対する強制執行があり得るが、債務者 Y の営業に大きな打撃を与えることは言うまでもなく、動産執行の換価率が極めて低いため、債権者 X にとっても、債権の満足を受けられる得策ではない。

債権者 X と債務者 Y は、担当執行裁判官の主導のもとで、支払猶予及び分割払いを内容とする執行和解契約を締結した。本件執行和解の後に、債務者 Y の経営が順調に回復し、債権者 X の債権は執行和解により完全な満足を受けた。

#### 【事例 2】一部元本債務・利息の免除<sup>56)</sup>

55) 董皞編『強制執行策略与方法』（人民法院出版社、2009年）244頁。

原告 X は被告 Y に対して、江蘇省宿遷市人民法院において契約に基づく金銭の支払請求訴訟を提起した。第一審の江蘇省宿遷市人民法院は、被告 Y に対して、「一、原告 X に 424 万人民币を支払え。二、契約締結日から本判決が確定する日までの期間に応じ、中国人民銀行の貸出金利に準じる利息を支払え。」という判決を下した。被告 Y が控訴し、控訴審の江蘇省高級人民法院は Y の控訴を棄却し、判決が確定した。X は執行裁判所に強制執行手続の開始を申し立てた。

強制執行手続において、X・Y は以下の執行和解契約を締結した。「一、Y が X に 385 万人民币を支払い、元本の残債務及び利息は免除する。二、X は Y からの支払いを受けてから、直ちに執行裁判所に対して Y の銀行口座に対する差押処分を取消しを申し立てる。三、Y が執行和解契約を履行しない場合に、一日あたり 3000 人民币の違約金を X に支払う。」

【事例 3】換価の猶予<sup>57)</sup>

原告 X は被告 Y に対して、金銭支払請求訴訟を提起し、勝訴判決を獲得した(判例集不登載のため、審理過程は不明)。X は執行裁判所に強制執行手続の開始を申し立てた。

強制執行手続において、執行裁判所は Y 所有の土地と土地に建てられた建物等を差押えた。執行裁判所の差押処分を受けて、Y は任意売却を念頭に X と協議し、以下の執行和解契約を締結した。「一、差押不動産の強制競売手続を一時的に停止し、債務者 Y が自ら買受人を探すことを許される。二、強制競売の停止は 2 ヶ月を限度とし、債務者 Y が 2 ヶ月以内に買受人を見つけない場合には、債権者 X が執行裁判所に停止された強制執行手続の続行を申し立てることができる。」

(2) 事実上の調停型

事実上の調停型とは、執行裁判所が中立的な第三者として、債権者と債務者の和解を仲介する事例である。この類型の事例は、実に多種多様であるが、例えば、

---

56) 江蘇省高級人民法院 (2015) 蘇執複字第 00075 号、最高人民法院「中国裁判文书網」掲載事件。

57) 最高人民法院 (2015) 執申字第 39 号決定、最高人民法院「中国裁判文书網」掲載事件。

以下の二種類が典型であろう。

第一に、債務名義に表示された給付請求権が強制執行に馴染まない事案である。この場合、債務名義に表示された債権をそのまま実現させることは難しいと思われる。例えば、特定物の返還請求権に対する強制執行では、特定物の消滅など、物理的な理由で引き渡しができない場合、債権者に損害賠償訴訟をもう一度提起させるより、強制執行の段階で金銭賠償の和解案を達成したほうが効果的だと考えられる。

【事例 4】 給付債務再調整<sup>58)</sup>

債権者 X は、債務者 Y1（不動産業）・Y2（小売業）との間、債権者 X が債務者 Y1 から某大規模商業施設の特定の区分を購入し、債務者 Y1 が当該区分を Y2 に転貸し、Y2 が賃料等を月ごとに債権者 X に支払う契約を締結した。ここで言う「某大規模商業施設の特定の区分」は、分譲マンションに類似し、ショッピングモールを分譲する販売方法である。分譲マンションの場合には、壁という物理的な分割物により財産の所在を特定するのに対して、分譲商業施設は、図面上特定できるほか、床に設置される釘などの標識物により特定される。

前記契約が成立した後に、債務者 Y1 と Y2 が債務不履行に陥り、債権者 X は訴えを提起して、賃貸借契約を解除し、本件係争不動産を X に引き渡すほか、滞納賃料及び遅延利息等の支払を求めた。この訴訟において、債権者 X が勝訴し、裁判所は、Y1・Y2 に対して、債権者 X へ本件係争不動産を引き渡し、滞納賃料及び遅延利息等を支払うように命じた。その後、債務者 Y1 と債務者 Y2 が任意に履行せず、X は執行裁判所に強制執行手続の開始を申し立てた。

しかし、本件において、債務者 Y1・Y2 は所有者 X の同意を得ずに、本件係争不動産所在の商業施設の区画整理を行った。それにより、各区分を識別するための標識物が物理的に消滅し、本件係争不動産の特定が著しく困難となった（なお、存在するはずの図面について、引用した文献は詳細に説明しないが、隠匿または滅失したものと推測できる）。即ち、引渡執行の対象物が不明となった。債務名義の定める引渡義務をそのまま執行する限り、執行不能に陥る可能性が高か

---

58) 董皞編・前掲注 55) 244 頁。

ったため、本件の担当執行裁判官は、引渡執行から金銭執行への転換を提案した。その提案によると、Xは本件係争不動産を訴外第三者Aに売却し、不動産の売却代金を受領するほか、滞納賃料及び遅延利息等の債務は変更されず、Y2がXに支払う。X・Y1・Y2は和解案を受け入れて、執行和解契約を締結した。

第二に、債務者の債務不履行が、弁済能力に起因するものではなく、当事者の間に感情的な対立があったために生じた事例である。つまり、債務者は払えないわけではないが、払いたくないということである。このような事例は、当事者には、本質的な意見対立がなく、もし訴訟段階で十分かつ率直な意思疎通があれば、もともと友好的に解決できる事件である。例えば、隣人訴訟や親族間の訴訟など日常の誤解が積み重ねられた紛争または大半の取引関係の訴訟がそれに当たる。しかし、この種の事件に対して、強行な執行処分を行った場合、表面に浮かんだ紛争は一時的に解決できるものの、実際の紛争を激化させることもある<sup>59)</sup>。そうすると、強制執行手続の中で改めて和解的解決の契機を設けて、事実上の調停による解決が望ましいとされる。

### 3 実務の利用状況

中国法の実務では、執行和解の利用率は比較的高い傾向にあり、2016年現在、各地域ごとに状況が異なるが、凡そ10%—30%台だと推測される。また、執行和解の活用率は司法政策の影響を受けやすく、三つの段階に分けることができる。

第一に、2006年までの時期である。2006年までは、執行和解の運用は司法実務の自発的な需要に委ねて、司法政策の積極的な影響を受けていなかった時期である。最高人民法院の公式統計によれば、1997年から2001年までの5年間に、既済事件における執行和解による解決の割合は12.48%である<sup>60)</sup>。また、下級裁

59) また、自然人間の事件や取引関係の事件は、訴額が相対的に低いものが多いので、軽い事件(軽案)に分類されることがある。法社会学の視点から考察すれば、中国法には「重案」と「軽案」を分けて考える慣習がある。つまり、いわゆる「重案」の場合、法の厳格適用が要求される一方、いわゆる「軽案」の場合、臨機応変の対応が求められ、教諭型調停と関係者説得によって解決される。この理論については、季衛東『超近代の法』(ミネルヴァ書房、1999年)151頁以下が詳しい。

60) 最高人民法院執行弁公室編『強制執行指導与参考』(法律出版社、2003年)第3号327頁。

判所の統計データでは、2002年から2004年までの3年間に、福建省の裁判所における当該割合が10.7%<sup>61)</sup>、2004年から2007年までの4年間の、広東省珠海市香洲区裁判所における当該割合が12.5%である<sup>62)</sup>。即ち、この時期は10%台前半が客観的な数字である。

第二に、2006年から2013年までである。胡錦濤国家主席（当時）は、「和諧社会（調和の取れた社会）」の理念を提唱し、2006年10月11日に中国共産党第16回中央委員会第6次会議は「社会主義和諧社会の構築に関する若干の重要問題の決定」を議決し、それを受けて、最高人民法院が2010年7月に発布した「調解優先・調判結合の原則をさらに徹底させる若干の意見」（法発2010年16号）を発布した。「調解優先・調判結合の原則をさらに徹底させる若干の意見」第7条は各裁判所に対して、「強制執行事件の和解的解決に努めなければならない。当事者への説得と執行処分を併用し、執行和解の成立を促進すべきである」と促した。即ち、強制性のある執行処分に較べて、当事者の合意により達成した執行和解のほうが、もっと「調和が取れる」であろうという。この司法政策の転換に影響されて、既済事件における執行和解による解決の割合は、湖南省が2010年にまだ29.37%であったが、2011年に一気にほぼ二倍の51.7%となっている<sup>63)</sup>。また、遼寧省も、25.4%であった前年度の割合を2012年（当年度9月まで）の35.6%に引き上げた<sup>64)</sup>。さらに、基層裁判所のデータを見ると、経験談として掲載される裁判所では、50%を越えた割合が主流であり<sup>65)</sup>、場合によって80%を越えたところもある<sup>66)</sup>。

第三に、2013年以後である。2013年3月14日に、習近平国家主席が胡錦濤前国家主席に代わって、国の最高指導者に就任した。2014年に、習近平国家主席は「新常态（ニューノーマル）」といった経済発展理念を提唱した。この政策のもとで、国家機関の経済活動への干渉に代わって、経済活動そのものの合理性が

61) 「全省法院執行和解会召开」東南早報2005年6月8日。

62) 董皞編・前掲注55) 244頁。

63) 「握指成拳的效应」人民法院報2012年8月9日。

64) 「昇級生産線、求解執行難」人民法院報2012年11月15日。

65) 「沈陽、“三針療法”化解民間糾紛」人民法院報2012年12月16日。

66) 「邵陽：編外法官變身和諧使者」人民法院報2012年12月11日。

重視されるようになり、強制執行手続に関しても、過剰な執行和解勧奨をやめて、執行和解の利用を当事者の合理的判断に回帰させることを期待した。但し、2013年以前のトップダウン型の「和諧社会（調和の取れた社会）」と違って、「新常态（ニューノーマル）」はソフトな理念であり、その浸透と従来の実務運用の慣性の改善には時間を要すると思われる。2013年以後に、執行和解が司法政策の中における地位低下にも関連して、公的報道の頻度が低くなっている。僅かな報道例を上げると、既済事件における執行和解による解決の割合は、2014年に湖南省のある基層裁判所が88.34%で<sup>67)</sup>、黒竜江省の某基層裁判所は37.1%である<sup>68)</sup>。ただ、これらの統計は単体の裁判所のデータであり、全国的な傾向を反映するとは言えない。新しい政策における執行和解の運用は、今後も注目すべきであろう。

#### 4 強制執行手続における和解的運用の許容性

##### (1) 制度全体の視点その一：当事者自治理念の浸透

執行和解の背景には、当事者自治理念の浸透がある。中国の過去の民事裁判は、極端な職権探知主義を採用し、当事者の意思を無視する運用がなされてきたが、1980年代に本格的に開始した改革開放政策の一環として、司法の分野では、中華人民共和国建国以来長く続いた計画経済に裏付けられる職権探知主義の負の遺産を改めて、新しい市場経済に合致する民事手続法のモデルとして、「当事者主義の民事訴訟法」が提唱されていた。この理念が民事訴訟法の改正及び実務の運用に反映し、1990年代半ばの「民事審判方式改革」により部分的に実現した<sup>69)</sup>。司法分野の改革では、「当事者自治」という理念は、旧時代のイデオロギーに対抗する新しいイデオロギーとして理解され、もはや学説理念の度合いを超えていたと思われる<sup>70)</sup>。即ち、当事者自治理念をより多く取り入れた民事手続法は、

67) 「嘉禾着力打造『近好快』服务平台」人民法院報2014年4月15日。

68) 「黒竜江省多元化解紛機制的多樣改革」人民法院報2015年12月27日。

69) 職権探知主義から当事者主義への軌道変更は、1990年代半ばから始まって、1998年7月6日に最高人民法院が公布した「關於民事經濟審判方式改革問題的若干規定」（法積[1998]14号）をもって、一段落した。なお、職権探知主義時代の中国法は、王重新『中国民事裁判研究』（日本評論社、1995年）3頁以下が詳しい。

70) 代表的な文献として、張衛平「論民事訴訟的契約化——完善我国民事訴訟法的基本作業」中国法学2004年3号（2004年）73頁以下がある。

現代的・先進的な法律であり、逆の場合は時代に後れた法律だと理解されている。このように民事訴訟法の軌道転換において勃興した当事者自治の理念は、民事訴訟法の一部を成す強制執行法にも当然に影響を及ぼしている。

その中で、民事手続法の契約化を提唱する論者・湯維建教授の論説は代表的である<sup>71)</sup>。それによると、まず、「衝突の本質は、当事者意思の対抗であり、利益の対抗である。紛争が生じると、紛争の主体である当事者は、民事手続法が提供する様々な紛争解決手段から望ましいものを選択することができる。但し、当事者の選択は、実際に衝突の度合いにより制限されている。当事者の衝突が激しいほど、より強制的な手続が選択されるようになる。訴訟手続は、まさに最も激しい衝突を解決するために用意された最も強制性を持つ手続である。」と、強制的な民事訴訟の妥当性の根拠を当事者の選択に求めたうえで、「ただもう一方で、訴訟手続の中でも、当事者があらゆる場面で衝突しているわけではない。個々の具体的な場面に目を転じると、当事者の共同意思が数多く存在する。」と、強制的な民事訴訟の中でも当事者の共同意思がもたらす合意的解決という新しい選択の妥当性を見出し、さらに、「強制執行手続は、狭義の判決手続に較べて、当事者の共同意思が比較の見出しにくいように見える。しかし、見出しにくいか、あるいは見出しやすいかの問題であり、見いだせるかどうかの問題ではない。現に、強制執行手続における共同意思の存在はもはや理論の領域に存在するものだけではなく、我が国の立法と実務で確実に実践されているものではないか。」と、訴訟過程の中で最も合意が調達しにくい強制執行手続にも共同意思の確実な存在を断言して、最後に、「民事訴訟は、その契約化が進めば進むほど、紛争の主体の内在的な意思を体現し、手続の自治性を高める。そのために、より現代的かつ正当的な手続になる。」と、強制執行手続の合意的解決を民事手続法の先進性や正当性といったイデオロギーの次元に引き上げた。

## (2) 制度全体の視点その二：当事者の利害調整の必要性

民事上の紛争は、不法行為による損害賠償請求訴訟など、一回限りの関わりし

---

71) 湯維建 = 許尚豪「論民事執行程序的契約化——以執行和解為分析中心」政治与法律 2006年1号（2006年）89頁以下。

か持たない事例もあるが、取引先企業や金融機関との給付訴訟など、継続的な経済活動により生じたものもある。また、不法行為訴訟の中でも、例えば親族間や親友間の場合もあって、たまたま生じた一度の紛争が理由で縁を切りたくないとき、または縁を切っても切れないときが度々存在する。これらの訴訟で得た債務名義をもって、債務者の財産を差押・換価するならば、確かに債権者の債権を満足させるが、執行機関の執行処分が一般人である債務者に極めて不快な思いを与えることは容易に想像できる。「付き合い」という人間の感情的な要素を考慮すると、執行処分は必ずしも最適な債権実現手段とは言えない。その代わりに、執行機関の執行処分という強力な措置を背後に置きつつ、任意履行や担保の提供を債務者から引き出すことが理想的である。例えば、親友間や親族間の不法行為事件では、医療費用等の全額を請求しながら、慰謝料の一部または全額を放棄したり、取引先との給付請求事件では、訴訟係属中に発生した利息を放棄し、不快な過去を共に忘れようという意思表示をしたり、または確かに支払が困難な場合に、第三者からの担保を付ける代わりに、支払猶予を承諾したりして、双方にとって「付き合い」が続けられる円満な解決を模索することがあり得る<sup>72)</sup>。

さらに、当事者の利害調整の必要性は、民事訴訟一般の理念とも言える。中国で著名な学者型裁判官の田成有判事<sup>73)</sup>は、「法律の次元を越えて、当事者の対立を解消すること」の意義を語っている<sup>74)</sup>。その所論によると、「私たちの長年の観察によれば、近年來、基層裁判所が新受した事件の種類と数量からみれば、親族間の紛争（特に離婚）、人身に対する不法行為、隣人間の争い、不動産の賃貸、農用地の請負、売買契約など、社会民生と緊密な関係を持つ事件が、ほとんどの割合を占めている。この種の事件は、訴額が低いほか、事実関係も明確である。かかる争いは、もはや単なる法律上の紛争ではなく、当事者双方が過去にあった紛争に起因し、その紛争を解く紐が常に事件の外にある。このような争いを解決するためには、機械的・ドグマティックな法適用は禁物であり、裁判官は、事

72) 雷運龍「民事執行和解制度的理論基礎」政法論壇 2010年（2010年）6号8頁。

73) 田判事は出版当時（2011年）に雲南省高級人民法院副長官で、いま現在黒竜江省高級人民法院長官である。

74) 田成有『法官的修練』（中国法制出版社、2011年）187頁。

件の実情や当事者の考えに沿い、当事者の心にある悩みを解消させなければならぬ。裁判官は、事件の後ろに潜んだ民生・民情・民俗の現実問題を考慮し、望聞問切の手法<sup>75)</sup>で、事件の特徴に応じて、源から当事者双方の対立を解消しなければならぬ」い。

以上のように、強制執行手続の強制性を放棄し、すべての強制執行事件を和解的運用に依存することはできないが、強制執行手続でも当事者の利害調整の需要が存在する以上、強制的な執行処分を選択するか、あるいは和解的解決を選択するかという手続の選択権を債権者に付与することは妥当であろう。

### (3) 債権者の視点

前述のとおり、一部の強制執行事件では、債権者にとって、かりに執行債権の一部を放棄したり、支払猶予や分割弁済を承諾したりしても、金銭的または非金銭的な利益を得られることがあり得る。但し、現実的にすべての債権者側の利用者は、それらのポジティブな理由をもって執行和解に合意するわけではない。即ち、「仕方がないから、執行和解に合意してあげよう」といったネガティブな理由で合意することがある。

理論的には、債務名義の定める債務の履行を債務者が拒むと、債権者は、強制執行手続を利用することが最も理性的だと言える。しかし、強制執行手続をもって、債務名義における給付請求権の完全の実現が望めない債権者は、権利実現の実効性欠如の現実に屈して、一部の実体法的権利を放棄する代わりに、残債務の迅速かつ確実な履行を債務者に確約してもらうことが考えうる。このような執行和解を正当化すべきかどうかについては、確かに意見が割れるところであるが<sup>76)</sup>、中国法の強制執行手続が包括執行に近い制度設計を採用した点を考慮すると、私的整理の強制執行手続内における運用または再生型倒産手続の理念の強制執行手続への借用としての法的構成が成り立つのではないかと思う。その観点に立って、債権者の合意が真意に基づく場合に限ると、債権者が行ったネガティ

75) 東洋医学の主体となる診断法である。望・聞・問・切の四つをもって四診と呼ぶ。文脈では、紛争の実情を全方位的に観察する意味で使われている。

76) 批判的な意見は、例えば湯維建ほか・前掲注71) 91頁。

ブな執行和解の合意も正当性を持つであろう。

#### (4) 債務者の視点

中国の強制執行手続は、債権者の申立ての有無にかかわらず、「債務名義の定める履行期間以後の債務不履行の期間に応じて、債務名義の定める金銭債務の本来の元本に、日歩0.0175%（年率換算6.39%）を掛ける」という遅延履行利息を債権者に支払わせる義務を債務者に課している（最高人民法院「強制執行手続における遅延履行利息の運用に関する若干の解釈」）<sup>77)</sup>。

債権者にとって、遅延履行利息は請求権の発生当時にもともと期待しなかった金銭なので、その全額を受け取るほか、遅延履行利息の一部または全部を放棄し、それを執行和解を促す手段として利用することも期待できる。これにより、遅延履行利息という間接強制の手段は、執行和解とのセット運用があり得る。即ち、遅延履行利息の存在によって、「さらに先延ばせば、遅延履行利息がもっと膨らむであろう」という心理的効果が債務者に生じる一方、債権者は「任意弁済をすれば、いままでの遅延履行利息を放棄してあげる」という戦術を使える。それにより、遅延履行利息という「法律が作った債権」が債務者に負わせる負担を軽減できるし、債権者の執行債権に不利な影響を与えない執行和解も成立する。いわゆるウィンウィンの関係である。さらに、債務者の執行債権に対する債務不履行がその弁済能力の欠如に起因する場合には、遅延履行利息による間接強制が些か酷だと思われるが、執行和解の運用により、遅延履行利息の減額または放棄が試みられることがある。

以上のように、執行和解は債務者の視点から、間接強制の負担を緩和する手段としても有用である。

#### 5 余論：執行和解機能拡大論（立法論の視点）

前述のとおり、中国法は、当事者の利害調整が必要とされる場面で、当事者の自治により、手続の進行に一定の支配権を与えるという、当事者の合意の手続事

---

77) 法釈 [2014] 8号、2014年8月1日施行。

項に対する影響について、非常に受容度が高い。そういった背景のもとで、執行和解のメリットをより重視し（逆にいえば、執行和解のデメリットをより軽視する）、執行和解制度の機能拡大を提唱する学説がある。本稿はそれを執行和解拡大論と呼ぶ。

執行和解拡大論は、執行和解契約の債務不履行に際して、執行和解を解消し、もとの債務名義に基づく強制執行手続を回復させるという、たった一種類の債権者救済措置しか設けていない現行法の執行和解制度を批判し、執行和解契約にも執行力を付与して、執行和解契約に基づく強制執行手続を認めることを提唱する<sup>78)</sup>。さらに、執行和解契約に執行力を付与する正当化理由として、執行和解の成立に際し、執行機関が執行和解契約を実質的に審査する「必要的司法審査」を受けなければならないとする。但し、この学説の中でも、執行和解契約の債務不履行に際し、債権者が必ず執行和解契約に基づく強制執行を申し立てなければならない説<sup>79)</sup>、及び債権者が執行和解契約と債務名義のいずれに基づく強制執行も選択することができる説<sup>80)</sup>に分かれている。なお、執行和解機能拡大論は、理論の志向が斬新であるが、まだ制度設計に具体性を欠いているので、本稿はその概要的介绍にとどめた。

## 6 小括

中国法における執行和解は、以下の三つの特徴がある。

第一に、「包括執行に準ずる執行」の枠組みのもとで、事実上の倒産処理（現在資力不足型）が行われている。ただ、この運用は、能動的な執行機関を前提とするとともに、第三者照会などの強力な財産調査を通して、債務者の責任財産の全容を最大限に解明することを必要とする。二つの条件は、いずれも中国法特有の状況である。

第二に、事実上の調停が行われている。しかし、このような運用も、非常に細

78) 湯維建ほか・前掲注71) 94頁。

79) 陳群峰＝雷運龍「論民事執行和解司法審查的本質、功能与效力」法学家2013年6号（2013年）154頁以下。

80) 肖建国＝黄忠順「執行和解協議的類型化分析」法律適用2014年5号（2014年）24頁以下。

かい調整が求められるので、能動的な執行機関を前提とする。中国法特有の状況である。

第三に、中国法は、一般的に職権主義的なイメージが強いが、実際には当事者自治の理念が日本法よりも許容されているように思われる。すなわち、強制執行手続といった民事手続法の中でも最も強制性が強い手続であっても、当事者の合意が生じうることは、広く受け入れられているほか、当事者の合意により、執行和解契約に執行力を付与し、判決手続を経て得た債務名義の執行力に代替させるという見解（執行和解機能拡大論）まで出現し、法理論の当事者自治理念への高い許容度を示している。

## IV 日本法

日本法における従来の研究は、一つのまとまった議論ではなく、複数の視点が存在する。また、複数の視点の関係が意識されていなかったことが特徴である。

### 1 「支払猶予または分割弁済」の視点

#### (1) 旧法時代の実務における「動産執行の間接強制的運用」

和解的執行は、日本法にとって決して未知の存在ではない。民事執行法が制定されるまでの旧法時代には、いわゆる「動産執行の間接強制的運用」が行われて、動産執行により少額債権を回収する際に、執行官が動産執行を材料として、債務者から任意弁済を引き出す運用がなされていた。

旧法の実務について、園尾隆司判事（当時）は以下の考察を行ったことがある。「執達吏以来の慣行的執行方法として、執行官は、債務者宅に動産執行に赴くと、その場で債務の一部弁済を促していた。そうすると、債務者は債務の一部弁済をして、なんとか差押えを延期してもらおうと」し、「執行官は、その弁済金を受け取って債権者に交付し、その日は差押えを延期する。後日、再び債務者宅に赴いた執行官は、同じ行動を繰り返す。「債務の任意履行の催告をしても一部弁済すらできない債務者については、執行官は、家財道具の差押えを実施する。しかし、これを競売しようにも、使い古しの家財道具であるから、一般の買い手は

いない。そこで何が行われるかという、執行現場に同行した道具屋といわれる中古品取扱業者がこれを競落するのである。この道具屋は、家財道具を債務者宅に残したままにして債務者に賃貸する。これによって、債務者は、取立ての相手方から解放されるわけではない。当時、このような実務慣行は、動産執行の『間接強制機能』と呼ばれて、我が国特有の事象として、研究の対象とされていた<sup>81)</sup>。

以上のような旧法下の「和解的」な実務運用について、評価が割れていた。まず、好意的に捉える説である。三ヶ月章教授は、民事執行法の趣旨を議論する研究会において、「差押動産の売却による換価というものには日本では限度があるということになり、しかも一方で動産執行に依存せざるを得ないというのは、多くの場合はかなり額としてせば詰った小額の債権だろうと思います。そうなる、私はそれに対して、和解的な形で分割弁済的な形にもっていくように動産執行に誘導するというのも1つの日本的ないき方だろうと思います。しかも日本に限られず、ドイツなどですでにそういう傾向は20世紀になってかなりはつきり出てきています。」と、小額債権の分割弁済を推進する趣旨の発言をし、やむを得ないというニュアンスがあるものの、動産執行で間接強制的運用により分割弁済に誘導することを容認するように考えられる<sup>82)</sup>。また、竹下守夫教授は三ヶ月教授の問題提起を受けて、「先ほどの三ヶ月先生の話とつながるのですが、債権者の数がそれほど多くなければ、執行裁判所と執行官とが仲介して一種の和解を執行手続内でやらせて弁済をさせていくというようなことができてもいいように思うのです。」とした<sup>83)</sup>。さらに、三ヶ月教授の発言を受けて、実務家の大石忠生判事は間接強制の機能を前面に出すべきではないかと論じていた。具体的には、第一に、動産の換価方法として競り売りが最も公平だという公式論だけではうまくいかないこともあるから、思い切って動産執行を分割弁済促進的な形で運用するのも一つの方法であること、第二に、執行を現実に即したように調整運

81) 園尾隆司「担保・執行法制の改正とこれからの執行官実務」新民事執行実務2号（2004年）5頁。

82) 宇佐見隆男ほか『民事執行セミナー（ジュリスト増刊）』（有斐閣、1981年）240頁〔三ヶ月発言〕。

83) 宇佐見隆男ほか・前掲注82) 242頁〔竹下発言〕。

用するためには、執行官に執行を任せきりにするのではなく、裁判所と執行官で形づくる執行機関を一元化すべきことを主張する<sup>84)</sup>。

しかし、上記のような好意的に捉える説に対しては、批判も強い。石川明教授は、「もとより、民事紛争については、たとえ判決による公権的解決がなされた後にくる権利の事実的形成の過程においても、自主的な解決が図られることを否定するものではないし、それを図ることがむしろ好ましいとすらいえるであろうと考えている。」としながらも、「間接強制を拡大する傾向が見られることに批判的である」ため、動産執行の間接強制的運用による和解的解決について、限定的に解釈すべきであると主張する<sup>85)</sup>。また、分割弁済を促進する機関について、「ただそのようになってくるとやはり執行機関の構成という問題が絡むと思うのです。和解的仲介という形で世話をやくということになると、やはり執行機関が一体化して責任を持って前へ出て行かなければならないと思います。公平に売るために適している執行官だけにそれを任せておいていいのかという問題が出てくるわけです。」と、現行法における執行機関の位置付けに着目し、異議を提示した<sup>86)</sup>。

石川教授の批判は鋭いが、旧法実務における動産執行の「間接強制機能」の本質的な問題点を突き止めていない。けだし、園尾判事の歴史的考察ではっきりとしたように、旧法の実務では、「執行官が債権者の側にたっている」ように見えて、「執行官は、債権者の一員と見られ、執行官の評価は低いものとなっていた」状況があった。「執行官＝債権者の代理人」といった映り方が債務者の不信を買い、執行官の悪いイメージを醸成した重要な要因を形成していた<sup>87)</sup>。そのために、新法下の民事執行規則は、旧執行官手続規則にあった「執行官は執行現場で任意履行の催告をすべきである」という規定を削除し、債権の分割弁済のための委任制度を廃止した<sup>88)</sup>。すなわち、支払猶予や分割弁済といった和解的執行そのものが悪いわけではなく、執行官が専ら債権者の利益を追求しているのに対し

84) 大石忠生「和解的執行」民事執行実務14号(1984年)9頁。

85) 石川明「『和解的執行』について」同『民事手続法評論集』(信山社、2013年)146頁。

86) 宇佐見隆男ほか・前掲注82)240頁[石川発言]。

87) 園尾隆司・前掲注81)5頁。

88) 園尾隆司・前掲注81)6頁。

て、債務者の利益を考える中立的な機関が存在しなかったことに不備があった。理論的には、当事者に話し合う機会を設けて、その自発的な和解を促すことは、手続に対する当事者の関与を強める措置なので、手続保障の視点からみて奨励されるべきである。中立的な機関の欠如こそ、旧法実務の問題であった。

(2) ドイツ法・フランス法の支払猶予または分割弁済を念頭に置く議論

福永有利教授は、フランス法とドイツ法の制度を紹介しながら、「債務の存在には争いがないが債務者に資力がない」という手元不如意型の事件に対して、「債務者から一定の期間内に弁済するであろうことの疎明とともに、執行の延期の申出があった場合には、その期間、執行を停止することを法定するとともに、執行官ないし裁判官に和解勧誘の権限を付与すること」を提案している<sup>89)</sup>。また、内山衛次教授は、「ドイツ法は、ZPO 第 802b 条を規定し、和解的解決を動産執行の不奏功から切り離して、これを金銭執行の指導的原理へと押し上げ、その実効性の向上を図った。これにより不奏功に終わる執行措置は回避され、債務者は執行措置の実施の猶予を得ることで経済的不利益を受けることなく支払を実行し、債権者は満足を得ることができる。すでに述べたように、和解的執行は、財産開示手続と並んで金銭執行の実効性を挙げるための重要な手段となりうる。とくに、我が国は、強制執行の和解的執行について規定がなく、執行官による支払合意の締結はそもそも執行官の職務であるのか、あるいは、動産執行において差し押さえる物が見つからず執行不能として完結した場合に、執行官が引き続いて支払合意を試みることができるのかについて疑問が生じうる。したがって、和解的解決の実施のために立法化が必要であり、以下では、ZPO 第 802b 条を参考にして、その内容および問題について検討する。」と、最新のドイツ法を検討の前提としている<sup>90)</sup>。しかし、ドイツ法部分で検討したように、ドイツ法には実効性不足という大きな問題があり、主にドイツ法を念頭に置く提案もそれを克服しない限り、採用が難しいと思われる。

89) 福永有利「民事執行の実効性を高めるための方策」銀行法務 21 第 601 号（2002 年）86 頁。

90) 内山衛次・前掲注 3) 41 頁以下。

## 2 「執行過程における和解的契機」の視点

### (1) 2000年5月の日本法社会学会における議論

2000年5月に日本法社会学会において、「民事執行の実効性」というミニシンポジウムが開催され、また、同シンポジウムの報告に実務家の寄稿を加えて、判例タイムズで「特集・民事執行における実効性と利害調整」という特集が組まれた<sup>91)</sup>。「執行過程における和解的契機」という視点の発端だと思われる。そこで、判断過程（判決手続）と執行過程（執行手続）との峻別を打開し、執行過程でも、債権者と債務者が話し合う場を設けて、和解的契機を作ることが提案されていた。

まず、全体を概観する井上治典教授の論述から、かかる視点を認識することができる。「債務名義にあらわされている請求権を迅速、確実に一直線に実現することが執行手続の課題であり、民事執行の実効性とは、そのような課題を最大限に達成することであると受け止められるかもしれない。担保をめぐる私法学会や民事訴訟法学会のシンポジウムの報告や議論の基調も、大筋としてはそのような流れの中にある。そこには、担保権の実行にまで至らないようにするにはどうすればよいか、執行による実力行使にまで持ち込まないようにするにはどうすればよいかという、紛争当事者間に日常的に見られる葛藤は法の外的問題としてほとんどとりあげられない。弁護士は一般に自ら執行手続にまで関与したがるなし、『抗告屋』『占有屋』といわれる存在を前にして、執行過程に紛争調整の場を持ち込むことは、むしろこのような業界に活力を与えることになる」と警戒する。裁判所も、なかばプロ化したさまざまな執行妨害と見られるケースに直面して、むしろそちらの対策に重点を置く。」と、学界、弁護士及び裁判所が執行過程に紛争調整の場を持ち込むことに対する消極的な姿勢を指摘したうえ、「しかしながら、『執行過程』の実効性とは、担保権実行や民事執行の手続を迅速かつ効率的に行って債権者の権利を実効的に実現するという一面的なものではない。執行過程も、当事者間の紛争の一局面であり、そこには執行を契機として債権者・債務者間のせめぎあいが展開されており、両当事者間の利害をあらためて公平な手続の場で調整することができればそれに越したことはない。『正義』とは『繰返されるこ

91) 「特集・民事執行における実効性と利害調整」判タ1043号2頁以下。

と』にあり、社会の成熟度は、リターンマッチの機会がどの程度保障されているかによって計られるとする考えも法哲学の領域では有力である。」として、執行手続における当事者の利益調整の重要性と正当化根拠を示した<sup>92)</sup>。

次に、同シンポジウムに出席する 3 人の研究者が井上教授の問題提起を受けて論述を展開している。

具体的に、佐藤彰一教授は、「判断・執行二分論」の機械的な分類を批判し、執行過程に交渉の役割を入れるように主張する。すなわち、「判断・執行二分論を前提とした執行過程のリジットな捉え方を克服して、執行制度が実際に果たしている機能、あるいは果すべき機能を再認識することは、執行制度のみならず判断過程を含めた司法過程の新たな役割意識をも構築する礎を与える可能性を含んでいるといえよう。判断過程も執行過程もともに関係者にとってみれば一種の交渉過程である。」とし、執行過程を判決過程と同列の交渉過程として位置付けた。一方、『『間接強制的効果』つまり『威嚇して金を取る』という言葉があるが、裁判所による事実に威嚇を背景にした交渉を容認するという側面に執行過程の交渉の特質があるのである。判断過程との差異は、程度の差という側面がないわけではないが、執行過程は威嚇を前提にするわけであるから不当手続利用に対する予防措置は、より重要である。とりわけ、債権者側であれ債務者側であれ、関与法専門家（原文ママ）への期待と責任は大きいものがある。」と、債権者側の不当な制度利用によるあり得る問題点を懸念している<sup>93)</sup>。

西川佳代教授は、執行 ADR の可能性を主張し、執行 ADR をゲーム理論の意味での債務者の戦略的行動を実施する場として構想する。すなわち、「紛争過程を当事者間の交渉過程ととらえ、当事者の制度利用・法利用をすべて『戦略的』なものとする観点から執行過程を見るならば、執行妨害／防衛も制度利用のひとつであると考えられる。債権者が債権を回収するために執行制度を利用するために不服申立て手続を利用し、また、第三者の関与を要請して妨害／防衛的行為を行うことなど、単に制度利用の一つの形態としてとらえることが可能である。

---

92) 井上治典「民事執行における実効性と利害調整——全体を概観して」判タ 1043 号（2000 年）3 頁。

93) 佐藤彰一「民事執行の実効性——緒論」判タ 1043 号（2000 年）7 頁。

両者の違いは、制度の予定した利用法か否かという点だけであり、当事者にとってはそのような利用が『正当か不当か』という問題よりも、自分の問題解決に効果的か否かというところが重要なのである。」と、仮に債務者側が通説で執行妨害と見られる手段であっても、交渉過程を起動するイニシアティブとして、債務者側に与えるべきことを主張する<sup>94)</sup>。ただ、そのような過剰な制度利用を減らすために、「判決手続と比較して、執行手続の場合はすでにみたように、執行プログラム（筆者注：つまり『差押え—換価—配当』である）以外に制度上は選択肢がない」ので、「執行プログラム以外の解決を図る場、再調整を行う場—執行ADR—を想定」すべきと論じている<sup>95)</sup>。

町村泰貴教授は、強制執行における和解的契機と効率性の関係に重点を置く。第一に、執行過程における和解的契機は必ずしも効率性と矛盾するものではなく、「民事執行手続の第一の目的は、迅速かつ効率的な権利の実現にある。しかし強制執行手続を最後まで実施することが重要なわけではない。執行手続過程において任意の履行として全額弁済されれば、少なくとも差押債権者にとって最も望ましいといえるし、債務者にとってもロスが少ないというメリットがある」ので、「全額弁済ができず、債務名義の内容が一部修正されたり債権者が譲歩を余儀なくされた場合でも、強制執行手続を継続するより効率的な債権回収が可能となる場面は多々ある<sup>96)</sup>。第二に、仮に効率性を犠牲にしても、「債務名義形成過程で権利調整の機会が実質的になかったときや、債務名義形成後の事情変化によって再調整が必要となったときには」「債務者が交渉により権利関係の再調整を求める正当な利益を有する」ので、「債務者の財産状況を開示し、執行可能な財産を明らかにする」状況では、それが正当化されうると論じる<sup>97)</sup>。

以上の諸説は、「なぜ和解的執行が必要なのか」や「仮に和解的執行を認める場合に、どんな『場』で行うか」について、議論を展開している。しかし、それらの議論に先立って、「どんな類型の事案で和解的執行を認めるべきか」を明ら

94) 西川佳代「執行ADRの必要性—当事者による執行制度利用の観点から」判タ1043号（2000年）12頁。

95) 同前注14頁。

96) 町村泰貴「執行手続における和解的契機」判タ1043号（2000年）23頁。

97) 同前注23頁以下。

かにすべきではないかと考える。けだし、実務家の寄稿が示すように、実務では和解的執行という「理念」についてまったく異論が存在せず、むしろ「和解的契機」を含む運用こそが一般的で、「筆者は、競売物件を、速く売ることを目指して、不動産執行の効率性を挙げる方策を検討する際に、不動産執行事件において当事者が和解を試みていることを意識しなかったことはない。運用改善を検討する際に、不動産執行事件に和解的契機が存在することを常に念頭においておこなっていた」が、しかし、「あらゆる手段を講じてもあくまで立ち退きを拒み、抵抗する者も存在するから、執行のすべての場面で和解的契機を考えるべきであるとは思わない」と、和解的契機を認める場面とそうではない場面を区別することを強調した<sup>98)</sup>。また、後述のように、和解的契機を認める場面は、少なくとも三つの類型に分類でき、それぞれの類型は独立して議論しなければならない。

## (2) 2000年の問題提起以後

2000年5月の日本法社会学会以後、同様な問題関心に基づく議論が見られる。そこでは、「なぜ和解的執行が必要なのか」だけではなく、「仮に和解的執行を認める場合に、どんな『場』で行うか」についてより発展的な提案が見られるようになった。

まず、西川佳代教授は、「差押え—換価—配当」というフォーマルな執行過程（2000年に西川教授が同様な手続過程を「執行プログラム」と呼んでいた）の硬直性、つまり執行証書のように紛争解決プロセスを経ていない債務名義、判決手続を経ても債務者の履行可能性・履行方法を具体的に検討しなかった債務名義、または欠席判決のような当事者間に十分な対話を経ていない債務名義について、債権者と債務者の事情を勘案した「最適執行」を実現するプロセスが存在しないこと、それに、判断過程と執行過程の分離により執行機関が保有する情報が少ないことを指摘した<sup>99)</sup>。そのため、西川教授は、いくつかの問題解決の方策を提案した。第一に、判決過程・執行過程の峻別を相対化し、相互に乗り入れさせることである。具体的には、最適執行に関する考慮を判断過程で前倒しで取り入れ

98) 原道子「民事執行の実効性——裁判官の観点から」判タ1043号（2000年）50頁。

99) 西川佳代「執行ADRを考える」仲裁とADR第4号（2009年）77頁。

た和解的判決が挙げられている<sup>100)</sup>。また、最適執行に関する考慮を判断過程の後に「先送り」して、受訴裁判所による再調整<sup>101)</sup>、執行裁判所による再調整<sup>102)</sup>、または執行官による再調整<sup>103)</sup>が考えられている。第二に、執行手続とADRを連携させることである。そこでは、民事調停や特定調停といった司法型執行ADRのほか、民間ADRも含まれている<sup>104)</sup>。

次に、小林学教授は、権利実現プロセスの多元化という理念のもとで、いくつかの多元化提案を行った。具体的には、第一に、債権回収の主体を変更し、サービサーを執行ADR機関として活用する<sup>105)</sup>。第二に、合意による執行停止の効果を民間ADRに拡張する。例えば、執行回避の合意を調達するために、調停調書（司法調停）または和解調書（訴訟上の和解）に認められる執行停止文書の効果（民事執行法第39条1項4号）を民間ADR機関に認める<sup>106)</sup>。第三に、「弁済猶予の承諾」の執行停止文書としての効果（民事執行法第39条1項8号）を担保執行にも認める<sup>107)</sup>。第四に、強制執行手続と民事調停手続または特定調停手続との連携を強化し、すべての債務名義の種類で民事調停手続または特定調停手続による履行内容の再調整を図る<sup>108)</sup>。確かに、前記小林説の提案によると、

---

100) 典型的なものとして、少額訴訟手続における「和解的判決」（民事訴訟法第375条）が挙げられている。同前注78頁。

101) 典型的なものとして、家事事件における再調停（再審判）、履行勧告（旧家事審判法第15条の5、第25条の2、人事訴訟法第38条）、履行命令（旧家事審判法第15条の6、第25条の2、第28条、人事訴訟法第39条）が挙げられている。西川佳代・前掲注99）78頁。

102) 典型的なものとして、執行手続内にビルトインされている、各種の異議、訴え等を再調整の場として利用するほか、より直接的に審尋（民事執行法第5条）の利用や執行裁判所による財産開示手続（同第196条以下）における和解的運用が考えられている。西川佳代・前掲注99）78頁。

103) 特に手続の場面を限定しないが、小回りのきく執行官が債務者に何らかの和解的契機を提供することが期待されている。西川佳代・前掲注99）78頁以下。

104) 西川佳代・前掲注99）78頁以下。

105) 債権者・債務者の間に横たわる感情的な対立や固有の事情（債権発生の経緯やその後の交渉過程）を捨象することにより、実際の履行可能性を踏まえた現実的な再調整を導き、債権の早期回収を実現することが期待される、という論理である。小林学「権利実現プロセスの多元化——執行ADRなどの手続開拓の試み——」桐蔭法学9巻2号（2003年）47頁以下。

106) 同前注51頁。

107) 小林学・前掲注105）52頁。

いずれも「再調整の場」として期待しうることが否定できないが、債権者にとって和解的解決のメリットが何かということについて、説明がない。特に、サービサーの場合、原債権者（オリジネーター）から債権を買い取った以上、それを出来る限り多く回収することが企業の本能であろう。言い換えれば、単に「再調整の場」の存在だけでは、実際の再調整が生じるわけではない。

この時期の議論をみると、2000年当時と同じように、「どんな種類の事案で和解的執行を認めるべきか」という重要な視点が意識されていないようである。そして、数多くの方策が提案されているものの、具体的な事案類型との関連性が乏しいため、議論がいつそう錯綜し、発散的になりつつある。

### 3 「強制執行手続における倒産処理」の視点

強制執行制度が担うべき倒産処理の任務は、日本法において僅かに議論されたことがある。竹下守夫教授は、倒産法の視点から「債務者の更生」の問題を提起した。竹下教授によると、日本において、典型的な債務者像は、複数債務を負う小規模企業者及び給料生活者つまり消費者であり、しかも、これらの債務者が、債務の履行をなしえなくなるのは、多くの場合、国際経済の変動やそれに関連して取られる国内金融政策の影響、不測の事故・病気による予期せぬ債務負担、あるいは不況による事業所閉鎖に伴う解雇等による収入の喪失などの原因によるものと思われるという。他方、これらの債務者の多くは、すでに担保の目的となっている資産を除けば、無資力あるいは給料債権以外に弁済資力のない状態にあるから、執行を断行しても、一般の債権者に、その権利の即時の完全な満足を保障しえないのが通常である。そこで、複数債務者の更生を図りながら、他方において、その債権者の権利を最大限に実現するために、強制執行制度は、倒産処理機能の一部を担うべきことを主張する。具体的には、第一に、債務者が「全債権者」に対する債務弁済計画を立てて申立てをすれば、執行裁判所が一定の要件のもとで一定期間執行手続を停止し、無名義債権者をも含む全債権者との関係で和解の斡旋をすること、第二に、消費者等の小規模債務者の更生のための簡易かつ

---

108) 小林学・前掲注105) 53頁。

実効的な和議手続を立法し、債務者が執行を受けたときは、執行裁判所にこの和議の申立てをして、執行手続の中で和議手続を実施することが考えられるという<sup>109)</sup>。竹下教授は展開的な議論を留保したにもかかわらず、日本法の現状を適切に評価し、問題解決の方針を示したと認められるので、日本法の検討の出発点となり得るであろう。

それ以外に、町村泰貴教授<sup>110)</sup>、中村芳彦弁護士<sup>111)</sup>や西口元裁判官<sup>112)</sup>など何人かの論者が支払不能に陥るおそれがある債務者等が負っている金銭債務に係る利害調整を行うものとして、特定調停法の利用を示唆しているが、前記竹下説のような体系的な説明を行っていないので、踏み込んだ検討を留保する。

## V 検討：和解的執行の三つの類型

以上の比較法及び日本法の検討を通して、和解的執行には、主に三つの類型が存在することが分かった。そのうち、支払猶予・分割弁済型が基本型で、事実上の調停型と事実上の倒産処理型が特別型である。

### 1 基本型：支払猶予・分割弁済型

支払猶予・分割弁済型は、最も基礎的な和解的執行の類型である。この類型では、債権者と債務者が自発的に、または第三者機関の仲介のもとで、支払猶予または分割弁済の合意を達成し、それをもって強制執行手続を一時的に停止させる。債権者と債務者が自発的に合意を達成する場合、強制執行手続に対する当事者の関与を強める措置なので、手続保障の視点からみて特に問題が生じることはないと思われる。しかし、強制執行手続はあくまで債権者の権利を実現するための手続であり、強制執行の実効性という債権者側の利益と、支払猶予・分割弁済を求める債務者側の利益とを、どう調整するかという理論的な難点がある。

---

109) 竹下守夫「民事執行法の成立と将来の課題」竹下守夫ほか編『民事執行法の基本構造』（御茶の水書房、1981年）34頁以下。

110) 町村泰貴「執行手続における和解的契機」判タ 1043号（2000年）23頁。

111) 中村芳彦「債権回収の現場から」判タ 1043号（2000年）26頁。

112) 西口元「民事執行の実効性確保の二面性」判タ 1043号（2000年）53頁。

ドイツ法は、将来の支払能力がある債務者に限って、支払猶予・分割弁済の利益を認める。債権者の債権が満足されうる場合にだけ、和解的執行の合意が試みられ、債権者の債権がもともと満足されない場合は、手続が素早く先に進み、最後に債務者名簿への登録にたどり着く。将来の支払能力がある債務者については、債権者にとっても将来の給付という利益があるので、債権者と債務者の利益が合致する。この点について、中国法には明確な議論が存在しないものの、ドイツ法の理解が妥当するであろう。

ところが、債権者と債務者の利益が抽象的に一致すると言っても、やはり支払猶予の時期や分割弁済の内容、または債権者の資力（現在本当に履行する能力がないか、将来本当に履行能力があるか）により、債権者または債務者の具体的な利益に影響を及ぼすことがある。例えば、判断が難しい事件及び合意調達が難しい事件などにおいて、どんな頻度で支払猶予・分割弁済を運用するかという問題がある。ドイツ法は、期限の猶予と分割弁済に関する内容のみ、執行官に合意調達の権限を付与し、手続法上の効果を生じさせるほか、大きい事務負担の割に少ない手数料収入しか認めず、事実上、和解的執行の極端に活発的な運用を見込んでいないようである。それに対して、中国法は、執行機関が合意を調達できる和解的執行の内容についてまったく制限をかけていない。また、債務名義に表示される債権が全額実現される場合に限って裁判所管理上の既済処理を行うという原則の特例として、債権者が「執行和解」に同意した場合も既済処理が認められるので、執行裁判官は、より多くの事件を「執行和解」で処理するようにインセンティブが働き、債権者に事実上の圧力をかける「押し付け和解」が多発していた。

以上の難題を解決する方策として、本稿は、次の二つの可能性を提示したい。

第一に、和解的執行の合意を調達する機関と、両当事者が達成した合意に法的効力を付与する機関を分離する案である。具体的には、まず、ドイツ法のような和解的執行の内容に対する制限を設けず、強制執行の履行に関するすべての事項の再調整合意を調達する権限を執行官に付与する。執行官は、債権者のために行動し、いわばアクセルを踏む役である。次に、前記の合意により直ちに法的効力が生じるわけではなく、執行裁判所の審査を受けて、債権者または債務者の利益に対する著しい侵害がないことが確認されてから、執行裁判所の決定により効力

を生じるものとする。執行裁判所は、中立的な第三者として、いわばブレーキをかける役である。そうすると、執行官は和解的執行をより多く運用するように行動し、執行裁判所は中立性に立脚し、和解的執行に適しない事件を排除することになる。実効性と中立性は別々の機関が担うことにより、過剰な和解的執行の利用が解消される。

第二に、支払猶予・分割弁済型の和解的執行を、強制執行手続の外の両当事者の立場が対等である手続に移管させる案である。例えば、第三者である手続機関は、中立的な立場に立ちながら、コンサルティング機能を果たして、合意成立のために積極的な助言を行う。この場合に、手続の成否は、手続を実施する主体の能力・資質に大きく依存する。「事案の性質に応じて必要な法律、税務、金融、企業の財務、資産の評価等に関する専門的な知識経験を有する者」という特定調停を行う調停委員の任命要件があるが（特定調停法第8条）、特定調停手続の中で、支払猶予・分割弁済型の和解的執行を処理することは十分可能で、かつ相応しいと思われる。また、出来る限り現存の制度を活用するという視点からみても、特定調停手続による解決が望ましい。なお、特定調停手続には強制執行手続の停止の効果があるので、その点の法改正は不要であるが（同第7条）、「支払不能に陥るおそれのある債務者等」（同第1条）という制度利用者の要件を柔軟に解釈し、「将来の支払能力がある債務者」を含ませる必要がある。

## 2 特別型(1)：事実上の調停型

中国法では、強制執行手続の中で、事実上の調停を行うことがある。そこで、和解的執行における債務者を「将来の支払能力がある者」に限定せず、また訴訟物に関する譲り合いではなく、創造的な解決が試みられている。比較法の部分の繰返しになるが、この類型の事例は、主に以下の二種類が典型的である。

第一に、債務名義に表示された給付請求権が既に強制執行に馴染まない事案である。この場合、債務名義に表示された債権をそのまま実現させることが難しいと思われる。例えば、Ⅲ-2(2)【事例4】で紹介した事例が典型的である。その事例では、強制執行手続が引渡執行の対象物の事実上の滅失により、いったん履行不能に陥ってしまったが、執行裁判官の仲介のもとで、執行和解が成立して、履

行内容を引渡債務から金銭債権に変更した。

第二に、債務者の債務不履行が、弁済能力に起因するものではなく、当事者の間に感情的な対立があったために生じた事例である。このような事例は、当事者には、本質的な意見対立がなく、もし訴訟段階で十分かつ率直な意思疎通があれば、もともと友好的に解決できる事件である。例えば、隣人訴訟や親族間の訴訟など日常の誤解が積み重ねられた紛争または大半の取引関係の訴訟がそれに当たる。

以上のような運用では、債権者は新たに訴訟を提起し、新しい債務名義を取得する必要はなく、債務者も応訴の負担を免れる。債権者と債務者の両方が納得する限り、訴訟経済に資すると考えられる。そのために、債権者の権利実現の迅速性を著しく阻害しない限りで、債権者と債務者の利益を調整する契機を最大限に設け、最適執行を実現すべきである。しかし、一方、非常に細かい調整が求められるので、それを実行できる能動的な執行機関の存在が前提となる。

日本法における従来の議論において、「執行過程における和解的契機」の視点に立つ論者（Ⅳ-2 参照）は、主にこの事実上の調停型を想定しているのではないかと、筆者は推測する。ところが、日本法の現状では、判決裁判所、執行裁判所及び執行官は、いずれも、中国法のような非常に細かい調整を担う手続機関として、予定されていないはずである。それらの機関に事実上の調整型の和解的執行を押し付けることは妥当ではない。むしろ、民事調停手続など、本来ADR機能が予定された手続に、事実上の調整型の和解的執行を任せるべきである<sup>113)</sup>。さらに、民事調停手続の場合には、調停事件の係属する裁判所は、申立てにより、担保を立てさせて、調停が終了するまで調停の目的となった権利に関する民事執行の手続を停止することを命ずることができるので（民調規5条）、民事調停手続と強制執行手続とを連携させたうえ、民事調停手続の結果を待って、強制執行手続の続行の有無を決めることが可能である。

---

113) 民事調停手続等の活用について、「執行過程における和解的契機」の視点に立つ論稿の中でも散見するが、本稿とは、議論の視点が異なる。

### 3 特別型(2): 事実上の倒産処理型

従来の日本法の議論でいくつかの提案が示していたように、強制執行手続は、支払不能に陥るおそれがある債務者等が負っている金銭債務に係る利害調整を行うために、一定の役割を果たすべきである。そのような役割は、「事実上の倒産処理型」の和解的執行に期待できると思う。

この類型に関しては、竹下教授の提案(Ⅳ-3 参照)がいずれも妥当である。まず、第一に、債務者が「全債権者」に対する債務弁済計画を立てて申立てをすれば、執行裁判所が一定の要件のもとで一定期間執行手続を停止し、無名義債権者をも含む全債権者との関係で和解の斡旋をする、との竹下説は、まさに特定調停手続が当たるであろう<sup>114)</sup>。第二に、消費者等の小規模債務者の更生のための簡易かつ実効的な和議手続が成立すれば、債務者が執行を受けたときは、執行裁判所にこの和議の申立てをして、執行手続の中で和議手続を実施する、との竹下説は、小規模個人再生に該当するであろう<sup>115)</sup>。言い換えれば、当時の竹下説は、もはや現行法の立法により実現された。その意味で、いま現在、竹下説は歴史的価値しか有しないが、問題を蒸し返さないように、「解決済みの歴史的課題」としての認識も極めて重要である。

---

114) 特定調停手続の趣旨について、山本和彦「特定調停手続について——民事再生手続等とならぶ合意型倒産処理手続」銀行法務21第575号(2000年)44頁以下参照。

115) 小規模個人再生の趣旨について、山本和彦『倒産処理法入門(第4版)』(有斐閣、2012年)188頁以下参照。