

Title	〔最高裁判事例研究七五〕破産宣告後の原因に基づく破産者の所得に対する所得税と破産法第四七条二号但書にいう「破産財団二関シテ生シタル」請求権 審判請求棄却決定取消請求事件(昭和四三年一〇月八日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 梶, 善夫( Toga, Yoshio) 民事訴訟法研究会( Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.6 (1970. 6) ,p.116- 123
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700615-0116">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700615-0116</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

以上考察してきたところから、本件判示の理論構成として株式の売買によつて株式が移転され新株引受権も譲受人に移転したとしながら、不当利得の法理で決着をつける考え方には問題点があると考へられるが、さらに売買契約上の債権債務関係を等閑視して不当利得の法理に解決を求めることに根本的な疑問を感じる(谷口知平「不当利得責任と事務管理・不当利得の関係」契約法大系一七三頁は契約上の請求権がある場合、不当利得を認めると多くの制度、法規が無意味となることから、そのような懸念がある場合は不当利得返還請求は拒否せらるべきである」とする)。

むしろ問題は当事者間の株式の売買契約の内容によると解すべきであつて、この場合には譲渡人に売買契約上の売主としての責任が生じるのではないであらうか。

いかえれば株主として新株を引き受けるか否かはもとより自由であるが、増資含みで株式売買がなされる場合は、新株引受によるプレミアム分は売買の対象となつてみるとみるのが自然であらう。

## 〔最高裁判事例研究 七五〕

昭四三三九(最高民事集二二卷一〇号二〇九三頁)

破産宣告後の原因に基づく破産者の所得に対する所得税と破産法

第四七条二号但書にいう「破産財団ニ関シテ生シタル」請求権

本件事案では、被告の株式売却の時点から原告が株式を取得した昭和三七年九月二十九日までは一ヶ月を経過して、その後同年一月五日に株主に新株引受権を与える増資決議がされ、また当該株式の市場価額をみると、原告が一株あたり七〇六円で取得した株価が、増資新株割当日後であり新株払込期日前の昭和三八年二月八日当時一株あたり三八三円であつたこと、被告が新株を取得した三月一日当時一株あたり四六二円であつたこと、原告から被告に対して払込期日前に払込金を提供して新株引受権引渡を要求していること、等を見ると、被告譲渡人に売買契約上の売主の契約不履行或は不法行為の責任が考えられてよかつたのではないかと思う(なお譲渡としての契約不履行の責任を認めると、債務不履行の責任が履行すべき債務が、本来ある者の具体的義務違反であることから債務者に舉証責任が生じる)。

(小宮山宏之)

審判請求棄却決定取消請求事件(昭四三・一〇・八第三小法廷判決)

訴外X<sub>1</sub>は昭和三三年二月三〇日X<sub>2</sub>に対し酒造権(酒造用米を受ける地位)二五〇石分を所轄庁の認許があることを条件として代金七五〇万円

で譲渡し、即日以内金二五〇万円を、残金は右認可のあつた日に支払う旨の契約をし、その後X<sub>1</sub>は昭和三四年一月二三日午前一〇時破産の宣告を受け、X（原告・控訴人・被告入）がその破産管財人となつた。Xは管財人として債権者集会の決議を経て昭和三四年九月一日所轄税務所長の認可を受け、右譲渡契約につき、同月二八日右Xより残金五〇〇万円を受領した。

ところでX<sub>1</sub>は昭和三四年度の所得税確定申告において前記酒造権譲渡による譲渡所得につき、所得税額を申告したが、納付がないので所轄税務署長Y<sub>1</sub>は昭和三五年三月一六日右滞納処分としての交付要求をした。XはY<sub>1</sub>からの滞納処分としての交付要求は右租税債権にならないから不当であると主張して、Y<sub>1</sub>に対し再調査を請求し、Y<sub>1</sub>はこれを審査請求として、国税局長Y（被告・被控訴人・原告入）に回付した結果、右Yは、「本件租税債権は破産財団を構成する財産の処分により発生したものであり、これらの財産処分は破産者の共通の利益に帰するものであるから破産法四七条二号但書に該当の財団債権である」という理由で審査請求棄却決定をしたので右決定の取消および予備的に前記租税債権が破産財団債権として存在しないことの確認を求める訴を提起したのが本件である。尚右と同時にX<sub>1</sub>の不動産がZより別除権行使として競売申立により、昭和三四年一月七日競落され、同月二日に競落許可決定がなされ、右競落代金及び右不動産の資産再評価税の申告もなされたが本件と直接関係ないので割除する。第一審は先ず前提として、「……破産法の趣旨は破産者の財産に対する一般執行を遂げる目的のため破産者として破産財団に属する財産の管理処分権を失わせただけのものであり、これ以外の所有権等の権利まで失わせるものではない……」……財産の換価金がゆくゆくは債務の支払にあてられるにしても換価によりその財産の所有者に所得が生じることには「変りはない」とした上で租税に関する債権、債務

は収入すべき金額が確定し、納税額を決定することができる状態が生じたときに発生するものと云うことができ、本件酒造権譲渡は、右法定条件たる認可のあつた日に本件債権の発生の原因のひとつが生じ、これらは破産法四七条二号但書にいう「破産宣告後ノ原因ニ基ク請求権」であり、右債権が破産財団の存立に伴うものとして破産債権者が共同に負担すべきものであるとして、請求棄却した。しかし第二審は、譲渡所得は人の全所得のうちの一つにすぎないものであり、所得税は個人の全所得を綜合したものを以て課税物件となるものであり、極めて人的色彩の濃いものである。……従つて所得税は個々の所得そのものに課税するのではなく、所得者の人的担保能力に応じ総合的に課税するものであるから、本件の譲渡による所得は破産法四七条二号但書にいう「破産財団ニ関シタルモノ」といえないとした。

上告理由は以下のごとくである。破産法四七条二号但書にいわゆる「破産財団ニ関シテ生シタル」租税債権とは破産財団を構成する各々の財産について、あるいはそれより生ずる収益について課せられたものであつて、破産財団存立に伴い当然発生する出捐として財団から支出するものを相当とするものをいうと考える。けだしこれらの所得は、破産者の自由財産を構成する所得とは異り、究極においては破産債権者の利益に帰するのであるから、それに対して課せられた税金は破産財団と自由財産とに分別されている以上破産財団において負担するのが当然であるからである。従つて上記の所得に基因して生じた租税である以上それが人的税と物的税の區別を要しないのであつて、この点において破産者との人的関連のある租税を排除せんとする原審判決の見解は狭まきに失するものといわねばならない。さらに現行所得税法が総合累進所得税制度をとるといつてもこれにより個々の所得がその性格を失つて総所得金額の内

るものではなく、換言すれば、個々の所得に対する抽象的な所得税の債権債務関係が成立し、所得税はその総合ということが出来る。従つて、破産財団を構成する個々の財産の譲渡による譲渡所得が破産財団に関するものである以上、破産者の所得税中譲渡所得に対応する部分は当然財団債権となるものである。ただ今日分別する手続規定は存しないがその方法は考えられるところである。

判決要旨は以下のごとくである。破産法四七条一号が、国税徴収法または国税徴収の例によつて徴収することのできる請求権で破産宣告後の原因に基づくものうち、「破産財団ニ関シテ生シタルモノ」に限つて財団債権とした趣旨は、それが破産債権者にとつて共益的な支出であることにあるものと解すべく、従つて、その「破産財団ニ関シテ生シタル」請求権とは、破産財団を構成する各個の財産の所有の事実に基づいて課せられ、あるいはそれらの各個の財産のそれぞれからの収益そのものに対して課せられる租税その他破産財団の管理上当然その経費と認められる公租公課のごときを指すものと解するを相当とする。ところで所得税は、例外的に分離課税の認められる特殊な所得は別として、一年内における各個人の財産、事業、勤労等による各種の所得を総合一本化した個人の総所得金額について、個人の事由による諸控除を行なつたうえ、これに対応する累進税率の適用によつて総合的な担税力に適合した課税を行なうことを目的とした租税であつて、所得源に応じて課税するようなことは、別段の定めのない限り、所得税法の予定しないところである。従つて、納税者が破産宣告を受け、その総所得金額が破産財団に属する財産によるものと自由財産によるものに基づいて算定されるような場合においても、その課税の対象は、それらとは別個の破産者個人について存する前叙の総所得金額という抽象的な金額なのである。このように、所得税は、破産財団に関して生じた請求権とは認めがたいものな

であるから、破産財団に属する財産の譲渡所得に対応する所得税額を区分して確定することを可能であるとし、その所得税を財団債権として徴収できるものとする論旨は、到底肯認しがたい。として上告を棄却したのである。

判旨は疑問である。

一、財団債権とは、本来破産的清算において、破産財団の存立に伴い当然ある出費を財団より支弁するもの、及びそれ以外の債権でもその性質上又は公平上の要求より財団が支払うを適當とするが故に、法律でとくにこれは保護したものであり(中田破産法和議誌、(全集)一三六頁)、それは原則として、破産宣告後破産債権者共同の利益のために生じた債権である(兼子編破産、法六〇頁)といひうる。その面より考えれば破産法四七条二号の規定はそれ自体「継子の」規定であり、財団債権の性質から掛離れて、國家の存立の爲即ち税徴収権を絶対的に確保せんとする債権者の共益性ということを全く無視した、國家政策に基いた立法であり、その存立自体に疑問を有するものも少なくない(同規定での公益性の要求について疑問を有するものとして中田前掲一四〇頁)し、又同規定を無効であるとする説も存在している。(註)

現に会社更生法においては、租税債権は共益債権とはされず、更生債権とされており、さらに更生計画によつては租税の減免も可能なのである(会社更生法一五七条一項、一二三条等参照)。この様に租税債権の優越権はそれ自体絶対なものではなくなつてゐることは事実である。しかしそれは法、立法段階での問題であり、現に現行破産法

(大正一二年に施行された)においては、忠実に、租税債権の優越権を認め、それに沿つて立法されたものである。

二、そこで同条二号の解釈であるが、但書以下の「破産宣告後ノ原因ニ基ク請求権ハ破産財団ニ関シテ生シタルモノニ限ル」とするのは、破産者の財産が破産宣告によつて、破産財団と自由財産に区分されるのであり、その内破産者の自由財産に關して生じたるものは破産者に、破産財団に關して生じたるものは破産財団よりとする当然極まりないことを宣言したに過ぎないと解すべきであり(と)いうよりも、租税債権の優越性といえども正当なる権利の範囲内でしか行使できないことを宣言したもの)、但書によつて別個の、全く性質の異つたものに変じたものとは到底考えられない。それ故に破産財団に關して生じたる債権即ち破産財団に屬する財物によつて生じた租税債権は全て破産財団に負担させることであり、本件も破産財団に屬する酒造權讓渡による所得及びこれによる租税債権は当然に破産財団に負担させると解するのがすじである。ところが本判決は「破産財団ニ関シテ生シタルモノ」に限つて突然にも財団債権とした趣旨は、「それが破産債権者にとつて、共益的な支出であるものと解すべく、従つて……」(筆者傍点)として、但書以下については、その「共益性」が要件となり、本件ではその共益性がないものとして、右所得は破産者個人の負担とさせることになつたのである。しかし前述の如く同条二号は元々共益性を無視した立法であり、又最高裁も仮に前段の租税債権であつたら共益性を問題となし得ないのである。それが但書になると急に共益性が持ち出された点で不当な解釈をし

たものであり是認し得ないと考へる。

三、所得税が人的税であるとしても、破産宣告により破産者の財産が二個に分断された以上、各個に算定すべきである。これは各々の讓渡がそれ自体具体的な租税債権關係發生と考へる必要はない。両者が全く異つた法律關係を存立せしめた以上、二個を別個の法律關係として評価するのは当然のことである。税關係のみこれを無視する理由はない(註二)。そして兩者について各々財産、事業等による各種の所得を一曆年につき総合一本化した金額に各々その個人的控除を行つて、これに対応する累進税率を適用すればよいのである。最高裁も所得税につき「総合的な担税力に適合した課税を行うことを目的」としたものであるとしているが、であればより以上に破産者の自由財産より、破産者が何ら処分しえない財産(即ち管財人が勝手に破産手續遂行のために処分した)により讓渡所得税を課せられることになる。本判決は不当な結果となる。

四、ただこの問題は別の観点から考えられなければならない。即ち、破産法上、四七条二号を財団債権としたのは、それ自体不当であり、又その無効性を主張するものもある。これは即ち租税優先權という本号それ自体破産法体系内において不当なものとする考え方を前面に押し出す解釈である。租税優先權がそれ自体法体系の流れの中で、その価値を失いつつあることは会社更生法に依つても知り得るところである。最高裁が単に法解釈の役割のみでなく立法法の機能を果していること、現に本号につき、その但書についてはあるが、新立法を成したことは、このような破産法体系と矛盾する本

号を修正することにより本条の統一性を保たんとする意思が働いたと考えるべきであろう。その点より見れば本判決も強ち不当とはいえない。しかしこの判決当時、右の様な解釈(？)をした結果、破産者がその税を負担する結果となるのである。破産法の財団債権に関する体系が、その総債権者の共益性にあるとしても、破産法自体の理念は、破産者の経済的再起、更生、破産状態からの解放にある。この様に考えれば前記の如く、管財人の破産者とは無関係な行為による債務負担を、しかも破産手続が長期に亘る場合には過酷な税が破産者の負担となる結果を考えれば、右最高裁の解釈は、その下位の法体系の秩序を保つことにより、より上位の法体系を破壊する結果となつたのである。

それ故、本判決には反対せざるを得ない。尚その後の法改正により、破産者に対し、破産財団より生じた所得には所得税は課せられなくなつた(所得税法九条一〇号、国税通則法一条一〇号)。これが、その所得に関し破産財団の負担とするか、負担者なしとするのか不明であるが、右改正後においては、本判決もその意義を別の形で持つこととなるであろう。

(註一) この考え方に立たれるのは高根義三郎 税法学六一号一〇頁以下。

(註二) 本判決は第一審より一貫して、破産財団も破産者の所有であるということを前提としての議論である。しかし、私自身は破産財団を一個の破産者とは別個の法主体とする考え方に賛同する者であり、破産財団を別個の法主体とすれば、破産財団に属する財産処分が破産者の所得税

の対象となること自体却つて可笑しい結果となるのである。尚詳細は兼子「破産財団の主体性」民事法研究(四)二頁以下、中田前掲八二頁以下参照。

(豊泉貫太郎)

#### 昭四三40(最高民集三三卷一)

原判決が是認した第一審判決に担保を条件とする仮執行宣言がつけられている場合と民訴法四〇六条

第一審判決の一部について仮執行宣言申立事件(昭四三・一〇・二三第二三小法廷定決)

本件決定事件の本案は、共同不法行為による損害賠償請求訴訟であるが(原告X・被告Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Z、その事実の詳細については、鈴木調査官の解説・法曹時報二二巻四号八六一頁以下・同最高裁判所判例解説一〇二七頁以下参照)、その第一審東京地裁は、「1 被告Y<sub>1</sub>は原告Xに対し金二六七、三八二円及びこれに対する昭和三五年八月二日より支払のすむまで年五分の割合による金員の支払をせよ。2 被告Zは原告Xに対し金九二、〇六一円及びこれに対する昭和三五年八月二日より支払のすむまで年五分の割合による金員の支払をせよ。3 原告Xのその余の請求を棄却する。4 訴訟費用を三分し、その二を原告Xの、その一を被告Y<sub>1</sub>の負担とする。5 この判決の第一、二項は原告Xにおいて被告Y<sub>1</sub>に対し金五〇、〇〇〇円、被告Zに対し金二〇、〇〇〇円の担保を供するときは、仮に執行することができる。6 被告Y<sub>1</sub>は、金一五〇、〇〇〇円、被告Zは金五〇、〇〇〇円の担保を供するときは、前項の仮執行を免れることができる。」とのY<sub>1</sub>・Zに対する請求の一部を認容、Y<sub>2</sub>に対する請求を棄却する判決がなされた。右判決につきXがY<sub>1</sub>らに相

手方として控訴したところ、控訴審は、第一審でXのYに對する請求を棄却した部分を変更しただけで、Xのその他の控訴を棄却した。Xは、さらに上告したが（目下、判決事件は上告審に係属中である）、その際、Xは上告審に對し、前記判決主文第二項につき、Zからの不服申立のなことを理由に、無条件の仮執行宣言を求める申立をした。これが本件決定事件である。

右申立に對し最高裁は、「…判決中不服申立のない主文第二項につき、仮執行の宣言を求める旨申立があつた。しかし、右東京地方裁判所の判決の主文第二項については、金三万円の担保を条件とする仮執行宣言がつけられているのであり（同判決主文第五項参照）、このような場合については民法四〇六条によつては担保をつけない無条件の仮執行宣言をすることはできないと解するのが相当である」として申立を却下した。

## 判旨に反對する。

一、仮執行の宣言は、敗訴者の上訴によつて執行力の發生が遷延せられるのに対応して、勝訴者のために判決確定前の執行力發生の途をそなへ、当事者間の衡平をはからうとする制度である（伊東・民訴）<sup>(法一六九頁)</sup>。すなわち、民法一九六条一項は「財産上ノ請求ニ関スル判決ニ付テハ裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ担保ヲ供シ又ハ供セスシテ仮執行ヲ為スコトヲ得ヘキコトヲ宣言スルコトヲ得」と規定しているし、三七五条は控訴審での、四〇六条は上告審での仮執行の宣言について「不服ノ申立ナキ部分ニ限り申立ニ因リ決定ヲ以テ仮執行ノ宣言ヲ為スコトヲ得」と規定している。したがつて、財産権上の請求につき第一審判決中で仮執行について

の宣言がなく、また、その部分について不服申立もなかつた場合、三七五条・四〇六条の規定から、申立によつて、上級裁判所は仮執行の宣言をする以上、無条件の仮執行の宣言をすることになることに異論はない（三七五条四〇六条には、一九六条一項のように「担保ヲ供シ又ハ供セスシテ」の文言がない）。しかし、すでに下級審の判決中不服申立のない部分につき担保を条件とする仮執行宣言がつけられている場合に、なお三七五条・四〇六条によつて無条件の仮執行宣言をなしうるか否かについては問題がある。というのは、三七五条・四〇六条は、ドイツ民法のように、下級審判決に仮執行の宣言がないかまたは担保提供の条件付の仮執行がついている場合、というような文言のある明確な規定ではないため、条件付の場合問題が生ずる。

条件付仮執行宣言がついている場合に、三七五条・四〇六条の適用があるか否かについて、学説には、積極説（兼子・条解民訴、上八）と消極説（菊井・村松・民訴Ⅱ五）の対立があるが、いずれも理由が明確ではなく、判例もなかつたところ、本件決定がでて以来、積極説（小室・本件判批・民商六〇巻六号九二九頁以下、總）、消極説（鈴木）とも理由づけがなされてきた。

本件決定では、最高裁は、民法四〇六条は条件付仮執行の宣言がついている場合には適用がないとの消極説を採用することを明らかにした。ただ、決定事件であるため理由が述べられていないので、最高裁が消極説をとつた根拠は定かではない点残念ではあるが、なお、初めての判例として注目すべきものといえよう。しか

し、私は、消極説には賛成しえない。

二、消極説は以下のようにいう。(一)第一審で条件付仮執行宣言をした以上、「これを変更する根拠がないかぎり、上告審といえどもいかなともし難く、民訴法四〇六条が右の根拠規定と解されない」(鈴木・判例解説一〇三五頁)。(二)本件においては、「上告人としては、仮執行をしようと思えば、二万円の担保をつめばできる状態にあり、その二

万円は通常いずれば上告人の手に返ってくる」(鈴木・前掲八六七頁)。(三)積極説をとるとすると、「仮執行宣言の一個の担保が併合して申し立

て訴えられた数個の請求権をカバーし、あるいは右担保が数人の共同して訴えられた債務者の債務に共通である場合において、右担保は無条件の申立がされなかつた部分、あるいは者との間で割合がどうかの問題が生ずる」(鈴木・前掲八六七頁、同)。

これに対し、積極説は、第一審で仮執行の宣言がつけられていないければ、無条件の仮執行宣言が得られるのに、たまたま第一審が担保を条件とする仮執行宣言をしたため、上級審で不服の申立がないにもかかわらず、これを無条件の仮執行宣言とすることができないというのはバランスがとれない。さらに、沿革上の理由から積極説をよしとする。すなわち、旧民訴法五〇九条は、「第一審又ハ第二審ノ判決ニシテ仮執行ノ宣言ナカリシモノ又ハ条件付ノ仮執行ノ宣言アリタルモノハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立テサル部分ニ限り口頭弁論ノ進行中ニ為シタル原告若クハ被告ノ申立ニ因リ上級審ニ於テ其判決ニ仮執行ノ宣言ヲ付スヘシ」と規定して、条件付仮執行宣言も含むことを明言していた。この規定を現行法は、大正一五年の改正でド

イツ民訴法(控訴について五三四条、上告について五六〇条)と同様に、控訴(三七五条)と上告(四〇六条)にわけて規定したものであり、条文は簡略化されたが、内容は旧規定と同趣旨のものであることは、改正理由書などから明らかである(司法省編・改正民事訴訟法中改正法律案理加藤・長島・森田・改正民事訴訟法解説四〇五頁、四三〇頁)。(由書・仁井田・新法學雜誌民訴判例集六六四頁、改正民事訴訟法概説一〇九頁、一二七頁など)したが、現行三七五条・四〇六条は、条件付仮執行の宣言ある場合においても適用あるものと解すべきである。

三、まず右消極説(一)の点よりみていこう。第一審で無条件の仮執行宣言がある以上、また改めて上級審で仮執行宣言を求める者はいないだろうし、認める必要もない。それ故、三七五条・四〇六条は仮執行の宣言がない場合に適用されることになることは当然であり、そのこと自体問題はないが、その際、条件付は条件付であっても仮執行の宣言があつたことにかわりはないとして、無条件のものと同様に扱うべきだとするのは問題である。条文は、三七五条・四〇六条いずれも原判決に仮執行宣言がついていないときとする限定はしていないし(小室・前掲九三五頁、もちろん仮執行宣言のない場合、お題はないが、こう解することによつて)、沿革的にみても条件付仮執行宣言にも適用されるべきである。さらに、消極説のように解すると、上級審で判決変更のおそれがあるから担保をつけなかつた場合には無条件の仮執行宣言ができるのに反し、より判決の確実性の高い条件付仮執行宣言の方については、不服申立がなされていないにもかかわらず、無条件の仮執行宣言をなしえないとするこの説明に窮するようにおもわれる。第一審では、判決変更の可能性が高いから仮執



行の宣言を付さなかつた場合であつても、上級審でその部分について不服申立がなければ変更の可能性は小さくなるか、なくなるから、三七五条・四〇六条では、一九六条一項にある「担保ヲ供シ又ハ供セズシテ」の文言をのぞいたとみるべきである。

消極説(二)の点も問題がある。確かに、担保を提供すれば仮執行ができる。本件のように二万円位の提供で執行できるならば勝訴者にとつても負担が少いといえるかもしれないが、担保額いかんによつては執行もできなくなろう。担保額は、大体請求金額の三分の一程度に定めるのが通常のようなのであるが、請求金額いかんによつては、担保もまた多大なものとなる。仮執行宣言につき担保が付けられるのは、上級審での変更の可能性あることを考えて、変更された際、相手方がこうむるかもしれない損害を担保するためのものである。したがつて、不服申立のないような場合は、変更の可能性はなく担保をつけておく意味はない(もつとも、不服申立は、上訴審の口頭弁論終結時まで、上告審であれば書面審査終了時まで、可能であるから、仮執行宣言の申立がなされ、その決定を得たあと、不服申立がなされる可能性もあるが、この場合債務者は、民法法五一二条により執行停止の申立をすればよい)。それにもかかわらず多大の担保をつけておくのは勝訴者にとつて不利益であり、執行がしにくくなり、前記仮執行制度の趣旨にそぐわないものとなる。

消極説(三)の請求の客観的併合または共同訴訟における積極説攻撃もあたらない。なるほど、担保の割合が問題となることもあるうが、これは全く実務上の便宜のため行なわれている技術的な問題で

ある。併合請求について、共通に担保を定めよとの規定があるわけではない。併合請求につき担保を定めるには、個別にすべきである(小室・前掲)と解すべきであらう。

消極説菊井・村松・前掲六九三頁は、家屋明渡及び賃料損害金請求訴訟において、両者一括して高額の担保(例では三十万円)を条件として控訴審が仮執行の宣言をした場合、上告審で、賃料損害金の部分について不服申立がなければこの部分について仮執行できるのであるが、担保額は賃料損害金の担保としては不当に高額であるから、上告審に賃料損害金の請求についてのみの仮執行の宣言を申立ができるとしている。しかし、これは、消極説をとる立場からは納得のいかない(鈴木・前掲八六八頁、同一〇三七頁)矛盾したものである。むしろこういう場合の妥当な解決にも積極説が勝つているといえる。

四、私は、以上のように、積極説の論拠および消極説の批判から、積極説が仮執行制度の趣旨にかなう正しい見解であると考える。(梅 善夫)