慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一〇五〕仮執行宣言付判決に対して上訴を提起したのちにされた弁済と民 訴法一九八条二項(昭和四七年六月一五日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	栗田, 陸雄(Kurita, Mutsuo) 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	1973
Jtitle	法學研究:法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.7 ,p.127- 131
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730715-0127

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.

[最高裁民訴事例研究 一〇五]

昭四七5 (最高民集二六巻)

仮執行宣言付判決に対して上訴を提起したのちにされた弁済と民

訴法一九八条二項

示して、Xの本訴を却下し、Yの同項の申立を棄却した。Yから上告、示して、Xの本訴を却下し、Yの同項の申立を棄却した。Yから上告、いう「仮執行ノ宣言ニ基キ被告カ給付ンタルモノ」にはあたらないと刊れた「仮執行ノ宣言ニ基キ被告カ給付ンタルモノ」にはあたらないと刊れた「仮執行ノ宣言ニ基キ被告カ給付ンタルモノ」にはあたらないと対し、第一審判決で支払を命じられた形跡はない。Yは同年四月三日Xに制執行につき競売期日が指定された形跡はない。Yは同年四月三日Xに制東になるもの第八回目の口頭弁論期日(同年一一月一四日)に陳述されたYのは原審の第八回目の口頭弁論期日(同年一一月一四日)に陳述されたYのは原審の第八回目の口頭弁論期日(同年一一月一四日)に陳述されたYのは原審の第八回目の口頭弁論期日(同年一一月一四日)に陳述されたYのは原審の第八回目の口頭弁論期日(同年一一月一四日)に陳述されたYのものによるものではなく、執行官の催告に応じてなされたものでもなく、また、るものではなく、執行官の催告に応じてなされたものでもなく、また、るものではなく、執行官の権告に応じてなされたものでもなく、また、方に教行ノ宣言ニ基キ被告カ給付シタルモノ」にはあたらないと判断がより、第一部判決にあるとも所定できないとの理事がは、右弁済は民訴法一九八条二項にいう「仮執行ノ宣言ニ基キ被告の治力を発力している。

研究

言付判決を受けたのちに被告が弁済をした場合一般についていいうるこ言付判決を受けたのちに被告が、行立、配当が自己によって履行を命じられた債務につきその弁済としてした給否を争いながら、同判決で命じられた債務につきその弁済としてした給であい、一方で、同判決によつて履行を命じられた債務の存否を上訴審で争いながら、他方で、みずから右債務の存否を争う実益を失わせるよで争いながら、他方で、みずから右債務の存否を争う実益を失わせるよで争いながら、他方で、みずから右債務の存否を争う実益を失わせるよっな任意弁済をすることは、特別の事情のないかぎり、ありえないほずであり、このことは、その仮執行によつて強制的に取りあげられた債務の存否を上訴審で争いながら、他方で、みずから右債務の存否を争う実益を失わせるよったが、一方で、同判決によつて履行を命じられた債務の存否を争う実益を失わせるように表する。

判旨に賛成する

とだからである……」――破棄差戻(全員一致

行為であつて、一括して執行によるものと見られるので、問題となって、が問題となるのちに被告(債務者)から給付をなすに至った具体的な事情が考慮されなければならない。即ちa、b、ま、以上の如き時間的経過の中で、従来から議論のある本条の返還は、以上の如き時間的経過の中で、従来から議論のある本条の返還は、以上の如き時間的経過の中で、従来から議論のある本条の返還は、以上の如き場合が考慮されなければならない。即ちa、b、すに至った具体的な事情が考慮されなければならない。即ちa、b、すに至った具体的な事情が考慮されなければならない。即ちa、b、されたか、が問題となるのちに被告(債務者)から給付をなすにつきれたか、が問題となるのちに被告(債務者)から給付をなすにつきれたか、が問題となるのちに被告(債務者)から給付をなすにつきれたか、が問題となるものと見られるので、問題とないては次の如うに対している。

るのは専らaの場合である。

合を除き民訴法七○八条七号に掲げられた上級地方裁判所の判決に 賠償すべき義務を負う、 任意に給付した後に、判決が手続上の瑕疵によつて廃棄 され た より又はその執行を免るるためなしたる給付により生じたる損害を 行の宣告ありたる判決を廃棄又は変更する時は原告は判決の執行に のドイツ民訴法はこれを次の様に改めた。——七一七条二項、 るが、いずれにせよすつきりしない規定であつたので、一九〇〇年 295)。 そこで多くの者はこの規定を単なる手続規定と解したのであ 存在しなかつた (Henckel, Prozessrecht und materielles Recht. S. めの実体法上の基礎は、判決を不当利得の原因と見做さない限り、 つて有効になされたものであるからである。従つてかかる調整のた 求権をもつているならば、債務者の任意の給付は法律上の原因によ のを返還しなければならないことになるが、しかし債権者が給付請 合、債権者は仮令彼が給付請求権をもつているにせよ受け取つたも あるが、 かかる帰結は実体法と合致しない。 即ち債務者 (被告) が もかかる調整(Ausgleich)が行なわれなければならなくなりそうで 執行の宣告の後に任意に、即ち執行の威嚇なくして支払つた場合に れなければならない、と規定していた。これによると、債務者が仮 が判決に基づいて支払つたもの、又は給付したものの返還を命じら 行の宣告が廃棄又は変更される場合、原告は被告の申立により被告 は立法上の沿革がある。一八七九年ドイツ民訴法六五五条は、仮執 二、ところで任意になされた給付、 ……同条三項、前項の規定は欠席判決の場 強制された給付の区別につい 場

者の給付を強制された給付に限定する所以は、この規定が手続規定 り、債務者が任意に給付した場合には適用がない。この様に、 aaO. S. 258 f)。即ち本条に規定された調整は、 債権者(原告) が執 り実体法上も債務者に返還請求権を発生せしめるのである(Henckel 第二項に包含されているものといわなければならない。 かくて一九 項の債権者の義務の範囲を限定したものであるから、 の判決は、債権者がその判決の堅固さを信頼することが許されると の確定を巡つて事件が複雑化するからであろう)、他方で上級地方裁判所 判所への上告を制限すべきであり(損害賠償の請求を認めるとその範囲 当利得の返還に関する規定に従う。 又は給付されたものの返還をなす義務を負う。原告の返還義務は不 告は被告の申立によりこの判決に基づいて被告から支払われたもの 別的に債務者の任意性が探究されなければならない。 についても同様であるべきであり、 であるとともに実体規定であり、かつ実体法との調和を図ろうとす 行し又は債務者が執行の威嚇に基づいて給付した場合に 適 用 が あ 付に適用が限定され、仮執行宣言ありたる判決の廃棄又は変更によ という観点から (Schönke-Baur, Zuangsvollstreckung, S. § 13V)、第二 いう程度に、その判決の実体的正当性に関する大きな保証となる、 は適用されない。 る点にあると言つて良いであろう。この理は我民訴法一九八条二項 ○○年のドイツ民訴法七一七条二、 三項 (現行法) は強制された 給 上級地方裁判所の判決を廃棄又は変更する時は原 前述した給付の各態様につき偶 ・…――第三項は一方で連邦裁 第三項は元来 債務

ŋ 上は債権者によつて執行がなされた場合について言える こ と で あ する原因を欠いている、という点に求められるであろう。 由に基づいて廃棄、変更された場合には、いずれにせよ正当に利得 あるから、不当利得の根拠は、 の債権が訴訟上抗弁によつて対抗されることなく確定される場合で 正当視されるのは、実体法上債権者に債権が帰属しており、 するところの法的地位である (Henckel, aaO. S. 266)。結局、 原因として考慮されるものは、正にかかる方式による利得を正当化 を不当利得の根拠と見做すことはできないであろう。かくて利得の(1) の危険の移転を規律するものにすぎない。従つてかかる支払の擬制 たことを意味するものではなく、むしろこれは債務者から債権者 支払われたものと擬制しているが、これは決して給付としてなされ 五七九条は、執行官による金銭の取立、売得金の領収を債務者から は給付によつて生ずるものではない。即ち民訴法五七四条二項及び れている(金子・仮執行・民訴法講座三巻七七五頁)。 この場 甘受しなければならぬことに対する調整である(Schönke-Baur. aaO 彼に対して下された判決に基づく強制執行を防禦の可能性なくして 即ち、これは債務者が――上訴審で不当であることが判明した―― 質をもつ(竹下・民訴演習I一八五頁)と説明されるのが一般である。 \$13V. 6) からであり、更にこれは一種の危険責任である と 解 (西村・民事法学辞典二七八頁)が、一種の不当利得返還義務たる性 債務者が執行を回避するために給付をなした時は、一九八条二 かかる判決が訴訟上又は実体上の理 しかし以 更にこ

一九八条二項の原状回復義務は純粋の民法上の不当利得ではな

項

(\$717. III ZPO) の請求権を不当利得返還請求権として説明する

とも可能であり(S. 266)、第三項が不当利得の規定を準用している 定されてはいるが、尚違法行為に対する制裁であると説明されるこ 権として説明される他、同条二項に比べてヨリ責任の範囲を狭く限 る。それにも拘らず、債権者は債務者から給付されたものの返還を ことは責任の範囲にのみ関連するもので責任の根拠を示すものでは の見解によると、§717. III ZPO の請求権は不当利得の返還請求 ならぬ 違法行為に 求められなければ ならないで あろう。 義務づけられるというならば、この責任の根拠は債権者の不当利得 給付による利得は法律上の原因を欠いていたとはいえないからであ ことはできない (Henckel. aaO. S. 267)。この場合、判決が後に訴訟 の瑕疵によつて廃棄されても、実体的請求権が存在した限りでは、 Henckel

不存在に基づく時は債務者の財産の侵害を結果した債権者の申立が あろう。これによると、債権者が仮執行宣言を付された判決に基づ 求権の根拠を統一的に債権者の違法行為に求めることが許されるで れた給付に限定することを前提に、この原状回復義務と損害賠償請 違法ということになるであろうし、 いて執行した後にこの判決が廃棄された場合に、この廃棄が請求権 かくて、我民訴法一九八条二項についても、本条の適用を強制さ 手続上の瑕疵に基づく時は申立

ていることも同様の趣旨であろうと思われる。

ともに民法の不当利得に関する規定が適用されるのではない、 のであつて、返還義務の要件は専ら二項に規定されており、これと 請求権に関する規定を準用しているのは、法律効果を準用している

とし

lb, Baumbach-Lauterbach § 717 Anm, z.) E)

267)。Schönke-Baurが、§ 717. III ZPOが不当利得の返還

限り、執行の威嚇となると考えられる (Schönke-Baur, aaO. S. § 13V された判決の送達は、もし債権者が執行を欲しないならばその旨を も判決手続の一部をなすものであつて、強制執行による威嚇という 判決の取得はまだ執行の意思を表示したものでなく、執行文の付与 るのは違法性のある執行の威嚇とは何かということである。単なる 法講座四巻九九五頁はかかる考え方をとるものであろう)。 次に問題と な 務を結合したものであると解されよう(兼子・強制執行請求権・民訴 する執行の威嚇に違法性を求めることができるであろう。債権者に **ら。債務者が執行を回避するために給付した時は、更に債務者に対** 義務的に表示すべきであり、又債務者が実際にこれを認識できない に足りない。しかし債権者が執行を予告した場合や、執行文の付与 わけではないが、しかし本条は正にかかる違法な危険にこれらの義 の財産に危険を及ぼすものである。危険それ自体は損害を惹起する よる執行の威嚇は権利の侵害をめざすものであつて、違法に債務者 の違法性が或る時点まで推定されるから、ということになるであろ

らない。 井・村松コンメンタール六五二頁)限り、正当であるといわなければな 用してはいるが、その実はかかる弁済は真実任意になされたもの まれる(西村・前掲二七九頁、菊井・民訴法四〇八頁)という表 現 を 国の大方の学説が任意弁済も又民訴法一九八条二項にいら給付に含 は見られ難いからであるという認識に基づ く(竹下・前掲八六頁、 以上の結果を総合すると、多少のニュアンスはあるにせよ、 しかし既述した様に一九八条二項は手続規定であるととも 使

構造との調和を図るためには、 執行宣言の附されたことによる給付又は損害についてではなく、こ る給付を排除する基準として曖昧である。「この原告の責任は、 はいえないのである。 る限り、 な執行の威嚇によるものでなければ、債権者が実体的請求権を有す ればならない。もし執行を回避するための給付が債権者による違法 に実体規定であり(法律実務講座民訴編第五巻一九三頁)、 実体 法の法 する見解が以上の観点に最も良く適合するであろう。 くのでない限り、責任を負わない」(兼子・条解民訴Ⅰ五○二頁)、と し或はこれを免れ若は執行を停止するために担保を供することがあ れを利用したものに限られる。…:被告は仮執行をおそれて弁済を 原告において仮執行をしようとする態度を示したことに基 債務者の給付は法律上の原因(Rechtsgrund)を欠くものと かかる点を考慮すると右の学説は尚任意によ かかる給付は強制された給付でなけ

仮

てこれから執行しようという切迫した状況をさすものであるから、 して」とは、もつと具体的に執行官が執行のために現場におもむい なくりの段階に属するであろうが、しかしりのいわゆる「執行に際 とに変りはない。従つて執行手続の発展段階からみると、まぎれも 依然として存続しており、 執行の停止決定は強制競売の期日の指定を妨げるが、差押の効力は つて執行の着手があり、その送達によつて差押の効力を生じている。 されたものであろうか? 本件に於ては既に強制競売開始決定によ 五、本件での債務者の給付は前述のa、b、cのうちどの段階でな 執行に着手された状態が継続しているこ

> ものというべく、債権者による執行の威嚇即ち執行文を付与せられ ものと考えられる。しかし理論的に特筆すべき点は見られない。こ 判断すべきであつた。以上の諸点に照らして本判決の結論は妥当な ろの債権者の債務者に対する執行を欲しない旨の表示等が考えられ 済と認めうる特別の事情とは、かかる因果関係を明白に切断する事 免れないのである。このように考えると、本判決のいわゆる任意弁 であれば、Yの給付は執行開始前に執行を回避するためになされた の分野では判例の集積が乏しく、 弁済の事実は斟酌されるべきではなく、原審は本案の請求について るであろう。その際かかる事情の存在については債権者に立証責任 た判決の送達との因果関係が肯定される限り、債権者は返還義務を を負担せしめることになるであろうか。 ともあれ本件に於てはYの 即ち三で示されたドイツの学説・判例の一般的標準であるとこ 今後のつみ重ねによつて一層の精

四四頁) 尚本件については小倉調査官の解説がある(法曹時報二五巻三号)

(1) Henckel, aaO. 266f はこれを §§ 815Abs 3,819 ZPO について説

明している。

緻さが望まれるところである。

2 して展開しているので、彼自身の考え方は別に示されている。これにつ もつともヘンケル自身はかかる考え方を古典的違法理論の帰結であると 細は白川・仮執行による損害賠償義務の性質・民訴判例百選一四六頁。 いては、aaO. S 270 ff. 勿論、損害賠償義務の性質についても争いのあるところである。 (昭和四八年五月二○日稿

(八六七) 田 雄

本件の場合はむしろaの段階に準じて取り扱うべきであろう。そう