

Title	〔最高裁判事例研究一〇五〕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.

〔最高裁判事例研究 一〇五〕

昭四七五 (最高民集二六卷
五号一〇〇頁)

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

売買代金請求事件 (昭和四七・六・一五第一小法廷判決)

第一審でX (原告・被控訴人・被上告人) は、Y (被告・控訴人・上告人) に対し漁船用発動機一台および付属品一式を代金六四万円で売り渡したので、Yの支払済分をさし引いた残代金四四万円と年十六分の商事法定利率による遅延損害金の支払を求め、と主張し、第一審はこれを全部認容すると共にこれにつき担保を供しないで仮執行をなしうる旨の宣言を付したが、Yから控訴が提起された (昭和四一・一一・二八)。昭和四二年二月六日、Xの申立により和歌山地裁は右第一審判決に基づいて仮執行としてYの所有にかかる船舶に対し強制競売開始決定をし、右船舶を和歌山市和歌浦港に碇泊させるように命じたのであるが、大阪高裁は同月一五日民訴法五二二条に基づきYをして保証金一〇万円を供託さ

せたりえ右強制執行の停止決定を行った。同年三月三日、和歌山地裁は右船舶につきAを監守人として、監守保存決定をなし、その結果差押にかかる右船舶は下津において右監守人の占有に帰している。尚右船舶の強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に対し、第一審判決で支払を命じられた元本及び同日迄の遅延損害金合計五〇八、二〇〇円の弁済をしたが、右弁済後に本件訴または控訴の取下等訴訟を終了させるための手続はなんらとられていない。尚右弁済事実は原審の第八回目の口頭弁論期日 (同年一月一四日) に陳述されたYの控訴趣旨変更の申立書中に、民訴法一九八条二項の申立の理由として初めて記載されたものである。原判決は、右弁済は、仮執行そ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、被上告人が仮執行を利用して上告人に弁済を強制したことが明らかなる場合であるとも断定できないとの理由で、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カ給付シタルモノ」にはあたらないと明示して、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

最高裁は次の如く判示した。「しかしながら、被告が、仮執行宣言付判決に対して上訴を提起し、その判決によつて履行を命じられた債務の存否を争いながら、同判決で命じられた債務につきその弁済としてした給付は、それが全くの任意弁済であると認めうる特別の事情のない限り、同法一九八条二項にいう「仮執行ノ宣言ニ基キ被告カ給付シタルモノ」にあたる」と解するのが相当である。ただし、仮執行宣言付判決を受けた被告が、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うな任意弁済をすることは、特別の事情のないかぎり、ありえないはずであり、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場合や仮執行に際し執行官に促されて弁済した場合にとどまらず、仮執行宣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とだからである……」——破棄差戻(全員一致)

判旨に賛成する。

一 仮執行宣言ありたるのちに被告(債務者)から給付をなすについては次の如き場合が考えられる。a 執行開始前に給付する場合、b 執行に際し執行官に給付する場合(民訴法五三三条、執行官手続規則一三條)、c 執行による場合。民訴法一九八条二項の解釈にあつては、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請求権及び賠償請求権の法的性格と絡んで、被告が当該の給付をなすに至つた具体的な事情が考慮されなければならない。即ちa、b、cを通じて一般に被告の給付が任意になされたか、強制によつてなされたか、が問題となるのであるが、b、cの場合には執行開始後の行為であつて、一括して執行によるものと見られるので、問題とな

るのは専らaの場合である。

二、ところで任意になされた給付、強制された給付の区別について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もかかる調整(Abschlag)が行なわれなければならないであろうであるが、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場合、債権者は仮令被告が給付請求権をもつているにせよ受け取つたも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求権をもつていなければ、債務者の任意の給付は法律上の原因によ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、存在しなかつた(Henkel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 253, 254)。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るが、いずれにせよつきりしない規定であつたので、一九〇〇年のドイツ民訴法はこれを次の様に改めた。——七一七条二項、仮執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賠償すべき義務を負う、……同条三項、前項の規定は欠席判決の場合を除き民訴法七〇八条七号に掲げられた上級地方裁判所の判決に

は適用されない。上級地方裁判所の判決を廢棄又は変更する時は原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は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当利得の返還に関する規定に従う。……第三項は一方で連邦裁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圍の確定を巡つて事件が複雑化するからであらう)、他方で上級地方裁判所の判決は、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、という観点から (Schinke-Baur, Zangsvollstreckung, S. 13V) 第二項の債権者の義務の範圍を限定したものであるから、第三項は元來第二項に包含されているものといわなければならない。かくて一九〇〇年のドイツ民法七一九条二、三項(現行法は強制された給付に適用が限定され、仮執行宣言ありたる判決の廢棄又は変更によ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 a.o. S. 258 ff.))。即ち本条に規定された調整は、債権者(原告)が執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、債務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らうとする点にあると言つて良いであらう。この理は我民法一九八条二項についても同様であるべきであり、前述した給付の各態様につき個別的に債務者の任意性が探究されなければならない。

い(西村・民法法学辞典二七八頁)が、一種の不当利得返還義務たる性質をもつ(竹下・民訴演習一八五頁)と説明されるのが一般である。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——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甘受しなければならぬことに対する調整である (Schinke-Baur, a.o. S. 13V) ③からであり、更にこれは一種の危険責任であると解されている(金子・仮執行・民訴法講座三卷七五頁)。この場合、利得は給付によつて生ずるものではない。即ち民法五七四条二項及び五七九条は、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へ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を不当利得の根拠と見做すことはできないであらう。かくて利得の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するところの法的地位である (Henckel, a.o. S. 260)。結局、利得が正当視されるのは、実体法上債権者に債権が帰属しており、更にこの債権が訴訟上抗弁によつて對抗されることなく確定される場合であるから、不当利得の根拠は、かかる判決が訴訟上又は実体上の理由に基づいて廢棄、変更された場合には、いずれにせよ正当に利得する原因を欠いている、という点に求められるであらう。しかし以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り、債務者が執行を回避するために給付をなした時は、一九八条二項 (§17. III ZPO) の請求権を不当利得返還請求権として説明する

ことはできない (Henckel, aaO. S. 267)。この場合、判決が後に訴訟上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、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ならぬ違法行為に求められなければならないであろう。Henckelの見解によると、§ 717, III ZPO の請求権は不当利得の返還請求権として説明される他、同条二項に比べてより責任の範囲を狭く限定されているが、尚違法行為に対する制裁であると説明されることも可能であり (§ 266)、第三項が不当利得の規定を準用している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ない (§ 267)。Schönke-Baur が、§ 717, III ZPO が不当利得の返還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、としていることも同様の趣旨であろうと思われる。

かくて、我民訴訟法一九八条二項についても、本条の適用を強制さ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いて執行した後⁽²⁾にこの判決が廃棄された場合に、この廃棄が請求権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違法ということになるであろうし、手続上の瑕疵に基づく時は申立

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う。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・民訴訟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限り、執行の威嚇となると考えられる (Schönke-Baur, aaO. S. 13V to Baumhacht-Lauterbach § 717 Anm. z.) B)。

四、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、我国の大方の学説が任意弁済も又民訴訟法一九八条二項にいう給付に含まれる (西村・前掲二七九頁、菊井・民訴訟法四〇八頁) という表現を使用しているが、その実はかかる弁済は真実任意になされたものと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、菊井・村松コンメンタール六五頁) 限り、正当であるといわなければならない。しかし既述した様に一九八条二項は手続規定であるとも

に実体規定であり（法律実務講座民訴編第五卷一九三頁）、実体法の法構造との調和を図るためには、かかる給付は強制された給付でなければならぬ。もし執行を回避するための給付が債権者による違法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る限り、債務者の給付は法律上の原因（Rechtsgrund）を欠くものとはいえないのである。かかる点を考慮すると右の学説は尚任意によ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、仮執行宣言の附されたことによる給付又は損害についてはなく、こ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つても、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くのでない限り、責任を負わない」（兼子・条解民訴一五〇二頁）、とする見解が以上の観点に最も良く適合するであろう。

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。執行の停止決定は強制競売の期日の指定を妨げるが、差押の効力は依然として存続しており、執行に着手された状態が継続していることに変りはない。従つて執行手続の発展段階からみると、まぎれもなく b の段階に属するであろうが、しかし b のいわゆる「執行に際して」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、本件の場合にはむしろ a の段階に準じて取り扱うべきであろう。そう

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情、即ち三で示されたドイツの学説・判例の一般の標準であるとこ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 の弁済の事実が斟酌されるべきではなく、原審は本案の請求について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。この分野では判例の集積が乏しく、今後のつみ重ねによつて一層の精緻さが望まれるところである。

尚本件については小倉調査官の解説がある（法曹時報二五卷三号一四四頁）。

(一) Henckel, aO. 266f. はこれを §§ 815Abs 3, 819 ZPO にひいて説明している。

(2) 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。詳細は白川・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。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。これについては aO. S. 270 ff.（昭和四八年五月二〇日稿）