

Title	〔最高裁判事例研究 四二二〕 事情変更による仮処分命令の取消決定が確定した場合に当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭が不当利得となつた事例
Sub Title	
Author	山本, 和彦(Yamamoto, Kazuhiko) 民事訴訟法研究会(Minjisoshohokenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.5 (2010. 5) ,p.75- 90
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=AN00224504-20100528-0075

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 四二二〕

平成二二一（民集六三巻四号七六五頁）

事情変更による仮処分命令の取消決定が確定した場合に当該仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭が不当利得となつた事例

損害賠償等請求事件（最高裁判平成二〇年（受）第二二四号、平成二一年四月二四日第二小法廷判決、上告棄却）

〔事 実〕

本件は、仮処分命令の債務者であるXが債権者であるYらに対し、仮処分命令が取り消されたことにより、その保全執行としてされた間接強制決定に基づきYらがXから取り立てた金銭は、法律上の原因を失い、不当利得に該当すると主張してその返還を請求した事案である。

X及びYらはいずれも亡Aの相続人であるところ、Aは全財産をXに相続させる旨の遺言を残して死亡した。その後、XとYらは、Yらがそれぞれ六〇〇万円を、Xがその余の全財産を取得する旨の遺産分割協議を成立させた。Xの取得

する財産の中には、亡Aの有していた商標権が含まれていた。Yらは、その後、前記遺産分割協議は錯誤等により無効であり、遺留分減殺請求により商標権の持分を取得したと主張し、Xを債務者、商標権持分権を被保全権利として、商標権処分禁止の仮処分を申し立て、その旨の仮処分命令が発令された（以下「本件仮処分命令」という）。なお、商標法三五条により準用される特許法七三条三項によれば、商標権が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その商標権について専用実施権を設定し、又は他人に通常実施権を許諾することができないとされる。

しかし、Xは本件仮処分命令に従わず、第三者に商標権の使用を許諾したため、Yらは、本件仮処分命令の保全執行として間接強制決定を申し立て、Xが本件仮処分命令記載の義務に違反したときは、Yらに対して間接強制金（当初は一日当たり五万円、その後一日当たり一〇万円に増額）の支払を命ずる間接強制決定が発令された。しかるに、Xは、なお本件仮処分命令に従わず、その結果、Yらに対して合計一億八千万円余の間接強制金が支払われた。Yらは、Xを被告とし

て、本件仮処分命令に係る本案訴訟を提起したが、その控訴審において、前記遺産分割協議は有効であり、Yらは商標権につき持分権を有しない、すなわち本件仮処分命令の被保全権利は発令時から存在しなかったとする判決が言い渡された（なお、Yらは、同判決に対して上告及び上告受理申立てをしたが、本件訴訟提起後、上告棄却及び上告不受理決定がされ、同判決は確定した）。

そこで、Xは、上記本案訴訟の判決が言い渡されたことを理由に、本件仮処分命令の事情変更による取消し（民保三八条）を申し立て、取消決定を受けた。また、間接強制決定の取消しを申し立て、その取消決定もされた。その上で、本件仮処分命令の保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた間接強制金は、法律上の原因を失い、不当利得に該当すると主張して、合計金三億円余の支払等を求める本件訴訟を提起したものである。

第一審及び原審はXの請求を一部認容した。原審は判決理由において、「本件間接強制決定等の前提となる第一次仮処分決定の本案訴訟では、Yらが当初から仮処分分の被保全権利を有していなかったと判断されたのであるから、第一次仮処分取消決定及び本件間接強制決定等の取消決定に遡及効がある」と否にかかわらず、Yらが間接強制金を取得することは、正義公平の観念上正当とされる原因を欠くものであり、不当利得となる」とした。そして、Yらの間接強制金の法的性格

は制裁金であることから返還義務を否定するとの主張に対しては、「間接強制金の法的性格が間接強制決定に違反したことに對する制裁金であることはYら主張のとおりであるが、本件間接強制決定等は第一次仮処分決定を前提とするものであり、その本案訴訟で当初から仮処分分の被保全権利が存在しないと判断されたのであるから、Xに對する制裁そのものが正当な根拠を欠くものであったのであり（なお、間接強制金は、損害賠償に充たされる（民事執行法一七二条四項）から、制裁金という性格とともに損害賠償の性格をも併せ持つということができ、そうだとすれば、損害賠償の根拠が全面的に否定された場合にまで、間接強制金を保有し得る（不当利得として返還する義務がない）というのは、明らかに不合理である。）、前記主張は採用できないとした。

原判決に對して、Yらが上告受理の申立てを行った。Yらは、上告受理申立て理由において、間接強制金の性質についていわゆる制裁説を採用し、間接強制金を取り立てられた時点で本件仮処分命令は適法有効なものとして存在し、Xがこれに従わなかったという事実は明らかであるから、後に事情が変更されて本件仮処分命令が取り消されたとしても、適法有効な仮処分に従わなかったXに對する制裁の必要性が失われるものではなく、Yらが間接強制金を取得保持することにつき法律上の原因が失われるものではないなどと主張した。最高裁判所はこの申立てを受理した上、上告を棄却した。

〔判旨〕

「仮処分命令における保全すべき権利が、本案訴訟の判決において、当該仮処分命令の発令時から存在しなかったものと判断され、このことが事情の変更に当たるとして当該仮処分命令を取り消す旨の決定が確定した場合には、当該仮処分命令を受けた債務者は、その保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、債権者に対して不当利得返還請求をすることができる。その理由は、次のとおりである。

間接強制は、債務の履行をしない債務者に対し、一定の額の金銭（以下「間接強制金」という。）を支払うよう命ずることにより、債務の履行を確保しようとするものであって、債務名義に表示された債務の履行を確保するための手段である。そうすると、保全執行の債務名義となった仮処分命令における保全すべき権利が、本案訴訟の判決において当該仮処分命令の発令時から存在しなかったものと判断され、これが事情の変更に当たるとして当該仮処分命令を取り消す旨の決定が確定した場合には、当該仮処分命令に基づく間接強制決定は、履行を確保すべき債務が存しないのに発せられたものであったことが明らかであるから、債権者に交付された間接強制金は法律上の原因を欠いた不当利得に当たるといふべきである。

以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。

きる。論旨は採用することができない。」

〔研究〕

本判決に賛成する。

1 本判決の意義

本判決は、商標権の処分禁止⁽¹⁾を命じる仮処分命令の保全執行として間接強制決定がされた場合において、当該仮処分命令の被保全権利が本案訴訟で否定され、当該命令が事情変更により取り消されたときは、上記間接強制決定に基づき支払われた間接強制金が不当利得となる旨を明らかにした最初の最高裁判所判決であり、実務上の意義は大きい。また従来、この点を明示的に論じる学説はほとんど存在しない中、間接強制の法的性質にもふれながら結論を導いたものとして、理論的な意義も大きいと考えられる。

近時の相次ぐ法改正⁽²⁾や差止請求権の利用の増大などにより、間接強制が働く場面が増加している。とりわけ差止請求権などはその性質上、本件のように、保全処分において命じられる場合も多いと考えられるが、その保全執行として間接強制が用いられたときには、本件と同様の問題が生じ、その解決の方向性を示した本判決は実務的に重要な意

味をもとう。他方、前記のような動向に依じて、間接強制の理論的位置付けについても議論が盛んになってきている⁽⁴⁾。本判決は、間接強制の法的性質について明確な立場を打ち出すものではないが、そのような理論的検討にも一つの契機を与えるものであろう。

2 仮処分命令の取消しの効果

本件における法的問題は、仮処分命令の保全執行として間接強制決定がされた場合において、当該仮処分命令の被保全権利が本案訴訟で否定され、当該決定が取り消されたときに、上記間接強制決定に基づき支払われた間接強制金⁽⁵⁾が不当利得となるかどうかである。そこで、第一次的に問題となると考えられるのは、「仮処分命令の取消しによって、仮処分命令に基づき給付されていた金銭等の返還義務が生じるか」という点である。この点が否定されれば、間接強制の法的性質に関する議論を特に展開するまでもなく、不当利得返還請求権は否定されることになるからである。

この点についてはまず、仮処分債権者が本案訴訟で敗訴し、当該敗訴判決が確定した場合には、仮処分命令に基づきされていた給付は法律上の原因を欠き、債務者からの不当利得返還請求を可能とする理解が一般的であると考えら

れる⁽⁶⁾。このような見解の確立に大きな影響を与えたと考えられる吉川大二郎弁護士は、「仮処分は申請人が本案訴訟で勝訴することを前提とし、それまでのあいだの暫定的・応急的処置としてなされるのであるから、もし後日申請人の本案敗訴の判決が確定するにいたつたならば、当該仮処分命令はその前提を失い当然失効するのみならず、その間に生じた仮処分の効果も（中略）当初から発生しなかつたことに帰し、従つてその間、仮処分に違背する行為があつても、右の判決の確定と同時に、この行為は適法化するものである」と明快に説明されている⁽⁷⁾。現在、この点において争いはないものと言つてよいであらう。

それでは、次に本案敗訴判決確定前に仮処分命令が取り消された場合はどうか（本件も保全取消しの時点では本案判決は確定前ではなかつたかとみられる）。この点については、旧法下で争いがあつた。不当利得を否定する見解⁽⁸⁾は、本案判決確定前は最終的に仮処分発令の根拠が確定的に消滅したものと評価できず、仮処分命令違反が確定的に適法となるわけではないと論じていた。しかし、民事保全法では、この点に関連して三三条が制定され、そこでは返還義務の存在が前提とされた。この規定の根拠・説明については様々な議論があるが、その前提とする以下

のような見方については広く受容されていると考えられる。すなわち、仮処分命令取消しの「効力が遡及しないと解すると原状回復はできないことになりましたが、これでは、債務者は不服申立てをすることの意味が大半失われてしまいますし、仮処分制度の仮定性・暫定性にかんがみれば、仮処分命令にこのような強い効力を与えるものではありませんし、当事者双方の公平性にも欠けることになりますので、仮処分命令を取り消す裁判の効力は遡及すると解すべきです。したがって、原状回復の裁判の制度を設けることができる根拠があるということになります」という理解である¹⁰⁾。したがって、原状回復の裁判によらないとしても、仮処分命令の取消しにより（本案判決の確定前であっても）債務者は仮処分命令に基づき給付した物の返還請求をすることができるものと解される。

そこで、本件論点を考えるに際し、最後に問題となるのは、間接強制金の支払が仮処分命令に基づくものと言えるかどうか（民事保全法三三条の表現によれば「仮処分命令に基づき、債権者が（中略）金銭の支払を受け（中略）ているとき」と言えるかどうか）という点にある。すなわち、本件では、仮処分命令と金銭給付の間に間接強制決定という別個の決定が存在することをどのように評価するか、こ

のような場合にもなお金銭の給付は仮処分命令に基づくものと言えるか、という問題である。この点は、間接強制決定の性質論によつて影響を受けうる論点であると思われる¹¹⁾。すなわち、間接強制決定が仮処分命令の存在を前提にあくまで付随的にその履行の確保を目指すものか、間接強制決定が仮処分命令の存在を離れた独立の意義を有するものか、という理解の相違である。仮に後者の理解による場合は、間接強制金の給付が「基づく」のは、仮処分命令というよりは間接強制決定それ自体になるとも考えられるからである。そうすると、仮処分命令が取り消されても、当然には不当利得が成立するとは言い難いとされる可能性があることとなる¹²⁾。ここにおいて間接強制金の性質が問題となることになり、以下で項を改めて検討する¹³⁾。

3 間接強制金の性質に関する議論

間接強制決定に基づき支払を命じられる間接強制金の性質については、様々な議論がある。この点について、民事執行法制定前の旧法下では、明確に損害賠償として位置づけられていた¹⁴⁾。すなわち、旧民事訴訟法七三四条ではそれを「一定ノ賠償」ないし「損害ノ賠償」と明文で規定していた¹⁵⁾。しかるに、民事執行法下においては、①損害賠償と

いう文言が法文から姿を消したこと、②強制金額は「債務の履行を確保するために相当と認める一定の額」とされ（民執一七二条一項）、一般的に実損額を上回る強制金が可能であるとされたことなどから、この点が正面から争われることになった。考え方としては大きく、間接強制金を損害賠償金であるとする見解（損害賠償説）と、損害賠償とは別個の制裁金であるとする見解（制裁説）に分かれる。

まず、損害賠償説は、立案担当者が採用し、最近まで通説とされてきた考え方である。この見解は、間接強制金は、債務名義上の債務を債務者が履行しないことによって生じる損害賠償金であるとし、それが実損額と一致しない点については、裁判所の定める法定ないし裁定の違約金であると説明する。例えば、民事執行法の立案担当官であった田中康久元判事は、間接強制金は「債務者の不履行のときには、債権者に帰属することになります。このことを考えますと、これは、裁判所に違約金を定める（ただし、後述のように片面的）ことを認めたものということができます」と説明される。¹⁷⁾ 同様の説明は、浦野雄幸元判事や富越和厚判事などによってもなされている。¹⁸⁾ このような見解は、間接強制金を債権者が取得できるには何らかの実体法上の根拠が必要であり、そのような根拠としては損害賠償以外に考

えられないことから、民法四二〇条の例外として違約金の定めを裁判所に委ねた特別規定として民事執行法一七二条一項を理解するという巧妙な見解であった。しかし、そのような理解は余りに技巧的であり、法律の定めによるとしても、裁判所の裁量で実損額とは無関係に損害賠償額を決定できるとする制度は²¹⁾、実体法上の損害賠償の理解（とりわけ懲罰的損害賠償を公序に反するとする判例法理²²⁾）と整合性をもちうるものか、なお疑義を否定できないものであった。

他方、制裁説は、近時学説上有力となってきた見解である。これは、間接強制金は、債務名義上の命令又は間接強制決定に従わなかったことに対する制裁金であるとする見解である。既に立法直後に竹下教授によって展開されていたが、近時、この点を理論的な観点から精緻に検討されたものとして、大濱教授の見解がある。大濱教授によれば、「間接強制の決定に、義務を履行すべき旨の命令、強いていえば、家事審判法上の履行命令（同法一五条の六）のようなものが含まれており、強制金はその履行命令に違反したことによる制裁と解する方がよい」とされ、「強制金は制裁で、本来的には損害賠償とは別のものと解すると、損害賠償に充当する必然性はないことになる」が、「現行法

の扱いは、債務者に苛酷にならないため、また債権者に過剰な利得を与えないための、便宜的な措置にすぎない」と説明される⁽²⁴⁾。このような主張はその後の学説に大きな影響を与えている。例えば、中野教授は、大濱説に鑑み従来の見解（注(20)参照）を改説され、「強制金は、強制金決定に含まれる、債務名義上の執行債権についての履行命令に違反したことを条件とする制裁金である」とされた⁽²⁵⁾。このほかにも、春日偉知郎教授や筆者も同様の見解を述べている⁽²⁶⁾。以上のような見解は、母法国であるフランス法の議論を基礎とし、日本法の規定が損害額とは無関係に間接強制金を課すことができるとしている点を根拠とする⁽³⁰⁾。ただ、そのような見解の問題点としては、制裁金の意義が明確でないこと⁽³¹⁾、とりわけそれが国庫に帰属するものではなく、債権者が受領できることの理論的な説明に難点がある点が指摘できよう⁽³²⁾。

以上の両説が鋭く対立しているのが現状であるが、折衷説として、損害賠償金と制裁金の両方の性質を有するとの見解もある。例えば、山木戸克己博士は、「その性質が強制金（裁定の違約金）であることが明らかになったが、同時に損害賠償の性質をもあわせ有する」とされる⁽³³⁾。三ヶ月章博士もこのような見解をとられるようであり⁽³⁴⁾、原審判決

も同旨の判断をしている。この見解は、前記両説がそれぞれ理由を有することを認めながら、その欠点を是正するため、正面から両方の性質を肯定するものと言えよう。その意味で、魅力的な見解ではあり、この制度が両方の機能を有することは間違いないと思われるが、損害賠償請求権と把握するか、制裁金請求権と把握するかによって、制度の本質に大きな差異が生じるようにも思われ、その点を曖昧なままに残すことには疑問もあろう。

結局、現段階の議論を整理すると、従来は債権者が強制金を受領するという点を重視して損害賠償説が通説であったが、近時は比較法的な検討や制度の実質に鑑みて制裁説が有力化しつつあるものの、両者の性質を併有するという見解も存在するということになろう。ただ、そもそもこのような議論がどのような意味をもつかについては疑問も生じる。このような性質論は、立法論ないし制度論に際しては一定の方向性を示し得るかもしれないが⁽³⁵⁾、解釈論的にはさほどの意味をもたないと思われる。本件の事案は性質論が解釈論に影響を与えうる一面面とも見られるが、以上の議論が本件の論点にいかなる影響をもちうるかについては項を改めて検討したい。

4 本判決の論理と評価

本判決の論理は、間接強制について「債務名義に表示された債務の履行を確保するための手段」と位置づけ、債務名義に表示された債務が債務名義形成時に不存在である場合には、そもそも「履行を確保すべき債務が存しないのに発せられたものであったことが明らか」であるから、間接強制金は法律上の原因を欠く不当利得になるとするものである。すなわち、「間接強制金請求権」⁽³⁶⁾のような実体法上の請求権が観念されるとして、それはあくまで債務名義上の請求権に対する付随的・手段的な請求権であり、債務名義上の請求権が存在しなければ付随的請求権も存在せず、間接強制金が債権者に帰属する法律上の原因を欠くことになるという論理であろう。そして、以上のような付随性・手段性を前提とすれば、間接強制金が不当利得になることにおそらく異論はないであろう。問題は、そのような債務名義上の請求権に対する間接強制金請求権の付随性・手段性・従属性の有無ということになると考えられる。

この点について、前記の性質論から考えれば、まず損害賠償説は、債務名義上の請求権に係る義務の不履行による損害を裁判所が裁定すると理解するので、当該請求権が存在しなければ損害賠償請求権も存しないことは自明の結論

と言つてよからう。問題は、制裁説によればどのように考えられるかである。上告受理申立て理由が説くように、債務名義によつて命じられた義務の違反により制裁金が賦課されるのであれば、それによつて制裁過程は完結しており、事後的に債務名義上の義務が否定されても義務違反があつた事実が変わらず、不当利得を構成しないという考え方も論理的にはありうる。しかし、筆者のみるところ、近時の見解は、そのような帰結をもたらすものではないように思われる。

制裁説に分類される見解の中でも、制裁の根拠となる履行命令の所在をどこに求めるかについては微妙な差異があるように思われる。筆者は債務名義に含まれる履行命令を根拠と考えているが、大濱教授や中野教授は間接強制決定の中にそのような履行命令を観念されるようである。⁽³⁷⁾筆者のような考え方によれば、当然債務名義が覆えれば、履行命令はその根拠を失い、そもそも制裁を科す根拠はなかつたことになり（義務違反は治癒され）、⁽³⁸⁾制裁金の返還義務を認めるべきことにならう。他方、大濱教授や中野教授のように解されるとしても、間接強制決定自体が債務名義上の履行の確保を目的とするものであるとすれば、⁽³⁹⁾債務名義上の債務がなければ間接強制の履行命令も効力を失うとする

理解は十分に正当化できよう。以上のような意味で、制裁説を前提としても、間接強制金請求権の付随的な性格は肯定でき、同請求権は債務名義上の請求権⁴²⁾主たる請求権と命運を共にすると考えられよう。なお、このように解すると、債務者は債務名義上の義務の有無を自ら判断して、オウンスクでそれに従うかどうかを判断すべきことになるが、制裁説の考え方はそれで十分に目的を達成できると思われる。制裁を科す目的は、決して債務名義の内容に債務者を盲目的に従わせることではなく、あくまで「正しい義務」に従わせることであると考えられるからである。以上から、損害賠償説はもちろん、近時の制裁説を前提にしても、本判決の基本的な考え方は相当であると評価できるところであり、その結論に賛成できるとともに、間接強制の性質論について明確な判断を示さなかつた判例の態度も相対的なものと言えよう。⁴⁴⁾

以上が本判決の基本的な考え方に對する評価であるが、本判決は、その不当利得に係る法準則を適用する要件として、被保全権利が「本案訴訟の判決において、当該仮処分命令の発令時から存在しなかつたものと判断され（中略）、仮処分命令を取り消す旨の決定が確定した場合」としている。ここからは、①本案判決があれば足りその確定までは

必要ないこと、②仮処分命令の取消決定の確定が必要であることが示されている。まず、①については、もともとの間接強制決定が暫定的判断である仮処分命令を根拠とするものであれば、本案判決でその不存在が判断された以上、その債務の不存在を前提とすべきであるとするものと解され、保全処分に関する従来の議論（2参照）と整合的であり、正当と解される。⁴⁵⁾他方、②の点については、保全執行が保全名義の確定前にできることからすれば、保全命令が取り消されればその確定前でもその返還を求めることができるという考え方もありえないではない。しかし、取消決定の確定前に本案で不当利得を認めてしまうと、取消決定が保全抗告審等で取り消された場合には、再び不当利得が問題となり、法律関係が複雑になってしまうし、債務者の救済については民事保全法三三条が認める原状回復の範囲で取消決定の付随的裁判が認められれば十分であると考えられる。以上から、取消決定の確定を要件とする点についても、判旨は相当であると解される。

なお、前述のように、民事保全法三三条との関係では、間接強制金の給付も、本判決のロジックから、債務名義上の債務の履行の確保にすぎず独立の意義を有するものではないので、「仮処分命令に基づく」ものと言え、債務者が

原状回復の裁判を申し立てていれば、それに基づき間接強制金の返還が命じられるものと解されよう。⁽⁴⁶⁾

5 本判決の射程

最後に、本判決の射程として問題となりうると考えられる点について、簡単にいくつか取り上げてみたい。まず、本案判決がない場合において直接事情変更による保全取消しないし被保全権利の不存在による保全異議の認容が確定したときに、本判決の帰結が妥当するかが問題となりうる。この場合も、債務名義に表示された義務が不存在と判断された点は同じであり、⁽⁴⁷⁾義務の存在を否定して仮処分命令を取り消した以上は、付随的請求権である間接強制金請求権もその根拠を失うと解すべきであろう。他方、仮処分命令の取消しを経ずに、債務名義上の債務が不存在であることを主張して直ちに不当利得返還請求ができるかも問題となる。この点については、逆に、仮処分命令が残存している限り、その付随的請求権である間接強制金請求権が否定されるいわれはなく、法律上の原因は存在しているものと考えられよう。また、そのような主張を認めると、仮処分命令取消決定確定前に不当利得返還を認める場合（4参照）と同様の混乱を招くおそれがあり、相当ではない。よって、

仮に債務名義上の債務の不存在が立証できるとしても、仮処分命令の取消しを経由せずに間接強制金の不当利得返還請求をすることはできないと解される。⁽⁴⁸⁾

次に、本判決は、被保全権利が「仮処分命令の発令前から存在しなかった」場合に射程を限定する。そこで、仮処分命令発令後に被保全権利が消滅した場合、つまり仮処分命令発令後の事情変更の場合にも、本判決と同旨が妥当するかが問題となりうる。⁽⁴⁹⁾そのような場合について、さらに、①間接強制決定前の事情変更と、②決定後の事情変更に分けて考える必要がある。まず、①については、判旨の射程は直截には及ばないが、この場合も間接強制決定の時点では既に主たる債務が存在しなかったのであり、付随的請求権が生じる余地はないと考えられるので、判旨と同旨が妥当し、不当利得が成立すると解すべきであろう。これに対し、②の場合には判旨が妥当しないことは明白である。この場合には、間接強制決定の時点では付随的請求権も有効に存在しており、間接強制金請求権は有効に発生し、存続すると解される。仮に間接強制決定後に弁済等で債務名義上の義務が消滅したとしても、それは間接強制決定に対する請求異議事由とはならず、強制金弁済後も不当利得とはなりえないと解される。仮にこのような場合にも不当利得

を認めると、債務者はとりあえず債務名義上の債務を無視し、事後的に弁済すれば間接強制金を取り返せることになり、間接強制の制裁機能が壊滅的打撃を受けるからである。⁽⁵⁰⁾ この結果、間接強制決定の確定の前後の弁済で決定的な相違が生じるが、間接強制決定の発令を債務者は予め認知できるので、⁽⁵¹⁾ その発令・確定時が弁済のデッドラインとなるとしても、合理的なものと解される。

最後に、本案判決又は仮処分取消決定において、被保全権利が発令時から存在しなかったのか発令後消滅したのかが明確ではない場合にはどのように扱うかが問題となる。本判決を前提とすれば、運用上なるべくその点を判決・決定の中で明示すべきように思われるが、必要的なものではない。したがって、その点が明確でない場合には、不当利得の審理の中で受訴裁判所がその点を認定するほかはないであろう。

(1) 本件が仮に商標権共有持分権の移転登録請求権を被保全権利とする処分禁止の仮処分であれば、処分禁止の登録をする方法により保全執行がされたはずである(民保五四条・五三条一項)。しかるに、本件では商標権共有持分権を被保全権利として間接強制により保全執行がされている

が、何故このような方法がとられたのかは、明らかではない。上原敏夫「間接強制、仮処分の取消しに伴う原状回復」法教三四八号四五頁も本件について、「間接強制によることが適切であるか、疑問が残るところである」と評される。

(2) 平成一五年の担保執行法制の改正において、いわゆる間接強制の補充性の考え方が修正され、代替的作為義務や引渡・明渡義務の強制執行についても間接強制の利用が可能とされ(民執一七三条)、さらに平成一六年の民事執行法の改正においては扶養義務という金銭債務の強制執行についても間接強制が可能とされており(民執一六七条の一五)、その適用範囲は大幅に拡大されている。

(3) 最近の例として、仮処分命令中で二〇億円の間接強制金の支払を認めたものとして、東京地決平成二一・八・一三判時二〇五五号九九頁がある。

(4) そのような議論の一例として、加藤新太郎ほか「間接強制の現在と将来」判タ一六八号二三頁以下参照。

(5) そもそも保全の段階で、間接強制金の取得まで債権者に認める必要があるかについては、立法論としては議論の余地がある。保全段階では、強制金を供託させる扱いで十分制度目的を達成できるようにも思われるからである。この点は、研究会における三木浩一教授のご教示に負う。

(6) 民事保全法下の見解として例えば、伊藤眞「保全異

議」竹下守夫・藤田耕三編『民事保全法』(有斐閣、一九九七年)二二三頁注(72)では、「債権者が本案訴訟で敗訴した場合に、被保全権利が存在しないことが確定されるので、仮処分に基づいてなされた給付が法律上の原因を欠くことになり、債務者としては、不当利得返還請求権の行使が許される」として、保全異議等により単に保全処分が取り消された場合とは区別して論じられている。

(7) 吉川大二郎『判例保全処分』(法律文化社、一九六一年)三八一頁参照。そして、旧法下の代表的な体系書であった西山俊彦『保全処分概論』(一粒社、一九七二年)一八一頁注(5)も、この叙述について「全く賛同すべきである」と評されている。

(8) 例えば、西山・前掲注(7)一八九頁は、本案敗訴判決確定前は取消しの効力は遡及しないと解されていた。

(9) 立案者はこれを「訴訟法上の不当利得」と説明しているが(竹下守夫ほか「民事保全法の基本構造」ジュリ九六九号四五頁〔山崎潮発言〕参照。現在もこれを支持する見解として、瀬木比呂志監修『エッセンシャル・コンメンタール民事保全法』(判例タイムズ社、二〇〇八年)二七一頁〔増森珠美〕参照)、その評価には異論もありうる(竹下ほか・前掲の議論を参照)。

(10) 山崎潮『新民事保全法の解説』(きんざい、一九九〇年)一七五頁参照。

(11) これに対し、日本の間接強制制度の母国であるフランスでは、この点を明文で解決している。すなわち、フランス民訴法四九一条一項は、「レフェレにおいて裁判する裁判官は、間接強制(アストラント・asteinte)を付して給付命令をすることができる。この場合において、裁判官は、仮の名義で(a titre provisoire)間接強制を清算することができる」とする。ここでは、レフェレ(仮処分)裁判官の権限という形で、仮の名義でしか間接強制に基づく支払を命じることができない旨が明らかにされている。したがって、レフェレが将来取り消されれば、(仮の状態が解消され)支払った金銭の返還が実現されるべきことが明確な形で示されていると言える。ドイツ法の状況については、中村心・解説・ジュリ一三九二号一八四頁参照。

(12) 本件では、間接強制決定自体も取り消されているが、それは将来に向けた取消しであり、本件間接強制金の取得の根拠とされている部分は取り消されていないとみられる。

(13) 上告受理申立て理由がその性質論を展開した所以は、このような点にあると考えられよう。

(14) なお、民事保全法三三条がモデルとした仮執行宣言に関する民訴法二六〇条二項(旧法一九八条二項)との関係でも、間接強制金がそこで行われる「仮執行の宣言に基づき被告が給付したもの」に該当するかどうかについて明示的な議論はされていないようである。

- (15) 但し、中野貞一郎『訴訟関係と訴訟行為』（弘文堂、一九六一年）二七七頁は、フランスでは間接強制は「無制限に加重することのできる、純然たる威嚇のためにする罰」であるとして、「わが現行法の解釈としても、同一に解することが可能である」と論じられていた。
- (16) そこで、現実の損害額を超える間接強制金の決定が許されるかどうかについて激しい争いがあったところである。
- (17) 田中康久『新民事執行法の解説（増補改訂版）』（金融財政事情研究会、一九八〇年）三七六頁参照。
- (18) 浦野雄幸『条解民事執行法』（商事法務研究会、一九八五年）七五二頁は、間接強制金の「性質については、法文上は明らかにされていないが、債務の履行を確保するために定められるものであり、一応損害額が斟酌されるが、右目的から裁判所の裁量に委ねられている。なお、後述するように、債権者がこの金銭を受領すれば、その限度で損害に充当されることとされていることから考え、本条第一項の金銭は、法定の違約金の性質を有するものと解される」とされる。
- (19) 鈴木忠一『三ヶ月章編『注解民事執行法』5』（第一法規、一九八五年）一一二頁（富越和厚）は、「取立金の実体的性格は、金額の決定を執行裁判所に委ねた法定違約金（民四二〇）と解することになろう」とされる。香川保一監修『注釈民事執行法7』（金融財政事情研究会、一九八九年）二八二頁（富越和厚）も同旨。
- (20) また、後述の改説前の中野教授も、現行法下ではそのような考えをとられていた。中野貞一郎『民事執行法（下）』（青林書院、一九八七年）六一六頁は「強制金は、法定の違約金たる性質（中略）を有し」として、田中・浦野説を引用されていた（その叙述は、同書の最新版（注25）参照）の直前まで維持されていた。
- (21) しかも実損害が間接強制金を上回るときは損害賠償が可能であるとされることから（民執一七二条四項）、田中元判事が指摘されるように、片面的な違約金裁定という極めて奇異な説明にならざるを得なかった。
- (22) 最判平成九・七・一一民集五一巻六号二五七三頁参照。
- (23) 竹下守夫ほか『ハンディコンメンタール民事執行法』（判例タイムズ社、一九八五年）四一六頁（竹下）は、民事執行法一七二条「一項が（中略）定めたのは、制裁金であることを明示する趣旨である」とされている。
- (24) 大濱しのぶ『フランスのアストラント』（信山社、二〇〇四年）四八九頁参照。
- (25) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂五版）』（青林書院、二〇〇六年）七七四頁参照。同七七五頁でも「執行法上の制裁金であつて違約金・賠償金ではない」と明言される。
- (26) 加藤ほか・前掲注（4）四〇頁（春日偉知郎）は、「間接強制とかアストラントとかは（中略）多分に制裁的な要

素を含んでいるものであって、損害賠償というような性質のものではない」とされる。

- (27) 加藤ほか・前掲注(4)四〇頁(山本和彦)は、「債務名義に内在しているその給付内容を実現する命令に対して、債務者がそれに従わないことに対するサンクション」であり、「その実現に債務者を向かわせる(中略)制裁金としての性質」を有するとする。なお、筆者は平成一五年改正前にも同様の方向性を示唆していた(山本和彦ほか「手続法の側面からみた担保・執行法改正の論点」(4)金法一六四八号四三頁(山本))(特殊な制裁の制度との位置付けの下で、金銭債務も間接強制の適用対象とする理論的正統性を肯定する)参照。

- (28) そのほか、間接強制金が損害額を超える場合にも返還の必要はない、との叙述が各種の教科書等において見受けられる(例えば、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法』(日本評論社、二〇〇五年)四五三頁(小林昭彦)など参照)。これらは、間接強制決定が損害賠償額を裁定しているという損害賠償説の前提には立たない旨を示唆しているとも思われ、制裁説を含意する可能性があるろう。

- (29) そのような比較法の詳細については、大濱・前掲注(24)一五頁以下及び同所の注に引用された箇所を参照。

- (30) 中野・前掲注(25)七八三頁注(3c)が「間接強制の見直し(中略)が進むとともに、通説に修正の動きがある」

と適切に指摘されるように、間接強制の補充性の廃棄の動向がこのような理解を進めているとみられる点が目目されるよう(1も参照)。また、債務名義上の債務が金銭債務(扶養料債務等)である場合にも間接強制が認められるようになったところからも、損害賠償という説明はより困難になっている可能性があるろう(金銭債務については、特段の約定がない限り、損害額は法定利率により定まる。民四一九条一項参照)。

- (31) また、制裁であるとすれば、その上限が定められていない点が問題であるとも考えられる。ただ、この場合には、債務者は債務名義に定められた自己の義務を履行すれば、直ちに制裁金の支払を免れられるのであり、その点を重視する必要はないようにも思われる。

- (32) この点は、制裁説をとる見解にも一致した認識と言える。大濱・前掲注(24)五〇一頁以下、加藤ほか・前掲注(4)三八頁(山本和彦)などは、強制金の一部国庫帰属を立法論としては相当と論じる。また、制裁金であるとすれば、何故に債務者の損害賠償債務にそれが充当されるのかについての理論的な説明も必要となろう。

- (33) 山木戸克己『民事執行・保全法講義(補訂二版)』(有斐閣、一九九九年)二一四頁参照。

- (34) 三ヶ月章『民事執行法』(弘文堂、一九八一年)四二二頁が「その金銭は罰金のごとく国庫に収納されるのでは

なくて、債務不履行により生じた損害額の補てんにあてられるという意味において、損害賠償の性格をもあわせもつ」とされる。さらに、加藤新太郎判事も「強制金の性格として、賠償的な面と制裁的な面をどのようにバランスシグするか」が問題とされ、その両義性を前提とされるようである（加藤ほか・前掲注（4）三九頁（加藤）参照）。

(35) 例えば、山本ほか・前掲注（27）四三頁（山本）の議論は、金銭債務についても間接強制の対象とできるか、という制度的課題との関係で論じられている。

(36) 中村・前掲注（11）一八三頁の表現による。

(37) 筆者は、「債務名義に内在しているその給付内容を実現する命令に」「債務者を向かわせるサンクションとしての制裁金」と解している。

(38) 大濱教授は、「間接強制の決定に、義務を履行すべき旨の命令（中略）が含まれており」とされるし、中野教授も「強制金は、強制金決定に含まれる（中略）履行命令に違反したことを条件とする制裁金」とされる。

(39) 筆者のような考え方に対しては、大濱・前掲注（24）四八九頁は、債務名義の中でも和解調書や公正証書等にも履行命令が含まれることになり、相当ではないと批判される。しかし、そのような文書であっても、それを債務名義として国が公認した以上は、国の意思による履行命令が含まれていると解することは、おかしいことではなからう（仮に

国家による履行命令がないとすれば、何故国家机关がその実現を強制できるのか、説明が困難になるように思われる）。

(40) この点は、前記の保全命令に関する吉川・西山説の通説的理解が参考にならう。「仮処分」に違背する行為があつても「仮処分命令の取消しにより」「この行為は適法化する」と解されれば、逆に適法な行為に対する制裁は違法化することにならう。

(41) 中野・前掲注（25）七七四頁における「強制金決定に含まれる、債務名義上の執行債権についての履行命令」（傍点筆者）はこのような趣旨を示されているものと思われる。

(42) このような考え方を例証する叙述として、中野・前掲注（25）七三六頁は、扶養義務が債務者の破産により非免責債権となった場合に間接強制金も非免責債権となるかという問題について、「扶養義務等に係る債権について強制執行の手段としての強制金も、執行債権である扶養義務等に係る債権の『従たる権利』として、非免責債権になる」と解されており、間接強制金請求権の付従性が前提とされている。

(43) 上告受理申立て理由書は、このように解すると「債務名義に表示された給付請求権の存在を争いつつ裁判所の命令を無視する債務者の態度を誘発することになりかねない」とするが、債務者は、将来給付請求権が認められれば

(損書額を上回るかもしれない) 間接強制金を負担するリスクを負うのであるから、そのような「態度誘発」の蓋然性は余り高くないと思われる(逆にそのようなリスクを取って争いを続ける態度を債務者がとることを認めても、法治主義が揺らぐことはないように思われる)。

(44) 中村・前掲注(11)一八三頁は、上告受理申立て理由書のような見解は、「間接強制を、いわば裁判所侮辱罪のような純粋な制裁規定として理解するもので、立法論としては成立し得るもの」と評価される。正当な評価であるが、そこまで強力な制裁を認める合理性は、立法論としても認め難いように思われる。

(45) その後控訴審等で原判決が取り消され再び義務の存在が認められた場合には、再度間接強制等により執行の余地があるだけであるが、それでも問題はなからう。

(46) これに対し、上原・前掲注(1)四八頁は、同法三三三条は仮処分命令自体が給付を命ずる場合にのみ適用され、本件のような場合には適用されないと解される。

(47) 本判決も本案判決の確定まで要求しているわけではないので(4参照)、債務名義上の債務の不存在について既判力が生じていない点では同断である。

(48) 金員仮払仮処分命令につき、大阪地判昭和五〇・三・二七ジュリ五九四号六頁参照。ただ、債権者の請求を棄却する本案判決が確定している場合には、被保全権利の不在

在が既判力をもって確定しているのであり、不当利得を認める余地があるように思われる。この問題については、笠井正俊・判批・速報判例解説五号一五二頁参照。

(49) 本件と同様の問題は、本案判決等の場合には通常は生じないが(但し、再審により判決が取り消された場合はなお同様の問題状況になる)、債務名義形成後の事情変更は保全命令以外の場合にも一般的に存在する問題である。例えば、判決確定後に間接強制決定がされたが、判決上の債務が弁済等によって消滅したような場面には、本文と同旨が妥当しよう。

(50) 中野・前掲注(25)七七五頁以下も、作為義務の履行があつても「それまでの作為義務不履行があつてすでに強制金支払義務が発生しているかぎりでは、強制金決定はなお失効せず、債権者は、(中略)強制金の取立てのための強制執行ができる」とされている。

(51) 間接強制決定に際しては、債務者の審尋が必要的である(民執一七二条三項、一七三条一項、一六七条の一五第六項)。

山本 和彦