HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	第一審判決の仮執行宣言に基づく強制執行によって建物が明け渡されている場合における当該建物の明渡請求と併合されている他の請求の当否等についての控訴審の判断
著者	稲垣，美穂子；INAGAKI，Mihoko
引用	北海学園大学法学研究，50(2)：477-511
発行日	2014-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資　料

〈判例研究〉第一審判決の仮執行宣言に基づく強制執行によって建物が明け渡されている場合における当該建物の明渡請求と併合されている他の請求の当否等についての控訴審の判断

最判平成二四年四月六日
民集六六巻六号二五三五頁、裁時一五五三号六頁、判タ一三七四号一〇三頁、判時二一五五号五三頁

稲垣美穂子

【事案の概要】

X（原告・被控訴人・被上告人）は平成一九年一一月二一日、Y1（被告・控訴人・上告人）との間でXが所有する建物（以下、「本件建物」）をY1に賃貸する契約（以下、「本件賃貸借契約」）を締結し、本件賃貸借契約上Y1がXに対して負担するすべての債務につきY4（被告・控訴人・上告人）が連帯保証した。ところが、Y1は本件建物をY1が代表取締役を務める法人Y2（被告・控訴人・上告人）及びその関連会社であるY3（被告・控訴人・上告人）に無断転貸し、

更に賃料の未払もあったため、平成二〇年八月一一日、XはY1との本件賃貸借契約を賃料未払及び無断転貸を理由に解除した上で、①Y1、Y2、Y3に対して本件建物明渡し②Y1及びY4に対して未払賃料及び約定遅延損害金の支払③Y1及びY4に対して本件賃貸借契約解除後建物明渡しまでの期間の約定賃料相当損害金の支払④Y2に対して建物明渡しまでの賃料相当損害金の支払⑤Y3に対して建物明渡しまでの賃料相当損害金の支払、を求めて訴えを提起した。平成二一年六月一九日第一審判決ではXの①⑤の請求は認容、③④の請求が一部認容され、認容された請求すべてについて仮執行宣言が付された。第一審判決後平成二一年七月三日にY1らはXに対し建物を明け渡した。

控訴審でY1らは賃料未払の不存在、転貸に関するXの同意の存在を主張してXによる本件賃貸借契約解除の有効性等を争うとともに、控訴審で新たに（a）Xによる請求①については第一審判決後の平成二一年七月三日に既に履行済みであるためもはや本件建物明渡義務を負わず、また（b）請求③—⑤について仮にXの主張の通りXがY1らに対し未払賃料請求権あるいは賃料相当損害金請求権を有しているとしても、すでに建物を明け渡しているのだからY1のXに対する敷金返還請求権が発生しており、両者を対当額で相殺する旨主張した。控訴審判決はY1らの（a）の主張について「弁論の全趣旨によれば、控訴人らが平成二一年六月三〇日に本件控訴を提起した後、被控訴人申立てに係る仮執行宣言付き判決（原判決）の執行力のある正本に基づく本件建物明渡執行が着手され、その執行手続において、控訴人らが執行官から任意の明渡しを催告され、控訴人らが執行に直面してやむなく本件建物を明け渡したにすぎないことが認められるのであって、控訴人らが任意に本件建物明渡義務を履行したことにはならないから、控訴人らの上記明渡しは、本件建物の明渡しを求める被控訴人の請求を妨げる理由とはならない。」とし、またY1らの（b）の主張については「目的物の返還時に残存する賃料債権等は敷金が存在する限度において敷金の充当により当然に消滅することになるというべきである…が、本件においては、本件建物の明渡し（賃貸目的物の返還）を求める本件訴訟が係属中であって、上記被担保債権となるべき被控訴人の控訴人Y1に対する債権額が確定されておらず、したがって、控訴人Y1の敷金返還請求権が存在するか否か、存在するとしてその額は幾らかが明らかではなく、相殺に供すべき自働債権の存否が不明であるから、控訴人ら主

張に係る相殺の意思表示は、その効力を生ずるに由なきものといわざるを得ない…。」としてY1らの控訴を棄却した。Y1らは⑴Y1らは請求①につき東京地方裁判所執行官から本件建物からの退去催告書を受領していたことは事実であるが、Y1らはXに対し直接本件建物を任意に明け渡した。原審は第一審口頭弁論終結日（平成二一年四月二二日）現在の占有関係を認定した上で明渡しを命じているが、事実審最終口頭弁論期日現在（平成二一年一〇月一日時点）の事実関係に基づいて判断をすべきであるところ、Y1らは原審最終口頭弁論期日より前に本件建物を明け渡していて原審最終口頭弁論期日にはY1、Y2、Y3共に占有を喪失しており、明渡しを命ずる判決を受けてもこれを履行することができないから、原判決は賃貸借契約に基づく賃借人の目的物返還義務（民法六一六条、同法五九七条）の履行及び所有権に基づく返還請求権に関する法令の解釈及び適用を誤っている⑵また、原判決は、請求③―⑤につき建物明渡し済みまでの賃料相当損害金の支払を命ずる第一審判決を是認しているが、原審最終口頭弁論期日後も本件建物返還義務の不履行状態が続いていると判断しているものと考えざるを得ず、債務不履行に基づく損害賠償責任（民法四一五条）及び不法行為に基づく損害賠償責任（同法七〇九条）に関する法令の解釈及び適用を誤っている⑶また請求③―⑤につき仮に認められるとしても敷金四五〇万円の額に相当する部分の債権については敷金の充当により当然に消滅しており、これを認めない原判決は最高裁判例に違反し敷金の充当による債権の消滅に関する法令の解釈及び適用を誤り、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反がある、等と述べて上告した。

【判旨】 上告棄却。

「仮執行宣言付きの第一審判決に対して控訴があったときは、控訴審は、当該仮執行宣告に基づく強制執行によって給付がされた事実を考慮することなく、請求の当否を判断すべきである（最高裁昭和三五年（オ）第六二九号同三六年二月九日第一小法廷判決・民集一五巻二号二〇九頁参照）。このことは、第一審判決の仮執行宣告に基づく強制執行によって建物が明け渡されているときに、当該建物の明渡請求の当否を判断する場合はもちろん、これと併合されている賃料相当損害金等の支払請求の当否や同請求に対する抗弁において主張されている敷金返還請求権の存否を判断する場合でも異なるところはない。上記の給付がされた事実を控訴審が考慮しな

かった結果第一審判決が確定したとしても、上記の給付がされたことにより生じた実体法上の効果は、仮執行宣言が効力を失わないことを条件とするものであり、当該確定判決に基づく強制執行の手続きにおいて考慮されるべきことであるから、上記の給付をした者の権利が害されるとはいえない。」

【評釈】

判旨賛成。

一．意義

1．本判決は、仮執行後控訴審は仮執行による給付の事実を考慮して判決すべきかどうかに関し、給付の事実を考慮しないとの従来の判例を確認した上で（判旨①）、同じく原審判決後の仮執行に基づく給付が控訴審での賃料相当損害金に関する裁判所の判断に影響するかどうか、また控訴審において仮執行に基づく給付の事実を斟酌して敷金返還請求権の存否判断ができるかどうか、の諸点につき、給付の事実を斟酌しないとの従来の裁判例では判示されていなかった新たな判断をしている（判旨②）。加えて、給付により生ずる実体法上の効果は仮執行宣言が効力を失わないことが条件とされるものであり（判旨③）、本案で勘案されない仮執行による給付の効果は後の強制執行手続において勘案すべきことを認める旨（判旨④）述べている。判旨④についても従来明確には述べられていなかった点であり、本判決は理論上も実務上も重要な判断を含んでいる点に意義がある。尚、判旨③④と判旨①②と関係については、判旨③④は判旨①②を根拠づける関係にあるものと思われる。

2．そもそも仮執行宣言とは、勝訴した原告の迅速な権利実現に対する利益と、敗訴した被告が上訴して原告が主張する請求権の存否について再度裁判所の判断を仰ぐことができる利益という対立する利益を調整し、加えて被告の上訴権濫用を防ぐという公益的理由に基づいて、確定していない終局判決にいわば暫定的な執行力を付与するものである(1)。しかし、暫定的な執行力といえども、仮執行宣言付判決は確定判決に並ぶ債務名義の一つなので（民事執行法二二条参照）、仮執行宣言に基づく強制執行は、原則として確定判決に基づく執行と同様に、原告の終局的満足の段階まで進む。他方で執行を受けた被告は、それでも裁判所の判断に不服があるから控訴するわけであるが、弁論の一体性からすれば、また、判決の基準時は事実審の口頭弁論終結時であることからすれば、裁判所は控訴審口頭弁論終結

時までに弁論に現れた事実を顧慮して判決しなければならない。従って、被告が仮執行による給付の事実を控訴審で主張すれば、本来は、被告による給付の事実を基礎に判決しなければならない。しかし、そもそも仮執行による給付は仮執行宣言あるいは宣言が付された判決が変更されないことを条件に給付されたのだから、給付後は原判決が変更されるかどうかが審理の対象となっているのであり、仮執行による給付の事実を控訴審での裁判の判断基礎とすることを認めると、論理が循環することになる。そこで、本件事案判旨①のとおり、控訴審で原審の仮執行に基づく給付の結果を勘案することの当否が問題となる。具体的には、控訴審裁判所が仮執行による給付の事実を顧慮しない結果、原告は原審の給付請求を維持できるのか、あるいは控訴審裁判所が仮執行による給付の事実を顧慮する結果、原告の請求権は消滅するから、原告が給付請求から、債権が執行当時存在していた旨の確認請求に訴えを変更しない限り裁判所は原告の請求を棄却しなければならないかの対立として現れる。尚、この点に関して学説では後に述べる通り、仮執行に基づく給付に弁済の効果があるのか、という実体法を巻き込んだ議論がされている。

また、従前控訴審で原審の仮執行に基づく給付の事実を勘案するかの問題は、主請求に関する議論にとどまっていたが、更に、併合されている他の請求についても同じことが言えるのかが問題となり得る。しかし、この点について判断した裁判例は未だ存在しない。加えて、原審仮執行に基づく給付の事実を無視することによってされた判決が有する形式上の執行力と実体法上の権利との間にかい離が生じた場合には、どのような執行手続きで両者の齟齬を解消できるのかについても問題となる。

判旨②は従来参考となる裁判例もほとんどなく、学説においても本判決に対して判例評釈がされるまでほとんど議論されていないところであった。もっとも判旨①及び③の仮執行による給付の効果については長く議論されてきたところであるので、本評釈では判旨②の議論の前提としての判旨①③に関する裁判例・学説を概観し、検討を加えた上で、判旨②に関する学説、判旨④の裁判例・学説を概観し、若干の検討をすることとする。

二．判旨①③について

判旨③は仮執行による給付の実体法上の効果、すなわち弁

済の効力に関連する部分であるが、この関連裁判例の中には、原審仮執行宣言付き判決による給付の事実を上訴審で顧慮すべきか（判旨①）、との問題の理由として判旨中に現れるものと、判旨①には関係せず給付の弁済の効力が問題となっているものとの二種の裁判例が見受けられる。そこで以下では、まず、判旨③の判断も一部含む判旨①に関連する裁判例を挙げ、次に判旨③のみに関連する裁判例を挙げることとする。

1．判旨①関連裁判例

（a）東京控訴院大正一三年一二月二六日判決（評論一五巻民訴一二七頁）

事案の詳細は不明であるが、約束手形金請求為替訴訟事件である。X（原告、控訴人）は手形金一六三四円二〇銭及びその弁済に至るまで年六分の損害金支払を求めてY（被告、被控訴人）に対し訴えを提起したところ、大正一三年三月六日にX勝訴の欠席判決を得て同年三月二七日に仮執行を行い一六一七円五六銭の弁済を受けた。Yの故障の申立てを受けた新弁論でもXは請求金額と仮執行により得た金額の差額少なくとも一六円六四銭の支払を求める趣旨でなお従前の申立てである手形金一六三四円二〇銭及びその弁済に至るまで年六分の損害金支払を求める給付請求を維持したところ、一審裁判所はXが仮執行により全部弁済を受けたとしてXの請求を棄却する対席判決をした。控訴審においてXは訴えを変更し、仮執行に基づく給付一六一七円五六銭の返還義務不存在確認請求をするとともに、仮執行により給付されなかった一六円六四銭の支払を請求した。

破棄差戻し。

「給付判決ヲ求ムル訴訟ニ於テ其ノ給付ヲ命スル闕席判決ノ言渡アリ原告カ該判決ノ假執行ニ因リ被告ヨリ其ノ給付ヲ受ケタルトキハ故障後ノ新辨論ニ於テハ原告ハ既ニ被告ヨリ右訴ノ目的タル給付ヲ受ケタルモノナルカ故ニ縦令其ノ給付ノ受領カ実體法上正當ナリシコトハ猶ホ未確定ノ狀態ニ在リト雖原告ハ被告ニ對シ重ネテ其ノ給付ノ請求ヲ爲シ得サルヘク又被告モ最早其ノ給付義務ヲ負ハサルコト論ヲ俟タサルヲ以テ原告ハ最早給付ノ判決ヲ求メ得ヘカラサルモノトス」「然レトモ敍上ノ場合ニ於テ假執行ニ因リ被告ヨリ給付ヲ受ケタル部分ニ付テハ原告ハ故障後ノ新辨論ニ基ク判決ニ於テ常ニ必ス敗訴セサルヘカラサル理由ナク又他ノ一面ニ於テ原告ノ本來ノ請求理由ナク隨テ右假執行ノ実體法上不當ナルコトヲ主張スル被告ハ民事訴訟法第五一〇條第二項の規定に基キ右

假執行ニ因ル給付ノ返還ヲ命スル判決ヲ求メ得ヘキモノナルカ故ニ其ノ假執行ノ実體法上正當ナルコトヲ主張スル原告ハ假執行後ノ新辨論ニ於テ右假執行ニ因ル給付返還ノ義務ナキコトノ確認ノ判決ヲ求メ得ルモノト云フヘク民事訴訟法ハ給付判決ヲ求メタル本來ノ申立ヲ假執行後ニ於テハ其ノ執行ニ因リ給付ヲ受ケタル部分ニ付キ其ノ返還義務不存在確認ノ判決ヲ求ムル申立ニ變更スルコトヲ許スモノト解セサルヘカラス」「右ノ場合若シ原告カ右ノ如ク申立ノ變更ヲ爲ササルトキハ執行濟ノ部分ニ付原告ノ請求ハ之ヲ却下スルノ外ナク此ノ部分ニ付被告カ敗訴スルモノト謂フヲ得サルカ故ニ被告ノ爲權利ノ行使ヲ留保スルヲ得ス從テ被告ハ形式上勝訴スルモノナリト雖原告ノ本來ノ請求カ理由ナク右ノ假執行カ實體法上正當ナラサリシコトヲ理由トスルモノニ非サルカ故ニ民事訴訟法第五一〇條第二項ニ依リテ給付返還ノ判決ヲ求メ得サルハ勿論ニシテ又權利行使ノ留保ナキカ故ニ同法第四九二條第二項ニ供ル保護ヲ受クルヲ得サルノ不都合アルモノトス」

（b）大判大正一五年四月二一日（民集五巻二六六頁）

X（原告、控訴人、被上告人）はY（被告、被控訴人、上告人）に対して株式売買を委託し、委託により利益が出たものとして、①利益金四五三円七〇銭証拠金四二〇円の合計八七三円七〇銭支払及び②大正一二年一一月一三日から判決執行済みに至るまで年六分の遅延利息、の支払を求めて訴えを提起した。大正一三年一月二五日、第一審では仮執行宣言が付されたX勝訴の欠席判決がされたのでXはこれに基づいて同年三月二四日①②（②に関しては執行当時までの遅延利息）双方について執行を行ったが、第一審の対席判決ではXが敗訴し、Xが控訴した。控訴審でYは時効の抗弁を提出し仮執行により支払った金銭の返還申立てを行ったがすべて排斥された。控訴審裁判所はXの控訴を認容した上で「YハXニ対シ金八七三円七〇銭及之ニ対スル大正一二年一一月一三日ヨリ弁済ニ至ルマデ年六分ノ割合ニ依ル損害金ヲ支払フヘシ」との判決を行った。YはXが第一審の仮執行宣言付欠席判決に基づいて強制執行を行い給付を受けた以上、その後の上訴審では確認判決を求めることはできても給付判決を求めることはできないし裁判所も給付判決をなしえない、なぜなら仮に給付判決を為し得るとすれば、控訴審での給付判決が独自に確定力及び執行力を有することになり、再度の強制執行を受け得ることになりかねないからである、また原判決文言によれば仮執行がされた大正一三年三月二四日以降の遅延賠償

をも認めるとも理解可能であり理由に不備があるとして上告した。

上告棄却。

「仮執行ノ宣言アル判決ニ基ク強制執行ハ其ノ停止若ハ取消ノ比較的容易ナルコト（民事訴訟法第五百十二条）執行ニ因リテ得タル金銭ハ或場合ニ之ヲ供託スヘキコト（同法第五百七十四条第五百七十九条第六百七条）ヲ除キ其ノ手続其ノモノノ進行ニ於テハ確定判決ニ基ク場合ト何等択フトコロナシ故ニ執行行為ハ窮極ノ点ニテ之ヲ実施スルヲ得ヘク此ノ関係ニ於テハ夫ノ仮差押命令ニ基ク執行ト甚其ノ撰ヲ異ニスルモノアリ唯其ノ執行ニ因リテ得タル弁済ノ効力ニ至リテハ確定判決ニ基ク場合ノ如ク確定的ノモノニ非スシテ他日其ノ本案判決若ハ仮執行宣言カ廃棄セラレサルコトヲ解除条件トスルモノニ過キス故ニ右ノ如キ執行後裁判所カ本案ノ判決ヲ為スニ当リテハ執行ノ有無ノ如キハ之ヲ眼中ニ置クコトナク一般ノ場合ト同シク請求ノ存否ヲ審査スヘク而シテ其ノ之ヲ肯定シタル為結局原判決カ確定シタルトキハ曩ニ執行ニ因リテ得タル弁済ハ当然確定的ノモノト為ルヘク若又執行手続カ尚存続セル場合ニハ新ニ確定判決ニ基ク執行ヲ開始スルヲ須ヒス否此ノ判決ニ対スル執行文スラ之ヲ得ルヲ須ヒス既存ノ執行ハ当然確定判決ニ基クソレトナルカ故ニ仮執行宣言ノ趣旨ニ遵ヒ債権者ノ供与シタル担保（同法第五百三条第一号第五百五条）ノ如キハ其ノ返還ヲ請求スルヲ得ヘク唯此ノ際原判決ノ確定シタルコトヲ証明スルノ必要ハ或ハコレアルヘキナリ夫レ爾リ所論ハ総テ此ノ間ノ消息ヲ解セサルニ出ツ試ニ所論ノ如ク無条件ノ弁済ト同観セムカ執行ヲ成シ得タル債権者ハ之カ為却リテ本案敗訴ノ判決ヲ受ケ従テ又民事訴訟法第五百十条ノ適用上曩ニ執行ニ依リテ得タルモノハ之ヲ返還セサルヘカラサルニ至リ請求ヲ是認セラレタルコトハ偶以テ請求ヲ否定セラレタルト同一ノ結果ヲ見ルニ了ラムナリ豈斯ル理アラムヤ所論ノ当否ハ多ク云フノ要ナシ」

（c）大判大正一五年七月三日（評論一五巻民訴四七二頁）

仮処分異議事件である。事案の詳細は不明であるが、おおよそ以下のような事案であると思われる。株主Yの申立てによる仮処分の当否を判断するにあたり裁判所はこれを認容する判断をしたため、会社Xが仮処分異議訴訟を提起したところ、口頭弁論期日にYが欠席したため、X勝訴、仮処分取消しの欠席判決がされた。この仮処分取消判決には仮執行宣言が付されており、判決文がYに送達された。原審裁判所は、

当該欠席判決に仮執行宣言が付され、更に判決文がYに送達された点を考慮して、Yは既に株主たる資格を喪失したとして本件仮処分申請を理由なしと判断した。これに対してYは、原審判決は執行の有無を考慮して仮処分申請自体の当否を判断するものであり違法であるとして上告した。

破棄差戻し。

「按スルニ假執行ノ宣言アル判決ニ基ク強制執行ノ狹義並廣義ニ於ケル效力ハ確定判決ニ基ク場合ノ如ク確定的ノモノニ非スシテ他日其ノ本案判決若ハ其ノ假執行宣言カ廢棄セラレサルコトヲ條件トスルモノニ過キス故ニ執行後裁判所カ本案ノ判決ヲ爲スニ當リテハ執行ノ有無ノ如キハ之ヲ考慮ノ中ニ加フルコトナク一般ノ場合ト同シク請求ノ當否ヲ審理スヘキモノトス」

（d）大判昭和五年一一月一二日（法律新聞三二〇八号九一六七頁）

X（原告、被控訴人、被上告人）はY（被告、控訴人、上告人）に対し家屋明渡請求訴訟を提起するとともに家屋明渡仮処分の申立てをした。昭和四年九月二〇日、Xの仮処分申立に基づき仮処分が執行され、係争家屋の占有がYから熊本区裁判所に移転された。同年一〇月二二日、X勝訴の第一審判決が下され、仮執行宣言に基づき同日家屋明渡しの執行手続が完了した。Yは控訴したが退けられたため、家屋明渡請求訴訟は特定物の占有移転を目的とする訴訟であるところ先の仮処分執行によりYは占有を失っていることから現に占有がYにあることを前提としてYへの引渡を命じることは不能を強いる裁判であり不当である等主張して上告した。

上告棄却。

「家屋ノ明渡ヲ命スル第一審判決ニ假執行ノ宣言附セラレタル場合ニ於テ控訴審ノ口頭弁論終結前已ニ右判決ニ基ク家屋明渡ノ執行終了シタルトキト雖モ尚且控訴審ハ家屋明渡請求ノ當否ヲ審査シ請求理由アリト爲スニ於テハ第一審判決ヲ是認シ家屋ノ明渡ヲ命スル判決ヲ爲スヘキモノト解スルヲ相當トス是レ民事訴訟法第一九八条第二項ニ本案判決ヲ變更スル場合ニ於テハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リ曩ニ假執行ノ宣言ニ基キ給付シタルモノノ返還及同執行ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ原告ニ命スヘキ旨規定シアルニ徴シ明ナルトコロナリ」

（e）大判昭和八年三月一日（法学二巻一〇号一〇九頁）

事案の詳細は不明であるが、賃料等請求事件である。

上告棄却。

「假執行の宣言ある判決に對し上訴ありたるときは勝訴者が其の判決の執行に依りて辨濟を得たる事實あるも之を斟酌せずして請求の存否を判斷すべきものとす（大正十五年（オ）第二〇七號同年四月二十一日言渡當院判決參照）」

（f）最判昭和一三年一二月二〇日（民集一七巻二五〇二頁）

X（原告、被控訴人、上告人）はY（被告、控訴人、被上告人）との間ですでに成立していた元金二五〇円利息一か月二円五〇銭弁済期昭和一一年九月五日の準消費貸借の担保としてY所有のホルスタイン二頭が譲渡担保に供された。Yは弁済期に債務を弁済しなかったが、譲渡担保に供された二頭の内一頭はY自身がこれを売却してその代金の内一四〇円をXに弁済した。しかし残りの一頭はYが占有を続けたため、XはYに対してホルスタインの引渡しを求めて提訴した。なお、譲渡担保実行方法についてはXY間で争いがあり、Xは被担保債権が弁済期に弁済されなければホルスタイン二頭は自己の所有になると主張し、他方でYは、弁済期に弁済がされなくともホルスタインは当然Xの所有となるのではなく依然Yが所有しており、Yが転売しその代金でXに債務を弁済する約定であると主張している。

第一審でXは仮執行宣言付きの勝訴判決を得、これに基づいて強制執行を行ったが、その後にXはホルスタインを転売して転売先で屠殺された。控訴審は仮執行宣言に基づいて引渡しされたホルスタインが転売され屠殺されている以上引渡しは不能であることを理由として第一審判決を取消し、Xの請求を棄却した。Xは仮執行宣言に基づく強制執行後に裁判所が本案判決をするにあたっては、執行の有無は考慮すべきでなく、もっぱら請求の当否のみを判断すべきと主張して上告した。

破棄差戻し。

「按スルニ假執行ノ宣言アル判決ニ基ク強制執行ハ債務辨濟ノ效力ヲ生スヘシト雖其ノ效力タルヤ確定的ノモノニ非スシテ他日其ノ本案判決若クハ假執行ノ宣言カ廢棄セラレサルコトヲ解除條件トスルモノニ過キス故ニ其ノ執行後當該判決ニ對スル上訴ニ基キ本案ニ付判決ヲ爲ス場合ニ於テハ其ノ執行ニ因リテ辨濟ヲ得タル事實ノ如キハ之ヲ斟酌スルコトナクシテ請求ノ當否ヲ判斷スヘキモノトス（大正十五年（オ）第

二〇七號同年四月二十一日言渡當院判決參照）然ラハ債權者カ其ノ執行ニ因リテ債權ノ目的物ノ交付ヲ受ケタル後之ヲ滅失セシメタリトスルモ爾後右本案ニ付判決ヲ爲ス場合ニ於テハ斯ル事實ヲ斟酌シ其ノ債權ノ履行ハ目的物ノ滅失ニ因リ確定的ニ不能ニ歸シタルモノトシテ請求ノ當否ヲ判斷スヘキモノニ非サルコトモ亦明白ナリト云フヘク此ノ事ハ假ニ如上ノ事實ヲ斟酌スヘキモノトセハ此ノ一事由ニ因リ債權者ハ敗訴ノ外ナク從テ又民事訴訟法第百九十八條第二項ノ適用上曩ニ假執行ニ依リテ得タルモノヲ賠償セサルヘカラサルニ至リ同法上判決ノ確定前ニ強制執行ヲ許容シタル法意ヲ沒却スルニ稽ヘ殆ント言說ヲ要セサル所ナリ」

（g）最判昭和三六年二月九日（民集一五巻二号二〇九頁）

X（原告、被控訴人、被上告人）はY（被告、控訴人、上告人）との間で昭和二一年一〇月一日、家屋所有の目的で期限の定めなく土地を賃貸し、Yは本件土地上に建物を建築所有していた。ところが、Yは昭和二九年一〇月以降本件土地賃料を払わないので昭和三一年一〇月一八日、XはYに対し支払うように催告したが、なお支払をしなかったため昭和三一年一一月二三日にXはYとの賃貸借契約を解除した上で、Yに対して建物収去土地明渡し及び昭和二九年一〇月一日から昭和三〇年三月末日までの賃料及び昭和三〇年四月一日から昭和三一年一一月二四日までの増額された約定賃料、更に昭和三一年一一月二五日以降土地明渡しまでの期間の損害金の支払を求めて提訴した。第一審ではYはXによる賃貸借契約解除の当否等について争ったが、判決ではXの請求が全面的に認容され、金銭支払部分につき仮執行宣言が付された。第一審判決後昭和三四年七月六日にYはXに対して昭和三四年六月末日までにYが負担すべき金銭を支払った。Yは第一審判決を不服として控訴したが棄却されたため、Xによる解除を相当とした原審に事実誤認があることを主張するとともに、金銭支払部分につき弁済の事実を顧慮せず控訴棄却した原審は不当であるとして上告した。

上告棄却。

「所論乙一号証による支払は、第一審判決の仮執行によるものであること明らかであるから、原控訴審がこれを考慮することなく本訴請求の存否を判断したのは正当であつて、所論は採るを得ない。」

（h）最判昭和五四年七月二四日（判時九五二号五四頁、判タ四〇六号九一頁、裁民一二七号二八七頁、交民集一二巻四号九〇七頁）

Y1（被告、控訴人）は法定速度超過で運転していたために対向車線を走行していた訴外A運転のバスが交差点で右折しているのに気づくのが遅れ、当該バスとの衝突は避けたものの、バスの後続車である訴外Bが運転する車に衝突し、運転者Bを死亡させるとともに、同乗していたX1―X3（原告、控訴人、被上告人）に頭部外傷等の障害を負わせた。そこで、X1らは①Y1に対しては民法七〇九条の不法行為責任②Y1を雇用していた有限会社Y2に対しては自賠法三条の運行供与者責任③Y2の使用者であるY3に対しては民法七一五条二項に基づく使用者責任、更に④先行車であるバスを運行するY4（被告、附帯控訴人、上告人）に対して自賠法三条の運行供与者責任に基づきそれぞれ損害賠償請求及び事故日昭和四七年四月三〇日から支払日まで年五分の遅延損害金の賠償請求を行い、第一審ではY1―Y3に対する請求が一部認容され、勝訴部分につき仮執行宣言が付された。第一審判決後Y1、Y2は第一審判決に仮執行宣言が付されていたため、やむなく第一審認容額の四分の一程度（一一〇〇万円）をX等に対し弁済した。X等及びY等双方が控訴し、控訴審ではX等及びY等双方の控訴が一部認容された。このうちY4が過失の有無等及び第一審後仮執行宣言が付されたことによりY1、Y2が弁済した額を認容額より控除すべき等を主張して上告した。

上告棄却。

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、本件が原審係属中に第一審被告Y2、同Y1が被上告人らに対してした合計一一〇〇万円の支払は、第一審判決の仮執行宣言によるものであつて、損害の塡補がされたものとして控除すべきでないとした原審の判断は、正当として是認することができる（最高裁昭和四四年（オ）第九九三号同四七年六月一五日第一小法廷判決・民集二六巻五号一〇〇〇頁・大審院大正一五年（オ）第二〇七号同年四月二一日判決・民集五巻二六六頁参照）。論旨は、採用することができない。」

2・判旨③関連裁判例

（i）大判大正一三年九月二四日（評論一三巻民訴五七八頁）

事案の詳細は不明であるが、為替手形金請求為替訴訟事件である。X（原告、被控訴人、被上告人）勝訴の第一審判決

に仮執行宣言が付され仮執行の実行がされた。Y（被告、控訴人、上告人）は控訴審において仮執行に基づく弁済がされた旨主張したが、控訴審裁判所は仮執行による請求金額を支払っても完全な弁済にならないとの理由でYの抗弁を排斥したため、Yが上告した。

上告棄却。

「仮執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ基キ被告カ支拂又ハ給付シタルモノハ後日其ノ判決確定シタルトキ始メテ確定的ニ支拂又ハ給付ノ効力ヲ生スルモノナルコト民事訴訟法第五一〇條ノ規定ニ徴シ明ナル…」

（j）最判昭和五三年二月二四日（民集三二巻一号四三頁、判時八八一号九七頁、判タ三六一号二一〇頁、金融・商事判例五四四号一三頁）

別件事件として、昭和三〇年八月にXは訴外Aに対して賃料増額の意思表示をした上で昭和三二年一月八日、地代増額確認の訴えを提起した。次いで、同年一〇月六日地代不払を理由として本件賃貸借契約解除の意思表示をするとともに、同月七日、賃貸借契約解除に基づく賃貸借契約終了を請求原因とする建物収去土地明渡し及び賃料相当額の損害金の支払を求める訴えを提起した。これらの両別件事件において、裁判所は昭和三五年一一月一八日、Xの請求を認容し、立担保を条件とする仮執行宣言付判決をした。Aは控訴したが、昭和三七年五月二八日の控訴審判決、昭和四〇年二月一九日の上告審判決ともにXが勝訴し、判決が確定した。

別件事件が上告審係属中の昭和三七年七月一八日、X（本件原告、控訴人、被上告人）はAに対して別件事件仮執行宣言付控訴審判決に基づき強制執行に着手したが、合意により執行を解除し、その後昭和三七年、昭和三八年、昭和三九年に、それぞれ九五九万六二〇〇円、二四一万一九二二円、七一〇万五九六一円の支払を受け、これらは別件控訴審裁判所が認めた各債権に充当された。そこで、Y（本件被告、被控訴人、上告人）は、Xが受領したこれらの金員は、これを受領した各年分の収入金額として計上されるべきとして、昭和三七年、昭和三九年分の所得税にかかる各更正及びこれに伴う各過少申告加算税の賦課処分（以下、本件各処分）をした（昭和三八年分については係争外）。そこで、XはYに対し異議申立をしたが棄却され、更に審査請求をしたがこれも棄却されたために本件賦課処分の取消しを求めて訴えを提起した。本件での主たる争点は、昭和三七年、昭和三九年にそれ

ぞれXが訴外Aから受領した金員が「仮執行宣言ニ基キ被告カ給付シタルモノ」（旧民事訴訟法一九八条二項、現行法二五九条二項）にあたるとして、これらが上記各年度の収入金額として計上すべき「その収入とすべき合計金額」（旧所得税法一〇条一項）に該当するかどうかである。

第一審はXが敗訴、控訴審裁判所は課税の対象となるべき時期は、その収入の原因となる権利が確定的に発生した時点で所得の実現があったとする建前（権利確定主義）がとられているところ、XがAより受領した金員を仮執行宣言に基づく給付であり、したがって仮の弁済であって他日本案判決が破棄されないことを解除条件とする暫定的なものにすぎないと解することが相当であるから、そうすると上記各年度の収入とすべきでなく、控訴審判決が確定した昭和四〇年二月一九日に権利が確定したのだから、XがAより受領した金員は昭和四〇年度の収入とすべきとして、Xの控訴を認容した。Yが上告。

原判決破棄、自判。

「…旧所得税法がいわゆる権利確定主義を採用したのは、課税にあたって常に現実収入のときまで課税することができないとしたのでは、納税者の恣意を許し、課税の公平を期しがたいので、徴税政策上の技術的見地から、収入の原因となる権利の確定した時期をとらえて課税することとしたものであることにかんがみれば、増額賃料債権又は契約解除後の賃料相当額の損害賠償請求権についてなお係争中であっても、これに関しすでに金員を収受し、所得の実現があったとみることができる状態が生じたときには、その時期の属する年分の収入金額として所得を計算すべきものであることは当然であり、この理は、仮執行宣言に基づく給付として金員を取得した場合についてもあてはまるものといわなければならない。けだし、仮執行宣言付判決は上級審において取消変更の可能性がないわけではなく、その意味において仮執行宣言に基づく金員の給付は解除条件付のものというべきであり、これにより債権者は確定的に金員の取得をするものとはいえないが、債権者は、未確定とはいえ請求権があると判断され執行力を付与された判決に基づき有効に金員を取得し、これを自己の所有として自由に処分することができるのであって、右金員の取得によりすでに所得が実現されたものとみるのが相当であるからである。…」

（k）東京地判昭和五六年九月一四日（判時一〇一五号二〇頁、判タ四四八号五九頁、金法九八七号四一頁、金商六三五号一〇頁）

手形振出人であるY（訴訟中断前前訴原告、後訴被告）は手形受取人・所持人であるX（前訴被告、後訴原告）に対して六通の約束手形を振出したが、昭和四九年六月、本件手形金債務は通謀虚偽表示に基づく売買契約の支払方法として振り出されたものであり無効である等主張して、Xに対して本件手形金債務不存在確認の訴え（前訴）を提起した。これに対して昭和四九年八月、XはYに対して手形金支払及び支払済みまでの商事法定利息の支払いを求めて手形訴訟（後訴）を提起し、昭和四九年一一月八日に仮執行宣言付勝訴判決を得た。そこでXはYの訴外Aに対して有する預託金返還請求権を差押・転付を得た上で転付金を全額取得し、更に一二月一〇日、XはYより利息金の支払を受けた。Yは後訴手形判決に異議を申立てたため、後訴は通常訴訟に移行し、前訴であるYのXに対する手形金債務不存在確認訴訟と併合審理されることとなった。ところが、訴訟係属中の昭和五二年八月一七日にYに対して会社更生手続き開始決定がされたため訴訟は中断し、Zが更生管財人に選任され更生債権及び更生担保権届出期間が昭和五二年一〇月七日までと定められた。しかしその後昭和五三年三月二七日にZにより訴訟が承継されたが、Xは訴訟係属中の債権につき更生債権の届出をしなかった。昭和五三年一二月一一日に更生計画案が可決・認可された。そこで、Yを承継したZは、Xの債権は更生債権であるにもかかわらず届出を怠ったため、更生計画認可決定によりXの債権は失権した、更生債権の失権の事実は民訴法一九二条二項の本案判決が変更された場合に該当するので手形判決は失効した等主張した。

「会社更生法によれば、更生手続開始決定当時、更生会社に対し更生手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権、すなわち更生債権を有している者が、その届出をせず、裁判所の定めた届出期間を徒過した場合には、更生債権者は更生手続への参加をすることができず、その結果、更生計画認可決定により失権させられることは明らかである（会社更生法二四一条、二七九条）。そこで手形金債権者が仮執行宣言付手形判決に基づく強制執行により給付を得ていたところ、右手形判決に対する異議の申立により通常手続として訴訟係属中、被告会社に対し更生手続開始決定がなされて右訴訟が中断し、右債権者が更生債権の届出を懈怠した場合に、右の

ような失権を受けるか否かについて検討する。

仮執行宣言付判決に基づく強制執行は、原則として確定判決に基づく強制執行と同様であり、執行そのものが仮というのではなく、請求の終局的実現の段階まで進むものである。しかし仮執行宣言は本案判決が確定することを前提として勝訴者に強制執行を許すものであり、本執行での債権者の受ける満足は実体法的にも完全な満足であるのに対し、仮執行でのそれは確定的なものではなく、後日、本案判決若しくは仮執行宣言が取り消されることを解除条件としているものであって、仮執行宣言に基づく強制執行によって即座に債権が確定的に消滅するものではない。右の理は、必要的に仮執行宣言を付することを要求している手形判決においても、なんら異なるところはない。

したがって、手形判決に対する異議の申立により通常手続として訴訟係属のある場合には、たとえ債権者が仮執行宣言付手形判決に基づく強制執行をなしていたとしても、未だ債権が確定的に消滅したということはできないのである。また、会社更生法によれば、更生手続開始決定があったときには更生債権に基づく会社財産に対する強制執行のあらたな申立が禁止され、既になされている強制執行手続は当然に中止される旨規定（同法六七条）されているが、これは、更生手続開始後に右の手続を許していたのでは更生手続の円滑な実施が望めず、また、更生手続が成功すればその必要がなくなるからであって、会社更生手続の目的である会社が企業として有する価値を維持更生させるため、更生手続を他の手続に優先せしめ、会社財産の散逸防止をはかるものである。かくて会社に対し確定判決による債務名義を有し、債権の存在が確定的であっても、強制執行を終了していない限り、更生債権の届出を懈怠すれば失権することになることに照らせば、仮執行宣言付手形判決に基づく強制執行をした債権者が、未だ債権の存在が不確定であるにも拘らず、更生手続によらないで終局的満足を得られるものとは、到底解せられず、右債権が会社に対し更生手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権である限り、更生債権としての届出をしたうえ、更生手続に参加し、更生計画上の分配にあずかる以外、権利行使の方法はないものと解するのが相当である。」

（1）大阪地判平成五年一〇月一三日（判タ八四〇号二〇五頁、判時一五一四号一一九頁）

X（原告、被控訴人）はY（被告、控訴人）に対し貸金債

権及び遅延損害金を有しているとして貸金請求訴訟を提起したところ、第一審裁判所は仮執行宣言付請求認容判決をした。Yは第一審判決に対して控訴するとともに、平成四年三月一三日自己破産の申立てを行い、同年七月一六日、破産宣告と同時に破産廃止決定がされたので、同年七月末に免責の申立てをし、平成五年一月二八日に免責決定を受け、この決定は同年三月二四日に確定した。ところで、XはYの免責審理中にあたる平成五年二月に仮執行宣言に基づきYの給料債権を差し押さえ、金員を取得した。そこで、Yは請求原因事実について争うとともに、抗弁として破産免責による原判決取消を求めるとともに、民事訴訟法一九八条二項（現二五九条二項）に基づき、Xが仮執行により取得した金員の返還を求めた。

「そもそも、仮執行宣言に付された判決に基づく強制執行の効果は本案判決が変更されることを解除条件として発生するもので、いわば解除条件付き弁済の効果しか有しないのであり、したがって、本件では、本案判決が取り消され解除条件が成就することによって弁済の効果が遡及的に消滅することになるのであるから、免責決定自体の効果が遡及しなくても、右強制執行による給付が法律上の原因を欠くに至るというべきである。」

3・判旨①③に関する学説

判旨①に関し、上級審において仮執行による弁済の事実が弁論に現れた以上は、裁判所は弁済の事実を斟酌して請求棄却判決をしなければならず、債権者がこの請求棄却判決をうけることを避けるためには仮執行時の債権存在確認請求に訴えを変更しなければならないとする立場は、[2] 仮執行に基づく給付は保証あるいは供託して執行を免れる場合を除き、確定判決に基づくと同様の方法により債権者の満足まで進みうること、仮の執行の意味は執行力そのものが解除条件付きであることを示すのであって、執行の効果も仮定的性格を有するのではないことを理由に、仮執行による給付に完全な弁済の効力が認められるとする。この立場は、戦時中の被告の上訴権制限を志向する議論の中で、未確定の判決にできる限り仮執行を付することにより被告の上訴権の濫用及びこれに伴う訴訟遅延を防止することを目的とするところにその実践的意義を見出すものである。[3]

他方で、判旨①に関する学説の圧倒的多数は、上級審において仮執行による給付の事実が弁論に現れたとしても裁判所

は給付の事実を斟酌せずに判決できると理解していた。[4] 仮執行宣言に基づく給付は後にその宣言又は本案判決が変更されること[5]を解除条件とする給付だから弁済の効力は確定的に認められないことに加え、そもそも請求権の存否が未確定の間に、原審判決が維持されることを条件に仮に執行される給付の結果を上訴審で斟酌することは論理矛盾であること、反対説によれば仮執行による給付を受けた原告が訴えの変更を強いられることとなり、原告の負担となること、同じく反対説によれば請求権を有する原告が上訴審で訴えの変更をしなかったばかりに敗訴判決を受け、その結果として二六〇条二項の損害賠償義務を負うというのは不当である、との点を根拠としたのである。

上級審において仮執行による給付の事実を斟酌しないとの後者の説は現在に至るまで学説の多数説を形成する。しかし、それをいかに説明するか、特に仮執行に基づく給付とその弁済の効力の問題をいかに理解すべきか、すなわち判旨③に関連する点については、議論の変遷がある。この問題におけるリーディングケースである上述（b）判決が、仮執行に基づく給付には解除条件付きの弁済の効果しかないと述べた頃から、学説の多数が（b）判決判示に賛同した。もっとも、「解除条件」との文言によれば、仮執行宣言に基づく給付であっても、原裁判が取消し・変更されるか、あるいは仮執行宣言取消しまでは弁済は有効にされているように見える。しかし実際には、これらの説は弁済の効力否定説とも評価できるものであった。なぜなら、仮執行に基づく給付の事実を訴訟上斟酌しないという結論を導くためでもあったのだが、仮執行による給付は、債権の存在が確定していない以上は債権の有無を伏せた上でその弁済にあたる行為を強要するものだから、解除条件不成就が確定するまでの実体的効力はあくまで暫定的、浮動的のものにすぎず、その実体的効力は判決の確定を待って初めて確定的に生ずると理解されていたからである。[6]

他方で、通説が仮執行宣言に基づく給付の弁済の効力を解除条件付き効力と説明しつつ、しかし実質的には債権の存在が確定するまで弁済の効力を認めない点をとらえて、仮執行による弁済の効力は停止条件付効力を有するととらえる説が主張された。ある論者はその根拠を次のように説明する。すなわち、仮執行による給付は解除条件付の弁済の効力を有するという通説の理解に基づいても、口頭弁論終結時までに弁論に現れた資料を基に判決をするという訴訟の一般原則の例

外を認めれば仮執行に基づく給付の事実を訴訟上斟酌しないとの結論を導くことができる。しかしながら仮執行による満足は経済的なものにとどまり、法律上の満足まで受けるものではない。このことからすれば、仮執行に基づく給付を解除条件付弁済と構成すべきではないと述べる。[7]また別の論者は、債務の本旨に従った弁済というためには、仮に後に債権者債務者間で給付物の受領権原について紛争が生じたとしても、債権者はその受領権原につき証明責任を負わない趣旨で給付がされなければならないとの理解を前提に、仮執行による給付にそのような証明責任を転換する趣旨は含まれていないとして、仮執行による弁済の効力は停止条件付効力を有するととらえる。[8]

しかし、近時は仮執行による給付に実体法上弁済の効力を認める立場[9]が再登場するに至っている。論者によれば、仮執行による給付の弁済の効果を停止条件的に理解することは債権者の権利の早期実現を目的とする仮執行制度の本質に反するとする。また解除条件と理解する通説は、もっぱら仮執行による満足の結果を控訴審で斟酌しないとの理由付けのために存在するものにすぎず、しかも、解除条件を本案判決の変更と理解すれば弁済の効力どころか債権そのものがなかったことが明らかになるにすぎないし、また解除条件を仮執行宣言の取消と理解すれば、審級ごとに弁済の効果が発生したりしなかったりする不都合が生ずるから、いずれにしても仮執行による弁済に条件が付されているとの理解は妥当でないと批判する。その上で、仮執行の実体法上の効果は通常の強制執行と同一であることからすれば、仮執行による給付に弁済の効果は認められるのは当然であると主張する。[10]この立場の特徴は従前の弁済の効力肯定説とは異なり、仮執行後控訴審での審理対象は実質的には仮執行当時の債権の存否だから、控訴審での判決の基準時は控訴審での口頭弁論終結時ではなく、原審口頭弁論終結時に遡ると主張する点にある。従って、仮執行後控訴審で仮執行による弁済の事実が被告から主張されても、裁判所はこの事実を顧慮することなく判決をすべきと述べる。[11]また、仮執行に基づく弁済の効力が問題となる局面が多様であることから、局面に応じて、適宜弁済の効力を肯定したり否定したりすべきと主張する立場もある。[12]この立場は、仮執行後の裁判手続における被告の権利保護の観点から、訴求債権について争う当事者の訴訟法上の地位に影響を与えない範囲においては弁済の効力を否定し、被告がその事件の続行からより正しい裁判を求める上訴の目的とは関係な

い実体法上の利益を引き出そうとする場合には、弁済の効力を肯定する。[13] 更に、執行における満足を実体権の観点から分析し、実体法上弁済のためには債権が存在していることが事物内在的要件となるが、しかしこれは絶対的要件でないこと、民法上弁済の効果は給付という客観的事実により発生し、債務者の主観は考慮されないことからすれば、弁済時に債務の存在が客観的に確定、あるいは債務者により承認されていることまで要求されず、これは給付が執行の結果によるものであっても同様であることを根拠に、仮執行による給付であっても実体法上弁済の効果が発生するが、しかし手続法的要請により訴訟上給付の事実を斟酌しないことはあり得ると述べる立場がある。[14]

4．学説・裁判例の分析及び本判決との関連性

（一）既に述べたとおり、上訴審で原審での仮執行に基づく給付の事実を上訴人が主張したとしても、裁判所は給付の事実を斟酌せずに裁判をすべきとの判例法理（本件判旨①）に対しては、現在の学説で異論はないであろう。問題は、この法理をいかなる根拠により認めるか、という点である。

この判例法理を説明する理由付けは、訴訟法上の観点から説明されるものと、実体法上の観点から説明されるものの二種に分類されうる。請求権の存否が未確定の状態で原審判決が維持されることを条件に仮に執行される給付の事実を上訴審で斟酌するのは論理矛盾であるとか、仮執行による給付を斟酌した結果、二六〇条二項の損害賠償義務を負う結果となるのは不当だとかいった理由付けは訴訟法上の観点から説明されるものであり、また仮執行による給付の弁済の効果は解除条件付の効果しかないから完全な弁済の効力認められない、といった説明は実体法上の観点から説明されるものである。訴訟法上の理由付けを重視すれば、仮執行による給付に弁済の効力があるかどうかを問題にすることなく、本件判旨①の結論を導くことができる。しかし、仮に実体法上仮執行による給付の弁済の効果がないとすれば、給付に弁済の効果が伴わない以上、上訴人が上告審で仮執行による給付の事実を主張したところで、これを弁済と評価できないのは当然のこととなり、上述の訴訟法上の理由付けは、裁判所は仮執行による給付の事実を斟酌しない、との法理をいわば補充的に支える理由に過ぎないものになる。これに対し、仮に実体法上仮執行による給付に弁済の効果があるとすれば、給付に弁済の効果が伴うの

であるから、上訴人が上告審で仮執弁済行による給付の事実を主張した場合には、本来的には、裁判所は当然に給付の事実を弁済と評価しなければならなくなる。その場合には、裁判所は仮執行による給付の事実を斟酌しない、との法理を根拠づけるには、訴訟法上の説明が必要となる。したがって、いずれにしても、仮執行による給付に実体法上弁済の効果を有するかどうかを明らかにすることは、訴訟法上の説明にいかなる意味を持たせるかを左右するものであり、重要な意義を有する。

(二) そこで問題は、仮執行に基づく給付に実体法上弁済の効力があるかどうか、という点である（上述判旨③）。

判例および学説の圧倒的多数は、仮執行宣言に基づく給付は後にその宣言または本案判決が変更されることを解除条件とする給付だから、本執行とは異なり弁済の効力は確定的に認められていない、したがって給付の事実を上訴審で斟酌すべきでない、としている。[15] この立場は実質的に仮執行による給付に弁済の効力を認めない立場であると一般に理解されている。この判例通説に対しては、そもそも解除条件という効果を厳密に理解すれば、仮執行宣言または本案判決が変更されるまで弁済の効力は認められるはずである、との批判もあるところだが、[16] 更に、近時の有力説は、弁済時に債務の存在が確定しているかどうかは実体法上弁済の効果に影響せず、したがって、仮執行宣言に基づく給付にも、解除条件付ではなく、そもそも弁済の効力は当然生じるとすべきでないのか、と述べる。[17] この仮執行による給付の弁済の効果を全面的に肯定する近時の有力説は、弁済概念が債権者による強制執行にも及ぶと理解した上で、民法上の通説に従い、弁済の効果に弁済者の意思を不問とし、給付が客観的に債務内容に適合すれば弁済の効力を認める弁済者の意思不要説を根拠とする。有力説のように、強制執行による債務の実現を弁済と同一視し、給付が客観的に債務内容に適合しさえすれば弁済の効力を認める立場を基礎とすれば、仮執行に基づく給付に弁済の効力を認めざるをえないだろう。しかし、実体法上仮執行に基づく給付に弁済の効力を認めれば、弁済にかかわる民法上の規定が適用されることになるし、弁済を論理的前提とする法律関係が仮執行による給付から派生して生ずることになる。請求権の存否についての紛争が現に係属し、後に債権自体が取消される可能性がある時点での給付に、[18] 実体法上弁済の効力を認めてよいかどうかは疑問である。

（三）裁判例に関しては、仮執行宣言付第一審判決に基づき給付がされた事実を控訴審で斟酌すべきか（本件判旨①）につき、東京控訴院判決で原告が仮執行宣言に基づく給付を受けた後に控訴審で給付金返還義務不存在確認請求に訴えを変更した事案において、これが認容された例があるものの（a）、これ以降の裁判例では一貫して、第一審での仮執行宣言に基づく給付の事実は控訴審では考慮しないとの点で一致している［（b）、（c）、（d）、（e）、（f）、（g）、（h）、及び本判決、もっとも（g）判決は結論を簡単に述べるにとどまり、判決文面上説示されていない。（g）判決調査官解説ではその理由を、判例・学説ともほとんど異論がないためであると述べている[19]。］。第一審での仮執行宣言に基づく給付の事実は控訴審で考慮しないとの扱いの理由についてもっとも詳細に述べているのは（b）判決であるが、それによると、第一審判決の仮執行に基づく給付を控訴審で考慮しないことの理由は以下の二点である。すなわち、第一点は、仮執行宣言による給付は確定的なものではなく、後日仮執行宣言が取消されないことを解除条件とするものだから、完全な弁済としての効力はないこと（本件判旨③に相当）、第二点は、仮に第一審判決の仮執行に基づく給付を控訴審で考慮するとなると、控訴審は原告敗訴判決をせざるを得ないことになり、法文上敗訴判決を受けた原告は給付を受けた物を返還しなければならないとの不利益を負うことになるので（明治民事訴訟法五一〇条二項、旧民事訴訟法一九八条二項、民事訴訟法二六〇条二項）、不当な結論となるとのものである。

（四）この内、理由第一点目の仮執行宣言に基づく給付に関する弁済の効力については、（b）判決の説示には判然としないものがある。というのは、説示は「執行ニ因リテ得タル弁済ノ効力…他日其ノ本案判決若ハ仮執行宣言カ廃棄セラレサルコトヲ解除条件トスルモノ」と述べるが、本案判決あるいは仮執行宣言が変更されるまでは仮執行宣言に基づく給付に弁済の効力を認める解除条件付の弁済であると見るのであれば、弁済の効力は「他日其ノ本案判決若ハ仮執行宣言カ破棄セラレサルコト（下線筆者）」、つまり後に原判決が変更されないことを解除条件とするのではなく、変更されることが条件となるはずである。また、仮に、仮執行宣言に基づく給付の弁済の効果は「他日其ノ本案判決若ハ仮執行宣言カ破棄セラレサルコト」、つまり、後に原判決が変更されないことを条件として弁済の効力が発生するの

であれば、本案判決あるいは仮執行宣言が破棄されないことが確定した後に弁済の効果が発生するとみるべきであるから、これは停止条件付の効果であるとすべきことになる。このように、（b）判決の当該部分の説示を厳密に民法上の効力発生条件について述べているものとみると、設定条件との間で矛盾が生ずる。[20] この説示の言い回しは、後の判決の大部分においても維持されているが、[21] 本判決においては、条件部分、すなわち「仮執行宣言が効力を失わないことを条件とするもの」については維持されているものの、従来の判例のように解除条件とは明確に述べられていない。過去の最判では判旨①（およびこの理由となる判旨③）に関する参照判決として（b）判決を挙げるものが見受けられるが、[22] 本判決が直接参照するのは（b）判決ではなく、あえて判決理由の明示がない（g）判決である。[23]（g）判決の調査官解説によれば、（g）判決判旨の見解は（b）、（c）、（e）、（f）の各判決と趣旨を同じくすると説明され、加えて、仮執行による給付の事実を上級審で考慮しないことの理由として、そのような弁済は「解除条件付の暫定的」なものとは述べるものの、「完全な弁済の効力がない」のだから「被告は訴訟上反対債権で相殺の抗弁を主張できる」とするのではなく「被告は反対債権で相殺できる」とする。このように解説される（g）判決をあえて参照判決としていることからすれば、判旨③は、仮執行に基づく給付には、判決が確定するまでは実質的には実体法上も弁済の効果は生じない、と評価しているのではなかろうか。[24]

三．判旨②④について

1．判旨②について

既に述べた通り、主たる請求に附帯する請求についても主たる請求の仮執行による給付の事実を顧慮しないとの判旨部分（判旨②）につき、参考となる裁判例は筆者が探す限りほとんどない。後に述べる判旨④にかかる福島地判昭和三四年六月八日（下民集一〇巻六号一一九〇頁）の事案内に一件現れるにとどまる。[25] この下級審裁判例事案の詳細は不明であるが、主請求に係る一審判決仮執行後控訴審で、主請求の仮執行による差押えの事実を考慮して、控訴審裁判所は主請求に附帯する請求の終期を主請求の仮執行時と判示したようである。従って、この下級審の判断は、一見すると本判決判旨②とは相いれないものであるようにも思われる。[26] 学説は、本判決に対する判批が存在するにとどまる。それによると、判決

の結論に賛成する立場、反対する立場の双方の立場がある。

判旨に賛成する立場は、主請求と附帯請求との間で事実判断を異にすることの不自然さ、整合性の無さを説き、法律関係が不明確になる恐れを指摘する[27]。これに対して、判旨に反対する立場は、そもそも主請求で仮執行による給付の事実を顧慮しないのは、仮執行は原審判決が変更されないことを条件に給付がされるのだから、原審での仮執行の事実を控訴審で顧慮すると論理矛盾が生ずるからであるが、附帯請求に関しては仮執行がされていないのだから給付の事実を顧慮しても論理矛盾は生じないこと、また、主請求で仮執行による給付の事実を顧慮しないのは、仮に給付の事実を顧慮して弁済を認め、原審判決を変更すると、民訴法二六〇条二項の原状回復、損害賠償責任を負担することになるからであるところ、附帯請求自体が仮執行による給付を受けていない以上民訴法二六〇条二項の原状回復、損害賠償責任を負担しないのだから、給付の事実を顧慮しないとの扱いをする必要はないことを理論的根拠とする[28]。しかし、反対説がもっとも深刻な問題ととらえているのは、被告側の異議に関わる起訴責任の問題である[29]。この点は判旨④の議論に関わる。

2．判旨④について

（一）仮執行に基づく給付の効力をどのように理解しようとも、仮執行された請求権が最終的に確定すれば、既にされた仮執行による給付が完全に有効な弁済となることについて争いはない。本事案の主請求は建物明渡請求であることから二重執行の恐れは生じないが、請求が金銭支払請求権であってこれが仮執行により既に給付を受けていた場合には、本件判旨①のように上訴審で仮執行による給付の事実を考慮せず、被告の控訴が棄却されれば原審判決が確定し、確定判決を債務名義に強制執行できることになる。そこで、既にされた仮執行に基づく給付分と併せ、二重執行される恐れがある。また、附帯請求につき原審で仮執行宣言が付されていなくとも、判旨②のように附帯請求の審理において主請求の給付の事実を顧慮しなければ、「主請求履行済まで○○の割合による金員を支払え」との原判決が確定し債務名義となるので、やはり附帯請求の終期を超えた強制執行がされる可能性が出てくる[30]。そこで、判旨④が述べるように、仮執行の結果生じるこのような原審原告の「取りすぎ」の危険が現実化した場合に、強制執行の場面で調整が必要となる。もっとも、問題は、強制執行の場面での調整

の必要性があるとして、どの手続きによるべきか、との点である。

（二）この点につき参考になる裁判例として、上述福島地判昭和三四年六月八日（下民集一〇巻六号一一九〇頁）がある。事案は次の通りである。前訴においてY（前訴原告、被控訴人、被上告人、後訴被告）はX（前訴被告、控訴人、上告人、後訴原告）に対して建物所有権確認、所有権移転登記請求及び建物明渡請求等をしたところ、第一審において建物明渡し及び昭和二六年一月一日以降明渡し済みまでの間の損害金支払を命ずる判決がされた。判決には仮執行宣言が付されていたため昭和三〇年一〇月一八日、YはXより建物明渡しを受け、更に昭和二六年一月一日より明渡し当日までの損害金、執行費用を回収するためX所有の動産を差し押さえたので、同年一一月五日、Xは差押の解放を受けるためやむなく金銭を支払った。前訴控訴審判決ではXの不服が一部認められ、建物明渡し及び昭和二九年六月七日から昭和三〇年一〇月一八日までの損害金支払を命じる判決に変更された。XY双方が上告したが、上告棄却により判決が確定した。判決確定後Yは第一審仮執行宣言判決にもとづいて強制執行し、すでに弁済を得ていたにも関わらず第一審判決を変更した控訴審判決に執行文の付与を得て昭和二九年六月七日から昭和三〇年一〇月一八日までの期間の損害金及び執行費用の支払いのためとして昭和三四年四月二〇日X所有の動産を差し押さえた。そこでXはYによる二回目の強制執行を排除するため請求異議訴訟を提起した。

請求認容。

「判決によつて確定した請求に関する異議は、遅くとも右判決の口頭弁論終結後に生じた事由に基くものであることを要するのであるが、仮執行により債務者が債権者に対してなした給付は、一応債務弁済の効力を生ずるけれども、その効力は後に本案判決もしくは仮執行の宣言が変更されないことを解除条件とする暫定的、浮動的なものに過ぎないものであるから、債権者が既に仮執行によつて満足を受けた事実があつたとしても、上級審は右事実を斟酌することなく本案につき審理判決すべきものである、従つて、仮執行終了後における上級審の審理は、民事訴訟法第一九八条第二項との関係上、いわば仮執行の当否の判断を目的とするものであると称しても差支えないものである。しからば、仮執行に基く給付の事実は、たとえそれが事実審の口

頭弁論終結前に生じた事実であつたとしても、爾後の審理において本案に対する抗弁として主張し得べかりし事由に含まれないのであるから、債務者は民事訴訟法第五四五条第二項（筆者注：民事執行法三五条二項）の制限にかかわらず、右仮執行による債務の弁済を異議の事由として確定判決に対する請求異議の訴を提起し、その執行力の排除を求めることが許されるものと解するのが相当である。」

（三）学説では、このような二重執行、超過執行に対しては、仮執行による給付に弁済の効力を認める立場によっても、民執法三五条二項にもかかわらず、債務名義作成にかかる訴訟の口頭弁論終結時には異議を提出する機会がないために、請求異議訴訟を提起できるとすることに異論はないようである。[31] また、前述裁判例もこれを認める趣旨に基づくものである。本判決判旨④についても同様に理解するものであると思われる。このような理解をベースに、判旨②に関する上述反対説は、仮執行による給付がされた主請求につき給付の事実を顧慮しないのはやむを得ないものとして、仮執行がされない附帯請求につき、主請求における仮執行に基づく給付の事実を顧慮しない結果超過請求を許し得ることになるのに対して、超過部分の債務名義の執行力を否定するため債務者に請求異議訴訟の起訴責任を負わせることの是非を問題とするのである。

3．判旨②④に関する検討

しかし、すでに述べた通り、仮執行に基づく給付に、判決が確定するまでは実質的に実体法上弁済を認めないと理解するならば、仮執行された主請求に附帯する請求においても、判決確定まで弁済を認めることができないのは当然のことである。[32] もっとも、仮に仮執行に基づく給付に実体法上弁済の効力を認め、仮執行に基づく給付の実体法上の効力の問題と訴訟法上の問題を完全に切り離す立場によれば、主請求の給付の事実を主請求では認定しないが附帯請求については認定することも理論的には可能であろう。このような理解は、主請求仮執行による給付の事実認定に際して訴訟法上のりこえなければならない理論的な壁が主請求に比して少ない附帯請求については、超過執行の可能性を極力生じさせないわかりやすい判決記載をすることを重視するが、他方で主請求と附帯請求との間で事実認定に差を生じさせる難点がある。結局は不自然な事実認定を受容すべきか、不自然な事実認定を強いてまで特に超過執行の可能性を極力最小化させるための事

前措置をとるべきなのか、の重視すべき価値の所在の問題に収斂するように思われる。筆者としては、以下のように考えたい。すなわち、実体権にそぐわない債務名義が作出される可能性は法がそもそも予定するところであり、実体権にそぐわない債務名義の執行力を否定する制度として、法が債務者に起訴責任を負わせる請求異議制度を設けている。そうである以上は、この起訴責任を不当とし、これを避けるために、特に主請求と併合請求（単なる併合請求ではなく附帯請求）との間で事実の評価を異にするとすることに対しては、やはり抵抗感をぬぐい去ることはできない[33]。そもそも、原告が結果として債務額を超過する債務名義を得たとしても、債務名義上に表示された額全額につき強制執行するとは限らない[34]。判旨②反対説の上述のような批判に対しては、手続間の役割分担の問題としてやむを得ないものととらえる以外にないのではないか[35]。

四．本判決の射程について

本判決の意義は上述した通り、従前明らかでなかった点につき明らかにした判旨②・④にある。射程の問題についてはもちろん今後の判例集積を待つしかないが、仮執行に基づく給付に、判決が確定するまでは実質的に実体法上弁済を認めないと理解するならば、判旨②の射程は、主請求に併合されている請求が附帯請求であって、附帯請求が主請求に併合されている場合のみならず、別訴として提起されている場合にも及ぶと理解する[36]。

本判決の判批として、田中壯太「判批」ＮＢＬ九八九号（二〇一二年）九六頁、本間靖規「判批」民商一四七巻三号（二〇一二年）三二〇頁、安達栄司「判批」法支一六八号（二〇一三年）三四頁、北村賢哲「判批」判例セレクト二〇一二［Ⅱ］法教三九〇号別冊付録（二〇一三年）二八頁、内海博俊「判批」判評六五〇号（二〇一三年）一二八頁、佐瀬裕史「判批」ジュリ一四五三号（二〇一三年）一二三頁、酒井博行「判批」私法判例リマークス四七号二〇一三下（二〇一三年）一一八頁、川嶋四郎「判批」法セ七〇三号（二〇一三年）一四六頁、松下淳一「判批」判タ一三八六号（二〇一三年）一〇三頁、笠井正俊「判批」金法一九七七号（二〇一三年）四八頁がある。

注

（1）兼子一『民事訴訟法体系（増訂版）』三五三―三五四頁（酒井書店、一九六五年）

（2）小川保男「假執行宣言の本質と其の運用（三完）」法学志林第四四巻第四号（昭和一七年）四八頁。

（3）小川保男「假執行宣言の本質と其の運用（一）」法学志林第四四巻第二号（昭和一七年）二一頁。

（4）多数にわたるため、全ての文献を網羅することは困難であるが、例えば教科書として、加藤正治『新訂民事訴訟法要論』（有斐閣、第3版、昭和二六年）二七一頁、菊井維大『民事訴訟法講義』（弘文堂、昭和三〇年）四〇一頁、兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店、増補第1版、一九六五年）三五六頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（弘文堂、第2版、昭和六〇年）四九二頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』（弘文堂、平成二三年）七四四頁、伊藤眞『民事訴訟法（第4版補訂版）』（有斐閣、二〇一四年）五八〇頁等。この他の文献として、金子文六「仮執行」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第三巻』（有斐閣、昭和三〇年）七七一頁、岩松三郎、兼子一編「仮執行の宣言」『法律実務講座民事訴訟編第5巻』（有斐閣、昭和三七年）一七二頁、竹下守夫「仮執行の宣言」中田淳一、三ヶ月章編『民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣、昭和三八年）一八二―一八三頁、右田堯雄「民事控訴審実務の諸問題（三）―仮執行宣言に関する論点―」判タ二八六号（昭和四八年）二六頁、竹下守夫、上原敏夫『条解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂、平成二三年）一四二六頁等。

尚、判旨①に関する賛成の判例評釈として、［（b）判決］加藤正治「判批」判民大正一五年度（昭和三年）二一一頁、［（f）判決］菊井維大「判批」判民昭和一三年度（昭和一四年）五七七頁、竹下守夫「判批」別ジュリ五号［民事訴訟法判例百選］（一九六五年）一四四頁、吉川大二郎「判批」『判例保全処分』（法律文化社、一九六一年）三二一頁、［（g）判決］加納實「判批」民商四五巻三号（昭和三六年）三〇〇頁、三ヶ月章「判批」法協八〇巻一号（一九六三年）一〇八頁、高津環「判解」判解民昭和三六年度（一九六二年）三一頁、がある。

（5）注（15）参照。

（6）金子・前掲注（4）七七一頁、岩松、兼子編・前掲注（4）一七二頁、三ヶ月・前掲注（4）「判批」一〇九頁、竹下・前掲注（4）一八三頁、右田・前掲注（4）二六頁。その帰結として、債務者は控訴審において反対債権で相殺できるとするものとして、高津・前掲注（4）三二頁、菊井・前掲注（4）四〇二頁、竹下・前掲注（4）一八三頁。

（7）佐野隆雄、矢野真之「更生法上の失権と民訴法一九八条二項原状回復義務との関係（上）」NBL二五二号（一九八二年）九頁。本論文は、仮執行に基づく給付の満足に関する実体法上の評価と訴訟上の評価が連動しないことを指摘した最初の論文であるように思われる。もっとも、本論文以前においても、原審判決後の仮執行による満足を前提として上訴審審理

をすれば論理矛盾を引き起こすとの、実体法とは異なる訴訟上の問題が生じることについては、古くから論者により常に問題視されてきた。この点を指摘にするものとして、本間靖規「仮執行と給付物返還・損害賠償」中野古稀『判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、一九九五年）六七―六八頁。

（8）　野村秀敏「いわゆる満足的仮処分と本案訴訟」『民事保全法研究』（弘文堂、平成一三年）二九五頁、同「判批」民商一二七巻三号（二〇〇二年）四二八頁。

（9）　青山善充「仮執行の効果に関する一考察―仮執行後の債務者の倒産を中心として―」『法協百年論集3巻』（有斐閣、昭和五八年）四三二頁。

（10）　青山・前掲注（9）四二〇―四二二頁。

（11）　青山・前掲注（9）四三〇―四三二頁。

（12）　林淳「仮執行と弁済の効力」中野貞一郎他編『民事手続法学の革新（下）』（有斐閣、一九九一年）一一七頁。尚、同「仮執行宣言の理論」新堂幸司編『講座民事訴訟⑥裁判』二四九頁、同「仮執行と履行遅滞」明学四七号（一九九一年）六七頁参照。

（13）　林・前掲注（12）一六一頁。

（14）　梶山玉香「執行による「満足」と債権の消滅(2)」同法四二巻二号（一九九〇年）九九頁以下。

（15）　後に述べるが、判例も同じく仮執行に基づく給付は解除条件付の弁済の効力しかないとする。しかし、その条件は仮執行宣言または本案判決が変更されないことが条件になると述べている。したがって、学説が設定する解除条件と判例が述べる解除条件との間には差がある。

（16）　給付に弁済の効力が認められるならば、上訴審で上訴人が給付の事実を述べれば、裁判所としてはこれを斟酌しなければならない。そこで、給付の事実を上訴審で斟酌することを避けるためには、訴訟法上の理由付けが必要となる。後の論者が指摘するとおり、当初述べられていた解除条件付という弁済の効果を認めつつ、しかし、結局は給付の事実を上訴審で斟酌しない、との立場は、仮執行による給付の弁済の効力という実体法上の問題と、訴訟法上給付の事実を斟酌すべきではないという訴訟法上の問題を区別せずに論じられてきた節があり、この点について疑問が提起されている梶山・前掲注（14）一四五頁。

（17）　梶山・前掲注（14）一一六―一一七頁、青山・前掲注（9）四二〇頁。

（18）　仮執行による給付に実体法上弁済を認めても弁済を認めなくとも、それを前提とした法律関係が生じ得る。例えば、仮に実体法上仮執行による給付に弁済の効力を認めると、仮執行に基づく給付が保証債務の履行として給付されたものであれば、保証人は主債務者に対して民法上求償権を取得することになる。また、仮に実体法上仮執行による給付に弁済の効力を認めなければ、その債権を受働債権、債務者（被告）が債権者（原告）に対して有していた債権を自働債権として、相殺することが可能となる。筆者の問題意識は、執行として

終局的にされた給付であっても請求権の存在が未確定の状態でされた給付に、実体法上弁済の効力の有無を確定的に認めた上で、それを前提とした法律関係の作出を認めるべきなのか、という点である。これを認め、仮にのちに請求権の不存在が訴訟上確定すれば、それに伴い覆される法律関係が新たに生じ、法律関係が複雑になりうる点を憂慮するのである。そこで筆者の私見としては、仮執行による給付に弁済の効果の有無の問題は結びつかない（しかし、現状維持的に理解すれば、結論としては判決が確定するまでは弁済の効力を否定する方向性を有することになろう）と理解した上で、弁済の効果が生じるのは係争債権の存在が訴訟上確定したときであって、その効果は給付時に遡及すると理解する。

しかし問題は、「判決が確定するまでは弁済の効力を否定する方向性」を実体法の観点からいかに理論構成できるか、ということである。あるべき結論を導く思考実験にすぎないがあえて論理付けを試みる際の分岐点は、以下の点であるように思われる。すなわち第一に、仮執行による給付に、そもそも任意弁済を議論の基礎とする弁済概念を及ぼすことができるかどうか（弁済概念の範囲）、第二に、仮執行による給付が仮に弁済概念に含まれるとして、当該給付に弁済を認めるため弁済者の意思が必要とされるかどうか（弁済者意思の要否）、第三に、仮執行による給付にも弁済概念が及び、当該給付に弁済の効力を及ぼすのに弁済者の特段の意思は不要としても、行った給付が客観的に債務の本旨に従った弁済といえるかどうか（本旨弁済の意義）である。

第一の弁済概念の範囲は、一方では、債務と責任との関係をいかに理解すべきかの債権の構造論に関わる理論的問題（詳細は、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』［磯村］（有斐閣、昭和四五年）一頁以下）であるが、他方で、弁済充当や弁済による代位に関する規定を執行の場面にどこまで適用すべきかという法技術的問題でもあるとされている（奥田・四八八頁、林ほか［石田］二二七―二二八）。この問題に関しては、実体法上の弁済概念はあくまで任意弁済が基礎となっていることを前提に、執行により給付結果がもたらされた場合も端的に弁済概念に含めるとする立場（星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、補訂版（参考としたのは第4刷）、昭和六一年）二三四頁、中田裕康『債権総論新版』（岩波書店、二〇一一年）二九一頁）と、執行による給付を弁済概念には含めないが解釈又は民事執行法の「弁済とみなす」との規定により、これに準じた取り扱いがされると理解する立場（前田達明『口述債権総論』（成文堂、第3版、平成五年）四四〇頁）、執行による給付であっても弁済に準じて考えつつ、問題となる規定を必要に応じて適用することで足りるとする立場（林良平ほか『債権総論』［石田］（青林書院、第3版、一九九六年）二二八頁、奥田昌道『債権総論［増補版］』（悠々社、一九九二年）四八八頁）がある。いずれの立場も、任意弁済に関する弁済概念が執行による給付にも及ぶと理解する場合にその根拠を、給付により債権の目的が達成される点に求める。

しかし、強制執行であっても特に仮執行という、存在が未確定な債権に対する給付行為により、債権の目的が達成されたと評価可能なのかどうかについては疑問なしとしない。従って、いずれの立場においても、仮執行に関しては、弁済概念を及ぼすことは難しいように思われるが、しかし少なくとも、執行による給付と任意弁済を同質のものととらえる立場以外の説によれば、仮執行による給付であることを斟酌することにより、場面に応じて仮執行による給付に弁済の効力が生じない場合を認めることができようか。このように理解すれば、仮執行による給付の弁済の効力に関し、問題となる局面に応じて弁済の効力の肯否を決すべきとする上述林教授の立場は、仮執行による給付にそもそも任意弁済を議論の基礎とする弁済概念を及ぼすことができるかどうかの段階における議論であると理解されうる（林・前掲注（12）「仮執行と弁済の効力」一五七頁注52）。あるいは、前述佐野、矢野弁護士の立場もこの点を問題にしていると評価しうる（佐野、矢野・前掲注（7）九頁）。

仮執行による給付に任意弁済を議論の基礎とする弁済概念が及ぶと解される場合であっても、第二に、弁済者意思の要否が問題となりうる。従前この弁済者の意思の問題は弁済の法的性質論に関連づけて議論されてきたが、弁済の法的性質論に関する理解如何により具体的結論に差が生じないため、現在ではこの問題につき議論する意義は低下しているとされる（奥田・前掲注（18）四九一頁、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、二〇〇二年）六二頁、内田貴『民法Ⅲ［第3版］』（東京大学出版会、二〇〇五年）一〇二頁、中田・前掲注（18）二九二頁）。そこで、弁済の法的性質論につき法律行為説を採用しない民法の通説によれば、特に弁済者が反対の意思を示さない限り給付が債務内容に客観的に適合すれば弁済とみなされる。また、弁済の効力を生じさせるために、債務者がとくに「債務の存在を条件として」という留保を付して弁済したとしても、給付に留保を付した債務者の主観を考慮しないので、弁済の効力に特に影響はないと解されている（磯村哲編・前掲注（18）［奥田］五三頁）。これを根拠に、仮執行による給付であっても給付という事実がある以上、実体法上弁済の効力を認めるのが、上述梶山教授の立場であろう（梶山・前掲注（14）一一六―一一七頁）。

しかし、近時弁済の法的性質論とは別に、弁済者の意思の有無の問題について尚独立して議論されるべきと主張されるようになった（滝沢昌彦「弁済における意思の位置付け」中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（有斐閣、二〇〇〇年）六三頁以下、奥田・前掲注（18）四八八―四九〇頁、淡路・前掲注（18）六二―六三頁、潮見佳男『債権総論Ⅱ［第3版］』（信山社、二〇〇五年）一八五頁、前田・前掲注（18）四三八頁）。弁済者の意思を必要と述べる立場においても、論者により弁済の効力を認めるため必要とされる意思は異なる（たとえば滝沢教授の整理によれば、問題とされうる弁済者の意思には「債務を消滅させようとする意思（効果意思）」「弁

済として給付する意思（弁済意思）」「給付行為そのものをする意思（給付意思）」の三種に分類され、これらの意思の有無は客観的に判断される（滝沢・前掲注（18）七〇頁）。もっとも、前述の通り弁済の法的性質論に関して議論する意義はそもそも低下しているし、特に弁済を法律行為ととらえる必要もないので、弁済の効力を認めるために効果意思を不要と解する点において論者に異論はない（滝沢・前掲注（18）七一―七二頁、中田・前掲注（18）二九二頁）。また、ほとんどの論者が、給付行為が法律行為である場合に、その要素として給付意思を要求する（中田・前掲注（18）二九二頁）。従って問題は、弁済意思の要否である。弁済意思を要すると理解する立場は、例えば金銭所有権移転の場合に、単なる金銭交付の意思ではなく、弁済のため、という目的（意図）を伴った意思である必要があると説明する（奥田・前掲注（18）四九〇―四九一注（1）、滝沢・前掲注（18）七七頁、潮見・前掲注（18）一八五―一八六頁、前田・前掲注（18）四三八―四四〇頁、林ほか・前掲注（18）［石田］二二九頁）。仮にこれらの立場が述べる通り、単なる給付行為では足りず、弁済の効力を生じさせるために債務弁済といった目的的意思が必要であるとするなら、債務の存在に疑問を抱きつつやむを得ずする給付は弁済と評価しえないようにも思われる。しかし、論者によっては、弁済意思の必要性を、ある給付が贈与として給付されたのか弁済としての給付なのかを区別する手法としてその必要性を説いており、債務の存在につき疑問をいだきつつ給付する場合とは問題解決が予定されている場面が異なる。また、仮執行も強制執行の内の一つであり、債務者の意思に反して債権者の権利実現するところにその本質があるのだから、債務者の弁済意思の問題はあくまで任意弁済にのみ妥当する議論であり、強制執行全般につきそもそも債務者の弁済意思など問う事はできないように思われる。そうであるなら、結局弁済者の意思の問題は、不要説から仮執行による給付の弁済の効力肯定説を根拠づけることはできるが、必要説から仮執行による給付の弁済効力に関する特定の立場を導くことはできない片面的な性質を有する議論であると解されよう。

もっとも、仮に、仮執行による給付に任意弁済を議論の基礎とする弁済概念が及ぶと理解し、弁済の意思は不要だから給付が債務内容に客観的に適合すれば弁済とみなされると解したとしても、第三に、仮執行による給付が債務の本旨に従った給付と評価し得るかが問題となり得よう。上述野村教授の所説がこの点を議論の対象とするものである。通説によれば、ある給付が債務の本旨に従っているかどうかは、債権の目的、法律の規定、慣習および信義則により決まるとされる（我妻・前掲注（18）二一四頁、林良平ほか・前掲注（18）［石田］二三〇頁、平井宜雄『債権総論［第二版］』（弘文堂、平成六年）六三頁、内田・前掲注（18）五八頁、中田・前掲注（18）三〇八頁）。野村教授はここで債務の本旨に従った弁済というためには、訴求された権利の存否に関する証明責任の所在が給

付により転換されることが要件になると論じ、給付後も転換されない旨の留保付きで履行された場合には本旨弁済とはいえないとした上で、この留保付きの給付であったかどうかは通説の通り債務者の意思表示をも一要素として諸般の客観的事情により決すべきとする（野村・前掲注（8）「いわゆる満足的仮処分と本案訴訟」二七四頁）。

野村教授の本旨弁済に関する議論は、もともと満足的仮処分がされた後仮処分目的物が滅失した場合に、本案訴訟が必要かどうか、仮に必要とした場合にその請求の趣旨をどのようにたてるべきか、という議論から出発している。すなわち、仮処分による満足を認めて本案請求の請求の趣旨を損害賠償あるいは不当利得返還義務の不存在確認請求とすべきとの見解（兼子一「満足的仮処分と本案訴訟」『民事法研究第三巻』（酒井書店、一九七七年））に対して、反対説によれば本案訴訟での立証責任が転換されてしまう問題が生じるので、当事者間の衡平や仮処分の当否を判断する本案訴訟の機能から見て相当でないと論じる。また、そのように理解される更なる根拠として、給付の結果被保全債権の立証責任が転換されないような留保が付された給付は客観的に債務の履行内容と合致していても本旨弁済とはいえないと論ずるのである。

野村教授の所説は、仮執行（仮処分）による弁済の効力を本旨弁済の意義の問題として捉える点で、従前になかった新しい議論である。しかし、結局のところ一審原告が仮執行後控訴審で一審の請求を維持するか、あるいは給付の事実を認めた上で訴えを変更し損害賠償義務不存在を主張するかは、給付の実体法上の効果の理解によるから、訴訟法上の立証責任の観点から本旨弁済の意義に関する理由づけをすることは、議論の循環を招くことになりはしないか。

以上の簡単な検討からすれば、仮執行による給付と弁済の効力を結びつけない（否定する）には、仮執行による給付は存在が未確定な債権に対する給付行為だから、給付により債権の目的が達成されたと評価できず民法上の弁済概念が及ばない、とすることが、最も無理のない論理構成であるように思われる。

(19) 高津・前掲注（4）三一頁。

(20) 平成二五年四月一二日開催北海道大学民事法研究会報告席上にて指摘を受けた点である。尚、本間教授も同様の指摘をされている。本間靖規「判批」民商一四七巻三号（二〇一三年）三二三頁以下。

(21) 例えば、(f)判決。もっとも、条件との間で疑義が生じているのを意識してか、条件を「後日本案判決若しくは仮執行宣言が廃棄されないこと」と設定し、給付の効果は解除条件付の効果であると明示しないものも存在した。この例として、例えば（c）判決。尚、近時の必ずしもすべての関連判決を網羅しているわけではないが、少なくとも筆者が上述で挙げた下級審判決は、同じくこの点を意識しているようで、仮執行宣言に基づく給付の効力は、「本案判決（若しくは仮執行宣言）が取り消されることが解除条件」と表現されている。こ

の例として、上述（k）、（l）判決。他方で、（j）判決は、条件として、上級審における判決取消変更の可能性を述べた上で「解除条件付」と述べる。

(22)　例えば（e）、（f）、（h）判決。

(23)　ただし、この理由は、（g）判決、本判決共に主請求が不動産明渡請求だから、その共通性に着目した可能性もある。しかし（g）判決の主請求は建物収去土地明渡請求であり、仮執行宣言が付されておらず、附帯請求にのみ仮執行宣言が付されてそれが実施された事案であるので、やはり本件事案との間には距離がある。

(24)　もっとも、判旨③に関する筆者の以上のような見解は、仮執行宣言による給付であっても解除条件付きの効果ではあるが実体法上の効果が生じることを認めるとする本判決匿名解説（判タ一三七四号（二〇一二年）一〇四―一〇五頁）の理解に抵触し得る。尚、川嶋教授は本判決が仮執行による実体法上の効果を仮執行宣言が効力を失わないことを条件とすると判示する部分に関し、その趣旨を、「停止条件付効力等の実体的な法律構成の提示というよりは、むしろ仮執行宣言による強制執行手続の効果の暫定性を手続上端的に表示するもの」と述べ（川嶋四郎「判批」法セ七〇三号（二〇一三年））、また本間教授は「条件」はたんに仮執行に必然的に備わる手続上の不確定性を表すものに過ぎないとすると、その実体的な解明にどれほどの意味があるのか疑問」と述べる（本間・前掲注（20）三二四頁）。

(25)　（b）判決事案でも同様の問題が現れているように思われるが、それに対して（b）判決は明示の応答をしていない。松下教授も同様の指摘をされる、松下淳一「判批」判タ一三八六号（二〇一三年）一〇六頁。

(26)　学説において、主請求につき仮執行による給付を受けた場合において、附帯請求の終期をいつの時点と理解すべきかの問題は、従前履行遅滞の終期の問題として議論されてきた、例えば、林・前掲注（12）「仮執行と履行遅滞」。主請求につき仮執行による給付を受けた場合の附帯請求の終期の問題は、判旨②の問題の一部に内包される問題である。林教授によれば、仮執行に基づく給付の弁済の効力を否定することが、必ずしも給付時に履行遅滞の終期を認めないことにつながるわけではないと述べる。注（30）参照。

(27)　田中壯太「判批」ＮＢＬ九八九号（二〇一二年）九六頁、笠井正俊「判批」金法一九七七号（二〇一三年）四八頁以下。川嶋・前掲注（24）一四六頁、本間・前掲注（20）三二〇頁以下も同様の理由によっているものと思われる。

(28)　佐瀬裕史「判批」ジュリ一四五三号（二〇一三年）一二四頁、酒井博行「判批」私法判例リマークス（二〇一三年）一二〇頁、松下・前掲注（25）一〇六―一〇七頁。尚、同様に論じるものとして、内海博俊「判批」判評六五〇号（二〇一三年）一三〇頁。

(29)　佐瀬・前掲注（28）一二四頁、酒井・前掲注（28）一二〇頁、松下・前掲注（28）一〇六―一〇七頁。尚、内海・前掲

注（28）一三二―一三三頁も同様の懸念を表明する。

（30）仮執行による給付の弁済の効力を肯定する立場は、主請求の仮執行による給付時が附帯請求の終期となる。これに対して、仮執行による給付の弁済の効力を否定する（あるいは否定する場合があるとする）立場から、同様に理解できるかどうかは問題である。しかし、附帯請求の終期は主請求の仮執行による給付時とすることについて、争いはないようである（佐野、矢野・前掲注（7）一〇頁、林・前掲注（12）「仮執行と履行遅滞」）。

筆者は、仮執行による給付は直ちに実体法上の弁済の効力を有することに結びつかないが、仮執行宣言が効力を失わないことが裁判上確定すれば、給付時に遡って弁済の効力を生ずると理解する。この立場からは、主請求につき控訴審で控訴人の控訴が棄却され、これが確定すれば、原審仮執行に基づく給付の時点が附帯請求の終期となる。

（31）本間・前掲注（20）三二九頁、安達栄司「判批」法支一六八号（二〇一三年）三八―三九頁、内海・前掲注（28）一三三頁、佐瀬・前掲注（28）一二四頁、酒井・前掲注（28）一二一頁、川嶋・前掲注（27）一四六頁、松下・前掲注（28）一〇七頁、笠井・前掲注（27）五〇頁参照。

（32）このような理解は匿名解説の理解に抵触し得る。前掲注（24）匿名解説、酒井・前掲注（28）一二〇頁、内海・前掲注（28）一三〇―一三一参照。

（33）笠井・前掲注（27）五〇―五一頁。尚、この点につき否定するものとして、酒井・前掲注（28）一二〇―一二一頁、内海・前掲注（28）一三〇頁参照。

（34）伊藤眞ほか「（座談会）民事訴訟手続における裁判実務の動向と検討第四回」判タ一三八六号（二〇一三年）八八頁［加藤発言］参照。特に、債権者側に代理人がついている場合には、超過執行すれば弁護士懲戒の問題になりえることからすれば、超過執行が行われるのは例外的な場合に限られるのではなかろうか。

（35）笠井・前掲注（27）五〇頁。

（36）同様に理解する立場として、本間・前掲注（20）三二九頁、笠井・前掲注（27）五〇頁。