

タイトル	保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、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につき、不当利得返還請求をすることができるか
著者	酒井，博行
引用	北海学園大学法学研究，46(1)：123-138
発行日	2010-06-30

〈判例研究〉保全すべき権利が発令時から存在しなかったものと本案訴訟の判決で判断され、仮処分命令が事情の変更により取り消された場合において、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につき、不当利得返還請求をすることができるか

最高裁判所平成二〇年（受）第二二四号、損害賠償等請求事件、平成二二年四月二四日第二小法廷判決（民集六三卷四号七六五頁、裁判所時報一四八二号一二頁、判例時報二〇四六号七九頁、判例タイムズ一二九九号一四四頁、金融法務事情一八七四号一五五頁、金融・商事判例一三三八号三六頁）

酒 井 博 行

【事実の概要】

X（原告、控訴人・被控訴人、被上告人）、Y₁・Y₂（被告、

被控訴人・控訴人、上告人）は、いずれも、化粧品会社の代表者であった亡Aの相続人である。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、亡Aの遺産につ

料き、Y₁・Y₂（以下、「Yら」と記す）が各六〇〇〇万円ずつを相続し、その余は、亡Aが有していた化粧品（以下、「本件商標権」と記す）の商標権（以下、「本件商標権」と記す）も含めてXが相続する旨の遺産分割協議が成立した。

その後、Yらは、Xを債務者として、福岡地方裁判所に對し、前記の遺産分割協議が錯誤等により無効であることを前提に、遺留分減殺請求権により本件商標権の持分権（以下、「本件被保全権利」と記す）を取得したとして、本件商標権の処分禁止の仮処分命令を申し立てた。福岡地裁は、Yらの申立てを相当と認め、Xに對し、本件商標権につき、譲渡、質権、専用実施権の設定、通常使用権の許諾、その他一切の処分をしてはならないとの仮処分命令（以下、「本件仮処分命令」と記す）を発令した。

しかし、Xは本件仮処分命令に従わず、第三者に本件商標権の使用を許諾したため、Yらは、Xを債務者として、福岡地裁に對し、本件仮処分命令の保全執行として間接強制を申し立てた。福岡地裁は、Xが本件仮処分命令記載の義務に違反したときは、Xは、Yらに對し、違反行為をした日一日につき五万円の割合による金員をそれぞれ支払えとの間接強制決定（以下、「本件間接強制決定」と記す）をした（なお、こ

の金額はその後、決定により一日一〇万円に変更された。Xはなおも本件仮処分命令に従わず、本件間接強制決定が執行された結果、XからYらに對し、各九三〇五万円ずつの間接強制金が支払われた。

YらはXに對し、本件仮処分命令の本案訴訟（以下、「前訴」と記す）を提起したが、その控訴審で、遺産分割協議は有効であり、Yらは当初から本件被保全権利を有していなかったとして、Yらの請求を全部棄却する旨の判決がなされた。

Xは前訴控訴審判決を受け、本件仮処分命令につき、事情変更による保全取消し（民事保全法三八条）の申立てをし、福岡地裁は、本件仮処分命令を取り消す旨の決定をした。また、Xは、これを受け、本件間接強制決定の取消しを申し立て、福岡地裁は、本件間接強制決定を取り消した（民法四六条、民事執行法三九条一項一四〇条）。そして、XはYらを相手取り、本件間接強制決定に基づく間接強制金の支払は法律上の原因がなくなったとして、不当利得返還請求を求める本件訴え（以下、「本訴」と記す）を提起した。これに對し、Yらは、間接強制金は本件仮処分命令記載の義務違反に對する制裁金であるところ、事情変更を理由とする仮処分取消決定および間接強制決定取消決定にはいずれも遡及効はな

いため、Xの義務違反の事実自体が消滅するわけではなく、制裁金を科した根拠は失われないから、不当利得は成立しない旨を主張した。

第一審判決〔福岡地判平成一八年一〇月六日（民集六三巻四号七七九頁参照）〕は、民執法四〇条一項に基づき執行処分が取り消された場合、遡って強制執行がなかった状態になるから、本件間接強制決定に基づく支払は法律上の原因（間接強制という本執行）を欠き、民法上の不当利得が成立する旨を判示し、XのYらに対する不当利得返還請求権を認めた。

これに対し、Yらが控訴したが、控訴審判決〔福岡高判平成一九年一〇月三十一日（前掲民集八一三頁参照）〕は、仮処分取消決定および間接強制決定取消決定に遡及効があると否とにかかわらず、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旨、および、間接強制金の法的性格は「間接強制決定に違反したことに對する制裁金である」が、本件間接強制決定は本件仮処分命令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……」（なお、間接強制金は、損害賠償に充当される〔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うる〔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。〕旨を判示し、Yらの控訴を棄却した。

これに対し、Yらは、間接強制金の法的性格は間接強制決定違反に對する制裁金であり、Xが間接強制決定に違反したという事実自体により間接強制金が発生し、Yらにはこれを受領する法律上の原因があつて、債務名義に表示された給付義務の不存在は強制金支払請求権の不存在には結びつかない旨を主張し、上告受理申立てをなした。

なお、前訴控訴審判決は、本訴第一審口頭弁論終結後、控訴審口頭弁論終結前に、上告棄却・上告不受理決定により確定した。

【判旨】上告棄却

「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

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ものといふべきである。」

【評釈】

一 はじめに

間接強制（民事執行法一七二条）は、債務者に対し、債務名義に示された作為義務ないし不作為義務の履行がなされない場合に、義務履行の確保のために相当と認められる一定額の金銭（間接強制金）を債権者に支払うべき旨を命じるものであり、義務違反に対する不利益を債務者に課す形で心理的圧迫を加え、債務者自身による義務履行を強いるという執行方法である。

この間接強制は、確定判決等により確定された義務についての強制執行においてのみならず、仮定的・暫定的な性格を持つ民事保全手続との関係でも問題となり得る。仮の地位を定める仮処分命令（民事保全法二三条二項）が発令された場合、その保全執行については強制執行の例により（民保法五二条一項）、かつ、物の給付その他の作為または不作為を命ずる仮処分（いわゆる満足的仮処分）の執行については、仮処分命令が債務名義とみなされる（民保法五二条二項）。そのため、満足的仮処分の保全執行の方法として間接強制が選択され、かつ、義務違反があった場合、債務者から債権者に間接

強制金が支払われることになる。ところが、保全命令発令手続における債権者の被保全権利の存否に関する判断はあくまでも仮定的・暫定的なものであるため、後の本案訴訟で、当該被保全権利が当初から存在しない旨の判断がなされることがあり得る。この場合、保全命令を発令した裁判所または本案の裁判所は、債務者の申立てにより、事情変更を理由に保全命令を取り消すことができるが(民法法三八条一項⁽¹⁾)、保全取消しおよび間接強制決定取消しがなされた場合に、債権者に支払われた間接強制金が不当利得(民法七〇三条)に当たるか否かが問題となる⁽²⁾。

本判決は、仮処分命令の本案訴訟で被保全権利が当初から存在しない旨の判断がなされ、事情変更による保全取消し、間接強制決定取消しがなされ、後に本案判決が確定した場合に、間接強制金につき債務者の債権者に対する不当利得返還請求権を認めた初めての最高裁判例であり、従来、学説上の議論もなく、判例も存在しなかったと思われる論点⁽⁴⁾に関する判断として、理論上・実務上重要な意義を有すると考えられる⁽⁵⁾。

本稿ではまず、強制執行および仮処分命令の保全執行による財貨の移転と不当利得の成否の關係に関する一般的な検討

を行う(↓二)。次に、間接強制金の法的性質と仮処分命令・間接強制決定取消し後の不当利得の成否の關係に関する検討を、本判決・本件原判決の判旨や学説の状況を踏まえて行う(↓三)。最後に、本判決と関連する問題に関する若干の検討を行う(↓四)。

二 強制執行・保全執行による財貨の移転と不当利得の成否

強制執行と不当利得の關係については、一般に、確定判決やこれに準じるものを債務名義として強制執行がなされ、競売代金からの債権の満足等の形で財貨の移転が生じたが、債務名義で確定された権利關係が誤りであったことが後に判明した場合でも、有効な債務名義が存在している以上、「法律上の原因」(民法七〇三条)があり、再審の訴え(民事訴訟法三三八条)によることはともかく、債務者が債権者に対し、強制執行によって得た利得を不当利得として返還請求することはできないとされている⁽⁵⁾。

判例も、前記のような場合に關して、大判明治三八年二月二日(民録一輯一〇二頁)は、確定判決に基づく強制執行の場合につき、大判明治三三年三月一〇日(民録六輯三卷五

一頁）は、旧々民訴法下で支払命令（現行民訴法では支払督促）に付されて確定した執行命令に基づく強制執行の場合につき、いずれも、債務者の債権者に対する不当利得返還請求を否定した。

この点に関しては、強制執行は私法上の請求権満足のための手続行為にすぎず、そこでの財貨の移転は、私法上の請求権、場合によっては私法上の請求権を確定する判決等の債務名義によって基礎づけられ、執行行為それ自体によっては基礎づけられないとされる。⁶⁾

他方、仮処分命令の保全執行により債務者から債権者への財貨の移転が生じたが、後に当該仮処分命令が取り消され、取消しの裁判が確定した場合、どのように考えるか。この場合、仮処分命令の取消しには原則として遡及効が認められるが、その理由は、仮処分当事者間において当該仮処分執行が当初から不当であったと取り扱うことが必要であり、かつ、それを否定しなければならぬ理由は存在しないからであるとされる。⁸⁾そして、この場合、債務者は原状回復の裁判を求めることができる（民保法四〇条一項・三三条）。被保全権利が存在しない場合、債務者は被保全権利不存在を理由とする民法上の不当利得返還請求権を有するが、仮処分命令が取り

消された場合の債務者の原状回復請求権はこれとは別個の訴訟上の請求権と解されるところ、⁹⁾両者の関係をどう捉えるかが問題となる。この点に関しては、両請求権がその性質・要件においてかなり異なる点があるため、請求権の競合を認めてよいとされる。¹⁰⁾ただ、本件のように、不作為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、間接強制金を取り立てられた場合は、仮処分命令自体が給付を命じるものではないため、民保法三三条は適用されず、¹¹⁾民法上の不当利得返還請求権のみが問題となると考えられる。また、被保全権利の存在を否定する本案訴訟の判決が確定した場合、被保全権利の不存在が（疎明ではなく）証明されたのであるから、原則として仮処分命令は失効し、¹²⁾そもそも民保法三三条の原状回復請求権は問題とならず、民法上の不当利得返還請求権のみが問題となると解される。

三 間接強制金の法的性質と仮処分命令・間接強制決定取消後の不当利得の成否

二では、主に強制執行や保全執行により債権者が債権の満足、あるいは被保全権利の仮の満足を得たが、後に債権者の権利の不存在が明らかになった場合を念頭において、債務者

の不当利得返還請求権の成否に関する従来の議論を概観した。そこでは、強制執行に関しては、債務名義たる確定判決等が再審によって取り消された場合には、不当利得の成立可能性が示唆されており、また、保全執行に関しては、被保全権利の不存在を理由とする保全命令取消しがなされて確定した場合には、不当利得の成立が肯定されていた。

これに対して、本判決で問題となった、保全執行としての間接強制の場合、債務者による間接強制金の支払それ自体は、債権者の被保全権利の満足等と同一視できるものではなく、あくまでも、仮処分命令で命じられた債務者の作為義務ないし不作為義務の履行を強制するためのものにすぎないと考えられる。そのため、被保全権利の不存在を理由とする仮処分命令の取消しが確定し、かつ、保全執行としての間接強制決定の取消しが確定した場合、債務者が債権者に対して支払った間接強制金につき不当利得が成立するか否かが問題となる。この点に関しては、間接強制金の法的性質から不当利得の成否を考察するアプローチが考えられ、現に、公刊されている本判決の解説・評釈でもそのようなアプローチが採られている（ただし、川嶋・前掲注（3）一二二頁は、間接強制金の法的性質論と本件結果は直接的には結びつかず、当初か

らの被保全権利の不存在確認・保全取消後でさえも、債権者の間接強制金保持に法律上の原因を肯定できるか否かが決定的である旨を論じる）。

間接強制金の法的性質につき、本件原判決は、制裁金・損害賠償金両方の性格を併せもつとしたうえで、本件では本案訴訟で被保全権利が当初から不存在と判断されたため、制裁・損害賠償両方の根拠が否定されたことを理由に、保全執行により交付された間接強制金につき、債権者たるYらの不当利得を肯定した。これに対して、本判決は、間接強制金の法的性質について特に言及することなく、間接強制が債務名義に表示された債務の履行確保のための手段であり、それゆえ、本案訴訟で被保全権利が当初から不存在と判断され、これが事情変更に当たるとして仮処分命令の取消しがなされ確定した場合には、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の不存在にもかかわらず発せられたものであるから、債権者に交付された間接強制金は不当利得に当たるとした。要約すると、本件原判決は間接強制金の法的性質につき、制裁金・損害賠償金両方の性格を併有すると明確に判断しているのに対して、本判決は、間接強制金の法的性質につき明確に判断せず、間接強制が債務名義で認められ

た債務の履行確保の手段である旨を論じるに留まっている。本判決が間接強制金の法的性質に関する判断を明らかにしていない理由は定かではない。しかし、本判決の最高裁調査官解説で、間接強制金の法的性質に関する学説の一層の深化が期待される旨が述べられている点に鑑みると、この点に関して、後記のように、学説では従来の多数説たる法定違約金説ないし損害賠償金説に対して、近年では制裁金説が有力になっているものの、議論の詳細について必ずしも詰められていない点も多いと思われる点から、最高裁は間接強制金の法的性質に関する明確な判断をせず、間接強制の手段性という、ある意味では無難ともいえる理由付けを行うに留めたとも考えられる。

他方、民執法一七二条の立法経緯、および、間接強制金の法的性質に関する学説を概観すると、まず、民執法制定前の旧民訴法七三四条では、間接強制制について、裁判所が債権者の申立てにより、債務者の義務の不履行につき、「其遅延ノ期間ニ応シ一定ノ賠償ヲ為スヘキコト又ハ直チニ損害ノ賠償ヲ為スヘキコトヲ命スル」ものとされていた。そのため、ここでの間接強制金の法的性質は、債務者の債権者に対する損害賠償金であると一般に理解されていた。これに対して、旧法

では裁判所が債務者に命じる金額が義務不履行による損害額を超えることができず、損害金さえ支払えばよいとする債務者に対しては義務不履行をとがめる方法がなかったという点を理由に、民執法一七二条一項では、裁判所により命じられる間接強制金の額は、損害賠償額に拘束されることなく、債務者の義務履行を確保するために相当と認められる額とされた。¹⁵⁾

民執法一七二条一項の下での間接強制金の法的性質については、従来は、債務者の義務不履行を原因とする法定違約金の性質を有する旨の見解が多数であった。¹⁶⁾ もともと、この法定違約金の具体的性質がどのようなものであるのかについては必ずしも明らかではなかったが、法定違約金説を採る見解の中には、損害賠償との関係につき言及するものもある一方、¹⁸⁾ 損害賠償ではなく威嚇のためのものである旨を論ずるものもある。¹⁹⁾

これに対して、近年、間接強制金は債務名義上の執行債権についての裁判所の履行命令に違反したことに対する制裁金であり、違約金・損害賠償金とは異なるとの見解が有力になっている。²⁰⁾

筆者なりに間接強制金の法的性質について考えると、一方

で間接強制金の金額は、その決定に際して義務不履行による債権者の損害も斟酌され得るとはいえ、基本的には債務者の義務履行を確保するために相当な額を合目的に裁判所が定めるものとされているため(民執法一七二条一項)、間接強制金の法的性質を単純に法定違約金ないし損害賠償金と捉えることは困難であり、債務者の義務履行を確保し、その違反をとがめるための制裁金としての性格を認めるべきではないかと考える。ただ、他方で、間接強制金は債務者の義務不履行による債権者の損害の賠償に充当されることが前提とされており(民執法一七二条四項)、この点からは、間接強制金の損害賠償金としての性格も否定されるべきではないのではないかと考える。したがって、筆者の一応の見解としては、間接強制金の法的性質については、制裁金・損害賠償金両方の性格を併せもつという、いわば折衷説ないし両性説的な捉え方(本件原判決の立場と一致する)が妥当ではないかと考える。

もつとも、間接強制金を損害賠償金と捉える場合、執行債権ないし被保全権利の不存在の場合に、債権者の間接強制金保持が法律上の原因を欠き、不当利得が肯定されるとの結論が自然に導かれ得るのに対し、これを制裁金と捉える場合、債務者の義務違反の事実が存在するのであれば、義務違反の

生じた時点で有効な債務名義が存在していた以上、後に当該債務名義上の執行債権ないし被保全権利が存在しないとされた場合でも、違反の事実のみで債権者の間接強制金保持についての法律上の原因が認められるとの結論も考えられる(本件でのYらの主張は、この点を強調する)。そのため、間接強制金の法的性質につき、前記のような折衷説・両性説的な理解を採る場合、債務者に間接強制金全額についての不当利得返還請求権を認めることを正当化できないのではないかと考えられる。²⁴⁾

この点は、間接強制金を債務名義上の執行債権についての裁判所の履行命令に違反したことに対する制裁金と捉えるとしても、そこで意味される制裁が、実体権に対する付随的な性格を有するに留まり、その正当性は実体権の存否に依存すると解するのか、それとも、純粹に手続上のものであり、後に実体権の不存在が明らかになったとしてもそれとは独立に正当化され得ると解するのかという点に関する問題であると捉え得る。この点に関して、筆者は、間接強制金の法的性格を制裁金と捉えても、それはあくまでも債務者の義務履行を確保するための手段的性質をもつにとどまり、間接強制金の制裁金としての性質を肯定すること、債務者の義務違反の

事実やその時点での間接強制決定の存在自体が執行債権ないし被保全権利の存否にかかわらず債権者の間接強制金保持を正当化する（法律上の原因を基礎付ける）ことは、必ずしも論理必然的に結びつくわけではないと考えられ、⁽²²⁾そのため、制裁の根拠たる（制裁によって実現されるべき）債務者の義務が存在しない以上、債権者は損害賠償としての間接強制金のみならず、制裁金としての間接強制金についても、それを保持する法律上の原因を欠くに至ると考える。⁽²³⁾

以上の検討から、筆者は、間接強制の実体権に対する手段的・付随的性質を根拠に、被保全権利の当初からの不存在を判断する判決がなされたことが事情変更に当たるとして保全取消し、間接強制決定取消しがなされた場合に、債権者の間接強制金保持が不当利得になる旨を判示した本判決の結論には賛成するとの立場を採りたいと考える。

なお、間接強制金の法的性質につき制裁金と捉える考え方に対しては、間接強制金が制裁金であれば、それは国庫に帰属するとされるのがむしろ自然であると考えられるが、現行民執行法はそのような立場を採らず、間接強制金は債権者に支払われることになっており、かつ、損害賠償に充当される（民法一七二条四項）という点をどのように説明するののかとい

う批判があり得る。この点に関しては、制裁金説を採る論者に加えて、債権者が実損害を超える額の間接強制金を取得することを認める論者により、フランス法の議論を参考として、理論上の説明が試みられている。①一方で、債務不履行後判決を機縁に形成された債権者・債務者間の協力義務に債務者が違反したことを根拠に、債権者の実損害を超える額の間接強制金の取得が承認されるべきである旨を論じる見解がある。⁽²⁴⁾②他方、間接強制金は裁判所の命令違反に対する制裁として、本来的にはその全部が国庫に帰属するものであるが、間接強制の手続を迫行した債権者は、法の遵守・実現を図るという国の任務に協力し、あるいはこれを代行したので、その手当てとして、合理的な範囲の間接強制金については取得が認められ、強制金を損害賠償に充当する現行法の扱いは、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措施にすぎないと考える見解がある。⁽²⁵⁾この問題につき筆者は、理論的な説明を試みるのは困難ではあるとも考えられるが、現行法を前提とする限り、債権者のインセンティブを確保すること、および、苛酷執行を防ぐことによる債務者保護を図ることという観点から、②の見解に賛成したいと考える。⁽²⁶⁾

四 関連する問題

最後に、本判決に関連する問題について若干の検討を行う。
まず、被保全権利が当初から存在しない旨の判断をなした本案判決が確定したが、保全取消しがなされていない場合に、債権者に交付された間接強制金につき不当利得返還請求が認められるか否かが問題になる。この場合については本判決の直接の射程外であると考えられるが、被保全権利の不存在が本案判決の既判力により確定されていること、保全命令には既判力がないと解されていること、および、仮処分命令が取り消され、または、被保全権利が存在しないとする本案判決がなされて確定した場合、特段の事情のない限り債権者の過失が推認される旨を判示する最（三小）判昭和四三年一二月二四日（民集二二卷一三三三四二八頁）の趣旨から、債務者による不当利得返還請求を認めてよいのではないかと考えられる。⁽²⁹⁾

次に、保全取消しはなされたが本案判決は未だ確定していない場合に、債権者に交付された間接強制金につき不当利得返還請求が認められるか否かが問題になる。この点に関しては、本判決が本案判決の確定については特に言及せず、本案判決で被保全権利の存在が否定され、それを理由に事情変更

により仮処分命令が取り消され、取消決定が確定したこと自体を根拠に債務者の不当利得返還請求を認めていること、賃金仮払の仮処分命令が取り消されたが本案判決が未確定である場合に債務者の仮払金返還請求を認めた最（三小）判昭和六三年三月一五日（民集四二卷三三〇一七〇頁）との均衡を図る必要があること⁽³¹⁾から考えると、基本的には債務者の不当利得返還請求を認めてよいのではないかと考えられる。

（追記）

本稿は、北海道大学大学院法学研究科民事法研究会（平成二二年四月一六日開催）における報告原稿に加筆・修正を加えたものである。研究会の席上で有益なご指摘・ご指導を賜りましたことにつき、高見進教授、町村泰貴教授、大塚龍児教授、松久三四彦教授、藤原正則教授、曾野裕夫教授、根本尚徳准教授、川村力准教授、得津晶准教授、永下泰之氏をはじめ、研究会参加者の皆様に心より御礼申し上げます。なお、当然のことながら、本稿における記述の誤り等につきましては、全て筆者の責に帰するものであります。

注

- (1) 民保法三八条の保全取消しについては、本案訴訟で被保全権利の存在を否定する判決がなされたが当該判決が未だ確定していない場合に、事情変更が認められるか否かが問題となる。通説は、上級審で当該判決が取り消されるおそれがないと認められる場合には、事情変更による保全取消しを認める(たとえば、山崎潮監修『注釈民事保全法(上)』(民事法情報センター、一九九九年)五三三～五三四頁「原田保孝」、佐野裕志「判批」民事執行・保全判例百選(二〇〇五年)二三九頁等。瀬木比呂志『民事保全法(第三版)』(判例タイムズ社、二〇〇九年)四七三頁は、控訴審で被保全権利の存在を否定する判決があった場合には、通常は事情変更ありとみてよいことが多いといえる旨を論じる)。多くの判例も、このような場合に事情変更を認める(たとえば、最(一小)判昭和二十七年一月二〇日(民集六卷一〇号一〇〇八頁)など)。
- (2) なお、保全取消しがなされた場合、債務者は債権者に対し、原状回復を求めることができるが(原状回復の裁判。民保法四〇条一項・三三三条)、本件のように、不作為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、間接強制金を取り立てられた場合は、仮処分命令自体が給付を命じるものではないため、民保法三三三条は適用されないと考えられる。この点につき、上原敏夫「間接強制、仮処分取消に伴う原状回復」法学教室三四八号(二〇〇九年)四八頁。
- (3) 本判決の最高裁調査官解説として、中村心「判解」ジュリスト一三九二号(二〇一〇年)一八二頁。本判決の評釈として、笠井正俊「判批」速報判例解説(法学セミナー増刊)五号(二〇〇九年)一四九頁、難波讓治「判批」速報判例解説(法学セミナー増刊)六号(二〇一〇年)九九頁、山田文「判批」平成二二年度重要判例解説(ジュリスト)三九八号(二〇一〇年)一五一頁、川嶋四郎「判批」法学セミナー六六六号(二〇一〇年)一二二頁。本判決に言及する論稿として、上原・前掲注(2)四五～四六頁、四七～四八頁。
- (4) 上原・前掲注(2)四七頁。
- (5) 谷口知平「不当利得の研究」(有斐閣、一九四九年)五六二～五六三頁、我妻栄「債権各論下巻一(民法講義V)」(岩波書店、一九七二年)一〇二八頁、松坂佐一「事務管理・不当利得(新版)」(有斐閣、一九七三年)一六一頁、四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為(上巻)」(青林書院、一九八一年)一〇三～一〇四頁注(二)、加藤雅信「財産法の体系と不当利得法の構造」(有斐閣、一九八六年)二二七頁、二四八頁、藤原正則「不当利得法」(信山社、二〇〇二年)二四〇～二四一頁、我妻栄「有泉亭」清水誠「田山輝明「我妻・有泉コンメンタール民法——総則・物権・債権——(第二版)」(日本評論社、二〇〇八年)一二五二頁。
- (6) 加藤・前掲注(5)二二七頁。
- (7) 山崎潮「新民事保全法の解説」(金融財政事情研究会、一九九〇年)一七五頁、福永有利「仮処分命令の取消しと原状回復」中野貞一郎「原井龍一郎」鈴木正裕編『民事保全講座第

- 二巻) (法律文化社、一九九六年) 二〇二頁。
- (8) 福永・前掲注(7) 二〇二頁。そこでは、例として、特定物の(一回限りの)引渡しを命じる仮処分の執行後に当該仮処分の取消しを求める場合が挙げられている。
- (9) 福永・前掲注(7) 二〇六頁。
- (10) 福永・前掲注(7) 二〇六頁。
- (11) 前掲注(2) 参照。
- (12) 山田・前掲注(3) 一五二頁。また、瀬木・前掲注(1) 三〇三頁、四七三頁は、保全命令の暫定性・付随性を根拠に、債権者敗訴の本案判決が確定した時点で保全命令の効力は消滅すると解するのが相当である旨を論じる。
- (13) 中村・前掲注(3) 一八四頁。
- (14) 民事執行法の立案担当者の手による、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) 三七六頁は、この点を明記する。もともと、他方で、立案当時の法務省参事官による、浦野雄幸『強制執行法案要綱(第二次試案)について——第一次試案との主要相違点について——』(二)「ジュリスト五五二号」(一九七四年) 九九頁注(三二)は、旧民訴法による間接強制の機能が弱いことから、裁判所が間接強制における損害賠償の額を決定するに当たり、制度の作用を考え、精神的損害をも適宜に加算することにより、強制手段としての実を挙げることに努めるべき旨を論ずる見解(我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、一九六四年) 九四頁)が旧法下の通説であるとする。これ以

- 外にも、たとえば、兼子一『増補強制執行法』(酒井書店、一九五一年) 二九〇頁は、間接強制が問題となる場合、義務履行の遅延による経済的損害の算定の困難性、現実の経済的損失が生じないこともあること、強制の実効を伴わなければならないことを理由に、慰謝料のように必ずしも現実の損害如何を問わず、裁判所は具体的事情を考慮して、強制手段として必要な賠償額を定められる旨を論じる。また、於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、一九七二年) 一三四頁注(三二)は、旧民訴法七三四条所定の損害賠償は強制手段としての損害賠償であり、実損害の填補を目的とする通常の損害賠償とは異なるため、賠償額は実損害額によらない旨を論じ、鈴木忠一『三ヶ月章』宮脇幸彦編『注解強制執行法(4)』(第一法規、一九七八年) 一六八頁「山本卓」は、旧民訴法七三四条所定の賠償金は債権者に対する心理的強制手段であるから、債務不履行による債権者の損害の有無および額とは無関係であり、自由裁量により裁判所が決定する旨を論じる。このように見てくると、旧民訴法下でも、賠償額と損害額とは異なるとの見解が有力であったといえる(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) 九八頁注(3)「富越和厚」)。なお、本注での記述に際しては、笠井・前掲注(3) 一五二頁注(3) から多くの示唆を得た。
- (15) 田中・前掲注(14) 三七六頁。
- (16) 田中・前掲注(14) 三七六頁、鈴木『三ヶ月編・前掲注(14) 一二二頁「富越」、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、香川保一監修『注釈民事執行法（第七卷）』（金融財政事情研究会、一九八九年）二八二頁、二九二頁「富越和厚」、中野貞一郎『民事執行法（新訂四版）』（青林書院、二〇〇〇年）六七八頁、潮見佳男『債權総論Ⅰ（第二版）』（信山社、二〇〇三年）二四七頁、中田裕康『債權総論』（岩波書店、二〇〇八年）七五頁、川井健『民法概論3（債權総論）（第二版補訂版）』（有斐閣、二〇〇九年）六一頁等。
- (17) 香川監修・前掲注（16）二九六頁（注3）「富越」、大濱・後掲注（20）四八八頁。
- (18) 浦野・前掲注（16）七五二頁は、民法法一七二条四項が間接強制金の損害への充当を規定していることを理由に、法定違約金説を採る旨を論ずる。香川監修・前掲注（16）二九六頁（注3）「富越」は、支払予告金額を損害額とみなし、もしくは賠償額の予定の性質を有するものとし、なお、これを超える損害賠償を許すものまたは損害賠償および違約金の双方の性質をもつものとの理解が考えられる旨を論ずるが、この見解については、後記の制裁金説との折衷的な考え方に接近しているとの理解も考えられる。なお、三ヶ月章『民事執行法』（弘文堂、一九八二年）四二二頁は、法定違約金説を明言しているわけではないが、間接強制金が債務不履行により生じた損害額の補填に充てられるという意味で、損害賠償の性質を併せもつ旨を論ずる。
- (19) 潮見・前掲注（16）二四七頁、川井・前掲注（16）六一頁。
- (20) 大濱しのぶ『フランスのアストラント——第二次世界大戦後の展開——』（信山社、二〇〇四年）四八八―四八九頁は、わが国の間接強制のモデルとされたフランス法のアストラント（astreinte）との比較検討を踏まえて、制裁金説を主張する。また、伊藤眞（司会）Ⅱ加藤新太郎Ⅱ春日偉知郎Ⅱ松下淳一Ⅱ山本和彦Ⅱ森田修（座談会）間接強制の現在と未来」判例タイムズ一六八号（二〇〇五年）三八頁、四〇頁「山本和彦発言」、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、七七五頁、七八三頁注（3c）（※中野・前掲注（16）より改説）は、大濱・前掲書を受け、制裁金説を主張する。なお、これ以前に、竹下守夫Ⅱ上原敏夫Ⅱ野村秀敏『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「竹下守夫」が、間接強制金が制裁金である旨を論じているが、その根拠は明示されていない。
- (21) 難波・前掲注（3）一〇〇―一〇二頁は、本文で述べたような理解から、間接強制金のうち損害賠償充当部分については債務者の不当利得返還請求を認めるが、それを超える部分については、義務違反に対する制裁のためのものであるから、債務者の不当利得返還請求を認めないとの立場を採る。
- (22) 同旨、山田・前掲注（3）一五二頁。
- (23) 川嶋・前掲注（3）一二二頁は、本件のような事例で不当利得返還請求を認めなければ、民事保全で形成された仮の状態の永続化を法的にも肯定し、民事保全の機能を逸脱することになりかねない旨を、本判決の結論に賛成する理由の一つ

として論じる。

なお、比較法的な観点から若干の紹介を行うと、まず、フランス法のアストラントでは、債務者から支払われるアストラント金は債権者が全部取得するが、アストラントが損害賠償と別個独立のものである旨が明文で規定されており（民事執行手続の改正についての一九九一年七月九日の法律六五〇号三四条一項）、かつ、学説上も、アストラント金の法的性質を損害賠償ではなく私的制裁（*paine privée*）と解するのが通説となっている（大濱・前掲注（20）一五頁）。しかし、本案の裁判が取り消された場合に債務者によるアストラント金の返還請求が認められるか否かという問題に関して、破毀院二〇〇〇年九月二八日第二民事部判決は、レフェレ（急速審理手続。日本法の仮処分に相当する）の命令に付されたアストラントに従って債務者がアストラント金を支払ったが、後にこのレフェレの命令が取り消されたため、アストラント金の返還請求の訴えがなされた事実で、アストラントが本案の裁判に付随するものであることを理由に、返還請求を認めた（この点に関しては、大濱・前掲注（20）三七〇頁での判例紹介を参照した）。

また、ドイツ法では、債務者による不作為義務ないし作為実施受忍義務の違反に対して、相当の戒告（*endsprechend Androhung*）を経たうえで（ZPO八九〇条二項）、第一審の受訴裁判所は債権者の申立てにより、違反行為につき債務者を秩序金（*Ordnungsgeld*）に処する旨が規定されている（Z

PO八九〇条一項）（なお、ZPOの条文の翻訳については、大濱・前掲注（20）五〇三頁注（57）を参照した）。この秩序金は国庫に帰属し、かつ、その法的性質については、すでになされた違反行為に対する報復的性質と、将来なされ得る違反行為に対する抑止的性質とを含むとされている（*Eberhard Schilken*（石川明訳）『ドイツ民法における作為・不作為執行の今日的諸問題』石川明『ドイツ強制執行法と基本権』（信山社、二〇〇三年）二一九頁（初出、二〇〇一年））。しかし、ZPO八九〇条一項所定の秩序手段（*Ordnungsmittel*）。前述の秩序金に加え、それが徴取できない場合の秩序拘禁（*Ordnungshaft*）も含む）の執行がなされた後に債務名義が遡及的に取り消された場合、執行の目的たる報復も執行もその基礎を失うとして、秩序手段を課すことも、すでに課された秩序手段の執行も排除されなければならないとされる（*Schilken*（石川訳）・前掲二四〇頁）。

なお、本注の記述に際しては、中村・前掲注（3）一八三～一八四頁から多くの示唆を得た。

（24） 森田修『強制履行の法学的構造』（東京大学出版会、一九九五年）三四八頁。

（25） 大濱・前掲注（20）四八九頁、五〇三～五〇四頁。

（26） なお、間接強制金の取得の問題に関しても、比較法的な観点から若干の紹介を行うと（大陸法系の国の若干の例を参照するに留まるが、まず、ドイツ法では、債務者の不作為義務・作為実施受忍義務違反に対して課される秩序金は国庫に帰属

する（前掲注（23）参照）。

他方、フランス法のアストラントでは、通説はこれを私的制裁と捉え、法文上も損害賠償とは別個独立のものとするが、アストラント金は債権者が全額取得する（前掲注（23）参照）。ただ、この点に関しては、現行法下の学説で、アストラントが裁判官の命令違反に対する制裁であることと整合しないこと、アストラントによる債権者の利得が不当・過剰であること等を根拠に、アストラント金の全部または一部を債権者ではなく、国または公的機関に帰属するようにするべきであるとの見解も有力である（大濱・前掲注（20）三九一～三九四頁、三九五～三九七頁、四八二頁）。

なお、ポルトガル法では、アストラント金が国家と債権者に等分に帰属するとの立場が採用されていることである（大濱しのぶ「ヨーロッパ民事訴訟モデル法案におけるアストラント——フランスのアストラントとの比較及びベネルクス諸国のアストラント統一法の紹介も兼ねて——」石川明・櫻井雅夫編『EUの法的課題』（慶應義塾大学出版会、一九九九年）三一六頁、大濱・前掲注（20）五〇三頁注（60）、伊藤（司会）ほか・前掲注（20）三八頁「山本発言」）。大濱・前掲注（20）五〇三頁注（60）によると、この仕組みは、債務の履行の促進および裁判の遵守というアストラントの二つの目的を考慮したもので、アストラント金の半分を債権者が取得できることは、債権者のアストラント利用のインセンティブとなり、債権者は法の適用を保障する役割を国と共有する

と説明されることである。

（27） 民法法三三条の原状回復の裁判に関するものであるが、竹下守夫・藤田耕三編『注解民事保全法（上巻）』（青林書院、一九九六年）三九九頁「上原敏夫」参照。

（28） 瀬木・前掲注（1）三〇〇～三〇一頁。

（29） この点については、笠井・前掲注（3）一五二頁（ただし、本文で挙げた根拠に加え、仮払仮処分に関する議論を根拠として挙げる）から多くの示唆を得た。

（30） 上原・前掲注（2）四八頁。

（31） 山田・前掲注（3）一五二頁。ただし、西山俊彦『新版保全処分概論』（一粒社、一九八五年）二一五頁は、第一審判決が上訴され変更の可能性が小さくない場合には、個別の判断を要する旨を論じる。