

執行による「満足」と債権の消滅 (1)

——「実体的正当性」基準の再検討——

梶 山 玉 香

第一章 問題の所在

- 一、「満足」概念の二義性
- 二、最高裁昭和六三年七月一日判決と「満足」
- 三、本稿の目的

第二章 実体権に疑義ある執行と「満足」

- 一、事例の設定
- 二、事例の検討
 - (1) 議論の前提
 - (2) 個別事例における「満足」
 - a 仮執行による「満足」
 - b 実体権なき執行による「満足」
 - c 第三者所有物への執行による「満足」
 - (3) 問題点の指摘

三、小 括 (以上、本号)

第三章 「実体的正当性」基準の検討

- 一、執行による「満足」の実体的構造
 - (1) 執行債権の消滅
 - (2) 執行結果の保持
- 二、「実体的正当性」基準の検討
 - (1) 実体法規準の設定
 - (2) 「実体的正当性」基準と実体法
 - (3) 執行手続による影響

第四章 まとめ

- 一、「実体的正当性」基準の妥当性
- 二、個別事例への適用
- 三、残された課題

第一章 問題の所在

一、「満足」概念の二義性

債務者の任意履行が期待できない場合、債権者は民事執行制度を利用することにより、自己の債権の強制的実現を図ることができる。その結果、債権者は国家を通して債務の目的と同一のものを手に入れ、債権はその目的を果たして消滅する。これは普通、債権者ないし債権の「満足」(Befriedigung)と呼ばれる。しかし、そもそも「満足」とは何であるか。具体的に何が、如何なる要件の下に「満足」を受けるのか。民事執行の目的が「満足」にあるとされながら、この点に関する研究は今までほとんどなされていない。⁽¹⁾

「満足」とは何か。我が国では専ら講学上の概念であるため、その定義を法律の文言に求めることはできない。民法の教科書や論文等は執行に限らず、弁済その他の原因による債権の目的到達状態を「満足」と表現している。⁽²⁾ ことでの「満足」の対象は債権又は債権者、より具体的には「債権者の給付利益」⁽³⁾である。これらが「満足」されることで債権は消滅し、債権者には取得した結果の終局的な保持が許される。したがって、民法上、執行による「満足」は一つの債権消滅原因であり、債権者の終局的な給付保持を裏付けるものである。これに対し、民事執行法の領域で「仮の満足」、「満足的仮処分」と言われる場合は、若干ニュアンスが異なる。ここでいう「満足」は、単に債権者が弁済金交付ないし配当を受けることだけを指す。⁽⁴⁾ いわば、差押え・換価・満足と進む手続の最終段階としての「満足」である。この形式的意味での「満足」は実体的法律関係とは関わりなく、極端に言えば、仮に実現されるべき債

権が存在しなくとも認められる。

このように、我が国における「満足」概念は、執行に関する限り、手続法と実体法とでその内容を異にする。かかる二義性は、執行による「満足」が手続法と実体法との接点の事象であることに由来すると思われる。すなわち、執行による「満足」には、執行手続が適法に進行、終了する段階と、執行結果が債権者の給付利益を満たして債権を實現、消滅へと導く段階とがある。確かに、債権の實現・消滅という第二の段階にのみ注目するならば、「満足」は弁済同様、純粹に実体法の問題である。しかし、そこに執行という手段が介在する以上、それは同時に一定の国家手続の結果でもある。ゆえに、民事執行の最終目的たる「満足」とは、当然、手続法的な意味での「満足」と実体法的な意味での「満足」の双方を指す。先の概念の混乱は、これらをいずれか一方の見地から一面的に捉えようとしたために生じたものである。⁽⁵⁾

一般に、債権者が弁済金交付や配当を受けると同時に債権は消滅する。それ故、執行による「満足」が債権の消滅に関わる実体法的性格と、手続終了の結果という手続法的性格を合わせ持っていることは通常、あまり意識されない。しかし理論上、厳密には、手続法上の「満足」と実体法上の「満足」が存在しうる。まず、かような二つの「満足」を認識することが、本稿の出発点となる。

二、最高裁昭和六三年七月一日判決と「満足」

手続法上の「満足」と実体法上の「満足」の区別は両者が一致しない、すなわち弁済金が交付されたにもかかわらず

ず債権は消滅しない、という場面に現れる。ここでは、昭和六三年七月一日最高裁判所第二小法廷判決を素材とし、⁽⁶⁾ 具体的事例で二つの「満足」及びその相互関係が如何に扱われているか、を見ることにする。

まず、事実関係を略述しておく。

Aは自己の債務のため、義父B所有の不動産につき、Yとの間で根抵当権設定契約を締結した。しかしAはBの代理権を有していなかった。Bは同不動産を長男Xに包括遺贈した。その後、Yは根抵当権を実行し同不動産を自分で競落、弁済金を受領した（競売手続中にB死亡）。XはYに弁済金相当額の返還を求めて提訴した。

本件では、弁済金を受領したYがXに対して不当利得責任を負うか、が争点となった。

第二審の広島高裁松江支部は、「債務者甲が権限なくして所有者乙を代理し、債権者丙に対する自己の債務の担保として、丙に対し乙所有の不動産につき根抵当権を設定した場合において、丙の根抵当権の実行による競売の結果、乙が不動産の所有権を喪失し、丙が弁済金の交付を受けて甲の丙に対する被担保債務が消滅したときは、法律上の原因なくして乙所有の不動産により不当に利得した者は、債務者であって債権者丙ではない」との一般論を示して、債権者Yに対するXの請求を棄却した。

他方、最高裁は以下の理由から原判決を破棄した。「債権者が第三者所有の不動産のうえに設定を受けた根抵当権が不存在であるにもかかわらず、その根抵当権の実行による競売の結果、買受人の代金納付により右第三者が不動産の所有権を喪失したときは、その第三者は、売却代金から弁済金の交付を受けた債権者に対し民法七〇三条の規定に基づく不当利得返還請求権を有するものと解するのが相当である。けだし、右債権者は、競売の基礎である根抵当権

が存在せず、根抵当権の実行による売却代金からの弁済金の交付を受けうる実体上の権利がないにもかかわらず、その交付を受けたことになり、すなわち、その者は、法律上の原因なくして第三者に属する財産から利益を受け、そのために第三者に損失を及ぼしたものとすべきだからである⁽⁷⁾。この結論は、第三者所有物への強制執行に関する大審院判決の立場を踏襲するものである⁽⁷⁾。

原審との判断の分かれ目は、無効な担保権の実行による債権の消滅を認めるか否か、にある⁽⁸⁾。原審はこれを肯定し、最高裁は否定した。本判決に対する評釈の多くも最高裁の見解を支持する⁽⁹⁾。「実行債権者としては、利害関係のない第三者所有の不動産の換価代金から弁済を受け得るいわれはなく、これを弁済金として交付されても適法な弁済としての効力を生じない⁽¹⁰⁾」からである。要するに、Yが受けたのは手続法上の「満足」(弁済金)にすぎず、実体法上の「満足」(弁済)ではない、というわけである⁽¹¹⁾。

執行機関から受領した弁済金が弁済にあたるかどうかは、専ら実体法的評価により決まる。本判決では、Yに「弁済金の交付を受けうる実体上の権利がない」ことから、弁済の効力が否定されている。しかし、実体法上、第三者所有物の換価代金から「弁済を受け得るいわれ」は絶対でない、とは言いい切れない。事実、債務者が債権者に「弁済として」金銭を引き渡した場合、それが誰の財産に由来するのであれ、特別の事情がないかぎり弁済は有効である⁽¹²⁾。その意味では、原審の判断のほうがより弁済理論に忠実である⁽¹³⁾。

それでは、何故、最高裁はYの実体法上の「満足」を認めなかったのか。この点に関しては、三木浩一氏の本件評釈⁽¹⁴⁾中に、「(本判決は)表面的には、まず無効な抵当権の実行に基づく弁済を不適法とし、従って債権者の弁済金の受

領は不当利得に当たるといふ論理構造をとるが、実際には、まず債権者に対する不当利得請求を認めるべきであるといふ利益衡量が先行し、これを理論的に構成するために弁済を不合法とみなしているのではないか」との興味深い指摘が見られる。私も同様の印象を持つ。最高裁は、明らかにYの不当利得を前提として弁済の効力を否定している。蓋し、Yに「弁済金の交付を受けうる実体上の権利がない」ことは弁済の無効よりも、直接的には不当利得法における法律上の原因の欠如を裏付けるからである。つまり、本判決では「満足」の問題が、あくまでもYの不当利得の成否を判断する際の傍論、しかも、何らかの結論を演繹的に導き出す根拠ではなく、一定の結論を正当化する手段として扱われている。それ故、判決理由から「満足」に関する叙述だけを取り出した場合、これが弁済理論との整合性を欠いていたとしてもやむを得ない。

しかしながら、無効な担保権実行の結果、執行債権者が不当利得する、という本判決の結論は、果たして妥当であろうか。しばしば、不当執行終了後、債権者と債務者又は第三者との間で実体法的な調整、例えば、不当利得の返還や不法行為による損害賠償が行われたとしても、執行手続自体は依然として有効である、と言われる⁽¹⁵⁾。しかし本件では、Yが受領した弁済金を返還することにより、当該担保権実行の有効性は実質的に損なわれる。極論すれば、債権者が執行により不当利得したかどうか、実体法上「満足」を受けたかどうか、により、実際には、国家手続の効果そのものが左右されることになる。

従来の学説は、不当執行による債権者の責任を当然の前提とし、これと仮執行宣言失効時の法定責任（民法一九八条二項、三項）との比較にのみ関心を示してきた⁽¹⁶⁾。しかし、執行権は国家が独占し、通常の債権者は差押え等の執

行手続に直接、関与し得ないこと⁽¹⁷⁾、さらに債務者には異議申立ての機会が与えられていることを考えると、不当執行の全責任を債権者に負わせる、との結論は決して「当然」ではない。ゆえに、債権者の不当利得を前提とした効果論に終始せず、そもそも何故、債権者が不当利得するのか、を要件論から再検討する必要がある。本件の場合、最高裁は、Yの不当利得成立の根拠を無効な担保権実行による債権の不消滅に求めている。したがって究極的には、弁済金を受領したYが実体法上の「満足」を受けないとされるのは何故か、かかる判断が実体法に照らして真に妥当性を有するか、を問題としなければならない。

三、本稿の目的

本稿は、執行による「満足」、特に二で紹介したような、実体権に疑義ある執行と「満足」の関係について、実体法の側面から考察を試みるものである。先述のとおり、具体的事例における「満足」論は概して場当りの理論的根拠に乏しい。これは恐らく、判例や学説がこの問題に正面から取り組む機会を得なかったためである。しかし、近時の下級審及び最高裁判決には、執行により債権者が「満足」を受けたこと、又は受けなかったことを実質的理由に結論を導き出しているものが散見される⁽¹⁸⁾。それ故、執行による「満足」の要件の確定、その理論的裏付けが早急に行われなければならない。

執行による「満足」は手続法上の「満足」と実体法上の「満足」との二重構造になっており、それぞれは手続的適法性と実体的正当性によって裏付けられている。このように考えると、手続的適法性と実体的正当性は、いずれも執

行による「満足」の要件に他ならない。しかし、後者の有無は適法に終了した手続に関して判断されるので、執行による債権者の「満足」を最終的に決定するのは「実法的評価」ということになる。執行の出発点及び終点は常に実体法にある⁽²⁰⁾、と言われる所以である。すなわち手続終了後、執行が「実体的正当性」を有すると評価されたときに初めて、債権者は完全な「満足」を得る。逆に「実法的に不当」な執行であることが判明すると、以後、債権者は執行で得たものを保持することが許されない。これにより、適法手続の結果は容易に覆される。

よって、執行による「満足」の要件の確定や理論的裏付けとは、結局のところ、「実体的正当性」の内容の確定であり、その実体法理論による裏付けである。本来、執行による「満足」が債権消滅原因の一つとして実体法上位置付けられるべきである以上、その実体的要件たる「実体的正当性」も他の債権消滅要件と調和するものでなければならぬ。そこで、「実体的正当性」を債権消滅という実法的観点から見直すこと、要するに「実体的正当性」の「実法的」再検討が、本稿での課題となる⁽²¹⁾。

以下、まず、弁済金交付ないし配当が行われながら「満足」が否定されるケースを概観したうえで（第二章）、そこで機能している「実体的正当性」基準の理論的妥当性につき実法的、手続法的に考察する（第三章）。その際、債権消滅要件として比較対象となるのは、「満足」に最も近い法定の債権消滅原因、弁済である。具体的には、「実体的正当性」基準が弁済理論との整合性を有しているか、弁済と「満足」との差異、特に執行の特殊性を考慮した場合、弁済理論との齟齬がどの程度まで許容されるか、等について検討を加える。かかる作業を通して、自分なりに「実体的正当性」を実体的に裏付け、ひいては執行による「満足」に実体法上の位置付けを与えたいと考えている。

(1) かかる問題意識から、執行による「満足」の実体法的位置付けを試みたものとして、Schünemann, *Befriedigung durch Zwangsvollstreckung*, JZ 1985, S. 49 ff. がある。

中野貞一郎教授は、「強制執行による執行債権の満足についても、それが債務者による債務の『弁済』になるのか、債権の目的到達による消滅なのかといった、全く基本的な点について、立ち入った検討がなされておらず、理論的解明は将来の課題である」として、この論文を取り上げておられる(『担保執行の基礎』『民事手続の現在問題』(一九八九年、以後『現在問題』として引用)所収四六四頁)。

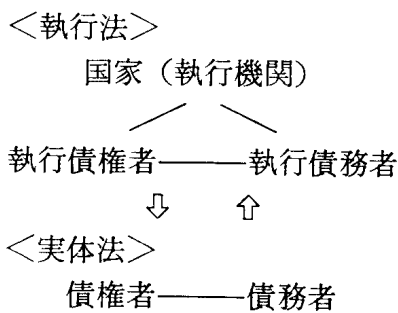
(2) 磯村哲編注民法二巻(一九七〇年)三六頁(奥田昌道)、奥田・債権総論(一九八二年)四八三頁、於保不二雄・債権総論(新版)(一九七二年)三四七頁、林良平||石田喜久夫||高木多喜男・債権総論(改訂版)(一九八二年)一九七頁「石田喜久夫」など。

ドイツの“Befriedigung”もほぼ同義と解して差し支えないであろう。ドイツ民法は担保権の実行(一一一三条以下、一二〇四条以下)連帯債務者や保証人の給付(四二六条、七七〇条以下)、第三者給付(二六七条以下)による債権消滅に「ぎ」敢えて“erfüllen”ではなく“befriedigen”という語を用いている。

(3) Staudinger-Kaduk, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl. (1978 ff., 以下、BGB 略) Einl. zu §§ 362 ff., Rn. 2.

(4) 例えば、青山善充「仮執行の効果に関する一考察」法学協会百周年記念論文集(3)(一九八三年)所収四〇二頁は、「仮執行による『満足』とは、事実上権利内容が実現されたことの謂いであって、実体法上消滅したことまで意味しない」と明言している。

(5) 近時ドイツにおいて、シーネマンがこの点を的確に指摘した(Schünemann, a. a. O., S. 49 ff.)彼の主張を要約すると、次のとおりとなる(Schünemann, a. a. O., S. 50)。
執行による「満足」の対象となるのは、債権者の「法的な利益」である。が、その具体的内容は実体法レベルと執行法レベルとで異なる。蓋し、現在の学説に従い、強制執行を債権者—債務者、債権



者—国家の二重構造として捉える以上、債権者の「満足」も各々の関係に応じて考えなければならぬからである。つまり、執行の結果、実体法（対債務者）関係では債権者の「主権的権利」（債権）、執行法（对国家）関係ではこれと並んで「国家に対して一定の執行措置を請求する権利」（執行請求権）がそれぞれ「満足」されることになる。

シーネマンが立論の基礎に置いているのは、前頁下の図のような強制執行の構造である。現在、執行は執行債権者—国家間の申立関係、国家—執行債務者間の侵害関係及び執行債権者—執行債務者間の権利実現関係（執行関係）から成る三面的な法律関係として解されている（中野・民事執行法（上）（一九八三年）二〇頁；Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl. (1978. 以下「ZVR」略）§ 1 II, Übersicht 1)。

(6) 民集四二巻六号四七七頁。

(7) 大判大正八年五月二六日民録二五輯九〇〇頁など。但し、本件は第三者所有物への執行ではなく、無効な担保権の実行の結果、第三者の所有権が侵害されたケースである。竹下守夫教授は、「第三者所有の不動産」に力点をおく判旨の表現について、「ミスリーディングである」と評価しておられる（判例タイムズ六九〇号五二頁）。

(8) 伊藤博・調査官解説・法曹時報四二巻二号四一三頁。

(9) 本判決の評釈には前注(7)(8)で挙げたもののほか、伊藤・ジュリスト九二二号七〇頁、生熊長幸・判例評論四六三号四一頁、加藤雅信・ジュリスト九三五号七三頁、石川明三木浩一・金融法務事情一二〇九号六九頁、三木浩一・慶応大学法学研究六二巻九号一一頁、土田哲也・法学教室一〇一号別冊付録判例セレクト一九八八年二一頁、松本恒男・法学セミナー三四巻三号一二〇頁、山田二郎・金融法務事情一二二五号一一頁、荒木新五・判例タイムズ六九〇号二二頁、吉本俊雄・判例タイムズ七〇六号八八頁がある。このうち、土田・二二頁だけは「非給付不当利得ないし侵害不当利得にあたる本件では、原審のように利得者は所有権を失わしめた債務者とし、所有権価格の返還をさせるか、不法行為による損害賠償をさせるべきではないか」と判旨に反対している。

(10) 伊藤・前掲ジュリスト七〇頁。

(11) 東京高判昭和四八年一月二四日下民二四巻一—四号四二頁は、「たとえ債権者が第三者所有にかかる動産による売得金を

執行による「満足」と債権の消滅(1)

受領しこれを取得したとしても、適法な弁済受領としての効力を生ずるいわれがない」と説明している。ここでは、「売得金(弁済金)」受領と「弁済」受領とが用語上、明確に区別されている。

(12) 最高裁は、他人から騙取又は横領した金銭による弁済でさえ、一定の条件のもとで有効と認めている(最判昭和四二年三月三十一日民集二二巻二号四七五頁、最判昭和四九年九月二六日民集二八巻六号一二四三頁)。物の換価代金からの支払いであれば、物の所有者が誰であれ、弁済は当然に有効となるはずである。

(13) 三木・前掲一一七頁。

(14) 三木・前掲一一七頁。

(15) 執行が実体的に不当であることが判明しても、競落人の所有権取得には影響がないからである。が、これは競売手続に關してのみ言えることである。執行の目的が債権者の「満足」、終局的な給付保持にある以上、債権者が受領した弁済金を保持し得ないのであれば、執行は効果を否定されたも同然である。

(16) 兼子一「請求権と債務名義」民事法研究 I (一九五〇年) 一五七頁所収、斎藤秀夫「不当執行行為の違法性に付て」法学六巻九号四四頁、石川「不当執行論」慶応大学法学研究三四巻七号一八頁など。

(17) 前注(5)の図参照。債権者は国家に対する執行請求権を有するにすぎない。しかし、このことから直ちに、不当執行の責任は国家が負うべきである、或いは国家権力の発動たる執行の結果を絶対視しなければならない、との結論が導き出されるわけではない。特に前者については、国家は執行により損害を被った第三者に対し、公用徴収同様の侵害を理由とする補償義務を負わない、としたドイツの判例がある(BGHZ 32, 240)。

(18) 執行開始後の債務者と第三者に認められた異議申立て手段には、請求異議の訴え、第三者異議の訴えがある。債務名義や執行文が執行開始前の「実体的正当性」を審査するのに対し、異議訴訟はその事後的な審査を目的とする(竹下『民事執行における実体法と手続法』(一九九〇年、以後『実体法と手続法』として引用)五一頁以下)。しかし、債務者や第三者がこれらの訴訟を提起しなかったとしても、手続終了後の不当利得返還請求訴訟等には影響がない。すなわち、異議訴訟の懈怠が債務者や第三者に失権効をもたらしわけではない。この点については、第三章で詳しく述べる。

(19) 例えば、最判昭和六二年一月一八日民集四一巻八号一五九二頁（執行配当における充当の特約の効力）、最判平成二年三月二〇日民集四四巻二号四一六頁（同時破産廃止決定確定後、免責決定確定前の強制執行による弁済の効力）、東京地判昭和五六年九月一四日判例時報一〇一五号二〇頁、判例タイムズ四五六号一五三頁（会社更生手続における仮執行済みの債権の届出）では、配当又は弁済金交付により債権が消滅したか否か、が決定的要素となっている。また、配当異議の申出をしなかった債権者又は担保権者からの不当利得返還請求に関する一連の判例（最判平成三年三月二二日判例時報一三八〇号九〇頁、東京高判平成二年五月三〇日判例時報一三五三号六二頁など）でも、執行債権者が受領した弁済金又は配当を保持し得るか否か、が問題となっている。

(20) Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung (1913, 以下、Grundfragen として引用), S. 6.: 「強制執行の出発点及び終点は私法の範囲に存在する。したがって訴訟の見地からすれば、国家が最終的に与えたものが本当に満足であるか、満足にかわるものにすぎないか、は未だ決定されなままであるかもしれない」。

(21) しかし、如何なる弁済金交付が実体法的に正当か、換言すれば、債権者が「満足」を受けるには実体法上何が必要か、といった「正当性」の内容は、ほとんど何も明らかにされていない。参照し得た文献の中では、竹下『実体法と手続法』四七頁が実体的正当性として、①実体法上の権利の存在、②その即時請求可能性、③執行当事者がその適格を有すること、④執行目的物の責任財産への帰属の四点を挙げているが、その根拠等についての説明はなされていない。それ故、弁済金を受領した債権者が「満足」を受けない事例での個別的な判断が、執行による「満足」の要件を考えるにあたり唯一の手がかりとなる。本稿が仮執行、不当執行等の特殊なケースを考察対象とするのは、かかる事情によるものである。

第二章 実体権に疑義ある執行と「満足」

一、事例の設定

本章では、日本及びドイツの判例や学説が具体的な問題解決にあたって、「満足」の問題をどのように取り扱って

執行による「満足」と債権の消滅 (1)

同志社法学 四一巻六号 一一一 (九七七)

いるか、を概観する。個別問題の検討に際しては、次の諸事例を素材として用いる。なお、混乱を避けるため、以下では金銭債権の執行、なかでも動産執行に限定して話を進めることにする。

【事例 a .. 仮執行】 債権者 G は債務者 S を相手に貸金の返還を求める訴訟を提起し、第一審で仮執行宣言付給付判決を手に入れた。S は控訴した。他方、S に対する仮執行により G は弁済金を受領した。

【事例 b 1 .. 実体権なき執行(債権)】 S に給付を命ずる確定判決に基づいて強制執行が行われ、G に弁済金が交付された。しかし、G の S に対する債権は債務名義成立後の事情により既に消滅していた。

【事例 b 2 .. 実体権なき執行(担保権)】 S に対する担保権実行において、G に弁済金が交付された。しかし、G と S との間で締結された担保権設定契約は無効であった。

【事例 c .. 第三者所有物への執行】 S に給付を命ずる確定判決に基づいて強制執行が行われ、G に弁済金が交付された。しかし、この強制執行において競落人 E に競落された動産は第三者 D 所有のものであった。

これらの事例では、一般に G の「満足」が否定される。G の弁済金受領は、いずれも手続法上適法であるが、実体的には不当であり(事例 b、c)、或いは不当になる可能性がある(事例 a)からである。したがって、反対に G が「満足」を受けるためには、①実体権が存在し⁽¹⁾(事例 b)、かつ②その存在が客観的に確定又は債務者により承認され(事例 a)、③差押物が債務者の責任財産に帰属し(事例 c)ていなければならない。以下、この三つを個別事例における「実体的正当性」基準と称することとする。

このうち、事例 b 2 と事例 c の取扱いには注意が必要である。第三者所有物が競売された場合であっても、常に事

例cであるとは限らないからである。例えば、前章で紹介した最高裁判決は事例b2に属する。厳密に言うと、担保権実行により第三者所有物が競売されるケースには、物上保証における担保権不存在及び消滅の場合と第三者所有物が担保目的物と誤認された場合がある⁽²⁾。後者は事例b2と事例cとの混合ケースであり、別の考慮を要する。上に挙げた動産執行の事例に関する限り、いずれのケースにあたるかは、さほど重要でないが、我が国の不動産執行では、これにより競落人の地位が違ってくる。具体的には、事例b2の場合、競落人は競売代金の納付により確実に競売不動産の所有権を取得することができる(民執法一八四条⁽³⁾)。他方、事例cでは、このような規定がないので、競落人には即時取得による所有権取得しか認められない。よって、執行目的物が不動産である場合、そもそも競落人がその所有権を取得する余地はない。

二、事例の検討

(1) 議論の前提

ドイツでは、仮執行や不当執行が実体関係に及ぼす影響につき、比較的熱心に研究が行われてきた。その背景には、次のような強制執行制度⁽⁴⁾の特殊性がある。

まず、競合債権者への配当に関して優先主義が採用されていることである。それ故、動産執行の場合、執行債権者は差押えにより差押質権を取得する(独民訴法八〇四条一項)。これは契約質権(占有質権)と同一の効力を有する(同八〇四条二項)が、法的性質には学説の対立がある。大きくは、私法説、公法説、私法公法混合説に分かれる⁽⁵⁾。

この議論は、不当執行時の差押質権や換価権の成否に若干の実益がある⁽⁶⁾。よって、差押質権に裏付けられる債権者の「満足」にも微妙に影響を与えている。

次に、我が国に比べて競落人の地位が極めて安定していることが挙げられる。ドイツの判例・学説は、差押物の競売を国家の高権行為(Hoheitsakt)であるとして、私人間の売買と区別している。それ故、手続終了後に実体権が不存在であった、或いは第三者所有物が競売されたことが判明しても、競落人の所有権取得には全く影響がない⁽⁷⁾。逆に言うと、第三者は競売により確実に所有権を喪失する。その結果、かかる第三者が債権者に対して不当利得の返還を求めるケースも必然的に多くなる。

ドイツ民事訴訟法に執行官の行為等を「債務者側からの支払いとみなす」との規定が存することも、不当執行や仮執行に関する議論を活発にした理由の一つであろう⁽⁸⁾。すなわち、現金差押えの場合は「執行官による金銭の取上げ」(同八一五条三項)、動産差押えの場合は「執行官による売得金受領」(同八一九条)、債権者による競落の場合は競売代金の支払免除相当額(同八一七条四項)が、それぞれ「債務者側からの支払い」とみなされる。尤も、八一七条四項を除き、これらの規定は弁済効果を擬制するものでなく、危険負担、すなわち、執行官が債権者への交付前に金銭を紛失又は横領した場合は債権者が危険を負担すべき旨を明示したにすぎない、と解されている⁽⁹⁾。それ故、一般的な理解では、金銭所有権も執行官による金銭の取上げ又は受領時ではなく、その交付時に初めて債権者へ移る⁽¹⁰⁾。さらに、判例・通説は、この所有権移転と弁済効果とを別問題として捉え、右の「みなし」規定が債権者の「満足」とは全く無関係であることを強調している。しかし、個々の問題解決に際して、同規定と弁済効果は必ずしも切り離して論じ

られているわけではない。とりわけ、判例は後述のとおり、仮執行後の遅延利息の進行を否定する根拠として八一五条三項、八一九条を挙げている。また、「みなし」規定を危険負担規定と解する通説に対しては、極めて少数ではあるが、文言解釈としての不自然さを指摘する見解も古くから有力に主張されている。

右のような事情から、以下の検討ではドイツでの議論が中心となる。その際、ここで指摘した執行制度の特殊性に由来する議論、特に差押質権の性質やドイツ民事訴訟法八一五条三項、八一九条の解釈に関する議論は最小限度に留める。ドイツ法固有の問題は、日本法の解釈にあたり、さほど参考になるとは思えないからである。

(2) 個別事例における「満足」

既に述べたとおり、執行による「満足」の問題は、主要な問題（例えば仮執行後の抗弁や不当執行による債権者の責任）を論じる際の前提として扱われてきた。よって以下、傍論の部分に焦点を合わせ、判例・学説の状況を見ていくことにする。

a. 仮執行による「満足」

① 判例・通説の立場 判例及び通説は、原則として仮執行（執行を免れるために為された給付を含む⁽¹¹⁾）による訴求債権（Klageanspruch）の消滅を否定している。仮執行及び執行を免れるために為された給付の弁済効果は、裁判の確定という停止条件付き、或いは上訴審における仮執行宣言の失効という解除条件付きで生じるにすぎない。ゆえに、これは依然として「浮動状態」(Schwebenzustand) にある⁽¹²⁾。

ドイツの判例・通説は、仮執行を停止条件付弁済と同様に考えている⁽¹³⁾。リーディングケースであるライヒ裁判所判

⁽¹⁴⁾ 決は、次のように述べた。「仮執行による金銭の引渡し、取上げは、被告の権利の十分な保障のもとで、原告のために係争関係を仮に規律するものにすぎない。この仮の規律の存続は、判決が出された時点やその執行の時点での訴求債権の存在ではなく、判決が取り消されるか存続するかにかかっている。これに依じて、金銭交付の法的効果に関する判断は係争事件の確定判決まで先に延ばされる」。ここで示された原則は、以後の判決で繰り返し用いられた。とりわけ、右に挙げた部分は、現在も多くの教科書や注釈書にそのままの形で引用されている。⁽¹⁵⁾

他方、我が国では大審院以来、解除条件付弁済として構成するのが一般的である。⁽¹⁶⁾ 解除条件付であれば、仮執行の時点には効力があるように思われるが、⁽¹⁷⁾ 訴訟上の取扱い等に関してドイツと同じ結論が出されている。すなわち、訴えの基礎たる債権は仮執行後も消滅しないので、⁽¹⁸⁾ 上訴審が本案請求の当否を判断するにあたり、債権者が既に給付を受けた事実を考慮する必要がない。よって、債権者は給付の訴えから債権の存在（弁済有効）確認の訴えに申立てを⁽¹⁹⁾ 変更することなく、訴訟を続行しうる。また、債務者は控訴審で新たに、相殺の抗弁を提出することができる。

かかる債権の存続は、訴訟上の関係にとどまらず、訴訟外の関係でも認められる。例えば、保証債務の場合、保証人に対する仮執行が行われたとしても、債権者は未だ「満足」を得たわけではないから、主債務者に請求することができる。⁽²⁰⁾ 逆に、保証人は裁判の確定により債権者が「満足」を受けるまで、主債務者に対して求償請求し得ない。⁽²¹⁾

但し、遅延利息の問題になると事情が異なる。ドイツ連邦最高裁判所は当初、仮執行及び執行を免れるための給付がなされても債務者の遅滞は終了しない、⁽²²⁾ としていた。しかし、何らかの給付の後も利息が進行するとの結論は、原則に忠実であるにせよ、一般的感情には合わない。そこで一九八一年、連邦最高裁第四 a 民事部は、仮執行による支

私が原則として弁済にあたらなことを認めながらも、「このことと利息及び訴訟費用請求権の成立とは別問題である」と判断した。⁽²³⁾ そのうえで、債務者が債権者に何らかの給付をなすと、たとえそれが執行を免れる目的であったとしても、その限りで金銭債務や訴訟費用の支払債務についての遅滞を終了させる、との新しい見解を示した。この判決には学説の多くが好意的であり、⁽²⁴⁾ 以後の最高裁判決もこれに従っている。が、一部の学説による批判に対応してか、最近の判決では、第四 a 民事部判決が解釈論として問題を含んでいること、原則と矛盾するおそれのあることが指摘されている。⁽²⁶⁾

破産法上の取扱いについては、日本とドイツとで見解が分かれる。執行債権の消滅を否定する原則によれば、仮執行後に債務者が破産した場合、債権者は破産債権者として自己の債権を届け出なければならぬはずである。東京地裁昭和五六年九月一四日判決は、会社更生手続の事案について、仮執行により給付を受けた債権は更生債権であるから、届出をしなかった債権者は更生計画の認可により失権する、と判示した。⁽²⁷⁾

しかし、債務者が供託や執行免脱のために担保を提供した場合は別除権、更生担保権扱いとなるため、債権者が届け出る必要はない。⁽²⁸⁾ つまり、現実に給付を手にした者が、供託その他の形でしか給付を受けなかった者よりも不利な地位におかれることになる。このことを顧慮し、ドイツはライヒ裁判所が例外的に仮執行に基づく給付を「破産法一七条の意味での履行」と認めた。仮執行の目的は「後発的な債務者の資力不足からの債権者保護」にある、との理由による。この結論自体は、ドイツの学説において異論を見ない。⁽³⁰⁾ 我が国でも、最近の学説は東京地裁の形式的取扱いに批判的である。⁽³¹⁾

② 反対説からの批判 仮執行により債権は直ちに消滅するとの考え方も少数ながら存在する。⁽³²⁾ ドイツでは、仮執行を解除条件付弁済と捉える立場が、この反対説に属している。⁽³³⁾ 日本の解除条件説が結論的にはドイツの通説と一致していることは対照的である。

まず、判例や通説の掲げる原則に対しては、以下のような批判がなされている。

判例・通説は、仮執行により既に履行状態が生じているという事実を無視している。債務内容（例えば、建物の取壊しや情報の伝達）にとつては、仮執行後、弁済によらなくとも、給付の取戻しや原状回復ができないために債権が消滅することがある。⁽³⁴⁾ つまり、債権者は現実に給付を受領している。これが「債務の目的たる給付」にあたるかどうか、は専ら実体法の問題である。それ故、仮執行の場合も「請求権が存在しかつ売得金が債務者の財産に由来するならば、債権者は実体法上の満足を受ける」⁽³⁵⁾。給付時に債務を承認していないことは、弁済効果発生にとって何ら妨げにならない。⁽³⁶⁾

上訴審における債務者の防禦権を無限に認める必要はない。判例や通説は、被告が前審において主張した抗弁の再提出にとどまらず、上訴審で初めて提出することまで許している。その結果、仮執行後に取得した反対債権との相殺を認めるに至った。⁽³⁷⁾ しかし、反対債権が仮執行前に取得されていたとしても、第一審で相殺の意思表示がなければ以後かかる主張は許されない⁽³⁸⁾、と解すべきである。これにより、被告たる債務者の防禦権が完全に否定されるわけではない。「被告からは判決手続終了前の弁済によって、早過ぎた弁済がなければまだ実現されたであろう抗弁やその他の特典がなお有効であることを上訴審で確認する機会が奪われてはならない」⁽³⁹⁾ことは当然である。が、仮執行制度の

目的及び性質上、債務者の防禦権の保護は最低限度に「制限」されるべきである。かかる「制限」は留置権の抗弁を許さなかったライヒ裁判所判決⁽⁴⁰⁾にも見られる。

右のような批判のほか、例外的取扱い、とりわけ遅延利息の問題に関しては、原則との抵触が指摘されている⁽⁴¹⁾。一方で仮執行後の債務の存続を、他方で債務の履行を認める判例の態度には一貫性がない、というわけである。このことから、通説の中には原則を貫き、仮執行後も遅延利息は進行するとの結論を導き出す者もいる⁽⁴²⁾。逆に、反対説の立場からは、遅延利息及び破産法上の問題における例外及びその結論の妥当性が強調され、かような修正を要する原則自体の再検討が求められている⁽⁴³⁾。

b. 実体権なき執行による「満足」

① 債権の不存在・消滅 債権が存在しないにもかかわらず執行が行われた場合、そもそも弁済の意味での「満足」が問題になる余地はない。「満足」をうけるべき債権自体がない以上、執行による債権消滅も債務者の免責も考えられないからである。しかし、終局的な給付保持が許される状態を「満足」と呼びうるならば、ここでも不当利得返還義務のない債権者は、執行により「満足」を受けることになる。

判例及び圧倒的多数説は、債権なき執行時の債権者の不当利得責任を認める⁽⁴⁴⁾。かつて、学説はこれを全く当然のことと受けとめ、如何なる理由も示さなかった⁽⁴⁵⁾。ただ、二〇年程前にドイツで反対説が主張されたことから、近時の学説は手続終了後の実体法上の調整につき、積極的な理由付けを行う傾向にある⁽⁴⁶⁾。例えば、配当異議訴訟を懈怠した債権者の事後的な不当利得返還請求を保障する規定（独民訴法八七八条二項⁽⁴⁷⁾）や執行手続における再審制度の欠如等⁽⁴⁸⁾が

根拠として挙げられている。その他、強制執行の結果の暫定的性質を指摘する学説もある。⁽⁴⁹⁾ 我が国では聞き慣れない表現であるが、不当利得による調整を認める根底に、「実体権を犠牲にしてまで法的安定性を強調することは適当でない」⁽⁵⁰⁾との考えが存することは否めない。すなわち、弁済金交付や配当は、執行により権利を侵害された者の事後的請求を「留保して」なされていることになる。⁽⁵¹⁾

しかし、既判力により債務者の不当利得返還請求が認められない場合、具体的には、債権が債務名義成立前に消滅していた、或いは請求異議の訴えを棄却する判決が確定した場合には、債権者は執行で得たものを保持しうる。この給付保持権限の発生原因を何処へ求めるか、は既判力本質論⁽⁵²⁾と深く関わる問題である。現在、既判力を訴訟上の効力と理解するのが一般的であるため、ここでの給付保持も、既判力が後の不当利得返還請求を遮断した結果として専ら訴訟法的に説明⁽⁵³⁾されている。既判力による実体的法律関係の変更や形成を否定する限り、実体法的な説明は放棄せざるを得ないであろう。⁽⁵⁴⁾ 他方、既判力が障害にならない場合、例えば、請求異議が提起されなかった場合には、手続終了後、債務者は債権者に対して不当利得返還請求をなしうる、と考えられている。⁽⁵⁵⁾

② 担保権の不存在・消滅 このケースでは、誰の財産に担保権が設定されたか、換言すれば、無効な担保権実行により誰が損害を被るか、により結論の異なる可能性がある。

第三者所有物に設定された担保権が無効であった事案で、最高裁が債権者の「満足」を認めなかったことは前章で紹介した。旧競売法下では、実体権に瑕疵ある任意競売で第三者が所有権を失うことは稀であったため、債権者の不当利得や「満足」が問題となることは殆どなかった。⁽⁵⁶⁾ それ故、同判決は民事執行法施行後初めて、不当な担保権実行

により債権者が「満足」を受けないことを明示したものである。

ただ、本件担保権が債務者自身の財産に設定され、担保権は無効であるが被担保債権は存在していた場合にも、債権者の「満足」が否定されたどうか、は不明である。実体法上は、弁済金の交付が被担保債権の弁済にあたる、と考える余地があるからである。民法の教科書等には、かような事例に関する叙述が見あたらない。⁽⁵⁷⁾ 竹下守夫教授は、「民事執行法の論理からいうと、担保権実行としての競売手続で、競売申立債権者（他の担保権者も同じ）が、売却代金から配当を受けうる根拠は担保権であって、被担保債権ではない」との理由で、⁽⁵⁸⁾ この場合も債権者は「満足」を受けないとしておられる。⁽⁵⁹⁾

この点については、ドイツ民法に明文の規定がある。ドイツでは、質権者は売得金の引渡しをもって「（質物の）所有者から弁済をうけた」とみなされる（独民法二二四七条一項一文）。しかし、質権が存在しなかった場合、債権者は「満足」を受けない。一二四七条一項二文は売得金につき代位主義を採用し、質権者に与えられるべき（*gebühren*）でない売得金の所有権は質物所有者に帰属する旨を明らかにした。ゆえに、たとえ所有者が債務者であっても、債務の弁済に直接、充当されることはない。が、この売得金所有権は、大抵、質権実行者の財産との混和により消滅してしまう。⁽⁶⁰⁾ その場合、質物所有者は売得金受領者に不当利得の返還を請求しうる。⁽⁶¹⁾ 但し、単に質物所有権を喪失しただけの段階では、不当利得返還請求権は成立しない。売得金所有権が帰属しているかぎり、質物所有者には不当利得法上の「損失」が認められないからである。⁽⁶²⁾

③ 反対説からの批判 不当執行の中でも実体権（特に債権）不存在のケースに関しては、我が国の学説は一致

して債権者の「満足」を否定しており、異論を見ない。

ドイツでは、一九七一年に発表されたベームの学位論文、『不当執行と実体法上の補償請求権⁽⁶³⁾』が唯一の反対説である。この中でベームは、執行の暫定的性格を強調する学説を批判し、執行手続にも判決手続のような安定性が認められるべきことを主張した⁽⁶⁴⁾。これは、執行終了後は既判力に相当する「執行効」(Vollstreckungskraft)が一切の実体法上の請求権(不当利得返還請求権や損害賠償請求権)を遮断する⁽⁶⁵⁾、との特異な認識に基づくものである。その際の実体的正当性については、執行機関の職権による審査(債務名義、執行文)と執行法上の法的救済(請求異議又は第三者異議)の「二重の方法で」考慮され、かつこれで十分保障されるとしている⁽⁶⁶⁾。

ベームの考えによれば、執行終了後、債権者はもはや執行により受領した金銭等を債務者へ返還する必要がない。しかし、ここでも、給付保持の基礎として債務名義上の債権の実現が想定されているわけではなかろう。債権者の給付保持は、既判力の場合と同様に、「執行効」によって間接的に裏付けられている。

c. 第三者所有物への執行による「満足」

① 判例・通説の立場 通常、第三者所有物への執行による債権者の「満足」は、所有権を喪失した第三者が誰に対して不当利得返還請求しうるか、という問題の前提として議論される。すなわち、執行債権者が「満足」をうけ、債権が消滅するとすれば、利得者は不当に債務を免れた執行債務者である。反対に、執行後なお存続すると考えるならば、第三者の財産から売得金を受領した執行債権者が不当利得したことになる⁽⁶⁷⁾。

判例及び通説は、かかる執行による執行債権の消滅を当然に否定する⁽⁶⁷⁾。債権者は債務者以外の財産から「満足」を

うける権利を有していないからである。⁽⁶⁸⁾つまり、執行の目的物は債務者の責任財産に属していなければならない。

しかし、このことと、競落人が競売手続において第三者所有物の所有権を取得することとは「理論上別個の問題」である。⁽⁶⁹⁾先述のとおり、ドイツの判例や学説はしばしば、この点を差押質権の性質論との関係で説明してきた。すなわち、債権者の「満足」は差押質権、競落人の所有権取得は換価権により根拠付けられる。両者は独立した権利であり、不当執行では後者のみが成立する。⁽⁷⁰⁾つまり、第三者所有物が競売された場合、競落人は有効に所有権を取得するが、債権者は「満足」を受けない。⁽⁷¹⁾

尤も、差押質権の問題とは切り離して考えるべきである、との主張も見られる。⁽⁷²⁾例えば、リュケは不当執行時の差押質権成立を肯定しながら、債権者の不当利得を認める。「法律上の原因」を裏付けるのは、専ら債権者の（第三者に対する）実体的権限であり、差押質権はこれを何ら立証するものでないからである。⁽⁷³⁾債権者の「満足」についても差押質権の成否に関係なく、実体法規範に基づいて判断されねばならない、⁽⁷⁴⁾とする。彼の考えによると、任意弁済に必要な主観的要素（債務者の弁済意思）は、強制執行の場合、給付が債務者の責任財産に由来するとの客観的要素により置きかえられる。⁽⁷⁵⁾したがって、第三者の財産からの給付によって債権は消滅しないことになる。

その他、通説の立場では、利益衡量の観点から結論を正当化しようとする傾向も強い。シュタインでさえ、最終的には債権者の利益と第三者の利益とを比較し、「秤皿は無条件に第三者のほうへ沈む」⁽⁷⁶⁾とした。執行債権の消滅を認めると、第三者は、無資力、少なくとも債権者より資力の劣る債務者に不当利得の返還を求めなければならない。しかし本来、債務者の資力不足の危険を負担すべきは債権者であり、全く関係のない第三者にこれを負わせるのは酷で

ある。執行債権の消滅を否定する背後には、第三者により有利な、債権者に対する返還請求権を与えるという考慮が働いているようである⁽⁷⁷⁾。

では、右のような事情から消滅に至らなかった債権は、手続終了後、如何なる状態に置かれるのか。これについては、一九五二年のハンブルク高等ラント裁判所第三民事部判決が参考になる⁽⁷⁸⁾。少し長くなるが、かかる叙述は他では殆ど見られないため、ここにそのまま引用する⁽⁷⁹⁾。「執行債権は消滅していない。債権者が債務者の財産から終局的な満足を得た場合にのみ債権は消滅しうる。強制執行終了後、競売に基づいて取得した物を第三者に返還しなければならぬので満足が完全でなかった、或いは全く得られなかったことが明すると、これまで休止していた (ruhend) 債権は復活し (aufleben)、債権者は民事訴訟法七三三条により付与されるべき再度の執行力ある正本にもとづき、債務者に対する自己の権利を追求しうる。債権者が第三者から請求されて自己の満足を失わないかぎり、債務者に対する請求権は休止している。この請求権は、満足が債務者の財産から生じた場合にのみ消滅しうる」。この説明では、債権者は第三者から不当利得返還請求がなされるまで、自己の債権を行使しえない。その結果、二重取りの危険は回避されるが、請求がなされないかぎり、執行債権は限りなく消滅に近い状態で存続することになる。

このように、判例や通説は債権者に不当利得責任を負わせる前提というより、むしろ結果として債権の消滅を否定(又は「休止」という形で留保)している。したがって、第三者の返還請求権が成立しない場合には、逆に債権者の「満足」を認めることになる。第三者異議の訴えが確定判決により棄却された場合のほか⁽⁸⁰⁾、執行前に比べて債務者の資力状態が著しく悪化した、或いは返還請求前に執行債権が時効消滅した等、利得者に現存利益がないと認められる

場合（独民法八一八条三項⁽⁸¹⁾）がこれにあたる。

② 反対説からの批判 主として差押質権の公法的性質を強調する立場から、ドイツの判例及び通説の難点が指摘されている。⁽⁸²⁾ その多くは、差押質権制度を持たない我が国でも十分に通用する。批判の内容は概ね、以下のとおりである。

判例及び通説の結論は、執行終了後の債権者の地位及び執行債権の状態を極めて不安定なものにする。⁽⁸³⁾ 執行債権者は普通、誰の所有物が競売されたかについて知らない。そのため、執行機関から弁済金や配当を受領した時点で「満足」を受けたと信じている。しかし、実際には第三者の請求権が消滅時効にかかるまでの間、債権者は、常に給付返還の危険にさらされることになる。先のハンブルク高等ラント裁判所判決のように、第三者からの返還請求がなされないかぎり債務者に対する再度の請求は許されない、と考えるならば、状況は一層、債権者に不利である。不当利得返還請求権が行使されない間に、執行債権が時効消滅してしまう可能性もある。⁽⁸⁴⁾ が、反対に、第三者による請求前に再度の請求を認めると、債権者が二重に給付を得ることになり、不当である。⁽⁸⁵⁾

第三者所有物からの「満足」を否定することは、弁済理論との関係でも難しい。任意弁済時、目的物の責任財産への帰属はさほど重要ではない。⁽⁸⁶⁾ これは、他人の物による弁済であっても債権者が善意で受領物の所有権を取得した場合、弁済が有効であることから明らかである。さらに、ドイツ民事訴訟法には、金銭債権の強制執行に関して「債務者側からの支払いとみなす」との規定がある。文言に如何なる限定もない以上、これらの規定を債務者の財産への執行にのみ適用するのは、不自然である。⁽⁸⁷⁾

また、債権者の「満足」を否定した結果（実際には前提）として不当利得法上の調整を認めることは、国家手続の安定性を害する⁽⁸⁸⁾。債権者への売得金交付は、競売同様、国家の高権行為である。ゆえに本来、その効果は実体的法律関係に関係なく生ずるはずである。事実、実体的瑕疵ある競売において競落人が有効に所有権を取得し得ることは、高権行為の効果として承認されている。にもかかわらず、同じく高権行為を原因とする売得金受領の結果を実体法的評価により覆す点で、判例及び通説の結論には一貫性がない⁽⁸⁹⁾。加えて、第三者に事後的な請求を許すことは、第三者異議の提起を執行手続終了までに限定していることと矛盾する⁽⁹⁰⁾。手続終了後に第三者の不当利得返還請求が行われると、濫用防止の目的で設けられた制限は無意味になってしまうからである。第三者異議を提起しなかった者は、以後、執行債権者に対して何ら請求しえない、と解すべきである⁽⁹¹⁾。

(3) 問題点の指摘

個別事例の検討から、判例及び通説に次のような問題点のあることが判明した。これらは図らずも、前章で最高裁昭和六三年七月一日判決に関して指摘した内容と一致している。

第一に、判例・通説が利益衡量の結果を主たる拠り所としていることである。実際、事例 a、b では G—S 間、事例 c の場合には G—D 間で利益衡量がなされている。問題はこの利益衡量自体ではなく、結果として理論的一貫性よりも「手続的に不利な債務者や第三者の保護」という結論の妥当性が追求されていることにある。仮執行後の債務者遅滞に対するドイツの判例が、その典型例である⁽⁹²⁾。概して、ドイツの判例や学説は、執行により債権者が「満足」を受けたかどうかを自由に操作し、望ましい結論を導き出す傾向にある。利益衡量から得られた結果にあわせて理論が調

整されている、といっても過言ではない。⁽⁹³⁾しかし、利益衡量上の理由には理論を補強する役割しか期待できない。蓋し、債権者は「満足」を受ける、という逆の前提からも同じ結論が導き出されるならば、これらは一転して反対説の論拠ともなりうるからである。

現実に、通説と反対説は事例bを除き、結論においてさほど異なるものではない。例えば、事例aでGの「満足」を認める立場でも、上訴審におけるSの防禦権は最低限度で保障される。とりわけ、ミュンツベルクは実体法上の効果と訴訟上の効果を区別し、⁽⁹⁴⁾Gが「満足」を受けた事実を上訴審で斟酌する必要はない、としているので、結論としては通説と変わるところがない。むしろ、反対説のほうが、仮執行後の遅延利息や破産法上の取扱いにつき、例外を設けることなく妥当な結論が得られる。事例cの場合にも、ドイツの判例・通説は、執行債権が時効消滅した場合のほか、債務者の資力状態が執行終了時より悪化した場合まで、「現存利益がない」（独民法八一八条三項）ことを理由にGの不当利得返還義務を免除している。よって、ドイツに限って言えば、Gの「満足」を認める反対説との違いは実際上ほとんど見いだせない。これらのことから、利益衡量の観点による理由付けが決定的な根拠たりえないことは歴然としている。

債権者の「満足」を考える際、常に不当利得法上の評価、不当利得返還請求権の成否についての判断が先行していることが第二の問題点である。判例及び学説の論理を見るかぎり、債権者が「満足」を得られなかったから給付を不当利得として返還しなければならないのではない。不当利得として返還しなければならないから債権者は「満足」を得ていないのである。すなわち、不当執行において債権が消滅しないのは債権者に不当利得返還義務があるから、仮

執行により「まだ」消滅しないのは、返還義務を負う可能性（民法一九八条二項、独民法七二七条二項、三項）が「まだ」残っているから、ということになる。⁽⁹⁶⁾

この考え方は、不当執行の問題において最もはっきり現れる。既に見たとおり、不当執行により債務者や第三者が損害を被ったとしても、債権者に対する不当利得返還請求が許されないことがある。債権が債務名義成立前に消滅していた場合、請求異議や第三者異議を棄却する判決が確定した場合、ドイツ民法八一八条三項により債権者の不当利得返還義務が免除される場合である。さらに、不当利得返還請求権が時効により消滅した場合も含まれるであろう。

債権が不存在の事例は別として、これらの場合には普通、債権者は「満足」を受けた、と言われる。⁽⁹⁷⁾ しかし、ここで問題となるのは、果たして債権者が返還義務を免れることで当然に「満足」されるか、である。理論上、これは否定されるべきであろう。執行により「満足」を受けるか否かは、少なくとも客観的には執行終了時に決まるからである。その後の事情で不当利得返還義務がなくなったとしても、遡って不当執行による債権者の「満足」が認められるわけではない。勿論、「満足」と不当利得は表裏一体の概念であり、密接不可分の関係にある。よって、いずれの観点からアプローチしても、本来は同じ結論が出るはずである。これについては、独立した問題として後に考察する。

3 小 括

日本及びドイツの判例・通説は、原則として仮執行や不当執行による「満足」を否定する。その理由は、これらの執行が実体的に不当、或いは不当となる可能性があること、すなわち「実体的正当性」基準を満たさないことに求

められている。しかし実際には、同基準は実体法上の債権消滅理論によってではなく、利益衡量及び不当利得の観点から裏付けられている。そのため、「実体的正当性」基準が強調されながら、執行により債権が消滅しないのは何故か、という肝心の点についての「実体法的」な説明は十分になされていない状況にある。つまり、かかる執行による「満足」を認めない判例・通説の理論的根拠は意外に希薄である。反対説がこの点を捉え、個々の事例で判例・通説と弁済理論との不整合を指摘してきたことは、その意味で正当と言える。⁽⁹⁸⁾

また、債権者の「満足」を否定した結果、必ずしも常に妥当な結論が得られるわけではない。ドイツでは、結論の妥当性を追求するあまり、事例 a、c で多くの例外が設けられたため、實際上、債権者は「満足」を受けないとの原則が適用されるケースは比較的少ない。反対に、原則に固執する日本の判例・通説は、時として一般に受け入れられない結論を導き出している。仮執行後の債権を更生債権扱いとした東京地裁判決が、その一例である。事例 c の場合にも例外を認める見解は見あたらないので、⁽⁹⁹⁾ 手続終了後一〇年間、G は D の不当利得返還請求に脅かされる。従来の「実体的正当性」基準には、実際の妥当性の点でも若干の不都合がある。これにより、同基準の理論的妥当性の検討が一層、要求されることになろう。

(1) 「満足」 〓 弁済であれば、債権が存在しない場合に「満足」を受けないのは当然である。しかし、事例 b で仮に債権が債務名義成立前に消滅していたならば、債務名義成立前の事情は請求異議事由たり得ず、事後の不当利得返還請求の根拠ともなり得ない。この場合、確かに弁済の意味での「満足」は考えられないが、執行による「満足」を認めざるを得ない。債権者はもはや給付返還義務を負わないからである。したがって、「満足」を終局的な給付保持が許される状態と少し広く定義付けることができるならば、債権なき執行により債権者が「満足」を受ける可能性はある。

(2) 例えば、債務者の占有下にある第三者所有の動産につき先取特権の実行が行われた場合がこれにあたる。

(3) 旧法下では担保権実行としての競売が「任意競売」と呼ばれ、一般の強制競売とは別個に扱われていた。前者は実体権（換価権）、後者は国家の執行権を直接の基礎としているからである。すなわち、債務名義を要しない担保権実行は「私法上の権利（担保物権）の実行として財産権の移転を行なうものであり、競売手続はこの私権の実行を国家が代って行うにすぎない」（我妻栄・新訂担保物権法（一九六八年）三二三頁）。それ故、換価権に瑕疵がある場合には「競売の効果もまたこの瑕疵を帯び、競売手続が確定した後にもその結果を覆すことができる」（我妻・同書三二三頁）と理解されていた。他方、強制競売においては債務名義が実体法と手続法を切断するため、競売人の所有権取得が実体的瑕疵を理由に妨げられることはなかった（生熊長幸「執行権と換価権」岡山大学創立三十周年記念『法学と政治学の現代的展開』（一九八二年）所収二六三頁以下参照）。

しかし、「換価権実現のための売却と強制執行のための売却とで本質的に手続の構造までが常に異なるものだというわけでは決していない」（三ヶ月章「任意競売と強制競売の再編成―抵当権の実行における債務名義の必要性をめぐって―」民事訴訟研究VI（一九八五年）所収一三八頁）とし、強制競売と任意競売との区別に反対する者も少なからず存在した。とりわけ、両手続における競売人の取扱いの不平等に批判が集中していた（学説の詳細は、生熊「抵当権の実行としての競売と買受人の地位」岡山法学会雑誌二九巻一号一四一頁以下参照）。かかる事情から、民事執行法は旧民事訴訟法第六編と競売法を統合し、買受人（現行法は「競売人」という表現を用いていない）の地位の安定を旨とした。したがって、「代金の納付による買受人の不動産取得は、担保権の不存在又は消滅によって妨げられない」（一八四条）との規定を設けることは「民事執行法の最大の狙い」であった（浦野雄幸・条解民事執行法（一九八五年）八三八頁）。

(4) ドイツ強制執行制度は民事訴訟法（ZPO）と強制競売・強制管理法（ZVG）に規定されている。後者は専ら金銭債権に基づく不動産執行に関するものである。日本との相違点は、ドイツが①優先主義を採用している、②担保権実行にも債務名義を要求していることである。②との関係では、本章で「強制執行（Zwangsvollstreckung）」という表現を用いる場合、担保権実行をも含むことに注意を要する。以下、ドイツにおける執行手続全体について、金銭債権に基づく不動産執行を

例に略述しておく（以下の条文は全て民事訴訟法）。

強制執行は執行名義に基づいて行われる。執行名義の代表的なものとしては、確定又は仮執行宣言付の終局判決がある（七〇四条一項）。仮執行宣言は、職権により債権者の担保の提供なく（七〇八条、七〇九条）、或いは担保と引換えのみ付される（七一〇条）。担保を条件とした仮執行で担保を提供しない債権者には、換価・満足段階まで至らない保全的執行（Sicherungsvollstreckung）のみが許される（七二〇条a）。裁判所は申立てにより、担保提供又は供託による（仮）執行の免脱を債務者に許さなければならぬ（七二二条一項一文）。債務者が担保の提供又は供託しえない場合、裁判所は判決に仮執行宣言を付さないか、或いは執行を保全的執行に制限しなければならぬ（七二二条一項二文）。

執行名義には執行文が付与されねばならない（七二四条一項、七九五条）。判決その他の執行名義が執行に熟していることを証明するためである。

執行手続は差押え・換価・満足の順で進められる。差押えは、執行官が債務者の占有下にある目的物を占有することによってなされる。執行債権者は差押えにより差押質権を取得する（八〇四条一項）。優先主義が採られているので、前の差押えで生じた質権は、後の差押えによる質権に優先する（八〇四条三項）。

強制執行は極めて形式化された手続であるため、手続的及び実体的瑕疵を帯びたまま進行するおそれがある。そこで、債務者や第三者（場合によっては債権者）には様々な形での異議申立手段が用意されている。いずれの異議も申立て期間が手続（執行文付与に関する異議は執行文付与手続、その他は執行手続）終了までに限定されている。

差押物の競売は原則として執行官が行う（八一四条）。競落人は債権者や債務者であっても差し支えない。競落物の引渡しは現金の支払いと引換えでなされるのが原則である。但し、債権者が競落した場合には、強制執行の費用を控除した売得金が満足に供せられるべき限度で、現金支払義務が免除される（八一七条二項）。競落人は競売に実体的瑕疵がある場合でも、善意・悪意に関係なく、確実に所有権を取得しうる。債権者の（手続法上の）満足は、差押物を換価した売得金（現金差押えの際は現金）交付又は配当によって与えられる。

(15) vgl. Lüke, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, S. 484 ff.; ders., Die Rechtsnatur des Pfändungspfand-

執行による「満足」と債権の消滅 (1)

同志社法学 四一巻六号

一三一 (九九七)

rechts, JZ 1957, S. 239 ff. (石川明訳『強制執行法関係論文集』(一九七六年)六一頁、一〇六頁参照)

(6) 第三者所有物への執行の場合に各説の異同が最も顕著に現れる(表参照)。各説ともに、第三者所有物であっても差押えは許される、としている。が、私法説と私法公法混合説は差押質権の私法的性質を認めるので、実体的裏付けがない場合には質権が成立しないことになる。但し、換価権に關しては、混合説はその成立の基礎を差押拘束 (Pfandverstrickung) に見るので、第三者所有物についても換価権だけは成立する。

差押質権は債権者の売得金取得、換価権は競落人の所有権取得の根拠となる。現在の判例・通説は混合説に立っており、その結果、論理必然的に第三者所有物への執行による競落人の所有権取得は認められ、債権者の「満足」は否定される。

(7) RGZ 156, 395. これ以前の判例は私法説を採っていたので、第三者所有物が競売された場合には、我が国同様、善意・無過失の競落人しか所有権を取得し得なかった。

(8) かつて我が国の民事訴訟法にも、ドイツ民事訴訟法八一五条三項、八一九条に相当する規定が存在した(旧五七四条一項「執行官カ金錢ヲ取立テタルトキハ債務者ヨリ支払ヲ為シタルモノト看做ス」、旧五七九条「執行官売得金ヲ領収シタルトキハ債務者ヨリ支払ヲ為シタルモノト看做ス」)が、民事執行法に統合される際に削除された。その理由は定かでないが、おそらく、これらの規定の基礎に、執行官を執行債権者の代理人と捉える考え方が存したからであろう。

(9) Stein-Jonas-Münzberg, Kommentar zum Zivilprozessordnung, 20. Aufl. (1977 ff., ZPO 20) § 815, Rn. 16 ff.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Zivilprozessordnung, 47. Aufl. (1989, ZPO 47) § 815, 3Aa; Thomas-Putzo, Zivilprozessordnung, 15. Aufl. (1987, ZPO 15) § 815, 1c; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 18. Aufl. (1987, ZVR 18) § 18 II; Stein, Grundfragen, S. 82; Lüke, Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache, AcP 153, S. 540.

	私法説	公法説	混合説
え 質 権	○	○	○
押 質 権	×	○	×
差 質 権	×	○	○
換 価 権	×	○	○
換 価 基 礎	差 押 質 権		差 押 質 権

(石川・前掲四三頁以下参照)

しかし、第三者所有物への執行による「満足」を認める立場からはかような解釈の不自然さが指摘されている(後注(87)参照)。

(9) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 815, Rn. 18 f.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann ZPO, § 815, 3Aa

異説: Erman-Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. (1981, *BTB* BGB *と略*), § 362, Rn. 13.

(11) RGZ 63, 330.; BGH, MDR 1976, 1005. 執行を免れるための給付に関して *Messer, Die freiwillige Leistung des Schuldners in der Zwangsvollstreckung* (1966), S. 45 ff. (仮執行との関係では、特に S. 66 ff.)。

青山・前掲四三六頁では仮執行を契機とする債務者の給付が次の三種類に分けられている。

① 仮執行宣言を利用した結果による弁済。仮執行に際して執行官に促されて弁済した場合等、仮執行を免れるためやむを得ずする弁済がこれに当る。

② 全くの任意弁済。これは敗訴被告が勝訴原告の請求権の存在を認めこれに対する債務を即時に消滅させるための弁済である。

③ 一まずの任意弁済。これは、敗訴被告が原告の請求権を争いながらも一まず任意的に行った弁済であり、①と②の中間に位する。

このうち、②以外は「仮執行ノ宣言ニ基キ被告カ給付シタルモノ」(民訴法一九八条二項)にあたる(同旨: 斎藤秀夫編注解民事訴訟法(3)(一九七三年)二八七頁〔小室直人〕)。

(12) Blomeyer, Vorläufig vollstreckbares Urteil: Wird der Klageanspruch durch die Vollstreckung oder ihre Abwendung erfüllt?, JR 1979, S. 490.

(13) Baumbach-Lauterbach-Hartmann ZPO, Einf. vor § 708, 1B; Thomas-Putzo ZPO, vor § 708, 8; Wiczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl. (1981, *BTB* ZPO *と略*) § 708, BIIa; Rosenberg-Gaul-Schilken,

執行による「満足」と債権の消滅(1)

同志社法学 四一巻六号

一三三(九九九)

Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. (1987, 217 BGB 2註) § 14 VI; Jaernig ZVR, § 2 IV E; Saudinger-Kaduk BGB, § 362, Rn. 36 f.; Erman-Westermann BGB, § 362, Rn. 13.; Münchener-Heinrichs Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. (1984 ff., 217 BGB 2註), § 362, Rn. 22.; Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 48. Aufl. (1989, 217 BGB 2註), § 362, 4c; Soergel-Siebert-Zeiss, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. (1986, 217 BGB 2註), § 362, Rn. 12.; RGKR-Weber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 12. Aufl. (1976, 217 BGB 2註), § 362, Rn.36.; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate (1983), S. 91 f.; Blomeyer, a. a. O., S. 490 ff.; Messer, a. a. O., S. 66 ff.; Braun, Erfüllung, Verzugsbeendigung und Verzugszinsen bei Abwehrleistung und vorläufiger Vollstreckung, ACP 184, S. 152 ff.; Krüger, Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im Spannungsfeld zwischen materiellem und formellem Recht, NJW 1950, S. 1208 ff.

(14) RGZ 63, 332.

(15) 力点の置き方は、論者によって若干異なる。例えば、ブロマイヤーは上訴審における被告の抗弁権の保障を、ゲルンフーバーは仮執行の効力の暫定性をそれぞれ根拠として挙げている。また、債権者が仮執行後も自己の権利を積極的に争わねばならない点に理由を求める者もいる (Braun, a. a. O., S. 176)。

(16) 大判大正一五年四月二一日民集五卷二二六頁は、「(仮執行によって)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ラ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」としている。同旨：大判昭和五年一月一二日法律新聞三二〇八号一三頁、大判昭和一三年一月二〇日民集一七卷二五〇二頁、最判昭和三六年二月九日民集一五卷二二〇九頁等。これに対し、大判大正一三年九月二四日法律評論一三卷(民訴)五七八頁は、「後日其ノ判決確定シタルトキ始メテ確定的ニ支払又ハ給付ノ効力生ズル」と停止条件的に説明している。学説も解除条件の構成を採っている：中野・民事執行法一五七頁、山木戸克己・民事執行法講義(一九八四年)五七頁、注解民事訴訟法(三)二九四頁(小室)、菊井維大∥村松俊夫・民事訴訟法Ⅰ(一九七八年)一〇九五頁、兼子一∥松浦馨∥新堂幸

- 司「竹下守夫・条解民事訴訟法（一九八六年）五七七頁（竹下）、竹下「仮執行の宣言」中田淳一『三ヶ月章編』民事訴訟法演習Ⅰ』（一九六三年）一八三頁、宮川種一郎「仮執行の宣言」総合判例研究叢書民事訴訟法③（一九六一年）二〇頁等。
- (17) 青木・前掲四二二頁（「仮執行宣言の失効を解除条件とするのであれば」仮執行の時から債務弁済の効力を生ずるが、後日本案判決の変更、仮執行宣言の取消によって遡って効力が失われることになる」。事実、ドイツの解除条件説は、仮執行により債権者は直ちに「満足」を受けると通説とは反対の結論を出している（後述）。
- (18) この点についての日本の判例は、(16)参照。ドイツでは、仮執行後の債権者が訴訟終了（*Erlidigung*）の意思表示（独民訴法九一条a）が不要となる（RGZ 130, 393）。
- (19) RGZ 63, 330.
- (20) RGZ 98, 328.
- (21) BGHZ 86, 267. これは、留保付判決に関する事案であるが、仮執行宣言付判決に準じて取り扱われている（269 f.）。
- (22) BGH, WM 1964, 1168. 我が国ではほとんど議論がないが、竹下・前注(16)論文一八三頁は「遅延利息は現実の執行の時までしかとりえないと解すべきである」としている。なお、石川「仮の満足と本案判決」『民事法の諸問題』（一九八七年）四〇頁以下は、仮払仮処分後の遅延損害金について肯定している。仮払仮処分も「仮の満足」にすぎないと解されているため、石川教授の見解は仮執行の問題を考えるうえで参考になる。
- (23) BGH, NJW 1981, 2244.
- (24) Münchener-Heinrichs BGB, § 362, Rn. 22.; Thomas-Putzo ZPO, vor § 708, 8.
Krüger, a. a. O., S. 1213. は同判決の理由付けに批判的であるが、仮執行の危険は債権者が負担すべきである、との観点から同じ結論を導き出している。
- (25) BGH, WM 1983, 21.
- (26) BGH, ZZZP 1989, 336. 本件は、執行を免れるための給付から判決確定までの遅延利息について行われた強制執行に対する請求異議訴訟である。争点は、①かかる給付が判決確定前に、履行遅滞を終了させるか、②債務者が控訴審で給付の事実

執行による「満足」と債権の消滅(1)

を申述しなかった場合、以後、履行遅滞終了の主張は民事訴訟法七六七条二項により遮断されるか、の二点であった。が、連邦最高裁第五民事部は②を肯定し、本件では債務者が給付した事実を控訴審の口頭弁論終結前に主張しなかったため、仮にかような給付が遅滞終了の効果をも有するとしても結論に影響はないとして、①についての直接の判断を避けた。

(27) 東京地判昭和五六年九月一日(前章注(19))。本件評釈の多くも、仮執行後の債権を更生債権として扱う点では判旨に賛成する(宗田親彦・ジュリスト七六八号一四三頁、清田明夫・判例評論二八四号二二三頁、佐野隆雄||矢野真之・NBL二五二号六頁、二五三号一七頁、渡辺晃・NBL三九七号四二頁)。債務者が破産した場合、訴求債権が破産債権となることについては、竹下・前注(16)論文一八三頁、条解民事訴訟法五七七頁(竹下)、注解民事訴訟法(3)二九五頁(小室)。

(28) 民執法一五条二項、民訴法一一三条、独民法二二三条

(29) RGZ 85, 214.

(30) 破産法の注釈書も「ある金額が破産前に単に仮執行宣言付判決に基づいてであれ、取立てられていれば、たとえ破産宣言時になお訴訟が係属し、それに応じて、取立て自体が不確定なものであっても、もはや破産債権ではない。……取立てられた債権が既判力をもって理由ありと認められると、その強制満足(Zwangsbefriedigung)が正当に行われていたことが一債権者否認の留保付で一確定する。仮執行宣言付判決の取消し又は変更を条件とする破産者の請求権(民訴法七一七条二項、三項)は破産財団に帰属する」と述べている(Jaeger-Lent, Konkursordnung, 8. Aufl. (1958), § 3, Rn. 17.)

(31) 青山・前掲四一五頁、林淳「仮執行宣言の理論」講座民事訴訟法六卷(一九八四年)二六八頁、同・新倒産判例百選一〇五頁。

(32) 我が国では小川保男「仮執行宣言の本質とその運用」法学志林四四卷四号四八頁、青山・前掲四二二頁以下。ドイツの学説は、Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 708, Rn. 4.6; Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung (1967), S. 174 ff.; Czub, Die schuldligende Wirkung der Beireibung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel, ZZP 1989, S. 273 ff.

Schönke-Baur ZVR, § 13 IV 1 も、仮執行は単なる保全にとどまらず満足にまで至りうるので、原則的に確定判決に基

べく執行と同じ効果が生じるとする(同旨: Bruns-Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. (1987), § 6 IV 1.)。但しこの満足が債権の消滅を意味するかどうかは不明である(Bruns-Peters, a. a. O., § 6, Fn. 28)。

- (33) Czub, a. a. O., S. 273 ff.
- (34) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 708, Rn. 6.
- (35) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 708, Rn. 4.
- (36) Czub, a. a. O., S. 283 f.
- (37) RGZ 63, 331.
- (38) 青山・前掲四二九頁; Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 717, Rn. 28 f.; Pecher, a. a. O., S. 178.
- (39) Stein-Jonas-Münzberg ZPO § 708, Rn. 5.
- (40) RGZ 109 104. 反対: Pecher, a. a. O., S. 178.; Baumbach-Iauterbach-Hartmann ZPO, Einf. vor § 708 1B. χ ヒャーは、消滅時効の抗弁の提出も可能とする。
- (41) Braun, a. a. O., S. 161.; Czub a. a. O., S. 273. 同旨: Krüger, a. a. O., S. 1211.
- (42) Braun, a. a. O., S. 170 ff. 同旨: Rosenberg-Gaul-Schilken ZVR, § 14 V 1.
 尤も、ブラウンは遅延利息に民法二五二条二項(損害軽減義務)を適用することで、多数説とほぼ同じ結論を導き出す。すなわち、仮執行後の遅延利息を算定するにあたり、給付された金銭の投資によって債権者が取得した、又は取得し得べきであった利益を考慮する。下のケース1では債権者に損害がなく、債務者に利息支払義務はない。よって、ケース2のように当事者間で高い遅延利息が約定された場合にのみ、多数説とは異なり、債務者に差額支払義務が生じる。
- (43) Czub, a. a. O., S. 280. 同旨: Pecher, a. a. O., S. 175.
- (44) 我妻・民法講義V、債権各論(1)(一九七二年)一二〇八頁以下、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為(一九八一年)一〇四頁、松坂佐一・事務管理・不当利得〔新版〕(一九七三年)一六一頁、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構成

[ケース1]	投資により取得する利息	≥	遅延利息 (法定利息等)
[ケース2]	投資により取得する利息	<	遅延利息

造』(一九八六年)二四九頁; Münchener-Lieb BGB, § 812, Rn. 270.; Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 767, Rn. 56.; Schönke-Baur ZVR, § 43 V d.; Rosenberg-Gaul-Schilken ZVR, § 53 V 2.; Stein, a. a. O., S. 91.; Gaul, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, AcP 173, S. 324 ff.; Gerlach, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung (1986), S. 14 ff.

(45) 例え^ば Stein, a. a. O., S. 91.

(46) Gaul, a. a. O., S. 324 ff.; ders., Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung - Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung, ZZZP 1972, S. 260.; Gerlach, a. a. O., S. 14 ff.

(47) Gaul, AcP 173, S. 332 f.; Gerlach, a. a. O., S. 16 f.

我が国でも、旧法にはかかる規定が存在した(民事訴訟法旧六三四条)が、民事執行法では見あたらない。現在の判例・多数説は、ドイツや旧法の立場とは異なり、配当異議の訴えを怠った債権者が手続終了後、他の債権者に不当利得の返還を求めるとに否定的である(この点については第四章で詳述する)。

(48) Gerlach, a. a. O., S. 18 f.

(49) Gaul, ZZZP 1972, S. 260.; Stein, a. a. O., S. 90.; Lüke, AcP 153, S. 546.

(50) Lüke, AcP 153, S. 546.

(51) Lüke, AcP 153 S. 546. 我が国でも、「執行行為にもとづく法律関係は、常に財貨の保有を最終的に基礎づけるとはかぎらない」(加藤・前掲二三八頁)との表現が見られる。明言はされていないまでも、これは執行の暫定的性格を承認するものである。

(52) 学説の状況は、兼子『実体法と訴訟法』一四一頁以下、注解民事訴訟法(3)三三九頁以下〔斎藤秀夫〕に詳しい。ドイツの議論については、Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. (1986, 以下、ZPOと略), § 152 参照。

(53) その代表的なものとして、三ヶ月「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」民事訴訟法研究 I (一九六二年)二四九頁、同・民事訴訟法(一九五九年)二七頁以下、新堂幸司・民事訴訟法〔第二版〕(一九八一年)四〇三頁以下、小山昇・民事

訴訟法〔四訂版〕（一九八四年）三八二頁以下；Rosenberg-Schwab ZPO, § 152 III.

- (54) 実体的権限のない債権者に給付の保持が許されるといふ現実に目を向けるならば、そこに既判力が実体関係に与える間接的な影響を認めねばならない。但し、ここにいう実体関係が裁判で認定されなかった事実、「真実」を指すことには注意が必要である。判決内容と「真実」との齟齬を解消するという意味での実体法的説明は、新実体法説と呼ばれる立場でも放棄されているからである。提唱者たる兼子博士によれば、「権利関係の実在性は、紛争を契機とし、訴訟を通じて始めて形成される」〔『実体法と訴訟法』（一九五八年）一五八頁〕。それ故、「判決の彼方に真の実体権が対立するのではなく、判決以前にはただ主観的な意見と勝手な行動があるだけなのである」（同一五九頁）。要するに、裁判所が認定した事実＝実体関係であるから、判決内容と実体関係は何ら矛盾するものではない。したがって、既判力が「真実」としての（実体）関係に及ぼす影響については、法的な説明を要しないことになる。右のような意味での実体法的説明は、かつて一部の学説が試みたが、失敗に終わっている。

(55) Gaul, Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche, JuS 1962, S. 1 f.; Rosenberg-Gaul Schilken ZVR, § 40 X IV 6.

- (56) 例外的に、大判大正四年八月二六日民録二一輯一四一七頁。本件は、無効な動産質権の実行による競売で、競落人が競売目的物を善意取得したケースである。

(57) 我妻・債権各論一〇二七頁、四宮・前掲一〇四頁以下、松坂・前掲一六一頁以下は、民事執行と不当利得の関係について触れている。が、無効な担保権の実行で被担保債権が存在しているケースについては全く取り上げていない。

(58) 竹下・判例タイムズ六九〇号五三頁。

(59) この場合、通常は被担保債権と不当利得返還請求権との相殺が可能であるため、「満足」を受けた場合と實際上ほとんど変わるところがない。ただ、相殺が禁じられている場合には、債権者の取扱いに差異が出てくる（竹下・同評釈五三頁）。

(60) Münchener-Damrau BGB, § 1247, Rn. 2.

(61) Münchener-Damrau BGB, § 1244, Rn. 15.

執行による「満足」と債権の消滅(1)

- (62) Münchener-Damrau BGB, § 1244, Rn. 17.
- (63) Böhm, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche (1971).
- (64) Böhm, a. a. O., S. 48 ff.
- (65) Böhm, a. a. O., S. 19, 68.
- (66) Böhm, a. a. O., S. 68.
- (67) 我妻・債権各論一〇二九頁、四宮・前掲一〇四頁、松坂・前掲一六一頁、谷口知平『不当利得の研究』(一九六五年)五二四頁；RGZ 156, 395.; BGHZ 32, 240.; Staudinger-Lorenz BGB, § 812, Rn. 27.; Münchener-Lieb BGB, § 812, Rn. 269.; Erman-Westermann BGB, § 812, Rn. 74 ff.; RGRK-Heimann Trosien BGB, § 812, Rn. 44.; Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 771, Rn. 73.; Jauernig ZVR, § 13 II, § 18 IV C.; Schönke-Baur ZVR, § 27 IV 1.; Rosenberg-Gaul-Schilken ZVR, § 53 V 1.; Schuschke, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl. (1987, 以下「ZVR」) S. 105 ff.; Stein, a. a. O., S. 94 ff.; v. Gerkan, Die Zwangsvollstreckung in schuldenfremde bewegliche Sachen in den Fällen des § 817 Abs. 4 ZPO, NJW 1963, S. 1140 ff.; Lüke, AcP 153, S. 533 ff.; Gaul AcP 173, S. 333 ff.; Gerlach, a. a. O., S. 24 ff.
- (68) 前注(67)に挙げたドイツの文献の多くは、この場合の売得金が債権者に与えられるべき(gebühren)でないからであると説明する。これは明らかに民法一二四七条に由来する表現である。従来、債権者の「満足」は差押質権に基づくと考えられてきたためであろう。しかし、差押質権の私法的性質を承認しないかぎり、契約質権の規定の適用は原則として許されない。よって現在の通説(純粹な私法説は殆ど見られない)の立場では、「gebühren」という基準について民法一二四七条以外の根拠を求める必要がある(Schünemann, JZ 1985, S. 53)。⁶⁹⁾ シューシュケは、「債権者は交付された売得金の所有権を獲得するが、これと結びついた財産的增加を最終的に保持しえないので、執行債権の弁済はなされていなく」(Schuschke ZVR, S. 112.)と「保持力」の有無を基準にする。これに対しては、不当利得法上給付を「最終的」に保持できないという理由で弁済を否定するのは本末転倒であるとの批判がある(Schünemann, a. a. O., S. 53.)。
- (69) 生熊・判例評論三六三号四五頁、東京高判昭和四八年一月二四日(前章(12))四二頁；Lüke, a. a. O., S. 546.; Gaul,

AcP 173, S. 339.

(70) 前注(6)の表を参照のこと。

(71) Henkel, *Prozessrecht und Materielles Recht* (1970), S. 332 ff.

OLG Hamburg, MDR 1953, 103. これは債権者自身が競落した事案である。ハンブルク高等ラント裁判所第三民事部は、債権者の地位を債権者としてのものと競落人としてのものに分け、以下のように判示した。「競落人としての属性において被告(債権者)は執行官による所有権付与にもとづき取り消しできない所有権を取得した。この譲渡は民法の規定にもとづいて行われるのではないので、債務者の所有権、債権者の差押質権や競落人の善意を顧慮せずになされる。…債権者としての属性において被告には質権が帰属していないので、例えば売得金が支払われたとしても債権者の満足に供せられるべきではないし、民事訴訟法八一七条四項の事例で売得金が支払われなくとも、売得金のかわりとなった売得金請求権は債権者の債権と清算されるべきではない」。

なお、民事訴訟法八一七条四項の事例の特殊性については、後注(87)の図を参照のこと。

(72) Böttcher, *Prozessrecht und Materielles Recht*, ZfP 1972, S. 14; Lüke, a. a. O., S. 539.

(73) Lüke, a. a. O., S. 538 f.

(74) Lüke, a. a. O., S. 540.

(75) Lüke, a. a. O., S. 543.

(76) Stein, a. a. O., S. 98.

(77) 三木・慶応大学法学研究六二巻九号一一七頁; Gerlach, a. a. O., S. 27 ff.

ガウルもまた、現代の取引社会では譲渡担保や所有権留保など、占有と所有とが一致しない場合が多いことを顧慮すべきである。Gaul, *AcP* 173, S. 336 f.。

(78) 前注(71)参照。

(79) MDR 1953, 104.

執行による「満足」と債権の消滅 (1)

- (80) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 771, Rn. 73.
 (81) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 771, Rn. 74.; Gerlach, a. a. O., S. 66 ff.,
 (82) Oertmann, Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen, AcP 96, S. 1 ff.; Böhm, a. a. O., S. 62 ff.; Schünemann, a. a. O., S. 52 ff.; Gloede, Haftung der Vollstreckungsgläubiger, der in schuldnere fremde bewegliche Sachen vollstrecken ließ, deren früherem Eigentümer aus ungerechtfertigter Bereicherung?, MDR 1972, S. 291 ff.; ders., Nochmals: Vollstreckung in schuldnere fremde Sachen und Bereicherungsausgleich, JR 1973, S. 99 ff.

Böttcher, a. a. O., 79 「(通説は)如何なる場合にも当然であるとは思われなから」と疑問を呈す。Baumbach-Lauterbach-Hartmann ZPO, § 819, 2 は「第三者は債権者ではなく債務者に不当利得返還請求すべきである」とする。しかし、別の箇所には「第三者の請求権が原則的に債権者に対して成立する旨の記述が見られ (Einf. vor § 771-774, 2B)」、態度に一貫性がなからず。

- (83) Oertmann, a. a. O., S. 51 f.
 (84) Oertmann, a. a. O., S. 52.; Böhm, a. a. O., S. 29.
 それに対する批判として Gaul, AcP 173, S. 340.; Gerlach, a. a. O., S. 29.
 (85) Oertmann, a. a. O., S. 56.
 (86) Schünemann, a. a. O., S. 53.; Gloede, MDR 1972, S. 294.
 (87) ドイツ民事訴訟法八一五条三項が第三者所有物への執行を予定していることは、第三者からの異議について規定している同条二項からも明白である (Gloede, a. a. O., S. 292.)。「債務者側からの支払いとみなす」(八一五条三項、八一九条)の意味については立法資料から何も読み取ることができなから (Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO II, S. 454.)。しかし、立法者が危険移転時点の決定のみを意図したのであれば、かかる婉曲な表現を用いなかっただであらう (Oertmann, a. a. O., S. 43.)。さらに、同じ文言を含む八一七条四項の場合は競落人たる債権者に対する代金支払請求権と執行債権が相

殺されるので、通説もこの時点での執行債権の消滅を認めざるを得ない(下図参照)。よ
 っ、この場合に債権者の不当利得責任を認めるのは困難である(Gloede, a. a. O., S. 292.;
 Schmitz, Ansprüche des Interventionsberechtigten gegen den Vollstreckungsgläubiger
 als Ersteher der Pfandsache, NJW 1962, S. 854.; ders., Nochmals: Ansprüche des Inter-
 ventionsberechtigten gegen den Vollstreckungsgläubiger als Ersteher der Pfandsache,
 NJW 1962, S. 2336.)。

- (88) Böhm, a. a. O., S. 48 ff.
- (89) Böhm, a. a. O., S. 66 ff.
- (90) Oertmann, a. a. O., S. 54 f.
- (91) Oertmann, a. a. O., S. 56.; Böhm, a. a. O., S. 68.
- (92) 遅延利息に関する判例の問題点については Braun, a. a. O., S. 161 ff.
- (93) 例えば、事例 a に関してドイツの判例・通説が念頭においていたのは、仮執行によって
 被告の防禦権が奪われてはならない、(ii) 訴訟を終了させてはならない、(iii) 債務者の履行遅滞
 を終了させねばならない、(iv) 破産法上、仮の満足を得た債権者が他の者よりも不利に扱われ
 てはならない、の四点である。このうち、(i) 及び(ii)は仮執行による執行債権者の「満足」を
 否定することから論理必然的に出てくる。これに対し、残りの二つは弁済効果の発生と結び
 付いており、むしろ執行債権者の「満足」を肯定する論拠となりうる。それ故、二点に限っ
 てはやむを得ず、例外が設けられたのである。
- (94) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 708, Rd. 5. 同註: Pecher, a. a. O., S. 175.
- (95) Stein-Jonas-Münzberg ZPO, § 708, Rd. 5.
- (96) これは決して通説に限って認められる傾向ではない。例えば、ベームは第三者所有物への

執行による「満足」と債権の消滅(1)

通常ケース (§ 819)		特殊ケース (§ 817 IV)	
[Dの権利]	[執行手続]	[Dの権利]	[執行手続]
物の所有権	執行官: 差押・競売	物の所有権	執行官: 差押・競売
↓喪失 ← E: 競落, 代金支払		G: 競落	
売得金所有権	執行官: 売得金受領	↓喪失 ← 代金支払請求権と執行	
↓喪失 ← G: 売得金受領		債権を相殺	
不当利得返還請求権 (対G)		不当利得返還請求権 (対G)	

執行による債権消滅について以下のように述べている。「執行力ある請求権の消滅のもとで問題となっているのは、厳密に解せば、一旦発生した利得の事後的喪失ではなく、執行債権者が売得金を保持することが許される場合につき、利得の発生を妨げることである。この『保持力』が第一次的問題であり、執行力ある請求権の消滅はこれに左右される結果である」(Böhm, a. a. O., S. 27.)。

(97) Gerlach, a. a. O., S. 33 f.

(98) このことは、仮執行を「解除条件付弁済」と同様に扱う学説が、日本とドイツで反対の結論を出している事実にも現れている。民法上、解除条件付弁済と停止条件付弁済は効力発生時を異にする。にもかかわらず、解除条件説をとる日本の通説と停止条件的に構成するドイツの通説は、仮執行の弁済効果に関して同じ結論に達している。

(99) 唯一、谷口・前掲書五四四頁が、債権者の返還義務を確定するにあたり、債権者と第三者との容態や具体的事実関係を斟酌すべきである、としている。また、配当実施後の利得の調整に関してではあるが、あまりに不当な不当利得返還請求を信義則によって制限しようとの提案が見られる(石川・「配当異議と不当利得」金融法務事情九九二頁一〇頁)。