

## 間接占有者に対する建物収去土地明渡しの請求権を表示した債務名義について、

## 間接強制決定をすることはできないとされた事例

（最高裁判所平成二七年六月三日第二小法廷決定（平成二六年（許）第三七号）

間接強制申立て事件）金融・商事判例一四七二号二〇頁——破棄自判）

池田 愛

## 【事実】

本件は、Yに対する建物退去土地明渡しを命ずる判決（本件債務名義）を有する債権者Xが、Yが右判決で命じられた義務を履行しないおそれがあるとして間接強制を求めた事案である。これに対してYは、本件建物はZ2及びZ3が占有していて、債務者の意思だけでは建物退去土地明渡義務を履行することはできないから、間接強制の方法による強制執行は許されないと主張し争った。事件の具体的な経緯は以下のとおりである。Yは本件建物の所有者Aから本件建物を賃借した後、Aの承諾を得て、Yの関連会社であるZ1に建物を転貸した。平成二

〇年、本件土地の所有者Xが、Aに対して建物収去土地明渡しを、Y及びZ1に対して建物退去土地明渡しを求める訴訟を提起した。この訴訟の係属中に、Z1はZ2に本件建物を再転貸し、さらにZ2はZ3に再々転貸をした。なお、この時Xは占有移転禁止の仮処分は申し立てていなかった。平成二五年一月二九日、Xの請求認容判決（本件債務名義）が言い渡され、この判決は確定した。Z1は、敗訴判決を受けて、Z2及びZ3に対して本件建物の返還を請求したが拒絶されたため、平成二五年五月二日、両者を被告として本件建物の明渡し請求訴訟（別件訴訟・東京地方裁判所平成二五年（ワ）第一一五〇五号）を

提起した。平成二六年一月一日、Z1の請求認容判決が言い渡された（ただし、仮執行宣言は付されていない）ため、これに対してZ2・Z3が控訴した。別件訴訟の控訴審係属中に、XがYに対して、本件債務名義に基づいて間接強制を申し立てた（本件。なお、別件訴訟は、原決定後にZ1勝訴の判決がなされておき、本決定までの間にはYを含めて本件建物からの退去が完了しているとのことである。）。

原々審（東京地決平成二六年四月一六日金判一四七一号二四頁）は、民事執行法一七三条一項に基づく間接強制は、同一六八条から一七一条までの規定に基づく強制執行が可能な場合に限って許されると解するのが相当であるところ、「建物収去土地明渡請求権の目的物である建物を債務者以外の第三者が占有している場合、債権者は、債務者に対する債務名義のみでは同法一六八条一項に基づく引渡し又は明渡しの執行をすることができないから、同法一七三条一項に基づく間接強制の申立ても認められない」として、Xの申立てを却下した。これに対してYが執行抗告を申し立てた。

原審（東京高決平成二六年九月三日金判一四七一号二三頁）は、本件債務名義はYに対して建物退去土地明渡しを命じるものであるとした上で、当該債務が「相手方とは無関係の第三者が本件土地を直接占有している場合のように、相手方の意思だけでは履行することができないもの」ということはできず、本件判決が強制執行の許されないものであると解することはできな

い（Z1が相手方の占有代理人である以上、相手方の債務が相手方の意思だけでは履行できない性質のものというだけではできない。）として、一日当たり五万円割合でXの申立てを認容した。この原決定に対してYが許可抗告を申し立てたところ、最高裁は次のように述べて原決定を破棄し、原々決定に対する抗告を棄却した。

#### 【決定要旨】

「本件において間接強制決定を求める債務名義が間接占有者に対する建物退去土地明渡しの請求権を表示したものであることや、原決定別紙物件目録記載2及び3の各建物の当初及び現時点の占有状況等記録からうかがわれる事実によれば、本件において、間接強制決定をすることはできないといふべきである。これと異なる原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかかな法令の違反がある。論旨はこの趣旨をいうものとして理由があり、原決定は破棄を免れない。そして、相手方の本件申立てを却下した原々決定の結論は、是認することができるから、これに対する相手方の抗告を棄却することとする。」

#### 【研究】

一 はじめに —— 本件最高裁決定の意義と問題の所在 ——  
本決定は、間接占有者に対する建物退去土地明渡しの債務名義に基づく間接強制の許否について初めて最高裁判所が判断し

たものである。<sup>1)</sup>

間接強制とは、債務者が債務の履行をしない場合に一定の額の金銭を支払うべき旨をあらかじめ命じる決定をすることで、債務者に心理的圧迫を加えて、将来の債務の履行を確保する強制執行方法である。このような方法による間接強制は、債務者の自由意思に干渉する面があるとし、債務者の人格尊重の見地から、かつては間接強制が許されるのは直接強制や代替執行という他の方法によることのできない場合に限るという考え方（これを「間接強制の補充性」という）が支配的であった。<sup>2)</sup>そのため、本件で問題となっている建物退去土地明渡義務の強制執行については、直接強制のみが可能と解されており、間接強制の許否が問題となることはなかった。<sup>3)</sup>

しかしながら、間接強制を加えることが必ずしも債務者の人格の尊厳を害するとはいえず、また、事案によっては間接強制の方法による方が迅速かつ効率的に執行の目的を達成することができる場合があることから、この考え方に対して疑問を呈する見解が有力となつていった。そして、平成一五年の民事執行法改正において、一七三条の新設により補充性の緩和が図られ、新たに①不動産の引渡し・明渡しの強制執行（二六八条）、②動産の引渡しの強制執行（二六九条）、③目的物を第三者が占有している場合の引渡しの強制執行（二七〇条）、④代替的な作為・不作為債務の強制執行（二七一条）についても間接強制の方法によることが認められることとなった。<sup>4)</sup>本件における

間接占有者に対する建物退去土地明渡義務に関する間接強制の許否という問題は、この改正により生じた新たな問題といえる。

間接強制の許否に関して、現行法の明文上、一般的要件というものは規定されていないが、前述のごとく間接強制はあくまで債務者による債務の履行を確保することを目的とする方法であることから、債務者の意思によりその債務を履行することができない場合に間接強制を認めることは、単に債務者を苦しめるだけの苛酷執行となり許されないと理解が一般的である。ただし、いかなる場合に間接強制が否定されるのかについては、学説上、間接強制の一般的要件論を始めとして具体的事例の帰結に至るまで議論があり（後述二を参照）、個々の具体的事例における判例の集積が期待されている状況にある。

このような状況下において、本決定は間接占有者に対する建物退去土地明渡義務につき間接強制を否定するものであり、間接強制の活用場面に関する具体的な限界例を示すものとして意義があるといえる。その一方で、本決定は単に本件における間接強制を否定するだけで、特にその具体的な理由を述べるものではないため、間接強制の限界に関する一般論に対して示唆するところは少なく、また残された課題も多い。

以下では、まず間接強制の一般的要件に関する学説・判例の状況を、次いで間接占有者に対する建物取去・退去土地明渡しの債務名義に基づく間接強制の許否に関する議論を概観した後、本決定の考察と残された課題への若干の言及を行うことと

する。

## 二 間接強制の一般的要件に関する従来の学説と判例

### (一) 学説

民事執行法が制定される以前において、間接強制は旧民事訴訟法七三四条（明治二三年法律第二九号）において規定されていた。そこでは、「債務者カ其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為ニシテ第三者之ヲ為シウヘカラサルモノナルトキ」に間接強制を認める旨の定めがなされていた。この規定はドイツ民事訴訟法八八八条<sup>5)</sup>（ドイツ旧民法七七四条<sup>7)</sup>及び八九〇条<sup>6)</sup>（旧七五五条）にならったものであるといわれる。この旧民事訴訟法七三四条は、後に、旧民法から現行民法（明治二九年法律第八九号）への移行に伴い、民法施行法（明治三十一年法律第一号）によって、「債務ノ性質カ強制履行ヲ許ス場合ニ於テ」間接強制を認めるとの文言に改められた。この改正により、間接強制の一般的要件として掲げられていた「債務者カ其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為」という文言が抜け落ちることとなったが、この改正以後、さらには民事執行法（昭和五四年法律第四号）が施行されてから現在に至るまで、当該債務が債務者の意思のみによって履行できない場合には、間接強制を認めないとの理解が一般的である。

具体的には、間接強制が許されないとされる典型的な事例類型として、①債務者の意思を抑圧して強制したのでは債務の本

旨に適した給付とならない場合（例えば芸術活動を目的とする債務）、②債務者に強制を加えて実行させることが現代の倫理・文化観念に反する場合（例えば夫婦の同居義務、不代替的勞務の提供を目的とする雇用契約上の債務）、③第三者の協力を要する場合が挙げられている。このうち、①②の場合については特に学説上異論なく認められているところであるが、③の場合については、いかなる場合であれば間接強制が否定されるのかにつき議論がある。そこで、以下では③の場合に関する学説の概観を行うこととする。

学説は大別すると、(A) 債務の履行のために、債務者の意思の他に、特殊の設備や技能または第三者の協力を要する場合には、当然に間接強制は許されないとする見解と、(B) 第三者の協力を要することから直ちに間接強制が否定されるのではないとする見解がある。(A)の見解では、第三者の協力を要することだけで間接強制が否定されることになるため、後述する(B)の見解が説くような第三者の協力が得られる見込みや債務者が履行のために信義則上期待可能な措置を講じたか否かといった事情は問わないものといえる。

これに対して(B)の見解では、第三者の協力を要することだけで間接強制が否定されることにはならないため、これに加えていかなる場合であれば間接強制が否定されるのかにつき論じる必要が生じる。

これにつき兼子説は、ドイツ民法八八八条や旧民法七三四条

の諸規定を根拠に、「債務者の履行に外的な障害のある場合」に間接強制を否定する。そして、これに該当する具体的事例として、「その履行のために債務者の資力に不相当な費用を要するとき、履行をするのに事実上若しくは法律上第三者の同意若しくは協力を要するに拘わらず、容易にこれを得る見込のない場合（例へば、他人の手術、撮影）」を挙げる。兼子説の特徴は、間接強制の許否を判断するにあたり、第三者の協力を得られる見込みに言及する点である。また、債務の履行のために必要とされる費用と債務者の資力の関係という具体的事情や、法律上だけではなく事実上の障害も考慮する点も注目される。

松本説も、間接強制が可能とされるのは、当該作為の実行が債務者の意思のみに係る場合であり、債務の履行の為に第三者の協力を要する場合において、これが得られる見込みがなければ間接強制は不適法であるとするところまでは、兼子説と同じである。しかしながら、松本説は、これに加えて、第三者の協力を要する場合において「債務者が第三者の協力を得るために期待可能なことをすべて行った場合に初めて、第三者の協力が得られないために作為を実行することができない」とする点に特徴がある。

次に、中野説は、旧民訴七三四条による「債務者が其の意思のみに因り為し得べき行為」という要件について、「債務者がその作為債務の履行に第三者の協力を要する場合はきわめて多く、この要件限定を文字どおりに受け取るわけにはいかない」

とする。そして、「執行方法で克服できない外的な障害」があるかどうかを基準に、間接強制の許否を決定すべきと説く。

「執行方法で克服できない外的な障害」がある場合とはいかなる場合かについては具体的な基準が示されていないが、「義務履行に第三者の協力を要する場合は多様であり、その協力が得られる見込みにも（事実上・法律上の両面にわたり）大きな幅があつて、一律に解するのは適当でない」との記述からすると、具体的事案に応じて判断する趣旨であると解される。また、大濱説は、「第三者の協力調達を含めて強制することが相当か否かにつき、具体的な事情に照らして判断すべきである。」とするもので、中野説より端的に事案ごとの総合的な判断を説くものといえる。

## (二) 判例

(一) 間接強制の一般的要件について

間接強制の一般的要件に関しては、まず、旧法下の判例として、明治三十一年改正により旧民訴七三四条から「債務者カ其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為」の文言が削除された後においても、間接強制は債務の履行が債務者の意思のみに係る場合に限り認められることを前提としているものがある（①大決大正一〇年七月二五日民録二七輯一三五四頁、②大決昭和五年一月五日法律新聞三三〇三号七頁、③最判昭和三十一年七月四日民集一〇巻七号七八五頁）。そして、現行民事執行法下においても、

最高裁は間接強制の一般的要件として、債務の履行が債務者の意思のみに係ることを前提としているように解される判例が存在する(④最決平成二七年一月二二日判時二二五二号三三頁)。

(ii) 前記要件と具体的事例における間接強制の許否

次に、前記要件との関係で間接強制の許否が問題となった事例のうち、間接強制が許されないとされた例としては、送電債務を負っている債務者が、右債務を履行するためには債権者側の受電設備の完了が必要であったという事例(⑤大決大正四年一二月二一日法律新聞一〇七七号一八頁)、株券を引き渡す債務について、その株券がすでに焼失しているため、株券を引き渡すにあたってその株式会社による新株券の発行交付を求める必要があったという事例(前記②決定)がある。⑤決定は、債権者が送電設備を完了しても債権者が受電設備を完了していないために送電作業をすることができないことを理由とする。②決定は、仮にその株式会社が、法律上、債務者の請求に応じて新株券を発行すべき義務を負っているとしても、「容易ニ二重ノ株券発行ヲ肯シスヘキヤ否不明ニシテ速断ヲ許ササルカ故ニ」、右債務の履行は「債権者ノ意思ノミニ係ルモノ」とはいえないとする。

また、下級審裁判例としては、コンサート主催者の雨天中止となったコンサートを再演する義務につき問題となった事例(⑥東京地判昭和六三年五月一二日判時一二八二号一三三頁)

がある。⑥判決は、この義務につき間接強制を否定する理由として、「被告にマドンナコンサートを改めて開催する義務なるものが仮にあるとしても、その義務は被告の意思のみで履行できるものではなく、アメリカの歌手であるマドンナ側の意思にかかりマドンナ側との契約又はその協力なしには実現できない代替的なものであるから、その債務の性質上、直接強制の余地はなく、債務者の費用をもって第三者になさしめる代替執行にも親しまず、また間接強制も許されないものと解するのが相当である。」と述べている。

一方で、間接強制が許されるとされた例としては、相手方の財産について行っていた管理の清算をする債務に関する事例(前記①決定)、名誉棄損に基づく謝罪広告の掲載義務が問題となった事例(前記③判決)、諫早湾をめぐる一連の事件について間接強制が申し立てられた事例(前記④決定)がある。

①決定、③判決ともに、問題となっていた債務は債務者の意思のみにより履行することができるかと判断されたことから、間接強制が肯定されている。

これに対して、④決定では特徴的な判示がなされているため、具体的に紹介することとする。まず、④決定の事例を要約すると、諫早湾での土地干拓事業において設置された潮受堤防に設けられている排水門につき、国と佐賀県側の漁業を営む者との間では、国に対して排水門の開放を命じる確定判決がなされている一方で、国と長崎県側の農業または漁業を営む者等との間

では、排水門を開放してはならない旨の仮処分決定が出されていたところ、両者ともに、それぞれ国に対して間接強制を申し立てたものである（便宜上、前者の事件を①事件（判時二二五二号三三頁）、後者の事件を②事件（判時二二五二号三六頁）とする）。

①事件において、最高裁は、国が負っている排水門の開放義務は、「それ自体、性質上抗告人（執筆者注…国）の意思のみで履行することができるものであり、このことは、国が別件仮処分決定により排水門の開放禁止義務を負ったことにより左右されるものではないと述べる。続いて、民事訴訟の制度上、権利者である当事者を異にし別個に審理された確定判決と仮処分決定がある場合に、その判断が区々に分かれることはあり得るところであるとした上で、「…本件確定判決により本件各排水門を開放すべき義務を負った抗告人が、別件仮処分決定により本件各排水門を開放してはならない旨の義務を負ったとしても、間接強制の申立ての可否を判断する執行裁判所としては、これら各裁判における実体的な判断の当否を審理すべき立場にはなく、本件確定判決に基づき間接強制決定を求める申立てがされ、民事執行法上その要件が満たされている以上、同決定を発すべきものである。」として間接強制を肯定した。なお、②事件についても①事件と同趣旨のことを述べて間接強制を肯定している。

間接強制を肯定した下級審裁判例としては、当事者の一方が

一定の期間内に一定の金員を預金すべき義務に関する事例（⑦東京控決昭和三年二月一日法律新聞二九二七号一五頁）と、木造瓦葺二階建ての居住用建物を建築すべき義務に関する事例（⑧名古屋地決昭和三八年二月一三日下民集一四卷二二〇六頁）がある。

⑦決定では、①決定③判決と同じく、問題となっている債務自体は、その性質から見れば、債務者の意思のみにより実現できるものであったといえることができる。それゆえに、この事件では、債務の性質上、債務者の意思のみにより履行可能か否かは問題となっておらず、債務者が債務の履行にあたって必要な金銭を持っていないことが、債務者の意思のみに係る債務ではないとして間接強制を否定する事由となるか否かが論点となっている。これにつき⑦決定が、債務の履行に必要な金員を「債務者：カ現ニ所持スルカ又ハ自ラ之ヲ調達シ得ヘキ状況ニアル場合ニ於テハ債務者：ノ意思ノ強制ノミニ依リ履行シ得ルモノト為サルヘカラス」と述べていることからすると、債務者の意思のみに係る債務かどうかについては、債務者が債務の履行につき必要な金員を有するか否かといった事実上の障害の有無をも考慮する趣旨であるかのように解することができる。

⑧決定は、当該債務は不代替的作為債務であり、債務者の意思により容易に履行することができるものであることから、「この建物建築の義務はその履行が債務者たる抗告人等の意思のみにかかる債務」であるとす。なお、⑦決定との対比で、

⑧決定は、債務者がまだ建物を建築できていないのは建築費の支出が他の事情から不可能となったからであって、故意に債務の履行を延期しているわけではないと主張したのに対して、「これだけでは強制執行を妨げる理由とならない」としている点が着目される。

その他、注目すべき下級審裁判例として、④決定の原審と原々審も挙げる事ができる。まず、①事件において、国は間接強制の申立てに対し、「1」本件関係自治体及び本件地元関係者が本件各排水門の開放自体に反対しており協力または同意が得られないため、本件対策工事を実施することができず、また、本件各排水門の開放の際に必要な管理規定の作成及び管理等が行えないこと、及び「2」別件仮処分決定により、債務者は本件各排水門を開放してはならない旨の義務を負ったことを理由に、債務者の意思では排除することができない事実上の障害があると主張した。これにつき、原々審である佐賀地決平成二六年四月一日（LEX／DB文献番号二五〇三九〇二）は、一般論として、「間接強制は、制裁の告知により債務者に履行を動機づけるものであるから、債務者が自己の意思のみで履行することができる債務であることを要し、第三者の協力又は同意を要するため債務者の意思では排除することができない事実上の障害のある債務は、間接強制の対象とすることができない」と解するのが相当である。」と述べる。そして、国の主張「1」に対しては、国が債務の履行にあたり、第三者の協力及び同意

が得られるよう誠実に交渉を継続するのみならず、信義則上可能な限りの措置を講じるべきであるところ、これを講じる余地がないと認めるに足りないこと、「2」に対しては、仮処分決定に対し保全異議の申立てをする等法律上の措置を講じることが可能であることから、「事実上の障害とは言い難い」として間接強制を肯定した。

次いで、①事件の原審である福岡高決平成二六年六月六日（LEX／DB文献番号二五〇四五三〇）も、間接強制を肯定したこと及び間接強制の要件に関する一般論としての判示事項は原々審と同じであるが、間接強制を肯定する理由については原々審との判断に違いがみられる。福岡高裁は、「…本件確定判決の内容は…、本件各排水門を開放することであって、…開門についての管理は抗告人（執筆者注…国）から長崎県に委託されているものの、抗告人の意思のみで開放することができ、第三者の協力又は同意を要するものではないから、債務者である抗告人が自己の意思のみで履行することができる債務であることは明らかである。」とした上で、国の主張「1」「2」は、「債務者が自己の意思のみで履行することのできる債務に該当するか否かといった本件確定判決の債務自体の性質に関わらない事由」とであると述べる。

さらに、②事件においては、国が、確定判決によって開放義務を負っているところ、この義務が開放禁止義務を履行する上で債務者の意思では排除することができない事実上の障害にあ



たると主張したのに対し、原々審である長崎地決平成二六年六月四日（LEX／DB文献番号二五五〇四二五〇）は、開放義務の存在は事実上の障害にあたらないと判断した。その根拠は以下のとおりである。（一）国の主張を認めた場合における不都合（後発の権利者の保護）、（二）民事訴訟・民事保全手続においては、判決・決定の効力は相対的であること、それゆえに同一の執行債務者を名宛人とする別の判決・決定の存在は、本来、強制執行の開始や保全執行の妨げとはならないものであること、（三）「…本件仮処分決定に基づく債務者の債務（本件開放禁止義務）は、不作為債務であって、その性質上、自己の意思のみによって履行することが可能な債務ということができ、債務者において、債権者らとの関係で本件開放禁止義務を履行することが事実上不可能ということはできない。」ことである。

②事件の原審である福岡高決平成二六年七月一八日（LEX／DB文献番号二五五〇四五五〇）も、原々審と同様の根拠に基づき間接強制を肯定した。

（iii）小括

数少ない例ではあるが、あえて最高裁の傾向をまとめるとするならば、債務者の意思のみに係る債務であるという要件を満たすか否かの判断にあたっては、当該債務が、その性質上、債務者の意思のみで履行可能かどうかを基準とされているように解される。とりわけ、④決定の①事件の原々審が、第三者の反

対や協力を得られない等といった事実上の障害があるか否か（さらにこれに関連して債務者が信義則上期待可能な措置を講じたか否か）も含めて判断しているのに対し、④決定は、債務の性質上、債務者の意思のみにより履行可能であるとしか述べていないことからすると、最高裁の想定する間接強制の一般的要件としての「債務の履行が債務者の意思のみに係ること」とは、債務の性質のことをいうものであって、事実上の障害等まで含む趣旨ではないように思われる<sup>23)</sup>。

ただし、判例の中には、当該債務が債務者の意思のみに係るものとはいえないと判断された事例のうち、第三者の協力の見込みや債務者が第三者の協力を得るために期待される措置を講じたか否かまでは考慮していないもの（⑤決定）もあれば、第三者が任意の履行をすることが明らかであるかどうかも考慮するかのように解されるものもある（②決定）ため、この問題に関する立場は未だ明らかにはされていないといえよう。

なお、①決定③判決は、債務の性質上、債務者の意思のみに係るものと判断された事例であったため、間接強制の一般的要件として、さらに第三者の協力の見込みや債務者が期待可能な措置を講じているか否かを考慮すべきであるかにつき論じる余地がなかった事例ということができる。

これに対して、下級審においては、間接強制の許否を判断するにあたり、債務の性質上、債務者の意思のみに係るものかどうかを基準とし、それ以外の事情（例えば、第三者の協力の見

込みや債務者の態様等)を考慮していないと解されるもの(⑥)判決、⑧決定、④決定①事件の原審、②事件の原々審及び原審)、債務者の意思のみに係るものか否かを判断するにあたって債務者の資力といった事実上の障害も考慮するもの(⑦決定)、事実上の障害がある場合には間接強制は認められないとし、その判断にあたって、債務者が信義則上可能な限りの措置を講じたか否かをも考慮するもの(④決定①事件の原々審)があり、この問題に関する統一的な立場は未だ存在しない状況といえる。

### 三 間接占有者に対する建物取去・退去土地明渡しの際の債務名義に基づく間接強制の許否に関する学説及び裁判例

本件のように、間接占有者に対する建物退去土地明渡しを命じる債務名義に基づく事例では、債務者が建物退去土地明渡し義務を履行するためには、第三者たる建物占有者の任意または強制的な退去が必要となることから、当該債務を債務者の意思のみに係るものとして間接強制を肯定できるかが問題となる。

#### (一) 学説

この問題につき論じた学説や判例は少ないが、これを初めて詳細に取り上げたのが梅本論文である。右論文は、間接占有者に対する建物取去土地明渡しを命じた債務名義に基づく間接強制の可否に関する判断基準を考えるにあたり、(ア)債務者が建物の所有権を有しないとき、(イ)債務者が建物の所有権を

有しているが、第三者が建物を占有し、その占有者が無権限であるとき(または第三者が債務者に権限を対抗できないとき)、(ウ)債務者が建物の所有権を有している場合であって、建物を占有する第三者が債務者に対して正当な占有権原を有するときの三つの類型を想定する。このうち、(ア)については、建物所有権がなければ取去義務を履行できず、債務者が建物所有者に何らかの交渉をする余地もないのが通常であるとして間接強制を否定する。(イ)については、さらに、①債務者が占有者に対し何らの対応もとっていないとき、②債務者が占有者に対し事実上の明渡交渉をしているとき、③債務者が占有者に対し明渡訴訟を提起したとき、④債務者が提起した占有者に対する明渡訴訟の敗訴判決が確定したとき、⑤債務者が提起した占有者に対する明渡訴訟の勝訴判決が確定したときに細分化する。そして、間接強制の許否は、債務者が信義則上義務の履行のために可能な限りの措置を講じたか否かにより決すべきとの立場より、④の場合は、債務者にとって合法的な手段が尽きており、さらに何らかの措置を講じるよう求めることはできないことを理由に間接強制を否定するが、それ以外の場合については、債務者に実行可能な措置があることから間接強制を肯定する。(ウ)についても、債務者は、占有者と交渉する等の事実上の措置をとる余地がまだ失われておらず、占有者との交渉の余地がある限り、間接強制が可能であるとする。

山本和彦説も基本的に梅本説を支持するとしながら、具体的

な場合分けを行った上で若干の違いを見せている。<sup>24)</sup> その違いのみを抜粋して取り上げると、梅本論文が想定する(イ)②の場合について、梅本説では債務者が法的措置を講じない限り間接強制が肯定されるのに対し、山本説は、債務者からの訴訟提起ではなく特に明渡交渉が有効である旨の主張立証がされた場合に限り例外的に間接強制決定の障害事由になるとする。また③の場合、梅本説では間接強制は肯定されるが、山本説では、債務者のすべきことは尽きており、当該訴訟の判決までは間接強制はできないとされる。<sup>25)</sup>

これに対して、梅本説に反対するものとして鈴木雄輔論文がある。<sup>26)</sup> 鈴木説は、当該建物に債務者以外の占有者がいる場合には、債権者が建物占有者に対する建物退去土地明渡しの債務名義を有するか、建物占有者の同意がなければ、直接強制や代替執行は執行することができないことになるが、このような場合でも間接強制が許されるのかという問題提起を行う。そして、「平成一五年改正法は、これまで直接強制または代替執行によることができるために間接強制が許されなかった事案において間接強制によることもできるという選択肢を加えたものに過ぎず、従前直接強制や代替執行ができなかった事案において、新たに間接強制を可能とするものではないから、直接強制や代替執行を行い得ない事案においては、間接強制は認められまいとする。具体的には、梅本論文の(ウ)の場合には、直接強制等によることができない以上間接強制は許されまいとし、(イ)

②③の場合は、間接強制の可否を慎重に検討すべきとする。

## (二) 裁判例

間接占有者に対する建物取去土地明渡債務の間接強制に関する裁判例としては、肯定したもの(大阪高決平成二〇年八月二二日判例集未搭載)と否定したもの(東京高決平成一九年五月八日判例集未搭載)が存在する。<sup>27)</sup>

前者は、債務者が、当該建物は複数のテナントが占有しており、立ち退き交渉は困難が予想され、このような占有状況を知りながら建物取去土地明渡しを求めるとは債務者に酷である等との主張をした事案において、債務者の主張は、債権者「が本案判決の執行力ある正本に基づき申し立てた間接強制決定の発令を妨げるものではない」とした。

後者は、当該建物を第三者(建物の賃借人等)が占有しているという事案において、「一七三条一項に基づく間接強制は、同法一六八条から一七一条までの規定に基づく強制執行が可能の場合に限って許されると解すべきである。そうすると、建物取去土地明渡請求権の目的物である建物…を債務者以外の第三者が占有している場合には、債権者は、債務者に対する債務名義のみでは同法一六八条一項に基づく引渡し又は明渡しの執行をすることができないのであるから、上記間接強制の中立しては、その要件を欠くものといわざるを得ない。」とした。<sup>28)</sup>

## 四 論評

## (一) 本決定の判断とその射程

本決定は、最高裁として初めて、間接占有者に対する建物退去土地明渡しを表示した債務名義について、間接強制を否定したものである。間接強制の一般的要件については特に明言されていないが、これまでの判例・通説と同じく、条文上の制限が課されていないことも、間接強制が認められない場合があるということを前提としているものといえる。

さらに、本決定の立場を検討するにあたっては、間接強制の許否を判断する際に、①本件債務名義が間接占有者に対する建物退去土地明渡し請求権を表示したものであること、②各建物の当初及び現時点の占有状況等記録からうかがわれる事実が考慮されていることが手掛かりとなる。まず、①の点を挙げていくことからすると、本決定は、間接強制の許否の判断にあたり、債務名義に示された債務の性質を基準としていることがうかがわれる。このことは、従来の判例と傾向を同じくするものといえよう。そして、②の点からは、単に当該債務が間接占有者に対する建物退去土地明渡義務であることのみをもって間接強制を否定するのではなく、占有状況等も考慮した上で間接強制の許否を判断する立場であることが推測される。

しかしながら、②において最高裁がいかなる事実を考慮したのかまでは明記されていないため、本件においていかなる事情が間接強制を否定する根拠とされたのかまでは不明である。例

えば、債務者Yと建物の直接占有者Z2・Z3との法的関係が希薄であることから、当該債務が債務者の意思のみに係るものとはいえないとの理由で否定されたのか、それともZ2・Z3が建物退去に任意に応じる見込みがないことが理由となったのか、あるいはZ2・Z3に対して明渡訴訟が提起されており、さらに本決定時には建物の明渡しも完了して、債務者のとるべき措置が尽きていることが理由となったのかまでは定かではない。したがって、本決定が、間接強制の一般的要件としての債務の履行が債務者の意思のみに係ることにつき、単に債務者が間接占有者であるということだけではなく、占有状況（債務者と現在の占有者の関係等）も加味して判断する趣旨に留まるのか、それ以上に現在の直接占有者が協力に応じる見込みまで考慮すべきとするのか、さらに債務者が期待可能な措置をとっていることまで要求するのかが不明である。また、前述した事由以外にも、本決定が間接強制を否定した理由として、本件事例においては、本決定当時、建物の明渡し完了しておりXの請求はすでに実現されていたこと、あるいはXはZ2・Z3に対して債務名義を取得し直接強制をすることができたこと等の諸事情より、Yに対する間接強制を認める必要性がなかったといえることが考慮された可能性も考えられる。

本決定は、債務者と直接占有者に直接の賃借関係はなく、債務者が明渡訴訟を提起した後すでに建物の明渡しも完了している、債務者のとるべき措置は尽きており、間接強制を認める必

要件もなかったといえる場合に間接強制を否定するといえず、その射程範囲は非常に狭いといえよう。

(二) 本決定と原々審・原審との関係

まず、原々審は、間接強制は直接強制または代替執行が可能で、XがZ2・Z3に対して建物の明渡しの強制執行をすることができない以上、間接強制の申立物が認められる余地はないとする。これは、前掲東京高決平成一九年五月八日及び鈴木論文と立場を同じくするものである。この立場によれば、本件の場合、間接強制の許否の判断は、債権者が現在の直接占有者に対して強制執行できるかどうかを基準に決せられることになるため、当該債務がその性質上、債務者の意思のみにより履行可能かどうか、第三者の協力の見込みや債務者がなすべき行為を行ったかどうか等を考慮する余地はなかったといえる。

そうであるとする、①債務名義上の債務の性質や②占有状況等も考慮する本決定と原々審は、結論を同じくするだけで、その判断基準や考慮要素に関しては立場を異にするものと思われる。

一方、原審は、本件債務名義をYに対する「建物退去」土地明渡請求を命じたものと解した上で、間接強制の許否につき、当該債務が債務者の意思のみで履行できる性質のものかどうかという観点から判断する。そしてその際に、単に当該債務が間

接占有者に対する建物退去土地明渡債務であることだけを考慮要素とするのではなく、Z1とYとの関係をも考慮して、「Z1がYの占有代理人である以上、Yの債務がYの意思だけでは履行できない性質のものということはできない」とした点が特徴的である。

原審と本決定は、単に当該債務が間接占有者に対する建物退去土地明渡債務であることだけを間接強制の許否の判断基準とするわけではない点で共通しているといえる。にもかかわらず原審と本決定で結論が別れたのは、原審は、YとZ1との関係は考慮しているが、Yと直接占有者たるZ2・Z3との関係は考慮できないとするのに対して、本決定は、②「当初及び現時点の」占有状況等との文言にある通り、YとZ2・Z3との関係についても考慮した結果であると推測される。

五 おわりに — 残された課題 —

本決定の立場につき考察を行ってきたが、本決定の判示から直接的に読み取れることは、間接占有者に対して建物退去土地明渡しを命じる債務名義に基づく間接強制については、間接占有者であることだけでは否定されず、占有状況等も考慮した上で判断されることになるということのみであるといえる。そのため、本決定には残された課題も多い。そこで最後に、本決定に関連する問題として、三点ほど言及して終わりたい。

第一に、実体的判断から切り離されている執行機関は、間接

強制の許否を判断するにあたり、その要件としていかなる事由をいかなる資料に基づいて考慮すべきかという問題がある。

本決定はこの点につき具体的な判断を行っていないが、②「原決定別紙物件目録記載…の占有状況等記録からうかがわれる事実」という文言からは、執行機関では、主として記録より明らかとなる事実を考慮する趣旨であると受け取られる。すなわち、第三者の協力の見込みや、債務者がとるべき措置をとっているかどうかとの関連で具体的事情に踏み込んだ判断が要求される事項については、考慮しない趣旨のように解することもできる。

私見としては、もし本決定がこのような趣旨であるならば妥当であると考えられる。簡易迅速性が求められる執行手続において、執行機関が実体的判断まで行うことができないことを鑑みれば、債務がその性質上債務者の意思のみに係るものかどうか以外の事由（第三者の協力の見込みや債務者の行為態様等）については、当事者が争わない場合や文書や審尋等において容易に証明できる事項を除いて、間接強制手続で審理・判断することは適当ではなく、請求異議訴訟で争うべきであろう。

また、本件では、原審が、債務名義となつてゐる本件判決の基準時後の占有関係の変動については請求異議訴訟において判断されるべきであり、間接強制手続において判断することはできないとしたことから、基準時後の占有関係の変動を間接強制手続で判断できるかどうか問題となる。本決定は、これを間

接強制手続において考慮できるとしたものであると解することができる。建物の占有状況は当該債務がその性質上債務者の意思のみに係るものかどうかを左右する事情にあたりと解されるため、これについては請求異議によらずとも間接強制手続において判断すべきであり、この点で本決定の立場は正当であつたと評価することができよう。ただ、占有関係の変動も間接強制手続で判断できるとした場合には、さらに、占有関係の変動を請求異議事由と位置付けた上で、これを間接強制手続でも審理判断できるとするのが、それとも、占有関係の変動は請求異議事由にはあらず、間接強制手続で主張すべき事由と解するのが問題となりうるが、これに関する本決定の立場は不明である。

第二に、本決定があくまで事例判断でありその射程範囲は限られているとすると、建物退去土地明渡しを命じる債務名義に基づく間接強制の許否につき、本件と異なる事例ではどのように解するのが問題となる。

とりわけ、本決定のように占有関係の変動も考慮に入れるとすると、債務者と現在の建物占有者がどのような関係にあるかということも間接強制の許否の判断材料になることが予想される。そうであるとする、例えば、債務者と現在の建物占有者の関係が、①本件よりも密接である場合（債務者と直接占有者が賃借関係または使用貸借関係にある場合）、②本件よりも希薄である場合（建物の直接占有者が建物を不法占拠している場

合)にどうなるかが問題となろう。

試論ではあるが、私見としては、①債務者と直接占有者が賃借関係・使用貸借関係にある場合は、原審が説くように、両者の関係が密接であるが故に当該債務が債務者の意思のみにより履行できない性質のものとはいえないことから間接強制を肯定し、②直接占有者が不法占拠者である場合や本件のように直接占有者と債務者との関係が希薄であるような場合は、債務者の法的地位も加味して判断すべきと考える。すなわち、債務者が占有者に対して對抗権原を有している場合(例えば債務者が建物所有者で、直接占有者に対して引渡請求ができる場合)には、これに基づき第三者の占有を排除することができるので、債務者の意思のみにより履行可能とことができ、間接強制は肯定される。これに対して、債務者が占有者に対して何の権原も有しない場合(例えば本件のように債務者が単に建物賃借人であって、直接占有者に対し引渡請求権を有しない場合)には、債務者が法的にとり得る手段はないため、債務者の意思のみにより履行できないということができ、間接強制は否定されると考える。

最後に、間接強制の許否との関係で、不動産の間接占有者に対して「建物退去土地明渡し」を命じる債務名義の意義ないしその請求権の実体法的な本質をいかに解すべきかについても議論の余地がある。これは、そもそも間接占有者に対する所有権に基づく建物の明渡請求は認められるのかという問題と連動す

るもので、これを肯定する立場においては、建物退去土地明渡しを命じる判決は、間接占有者が現実の占有を取得した場合に明け渡すべき義務を定めたもの<sup>⑩</sup>、あるいは将来間接占有者が占有を取得することを条件に明け渡すべき義務を定めたものと理解する。これに対して、間接占有者が現実の占有を有しない以上、明渡しを求めることはできないとの立場からは、間接占有者が直接占有者に対して有する明渡請求権の譲渡をすること、もしくは直接占有者に対して指図による占有移転(民一八四条)をすることしか求めることができないとの理解がある。

仮に「建物退去土地明渡し」を命じる債務名義が前者のように不動産の明渡しを命じたものであるとすると、その執行方法については直接強制(民執一六八条)の対象となる<sup>⑪</sup>。そして、直接強制によることができる場合には、間接強制の利用も認められているため、本決定の立場によれば、場合によっては間接強制が認められる余地が残されているといえる。これに対して、当該債務名義の意義を後者の意味で捉えると、その執行方法については意思表示義務の強制執行として、民執一七四条の対象となる<sup>⑫</sup>。そして、一七四条の対象となる場合には、条文中間接強制は認められていないため、いかなる場合であれ間接強制によることは認められないということになりはしないだろうか。そうすると、当該債務名義の意義をいかに解するかで、間接強制の許否に関する結論に差異をもたらす恐れが生じることになる。そのため、実体法上の問題ということにはなるが、この点

についても更なる検討を必要としよう。

## 註

- (1) 本決定の解説として、山本和彦「判批」ジュリ一四九二号一三一頁(二〇一六)、平野哲郎「判批」法教別冊付録四二六号三三頁(二〇一六)、小田司「判批」新・判例解説 Watch 一九号一六五頁(二〇一六)、河津博史「判批」銀行法務21七九号六三頁(二〇一六)等がある。
- (2) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』九一頁以下(岩波書店、一九六四)、兼子一『増補強制執行法』二八六頁(酒井書店、一九五二)等。
- (3) 大決昭和五年一月二三日民集九卷一〇号九八二頁參照。
- (4) さらに平成一六年の改正により、扶養義務等に係る金銭債権についても間接強制による強制執行が認められるに至った(一六七条の一五、一六七条の一六)。
- (5) ドイツ民事訴訟法八八八条一項は、「行為 [Handlung] が第三者によって実行できない場合において、行為の履行がもつばら債務者の意思に係るときは、申立てに基づき、第一審の受訴裁判所は、債務者に対して、強制金 [Zwangsgeld] により、またこれを取り立てることができ
- ない場合には、強制拘禁 [Zwangshaft] の併用によるかもしくは強制拘禁によって、行為の履行を命じることができ。各個の強制金は、二五〇〇〇ユーロを超えることができない。強制拘禁については、勾留 [Haft] に関する第二章の規定を準用する。」旨を定めている。
- (6) ドイツ民事訴訟法八九〇条一項は、「債務者が、ある行為 [Handlung] をしないことあるいはある行為の実施を受忍する義務に違反する場合、第一審の受訴裁判所は、その各々の違反を理由に、債権者の申立てに基づき、秩序金 [Ordnungsgeld] と、これを取り立てることができない場合に備えて、秩序拘禁 [Ordnungshaft] あるいは六か月までの秩序拘禁を命じることができる。各個の秩序金は、二五〇〇〇ユーロを超えてはならず、秩序拘禁は全部で二年を超えてはならない。」旨を定めている。
- (7) 間接強制導入の経緯については、我妻栄「作為又は不作為を目的とする債権の強制執行——民法第四一四条、民訴第七三三・四条の沿革——」同『民法研究Ⅴ債権総論』八一頁以下(有斐閣、一九六八)を参照。
- (8) 旧民訴七三四条の改正において、「債務者か其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為ニシテ第三者之ヲ為シ得ヘカラサルモノナルトキ」を「債務ノ性質カ強制履行ヲ許ス場合ニ於テ」と改めた趣旨や理由は不明であるといわれている。我妻・前掲注(7)一一六頁、奥田昌道編『新版



- 注釈民法(10)Ⅰ五六六頁(有斐閣、二〇〇三)(奥田昌道・坂田宏)参照。
- (9) この他にも、論者によっては、債務者の資力に不相応な多額の費用を要する場合や、債権者の側で特別な設備をしなければ債務を履行できない場合が挙げられる。
- (10) 我妻・前掲注(2)九三頁、九四頁、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法(五)』九八頁(第一法規、一九八五)〔富越和厚〕、原敏雄「間接強制の要件」近藤崇晴・大橋寛明編『法律知識ライブラリー7 民事執行の基礎と応用』三九七頁(青林書院、一九九六)、中西正ほか『リーガルクエスト民事執行・民事保全法』二四六頁、二四七頁(有斐閣、二〇一〇)〔中島弘雅〕等。
- (11) 兼子・前掲注(2)二八九頁。兼子説と同旨のものとして、奥田・前掲注(8)五八三頁〔奥田・坂田〕。
- また、「外的な障害」という用語を用いてはいないが、間接強制が認められない具体的事例に関する帰結につき兼子説と同じくするものとして、三ヶ月章『民事執行法』四二二頁(弘文堂、一九八二)、山木戸克己『民事執行法講義』二〇二頁(有斐閣、一九八四)、同『民事執行・保全法講義(補訂三版)』二二三頁、二二四頁(有斐閣、一九九九)、福永有利『民事執行法・保全法(第二版)』二二四頁(有斐閣、二〇一一)がある。
- (12) 松本博之『民事執行保全法』三三〇頁以下(弘文堂、二〇一一)。
- また、山本和彦「間接強制の活用と限界」法時六六卷一〇号二四頁以下(二〇一四)も、松本説を基本的に支持しながら、債務者が第三者の協力を得るために最善の行為をしていない場合には間接強制が可能であると論じる。このほか、松本説を支持するものとして、野村秀敏「判批」法律のひろば六九卷一五三頁(二〇一六)、山本説を支持するものとして、岡田洋一「判批」判時二二七四号一六一頁(二〇一六)がある。
- (13) なお、「債務者の履行につき執行方法では克服できない外的な障害がある場合」の具体例として、後述の②大決昭和五年一月五日法律新聞三二〇三号七頁、⑤大決大正四年二月二日法律新聞一〇七七号一八頁を挙げらる。
- (14) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂六版)』八一〇頁(青林書院、二〇一〇)。
- (15) 中野貞一郎・下村正明『民事執行法』八一四頁(青林書院、二〇一六)。
- (16) 山本和彦ほか『新基本法コンメンタール民事執行法』四三〇頁(日本評論社、二〇一四)〔大濱しのぶ〕。
- (17) 中野説、大濱説に対しては、山本・前掲注(12)一五頁より、具体的な基準の提示に至っていないとの指摘がある。

- (18) 匿名コメント判タ一四一〇号五六頁(二〇一五) 参照。
- (19) なお、この事件はマドンナの野外コンサートが雨天中止となったことから、コンサートのチケットを購入していたXが、主催者Yに対して、中止となったマドンナコンサートの再演と債務不履行による慰謝料請求をしたという事件であり、間接強制が申し立てられた事案ではない。本文で紹介した判示については、本案訴訟でYがコンサートの再演義務を負うかどうかが問われたのに関連して言及なされたにすぎないものであるため、先例としての価値を疑問視するものもある(金炳学「判批」新・判例解説 Watch 一七号一六四頁注9)(二〇一五)。その一方で、⑥判決は間接強制の許されない代替的給付の典型例を示したものであるとしての意義を有すると評するものもある(匿名コメント判時一二八二号一三三頁(一九八八))。
- (20) この事件は、名誉棄損に基づく謝罪広告の掲載を命じることが認められるか否かを判断するにあたって、その強制執行の方法が言及されたものであり、強制執行が申し立てられた事例ではないことに注意を要する。
- (21) 野村・前掲注(12) 五四頁も、「①事件における第一審以来の議論の流れからすると、最高裁は、間接強制によって実現されるべき債務の性質が仮処分決定の存在以外の何らかの事情によって左右されたり、変化する余地があるということではなく、債務者の意思のみで履行できるか否かの判断は債務の抽象的な性質のみによって決定されるべきものであり、債務名義以外の当該事案の具体的事情などは関係ないという立場に立っているように見える」とする。
- (22) 梅本聡子「間接強制の可否についての実務上の問題」金法一九七二号三八頁以下(二〇一三)。
- (23) 例えば②の場合であれば法的手段を講じること、③の場合には適切な訴訟活動を行うこと、⑤の場合は勝訴判決に基づく強制執行を行うことが指摘されている。
- (24) 山本・前掲注(12) 三二頁、三三頁。
- (25) この点につき、山本説は梅本説に対して、「確かに訴訟追行の巧拙等を問題にする余地もあるが、間接強制の審理においてそこまで判断することは適当と思われ」と説く。
- (26) 鈴木雄輔「間接強制と代替執行・直接強制の併用の許否」金法一九九〇号五九頁、六〇頁(二〇一四)。
- (27) 両裁判例の紹介は、梅本・前掲注(22) 四二頁、四三頁によるものである。
- (28) このような判示に対して梅本・前掲注(22) 四三頁は、一七三条にはない独自の要件を定立することになり、債権者の選択肢を増やすことで権利実現の実効性を高めようとする平成一五年改正法の趣旨に整合しないと批判す

る〔同旨、小田・前掲注(1)一六七頁〕。この批判に對して、東京高決平成一九年五月八日と意見を同じくする鈴木・前掲注(26)六〇頁は、梅本論文も明文の規定はないものの間接強制の適用が許されない場面(例…内容上履行を強制し得ない債務、制限的行為能力者等)に對する債務、債務者が自己の意思のみでは履行することができない債務)のあることを認めていることからすると、この批判はあたらないと反論する。

さらにこの反論に對して小田・前掲注(1)一六七頁は、債務者の意思のみに係る債務であることが間接強制の要件とされることについては、債務者の心理的強制という間接強制制度自体に内在する制約であり、一七三条一項に基づく間接強制の要件として、明文に規定のない独自の要件を設けることは性質の異なるものであると述べる。

(29) 岡田・前掲注(12)一六三頁注(22)参照。

(30) 小田・前掲注(1)一六八頁、平野・前掲注(1)三三頁参照。

(31) さらに、Yに對する間接強制を認める必要性の有無の判断には、Xに占有移転禁止の仮処分を申し立てていなかったという落度があること、およびその落度をYに對する間接強制という形で補填させることについては是非という観点も含まれているとの解釈もありうる。

(32) 小田・前掲注(1)一六七頁参照。

(33) 匿名コメント金判一四七一号二二頁(二〇一五)、山本・前掲注(1)一三三頁、河津・前掲注(1)六三頁参照。

ただし、①債務名義に表示された請求権及び②現在の占有状況等を考慮した結果、XはYに對し直接強制をすることができないとの理由で間接強制が否定されたという見方もできないはない。そうであるとする、本決定は原々審と立場を同じくすると見られることでもあるであろう。

しかしながら、私見としては、原々審の立場によると、債務者が間接占有者である場合は常に建物退去土地明渡しの債務名義に基づく間接強制が否定されることになり、柔軟性を欠くこととなるため賛同することができない(特に、後述する債務者と直接占有者の関係が密接である場合にも間接強制を肯定する余地がなくなることは、不適當であると考えられる)。

なお、原々審の立場に對する批判については、前掲注(28)も参照。

(34) 原審がこのような判示をした背景には、原々審が本件債務名義をYに對して「建物収去」土地明渡しを命じたものと解していたという事情がある。

(35) その理由として、「本件事案の事実審の口頭弁論終結

後の占有関係の変更については、それが本件判決の執行力に影響するものであれば、請求異議訴訟において判断されるべきものであり、訴訟と異なり、実体的な権利関係を判断する手続ではない間接強制の申立て手続においてこれを判断することは、手続の内容からしても無理があり、制度の趣旨に反する」との判示が参考となる。

- (36) ただし、当該債務の性質が債務者の意思のみに係るものかどうかの判断のための資料として、記録等より明らかになる事実だけを判断資料とするのは狭すぎるため、当事者の審尋（一七二条三項）を経て得られた事実も踏まえて判断すべきであろう（中野・前掲注（14）八一〇頁、八一頁参照）。

- (37) この点については、④決定が、間接強制の許否の判断をするにあたり、執行裁判所は実的な判断の当否まで審理することができないとの指摘を行っていることも参考となりうる。

- (38) 前掲注（35）を参照。

- (39) この点に関する本決定の立場を評価するものとして、平野・前掲注（1）三三頁、小田・前掲注（1）一六八頁。

- (40) 請求異議事由を強制執行手続において主張できるかについては、否定する見解（香川保一監『注釈民事執行法（七）』二九〇頁〔富越和厚〕（きんざい）、一九八九）、鈴

木忠一「三ヶ月章編『注解強制執行法（四）』一八三頁、一八四頁（山本卓）（第一法規、一九七八）」と、肯定するものと解される見解（中野貞一郎「作為・不作為債権の強制執行」同『訴訟関係と訴訟行為』二七八頁、二七九頁（弘文堂、一九六六）、川嶋四郎「現実的救済の実現過程における現状と展望」同『民事救済過程の展望的指針』三二四頁（弘文堂、二〇〇六）、債権者が争わない場合や容易に証明できるような場合に限り肯定する見解（松本・前掲注（12）三三一頁、山本ほか・前掲注（16）四三〇頁〔大濱〕がある）。

また、間接強制との関係では、山本・前掲注（1）一三二頁が、債務者がなすべきことを尽くしているということは請求異議事由であるが、間接強制手続でも考慮できると述べる。

- (41) 平野・前掲注（1）三三頁も、直接占有者と債務者の関係によっては間接強制が認められる余地があることを示唆している。

このような私見に対して、研究会では、実務感覚として、たとえ直接占有者と債務者の関係が密接であったとしても、直接占有者が明渡しに応じるケースは少なく、債務者が明渡しを求めるとは困難な場合が多いことから、間接強制を否定することになるとの「教示を戴いた。

- (42) この問題を指摘するものとして、匿名コメント・前掲

注(33) 二二頁、山本・前掲注(1) 一三二頁。

(43) この問題に関する議論については、小林明彦<sup>1)</sup>鈴木秀彦<sup>2)</sup>相場中行「不動産の間接占有者に対する物権的請求権としての引渡請求権について」司法研修所論集九七号七九頁以下(一九九七)を参照。

(44) 小林ほか・前掲注(43) 九七頁によれば、実務においては、不動産の直接占有者のみならず間接占有者に対して単なる明渡しを求める方法が普通であり、建物買取請求権行使の事案を除くほとんどの事案においては、何の疑問もなく「被告は原告に対し…を明け渡せ」という判決がされているのが実状だとされる。

(45) 田尾桃二「代理占有者に対する引渡ししないし明渡し請求」宮川種一郎<sup>1)</sup>賀集唱編『民事実務ノート(第一巻)』一六頁以下(判例タイムズ社、一九六八)。

(46) 建物取去土地明渡請求において、建物所有者が建物買取請求権を行使した場合に、その建物に賃借人がいるときは、ここにいう建物の引渡しは「指図による占有移転を求める趣旨と解するのが相当である」としたものととして、最判昭和三六年二月二八日民集一五卷二号三四頁、東京高判昭和五二年七月一四日民集三二卷四号七四七頁、大阪高判平成四年二月二六日民集四九卷一〇号三〇七九頁、東京地判平成二七年一月二七日判例集未搭載等がある。

また、間接占有者に対する物件の引渡請求について、「被告が原告に対し現実の引渡をなし得ない場合であるから、右『引渡』とは、『指図による占有移転』を求める趣旨と解するのが相当である」とした判例として、大阪地判昭和四一年三月二八日判タ一九一号一八四頁がある。

(47) ただし、債務者たる間接占有者が現実の占有を有しない以上、債権者が直接占有者に対する明渡しの債務名義を有するか、直接占有者の同意がなければ、直接強制は執行不能となるであろう。

(48) 最判昭和六三年一〇月二一日判タ六九七号二〇〇頁参照。

(49) なお、判決主文が間接占有者に対して指図による占有移転を命じている場合はともかく、単に「建物を退去して土地を明け渡せ」と命じている場合において、これを指図による占有移転を命じたものと解することができるかどうかについてはさらに議論の余地がある。

兼子・前掲注(2) 二九二頁は、「…ある意思表示をなす義務の宣言は、これを前提とする他の義務の宣言中に当然包含されていると解すべき場合がある。例えば、…所有権移転の對抗要件としての動産の引渡を求める請求中には、占有改定(民法一八三条)の意思表示を求める請求をも包含すると解すべきである(したがって引渡を

命ずる判決の確定により占有改定の効力を生ずる。」と述べており、これを肯定するかのよう解される。

兼子説に反対するものとしては、中野貞一郎「意思表示義務の強制執行」阪大法学一三号五四頁（一九五五）がある。

【付記】本稿の執筆にあたり、福岡民事訴訟判例研究会にて報告の場を戴いた。同研究会にて頂戴したご教示ないしご意見・ご指摘につき、改めて厚く御礼を申し上げます。