

第5 動産の引渡し、集合動産の譲渡担保権の確認を求める場合の請求の趣旨と判決主文

○動産等の引渡請求とその執行不能の場合における請求の趣旨と判決主文

基本型

- (1) 遅延損害金の附帯請求がないとき
 - 1 被告は、原告に対し、別紙株式目録記載の株券を引き渡せ。
 - 2 前項の強制執行ができないときは、被告は、原告に対し、〇〇〇万円を支払え。
- (2) 遅延損害金の附帯請求があるとき
 - 1 上記1に同じ
 - 2 前項の強制執行ができないときは、被告は、原告に対し、〇〇〇万円及びこれに対する執行不能の日（執行不能調書その他の公文書によって証明された執行不能の日）の翌日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

《参照判例》最二小判昭63・10・21裁判集民155・55，判時1311・68，判タ697・200

《参照条文》民法415条～417条・709条，民事訴訟法135条

解説

1 代償請求の併合の可否

原告が、動産・証券等といった一定の物の給付請求をした場合、不動産の場合と異なり（もっとも、建物であれば、火災等による滅失はありえないではないが、実際上は想定し難い。）、物の引渡しの執行の際に、物の滅失などによってその執行が不能になることが考えられる。そのような場合に備えて、判決主文中に、上記の主文1項のような物の引渡しを命じる主文のほかに、主文2項のように、物の引渡しの強制執行が不能になったことを条件に、物の引渡しに

代わる一定の金員の支払を命じておくことができるかという問題がある。

代償請求の併合については、明文の根拠規定がなく、かつては否定する裁判例もあったようであるが、一定の物の引渡し（特定物か不特定物であるかを問わない。）を求める原告の立場からすれば、物の給付請求と併せて代償請求を認める必要性が高く（もし、代償請求が認められないとすれば、原告は、上記主文1項のように物の引渡しを命じる勝訴判決を得ても、その強制執行が不能になった場合に、物の引渡しに代わる損害賠償請求をするために改めて別訴を提起しなければならない。）、これを認めても特に被告にとって不公平な事情も見当たらないことから、判例実務上認められるに至っている（後掲《参考文献》田中・261頁参照）。

2 訴訟法上の問題点（訴えの利益，請求権適格性等）

代償請求は、一定の物の引渡しの執行が将来不能となることを条件として発生するものである点で、将来の給付を求める訴えであるので（民訴135）、あらかじめその請求をする必要性（訴えの利益）と請求の適格性があるかという問題があるが、代償請求が問題となる事案では、一定の物の引渡しの給付義務が発生していて、それが遅滞に陥っているのであるから、物の引渡しに執行不能となった場合に備えて物の引渡しに代わる金員の支払を求める必要性・合理性を肯定しうる。これに対し、本来の給付の執行の不能がありえない場合には、予め本来の給付に代わる代償請求をする必要性がなく、訴えの利益も請求権の適格性も欠くことになる。そのような例として、前掲《参照判例》の事例がある。

一定の物の引渡しの請求（上記主文1項）と代償請求（上記主文2項）の関係は、代償請求が、物の引渡しの給付が執行不能となったことを条件とする将来の給付請求で、物の引渡し請求と両立しうる関係であるといえることから、予備的併合ではなく単純併合と解されている。

3 代償請求の実体法上の問題点

代償請求の法的性質は、一定の物の引渡し義務の履行に代わる填補賠償と解され、債務不履行によるものと、不法行為によるものが考えられる。ところで、一定の物の引渡し義務は、強制執行の際に被告がこれを所持していないことによって執行不能になることには疑いが無いが、厳密には履行不能とはいえ履行遅滞となっているにすぎない場合が多く（特に種類物の場合にはそうである。）、

このような履行遅滞の場合にも、物の引渡しに代わる填補賠償を認めてよいのかという問題がある。

この点について、代償請求を初めて認めた大審院民事連合部昭和15年3月13日判決（民集19卷530頁）は、履行遅滞による損害賠償として代償請求を認めており、その後この結論について異論は見当たらない。そもそも、履行遅滞を理由として物の給付に代わる損害の賠償（填補賠償）をいかなる場合に請求しうのかという問題について、判例・学説は、遅滞後の履行が債権者にとってほとんど利益のない場合と、これに該当しない場合でも一定の期間を定めて本来の給付を催告した場合には、契約解除をせずに填補賠償請求をすることを認めている（我妻榮『債権総論』113頁）。そして、代償請求の場合には、一定の物の引渡しを請求する訴えが提起されたときは本来の給付についての債務者に対する強力な催告を含むといえること、訴えの申立ての中に一定の期間を定めることを要求しても、その期間は訴訟の係属中に経過するのが通常であるといえること、債務者は敗訴しても、債権者が執行不能として填補賠償について執行するまでの間に本来の給付をすれば、填補賠償についての執行を免られること、といった理由で、上記の催告の要件を要求せずに、代償請求という形で履行遅滞による填補賠償請求を認めてもよいと説明する学説が有力である（我妻・前掲書116頁）。

次に、代償請求の法的性質を前記のように損害賠償請求と捉える以上は、被告の故意または過失が必要となるところ、被告が物の引渡義務を履行遅滞している間に被告の責に帰することのできない事由によって履行不能となった場合、履行不能が被告の故意または過失によるものではないことを理由に、履行不能による損害賠償義務を免れることになるのかという問題があるが、この点については、既に被告の責に帰すべき事由によって遅滞にあったことを理由に、その後の履行について全責任を負うことが信義則に適するとして、その不能は常に債務者たる被告の責に帰すべき事由に基づくと解して賠償責任を認めるべきであるとするのが通説である（我妻・前掲書145頁）。

4 代償額の算定基準時

代償請求は、物の引渡しを命じる勝訴判決が将来執行不能となる場合に備えて、あらかじめ請求するものであるから、その代償額（填補賠償額）は、本来、将来の執行不能時の物の時価であるべきで、事実審の口頭弁論終結時に決めら

れるものではないはずであるが、判例は、事実審の口頭弁論終結時としている。代償請求を適法と認めて判決をする以上、この結論によるしかないであろう。

ただ、そうすると、事実審の口頭弁論終結時点と実際に強制執行が不能となった時点の物の価格差を判決確定後に是正するべきかどうかという問題が生じる。例えば、強制執行の不能時の価格が口頭弁論終結時の価格を上回っているときは、原告が差額の追加請求の新訴を提起できるとし、その逆の場合には被告が差額につき請求異議の訴えを起こせるということも考える余地はある。しかし、そもそも、物の引渡しを命じられながらそれを履行しなかった被告をそこまで保護する必要はないというべきであるし、原告も、強制執行が不能になった後に再び損害賠償を請求する途を選ばずに、自ら代償請求という形を選択して訴え提起をするのであるから、上記のような価格差がありうることを覚悟していると解することができ、判決確定後の価格差の是正は認めるべきではないと考える。

5 遅延損害金の支払を求める請求の趣旨と判決主文（執筆者からの提言）

原告が代償請求をする場合に、一定の物の口頭弁論終結時の時価相当額の代償額（損害賠償額）に、遅延損害金を付加して請求することは可能であろうか。この問題については、論究する文献が見当たらなかったため、以下に、私見を述べる。

代償請求権は、物の引渡しの強制執行が不能となったことを条件に発生する物の引渡しに代わる填補賠償請求権で、このような法的性質からみて、同請求権の発生と同時に履行期が到来するものと観念できるから、遅くとも、同請求権の発生日の日または翌日（不法行為による損害賠償請求であるときはその日に当然に、債務不履行による損害賠償請求のときはその日以降に催告等のあった日の翌日。以下、議論の簡略化のため、単に「翌日」とする。）から遅滞に陥り、遅延損害金が発生すると考えることができ、そうすると、同請求権の遅延損害金の始期は、物の引渡しの強制執行が不能となった日の翌日と考えることが一応可能である。

では、民事訴訟法135条の将来請求として、この遅延損害金の請求をする訴えの利益および請求権の適格性は肯定できるであろうか。代償請求権自体が原告の便宜上特別に認められたものであることからすれば、遅延損害金まであらかじめ請求をする必要があるものとは言い難く、かつ、遅延損害金の発生と履行

不能が必ずしも一致するものではなく請求権の適格性もないとして、却下すべきであると解することもできないではない。

しかしながら、そもそも代償請求権を認める訴訟経済上の理由を考えると、損害賠償請求の本体を認めておいて、遅延損害金部分については、将来改めて別途訴求すればよいと考えるのも迂遠であり、動産の引渡しとその不能に関して想定される紛争は一回的に解決すべきであるという考えも成り立つであろうし、遅延損害金の発生やその金額等が不確定であるともいえない。遅延損害金の発生の日の特定については、原告が金銭債権部分について執行手続をするためには、執行文付与は不要であると考えられるものの、執行開始の要件としては、物の引渡しと金銭債権に代わったことについて、執行不能になった旨の執行不能調書（民執規13①七）その他これと同等以上の証拠価値を有する公文書を提出することが必要であると解されるから、その書類によって証明された日とすれば足りるのであろう。冒頭の主文例(2)2は、このような場合を想定しての主文例である。

この点に言及した論稿は見当たらないので、執筆者において編集者（塚原）との協議を経たうえ、上記のとおり提言する。

《参考文献》田中康久執筆，香川保監『注釈民事執行法』2巻251頁（金融財政事情研究会，1985），瀬戸正二「いわゆる代償請求について」宮川種一郎＝賀集唱編『民事実務ノート』1巻241頁（判例タイムズ社，1987），羽柴隆「予備的代償請求」兼子一編『実例法学全集 民事訴訟法』上巻203頁（青林書院新社，1963）

〔作原 れい子〕