

～諫早湾土地改良事業をめぐる裁判・民事手続法的見地から～

講師：金炳学 福島大学行政政策学類法学系 准教授

指導教員：久末弥生准教授

開講日：平成27年10月16日（金）18時30分～20時40分

場所：梅田サテライト6F 107号教室

配布資料：①レジュメ：後掲（P.13～）

②資料1（福岡高裁平成26年6月6日決定判例解説）：金炳学准教授 新・判例解説Watch T K C 文献番号z18817009-00-060541173 （略）

③資料2（最高裁平成27年1月22日決定判例解説）：金炳学准教授 新・判例解説Watch T K C 文献番号z18817009-00-060561192 （略）

④資料3：金炳学准教授 「債務者の意思のみで履行することが可能な債務とされ間接強制が認められた事例—諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件に関する執行抗告審決定」 福島大学行政社会学会行政社会論集第28巻第1号（2015年7月）抜刷 （略）

⑤民事執行法（抄） （略）

議事録担当：M1 内村朋弘

## 1 はじめに

諫早湾土地改良事業をめぐる裁判は、諫早湾に設置された開門を「開けろ」、「開けるな」という2つの判決と仮処分命令が、バッティングしている事例である。私は、開門を開けるという側からのアプローチをしている。その理由は、目的意識としての問題である。

私は、かつて九州にいたことがあり、ムツゴロウなどがいるため、自然を残した方がよいと考えていること、国土の広い日本で、わざわざ、無理に、長崎に農地を作らなくてもよいのではないか、さらに、3,000億円もの税金を投入する意味があるのかと考えるためである。

T K C から判例評釈についての原稿依頼が来たとき、ページ数の関係で、佐賀県側の考え方しか書くことができなかった。もう一方の長崎県側には、別の主張がある。

民事執行法の条文の抜粋を配布しているので、参照していただきたい。民事執行法第172条は間接強制について、また、同173条は新しく立法化されたものであり、日本のオリジナルである。この点については、後で述べたい。

強制執行には3種類しかない。

まず、①「直接強制」である。

あるものを引渡せ、例えば、子供を引渡せというものである。

二つめが、②「代替執行」である。

大阪空港の事案が該当する。大阪空港周辺の学校の窓を二重窓にせよという場合、空港ではなく、ゼネコンに行ってもらおうというように、第三者に代替して執行してもらう方法である。

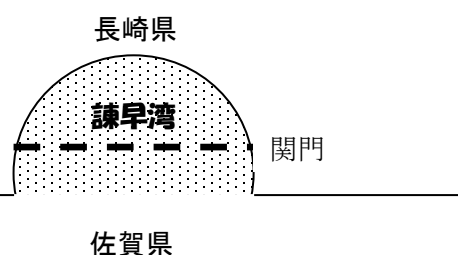
最後が、③「間接強制」である。

1日につきいくらか支払えと、プレッシャーを与えていくという方法である。相場は、「対価」とされており、計算式は裁量によって決まる。3,000円もしくは10,000円の倍数が一般的である。例えば、子供との面会交流では、一方の親が面会させなかった場合には1日3,000円、30日面会させなかった場合には90,000円が課される。それでも面会させなかった場合には、1日6,000円というように、金額が引き上げられることになる。

## 2 事実の概要

レジュメにしたがって説明していきたい。

諫早湾は、千年も前から干拓が計画されていたが、台風が頻繁に来る地域であることがネックとなって、なかなか実現しなかった。



干拓にあたり、関門を設置して諫早湾を仕切った。佐賀県側は、タイラギなどが全

滅しかねないとして、漁業行使権に基づき、開門調査を求めて訴訟を提起した。開門調査とは、この関門を全て取っ払えというものではなく、関門を開けて、ノリやタイラギが死んでいるかを調査することである。

一方、長崎県側は、永らくの念願であった農地、すなわち、所有権に基づき、関門を開けると干拓地が浸水することから、関門を開けるなど主張した。

佐賀地裁では、佐賀県側が勝訴し、福岡高裁ではレジュメにあるように、「平成22年12月6日に判決確定の日から3年を経過する日までに、防災上やむを得ない場合を除き、潮受堤防の各排水門の5年間にわたる開放を命ずる判決」を得た。

しかし、国は上告しなかった。当時の首相が、「自分は科学的知見があるから、開門しなければならない」という政治的判断を行ったためである。これが、現在も紛糾が続いている原因となっているといわれている。

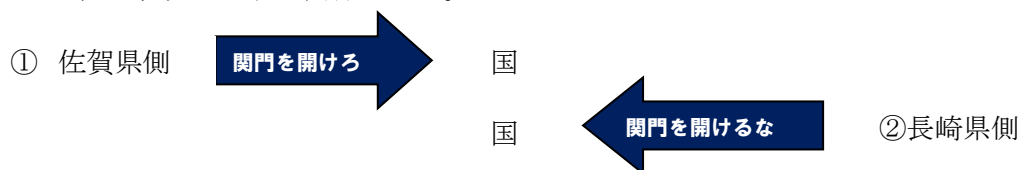
判決文に基づき、強制執行が行われる。

佐賀地裁において、佐賀県側1人につき1万円の間接強制金を支払えという決定が下されたが、これに対して、国は、地裁の決定に対して抗告した。しかし、福岡高裁で棄却され、国は、最高裁に対して許可抗告を行った。

長崎県側でも国に対する訴訟が始まっていたので、最高裁まで争うことによって、両方の訴訟がバッティング・対消滅させることを国は狙っていたのであり、最高裁の調整

を期待していた。

訴訟は、次のような関係になる。



両方の裁判とも国が被告となっているが、両訴訟は、それぞれ別の手続によって行われたということが非常に重要である。だからこそ、それぞれ別々の判決が出されたのである。

当事者はそれぞれ別のため、当該当事者限りの既判力は、相対効となる。これに対して、佐賀県側と長崎県側を、直接、対決させ、国をして開門させてはならないという訴訟を提起するのか否か、釈明を求める裁判所もあった。

### 3 決定の要旨

決定の要旨を見て行きたい。

レジュメにあるように、開門は国の意思のみで履行することが可能だということが重要ポイントである。要するに、国が開門することを決めれば、開門することが可能なのだとしている。

民事訴訟と刑事訴訟との大きな違いは、刑事訴訟は検事が起訴を行うが、民事訴訟は、私的自治が大原則である。私的自治とは、私法上の法律判断について、個人が自由意思に基づき、自律的に形成することができるという原則である。どのような契約を結ぶのか、どのような不動産を買うのか、あるいは、誰と結婚するのかというような、自分のことは自分で決めることができるという原則である。

私人の問題であるから、訴訟は当事者で行うということになる。これが、いわゆる、当事者の主張立証に基づき、裁判所の判断が下されるという意味であり、近代市民法の基本原理である。

民事訴訟法の大きな特徴は、次の2点である。

一つは、①「処分権主義」であり、いかなる権利関係について、いかなる形式の審判を求めるかは、当事者の判断に委ねられるという原則である。訴訟を提起するのか、和解等で訴訟を終えるのかというような、訴訟の開始と終了は、本人が決めるというものである。

もう一つは、②「弁論主義」である。事実証拠の収集を当事者の権能と責任に委ねるという原則であり、証拠を自分で集めて主張を行うことである。そのため、民事訴訟法では、弁護士を立てずに、個人で裁判を行うことができる、本人訴訟が認められている。

日本の民事訴訟に対して、ドイツは、弁護士強制主義であるため、弁護士によらなければ訴訟することができない。そのため、証拠を集めて弁護士に渡したうえで、法廷で

弁護士に主張してもらわなければならない。

日本では、弁論主義が採用されているということが、本日のポイントである。

最高裁が判示しているのは、当事者が主張立証しなければ、異なる判決が出されることもあり得るということなのである。

最高裁が「効力は当事者にしか及ばないのが原則」と判示している箇所は、「既判力」のことである。既判力とは、判決の効力のことであり、2つの考え方がある。

一つは、①「相対効」である。判決の効力は当事者にしか及ばないというものであり、相対効が原則となっている。そのため、私達は、安心して授業に参加することができる。なぜならば、判決の効力が②「絶対効」、すなわち、判決の効力が当事者だけでなく、世の中全てに渡って及ぶということになれば、私達は裁判所に毎日通って、訴えの内容が、自分達と関わりのある問題であるかどうかをチェックしなければ、安心して暮らすことができないからである。

以上が、最高裁判決の基本的な考え方であり、民事訴訟法の考え方を確認した判決を下した。

レジュメの2ページ目の8行目に移り、「執行裁判所」について説明したい。

裁判所の職分管轄には、①「判決裁判所」、②「執行裁判所」及び③「破産・再生裁判所」等があり、全て異なる役割を果たしている。

裁判所が絶対に行ってはならないことは、判決手続と執行手続の判断が二重になされてしまうことである。判決に基づき、粛々と執行手続が執行されなければならない。

判決裁判所も執行裁判所も、法曹上、裁判官という同じ資格を持つ人達によって運営されている。逆に言えば、同じ資格を持っている人達であるがため、判決裁判所の判決を執行裁判所がおかしいと思うことはあり得るだろう。

しかし、執行裁判所がおかしいと思ったので、判決と異なることを執行するという事は許されない。判決手続によって出された判断が、執行手続の段階で覆されてしまうということは、二重判断が生じるということである。これは、司法では絶対にあってはならないことなのである。

司法は、基本的人権を尊重し、弁論主義に基づき、当事者の主張があつて判決が下されたのであるから、執行裁判所が判決内容に疑問を持ったとしても、判決どおり執行しなければならず、二重判断を行ってはならないのである。もちろん、不服申立て、救済手段は、別途、存在する(民執35条など)。

間接強制は、強制執行の方法の一つであるから、執行裁判所が担当する。

大都市では、民事執行センターが執行を担当しているが、間接強制のみは、執行センターの管轄ではなく、判決機関がある本庁に担当部がある点、興味深い。

間接強制の内容などについて、国が不服を主張したとしても、判決は既に出ている。国は判決を覆そうとしているが、すでに敗訴しているのであるから、強制執行するしかないのではないかとの本件の主たる論点に対し、最高裁判所は、冷徹に、伶俐、冷酷に、

判決を下している。

最高裁判決の下線部分の「以上によれば、Y 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義務を負ったという事情があっても、執行裁判所は本件確定判決に基づき Y に対し間接強制決定をすることができる」とする。

さらに、「なお、本件各排水門の開放に関し、本件確定判決と別件仮処分決定とによって Y が実質的に相反する実体的な義務を負い、それぞれの義務について強制執行の申立てがされるという事態は民事訴訟の構造等から制度上あり得るとしても、そのような事態を解消し、全体的に紛争を解決するための十分な努力が期待されるところである」との部分、最高裁の国(霞が関でもっとも美味しい食堂の省庁)に対する要求である。

最高裁判決では、「なお書き」は用いることは、稀である。この点、最高裁の真意、人間を読むべきであろう。

## 4 判決の解説

### (1) はじめに

国が間接強制の支払の対象となった裁判例はない。

判決が出た場合、国は当然のことながら従わなければならない。しかし、国が、判決に従わなかったため、間接強制は最初 1 日 1 万円であったものが、1 日 2 万円に増額された。

間接強制を巡っては、民事執行法第 172 条の問題となってくる。

民事執行法第 172 条が、立法化されたときの経緯について説明したい。

人格に対する強制は、最も行ってはならないことが原則である。しかし、フランス法とドイツ法との折衷である日本の民法が制定された当時、日本では、直接強制→代替執行→間接強制の順に手続きが厳しくなると考えていた。

まず、人格に対する強制を行うことは、最も厳しい手段であるので、言うことを聞かなければお金を払えと強制することは、一番厳しい強制執行の方法であるから、間接強制は最後の手段と考えられていたのである。

反対に、直接強制というのは、ただ単にあちらからこちらにものに移すというだけなので、痛みを感じないだろうと考えられていた。

しかし、当時のフランス法学会では、このような考え方は採用していなかった。日本の法学者が、間違った解釈をしていたのである。

現在、子供の引渡しは直接強制とすべきなのか、間接強制とすべきなのかが大いに争われている。

片方の親が子供を連れて行った場合、執行官がその家に入り、泣き叫ぶ子供を無理やり連れていくということが、子供の福祉にとって本当によいことなのか、それとも、引き渡さなければ 1 日につき 3,000 円支払えということの方がよいことなのか、大きな問題となった。

そこで、何年もかけて制定されたものが民事執行法第 173 条である。かつては、「間接強制の補充性（最後の手段）」という語句が使われていたが、間接強制の適用範囲が拡張され、直接強制、代替執行ができる場合であっても、間接強制ができるようになった。また、両者は、債権者の選択によって順序をつけることなく、自由にできるようになった。

## (2) 学説

明治 23 年、日本は拙速に民事訴訟法の立法化を行った。

なぜならば、当時の東アジアの世界情勢を鑑みるに、欧米列強からの植民地支配のおそれから独立を守るため、不平等条約をいち早く撤廃し、近代国家を早急に樹立することを念頭に、オーストリア人とされるヘルマン・テッヒョーを、相当の高級(当時の総理などの俸給と比べられたい)で招聘し、ドイツ民事訴訟法を逐語訳的にして、日本民事訴訟法を立法した(その過程については、貴学の松本博之先生の一連のご労作を参照されるべきである)。

民事訴訟法の立法化にあたっては、時間がなかったことから、ドイツ民事訴訟法(ZPO)を直訳して導入した。しかし、日本は、近代立法を整えたものの、不平等条約を撤廃することができなかった。不平等条約を撤廃するには、私見によれば、欧米列強と伍する実力を示すことであった。具体的には、ロシアと闘わざるを得なくなりつつも、大ロシア帝国の 2 つの連合艦隊を破る国家が、ヨーロッパ以外にも存在することを世界に示さなければならなかった。

ロシアに勝ったことにより、不平等条約は解消された。近代立法の整備云々は、果たして、不平等条約撤廃の真の要件であったのか、日本古来の裁判制度を活かした、日本のオリジナルの司法制度を、時間をかけて整備しても良かったのではなかろうかと、常に、疑問が耐えないでいる(この点の正確な理解は、世界史の専門家に譲りたい。批判は、多いものの司馬遼太郎『坂の上の雲』(文春文庫、1999)など参照。なお、筆者は、『火垂るの墓』を観た後、サクマドロップを食べることが出来なくなってしまったことを、付言したい)。

民事訴訟法が拙速に立法化されたため、明治 31 年に日本語・文化・社会に合わせて、改正が行われた。その際、旧民事訴訟法第 734 条から、「債務者カ其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為」という文言が削除された。

法律の条文から文言が削除された場合、どのように解釈するのかは、①その文言の意味を全く無くしてしまう、あるいは、②解釈上、意味を残すという二つの選択肢がある。民事訴訟法では、当該文言は生きているのだと解釈され、その後の教科書やコンメンタールにもその解釈が受け継がれた。

①は、有名な我妻先生の学説である。

②は、兼子一先生の学説で通説となっている。

③は、大阪市立大学の中野貞一郎先生の学説であり、①説と②説とを基に、基本的には、債務者の意思を柔軟に解釈していこうとしたものである。その後、脚注 6 の説となっているものが、大濱しのぶ先生の説である。

④の脚注 7 の説は、大阪市立大学の松本博之先生の説である。先生はドイツ法の大家であり、ドイツ法に基づき、期待可能なことが行われた場合は許すという考え方である。

脚注 8 の説は、松本先生の影響を受けた山本和彦先生が、2014 年に法曹時報という法曹界で非常に権威ある雑誌に掲載されたものであり、一読することをお勧めする。

私としては、受け入れられる部分と受け入れられない部分とに分かれるのではないかと考えており、子供の引渡しの部分については、受け入れられる考え方ではないかと考えている。

### (3) 判例

間接強制に関する判例は、極めて少ない。

弁護士の方に聞いても、実務でも、かつては、ほとんど用いたことがないとの回答が返ってくるくらいである。しかし、民事執行法第 173 条の新設以降、利用件数は、増加している。

本稿では、ほとんど判例が見当たらない中、6 件程度、掲げた。

そのうち、④はイメージしやすい判例であるが、間接強制は否定された。電気を送ろうとしても、受ける側の設備が整っていなければ送れないだろうという内容である。

⑥は、後樂園でのマドンナのコンサートが中止されたので、もう一度、コンサートをするよう強制執行を求めたというおかしな内容なので、除外すべきであろう。

## 5 若干の検討

本件における債務者の意思では排除することができない障害に関するポイントをまとめた。

ポイント①は、事実関係である。

長崎県の協力がなければできないのではないかという趣旨である。関門の管理は国ではなく、長崎県の職員が行っているので、事実上の障害があるかどうかは、不明というものである。

ポイント②は、法律上の問題である。

佐賀県側が国に対して勝訴したとしても、長崎県側が国に対して勝訴してしまっているので、佐賀県側が得たものは仮処分、すなわち、暫定的にとりあえず行われた処分であり、本審は訴訟係属中で、まだ確定していない。

そのため、佐賀県側に「関門を開けろ」という決定があったとしても、「関門を開けるな」という長崎県側の仮処分があるため、バッティングするのではないかとすることを

言っている。この点が（資料3）に記載したように、「義務の衝突」が生じている。

(1) 「佐賀地裁平成26年4月11日LEX/DB25503902」

①は、事実関係上、やるべきことを行っていないので、もう少し行うべきではないかとの趣旨の判決である。

②の方法については、国は保全異議などによって、仮処分決定を止めることができる可能性があるのではないかとの指摘を行っている。

(2) 福岡高裁平成26年6月6日判時2225号33頁

ターニングポイントとなったものは、福岡高裁平成26年6月6日判決（資料1）である。

①の事実関係については、長崎県の職員という国の指揮命令系統に属さない職員が関門の開閉作業を行っているから、国が関門を開けるための職員を派遣し、関門を開けるための管理規定の変更をすれば、国が開門することは可能なはずだとの趣旨である。

②について、仮にバッティングしたとしても、「本件確定判決の債務自体の性質に関わらない事由である」としている。これは、今まで見たことがないようなすごい文書が述べられている。

さらに、「これによって本件確定判決の債務の性質が変化したということもできず」とし、「関門を開ける」という判決は、「関門を開けるな」という仮処分の影響を受けないということ、つまり、仮処分の影響を一切受けないということを一刀両断で明言しているのである。

そうすると、この考え方は、債務名義と債務名義同士(確定判決と確定判決)が衝突したとしても、どちらも、他方の阻害事由とならない、すなわち、何ら、影響を受けないということを理論的に明らかにしたことになる。

なぜならば、先に説明したとおり、判決の相対効の問題である。

一方の判決は佐賀県側対国、もう一方の判決は長崎県側対国であるので、佐賀県側と長崎県側とは直接対峙しているわけではないからである。

民事訴訟法の判決の既判力理論と判決の効力理論を推し進めると、佐賀県側も長崎県側も、矛盾なくどちらも影響を受けないということ、さらに推し進めると、長崎県側も、強制執行を行うことができるということと言いたかったのだと考える。

(3) 本件最高裁

福岡高裁が、事実審として、適切な控訴審の役割を果たしたことが窺える。

福岡高裁判決①の事実関係について、長崎県の職員が国の邪魔をしようとしても、国が実施すればよいと明言したものであるから、最高裁は、そのような事実審は法律審を行う最高裁では取り扱わないと判断した。



私は、評釈等、寄稿に当たり、この点については、最高裁判決では消えるだろうと予測していたので、(資料 1) では、福岡高裁判決の①の部分が消え、②の部分が主要な論点になるだろうということを記載しておいた。

最高裁判決は、やはり、②の部分しか判示していない。

レジュメに記載したように、「本件確定判決に基づき Y が負う債務の内容は、Y の意思のみで履行可能」ということになる。これは、先に説明したように、判決裁判所と執行裁判所の論理と、国 (Y) の意思があれば、開門を開けることができるのだということを示している。

では、なぜこのような状態になったのかということについて、最高裁は、民事訴訟では許容されているということを述べている。皆さんは、被告が同じである 2 つの訴訟では、判決が異なることはないと考えられるかもしれない。

しかし、民事訴訟であるため、異なった判決が出される可能性があり得る。なぜならば、先に、詳述したように、民事訴訟は弁論主義を採用しているため、事実を主張して証拠を提出するのは当事者である。

レジュメに「両立し得ない司法判決が下される可能性」として、当事者の主張や提出された証拠が異なることによって裁判所が基礎とすべき事実が異なる場合等のケースを掲げておいた。

次に、なぜこのようなバッティングするような判決と仮処分が出るのかを説明したい。

佐賀県側は、この開門によってタイラギが死んでいるなど、漁業行使権侵害を訴えている。佐賀地裁、福岡高裁が調べてみたところ、タイラギが死に、有明ノリに被害が出ていた。

この時、佐賀県側の訴訟が先に提起されており、その訴訟で国が負けた場合、長崎県側から「開門を開けてはならない」という訴訟が提起されれば、国は、普通、漁業被害について主張しなければならないはずである。つまり、佐賀県側との訴訟で漁業被害が認定されているのであるから、行政としては司法を尊重し、長崎県側との訴訟において、開門すれば漁業被害が生じた佐賀県側との訴訟で認定されたということを示さなければならない。

しかし、国は主張しなかった。そのため、長崎県側が勝ち、漁業被害が認定されたことを主張しなかった国は負けた。ここで民事訴訟の弁論主義が作用したのであり、レジュメにまとめた「両立し得ない司法判決が下される可能性」の②で述べたところである。

#### (4) 両立し得ない司法判断が下される可能性

②がここポイントである。

一方では、長崎県側との訴訟において、佐賀県側が漁業行使権侵害について主張し

たにも関わらず、国は沈黙した。国が沈黙すれば、敗訴するのは当然であり、開門も禁止となる。開門禁止の判決が出れば、国は開門しなくてもよいので、責任を回避することができる。

このことは、レジュメにも記載したが、「別件長崎地裁仮処分決定理由に明示されている」ように、国が主張しなかったということが、長崎地裁仮処分決定理由にわざわざ明記されているのであり、怠惰な訴訟を行ったから敗訴したのだと言われている。

最近では、当時の首相が上告しなかったことは違憲という主張を国は行っているが、いったい、日本国憲法の何条違反であるのかについては、私の理解が及ばないところである。仮に、統治に関する憲法論であるならば、一外国人の節度として、日本国民の皆様の良心・良識を信頼し、日本国の内政に関しては、これを尊重したい。

## (5) 相反する実態法上の義務の衝突の事例

この事例として、二重契約がある。

例えば、私が、ここ、大阪市立大学で講義を行うことを契約したのと同じ時間に、都内の大学で講義を行うとの契約をしたとすると、これは二重契約に該当し、義務の衝突に該当する。二重譲渡も同様である。

次の例であるが、強制執行には3種類があると先に説明した。

建物に抵当権を設定している場合、建物を収去することは、抵当不動産の維持・保存義務に反するので、この場合は、建物収去義務と担保維持・保存義務との衝突が生じるが、建物収去の代替執行は可能である。

代替執行は、義務が衝突していても執行することができる。代替執行が可能であるのに、なぜ間接強制ができないのかということはおかしい。

民事執行法第 173 条について説明すると、土地の所有者が建物の所有者で賃借人である者に対して、土地を明渡せという裁判を提起して敗訴した場合と、建物の賃借人が建物の所有者に対して、建物を貸せと主張して敗訴した場合とは、義務の衝突が生じるということが、梅本聡子判事の論文に書かれている。

## (6) 目的建物を第三者が占有している典型的場合

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」のケースだけを見てみたい。

債権者→債務者←占有者という関係の場合、梅本先生も山本先生も間接強制は不可能だとする。

しかし、私はおかしいと考える。なぜならば、この例の場合、先ほどの佐賀県側対国、長崎県側対国と同じパターンであり、この場合、間接強制を行うことができるということは、これまで説明したとおりであるからである。

## (7) 請求異議訴訟

現段階の確認であるが、強制執行はおかしいのではないかということ、長崎県側が高裁の請求異議訴訟において主張している。請求異議訴訟とは、例えば、お金を返しているのに強制執行をするのはおかしいという趣旨で提起されるものであるが、佐賀地方裁判所平成 26 年 12 月 12 日判決において、「上記の事情に鑑みれば、本件確定判決に基づく強制執行は権利の濫用又は信義則違反に当たるか」という箇所が地裁で問題となっている。

なお、この判決は、上告しなかったことが違憲であるとの主張が国からなされると述べた訴訟の原審のものである。

なぜ、私がこの問題を取り上げたのかといえば、諫早湾の判決に係る判例タイムズあるいは判例時報では、判決文で間接強制について書かれた箇所ではなく、民法上の権利濫用及び信義則の箇所に下線が引かれていた。その判例評釈の依頼を私が受けたのであるから、信義則に基づいた評釈をしなければならなかった。

しかし、これは民事執行法の間接強制が主要な争点であって、民法の権利濫用・信義則は傍論に過ぎないと、熟考を重ねた上、孤独な判断を下し、判例評釈に取り組み始めたが、ページ制限の関係で書き切れなかった。そのため、(資料 3) に、権利濫用・信義則・間接強制金の金額の妥当性に関する試論を、詳しく記載しておいたので、飽くまで、他山の石としていただきたい。

## 6 最後に

以上のとおり、基本的な考えでは、漁業行使権の立場に立てば環境権の話、農地の立場に立てば所有権の話になるが、一旦、失った環境は戻ってこない。

確定判決同士がバッティングしてしまうという義務の衝突が生じた場合、どのように調整するかは、これから検討されていくことになる。環境法から離れて、手続法から見た場合の諫早湾事件について述べた。

私の現段階の考察では、相反する実体法状の義務を命ずる確定判決同士がバッティングした場合であっても、間接強制は、適用不可能ないし「無効化」されるのではなく、手続法のセオリー通り、執行されるべきある。

この点に関する理論的アプローチは、「判決機関と執行機関の分離の原則」に関する史的・理論的・実務的という総合的な観点についてき、ドイツ法を母法とする日本法・韓国法の姉妹法アプローチが有効であり、すでに着手している。

最後に、本年 10 月 5 日に、福岡高裁が国と漁業者に対して、和解勧告を出したことを伝えておきたい。

## 7 質疑応答

Q1 漁業行使権が、なぜそのように強いのか。

A1 漁業行使権は、相続の対象となるように、物権に近いような権利と理解してほしい。  
民法や漁業法の条文に権利が明確に記載されていれば、審判の対象とされる明確な権利であり、明確な権利対象なので勝てる。

一方、例えば、グーグルから削除してもらった権利などは、まだ固まっておらず、しかも、明文規定がないので、勝てない可能性がある。

Q2 もし、国が上告していたら、どうなっていたか。

A2 仮定の上に仮定を重ねた回答とならざるを得ないが、国が漁業行使権のことを主張して上告していれば、勝てた可能性があると考ええる。

2015年10月16日

於：大阪市立大学

諫早湾土地改良事業における開門調査確定判決に基づく間接強制事件に関する最高裁(許可抗告審)決定

【文献種別】 決定/最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 平成27年1月22日

【事件番号】 平成26年(許)17号

【事件名】 間接強制決定に対する執行抗告棄却に対する許可抗告事件

【裁判結果】 抗告棄却

【参照法令】 民事執行法172条、同10条

【掲載誌】 裁時1620号4頁、判時2552号36頁、判タ1410号55頁

金炳学 (福島大学)

#### 事実の概要

佐賀県側の漁業者ら49人(Xら、債権者・相手方)は、国(Y・債務者・抗告人)に対して、国営諫早湾土地改良事業の開門調査をめぐり、福岡高裁において、平成22年12月6日に判決確定の日から3年を経過する日までに、防災上やむを得ない場合を除き、潮受堤防の各排水門の5年間にわたる開放を命ずる判決(判時2102号55頁)を得た。これに対し、Yは上告をせず、判決は確定した(以下、「本件確定判決」という。)。本件確定判決により、Yは、平成25年12月20日までに、本件各排水門を開門すべき義務を負ったが、これに従わなかった。そこで、Xらは、同月24日、本件確定判決を債務名義として(民執22条①)、Yがその義務を履行しない場合、主位的に1日につきXらに合計1億円、予備的に1人当たり1日につき204万816円の割合による金員の支払を求める間接強制を申し立てた。佐賀地裁は、平成26年4月11日、「本決定の送達を受けた日の翌日から2か月以内に防災上やむを得ない場合を除き」、各排水門の5年間にわたる開放を継続しない場合、Xら1人当たり1日につき1万円の割合による金員の支払を命じた(公刊物未登載、LEX/DB25503902)。Yは、これを不服として福岡高裁に執行抗告をしたところ、平成26年6月6日に抗告は棄却された(判時2225号33頁、LEX/DB文献番号25504530)。これに対し、Yは抗告した。

#### 決定の要旨

抗告棄却。

「…本件確定判決に基づきYが負う債務の内容は、防災上やむを得ない場合を除き一定期間本件各排水門を開放することだけであるから、それ自体、性質上Yの意思のみで履行す

ることができるものである。このことは、Y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ことにより左右されるものではない。民事訴訟において、当事者の主張立証に基づき裁判所の判断がされ、その効力は当事者にしか及ばないのが原則であって、権利者である当事者を異にし別個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制度上あり得るのであるから、同一の者が仮処分決定に基づいて確定判決により命じられた行為をしてはならない旨の義務を負うこともまたあり得るところである。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Y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許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。

以上によれば、Y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義務を負ったという事情があっても、執行裁判所は本件確定判決に基づきYに対し間接強制決定をすることができる。

…なお、本件各排水門の開放に関し、本件確定判決と別件仮処分決定とによってYが実質的に相反する実体的な義務を負い、それぞれの義務について強制執行の申立てがされるという事態は民事訴訟の構造等から制度上あり得るとしても、そのような事態を解消し、全体的に紛争を解決するための十分な努力が期待される場所である。」

## 判例の解説

### 一 はじめに

公刊された判例集において、国に間接強制金の支払を命じた事案が見当たらないなか、本件では、国が間接強制金の支払を命じられ、社会的にも耳目を集めている<sup>1</sup>。諫早湾土地改良事業の開門調査をめぐっては、本件のほか、継続的不作為義務としての開門禁止を命じる仮処分決定(民執 22 条③)に基づき国を債務者とする間接強制決定を是認した別件許可抗告審決定(最二小決平 27・1・22 裁時 1620 号 5 頁)がある。民事執行法 22 条所定の債務名義間に優先劣後の関係はなく、本件及び別件事件において、国は相矛盾する義務を負い、理論的にはいずれか一方の義務に従っても他方の義務に違反することとなり、間接強制金の支払を命じられる事態となった(現段階では、本決定に基づく間接強制金が支払われている。なお、佐賀地決平成 26 年 9 月 5 日(公刊物未登載、LEXDB25504882)によって、Yらのうち 4 名につき強制執行の停止が認められており、間接強制金は、1 日当たり 1 万円が 45 名に支払われている)。本決定は、相矛盾する義務の衝突があつたとしても、債務者の意思のみで履行することができる債務にあたり、執行法上、間接強制が可能である(義務の衝

<sup>1</sup> 本件事案の詳細は、岩橋健定「諫早湾干拓事業をめぐるとの混迷と民事訴訟制度(1)、(2・完)」法教 404 号(2014)44 頁以下、405 号(2014)61 頁以下を参照されたい。

突は、間接強制の阻害事由とはならない)旨を明らかにしたはじめての最高裁の判断である。

## 二 判例・学説の概観—債務者の意思では排除することができない障害

原則—間接強制の対象となる債務（不代替的作為義務及び不作為義務(民執 172 条 1 項)のほか、不動産、動産の引渡し・明渡しの直接強制、代替的作為義務および扶養義務等に係る金銭債権(173 条 1 項、167 条の 15①))であり、その要件<sup>2</sup>を満たせば、債権者の申立てにより間接強制決定がされる。

例外—内在的制約→本件、債務者の意思では排除することができない障害がある場合

### —学説

・明治 23 年制定旧々民訴法 734 条「債務者カ其意思ノミニ因リ為シ得ヘキ行為」

・明治 31 年改正において前記文言が失われる

①第三者の協力を要する場合には、当然に間接強制が許されない<sup>3</sup>。

②履行のために、債務者の資力に不相応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協力を要するのに拘わらず、容易にこれを得る見込みのない等の外的な障害がある場合は、間接強制は適用できない<sup>4</sup>。

③債務者が不代替的作為義務を履行するには、第三者の協力を要する場合はきわめて多く、そのような場合、直ちに間接強制を否定せず、執行方法で克服できない外的な障害の有無について間接強制決定前の審尋において判断し決すべきとし<sup>5</sup>、または、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説<sup>6</sup>。

④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評価する説<sup>7</sup>、第三者の協力の可能性を考慮すべきであり、その協力が確実であれば間接強制決定は可能であり、逆

---

<sup>2</sup> 間接強制の発令要件は、一般の執行開始要件の充足のほか、①履行を求める債務と債務名義に表示された債務との同一性、②債務の内容の特定性、③債務が間接強制の対象となるものであること、と指摘されている(鈴木忠一＝三ヶ月章編集『注解民事執行法(5)』106 頁〔富越和厚〕(第一法規、1985)、香川保一監修『注釈民事執行法第 7 卷』289 頁〔富越和厚〕(金融財政事情研究会、1989))。

<sup>3</sup> 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964)93 頁、鈴木忠一＝三ヶ月章編集『注解民事執行法(5)』98 頁〔富越和厚〕(第一法規、1985)、香川保一監修『注釈民事執行法第 7 卷』284 頁〔富越和厚〕(金融財政事情研究会、1989)。

<sup>4</sup> 兼子一『増補強制執行法』(酒井書店、1951)289 頁、奥田昌道編『新版注釈民法(10) I』583 頁以下〔奥田昌道＝坂田宏〕(有斐閣、2003)。

<sup>5</sup> 中野貞一郎『民事執行法』(青林書院、増補新訂第 6 版、2010)810 頁。

<sup>6</sup> 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』430 頁〔大濱しのぶ〕(日本評論社、2014)。

<sup>7</sup> 松本博之『民事執行保全法』(弘文堂、2011)330 頁。

に協力を得られないことが確実であれば、間接強制は許されないものとし、協力の有無が明らかでないときは、債務者が第三者の協力等を得るために期待可能なことをしているかどうかを基準になるとする説<sup>8</sup>。

#### 一判例

債務の履行が債務者の意思のみに係るとした間接強制肯定例→①財産管理の清算を請求する債権(大決大 10・7・25 民録 27 輯 1354 頁)、②裁判上の和解において当事者が金員の預金を約諾した場合(東京控決昭 3・12・10 新聞 2927 号 15 頁)、③建物約 16 坪の木造瓦ぶき二階建ての居住用建物を建築すべき債務(名古屋地決昭 38・2・13 下民集 14 卷 2 号 206 頁)

債務者の意思では排除することができない障害があったとした間接強制否定例→④債権者の側で受電設備を完成する以前の送電義務(大決大 4・12・21 新聞 1077 号 18 頁)、⑤債務者が第三者たる会社から震災により焼失した株券の再発行を受けて質権者に交付すべき債務(大決昭 5・11・5 新聞 3203 号 7 頁)、⑥開催が中止されたコンサートの再演を求める請求(東京地判昭 63・5・12 判時 1282 号 133 頁)。⑤、⑥は、除外か。

#### 三 若干の検討

本件における債務者の意思では排除することができない障害に関する判断ポイント

- ①関係自治体や地元関係者が排水門の開放自体に反対して協力または同意が得られないため、対策工事ができず、開放の際に必要な管理規程の作成等ができないこと
- ②別件仮処分決定によって債務者は排水門の開放をしてならない義務を負っていること

一佐賀地裁平成 26 年 4 月 11 日 LEX/DB25503902

##### ①について

「本件各排水門の開放義務を負っている債務者としては、当該義務を履行するために、本件関係自治体及び本件地元関係者の協力及び同意が得られるように誠実に交渉を継続するのみならず、他の代替工事を検討するなど信義則上可能な限りの措置を講じるべきであるところ、債務者が上記措置を講じる余地がないとは認めるに足りない」

##### ②について

「債務者が別件仮処分決定によって本件各排水門を開放してはならない義務を負ったことは認められるが、仮処分決定に対しては保全異議の申立てをするなど法律上の措置を講じることが可能であることからすると、別件仮処分決定が本件確定判決に基づく債務を間接強制の対象とすることを妨げる理由となるものではない」

→佐賀地裁は、①につき、本件において Y は信義則上期待可能な措置を講じていないので

<sup>8</sup> 山本和彦「間接強制の活用と限界」曹時 66 卷 10 号(2014)2729 頁。



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は言い難い旨を判示しており、本件債務の履行が債務者の意思のみに係るとして間接強制を肯定したのか、近時の学説(学説④)によって肯定したのかははっきりしない。→債権者及び債務者以外の第三者の反対は、第三者の協力又は同意を要する場合に当たらない(代替執行か間接強制によって執行。いずれの執行方法によるかは、債権者の選択を尊重(民執 173 条))。

②につき、別件仮処分決定に対し保全異議の申立てをするなど法律上の措置を講じることが可能であることを指摘するところ、保全異議等が排斥され債務者の不服申立方法が尽きた場合に間接強制が否定される可能性がある<sup>9</sup>。

—福岡高裁平成 26 年 6 月 6 日判時 2225 号 33 頁

①について

「開門についての管理は Y から長崎県に委託されているものの、Y 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 Y 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。」「本件確定判決の効力は、…対策工事の実施自体を内容とするものではないし、対策工事の実施を条件とするものでもない。…本件各排水門については、現在、Y が管理規程を定めて長崎県に管理を委託していることが認められるが、長崎県の協力が得られない場合は、管理委託契約を解除し、…Y 自身が管理を行うなどして自ら開門をすることが可能である。…本件関係自治体及び本件地元関係者の反対等は開門自体に対する事実上の障害たり得ない。」

②について

「Y は、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ことから、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旨主張する」ところ、「別件仮処分決定によって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は認められるが、この事由も、本件確定判決の債務自体の性質に関わらない事由であるし、同決定は、Y と X から以外の者との間に効力を生じるにすぎないから、これによって本件確定判決の債務の性質が変化したということもできず、「別件仮処分決定は、本件確定判決の債務を間接強制の対象とすることを妨げる事由になるものではない。」

→福岡高裁は、①につき、本件債務を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認定。

②につき、保全異議が排斥されても間接強制は肯定されるし、加えて、別件仮処分決定をもって本件確定判決の債務の性質が変化しないことを指摘する(相矛盾する義務が確定判決による場合でも、間接強制は可能)。

→福岡高裁の事実認定によれば本件債務は、①および②の観点から、債務者の意思のみに

---

<sup>9</sup> 原審の保全異議の指摘は、利益衡量としては理解しやすいが、理論的な位置づけが不明確と思われる。なお、山本・前掲 2734 頁注(66)は、衝突する義務が確定判決の場合には間接強制の阻害事由になると解する余地があるとしつつも慎重な検討を要すると指摘する。

係る債務となる。

一本件最高裁

②について

本件確定判決に基づき Y が負う債務の内容は、Y の意思のみで履行可能。

…Y 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ことにより左右されるものではない。…Y 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義務を負ったという事情があっても、執行裁判所は本件確定判決に基づき Y に対し間接強制決定をすることができる。

→民事訴訟の制度上、許容されている。

・両立し得ない司法判断が下される可能性

①判断の基準とされる時点(基準時)が異なるために基礎となるべき事実自体が変動しているとき、②当事者の主張や提出された証拠が異なることによって裁判所が基礎とすべき事実が異なる場合、③当事者の主張や提出された証拠は同一であったが、それに基づく裁判所の事実認定が異なった場合、④判断の基礎となるべき事実は全く同一であったが、裁判所の事実の評価や法解釈が異なったことで異なる結論に至った場合など

→本件は、②(別件長崎地裁仮処分決定理由に明示 Y が漁業行使権侵害の事実を主張せず)

「なお、本件各排水門の開放に関し、本件確定判決と別件仮処分決定とによって Y が実質的に相反する実体的な義務を負い、それぞれの義務について強制執行の申立てがされるという事態は民事訴訟の構造等から制度上あり得るとしても、そのような事態を解消し、全体的に紛争を解決するための十分な努力が期待される場所である。」

一相反する実体法上の義務の衝突の事例

・二重契約(同一時間に異なる場所で講演)、二重譲渡(同一の特定物を別の相手に売却)等

・建物に抵当権を設定している場合、建物を収去することは抵当不動産の維持・保存義務に反するので、この場合は、建物収去義務と担保維持・保存義務の衝突が生じるが建物収去の代替執行は可能である(中野・前掲注(1)328頁注6、802頁注(6a)参照)。

・民執 173 条の創設に伴って生じた問題として、建物収去土地明渡しを命じた債務名義を有する債権者(土地所有者)が間接強制の申立てをしたところ、債務者(建物所有者)は、第三者に当該建物を賃貸している場合<sup>10</sup>も、建物収去土地明渡債務と建物賃借人に対する建物

---

<sup>10</sup> 梅本聡子「間接強制の可否についての実務上の問題」金法 1972 号(2013)43 頁以下の設例による。

賃貸債務を負っており、義務の衝突が生じている<sup>11</sup>。間接強制は可能か。

－梅本聡子「間接強制の可否についての実務上の問題」金法 1972 号 38 頁以下の設例

建物収去土地明渡しを命じた債務名義を有する債権者が間接強制の申立てをしたところ、債務者は、第三者が当該建物を不法占有しており、債務者は当該第三者に対して明渡訴訟を提起するなどの債務の履行に向けてできる限りの措置は講じているとして、申立ての却下を求めた事例。

建物収去の執行は、代替執行により(171 条)、土地明渡しの執行は引渡執行(168 条)によるしか方法はなかった。この場合に、建物占有者がいれば、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代替執行は不可能となり、当該債務名義では、強制執行自体が不可能となるが、173 条による間接強制の方法によることは可能であろうか。

目的建物を第三者が占有している典型的場合

(ア)債務者が建物の所有権を有しない場合

梅本 間接強制 不可能

山本 間接強制 不可能？

(イ)債務者が建物の所有権を有しているが、建物を占有して任意の明渡しに応じない第三者がある場合に、第三者が無権原であるとき(または第三者が債務者に権原を対抗できないとき)

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

梅本 間接強制 可能

山本 間接強制 可能

②債務者が、占有者に対し、事実上の明渡し交渉をしているとき

梅本 間接強制 可能

山本 間接強制 例外的に不可能

③債務者が、占有者に対し、明渡訴訟を提起したとき

梅本 間接強制 可能

山本 間接強制 不可能

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

梅本 間接強制 不可能

山本 間接強制 不可能

(＊本件→可能)

---

<sup>11</sup> この場合、梅本・前掲 43 頁以下は、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段階に至り間接強制を否定する。他方、山本・前掲 2736 頁は、期待可能な措置を講じている場合には、広く間接強制の阻害事由を認める。

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

梅本 間接強制 可能

山本 強制執行に不着手→間接強制可能 強制執行に着手→間接強制不可能

(ウ)債務者が建物の所有権を有していない場合であって、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

梅本 間接強制 可能

山本 合理的な交渉が行われている限り 間接強制 不可能

大阪高決平成 20 年 8 月 22 日 間接強制の申立てを認めた裁判例

東京高決平成 19 年 5 月 8 日 間接強制の申立てを却下した裁判例

一 請求異議訴訟

諫早湾土地改良事業における開門調査を命ずる確定判決に対する請求異議事件

【文献種別】 判決/佐賀地方裁判所

【裁判年月日】 平成 26 年 12 月 12 日

【事件番号】 平成 26 年(ワ)7 号

【裁判結果】 一部認容、一部棄却、一部却下

【参照法令】 民事執行法 35 条

【掲載誌】 公刊物未掲載

LEXDB 文献番号 25505419

一 争点

・ 本件各排水門を開放するには本件対策工事が必要であることが、本件確定判決後に行われた環境アセスメントの結果からも明らかになっているところ、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に強硬に反対しているため、本件確定判決が確定して 3 年が経過した時点においても本件対策工事が全く実施されていないこと、別件仮処分決定により原告が本件各排水門の開放禁止義務を負うことになり、本件対策工事の実施を見合わせざるを得ない状況になったことといった事情の下では、本件潮受堤防の公共性ないし公益上の必要性は現時点においても失われていない、あるいは「防災上やむを得ない場合」に当たることから、本件開門請求権の行使を認めるべき違法性は現時点においても認められず、本件各排水門を開放するための強制執行は許されないか。

・ 福岡高裁判決の口頭弁論終結後にされた別件仮処分決定により原告が本件各排水門の開放禁止義務を負っていることからすると、別件仮処分決定がされたことが独立した異議事由に当たるか。

・ 上記の事情に鑑みれば、本件確定判決に基づく強制執行は権利の濫用又は信義則違反に当たるか。