

Title	〔最高裁判事例研究八二〕 仮処分決定に対する異議申立に伴う執行停止の申立に対する裁判と不服申立の許否 仮処分執行停止決定に対する特別抗告申立事件(昭和四四年九月二〇日第二小法廷決定)
Sub Title	
Author	梶, 善夫(Toga, Yoshio) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.2 (1971. 2) ,p.117- 121
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710215-0117

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

づけるものでもある。判旨が以上の点に触れることなく、簡単に民法三〇八条を適用したのは、やはり主張がなかつたからであるろうか。本件判旨は、結論として妥当であろうが、当事者の主張に左右されいくつかのポイントが一般市民法の段階で判断され過ぎた点な

んとなく釈然としないものを残すのである。判決としてはやむをえないといふべきであろうか。

(阿久沢 亀夫)

〔最高裁判事例研究 八二〕

昭四四12(最高民集二三卷
九号一七一五頁)

仮処分決定に対する異議申立に伴う執行停止の申立に対する裁判
と不服申立の許否

仮処分執行停止決定に対する特別抗告申立事件(昭四四・九・二〇第二
小法廷決定)

本件抗告人Nは、学校法人M幼稚園の教諭であつたところ、昭和四二年三月二〇日、解雇の通告をうけた。Nは、この解雇を不当無効として昭和四三年五月二四日、東京地方裁判所八王子支部に対し、仮処分命令を申請し、同支部は昭和四三年六月一〇日、申請を認容し、無保証で以下のような申請の趣旨と同一内容の仮処分決定をした。すなわち、仮処分決定本文として、第一項に、「申請人が被申請人に対し労働契約上の権利を有する地位を仮に定める」、第二項に、「被申請人は申請人に対し、昭和四二年四月一日から申請人から被申請人に対する労働契約関係存在確認請求事件の判決確定に至るまで、一カ月金二万四五〇〇円の金員を

毎月末限り仮に支払え」。

これに対しM幼稚園は同裁判所に同月一三日この仮処分決定に対し異議申立をなし、それとともに仮処分命令の執行停止の申立をした。同月一七日M幼稚園の仮処分命令の執行停止の申立に対し、仮処分決定本文第二項の賃金の仮払いを命じた部分のうち、過去の部分にあたる昭和四二年四月一日から昭和四三年五月末日までの一カ月二万四五〇〇円、合計三万四三〇〇〇円の部分については、M幼稚園に一〇万円の担保を供せしめ、と認容されたが、その他の部分の申立については却下された。そこで、この仮処分命令の執行停止の申立に対する決定に対し、M幼稚園からは申立却下部分につき、Nからは申立認容部分について、M・Nの双方から民訴法四一九条ノ二に基づく特別抗告がなされた。このうちNからの特別抗告(最高裁昭四四(ク)二四〇号)が本件である。(なおMの抗告事件(最高裁昭四四(ク)二三九号)については、判例時報五七一号

四六頁以下参照)

Nの特別抗告の理由は、執行停止を命じた原決定は、憲法三五条・二八条・三二条・一四条に違反するというにあつたが、最高裁は、単に原決定の法令違背を主張するにすぎず、民訴法四一九条ノ二の場合にあたらぬとして却下した。(なおMの特別抗告についても同様、却下した)本件のように、仮処分決定に対する異議申立に伴う執行停止の許否の裁判に対して、即時抗告が許されるか否かは争いがあるところである。即時抗告が許されるならば、本件のような場合には高等裁判所にすべきことになる。本件抗告人N・Mいずれも即時抗告が許されないことを前提として、特別抗告を申立てたわけである。これに対して最高裁は、まずこの点をとりあげて、即時抗告の許されないことを示し、特別抗告事件として扱った。以下が決定要旨である。

「本件抗告は、民訴法五二二条を準用してされた執行停止の申立に対する裁判に対しては不服を申し立てることが許されないことを前提とするものと解される。一般に、仮処分決定に対する異議の申立または仮処分判決に対する上訴に伴う執行停止は、当該仮処分の内容が権利保全の範囲にとどまらず、その終局的満足を得させ、もしくはその執行により仮処分債務者に対し回復することのできない損害を蒙らせる虞れのあるような例外的場合にのみ許されるもの(最高裁判所昭和十五年(ク)第四三三号、同十五年九月二五日大法院決定、民集四卷九号四三三五頁)であるところ、仮処分決定に対する執行停止の手続の附随的性格とその効果の暫定的、応急的性格にかんがみれば、申立を受けた裁判所がこれを認容して仮処分決定の執行を停止すべきものとするか、または申立を相当でないとして却下すべきものとするかは当該裁判所の慎重な判断に委ねらるべきものと解すべく、裁判所が申立につき実質的な審査をして許否を決定した場合には、民訴法五二二条二項、五〇〇条三項の準用によりその裁判を独立の不服申立の対象とすることは許されないものと解するのが

相当である。したがつて、本件原決定に対しては、これに民訴法四一九条ノ二所定の事由があることを理由にして、最高裁判所に対してのみ特に抗告を申し立てることができないものと解すべきところ、本件抗告理由中には、原決定は憲法三五条、二八条、三二条、一四条に違反するところの部分があるが、前記のような例外的場合に執行停止を許容することがそれ自体として憲法に反するものでないことは右大法院決定の趣旨に徴して明らかであつて、所論の實質は原決定が執行停止の許否の判断を誤つたという、たんなる法令違背の主張にとどまり、その抗告理由とするところはすべて民訴法四一九条ノ二所定の場合にあらぬと認められる。」却下。

判旨は大体において正当と思われるが、なお若干の疑問を感ずる。一、本件における論点は、第一に、保全処分の判決・決定に対し、上訴または異議が申立られた場合、上訴または異議申立に伴つて執行停止の申立をすることができるか否か、第二に、執行停止の申立がなしうるとしたら、その執行停止の裁判に対して不服の申立をなしうるか否か、にある。

二、論点第一について。周知のとおり、保全処分の判決または決定に対し、上訴または異議が申立られた場合に民訴法七四八条・七五六条により、五〇〇条・五二二条が準用されるか否かにつき、肯定説・否定説・折衷説がある(文献、学説については、石川、仮処分上訴と執行停止、保全判例百選・別冊ジュリスト一六八頁参照)。

判例は当初否定説を採用していたが(大判三〇三五号一四頁)、昭和二十三年三月三日最高裁第一小法院決定(民集二卷三三三頁)で原則としては否定説にたちながら、もし万一誤つて仮処分裁判の内容が、権利の終局的実現を将来するときものであつて、その執行が債務者に対して

回復することのできない損害を生ずる虞のある場合においては、例外として五〇〇条・五二二条の規定を類推すべきであると折衷的立場に立つた。ついで本件決定引用の昭和二五年九月二五日本大法廷決定(民集四卷九頁四三五頁)が、「仮処分の内容が権利保全の範囲をこえその終局的満足を得せしめ、若しくはその執行により債務者に回復しえない損害発生の危険があれば、右執行は実質上終局的執行の場合と同じであるから、この場合に限り民訴五二二条準用の必要がある」と判示して、結果的には肯定説に近くなつた。すなわち、昭和二三年の決定では、権利の終局的実現と債務者の回復することのできない損害との両要素を必要としたのに反し、昭和二五年の決定では、この両要素に「若しくは」と選択的接続詞を用いた。したがつて、仮処分の内容が権利の終局的満足を得させるものであるか、あるいは仮処分債務者に対し回復することのできない損害を蒙らせるおそれのあるものであるか、のいずれか一方の要件をみたしていれば執行停止の申立が認められることになる。また五二二条を準用すべきとした点も、より広く執行停止を認めうることを意味するもので賛成しうる。すなわち、五〇〇条と五二二条の間には執行停止の要件に差異があるから、いずれを準用するかは重要である。「保全命令における保全要件の確定は、その程度において確定判決よりむしろ仮執行宣言付判決に近いから、五〇〇条より五二二条を準用すべき」であるとは石川教授の主張されるところである(「石川前掲書」一六九頁、同書記念上巻二九頁)。私も右の理由から五二二条を準用すべきものと解する。したがつて、「不服ノ理由トシテ主張シタル事情ガ法律上

理由アリト見ユ且事実上ノ点ニ付疎明アリタル」ことは要件ではないと考えるべきであらう。いわゆる肯定説は、仮処分執行停止の要件として、①異議が理由ありと見えること、②執行により回復し難い損害が生ずること、をあげているが、判例は①の要件を不要とするものであつて、この点においては従来はいわゆる肯定説よりむしろ一歩進んでいるといえよう。すなわち、昭和二五年の決定よりして、回復しなたい損害発生の危険のみが執行停止の要件と解することでもできよう(石川・前掲保全判例例百選一六九頁)。私は保全訴訟における当事者平等の原則から、仮処分債務者に上訴または異議の申立を認めるだけでは不十分であり、執行停止の申立を認めるべきだと考えるから(肯定判・肯定説の論拠については、石川・前掲保全判例例百選一六九頁以下を参照)、かかる判例の立場には賛意を表する。しかしなお、判例は否定説を基調としている点で折衷説といえるのであり、この点には不満をもつ。本件決定もまた昭和二五年の決定を引用しているから、同様のことがいえる。

三、論点第二について。仮処分の執行停止決定に対して、不服申立が許されるか否かについては、肯定説・否定説がある(字説・判例については、吉井・本件判例解説・法曹時報二)。肯定説には、執行停止の申立が不法に却下された場合および仮処分の停止決定が、①満足の仮処分であること、②回復することのできない損害を生ずるおそれのあること、③停止の理由が法律上理由ありと見え、且つその事実が疎明された場合、の三つの要件の全部か一部を欠く場合に不服申立をすることができると、比較的小川「保全処分命令の執行の停止及び取消」(吉川)と、比較的広く不服申立の可能性を認めるものと、申立の実質上の審査に入らずたんに

不適法として却下したにすぎない場合には即時抗告を許すもの(兼子補強制執行法七五頁など)とがある。しかし、仮処分決定に対する執行停止の申立が、民訴法五二二条を準用してなされる以上、執行停止の許否の裁判に対して不服申立をなすことができると解することは困難である。五二二条二項は五〇〇条三項を準用する。五〇〇条三項は不服申立のなしえないことを明記している。五〇〇条三項が不服申立禁止を規定したのは、「本案にまだタッチしていない上級裁判所が」執行停止の処分「のみを審査する」というのは事柄の性質に反する(三ヶ月「執行に対する救済」からである。したがって、たとえ執行停止の裁判に違法な点があつたとしても、本案の係属していない上級裁判所が不服申立のみを審査することは適当ではなく許されないと解すべきであろう。

本決定は、「裁判所が申立につき実質的な審査をして許否を決した場合には、民訴法五二二条二項、五〇〇条三項の準用によりその裁判を独立の不服申立の対象とすることは許されない」とした。ここで問題となるのは、実質的な審査をして許否を決した場合という点である。形式的に、すなわち、実質上の審査に入らず不適法却下とした場合は、不服申立を許す趣旨なのであろうか。最高裁は、かつて民訴法五四七条二項に基づく執行停止の申立に対する裁判に対しては、この裁判が「本案の手續に附随し本案の裁判がなされるまでの一時的応急的な裁判であることにかんがみ、同法五〇〇条三項の規定を類推して」不服申立を許さないものとした(昭和四〇・七・二〇民集一九卷五号二九〇頁、判批「石川判法研四〇巻七号、なお五四七条二項に基づく執行停止の申立に対する裁判に対して五〇〇条三項を類推すべきでないことについて、樹

「民訴法五四七条二項と不服申立」(慶應義塾大学大学院法学研究科論文集昭和四十四年度所収参照)。これは、本件決定と矛盾しないのであろうか。吉井調査官は、五四七条二項の事案は「申立につき民訴法五四七条所定の理由の疎明がないとして申立を棄却した決定に関するものであり、その重点は不服申立の許否につき同法五〇〇条三項の規定を類推すべきかどうかにあつたのであるから、全面的不服申立禁止までをいうのではなく、したがって、そのかぎりでは、本決定とその趣旨を異にするものではないと解して妨げないであろう(吉井・前掲一四)とされる。しかし、本件決定を形式的要件を欠いたために不適法として却下された場合は不服申立をすることができるとしたものとして、かかる本件決定趣旨に合致するように、五四七条二項の場合を全面的に不服申立を禁止したものではないとすることは疑問である。

おもうに、本件決定は、執行停止の申立に対し実質的な審査をして許否を決した場合には、その裁判に対し不服申立をなしえないことを示したにとどまり、形式的に、たんに不適法却下としたような場合については答えていないと解すべきではなからうか。五〇〇条三項は不服申立を禁止する。たとえこの規定が全面的不服申立禁止を意味しないものとしても、不服申立を禁止する規定の存する以上、不服を申立ることができるところにはそれ相応の合理的理由がないければならないが、この点について本件決定は何の見解も示していない。かかる点よりして、本件においては直接関係のない形式的要件の有無による不適法却下に対する不服申立の許否については、判断を留保したものと解すべきであろう。かように解することによつ

て消極的ながら判旨に賛成しうるが、なお判旨は執行停止の裁判に對して一般的に不服申立の禁止を説いたものではなく、その点が不完全であり疑問の余地がある。

〔最高裁判例研究 四七〕

昭四三六(最高刑集二二卷
六号四八三頁)

保釈請求却下決定に対する準抗告申立棄却決定謄本が被告人と弁護人との双方に日を異にして送達された場合と抗告申立期間の起算日。

保釈請求却下決定に対する準抗告申立棄却決定に対する特別抗告事件

(昭四三・六・一九第一小法廷決定)

被告人は窃盜未遂被疑事件で昭和四二年二月三日K簡易裁判所裁判官の発する勾留状により勾留され、昭和四三年一月一八日右被疑事実と同一の公訴事実について公訴が提起され、同年二月一六日右被告人の弁護人より保釈請求があつたが、同月二〇日刑事訴訟法八九条四号の事由があるとしてこれを却下したのに対し、弁護人より準抗告の申立がなされ、準抗告審であるU地方裁判所は昭和四三年三月二日本件では刑事訴訟法八九条三号、四号の事由が存するから保釈請求を却下した原裁判は正当であるとして、準抗告の申立を棄却した。右準抗告の申立棄却決定の謄本は被告人には同月五日、弁護人には同月七日に各々送達された。弁護人は右準抗告申立棄却決定に對し特別抗告を申立てた。特別抗告の

なお本件については、松浦教授の判例批評(民商法六三卷一七四頁)がある。

(梅 善夫)

趣意は憲法三二条、三四条、三七条二項、三八条一項、二項に違反するとしているが、その内容の大意は被告人には罪証を隠滅すると疑うに足りる相当の理由のないこと、終始犯行を否認しているものを勾留することは自白を強要するものであること、本件犯行が被告人の常習性に起因するものではないということ前提とするものである。

〔判旨〕これに対し、本決定はその内容について判断するまでもなく「本件抗告の申立は、昭和四三年三月二日にされたものであつて、刑事訴訟法四三三条一項に定める五日の期間経過後のものであるから、不適法である(なお、所論の準抗告申立棄却決定謄本は、被告人と申立人である弁護人Aの双方に送達され、その日時は、被告人には同月五日、右弁護人には同月七日であることが記録上明らかであり、かような場合における抗告申立の期間は、被告人本人に對し送達された時から進行をはじめると解すべきである(昭和二七年(一)第七七号同年一月一八日第三小法廷決定、刑集六卷一〇号一二三頁、昭和三年(一)第三九〇号同年五月二九日第二小法廷決定、刑集一卷五号一五六頁参照)。」として裁判官全員一致の意見で決定された。