慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一五一〕建物の医業経営に必要な限度の判断を執行吏に委ねる仮処分の効力(昭和二三年七月一七日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	栂, 善夫(Toga, Yoshio) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.1 (1978. 1) ,p.101- 105
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=AN00224504-19780115-0101

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.

味における保証人的機能を引き受けたことになる。このような実質的な評価変更はA会社倒産の被害者でもあるYにとりあまりに酷なことといえるかもしれない。しかし、会社の取締役に就任するということは、安易なことではなく、さまざまな危険と責任も予想される地位であることを考えると、右立論は必ずしも不合理とはいえない。判旨としては、もし公平の観点からYの責任を否定したければYについても総株主の同意があり、A会社との関係では責任免除があつたと構成するのも一方法であろう。

（昭和五二年一〇月一二日稿）

加藤　修

〔最高裁民訴事例研究　一五一〕

昭和二三6（最高民集二巻八号一九〇頁）

建物の医業経営に必要な限度の判断を執行吏に委ねる仮処分の効力

仮処分異議並びに仮処分取消申立事件（昭和二三年七月一七日第二小法廷判決）

X（上告人・控訴人・債権者）は、Y_1（被上告人・被控訴人・債務者）から昭和一九年二月一〇日金七万円を借りうけた。その担保として、X所有の病院建物および同建物内にある医療器等病院経営に必要な一切の動産を譲渡し、Xが右元利金を返済したときは何時にても右担保物件を返還すること、Y_1はXの承諾なくして右物件を売渡しまたは担保としないことを約した。また同時に、右貸借関係が継続するかぎりX・Y_1は共同して病院を経営していくことを約した。それ以来、右約旨に従つてX・Y_1は共同して経営し、Y_2は右病院の病院長として右建物等を管理してきた。Xは昭和二〇年四月二六日Y_1に借入金の弁済として元利金全部の提供をした。しかしY_1が受領を拒絶したため同年五月三日供託し、本件建物に対する所有権移転登記および同建物内のすべての動産の引渡請求の訴を提起し、昭和二一年八月二日X勝訴の判決を得た。そこでXは同年八月一六日Y_1に対し書面をもつて契約解除の意思表示をなした。Xは、さらに、$Y_1$$Y_2$に対し同年同月二〇日山形地裁に右契約の不存在確認ならびに本件建物明渡請求の訴を提起した。また、Xは、本件建物について、昭和二一年八月二日の勝訴判決の仮執行宣言に基づいて同年同月一六日執行を完了した。しかし、$Y_1$$Y_2$は、なお病院を占有しているので、本案勝訴の判決がなされた際に執行が支障をきたさないよう現状を維持し、再び医療器等その他の動産をもち込ませないようにXは同年同月二〇日占有禁止の仮処分の申請をし、即日その決定を得、二一日執行をなした。これに対し、$Y_1$$Y_2$は、右仮処分決定異議の申立をするとともに特別事情の存在を理由として取消の申立をした。原裁判所は、両事件併合して審理し右「仮処分決定は$Y_1$$Y_2$において金五千円の保証を立てることを条件としてこれを取消す」旨の判決をした。X控訴。

仙台高裁は、特別事情の存在は認めたが、全面的に仮処分を取消す必要なしとした。すなわち、右仮処分決定は、$Y_1$$Y_2$において金一万円の保証を立てることを条件としてその一部を取消し次のように変更する判決をした。「本件建物に対する$Y_1$$Y_2$の占有を解き之を控訴人の委任した山形地

方裁判所属執行吏の保管に付する。同執行吏はY_1Y_2の申出あるときはY_1Y_2の医業経営に必要な限度においてY_1Y_2に対し右建物の使用を許さなければならない。この場合Y_1Y_2においてその医業経営のために診療に必要欠くことのできない医療用の器械器具什器等を右建物内に持込備付することは差支ないけれども、それ以上に右建物の現状を変更し又はその占有を他に移転してはならない。」X上告。上告理由は次の通りである。原判決はXの委任する執行吏をして、Y_1Y_2の申出あるときはY_1Y_2の医業経営に必要なる限度において、Y_1Y_2に本件病院の使用を許す旨言渡した。しかし、かような病院使用の許否の判断の如き相当重大な事項は、豊富なる社会常識と鋭敏なる観察とが要求されるから、執行裁判所に判断させるべきで、第二次大戦中より能力の抵下した執行吏をしてこれにあたらせるのはすこぶる不当で、「原判決は実験則に背反する不法の判決」である。

最高裁は以下のように判決した。「右判断は唯本件建物の使用の範囲についてのみ為さるべき判断であって、極めて限定されているので甚しく複雑なものとは言えなく、普通の常識を具備するものにこれを求むるも決して不当ではないのであって、執行に際して相当の範囲に於て種々の判断を委かされている執行吏にこれを求むることは不当とは言えないものと解するが相当である。」――棄却

判旨の結論には賛成するが、若干問題もある。

一　本件における論点は、仮処分執行の際、執行吏（執行官法・昭和四一年七月一日法一一二号により、現在は執行官と呼ばれる。以下、執行官とする。）に判断の余地を残す内容の仮処分命令を発することができるか否かにある。

最高裁は、執行法上執行官に相当の範囲において種々の判断が委されており、本件の如き内容は決して複雑なものではなく執行官の判断に委せても不当ではない、とした。

本件については、すでに、いくつかの判例批評・評釈ないし解説があるが(1)、判旨に反対するものはみあたらない。

二　仮処分は、仮差押と異なり、被保全権利も緊急性の程度も多種多様であるため、その命令内容もまた多種多様となる。民訴法は、仮処分の方法につき、七五八条一項で「裁判所ハ其意見ヲ以テ申立ノ目的ヲ達スルニ必要ナル処分ヲ定ム」と規定し、裁判所に自由裁量権を与えている。もちろん、この自由裁量権は、無制限なものではないし、また一定の基準があるはずである。そこで、古くから、裁判所が処分の方法を定める場合の自由裁量の限界と基準について論じられてきている(2)。本件も、この自由裁量権の限界の問題ということができる。ただ、従来は、いわゆる満足的仮処分や申立の範囲をこえた仮処分の許否が問題となっており、本件の如き執行官に判断の余地を残す内容の仮処分命令が問題となって争われたのは極めて稀な例である。

三　本件各判批は、以下の理由により判旨を肯定している。すなわち、(1)最高裁がいうように、執行法上執行官には相当の範囲で判断の余地が認められていること、(2)執行官による判断の余地が本件の程度ならかまわないこと、(3)執行官の判断およびそれに基づく処置についての違法不当は、執行方法の異議（民訴法五四四条）や第三者異議（同五四九条）等の救済方法が認められている、ということで

ある。(3)の点はそのとおりで問題ない。

また、(1)の点もそのとおりで、事実的な執行行為において、執行官に相当広い範囲で判断の余地が認められているということ自体問題はない。たとえば、民訴法の条文上でも、五六四条二項・三項、五七〇条ノ二、五七一条、六一八条ノ二などは、執行官に実質的な判断をゆだねている。問題は、どの程度まで執行官に判断の余地が与えられているかである(3)（前記(2)の点）。このことは、本件の論点として前記一で述べた裁判所は、執行官に判断の余地を残す内容の仮処分命令を発することができるかの問題と相互関係にある。

(2)の点につき、吉川博士は、本件は現状保全の仮処分で「現状不変更を条件とする」と書くべきところを「医業を経営するに必要な限度において」としたにすぎず、この相違も本件家屋が病院であるから、その使用目的を医業経営に必要な限度に限定することによって現状不変更を具体的に表現したものと解され、むしろ執行官の判断も比較的容易である、とされる（後掲判批二五頁）。この点、紺谷助教授も同様に解しておられる（後掲解説五五頁）。兼子博士＝和田氏は、本件判断は建物の一時的な使用の範囲についてのみの判断で、通常人であれば十分判断のできるものであり、複雑な判断ではないし、判断の如何によって現状を著しく変更するおそれのあるような種類のものでもない、と解される（後掲評釈九頁）。

四　本件判旨およびそれに賛成する各判批に私も結論的には賛成するが、若干問題もある。

まず、吉川博士と紺谷助教授の見解では、現状変更禁止の仮処分で通常記載される文言「現状を変更しないことを条件に」のかわりに、本件が「医療経営に必要な限度」としているのは、むしろ具体的であり執行官の判断も容易と解されておられるが、果してそうであろうか。私の考えでは、むしろ本件の如く「医療経営に必要な限度」とする方が漠然と「現状を変更しないことを条件に」というよりも、かえって困難であるように思われる。

現状変更禁止という場合の「現状変更」の意味は、弾力的に解されている。すなわち、本件の如き係争物に関する仮処分は、将来の執行が不能もしくは著しく困難になることを防ぐためになされるのであるから、目的物の現状変更ということは、「将来の本執行に際してその執行が困難となるか否かをもってその標準とする」「目的物の単純な保存行為とみられる変更や現状回復の比較的容易である場合は、現状変更にあたらない」（小野寺・後掲論文一七八頁）と解されている(4)。したがって、現状不変更を条件とする使用許可の場合、外観上は現状変更とみられようが、ともかく本執行が困難にならなければいいわけである。ところが、あるものに限定された場合、その限定されたものの概念や限界が不明確な場合、かえって判断に迷う。限定された条件での使用のみが許されるのであるから、たとえ現状を変更しない使用でも限定されたもののため以外の使用は許されないわけで、かえって判断が困難になる場合も多いように思われる。本件の「医療経営に必要な限度」というのは、まさに、単なる現状変更禁止の場合より判断が困難になる場合であると解される。したがって、簡単に、本件は使用目的を限定しているから、むしろ具

体的で執行官の判断も容易といえる、とすることには疑問を感じる。

また判旨はじめいずれの見解も、執行官にはなるべく裁量の余地をなくし実質的な判断はさせないようにすることを前提としている点には不満がある。執行官に相当の範囲で独立して判断を下す余地を認めているとはいうものの、一般の基本的な考えは、(イ)執行機関には実体ないし実質的判断を原則としてさせてはならない、(ロ)もし判断を許す場合でも、執行裁判所と執行官とでは質的能力が異なるから、執行裁判所にならある程度判断させてもいいが、執行官に判断させることには否定的にならざるを得ない、ということである。それにもかかわらず、本件の如き判例がでるのは、(ハ)仮処分の場合、実際上の問題として、包括的・抽象的内容の命令を出さざるを得ないからである。しかし、(ハ)の点を認めるにしても、(イ)および(ロ)の点からどの程度の内容ならいいかが問題となる。

(イ)の点を強調すると、判決機関と執行機関とが分離されている現行法の制度上、執行機関には余計な判断をさせるべきではないということから、仮処分命令の抽象化に反対し、常に具体的に書かなければならないとする見解が考えられる。この見解によれば、執行機関に判断の余地を残す内容の仮処分命令は違法と解すべきことになろう。他方、(ハ)の点を強調すれば、社会生活が複雑になつている現在、抽象的な仮処分命令を発する現実の必要があるから、具体的に書く必要はないとも解されよう。後者のこの考えに対し、前者の見解から、仮処分命令は比較的簡単に手に入るから、具体的に命令内容を書くようにし、その仮処分命令でカバーできなくなつたら、すぐにまたそれに対処した新らしい命令を求めるようにすればよいとの反論があろう。判例・学説は、(イ)の点を強調する立場と、(ハ)の点を強調する立場との中間的な立場であるが、いずれの方に傾くかにつき、大きなウェイトを占めるのは(ロ)の執行官の質の問題である。従来、仮処分の場合にかぎらず広く執行機関に判断の余地を残すような抽象的な債務名義が問題になるのは、執行機関が執行官の場合である。執行裁判所が判断するならばいいが、執行官の場合は不可とする考えが強い。執行機関は判断機関ではないということもさることながら、特に執行官の場合のみを問題とするのは、執行官には判断能力がない、あるいは劣つているという理解に基づいている。(5)

(イ)および(ロ)に関する従来の観念から、どの程度ぬけだせるかで本問の考え方もかわつてくるものと思われる。従来の考え方は、執行機関は実体ないし実質的な判断をしてはならない、しかし、現実の必要からこの程度ならいい、という例外的に認める消極的な発想法であつた。私は、むしろ執行機関にも執行を実施していくうえで不可欠の実体ないし実質的判断があるのであるから、それを整理して積極的にどの程度まで判断できるのかを考えていく必要があると解する。執行機関の固有の権限の洗いなおしやどの程度まで判断できるのかは、なお、今後の研究が必要であるが、しかし、現在考えられているよりはもつと広いものと思われる。また、執行官に対するイメージの一掃がなされなければならないであろう。執達吏、執行吏時代に、本来、執行機関としての彼等に予定されていた職務範囲が質の点で不当にせばめられてきたように思われる。しかし、独立

の執行機関である以上、質の点に関係なく固有の職務を行なうことができるはずである。それが質の点で、職務範囲が変動するのは、制度の上から考えても疑問に思われる。私は、保全に必要な方法は、執行官に臨機応変にやらせた方がいいと解しているから、包括的・抽象的な仮処分命令で一向に差し支えないと思う。しかし、この点、本件判旨は、本件の如き仮処分命令は「甚しく複雑なものとは言えなく普通の常識を具備するものに之を求むるも決して不当ではない」としており、甚しく複雑・困難なものの場合は、その命令自体違法であると解しうる余地がある。(6) また、本件各判批でも、医業の経営に必要な限度としたことで具体的になり執行官にも判断しやすくなつているからとか、そう複雑なものとはいえないからとか、ということで判旨に賛成されており、その点、残念に思う。もう少し、積極的に肯定していいのではなかろうか。

五　なお、本件第一審は、仮処分命令に対する異議と特別事情による取消の訴（民訴七五九条）とを併合している。この点について、吉川博士は、異議は仮処分申請の続行であり、異議申立後も当事者の地位に変更はないが、特別事情に基づく取消申立は、「申請に関する裁判手続の続行としてではなく、債務者の別個独立の申立による取消制度を認めたものなのであるから、当事者の地位も債務者が能動的地位に立つわけで」（本件判批後掲二六頁）、併合審理は許すべきではないとされる。

右問題は、本件判旨と直接関係ないし、異議と取消申立との関係については、競合否定説、競合肯定説、折衷説の間に争いがあるところでありここでは、かような問題もあることだけを指摘しておきたいと思う。(7)

(1) 吉川大二郎・民商法雑誌二五巻一号二二頁＝判例保全処分一〇七頁、兼子一＝和田久・判例民事法昭和二二年度一五事件、紺谷浩司・保全判例百選五四頁。

(2) この点について、柳川真佐夫・保全訴訟（補訂版）二八四頁以下、西山俊彦・保全処分概論一四二頁以下、宮崎富哉「民訴法七五八条一項の意味」宮崎富哉・中野貞一郎編・仮差押・仮処分の基礎一四五頁以下等参照。

(3) 動産を執達吏の保管に付する仮処分命令の執行方法につき、執達吏に個々の場合に適当な方法を選択する権限を認めたものとして大判昭和三年一〇月三一日民集七巻一一号八八二頁がある。兼子博士は、この判旨に賛成される（判民昭和三年度八四事件）。

(4) 現状変更については、西山・前掲書三〇二頁以下、菊井維大＝村松俊夫＝西山俊彦・二訂版仮差押・仮処分二七六頁以下および二七九頁にあげられた文献参照。

(5) この点につき、椚、紹介 „Der Gerichtsvollzieher als selbständiges Organ der Zwangsvollstreckung“ von Wilhelm Dütz 民訴雑誌二三号二三五頁以下参照。

(6) 同旨・柳川・前掲書四三三頁。

(7) 西山・前掲書一八七頁以下、柳川・前掲書三一八頁以下、鈴木俊光「異議と取消申立て」宮崎・中野編・前掲書二四一頁等参照。なお文献については、柳川・前掲書三三五頁に詳しい。

椚　善夫