Title	〔最高裁判事例研究 一六五〕民訴法七五九条の特別事情による仮処分取消の申立と審理範囲
Sub Title	
Author	片山, 克行(Katayama, Katsuyuki) 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	1979
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.52, No.5 (1979. 5) ,p.109- 113
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=AN00224504-19790515-0109

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.

〔最高裁判事例研究 一六五〕

昭239 (最高民集二卷
十二号四〇五頁)

民法法七五九条の特別事情による仮処分取消の申立と審理範圍

仮処分命令取消申請事件(昭二三・一一・九・第三小法廷判決)

X(申立人、被控訴人、被上告人、仮処分債権者)は、昭和十九年春から戦時中三人の軍籍者を出したため働き手なくなり、所有する田地を、Y(被申立人、控訴人、上告人、仮処分債務者)に期間の定めなく賃貸し、Yはこれを耕作していた。昭和二十年十月に訴外Bの斡旋により、YはAから八反余の農地返還を受け、同時にYはXに対し本件土地を返還する旨の協定がXY間で成立した。この協定に対してAはYへの返還の一年延期をYに申し入れたため、YもXの本件土地の返還の一年延期を申し込めた。Xはこれを承諾し、地元農地委員会の承諾を得て、県知事に許可申請を出した。昭和二十一年、YはXに苗代を返還し、Xは同年秋から本件田地に対し苗代の耕作、手入れ、播種、苗の育成等に専念し、昭和二十二年五月まで二番打をしてきた。ところがYはAからの返還がなされないため、Xの土地は自らが耕作せねばならぬと考え、青森地裁に本件水田に対する立入禁止の仮処分申請をし、同年五月十四日「本案判決に至る迄Xは右田地域内に立入るべからず」との仮処分決定がなされた。Xはこの取消を申請し、同年六月九日に取消がなされた。そこでYはXに対し耕作妨害排除の仮処分を申請し、同年六月十九日に「Xは本案判決確定に至るまでYが右田を耕作することを妨害すべから

ず、Yの委任する執行吏は、右目的を達するため適當の方法を講ずべし」との趣旨の決定を得た。Xは、本件の田地以外耕作すべき田地を持たず、しかも莫大な労力費用を本件土地に加えているため、耕作できるか否かは死活問題であるが、これに対しYは六反以上の土地を耕作しており、Xより優位にあり、本件土地に関するYの損害は金銭で補償される性質のものであるとして、民法法七五九条による特別事情による仮処分決定取消を求めた。第一審は、特別事情ありとしてXを勝訴させた。Yは控訴し、本件田地返還に関する協定は、農地委員会の承諾は得たが、県知事の許可がなく無効であり、Aの協定違反によるYの返還拒否により、YもXへの返還を拒否したと述べた。第二審(仙台高裁)は、仮処分によるXの損害は、本件仮処分が維持されないために生ずるYの損害に比べ、著しく多大であるとし、更に本件では仮処分請求の基本の権利及び仮処分の必要性の有無には関係なく、仮処分命令の存在を前提として専らこれを取消すべき特別事情があるか否かを判断すべきものであると判示して、Yの控訴を却けた。Yは上告し、農地の賃貸借の解約は、農地調整法九条三、四項等により都道府県知事の許可が要件となつているが、この許可のない前記協定は効力がなく、従つてYは耕作権を回復しているのに、原審はこのYの仮処分の基本の権利及び仮処分の必要の有無に関係なく、専ら仮処分を取消すべき特別事情の存否のみを判断したもので違法を免れないと主張した。最高裁は、Yの上告を棄却し、次のように判示した。すなわち、本件において仮処分債務者たる被

上告人は、仮処分により保全せらるべき実体上の権利の存否及び仮処分の理由の有無を争つては、民事訴訟法第七百五十九条の特別の事情のあることを主張して仮処分の取消を求めているのであるから、これが当否を審理するについては、仮処分により保全せらるべき実体上の権利の存否及び仮処分の理由の有無について判断する必要はなく、もつぱら仮処分取消の特別事情の有無を判断すべきであり、且つこれを以て足りるのであるとし、原審の認定した事実によれば、本件仮処分が維持されないことにより上告人の蒙ることあるべき損害は、結局金銭を以て償い得られるものであることは明瞭だから、原審が、被上告人において保証を立てることを条件として、該仮処分を取消す旨の第一審判決を維持したのは結局正当であると判示した。そして、上告人の「本件田地を被上告人に返還すべき協定（賃貸借の解約）は、県知事の許可がないから無効である」と云う主張は、仮処分により保全せらるべき実体上の権利の存否に関する論議であつて、本件仮処分取消の特別事情の有無に關係のない事柄であるから、本件ではこれについて判断する必要はなく、原判決が右の主張を採用しなかつたのは当然であり、論旨は理由がないと判示した。

判旨に疑問

一、本判決は、特別事情による仮処分取消の申立の審理範囲につき、被保全権利の存否については判断すべきではなく、もつぱら特別事情の存否のみを審理判断すれば足りるとの立場を、初めて明らかにしたものである。その後最判昭二四・九・一〇、第二小法廷判決（民集三卷一〇号四〇九頁）でもこの立場が採られ、以後本判決の立場は現在の判例及び通説により一般に承認されている。⁽¹⁾

二、民訴法七五九条の特別事情による仮処分取消の申立は、仮処

分命令自体の当否を争う異議申立とは異なる。すなわち同条による取消は、被保全権利及び仮処分の必要性の両者の一応の存在を前提としたうえで、仮処分執行者の救済を目的とする制度である。仮処分は、被保全権利が未確定の間に、簡易迅速に与えられる強力な手段であり、場合によつては、債務者に酷に失し、公平の觀念に反する事態が生ずる。しかも仮処分発令前の審理は、債権者側から提出される資料によつて処理されるのが通例である。そしてその審理は、口頭弁論を開いても疎明で足りる。従つて仮処分命令付与手続では債務者側の事情が無視されかねない。一方債権者側にとつても、仮処分命令が仮差押のように単なる執行者の保証供与のみで取消されては、その目的を達しうまいという事情がある。この両者の調和を図るために、仮処分命令の取消には、債務者の保証供与の他に特別事情が必要とされるのである。

そこで通説は、民訴法七五九条は適法に成立している仮処分命令を前提にしたものであるとして、その審理範囲は専ら特別事情の存否にのみ限られ、仮処分の被保全権利や必要性の有無には触れてはならないとする。⁽²⁾しかしこの考え方には疑問がある。けだし仮に審理範囲を特別事情に限定するとしても、その特別事情の認定には被保全権利の存在や仮処分の必要性が全く問題にならないとは言えないからである。

三、特別事情とは、一般的には、債務者の保証供託があるにもかかわらず、当該仮処分を存続せしめるのを公平の觀念上不当ならしめる事情であり、逆に債権者への保証の供与により、被保全権利本

来の内容の仮処分による実現を債権者に断念させることを合理化する事情である、と説明されている。⁽³⁾そして、特別事情に該当する事由としては、債権者において金銭的補償によつて仮処分の目的を達しうる事情（金銭的補償可能）と、債務者において仮処分存続により通常被ると予想される以上の多大の損害を被る事情（債務者は異常損害）とが挙げられている。特別事情の認定には、これら兩事由の併存を要するか、あるいはいずれか一方の事情で足りるかについて、学説に争いがあつた。現在では、通説はいずれか一方の事情の存在で足りるとしている。⁽⁴⁾

この点につき、本件では「原審の認定した事実によれば、本件仮処分が維持されないことによりXの蒙ることあるべき損害は、結局金銭を以て償い得られるものであることは明瞭だから、原審が、Yにおいて保証を立てることを条件として、該仮処分を取消す旨の第一審判決を維持したのは、結局正当である」と判示しているところから、通説と同じ立場を採つていふと思われれる。⁽⁵⁾

金銭的補償可能性の有無は、被保全権利の内容、仮処分の目的、方法、仮処分取消により債権者が被ると予想される損害の内容、程度、本案請求実現の可能性等諸般の状況から、社会通念に従つて客観的に判定される。⁽⁶⁾その結果、債権者側に、仮処分をせひとも存続させる必要性が乏しい場合には、当該仮処分は債務者の保証提供により取消される。また債務者の異常損害については、両当事者双方の利害を比較衡量して決せられる。その結果、債権者の仮処分による利益が債務者の被る損害よりも劣る場合には、特別事情があると

される。この場合にも、当該仮処分命令が取消されるのは、仮処分を存続させる必要性が乏しいからである。

このように特別事情による仮処分の取消が認められる場合は、いずれも保全の必要性の程度が非常に少ない場合だといえる。特に、特別事情の存否が両当事者の利益衡量により判定される場合には、保全の必要性に依つて特別事情も伸縮されると言える。しかも柳川判事が指摘するように、「また一面特別事情なるものは、若し仮処分発令以前からかかる事情があり、且債務者に於て適当な保証を提供したと仮定したならば、その仮処分命令自体を違法ならしめる事情に外ならない（債権者にはもはや仮処分による保全の必要が存しないから）」⁽⁷⁾と言える。以上の点からすれば、特別事情の存否は、被保全権利の存在や保全の必要性を全く除外しては判断し得ない。むしろ保全の必要性そのものの判断とさへ言える場合があると思われれる。⁽⁸⁾従つて、特別事情の認定が既述の方法で行なわれる限り、実質的には保全の必要性が審理されているのと同じである。そうであれば、通説や本判決のように、特別事情の判断は、もつぱらその事情の有無にだけ向けられ、被保全権利や仮処分の必要性に関しては判断すべきではないとするのは、疑問だといわねばならない。むしろ被保全権利の存在や、保全の必要性は、特別事情認定にあたり、重要な判断資料として考慮されると考える必要がある。⁽⁹⁾

四、特別事情による仮処分取消の審査範囲に関する通説の論拠は次のとおりである。すなわち特別事情による取消は、被保全権利及び仮処分の必要性の存在を正当に認めた仮処分の存在を前提とした

上での取消であるという点にある。⁽¹⁰⁾つまり、保全訴訟は終局的な法律関係の確定をめざすものではなく、そこでは権利の確定は、本案訴訟に委ねられており、権利の存在の「仮定」の下に仮処分申立が行なわれているため、これに相応して民訴法七五九条の取消も、実体上の権利関係の確定とは無関係に、実体上の権利の仮定的存在の前提の下でなされるというものである。

そこで通説は、特別事情においても、本案において確定されるべき権利関係を持ち出してはならないとする。⁽¹¹⁾しかし保全訴訟のこの暫定性のゆえに、却つて結論は逆になるはずである。法も、この仮処分命令の前提の不確定性のゆえに、各種の取消事由を認めている。

このことは、仮処分の要件は、当事者が当該仮処分を問題にする限り、本案判決に至るまで常に審査されてよいという意味に解すべきである。そうでなければ、一方において、仮処分命令がその不確定な基礎に基づいて付与される点を承認しながら、他方ではその不確定な基礎の審査を禁ずる場合を認めるのは、結果的に不確定な基礎を、確定的な基礎として扱うことになり、不合理だからである。従つて特別事情による取消の場合にも、その申立の時点において当該仮処分が、適法に成立しているという前提がなお存在するかが、問われてもよいはずである。この点は、特別事情の有無の判断が、既述(三)のように、実質的には被保全権利の存在や仮処分の必要性を、全く問題にしない性質のものではないという点からも明らかである。仮処分命令付与当時に基礎となつた事実を、その後も前提にし、それを不問にして「もつぱら」特別事情の有無のみを判断しよ

うとするのは、その審理において、債務者が被保全権利の存在や、保全の必要性を肯定した場合や、実体上の権利関係が明白になつている場合にも、これらの事情を全く斟酌すべきではないのであれば、明らかに常識に反する。その上そのようなことは、特別事情の判断からも不可能だと思われる。

本件において、上告人Xは、Yの耕作権の不存在を主張しているが、これに対し本判决は、「仮処分により保全せらるべき実体上の権利の存否に関する論議であつて、本件仮処分取消の特別事情の有無には関係のない事柄であるから、本件ではこれについて判断する必要はない」とする。しかし取消申立人に、法律上正当な耕作権が帰属しているか否かは、特別事情存否にとつて重要な事実である。しかも特別事情そのものが、被保全権利の存否や保全の必要性に係わる判断であり、当該仮処分命令付与の前提となつた事実の再審査機能を有する点からみれば、本判决に対する疑問は免れない。

(1) 名古屋高判昭和三四・九・二五、高裁民集二二卷九号三九〇頁、吉川・判例保全処分四七七頁、同・増補保全訴訟の基本問題五九九頁。

(2) 三月・中務・民訴雑誌一卷、一八〇頁以下、注解・強制執行法(4)五四六頁、山本・判例民事法・昭和二年度一四〇頁以下。

(3) 吉川・保全処分の研究四二四頁。

(4) 注解・強制執行法(4)五四六頁、兼子・増補強制執行法三三二頁、菊井・民訴Ⅱ三七五頁、吉川・増補保全訴訟の基本問題六〇二頁。

(5) 早川・保全判例百選一二九頁。

(6) 大審判昭一八・一〇・九、民集二二卷二〇二三頁、最判昭二九・四・三〇民集八卷四号八九七頁、林屋「利益衡量の結果金銭補償可能と判断

した事例」保全判例百選一二五頁。

(7) 柳川・民商二五卷二号一一一頁以下。

(8) たとえば、東京地判・昭九・九・二八、評論三三卷民訴五二三頁。

(9) 柳川・前掲一一一頁以下。

(10) 三ヶ月・中務・前掲一八〇頁以下。

(11) 山本・前掲一四一頁。

片山克行