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二二六〕 仮処分債権者と仮処分の効力 (最高裁昭和二六年二月二〇日第三小法廷判決) |
| Sub Title | |
| Author | 河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko)<br>民事訴訟法研究会 |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1984 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.57, No.11 (1984. 11) ,p.156- 160 |
| 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=AN00224504-19841128-0156 |

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.

招来することになる。この場合、善意取得者は権利推定の効力を享受できないから、善意取得について挙証責任を負いながら、実質的権利に基づいて除権判決の申立人に対し、除権判決正本ないし再発行証券の交付を請求した上で権利行使ができるようになるにすぎない（倉沢・シンポジューム手形・小切手法七五頁）。もっとも、善意取得者は権利の届出をなせば、証券の失効を防止できたのに、その届出を怠ったのであるから、この程度の不利は甘受せざるを得ないであろう。

しかし、このような不利を善意取得者に抵抗なく受け入れさせるためには、現行公示催告制度の不備について、立法、運用両面から改善を加える必要があると思われる。そして、この改善によって実現される公知性の完全さに応じて、その分だけ善意取得の防止ができるという効果も是認できる。但し、公示催告の制度が完備され、公知性が十分となった場合でも、除権判決は依然として実質権利に関与しえない制度であることは変りはない。

黄　清溪

# 〔最高裁民訴事例研究二二六〕

## 昭二六2（最高民集五巻三号五七頁）

### 仮処分債権者と仮処分の効力

仮処分取消申請事件（昭和二六・二・二〇第三小法廷判決）

X（原告・被控訴人・上告人）は昭和一〇年六月以来、Y（被告・控訴人・被上告人）所有の土地及びその上の家屋を賃借し医業を営んでいたが、昭和一九年になって応召し、家族も疎開した。当該家屋は昭和二〇年三月一九日戦災で滅失したが、昭和二二年一月頃になって、Yは、本件土地に四戸建ての家屋を建築してXにそのうちの二戸を貸与する旨を約してその建築に着手した。

ところが、Xは一二月四日頃になって罹災都市借地借家臨時処理法による借地権を主張し、借地権確認の訴を提起するとともに一二月六日、その執行を保全するため、本件土地に対するYの占有を解きXの委任する執行吏にこれが保管を命ずる、Yは右物件を使用し又はその現状を変更してはならない、との趣旨の仮処分を申請し、一二月一〇日これが執行された（これを第一の仮処分とする）。

その後になって、Xは右土地に立入り、家屋の建築工事を開始した。このため今度はYの方がXに対して、一二月二七日、Xは本件土地上に建物の建築工事をしてはならない、Xは右土地に立入ってはならない、との趣旨の仮処分を申請し、一二月二九日これが執行され

た（これを第二の仮処分とする）。そこで、この第二の仮処分に対してXが特別事情による取消を申し立てたのが本件である。

第一審は、第二の仮処分によって保全されるべきYの権利が金銭的補償を得ることによってその終局の目的を達し得べきものであること等を理由として特別事情の存在を認め、一〇万円の保証を条件としてXの取消の申立を認めた。

これに対して第二審は、第一に、Yが借家を建てようというのは、その当時の悪化した経済状態の下では単に金銭的利益をあげるだけでなく、貸家経営上の趣味の満足とか、これにより住宅難を緩和しようという公共心の満足等の動機があると考えられるから、これを単純に金銭補償可能ということはできないこと、第二に、第一の仮処分においてはXの本件土地の使用権は認められていない以上、これに反してXが建築工事を進行した結果、完成に近いX所有の家屋が本件土地上にあらわれたとしても、これをもって特別事情とすることは許すべきでないこと、を理由として原判決を取消し、Xの主張する仮処分取消申立を却下した。Xは上告し、前記第一点については、証拠に基づいていないか、あるいは経験則に違背した認定である旨を、前記第二点については、第一の仮処分はYの妨害を排除してXの工事を遂行するためになされたものであるから、Xの建築工事は第一の仮処分の拘束をうけると解すべきでない旨を主張した。最高裁第三小法廷は次のように判示してXの上告を棄却した（全員一致）。

「案ずるに右原審の認定した事実によれば上告人（X）の申請による前記仮処分（第一の仮処分：筆者注）により既に本件土地は執行吏の保管に委せられて居り、しかもなお原審の認定した処によると右仮処分においては執行吏は上告人（X）に対しても右土地に立入り建築をすることを許可する権限も与えられて居ないというのであるから、上告人（X）は被上告人（Y）申請の本件仮処分（第二の仮処分：筆者注）を俟つまでもなく、上告人申請の前記仮処分（第一次仮処分：筆者注）の執行がなされた以上、これにより本件宅地の上に建物の建設工事をすることは勿論本件土地に立入ることは許されないものといわなければならない。右の如く被上告人（Y）申請の本件仮処分の有無に拘わらず上告人（X）は本件土地に立入り建築をすることは許されないものである以上本件仮処分取消による利益は上告人（X）について存しないものといわざるを得ない。従って上告人（X）の本件仮処分取消の申立を排斥した原判決は論旨所論の点の如何に拘わらず結局正当であり論旨は総て理由なしに帰する。」（その余の判旨は省略する。）

結論において判旨賛成。

一　本判決は、仮処分の競合について最高裁が判断を示した最初の事案である。上告理由においてXは、第一の仮処分は自己の家屋建築工事を遂行するためにYの妨害を排除することを目的としてなしたものであるからYのみを拘束するものであってXはこれに拘束されないと主張する。これに対して本件判決は、執行吏にXの立入工事を許可する権限が与えられていない以上、申請者であるX自身も第一の仮処分に拘束されると判断している。そこでX申請の第一の仮処分にX自身が拘束されるかどうかということが問題となる。前提として、まず、仮処分の内容はどの部分の記載から判断すべきかについて検討することとする。

思うに、仮処分命令の内容も申請者の意思に基づくものでなければならないところ、申請者は一般に自分が判断をうけたいと思う部分を主文として申請を行なうと考えられる。のみならず、その内容は法律関係に重大な影響を及ぼすから、判決の場合と同様に明確に表わされていなければならない。仮処分も一時的であるにせよ法律状態を規制するものであるから、その内容が客観的に明確なものでなければ法律状態の安定がはかれないことは裁判の内容を規定するための一般的な場合と何ら異ならないからである。而して判決の場合は主文の記載がその内容を定める基準とされている（民訴法一九九条一項）。

そうであるならば、一般に仮処分の内容も裁判の内容を確定するための一般的な原則に従い、仮処分命令の主文の記載のみを客観的に判断することによって決せられるべきであり、その理由中の判断は斟酌されないと解すべきである。そしてこの点に関しては判例・学説共にほぼ一致しているものと思われる。(1)

ただ、この点について広島高判昭和二三年四月二八日は、(2)Xの本件土地に対するYに対する土地立入禁止の仮処分が、賃借権を認めてXの占有耕作しうる権利を保全しようとする趣旨でなされた場合には、その後のYのXに対する本件土地立入禁止の仮処分がYの本件土地に対する賃借権を認め、これを占有耕作しうる権利を保全しようとする趣旨でなされた場合には両仮処分は抵触を生じるとする。しかし、このように理由中の判断までも仮処分の内容としてしまうことは当事者の意図するところを越え、かつ明確性、法的安定性を害することになるから許されないと解すべきである。(3)

二　では本件第一の仮処分命令の主文の内容はどのようなものとして把握されるべきであろうか。第一の仮処分の主文は「本件土地……に対する被上告人（Y）の占有を解き上告人（X）の委任する……執行吏にこれが保管を命ずる、被上告人（Y）は右物件を使用し又はその現状を変更してはならない。」というものである。

この主文の後半部分は、Yに対して本件土地の使用禁止という不作為を命じるものである。これに対して、Xには使用禁止という不作為は明らかには命じられてはいない。そこでこの後半部分を重視するならば、第一の仮処分はYのみを拘束するものであってXをも拘束するものではない、即ち申請人に目的物の使用を許容する仮処分であるということになる。

一方、この主文の前半部分は本件土地の保管を執行吏に命じるものである。執行吏は厳密な意味での執行機関ではないとされるのが一般であるが、係争物を執行吏の保管に付するということは当事者以外の第三者に占有を移転するという実質を有するものである。そして執行吏保管とあるだけで他の何人かの使用が明文で認められていない以上、執行吏は係争地を自ら保管することによって右仮処分を執行するしかないのであって、本件主文はXに対しても土地の使用を許してはいないとも考えられる。そこでこの前半部分を重視するならば、第一の仮処分は

Yのみならず Xをも拘束する、即ち申請人、被申請人のどちらにも本件土地の使用を許容しない仮処分であるということになる。

三　仮処分の内容は主文の記載のみから客観的に判断すべきものであるとしても、以上からうかがえるように第一の仮処分においては、その主文の記載のみからはXが仮処分の拘束をうけるのかどうかが必ずしも明らかであるとはいえない。では、このような場合はどのように判断すべきであろうか。

思うに、実体的給付請求権を有している者は、義務者が任意にその義務を履行しないときには判決等の債務名義を得てその強制的な満足を得ることになるが、債務名義を獲得するまでにはかなりの日時を要するのが通常である。このため、債務名義が獲得される間に義務者が責任財産等を処分してしまうおそれが大きい。このようなことを無制限に放置してしまったのでは、後に権利者が債務名義を得て執行しても請求権の現実の満足ははかれず、その結果現実の紛争が解決されないことになってしまう。そこで法は将来における強制執行による実体的給付請求権の実現を確保するために仮処分等の保全処分制度を設けたのである。保全処分制度の意義をこのように権利が未だ確定していない場合に将来の強制執行の実現を確保するものとしてとらえるならば、保全処分の一場合である仮処分についても、その目的は原則としてはあくまで当事者が現在において有している利益状態を維持することにあると解すべきである。とすれば当該仮処分が申請者をも拘束するかどうかが必ずしも明らかでない場合には、これを申請人による使用を認める仮処分と解するよりも、被申請者のみならず申請者もそれに拘束される仮処分と解する方が、より現在の状態を変更するおそれは少なく、保全処分の意義に合致する。そしてこのように解したとしても、申請人としては自己が係争地を使用したければ現状不変更を条件として申請人の使用を許容する旨の条件を付加した仮処分を申請すればよいと考えられるから、申請人に不利益は生じない（このような仮処分がなされる場合には、さきほどの主文に加えて、「YはXの右土地に対する立入、使用を妨害してはならない。」との主文が加わることになる。）。また、申請人が自らの使用を許容する旨の仮処分を申請しうるにもかかわらず、それを選択していないということに着目するならば、申請人の意思としても、自らの使用を認めることまでは望んでいなかったと解することが自然とも考えられる。

そうであるならば、本件主文は申請人をも拘束するものであり、Xは本件第一の仮処分に拘束されると解すべきである。但し、本件のような主分の表示方法は前述のような無用の混乱を生じさせるものであって適切なものとは考えられない。むしろ主文の後半部分は述べられるべきものではなかったと考えられる。(4)

このような見解に対しては、本件第一の仮処分はYを名宛人とするものであってXを名宛人とするものではない以上、Xは

本件仮処分の効力に服さない、との批判が考えられるであろう、しかしこの批判は仮処分命令自体の効力とその執行の効力とを混同するものであり、賛成できない。なるほど仮処分命令自体はYに対してなされたものであるが、それに基づいてなされた執行は、執行吏という公権力を有する者の直接管理の効力を持ち、その「保管」の効果は当事者のみならず第三者も承認しなければならないのである。(5)

四　以上のように、第一の仮処分が発せられた時点でXの本件土地への立入工事は既に許されないことになっていたと解するならば、第二の仮処分はそもそも不必要なものであったということになる。これをふまえて本件判決は、Xは仮に第二の仮処分が取消されたとしても本件土地への立入工事が認められないことに変わりはない以上、Xは第二の仮処分の取消について利益を有していないとして取消の特別事情の存否について判断することなくXの上告を棄却している。そしてこの点について後掲宮川評釈は、取消は間接的であるにせよ何らかの実体的な利益を得ることがあってはじめて認められるべきであるとし、本判決の取扱いに賛成しておられる。

なるほど、仮処分取消の際にも仮処分発令の際に必要とされる「保全の必要性」の要件に対応する意味での「取消の必要性」の要件を必要とするならば、訴訟経済には合致することになるであろう。しかし思うに、仮処分を取消すべきか否かという問題は、仮処分発令の場合と異なり、既に発令された仮処分の効力の有無に関する問題である。仮処分が現に発令されている以上、そこには当事者に対する拘束が生じているのであり、そしてこの公権的拘束は単に訴訟上のものにとどまらず社会的な影響としても当事者に大きくかぶさってくるものである。それにもかかわらず、他の要件が全て具備されている場合に、取消の利益を欠くとして当事者にその拘束からの解放の途を否定してしまうことは、当事者をあまりにも害することになる。

そうであるならば、仮処分取消の場合には一般的にいって取消の利益の有無を論じる必要はないと解すべきである。従ってこの点については判旨に賛成しえない。

なお、本件については青木敏行氏（別冊ジュリスト保全判例百選九〇頁）、三ヶ月章氏（『判例民事訴訟法』三八三頁）、宮川種一郎氏（民商法雑誌三六巻五号一〇九頁）の賛成評釈がある。

(1)　西山俊彦『保全処分概論』二七〇頁、柳川真佐夫『新訂保全訴訟』四一四頁等。

(2)　広島高判昭二三・四・二八高裁判例集一巻二号九五頁。

(3)　同旨、兼子＝三ヶ月「判例研究」第二巻五号一三六頁以下、柳川・前掲四一五頁。反対、沢田直也『執行吏占有考』一三三頁以下。

(4)　宮川・後掲一一二頁は、後半部分につき「蛇足ではないかとの疑がある。」と述べられる。

(5)宮川・後掲一一一頁以下。

河村　好彦