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二三三〕 一 裁判上の和解により建物を収去してその敷地を明け渡すべき義務のある者から建物を借り受けその敷地を占有する者と民訴第二〇一条一項にいわゆる承継人 二 民訴第五一九条第一項にいわゆる債務者の一般承継人の解釈 (最高裁昭和二六年四月一三日第二小法廷判決) 被保全権利の疎明がない場合と仮処分理由についての判断の要否 (最高裁昭和二六年四月一九日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	田中, ひとみ(Tanaka, Hitomi) 小池, 順一(Koike, Junichi) 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	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.7 (1985. 7) ,p.91- 98
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=AN00224504-19850728-0091

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.

〔最高裁民訴事例研究 二三三〕

昭二六8（最高民集五巻五号六六頁）

一、裁判上の和解により建物を収去してその敷地を明け渡すべき義務のある者から建物を借り受けその敷地を占有する者と民訴第二〇一条第一項にいわゆる承継人

二、民訴第五一九条第一項にいわゆる債務者の一般承継人の解釈

請求異議事件（昭和二六・四・一三第二小法廷判決）

本件土地については、さきに土地所有者Y（被告・被控訴人・被上告人）と土地賃借人で本件宅地上の家屋を所有・居住していた訴外Aら（B及びCら）とには建物収去土地明渡請求訴訟において訴訟上の和解（昭和二三年三月十一日）が成立していた。その和解条項は、「一、YはAらに右宅地を期間二十年で賃貸する。二、Aが賃料の支払を六ヶ月滞った場合には、右賃貸借契約は当然解除となりA・Bは建物を収去し土地を明渡す。三、CらはAに右明渡義務が発生したときは、その居住家屋を退去しYに敷地を明渡す。」とい

う趣旨のものであった。その後本件家屋を買受け所有し、本件土地の賃貸借契約を承継した訴外Dが六ヶ月以上土地賃料の支払を怠ったため右土地の賃貸借契約は解除となるに至り、YはXに対し、建物に居住する、右和解調書における債務者の特定承継人として、同調書正本に執行文の付与を受け居住家屋の明渡の強制執行をなした。XはYに対し本訴を提起し、強制執行の不許を求めた。Xの主張は次のようなものである。即ち、現在居住の家屋は移動、一部破損改修を行い、新築の登記をなしたものであって和解調書記載のものとは、別の建物である。よってこれに対して強制執行力は及ばない。また、仮りに同一性が維持されるとしてもXは和解調書の債務者の承継人、特に一般承継人ではないから、これに対して承継執行文を付与したことは違法であると主張した。第一審第二審共にXは敗訴し、Xの占有は建物居住の反射的な取得であり、承継取得したものではないにも関わらず、これに対し承継執行文を付与したのは違法であるし仮に承継が有るとしても民訴法第五一九条にいう承継人には当らないとして上告に及んだ。これに対して最高裁は「建物賃借人の敷地に対する占有が建物占有の結果であること及び賃貸人が建物所有者としてその敷地に対する占有を失わないことは所論のとおりであるが建物賃借人の敷地に対する占有は賃借人の敷地に対する占有と無関係に原始的に取得せられるものではなく、賃借人の敷地に対する占有に基き取得せられるものであるから占有の関係からみると一種の承継があるとみることができるのであり賃借人が建物所有者としてその敷地に対する占有を失わない場合でもこの種の承継があるとみることができるのであり賃借人が建物所有者としてその敷地に対する占有を失わない場合でもこの種の占有の承継を認めることを妨げるものではないのである。……民訴二〇三条、二〇一条によって和解調書の効力は債務者の特定承継人に対しても執行文の付与を請求し得るものと解せられるから民訴五一九条において債務者の承継人を一般の承継人に限るということも前旨民訴二〇三条、二〇一条、四九七条の二等の規定に準拠して自ら判決の効力の及ぶ特定承継人を含む趣旨に修正して解釈させなければならない」として棄却した。

一　判旨賛成。

判決の効力は、相対効の原則の例外として「口頭弁論終結後ノ承継人」に対しても及ぶ（民訴法二〇一条一項）。ところで、本規定は大正一五年の改正に伴い、四九七条ノ二と共に規定されたがそれ以前には五一九条により執行力ある正本は、債権者の承継人の為め、また債務者の一般承継人に対し付与されると規定せられるのみであった。そのため判例はこれを既判力の範囲は当事者及びその一般承継人に限るとした(1)。学説は対立はあったが特定承継人を含むとの学説が有力であった(2)。その後判決で確定した当事者の権利を十分保護するため上記改正がなされ、以後承継につき特定承継を含むことに異論はない。また承継原因も任意処分（売買・遺贈など）、国家の強制処分（転付命令・競売など）、法律上の当然承継（例えば相続）のいずれでもよい。なお本判例前に、裁判上の和解調書によって家屋を収去して土地を明け渡す義務ある者から家屋を譲り受け、土地を占有する者につき既判力が及ぶとしたものがあり（大決昭五年四月二四日民集九巻四一五頁）、本件もまた是認されよう（同旨、菊井・強制執行法一一〇頁）。

二　執行力の範囲につき、既判力との関連で従来実質説と形式説の争いがあったが[3]、今日、起訴責任転換説[4]が主張せられ、また実体的執行力と形式的ないし手続的執行力が再構成せられるに到った[5]。まず、前者は、実体法上の是認あることまでを内包とする。これに対し、後者は、強制執行手続を開始せしめるにつき必要とされる債務名義の通用性という観点から、当然には実体法上の是認までは含意しない。従って実体法上は、承継人に固有の抗弁（特定承継を否定しうる抗弁、例えば即時取得、時効など）が存するか否かに問題が帰着するため、固有の抗弁のないことを通常として執行力を認め、形式的・実質的両執行力即ち、異議と執行について各々手続保障が担保されており（三三条、三四条）両執行力の概念は新法上も妥当するものと考えられる。よって、新法はこの分類に合致するが、そこでは仮差押と差押の手続を統一したこと、本案・執行を体系上区別したことに特徴がある。この改正により、実質的執行力（および形式的執行力）での実体的概念形成に影響があることは云うまでもない（但し、旧民訴法五二一条、五二二条に関する限り、変更はない）。そして両分類によれば承継人に対する執行は、実体的執行力に位置し（民訴法第二〇一条）、異議訴訟においては形式的執行力を審査することとなる。即ち執行文付与異議では形式的執行力さえ具備しないことに対し妨訴抗弁的な異議事由を申し立てうる。従来は、請求異議によるかあるいは書記官の行為につき民訴第二〇六条により異議を申し立てることとされてきた事由につき申立ての利益のある限り異議を認める趣旨で設置された。これに対し執行文付与異議の訴では実質的執行力についての存否を争うこととなる。但し、形式的執行力が存しない場合には、執行文付与異議の異議事由であるが、これが判明した場合には執行文付与異議の訴で争うことも許される[6]。即ち新法で執行文付与の権限を全て裁判所書記官に委ね（私文書の成立の真正についての審査等々である[7]）、承継執行文においても二七条二項により「明白であること」（これは、「顕著な事実」と同義である）を以て簡易な付与手続を新設した。これは、承継人・所持人の場合の利益帰属主体に於ては口頭弁論終結時の前後を問わず[8]、既判力に服する（民訴法第二〇一条）が基準時後には前二者及び条件が付与された場合には承継執行文付与の訴、執行文付与異議の訴が手続権を保障し、さらに訴訟係属中の係争物の譲渡に対応しているのである。また基準時前の承継には承継執行文の付与は不要である。即ち新法に於ては実体的執行力が存在すれば承継執行文なく簡易な証明により（二七条二項、三三条）、特に既判力の基準時前の承継人に対しては簡便なる執行が可能であるが弁論終結後の承継人においても条文上の区別はない。即ち判決（謄本）の提示と承継の事実（債務引受証書、戸籍謄本等）ないし、占有の事実についての疎明があれば執行文が付与され得るわけであり（二七条二項）、基準時後の承継人もほぼ同様の手続がなされるものと考える。これを条文に即して云うと債務名義に表示された当事者の承継人（但し、民執法三二条一号・二号・六号（いずれ

も判決の場合）では民訴法二〇一条一項により既判力によって遮断される）、及び債務名義成立後の承継人（民執二三条二項）に対して条件付債権の執行と同じく執行可能であるということとなる。前者については、既判力により当事者として紛争主体たる地位を有する者であり、後者はこれを承継した者である。即ち、債務名義に表示された当事者とその承継人であり、具体的には、当事者、係争物の承継を受けた債権者、債務者、現所有者および占有者（占有を承継した者に限らない）である。

三　従って代替性を有する与える債務（金銭の支払、動産、不動産の引渡（明渡）について現承継人に執行が可能であり、債権的請求権か物権的請求権かは問わない。即ち、債権的ないし物権的な法的関係を形成する（特定の）あらゆる第三者に対抗し得るが、第三者には固有の抗弁の提出が許されるのである。単に訴訟について善意・無過失であるだけでは十分でなく、さらに、即時取得等の抗弁が必要である。前者は例えば詐害行為（民法四二四条）が類似の構造を有するのであり、詐害行為が取消訴訟（形成権の行使）であるのに対し、民訴法二〇一条一項に云う承継人は与える債務等直接強制が為され得る個別の場面であると考え得る。

四　ここで、不動産登記につき民法九四条二項の類推解釈を右の固有の抗弁に対しても適用し得るかについては、現在においては肯定的に解されよう。まず、民法一七七条が権利確定的な法律関係に於いて、あらゆる第三者（現在では背信的悪意は排除される）に登記を対抗要件とするのに対し、不実登記を信頼して無権利者から譲り受けた場合には、既存の権利を維持し、ひいては公示的な登記制度自らの維持存続を図るため、公信力と同様の抗弁的な善意者保護を以て、静的安全、ひいては取引の安全を保護することが必要であると解されるのである。そもそも承継取得では、第三者は自己に固有の抗弁を提出することにより自己の権利を全て守り得ると考えられ、公信力付与（民法九四条二項の類推解釈）もこの第三者の固有の抗弁と同じ制度目的を持ち得るものと考えられるからである。しかしながら本判決時には、判決が契約時の権利関係を確定する以上、被告の承継人は原告にとり「第三者」たり得ない。よって特定承継人である限り、仮令対抗要件を具備していても民法九四条二項が類推せられない限り現承継人は原告に対して対抗し得ないと考えられる。よって本判決時に於いては、本件も妥当と解されよう。

その他、占有の承継についても正当であり、何ら問題はなく、判決を妥当と解する。

（1）大判明治三六・七・三民録九輯八三五頁。同大正五・七・一七民録二二輯一三八三頁等。

（2）雉本・法学論叢三巻二号一〇二―一二六頁（大判大正八・二・六（民録二五輯六一頁）評釈）。加藤正治・法協四二巻七号一二三九頁（大判大正一〇・六・七（民録二七輯一六巻一〇七一頁）評釈）。

（3）この点については今日では、挙証責任の転換の問題に差が生ずるのみとされた。大学双書補訂版四七五頁（上田執筆）。

（4）中野貞一郎「執行力の主観的範囲」山木戸記念(下)二八八頁以下。

所説は債権者と承継人との間の名義形成責任の分担を前提として承継人に対する債務名義なく執行しうる正当性の保障を執行が不当であれば出て来るであろう承継人のイニシアティブにかかる執行消極名義にあるとして異議の訴の手続保障を根拠とする。そして次の四つの条件が備われば承継執行文は付与されるという。即ち、(a)債権者の既得的地位確保のための衡平、(b)執行力の客観的範囲の変動のないこと、(c)有理性の証明、(d)請求異議の訴の（手続）保障の充足を要するという。

(5) 竹下守夫「強制執行の正当性の保障と執行文の役割」小室＝小山記念(下)三三五頁、同・判例批評民商法雑誌七四巻三号四九三頁。

(6) 判例に、最判昭和五二・一一・二四民集三一巻六号九三四頁参照。田中・新民事執行法の解説（増補改定版）八〇頁。

(7) ドイツ民訴法では公文書に限られる（承継につき、ZPO七二七条一項、条件につき、ZPO七二六条一項）。しかし、私文書でも真正の成立の証明かなされれば、真正の推定があり（民訴法三三三条一項）、公文書と大した差はない。むしろ裁判所書記官に判断を一任する方が公文書に限定する不都合さは除去されるものと考えられる。

(8) 私見に依り民執法二三条に反し、口頭弁論終結後のみならず終結前の承継人に対しても執行力が及ぶと解したが、これは従来訴訟承継と口頭弁論終結後の承継人とがパラルルにまたは統一的に理解されるべきであると主張されてきたことによる（通説、兼子一「訴訟承継論」研究一巻四二頁、井上正三「参加承継と引受承継」民訴演習1九七頁、畑郁夫「承継参加と引受参加」演習民訴下一〇三頁）。これは既判力の解釈論に依るべきではあるが、終結前の譲渡が基準時後に明らかとなった場合は民事執行法三三条・三四条（三二条）を担保として基準時後の承継人に準じて扱ってよいものと考える。依って訴訟係属中の承継人に対しては、係争物の譲渡は裁判所に通知することを義務づけ、裁判所が承継人に告知すること等により、訴訟の承継・引受を促進し、承継人に手続保障の機会を担保することが必要である。相対効の原則の中で訴訟追行の維持が考慮されるべきであろう。この実質的利益衡量は訴の利益に統一的に論ぜられるべきである。

また本ケースでは占有の承継人とされるが、賃貸借契約の対抗要件（建保法一条、借家法一条一項）についても登記に準じ九四条二項の類推解釈を許容すべきであると思う。賃貸借法理の趨勢と合致するからである。

田中　ひとみ

昭二六9（最高民集五巻五号二七四頁）

被保全権利の疎明がない場合と仮処分理由についての判断の要否

不動産仮処分異議事件（昭和二六年四月一九日第一小法廷判決）

Xは、旭川地方裁判所に対し、昭和二一年二月Yに当該係争農地の北部一町一反三畝十歩を貸与したところ、Yは何等の権限もないのに貸与しないところの南部一町の土地にまで侵入し、該土地を耕作する権限ありと称し耕作せんとして、Xが自ら之を耕作しようとするのを防害するに依ってYをして該部分に立入らざる様仮処分命令あらんことを求むる旨仮処分命令の申請を為し、昭和二三年五月十日其旨の仮処分決定が発せられた。これに対し、Yは異議を申し立てた。第一審においてXは敗訴し、仮処分決定は取消され、仮処分命令の申請も却下された。X控訴。控訴審において、Xは昭和二二

年二月以来Yに対し右土地の内北部一町一反三畝十歩を賃貸し来ったけれども、南部一町歩についてはYに賃借権を与えた事実がない旨主張した。控訴審裁判所は、「X主張の土地がXの所有であることは当事者間に争がない。成立に争のない疏乙第一号証、原審証人定岡実の証言及びY本人訊問の結果によると、Yが昭和一八年一二月六日Xから右土地全部を昭和二二年一二月五日まで賃借したこと、昭和二一年二月中YがXから同年一ケ年を限り該土地中南部一町歩を耕作させてもらいたいと依頼され止むなく、右期間だけ右一町歩をXに耕作させることを承諾したことを疏明するに足りる。これに反して、Xの主張するような賃貸借が昭和二一年二月中に成立したとの事実については、疏甲第五号証の三の真正に成立したことを疏明すべき資料がなく、その他に右事実の疏明されうる証拠がない。Yは昭和二一年中の期間だけ右賃貸借による耕作の権利を放棄したに過ぎないのであって、昭和二二年の残存期間は、Yに右賃貸借契約に基く耕作権のあったことが明らかであり、右賃貸借期間の満了前においてXから適法な賃貸借更新拒絶のなされたことは、Xの主張しないところであるから、XとYとの間には、右期間の満了の時すなわち昭和二二年一二月五日において右前賃貸借と同一の条件で右土地全部の賃貸借契約が更新されたものといわなければならない。そうするとYは右土地中南部一町歩についても現に耕作権を有することは勿論であり、従ってこの土地についてYに耕作権のないことを前提とする本件仮処分申請は、他の点について判断するまでもなく、その理由がないから、これと同趣旨に出でた原判決は相当である。」としてXの控訴を棄却した。Xは以下の理由で上告した。請求又は仮処分の理由の疎明がないときでも、保証を立てたるときは、裁判所は申請を許可して仮処分を命ずべきものである。また、控訴審判決は昭和二二年度に於いて本案に関する請求権、すなわち賃借権がYに存在し、同二三年度に於いてもYに賃借権の継続して存在するものとの判定を為して仮処分の理由有無に関する判断を為す事なくしてXの請求を棄却したものにして、これ即ち判決に理由を附せざるものと謂わざるを得ない。

最高裁は以下のように判示して上告を棄却「仮処分の申請においては、仮処分の要件である被保全権利及び保全の理由を疎明することを要する。ただ裁判所は、この裁判をするに当り、被保全権利、保全の理由の双方又は一方に対する疎明がない場合においても、その代用としての保証を申請人に立てしめることによって仮処分を許すことができる（民訴七五六条、七四一条二項）。しかし、これは全く裁判所の自由裁量に属することで、前記要件の双方又は一方に対する疎明がない場合において、裁判所が保証をもって疎明に代えることを不適当と考えるときは、仮処分申請を却下することができる。それ故、原審が本件被保全権利に対する疎明なきものとして、仮処分の理由の有無に関する判断をすることなく申請を却下したのは当然であり、論旨は理由がない。」（その余の判旨は省略する。）

判旨に賛成である。

一　法文上、仮処分の申請には「請求」と「仮処分の理由」の二要件が必要とされる（民訴法第七五六条、第七四〇条）。かつて大審院判例は被保全権利の審理は保全訴訟手続においては審理するものではないとしていた。[1] これに対し、本判決は、「仮処分の申請においては、仮処分の要件である被保全権利、保全の理由を疎明することを要する。」とし、「請求」の疎明とは「被保全権利」の疎明であることを明確に示している。これは、裁

判所が、従来と異なり、保全訴訟手続においても被保全権利の存否につき審理できることを積極的に認めたものであり重要なことであると考える。なるほど保全訴訟は本案訴訟に附随しこれを前提とするものである。しかし、訴訟手続自体としてはこれと独立しており、本案の判決手続やその執行手続の一部をなすものではない。保全裁判所は、その独自の立場において、被保全権利の存否の審査ができると考えるべきである。従って、最高裁の立場こそ妥当なものである。(2)

上告人は、上告理由において、控訴審が賃借権がYに存在すると判定した点を攻撃している。前述の如く、保全訴訟における被保全権利についての認定は、本案訴訟におけるように既判力ある終局的認定ではなく、あくまでも保全訴訟の目的に応じた暫定的仮定的認定にすぎないのであるから、その限りで被保全権利の存否についての審査ができると考えるべきである。よって上告人の主張は妥当ではない。

二　保全処分を申請するためには、債権者は被保全権利および保全の必要性を疎明しなければならない（民訴法第七五六条、第七四〇条二項）。この二要件の審理については、まず前者の要件を審理し、これが一応是認されたのち後者の要件を吟味するのが一般的である。不存在の請求権の為にその保全の必要があるか否かを審理するのは無意味だからである。(3)

しかしながら、疎明には裁判所が即時に取り調べることができる証拠によらなければならないという制限があるため（民訴法第二六七条一項）、債権者は鑑定、検証、存廷しない人証の尋問等即時性を欠く証拠方法によることができず、いきおい事案によっては疎明困難な場合が生ずることもある。(4)そこで、法は、請求又は仮処分の理由を疎明せざるときといえども、保証を立てたるときは裁判所は仮処分を命ずることができる旨定めている（民訴法第七五六条、第七四一条二項）。

この場合、保証は債権者のため疎明の困難を緩和するためのものであるから、当事者の意思表示をまつことなく、裁判所は職権をもって保証を疎明の代用とすることの適否を調査しなければならない。(5)が、調査の結果、その具体的事情において保証を疎明の代用とすることが適当であるか否かについては、裁判所が疎明の難易その他諸般の事情を顧慮して自由に決しうるものであり、立保証の申立があれば必ずこれを認めなければならないものではない。(6)従って、申請人より立保証の申立があっても、保証を立てさせず、疎明のないことだけを理由として被保全権利なしと扱うことも可能である。

よって、被保全権利の疎明がなく、裁判所が保証をもって疎明に代えることを不適当と考えるときは、仮処分の理由の存否を判断しないで仮処分の申請を却下することができる、とする判旨に賛成である。

三　なお、疎明代用の保証を許すか否かは事実審裁判所の自由裁量に属するとしても、その限界については見解の対立があった。(7)とくに債権者の疎明方法と債務者の疎明方法とを総合して

かえって債務者主張の反対事実が積極的に疎明されたとき。この場合は自由裁量の限界内のものか（消極説）、或は限界をこえるもの（積極説）かが上告の可否とも関係して論じられた。(8)

しかし、保全処分に関する判決については、昭和二九年の法改正により、特別上告による場合を除き、すべて違法につき上告の許されなくなった今日では問題とすべき余地が存しないことになった（民訴法第三九三条三項、第四〇九条ノ二第二項）。(9)

なお本件については、松浦馨・判例民事法昭和二六年度一〇九頁、土井王明・判例タイムズ一二号六七頁の評釈がある。

(1) 大判明三三・三・二民録六輯三巻四頁、大判大六・一〇・四民録二三輯一五一七頁、柳川・保全訴訟一〇五頁、吉川・判例保全処分七七頁以下、同・保全訴訟の基本問題一九六頁以下、同強制執行法一七八頁。

(2) この立場は、最判昭二三・四・一七民集二巻四号八九頁、最判昭二五・七・一一民集四巻七号二九九頁、の判例の趣旨を確認したものであり、今日、一般的に承認されている。柳川・前掲一〇五頁以下、吉川・前掲基本問題一九六頁以下、菊井＝村松・仮差押・仮処分三八頁、増田・本件評釈・民商法雑誌三三巻五号一〇一頁以下、

(3) 柳川・前掲一〇五頁以下、西山俊彦・保全処分概論二八頁。

(4) 渡辺＝中野＝宮崎編・仮差押・仮処分の基礎一三三頁、菊井＝村松・前掲五五頁以下。

(5) 岡垣「疎明代用の保証をめぐる二つの問題」判例タイムズ四八号三一七頁。

(6) 岡垣・前注三一七頁、吉川・保全処分の研究五頁、同・判例保全処分七一頁。

(7) 増田「いかなる場合に疎明がなくても保証を立てさせて保全処分申請を認容しうるか」判例タイムズ一九七号二三頁。

(8) 増田・前注二三頁、岡垣・前掲三一六頁以下。消極説をとると思われるのは、河本・日本法学九巻九号四七頁、村松・法学新報五九巻一一号四九頁。積極説をとると思われるのは、吉川・前掲基本問題五九〇頁以下、柳川・前掲二〇六頁、三ケ月・民訴雑誌一巻一六一頁。判例では消極説をとると思われるのは、最判昭二三・四・一七民集二巻四号八九頁、最判昭二五・七・一一民集四巻七号二九九頁、本判例。積極説に立つものとしては、最判昭二八・一二・一四民集七巻一二号一四〇一頁が右の限界論を間接にではあるが認めたものとみられ、さらに、東京高裁判決昭二六・六・一八高裁民集四巻八号二一九頁は積極説に立つことを明示している。

(9) 岡垣・前注三二六頁。

小池順一