

Title	〔最高裁民訴事例研究 二四一〕－ 特別事情による仮処分取消の場合における債権者側の事情と債務者側の事情との関係 二 仮処分の被保全権利が金銭的補償により終局の目的を達し得る場合の一事例
Sub Title	
Author	大内, 義三(Ouchi, Yoshizo) 小池, 順一(Koike, Junichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.4 (1986. 4) ,p.117- 124
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=AN00224504-19860428-0117

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.

〔最高裁判事例研究 二四一〕

昭二七⁷（最高民集六卷
四号四〇四頁）

一 特別事情による仮処分取消の場合における債権者側の事情と債務者側の事情との関係

二 仮処分の被保全権利が金銭的補償により終局の目的を達し得る場合の一事例

仮処分命令取消請求事件（昭二七・四・四第二小法廷判決）

Xはその所有の土地を、現状を変更しない約旨でYに賃貸した。しかし、Yは右約旨に違反して右土地を埋立てつつあるので、Xは将来原状回復に著しい困難を生ずるおそれがあるという理由で、鳥取地方裁判所に仮処分申請をした。同地裁は、昭和四一年一月二六日「別紙目録記載の土地に対するYの埋立工事はこれを禁止する。Yは右土地の現状を変更する行為をしてはならない。Xの委任する鳥取地方裁判所執行吏はこの命令を公示するため適当な方法をとらねばならない。」旨の仮処分決定をして、同日右決定をYに送達した。そこでYは、前記土地所有権は、金銭的補償を得ることによりその終局の目的を達し得るものであり、これは民訴法七五九条の特別事情に該当するとして、保証を条件に仮処分の取消を申し立てた。鳥取地方裁判所は、Yが三万円を保証を立てることを条件にしてこれを認め、仮処分命令を取り消した。

Xは控訴し、次のことを主張した。(1) Xは将来本件土地（池沼）を宅地として永久に保持しようとするものであるにもかかわらず、Yは本件土地を畑とする目的で埋立工事をなすものであって、しかも畑として地盤の弱い埋立をした場合、宅地にすることはできないから、Yの埋立工事を禁止しなければ本件土地を宅地として利用しようとするXの計画は実行不可能に帰する。すなわち、金銭的賠償によりその終局の目的を達し得べき場合に該当しない。(2) 本件土地が埋立により農地となったときは、将来自作農創設特別措置法の適用を受け、Xは本件土地を強制的に買収されることになる。これに対してYは、次のことを主張した。(1) 一般に田畑を宅地とするために埋立てることは容易であって、その例は多い。Yが埋立てて畑としたものを、Xにおいて引続いて宅地とすればよいのであるから、本件土地の埋立は将来宅地化するについて役立つのみならず、必要である。(2) 農地改革を免れようとするXの主張は全くその理由がない。これに対して、広島高等裁判所松江支部は、以下の理由により控訴を棄却した。

「本件土地はもと田で耕作されていたが、隣地の埋立工事に該田から採土され、自然に水が溜って雑草が茂り、水鳥が飛来するようになって池沼化したものであることを証明し得るから、Yがかような由来の土地に対し本件仮処分により禁止される埋立工事を続けてこれを畑地としても、これによりXの被る損害は金銭的補償によってそ

の終局の目的を達することができるというべきである。」「一般に田畑を宅地にすることは容易で日常屢見る事例であるから、畑としての埋立が地盤の弱い埋立であるからといってこの埋立地を更に宅地にするのができないとは到底い得ないものである。従ってYのする埋立によって、本件土地を宅地として利用しようとするXの計画が実行不能に帰するとのXの主張はその理由がない。もともと地盤の弱い埋立地であるときはこれを宅地とするのに通常の場合に比しより多くの労力費用等を必要とすることはこれを首肯し得るけれども、かような不利は金銭によって補い得るのである。」「本件仮処分により保全されるXの権利は既に説明したとおり本件地沼所有権であって、農地所有権ではないのみならず、証人の証言によればXはその夫の関与している鳥取県林産株式会社工場の敷地とするため将来本件土地を埋立しようとして畑地となり、その結果万一作農創設特別措置法の適用を受け、強制買収される運命となつても、Xにとつては将来の宅地所有権を失う結果となるに過ぎないのである。而してかかる権利の喪失によってXの受ける損害はその権利の性質上結局金銭賠償によりその終局の満足を受け得るものであることは当然である。」

Xは上告し、次のことを主張した。(1)特別事情なるものは、例外的規定であるから厳格に解釈すべきものである。原判決が金銭賠償の可能性のみをもって特別事情ありとしたは失当である。(2)Xは土地を原状のまま維持し、これを宅地として利用しようとする意図を有する者であつて、金銭を得ることを目的としているのではない。土地所有者が宅地として利用しようとする場合に、これを畑地となすことは宅地としての目的は全く失われてしまい、金銭によって満足を得ることはできない。原判決は、「本件土地がYのする埋立工事

によつて畑地となり、その結果万一作農創設特別措置法の適用を受け、強制買収される運命となつても、Xにとつては将来の宅地所有権を失う結果となるに過ぎないのである。」と説示せられたが、所有権の喪失はXにとつては重大問題で、そうであればこそ本案訴訟と仮処分の必要があるのである。将来永久に工場地としてその所有権を利用しようとするXの訴訟目的が、金銭賠償により終局的に満足せらるべきものでないことは実験法則に照らし明瞭である。最高裁は次のように判示した。

棄却。

「民訴七五九条にいわゆる特別事情とは債権者側における仮処分により保全せられる権利が金銭的補償を得ることによりその終局の目的を達し得る事情及び債務者側における債務者が仮処分により普通受ける損害よりも多大の損害を被むべき事情をいうのであるが、右の両事情は必ずしも併存しななければならないのではなく、いずれかの事情があれば足るものであつて即ち右両事情はそれぞれ独立して別箇に特別事情となるものであると解するを正当とする。然らば原判決が仮処分により債務者が異常の損害を被むべき事情について何等顧慮するところなく単に仮処分により保全せられる権利が金銭的補償を得ることにより終局の目的を達し得る事情のみにより特別事情ありと判断したことは正当である。また本件仮処分により保全されるXの権利は本件土地（池沼）所有権であるからYが右土地に対し埋立工事をしてこれを畑地としてもこれによりXの被むる損害は金銭賠償により終局の目的を達することができるものであり、またかりに本件土地が埋立工事によつて畑地となり自作農創設特別措置法の適用を受け強制買収されることとなつてもXの受ける損害は結局金銭賠償により終局の目的を達し得るものであることは原判決の説明するとおりであるから原判決には所論の如き違法なく論旨

はいずれも理由がない。」

判旨第一点には賛成であるが、第二点は疑問である。

一 仮処分は、特定物に関する給付請求権の執行保全、または争いある権利関係についての暫定的規整を目的とするものであるために、債権者としては、たとえ債務者が保証を提供したとしても、その目的を達することができない。しかし、仮処分もまた、仮差押と同様に、被保全権利の未確定の間になされる強力な手段であり、債務者に与える影響は大きい。そこで、債権者と債務者間の利益調整のために設けられたのが民訴法七五九条である。ただ、仮処分は金銭執行の保全を目的とするものではないために、仮差押が保証の提供のみで取り消される民訴法七四七条のに対して、「特別ノ事情」があるときに限って取り消しが認められている。

具体的にいかなる事情が「特別ノ事情」にあたるのかについて裁判例の集積があるが、債権者が金銭的補償を得ることによって仮処分の目的を達することができるといふ事情（金銭的補償可能性）と、債務者が仮処分の存続によって、通常受ける損害よりも多大な損害を被むべき事情（異常損害）の二個がある¹⁾と解されている。問題は、右二個の事情がいかなる関係に立つのか、すなわち、それぞれ独立して特別事情になるのか（独立説）、それとも両者が併存するときに特別事情が認められるのか（併存説）である。この点について、最高裁判所は、昭和二十六年二月六日（民集五卷三三二頁）、「上告人の損害が金銭によ

って償われ得るものであるとの判断が為された以上、それだけで仮処分取消の特別事情となり得る。」旨判示して独立説を採ったが、本判決もこれにしたがうものである。

思うに、民訴法七五九条が両当事者の利益を調整するために設けられた規定であることを考えれば、できるだけ二個の事情を考慮して判断するように努めるべきである。しかし、常に二個の事情を考慮しなければ違法になるというわけではない。二個の事情の中で、「金銭的補償可能性」は、「異常損害」と比べてより客観的な要素もっているといえる。また、両当事者の利益を衡量した結果、金銭補償可能という結論が導かれたのであれば、民訴法七五九条の趣旨に反しない。したがって、判旨第一点には賛成である。

二 しかし、仮処分は、前述のように本来金銭執行の保全を目的としてはいらないので、安易に金銭で補償が可能であるとしてはならない。そうでないと、仮処分はほとんど取り消されてしまふことになるからである。慎重な判断が要求される。

本件の場合、(1) Xは、現状を変更しない約旨で土地を Y に賃貸したにもかかわらず、Y は右約旨に違反して土地を埋立てている。(2) Xは、土地を将来夫の関与する株式会社²⁾の工場敷地にする考えをもっている。もしも Y のする埋立工事によって畑地となり、その結果、万一自作農創設特別措置法の適用を受けて強制買取取されてしまえば、X の計画は実現不可能になってしまう。このような事情を考慮すると、X の言い分はもつともであ

ると思われる。本件土地が将来強制買収されるかどうかは仮定の話ではあるが、それにしても、この点について、原審が「強制買収される運命となっても、Xにとつては将来の宅地所有権を失う結果となるに過ぎないのである」と判示し、また最高裁判所も「強制買収されることとなってもXの受ける損害は結局金銭補償により終局の目的を達し得るものであることは原判決の説明するとおりである」と判示していることは疑問である。いとも簡単に結論を出したきらいがある。原審も最高裁判所も、慎重さを欠いたといえよう。

(1) 法学研究五七巻一〇号二一九頁(宗田親彦「桜本正樹」参照、通説でもある。たとえば、菊井維大・民事訴訟法(口)三七五頁、兼子

一・増補強制執行法三三二頁。反対説として、沢田直也「仮処分命令を取消すべき『特別の事情』とは何か」判例タイムズ一九七号一八一頁。

(2) 本件について、青山調査官・判例タイムズ二〇号六〇頁、吉川大二郎・民商法雑誌三五巻五号一五頁、三月月号・判例民事法昭和二七年度九九頁の評釈がある。

なお、特別事情に関するものとして、吉川大二郎「特別事情に基づく仮処分の取消」(保全処分の研究所収)三七三頁、吉村徳重「仮処分と特別事情」中田淳一「三ヶ月章編民事訴訟法演習Ⅱ二八五頁、原井龍一郎「特別事情による仮処分、取消」(吉川大二郎博士還暦記念保全処分の体系下巻所収)八八八頁、清水悠爾「処分禁止仮処分取消しの特別事情と転売目的」判例タイムズ五五三三五五頁等参照。

大内 義三

昭二七八(最高民集六巻五号四八三頁)

共有物分割請求訴訟においてその請求を棄却した確定判決の既判力の範囲

不動産所有権移転登記抹消手続請求事件(昭和二十七年五月二日第二小法廷判決)

Xは、祖父訴外Aより当該不動産の贈与を受けその所有権を取得した。ところが、Xの父であるYはこれを不満とし、X・Aの両名を相手に調停を申し立てた。その結果、YはXより当該不動産所有権の二分の一の持分の贈与を受ける旨の調停が成立した。その後、Yは右調停調書に執行文の付与を受け、右不動産につき二分の一の所有権取得登記をし、当該不動産の二分の一の持分権の贈与を受けたことを主張して共有物分割の訴を提起した。裁判所は、二分の一の持分権はXからYに有効に贈与されたが、当事者間においては右共有物の分割を請求しない旨の契約も同時に成立したから、Yは二分の一の持分権を有するけれどもその分割を請求できないとの理由でYの請求を棄却し、同判決は上訴の申立なくして確定した。そこで、Xは、右贈与はYより世間態が悪いから名義上不動産をYに贈与した形式にして貰いたいと懇請せられたので、Yと合意の上該不動産の管理使用及び処分等一切の権限をXに留保することとして形式上これが二分の一の持分権をYに贈与することを約したもので、かかる贈与はXY間において相通してなした虚偽の意思表示であつて無効であるとして、右調停の無効なることの確認と持分二分の一の所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。これが本件である。第一審X敗訴。Xは、Yの前訴での請求が棄却されたため、その判断の対象となり有効と認定された調停による贈与の内容及び効力につき不

服があつたけれども控訴することができずに確定したものであつてこのような場合にはその判決の既判力は本件に及ばないから、Xが本件で右調停による贈与の無効を主張するのは違法ではないとして控訴した。控訴審は、「右共有物分割請求の訴訟は共有権自体から生ずる分割請求権を原因事実とするのではなく共有物持分権の贈与による取得を、その請求原因の主たる内容となし、判決でもその存否が判断され、その直接の結果として被控訴人の請求が排斥されていること明かにして同判決に於て背認された贈与関係については既判力を生ずるものと解するのが相当である。従つて右事件の当事者である控訴人はその相手方である被控訴人に対し右判決の趣旨に反して共有持分権贈与の無効を主張することはできない」としてXの控訴を棄却した。Xは、別件の判決の本件に及ぼす既判力の範囲は、共有権自体から生ずる分割請求権の存否の判断に關してのみ及ぶものと解すべく、原判決がその請求原因事実が右共有権発生の原因事実に対する判断までも既判力があるものと解し、請求を排斥したの違法であると主張して上告した。

最高裁は以下のように判示した。
 「本訴の請求原因は上告人所有の本件不動産について上告人より被上告人に二分の一の持分を譲渡する旨の調停が当事者間に成立し、その移転登記を了したが右調停は仮装の意思表示に基くものであつて無効であるというのであり又原判決が援用した前確定判決は被上告人が原告となつて上告人を被告とし右調停により取得した二分の一の持分権に基く分割請求権あることを原因として提起した共有物分割請求訴訟に対するものである。それゆえ前者は右調停に基く権利関係の存否を訴訟物とするに反し後者は右調停による共有権の取得を前提とするといへ直接の訴訟物は共有権に基く分割請求権の存否であることは明らかである。そして右分割請求訴訟において裁

判所は前記調停に基き本件不動産の二分の一の持分は上告人から被上告人に有効に贈与されたが当事者間において右共有物の分割を請求しない旨の契約も同時に成立したから被上告人はその分割を請求できないとの理由で被上告人の請求を棄却し該判決が確定したのであるからその確定判決により訴訟物たる共有分割請求権の存在が否定されたに過ぎないものであり右判決の理由において本件不動産の二分の一の持分が贈与により被上告人に移転したと判断されていてもその部分にまで既判力を及ぼすものではない。然らば原判決が論旨摘録の如く判示し前示共有物分割請求訴訟の確定判決の理由においては肯認された贈与関係について既判力を生ずるものと解したことは失当であつて論旨は理由あり原判決はこの点において破毀を免れないから他の論旨に対する説明を省略する」——破棄兼戻

判旨に賛成する。

一 共有物分割請求訴訟の既判力の範囲について判例集に掲載されたのは本判例がはじめてであり、その後も掲載されたものはない。したがつて、本判例は確定判例として実務的には取り扱われているようである。⁽¹⁾

二 民事訴訟における判決の既判力は主文に包含するものに限る(一九九条一項)。主文といふのは、裁判所の当該事件についての結論的判斷、すなわち訴に答える終局的判斷を示すべき部分であるから、主文に包含するものだけが既判力を生じるといふのは、判決中結論たる判斷だけが既判力を生じるといふこととなる。⁽²⁾したがつて、判決理由中に示された判斷については既判力は生じない。判決主文に包含されていない事項⁽³⁾であり、かつ当事者が訴訟上の請求として掲げていないからである。

すなわち、主文の理由として判決理由中に示された事実の判断や法律関係の判断には既判力は及ばない。⁽⁴⁾

既判力は判決主文に示された判断についてのみ生じるとして、その範囲は訴訟物たる実体権を基準として特定される。⁽⁵⁾したがって、訴訟物が違えば、たとえ請求の基礎が共通であり関連する権利関係でも既判力は及ばない。⁽⁶⁾

三 これを本件で問題となっている共有物分割請求権について考えると、共有物分割請求権は、「共有関係の解消を他の共有者に申入れる形成権」⁽⁷⁾であり、各共有者が共有者として当然に有する権利ではあるが（民法二五六条）、実体法上、持分権とは別個の権利として構成されている。持分権に基づく共有物分割請求では分割請求のみが訴訟物である。持分権の存否は単に請求を理由あらしめる事実にすぎない。たしかに論理的には持分権の存否の判断が分割請求権の判断に先行する。しかし、それは前提問題にすぎず持分権の存否について既判力は及ばない。⁽⁸⁾分割請求権が問題となるならば分割請求権の存否のみ確定すればよく、もしその前提問題たる持分権の存否までも確定したいのならば中間確認の訴を提起すればよいのである。⁽⁹⁾

四 審判対象は原告が任意に設定できる。被告・裁判所の態度によって左右されるものではない。では、前訴、すなわちYのXに対する共有物分割の訴では、Yは何について裁判所の判断を求めたのであろうか。Yは、祖父訴外AがYの子であるXに不動産を贈与したことを不満とし、XとAの両名を相手方とし

て調停を申し立て、その結果二分の一の持分権を取得したとし、この持分権に基き分割を請求したのである。自己に有利な調停結果を得た者が、再び調停事項を審判の対象として設定することが考えられるだろうか。Yとしては、調停によって有効に持分権を取得したことを前提として、さらに分割請求を求めた、と解する方が当事者の意思に合致するように思われる。このような事情を考慮すると、前訴でYが審判対象としたのは共有物分割請求権の存否のみであり、持分権の存否については裁判所の判断は求めていない。すなわち審判対象としていない、と解することが自然であると思われる。

Xは、前訴で、贈与の有無、持分権の存否につきかなり主張・立証に力を注いだようである。しかしながら、審判対象を設定するのはYであり、Yが分割請求権の存否のみを審判対象とする以上持分権の存否はやはりYの分割請求の前提問題にすぎない。判決理由中の判断に既判力は生じないという原則に従うならば、前提問題たる持分権の存否には既判力は生じないということになる。Xは、持分権の存否についてまで既判力を及ぼしたいと思ったのならば、前訴で反訴を提起しこの点についてもあわせて既判力による確定をはかるべきであった。⁽¹⁰⁾ そうすれば、再び別訴を提起しなければならないという不経済から逃れられたであろう。

原審は、「右共有物分割請求の訴訟は共有権自体から生ずる分割請求権を原因事実とするのではなく共有物持分権の贈与に

よる取得を、その請求原因の主たる内容となし、……贈与関係については既判力を生ずる」と判示した。原審は、分割請求をめぐる紛争の实体は持分権の存否にあるとみ、分割請求訴訟について、その判決は分割請求権を生み出す持分権の存否についてまでも既判力を及ぼすべきである、すなわち持分権と分割請求権は表裏一体不可分のものとして訴訟物となると考えたのか、または、前訴でYは持分権の存否についても審判対象とする意思を有していたと判断したのであろうか。しかしながら、前述のように、実体法上、共有物分割請求権と持分権ははつきりと峻別されており、また、前訴でYが審判対象として設定したのは持分権の存否と共有物分割請求権の存否ではなく、共有物分割請求権の存否のみと解すべきであるから、原審の見解には賛成できない。

この点につき判旨は、「前者は右調停に基く権利関係の存否を訴訟物とするに反し後者は右調停による共有権の取得を前提とするといえ直接の訴訟物は共有権に基く分割請求権の存否である」として前訴と後訴の訴訟物は別個のものであることを明示し、さらに「右判決の理由において本件不動産の二分の一の持分が贈与により被上告人に移転したと判断されていてもその部分にまで既判力を及ぼすものではない。」として理由中の判断には既判力が生じない旨も明示している。正当な結論である。以上のような理由により、贈与関係についても既判力を生ずるとする原審の判断は、判決理由中の判断にまで既判力を認め

ることとなり妥当ではなく破棄差戻もやむを得ない。

(付記) 本件には、小山・民商法雑誌三五卷三号二二〇頁、三ヶ月・法学協会雑誌七三卷三号三四二頁、長谷部・判例タイムズ二二四六頁の評釈がある。

- (1) 学説も判旨に賛成している。菊井「村松・民事訴訟法I追補版一一一四頁、岩松「兼子編・法律実務講座六卷三六頁、斎藤編・注解民事訴訟法(3)三一五頁。
- (2) 伊東・民事訴訟法の基礎理論一一二頁、既判力は判決本文で表現されている判断についてのみ生じるのが原則であるとするものとして、菊井「村松・前掲書一一〇六頁以下、兼子・民事訴訟法体系三四一頁、中野「松浦「鈴木編・民法講義補訂版(大学双書)四五三頁、斎藤編・前掲書三〇五頁、新堂・民事訴訟法四一三頁、三ヶ月・民事訴訟法補正版一四九頁以下。この原則はその後の最高裁判例によっても確認されている、最判昭三〇・一一・一民集九卷一三〇一九〇三頁。
- (3) 斎藤編・前掲書(注1)三〇五頁。
- (4) 斎藤編・前掲書(注1)三〇五頁。
- (5) 吉村「判決の効力の客観的範囲」ジュリスト五〇〇号三五三三頁。
- (6) 斎藤編・前掲書(注1)三〇五頁。
- (7) 末弘「共有物の分割請求権と分割の訴え」民法雑誌帳上二七五頁。分割請求権の法律的性質につき、末川「共有物分割の訴について」占有と所有二六六頁は、「分割を請求するといふのは、既存の共有関係を廃棄して各共有者の間に共有物を分配すべき法律関係を作り出すことを一方的に申出ることであって、その請求自体は別段

- 他の共有者に対して特定の行為を要求するものではないのだから、近時学界の通説が解するように、分割請求権そのものは形成権たる性質を有する」としている。同旨、我妻・物権法一九二頁、舟橋・物権法三八九頁。なお、川島編・注釈民法(7)三三五頁(川井健執筆)は、「分割請求権は協議による分割、裁判による分割の前提要件としてその行為が必要とされる一種の物権的請求権」と解している。
- (8) 飯倉「既判力の客観的範囲」判例演習講座二〇六頁、三ヶ月「既判力の客観的範囲」民事訴訟法演習I一九三頁以下。
- (9) この理は前掲判例(注2)によっても確認されている。
- (10) 三ヶ月・前掲書(注2)一七九頁以下。
- (11) 三ヶ月・前掲書(注8)一九五頁、所有権と登記請求権については、兼子・判例民事訴訟法一九二頁、兼子博士は、物上請求権に基く返還請求の場合にその物権自体について既判力が生ずる可能性を示唆される。

小池 順一