

Title	〔最高裁判事例研究 二四六〕 仮処分債権者が本訴において敗訴した場合と事情変更による仮処分の取消
Sub Title	
Author	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	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.9 (1986. 9) ,p.111- 114
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=AN00224504-19860928-0111

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 二四六〕

昭二七(六) (最高民集六卷一
〇号一〇〇八頁)

仮処分債権者が本訴において敗訴した場合と事情変更による
仮処分の取消

仮処分取消請求事件(昭和二七年一月二〇日第一小法廷判決)

Yは、昭和三年三月二四日Xに対し本件不動産に対する仮処分の申請を為し、同日当該不動産に付、売買・譲渡・質権の設定その他の一切の処分行為をしてはならないとの趣旨の仮処分命令が為された。この仮処分の申立に先立っては、YがXを被告として本案として本件不動産に付、所有権移転登記手続請求の訴を提起しており、この訴に対しては昭和三年七月三一日Y敗訴の判決が言い渡され、Yは同年九月一〇日に控訴を申し立てている。そこで、Xは、仮処分決定は該決定を為した事情の変更によって民事訴訟法七四七条により取消されるべきであるとして本件申立に及んだ。第一審・原審X勝訴。Yは、民事訴訟法七四七条の事情の変更とは一般に裁判外の事情の変更を指すものと解すべきで本件に右条項を適用するのは妥当でなく、また、Xが仮処分取消事件を提起した昭和三年九月三日は本案訴訟の判決正本がYに九月一日に送達ありたる時より一週間を経過せず、右判決は未だ確定していない、すなわち事情の変更は明らかとはなっていない、と主張して上告した。これに対して最高裁は以下のように判示した。

「本件のように仮処分決定があつた後に仮処分申請者がその本案訴訟に敗れた場合においては、裁判所は、必ずしも常に該仮処分決定を取消すことを要し又は得るものではないがその自由裁量によっては、事情の変更があつたものとして仮処分決定を取消することができるときには、事情の変更があつたものとして仮処分決定を取消することができるものと解すべきである。」——葉却

判旨に賛成する。

一 仮処分決定後に仮処分申請者がその本案訴訟に敗れた場合に、その確定前であっても、裁判所が自由裁量によつて本案判決が上級審において取消されるおそれがないと判断した場合には事情の変更があつたものとして仮処分決定を取消することができる、との判旨は大審院時代にはほぼ確立された判例の流れに沿うものであり、最高裁としても同様の立場に立つことを表明した点に本判決の意義がある。

二 仮処分債権者が本訴において敗訴した場合と事情変更による仮処分の取消との関係について、判例の傾向としては、まず判決確定の場合には、大審院明治四二年五月四日第一民事部判決は、本案訴訟で被保全権利が存在しないと判断されて、しか

もこれが確定した場合には、事情変更による取消が認められると判示している。

未確定の場合については、大審院大正六年二月二日第三民事部判決が、「敗訴の判決を受けたるを以て、該判決は未確定なるも、上告人が仮処分申請に当り疎明したる事実と反対なる事実の存在を覩得るに至りたるものにして事情の変更ありたるものとなし、被上告人の取消申立を認容したるは適當」としてゐる。ここでは判決が取消されるおそれがあるか否かについて触れられていない。これと同旨の判決としては大審院昭和一年九月二五日第五民事部判決がある。

しかし、その後大審院昭和二年一月二五日第二民事部判決は、「仮差押債権者が本案訴訟の第一審において敗訴したる場合に於てはその判決確定前といえども裁判所が自由なる意見に従ひ、上級審に於て、その判決が取消されるおそれなしと思料したるときは之をもつて仮差押命令の取消を申立つることを得べき事情の変更と解することを得」として、裁判所が自由裁量によつてその判決が取消されるおそれなしと判断することが必要であることを明示し、同旨の判例は、昭和五年二月三日第一民事部判決、昭和九年一月二八日第三民事部判決、昭和一〇年一月六日第二民事部判決、と何度も繰り返されており、単に敗訴判決言渡のみでは事情の変更ありとはいえず、判決が取消されるおそれがないと認められることが必要である、というのが大審院時代の確立した判例であるといふことができると思われる。

従つて、仮処分債権者が本案判決で敗訴判決の言渡をうけた場合でも、上級審で取消されるおそれがないとしても事情変更を認めず、申立を却下した事例も存在する。

最高裁としては、昭和二十六年一月一八日第一小法廷判決が、傍論として、「第一審判決が上級審において取消されるおそれがないとは速断できないから事情の変更したるときに該当せずとした原審を支持する」旨判示しているが、正面から大審院以来の判例の立場に立つことを認めたのは前述のように本判例が初めてである。

その後は、東京高裁昭和四六年一月三〇日判決、名古屋高裁昭和五年四月二一日判決が、最高裁に追隨している。

三 本案訴訟で請求棄却判決が確定した場合には、学説は、説明により一応存在すると仮定された被保全権利が判決手続を経て、実は存在しなかつたと判断され確定しているのであり、事情変更による取消は動かせないところだと解している。

本案訴訟で請求棄却判決がでたが未確定である場合には、上田教授は、「そもそも保全命令は暫的措施であるから、たとえそれが未確定であっても保全命令の存続の正当性を否定する方向に働らく極めて有力な事情であることは否定できない。だが、確定判決でない以上（確定判決でも再審の場合を考慮すべきことは前述）、上級審で取消される可能性があり、この可能性を無視して一律に未確定判決を保全命令の取消事由とすることは、保全制度の存在意義を大いに減少せしめることもまた否定できない

いところである。そこで、取消申立の係属した裁判所が当該未確定判決は上級審で取消されないと判断した場合には、判決で被保全権利が否定されたことを重視して未確定であることからくる命令存続の要求を後退させ、取消されると判断した場合に未確定である点を重視して保全命令を存続させる、という解決方法に前述の矛盾する両要求の調和点を求めるほかない⁽¹⁴⁾。とされ、他の学説も一致して、裁判所が自由なる意見に従い上級審でその判決が取消されるおそれなしと考えた場合には、事情変更による取消を認めている⁽¹⁵⁾。

四 保全処分命令は、簡易迅速に与えられる暫定的処置であり、当初予定された基礎的条件が何らかの事情で変動することは当然ありうることであるが、この場合に保全処分命令を存続させておくことは保全処分義務者を不当に拘束するものであり妥当ではない⁽¹⁶⁾。しかし、保全処分命令もまたひとつの裁判たる性質をもつものであるから、この変動により当然効力を失うものと考ええることは裁判の安定性を害することになる⁽¹⁷⁾。そこで、この両者の調和をはかるために設けられたのが事情変更による取消申立権であり、ここで事情の変更とは、一般に、保全処分の続行を不当とすべき事情が発生したとと解されている⁽¹⁸⁾。とすると、被保全権利の当初よりの不存在が本案判決において判明した場合も事情変更となるのか問題となるが、そもそも被保全権利の存在は保全処分の基礎条件のひとつではあるが、はたしてそれが真に具備しているのか否かは、保全処分当時は実は未定

であり、後に、本案判決においてその存在が確定せられることを予想して、暫定的・仮定的に保全処分が命ぜられるという性質のものである⁽¹⁹⁾。従って、後に、本案判決の結果その予想が全く裏切られ、未定であったところの被保全権利が当初より不存在であったということが客観的に判明したという様な事情も、保全処分の存続を不当とすべき事情とみて何らさしつかえないといえる⁽²⁰⁾。

本件において問題となっているのは、債権者敗訴の本案判決が出たが未確定の場合であるが、この場合には本案判決確定の場合ほど終局的確定的な強力な事情とはいえないが、まず敗訴の本案判決が出た以上保全処分が妥当する基盤がぐらつきだしたといえる⁽²¹⁾。ただし、上訴審で本案判決が取消されるという可能性も存在するわけであるから、敗訴の本案判決が言渡されただけでは不十分で、裁判所がこの可能性がないと判断した場合、すなわち、判旨中の「上級審において取消されるおそれがないと判断」した場合に、初めて、保全処分の続行を不当とすべき事情が発生したものととして取消を認めるべきである。

要するに、本件において、上告人は債権者敗訴の本案判決は未だ確定せず、すなわち事情の変更は明らかとなっていないと主張しているが、以上のような理由により、債権者敗訴の本案判決確定前でも裁判所が上級審において取消されるおそれがないと判断した場合には、事情の変更のあったものとして仮処分決定を取消することができるものと解されるのであって、同旨の

判旨に賛成する。

付記 本件については、菊井・判例民法昭和二十七年（八九頁、柳川・民商法雑誌三六巻四号五六六頁の賛成評釈がある。

- (1) 民録一五輯四五五頁。
- (2) 民録二三輯一七四頁。
- (3) 法律新聞四〇四八号九頁。
- (4) 民集六巻二七頁。
- (5) 法律新聞三〇九五号一〇頁。
- (6) 法律評論二四巻民訴四六頁。
- (7) 法学五巻六五九頁。
- (8) その他、昭和二十二年六月一七日第一民事部判決法学六巻一三三頁等。
- (9) 大審院昭和九年一月一七日第三民事部判決法律評論二四巻民訴四四頁。
- (10) 民集五巻一一号六〇〇頁、本件については法研五八巻九号一四頁に河村評釈がある。
- (11) 判例タイムズ二七四号二五七頁、ただし、東京高裁は、この事件については取消されるおそれが全くないとはいえないとして事情変更による取消を認めていない。
- (12) 判例時報八二七号七一頁。
- (13) 上田「事情変更と保全命令の取消」吉川還暦記念下巻八五九頁、柏木「保全処分命令を取消すべき『事情の変更』とは何か」判例タイムズ一九七号一七八頁。
- (14) 上田・前掲八六一頁。

(15) 西山・保全処分概論二〇五頁、菊井・民事訴訟法(二)三三六頁、中川・兼子監修・実務法律体系8(仮差押・仮処分(林屋執筆))一三二頁、菊井・村松・西山・仮差押・仮処分(二訂版)四一八頁、鈴木・三ヶ月・宮脇編・注解強制執行法(4)三四六頁、岡垣・強制執行法概論三四五頁、柳川・新訂保全訴訟一九六頁、三ヶ月・中務「戦後の仮処分判例の研究」民事訴訟雑誌一号一七六頁。

(16) 吉川・保全処分の研究三三五頁。

(17) 吉川・前掲三三六頁、ただし、鈴木・三ヶ月・宮脇編・前掲三四六頁は、本案で被保全権利の存在を否定する判決が確定すれば、保全処分の付随性からその効力は消滅するとする。が、本案訴訟で仮処分債権者が敗訴しても、形式上仮処分命令は存続しつづけることとなり、やはり、これを形式上も否定する、すなわち仮処分命令を裁判でもって取消すことが必要なのではなからうか。

- (18) 吉川・前掲三三六頁。
- (19) 吉川・前掲三三七頁。
- (20) 吉川・前掲三三七頁。
- (21) 吉川・前掲三四一頁。

小池 順一