

|                     |   |
|---------------------|---|
| Title               | 〔最高裁民訴事例研究二五八〕<br>最高裁判所のなした執行停止決定に対する異議申立の許否<br>(最高裁昭和二八年四月二四日第二小法廷決定) 将来の賃料相当損害<br>金の請求を認容する判決が確定した場合においてその後公租公課の<br>増大等により認容額が不相当となったときの損害金の追加請求<br>(最高裁昭和六一年七月一七日第一小法廷判決)                                      |
| Sub Title           |   |
| Author              | 大濱, しのぶ(Oohama, Shinobu)<br>花房, 博文(Hanafusa, Hirofumi)<br>民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)   |
| Publisher           | 慶應義塾大学法学会   |
| Publication<br>year | 1988  |
| Jtitle              | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and<br>sociology). Vol.61, No.3 (1988. 3) ,p.100- 107  |
| JaLC DOI            |   |
| Abstract            |   |
| Notes               | 判例研究  |
| Genre               | Journal Article   |
| URL                 | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880328-0100">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880328-0100</a> |

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.

## 「最高裁判所民事訴訟例研究 二五八」

昭二八六（最高民集七巻  
四号四三七頁）

最高裁判所のなした執行停止決定に対する異議申立の許可

仮執行停止決定に対する異議申立事件（昭和二八年四月二四日第二小法廷決定）

本件の具体的事実に関しては判例集に掲載されていないので、詳細は知ることができない。その概要は以下のようなものであったと考えられる。

Y（本件異議申立人の相手方）はある事件につき仮執行宣言付きの判決を受け、最高裁に上告し、民訴法旧五一二条（昭和二九年法律一二七号改正前、現行民訴法五一一条に相当する）に基づく執行停止を申立てた。最高裁は、Yの申立てを認容して執行停止決定をなしたが、これに対してXが異議を申立てたのが本件であると思われる。

最高裁は「最高裁判例が民訴法五一二条によりなした執行停止の決定に対しては異議を認めた規定がないから、右決定に対する異議の申立は許されない。（昭和二五年（ク）第一〇七号同二七年二月二八日第一小法廷決定参照）」と述べ、Xの異議を不合法として却下した。

参照条文

民訴法（旧）五一二条 仮執行ノ宣言ヲ付シタル判決に對シ上訴ヲ提起シタルトキ又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル支拂命令ニ對シ異議ヲ

申立テタルトキハ第五百條ノ規定ヲ準用ス

同法（旧）四〇九条ノ四 上告裁判所ノ判決ニ對シテハ其ノ判決カ法令ニ違背スルコトヲ理由トスル場合ニ限り其ノ裁判所ニ異議ノ申立ヲ為スコトヲ得

判旨賛成。但し、理由に疑問がないわけではない。

一本決定が引用する判例及び参照条文に照らすと、本決定で直接の問題とされたのは、最高裁判所のなした執行停止決定に対し、上告裁判所の判決に異議申立を認める民訴法旧四〇九条ノ四を準用することの許可であったと思われる。

右の引用判例（昭和二七年二月二八日第一小法廷決定・最高民集六巻二号二八六頁）は高裁が第一審または最初の抗告審としてなした決定に対する異議申立につき、判決と決定の各手続の性質の差異を理由に、同条の準用を認めない旨を明らかにしている。学説にはこれを認めるものもあって争いが見られた（準用を認める見解として、兼子「『条解民事訴訟法Ⅲ』二九一頁、山本戸克己・最決（二小）昭和二七年二月二八日・判批・民商三五巻五号一〇四頁、否定する見解として中務俊昌・同判批・論叢五九巻一号一〇二頁）。しかしながら同条は、最高裁判所における民事上告事件の審判の特例

に関する法律（昭和二五年法律一二七号）の失効に伴う民訴法改正（昭和二九年法律一二七号）により削除された。その理由としては、上告裁判所の判決には再審または特別上告という特別の事由がある場合の不服申立方法を以って足り、このほかに「広く一般の法令を理由とする不服申し立ての途を講ずることは屋上屋を架するもので」、また「法律的判断の当否について、同一裁判所に再度の判断を求めることによって異なる結論を得るという場合はほとんど皆無に近く……この制度の創設以来異議の申し立てによって変更判決がなされた事件は一件もない」（最高裁事務総局・民事上訴制度関係資料その三（民事裁判資料四二号）一六〇頁）ことが挙げられている。

民訴法旧四〇九条ノ四の存在を前提とすれば、決定に対し同条の準用を認める必要はないと解する（なおこの問題につき、既に当研究会により同条の存在を前提となされた評釈がある。河村好彦・昭和二七年二月二八日第一小法廷決定・判批・法研五九卷一〇一六頁参照）が、いずれにしても同条が削除されてこれに相当する規定が存しない現行法上は、本件のごとく最高裁判所の決定に対し異議を認めるといふ余地も封じられたことになる。

二 翻って、そもそも民訴法旧五一二条に基づく執行停止決定に対し、異議申立は許されるのか。同条が準用する民訴法旧五百条の三項後段は不服申立を禁ずる旨を規定していることから、旧四〇九条ノ四の解釈を問題にするまでもなく、本件の執行停止決定の異議申立を認めないとの結論を導くことも可能であらう。

う。私見は寧ろこの解釈を妥当と解する。本決定の理由に疑問を付した所以である。

仮執行宣言付判決に対する上訴の場合の執行停止等を規定した旧五一二条は、現行法では、上告の場合の五一一条および控訴の場合の五一二条に分たれたが、ともに不服申立を禁ずる現行五百条三項を準用している（現行五一一条二項および五一二条二項）ことにはかわりがない。結局、現行五百条三項の不服申立禁止の規定の解釈が問題になる。

学説には、（一）不服申立を許さないのは申立について実質的な審査をして裁判をした場合に限られ、申立を不適法として却下した決定、または要件が具備しないのに申立を認容した決定に対しては、不服申立が許されると制限的に解する説がある（岩野「西村」井口「宮脇編」・注解強制執行法一五七頁（川上））。但し、昭和五四年法律四号改正前の立場であり、不服申立方法は民訴法旧五五八条の即時抗告によるとしている。これに対し、（二）昭和五四年改正により、五百条（乃至五一二条）が「第六編から第五編ノ三に位置することになり、即時抗告についての旧五五八条が削除された現在、従前の右見解がそのまま維持できるかどうか疑問」として条文の文言通り如何なる場合にも不服申立は許されないと解する全面的な否定説がある（菊井「村松」全訂民事訴訟法Ⅲ五八四頁）。不服申立禁止の明文の存在に加えて、不服申立方法の形式的な根拠条文の欠缺を理由としているようである。

判例の立場は(1) 説と同様である(申立を不適法として却下した決定に対し不服申立を認めたものとして、大決大正六年一月二一日民録二三輯八〇四頁、東高決昭和三十九年三月三一日東高民時報一五卷三号七二頁等。申立を認容した決定が要件を具備していないことを理由に不服申立を認めたものとして大決大正八年七月二二日民録二五輯三四〇頁、大阪高決昭和二十九年二月二二日高裁民集七卷一十一号一〇五三頁等。いずれも、五二二条の適用または準用に因する。五二二条による執行停止決定の不服申立の許否に関する判例は、管見の及ぶ限り本決定が唯一のものと思われる)。

三 思うに、五百条三項が不服申立を禁じ、五二二条二項・五二二条二項がこれを準用しているのは、執行停止は応急的仮定的な措置であり、故にその裁判も本案の審理に付随する派生的な裁判であるからであろう。仮に不服申立を許すと、派生的な裁判において、実質的には本案判決の適否を判断せざるを得なくなるおそれがある。このような本末転倒の事態を回避する趣旨と考えられる。

なるほど、執行停止決定がなされなければ五百条の場合は確定判決を、五二二条および五二二条の場合は仮執行宣言付判決をそれぞれ債務名義として、勝訴当事者の権利を終局的に実現する段階まで至ることに鑑みれば、(1) 説の如く本来は許されない裁判に対する救済の途を残しておくことにも、傾聴すべきところはある。

結局、違法な裁判に対する救済の必要と訴訟経済上の要請を

いかに調和させるかを勘案すべきであるが、不服申立を禁ずる明文が存する以上は、(2) 説が妥当と解すべきであろう。なお、違法な裁判に対する救済としては、違式の決定に対する抗告を定める民訴法四二一条を類推して不服申立を許す余地もあるのではないか(大阪高決昭和二十九年二月二五下民集五卷二二二〇頁は仮処分執行停止決定に対する不服申立につき同条の精神に照らして許すべき、としている)。とはいえ、本決定の場合には不服申立の用途がないことは前に述べた通りである。

四 本決定の第一の意義は最高裁判所が民訴法五二二条(旧五二二条)によりなした執行停止決定の不服申立を許さないとしたことにあると思われるが、旧法下の判例であることに鑑み、本評釈ではいくばくなりとも現行法の解釈に通じる問題に引き直して検討した次第である。

大 濱 し の ぶ

#### 昭六一七(民集四〇卷五号九四一頁)

将来の賃料相当損害金の請求を認容する判決が確定した場合においてその後公租公課の増大等により認容額が不相当となったときの損害金の追加請求

損害金請求事件(昭六一七・一七第一小法廷判決)

X(原告・控訴人・被上告人)は、昭和四五年五月二二日本件土地を仮換地とする仮換地変更指定処分を受けた。ところがY(上告人・被控訴人・被告)は以前より、本件土地上に建物を所有し、占

有を続けていたため、XはYに対し、建物収去土地明渡と明渡に至るまでの賃料相当損害金の支払いを求めた（前訴）ところ、昭和五四年一月三〇日、Yに対し本件建物部分収去土地明渡と昭和五二年一月一日から本件土地の明渡に至るまでの月額四万七八〇〇円の割合による損害金の支払いを命ずる確定判決を得た。

しかしながら、Yは依然として占有を続け建物部分は第三者に賃貸していたため、Xは、本件土地の駐車場利用が出来ず駐車場保管料相当額の損害を被り、またYの不法占有の継続の間に、本件土地近くにショッピングターミナルが出来て立地条件が非常に良くなったため、土地価格が昂騰し、そのため先に認容された賃料相当損害金では著しく不当となったと主張して昭和五四年二月一日以降、本件土地明渡までの賃料相当損害金の追加請求をしたのが本件である。これに対してYは本訴請求は前訴請求の確定判決により遮断されるとして争った。

第一審、X敗訴。そこでX控訴。この際、Xは昭和五四年二月一日から昭和五五年三月三十一迄の時期（以後これを前期間とする）については、本件土地を駐車場として利用する計画であったことはYにおいても予見可能であったとして自動車五台分の駐車場保管料相当額と前訴の認容額との差額七万七二〇〇円の特別損害の賠償を請求、また昭和五五年四月一日以降（以後これを後期間とする）については、賃料相当損害金の不足分月額八万七二四二円を拡張請求するとともに、前訴確定判決による強制執行の妨害などの不法行為による損害賠償を求める請求を選択的に追加した。

原審では、前期間については、前訴は通常損害を認めたものであり、駐車場保管料相当額の損失は特別損害であるとして、自動車三台分の駐車場保管料相当額と前訴の認容額との差額の月額二万七二〇〇円の限度で認容した。また後期間については、Xの主張を認

容した。そこでYより上告がなされ、最高裁は以下の如く判示した。

かかる請求権は、通常生ずべき損害及び特別事情によって生ずる損害を通じて一個の請求権であって、その履行を求める訴において、通常損害と特別損害のいずれか一方についてののみ判決を求める旨が明示されていない場合は、一部請求であることが明示されているのと同視しうるだけの特段の事情が存しない限り、これに対する既判力は右請求権の全部に及ぶ。またこの理はすでに発生した損害の賠償を求める場合であらうと将来継続的に発生すべき損害の賠償を将来給付の訴により請求する場合であらうと差異を生ずるものではない。そこで、原審が駐車場利用に基く損失を特別損害としてその差額を一部認容したのは、既判力に関する法令の解釈適用を誤ったというべきである。前訴において駐車場使用の利益を除外する一部請求であると明示され、または明示されているのと同視しうる資料は何等見当たらない。よって原審のこの部分に対する破棄は免れない。しかしながら、将来、不法占拠者の妨害等により、明渡が長期に渡り実現不可能な場合、事実審口頭弁論終結後の公租公課の増大、土地価格の昂騰などの諸事情により、比隣の土地の地代に比較して、著しく認容額が不相当となるに至った損害金については、主張、立証することが不可能であり、これを請求から除外する趣旨のものであることが明らかであるとみるべきであり、その後、前記のような事情によりその認容額が不相当となるに至った場合には、その請求は一部請求であったことに帰し、追加請求を妨げるものではない。以上の前提のもとに本件をみると、前期間においては未だ不相当とはいえず、Xの請求は失当といわざるを得ない。しかし後期間については原審の判断を正当とする。

また、執行妨害に基く不法行為を理由として差額相当の損害金を求

めている点に関し、本件土地に対するXの仮換地使用収益権をYが不当に侵害してその使用収益を妨げている事によって生じた損害に他ならず、被上告人主張の執行妨害などの行為によって生じたものといえないから、右請求もまた失当として棄却を免れない。

一 将来給付の訴に関し、現行法上明文に規定されている（民法第二六条）が、将来給付というその性質上当然予想される、確定判決後に事情変更に基づく認容額不当の事態が生じた場合にどう処理すべきかの方法については、明文上は規定がない。そのため現時点では、かかる処理方法について学界、実務界での十分な理論的構築を待つ状況にある。

そのような状況の下で、最高裁判所自らが賃料相当損害金請求を将来の給付の訴として確認し、判決確定後の事情変更に基づく追加請求を可能にし、かつその理論的根拠が、主張、立証の不可能さに鑑み結果的に前訴は一部請求であったことに帰するためであると示したことには大きな意義があるといえよう。特に、「帰する」と表現し、従来の判例の一部請求説の立場を踏襲しつつも具体的手続保障説の立場を加味したと思われる微妙な表現に注目すべきである。

また、通常損害と特別損害に関し、原審では両者を別個の訴訟物として、取り扱ったのに対し、最高裁は両者を合わせて一個の請求権とし明示されるか、或いは明示されたのと同視しうる特段の事情がない限り既判力は請求全てに及び、訴訟物の分断はできないものと示し、ここにいる特段の事情のある場合と

して判決確定後の事情変更の場合を位置付けている。

本判決に至るまでの判例の流れを見るとまず「一部請求には、明示が必要である」<sup>(1)</sup>。「明渡までの賃料相当損害金の請求は将来の給付の訴として認められる」<sup>(2)</sup>。「後遺症に対して一部請求の理論を根拠に既判力の抵触を否定」<sup>(3)</sup>。そして、下級審ではあるが、土地の不法占拠に関する確定判決の損害額につきその後の事情変更に基づく増額請求は認められる<sup>(3)</sup>として来た。以上主だった判例の延長線上に本判決も位置するものとみられる。

二 民法第四一六条は第一項で債務不履行に基づき通常生ずべき範囲の損害賠償を認め、第二項では、特別な事情に基づく損害であっても、当事者が予見し、又は予見することを得べかりし場合には損害賠償を認めると規定して損害の発生原因によって区別している。このような実体法上の区別が訴訟物の区別をもたらずか否かを検討する。

債務不履行を原因とし複数の過程を経てそれぞれに損害が発生した場合、それらすべてをあわせて賠償額が定まり債務不履行に基づく損害賠償請求、金いくらいくらという一個の訴訟物が決定されるのである。そして損害発生経路の相違により分断可能である限り、いわゆる一部請求の問題として扱われる。だからこそ特別損害については予見するか、或るいは予見可能であったかをその条件としているのである。つまり、前訴において当事者はその損害の発生について通常損害と特別損害をあわせた一個の損害を予見しているのであり、この時点で全部請求

するのか、或るいは一部請求をするのかを明示していなければならず、にも拘らず、一部請求の旨の明示がない場合には、もはや追加請求は認められないとすべきであろう。しかしこの問題と前訴の口頭弁論終結時に予見不可能であった、事情変更に基づく新たな損害の賠償とは区別して理解されなくてはならない。本判決はこのような場合是一部請求であることの明示があったのと同視できる特段の事情として、一部請求に帰するとするがこの取り扱いについては随分問題が残される。そこで次に判決確定後の予見できなかった事情変更の場合について検討する。

三 将来の給付という性質から、事情の変更に基づく結果に対し何らかの救済手段を講じる必要性があるであろう。ドイツ民事訴訟法では第三二三条第一項で以下のように規定している。「将来履行期の到来する反覆的給付を命じる判決の場合、給付を命じる判決につき、又は給付すべき数額の特定期若しくはその支払いの期間を定める判決につき、基準となった関係に著しい変更を生じたときは、各当事者は、訴により判決の相当な変更を求めることができる」。(6)勿論、我が国においてもこのような立法的解決をみるのが望ましいのではあるが、このような制度を持たない現時点ではその解決方法として以下に掲げる四種類の救済手段が考えられる。一部請求理論に基づく見解、具体的手続保障に基づく判決の遮断効に制限を加える見解、(7)既判力の時的限界に基づく見解、訴訟物の相違に基づくと

する見解(8)などがそれらであるが、果たして本件ではどのような立場に立つべきなのであろうか。

まず、一部請求理論に基づく見解についてみると、数量的に可分な債権(全部請求)を、原告の判断に基づき、その一部を請求する事が可能であるとするのが一部請求の認められる根拠である。つまり、前訴の請求時点で、全部請求の範囲が確定されるときにも、一部に分断した事が原告に於いて認識されていなくてはならない。よって、事情変更が繰り返される度に、新たな損害を含めたものが、実は全部請求であったのだと解して、事後的に前訴の請求が一部請求であると解釈する事は甚だ技術的といわざるを得ないであろう。しかも、判例理論では、一部請求をなす場合、予めその請求が一部請求である旨の明示が必要であるとしても拘らず、かかる場合には事情変更に基づく不当な結果の発生が、明示が為されたのと同視できる特段の事情として取り扱われるところから、理論的困難がある。よって、この見解には賛成しがたい。なお本判決では「一部請求」とは断言しておらず、「一部請求であることに帰し」と言葉を選んだのもそれなりの躊躇があったからであろう。

次に、本判決の実質的根拠として窺われる具体的手続保障に基づき既判力の遮断効を制限する見解によれば、およそ既判力の遮断効は、当事者からその提出を期待することが出来た事実資料の限度で生ずるとし、前訴の具体的な手続過程における原告・被告の攻撃防禦関係を信義則の適用によって評価し、原告

が残部請求をも前訴で提出すべきであったか否かを判断し、提出すべきであったと判断された場合に限って残部請求を認めないとする。この見解は被害者救済面で最も有効に機能するが、反面、法的安定性や制度的効力としての既判力の性質を著しく不安定なものにしてしまうといえる。

そして、既判力の時的限界に根拠を求める見解について。所説によれば、前訴の訴訟物についての結論判断を前訴の口頭弁論終結後に生じた事実を根拠にして争う事は許されるとする。したがって前訴請求と後訴請求が同一の請求に属さなければならぬ。また所説によれば、確定判決後の事情変更に基づく損害の発生は、訴訟物には何等変化はなく、単に損害額算定の評価基準が変わった事によるものに過ぎないとする。しかしここで混乱してはならないのは前訴における訴訟物、明渡に至るまでの貨料相当損害金月額四万七八〇〇円の請求と後訴における訴訟物、土地の昂騰、公租公課の増大等の諸事情に基づく新たな損害金月額八万四二四二円の請求との関係である。確かに前訴口頭弁論終結後の事実資料を持って前訴判決を前提とし、しかも前訴確定判決の効果を争っているかの如くにみえるが、前訴における損害と後訴における損害とは明らかに同一ではなく、後訴が前訴確定判決の判断を争うものとはいえない。つまり、ここでは既判力の時的限界の問題は生じておらず、むしろ前訴と後訴との関係は訴訟物を異にするからに他ならない。よって判決確定後の諸事情に基づく新たな損害の追加請求は訴訟物の

相違に根拠づけられるべきである。

四 そこで最後に本件について具体的検討してみると、Xが主張する前期期間についての自動車駐車場使用不可能による特別損害賠償請求は、たとえ当事者双方が予見可能な状況であったとしても、前訴においてその旨が明示されておらず、一部請求であったとして残部請求を認めることは出来ない。原審が訴訟物を異にするとして、認容したことを是正した本判決は正当である。

また後期期間については、一部請求の旨が明示されたのと同視できる特段の事情を設けることによって、本件を一部請求理論に導くことには前述の通り賛成しがたい。にも拘らず本判決には大きな意義があるといえる。なぜなら長期にわたる不法占拠の結果、比隣の土地の賃料に比較して著しく前訴認容額が不当になり、かかる損害賠償請求については主張立証が不可能である等の諸事情を考慮したこと、即ち、前訴認容額の相当性、当事者間の衡平、手続上の保障等を総合評価して既判力に新たな限界付けを試みていることは高く評価される可きであるからである。確かに現段階では判決効に事後的判断を加え、制限するのは既判力の制度的効力の性質を損ない法的安定性を失うものであるとの非難は免れないであろうが、最高裁によって当事者の救済に関し、充分な手続保障をめざす新しい方向が示されたのである。今後、より一層明確な基準をうち立て法的安定性を害さぬよう試みなければならないが、そのために判例の集積或るいはドイツのような立法的解決が期待される。



よって、判旨賛成。但しその理論的根拠には若干の疑問を生ずる。

(付記) なお本件に関し、河野正憲教授の判例評釈、ジュリスト昭和六一年度重要判例一二二頁がある。

- (1) 最判第二小昭和三七・八・一〇。(民集一六卷八号一七二〇頁)
- (2) 大阪地判昭和三八・三・一四。(下民集一四卷三号三八六頁)
- (3) 最判第三小昭和四二・七・一八。(民集二一巻六号一五五九頁)
- (4) 福岡高判昭和五六・二・二五。(判タ四五五号一一九頁)
- (5) 法務資料第四四〇号ドイツ民事訴訟法典。(石川明訳)
- (6) 井上治典・「確定判決後の残額請求」民訴法の争点一八二頁。新堂幸司「紛争解決後の損害の増大とその賠償請求」ジュリスト三九五号六四頁。
- (7) 上村明広「調停後の損害の増大と訴の提起」続民訴百選一八〇頁。
- (8) 飯塚重男「既判力と後遺症」新実務民訴法講座四一五〇頁。小山昇「確定判決後の追加賠償請求」手続法の理論と実践二八九頁。

花房 博文