

Title	〔最高裁民事事例研究二七八〕 仮の地位を定める仮処分の適法な限界を超えない一場合 (最高裁昭和二八年九月八日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	大濱, し の ぶ (Ohama, Shinobu) 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	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.3 (1990. 3) ,p.118- 123
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=AN00224504-19900328-0118

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.

問がある。ただし、この立場は、目的物の譲渡があれば、未必的保険債権を中心とする保険関係については譲渡行為を行なうことなしに自動的に移転するという効果を商法六五〇条一項の「推定」という文言に対して与えるものであるが、これは明らかに用語上の無理があるからである。商法六五〇条一項は、本来譲渡になじまないはずの未必的保険債権について、保険の目的の譲渡と共にするならば、更改の方法を採らずに譲渡の方法によって移転し得ることを保証した上で（島原宏明「保険事故発生前における被保険者の権利の意義とその譲渡」中村真澄・金沢理教授選層祝賀記念論文集現代企業法の諸相六四五頁）、保険の目的の譲渡の事実の立証を以って、未必的保険債権の譲渡行為の存在についての立証責任を転換したものと解すべきである（棚田良平「商法六五〇条による保険金請求権の移転に関する一考察（二・完）」損害保険研究二三巻二号一五七一—一五八頁、倉沢康一郎・保険法通論八五頁、島原・前掲六五四頁）。

〔最高裁判事例研究 二七八〕

昭二八16（最高民集七巻九号八八二頁）

仮の地位を定める仮処分の適法な限界を超えない一場合

このような前提に立てば、保険の目的物の譲渡の際に未必的保険債権についての譲渡の意思表示がされない限り、被保険者は被保険利益を失って契約そのものが目的の不能になり失効してしまふことになる。また、約款八条一項但書はその性質上保険の目的物の譲渡に対しては適用されないとの説（北沢宥勝・火災普通保険約款論二二九頁）が結論的に正しいことになる。したがって、未必的保険債権の移転についての意思表示も、對抗要件としての通知も存在しない本件の事例では、X₁がAに機械を買戻し特約付売買によって譲渡した時点で保険契約が失効してしまふことになり、当該機械を付保物とする部分についての被保険者の保険金支払義務は認められないものと考ええる。

付記 本判決については、本稿とは逆に利益保険関係の判旨を対象とした今井薫教授の評釈（判例タイムズ四九二号七九頁）がある。

島原 宏明

不動産仮処分事件（昭二八・九・八第三小法廷判決）

（事実）甲（本件仮処分申請人・控訴人・被上告人）は昭和二十三年七月二日自作農創設特別措置法一六条による本件農地の売渡処分を受

けてその所有者となった者である。甲は、乙に対する妨害排除農地引渡請求訴訟を提起するとともに、乙（本件仮処分被申請人・被控訴人・上告人）に対し「本案判決の確定に至るまで乙は本件農地に立入り甲の所有権行使について耕作など一切の妨害をしてはならない。甲の委任する執行吏は乙の占有を解いて自己に保管すること。執行吏は自己の信ずる者に本件農地の耕作をさせることができる。」旨の本件仮処分を申請した。その理由は以下のようなものである。「乙は独立の耕作権を有していた者ではなく、甲の甥である関係から本件農地の手伝をさせていた者であつて、昭和二四年度は甲が耕作を為したにも関わらず、乙は甲の間隙に乘じ、自己に耕作権があると称して昭和二五年に急遽土建工事の人夫約三十名の多衆をもつて本件農地に侵入し、まだ田植えの時期でもないのに甚だ粗悪な田植えをして甲の占有を妨害した。甲は昭和二六年度の耕作準備を急がねばならないので、乙のかような急迫なる強暴を防ぐ必要がある。これに対しては乙は、本件農地は元来乙の耕作地であるのに、甲が自己の耕作地として虚偽の申告をしたため自作農創設特別措置法による本件農地の売渡処分をみたのであつて、甲は法の保護に値せず、また右売渡処分については県知事に対する無効確認請求訴訟を提起し、抗争中である」と反駁した。

第一審は甲の本件仮処分の請求を棄却したが、控訴審は甲の控訴を認容し、原判決を取り消して、「本案判決の確定に至るまで本件土地に対する乙の占有を解き甲の委任した執行吏の保管に付する。乙は右土地に立入ってはならない。執行吏は右事実公示の方法をとらねばならない。執行吏は右土地の荒廃を防ぐため適当な措置を講じなければならぬが耕作を目的とする限りは甲をしてこれに立入らしめることができる。」旨の仮処分を命じた。その理由は以下のよう

なものである。被保全権利に関しては、右売渡処分無効確認訴訟において乙が勝訴判決を受けたとの主張はなく且つ勝訴する見込みが十分との疎明にも欠けるので、右売渡処分は一応有効と見るべきで、仮に乙の従前の耕作権が認められるにしても右売渡処分により消滅し、甲は何等負担のない所有権を原始的に取得したと見るべきであるとした。保全の必要性に関しては、甲の主張をそのまま容れて、乙が昭和二五年度に甲に対し含むところありその意に反し実力をもつて耕作を敢行し、甚だしく粗悪な田植えをなしたこと、甲は昭和二六年度の稲作の為に準備行為を必要とするに關わらず乙においては自己の耕作権を主張してこれを妨害、引き続きその耕作を為すべき意図を有し、強暴なる行為により甲の所有権を侵害しこれに著しき損害を被らしめる虞あることを認めた。

乙は上告理由において、原判決は本案の判決執行と同一の効力を有するものであるから民事訴訟法の認めた範囲を超越する違法あるものと主張した。上告棄却。

（判決要旨）甲の土地所有権につき仮の地位を定めるため、右土地に対する乙の占有を解きその立入を禁止し、甲の委任する執行吏の保管に付するとともに、執行吏に土地の荒廃を防ぐため適当な措置を講ずることを命じ且つ耕作を目的とするかぎり甲の立入を許す権限を与える旨の仮処分は、保全処分の限界を越えるものではなく適法である。

（判決理由）原判決の本文に示された本件土地に対する仮処分の内容は本案判決確定に至るまで上告人の占有を解きその立入を禁止し、被上告人の委任する執行吏の保管に付するとともに、執行吏に土地の荒廃を防ぐため適当な措置を講ずることを命じ且つ耕作を目的とするかぎり被上告人の立入を許す権限を与えるというのであるから、

被上告人が本案において確認を求める土地所有権を保全する限界を越えその終局的な満足を得しめるものとは認められず、また被上告人が本案訴訟で敗訴した場合に原状回復を不能ならしめるものでもない。

（参照条文）民事訴訟法七六〇条

一 本件仮処分は、民事訴訟法七六〇条による農地所有者としての仮の地位を定める仮処分で、農地所有権に基づく妨害排除請求権及び農地引渡請求権を保全するために当該農地への被申請人の立入禁止、執行吏による保管及び申請人の耕作目的の立入許可を内容とする。注目すべきと思われるのは、執行吏の保管という条件付きではあるけれども、申請人は耕作を許可されて、農地所有権に基づく妨害排除引渡請求の本案訴訟において勝訴したのと同様の結果を得ていることである。このように本案訴訟判決確定前又は強制執行前に訴訟物たる権利又は法律関係が実現したと同様の結果を実現する仮処分は、一般に満足的仮処分と呼ばれる。最高裁の判例には本判決前にも満足的仮処分の適法性を間接的に肯定したとみられるものはあるが、本判決にはこの適法性を正面から肯定した最初の判決としての意義を認めることができる。⁽²⁾

今日では、満足的仮処分を仮の地位を定める仮処分の一として適法と解することに、学説・判例はほぼ一致しているとい

えよう。⁽³⁾従って、本判決が結論において満足的仮処分の適法性を認めることにはとくに問題はないと思われる。けれども、いかなる要件の下に満足的仮処分が適法とされるのかという適法性の限界については、なお問題になりうる。本判決では本件仮処分が適法であることの理由として、これが終局的な満足を得させしめるものではないこと及び申請人が本案訴訟において敗訴しても原状回復を不能ならしめないことの二点を挙げている。そこで、本判決の評釈としては、右の理由づけが満足的仮処分の適法性を限界づけるものとして妥当かどうかについて検討することにする。

なお、本件仮処分を満足的仮処分とみることについて、一言しておく。満足的仮処分の概念は必ずしも一定しておらず、定義それ自体にも異論はあるが、冒頭の定義を基にすると、これには大別して被保全権利の実現と同一の法律状態を形成するものと、同一ではないが近似の法律状態を形成するものがある。前者を「断行仮処分」、後者を「断行的仮処分」と区別して呼ぶこともある。⁽³⁾この用語法に従うと、本件仮処分は、被申請人に仮に農地の引渡しを命じるものではなく、執行吏による保管の下に申請人に耕作を許可するととどまるから、断行的仮処分に当たるといえる。

二 さて、満足的仮処分の適法性に関して学説上種種の議論があるが、本判決の理由との関係では、満足的仮処分が保全訴訟の本質的性格とされる仮定性に反するものではないかという問

題を採り上げるのが相当と考える。

仮処分における仮定性とは一般に、本案訴訟において被申請人が勝訴した場合の原状回復が可能であることをいうとされる。満足の仮処分の適法性を決するうえで、かような原状回復の可能性が事実上のものであることを要するのか、それとも法律上のもので足りるか、が問題になる。事実上の回復可能性を要求するならば、実際に満足の仮処分が認められる場合が極めて狭くなることから、仮処分における仮定性は法律上の回復可能性で足りるとする立場が有力であり、このような意味の仮定性は満足の仮処分においても認められるので、満足の仮処分は仮定性に反するものではないということになる。さらに、仮処分において法律上の回復可能性は常に備わっているから、このような意味の仮定性は満足の仮処分の要件とすべきではないとする立場がある。そのうちには、満足の仮処分ではこのような仮定性は仮処分の効力を意味するにすぎず、保全の必要が認められれば足りるとするものや、「むしろ率直に事実の真相を見て、かかる仮定性なき場合にもやむをえなければ民訴七六〇条の仮処分が許されることを指摘すべきではなからうか」とするものがある⁽⁸⁾。このように仮定性を要件とすべきでないとする立場に對しては、仮定性は本執行と保全処分の一線を画するものであって、実際上はともかく理論上では仮定性の存在は不可欠であるとの指摘がある⁽⁹⁾。

満足の仮処分に事実上の回復可能性を要求することは、前述の批判の通り実際にこれが認められる場合を狭めてしまうので、申請人の権利保護の要請の観点から、法律上の回復可能性をもって妥当と解すべきであろう。次に、これを要件と解すべきかについてであるが、この点についても前述の批判の通り、法律上の回復可能性は常に肯定されることから、要件とすることは無意味なように思われる。法律上の回復可能性は仮処分の効力として考えれば十分なものではないか。仮定性を要件とすべきでないという立場に對して、実際上はともかく理論上は仮定性の存在は欠くべからざるものであるとの前述の指摘は、満足の仮処分の保全処分たる本質を見失わないように示唆する点では、十分に傾聴すべきものと思う。が、翻って、この指摘が、仮定性を要件とすべきではないが、効力として理解する見解を否定しようとするものなのか、必ずしも明瞭ではない。仮にそうであるとすれば、効力と解する見解は仮定性の存在を否定するわけではなく、それが直ちに保全処分の体系的・理論的な一貫性を覆すことに結びつくものともいえないから、かような意味では右の指摘は適切ではないように思われる。

さて、前記の本判決の理由を、このような満足の仮処分の仮定性を問題にするものとみて、終局的な満足を得さしめるものではないこと及び申請人が本案訴訟において敗訴しても原状回復を不能ならしめないことを満足の仮処分の要件として要求するものと解するならば、前に述べたところから、本判決の理由

づけは妥当ではないと思う⁽¹⁰⁾。終局的な満足でないとの要件は原状回復が可能との要件と重複するようにみえるし、また回復可能性を要件とすることは支持できない。

なお、仮定性の問題は、断行仮処分についてのみあてはまり、そもそも断行的仮処分については論じる必要がない旨の指摘があるが、仮定性を、本案訴訟に対する影響の問題とは区別して、⁽¹¹⁾原状回復の可能性の意味に解する限りは、⁽¹²⁾断行的仮処分も断行仮処分に準じて問題にして差し支えないと思う。

三 本判決の評釈において吉川博士は、本判決の理由付けとして、満足的仮処分を「必要とする事情があるかぎり、常に適法であることを一般的に判示すべきであった」とされる。⁽¹³⁾この見解に賛成である。満足的仮処分の適法性の限界を画する基準は、保全の必要性にこそ求めるべきである⁽¹⁴⁾と考える。

さらに、本判決の評釈において吉川博士は、原審の認定した事実では満足的仮処分の保全の必要性として不十分ではあるまいかと指摘されている⁽¹⁵⁾。学説においては、満足的仮処分は申請人と被申請人の間の利害に著しい不均衡が生じることに鑑み、保全の必要性は他の仮処分より高度のものが要求されるとするのが通説的見解である⁽¹⁶⁾。判例にも同様の立場が見られる。たとえば、債権者に土地の使用を許可する旨の満足的仮処分について、「高度の必要性、たとえば右仮処分をしなければ寢所にも事欠き生命の危険にさらされるとか、家を建てられぬことにより急激に多大の財産を失い、明日にも路頭に迷わねばならなく

なる等の事由」を要求している⁽¹⁷⁾。これに比較すれば、本件の原審は保全の必要性をかなり緩やかに解しているといえよう。ここではその可否の判断は差し控えておくことにするが、原審はその認定事実によると、保全の必要性の判断において被申請人の悪質性を考慮にいれているのではないかと思われることを指摘しておきたい。

(1) 最決昭和二三年三月三日民集二巻三三六頁及び最(大)決昭和二年九月二五日民集四巻九四三頁は執行停止の可否を直接の問題とするが、満足的仮処分の適法性を前提にしたものと解せられる。

(2) 同様の指摘として、三淵・判タ三三三四五頁及び吉川・判例保全処分(二三事件)一五二頁。

(3) 山木戸「満足的仮処分」吉川還暦八〇九頁、鈴木正裕「仮の地位を定める仮処分と保全の必要性」同書二二二頁参照。

(4) 山木戸・前掲論文八一五頁以下、鈴木忠一「三ヶ月編・注解民事執行法二巻三一五頁(小笠原)など参照。

(5) 石川編・民事執行法四五二頁。

(6) 吉川・増補保全訴訟の基本問題一三六頁など。

(7) 柳川・新訂保全訴訟一四二頁以下、山木戸・前掲論文八三二頁。

(8) 沢・保全訴訟研究二〇六頁以下。同判事は仮定性を事実上の原状回復とみておられるようである。なお鈴木・前掲論文二一六頁注三三参照。

(9) 鈴木・前掲論文二二三頁。

(10) 同旨、山木戸・前掲論文八三二頁。吉川・判例保全処分(二三事件)一四八頁も本判決の理由が曖昧と批判されている(三淵・前

- 掲四五頁も同旨)が、仮定性を要件とすべきでないとは言明されない。なお、同「労働争議と仮処分」仮処分の諸問題二四八頁及び二四九頁注⑤参照。本判決の理由づけを支持するのは、早川・名城法学四卷三・四合併号八七頁。
- (11) 山木戸・前掲論文八一六頁。
 - (12) 鈴木・前掲論文二一六頁注三〇参照。
 - (13) 吉川・判例保全処分一四八頁。
 - (14) 山木戸・前掲論文八三二頁。

〔下級審民事訴訟事例研究四〕

4 商品売買後買主が破産した場合において売主は目的物である商品につき動産売買先取特権に基づいて差押承諾請求権及び引渡請求権を有するか(消極)

東京地裁昭和六三年六月二九日民事第三七部判決(東京地裁昭六〇(ワ)第二二一七号) 動産売買先取特権差押承諾等請求事件、判例時報一三〇四号九八頁。

〔事実〕

X(原告)はAに楽器等の商品を売却したが、Aは、その代金を支払うことのないままに、倒産し、Y(被告)が破産管財人に選任された。Xは、別除権たる動産売買先取特権を主張し、これに基づく競売申立てを行う前提として、主位的にYが占有

- (15) 吉川・判例保全処分一四九頁。
 - (16) 鈴木・前掲論文二一一頁など。
 - (17) 東京地判昭和二年七月二五日下民集一卷七号二三八頁。
- 〔追記〕 本件評釈は、民事保全法(平成元年一二日二二日法律第九一号として制定・公布)前の旧法によったものである(民事訴訟法七六〇条は民事保全法附則二条により削除されている)。

大瀧しのぶ

する商品(以下、「本件物件」という)の差押えの承諾を、予備的に本件物件の引渡しを請求して、本件訴えを提起した。

なお、Xは、本件訴訟を本案とし一次的に先取特権に基づく妨害予防請求権を被保全権利とする本件物件の執行官保管の仮処分を、二次的に先取特権に基づく差押承諾請求権を被保全権