

Title	〔最高裁判事例研究三〇六〕－ 民訴旧七五九条の特別事情は仮処分申請事件の口頭弁論において抗弁として主張できるか (積極) 二被保全権利と金銭的補償能否の判断の標準 (最高裁昭和二九年四月三〇日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	草鹿, 晋一(Kusaka, Shinichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.1 (1994. 1) ,p.125- 129
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=AN00224504-19940128-0125

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 三〇六〕

昭和二九八(最高民集八卷
四号八九七頁)

一 民訴旧七五九条の特別事情は仮処分申請事件の口頭弁論において抗弁として主張できるか(積極)

二 被保全権利と金銭的補償能否の判断の標準

仮処分申請事件(最高裁昭和二九年四月三〇日第二小法廷判決)

X₁・X₂(原告・被控訴人・上告人)、Y(被告・控訴人・被上告人)およびA(訴外・故人)の四人は、飲食店営業を目的とする民法上の組合を組織し、X₁が対外折衝(税務・警察等)を担当する組合代表者、Aは労務担当者、Yはその他の業務執行者に就任した。しかし、①Yは組合規約に従った利益分配を行わなかった、②Aは、昭和二五年一月一日、死亡により組合より脱退したにもかかわらず、YはAの遺族にAの受けるべき給料分配を継続し、昭和二六年六月のX₁・X₂らによる中止要請にも応じなかった、③昭和二六年六月末、X₁・X₂の依頼に基づく訴外Bによる組合帳簿の閲覧検査を拒否した、④X₁・X₂による従業員配置転換申し入れをYは拒絶した等、Yの組合員たる義務に違反する行為の数々によって、組合内部の融和が著しく阻害され、かつ当初の組合契約締結の目的を達することができなくなったとして、昭和二六年七月一日、X₁・X₂、すなわちYを除く組合員の全員によって、Yを業務執行者から解任する旨の決議を行い、Yに通知したが、通知後もYは依然としてそ

の地位にとどまり、業務執行を継続するので、X₁・X₂は、Yに対して業務執行権不存在確認の訴えを提起した(本案)。また、X₁・X₂は、Yの業務執行によって回復すべからざる損害を被る虞ありとして、Yに対する業務執行停止および職務代行者選任の仮処分を申請し、第一審は一〇万円の保証を条件として仮処分を命ずる判決をした。

Yは、この判決を不服として控訴し、上記①～④について争い、原判決の取消しを求めるとともに、予備的に、民訴旧七五九条の特別事情を主張して、保証を条件とする原判決の取消しを求めた。その主張された特別事情は、職務代行者による経営成績は著しく低下しており、また実質上X₁・X₂が職務代行者をロボットにして自ら経営しているに等しく、Yの立場は全く無視されている、というものであった。

これに対しX₁・X₂は、仮処分が取消されると、Yによる独善的経営が復活し、混乱に拍車を掛けることになり、X₁・X₂にとって精神的に堪え難い無形的な回復不能の損害が生じるが、これは金銭的補償をもって償い得ない性質のものであるから、非財産権上の被保全権利はX₁・X₂の有する解任権であるから、非財産権上の形成権であり、金銭的補償は不可能である。よって本件においては仮処分を取消すべき特別事情は存在しないと主張した。

控訴審は、上記①～④に関する双方の主張、疎明から、「本件仮

処分請求の理由及び仮処分の必要性の疎明が足りないから、相当の保証を立てさせて疎明の不足に代えて適当な仮処分を命ずべき場合であると考える。」とし、原審がした仮処分判決は相当であると認められた。その上で、「本件仮分の地位を定める仮処分は、 $X_1 \cdot X_2$ の有する組合の業務執行者の解任権の行使に由来するといえ、右仮処分の取消によって、すなわち業務執行権不存在確認の本訴訟の確定するまでYが組合業務を執行することによって $X_1 \cdot X_2$ の被ることあるべき損害は、組合財産、組合営業の運営上のものに外ならないから、金銭によって償われ得るものと認める」とし、控訴に併せて民事訴訟法（旧）第七五九条に基づいて特別の事情による右仮処分判決の取消を求めるYの予備的申立を認め、「仮処分判決は、Yにおいて $X_1 \cdot X_2$ に対しそれぞれ二五万円の保証を立てることを条件として、取消す」旨の判決をした。

$X_1 \cdot X_2$ は、これを不服として上告。主な上告理由は、（イ）仮処分申請控訴事件に別個の事件たる特別事情による取消申立事件を併合することは許されない。（ロ）本件仮処分の取消により $X_1 \cdot X_2$ の蒙る損害が仮に財産上のものであったとしても、その損害額の算定ならびに立証は著しく困難であると主張したにも拘らず、控訴審は、民事訴訟法（旧）第七五九条の解釈を誤り、これを無視した、というものであった。最高裁は以下の理由をもって上告を棄却した。

「一 仮処分事件の口頭弁論において、債務者は一の抗弁として民事訴訟（旧）七五九条の特別事情による仮処分取消の申立をなすこともできるのであり、かつその抗弁は、特段の事情のないかぎり、控訴審においても随時提出できるものと解するのが相当である。而してYが原審でなした特別事情による仮処分取消の申立は、なんら所論の如き別個独立の申立としてなされたものではなく、単に本件仮処分申請事件において抗弁としてなされた趣旨であり、原審もこの趣

旨に基き本件仮処分申請事件自体の審判をしていることは本件記録上明白である。（殊に、記録によれば原審は所論特別事情による仮処分取消の申立については、なんら独立の申立事件として立件することなく、本件については終始昭和二十七年（ネ）第四〇一号仮処分申請控訴事件として審理しているのであって、これに対し当事者も異議なく弁論していることが明らかであるから、到底所論の如く、右特別事情による仮処分取消の申立を別個独立であると認めることはできない。）

二 仮処分によって保全せらるべき権利が金銭的補償によってその終局の目的を達し得るかどうかは本訴訟における請求内容および当該仮処分の目的等諸般の状況に照らし、社会通念に従い客観的に考察し判断すべきものである。（略）そして、かかる見地から考察すれば、本件事実関係の下において、原審が仮処分金銭的補償の可能性を理由として本件仮処分取消の判断をしたのは首肯するに足りる。

なお、（略）本件事実関係の下においては、所論 $X_1 \cdot X_2$ の蒙る損害は、未だ右金銭的補償を不可能視するを相当とする程度に著しく立証が困難であるとは認められない。」

判旨に賛成する。

一 民事訴訟法七五九条は、特別事情が存在するときは保証を立てさせた上で仮処分を取消することができるとしていた。これは仮差押について保証の提供によって仮差押の取消しを認めている民事訴訟法七四七条第一項後段を仮処分に準用するにあたっての特則である。本来仮処分は、債務者による金銭的な保証の提供によっては満足できない場合に申立てられるのであるから、それを取って保証によって担保せしめるためには、それに足り

るだけの特別の事情が必要であると考えられる。そこで、保証の提供による仮処分⁽¹⁾の取消しについての右の特則が設けられたのである。これは、民事訴訟法旧七四五条第二項による仮処分異議手続において保証の提供を条件として仮処分を取り消す場合にも同様である⁽²⁾。本判決は、仮処分申請手続ないしその控訴審においても、特別事情の存在を抗弁として主張することを認めたものであり、この点について反対する学説はない⁽³⁾。本件上告代理人であった吉川博士も、被上告人の特別事情の主張が、抗弁ではなく独立の取消申立としてなされたことを前提として、これを控訴審が是認したのは不当であると主張してはいるが、最高裁が認定したように、抗弁として主張したにすぎないのであれば問題はないとしている⁽⁴⁾。

現行法の下でも、決定主義になったとはいえ、保全異議・保全取消両手続とも並存しており、その相互関係については解釈に委ねられているので、本判決の先例としての意義は失われていないと解されている⁽⁵⁾。たとえ両手続が統合されていたとしても、保全処分申請手続において抗弁として特別事情を主張することができるといふ問題は残るので、民事保全法の下でも本判決の先例としての意義は失われていない。

二 仮処分を取り消すための特別事情について、通説判例は被保全権利の金銭的補償可能性と債務者に異常な損害が生じる虞れとに類型化し、そのいずれかがあれば仮処分の取消しを認めるとしている⁽⁶⁾。

本判決は、右の要件のうち金銭的補償可能性について、その認定基準を示した大審院昭和一八年一〇月九日判決（民集二二卷一〇二三頁）を最高裁が踏襲することを明らかにし、これに従って、民法上の組合における職務執行者の職務執行停止・代行者選任の仮処分について、金銭補償の可能性を認めたものである。

この事実認定について特別なコメントを付しているものはないが、会社の取締役等の職務執行停止・代行者選任の仮処分については、取り消した場合の損害が広範に及び、その全部の立証が困難であることを理由に金銭補償の可能性を否定した東京地裁昭和二九年五月二八日判決（下民集五卷五号七四一頁）や京都地裁昭和三六年八月一五日判決（下民集一二卷八号一八八頁）があり、本判決との関係が問題となる。おそらく、本件は株式会社（の取締役等とは異なり、比較的小規模な飲食店（中華料理屋）の共同経営者間の主導権争いであり、もともと分配金の扱いを巡る紛争がこじれたものであることを考慮したものである）と思われる。しかし、その規模の大小にかかわらず、一つの組織の経営ないし業務執行に絡むものはその範囲が広範であることから原則としては損害立証が困難であると解するべきであり、この点では民法上の組合の職務執行者も株式会社の取締役と変わるところがないことも多いのであるから、民法上の組合の職務執行者による職務執行について金銭的補償可能性を認めた本判決は、たとえこの結論が本件においては妥当なものであった

としても、民法上の組合の業務執行についての先例として一般化するべきではない。

三 現行法下では、民事保全法三九条において、特別事情として特に回復不能の損害（異常損害に相当すると思われる）だけを例示した。これは、金銭補償可能性を特別事情の内容から排除するものではなく、近年、金銭的補償可能性について特別事情という形で比較衡量されるべき債権者側の事情の一つにすぎず、金銭的補償可能性が認められる場合にも、さらに仮処分による債務者側の損害と仮処分の取消による債権者側の損害との比較衡量をなすべきであるといった見解が主張されていたことを考慮し、特に規定を置かず今後の解釈の深化を待つ趣旨とされている。⁽⁸⁾ それゆえ、本判決の先例としての意義は失われたいないが、仮処分について解放金制度を規定する民事保全法二五条が、その対象を係争物に関する仮処分に限定していることからしても、金銭的補償可能性が認められる場合に仮処分の取消を認めるかどうかの判断に際しても、より慎重な配慮が望まれる。

四 以上のように、判旨それ自体は広く受け入れられており特に議論はないが、仮処分申請手続において特別事情を抗弁として主張することの可否と特別事情としての金銭的補償可能性の認定基準の二点について最高裁が判断した初めての事案であり、金銭的補償可能性が肯定された事案の一つとして参照すべき判例である。

(1) 吉川大二郎『保全処分の研究』（昭和二十九年、第七版、弘文堂）三七七頁参照。

(2) 吉川・研究三八五頁、原井龍一郎「金銭補償可能の判定基準、申請事件における主張」保全判例百選（昭和四四年）一二六頁、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法（6）』（西山俊彦）（昭和五九年、第一法規）二八八頁、西山俊彦「新版保全処分概論」（昭和六〇年、一粒社）一八二頁以下、菊井維大「村松俊夫」西山「三訂版仮差押・仮処分」（昭和五七年、青林書院新社）四二二頁以下、入江正信「仮処分決定に対する異議事由と事情変更および特別事情による取消事由との相互関係」村松裁判官還暦記念「仮処分の研究」（上巻・総編）（昭和四〇年、日本評論社）一六一頁、原井「特別事情に基づく仮処分の取消し」吉川博士還暦記念「保全処分の体系」（下巻）（昭和四一年、法律文化社）九一七頁以下など参照。

(3) 赤塚信雄「保全処分決定に対する異議事由」丹野・青山善充編『裁判実務大系第4巻・保全訴訟法』（昭和五九年、青林書院新社）四〇四頁、原井・百選一二六頁参照。なお、一審で特別事情の存在を肯定した場合の裁判形式は、民訴旧七四三条・七五四条を準用し、仮処分執行の解放金額を仮処分命令に掲げることとするのが、判例・多数説（大判大正一〇年五月一日民録二七輯九〇三頁、大阪高決昭和二十九年二月五日高裁民集七卷一五三頁、吉川・研究三七九頁など）である。これに対し、民訴旧七四五条第二項を類推し、保証を解除条件とする仮処分命令を発すべきとするのは、兼子一「増補強制執行法」（昭和五二年、第三六版、酒井書店）三三一頁。本件は、控訴審で初めて特別事情が認められたため、保証の提供を条件とする原審判決の取消しという形になり、右の問題は生じない。

(4) 民商法雑誌三二巻三号（昭和三〇年）三四〇頁。

(5) 豊澤佳弘「事情変更、特別事情による保全取消し」ジュリスト

臨時増刊『民事保全法の運用と展望』第九六九号（平成二年）二二三頁参照。

(6) 最判昭和二十六年二月六日民集五卷三三二頁、同昭和二十七年四月四日民集六卷四〇四頁、兼子・前掲書三三二頁、菊井・判例民事手続法（昭和二十六年、弘文堂）四〇三頁以下、吉川・増補保全訴訟の基本問題（昭和五二年、第三版、有斐閣）六〇二頁、原井・吉川還暦下八九頁以下、三ヶ月・判例民事訴訟法（昭和四九年、弘文堂）三八六頁以下など。なお、基本的にはこれを支持しながら、債務者側の異常損害を考慮することにつき異議事由との混同が生じるおそれがあるとして危惧を表明するのは、柳川眞佐夫『保全訴訟（補訂版）』（昭和五一年、判例タイムズ社）三八七頁以下。原則として両者相俟って初めて特別事情があると認められるとするのは、澤田直也『保全執行法試釋』（昭和四七年、布井書房）四五二頁。

〔最高裁判事例研究 三〇七〕

昭二九九（最高民集八卷
六号一〇三七頁）

控訴審における請求の基礎の変更と相手方が異議を述べなかつた場合の効果

家屋明渡請求事件（昭和二十九年六月八日最高裁第三小法廷判決）

〔事實〕

(7) 柳川・前掲書三八七頁以下、丹野達『保全訴訟の実務Ⅰ・普通保全訴訟』（昭和六一年、酒井書店）二一六頁、西山・概論二二七頁以下、菊井・村松・西山・前掲書四二四頁、沢田・前掲書四四五頁以下、中川善之助・兼子監修『実務法律大系第八巻・仮差押・仮処分』（林屋礼二）（昭和四七年、青林書院新社）一三五頁以下など。なお、吉川・基本問題六〇二頁、原井・吉川還暦下九〇三頁、三ヶ月・前掲書三九五頁以下参照。

(8) 山崎潮『新民事保全法の解説（増補改訂版）』（平成三年、きんざい）二六一頁。なお、豊澤・前掲二三九頁、中野貞一郎編『民事執行・保全法概説』（谷口安平）（平成三年、有斐閣）三〇〇頁、松浦馨・三宅弘人編『基本法コンメンタール民事保全法』（栗田隆）（平成五年、日本評論社）二二〇頁、原井・河合伸一『実務民事保全法』（商事法務研究会、平成三年）四三六頁など参照。

草鹿 晋一

Y₁（被告、被控訴人、上告人）は訴外Aより家屋を期間の定めなく賃借していたところ、X（原告、控訴人、被上告人）はAより該家屋の譲渡を受け賃貸人の地位を承継した。Y₁はAに対して、賃借権の無断転貸、譲渡、同居人を置かないこと等を約したにも拘わらず、Y₁は、Xが該家屋を取得した後に該家屋の一部をY₂およびY₃に転貸した。そこでXはY₁に対しては契約解除を理由（主位的に）Y₁の無断