

## 〔資料紹介〕

# 仮処分の必要性に関する意見書

萩 澤 達 彦

### 【コメント】

本意見書は、仮処分却下決定に対して、訴訟代理人の依頼により、許可抗告・特別抗告の際に、最高裁判所と東京高裁に提出するために執筆したものである。その事情は以下のとおりである。

一般用医薬品のインターネット販売禁止省令の無効を前提に、店舗を開設して、それを販売することができる地位の確認を求める当事者訴訟で、二審の本案（東京高判平成24年4月26日判タ1381号105頁）において請求が認容された。そこで、一般用医薬品のインターネット販売をすることができる地位を確認する仮処分申立てがなされたが、その仮処分は却下された（東京高判平成24年7月25日判時2182号49頁）。そこで、最高裁に許可抗告・特別抗告をし、その際に本意見書も提出された。抗告許可は得られたが、最高裁より応がないまま、放置され、最高裁において本案の勝訴判決がでて（平成25年1月11日民集67巻1号1頁）、許可抗告・特別抗告は失効した。しかし、主力商品の販売を3年半も禁止されて経営悪化し、株を買収されて子会社化され、社長交代という事態に至った（阿部泰隆『行政法再入門 下』（2015）139頁）。

本意見書は、短期間の抗告理由書提出期限内に書かれたもので、文献も当時のままである。しかし、申立会社の当時の経営陣が刷新された後の現在こそ、純粹に理論的な議論として公表する意味があると考え、今回公表することとした（なお、このテーマについては別稿でより深い議論をすべ

仮処分の必要性に関する意見書

（準備中である）。

平成 24 年 8 月 14 日

最高裁判所・東京高等裁判所御中

## 仮処分の必要性に関する意見書

成蹊大学法務研究科教授  
萩澤達彦

平成 24 年（行夕）第 111 号仮処分命令申立事件（平成 24 年（行ハ）第 44 号、平成 24 年（行セ）第 61 号）につき、申立代理人により意見を求められたので、下記のとおり所見を述べる。

### 第 1 前提事実

薬事法の一部を改正する法律（平成 18 年法律第 69 号）の施行に伴い、厚生労働大臣は、平成 21 年 2 月 6 日に公布した厚生労働省令第 10 号（同年 6 月 1 日施行）により、薬事法施行規則を改正し、医薬品の店舗販売業者は、第一類・第二類医薬品について、薬局以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売又は授与を行うことができない旨の規定（同規則 142 条、15 条の 4 第 1 項 1 号）、第一類・第二類医薬品の販売又は授与については、有資格者の対面により行わなければならない旨の規定（同規則 159 条の 14）、第一類・第二類医薬品の情報提供については、有資格者の対面により行わなければならない旨の規定（同規則 159 条の 15 第 1 項 1 号、159 条の 16 第 1 号、159 条の 17 第 1 号、第 2 号）を設けた。これにより、医薬品の販売業者は、第一類・第二類医薬品について、従前は規制のなかったインターネット販売等の郵便等販売を行うことができなくなった。東京高等裁判所は、平成 24 年 4 月 26 日、本案事件において、債権者らが、医薬品の店舗販売業の許可を受けた者とみなされる既存

一般販売業者として、平成21年厚生労働省令第10号による改正後の薬事法施行規則の規定にかかわらず、第一類医薬品及び第二類医薬品につき店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による販売をすることができる権利（地位）を有することの確認を求める債権者らの請求を認容する判決を言い渡した。債務者は、この判決を不服として、上告受理の申立てをしている。

債権者らは、上記訴訟を本案として、本案判決が確定するまでの仮の地位を定める仮処分として、上記の権利（地位）を有することを仮に確認することを求めた。東京高等裁判所は、債権者らの本件仮処分の申立ては、申立て自体が不適法であり、また、申立て自体は適法であるとしても、保全の必要性について疎明がないとして、この申立てを却下した。

## 第2 照会事項

上記仮処分申立てにつき、「保全の必要性」についての東京高等裁判所の判断につき、先例違反及び法令の解釈に関する重要な事項についての誤りがあるか。

## 第3 意見

### 1 結論

本件仮処分申立てには、民事保全法23条2項の「保全の必要性」が認められるべきである。これを認めなかった平成24年7月25日東京高等裁判所第24民事部決定には、法令解釈の誤りがあり、それは最高裁決定違反その他の法令の解釈上重要な事項を含む（民訴法337条）ものである。

### 2 理由

#### (1) 保全の必要性の判断基準

仮の地位を定める仮処分は、争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるため、暫定的に法律状態（地位）を形成して権利関係を規制することを目的とするものである（民保23条2項）。本件で争点となっているのは、その発令要件の一つである「保全の必要性」である。仮の地位を定める仮処分の保全の必要性とは、一般的には、現に法律状態を形成しないと債権者に著しい損害又は急迫の危険が生ずることを基礎づける客観的かつ具体的な事情ということになる。もっと

も、この仮処分によって形成される法律状態には様々なものがあるから、その具体的判断は、債権者の保全すべき権利又は法律関係が疎明されることを前提として、本案判決を待つことにより債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険と、当該仮処分によって債務者に与える不利益とを比較衡量し、その相関関係の中で具体的事案ごとに決せられるとするのが、最高裁平成16年8月30日決定（民集58巻6号1763頁）や通説である（竹下守夫＝藤田耕三編『注解民事保全法（上）』246頁〔橘勝治〕（1996、青林書院）、三宅弘人ほか編『民事保全法の理論と実務（上）』167頁〔佐賀義史〕（1990、ぎょうせい）、瀬木比呂志『民事保全法 第三版』245頁（判例タイムズ社、2011）、丹野達『民事保全手続きの実務』481頁（1999、酒井書店）、山崎潮編『民事保全の基礎知識』100頁〔小池晴彦〕（2002、青林書院）、西山俊彦『新版保全処分概論』44頁（1985、一粒社）、小川雅俊「判批」判タ1215号（平成17年度主要民事判例解説）237頁（2006）、徳田和幸「判批」ジュリ1291号（平成16年度重要判例解説）139頁（2005）、鈴木正裕「仮の地位を定める仮処分と保全の必要性」吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系（上）』227頁（1965、法律文化社）など）。

(2) 平成24年7月25日東京高等裁判所第24民事部決定の内容

平成24年7月25日東京高等裁判所第24民事部決定（以下、本決定と呼ぶ）は、以下の（ア）、（イ）のように判断して、本件仮処分申立てにつき「保全の必要性」について疎明がないとしている。

（ア）債権者ケンコーコムについて

「債権者ケンコーコムは、改正省令の施行によって医薬品のインターネット販売に打撃を受け、売上高や粗利益が半減し、5億円を超える多額の営業損失や経常損失を抱えるなど、財務状況が厳しい状況にあるが、他方、企業経営が危殆に瀕しているとまでは認められず、しかも、赤字の要因はインターネット販売の落ち込みだけでなく様々な事情があって、インターネット販売が従前の状況に復したとしても、財務状況の悪化を脱することができるのとまでは認めるに足りないものである。加えて、改正省令の施行がなかったとしても、債権者ケンコーコムの医薬品のインターネット販売について、従前の成長を保つことができたかどうかは疑わしい。

そうすると、本件申立てが本案事件の確定前に一定の法的権利（地位）を付与することを内容とする仮の地位を定める仮処分命令の申立てであ

り、保全の必要性については厳格に判断すべきものであることを考えれば、債権者ケンコーコムについて保全の必要性があると認めることはできないというべきである。」

(イ) 債権者ウエルネットについて

「債権者ウエルネットは、改正省令の施行によって医薬品のインターネット販売に打撃を受け、その売上が半減したこともあって全体の売上高も減少し、施行後の決算において2期連続で赤字となったことなど、財務状況が極めて厳しい状況にあるといえるが、他方、企業経営が危殆に瀕しているとまでは認められず、しかも、赤字の原因をインターネット販売の落ち込みだけに帰するのは早計であるほか、改正省令による規制がなかったとしても、財務状況の悪化を脱することができるとは即断できないものである。

そうすると、債権者ウエルネットについても保全の必要性があると認めることはできないというべきである。」

(ウ) 本決定の判断枠組み

本決定は、一方では、債権者ケンコーコムについても、債権者ウエルネットについても、改正省令の施行によって医薬品のインターネット販売に打撃を受け、売上高が半減していることは認めている。他方、(i) 企業経営が危殆に瀕しているとまでは認められず、(ii) 赤字の原因をインターネット販売の落ち込みだけに帰するのは早計である、(iii) 改正省令による規制がなかったとしても、財務状況の悪化を脱することができるとは即断できないことを指摘し、保全の必要性の疎明が十分でないとしている(この点については、後述(3)で検討する)。

その前提となっているのが、本件申立てが本案事件の確定前に一定の法的権利(地位)を付与することを内容とする仮の地位を定める仮処分命令の申立てであり、このような満足的仮処分においては、保全の必要性については厳格に判断すべきものであるとの考えかたである。

また、本決定は、債務者側の不利益については判断をしていない。これは、債権者側に、「著しい損害又は急迫の危険が生ずること」の疎明がなかった以上、債務者側の不利益と比較衡量することは不要であると考えたものであろう(この点については、後述(4)、(5)で検討する)。

(3) 債権者の著しい損害又は急迫の危険についての検討

(i) 「企業経営が危殆に瀕しているとまでは認められ」ないことについて

上述したように、仮の地位を定める仮処分の保全の必要性とは、一般的には、現に法律状態を形成しないと債権者に著しい損害又は急迫の危険が生ずることを基礎づける客観的かつ具体的な事情である。この事情があるかどうかの判断は、通常訴訟によることが間にあわぬ程損害発生のおそれがか切迫しているかどうかと、その損害が発生してしまった場合に、その金銭賠償を債権者に受忍させることが社会通念上相当か、その損害が発生してしまった場合、金銭賠償が十分な救済方法となるか、という観点からなされるのが適当であるとされている（野村秀敏『保全訴訟と本案訴訟』245頁（1981、千倉書房））。

上記最高裁判平成16年8月30日決定（民集58巻6号1763頁）も、甲社が、乙社らにおいてこの条項に違反したことなどを理由として、乙社らが第三者との間で上記営業の移転等に関する協議を行うことなどの差止めを求める仮処分命令の申立てをした場合において、「乙社らが本件条項に違反することにより甲社が被る損害については、最終的な合意の成立により甲社が得られるはずの利益相当の損害とみるのは相当ではなく、甲社が第三者の介入を排除して有利な立場で相手方らと交渉を進めることにより、甲社と乙社らとの間で本件協働事業化に関する最終的な合意が成立するとの期待が侵害されることによる損害とみるべきである。甲社が被る損害の性質、内容が上記のようなものであり、事後の損害賠償によっては償えないほどのものとまではいえない…」と述べている。すなわち、上記最高裁判決定は、問題となった条項違反により生じる侵害は、履行利益の侵害ではなく信頼利益の侵害にすぎないことをもって、「事後の損害賠償によっては償えないほどのものとまではいえない」として、保全の必要性を否定しているのである。もっとも、調査官解説（志田原信三『判解』『最高裁判所判例解説民事篇平成16年度』534-535頁（2007、法曹会））では上記最高裁判決定のこの部分について、「債権者であるXが被る損害が事後の損害賠償によって償えるものかどうかを一事情としてしんしゃくしたことが注目されよう。ただし上記の点は、飽くまで本件仮処分における保全の必要性を判断する際の一事情として挙げられているにすぎないのであって、一般論として、仮の地位を定める仮処分において債権者が被る損害が事後

の損害賠償によって償えるものである場合にはそのことのみをもって直ちに保全の必要性が欠けることになるとまでいうものではないと推測される。」と解説している。この記述は、債権者の損害が事後の損害賠償で償えるか否かはあくまでも総合判断の考慮要素の一つにすぎず、上記最高裁決定と事案が異なれば、事後の損害賠償で償える場合であっても、保全の必要性が認められる余地があることを示唆している。債権者の損害が事後の損害賠償で償えるか否かなど、あらゆる要素を総合判断して、保全の必要性を判断すべきことを示しているところに、上記最高裁決定の先例としての意義があるものと思われる。

本決定が「企業経営が危殆に瀕している」かどうかを保全の必要性の有無の判断基準にしているのは、債権者が被る損害が事後の損害賠償によって償えるかどうかということを過度に意識したものと思われる。たしかに、債権者の「企業経営が危殆に瀕している」事態に陥れば、債権者の損害が事後の損害賠償で償えなくなるのは当然のことである。しかし、本決定の考え方だと、「企業経営が危殆に瀕している」という場合にのみ、債権者が被る損害が事後の損害賠償によって償えないとして保全の必要性を認めるべきであるということになりそうであるが、それでは、上記最高裁決定の趣旨を誤解しているとしか思えない。「企業経営が危殆に瀕してい」なくても、債権者が被る損害が事後の損害賠償によって償えない場合は多々あるのである。本件のように、債権者の中核的事業につき大きな損害が生じていれば、企業としての成長の阻害や信用の失墜などが生じ、この事態を放置しておく、仮に後に金銭填補されたとしても、その企業が成長し社会の信用を回復することは難しくなり、債権者の企業経営が危殆に瀕する可能性も十分ある。そのような事態が生じた時点では、債権者には、仮処分申立てなどの民事裁判や国家賠償請求する余力もなくなってしまうことが想定される。本件はこのような事態にあり、仮に後に金銭填補されても、成長し信用を回復することは難しく、保全の必要性があると判断すべき場合であると思われる。また、本件の場合債務者は国であるから、事後の損害賠償額が巨額となったとしても十分な支払い能力を有するといえるが、そのことは、保全の必要性の判断要素としてはならない（西山・前掲44頁、瀬木比呂志監修『エッセンシャル・コメンタール民事保全法』192頁（2006、判例タイムズ社））。以上のように本決定には仮処分の必要性に関する基本的な考え方の誤りがあり、保全の必要性を認めなかった本

決定には重要な法令解釈の誤りがあると判断せざるをえない。

なお、松本博之『民事執行保全法』501頁（2011、弘文堂）が「給付仮処分」について以下のように説明していることが参考になる。

「——申立人の生存の危険または急迫な状態を避けるために、迅速な処分が必要な場合

これは、申立人の生命、健康または生存維持のために請求権を遅滞なく実現しなければならない場合である。

——不相当に大きな財産的損失を避けるために、仮処分が必要な場合

——終局的な権利の喪失を回避するために、給付仮処分が必要な場合

一定の時点以後は履行できないか、または、債権者がもはや履行に利益を有しない作為請求権および不作為請求権においては、時間の経過によって終局的な権利の喪失が生じうるので、通常訴訟による権利行使では実効的な権利保護は不可能になる。そのため、請求権の行使のために給付仮処分が考慮される。」

本件申立ては、「企業経営が危殆に瀕している」ことはなくても、上記「不相当に大きな財産的損失を避けるために、仮処分が必要な場合」に該当すると思われる。

なお、本件のような満足的仮処分において「保全の必要性」は、他の仮処分と比べるとより強い・より高度なものが要求されるとの考えがある（鈴木・前掲 211 頁など）。しかし、このことは、債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険と、当該仮処分によって債務者に与える不利益との比較衡量の結果としてそうなるのである。満足的仮処分であるからといって、本決定のように「企業経営が危殆に瀕している」ことがなければ、債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険がないというのは、厳格すぎる判断というべきであろう。これまで検討してきたように、本件では、より強い・より高度な「保全の必要性」が認められるべきである。

結論として、「企業経営が危殆に瀕している」ことを判断基準としている本決定には、法令解釈の誤りがあり、それは上記最高裁決定違反その他の法令の解釈上重要な事項を含む（民訴法 337 条）ものである。

(ii) 赤字の原因をインターネット販売の落ち込みだけに帰することはできないこと

本決定が、赤字の原因をインターネット販売の落ち込みだけに帰することはできないとした判断が正しいとしても、売上げが半減して、相当な損



害が発生していることを本決定は認めている。そうすると、上記「不当に大きな財産的損失を避けるために、仮処分が必要な場合」に該当する事態がすでに生じていると思われる。

したがって、赤字の原因をインターネット販売の落ち込みだけに帰することはできないことを理由として、保全の必要性を否定した本決定には、法令解釈の誤りがあり、それは上記最高裁決定違反その他の法令の解釈上重要な事項を含む（民訴法 337 条）ものである。

(iii) 改正省令による規制がなかったとしても、財務状況の悪化を脱することができるとは即断できないこと

本決定は、改正省令による規制がなかったとしても、財務状況の悪化を脱することができるとは即断できないとして、保全の必要性の疎明がなかったとしている。しかし、改正省令により債権者の中核的事業につき大きな損害が生じていれば、企業としての成長の阻害や信用の失墜など、事後の損害賠償で償えなくなっている状況がすでに生じていると判断することが妥当であると思われる。また、このままの状況を放置しておけば、債権者の財務状況の悪化がさらに進み、仮処分申立てなどの民事裁判や国家賠償請求する余力もなくなる状況に陥ってしまうことが想定される。

したがって、改正省令による規制がなかったとしても、財務状況の悪化を脱することができるとは即断できないことを理由として、保全の必要性を否定した本決定には、法令解釈の誤りがあり、それは上記最高裁決定違反その他の法令の解釈上重要な事項を含む（民訴法 337 条）ものである。

#### (4) 債務者側の不利益

(3) で論じたように、債権者側には、現に法律状態を形成しないと債権者に著しい損害又は急迫の危険が生じている。しかし、「保全の必要性」が認められるためには、上記最高裁平成 16 年 8 月 30 日決定や通説によれば、債務者側の不利益とも比較衡量しなければならない。

この点につき、債務者は、本件申立てが認容されることによって、本件各省令の規定により保護しようとしている「医薬品の副作用等による健康被害の防止を含む医薬品の安全性の確保」という公益的利益が損なわれるという不利益を被ると主張している。そのために、医薬品の流通にあたり、医薬品に関する販売方法や情報提供の方法を規制することが必要不可欠であると主張しているのである。

ところで、債務者に与える不利益を比較衡量するのは、仮の地位を定める仮処分は、断行的処分を命ずる命令を求める場合が多いことから、かかる保全の必要性の判断においては、債権者側における必要性のほか、債務者側の影響についても慎重に考慮しなければならないとされている。仮処分によって債権者が受ける利益に比して債務者の受ける不利益が著しく大きい場合は、保全の必要性を欠くことになる（原井龍一郎＝河合伸一編著『実務民事保全法〔3訂版〕』89頁〔栗原良扶〕（2011、商事法務））。しかし、債権者が仮処分が得られない場合に被る不利益と債務者が仮処分によって被る不利益との単純な比較衡量から、後者が若干でも大きいと認められるときには、仮処分は常に許されないとまで解すべきではないであろう（竹下＝藤田編・前掲注解民事保全法（上）246頁。山崎潮監修『注釈民事保全法（上）』314-315頁〔近藤昌昭〕（1999、民事情報センター）も同旨であると思われる）。

そうであるならば、「医薬品の副作用等による健康被害の防止を含む医薬品の安全性の確保」は重要な価値であるにしても、ただちにこのことから保全の必要性を欠くことにはならない。とりわけ、現代の進んだ技術により、インターネットを通じて医薬品を販売する際に、「医薬品の副作用等による健康被害の防止を含む医薬品の安全性」を確保することは非常に困難というわけではないと思われる。しかも、債務者は、本件本案判決の示すように、インターネット販売による副作用を調査する必要がないとしている上に、債権者の主張するように、その副作用事例がないというのであれば、債務者の主張する不利益は具体的なものとはいえないと思われる。

したがって、本件仮処分申立てにおいては、債務者の不利益を考慮したとしても（というよりも、債務者の不利益を考慮すればなおさら）「保全の必要性」が認められるべきであると思われる。

#### (5) 債務者の不利益との比較衡量の不存在

本決定は、債務者側の不利益については判断をしていない。これは、債権者側に、「著しい損害又は急迫の危険が生ずること」の疎明がなかった以上、債務者の不利益と比較衡量することは不要であると考えたものであろう。しかし、上記(4)で検討しているように、債務者側の主張する不利益は具体的なものとはいえない。したがって、もし、本決定が上記最高裁平成16年8月30日決定（民集58巻6号1763頁）や通説にしたがって、

債権者側に生じる、「著しい損害又は急迫の危険」と債務者の不利益との比較衡量をなしたならば、債権者側に生じる、「著しい損害又は急迫の危険」は既に発生している具体的なものであるから、その疎明をここまで厳格に判断することはなかったと思われる。このような本決定の判断枠組みは、債権者側に生じる、「著しい損害又は急迫の危険」と債務者の不利益との比較衡量をしなかった点で、法令解釈の誤りがあり、それは上記最高裁決定違反その他の法令の解釈上重要な事項を含む（民訴法337条）ものである。

以上