慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔下級審民訴事例研究 六〇〕
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 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	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.9 (2009. 9) ,p.217- 230
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=AN00224504-20090928-0217

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.

〔下級審民訴事例研究 六〇〕

一　控訴に伴う執行停止の担保により担保される損害賠償請求権の性質
二　控訴に伴う執行停止の申立てにおいて相手方が被る損害について未必的な故意があるとされた事例
三　控訴に伴う執行停止が不法行為となる場合において執行停止決定の後民事再生手続開始決定がされたときの損害の算定

大阪高裁平成二〇年二月二八日判決、変更・確定（大阪高裁平一九(ネ)二三五〇号）、損害賠償債権確定請求控訴事件、判例時報二〇三〇号二〇頁

〔事　実〕

Xは、Yの経営するゴルフ倶楽部（以下「本件ゴルフクラブ」という。）の会員であった者であり、本件ゴルフクラブ入会時に、本件ゴルフクラブの会則に基づき、Yに対して三九五万円の預かり保証金を支払った。Xは、会則所定の据置期間満了後に本件ゴルフクラブを退会したことに伴い、前記預かり保証金の返還等を求める訴訟（以下「別件訴訟」という。）を大阪地方裁判所に提起した。平成一七年九月二七日、別件訴訟において、Xはその請求を全部認容する仮執行宣言付判決を得た（以下「別件判決」という。）。

Xは、平成一七年一一月一日、別件判決に基づいて、A株式会社（以下「A社」という。）を第三債務者として一五〇万円に満つるまでの債権差押及び転付命令（以下「本件差押転付命令」という。）を得、同命令は同月四日A社に、同月八日Yにそれぞれ送達された。

Yは、別件判決に対して控訴を申し立てるとともに、大阪地方裁判所に対して強制執行停止の申立てをした（以下「本件執行停止の申立て」という。）。大阪地方裁判所は、平成一

七年一一月九日、Yに三〇〇万円の担保（以下「本件担保」という。）を金銭で供託する方法で立てさせた上で、別件判決の執行力ある正本に基づく強制執行は控訴事件の判決があるまで停止する旨の決定（以下「本件執行停止決定」という。）をした。

Yは、平成一七年一一月一〇日、東京高等裁判所に対して本件差押転付命令について執行抗告を申し立てた上で、同月一二日、新潟地方裁判所長岡支部に対して本件執行停止決定の正本を提出した（以下、「本件執行の停止」という）。

ところで、別件判決言渡当時、Yに対しては、X以外の多数の会員から預託金返還訴訟が提起され、第一審では、Yはこれらの訴訟のすべてに敗訴し、控訴審における敗訴判決も出ている状況であったところ、平成一七年一二月一六日、Yにおける預託金の償還期限を一〇年間延長する旨の理事会決議の効力を否定する旨の最高裁判所の判決があった。

また、Yは、遅くとも平成一七年七月上旬には債務超過の状態にあって、経営再建の努力を続けつつ法的整理も検討しており、同年八月下旬には、同年末ころに再生手続開始の申立てをする方針をほぼ固めていたところ、前記最高裁判決を受けて、Yは、平成一八年一月一三日、新潟地方裁判所長岡支部に対して再生手続開始の申立てをし、同裁判所は、同月二〇日、Yについて再生手続開始決定をした（以下「本件再生手続」という。）。

Xは、本件再生手続において別件判決で認容された債権（元本額三九六万五七五〇円）及びこれらに対する遅延損害金（合計四四七万二六五七円）の債権を届け出た。Yは、同年五月一二日、本件再生手続において債務免除率九五％（継続会員）ないし九八％（退会会員）とする再生計画案を提出し、同計画案は、同年九月四日、債権者集会において可決、同日付で認可決定がなされ、同月二九日、同決定は確定した。Yは、平成一九年二月一五日、前記執行抗告を取り下げ、新潟地方裁判所長岡支部は、同年九月一九日、本件差押命令を取り消す旨の決定をした。

Xは、Yの申立てによる本件執行の停止によって損害を被ったとして、Yが本件執行停止決定の発令に当たって立てた担保の還付を受けるために、Yに対して二二一万六六四八円の損害賠償債権を有することの確認を大阪地方裁判所に対して求めたところ、原判決は同額の損害賠償請求権を認容したため、Yが不服を申し立てたのが本件である。本判決は、次のように述べ、原判決を変更し、既に差押転付命令を得ていた債権の範囲から現実に給付を受けた額を控除した範囲についてのみ損害賠償債権を有することを認めた。

〔判　旨〕

原判決変更

「控訴人は、再生手続においては、再生債権の内容をめぐる

事後的な紛争の発生を回避する等の趣旨で、再生債権の調査及び確定のための特別な手続が設けられているのであるから、再生手続外での債権確定請求訴訟は許されない旨主張するが、強制執行をした債権者は、強制執行の停止の担保として供託された金銭について、他の債権者に先立って弁済を受ける権利を有するものであり、その損害賠償債権確定のために本訴を提起できることは明らかなことである…

…仮執行宣言を付した判決に対して控訴の提起があった場合、民訴法四〇三条一項三号…所定の事由につき疎明があったとして裁判所が立てさせた担保によって担保されている損害賠償請求権は、執行停止によって債権者に生ずべき損害の賠償を求めるものであり、債権者が損害賠償を請求できるのは、債務者がした執行停止の申立てが不法行為となる場合であると解すべきである。

そして、仮執行宣言を付した判決に対する控訴の提起に伴う執行停止の場合には、控訴して執行停止を申し立てた当事者が控訴審でも敗訴して、その控訴審判決が確定したときにも、その当事者において過失があったものと推定することはできない。なぜなら、民訴法四〇三条一項三号によれば、原判決の取消し若しくは変更の原因となるべき事情がないとはいえないこと又は執行により著しい損害を生ずるおそれがあることの疎明があれば、強制執行の一時停止を命じることができるところ、控訴の提起は当事者の権利であり、控訴に対する執行停止の制度は、控訴審の審理中に執行が完了して控訴が無意味になることを防止するものであることを考慮すると、控訴人に過失があったものと推定することは控訴人に過度の負担を負わせることになるというべきだからである。

…前提事実によれば、別件判決の言渡当時、控訴人は明らかに債務超過の状態にあり、本件執行停止の申立てよりも三ヶ月前である平成一七年八月下旬には、再生手続開始の申立てをする方針をほぼ固めつつ経営再建の方策を探っており、平成一八年一月一三日の本件再生手続開始の申立ての約二ヶ月前である平成一七年一一月の本件執行停止の申立てないし同月九日の本件執行停止決定当時には、再生手続開始の申立てについてかなり具体的に準備をしていたことを推認することができる。

ところで、本件執行停止の申立ての約二ヶ月後に本件再生手続開始の申立てがされており、その間、控訴人の資力状態が格段に変化したことを認めるに足りる証拠はないから、被控訴人が別件判決の債権を回収しようとした場合、通常の強制執行によるときと本件再生手続きによるときとでは、ほぼ同様の状態と考えられるのであって、本件強制執行停止の申立て・同決定により、被控訴人の権利がことさら妨げられたとまではいえない。

しかしながら…被控訴人は、平成一七年一一月一日、控訴人を債務者として、執行力ある判決正本に基づいて、原判決

別紙…記載の債権を一五〇万円に満つるまで差し押さえ、その差し押さえられた債権を債権者に転付する旨の本件差押転付命令を得、同命令は、第三債務者…に同月四日、控訴人に同月八日に、それぞれ送達されており、控訴人は平成一七年一一月四日当時…原判決別紙…記載の債権一九九万三一二八円を有していたから、本件執行停止決定がなければ、被控訴人は、本件差押転付命令により優先的に一五〇万円の債権の回収ができたはずである。

そして、これらの点については、控訴人も、本件強制執行停止の申立て当時、十分に理解していたはずであるから、控訴人は、本件強制執行停止の申立てにより、被控訴人が優先的に回収できるはずの本件差押転付命令分の一五〇万円を回収できず、本件再生手続きによる回収しかできないことの認識をしていたというべきであるから、この点について被控訴人が受ける損害については、控訴人に少なくとも未必的な故意があるといわざるをえない。…

前記の前提事実…によれば、被控訴人は、本件執行停止決定がなければ、本件差押転付命令の効力が発生し、優先的に一五〇万円の弁済を受けることができたことが認められる。

ところで、控訴人の本件執行停止の申立てにより被控訴人が受けた損害の範囲は、本件債権差押転付命令により優先的に弁済を受けることができたはずの一五〇万円から本件民事再生手続により受けた配当の差額であると理解される。…

そうすると、被控訴人は、本件差押転付命令分一五〇万円についての損害賠償を認められたことに対しての公平上、その分について本件民事再生手続により被控訴人が受けた配当額分…を控除すべきであるから、その控訴後の損害金は一四六万一六五四円となる。…

なお、被控訴人は、さらに、本件差押転付命令に引き続いて…新たな債権差押転付命令を得ることによって、さらに七一万六六四八円を回収することができたから、同額の損害を被ったと主張するが、執行停止の申立ては当然の権利行使として認められるうえ、被控訴人が実際に債権差押転付命令の申立てをし、その命令が第三債務者に送達されたときに、控訴人がその第三債務者に対して債権を確実に有していることを認めるに足りる証拠はないから、本件差押転付命令後も被控訴人が債権差押転付命令による弁済を受けることができたとまではいえない。…

被控訴人は、本件担保について、民訴法四〇五条二項、七七条により、他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有しているところ、この優先弁済権は、控訴人が、再生手続開始決定を受けたことによって何らの影響を受けるものではないと解される。

…本件執行の停止原因とする被控訴人の控訴人に対する損害賠償請求権は、再生手続においては、一般再生債権として取り扱われることになり、計画に基づきその権利の内容は変更

されることになる。しかし、それは、あくまでも被控訴人が再生手続によって弁済を受ける場合のことであって、被控訴人が本件担保に対する上記優先弁済権を行使する場合には、控訴人が再生手続開始決定を受けたこと及び再生計画認可決定が確定したことは、何らの影響を及ぼすものではない…」

〔評　釈〕

本判決に賛成する。

一　本判決の意義

最高裁は、平成一三年一二月一三日第一小法廷決定（以下「平成一三年決定」という。(1)）において、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い担保を立てさせて強制執行の停止又は既にした執行処分の取消し（以下「強制執行停止等」という。）がされた後に債務者が破産手続開始決定を受けた場合には、その強制執行停止等がされなかったとしても仮執行が破産手続開始決定時までに終了していなかったとの事情がない限り、債権者は強制執行停止等により損害を被る可能性があるとして、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い担保を立てさせて強制執行停止等がされた場合において、担保提供者が破産手続開始決定を受けたとしても、その一事をもって民訴法四〇五条二項が準用する同法七九条二項にいう「担保の事由が消滅したこと」に該当するということはできないと解するのが相当であると判断した(2)。

この平成一三年決定により、下級審で判断が分かれていた問題(3)について解決が図られることとなったが、平成一三年決定の要旨で直接触れられていないものの、付随する問題として、執行停止の担保により担保されるべき損害賠償の範囲(4)、及び執行停止の担保により担保されるべき損害賠償請求権の倒産手続上の取扱い(5)の問題が指摘されていた。本判決は、この平成一三年決定の残された問題について判断したものであり、実務上の意義は少なくないものと考える。

また、本判決は、平成一三年決定とは異なり、債務者について民事再生手続が開始された事例であって、平成一三年決定の射程が民事再生手続開始決定の場合にも及ぶことを前提としたものと考えられる(6)。それゆえ、本判決は、高裁レベルの判断ではあるが、重要な意義を有すると考える(7)。

なお、不服申立に伴う執行停止制度は、平成八年の民訴法改正に際して、仮執行宣言を得た者とその相手方の利益の合理的な調整を図るために、各不服申立に伴う執行停止の要件を厳格化するとともに、執行停止の要件相互間の整合性を確保する視点から執行停止の要件が見直されている(8)。

しかしながら、本判決での問題は、この改正の影響を受けていないと考えるので、旧法下の学説および判例の見解は現行法下でも妥当するものと考える。このことを前提として以下の検討を進めることとする。

二　控訴に伴う執行停止の担保により担保される請求権

学説は、執行停止の担保の被担保債権は、執行停止により生ずべき損害を担保するものであって、執行の基本債権、利息債権の支払いにあてられるものではないとしている(9)。具体的には、執行停止と相当因果関係のある損害が該当し、満足の遅延による損害金や執行停止中の執行目的物の価値の下落に加え、債務者が目的物を処分ないし隠匿することにより執行不能となることによる損害も含まれるとされる(10)。

また、裁判例は、最高裁の判断は存在しないが、下級審は学説と同様の見解を示している。すなわち、執行停止の担保により担保されるのは、強制執行の停止が命じられた後、執行を開始しうる状態となった本案判決の言渡しまでの間に強制執行が停止されたことを原因とする損害に限られ(11)、担保される債権は仮執行の停止によって生じた損害賠償請求権であるとする(12)。

具体的に填補される損害は、債権執行については仮執行の停止によって債権の回収、満足が得られなくなった損害のみならず、執行の遅延によって債権の回収、満足が遅延したことによる損害も対象になるとする(13)。また、執行が停止されている間に財産が隠匿されるなどして執行が不能となった場合の損害も対象とするものがある(14)。

さらに、本判決と同様、控訴に伴う強制執行停止の担保が立てられた後に債務者について民事再生手続開始決定がなされた事案につき、執行停止の担保によって担保される損害賠償請求権は、執行停止を受けたことによる執行の遅延によって通常生ずべき損害の賠償を求めるものであるとするものもある(15)。

本判決は、「控訴に伴う執行停止の担保により担保される債権は、債務者がした執行停止の申立てが不法行為となる場合の損害賠償請求権」と述べ、従来の学説・裁判例と軌を一にしているものと思われ妥当なものであると考える。

三　執行停止の申立と不法行為の成否

上述したように執行停止の担保により担保されるのが、債務者がした執行停止の申立てが不法行為となる場合の損害賠償請求権であるとすると、損害賠償請求権を認めるためには当該執行停止の申立てについての不法行為の成否が

争点になる。

判例は、仮処分の場合に関して、仮処分命令が異議若しくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情がない限り申請人に過失があったと推定するのが相当であるとしている(16)。

また、下級審裁判例ではあるが、第三者異議等の訴えに係る執行停止の裁判の後に異議の事由がないことが確定した場合の申立人の責任について、第三者異議等の訴えを提起して申立人敗訴の判決が確定した場合には、申立人において執行停止の申立ての挙に出るについて相当の理由があったことなど特段の事情がない限り、申立人に過失があったものと推定するのが相当であるとしたものがある(17)。

これに対して、本案訴訟の提起が違法となる場合について、判例は、民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られると解するのが相当であると判示している(18)。また、本判決と同様、控訴に伴う執行停止の担保が立てられた事案においては、民訴法の執行停止制度と民事保全制度を比較しその違いを指摘した上で、控訴の提起に伴う執行停止の場合、第一審の訴訟手続において当事者双方には争う機会が与えられており、また、三審制において控訴を提起することを当事者は権利として認められているにもかかわらず、控訴審で敗訴したからといってその当事者において過失があったものと推定することになると、控訴を提起して裁判所の紛争の解決を求めることを実際上拒否することにもなりかねないとして、控訴して執行停止を申し立てた当事者が控訴審で敗訴して、その控訴審判決が確定した場合にも、その当事者において過失があったものと推定することはできないとするものがある(19)。

本判決は執行停止制度の趣旨から、控訴した当事者が控訴審で敗訴し、その控訴審判決が確定しても、その当事者において過失があったものと推定することはできないと判示しており、本案訴訟の提起が違法となる場合についての最高裁の考え方に即したものであると考えられる。

思うに、敗訴者の上訴による救済と仮執行宣言による勝訴者の利益の均衡を考慮した仮執行宣言の制度(20)、および原裁判に執行力が付されている場合に、その執行力に対する仮の救済として原裁判に対する不服申立に付随する執行停止制度が設けられている趣旨(21)から考えると、控訴審で敗訴

したことにより直ちに執行停止を申し立てた控訴人に過失があると考えることは、これらの均衡を崩すことになると考えるので、本判決の結論は妥当であると考える。[22]

では、具体的に本件において執行停止を申し立てた控訴人に故意・過失があったのかを検討する必要がある。これまでの下級審裁判例においても、故意・過失の有無について判断が分かれているものがある。[23] 本判決は、控訴人の執行停止の申立て自体は、一般的には相当な権利行使として許されるとしながらも、自己の敗訴可能性が十分に予測され、かつ一審判決以前の段階で既に再生手続開始の申立てをする方針を固めていたという事情があること、また債権者が既に差押転付命令を得ていたことから、執行停止により債権者がその分の債権額を回収できなくなることを債務者は認識しつつ執行停止の申立てを行ったとして、未必的な故意があると判断した。以上のような本件の状況を考慮すれば、未必的な故意と判断するか否かは別として、債務者に故意・過失があると判断した結論は妥当であると考える。[24]

四　損害額の算定

以上のことを前提として、控訴に伴う執行停止が不法行為となる場合、執行停止決定の後に再生手続開始決定がなされたときに、執行停止の担保により担保される損害賠償額の具体的算定方法が問題となる。上述したように、執行停止の担保の被担保債権は、強制執行の停止が命じられた後から強制執行が可能となった状態までの間に停止されたことを原因とする損害に限られ、執行の基本債権、利息債権は含まれずその損害の範囲は執行停止と相当因果関係にある損害が該当する。

下級審裁判例においては、本判決と同様、仮執行により満足を受けることができた額と債務者が再生手続開始決定を受けたことにより弁済を受けられなくなった額との差額が損害額であるとするものがある。[25] 学説はこれを支持するものもあるが、[26] このような裁判例の算定方法に対して、強制執行の停止によって生じた損害に限定すべきであって執行の基本債権等は含むべきではないとの批判もある。[27]

また、差押転付命令の対象となる債権から配当により受領した金額を控除した額は、債権者が訴求債権から得ることができなかった金額であることから、例外的に執行の基本債権を執行停止の担保の被担保債権に含めたようにも見えるが、[28] 相当因果関係の立証の問題として捉えることも可能である。[29] 実際、本判決では、本件差押転付命令の対象外

の金額については損害額に含めておらず、この点で全額を認容した一審判決を変更している。

思うに、差押転付命令が既に発せられている状況においては、当該差押転付命令により回収できる債権額は債権者が得られた可能性の高い利益であり、損害額算定の基礎となるものと考えられる。そして、倒産手続の配当により現実の利益が得られていることから、その額を控除すべきことになるのは当然であろう。民法四一六条の損害の範囲の意味を「相当因果関係」ではなく、「予見可能性」でとらえる近時の多数説[30]に立脚したとしても、既に発令されている差押転付命令に基づく回収予定額から現実に利益を受けた額を控除するという本判決の示した算定方法は、当事者の予見可能な範囲に損害額を限定したものとして妥当であると考える。

五　執行停止の担保の倒産手続上の取扱い

執行停止の担保に対する債権者の有する優先権が、債務者について倒産手続が開始された場合の倒産手続上の取扱いについては未だ明確にはされておらず、本判決もこの点について明示しているわけではない。執行停止の担保については、訴訟費用の担保の規定が準用されており、訴訟費用の担保について旧法では、相手方は供託物の上に質権者と同一の権利を有すると規定されていた（旧民訴法一一三条）が、その趣旨については、供託金の取り戻し請求権に対する権利質と解する見解（法定質権説）と供託物の還付を受けて優先的に被担保債権の弁済を受けることができる権利を取得すると解する見解（還付請求権説）が対立し[31]、判例[32]は前者の見解であるとされていた。

しかし、訴訟上の担保の取戻請求権は、担保の事由が消滅したとき担保取消決定を経て発生するのであるから、それ以前に取戻請求権に対する質権実行を観念することは背理となり、また、質権の実行による方法を採る場合には、権利者は供託者の供託物取戻請求権を行使しているのであるから、本来、担保取消決定により供託原因の消滅を証明する必要があるのにこれを不要とするのは論理が一貫しないと批判されていた[33]。そこで現行法では、最近の立法例において用いられている「他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有する」という表現に改められたのである（民訴法七七条[34]）。したがって、民訴法七七条により被告が有する権利は、還付請求権であることが明確にされたと解されている[35]。

そして、一般的に、債権者が優先弁済を受けるためには、

担保権利者が担保提供者との間で当該供託金により担保される損害賠償請求権を有することが特定して表示された担保権利者の勝訴した給付判決もしくは確認判決またはこれと同一の効力を有する和解調書等を提出して直接供託物の還付を受けることになる。[36]

では、債務者につき倒産手続が開始された場合、債権者の有する損害賠償請求権および供託物に対する還付請求権が、当該倒産手続においてどのように取り扱われるのかが問題となる。

まず、債権者の有する損害賠償請求権は、執行停止のための担保が立てられた時点に請求権の発生原因があると考えられるので、破産手続においては破産債権（破産法二条五項）、再生手続においては再生債権（民事再生法八四条一項）に該当することになると考える。これに対して、供託物に対する「他の債権者に先立ち弁済を受ける権利」が倒産手続上どのように取り扱われるのかについては、より慎重な考慮が必要になると考える。従来の学説においては、別除権（破産法二条九項、民事再生法五三条一項）として取り扱われるとする見解がある。[37] それゆえ、倒産手続外での権利行使を認める（破産法六五条一項、民事再生法五三条二項）結論になると考えられる。しかしながら、判例は、「他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有する」と述べ、その権利は倒産手続に関係なく行使できると結論付ける。[38] また、下級審裁判例ではあるが、破産手続上の別除権に該当するものではない旨明言するものもある。[39]

一見同じ内容を述べているようにも思えるが、詳細に検討すると大きな違いが存在し、私見はこれまでの下級審裁判例及び本判決の理由付けを支持する。その理由は以下の通りである。

訴訟上の担保について、担保提供者は「担保の事由」が消滅した場合、担保取消決定を経て自己の供託物取戻請求権を行使することになる。したがって、担保提供者について倒産手続が開始されたとしても、「担保の事由」が消滅していない場合には、当該供託物は担保提供者の財産ということはできず破産手続においては破産財団を構成しないことになる。[40]

また、担保提供者の供託物取戻請求権と担保権利者の還付請求権とは表裏一体の関係にあると考えられる。すなわち、「担保の事由」が存在する以上、担保提供者の供託物取戻請求権は発生せず、担保権利者の還付請求権が発生するだけであり、したがって、当該供託物は倒産手続を開始された担保提供者の財産を構成しない。反対に、「担保の

事由」が消滅していれば、担保権利者の被担保債権は当然存在しないことになり、その還付請求権も当然発生しないが、逆に、担保提供者は自己の供託物取戻請求権を行使し得ることになる。

それゆえ、本件のように債権者が還付請求権を行使できるということは、当該供託物は倒産手続が開始された債務者の財産を構成しておらず、またその占有下にもないのであるから、開始された倒産手続の拘束を何ら受けるものではないことになる。このように考えると、債権者が供託物に対する還付請求権を行使することは、債務者の倒産手続と全く関係のないものであり、債権者の有する優先権を別除権と解する余地は全くないものと考える。ただし、担保権利者がその権利を行使する手続上、前述したように、担保提供者を相手方とする給付判決等を必要とすることから、倒産手続が開始されたものに対して債権者が手続外で権利行使をしたように見えるだけである。その実体は、倒産手続が開始された債務者の債権者が、当該債権を担保する目的物を有する第三者に対して権利を行使する場合と類似しているものと考える。

以上により、本判決の理由付けを支持するものである。

(1) 民集五五巻七号一五四六頁。平成一三年決定の評釈等として、佐賀義史「判批」判タ一一二五号二二六頁（平一五）、長谷部由起子「判批」リマークス二六号一三八頁（平一五）、川嶋四郎「判批」法セミ五八〇号一一五頁（平一五）、石渡哲「判批」判評五二二号三七頁（平一四）、佐野裕志「判批」ジュリ一二二四号一三三頁（平一四）、山本克己「判批」金法一六五二号六四頁（平一四）、野村秀敏「判批」民商一二七巻三号一〇〇頁（平一四）、高部眞規子「判解」曹時五五巻四号二三六頁（平一五）、同「判解」ジュリ一二三一号一六八頁（平一四）などがある。

(2) 最高裁は、平成一四年四月二六日第二小法廷決定判時一七九〇号一一一頁においても同様の判断を示している。

(3) 担保の事由が消滅したとして取消を認めた裁判例として、東京地決平成一二年一二月二五日金判一一五二号一一頁（最二小決平成一四年四月二六日前掲注(2)の原々決定）、大阪地決平成一二年七月三一日民情一七一号五八頁、東京高決平成一三年一一月二六日金判一一五二号一〇頁（最二小決平成一四年四月二六日前掲注(2)の原決定）がある。これに対して、担保の事由が消滅したとはいえないとして取消を認めなかった裁判例として、東京高決平成一三年四月九日判時一七六〇号一〇一頁がある（平成一三年決定の原決定）。

(4) 石渡・前掲注(1)三九頁、山本・前掲注(1)六七頁、

高部・前掲注(1)曹時二一六頁参照。

(5) 長谷部・前掲注(1)一四一頁。

(6) 平成一三年決定の段階で射程の拡大は予測されていた。高部・前掲注(1)曹時二一五頁参照。

(7) 本判決の評釈を見ることはできなかった。

(8) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、平八）四六四頁。

(9) 賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎（編）『基本法コンメンタール民事訴訟法3［第三版］』（日本評論社、平二〇）二一六頁［滝澤孝臣］、滝井繁男「控訴または督促異議の申立てに伴う執行停止の要件及び手続」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編『新民事訴訟法大系―理論と実務―（第4巻）』（青林書院、平九）二六七頁、二七五、二七六頁、石川明＝高橋宏志（編）『注釈民事訴訟法（9）』（有斐閣、平八）三八九頁［栗田隆］、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』（日本評論社、昭六一）五九〇頁、近藤完爾『執行関係訴訟』（判例タイムズ社、昭三〇）六二四頁など。

(10) 村松俊夫「執行の停止とその担保」三ケ月章（編）『裁判と法（下・復刊）』（有斐閣、平九）一〇一七頁、一〇四一頁、賀集＝松本＝加藤・前掲注(9)二一六頁［滝澤孝臣］、石川＝高橋・前掲注(9)三八九頁［栗田隆］。

(11) 福岡地判平成一六年五月一一日判タ一一九九号二四五頁、東京高判昭和六三年七月一九日金法一二三一号四〇頁、東京高決昭和五六年七月二八日判時一〇一二号八四頁、同昭和三五年六月二八日判タ一〇六号三八頁。また、強制執行に関する旧民訴法五四七条による執行停止に関して、大判昭和八年五月一日法律評論二二巻民訴法二〇三頁がある。

(12) 東京高判昭和二七年二月五日高裁民集五巻四号一二一頁。執行異議に伴う停止の場合について、大判昭和六年一月一〇日法律評論二〇巻民訴法一四四頁がある。

(13) 東京高決平成一三年四月九日判時一七六〇号一〇一頁（平成一三年決定の原審）。

(14) 東京地判平成八年三月二六日金法一四七〇号四六頁、名古屋高裁金沢支判昭和五一年九月八日訟月二二巻九号二二四〇頁。

(15) 福岡高判平成一七年五月一八日判タ一一九九号二四一頁（福岡地判平成一六年五月一一日・前掲注(11)の控訴審）。

(16) 最三小判昭和四三年一二月二四日民集二二巻一三号三四二八号。

(17) 東京地判平成五年一二月二二日判タ八六八号二二四頁。

(18) 最三小判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号一頁。

(19) 福岡高判平成一七年五月一八日・前掲注(15)。

(20) 伊藤眞『民事訴訟法［第3版3訂版］』（有斐閣、平二〇）五四五頁、賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎（編）『基本法コンメンタール民事訴訟法2［第三版］』（日本評論社、

平一九）二九八頁［本間靖規］など参照。

(21) 賀集＝松本＝加藤・前掲注(9)二一〇頁［滝澤孝臣］、伊藤・前掲注(20)五四〇頁など参照。

(22) ただし、この点に疑問がないわけではない。研究会においては、最高裁の判断枠組みが本案に関する場合と保全に関する場合とで分かれているように見える点について、疑問視する意見があった。このような違法性の判断枠組みを統一すべきかどうかについては、今後の検討課題であると考える。

(23) 第一審の福岡地判平成一六年五月一一日・前掲注(11)は過失有りと判断し、控訴審の福岡高判平成一七年五月一八日・前掲注(15)は過失なしと判断している。

(24) なお、研究会において、当該強制執行等が仮に停止されなかったとしても、後の倒産手続において否認される可能性が高い場合には、そもそも不法行為とならないのではないか、との指摘があった。平成一三年決定および本判決は、このような問題について一切触れていないが、不法行為の成否を検討するに際して考慮すべき要素であると考える。

(25) 福岡地判平成一六年五月一一日・前掲注(11)。なお、債務者が破産手続開始決定を受けた場合に、仮執行により満足を受けることができた額と債務者が破産手続開始決定を受けたことにより弁済を受けられなくなった額との差額が損害額であるとするものとして大阪高判平成一七年一〇月二一日金判一二二八号一四頁、神戸地裁尼崎支判平成一六年一一月九日金判一二〇五号八頁（大阪高判平成一七年一〇月二一日・前掲注(25)の第一審）、東京高決平成一三年四月九日・前掲注(13)がある。

(26) 石渡・前掲注(1)三九頁、山本・前掲注(1)六七頁。

(27) 吉田清悟「判批」民情一八九号七〇頁（平一四）（最二小決平成一四年四月二六日・前掲注(2)の評釈）。

(28) 山本・前掲注(1)六七頁。

(29) 高部・前掲注(1)最判解八四三頁。

(30) 潮見佳男『債権総論〔第2版〕』（信山社、平一七）八二、八三頁、平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（弘文堂、平六）九〇、九一頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、平四）一七二、一七三頁など参照。

(31) 法務省民事局参事官室・前掲注(8)七五頁。

(32) 大決昭和一〇年三月一四日民集一四巻三五一頁。

(33) 斉藤秀夫ほか（編）『注解民事訴訟法〔第2版〕(3)』（第一法規、平三）一四八頁、上田正俊「判批」別冊ジュリ一〇七号一八〇頁（平二）、青木敏行「判批」別冊ジュリ三五号一九〇頁（昭四七）、法務省民事局参事官室・前掲注(8)七五頁。

(34) 法務省民事局参事官室・前掲注(8)七五、七六頁。

(35) 竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞『研究会新民事訴訟法

（ジュリスト増刊）』（有斐閣、平一一）九一頁（柳田発言）。

(36) 柳田幸三「裁判上の担保として供託された金銭又は有価証券に対する担保権利者の権利の内容及びその実行方法（平成九・一二・一九民四・二二五七号民事局長通達第二）」別冊ジュリ一五八号一八〇頁。

(37) 長谷部・前掲注(1)一四一頁、石渡・前掲注(1)三九頁、野村・前掲注(1)一一二頁。

(38) 最二小決平成一四年四月二六日・前掲注(2)。また、下級審裁判例として、福岡地判平成一六年五月一一日・前掲注(11)、神戸地裁尼崎支判平成一六年一一月九日・前掲注(25)がある。

(39) 大阪高判平成一七年一〇月二一日・前掲注(25)。なお、この判決では、担保される損害賠償請求権は破産債権に該当するので、破産手続によらなければその権利を行使することができないと結論付けている。

(40) 秋山幹男＝伊藤眞ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ［第2版］』（日本評論社、平一八）九一頁。

小原　将照