

Title	〔最高裁判事例研究四三二〕平二四 1(六六卷三号一六三頁)仮差押命令により保全される債権の範囲・配当異議事件(平成二四年二月二三日最高裁第一小法廷判決)
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	2013
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.86, No.2 (2013. 2) ,p.92- 105
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=AN00224504-20130228-0092">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20130228-0092</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.

〔最高裁判事例研究 四三二〕

平二四 1 (民集六六卷三号一一六三頁)

仮差押命令により保全される債権の範囲

配当異議事件(平成二四年二月二三日最高裁第一小法廷判決)

〔事実〕

Xは、平成一九年一月一九日、AおよびBが、同月一〇日頃、極度額一億五〇〇万円の根抵当権(以下「本件根抵当権」という。)が設定された建物を取り壊すことにより、Xの本件根抵当権を侵害したことに起因して、XがAに対して有する、共同不法行為に基づく損害賠償請求権四〇〇万円の内金二〇〇万円(以下「本件損害賠償債権」という。)を被保全債権として、AがCに対して有する明渡料支払請求権の内金二〇〇万円につき債権仮差押命令(以下「本件仮差押命令」という。)を得て、その頃、同命令はCに対して送達された。

Aが仮差押命令において定められた仮差押解放金額二〇〇万円の供託をしたため、平成一九年一月二六日、本件仮差押命令の執行を取り消す旨の決定がされた。これにより、本件仮差押命令の執行の効力は、Aの国に対する上記供託に係る供託金の取戻請求権(以下「本件供託金取戻請求権」という。)の上に移行した。

Xは、平成一九年二月一四日、Aほか三名を被告とする訴訟(以下「本件本案訴訟」という。)を提起し、Aに対しては、①主位的請求として、Xは、平成一八年八月三十一日、Aほか二名を連帯債務者として四〇〇〇万円の貸付をし(以下、この貸付に係るXのAに対する貸金債権を「本件貸金債権」という。)、A所有の建物およびB所有の建物に本件根抵当権の設定を受けていたところ、Aが相被告らと共謀してXに無断で上記各建物を取り壊してXの本件根抵当権を侵害したため、Xにおいて本件貸金債権を回収することが困難になったと主張して、不法行為に基づき本件貸金債権相当額を含む四五〇〇万円の損害の賠償および遅延損害金の支払を求め、②予備的請求として、本件貸金債権に基づき四〇〇〇万円および

び遅延損害金の支払を求めた。

本件本案訴訟の第一審口頭弁論終結（平成二〇年一〇月二七日）後、判決言渡し（平成二〇年一二月二四日）前である平成二〇年一月二〇日、Yの申立てに基づき、本件供託金取戻請求権につき、請求債権を執行力ある公正証書正本に記載された複数の金銭消費貸借契約に基づく貸付金元金四〇〇万円および遅延損害金四二六九万九〇一六円とする債権差押命令が発令され、その頃、同命令が国に対して送達された。本件供託金取戻請求権について、Xによる仮差押えとYによる差押えが競合した旨の事情届の提出を受けて、東京地方裁判所は、配当期日を平成二一年一月一日と定めた。上記配当期日において、Xの配当額（手続費用を除く。以下同じ。）を三九万六三七四円、Yの配当額を一六一万一三一六円とする本件配当表が作成された。

Xは、Yによる差押えがXのAに対する強制執行を妨害する目的でされたものであり、本件配当表に記載されたYの債権は架空のものであって存在しないと主張して、上記配当期日において、本件配当表に記載されたYの配当金額につき異議の申出をした上、平成二一年一月一六日、本件配当表のうち、Xの配当額を二〇〇万円で、Yの配当額を七六九〇円に、それぞれ変更することを求めて訴えを提起したのが本件である。

なお、本件に先行する本件本案訴訟においては、XのAに

対する主位的請求を棄却し、予備的請求を認容する控訴審判決が、平成二二年三月二六日に確定している。

Xの訴えに対してYは、次のように主張した。すなわち、本件仮差押えおよび本件配当手続の基礎となった債権は、XのAに対する抵当権侵害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権であるが、これが本件本案訴訟の控訴審判決において取り消され、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づく請求は棄却されている。したがって、本件仮差押えおよび本件本執行においては、請求債権が存在しないことが明らかであるから、本件の配当異議は、請求の前提を欠くもので、訴えの利益あるいは当事者適格を欠き不合法である。

このようなYの主張に対して、Xは、次のように主張した。すなわち、本件本案訴訟の判決では、XのAに対する主位的請求である不法行為に基づく損害賠償請求を棄却する旨の判示がされたことは事実であるが、同判決では、XのAに対する予備的請求である貸金返還請求が認容され、これについては仮執行宣言が付されている。そのため、本件本案訴訟の判決を前提としても、XはAに対する金銭債権の債務名義を有しているのであり、その限度で仮執行宣言の効力は存続するというべきである。また、上記不法行為も貸金請求もXのAに対する同一の客観的事実に基づくものであって、社会的実体における経済的利益を共通にするものであるから、本件本案訴訟の判決において「本案判決を変更した」のは、具体的

金額が減じられた範囲に限られ、この範囲でのみ仮執行が失効したものと解すべきであり、本件本執行はその限度で効力を有するから、Xは差押債権者として配当異議請求につき訴えの利益および当事者適格を有する。

第一審および原審は、Xの原告適格については認められたものの、以下の理由により、Xの主張を退け、第一審はXの訴えを却下し、原審はXの控訴を棄却した。

債権者からの配当異議の訴えは、Xへの配当額を増加させることを目的とするものであるから、Yへの配当額の否定がXへの配当額の増加を結果するものでなければならず、Xには、異議ある配当額を自己が受領することができる資格が認められなければならない。

ところが、Xの本件配当表上の地位は、本件仮差押命令に基づくものであり、その被保全権利は、債務者であるAに対する不法行為に基づく損害賠償請求権であるが、その損害賠償請求権は、本件本案訴訟の判決によりその存在が否定され、その判決が確定しているから、Xへの配当を基礎付ける債権そのものが存在しなかったことになる。

そうすると、仮に、Yの執行債権の存在が否定されたとしても、Xへの配当額を増加させることはできないから、Xには、訴えの利益がなく、本件配当異議訴訟は不適法である。

また、本件仮差押命令の被保全権利である本件本案訴訟の主位的請求が棄却されても、予備的請求の貸金請求権が認容

されているので、その範囲で本件仮差押命令の効力が維持されるべきであるとの主張も、Xは本件仮差押命令の被保全債権として債務者であるAに対する不法行為に基づく損害賠償請求権を選択し、主位的請求を同じAに対する不法行為に基づく損害賠償請求権とする本件本案訴訟を提起し、この請求権の存在が最終的に否定されたのであるから、たとえ訴訟物を異にする予備的請求が認められたとしても、そのことによって本件仮差押命令の効力が維持されることにはならない。

さらには、本件仮差押命令の被保全権利と予備的請求の貸金請求権との間に同一性が認められるので予備的請求の範囲で本件仮差押命令の効力が維持されるべきものであるとの主張も、本件仮差押命令の被保全権利は、本件根抵当権の対象建物を取り壊したことによる不法行為に基づく損害賠償請求権であるのに対し、本件本案訴訟で認容された予備的請求は消費貸借契約に基づく請求であり、前者において後者の貸金の回収不能が損害として主張されているとしても、その請求権の発生の日時、場所、行為内容等から見れば、これらを同一の客観的事実に基づくものと解することもできない。

このような原審の判断に対して、法令解釈に関する重要な事項について誤りがあるとして、Xから上告受理の申立てがなされ、これが受理されたのが本件である。

## 〔判旨〕

原判決を破棄し、第一審判決を取り消し、事件を第一審に差し戻す。

「保全命令は、一定の権利関係を保全するため、緊急かつ必要の限度において発令されるものであって、これによって保全される一定の権利関係を疎明する資料についても制約があることなどを考慮すると、仮差押命令は、当該命令に表示された被保全債権と異なる債権についても、これが上記被保全債権と請求の基礎を同一にするものであれば、その実現を保全する効力を有するものと解するのが相当である（最高裁昭和二五年(オ)第六三三回二六年一月一八日第一小法廷判決・民集五卷一〇六頁参照)。そうすると、債務者に対する債務名義を取得した仮差押債権者は、債務名義に表示された金銭債権が仮差押命令の被保全債権と異なる場合であっても、上記の金銭債権が上記の被保全債権と請求の基礎を同一にするものであるときは、仮差押命令の目的財産につき他の債権者が申し立てた強制執行手続において、仮差押債権者として配当を受領し得る地位を有しているということができる。

前記事実関係等によれば、本件仮差押命令の被保全債権である本件損害賠償債権は、債務者であるAが債権者であるXに無断で担保物件を取り壊したことにより、本件貸金債権の回収が困難になり、本件貸金債権相当額を含む損害を被った

ことを理由とするものであるから、本件貸金債権の発生原因事実は、本件損害賠償債権の発生原因事実に包含されていることが明らかである。そうすると、本件貸金債権に基づく請求は、本件損害賠償債権に基づく請求と、請求の基礎を同一にするものといふべきである。

以上によれば、本件仮差押命令の被保全債権である本件損害賠償債権に基づくXのAに対する請求を棄却する判決が確定しているとしても、Xは、本件貸金債権に基づくAに対する請求を認容する確定判決を取得しているものであるから、本件供託金取戻請求権につきYが申し立てた強制執行手続において、本件仮差押命令の債権者としての地位に基づき配当を受領し得る地位を有しているといふべきである。よって、Xは、本件配当表における他の差押債権者であるYの配当額を否定することにより自己の配当額を増加させ得る立場にあり、本件訴えにつき訴えの利益がある。

これと異なる見解の下に、本件訴えを却下すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は、この趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、第一審判決を取り消し、本案について審理させるため、本件を第一審に差し戻すこととする。」

〔評釈〕

判旨に賛成するが疑問も残る。

一 本判決の意義

保全命令は、被保全権利に関する債務名義の取得ないしその執行の遅れから生じる損害を回避するために、権利者に認められた法的保護手段である。<sup>(1)</sup>それゆえ、権利者が取得すべき債務名義ないし執行は、当然のことながら、被保全権利についてのそれではなければならない。ところが、実際には、保全命令の申立てに迅速を要求されることやその後の事情の変化もあつて、権利者の求める債務名義ないしその執行の対象が、必ずしも被保全権利と一致しない場合が生じる。このような場合に、被保全権利と裁判所で権利者が求めた審理の対象（訴訟物）（以下、「本案」という。）の食い違いをどの程度まで許容するのか。言い換えると、被保全権利と本案の同一性はどこまで要求されるのか、という問題が従来から議論されてきた。<sup>(2)</sup>

本件は、形式的には、配当表に記載された被告の債権の存否が争われているが、その実質は、原告の訴えの利益の根拠となる仮差押命令の効力が維持されるのか否か、という被保全債権と本案の同一性が争点である。この問題につ

いては、後述するように、学説上は古くから見解の対立が存在したが、裁判所の見解は、ほぼ一貫していた。本判決は、この問題につき、リーディングケースとされる最一小判昭和二六年一〇月一八日<sup>(3)</sup>（以下、「昭和二六年判決」という。）を引用した上で、従来の見解を踏襲したが、昭和二六年判決では明らかにされていなかった理由を付しており、その意義は少なくないものと考ええる。また、昭和二六年判決は、仮処分に係る起訴命令が出された事実であつて、本判決とは事案を異にしている。それゆえ、本判決は、仮差押命令の執行から本執行への移行の場面における効力の維持に関して判断した点で、先例としての意義を有すると考える。<sup>(4)</sup>

二 被保全権利と本案の同一性に関する従来議論

1 問題となる場面

被保全権利と本案の同一性に関する問題は、起訴命令に関する場面、すなわち債権者が起訴命令期間内に提起した訴え等が、保全命令にとつて「本案」となるか否か（民法三七条三項、旧民訴七四六条、七五六条）、あるいは事情変更による保全処分の取消し（民法三八条一項、旧民訴七四七条、七五六条）という点で多く議論されてきた。<sup>(5)</sup>しか

しながら、それ以外にも被保全権利と本案の同一性が問題となる重要な場面は存在し、本案の権利の実現の際に民事保全の効力を援用しようとする場面で生じると分析されている。その具体例としては、本差押えにおいて先行の仮差押えの効力を援用しようとする場合、民保五八条により処分禁止の登記に後れる登記を抹消したり、保全登記に基づく本登記をしようとしたりする場合、占有移転禁止の仮処分において仮処分執行後の占有者に対して本案の債務名義に基づく強制執行を行うおとする場合、事情変更による保全取消しにおける本案での債権者の敗訴の場合、および担保取消しにおける本案での債権者の勝訴の場合などが実務上重要とされている。<sup>(6)</sup>ただ、従来の議論では、これらの場面を分けずに検討されているので、ここでもそれに従い各見解を紹介することとする。

## 2 学説

被保全権利と本案の同一性に関する問題について、学説はその初期において二つの見解に分かれていた。<sup>(7)</sup>一つは、被保全権利と本案とは必ずしも一致する必要がなく、両者が請求の基礎において同一であれば足りるとする請求基礎説<sup>(8)</sup>であり、もう一つは、両者は必ず一致しなければならず、単に請求の基礎が同一であるだけでは足りないとする権利

同一説<sup>(9)</sup>である。

請求基礎説は、仮処分における被保全権利と本案が食い違うことはままあり、その同一性の限界を何処に見いだすのかは、訴訟経済と債権者債務者間の保護のバランスという点に求めるべきであるとする。その上で、これらの同一性の限界を「請求の基礎」に求めたとする。<sup>(10)</sup>

これに対して、権利同一説は、次のような批判を行い、被保全権利と本案は必ず一致しなければならない、と主張した。<sup>(11)</sup>すなわち、請求の基礎なる観念は、もともと訴えの変更の要件を緩和するために旧民訴法で初めて設けられた概念であって、これから何らかの実体的意義を導くことは許されない。保全処分は被保全権利の本案訴訟による終局的確定を前提として認められる仮定的・暫定的措置であって同一権利の後行的確定を当然要請するから、基礎が同一であるからといって確定されるのが別個の権利であったのでは保全処分の審理において何ら認定を経ない権利のために保全処分を維持流用することになって不当である。また、保全処分は本執行の要件のそろわない以前に債権者の一方的利益のために許されるものであるから、その維持の要件も厳格に解しなければ債務者に対して著しく不公平になる。そして、被保全権利と請求の基礎を同じくする別

個の権利についての本案判決は、保全処分によって惹起された浮動的状态の除去に役立たないとともに、債権者が勝訴した場合の本執行への移行や敗訴した場合の事情変更における扱いにも疑問がある。その他にも、権利同一説の根拠として、起訴命令制度の制度的基礎を挙げる見解<sup>(12)</sup>、訴訟物を動態的に把握する立場からこれを支持する見解も存在する。

このような権利同一説からの批判に対して請求基礎説は、次のように反論している。すなわち、形式的に見ると別個の権利のための保全処分を基礎として、これを流用して本執行がなされるような観を呈するが、しかし、保全訴訟が本案訴訟に先行するものであって、保全処分が発せられた後は、もはや申請における被保全権利の主張を本案における訴えの変更に呼応して変更する余地がなくなってしまう。また、保全処分命令の申請が緊急を要し、被保全権利についての本案訴訟を見通した上での確定的な態度をとるだけの時間的余裕がないまま申し立てられることが多いという実情からすると、本案訴訟の訴訟物を厳密に被保全権利に一致されるよう要求することは債権者に困難を強いると考えられる。

このような議論を経て、現在では、請求基礎説を支持す

る見解が多数であると思われる<sup>(14)</sup>。ただし、請求基礎説も、無条件に支持されているわけではなく、保全処分の裁判の対象となるのは実体法上の特定の権利であるが、その効力は請求の基礎を同一にするすべての権利におよび、その執行を保全するなどというのは、裁判の根本原理に反する。それゆえ、広く保全処分における裁判の対象や効力一般との関係につきなお検討すべき問題が少なくない、との指摘がある<sup>(15)</sup>。その上で、請求の基礎の実質的内容からすれば、被保全権利として表示された実体法上の請求権が疎明されたときに、これと請求を同じくする他の実体法上の請求権も通常疎明されたとみなし、これを念頭において審理対象の同一性を判定すべきとする見解<sup>(16)</sup>、民事保全手続と訴訟手続が全く異なる手続であり、「同一性」を判断するのが、必ずしも同一受訴裁判所内ではないという認識から、「請求の基礎の同一性」とは基礎たる社会的紛争を基準とする考えを念頭においており、これを基準に判断すべきとする見解<sup>(17)</sup>、請求の基礎が同一でかつ保全のためにとられている既存の処分が本案の訴訟物を保全する処分としても適当であることを条件とする見解<sup>(18)</sup>、あるいはその訴えをもって紛争が実質的に解決するようなものとの限定を加えるべきであるとする見解<sup>(19)</sup>などが主張されている。



## 三 裁判例

学説が二つの見解に分かれていたのとは異なり、被保全債権と本案の同一性を判断するに際しての裁判所の基準は、本判決が引用する昭和二十六年判決も含め、ほぼ一貫してその請求の基礎において同一であればよいとする見解をとっていた<sup>(20)</sup>。しかしながら、昭和二十六年判決も含め、その初期の段階において、なによえ「請求の基礎の同一性」があればよいとするかについては、明確な根拠が示されていない<sup>(21)</sup>。それゆえ、権利同一説を支持しているわけではなかった。もの、明確に「請求の基礎の同一性」を基準とするこ<sup>(22)</sup>とについて疑問を呈する裁判例も存在する。もつとも、学説の議論が進むにつれ、裁判例でも請求基礎説と同じ根拠を明示した上で、被保全債権と本案の同一性は、「請求の基礎の同一性」があればよい、とする結論を示す裁判例も現れるようになった。

その上、前訴で敗訴した債権者が、あらためて請求の基礎が同一の訴訟を提起し、その際、仮処分効力を維持しようとする主張した事案においては、「請求の基礎の同一性」があればよいとする見解を採用しながらも、仮処分を流用することは法の趣旨を没却するなどとして認めなかった裁判例<sup>(24)</sup>があり、その他にも、原則として「請求の基礎の同一

性」があれば被保全債権と本案の同一性は認められるとする立場をとりながらも、事案にあわせて、保全処分と本案訴訟の組み合わせがあり得ない形式であることや相互に矛盾することなどを理由に仮処分を取り消した裁判例も存在する<sup>(25)</sup>。これらの裁判例の登場は、請求基礎説が無条件に認められるわけではないとする問題を浮き彫りにさせ、その後の見解の修正に影響していると思われる。

## 四 本判決の検討

以上のことを前提として、本判決を検討すると、保全命令が暫定的でかつ緊急性を要するものであることから、請求基礎説が主張するように、本家で申し立てる訴訟物と厳密な一致を求めることは債権者に対してあまりにも酷であると考える。したがって、権利同一説を採用することはできず、請求基礎説を支持する結論に至ることになる。それゆえ、請求基礎説の見解に立つて判断した本判決について、基本的には賛成することができる<sup>(26)</sup>。しかしながら、訴えの変更の基準である「請求の基礎の同一性」という用語を、そのまま被保全債権と本案の同一性を図る基準として用いている点には疑問が残る。

そもそも請求基礎説を主張する論者においても、被保全

債権と本案の同一性を図る基準としての「請求の基礎の同一性」を「あくまでも一つの道具立てである」<sup>(27)</sup>と評している。そして、権利同一説が、請求基礎説を主張する論者が本来意図した点を誤解し、訴えの変更における基準である「請求の基礎の同一性」の概念を、そのまま同じ概念として被保全債権と本案の同一性を図る基準として用いていると考えたことから、本来であれば初期の段階において修正されるべき問題を覆い隠してしまったのではないかと考える。すなわち、権利同一説が主張する「被保全権利と本案は必ず一致しなければならない」という見解に賛同できない論者の支持が請求基礎説に集まったことで、法解釈上、同一用語でありながら異なる概念として用いられている、しかも、判決手続と保全手続という極めて近接した領域で用いられているという請求基礎説それ自体が内包する問題に目が向けられてこなかったのではないか、と思われるのである。現行法制定時においても、その基準としての適格性が検討されていないことは認識されていたようであるが、その後、この基準を何らかの形で修正しようとする議論を見ることができなかったのは、そのことの証左であるようにも思える。

したがって、今後は、用語として全く同じである「請求

の基礎の同一性」を用いながらも、実は異なる概念であるという点を意識した上で、被保全債権と本案の同一性については議論されなければならないと考える。また、その点について特に注意を払わずに言及している本判決は、今後も同様の問題を残したままにした点で疑問が残るものである。

##### 五 具体的基準に関する若干の考察

では、訴えの変更の基準と異なる概念として、被保全債権と本案の同一性を判断する基準としての「請求の基礎の同一性」は、具体的に事案解決を導く道具として機能しているのか、という点について若干の考察をしておく。すでに、多くの下級審裁判例でこの基準を是認しながらも各事案に応じて修正がなされてきたのは、この基準が、単に「厳格な一致を求めない」という結論を導く基準に過ぎず、個別の問題解決の指標としては有効に機能していないためであると考える。また、すでに指摘したように、訴えの変更の基準との混同が招いた問題から、被保全債権と本案の同一性を判断する基準として切り離された上で、基準として適確であるか否か、という点については十分に議論されていないかと考える。それゆえ、未だ基準としての適確

性は十分に議論されていないものと考え<sup>(30)</sup>。

私見としては、債権者にとつての訴訟経済の見地と債務者の保護の調和という請求基礎説が提唱された当初の基本的視点に立ち返り、手続的平等の見地から被保全債権と本案の同一性を事例ごとに検討する必要があるのではないかと考<sup>(31)</sup>える。その上で、従来の下級審裁判例および学説が、

「請求の基礎」という実体的指標と仮処分を流用するに際して手続的公平の見地を加味している実情をふまえると、実体的基準と手続的基準の二つの指標により被保全債権と本案の同一性を判断すべきではないかと考<sup>(32)</sup>える。

まず、実体的基準について若干の考察をする。従来<sup>(33)</sup>の請求基礎説の考え方は、実体的基準の部分に合致するものであり、これまでの議論および本判決は、この点に重点が置かれていたのではないかと考<sup>(34)</sup>える。あくまでも一つの私見ではあるが、「被保全権利と本案訴訟で訴求し認められた権利の社会的同一性<sup>(35)</sup>」と理解し、これを実体的基準として用いるのが妥当ではないかと考<sup>(36)</sup>える。

次に、手続的基準について若干の考察をする。従来<sup>(37)</sup>の下級審裁判例を見ると、請求基礎説を支持しながらも、各事案の手続的進行を加味して流用を認めないものが散見される<sup>(38)</sup>。このような実務の取扱いをふまえると、実体的基準を

満たしながらも保全命令の流用を排斥する「障害事由」としての機能を持つ基準が必要ではないかと考<sup>(39)</sup>える。そして、請求基礎説が当初より債務者の保護の見地を基本的視点として掲げていることを踏まえると、「債務者の保護」を保全命令の流用を排斥する機能を持った手続的基準として用いるのが妥当ではないかと考<sup>(40)</sup>える。

## 六 本判決の射程について

最後に本判決の射程について、若干の考察をしておく。確かに、理由を付した上で、被保全債権と本案の同一性を判断することについて、「請求の基礎を同一」にするか否かを基準とした点は、昭和二六年判決を追認したものといえ、今後の被保全債権と本案の同一性が問題となる様々な事案の処理の一つの基準になったと考<sup>(41)</sup>える。しかしながら、その基準の適確性に疑問が生じている今日においては、各事案の内容に則したより慎重な検討が求められるであろう。本件は、仮差押命令が発令された後に、被保全債権と同一の主位的請求に併せてそれとは異なる予備的請求が申し立てられ、主位的請求が棄却され予備的請求が認められた事案であり、少なくとも予備的併合形態で認められた本案については、被保全債権と一致するものではないとして

も仮処分の流用を認めて差し支えない、と理解することとどめるのが、本判決の射程として妥当ではないかと考える<sup>(34)</sup>。

- (1) 原井龍一郎・河合伸一(編)『実務民事保全法(三訂版)』(商事法務、平二三)六頁、福永有利『民事執行法・民事保全法(第三版)』(有斐閣、平二三)二四六頁、松浦馨・三宅弘人(編)『基本法コンメンタール民事保全法』(日本評論社、平五)一九一―二〇頁。
- (2) 従来からの議論については、山崎恒・山田俊雄(編)『新・裁判実務大系(二) 民事執行法』(青林書院、平一三)三五〇頁以下、「田中宏朋」、山崎潮(監) 瀬木比呂志(編)『注釈民事保全法(上)』(きんざい、平一一)五〇五頁以下、「原田晃治」、鈴木正裕「被保全権利と本案の同一性」中野貞一郎・原井龍一郎・鈴木正裕編『民事保全講座一』(法律文化社、平八)三七〇頁以下、同「各種の保全取消しとその問題点」竹下守夫・鈴木正裕(編)『民事保全法の基本構造』(西神田編集室、平七)二九五頁以下、三宅弘人・荒井史男・岨野悌介編『民事保全法の理論と実務(下)』(ぎょうせい、平二)四〇〇頁以下、「原田晃治」、西山俊彦『新版保全処分概論』(一粒社、昭六〇)二〇五頁以下、太田豊「保全訴訟における被保全権利の同一性(二)」(五・完)判評一七六号九二頁(昭四八)、一七八号一二五頁(昭四八)、一八〇号一一八頁(昭四九)、一

八一号一二五頁(昭四九)、一八二号一二一頁(昭四九)、原井・河合(編)・前掲注(1)四九四頁以下参照。

- (3) 民集五卷一一号六〇〇頁。評釈として、河村好彦「判批」法研五八巻九号一一四頁(昭六〇)、菊井維大「判批」別冊ジュリ二二号一三四頁(昭四四)、菊井維大「判批」別冊ジュリ二二号一三四頁(昭四四)、二一頁(昭三八)、吉川大二郎「判例保全処分」(法律文化社、昭三六)五一―七頁(初出民商三三巻二二号二九二頁(昭三二))、大場茂行「判解」判タ一六号四〇頁(昭二六)がある。

- (4) 本判決の評釈として、酒井博行「判批」法教三九〇号(別冊付録)二九頁(平二五)、山本研「判批」リマータス四六号一三四頁(平二五)、高見進「判批」判評六四八号三二二頁(平二五)、上田竹志「判批」法セミ六九四号一二二頁(平二四)、酒井一「判批」民商一四七巻一七号七七頁(平二四)、丸山昌一「判批」NBL九八五号九六頁(平二四)、河津博史「判批」銀法七四五号五七頁(平二四)がある。

- (5) 萩屋昌志「判批」龍谷二七巻二二号二二一頁、一三五頁(平二六)、上原敏夫「判批」判評三二四号一九四頁、一九五―一九六頁(昭六〇)等参照。
- (6) 原井・河合(編)・前掲注(1)五〇二頁注(19)、鈴木・前掲注(2)『保全講座』三七二―三七六頁。
- (7) 旧法下の学説の整理については、前掲注(2)の各文献

参照。

- (8) 柳川眞佐夫『保全訴訟(補訂版)』(判例タイムズ社、昭五二)四一四頁、奈良次郎「仮差押の被保全権利と請求の基礎」兼子一編『実例法学全集』民事訴訟法(下)〔青林書院新社、昭四〇〕二二六頁、吉川大二郎「保全処分取消と起訴命令」同『保全処分の研究』(弘文堂、昭二五)三三四頁、同・前掲注(3)五二二頁。
- (9) 三ヶ月章「戦後の仮処分判例の研究」同『民事訴訟法研究』(有斐閣、昭三七)二卷一頁、四一頁、菊井維大「仮処分と本案訴訟」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座』(有斐閣、昭三〇)四卷二二七頁、兼子一「判批」判例研究三卷四号四四頁(昭二七)。
- (10) 吉川・前掲注(3)五二二―五二二頁、同・前掲注(8)三二二―三二三頁。
- (11) 三ヶ月・前掲注(9)四一―四二頁、菊井・前掲注(9)一二三九―一二四〇頁、兼子・前掲注(9)四四頁。
- (12) 河村・前掲注(3)一一八頁。
- (13) 伊東乾「起訴命令と本案訴訟」吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系(上)』(法律文化社、昭四〇)三八八頁、三九七頁以下。
- (14) 原井〓河合(編)・前掲注(1)四九四頁以下、山崎(監)瀬木(編)・前掲注(2)五〇五頁以下「原田晃治」、三宅〓荒井〓岨野編・前掲注(2)四〇〇頁以下「原田晃治」、吉川・前掲注(3)五二二―五二二頁。
- (15) 太田・前掲注(2)判評一八〇号(三)一一九頁。その他にも、上田徹一郎「判批」別冊ジュリ二二号一一八頁(昭四四)は、請求基礎説に立脚すると一つの保全命令により複数の本案をカバーすることになる事態を問題視する。また、竹下守夫〓藤田耕三編『民事保全法』(有斐閣、平九)二四〇頁「松本博之」は、訴えの変更を許す基準としての請求の基礎の同一性が、起訴命令制度における本案の適切性を決める基準として必ずしも有用とはいえない、と指摘する。
- (16) 山崎(監)瀬木(編)・前掲注(2)五〇六頁以下「原田晃治」、三宅〓荒井〓岨野編・前掲注(2)四〇二頁以下「原田晃治」。
- (17) 鈴木・前掲注(2)三七〇頁以下。
- (18) 西山・前掲注(2)二〇六頁。
- (19) 山崎潮「新民事保全法の解説(増補改訂版)」(きんざい、平三)二五〇頁。ただし、このような要件の付加は、意味がないとの批判もある。鈴木・前掲注(2)三八一―三八二頁注(14)参照。
- (20) 裁判例の分析に関しては、小山昇「判批」判評二七六号一八六頁(昭五七)、太田・前掲注(2)がある。太田・前掲注(2)の分析を参考にすると、大審院時代には、必ずしも結論が一致していなかったことが示唆されている。具

体的には、請求の基礎が同一であればよいとするものに大判昭和一〇年三月六日評論二四卷民訴二二二頁がある。これに対して、被保全債権と本案が同一であることを要求するものとして、大判昭和一〇年一月三〇日法学四卷九二二頁がある。さらには、完全な一致までは要求していないと述べるものとして、大判昭和二〇年八月二八日総覧民一卷一二二頁がある。

- (21) 東京高判昭和二四年一〇月二〇日高裁民集二卷二二二一六頁、東京地判昭和二五年八月二五日下午民集一卷八号一三三八頁、大阪地判昭和三〇年二月二八日下午民集六卷二号三八〇頁、東京地判昭和三八年五月一三日判時三三九号三三頁、大阪高判昭和四〇年五月二四日労民一六卷三号三八七頁、東京高判昭和四五年九月一六日判タ二五七号二三五頁など。

- (22) 東京高判昭和四一年一〇月七日下午民集一七卷九一—一〇号九四二頁、東京地判昭和四四年六月三〇日判タ二四〇号二四七頁。

- (23) 前橋地判昭和三三年五月一七日下午民集九卷五号八四〇頁。なお、明確に請求の基礎が同一であればよいとは示していないが、訴訟経済や債務者の保護などを考慮して判断すべきと述べた裁判例として、杵築簡決昭和三三年一月五日判時一六九号二三頁がある。

- (24) 東京地判昭和三八年五月一三日・前掲注(21)。

- (25) 東京地判昭和四六年三月一九日判時六三八号八五頁、仙台地判昭和五二年一〇月一二日下午民集二八卷九一二二頁一〇九五頁。

- (26) 本判決の各評釈も賛成するものがほとんどである。酒井(博)・前掲注(4)二九頁、山本・前掲注(4)一三七頁、高見・前掲注(4)一三三頁、上田・前掲注(4)一三二頁、酒井(一)・前掲注(4)七九頁。

- (27) 吉川・前掲注(3)五二—五二二頁、同・前掲注(8)三一—三二三頁参照。萩屋・前掲注(5)一三八—一三九頁は、このような「道具立て」であるということを指摘する近時の見解である。

- (28) 竹下守夫ほか「研究会」民事保全法の基本構造」ジュリ臨増九六九号二頁(平二)、五七頁「原井発言」。

- (29) 酒井(一)・前掲注(4)九一頁も同じ問題を指摘する。
- (30) 本判決の評釈である山本・前掲注(4)は、場面を分けたい形での利益衡量を行い、被保全債権と本案の同一性を検討している。また、上田・前掲注(4)も従来の実体的規律だけでなく、手続的規律も必要である旨を指摘する。酒井(一)・前掲注(4)は、請求の基礎概念を訴えの変更のそれと一致させた上で、付加的要件により処理する方向性も指摘する。

- (31) 吉川・前掲注(8)参照。

- (32) 高見・前掲注(4)一三八頁。

(33) 「三 裁判例」参照。

(34) なお、最二小決平成一六年七月九日判例集未登載も、本案は被保全債権と同じものが主位的請求で、異なるものが予備的請求で申し立てられ、予備的請求が認められた事案であり、被保全債権と本案の同一性を認めた原審の判断を支持し、抗告を棄却している。福田剛久 〓 佐藤裕義 「許可抗告事件の実情―平成一六年度―」判時一九〇二号三頁(平一七)、一六頁、小沢征行「判批」金法一七一九号四頁(平一六)参照。

小原 将照