

特別の事情による仮処分の取消しのための担保の事由が消滅したとされた事例

- 【文献種別】 決定／東京高等裁判所
【裁判年月日】 平成28年7月20日
【事件番号】 平成28年(ワ)第1034号
【事件名】 担保取消決定に対する抗告事件
【裁判結果】 抗告棄却(確定)
【参照法令】 民事訴訟法79条1項、民事保全法4条2項・39条1項
【掲載誌】 判時2334号116頁

LEX/DB 文献番号 25546465

事実の概要

XはYとの間で、抵当権設定登記手続をする合意をしたと主張して、本件土地についての抵当権設定登記手続をすべき権利を保全するため、Yを債務者とする本件土地の処分禁止の仮処分命令を申し立て、その旨の仮処分(本件仮処分)を得たうえで、Yを含む複数の会社を被告として、XのYに対する抵当権設定登記手続等を求める訴えを提起した(本件訴訟)。一方Yは、民保39条1項の特別の事情があるとして、本件仮処分の取消しを求め(本件取消申立て)、担保を立てることを条件としてこれが認められ、Yは担保(本件担保)を供託した。

Xは本件訴訟の第一審において、訴えを不法行為に基づく損害賠償請求に変更し、Yが他社に所有権を移転する登記手続をするとともに、本件仮処分命令の取消申立てをして貸付金の回収を不可能にしたと主張した。東京地裁は、XY間の合意を認めず、YがXに対し抵当権設定登記義務を負うことを前提とする請求はいずれも理由がないとして、Xの損害賠償請求を棄却した(本件第一審判決)。これに対してXは控訴し、控訴審において本件取消申立てに関する損害賠償請求に係る主張をしたうえで、最終的には、主目的には抵当権設定合意に基づく信義則上の義務の不履行、予備的には共同不法行為に基づく損害賠償金の支払いを求めた。東京高裁は、Yが本件各土地を第三者に譲渡したことなど、Xが共同不法行為であると主張する一連の措置について、本件事業の実現に不可欠な本件各土地を確保するためにやむを得な

い現実的な選択であったというべきであって、Xの貸付金の回収その他の権利を侵害することを目的としたものではなかったとして、共同不法行為の成立を否定するとともに、Yに信義則上の義務違反も成立しないと判断して、Xの請求をいずれも棄却し(本件控訴審判決)、最高裁も、Xの上告及び上告受理申立てをそれぞれ棄却、不受理としたため、本件控訴審判決が確定した。

その後XはYに対し、本件取消申立てによって貸付金の回収が不能になったとして、損害賠償等を求める訴えを新たに提起し(別件訴訟)、本件訴訟における控訴審で判断された請求の中には、本件取消申立てによって貸付金の回収が不能になったことによる損害賠償請求は含まれていないと主張した。他方でYは、別件訴訟の係属中に、本件担保に関する担保の事由が消滅したと主張してその取消しを求め、東京地裁はこれを認めて、本件担保を取り消した(原決定)。これに対してXが即時抗告したのが本件である。

決定の要旨

抗告棄却。

「民事保全法4条2項の準用する民訴法79条1項にいう『担保の事由が消滅したこと』とは、担保供与の必要性が消滅したこと、すなわち、被担保債権が発生しないこと又はその発生の可能性がなくなったことをいい、上訴に伴う執行停止の場合については、その後の訴訟手続において担保提供者の勝訴判決が確定した場合又はそれと同視すべき場合をいう(最高裁判所平成13年(許)第

21号同年12月13日第一小法廷決定・民集55巻7号1546頁参照)。

そして、本件で相手方が取消しを求めている担保は、一(3)で記載した民事保全法39条1項に定める特別の事情による仮処分取消しのための担保(本件担保)であるところ、特別の事情による仮処分取消しのために債務者が立てる担保は、当該仮処分を取り消すことにより債権者に生ずる損害を担保するものと解される。そして、本件仮処分命令の被保全権利は、前記一(1)のとおり、別紙五『登記目録』《略》記載一の登記請求権(本件抵当権設定登記請求権)であると認められ、本件担保は、相手方が本件抵当権設定登記請求権を行使すれば回収し得た金員を本件取消決定により回収し得なくなるであろう損害を担保するものと認められるから、本件担保について『担保の事由が消滅したこと』とは、本件取消決定により取り消された本件仮処分命令において、疎明されたと判断された被保全権利である本件抵当権設定登記請求権の不存在がその後の訴訟手続において確定した場合又はそれと同視すべき場合をいうものと解される。

これを本件についてみるに、本件訴訟の第一審におけるXのYに対する不法行為に基づく損害賠償請求権の発生原因事実は、①本件貸付金の存在、②本件抵当権設定登記請求権の存在、③Yが本件土地の所有権移転登記をするとともに、本件取消申立てにより、上記②を侵害したこと、④上記③による本件貸付金の回収困難であり、この発生原因事実に、本件仮処分命令の被保全権利である本件抵当権設定登記請求権を包含し、本件担保が担保する損害を包含する。また、本件控訴審におけるXの主位的請求は、Yが抵当権設定に同意していたことを前提としたものであり、それは本件抵当権の設定合意の主張にほかならないし、予備的請求である損害賠償請求権の発生原因事実は、おおむね上記①から④と同様であるものの、上記③の侵害行為の一部として、本件取消申立てに関する主張はしていない。そして本件控訴審判決は、本件抵当権設定登記請求権の存否を判断することなく、また侵害態様の一部として本件取消申立てについて言及することなく、XのYに対する請求をいずれも棄却し、確定した。

「以上の事実によれば、本件第一審判決において棄却されたXのYに対する不法行為に基づく損

害賠償請求権と本件控訴審判決において棄却されたXのYに対する不法行為に基づく損害賠償請求権とは、侵害されたと主張される権利及び損害額が同一であり、侵害態様に関する主張も一部を除き共通するから、同一の訴訟物であると解するのが自然であるけれども、侵害態様に関する主張が異なることをもって、別個の訴訟物であると解する余地が全くないではない。

そして、これらが同一であるとすれば、原告人の相手方に対する不法行為に基づく損害賠償請求権は、前記のとおり、本件仮処分命令の被保全権利である本件抵当権設定登記請求権の発生原因事実及び本件担保が担保する損害を包含すると解される上、これを棄却する判断が、本案訴訟において確定していることになる。

他方、仮に、これらが別個の訴訟物であるとすれば、本件控訴審において、訴訟物の交換的変更があったと解するほかなく、Xは、第一審における損害賠償請求権について、本案についての終局判決である本件第一審判決があった後に下げたことになるから、Xは、これ(上記のとおり、①本件貸付金の存在、②本件抵当権設定登記請求権の存在、③相手方が本件土地の所有権移転登記をするとともに、本件取消申立てにより、上記②を侵害したこと、④上記③による本件貸付金の回収困難を発生原因とする不法行為に基づく損害賠償請求)と同一の訴えを提起することはできない(民訴法262条2項、大審院昭和16年3月26日判決・民集20巻361頁)。なお、Xは、別件訴訟において、本件取消申立ての違法を理由とする損害賠償請求権の存在を主張しているけれども、別件訴訟の存在をもって、本件担保の事由が消滅しないことにはならない。

そうすると、本件においては、本件抵当権設定登記請求権の不存在がその後の訴訟手続において確定した場合又はこれと同視すべき場合であると認められるから、本件担保の事由は消滅したと解すべきである。」

判例の解説

一 問題の所在

民事保全法の規定により提供した担保については、同法4条2項が民訴法79条を準用する旨規定しており、民訴法79条1項は、担保を立てた

者が担保の事由が消滅したことを証明したときは、裁判所は、申立てにより、担保の取消しの決定をしなければならないと規定する。保全訴訟における担保の提供には、債権者による場合と債務者による場合があるが、本件は後者の場合である。この場合、被保全権利そのものの不存在が本案訴訟で確定すれば担保事由の消滅が認められると解されるどころ、Xが本件訴訟の第一審において訴えを変更していたことから、被保全権利と、本案訴訟（本件控訴審）における請求との同一性が、担保事由の消滅を判断する際に問題となった。本決定の結論には賛成だが、その理由付けには一部疑問がある。以下検討する。

二 担保の事由が消滅したことの意義

本決定は、「本件担保について『担保の事由が消滅したこと』とは、本件取消決定により取り消された本件仮処分命令において、疎明されたと判断された被保全権利である本件抵当権設定登記請求権の不存在がその後の訴訟手続において確定した場合又はそれと同視すべき場合をいう」としている。その依拠する最決平13・12・13（民集55巻7号1546頁）の基準（「担保供与の必要性が消滅したこと、すなわち、被担保債権が発生しないこと又はその発生の可能性がなくなったこと」）は、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及び既にした執行処分の取消しがされた場合に示されたものである。本決定は、その基準を保全命令における担保取消しの場合にも適用したことにより、保全命令の担保について、①被担保債権の絶対的不存在をもって担保事由の消滅とする現在の実務の立場に従うとともに、②本案訴訟では保全の必要性を判断しないことを理由に、被担保債権の不存在が確定したからといって担保の事由が消滅したとはいえないとする見解を否定することを明らかにした¹⁾。

三 担保の事由が消滅した場合

1 訴訟物が非保全権利を包含する場合

保全命令における担保事由の消滅の典型例としては、本案の全部勝訴判決の確定が挙げられる²⁾。本件の場合は、特別の事情による保全取消しの際の担保提供命令の取消しになるので、本案訴訟で債務者側が勝訴した判決、すなわち被保全権利である抵当権設定登記請求の請求棄却判決が確定し

た場合がこれにあたる。しかし本件では、当初の抵当権設定登記請求は第一審で訴えが変更されていることから、本件控訴審判決が確定したことをもって、被保全権利である本件抵当権設定登記請求権の不存在が確定したといえるかが問題となる。この点について本決定は、変更後の第一審請求には被保全権利と被担保債権の双方が包含され、第一審請求と控訴審請求（予備的請求）は、侵害されたと主張される権利及び損害額が同一であり、侵害態様に関する主張も一部を除き共通しているから同一の訴訟物であるとすれば、被保全権利と被担保債権を包含する控訴審請求が棄却され、確定しているとする。

確かに本件では、被保全権利である抵当権設定登記請求それ自体が棄却されたわけでもなく、理由中の判断でそれを否定する判断がされたわけでもないが、訴訟物である請求が被保全権利を包含するとして、その不存在が確定したのと同視すべき場合にあたるとする判断であろう³⁾。この点について従来ほとんど議論はみられないが、起訴命令に基づいて提起される本案訴訟の適格性の問題において、本案の訴訟物と保全命令の被保全権利は請求の基礎が同一であれば足りるとして、債権者の有利に保全命令の本案を広く認める立場⁴⁾とのバランスを考えれば、担保を供した債務者に有利に、担保取消事由を緩やかに認める本件の立場は是認できる。

また、局面は異なるが、債務者を拘束する担保提供命令の効力をどこまで認めるかという問題は、保全訴訟において債権者と比べて劣位に置かれる債務者の救済という観点から、事情変更による保全命令の取消し（民保38）の場合に類似する。すなわち、被保全権利について債権者敗訴判決があったことを事情の変更として債務者が保全命令の取消しを申し立てた場合に、債権者が先の権利と関連性を有する別の権利を主張し、この権利を保全するために先の保全命令を維持できるかという問題について、本案訴訟が確定した以上は保全処分の被保全権利と本案訴訟の請求権の関係も特定し、その保全処分を他の権利の保全のために維持することは許されないとされる⁵⁾。本件においても、Xが本件控訴審判決後に別訴を提起し、本件取消申立てによる損害賠償請求を主張しているが、そのことをもって担保事由が消滅していないとすれば、それはYとの関係では当事者間の公平

に反するといわざるを得ない。Xは本件控訴審において本件取消申立ての違法性の主張を維持し得たにもかかわらずしなかったのであり、本案判決によりXの損害賠償請求権が否定された後も担保事由の消滅を認めないとするのは、被保全権利をめぐる紛争には着がついたとするYの期待に反し、Yを不当に不利に扱うことになるからである⁶⁾。本件決定が文脈は異なるがなお書きで、別件訴訟の存在をもって本件担保の事由が消滅しないことにはならない、とした点は妥当である。

2 再訴禁止効が働く場合

本決定は、侵害態様に関する主張が異なることをもって訴訟物が別個であると解する余地を認め、その場合にはXは本件控訴審において訴えを交換的に変更したことになる、第一審における損害賠償請求権については再訴禁止効が生じ、これと同一の訴えを提起することはできなくなるのであり、このことをもって、本件抵当権設定登記請求権の不存在がその後の訴訟手続において確定したのと同視すべき場合にあたるとしている。従来、同視すべき場合の例として挙げられていたのは、債権者が請求を放棄した場合、債務者の勝訴的な和解・調停が成立した場合などであり⁷⁾、本決定は、再訴禁止効が働く場合がこれにあたるとして、新たな解釈を加えている。

確かに、再訴禁止効によりYは実質的には勝訴判決を得たのに等しいといえるかもしれないが、Xが別件訴訟で再び本件取消申立ての違法性を主張し、その審理においては再訴禁止効は問題とされることなく、本案判決(Xの請求棄却)が下されている⁸⁾ことに鑑みると、果たして訴えの取下げによる再訴禁止効に既判力と同等の確定効があるかについては、疑問なしとしない。取り下げられた訴えが被保全権利それ自体であれば、それが再訴禁止効によって封じられることで確定と同視もできようが、本件の場合には再訴禁止効の範囲も曖昧である⁹⁾。以上のことからすると、本件において再訴禁止効をもって訴訟手続において確定したものと同視すべき場合にあたるとするのは、妥当ではない¹⁰⁾。

●—注

1) 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事保全法』(日本評論社、2014年)24頁[伊丹恭]。

- 2) 園尾隆司編『注解民事訴訟法(2)』(青林書院、2000年)128頁[瀬木比呂志=倉地真寿美]。
- 3) ちなみに、Yの本件取消申立ては2度目であり、1度目は、Xが本件控訴審判決に対して上告及び上告受理申立てをしている段階でされている。そこでは、本件控訴審判決が未だ確定しておらず担保の事由が消滅したと認めることはできないし、本件控訴審判決は第一審判決と異なり、本件各抵当権の設定合意の成立自体についてそれを否定する判断をしておらず、本件各抵当権の設定合意に基づいて本件被保全権利が違法に侵害されたと認められないと判断しているにすぎないから、本件被保全権利の不存在が確定したと同視すべきであるとも認められないとされた。東京高決平27・12・25公刊物未登載(本件別件訴訟についての東京地判平29・1・25公刊物未登載(LEX/DB25538554)が認定した前提となる事実による)。
- 4) 山本ほか編・前掲注1)148頁[村上正子]参照。また、民事保全事件において債権者が担保を供した場合の担保事由の消滅が争われた事案で、債権者が本案訴訟で勝訴したというためには、本案訴訟の判決で認められた権利が保全処分 of 被保全権利と実質的に同一でなければならないとするものとして、大阪高決平4・11・5判タ823号245頁などがある。
- 5) 上田徹一郎「保全の一回性と事情変更」保全判例百選118頁以下、佐野裕志「事情の変更による保全取消し」民事執行・保全判例百選〔第2版〕194頁参照。鈴木正裕「被保全権利と本案の同一性」中野貞一郎ほか編『民事保全講座第一巻』(法律文化社、1996年)387頁、太田豊「保全訴訟における被保全権利の同一性(四)」判評181号11頁以下も参照。
- 6) Yが抵当権設定登記請求権の不存在確認を求める反訴を提起すれば、その不存在を判決でもって確定することはできるかもしれないが、そこまでYに要求するのは酷であろう。
- 7) 園尾編・前掲注2)131頁、園尾隆司=小佐田潔「民事保全における担保の提供と取消し」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、1995年)149頁。
- 8) 東京地判平29・1・25前掲注3)参照
- 9) 訴えの交換的変更の実体は原告による請求の放棄であるとする考え方もあるが、本件において原告にそのような意図があったかは明確ではない。河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣、2009年)669頁参照。
- 10) 園尾編・前掲注2)130頁は、債権者が担保を供した場合に、支払督促(民訴328条)の確定をもって確定判決と同一視することは、支払督促が、裁判官による裁判ではなく、債権者の主張についての実体的な判断が行われなかったことを理由に認められないとする。