

〔最高裁判事例研究 四四〇〕

平二五4 (民集六七卷四号一一五〇頁)

一 仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い金銭を供託する方法により担保を立てさせて強制執行の停止がされた後に債務者につき更生手続開始の決定がされた場合における上記担保の被担保債権の性質

二 仮執行宣言付判決に対する上訴に伴う強制執行の停止に当たって金銭を供託する方法により担保が立てられた場合において債務者につき更生計画認可の決定がされた後であっても供託金の還付請求権を行使することの可否

担保取消決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件  
(平成二五年四月二六日最高裁第一小法廷決定)

〔事 実〕

Y (抗告人) は、平成二二年九月三〇日、札幌地方裁判所小樽支部に対し、Aを被告として、不当利得返還請求訴訟(以下「本案訴訟」という。)を提起した。同支部は、平成二二年二月一九日、本案訴訟につき、Yの請求を全部認容する仮執行宣言付判決(以下「本案一審判決」という。)を言い渡した。

Aは、平成二二年三月八日、本案一審判決に対し控訴を提起するとともに、強制執行の停止の申立てをした。札幌地方裁判所小樽支部は、同年四月五日、Aに七〇〇万円の担保(以下「本件担保」という。)を立てさせて、本案訴訟の控訴審判決があるまで本案一審判決に基づく強制執行を停止する旨の決定をした。

その後の平成二二年一〇月三二日、東京地方裁判所はAに対し更生手続開始の決定をし、X(相手方)を管財人に選任した。

Yは、平成二三年一月二七日頃、Aの更生手続において、本案訴訟において請求していた不当利得返還請求権等九五九

万円余につき、更生債権として届出を行い、同請求権に関しては会更法一五〇条一項の規定により確定した。ところが、Yは、本件担保の被担保債権である損害賠償請求権（以下「本件賠償請求権」という。）については、Aの更生手続において何ら届出を行わなかった。そのため、平成二三年一〇月三十一日、東京地方裁判所がAにつき更生計画認可の決定（以下「本件認可決定」という。）をしたことにより、本件賠償請求権は失権した。

そこで、Xは、本件賠償請求権が失権した以上、担保の事由が消滅したとして、民法四〇五条二項、七九条一項により本件担保の取り消しを申立てたのが本件である。

原々審は、実質的な理由を示すことなく本件担保取消の申立てを認容したので、Yが即時抗告をした。原審は、本件賠償請求権は「本件更生手続開始前の原因に基づいて生じた債権であるから、更生担保権（会更法二条一〇項）に当たる」とした上で、「届出を怠った場合、更生計画認可決定により失権する（同二〇四条一項）」のであるから、届出をしなかった本件賠償請求権は「更生計画認可決定により失権している」と判断した。この理解を前提とした上で、「Yが、今後、本件賠償請求権を行使し得る余地はなく、これを被担保債権とする本件担保は、「担保の事由が消滅した」（民法四〇五条二項、七九条一項）というべきであり、Xの本件担保取消」の申立てには理由があるとして、Yの抗告を棄却した。

これに対して、Yが抗告許可の申立てを行い、原審が許可したのが本件である。

〔決定要旨〕

破棄自判（原決定破棄、原々決定取消、本件担保取消の申立て却下）

「……原審の上記判断は、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い、金銭を供託する方法により担保を立てさせて強制執行の停止がされた場合、債権者である被供託者は他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有するものとされている（民法四〇五条二項、七七条）。これは、被供託者が供託金につき還付請求権を有すること、すなわち、被供託者が、供託所に対し供託金の還付請求権を行使して、独占的、排他的に供託金の払渡しを受け、被担保債権につき優先的に弁済を受ける権利を有することを意味するものと解するのが相当であって、これをもって被供託者に特別の先取特権その他の会社更生法二条一〇項所定の担保権を付与したものと解することはできない。したがって、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い、金銭を供託する方法により担保を立てさせて強制執行の停止がされた後に、債務者につき更生手続開始の決定がされた場合、その被担保債権である損害賠償請求権は、更生担保権ではなく、更生債権に

当たるといふべきである。

(2) そして、民訴法が、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴う強制執行の停止に当たって、債務者に担保として金銭を供託させることができるものとした上、当該担保につき債権者である被供託者に上記の優先的な権利を与えているのは、供託金を債務者の責任財産から切り離し、債務者の資力等に影響されることなく、被供託者が強制執行の停止によって被害の填補を確実に得られるようにしたものであると解される。そうすると、被供託者の有する供託金の還付請求権が債務者の更生手続によって制約されると解することは、上記の趣旨に反し、被供託者の利益を損なうものであって、相当ではない。

したがって、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴う強制執行の停止に当たって金銭を供託する方法により担保が立てられた場合、被供託者は、債務者につき更生計画認可の決定がされても、会社更生法二〇三条二項にいう「更生会社と共に債務を負担する者に対して有する権利」として、供託金の還付請求権を行使することができるものと解するのが相当である。このように解さなければ、仮に被供託者が被担保債権につき更生債権として届出をした場合であっても、上記被担保債権が更生計画認可の決定によって更生計画の定めに従い変更されるのに伴い、供託金の還付請求権もその影響を受けるものと解さざるを得ないが、この解釈は被供託者の利益を著しく

損なうものであって、採り得ないといふべきである。

(3) そして、債務者につき更生手続が開始された場合、被供託者は、更生手続外で債務者に対し被担保債権を行使することができなくなるが、管財人を被告として、被供託者が供託金の還付請求権を有することの確認を求め訴えを提起し、これを認容する確定判決の謄本を供託規則二四条一項一号所定の書面として供託物払渡請求書に添付することによって、供託金の還付を受けることができると解される。このことは、被供託者が上記更生手続において被担保債権につき届出をせず、被担保債権が失権した場合であっても異なるものではない。

(4) したがって、本件認可決定により本件賠償請求権が失権したとしても、そのことから直ちに本件担保につき担保の事由が消滅したということとはできない。」

〔評 釈〕本決定に賛成するが、一部疑問が残る。

#### 一 問題の所在と本決定の意義

最高裁は、平成一三年一月一三日第一小法廷決定<sup>(1)</sup>（以下「平成一三年決定」という。）において、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い債務者が担保を立てて強制執行停止決定を得た後に、当該債務者について倒産手続が開始された場合、その一事をもって民訴法七九条一項にいう「担

保の事由が消滅したこと」に該当しない、との判断を示した。この決定により下級審で判断が分かれていたこの問題は決着したが、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請求権の倒産手続上の取扱いの問題が指摘されていた。<sup>(2)</sup>

本件の主な争点は、執行停止の担保により担保されるべき損害賠償請求権が、債務者について開始された更生手続において失権した場合に、これをもって上記「担保の事由が消滅したこと」に該当するか否かであるが、本決定は、その要旨において、民訴法七七条にいう「優先弁済権」の意義を明らかにした上で、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更生手続上の取扱いについて明確な理由を付して言及しており、これまで十分に議論されてこなかった右記問題について、最高裁として初めての判断を示したものである。また、本件は、更生手続に関する事案ではあるものの、その射程はすべての倒産手続に及ぶものと考えられる。それゆえ、本決定は、理論上も実務上も極めて重要な意義を有するものと考えられる。<sup>(4)</sup>

## 二 民訴法七七条にいう「優先弁済権」の意義

執行停止の担保については、訴訟費用の担保の規定（民

訴七六条以下）が準用されており（民訴四〇五条二項）、それゆえ執行停止の担保の意義を考えるにあたっては、民訴法七七条の規定にいう「優先弁済権」の意義を考えなければならぬことになる。民訴法七七条は、旧民訴法一一三条の規定を修正した上で引き継いでいるので、旧法下の議論をまず紹介する。

旧民訴法一一三条は、相手方は供託物の上に「質権者ト同一ノ権利ヲ有ス」と規定されていたが、この文言の意義については、二つの見解の対立が存在した。<sup>(5)</sup> 一つは、被供託者は、供託者が供託所に対して有する供託金の取戻請求権に対する権利質を有する、と解する見解（法定質権説）である。もう一つは、被供託者は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）である。旧法下の判例は、前者の見解に立っていた。<sup>(6)</sup>

しかしながら、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に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觀念することは背理となり、また、質権の実行による方法を探る場合には、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

減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。<sup>(7)</sup>

そこで現行法では、このような解釈上の争いを解決するために、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」という表現に改めたのであり、立案担当者の説明によれば、民訴法七七条により被託者が有する権利は、還付請求権であると明確に示されている。<sup>(8)</sup>

本決定もこのような立案担当者の見解に従い、還付請求権説を採用することを明らかにしたものであるが、そもそも立案担当者の見解に反対する理由がない以上、このような理解は当然のことであって、本決定はそのことを単に確認しただけであるといえよう。そして、還付請求権説に立つのであれば、被託者が有する権利は、供託所(国)に対する権利であることになる。

### 三 上訴に伴う執行停止の担保の被担保債権

次に、上訴に伴う執行停止の担保の被担保債権について検討する。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

解している。<sup>(9)</sup> 具体的には、執行停止と相当因果関係のある損害がこれに該当し、執行が停止されたことにより債権者の満足が遅延した結果生じる損害金や、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って執行が不能になった場合の損害も含まれるとする。<sup>(10)</sup>

また、最高裁の判断は存在しないものの、下級審裁判例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言渡しまでの間に、当該強制執行が停止されたことを原因とする損害に限られ、したがって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し、本件の原審も同様の理解に立っている。<sup>(11)</sup> 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だけでなく、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。<sup>(12)</sup> 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になった場合も対象とするものがある。<sup>(13)</sup>

本決定は、この点につき特に取り上げて論じることはいないものの、上訴に伴う執行停止の担保の被担保債権

が、強制執行の停止によって被る損害の賠償請求権であることを当然の前提として論じている。この点、特に異論なく賛成できるのであるが、上訴に伴う執行停止の担保の被担保債権について、本決定は従来の通説・下級審裁判例の見解を最高裁が追認したものである、と評価することもできよう。

以上、二、三で検討したことを前提として、以下では、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴い債務者が担保を立てて強制執行停止決定を得た後に、当該債務者について倒産手続が開始された場合、民訴法七七条にいう「優先弁済権」および執行停止の担保の被担保債権は、当該倒産手続においてどのような取扱いを受けるのかについて検討する。

#### 四 執行停止の担保とその被担保債権の倒産手続上の

##### 取扱い

従来の判例・裁判例に関して、本件と同じ更生手続に関する事案を見ることはできなかったが、破産手続および再生手続に関する事案をいくつか見ることができよう。最高裁は、平成一三年決定の後の最二小決平成一四年四月二六日<sup>16)</sup>において、債権者(被供託者)が供託金につき有する優先弁済権は、債務者(供託者)が破産宣告を受けたことに

よって変わるところはない、と判示しているが、その理論的根拠は明らかにされていない。下級審裁判例においても、同様に理論的根拠を明らかにすることなく、債権者(被供託者)が供託金につき有する優先弁済権は、債務者(供託者)について倒産手続が開始されたことによる影響を受けるものではないと判示する裁判例をいくつか見ることができ<sup>17)</sup>るが、破産手続上の別除権に該当するものではない旨を明言する裁判例も存在<sup>18)</sup>する。

学説上も活発に議論されているわけではないが、その理論的構成から二つの見解に分かれている。一つは、民訴法七七条所定の優先弁済権は、別除権(破二条九項、民再五三条一項)として取り扱われるとする見解である<sup>19)</sup>。その結果、債務者(供託者)について破産手続および民事再生手続が開始された場合、債権者(被供託者)は「開始された手続によらず」に供託金の還付を受けることができるとする。もう一つは、民訴法七七条所定の優先弁済権は、債務者(供託者)について倒産手続が開始された時点で債務者に対する請求権ではなく、供託物(金)も債務者(供託者)の財産を構成していない以上、開始された倒産手続の拘束を受けることはないとする見解である<sup>20)</sup>。その結果、債権者(被供託者)は「開始された手続外」で還付請求権を

行使することができるとする。これら二つの見解は、破産手続および再生手続において結論に差異を生じさせるわけではないが、本件で問題となった更生手続においては、具体的な違いが生じることとなる。<sup>(21)</sup> すなわち、破産手続および再生手続において別除権として扱われるのであれば、更生手続においては被担保債権が更生担保権として扱われることになると考えるのが親和的である。他方、開始された破産手続および再生手続の拘束を受けるものではないと考えるのであれば、更生手続においてもやはりその拘束を受けるものではなく、単に被担保債権が更生債権として扱われるだけであると結論付けるのが親和的である。

本決定は、この問題について、右記民法七七条の解釈を前提とした上で、債権者（被供託者）に特別の先取特権その他の会更法二条一〇項所定の担保権を付与したものと解することはできないと解し、債務者（供託者）について更生手続が開始された場合には、その被担保債権である損害賠償請求権は、更生担保権ではなく、更生債権に該当すると明示し、後者の見解を取ることを明らかにしている。また、債務者（供託者）について開始された更生手続により債権者（被供託者）が有する供託金の還付請求権が制約されることは、このような優先弁済権を付与している制度

趣旨に反することを理由として挙げる。加えて、仮執行宣言判決に対する上訴に伴う執行停止の担保が立てられた場合、債権者（被供託者）は会更法二〇三条二項にいう「更生会社と共に債務を負担する者に対して有する権利」として供託金の還付請求権を行使することができる結論付ける。その理由として、このように理解しないと、仮に債権者（被供託者）が被担保債権について更生債権として届出をしている場合であっても、更生計画認可決定により更生計画の定めに従い供託金の還付請求権もその影響を受けると解することは、債権者（被供託者）の利益を著しく損なうとする。

思うに、現行民法七七条の立案担当者の見解に従うのであれば、債権者（被供託者）が有する権利は、供託所（国）に対する還付請求権である。そうすると、債務者（供託者）について倒産手続が開始された場合、当該供託物（金）が倒産債務者財産を構成していないだけでなく、債権者（被供託者）の有する還付請求権は、供託所（国）に対する権利であって、債務者（供託者）に対する権利ではない。<sup>(22)</sup> この点だけ見ても、本決定が、債権者（被供託者）に特別の先取特権その他の会更法二条一〇項所定の担保権を付与したものと解することはできないとしたことは、

当然の解釈であり、被担保債権である損害賠償請求権が更生担保権ではなく、更生債権に該当すると結論付けたことも当然の帰結であり、支持できるものである。

また、仮執行宣言付判決に対する上訴に伴う執行停止の担保が立てられた後に、債務者（供託者）について倒産手続が開始された場合、債権者（被供託者）が還付請求権を行使すると、開始された倒産手続外で権利を行使しているように見えるが、そのことは、物上保証人に対する権利行使や保証人等に対する権利行使と類似するものと理解でき<sup>(23)</sup>る。そうすると、本決定が債権者（被供託者）の有する還付請求権を会更法二〇三条二項にいう「更生会社と共に債務を負担する者に対して有する権利」と理解した点も妥当であると評価できる。

そして、本決定の理解に従えば、債権者（被供託者）の有する還付請求権は、倒産手続全般において、開始された手続とは関係なく行使される権利と理解され、被担保債権である損害賠償請求権は、担保が立てられた時点で発生原因があると考えられるから、倒産債権として扱われることになる（破二条五項、民再八四四一項、会更二条八項）。

## 五 倒産手続における被担保債権の失権と「担保の事由の消滅」

以上の理解を前提とした上で、債務者について倒産手続が開始され執行停止の担保の被担保債権が、当該倒産手続上失権したことが、民訴法四〇五条二項、七九条一項にいう「担保の事由が消滅したことに該当するか否かを検討する。

民訴法七九条一項にいう「担保の事由が消滅したこと」の意義について、平成一三年決定は、「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」と判示しており、学説においてもこの理解は支持されている<sup>(24)</sup>。そうすると、本件のように倒産手続の規定により被担保債権が失権した場合は、「担保の事由が消滅したこと」に該当するのかが問題となる。

確かに、被担保債権である損害賠償請求権が失権しているため、一見すると「担保の事由が消滅した」ようにも見えない。しかしながら、そもそも執行停止において担保を要求するのは、当該執行停止により債権者（被供託

者) に対して損害が発生した場合、債務者(供託者)の無資力による賠償不能を回避するためであると考えられる。<sup>(25)</sup> そうすると、債務者(供託者)につき倒産手続が開始され、当該倒産手続上の規定(破二五三条、民再一七八条、会更二〇四条)により被担保債権である損害賠償請求権が失権したことは、まさに執行停止の担保が機能すべき局面に他ならない。また、債権者(被供託者)が有する還付請求権およびその被担保債権とそれらの倒産手続上の取扱いについて、本決定と同じ理解に立つのであれば、債権者(被供託者)は、第三者の財産に対して物上保証を有する債権者あるいは第三者による保証を有する債権者と類似する地位にあると理解できる。このような理解を前提にするのであれば、被担保債権である損害賠償請求権が開始された倒産手続の規定上失権したことを理由に、「担保の事由が消滅した」として担保取消決定をすることは、債務者の倒産手続において被担保債権が失権したことを理由に、物上保証を取り消す、あるいは保証契約を取り消すことに類しており、本決定も準用する会更法二〇三条二項ほか各種倒産手続において規定されている効力規定(破二五三条二項、民再一七七条二項)に抵触するものと言わざるをえない。<sup>(26)</sup> よって、本決定が述べるように更生計画認可決定により被

担保債権である損害賠償請求権が失権したとしても、そのことから直ちに「担保の事由が消滅した」ことには該当しないと考え、本決定に賛成するものである。

## 六 還付請求権の実行方法

上述したように、債権者(被供託者)が有する還付請求権は、債務者(供託者)について倒産手続が開始されたとしても、当該倒産手続に拘束されることなく手続外で行使することができる。では、具体的にどのような方法で行使することになるのかを検討する必要がある。

そもそも一般的に、債権者(被供託者)が還付請求権を行使して優先弁済を受けるためには、債権者(被供託者)が債務者(供託者)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債権者(被供託者)の勝訴した給付判決あるい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とされている。<sup>(27)</sup>

ところが、債務者(供託者)について倒産手続が開始された場合、債権者(被供託者)の有する損害賠償請求権は倒産債権となるので、当該債権を訴訟物とする給付訴訟や積極的確認訴訟の提起は、倒産法上禁止される手続外での

権利行使（破一〇〇条一項、民再八五条一項、会更四七条一項）に該当し許され<sup>(28)</sup>ない。本決定はこの点を認識した上で、管財人を被告として、債権者（被供託者）が供託金の還付請求権を有することの確認を求める訴えを提起し、これを認容する確定判決を提出することで、供託金の還付を受けることができるとの理解を示しているが、判旨のこの部分の理解については、慎重な検討が必要であると考ええる。なぜなら、本件では、債権者（被供託者）の有する損害賠償請求権が、開始された倒産手続において倒産債権として債権届出が行われていないからである。

一般的に考えると、倒産債権である以上、当該債権についての権利行使は、開始された倒産手続においてしか認められないはずである（破一〇〇条一項、民再八五条一項、会更四七条一項）。そして、債権届出がなされた場合、倒産手続における債権調査確定手続（破一一五条以下、民再九九条以下、会更一四四条以下）を経て、債権者表に記載され（破一二四條二項、民再一〇四條二項、会更一五〇條二項）、同債権者表は確定判決と同一の効力をもつ（破一二四條三項、民再一〇四條三項、会更一五〇條三項）。したがって、債権届出を行っていれば、還付請求権を行使する際に、確定した債権者表を提出すればよい、と結論付け

ることになる。

そうすると、本決定には、次のような疑問が生じることになる。すなわち、本決定が述べるように確認の訴えを提起して認容判決を得た上でこれを提出する方法によることは、あくまでも本件のように届出がなされなかった場合の例外的措置であつて、原則としては開始された倒産手続で債権届出を行い、確定した債権者表を提出する方法によるべきであると見るのか。それとも、本決定が示す確認の訴えを提起して認容判決を得てこれを提出する方法と、債権届出を行い確定した債権者表を提出する方法とのいずれを選択するのは、債権者（被供託者）の選択に委ねられていると見るのか、という問題である。<sup>(29)</sup>

思うに、本決定が示す確認の訴えを提起して認容判決を得てこれを提出する方法を原則的な方法とすることには、倒産債権の個別的権利行使の禁止の側面から奇異な印象を受ける。<sup>(30)</sup> また、仮に、債権者（被供託者）が債務者（供託者）に対して当該供託金により担保される損害賠償請求権について給付を求めるまたは確認を求める訴えを提起し、当該訴訟の係属中に債務者について倒産手続が開始された場合を考えてみる。当該訴訟の訴訟物は倒産債権であるから、当該訴訟手続は中断する（破四四條一項、民再四〇條

一項、会更五二条一項)。そして、債権調査確定手続において異議等が提出された場合に、債権確定訴訟として受理されることになる(破一二七条一項、民再一〇七条一項、会更一五六条一項)。この状況において、債権者(被供託者)が管財人等を相手方として確認の訴えを提起して認容判決を得てこれを提出する方法を選択できるとするのは、余計な労力を払わなければならない、迂遠な印象を受ける。以上のことから、本決定が述べる方法によるのは、あくまでも例外的な措置であつて、原則的には、開始された倒産手続で債権届出を行い、確定した債権者表を提出する方法によるべきである<sup>(31)</sup>と考える。この点を明らかにしていない本決定には、やや疑問が残るところである。

## 七 おわりに

以上のことから、一部疑問が残るものの、本決定に賛成するものである。なお、本決定によつても、いまだ平成三年決定について残された問題が存在する。具体的には、仮に不法行為が認定された場合の具体的な損害額の算定の問題である。基本債権が倒産手続の規定により失権した場合、そこで失権した金額をそのまま損害額で認定することに議論が存在し<sup>(32)</sup>、いまだ最高裁の判断は示されていない。

本決定では触れられておらず、また本決定の評釈の範囲を超える問題である<sup>(33)</sup>と考えるので、ここでは問題を指摘するにとどめる。

- (1) 民集五五卷七号一五四六頁。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」法セ七五八〇号一一五頁(平一五)、石渡哲「判批」判評五二三号三七頁(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」民商一二七卷三号一〇〇頁(平一四)、高部真規子「判解」曹時五五卷四号二二六頁(平一五)、同「判解」ジュリ一二三二号一六八頁(平一四)等がある。

- (2) 長谷部・前掲註(1)一四一頁。

- (3) 判時二一八六号三六頁等の匿名記事によれば、本件と同様の事件が多数提起され、そのほとんどで本件と反対の結論が出され確定しているようである。ただし、本決定は、すでに確定したそれら担保取消決定により生じた権利関係に何ら影響を及ぼすものではないと述べる。しかしながら、本研究会では、少なくとも不当利得になる可能性はあり得る、との指摘がなされた。

- (4) 本決定の評釈として、野村秀敏「判批」金判一四四  
 一号二頁(平二六)、杉本和士「判批」ジュリ一四六六号  
 一四八頁(平二六)、藤本利一「判批」判例セレクト二〇  
 一三「II」(法教四〇二号別冊付録)三一頁(平二六)が  
 ある。
- (5) 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1「第三版追補版」』(日本評論社、平  
 二四)一九八頁「三輪和雄・山門優」、兼子一(原著)「  
 松浦馨ほか「条解民事訴訟法」第2版」(弘文堂、平成二  
 三)三四四頁「新堂幸司」高橋宏志「高田裕成」、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)九〇頁、法務省民事局参事官室編  
 『二問一答新民事訴訟法』(商事法務研究会、平八)七五頁。
- (6) 大決昭和一〇年三月一四日民集一四卷三五頁。
- (7) 斎藤秀夫ほか(編)『注解民事訴訟法(第2版)』(3)  
 (第1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  
 掲註(5)七五頁。
- (8) 法務省民事局参事官室・前掲註(5)七五、七六頁。
- (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「第三版追補版」』(日本評論社、平  
 二四)二二六頁「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、兼  
 子「松浦ほか・前掲註(5)一九三頁」高田裕成「など」。
- (10) 村松俊夫「執行の停止とその担保」三ヶ月章(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・前掲註(9)二二六頁「滝澤  
 孝臣」、石川「高橋・前掲註(9)三八九頁」栗田隆」。
- (11) 福岡地判平成一六年五月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一二三二号四〇頁、  
 東京高決昭和五六年七月二八日判時一〇二二号八四頁、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評論二二卷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卷四号一三一  
 頁。執行異議に伴う停止の場合について、大判昭和六年一  
 月一〇日評論二〇卷民訴法一四四頁がある。
- (13) 金法一九七二号八七頁。
- (14) 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)。
- (15) 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年九月八日訟月二二卷九号二二四〇頁。
- (16) 判時一七九〇号一一一頁。
- (17) 破産手続に関して、神戸地裁尼崎支判平成一六年一月九日金判一二〇五号八頁、福岡地判平成一六年五月一日・前掲註(11)がある。再生手続に関して、大阪高判平成二〇年二月二八日判時二〇三〇号二〇頁がある。
- (18) 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月九日・前掲註(17)の控訴審)。
- (19) 長谷部・前掲註(1)一四一頁、石渡・前掲註(1)三九頁、野村・前掲註(1)四三四頁(但し、野村・前掲註(4)四頁註(8)で私見を改めている)。
- (20) 大阪高判平成二〇年二月二八日・前掲註(17)の評釈である拙稿「判批」法研八二巻九号二二七頁(平二二)。同趣旨を示すものとして、秋山Ⅱ伊藤ほか・前掲註(5)九一頁がある。また、別除権構成に疑問を示すものとして、林淳「仮執行停止の担保と破産」関東学園二七号七一頁(平一六)、吉田清悟「判批」民情一八九号七二頁(平一四)がある。
- (21) 拙稿・前掲註(20)を報告した研究会の時点(平成二一年一〇月三日開催)で、破産手続および再生手続においては、両見解の違いは生じないものの、更生手続においては違いが生じることについて、指摘がなされていた。
- (22) 拙稿・前掲註(20)二二六頁。
- (23) 同・二二七頁。
- (24) 賀集Ⅱ松本Ⅱ加藤・前掲註(5)二〇〇頁「三輪和雄・山門優」、兼子Ⅱ松浦ほか・前掲註(5)三四七頁「新堂幸司Ⅱ高橋宏志Ⅱ高田裕成」、秋山Ⅱ伊藤ほか・前掲註(5)九八頁など参照。
- (25) 笠井正俊Ⅱ越山和広『新・コンメンタール民事訴訟法』(日本評論社、平二二)二四八頁「堀野出」。
- (26) なお、杉本・前掲註(4)一四九頁、藤本・前掲註(4)三一頁は、本決定から供託所があたかも物上保証人のような地位にあるように見える点に懸念を示す。
- (27) 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(平一三)、秋山Ⅱ伊藤ほか・前掲註(5)九一頁。なお、本研究会においては、ここで提出が要求されているのは、債務名義ではなく公証できる文書の提出であるとの意見が多数であった。
- (28) 伊藤眞ほか『条解破産法』(弘文堂、平二二)七〇〇頁、伊藤眞『破産法・民事再生法』第2版(有斐閣、平

二二) 二〇三頁など参照。

(29) 野村・前掲註(4)五頁も同様の問題を指摘している。

(30) 内海博俊「判批」ジュリ一四一三号一〇頁(平二

二) 一三頁、野村・前掲註(4)五頁参照。

(31) なお、研究会においては、本決定は届出をしていなかったことに対する救済判決の意味があり、本決定以後は、原則として債権届出を行うべきことになるから、仮に、管財人等を相手方として確認の訴えを提起したとしても、確認の利益なしとされるのではないか、との指摘があった。

(32) 福岡地判平成一六年五月一日・前掲註(11)、大阪高

判平成二〇年二月二八日・前掲註(17)は、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。また、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)、神戸地裁尼崎支判平成一六年一月九日・前掲註(17)、大阪高判平成一七年一〇月二日・前掲註(18)は、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。学説上、このような裁判例の立場を支持するものとして、石渡・前掲註(1)三九頁、山本・前掲註(1)六七頁がある。これに対して、基本債権を含むべきではない

と批判するものとして、吉田・前掲註(20)七〇頁がある。

(33) なお、本研究会においては、執行停止による損害賠償請求権の成立について、一般不法行為と同列に置くべきではなく、執行停止制度の意義も含めて検討すべきとの指摘があった(野村・前掲註(4)六頁も同じ指摘をする)。その上で、従来の損害賠償額の算定に関する議論が、通常的不法行為と同じレベルでの議論になっている点に問題がある旨の指摘もなされた。

小原 将照

(追記) 本稿脱稿後に、松下祐記「判批」リマークス四九号(二〇一四(下))一三〇頁(平二六)を見る機会を得た。多くの有益な示唆を得たが、本文中に引用することができなかつた。