

論 説

民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物

—両者のズレはどこまで許容できるか—

萩 屋 昌 志

はじめに

1 問題の提起

民事保全は、「民事訴訟の本案の権利の実現を保全するための仮差押え及び係争物に関する仮処分並びに民事訴訟の本案の権利関係につき仮の地位を定めるための仮処分〔仮の地位を定める仮処分〕」を総称するものである（民事保全1条。以下、本稿においては、民事保全法については条文だけで示す）。民事保全法のこの定めからわかるように、民事保全は、民事訴訟の本案の権利または権利関係と密接な関係があり、特に、仮差押え（20条1項）と係争物に関する仮処分（23条1項）は、「民事訴訟の本案の権利の実現を保全するため」の措置であるから、なおさら、本案の権利との関係が制度上密接であるといえる⁽¹⁾。

他方において、民事保全の発令にあたっては、発令手続の迅速な処理が要請されるので⁽²⁾、民事保全の手続に関する裁判は、すべて決定手続がとられ（3条、7条、民訴87条1項ただし書）、保全命令の発令のための要件である保全すべき権利または権利関係（被保全権利）⁽³⁾ および保全の必要性の立証は、疎明で足りるとされる（13条2項）など、通常の民事訴訟に比べると、手続がかなり簡略化されている。また、民事保全の「緊急性」⁽⁴⁾ からすると、被保全権利の法的構成や疎明方法などについて十分な検討や準備がなされないまま、保全命令の申立てがなされることも多いと考えられる。

民事保全の手続に関する民事保全法の規律や、保全命令の申立てをめぐ

るこのような状況からすると、民事保全の手続においては、通常の民事訴訟に比べると、被保全権利などについての実体的な審理がかなり「ラフ」に行われざるをえないことは否定できない。そうだとすると、保全命令発令後に提起されるべき本案訴訟⁽⁵⁾の訴訟物⁽⁶⁾である請求権（権利または権利関係）と、民事保全の被保全権利との間には、ある程度の「ズレ」が生じうることは避けられない。しかし、他方において、民事保全と民事訴訟の本案の権利または権利関係との上述のような密接な関係からすると、このような事態は望ましくない、より厳密に言えば、民事保全のそもそもの制度趣旨からすると、本来許されるべきではないといえる。

本稿においては、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「ズレ」が許されるか、許されるとして、どのような場合に許されるかという問題（以下、本稿の問題という）を、主要な学説と裁判例の検討を通して理論的に検討する。

2 民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との関係についての理論状況

(1) 請求同一説と請求基礎同一説

本稿の問題については、2章で紹介するように、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とが同一であることを要求する、したがって、両者の間の「ズレ」は認めないとする説（以下、請求同一説とよぶ）と、両者の請求の基礎が同一であるかぎり、両者の間の一定の「ズレ」を許容する説（以下、請求基礎同一説）との間において理論的な対立がみられたが、現在においては、請求基礎同一説が通説としての位置を占めている⁽⁷⁾。

しかし、請求基礎同一説が両者の「ズレ」が許容範囲にあるかどうかを判断する基準としている「請求の基礎」という概念は、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「ズレ」の問題とは直接の関係がなく、民事訴訟において、訴えの提起後に請求または請求の原因を変更することを許容するための要件として、旧民事訴訟法（1926年（大正15年）制定、

1929年に施行)によってつくり出され、1996年に制定された現行の民事訴訟法にそのまま引き継がれたものである。したがって、本稿の問題にこの概念を利用、あるいは流用できるとしても、訴えの変更の場面とは、基本的な問題状況を異にすることが留意されなければならない⁽⁸⁾。

さらに、本稿の問題に関する具体的な下級審裁判例⁽⁹⁾などの検討の結果、基本的には請求基礎同一説をとりながら、本稿の問題について、民事保全の特殊性を考慮した独自の要件を付け加える方向をとる考え方が有力になっている⁽¹⁰⁾。しかしながら、本稿の問題が生じるパターンが多岐に及ぶこともあって⁽¹¹⁾、これら有力説においても、具体的な判断基準を十分な説得力をもって示すには至っていない。

(2) 平成24年最高裁判所判決

このような理論状況の中で、最高裁判所は、2012年2月23日の判決で、仮差押えの被保全権利とどのような関係にある債権について仮差押命令の効力が及ぶかという点についての判断を示した⁽¹²⁾。また、この判決は、この判断を示す前提として、本稿の問題について、最高裁判所として初めて、請求基礎同一説の立場からの具体的な判断基準を示しており、本稿での考察にとっても示唆に富む。

3 本稿の構成

以上に示した問題関心から、1章においては、平成24年判決の事実の概要と判決要旨を紹介することを通して、本稿の問題を、具体的な事例との関係で示すとともに、本稿の問題にとってのこの判決の意義を確認する。つぎに2章において、本稿の問題をめぐる主な学説を紹介して、本稿の問題を考察するための基本的な視点を確認する。3章においては、本稿の問題を検討するうえで示唆的な下級審裁判例を紹介しながら、民事保全に特有の状況を考慮に入れながら、本稿の問題についての筆者の見解の方向を示す。

1章 平成24年判決

〔事実の概要〕

Xは、2006年8月31日に、Aに対して4000万円を貸し付け（本件貸付によるXのAに対する債権を本件貸金債権という）、その担保として、A所有の建物とC所有の建物に、極度額1億5000万円の根抵当権の設定を受けていたが、AおよびCが、Xに無断でこれらの建物を取り壊した（本件不法行為）。

Xの申立てにより、2007年1月19日に、AがBに対して有する明渡料支払請求権のうち2000万円について、債権仮差押命令が発令された。本件仮差押えの被保全権利は、上記根抵当権が設定された建物をAおよびCが取り壊したことによりXがAに対して有する、共同不法行為に基づく損害賠償債権4000万円のうち、2000万円の金銭債権である。

Aは、本件仮差押命令で定められた仮差押解放金（22条1項）2000万円を供託したので、2007年1月26日に、本件仮差押命令の執行の取消決定がなされた。

Xは、2007年2月14日に、Aら3名に対して訴訟（本件本案訴訟）を提起し、Aに対しては、主位的請求として、本件不法行為により本件貸金債権の回収が困難になったという理由から、本件貸金債権相当額を含む4500万円の損害賠償および遅延損害金の支払いを求め、予備的請求として、本件貸金債権に基づいて4000万円および遅延損害金の支払いを求めた。

Aの債権者Yは、本件供託金取戻請求権について、請求債権を公正証書に記載された金銭消費貸借契約に基づく貸金元金4000万円および遅延損害金4269万円9016円とする債権差押命令を申立て、2008年11月20日に、債権差押命令が発令された。

本件供託金取戻請求権について、Xによる仮差押えとYによる債権差押えが競合したことに基づいて、東京地方裁判所は、Xの配当額を389万

6374円、Yの配当額を1611万1316円とする本件配当表を作成した。

Xは、Yによる本件供託金取戻請求権の差押えがXによる強制執行を妨害する目的でなされたものであって、Yの請求債権は架空のものであると主張して、配当表に記載されたYの配当額の全額について異議を申し立て、2009年1月16日に、配当異議の訴え（本件訴え）を提起した。

本件本案訴訟において、2010年3月26日に、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確定した。

原審は、本件本案訴訟において本件仮差押命令の被保全権利である本件損害賠償債権の存在を否定する判決が確定しているから、Xに対する配当を基礎づける債権が存在しなかったことになるので、Xには本件訴えの利益がないなどの理由から本件訴えは不適法であるとして、訴え却下の判決をした。

これに対してXが上告受理の申立てをした。

〔判決要旨〕 原判決破棄・第一審判決取消し・第一審へ差戻し

「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・・・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えることができる」。

本件については、「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が債権者である上告人〔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うべきである」。

「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上告人の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、上告人は、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のであるから、本件供託金取戻請求権につき被上告人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うべきである」。

以上のように判示して、本判決は、Xが本件訴えについて訴えの利益を有するとして、原判決を破棄し、第一審判決を取り消して、本件を第一審に差し戻した。

このように、平成24年判決は仮差押命令に関する事案についてのものであり、仮差押命令は金銭債権の実現を保全するという目的で申し立てられる関係で（20条1項）、判決理由中において「被保全債権」ということばが用いられたものと考えられる。しかし、従来は、一般に、仮差押えであるか仮処分であるかにかかわらず、保全命令で保全されるべき権利・請求権については、金銭債権を含めて、「被保全権利」ということばが用いられてきた。そこで本稿でも、平成24年判決の理由を引用する以外は、「被保全権利」という従来の用語法に従うことにする。

〔若干の検討〕

平成24年判決は、仮差押命令を受けた債権者が、仮差押解放金の供託金返還請求権について他の債権者が債権差押命令を受けた強制執行（債権執行）手続において、配当異議の訴えを提起した事案についてのものであり、配当異議の訴えを提起した債権者が、訴えの利益を有するかという争点との関係で、本稿の問題（民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とのズレはどのような場合に許されるか）について判断を下したというやや特殊な事例についてのものであるが、最高裁判所が、本稿の問題について、初めて詳細な判決理由を示したという点において、注目すべき判決である。

平成24年判決は、「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」と判示して、本稿の問題について、仮差押命令との関係で請求基礎同一説をとることを明らかにした。本稿においては、平成24年判決のこの判示部分を中心として、この判決が、本稿の問題に関してもつ意義を検討する⁽¹³⁾。

訴えの変更における新旧両請求について、民事訴訟法143条1項にいう「請求の基礎の同一性」をどのような基準から判定するかについては、民事訴訟法の理論において、いくつかの考え方が既に示されており、一定の議論の蓄積がある⁽¹⁴⁾。したがって、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物が「請求の基礎」を同一にするかどうかを判断するうえでも、「請求の基礎の同一性」についての民事訴訟法の理論を参考にする必要がある。鈴木正裕は、この点について、つぎのような指摘をしている⁽¹⁵⁾。

訴えの変更の要件である「請求の基礎の同一性」について、民事訴訟法理論においては、これを「新旧ふたつの権利が発生してきた基礎である社会的紛争が同一であれば、請求の基礎も同一である」と解するものと、

「旧権利に関する事実資料と、新権利に関する事実資料の間に、かなりオーバーラップする関係があり、前者がそのまま後者として利用できるときは、請求の基礎に同一性がある」と解するものとの間に意見の対立がある。このうち後者の見解は、新旧両権利の審理を行う裁判所（受訴裁判所）が同一で、「請求の基礎の同一性」を判定するのもこの裁判所であると想定している。これに対して、本稿の問題の局面、たとえば本案の起訴命令に応じて提起された訴えが民事保全の本案訴訟になるかが問題になる場面では、被保全権利は保全命令に関する手続（決定手続）において審理され、本案の起訴命令に応じて提起された訴えは、通常の民事訴訟手続（判決手続）において審理されるというように、両手続は異質な手続であるから、本案の起訴命令を発令した裁判所は、保全命令の手続での事実資料と本案の起訴命令に応じて提起された訴えにおける事実資料との重複関係を判断のしようがない。つまり、本稿の問題の局面では、同一訴訟手続内で同じ裁判所によって「請求の基礎の同一性」が判断されるわけではないから、事実資料の重複から「請求の基礎の同一性」を判定することはできない。

以上のような検討により、鈴木は、本稿の問題について「請求の基礎の同一性」を判定する場合には、前者の考え方を念頭においているといって差し支えないであろうとする。鈴木はこの見解は、本稿の問題の手続的な特殊性を適切にふまえたものである。

平成24年判決は、「本件貸金債権の発生原因事実、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から、本案訴訟の予備的請求の訴訟物である「本件貸金に基づく請求」は、本件仮差押えの被保全権利である「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とした。これは、「請求の基礎の同一性」の判断について、鈴木のいう前者の考え方を前提としたうえで、具体的には、両請求の発生原因事実を比較することで「請求の基礎」が同一であるかどうかを判定したものということがで

きる。なお、本件において仮差押えの被保全権利と本案訴訟の「請求の基礎の同一性」を判定しているのは、Xが提起した配当異議の訴えの受訴裁判所であり、たとえば、本案の起訴命令を発令した裁判所（保全命令に関する決定手続を行う裁判所）ではない。したがって、配当異議の訴えと本案訴訟とにおいては、いずれも判決手続がとられるから、この点からすると、鈴木という「異質な手続」とはいえない。しかし、同一の訴訟手続内で同じ裁判所（受訴裁判所）によって審理が行われる保障がないという意味では、やはり、両手続は「異質な手続」ということができるであろう。

ただ、平成24年判決が、「本案訴訟の訴訟物である請求の『発生原因事実』が、仮差押えの被保全権利の『発生原因事実』に包含されている」ことによって請求の基礎の同一性を判定したアプローチ自体は、本件事実の特殊性からすると、一般化されるべきではない。なぜならば、本件仮差押えの被保全権利は、本案訴訟の訴訟物である本件貸金債権の存在を前提とし、それを担保するための根抵当権侵害を理由とする損害賠償債権であるということから、平成24年判決は、本案訴訟の訴訟物である本件貸金債権の「発生原因事実」と、本件仮差押えの被保全権利である損害賠償債権の「発生原因事実」とを比較して、「請求の基礎の同一性」を判定したと考えられるからである。したがって、「貸金債権と損害賠償債権について一般的に相互に請求の基礎の同一性が認められるという趣旨ではな」⁽¹⁶⁾ いことはもちろんであるが、それだけでなく、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との「請求の基礎の同一性」を判定するために、両請求の発生原因事実を比較するというアプローチがとられたこと自体もまた、平成24年判決が取り扱った事案の上記のような特殊性によるものである。そうだとすると、この判示部分については、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「請求の基礎の同一性」を判定するための観点を一般的に示した先例になるとみることはできないように思われる⁽¹⁷⁾。

なお、平成24年判決は、仮差押命令との関係で、被保全権利と本案訴訟

の訴訟物との関係について判示したものであるが、その射程は、原則として、仮処分命令の場合についても及ぶと考えられる。というのは、平成24年判決が、「請求基礎同一説」の考え方をとる際に示した理由づけ（一定の権利関係を保全するため、緊急かつ必要の限度で発令されることと、保全される権利関係を疎明する資料に制約があること）は、仮差押命令の発令の場合に限定されるものではなく、仮処分命令の発令の場合についても一般的にあてはまるといえるからである。

以上のように、本稿の問題との関係では、平成24年判決は、請求基礎同一説の立場を明確に示したという意義が認められる。そして、平成24年判決がこのような立場をとる際に示した理由づけは、上述の通り、民事保全の発令をめぐる基本的な問題状況をふまえたものといえることができる。ただし、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間に「請求の基礎の同一性」があるかどうかを判定するために、両請求の発生原因事実を対比したアプローチについては、本件の特殊性によるものと考えられる。

もっとも、民事保全に関する具体的な事件によっては、本判決のアプローチをとるかどうかはともかく、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「請求の基礎の同一性」だけを検討するだけでは、事件の適切な解決が図れないような事例も考えられる。そこで、2章では、本稿の問題についての「請求同一説」と「請求基礎同一説」とを紹介し、これらの学説の基礎となっている民事保全の発令をめぐる基本的な問題状況の理解を、より立ち入って明らかにしたい。つぎに3章では、本稿の問題については、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「請求の基礎の同一性」を基本にしながらも、民事保全と本案訴訟との制度的な関係をふまえた観点からの検討が必要になることを、下級審裁判例を紹介しながら指摘し、さいごに、本稿の問題についての私見を提示する。

2章 学説

「はじめに」で指摘したように、本稿の問題については、請求同一説と請求基礎同一説との対立がある。本稿の問題に関する本格的な理論としては、まず吉川大二郎が請求基礎同一説を発表し、これに対して、三ヶ月章が、請求同一説の立場からの批判を行うことによって本稿をめぐる問題をめぐる理論が展開されたという面があるので、以下ではまず吉川の考え方を、ついで三ヶ月の考え方を紹介する。なお、以下の学説は、民事保全法制定前のものであるが、用語その他については、引用部分を除いては、民事保全法のもとでのそれに置き換えている。この点の相違は、議論の基本的な内容に影響がないので、民事保全法のもとでの用語に統一した方が、議論の内容を理解しやすいと考えたためである。

1 請求基礎同一説

吉川は、本案の起訴命令（37条1項）の制度においては、どのような訴えをもって本案訴訟とすべきかについて、つぎのような考え方を示す⁽¹⁸⁾。民事保全は、権利または法律関係〔1条、23条2項にいう権利関係を指すものと思われる〕に関する争いの終局的解決までの間に暫定的になされる簡易処分であるから、民事保全の存在には必ず本案訴訟の提起が予定されているとともに、当該民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との同一性が要請されることは自明の理であるが、現実の問題としては、保全命令の申立ての趣旨や申立ての理由（民保規13条1項2号）中に表示された被保全権利と本案訴訟の訴訟物が多少の相違をきたすことは避けられない。この場合に、両者が同一であることの限界を厳しく設定する⁽¹⁹⁾ときは、訴訟経済⁽²⁰⁾の理想から遠ざかり債権者に酷であるし、この限界を拡大するときは、債務者の保護が図られない。

債権者・債務者両者の利益状況をこのように示したうえで、吉川は、こ

のような同一性の限界は、結局においては、民事保全の申立ての趣旨、申立ての原因、ならびに民事保全の内容と、本案訴訟の請求の趣旨、請求原因事実などを比較して、訴訟経済と債務者の保護との調和を常に配慮しつつ、社会通念により決するほかないであろうが、この際に、旧民事訴訟法232条（現143条）の法理が援用されうる。なぜならば、「元来同条は訴訟経済と被告の保護との調和を計るが為に、訴訟技術上、前訴と後訴との同一性の限界を「請求の基礎」⁽²¹⁾に変更ありや否やによって決定せんとしたのであって、この趣旨は保全処分における被保全権利と本案訴訟の訴訟物との同一性の限界を定める上においても十分参酌せられて然るべき」⁽²²⁾だからである。

2 請求同一説

三ヶ月は、請求基礎同一説をとる裁判例⁽²³⁾、学説⁽²⁴⁾を批判してつぎのようにいう⁽²⁵⁾。「元来請求の基礎なる観念は、訴えの変更の要件を緩和するために現行民訴〔1996年に全面改正される前の旧民事訴訟法を指す〕で初めて設けられた概念であり、あくまで訴えの変更許否の基準としての指標的・目的的概念として意味を持つべきものである。・・・請求の基礎が同一であっても、請求原因が異なれば別個な請求となるのはいうまでもなく⁽²⁶⁾、訴えの変更許否という一点をのぞいては、〔請求の〕基礎の同一の有無は何等取扱上の差異をもたらしうるものではない。いわば〔請求の〕基礎の同一とは、訴えの変更の可能性を示すに止まり、それ以上の何ものでもないのである」⁽²⁷⁾。

三ヶ月は、このように、訴えの変更の要件としての「請求の基礎」概念を流用する請求基礎同一説を批判しつつ、仮処分は、本案訴訟での権利の確定を前提としてはじめて是認される仮定的・暫定的措置であるから、同一権利の本案訴訟による確定を当然に前提とする⁽²⁸⁾。にもかかわらず、「〔請求の〕基礎が同一であるからとて確定されるのが別個の権利であった

のでは仮処分の際には何等の認定を経ていない請求のために既存の仮処分命令を流用することになって不当というべきである」。民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物が厳格に同一請求であるような本案訴訟の提起を要求することが酷な場合があるということが、請求基礎同一説による取扱いを支持する論拠とされるようだが、「仮処分によりともかく本案未確定にもかかわらず優越的立場に立ちうる申請人〔債権者〕に、それだけの負担を負わしめても、債務者との地位のバランスからいっても必ずしも酷とはいえない」⁽²⁹⁾。

以上のように、三ヶ月は、仮処分の仮定性、暫定性、ないし付随性から、請求同一説が当然とられるべきであるとし、請求基礎同一説に対しては、「請求の基礎」概念を流用することになるという、その便宜的な立場を批判するのである。

3 学説の検討

請求基礎同一説として吉川説を1で、請求同一説として三ヶ月説を2でそれぞれ紹介したが、民事保全が仮定的・暫定的な措置であり、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物が同一であるべきことが制度の趣旨から要請されることについては、両者の間に違いはなかった。

もっとも、保全命令の発令が申し立てられる状況や、民事保全の手続の略式性などにかんがみると（「はじめに」の1を参照）、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との一致を常に要求することは、不可能であろう。そうだとすると、実際上は、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とのくいちがいが生じる場合があるのは避けられないといえる。請求基礎同一説は、このような状況を考慮して、訴訟物が民事保全の被保全権利と一致しない訴訟をその民事保全の本案訴訟とすることを許容するためのひとつの判断基準として、訴えの変更を許容するための要件である「請求の基礎の同一性」を流用し、このことによって、本稿の問題をめぐる債権

者の利益と債務者の利益との調整を図るものであった。これに対して請求同一説は、民事保全の被保全権利は本案訴訟で確定されることを前提とするという、民事保全と本案訴訟との関係についての制度趣旨を、一貫させるものといえる。

以上からすると、理論的な一貫性の点からは、請求同一説が優れているといえる。しかも、三ヶ月が、「仮処分により・・・優越的立場に立ちうる申請人〔債権者〕に、〔被保全権利と本案訴訟の訴訟物とを一致を要求することで〕それだけの負担を負わしめても、債務者との地位のバランスからいっても必ずしも酷とはいえない」⁽³⁰⁾ というように、請求同一説は、請求基礎同一説とはその内容は異なるが、債権者と債務者との間の利益のバランスにも、それなりの配慮をしたものであることは、両説の評価をする点で留意されるべきである。

両説をこのように整理すると、本稿の問題を考えるに当たっては、民事保全の発令と本案訴訟での事件の最終的な解決をめぐる債権者と債務者との間の利益状況をどのように考慮するかが、重要な判断要素になると思われる。このような観点からすると、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間に「ズレ」が生じる状況と、通常の民事訴訟において、訴訟係属中に、訴え提起当時の請求とは別の請求に訴えを変更する必要が生じる状況との間には、これまでも指摘したところでもあるが、つぎに述べるように、共通するところがあることは否定できない。

保全命令の申立てをし、あるいは保全命令の発令後に本案訴訟を提起するまでの間には、通常、時間的な開きがあるので、それまでの間に当事者が新たに証拠方法を入手したり、法的構成などの検討が進展することは十分にありうる。さらに時間の経過によって当事者間の事実関係などが変動することによって、より効果的に本案訴訟を迫行するには、たとえば、訴訟物の法的根拠や構成を、保全命令の申立て当初や保全命令発令時から変更する必要が生じることがあるであろう。このような事情は、通常の民事

訴訟について、訴え提起からの時間の経過に伴って訴えの変更（請求や請求原因の変更）をする必要が生じる場合にも、同じように認められると考えられるからである。そうだとすると、債権者と債務者との利益に配慮しながら、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「ズレ」を許容するための基準として、訴えの変更を許容するための要件としての「請求の基礎の同一性」を流用する、いいかえると、37条1項にいう「本案の訴え」とは、その訴訟物が民事保全の被保全権利と同一のもののほか、「請求の基礎」を同じくするものを意味すると解釈することには、十分な理由がある（少なくとも、三ヶ月がいうように、「〔請求の〕基礎の同一とは、訴えの変更の可能性を示すに止まり、それ以上の何ものでもない」⁽³¹⁾とはいいいきれない）と考えられる。そしてこのような観点からは、請求同一説が、民事保全の制度趣旨（特に付随性）を一貫させて、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とを厳密に一致させることは、債権者に必要以上の制約を課すことになり、債権者の権利を保全するために仮定的・暫定的な措置を講じる民事保全の意義を不当におとしめる（いわば角を矯めて牛を死なす）ことになるように思われる。請求基礎同一説が、通説的な位置を占めているのは、請求同一説をとる場合のこのような実際上の不都合を十分に考慮したものということができる。1章で紹介した平成24年判決が、本稿の問題について請求基礎同一説の立場をとることを明らかにしたのも、このような実際上の考慮に基づくものであるといえよう。以上の理由から、筆者は、請求の基礎同一説が妥当であると考え（⁽³²⁾ ⁽³³⁾）。

もっとも、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との「ズレ」をどのような場合に許容するかという本稿の問題には、訴えの変更の場合とは異なる、民事保全に固有の問題もあることは否定できない。吉川が、「この趣旨〔訴えの変更の場面で、当事者間の利益を調整するために、民事訴訟法に「請求の基礎」の概念が導入された趣旨〕は保全処分における被保全権利と本案訴訟の訴訟物との同一性の限界を定める上においても十分参

酌されて然るべき」⁽³⁴⁾〔下線筆者〕としたのも、本稿の問題は、「請求の基礎が同一か」という観点だけから解決されるわけではないことを示唆するもののように思われる。いいかえると、吉川説は、民事保全の被保全権利と「請求の基礎」が同一であるならば、そのような請求を訴訟物とする訴訟を本案訴訟とすることが許されるといった単純なものではなく、「請求の基礎が同一であること」は、本稿の問題を考えるうえでの利益衡量の重要な要素のひとつになるというニュアンスのものと理解されるべきである。そうだとすると、請求基礎同一説、少なくとも吉川説は、民事保全に固有の状況を考慮に入れた、「請求の基礎の同一」とは別の、補充的な判断要素に対しても広く開かれた理論であるといえることができるであろう⁽³⁵⁾。

このような民事保全に固有の状況を考慮に入れ、補充的な判断要素を考えるうえでは、本稿の問題に関する具体的な下級審裁判例を素材にすることが便宜である。そこで、3章においては、これらの裁判例を紹介し、本稿の問題についての考察をさらに進めていきたい。

3章 裁判例の紹介と検討

2章においては、本稿の問題については、請求基礎同一説をとることが妥当であるが（2章3を参照）、通常の民事訴訟において訴えの変更が必要となる場面とは異なる、本稿の問題に固有の状況（民事保全と本案訴訟との関係に固有の状況）も認められるので、「請求の基礎の同一性」とは別に、このような固有の状況を考慮に入れた補充的な判断要素が必要になるのではないかということを示唆した。本稿の問題に固有の状況とは、具体的にはつぎのようなものである。

通常の民事訴訟における訴えの変更の場合には、時間の変更などに伴う、同一の訴訟手続内での請求ないし請求の原因の変更が問題になる。これに対して、本稿の問題においても、時間の経過に伴う民事保全の被保全

権利と本案訴訟の訴訟物とのあいだの、いわば必然的に生じる「ズレ」の調整が問題になるのであり、この点において、両者の問題状況には共通するところがある。したがって、訴えの変更を許容するための要件である「請求の基礎の同一性」を、本稿の問題においても流用することには積極的な意義がある。この点については、2章3ですでに指摘したところである。

しかし、民事保全と本案訴訟とは、密接に関連するが手続としては別個であり、それぞれの目的・機能も異なる。すなわち、民事保全は、本案訴訟での紛争の終局的な解決までの間の暫定的な措置を講じることによって、本案の権利の実現・満足を保全し（仮差押え、係争物に関する仮処分）、あるいは、債権者に生じる著しい損害や急迫の危険を回避する措置を講じる（仮の地位を定める仮処分）ための制度であるのに対して、本案訴訟は、訴訟物の存否についての判決を通じて、当事者間の紛争を解決するための制度である。本稿の問題は、要するに、民事保全と本案訴訟という、このように目的や機能の異なる別個の制度間で、被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の「ズレ」はどのような場合に許容できるのかを検討するものであって、この点は、通常の民事訴訟における訴えの変更の場面には認められない、本稿の問題に固有の状況といえる。

本章においては、本稿の問題に固有の状況が具体的にはどのようなかたちであられるものであるかを、つぎのふたつの裁判例の紹介を通して明らかにしたうえで、こうした状況を考慮にいれつつ、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との「ズレ」を許容するための「請求の基礎の同一性」要件を補充する判断要素を検討する。

1 裁判例 (1) 東京地方裁判所昭和46年3月19日判決下民集22巻3=4号275頁
〔事実の概要〕

XYZの三者は、三者間の契約（YはXから本件商品の注文を受けたとき

は遅滞なく本件商品を購入しなければならない、ZはXを通してのみ本件商品を購入する、YはZに対して本件商品を直接納入しない、などをその内容とする)に基づいて取引してきたが、Yは、本件三者契約が解約されたとして、Xに対する本件商品の供給を停止し、Zに本件商品を直接納入するようになった。そこでXは、仮の地位を定める仮処分として、「YはXより、本件商品の注文を受けたときは、これを遅滞なくXに供給しなければならない。Yは、Zに対して本件商品を直接供給するなどして、Zに対するXの本件商品の取引を妨害してはならない」という内容の仮処分の発令を申し立て、この内容の仮処分が発令された。Yは、本件仮処分について本案の起訴命令の申立てをして、本案の起訴命令が発令された。

Xは、本案の起訴命令に従い、Yを被告として、本件仮処分と同じ内容の請求が含まれている本案訴訟を提起したが、この訴訟の係属中に、Xは、本件請求を、本件三者契約の不履行による損害賠償請求に交換的に変更した。そこでYは、旧民事訴訟法旧756条、746条2項〔民事保全法37条3項に相当する〕に基づいて、本件仮処分命令の取消しを求めた。なお、民事保全法制定前には、本案起訴命令の不遵守を理由とする保全命令取消しの手続は判決手続であったので(旧民事訴訟法旧746条2項)、本件取消申立てについては、判決で裁判がなされている(裁判例(2)も同様である)。

〔判決要旨〕

本判決は、本稿の問題について請求基礎同一説を是認しながら、金銭債権を被保全権利とする仮差押命令について、この被保全権利と請求の基礎を同じくする特定物引渡し訴訟を提起し、あるいは逆に、特定物引渡請求権を被保全権利とする仮処分命令について、この被保全権利と請求の基礎を同じくする金銭支払請求訴訟を提起した場合に、請求の基礎が同一であるというだけで本案訴訟が提起されたとみるべきかという問題を提起して、つぎのように判示する。

なお本判決は民事保全法制定前のものであるため、仮差押え・仮処分を

総称して「保全処分」とよぶが、以下での本判決の紹介では、民事保全法のもとでの用語にならって、これを「民事保全」と改める。2で紹介する裁判例（2）についても、同様の理由から、「保全処分」を「民事保全」と改めるほか、若干の用語を修正する。

「・・・債権者が、本案訴訟を提起さえすれば、民事保全の取消を免れて・・・、引き続き有利な地位を保持しうるのは、かりに被保全権利と〔本案訴訟の〕訴訟物とが厳密な意味で同一でない場合であっても、その民事保全が〔本案訴訟の〕訴訟物たる権利関係の保全方法としても適切であることが前提となっているからであろう。・・・これを要するに、〔本案の〕起訴命令によって提起された訴が本案訴訟といえるためには、被保全権利と〔本案訴訟の〕訴訟物とがその請求の基礎を同一とすることのほかに、民事保全が〔本案訴訟の〕訴訟物たる権利関係についても保全の作用を営みうる場合であることを要すると考える。したがって、〔判決要旨冒頭に示した設例については〕仮差押命令について特定物引渡の訴が、また仮処分命令（ただし、金銭仮払いの仮処分を除く。）について金銭支払の訴えが、それぞれ本案訴訟となることはありえない」。

このように判示したうえで、本判決は、本件については、本件仮処分と同じ内容の請求を含む当初の請求を、本件三者契約の不履行による損害賠償請求、すなわち金銭支払い請求に訴えを交換的に変更した後の本件訴えが、本件仮処分の本案訴訟とはいえないとして、本件仮処分決定を取り消した。つまり本件は、本判決引用部分の末尾に示した場合にあたるので、訴えの交換的変更後の本件訴訟は、本件仮処分の本案訴訟にはならないとした。

〔若干の検討〕

裁判例(1)は、債権者が、本案の起訴命令に従って提起した訴えが本案訴訟とされるには、民事保全の被保全権利と当該訴えの訴訟物とが、「請求の基礎」において同一であるだけでは十分でない場合があることを、具体的な事案に即して判断したものとして重要な意味をもつ。とくに本件においては、本案訴訟の当初の請求が仮処分の被保全権利と同じ内容の請求(債権者への商品供給請求と、債権者の取引妨害の禁止の請求)を含んでいたが、後にこれらの請求を取り下げて、債務不履行による損害賠償請求に訴えが交換的に変更された。こうした訴えの変更は、当初の請求と変更後の請求とが、「請求の基礎」を同じくする限り許されるであろう。しかし他方において、本件の仮処分の被保全権利と訴え変更後の本案訴訟の訴訟物との間において、両者の「請求の基礎」が同一であるとしても、債権者への商品供給を債務者に命じるとともに債権者の取引妨害を債務者に禁じる内容の本件の仮処分は、訴え変更後の本案訴訟の訴訟物(債務不履行による損害賠償請求)の保全のための措置とはなりえないことは明らかである。このように、本件は、仮処分の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とが「請求の基礎」を同じくするだけでは、本稿の問題を処理するのに十分ではないことを示すひとつの典型的な事例であるといえる。

その理由として本判決が示したところ(債権者が、保全命令の発令を受けることでえた有利な地位を、本案訴訟を提起することによって引き続き保持しうるのは、その民事保全が、提起された本案訴訟の訴訟物である権利関係の保全方法としても適切だからである)も、本案訴訟の訴訟物である請求(請求権)の実現を保全するという民事保全の制度趣旨についての一般的な理解を前提とするならば、説得力があるといえる。このような理由から、本稿の問題について請求基礎同一説をとる学説においても、「本案の訴えで訴訟物として主張される権利は、先になされた保全命令の類型・内容に適合するものでなければならないのである」⁽³⁶⁾といわれてい

ることからも明らかなように、本判決は肯定的に評価されている。

裁判例（１）のもつ意味を、本稿の問題に即して一般化するならば、つぎのようになるであろう。本判決は、どのような訴訟を民事保全の本案訴訟とみるかについて、債権者と債務者との間の利益の調整の要素として吉川が挙げた⁽³⁷⁾「請求の基礎の同一性」のほかに、「民事保全は本案訴訟の訴訟物である請求（請求権）を保全するものである」という民事保全の制度趣旨を考慮して（この点が、訴えの変更の場合にはありえない、本稿の問題に固有の状況であるといえる）、これとは別の判断要素である「当該民事保全が、本案の起訴命令によって提起された訴訟の訴訟物である権利関係についても、保全の作用を営むことができること」を、補充的に付け加えたものである。

このように、裁判例（１）は、同一の訴訟手続内での請求または請求原因の変更の場面ではおよそ問題になりえない、本稿の問題に固有の状況（民事保全は、本案訴訟の訴訟物である請求（請求権）の実現を保全するものであること）を、具体的な事案に即して考慮したものであるといえる。

２ 裁判例（２） 仙台地方裁判所昭和52年10月12日下民集28巻9＝12号1095頁 〔事実の概要〕

当事者の主張と裁判所が認定した事実に基づいて整理すると、本件の事実関係はおおよそつぎのようなものである。

XとYは、サービス・ステーション・マネージャー・プラン契約（本件契約）を締結し、石油製品の委託販売取引をしていた。本件契約において、顧客に対する代金債権はXに帰属し、Yは、Xに代わって代金債権を回収する義務を負うなどとされていた。Xは、Yが代金債権の取立てをしながらこれをXに送金しないなどと主張して、「委託商品」の代金債権を保全するため、「Yは、第三債務者らから、代金債権の取立てまたは譲渡、

質入、その他一切の処分をしてはならない」ことなどを内容とする仮処分命令の申立てをして、仮処分が発令された。Yは、本案の起訴命令の申立てをして、本案の起訴命令が発令された。これに応じてXは、Yを被告として、「委託商品」の代金を支払うことを請求する本件訴えを提起した。

これに対してYは、本件訴えが本件仮処分の本案訴訟とはならないと主張して、旧民事訴訟法旧756条、746条2項〔民事保全37条3項〕に基づいて、本件仮処分命令の取消しを申し立てた。

〔判決要旨〕

「〔本案の〕起訴命令の不遵守による保全命令取消の制度は、民事保全が本案訴訟において被保全権利の存否が確定されることを前提として暫定的仮定的に認められるものであることに鑑み、債権者において本案訴訟を提起しないときは、当該民事保全の存続を認めるのを不当としてこれを取消す制度であるから、債権者の提起した訴訟が当該民事保全の本案訴訟に当たるというためには、当該訴訟の〔訴訟物である〕権利関係がさきになされた民事保全の被保全権利と請求の基礎において同一の紛争から生ずる権利関係であるのみならず当該訴訟における〔訴訟物である〕権利関係によってもさきになされた民事保全がその性質、内容において是認される場合であることを要するものと解すべきである」。

これを本件についてみると、本件仮処分の被保全権利は、XとYとの本件契約に基づいて、XがYを代理商として第三債務者に売り渡した「委託商品」の代金債権がXに帰属することを理由に、Yが第三債務者から代金を取り立て、その他の処分行為をなすことの禁止を求める不作為請求権であり、Xが本案訴訟と主張する本件訴訟の訴訟物は、XとYとの本件契約に基づいてYが第三債務者に「委託商品」を販売した場合に、この代金を第

三債務者から取り立てて、これをXに送付すべき受取代金引渡請求権である。

そうすると、本件訴訟においてはYに対して第三債務者から代金を取り立ててこれをXに送付するべきことを求め、本件仮処分においてはYに対して第三債務者からの取立てなどを禁止することを求めることになり相互に矛盾するから、「本件仮処分の被保全権利と右訴訟事件〔本件訴訟〕の訴訟物とが、請求の基礎を同じくするものであっても、右訴訟事件の訴訟物を被保全権利とした場合には本件仮処分のような民事保全は認められる余地がないものであるから、右訴訟事件は本件仮処分の本案訴訟には当たらないものといわなければならない」。

本判決はこのように判示して、本件仮処分命令を取り消した。

〔若干の検討〕

裁判例（2）は、裁判例（1）ほど明確ではないが、本稿の問題について請求基礎同一説を前提としている。そして、どのような民事訴訟を仮処分の本案訴訟とみるかについて、仮処分の被保全権利と本案訴訟の訴訟物である請求（請求権）が「請求の基礎」を同じくすることのほか、「提起された訴訟の訴訟物である権利関係によっても当該民事保全がその性質・内容において是認されること」あるいは、「提起された訴訟の訴訟物を被保全権利とした場合に、当該仮処分のような民事保全が認められること」という判断要素を付加して、具体的な事件について判断した結果、仮処分命令を取り消したものである。

裁判例（2）が示したこの付加的判断要素は、実質的にみれば、裁判例（1）が示した付加的な判断要素とほぼ同じ趣旨のものといえることができる。なぜなら、「当該民事保全が、提起された訴訟の訴訟物である権利関係についても保全の作用を営みうる」（これは、裁判例（1）が付加した判断要素である）ものであるならば、「提起された訴訟の訴訟物を被保全権利とした場合に、当該民事保全が是認される」（これは裁判例（2）が、

「民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間の請求の基礎が同一であること」という基本的な判断要素に、補充的に付加した判断要素である」という関係が認められるからである。そして裁判例（2）が示した補充的な判断要素は、裁判例（1）のそれと同様に、民事保全が本案訴訟の訴訟物である請求（請求権）の実現を保全するものであるという、民事保全の制度趣旨をふまえたものであるとともに、通常訴訟の訴えの変更の場合には問題となりえない状況に対応したものといえることができる。そうだとすると、裁判例（2）が示した補充的な判断要素も、通常の民事訴訟における請求または請求の原因の変更の場面では問題になりえない、本稿の問題に固有の状況に即したものであるといえることができる。

3 民事保全の機能からみた若干の考察

（1）民事保全の機能に対する一般的な理解からの検討

裁判例（1）は、債権者が本案の起訴命令に従って提起した訴えが本案訴訟とされるには、民事保全の被保全権利と当該訴えの訴訟物とが、「請求の基礎」を同一にするだけでは十分ではなく、当該民事保全が本案の起訴命令によって提起された訴訟の訴訟物である権利関係についても保全の作用を営むことができることを、補充的な判断要素として付け加えた。

裁判例（2）は、債権者の提起した訴訟が当該民事保全の本案訴訟に当たるというためには、民事保全の被保全権利と当該訴訟の訴訟物とが、「請求の基礎」を同一にすることのほか、提起された訴訟の訴訟物である権利関係によっても、当該民事保全がその性質・内容において是認されることを、補充的な判断要素として付け加えた。

裁判例（1）と裁判例（2）が付け加えた補充的な判断要素は、いずれも、それぞれの事案の特殊性を考慮したものであり、また、その表現に違いはあるものの、民事保全、すなわち仮差押えと仮処分（係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分との両者を含む）が、本案訴訟の訴訟物

である請求（請求権）の実現を保全するものであるという、民事保全の機能、あるいは民事保全と本案訴訟との関係についての一般的な理解を前提とすれば、是認することができるものである。

もっとも、仮の地位を定める仮処分と本案訴訟についての筆者の制度理解からすると、両者の関係は上記の一般的な理解のしかたとは異なったものとなり、これにしたがって、裁判例（1）、裁判例（2）に対する評価も、異なったものとなる。以下にこの点を示して本稿をしめくくることにしたい。

（2）仮の地位を定める仮処分の機能からの若干の考察

民事訴訟の目的についてはさまざまな見解があるが、そのなかで、竹下守夫は、民事訴訟の目的は実体的権利の保障にあるという^{（38）}。すなわち、民事訴訟は、権利（実質権）に有効・適切な救済を与えることによって、権利を保護することを目的とするのであり、請求権は、権利（実質権）を救済するための手段であって、これ自体は、訴訟によって保護される対象にはならないことになる。

かつて筆者は、民事訴訟の目的についての竹下のこのような見解を、仮処分の被保全権利と仮処分の措置との関係に投影して、主として仮の地位を定める仮処分（23条2項）を念頭に置きながら、その機能についてつぎのように論じた^{（39）}。仮の地位を定める仮処分の被保全権利（保全すべき権利または権利関係。13条）は、仮処分によって保全されるべき実体的な権利または法的な利益であり、他方において実体的請求権は、このような実体的な権利または利益を救済する手段であって、具体的な仮処分の措置の内容（24条）として債権者によって主張されることになる。そうだとすれば、仮の地位を定める仮処分だけでなく、本案訴訟も、ともに、保護されるべき実体的な権利または法的な利益を救済する方法として、いわば並立する関係に立つ。

このような考え方から、裁判例(1)と裁判例(2)を検討するならば、つぎのようになる。

裁判例(1)においては、Xへの商品供給をYに命じるとともに、Xに対する取引妨害をYに禁じることを内容とする仮処分は、仮の地位を定める仮処分(23条2項)であり、X、Y、Zの三者間の契約上の地位に基づくXの権利(Yから本件商品の納入を受け、かつ、Zに本件商品を納入する権利)を被保全権利として救済するものである。他方、訴え変更後の本案訴訟の訴訟物であるYの債務不履行に基づく損害賠償請求権も、同様に、X、Y、Zの三者間の契約上の地位に基づくXの権利を—Yの債務不履行によるXの上記権利の侵害による損害を賠償するという意味において—救済する機能を営むといえる。ただし、裁判例(1)の事案においては、すくなくともXの立場からすると、仮処分命令の発令段階においては、Xの権利は、本件仮処分命令によって適切に救済されえたのに対して、本案訴訟の提起・係属中の諸事情の変更などにより、本案訴訟においては、訴えを変更して債務不履行による損害賠償を請求する方が、Xの権利をより適切に救済することができると考えられたといえることができる。

裁判例(2)においても、第三債務者などから代金債権の取立てなどの処分をしないことをYに命じることなどを内容とする仮処分は、裁判例(1)と同様に、仮の地位を定める仮処分(23条2項)といえることができる。そして、その被保全権利は、これも裁判例(1)と同様に、XとYとの契約上の地位に基づくXの権利(「委託商品」の代金を受領する権利)を救済するものであり、「Yが第三債務者から代金を取り立て、その他の処分をなすことの禁止を求める不作為請求権」は、被保全権利ではなく(裁判例(2)は、同請求権は被保全権利であると判示するが)、上記Xの権利を救済する手段であって、本件仮処分の具体的な措置の内容(24条)としてXによって主張されたものといえることができる。他方、本案起訴命令に応じてXが提起した本案訴訟の訴訟物である、Yによる「委託商品」の販売に

よる受取代金引渡請求権も、XとYとの契約上の地位に基づくXの権利を救済する機能を営むといえる。ただし、すくなくともXの立場からすると、仮処分命令の発令後の諸事情の変更などにより、本案訴訟提起時においては、Yが第三債務者から代金を取り立てることなどを禁じるよりも、「委託商品」の販売代金の引渡しをYに直接に請求するほうが、Xの権利をより適切に救済することができると考えられたものと思われる。

以上のように、仮の地位を定める仮処分も本案訴訟も、実体的な権利または利益を救済する方法とみるときは、債権者の被保全権利の理解のしかたによっては、裁判例（1）の事案においても裁判例（2）の事案においても、本案の起訴命令によって提起された（裁判例（1）においては、訴え変更後における）訴訟を、当該仮処分の本案訴訟とみることができた。このように、仮の地位を定める仮処分の機能と被保全権利についての筆者の考え方によれば、当該仮処分の本案訴訟が、かなり緩やかに認められることになる結果、裁判例（1）、裁判例（2）のそれぞれの事案における仮処分を、本案の起訴命令の不遵守を理由にして取り消す（37条3項）ことにはならない。しかし、これらの仮処分が維持されるべきかどうかは、これとは別の問題である。たとえば、裁判例（1）の事案における仮処分についていえば、本案の起訴命令に従って提起された訴訟の請求が、XYZの三者契約の不履行による損害賠償請求に交換的に変更されたことからすると、仮処分命令発令後の事情の変更により、事後的に仮処分の必要性（23条2項）が消滅したことが推測される。そうだとすると、これは、事情変更による保全取消しの事由（38条1項）にあたるので、債務者は、事情の変更による保全取消しの申立てをすることができるであろう。

以上の考察においては、裁判例（1）と裁判例（2）のいずれにおいても、債権者の契約上の地位に基づく実体的な権利を仮の地位を定める仮処分の被保全権利として構成したが、もちろん、このような構成は、裁判例（1）、および裁判例（2）の事案に即したものにすぎないので、一般化がで

きるものではない。どの程度の抽象度、あるいは基準のもとで仮の地位を定める仮処分の被保全権利を理解するかについては、具体的な裁判例に即した検討を積み重ねていくなどして、議論を一層精緻化する必要があるであろう。その意味では、本稿は、このような検討の端緒を示したものに過ぎないが、ここでひとまず筆をおくこととする。

- (1) これに対して、仮の地位を定める仮処分(23条2項)は、「本案の権利関係につき仮の地位を定める」とされているように、仮差押えおよび係争物に関する仮処分と比べると、仮処分の措置と民事訴訟の本案の権利との関係が、条文の文言上はそれほど明確ではない。
- (2) 仮差押命令は、「金銭の支払いを目的とする債権について、強制執行をすることができなくなるとき、又は強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」に発することができ(20条1項)、係争物に関する仮処分命令は、「債権者が権利を実現することができなくなるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」に発することができる(23条1項)。たとえば、金銭債権の保全のための仮差押えでいえば、債務者が、将来の強制執行から逃れるために、その責任財産を隠匿するおそれがあるなど、金銭債権の強制執行の実現ができなくなるか、それが著しく困難になるような緊急な対応を要する状況のもとで、仮差押命令の発令が申し立てられるというのが、民事保全法で想定されている。仮の地位を定める仮処分についても、「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にこれを必要とするときに」発することができるものであるから、同様に、緊急な対応を要する状況のもとで、その発令が申し立てられるものということができる。

民事保全の発令が申し立てられるこのような緊急な状況は、民事保全の理論においては、民事保全の特徴のひとつとしての「緊急性」あるいは「迅速性」という項目のもとで説明されるのが一般的である。たとえば、西山俊彦『新版保全処分概論』(1985年・一粒社)18~19頁、瀬木比呂志『民事保全法〔第3版〕』(2009年・判例タイムズ社)75~76頁などを参照。

- (3) ここにいう「保全すべき権利」とは、主として、仮差押えで保全されるべき金銭債権と係争物に関する仮処分で保全されるべき非金銭債権とを意味し、保全すべき「権利関係」とは、仮の地位を定める仮処分による保護が予定されるものを意味する。本稿では、一般的な用語法にならって、これらの権利または権利関係を「被保全権利」とよぶ。
- (4) 民事保全の緊急性については、注(2)を参照。
- (5) 民事保全法にいう本案訴訟(たとえば、37条1項にいう「本案の訴え」と

は、一般的には、債権者を原告、債務者を被告として（民事保全法においては、民事保全の申立てをする側の当事者を債権者、その相手方を債務者とよぶ）、民事保全の被保全権利を訴訟物（本稿にいう訴訟物については、注（6）を参照）とする、給付訴訟を意味する。本稿においても、特別に断らない限り、このような訴訟を本案訴訟とするが、事件の具体的な状況によっては、たとえば、債務者が原告となる消極的確認訴訟なども本案訴訟となりうる。また、本案の内容によっては、家庭裁判所に対する調停の申立て、地方裁判所に対する労働審判手続の申立て、さらには、仲裁手続の開始の手続なども、本案の訴えの提起とみなされる（37条5項）。

- （6）民事訴訟の訴訟物をどのように理解するかについては、理論的な対立があるが（高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔第2版補訂版〕』（2013年・有斐閣）25頁以下を参照）、本稿においては、考察の便宜のため、原告から被告に対する実体法上の請求権（ただし、請求権ということばは、厳密な意味では用いずに、債権、権利と適宜置き換えることが可能なものとする）とする旧訴訟物理論（実体法説）にいう訴訟物を意味することにする。民事保全の理論においては、一般に、本案訴訟の訴訟物については旧訴訟物理論にいうそれを前提にした議論がなされていることが、その理由である。
- （7）西山・前掲書注（2）206頁、瀬木前掲書注（2）462～463頁など。
- （8）本稿の問題と訴えの変更の問題とのあいだにおける問題状況の共通点については2章の3において、相違点については、具体的な下級審裁判例（次注を参照）の紹介を通して、3章で指摘する。
- （9）しばしばとりあげられる下級審裁判例として、東京地方裁判所昭和46年3月19日判決下民集22巻3＝4号245頁、および、仙台地方裁判所昭和52年10月12日判決下民集28巻9＝12号1095頁がある。これらの裁判例については、3章で紹介する。
- （10）このような考え方については、さしあたり、加藤新太郎＝山本和彦編『裁判例コンメンタール民事保全法』（2012年・立花書房）343頁注（12）〔笠井正俊〕を参照。
- （11）本稿の問題が生じる具体的な場合としては、まず、本案の起訴命令（37条1項）に基づいて債権者が提起した訴訟が、当該民事保全の本案の訴えになるかという局面がある。そのほかには、たとえば、本案訴訟において債権者が敗訴した場合に、事情変更により保全命令を取り消すことができるか（39条1項）とか、どのような場合に保全命令から本執行への移行を認めることができるかといった局面がある（瀬木・前掲書注（2）462～463頁）。さらに、民事保全の対象物が第三者に譲渡されるなどの処分がなされたときに、本案訴訟をどのように構成するべきかが問題になるような場合もある。そのうえ、本稿の問題に関する裁判例（とくに37条1項に関する局面での）も多数に及ぶ。本案の起訴命令をめぐる戦後の判例を網羅的に検討したものとして、池田辰夫「いわゆる『起訴命令』と本案訴訟不提起による保全取消し」民事保全講座2（1996年・法

律文化社) 223頁以下がある。さらに、本案の起訴命令との関係で、裁判例を網羅的に検討したものとして、加藤＝山本編・前掲書注(10) 342～353頁〔笠井正俊〕を参照。

(12) 最高裁判所平成24年2月23日第一小法廷判決民集66巻3号1163頁。以下、本稿においては、平成24年判決という。平成24年判決は、本稿での考察に必要なかぎり、1章で紹介する。

(13) 平成24年判決の評釈として、つぎのものがある。高見進・判例評論648号(判例時報2169号) 2頁、山本研・私法判例リマックス2013年(上)(2013年) 134頁、酒井一・民商法雑誌147巻1号(2013年) 77頁。

(14) これについては、さしあたり、菊井維大＝村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』(2008年・日本評論社) 185頁を参照。

(15) 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1』(1996年・法律文化社) 379～380頁。

(16) 平成24年判決へのコメント(判例タイムズ1370号123頁)を参照。

(17) 仮差押命令は、通常は、債権者による一方的な主張および疎明方法の提出だけにに基づき、債務者には主張・疎明の機会をあたえないまま、その発令の可否が審理される(仮差押命令手続の密行性)。したがって、その手続での主張・疎明資料などから被保全権利の発生原因事実を認定し、これと本案訴訟の訴訟物である権利・請求権の発生原因事実を比較することによって、両者の「請求の基礎の同一性」を判定することは、通常の民事訴訟における訴えの変更の場面で、同一訴訟手続内で新旧請求の「請求の基礎の同一性」の判定することと比較すると、質的に大きな違いがあることは否定できないことにも留意されるべきである。

さらに、そもそも、民事訴訟における訴えの変更を許容するための要件である「請求の基礎の同一性」概念を、本稿の問題に「流用」することが適切かという問題もある(はじめに2(1)を参照)。これについては、2章の3で、請求同一説と請求基礎同一説との比較検討を通して検討する。

(18) 吉川大二郎「保全処分の取消しと起訴命令」同『保全処分の研究』(1937年・弘文堂) 311～316頁(初出は民商法雑誌4巻2号(1936年))。

(19) 本文で吉川が「自明の理」とした民事保全の制度趣旨からすると、「両者が同一であることの限界を厳しく設定する」とは、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との厳密な一致を要求することを意味するであろう。

(20) 吉川の議論の文脈からすると、すなわち、その直後に「債権者に酷である」と述べており、さらに、本稿の問題については、「訴訟経済と債務者の保護との調和」が重要な観点になるとしていることからすると、ここにいう訴訟経済とは、主として、本稿の問題における債権者側の利益状況を意味している。具体的には、たとえば、本案の起訴命令に従って既に提起された訴訟を本案訴訟とすることで、改めて被保全権利と一致する請求を訴訟物とする訴訟を本案訴訟として提起するための時間的・金銭的なコストを節約することを、「訴訟

経済」ということばで意味しているものと考えられる。

- (21) 吉川は、ここにいう「請求の基礎」を、訴えにより追求しようとする利益（の同一性）としたうえで、具体的にはつぎのような場合に、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物との間において、請求の基礎に同一性が認められるとする（吉川・前掲書注（18）314頁）。被保全権利と本案訴訟の訴訟物である権利または法律関係〔権利関係〕が、その原因事実・態様等において多少相違していても、民事保全の申立ての趣旨・申立ての理由、民事保全の内容と、本案訴訟の請求の趣旨・請求の原因などを比較したうえ、本案訴訟において追求しようとする利益と当該民事保全によって保全されるべき利益との間に同一性を認めることができる場合である。

本稿の問題を考えるにあたって、「請求の基礎の同一性」をどのように理解するか（あるいは、どのような場合に菊井維大＝村松俊夫原著「請求の基礎の同一性」が認められると考えるか）はひとつの大きな問題であるが、本稿では立ち入らない。「請求の基礎の同一性」の判定の基準ないし観点については、菊井維大＝村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』（2008年・日本評論社）184頁以下、および1章における平成24年判決の検討を参照。

- (22) 吉川・前掲書注（18）313頁。

- (23) ここで三ヶ月が批判する裁判例は、東京高等裁判所昭和24年10月20日判決高裁民集2巻2号216頁（請求基礎同一説の立場から、賃借権を保全するための仮の地位を定める仮処分の債権者が提起した占有保全・占有妨害禁止の訴えが、同仮処分の本案訴訟になることができるとした）と、最高裁判所昭和26年10月18日判決民集5巻11号600頁（仮処分の被保全権利と本案の起訴命令に基づいて債権者が提起した訴えの請求とが、請求の基礎において同一であるとした原判決（福岡高等裁判所昭和24年12月23日判決）の判断は是認するに足りるとした）などである。

- (24) ここで三ヶ月が批判の対象としているのは、本章の1で紹介した吉川の見解などである。

- (25) 三ヶ月章「戦後仮処分判例の研究」同『民事訴訟法研究2巻』（1962年・有斐閣）40～43頁（初出は民事訴訟雑誌1号・1954年）。三ヶ月の見解は、主として戦後数年間の仮処分についての裁判例の検討に基づくものであるが、立論の基礎のひとつとしている仮処分の仮定性・暫定性は、仮処分だけでなく仮差押えにもあてはまるものであるから、本稿の問題についての三ヶ月の見解は、仮処分だけではなく仮差押えを含む民事保全一般についてもあてはまると解される。

- (26) この時期（少なくともこの論文の初出の1954年当時）においては、三ヶ月は、訴訟物については実体法説（旧訴訟物説）の立場を前提としていたため、本文のような表現になっていた。三ヶ月が新訴訟物理論を提唱した以降については、請求同一説の結論と請求基礎同一説の結論とが実質的には重なることを示唆するに至っている。この点については、注（33）を参照。

- (27) 三ヶ月・前掲書注 (25) 42頁。
- (28) これは、民事保全の暫定性（仮定性）と関係する民事保全の性質のひとつとしての民事保全の「付随性」として説かれているものである。民事保全のこのような仮定性・暫定性、および付随性は、吉川も「自明の理」としていることは、本文の1で紹介した通りである。
- (29) 三ヶ月・前掲書注 (25) 42頁。
- (30) 三ヶ月・前掲書注 (25) 42頁。
- (31) 三ヶ月・前掲書注 (25) 42頁。
- (32) 民事保全の被保全権利と本案訴訟として提起された訴訟の訴訟物である請求（請求権）とが、「請求の基礎」を同じくするかどうかをどのような観点から判定するかというのも、本稿のテーマとは異なるが、ひとつの重要な問題である（1章で紹介した最高裁判所平成24年判決は、この判定基準を示したものとしても注目される）。この問題についての鈴木正裕の指摘、および、平成24年判決も、「請求の基礎の同一性」の判断について、鈴木の指摘の内容を前提とするものと解されることについては、1章における平成24年判決の検討を参照。
- (33) はじめにの冒頭で指摘したように、民事保全に関する理論は（本稿の問題についての請求同一説と請求基礎同一説との間の議論についても同様に）、本案訴訟の訴訟物については、旧訴訟物理論を前提とするといえる。これに対して、仮に本案訴訟（給付訴訟）の訴訟物について、これを、たとえば「給付を求める一個の法的地位」（新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（2011年・弘文堂）311頁）とみる新訴訟物理論がとられるならば、請求同一説と請求基礎同一説との差異はほとんどなくなるといえる。それはつぎの理由による。
- 請求基礎同一説は、民事保全の被保全権利である請求（請求権）と、ある訴訟の訴訟物である請求（請求権）とが、「請求の基礎」を同じくすれば、この訴訟は当該民事保全の本案訴訟とみてよいとするものである。ここにいう「請求の基礎の同一性」を、たとえば、「各請求の利益主張が社会生活上は同一または一連の紛争に関するもの」（新堂・前掲書757頁）であるとか、「旧請求の当否の判断に必要な主要事実と新請求の当否の判断に必要な主要事実とがその根幹において共通する」（小山昇『民事訴訟法〔5訂版〕』（1989年・青林書院）526頁。同『民事訴訟法〔新版〕』（2001年・青林書院）250頁も参照）というように理解するならば、このような意味で「請求の基礎」を同じくする請求（請求権）は、新訴訟物理論にいう給付訴訟の訴訟物である「給付を求める一個の法的地位」とほぼ重なるといえる。そうだとすると、ある民事保全の被保全権利である請求（請求権）と、本案訴訟として提起された訴訟の訴訟物である請求（請求権）とが、「請求の基礎」を同じくする場合には、同時に、両請求は、「給付を求める法的地位」としては同一である、いいかえると、新訴訟物論の立場からすると、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とが「請求の基礎」を同じくするということは、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とが同

一であることが多いと考えられるからである。

請求同一説を論じた後に新訴訟物理論をとなえた三ヶ月は、〔請求基礎同一説をとる裁判例は〕「請求の基礎は同一だが請求（訴訟物）は異なる」とするが、むしろ民事保全・本案訴訟の基礎となっている紛争を訴訟物の次元では単一なものと捉えることによって、裁判例のとり結果をそのままに維持しつつ、その矛盾のない基礎づけが可能になるとして、すでに同じ趣旨の指摘をしている。三ヶ月章「訴訟物をめぐる戦後の判例の動向と問題点」同『民事訴訟法研究1巻』（1962年・有斐閣）233～234頁（初出は民事訴訟雑誌5号・1958年）。高見進・平成24年判決評釈・判例評論648号（判例時報2169号）137頁、139頁も参照。

民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物を、上述のように新訴訟物理論に基づいて理解するならば、旧訴訟物理論を前提とする請求基礎同一説が、請求同一説からの批判をかわすために、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とを一致させるために、保全異議の手続における被保全権利の変更や、本案訴訟における訴えの変更の可能性を指摘する（この点については注（35）を参照）必要はなくなるので、理論としての純度が上がるというメリットが認められる。

ただし、本文の末尾で示唆したように、本稿の問題については、このように請求基礎同一説の純度を上げただけでは十分でないところがあるように思われる。この点については、3章で、具体的な下級審裁判例を通して、若干の検討をすることにしたい。

(34) 吉川・前掲書注（18）313頁。

(35) なお、請求基礎同一説を説く吉川説は、請求同一説の側からの批判に応答する過程で、勇み足ともいえる議論を展開している。以下においては、菊井維大による請求基礎同一説の批判に対する吉川の応答を紹介することを通じて、このことを具体的に示すことにしたい。

菊井維大は、本稿の問題についての請求基礎同一説を紹介しつつ、権利同一説の立場から、つぎのようにいう（引用の際には、旧字体の漢字は、原則として当用漢字に改めた）。「訴訟が仮処分の本案であるためには、請求についての審判の結果が仮処分によって惹起せられた浮動の状態の除去に役立つものであることを要するが、一の請求についての判決は、それと基礎を同じくするがしかし別異である他請求を被保全権利とする仮処分に関しては、かかる役割を果たしえないのではあるまいか」（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（第4巻）』（1955年・有斐閣）1241頁）。

このような指摘に対して、吉川はつぎのように応じる。「請求の基礎さえ同一ならば、本案訴訟においてはもとよりのこと、仮処分申請手続（異議訴訟手続または控訴手続）—これらは、現行の民事保全法のもとでは、それぞれ保全命令の申立てについての手続、保全異議手続、保全抗告手続を意味する〔筆者注〕—においても相互に訴訟物たる権利または被保全権利を一致させることは可能なのであるから、判例〔直接には、最高裁判所昭和26年10月18日判決民集5

巻11号600頁を指す。この判決において最高裁判所は、仮処分の被保全権利と、本案起訴命令に基づいて債権者が提起した訴えの請求とが、請求の基礎において同一性があるとした原判決の判断は是認するに足りるとした] やわたくしのようにより緩和的な立場をとっても、仮処分の付随性に反する結果とはならないであろう」(吉川大二郎『判例保全処分』(1961年・法律文化社)522頁)。

この引用からわかるように、ここで吉川は、仮処分の付随性(注(28)を参照)の観点からの請求基礎同一説に対する批判に応じて、請求基礎同一説をとっても、仮処分の付随性に反する結果にならないと主張しているにすぎない。つまり、ここでの吉川の議論は、請求基礎同一説をとることの積極的な論拠のひとつを示しているとはいえない。のみならず、仮処分の付随性を貫徹するという観点からは、本案訴訟における訴えの変更や民事保全の手続(保全命令の申立てについての手続、保全異議手続、保全抗告手続など)において被保全権利を変更することによって、仮処分の被保全権利と本案訴訟の訴訟物である請求とを一致させることに意義があるとしても、紛争の適切な解決という観点からは、場合によっては、本末転倒の結果をもたらす(たとえば、仮処分の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とを一致させるために本案訴訟の訴訟物を無理に変更することによって、本案訴訟による適切な紛争解決が図られなくなる)こともあるであろう。しかし、このような事態は、仮処分の付随性を維持するために、紛争の適切な解決についての債権者の利益をないがしろにするものであって、債権者の利益と債務者の利益との調整のために「請求の基礎」概念を利用する請求基礎同一説が、このようなことを是認するとは考えられない。

したがって、本案訴訟における訴えの変更や民事保全の手続における被保全権利の変更によって、民事保全の被保全権利と本案訴訟の訴訟物とを一致させる可能性があるとするのは、請求同一説の立場からの批判をかわすための議論にすぎず、仮処分と本案訴訟とによって紛争を適切に解決するという観点からすると(むしろこうした観点こそ、請求基礎同一説にとっては本質的なものといえる)、いわば「勇み足」となるおそれのある議論であるといえよう。そうだとすると、たとえば、「訴えの変更を許す基準としての請求の基礎の同一性が〔本案の〕起訴命令の制度における本案の訴えの適切性を決める基準として有用とは必ずしもいえない。なぜなら、請求の基礎が同一であれば、訴えの変更により訴訟物を被保全権利(請求権)に一致させることができるけれども、債権者が訴え変更の申立てをしない場合や、これをして訴訟手続を著しく遅滞させる場合には、つねに現実に一致させられるとは限らないからである」(竹下守夫=藤田耕三編『民事保全法』(1997年・有斐閣)240頁〔松本博之〕)とするのは、引用箇所で指摘されている内容はその通りではあるが、請求基礎同一説に対する核心を突く批判とはいえないと思われる。

- (36) 鈴木正裕「各種の保全取消しとその問題点」鈴木正裕=竹下守夫『民事保全法の基本構造』(1995年・西神田編集室)295~296頁。加藤新太郎=山本和彦編『裁判例コンメンタール民事保全法』(2012年・立花書房)343頁注12)〔笠

井俊彦)も参照(鈴木の見解や、本章で紹介する裁判例(1)、裁判例(2)などのように、「請求の基礎の同一性」を基本としつつも、これのみに要件ないし基準を限定しないという方向は妥当なものと解される」とする)。

- (37) ただし吉川は、本稿の問題は、債権者と債務者との利益の調整に配慮して総合判断をするしかないとするのであり、「請求の基礎」概念は、その際に「十分に参酌されて然るべき」と述べていることに留意すべきである。すなわち、「十分に参酌されて然るべき」ということからうかがわれるように、吉川の考え方は、本稿の問題を、「請求の基礎」の同一性だけで処理しようという趣旨のものではないと解される。そうだとすると、吉川が唱えた請求基礎同一説は、本稿の問題を考えるうえで、「請求の基礎」の同一性のほかの判断要素にも開かれたものであるといえる。この点については、2章3の末尾を参照。
- (38) 竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民事訴訟雑誌40号(1994年)17頁、同「民事訴訟の目的と機能」民事訴訟法の争点[第3版](1998年)6~7頁。
- (39) 拙稿「仮処分の機能と『被保全権利』の意義(3)」龍谷法学32巻3号(1999年)14頁以下、「仮処分の機能についての一考察」龍谷法学34巻2号(2001年)76頁以下。

なお、訴訟の目的と訴訟物とを関係付けて理解する立場からは、本案訴訟の目的を権利(実質権)の救済とする考え方がとられる場合には、本案訴訟の訴訟物も、請求権ではなく、これによって救済される権利(実質権)ととらえられることになるであろう。山本は、訴訟の目的論と訴訟物論の関係を考える場合に、「議論の出発点としては、訴訟制度の目的として措定した事項をもっとも達成しやすいような訴訟物をまず一次的に考えてみる余地は十分にある」としたうえで、山本自身は、保護に値する法的利益(実質権)の保護を民事訴訟の目的とする立場(いわゆる新権利保護説の立場)をとるので、そのような法的利益(実質権)を訴訟物と観念できるとする(山本和彦『民事訴訟法の基本問題』(2002年・判例タイムズ社)89頁)。さらに、同「民事訴訟における法的利益の保護」一橋論叢117号1号(1997年)72頁も参照。

ただし、本稿の問題を考察するうえでは、本案訴訟の訴訟物については、既に述べた通り、旧訴訟物理論(実体法説)にいう訴訟物を意味することにした。この点については、注(6)を参照。