

主 文
本件抗告を棄却する。
抗告費用は抗告人の負担とする。

理 由

本件抗告の趣旨及び理由は、別紙のとおりである。
〈要旨〉思うに起訴命令は、債権者が仮処分命令または仮差押命令（以下仮処分命令等という。）を得たまま、いつまでも本訴を提起せず、そのため仮処分命令等が際限なく継続することの不利益から債務者を救うことを目的とするもので、債権者をしてすみやかに本訴を提起させ、その発展によつて、いずれにせよ、仮処分命令等による暫定的状態に結末をつけようとするものである。したがつて、仮処分命令等自体が、その取消事由がどうであろうと、確定的に取り消された以上は、起訴命令の申立はその目的を欠缺するに至るのである。起訴命令の申立は、仮処分命令等の異議の申立（民訴法七四四条七五六条）と同様に、仮処分命令等の存在をその要件とするものである。

抗告人は、本件仮処分命令は、特別事情による取消判決によつて確定的に取り消されたものであつて、その被保全権利の存否は審理の対象となつておらず、仮処分によつて抗告人の権利に制限を加えたことの当否が判断されず、本案判決確定まで抗告人の供した保証取消を求めることができないから、起訴命令の申立は許されるべきであると主張するけれども、元来民訴法七五九条において特別の事情に基く仮処分の取消を許した趣旨を考えてみるに、仮処分は、それが係争物に関する仮処分であつても、または仮の地位を定める仮処分であつても、原則として債務者の保証供与によつてたやすくこれを取り消すべきものではない。しかし他面において仮処分は被保全権利の未確定の間に債権者に簡易迅速に与えられる強力な手段である点において、仮差押と異なるところはないから、右の原則を固守することは債務者に酷に失し公平の観念に反する場合も生ずる。そこで民訴法はこの間の調和を図つて七五九条の特則を設け、特別の事情の存する場合に限り、債務者に保証を供与させることによつて仮処分の取消を許したのである。この場合債務者は専ら特別の事情の存在に基いて仮処分の取消を求めるものであつて、被保全権利の存否を問題とするものでない。債務者が異議の申立により被保全権利の不存在を主張するものでない以上、特別事情による取消判決があれば、もはや債権者が被保全権利の存在を主張すべき本案の訴を提起することの申立は許されないのはやむを得ない。この程度の不利益は、債務者が被保全権利の不存在を主張しないことによつて自ら招いたものであり、しかも債権者に対し自ら本案について消極的確認の訴を提起し勝訴確定判決を得ることにより保証提供の拘束を免れることができるのであるから、これを甘受しなければならない。

また、仮処分命令がすでに特別の事情に基き取り消されて存在しないにもかかわらず、起訴命令をすることができるとすると、債権者がそれに応じて本案訴訟を提起しないときは、仮処分命令を取り消すというような訴の提起を間接的に強制する方法もなく、結局債務者の方で本案について消極的確認の訴を提起するほかはないのである。抗告人の右主張は採用できない。

他に記録を調べてみても、原決定を取り消すべき違法の点認められないから、民訴法四一四条三八四九条八九条を適用し主文のとおり決定する。

（裁判長裁判官 熊野啓五郎 裁判官 岡野幸之助 裁判官 山内敏彦）