

主 文
本件抗告を棄却する。
抗告費用は抗告人らの負担とする。

- 理 由
- 一 本件抗告の趣旨及び理由は後記の通りである。
二 当裁判所の判断。

(1) 記録による本件保証取消決定に至るまでの経過は次の通りである。
(一) 抗告人らは、抵当権者であるとして不動産の競売を申し立てた事件外三協商事株式会社を被申請人とし、次の理由で抵当権実行停止の仮処分を申請した。すなわち、昭和二十七年十一月一日目佐賀地方法務局所属公証人A作成第五七八三二二号債務承認並びに弁済契約公正証書によると抗告人らは連帯して同日本件保証取消申立人Bから金四〇万円を弁済期同年十二月二十七日、利息の定なく、損害金一〇〇円につき日歩三〇銭の約で借用し、これを担保するため抗告人Cはその所有不動産に抵当権を設定したことになつておりまた同年十一月二〇日その抵当権設定登記がなされ、ついで昭和二十八年九月二〇日Bから前示会社への右債権及び抵当権の譲渡を原因として、同年十二月八日前示会社を譲受人とする抵当権移転の附記登記がなされている。そして同会社は右抵当権実行のため昭和二十九年九月二一日抵当不動産に対し競売を申し立て翌二二日競売手続開始決定がなされた。

しかし抗告人らはBに対し右の債務を負担したことはなく、また抵当権を設定したこともないので、前記会社を被告とし佐賀地方裁判所に昭和二十九年四月二三日債権不存在確認並びに抵当権設定登記の抹消登記を求める訴を提起したので、(同裁判所昭和二十九年(ワ)第二六四号事件)同会社に対し抵当権の実行を停止する旨の仮処分を求めるというのであつた。

(二) 右仮処分申請を受理した佐賀地方裁判所は、昭和二十九年十一月一〇日附をもつて抗告人らに金八万円の保証を立てさせ前記不動産競売手続は本案判決の確定まで停止するとの決定をなしたのであるが、その後Bは前示会社から前示公正証書表示の債権を譲り受け(この点は抗告人らの主張するところである)、もつて該公正証書(同証書は執行証書たる要件を具備している)を執行名義とし、昭和三十一年七月一六日抗告人らの有する前示保証金八万円の取戻請求権の差押及び転付命令を得、ついで競売申立人である前示会社は競売申立を取り下げたため競売手続は終了した。

(三) そこで、右転付債権者であるBは保証権利者である前示会社の同意を得て右金八万円の保証につきその取消を求める申立をなし、原裁判所は昭和三十一年七月二八日本件保証取消の決定をなした。

以上の経過的事実が認められる。

〈要旨〉(2) 以上の認定事実によると、佐賀地方裁判所のなした仮処分決定は抵当権の実行を停止したに過ぎないもの</要旨>であつて、抵当権の被担保債権そのものの行使を停止する効力を有するものと解することはできない。抗告人らにおいてその停止、すなわち右公正証書の執行力を停止せんとするには、民事訴訟法五四七条の規定による執行停止決定を求むべきで、仮処分によつて執行証書の執行力の停止を求めることは許されないのである。

したがつて、公正証書表示の債権の存否についての前記訴訟が係属しているにしても、該債権に関する執行証書の執行力が停止されていない以上、これを債務名義となして前示のように転付命令を得たBは、当然抗告人らにかわつて(保証の取消という要件の下に)保証金取戻請求権を取得したものというべきであるから、保証の取消につき権利者である前示会社の同意を得て、Bのなした保証取消の申立を容れて原審が本件保証取消決定をなしたのは相当であり、これと異なる抗告人の所論は採用に値しない。(抗告人らが前示債権不存在確認の訴訟に勝訴した場合、Bに対し不当利得返還請求権を有することが明確になるのはいうまでもない。)

よつて抗告費用の負担につき民事訴訟法第八九条、第九三条を適用し主文の通り決定する。

(裁判長判事 桑原国朝 判事 二階信一 判事 秦亘)