令和２年２月オレンジ勉強会

権利行使催告による民事保全の担保取消

令和２年２月２８日
弁護士根岸　美香

第１　事案の概要

ア　当該金銭請求事件の本案訴訟の提起が先行し，本案訴訟が係属中，当該事件に関して，第三債務者を銀行として債権仮差押えが申し立てられた。

イ　前述の仮差押え命令が当該銀行に発せられたものの，結果として当該銀行に，債務者の債権が存在しなかった（いわゆる「空振り」となった。）。

ウ　この場合に,債権者が仮差押について供託した担保を返還してもらうことは可能か。

第２　考えうる方法

ア　仮差押命令の取下げ及び担保取消し（民事保全法７条，民事訴訟法７９条３項）

イ　担保取戻し（民事保全規則１７条）

第３　担保取消しについて

ア　裁判例（昭和 53 年 7 月 18 日　裁判所名　東京高裁　裁判区分　決定
事件番号　昭５３（ラ）４０８号）

「ここにいう「訴訟ノ完結」に当たるためには、保証の原因たる事項に係る手続が終了した結果、担保権利者の被担保債権が客観的に確定し（将来に向かつて損害発生の余地がなくなるばかりでなく、既に発生した損害については、損害賠償権の存在及びその額の判定が可能であること。）、かつ、その行使について別段の障害がなく、担保権利者に対してその権利を行使すべきことを要求しても無理ではない状態に達することを要するものと解すべきである。」

「仮差押又は仮処分における保証の被担保債権たる損害賠償債権の原則的前提である被保全権利の存否は、本案訴訟において決せられるのであるから、仮差押事件又は仮処分事件が終了しても、本案訴訟が終了しない間は「訴訟ノ完結」があつたとはいい得ない」

「抗告人は、本件仮差押えの執行は「不発に終わつた」のであるから、そもそも損害はあり得ず、損害賠償債権の発生する余地がないと論じている。確かに、仮差押命令が発せられる前又は仮差押命令が債務者若しくは第三債務者に送達される前にその申請の取下げがあつた場合には、通常債務者に損害の発生することは考えられないであろう（したがつて、通常「担保ノ事由止ミタル」場合に該当すると考えられる。）。しかしながら、本件の場合には、これと異なり、前記三に述べた意味において債務者が損害を被り、損害賠償債権を取得するに至つた余地がないとすることはできない。」

イ　本案訴訟が継続中は，仮処分の場合は，保全命令を取り下げても，「訴訟の完結」にはあたらない。また，仮差押についても仮処分と基本的に同様に考えられる。ただし，仮差押の場合，目的物と本案請求権との間に関係がないことが多いので，仮差押えにより債務者の名誉が毀損される場合等，例外的に本案請求権の存否と関わらず，仮差押による損害を確定できる場合には，仮差押の取下げが「訴訟の完結」にあたるといえることがある（コンメ民事保全法５２頁)。

ウ　なお，訴え未提起の場合には，仮差押の取下げのみで「訴訟の完結」となる（東京高等裁判所昭和５９年１１月２９日決定（昭５９（ラ）３１６号)。

第４　担保取戻しについて

ア　可能な場合

保全命令の送達ができなかった場合その他保全命令により債務者に損害が生じないことが明らかである場合

イ　東京地方裁判所民事９部の運用基準

以　上