慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民事保全法第23条第4項ただし書に関する一考察
Sub Title	A study of the proviso to paragraph 4 of article 23 of Civil Provisional Remedies Act
Author	横路, 俊一(Yokomichi, Shunichi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.28 (2014. 2) ,p.431- 466
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	春日偉知郎教授退職記念号#リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140228-0431

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

リサーチペーパー

民事保全法第23条第４項ただし書に関する一考察

横　路　俊　一

第１　はじめに
第２　仮の地位を定める仮処分の沿革
　１　起源
　２　ドイツにおける発展
第３　旧民事訴訟法における規定及び実務運用
　１　民事保全法制の制定と改正過程
　２　仮処分の本案化
　３　民事保全制度の改正
第４　現行民事保全法の制定とその運用について
　１　現行民事保全法第23条第４項制定の経緯
　２　民事保全法第23条第４項ただし書の解釈
　３　実務上の運用及び民事保全法第23条第４項ただし書についての見解
　　⑴　実務上の運用
　　⑵　民事保全法第23条第４項ただし書についての見解
第５　民事保全の特質及び制度面からの正当性
　１　民事保全の特質からの正当性
　　⑴　密行性及び暫定性
　　⑵　迅速性
　２　民事保全法における制度面からの正当性
　　⑴　担保
　　⑵　保全異議
　　⑶　保全執行の停止の裁判
　　⑷　原状回復の裁判
　　⑸　損害賠償請求
　３　小括
第６　債務者審尋を不要とする「疎明の確実性」

慶應法学第28号（2014：2）

1　債務者審尋による手続保障と疎明責任
2　北方ジャーナル事件について
3　疎明責任の転換による代替的手続保障
(1)　民事訴訟における証明責任
(2)　民事保全における疎明責任
(3)　小括
4　疎明について
第7　おわりに

第1　はじめに

民事保全法第23条第4項本文は、仮の地位を定める仮処分命令につき、「口頭弁論又は債務者が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ、これを発することができない。」と規定する。仮の地位を定める仮処分は、権利関係の存否・内容について当事者間に争いがあり、また、義務者が任意に義務を履行しない場合に、権利者を判決確定までの間におかれる危険から保護するために、暫定的規整措置をとり得るように設けられたものである[1)]ところ、債務者に重大な影響を与える場合があり、債務者の手続上の地位を保障する要請があること、また、一般に密行性が乏しいことから、原則として発令前に債務者に対する審尋を必要としたものである[2)]とされている。

他方で、同項ただし書は、「その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情があるときは、この限りでない。」と定める。従来、ここにいう仮処分の目的を達成できない場合には、呼出しを行うと債務者が侵害行為をする蓋然性が強く、被保全権利との関係で、債務者の事前の行為により仮処分命令の目的を達することができなくなる場合、債権者に重大な危険が切迫していて、審尋の期日を経ていたのでは時間的に債権者の危険が現実化してしまう場合等があるとされてきた[3)]。いわば、高度の緊急性、密行性が要求される事案である。

もっとも、審尋を要しないとされるのは、上記の場合に限られるのであろう

1）西山俊彦『新版保全処分概論』（一粒社、1985年）3頁。
2）山崎潮『新民事保全法の解説　増補改訂版』（金融財政事情研究会、1991年）168-169頁。

か。審尋を要するかどうかの判断は、基本的に裁判所の手続裁量に委ねられている[4]ところ、より迅速な権利実現を望む立場からは、民事保全法第23条第４項の趣旨に反しない限り、上記の場合に限られず、審尋を要しない場合が認められてよいようにも思われる。具体的には、仮処分命令申立における債権者の疎明の程度が確実であり、債務者の意見を聴取しても裁判所の結論を変更する余地はないであろう場合について、審尋が不要であると考える。

本稿では、まず、①仮の地位を定める仮処分の沿革を明らかにし、②旧民事訴訟法における規定及び実務運用に触れた上で、③現行民事保全法の制定経緯及び実務運用、④民事保全手続の特質及び制度面による手続保障を考察し、⑤手続保障の手段としての疎明責任の転換及び証明度について検討した上で、上記結論を導くことを試みる。

第２　仮の地位を定める仮処分の沿革

１　起源

仮処分制度は、起源としては、ローマの「新工停止告知」（operis novi nuntatio）にあるとされており[5]、直接的には、中世イタリアの「略式占有訴訟」（possessorium summariissimum）に由来するとされている。略式占有訴訟とは、不動産の占有の争いにおいて、訴訟を提起しようとする者または訴訟提起中の者が、裁判官に対して、自らが現在不動産を占有していることを明らか

3）山崎・前掲（注2））170-171頁、須藤典明＝深見敏正＝金子直史『民事保全［改訂版］』（青林書院、2008年）142-143頁、谷有恒「審理の手続⑵」東京地裁保全研究会編著『民事保全の実務　第３版　上』（きんざい、2012年）141頁。

4）加藤新太郎「民事保全の審理方式」中野貞一郎＝原井龍一郎＝鈴木正裕編『民事保全講座２――審理手続と効力』（法律文化社、1996年）６頁。

5）土地の所有者が、隣地の建築によって自分の所有権が侵害されると考えるときに、その建築工事の一時停止を内容とする暫定的な命令をもとめることができる制度である。林屋礼二「民事保全の史的考察」中野貞一郎＝原井龍一郎＝鈴木正裕編『民事保全講座１――基本理論と法比較』（法律文化社、1996年）11頁。

にした場合に、裁判官が、その相手方に対して現在の占有者に妨害を加えることを禁止するというものである。この略式占有訴訟は、次のような経緯で生じるに至った。すなわち、中世イタリアにおけるカノン法による訴訟手続では、形式的厳格主義が貫かれたことから、訴訟の遅延が問題となっていた。そこで、14世紀になって、教皇クレメンス５世は、いわゆるクレメンティナ・サエペ（Clementina Saepe）を定めた。この法律は、訴状を提出する義務に代え、口頭での弁論の許容を定め、また、裁判官の強力な訴訟指揮を認めて、１回または少数の期日においてすべての訴訟資料を処理し、事件が判決に熟すると裁判官にみえるときは直ちに判決を下すことができるよう権限を定めるなど、それまでの通常訴訟手続とは根本的に異なる訴訟規定を含むものであり、簡略化されたものであった。そして、このクレメンティナ・サエペを受け、略式手続の許容性が広がり、略式占有訴訟が生じるに至ったのである[6)]。

この制度は、現在の占有者に対してその暫定的地位の保全を図るものであり、今日の仮の地位を定める仮処分としての意味をもつものであった。その主眼としては、上記のとおり訴訟の迅速化を目指したものであった。その後、この略式占有訴訟がドイツに入っていき、ドイツ普通法における「略式訴訟」（regular summarischer Process）となる[7)]。

2　ドイツにおける発展

ドイツにおいては、上記のとおり、普通法時代に、「略式訴訟」（regular summarischer Process）制度のなかに、イタリアで生まれた略式占有訴訟が存在しており、これが仮の地位を定める仮処分に相当するものであった。

その後、1847年、ドイツ普通訴訟法の影響を受けて、ハノーバー一般民事訴

6）アルトゥール・エンゲルマン（小野木常・中野貞一郎編訳）『民事訴訟法概史』（信山社、2007年）335-336頁、341頁、松浦馨「略式訴訟の概念と本質（一）――手形訴訟・保全訴訟・督促手続の基礎――」法学協会雑誌77巻５号（1961年）７頁以下。

7）仮の地位を定める仮処分の歴史的淵源としては、フランス民事訴訟法第806条以下のレフェレの手続からの影響を指摘する見解もある。斎藤秀夫「労働争議と仮処分」『民事訴訟法学内外の視角』（有斐閣、1986年）286-287頁。

訟法（Allgemeine bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 4. 12. 1847）が成立する。同法においては、「仮処分は、法律で定められた場合のほか、訴訟の判決がでる前に当事者の一方に償うことのできない、ないしは、容易に償えない損害が生じるときにだけ行われる」（第205条）と規定されていた。

さらに、ハノーバー一般民事訴訟法の規定内容を受け継いだ、1850年のハノーバー民事訴訟法（Bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 8. 11. 1850）を経て、1866年には、ドイツ連邦のための一般的民事訴訟法の草案（いわゆるハノーバー草案、Entwurf einer allgemeinen Zivilprozessordnung für die deutschen Bundesstaaten von 1866）が作られた。同草案第736条においては、仮の地位を定める仮処分について、「仮処分は、争いある法律関係について仮の地位を定めるためにも許されるが、この定めが、特に継続する法律関係について、重大な損害を避けるため、もしくは急迫な強暴を防ぐため、またはその他の理由から必要と考えられるときに限る」と規定されている。同草案第731条においては、係争物仮処分の規定が置かれていた[8]ところ、同草案においては、仮の地位を定める仮処分と係争物仮処分とが峻別されて規定されるようになった。

そして、ハノーバー草案を受け、1877年、ドイツ民事訴訟法典（Die deutsche Zivilprozessordnung von 30.1.1877）が成立する。同法においては、まず、仮差押えについての規定が置かれている。審理の方式については、「裁判ハ口頭弁論ヲ経ズシテ之ヲ為スコトヲ得」（第801条第１項、現第921条第１項）として、口頭弁論を経るかどうかは選択的とした上で、「申請ニ関スル裁判ハ口頭弁論ニ基キテ為ス場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ之ヲ為ス」（第802条第１項、現第922条第１項）とされ、口頭弁論が開かれた場合には、判決によることを規定している。他方、仮処分については、「仮処分ノ命令及其ノ他ノ手続ニ付テ

8）「訴訟の目的に関する仮処分は、現状の変更によって一方当事者の権利の実現が不可能となるかまたはきわめて困難となる虞れがあるときに、許される」。

ハ仮差押ノ命令及仮差押手続ニ関スル規定ヲ準用ス。但シ以下数条ニ於テ異ル規定アルトキハ此ノ限ニ在ラズ」（第815条、現第936条）とした上で、「急迫ナル場合ニ於テハ裁判ハ口頭弁論ヲ経ズシテ之を為スコトヲ得」（第816条第２項、現第937条第２項）と定めている。かかる規定より、仮処分は、急迫な場合を除けば、口頭弁論を経て判決で裁判されることとなる。そして、係争物仮処分の規定とは別に、仮の地位を定める仮処分について規定が存在し、「仮処分ハ係争法律関係ニ関シ仮ノ地位ヲ定ムル為ニモ之ヲ為スコトヲ得。但シ其ノ定ガ殊ニ継続的法律関係ノ場合ニ於テ重大ナル不利益ヲ避ケ若ハ急迫ナル強暴ヲ防グ為ニ又ハ其ノ他ノ理由ニ基キ必要ト認メラレルトキニ限ル」（第819条、現第940条）とされている[9)]。もっとも、仮の地位を定める仮処分の審理について特別の方式が定められているわけではない。

ドイツ民事訴訟法における仮の地位を定める仮処分の制度は、上記のような経緯で形成されたものであり、由来は訴訟の迅速化を目指した14世紀イタリアのクレメンティナ・サエペにあった。その審理方式についていえば、係争物仮処分と仮の地位を定める仮処分とで規定上違いはなく、いずれも口頭弁論によることが原則とされている。この点、わが国の現行民事保全法のように、仮の地位を定める仮処分についてのみ、必要的審尋を原則とするという体裁にはなっていないのである。

第３　旧民事訴訟法における規定及び実務運用

１　民事保全法制の制定と改正過程

わが国の民事保全法制は、1877年のドイツ民事訴訟法第８編第５章の規定をほぼそのまま継受し、明治23年に制定された旧民事訴訟法第６編強制執行の第４章に、保全命令及び執行の手続を併せて規定された。仮の地位を定める仮処分については、「仮処分ハ争アル権利関係ニ付キ仮ノ地位ヲ定ムル為ニモ亦之ヲ為スコトヲ得但其処分ハ殊ニ継続スル権利関係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若ク

9）林屋・前掲（注5））18-23頁。

ハ急迫ナル強暴ヲ防ク為ニ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル」（旧民事訴訟法第760条）と規定され、1877年ドイツ民事訴訟法第819条とその体裁をほぼ同じくするものであった。その審理方式については、原則として判決手続で行い、急迫な場合には例外的に決定手続で行うことができ（同法第757条第２項）[10]、口頭弁論を開いて審理を行った場合には、判決手続で進行させなければならない（同法第742条第１項）[11] とされていた。旧民事訴訟法の第１編ないし第５編は、大正15年に改正されて昭和４年10月から施行されたが、その際には第６編強制執行の改正は見送られ、仮差押え及び仮処分の規定も当初のままの規定であった。

戦後、法務大臣の諮問を受けて、法制審議会に強制執行制度部会が設けられ、仮差押え及び仮処分の制度改正が検討されていた。しかし、そこでの検討は実務上支障がある点に限って最小限の改正を加えるという方針であり、主に仮差押え及び仮処分の執行手続についての検討が中心であった。そして、民事執行法（昭和54年法律第４号）の制定とともに、旧民事訴訟法第６編第４章に改正が加えられ、仮差押え及び仮処分の執行手続に関する規定が民事執行法第３章に規定され、旧民事訴訟法の仮差押え及び仮処分の執行手続に関する規定は全部削除された。その結果、命令手続が民事訴訟法に、執行手続が民事執行法に分かれることになり[12]、仮差押え及び仮処分の改正は中途半端なものとなっていた[13]。そこで、民事保全制度についての本格的な改正が志向される

10）旧民事訴訟法第757条第２項は、仮処分について、「右裁判ハ急迫ナル場合ニ於テハ口頭弁論ヲ経スシテ之ヲ為スコトヲ得」と規定しており、他方、旧民事訴訟法第741条は、「仮差押ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭弁論ヲ経スシテ之ヲ為スコトヲ得」と規定していたことから、仮差押えについては口頭弁論を開始しないことを原則とし、仮処分は口頭弁論を経ることを原則とし、ただ急迫な場合には口頭弁論を経ないですることができると解されていた。沢田直也「保全訴訟における口頭弁論と審訊」山木戸克己編集代表『吉川大二郎博士還暦記念　保全処分の体系　上巻』（法律文化社、1965年）233頁。

11）「仮差押ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭弁論ヲ為ス場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ之ヲ為シ其他ノ場合ニ於テハ決定ヲ以テ之ヲ為ス」。

12）三ケ月章『民事執行法』（弘文堂、1981年）472-473頁。

13）山崎・前掲（注2））１－２頁。

ようになった。

2　仮処分の本案化

他方、現実的な問題として、いわゆる「仮処分の本案化」という事態が発生しており、この事態に対処すべく、改正が必要的な状況にあった。

仮差押え及び仮処分の制度は、戦前においては、社会・経済体制があまり活発ではなかったことなどにより、それほど注目されていなかったが、戦後は社会・経済体制が一変し、経済活動が活発化し、国民の権利意識も高揚してきたことから、事件が急激に増加するようになった。特に、仮の地位を定める仮処分については、家屋明渡しの仮処分、賃金仮払いの仮処分、特許権等の侵害による商品の販売等の禁止の仮処分、プライバシーの侵害による出版物の差止めの仮処分など、多様な用いられ方がなされた。

しかし、前述のとおり、旧民事訴訟法においては、仮処分は、原則として判決手続で行い、急迫な場合には例外的に決定手続で行うことができ（旧民事訴訟法第757条第２項）、口頭弁論を開いて審理を行った場合には、原則として、判決手続で進行させなければならない（同法第742条第１項）とされていた。また、いったん口頭弁論を開くと再び決定手続に戻ることができず、その後口頭弁論を開く必要がなく審尋で足りる場合でも、すべて口頭弁論で審理をしなければならなかった。この場合には、厳格な審理方式を採らざるを得ず、本来的には仮差押え・仮処分事件に適さない制度によることとなった。具体的には、公開の法廷における審判の必要（憲法第82条、旧民事訴訟法第395条第１項第５号）、双方当事者に対する立会いの機会の保障（旧民事訴訟法第230条）、証人尋問等における交互尋問方式（同法第294条、第309条、第342条）、口頭弁論調書の作成及び裁判所書記官の立会い（同法第142条）、裁判書の様式の厳格性（同法第191条）などである。法廷の使用、各当事者ないし代理人の出頭、裁判所書記官の立会いのいずれに支障があっても期日を指定することができず、証人等の尋問、口頭弁論調書の作成、判決書の起案に多くの時間を要するため、手続の速さが本案訴訟と変わらない可能性があった[14)]。

そのため、一部の事件類型（労働、特許事件など）においては、手続が慎重化・長期化することになった。例えば、労働仮処分事件については、口頭弁論が開かれると、審理が本案訴訟並みとなり、準備的口頭弁論において詳細な準備書面を提出させ、多数の証人につき証人尋問を経て、詳細な判決が言い渡されることになった[15)]。具体的には、解雇の効力を争う地位保全事件について、被保全権利の要証事実が多く複雑化したため、口頭弁論を開いて終局判決がなされる例が増加し、決定で終局する事件の数を上回ることもあった。そして、一度口頭弁論を開いて判決で終局することになると、審理が本案訴訟並みに慎重化・長期化することになり、また、当事者も主たる戦場を仮処分の中に求める状況であった。仮処分は、実務上は、昭和53年から同62年までの統計資料によれば、98.6％が決定で行われており、95％は６ヶ月以内に命令が発せられていた。しかし、残る1.4％（年間200件前後）の、口頭弁論を開いて判決手続で行われる事件については、判決言い渡しまで、１年以内のものが51％、２年を超えるものが30％、３年を超えるものが18％という状態で、審理の遅れが顕著であった[16)]。これが、いわゆる仮処分の本案化現象である[17)]。

14）竹下守夫「決定による裁判の原則と手続権の保障」竹下守夫＝鈴木正裕編『民事保全の基本構造』（西神田編集室、1995年）64-66頁。このような規定が、異議事件に関し、本案訴訟を先行させて異議の審理を事実上停止する「本案待ち」や本案訴訟との併行審理という運用を生み出したといわれている。新堂幸司ほか「研究会　民事保全法の基本構造」ジュリスト969号（1990年）40頁。

15）沖野威「労働事件における本案訴訟と仮処分の役割」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新実務民事訴訟講座11』（日本評論社、1982年）６頁。

16）山崎・前掲（注2））26頁。

17）松浦馨「保全訴訟の本案化」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新実務民事訴訟講座14』（日本評論社、1982年）66頁は、保全訴訟の本案化とは、具体的には、①保全的措置にとどまらず満足的処置を命ずる、いわゆる満足・断行仮処分命令が発せられる現象、②保全訴訟のみ提起され、本案訴訟が提起されないという現象、③保全訴訟の手続が慎重になり長期化する現象、の３つの現象を指し、③の関係では保全訴訟の迅速性に違反しないかが問題となる、とする。本稿の本文中で用いている「仮処分の本案化」についてもこの③の意味である。

仮の地位を定める仮処分は、その結果によっては債務者に重大な影響を及ぼすことから、ある程度慎重に審理を行わなければならないことは確かであるが、他方で、債権者の現在の地位の危険や不安定を除去するために行われるものであるから、仮処分の本案の審理と同じ程度の時間がかかるのでは、制度として機能しているとはいいがたい。このような状況では、国民の裁判離れ、すなわち「司法の危機」という事態を将来することになるという危惧があった。そもそも、仮差押え及び仮処分の制度は、充実した審理を要請されるとともに、制度自体の本来的な趣旨として「迅速な審理」が要請されている。後述するとおり、略式訴訟たる保全訴訟においては、迅速性の要請が適正公平の要請に優先するのであって、このことは、仮の地位を定める仮処分においても同様である。したがって、保全命令の発令要件の疎明が困難であり、または保全命令が重大な影響を及ぼすものであっても、そのために迅速性を犠牲にして手続を長期化してはならない[18)]。そのため、抜本的な法改正が望まれていた。

3　民事保全制度の改正

仮差押え及び仮処分の改正については、昭和58年10月に法制審議会民事訴訟法部会において取り上げられた。学界及び実務界においては、民事裁判の遅延化の問題に焦点が当てられ、その迅速化のための実務上の解決策につき検討されるようになってきていた。そうした状況にあって、特に本案以上に審理の迅速化が要請される仮差押え及び仮処分の審理についてどのような実情にあるのかが注目されるに至った。仮の地位を定める仮処分についていえば、仮処分の本案化現象について制度論として抜本的な検討が必要であるとの気運が高まってきたのである[19)]。

旧民事訴訟法においては、仮処分について、上記のとおり、口頭弁論を経るのが原則であるかのような規定をしていた（旧民事訴訟法第757条第２項）。この点、実務では迅速性の要求から、債務者の言い分を聞く必要がある場合でも口

18）松浦・前掲（注17））78頁。
19）山崎・前掲（注2））３頁。

頭弁論を開く代わりに債務者の審尋で済ませるやり方が一般化していた[20]。そして、仮の地位を定める仮処分であっても、旧法においては、裁判所がどのような審理方式を選択するかについては、運用にゆだねられていた[21]。しかし、上記のとおり、制度上、一度口頭弁論を開くと判決によらざるをえなくなり、事件類型によっては審理が慎重化・長期化する事態が発生していた。かかる仮処分の本案化現象への対処の必要から、法改正が必要となったのである。

第４　現行民事保全法の制定とその運用について

１　現行民事保全法第23条第４項制定の経緯

現行民事保全法は、平成元年３月10日、第114回通常国会に閣法第40号として提出され、継続審議となり、最終的に、同年12月15日、第116回臨時国会において可決・成立し、同月22日、平成元年法律第91号として公布された。

新法の目的及び概要としては、第一に、仮差押え及び仮処分の命令を発するための審理及び裁判をすべて決定手続で行うこととし、充実しかつ迅速な裁判ができるようにすること、第二に、当事者恒定のための仮処分を中心に、個別の仮処分の要件、執行手続及び効力を明確化すること、第三に、旧法において規定が存しないことから不都合が生じていたものについて規定を設けて明確にすることが挙げられる。第一については、いうまでもなく、前述した仮処分の本案化に対処するための方策であった[22]。その結果、仮処分の審理方式については、旧法における必要的口頭弁論の原則から、任意的口頭弁論に変わり、裁判所の運用により口頭弁論による審理、審尋による審理（一方的審尋及び双方審尋）、書面による審理のいずれを選択することもできる。

この民事保全法案は、国会に提出された当初、仮の地位を定める仮処分の審理方式についても、従来どおり裁判所の運用にゆだねる内容であった。すなわ

20）谷口安平「民事保全における審尋」竹下＝鈴木編・前掲（注14））111頁。
21）山崎・前掲（注2））168頁。
22）山崎・前掲（注2））23-29頁。

ち、国会に提出された当初の法案においては、第23条につき、「係争物に関する仮処分命令は、その現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、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。」（第１項）、「仮の地位を定める仮処分命令は、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これを必要とするときに発することができる。」（第２項）、「第20条第２項の規定は、仮処分命令について準用する。」（第３項）と規定しており、現在の第４項に相当する規定は置かれていなかった。これは、旧法下においても、仮の地位を定める仮処分については、一般論としては密行性・緊急性の要請よりも、むしろ仮処分によって債務者の受ける打撃に対する顧慮を必要とする事案が多いところ、債務者に審尋の機会を与えることが原則化するに至っており、このような実務運用は民事保全法の下でも当然承継されるとの理解があったためである[23)]。

しかし、民事保全法案は、国会に提出された後、労働組合を中心に反対する声が上がり、一部修正が避けられない状況となった。その概要は、決定手続の導入をすることにより、労働仮処分の審理が十分に行われなくなることを危惧してのものが中心であった。国会における審議の中心は、民事保全法案が労働仮処分事件の審理にどのような影響を与えるかということであり、衆議院における議員修正及び衆参両議院における附帯決議もすべて労働仮処分の審理についての運用に関する要望であった[24)]。

民事保全法案第23条についていえば、概要以下のとおりの修正要求があった。すなわち、労働仮処分のように事案が複雑で当事者が対立する事件については、当事者双方に対等な立会いの機会が与えられなければならないが、これに適しているのは判決手続であり、決定手続による審理になると、当事者双方に対等な立会いの機会が与えられるという保障がなくなることになる。また、

23）原井龍一郎＝河合伸一編著『実務民事保全法［三訂版］』（商事法務、2011年）125頁［原井龍一郎］。

24）山崎・前掲（注2））３頁。

決定手続においても制度的には任意的に口頭弁論を開くことができるとしても、実際上の運用としてはそれが開かれなくなり、結局は、事案の解明が十分にされないまま拙速な審理及び裁判がなされるおそれがあり、これでは実質的には審理の拒否となり、労働事件は仮処分の手続から閉め出されるおそれがある。決定手続を採用するとしても、口頭弁論期日における審理が少なくなり、審理の中心は審尋になるが、複雑であり、かつ、当事者に重大な影響を与える労働仮処分等については、債務者に対して審尋の機会が与えられるとの制度的保障がされていない以上、問題がある、というものである[25)]。

上記の修正要求にかかる部分に関しては、仮の地位を定める仮処分について、旧民事訴訟法の下では、原則として従来から債務者の言い分を聴く機会を与える運用であったが、民事保全法案の下で様々な手続保障が明らかにされており、この点についても明確にするのが相当であるという理由から、衆議院において修正決議がなされ、現行民事保全法第23条第４項が加えられるに至った。

もっとも、民事保全法案第23条との関連で議論されているのは、そのほとんどが労働仮処分の問題である。そして、民事保全法第23条第４項の追加にあたっては、従来の運用と変わりがないとの理由以外に、当時の政治情勢では、第116回臨時国会の会期が終わった後そう遠くない時期に衆議院議員選挙が予定されており、法案の審議が未了に終わった場合には、廃棄となることが必至であり、法案を成立させるためには、一部修正がされることは避けられない状況にあったという事情が存在する[26)]。

上記のような経緯からすると、現行民事保全法第23条第４項は、真に必要に迫られて規定された条文であるというより、労働仮処分等の複雑事件における手続保障の確認規定的な意味合いが強いように思われる。したがって、裁判所の手続裁量は旧法と同程度に認められるものであるし、その運用にあたって柔軟な解釈が認められてよいものといえる。

25）第116回国会衆議院法務委員会議事録第５号（平成元年11月21日）２－６頁。

26）山崎潮『民事保全法の解説』（法曹会、1994年）93頁。

2　民事保全法第23条第４項ただし書の解釈

以上のような経緯により制定された民事保全法第23条第４項であるが、同項ただし書における「その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情があるとき」の解釈は、冒頭で述べたとおり、従来、呼出しを行うと債務者が侵害行為をする蓋然性が強く、被保全権利との関係で、債務者の事前の行為により仮処分命令の目的を達することができなくなる場合、債権者に重大な危険が切迫していて、審尋の期日を経ていたのでは時間的に債権者の危険が現実化してしまう場合等に限られる、とされてきた。また、その解釈については、債務者審尋の必要性が明文で定められた現行法の下では、債務者審尋を省略し得る場合は、実際上、従前よりも限定的に解する必要がある、とする見解もある[27)]。

3　実務上の運用及び民事保全法第23条第４項ただし書についての見解

⑴　実務上の運用

上記のとおり、民事保全法第23条第４項ただし書の解釈は厳格に行うべきであるとされており、審尋を行うのが原則であるとされている。

しかしながら、実務上はこれほど厳格に運用されていない例もある。例えば、目的動産を仮に引き渡すことを求める仮の地位を定める仮処分（断行の仮処分）の申立てにおいて、一定の緊急性があり、一定の密行性は要求される事案でありながら、当該の動産の具体的性質及び設置状況からすれば、直ちに搬出し、隠匿することが困難と思われる動産であっても、保全命令発令に際し審尋を要しない場合がある[28)]。例えば、所有権留保付売買契約において、買主が、売買代金を支払わなかったことから、売主が契約を解除した上で、目的動

27）瀬木比呂志「民事保全の申立てと審理に関する理論上、実務上の諸問題」東京地裁保全研究会『詳論　民事保全の理論と実務』（判例タイムズ社、1998年）42頁。これに対し、谷口・前掲（注20））111頁は、民事保全法第23条第４項制定後においても、「仮の地位を定める仮処分をなすにおいても債務者審尋さえなしに発することを例外的には認めているから、裁判所の裁量の幅は広い」とする。

産を仮に引き渡すことを求める事例がある。民事保全法第23条第４項ただし書について、高度の緊急性・密行性が要求される場合に限定的に解するとすれば、当該目的物件は、上記のとおり、直ちに搬出し、隠匿することが困難であるから、原則どおり債務者審尋の機会を設けるということになりそうであるが、債権者の主張及び疎明によって権利関係が明確であるという理由から、審尋を開かない、ということがある。また、直ちに搬出することが困難な動産の占有者が所有権者に無断で当該動産を第三者に転売したため、転買人を債務者として目的動産を仮に引き渡すことを求めるという事例がある。この事例からすると、転買人の即時取得（民法第192条）が問題となり、転買人たる債務者の言い分（即時取得の抗弁）を聞くべく双方審尋が想定される事案であるが、債権者が申立段階において占有者と転買人の関係等を示す客観的疎明資料から転買人の悪意を疎明した場合に、審尋を要せず保全命令が発令されることがある。

これらの例からすると、民事保全法第23条第４項本文が原則として審尋の機会を設けなければならないとし、同項ただし書が、例外的に、「その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情があるとき」に審尋の機会を設ける必要がないと規定しており、かつその解釈が限定的になされる、とされていることと、若干ズレがあるように感じざるを得ない。前述の事案のうち、前段の事例であれば、同項ただし書の解釈を限定的にするならば、債権者審尋の段階において、当該目的物件の性質及び設置状況を具体的に聴取の上、直ちに搬出し、隠匿することが困難であることが判断された場合には、審尋の機会を設けるのがその解釈に合致するということになろう。また、後段の事例においては、即時取得の主観的要件（悪意または重過失）の有無については、事柄の性質上、本来的には債務者を呼出しの上、事情を聴きとる必要があるべき事項のように思われる。このような事例からすると、必ずしも同項ただし書の解釈については高度の緊急性・密行性を要求するという厳格

28）なお、自動車、建設機械の断行仮処分については、審尋を要しない場合の典型例として挙げられることがある。瀬木・前掲（注27））41頁。これらは、物の性質上移動が容易であり、一度隠匿されてしまうと発見が難しいからであると考えられる。

な解釈が取られているわけではなく、実体的要件の疎明の確実性も相当程度重視されているように思われる。

この点、民事保全法第23条第４項ただし書の「その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情があるとき」との文言からすれば、単に、疎明が確実であるというだけで、何ら緊急性・密行性がない場合には、当然ながら審尋を要しないとすることはできないように思われる。もっとも、仮の地位を定める仮処分命令は、「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これを必要とするとき」に発令される（民事保全法第23条第２項）。したがって、その発令のためには、保全の必要性との関係で一定の緊急性・密行性が要求される[29]のであって、何ら緊急性・密行性が要求されない事案はそもそも発令の要件を満たさない。実際には、上記の事例のように、高度の緊急性、密行性がなくとも、一定の緊急性・密行性があり、被保全権利の疎明が確実である場合にも、審尋を経ることなく保全命令が発令されてもよいのではないかと思われる[30]。事案によっ

29）仮の地位を定める仮処分における保全の必要性の判断については、鈴木正裕「仮の地位を定める仮処分と保全の必要性」山木戸・前掲（注10））195頁以下。

30）この点、瀬木・前掲（注27））40-42頁は、民事保全法第23条第４項ただし書に該当する、「債務者審尋を行うことにより債務者が執行妨害を行い、仮処分の申立ての目的を達することができなくなるおそれが高い場合」、「債権者に重大な危険が切迫していて、債務者審尋を待っていたのではそれが現実化してしまうような場合」として、具体的には、（ア）債務者審尋を行うことにより仮処分の申立ての目的を達することができなることがある程度定型的に予想される類型の仮処分について、裁判所がただし書の要件を満たしていると判断した場合、（イ）明白な執行妨害の可能性があり、あるいはそのおそれが現実化している場合、（ウ）債務者が現に重大な違法行為を行っていることが明確に疎明され、かつこれについての正当な弁解がおよそ考えられず、債務者審尋を行うことが無意味であるような場合、（エ）債務者が以前に関連しかつ類似した（実質的にはほぼ同一の）内容の申立てについて債務者審尋の機会を与えられている場合、を挙げる。このうち、（ア）及び（イ）については、確かに、高度の緊急性、密行性が要求される場合であるが、（ウ）及び（エ）は常にそのような場合であるとは限らず、むしろ、債務者の手続保障の必要がない場合であるように思われる。このような例からも、審尋を不要とされるのは、必ずしも高度の緊急性、密行性が要求される事案のみではないといえる。

ては、それまでの交渉経過から、債務者の言い分が明らかとなっており、その内容に全く理由がない、あるいは、債権者が交渉しようとしても債務者が全く反応しないという場合で、被保全権利の成立に争いがないものの、必ずしも高度の緊急性・密行性が要求されているわけではない、ということがあり得る。例えば、適法な決議のなされた建物の大規模修繕工事において、ある一区画の権利者のみが、従前の交渉経過から全く正当な理由なく工事に必要な立ち入りを拒むような事案において、債権者としてはその部分を避けて工事をすることは物理的には可能であるものの、全体の工期との関係で迅速な権利実現を望む、といった場合があり得る。このような事案において、工事の妨害禁止の仮処分を申し立て、審尋期日を設けたとしても、期日が空転する可能性が高く、他方で債権者の迅速な権利実現が阻害される可能性がある。

⑵　民事保全法第23条第４項ただし書についての見解

この点、松浦馨教授は、民事保全法第23条第４項ただし書に関する議論において、一定の緊急性があることを前提に、民事保全の略式訴訟性から、債権者の申立てに十分な証明があり、双方審尋をしても結論が変わらないという場合には、双方審尋をする必要はない、とされる。このような松浦馨教授の見解に対しては、鈴木正裕教授から、同項本文は、債権者側の言い分を聞き、疎明としては100パーセント成り立つ場合でも、一度は債務者の言い分も聞く機会を設けるべきであることを定めたものである、との指摘がなされている。これに対し、松浦馨教授は、それは通常訴訟の理論であり、略式訴訟における迅速性の要請からは、双方審尋を開いても結論が変わらない場合には、審尋は不要であると主張される[31)]。

また、加藤新太郎判事も、仮の地位を定める仮処分の申立てにおいて、高度の緊急性・密行性が要求される場合のほかに、債権者の疎明の程度が確実であり、債務者の意見を聴取しても裁判所の結論を変更する余地がないであろうと

31）新堂ほか・前掲（注14））18-20頁。

思われるような場合につき、迅速性の要請が優越してよいとして、債務者審尋は不要であるとされる。これは、民事保全法第23条第４項ただし書が、債務者の手続保障よりも仮処分命令の固有の論理（迅速性、緊急性、密行性）が優越する場合には、審尋の機会を設けなくともよいという例外的取扱いを許容したものである、との解釈に基づくものである[32)]。

これらの見解は、いずれも民事保全の特質である迅速性をより重視するものであって、従来の民事訴訟法第23条４項ただし書きの解釈を一歩進めた見解であるといえる。筆者もかかる見解に賛成するものであるが、以下に民事保全の特質及び制度面からかかる見解を正当化できるかを検討するとともに（第５）、松浦教授のいう「債権者の申立てに十分な証明があり、双方審尋をしても結論が変わらないという場合」、加藤判事のいう「債権者の疎明の程度が確実であり、債務者の意見を聴取しても裁判所の結論を変更する余地がないであろうと思われるような場合」がどのような場合かの検討を行う（第６）。

第５　民事保全の特質及び制度面からの正当性

１　民事保全の特質からの正当性

⑴　密行性及び暫定性

民事保全の特質として「迅速性」「密行性」「暫定性」が挙げられる[33)]。現行民事保全法の下では、前述のとおり、審理方式については裁判所の裁量にゆだねられているところ、審理方式を定めるにあたっては、これらの特質が指導理念となる[34)]。

このうち迅速性と密行性は民事保全がその本来の機能を全うするために要求される特性である。暫定性はそれ自体が民事保全制度における本来の要求であ

32）加藤・前掲（注4））19-20頁。

33）原井＝河合編著・前掲（注23））３－５頁［河合伸一］、深見敏正「民事保全の特質」東京地裁保全研究会編著・前掲（注3））14-15頁。

34）谷口・前掲（注20））107-109頁。

るのではなく、迅速性と密行性が実現される代償として必要となる性質である。この点、仮の地位を定める仮処分においては、金員の支払や地位の保全、さらに、請求権の仮定的な満足を得させる処分（満足的仮処分）もあるが、これらの仮処分の結果は、あくまでも仮定的なものであり、これによった事実状態・法律状態は、本案訴訟では斟酌されない[35]。暫定性はかかる意味において発現する。

また、民事保全の審理方式において、密行性の要請をどの程度満たすべきであるかは、迅速性の要請とのバランスから適当な選択がなされなければならず、また、密行性の要請がなくなっても迅速性の要請はなお存在する[36]とされている。例えば、保全異議の段階において、双方審尋が必要的とされているが、裁判については決定手続が採られ、迅速性を重視していることが挙げられる。

⑵　迅速性

そうすると、民事保全手続の特質として、最も本質的なものは、迅速性である。松浦教授は、「迅速性は略式訴訟のモットーであり、生命であり、これを欠いた略式訴訟はすでに死んだものである」とされる[37]。この点、民事保全手続は、訴訟のカテゴライズにおいて、いわゆる略式訴訟に属するものとされ

35）原井＝河合編著・前掲（注23））３頁［河合伸一］、最判昭和35年２月４日民集41巻１号56頁。なお、いわゆる満足的仮処分が、仮処分の暫定性に反するのではないかという問題については、損害賠償請求等の法律上の原状回復の可能性がある限りこれに反しないとするか、仮処分の暫定性は、仮処分の法律上の効力が暫定的であるという意味にとどまるとしてこれに反しない、とするのが現在の通説である（西山・前掲（注1））15頁）が、萩屋昌志「『満足的仮処分』の許容性」龍谷法学24巻１号（1991年）43頁、藤田耕三「満足的仮処分再論」原井龍一郎先生古稀祝賀論文集刊行委員会編『改革期の民事手続法　原井龍一郎先生古稀祝賀』（法律文化社、2000年）574-575頁は、本案訴訟の遅延によって被るおそれのある不利益から、本案訴訟に代替する機能を仮処分に担わせることによって債権者を保護すべきである、という実践的価値判断から導かれるものであるとする。

36）谷口・前掲（注20））108-109頁。

37）松浦馨「略式訴訟の必要性とその性格」民事訴訟雑誌11号（1965年）23頁。

ている[38]のであって、このことに今一度目を向ける必要がある。略式訴訟とは、被告の防御方法の制限、疎明、形式的迅速化方法による迅速な訴訟追行を目的とする訴訟であるところ、具体的には、証書・手形訴訟、民事保全、督促手続、少額事件などがこれに含まれる[39]。

「略式訴訟」という概念は、現在わが国の法律上用いられているものではない。しかし、手続の分類としては、その沿革上も、また、裁判手続を選択するにあたっての考え方としても有用であるように思われる。松浦教授によれば、通常訴訟では、適正公平と迅速とが衝突するときは適正公平を優先させ、適正公平な裁判を下すために必要な審理を遂げなければならないとされるのに対し、略式訴訟においては、迅速の要請が追求されなければならず、迅速の要請と適正公平の要請とが衝突するときは、前者を優先させなければならない[40]。具体的には、略式訴訟においては、被告の防御方法の制限（被告を全く審尋しない場合と、審尋は一応するが制限的にする場合とがある）、疎明による裁判、形式の簡略化によって迅速性の実現を図ろうとする。この迅速性の実現にこそ、通常訴訟と異なる、略式訴訟の存在意義がある。そして、迅速の程度を決するのは、債権者のその事件の審理についての迅速処理への要求が基準になるのであって、債務者の応訴の都合、裁判所の事件処理上の都合、請求や当事者の性質・規模が基準になるわけではない[41]。このことは、歴史的沿革、現行ドイツ法制定の経緯、迅速処理の必要等から、仮の地位を定める仮処分についても変わることなく、妥当する[42]。また、前述したとおり、現行民事保全法の制

38）河野正憲「民事訴訟法」（有斐閣、2009年）862頁。

39）松浦馨「民事保全の基本構造」中野ほか編・前掲（注5））46頁。

40）松浦馨「保全処分の機能と保全手続の構造」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新実務民事訴訟講座14』（日本評論社、1982年）37-38頁。また、谷口安平「手続法からみた北方ジャーナル事件」ジュリスト867号（1986年）40頁は、民事保全手続はもともといわゆる参加テーゼが採用されている手続では必ずしもなく、緊急性・密行性の要求が強い場合には一方的な申立てに基づき相手方に何ら防御の機会を与えないまま強制力を発動することが予定された手続であることを指摘する。

41）松浦・前掲（注39））49頁。

定の主眼が、仮処分の本案化に対処すべく決定手続を採用して、その審理方式を柔軟にし、裁判の迅速化を図ろうとした点にあることからすれば、現行法制定の趣旨からみても迅速性の観点が重要である。

裁判手続を申し立てる側としては、手続の選択において、一つの基準として略式訴訟に属する類型を用いるか、通常訴訟手続を用いるかを検討することになる。迅速な紛争処理を望むのであれば、略式訴訟を用いることになり、紛争解決の方法によっては、民事保全の制度が選択される。民事保全の制度を選択する場合には、債権者は相当程度の立担保を覚悟しなければならないのであり、それでもなお迅速解決のための手段を選択するのであれば、裁判所としてはその意図を組み入れるべきであろう。そして、このような債権者の迅速処理への要求が、その審理方式においても重視されるべきである[43)]。

前述のとおり、仮の地位を定める仮処分もまた略式訴訟手続の一つであることからすれば、やはり、債権者が要求するところの迅速性が重視されるべきであり、手続保障の側面が一歩後退することも正当化されるのである。債務者審尋についていえば、債権者の主張・疎明から、審尋を行う必要がないにもかかわらず、一応話を聴いてみるためだけに債務者審尋の機会を設ける、というのは、迅速性の要請に悖るとすらいえる。

以上のように、民事保全の特質の観点からは、前述した松浦説及び加藤説が正当化される。

2　民事保全法における制度面からの正当性

また、民事保全法上は、以下のように、債務者に対する種々の手続保障に関する制度が存在する。これらの制度も、仮の地位を定める仮処分において債務

42）松浦・前掲（注39））37-48頁。

43）なお、菊池章「審理の方式⑴――決定主義、任意的口頭弁論、面接、審尋」判例タイムズ1078号（2002年）31頁は、期日の切迫の理由が債権者側に帰因する場合（抵当権実行禁止の仮処分において、売却許可決定ぎりぎりまで債権者が何らの行動をとらずに放置していたような場合等）には、債務者審尋の要否を慎重に検討すべきであるとする。

者審尋を不要とすることを正当化する根拠となり得る[44)]。

⑴　担保

民事保全法における担保（民事保全法第14条第１項）は、保全命令やその執行等が違法なものであった場合に、これによって生じた損害の賠償の用に供するための制度である。すなわち、民事保全手続においては、これまで述べたとおり一方的審尋のみで保全命令が発令されることもある。疎明に基づく迅速な判断は民事保全の緊急性の要請に応えるものであり、また、債権者審尋のみで保全命令が発令されることは密行性の要請にも沿うものであるが、保全命令はあくまで暫定的なものであって、被保全権利の存否の確定は、本案の裁判にゆだねられている。そして、後の本案訴訟において、被保全権利の存在が否定された場合であっても、保全命令が発令され、保全執行が完了すると、損害を被ることがある。かかる損害は債権者の保全命令の申立てに起因するものであるから、債務者は債権者に対し、損害賠償請求をすることができる。民事保全法における担保は、疎明に基づいて迅速に行われる民事保全手続に起因する損害賠償の担保として機能するものである[45)]。

そして、担保の額については、被保全権利の額及び性質、目的物の価額・種類及び流通性の程度、被保全権利及び保全の必要性の疎明の程度、当事者双方の職業・信用や財産状態、債務者が受ける苦痛の程度等、及び発せられる保全命令の内容が検討要素となる[46)]。

44）このほか、谷口・前掲（注20））110頁は、債権者審尋において保全の要件の存否について確かめることが債務者のための手続保障としての意味をも持ち得る、とする。また、谷口・前掲（注40））39-40頁は、民事保全の暫定性についても手続保障の一つのあり方であると捉えている。

45）竹下守夫＝藤田耕三編『民事保全法』（有斐閣、1997年）79-80頁［笠井勝彦］。

46）原井＝河合編著・前掲（注23））203-204頁［華学昭博］。

⑵　保全異議

保全異議（民事保全法第26条）は、保全命令ないしはその申立ての当否について、同一進級の裁判所に再度審理を求める不服申立方法である。保全命令は、緊急性・密行性の要請から、債務者が審理に関与することなく発せられることが多く、債務者審尋の機会が設けられても、発令までの審理には制約が伴う。そのため、債務者に対する審級の利益を保障するため、少なくとも一回は口頭弁論または双方審尋期日を経なければならないとしている（同法第29条）。このような保全異議における対審による審理の機会の保障もまた、債務者に対する手続保障の制度である。

また、さらに、保全異議の申立てについて裁判所に対して不服のある債務者は、上訴として保全抗告をすることができる（同法第41条）。保全抗告審においても、当事者双方が立ち会うことのできる審尋期日を少なくとも一回は経なければならない（同法第41条第４項・第29条）。

⑶　保全執行の停止の裁判

保全異議が申し立てられてもそれだけでは保全執行は停止されない。そこで、保全異議を申し立てた債務者は、保全執行の停止の裁判の申立てをすることができる[47)]。裁判所は、債務者によって、保全命令の取消しの原因となることが明らかな事情及び保全執行により償うことができない損害を生ずるおそれについて疎明がなされた場合に、立担保を条件として、保全命令の執行停止を命じることができる（民事保全法第27条第１項）。

47）なお、後に触れるいわゆる北方ジャーナル事件判決においては、審尋を要しないとした理由として、「けだし、右のような要件を具備する場合に限つて無審尋の差止めが認められるとすれば、債務者に主張立証の機会を与えないことによる実害はないといえるからであり、また、一般に満足的仮処分の決定に対しては債務者は異議の申立てをするとともに当該仮処分の執行の停止を求めることもできると解される（最高裁昭和23年（マ）第３号同年３月３日第一小法廷決定・民集２巻３号65頁、昭和25年（ク）第43号同年９月25日大法廷決定・民集４巻９号435頁参照）から、表現行為者に対しても迅速な救済の途が残されているといえるのである。」とする。

異議による執行停止のための審理は、当初の仮処分執行後早い時期になされうる点で最初から相手方を審尋するのとあまり変わらない効果が得られるとされる[48]。したがって、債務者としては、かかる執行停止の裁判の申立てにより、債務者審尋を経たのと同程度の手続保障を得られる。

⑷　原状回復の裁判

断行の仮処分等において、債権者がすでに物の給付や金銭の支払を受けている場合において、保全命令が取り消された場合には、もとの状態に戻すには債権者から債務者への逆の給付が必要となるが、仮差押えや係争物仮処分の場合と異なり、保全命令取消しの決定では賄えない。そこで、このような場合には、別個の債務名義による原状回復が必要なとなるが、別訴等の手続によらなければならないとすると、債務者の救済として不十分であり、公平ではない。そのため、債務者が簡易に原状回復をはかることができるようにすべく、原状回復の裁判の制度が設けられている（民事保全法第33条）[49]。

⑸　損害賠償請求

被保全権利または保全の必要性が存在しないにもかかわらず保全命令が発せられ、または執行された場合に、債権者に故意または過失があれば、債務者は、不法行為として、それによって生じた損害の賠償を債権者に対して請求することができる（民法第709条）[50]。

3　小括

以上のように、迅速性の要請からは、民事保全における債務者の手続保障は、一歩後退しており、また、民事保全法上債務者に対する種々の手続保障の方策が採られている。したがって、迅速性を重視する松浦教授及び加藤判事の

48）谷口・前掲（注40））40頁。
49）原井＝河合編著・前掲（注23））482頁［清水正憲］。

見解は、民事保全法の特質及び制度面から正当化されるものであるといえる。

第６　債務者審尋を不要とする「疎明の確実性」

１　債務者審尋による手続保障と疎明責任

もっとも、松浦教授も加藤判事も民事保全手続における手続保障を軽視するものではない。松浦教授のいう「債権者の申立てに十分な証明があり、双方審尋をしても結論が変わらないという場合」や加藤判事のいう「債権者の疎明の程度が確実であり、債務者の意見を聴取しても裁判所の結論を変更する余地がないであろうと思われるような場合」とは、いうまでもなく債務者の手続保障に配慮した要件であろう。

この点、債務者の言い分を聴取する機会を与えることが、債務者の手続保障に資することは異論をまたないところであろう。具体的な保全手続の審理について、疎明責任の点から考えてみると、債権者において、民事訴訟における証明責任を負う事実と同様に主張・疎明することで足りるとするならば、債務者

50）なお、上田徹一郎「不当保全処分と損害賠償責任」竹下＝鈴木編・前掲（注14））194頁は、不当保全処分における損害賠償責任について、仮差押え及び係争物仮処分においては、保全命令発令の手続では書面及び債権者一方審尋の疎明手続であり、債務者の手続保障は決定に対する不服申立手続の段階で配慮されるにとどまるから、両者の公平関係を実現すべく、債権者の過失について法律上の推定を認めるべきであるとする。他方、仮の地位を定める仮処分については、保全命令手続において債務者審尋を行うのが原則であることから、債務者の手続保障及び債権者との手続保障上の平等関係が回復され、さらに不服申立手続での手続保障が加わることから、不当保全処分の賠償責任は過失責任であるべきであるとする。この説の論拠においては、保全命令手続における審尋の有無が重要な要素であるから、仮の地位を定める仮処分において審尋を経ないときには、債権者債務者間の手続的平等がない、ということになり、債権者の過失について法律上の推定を認めるべきであるとする方向になると思われる。その意味で、単純に保全命令の類型によってのみ過失責任の考え方が変わるものではなく、保全命令手続における具体的な債務者に対する手続保障のあり方が影響するものと思われる。もっとも、このような考え方は、具体的な保全手続及びそこから派生する損害賠償責任を総合的に捉えて考察するものであって、債務者の手続保障のあり方を示すものである。

審尋を経ない場合においては、民事訴訟において相手方が証明責任を負うべき事実については、審理がなされないまま、保全命令が発令されることになる。このように民事保全手続の疎明責任の問題に目を向けると、手続保障の観点からは債務者審尋が重要であるように思われる。

しかし、はたしてそれが唯一の方策であろうか。手続保障の手段として、債務者審尋に代わる方策があってもよい。すなわち、債務者審尋を行わずとも、債権者から債務者が主張すべき事実について、その事実の不存在や不成立を主張・疎明させることで、債務者審尋の代替になるともいえる。そこで、債務者審尋の代替としての、疎明責任の転換による手続保障を検討してみたい。

2　北方ジャーナル事件について

この点、旧法下の判例であるが、公共の利害に関する事項についての表現行為の事前差止めを仮処分によって命ずる場合に、審尋を要しない場合があることを示したものとして、いわゆる北方ジャーナル事件判決（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）がある[51)]。同判決は、「事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当である。」とした上で、「ただ、差止めの対象が公共の利害に関する事項についての表現行為である場合においても、口頭弁論を開き又は債務者の審尋を行うまでもなく、債権者の提出した資料によつて、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であり、かつ、債権者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があると認められるときは、口頭弁論又は債務者の審尋を経ないで差止めの仮処分命令を発したとしても、憲法21条の

51）北方ジャーナル事件判決については、加藤和夫『最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度』278頁、竹田稔「北方ジャーナル事件判決の民事上の諸問題」ジュリスト867号（1986年）12頁、須藤典明「北方ジャーナル事件大法廷判決について」法律のひろば39巻10号（1986年）9頁、小林秀之「出版差止め仮処分と口頭弁論・債務者審尋の要否」法学セミナー388号（1987年）94頁、山口いつ子「ネット時代の名誉毀損・プライバシー侵害と『事前抑制』」論究ジュリスト1号（有斐閣、2012年）50頁参照。

前示の趣旨に反するものということはできない。」と判示する。上記判示は、名誉毀損文書の事前差止めを求める仮の地位を定める仮処分申立につき、札幌地方裁判所が、審尋をすることなしに保全命令を発令した、という事案に関し、仮処分の債務者が原告となって提起した国家賠償請求訴訟事件及び仮処分の債権者に対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟事件についてなされたものである。この仮処分については、仮処分命令申立日から、出版予定日まで約１週間の期間があり、債務者審尋の期日を指定することは十分可能な事案であった。

上記の審尋を要しない場合に関する判示部分は、名誉毀損文書の事前差止請求権の実体的要件につき、立証責任の転換を図ったものといえる。すなわち、上記事件にかかる仮処分命令申立事件の被保全権利は、名誉毀損文書の事前差止請求権であるが、その実体的要件については、①名誉毀損文書であること、②公共の利害に関するとしても、表現内容が真実でないこと、または公益を図る目的でないこと、及び③被害者が重大で著しく回復困難な損害を被るおそれがあることである。そして、「刑事上及び民事上の名誉毀損に当たる行為についても、当該行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為には違法性がなく、また、真実であることの証明がなくても、行為者がそれを真実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべ」きとされている（最大判昭和44年６月25日刑集23巻７号975頁、最判昭和41年６月23日民集20巻５号1118頁参照）ところ、名誉毀損文書の事前差止請求権の要件事実は、①及び③については請求原因事実、②については抗弁事実と捉えられる。したがって、本来的には、差止めを求める側が、①及び③を主張・立証し、②が相手方から主張・立証されなければ、差止めが認容されることになる。民事訴訟における主張・立証責任の分配は、後述するとおり、当事者対立構造のもと当事者双方から主張・立証がなされることを前提として、公平の観点から定められている。そして、民事保全手続における主張・疎明責任の分配が、民事訴訟における主張・立証責任と同様であるとする

と、仮処分手続において、債権者に①及び③を主張・疎明させただけで、債務者に②を主張・疎明する機会を与えずに仮処分命令を与えることとしたならば、手続保障の観点から問題があろう。そこで、手続保障の一手段として、双方審尋を行わない代わりに、抗弁事実の不存在についても債権者に主張・疎明責任を負わせることが考えられる。上記判示は、まさにそのような考慮のもと、②についての主張・立証責任の転換を行ったものといえよう[52)]。

上記判決は、旧法下における判示ではあるが、仮の地位を定める仮処分について、審尋を開くことなく保全命令を発令することを一定の要件のもとで認めたというものであって、そのインパクトは大きい。そして、同事件については、同事件のもととなった仮処分命令申立事件以前にも、同じ債務者について同種事案が多数係争化しており、同事件以前の仮処分命令申立事件においては、債務者審尋を行った上で仮処分命令を発令していることなど、特殊な事情があったことを前提とした判示であるとの評価がなされている[53)]。しかし、上記のように、疎明責任の転換を行うことによって、審尋を行うことの代替的手続保障を図るという方法については、一般論として他の事例にも応用することができるのではないか[54)]。そこで次に、民事保全制度における疎明責任について検討した上で、疎明責任の転換を行うことによる代替的手続保障の可能性について論じる。

52）谷口・前掲（注40））40頁。

53）新堂ほか・前掲（注14））17頁、笠井正俊「仮の地位を定める仮処分(1)――審尋の要否」上原敏夫＝長谷部由起子＝山本和彦編『民事執行・保全判例百選［第２版］』（有斐閣、2012年）185頁。

54）山崎潮監修・瀬木比呂志編集『注釈民事保全法　上　１条～42条　総則／保全命令に関する手続』（民事法情報センター、1999年）321頁［近藤昌昭］は、民事保全法第23条第４項ただし書に該当する場合について、執行妨害がなされる蓋然性が強く、密行性を保つ必要性が特に高い場合のほか、時間的余裕のない場合で、「債権者側に生ずる損害が著しく重大であり、かつ、被保全債権の疎明も十分にあり、債務者に相当の悪性が認められるような場合」がこれに該当することを指摘し、北方ジャーナル事件判決の判旨が参考になることを指摘する。

３　疎明責任の転換による代替的手続保障

⑴　民事訴訟における証明責任

この点、民事訴訟においては、請求の当否を判断するためには、権利または法律効果の発生、障害、消滅を定める法規の法律要件に該当する事実の存否を確定することが必要である。この事実が真偽不明の場合に、法の適用により権利または法律効果が存在するか否かの判断を裁判官に可能にする規範が要請される。これが証明責任規範であり、当事者の側からみると、事実が真偽不明の場合には、いずれか一方の当事者が、その事実を要件とした自己に有利な法律効果の発生が認められないことになる危険または不利益（証明責任）を負わされているとみることができる[55)]。

そして、この証明責任は、伝統的には、(a) ある権利または法律効果の発生を根拠づける法律要件要素は、その権利または法律効果を主張する当事者に、(b) 権利または法律効果の発生の障害を定める法規の法律要件要素は、権利または法律効果の存在を争う当事者に、(c) 権利または法律効果の消滅を定める法規の法律要件要素については、権利または法律効果の存在を争う当事者に、それぞれ分配されるとされている。また、主張責任についても証明責任の分配に従うとされている。

かかる証明責任の分配は、当事者間の公平の観点から定められている。そして民事訴訟の審理においては、当事者対立構造が保障されているところ、証明責任の分配については、当然に、当事者対立構造を前提として定められている。

⑵　民事保全における疎明責任

それでは、民事保全手続においても、民事訴訟における上記のような主張・立証責任の分配が妥当するか。民事訴訟とは異なり、民事保全手続においては必ずしも当事者対立構造が保障されているものではない。法は、一方的審尋の

55）新堂幸司『新民事訴訟法［第５版］』（弘文堂、2011年）602頁。

みで保全命令が発令されることも予定しているのである。このような民事保全手続の審理構造においても、公平の観点から分配される民事訴訟の主張・立証責任がそのまま当てはまるのであろうか。

この点については、学説上対立がみられる。まず、保全手続における主張・疎明責任の分配は本案訴訟における主張・立証責任の分配と異ならないのであって、各当事者は本案訴訟において主張・立証責任を負う事実について、保全手続においても主張・疎明責任を負う、とする説がある（証明責任分配原則肯定説）[56]。この説は、証明責任の分配は実体法に基づくものであって、手続態様の如何を問わず妥当すべきであること、本案訴訟における立証責任よりも重い疎明責任を債権者に課するのは、効果的な権利保護の要請に反し、不当であるといったことを理由とする。

これに対し、民事保全手続においては、本案訴訟における証明責任分配の原則がそもそも適用されないとする説がある（債権者の主張・疎明責任拡張説）[57]。この説は、裁判が口頭弁論に基づきなされる場合にも証明責任分配の原則が適用されないというものであるが、憲法上の審問請求権の保障や、公平・武器対等の原則を理由とするものである。すなわち、口頭弁論や債務者審尋を行わずに発令される保全命令については、法的審問なしに裁判がなされるのであるから、債務者が何ら主張する機会をもたない権利障害事実や権利消滅事実の不存在についても、債権者において主張・疎明責任を負わなければならない、また、口頭弁論または債務者審尋がなされる場合であっても、債権者には主張・疎明のための準備の時間的余裕があるのに対し、債務者には同じだけの準備時間がないから、当事者間の機会の対等が存在せず、債務者を審尋しない場合と同様に取り扱われなければならない、とするものである。

他方、証明責任の分配原則は、口頭弁論または債務者審尋がなされる場合に

56）岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編［第４巻］』（有斐閣、1961年）134頁、西山・前掲（注1））97頁。

57）野村秀敏「保全命令手続における主張・疎明責任」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進　中』（判例タイムズ社、1994年）541頁以下。

は、本案訴訟の場合と同様であるが、口頭弁論または債務者審尋がなされない場合には、事情からみてもっともと思われる抗弁や抗弁権の不存在を含め、すべての請求権の要件について債権者が主張・疎明する必要があるとする見解もある[58]（折衷説）。

さらに、債権者の陳述のなかに、債務者の抗弁の存在について具体的な手がかりが含まれており、債務者が手続に関与させられず、かかる債権者には抗弁を排除する事実の陳述が期待できる場合には、信義則に基礎を置く具体的陳述責任が債権者に生じ、抗弁の存在を窺わせる手がかりにつき、具体的に事実を陳述して排除しなければならない、との見解もある（場合分け説）[59]。

この点、証明責任の分配は各実体法規について客観的に定まっているのであって、保全処分の発令手続においても民事訴訟の証明責任が妥当するとみてよい。また、民事保全法は、仮の地位を定める仮処分を含め、債務者を審尋しない場合を認めており、これは、債権者の一方的主張・立証だけで、被保全権利についてその発生について主張・立証がありさえすれば保全命令を発することを認めているのである[60]。したがって、疎明責任の所在は民事訴訟と変わらないはずである。この点で、債権者の主張・疎明責任拡張説は採り得ない。

もっとも、民事訴訟における証明責任の分配については、上記のとおり、当事者対立構造を前提としているものと考えられる。当事者対立構造において、一方当事者にあらゆる法律要件要素について証明責任を負わせるのが不公平であることから、証明責任の分配がなされるのである。そして、証明責任の分配がなされた当事者は、各々が手続に関与して、主張立証活動を行う。しかし、民事保全手続において、一方当事者のみの審尋で保全命令を発令しようとする

58）柳川眞佐夫『新訂保全訴訟　仮差押仮処分』（酒井書店、1954年）208-209頁。

59）松本博之「民事保全における疎明責任とその分配」中野ほか編・前掲（注4））54頁。民事保全手続における疎明責任の学説につき、竜嵜喜助「保全訴訟における主張・立証責任」丹野達・青山善充編『裁判実務大系４　保全訴訟法』（青林書院、1998年）54頁以下、野村秀敏『民事保全法研究』（弘文堂、2001年）３頁。

60）西山・前掲（注1））97頁。

場合にはこのような前提を欠き、債務者の手続保障の観点からの配慮が必要になるといえよう。したがって、証明責任分配原則肯定説を貫くことにも問題がある。

そうすると、方向性としては、折衷説または場合分け説で考えることになろうが、この点については、保全命令の種類・内容によって異なるように思われる。

すなわち、仮差押えや係争物に関する仮処分については、執行保全のための措置を命ずるにとどまるから、債務者の利益は保全異議の手続によって回復することが可能であり、また、損害についても立担保によってカバーできるといえる。したがって、保全命令の審理段階での手続保障の程度も相対的に下がるといえる。また、そもそも法文上、仮の地位を定める仮処分と異なり、債務者審尋を原則とはしていない。そこで、債権者の疎明については、債権者の陳述のなかに債務者の抗弁の存在について具体的な手がかりが含まれる場合に、その不存在の疎明を求めることで足りる。すなわち、場合分け説で考えるのが妥当である。

他方、仮の地位を定める仮処分については、法律上原則として債務者審尋を必要としているのであり、債務者への打撃が大きいケースもあることから、債務者に対する手続保障への配慮がより要求される。したがって、債務者審尋を経ずに仮処分命令を発するためには、債務者の手続保障の代償として、事情から見てもっともと思われる抗弁や抗弁権の不存在を含めてすべての請求権の要件について債権者が主張・疎明する必要があるものと考える。すなわち、仮の地位を定める仮処分においては、債務者の手続保障への配慮から、折衷説で考えるべきである。債権者には重い負担を課すことになるが、法が原則として債務者審尋を要求していることとのバランスからすれば、この程度の主張・疎明を要求してはじめて債務者審尋を不要とすることができると考える。

⑶　小括

上記のとおり、仮の地位を定める仮処分において、一方的審尋のみで保全命令を発令しようとするならば、債務者の手続保障への配慮の観点から、事情か

らみてもっともと思われる抗弁や抗弁権の不存在を含めてすべての請求権の要件について債権者が主張・疎明する必要があるとすべきである。このことを裏返せば、仮の地位を定める仮処分においては、事情からみてもっともと思われる抗弁や抗弁権の不存在を含めてすべての請求権の要件について債権者が主張・疎明することができた場合には、債務者の手続保障を充足することができているといえる。したがって、このような場合には、債務者の手続保障の手段としての債務者審尋を経ずとも、保全命令を発することができるものと考える。

このようなケースに該当するのは、現実的にはそれほど多くないように思われるが、例えば、事前の交渉において債務者とのやり取りがなされており、債務者の主張が明らかであるような場合や、同種の事件が従前にも係属していたような場合[61]には、債権者において主張・疎明を充実させることが可能であり、抗弁の不存在を含めすべての請求権の要件について主張・疎明を行うことが可能であるといえる。このような場合に、上記のように本来債務者に疎明責任が分配されている事実について、その不存在を疎明できた場合には、既に債務者に対する手続保障の配慮がなされたものといえ、迅速な権利行使を実現できる途を許容すべきではないか。

4　疎明について

民事保全法上、「保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性は、疎明しなければならない。」（民事保全法第13条第２項）とされている。これは、民事保全が権利関係の終局的確定を目的とするものではなく、暫定的な措置を命ずるために必要な限度で行われるものであることから、本案訴訟におけるような厳格な証明を要求せず、迅速性を第一義にし、適度の公平適正の配慮を加えた

61）この点、裁判外での交渉が継続していた場合にかかる仮処分の決定を認めるというのであれば、迅速性の観点からは、裁判外での交渉を継続させずに審尋前提で仮処分の申立てをすればよいのではないかとの批判があり得る。しかし、筆者の立場は、交渉を長く続けていた場合等を前提として、権利関係が明らかな場合にまで債務者審尋をすることは迅速性に悖るというものである。なお、双方審尋による交渉の有用性については、（注70））参照。

審理を目指したところにその趣旨がある[62]。

もっとも、上記のように仮の地位を定める仮処分において、債務者審尋を実施せずに、債権者の主張・疎明のみによって仮処分命令を発令しようとする場合には、疎明責任の転換に加え、その程度としては高度のものを要求すべきであろう。

この点、伝統的な通説においては、証明と疎明の違いを証明度の高低に求めてきた。すなわち、証明は、いわゆる高度の蓋然性を要求するものであり[63]、他方、疎明は、証拠の優越程度まで証明度を下げるものと理解されてきた。このような見解からすると、上記のように証明度につき高度のものを要求しようとすることは、「疎明しなければならない」とする法文との関係で問題があるようにも思われる。実務上、保全命令の種類・内容によって必要とする心証の程度に差を設け、断行的内容の仮処分に関しては被保全権利につき高度の証明を要求されているところ、この点についての理論的解決については、様々な試みがなされている[64] が、疎明については、証明度の程度の問題ではなく、「解明度」の問題と解すべきであると考える。すなわち、証明に関するいわゆる高度の蓋然性説に対しては、その実質的な機能性の問題から、様々な批判がなされているところであり[65]、いわゆる優越的蓋然性で足りると考えるべきである。また、疎明については、民事訴訟法第188条が、「疎明は、即時に取り調べることができる証拠によってしなければならない。」と定めており、これを文字どおり読めば、疎明においては証拠を探り尽くす必要がなく、審理の熟度が低い場合でも事実認定が許容される趣旨であると解される。同条が定めているのは審理における「解明度」であり、疎明においては低い解明度で足りること

62）原井＝河合編著・前掲（注23））158頁［原井龍一郎］。

63）いわゆるルンバール訴訟上告審判決（最判昭和50年10月24日民集29巻９号417頁）参照。

64）竹下＝藤田編・前掲（注45））186頁［藤田耕三］、原井＝河合編著・前掲（注23））164-165頁［原井龍一郎］。

65）新堂・前掲（注55））571頁、伊藤眞「証明度をめぐる諸問題　手続的正義と実体的真実の調和を求めて」判例タイムズ1098号（2002年）４頁、三木浩一「民事訴訟における証明度」法学研究83巻１号（2010年）15頁。

を定めるものである[66]。このように解することで、債務者審尋を実施しない場合の仮の地位を定める仮処分において高度の証明度を要求することにつき、「疎明しなければならない」とされていることとの関係での理論的な問題は生じないものと考える[67]。

第７　おわりに

本稿では、民事保全法第23条第４項ただし書の従来の解釈につき疑問を呈し、民事保全手続の迅速化の観点から、債務者審尋を経ない場合を一解釈論として論じてきた。仮の地位を定める仮処分における双方審尋期日は、通常の事件では申立てから１週間後くらいにすることが望ましいとされており、この期間は、債務者が代理人に依頼し、最低限の準備を行うための期間であるとされているから[68]、事件の性質によってはより後の日程で期日指定がなされることもある。そうすると、債権者の立場からは、債務者審尋期日が申立てから１週間以上後に設けられることで、その分権利実現も遅れることになるのであるから、債務者審尋期日が開かれるかどうかの差は非常に大きい。もちろん、制

66）新堂・前掲（注55））575-576頁、三木・前掲（注65））50-51頁。

67）この点、旧法においても、仮処分の要件の立証については、疎明で足りるとされていた（旧民事訴訟法第740条第２項、第756条）ところ、前述の北方ジャーナル事件大法廷判決においても、「公共の利害に関する事項についての表現行為に対し、その事前差止めを仮処分手続によつて求める場合に、一般の仮処分命令手続のように、専ら迅速な処理を旨とし、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要的とせず、立証についても疎明で足りるものとすることは、表現の自由を確保するうえで、その手続的保障として十分であるとはいえず…」と判示されている。谷口・前掲（注40））40頁は、かかる判示について一種の手続保障の手段であるとする。なお、ドイツにおける仮処分につき、どの程度の疎明が必要であるかは、原告（仮処分申請者）の法的地位に生じる危険の性質と、他方で、両当事者（申請者と被申請者）に生じる不利益の衡量にかかっているとされており、被申請者の事情を考慮し、手続保障に配慮する点で示唆に富む。この点については、中島弘雅「西ドイツにおける仮処分」新堂幸司編集代表『紛争処理と正義〔竜嵜喜助先生還暦記念〕』（有斐閣、1988年）260頁参照。

68）瀬木比呂志『民事保全法［第三版］』（判例タイムズ社、2009年）272頁。

度としての債務者審尋そのものを否定するつもりはなく、また、最終的には債務者審尋を開くかどうかの判断は裁判所の裁量的判断事項であるが、本稿の立場からすれば、債権者代理人としては、疎明を確実にし、想定される反論、抗弁を全て排除するほどに被保全権利を疎明できれば、債務者審尋を経ずして、迅速な権利行使が可能となる。もちろんこのような疎明が可能となるのは、前述したとおり、事前の交渉において債務者とのやり取りがなされており、債務者の主張が明らかであるような場合や、同種の事件が従前にも係属していたような場合[69]であると考えられ、債権者としては相応の準備が必要となる。迅速性は民事保全手続の本質的要請であるところ、その観点がよりクローズアップされることによって、訴訟手続について当事者のニーズに応じた多様性に繋がると思われる[70]。

69）本稿のような立場からは債務者側としては債務者審尋が開かれないまま突如として保全執行の不利益を被ることになるが、前述した債務者に対する手続保障の制度があるほか、債務者の側としては、事前の交渉から仮処分の申立てが予想される場合には、仮処分申請があった場合には債務者を審尋してほしい旨の上申書を予め裁判所に提出しておくことが考えられる。原井＝河合編著・前掲（注23））137頁［原井龍一郎］。

70）なお、筆者は、仮の地位を定める仮処分における債務者審尋の効用を否定するものではない。あえて債務者審尋を経ることで、紛争解決に繋がるケースもあり、債権者代理人としては、債務者審尋の活用も選択肢の一つに入れた上で手続選択を考えるべきである。仮の地位を定める仮処分における債務者審尋が、特別の紛争解決機能を有することについては、藤田・前掲（注35））586-589頁、高橋宏志ほか「仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化――その現状と未来」判例タイムズ1172号（2005年）４頁、瀬木比呂志「仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化論の新たな展開――『選択的特別手続指向論』を背景として」判例タイムズ1179号（2005年）20頁。これに関連し、山本和彦「仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化について――手続保障論に対する根本的な問いかけ」判例タイムズ1172号（2005年）23頁は、仮の地位を定める仮処分について、迅速性や、実体上の請求権に厳密に拘束されない救済法的な発想などの点で、労働審判との類似性を指摘し、仮の地位を定める仮処分が引き受けている紛争解決の一部を正面から制度的に位置づけることは十分に考えられる、とする。なお、井上治典「民事保全への視座――被保全権利と具体的措置――」中野ほか編・前掲（注5））87頁は、仮処分、仮差押えが民事紛争手続の原型であると指摘する。この点については、井上治典「仮の地位を定める仮処分の理論化への視点」判例タイムズ1172号（2005年）26頁参照。