〔博士論文要旨〕

保全訴訟と本案訴訟

——被保全権利の審理を中心として——

野村秀敏

I

本論文は、保全訴訟における審理のあり方は本案訴訟における審理に対していかなる特色をもつべきかという問題の解決を通じて、保全訴訟ことに仮処分の本案化という病理現象の克服手段を考究したものである。最初に、本論文の構成を目次によって示すと以下のとおりである。

第一章　序文
　第一節　保全訴訟制度の展開
　第二節　保全訴訟と本案訴訟の計量的関係
　　第一款　ドイツ
　　第二款　日本
　　第三款　両国の比較
　第三節　保全訴訟の本案化と本案の先取り
　第四節　本書〔本論文〕の構成
第二章　日本法の現状
　第一節　民事訴訟
　第二節　行政訴訟
第三章　ドイツ法
　第一節　民事訴訟
　　第一款　判例・通説およびこれに反対する若干の判例・学説
　　第二款　ライポルトの所説
　　第三款　ライポルトの所説に対する反応
　　第四款　ピーラーの所説
　第二節　憲法訴訟
　第三節　行政訴訟
　　第一款　執行停止
　　第二款　仮命令
第四章　フランス法

第一節　民事訴訟
第一款　一九七一年改正前
第二款　一九七一年改正後
第二節　行政訴訟
第一款　執行停止
第二款　行政レフェレ
第五章　アメリカ法
第一節　民事訴訟
第一款　アタッチメント
第二款　中間的差止命令
第二節　行政訴訟
第一款　仮救済制度
第二款　中間的差止命令
第六章　可能的解決方法とその適否
第一節　可能的解決方法の摘出
第二節　実体的経過規定
第三節　可能的解決方法の適否
第七章　日本法における新たな解釈論の根拠付けとその適用
第一節　民事訴訟法典自体の解決
第一款　厳格な先取り審理の非必然性
一　文理解釈
二　沿革
第二款　未決処分の許容性
一　疎明
二　民事訴訟法七四一条
三　レフェレと仮処分
第二節　新たな解釈論の根拠付け
——未決処分と実体付随的処分——
第一款　保全処分制度の目的
第二款　訴訟状態と相手方の利益
第三款　訴訟政策的考慮
第三節　新たな解釈論とその要件
第一款　二つの保全処分
第二款　未決処分
第三款　実体付随的処分
第四節　新たな解釈論の適用
第一款　回避的仮処分と攻撃的仮処分
一　係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分
二　回避的仮処分と攻撃的仮処分
第二款　新たな解釈論と仮差押えおよび
回避的仮処分・攻撃的仮処分
第八章　新たな解釈論と若干の特殊保全処分
第一節　人事訴訟手続法一六条の仮処分
第二節　行政事件訴訟法二五条の執行停止
第九章　終章
第一節　要約
第二節　立法論

II

以下順次、各章の内容を要約する。

一　第一章は問題の所在を示す。すなわち、戦後、保全処分制度は脚光を浴びることとなったといわれるが、この制度の運用に際しては、一方で効果的に迅速な権利保護を保障せんとの目標と、他方で保全訴訟の本案訴訟に対する付随性およびその暫定性（仮定性）を維持する必要性との間を正しく調和させることが重要である。そして、真に戦後保全処分制度が頻繁に用いられるようになったのかをみるために、毎年の仮差押え・仮処分事件の数を通常（本案）訴訟の数で除した百分率を時間的にたどることによって形成されるカーブを、ドイツのそれと対比しつつ観察する。そうすると、日本においてもドイツにおいても右のカーブの上下動は政治的安定性・経済情勢に依存していることが明らかにされうるが、戦後に至って特に保全処分の利用度が高まったという論者の主張は誤りであるということになる。しかし、特に日本においては、右の利用度が恒常的に高いものとなっているということは確認されえ、そのことは、保全訴訟が本案訴訟への付随性を喪失しているということを意味し、審問請求権の侵害につながるおそれを惹起する。他方また、そのことは、保全訴訟における審理がより慎重なものとなることにつながり、その迅速性が犠牲にされていることをも示唆する。以上の二つの現象は特に仮処分について著しいものであり、そのため「仮処分の本案化」と呼ばれるのが常であるが、「変態的」であり、好ましいものではない。そして、前者の現象の原因の重要な一つは、保全訴訟における敗訴当事者が本案訴訟における逆転勝訴の見込みを有しえないところにあると考えられる。それ故、保全訴訟による通常（本案）訴訟の代替の危険の有無・大小は、前者における後者の裁判内容の先取りの有無・程度に依存していると思われる。そこで、保全訴訟における本案の先取りの可否およびそれが適切であるとしたらその程度いかん、ということが問題にされなければならないことになる。

二　第二章は日本法における右の問題についての判例・学説の状況を概観する。

まず、民事訴訟法上の仮差押え・仮処分の領域においては、本案の見込みすなわち被保全権利の存否の審理について、その法律面については通常訴訟におけるのと同様な厳格な審理が要求され、事実面については疎明で足りるとするのが判例・通説の立場である。そして、この判例・通説は、保全処分が債務者に与える不利益が大きい程、被保全権利の存在につき高い程度の心証が要求されるとすることがあり、また、利益衡量（債権者が保全処分申請を却下されたときに被る損害と、債務者が保全処分により被る損害の比較衡量）上債権者側のまさるべきことを要求することがある。以上に対しては、右の利益衡量と債権者による立保証の重要性を強調しつつ、被保全権利の疎明がなくとも仮処分命令発令の余地があるとする見解が対立している。

次に、行訴法二五条の執行停止の場合には、「回復困難な損害」と「公共の福祉に対して重大な影響を及ぼすおそれ」とに

関して、これを相関的に判断すべしとする立場と、一応両者を切り離した上で、金銭賠償の受忍を強いることが不能な損害を「回復困難な損害」とし、しかる後に、処分の執行により申立人の被る損害をやむをえないとさせる程の利益が存在するか否かの観点から、「公共の福祉に対する重大な影響を及ぼすおそれ」の有無を判断する立場が対立している。また、「本案について理由がないとみえるとき」にあたるか否かの判断の基礎となる事実は疎明に基づいて認定されるのであるが、法律上の問題点についても、処分の違法性の疑いが多少とも存するようなときにはこれにあたらないとされている。そして、この最後の要件は、少なくとも、前二者の要件のいずれかと関連させて考えられている。

三　第三章はドイツ法の状況を概観する。

まず、民事訴訟法上の仮差押え・仮処分に関する判例・通説は、日本のそれと同様である。そしてこれに対しては、事実について疎明で足りるとされていることを法律問題についても首尾一貫させるべきであるとしつつ、本案の請求が明らかに理由のないわけではない場合には、利益衡量に従って保全処分命令発令の可否を決すべきであるとするライポルトの見解が対立している。もっとも、この見解も、本案の請求に理由あることが明白である場合には、先取り審理による保全処分命令を肯定する。このライポルトの見解に対しては種々の批判が浴びせられたが、その中でもとりわけ注目に値するのはピーラーのそれである。ピーラーは、不正競業行為差止仮処分と（一定の範囲で）ストライキ差止仮処分の場合には、制度保護という観点から債権者個人に生ずる損害を問題とすることなく仮処分命令は容易に発令されなければならないから、利益衡量に際し右の損害を問題にするライポルトの見解は不適当であるとする。

以上に対し、憲法訴訟上の仮命令の場合には、仮差押え・仮処分についてのライポルトの見解と同様のそれが判例・通説である。同じことは、行政訴訟上の執行停止についてもあてはまるし、そのような見解は行政訴訟上の仮命令についても主張されている。しかし、後者の場合には、本案の請求の存在についての優越的蓋然性を要求する見解も存在する。もっとも、この場合、優越的蓋然性は法律問題についてもそれで十分であるとされているが、仮差押え・仮処分の場合と同様に、その厳格な審理を要求する見解も存在する。

四　第四章はフランス法の状況を概観する。

まず、民事訴訟上の保全処分制度としてレフェレの制度が取りあげられるが、この制度は一九七一年九月九日のデクレ七四〇号により変革を被っているので、その前後を分けて考察がなされる。そして、前提としてレフェレによりどのような処分が命ぜられうるかを紹介した後、本論文のテーマが検討される。そうすると一九七一年改正前は、積極要件としての緊急性の存在を前提とした上で、仏民訴法八〇九条において「本案を害することの禁止」ということがいわれ、レフェレの裁判官は、本案の請求につきまともな争いの存在する場合に、それについて判断することはできない、本案の裁判所に予断を与えてはなら

ないとされていた。すなわち、この場合には、賃借人の追い立てのような一定の事実または法律状態の確定を必要的前提としている処分は命ぜられえないとされた。それに対し、そうではない処分、たとえば係争物保管人の任命はそのような場合にこそ適切であるとされた。ところが、一九七一年改正後は、法文上「本案を害することの禁止」という文言は消滅してしまった。しかし、多くの見解はそのことにより事の実質が変更されたものではないとするが、判例・学説中にはレフェレの裁判官の裁判権は微妙に拡張されたとするものがあり、今後の判例の動向が注目される状況にある。

次に、行政訴訟上の執行停止に関しては、回復困難な損害と本案勝訴のもっともな理由の存在がその要件とされている。したがって、申立人の本案勝訴の見込みについては、事実面のみならず法律上の問題点についても厳格な審理は要求されていない。そして、行政レフェレにおいても、「本案を害することの禁止」ということがいわれ、本案についての判断権は本案の裁判所に留保されておらねばならず、行政レフェレの裁判官はそれを予断してはならないといわれている。

五　第五章はアメリカ法の状況を概観する。

まず、民事訴訟上の保全処分制度として金銭債権の執行保全制度たるアタッチメントが取りあげられるが、その令状発行のためには、制定法上それを認める根拠とされている事由と原告の本案勝訴の蓋然性が必要である。そして、右の前者の事由は、債務者に対し、予めの通知と審問の機会を与えなくともよいとされている場合には、そのような機会を与えないことについての差押債権者の利益が、目的財産を差押えを受けずに継続して利用することについての所持人の利益に優越する場合の類型化としての意味をもつものと思われる。また他方、本案勝訴の蓋然性とは、原告の請求に積極的に理由があるというよりは、消極的に理由がないわけではない、といった程度のことを意味していると思われ、このことは、事実面のみならず法律面についても当てはまるように思われる。次に、中間的差止命令の場合には、償いえない損害発生のおそれ、便宜の衡量における原告側の優越、公の利益がその命令に有利にはたらくこと、本案勝訴の蓋然性が必要であるとされる。この本案勝訴の蓋然性についてはアタッチメントのそれについてと同様のことがいいえ、また、原告の本案勝訴または敗訴が明白である場合には、便宜の衡量は不要であるとされ、そうでない場合には、本案勝訴の見込みの大小は便宜の衡量の一ファクターとなるとされることがある。

さらに、行政訴訟上の保全処分制度として仮救済制度と中間的差止命令が問題となるが、これらの救済付与の要件は、民事訴訟上の中間的差止命令の場合とほぼ同様である。

六　第六章は、比較法のまとめとして第二章ないし第五章の内容を要約してどのような解決方法がありうるかを示した後、実体的経過規定という考え方を考察する。すなわち、保全訴訟における裁判の基準としては、終局的権利ないし法律関係について不明確が存在する場合に、それが明らかになるまでの経過時期に妥当すべき規律を用いることも考えられる。これが実体

的経過規定であるが、そのようなものとしての承認を一般的に受けているものはドイツ法上の訂正記事請求権に関する規定だけであり、ましてそのような請求権などを実定法上有しない日本法においては、本論文のテーマの意義がそれによって減ずることはない。そこで、ありうるものとして示された解決方法のうちいずれが適切かが問題となるが、暫定的なものとして以下のようなそれが適切であるとする。すなわち、保全訴訟においては、法律問題の審理も、事実についてと同様に、通常訴訟における程の厳格さでなされる必要はない。その代わり、保全処分申請認容のためには、当該保全処分を得る必要性のほかに、利益衡量における債権者側の優越が必要である（以上の保全処分命令の理由付け形態を未決処分という）。ただし、例外的に既に保全訴訟において、債権者ないし申立人の本案勝訴が明白である場合には、利益衡量は要求されない（この理由付け形態を実体付随的処分という）。なおまた、債権者ないし申立人の本案敗訴が明白である場合には、直ちに保全処分申請は却下されるべきである。他方、債権者ないし申立人の本案勝訴の見込みの大小は、利益衡量と関連させられるべきではない。

七　第七章は右の解決方法が現行民事訴訟法上とられうるものであるかを検討する。

まず、実定法規範たる民事訴訟法典が第一の手掛りとされる。そうすると、その文理上は、仮差押え・係争物に関する仮処分については本案の見込みの先取り審理が命ぜられるということが導き出されるが、仮の地位を定める仮処分についてはそうではない。次に、仮差押え・係争物に関する仮処分は自力救済的差押えまたは現行犯訴訟に起源を有するとされ、仮の地位を定める仮処分は Provisorien に起源を有するとされるが、これらの沿革からも、文理上と同様のことがいえる。しかし、本案の見込みの先取り審理が命ぜられるとはいっても、それは疎明で足りる。そしてその疎明は、請求の事実面のみならずその全体に関連していることに注意すべきである。つまり、法律問題の厳格な審理は要求されないということになりうる。また、民訴法七四一条二項、三項は、疎明代用ないし補充の保証を認めているが、これも請求全体に関連している。さらには、フランス法上のレフェレの制度はドイツひいては日本の仮処分制度の背景となっているが、そこにおいて「本案を害することの禁止」ということがいわれていることも、法律問題の厳格な先取り審理の要請を疑問とさせる。

第二に、実定法規範外の観点から考えると、権利義務を確定し、紛争を終局的に終結させるのではなく、そのためにかかる時間的間隙を架橋するところにある保全処分制度の目的からも、法律問題の厳格な先取り審理の要請はでてこない。むしろ、保全訴訟においては裁判所は緊急に裁判しなければならないのであるから、そのようなことは原則として禁止されている。もっとも、このようにすると保全処分命令は非常に弱い基礎に基づかされることになるから、利益衡量がなされなければならない。そしてさらに、保全訴訟による通常（本案）訴訟の代替という事態を回避するためにも、事実の点についてのみならず、法律

問題についても厳格な審理を要求せずに、保全訴訟における敗訴当事者に本案訴訟における逆転勝訴の見込みを残しておくべきである。

以上により、未決処分の許容性が導かれたが、必ずしも被保全権利の存在につき事実および法律問題の複雑、困難な問題が付着しているわけではない。そのような問題がない場合には、実体付随的処分が肯定されるべきである。右の未決処分の場合には、債権者の本案勝訴の見込みないし被保全権利の存在が一応確からしいことが必要である。しかし、そうではなくとも、債権者の本案敗訴が明白でない限り、保証を立てしめて保全処分命令を発令する余地は残される。そして、利益衡量が必要であるが、それとは別個に保全の必要性も要求される。なぜなら、両者は概念的には一応区別されうるし、被保全権利の現在の存在が明白であっても、近い将来におけるその遡及的消滅が疎明されている場合に、保全処分申請却下の余地を残さなければならないからである（必要性を要求しないと、この場合利益衡量は不要となるから、直ちに保全処分申請を認容すべきことになる）。そして、債権者の本案勝訴の見込みの大小は、利益衡量と関連させられるべきではない。つまり、そうすると、保全訴訟の裁判所が本案の裁判所に本案の見込みについて予断を与えることが危惧されるし、そしてそもそも、右の見込みが大きいことを利益衡量の決定的要因ととらえる以外にそのようなことは不可能であると考えられるからである。なおまた、利益衡量、保全の必要性認定の基礎としては、公益的損害、第三者に生ずる損害も顧慮されるべきであるから、ピーラーのいう制度保護という観点も未決処分の中に取り入れることができる。以上に対し、実体付随的処分の場合には、厳格な審理を経ることなく、事実および法律上の点について、債権者の本案勝訴が明白でなければならない。そして、利益衡量は不要であるが、保全の必要性は必要である。これを要求しないと、債務者に不当な損害を及ぼすおそれがある等の不都合を生じうるからである。

以上の未決処分と実体付随的処分がいかなる保全処分命令について適用可能かを、次に検討する。この前提として、仮処分の分類がなされる。そうするとまず、係争物に関する仮処分と仮の地位を定める仮処分という法律の条文に結びつけられた分類があるが、沿革から考えて、これは適切ではない。また、執行保全の仮処分、満足的仮処分という分類も、執行保全の仮処分、満足的仮処分、その他の仮処分という分類も適切ではない。つまり、「満足」の意味のとらえ方によっては、すべての保全処分が満足的となってしまい、そうでない場合には、本案訴訟の訴訟物が確定しなければ満足的か否かが判明しないからである。そうすると結局、ここでの分類が何のためになされるのかという目的に鑑みると、相手方に与えるおそれのある損害の大小によって分類がなされるべきであり、したがって、債権者の法的財貨に対し債務者の及ぼさんとしている攻撃による危険回避のための回避的仮処分と、目的物の獲得の遅延から生ずる危険を回避するための攻撃的仮処分への分類が適切であるということになる。そして、この回避的仮処分、攻撃的仮処分と仮差

押えへの未決処分と実体付随的処分の適用可能性が問題となり、とりわけ、攻撃的仮処分への未決処分の適用可能性が問題となるが、迅速な裁判の必要、本案訴訟の放棄の回避という要請はここでも妥当するから、右のすべてについて未決処分、実体付随的処分は適用されるべきである。

八　第八章は、右の未決処分、実体付随的処分と若干の特殊保全処分の結びつきを考察する。

まず、人訴法一六条の子の監護の仮処分については通常仮処分説と特殊仮処分説の対立があるが、この仮処分の審理の対象は、婚姻取消し・離婚訴訟の審理の対象とはもちろん、子の監護につき必要な事項を定めるべき旨の付帯の申立てに対する手続の審理の対象との間にも、同一性ないし前者が後者の手続における裁判の確定に伴い当然生ずるような利益を内容としているという関係もない。したがって、特殊仮処分説が正当であって、右の仮処分手続においては裁判官の自由裁量により必要と認められる処分が命ぜられることになるから、ここでは、未決処分、実体付随的処分は問題にならないことになる。

次に、行訴法二五条の執行停止の場合には、未決処分、実体付随的処分はそのまま適用されることになる。すなわち、「回復困難な損害」が、仮差押え・仮処分における保全の必要性に対応する。次に、未決処分における利益衡量は、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」という要件を通じてなされる。そして、「本案について理由がないとみえるとき」が消極要件として定められているが、これについては、本案の理由のないことが明白な場合を意味すると解される。また、申立人の本案勝訴が明白な場合には、明白に違法な処分の執行は公共の福祉に合致しないということで利益衡量を捨象することができる。つまり、実体付随的処分を問題にすることができると解される。

九　第九章は、以上の内容を要約した後、近時現われた仮差押え・仮処分に関する二つの改正草案の本論文の内容に関係ある規定を検討する。すなわち、その双方はともに改正法中には取り入れられなかったのであるが、強制執行法案要綱案第二次試案第三一五とドイツ民事訴訟法委員会報告書の九三五条、九三七条の規定を検討し、その各々に本論文の立場からみて問題のありうることを指摘する。

Ⅲ

以上が本論文の要旨であるが、最後に参考論文について簡単に触れておく。

参考論文Ⅰ（「いわゆる満足的仮処分と本案訴訟（一）（二・完）――最高裁昭和五四年四月一七日判決を機縁として――」成城法学八号、九号）は、満足的仮処分の執行およびその後に生じた新事態が本案訴訟の審理にいかなる影響を及ぼすかという問題に関する判例（最判昭和五四・四・一七民集三三巻三号三六六頁）について判例批評をする機会を与えられ（民商法雑誌八一巻五号、ジュリスト七一八号昭和五四年度重要判例解説）、それを機縁として書かれたものである。そこにおいては

右の問題のほか、被保全権利が仮処分による満足以外の事由により近い将来消滅してしまうことが予想される場合における満足的仮処分の許否、目的物の債権者への完全な給付を命ずる仮処分命令の発令により本案訴訟の訴えの利益が失われないか、という問題も論じた。そしてまた、仮執行およびその後に生じた新事態と控訴審（または異議手続）の審理の関係、仮処分目的物の売却後の本案訴訟の審理という右判例において扱われた問題との関連問題についても論じた。

次に、参考論文Ⅱ（「いわゆる『満足的仮処分』概念の存在意義」私法四四号）は、昭和五六年秋に行なわれた私法学会における報告の要旨であるが、私は本論文および参考論文Ⅰを執筆する過程において、いわゆる満足的仮処分といわれるものについて特別扱いをすることに疑問を抱くに至ったので、幾つかの問題点に即してその仮処分の存在意義を探ったものである。

〔博士論文審査要旨〕

論題　保全訴訟と本案訴訟
――被保全権利の審理を中心として――

論文審査担当者　竹下守夫　川井健　好美清光

1　本論文の概要

保全処分は、元来、差し迫った危険に対処するための応急処分であるのに、そのための審理手続が本案訴訟と同じく慎重となりかつ長期化するという、いわゆる保全訴訟の本案化の現象が現われてすでに久しい。本論文は、この保全訴訟の本案化の傾向は保全処分の付随性・迅速性に反するばかりでなく、本案訴訟を無用化し、当事者に対する手続権の保障の不十分な手段によって、実体権の存否の争いに最終的に断を下す結果となる危険をはらむとの問題意識をもち、このような現象の生じた主要な原因は、保全訴訟において被保全権利を厳格に審理することにあるとし、この現象の克服手段を考究したものである。

まず、本論文の構成を示せば、次のとおりである。

第一章　序章
第二章　日本法の現状
第三章　ドイツ法
第四章　フランス法
第五章　アメリカ法
第六章　可能的解決方法とその適否
第七章　日本法における新たな解釈論の根拠付けとその適用
第八章　新たな解釈論と若干の特殊保全処分
第九章　終章

第一章においては、まず、西ドイツの事情と対比しつつ、通

常訴訟に対する保全訴訟の利用率の推移を明らかにして、わが国において保全訴訟のもつ意義の大きいことを計量的に示す。次いで、前述の問題意識に基づき、保全訴訟の本案化を防止し、応急処分としての機能を回復させるには、保全訴訟における被保全権利の審理はいかにあるべきか、との問題を本研究の中心課題として提起する。

第二章においては、従来、わが国で、この問題がどのように考えられて来たかを概観し、通説およびそれに従う実務は、被保全権利の審理を、その発生・変更・消滅の原因たる事実に関する側面と、それを基礎とする法律判断の側面とに二分し、事実の認定は疎明によるべきであるが、法律判断の側面ないし法律問題の審理は通常訴訟と同じ程度に厳格になされるべきものと解しているとする。しかし、これには、法律的側面をも含め被保全権利の存否の審理全体を、一応の確からしさの判断を得られる程度にとどめるべきであるとの少数反対説もあり、また行政訴訟における行政処分の執行停止（行訴法二五条）の場合には、本案の請求の理由のないことが明白であれば執行停止の決定はなしえないが、少しでもその理由のある可能性が認められれば、その決定をなす妨げとならないというのが、一般の理解であるという。

第三章から第五章までは、比較法的考察にあてられ、それぞれ、西ドイツ、フランス、アメリカ合衆国における、わが国の保全訴訟に対応する裁判手続での被保全権利の審理の在り方が考察される。そして、西ドイツ民事訴訟法上の仮差押え・仮処分については、わが国におけると同じく、被保全権利の存否の判断の基礎となる事実の認定は疎明の程度の心証によるが、法律問題の審理は通常訴訟と同じになされるべきであるというのが、通説・判例の見解であること、しかし、これには、近時有力な反対説が唱えられるに至っている等、一般的に西ドイツの理論状況はわが国のそれと類似していること、これに対して、フランス民事訴訟法上のレフェレ（référé）（急速審理手続）においては、「本案を害することをえず」（ne faire aucun préjudice au principal）との原則が認められ、その一内容として、レフェレの手続における裁判が、本案裁判所に予断を与えてはならないとの趣旨が含まれると解されていること、が示されている。また、アメリカ合衆国の各州法上認められているアタッチメント（attachment）（不動産・動産の仮差押え）の手続においても、アタッチメント令状の発布の基礎となる申立人の債権が有効に存在する蓋然性が示されなければならないが、それは通常訴訟において要求される程高度のものではないと解され、さらに、連邦民事訴訟規則上の中間的差止命令（interlocutory injunction）の手続でも、申立人の本案勝訴の見込みは、事実面・法律面ともに、合理的蓋然性（reasonable probability）の程度を要求されるにとどまるのが通常である、とされる。

第六章においては、前章までの、わが国の状況の概観および比較法的考察に基づいて、保全訴訟における被保全権利ないし本案訴勝の見込みの審理の在り方に関する諸類型を析出し、それらを比較検討して、次のように結論づける。すなわち、「保

全訴訟においては、法律問題の審理も、事実についてと同様に、通常訴訟における程の厳格さでなされる必要はない。その代わり、保全処分申請認容のためには、当該保全処分を得る必要性のほかに、債権者ないし申立人がその申請を却下された場合に被るであろう損害と、逆の場合に被申立人が被るであろう損害の比較衡量において、前者の方が大であることが要求される。ただし、例外的に既に保全訴訟において、債権者ないし申立人の本案勝訴の見込みが明白である場合には、右の利益衡量は要求されない。なおまた、債権者ないし申立人の本案敗訴が明白である場合には、直ちに保全処分申請は却下されるべきである。」というのである。

第七章は、右の結論として得られた被保全権利の審理の在り方が、わが現行民事訴訟法の解釈として認められることの論証と、その解釈論上の帰結が、民事訴訟法上の保全処分のうちいかなる種類のものに適用されうるかの検証とにあてられる。まず、民事訴訟法上の規定の文理、保全処分制度の目的、保全処分が必要とされる状況等から、現行法上も、被保全権利の審理を、事実の面でも法律問題についても、一応の判断をなしうる程度にとどめ、保全処分の許否がそれぞれ両当事者に与える影響の比較衡量――これを著者は「利益衡量」と呼ぶ――を中心として、発令の許否を決するとの審理方式による保全処分（「未決処分」と呼ばれる）が許されるとし、他方、被保全権利の存在が事実および法律問題の双方につき疑問の余地なく認められる場合には、利益衡量によらず、それだけで保全処分の発令が是認されるべきであるとする。そして、それ故、保全処分には、右の「未決処分」と、このように、被保全権利つまり実体権の存在の確信を基礎としてなされる「実体付随的処分」とがあるとされている。次いで、保全処分のうち、仮処分は、その機能を基準として、債権者の財貨に対する相手方による侵害の危険の回避を目的とする回避的仮処分と、財貨取得の遅延から生ずる危険を避けるためにその早期の取得を目的とする攻撃的仮処分との二種類に区分すべきであるとし、仮差押えおよびこれら二種の仮処分のそれぞれにつき、「未決処分」「実体付随的処分」がありうるかを検討し、いずれも肯定されるべきであるとする。

この後、第八章において、この二つの審理方式と人事訴訟手続法上の仮の処分、行政事件訴訟法上の執行停止との関係を述べ、最後に、以上の論旨を要約し、若干の立法論に言及して終る。

2　本論文の評価

まず、本論文の長所として、次の諸点を挙げることができる。

第一に、保全訴訟の本案化の主要な原因の一つが、被保全権利の審理に際し、法律問題については疎明はありえないというところから、従来の通説やそれに従う実務が、法律問題の判断には通常訴訟と同じ正確性が要求されると考え、その正確を期するために必要な、事件の細部に亘る事実の調査をも審理の範囲に取り込んで来たところにあるとし、法律問題の審理も一応の確からしさを保障する程度で足りることを明らかにした点で

ある。社会関係が複雑化し、微妙な利害調整を必要とするため、法的判断に際し考慮すべき要素の複雑多様な事件や、社会の急激な変化によって、適用されるべき法規範の未確立な紛争の多発する今日では、法律問題についての判断の正確を期そうとすれば、審理は、長期化せざるをえない。本論文が、この関係をわれわれに認識せしめた意義は大きい。

第二に、しかし、本論文は、単に被保全権利の審理を、法律問題をふくめて一応の程度にとどめて、保全処分の迅速性の回復のみを図っているのではない。被保全権利の審理の程度を低減する代わりに、保全処分の発令の許否を、申立てが不当に認容されまたは拒否された場合において債務者または債権者の受けることあるべき損害の性質・程度の比較衡量、つまり著者のいう利益衡量にかからせ、それによって当事者間の公平を図ろうとしているのである。成る程、これまでにも、保全訴訟における被保全権利の審理を簡略化すべきであるとの見解が全くなかったわけではない。しかし、それらにあっては、この審理の簡略化の結果生じうべき弊害にいかに対処するかの配慮が、ほとんど示されてはいなかったのである。

第三に、本論文は、右のような新たな解釈論を基礎づけるため、最新の文献・資料に基づき、西ドイツ、フランス、アメリカ合衆国の保全処分制度を調査し、これらを、被保全権利の審理の在り方という統一的視点から分析・整理している。確かに、これら各国の保全処分制度についての研究は、これまでにも発表されているが、右の視点から相互に比較検討したものはなく、その意味で、一つの比較制度論的研究として価値を有するのみでなく、また本論文の提示する解釈論が、比較法的に見て、決して根拠のないものではないことも示している。

なお、また、本論文は、前述の「概要」からも知られるように、一つの立場――被保全権利の審理の程度の低減とそれに代わる利益衡量による保全処分の発令――を終始一貫させ、その立場から保全処分制度全体の再構成を図るものであって、そのこと自体をも、一つの長所として挙げることが許されるであろう。

しかし、本論文を民事訴訟法の解釈学的研究として見た場合、そこに問題点がないわけではない。

第一に、本論文の解釈論上の結論を支える重要な理論的支柱とされているかの如くに見える「未決処分」「実体付随的処分」という分類が、果して真に必要なのか、この分類の意義がどこにあるのかが、必ずしも十分に論証されているとはいえないことである。保全処分の発令の許否を判断するに際しては、著者のいう利益衡量を要するのが原則であるが、被保全権利の存在が単なる疎明でなく、証明の程度の確信をもって認定できるときはこれを要しない、というだけの意味のようにも思われる。

第二に、本論文においては、そのいうところの「利益衡量」を、被保全権利の存在、保全の必要と並ぶ、保全処分の発令のための第三の要件として位置付けているが、これを保全の必要とは別の、独立の要件と構成すべきであるという理論上および法規の文理上の根拠は、必ずしも説得的ではない。

第三に、本論文は、保全処分制度を一体として考察の対象としているため、保全訴訟の本案化の原因、本案化の評価、本論文の提唱する保全訴訟の審理の在り方等が、いかなる法領域に関する保全処分かを問わず一律に論じられているが、これらは、元来、保全処分が求められる法領域ごとの検討を要する筈であり、それは、著者に残された今後の課題であることを指摘しておかなければならない。

3　結　論

以上のように、本論文にはいくつかの問題点があり、著者の研究者としての一段の成長発展に期待する点もあるとはいえ、本論文を従来のわが国における保全処分制度の研究の水準から見るとき、適切な問題提起、その解決のための内外の文献・資料の分析・整理、それを基礎とする法解釈論上の提言など、本論文の行った学問的貢献の極めて大きいことは疑いの余地がない。よって論文審査担当者一同は、所定の試験成績をも併せ考慮し、本論文の著者が一橋大学法学博士の学位を受けるに値するものと認定する。

昭和五八年三月九日