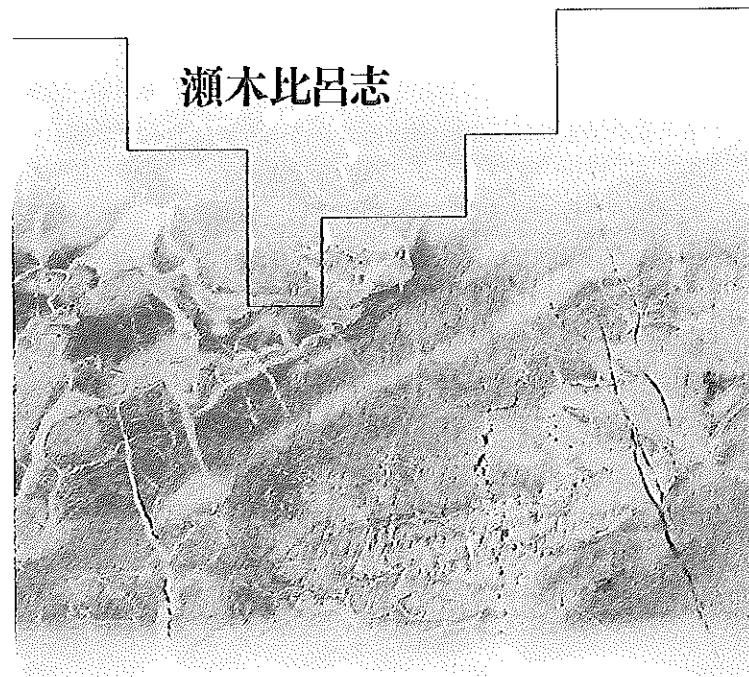


民事保全法【新訂版】

瀬木比呂志



日本評論社

【著者略歴】

瀬木比呂志（せぎ・ひろし）

1954年名古屋市に生まれる。東京大学法学部在学中に司法試験に合格。1979年以降裁判官として東京地裁、最高裁等に勤務、アメリカ留学。並行して研究、執筆や学会報告を行う。2012年明治大学法科大学院専任教授に転身。民事訴訟法、同演習、民事執行・保全法等を担当。専門書の著書として、研究の総論『民事訴訟の本質と諸相』、体系書『民事訴訟実務・制度要論』（各日本評論社）、論文集『民事裁判実務と理論の架橋』（判例タイムズ社）等、一般書の著書として、日本の裁判所・裁判官制度および裁判の包括的批判『絶望の裁判所』、『ニッポンの裁判』（各講談社現代新書）、リベラルアーツの総合案内書『リベラルアーツの学び方』（ディスカヴァー・トゥエンティワン）、創作『黒い巨塔 最高裁判所』（講談社）等、また、関根牧彦の筆名による『内的転向論』（思想の科学社）、『心を求めて』、『映画館の妖精』（各騒人社）、『対話としての読書』（判例タイムズ社）がある。『ニッポンの裁判』により第2回城山三郎賞を受賞。

民事保全法 みんじ ほぜんぽう しんていばん 【新訂版】

2014年7月15日 第1版第1刷発行

2017年2月15日 第1版第2刷発行

著 者——瀬木比呂志

発行者——串崎 浩

発行所——株式会社 日本評論社

〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4

電話 03-3987-8621（販売）8601（編集）

振替 00100-3-16

<http://www.nippyo.co.jp/>

印刷所——精文堂印刷株式会社

製本所——株式会社松岳社

© H. SEGI 2014 Printed in Japan

装幀／レフ・デザイン工房

ISBN978-4-535-51996-1

 〈(社) 出版者著作権管理機構 委託出版物〉

本書の無断複写は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社) 出版者著作権管理機構（電話 03-3513-6969、FAX03-3513-6979、E-mail: info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。また、本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンニング等の行為によりデジタル化することは、個人の家庭内の利用であっても、一切認められておりません。

所有する資産（財産の種類別に）や負債の状況、債権者の請求の態様とこれに対する応答、営業の状況等が疎明され、それらの事実を総合することによって、本執行の時点までに当該仮差押えの目的物が失われている（不動産であれば処分され、あるいは余剰のない状況となっている。給料債権であれば、本執行において完全な満足を得るまでに退職してしまうおそれがある）ことが疎明されなければならない（給料債権につき、より詳しくは後記〔291〕参照）。

保全命令の類型や個々の事案によっては、比較的抽象的な疎明で十分な場合あるいは特定の事実の疎明によって保全の必要性が確実に疎明される場合もあるが、基本的には、上記のような個々の間接事実の積み重ねが重要であるといえる。

もっとも、これは、債権者に難きを強いることを意味するものではなく、調査可能な範囲での合理的な事実の調査を求めるものにすぎないことは、裁判官、書記官ともに認識しておかなければならない（現実には、債権者本人から具体的に事情を聴取するかひとりの調査を行うならばただちに明らかになる事項についてすら代理人が確認を怠っている事案がしばしばみられる。ことに、被保全権利の疎明の程度が高くない事案では保全の必要性についても綿密な立証が求められることには、留意しておくべきであろう）。

[217] 2 審理の方法とその選択

保全命令手続における審理の方法には、前記のとおり、審尋と任意的口頭弁論のふたつがある（〔116〕）が、実際には、口頭弁論はほとんど開かれず、また、開かれても任意的口頭弁論として審尋と連続する性格を有するにとどまるから、ここでは、まず審尋について述べ、次いで、任意的口頭弁論について、主としてその法的側面から補足的に述べる。審尋による審理の実際については、これまで正確に論じたものがあまりなかったことから、別に項を設け、3で詳しく論じることとしたい。

なお、決定主義の下における保全命令手続の審理の充実のために新法がいくつかの規定を設け、その多くが新民事訴訟法に規定されるに至ったことはすでに述べた（〔012〕、〔119〕）が、それらの規定の内容についても、便宜、この部分で論じることとしたい。

1 審 尋

(a) 概説——保全命令手続における審尋

[218] (1) 主張聴取としての審尋と証拠調べとしての審尋

審尋は、当事者に、書面または口頭で、事件につき陳述する機会を与える（裁判所からみれば当事者の主張を聴取する）、無方式、非公開の手続である。これが、審尋の古典的定義であり、旧法時代以来の保全訴訟における審尋の定義でもあったと思われる（西山87頁等）。その根拠規定は、民事訴訟法87条2項に相当する旧民事訴訟法125条2項であった。

しかし、すでに、旧民事訴訟法419条（民訴335条に相当）は、抗告について、純粋な当事者ではない利害関係人の審尋を認めていた（もっとも、この利害関係人は抗告の相手方および抗告審の決定いかんによりその利益を害される者であって純粋な第三者は含まれない、と解されている。兼子ほか・条解1683頁）。

さらに、民事執行法5条は参考人の審尋をも認めていた。これについては、非典型的な証拠調べをも含むと解され、主張・証拠資料を峻別しない民事執行手続における職権による証拠収集を容易にするための規定であると説明されていた（注釈民執(1)182頁〔田中康久〕）。

保全命令手続は、前記のとおり基本的には弁論主義が妥当する当事者主義の手続である（〔045〕、〔211〕）から、民事執行法におけるような職権証拠調べの趣旨をも含む審尋を無制限に認めることは相当でない。しかし、必要的口頭弁論の審理を廃止し、審尋を保全命令手続における基本的な審理の方法とする以上、何らかの形で人証の取調べがそこでも行われうるようにすることは必要である。

そこで、民事保全法は、基本的な審尋については民事訴訟法のその準用による主張聴取の手続とするとともに、純粋な証拠調べとしての性格を有する審尋（参考人等の審尋）を別に認め（制定時の30条）、これが、後に、決定手続における証拠調べの通則として民事訴訟法187条に取り入れられるに至ったのである。

上記参考人等の審尋とその民事保全法における準用関係については、(b)で述べる。

[219] (2) 書面審尋と口頭審尋

保全命令手続における審尋は、参考人等の審尋を除いては上記のような主張聴取の手続であるから、書面によってもよいし、口頭で行うこともできる。

実務においては、債権者のみの審尋は書面によるのがむしろ通例である。しかし、東京地裁のように保全の専門部が設けられている裁判所では、全件口頭による債権者審尋（債権者面接）を行っている例もある。こうした裁判所では事実上、法律上の問題を含む申立てが多い（裁判官、書記官と債権者代理人との信頼関係が十分に確立していない）ことおよび処理の迅速化の要請（その場で釈明や訂正を求め、面接後ただちに補充させることができる）によるものである。

[220] (3) 一方審尋と双方審尋

保全命令手続における審尋は、当事者の一方または双方について行うが、仮の地位を定める仮処分命令については、手続保障の観点から、原則として、口頭弁論または債務者が立ち会うことの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（法23条4項）。また、保全異議・取消し、保全抗告については、口頭弁論または当事者双方が立ち会うことのできる審尋の期日を経なければその申立てについての決定をすることができない（法29条。40条1項、41条4項で準用）。

上記のとおり法は債務者審尋の要請と双方審尋の要請を区別しているが、実務においては、債務者審尋はほとんど例外なく双方審尋の形式で行われているから、審尋の実際においては上記両者に区別はない。そこで、以下、特にその点が問題になる場合を除き、適宜、その両者を双方審尋という言葉でくくって論じることがある。

上記のような意味での一方審尋と双方審尋の選択、また、必要的債務者審尋の規定の趣旨については、審尋による審理の実際の部分（[233] 以下）で詳しく述べることにしたい。

(b) 証拠調べとしての審尋とこれを行いうる手続

[221] (1) 参考人等の審尋

無方式による書面（書証）の証拠調べは、審尋においても行いうると解される（正面から論じた文献は見当たらないが、旧法時代から、裁判所が審尋で提出された書面〔書証。当事者の報告書・陳述書を含む〕によって心証を形成することは、議論の余地なく認められていた。主張関係については主張書面が別に提出されていたから、上記報告書・陳述書は証拠としての性格を有するものと解されよう〔もっとも、当事者の報告書・陳述書については、理論的にはやはり主張の性格を有するとの考え方も成り立ちうるが、現実の審理における感覚とはおよそ適合しない〕）。

人証については、明文の規定なくしてこれを認めることはできないが、人証（当事者本人を含む）の証拠調べを必要とする場合にいちいち任意的口頭弁論を開いていたのでは迅速性にもとるばかりでなく、手続としてもわずらわしい。そこで、新法は、保全異議の手続について、法30条で証拠調べとしての審尋（参考人等の審尋）を認め、これを保全取消し、保全抗告に準用していた（法40条1項、41条4項）。

法30条の規定は、「裁判所は、当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日において参考人または当事者本人を審尋することができる。ただし、参考人については、当事者が申し出た者に限る」というものであり、現民事訴訟法187条の規定と同趣旨であった。

すなわち、証拠調べであるから、手続保障の観点から当事者双方が立ち会うことができる期日においてしなければならない（もちろん、現実に出頭する必要はなく〔民訴183条の準用〕、出頭の手配が与えられていれば足りる。「当事者双方が立ち会うことができる」との規定よりは上記のことを意味する）、第三者である参考人については当事者の申出によるが、当事者本人については職権によっても行えることとした。

審尋の方式は自由であって尋問の順序に一定の定めはない。参考人等に対して出頭を強制することはできない（呼出しもできない）し、宣誓もさせない。証言拒絶に対する制裁もない。要するに、民事訴訟法の証人尋問の規定は原則として準用の余地がない。調書も省略することができ、その書面化は、当事者の便宜のために録取された録音体（録音テープ）に基づき、当事者が必要に応じて行っている（規則8条2項、3項、7条2項）。

なお、たとえ任意的口頭弁論を開いて証人尋問を行ったとしても、疎明の即時性（民訴188条）から証人の呼出しはできないと解される。法定の厳格な方式による人証調べが行われる点に差があることになる。

[222] (2) 参考人等の審尋を行いうる手続

上記のとおり、参考人等の審尋の手続は、新民事訴訟法187条に決定手続の証拠調べの通則として取り入れられるに至った。これに伴い、保全命令手続におけるその準用については解釈の問題となったが、民事訴訟法に吸収された他の規定とは異なり、この規定については、その準用についての解釈問題が発生した。

すなわち、元々参考人等の審尋が認められていた保全異議・取消し、保全

抗告の手続についてこれが準用されることは当然であるが、民事保全法制定当初は参考人等の審尋が認められていなかった保全命令の申立手続および保全命令の申立ての却下決定に対する即時抗告の手続（法19条）については、その準用に関し、肯定、否定両様に考え方が分かれたのである。

肯定説は、新民事訴訟法が決定手続の証拠調べの通則として証拠調べとしての審尋を認めた以上、保全命令の申立手続および保全命令の申立ての却下決定に対する即時抗告の手続にこれが準用されるのは当然であるとするものである（注釈民保上144～145頁（山崎潮）、竹下＝藤田111～112頁、117～118頁（竹下守夫）各参照）。

否定説は、保全命令の申立手続について証拠調べとしての審尋を許すかどうかは民事保全法の立案過程で大きな争点となり、結局、審理の迅速化に反するおそれがあるとの理由からこの点について消極に解する方向で立法準備作業が進められたという立法時の経緯を重視するものである（始関正光「民事訴訟法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」の解説」法曹時報49巻10号68～70頁の注35）。

新民事訴訟法が決定手続一般の通則として認めた規定が保全命令手続の一部については準用され、一部については準用されないというのであれば、準用されない手続について明文をもってその準用を排除する規定が設けられるのが当然であり、これがない以上、上記の手続についてのみ先の規定の準用を否定する理由付けは、否定説の主張する事情を考慮に入れてもなお困難であろう。否定説には無理が大きい。上記準用については肯定し、ただ、準用の結果審理の遅延等の弊害が生じないように運用上配慮すればよいと考える。

もっとも、実務においては、保全命令の申立手続であえて証拠調べとしての審尋を行わなければならない場合はそれほど多くないといわれる。法9条の釈明処分の特例によって陳述（性格的には当事者の主張の補充としての陳述聴取）を行えば十分な例が大半であることを理由とする。現実には証拠調べとしての審尋を行うことがよくあるケースとしては、大規模な事件を除けば、競売手続停止・抵当権実行禁止の仮処分において債権者が同行する第三者（債権者の名義を冒用して抵当権設定契約を締結したと債権者が主張する者。多くは債権者の家族、親族）が挙げられる。もっとも、反対尋問の権利を十分に保障すべき場合には、手続保障の観点から、法9条ではなく民事訴訟法187条の準用によるべきであろう。

審尋は無方式で行うので、裁判官の机の前で、あるいは審尋室で当事者双方と裁判官が尋ねておきたいことを問いただすだけであり、おおむね短時間で終了している。調書については、規則8条1項本文を適用し作成していない場合が多いが、当事者の申出がありそれに理由があれば同項ただし書により作成を命じるべきであろう。いずれにせよ、迅速性には配慮すべきである。

裁判所としても、ことに参考人について証拠調べとしての審尋を行うことが心証形成に寄与すると考えられる場合にこれをためらう必要はないと思われる。おそらく、これを広く認めることで迅速性に反する結果を招くおそれがあるのは労働仮処分であろう。このタイプの仮処分において必ずしも必要のない証拠調べ審尋を証人尋問に近い方式で行うことは、再び仮処分の本案化（[008]）を招く危険があるから慎むべきである。

[223] 2 任意的口頭弁論

(1) 任意的口頭弁論は、もちろん公開はされる（憲法82条の対審に当たる）が、口頭主義、直接主義（民訴249条）の要請に基づくものではなく、書面審理を補充するために行われるという意味で審尋と連続的性格を有する。

期日の呼出しは相当と認める方法によって行うことができる（規則3条。もっとも、新民事訴訟法94条においては、不出頭による不利益を課しえないという条件付きでこの原則が一般的に採用されている）。

主張書面は、提出しさえすれば裁判の資料となる。したがって、民事訴訟法158条の訴状等の陳述の擬制の規定は準用されないし、同法159条1項の自白の擬制の規定の準用に当たっては、審尋手続において提出されたものを含むすべての主張書面に基づいてその成否を判断すべきである。また、当事者の不出頭につき法的な不利益を課すことはできないから、同条3項の不出頭による自白の擬制の規定、同法263条の双方不出頭による訴えの取下げの擬制の規定は、いずれも準用されない。さらに、直接主義の規定である同法249条も準用の余地がない。

証拠調べについては、疎明の即時性（民訴188条）による制約がある（[247]）ほか必要的口頭弁論と同様であるが、口頭弁論終結後に提出された書面も証拠資料となる。もっとも、保全異議・取消し、保全抗告の手続においては審理の終結の規定による制約がある（法31条。40条1項、41条4項で準用。以上、任意的口頭弁論については、山崎91～92頁、理論と実務上113頁以下（組

[237] 2 債権者審尋の実際

(1) 債権者審尋事件については、書面のみならず口頭での審尋をも行う場合、最初の期日に審尋を終えるのが原則である。しかし、形式的要件の証明が十分でなかったり、被保全権利の法律構成、主張に不備があり、あるいは疎明が不足している場合には、期日が続行され、再面接の期日が指定される。

(2) この場合、裁判官の側については、発令の可能性の有無、これが可能であるとすればいかなる観点から（現在のままでは）発令が難しいか、すなわち、いかなる主張立証が不足しているのか、を簡潔かつ明確に示し、事件の見通しについての裁判官の考え方と債権者が次の期日までに行うべき準備の内容を明らかにしておくことが必要である（発令の約束をするのではなく、どのような内容の法的な、あるいは事実についての主張が不十分か、発令のために考慮される余地がある疎明の内容はどのようなものか、をなるべく具体的に告げる）。

(3) 債権者の側については、まず裁判官の考え方を冷静に把握し（やみくもに裁判官から発令の言質を得ようとすることはつつしむべきである）、その上で疑問点があれば質問し、次回期日までに、必要な準備をするとともに、法的見解の異なる点があれば主張書面で簡潔に主張することが望ましい。

(4) 保全命令の申立てにおいては、切迫した事案が多いこともあって、時として、裁判官と債権者の見解が異なるまま議論が平行線をたどることがある。しかし、一度期日を続行し、その間に裁判官、債権者の双方ともみずからの考え方を再度検討し、必要な調査を行うことによって、多くの部分について見解の一致をみることが出来る場合が多いから、こうした場合には、ある段階で、裁判官の見解を明らかにし、審尋を打ち切って期日を続行したほうがよい。

(5) なお、最初に面接する時点では代理人弁護士のほか本人から事情を聴くのもよいが、裁判官の見解、ことに法的なそれを告げる場合には、代理人だけにしておくほうがよい場合も多い（当事者本人の理解力や性格をも考えて決めることが望ましい）。

(6) 債権者審尋については、基本的には、原則として書面のみあるいは1回の口頭審尋で、特殊な事案についても長くとも2、3回の審尋で、結論を出すことが望ましいであろう。

却下相当の申立て、ことに形式的な要件を欠く申立てについては、口頭でその理由を説明し、その結果取下げで事件が終了する場合が多い。保全命令

の申立てにおいては、被保全権利や保全の必要性、あるいは申立ての形式的要件に基本的な問題がある事案につき、裁判官がその理由を明確に示して取下げを勧めること自体は、伝統的に行われてきているところであり、事件処理のひとつのあり方として許されるものと考え（もちろん、これに固執することは相当ではない。債権者〔代理人〕が決定を望む場合には、すみやかに却下決定をすべきであるし、債権者〔代理人〕がさらに調査、準備してみたいとの意向を表明する場合には、とりえず再面接の期日を指定しておき、その期日までに取下げない場合には、最終的な主張を補足する書面や未提出の疎明で提出したいと考えているものを提出するよう促しておくことが相当であろう〔なお、このような場合に再面接の期日を指定しておかないと、新たな期日指定の申立ても取下げもしないままに事件を放置する債権者〔代理人〕がいるので、再面接の期日は指定しておくほうがよい〕）。

3 双方審尋の実際

[238] (1) 双方審尋の要諦

(i) 双方審尋事件については、まず債権者と面接し、主張や疎明等を確認した上で、双方審尋期日を指定し、債務者を呼び出すとともに、前記のとおり、申立書と疎明を債権者から債務者に直送するよう促す（[225]）。

(ii) 双方審尋事件について注意しなければならないのは、最低限、申立ての形式的要件が満たされ、かつ、法的構成（本案の訴訟物、保全の被保全権利、差止めの根拠等）が明確にされていない限り、債務者の呼出しを行うのは適切ではないということである。債権者が呼出しを急ぐ場合にも、このような事項について、少なくとも口頭では説明を受け、主張書面や疎明（形式的要件については証明）の追完の可能性だけは確認しておかなければならない。こうした事項が不明確なまま安易に呼出しを行うことは、債務者にいわれない負担を強いることになりかねないからである。

(iii) また、裁判官としては、審理の方向についても一応の見通しをもっておかなければならない。具体的には、認容の可能性が高いのであれば申立ての趣旨を細かく検討しておく必要があるし、認容の可能性があまり高くはなく、最終的には和解あるいは事実上の主張や証拠の開示がせいぜいという事案であれば、債務者の負担を考慮しても手続を進めなければならないほどに債権者を保護すべき要請のある事案か否かを考えておかなければならない。

上記のような審理の見通しについては、債権者（代理人）に告げて一応の

コンセンサスを得ておく必要がある。現実には、双方審尋を行い、あるいはこれを続行する中で当初の見通しが修正される場合はままあるし、最終的な判断を下すに当たってはもう一度新しい目で事案全体を見直す必要があることは当然である。しかし、迅速性の要請が高い民事保全の審理においては、最初の段階で、可能な限り問題点を詰めた事件処理の見通しを立てておくのが望ましいことに変わりはない。

(iv) このことは、債権者の側からみても同じようにいえることである。上記のような事項が不明確なまま双方審尋を開始することは、結果的に債権者にとって不利益となる場合が多く、訴訟技術上も得策とはいえない。仮の地位を定める仮処分の申立ての帰趨は、ことに仮処分で実質的な紛争が解決してしまう可能性の高い類型の事件については、實際上その紛争の死命を制する場合が多いことを認識しておくべきである。また、双方審尋が開始された後にされる却下決定は債務者に告知されることも念頭に置いておく必要がある(規則16条1項)。

切迫した救済の必要があるなどの理由から、仮の地位を定める仮処分の申立てに当たって十分に調査のための時間をさくことができない場合もあるとは思われるが、(ii)に掲げたような事項があやふやなまま双方審尋を開始しても、結局は審理のスムーズな進行に支障をきたすことになるし、また、上記のような事項の概要を明らかにすること自体は、さして困難なことではないのである(これと異なり、具体的な疎明や詳細な法的主張については、ただちに準備することができない場合もあると思われる。しかし、少なくとも、最初の双方審尋期日までには、重要な主張を記載した書面や主要な疎明は提出しておくべきであろう)。

(v) 双方審尋事件については、前記のとおり、例外的な場合を除き双方を同一の期日に審尋すべきであるが、同一の期日において、双方を交互に審尋することは、当事者双方の同意がある場合には許される。また、申立ての趣旨等を最終的に整えさせるためだけに債権者との審尋を続行するような場合には、その旨を告げて債務者審尋を先に終了するときもある([235]の(3))。

双方審尋の最初の期日の呼出しは、通常の事件では、1週間後くらいにすることが望ましい。債務者が代理人に依頼し、最低限の準備を行うために、その程度の期間は必要と考えられる場合が多いからである。上記期日の変更は、債権者の同意がある場合に限り許されよう([224])。

[239] (2) 審理期間と見通し——ことに大規模事件

(i) 双方審尋事件については、債権者審尋事件と異なり、ある程度審理に時間を要する場合もある。しかし、特殊な事案でない限り、長くとも1、2か月程度で結論を出すことが望ましい。多くの事件は、相当複雑なものであっても、せいぜい4、5回の期日を重ねれば一応の判断を下すに十分な訴訟・証拠資料は収集できるものである。

(ii) 大規模な差止め事件(公害差止め等)についても、漫然と期日を重ねるのではなく、重要な主張と疎明に絞って攻防を重ねてゆくならば、半年ないし7、8か月もあれば、疎明のレベルで行いうる一応の立証は終えられる場合が多いと考えられる。

その時点で、発令、和解、却下(あるいは取下げ勧告。なお、2(6)参照)のいずれの方向をとるかを決め、裁判所の一応の心証を示すことによって、事後の審理も短期間でスムーズに終わることが可能になるであろう。決定主義による審理のあり方としては、こうした事件についても、民事保全の審理に何年もの時間を費やすことには問題が大きく、どんなに遅くとも1年以内には結論を出すべきであろう(当事者も協力すべきことはもちろんである)。

決定の理由についても、紛争の焦点となる事項について、法的な観点と証拠の評価の両面から簡潔に結論と理由を示せば足りると思われる。

(iii) なお、大規模な公害等の差止めについては、疎明の即時性の観点(鑑定や検証は事実上行うことが難しいが、こうした疎明方法なしで被保全権利の立証を行うことは困難な場合が多い)や保全の必要性の観点(たとえば、施設の操業の[一部]差止めでも目的を達しうる可能性の高い場合について施設の建設の全面的差止めを求めるには、建設自体を差し止めるべき、ごく一般的に言えば、より高度の必要性が要求されるであろう)から、民事保全でこれを行うことには相当の困難を伴う場合が少なくない。

こうした事案については、たとえば、生命身体等に対する切迫した危害の立証がある限り、差止めの場合の疎明のレベルにつき証明とあまり変わらないものを要求している一般の仮の地位を定める仮処分の場合と異なり、被保全権利の疎明は疎明の本旨に従った一応のレベルで足りるとして(被害が重大かつ明確か、被害と因果関係の立証につき裁判官が比較的容易に心証をとることが可能な事案か、が判断の分かれ目となる)、債務者の不利益については本案訴訟の迅速化によって対応するというのも、ひとつのありうる方向である。

う」〔247〕。なお、〔041〕、〔151〕参照。もっとも、こうした事案であっても、被保全権利の立証を事実上省略した実体留保の判断に踏み切ることまでを可能にするような社会的コンセンサスは、法律家の間でも未だ得られていないのではないと思われる)。

〔240〕 (3) 具体的な審尋のあり方

(i) 双方審尋の期日には原則として当事者本人も出頭することが望ましい。ただし、債権者審尋についてすでに述べたとおり、法的な見解や心証を直接的に告げる場合には、とりあえずは代理人のみに対してすることとし、代理人の求めがあればその時点で本人にも説明するほうが、結果的には当事者の理解を得やすい場合が多いと思われる(本人に対しては、法律論をくだいたわかりやすい説明のほうに納得を得やすいからである。〔237〕)。

(ii) 各期日の審尋の進め方については、従来は、とりあえず双方別々(交互)に審尋を行って言い分の概要を聴き、その後で双方を対席させて疑問のある点について質問したり釈明を求めたりする方法が比較的効率的である場合が多いと記述していた。紛争が生じてから間がなく感情的な対立の激しい場合の多い仮の地位を定める仮処分命令事件の審尋については、最初から双方対席審尋を行うと際限のない言い争いが続くような場合も存在するからである(ことに、経験の浅い裁判官はおろおろしてしまっただけで対処できなくなりがちである。このような点からしても、仮の地位を定める仮処分事件、ことに断行の仮処分事件については、本当はヴェテラン裁判官が担当すべきなのである)。

裁判官が当事者双方の明確な同意を得た場合には、この方法によってもよいであろう。しかし、当事者としては、一方ずつの審尋において相手方が裁判官に何を言うか、また、当該裁判官が不適切な情報については耳を貸さないフェアネスを期待できる人物であるかについては、よく考えておいたほうがよい。

現実には、筆者の場合には、仮の地位を定める仮処分命令の申立手続においては、最初は別々に聴いてほしいと希望する代理人が多かったが、一方、当事者代理人が、実質的手続保障の重要性と反論の機会の放棄の意味について十分に自覚しているのだろうかと思うような場合も多かった。

旧民事訴訟法時代末期の「弁論兼和解」の不明瞭さ、新民事訴訟法の下においても「弁論準備手続」が裁判所当局公認の争点整理手続として推奨され、そこにおいて和解が並行して行われることも多い結果、結局は「弁論兼和

解」が復活したも同然の状況となっていることにも通じる問題であり、裁判官のみならず、弁護士についてさえ実質的手続保障に対する感度が鈍いことがあるという実務家の法意識の問題でもある。

(iii) 1回の期日にかかる時間については、裁判官の経験や審尋の進め方に左右される度合いが大きい、20から30分くらいが普通であり、長くとも1時間程度までがひとつのめやすであろう。1回の期日にそれ以上の時間をかけても同じことの繰り返しになる場合が多いので、次回までに準備する事項や和解案を確認して続行するほうが得策であると思われる。ことに、経験の浅い裁判官の場合、1回の期日が長くなりすぎることが多い。裁判官としては、当事者の言い分を聴くことはもちろん大切であるが、それとともに、審尋をある程度リードし、それが一方的な言い分の交換や感情的な議論におちいらないように、とりわけ民事保全手続の迅速性に反する結果とならないように、審尋の方向を見定めてその舵取りをする心構えもまた必要である(なお、代理人が本人以上に感情的になり、裁判官を無視して延々と相手方と言い争いを続けるといった例が時にあるが、つつしむべきである)。

〔241〕 (4) 和解

(i) 次に、主として双方審尋事件を念頭に置いて、事件が和解や取下げで終了する場合の態様や注意事項についてまとめて触れておきたい。保全命令の申立てが却下で終了するケースは現実には少なく、認容の場合以外は、大半が取下げあるいは和解によって終了しているからである。

(ii) まず、保全命令手続においても和解が可能であり、その対象も限定されず、暫定的和解のみならず本案の訴訟物についての和解や関連する紛争についての和解も可能であることについては、少なくとも新法制定に近い時点においては争いがなかった(西山82頁等)。新法の解釈についてもこのことに変わりはなく、民事訴訟法89条を始めとする和解に関する民事訴訟法の規定は、上記のような趣旨で全面的に準用されると解される。

(iii) 本案について和解が行われても、本案訴訟は当然には終了しない。本案の訴えを取り下げる旨の条項が和解中に存在する場合でも同様である。

もしも本案訴訟の原告が訴えを取り下げない場合には、いずれの場合も、訴え取下げの合意、契約が存在する場合の処理と同様となる。最二小判昭44・10・17民集23巻10号1825頁は私法行為説に立ち、権利保護の利益を欠くから訴えを却下すべきであるとするが、訴訟行為説に立ち、訴訟係属が遡及