

Title	紛争過程における断行の仮処分
Author(s)	仁木, 恒夫
Citation	阪大法学. 2017, 67(3-4), p. 87-104
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/87028">https://doi.org/10.18910/87028</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 紛争過程における断行の仮処分

仁 木 恒 夫

第一節 はじめに

第二節 当事者の紛争処理と制度的強制

第三節 断行の仮処分の事例分析

第四節 おわりに

## 第一節 はじめに

給付訴訟の請求認容判決は、任意に履行されなければ執行機関により強制的に実現される。しかし、訴訟は判決を得るまでに時間がかかるためその間に債務者の財産が移転されたり、散逸したりする可能性がある。そこで、強制執行による権利の実現が確実になされるようにするために、民事訴訟手続が始まる前に、執行の対象となる財産が失われることを防ぐ制度が整備されている。それが民事保全制度である。

民事保全制度の目的は、遅滞によって生ずる危険を回避するために、簡易迅速に、ある処置ないし処分を講ずることである。民事保全の手続は、保全命令の発令の当否を判断するための保全命令に関する手続と、発せられた保

全命令を具体的に実現するための保全執行に関する手続とに区別される。これは通常民事訴訟手続における判決手続と執行手続とに対応するものである。ただし、民事保全制度が達成するのは仮の救済であり、そのあとに本案訴訟による本格的な権利の確定が予定されている。

民事保全は、民事保全法上の仮差押えと二種類の仮処分からなる。仮差押えは、金銭の支払いを目的とする債権について、金銭債権の一般的担保となつている債務者の責任財産を保全することによって将来の強制執行を保全するためのものであり、係争物に関する仮処分は、特定物の引渡し請求権等につき、当該特定物の現状を維持して将来の強制執行を保全しようとするものである。また、仮の地位を定める仮処分は、争いの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に行われるものである。

これらの民事保全のなかで仮の地位を定める仮処分は、他の民事保全と異なり、将来の強制執行の保全という目的を全く持たないという特徴をもっている。物の現状を維持するだけでは争われている権利を保全したことにならないような種類の権利、ないしは高度の必要性がある場合につき、直截にその権利が仮にあるものとしてそれに応じた行為を命じ、または法律関係を形成する仮処分が認められるのである。仮の地位を定める仮処分は、債権者に事実上権利の満足を与えてしまうので、満足的仮処分とよばれることがあり、またとくに物の引渡しや建物取去などの行為を命ずるものは断行の仮処分ともよばれることがある。<sup>(1)</sup>

民事保全は暫定的な救済制度である。仮の地位を定める仮処分もこの暫定的な救済制度の一つであるにもかかわらず、事実上、申立人の目的を実現させてしまい、その後に予定されているはずの本案訴訟が意味を持たなくなつてしまう。そこで、仮の地位を定める仮処分では、口頭弁論または当事者双方を審尋する期日を実施することが原則とされる<sup>(2)</sup>（民事保全法二三条四項本文）。しかし、口頭弁論や当事者双方の審尋を経たのでは仮処分命令の申立

ての目的を達成できないときは、例外的に、相手方の審尋はなされずに仮処分命令が発令される（民事保全法二三条四項但書）。すなわち、仮の地位を定める仮処分では、債務者の審尋を行うことなく、債権者へ物理的な強制力が行使され、債権者の目的を達成してしまふことが起こりうるのである。

それでは、この債権者の目的を事実上達成してしまふ仮の地位を定める仮処分、とくに断行の仮処分の強力な働き<sup>(3)</sup>のような機能を見てとることができるのであろうか。そこに紛争解決機能を読み込むことが妥当なのだろうか。さらに、断行の仮処分は、債権者側の言い分のみに基づいて債務者に対して強制力を行使する場合に、手続的<sup>(4)</sup>にどのような特徴を見てとることができるであろうか。本稿は、このような関心から、具体的な事例をもとに、断行の仮処分について検討するものである。まず、本稿の基本的な視角を設定する（第二節）。そして、その視角に基づいて、ある紛争事例を検討する（第三節）。

## 第二節 当事者の紛争処理と制度的強制

一般に、裁判は個別紛争に法を適用することで解決をはかる制度であるとされる。たしかに民事訴訟には紛争当事者の主体性が組み込まれており、当事者双方の主張立証が判決に反映されるし、当事者の意思により和解や訴えの取下げで終了することもある。けれども、裁判所の判断により終了する可能性は残る。判決は当事者に服従を強いるものであり、そのため民事訴訟は紛争の強制的解決であるとされている<sup>(5)</sup>。

原理的には、裁判所が紛争当事者に対して法的判断を示す行為が秩序を定立するのであるから、すでにそれ自体で法の暴力ということもできる<sup>(6)</sup>。しかし、ここで重要なことは、裁判所の判断が当事者に作用する強制は司法制度の中で物理的に実現できる執行機関を備えているということである。Cover は、裁判所の法的判断を法執行と関連

させて、次の三つの特徴を指摘する。<sup>(7)</sup>第一に、裁判所の法解釈は、制度内における予測可能な執行者の行為と結びついているということである。法の解釈適用という実践には、執行者がその判断の言渡しで何をするのかについての理解がなければならぬし、その理解への適応が求められる。そうした意味で、法解釈は執行と結びついた実践的活動であるとするのである。<sup>(8)</sup>第二に、この法的判断とその執行とは、暴力が産出されるように設計された制度において分離されている。法の執行は、債務者の生活に物理的に介入し抵抗を排除する。もし執行者が自律的に判断することになれば、そうした他者に痛みを与える行為の実施はためらわれるであろう。しかし、権威を実施する組織内にいる者は、自律的に行為する者の行動を規律する通常の抑止を経験することなく、爾々と暴力的にふるまえるのである。<sup>(9)</sup>第三に、法の暴力はその実効性が確保できる支配領域において行われる。裁判所の解釈行為のうちには、実効的な支配の諸条件への関心が見出される。執行が達成されなければ裁判所は権威を失うのであり、理念的な法と現実的な法との二項対立は、ここでは望ましくないものである。こうして司法制度は、裁判所と執行機関とが分離され、それぞれの役割を相応の環境条件において実行することで、法の暴力が効果的に貫徹されることになる。民事保全制度では、緊急性の要請から、裁判所で判断するさいには保全執行が行われることがより強く意識されるであろうし、保全執行も機械的に迅速に進められるであろう。Coverの指摘する特徴はより適合するよう<sup>(10)</sup>に思われる。

しかし、このような説明には、Saratが指摘するように<sup>(10)</sup>、裁判所の法的判断における解釈の柔軟性と執行機関の執行における画一性のあいだでの矛盾対立する緊張関係もみてとることができる。おそらく現実には、この緊張関係を反映するように、判断と執行の明確な役割分担に基づいて進められる民事保全手続でも、裁判所の判断において法の暴力が発動される執行の場面について完全に考慮することはできないし、執行機関においても命令の遂行過

程で機械的な実現に当事者から抵抗を受ける場面に遭遇するであろう。<sup>(11)</sup> すなわち、法の暴力は、司法制度の組織に内在的な論理のみでは十分にとらえることはできず、強制力は、それが介入する当事者双方のあいだにあらためて位置づけねおすことが必要なのである。

法には、究極的には、その命令を強制的に実現する暴力が予定されている。Kennedyは、そのことを前提に法はさまざまな当事者間の取引交渉に影響を与えていることを論じている。<sup>(12)</sup> 当事者間の取引交渉は、この法の枠組を背景としてとりおこなわれるのである。ただし、新たな取引状況のもとでは、法の枠組についても合法性が明確ではない戦略をとる可能性が出てくるというように、その影響はけっして固定的なわけではない。また、法は、当該取引関係に直接にかかわるものだけではない。たとえば、労使関係については契約法が規律するとしても、福祉受給の整備、犯罪活動の可能性、独立営業の可能性、結婚しての家事労働などが、代替的な方策として賃金労働よりも望ましいのかどうか考慮されよう。こうした代替的な方策を規律する法の枠組も存在するのである。当事者間の交渉過程における優劣は、このさまざまな法の枠組によって調整されている。そこでは、法を執行する公的機関は当事者の道具となり訴訟の予測結果は当事者の戦略の背景の一部となる。ここで、法は交渉力を構成するものの一つであり、この交渉力が不均衡な資源配分をもたらすのであるが、同時にそれに適合した世界理解の知識を生み出すということも重要である。そして、こうした世界理解に支えられた当事者間の関係性も交渉の場においては権力と抵抗が作用するのであり、交渉の早い段階で力を得て形成された知識はのちの交渉の展開を変えるし、目的を達成するために発動された強制力によって当事者自身のあり方が変容したりするのである。<sup>(13)</sup> すなわち、交渉関係にある当事者は、一般的な法の作動の影響も受けながら、それとは異なる法の援用方法の知識を獲得し、それを行使することで状況を変えていったり、そうした活動を遂行していくなかで自身の交渉関係や法的規律へのあり方

が変わっていたりする可能性が示唆されている。

法の強制力は、紛争交渉関係にある当事者双方のあいだで、当該関係を優位に変えるために道具として動員される。このように当事者双方の交渉関係に視野を拡張すると、裁判所の法的判断への相手方の反発は、法の実現をはかる執行機関に対してだけでなく、強制力を発動した当事者へもむけられることが考えられる。とくに、執行機関に抵抗する機会がなかったような場合、反発する力は交渉関係にある当事者間で働くのではないだろうか。

以上、緊急を要する民事保全手続では、強く執行を意識した判断がなされ、また迅速かつ機械的に執行が行われることが推測される。しかし、この民事保全も、当事者間の交渉過程においては、優位に状況を進めようとする複数ある戦略手段の一つであり、そうした当事者の関心から裁判所の想定外の制度利用も生み出される可能性があることが確認された。

### 第三節 断行の仮処分的事例分析

#### (1) 事例分析の方法

ここで取り上げる事案は、二〇〇一年から二〇〇二年にかけて関係者間で争われた相続に関連する紛争である。黒川敦子氏側の代理人弁護士からこの事案に関連する記録を見せていただいた。またこの事案について聞き取りを行った。以下の紛争の経緯では訴訟記録等の公式の文書を中心に時系列に整理しており、そのかぎりでは客観性が確保されているが、一方当事者の代理人側のメモの閲覧や聞き取りの内容も補充的に使われており、相手方から提出されている公式の書類資料との関係では均衡を欠いている。なお、当事者や関係者が特定されないように匿名化をしており、事案の分析に支障のないと考えられる事項につき若干の変更も行っている。

(2) 紛争の経緯

二〇〇一年八月月上旬に、黒川明夫氏が死亡した。明夫氏には、約三〇億程度の相続財産があった(ただし換価額は八割程度に減額される)。明夫氏には離婚した前妻との間に娘が二人、再婚した妻との間に息子と娘がいた。したがって、妻と四人の子供が明夫の相続人になる。前妻との子供が、黒川敦子氏と有馬雅子氏である。遺言によれば、亡黒川明夫氏は、前妻の二人の娘にはそれぞれ一〇〇〇万円と都内の甲土地を共有で相続させることにしていた。

遺言執行者の指宿弁護士によれば、明夫氏から敦子氏には、生前に人を介して数回の送金をおこなっており、今回は一〇〇〇万円からその分を生前贈与として控除した残額を引き渡すという。しかし、その残額について、指宿弁護士の主張と、黒川敦子氏の主張では開きがあった。指宿弁護士は、生前贈与は八五〇万円だったというのに対して、黒川敦子氏は四五〇万円だという。黒川敦子氏は早くから城崎弁護士に依頼し交渉及び調整してきたがまとまらず、二〇〇一年二月二〇日に、亡黒川明夫氏の遺言執行者の指宿弁護士に対して四〇〇万円の相続財産引渡請求の訴えを提起した。

また、指宿弁護士から提出された遺産目録を、黒川敦子氏の側でも公認会計士に調べてもらったところ、かなりの遺留分があることが確認された。黒川敦子氏の遺留分は、亡黒川明夫氏の全相続財産のうちトータルで一億円程度と試算されたのである。そこで、二〇〇一年二月一九日に、黒川敦子氏から兄弟の一人の黒川悠一氏に対して、遺留分が侵害されているとして、認められると思われる限度での遺留分減殺請求の内容証明郵便を送付する。これにより、相続財産分割の手続が停止した。<sup>(15)</sup> 黒川悠一氏と有馬雅子氏とは、ともに別府弁護士が代理人となっていた。黒川悠一氏の側では、多額の相続税を期限までに納入するには相続不動産等の売却が必要であり、遺産分割が



できないとその処理ができないので、遺留分減殺請求の取り下げを求めてきた。

ところで、先述のように、遺言により黒川敦子氏は有馬雅子氏と共有で都内の甲土地の相続も受けている。この土地の処分について、黒川敦子氏側で有馬雅子氏と連絡をとる準備をしていた。すると、二〇〇二年一月二二日に、有馬雅子氏の代理人である別府弁護士から話し合いをしたいとの連絡がある。同年一月三〇日に、城崎弁護士は別府弁護士と話し合いをもち、土地を半分に分けることで双方合意するが、その分け方については再度話し合うことになる。また、黒川悠一氏の側の利害としては、黒川敦子氏からの遺留分減殺請求により相続財産分割手続が止まっているため一定の金員を支払うことで請求を取り下げてほしいという要請があった（後に同年九月までに一億円を支払うと申し出る）。同年一月三二日には、黒川敦子氏から指宿弁護士に対して提起された相続財産引渡請求訴訟の第一回口頭弁論期日が開かれた。

黒川敦子氏から遺言執行者である指宿弁護士を被告とした相続財産引渡請求訴訟は、その後三月一二日、四月二二日と弁論準備手続期日が開催され、五月二三日で口頭弁論が終結する。また、それと並行して四月上旬には、黒川悠一氏側との交渉も進展し、約一億円を悠一氏が支払うという和解案で調整がおこなわれていた。亡黒川明夫氏の公正証書遺言についても、二〇〇二年四月に、甲土地を黒川敦子氏と有馬雅子氏の共有登記へ変更手続をおこなった<sup>(16)</sup>。それぞれの持ち分は三〇〇〇万円程度になると思われた。この登記済権利証は黒川敦子氏の代理人である城崎弁護士が所持していた。黒川敦子氏は持ち分を早々に売却するために、準備を進めていたのである。そこに、有馬雅子氏の代理人である別府弁護士から共有物分割登記が終わるまで貸してほしいとの求めがあり、同年五月二〇日に登記済権利証を預けることになった。その後、共有物分割登記は、有馬雅子氏が依頼した湯川司法書士によって処理したということなので、七月初旬に城崎弁護士から別府弁護士に登記済権利証の返却を求めた。別府弁護士

が依頼者の有馬雅子氏にその旨を伝えると、有馬氏から突然解任されてしまう。城崎弁護士は、登記済権利証を占有する湯川司法書士に約束どおり引き渡すように要請するが、湯川司法書士は、有馬雅子氏から預かったものであるような約束は知らないという。

他方、黒川敦子氏と黒川悠一氏の間での交渉は、黒川悠一氏が一億円を分割して支払うことになり、六月三日にまずは六五〇〇万円を支払っている。残額は、翌年二〇〇三年三月末日に支払うことになった。遺言執行者の指宿弁護士を相手とした訴訟も、六月二〇日に判決言い渡しがあった。こちらの訴訟は、亡黒川明夫氏からの複数回の送金は生前贈与と判断され四〇〇万円の支払い請求は認められず、原告の請求棄却であった。

黒川敦子氏は、現在は配偶者の母国であるアルゼンチンで生活しており、相続した土地は売却することを要望していた。そのため、土地を売却する目的で、同年七月上旬に一時日本に帰国していたのだが、土地の売買に必要な登記済権利証<sup>17)</sup>は、湯川司法書士が預かったままになっており、有馬雅子氏も湯川司法書士も返却しようとせず、権利の移転ができないままになっていた。七月も後半になり、黒川敦子氏がアルゼンチンに戻る日が近づいてきた。

黒川敦子氏側では、登記済権利証さえそろえば土地売却決済できる状況になっている。城崎弁護士は、登記済権利証を占有している湯川司法書士から、これを取り戻すことを考えた。断行の仮処分をおこなうことにしたのである。

二〇〇二年七月二五日、城崎弁護士は、湯川司法書士を相手に、裁判所に断行の仮処分の申し立てをした。四〇万円を供託し、債務者審尋はなかったが、城崎弁護士は債権者の黒川敦子氏がまもなく帰国しなければならないことを裁判所に説明した。申し立ての翌日二六日には「債務者は、債権者に対し、別添登録済権利証の原本を仮に引き渡せ」という仮処分決定がなされた。これに基づき同年三一日に、仮処分の執行がおこなわれたのである。黒川敦子氏は、申請書類がそろったので、帰国前に土地の売却を完了した。

ところが、そのすぐあとに、こんどは有馬雅子氏が、黒川敦子氏の共有登記を二筆の土地に分割登記をおこなった島原司法書士に対して、当該権利証の占有移転禁止と執行官保管の仮処分申し立てをおこなった。二〇〇二年八月八日には、「債務者は、別添登記済権利証の原本に対する占有を他人に移転し、又は占有名義を変更してはならない。債務者は、別添登記済権利証の原本に對する占有を解いて、これを執行官に引き渡さなければならない。執行官は、上記登記済権利証の原本を保管しなければならない」等の決定がなされた。そしてまもなくの同年八月一二日には執行官保管の仮処分執行をおこなってきた。

有馬雅子氏は、新たに霧島弁護士を代理人に立てて、同年八月一四日に、自分のほうで取得分の土地売却のために登記済権利証が必要なので返却してほしいと連絡してきた。数回のファックスでのやり取りの後、一〇月二九日付で、双方が仮処分で暫定的に実現した内容とほぼ同様の和解書の作成にいたった。

### (3) 事例の分析

相続紛争に関連して仮の地位を定める仮処分の事例をみてきた。ここでは、この仮処分の機能、手続のあり方を中心に検討しよう。

本件事例では、二つの仮処分決定がなされている。黒川敦子氏から有馬雅子氏側に対する登記済権利証の原本の引渡し、有馬雅子氏から黒川敦子氏側に対する同権利証の原本の執行官保管が発令されているのである。そして、黒川敦子氏から有馬雅子氏側に対する仮処分は七月二七日に発令されて四日後の七月三十一日には執行されており、有馬雅子氏から黒川敦子氏側に対する仮処分も八月八日に発令されて四日後の八月一二日には執行されている。いずれに仮処分も、民事保全制度の目的どおりに、迅速な保全執行がなされており、執行は機械的に進められたこと

がうかがわれる。

しかしまた、これらの仮処分は、紛争当事者たちにとっては、独立して考えるのではなく、一年前の二〇〇一年八月から続いている父親死亡後の相続をめぐる紛争のなかで利用されているということが重要である。黒川敦子氏側は、有馬雅子氏と共同相続した甲土地について、持ち分の売却を希望していたのであるが、話し合いにおいて有馬雅子氏側は甲土地の分割手続に必要な登記済権利証を返却しようとしなかった状況が続いていた。黒川敦子氏が申立てた仮処分は、こうした膠着状態を動かし、土地の売却を可能にするとともに、共有する甲土地の処分について有馬雅子氏との関係を動かすことになる。他方で、有馬雅子氏側にとっても、持ち分を処分するには黒川敦子氏側の手に渡り、分割登記された土地の権利証が必要になってくる。そのために権利証が黒川敦子氏によって勝手に処分されないように執行官保管の仮処分をおこない、交渉をおこなってきた。こちらの仮処分もその後の交渉を視野に入れた状況を整えるための手段なのである。

ただし、有馬雅子氏側の仮処分から交渉への動きには、次の特徴が重要性をもっているように思われる。第一に、有馬雅子氏からの仮処分は、黒川敦子氏からの仮処分のすぐあとになされた対応であるということである。そしてそれは黒川敦子氏側のやり方をそっくりそのまま動員して切り返しているのである。第二に、この仮処分は、黒川敦子氏側の仮処分により登記済権利証を持ち出された湯川司法書士が主導しておこなっている。ところが、それに続いてすぐに有馬雅子氏側から申し入れがある交渉は、新たな代理人の霧島弁護士によって開始されているのである。すなわち、黒川敦子氏側の行使した仮処分は、とりわけ留守の事務所に開錠して入り、登記済権利証をもちだしていったのであり、その事務所の湯川司法書士にとっては暴力的な介入であったと思われる。そして、こんどはこの暴力的な手段を行使した黒川敦子氏側の島原司法書士に対して、湯川司法書士が関与して同じ仮処分という暴

力的な手段で介入したのである。しかも、ここでの有馬雅子氏側の仮処分行使は、有馬雅子氏側が交渉に応じない状況を打開しようとする黒川敦子氏側の行使した仮処分とは異なり、黒川敦子氏側の仮処分への「反撃」とみることができるといえる。いわば敵対的な暴力の応酬になっている。けれども、有馬雅子氏にとって、このまま敵対的な本案訴訟を提起することは金銭的にも時間的にも負担が大きいためであろう。そこで、紛争処理を法技術的に主導する主体を湯川司法書士から霧島弁護士に代えることでそれまでの敵対的な流れを断ち切り、交渉を提案しているのである。

紛争当事者間において、一連の紛争過程で交渉の手段として仮処分の強制力が援用されるのを見てきた。一見、申立人の目的を実現してしまうように見える断行の仮処分においても、この仮処分事案をふくむ紛争全体の経緯から見直すと、仮処分で紛争解決が達成されるとまで考えるのは実情には合わない。当事者間の一連の紛争交渉過程において、おそらくはその後の展開に向けて有利な状況を整備するために活用されているということができそうである。しかし、制度の強制力にそのような機能があるとしても、常に制度として当該利用が許されるわけではないだろう。しかも、黒川敦子氏が援用した断行の仮処分は、保全執行で黒川敦子氏の要求が満たされて一定の決着がついてしまうにもかかわらず、有馬雅子氏の側がこれを争う機会が保障されているわけではない。仮の地位を定める仮処分においては、原則として口頭弁論または債務者審尋を実施すべきとしているが、それも密行性の要求があり「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」実施されない可能性がある<sup>(18)</sup>（民事保全法二三条四項但書）。そして、本件事案においては、口頭弁論および債務者審尋は実施されずに仮処分の判断がなされたのである。

周知のとおり民事保全手続では発令の要件として「被保全権利」と「保全の必要性」が求められる。本件事案においては、黒川敦子氏が現在海外に居住しており、一週間後に予定している帰国との関係でそれまでに土地の売却

を計画しているという緊急性、つまり「保全の必要性」が発令の可否にとって重要であるように思われる。しかし、それにとどまらず、仮処分申立てにおよぶ経緯が密接にかかわるのではないだろうか。当初は黒川敦子氏が権利証を所有していたが、有馬雅子氏が共有物分割するために五月に別府弁護士を通じて貸与したのであり、湯川司法書士は登記手続をおこなうためにそれを預かっていた。黒川敦子氏側では七月下旬での土地売却のためにすでに買主も決まり契約の準備はできている。そこで黒川敦子氏側代理人の城崎弁護士は、有馬雅子氏側の湯川司法書士に連絡をとり何度か登記済権利証の返却を求めているのである。それにもかかわらず、湯川司法書士はこれを返却しようとしなかった。これまで、黒川敦子氏側で、有馬雅子氏の求めに応じて登記済権利書を貸出し、自身の土地持ち分の売却の準備も進め、直接にも湯川司法書士と交渉している。そうした経緯から、<sup>(19)</sup>密行性と緊急性の要請が強いと推測され債務者審尋をせずに、仮処分が発令されたのではないだろうか。

他方、有馬雅子氏側の湯川司法書士は、黒川敦子氏側の申立てた断行の仮処分に、審尋の機会を与えられず、保全執行を受けた。紛争の経緯から有馬雅子氏側の湯川司法書士には手続保障がなく暴力的な介入がなされたのである。これに対しては、既述のとおり当事者から見ると同様の暴力による反撃として仮処分が動員されたとみることができそうであるが、裁判所としては損害の大きい断行の仮処分を受けた有馬雅子氏側からみて黒川敦子氏への不信があり、密行性の要請から債務者審尋をせずに、登記済権利証が占有移転されないように保全する必要性を認めたとみることができないのだろうか。こちらでもそれまでの経緯が保全の必要性を判断する重要な要素になっているとも考えられるのである。

民事保全手続は、これまでの経緯をふまえて、そのあとの当事者間の交渉関係が適切に進められるような事実的な状況変化をもたらす機能を果たしていると考えられる。<sup>(20)</sup>それは、申立人の要求を満たしてしまう断行の仮処分

あっても同様のことが言える。断行の仮処分がなされたときでも、それで当事者間の交渉が終わるとはかぎらない。仮処分が強力な交渉推進手段であることを体験して「学んだ」有馬雅子氏側の湯川司法書士は、経緯をふまえて今度は自分の側が負担をはたして交渉に優位に立てるように仮処分を持ち出してきたのである。

#### 第四節 おわりに

暫定的かつ付随的な性質をもつ民事保全手続でありながら、債権者の目的を実現してしまう断行の仮処分が、一連の紛争過程においては、当事者によって交渉を促進するための手段として援用され、またそのように機能することを見てきた。ただし、この制度は、物理的な強制力を伴うにもかかわらず債務者の審尋を経ないで発令される場合がある。その際の判断基準は被保全権利及び保全の必要性であるが、保全の必要性をみるにあたり紛争経緯、すなわちそれまでの当事者と相手方にとってきた紛争行動が重要な考慮要素になってもおかしくはないのではないかとこのことを述べてきた。もともと、本稿は、一件の事例分析に基づく限られた知見にすぎず、より多くの事例による検証が必要であろう。

※拙い論稿ではございますが、池田辰夫先生のご退職をお祝いし、謹呈いたします。

(1) 最近の体系書として松本博之『民事執行保全法』（弘文堂、二〇一一年）四七六頁、瀬木比呂志『民事保全法 新訂版』（日本評論社、二〇一四年）、平野哲郎『実践 民事執行法 民事保全法 第二版』（日本評論社、二〇一七年）三四五頁等。







(6) Drucilla Cornell, 1989-1990, "The Violence of the Masquerade: Law Dressed Up as Justice" *Cardozo Law Review* Vol. 11, pp. 1047-1064 は「言葉の文字通りの意味」に立脚し、「国家の歴史と伝統に深く根差した」ものとして、「男性間の同性愛を規制する州法を合憲とする。While 判事の多数意見による正当化を法維持的暴力の例であると指摘している。なお本論文での Cornell の立場はデリダの脱構築の妥当性を擁護するものであるが、周知のとおりデリダの『法の力』(法政大学出版局、一九九九年)はベンヤミンの「暴力批判論」「暴力批判論他十篇」(岩波文庫、一九九四年)を下敷きに論じられており、ベンヤミンの法維持的暴力は本稿で論じる強制執行をもふくむ概念と思われるが、Cornell の議論では必ずしもさうした物理的な暴力を自覚的に論じてはいない。

(7) Robert Cover, 1992, "Violence and the Word", in Martha Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat eds. *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover*. The University of Michigan Press. コバーの Cover の「暴力」論は、死刑制度を念頭においている。すなわち、一般に法の暴力の問題がもっとも深刻であると考えられる状況をもとに論じられているのである。

(8) 法解釈を実践的活動であるという場合、たしかに Cover が述べているように物理的強制である執行がそのあとにひかえているとどう特徴が指摘されるが、事案の判断それ自体もある種の実践的活動とすることができるとはなないだろうか。たゞそれ、Thomas C. Grey, 1990, "Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory." *Southern California Law Review* Vol. 63, pp. 1569-1595 は「Wallace Stevens の詩を援用しながら、現実と想像との遠近法態度の必要性を説きつつも、予定調和的な弁証法的統合に陥ることを警戒し、法律家にとつて、あらゆる理論は現行の実践における自省であるとするプラグマティズムの有効性を主張する。そして、理論についての教訓として、「相手方の言い分を聞け」に言及する。こうした法律家の判断形成のあり方も実践的活動といえよう。

(9) コバーの Cover の立論は、主にスタンレー・ミルグラム(山形浩生訳)『服従の心理』(河出書房新社、二〇〇八年)の〈アイヒマン実験〉に依拠している。

(10) Austin Sarat, 1992, "Robert Cover on Law and Violence", in Martha Minow, Michael Ryan, and Austin Sarat eds. *Narrative, Violence, and the Law: The Essays of Robert Cover*. The University of Michigan Press, pp. 255-265.

(11) 西川佳代「民事紛争処理過程における執行制度の機能(二)・完——判断手続・執行手続峻別の相対化をめとして

——」民商法雑誌一〇九卷四・五号（一九九四年）七六六—七七頁。

- (12) Duncan Kennedy, 1995, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault" in *Sexy Dressing etc.* Harvard University Press, pp. 83-125 は、以下に述べるように、「当事者間の優劣関係の一部を法が構成するとするHaleの議論を、労使関係だけでなく様々な階層的峻別について、また裁判や立法などの制度の場面においても拡張して検討しようとするものである。このようにKennedyの主要な関心は一方で、労使関係や人種、男女において生じている「明確な」階層間の富の配分の不均衡の原因が法にもあることに問題意識を置いている。こうした視点に一定の重要性を感じるが、本稿では社会階層論をふまえて議論をする準備はない。本論では、一般の民事事件について、とくに階層的な属性に限定しなくても、当事者間の関係の優劣がみてとれると考えている。また、この論考においてKennedyはもっぱらRobert HaleとMichael Foucaultの見解を素材に立論しているが、本稿では立論全体をKennedyの見解として扱っており、ここに言及するかぎりでの見解に本稿の関心に合致するものと考えている。なお、Kennedyの理論を包括的に検討しその体系を明らかにしようとする研究として船越資晶『批判法学の構図』（勁草書房、二〇一一年）。

- (13) Kennedyのこの議論は、Foucaultの主体に呼びかけて作用する規律権力のアイデアに基づいているが、Kennedyも指摘しているようにFoucault自身は法の領域で規律権力論を展開してはいない。規律権力を法にも適用し、当事者間の交渉を権力／抵抗が作用する動態的過程としてとらえる興味深い視点であるが、Foucault晩年の成果もふまえるならば、さらにはあらたな視角が加えられよう。この点、林田幸広「法を排除」したフーコーの視座から法を見る」法社会学第八三号（二〇一七年）七五頁以下は、後期フーコーが中心に据えた「統治性」＝「はたらきかけてふるまいを導くこと」と「パレーシア」＝「自分自身に関する（真なることを語ること）」に焦点をあてて、そこから法のみみていく可能性を示唆しており興味深い。

- (14) こうした法の「支配」に対する一般の紛争当事者の抵抗は、解釈主義法社会学の経験的研究で具体的に示されてきた。たよと、Barbara Yngvesson, *Virtuous Citizens, Disruptive Subjects: Order and Complaint in a New England Court* (Routledge, 1993).

- (15) 故黒川明夫氏の前妻とのもう一人の子供、有馬雅子氏は、遺留分減殺請求をおこなってはいない。

- (16) そのさいの登記手続は黒川敦子氏側の城崎弁護士の人知である司法書士に依頼するが、有馬氏は費用を下げるよう要求

してきたという。

(17) 周知のとおり、現在では、登記済権利証ではなく登記識別情報を提出することになっている。

(18) 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『民事保全法の基本構造』(西神田編集室、一九九五年)七七頁では、同項但書を「主として、密行性の要求があり、債務者に仮処分申立てのあることを知らしめては、その目的を達しえなくなるおそれのある場合を指すが、債務者を審尋している時間的余裕のないほど危険が切迫している場合も含まれる」とする。

(19) 森鍵一「大阪地裁民事保全事件における現況と課題」判例タイムズ一三八一号(二〇一二年)八頁では、仮の地位を定める仮処分の担当裁判官は、「予想される争点及びこれに対する双方の主張の骨子、双方の主張における具体的な根拠法令及び疎明資料の有無のほか、紛争に至る背景事情や、最終的に志向する解決の方向性などの事情に高い関心を」もっているとする。

(20) 井上治典「民事保全への視座——被保全権利と具体的措置——」『民事手続の実践と理論』(信山社、二〇〇三年)三二頁以下。同「仮の地位を定める仮処分の理論化への視点」判例タイムズ一七二二号(二〇〇五年)二六頁以下では、仮処分が紛争処理の原型である理由の一つにリターンマッチが制度的に組み込まれていることをあげているが、本件事案では、当事者がとくに制度的には予定されていない形で民事保全手続をリターンマッチのために活用した例とみることもできる。