

改題改訂版はしがき

本書旧版(コンパクト民事保全法)は、刊行後10年以上が経過し、その間に関連する多くの法令改廃や判例を見たので、これらに対応するのに必要な修正、変更を施し、なおその他若干の箇所で記述を補正するため、改版を試みた。ただし執筆の方針と骨子は、旧版のそれを踏襲している。今般特に力を注いだ新規記述箇所は、人事訴訟、非訟事件を本案とする仮処分の項である。

2015年1月9日

著 者

旧版はしがき

私が「仮差押・仮処分に関する諸問題」(司法研究報告書14輯4号)を著したのは、40年も前のことである。あらためて読み返してみると、法改正や学説の進展のため陳腐となった記述、今では間違っていると思う論議、稚拙な筆運びも少なくない。しかし、この旧稿で意図したのは、当時この分野の実務と文献に蔓延していたマンネリズムと理論無視の便宜主義に批判を加えることにあったもので、微力のため勿論その効果が十分に上がったとは思っていないが、方向自体は間違っていなかったと今でも考えている。その後、関係分野の学説の進展は目覚ましく、ことに近年は民事保全法の制定に触発され、数多の優れた研究成果を見るに至っている。そこではかつての極端な独善論がほとんど姿を消し、精緻な解釈論や周到な実務指針を展開しているものも少なくない。しかしそれにもかかわらず、なおこの分野では、敢えていうならば、従前の慣行が不合理であっても惰性で実務を支配している傾向が濃厚であり、公刊された文献でも、この現状に対する批判に重点を置くものは、あまり見られない。

以上の次第で、本書は、民事保全法の概説書であるから、初学者が通読することも念頭に置いて執筆したが、それよりも、研究者や実務家の諸子が実務、通説に対する批判の部分を重点的に読んで頂くことを期待している。記述に当たっては、どの文献にも書いてあるような疑問点が少ない立法趣旨や条文解釈については、できる限り簡潔を旨としたが、少なからぬ箇所では、私見を強調するため、体系書に通常求められる繁簡のバランスをやや失することも意に介しなかった。基礎理論については、おおむね権威のある判例や学説に従っているつもりであるが、私が正当と信ずる理論とこれから導かれる論理的帰結が、現行の実務、通説と相容れぬ場合、その実務、通説の変改を求めることには躊躇していない。私が指摘している実務、通説の誤りは、無数にあるが、多くは本邦独自のそれにかかるものである。(a)仮差押えの裁判手続と執行手続とは

截然区別されるのに、両者の混淆により手続の不透明をもたらす実務慣行と論説が横行していること、(b)実務と判例、学説が、保全命令の効力の客観的範囲を画すべき本案請求権の確定を曖昧にすることを事実上容認し、ことに「請求の基礎の同一」という場違いの基準をもって随所で本案請求権の流用を肯認しているため、しばしば債務者の地位の不安定と手続の混迷を招いていること、(c)大多数の保全命令で訴訟費用の裁判が脱漏していること、などを顕著な例とする。もとより私見の至らぬ点は多々あると思うし、民事保全の分野における理論と実務の架橋という本書の意図がどの程度まで達成し得ているかは、読者の判定と将来の動向にまつほかはない。

本書の執筆は、かねて多くの方々から頂いた学恩の所産であり、ことに畏友中野貞一郎大阪大学名誉教授からは、種々貴重な記述上の助言を頂き、また萩屋昌志龍谷大学教授からは、原稿段階での全文閲読を通じて多くの欠陥指摘を受けることができた。記して謝意を表するものである。

2003年8月18日

著 者