

荷為替信用状に対する買主の介入可能性

—ドイツ法を対象として—

桑原康行

1. はじめに

国際売買において、売買契約当事者は、売買代金の支払のため、買主が荷為替信用状（以下、信用状と略称）を開設すべきことを合意することが多い。この場合、買主は、銀行と信用状開設契約を締結し、その後、銀行は、売主に対して信用状を開設し、売主と契約を締結することになる。売主の提供書類が信用状条件と一致している限り、銀行は、売主に対して、信用状金額を支払わなければならない¹⁾。このことは、売主が、売買契約上、代金債権をもたないような場合にもあてはまる²⁾。

多くの場合、売主が代金債権をもたぬことを、買主は、銀行による支払後をはじめて知ることになる。しかし、そうでない場合³⁾には、買主は、銀行による信用状金額の支払、または売主による信用状上の権利行使を、禁止しようとするであろう。

これらの可能性につき、わが国においては、ほとんど議論されていないが、ドイツにおいては、活発に議論されている。そこで、本稿では、信用状法律関

原稿受領日 1984年8月31日

- 1) 荷為替信用状に関する統一規則および慣例（以下、統一規則と略称）1974年版、第8条第(a)項。
- 2) 統一規則、1983年版第3条。なお、第6条も参照。以下、統一規則は、1983年版による。
- 3) 具体例につき、Wessely, *Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag*, 1975, S. 72. なお、3.売主に対する介入可能性、参照。

係に対する買主の介入可能性について、ドイツ法を対象として⁴⁾、次の2つに分けて、検討することとした。

売買契約上の理由に基づき、

- ① 買主が、信用状金額の支払を禁止するため、銀行に対して、いかなる介入可能性を有するか。
- ② 買主が、信用状上の権利行使を禁止するため、売主に対して、いかなる介入可能性を有するか。

2. 銀行に対する介入可能性

買主は、銀行に対して、指図を与えることによって、支払を禁止することはできない⁵⁾。そこで、買主は、売主に対して有する請求権を銀行に対して譲渡することによって、支払を禁止しようとしたり、銀行に対する仮処分によって、支払を禁止しようとする。

(1) 放棄請求権の譲渡

代金債権が存在しない場合には、買主は、売主に対して、信用状上の権利を放棄するよう請求することができる⁶⁾。

買主は、この放棄請求権を銀行に譲渡し、この請求権に基づいて、売主に対する支払を拒絶させることができないであろうか。

学説・判例は、譲渡方法によっては、売主に対する支払を拒絶させえないという結論については、ほぼ一致しているものの、その理由づけについては、対立している。

第1説は、銀行が買主・売主間で仲介的地位 (Mittlerrolle) を占め、両者に対して不偏不党の (unparteiisch) 義務を負うことを理由として、譲渡

4) ドイツ法についても、取消不能信用状のみを検討の対象としている。また、国際的裁判管轄権のような渉外的問題も、本稿では取扱わない。なお、国際的裁判管轄権については、池原季雄「国際的裁判管轄権」『新・実務民事訴訟講座 7』3頁以下(昭和57年)参照。

5) Canaris, *Bankvertragsrecht, Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, 3Bd. 3 Teil, 3 Aufl. 1981, Rdn. 967.

6) この放棄請求権につき詳しくは、3. 売主に対する介入可能性、参照。

方法が所期の効果を挙げえないとする⁷⁾。例えば、連邦通常裁判所は、次のように述べている⁸⁾。銀行は、信用状開設によって、買主・売主間の仲介者的地位を占め、両者に対して中立的立場に立つことになるが、銀行が、このような譲渡によって、買主の利益を一方的に守ろうとすることは、銀行がこの地位を占めることと矛盾する、と。

しかし、この説に対しては、譲渡方法がいかなる場合にも所期の効果を挙げえないと解される余地があること⁹⁾、銀行が仲介者的地位を占めること¹⁰⁾、のいずれに対しても、批判が加えられている。

第2説は、売買契約当事者間に、ドイツ民法（以下、BGBと略称）第399条による債権譲渡禁止が存在することを理由として、譲渡方法が所期の効果を挙げえないとする¹¹⁾。債権譲渡が禁止されている場合には、それは、はじめから無効である。

しかし、売主の給付（放棄表示）は、譲渡によっても、その内容が変わるものではない（BGB第399条、参照¹²⁾）。

また、買主・売主は、債権譲渡禁止を合意するわけではない（BGB第399条、参照）。このことは、銀行が、買主に対して有する債権を担保するために、買主が売主に対して有する債権を譲渡させる場合を考えてみれば、あきらかである¹³⁾。

7) BGHZ 28, 129ff, なお, Ulmer, Akkreditiv und Anweisung, AcP, 1926, S. 307; 伊澤孝平『商業信用状論』408~409頁(昭和33年)参照。

8) BGHZ a.a.O.

9) Lücke, *Das Dokumentenakkreditiv im Deutschland, Frankreich und Schweiz, Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 1976, S. 193, 195; 反対, Erman, Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank, in: *Festschrift für Rittershausen*, 1968, S. 266; Borggreffe, *Akkreditiv und Grundverhältnis*, 1971, S. 57.

10) 例えば, Erman, a.a.O. S. 267 f; Borggreffe, a.a.O. S. 62 f; Lücke, a.a.O. S. 193.

11) Vgl. Erman, a.a.O. S. 268; Borggreffe, a.a.O. S. 63 f.

12) Borggreffe, a.a.O. S. 63.

13) Erman, a.a.O. S. 268.

それゆえ、債権譲渡禁止が存在するとみることもできないであろう。

第3説は、信用状上の権利がきわめて強力であることを理由として、譲渡方法が、一売主の明らかな権利濫用の場合¹⁴⁾を別として一所期の効果を挙げえないとする¹⁵⁾。この説に対しては、信用状に類似する法律制度たる指図や手形においても、債務者が、人的抗弁を対抗できることからする、批判がある¹⁶⁾。

第4説は、譲渡された債権がきわめて弱いことを理由として、譲渡方法が一売主の明らかな権利濫用の場合を別として一、所期の効果を挙げえないとする。

例えば、Erman は、次のように述べている¹⁷⁾。売買契約すなわち売主・買主間の関係上の信用状開設約款 (Akkreditivklausel) は、時間的にも内容的にも、以下のように制限された使用せざることをの契約 (pactum de non petendo) によって補充されているとみなされる。すなわち、買主は、売主による信用状上の権利行使を、原則として禁止することはできない。しかし、例外的に、売主による信用状放棄義務が法的に明らかに生じ、信用状権利者たる売主によるその違反が、明らかな権利濫用となるような事実が存在する場合には、売主による信用状上の権利行使を禁止することができる。この pactum によって、放棄請求権の弱さが基礎づけられるので、その債務者たる売主は、BGB第404条によって、新債権者たる銀行に対しても、放棄請求権の弱さを対抗することができる、と¹⁸⁾。

また、Borggreffe は、次のように述べている¹⁹⁾。

譲渡された債権に基づき、銀行が売主に対して支払を拒絶しえないことは、

14) 権利濫用となるのが、いかなる場合かについては、Wessely, a.a.O. S. 61 ff; Canaris, a.a.O. Rdn. 1015 ff. 参照。

15) Wessely, a.a.O. S. 73; Witte-Wegman, Störungen im Dreiecksverhältnis — dargestellt am Dokumentenakkreditiv, *JuS*, 1975, S. 137, 143.

16) Erman, a.a.O. S. 268; Vgl. BGHZ, a.a.O. 130.

17) Erman, a.a.O. S. 268 f; この説に賛成する者として、Lücke, a.a.O. S. 194.

18) なお、このような pactum の許容性につき、Erman, a.a.O. S. 269 f. 参照。

19) Borggreffe, a.a.O. S. 65.

買主と売主との pactum から導き出されるだけでなく、銀行と売主との間の法律関係からも導き出される。

銀行は、開設書面の送付によって、信用状取引にあたり、売買契約上の債権を、たとえそれが銀行に譲渡された場合でも、行使しないことを、売主と約束する（銀行と売主との pactum）。しかし、この pactum は、銀行が、明らかな権利濫用を支持しないという解除条件付で、締結されたのである。売主の無権利が疑いもなく証明しうる場合には、解除条件が成就し、その結果銀行の約束は無効となる。このような例外的場合には、銀行は、売主に対して、譲渡された放棄請求権に基づいて、支払を拒絶することができる。

債権譲渡方法が一般的に所期の効果を挙げえないことが明らかとされたが、次に問題となるのは、銀行がこの方法に協力しなければならないのか、ということである。売主による明らかな権利濫用の場合にのみ、銀行は、協力しなければならない²⁰⁾。この場合に、銀行は、すでに述べた pactum によって協力することを禁止されないし、支払を拒絶しても、特別な危険を負担することもないと考えられるからである²¹⁾。

(2) 銀行に対する仮処分

譲渡方法が、例外的場合を別として、所期の効果を挙げえないとすれば、買主は、仮処分によって、信用状金額の支払を禁止することはできないであろうか。

売主に対する買主の放棄請求権を被保全権利としては、銀行に対するこのような仮処分は、許容されない²²⁾。仮処分は、係争法律関係が存在する場合にのみ、許容される（ドイツ民事訴訟法、以下 Z P O と略称、第935条・第940条）

20) Erman, a.a.O. S. 271 ; Borggreffe, a.a.O. S. 65.

21) Erman, a.a.O. ; Borggreffe, a.a.O.

22) Liesecke, Die neuere Rechtssprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofes, zum Dokumentenakkreditiv, WM, 1966, S. 458, 468 ; Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 1974, S. 161 ; Schlegelberger/Hefermehl, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Bd. IV. 5 Aufl. 1976, Anm. 251.なお、伊澤、前掲注7) 318~19頁も参照。

が、放棄請求権に関しては、係争法律関係は、売買契約当事者間にのみ存在するからである。

買主・銀行間には、信用状開設契約が存在する。この契約上、買主は、銀行に対して、補償拒絶権を有することがある。この権利を被保全権利として、信用状金額の借方記入を禁止する仮処分が、許容されないであろうか。

銀行が補償を請求することができる場合には、被保全権利が存在しないので、仮処分は、許容されない²³⁾。これに対して、銀行が補償請求権を有しない場合には、被保全権利は、存在するといえよう²⁴⁾。しかし、この場合でも、保全の必要性があるかは疑問である。買主が銀行に対して前払をしていないなら、彼は、補償を拒絶するだけでよい²⁵⁾。また、買主が銀行に対して前払をしていても、その金額を取戻すことができないおそれがなければ、保全の必要性があるとはいえないように思われる²⁶⁾。

3. 売主に対する介入可能性

以上述べてきたように、買主が例外的場合を別として銀行に対する介入可能性を有しないとすれば、次に、買主が、信用状上の権利行使を禁止するために、売主に対する介入可能性を有しないかが、問題となる。

この問題を検討する前に、銀行が、売主に対して、仮処分によって、信用状上の権利行使を禁止することができないかを考察してみよう。

放棄請求権を被保全権利とする仮処分は、許容されない²⁷⁾。このことは、放棄請求権が銀行に譲渡された場合にもあてはまる。その理由として、買主・売主間の *pactum de non petendo* または銀行・売主間の *pactum de non*

23) Borggreffe, a.a.O. S. 67.

24) Borggreffe, a.a.O.

25) Canaris, a.a.O. Rdn. 1025; Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O. Anm. 229; 反対, Westphalen, *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, 2 Aufl. 1978, S. 143 f.

26) Canaris, a.a.O.; Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O.; 反対 Westphalen, a.a.O.

27) Borggreffe, a.a.O. S. 70.

petendo を援用することができよう。

銀行は、例外的場合に売主に対して抗弁権を有する。しかし、だからといって、銀行による売主に対する仮処分が許容されることにはならない。銀行は、支払を拒絶すればよいから²⁸⁾、保全の必要性が存在しないであろう²⁹⁾。

さて次に、買主による売主に対する介入可能性について、検討しよう。

代金債権が存在しない場合には、買主は、売主に対して、信用状上の権利³⁰⁾を放棄するよう請求することができる³¹⁾。この放棄請求権は、B G B 第812条以下によっても³²⁾、B G B 第462条・第467条・第346条によっても³³⁾、基礎づけられよう。

売主は、放棄を請求権者たる買主に対してではなく、銀行に対して表示しなければならぬ³⁴⁾。銀行・売主間にのみ、信用状上の法律関係が存在するからである。銀行は、買主に対して、放棄表示を受領する義務を負う³⁵⁾。銀行に対する放棄表示によって、信用状上の権利は消滅する（B G B 第397条）。

売主が放棄表示を拒絶した場合には、買主は、裁判上の方法によって、放棄請求権を行使することができる。このような方法として、既判力ある判決の取得が考えられる³⁶⁾。Z P O 第894条によって、既判力のある判決は、売主の表示とみなされる。

28) Borggreffe, a.a.O. なお, Heinze, *Der Einstweilige Rechtsschutz in Zahlungsverkehr der Banken*, 1984, S. 203. 参照。

29) Borggreffe, a.a.O.

30) この権利の具体的内容については、かなり問題があるが、ここでは一応、書類を提供する権利と支払請求権とであるとしておく。

31) Ulmer, a.a.O. S. 279; Erman, a.a.O. S. 266; Borggreffe, a.a.O. S. 57; Zahn, a.a.O. S. 161; Schlegelberger/Hefermehl, a.a.O. Anm. 251; Witte-Wegmann, a.a.O. S. 143; Canaris, a.a.O. Rdn. 1064.

32) Zahn, a.a.O.

33) Borggreffe, a.a.O. S. 57; Witte-Wegmann, a.a.O. S. 143; Canaris, a.a.O. Rdn. 1064.

34) Erman, a.a.O. S. 266; Borggreffe, a.a.O. S. 58.

35) Erman, a.a.O.; Borggreffe, a.a.O.

36) Erman, a.a.O.; Borggreffe, a.a.O.

しかし、放棄表示に代わる判決は、売主による信用状上の権利行使を禁ずるには、あまりに遅すぎることが多い³⁷⁾。なぜなら、売主が、既判力のある判決以前に、信用状上の権利行使を妨げられることはないからである。それゆえ、買主は、放棄請求権を実効あらしめるため、より迅速な方法をとろうとする。

買主は、放棄請求権を保全するため、仮処分を申請し、信用状上の権利行使を禁止することができないであろうか。また、彼は、損害賠償請求権³⁸⁾を保全するため、仮差押命令を申請し、信用状上の権利を差押えることができないであろうか。

最近まで、このような保全処分の許容性については、仮処分と仮差押とを特に区別せずに、検討がなされることが多かった。このような検討方法に対しては、両制度の内容的な差異を理由とする批判が加えられている³⁹⁾。そこで、以下では、売主に対する仮処分と売主に対する仮差押とに分けて、考察することとした。

(1) 売主に対する仮処分

売主に対する仮処分の許容性については、疑問が存在するのであるが、その前にまずこの仮処分の効力について検討してみよう。

放棄請求権を被保全権利とする仮処分によって、売主は、信用状金額の取立を禁ぜられる⁴⁰⁾。しかし、この仮処分によって、信用状上の権利が消滅することはない。

次に、売主による放棄表示 (Verzichtserklärung) を命ずる仮処分が許容されるか否かについては、ZPO第894条との関連で、問題がある。ZPO第894条によれば、債務者が意思表示をなすべき判決を受けた時は、判決の確定した時に直ちに表示をなしたものとみなされる。この規定が、仮処分にも適用されるかが問題となるが、この規定は、通常の手続においてなされる判決の形

37) Borggreffe, a.a.O. S. 60.

38) この点について詳しくは、3(2) 売主に対する物的仮差押、参照。

39) Aden, Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigten durch den Akkreditivauftraggeber, *RIW/AWD*, 1976, S. 678, 680.

40) Ulmer, a.a.O. S. 279; Erman, a.a.O. S. 272; Borggreffe, a.a.O. S.

式的確定力を前提としていると考えられる⁴¹⁾。また、このような仮処分が許容されると、債権者たる買主は、一時的な満足ではなく、終局的な満足を与えてしまう。このことは、仮処分の暫定性（仮定性）に反する。したがって、放棄表示を命ずる仮処分は、許容されないといえよう。

さらに、売主による書類提供自体を禁止する仮処分も、許容されない⁴²⁾。なぜなら、この仮処分も、債権者に終局的な満足を与えてしまうからである。仮処分と関連する本案訴訟は、信用状の有効期間内に終了しないであろうし、仮処分に対する不服申立方法も効果的とはいえないであろうから、売主は、この期間の徒過を甘受しなければならない。しかし、この期間経過後は、売主の信用状上の権利は消滅してしまう。このことは、仮処分の暫定性に反する。

判決による仮処分（Z P O 第936条・第922条第1項）は、判決の言渡によって効力を生ずる（Z P O 第311条・第312条）。決定による仮処分（Z P O 第936条・第922条第2項）は、買主による売主に対する送達によって、はじめて効力を生ずる。この当事者がなすべき送達は、Z P O 第166条以下によって規制される。買主の申請に基づき、執行官が送達をなすことになる（Z P O 第166条・第167条）。

しかし、売主に対する送達だけでは十分でない。銀行は、取立禁止を知らなければ、買主に対する関係上、売主に有効に支払うことができるので、一種の第三債務者（Art Drittschuldnerin）たる銀行に対しても、— Z P O 第829条第2項第1文の規定と同じように—、送達されなければならない⁴³⁾。

銀行が、仮処分の送達にも拘らず、売主に対して支払った場合には、同行は、

71.

41) Borggreffe, a.a.O. これに対して、意思表示を命ずる仮処分にも本条の適用を肯定する説として、鈴木忠一他編、『注解 強制執行法（4）』, 191頁, 特に注⑩（昭和54年）参照。

42) Borggreffe, a.a.O. S. 72 ; Zahn, a.a.O. S. 167 ; Eisemann/Eberth, *Das Dokumenten-Akkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, 2 Aufl. 1979, S. 272 ; Canaris, a.a.O. Rdn. 1065.

43) Ulmer, a.a.O. S. 279 ; Erman, a.a.O. S. 272 ; Borggreffe, a.a.O. S. 72 ; Wessely, a.a.O. S. 75 ; Eisemann/Eberth, a.a.O. S. 173.

信用状開設契約上の義務に違反したのであるから、買主に補償を求めることはできない。買主が、本案訴訟で勝訴した場合には、銀行は、あたかも売主の無権利を知らずながら支払ったかの如く取扱われることになる⁴⁴⁾。

仮処分のこのような第三者に対する効力を肯定する根拠として、B G B 第135条を挙げることができよう⁴⁵⁾。B G B 第135条は、立法上または裁判上の譲渡禁止に、適用される。この規定は、譲渡禁止についてのべているにすぎないが、取立禁止をも含むものと解される⁴⁶⁾。この禁止は、送達によってはじめて効力を生ずるのであり、債務者が、この時以前に裁判所の命令を知っていたとしても、そのことは、問題とならない⁴⁷⁾。

ところで、このことが、送達によってなされるべき支払禁止にも、あてはまるであろうか。

Z P O 第829条による債権差押の場合には、一般的に、債権者・第三債務者間に契約関係が存在しないことが多い⁴⁸⁾。これに対して、信用状の場合には、買主・銀行間に、信用状開設契約が存在する。この契約に基づき、仮処分送達前、すなわち支払禁止の効力発生前にも、銀行は、買主のため、支払を拒絶する義務を負う可能性がある。

裁判所が、銀行に対して例外的に通知した場合や、執行官が同行に対して送達につき電話で連絡した場合のように、銀行が売主に対する仮処分命令を確実に知っている場合には、銀行は、たとえまだ送達がなされていなくても、支払を拒絶する義務を負う、と考えられる⁴⁹⁾。

次に、買主が仮処分を申請したことを、買主が銀行に対して通知したにすぎない（裁判所もいまだ裁判していない）場合にも、銀行は、買主に対する関係

44) Erman, a.a.O.

45) Erman, a.a.O. ; Borggreffe, a.a.O. S. 72 ; Eisemann/Eberth, a.a.O. S. 173 ; なお、西山俊彦=林屋礼二編『仮差押・仮処分』実務法律体系 226～227頁（昭和47年）も参照。

46) 45)に掲げた文献参照。

47) Borggreffe, a.a.O. S. 72.

48) Borggreffe, a.a.O. S. 72 f.

49) Borggreffe, a.a.O. S. 73.

上、すでに支払拒絶義務を負うのであろうか。

口頭弁論が開かれず決定によって裁判がなされる場合には、銀行に支払拒絶義務を負わせうる余地があるように思われるけれども、口頭弁論を開いて判決によって裁判がなされる場合には、このような義務は否定されよう⁵⁰⁾。

売買契約当事者は、仮処分命令に対して、または仮処分申請却下に対して、不服申立をすることができる。

仮処分申請が判決によって却下された場合（ZPO第936条・第922条第1項）には、買主は、抗訴することができる（ZPO第511条）。仮処分申請が決定によって却下された場合（ZPO第936条・第922条第1項）には、買主は、抗告することができる（ZPO第567条）。抗告審・抗訴審において、買主は、放棄請求権を基礎づける新たな事実や証拠を提出することができる（ZPO第570条・第529条）。また、仮処分を基礎づける新たな事実を、買主が知るに至った場合には、一定の限度で、新たな仮処分が許容されることもあろう⁵¹⁾。

判決による仮処分に対しては、売主は、控訴することができる（ZPO第511条）。決定による仮処分に対しては、売主は、異議を申立てることができる（ZPO第936条・第927条）。買主敗訴の確定した本案判決が存在するに至った場合には、売主は、事情変更による仮処分の取消を申立てるべきであらう⁵²⁾。また、特別の事情の存在する場合にも、売主は、仮処分の取消を申立てることができる（ZPO第939条）。

ところで、これまで述べてきた買主による売主に対する仮処分の許容性については、重大な疑問がある。この疑問は、経済的観点および訴訟法的観点から生ずる。

経済的観点からみると、このような仮処分は、売主に対してきわめて強い効

50) 口頭弁論が開かれるか否かによって、このように区別する理由につき、詳しくは、Borggreffe, a.a.O. 参照。なお、ドイツにおける保全訴訟における口頭弁論につき、倉田卓次「西ドイツにおける保全訴訟の実態」『仮処分の研究（村松俊夫裁判官還暦記念論文集（上））』12～13頁（昭和40年）参照。

51) Borggreffe, a.a.O. S. 75 f.

52) Borggreffe, a.a.O. S. 76.

力を及ぼすことになる。売主が輸出業者である場合には、彼は、商品を供給業者から買わなければならないことが多いので、供給業者への支払のため、信用状金額を必要とするであろう。しかし、仮処分によって、売主がこの金額をただちに入手することができなくなると、供給業者に対する支払もとどこおり、この者との取引関係も破壊されてしまうことになる⁵³⁾。

仮処分の許容性に対する疑問は、訴訟法的観点からも生ずる。仮処分申請において、買主は、被保全権利および保全の必要性を疎明するだけでよい（ZPO第931条・第920条第2項）。しかも、この疎明は、買主自身の宣誓に代わる保証（*eidesstattliche Versicherung*）によってもなされうる（ZPO第924条）。そこで、仮処分を買主が濫用的に得る危険性が大きい⁵⁴⁾。

ところで、この仮処分は、法的観点からみると、買主に終局的な満足をもたらすものではない。売主は、信用状金額の取立を禁止されるにすぎず、さらに進んで書類提供まで禁止されるわけではない。売主が、仮処分を知って、書類提供をあきらめ、信用状上の権利を消滅させると、買主に終局的な満足を与えることになるけれども、それは、あくまで経済的にみてそうであるにすぎない。したがって、このことから、売主に対する仮処分の法的許容性について、疑問は生じない⁵⁵⁾。

しかし、上述のような強い効力をもつ仮処分を得るためには、被保全権利および保全の必要性が疎明されるだけでよい。そこで、信用状取引において仮処分の可能性を制限する必要性が生ずる⁵⁶⁾。

これに対して、売主が信用状上の権利をもたないことが明らかである場合のみ、放棄請求権が成立するとの見解⁵⁷⁾によるなら、仮処分の可能性がはじめから制限されるので、特に問題は生じない。しかし、放棄請求権の成立する場

53) Borggrefe, a.a.O. S. 78 f; Aden, a.a.O. S. 681.

54) Erman, a.a.O. S. 273; 反対, Ulmer, a.a.O. S. 307.

55) Erman, a.a.O. S. 272~273; Borggrefe, a.a.O. S. 80; Wessely, a.a.O. S. 79 f; Eisemann/Eberth, a.a.O. S. 169.

56) Erman, a.a.O. S. 273; Borggrefe, a.a.O. S. 81.

57) Wessely, a.a.O. S. 79.

合を、このように限定する理由は、存在しないように思われる⁵⁸⁾。

では、このような制限は、どのようにしてなされうであろうか。この点に関して、訴訟法上・実体法上、さまざまな試みがなされている。

裁判所が、訴訟法上、特別の要件を課すことによって、このような制限をなすことはできないであろうか。

第一に、裁判所は、売主に対する仮処分命令を、疎明あるときといえども、買主による担保 (Sicherheit) 提供に、依存せしめることができる (ZPO 第936条・第921条第2項第2文)。しかし、担保提供によっても、売主の利益は、保護されない。売主は、その金額をただちに入手することができないからである。書類提供後ただちに支払を得ることは、売主にとってきわめて重要であり、支払が後れると、彼は、大きな損害を被る可能性がある⁵⁹⁾。

第二に、裁判所は、債務者たる売主を審尋 (Anhörung) することができる⁶⁰⁾。売主の審尋は、口頭弁論を開いてなされるであろうから、裁判は、判決によってなされる (ZPO 第936条・第922条第1項)。また、口頭弁論を開かないで決定によって裁判する場合にも、売主を審尋することは、明瞭には禁止されていない。けれども、このような審尋は、債務者に警告を与え、債権者に損害をもたらす可能性があるので、その許容性には問題があろう⁶¹⁾。さらに、裁判所は、たとえ事案が複雑であると考える場合でも、自由裁量に従い、必要な処分を決定することができるので、審尋をなす義務はない⁶²⁾。

第三に、裁判所は、高度の疎明を要求することができないであろうか。例えば、買主の、宣誓に代わる保証では十分でないとし、明らかな証拠を要求することが考えられよう⁶³⁾。しかし、このような可能性については、ZPOが、証明と疎明とを認めているにすぎないことから、理論上疑問があるように思われ

58) Canaris, a.a.O. Rdn. 1064 n. 208.

59) Borggreffe, a.a.O. S. 81.

60) 倉田, 前掲注 50). 10頁.

61) Borggreffe, a.a.O. S. 81~82.

62) 倉田, 前掲注 50), 10頁.

63) Aden, a.a.O. S. 682 ; Canaris, a.a.O. Rdn. 1065 a ; Liesecke, a.a. O. S. 467.

る⁶⁴⁾。

これに対して、実体法上の試みも存在する。放棄請求権の譲渡の場合とは異なり、銀行・売主間の *pactum de non petendo* によっては、買主は、売主に対する仮処分の取得を禁止されることはない⁶⁵⁾。

しかし、買主・売主間の *pactum de non petendo* によって、仮処分の取得が禁止されることになる⁶⁶⁾。信用状開設約款上の合意において、買主は、仮処分によって、売買契約上の理由に基づき、信用状金額の取立を禁止することを、放棄する。しかし、この *pactum* は、売主の無権利を明らかに証明しうる場合には、仮処分が許容される、との趣旨に制限される。この *pactum* は、実体法上の合意であるので、疎明の程度ではなく、その対象が決定される。

そこで、仮処分が許容されるためには、買主が、被保全権利を基礎づける事実を疎明するだけでは足りない。むしろ、買主は、その事実が明らかに証明できることを疎明しなければならない⁶⁷⁾。このことは、適切な証拠方法によってなされる。このような方法として、文書が考えられる⁶⁸⁾。

このような証拠方法が存在する場合でも、銀行が、売主に対して、支払を拒絶することが確実であるなら、買主による売主に対する仮処分は、許容されない。保全の必要性が存在しないと考えられるからである⁶⁹⁾。

これに対して、銀行が買主に対して支払拒絶義務を負うにも拘らず、そうしないことが確実である場合には、事情は異なる。この場合には、保全の必要性が存在するように思われる⁷⁰⁾。

(2) 売主に対する物的仮差押

買主は、損害賠償請求権を保全するために、物的仮差押によって、信用状上

64) Erman, a.a.O. S. 273 ; Borggreffe, a.a.O. S. 82 ; Heinze, a.a.O. S. 197.

65) Borggreffe, a.a.O. S. 83.

66) Erman, a.a.O. S. 273 f ; Borggreffe, a.a.O. S. 83.

67) Borggreffe, a.a.O. S. 84.

68) Borggreffe, a.a.O.

69) Borggreffe, a.a.O. S. 85.

70) Borggreffe, a.a.O. S. 85 f.

の権利を差押えようとすることもある。

仮差押が許容されるためには、被保全権利と保全の必要性とが存在しなければならぬ。

金銭債権または金銭債権に換えることをうべき請求権のみが、仮差押における被保全権利たりうる（ZPO第916条）。そこで、買主による仮差押において、被保全権利をどう考えるかが問題となる。

まず、放棄請求権を被保全権利であると考えすることはできないであろうか。この請求権は、金銭債権ではないが、売主が書類を提供した時以降、損害賠償請求権にかかわると考えられるから、仮差押における被保全権利たりえよう⁷¹⁾。

次に、売主による売買契約違反によって生ずる損害賠償請求権（BGB第463条）を、被保全権利と考えることができないであろうか。特定物売買の場合には、契約締結時または危険の移転時に、買主の損害賠償請求権が成立する⁷²⁾。これに対して、種類物売買の場合には、商品の運送人に対する引渡時⁷³⁾または商品の船積時すなわち商品の舷側への引渡時⁷⁴⁾に、損害賠償請求権が成立する。それゆえ、この損害賠償請求権も被保全権利たりえよう⁷⁵⁾。

次に、保全の必要性が問題となる。ZPO第917条第1項によれば、売主に対する判決の執行をなすことができないか、その執行をなすことが著しく困難となるおそれのある場合に、保全の必要性が存在する。買主が本条項の意味における保全の必要性を疎明することは、困難なことが多いと思われる。

さらに、ZPO第917条第2項によれば、判決を外国において執行することを要すべき場合にも、保全の必要性が存在する。このことは、判決の外国での執行が条約によって保証されている場合にもあてはまる⁷⁶⁾。

71) Canaris, a.a.O. Rdn. 1065; Heinze, a.a.O. S. 200; 反対, Erman, a. a.O. S. 274.

72) Borggreffe, a.a.O. S. 87.

73) BGB 第480条第2項, 第447条, 参照。

74) 例えば, FOB 条件の場合。なお, 朝岡良平『貿易売買と商慣習(第三版)』404頁(昭和56年)参照。

75) Erman, a.a.O. S. 274; Borggreffe, a.a.O. S. 87.

76) Heinze, a.a.O. S. 197. なお, 外国判決の執行については, 宮脇幸彦「訴訟」

ところで、信用状取引の場合にも、本項が適用されるかについては、見解が対立している。信用状の機能を理由として、適用を否定する説がある⁷⁷⁾。これに対して、特に理由を述べず⁷⁸⁾に、または、信用状の機能というような、実体法上の考慮によって、訴訟法規定の適用の許否を決定することは不当であることを理由として⁷⁹⁾、その適用を肯定する説もある。

被保全権利および保全の必要性が疎明された場合、裁判所は、仮差押命令 (Arrestbefehl) を発し、一多くの場合同時に一、差押決定 (Pfändungsbeschluss) をなす⁸⁰⁾。仮差押命令は、一般的債務名義であるから、買主は、それに基づいて強制執行することができる (Z P O 第928条)。これに対し、差押決定は、仮差押の具体的な執行に関する。差押債権者たる買主は、売主のいかなる財産も差押えることができるが、ここでは、信用状上の権利を差押えることだけが問題となる。この差押は、債権差押に適用される規定 (Z P O 第829条以下) によってなされる。債権差押は、手続的に、3つに分けられる⁸¹⁾。

(1) 差押決定、(2) 第三債務者たる銀行に対する支払禁止 (arrestatorium)、(3) 債務者たる売主に対する取立禁止 (inhibitorium)。差押の効力は、銀行に対する決定の送達によってはじめて生ずる (Z P O 第829条第3項)。差押によって、債権者たる買主のため、債権が拘束され、差押質権が生ずる。この場合、銀行は、もはや売主に対して支払をなすことはできず、たとえそうしたとしても、その支払は、買主に対する関係で、無効である⁸²⁾。

ところで、売主に対する仮差押命令および信用状上の権利の差押の許容性についても、一仮処分のものについてと同じように一、疑問がある。この疑問は、特に当該売買契約上の債権に基づき、信用状上の権利を差押えることに、

『貿易実務講座 (8)』559～65頁 (昭和37年) 参照。

77) Canaris, a.a.O. Rdn. 1067.

78) Borggreffe, a.a.O. S. 90.

79) Heinze, a.a.O. S. 197 f.

80) Heinze, a.a.O. S. 198 ; 倉田, 前掲注 50), 20頁。

81) Borggreffe, a.a.O. S. 90.

82) Heinze, a.a.O. S. 201.

存する⁸³⁾⁸⁴⁾。仮差押および信用状上の権利の差押が、一般的に許容されないことは、前述したような買主・売主間の pactum de non petendo によって、根拠づけられよう⁸⁵⁾。

ところで、売主に対する仮処分と売主に対する仮差押とは、買主は、いずれの方法を優先させるべきであろうか。この点につき、仮差押の方を優先させるべきであるとの見解がある⁸⁶⁾。その理由として次の三点が挙げられている。

第一の理由は、仮処分によると、売主は、書類提供を禁止され、信用状上の権利を終局的に失ってしまうことになり、売主に対してきわめて強い効力が及ぼされること、である⁸⁷⁾、しかし、仮処分によって禁止されるのは、書類の提供ではなく、信用状金額の取立にすぎない。それゆえ、第一の理由は正当でない。

第二の理由は、仮処分においては、第三者たる銀行に対する効力に関して、問題があることである⁸⁸⁾。しかし、この点について、すでに述べたように考えることができるから、この理由も決定的であるとはいえないように思われる。

第三の理由は、信用状金額の支払は、多くの場合、貸方記入によっておこなわれ、売主はそれに協力しないことから、仮処分によっては、売主による信用状金額の受領を効果的に禁止しえないこと、である⁸⁹⁾。しかし、銀行・売主間に取引関係が存在するような場合にのみ、このことが、あてはまるであろう。

このようにみえてくると、仮処分よりも仮差押の方を優先させるべきであるとの見解は、必ずしも妥当であるとはいえないように思われる。

83) 信用状上の権利のうちの支払請求権は、差押可能である (ZPO 第829条・統一規則第55条参照)。これに対して、書類提供権の差押可能性については、問題がある (統一規則第54条参照)。

84) 当該売買契約上の債権以外の債権に基づいて、仮差押命令を取得し、支払請求権を差押えることについては、疑問は存在しない。この点につき、Borggreffe, a.a.O. S. 92 f; Canaris, a.a.O. Rdn. 1069.

85) Erman, a.a.O. S. 274; Borggreffe, a.a.O. S. 91.

86) Aden, a.a.O. S. 678 ff; Westphalen, a.a.O. S. 150; Canaris, a.a.O. Rdn. 1069; Heinze, a.a.O. S. 195 ff.

87) Aden, a.a.O. S. 680.

88) Aden, a.a.O.; Canaris, a.a.O. Rdn. 1065.

89) Aden, a.a.O.; Canaris, a.a.O.

4. む す び

以上の検討から明らかのように、買主は、例外的場合すなわち売主による明らかな権利濫用の場合を別として、銀行に対しても、売主に対しても、介入可能性を有しない。そこで、売主による明らかな権利濫用の場合とは、いかなる場合であるかが問題となる。しかし、この問題の検討は、他の機会に譲ることとしたい。