

# ゲルハルト＝ヴァーグナー 「仮の手續と略式手續の目的と意義（2・完）」

河野 憲一郎 訳

## Ⅲ. いずれが略式的な保護を付与するための要件か？

### 1. 仮の権利保護

#### a) 管轄

仮差押及び仮処分命令は、申立人の申立てに基づいて、背後にある請求自体の審理について管轄権を有する裁判所（本案の裁判所）によって付与される<sup>71)</sup>。急迫な場合においては、その管轄区域に係争事件又は差し押さえられるべき財産のある裁判所が競合管轄を有する<sup>72)</sup>。家事事件においては、仮の処分を処理する管轄権は背後にある請求の審理について管轄権を有する裁判所にある<sup>73)</sup>。家事事件における申立人は仮の権利保護の帰結として、父子関係存在確認の訴えを除き<sup>74)</sup>、被申立人が被る損害につき責任を負わない。

#### b) 命令のための要件

既に述べたように、仮差押え及び仮処分という仮の救済は仮差押原因／仮処分原因及び仮差押請求権／仮処分請求権を要件としており、申立人は、被申立人に対する有効な請求権を立証することと事件が緊急を要することを示すこと

---

\*前号（2007年12月）213頁以下よりの続き。

71) ZPO919条，同937条1項，同943条1項参照。

72) ZPO942条と同919条をそれぞれ参照。

73) ZPO620a条4項，同641d条2項5文，同644条2文参照。

74) ZPO641g条。

の双方を要求される。仮差押原因ないし仮処分原因という概念はそれぞれ緊急性の要件に関わるものであり、それは利害関係を有する当事者は、裁判所がその者を援助するために動かなければその者が損害を被る蓋然性があるということを立てなければならぬということの意味している<sup>75)</sup>。仮差押えのケースでは、申立人は、本案についての終局判決が下されるまで執行を待たなければならぬとした場合には被申立人の財産状態が著しく悪化するというを示さなければならない。もちろん債務者の財産状態が悪化するという危険のもっとも重要な原因は、債務者の負担する全債務を満足し得ない債務者の財産につき、これを差し押さえようと狙っている他の債権者がいるということである。しかしながら、裁判所は通常遅れがちな判決に至る正式のルートを回避する手段として仮の権利保護を利用することを債権者に許容する誘惑に常に耐えてきた<sup>76)</sup>。もし法規定が異なっていたとすれば、債権者は判決を得るためではなくて、まず保全命令を獲得し、それを債務者の財産へ執行することによって他の債権者に優先すべく、仮の権利保護を得るために競争することになってしまふであろう<sup>77)</sup>。したがって、仮差押命令は、申立人が、債務者の財産が債務者自身の行態によって<sup>78)</sup>又は市場的作用によって損害を受けるということを疎明してはじめて付与される。もっともよくある仮の権利保護のための動機付けは債務者が自らの財産を友人、配偶者又は親類の間に分散するため<sup>79)</sup>、あるいはそれらを外国の避難地に移すために奔走しているということ

---

75) ZPO917条と同935条、同940条をそれぞれ参照。

76) RG (30. 10. 1907) RGZ 67, 22, 26; BGH (11. 3. 1975) VersR 1975, 763, 764.

77) BGH (19. 10. 1995) BGHZ 131, 105; BGH VersR 1975, p. 763; OLG Düsseldorf (10. 12. 1990), *Der deutsche Rechtspfleger* 1991, p. 216 seq.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, supra (note 4), Sect. 917 No. 7; Rosenberg/Gaul/Schilken-Schilken, supra (note 1), p. 1006.

78) Stein/Jonas-Grunsky, supra (note 7), Sect. 917 No. 4; Heinze, supra (note 1), Sect. 917, No. 4; Rosenberg/Gaul/Schilken-Schilken, supra (note 1) p. 1006.

79) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, supra (note 4), Sect. 917, No. 12; Heinze, supra (note 1), Sect. 917 No. 5; Rosenberg/Gaul/Schilken-Schilken, supra (note 1), p. 1006.

である<sup>80)</sup>。例外的な緊急性を要するケースでは、裁判所は、命令が執行される結果として被申立人が被りうる損害を填補するための十分な担保を提供する用意が申立人にできている場合には、その他のいかなる立証又は証拠なしに仮差押命令を付与することさえありうる。

一般的に、今説明した原理が仮処分にも妥当する。しかしながら、いくつかの修正を念頭に置く必要がある。すなわち、仮差押えと同様に、いわゆる保全仮処分は関係当事者の実体権を保護することを意味しているが、当該権利が金銭以外の対象を有する場合に限られる<sup>81)</sup>。その結果、財産一般、殊に不動産の権原移転に関する請求権は仮処分によって保護される。仮差押えに妥当する原理とは対照的に、緊急性は財産が競合債権者によって差し押さえられるかもしれないということ、すなわち土地の売主が他の買主にまさにそれを移そうとしているということを示すことによって立証することが可能である<sup>82)</sup>。したがって、土地の権原に関して競合している買主たちは判決を求めて競争する必要はないが、仮の権利保護命令を最初に獲得することを目指さなくてはならない。

### c) 金銭の支払いの仮処分

給付仮処分、すなわち背後にある債権の最終的な——もっとも暫定的ではあるが——満足を許容する仮処分においては特別の規律が妥当している<sup>83)</sup>。ここでは裁判所は実体的な債権が有効であること及び事件が緊急を要するものであることの蓋然性を立証することにとどまらず、係争当事者の利益衡量も行なう<sup>84)</sup>。一般的なルールとして、仮処分が棄却された場合に申立人が被るべ

80) OLG Düsseldorf (18. 5. 1977), NJW 1977, 2034; Stein/Jonas-Grünsky, supra (note 7), Sect. 917 No. 19.

81) Supra I 1 を見よ。

82) Supra I 1 a) cc) を見よ。

83) Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Sect. 935 No. 2; OLG Frankfurt (7. 6. 1974), NJW 1975, p. 392, 393; OLG Köln (11. 1. 1995), NJW-RR 1995, p. 1088; OLG Düsseldorf, (13. 6. 1995) NJW-RR 1996, p. 123, 124.

84) OLG Köln (11. 1. 1995), NJW-RR 1995, 1088.

き損害は求められている仮処分が本案判決により密接に接近すればするほどそれだけいっそう回復が困難となろう<sup>85)</sup>。

既に述べたように、給付仮処分の最も重要な事例は扶養料の請求であったが、それは今日ほとんどの部分に関して家事事件手続を規律する特別のルールに服している<sup>86)</sup>。ZPO620条以下の枠内において、自己のために仮処分を付与するよう裁判所に申し立てている当事者は、証拠の優越の基準にしたがって自己のケースの緊急性の証明責任を果たさなければならない<sup>87)</sup>。扶養料請求に関しては、この領域における仮の権利保護が——部分的ではあるが——債権者の利益の満足させるに至る金額まで達するため、高度の緊急性が要求される<sup>88)</sup>。

#### d) 不正競争<sup>訳注5)</sup>

不公正かつ違法とされる競争行為を抑止する仮処分という重要な事例においては切迫が法律上推定されているので、緊急性も重大な加害も立証される必要はない<sup>89)</sup>。これらの問題は、知的財産訴訟という重要な例外はあるが、違法とされている競争行為についての議論を含んでいる。しかしながら、被申立人が提起された申立ての緊急性を問題とし、緊急性が欠けていることを理由に棄却を求めることは妨げられない<sup>90)</sup>。理論上、仮処分一般を付与するために必要とされる要件と不正競争の分野における仮の権利保護についての特別な規律の間の唯一の相違は、証明責任に関係している。すなわち、前者の場合には、

85) OLG Köln (14. 1. 1983), FamRZ 1983, p. 410, 413 seq.; *Heinze*, supra (note 1), Introduction to Sect. 916 no. 62 参照。

86) *Supra*, I 1 b) を見よ。

87) ZPO620a 条 2 項 3 文及び *Zöller-Philippi*, supra (note 1), Sect. 620a No. 26 seq. の注釈参照。

88) *Zöller-Philippi*, supra (note 1), Sect. 620 no. 56.

訳注 5) 2004年に不正競争防止法 (UWG) は改正された。したがって、ここで論じられているのは、改正前の旧 UWG の規定である。

89) UWG25条; *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22nd ed., 2001, Sect. 25 UWG, No. 6; *Heinze*, supra (note 1), Sect. 935 no. 154 seq. 参照。

90) OLG Hamburg (10. 1. 2002) MDR 2002, p. 1026; *Baumbach-Hefermehl*, supra (note 89), Sect. 25 No. 11.

一般原則上は申立人が緊急性の証明責任を負うのに対して、後者の不正競争の場合には、緊急性の欠如を裁判所に確信させることが被申立人に課せられているという意味において証明責任は被申立人にある。しかしながら、この領域における仮の権利保護を審理する裁判所が立法府をして逆方向への推定に傾くように動かしたような利益を考慮し、かつ比較衡量することは禁止されているというのが通説なので、UWG25条の下での実務は反証を許さない推定に近づいている<sup>91)</sup>。それゆえに被申立人は裁判所を説得するためには特別の事情を主張立証しなければならない。

UWG25条は特許権、商標権および著作権といった知的財産権に関わる紛争には適用されない<sup>92)</sup>。さらに、裁判所は知的財産権を保護するためにZPO935条、同940条という一般規定にもとづく仮処分を適用することにはほとんど敵対的であった。このアプローチの理論的根拠は、このような諸権利をめぐる紛争が本案訴訟以外のいかなる手続で解決するにも事実と法律問題の双方の面でもあまりにも複雑かつ困難であるとみなされるという点にあるようである<sup>93)</sup>。

## 2. [未成年者の] 扶養料に関する略式手続

扶養料に関する略式手続の申立ては要式書面によってなされなければならない<sup>94)</sup>、これにはZPO646条において列挙された事実及び事項が記載されていなくてはならない。一旦申立てが債務者に送達されると債務者は1月以内に異議を提出することができる<sup>95)</sup>。これらの異議もまた特別の書式で提出されなくてはならず、それらはZPO648条の中で許容されうるとして列挙された事実と

91) Court of Appeal (OLG) Hamburg (27. 2. 1992), Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 1992, 493, 494 を見よ。

92) OLG Hamm (20. 8. 1980), GRUR 1981, p. 130, 131; KG (25. 3. 1994) BB 1994, p. 1596; Baumbach-*Hefermehl*, supra (note 89), Sect. 25 UWG, No. 5.

93) *Heinze*, supra (note 1), Sect. 935 no. 179 ff.; 著作権紛争に関して、KG (25. 3. 1994), BB 1994, 1596.

94) ZPO659条参照。

95) ZPO647条1項1文、同2項3号参照。

主張に限定されていなければならない<sup>96)</sup>。略式訴訟は緊急性の陳述を要求してはいないが、要求される扶養料は附属の規制文書（一定金額〔に関する〕規則，*Regelbetragsverordnung*）の中で明記された一定金額を超過してはならない。

### 3. 迅速訴訟

通常訴訟とは異なり、有価証券の実行のための迅速訴訟（証書訴訟）は金銭、代替物又は有価証券に関する請求についてのみ利用することができる<sup>97)</sup>。いずれのケースにおいても書証だけが許容されている<sup>98)</sup>。その結果、証書訴訟という便宜的な手続は、原告がその適用を少なくとも黙示的に<sup>99)</sup>、その請求の陳述の中で求めたところでのみ現れる（ZPO593条1項）。続いて起こる手続は一般原則に服し、特別な証明度は妥当しない。それらは正式の判決で終了するが、しかしそれは次の本案についての訴訟との関連では単に暫定的なものにすぎない。手形訴訟又は小切手訴訟（ZPO602条，同605a条）の手続は基本的に証書訴訟と同じである。それにもかかわらず、いくつかの例外が観察される。すなわち、請求の陳述は手形訴訟又は小切手訴訟の実施の申立てを含むものでなければならず<sup>100)</sup>、期日の呼出状において指定される〔呼出〕期間はきわめて短く、すなわち ZPO604条2項はわずか24時間という最低限〔の期間〕について規定している。

## IV. どのようにしてこれらの申立てを認容した判断が 実施ないし実現されるのか？

仮の権利保護命令の実現に関して妥当する最も重要な原則は、仮差押え及び

96) *Supra* I 2 参照。

97) *Supra* I 2.

98) ZPO592条以下参照。

99) *Reichhold* in *Thomas/Putzo*, *supra* (note 8), Sect. 593 No.1.

100) ZPO604条1項，同605a条参照。

仮処分はその他の裁判所の判断と同様に作用する、というものである。裁判所侮辱という救済はドイツ法には存在しない。むしろ利害関係を有する当事者はZPO704条乃至同915条中に成文化された通常の判決の執行手續の枠内で執行を求めなくてはならない。それらすべては仮処分のケースでは単なる法技術程度のものでしかなく、裁判所は相手方に対してある行為をなし又は一定の行態を避けるよう命令するので、それは実際いづれにせよ人的命令という言葉を使用している。たしかに仮処分でさえ自力執行力を有してはおらず、通常の執行方法の枠内で執行されなくてはならない。

しかしながら、仮差押えのケースでは、命令は特定の財産を処分してはならないとか、あるいは特定の財産における債権者の利益に影響を及ぼすあらゆる行為を回避するという命令になるのではない<sup>101)</sup>。それは对人的にも対物的にも作用せず、それ自体において、それは被申立人が財産の一定の部分を処分し又は裁判権の外かつ債権者の手の外に移すことも禁止してはいない。むしろそれは暫定的な判決と同じように作用している。すなわち、それは判決又は決定を入手していない債権者にとっては閉ざされているような通常の執行方法を可能にする。その結果、仮差押命令は特定の財産に制限されるのではなくて、債務者の各財産に影響を及ぼす（あるいはむしろ債権者によって影響を及ぼすために用いられるのかもしれない<sup>102)</sup>。したがって、不動産および債権は差し押さえられるが、仮差押命令は暫定的な性質しか持たないので当該財産が債権者に移譲されてはならない<sup>103)</sup>。むしろ一たび財産が保全されれば執行は停止しなければならない。要するに、仮差押えは終局判決という根拠に基づくのではなくて、裁判所の暫定的な命令という根拠に基づいて財産の差押えを許しているのである。このような差押えの真価はそれが債権者に優先的な地位を与えることを考慮した場合にはじめて評価される。同じ財産を差し押さえた判決を

---

101) Supra I 1 a) bb).

102) Rosenberg/Gaul/Schilken-Schilken, supra (note 1), p. 1001 seq.

103) ZPO930条, supra I 1 a) bb).

有する債権者でさえも、第一順位の時間内の仮差押債権者が後続の手続において本案で勝訴するという条件において、劣後する<sup>104)</sup>。

これに対しては、留保が付されなくてはならない。実際において2つの異なった種類の仮差押えが存在し、既に述べたところの判決前の財産の差押えを許すのがいわゆる《物的仮差押え》である。もう一方の——稀ではあるが——仮差押えの類型は《人的仮差押え》であり、それは債務者の拘留のための法的基礎を提供する。そのような措置は債務者の権利と自由を著しく侵害するものといふことができ、それは特別の事情の下でかつ最終手段 (*ultima ratio*) としてのみ命じられうる。

既に指摘したように、証書訴訟は許容される証拠の範囲が文書に限定されるという特殊性のみをもつ通常手続である。その結果、当該手続の最終段階で下される判決は、その他の判決と同様に、通常のコースの執行のための有効な名義である。

扶養料事件においては司法補助官によってなされた処分は、それが事件の終局的な解決を与えるわけではないので、判決の形式における命令ではない。しかしながら、金銭支払命令は終局判決と同様に債務者に対して執行されうる<sup>105)</sup>。

## V. 略式手続ほどの程度確実なのか？

### (例えば、執行名義、既判力等の法律構成)

#### 1. 仮の権利保護一般

仮差押命令及び仮処分命令は決定又は判決の形式をとり、それは債務者に対して執行手続の中で実行されうる。通常訴訟において言い渡される判決とは異なり、保全命令は裁判所が命令の執行可能である旨を宣言する付加的な条項

104) ZPO930条1項, 同804条3項; BGH (9. 6. 1976) BGHZ 66, 394, 397; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, supra (note 4), Sect. 930 No. 4; Foerste, supra (note 6), p. 143, 146 も見よ。

105) ZPO649条, 同794条1項2b号参照。



（《執行文》）を発することなく執行することができる<sup>106)</sup>。保全命令が既判力を生じるかどうかという問題は、係属している事件において利用できる上訴による救済の形式に依拠している。上訴が提起可能な期間が徒過すると事件は永久に解決され、その結果、上訴権がそもそも利用できなかったのと同じ帰結に達する。上訴権が利用できるかどうか、どの種類の上訴による救済が適切かどうかという問題は、裁判所がその判断を決定の形式で出していたか、判決を下していたかに依拠しており、その判決それ自体は裁判所がその判断に入る前に口頭弁論をしたかどうかという問題に依拠している。両当事者に期日（day in court）が設けられた場合には判決が仮の権利保護を付与し又は拒絶する判断のための適切な形式である。その結果、通常の上訴による救済、ZPO511条以下で規律されているいわゆる《控訴》が、手続を進める上での正しい方法である。しかしながら、控訴状は判決が不服当事者に送達されて1月以内に提出されなくてはならない。例のごとく、控訴は訴額が600ユーロを超えるか、控訴の許可が第一審裁判所によって付与されてはじめて利用することができる<sup>107)</sup>。期間制限が徒過するか、判決が全く上訴に服さないのであれば、それはただちに既判力を生ずる。

裁判所が口頭弁論を実施しないところでは判断は決定の形式をとり、それは不服当事者によって提出された不服申立てによってより容易に覆えさる。一方当事者欠席（*ex parte*）で被申立人の審尋なしに命令が付与されたという特別な場合には、被申立人はいかなる期間の制限にも服することなく異議を提起することができる（ZPO924条）。その結果、一方当事者欠席での命令には決して既判力は生じない。反対に、要求された命令が拒絶された場合には、判断は申立人によって2週間以内に提起される特別の上訴（即時抗告）に服する<sup>108)</sup>。

既判力という言葉が保全措置に関して使用される場合には、裁判所の判断が

106) ZPO928条以下，同936条参照。

107) ZPO511条2項参照。

108) ZPO922条1項1文，同567条1項2号参照。

仮の権利保護の問題だけに限定され、背後にある請求という本案に拡大されないとすることを常に心に留めておかななくてはならない<sup>109)</sup>。それどころか、後にたとえ事件が保全命令を発したまさに同じ裁判所の前に持ち込まれたとしても、この本案について判断している裁判所は自らの以前の仮の権利保護についての判断によって拘束されることはない<sup>110)</sup>。通常の民事訴訟において異なる証明度が妥当する——すなわち、原告にとって〔立証に〕成功するためには証拠の優越基準を満たすだけでは十分ではなく、証明責任を負った当事者がその事件を合理的な疑いを超えて立証しなくてはならない——という理由だけでも、そのような結論は避けがたいであろう。

もちろん両当事者は、仮の権利保護それ自体の判断に対する関係で拘束される<sup>111)</sup>。それゆえ、申立人は以前失敗したのと同一の申立てを再度行なうことを阻まれるのであって<sup>112)</sup>、例外は申立人がその申立てを更新することのできる事後的に重要な事実が変化した場合に限られる<sup>113)</sup>。しかしながら、仮の権利保護を付与する命令は、被申立人が裁判所にそのようにするよう申し立てる限り、事情変更が生じた場合には変更に服するので、裁判所を拘束することはない<sup>114)</sup>。

## 2. 家事事件

まさに説明したところのこの原理が家事事件における仮処分（仮の処分）にも妥当する<sup>115)</sup>。しかしながら、扶養料事件における略式手続を終了する決定

---

109) Stein/Jonas-Grunsky, supra (note 7), Introduction to Sect. 916 No. 8; Walker, supra, (note 14), No. 141.

110) Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier-Dunkl, supra (note 53), A No. 65.

111) Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Intro to Sect. 916 no. 13.

112) KG (7. 7. 1978) MDR 1979, p. 64; Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Introduction to Sect. 916, No. 13.

113) RG (28. 6. 1904) RGZ 33, 415, 418 seq.

114) ZPO927条; KG (7. 7. 1978) MDR 1979, 64; OLG Zweibrücken (17. 12. 1981), FamRZ 1982, 413, 414; Kammergericht (7. 7. 1978) MDR 1978, 62 参照。

115) 上訴に服する場合は ZPO794条 1項 3号 (ZPO641d条 3項につき) により、そ

（確認決定（Feststellungsbeschluss）、ZPO649条）に関しては規律は異なっている。もちろんそのような決定は被申立人に対して執行することができる<sup>116)</sup>、その結果、それはZPO652条、同567条以下による《即時抗告》という特別の上訴を許す期間が徒過した後に確定する<sup>117)</sup>。しかし、自己に対して向けられた扶養料請求に対して防御を立てる限度において、被申立人は通常訴訟へ事件を移すよう裁判所に申し立てることができる<sup>118)</sup>。扶養料に関する請求を許容するすべての裁判所の裁判と同様に、命令は事情変更の場合における変更の申立てに服する<sup>119)</sup>。

### 3. 迅速訴訟

証書訴訟で得られた判決は、その他の裁判所の判決と同様に、被告に対して執行することができる<sup>120)</sup>。それは送達の後1月以内に控訴状が提出されなければ確定する<sup>121)</sup>。しかしながら、それは暫定的な性質を有するにすぎないので、既判力という完全な効力をもつわけではない。被告は先行訴訟——それは書証のみに限定されていた——で提出することを禁じられた防御を提出するためにもう一つの審理を許される（事後手續<sup>122)</sup>）。

---

うでない場合はZPO794条1項3a号（ZPO620条4号乃至6号、ZPO644条につき）又はFGG33条（ZPO620条1号乃至3号につき）による。

116) ZPO794条1項3号参照。

117) ZPO652条、同654条1項参照。

118) ZPO650条、同651条参照。

119) ZPO654条参照。

120) ZPO599条3項、同704条以下参照。

121) ZPO517条、同705条参照。

122) ZPO599条1項、同600条1項参照。

VI. 略式手続は一般の（又は通常の）手続に取って代わるのか、それとも単に迅速化するだけか？（例えば、事前の救済 — *tutela anticipata* — は後の本案についての判決を要求しているのか、あるいはそれは必要ないのか？）

### 1. 一般の〔保全〕命令

根本的に、仮差押え及び仮処分は単なる仮の権利保護の措置であり、それは順に見ると、単に通常訴訟において同時に又は後の時点で実現される法的利益を保護することを目的としているにすぎない。それゆえ裁判所は被申立人の申立てにもとづいて申立人が通常のコースの手続において手続を開始するために猶予を命じなければならず、〔申立人がこの起訴命令に〕従わない場合には暫定的な判決又は決定は取消されなくてはならない<sup>123)</sup>。被申立人が通常訴訟を開始する命令の申立てを提起することを怠った場合、保全命令が有効であり続けることが許される。したがって、保全命令は本案についての後続訴訟が提起されることなしに永遠に維持されうる。被申立人が契約によって ZPO926条 1項による申立権を放棄することさえ可能である<sup>124)</sup>。この場合保全命令は確定し、発令された時点での当事者間の法的関係の規律を拘束する。

### 2. 家事事件

家事事件においては、仮の処分は必然的に付属物、むしろ離婚申立て、父子関係不存在確認の訴え又は扶養料請求の構成要素としての形をとっている。その結果、一度本案についての判断が効力を生じれば法上当然に消滅し、例えば、前の配偶者によって相互に主張された全ての請求が解決された終局的な離婚判決とこれに伴う両親に対する子供たちの請求がそうである<sup>125)</sup>。例えば仮の処分が扶養料の支払いに関するものであった場合、それはひとたび扶養料請求が

123) ZPO926条, 同936条 1項参照。

124) Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Sect. 926 no. 4.

125) ZPO620f条, 同644条 2文, 同641e条, 同641f条参照。

併合されるか又は離婚判決によって棄却されると打ち切られることになる。しかしながら、裁判所が保全命令において処理された特定の争点に関して終局的な判断に入らないのであれば、それは何らかの猶予の後又は離婚についての本案訴訟の終局的な解決の後でさもその事実によっては消えないので、生き残る<sup>126)</sup>。この関連において、離婚を申し立てている一方当事者が扶養料に関しても訴えを提起することを義務付けられているわけではないということが出来る。むしろそれは保全命令の中で判断されたもので解決され、再び問題を取り上げて判決することはできない。

扶養料に関する略式手續は独立の手續であって、それは——仮の処分とは異なって——請求が既に通常訴訟の管轄裁判所に提起されているときには利用することができない<sup>127)</sup>。略式の権利保護の申立てが先になされていれば、その場合、事件はまだ通常訴訟に移されうるが、それは当事者の申立てにもとづいていなければならず、また被申立人が防御を行ない、そして争いのない請求の当該部分の支払いを承認した後に限られる<sup>128)</sup>。

### 3. 迅速訴訟

有価証券の実行に関する迅速手續（証書訴訟）においては、被告に対する判決は、第一段階で許容される証拠が制約されてきた限りにおいて、暫定的な性質しか有してはいない<sup>129)</sup>。このことにも関わらず、この判決は執行可能であるとともに、その他の判決と同様に上訴に服する<sup>130)</sup>。しかしながら、それは同じ裁判所の後続の手續の枠内での再審査にも服する（事後手續）<sup>131)</sup>。その手續において裁判所は暫定的な判決を維持することを許すべきか、あるいは破棄すべきかを判断するために証拠の許容性の制限なしに事件を再審理する。後

---

126) ZPO620f条；Zöller-*Philippi*, supra (note 1), Sect. 620f no. 1 seq.

127) ZPO645条 2 項参照

128) ZPO651条 1 項，同 2 項参照。

129) ZPO599条 1 項参照。

130) ZPO599条 3 項参照。

131) ZPO600条 1 項参照。

に続く手続は、被告が請求の存在を認めない限り、職権で自動的に開始する<sup>132)</sup>。

## VII. 略式手続の保障はどの程度包括的か？（例えば、対審制、自発性、公開制、上訴の方法等は完全的吗又は制限的か）

### 1. 審理

仮処分又は仮差押えは、口頭弁論を経ることなく、しかも被申立人に書面による答弁書の提出を許すことさえなしに発することができる<sup>133)</sup>。被申立人に書面による陳述の提出のための機会を与えるか又は口頭弁論を開くための通知をするかは、裁判所の裁量の範囲内である<sup>134)</sup>。この点ですべては緊急性の程度に依存している。もちろん仮の救済は事件が緊急のときのみ付与されるのであるが、緊急性の程度もまたさらなる手続の運営をコントロールする。もっとも、残念なことに緊急性という概念はこのコンテキストにおいて複雑な意味を持っている。それは命令が迅速に発令されなかったならば申立人が損害を被る蓋然性があるかどうかという問題に関連しているだけではない。被申立人の通知と書面の提出を受け取ることによって引き起こされる遅延、あるいは口頭弁論の実施さえもが、被申立人による戦略的な態度のための機会を提供することにより申立人の利益を無に帰せしめうるかどうかとも考慮に入れられなければならない。特に、仮差押命令の申立書を送達された被申立人は彼の届く範囲内で財産を隠匿し、あるいは財産を友人、親戚又は他の債権者へ移転するために奔走するというインセンティブをもっている。不意打ちによって被申立人を押さえておくのが本質的であるという限度において裁判所は口頭弁論を回避し、

132) *Reichold* in Thomas/Putzo, supra (note 8), Sect. 599 no. 1.

133) ZPO922条1項1文, 同3項, 同128条4項, 同937条2項; Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Sect. 922 no. 1; Walker, supra (note 14), p. 190参照。

134) KG (15. 8. 1991) MDR 1991, 1194, 1195; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, supra (note 4), Sect. 937, No 5.

相手方に通知を断ることさえできる<sup>135)</sup>。仮処分についても同じ原理が妥当する<sup>136)</sup>。

潜在的な被申立人がいま説明した法的ルールにアクセスし、裁判所が彼に対して命令を出すであろうということを容易に予想したとき、彼はそのような結果を回避するための手段について考えを廻らせるであろう。この帰結に到達するために適切なものはいわゆる《保護書面》、すなわち、予め、しかし当事者間の関係が悪化した後に管轄裁判所に提出される書面による陳述で、なぜ保全命令が付与されてはならないのかを説明するものである<sup>137)</sup>。それゆえ、保護書面は仮の権利保護の申立てが出される前であっても提出される書面による答弁とすることができる。この場合には裁判所は被申立人の意見と主張を考慮し、申立人の事件が緊急を要しないか又は申立人が本案で勝訴する見込みがないかのいずれかの結論に到達することがありうる<sup>138)</sup>。

家事事件においては、同様の原理が仮の処分に妥当する<sup>139)</sup>。ZPO645条にもとづく扶養料請求の実現のための略式手續は、簡素化された対審手續ではあるが通常の手続である。司法補助官は口頭弁論を開く権限を与えられているが、そのようにすることが義務づけられているわけではない<sup>140)</sup>。実際、口頭弁論は稀な例外であって、原則ではない。

扶養料に関する簡易手續とは対照的に、証書訴訟は証拠が書証に限定されるという特殊性をもった完全な対審手續である<sup>141)</sup>。それゆえ、裁判所は当事者が異なった合意をしていても口頭弁論を開かなくてはならない（ZPO128条1項、同2項）。

135) BVerfG (8. 1. 1959) BVerfGE 9, 89, 98; (16. 6. 1981) 57, 346, 359; *Walker*, supra (note 14), p. 191.

136) ZPO937条2項参照。

137) *Walker*, supra (note 14), No. 608.

138) *Reichold* in Thomas/Putzo, supra (note 8), Sect. 935 No. 9.

139) *Giebler*, supra (note 20), no. 26 seq.

140) *HüBege*, in Thomas/Putzo supra (note 8), Sect. 648 no. 10, Sect. 649 no. 1.

141) ZPO598条参照。

## 2. 上訴による救済

被申立人は異議を提出することにより<sup>142)</sup>又は事情が変更したことを理由に保全措置を取消すための申立てによって<sup>143)</sup>、口頭弁論なしに付与された仮差押又は仮処分命令を取消すことを裁判所に申し立てることができる。これらの救済はいかなる期間制限にも服さない。

仮の処分については上訴の範囲はずっと狭い。一般に仮の処分は特別の上訴（即時抗告）に服し、それは2週間以内に提起されなくてはならない<sup>144)</sup>。しかしながら、配偶者の扶養料請求、夫婦間財産の分割、同一又は別異の訴訟において負担した相手方の法的費用の支払義務に関する裁判に対しては、このような上訴はできない<sup>145)</sup>。上訴が許される命令は、推定される父親に対する非嫡出子およびその母の扶養料請求<sup>146)</sup>、親の監護<sup>147)</sup>、子の引渡し<sup>148)</sup>、暴力保護法（Gewaltschutzgesetz）にもとづく裁判<sup>149)</sup>、および配偶者間での住居の使用の配分<sup>150)</sup>といった事柄に関係している。しかしながら、不服のある当事者は常に本案についての主たる訴訟において保全措置によって判断された争点に立ち返るという選択肢を保持しているということ、例えば、それは扶養料請求を申し立て又はそのような請求を棄却することを裁判所に求めることができるということは言及する価値がある。そのような請求又は防御が許容される限度において、判断は上訴による救済と同様の効果をもつ。すなわちそれは保全措置を終了させるのである。

扶養料に関する簡易手続を終了させる決定、いわゆる《確認決定》は、2週

---

142) ZPO936条，同924条，同925条参照；supra, V 1 も見よ。

143) ZPO936条，同927条参照。

144) ZPO567条1項1号，同569条1項1文参照。

145) ZPO620b条参照。

146) ZPO641d条3項参照。

147) ZPO620c条，同620条1号参照。

148) ZPO620c条，同620条3号参照。

149) ZPO620c条，同620条9号参照。

150) ZPO620c条，同620条7号参照。



間以内の特別の上訴（即時抗告）に服する<sup>151)</sup>。いずれにせよ被申立人は、事件を通常訴訟に移すよう申し立てることができる<sup>152)</sup>。被告が書証に制限されない後続の手続において暫定的判決に挑戦することもできるという事実にもかかわらず、証書訴訟における暫定的判決に対しては通常の上訴（控訴）を提起することができる<sup>153)</sup>。

### 3. 理由づけ

原則として、ZPOによると厳密な意味での判決をなすのでない限り裁判所は自らの判断についての理由づけを与える必要はない<sup>154)</sup>。それゆえ、仮処分が判決の形で発せられる場合には、それは理由づけを含んでいなくてはならない。その他すべての場合には、決定に理由づけをする義務は申立てが認められたか、それとも却けられたかによる。申立てが却けられた場合、申立人が上訴で当該裁判に挑戦する機会を与えるために必要なものとして理由が与えられなければならない。逆に、申立てが認められた場合には、被申立人は決定を下したその裁判所において異議を提出するために必要なものとしてこの措置の理由を知る必要はない。結論として、理由は必要ではない<sup>155)</sup>。

家事事件における仮の処分の命令は、それが上訴に服する限度において理由づけを含んでいなくてはならない<sup>156)</sup>。服さなければ理由づけは不要である<sup>157)</sup>。

扶養料に関する簡易手続における確認決定は、それが司法補助官の前での簡略化された手続を終了させることを意味するものであるから、理由づけを含んではない。

151) ZPO652条, 同567条1項1号, 同569条1項1文参照。

152) ZPO651条1項参照。

153) ZPO599条3項, 同511条参照。

154) ZPO313条1項6号参照。

155) *Walker*, supra (note 14), p. 244 seq.

156) ZPO620d条2文, 同620b条, 同620c条参照。

157) *Giebler*, supra (note 20), no. 145.

証書訴訟における判決は ZPO313条の意味での通常の判決であり、それゆえに理由づけがなされなくてはならない。

## VIII. あなたの国ではどの程度略式（又は仮の）手続が用いられているか？ 統計はあるか？

1999年には区裁判所の第一審に通常訴訟が1,467,908件、手形及び小切手の執行のための迅速訴訟が5,912件、仮差押えまたは仮処分のための手続（家事事件を除く）が41,422件係属していた<sup>158)</sup>。これらの数字は家事事件を除くものである。

1999年に地方裁判所は通常訴訟において350,726件の事件を審理し、5,872件の訴訟が有価証券のための迅速訴訟に提起され、22,759件の仮差押え及び仮処分の申立てがなされた。

上訴審のレベルでは、通常訴訟が163,097件、書証に限定された訴訟が274件、さらに仮差押え及び仮処分手続が1,840件<sup>訳注6)</sup>、地方裁判所及び高等裁判所に係属している<sup>159)</sup>。

不正競争事件に関しては、仮処分が全手続の60から80パーセント以上を占めっていると推定されている<sup>160)</sup>。

## IX. 略式手続の目的は何か？（例：司法による迅速な対応、手続の迅速性、紛争類型への適合性等）

ZPOによって定められているすべての略式手続は、利害関係人の実体権を

---

158) Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2001, p. 359.

訳注6) 脚注158)の統計資料を確認したところ、1,849件であり、誤植ないし校正ミスと思われる。

159) Ibid.

160) Ahrens, Einstweiliger Rechtsschutz als Hauptsacheverfahren im Wettbewerbsrecht, in Festschrift für Nakamura, 1996, p. 4.

実現するために手續を迅速化することを目的としている<sup>161)</sup>。口頭弁論の必要性の免除あるいは宣誓に代わる保証の許容といった手續の便宜を促進する手段は補助的な性質しか有しておらず、それらは便宜という目的のための道具であり、それ自体が目的ではない<sup>162)</sup>。仮差押え及び仮処分が緊急の事件における一般的な仮の権利保護の措置であるのに対して、仮の処分は家庭及び夫婦間の事件に関して同様のことを行なう。

その他の手段は一定の法的紛争の領域のために、したがって独特な審判対象のために特別に設けられたものである。したがって、扶養のための略式手續は情報を隠し、負っている合計金額を争うことによって訴訟を引き延ばそうという多くの被申立人——通常は現在又は過去の夫——の戦術をくじくということを意味している。そのアイディアは、深刻に疑義に付されたり、争われたりほしくないような債権を形式的に承認することと引き換えに、被申立人に金額の問題のみを争うことを許すことである。その場合、司法補助官は承認を被申立人に対する命令に転換し、それは執行手續という通常のコースで実現される。

証書訴訟のケースにおいては、有価証券の所持者は終局判決を迅速に獲得し、それを被告に対して遅滞なく執行するという特権を享受する<sup>163)</sup>。しかしながら、書証のみにもとづいた暫定的判決が後に本案についての補足的な手續での判決によって事後的に破棄される場合には被告は損害賠償請求権を取得するので、所持者は自らのリスクにおいてのみそうすることができる<sup>164)</sup>。この脅しは潜在的な原告にとっての大いに有効な抑止装置として作用しており、これによって債務者が根拠が薄弱であるとしてただちに排斥されるわけではないが、書証以外の証拠によって裏付けられ、それゆえ証書訴訟においては取り扱われないような防御を提出する見込みがなくはないと思われる場合には迅速手續に訴えることができなくなっている。

161) *Heinze*, supra (note 1), Introduction to Sect. 916 No. 3 seq.

162) *Heinze*, supra (note 1), Sect. 920 No. 15; 921 No. 2.

163) *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann*, supra (note 4), Introduction to Sect. 592, No. 1, 3.

164) ZPO600条2項；同302条4項3文参照。

X. 略式手続は全面的に一般の手続に取って代わるのか、それとも後者は時間がかかることは避けがたいにもかかわらずなおより複雑な争いに適切なのか？

仮処分のような仮の救済のための手続に関する限り、これを一般の手続で一般的に代替することは2つの理由でほとんどありえないように思われる。第一に、保全命令は暫定的な性格しか有しておらず、両当事者が争っている法的地位の確定的な解決として保全命令を受け入れることを合意しない限り、当事者間の紛争を永遠に解決する能力を欠いている<sup>165)</sup>。しかしこのことは全く別に、裁判所は緊急性の要件を非常に重く受けとめ、とりわけ背後にある請求の満足に現実に達する保全命令を下すことをしたがらない。したがって、たとえ特別の状況において司法の拒絶を回避するために道を譲らなければならないとしても、本案判決の予測（本案の先取り、Vorwegnahme der Hauptsache）を回避することは依然としてドイツ法における仮の権利保護の主要な原理である<sup>166)</sup>。

不正競争をめぐる紛争については、この分野において仮処分が法実務を支配しており、仮の権利保護が事実上大幅に通常訴訟に取って代わっているのが、状況は完全に異なっている。この現状に関する一つの理由は、確かに緊急性が主張・立証される必要がなく、法律上推定されているので、裁判所から仮処分を得ることが実に容易であるということである<sup>167)</sup>。第二の理由は、両当事者が当該裁判所又は上訴審が命令を破棄すること——あるいはむしろ、たとえ通常訴訟が開始された場合でさえも命令が基礎としていた理由づけを却けるこ

165) Walker, supra (note 14), p. 25 seq.

166) OLG Rostock (26. 6. 1997) MDR 1996, p. 1183; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, supra (note 4), Introduction to Sect. 916, No. 5; Blankenburg/Leipold, Summarischer Rechtsschutz als Alternative zum Normalverfahren, in Blankenburg, Leipold and Wollschläger: Neue Methoden im Zivilverfahren, 1991, p. 109, 110 seq.

167) UWG25条; supra, III 1) d) も見よ。

と——はほとんどありえないと考えているという意味で通常は裁判所の判断にきわめて満足していると思われることである。この予測は驚きと思われるかもしれないが、不正競争をめぐる紛争は通常は当事者間で争われる事実問題が取り上げられることはなく、法律問題に関する限り裁判所はいずれにせよそれらを判断する義務がある——裁判官は法を知る (*iura novit curia*) の原則は仮の権利保護にも当てはまる——ので道理にかなっている<sup>168)</sup>。したがって、裁判所の暫定的な判断を受け入れ、裁判所外で完了した和解（終結宣言、Abschlussklärung）に取り込むことが両当事者にとって合理的なのである<sup>169)</sup>。

書証への制限は書面に表象されない請求を遮断するので、有価証券の実現のための迅速訴訟（証書訴訟）が通常の手続に取って代わる余地はない。加えて、被告は書証の助けによって証明できない防御を提出することを妨げられているので、迅速手続において下される判決は終局的ではなく、原告に損害についての責任を残す後の手続によって覆される可能性がある。この責任のリスクは迅速手続の濫用に対する強力な抑止力として作用している<sup>170)</sup>。

## XI. 反対に、一般の（又は通常の）手続を簡素化することによって略式（又は仮の）手続はそれほど重要ではなくなると考えるか？

ドイツ民事訴訟における略式手続は特定の事件でのみ利用できるにすぎないという事実のために、通常訴訟を簡素化することによって仮の権利保護と略式手続の実務的な意義が損なわれるということはあるまいに思われる。仮処分は、被申立人の財産の処分の自治に制限を課することによって申立人の実体権を保全し、終局判決が下されるまで放置しえないような当事者間の関係に

168) *Supra* II 1, note 58.

169) *Ahrens*, *supra* (note 160), p. 4 seq; *Blankenburg/Leipold*, *supra* (note 166), p. 112.

170) *Infra*, XII を見よ。

影響を及ぼす緊急の問題を規律することを意味している。たとえ通常訴訟が簡素化されたとしても迅速な裁判は既判力という効果を有する終局判決から要求される質の基準を満足し得ないので、そのような結果は通常手続においては達成されえない<sup>171)</sup>。たしかに、通常訴訟においては判決までに必要と思われる時間に対して緊急性という要求された事情が見積もられなくてはならないので、迅速化された通常訴訟が暫定的な判断を余分なこととするのは理論上可能である。しかしながら、経験は未成年者の扶養料に関する迅速化された手続のように手続の迅速化の目的で高度に簡素化されている特別の手続でさえ仮の権利保護ができるのと同じようには緊急を要する請求のための同様の措置を付与するのに十分に短期間では進められえないことを示している<sup>172)</sup>。

不正競争事件および緊急性を示すことなく仮処分を発することが裁判所に求められているその他の領域に関しては事情は異なりうる。これらの法領域においては仮の権利保護がすべての事件の大部分に関する通常訴訟に事実上取って代わることが完全に認められている<sup>173)</sup>。裁判所はこの事実に適応してきており、その結果そのような申立てに通常手続の範囲内での緊急の請求の解決にそれらが適していると考える同じ処遇を与えている。特にそれらは法律問題を非常な注意でもって解決している。

## XII. そのほかあなたはどのような考慮が本テーマに重要であると考えるか？

この報告の学識ある読者はドイツの裁判所から仮の権利保護を獲得することは比較的容易であるとの結論に至り、そのような申立てはこの国においては非常にポピュラーであろうと推測するかもしれない。しかしながら、上で報告し

171) *Schilken*, supra (note 14), p. 152.

172) OLG München, OLG München 2000, p. 259 seq. を見よ。

173) *Ahrens*, supra (note 160), p. 10.

た数字を見るならば、この印象は根拠が薄弱であることが判明する。1999年において通常訴訟に対する仮の権利保護の申立ての割合は大雑把に言って1,450,000対41,000であり、大まかには35対1ということができる<sup>174)</sup>。すなわち、通常訴訟に持ち込まれる35の事件ごとに1件の仮の権利保護の申立てがある。明確な質問はこうである。なぜ後者の種類がもっと多くはないのか？

裁判所の取り扱いに持ち込まれた申立てを裁判所がどのように取り扱っているかの詳しい知識を必要とするので、この問いに答えることは容易ではない。ここにある問題は、量的なパラメータが通常訴訟と仮の権利保護の間の量的関係についての結論を引き出すために誤って必要とされているが、それらを用いることは不可能ではないにしてもきわめて困難である、という点である<sup>175)</sup>。もちろんドイツの裁判所が実体権（仮差押請求権、仮処分請求権）と緊急性（仮差押原因、仮処分原因）という要件を重く受けとめ、両方の要素が存在しないよりも存在する蓋然性が高いという強度の立証なしに申立てがなされた場合には命令を付与しないのだ、という推定は全く誤りとは言えない<sup>176)</sup>。

さらに、熱心すぎる原告に仮の権利保護という装置を利用することを思いとどまらせるように作用する強いインセンティブとなる仕組みも存在するが、それは損害賠償責任である。ZPO945条によれば、仮差押え又は仮処分が管轄権を有する裁判所によって付与されたが次の訴訟の段階で本案がなかったと分かったところでは申立人は被申立人の損害を賠償しなければならない。そのようなケースにおいては、被申立人は仮の手續に付随するのではなく、独自の権利たる通常の請求権であるところの損害賠償請求権を有しており、それは申立人が自発的に支払う用意ができていて通常の手續の枠内で実現されなければならない。その結果、損害賠償請求が認容されるためには管轄裁判所の援助でもって保全命令を除去する——すなわち、上訴を提起し又は命令

174) *Supra*, VIII を見よ。

175) *Walker*, *supra* (note 14), p. 18 seq.; *Leipold*, *supra* (note 15), p. 4 seq. 参照。

176) *OLG Köln* (14. 1. 1983), *FamRZ* 1983, 410, 412 seq.; *Leipold*, *supra* (note 15), p. 3 参照。

に対するその他の救済手続を介する——必要性はないのである<sup>177)</sup>。むしろ被申立人は、保全命令が生きたままにしておき、その代わりに損害賠償を請求することを決断することができる<sup>178)</sup>。

たしかにほとんどの被申立人はそのように怠惰ではなく、その代わりに仮の権利保護は決して付与されるべきではない旨の宣言を含んだ管轄裁判所の判断を得るべく努力する。そのような結果を得るための一つの明白な手段は、それが最初に誤って付与されたという理由で命令を上訴で取消してもらうことである<sup>179)</sup>。もう一つの被申立人にとって利用可能な選択肢は、本案訴訟、例えば、確認判決のための訴訟を開始することである<sup>180)</sup>。しかしながら、被申立人はこのように先に進むことを強制されるわけではなく、仮の権利保護の手続が係属している裁判所に通常訴訟での本案についての訴えを提起するための期間制限を申立人のために設定するよう申し立てることによって、申立人の側にボールを蹴り返すにとどめておくことができる。申立人がこの期間制限の徒過するに任せた場合には裁判所は命令を取消す権限を持ち、申立人は損害賠償責任を負う<sup>181)</sup>。管轄を有する裁判所以外の裁判所が——申立てによると——緊急を要する事件において仮処分を付与し、管轄権のある裁判所における仮処分の再審理のための申立てをする期間制限を設定した場合も同じ結論に到達する<sup>182)</sup>。最初に言及した2つのシナリオ——すなわち仮の権利保護を上訴で取消すこと及び被告が提起した本案訴訟が功を奏すこと——において、損害賠償を審理している裁判所は前の判断、すなわち上訴審で下された判断又は本

177) KG (8. 7. 1986) NJW-RR 1987, 448; *Teplitzky*, Deutsche Richterzeitung 1985, p. 179, 180; *Schilken*, Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Vol. 3, 2000, p. 593, 610.

178) BGH (28. 11. 1991) NJW-RR 1992, 998, 999; *Ahrens*, Festschrift für Piper, 1996, p. 32, 35 seq.; *Schilken* supra (note 177) p. 593, 600; しかし、BGH NJW 1980, p. 189, 191 も参照。

179) BGH (21. 4. 1988) NJW 1989, 106; (7. 6. 1988) NJW 1988, 3268; (26. 3. 1992) NJW 1992, 2298; しかし、*Zöller-Vollkommer*, supra (note 1), Sect. 945 no. 10 も参照。

180) BGH (26. 3. 1992) NJW 1992, 2298.

181) ZPO926条2項、同945条参照。

182) ZPO945条1項、同条3項、同945条参照。



案についての争いを解決する判決によって拘束されるというのが通説である<sup>183)</sup>。双方のケースにおいて事件には既判力が発生し、その結果、申立人は被申立人が損害賠償請求権を有することを争うのを禁じられる。

損害賠償の問題についてはさらに報告すべきことがあるが<sup>184)</sup>、損害賠償請求訴訟という脅威が時期尚早、根拠薄弱、ひいては嫌がらせ的な仮の権利保護の申立てに対する評価すべき抑止力であるということが明らかになったことと期待している。この抑止力の有効性は、申立人の請求が実際に理由があったが事件が何ら緊急性を要しないということが明らかになったときでさえ裁判所は損害賠償請求を許すという事実によってさらに強化されている<sup>185)</sup>。換言すれば、被申立人が履行を拒絶したが、事件が——裁判所の観点において——仮の権利保護が付与されるほどに十分には緊急性がなかったとき、申立人はたとえ被申立人に対して有効な請求を有していたとしてもサンクションを課せられる。

この背景のもとでは、申立人が過失又は故意によって行動したかどうかという事実に関わりなく損害賠償責任を負うということは驚きではない<sup>186)</sup>。ZPO945条は過失責任のケースではなくて、危険をもたらしたことについての責任の原理にもとづいて構築されている<sup>187)</sup>。すなわち、暫定的な名義を有する者は自らが不確実な法的基礎にもとづいて行動しており、そのようにすることを緊急性、すなわち自らの権利と利益に対する深刻な損害をかわす、という理由のためにのみ許されている、ということを知っていなければならない。後

183) BGHZ 122, 175 = NJW 1993, 2685, 2686; BGH NJW 1992, 2297, 2298; しかし、Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Sect. 945 no. 9-11 も参照。

184) さらなる情報については、Schilken, supra (note 177) p. 593 seq. を見よ。

185) RG (31. 1. 1908) RGZ 67, 365, 368 seq.; BGH (13. 4. 1989) NJW 1990, p. 122, 123; Schilken, supra (note 177) p. 593, 605; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, supra (note 4), Sect. 945 No. 5.

186) RG (31. 1. 1908) RGZ 67, 365, 368.

187) BGH (25. 10. 1977) BGHZ 69, 373, 376 seq.; BGH (5. 10. 1982) BGHZ 85, 110, 113 seq.; Rosenberg/Gaul/Schilken-Schilken, supra (note 1), §80, p. 1054, §15 III p. 228 seq.; Zöller-Vollkommer, supra (note 1), Sect. 945 no.3.

になって保護すべき有効な利益がなかったということ又は利益はあったが緊急の措置に値しなかったということが判明した場合には、申立人は仮の権利保護を決して申し立てなければあったであろう状態に不服当事者を回復しなければならない<sup>188)</sup>。基本的に、ZPO945条は申立人に仮の権利保護に関する求められている命令と交換に被申立人のために保険証書を書くことを要求している。同様の効果は差し迫った損害のための担保提供を命じることによって意図されているが (ZPO921条2文)、係属している事件において課すことは裁判所の裁量である。仮の権利保護の申立てを提起する潜在的申立人のインセンティブの観点からは、責任の脅威 (ZPO945条)と将来において成熟するかもしれない何らかの損害について担保を提供する義務は、双方過小評価されてはならない強力な抑止力として作用している。

【付記】本稿は、平成18年度財民事紛争処理研究基金(個人研究・一般研究)「民事保全の手續構造——差止めのための保全を中心として」(民紛基06-130)による研究成果の一部である。

---

188) BGH (19. 9. 1985) BGHZ 96, 1, 2; (1. 7. 1993) 122, 172, 179.