

Title	ドイツ保全実務における保護書面の発展
Sub Title	Die Entwicklung der Schutzschrift im deutschen Arrest- und Einstweilige-Verfügungs-Verfahren
Author	出口, 雅久(Deguchi, Masahisa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.11 (1990. 11) ,p.91- 109
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901128-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究ノート

ドイツ保全実務における保護書面の発展

出口雅久

- 一 はじめに
- 二 ドイツ保全訴訟の特徴
 - 1 保全処分の変遷
 - 2 「保護書面」の誕生
 - 3 ドイツ不正競争訴訟の迅速性
 - 4 ドイツ不正競争法における警告制度
- 三 ドイツ保全訴訟の審理
 - 1 「審問手続」の要否
 - 2 被申請人のリスク
- 四 「保護書面」の機能
 - 1 「保護書面」の概念
 - 2 「保護書面」の法的根拠
 - 3 「保護書面」の目的
 - 4 「保護書面」の意義
 - 5 「保護書面」の適用範囲

- 五 「保護書面」の実務上の問題点
- 六 わが国の新民事保全法との関係
- 七 おわりに

一 はじめに

保全処分は、訴訟による権利保護の遅延と自力救済の禁止という矛盾の解決策として認められた国家制度であり、いわば司法保障請求権の一つの発現形態である。⁽²⁾ その第一目的は債権者の権利の実質的保護にある。従って、保全処分においては、その緊急性の要請から当事者双方の意見を十分には聞かず、債権者に一応実体上の権利があるものとして強制的処分が行われることがしばしばある。その限りにおいて、すべての保全処分

は、被申請人の実体法上または手続法上の諸権利の侵害を常に惹起する可能性を有する。

従来わが国においては、口頭弁論が開られない場合には、いわゆる「審尋手続」を通して、かかる被申請人側のリスクを回避するべく実務上の運用がなされてきた⁽³⁾。他方、わが民訴法の母国であるドイツにおいては、保全手続の審理形式は以下の三つのタイプに分類される。第一は、申請人の一方的な提出によって決定手続で発令される最も一般的な保全命令である。第二は、例外的に口頭弁論手続を開いて発令される保全命令である。そして、第三に、書面または口頭による審問手続を通して発令される保全命令がある。最後のわが国の「審尋手続」に類似した審問手続によれば、ドイツでも口頭弁論が開られなかった場合に、裁判所側から通常は書面の形式で意見表明を当事者に求めることができる⁽⁴⁾。しかし、この審問手続は必ず行われるべき種類の手続ではなく、裁判官の裁量に委ねられている⁽⁵⁾。従って、その限りにおいて、いわゆる手続的基本権と呼ばれる法的審問請求権⁽⁶⁾（基本法一〇三条一項）が侵害されるリスクは高く、その実体法上の権利に及ぼす損害は計り知れないものがある。そこで、ドイツの保全実務は、かかる「切れ味の良、荒っぽい保全処分」という債権者側の武器に必然的に伴う重大なリスクの緩和として、憲法上の要請でもある法的審問請求権の保障という観点から、とりわけ不正競争訴訟法の領域において、わが国には未だその詳細は知られていない「保護書面」(Schutz-

schrift) という法制度を発展させてきた⁽⁷⁾。

わが保全手続法はドイツ法をほぼそのまま導入したため、法制度上多かれ少なかれドイツ法と類似したネガティブな側面も経験してきた。他方、平成元年一二月に公布された新民事保全法においては、いわゆるオール決定主義⁽⁹⁾が導入され、審理の迅速化に伴う当事者の手続保障の問題が盛んに議論されている⁽¹⁰⁾。即ち、ここでは、保全処分の目的たる迅速性と憲法上の要請である当事者の手続保障という実際上しばしば対立する二つの要請の調整が問題とされる。従って、手続構造の類似性ならびに当事者の手続保障、とりわけ保全手続における手続的基本権の保障⁽¹²⁾という観点から、ドイツの保全裁判実務において考案されてきた「保護書面」という法制度を一度詳細に検討する価値があると思われる。そこで本稿においては、ドイツ保全実務における「保護書面」の発展について論じてみることにする。

(1) 柳川真佐夫「補訂版保全訴訟」一六頁。

(2) Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. Vor § 916 Rdn. 1 参照。

(3) 現行法における実務では、民訴法一二五条を根拠として、緊急性と密行性との調和を考慮する結果から、いわば非公式口頭弁論主義による審理を行ってきた。とりわけ、従来までの債務者審尋には、裁判の究極的な要請である審問請求権の要請をぎりぎりのところで守ろうとする本能的直感に基づく工夫という面があるという(三ヶ月章「訴訟の非訟化とその限界」研究五巻八九頁)。これを受けて、平成元年一二月二日に公布された新民事保全法(本稿四以下参照)

- は、当事者の手続保障の要請から審尋手続を法文上明記している。
- (4) 肯定説: Vollkommer/Zöler, ZPO 15. Aufl. § 922 Rn. 1; Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O. § 922 Rn. 1; 反対説: Brüggemann ZRP 1981 460, Baumann/Brehm, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl. § 15 2c γ.
- (5) この点、わが国の審尋手続も、保全処分の申請についての審理方法選択における裁判所の自由裁量の在り方として問題点が多い。尚、中野・宮崎「仮差押・仮処分の基礎」一二五頁参照。
- (6) 法的審問請求権はわが憲法下においても当然認められるべき訴訟原理である。詳細は、拙稿「強制執行における基本権の保障に関する考察」慶大大学院法学研究科論文集三〇号八頁以下参照。
- (7) 日独法学一九八四年八号一五四頁(高橋宏志訳)に簡単な紹介がある。そこでは「Schutzschrift」は「仮処分防御書面」と訳されているが、文献によっては、仮差押においても同書面の有効性を論じている(例えば、Morbach, Einseitiger Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 50 ff.)。ここでは保全処分一般に向けられた書面という意味で「保護書面」と訳すことにする。
- (8) 例えば、立法形式の問題や仮処分の本案化現象等を想起せよ。
- (9) オーストリー法、スイス法及び一九三一年ドイツ民事訴訟法草案も、決定主義を採用している。詳細は、松浦馨・判例時報八八号八頁以下参照。
- (10) 立法担当者である山崎潮参事官によれば、新民事保全法は、我が国が一〇〇年間で工夫してきた実務を優先的に取り入れた実務重点型の法律であり、いわば「純国産品」として生まれ変わった、という(NBL四二七頁)。しかし、同氏が認めているように、その土台が大陸法であることを否定することはできないし、いわゆる手続保障の問題が憲法レベルで議論されているドイツの理論は新法

下においても積極的に参考にすべきである。

(11) 玉城勲・判例タイムズ六三九号一七頁以下参照。

(12) 例えば、法的審問請求権、効果的な権利保護、相当性の原則、証明権、平等原則、公正な手続等が考えられる。

二 ドイツ保全訴訟の特徴

1 保全処分の変遷

ドイツ民事訴訟法第八編に規定されている仮差押及び仮処分に関する手続は、わが国におけるのと同様に、戦後の社会・経済の発展、複雑化に伴って、その発令件数の上からも、また実上の意義という観点からもその重要性を増してきた⁽¹⁾。保全処分は、今日ドイツの民事訴訟上においても重要な地位を占めるに至っている。最近の調査によれば、一九八三年に地裁に繫属した手続の三三万五九四件のうち、二万五三〇七件が仮差押・仮処分手続で処理されている。これは全手続件数の七・六%に当たる。一九八四年には、手続件数は二八万六八六件に減少するが、保全処分の割合は八・四%、即ち、二万五三七一件にも達している。更に、不正競争法のような特別の法領域においては、保全処分の割合は、すでに全手続件数の約七五%を占めている。

ところで、本来、保全処分は、執行保全または権利関係の確定までの法状態の規整を目的とするものであり、債権者に権利

の終局的な満足を得させるような処分をすることは許されない(暫定性・仮定性)。また、保全処分の実効性の観点から、その発令手続は迅速に処理されることが望まれる(密行性・緊急性)。そして、最終的には本案訴訟による裁判を予定している(付随性)。

しかし、最近では、保全処分それ自体を目的とした、もはや本案訴訟の提起が全く予想されないし、また意味もないといった新しい類型の保全処分手続が多発している。従って、従来、立法者が予定していた保全処分手続は、今日ではもはや暫定的な権利保護に留まらず、その本来の機能を越えて、はじめから訴訟戦略上終局的な紛争の解決を一気に目指す傾向にある。例えば、不正競争保護事件や名誉保護事件などにおいては、もはや仮処分が原則であり、本案訴訟は例外とされている。即ち、通常訴訟における時間的・費用的理由ならびに裁判所は仮処分の裁判を本案でも維持するであろうという見込みから、当事者は本案訴訟をはじめから放棄している。⁽³⁾とりわけ、一刻を争う経済的紛争においては、通常訴訟を待ってはおもはや手遅れであり、本来の権利救済は専ら仮処分に取って替わられる状況にある。これも、一つの仮処分の本案化現象と把握することができる。⁽⁴⁾

- (1) Morbach, a. a. O. S. 1.: 尚、中務俊昌「仮処分についての西独における論点」中田還曆(下)二二七頁以下、倉田卓次「西ドイツにおける保全訴訟の実態」村松還曆(上)二二五頁以下を参照。
- (2) May, Die Schutzschrift im Arrest- und Einstweiligen-

Verfügungs-Verfahren, S. 1.: これに対して、わが国では三〇%ないし四〇%が保全処分処理されている(松浦馨「仮差押・仮処分制度の改正について」判例タイムズ六三九号五頁)。

(3) May, a. a. O. S. 11.

(4) 松浦馨「保全訴訟の本案化」新・実務民事訴訟講座一四巻六二頁は、審理の長期化は問題とするが、本案訴訟代替化には賛成する。これに対して、野村秀敏「保全訴訟と本案訴訟」二二頁以下は、保全訴訟による通常訴訟の代替という現象は、審問請求権の侵害という重大な危険を包含するものであるとし、これに反対する。尚、中務俊昌「仮処分についての西独における論点」(中田淳「還曆記念「民事訴訟の理論下」二二七頁以下参照)。

2 「保護書面」の誕生

従来より、この本案訴訟における判決に匹敵する効力を持つに到った保全処分に対しては、とりわけ不正競争訴訟において、被申请人は保全手続においては必ずしも審問される必要はない⁽¹⁾ために、裁判所が申請人の一方的な申立だけを裁判の基礎としうるということに對して強い不満の声があった。そこで、ドイツの保全実務においては、被申请人側が自己に對する保全処分手続の繫属を何らかの形で察知した場合には、管轄の裁判所に予め書面の形式で自己の見解を表明する機会を与えようとする試みが始められた。これが、予想される保全処分の申請に對する予防的な防御手段とされる、いわゆる「保護書面」の始まりである。⁽²⁾この「保護書面」は、その法的根拠は何ら存在しない

が、不正競争訴訟法において弁護士実務が考案し、発展させた新しい法制度であり、すでに今世紀はじめから利用され、数十年来ドイツの判例上も認められた法制度である。⁽⁴⁾ その概念の萌芽は、すでに刑事訴訟法における公判手続の開始を阻止するための書面に見出すことができる。⁽⁵⁾ 最近の調査によれば、例えば、ハンブルク地裁民事第一五部(不正競争事件)に提出された「保護書面」は、一九六三年には二二通であったものが、一九八三年には三三二通にも達している。

(一) ドイツでは、不正競争法二五条により一般的な急迫性が推定される結果、保全処分申請は殆ど口頭弁論を経ずに認められる危険性が存在する。Hilgard, Die Schutzschrift im Wettbewerbsrecht, S. 6 参照。

(二) マストルがはじめて「保護書面」を学術的に研究したとされてくる(Pastor, WRP 72, S. 229 ff.)。

(三) May, a. a. O. S. 13. によれば、すでに一九一二年に文献上類似の書面が散見される、という。

(四) ドイツの判例の動向については Borek, WRP 1978, 263 参照。

(五) May, a. a. O. S. 1, S. 5, S. 13, S. 15 ff.; Tepitzky, NJW 1980, S. 1667.

(六) May, a. a. O. S. 15.

3 ドイツ不正競争訴訟の迅速性

「保護書面」の制度が不正競争訴訟において発生し、これま

で事実上この領域においてのみ普及してきたことは、多くの理由に基づいている。そもそも国家は不正な競争の防止に対しては無関心であり、独占禁止法とは異なり、不正競争防止法には国家的な監視機関は存在せず、専ら経済界の自己防衛に委ねられている。⁽¹⁾ 不正競争法においては、その迅速性の要請から、仮処分は非常に頻繁であり、危険に晒されている重要な経済的利益に鑑みて質的にも重要であり、且つまた訴額の観点も見逃すことはできない。更に、不正競争法上の仮処分は、不作為、即ち、権利保全だけではなく、ドイツ不正競争防止法(UWG)二五条の急迫性の推定により、その獲得がかなり緩和されている仮の履行に向けられた満足の仮処分を求めるものとして、その最も効果的な形式において発令される。⁽²⁾ 従って、不正競争訴訟においては、特に頻繁かつ簡単に仮処分が決定手続により口頭弁論を開かずに発令され易い法状況が存在している。⁽³⁾

最近の調査によれば、⁽⁴⁾ 地裁レベルでの不正競争事件における仮処分の割合はその不作為を求める訴えに対して凡そ四対一である。より正確には、例えば、ミュンヘン地裁では七一・一%、シュトゥットガルト地裁では六四・二%、デュッセルドルフ地裁では七九・九%が仮処分処理されている。また、地裁に繫属した全手続のうちで、通常手続における訴えに対する仮処分の割合は、凡そ一〇対一とされている。不正競争事件における仮処分事件数の大きな割合は以下の絶対数を見ると一目瞭然である。「仮処分のメッカ」とされるハンブルク地裁第一五民事

部では、年間五〇〇件から一千件の競争仮処分が発令され、その他、ケルン地裁では六〇〇件から七〇〇件、ミュンヘン地裁では約五〇〇件、ベルリン地裁では五四〇件が発令されている。⁽⁵⁾

現代の産業社会のような、一定の制限を伴った自由競争システムにおいては、不正競争法違反に対して迅速に何らかの手を打つことが要求される。ドイツ民法は、かかる緊急な要求の実現に対して効果的な権利保護手段として仮処分制度を設けている。不正競争法においては、迅速な暫定的債務名義の方が、通常は数年後に獲得される最も良い終局判決よりもより価値が高いので、パストルはそこから不正競争法における「仮処分優先の原則」を導き出している。従って、不正競争事件のような特殊な適用領域においては、その迅速性の要請から、仮処分が本案訴訟に代替されるという意味における「仮処分の本案化」は実務上当然視されている。

- (1) Hilgard, a. a. O. S. 4.
- (2) Tepitsky, NJW 1980, S. 1668.
- (3) Tepitsky, NJW 1980, S. 1668.
- (4) Hilgard, a. a. O. S. 6 ff.
- (5) Klaka, GRUR 79, 593, 594.
- (6) Pastor, WRP 72 S. 230.

4 ドイツ不正競争法における警告制度

もう一つの不正競争法における特徴は警告(Abmahnung)制度

である。⁽¹⁾ 警告においては、被申請人の不正競争行為の禁止が要求され、それに従わない場合には裁判上の手段に訴える旨が記載されている。⁽²⁾ 従って、被申請人が警告に服しない場合には、申請人からの保全処分手続の開始を覚悟しなければならぬ。

そこで、警告を受けたか否かによって、被申請人の側からは二つのケースが考えられうる。まず申請人が警告をしなければ二つのケースでは、被申請人は決定手続を通して発令された仮処分によって不意打ちを受けることになり、その発令に対しては何らの対抗手段もとることができない。従って、その後は、異議申立の方法による法的救済手段に制限される。しかし、殆どの不正競争訴訟においては、原則として仮処分手続の開始は申請人からの警告が前提とされている。⁽³⁾ そして、不正競争訴訟においては、警告後の仮処分手続はかなりの確率で口頭弁論を経ずに発令される。⁽⁴⁾ 例えば、前述の仮処分のメッカとされるハンブルク地裁第一五民事部では、一九七一年八一件のうち七十六件が口頭弁論を経ずに発令され、残りは裁判所の勧告により取り下げられている状況である。⁽⁵⁾

かかる理由から、とりわけ不正競争訴訟においては、被申請人が、警告の中で威嚇された仮処分手続の形成に関与することにより、事実関係及び法律状態を口頭弁論において説明した後のみ仮処分が発令されることを、裁判所に対してアピールする手段として「保護書面」という法制度が強く求められたのである。⁽⁶⁾

- (1) Hilgard, a. a. O. S. 7.
- (2) 審判制度の概要は Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier/Wetkamp, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, S. 299 以下参照。
- (3) Urt. d. GRUR 1985 S. 210: 申請人は、ドイツ民訴法九三条に基づき被申請人の即時認諾による訴訟費用の負担を回避するために殆どすべての手続において警告を事前に行うとされている (Hilgard, a. a. O. S. 7)。
- (4) Hilgard, a. a. O. S. 9.
- (5) Hilgard, a. a. O. S. 9.: 因みに、ハンブルクにはシュペーゲルをはじめとするドイツの有名な雑誌が本社を構えている。
- (6) Hilgard, a. a. O. S. 10.

三 ドイツ保全訴訟の審理

1 「審問手続」の要否

わが民訴法七五七条二項に相当するドイツ民訴法九三七条二項は、急迫なる場合には口頭弁論を経ずして仮処分を発令することができるとされている。しかし、ドイツの保全実務においては、すでに同条文の原則・例外関係が逆転しているため、通常の仮処分でさえ特別な急迫性の十分な疎明なしに余りにも大量かつ頻繁に決定手続によって発令されている。手続の大部分においては、裁判官は口頭弁論を放棄しているのが実情である。しかし、これにより、被申請人の権利保護の可能性が仮処分手

続においても余りにも制限されるという理由から、かかる口頭弁論の放棄は学説上批判されている⁽¹⁾。

ところで、相手方の審問が必要と判明した場合に、最も良いのは口頭弁論を開くことであるが、ドイツの保全実務においても、多数説によれば⁽²⁾、これに代わる口頭または書面による審問手続も適法とされる。とりわけ書面による審問は、一種の中間的な解決策としてすでに長年判例上躊躇なく行われている実務慣行であり、広範囲に及ぶ事実関係の解明に対する実務上の要求によって根拠付けられている⁽³⁾。更には、期日経過後においても決定手続によって裁判することもできるし、または必要とあれば口頭弁論期日を指定することができるという利点がある⁽⁴⁾。

わが民訴法上の審問手続に相当するドイツの審問手続は、法律上明確には規定されていないが、被申請人の基本権の削減をできるだけ回避するためには、かかる中間形態の手続も正当化されるべきである⁽⁵⁾。ドイツ連邦憲法裁判所も、この点に関しては「相手方の基本法一〇三条一項に基づく法的審問請求権は、相手方への通知によって処分の目的が危険に晒される場合のみ、これを放棄することができる」と解している⁽⁶⁾。従って、かかる執行挫折の危険がない限り、必要な場合にはかかる形式の審問手続を行うことができる。そして、その際、自発的に相手方から提出された説明は当然裁判所によって斟酌されるべきである⁽⁷⁾。問題は、いかにして申請人の特別の急迫性の要請と、被申請人の法的審問請求権を調和させることができるかという点

(8) である。いずれにしても、ここで裁判官は、少なくとも相手方の書面による見解を提出させるべきか否かを職権により審査するべきであろう。(9) しかし、冒頭に述べた通り、かかる審問手続は必要ではなく、裁判官の裁量に委ねられているため、相手方の提出が裁判において斟酌されるかどうかは判らない。(10) 従って、書面による審問だけでは被申請人の利益を保護するには不十分である。この点に、裁判所側が相手方の見解を斟酌する義務を伴った法制度の必要性が存在するのである。

(1) Morbach, a. a. O. S. 83. ドイツの民事訴訟法第二改正草案においては、民訴法九三七条四項に以下のような追加規定が提案された。即ち、「仮処分は、それが口頭弁論まで延期され得ないか、または口頭弁論期日の指定によって仮処分目的が危険に晒されるほど緊急を要する場合にのみ、口頭弁論を経ずして発令することによって可能」という規定が入れられた。

(2) 暫定訳: Vollkommer/Zoller, a. a. O. § 922 Rdn. 1; Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O. § 922 Rdn. 1; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. S. 796; Baumbach/Hartmann § 922 Anm. 1. A. a. May, a. a. O. S. 80.

反訳註: Brüggemann ZfP 1981 460 ff.; Baumann/Brehm, a. a. O. § 15 2c. 7.

Engelschall, GRUR 72, 103(109) は、書面による審問を仮処分手続にどのような適法として、仮差押手続においては否定する。

(3) Schilken, Die Befriedigungsverfügung, S. 133.

(4) したがって、わが新民事保全法が決定主義を採用した立法理由と同趣旨である。

- (5) Altanative Kommentar, ZPO 1987, § 922, 7. すでに指摘した通り、わが国の新民事保全法は審問制度を法定化した。
- (6) BVerfGE 9, 88, 98; Brox/Walker, 2. Aufl. Zwangsvollstreckungsrecht, Rdn. 1514.
- (7) Rosenberg/Gaul/Schilken, a. a. O. S. 796.
- (8) Morbach, a. a. O. S. 83.
- (9) Morbach, a. a. O. S. 84.
- (10) Thomas/Putzo, ZPO 15. Aufl. § 922 Anm. 2; Morbach, a. a. O. S. 22; May, a. a. O. S. 82.

2 被申請人のリスク

憲法上の要請である法的審問請求権は、あらゆる手続形式に妥当する訴訟原理であり、(1) 仮処分においては、通常訴訟よりもより迅速な権利保護が要請されていることは、事前の審問の全面的な排除を必ずしも正当化しない。即ち、事前の審問は手続目的を常に危険に晒すとは限らないので、相手方の事前の審問において場合によっては生じる執行挫折の危険は、仮処分においては画一的に肯定してはならない。(2) また仮処分は異議によって同裁判所の前でその正当性が再審査されうるという事実も、(3) 被申請人を事後的に審問することを正当化するものではない。何故ならば、異議は停止効を持たないので、仮処分による不正競争行為の不作為命令は排除されず、且つ不正競争行為は時間的に密着しているため、事後的には取り返しは不可能であるからである。(4) 不意打的仮処分による経済的打撃は個人・企業を問

わず深刻な問題であり、事後的審問は、かかる領域においては事前の審問に代替しえない⁽⁵⁾。従って、現行の異議制度は、被申请人の法的審問請求権の保障に十分に対応しうる法制度とは言い難い⁽⁶⁾。

(1) 詳細は Stein/Jonas/Leipold, a. a. O. Vor §128 Rdn. 9. を参照。

(2) Stein/Jonas/Leipold, a. a. O. Vor §128 Rdn. 46.

(3) Hilgard, a. a. O. S. 17.

(4) Hilgard, a. a. O. S. 17 (F. 6).

(5) 例えば、製造・販売の禁止等の保全処分を受ける製造業者を想起すれば、企業活動に対する過酷さが容易に想像されよう。

(6) 尤も、迅速手続の永続的な付随効果が生じない限りは、被申請人にとっては異議の申立てで十分であらう。

四 「保護書面」の機能

1 「保護書面」の概念

「保護書面」は、保全手続における被申請人の利益を守るために裁判外の法的救済手段として弁護士実務が考案した法制度である。「保護書面」は、予想される保全処分発令の申請に対する一つの予防的な防御手段であり、裁判外において訴訟上の書面という形式で提出される点にその特徴がある。マイの定義⁽³⁾によれば、「保護書面」とは、「予想される保全処分の被申請人が事前の意見表明によって、かかる申請を全く許容しないか、

または企図される形式ではなく、あるいは少なくとも口頭弁論を経ずには許容しないことを求めるために、裁判所に向けられた書面」を意味する。具体的には、特定の相手方が自己に対して保全処分を申請することを危惧する者は、申請が提起されると予想される裁判所、場合によっては用心のために複数の裁判所に紛争関係及び相手を明記し、予測される申請を指摘して、事前に紛争に関する自己の見解を説明かつ疎明し、保全処分が申請される場合には、この説明が裁判において考慮されるように申し立てることができる。従って、「保護書面」は適法な訴訟行為であり、その特徴的な効果は迅速手続の形成にある。

(1) Pastor, Der Wettbewerbsprozess, 3. Aufl. S. 111.

(2) Tepitzky, Die „Schutzschrift“ als vorbeugendes Verteidigungsmittel, NJW 1980 S. 1667 は、「保護書面」の全面的採用論を唱え、Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O. § 937 Rdn. 7; Thomas/Putzo, a. a. O. § 935 Anm. 4. を同導。

(3) May, a. a. O. S. 11.

(4) Tepitzky, NJW 1980 S. 1667.

(5) これに関して詳細は May, a. a. O. S. 26 ff. 参照。

2 「保護書面」の法的根拠

不正競争法において弁護士が考案した「保護書面」という法制度は、その制定法上の根拠はないものの、すでに判例によって承認されている⁽¹⁾。一般に訴訟法においても、とりわけ手続的基本権という観点から、法の発展的形成的余地があるわけであ

り、事情によっては既成の手續原則を克服し、修正しなければならぬ。かかる意味において、「保護書面」は、実務の考案として、訴訟的特別法も恒常的な継続発展に服することの証左でもある。若干の地域的な相違は存在するが、不正競争訴訟においては、「保護書面」はすでにドイツ保全実務にかなり浸透し、有名な実務家向けの法令書式集にはその詳細な手引が掲載されている。有力説の中には、かかる実務の状況と照らし合わせて、すでに「保護書面」の慣習法的性格を肯定するものすら存在する⁽⁴⁾。

しかし決定的な理論的根拠は、この判例によってすでに承認された「保護書面」が法的審問請求権(基本法一〇三条一項)の保障の一形態を意味する点に求められる。即ち、ドイツ保全実務における「保護書面」の取扱は、法的審問請求権の保障という憲法上の要請から正当化されている。従って、裁判所による「保護書面」の考慮は、いわば被申請人の書面による審問を意味することになる。裁判所において審問を受ける請求権は、憲法上の地位を有するので、その度に最も広い範囲において尊重されなければならない。即ち、ここでは、法律による制限は狭く解釈されなければならない。かかる制限は、法的審問請求権の憲法上の高い地位に鑑みて、その目的がやむをえず要求する限度を越えてはならない。つまり、裁判所が「保護書面」の内容を考慮しても時間の損失にもならなければ、また被申請人はそれを自ら予防的に事前に提出しているから、被申請人に保全

処分を知らせることにもならない。従って、「保護書面」の形式で提出されている意見表明は可能な限り完全な範囲において斟酌されなければならない⁽⁵⁾。つまり、保全処分の申請の不適法性または非有理性を明らかにする「保護書面」に基づく事実及び疎明手段を、かかる意味において斟酌しないことは、保全処分手続の目的によってもはや正当化しえない憲法上の基本権の縮小を意味しうる。従って、裁判所が迅速処分を命じ、「保護書面」の考慮によって迅速処分の目的が危険に晒されず、且つ「保護書面」が最も合目的な審問形態である場合には、個々の事例においては、手続的基本権たる法的審問の保障の原則から裁判所による「保護書面」の考慮義務が明かになる⁽⁶⁾。

- (1) OLG Hamburg MDR 1978, 151; OLG Frankfurt MDR 1978, 675.
- (2) Pastor, WRP 1972, S. 229.
- (3) Beck'sches Prozessformularbuch, 1989, S. 266 ff.
- (4) Tepitzky, NJW 1980 1668 は、不正競争法の領域において慣習法としての「保護書面」の制度を肯定するが、May, a. a. O. S. 90 ff は「保護書面」の形式が未だに地域的に大きな相違が存在することを理由に慣習法的性格を疑問視する。
- (5) その他の効果的な審問形態としては、電話による両当事者に対する審問が考えられる(May, a. a. O. S. 89)。尚、谷口安平「手続法からみた北方ジャーナル事件」ジュリスト八六七号四一頁参照。
- (6) Tepitzky, NJW 1980, 1667; Thomas/Putzo, a. a. O. § 935 Anm. 4; Hilgard, a. a. O. S. 32; May, a. a. O. S. 87; 參照。
- (7) Tepitzky, NJW 1980, 1667.

(80) May, a. a. O. S. 87; Hilgard, a. a. O. S. 48; これに対して、Leipold, RdA 1983, S. 166 は、¹⁾ 法的審問請求権は口頭弁論を指定することだけを要求するにとどまり、逆に、保全処分申請が口頭弁論を経ずに却下される前に、申請人が「保護書面」に対して何ら意見表明しえないことには、申請人側の法的審問請求権の観点から疑問があるとする。

3 「保護書面」の目的

元来「保護書面」は、決定手続による裁判を回避し、裁判所が事前の審査においてドイツ民法九三七条二項の特別に緊急な事例の存在を否定し、口頭弁論期日を指定することを達成することが唯一の目的であった。¹⁾ 保全手続における「保護書面」の通用性を学説上最初に主張したパストルは、「保護書面」を保全手続に対して干渉するための単なる手段としての機能に制限しようとし、²⁾ 「保護書面」は被保全権利と保全理由に関する意見表明を含んではならず、これらの抗弁は異議訴訟においてのみ主張しようと解する。そして、その考慮範囲は、決定による仮処分か、口頭弁論の指定かというドイツ民法九三七条の二項の意味における急迫性の問題に尽きるとし、「保護書面」特有の目的を、専ら決定手続による保全処分を通して既成事実が作り上げられることを防止することに制限する。因みに、パストルは、その反面として「保護書面」は被申請人に不利益に斟酌されることもないと考える。

しかし、裁判所は、事情に応じて、申し立てられた比較的容易または厳格な要求に関して裁量の余地を有しているものであって、従って、被申請人は、抗弁や証拠申出によって申請人の主張の蓋然性を減少させることを試みるか、あるいは特に高度な蓋然性の必要性のための理由を提出することによって、かかる裁量の余地に対して影響を及ぼすことは当然可能であるはずである。³⁾ そこで、保全手続が申請人による一方的な手続であり、すべての審理経過は裁判所の自由な裁量に委ねられていることを斟酌すれば、被申請人側からは、予想される申請人の疎明を動揺させるといふ点も「保護書面」の重要な目的となることは、当然肯定されてしかるべきであろう。⁴⁾ 何故ならば、「保護書面」の内容が申請の際に斟酌される必要がなく、その結果、客観的に誤った裁判が、殆ど予測し得ない結果を伴って一方当事者に不利益に発令されることは、手続的正義の観点からもとても耐えがたい結論となるからである。実際、ドイツの裁判所においても、「保護書面」の内容を決定手続か口頭弁論手続かという手続形式における裁量的裁判の範囲内においてばかりでなく、保全処分申請の適法性及び有理性の問題に関する裁判においても斟酌する傾向は今日すでに実務に浸透している。⁵⁾

(1) Tepitzky NJW 1980, S. 1667.

(2) Pastor, WRP 1972, S. 234; Tepitzky, NJW 1980, S. 1668.

(3) May, a. a. S. 50 参照。

(4) 注解民事執行法六卷三二四頁は、「仮処分の必要性」について

の疎明責任はあくまで債権者にあるけれども、いわゆる間接反証の理論によって妥当な結論が得られるように配慮すべきであるとする。とりわけ、仮の地位を定める仮処分は債権者に対し深刻な打撃を与えることが予想される場合が多い。従って、申請人の主張する事実を覆すに足りる事実の存在を主張・立証することができる可能性を「保護書面」の形式で被申請人に認める必要性は十分に存在すると思われる。

(5) 日独法学八号一五四頁・ボルクはかかる傾向を「保護書面」の変質化として批判する(Bork, WRP 1978, S. 263)

4 「保護書面」の意義

これまでの考察から以下の方が確認されうる。即ち、「保護書面」は、それぞれの事例形態によって、最少限度の申立だけ、即ち、口頭弁論を開かずには裁判をしないことを求める申立と、保全処分の即時却下ならびに予備的に口頭弁論を開かずには裁判しないことを求める二つの申立を包含しうる。被申請人が「保護書面」を通して、ドイツ民法法の原則・例外が逆転している点から、本来の立法者の意思を指摘し、更には決定手続による裁判は、申請人が特別な急迫性を説明し、疎明した場合のみ発令されうることを裁判所に対して注意を喚起することは非常に賢明である。⁽²⁾「保護書面」は、口頭弁論を経ずに裁判するという法律上の原則・例外を逆転させた裁判所の実務慣行に対する正当防衛行為と解することができる。保全手続においても、裁判所はその裁量により、いつでも口頭弁論を

開くことができるため、いわゆる申請人の攻撃的利点、即ち、手続の一方性は法律上は保障されているわけではない、という点に「保護書面」の決定的な意義を見出すことができる。⁽⁴⁾ 勿論、裁判所は、場合によっては、被申請人に不利にも「保護書面」を評価することができるし、「保護書面」に含まれた申立の理由は、本来の「保護書面」の目的を越えて、準備書面としても利用されうる点は、訴訟経済の観点からも見逃すことはできない。⁽⁴⁾

(1) Tepitzky, NJW 1980, S. 1668; 反対: Pastor, WRP 1972, S. 229 ff.; Leopold, RdA, 1983, S. 166; Wagner/Zartrmann, Das

Prozessformlarbuch, Kap. 29 IV 2. ff.; 少なくとも書面による審問の後に裁判することを要求する。

(2) Tepitzky, NJW 1980, S. 1668.

(3) Leue, MDR 4/1984, S. 349; 武器平等の原則からも「保護書面」を正当化することができると思われるが、これを根拠とする文献は見当たらない。

(4) May, a. a. O. S. 54 以下参照。

5 「保護書面」の適用領域

右に述べたような「保護書面」の機能は重要かつ貴重であり、不正競争訴訟外における他の保全処分手続においても、この法制度を適用することについては何ら反対する根拠はなく、却って賛成すべき点が多くある。何故ならば、現行法(ドイツ民法九三七条二項)の原則・例外関係の逆転という悪習がこれほどま

で蔓延しているため、通常の仮処分も、余りにも大量かつ頻繁に特別な急迫性の十分な疎明なしに決定手続によって発令される結果、不適法または理由のない、あるいは性急な保全処分の申請に対する予防的な権利保護のための実務的及び法的必要性は、不正競争訴訟以外においても肯定されうるからである。今日ではドイツの学説においても、「保護書面」は不正競争訴訟に特殊な法制度ではなく、保全処分一般に対する予防的な権利保護手段である、とするのが多数説である。⁽²⁾

では、不正競争訴訟以外には、いかなる適用領域が存在するであろうか。とりわけ適用事例が多いのは産業上の諸権利保護においてである。⁽³⁾ 例えば、誤認させる広告(ドイツ不正競争防止法三条、食料品法違反(罽罽の宣伝等)、営業を妨害する広告、商標・特許違反等の差止め事件がこれである。⁽⁴⁾ その次に重要な適用領域としては報道事件が挙げられる。これらの事例においては仮処分手続の迅速性の故に、「保護書面」は被申請人の最も重要な防御手段と見做されている。更には、適用事例は多くはないが、無視しえない適用領域としては、労働事件及び建築事件等が挙げられる。⁽⁵⁾

ところで、仮差押訴訟においては、通常、仮差押は強制執行の保全手段であり、債権者の満足をもたらすものではないとされている。しかし、その保全的性格にもかかわらず、仮差押命令が二度と排除しえない、場合によっては死活問題にまで至る付随的效果をもたらすことがありうる。⁽⁷⁾ 例えば、銀行預金また

は差押可能な動産の差押えを通して仮差押命令が執行される場合に、その他の債権者がこれに追隨して新たな保全処分を行うことは、債権者の経済的信用や営業の自由、即ち、商人としての存在の基礎を破壊する契機をもたらしうる。⁽⁸⁾ かかる付随的效果は、事後的に当該保全処分が取り消されてもはや回復不可能である。本来、仮差押の目的は専ら債権の保全にあり、被申請人がかかる不必要に過酷な保全処分に服さなければならぬ理由はない。従って、かかる場合においても、「保護書面」による切迫する仮差押命令に対しても早期防衛をするという被申請人の利益の存在は明らかである。⁽⁹⁾

更には、ドイツ民法六八八条以下の督促手続においても「保護書面」の適用の余地が考えられうる。何故ならば、ここでも被申請人は督促手続に参加することなく、被申請人に向けられた裁判所による処分(督促通知)が発令されうるからである。⁽¹⁰⁾

同様に、債権者による破産開始の申請が被申請人を威嚇するような状況も、民事訴訟上の迅速手続に類似していると考えられる。かかる事例では、公示または外国への送達が必要な場合には、ドイツ破産法一〇五条三項によれば、破産債権者の審問は必ずしも行わなくてもよい。ここで、潜在的な破産債権者は、「保護書面」によって請求権の存在及び支払不能(ドイツ破産法一〇五条)に関する債権者の疎明を動揺させ、ドイツ破産法一〇五条二項に規定された審問を可能にする点に利害を有していると考えられうる。⁽¹¹⁾

- (1) Tepitzky, NJW 1980, S. 1668.
- (2) 例として Tepitzky, NJW 1980, S. 1667; Pastor, Wettbewerbsprozess, a. a. O, Kap. 13; Stein/Jonas/Grunsky, a. a. O. § 937 III 7; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, II. Aufl. RN 93; 「*juristische Leipold, RdA S. 168*」は、労働保全事件においては、不正競争訴訟におけるように、被申請人の法的審問請求権を侵害するような同じ法状況は存在しないことを理由に「保護書面」の適用を否定する。
- (3) May, a. a. O. S. 67. 参照。
- (4) May, a. a. O. S. 139.
- (5) May, a. a. O. S. 70. 参照。
- (6) May, a. a. O. S. 71. 参照。
- (7) May, a. a. O. S. 62; Schilken, a. a. O. S. 133; 仮差押の場合でも回復し難い重大な影響を及ぼすことを指摘するのは、Leonhard Wenzel, Grundlinien des Arrestprozesses, Zu Fritz Baurs Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, MDR 1967, S. 893;
- (8) May, a. a. O. S. 63.
- (9) May, a. a. O. S. 63; Morbach, a. a. O. S. 50 も「保護書面」は、とりわけ管轄のない裁判所による仮差押の発令を阻止するために非常に有益であることを指摘する。
- (10) May, a. a. O. S. 10. 尤も、督促手続では請求権を疎明する必要はなく、ただ主張すれば足りる点、法は異議を提起するまでは口頭弁論の指定を全く予定していない点において、保全処分とは若干異なった手続状況である。
- (11) May, a. a. O. S. 10.

五 「保護書面」の実務上の問題点

「保護書面」は、現行ドイツ民法には規定されていない、新たに誕生した法制度である。しかし、今日ドイツ保全手続において、「保護書面」は、その効果的な権利保護機能の故にもはやなくてはならない法的救済手段であることは否定しえない。従って、現在では、当事者両サイドの利益を正しく評価する「保護書面」の制度を、いかにして民事訴訟に適応させ、法規化するべきかということが問題とされている。⁽¹⁾

しかし、「保護書面」は、依然として制定法上に組み込まれた法制度ではないために、その実務処理及びその他法政策的な観点に関しては問題が少なくない。まず第一に、予測される迅速手続の三分の二の事例は実際には開始されないために、その意味では「保護書面」は極めて非合理的な防御手段であり、しかもその費用がかなり高額である点がネックとなっている。⁽²⁾第二のハンディーキャップは、どの裁判所に保全処分の管轄が存在するかが、被申請人には正確には把握しえない点である。本案訴訟が繫属していない間は、例えば土地管轄に関しては、ドイツ民法一二条以下及び二〇条以下、とりわけ三二条によれば、様々な連結点が存在するため、申請人は、場合によっては、未だ「保護書面」が提出されていない裁判所に保全手続を申請しうるほど広範囲な選択の余地が与えられている。第三には、入

手可能な申請人の申請に対して、いかにして内容的に最も有利な見解を表明しうるかについては、被申請人にはしばしば大きな不確実性が存在する。⁽⁴⁾ 場合によっては、被申請人は、「保護書面」の中で訴訟戦略的な観点から見れば、相手方に有利な事項を提出するリスクを背負わなければならない。⁽⁵⁾

以上のような「保護書面」の問題点を斟酌すると、その他の代替的な法的救済手段の存在が問題となる。すでに詳説した通り、移審効(ドイツ民訴法九二五条)及び停止効(同法九二四三条三項一文)を有せず、専ら意見表明を意味する異議制度(同法九二五条、九三六条)は、たとえこれまで行われずにいた口頭弁論を要求したとしても、仮差押及び仮処分⁽⁶⁾の執行によって作られた既成事実から被申請人を保護することはできない。同様のことは、本案起訴命令(同法九二六条、九三六条)や自ら消極的確認の訴えによって本案裁判の惹起させる場合にも当てはまる。また損害賠償請求権(同法九四五条)にしても、しばしば事前の段階で実現可能か否か予想することはできないし、被申請人が被った不利益を完全に回復することは不可能である。⁽⁷⁾ 更に、書面による審問も裁判所の裁量に依存しているため、必ずしも行われるとは限らない。⁽⁸⁾ かかる理由から、「保護書面」によって保護されるべき被申請人の利益を実現させるための他の法的可能性は、実定法上の法的救済手段をみた限り存在しない。

従って、「保護書面」がもたらす弊害を克服するための実務的な工夫が望まれる。ドイツにおいても、「保護書面」の事務

処理に関する統一的な実務慣行はまだ形成されていない。⁽⁹⁾ 「保護書面」の費用と管轄の問題を解決するためにはコンピュータ等を利用し、できるだけ効率的かつ廉価に運用しうるように努力すべきであろう。⁽¹⁰⁾ 現在のところ、被申請人側としては、保全処分によって威嚇される損害は極端に高くなりうるために、「保護書面」に伴う費用は甘受せざるをえない状況である。⁽¹¹⁾

- (1) Pastor, WRP 1972, S. 229.
- (2) May, a. a. O. S. 73; Herr, GRUR 1986, S. 436. は、「保護書面」の効能自体は認めながらも、その散布に対しては国民経済的にみて疑問があるし、また不必要な情報の提供は依頼者の利益にも反するとし、「保護書面」の実務的運用の改革を訴える。
- (3) May, a. a. O. S. 74. ドイツ不正競争訴訟における保全申請はどの裁判所にも申請可能とされている(ドイツ不正競争法二四二条二項参照)。
- (4) May, a. a. O. S. 75.
- (5) かかる意味において、「保護書面」は準備書面としての後の利用に鑑みても作成されうる。
- (6) May, a. a. O. S. 76. 尚、不正競争法上の不作為仮処分は、その緊急性の故に異議訴訟が提起されることは殆どありえない。
- (7) 例えば、仮処分により禁止された営業行為に対する損害賠償の算定は殆ど不可能である。また多くの申請人は債務超過であり、事後的な救済手段としての損害賠償手続は、申請人に常に賠償能力があるという仮定の上での議論であり、被申請人の手続保障としては余りにも実効性が乏しい。
- (8) 因みに、わが国の新民事保全法二三条四項は、仮の地位を定め

る仮処分においては、口頭弁論又は審尋の期日を経なければ、発令することができない、という規定を修正案段階で設けた(本稿四参照)。

(9) 一九七六年の西ドイツ簡素化法においても、督促手続に関してコンピュータを導入し、合理的な事務処理が行われている(データー・ライポルド「民事訴訟はいかにして促進されるか?」石川明/出口雅久訳・判例タイムズ六八〇号一二頁参照)。

(10) May, a. a. O. S. 22によれば、例えば「保護書面」を一件記録に収める作業は、専ら裁判所書記官の記憶力に頼っている、という。

(11) Herr. GRUR 1986, S. 426.; 因みに、「保護書面」の提出に関しては、保全処分の申請と同様に弁護士強制は存在しないが、殆どの事例においては、その複雑な事実及び法律関係の故に弁護士がその作成に従事してゐるために(May, a. a. O. S. 108)、「ドイツの保全実務では、「保護書面」の費用負担が非常に問題となっている。

マイは、「保護書面」の費用償還請求権の法的根拠を当事者の平等原則及び法的審問請求権に求める。これに関して詳細は、May, a. a. O. S. 109 ff.を参照。

六 わが国の新民事保全法との関係

わが国の現行の保全制度が民事裁判制度全体の中で極めて大きな役割を果たしてきたことは何人も否定しないであらう。¹⁾同制度は、明治二三年にドイツ法を継受した民事訴訟法典第六編強制執行の中の一つの制度として規定されて以来、ほぼ一〇〇

年に及ぶ歴史を有している。しかし、その後の技術革新と経済取引の発展に鑑みると、僅か二九条の保全処分法をもってこの複雑な社会情勢に立ち向かう時代は過ぎ去ったといえる。²⁾

わが国の保全処分に関する法制度の見直しは、昭和五八年一〇月に開始され、各界の意見調整を経た結果、民事訴訟法第六編と民事執行法第三章を統合し、世界でも類を見ない単行法として、平成元年一月二二日に「新民事保全法」が公布された。³⁾

新民事保全法の最大の課題は発令手続の審理の適迅速化を図ることであつた。⁴⁾即ち、保全命令に関する手続は、これをすべて決定手続で行うこととし、そこでは、口頭弁論による審理、審尋による審理、書面による審理のうち、事案の性質に応じた適切な審理方式を選択することができ、審理の充実を損なうことなく、その迅速化を図ることが可能となり、これにより機動性、柔軟性に富んだ手続運用が期待されている。⁵⁾

これに対して、旧法下においては、判決手続を原則としていたため、本案訴訟で実現すべき権利の暫定的保全という迅速処理の要請に十分に応えることができない状況にあつた。保全制度は、まず債権者の権利の実質的な保護を第一目的としている。その意味において、略式訴訟の基本原則に立脚し、迅速性の要請を適正公平の要請に優先させるといふ新法の立場は、保全制度自体に内在する要請の実現として評価することができる。

しかし、いわゆるオール決定主義の全面的採用に対しては、当事者の手続保障の稀薄化と裁判の質的低下をもたらすとして、

これに反対する意見が実務家の間にはなお根強く存在する⁽⁶⁾。オール決定主義は、手続の公正・適正よりも迅速性を優先した考え方であり、迅速性こそが保全処分⁽⁷⁾の生命であるという哲学に基礎付けられている。しかし、真に迅速であるべき保全手続が促進されるべきであり、保全処分の過剰促進は、国民の権利保護の観点からは究極的にはマイナス要因となり兼ねない点を見過ごしてはならない。即ち、オール決定主義による保全手続の迅速化は、場合によっては保全目的を越えて終局的な満足をもたらしうる保全処分の潜在的な威力に鑑みると、その予防的な防御手段が制度的に保障されていないことから、保全処分が被申請人にとって予想外の過酷な処分となる危険性を常に包含している。

オール決定主義を採用する新民事保全法においては、債権者の一方的な提出資料に基づいて迅速に保全処分を発令するという緊急な権利救済の要求を満たすべく配慮されており、現行の判決主義に比べて一段と債権者側の利益の保護を図ったものと見ることがができる。その結果、新民事保全法は、手続の迅速性を第一目的とし、必然的に裁判の公正・適正を犠牲にするため、現行法における以上に拙速な保全処分が発令される危険性は高まったと考えられる⁽⁸⁾。従って、裁判の公正・適正の要請を満たしつつ、オール決定主義の導入により保全手続の迅速化・簡素化を図るためには、その手続目的を挫折させない方法を通して、手続の迅速化に伴う不利益から当事者を保護するための手

続保障が必要不可欠となる⁽⁹⁾。

新民事保全法案をめぐる国会審議においても、オール決定主義による手続保障の矮小化の観点から、労働組合を中心に労働仮処分に関して反対があり、オール決定主義により審理する場合、複雑かつ重大な影響のある仮処分については、債務者の審尋が必ず行われるという制度的保障がなくなるので、原則的に意見を聴く機会を与えることを明らかにせよ、という旨の反対意見が提出された⁽¹⁰⁾。これを受けて、修正案は、仮の地位を定める仮処分命令については、債務者の手続保障を考慮して、必ず口頭弁論または当事者が立ち会うことのできる審尋の期日を経なければならぬ、という修正を施した(同法二三条四項)。しかし、同条但書は、仮処分の目的を達成しえない事情があると裁判所が裁量により判断した場合には、債務者を審問せずに発令しうる、とする。従って、債務者に対して深刻な打撃を与える恐れのある仮の地位を定める仮処分命令においてさえも、当該保全処分に関する保全手続外にある債務者側からの意見が斟酌されない可能性が多かれ少なかれ残存している。ここでは、仮の地位を定める仮処分の付随的な威力に鑑みれば、同条但書に規定された「申立ての目的を達することができない事情」の不存在については、少なくとも被申請人にドイツにおける「保護書面」のような形式の疎明方法により反証する機会を与え、保全手続の目的を挫折させることなく、被申請人が事前に裁判官の裁量判断に関与することができるような実務的な工夫が手続

保障の観点からも必要であると思われる。

(1) わが国の民事実務においては、保全処分を制するものは訴訟を制す(実務法律大系八「仮差押・仮処分」はしがき)とか、保全処分殊に仮処分制度が……訴訟の実践面から見れば、むしろ民事訴訟制度の王座を占めるに至っている(吉川大二郎「増補仮処分の諸問題」一四九頁)といわれるくらい、仮処分の実務上の重要性が強調されている。更に、保全処分、とりわけ仮の地位を定める仮処分は、時代の様相を直截に反映し、急激に変遷するために法的規制の追いつききれない社会情勢にルールを見出す役割を果たしている点(実務法律大系八「仮差押・仮処分」はしがき)は看過することはできない。かかる観点から新権利生成の場としての仮処分の重要性を強調する見解も存在する(谷口安平「手続法からみた北方ジャーナル事件」ジュリスト八六七号四一頁)。

(2) 西山「新版・保全処分概論」九頁。

(3) NBL四四〇号参照。

(4) その他の重要な改正点については、山崎潮「民事保全法の概要」NBL四二二号六頁以下参照。

(5) NBL四四〇号四頁以下及び山崎・前掲論文参照。

(6) 山本耕幹「保全処分の裁判の方式及び不服手続についての問題点」自由と正義一九八五年九月号三〇頁以下参照。同論文三五頁は、現行の実務でも、仮差押はほぼ全面的に、仮処分も九九・四六%に及ぶ大多数の事件が決定手続で処理されている点に鑑みると、たとえ制度上決定主義を採用したとしても、申請段階における手続を現在の慣行以上に迅速化させることは疑問であるとする。

(7) 松浦馨「保全処分の機能と保全手続の構造」新実務民事訴訟法講座三七頁以下参照。例えば、債務者が無資力の場合には、原状回復・

損害賠償は無意味となるように、略式手続―事後手続―原状回復・損害賠償という略式訴訟の基本構造自体が現代的な保全処分の運用においてすべて効果的に機能しているかは疑問である。現代的な保全処分の代表である満足の仮処分はもはや本案訴訟を予定していない。従って、迅速な権利保護を求める当事者にとっては、今後、本案手続と保全手続の中間的な迅速手続が要請されると思われる。ドイツでは、ドイツ民法五九二条による証書・手形訴訟に類似した本案訴訟とは独立した特別の迅速手続が提案されている。(Ahrens, Wettbewerbsverfahren, Zum vorheugenden Rechtsschutz durch einstweiligen Rechtsschutz 1983, S. 414)。わが国では、断行の仮処分は実質は特殊な簡易訴訟であるとする見解も存在する(丹野達「保全訴訟の実務I」三四一頁)。西山俊彦「新版保全処分概論」一八頁(注五)も、一種の緊急・簡易訴訟としての在り方を探究すべき時期にきている旨を示唆する。因みに、一九九〇年五月一日にフライブルク大学で開催されたライポルド教授主催の民事訴訟法セミナーにて、オランダの保全手続に関して報告されたアムステルダム大学教授プランケンブルク博士によれば、同保全手続は、迅速性と廉価という観点から保全訴訟(高度な裁量権を有する裁判長による必要的口頭弁論の審理)により本案訴訟を回避し、訴訟内代替的紛争解決制度としてかなりの実績をあげているという。

(8) 誤った保全処分の執行により保全処分で保護されるべき利益よりも大きな回復不能な損害が生じた場合を想起せよ。因みに、当事者は、保全を目的とする略式訴訟においては、その手続保障が制約されるが、手続保障が憲法上の要請であり、裁判の正当性の根源をなす基本原則であることを考えると、その密行性と迅速性における制約は最小限に留めなければならない(松浦馨「保全処分事件における審理及び裁判の迅速化」法律のひろば四〇巻六号二八頁参照)。

注解民事執行法六卷三一八頁も、最小限の侵害の原則、Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs⁸⁾を取り上げ、わが国での適用可能性を示唆する。

(9) 仮差押及び係争物に関する仮処分は、任意的口頭弁論により、債務者の審問がかなり大幅に制限されているために、ここでも「保護書面」の必要性は充分に考えられる。

(10) 尤も、新民事保全法は、仮の地位を定める仮処分命令と保全異議の審理に関しては、債務者の手続保障を考慮して、必ず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ならぬとした(二三条四項、二九条)。

(11) 山崎・前掲論文NB L四四二号一三頁。

七 おわりに

新民事保全法の立法担当者によれば、新法下においては、決定手続でも、口頭弁論による審理は可能であり、九条の積み明処分の特例、三〇条の参考人の審尋の規定を設けて、審理の充実化のための制度的手当てをして、これを保障している⁽¹⁾、とするが、これら一連の手続は必ず行われるべき種類の⁽²⁾手続ではなく、すべて裁判官の裁量判断に委ねられている。従って、保全手続において、手続の迅速性とのバランスを図りながら、裁判所の裁量判断の過程に対して債務者側から積極的に影響を与え、法的審問を要求する「保護書面」という彼の実務的英知は、保全処分に伴ういわれなき法的不利を回避しうる予防的な防御

手段として、わが国の保全実務においても参考にすべき点がある⁽³⁾。

いずれにしても、オール決定主義全面採用における最大の關心事は、債務者の手続保障が害されないかという点であり、換言すれば、その中心となる債務者の法的審問請求権は、保全手続においていかなる範囲及び程度まで保障されるべきかという問題に帰着する。ドイツの保全実務において実施されている「保護書面」は、実務運用上はまだ問題点を残しているものの、裁判実務自身が憲法上の原則(法的審問請求権)を真剣に受け止めつつ、何らかの打開策を模索しようと努力している証左でもある。かかる意味において「保護書面」は、保全手続における法的審問請求権(手続的基本権⁽⁴⁾)の保障を実現するための補完的手段として注目すべき法制度であると考える。

(1) 山崎・前掲論文NB L四四二号九頁。

(2) この点は、ドイツの保全実務における審問手続と同様であり、「保護書面」の必要性の最大の根拠となる(本稿三参照)。

(3) 北方ジャーナル事件(最大判昭六一・六・一一民集四〇一四一八七二)は、わが国ではじめて仮処分手続と審問請求権との関係について論じた判例であるが、本件において、もし被申請人が事前に「保護書面」を提出していたとすれば、法的審問請求権の保障を媒介として、表現の自由と個人の名誉の保護という憲法上の価値の衝突をバランス良く調整し得たのではないであろうか。尚、この問題については別稿にて詳論する予定である。

(4) 石川明/出口雅久編訳「憲法と民事手続法」七七頁以下参照。