

保全訴訟における被保全権利の審理

——ライポルトの所説を中心として——

野村秀敏

一 序

既に今日、仮処分の本案化ということが叫ばれて久しいが、その本案化した仮処分手続においては、被保全権利及び保全の必要性に関して慎重な審理がなされ、その実際はますます本案訴訟に近接するにいたっている⁽¹⁾。そしてこの傾向は、日照権・環境権等の新たな権利が提唱される等の事情により、被保全権利につき重大で困難な法律問題が生起し、一層著しいものとなつてきている⁽²⁾。ところで、保全訴訟においても、事実については疎明で足りるとされている一方、法律問題については本案訴訟におけると同様の厳格な審理が要求されており、このことが前述のような事情と相まって、仮処分の本案化を押し進める要因の一つとなっている。そこでこのような事情に鑑みると、法律問題と事実とのこういつた厳格な区別は適當であるか否か、そしてそれが適當でなく、法律問題の審理に付さるべき強度を下げうるとしたならば、何らかの別個の考慮が保全処分の発布

に際して加えられるべきではないか、がまさに問題となりえよう。

ところで、ドイツにおいても、日本におけると同様に、仮処分の本案化ということがいわれている⁽³⁾。そこでそのドイツにおける学説をみてみると、ブルンスは、独民訴法九四〇条(訴法七五五)に関連し、ここでは被保全権利の疎明は不要であつて、その可能性が示されれば足りるとしている⁽⁴⁾。またパウアは、同条の仮処分のうち、継続的法律関係、つまり彼のいう共同体上の権利から及び共通の目標をもつた人的結合から生ずる法律関係を規制する仮処分の場合、特に時間的に切迫しているならば、詳細な法律審理は不要であるという⁽⁵⁾。さらにグルンスキーは、仮差押仮処分の全てにつき、被保全権利の審理が困難な法律問題を含み、且つ緊急の必要ある場合には、その審理は、通常訴訟におけると同様の厳格さをもってはなされないと説く⁽⁶⁾。しかしながら、以上のような若干の学説の存在を別とし、ドイツの通説も、保全訴訟においても通常訴訟におけると同様の厳格な法律問題の審理を要求している⁽⁷⁾。ところが近時ライポルトは、この問題につき注目すべき新たな見解を唱えている⁽⁸⁾。そこで本稿では、このライポルトの所説を紹介し、あわせてこれに対する若干の西ドイツの学説の反応をみてみることにする。

(1) 中田淳一「保全訴訟の訴訟物と既判力」保全処分の体系下巻四六九頁。

(2) 吉川大二郎「仮処分事件の変ぼう」民商法雑誌七〇巻三号四一〇頁以下参照。

- (c) Baur, Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1963, 607.
- (4) Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 1964, S. 240.
- (5) Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 35.
- (6) Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl., 1971, § 916 I 3, § 935 II 3, § 940 I.
- (7) Wenzel, Grundrissen des Arrestprozesses, MDR 1967, 82; Baumgärtel, AcP 168 (1968), 403.
- (8) Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs-, und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971. (以下本書は頁数のみを示す)

二 ライボルトの所説

(一) まずライボルトは、憲法訴訟や行政訴訟上の仮の権利保護手続を概観する。そしてそこでは、民事訴訟におけるとは異なり、法律問題を厳格に審理した上での本案の請求の理由具備性の審理(予先)は必ずしも命じられておらず、本案の請求が明らかに理由があるまたはない、ということのないことを前提としたうえで、仮の権利保護の申立が認容され、後に本案の請求の理由のないことが判明した場合に公け乃至関係人に生ずるであろう損失と、その申立が却下され、後に本案の請求の理由のあることが判明した場合にそれらに生ずるであろう損失を比較衡量し、申立認容の可否を決する裁判例も存在することを示す

(S. 28 ff.)。

そして仮の権利保護手続における裁判のあり方としては、このように予先審理に基づく方法と利益衡量に基づく方法とが考えらるゝとし、そのどちらに從わるべきかは、実定法規範乃至仮の権利保護の目的・趣旨によって、決定されるべきであるという(S. 61)。

(二) まず、実定法規範たる独民法から解答がひき出されうるか否かが、仮差押と仮処分とをわかつて考察される。

第一に仮差押に關しては、法規上の規定が被保全権利を中心に組み立てられている点は、裁判を予先審理に基づかせるのに有利な要因であるという(S. 62)。また沿革も同様であるという。なぜなら、裁判所の予めの関与なくしての自力救済的処置であった仮差押は、事後的な裁判所の面前での手続における被保全権利の審理と結びつけられていたから(S. 62 ff.)。しかしライボルトは、ここから直ちに通説を是認することはなく、被保全権利の審理がなされるべきであるとしても、それにどのような強度が付さるべきかは別途に考察される必要があるという。そして独民法九二〇条二項(四〇条二項)は、たんに「請求」の疎明といっているにすぎないから、疎明が事実的側面に限られるべき理由はないといひ、このことは、独民法の理由書からも推測されるという。しかし確実なことは、疎明は証明とは異なるということだけであるから、法律問題の審理も疎明で足りるといっただけでは、問題の解決にならぬという(S. 64 ff.)。次にライボルトは、独民法九二一条二項二文(四一条三項)の

規定が被申立人の保護となつてゐること、また同法同条同項一文(同条二項)の規定が、請求または仮差押の理由の疎明なきときでも、申立人に保証をたてしめて仮差押命令を発せしうと規定していることを挙げ、これらの規定は、予先審理ではなく、申立人と被申立人の利益の衡量に基づく仮差押の許容性に有利な要因であるという。法規の文言からは、この保証を、事実の疎明の代替に限るべき理由はでてこないという(S. 69.)。

また仮処分については、仮差押に関する規定の準用を定める独民訴法九三六条(同条七五五條)の故に、問題状況は原則として仮差押と同様であるという(S. 70.)。しかし法規の文言については、独民訴法九三五条(同条七五五條)の仮処分の場合は、「権利」を「請求」に置き換えることにより、それが疎明されるべきであることができるのに対し、独民訴法九四〇条の仮処分に際しては、「係争法律関係につき仮の地位を定める」といわれているにすぎず、これに「請求」の疎明を考へることは困難であるという。準用の意味は、争いの存在と仮の地位を定める必要の疎明というふうにも考へうる程であるという(S. 71.)。そしてまた、仮差押とは別個の起源を有する仮処分の沿革も(S. 72 ff.)、独民訴法理由書中で援用されているフランスのレフヘレ(Leffehere)において、本権へ損害を与へることの禁止ということがいわれ、原則として予先審理が禁止されていることも(S. 76 ff.)、予先審理を命ずることを疑問とさせるという。

かくして、実定法規範からは、予先審理をなすべきか否かに

ついては、それに有利な要因も不利な要因も引き出され、確定的な解答はえられない。そこでライポルトは、仮の権利保護の目的、当事者の利益、保全訴訟により裁判されるべき状況の特殊性を考慮して、解答を採求すべきであるという(S. 82.)。

(三)まずライポルトは、仮の権利保護の目的を、終局裁判までの時間的間隙を架橋することにあるとし、ここからは、仮差押仮処分の全てにつき、常に予先審理が命じられるということはでてこないという(S. 83 ff.)。次に当事者の利益を考察し、申立人の利益の保護のために命じられた保全処分は、通常被申立人の利益を害することとなるけれども、これの正当化のため実体法をひきよせることは、保全訴訟により裁判されるべき状況を考へると疑問であるという。つまりこの状況のもとでは、事実や法律問題を慎重に審理する可能性を与へられていないが故に、これら(法律問題)について確信を形成する義務は、裁判所には課されえないという。もし実体上の法律状態の確定に固執すると、これの確定されない場合には、仮の権利保護の申立は却下されてしまうこととなり、仮の権利保護の目的は達成されないこととなつてしまうという。そしてこれを避けるために、事実について疎明で足りるとされていることを、法律問題についても首尾一貫させるべきであるとする。このようにすると、仮の権利保護の裁判は、弱い基礎に基づくこととなり、被申立人の利益が害されるおそれがでてくるが、このことを避けるために、相対立する利益の衡量が要求されるといふ。そして利益衡量を行なわぬ現在の実務のあり方を、被申立人の利益を一方

的に害するおそれがあるとして非難する (S. 83 ff.)。そして予先審理でなく利益衡量によることにより、裁判所の法律問題に対する見解の確定的な表明が避けられ、このことにより、通常訴訟が仮差押仮処分手続という不完全な手続により代替されてしまう危険が避けられるという (S. 91 ff.)。このようにしてライポルトは、被保全権利の存否を未解決にしたままの保全処分 (Unklare Verfügung) の許容性を導く。しかし、必ずしも常にその審理が複雑な法律問題を含むわけではない。そのような場合、つまり申立人の請求が明白に理由があるまたはない場合には、予先審理による保全処分 (materiell-rechtsorientierte Verfügung) の許容性が肯定される (S. 92 ff.)。

ライポルトは続いて、このような未決処分と実体付随的処分の要件を精密化する。すなわち、未決処分の場合には、本案の請求の存在が裁判所にとり当事者の陳述に基づき可能なように思われる、換言すると、本案の請求が疑問の余地なく理由のないように思われまいということが必要とし、このことが肯定されると、次には、申立人の申立が却下され、後に彼の本案の請求が理由ありと判明する場合に申立人に生ずるであろう損失と、申立が認容され、後に本案の請求の不存在が判明する場合に被申立人に生ずるであろう損失が比較衡量されるべきであるとす。その際目あてとされるべきは、直接発生する損失が第一であり、第二にその損失賠償による補償可能性とこの賠償請求権の実現の際に予想される障害とである。そして、被申立人の損失が申立人の立保証により回避されうるかも考慮されるべきで

あるとする。またたとえば、名誉や健康の侵害は、財産損害よりも重視されるべきであるとする (S. 94 ff.)。次に実体付随的処分の際には、本案の請求が法律上及び事実上の点において疑問の余地なく理由があるように思われる、つまり、法律状態は、重大な争いや根拠ある疑問が可能であるように思われぬ程に明白であり、事実は、現在の証拠方法に基づくという制約を別とし、完全に証明されている、ということを要求する (S. 96 ff.)。

このようにして得られた結果は、仮差押仮処分それぞれに対してどのような関係にたつかを、ライポルトは次に考察する。その前提として、従来のドイツにおける仮処分の三分法 (Sicherungs-Rechtsarten) は、分類のために統一的基準を用いていない点で不十分であるとして、回避されるべき危険の種類に応じた新たな三分法が唱えられる。すなわち、終局的な裁判にいたるまでの事象経過によりその将来の実現が危険に曝されると思われる請求権の実現の保全のための保全的処分 (Sicherungsverfügung)、申立人の法的財貨に被申立人が及ぼさんとしている攻撃の回避のための回避的処分 (Abwehrmaßnahme)、物あるいは財貨の獲得の遅延から生ずる危険を回避するための攻撃的処分 (Angriffsmaßnahme) への三分法を。その際ライポルトは、独民訴法九三五条と九四〇条の並存は、たんなる沿革的理由によるものすぎなく、両者は相まって仮処分のための包括的一般条項へとなっており、その中で三種類の仮処分がわかれており、それに続き彼は、仮差押と三種類の仮処分それぞれについての未決処分と実体

付随的処分の適用可能性を考察し、それら全てにつき、両処分形態の適用を肯定する(S. 105 ff.)。

次に両処分形態の相互関係を考察し、それらのうちの一方が優先的に適用になるということはなく、個々の状況に依りて、一方あるいは他方が適用になるといふ(S. 128 ff.)。

(四) 統てライポルトは、民事訴訟上の特別規定(S. 130 ff.)、憲法訴訟(S. 175 ff.)、行政訴訟(S. 187 ff.)上の仮の権利保護手続について考察するが、ここでは紙数の関係もあり、省略する。

(9) このことはヤウエルニツヒの説についても、その他の説についてもあてはまるといふ。これらの見解については、中務俊昌「仮処分についての西独における論点」民事訴訟の理論下二三九頁以下参照。

三 ライポルトの所説に対する西ドイツ学説の反応

このようなライポルトの注目すべき見解に対し、パウアは従来の自説を維持したままであり、また通説に従ったままの者もいる一方、ニークリツシュは一般的な態度決定を別として、特定の場合には、ライポルトの所説に賛同する。すなわち、内部的な不服申立手続を備えた団体内の紛争の場合、その不服申立手続が尽くされた後でなければ通常訴訟は提起できぬけれども、仮処分は申立てうるとし、通常訴訟の提起できぬ理由を、国家の裁判所の干渉をうけずに、団体内の意思形成がなされうることとを保障することに求め、したがって団体内不服申立手続係属

中の仮処分手続内では、原則的に予先審理は排除されると説く。

そのほかには、特定の場合だけにせよ、ライポルトの所説を全面的に採用する者は見い出されないが、その中では、次のリッターの二つの指摘は注目に値する。まず第一に、利益衡量に際しては、当事者が主張された権利に帰する利益が問題であるのか、あるいはこれが彼らに対して客観的に有する経済的、精神的またはその他の利益が問題であるのかをはっきりさせるべきであるという指摘。またライポルトは、国際私法の規定を通じて外国法が適用されるべきであるのに、その外国法の内容が不明な場合、あるいはそもそもどの外国法が適用になるのか不明な場合、未決処分の効用が発揮され、それにより便宜的にドイツ法を適用しようとする逃げ道が不要となるというのであるが(S. 164 ff.)、この場合どの法秩序により利益衡量をなすべきかを明確にすべきであり、もしこの法秩序がドイツ法であるとすれば、ライポルトは、まさに彼自身避けようとした逃げ道に逃げ込んでいることになるという指摘も注目に値する。

しかしそのほかの批判は、あたっていないように思われる。まず、法規が「請求」の疎明といっているにすぎぬ点から、事実についてはばかりでなく、法律上の問題点についても要求される立証の程度を下げるのは、独民訴訟法その他の箇所(五条二項等)の疎明が、通説により事実的側面に限られていることに鑑みて適當でなく、独民訴訟法二九四条におけると同様に、疎明は事実のみ関連させるべきであるとの批判がある。しかしその

通説自体に検討の必要があるし、また独民訴法二九四条は事実の疎明に際し利用しうる証拠方法に関する規定であって、疎明は事実的側面に限られるという規定ではないから、この批判はあたらない。また利益衡量と先審理とを結びつけ、法律問題の審理の結果による心証の程度を、利益衡量の一つの要素に含ましめるべきであるとのグルンスキーの批判も、適当でない。

なぜならグルンスキーは、裁判所は当事者に対し法律上の問題点を指摘し、場合によっては和解を勧告するために、法律問題についての自己の見解を表明しえなければならぬというけれども、保全訴訟手続内においてはそうであっても、その裁判中で法律問題に対する見解を確定的に表明することが適当であるか否かは別問題であるから。さらにミネロープが、被保全権利として、「請求」のかわりに「法律関係」を求めてとすることにより、困難な法律問題の発生が避けられ、したがって法律状態を厳格に審理してさしつかえなくとするのは、樂観的にすぎず適当でない。

- (9) Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 9 Aufl., 1974, S. 236.
- (11) Thomas-Putzo, ZPO, 7 Aufl., 1974, § 920 2.
- (21) Nicklisch, Verhandlungsmacht und einstweiliger Rechtsschutz, 1974, S. 38 ff.
- (31) Ritter, JZ 1973, 40.
- (41) Ritter, a. a. O.
- (51) Grunsky, ZRP 85 (1972), 363.

- (16) Minnerop, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, S. 63 ff.
- (17) Leopold, ZRP 88 (1975), 471.
- (18) なおライボルトの仮処分三分法に対する批判につき、Renck, NJW 1972, 409; Grunsky, a. a. O. S. 364 f.; Minnerop, a. a. O. s. 80 f. 参照。

四 結び

最後に日本の判例学説の状況をみてみると、古くは判例は、保全訴訟においては、そもそも被保全権利の存否は審理の対象たりえないとしていたが、吉川博士等の厳しい批判を浴び、その後、この点肯定説に転じて今日にいたっている。ところが、被保全権利が審理の対象たりうるかということ、どの程度の強度がその審理に付さるべきかは別問題であるのに、前者が肯定されると直ちに、法律問題の審理には通常訴訟におけると同様の強度が要求さるべきこととなってしまう。しかし、近時松浦教授は、日照妨害差止の仮処分に関連し、被保全権利の疎明なしに保証をたてさせてこれを発することを提唱されている。次に行政訴訟に目を転じてみると、処分取消しの訴えの提起にともなう執行停止の際には、回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があつて、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがない限り、本案について理由がないとみえないときには、執行停止がなされうるとされている(行訴法⁽²⁾)。そして処分⁽³⁾の違法性の疑いが多少とも存するとき、もしくは、本案の理由の存否が

いずれとも決しがたい不明の場合は、「本案について理由がないとみえるとき」には該当しないと解されている。⁽²³⁾

また比較法的にみても、ライポルトの指摘する如く、フランスのレフェレ (Teler) においては、本権に損害を与えることの禁止というものがいわれ、予先審理は原則として禁止されている。⁽²³⁾ またアメリカの予備的乃至暫定的差止め令 (tentative or interim injunction) においては、事件が法律上、事実上の論点につき激しく争われている場合には、申立は却下されるべきであるとされ、日本には紹介されている。⁽²⁴⁾ しかし、そのような趣旨の判例を激しく非難し、まさにライポルトが行なったと同様の考慮にしたがい、その発布の可否を判断すべきであるとの判例学説も存在する。⁽²⁵⁾

以上のように、保全訴訟において予先審理を必ずなすべきとすることは、比較手続法的にみても、比較法的にみても、全く疑問がないわけではなく、ライポルトの所説は、充分日本においても検討するに値すると思われる。そして松浦教授の見解も日照権紛争に限って、申請人を優位に立たせるような考え方も運用は、裁判の公平性と安定性から見て、よほど慎重であらねばならぬ、との理由で、一概に排斥することはできぬと思われる。⁽²⁶⁾

(19) 吉川大二郎「保全訴訟における被保全権利の審理」増補保全訴訟の基本問題一九一頁以下。

(20) この間の判例の動きについては、兼子一編・判例保全訴訟上巻一七頁以下参照。

(21) 松浦馨「差止請求と仮処分―日照権、会社事件等を中心として―」ジュリスト五〇〇号三七〇頁以下。

(22) 緒方節郎「行政処分の執行停止」裁判法の諸問題上七〇五頁。

(23) これについてはとりあえず、若林安雄「レフェレ」仮処分分制度(一)近大法学一六卷三・四号一八頁以下参照。なお本権に損害を与えることの禁止を定めた仏民法八〇九条の規定は、一九七一年九月九日のデクレ七四〇号、これに代わった一九七五年一月五日のデクレ一一二三号に基づく仏新民訴訟法には受け継がれていないけれども、このことにより実質が変わったわけではない (Vincent, *Procédure civile*, 16^e ed., 1973, n° 243)。

(24) 柳川俊一・英米法における仮処分 (Injunction) の研究 (司法研究報告書第九輯第二号) 五一頁以下。

(25) Kaiser, *Temporary injunction in cases involving doubtful questions of law*, 40 *MARG. L. REV.* 191 (1956) 及びそこに引用された判例参照。

(26) 吉川大二郎・前掲民商法雑誌七〇巻三号四一二頁。(一橋大学大学院博士課程)