

民事保全法における疎明

—被保全権利の疎明責任論を中心として—

きた むら けん てつ
北 村 賢 哲

一、はじめに	154
1、証明論における疎明概念の硬性	154
2、疎明をめぐる議論傾向の若干の変化	154
3、議論の目的	154
二、日本法における疎明責任論	155
1、疎明責任論の概説	155
2、日本法における議論状況	155
3、問題関心	156
三、独法における疎明責任論	156
1、スタイン＝ヨナスの注釈書における論述の変遷	156
2、1904年ライヒスゲリヒト判例	157
3、グルンスキー以前，主にパウア	158
4、パストル	158
5、ウルリッヒ	159
6、ヒルツ	160
7、ヴァルター	161
8、ケムパー	164
9、ヴァルカー	165
10、独法における疎明責任論の発展の概況と議論の意義	169
四、独競争法における保全手続の特殊性	170
1、競争法上の差止仮処分の特異性の実定法的側面	170
2、競争法上の差止仮処分の特異性の実務的側面	173
3、誤認させる (irreführend) 広告に関する証明責任	175
4、独競争法における疎明責任拡張回避の背景の総括	178
五、結論	179

一、はじめに

1、証明論における疎明概念の硬性

日本の民事訴訟法一八八条は、「疎明は、即時に取り調べることができる証拠によってしなければならない。」と定める。疎明そのものについて直接に規定する条文はこれのみであり^{*1}、民事訴訟法典内外の法規において、しばしば要求される疎明の一般規定である。しかしながら、我々は、疎明が証明と比較して要求される心証の程度が低い、との共通認識を持っている^{*2}。「当事者が主張事実について、裁判官に一応確からしいとの推測を生じさせる程度の証拠」の提出^{*3}、という疎明の定式化は、事実についての裁判官の「確信」、という証明の定式化との対比で理解されるべきものである。

この心証度の軽減の根拠づけは、疎明審理において要求される、抽象化された迅速性とでも言うべきものによってなされる。なぜ、抽象化された迅速性なのか。それは、疎明審理が迅速になされなければならない理由が、疎明を要求する個別条文ごとに著しく異なるためである。そのため、疎明が要求される具体的趣旨を一元的に説明する試みは放棄され^{*4}、せいぜい類型化が施されるのみである^{*5}。この具体的趣旨の一元化不可能性を根拠ともするかのよう、疎明の類推適用は禁じられていると説明される。

この抽象化された迅速性は、疎明の証拠方法の制限をも根拠づける。あるいは、証拠方法の制限と証明度の軽減を直接結びつける場合もある。

疎明概念の内容は、以上取り上げた、「心証度の軽減」、「迅速処理の要求」、「証拠の即時性」が、それぞれ互いを根拠づけ、説明し、最後の「証拠の即時性」が明文で規定されることによって、日本において、理論的な安定を見せている。

2、疎明をめぐる議論傾向の若干の変化

ところで、その疎明をめぐる議論は、仮差押仮処分に関するものが比較的多数を占める。このことは、戦後一貫して問題視され続けた、仮処分の本案化^{*6}の問題と関連があったのかもしれない。

事案解明が困難なため、審理の長期化を凶らざるをえない裁判官にとって、審理の充実への障害の一つが、即時性要求による証拠方法の制限だったからであり、逆に言えば、審理の長期化の意味での仮処分の本案化を問題視する者にとっても、この論点が、本案化を防ぐ防波堤の一つとなりえたはずだからである。しかし、そのような意図が示されたことはなく、疎明概念との関係すら示されないこともありながら、採用可能な証拠方法についての議論は、疎明に関する議論の中心であった^{*7}。

ところが比較的近時、疎明概念に関係ありそうなくつかの新たな提言が他の領域で現れてきている。疎明の証明度に関する議論^{*8}、疎明の対象に関する議論^{*9}、そして、仮差押仮処分の審理における、被保全権利の主張疎明責任の議論である。

これらのうちで、本稿が主に取り上げようとする疎明責任の議論は、前二者の議論とくらべて、いくらか多様な分布状況を示し、かつ、新たな有力説が最近になって登場してきている。通説が圧倒的通説である疎明の議論の中で、この状況はやや特殊である。

3、議論の目的

さて、本稿の究極的目的は、「民事保全法における疎明」について、いくばくかでも解明の手がかりを得ることにある。すなわち、議論の直接の対象は、民事訴訟法一八八条が一般規定として定める、民事法における疎明全般ではなく、民事保全法一三条二項において、「保全すべき権利又は権利関係および保全の必要性は、疎明しなければならない。」と、定めるところの疎明である。扱う対象を民事保全における疎明に限定することは、冒頭に述べた、「心証度の軽減」、「迅速処理の要求」、「証拠の即時性」の、三点の疎明概念における解釈論的連関の検討に際して、「迅速処理の要求」の内容の限定を意味する。今日まで、一般的に、民事保全法における疎明は民事訴訟法における疎明と同義であった。疎明をめぐる議論が仮差押仮処分の領域において中心的に論じられてきたのは、

あえて理由を付せば、疎明が用いられる頻度ゆえであって、仮差押え処分の領域における疎明の特殊性に着目されたからではなかった、はずであった。しかし、この同一性への信頼に対する不安は、疎明責任論の射程が、民事保全においての、しかも、被保全権利の疎明審理に限定されており、その射程の限られた議論が多様な理論的發展を見せているという事実によって生じうる^{*10}。そして、その疎明責任論は、一般の証明責任との対比で論ぜられるため、「疎明」対「証明」の対照性が明確な論点であり、疎明概念の検討に有用な一視点を提供するものとする。

本稿が具体的検討の範囲を疎明責任論に絞ったのは、以上の基本的視座に基づく。疎明概念の理論的検討として、もう一つ重要な論点である証明度についての議論の検討は、本稿においては、疎明責任論解明の必要範囲内でなされる。

二、日本法における疎明責任論

1、疎明責任論の概説

民事保全の手続において、一般の民事訴訟において通用する主張証明責任の分配原則がそのまま妥当するのか。日本法におけるこの理論的問題への取り組みは、近年、何人かの論者によってなされてきている。その論者たちが前提としてきた疎明責任論の分布状況は、概説的には以下の三説に分類される。

すなわち、まず、本案訴訟における一般の証明責任分配原則がそのまま妥当し、それゆえ、申立人は権利根拠事実を、相手方は権利障害事実や権利滅却事実を主張疎明しなければならない、とする一般説がある。次に、一般の証明責任分配原則は保全手続においては妥当せず、むしろ、申立人は権利根拠事実のみならず、権利障害事実や権利滅却事実の不存在についても主張疎明しなければならない、とする拡張説がある。最後に、相手方が保全手続への参加機会を与えられていたか否かで区別し、与えられていた場合に一般説を、与えられていなかった場合に拡張説を採用する折衷説^{*11}がある。

なお、ここで、疎明責任の語が限定的に用いられることを確認しておこう。先の三類型の概説からも分かるように、本稿が扱う疎明責任論は、同じ事柄についての再度の審理が、後の本案において証明されるべきものとして予定されているもの、つまり、保全手続における被保全権利の審理のみを扱うものである。

2、日本法における議論状況

近時、疎明責任論を理論的に検討する論者たちの議論を簡単に紹介しよう。

まず、竜寄教授^{*12}は、口頭弁論を開かない場合に証明責任分配の一般原則が妥当するという、日本法の通説的見解に疑問を提示し、さらに、疎明責任において、客観的証明責任の概念が妥当するだろうかという疑問も示された。次に、野村教授^{*13}は、申立人による抗弁事実に関する主張疎明を、その独自の見解たる未決処分^{*14}における申立人と相手方の利益衡量の一要素として捉える。そして、その利益衡量は総合判断であり、かつ、利益衡量が申立人と相手方のいずれの側に傾くかを判断すべきであって、疎明責任を観念する余地はなく、利益衡量がいずれに傾くとも判断しえない場合には、申立ては却下される、とする。また、松本教授^{*15}は、折衷説の方向を妥当とするが、相手方が審尋されない場合に申立人の主張疎明すべき事実の範囲、および、疎明責任を果たせなかった場合の効果も、共に制限的に解すべきであるとする。すなわち、前者は、すべての権利障害事実、権利滅却事実および民法上の抗弁権ではなく、申立てから権利障害事実や権利滅却事実が明らかになった場合に限られるべきであり、後者は、申立ての棄却ではなく、口頭弁論の実施である。

以上の概観からすると、先の一般説・拡張説・折衷説の三分類は、理論的にありうる立場の説明としてのものであり、日本法における疎明責任論の整理としては必ずしも妥当ではないことが明らかとなろう。整理としての妥当性を欠く理由は、日本法において拡張説が唱えられたことはなかったからであり^{*16}、さらに、日本法における通説を

一般説に分類し、批判説を折衷説として一括りにするのも問題があるからである。

その後者について敷衍すれば、次のとおりとなる。

仮差押仮処分命令の審理において、密航性を重視して相手方の審尋がなされない場合、申立人に抗弁事実の不存在を積極的に疎明させる実務慣行が存在する。一般説を前提としているはずの裁判所において、この実務慣行をどのように根拠づけるべきか、との問いに対して、抗弁事実についての主張疎明責任の転換という見解もあった^{*17}。しかし、別の根拠づけも存在し、そちらの方が有力であった。すなわち、誤判を防ぐための配慮である^{*18}とか、相手方の審尋や口頭弁論を経る必要性の判断のため^{*19}とかである。これらは、折衷説を採用したのと類似の結論に達するにもかかわらず、主張疎明責任の転換は否定する。つまり、日本法におけるもともとの議論は、相手方の審尋がない場合に、申立人に抗弁事実の不存在を主張疎明させることができるか、あるいは、させるべきか、なのであって、疎明責任論はこの論点に決定的な議論であるとは考えられていなかったのである。先に紹介した近時の疎明責任論は、疎明責任の転換なしに実務慣行を根拠づける見解の理論的正当性を改めて問題視し、検討を加えているのだとも言っている。

以上のような議論の文脈にもかかわらず、日本法の通説を一般説とすることは、日本法の通説が申立人による抗弁事実の不存在の主張疎明の必要性を否定しているかのような印象を与える。また、疎明責任論を検討する三者の議論も一様でなく、折衷説としてまとめることは困難な上、そもそも拡張説論者がいない以上、批判説は折衷的立場にもない。

結局、日本法の議論を改めてまとめてみると、日本法における通説は、疎明責任の転換を否定しつつ、申立人に相手方の抗弁事実を疎明させることを認める見解であり、批判説は、主に疎明責任の観点から、通説の理論的整合性を指摘してきた、ということになる。日本法における議論であくま

でも問題なのは、債務者の審尋がなされず、債務者が抗弁事実を主張疎明する機会がないままに仮差押仮処分命令が発令される場合なのである。

3、問題関心

日本法の整理としては必ずしも妥当でない、先の一般説・拡張説・折衷説の三分類が、野村教授や松本教授の論文において前提とされてきたことには注意が必要である。それが、両論文が独法における疎明責任論の検討に基づくためであることは明らかである。そして、両論文が発表される誘因そのものも、独法における疎明責任論の発展に関係があるように思われる。なぜなら、松本教授自身示されるように、日本においては、直接疎明責任を問題とした判例は存在しないからである^{*20}。すると、疎明責任論を論ずる意義は、実務慣行の正当化の他には、一見、理論的関心のみが存するかのようにも見受けられるが、日本法における疎明責任論の発展を理論的関心の高まりのみで説明できるとは思われない。日本法における疎明責任論の議論にどのような実践的意図があるのかを明らかにするためにも、そして、先の三分類を前提とすることにどのような意味があるのか、とりわけ、日本法において誰も主張しない拡張説に触れることにどのような意味があるのかを探求するためにも、独法における疎明責任論の検討が不可欠である。

三、独法における疎明責任論

1、スタイン＝ヨナスの注釈書における論述の変遷

ZPO 920条2項は次のように定める。

「請求権及び仮差押の理由は、疎明しなければならない。」

この条文はZPO 936条によって仮処分手続にも適用される。日本の民事保全法制定前旧民事訴訟法740条2項^{*21}はこの条文と同趣旨であると解されていたし、民事保全法13条2項は旧規定と実質的に同趣旨の規定であると解されている^{*22}。

独法の疎明責任論は、形式的には、このZPO 920

条2項の解釈問題として議論されてきた。日本法における疎明責任論の議論において早くから参照されてきた、スタイン・ヨナスの註釈書におけるグルンスキーの論述からも、そのことは明らかである。第19版及び第20版における論述は以下の通り^{*23}。

① 保全手続における主張・証明責任の問題は、ほとんど解明されていない。

② 通説は、本案において相手方が証明責任を負う事実の不存在を申立人が疎明しなければならぬとし、ZPO 936条およびZPO 920条を一般の証明責任規範に対する特別規定と解している。

③ ②の解釈は不当である。請求権の疎明は、証明が必要でないという限りで立証の負担が軽減されているのみである。仮差押・仮処分も主観的実体権の行使を目的とするから、立法者が明らかにした証明責任分配の解釈が顧慮されるべきであり、本案と同じ証明責任分配原則が基本的には妥当する。

④ しかし③の議論は、裁判において相手方がその見解を述べる機会があった場合のみ妥当するものであり、裁判所が口頭弁論も命じず、かつ、相手方が書面で意見表明する機会も与えられなかった場合、すべての範囲について申立人に証明責任を負わせることによって相手方に配慮しなければならない。

⑤ 申立人の申立から、相手方に抗弁があるかもしれないことが示される場合、申立人は抗弁の不存在を疎明しなければならない。

そして第21版においては^{*24}、疎明責任論の論争状況の解明の度合いや通説の通用の度合いの表現に形容の変化を加えたほか、どのような場合に一般の証明責任が適用されないか、について議論を補った。曰く、債務者が書面で意見を表明する機会が与えられたとしても、相手方が申立を完全に知らされている場合にのみ一般の証明責任分配原則が妥当するのであり、単に防衛書面 (Schutzschrift) の提出のみでは足りない、と。さらに実務において、疎明が欠ける場合、申請を棄却せず、口頭弁論期日を指定するので、拡張的疎明責任は

せいぜい副次的な役割を果たしうるのみだ、と付け加える。

第19版から第21版への論述の変化において見受けられるのは、疎明責任論の発展、かつて通説だった拡張説の衰退、そして、議論の精緻化である。いずれにせよグルンスキーは、一貫して、仮差押仮処分の申立てに対する相手方の意見陳述機会の有無によって一般説と拡張説の適用場面を分ける折衷説である。

2、1904年ライヒスゲリヒト判例^{*25}

スタイン・ヨナスの註釈書によって引用される、拡張説を採用した最初の判例を紹介しよう。

事案の詳細は不明だが、まず原告 (仮処分債務者) は、自らの特許権に基づいて、ある種のレコードの生産流通の権限が自分のみにあると主張し、被告 (仮処分債権者) はこれを否定した。そして、原告は本案訴訟の他に、被告が広告でその生産を申し出ることを差し止める仮処分を求めた。これに対し被告は、原告が第三者に対して、原告のみが生産販売を独占的に許されていることを示し、被告製品を不当な模倣であると宣言する行為を差し止める仮処分を求めた。

原審は原告の申立てを担保の提供と引き換えに認め、被告の申立てを棄却した。この棄却された仮処分についての上告を、ライヒスゲリヒトは以下のように述べて棄却した。

「特許権侵害の問題については、今のところ真偽不明である。原告は、自らの特許権が侵害されたことについて疎明に成功していないが、より重要なことに、被告は特許権侵害がないこと、および、原告による申立人の営業の妨害が違法であることについて、疎明に成功していない。

被告は次のように主張する。被告はさらなる疎明を要しない。原告の主張に対する仮の保護を求める申立ては、原告による特許権侵害の疎明が成功しなかったことによりすでに正当である、と。この主張は理由がない。被告は、本案手続において認められる証明責任の分配の、仮処分手続への不当な転用にに基づいている。本案において、原告

は自ら授与された特許権の保護の範囲について証明を要求されることから、この証明の失敗により、被告の自由な営業が妨害され、それゆえ、反訴が根拠づけられる。しかし、仮処分手続においては、この証明責任分配原則は重要ではない。ZPO 935条および同940条に基づいて、仮処分を申し立てる者は、同936条、920条2項より、(暫定的保護の必要性の他に) 保全されるべき個々の履行請求権(935条)、あるいは、法的保護の保持の請求権(940条)について疎明しなければならない。それゆえ、他方の当事者の特許権の主張によって、自らの自由な営業が妨害され、これに対して仮の保護を求める者も、その特許権侵害がないことを疎明しなければならない。]

原告が申立てたのは、特許権侵害差止仮処分^{*26}(*patentliche Unterlassungsverfügung*)である。特許権者は特許権を保持していることの他に、差止請求権を根拠づけるために、特許権侵害の事実を示さなければならない。しかし、これが争われる際、専門的、技術的な問題であるため鑑定によるべきであるが^{*27}、疎明審理であるため裁判官は鑑定人を選任できず、当事者によるいわゆる私鑑定によって、自らに都合のいい鑑定結果が裁判官に提出されることになる。ここで両当事者が私鑑定を行った場合、特許権侵害の事実について真偽不明の状態が生ずる^{*28}。そして被告が申立てたのは、保護権侵害警告差止(*Unterlassung von Schutzrechtsverwarnungen*) 仮処分とされる^{*29}。

3、グルンスキー以前、主にバウア

この判例によって形成された通説を批判した最初の論者がバウアである^{*30}、と考えられているようである。ただし留保がつく。まず、バウア以前にも批判者は存在した^{*31}し、一般の証明責任分配原則を適用した判例が、先のライヒスグリヒト判例の前にも後にも存在するという指摘がある^{*32}。そして確かにバウアは、仮処分手続について、本案同様、権利根拠事実のみ申立人は疎明すればよく、抗弁事実は相手方が疎明しなければならないと論ずるものの、実質的な理由づけを示さない。

そのヒントらしきものとして、表見証明(*prima-facie Beweis*)の原則も証明責任規範と同様に仮処分手続において妥当すると述べるのみである。

しかも、先の判例の類型、すなわち、特許権侵害差止仮処分と警告差止仮処分の応酬の問題に際して、疎明責任論には触れない。この類型については、ZPO 935条の保全的(*sichernd*) 仮処分ではなく、ZPO 940条の規整的(*regelnd*) 仮処分によって、特許権侵害者と目される者に対し、暫定的にその製品の生産販売によって得た利益の供託を命ずることで利害の調整が可能だ、と述べるのみである。

だから、バウアが通説に対して批判したという以上の意義が見出されるべきではない。他方、疎明責任論の問題は、仮差押仮処分の事案類型ごとに特化した問題と考えられる余地があったことは留意されるべきであろう。

バウア以降、先に紹介したスタイン・ヨナスの注釈書第19版のグルンスキーの議論まで、この問題について、通説=拡張説とバウア説との対立が他の論者によっても言及されるが^{*33}、わずかに通説の側に立ったフェングが、ZPO 920条2項の文言解釈の他に、相手方の主張立証機会が十分に保障されていない点を指摘する以外、目新しい理由づけは与えられないままだった。

4、パストル

バウアの後、グルンスキーの前、拡張説を擁護する議論が、パストルの著書、“*Der Wettbewerbsprozeß*” 第1版(1968年)において触れられ、第2版(1973年)第3版(1980年)と、論述が変化している。

まず第1版で、ZPO 920条2項が証明責任分配の特別規定であると解する理由を、裁判所が相手方の審尋なしに裁判が可能であるからとする^{*34}。第2版では、裁判所の判断が、一方的な手続(*einseitige Verfahren*)によってなされたか、判決手続によってなされたかを区別する証明責任規定がない、と付け加える^{*35}。そして第3版で、以下のように論ずる^{*36}。

まず決定手続において、相手方の審尋なしに裁判することができることを根拠として、ZPO 920条2項を特別規定と解すべきであり、判決手続においてもこれが妥当する、として第1版からの解釈を繰り返した後、しかし、判決手続においては、疎明義務 (Glaubhaftmachungspflicht) は争われている事実に限定される。さらに、判決手続においては、申立人が防御方法として、申立人が知ることができず、かつ、相手方の領域 (Sphäre) に属する事情を主張した場合、申立人はその事情の不存在を疎明する必要はなく、その疎明責任は相手方が負う。なぜなら、本案において、そのような事情を差止請求権者が証明する必要がないとしたのは、差止請求権者には証明不可能だからであり、それゆえ、仮処分手続でも疎明が要求されないからである。

パストルの拡張説擁護の議論には次のことに留意すべきであろう。まず、判決手続か否かによって申立人に要求される疎明の範囲を異にする可能性を有していたことである。とりわけ第3版においてはそれが強調されている。そして、パストルもバウア同様、特許権侵害差止仮処分と警告差止仮処分の応酬事例について、疎明責任とは別の処理を考えていたことである。というのも、パストルは、暫定的審理では十分な事実的根拠の解明をもたらさない事案について、仮処分審理は不適切 (Ungeeignetheit) であり、申立人は本案による審理を即座に申し立てるべきである、とするからである^{*37}。さらに、仮処分手続においても推定 (Beweisvermutung) の適用を肯定し、それゆえ、申立人は具体的な違反行為のみを疎明すればよく、もう一つの本案の差止請求権の要件である、違反行為が繰り返される危険 (Wiederholungsgefahr) の存在は推定される^{*38}、とすることにも注意が必要である。

5. ウルリッヒ

ライヒスゲリヒトの拡張説的判例とパストルによる擁護、バウアの通説批判、グルンスキーによる折衷説の提示によって、はじめて独法における

疎明責任論の三分類が揃ったことになる。以降の論者は、このいずれかへの依拠を示すのみで、新たな理由づけが示されないことが続いた^{*39}。疎明責任論は独立の論考の対象としてではなく、付随的に触れられるのみだった。その多くの場合、論者が主題とするのは競争法 (Wettbewerbsrecht) における本案の主張立証責任の分配の問題だった。ウルリッヒ^{*40}は疎明責任論を雑誌論文の主なテーマとして論じた、おそらく最初の論者であるが、その関心領域もやはり競争法であった。

彼はまず、本案における証明責任の領域において、法に定められた証明責任が何らかの理由で個別的に転換されうることを示し、この個別的な証明責任転換を含めて、本案における証明責任の分配と仮差押仮処分手続における疎明責任の分配は原則として同じであるべきとする。両手続とも権利追求のための手続だからである。そして、ZPO 920条2項は証明度の軽減を定めるのみとの解釈を示し、当事者間の主張機会の不均衡については、口頭弁論が開かれている場合、または、相手方に書面での意見主張の機会が与えられている場合には均衡が保障されているとする。

より興味深いのは以下の点である。

① 特許権侵害差止仮処分と警告差止仮処分の応酬類型において、拡張説によって処理をする実際上の必要という観点からなされ、仮処分発令の有無が当事者に及ぼす影響の大きさ、および、事実関係や法律関係の解明の困難さゆえであると分析される。

② この分析から、双方向的な手続 (zweiseitige Eilverfahren) において、仮処分発令による相手方の侵害の程度と疎明に要求される証明度との比例関係を肯定する議論を援用し、特許権侵害差止仮処分のように、相手方に与える侵害の程度が非常に大きい場合、疎明に証明と同じ証明度が要求され、さらに例外的に、警告差止仮処分においては疎明責任を転換して適切な解決が図られる。

③ 一方的手続において、相手方はたいていの場合、仮処分手続に入る前に警告され、しかも、防御書面 (Schutzschrift) の制度によって意見を

あらかじめ裁判所に考慮してもらうことができるから、競争法上の仮処分手続において相手方の不意打ちとなることはまれである。それゆえ、申立人の申立てから相手方の抗弁の存在が明らかとなった場合の扱いを留保しつつ、直ちに疎明責任を転換するのではなく、可能な限り、申立人は有理的に (schlüssig) 主張疎明しなければならない。

以上の点のうち、②③については文脈的補足を要すると思われる。

まず、②について。仮処分発令によって相手方が受ける不利益の大きさと疎明に要求される証明度を比例させる考え方は、パウアによってすでに唱えられていた^{*41}。ただしパウアは、全ての仮差押仮処分の審理においてこの比例関係を唱えていたわけではなく、ZPO 940条の規整的仮処分の一部、保全目的の場合と異なり被保全権利の審理の先取りが意味を持たない、継続的権利関係の規整の類型において唱えていたに過ぎない。バウムゲルテルはパウアの著書の批評においてこれに賛成するが^{*42}、その論拠は明らかにされていない。しかしながら、理論的裏付けはともかく、証明度の比例関係という考え方は、独法の実務において一定程度受け入れられていたようである^{*43}。

他方、警告差止仮処分をさらに特別扱いし、疎明責任の転換が生ずる場合をそこに限定する根拠は示されない。①に示された分析については特許権侵害差止仮処分にも全く同様に当てはまる。疎明責任転換の生ずる事態を局限化しようとする考えは明確化しているように思われる。

その疎明責任の転換を例外的に扱う考えは、双方向的な手続においては、両当事者の主張立証機会の平等、武器対等が総合的に保障されていることによって正当化するようである。まず、応訴期間がない、期日の延期が原則的には行われぬ、証拠方法が現在するものに限定される、といった仮差押仮処分手続の迅速処理要求による特性は、両当事者にとって同じように利益または不利益となる。そして、申立人が通常より軽減された要件によって裁判所の判断を得ることができる代わりに、

仮差押仮処分が後に不当だったことが明らかになった場合の損害賠償(ZPO 945条)、起訴命令(同926条)、事情変更による仮差押仮処分の取消し(同927条)、および立担保(同条921条2項)による相手方の保護が図られており、証明度の軽減は申立人にとってだけでなく、相手方にとっても有利であるとされる。

そして③について。防御書面^{*44}(Schutzschrift)とは、申立人の一方的な主張立証によって不利な仮処分が発令されるのを防ぐため、相手方があらかじめ自分の持っている防御方法を記載した書面を裁判所に提出する実務慣行のことである。この防御書面はしかし、相手方が予想していない主張を含んだ申立に対して、有効な防御方法の主張機会をもたらしなない場合がある。それゆえ、防御書面の提出があった場合も、ウルリッヒは一方的な手続に分類する。この点、グルンスキーの議論が第21版において折衷基準を精緻化したきっかけとなっている。しかし、一方的・双方向的の区別の精緻化にもかかわらず、一方的な手続の場合の疎明責任の転換には消極的である。彼が疎明審理にも適用されるとする証明責任分配原則は、個別的な転換がなされた場合を含む柔軟なものであるからとも思われる。

ウルリッヒの以上の議論は、疎明責任拡張をきわめて限定的に考えているにもかかわらず、後のヒルツ以降、拡張説・一般説・折衷説の三類型を議論の分析整理として提示する論者によって、折衷説と分類されることがある^{*45}。

6、ヒルツ

ウルリッヒの直後、拡張説を擁護する見解がヒルツにより唱えられた^{*46}。

ところで、拡張説・一般説・折衷説の三類型を提示したのはヒルツが最初のものである。グルンスキーの議論の登場により、すでに三類型は揃っていたものの、ヒルツ以前においては、通説＝拡張説と批判説という構図で議論がなされてきており、一般説と折衷説が区別され、その優劣が検討されたことはなかった。

ヒルツの議論は次のとおり。

① 真偽不明の場合の証明責任規範の適用は、原則として、当事者が自らの持つ全ての証拠方法によって争いを明らかにし、訴訟法の規定に基づく証拠調べが完全に尽くされる可能性を前提としている。

② 仮差押仮処分手続においては、証拠方法が即時に提出可能なものに制限されるため、①の前提を欠き、一般の証明責任分配原則は妥当せず、ZPO 920条2項の文言が申立人にのみ疎明を要求していることから、申立人に全ての疎明責任を負担させるのが妥当である。

③ ZPO 920条2項は、審理手続が判決手続か決定手続かで区別をしていないため、折衷説は不当であり、一般説は審問請求権の保障の観点からは、(筆者註・少なくとも一方的な手続においては)妥当ではない。

④ 双方向的な手続においても、拡張説は実質的妥当性を有する。口頭弁論が開かれたとしても、申立人にのみ十分な準備期間があり、相手方には同じ準備期間がないから、武器対等原則が著しく制限されるためである。

ヒルツの議論には、他に拡張説を詳細に根拠づける見解がないこともあって、論者の批判が集中する。二点、目につく問題点を指摘しておこう。

第一点。ZPO 920条2項が判決手続と決定手続とで区別していない点を折衷説に対する論拠として挙げるが、もともと折衷説は判決か決定かで扱いを異にしていたわけではない。グルンスキーを振り返ればそのことは明らかだし、ヒルツが三類型を示す際の折衷説の定義自体は確かに意見陳述機会の有無で区別をしていた。

第二点。ヒルツもウルリッヒ同様、仮処分発令による侵害の程度と疎明に要求される証明度の比例関係を、ある程度受容していることがうかがえる。このことと疎明責任論との関係は何も触れられていないが、これを敷衍すると、ヒルツはそもそも仮差押仮処分が発令されるべき場合を著しく限定する意図があったもの考えることができる。実際彼は、申立人が抗弁事実について疎明手段を

持たない場合、仮の権利保護は断念し、通常の判決手続によるべきとする。疎明代用担保が規定されているにもかかわらずである。

7、ヴァルター

I 結論の概観

野村教授が依拠したヴァルターのモノグラフィ⁴⁷は、1992年に発表された。その結論を中心に挙げれば次のとおり⁴⁸。

前提として、ヴァルターのいう「相手方保護のためのシステム」とは、申立人のための発令手続の迅速性と引き換えとして、仮差押仮処分を迅速に修正するための手段が存在し、後の本案手続に対する暫定性を有し、発令によって生ずる不利益を代償するために損害賠償と担保があるなど、相手方保護のために制度的に規定されているものの総体を指すことを指摘しておこう。

① 相手方保護のために立法者が意図したそのシステムが機能し、かつ、申立人がZPO 921条2項の担保を提供しうる場合、証明責任分配原則は仮差押仮処分手続においても妥当し、申立人は権利根拠事実と仮差押仮処分の理由を疎明すれば足りる。

② 相手方保護のためのシステムが機能しないか、または、申立人が担保提供不可能である場合であり、かつ、申し立てられた処分によって相手方が不相当ではない程度の損害を被る場合、①では十分でなく、申立人は以下の かつ/またはの追加的要件が課される。

i 裁判の高度な実体的な適正保障 (höhere materiellrechtliche Richtigkeitsgewähr) の提供

ii 発令に関する、特に高度な利益の立証。

③ 申立人が i を行うべき場合、相手方が具体的審理において、迅速性が要求される仮差押仮処分手続の規定によって、自らの主張立証機会が制限されなかった場合、一般の証明責任規範が妥当する。制限された場合、高度の適正保障がないから、申立人は相手方が主張立証機会を制限された権利障害事実・権利滅却事実につき、主張立証責

任を負う。

④ ii の場合、その申立人の利益は、相手方の発令されない場合の利益を遙かに上回っていななければならない。

⑤ 相手方が不相当に大きい損害を被る場合、申立人は i ii の両者を尽くさなければならない。ただし、不可能な場合も、制限的な内容の処分は発令できる。

以上の概観から分かるとおり、ヴァルターは疎明責任論を仮差押仮処分の必要性の審理の問題を取り込んで議論し、一方の要件が満たない場合の他方の要件の十分性による補完をある程度許容するため、一般説と拡張説の適用場面の区別の基準が複線化している。

II 事案類型ごとの分析

ヴァルターはこのような抽象性の高い結論を、しかし、事案類型ごとの詳細な検討とそこから得られる示唆によって論考の早い段階で予告する^{*49}。だから、彼の事案類型ごとの分析を紹介することは、結論を具体的に理解するために有用である。そこで、競争法上の差止仮処分の類型と特許権の類型についての分析、および、全ての事案類型の分析から彼が得た示唆を紹介しよう。

ただし、それに先だってヴァルターの従来の説に対する批判を確認しておく必要がある。彼は従来議論を三類型に整理し、各類型ごとにその述べられてきた根拠を列挙した上で、各説とも、損害の回避、縮小、および、調整のために法が予定するシステムが個別事例において機能しているかどうかの検討に欠けているとする。事案類型ごとの分析は、直接的な意図としては、事案類型ごとに議論の分布状況が異なり、拡張説が限定的な場面でのみ通説的に論じられていることを確認するためであることを留意する必要がある。

競争法上の差止仮処分については、このように分析する^{*50}。

競争法上の差止仮処分は、その効果が本案の給付内容と事実上同一であるため、仮処分の本案化が進み、また、UWG（不正競争防止法）25条に

よって申立人に対して仮差押理由たる緊急性が推定されるため、請求権の審理が重要である。差止仮処分の効果が事実上終局的であり、また、後に損害賠償請求権を行使することは、違反行為と損害との因果関係の立証困難や損害の評価の困難ゆえに適当には行使されないから、即座の差止めの必要性は申立人にとっては大きい。他方、相手方は通常、申立人の側の損害賠償義務や担保提供によって保護されうる。両当事者の利益衡量に際して、立法者が不正競争の防止に公的利益の観点から価値を置き、差止請求権の迅速な実現を促進したことも考慮に入れると、申立人の利益が一般には優越する。競争法上の紛争においては、相手方は申立人からあらかじめ警告（Abmahnung）を受けており、そのため、相手方は十分な準備期間を有するし、相手方の審尋のない場合でも、申立人からの警告によって、申立人の言い分を知っているから、あらかじめ防御書面によって裁判所に自らの意見を提出することもできるので、高度の適正の保障は存在する。ほとんどの場合、相手方を審尋するので、この類型では一般説と折衷説が、両者区別されずに支配的であり、拡張説は例外的な場合にしか主張されない。

そして、特許権については次のとおり分析する^{*51}。

特許権侵害差止請求権の審理では、相手方の特許権の使用が示されねばならないが、専門的事項ゆえ証明困難であり、鑑定によらざるを得ない。しかし、両当事者から矛盾する鑑定結果が証拠として提出されると、裁判所による鑑定人の選定（Auswahl）は証拠の即時性によって排除されるため、仮処分手続では解決不可能である。この仮処分の発令も棄却も、効果が事実上終局的であり、どちらにしても莫大な損害が生ずる上、後に処分を取り消しての現状回復は困難であり、損害賠償も損害の評価が容易でないためやはり困難であり、両当事者とも利益不利益は重大である。この場合、疎明責任をどう観念しても請求権の疎明はなされ得ないが、仮処分の理由の検討により、入念な利益衡量を通じて仮処分が発令される場合がある。

他方、第三者や顧客に対しての保護権警告(Schutzrechtsverwarnung)が、特許権侵害差止仮処分の申立てと共に特許権者からなされることがあり、しかし、この警告が不当である場合、営業妨害となりうるため、特許権侵害者とされる側から逆に、その警告の差止めを求める仮処分が申立てられる場合がある。この仮処分審理において、申立人が特許権侵害をしているという事実は抗弁事実であり、先の差止請求権における証明困難な権利根拠事実であった。ここで、一般の証明責任分配原則を適用すると、保護法上の警告がなされたという、容易に疎明可能な権利根拠事実のみで容易に発令されうることになり、高度の適正の保障がない。この仮処分も発令も棄却も両当事者に大きな影響を及ぼすが、特許権者たる相手方からの差止仮処分が認められにくいという事情からは、相手方がその利益が大きいことになり、ここでは拡張説が通説である。

他の事案類型についても検討した結果、通説＝拡張説が実際には通説的地位を占めていないこと、主張疎明責任の問題に統一的解決が存在しないこと、および、当事者の利益と仮の権利保護のシステムがそこで重要な役割を果たしていることについて示唆が得られたとする。さらに、以下の図式的概観が可能であるとする*52。

① 証明責任分配原則によった場合の高度の適正保障の存在

② 申立人に重大な損害が生じない

③ 相手方と比して、大幅に優越する申立人の利益の存在

①②③ どれかを満たす場合、一般の証明責任分配原則が妥当。

①②③ いずれも満たさない場合、拡張説が妥当。

III 検討

ヴァルターは、十分な主張疎明機会の存在のみが一般の証明責任分配原則の適用を正当化し、相手方が意見の主張疎明機会があるだけでは足りない、と論ずる。この基本的な点で、ヒルツとの類

似が見てとれる。しかし、相手方保護のシステムが機能する場合、一般の証明責任分配原則が妥当するという議論は、ウルリッヒの疎明責任転換が生ずる場面の極小化の抽象的根拠と類似する。両理論の整合性はいかにして図られているだろうか。

抽象的結論からはとても簡単な問題である。両理論は適用領域を異にしている。相手方保護のシステムが機能する場合には具体的な主張疎明機会の有無は問題にならず、機能しない場合に初めて問題となる。抽象的に両当事者の均衡が図られていると判断される場合、通常の被保全権利と必要性の疎明審理で足り、具体的な均衡の判断に踏み込む必要はないと考えているのである。

この抽象的利益衡量と個別的利益衡量の二段階の判断に基づく仮処分審理手続の構成を仮に正当とした場合、まず、疎明責任の拡張が生ずる根拠および範囲について理論的説明が図られる。当該事実に十分な主張疎明機会を相手方が与えられていたかどうかで決せられるからである。同時に、疎明責任の拡張が生ずる場合を一定の妥当な範囲に制限することもできる。理論上は、立法者が相手方の保護のための措置を用意すればするほど、相手方保護のためのシステムが機能する機会が増し、一般の証明責任分配原則が抽象的利益衡量の段階で正当化され、申立の実現を不当に困難なものにしかねない疎明責任の拡張場面は減るのである。

しかし、特許権侵害差止仮処分について考えてみると、そこでの結論の対応ははっきりしない。特許権侵害の事実について疎明不可能だから、ここで疎明責任論のどの説を採ろうとも疎明不可能となる。ところでヴァルターのいう、立法者が意図した相手方保護のためのシステムが機能する場合、それは立担保は前提のようだが、そこでは、請求権と理由の通常疎明のみで申立てが認容される。相手方保護のシステムが機能しない場合においても、請求権と理由の疎明が要求されることが大前提であり、この際、追加的要件が利益衡量に基づいて加重されるのである。そうすると、ヴァルターは利益衡量によってはこの類型でも仮処分

発令がありうるとしていたが、請求権の疎明がない場合の仮処分発令は彼の結論から容易には導けないことになる。なぜなら、繰り返しのようになるが、ヴァルターは相手方保護のシステムが機能する場合ですら、請求権と理由の疎明を要求するはずだからである。そうでないとすると、通常要求される請求権や理由の疎明すら単なる利益衡量の一要素となつて、常に全面的な利益衡量のみが問題となり、相手方保護のシステムが機能する場合に何故請求権と理由の疎明が必要かつ十分となるのか、何故具体的利益衡量が不要となるか説明を要することになるからである^{*53}。

8、ケムパー

ヴァルターとほぼ同時期、ケムパーは競争法上の証明問題を検討するモノグラフィーにおいて疎明責任論を論じている^{*54}。彼もまた、三分類を前提とする。ただし、彼の定義する折衷説は、相手方に主張機会があったかどうかではなく、審理が判決でなされたか決定でなされたかで区別する見解であった。

彼の議論はまず拡張説を批判し、次いで折衷説を批判するという方法で、純粋な一般説を正当とするに至る。折衷説と対立する形で一般説が唱えられたのはおそらく最初であろう^{*55}。彼の議論の主眼は、純粋な一般説を擁護しようと意図するため、拡張説批判よりも以下の折衷説批判にある。

①〈ZPO 920条解釈から決定手続を区分する議論に対して〉

ZPO 920条は証拠評価についての手続的側面のみを規律する。

②〈審問請求権から折衷説を説く議論に対して〉
審問請求権は口頭弁論の必要的実施を導くわけではない。相手方の審尋なしに暫定的処分について判断する必要はあり、裁判官によって双方の利益を考慮して判断がなされ、命ぜられた処分に対して、相手方が簡易な方法で異議を申し立てることが可能であるから、審問請求権の保障はなされている。

③〈一方的手続による発令で相手方が被る損害

の代償との議論に対して〉

相手方の抗弁事実につき、申立人が主張疎明責任を負うためには、申立人の申立から、その抗弁事実の存在の可能性が判断されねばならないため、相手方が被る不利益の代償が申立人の行動如何にかかることとなる。申立人は自らの請求権を行使しようとするのだから、通常、そのような事情は裁判所に提出されないだろう。また、決定手続における申立人による相手方の権利についての申立ては、権利者たる相手方の了解なしでの請求権の主張と顧慮を意味するが、これは民事手続のシステムにおいて異例である。

折衷説の定義の紹介で示したように、ケムパーには折衷説に対する多少の誤解がある。審理手続が判決手続か決定手続かで区別している見解とする点である。その直接の徴表である①の論述の引用を検討すると、そこでは決定手続に限定した場合、拡張説が通説であるとの紛らわしい論述がなされ、そこにパストルと共にグルンスキーが引用されている^{*56}。このような混同が生じたのは、パストルの拡張説擁護の論述によるところが少なくない。パストルは、決定手続における拡張説の妥当性を論述した後、それをZPO 920条2項が決定か判決かで区別していないがゆえに、判決手続にも妥当すると論ずる。パストルの後半の論述のみを否定すれば、ケムパーの折衷説となる。そして、決定手続による審尋において、相手方の審尋はほとんどなされなかったため^{*57}、理論上の両折衷説の相違が事実上失われたことも混同の原因だろう。この判決手続か決定手続で区別する折衷説は、決して元の折衷説を批判することなく、80年代の後半になって幾人かの論者によって示されるのである^{*58}。

さて、折衷説批判②の批判対象たる審問請求権の議論は、グルンスキーの議論には明示的には存在しない論拠だった。とはいえ、折衷説中に審問請求権の保障を根拠とする者もあり^{*59}、それに対する批判とはいいうる。だが、ケムパーは折衷説の実質的論拠を審問請求権のみであると分析し、折衷説批判の③の相手方が被る不利益の代償につ

いての議論は、審問請求権を論拠とすることへの批判を補強するものと位置づけていた。しかしながら、両者の議論は独立のものであり、②が違憲ではないという消極的議論に過ぎないのに対し、合憲の範囲内でさらに正当性の高い処理を解釈論として目指す③の議論は、より検討に値する議論とも言えよう。

ケムパーの議論において重要なのは、相手方の不利益の代償という折衷説の議論に対する、申立人への矛盾行動要請の合理性のなさ、権利者本人の主張がない権利主張の奇妙さとの二点の批判ということになる。

9、ヴァルカー

I 一方的な手続における議論

ヴァルター、ケムパーとほぼ同じ頃、ヴァルカーが疎明責任論に詳細な検討を加えた^{*60}。松本教授の見解は基本的にこれに依拠している。

ヴァルカーは、従来的一般説・拡張説・折衷説の三分類の他に、部分的に区別されるべき説があるとす。相手方の領域にあり、それゆえ申立人が疎明することができない事実の疎明責任は相手方が負担すべし、との議論であって、この類型にパストルとウルリッヒを分類するのである。

そしてその議論は、双方向的な手続と一方的な手続を区別し、前者の場合に一般の証明責任分配原則が妥当することを示した上で、一方的な手続の場合の詳細な検討を行う。その詳細な検討をまとめると以下のとおり。

① 一方的な手続においては、相手方は申立人の申立を争う機会がはじめから存在しないため、主張疎明責任の変更による代償の問題を生ずる余地が、双方向的な手続におけるより広く存する。

② このような場合、本来的な意味での主張疎明責任の「分配 (Verteilung)」を語ることはできず、むしろ当然に^{*61}、申立人のみに主張疎明責任を課しうる。それゆえ一方的手続において、申立人は申立ての有理性のために何を主張しなければならないか問題となる。

③ 主張責任と関係なく、申立人に自らに不利

な事実が提示された場合、その申立ては有理性のないものとなるから、この点について、申立人は、それが相手方に有利な事実であるにもかかわらず、自ら主張する請求権に抗弁がないことを主張しなければならない。この主張責任の範囲で^{*62}、申立人は疎明が課せられる。一方的な手続においては、相手方の意見陳述の機会がないため、裁判所は全ての主張が争われていることを前提としなければならない。必要な疎明が、手続参加のない相手方にとって全く不可能であり、申立人にとって期待不可能ではないことが、この疎明責任の分配根拠である。

④ ZPO 920条2項が疎明責任を対象としていることを肯定する根拠がなく、他に一義的な疎明責任についての規定もない以上、単純な疎明責任拡張を肯定する拡張説・折衷説は妥当ではない。相手方の不利益のための代償という根拠も、疎明責任の変更が相手方の不利益の代償として適切かつ必要なものかどうか問題なのである。ところで、すべての場合に一般の証明責任が妥当であるとする一般説は、ZPO 920条2項が申立人に有利にのみ扱い、負担を負わせていないとの解釈を根拠としている点、妥当ではない。この規定は主張疎明責任について何も触れていないため、この規定によって、申立人を手続法上低い地位に置くことが妨げられているわけでもない。それゆえ、主張疎明責任に関して、区別した取扱いをする解決 (differenzierte Lösung) が適している。

⑤ 抗弁権 (Einrede) の主張と形成権 (Gestaltungsrecht) の行使は、その主張や行使が権利者に委ねられているから、相手方有利には仮定されない。

⑥ 通常抗弁 (Einwendung) の存在が具体的に明らかになったものの、申立人の申立てを有理性がないとするには十分でない程度にしか具体化されていない場合、問題となる。通常抗弁の顧慮は、抗弁権や形成権のように実体法上権利者の意思表示を要する、とされていないから、⑤と異なり、相手方が意見陳述機会を有しないにもかかわらず、不十分な主張具体化 (Substantiierung)

の結果を相手方に負担させるべきかどうかが問題となる。主張具体化のためには口頭弁論や審尋を行わなければならないが、一方的な手続においてはその機会が閉ざされているため、一般原則に反して、申立人の申立てから容易に推測される (naheliegend) 抗弁が、自らの主張する請求権に付着していないことの主張を申立人に期待可能かどうか問題となる。この際、抽象的主張責任に対して具体的な主張責任として特徴づけられ、主張責任の構成要素である主張具体化責任 (Substantiierungslast)^{*63}が、その分配を本案手続におけるそれと異にしよう。

⑦ ⑥の処理の解釈論的根拠は、手続法にも妥当するとされる信義則である。これにより双方向的な手続においても、どちらの当事者が主張具体化責任を負うかについては個々の手続状況によることとなる。主張された事実がどちらの当事者の領域にあるか、または、どちらの当事者が主張具体化が容易で、かつ期待可能 (zumutbar) かによって、主張具体化責任が反対当事者に担われうることとなる。本案手続においても、例外的に、同様の主張具体化責任の移転が生ずる。相手方は、手続参加の機会がないため、抗弁事実の主張具体化が妨げられ、他方申立人は、抗弁を排除する事実の主張を要求しよう、という一方的な手続における利益状況は、本案において、例外的に主張具体化責任の転換を促す利益状況と対応する。それゆえ申立人は考慮される通常の抗弁の不存在を具体的に主張しなければならない。

⑧ これにより、申立人は全ての考えうる通常の抗弁について態度を明らかにする必要はなく、その存在に申立人が自ら事実上の根拠を提供した、その抗弁事実限定され、申立人はその事実上の根拠を取り除きさえすればよい。

⑨ さらに、決定的事実が相手方の領域にあり、申立人が利用しえないために、申立人にとって主張具体化が負担しえないものである場合は、信義則に基づき、その負担から解放され、単純否認で十分となる。

⑩ 期待可能性 (Zumutbarkeit) にもかかわら

ず、容易に推測される通常の抗弁の除去に失敗した場合、裁判所が後の抗告手続において申立人の立証成功がありうると判断し、そのときまで相手方に不意打ち (Gegnerüberrashung) する利益が保持されるべきと考える場合、および、申立人がそれを申し立てる場合のみ、申立ては棄却され、それ以外の場合、裁判所は口頭弁論期日を決する。その場合、一方的手続は双方向の手続に移行し、主張疎明責任は再び一般の規定によることになる。

⑪ 申立人の申立てが請求権に通常の抗弁が付着しうることを全く示さない場合、申立人の責任は全ての理論上考えうる通常の抗弁に及ぶのではない。証明不可能な、または証明を要求することが不当な抗弁について負担を課すことは、信義則に基づく主張具体化責任によって妨げられるべきである。そのような主張責任の分配は、審尋されない相手方の不利益の代償という目的を逸脱している。

II 理論的検討

ヴァルカーの議論は、疎明責任の拡張の範囲について、重要な提言をしているように思われる。まず、それについて検討しよう。

従来、疎明責任拡張の範囲を画すために用いられていた道具は、「容易に推測しうる (naheliegend)^{*64}」または「申立人が知ることができず、かつ、相手方の領域に属する事実は申立人は疎明責任を負わない^{*65}」であって、しかし、理論的に根拠づけられているわけではなかった。前述のヴァルターは、ヒルツの見解を基礎として、当該事実について相手方の実質的な意見陳述機会の有無による判断を提案したが、これのみでは、疎明責任の範囲を画することはほとんどできないため、疎明責任の拡張が生じない場合を抽象的利益衡量に基づいて広く作出した上、申立人の高度の利益によって疎明責任を回避する途を用意していた。これに対しヴァルカーは、主張具体化責任概念を用いて、被保全権利の疎明責任の議論枠内において、その拡張の範囲を大幅に制限しよう結論を導いた。疎明責任論が従来、被保全権利の疎明

責任の問題として、必要性や利益衡量の議論と切り離されてきたことからすると、ヴァルカーの方が受容されやすいだろう。

しかし、疎明責任を妥当な範囲で拡張させるための切り札的な概念としての待遇を受ける主張具体化責任は、本当に理論的問題を解決したのだろうか。主張具体化責任は、主張証明責任の取扱いを変えることなく、具体的な場面でその扱いの実質的修正を図るものであり、もともと本案における機能を想定している。本案における主張証明責任分配原則がまったく妥当する双方向的な手続においても、主張具体化責任は妥当するのであり、一方的な手続の場合にこの概念を強調することがなぜ問題の解決となるのか、さらなる慎重な検討が必要である。

この検討において注目すべきは、ヴァルカーは一方的な手続において、申立人が全ての主張具体化責任を負うとはしないことである。その際、⑥における「通常の抗弁の存在が具体的に明らかになったものの、申立人の申立てを有理性がないとするには十分でない程度にしか具体化されていない場合」との限定は、大きな意味を持つように思われる。この限定は、相手方が抽象的主張責任を負う事実の主張具体化責任を申立人が負うべきとされるための前提条件のように見えるからである。しかし、この言葉のみからヴァルカーがどのような場面を想定していたのか推察するのは困難である。分かるのは、通常の抗弁の存在が具体的に明らかになったとき、有理性が失われ、疎明を待つまでもなく棄却される場合と、それでも有理性が失われない場合との二つの場合があって、この二つの場面を区別するのは主張具体化の程度だ、ということである。

この場面の区別は、ヴァルカーの議論においては確かに重要である。有理性なしと判断される場合も有理性なしとは判断されない場合も、申立人に何らかの追加的主張負担が課せられており、それを果たさない限り申立てが認められないという点は同じである。しかし、その追加的主張負担を果たさなかった場合の効果は両者で異なる。前者

の場合、有理性なしとして申立てが棄却される。後者の場合、まず例外的に、追加的主張負担が課せられない場合がある。申立人にとって主張具体化が期待できない場合、主張具体化責任を負わないとするからである。そして、追加的主張負担を果たさなかったとしても、申立てが直ちに棄却されるのは、「裁判所が後の抗告手続において申立人の立証成功がありうると判断し、そのときまで相手方を不意打ちする利益は保持されるべきと考える場合、および、申立人がそれを申し立てる場合のみ」であって、それ以外の場合、双方向の手続への移行が指示される。従来の疎明責任論は、保全命令を発令するか否かだけで考えられることが多かったことからすると、審理手続選択の議論を緻密に組み込むヴァルカーの提言は、疎明責任と審理手続選択との関係という新たな問題を明らかにし、一つの解答例を示唆していると言えよう。

しかし、その審理手続選択の結論は、主張具体化責任概念によって積極的に正当化されたわけではない。従来の証明責任判決の効果である、認容・棄却とは別の解決可能性を開いたに過ぎず、その先の問題には触れない。少なくとも、「裁判所が後の抗告手続において申立人の立証成功がありうると判断し、そのときまで相手方を不意打ちする利益は保持されるべきと考える場合、および、申立人がそれを申し立てる場合のみ」棄却されるべき、とは容易には導かれない。

さらに問題なのは、通常の抗弁の存在が具体的に明らかになったとき、有理性が失われる場合と、有理性が失われない場合との二つの場合の区別することの有効性である。主張具体化責任の転換の有無を決するはずの両者の区分の分岐点は、「申立人の申立てを有理性がないとするには十分でない程度にしか具体化されていない場合」という、主張具体化の一定程度であり、しかしそれも結局、有理性の有無の判断に依存している。ヴァルカーが有理性の問題を一方的な手続における議論で取り上げた意義を考慮すると、ここでの有理性とは、抽象的主張のみによって満たされるべきものではない。相手方の抗弁の存在が、申立人の申立て自

体から具体的に明らかになった場合、申立人がその抗弁の不存在を抽象的にのみ主張するのでは、有理性があるとは言えない、そういうものを有理性として考えているのだろうと推測される。有理性概念が主張の具体性の顧慮と親和的であるかどうかはともかく、そのように考えると、ヴァルカーは実質的に二つの段階で抗弁の不存在の主張具体化の負担を申立人に課していることとなる。すなわち、有理性審理において必要な主張具体化、そして、事実審理において必要な主張具体化である。

そのような有理性審理を主張具体化責任の転換の前に論ずるのはなぜか。そのような特殊な内容を持つ有理性審理はせず、一方的な手続において、申立人は「容易に推測しうる」相手方の抗弁に原則的に必ず主張具体化責任を負う、としてはいけないか。その答えはこの問いそのものから明らかとなる。

相手方の抗弁の主張具体化責任のみを論じて、その申立人への転換が生ずべき相手方の抗弁の範囲について、これを妥当な範囲に制限する議論、つまり、従来の疎明責任論の枠組みにおける、疎明責任の拡張の範囲を画する議論は生じないからである。いや、主張具体化責任の転換を正当化する期待可能性によって範囲を制限することは可能だった。しかし、ここで問題となっているのは、主張責任の転換が正当化される前の、原則的な主張具体化責任の範囲である。

この疎明責任拡張の範囲、ヴァルカーの議論に即して言えば、申立人が原則的に負う主張具体化責任の範囲の議論が、一定以上の具体的主張を要求する特殊な意味の有理性に基づいていることは、容易には理解しがたい事態である。

さて、以上のような有理性審理を経て、範囲が確定した後の主張具体化責任概念の導入は、機能的には、個々の状況の検討をすることなしに、有理性審理を通った事実に関しての原則的な主張具体化責任の拡張を可能とする一方、しかし、疎明責任の負担ではないから、抗弁の不存在を常に積極的に疎明する必要があるわけではなく、自らの申立ての中に存する、抗弁を具体的に推測させ

た根拠を取り除きさえすればよい、として申立人の負担を軽減し、さらに、期待可能性（がないこと）による主張具体化責任の範囲の再調整も可能となった。折衷説を前提とし、より妥当性を追求したもので、一層の議論の精緻化を図ったことであろう。この議論を従来の三類型のいずれに分類されるべきか、一般説か折衷説か、は困難な問題である。疎明責任の拡張はないと言う以上、理論上は一般説に妥当性を付与したものと捉えることもできようが、そうだとすれば一方的手続において、疎明責任拡張に類似した、原則的な主張具体化責任の拡張を抽象的利益衡量によって導く必要はないからである。

だが、いずれにせよ、主張具体化責任が一方的な手続においてのみ強調される理論的必然性があつたとは言い難い。ヴァルカーが折衷説と解しうることの機縁は、主張具体化責任が抽象的なレベルにおける利益状況によって原則的に分配された後、さらに具体的な利益状況によって個別的に変更可能だという二段構成で議論を進めたことにある。この事情はヴァルターの議論とも似るが、ヴァルターは抽象的利益衡量において十分とされた場合、具体的利益衡量を不要とする意図があつたのに対し、ヴァルカーにそのような意図は見られない。そして、ヴァルカーの議論にとって理論上重要だったのは、むしろ有理性概念であつた。有理性の有無の判断基準に主張具体化の程度が取り入れられて、その点で主張具体化責任概念の理論的効用が見られると言うべきかもしれないが、有理性の審理は、主張具体化責任を論ずる前段階での議論であり、有理性の有無の判断基準としての主張具体化の程度は、主張具体化責任とはとりあえず無関係の基準に過ぎない。

以上の通り、主張具体化責任が一方的手続においてのみ強調される必然性の乏しさによって、議論の斬新さにもかかわらず、ヴァルカーの議論は従来の疎明責任論に対する決定的な批判ではなく、むしろ、通説化してきた折衷説を精緻化し、擁護しようとする議論だったといえる。拡張範囲の制限の有理性概念による根拠付けも、従来の「容

易に推測しうる (naheliegend)」に対する後付け的なものに過ぎない。ヴァルカーの、この後の別稿の疎明責任論の論述において、疎明責任拡張の範囲を「容易に推測しうる (naheliegend)」抗弁事実とするのみであり、主張具体化責任にも触れず、疎明責任が転換するかのような表現を用いる^{*66}。

10、独法における疎明責任論の発展の概況と議論の意義

さしあたり今まで、厳密な定義もなく、どの論者をどの類型に組み込むべきか論ずることも原則としてないまま用いてきた、拡張説・一般説・折衷説の三分類の各説内部の変遷からまとめて、議論の発展の概況を示してみよう。独法の議論において、近年の論者はこの三分類を前提として議論を進めてきたことは、すでに繰り返し述べてきた。

拡張説。バウアやグルンスキーに批判された時点では通説だったが、現在では旧説としての扱いである^{*67}。パストル、ヒルツ以外、拡張説を詳細に理論的に擁護する試みはない。理論的な極として考えられる、理論上成り立ちうる全ての抗弁を疎明しなければならない、との見解は、それが拡張説であるとして他説から攻撃されたものの、現実の主張者はいなかったのではないかとの指摘がある^{*68}。拡張説も疎明責任拡張の範囲を一定程度に制限する意図を内包していることが明らかとなった。

一般説。当時通説だった拡張説に対する批判として、バウアは確かに一般説を唱えた。ただし、近年ケムパーが主張した一般説とは区別する必要がある。バウアの唱えた時点では、折衷説は主張されておらず、一方的な手続における一般説の妥当性まで論じていたとは思われないからである。むしろ、バウアの一般説の議論の精緻化によってグルンスキーの折衷説が誕生したと解する方が自然である。だから、折衷説と対立する一般説が主張され始めたのは近年になってからであり、しかし、詳細に根拠づけるケムパーは折衷説を誤解しており、理論的裏付けが未だ十分ではない有力少数説である。

折衷説。基本的には相手方の意見陳述機会の有無によって一般説と拡張説の適用場面を使い分ける見解であり、一方的な手続と双方向的な手続との区別がなされる。80年代に主張された、決定手続と判決手続とで区別する説は、一方的な手続と双方向的な手続の意味で用いたに過ぎず、やや説明を省略した実質同趣旨の説である。現在この折衷説が通説化したといえる。

拡張説が全面的な批判にさらされ、折衷説が通説化するに伴い、議論の中心が双方向的な手続における一般の証明責任分配原則の妥当性から、一方的な手続における一般の証明責任分配原則の妥当性へと移行した。また、単に折衷説の通説化にとどまらず、疎明責任拡張場面を極小化しようという傾向が見受けられる。それは議論の精緻化によって生じたものというよりは、主に結論の妥当性に配慮した意図的なものであると考えられる。こうなると、スタイン・ヨナスの注釈書第21版におけるグルンスキーの論述の変化は、単に議論の精緻化とのみ評価するわけにはいかない。疎明に欠ける場合、たいてい口頭弁論へ移行するから、拡張的疎明責任は副次的な役割のみ果たす、との論述は、何かの理論的帰結とは言い難い。この疎明責任拡張を回避しようとする傾向が何故存するのかは未だ不明である。疎明責任拡張という事態を未だ理論的に説明できないことがその理由の一つとはなろう。多くの論者が、疎明責任拡張を相手方に抗弁事実についての申立人に不利な証明責任転換と考えてきたが、疎明責任拡張後の再調整としての疎明責任転換の意味とは異なる、原則的な疎明責任拡張について、未だ理論的に明らかになつたとは言い難い。

さて、独法の疎明責任論が日本法に持ち込まれるのは、独法における疎明責任論の議論の中心が、日本における抗弁事実の不存在の疎明を促す実務慣習についての問題関心と合致してきたためであろうと推測される。本稿が独法を検討する実践的意義もそこにあるようにも思える。しかし、実務慣習の妥当性のための理論として、現在の独法の疎明責任論の何らかの議論をそのまま持ち込むの

は正しいのだろうか。疎明責任拡張という事態が理論的に解明されているとは言い難いし、独法の疎明責任論が類似の実務の運用を直接支える意図をもってなされてきたわけでもない。現時点での議論をそのまま持ち込んでも、それは、理論的文脈と離れた何らかの意図に過ぎないのではないだろうか。

それゆえ本稿のこれからの課題は、疎明責任拡張の意味を解明することにある。そのため、独法における疎明責任拡張の回避傾向が何故生じているか検討する。その検討に際して具体的検討対象となるのが、競争法上の差止仮処分である。なぜなら、疎明責任論は主に競争法の分野で発展してきたからである。

四、独競争法における保全手続の特殊性

1、競争法上の差止仮処分の特殊性の実定法的側面

I 不正競争防止法 (UWG 25条) の通説形成

競争法上の差止仮処分の特殊性を検討するにあたって、まず条文上見出される点から始めよう。不正競争防止法 (UWG 25条) は次のとおり規定されている。

「民事訴訟法935条・940条に定める要件に該当しない場合であっても、この法律に定められた差止請求権を保全するため、仮処分を発令できる。」

この条文について通説は、仮処分の理由として通常の保全手続において要求される緊急性が反証の余地を残して (widerlegbar) 申立人に有利に推定され、申立人はこれにより、通常、緊急性要件の主張疎明の負担を免れる、と解している^{*69}。この理解は、不正競争防止法成立当初 (1896年) から一貫しているわけではなく、1950年代の判例理論によって通説化した。それ以前の通説は、緊急性要件が推定されるのではなく、そもそも不要であると解していたようである^{*70}。このことはライヒスゲリヒトの判例の紹介によって説明される。1898年の判例^{*71}において、「UWG 25条によって、仮処分の理由は不要とされる。仮処分の発令は、全ての事情を考慮して、請求権の保全のために適

切であるかどうかを審理すれば足りる。」とされ、さらに1905年の判例^{*72}において、「裁判所は、仮処分が必要であるかどうかの問題につき、完全な自由裁量を有する。」とされる。この二つの判例を組み合わせた自由裁量の定式化が1950年代まで保持された。そして、現在の通説形成のきっかけとなったのが、1953年の高等裁判所 (OLG) 判例^{*73}である。そこにおいて、「仮処分の請求権の疎明がなされると仮処分の理由の疎明は不要である。」とされ、その理由は、「不正競争行為は、それによって生ずる損害の立証が困難であるため、通常、後に損害賠償請求権が現実化することがないから、常に即時に差し止められなければならないから」とされ、自由裁量の定式が抜け落ちた。さらに、1954年のベルリン高等裁判所 (KG) 判例^{*74}が、「仮処分発令の要件としての緊急性は競争法においては通常存在する。」「それゆえ、緊急性について、申立人による特別な疎明は不要である。」「相手方は、この通例に対する例外と考えるのが妥当であることを示す何らの重要な事実も示さない。」とした。ここに至って、相手方が例外的な事情を示すことによって、緊急性の要件が満たされなくなることがありうることを示された。1960年代以降、この二つの判例の見解を採用する裁判例が急増し、緊急性の反証の余地を残しての推定との理解が通説化し、以降の関心は、どのような場合に反証可能であるかに集中することになる。

II パストルの緊急性推定の議論

この通説について、パストルは基本的にはこれを擁護する議論を行う^{*75}。

① 競争法上の差止請求権の行使の場面では、損害を被る蓋然性とその損害の主張が後に成功する見込みが実務上わずかであることとによって、通常の場合、緊急性の要件が根拠づけられる。その結果、競争法上の差止請求権は性質上、ZPO 937条の意味で緊急性を具備している。

② 疎明の問題はZPO 935条・940条においてではなく、ZPO 936条・920条において規定されており、UWG 25条の規定に挙げられておらず、さら

に、「該当しない (nicht zutreffen)」と規定されているため、この条文においては、仮処分に内在する保全措置への制限の免除を認めていると理解されうる。

③ 差止請求権の際の緊急性の疎明義務の免除は余計である。違反行為が反復される危険 (Wiederholungsgefahr) と緊急性はその範囲が重なり合い、前者の方はUWG 25条の顧慮とは関係なく、具体的違反行為の存在によって推定されるため、この推定によって差止請求権を疎明したなら、緊急性を疎明したことにもなる。

実は通説と大分異なっている。競争法上の差止請求権は性質上緊急性を具備するというのである。そしてパストルによれば、UWG 25条の規定は緊急性推定について述べるのではなく、競争法上の差止仮処分が満足的仮処分となることを許容していることとなる。

III ライポルトによる批判

通説が承認する、競争法上の差止仮処分についての申立人の優遇について、ライポルトは根本的な批判を展開する^{*76}。その前提として、競争法分野において通常の判決手続が放棄され、保全手続が権利実現の通常の方法として広範に用いられており、しかも、その正当性を法自らが付与しているような外観が生じており、その最たるものがUWG 25条であると認識するのである。

① 仮処分手続が通常の方法となっているにもかかわらず、差止請求権の事実面の基礎が疎明で足りるとする点、相手方の利益を無視している。その際の疎明は、現在証拠のみに基づく優越的蓋然性 (überwiegende Wahrscheinlichkeit) の確定と解されているが、具体的な場面で、そのような不安定な証拠に基づいて相手方に負担を強いることが可能かどうか明らかにされていない。パストルは競争法上の仮処分が性質上緊急性を具備するとする際、「不正競争行為が損害を生ぜしめることはほとんど確かだが、この損害を具体化することは非常に困難であり、その証明はほぼ不可能である。」と論ずるが、同様の事情は相手方

が被る不利益にもそのまま当てはまる。

② 法律審理に本案同様の厳格さが要求される結果、実際には表層的な法律審理に終わってしまっているか、困難な法律問題が仮処分審理に不適切であるとして却下されるか、どちらかの結果を引き起こしている。法律問題を審理せず、利益衡量に基づく仮処分の発令をUWG 25条の領域において認めるべきである。

③ 仮処分が通常の方法となっている場合、要求されるべき正当性保障 (Richtigkeitsgarantie) が断念されている。口頭弁論を経て、完全な構成の裁判所によって審理されるのが原則であると法が考えるのに、競争法上の差止仮処分の審理はしばしば口頭弁論なしで、裁判長のみによってなされているのは正当性保障と全く反対のことをしている。

④ UWG 25条における差止請求権を特別扱いする正当性がない。確かに善良な競争慣習の保持は重要な法の目的ではあるが、他の分野の保護より一層重要な意義があるということにはならない。同じ経済的紛争であっても、特許権侵害が主張された場合の仮の権利保護は、相手方の利益や事実状況、法律問題の困難さの指摘によって、極度にその発令が抑制されている。

以上4点の通説の問題点の指摘の後、ライポルトは、UWG 25条の文言が、ZPO 935条・940条の要件を満たさない場合でも発令「できる (können)」とされるのみであることを強調し、草案理由書において、裁判所が自由裁量に基づいて仮処分の発令の如何やその内容を決しなければならない場合があるとの指摘の存在を示す。さらに、立法者の不明瞭な文言の採用について、直前のライヒスグリヒト判例において、ZPO 940条の要件である、争いのある権利関係が存在しないことを理由として、差止仮処分を発令しなかったことへの懸念の反応であったと推測する。結論として、緊急性要件と、それを裁判所が真摯に審理しなければならないことについて、UWG 25条は何も変更していないとする。

IV その後の議論

ライポルトの批判にもかかわらず、緊急性推定の通説はそのまま維持されている。様々な理由があるのだろうが、ライポルトの批判がパストルに対する批判の部分が多く、その点、通説に対する決定的な批判とならなかったこともその一因たりえよう。パストルは、競争法上の差止請求権の性質から直ちに緊急性の推定を導き、ライポルトは仮処分の本案化が著しく進む競争法上の仮処分の審理に対する批判が主眼であった。その結果、確かに競争法上の差止仮処分における緊急性推定の是非につき結論は分かれたものの、UWG 25条が緊急性の推定について何も触れていないという点につき一致を見た^{*77}。通説がUWG 25条を根拠とすることへの批判は、競争法上の仮処分の優遇に対する何らの批判となりえないことが示されただけだった。後の論者の議論にもそのことが見受けられる。

ピーラー^{*78}は立法者の不明瞭な文言選択についてのライポルトの推測を、ライヒスゲリヒト判例の17日前に、すでに政府草案が存在したことを示して批判する。彼によると、緊急性推定による競争法上の差止仮処分の優遇は、正当な競争慣習の保持という公共の利益によって根拠づけられる。それによって、違反者が本案手続の期間を悪用することを防ぎ、早期のサンクションが可能となるという。カー^{*79}は、不当な仮処分による相手方の費用に関する不利益は損害賠償可能であり、差止められた行為を再開して利益を得ることは可能であるとする。これらが緊急性の推定を支える根拠であることは確かだが、UWG 25条を経由しなければならないことには触れない。UWG 25条が、仮処分審理において何らかの負担軽減を定めた規定であることは前提視されている。

V UWG 25条とZPO 937条2項の関係

ZPO 937条2項は次のとおり定められている。「急迫な場合 (in dringenden Fällen), および、仮処分の申立が棄却されるべき場合, 口頭弁論を経ないで裁判をすることができる。」

ZPO 922条1項, および, それを仮処分手続に準用するZPO 936条により, 口頭弁論を経ない場合は決定で裁判することができる。それゆえZPO 937条2項の意味で「急迫な場合」, 決定によって裁判されうることになる。決定によって裁判がなされることは, 必ずしも相手方の審尋がなされないことを意味するわけではないが, 相手方の審尋を行わない一方的な手続による仮処分命令発令のための不可欠の前提である。そして実際, 相手方の審尋が行われないことが多いため, 決定手続と一方的な手続が同一視されることがある。

パストルは, すでに述べたとおり, 競争法上の差止仮処分の性質からZPO 937条2項の意味での緊急性が通常具備されていると論じた。これに対し通説は, UWG 25条が推定するのは, ZPO 920条・936条により発令要件として疎明が要求される仮処分の理由としての緊急性である, とする。ZPO 937条2項の意味の緊急性は, この仮処分の理由としての緊急性を上回る特別の緊急性を要求していると解されている。条文の規定の仕方が制限的であるため, そのように解しないと規定の意味がなくなるからである^{*80}。するとパストルは, 通説より高度な緊急性の推定を説いていたことになる。さらにパストルは, 決定手続において申立てを相手方に伝えて相手方を手続に引き込むのは正しくないとする。その理由づけは以下の通り。

「相手方は通常, 防御書面 (Schutzschrift) の提出によって自ら審問 (Gehör) を得ることはできず, (筆者註・申立人から相手方に対する) 警告 (Verwarnung^{*81}) が必要でない場合は, 相手方はすでに仮処分申立の誘因 (Anlaß) を与えている。警告が必要なのになされないままの場合も相手方の法的地位を基礎づけない。なぜなら, 相手方は決定手続において, 相手方の要求を受け入れて (unterwerfen), 訴訟費用の負担を申立人に課すことができるからである。」

そして, 決定手続における一方性は, 疎明責任によって相手方に有利に保障されているとして, 疎明責任論の論述において触れられることのない論拠を

も挙げて、決定手続において相手方の審尋の機会を与えることに原則的には反対するのである。

以上述べたように、パストルは通説を上回る申立人の優遇を、競争法上の差止請求権の性質をほとんど排他的な根拠として論じており、その代償措置の一つとして疎明責任の拡張を位置づけていた。彼の採った疎明責任論を振り返ると、確かに決定手続において、疎明責任拡張の範囲を縮減する何らの理論的手当も存在しなかったのだった。

2、競争法上の差止仮処分の特実性の実務的側面

UWG 25条の検討によって得られた理解は、競争法上の差止仮処分の特殊性、あるいは、そこにおいて顕著な仮処分の本案化が、実は必ずしも実定法上の根拠がないのかもしれないという、そこはかたない危惧であった。UWG 25条は文言があまりにも曖昧すぎるのである。しかしながら、競争法上の差止仮処分における緊急の審理・発令の必要性は大方の論ずるところであり、実務はその必要に忠実のようである。そして、実定法上の根拠のない実務慣習がその必要に応じてか、やはり、1960年代から発展してきた。ここで簡単に紹介しよう。

I 警告 (Abmahnung)^{*82}

裁判外における差止請求権の実現のための制度であり、条文上の根拠はないものの、主に競争法分野で実務において発展してきた制度である。この警告は、訴訟要件でも、請求権の実体要件でもないが、あらかじめ警告せずに裁判上の手続きに訴えた債権者は、訴訟費用の負担の面で不利益を被ることがある。一般に債務者は、あらかじめ警告された場合のみ、ZPO 93条にいう訴えの誘因 (Veranlassung) を与えたとされるからである^{*83}。それゆえ、最初の口頭弁論で相手方が認諾した場合、あるいは、異議を訴訟費用の裁判に限定した場合、あらかじめ正規の警告がなされていないと訴訟費用は債権者が負担することになる。この結果、実務においてはほとんどの場合、裁判手続に移行する前に警告がなされ、その内の多く

の場合で、被警告者は警告に従うため、およそ90%の競争法上の紛争が裁判外で処理されるということである^{*84}。

警告の必要事項として以下の事項が挙げられる^{*85}。

- ① 不正競争行為と見なされている行為の具体的な指示
- ② 警告に従うことの意味表示 (Unterwerfungserklärung) の要求
- ③ 意思表示のための適当な期間
- ④ 意思表示がない場合、裁判手続に移行することの予告

実務では、これらに加えて、警告費用負担の要求、すでに生じた損害賠償請求が加えられる。各事項について、説明を加えると次の通りである。

① 警告者がどの行為を非難しているかがわからないと相手方は適切に対処できないため、事実的観点からの具体性は重要である。他方、法的観点について触れる必要性に争いがあり^{*86}、消極説は、法的状況を調査するのは被警告者の問題だとし、警告者の法的評価が誤っている場合も、それによって警告が無効となるわけではないとする。

② 警告に従うことの意味表示の要求とは、当該不正競争行為の不作为と、将来違反行為の度に違約金 (Vertragstrafe) を支払う義務を負うことの要求である。実務では、この意思表示は定型的な書式でなされることが多く、警告に同封されるのが普通だが、同封されていないからといって警告が無効となるわけではない。不正競争行為の再発の危険を除去するのは侵害者たる相手方の問題であり、しかも、警告にはもともと何らの様式も要求されていないためである^{*87}。

③ 適当な期間は個々の具体的状況、事案の緊急性によって定まるが、通常8日から10日との指摘もある^{*88}。期間が短すぎる場合も警告は無効ではなく、むしろその場合、相手方は適当な期間内に警告に従うことの意味表示をすることが義務づけられる。

④ この予告は、期間内に警告に従うことの意味表示がない場合、裁判上の紛争となることを予

想すべき程度のもので十分である。

実務において生じたこの警告の原則的な必要性は承認されており、警告義務を觀念する論者もある^{*89}。一般論として、侵害者が訴え提起の誘因をすでに与えている場合、警告は不要であると解されているが、どのような場合に警告が不要かについてはいくらか争いがある。警告に従う見込みが初めから無い場合、警告が期待不可能な場合について争いがない。故意の侵害者に対しては警告は不要との見解^{*90}に対しては、故意の侵害者も警告に従う場合はありえるから、それだけでは必要性は否定されないとする反対説がある^{*91}。

ここでアレンスの興味深い指摘がある^{*92}。差止債権者が裁判手続に移行する前に警告しなければならない、との原則が近年になって発生したことを指摘し、警告が裁判外の紛争解決の有用な手段であるとする判例、および、警告がない場合、即座に認諾によって訴訟費用を勝訴原告が負担しなければならないとする判例が、そのきっかけだったとする。更に付け加える。

「警告書面 (Abmahnungsschreiben) の送付の觀念は、伝統的に用いられてきた保護権上の警告 (Schutzrechtsverwarnung) に起源を持つ。その主な目的は、保護権侵害者の、知らないで利用していたとのありうべき抗弁を取り上げて、損害賠償請求権を根拠づけることであった。次に、保護権侵害を阻止することであった。これに対し、競争法上の警告においては、後者の目的が前面に現れている。60年代終わりまで、公刊された判例も学説も、警告とZPO 93条に基づく訴訟費用負担との関係に触れることはなかったし、その一貫した確信が主張されることもなかった。」

II 防御書面^{*93} (Schutzschrift)

被警告者は警告者が仮処分申立てを行うことを予想しなければならない。そして、緊急の場合は相手方が審尋されないことが法文上認められ、競争法の分野ではそれが通例である^{*94}。しかし、相手方は発令審理において自分の意見を裁判所に顧慮してもらい、発令を止める利益を有する^{*95}。

この利益によって、法に規定のない防御書面 (Schutzschrift) が、懸念される仮処分申立てに対する予防的な防御方法として弁護士実務において考え出された^{*96}。防御書面とは、あらかじめ被警告者が管轄裁判所に提出する書面であって、そこにおいて、予想される仮処分申立は棄却されるべきである、少なくとも、口頭弁論を開くべきである、と申立てるものである^{*97}。複数の裁判所が管轄を有する場合、それぞれの裁判所に同じ文面の防御書面が提出される^{*98}。この防御書面の適用領域は競争法の分野に限定されない。保全処分一般における予防的な権利保護の手段と位置づけられている^{*99}。

通常、防御書面における陳述は、仮処分の理由やZPO 937条2項の緊急性に疑いを生ぜしめるものに限定されず、むしろ、警告における非難に対する反論や申立ての理由中に申立人がなすことが予想される陳述に対する異議が述べられ、また、自らの主張を疎明したり、疎明の予告を行ったりする^{*100}。これらの陳述を、審問請求権を根拠として、裁判所は顧慮しなければならないとの見解もある^{*101}。

防御書面が申立人の陳述を論破した場合、申立てが直ちに棄却されるわけではない。申立人にも審問請求権があるからである^{*102}。実務ではその場合、通常、口頭弁論を開くことになるが、申立人に防御書面を送付し、それによって書面審理による決定手続での裁判は可能であるとする見解もある^{*103}。もちろん、防御書面の提出が口頭弁論の開催を義務づけるわけではないので、その陳述が重要でない場合、決定手続による発令は可能である。さらに、防御書面の顧慮が提出者に不利になることもあるという。疎明が十分でない申立てに対し、防御書面において争われていないと、仮処分命令が可能となるからである^{*104}。このような広範な防御書面の顧慮に対し、ZPO 937条2項の緊急性要件を満たしているかどうかに関り顧慮すべきとする見解もあり、その結果、防御書面の陳述が提出者不利に顧慮されることもないとする^{*105}。

このような防御書面の実効性が、警告の必要性に大きく依存していることは容易に伺い知れよう*106。警告によって、あらかじめ、相手方の非難の対象を具体的に特定でき、警告に従わない場合、警告者が裁判手続に、しかも大抵は仮処分手続に移行することが予想されるからこそ、手続開始前にあらかじめ防御方法を提出することが可能であり必要でもある。

III 終了宣言 (Abschlußklärung)*107と終了要求書面 (Abschlußschreiben)*108

仮処分命令は暫定的な規整のみを意味する。決定手続による仮処分に対しては、期間の制限なしに異議の申立てが可能であり (ZPO 924条, 936条), 判決手続による仮処分に対しては、被告に有利な本案の裁判がなされた場合、事情変更に基づいて仮処分の取り消しが申立によってなされる (ZPO 927条, 936条)。時効による事情変更に基づく仮処分の取消しの恐れもある。このような困難は本案訴訟を提起すれば回避されるが、コストがかかる*109。それ故、競争法の実務においては、債務者の終了宣言 (Abschlußklärung) によって、債権者が獲得した仮処分に本案判決同様の終局的効果をもたらす手法が発達してきた*110。そして、申立人が相手方にこの終了宣言を要求する書面のことを終了要求書面 (Abschlußschreiben) とよび、このような手続を終了手続 (Abschlußverfahren) と呼ぶことがある。事実上給付内容が本案と重なる満足的仮処分、差止仮処分において用いられることが多いものの、他の仮処分や仮差押にも用いられるようである*111。

すでに発令された仮差押仮処分を両当事者の終局的な規整であると認める終了宣言の必要事項は、手続の状況に部分的に依存する。決定によって発令された場合、相手方は異議の権利を放棄し、すでに異議を申し立てた場合にはそれを取り下げなければならない。判決によって発令された場合、判決が未確定の限りで、相手方の上訴の放棄が必要である*112。どちらの場合も、相手方は裁判所に本案訴訟提起の期間を定めてもらう権利も放棄し

なければならない*113。さらに、事情変更による取消しの権利も放棄しなければならない。ただし、その放棄が無制限に課されると、その成立等が不明確な将来の取消事由にまで放棄の範囲が及び、判決以上の利益を申立人が得るため妥当ではない*114。終了宣言時にすでに存在した事実についてのみ、それを理由とした事情変更による取消しの権利の放棄がなされる*115。

適式の終了宣言によって、仮処分命令は終局的な効果が付与され、債権者の本案訴訟は権利保護の利益を失うことになる*116。ZPO 945条による損害賠償請求権について判断する裁判所は、その終局的効果に拘束されるため、債務者は仮処分の執行によって生じた損害の賠償を債権者に要求できなくなる。

自発的に終了宣言をする場合を除けば、通常、終了手続は申立人による終了要求書面の相手方への送付によって開始される。その要求内容は、一定期間内に終了宣言をすることである。この終了要求書面は、特別の実体要件でもなく、その不作為が権利保護の利益の不存在をもたらすわけでもない。その影響は本案訴訟の訴訟費用の負担に関してであり、通常、仮処分発令後、終了要求書面を送付せずに申立人が本案訴訟を提起すると、ZPO 93条により、相手方が即座に認諾すると、訴訟費用を負担しなければならない。ここでは、仮処分手続の前になした警告は無関係である。確かに警告は、申立人が警告後、仮処分手続に移行した場合のみならず、本案訴訟に移行した場合にも、相手方に訴え提起の誘因を生ぜしめるが、いったん申立人が仮処分手続を選択して、それが終結すれば、新たな状況が生じ、相手方のもたらす訴え提起の誘因も存在しなくなるためである*117。

3、誤認させる (irrefürend) 広告に関する証明責任

以上紹介してきた実務慣習が競争法上の差止仮処分の本案代替化を根拠づけるものなのか、逆に、本案代替化現象に追随するものなのかは分からないし、本稿の考察対象ではない。ただ、防御書面

やその実効性の基礎となる警告は、仮処分発令の審理手続において、とりわけ、特別の緊急性が要求されるはずの決定手続において、審理の充実を獲得する手段となりうるし、終了要求書面や終了宣言は、少なくとも当事者が不要と考える本案手続の回避の実効的手段たりうる。興味深いのは、そのような本案代替化の背景的圧力ともなりうるこれらの実務慣習が、1960年代から発展を見せたことである。UWG 25条の現通説の定着やこれらの実務慣習の発展と並んで、この1960年代、誤認させる (irreführend) 広告の差止請求権 (UWG 3条^{*118}) に関する証明責任の転換を論ずる判例が登場する。この分野における議論が疎明責任論に影響を与えているようであることは学説の紹介において多少触れた。以下、その議論を簡単に紹介する。

I Bärenfang

1962年6月13日のBGH判例^{*119}がある。事案は次のとおり。

両当事者とも、アルコール飲料の生産販売を行うものであり、その製品のひとつに、東プロイセンの名産として有名な Bärenfang (蜂蜜入りリキュール) がある。被告はその自ら取り扱う Bärenfang に「古い東プロイセンの家庭的製法によって生産された ("nach einem alten ostpreußischen Familienrezept herstellt")」と表示した。原告はこの表示を、誤認を生ぜしめる (irreführend) ものとして、主にその表示の差止めを求めた。被告は、この表示が、その言葉の意味内容である古いプロイセンの家庭的製法を取得し、それに基づいて生産されているとのみ理解されうるとし、被告がその古い東プロイセンの家庭的製法を、東ドイツ出身で、すでに故人となった酒類の技術顧問の仲介によって取得したと主張した。さらに、その技術顧問の名前を明らかにし、その製法を示す用意もしていた。(ただし、営業秘密を守るために、裁判所において宣誓した鑑定人に対してのみ。) しかし、原審は被告の証拠の提示に入ることなく、被告の広告表示の不当性 (Unrichtigkeit) の証明責

任は原告にあるとして訴えを棄却した。その際、原告の証拠の申し出は、例えば、被告の営業主の尋問によって、可能であったのになされなかったと言及されている。

これについてBGHは原審に差し戻した。そこで次のような指摘がなされた。

「原告の主張証明義務 (Darlegungs- und Beweispflicht) に言及して、その申立を棄却するのは適切ではない。原審の考慮は出発点において正当である。なぜなら、UWG 3条に基づく訴えにおいては、被告の広告主張が真実でないことにつき、具体的に主張し、証明するのは (substantiiert darzulegen und zu beweisen) 原則的に原告である。しかし、原審は、この原則が例外なく、無制限に妥当するわけではないこと、および、確定した判例により、とりわけ次のような場合、制限が必要であることを顧慮しなかった。すなわち、原告が事象経過 (Geschehensablauf) の外にいて、自ら事実関係を調査しえず、他方、被告は要求されている事実の解明が容易に可能であって、期待されるべき (zu zumuten ist) でもある場合である。」

このことを訴訟法をも支配する信義則によって正当化した後、このように論ずる。

「(先に示した原則適用の制限に関する四要件の事案へのあてはめが示された後,) この事情において、原告は、原則的に存する主張立証責任 (Darlegungs- und Beweislast) に留まり、とりわけ、被告の経営者の当事者としての尋問が可能であったと指摘することはできない。むしろ、被告の主張義務 (Darlegungspflicht) が考慮されるべきだったのであり、それは、原審がおそらく仮定していたのと同様、特別な『証明責任の転換 (Umkehrung der Beweislast)』を正当化するような事情の存在に依らない。」

II Bärenfang判例の理解

この判例が証明責任の転換を図ったものなのかどうかにつき争いがあった。異なる理解が可能となるのは、判例が用いた「主張証明義務 (Dar-

legungs- und Beweispflicht)」、[証明責任 (Beweislast)]の用語の区別の如何による。そして、議論を複雑にするのが、Bärenfang判例が主張証明義務の例外要件を示した確定判例として引用した1961年の判例^{*120}である。そこでは原告主張の不当性の問題につき、「原告が事象経過の外にいて、自ら調査する手段を持たず、しかし、被告が必要な事実の解明を容易になしえて、事情によりそれが期待されるべきでもある場合、主張責任 (Darlegungslast) を被告に課しうる。」として、証明について論じなかったからである。

ヘフェルメール^{*121}はまず、1961年判例が主張責任 (Darlegungslast) のみに触れ、その主張責任 (Darlegungslast) が証明責任 (Beweislast) を含んでいるのか明言していないことに言及し、Bärenfang判例について、主張証明義務 (Darlegungs- und Beweispflicht) が典型的な事象経過の際にのみ判例が認めてきた意味での表見証明 (Anscheinsbeweis) を問題としておらず、さらに、証明責任 (Beweislast) の転換を支持したとするのも誤りであるとする。ボルク^{*122}は1961年の判例は原告が争わなかったと評価されたのであって、この判例において証明責任が問題となることはないが、Bärenfang判例においては、主張証明責任 (Darlegungs- und Beweislast) と主張証明義務 (Darlegungs- und Beweispflicht) は同義であるとして、証明責任転換に触れたと解する。フェンゲ^{*123}は、Bärenfang判例が、主張義務 (Darlegungslast) が証明責任の転換 (Umkehrung der Beweislast) を正当化する事情に依らない、と解したことについて、証明の挫折 (Beweisver-eitelung) に基づく証明責任の転換の特別の要件が提示される必要がないと理解されるべきとして、証明責任の転換があったとする。カー^{*124}は、BGHがZPO 138条1項による完全陳述義務を越えた主張責任 (Darlegungslast) が被告に課されたと解し、相手方の情報独占や証拠方法の支配に際し、原則的に証明責任を負う者に一定の証明がなされるまで課せられる、証明活動責任 (Beweisführungslast) が相手方に移り、その証明活動を行わない

場合、争われていない事実を自白と見なすZPO 138条3項によって敗訴の判断が下されるのだとする。

III 疎明責任論への影響

興味深いことに、証明責任の転換はなされていないとする論者が、証明責任とは別の、特別な負担が課せられると理解している。そこにヴァルカーが持ち出してきた主張具体化責任との類似性が存する。証明責任の負担を負わないため、抽象的主張責任すら負わないはずの当事者に、具体的事情によって何らかの事案解明のための負担が課せられることと、両者の理論的根拠が信義則であることである。さらに、ウルリッヒが疎明責任を論ずる前提として、競争法上の証明責任について論ずるにあたって、このことと関連して興味深い議論を行っている^{*125}。

「BGHの判例が、証明負担の軽減 (Beweiserleichterung) か証明責任の転換かの問題について、しばしば疑いを残したままにすることは確かに好ましいことではない。しかしその際、証明負担の軽減が実践的には、通常とまでは行かないが、たびたび、証明責任の転換と区別されないということを見落とすことはできない。この論考が扱う問題においてもより重要なのは、BGHがどのような理由によって一般の証明責任分配原則からの乖離を正当とし、必要と考えたかである。(中略) BGHがたびたびZPO 138条1項及び3項を指摘してきたことも無視することはできない。これらの規定は、訴訟法にも妥当する信義則の表出である。」

ウルリッヒはこのように述べて、証明負担の軽減の場合をも本案における実質的な証明責任の転換として、疎明責任が前提とすべき証明責任分配原則に組み入れて論ずるのである。すると、ウルリッヒとヴァルカーはほとんど同じような妥当性についての構想を持っていたのではないかと推察することができよう。もちろん相違点もある。Bärenfang判例の主張疎明義務の移転が生ずるための四要件は、主張具体化責任が移転する際の要件

より明らかに狭い。しかし、ここで比較しているのは両理論の客観比較ではなく、疎明審理において、原則的証明責任からの乖離がどのように正当化されるべきかという理論的意図の方にある。その類似性は、ウルリッヒが、BGHの判例理論を、両当事者の比較衡量に基づく原則的証明責任分配原則からの離脱であるととらえていたことから明かである。

またパストルも、判決手続の場合に、証明責任の転換の有無は明言しないまま、立証の困難による疎明責任拡張の範囲の制限を論ずる^{*126}。決定手続の場合に彼の採用する拡張説は、彼の通説を越えた申立人への優遇に対して、相手方の利益を保持するための措置であることからすると、その申立人への優遇の必要が減少している判決手続において、パストルの想定する申立人の疎明責任の範囲は、拡張説論者との印象からは意外なほど狭いのかもしれず、ウルリッヒやヴァルカー同種の妥当性を指向していたとも考えられる。そして、ヴァルカーは確かに、このウルリッヒとパストルを、拡張説・一般説・折衷説の三分類とは別項目で分類していたのである。

疎明責任論への影響ですぐに明らかとなるのはこの程度だろう。ただ、この検討を通じて明らかになったことがある。疎明責任論の発展の初期の段階から、本案における原則的な証明責任分配原則の措置に、すでに異なる前提が入り込んでいて、初めからかみ合わない議論が展開される可能性が大いにあったことである。にもかかわらず、今のところその指摘は見られない。このことは、疎明責任論が理論的な論点というよりむしろ妥当性についての考慮が先行した論点にとどまっていることのさらなる傍証であろう。そしてもう一つ、本案における証明責任転換にせよ、証明負担の軽減にせよ、疎明責任論においては、どのような形であれ、織り込むことがすでに前提視されていたのではなかろうか。ただしこのことの証拠は、パストル・ウルリッヒ・ヴァルカーが原則的疎明責任について異なる立場に立ちながら織り込んでいたことのほかには、バウアが唐突に一般説が妥当す

ると論じた後に、さらに表見証明 (prima-facie Beweis) も妥当すると論じていることが挙げられる程度で、しかもこのことは、徹底した拡張説論者のヒルツには無関係である。

4、独競争法における疎明責任拡張回避の背景の総括

以下のことは全て1960年代からだった。

競争法上の差止仮処分において、いわゆる仮処分の本案化が最も進んでいること自体は、今までの検討なしにも周知の事態であった^{*127}。この検討によって分かったことは、総論的には、その仮処分の本案化が、事実上競争法の分野において顕著であるということではなく、解釈論的根拠と実務慣習の制度的根拠を持っているということと、しかし、その両根拠とも実定法上の根拠を確保していたわけではないということである。

個別的に本案化への作用を取り上げれば、ややくどくなるが以下のようなになる。

まず、解釈論的根拠から述べれば、UWG 25条によるとされる緊急性の推定は、逆に請求権の疎明の重要視と関係する。給付内容が満足的であり、しかも、終了宣言や終了要求書面の利用による本案回避傾向が顕著であることも、請求権の疎明の重視を支える。また、緊急性推定が、判決手続による発令を回避し、一方的な手続による仮処分発令を促進させることとなった。そこにおいて、防御書面の提出可能性が高度の蓋然性を持って存在することも相手方の審尋なしでの発令を積極的に支える。

次に、実務慣習の側から述べれば、それぞれは迅速廉価な紛争処理を目指すものであるといえる。警告は蓋然的には相手方がそれに従って紛争解決されることを期待するものである。この警告の利用促進と、警告がなされない場合の申立人の訴訟費用負担の危険の解釈は双補的である。防御書面は、確かに提出者にとっては口頭弁論を開かずに仮処分が発令されることを阻止するための防御方法の事前提出なのだが、却って、裁判官の訴訟資料の早期獲得とそれゆえの早期発令を可能と

した。終了要求書面や終了宣言は、少なくとも当事者が不要と考える本案手続の回避を促した。給付内容がすでに満足的であること、および、請求権の審理が重視されることにより、本案において裁判所の判断が変わる見込みが低くなることも本案回避傾向を促進する。

このような仮処分の本案化が疎明責任論の発展に与えた影響はいくつか考えられる。

まず、疎明責任論が重要問題化する。それは請求権の疎明が重視されるがゆえである。

次に、審理の実質的な本案手続との重複により、本案手続における証明責任分配原則が保全手続において妥当しないとしていた通説に対する再検討が迫られる。この審理内容の重複は、仮処分命令が相手方に与える影響と証明度を相関させる見解をとった場合、競争法上の差止仮処分においてはいっそう顕著となり、本案との乖離は一層正当化されえない。

さらに、一方的な手続が通常化するにつれて、一方的な手続における疎明責任の「分配」という特殊な事態の解明も迫られた。それは、一方的手続概念の精緻化をももたらした。

以上のこととは別に、競争法上の差止請求権の証明責任転換の議論を、それが証明負担の軽減であれ、真の証明責任転換であれ、疎明責任の考慮に際して織り込むことが前提視されていた、というのが直前の検討の結論であった。このことが疎明責任拡張という事態を、申立人に不利な疎明責任の負担と一般に考えさせるきっかけとなったのではないかと、というのがここで強調したい結論である。その説明は以下の通り。

証明の困難を回避するための証明責任の転換や証明負担の軽減、さらに推定が疎明審理の際にそのまま妥当するということは決して自明なことではない。疎明は証明度が軽減されているはずだから^{*128}、証明の困難はある程度回避されているはずであるし、疎明審理における証明責任の転換などを考えると、埋めるべき証明度の差という観点からではあるが、証明におけるよりはわずかな効果しかもたらさないはずである^{*129}。もちろん申

立人が何を主張しなければならないかという点については決定的な役割を果たす。しかし、これらは証明の困難を回避するためのものではなく、主張の困難の回避のための措置ではない。

にもかかわらず、そのことの論証は行われない。これにはUWG 25条の緊急性の推定の議論の通説化によって、疎明審理における妥当性の当然視に結びついたのではないかと。UWG 25条の緊急性の推定は、しかし、証明困難の回避のための措置ではなく、競争法上の差止請求権の性質上、緊急性が通常要求されるという蓋然性を根拠としている。けれども、機能的には申立人の負担軽減と結びつき、この推定の議論が、証明責任の転換や証明負担の軽減の議論と同視されたのだろう。

そして上記の仮説以上に重要なのは、証明責任の転換や証明負担軽減の疎明審理への適用が当然視されていたこと自体であり、そして、このことが原則的疎明責任の所在と例外的事例における疎明責任の転換との混同をも生ぜしめていると考えられる。UWG 25条の緊急性の反証の余地のある推定は、実質的に相手方に原則的疎明責任を負わせるからである。

原則的疎明責任の所在と例外的事例における疎明責任の転換との混同は、双方向的な手続においては深刻な影響をもたらさない。両当事者が争っている事実の疎明責任が最終的にどちらにあるかさえ決すればよいからである。しかし、一方的な手続において、疎明責任の拡張をここで論ずる限り、原則的な疎明責任拡張の範囲を決する議論が必要なのだが、さきの混同は、この範囲を決する議論に中途半端な理論的根拠を提供する結果となったといえるのではなかろうか。

このような、疎明責任拡張を証明責任論の枠組みに無前提に引き寄せて理解しようという試みが発展した結果は、その意義が飲み込めない疎明責任拡張という事態に対する冷淡な態度なのだった。

五、結論

民事保全の審理における疎明責任の議論は、一般の証明責任の分配の適用を全面肯定する一般説、

それを拒絶し、申立人に権利根拠事実だけでなく、相手方の抗弁事実をも疎明すべしとする拡張説、そして、相手方の意見陳述機会の有無で両説を使い分ける折衷説に分類される。相手方の意見陳述機会すらなく、申立人の一方的な主張のみによって保全命令が判断されることすら法は予定しているため、その場合の審理の妥当性を高度に保証する必要がある、他方、申立人の仮の権利保護を必要以上に困難にすることは、実質的な権利保護の否定であるため、ドイツで通説化した折衷説の方向でこの問題を解決するのが妥当であると考えられる。

しかし、ドイツの疎明責任論においても、疎明責任の拡張という事態を理論的に解明した結果として折衷説の通説化が生じたわけではなく、かえって、疎明責任拡張場面を極小化することによって妥当性が承認されてきたという側面がある。この疎明責任拡張場面の極小化傾向には、疎明責任論が主に議論された競争法における特殊事情があった。そこにおける、審理内容の先取り、給付内容の先取り、そして本案訴訟代替化の意味での仮処分の本案化は、解釈論的、および、実務慣習の制度的裏付けがあったが、それは実体的根拠という意味では理論的帰結とは言い難い事態であり続けている。このことと重複呼応して、一方的手続による発令が通例となり、そのことに対応するための警告、防御書面が発展し、より迅速安価に紛争を解決するための工夫がなされた。さらに、証明責任論の枠組みでの疎明責任論の解明も促された。これらの事情は1960年代以降のことである。このような事情が疎明責任拡張場面の極小化をもたらした原因をまとめれば、仮差押仮処分についての疎明審理の内容が、本案における証明を要求する審理内容に近接してきた結果、一般の証明責任の分配からの乖離を容易には説明しえなくなってきたからである。

ところで、相手方の主張機会がない場合、つまり、一方的な手続において、疎明責任の拡張は、実は、証明責任の議論とは異質なものである。なぜなら、疎明責任の拡張の範囲を決する際に裁判官の裁量が介在することは必要なことであり、ま

た、折衷説の立場からは、そもそも疎明責任の拡張が生じうるか否かが、裁判官が一方的手続を選択したか、双方向的な手続を選択したかに依存するからである。そして、いまだどちらの当事者からも主張されていない事実の証明責任、疎明責任を論ずること自体、議論枠組みの証明責任論からの変更を促しているように思われる。もともと拡張説は、疎明を要する事実を増やす結果、当該審理が疎明不十分となる確率が増し、その場合、仮処分の発令が立担保を条件として裁判官の裁量で可能となるという利点がある。保全手続における職権性の必要は、本案手続によっては代替不可能な独自の権利保護機能を仮差押仮処分に期待する限り、近時になって急速に減少したとは考えにくい。証明責任論的観点からは異物である疎明責任の拡張を、しかしドイツの通説が抱え続ける理由はそこにあるのではない。

以上の分析から、日本法の疎明責任論について仮に結論する。双方向的な手続においては通常の証明責任分配規範が妥当である。相手方に争う機会があるにもかかわらず、相手方の抗弁事実の疎明責任が、保全審理だからという理由のみで転換されるというのは、申立人にとって不相当に大きい不利益である。他方、相手方が申立について意見陳述する機会がない場合、疎明責任は拡張すると考えるべきである。これは、疎明責任が申立人に不利に転換したのではない。この場合、純粋な一方的な手続であり、そもそも、疎明責任の分配の問題が生じないからである。そのように考える以上、拡張の範囲は理論的に想定しうる全ての抗弁事実にまで及んでいると解するほかない。しかし、だからといって、本当に全ての抗弁事実を申立人は主張疎明しなければ申し立てた保全命令が発令されないというわけではない。申立人が現実に主張疎明すべき範囲は、もちろん妥当な範囲に限定されるべきであり、その範囲の限定にあたって裁判官の裁量権に基づく判断は不可欠である。ただし、ここで留意すべきなのは、裁判官が定めた範囲の主張疎明に成功したことは、請求権の疎明に成功したことを意味するのではない、ということ

である。あくまで、不完全な疎明と疎明代用担保に基づいて発令されたに過ぎないと解すべきである。一方的な手続においてなされた疎明は、双方の手続においてなされたそれより劣っているのである。

このように解することは、申立人の密行性の利益と相手方の手続保障との調和をもたらすものと考ええる^{*130}。

- * 1 平成民事訴訟法改正前の旧民事訴訟法267条2項「裁判所ハ当事者若ハ法定代理人ヲシテ補償金ヲ供託セシメ又ハ其ノ主張ノ真実ナルコトヲ宣誓セシメ之ヲ以テ疎明ニ代フルコトヲ得」と規定していた。なお旧民事保全法13条3項も参照。なお、山崎潮・新民事保全法の解説・増補改訂版(きんざい1992年)138頁、法務省民事局参事官室編・一問一答新民事訴訟法(商事法務研究会1996年)225頁が規定の廃止の経緯を説明。必要性がない、債務者の損害の担保とならない、がその主な理由として挙げられる。
- * 2 田中和夫『証拠法・増補版』(有斐閣1955年)33頁、兼子一・民事訴訟法体系・増訂版(酒井書店1965年)241頁、兼子一=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫・条解民事訴訟法(弘文堂1986年)975頁、三ヶ月章・民事訴訟法・第3版(弘文堂1992年)齊藤秀夫=小室直人=西村宏一=林屋礼二編著・注解民事訴訟法7・第二版(第一法規1993年)356頁、谷口安平=福永有利編・注釈民事訴訟法6(有斐閣1995年)220頁(石渡哲執筆)、納谷廣美・民事訴訟法(創成社1997年)125頁、新堂幸司・新民事訴訟法(弘文堂1998年)456頁、小林秀之『新証拠法』(弘文堂1998年)20頁、松本博之=上野泰男・民事訴訟法(弘文堂1998年)256頁、中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕編・新民事訴訟法講義(有斐閣1998年)248頁(春日偉知郎執筆)、伊藤眞・民事訴訟法(有斐閣1998年)282頁。
- * 3 兼子・前掲241頁。
- * 4 兼子=松浦=新堂=竹下・前掲975頁。
- * 5 齊藤=小室=西村=林屋編著・前掲356頁。
- * 6 その分析につき、松浦馨「保全訴訟の本案化」

新実務民事訴訟講座14(日本評論社1982年)62頁。澤榮三「仮処分の本案化」保全訴訟研究(弘文堂1960年)1頁、兼子一「満足の仮処分と本案訴訟」民事法研究3巻(弘文堂1962年)55頁、山木戸克己「満足的仮処分」保全処分の体系・下巻・吉川大二郎博士還暦記念(法律文化社1961年)808頁、長谷部由起子「仮の救済における審理の構造(一)」法学協会雑誌101巻10号1509頁註16。

- * 7 萩田健次郎「保全訴訟における疎明」保全処分の体系・上巻・吉川還暦(1965年)257頁、三谷忠之「疎明」判例タイムズ639号(1987年)32頁。
- * 8 太田勝造『裁判における証明論の基礎』(弘文堂1982年)105頁。
- * 9 野村秀敏『保全訴訟と本案訴訟』(千倉書房1981年)212頁, 221頁, 242頁。長谷部・前掲・法学協会雑誌102巻4号724頁。
- * 10 野村・前掲212頁参照。
- * 11 野村「保全命令手続における主張・疎明責任」木川統一郎博士古希祝賀『民事裁判の充実と促進中巻』(判例タイムズ社1994年)544頁、および、同「紹介」成城法学44号143頁(1993年)参照。ただし、折衷説を「区別説」と称される。
- * 12 竜崎喜助「保全訴訟における主張・立証責任」『証明責任論』(有斐閣出版サービス1987年)243頁。
- * 13 野村「保全命令手続における主張・疎明責任」541頁。
- * 14 野村『保全訴訟と本案訴訟』69頁, 212頁, 242頁等。
- * 15 松本博之「民事保全における疎明責任とその分配」中野貞一郎=原井龍一郎=鈴木正裕・民事保全講座2 審理手続と効力(法律文化社1996年)35頁。
- * 16 Deguchi, Die prozessualen Grundrechte im japanischen und deutschen einstweiligen Rechtsschutz in Zivilsachen, 1992, S. 114が拡張説だが、日本法に触れていない。
- * 17 柳川真左夫『新訂保全訴訟』(酒井書店1954年)208頁。
- * 18 西山俊彦『保全処分概論』(一粒社1972年)97頁

- * 19 柳川真左夫・前掲・補訂版(判例タイムズ社1976年)238頁。なお、一般説につき、日渡紀夫「保全命令発令手続の審理構造」岡山大学法学会雑誌46巻2号1項(1997年)参照。
- * 20 ただし、東京高裁平成3年11月18日決定(判例時報1443号63頁)、東京地裁平成4年6月16日決定(判例タイムズ794号251頁)。
- * 21 旧民事訴訟法740条2項「請求権及ヒ仮差押ノ理由ハ之ヲ疎明ス可シ」
- * 22 山崎・前掲138頁、竹下守夫=藤田耕三編・注解民事保全法(青林書院1996年)127頁(高野伸執筆)
- * 23 Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 19. Aufl., 1971, §920, II. 2. b), Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., 1981, §920, Rn. 10f.
- * 24 Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., 1995, §920, Rn. 10ff.
- * 25 RG vom 24. 2. 1904, SeuffA 60 Nr. 20
- * 26 野村「紹介」成城法学44号143頁, 147頁参照。
- * 27 Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, 1980, S. 88f.
- * 28 ヴァルターの紹介で後述。Walter, Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast in den Verfahren von Arrest und einstweiliger Verfügung nach §§916ff. ZPO, 1992
- * 29 Ulrich, GRUR 1985, S. 207f., 211; Walter, a.a.O., S. 57ff.
- * 30 Baur, BB 1964, S. 610ff.
- * 31 Rosenthal, JW 1920, S. 912
- * 32 Walter, a.a.O., S. 23ff.
- * 33 Plassmann, NJW 1966, S. 958; Ostler, MDR 1968, S. 715, Fenge, JurA 1970, S. 561
- * 34 Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 1968, S. 97f.
- * 35 Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl., 1973, S. 189f.
- * 36 以下でPflichtを用いる意味は後述。Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl., 1980, S. 294
- * 37 Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl., 1980, S. 262ff.
- * 38 Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl., 1980, S. 295
- * 39 v. Barby, JZ 1973, S. 165; Borck, WRP 1978, S. 778; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, 1980, Rn. 296; Teplitzky, WRP 1980, S. 374; ders., JuS 1981, S. 125; Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsverfahrensrecht, 1983, S. 293f.
- * 40 Ulrich, GRUR 1985, S. 202ff.
- * 41 Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 34
- * 42 Baumgärtel, AcP 168, 1968, S. 403
- * 43 Scherer, Der Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, 1996, S. 19ff.但し、シェラーはこの見解にも実務の傾向のそのようなまとめ方にも必ずしも賛成ではない。
- * 44 防御書面については後述。用語訳は高橋宏志訳「西ドイツにおける国際私法及び民事訴訟法の新たな展開について」日独法学8号(1984年)154頁を参照。
- * 45 Walter, a.a.O., S. 24
- * 46 Hirtz, NJW 1986, S. 110ff.
- * 47 Walter, a.a.O. なお、野村「紹介」成城法学44号143頁はこれを詳細に紹介する。
- * 48 結論は主にWalter, a.a.O, S. 360ff. 参照。
- * 49 Walter, a.a.O, S. 81ff., S. 88
- * 50 Walter, a.a.O, S. 34ff.
- * 51 Walter, a.a.O, S. 46ff.
- * 52 概観図が示される。Walter, a.a.O, S. 84
- * 53 野村教授はこのことに気がつかれたのではなからうか。民事保全法改正によって疎明代用担保が廃止されたとする見解に、野村「仮処分に関する若干の問題点」成城法学41号(1992年)9頁は同意したが、疎明責任論の検討にあたってその見解を改められた。
- * 54 Kemper, Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht, 1992, S. 346ff.
- * 55 Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 326, Fn. 21も折衷説を否定する一般説。但し、その実質的根拠は明示されて

- いない。
- *56 Gloy/Spätgens, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 1986, §86 Rn. 64ff.
 - *57 Walter, a.a.O., S. 104
 - *58 Schuschke, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., 1987, S. 226; Pantle, Die Praxis des Zivilprozesses, 1987, Anm. 358; Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 19. Aufl., 1990, S. 151
 - *59 Teplitzky, WRP 1980, S. 374; ders, JuS 1981, S. 125
 - *60 Walker, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen verfahren, 1993, Rn. 631ff.
 - *61 Jauernig, a.a.O., S. 151
 - *62 Walker, a.a.O., Rn. 643 “Im diesem Umfang der Darlegungslast obliegt dem Antragsteller auch die Glaubhaftmachung.”
 - *63 Hansen, Die Substantiierungslast, JuS 1991, S. 588ff. なお, 主張具体化責任については松本博之・前掲61頁註48において, 「具体的事実陳述責任」として, 簡明な説明がある。
 - *64 Teplitzky, JuS 1981, S. 125; Kur, a.a.O., 1981, S. 131; Ulrich, a.a.O., S. 211; Hirtz, a.a.O., S. 113; Gießler, Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen, 1987, Rn. 60; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., 1995, §920, Rn. 11
 - *65 Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl., S. 298f.
 - *66 Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. 2. Arrest und Einstweilige Verfügung § §916-945 ZPO, 1995, § 920, Rn. 21ff.
 - *67 Berneke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 1995, Rn. 108
 - *68 Walker, a.a.O., Rn. 652
 - *69 Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl., 1995, §25 UWG, Rn. 6; Ahrens, Wettbewerbsverfahrensrecht, 1983, S. 303; Piehler, a.a.O., S. 229; Kemper, a.a.O., S. 335; Berneke, a.a.O., Rn. 61 Nirk/Kurtze, a.a.O., Rn. 220
 - *70 Piehler, a.a.O., 49f.; Kemper, a.a.O., S. 335; Ahrens, a.a.O., S. 325ff.
 - *71 RG JW 1898, 606
 - *72 RG JW 1905, 744
 - *73 GRUR 1953, 531
 - *74 KG GRUR 1955, 252f.
 - *75 Pastor, Wettbewerbsprozeß 1968, S. 79
 - *76 Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 130ff.
 - *77 Ahrens, a.a.O., S. 305ff.
 - *78 Piehler, a.a.O., S. 59, S. 217ff, S. 229
 - *79 Kur, a.a.O., S. 119
 - *80 Schuschke/Walker, a.a.O., §937, Rn. 6; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., §25 UWG, Rn. 26
 - *81 パストルはこれとAnhörnungを区別して用いるが, ここでの機能的意味は同じ。Vgl. Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl. S. 48ff.
 - *82 AbmahnungとVerwarnungの概念に実質的区別はない, とされる。Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, A., Rn. 1, Fn. 1; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 41, Rn. 1, Fn. 1; Nirk/Kurtze, a.a.O., Rn. 88
 - *83 Ahrens, a.a.O., S. 126ff.
 - *84 Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 41, Rn. 3
 - *85 Ahrens, a.a.O., S. 124
 - *86 Ahrens, a.a.O., S. 124, 139; Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, A., Rn. 7
 - *87 Ahrens, a.a.O., S. 124; Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, A., Rn. 8
 - *88 Baumbach/Hefermehl, a.a.O., UWG Einl. Rn. 532
 - *89 Ahrens, a.a.O., S. 126ff
 - *90 Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, 3. Aufl. S. 28f.; Ahrens, a.a.O., S. 141

- *91 Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., § 935, A., Rn. 17; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 41, Rn. 22
- *92 Ahrens, a.a.O., S. 126ff.
- *93 邦語文献はすでに紹介したほかに, 出口雅久「ドイツ保全実務における保護書面の発展」法学研究63巻(1990年)11号96頁, 同訳ゲルハルト・リュケ「ドイツ民事訴訟法における仮の権利保護の現代的諸問題」法学研究64巻(1991年)8号69頁, 荻屋昌志「差止仮処分発令手続の構造」東北大学大学院東北法学10号(1990年)1頁, 29頁, 木村正清「ドイツ保全処分における保護書面研究序説」慶應義塾大学大学院法学政治学論究23号(1994年)89頁, 同「ドイツ保全処分における保護書面閲覧権について」慶應義塾大学大学院法学政治学研究課論文集36号(1995年)91頁。
- *94 Hilgard, Die Schutzschrift im Wettbewerbs-sachen, 1985, S. 9, Fn. 1
- *95 Berneke, a.a.O., Rn. 125は請求権を有するとする。
- *96 Pastor, Der Wettbewerbsrozeß, 3. Aufl. S. 111
- *97 Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., § 935, B., Rn. 2; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 55, Rn. 52
- *98 Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., § 935, B., Rn. 2; Nirk/Kurtze, a.a.O., Rn. 169
- *99 Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 55, Rn. 52; ders, NJW 1980, S. 1667; Hilgard, a.a.O., S. 1
- *100 Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., § 935, B., Rn. 4
- *101 Teplitzky, NJW 1980, S. 1668
- *102 Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 55, Rn. 52; Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, B., Rn. 4
- *103 Hilgard, a.a.O., S. 39f.
- *104 Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche., 6. Aufl., 1992, Kap. 55, Rn. 52
- *105 Pastor, Der Wettbewerbsrozeß, 3. Aufl., S. 116ff.
- *106 Hilgard, a.a.O., S. 9 ff.
- *107 パストルはこの語を用いない (Verzichtserklärung, S. 493)。Pastor, Der Wettbewerbsrozeß, 3. Aufl., S. 450ff.; Gottwald, Einstweiliger Rechtsschutz in Verfahren nach ZPO, 1998, Anh. §935, Rn. 105
- *108 用語訳は“Die Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusßerklärung (Abschlussschreiben)”との表題より。Ahrens, a.a.O., S. 218
- *109 Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., § 935, D., Rn. 1
- *110 Ahrens, a.a.O., S. 215ff.
- *111 Gottwald, a.a.O., Anh. §935, D. Rn. 96
- *112 a. A., Nirk/Kurtze, a.a.O., Rn. 323
- *113 Ahrens, a.a.O., S. 217; Pastor, a.a.O., 3. Aufl., S. 456, 493ff.
- *114 Nirk/Kurtze, a.a.O., Rn. 319; Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, D., Rn. 3
- *115 Ahrens, a.a.O., S. 362ff.; Pastor, a.a.O., 3. Aufl., S. 495ff
- *116 Berneke, a.a.O., Rn. 334; Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, D., Rn. 6
- *117 Pastor, Der Wettbewerbsrozeß, 3. Aufl. S. 452f.; Ahrens, a.a.O., S. 218ff.; Schuschke/Walker/Schmukle, a.a.O., §935, D., Rn. 9f.
- *118 現在のUWG 3条の条文は次のとおり。「営業上の取引において競争目的をもって, 営業に関する事項について, 特に, その性質, 出所, 製造方法, または, 個々の商品・役務やその一括提供についての価格の提示, 価格表, あるいは, 商品の仕入れの方法又は仕入先, 報償の所持, 販売の動機又は目的, あるいは在庫数量について, 誤認させる (irreführend) 表示をした者に対しては, その表示の差止めを請求できる。」この条文は, 1969年7月1日に発効した不正競争防止法の改正以降

の条文である。Bärenfang判例時における旧 UWG 3 条の条文は次のとおり。「広告や広い範囲の人々に対してなされる告知において、営業に関する事項について、特に、商品や役務の性質、出所、製造方法、または価格の提示、あるいは、商品の仕入れの方法または仕入先、褒賞の所持、販売の動機または目的、あるいは在庫数量について、特に有利な提供に見せかける、不当な (unrichtig) 表示をなした者に対しては、その不当な表示の差止めを請求できる。」

この改正に際して、原則的な証明責任を広告主に負わせる立法提案がなされ、1968年3月7日の改正草案3条1項においては、「それが真実であると証明されない限り (sofern diese nicht erweislich wahr sind), その表示を差し止めることができる。」とされていたが、法文化しなかったという事情がある。Fenge, JurA 1970, S. 547ff.; Kur, a.a.O., S. 218ff.; Borck, GRUR 1982, S. 657

- *119 GRUR 1963, S. 270ff.
- *120 BGH vom 20. 1. 1961, GRUR 1961, S. 356ff.
- *121 Hefermehl, GRUR 1963, S. 274f.
- *122 Borck, WRP 1963, S. 193; ders., GRUR 1982, S. 659, Fn. 22
- *123 Fenge, JurA 1970, S. 566ff.
- *124 Kur, a.a.O., S. 189ff.
- *125 Ulrich, GRUR 1985, S. 206
- *126 パストルは第3版において初めてこの点言及し、OLG判例の引用も行う。Pastor, Der Wettbewerbsrozeß, 3. Aufl., S. 299 Fn. 23
- *127 Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutz, 1971, S. 4ff., 10ff.
- *128 Scherer, Der Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, 1996
- *129 松本教授はこのことに気づいておられたのではないか。「証明度の問題は、証明責任とは異なる問題である。しかし、両者は實際上、関連性を有する。証明度が高く設定されると、これに応じた高い解明可能性が存在しない限り、証明責任判決の余地が広がり、証明度が低ければ低いほど、証

明責任判決は少なくなる、ということができる。」松本博之『証明責任の分配 (新版)』(信山社出版 1996年) 4 頁。なお、松本教授は、疎明の証明度について、相手方への侵害の程度との相関を肯定される。松本・前掲論文44頁

- *130 本稿のこの結論は暫定的なものである。重大な留保の一つとして、被保全権利の審理を予定しない保全手続を考慮の外に置いていることが挙げられる。本稿の議論の射程を被保全権利の疎明責任に限定したことは、「二、」の「1、疎明責任論の概説」で触れたが、その理由は、従来の議論が射程を限定していたことと、この射程の限定が証明と疎明との対照を明確化することとにあるのみであり、考察すべきではないという積極的理由は今のところ見あたらない。