

45 暫定的権利保護の領域における外国法の影響

ナヴィス・デレン・イルディリム

(酒 井 一 訳)

- I 保全手続の目的
- II トルコ法における暫定的措置への外国法の影響
 - 1 保全処分
 - 2 命令的処分
 - 3 給付処分
- III 結 語

I 保全手続の目的

仮処分は、権利保護の重要な構成要素である。判決手続は、しばしば、多大な時間の消費を必要とする。法治国家は、その司法的保護の責務に鑑みて、個々人に対して、長期の手続継続による不利益を防ぐための諸方策を講じなければならない⁽¹⁾。

(1) 仮の権利保護を司法保護請求権から導き出す著書を参照。Beys, Der provisorische Rechtsschutz in hellenischen Recht, in : Prozessuales Denken aus Attika, Athen 2000, S. 616-627 (暫定的権利保護), S. 619, 625 ; Ganslmayer, Die einstweilige Verfügung, Stuttgart/München/Hannover/Berlin 1991, S. 15 ; Klamaris, Das prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, in Festschrift Karl-Heinz Schwab, München 1990, S. 269-276, とりわけS. 272-273 ; Schilken, Die Befriedigungsverfügung Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin 1976, S. 20 ;

仮の権利保護の第一の目的は、原告の回復不可能な損失の回避、換言するならば、訴訟対象の状態の維持および暫定的確保である⁽²⁾。つまり、仮処分は、金銭債権以外の請求に関する強制執行の確保に資するものである⁽³⁾。

学説においては、この目的が中間的規制からのみ発し、それ以上には及ぶべきではない、との見解も主張されている⁽⁴⁾。暫定的満足の措置は、仮の権利保護から除外されるべきであり、命じられる措置は、原告の満足へと導くことはできない。したがって、判決手続と比べて、仮処分は、つねに、それを下まわるものでなければならない⁽⁵⁾。つまり、保全手続は判決手続の正当性の保障を有しておらず、この手続は、本案手続に取って代わることはできない⁽⁶⁾。

学説においては、異なった見解も主張されている。たしかに保全措置における本案請求の先取りの禁止は肯定されるが、たとえば不作為処分のような他の処分による原告の請求の暫定的満足の可能性は、排除されない⁽⁷⁾。あるドイツ

Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, B.II, §§ 916-945 ZPO, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, Vor § 916, Rdnr. 1 ; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993, Rdnr. 57. Leipold, Struktur des einstweiligen Rechtsschutzes, ZJP 90 (1997), S. 258-270, (ZJP 90), S. 259-260参照。

(2) Stach, Vorsorgliche Maßnahmen nach Bundesrecht und st. Gallischem Zivilprozessrecht, St. Gallen 1991, S. 11 ; Sormani, Die einstweilige Verfügung in der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, Bern 1947, S. 49.

(3) Schuschke, Vor § 916, Rdnr. 8

(4) Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971, (Grundlagen), S. 84.

(5) Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1976, (Studien), S. 52 ; Hasenböhler, Die provisorische Verfügung nach Basellandschaftlichen Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1-62, S. 22 ; Heinze, Der einstweilige Rechtsschutz in Zahlungsverkehr der Banken, Frankfurt a.M 1984, (Zahlungsverkehr), S. 22, 54 ; MüKo, Heinze, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, B. 3, §§ 803-1048, München 1992, Vor § 935 ZPO, Rdnr. 2ff.

(6) 明示するものとして、Heinze, Zahlungsverkehr, S. 22がある。また、Leipold, Grundlagen, S13 ; Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, Frankfurt a. M 1980, S. 41参照。

(7) Ahrens, Wettbewerbsverfahrensrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1983, S. 244, 246 ; Alder, Der einstweilige Rechtsschutz in Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 34-45 ; Baumgärtel, Buchbesprechung zum einstweiligen

人学者の言葉が今日の状態を表している⁽⁸⁾。「実務は、長らく、本案請求の単なる確保を求める仮の権利保護の制限を越えている。履行の延期が、請求がもはや実現できないところへと導くのであれば、仮処分による請求の即時的履行(いわゆる給付処分)が命じられる、と今日では認められている」。マイヤー⁽⁹⁾もまた、権利状態の仮執行が仮の権利保護の「日常茶飯事 (täglich Brot)」に属する、と主張する。

II トルコ法における暫定的措置への外国法の影響

1927年トルコ民事訴訟法は、大部分、1925年のスイス・ノイエンブルグ州民事訴訟法の翻訳である。トルコ民事訴訟法101条は、さまざまな保全処分および命令的処分を内容とする措置の目録を含んでいる。しかるに、この目録は、排他的なものではなく、トルコ民事訴訟法103条は、それ以外にも、裁判官に、回復不可能な不利益を回避するための適切な処分を行う権限を付与する。

仮の権利保護の分野において、トルコ法は、スイス法の強い影響下にある。この理由から、トルコ学説においては、ドイツの立法者に特有の保全処分および命令的処分における処分態様の分類も拒否した。その代わりに、保全処分、命令的処分および給付命令を論じることができる⁽¹⁰⁾。また、トルコの欧州共同体関税条約への加入およびTRIPSやGATT, PCTのような国際条約への参加は、トルコ法における仮の権利保護の域を越えている。1995年には、特許法や

Rechtsschutz, Tübingen 1967, in : AcP 168 (1968), S. 401-407, S. 404 ; Deren-Yildirim, Haksiz Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, Istanbul 1999, S. 12 ; Kaufmann, Einstweiliger Rechtsschutz, Bern 1993, S. 19 ; Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983, S. 298-300 ; Schenker, Die vorsorgliche Maßnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985, S. 52, 100-101 ; Sormani, S. 62-63 ; Uebe, Die Vorwegnahme der Entscheidung durch einstweilige Verfügung, Freiburg 1972, S. 24-106 ; Üstündag, İhtiyati Tedbirler—Geçici Hukuki (Koruma) Tedbirleri, Istanbul 1981, S. 12 ; Walker, Rdnr. 73 ; Zieger, Die vorsorgliche Maßnahme in der Zivilgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Zürich 1944, S. 106.

(8) Grunsky, Grundlagen des einstweiligenrechtsschutzes, JuS 1976, S. 277-287, (JuS 1976), S. 283.

(9) S. 298.

(10) Deren-Yildirim, S. 96 ; Üstündag, S. 18-35ff.

市場保護法、意匠法および生産地表示に関する法律のような営業上の権利保護に関する法律が引き続いて発効した。これらの法律には、さまざまな外国の法律が手本として役立っている。たとえば、トルコ特許法においては、1986年スペイン特許法の影響が明確に見られる。すべて営業上の権利保護に関する上記の法律は、仮処分の要件及び態様についての独自の規定を含んでいる。さらに、それらは、かなり独特な訴訟形態を有しており、立法者はそれを「証明確認の訴え」と表現しているが、従来の訴訟法の思考に馴染みのないものである。1956年の商法や1951年の著作権法のように、古い法律のなかにも措置の目録がある。

こうした理由から、仮処分の態様を特別に提示し、分析することに意味がある。

1 トルコ法における保全処分

トルコ民事訴訟法においては、さまざまな保全処分が列挙されている。たとえば、処分禁止の仮処分（トルコ民法920／I条による）⁽¹¹⁾、登記簿への暫定的記載（921条による）⁽¹²⁾、係争物保管人への財産の引渡がそれである。

スイス民法およびトルコ民法⁽¹³⁾のいずれにも馴染みがないものではあるが、不動産の譲渡禁止命令の発令も肯定されている⁽¹⁴⁾。

ノイエルベルグ州の旧民事訴訟法およびトルコ民事訴訟法は、判決の将来的執行を保全し、こうした方法で訴訟の係統中に、現在する状態の保持のために役立つこうした措置を発令することを認めている⁽¹⁵⁾。

スイスの学説においては⁽¹⁶⁾、保全措置を2種類に分類している。すなわち、

1. 固 定 的 措 置 (Stillegensmaßnahme) 2. 予 防 的 措 置

(11) スイス民法960条参照

(12) スイス民法961条参照

(13) トルコ民法は、1907年12月10日のスイス民法の翻訳である。

(14) Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel u. Frankfurt a. M. 1990, Rdnr. 816. Üstündag, S. 25 ; Kuru, Hukuk Mahakemeleri Usulü El Kitabı, Istanbul 1995, S. 717.

(15) Neu ZPO Art. 121-122 ; トルコ民訴101条2号参照。Stach, S. 28-29 ; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1992, S. 309.

(16) Stach, S. 29 ; Vogel, S. 309 ; Walker, Vorläufiger Rechtsschutz in der Schweiz, in : FS H.Nakamura, Tokyo 1996, S. 657-683, S. 663.

(Vorsorgemaßnahme) である。予防的処分禁止のような処分, 登記簿への暫定的記載および相続関係訴訟の際の担保提供命令は予防的措置に属する。

保全処分は, 民事訴訟において, 強制執行における仮差押えと対比される⁽¹⁷⁾。保全処分は, 第一に対象において, 第二に禁止されている給付に向けられていない請求の履行確保に役立つことで, 仮差押えと明らかに区別される⁽¹⁸⁾。トルコの債務徴収法および破産法は, スイス法に由来する。両法において, 仮差押えの理由は, 制限列举されている。スイスの判例⁽¹⁹⁾は, 「隠れた仮差押え (verscheiert Arrest)」といって, 金銭の支払いに向けられた処分を拒否している。金銭の支払い (ないし担保の提供) に向けられた請求権は, 強制執行・破産法の範疇に属し, それゆえ, 仮差押えの理由がない場合には, 一時的金銭給付請求は, つねに拒否されなければならない。この場合に, 仮処分も発することが許されない。ハーゼンヴェーラーは, 強制執行・破産法271条において仮差押えの要件事実が制限的に列举されているので, 本条を迂回するために, 実務においては, 繰り返し, 一時的処分の発令の要求がなされる, と考えている⁽²⁰⁾。

しかし, 新たに発布されたトルコ営業権法は, 特許法⁽²¹⁾・市場保護法⁽²²⁾, 意

(17) 明示するものとして, Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997, § 76 II 1

(18) 扶養債権の支払を求める仮処分は唯一の例外である。この背後には, 特別に急を要する事態が潜んでいる。Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, B. 7, Teilband 1, §§ 864-943, Tübingen 1996, Vor § 935, Rdnr. 38-39; Baur, Arrest und eistweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, S. 607-615, (BB 1964), S. 609. を参照。

(19) BGE 74 II 51; BGE 79 II 288; BGE 85 II 196; BGE 86 II 295; BGE 108 II 182. 同旨 Gloor, Vorsorgliche Maßnahmen im Spannungsfeld Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982, S. 106-107; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 575, Fn. 5; Hasenböhler, S. 8-9; Sormani, S. 39; Stamm, Das Institut der vorsorglichen Maßnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Zürich 1943, S. 12; Vogel, S. 311; Ziegler, S. 18. トルコ法については, Mülküs, İhtiyati Tedbir ile İhtiyati Haczin Uygulama Yeri, ABD 1969, B. 3, S. 313-312; Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, S. 99, Fn. 1.

(20) 著者は, 裁判官に, そうした回避的策動に対して警告する (S. 8-9)。

(21) § 152/c

匠法⁽²³⁾および産地表示に関する法律⁽²⁴⁾と同様に、スイスおよびトルコの従来の法制度理解と抵触する措置類型を含んでいる。これらの法律の発効以来、生じる可能性のある損害賠償債務の確保に役立つべき措置をも執ることができる。興味深いのは、スペイン特許法⁽²⁵⁾・市場保護法⁽²⁶⁾は、観念的措置を含んでいることである。オルテル・ラモス⁽²⁷⁾によると、この措置は、保全処分に属する。

しかしまた、スイスの学説においては、競争法および無体財産法の領域における多くの研究者たち⁽²⁸⁾は、申立の相手側からの立担保の命令を「特別な内容を有する予防的措置」と表現している。それは、スイスの州民事訴訟法ないしトルコ民事訴訟法の中に規定されている担保であるけれども、仮処分の回避または取消に役立つものである。この内容の具体化を用いて、回復不可能な損害を回避することができ、その措置が相当性の原則と一致するものと主張されている。しかしまた、パウアー⁽²⁹⁾は、主張されている特許侵害から生じる利得の供託のごとき措置が不作為仮処分よりもいい可能性を提供するものと考えている。

申立人にとって、スイスおよびトルコの法制度において、仮差押えの理由を疎明することは容易でない。それは、スペイン法におけると同様にトルコ法において、営業上の権利保護の領域で、生じる可能性のある損害賠償債権の担保が仮処分のひとつとして可能であることが規定された理由のひとつかも知れない。しかしまた、そうした措置を適法とするならば、この「特別な」措置を、ことさら給付処分のもとではなく、立担保処分のもとに組み込まなければなら

(22) § 77/c

(23) § 64/c

(24) § 35/c

(25) § 133 (1986年3月20日スペイン特許法)

(26) § 40 (1988年11月10日スペイン市場保護法)

(27) Ortells-Ramos, effektiver Rechtsschutz im spanischen Privatrecht—insbesondere zum einstweiligen Rechtsschutz, ZZP Int. 1997, B. II, S. 95–116, S. 110–111. Beys, Die Sicherheitsleistung als einstweilige Verfügung im hellenischen Recht, in: Prozessuales Denken aus Attika, Athen 2000, S. 628–637 (保全給付), S. 629ff. 異なった見解として, Knothe, Einstweiliger Rechtsschutz im spanischen und deutschen Zivilprozess, Berlin 1999, S. 49 (訴訟上の保全給付は、通説的観念によると、仮の権利保護措置ではない)。

(28) Alder, S. 168–169; Schenker, S. 106–197. Meier, S. 301をも参照。

(29) BB 1964, S. 110.

らない⁽³⁰⁾。

トルコの営業上の権利保護に関する諸法律⁽³¹⁾は、さらに、その措置目録の中に、製品または生産品の留保または保管を認める保全処分を含んでいる。

トロラー⁽³²⁾は、実務を観察して、つぎのように結論づける。「禁止の遵守を確保するための補助的な措置としての差押えは、ルツェルンにおいてはかなりしばしば、これに対してチューッリヒにおいては控えめに、命じられる。」ここに、差押えに影響する場所の問題が潜みうる。そうした場合には、商品の封印または財産目録の作成を推奨する⁽³³⁾。

それは保全処分に属するのではあるが、差押えは、スイスの学説においては、「申立人の領域への重大なる侵害」と表されている⁽³⁴⁾。不作為その他の結果除去処分は、差押えの際に設備や装置の利用可能性が制限されているので、害のない措置とみられている。

不正競争の抑圧のためには、保全処分はたいして役に立たない。現状の維持は、権利追求者に余り役に立たない⁽³⁵⁾。つまり、競争法は、ある状態ではなく、ダイナミックな行為展開を規制するものだからである⁽³⁶⁾。

2 命令的処分

ドイツの学説においては、命令的処分の内容が争われている。何人かの研究者⁽³⁷⁾は、1. 形成的処分と2. 満足の処分の2種の命令的処分を区別する。形

(30) Deren-Yildirim, S. 92; Schenker, S. 106.

(31) 特許法152/b条, 市場保護法77/b条, 意匠法64/b条, 著作権法77条。スペイン特許法133条参照。

(32) 無体財産法の仮処分については, in : Festschrift 150 Jahre Obergericht ZBJV 1991, S. 305-335, S. 325.

(33) Troller, S. 327.

(34) Adler, S. 140; Schenker, S. 105.

(35) Deren-Yildirim, S. 82; Ming, Die vorsorglichen Maßnahmen im Gewerblich Rechtsschutz und Urheberrecht, Zürich 1969, S. 20; von Büren/David, Schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, B. I /2, Basel 1992, S. 176.

(36) 明示するのは, Schenker, S. 106.

(37) 明示するのは, Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 II 2, 詳しくは, Schilken, S. 68ff. 同様の見解として, Bauer, BB 1964, S. 608; Leipold, Grundlagen, S. 124.

しかしながら, 措置を確保・規制・給付処分に分類する見解がドイツの学説中にも存する。Ahrens, S. 245-246, Granslmayer, S. 20ff; Jauernig, Der

成的処分が純粹に形成的措置からなるのに対して、満足の処分は、すでに本案において追求されている権利保護目的を先取りする。

しかし、スイスおよびトルコの学説においては、「命令的処分」の概念のもとに、形成的措置だけを理解する⁽³⁸⁾。命令的処分の場合、継続的關係が、訴訟進行のために暫定的に形成される。執行の保全および請求の暫定的満足のいずれにも役に立たない措置は、命令的処分と表される⁽³⁹⁾。暫定的に形成される継続的法律關係は、財産法上、身分法上のいずれの態様もありえる⁽⁴⁰⁾。別居、住居の配備、子の割当、面接権および扶養料の支払の命令が家族法上のものの例である⁽⁴¹⁾。他の適用領域は、会社法⁽⁴²⁾、労働法、銀行法⁽⁴³⁾である。

しかしながら、営業保護および競争法の領域では、形成的処分は、重要ではない⁽⁴⁴⁾。

3 トルコ法における給付処分

今日もなお、ドイツの学説においては、給付処分が独自のカテゴリーを構成するののかについて議論されている。ドイツの立法者は、民事訴訟法935条に保全処分を、民事訴訟法940条に命令的処分を規定するが、給付処分を規定していない。この理由から、多くのドイツの研究者は、「給付処分」または「満足の処分」の概念を利用し、これらの措置を命令的処分に加える⁽⁴⁵⁾。

zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZZ 79 (1996), S. 321-347, S. 323ff., S. 336ff ; Morbach, Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen, Frankfurt a. M. 1998, S. 78-79 ; Stein/Jonas, Vor § 935, Rdnr. 29a ; Schuschke, Vor § 935, Rdnr. 17, § 940, Rdnr. 1.

(38) Deren-Yildirim, S. 93ff ; Ernst, Die vorsorglichen Maßnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Zürich 1992, S. 12ff ; Gloor, S. 19 ; Meier, S. 183 ; Üstündag, S. 32ff ; Vogel, S. 309 ; Walter, S. 665-666 ; Stach, S. 45ff.

(39) Meier, S. 184.

(40) Ganslmayer, S. 22.

(41) Vogel, S. 309, Rdnr. 185.

(42) たとえば、業務遂行権限および代理権の關係、営業所への立入禁止。その他の例については、Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 II 2ff. (S. 1021) を参照。

(43) Rosenberg/Gaul/Schilkenは、保証金の支払を命じるような仮処分を可能とする。

(44) Deren-Yildirim, S. 94 ; Alder, S. 135, Fn. 468.

(45) Baur, BB 1964, S. 308 ; Leipold, Grundlagen, S. 106ff ; Rosenberg/Gaul/

シュタイン/ヨナスによると⁽⁴⁶⁾、「ほとんど、この給付または満足の処分は940条によるものであるが、そのことによって、本条が立法者により与えられた適用範囲を超えて拡張されたり、われわれが実際に法の継続的形成をもってそれをしなければならないことを欺くことはできない。」

トルコの学説においては、スイスにおけると同様、給付処分を独自の措置態様と理解することに躊躇はない。すでに90年代中頃の法典編纂の大きな波以前に、営業権保護の領域において、給付処分についていうことができた。トルコ民事訴訟法は、ドイツ民事訴訟法とは異なり、排他的措置目録を有していないからである⁽⁴⁷⁾。

不正競争の抑圧に関して、立法者は⁽⁴⁸⁾、不作為処分に加えて除去処分の発令を許す⁽⁴⁹⁾。著作権法においても⁽⁵⁰⁾、措置、行為の実行および申立人に損害を与える行為の中止が挙げられている。営業上の権利保護の領域における新しいトルコの法律のすべては、本来効果的な権利保護のために欠くことのできない不作為処分⁽⁵¹⁾を措置目録の中に取り入れた。

トルコ法とスイス法のいずれにとっても、許される給付処分の内容を正しく規定することは非常に重要なことである。

a) 不作為処分

競争法および無体財産権の領域においては、もっぱら、不作為の訴えが提起されるので、通常は、特定の競争行為の暫定的不作為が命じられる⁽⁵²⁾。不作為

Schilken, § 76 II 2; Schilken, S. 68ff.; Walker, Rdnr. 125, 130–131.

「こうした観点のもと、不作為を命じる判決だけは排除されなければならない。つまり、それは、いわんとするところは、規制処分または確保処分の内容だけでしかありえない」とするJauernig, S. 337を参照。

ギリシャにおける論争につき、Mantzourani-Tschaschnig, Die Befriedigungsverfügung nach deutschem Recht, Frankfurt a. M. 1986, S. 46ff.を参照。

(46) Vor § 935, Rdnr. 31a.

(47) トルコ民事訴訟法103条参照。同様の観点から、Üstündag, S18, 35ff.

(48) 1956年トルコ商法63条。1948年スイス不正競争防止法参照（トルコ商法の不正競争に関する諸規定は、1948年スイス不正競争防止法からの受容である。）

(49) 立法者は、競争違反行為の結果の原状への回復を述べる。

(50) トルコ著作権法77条

(51) § 152/a PatG; § 77/a Markenschutzgesetz; § 64/a Geschmackmustergesetz; § 35/a Gesetz über Herkunftsangaben. Vergl. Spa. PatG. § 133.

(52) Schenker, S. 110.

処分をもって、相手方に対して、具体的侵害行為の実行または反復を禁止する⁽⁵³⁾。

措置内容としては、実体的法律効果と比べて、それ以下のものでなければならぬ⁽⁵⁴⁾。

すなわち、仮処分は、本案請求を終局的に処理することが決してできない。仮の権利保護が、申立人に対して、提起された訴えの認容よりも大きなものをもたらすならば、そこには「それを超えたもの」がある⁽⁵⁵⁾。こうした理由から、保全手続の訴訟物と本案、とりわけ不作為請求の訴訟物とが一致していることを正しく示すことは、大変重要である。

通説は、つまるところ両手続の訴訟物が同一でありえないということから出発する⁽⁵⁶⁾。それは、両手続において異なった目的が追求されていることによって根拠づけられる。しかし、パストール⁽⁵⁷⁾は、競争法上の不作為請求の場合、緊急の手続と本案手続の両手続における訴訟物が同一であることを前提として、彼によると、両手続の訴訟物は「実体法上の不作為請求権」である。

トルコ法、スイス法のいずれにおいても、裁判官が不作為処分を発した場合、請求は終局的に処理されないものであり、つまり、仮処分は、ドイツ法と異なり、時間的に非常に制限されている。申立人は、措置の発令の後ただちに⁽⁵⁸⁾、本案請求に関する訴えを提起しなければならず、期限の渡過後は、措置は当然

(53) Ernst, S. 114.

(54) Baur, Studien, S. 27, 70-71 ; Meier, S. 158, 300 ; Kininger, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen, Wien 1991, S. 29ff.

(55) Kininger, S.29.

(56) Ahrens, S. 268 ; Ganslmayer, S. 43 ; Höhne, Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Freiburg 1974, S. 9 ; Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 4. Auflag, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S860-861 ; Schilken, S. 58 ; Walker, Rdnr. 155 ; Deren-Yildirim, S. 143.

(57) Pastor, Der Wettbewerbsprozess, 3 Auflage, Köln 1980, S. 258-260, 288. 同様の見解のものとして, Lipps, Gestaltungsmöglichkeit bei einstweiligen Unterlassungsverfügungen im Wettbewerbsprozess, NJW 1970, S. 226-228, S. 226-227. があるが, これに批判的なのがAhrens, S. 268. である。

(58) 109/I 条は, 10日間の法定期間を規定し, それは失権期間である。バーゼル民事訴訟法においては, この期間を2日間しかない。しかしまた, チューリッヒ民事訴訟法(297条)のように裁判官による提訴期間の指定を定める州もある。ドイツ民事訴訟法926条およびギリシャ民事訴訟法693条参照。

に無効となる⁽⁵⁹⁾。おそくとも、通常手続における判決の言渡をもって、措置は無効となる。それゆえ、両法制度においては、仮の権利保護は、「小判決手続」と表すことはできない。そのうえ、裁判官は、通常手続において、措置の判断に拘束されない。仮処分の既判力は、本案請求に関わるものではない。それゆえ、仮処分は、制限された確定力のみを持つ。

不作為請求権の「暫定的」執行は、もはや原状回復不可能な措置に属さない⁽⁶⁰⁾。ここでは、つねに相当性の原則を考慮しなければならない⁽⁶¹⁾。

b) 除去処分

スイスおよびトルコの競争法において、除去請求権の暫定的執行は、明文で規定されている⁽⁶²⁾。

トルコ商法において⁽⁶³⁾、「競合禁止の結果回復」、「撤回による除去」（換言するならば、「その表示または記載が正しくないという旨の申立相手方の宣言」）が明示されている。意匠法においては⁽⁶⁴⁾、「作為の実施」といった措置が含まれている。

しかし、これらすべての措置は、注意して処理されなければならない。つまりは、それが相当性の原則に反するおそれがある⁽⁶⁵⁾。パウアーは⁽⁶⁶⁾、正当にも、除去処分の際にも、請求と比べてそれ以下のものであることが示された場合にのみ、そうした処分が命じられなければならないものと示唆する。さらに、裁判官は、回復されうような措置を発するべきである。

作為の実施を命じることも仮処分の適法な内容に属するのかは、より詳しい説明を要する。イェーリングは⁽⁶⁷⁾、「代替的」作為と「不代替的」作為の実施

(59) Deren-Yildirim, S. 192ff.; S. 175-176.

(60) So Deren-Yildirim, S. 78 ; von Büren/David, S. 183.

(61) この原則については、Yildirim, *İcra Hukukunun Anayasa İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi*, Hukuk Araştırmaları, 1989, B. 1-3, S. 98-115を参照。

(62) トルコ商法63条, スイス不正競争防止法9/I条参照。また、トルコ著作権法77条参照。

(63) § 63

(64) § 77

(65) 相当性の原則にしたがい、裁判官は、複数の措置の中から、影響の最も少ないものを選択しなければならない。Meier, S. 158. もっとも穏当な措置をもって効果的な権利保護をなしえるかは、学説において、多くの研究者により問題とされている。Meier, S. 300 ; Schenker, S. 101ff. 参照。

(66) Studien, S. 58.

とを区別する。それによると、たしかに裁判官は申立の相手方に代替的作為の実施を命じることができるが、けれども、不代替的作為を命じることにはできない。

スイスの学説においては、不当な張り紙⁽⁶⁸⁾や宣伝広告⁽⁶⁹⁾の排除を命じる除去処分は、適法なものと認められている。

しかし、アーレンスは⁽⁷⁰⁾、満足の効力を有する除去処分に対して警戒的である⁽⁷¹⁾。よりわずかな範囲の保全的措置だけを認めようとする⁽⁷²⁾。

撤回による除去の場合にも、疑問がある。通説は⁽⁷³⁾、そうした処分がもはや回復することのできないより強い侵害へと導くので、撤回による除去を思いとどまる。ここでは、申立の相手方は、表示が正当でないことをまさに強制的に宣言させられる。

これに対して、シルケンは⁽⁷⁴⁾、仮処分による撤回表示の命令が名誉保護の分野において大きな意味を有するものと考えている。

撤回と比べて、反対表示は、より穏やかで適法な措置と考えられている⁽⁷⁵⁾。反対表示の場合、申立の相手方は、相手方当事者によってなされた主張を受諾し、この主張の印刷費用を支払わなければならない。

(67) S. 339. Auch Schilken, S. 147ff.

(68) Ernst, S. 116.

(69) Schenker, S. 119.

(70) S. 258-259. Vergl.: Ernst, S. 120: 「回復不可能な広告の廃棄のような措置は、仮の権利保護においては許されない。」

(71) したがって、会社の解散命令、広告の廃棄および申立人へのこうしたものの引渡を排除する。

(72) Ahrens, S. 259.

(73) Baur, BB 1964, S. 607ff., Studien, S. 58-59; Ahrens, S. 258; Grunsky, Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, S. 724ff. (JurA 1970), S. 739; Jauernig, S. 343-344; MüKo, Heinze, § 935 Rdnr. 246; Pastor, S. 420; Schenker, S. 117; Teplitzky, Arrest und einstweilige Verfügung, JuS 1980, S. 882-886, S. 885.

(74) S. 150. 著者は、不代替的作為に属することを強調する (150頁)。フォーゲルは、この処分をも適法とする (S. 311, Rdnr. 200)。Vergl. BGE 107 I a 283

(75) Jauernig, S. 344; Ahrens, S. 258; Schenker, S. 118; Ernst, S. 117; Baur, Studien, S. 59; von Büren/David, S. 184

Ⅲ 結 語

トルコ民事訴訟法は、スイス法の強い影響下にある。スイスおよびトルコの法律は、暫定的権利保護の分野において、相当かつ多様な措置目録を利用することができる。こうした理由から、学説は、給付処分を適法と考えることをもおそれない。

しかし、注意しなければならないのは、両法制度において、通常手続を仮の手続によって代替される機会がないことである。両国において、終局的権利保護に対する仮の権利保護の関係はかなり密接である。申立相手方は、ただちに訴えを提起しなければならず、期限が渡過すると、措置が役に立たなくなる。

こうした点から、トルコ法およびスイス法は、ドイツ法と全く区別される。つまり、ドイツ民事訴訟法926条によると、申立相手方の要求後にはじめて、提訴期間が裁判官により決定される。ギリシャ民事訴訟法693条も、裁判所がその裁量にしたがい、30日より短くない期間で、提訴期間を決定する旨を規定しており⁽⁷⁶⁾、興味深い。ギリシャの裁判官に裁量権が付与されたものと考えられている。

ドイツにおいては、むしろ、本案訴訟の提起前に下された仮処分に際して、申立相手方が期間指定を申し立てなかった場合に、仮の手続が「小判決手続」に変ずる危険がある⁽⁷⁷⁾。こうした法制度においては、担保をもって仮の権利保護の目的を制限する傾向があるにちがいないものと思われる。

スイスおよびトルコにおいては、むしろ、申立人が「暫定的」にのみ満足を得ることが確実にされている。つまり、そうした法制度においても、内容決定に際して、たとえば相当性の原則のような仮の権利保護の個々の諸原則⁽⁷⁸⁾を綿密に顧慮しなければならない。

(76) Mantsourani-Tschaschnig, S. 219の翻訳を参照。

(77) ギリシャにおいては、もしかしたら、それが生じているかもしれない。つまり、裁判官が、(権限付与規定であるので) 提訴期間を定めなかった場合である。

(78) したがって、相当性の原則、不可逆的な処分の発令の禁止のような諸原則が発せられるものと思われる (これらの諸原則につき, Prozessuales Denken aus Attika, Athen 2000, S. 638-644, S. 641ff.; Yildirim, S. 98ff. 参照)。

[編者あとがき]

本稿は、2000年9月10日から15日まで、ギリシャのシロス島で開催された訴訟法国際シンポジウム（比較民事法研究所〈所長中村英郎教授〉とアテネ司法研究センター〈所長コスタス・ベイス教授〉の共同主催）において、マルマラ大学（イスタンブール）法学部ナウイス・デレン・イルディリム講師（Doz. Dr. Nevhis Deren-Yildirim）が行った報告（ドイツ語・DIKE 2000年11月号1159頁以下に掲載）の翻訳である。報告の原題名は、Der Einfluß des Fremdenrechts im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes. 訳者 酒井氏は甲南大学教授。