

フランスにおける仮処分

堤 龍 弥

- 一 はじめに
- 二 レフェレの命令
- 三 申請に基づく命令
- 四 準備手続裁判官の命令
- 五 おわりに

一 はじめに

本稿は、フランスにおける仮処分手続ないし制度の現状を概観することをその主たる目的とする。すでに、これまでにも、わが国においてその手続ないし制度を研究の対象としたすぐれた論文ないし著書が多数発表されている。本稿が、それに対しさらにいくばくの寄与をなし得るかは定かではないが、最近、フランスの民事保全について執筆する機会を与えられたのを幸いに、(そこで¹⁾の基本的な記述を前提に)そこにおいて十分に紹介できなかった(留保させていただいた)、とりわけフランスにおける仮処分の具体的な手続内容のいくつかについて、最新の文献を

基礎にここでその補充的解説を行っておくこともあながち無意味ではなからうと考えた次第である。⁽²⁾

なお、拙いながらも本稿は、仮処分について極めてご造詣が深く、数々の珠玉のご論文を発表されてこられた故中務俊昌教授に対し、その学恩に感謝しつつ捧げられるものである。

(1) 拙稿「フランスにおける民事保全」(中野貞一郎・原井龍一郎・鈴木正裕編『民事保全講座・第一巻(基本理論と法比較)』所収)。フランスにおける仮処分に関する文献については、この拙稿の注(1)「邦語文献」および注(2)「フランス語文献」を参照していただければ幸いである。なお、本稿は、それらの中でも、とくにフランスにおいて最高水準にあるとされている大型体系書 *Solus et Perrot, Droit judiciaire privé*, t. 3, n°s 375-377, 1253-1390, 1991 を基礎にしたものであることを予めお断りする次第である。

(2) 本稿も、前注(1)の別稿と同様、読者の便宜ないし実益に鑑みて、フランスにおける仮処分(レフェレの手続、申請手続等の一部)を、主としてわが国での民事保全としての仮処分の観点から紹介、記述するものである。

二 レフェレの命令⁽³⁾

(一) レフェレの手続の特徴

レフェレの裁判官の面前における手続は、その迅速性と簡易性により特徴づけられる。健全な裁判運営と両立し得る限度において、より短い期間内に裁判を取得し得るためには、あらゆる不必要な形式主義を避けることが実際上不可欠となる。そこから、原則としてすべてのレフェレの裁判官の面前で適用される一般的な規定である新民訴法四八五条、四八七条に現れているいくつかの特徴が出てくるのである。しかしながら、これらの法文が明らかに不十分なものであることから、その問題についての極めて重要な二次的法源となる判例および慣行による補充が不

可欠となるであろう。

以下では、まずレフェレの申立方法、つぎに当事者の出頭、補佐および代理、そして最後にその審理方式に関する特徴のいくつかを見てみることにしよう。

(1) レフェレの申立方法

① 方式と内容

原則として、「申立ては、レフェレに慣例的な日時に、このために開かれる弁論への呼出し (assignation) の方法によって、提出される。」(新民訴法四八五条一項)。呼出しの方式およびその内容は、通常の訴訟手続のそれ(新民訴法五五条、五六条、六四八条、六五三条以下参照)である。それは、一方で、後述するように弁護士の選任が義務的でないこと、そして他方で、明示的にその日時が指示される弁論のために慣行的に決められている日に交付される、という二つの点で違いはあるが、通常の呼出状に掲げられているあらゆる指示を含んだ法廷執行吏証書 (acte d'huisier de justice) の方式をとる。この呼出状は、弁論期日前に裁判所書記課に「備え置かれ」(placée) なければならないことから、一般には「事件登録申請書に基づくレフェレ (référé sur placé)」とも呼ばれている⁽⁴⁾。

② 出頭期間

出頭期間についての定めはなく、すべては、事件により本質的に異なる緊急性の度合いに依存することになる。が、他方でレフェレの裁判官は、「呼出しを受けた当事者がその防御を準備し得るために、呼出しと弁論との間に充分な時間が経過したこと」を確認する義務を負っている(新民訴法四八六条)。従って、訴訟事件の状況または債務者との距離に鑑みて、呼出状が非常に近い日時に交付されたことが明らかであれば、裁判官は、債務者が出頭

しなかった場合は彼を再度呼び出してもらうために、一番近い法廷に事件を移送しなければならず、また判例によれば、債務者が充分な準備期間を持つことなくなされた命令は、防衛権違反を理由に無効と宣告されることになろう。⁽⁵⁾ また充分な期間であるかどうかは、レフェレの裁判官の専権的な判断に属するとされている。しかし、レフェレが直ちに行われるべきような特別の緊急性がある場合を除いては、原則として、その期間はまるまる一日を下回することはできないとの慣行が確立しているようである。

これに関連して、新民訴法四八五条二項は、「事件が迅速性を要求する場合には、レフェレの裁判官は、祭日または休日であっても、指定する時間に、法廷あるいは公邸に、呼び出すことを許可することができる」と規定する。実務上「即時レフェレ (référé d'heure à heure)」と呼ばれている手続方式であるが、新民訴法四八五条が暗黙にその適用を避けている労働事件を別にすれば（労働法 R・五一六条の三三、一項）、すべての事件で、そしてすべてのレフェレの裁判官の面前で適用され得るものである。要件とされる「事件が迅速性を要求する場合」とは、ごく僅かな遅れが有害な結果をもたらす恐れのある場合、である（たとえば、建物破損の切迫した状況がある場合など）。この呼出し方式は、このような迅速手続への申立てを正当化できる特別な理由が記載されている申請書 (requête) の方式で付託され、レフェレの裁判官の事前許可に依存するものである。もし裁判官がこの申請書を理由ありとする場合、当事者が聴問される日時を決定する権限は、彼に属する。裁判官は、この点では最も大きな自由を持っている。すなわち、彼は、弁論期日を、日曜日、祭日または休日というように、いつ何時でも、そして裁判所の法廷、その固有の裁判官室あるいはまた彼の個人的な住居において聞くことを、定めることができるのである。この呼出状は、一般的要件のもとに、付録として裁判官の許可書を添付して、債務者に交付される。しかし、裁判官は、当事者を聴問する前に、債務者が適正に呼び出されたこと、そして彼が実際に準備のための充分な期間

を持ったこと、を確認しなければならない。すなわち、判例によれば、裁判官の事前許可は、彼からこの事後のコントロールを免除するものではないとされている。⁽⁶⁾

なお、レフェレの申立て（レフェレのための呼出し）は、以前は、権利の実体とは無関係であるとの理由で、原則的には時効を中断しないとされてきたが、現在では、本案の裁判官の面前における通常の裁判上の申立てと同じ要件で、訴権（droit litigieux）の時効を中断する（一九八五年七月五日法律六七七号により改正された民法二二四四条）。

(2) 当事者の出頭、補佐および代理

レフェレの裁判官の面前においては、当事者は、自ら出頭することが認められている（新民訴法四八四条参照）。すなわち、弁護士（avocat）の選任は決して義務的ではない（ただし、後述のように、レフェレの上訴審においては、判例上、当事者は、原則として代訴士（avoué）を選任しなければならないものとされている）。この規則は、大審裁判所長の面前を含めて、たとえ彼が事件をレフェレの状態で合議体に回付しているときでも、すべてのレフェレの裁判機関の面前で適用される。⁽⁷⁾

もちろん、当事者が補佐または代理してもらうことを望むならば、それを妨げるものは何もない。あと残っているのは、誰によってそれらがなされるべきかを知ることである。まず原則として、すべての当事者は、弁護士により、特別な委任状なしに、補佐または代理してもらうことができる（新民訴法四一六条二項）。しかし、弁護士以外の者（議論の対象となってきたのは、法廷執行吏）を代理人として自由に選ぶことができるであろうか。判例はこの問題については決してその態度を明らかにしてこなかったが、司法職の改正をもたらした一九七一年一月三十一日法律一一三〇号四条により、今後は、レフェレの裁判機関に関する特別規定がない限り、そこで定められた弁

護士の独占が、ある当事者が弁護士資格を有しない者により補佐または代理してもらえらるゝことの障害になるものと解されている。⁽⁸⁾

(3) 審理および弁論

当事者は、呼出状で指定された日時および場所に、レフェレの裁判官の法廷に出頭しなければならない。もしその弁論が延期される場合は、(それに違反してなされた命令は無効になるものとして) 新たな期日が両当事者に知らされなければならない。

原則として、弁論は、評議部 (chambre du conseil) で裁判されなければならない事件の場合を除いて、レフェレの裁判官による公開の法廷で行われる (新民訴法二二条参照)。しかし、往々にして、弁論は、裁判所長の執務室で、また時として即時レフェレの場合には、彼自身の住居において行われる。そのような事情のときでも、弁論は「公開で」行わなければならない (新民訴法四八五条二項参照)。このことは、実務上、裁判所長は、弁論の公開原則が例外的に排除される場合を除いて、事件が討議される場所 (部屋) への立入りを禁止することができないことを意味するものである。

ところで、新民訴法四八七条は、レフェレの裁判官に対し「レフェレの手續に係属する事件を、期日を指定して、裁判所の合議体の面前での弁論に付する権限」を与えている。重大かつ複雑な問題あるいはまたある種の厳格な方式が是非とも要求されるような事件が問題となるときは、レフェレの裁判官は、単独では裁判せず、裁判所の合議体で裁判することになる三人の同僚の裁判官の面前に裁判を回付するという正当な配慮をすることができるようになっている。回付の適時性は、レフェレの裁判官の自由裁量的な判断に属するものとされている。⁽⁹⁾ 事件が回付された裁判所は、「レフェレの状態で」裁判する。それは、結局それが例外的にその裁判所長に代わってする裁判所の

面前で追行される同じレフェレの命令手続である、ということに帰する。それゆえ、裁判所は、同じ手続に従って、レフェレの裁判官自身が有する以上の権限を持つことなく、当事者が欠席した場合を除いて新たな呼出しなしに、裁判することを要する。そして、なされるべき裁判が判決 (jugement) の方式をとる場合であっても、この判決は、レフェレの命令と同じ権威ないし効力を有するにすぎないものとされている。

なお、一九八九年七月二〇日デクレ五一一号により追加された新民訴法七八八条四項により、大審裁判所では、レフェレの裁判官は、(その権限を越えるものについては) いつでも職権で、事件を本案に付するために、直ちに指定期日に呼び出す許可を債権者に与えることができるようになった(なお、類似の問題につき、一九八二年一月一日デクレ一〇七三号により追加された労働法R.五一六条の三三、二項参照)。

レフェレにおいては、ほとんどの場合、弁論は口頭でなされ、審理は裁判所の法廷で行われる。そこでは、あらゆる証拠方法が許容される(証拠調べは、職権でも可能である。新民訴法一〇条、一四三条、一四四条参照)。明白も有効になされ得る。⁽¹⁰⁾

レフェレの申立ての追加的変更または債務者による反訴的申立ても、実際上は極めてまれではあるものの、可能とされている。⁽¹¹⁾ また、任意または強制参加の申立ても、以前は争いはあったものの現在では、第一審のみならず上訴審においても、普通法の要件のもとに(とくに、すでに付託されている主たる申立てと十分な関連性があることなど)、学説・判例により許容されており、⁽¹²⁾ 実際上もよく見受けられるものである。以上の付帯申立ての方式は、新民訴法六八条に規定されているものである。

レフェレの命令手続は、当事者が二年間手続を行わないことによる滅効、債権者による申立ての取下げまたは債務者の認諾により、終了する(新民訴法三八四条以下参照)。

レフェレの裁判官は、その手続費用について裁判する権限を有する（新民訴法四九一条二項）。判例は、さらに、彼に新民訴法七〇〇条に基づいて、返還請求のできない費用についてその支払いを言い渡す権限を認めている。⁽¹³⁾

（二）レフェレの命令

（1）命令の方式

①すべての判決と同様、レフェレの命令は、新民訴法四五四条に規定された表示、すなわち、その命令が発せられる裁判機関、それを行った裁判官の氏名、その書記官の氏名、それが言い渡された日付、当事者の氏名（洗礼名を含む）または名称、同様にその住所または「会社、組合の」所在地、そして最後に、必要があれば弁護士または当事者を補佐または代理したすべての者の氏名、を記載しなければならない。その命令は、裁判を行った裁判所長およびその法廷に出席した書記官により署名されなければならない（新民訴法四五六条）。また、この命令は、当事者の各々の権利主張およびその攻撃防御方法の簡潔な説明とともに、理由が付されなければならない（新民訴法四五五条一項）。さらに、すべての裁判と同様、レフェレの命令も、公開の法廷で言い渡されなければならない（新民訴法四五一条）⁽¹⁴⁾。

②命令書の原本（minute）は、その裁判機関の書記課に寄託され、保存される（新民訴法四九一条）。後述の原本に基づく執行の場合は、この規則の厳格な適用を確保するために一般に、法廷執行吏は、裁判機関の書記課に彼が「その原本を戻す」という条件で、裁判官によりその執行の実施を委託される（調書に基づいてなされる命令が問題となるときは、その原本は、法廷執行吏により保存され、彼が、その交付を申し立てる利害関係ある第三者にその写し（copie）を交付する義務を負う）。

③レフェレの命令は、判例によれば、⁽¹⁵⁾判決の通知について普通法の定める規則に従って、換言すれば、その通知

が労働裁判所事務局の世話による書留書簡により行われる労働事件の場合のように（労働法R・五一六条の四二）法律がそれにつき別な風に規定しているのでなければ、一般には法廷執行吏により交付される送達状（signification）によって、通知されなければならない（新民訴法六七五条く六八二条。同法六五三条以下参照）。なお、弁護士の間与は義務的ではないので、その命令も専ら当事者本人に通知される（新民訴法六七七条）。普通法に従って、命令の通知は、不服申立方法の行使のために与えられた期間を経過せしめ、また命令が原本に基づいて執行される場合を除いて、すべての保全執行に必要な前提条件をなすことは後述のとおりである。

なお争いはあるものの、命令が欠席によりなされた場合、またはそれが上訴の可能性があるというだけの理由で対席によるとみなされる場合は、新民訴法四七八条の規定が適用され、その結果、もしそれがその日付後六ヶ月内に通知されない場合は、その命令は無効とみなされるべきものと今日では解されている。

(2) 命令の効力および射程範囲

① 既判事項の権威

レフェレの命令は、仮の裁判であるという議論の余地のないまたはしばしば繰り返される原則から出発して、古典的な学説は、そこから時として、レフェレの命令は何ら既判事項の権威を持っていないとの結論を引き出した。⁽¹⁶⁾ しかしながら、この問題について、近時の学説は、おおよそつぎのように考えているようである。⁽¹⁷⁾

まず、命令が「レフェレの方式で」なされる場合を排除しなければならない。すなわち、このような要件のもとになされる裁判は、通常の要件のもとに既判事項の権威を有する本案に関する判決に他ならないからである。

つぎに、問題となる真のレフェレの命令（または「レフェレの状態で」なされる裁判）の場合であるが、一方でそれが本案について既判事項の権威を持たないと考えるのが正しいとしても（a）、他方でそれが争訟的性質の裁

判であることも忘れることはできないであろうとする。すなわち、この理由で、それは、レフェレにおいて仮の権威〔効力〕を与えられ(b)、また時として、一定の状況においては、終局的な効力を与えられる(c)のである。

(a)新民訴法四八八条一項の文面において、「レフェレの命令は、本案につき、既判事項の権威 (autorité de la chose jugée) を有しない」とされている。すなわち、後で付託される本案の裁判官は、決してレフェレの命令に含まれる事実上または法律上の判断に、またレフェレの裁判官がそこから引き出すべきものと考えた効果に、拘束されない。本案に関する既判事項の権威の不存在は、その命令に内在する性質により説明されるが、この命令が取消しの効かないものとなるかはそれほど重要なことではないとされる。すなわち、判例によれば、いずれにせよ、その裁判は、それでもなお本案の裁判官に対して権威〔効力〕を持たないことに変わりはないからである。同様に、レフェレの方法で得られた措置がその本来の性質から終局的であるときでも、やはり本案に関する既判事項の権威は存在しないと考えるなければならない。その結果、レフェレの裁判官がその言渡し権限を有する終局的なアストラント(民事罰金強制)も、判例によれば、後で付託される本案の裁判官によりいつでも再び問題にされ得るのである。⁽¹⁸⁾

(b)他方で、それが争訟的裁判機関の行為である限りは、レフェレの命令は、時としてそう思われているように、すべての権威〔効力〕を欠くわけではない。しかし、その権威〔効力〕は、通常の判決とは異なり、その裁判が当事者の一方の申立てによりレフェレの方法で変更されまたは取り消され得るという意味で、仮のものであるが、それは「新たな事情が生じた場合にのみ、変更または取り消され得る」のである(新民訴法四八八条二項)。そこから、レフェレの命令は、仮のレベルではそして新たに生じたまたは明らかとなったすべての事実がないときは、同一

の対象について、それが変更または取り消され得ることを妨げる権威〔効力〕を与えられる、という結果になる。

(c) レフェレの命令に結びつけられたこのような仮の権威〔効力〕は、一定の事情がある場合には、その命令が事実上さらには法律上も終局的な効力を取得することを妨げるものではない。事実上のものとしては、とくに仮払いレフェレに関して、当事者は、本案の裁判官の面前にその争訟を持ち出すことを止め、その場合、レフェレの命令は当事者間で終局的にその権利状態が確定する、ということがあり得る。このような可能性とは別に、レフェレの命令は、それが、ある一定時にその効果を使い尽くすことが予め予定されている命じられた措置の性質から、取消不可能な方法で命じられるときは、終局的な効力を持ち得るものと考えられている。

② 執行力

レフェレの命令は、通常の判決と同じ要件のもとに、執行名義〔保全名義〕となる。従って、それは、その執行が事前の通知を要せず⁽¹⁹⁾に直ちに行われ得る原本に基づく執行の場合を除いて、通知後、すべての保全執行を可能ならしめる。

しかしながら、この命令の仮の性質は、本案の裁判官によりなされる終局裁判に基づく強制執行処分の実効性との関係で、回復不能な結果をもたらし得るすべての措置を避けようとする配慮を生じさせる。この点につき、民事執行手続の改正をもたらした一九九一年七月九日法律六五〇号三一条は、原則として、不動産差押えに関する民法二二一五条の特別規定〔競売は既判事項の権威を有する終局判決に基づいてのみなし得るとの規定〕を留保しながら、仮の執行名義により（従って、レフェレの命令により）追行される保全執行は、追行者たる債権者の危険において（すなわち、後の本案訴訟でその名義が失効または修正された場合は、その権利自体またはそれに相当するものを返還しなければならない）最後まで成し遂げられることができる⁽²⁰⁾と規定している。

それはともかく、レフェレの手續の特徴を示す迅速さは、もしその命令の執行がその執行のレベルにおいても同じような迅速さを伴わない場合には、何の役にも立たない。このような理由から、仮執行は法律上当然であり (a)、同じく一定の状況の場合には、それは「原本に基づいて」行われることができる (b)。このことは、しかし、その執行が第三者に対して追行されなければならないときは、一定の困難を伴う (c)。いずれにしても、その裁判のよりよい執行を確保するために、レフェレの裁判官は、いつでもその義務を命じる裁判にアストラント (民事罰金強制) を伴わせる可能性を有する (d)。

(a) レフェレの命令は、法律上当然に「仮に執行され得る」(新民訴法四八九条一項および五一四条二項)。従って、裁判官による何らの特別な裁判を要せず、上訴または異議がなされた場合でも、その通知の日から、その執行がなされ得る。この異例の規定は、真のレフェレの命令 (または「レフェレの状態」なされる判決) が問題となる以上、あらゆる事件において適用され得る。これに反して、裁判所長が「レフェレの方式で」裁判するとき、その命令は、裁判官の特別な裁判に基づいてのみ仮の執行を伴う。

判例によれば、法律上当然の仮執行は、たとえその執行が明らかに行き過ぎた結果をもたらす性質のものであっても、新民訴法五二四条に基づいて控訴院長により停止させられ得ない。そのうえ、その義務言渡しが仮払金として支給される金額の支払いを対象とするときは、その執行は、第三者の手にその金額を供託するという方法によっては停止され得ない (新民訴法五二一条一項)。

これに反して、レフェレの命令は仮の名義であるがゆえに、この命令が上訴により取り消されまたは本案の裁判官により変更されて、返還「現状回復」されるべき場合のために、その相手方の支払不能からレフェレの敗訴当事者を守ることが不可欠となる。その目的のために、新民訴法四八九条一項は、レフェレの裁判官が、新民訴法五一

七条、五二二条に規定された要件のもとに、たとえばレフェレの勝訴当時者に対して銀行保証 (caution bancaire) を要求することにより、その仮執行を担保の事前供与に係らしめることができる、と定める。同様に、新民訴法五四条三項は、控訴院長に新民訴法五二二条二項 (賠償金の寄託) および五二二条 (担保の変更) に規定された措置の一つを命じる権限を付与している。この様々な解決は、一九八一年五月一二日デクレ五〇〇号によりもたらされたものである。⁽²¹⁾

(b) 止むを得ない場合には、裁判官は「原本 (minute) に基づいてのみ」、すなわち何らの事前の通知なしに、裁判官の手によって作成された裁判の原本の単なる提示に基づいて「執行を行う」ことを命じることができる (新民訴法四八九条二項)。こうして、この命令の執行は、書記課による騰本の交付および法廷執行吏によるその送達を待たないで、即刻実施され得る。通常の規則に対するこの注目すべき特例は、実際にそんな風に行うべき「必要性」が存在するかどうかを判断する裁判官の特別な裁判に依存する。そして、判例によれば、この裁判は、裁判官により職権で行われることができ、そのうえ、それは、執行のために追行当事者にその原本を手渡すことを、いわば前提とする、ことが認められている。この場合、その執行は、書記課により交付される最初の騰本 (expedition) 上にのみ記載される執行文を未だ含んでいない文書に基づいて実施される。このような状況が、この命令の有効性やその執行活動の適法性を害しないことは確かである。しかし、法廷執行吏が執行文の付かないその原本の単なる提示に基づいて警察力を要請し得るかどうか、という問題が生じる。判例は、少なくとも命令の本文が、必要な場合には、警察力の援助を予定し、それを命じている以上、それを認めている。⁽²²⁾ すなわち、裁判官の裁判は、その外に現れた特徴にすぎない伝統的な執行文を得る必要なく、自らその強制力を引き出し得る、と考えられているのである。

(c) レフェレの命令が第三者（たとえば、係争物保管人、登記官吏など）に対して執行（付随執行や広義の執行）されなければならないときは、仮執行（または原本に基づく執行でも）が、その命令の直接執行を第三者から得るために、その者に対抗され得るかどうかが、あるいは逆に、通常の規定に従い、その命令はもはや執行を停止させるいかなる不服申立ての可能性もないことを前提としなければならないのかどうか、その実務上の効果としてその命令が上訴または異議の対象となる場合には、執行が延期されなければならないのかどうか、という問題が、長い間論争の的となった。支配的な判例は、第三者に対する直接執行の可能性を認める傾向にあった。⁽²³⁾ このような解決は、今日では、第三者に対する裁判の執行のために、その裁判が仮に執行できない場合にのみその執行可能性の証明を要求する新民訴法五〇六条によって暗黙に是認されている、と考えられている。⁽²⁴⁾

(d) 自らの裁判の執行を確保するために、レフェレの裁判官は、必要な場合には職権で、アストラント（民事罰金強制）を宣告し、その数額を仮に確定することができる（新民訴法四九一条一項。これは、すでに一九七一年九月九日デクレ七四〇号八〇条により、現行実定法に導入されたものである）。

(3) 不服申立て

① 通常の不服申立方法

レフェレに関して、伝統的な学説は、異議は引き延ばし戦術を助長しないために徹底して排除されなければならないが、これに反して上訴は広く開かれなければならないことが信条、といつも考えてきた（一八〇六年起草の旧民訴法八〇九条二項、一九七六年起草の新民訴法四九〇条一項）。実際はさらに、レフェレの申立ての多くが訴額不定の措置についてもたらされていた時代には、事物管轄水準に注意を払う必要なく、上訴は、実務上は常に受理された。従って、現実には、非常に一般的な上訴理由が、不都合なくすべての異議の欠如を補ったのである。しか

しながら、この状況は、レフェレの進展とともに、とくに「仮払いレフェレ」の普及とともに、変わった。すなわち、この場合、申立額が管轄水準を下回るときは、上訴を排斥すべきではないかということが問題となった。重要性の極めて乏しい事件による控訴院の役割過剰を避けることに明らかに気を使っていた当時の支配的な判例は、結局一九八六年三月一四日デクレ五八五号（これは新民訴訟法四九〇条を変更した）により是認されたこの最後の解決を採用した。すなわち、今後は、レフェレに関する上訴は、申立額が管轄水準を越える場合にのみ受理されることができるようである。

このような上訴権に対する制限は、不可避免的に立法者をして異議の伝統的な禁止を再検討することに導くことになった。確かに、命令が終審としてなされるときは上訴を排除すると決めた以上、そのような場合には、それを言い渡した裁判官に聴取してもらうために異議を提起する権能を、本人として呼び出されなかった不出頭者に対し拒絶することはできない。さもなければ、対審の原則が甚だしく無視されることになり得よう。こうして、異議は、上訴権の制限の付随的ではあるが必要な結果として、一九八六年三月一四日デクレによってレフェレの事件に導入されたのである。

(a) 上訴 (appel)

原則として、上訴は当然に認められる（新民訴訟法四九〇条一項）。すなわち、反対の規定がない限り、レフェレにおいて敗訴した者はすべて、少なくとも彼がその命令に承服せず、かつ利益が残存する以上、控訴院に上訴することが許される。反対の規定の第一は、控訴院長のレフェレの命令に関する。その第二は、申立額または申立対象から、終審としてなされる命令が問題となるときは、上訴は排除される（いずれも、一九八六年三月一四日デクレ五八五号により改正された新民訴訟法四九〇条一項。なお、権限管轄「事物管轄」については、新民訴訟法三三条、三

四条および司法組織法典の当該各規定参照)。この点について、レフェレの命令は、通常の判決と何ら異なるところはない。反対の規定を除いて、この規定は、すべての事件に適用される。訴額不定の申立てについては、新民訴法四〇条の規定に従って、常に上訴が許されると解されている。

上訴期間は、一五日である(新民訴法四九〇条三項)。新民訴法五二八条の一般規定に従って、この一五日の期間は、命令の通知(送達)日を起算点とする(ただし、わが国と同じく初日不算入、新民訴法六四一条一項参照)。普通法と比べて短縮されたこの期間は、命令のみならず、レフェレの状態でなされた判決にも適用される。これに反して、「レフェレの方式で」なされた命令は、訴訟事件に固有の上訴期間(一ヶ月)に服するままである。反対の規定がなければ、一五日の期間は、原則として普通法の上訴期間と同じ制度に服する。すなわち、新民訴法六四三条と六四四条に規定された要件における隔たりに応じて伸長の余地がある(わが国の民訴法一五八条二項に相当)。それは、命令を送達する当事者に対しても、同様に進行する(新民訴法五二八条二項)。また、義務の履行を命じられた当事者が欠席者であった場合は、期間経過による訴権喪失の回復に関する新民訴法五四〇条(わが国の民訴法一五九条に相当)の規定が適用されると解されている。

レフェレの上訴は、合議体の控訴院の面前にもたらされる。判例によれば、原則として、当事者は、争訟事項を理由に代理が義務的でない場合(たとえば、農事または労働事件)を除いて、代訴士を選任しなければならないものとされている。⁽²⁵⁾

普通法に従って、控訴院は、不服の限度内で、自らをその裁判をなす時点に置いて、不服を申し立てられた命令後に生じたすべての事実を斟酌したうえで、裁判しなければならないとするのが判例である。⁽²⁶⁾しかしながら、この控訴院の権限は、控訴院がレフェレの状態でのみ裁判することができるという意味で、実際上は第一審のレフェレ

の裁判官のそれと同じ性質のものである。⁽²⁷⁾ 控訴院によりなされた判決は、レフェレの命令と同じ性質を示し、同じ権威「効力」を持つ。すなわち、とくに、それは、本案に関する既判事項の権威をまったく持たない。

不当または時間稼ぎと判断された上訴の場合は、上诉人は、一〇〇—一〇〇〇〇フランの民事罰金 (amende civile) を言い渡され得る (新民訴法五五九条) とするのが判例である。⁽²⁸⁾ さらに、判例上、レフェレの上訴において、控訴院は、不当な手続の濫用に対して損害賠償の支払いを言い渡すこともできる、とされている。⁽²⁹⁾ 同様に、レフェレの命令を無効としまたは取り消す場合、控訴院は、第一審の命令の執行によりその相手方に損害を生じさせた者に対し、その賠償の支払いを命じる権限をも有する。

(b) 異議 (opposition)

(一九八六年三月一四日デクレ五八五号により改正された) 新民訴法四九〇条二項の文面によれば、「欠席により終審としてなされた命令は、異議を許す。⁽³⁰⁾」それゆえ、新民訴法四七三条および四七四条の普通法に鑑みて、その命令が申立額またはその対象を理由に上訴が許されない場合、さらには、欠席者たる債務者が本人として呼び出されなかった場合は、この者は、改めて事件を、裁判するよう申し立てるために、異議の方法でレフェレの裁判官に付託することができる。異議を提起するために与えられた期間は、新民訴法五四〇条に規定された要件のもとに期間経過による訴権の喪失が回復される場合を除いて、命令の送達の日から起算して一五日である (新民訴法四九〇条三項)。

② 非常の不服申立方法

(a) 破毀申立て (poursvoi en cassation)

レフェレの命令およびその控訴院判決の仮の性質は、時として破毀申立ての受理可能性を疑わしめたが、終審と

してなされたすべての命令およびすべての控訴院判決は、普通法の要件のもとに、破毀申立ての対象となり得ることについては、今日では争いはない（新民訴法六〇五条、六〇六条参照⁽³⁾）。

(b) 第三者による異議申立て (tierce-opposition)

レフェレの事件における第三者による異議申立ての受理可能性も、今日では判例・学説により原則的に認められている（わが国の民保法四六条参照）。

(c) 再審請求 (recours en révision)

判例・学説によれば、レフェレの命令（または控訴院判決）は、再審請求の対象とはなり得ないとされる。すなわち、レフェレの命令の仮定性（暫定性）およびとくにそれが新たな状況の場合に変更または取り消してもらえない可能性（新民訴法四八八条二項）は、その相手方の不正な行動の被害者となり得る当事者を保護するに十分であり、その再審請求はまったく利益を欠くものと解されている⁽³²⁾。

(3) 現在のフランスにおいてこの制度が担っている機能ないし役割を端的に表現しているものとして、参考に「レフェレの発展とその現代の変質」と題された Solus et Perrot, *op. cit.*, n° 1256, pp. 1059-1060 の記述を紹介しておくことにする（なお、公刊されている最新の統計「一九八〇年度」によると、全国の大審裁判所長により下されたレフェレの命令の総数は、一〇五三二二件である〔前記文献一〇五九頁注(2)参照〕）。

「あらゆる裁判制度の中で、レフェレ (référé) は、間違いなく現在最も著しい発展を経験している制度の一つである。まず、レフェレは、その原因が様々である量的な発展を経験した。最も明白なことは、現代の訴訟の多く（事故の賠償、子の監護、扶養定期金、解雇など）が迅速な解決を必要としているだけによけい気がかりな条件下で、危険なまでに我々の裁判所の負担過重となり、裁判の進行を遅らせる原因となっている訴訟の総数の夥しい増大にある。それら〔訴訟の迅速な

解決」を通常の裁判所から得られないのであれば、訴訟当事者は、当然のようにレフェレの方に向かうのである。

しかし、この発展は、現代の裁判のすべての問題に対して使い易い救済手段をレフェレの中に見つけ出そうと考えたある種の司法政策により助長されたということも言っておかなければならない。一方で、法律実務家は、何かにつけてレフェレの裁判官に事件を付託する習慣が付いてしまった。そして、他方で、現代の立法者は、結局当然のことながら待ち切れない訴訟当事者の期待に答えるために、最も簡単な方法は、「通常」裁判所の特権をレフェレの裁判機関となる単独裁判官に拡大することである、と考えるようになった。その結果、介在した改正、とくに仮払いレフェレを導入した一九七三年のそれは、多分より深い改正の欠如に対する一時しのぎのものとして探究された促進的効果を持ったであろう。

この量的発展は、同時にレフェレを真の裁判所の系列に至らしめる傾向をもつこの手続の終局性そのものについての深い変革を伴った。単にその適用領域が相次ぐ改正の結果拡大しただけではなく、さらにレフェレは、この手続が当初その支配のもとで理解されてきたところの緊急性の要件からも部分的に解放されてきたのである。今日では、レフェレは、いかなる緊急性とも直接関係なく、仮の賠償金を得るために、明らかに不法な侵害を止めさせるためにまたは訴訟前に予め証拠を確保するために、利用されている。同様にしばしば、重大な異議の存在さえも、もはやレフェレの裁判官の裁判権の障害とは考えられていない。この変革のクライマックスは、裁判官に、理論的には仮に、しかし時として終局的な態様のものとして、本案につき判断することを義務づける仮払いレフェレによって達せられた。

この統一を欠いた拡大は、不可避免的にレフェレの多様化をもたらすことになってしまった。今後は、もはや緊急時におけるレフェレのみが存在するのではなく、現実には、鑑定レフェレ、排除レフェレ、執行上の異議についてのレフェレ、仮払いレフェレなど多くの種類のレフェレが存在するのである。このような多様化においては、多分、言語習慣を考慮に入れなければならないであろう。しかし、レフェレが、その各タイプにそれぞれ異なった制度が対応するという意味で、今日ではその統一のとれた構造を失ってしまったことは明らかである。いずれにしても、われわれの時代におけるレフェレの発展は、徐々に、現代の裁判の伝統的な面を非常に変えるかもしれない一つの重大な出来事である。」

(4) 執行名義に基づく執行上の異議に関するレフェレが問題となる特別な場合には、別の方法によるレフェレの手続をとるのがこれまでの慣例であった。すなわち、その任務に係る執行において異議に出くわした公署官 (Officier public) は、調書に付加される「供述書 (d'écrit)」に、その争いを詳しく記載する。そして、この異議について裁判してもらうために、彼は、率先して直ちにレフェレの裁判官の面前に争いの原因となった者呼び出す。このような理由により、この種のレフェレは、一般に「調書に基づくレフェレン (référé sur procès-verbal)」あるいはまた「異議に基づくレフェレン (référé sur difficulté)」と呼ばれていた。

この調書に基づくレフェレの特徴は、その調書自体をもって即座に呼び出される当事者に交付されるというその呼出し方式の点、および率先してそれを行う者の役割に関して、それは、その執行を担当する公署官により、すなわち、多くの場合において、その任務が差押え紛争により妨げられる法廷執行吏により、あるいはまた (より少ないとはいえ) 競売吏 (不動産公売官) により、さらにはその異議が財産目録の作成に際して生じた場合は公証人により (旧民訴法九四四条 [現行法の一部]) 開始されるという点にあった。いずれにしても、レフェレをもたらず公署官は、その名義による執行が無力化された当事者の代理人としてよりも、レフェレの裁判官をして必要な指針を彼から得るために付託する執行上の任務を負う公務員の資格で、現れていたのである。これに反して、調書に基づいて裁判するレフェレの裁判官の権限は、判例によれば、その命令の権威「効力」およびその執行力と同様、事件登録申請書に基づくレフェレのそれと同一であった。

このような実務は、民事執行手続の全面的改正をもたらした一九九一年七月九日法律六五〇号においても追認されている (一九九条二項)。しかしながら、そこではもはや、本案については仮にではなく、この種の争訟について裁判する任務を帯びた執行裁判官の創設により、かなり特殊なこのような手続開始方法は、執行裁判官の面前においてしかもはや存続しないがゆえに、レフェレの裁判官への付託方式としてはなくなるものと予想される。せいぜい、それは、公証人が財産目録の作成に際して異議に遭遇するというような (極めて稀な) 場合においてのみ、レフェレの方法で存続するであろう、と解されている。

なお、本文に述べた例外として、労働事件においては、その付託方式が簡易化されている。労働法 R. 五一六条の三二の文面により、その申立ては、債権者の選択により、通常の訴訟手続の場合と同様の呼出しにより、あるいは労働法 R. 五一六条の八に規定されている要件のもとに、換言すれば労働裁判所事務局に対してなされる申立てによりまたは当事者の任意の出頭により、行うことが認められている。

(5) Civ. 29 avril 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. panor. 298.

(6) Civ. 4 nov. 1988, *Bull. civ.* II. n° 205, p. 112, *Gaz. Pal.* 1989. I. somm. ann. 259, obs. GUINCHARD et MOUSSA (翌日の午前九時に出頭するよう、午後四時に送達された呼出状は無効)。

(7) 廃れつつある慣行ではあるが、いくつかの大審裁判所では、レフェレの幹旋が義務的に弁護士に留保されることを要求している。しかしながら、そのような慣行は、いかなる根拠にも基づかない。それを正当化するために、レフェレの裁判官は彼が属する裁判機関の発現であるので、弁護士を選任は、それがその裁判所自身の面前ではそうであるのと同様に、レフェレの方法による大審裁判所の面前でも義務的であるとの主張がなされる訳であるが、この発現の原則は、裁判所長の管轄権限の範囲限定に関するものであり、弁護士を選任する義務に関するものではない。さらに、簡易迅速な手続が問題となるときは、当事者は、いつ何時でも、どのような場所であろうと、いかなる留保もなしに、自ら出頭することができればならないものと解されている。

(8) CÉZAR-BRU, HEBRAUD, SELGNOLLE et ODOU, *La juridiction du président du tribunal*, t. I, *Des référés*, 5^e éd., n° 133, pp. 241-242, 1978; J. NORMAND, obs., *Rev. trim. dr. civ.* 1983, 384; Réponse ministérielle à la question écrite n° 28886, J. O. Déb. parl. Ass. Nat. 11 juill. 1976, p. 5273, J. C. P. 1976. IV. 340 など参照。

もっとも、大審裁判所長以外のレフェレの裁判官の面前においては、反対の規定がない限り、小審裁判所、商事裁判所、労働裁判所および農事貸借同数裁判所の面前で当事者を補佐または代理する資格を与えられている者に関する規定を、各レフェレの裁判官の面前に移し換えるのが合理的であると考えられている。

(9) J. NORMAND, obs., *Rev. trim. dr. civ.* 1977. 601. 実際、これに関する一般的な規則は存在せず、各裁判所長の個性に大きく依存してゐるようである。

(10) もつと、こうして得られた自由が本案の裁判官を拘束するかにについては、判例は否定するものの (Civ. 14 mars 1950, *Bull. civ.* I. n° 71, p. 52, D. 1950. 396 [397])、学説は分かれてゐる (右記の判例を引用して否定するものとして、CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE et DOUL, *op. cit.*, p. 248)。すなわち、肯定説 (SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 1334, p. 1136) によれば、レフェルの裁判官がその自由から引き出す結論が、後に付託される本案の裁判官を拘束しないということは正しいにしても、もし当事者の一方がある事実 (たとえば、損害発生への彼の寄与) の存在を認めている場合に、その自由はレフェルの裁判官により得られたという口実で、この事実の实在がなお本案の裁判官の前では争われ得るということと認めるのは困難であるように思われるのである。

(11) Civ. 14 janv. 1987, *Bull. civ.* II. n° 12, p. 7, *Gaz. Pal.* 1987. I. panor. 61; GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., t. II. p. 577.

(12) Req. 5 janv. 1926, S.1926.1.313, rapport cons. DELRIEU, note COSTES (任意参加); Civ. 24 oct. 1979, *Bull. civ.* I. n° 256, p. 203, J.C.P. 1980. IV. 8, *Rev. trim. dr. civ.* 1980. 425 [n°17-1], obs. R. PERROT (仮処分マンマンの上訴審における強制参加)。

(13) Civ. 19 nov. 1980, *Bull. civ.* III. n° 183, p. 137, J.C.P. 1981. IV. 51. なお、フランス新民訴訟法七〇〇条については、拙稿「弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究—フランス新民訴訟法七〇〇条をめぐる問題点について—」神戸学院法学一一巻四号二三頁(一九八一年)参照。

(14) 以上、本文で述べたところは、とくにその旨の明文または準用規定はないが、広義の判決の一種とされているレフェルの命令に関する特則のない以上、フランスにおいては、判例・学説上いわば当然のこととして承認されているようである。もっとも、現実には、やはり命令が下されるその往々にして迅速な状況ゆえに、本文に記述した諸原則も、時としてかな

り歪曲されているようである。まず、裁判官が彼の執務室または彼固有の住居で裁判するときは、その命令の言渡しの開示性が、そこへの入口は開かれたままにしておかなければならないがゆえに排除されはしないものの、否応なく制限される。

さらに、その緊急性が、時として裁判所長が、その命令としての形の整備は後で行うことで、呼出状の末尾にその裁判の本文を記載するだけで済ませる、という結果をもたらす（前注（4）で説明した調査に基づいてなされる命令は、さらに前記の原則にもっと著しく違反する。一般に裁判所長は、裁判官に委ねられた命令の草案の代わりになる調査の下部に、それに望ましいと考える変更を加えて、その裁判を記載する）。いずれにしても、迅速な裁判を得る必要性に促されたこのような様々な緩和策も、専ら口頭で（すなわち、命令書に基づかず）レフェレの命令をなすことを裁判官に可能にするわけにはいかなぐであらう（たとえば、Paris, 26 nov. 1955, D. 1957, 237, note H. SINAY [p. 239, § II], *Gaz Pal.* 1956. 1. 118, *Rev. trim. dr. civ.* 1956. 388, obs. P. HÉBRAUD 参照）。

(15) Civ. 3 avril 1984, *Bull. civ.* I, n° 125, p. 103.

(16) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., t. VIII, p. 439, 1925.

(17) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 1344 et s.

(18) この点に関しては、これまでのフランスにおける言葉遣いは、混乱を抱えているようである。もはや通常の不服申立方法によっては非難される可能性のない裁判を指し示すために、それは「既判事項の確定力 (force de chose jugée) を有する」(新民訴法五〇〇条)と言われる。このことは、われわれをして、通常の不服申立方法が尽きることにより取消しの効かないものとなるレフェレの命令は、通常の判決と同じ要件のもとに既判事項の権威が認められるとの考えに導きがちであるが、そこに誤解ないし飛躍が存するとの指摘がなされている。実際は、「既判事項の確定力を有する」レフェレの命令は、それでもなお本案に対して本質的に従属的な性質を持ち続けるのである。従って、裁判所が、たとえ「既判事項の確定力を有する」先行するレフェレの命令を何ら考慮しない、ことも当然にあり得るのである。

(19) Civ. 17 févr. 1983, *Bull. civ. II*, n° 46, p.31, J.C.P.1983. IV.141, *Rev. trim. dr. civ.* 1983,601 [n°12], obs. R.PERROT.

(20) Civ. 14 mars 1979, *Bull. civ. II*, n° 80, p.57, *Gaz. Pal.* 1979,2.338, note J.VIATTE, D.1981. I.R.208, J.C.P. 1979. IV. 176; Civ.17 juin 1987, *Bull. civ. II*, n° 130, p.75, D.1987. somm. 359, obs. JULIEN, J.C.P.1987. IV. 295, *Rev. trim. dr. civ.* 1988. 184 [n°9], obs. R.PERROT; Civ. 12 oct. 1988, *Gaz. Pal.* 1989.1.378.

(21) 一九八一年以前の判例は、仮払金の支払いを命じられた債務者が、その方が一の返還をよりよく担保するために、その金額を、レフェレの勝訴当事者に支払われる代わりに、第三者の手中に供託される許可を裁判官から取りつけ得ることを最後には認めていた。しかし、レフェレの敗訴当事者の利益を非常に保護するような解決は、もしそれが利害関係人自身の手直接向支払われなければ、ほとんど意味のない仮払金を台無しにしてしまうという重大な不都合があった。一九八一年五月一二日デクレ五〇〇号は、この判例を排斥した。すなわち、今後、供託は、レフェレの命令が問題となるだけの理由では禁止されないが(新民訴法四八九条一項〔当然の仮執行〕は、常に新民訴法五二一条〔供託による執行免脱〕の規定と対応している)、それは、その命令が仮払金の支払いを対象とする特別な場合においては、明確に排除される(新民訴法五二一条一項)。

この厳格な解決は、立法者をして逆により有効な担保制度を創設することに導くこととなった。一八〇六年の民事訴訟法典は、その八〇九条一項において、ただ単に、レフェレの命令は、「裁判官が、その提供を命じない場合には、担保なしに、仮に執行される」と定めるだけに止めていた。この規定は、後の法文により(一九七五年の法典化の際に新民訴法四八九条一項となった一九七一年九月九日デクレ七四〇号七七条一項により)再び採用されたが、実際に担保が命じられることは、慣行上ほとんどなかったようである。これは、レフェレの方法で命じられた措置が極めてまれにのみ金額の支払いを対象とした時代においては、理解され得る。しかしながら、仮払いレフェレの導入およびその一般化は、問題の素材を変更させざるを得なくなった。すなわち、もしレフェレの裁判官により承認される仮払金の時として非常に高額を考慮に入れるとすれば、

- その現状回復のための担保の問題も、大変重要になってきたからである。判例が第三者の手中への仮払金の供託を認めることによって、その解決のためにいかに努力したかは先で見た。しかし、同じく、この仮の救済策は、立法者により排斥されたことも述べた。そこで、もっと裁判官の注意を担保の問題に呼び寄せることが不可欠となった。こうして、一九八一年五月一二日デクレ五〇〇号は、第一に、今後は一般に(そしてもはや適用除外の規則としてでなく)「裁判官は、仮執行を担保の供与に係らしめる……ことがでる」と定めるといふ風に新民訴法四八九条一項を変更し、第二に、「五二二条二項および五二二条に規定されている措置」を講ずることにより、この点に関する不測の不備を補う権限を控訴院長に与えるために新民訴法五二四条に新たな一項を追加することになったのである。もっとも、この新しい規定がこれまでの慣行をほとんど変えるには至っておらず、従ってレフェルの裁判官は極めて稀にのみ担保の供与を命じるにすぎないのが現状のようである。
- (22) Trib. civ. Seine, ref. 13 mai 1958, *Gaz. Pal.* 1958.2.142, *Rev. trim. dr. civ.* 1958. 687, obs. P. RAYNAUD 及びその上訴審である Paris, 5 nov. 1958, *Gaz. Pal.* 1959. 1 134, J.C.P. 1958. II. 10893, concl. av. gén. COMBALDIEU, *Rev. trim. dr. civ.* 1959. 148 [n°7], obs. P. HÉBRAUD, et 1959. 159 [n°10], obs. P. RAYNAUD.
- (23) Com. 12 avril 1956, *Bull. civ.* III. n°127, p. 105; Civ. 3 juill. 1964, *Bull. civ.* II. n°536, p. 399, *Gaz. Pal.* 1964. 2. 135. 同註—GLASSON, TISSIER et MOREL, *op. cit.*, t. IV, n°1011, pp. 34-35.
- (24) しかしながら、本文に述べたところはあくまでも原則であり、時として個々の特別規定により排除されるものと解される(たとえば、判例・学説によれば、一八一六年七月三日オールドナンス一六条から引き出される結論として、貯蓄供託金庫に関しては、仮執行は、それが訴訟の当事者であった者にのみ對抗され得るものと解されている)。
- ところで、本文に述べた原則については、非常に重要な問題が、抵当権の抹消に関して生じた。すなわち、当事者の同意がなければ、法定または約定の抵当権は「終審としてのまたは既判事項の確定力を有する判決」(民法二一五七条)によってのみ抹消され得ることとなっている。このことは、単なる仮執行を伴った裁判のみによる抹消は排除されることを意味している。しかし、多くの下級審の裁判例は、この民法の規定を裁判官の許可により仮に登記された抵当権が問題となる極め

て異なった場合（旧民訴法五四条（保全担保としての抵当権の仮登記）にまで拡大することを望んだのである。従って、もしこの許可が取り消され、レフェレの裁判官がその抵当権の抹消を命じた場合でも、命令のみによる仮登記の抹消を行うことは不可能となる。すなわち、上訴期間が満了するのを待たなければならず、もし上訴が実際に提起された場合には、その登記の抹消は、上訴審の裁判まで延期されることになったのである。しかしながら、批判の強かったこのような解決も、現在では放棄されている。すなわち、破毀院は、一九七八年一月二一日判決により、「民法二一五七条は、裁判上の抵当権の設定とは関係ない」、従って仮登記の抹消を命じるレフェレの命令は、たとえその命令が上訴の対象となろうとも、抵当権保存吏により直ちに執行されねばならない、と明確に判示して、この問題に一応の終止符を打った（*Bull. civ. III, n° 351, p. 269, D. 1979. I. R. 117, J. C. P. 1979. II. 19150, note P. FRÉMONT, Rev. trim. dr. civ. 1979. 442 [n° 16], obs. R. PERROT.*）。

参考のために、この問題についてのわが国の状況をみると、そもその問題状況がかなり異なっているように思われる。わが国では、登記手続その他の意思表示を命じる判決に仮執行宣言を付することができるかどうかという問題の亜流として、なによりもまず、意思表示をなすべき旨を債務者に命じる仮処分そのものが許されるかどうかがそもそも争われてきたのである。後者の問題については、一応現在の多数説および判例（大阪地判昭和四〇年一〇月二二日下民集一六卷一〇号一五七九頁—中野貞一郎・保全判例百選六一頁）は、これを肯定している。ただし、フランスの問題状況と同じ局面、すなわち、そのような仮処分命令に基づく登記官に対する広義の執行の可否については、民執法一七三条一項との関係で（仮執行宣言の場合の類推から）、否定的な考えが支配的であるように思われる（ただし、間接強制の可否につき、中野貞一郎・民事執行法〔第二版〕一六三頁注〔2〕参照）。ただ、わが国でも、ドイツの有力説が主張しているのと同様に、意思表示が、前記フランスのケース、すなわち仮登記（またはその抹消）についての登記義務者の同意（およびその擬制に基づく広義の執行）のように、その対象が内容上暫定的なものである場合には、意思表示をなすべき旨を債務者に命じる仮処分の執行（広義のそれも含めて）も可能と解する余地があるように思われる。

- (25) *なぐえぼ* Dijon, 18 janv. 1906, S.1906.2.232 参照。
- (26) Soc. 25 oct. 1962, D.1963.22, *Gaz. Pal.* 1963.1.69, J.C.P.1962. II. 12948; Civ. 18 déc. 1974, J.C.P.1976. IV.88; Civ. 5 oct. 1976, D.1976. I.R.329. ただし、反対の下級審判例がある (Rouen, 19 mai 1968, J.C.P.1984. IV. 329)。
- (27) 実際は、しばしば実務的効用への配慮から、争訟を終局的に解決するために、レフェレの制限を越えて、本案につき裁判する、控訴審裁判官の一定の傾向が観られるようである。ともかくも、当事者が本案について契約を結び、それに同意しているときは、それを理解することができようが、これに反して、控訴審裁判官が独断でそのようなイニシアティブをとることはできないとするのが判例である。しばしば引き合いに出される一般的裁判権という概念は、もちろんそのような地滑りを正当化することはできないものと考えられている (往々にして合議体としての控訴院がレフェレの裁判官であると同時に本案の裁判官でもあるということを口実に、独断で自己に付託されたレフェレの申立てを、本案の裁判官と同様に争訟について終局的に裁判することができるよう、真の本案の申立てに変更することを控訴院に許すために、一般的裁判権という概念が利用されることがあるようである)。
- (28) Civ. 20 juill. 1981, *Bull. civ.* II, n°168, p.108, *Rev. trim. dr. civ.* 1982. 197 [n°3], obs. J.NORMAND.
- (29) Civ. 16 déc. 1986, *Bull. civ.* I, n°308, p.293, *Gaz. Pal.* 1987. 2. Somm, ann. 340, obs. GUINCHARD et MOUSSA; Com. 2 mai 1989, *Bull. civ.* IV, n°143, p.96, *Gaz. Pal.* 1989.2. panor. 139.
- (30) この改革がもたらし得る結果を予測することは困難である。それが、かつてのように時間を稼ぐことに腐心する不誠実な相手方をして指定日に出頭しないことに駆り立てやしないかと危惧することができよう。これは、できるだけ迅速な解決が要請されている裁判機関においては、明らかに重大な問題である。しかしながら、その危険は、仮執行が法律上当然であること (新民訴法四八九条) およびその結果、異議申立人は、その異議にもかかわらず、裁判を執行されざるを得ない、という事実によって、非常に限られるのであらうことが期待されている。
- (31) CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNOLLE et ODOU, *op. cit.*, n°164, p.295; J.BORÉ, *La cassation en matière civile*,

n°246. この点は、破産院をも含めたわが国との司法制度上の相違によるところもあらうかと思われるが、明白にわが国における取扱ひ（最高裁への再抗告の禁止、裁法七条二項。なお、民法法四一条三項参照）と異なるところである。

(32) Civ. 27 avril 1988, *Bull. civ. II*, n°102, p.53, D.1989. Somm. 183, obs. JULIEN, *Rev. trim. dr. civ.* 1988. 578 [n°5], obs. R.PERROT; CÉZAR-BRU, HÉRAUD, SEIGNOLLE et ODOLU, *op. cit.*, n°165, p.298.

SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n°1363, p.1162 ^{レフエレ} Civ. 14 oct. 1987, *Bull. civ. III*, n°170, p.99, D.1987. I.R. 212, *Gaz. Pal.* 1987.2. panor. 295 の判例の影響として、現在のところ、レフエレの命令がもはや通常の不服申立方法によつては取り消され得なくなった場合においても、相手方の不正行為が事後的に判明（証明）されるに至った場合には、新民法法四八八条二項により取り消しまたは変更され得るものと解されるべきようなので、民法法四一条四項により再審抗告が認められているわが国とはかなり問題状況が異なるように思われる。

三 申請に基づく命令

(一) 申請手続の特徴

申請の手続は、いかなる対審的弁論もなしに、管轄裁判機関の長に「申請に基づく命令」と呼ばれる命令の方法で一定の仮の措置を命じてもらうことを目的とする手続である。

その手続の基本的な特徴、とくに同じ権利保全手続であるレフエレのそれとの相違点については、別稿に譲ることとし（本質的な違いとしては、レフエレは公開対審の手続であるのに対して、申請手続は非公開の一方的手続である、ということに尽きる）、以下では、そこで留保したその具体的な手続方式のいくつかについて、項目別に列挙説明することにする。

(1) 申請書の方式および内容

管轄権限を有する裁判所長は、申請書 (requête)、すなわち申請人により直接彼に提出され、そこに申立ての目的が述べられている文書によって、付託される。いかなる場合にも (その手続が口頭でなされる裁判機関においてさえ)、裁判所長は簡易な口頭申述により付託されることができないものとされている。また、申請書は、理由付けられなければならない (新民訴法四九四条一項)。同様に、それは、申立ての支えとなる証拠を列挙しなければならぬ (一九八九年七月二〇日デクレ五一号により改正された新民訴法四九四条一項)。これは、その措置を受けるべき者の利益の保護を目的としたものであり、申請書およびそれに対する裁判を知らされたときに、債権者により援用された証拠が何であるかを知ることにより、事情を充分承知したうえで、より適切な不服申立てができるようにしたものである)。もし申請書が係属中の訴訟事件に関して提出されたときは、裁判官が本案の事件についてよりよい情報を得ることができるよう、受訴裁判所が記載されなければならないものとされている (新民訴法四九四条二項および八一三条二項)。

(2) 申請書の提出

申請書の提示の様式は、各裁判機関の慣例および慣行により多様である。しかしながら、他方で、それらに共通するいくつかの一般的規則もまた存在し得る。

まず、大審裁判所長の面前においては、申請書は、必ず管轄裁判所付属の弁護士会に所属する「弁護士、または現行の諸規定によりその権限が与えられている場合には、公証官吏もしくは裁判所補助吏により」(一九七六年七月二九日デクレ七一四号七条により改正された新民訴法八一三条一項。なお、公証人が申請書の提出権限を認められているアルザス地方およびモーゼル県を除いては、現在のところそのための権限を付与されている公証官吏また

は裁判所補助吏はいない)、署名されたうえで、提出されなければならない。すなわち、往々にして訴訟を背後に控えた申請手続においては、申請書の信頼性に責任を持ち得る弁護士⁽³²⁾の仲介を課するのがやはりなお必要であると考えられているのである。

これに対して、小審裁判所裁判官(新民訴法八五二条)、商事裁判所長および農事貸借同数裁判所長の面前においては、申請書は、申請人自身または彼が選んだ代理人によって提出されることができる。もっとも、もしその代理人が裁判所補助吏でない場合は、代理人においてその権限を証明しなければならない。

原則として、申請書は、管轄裁判機関の書記課に提示される⁽³³⁾(新民訴法八五二条。この規定は小審裁判所のみに関するものであるが、実際には一般的な適用範囲を持つものと考えられている)。しかしながら緊急の場合には、それは、裁判官の住居に(新民訴法四九四三条三項)、さらに商事事件においては、商事裁判員がその職業活動を行う場所に(新民訴法八七六条)提示されることができる。申請書は、常に二部提出され(新民訴法四九四一条一項)、そのうち一部は、下されるであろう裁判書とともに書記課に保存される。

(3) 申請の審理

法文は、申請の審理手続に関するいかなる強行法規も含んでいない。それゆえ、裁判官は、この点については最大限の自由を持っている。それにもかかわらず、一貫した実務を通して、いくつかの一般的特徴を明らかにすることができるとができる。

まず、この手続は、必ず「非公開性」を有する。効果的なために一定の密行性が要請されなければならない措置が問題となるので、その他のすべての手続方法は好ましくないものと解されているのである。普通、申請の審理は、裁判官の執務室で行われる。

つぎに、圧倒的多数の場合において、この手続は、裁判官がただ彼に委ねられた書類だけを見て裁判するという意味で「書面性」を呈する。しかし、適当と判断すれば、裁判官は、補足的な説明をさせるために、申請人またはその代理人に出頭を命じることが出来るものと解されている（わが国でいわゆる債権者側の口頭審尋に相当するものであろう）。

最後に、裁判官に「非常に広範な調査権限」が認められなければならないものとされている。その必要性は、非訟事件におけると同様である。すなわち、まったく対審がないことの代償として、必要な場合には、裁判官は、申請人が考慮に入れるのを止めた事実を自ら職権で探知することができ、さらにそれについて申請人の説明を促す義務があるものと解されている。

第三者が審尋されることは極めて稀である。すなわち、申請を漏らさないという配慮がこのような慎重な態度を説明することができる。しかし、それは絶対的な規則ではない。従って、もしそのような尋問が必要と思われる場合には、裁判官は、一定の利害関係人から情報を集めることもできる、と解されている。⁽³⁴⁾

いかなる法文も、検察官への申請書の伝達を課していない。しかし、いくつかの管轄地域においては、訴訟事件において一件書類の伝達が義務的とされている事件（新民訴法四二五条）にかかわる申請書を検察官に伝達する慣行があるようである。

（二）命令

（1）命令書の作成および保管

まず、申請に基づく命令は、すべての裁判書に見られる一般的な記載を含んだ書面的方式で現れる。それは、理由づけられなければならない（新民訴法四九五条一項）。初めて新法文に現れたこの要請は、この義務が時として

これに関し必要な迅速性と両立し得るのが困難と考えられてきたとはいえ、当を得た改正であると評されている。⁽³⁵⁾

つぎに、新民訴法四九八条は、「命令書の写し〔複本〕(Double)は、書記課に保存される」と定める。この規則は新しいものである。それ以前は、多くの場合において、命令書は保存されていなかった。せいぜい各裁判機関の慣行によりそもそも様々な選択権に依じて、しばしばその中のいくつかを保存したにすぎない。しかし、この不備が、時として非難されるべき実務を生み出していたことが指摘されていた(実際には、何ら申請がなされていないにもかかわらず、たとえば仮差押えの許可命令がなされたように思わせて、債務者に圧力をかける債権回収専門の代理人がいたようである)。さらに、裁判官により下される裁判書が書記課に保存されないのは、原則的な見地から通常ではないとして、新民事訴訟法典は、利害関係を有する第三者がいつでも十分に調査できる命令書の写し〔複本〕の、裁判機関の書記課に対する、寄託を当然に課したのである。

(2) この命令の効果

すべての裁判と同様、申請に基づく命令も執行力を有する。しかし、それは、「原本に基づいてのみ」(新民訴法四九五条二項)、言い換えればその執行が追行される相手方に対するいかなる事前の通知もなしに、命令書の単なる提示によって、適法に執行され得るという特徴を示す(この点で、「必要がある場合」に、しかも裁判官の特別な裁判に基づいてのみ、原本に基づいても執行することのできるレフェレの命令〔新民訴法四八九条二項〕との相違が比較されよう)。普通法の重大な例外となるこの特別規定の論拠は、大多数の場合、不意打ちの効果が不可欠であること、および時機を失した通知により注意させることを避けねばならない、という事実によって説明される。しかしながら、その措置を受けねばならない者の利益をよりよく保護するために、申請書および命令書の写し(copie)が、その執行に際して、その相手方に渡されなければならない(一九八九年七月二〇日デクレ五一一号

により追加された新民訴法四九五条三項)。こうして、彼は、万一の場合の彼の側からの不服申立ての好機を見極めることができるのである(前述のように、申請書にはその根拠となる証拠の記載も要求されていることを想起していただきたい)。

ところで、申請に基づく命令の法的性質に関する学問上の論争(訴訟か非訟か)⁽³⁶⁾はともかくとして、この裁判官の裁判が「権威がある (faire autorité)」ことは明らかである。さもなければ、それが執行力を有し得ることが理解されないであろう。しかし、この権威「効力」は、完全に仮のものである。まず、後で本案に関する訴訟を付託される本案の裁判官は、申請の裁判官の裁判によって、すなわちそれが含む判断または確認によって少しも拘束されない。同様な理由で、その申立てを排斥された申請人は、既判事項の権威 (autorité de la chose jugée) に妨げられることなく常にそれを繰り返すことができるのである(もっとも、その実効性については、後述のように疑問視されている)。最後に、しかしながら、申請を認容した裁判官は、自由裁量的な方法ではなくて、レフェレにおける場合と同様、新たな事実が現れた場合には、それを変更しまたは取り消すことができると思われている限度において(新民訴法四九七条参照)、この命令の自己拘束力(羈束力)が緩和されているものと考えられている。

(3) この命令に対する不服申立て

裁判官の命令は、もしその申立てが排斥されたときは申請人に対して、もし裁判官がその申請を認め懇請されている措置が命じられたときはその相手方ないし利害関係人たる第三者に対して、不服の原因となり得る。このような認識は、この裁判が往々にしてその背後にある潜在的争訟および潜在的訴訟の存在を露呈することになるだけに、いっそう重大である。たとえば、担保の実現を許可した、保全措置を命じた、または仮管理者を選任する命令を考えただけで十分である。それゆえ、裁判官の裁判により利益を害されたとする者に不服申立ての道を開くことは不

可欠とならう。

現代の立法者は、それに尽力した。一九七一年九月九日デクレ七四〇号（八四条および八五条）は、申請に基づく命令に固有の不服申立て制度を創設し、それが、法典化に際して、新民訴法四九六条および四九七条に修正なしで再び取り入れられたのである。現在の規定は、申請が排斥された場合（①）と認容された場合（②）により、基本的な区別のうえに立っている。

① 申請が排斥された場合—上訴（appel）（わが国の却下の裁判に対する即時抗告「民保法一九条」に相当）

長い間、排斥命令に対して上訴を提起する可能性が、申請人は常にその申立てを繰り返す権能を有するとされてきたことから、争われてきた。しかしながら、そのような説明は説得力のないものであった。すなわち、何ら新たな事実がないときに、申請を排斥した裁判官から、彼が明日、昨日拒否したものを与えるであろうと期待しても無駄である。実際に、効果的な唯一の不服申立ては、控訴院の合議体の面前における上訴方法である。それが、その文面において「申請が認容されなかったときは、……上訴を提起することができる」とする新民訴法四九六条一項により今日採用されている解決である。

(a) まず、この命令に対する直接上訴は、その申請が排斥された申請人にのみ開かれている。すなわち、その申請が認容された場合は、権利を害される相手方または第三者は、この命令に対して直接上訴することができないのである。つまり、彼は、後で説明する異議の申立てのみを提起することができることになっている（ただし、後述のように（②a）、例外的に相手方または第三者がすでに審尋された後になされた命令に対しては、上訴の方法を採用すべきこととされている）。

(b) 上訴期間は、一五日である（新民訴法四九六条一項）。その起算日については、争いがある。すなわち、通常

は申請人への命令の通知 (notification) の日から起算されるはずであるが、この命令の通知は予定されていないがゆえに、裁判がなされた日とする説と何らかの方法でその命令が申請人へ知らされた日 (申請人へのその排斥命令書の交付 (remise) [実質は申請書の返却] の日) とする説が対立している。⁽³⁷⁾

(c) この上訴は、「非訟事件におけると同様に」 (新民訴訟法四九六条一項)、すなわち新民訴訟法九五〇条、九五三条の規定に従って、提起され、審理されそして判示される。

判例によれば、このような要件のもとに付託される控訴院は、申請の裁判官の権限をすべて有しているものとされている。そして、下される控訴院判決は、不服の対象となった命令と同じ性質を持ち、それゆえ場合によっては上訴審の裁判により権利を害される相手方側からの異議の申立ての対象となり得るものと解されている⁽³⁸⁾ (わが国の民保法四一条一項但書参照)。

② 申請が認容された場合―異議の申立て (わが国の保全異議の申立て [民保法二六条] に相当)

申請が認容された場合は、この命令は、命じられた措置が對抗されるその相手方または利害関係人たる第三者に不服を生じさせ得る。対審的弁論を事後的に保障するために新民訴訟法一七条は、「当事者の一方の不知の間に措置が命じられることを法律が許すか、またはそれが止むを得ず行われる場合には、その当事者は自己に損害を与える裁判に対し『適切な不服申立て』をすることができる。」として、このような場合の一般的規定を置いている。

いかなる法文も存在しなかった時代には、「レフェレの留保条項」と呼ぶ習慣がついた特別条項をその命令に書き加えるある慣例が普及していた。すなわち、この条項によって、申請を認容した裁判所長は、その命じた措置により不服を生じさせ得るすべての者に、裁判所長が改めてその裁判を検討するために彼に付託する権能をことさらに留保したのである。「申請が認容された場合は、すべての利害関係人は、その命令を下した」専属管轄を与えら

れた「裁判官にレフェレの方法で異議を申し立てることができる」という文面の新民訴訟法四九六条二項によって認められた慣例が、それである。

ところで、この場合、言葉の本来の意味での「不服申立方法」は問題とならない。実際には、その目的は、二度事件を裁判してもらおうというよりは、命じられた措置により権利を害された相手方または第三者の知らない間に、申請人の申述のみに基づいてなされた裁判に対して訴訟的裁判を要求することである。別の言い方をすれば、異議の申立ては、主として、回顧的に対審原則が遵守されるように、訴訟裁判機関の第一審を始めることを目的とするものである（わが国の民保法二九条参照）。このような分析は、多くの実際的な結果をもたらす。すなわち、

(a) 異議の申立ては、本来、裁判官の裁判がいかなる不服申立ての対象にもなり得ない場合にも可能であるとされている。⁽³⁹⁾これに反して、もし申請の裁判官が、権利を害される相手方または第三者の言い分を聴取した後、その裁判を下した場合は、その者は、既に尋問されているがゆえに、そのような申立てをすることが許されないものと解されている。すなわち、この場合、彼が有する唯一の不服申立ては、通常の上訴方法である。⁽⁴⁰⁾

(b) この裁判所による救済の目的は、対審的弁論をもたらすことにあるので、判例によれば、権利を害される相手方または第三者は、（債権者に対する呼出しを含まない）簡易な申請書によってではなく、必ず呼出状によって手続を行わなければならないものとされている。⁽⁴¹⁾

(c) 裁判官は、異議の対象となっている命令の署名者である場合と同じ特権を与えられている。そして、判例によれば、彼は、今後は対審的なやり方で、証明責任（たとえば、被保全権利の疎明）は申請をした当事者に課されたまま、専らその申請が理由があるか否かを審理しなければならないものとされている一方で、必要な場合には、異議の対象となった裁判以後に生じたすべての事実を斟酌しなければならないとも解されている。⁽⁴²⁾

ところで、「レフェレ」との関係であるが、判例によれば、実際に、異議の申立ては、レフェレの裁判官ではなく、「レフェレにおけると同様に」付託された申請に基づき裁判した裁判官の専属管轄に属するものとされる⁽⁴⁵⁾。そして、この場合はもはや緊急性の要件は要求されず、また重大な異議の存在は裁判官の取消権限の障害とはならぬ⁽⁴⁷⁾、ものと解されている。

これとの関連で、新民訴法四九七条が、裁判官は「本案の裁判官にその事件が係属している場合でも」その命令を変更しまたは取り消す権能を有すると定めていることに注意すべきである（これは、従来、とくに保全差押えに關して、その有効確認訴訟が裁判所にもたらされたとき以後は、裁判所長に対し、彼が与えた差押えの許可を取り消しまたは変更する権限を否定した判例に対する学説の批判を考慮し、明確化したものである）。

異議の申立てについてなされた裁判は、議論の余地のない争訟性を有する。それゆえ、それに対しては、さらに上訴が可能であると考えざるを得ないものと解されている（わが国の保全抗告〔民保法四一条一項〕参照）。

この裁判は、その効力の点ではレフェレの命令と同じであると考えられている。それゆえ、その裁判は本案に対して既判事項の権威を有せず、それは仮に、さらに場合によっては原本に基づいて当然に執行されることができ、またその上訴制度はレフェレに關して適用されるそれである、ということになろう。

(33) 申請書を受理する書記官の役割は、重要である。しばしば、彼は、専らすべての必要不可欠な書類がちゃんと揃っているかどうかを確かめるために、申請書の一次審査を行う。このような実務は、それが裁判官と申請人の時間を節約する範囲内において適切である。しかし、その役割はそれ以上に進むことはできないであらうし、とくに不備な、時宜を得ないまたは根拠の乏しいと彼には思われる申請書を「突き返す」権限は彼には属しないことはわが国と同様である（いわゆる窓口指導の限界）。

(34) たとえば, Civ. 7 nov. 1979, *Bull. civ.* I, n° 274, p. 222, J. C. P. 1980. IV. 21, *Rev. trim. dr. civ.* 1980. 164 [n°5], obs. R. PERROT (事件の争訟性に鑑みて、申請人のみならず、相手方当事者の弁護人 (conseil) をも審尋したケース)。

(35) 申請の裁判官に彼がその裁判に理由を付けることを要求することは、裁判の適切な運営に適うように思われる。それ以後の訴訟に備えて、利害関係人、すなわち申請者はもちろんその措置を甘受すべき相手方または第三者も、よりよく不服申立ての好機を判断し得るために、どういう理由でその裁判が下されたのかを正確に知ることは、よいことであると解されている。なお、この改正については、Ph. BERTIN, *Gaz. Pal.* 1979. 1. doct. 297 (とくにその n° 12) 参照。

しかし、それに関する実務上の取扱いをみれば、申請が認められる場合、その理由付けについては、裁判官は、往々にしていくつかの点につき何ら手直しをすることなく、「その申請書の末尾に」その署名を添えてそれを自分のものとするだけに止めることが多いようである。逆に、裁判官がその申請を排斥すべしと判断する場合は、しばしばその裁判がどうなるかを知らされる申請者の方でその申請を「取り下げる」ことがあり、この場合は、いかなる命令も下されないであろう。しかし、もし申請者がその申立てを維持する方がよいと考えれば（それは不服申立てを提起する権能を自分のためにとっておくためばかりではなからう）、彼は、理由付けを伴った明確な裁判を要求する権利を有することは言うまでもない。それゆえこの場合、申請書の末尾に「理由なし」との簡単な記載を書くことで済ませてきたこれまでの方式は、もはやその理由付けに関する新民訴法四九五条一項の要請と合致しないであろうとの指摘がなされている。

(36) 申請に基づく命令の法的性質およびそれを論じる意義ないし実益については、*SOLUS et PERROT, op. cit.*, n° 1382 参照。

(37) *SOLUS et PERROT, op. cit.*, n° 1389, p. 1180, note (4) 参照。

(38) Civ. 13 déc. 1977, *Bull. civ.* III, n° 441, p. 335, J. C. P. 1978. IV. 52; Civ. 24 mai 1978, *Bull. civ.* III, n° 218, p. 167.

- (63) Civ. 24 avril 1989, *Bull. civ. II*, n° 98, p. 48, *Rev. trim. dr. civ.* 1990. 143 [n°4], obs. R. PERROT.
- (64) Civ. 7 nov. 1979, *précités* [編輯(63)]
- (14) Trib. grande inst. Cherbourg, 11 oct. 1973, *Gaz. Pal.* 1974. 1. 189, *Rev. trim. dr. civ.* 1974. 675 [n°13-c], obs. R. PERROT.
- (65) Civ. 21 oct. 1987, *Bull. civ. II*, n° 209, p. 117, D. 1987. I. R. 226, J. C. P. 1987. IV. 401, *Rev. trim. dr. civ.* 1988. 405 [n°11-II-b], obs. R. PERROT.
- (66) Civ. 14 oct. 1987, *Bull. civ. II*, n° 200, p. 112 ; Civ. 9 déc. 1987, *Bull. civ. II*, n° 262, p. 145, D. 1988. I. R. 14, *Gaz. Pal.* 1988. 1. panor. 262, J. C. P. 1988. IV. 68, *Rev. trim. dr. civ.* 1988. 404 [n° 11], obs. R. PERROT ; Civ. 9 mai 1988, *Bull. civ. II*, n° 113, p. 60, D. 1988. I. R. 152, *Rev. trim. dr. civ.* 1988. 580 [n° 6-a], obs. R. PERROT ; Civ. 8 févr. 1989, *Bull. civ. II*, n° 33, p. 17 ; Civ. 8 févr. 1989, *Bull. civ. II*, n° 40, p. 20.
- (47) Civ. 20 nov. 1985, *Bull. civ. II*, n° 176, p. 117. 民事訴訟法(47) (Paris, 16 déc. 1983, J. C. P. 1984. II. 20290 [§ III], obs. LE NINIVIN, *Rev. trim. dr. civ.* 1984. 367 [n° 6], obs. R. PERROT)
- (67) Civ. 20 févr. 1980, *Bull. civ. II*, n° 39, p. 28, *Gaz. Pal.* 1980. 2. panor. 363 ; Com. 24 sept. 1981, *Bull. civ. IV*, n° 339, p. 269, *Gaz. Pal.* 1982. 1. panor. 72, J. C. P. 1981. IV. 384.
- (48) Civ. 3 janv. 1979, *Bull. civ. II*, n° 6, p. 4, D. 1979. I. R. 291, obs. P. JULIEN, J. C. P. 1979. IV. 80.
- (49) Civ. 20 févr. 1980, *précités* [編輯(47)] ; Civ. 28 oct. 1982, *Bull. civ. II*, n° 137, p. 99 ; Com. 15 févr. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 65, p. 55, J. C. P. 1983. IV. 139 ; Civ. 20 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1. panor. 29 ; Com. 29 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 40, p. 31 ; Com. 1^{er} déc. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 258, p. 194, D. 1987. I. R. 260, J. C. P. 1988. IV. 56, *Gaz. Pal.* 1988. 1. panor. 45 ; Civ. 18 oct. 1988, *Bull. civ. I*, n° 294, p. 200.

四 準備手続裁判官の命令

(一) 仮払金 (indemnit  provisionnelle)

新民訴法七七一一条三号は、準備手続裁判官に「債務の存在が真の争いとなりえない場合において債権者に仮払金を与える」排他的権能を与えている。この規定は、とくに債権者（たとえば、事故の被害者）が本案についての判決を取得する前に長い間待たなければならぬ状態におかれるときは、大きな意味を持っている。⁽⁴⁸⁾

この法文の適用領域は、極めて広い。すなわち、財産性を有する真の債務が問題となっている以上、その申立てが裁判所に係属中の債権者は、その債務の発生原因がいかなるものであれ（たとえば、法律上、契約上、不法行為上または準不法行為上）、準備手続裁判官により仮払金を付与され得るのである。

反面、仮払金の付与は、主張されている債務が「真の争いとなりえない」という要件に依存している。すなわち、支払うべきことがそれほど明白でない金額については、仮払金の支払いを債務者とされる者に義務づける早まったすべての裁判を避けなければならない。その結果、判例によると、準備手続裁判官は、異議が重大である場合には、仮払金を付与することができない、ということになる。⁽⁴⁹⁾ しかしながら、絶対的な確実性は必要でなく、その判断が各場合によって決定される不可争性の単なる外観で足りるとされている。それゆえ、この要件の分析のためには、当然のことながら仮払いレフェレの判例による解決が参照されなければならないものと思われる。

この要件は、必要とされる唯一のものであり、とくに、仮払金の付与を申し立てる債権者は、仮払いレフェレとの類似性から緊急性を証明する (démontrer) 必要はないとされている。⁽⁵⁰⁾ さらに、判例によれば、準備手続裁判官が付与し得る仮払金の額は、債務が真の争いとなりえない範囲以外の制限はないとされている。⁽⁵¹⁾ 従って、極端に言

えば、準備手続裁判官が「申立て全額」を付与することに何も障害はないであろう。

この新たな規定は、重要な進歩である。仮払金の付与は、単に極めて遅い裁判の被害を緩和する効用を持つのみならず、さらに不正な抵抗によるすべての利益を排除して、ある種の債務者の引き延ばし戦術を思い止まらせるという利点を示すのである。時として、仮払金の言渡しは、争訟に終止符を打つ、とさえ指摘されている。

それでもやはり、この迅速な解決は、本案の審理が終了する前ではあるが単独裁判官により言い渡される給付命令の結果、債務者とされた者をしてある金額を直ちに支払わなければならなくさせることに変わりはない。この仮払金の給付命令に対しては、度重なるデクレ（一九八一年五月一二日デクレ五〇〇号三一条および一九八九年七月二〇日デクレ五一一号）による改正の結果、現在では、その申立額が終審としての管轄水準を越える場合にのみ、直接上訴が可能となっている（新民訴法七六条三項三号）。しかし、給付命令は、それでもなお仮に当然、執行され得る（新民訴法五一四条二項）。その代わりに、そしていずれにせよ、仮払金の給付を命じた命令は、本質的に仮定性（暫定性）を有する。すなわち、本案に対していかなる既判事項の權威も持たないので、後に申立ての本案につき言い渡す裁判所は、準備手続裁判官の裁判に拘束されないものと解されている（ただし、この準備手続裁判官が、後の本案の裁判所の合議体のメンバーとなる場合には、事実上この原則が影響を受け得るであろうことは別である）。

以上述べたところから、場合により控訴院あるいは本案の裁判官がたまたま異なった内容で裁判し、その結果仮払金の全部または一部の返還という事態が起こり得るのである。この場合、その相手方の支払い不能の危険から仮に給付命令を受けた当事者を守るために、（一九八一年五月一二日デクレ五〇〇号により改正された）新民訴法七一条三号は、準備手続裁判官に対し「その裁判の執行を五一七条く五二二条に規定された要件による担保の設定

(物的または人的担保、質権の設定、銀行による保証など)に係らせる」ことを認めている。もっとも、実務経験上は、裁判官がこの権能を使うのは極めて稀であろうと言われている。

(二) 仮の措置 (mesures provisoires)

訴訟中、効果を持つために迅速に命じられなければならない仮の措置を採ることがしばしば必要となる。このために、新民訴法七七一一条四号は、準備手続裁判官に対し「その他すべての仮の措置」を命じる権限を与えている(離婚および夫婦の別居の訴訟は、仮の措置がとくに好みとする領域であり、そのほとんどがわが国での特殊仮処分または家事調停・審判に属するものである〔扶養定期金、子の監護、面接交渉権、別居中の住居など〕が、今日、かような事項に関する仮の措置は、民法二五三条〜二五八条および新民訴法一一七条〜一一九条における特別法規の対象となっている)。

仮の措置を命ずる権限を有する準備手続裁判官は、彼が前に命じたそれを変更しまたは補充することもできる(新民訴法七七一一条四号。明文上は「取消し」は認められていないが、広義の「変更」に属するものと解されている)。しかしながら、この権限は、「新たな事実の生起」(新民訴法七七一一条四号)または場合によっては、判例によれば、以前の事実の新たな発見に依存している。⁽⁵²⁾このような要件は、準備手続裁判官により命じられた仮の措置に一定の安定性を保障する必要性により正当化される。

また、つぎに述べる保全措置をも含めて、準備手続裁判官の命令に対しては、一般に異議 (opposition) の申立ては認められておらず(新民訴法七七六条一項)、さらに新民訴法七七六条三項に留保された場合を除いては、直接の上訴 (appel, pourvoi en cassation) も許されず、本案の判決とともにのみその対象となり得るにすぎない(新民訴法七七六条二項)。

(三) 保全措置 (mesures conservatoires)

仮の措置の中、そのいくつかは、もっと特別な保全目的（たとえば、管理者または係争物保管者の選任）を持つ。当事者の一方の申立てに基づいて、課されるべき保全措置を命じるのは、準備手続裁判官の排他的権限に属する（新民訴法七七一一条四号）。

ところで、「仮の措置」しか対象としていなかった一九六五年、一九六七年および一九七一年の各法文の沈黙の中で、準備手続裁判官が「保全措置」を命じる権限を有するかどうかが議論された。判例は、分かれていたが、一般にはこれに関する法文の限定性を理由にそのような権限には反対であった。この不確実性に終止符を打つために、一九七六年一月二八日デクレ一二三六号は、新民訴法七七一一条を改正して、今後、準備手続裁判官は「保全的な場合を含めて、その他のすべての仮の措置を命じる」ことができる⁽⁵³⁾と定めたのである（もっとも、逆の行き過ぎに陥ることを避けるため、新民訴法七七一一条は、念のため、準備手続裁判官の権限から、準備手続裁判官の特権に属するのではなく執行上の争いに属する固有の制度に従う保全差押え、仮の抵当権および質権のような保全措置を除外している）。

(48) すでに、一九六七年一月七日デクレは、準備手続裁判官が「その責任が争われずまたは既判事項の確定力 (force de chose jugée) を有する裁判により確定されたときは、損害賠償に関する仮払金の申立てについても同様に裁判を言い渡すことができる」(旧民訴法八一条の一、二項)と定めていた。この規定は、責任の原因が議論の余地のない場合に、損害賠償額の終局的な確定を待たずに、直ちに仮の賠償金を得ることを事故の被害者に認める限りにおいて、重要な改革であった。その後、一九七三年一月七日デクレ一二二号は、一九七一年デクレの四一条(前記旧法の繰り返し)を改正して、今後は準備手続裁判官が、債務が真の争いとなりえない(もはや「議論の余地のない」ではなく)という要件のもとで、すべ

ての事項について（もはや単に民事の損害賠償についてのみならず）仮払金を与えることができるように、それを一般化した。そして、この規定が、法典化に際して、新民法七七一一条で再び採用されたのである。

- (49) Civ. 18 févr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 30, p. 18, J. C. P. 1987. IV. 142, *Gaz. Pal.* 1987. I. panor. 107 (売主の瑕疵担保責任の前提となる不動産上の隠れたる瑕疵をめぐる専門業者間の争い) ; Civ. 6 mai 1987, J. C. P. 1987. IV. 234, *Gaz. Pal.* 1987. 2. panor. 174 (共同契約者の賃料負担部分の支払義務をめぐる争い)。

- (50) この問題は、とくに一九七三年の仮払金導入直後においては、議論されたようであり、有力説 (J. NORMAND, obs., *Rev. trim. dr. civ.* 1974. 656 (§ b)) は、緊急性の要件は必要であると主張していた。

- (51) Orléans, 28 janv. 1975. J. C. P. 1976. IV. 157.

なお、仮払金導入においては、一九八一年の破産院判決 (Com. 20 janv. 1981, *Bull. civ.* IV. n° 40, p. 30, *Gaz. Pal.* 1981. I. 332, note Ph. BERTIN, *Rev. trim. dr. civ.* 1981. 679 [n° 5], obs. J. NORMAND) 以来、同様な取扱となつてゐる。

- (52) Civ. 17 Juill. 1975, *Bull. civ.* II, n° 227, p. 182, D. 1975. I. R. 196, J. C. P. 1975. IV. 294, *Rev. trim. dr. civ.* 1975. 779 [n° 4], obs. R. PERROT.

- (53) Ph. BERTIN, "Les étrennes non désirées du procédurier pour 1976", *Gaz. Pal.* 1977. I. doct. 125.

五 おわりに

以上、フランスにおける仮処分と目されるものの具体的な手続内容のあらましを述べてきたわけであるが、始めにもお断りしたように、本稿は、あくまでもわが国の民事保全的視点に立つてのフランスにおける類似制度の横断的分析の試みにすぎない。それゆえ、本稿の内容については、二重の意味での危険が内包されているであろうこと

を、筆者みずから自覚している。一つは、本稿のような分析でフランスにおける（特殊保全処分を除いた、わが国の意味での）仮処分の全体が正しく示されたことになるのかどうか、である。この点がいまだ研究不十分な筆者のもっとも危惧するところである。二つめは、わが国の仮処分に相当するものとして各章で紹介したフランスのレフェレ、申請手続および準備手続裁判官のその記述内容の正確さ、である。とくに、後者については、始めにも述べた本稿の立場から結果的に純粹な意味での（フランスにおける制度としての）各手続の内容をかなり歪めてしまったのではないかと恐れる次第である。これら二つは互いに関連する問題であり、その分析および内容の妥当性が相乗的に驗されるのであろう。ご批判をいただいたうえで、さらに本稿の正当性を高めるよう努めてゆきたいと考えている。