



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	référéについて：ただし、そのordonnanceの効力の紹介と研究
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Description	論説
Citation	北大法学論集, 14(3-4), 3-23
Issue Date	1964-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27819
Type	departmental bulletin paper
File Information	14(3_4)_P3-23.pdf



論説

référé について

——ただし、その ordonnance の効力の紹介と研究——

小 山 昇

序

一 本稿は référé を研究しながら紹介することを目的とする。依存した文献は、主に、Dalloz の Encyclopédie Juridique (以下において E.J. と略する) 中の Référé civil 及び、Juris-Classeur de procédure civile (以下において J.C. と略する) である。これ以外の文献としてどんなものがあるかは、前記の両文献中に詳細に記されている。その大部分を筆者はまだ手にしていない。したがって本稿は決して十分ではない。判例は北海道大学で見ることができるとは止めざるをえなかった。他日もっと広くあさりたい。

二 1 référé は、民事または商事の裁判所の長が、急迫の損害を避けるために、争訟的な事案について、仮の裁判を行なう、略式の例外的な、手続である、と定義することができる (E.J. Référé)。
2 思うに、民事及び商事の生活関係において、さし迫った不利益を避ける必要が生ずることは多くありうることである。このような場合に、この不利益を避けるのに必要な処置を私人がみずから即時に実行することが当然に許さ

れるとはかならずしもいえない。私人に許されない場合には、近代社会では、国の力に依存せざるをえない。すなわち、国はこのような場合に、私人間の利害関係をとりあえず調整する制度的な用意をもたなければならぬ。フランスでは、*référé* がこれにあたる。

3 *référé* が前述のような存在理由をもつならば、*référé* 制度のよき運営のためには、次の諸点について法的な規制がなされなければならない。

- A いかなる機関が *référé* の事案を処理するか、また、いかなる機関がこの処理を補助するか。
- B いかなる事案について *référé* による応急処分が許されうるか。
- C いかなる場合に、*référé* による応急処分が許されるか。
- D いかなる種類の、いかなる程度の応急処分が許されうるか。
- E いかなる手続を経て、*référé* による応急処分が許されることが決定されるか。
- F いかなる手続を経て、*référé* による応急処分が実行されるか。
- G 応急処分の必要を惹起した生活関係の抜本的調整の手続と *référé* の手続とはどのように関係するか。
- H *référé* による応急処分の決定及びその実行は、いかなる性格、いかなる効果を有するか。
- I *référé* による応急処分の決定に対し不服申立の道は開かれているか。また、その実行を停止する道は開かれているか。応急処分の実行の緊急性と応急処分の実行により蒙る損害とをどう調整するか。
- 4 これらの問題は、およそ前記のような存在理由を有する制度を設ける以上はかならず解決しておかなければならないものである。フランスにおいて、立法、判例、学説がこれらの問題をどのように解決しているかを見ることは、わが国の類似の制度の運営のために、または、類似の問題を解決するために、役立つことであろう。

三 本稿では、つごうにより、référé civil をあつかひ、référé commercial をあつかわない。また、前記の諸問題のうち、référé による応急処分の決定がいかなる効力を有するか、のみをあつかう。この問題をあつかうには、あらかじめ、判決の効力、なかんずく、l'autorité de la chose jugée の知識を有することが望ましい。筆者はしかしまだその知識を十分には有しない。つまり、筆者は、référé の裁判(Ordonnance)の効力が l'autorité de la chose jugée と関係させて論じられているところを通して、右の両者を併行して理解しようと試みるのである。

なお、筆者は本稿において、フランス民事訴訟法研究の方法をも提案しているつもりである。

問 題 点

一 référé 事案を処理する機関は、原則として、大審裁判所(tribunal de grande instance)の所長(président)であら(§ 807)。référé 事案を処理する裁判(décision)の形式は命令(ordonnance)である(§ 807)。この命令はその内容上大別すれば四種に分けられうる。1 référé 事案として処理しないとするもの。2 référé 事案として処理するのに必要な前提問題に関するもの。3 所長単独で処理しないとして裁判所に移送するもの。4 référé の申立を認容するまたは認容しないとするもの。本稿では、主として、この最後のものについて、その効力を研究する。

二 référé 事案に関する命令は、仮の(provisoire)性質を有し、その執行も仮の性質を有する(exécution par provision)。
そこで、種々の問題がそこに起りうる。

A 右命令を所長はみずから撤回できるか。

- 職
- B 右命令と両立しない第二の命令をなしうるか。
- C 右命令は本案訴訟の裁判機関を拘束するか。
- 論 D 右命令の執行が本案訴訟の裁判の結果と両立しない場合にはどうなるのか。

研 究

一 まず、*référé* の事案の裁判を、その裁判をしたもの (*référé* の *jugé* すなわち *président*) がみずからこれを取り消さないし撤回することができるか。

1 一般論としては、次のようにいわれている。*référé* 裁判官は、自分が命令によって下した仮の処分 (*la mesure provisoire*) を、すくなくとも状態がそのままでは (*du moins en l'état*)、取消 (*rapporter*) または修正 (*modifier*) することはできない (*EJ 332, I.C. 138, 判例一照B参*)。

その根拠としては、次のようにいわれている。ひとたび宣言 (*prononcer*) された命令は、当事者によって獲得されてしまったものであるからであると (*EJ 332*)。これは、一種の既得権の思想のように見える。*référé* の命令が獲得されてしまったという場合、獲得されたものの実体は何か、獲得ということは何を意味するか、それが侵害されえない根拠は何か、がさらに検討されなければならないであろう。しかし、いまはその暇がない。

※ さて、ある *référé* の命令をした機関は、自らの下した命令に、前述の意味で拘束される。このことは、同一事案の蒸し返しの場合にも同様であろうと理解される。しかし、同一事案が他の *référé* の機関の前で蒸し返された場合に、その機関は、前の命令に拘束されるであろうか。このような現象は理論上は起りうろと思われる。というのは、*référé* の申立者は、本案につき管轄権を有する裁判所の所長と事件が発生した地を管轄する裁判所の所長のいずれを選択することもできるからである (*Dalloz CPC's 802* の註をみよ)。ところが、この

問題を扱った文献を筆者はまだ発見していない。その調査は後日に回すことにする。

2 他方、同じく一般論として、次のようにいわれている。Hofmann 事案に関する命令の後に、当事者の地位に変化があった場合または事件を成す新事実が生じた場合には、新しい裁判をすることができる (E 7432^a)。

例えはある破毀院判決 (Req. 18 oct. 1910.) (判例) は次のようにいつている。法律上、Hofmann 裁判官は、事情の変化により、自分のした以前の決定の執行が不測の不都合を齎らす場合には、それを取消または修正することができる、と。

3 次に、具体的な事例を見ることにしよう。判例を以下に列挙する。しかし、その他に判例二 4 D をみよ。

A 破毀院判決 (Req. 18 oct. 1910.) (判例)
(S 1911. 1. 204) (一 A)

N 夫人が、クレルモン裁判所長に、そのなした一九〇八年二月一九日の Hofmann の裁判の修正を申立てた。つまり、該裁判が、N の父の相続に関する帳簿や書類を、N の母 D 夫人の手中に委ねたのを、将来、清算が終了する時まで、この清算を担当する公証人に寄託するように命ずべき旨を申立てた。該裁判所長はこの申立を認容し、エミアン控訴院はこれを支持した。その理由はこうである。D と共に居住する N の妹の不当な行為により、新しい暴行を受けることなしには N は該書類を見に N の母の家に行くことがもはやできない、からである、というのである。破毀院はこの控訴院判決を全面的に支持して、破毀申立を棄却した。

原判決支持の理論的根拠として破毀院は次のようにいつている。法律上は、Hofmann の裁判官は、事情の変化が、その先になした裁判の執行が不測の不都合を齎らすに至らせる場合には、それを取消しまたは修正することができる、と。

※ 察するに、N の妹の不当な行為が、事情の変化に該当するといっているのである。ただし、この事情が、一九〇八年二月一九日の頃

に存しなかったのか、存しても主張されないために判断資料とされなかったのかは判例集の上では明らかでない。

B 破毀院判決 (Req. 10 fév. 1913.) (判例)
(S. 1914. 1. 441) (一 B)

事案の事実関係は相当に複雑である。よって、本稿に關係ある点だけを抜いて要約する。S は R に金銭債権を有する。R は O に金銭

債権を有する。一九〇八年七月一日、RのOに対する債権を差押えることをSに許す *letzte* の命令が出た。Rはこの取消を求めた。しかし、一九〇八年七月二日の *letzte* の命令はRの申立を棄却した。Rは控訴した。控訴院は一九〇八年七月二日の命令を維持した(一九一〇年五月一日)。この控訴院判決はこれに対する破毀申立なく確定した。しかし、Rはその後、幾度か、*letzte* の申立をした。その結果、一九二〇年四月五日の命令は、前記差押の範囲を縮小した。また、一九一〇年一月一九日の命令は、これをもつと縮小した。そこで、Sがこの命令に対し控訴した。これについてRは付帯控訴した。パリ控訴院は、一九一一年四月二日、一九一〇年五月一日判決は、Sの債権額をもつと正確に計算する余地を残した、と考えて、Sの控訴を棄却し、Rの付帯控訴を認容した。そこでSが破毀申立をした。破毀申立理由は、右控訴院判決は本案に害を与え、かつ、一九一〇年五月一日判決による *la chose jugée* を無視した、というのである。

破毀院は破毀申立を棄却した。理由は次のとおりである。

一九一〇年五月一日、控訴院は、一九〇八年七月二日の命令に対する控訴を *letzte* の裁判官の権限でもつて、仮に、本案に害を与えることなく、該命令を取消す余地はないとして、裁判したのである。また、*letzte* の裁判官は、当事者の地位においてであれ、事案の事実関係においてであれ、なんらの変化が生じていないかぎりにおいてしか、以前の命令に拘束されないものである。

一九〇八年七月二日の命令及び一九一〇年四月五日の命令は、仮の裁判の修正を正当化する性質の変化である。

※ この判決の意義は、事情の変化がないかぎり、*letzte* の命令は不可取消性を備えると、指摘したことと、その後 *letzte* の命令が下されたことは、事情の変化に該当すると考えたこと、にあるのであろう。

C 破毀院判決 (req. 12. dec. 1927.) (判例)

FとMがある採石場の経営を争った。Mがアルジェ裁判所長に *letzte* を申立てた。F欠席のまま、一九二六年七月十三日、右採石場を保管人 (*sequestre*) に付する命令が出た。こんどは、Fが *letzte* を申立て、右保管人の取消を求めた。この申立は、適法 (*recevable*) とされたが、保管人任命の取消申立は棄却された(一九二六年七月十三日)。Fは控訴した。控訴院は保管人を取り消した。Mは破毀申立をして、第一の命令(一九二六年七月十三日)の結果を取り消したり変更したりすることを許すような新事実はなんら発生していないから、第一の命令を修正することはできない、と争った。しかし、一九二六年三月一七日に、アルジェ裁判所がFM間の訴を裁判し、

この裁判が、その後 l'autorité de la chose jugée をもつに至った。そして、この判決は、F が右採石場の賃借人であることを確認したのであった。

そうすると、第一の命令を維持することは、第一の命令が本案に害を与える結果を齎らす。かくて、破毀院は、事情の変更を認め、控訴院の判決を維持して、破毀申立を棄却した。

※ référé の裁判当時に確定されていなかった当事者の地位が、本案の裁判の結果、確定されたことは事情の変化である、というところに本判決の意義がある。

二 référé 事案についての裁判は、いわゆる本案訴訟を裁判する裁判官を拘束するであろうか。

1 答えは、否である (F. 1328. (C. 184)). すなわち、本案訴訟を裁判する裁判官 (le juge) は、自分の前に提出された訴訟事案を、それに関連して référé の裁判官がどのような命令をしようとも、独自に完全に自由に裁判することができる (C. 184). その根拠は、C. P. C. 八〇九条にある。同条は次のように規定する。

référé についての命令は本案 (principal) になんらの害を与えるものでない、(以下略)。
この規定は、référé の命令の「仮」の性格に基いて置かれているのである。

しかし、次のようにいわれている。右のことは référé の裁判官に、本案に害を与える処分を一切禁ずる、という趣旨ではない。référé の裁判官は、回復できない害を与える処分すらしうるものである。ただ、本案について裁判することは、通常の裁判所に、絶対に、手を触れないで、委ねなければならない、という趣旨である (C. P. C. 809) と。

2 次に、具体的な事例を見ることにしよう。

A 破毀院判決 (req. 4 nov. 1863) (判例)

一八六〇年七月二十九日、セエヌ商事裁判所は R に対して G に一〇、八二フランを身体で (par corps) つまり、履行しないと身体を拘束するという前提で、支払うべき旨命ずる判決をした。この判決は、担保を供すれば仮に執行しうべきもの、とされた。R は控訴した。

しかし、Gは執行を欲し、Rを逮捕する手続をとらせた。そこでRは、民事裁判所長に右の逮捕の無効宣言を求め、*référé*を提起した。理由は、Gが担保を供しなかったというのである。所長は、Gに即時の担保と供託を命じて、Rの身柄収容を続行する命令をした。この命令に対して、Rは控訴しなかった。

しかし、Rは右の一八六〇年七月二十九日判決に対する控訴の審理で、Gに対し損害賠償を請求した。予めの担保供与なしの逮捕により損害を受けたというのである。これに対して、Gは、右の*référé*の命令の効力(*la chose jugée*)を援用した。

これについて、控訴審たるパリ控訴院は一八六二年四月一〇日に判決した。この判決は、右の点について、*référé*の命令は「仮」の性格しか有しないから、そこに含まれるGの執行が必要な形式を満足させたか否かの評価は終局的ではないとし、予じめ先行すべき担保供与なしに執行がなされたことを確認し、第一審判決を破毀し、Gの*la chose jugée*の抗弁は理由なしとし、逮捕の濫用による損害賠償として、Rに一〇〇フランの支払を命じた。

Gは破毀申立をした。破毀申立理由は省略する。破毀院は破毀申立を棄却したが、右の点については、次のように判決した。
la chose jugée 違反の主張に関しては、*référé*の判事は、急迫の場合に審理に付された紛争を仮にしか裁判せず、その裁判は本案をなんら害しないものである、と。

※ 身柄収容続行命令については、「Gの予めの担保供与がなくても」という事項について *la chose jugée* の効力があるわけではない。または、*la chose jugée* の効力があっても、本案の裁判官を拘束しない、という趣旨なのであろうか。

B パリ控訴院判決に次のようなものがある (*27 juill. 1875. (判例)*、*D. P. 77. 2. 117. (11B)*)。
référé の裁判官が、ある抗弁 (*exception*) を排斥し、*référé* 事案の関係当事者が、その本案訴訟で、この抗弁を再提出することがである。

C 破毀院判決に次のようなものがある (*16 fév. 1885. Jur. gen. (判例)*、*Suppl. V. Référé, N. 59. (11C)*)。
référé の裁判官が *référé* の処分として命令で鑑定を命令しても、本案の裁判官は、右により鑑定された物の価値を独自に確定することを妨げられない。

D 破毀院判決 (div. 28 juin 1892, X 判例)
(S. 1893, I, 415) (114)

S は R から建物を賃借した。賃借契約書において、修繕費は S の負担、期間満了のときに、入居の時の状態で借家現状証書の通りの状態で返還することが約された。ところがこの借家現状証書は作製されなかつた。そこで S は数年後に、借家現状の確認をさせる鑑定人の指名を、*tribunal* の判事にも裁判所にも、申立てた。いずれも却下された。ただ、当事者間で一致していなかったところの、賃借借の終了時の修繕費の確定の目的のためにのみ、鑑定が *tribunal* で命ぜられた。鑑定人はなすべき修繕のすべては二〇、一七〇フラン一五と鑑定した。S はこれを彼の権利を留保した上で履行した。ついで、S は、一五、〇〇〇フランの返還を訴求した。理由は、右金額は S の入居前の修繕費に当るべき部分であるというのであつた。S はこれを証明するために証人申請をした。裁判所は証人尋問を命じた。しかし、控訴されて、エックス控訴院は、*ex cloge jure* を理由として、入居の時の借家の現状の確認はもはや許されぬとして、右証人尋問を却下した。S は破毀申立をした。破毀院は原判決を破毀し、ニーム控訴院に移送したが、右の点については、次のようにいつた。

référé の判事は、急迫の場合に審理に付された紛争を仮にしか裁判せず、民訴八〇九条により、その裁判は本案に害を与えない。したがうて、その裁判は、本事業については、*l'autorité de la chose jugée* を有しえない。この理は *référé* の命令に対する控訴についての裁判においても同じである。

E 破毀院判決 (req. 7 nov. 1899) (判例)
(S. 1900, I, 327) (114)

X の夫は、X 夫婦のホテルの動産を M の店に運んだ。X の申立により、M を該動産の保管人に任命する *référé* の命令が下された。ところが M は清算に付された。M の清算人の申立により、該動産の保管人を Y とし、該動産を Y の支配する場所に移すことを命ずる *tribunal* の命令が一八九〇年九月二七日に下された。該動産は移され一八九六年五月二七日まで Y 方にあつた。この日該動産は競売所に運ばれた。他方、パリ控訴院一八九六年六月二三日判決は該動産の所有権を X に帰属させた。これより先に、Y は保管人の職からの解除を求めていた。そして、Y は、セエヌ裁判所長から、一八九五年七月二三日に、その解任を命ずる *référé* の命令を得た。これに対し、X が控訴し、パリ控訴院は、一八九七年三月二日判決で、*référé* の裁判で Y の任務解除を認めず、*tribunal* の命令を得た。これに対し、X は Y に対する五〇、〇〇〇フランの損害賠償を訴求した。保管人としての責任を五点あげて追及したのである。セエヌ裁判所は、Y のみ勝訴させた。X は控訴した。控訴審たるパリ控訴院は、原判決を支持したが、Y は保管人たることを拒絶していたのであり、

一八九七年三月二日判決は、Yが法律上の一切の責任を伴う保管人である旨をなんら判定したものではない、といった。

Xは破毀申立をした。Yが裁判で保管人の資格を与えられたことは、*la chose jugée*を有すると。

破毀院は破毀申立を棄却したがこの点については次のように判断した。一八九七年三月二日の判決は、Yを保管人の任務から解くにとどまり、保管人たることに由来する諸義務の範囲に關してなんら判断するものではなく、この裁判は、いかなる場合にも、民訴八〇九条により、本案に害を与えるものではなく、その *autorité de la chose jugée* によつて本案の判事の評價の自由を拘束するものとして、この裁判を主張することはできない、と。

F 破毀院判決 (Civ. 16 avril 1923, (II F)).

パリ救貧局が建てた病院から出るふん便や排水のために近隣の土地が害されるので、近隣の土地の所有者や賃借人たちが組合をつくりBがその代表となった。Bは、組合代表者の資格で、一九一一年七月二五日に、損害の存在と大きさを確認するために鑑定人の指名を求めて、モントルイユージュルメル民事裁判所長に、*référé*の手続をとつた。一九一一年七月二九日に、救貧局及び病院側の提出した管轄権なしとの抗弁を排斥し、鑑定を命ずる命令が下された。この命令を、ドゥエ控訴院が、一九一一年二月一八日、支持した。Bは、一九一二年四月二五日、個人として、救貧局を相手方として、三万フランの損害賠償を前記裁判所に訴求した。救貧局は管轄権なしとの抗弁を出した。裁判所はこれを却下した。救貧局は控訴した。エミアン控訴院は、一九一九年七月一五日、右却下を支持した。救貧局は破毀申立をした。破毀院で救貧局は司法権の管轄権なしとの抗弁を出した。これに対し、Bは、この抗弁を受理すべからずとの抗弁を出した。そして、この抗弁を理由づけるために、ドゥエ控訴院の判決によつて、この事案を裁判する権限は民事裁判所にあるという点について、*la chose jugée*が生じている、と主張した。破毀院は原判決を破毀し事件をルヴァン控訴院に移送した。破毀の理由は、本稿に關するものをあげれば、次のとおりである。

*référé*の裁判官は、急迫の場合に審理を求められた紛争について仮にしか裁判せず、その裁判は、民訴八〇九条により、本案になんら害を与えない。よつて、当事者は、*référé*ですでに解決された諸問題を、本案の裁判官の前に新たに提出し、反対の結果に裁判させる、権利を保有するものである。

※ つまり、本判決の意義は、*référé*の裁判官が、ある事案につき、ある一審裁判所の事物管轄を承認しても（さらに、これを、この *référé*の事案の命令に対する控訴を裁判した控訴院が支持しても）、その事案の本案がその裁判所に係属した場合に、その裁判所は

これに拘束されない、ということを示したことがある。

G 破毀院判決 (Civ. 20. juin 1928. (11G). (S. 1928. I. 327.))

D 夫人が P 会社を相手どり、売買解除及び損害賠償を、セヌヌ商事裁判所に、訴求した。P は、事物管轄権なしとの抗弁を提出した。他方、セヌヌ商事裁判所長は、D と P の間に係属中の争につき *tribunal* 事案で、一九二四年八月六日の命令で、P につき管轄権ありと宣言した。この命令は、一九二五年三月一二日の判決で支持された。

セヌヌ商事裁判所は P の抗弁を却下しらしい。パリ控訴院もこの却下を支持した。支持の根拠は、右の一九二四年八月六日の命令があつて確定したことである。この控訴院判決に対して破毀院申立があり、破毀院はこれを破毀した。

破毀の理由は、一九二三年四月一六日判決 (前掲) と全く同じである。ただ、本件では、この理由を、商事事件にも適用したのである。また、*tribunal* の命令について、この点についていえることは、この命令に対する控訴について裁判した判決についてもあてはまると指摘している。また、一九二四年八月六日の命令が、一九二五年三月一二日の判決で支持されたときから、該抗弁について *chose jugée* ができた、ことも認めている。

H 破毀院判決 (Civ. 10. Janv. 1939. (判院). (S. 1939. I. 93.)) (11H).

ポルドオ控訴院判決に対して破毀申立がなされた。この判決は、事案につき管轄権ありと宣言したアングレム商事裁判所の判決を支持したものであった。

ところで、他方で、同一当事者 P と G の間の *référé* 事案で、アングレム商事裁判所に管轄権なしとの抗弁が提起され、これが容れられず鑑定を命ずる命令が下されたが、P はこれに対し控訴しなかつた。また、P は、G が署名した *bon de commande* (いかなるものか、またその実態を知ら) 中に挿入されたところのセヌヌ裁判所を唯一の管轄裁判所とする旨の管轄の合意の条項に基づき、G を相手方として、セヌヌ裁判所に金銭支払を訴求した。さて、前述のように、ポルドオ控訴院は、アングレム商事裁判所に管轄権を認めたが、その根拠として、P が前記の *référé* の命令に控訴せず、鑑定に同意し、アングレム裁判所の管轄を認めたことをあげたのである。その他に、同控訴院は、*l'autorité de la chose jugée* によつて、P の提起した土地管轄なしとの抗弁を排斥する、にとどめないで、右の合意管轄の条項を解釈し、この条項はあまりに簡潔すぎるから、G の真意とは解釈されない、とした。

破毀院は、右の条項については、これは明白かつ正確で解釈の余地なし、とした。また、ポルドオ判決が、前記命令は、管轄につい

「l'autorité de la chose jugée」を獲得したとし、明白に約された管轄の条項を該訴訟につき適用することを拒否したことを非として同判決を破毀した。その理論的根拠になる議論としては、前記一九四八年四月一六日判決（判例二F）のそれと同じである。

I 破毀院判決に次のようなものがある（*ci. 14 mars 1950*, (判例) *J. C. P. 501V, éd. G. 74*）（判例二I）。

référé 事案の審理において、ある文書に基づいて、裁判上の自由 (*aven judiciaire*) が認められても、本案の裁判官はこれに拘束されな

J パリ控訴院判決（*20 janv. 1954*, (判例) *D. 1954, 210*）（判例二J）。

セエヌ裁判所長は、C に対し、現状維持 (*maintien dans les lieux*) の権利なし、と宣言し一九四八年九月一日法第四条及び第一〇条を適用して、C の退去を言渡す、*référé* の命令を下した。（一九五三年五月九日）。C は控訴した。

これより先、C に対して退去を命ずる *référé* の命令があり（一九五二年一〇月八日）、しかも控訴院により支持されていた（一九五三年二月一日）。

本判決は、控訴を理由ありとし、前記命令を取消し、C は現状維持の権利ありとして、H の申立を棄却した。その理由のうち、本稿に關係のあるものを拾えば、次のとおりである。

確定 (*devenue définitive*) した司法裁判とは、通常の不服申立方法によつてはもはや修正されることができず、*l'autorité de la chose jugée* を獲得したものをいう。

仮の事項につき裁判し本案に書を与えることができない *référé* の命令は、これに該当しない。

一九五二年一〇月八日、一九五三年二月一日の裁判は、C から、一九四八年九月一日法一〇条一号を適用して、現状維持の権利を奪うことはできず、この点につき賃貸借特別裁判所が裁判することは妨げられない。

※ 裁判が、*définitive* になったとはどんな状態をさすかについては、考え方にニュアンスの差があるようであるが、本件についていうならば、退去を命ずる *référé* の裁判は、賃貸借裁判官が現状維持を許すことを、一九四八年九月一日法一〇条一号の適用により、禁ずるほどには、*définitive* とはなりえない、という趣旨であろう（*J. C. P.* 185）。

問題点はどうであるらしい。*référé* の命令が、一九四八年九月一日法一〇条一号にいわゆる *définitive* な裁判であるならば、この命

命を受けた者は、同法四条の利益（現状維持）を享受しえないことになるが、はたしてそうであるか（なお、Hébraud, Revue (Rev. dr. civ. 1954, p. 151) を参照）。

3 前述のように、本案の裁判官は *référé* の命令に拘束されないが、*référé* の手続において収集された資料を利用することはさしつかえない（E.J. 331.）。

また例えば、破毀院判決に次のようなものがある（req. 15 juin 1974.）。

référé の命令により、当事者の間に対審の形式で（*contradictoirement*）行なわれた鑑定の結果得られた資料を本案の裁判官が利用することは許される。（E.J. 331.）

また例えば破毀院判決に次のようなものがある（req. 6 août 1964.）。

référé の命令により、鑑定が命ぜられ、その鑑定に当事者が立会うよう督促されており（しかし、立会わず）、鑑定が行われてその報告書が提出され、それを読んでそれに異議を唱えたことがあった場合でも、その鑑定を本案の裁判の資料に利用することができる（E.J. 331.）。

4 *référé* の命令が本案の裁判官を拘束することは全くないのだろうか。明白な解除条項（*la clause résolutoire expressé*）の発動の結果を確認する *référé* の命令について、判例が別れているようである。ある判例は（Trib. civ. Seine 2 nov. 1953.）、「解除条項は *référé* の裁判官を本案の裁判官にする」とさえいつているそうである。もちろんこの考え方に對しては、批判及び反対がある（188）。この点は掘り下げれば興味ある問題が潜んでいるように思われるが、ここでは以下において、この問題の状況を若干描写し、あわせて若干の判例を示すに止める。

référé の命令が、本案の裁判官を拘束するか、という問題が現象する局面は、次のようなもののように思われる。例えば、それは一九四八年九月一日法一〇条一号にいわゆる *definitive* な性格を有するか、という問題が発生する局面。また例えば、解除条項の発動の状態を確認する命令がなされた場合（Civ. II, 12 mars 1954.）この両局面（の問題である）を *Raynaud* は相関連させる。後者の命令が本案の裁判官を拘束する場合にはそれが *definitif* な性格がある、と考えることによつて（*Revue trim. dr. civ.* 1957, P. 725.）。

※ そして、そのために、*référé*の裁判官が、例えば、退去の命令を下す権限があるかどうか問題となるように思われる。この問題は、*référé*の命令に *definitive* な性格があるか否かの問題と格みあわされているように思われる。すなわち、否定論者は、右の権限なし、または、右の権限があってもその命令は *definitive* でない、という論をするらしくみえる。

また、解除条項については、その発動の結果を退去命令として宣言できるか、という問題が、右の諸問題を内含しつつ現われるように見える。

Raynaud (Revue, 1957.) の理解によれば、判例は、これらの局面において、問題の命題を肯定する方向に発展している。そのため、*référé* の命令の *l'autorité* et *matérielle* なそれから、*formelle* のそれに移して、「*definitif*」ということを考えている (同前) (42, Revue, 1956.) (P. 773. 参考照)

※ 判例のこの発展を必要とした実際の需要はどういうところにあったのだろうか。興味ある疑問点である。

賃貸借契約において、明白な条項が存在するときは、本案の裁判官が解除を宣言することが免除され、*référé*の裁判官が契約不履行を確認したということにのみ基いて、現実の結果を續釋することが許される。これが Hebraud の考である (Revue, 1954.) (p. 540.)

※ そのような条項の合意を裁判外で行なった場合、それが有効なのか、ということとはひとつの問題であろう。これを疑問視する考え方もあるのである (190)。管轄の秩序を乱すからである。

しかし、判例は一定していない。その現実的な事案の解決においても、また、その理論的な根拠においても (P. 541.)

右のような、*référé*の裁判官の本案への (ある意味での) 介入の理論的根拠としては、当事者がそれを合意した、ということがあげられる (同上 P. 541.)。この理論に拠った判例はいくつか現われた (同上) (参考照)

この考え方は新しいものではなく、また、解除条項に関してのみ存したのではなく、仲裁契約条項についても存したのであった (同上) (参考照)。ただし、仲裁条項に関する解決は、当然には解除条項に関する (同様の解決の論拠にならないとする考え方があつた) (J.C. 190)。

さて、右の理論的根拠に立つと、条項が référé の裁判官の介入を明白に定めている場合とそうでない場合とを区別せざるをえないだろう(同上)(参照)。条項の解釈は本案の裁判官の管轄に属するという基本原理が復活するからである(筆者)。このように区別することには Hébraud は賛成しない(同上)。判例もこの区別を認めているとはいえない(と Hébraud はいう)(同上)(Raynaud Revue 1954, p. 165, note 2)。問題の実際の解決の面では、référé の退去命令が一九四八年九月一日法一〇条一号にいわゆる définitive な裁判であるかにかつて一九五二年五年三年のバリ控訴院はこれを否定していた(Revue 1954, p. 151, note 3)。否定の根拠は、Hébraud の理解によれば、référé の命令は「仮」の性格を有し、l'autorité de la chose jugée を有しないことである(Revue 1954, p. 151, note 3)。

このバリ控訴院の態度に、Hébraud は疑問をもった(Revue 1954, p. 151, note 3)。彼の疑問の根拠はこうである。現状維持の権利(一九四八年九月一日法四條参照—筆者)の問題は、貸借裁判官の排他的な管轄に属し、référé の裁判官がその権限を行使する場合でも(同法四六條三項参照—筆者)、その場合には、彼は貸借裁判官に付属する裁判機関としてである(Revue 1954, p. 151, note 3)。

Hébraud によれば、バリ控訴院は、force de chose jugée について云々しているが、しかし、このことについては同音異議を警戒しなければならぬ。définitif という語は、裁判の formelle な効果、すなわち、裁判が当事者の権利の効果ある実現に影響すること、を暗示するものである(Revue 1954, p. 151, note 3)。

そこで、例えば、重大な異議を招かないほどに明確に、一九四八年九月一日法一〇条が規定する条項の一を根拠として、現状維持の権利のないことを確認する référé の命令は、真正正銘 définitive である(と Hébraud はいう)(Revue 1954, p. 151, note 3)。一九五四年になっても、バリ控訴院はその態度を変えなかった(本稿判例)(二) (参照)(Revue 1954, p. 541, note 3)。

このバリ控訴院の態度を支持する考え方はいまなお存している。例えば、J-C, 190, 191. をみよ。この考え方の根拠は、référé の命令は、「仮」の性格を有し、本案を害することはない、ということである。

しかし、Hébraud はいう。退去は、期待と予防の処分というよりも権利の裁可と実現の処分である。だから、退去が狙う目的は、le finitif である。しばしば、実際上も、退去の目的は définitif である。référé の裁判官が、「仮」の性格は、référé の命令の射程を制限し、つねに本案を手を触れずに残す、という考えにそのかされ、本案を害することの禁止は、彼等の管轄権を制限し、真正正銘重大な異議がある場合に自制する義務を課するということを忘れて、急いだ裁判を思わずやってしまうのでないのであるならば、退去の目的はさちさちそう définitif である(と)(Revue 1954, p. 541, note 3)。

そして、Hebraud は、パリ控訴院の態度は、解除条項の発動を裁可して退去を命ずる場合には、例外を必要とするものである (Revue, 1954, p. 542.)。

かかる例外を、認めた判例は、かなり出ていた (Revue, 1954, p. 542.)。本稿で引用する破毀院判決 (判例二) は、これらの判例と軌を一にすると考えられる (Revue, 1954, p. 542.)。それゆえ、Hebraud はこの判決を支持する。そして、référé の命令の définitif な性格は、その内的な性質に由来するよりもその外的な状況に由来する。例えば、期間の猶予が不可能であるという状況。その définitif な性格は命令の權威 (autorité) により、その有効性 (efficacité) に影響する。命令の中にある二つの要素、すなわち権利の状態の確認と宣言された決定とを区別するならば、機能するのは後者であり、すなわち、退去そのものであり、退去そのものが urgence が存在することなどの個別的な条件を必要とするのである (Revue, 1954, p. 542.)。 (Hebraud は、ordonnance de référé の命令が définitif な性格を有することを認めることにより、本案の裁判官をどこまで拘束するかの射程について、吟味しているが、その紹介はこれを省略する)。

なお、右判決については、référé の命令に référé の裁判官が拘束される場合の一として把握し、かつ、そういう場合でも、référé の命令が「仮」のものであるという原則は変らないと考える考え方があり (150)。この考え方によれば、本案の裁判官は、référé の裁判官と逆に、不履行はなく解除条項は発動されなかつたと決定することができ、さらには、解除条項が原則として発動されたことを認めたりえで、法が認める場合に、期間の猶予を与えて、その発動の効果を停止することさえできる (同上)。

その後の判例は (一九五六年頃)、右の例外を前提としつつも、その理由づけは、他の場合にも利用できる一般的なものであった (Revue, 1956, p. 726.)。そして、条項の種類のいかんを問わず、この理由で、問題を処理することが予想された (Revue, 1957, p. 726.)。Raynaud とすれば、一九五七年五月一七日の破毀院判決 (Sol. 17 mai 1957, Gaz. Pal. 9 oct. 1957.) は、従来例外だったものを原則に変えた。Raynaud が紹介するところによれば、事案はこうである。référé の命令で、仮の占有にすぎぬということで、退去が命ぜられた。そこで占有者はすぐ賃貸借裁判官に訴えた。そして、正規の占有だという理由で現状維持の利益享受を主張した。(破毀院はこれを認めなかった)。

Raynaud の本判決の解説は次のようなものである。退去命令の définitif な効果は、占有の性質についての論議を不毛にすることである。それは、命令が autorité de chose jugée を有することではない。それは、退去命令は、いかなる場合でも、ひとたび définitif となれば、失権を当然に齎らす、ということである。この権利の実体への反響が、かつて、判例をして躊躇させたのであった。この反響はしかし一九四八年法一〇条のメカニズムの結果である。

A グルノオブル控訴院判決 (30 juill. 1947.) (判例二) (D. 1947. 541.) (4 A.)

P 夫人はCを相手方とし、一九二六年六月三〇日法などをたてにとり、賃貸借の更新を訴求した。ギャップ裁判所は不受理の判決をした(一九四六年五月一七日)。Pは控訴した。

ところで、この賃貸借は、賃料不払を原因として、解除条項の発動として、解除されていた。この解除は、一九四〇年一月二七日の référé の命令で確認され、この命令は一九四一年六月一四日のグルノオブル控訴院判決により支持されていた。

本判決はPの控訴を受理したが理由なしとして棄却した。

本判決は、一応次の理論を認めた。*tribunaux* の裁判官は、急迫の場合に審理に付された紛争について仮にしか裁判せず、その裁判は本案に害を与えず、争訟の本案を審理する民事裁判所の管轄権について l'autorité de la chose jugée を有せず、当事者は、すでに、*tribunaux* において解決された諸問題を、本案の裁判官の前に新たに提出する権利を保有する。

しかし、と本判決はいって、次の理論を展開した。ある場合には、*tribunaux* の裁判官は、当事者の以前の協定の結果たる地位を有効に確認する権限を有する。本件事は、この場合に該当する。*tribunaux* の裁判官は、賃料不払の結果として保争賃貸借の解除を確認しただけである。当事者間の合意の内容を確認しただけである。その合意は、有効な裁判上の契約 (contrat judiciaire valable) であつたのである。該条項の解釈をせねばならなかつたのではない。該条項を確認するに止まつたのである。だから、かかる *tribunaux* の命令の有効性は、本件事の場合には、契約の有効性を規律する規定により支配される。ところで、一九二六年六月三〇日法は、解除条項の発動を制約するものでない。右法は本件に適用されない。

※ 解除条項の確認、したがって、解除されたことの確認は、本案の裁判官といえども、蒸しかえして再び問題にすることはできない、というのであろう。しかし、他方、解除条項の発動を制約する法があれば、その法を適用することが、できるかのようにいっているようにも読める。また、右の条項についての合意を、右判決は、裁判上の契約といっているが、裁判上の契約は、裁判官の前で行なわれる合意であるから、グルノオブル判決の用語法はおかしい、という批判がある。(190)

B 破産院判決 (Cir. 23. janv. 1933.) (判例二) (D. P. 1933. 1. 39.) (4 B.)

賃貸借において、賃料のただ一期分でも、その支払期に支払わず、かつ、催告後一カ月を徒過したときは、賃貸借は、なんらの司法

上の形式を踏む必要なく、正当に解除される、ということが約された。一九二八年の四月分が支払われず、Sは賃借人たちに、前記の条項を援用して催告を送達した。賃借人たちは、賃貸借に定める期間内に履行しなかった。Sは賃借人たちを相手方として退去させるべく *référé* の手続をとった。*référé* 判事は、法律（一九〇九年三月一九日法一四條）の定める通知が登録債権者たちに対してなされていないことを理由として、Sの申立を棄却した。パリ控訴院はこの棄却を取消し、賃借人たちの退去を許した。解除は正当で、前記法律は適用されぬ、としたのである。この判決を破毀院は破毀した。前記法律は適用ありというのである。

※ 賃料を払ったか払わなかったかの認定も本案の裁判官を拘束するであろうか（*J.C.* 189）。これは、本事実の直接の問題ではないが、本節（一）の問題点ではあるのである。

C 破毀院判決（*Div. 2^e mill.* 1952.）（判例11）。

UがBを相手方として退去を求めて *référé* の手続をとった。ところが、*référé* の裁判官は、解除条項を原因として一九四八年九月一日にBに送達された催告（一部履行済）の効果を二カ月間停止する命令をした（一九四八年一〇月二十九日）。この命令をパリ控訴院判決は支持した（一九四九年五月二七日）。Bが貧困である点を配慮したからであった。しかし、破毀院はこの判決を破毀した。理由は、Bが所定の期間内にみずから猶予期間を願わなかった以上、（完全には満足を受けなかった）催告の効果は、*référé* の裁判官を拘束する、というのである。

D 破毀院判決（*Div. II* 12 mars 1954.）（判例12）。

B D間の賃貸借で、B Dは解除条項に同意していた。一九五〇年八月三日の *référé* の命令は、この解除条項を適用して、賃貸借の解除を確認し、Bの退去を命じた。ところが、一九五〇年一月二二日に、同じ *référé* 判事が、その後の弁済の現実の提供を理由として、前の命令を取消した。この第二の命令を、一九五二年一月二日、エックス控訴院が、第一の命令は *l'autorité de la chose jugée* を有するという理由で、破毀した。破毀院で、Bは主張した。この控訴院判決は、*référé* の命令は常に仮の性格を有し、新事実が後に発生しない限りにおいてしか *référé* 判事を拘束しない、ということに注意を払っていない、と。

破毀院は破毀申立を棄却した。理由はおおむね次のとおりである。

解除条項があるときは、不履行により解除の効果が直ちに生ずる。この条項の発動の条件が備わっているときは、*référé*の判事は、他を顧みることなく、賃貸借の解除を確認する義務がある。したがって、右の確認をした *référé* の命令があつて、この命令が確定した (*définitivement acquise*) 場合には、この命令の内容を、新事実を考慮して修正することは許されない。

※ これは、*référé* の裁判官にとって許されない、といっている。この趣旨を、本案の裁判官にとっては許される、というふうに理解するものがある (189)。

三 以上のような *référé* の命令の効力を人は *l'autorité de la chose jugée* と関連させて論じている。

ちなみに、*l'autorité de la chose jugée* は、通常訴訟の判決の効力として論ぜられるものである。そこで、これが *référé* の命令の効力と関連させて論ぜられるのは、前者を基準として後者を見ることによつて後者の性格を明らかにしようとする手法にほかならない。ところが、実は、*l'autorité de la chose jugée* 自体が一義的に確定されているわけではない。そこで、筆者は、本稿では、前者と後者を関連させるさせ方を見ることによつて、問題点を明らかにするに止めよう。

1 *référé* の命令は、原則として、両当事者間の争点について対審的な弁論を経て裁断するところの裁判機関の行為である。この点では通常訴訟の判決と異なるところはない。しかし、他方において、*référé* の命令は、仮の処分 (*mesure provisoire*) しか命ずることができず本案を害することはできない。この点では通常訴訟の判決と異なるのである。

2 前者に重点をおく人は、*référé* の命令に *l'autorité de la chose jugée* を一般的に承認し、その仮の性格に由来する例外を認める (例えば 187, 188)。後者に重点をおく人は、*référé* の命令に *l'autorité de la chose jugée* を否認し、その裁判 (*véritable jugement*) の性格に由来する例外を認める (例えば 192a, 332)。

いずれの場合においても、原則と例外を分ける契機は、本案の裁判である、ということには注意されるべきであろう。

四 référé の命令に拘束される人の範囲はどうか。

破毀院判決に次のようなものがある (Ref. 26 nov. 1900, D. P. 1901. 1. 77)。
référé の命令はその事案の当事者以外の者に対しては拘束力をもたない」と。

五 référé の命令の執行が本案訴訟の結果と両立しない場合はどうか。

1 référé の命令は仮執行の執行力を有する (C.P.C § 809: exécutoire) だから、これに対して控訴が提起されてもその執行力は失われない (E. J. 386)。またこの命令は保証を立てなくても執行力がある (C.P.C § 809: exécutoire) だから、これに対して控訴が提起されてもその執行力は失われない (E. J. 386)。

A 破毀院判決 (Civ. 23 mars 1864, S. 1864. 1. 181) (判例)。

事案の事実を複雑で要約しにくい。本稿に直接関係のある点だけを紹介しよう。

国はXの先代MDのために、MDに支払うべき一三、五八〇フランをY (供託局、Caisse des dépôts et consignations) に供託した。MDの債権者Sは、MD及びYを相手方として、SのMDに対する債権額相当の金額二五、〇〇〇フランをYがMDのために託された金の中からSに支払うべきことを求めて、référé の申立をした。この申立は認容された。YはSに一三、五八〇フラン及びそれに対する利息を支払った。

一方、XはMDの相続人としてYを相手方として一三、五八〇フランを訴求した。そこで、Yが右référé の命令に服してSに一三、五八〇フラン支払ったことが、Xに対する関係での免責事由になるかどうかが問題となった。第一審セヌヌ裁判所はXの請求を棄却した。Xは控訴した。第二審パリ控訴院は第一審判決を取消した。Yは破毀院に申立をした。破毀院は、第二審判決を破毀した。破毀院はYのSへの右支払を正当視する根拠として、次の議論をしている。

référé の命令は、両当事者を本案について訴えるようしむけ、本案に害を与えることなく仮にしか裁判しないといえ、このことから、référé の命令の執行は、該命令を受忍する者の危険と災害において行なわれるという結論をひき出すことは、不可能である。référé の命令は、争訟の本案を留保しているが、それでもそれに固有の autorité を有するのである。référé の判事が命ずることができる仮の処分に関していえば、référé の命令は、終局的裁判 (décision définitive) の一切の性格をそなえ、その一切の効果を生ぜしめる。す

なわち、それは、現実の、命令の力、執行の力を有する。そして、本案の判事への訴さえもそれを止めることができない、と。

2 反面において、référéの命令を執行し、その結果相手方が損害を蒙り、かつ、本案訴訟において裁判所がréféréの裁判官の該解決を採用せず相手方を勝訴させた場合には、執行した者は相手方に損害賠償をしなければならぬ (F.J. 330, J.C. 186)。つまり、執行にはそれだけの危険と災害が伴うのである (F.J.)。

判例二Aをみよ。

3 右の結果は、référéの命令は本案に害を与えることができない (C.P.C. § 809) ということから生ずるのである (F.J.)。