

Title	本田耕一君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.6 (1994. 6) ,p.111- 126
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940628-0111

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

平成五年十二月十七日

主査 慶應義塾大学法学部教授
副査 慶應義塾大学法学部教授
副査 慶應義塾大学名誉教授

堀江 湛
山田 辰雄
石川 忠雄

本田耕一君学位請求論文審査報告

本田耕一君が博士（法学）学位を請求するために提出した論文は『フランスにおける仮処分命令の制度・レフェレ——一般規定・八〇八条の要件の内容——』である。

I 本論文の構成

本論文の構成は以下の通りである。
はじめに

一 レフェレの概要

二 関係規定

（一）新民訴法典（一九七五年制定・一九七六年施行）
（二）旧民訴法典（一八〇六年制定・一八〇七年施行）

三 従来の研究

四 伝統的発令要件の特色

五 本研究の目的

当初の解釈

今日の解釈

本論

序章 新民訴法典八〇八条の規定

一 新民訴法典八〇八条の規定

二 一般的な理解と批判

- (一) 八〇八条についての一般的な理解
- (二) 八〇八条に対する批判

第一章 緊急性

- 一 緊急性の定義
- 二 緊急性の態様

三 緊急性存否の判断

四 総括

第二章 それ相当の異議の不存在・紛争の存在

第一節 生成過程

(旧民訴法典八〇九条の「本案毀損の禁止」)

一 学説

- (一) 第一説
- (二) 第二説
- (三) 第三説
- (四) 第四説

二 判例

- (一) 「それ相当の異議の不存在」の要件の生成
 - (二) 証拠保全と本案毀損の禁止
 - (三) 「紛争の存在」の要件の生成
- 三 旧民訴法典下での展開についての考察
- 〔一〕 判例についての考察
 - (一) 判例の解釈における本案毀損の禁止の意味

(一) それ相当の異議の不存在・紛争の存在

〔二〕 学説についての考察

(一) 第三説の考察

(二) 第四説の考察

(三) 第三説と第四説との比較

〔三〕 実体関係判断の禁止

第二節 新民訴法典

第一款 それ相当の異議の不存在

一 学説

(一) それ相当の異議の不存在と被保全権利の立証

(二) それ相当の異議の対象(事実および法律の解

釈・適用)

二 判例

三 考察

(一) 被保全権利に要求される立証の程度

(二) それ相当の異議の対象(事実および法律の解

釈・適用)

(三) 発令の獲得困難性・裁判の迅速性

(四) 実体関係の判断禁止

第二款 紛争の存在

一 学説

二 判例

三 考察

終章 総括

以上三百字約七〇〇枚の論文である。

二 以下本論文の要旨を紹介するが、その紹介にあたり、はじめて以下の例によることをおことわりしておく。

括弧内に引用する頁は、本論文の該当頁を示す。

フランス民事訴訟法典（一八〇六年制定・一八〇七年施行）を旧民法典と略称する。

フランス新民事訴訟法典（一九七五年制定・一九七六年施行）を新民事訴訟法典と略称する。

大審裁判所長に関する新民事訴訟法典八〇八条・八〇九条とその他の裁判所長等に関する規定とは同一文言なので（小審裁判所裁判官につき八四八条・八四九条、商事裁判所長につき八七二条・八七三条、農事貸借同数裁判所長につき八九三条・八九四條、労働審判所のレフェレ体 [formation du référé] につき労働法典R・五一六・三〇条・R・五一六・三二条）、大審裁判所長の規定を示すことをもって、その他の裁判所長等の規定をも示すものとする。

なお、関係規定は、次のとおりである。

新民事訴訟法典八〇八条

「すべての緊急の場合には、……所長は、何らそれ相

当の異議 (contestation sérieuse) が存しない、ま

たは紛争の存在が正当化するすべての処分をレフェレ

の手續により命令することができる」。

新民事訴訟法典八〇九条一項

「所長は、切迫した損害を避けるため、あるいは明らかに違法な侵害をやめさせるため、必要な保全的な処分 (mesure conservatoire) または原状回復処分を、常に、たとえそれ相当の異議が存する場合にも、レフェレの手續により命じることができる」。

新民事訴訟法典八〇九条二項

「債務の存在についてそれ相当の異議の余地がない (r'est pas sérieusement contestable) 場合には、所長は債務者に対する仮払いを許可し、あるいはたとえ為す債務に関しても債務の履行を命令することができる」。

新民事訴訟法典一四五条

「すべての訴訟に先だって、紛争の解決の基礎となるであろう事実の証拠を保全し証明を行なう正当な理由が存する場合には、法律に認められる証拠調べは、すべての利害関係人の要求により、申請に基づいてまたはレフェレの手續によりこれを命じることができる」。

II 本論文の内容とその意義

以下本論文の内容とその意義について、必ずしも目次の順序にとらわれないことと述べてみよう。目次の順序にとらわれない

という理由から、以下の叙述に本論文の頁数を摘示しておくことにする。

一 レフェレの命令の発令要件をめぐるフランスでの論議

レフェレの命令の発令要件をめぐる問題は、フランスにおいて、最近のフランス民事訴訟法上の一大問題として華々しく論議された問題である。フランスでは、近年、フランス旧民法法典(一八〇六年制定・一八〇七年施行)からフランス新民法法典(一九七五年制定・一九七六年施行)へと民事訴訟法の全面改正が遂げられ、レフェレの命令の発令要件に関する規定は一新されたが(その規定は、上記のとおりであり、これにつき五頁および三頁以下)、フランス新民法法典の規定に関して、その改正当初の数年間に行われた判例および学説による解釈は、この十数年の活発な論議を通して、今日の姿に一変した。

その解釈の変容の鳥瞰図は、当初の解釈につき本論文一三頁、最近の解釈につき本論文一四頁に示されている通りである。新民法法典制定当初の解釈について言えば、一方で、新民法法典八〇八条の「緊急性」の要件は、新民法法典八〇九条二項・新民法法典八〇九条一項後段には一見して要件として規定されていないが、判例および学説は、後者の各規定に所定の処分のために「緊急性」の要件を必要と解し、また、他方で、新民法法典八〇八条前段に所定の「それ相当の異議 (contestation se tense)」の不存在」の要件は、新民法法典八〇九条一項前段に

は一見して要件として規定されていないが(当初の新民法法典八〇九条一項には「たとえそれ相当の異議が存する場合にも」との文言がなかったことにつき四頁注一〇参照)、判例および学説は、後者の各規定に所定の処分のためには「それ相当の異議の不存在」の要件が必要であると解し、さらに、新民法法典一四五条については、その条文には一見して新民法法典八〇八条所定の「緊急性」および「それ相当の異議の不存在」または「紛争の存在」の各要件は規定されていないが、判例および学説は前者の規定に所定の処分のためには、後者の規定に所定の要件を必要であると解していた(一三頁の図表参照)。このような態度は、新民法法典八〇八条はすべてのレフェレの命令のための要件規定で、新民法法典八〇九条一項・八〇九条二項・一四五条等のその他の規定は、新民法法典八〇八条に基づいていかなる処分が為し得るかを明らかにする例示規定であるとの理解を前提としていたとも言うことができる。そして、当初の学説および判例は、このような理解の上に、新民法法典八〇九条一項・同八〇九条二項・同一四五条の処分が新民法法典八〇八条前段または後段の何れの要件に服するかの振り分けをしていた。しかし、その後、この十数年を経て、新民法法典八〇九条一項前段・新民法法典八〇九条一項後段・新民法法典八〇九条二項・新民法法典一四五条に所定の各処分のためには、新民法法典八〇八条前段または後段の要件は不要であると解されるに至り、今日、新民法法典の各規定に所定の処分は、それぞれそ

の規定に所定の固有の要件のもとにその処分を為し得ると解されるに至っている（一四頁の図表参照）。この点、かつては、レフェレの命令は、新民訴法典八〇八条に所定の単一の要件に服していたが、今日では、各規定に固有の多様な要件に服していると言うことができ、また、かつては、新民訴法典八〇八条に服していた新民訴法典八〇九条一項前段・新民訴法典八〇九条一項後段・新民訴法典八〇九条二項・新民訴法典一四五条は、今日では、それからの独立性を確保していると言える。

このような解釈の変容を経て、今日の解釈は、一部において、立法的にも裏打ちされるに至っている。すなわち、新民訴法典八〇九条一項に「たとえそれ相当の異議が存する場合にも」との文言が一九八七年および一九八八年に追加されるに至ったことは、少なくとも新民訴法典八〇九条一項について、そこに所定の処分が、新民訴法典八〇八条前段の要件に服することがないことを確認したものであり、新民訴法典八〇九条一項に関して当初の解釈の否定したものにはかならない（四頁注一〇参照）。このことは、新民訴法典八〇九条一項についてのものであるが、その他の規定である新民訴法典八〇九条二項・一四五条についても、新民訴法典八〇八条との関係における独立性を認める今日の判例および学説の解釈の方向自体を裏打ちするものと言うことができよう。

このような解釈の変容について、フランスでも、また、わが国でも、従来、要件論の体系を網羅的に取り上げた研究は見る

ことができなかつた。このような変容の姿を知るには、本研究における解釈の変容についての出典に見る通り（一一一頁以下、なお出典の頭番号は二三頁・一四頁の表の頭番号を示している）、個々の判例を拾い集め、また、これについていわば散発的に示された学説の態度を分析しなければならない。

ここに、本報告書は、本研究が、現在のフランスでのレフェレの命令の要件論に関する判例および学説の状況を明らかにする点で、その研究の出発点において、一定の成果をもたらしていることと見ることができると見られる。

二 新民訴法典八〇八条の発令要件（伝統的発令要件）の位置づけ

1 前述のフランスにおける今日の解釈を前提に、本研究は、新民訴法典八〇八条を一般規定と解している（一二頁）。その理由について、本研究は明示的にこれを述べていない。しかし、終章で、新民訴法典八〇八条とその他の規定との関係について触れられていることから推論すれば（二〇八頁以下参照）、そのように位置づけることができる結果となろう。規定相互の関係について、終章で触れられている本研究の認識は次のようなものであると推測される。

第一に、当初において新民訴法典八〇八条前段と密接な関係をもつと考えられていた新民訴法典八〇九条一項後段について見れば（二三頁の図表参照）、今日、①前者の規定に所定の

「緊急性」の要件が後者の規定に定められた処分のためには不要と解され、かつ、②前者に所定の「それ相当の異議の不在」の要件は後者に所定の違法性の「明か」であることの要件のためには不要であり、たとえ違法性についてそれ相当の異議が存在しても違法性が明かな場合があると解されて(一四頁の図表参照)、今日では条文上もそのことが明文化されるに至り、また、論理的にも、前者に所定の「それ相当の異議の不在」の要件が後者に所定の違法性の「明か」であることの要件に比較して厳格であることになると、③後者において、その他の加重された要件が存在しない以上、次のような結果となる。すなわち、後者の規定に所定の処分のためには、事実上、後者の規定に定められた要件のほうが緩和された要件であるから、後者の規定が優先的に適用され、したがって、後者の規定はその所定の処分のための特別規定と見得ることとなり、それとの関係では、前者の規定は一般規定として見ることができる結果となる。

第二に、当初において新民訴訟典八〇八条前段と密接な関係をもつと一般的に考えられていた新民訴訟典八〇九条一項前段について見れば(二三頁の図表参照)、①前者の規定に所定の「緊急性」の要件は後者の規定に定められた損害の「切迫性」の要件自体の中に要求されていると解されていると考えられるが、②前者に所定の「それ相当の異議の不在」の要件については、これが不要とされていることにつき、前述の新民訴訟典

八〇九条一項後段の場合と同断することができ、そこで、②の点で前者に比較して後者の要件が緩和されている以上、後者の規定に定められた処分については、事実上、後者の規定が優先的に適用され、したがって、後者の規定は特別規定と見得ることとなり、前者は一般規定として見ることができる結果となる。

第三に、当初において新民訴訟典八〇八条前段と密接な関係をもつと考えられていた新民訴訟典八〇九条二項について見れば(二三頁の図表参照)、①前者の規定に所定の「緊急性」の要件が後者の規定に定められた処分のために不要と解され、②前者に所定の「それ相当の異議の不在」の要件は後者に明文をもって要求されているが、①の点で前者の規定に比較して後者の規定において要件が緩和されている以上、後者の規定に所定の処分については、事実上、後者の規定が優先的に適用されたが、したがって、後者は特別規定と見得ることとなり、前者は一般規定として見ることができる結果となる。

第四に、当初において新民訴訟典八〇八条前段ないし後段と密接な関係をもつと考えられていた新民訴訟典一四五条について見れば、次のように言うことができる。①そもそも、新民訴訟典一四五条の処分は、ふるくは旧民訴訟典八〇六条の「緊急性」の要件(二四頁〜二五頁および二八頁以下)と旧民訴訟典八〇九条所定の「本案毀損の禁止」(実体関係の判断禁止)の原則の制限(五六頁以下)との下でなされてきた。そして、他面、②新民訴訟典八〇八条の要件の実質的内容は、旧民訴訟典

八〇六条および旧民訴法典八〇九条の実質的な内容を継承するものであるというのがフランスでの今日においても変わらぬ理解である(一六頁)。そして、①②のことからは、③証拠保全処分は新民訴法典八〇八条に基づいてもなし得ることが推知される。そこで、新民訴法典一四五条は証拠保全に関する特別規定と解し、新民訴法典八〇八条は一般規定をなすと解する余地が生じる。とりわけ、新民訴法典一四五条に基づく証拠保全は同条の文言から訴訟前の証拠保全に限られるから、訴訟係属中の証拠保全については、一般規定たる新民訴法典八〇八条に基づかざるをえないことにもなる(二五頁・一一〇頁)。

2 以上のことから、本研究は、前段に示した第一・第二・第三の点との関係において、新民訴法典八〇八条の要件は、新民訴法典八〇九条一項後段・新民訴法典八〇九条一項前段・新民訴法典八〇九条二項の各要件の実質的内容を理解するための座標軸たる役割を示していると理解していると考ええる。また、第四の点において、新民訴法典一四五条との関係を理解するために、新民訴法典八〇八条の要件の実質的な内容を知る必要があると考えていると言える。そこで、レフェレの命令の発令要件の全体についての内容を知るために、新民訴法典八〇八条の要件の実質的な内容を知ることが必要であると考えて、本研究は、新民訴法典八〇八条の発令要件の実質的な内容を知ることを試みている(一一頁〜一二頁)。

三 新民訴法典八〇八条の要件についてのフランスにおける一般的な理解とわが国の従来の研究

1 新民訴法典八〇八条の要件の実質的な内容について、フランスでは、それが旧民訴法典八〇六条および旧民訴法典八〇九条を継承し、単に文言を修正したに過ぎず、実質的な変更はないとされており、このような理解につき異論を見ない(二六頁)。この点で、新民訴法典八〇八条の発令要件は、旧民訴法典八〇六条および旧民訴法典八〇九条の発令要件を継承するもので、両者を伝統的な発令要件と呼ぶことができる。

しかし、新民訴法典八〇八条の規定に関しては、その文言のみを見るだけでは、その実質的な内容がどのようなものであるかを想起できない。フランスでも、この条文の表現をもってその内容を理解するには困難が伴うと批判されており、その内容を知るためには、旧民訴法典の規定の下での状況を知ることが不可欠であると指摘されている(一七頁〜一八頁)。

2 ところで、旧民訴法典および新民訴法典上のレフェレについては、わが国にも既に貴重な研究がある。そもそも、レフェレは、ドイツの立法に影響を与えたと言われ、ドイツ法を母法とするわが国の立法にも間接的に影響を及ぼしたと言われており、わが国でも、ふるくから少なからず関心が寄せられてきた。

しかし、これまで、レフェレの命令の伝統的な発令要件に関しては、その実質的な内容がどのようなものであるかはほとんど

ど知られていない。その原因につき、本研究は、レフェレの命令の伝統的発令要件がもつ二つの特徴が意識されてこなかったことにあるとしている（六頁～七頁）。

その二つの特徴を、わが国の民事保全法上の仮処分命令の発令要件（保全の必要・被保全権利）と対比して一言で述べれば、次の通りである。第一に、レフェレの命令の発令要件は、緊急性（保全の必要）に重点が置かれ、いわば、被保全権利には重心が置かれておらず、わが国のそれとは逆転した構造をもつことにある。そのことは、旧民法訴訟法典八〇六条および旧民法訴訟法典八〇九条の規定ないしは新民訴訟法典八〇八条の規定の形式からして明かであり、レフェレの命令は「すべての緊急の場合」に発令されることとなっている。また、実質的に見ても、とりわけ、新民訴訟法典八〇八条に継承されたと見られている旧民法訴訟法典八〇九条の本案毀損の禁止の原則は、本案訴訟で判断されるべき実体関係につきこれを判断することは許されないとの意味で解されていたと言いうことができるが、これはそのことだけを禁じるに止まるから、その余のことには寛容であって、いわば、実体関係を判断しさえしなければ、緊急な場合にいかなる処分をなすことも許したのである。このことから、レフェレの命令が発令される事象はあらゆる緊急の場合に及んできたが、これに呼応して、わが国では、レフェレがいかなる事象を対象とするかに関心がもたれ、発令要件の実質的な内容についてはあまり目が向けられてこなかった（以上の第一の特徴につき七頁～

九頁）。また、第二に、「緊急性」の要件、および、「それ相当の異議の不存在」・「紛争の存在」の要件に継承された「本案毀損の禁止」の原則は、なされる処分に応じて、その機能する側面を微妙に変化させるものであることに特徴がある。すなわち、緊急性の要件について、試みにわが国の仮処分命令の制度と同様の意味で権利保全のために処分がなされる場合について見れば、緊急性は「保全の必要」と同様の内容をもつ一方、権利保全を目的とするとは観念されていない証拠保全のような場合においては、「証拠滅失の危険」が緊急の場合にあたることとされてきた。機能する側面を変化させる点において一層顕著であるのは、「それ相当の異議の不存在」・「紛争の存在」に継承された「本案毀損の禁止」の原則においてであり、それはレフェレの裁判官に実体関係の判断を禁じる趣旨と解されたが、たとえば、権利保全のために処分がなされる場合については、それ自体に矛盾を含むような次の機能を果たしていた。すなわち、①本案毀損の禁止の原則から、レフェレの裁判官は、実体関係の判断をなすことは許されず、実体関係の判断を余儀なくされる場合にはレフェレの命令の発令を求める申立てを排斥しなければならない。しかし、そのことから、②申立人の主張に対して相手方は何らかの主張をなしさえすれば、たとえ相手方の主張が無根拠な場合にもレフェレの命令の発令を回避できる結果になり、レフェレの命令を発令するレフェレの裁判官の権限も毀損されることになる。それゆえ、これを避けるために、③レフェレの

裁判官は、その権限行使の可否という自らの関心に基づいて、相手方の主張が全く無根拠であるか否かを判断して、全く無根拠な場合にはレフェレの命令を発令できる。しかし、かくして発令されたレフェレの命令は、相手方の主張に根拠のある余地がないものとして発令されているという意味で、事実上、申立人の主張する権利につき極めて高度の立証を要求すると同視できる結果を生ぜしめていた。①の出発点において実体関係の判断が禁じられていながら、なぜ④の到達点において、事実上は極めて高度に立証された権利に基づいてレフェレの命令が発令されるにいたるのか、このことは①から④に至る論理の経過が理解されない以上、矛盾した内容として幻惑させるものであったと言える（以上の第二の特徴につき九頁～一〇頁）。

四 新民訴法典八〇八条の発令要件の実質的な内容

以上の点を踏まえて、本研究は、新民訴法典八〇八条の要件の実質的な内容を検討している。

新民訴法典八〇八条は、一方で、「緊急性」と「それ相当の異議の不存在」を要件として、他方で、「緊急性」と「紛争の存在」とを要件としてレフェレの命令が発令されることを規定している。そして、ここに「緊急性」の要件は、旧民訴法典八〇六条の文言をそのまま取り入れたものであるのに対して、「それ相当の異議の不存在」の要件・「紛争の存在」の要件は、旧民訴法典八〇九条の「本案毀損の禁止」の規定およびその下

での判例を学理的に分析して文言を代えて取り入れたものであるとされているが、これらのすべての要件につき実質的な内容には変更がないと一般的に理解されている点に異論を見ない（一六頁）。本論文では、第一章で、「緊急性」の要件について、第二章で、「それ相当の異議の不存在」の要件・「紛争の存在」の要件について、検討している。

A 緊急性の要件

1 第一章では（一九頁以下）、緊急性の要件につき、その実質的な内容を検討するに際して、伝統的発令要件の特色に配慮して、本研究は、「緊急の場合」としていかなる場合がそれに含まれるかという態様の問題（二二頁～二五頁）と、その態様における緊急性の存否の判断の問題（二五頁～三〇頁）を分けて、各態様における緊急性存否の判断につき検討している。

緊急性の要件の実質的な内容につき、本研究の結論を示せば、次のように言える。緊急性の態様の問題については、ここに「緊急の場合」には、わが国の民事保全法上の仮処分命令が発令される事象と共通の事象として被保全権利を観念することができ、緊急の場合の態様に加えて、わが国の仮処分命令の制度とは異なる事象として被保全権利を観念できない緊急の場合として証拠保全のようなものも含まれている。そして、各態様において、緊急性存否の判断がどのようになされるかについては、被保全権利を観念できる場合についてみれば、「緊急性」は「保全の必要」とほぼ同様になされているとしている。他方、

被保全権利を観念できない場合として証拠保全については、従来、緊急性は、証拠滅失の危険によって代表されてきており、この点、わが国における証拠保全とほぼ同様であるとされている。

2 従来、緊急性の要件については、まず、緊急性の定義が引き合いに出される（二〇頁）。しかし、本研究は、緊急性の定義は、緊急性の問題をめぐり局面を異にする複数の問題が帰納されていることを認識すべきとし、また、むしろ、緊急性については、緊急の場合の態様の問題と緊急性存否の判断の問題とを峻別して別個に考察することが必要であるとしている（二〇頁・二二頁）。そのようにしてこそ、緊急性の要件をめぐる問題を、わが国の制度との比較のための共通の基盤が与えられることになるといえよう。

また、とりわけ、緊急性の在否の判断については、フランスでは、破毀院判例で、緊急性が争われなければ特にこれを理由づける必要がないとされているため、ほとんどの裁判が「緊急性に鑑み（*Vu l'urgence*）」と述べるにとどまり、いかなる事情からその判断を導いているかを明らかにする裁判は極めて少ないことが指摘されている（二六頁）。そこで、被保全権利を観念できる場合については、リーディングケースと思われる八判例を見るにとどまっております、被保全権利を観念することのできない証拠保全の場合につき六判例を示すにとどまっています。しかし、前述の破毀院判例の立場の下では、多くの判例を見ることは不可能であるとも言えよう。そこに挙げられたいくつか

の判例をもとに、本研究の前述の結論のように述べる事が許されよう。

B それ相当の異議の不存在・紛争の存在

1 第二章では（三一頁以下）、「それ相当の異議の不存在」の要件・「紛争の存在」の要件について検討されている。これらの要件は、旧民訴法典八〇九条の「*レフェレ*」の命令は、本案（*Principal*）にいかなる毀損（*prejudice*）も与えない」との規定につき、判例がその解釈として生成した要件にはかならないとして、まず、第一節では（三二頁以下）、旧民訴法典下の学説および判例が検討されている。また、第二節では（七四頁以下）、新民訴法典制定後、法典上の文言に取り入れられた「それ相当の異議の不存在」の要件および「紛争の存在」の要件に関して、新民訴法典下での学説および判例が紹介されている。

本報告書は、本研究が、旧民訴法典下の学説の各見解を網羅的に紹介するものとして先駆をなすものであると考える。また、判例についても、「それ相当の異議の不存在」の要件に関する一八〇〇年代末葉のリーディングケースたる破毀院判例と、証拠保全に関する判例、「紛争の存在」の要件に関する一九〇〇年代中頃のリーディングケースたる破毀院判例が紹介されているが、とりわけ、「それ相当の異議の不存在」の要件に関しては、これまで直接にこれが問題となるケースはわが国では紹介されてこなかった。これらの点において、本研究は意味をもつ

ものと考ええる。

これら二つの要件に関しては、本研究の結論を一言で表現すると、次の通りである。

2 「それ相当の異議の不存在」の要件については述べれば、「それ相当の異議の不存在」の要件とは、債権者の主張する権利に対して債務者が異議を提起する場合に、その異議に根拠のある余地があるときには、レフェレの命令を発令することができず、それに根拠の余地がないときに、レフェレの命令を発令できるというものである(旧民訴法典下の判例につき五一頁・新民訴法典下の学説につき七七頁・新民訴法典下の判例につき八二頁)。すなわち、レフェレの命令の発令には、相手方の提起する根拠のある余地がある異議が存在であることを要するとの趣旨を示す要件である。なぜこの要件が生成されたかについては、旧民訴法典八〇九条の「本案毀損の禁止」をレフェレの裁判官は実体関係ないし実体的権利を判断してはならないことを意味すると解し、これをレフェレの裁判官にとっての管轄(competence)の制限と解する旧民訴法典下の第三説の理解が背景となっていると見ることができるとされている(第三説につき三六頁〜四四頁、その考察につき六八頁〜七一頁、七二頁〜七四頁)。しかし、この学説の立場は、旧民訴法典八〇九条を実体関係ないし実体的権利の判断の禁止と解するものであるから、そうである以上、仮に債権者の権利に対して債務者が実体関係上の異議を提起してレフェレの裁判官に実体関係上の

判断を余儀なくさせる場合には、本来、実体関係を判断できないレフェレの裁判官は管轄なしとして申立てを排斥しなければならぬはずであり、なぜ、この立場において、債務者の異議がそれ相当の異議であるか否かを判断し、レフェレの命令の発令の可否を決し得るかが問題となる。この点、この学説は、次のように説明する。それ相当の異議の判断は、実体関係の判断である。しかし、債務者が無根拠な実体関係上の異議を提起して、レフェレの裁判官の管轄を逃れようとすることは、レフェレの裁判官にとっては管轄の有無という自らの権限行使に関する問題であり、その場合に、自らの関心事としてその異議がレフェレの裁判官の権限の行使を逃れるための無根拠なものであるかを判断する責務があるからというのが、その理由である。すなわち、実体関係の判断が許されないレフェレの裁判官は、それを判断することができる。しかし、レフェレの裁判官が審理・判断できる範囲は、自らの管轄の有無との関係で、債務者の主張に根拠のある余地があるか否かの判断に限られるであろう(七三頁〜七四頁)。ここで、この要件に用いられる「それ相当の異議(contestation sérieuse)」の概念は、従来、わが国では、「重大な異議」・「重大な争い」・「まともな争い」と邦訳されてきたが、その実質的な内容は、根拠のある異議である必要はないが、さりとて無根拠な異議では足りないという趣旨であって、無根拠とは言えない異議ないし根拠のある余地がある異議の意味である。したがって、本論文では、その冒頭で、

これに「それ相当の異議」との邦訳を当てることにするのが断られているが、これは実質に着目した邦訳と言えよう。

ところで、この要件の下では、債務者が、債権者の主張する権利に対して無根拠とは言えない異議（＝根拠のある余地がある異議）さえ提起すれば、レフェレの命令を阻止できることになるから、結局、債権者としては、債務者が異議を提起すれば、その異議に根拠のある余地が全くないことに向けての立証を目指すさねばならず、事実上、債権者が、レフェレの命令を得るには、その主張する権利につき、完全に確信できるとの心証形成に向けて高度の立証を要求されているのと同視できる結果となる。このことについては、新民訴法典下の学説の認識は一致しており（七七頁～八一頁・その考察につき九一頁～九二頁）、判例でも、たとえば、債権者の権利の存在の根拠となる事実について、「文言に不明瞭のない」文書、「明解な文言があらゆる解釈を排している」文書、執行吏による確認（constat）などがある場合に、その事実に関して債務者が異議を提起しても、その異議はそれ相当の異議にあたらぬとしている（八二頁～九一頁・その考察につき九一頁～九二頁）。しかも、学説・判例は一致して、事実の存否に關してだけでなく、法規の解釈・適用も、それ相当の異議の対象となるとしており、その結果、法規の解釈・適用についても、論議の余地のないことが要求されている（学説につき八一頁～八二頁・判例につき九〇頁⑧・その考察につき九二頁～九三頁）。このように、この要件の下

では、事実上、債権者にはその主張する権利につき高度の立証が要求されることになる。したがって、少なくとも、この要件の下では、レフェレの命令の発令による救済の範囲は相当に狭くなることになる（九二頁～九三頁）。

また、この要件の下では、債務者の提起した異議に根拠のある余地があると判断されるや否や、それが根拠のあるものではなくとも、その段階において、それ相当の異議が存在するものとして審理は続行できなくなり、直ちに、申立ては排斥されることになる。この意味で、手続の迅速は相当に確保されると言える（九四頁）。

3 「紛争の存在」の要件について述べれば、この要件は、前述の「それ相当の異議の不存在」の要件とは裏腹に、「それ相当の異議の存在」＝「紛争の存在」が、これにより正当化される処分なされることを許すという内容のものである。しかし、新民訴法典によって法典上の文言に据えられたものの、現在までのところ、学説ではあまり詳細な研究はなされておらず（九六頁～一〇〇頁）、また、新民訴法典後に公表された判例も余り見あたらない（一〇一頁～一〇五頁）。しかし、この要件の下では、多少とも紛争が存在すれば処分がなし得るということではなく、学説では、むしろこの要件による場合の限定化が問題となるとされている（九五頁～九六頁）。そして、紛争の存在が要件とされるが、なされる処分はそれによって正当化されるものでなければならずと解されている。学説及び判例に

において、債権者の権利の考慮が捨象され、むしろ利益衡量の観点が見られることに特徴がある（学説につき九六頁以下・判例につき一〇一頁・考察につき一〇五頁）。この要件に基づく処分として、学説ではほぼ共通に取り上げられているのは、係争物を保管人に付す処分、法人代表者等の職務代行者選任の処分、証拠保全等であるが、判例においてはこれらのほかに様々な処分がなされている（一〇一頁～一〇五頁）。

五 他の規定に定められた要件の内容

本研究は、新民訴訟法典八〇八条の要件の内容を前述のようなものであるとした上で、その他の規定における要件の内容を概観している。その結論だけを示そう。

1 新民訴訟法典八〇九条一項後段は、明らかに違法な侵害をやめさせる処分についてのものであるが、今日、その処分のためには、緊急性の要件は不要と解されるに至って、明らかに違法な侵害があれば、いわば、保全の必要がなくとも、レフェレの命令は発令される。すなわち、違法な侵害それ自体の存在において、すでに保全の必要は充足されると考えられていると言えよう。

他方、ここでは、「それ相当の異議の不存在」の要件も課されず、たとえ、それ相当の異議が存在しても、明らかに違法な侵害が存在する限り、レフェレの命令は発令される。その趣旨は、新民訴訟法典八〇八条前段の場合とは異なって、違法

性についてそれ相当の異議（無根拠とは言えない異議）が提起されても、直ちに申立ては排斥されることがなく、なお実体関係に立ち入った審理をなすことができ、違法性が明かである限りにおいては、レフェレの命令が発令されるとの趣旨である。実体関係について、より立ち入った審理がなされることに伴って、その審理の長期化が予想される。

2 新民訴訟法典八〇九条一項前段は、切迫した損害に関するもので、未だ損害が生じていない場合を想定している点で、前述の同後段との差異があり、同後段は既に侵害が生じた場合に適用になるというのが一般的な見解である。判例は、その切迫した損害にも、明かな違法性が必要であると考え、同後段と同一の処理を行っており、学説においても、同後段に準じて扱われるとの考え方が一般的である。

3 新民訴訟法典八〇九条二項は、仮払い及び仮履行を命じるレフェレの命令についてのものである。今日、この処分のためには、緊急性は不要とされている。ここでは、その要件として、「債務の存在につきそれ相当の異議の余地のない場合」と規定されているが、これは、それ相当の異議の不存在の要件にはかならず、その内容は本研究で見たとおりである。その債務については、高度の立証を要すると言えよう。

今日、この処分につき緊急性が不要と解されていることは、権利存在が明瞭である以上、その権利の実現が妨げられている状況は、既に緊急な場合として、いわば保全の必要を充足する

場合であり、当事者の主観的事情の如何によらずに、その救済を図ろうという趣旨である。

4 新民訴訟法典一四五条は証拠保全処分を命じるレフェレの命令に関するものである。今日、この場合も、緊急性の要件、すなわち、証拠滅失の危険が不要と解されるに至っている。そして、今日、緊急性は、同条所定の「正当な理由」の一つをなすに過ぎないと考えられている。そこで、証拠保全は、単に証拠滅失の危険がなくとも認められることになったと言える。しかし、ここに「正当な理由」がいかなるものまでを含むかについては、未だ明かではなく、今後の展開が期待されている。

また、かつて、ここに、それ相当の異議の不在の要件が必要とされるとの見解や、紛争の存在が必要とされるとの立場があったが、今日、それ相当の異議の不在が不要であることは破毀院判例で確認されている。いまや、紛争の存在が必要であるとも思われない。

ところで、訴訟係属前の証拠保全については、同条に基づいて求めることができるが、文言上、訴訟係属中の証拠保全はこれによっては求め得ない。従って、新民訴訟法典八〇八条により、おそらくは、同後段により求めることになると考えられる。

III 評価

1 本研究は、レフェレに関する従来の我が国の研究のもつ問題点を、同制度をより詳細且つ総合的に研究することにより

補充・修正するものである。しかしながら、そのためには、その出発点において、従来の我が国の研究がかかえる問題を明確に指摘することが適切である。もちろん、我が国の従来のレフェレ研究の文献を精査した読者には、本研究の成果と比較して、右の問題点を十分に認識できるものと思われるし、本研究のもつ意味を窺い知ることができる。それにもかかわらず、右の問題点を明確に指摘することによって、本研究の問題意識ないし出発点はより一層明確になったであろう。この点の記述が欠落していることが惜しまれる。

2 本研究は、主としてレフェレに関する日仏比較法研究というよりは、フランス法研究である。比較法研究の前提として、外国法上の制度的確な研究が必要とされることは当然であるが、外国法研究にあたり比較法的な問題意識が必要とされることはいままでもない。本論文にはこの点が必ずしも明確に示されているとは云い難いという問題がある。

しかしながら、「緊急性」の要件の検討は我が国の仮処分における保全の必要を考察する場合十分に参考になりうるし、また、「本案毀損の禁止」「それ相当の異議の不在」等の要件は、解釈論上も仮処分の本案化を防止するという観点から大いに参考になる有益な議論であるといえる。かような点から考えると、レフェレの命令の発令の諸要件の検討にあたって、本研究が右比較法的な要素を認識していたことを窺い知ることができる。

3 本研究を通して、新民訴訟法典八〇八条の要件の実質的な

内容が、ある程度、明らかにされた。そして、本研究は、新民訴法典八〇八条の発令要件との関係において、その他の規定の要件の内容を概観している。しかし、レフェレの命令の発令要件の全体については、さらに別個に、新民訴法典八〇九条一項前段および後段、新民訴法典八〇九条二項、新民訴法典一四五条の各規定に所定の要件の内容につき、その内容を説明することが必要とされよう。それぞれの規定の各要件については、細部において争いのあるところである。その例を挙げれば次のとおりである。

新民訴法典八〇九条一項前段について見れば、本論文一四頁に示された破毀院判例は、「切迫した損害」の要件に関して、明かな違法性を要求した上で、それ相当の異議が存在しても、明らかに違法な「切迫した損害」は存在しうるとして、それ相当の異議の不存在の要件を不要と考えているが（一一〇頁・一四頁の図表）、学説は、明らかな違法性を不要と解した上で、それ故、当然のこととして、違法性についてそれ相当の異議が存在しても処分をなしうるものとして、それ相当の異議の不存在の要件を不要と考えている（一四頁の図表の *Viatte, Bertin, Goyet, Normand*）。すなわち、切迫した損害については、違法性が要求されるか否かについて争いがある。果たして、この場合に違法性が必要とされるか否かは、重要な問題であると言える。

新民訴法典八〇九条一項後段について見れば、「明らかに違

法な侵害」の要件について、破毀院判例は、侵害の違法性につきそれ相当の異議が存在しても、なお明らかに違法な侵害があれば、レフェレの命令を発令できるとし、また、今日、新民訴法典八〇九条一項の文言上もそのように解し得るにもかかわらず、なお、最近の学説の中には、違法性について、それ相当の異議が存在すれば、違法は明かでなくなるとして、それ相当の異議の不存在の要件をここに要求する立場がある（一一〇九頁、一三頁の図表の *Normand, Perrot*）。文言追加の改正にもかかわらず、これらの学説がどのような立論に基づいて異論を唱えているのかも検討を要すべき問題と言えよう。

新民訴法典一四五条について見れば、今日、証拠保全は同条所定の「正当な理由」に基づいてレフェレの命令が発令されることになったが、ここに「正当な理由」の内容がどのようなものであるかは、さらに別個の検討を必要とする。レフェレの命令の発令要件をめぐる論議の全体像を明らかにするために、これらの検討が続けられなければならないと言えよう。

4 本研究は以上のような問題点をかかえながらも、レフェレ制度の特色を我が国の制度との比較において指摘し、従来我が国の研究がもっていた視座の偏りを修正して、これを補完した点は何よりも高く評価されてよい。本研究は、今後のレフェレ研究に基礎を与え且つその出発点となるべきものであって、今後は我が国のレフェレ研究は本研究を抜きにして考えることができないであろう。

以上の理由により本研究が博士（法学）（慶應義塾大学）に
十分に値するものであると考える。

平成六年一月二十一日

主査 慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員法学博士

石川 明

副査 慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員法学博士

倉沢康一郎

副査 慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員

坂原 正夫