

論 説

フランスにおける不動産執行競落人のための占有移転手続

金子 敬 明

序

周知の通り、日本においては、とりわけ不良債権問題の発生以来、不動産競売手続（不動産強制競売〔民事執行法四三条〕及び担保不動産競売〔同法一八〇条一号〕）の円滑な処理が喫緊の政策課題とされてきており、そしてその実現のために、競落された不動産の占有を競落人が迅速かつ実効的に確保できるようにすることが決定的に重要である、との認識が、広く共有されるに至っている。平成八年、一〇年、一五年の三次にわたる民事執行法改正が、主としてこの点に関わるものであったこと、言を俟たない。^①

本稿は、フランスにおいて、競落不動産の占有を競落人のために確保する手続がどのようなものであるかを紹介しようとするものである。本稿は、フランス法の紹介を唯一の目的とし、日本法との相違点に若干の注記がなされるとはいえ、日本法の解釈論ないし立法論に資することを目的とはしていない。フランス法という選択も、筆者の個人的な興味関心のみに基づき、それ以上のものではない。とはいえ、本稿が、右の問題に関する日本法の現況を相対化して眺めることに、何らかの形で寄与することができれば、幸いである。

本稿の構成は次のとおりである。まず、フランスの不動産執行 (saisie immobilière) 迅速な手続 (こ) ではレフェレ手続 (référé) と申請に基づく命令 (ordonnance sur requête) の二つのみを念頭に置く⁽²⁾、そして明渡執行 (mesures d'expulsion) の三つの手続につき、必要最小限の事項の説明をおこなう (第一節ないし第三節)。次に本題に入り、不動産執行の対象不動産に設定されている賃貸借の効力に関する規律 (第四節)、対象不動産の競落時までの占有にかかる規律 (第五節)、競落後における競落人による明渡請求の規律 (第六節)、を順次紹介する。さらに、ある者が消費者倒産手続や商事倒産処理手続の対象となった場合に、第六節までで検討してきた規律はどのように変容するかを簡単に見て (第七節)、最後に日本法と著しい対照をなしている点をまとめる (第八節)。⁽³⁾

第一節 フランスにおける不動産執行の概要⁽⁴⁾

一 手続の当事者

不動産執行を行うことができるのは、金銭債権者であって、その有する債権につき執行名義を有しているものである (民法典二二三条及び旧民事訴訟法典五五一条参照)。以下、不動産執行を開始させた債権者のことを「差押債権者」と呼ぶ。理論上は一般債権者であっても全く差し支えないが (民法典二〇九二条・二〇九三条参照)、実際上は、一般債権者によって手続が開始されることはほとんどないといわれる。⁽⁵⁾

他方で、不動産執行において差押を受ける当事者 (以下、「差押債務者」と呼ぶ) は、基本的には執行債権の債務者 (執行名義上で特定される) である。例外的に、執行債権の債務者でない者が所有する不動産に対して、不動産執行を行うことができる場合があるが⁽⁶⁾ (物上保証人を差押債務者とする場合や、抵当権もしくは先取特権を有する債権者が、当該担保権に備わる追及権を利用して不動産執行を行う場合。これらの場合における差押債務者は *tiers deten-*

teurとよばれる)、本節ではこのような事例は扱わない。

なお、商事倒産処理手続 (procédures collectives) に入っている者を差押債務者とする不動産執行は停止 (suspension) されることがある (更生手続の場合につき商法典L. 六二一—四〇条、清算手続の場合につき商法典L. 六二一—一六条・L. 六二一—二三条参照⁷⁾)。また過剰債務を負った誠実な自然人が消費者倒産手続⁸⁾に入っている間にも、不動産執行の停止がなされる⁹⁾。

二 手続の展開

続いて、不動産執行が順調に進められた場合の、その展開の概略を述べる。

① 支払催告書兼差押調書 (commandement valant procès-verbal de saisie)

支払催告書兼差押調書 (以下「支払催告書」と称する) は、差押債権者の依頼を受けて、執行士 (huissier) により作成され、差押債務者へと送達される¹⁰⁾。公正証書の作成された債務にかかる不動産執行の申立の場合には、支払催告書では、右公正証書への言及がなされていれば足りるが、それ以外の場合には、執行名義は事前もしくは同時に送達される必要がある。また支払催告書には、債務の支払がなされなかったら抵当権保存所で支払催告書が公示され、以て差押の効力が生ずることになる旨も、記される (以上につき旧民事訴訟法典六七三条二項)。支払催告書の送達は、差押不動産に設定されている賃貸借の処遇に大きな意味をもつが、この点は後に第四節で紹介する。

支払催告書は、差押債権者やその弁護士から提供された情報をもとに作成されるが、執行士には、情報補完のために不動産を実地に見分する権限が与えられており、その際に作成された調書は支払催告書に添付される¹¹⁾。実地見分の際に執行士は、必要があれば警察等の助力を求めることもできる (以上につき、旧民事訴訟法典六七三

条六項)。

② 支払催告書の公示

執行債権者が支払催告書を抵当権保存所に提出すると、それが公示される。支払催告書の送達から九〇日以内に提出されねばならず、この期間が遵守されなかった場合には、手続を最初からやり直す必要がある⁽¹²⁾ (旧民事訴訟法典六七四条三項)。

提出時を基準時として⁽¹³⁾、差押を受けた不動産の処分禁止効が生じる (旧民事訴訟法典六八六条一項)。また、それ以前になされた処分行為も、提出時より前に公示されていなかった場合には、差押債権者に対抗できない (旧民事訴訟法典六八六条二項)。また、果実の不動産化と呼ばれる効果もこの時点から発生する⁽¹⁴⁾。

③ 競売のための準備作業

次に、競売のための準備作業として、差押債権者の弁護士が、物件明細書 (cahier des charges) の案を作成し、それを大審裁判所書記課に提出し、その閲覧を利害関係人に促す催告を執行士に行わせる。

物件明細書とは、差押不動産の公的売却条件などを記載した書面⁽¹⁶⁾のことである (旧民事訴訟法典六八八条)。売却条件としては、本稿との関係では、競落人に所有権が移転される方法、差押不動産に設定され差押債権者に知られている賃貸借、買受代金の支払方法、がとりわけ重要である⁽¹⁷⁾。また、最低売却価額も差押債権者が定め、物件明細書案に記載される。

物件明細書案は、支払催告書の公示から四〇日以内に大審裁判所書記課に提出されねばならず、さらにこの提出から八日以内に、関係人に対し、同所で物件明細書案を閲覧し・必要があれば異議 (dites) を述べるよう求める催告 (以下では「閲覧催告」と呼ぶ) が執行士によって送達されねばならない。閲覧催告がなされるべき相手方

は、差押債務者、登記済債権者、売却代金を受け取っていない前主（差押債務者へ当該不動産を売った者）などであるが、⁽¹⁸⁾ 閲覧催告の送達を受けた者のみならず、すべての利害関係人が、異議を申し立てることができる。⁽¹⁹⁾

異議とは、物件明細書案の内容を争うための、弁護士作成の書面による申告のことであり、それは物件明細書案に挿入され、すぐ後で述べる条件期日（audience éventuelle）において大審裁判所が裁判する。⁽²⁰⁾ 条件期日の予定日時は閲覧催告において特定され、異議は右予定日から三日前までに申告される必要がある。⁽²¹⁾

条件期日においては、申し立てられた異議について裁判が下される。その裁判は物件明細書案の後に添付され、右裁判に従い適宜修正された内容を以て物件明細書は確定される。⁽²²⁾ またもし、所定期間内に異議が申し立てられなければ、条件期日は行われず、物件明細書案はそのまゝの内容で確定される。⁽²³⁾

物件明細書が確定されると、準備作業の最後として、差押債権者の弁護士は、競売期日を新聞などで公告する義務を負う（旧民事訴訟法典六九七条⁽²⁴⁾）。また、潜在的買受人への情報提供のため、差押債権者が執行士に物件訪問をオーガナイズさせたりすることもある。⁽²⁵⁾

④ 競売期日の開催と競落の効果

競売期日が開催されて競落人が決まると（入札がなかったときには、差押債権者が最低売却価額で競落したことになる。旧民事訴訟法典七〇六条二項）、大審裁判所によって競落判決（jugement d'adjudication）が出され、競落人弁護士の誰々がいついくらでこれこれの不動産を競落したという旨が確言される。⁽²⁶⁾ 判決といっても、争訟を解決するという性質を基本的にもたないので、理由は付されないし、不服申立もできないが、⁽²⁷⁾ 合意の瑕疵がある場合、当該不動産への差押に実体的な根拠が欠けていることがわかった場合、及び差押債権者に詐欺の意図があった場合に、競落判決の無効を求めることは可能である。⁽²⁸⁾

競落により、競落人は、物件明細書で取り決められた負担の履行、とりわけ競落代金の支払、の義務を負い、⁽²⁹⁾
差押債務者は、主に当該不動産の引渡 (délivrance) の義務を負うことになる。⁽³⁰⁾

⑤ 競落後の手続

物件明細書の謄本と競落判決の謄本は、裁判所書記官から競落人に交付され、これが競落人にとっての所有権名義 (titre de propriété) となる⁽³¹⁾ (旧民事訴訟法典七一二条)。もともと、⑥で後述する増価競売の申立ができる期間の経過までは、右の交付を受けられないし、⁽³²⁾ また、右の交付以前になされるべきこととして物件明細書に定められたことがらを現実に行ったことを書面で証明しないときも、同様に右の交付を受けられない (旧民事訴訟法典七一二条)。

競落人は、競落判決の抄本を差押債務者に送達し、かつ、右の所有権名義を判決日から二ヶ月のうちに抵当権保存所で公示する、という義務を負う (旧民事訴訟法典七一六条)。所有権移転の効果は、差押債務者と競落人との間では競落判決時に発生するが、第三者との関係では、右の公示の時から対抗可能なものとなる。⁽³³⁾

⑥ 増価競売 (surenchère)

④での競落価額が低いと考える者は誰でも (但し差押債務者自身は除く)⁽³⁴⁾、弁護士を通じて、競落日から一〇日以内に、競落判決を出した大審裁判所の書記課に増価競売を申し立てることができる。この場合の最低売却価額は、④での競落価額に少なくとも一割の額を上乗せした価額でなくてはならず、その価額以上での買受申出人が出てこなかった場合には、増価競売を申し立てた者がその価額で買受けることになる (旧民事訴訟法典七〇八条ないし七一〇条)。

もともとの競落人が増価競売で再度競落した場合には、所有権の移転はもともとの競落時から生じていたこと

になると考えられている。これに対して、別の者が競落した場合には、通常説かれるところによれば、もともと競落人が取得していたはずの所有権は増価競売による競落の時まで差押債務者のもとにとどまっていたものとされる。⁽³⁵⁾

⑦ 任意売却への転換 (conversion en vente volontaire)

差押債務者は、支払催告書の公示後に、強制競売を任意売却へと転換するように求めることができる(旧民事訴訟法典七四四条)。関係当事者(差押債務者、差押債権者、登記済債権者)のあいだで転換をすることにつき合意ができれば、裁判所所長は共同での申請に基づいた命令(ordonnance sur requête。この制度の概略については第二節で後述する)によって転換を必ず認めなければならないが、右の合意が成立しない場合には、裁判所が転換を認めるべきか否かを専権をもって判断する(例えば、手続を遅延させる目的で転換が申し立てられたと認められる場合には転換は認可されない)。

任意売却が裁判所により認可されると、競り売りは、公証人または大審裁判所の単独裁判官のもとで行われる⁽³⁷⁾(旧民事訴訟法典七四四条)。

転換が裁判所により認可されても、差押の効力はそのまま残存する。また売却後も、転換がなされなかった場合と同様に、差押不動産に付着する抵当権は消除される。⁽³⁸⁾

第二節 フランスにおける「迅速な手続」の概要

続いて、フランスにおける「迅速な手続」のうち、レフェレ手続と申請に基づく命令という二つの制度について、ごく簡単に紹介する。

これら二つの手続、とりわけレフェレ手続については、日本の民事保全手続との比較を視野に入れた優れた紹介が既に多数存在するので、⁽³⁹⁾ここでは、両手続に関するごく基本的な条文を確認するにとどめたい。

一 レフェレ手続

レフェレ手続については、まず新民事訴訟法典の四八四条以下に一般的な規定が置かれているが、本稿にとつては、レフェレ命令が本案 (*principal*) との関係で既判力 (*autorité de la chose jugée*) をもたない旨を定める四八八条一項、レフェレ命令は法律上当然に執行力を有する旨を定める四八九条一項一文が特に重要である。

さらに同法典の八〇八条以下には、大審裁判所所長の権限に関して、「あらゆる緊急の場合には、大審裁判所所長は、真剣な異議 (*contestation sérieuse*) に抵触しないあらゆる措置、または紛争 (*différend*) の存在が正当化するようなあらゆる措置を、レフェレ手続によって命ずることができる」(八〇八条)、「大審裁判所所長は、真剣な異議 (*contestation sérieuse*) が存する場合であっても、切迫する損害を予防するため、あるいは明白に違法な妨害 (*trouble manifestement illicite*) をやめさせるために必要な、保全措置 (*mesures conservatoire*) または原状回復 (*remise en état*) を、レフェレ手続で命ずることができる」(八〇九条一項) という規定が設けられている。さらに、これらと全く同じ権限を小審裁判所の裁判官に与える規定が、新民事訴訟法典の八四八条及び八四九条一項に設けられている。⁽⁴⁰⁾

なお、緊急性の存在、真剣な異議の不存在、明白に違法な妨害の存在、などの要件は、レフェレ命令の申立を受理することを正当化する受理要件であると理解されている。⁽⁴¹⁾

二 申請に基づく命令

申請に基づく命令についても同様に、まずは新民事訴訟法典四九三条以下で一般的な規定が置かれている。本

稿との関係で特に重要な規定は、「申請に基づく命令とは、申請者が相手方を召喚しないことが正当化される場合において、対審によらずに下される暫定的な命令である」と定める四九三条、「申請に基づく命令は、原本の提示のみによって執行される」と定める四九五条二項、申請に基づく命令に不服がある者は誰でも、申請者を相手方として、その命令を出した裁判官のもとでレフェレ手続により異議を申し立てられることを定める四九六条二項である。

さらに、同法典八一二条において、大審裁判所所長は、法律で定められた場合に申請に基づく命令をすることができるばかりでなく、事案の状況が対審によるべきでないことを要求する場合においても、申請に基づいてあらゆる緊急の措置を命ずることができる旨が定められている。そしてそれと全く同じ権限が、例えば小審裁判所裁判官に対しては同法典八五一条で与えられている。

第三節 フランスにおける不動産明渡執行の概要

続いて、フランスにおける不動産明渡執行 (*mesures d'expulsion*) の概要を説明する。⁽⁴³⁾ なお、以下では、明渡の請求される不動産を現実支配していることを「占拠」と表現することにする（占拠の開始時に引渡を受けていたか、占拠者に権原があるか（あったか）、は一切問わない）。

一 執行名義

まず、明渡執行をするための前提として、明渡を認める、裁判ないし執行力ある調停調書が、執行名義として要求される (*Loi no. 91-650 du 9 juill. 1991, art. 61*。なお、以下本節ではこの法律を単に「L」と表記する)。

ここでは執行名義が裁判である場合のみを念頭に置くことにする。その場合、一般論としては、占拠者側に占

拠を基礎づける権原（賃借権など）がある（あった）場合にはその権原の帰属者、それが無い場合には占拠者の全員、を相手方にした裁判を得る必要がある。⁽⁴⁴⁾

もつとも、ある不動産を占拠するPが明渡をなすべきとの裁判が下される場合には、「P及びPのもとに占拠する者全員（P et tous occupants du chef de P）」は明渡すべし、と主文で記載されるのが通常であり、そしてその場合には、P以外の者もこの裁判に基づいて有効に追い出されうることに注意すべきである。

このような主文によって、P以外の、具体的にどの範囲の者に対する明渡請求が正当化されることになるのか、フランスでも十分な議論があるとはいえないようだが、若干の裁判例⁽⁴⁵⁾によって例解を試みる。

(1) 典型的には、夫婦が婚姻住居を賃借している場合に、夫婦の一方のみを相手方にした裁判で、夫婦の双方を有効に追い出すことができるか、という点がよく問題になる。

民法典一七五一条は、現実に夫婦の居住所として利用されている場所の賃借権は、夫婦の双方に帰属するものとみなされる、と規定している。このことを以て、破毀院判例⁽⁴⁶⁾は、夫のみの名で締結された賃貸借につき夫に対してのみ解約通知（congé）がされ、夫のみを相手方として明渡を命ずるレフェレ命令が出された事例につき、妻との関係では右の裁判は明渡を基礎づける執行名義としての効力をもたないと判断した。もつとも、その後の立法（Loi no. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 9-1）により、賃貸人がなす通知ないし送達にあたって、賃借人の配偶者の存在が賃貸人に事前に知られていなかった場合には、民法典一七五一条の規定に関わらず、一方のみに対してなされた通知ないし送達はその配偶者に対しても当然に対抗できるとする規定が付加されている。

なお、以上の規律は、婚姻関係にないカップル（concubins）には適用がないとされる。⁽⁴⁷⁾

(2) (1)とよく似た問題状況を扱う破毀院判例として、夫婦の共通財産（bien commun）につき、夫及びかれの

もとに占拠する者全員に対しその明渡を命じた裁判（第一審のレフェレ命令及びその控訴審）に対して、妻が第三者異議（*tierce opposition*）を申し立てたところ、裁判所が、妻は夫によって代理されていたという理由でこれを排斥した、という事例において、この裁判所の判断は新民事訴訟法典五八三条第一項（第三者異議の受理要件を定めた規定）に違反すると述べて原裁判を破毀したものである⁽⁴⁸⁾。

(3) 家具付きのホテルとして利用する目的で、所有者により商事賃貸借が設定された建物につき、その賃貸借の解除と、賃借人及びかれのもとに占拠する者全員はその建物を明渡すべき旨とを宣する、所有者勝訴の裁判が出された。そこで所有者は、この裁判を執行すべく、右の原賃借人から口頭による賃貸借を一部の部屋について受けていたが、右の裁判の送達も明渡催告（二で後述）の送達も受けていない占拠者らに対して、明渡執行をした。そこで、この占拠者らが、裁判の送達も明渡催告も受けていないので、明らかに違法な妨害（*trouble manifestement illicite*）があったと主張して、レフェレ手続により現実支配の回復を求めた⁽⁴⁹⁾。原審控訴院は、右占拠者らは賃借人のもとに占拠する者であるとは考えられないことを理由に、この請求を認容したが、破毀院は、「彼ら（注：右占拠者らのこと）は、明渡が命じられている賃借人によって同意された口頭の賃貸借に基づいて、占拠権（*droit d'occupation*）を右賃借人から得ていたのである」という理由づけで、原審の判断を破毀した⁽⁵¹⁾。

(4) さまざまな匿名の者から成るグループによって不法占拠されている土地の明渡請求に関して、かなり特殊だが興味深い事例として、次のような控訴院判決がある⁽⁵²⁾。この事件におけるグループは、牧師たちを含むプロテスタント信者の巡回共同体（*communauté évangélique itinérante*）であった。この判決は、一般論として、牧師は、牧師職にあるということだけでは、明渡を求められている右共同体メンバー全員を代表し・各メンバーに対して宣される有責判決の執行を請け負う資格を有しない、と述べつつも、当該事案においては、牧師らは、自分

たちが右共同体の保護者 (tuteur) であつて・提起された明渡請求裁判に伴つてとるべきふるまいにつきメンバー各人の名において決定する能力がある、と自認していることを指摘する。そして、このような文脈の限りにおいては、牧師らのみがレフェレ裁判官のもとに召喚されただけであり・メンバー各人が個別的に召喚されたわけではないとしても、当該敷地を牧師らのもとで不法に占拠している共同体の全メンバーに対し、明渡を命ずる裁判を下すことができる、と結論づけている。

(5) ある意味では(4)と似通っているが、明渡の求められている不動産の占拠者が工場を占拠するストライキ中の労働者であるという特殊な事例について、次に紹介する破毀院の Ferodo 事件判決⁽³³⁾は、(4)とは異なつたアプローチを示唆している(但し、時間的にはこの破毀院判決が先行している)。

この事件において、工場所有者はレフェレ手続で、現実の占拠者らのうち六名を——個人としての資格かつ組合の代表者としての資格で——相手方として召喚した上で、工場の占拠者全員の排除を求めた。原審控訴院⁽³⁴⁾は、右の六人の組合代表者たちの中で、占拠への積極的な関与について争いがなく・レフェレ手続において名指しされ召喚もされた者、に対する関係でのみ、明渡請求を認容した。他方で、工場を占拠するスト中の者たちを代理する権限を彼らもつていると認めることはできず、仮に占拠者の全員が、彼らが代表権を有する組合の組合員であつたとしてもそのことは変わらない、したがって彼らのもとに占拠していると推定される者たちやその他のすべての占拠者との関係で明渡を求める請求は棄却されるべきである、とも判断した。

これに対して破毀院は、原審が、本件事案においては他の労働者が享受する労働の自由を侵害する明白な実力行使 (voie de fait) をやめさせることが緊急に求められており、そしてこの実力行使は、工場内で安全規則がもはや守られておらず・電気やコンプレッサーが突如として切られてしまい・その結果として非常に重大な事故が

起こってしまったように見受けられる、という事情があるだけにヨリ一層重大なものである、と認定していたことを摘示した上で、次のように説いた。すなわち、大審裁判所長官は、対審によらないべきであるという事情がある場合には、当事者の申請に基づいてあらゆる緊急の措置を命令する権限を有する（申請に基づく命令）。本件事案においても、切迫した損害を予防する必要の緊急性、占拠者全員を個別的に召喚することの実際上の困難、関係者全体に共通する防御方法をストの事実上のリーダーが主張する可能性、に鑑みて、原審が明渡請求を認容した以外の者らに対しても緊急の措置を大審裁判所長官は命ずるべきではなかったか、を原審は吟味すべきであった。このようにして破毀院は、原審がその判断を法的に正当化していなかったと断じ、当事者間で下された原審の判断の全部を破毀し取り消した。

(6) (5)では、ストライキという政治的色彩の強い局面が念頭に置かれていた。それでは、単なる不法占拠者(squatter)に対して、明渡を請求したいが、その人物が特定できない、という場合に、請求者はどのようにすればよいのだろうか。

アパルトマンの所有者が、そこにいつの間にか侵入した不法占拠者を追い出そうとする局面を念頭に、この問題を検討したDelivréは⁽⁵⁵⁾、まず、占有訴訟(action possessoire)が、原告の請求に迅速な判断を与えるものとはなりがたいこと、むしろ本権に基づく請求(action pétitoire)をレフェレ手続の中で行うことが、レフェレ手続の迅速さゆえに適切であること、を指摘している。⁽⁵⁶⁾その上で、本権に基づく請求をする場合に生じうる問題として、さまざまな匿名の者の一団が入れ替わり立ち替わり占拠している場合に相手方の召喚のしようがないのではないか、という問題を挙げ、それへの回答として、申請に基づく命令(ordonnance sur requête)の利用を推奨している。⁽⁵⁷⁾

このように、Delivreは、不法占拠者に対する明渡請求を迅速ならしめる手法として、申請に基づく命令という制度を挙げている。だが、申請に基づく命令が、名前の特定できない不法占拠者を追い出そうとする場合にも利用できることを示唆する裁判例は存在しないようであり、学説でも十分な議論がなされているとは言い難い。⁽⁵⁸⁾

それが利用可能であると主張する説 (Delivreのほか、Hoonaker⁽⁵⁹⁾も) のように主張する⁽⁶⁰⁾は、きまつてFerodo判決を援用するが、同判決の射程が不法占拠者の追い出し一般にまで及ぶのか否かについては、同判決がストライキ事例に関わるものである点を差し引いても、なお議論の余地がある。というのも、同判決は、占拠者のうちの一部は実際に召喚されていた事例であり、また判決文でも、⁽⁶¹⁾(5)で紹介したように、「ストの事実上のリーダーが関係者全体に共通する防御方法を主張する可能性」に言及がされていたからである。同判決に対するコメント類においても、申請に基づく命令は、特定可能な者に対するレフェレ手続が並行して行われている場合にのみ利用できる、と主張するものが複数見られる。⁽⁶²⁾また、申請に基づく命令に関する最近のあるテーズは、Ferodo判決の射程はストの局面に限られないとして、申請による命令は相手方の名前を特定できない場合にも一般的に利用可能であるとした上で、⁽⁶³⁾その利用方法などについて次のように述べる。すなわち、それを利用するためには、相手方を特定しようとする手続をとったがそのうちの少なくとも一部の者については名前の特定が不可能であった、ということが前提条件になり、そして、特定できる者がいる場合にはかれらを相手方とするレフェレ手続と同時に並行的に申請に基づく命令の手続を行う必要がある、と。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

二 明渡催告

現実に明渡執行を行うためには、一のような執行名義を有していることを前提として、さらに、その名義と、明渡を求める催告 (commandement d'avoir à libérer les locaux) とを送達する⁽⁶⁶⁾ことが必要となる (L., art. 61)。この

送達は、執行士によって現実に追い出されるべき者 (la personne expulsée) に対して行われねばならず、また、選定住所 (domicile élu) への送達によることは禁じられる (Décret no. 92-755 du 31 juill. 1992, art. 194 et 196)。

かくして、例えば賃借人みずからが当該不動産に住んでいるわけではなく、かれから引渡を受けた別の者がそこを占拠している場合、明渡執行の執行名義となつている裁判が行われていた段階では賃借人が被告になつていない⁽⁶⁶⁾。もつとも、その者の名が特定できない場合 (例えば不法占拠者⁽⁶⁷⁾) に対しては、検察局 (Parquet) に回付すれば足りるとされる⁽⁶⁸⁾ (L., art. 61)。

なお、有効な明渡執行によって一旦追い出された者が、その後その不動産に再度立ち入っている場合には、これを追い出すために改めて明渡催告を送達する必要はなく (Décret no. 92-755 du 31 juill. 1992, art. 208)、次の三で述べるような猶予期間の定めも適用されない⁽⁷⁰⁾。

三 明渡猶予

明渡すべき不動産が主たる住居 (logements affectés à l'habitation principale) を構成しない場合には、以上の要件が満たされれば明渡執行に着手できる。これに対して、それが主たる住居に該当する場合には、さらに猶予期間についてのいくつかの定めをクリアしなければならぬ⁽⁷¹⁾。なお、執行債務者が商事倒産処理手続あるいは消費者倒産手続に入ったという事情は、明渡執行を停止させる効力をもたないものとされる⁽⁷²⁾。

(1) 明渡催告の送達から二ヶ月が経過しないと明渡執行に着手できない (L., art. 62 al. 1)。もつとも、場合によっては、理由を付した特別の裁判によって、この二ヶ月を短縮ないし撤廃することができる。

(2) (1)の猶予しか与えずに明渡執行をすると、関係当事者に苛酷な結果がもたらされる場合には、三ヶ月を越

えない限度で、猶予期間が延長されることがある (L. art. 62 al. 2)。

(3) 建設居住法典の L. 六一三—一条ないし L. 六一三—五条の規定による明渡の猶予。特に、同法典 L. 六一三—一条及び L. 六一三—二条によって、三ヶ月ないし三年の猶予期間が与えられうることになっており (更新もありうる)、また同法典 L. 六一三—三条により、原則として、冬季の明渡執行の実施は延期される。

なお、以上の定めは重疊的に適用されうる。

四 明渡執行の執行行為

明渡執行の執行行為は、認容された明渡請求の請求者が選択する執行士により行われる。⁽⁷³⁾ 執行債務者が、まだ当該不動産から出て行っていないがそのときはたまたま不在であり、あるいは抵抗を見せる場合には、執行士は、自分でその不動産の門を開けて立ち入ったり抵抗を排除したりすることができず (L. art. 21-1)、警察をはじめとする秩序維持機関 (force publique) の援助を求めなければならない。⁽⁷⁴⁾

第四節 不動産執行と賃借権の対抗力

以上で前提事項の説明を終え、本題に入る。まず、不動産執行で差押を受けた不動産に設定された賃貸借の対抗力の問題から始めることにしたい。

予め確認しておくべきなのは、まずは旧民事訴訟法典六八四条の次のような規定である…「債権者または競落人が訴求するときは、支払催告の送達前に確定日付を得なかった賃貸借は、これを取り消すことができ、支払催告後の賃貸借は、これを取り消さねばならない」⁽⁷⁵⁾。また、確定日付についての民法典一三二八条の規定も重要である…「私署証書は、それが登録され、またはそれに署名した者もしくはその者達のうちの一人が死亡し、また

はその実体が封印調書や財産目録などの公署官作成証書において確認された日から、第三者に対して日付を得る」。

以下では旧民事訴訟法典六八四条の規定に基づく請求がされた場合に、⁽⁷⁶⁾裁判所はどのような基準で賃貸借を取消しているのか、その基準について見ていくが、その前に、本節で扱われる事例の性質について一言述べておきたい。

旧民事訴訟法典六八四条の規定に基づいて賃貸借の取消を求める際に、あわせて明渡しを賃借人に求めることも可能である。ところで、当該不動産の占拠者一般（賃借人に限らない）を排除するだけならば、第六節第二款で後述するように、訴訟手続ではなくレフェレ手続によってそれを認めてもらうことも可能である。レフェレ手続で請求を認めてもらった方が、手続の進行が迅速であり、また第一審の判断にも当然に執行力が付与されるなどの有利な点が多いことに鑑みると、実際には、レフェレ手続で請求を認められなかったものだけが訴訟手続にまわるといふ事態が生じているのではないかと推測される。⁽⁷⁷⁾

ところが、同じく第六節第二款で後述するように、レフェレ命令によって賃貸借を取消することはできないとされ、したがって賃貸借の無効が主文で宣されるのは、訴訟手続がなされた場合⁽⁷⁸⁾に限られている。かくして、本節で挙げられるケースの中に、レフェレ手続によるものは一切含まれていない。

以上の点に注意を喚起したところで、本題に戻り、裁判所がどのような基準で賃貸借の取消を認めているのかをみていくことにしよう。

① まず、支払催告後に設定された賃貸借については、裁判所が職権でそれを取消することはできないが、債権者や競落人がそう請求すればその賃貸借は必ず取消されねばならない。⁽⁷⁹⁾なお、債権者が請求するといっても、一

般債権者がこれを請求することは極めて稀であり、実際上は、登記済債権者が請求することになる。⁽⁸⁰⁾

② 他方で、支払催告前に設定された賃貸借については、さらにその確定日付が、(i)支払催告前に得られていたか、(ii)そうでないか、に応じて場合分けする必要がある。

まず、(i)の場合には、もし、当該賃貸借の期間の定めが一二年以下であれば、その期間内は問題なく第三者へ対抗できる。しかし、それが一年以上であるときには、さらに不動産登記制度上の考慮を付加する必要がある。すなわち、一方で、当該賃貸借が抵当権保存所で全く公示されていない場合には、賃借人は、一二年間（判例によれば、その起算点は、賃借人による現実の利用の開始時であるとされる）の範囲でのみ、登記上にみずからの権利を公示している者（登記済債権者や、競落判決を公示した競落人）に対して賃借権を対抗できることになる。他方で、当該賃貸借が抵当権保存所に公示されているときには、これに加えて、対抗力に基づく保護をも賃借人は受けうる。例えば、登記済債権者の登記後だが競落判決の公示前に当該賃貸借を公示したとすると、賃借人は当該賃貸借を、右登記済債権者に対する関係では対抗することができず・したがって上述の一二年間の保護しか受けることができないが、競落人に対する関係であれば当該賃貸借の全期間にわたって対抗することができる。⁽⁸²⁾

次に、(ii)の場合には、事実審裁判官の専権によって賃貸借を取り消すことができる。⁽⁸³⁾ 破毀院は伝統的に、賃貸借が詐欺の意図 (fraude) によって設定されたという証拠がなくても、取り消すことが許される、⁽⁸⁴⁾ という立場を採っている。

なお、近時、支払催告前に設定された賃貸借の取消を競落人が求めた事例において、競落人が競落前に当該賃貸借を認識していたかを問題とする破毀院民事第三部の判決が現れた。⁽⁸⁵⁾ 同判決の原審は、当該賃貸借は確定日付を得ておらず、支払催告前に設定されたという証明もなされておらず、当該賃貸借は競落人の利益を害するもの

である、と述べて、それを取り消したのだが、破毀院は、競落人が競落の前に当該賃貸借を認識 (connaissance) していたかどうかの認定を被告が求めていたにもかかわらず原審がそうしなかったことをとがめて、原判決を破毀したのである。

学説は一般に、この判決を、競落人が競落前に当該賃貸借を認識していた場合にはその取消を請求することができないという法理を示したものと理解している。⁽⁸⁶⁾ もっとも、同判決は、競落人の認識を、取消の可否を判断する際に考慮すべき要素の一つとして位置づけたにすぎないのだと読むこともでき、⁽⁸⁷⁾ 学説の一般的な理解には疑問の余地がある。⁽⁸⁸⁾ さらに、仮に右理解が正しいのだとしても、では競落人にどの程度の認識があれば賃貸借取消の主張が認められなくなるのか、なお検討の必要があると思われる。⁽⁸⁹⁾

第五節 差押不動産の競落時までの利用関係

次に、支払催告書の送達時から競落時までの間、競売不動産の利用関係はどのように規律されることになっていくかを見よう。

基本となるのは、旧民事訴訟法典六八一条の次のような規定である…「差押不動産が、賃貸借または定額小作に付されていない場合には、差押債務者は、売却に至るまで、裁判上の係争物保管人 (séquestre judiciaire) として引き続きこれを占有する。但し、一人または数人の債権者の請求に基づいて、裁判所長が、レフェレの形式で、かつ不服申立を認めることなく、別段の命令をする場合を除く」。

つまり、原則としては、差押前に差押不動産を利用していた所有者 (差押債務者) は、差押後もそのまま利用を継続することができる。しかし、そうできるのは、係争物保管人としての資格においてにすぎないので、所有

権者でありつづけるにもかかわらず、かれは差押不動産を維持し、善管注意義務をもつてその保存を全うしなければならぬ⁽⁹⁰⁾（民法典一九六二条）。

しかし他方で、同条但書は、債権者が差押債務者を追い出せることを場合によって認めている。この明渡請求が認められるための要件は条文上特に定められておらず、大審裁判所所長は適宜、レフェレの形式によって⁽⁹¹⁾（dans la forme des ordonnances de référé）、必要な措置を定める⁽⁹²⁾。必要な措置として明渡が認められる場合には、裁判所所長は、明渡の期限を定め、別の係争物保管人を指名する⁽⁹³⁾。

もつとも、旧民事訴訟法典六八一条一項二文に基づく請求が債権者からなされることはあまりないようであり、公表裁判例もきわめて少ない。数少ない裁判例の中では、金融機関が明渡を請求する事例が目につく⁽⁹⁴⁾。

第六節 競落人による明渡請求

続いて、不動産執行の結果、競落人が決まった後に、その競落人が差押不動産の占拠者（差押債務者や賃借人など）に対して行う明渡請求に関する裁判例の動向を紹介する。なお、換価競売の事例であることが明らかなのは、基本的に検討の対象から外した。

第一款 差押債務者を相手方とする場合

一 明渡請求が認められるための要件

(a) 代金の支払

物件明細書に別段の定めがない限り、代金と明渡は同時履行の關係に立ち、代金未払の競落人は明渡を請求す

る資格がない⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾（訴訟手続）。

(b) 競落判決の差押債務者への送達

競落判決が差押債務者に送達されない間は、競落人は明渡を請求する資格がない⁽⁹⁷⁾。損害金も右送達日から発生する⁽⁹⁸⁾（レフェレ命令）。競落判決の送達前に明渡請求を認容するレフェレ命令が出された場合には、そのレフェレ命令の瑕疵は治癒できないから全部取消されるべきであり、改めて競落判決の送達から手続をやり直すべきである⁽⁹⁹⁾（レフェレ命令）。

なお、強制競売から任意売却に移行した場合には、競落人に交付される謄本または名義が差押債務者に送達されない限り、明渡を求めることができず（旧民事訴訟法典七四八条・七一六条）、その内容に対応する情報が明渡を請求するレフェレ手続の中で差押債務者に伝わっていたのだとしても、右送達の必要性は何ら変わらない⁽¹⁰⁰⁾。もっとも、明渡催告のみの送達を受けて差押債務者が任意に退去した事例につき、競落判決が送達されていない⁽¹⁰¹⁾としても、競落判決が差押債務者に知られた時点から賃料相当額の損害金も発生するとして、右催告時から現実の退去時までの損害金請求を認めた事例（訴訟手続）もある⁽¹⁰²⁾。

(c) 明渡を請求する裁判

競落判決⁽¹⁰³⁾を執行名義とした明渡催告は無効であり、したがって、明渡催告をした後に、競落判決を執行名義とし、差押債務者が退去しないことは「執行の困難」にあたるとして、差押債務者の退去を執行裁判官（Juge de l'exécution）に求めることはできない⁽¹⁰⁴⁾。むしろ、明渡を基礎づける別途の執行名義（したがって、それを得るための裁判ないし和解調書）が必要となる⁽¹⁰⁵⁾。しかし、以上の手続を履践して一旦適法に排除された差押債務者が、権原なしに単にそこに戻った場合には、かれは実力行使（voies de fait）をしたことになり、執行裁判官はその実力

行使をやめさせる権限を有する。⁽¹⁰⁴⁾

二 レフェレ手続で処理できるか

差押債務者による占拠は、通常は明白に違法な妨害 (trouble manifestement illicite) にあたり、したがってレフェレ裁判官 (大審裁判所所長) はそれをやめさせうる⁽¹⁰⁵⁾ (新民事訴訟法典八〇九条)。大審裁判所所長のもとでのレフェレ手続による請求は、真剣な異議 (contestation sérieuse) がある場合でも、受理される⁽¹⁰⁶⁾。

三 猶予期間

そもそも、一九九一年七月九日の法律六一条及び六二条で規定される、主たる住居に関する二ヶ月の猶予期間の定め (第三節三(1)参照) はおよそ適用がない、とする裁判例が一方で存在する⁽¹⁰⁷⁾。しかし他方で、同法六一条が定める「特別の規定がないときは」という文言は、裁判もしくは和解調書と、事前の明渡催告の二つが必要である、という点に例外があり得ることを示したものにすぎず、猶予期間に関わるものではない、という一般論を述べるものもあり⁽¹⁰⁸⁾ (但し、少なくとも事案の具体的解決としては、猶予を認めないものも多い⁽¹⁰⁹⁾)、裁判例の態度は一樣でない⁽¹¹⁰⁾と評価されている。

第二款 差押債務者以外の者を明渡執行の相手方とする場合

一 明渡請求が認められる基準

基本的には、レフェレ手続による場合も含めて、旧民事訴訟法典六八四条の規定の要件が満たされているか否かによって判断されるようである。

明渡請求を認めなかった破毀院の事例 (レフェレ手続によるものか不明) として次のものがある。裁判上の整理

手続 (réglement judiciaire. 現在の商事倒産処理手続のうちの更生手続に相当する) の中で不動産が競売されたとき、その手続の対象となっている者へそれを売却した前主 (夫婦) が右不動産を占有中であつた。しかし、彼らが右破産者に売った際の売却条項 (公示済) の中に、その不動産の所有権への負担として彼らが利用権 (droit de jouissance. 民法典六二五条以下) を保ち続ける旨が取り決められていた。このとき、買受人は前主がもっている以上の権利を得ることはないから、控訴院が彼らに対する明渡請求を棄却したのは正当であるとした。⁽¹¹⁾

二 レフェレ手続で処理できるか

新民事訴訟法典八〇八条に規定された請求の受理要件を満たしているか否かが問題となり、それを満たしていれば、レフェレ手続によっても明渡が認められうる。

レフェレ手続で明渡請求を認めた破毀院裁判例としては、占拠者が賃貸借を主張するが、その賃貸借は支払催告前の確定日付を得ておらず、物件明細書にも記載されていない、という事例について、競落人がその占拠者に明渡を求めることは真剣な困難 (difficulté sérieuse) に当たらず、レフェレ手続で請求を認めることができる、としたものがある。⁽¹²⁾

また下級審の事例としては、次のようなものがある。不動産執行の開始後に賃貸借の設定を受けた賃借人に対する、競落人からの明渡請求については、レフェレ手続で認容することができる。⁽¹³⁾ 支払催告書以前に確定日付を得ていない賃借人 (私署証書ではそれ以前の日付で締結されたことになっている) に対する競落人からの明渡請求をレフェレ命令によって認容することも可能である。⁽¹⁴⁾ 賃貸借の取消 (旧民事訴訟法典六八四条) は、本案裁判所のみが行うことができ、レフェレ裁判官はそれを宣言できないが、しかし賃貸借が競落人に対抗できない旨をレフェレで宣することは差し支えない。⁽¹⁵⁾

他方で、レフェレ手続で処理できないとした破毀院の事例として、次のものがある。

まず、死亡した債務者の相続財産に属する不動産を、その生存配偶者が占有中であるが、右債務者の相続人はおらず、相続人不存在の手続が進行中である、という状況のもとで、競落人が右生存配偶者に対しレフェレ手続で明渡を請求した。原審控訴院はこの請求を認めたところ、破毀院は、右の生存配偶者が相続財産に対して何か主張しうる権利をもつのかどうかは、真剣な異議 (contestation sérieuse) にあたるとして、原審の判断を破毀した。⁽¹⁶⁾

また、競落の適法性 (régularité) それ自体について裁判上争いがあり、一審では競落は無効だとされたが二審では有効とされ、現在は破毀申立がなされている、という状況の下では、賃貸借の確定日付が得られたのは支払催告後であったことも指摘して競落人 (差押債務者に対する債権者でもあった) から賃借人に対する明渡請求を認容した原審の判断は、新民事訴訟法典八〇八条の規定に違反する、とされた。⁽¹⁷⁾

三 猶予期間

明渡請求を認容する場合でも、猶予期間に関する規定の適用の余地がある。⁽¹⁸⁾

第三款 執行妨害的事例について

第六節の最後に、執行妨害的な事例だと疑われる事例 (決して網羅的ではない) を二つ紹介しておこう。

(1) 一九九六年七月四日に競落した者が、差押債務者でない者に対して明渡を請求した。一九九六年一〇月二一日にかれを訴訟手続で訴えたところ、かれは、一九九五年四月一日に差押債務者から賃借権の設定を受けていたと主張した。一九九七年七月一〇日に第一審は、何らの有効な契約もかれと差押債務者との間では結ばれてい

ないとして、競落人の請求を認容した。これに対してかれの方が控訴したが、控訴院は、賃貸借につき確定日付がないほか、そもそも賃貸借の実在性、真正さすら証明されていないとして、右賃貸借を取り消すとともに、彼に対する明渡請求をやはり認容した。⁽¹⁹⁾

(2) レフェレ命令（一九九六年一〇月二日）によって明渡が命じられた夫婦が控訴を提起した。彼らは、一九九一年から口頭での賃貸借を差押債務者と締結しており、支払催告（一九九五年三月一六日）の前から当該不動産を占有していた、と一九九四年一月七日の執行士作成調書において主張していた。さらに、幼い子どもがいるとか、もともと差押債務者の被用者であったからこの争いは労働審判所で判断されるべきであり、すでにその手続は係属しているので通常の裁判所やレフェレ裁判官には管轄がない、と主張した。これに対して控訴院（二〇〇一年二月一四日）は、執行士への単なる主張は賃貸借の存在やその日付についての証拠とはならないこと、かれらは異議（dites）においては賃貸借を一九九四年七月一日に締結したと述べており、執行士に主張したところと食い違っていること、また労働審判所での手続の進行や結果について何の証拠も提出していないことを指摘し、第一審のレフェレ命令を是認した。⁽²⁰⁾

第七節 消費者倒産手続、商事倒産処理手続との関係

ある者が差押を受けたという事情は、かれの無資力を想像させるが、それでは、ある者が消費者倒産手続に入っていたり、商事倒産処理手続⁽²¹⁾に入っていたりした場合に、彼に帰属する不動産を占拠する者（かれ自身のこともあるし、そうでないこともある）に対する明渡請求はどのように処理されるのだろうか。一般論よりは個別事例の紹介を中心とせざるを得ないが、簡単に見ていこう。

一 消費者倒産手続

二つの事例を挙げておく。

(1) 競落判決が一九九四年一〇月二六日に下されたが、その直前である一〇月一八日に、そこに住む・差押債務者と推定される者が民事再生手続⁽¹²⁾ (redressement judiciaire civil) の開始を申し立てた。しかし、その申立に対する執行裁判官からの応答がまだないところ、一九九五年一〇月六日、レフェレ命令により、かれに対する明渡請求が認められた。かれが控訴し、執行裁判官に申立をしていることを理由に、明渡手続の停止を求めた。しかし控訴院は、執行裁判官の無応答は何ら障害 (incidence) にはならないとして、原審のレフェレ命令を是認した⁽¹³⁾。

(2) 更生計画期間中は債務者への一切の執行を禁ずる旨の過剰債務裁判官の裁判 (一九九三年七月一日) に対し、かれの有していた不動産について一九九〇年二月一日の競落判決により競落人となった者が、かれへの明渡執行も禁じられるのはおかしいとして控訴した。控訴院は、過剰債務裁判官には明渡執行を停止させる権限はないとして、その限度で原判決を一部取消した⁽¹⁴⁾。

二 商事倒産処理手続 (その二) — 倒産者の不動産に設定されていた賃貸借の取消

清算手続の中で、清算者に帰属する不動産が売却されるときには、原則として不動産競売の手続による必要があり (商法典Ⅰ・六二二—一六条一項)、その場合には賃貸借の取消に関する旧民事訴訟法典六八四条の規定も適用されるが、同条での支払催告に相当するのは、清算手続の場合には、倒産裁判官 (Juge-commissaire) による命令 (商法典Ⅰ・六二二—一六条一項。競売条件などを定める) である⁽¹⁵⁾。これとは別に、否認の規定に基づく無効請求ないし取消の請求 (更生手続について、商法典Ⅰ・六二二—一〇七条。清算手続の場合には同法典Ⅰ・六二二—一四条で同条が準用される) もできる⁽¹⁶⁾。

三 商事倒産処理手続（その2）——明渡請求

① 競落人から倒産者に対する明渡請求——管財人の関与の必要性

二つの破毀院判例によれば、明渡執行の猶予を求める裁判には更生者が関与すれば足り、管財人の関与は不要である。⁽¹²⁷⁾ また、下級審裁判例によれば、清算者に対し明渡を請求する訴訟も、清算者のみを相手方とすれば足りる。⁽¹²⁸⁾

もつとも、更生手続に入っている者によって占拠されている居住用不動産について、倒産裁判官が、競売によらずに、合意によって売買する（vente de gré à gré）⁽¹²⁹⁾ ことを許可しても（商法典L. 六二一—八三条四項・L. 六二二—一六条三項）、公正証書の作成によって売買が完成されて代金が支払われるまでは、譲受人は占拠者への明渡を求めることができない、とした裁判例もある。⁽¹²⁹⁾

② 管財人から倒産者に対する明渡請求

三つの事例を挙げておく。

(1) 倒産裁判官が、管財人に対し、売却手続に付されている清算者の不動産から清算者を二ヶ月以内に立ち退かせるべきことを許可したところ（一九九七年九月一五日）、清算者は訴訟手続によりこれを争ったが、第一審の商事裁判所（訴訟手続。一九九八年三月九日）では、これは認められなかった。さらに清算者が控訴し、そのような許可は倒産裁判官の権限に属しないと主張したが、控訴院は、このような許可を管財人に与えることは倒産裁判官の権限内であるとした上で、倒産裁判官の出した命令に対する不服申立の裁判については、商法典L. 六二三—四条の定めにより控訴不可だとして、控訴を不受理とした。⁽¹³⁰⁾

(2) 管財人が、倒産裁判官の許可を受けた売却にかかる物件から立ち退くよう、清算者に請求し、第一審（大

審裁判所)のレフェレ命令ではこれが認められた。これに対して清算者が控訴したところ、控訴院は、売買の完了までは清算者には所有権という権原があり、また完了後はその買主のみが明渡を求めることができるとして、第一審の判断を取消し、管財人からの請求を棄却した。⁽¹³⁾

(3) ある不動産組合が、その有する不動産を、同名の株式会社(両者の代表者は同一人物)に対し賃貸し、右株式会社はそこで精神科のクリニックを営んでいた。一九九九年六月に右株式会社は清算手続に入り、翌月には右不動産組合も清算手続に入って、両方につき同一の人物が管財人に選任された。清算手続の中で、右会社の営業財産の、別会社への譲渡が倒産裁判官により許可されたが、右代表者とその一味(代表者と同一の姓の者が多く含まれる)が本件不動産を引き続き占拠しているので、右譲受人と管財人が、占拠者らに対してレフェレ手続で明渡を請求した。第一審(大審裁判所)はこの請求を棄却したが、控訴院は、管財人は民法典一六二五条により売却物の平穏な享受を買主に保証する義務を負うことを指摘して管財人の訴えの利益を認めた上で、占拠者の占拠は不法(sans droit ni titre)であり、そのような明らかに不法な妨害(trouble manifestement illicite)は、占拠者の引き揚げ者(rapatrié)としての処遇につき真剣な異議(contestation sérieuse)が存在するのだとしても、新民事訴訟法典八〇九条により、レフェレで処理できるとして、明渡請求を認容した。⁽¹⁴⁾

③ 第三者に対する明渡請求

ここでも、若干の事例を挙げるにとどめる。

(1) 更生会社(クリニック)につき、一九八九年四月二五日に更生計画(経営譲渡計画)が定められた。その計画の履行管理人(commissaire)でもある管財人が、クリニックの建物を占拠する医者に対し、クリニックとの間で結ばれていた契約関係の解消を申し入れた(商法典L.六二一—二八条による)。なお、更生計画の中には、その契約

を続けるという条項はなかった)。その医者は、損害賠償債権を届け出つても居座り続けるので、管財人がレフェレ手続により明渡を求めたところ、控訴院は、真剣な異議 (contestation sérieuse) はないとしてこの請求を認容し、破毀院も控訴院の右判断を是認した。⁽¹³⁾

(2) 商法典L.六二二—二八条に基づき賃貸借の不継続を選択する旨が、管財人から、更生者から商事賃貸借の設定を受けてそこで商業を営んでいた賃借人へと知らされたが、これまで倒産裁判官のもとでその有効性が争われたことはない。管財人から右賃借人に対してレフェレ手続で明渡が請求されたところ、第一審 (商事裁判所) は請求を認容し、控訴院も、真剣な異議 (contestation sérieuse) がないとしてこれを是認した。⁽¹⁴⁾

(3) 商法典L.六二二—二八条 (商法典L.六二二—二二条二項により清算手続の場合に準用される) のみに基づいて、管財人が、清算者によって設定されていた居住用賃貸借関係の不継続を選択したが、賃借人には債務不履行は一切ない。管財人による右選択は、居住用賃貸借に関する公序規定に鑑みて効力をもたないとして、第一審 (小審裁判所、レフェレ手続) は管財人から賃借人に対する明渡請求を棄却し、控訴院も右の判断を是認した。⁽¹⁵⁾

(4) 清算者が、清算手続開始後二年ほど経ったのち、娘に対し、みずからに帰属する不動産上に賃貸借を設定した。それからさらに一年半ほど経ったのちに管財人は右不動産につき売却許可を倒産裁判官から得て、管財人は娘に対して明渡を請求した。なお、この娘は、清算手続開始前からそこに家族と共に住み続けてきたという事情がある。第一審 (訴訟手続) は、処分権のない者によって設定された賃貸借を無効と認め、管財人の請求を認容したが、控訴院は、賃貸借の無効は認めつつも、管財人により娘に単純許容行為 (民法典二三三二条) が認められていたとし、結論として、売買が完了するまでの滞留を娘に認めた。⁽¹⁶⁾

第八節 日本法との簡単な比較

最後に、いくつかの視点から、フランス法と日本法と比較して筆者にとり興味深く思われた諸点を簡単に指摘して、本稿を閉じることにした。

① 不動産執行の競落人が競落不動産の占拠者に対して明渡請求をする手続

フランスでは、不動産執行の競落人が競落不動産の占拠者に対して明渡を求める手続は、不動産執行とは別個のものになっている。つまり、かれに明渡を求めるためには、所有権に基づいて競落人が占拠者に対して明渡請求するという裁判を別途行う必要がある。もつとも、実際にはそれを本案としたレフェレ手続が頻繁に利用されており、特に差押債務者に対する場合には、レフェレ手続での請求がほぼ間違いなく認容され、競落後、比較的短時間で明渡執行に着手できることにはなっている。

これに対して、日本では同じ機能を果たす制度として引渡命令（民事執行法八三条）がよく利用され、これを得られるかどうかは競落人の死命を決すると言っても過言ではないほどである。さて、引渡命令の法的性質としては、競売手続上の執行処分か、それとも引渡執行の債務名義であるかという争いがあり、フランス法と同じような後者の立場を主張する説も有力である。⁽¹⁷⁾ しかし、第一に、代金納付から六ヶ月ないし九ヶ月以内の申立が必要であること（同法八三条二項）、また第二に、差押債務者を相手方とする引渡命令の申立がされるときには、審尋は必要とされないし、また事件の記録上買受人に対抗できる権原により占有している者でないことが明らかならば、差押債務者以外の者を相手方とする場合であっても、また同様であるとされていること（同法八三条三項）、に鑑みると、後者の理解を貫徹させることはきわめて難しいように思われる。⁽¹⁸⁾

② 差押債権者が占拠者排除に果たす役割について

①と関連して、占拠者の排除という点において、日本では、差押債権者による民事執行法上の保全処分の利用よりは、競落人による引渡命令の利用の方がずっと大きな役割を果たしているが、⁽¹³⁾そのことはフランスでも同様に思われた。すなわち、旧民事訴訟法典六八一条が活発に利用されているように思われるし（第五節参照）、また、差押債務者以外の者に対する債権者からの明渡請求についても、やはり活発な利用があるように思われなかつた⁽¹⁴⁾（前出注78参照）。

③ 競売不動産に設定された賃貸借の効力について

日本の平成一五年改正前の短期賃貸借制度のもとでは、競売不動産に設定された賃貸借は、抵当権登記後に設定されて対抗要件を具備したものについては、（判例の立場によれば）短期賃貸借に該当するものを除けば競落人に承継されることはなく、また差押の発効後に設定されたものについては、差押による処分禁止効に抵触する、という二重のレジームに服していた。

これに対してフランスでは、差押の前か後かという点のみが基本的に重要であり、抵当権との対抗は、一二年以上の期間の定めをもつ賃貸借についてしか問題とならない。⁽¹²⁾そのうえ、一年以上の期間の定めのある賃貸借についても、現実の利用の開始を起点として一二年の経過までであれば、競落後もその存続が保障されている。

④ 倒産者に帰属する不動産の占拠者に対する明渡請求

日本では、破産法改正前においては、管財人が、破産宣告決定正本を債務名義として、破産財団に属する財産を引き渡すよう求めることができるかどうか、争いがあつたところ、⁽¹³⁾新破産法は一五六条で、破産者に対する引渡請求の場合に限り、不動産執行における引渡命令（①参照）に類似する制度を破産管財人のために設けた。

これに対してフランスでは、①と同様に、破産財団に属する財産の引渡を請求するためには、相手方が誰であれ、やはり別個の裁判上の手続を要するものとされている。

*本稿（補論を含まない。以下では「本稿」「本論」の語をそのような意味で用いる）の執筆にあたり、同僚の北村賢哲助教（民事訴訟法）から有益な指摘を受けた。もちろん、本稿に含まれる誤りの責任は、専ら筆者に帰せられるべきものである。

本稿において著者名のみで引用する文献は、次のとおりである。

- ・ Guinchard/Moussa: Serge Guinchard/Tony Moussa [sous la direction de], Droit et pratique des voies d'exécution 2004/2005 (2004, Paris (Dalloz Action)).
- ・ Donnier: Marc Donnier/Jean-Baptiste Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution (7e éd., 2003, Paris (Litec)).
- ・ Vincent/Guinchard: Jean Vincent/Serge Guinchard, Procédure civile (27e éd., 2003, Paris (Précis Dalloz)).
- ・ Guinchard: Serge Guinchard [sous la direction de], Droit et pratique de la procédure civile 2002/2003 (2002, Paris (Dalloz Action)).
- ・ Couchez: Gérard Couchez, Voies d'exécution (7e éd., 2003, Paris (Armand Colin)).

- (1) この点に関する論考には枚挙に暇がないが、ここでは最新のものとして、北村賢哲「民事執行法上の保全処分および引渡命令に関する近時の改正について」クレジット研究三二号（二〇〇四）三三四頁、及び佐藤歳二「不動産競売における買受人の占有確保」法曹時報五七巻二号（二〇〇五）二七三頁の二つのみを特に挙げておく。
- (2) 「迅速な諸手続の実務」というタイトルをもつ、Pierre Estoup, La pratique des procédures rapides (2e éd., 1998, Paris (Litec)) では、レフェレ手続や申請に基づく命令のほかに、命令手続 (procédures d'injonction)、指定期日手続 (procédures à jour fixe)、短縮手続 (procédures abrégées) が取り上げられている。
- (3) 本稿の、特に第四節以下は、フランス裁判例のデータベースであるJuris-Dataを利用し、適宜キーワードを入力してヒット

した裁判例群（のみ）をもとに検討を進めた。具体的には、二〇〇四年九月下旬から一〇月上旬にかけての期間に、① “expulsion” と “saisie immobilière” の両方をキーワードとして指定して検索された計八七件、② “annulation” と “bail” と “saisie immobilière” の三つをキーワードとして指定して検索された計二八件、③ “surendettement” と “expulsion” の両方をキーワードとして指定して検索された計二五件、④ “procédure collective” と “expulsion” の両方をキーワードとして指定して検索された計一九七件、⑤ “annulation” と “bail” と “procédure collective” の三つをキーワードとして指定して検索された七〇件、を検討対象とした。もっとも、①ないし⑤のあいだには重複もあり、また特に④については、ヒットした事例のほとんどが本稿で念頭に置いている事例から外れたものであったことをお断りしておく。なお、この場を借りて、フランス民事執行法に関する筆者の質問に親切に答えて下さったパリ第二大学の Philippe Thery 教授、ならびに、同教授をご紹介して下さい・またパリ滞在中の Juris-Data の利用につき便宜を図って下さったパリ第二大学の Michel Grimaldi 教授に、厚く御礼申し上げる。

- (4) ここでは、Alsace-Moselle 地方にのみ妥当する特別な規律に言及することなく、不動産執行の一般法としての規律のみに触れることとし、また配当手続 (procédures de distribution) に関する部分は割愛する。フランスにおける不動産執行については、既に山本和彦『フランスの司法』（一九九五）六二頁以下で、簡にして要を得た紹介がされているほか、本稿よりもずっと詳細な概説として、高橋智也「フランス不動産差押制度における果実の不動産化手続 (immobilisation des fruits) について (一)」法学雑誌（大阪市立大学）五〇巻四号（二〇〇四）八六一頁及び、とりわけ同論文（二）・五一巻二号（二〇〇四）四三六頁以下が既に存在する。

- (5) Guinchard/Moussa, no. 1311. 12 (Anne Leborgne) ; Donnier, no. 1189; Couchez, no. 403.
 (6) Guinchard/Moussa, nos. 1313. 20s. (Anne Leborgne) ; Donnier, no. 1212; Couchez, no. 407.
 (7) Guinchard/Moussa, nos. 1318. 40s. (Anne Leborgne) ; Donnier, no. 1209.
 (8) 消費者倒産手続は、二〇〇三年八月一日の法律 (Loi no. 2003-710 du 1er août 2003) 以降は、誠実な (de bonne foi) 過剰債務者がどのような財産状態にあるかに応じて、(1)再生措置の利用を許す状態にある場合に自然人過剰債務委員会 (commission de surendettement des particuliers) のもとで行われる過剰債務状況再生手続 (procédure de traitement des situ-

ations de surendettement) と、⁽²⁾再生措置がもはや取りがたいほど財産状態が悪い場合に、執行裁判官 (Juge de l'exécution) のもとで行われる個人破産手続 (procédure de rétablissement personnel) の二つで構成されるようになった (art. L. 330-1 du Code de la consommation)。

- (9) Guinchard/Moussa, nos. 1318, 21s. (Anne Leborgne).
- (10) Guinchard/Moussa, nos. 1321, 120s. (Anne Leborgne); Donnier, nos. 1230, 1249s.
- (11) Guinchard/Moussa, no. 1321, 122 (Anne Leborgne). 調書の書式例として Patricia Rouah, J.-Cl. Encyclopédie des huissiers. Vo. Saisie immobilière, Fasc. 30 (1997), Formule 4を参照。なお、フランスの執行士には、不動産執行の際のみならず、一般的に事実状態を確認するものがその職務として認められていることについて、山本・前掲書(注4)四一四頁以下を参照。さらに、このこととの関連で、平成一五年改正後の民事訴訟法一三二条の四第一項第四号(訴えの提起前における証拠収集の処分)の規定が、フランスの執行士による事実確認の制度(constat)にヒントを得たものと指摘する、高橋宏志「民事訴訟法の改正について」法教二七三号(二〇〇三)七六頁も参照。
- (12) Guinchard/Moussa, nos. 1321, 151s. (Anne Leborgne); Donnier no. 1263.
- (13) Guinchard/Moussa, no. 1321, 181 (Anne Leborgne); Donnier, no. 1273; Couchez, no. 421.
- (14) これについては、高橋・前掲論文(注4)の続稿で詳しく紹介される予定のようである。同論文のいわば予告編として、高橋智也「不動産以外の財産に対する抵当権の効力」私法六七号(二〇〇五)一三七頁も参照。
- (15) Guinchard/Moussa, no. 1321, 201 (Anne Leborgne); Couchez, no. 424.
- (16) 具体的な記載内容は、Guinchard/Moussa, nos. 1323, 30s. (Anne Leborgne)を詳し。
- (17) 売却条件の例として、Donnier, no. 1302; Couchez, no. 431を参照。
- (18) Guinchard/Moussa, no. 1323, 91 (Anne Leborgne); Donnier, no. 1314; Couchez, no. 435.
- (19) Guinchard/Moussa, no. 1323, 152 (Anne Leborgne); Donnier, no. 1326; Couchez, no. 437.
- (20) Guinchard/Moussa, no. 1323, 195 (Anne Leborgne).
- (21) Guinchard/Moussa, no. 1323, 172 (Anne Leborgne); Donnier, no. 1329; Couchez, no. 437.

- (22) Couchez, no. 438.
- (23) Donnier, no. 1340; Couchez, no. 438.
- (24) Guinchard/Moussa, nos. 1323. 211s. (Anne Leborgne) ; Donnier, nos. 1341s; Couchez, nos. 440s.
- (25) Guinchard/Moussa, nos. 1323. 321s. (Anne Leborgne).
- (26) Guinchard/Moussa, no. 1341. 11 (Anne Leborgne).
- (27) Guinchard/Moussa, nos. 1341. 31s. (Anne Leborgne) ; Donnier, nos. 1395s; Couchez, no. 452.
- (28) Guinchard/Moussa, nos. 1341. 41s. (Anne Leborgne).
- (29) Guinchard/Moussa, nos. 1341. 180s. (Anne Leborgne) ; Donnier, nos. 1429s; Couchez, no. 463.
- (30) Guinchard/Moussa, nos. 1341. 160s. (Anne Leborgne) ; Donnier, nos. 1416s; Couchez, no. 462.
- (31) Donnier, no. 1399; Couchez, no. 456.
- (32) Guinchard/Moussa, no. 1341. 72 (Anne Leborgne).
- (33) Donnier, nos. 1408s; Couchez, no. 458.
- (34) Guinchard/Moussa, nos. 1342. 22s. (Anne Leborgne) ; Donnier, no. 1442; Couchez, p. 231 note 2.
- (35) Guinchard/Moussa, no. 1342. 131 (Anne Leborgne) ; Donnier, nos. 1472s; Couchez, no. 467.
- (36) Donnier, no. 1558s; Couchez, no. 497.
- (37) Donnier, no. 1564によれば、実務上は、公証人のもとで行われる売却がよく使われ、メリットも大きい、差押債務者がそれを希望していても、関係当事者の全員が同意しないとその利用はできないようである(同旨、Guinchard/Moussa, no. 1324. 36 (Anne Leborgne))。なお、公証人のもとでなされる任意売却の実態について、山本・前掲書(注4)四四五頁以下の記述が極めて有益である。
- (38) Donnier, nos. 1568s; Couchez, nos. 498s.
- (39) 一九九四年頃までの日本語文献のリストとしては、堤龍弥「フランスにおける民事保全」中野貞一郎ほか『編』『民事保全法講座 第一巻(基本理論と法比較)』(一九九六)一四六頁の注一を参照。本稿との関係で特に重要なその後の日本語文献

としては、堤龍弥「フランスにおける仮処分」神戸学院法学二二巻三＝四号（一九九二）二九九頁や、本田耕一『レフェレの研究』（一九九七）がある。

- (40) その他の系統の裁判所ないし審判所に関しても、同様の規定が設けられている。本田・前掲書（注39）七頁以下を参照。
- (41) Philippe Bertin, *Rép. pr. civ. Vo. référé civil* (1980), no. 42; Claude Giverdon, *J.-Cl. pr. civ., Fasc. 233* (1995), no. 5.
- (42) これは控訴ではなく、事後的に対審性を回復させる手続である。したがってこのレフェレ手続は第一審に相当し、その中で出されたレフェレ命令に対しては控訴することができぬ（Vincent/Guinchard, no. 810）。
- (43) これについても、既に山本・前掲書（注4）八〇頁以下で簡潔に紹介されている。
- (44) Christiane Larher, *J.-Cl. pr. civ., Fasc. 2400* (1999), no. 23.
- (45) Guinchard/Moussa, no. 511. 53 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdillat) に紹介されている。
- (46) *Civ. 3e*, 20 janv. 1988. *Bull. civ. III*, no. 12; *JCP G* 1988. IV. p. 111; *Rev. huissiers* 1988. 854.
- (47) *TI Privas*, 7 sept. 1993. *Bull. inf. C. cass.* 15 nov. 1993, no. 1271.
- (48) *Civ. 2e*, 21 oct. 2000. *Dr. et procéd.* 2001, 61.
- (49) 事案は、判決文のなかで Guinchard/Moussa, no. 511. 53 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdillat) で、より詳しく紹介されている。
- (50) *Civ. 3e*, 4 mai 1994. *Bull. civ. III*, no. 83; *G.P.* 1994. 2. pan. p. 213; *Rev. huissiers* 1994. 1144.
- (51) もともと、この事例では、原賃借人と占拠者との間の関係を賃貸借（転賃借）と性質決定するところ自体が適切ではないのなかにある（V., Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Pierre-Yves Gautier, *Droit civil* 2004: *Les contrats spéciaux* (2003, Paris (Defrénois)), no. 619)。
- (52) Rennes (ch. 4e), 12 sept. 1996. *Rev. huissiers* 1997. 851.
- (53) *Cass. soc.*, 17 mai 1977. *Bull. civ. V*, no. 327; *D.* 1977. 645, note Jeammaud; *JCP G* 1978. II. 18992, obs. Desdevises; *RTD civ.* 1977. 602, obs. Normand.
- (54) Amiens (ch. 2e), 29 janv. 1975. *D.* 1975 somm. 49; *G.P.* 1976. I. somm. 57.

- (55) Gilles Delivré, *Le choix de la procédure en expulsion d'un «squatter»*, G.P. 1990. 2. doct. 411.
- (56) Delivré, op. cit. (note 55), pp. 411-412.
- (57) Delivré, op. cit. (note 55), p. 412.
- (58) 少なくとも一般論としては、対審が原則とされることの裏側として、申請に基づく命令は、明文の規定がある場合は別にするとごく例外的にしか許容されるべきでないという見解が、フランスの学説では支配的だと思われる（例えば、Perrot, RTD civ. 1981. 210; Normand, RTD civ. 1986. 405s. 反対説として、Jeantin, D. 1980. chron. 209. 但し、いずれも新民事訴訟法典一四五条（将来の裁判のための証拠保全）の規定に即した議論であり、明渡請求の局面にも応用可能か否かには慎重な吟味を要しよう）。
- (59) Guinchard, no. 3306 (Philippe Hoonacker).
- (60) なお、同様に工場が労働者に占拠されており、そこで、会社が、占拠者全員が明渡すべきことを請求して、三人の組合代表をレフェレ手続で召喚した事例において、TGI Saint-Etienne, 18 fév. 1983; G.P. 1983. 1. 306は、組合代表らのみを相手方とするレフェレ命令は、任意で彼らと意見を同じくして彼らと同様の状態に存するその他の者たち全員に対して、申請に基づく命令としての効力を有する、と判示している。もともと、判決文においては、その結論が導かれる理由として、彼らが代表権 (pouvoir de représentation) を有しているという事情にも言及されている。
- (61) Jeanmaud, D. 1977 p. 648; Normand, RTD civ. 1977. 605. もともと、このような判断は、彼らがストライキという局面をもっぱら念頭に置いていたからこそ導かれたものであるのかもしれない。
- (62) Sylvie Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête en matière gracieuse*, thèse Strasbourg III (2001/02), 2003, Paris (Dalloz), no. 522.
- (63) Pierre-Maurice, op. cit. (note 62), no. 520は、特定不可能というためには、裁判官から調査を行うことをオーソライズされた執行士が、相手方による身元開示拒否に遭っても、なお自動車登録などの間接的な証拠を用いて特定を試み、しかしそれでも特定できない、ということが必要であるとする。
- (64) Pierre-Maurice, op. cit. (note 62), nos. 518s, 529s. これは、弁護士とStrasbourg大学助教教授でもあるHoonackerが既に述

べつした立場 (Guinchard, no. 3306 (Philippe Hoonacker)) でもある。

- (65) なお、Guinchard, no. 3306 (Philippe Hoonacker) は、Ferodo判決を引用した後に、一般命題として、判事が判断を下す際に、未だ特定ができておらず・あるいは特定が不可能である者たちに対する関係での緊急の措置が必要なすべてのケースにおいて、Ferodo判決の解決は適用可能なはずである、と述べ、その一般命題の適用例として、TGI Paris, 11 fév. 1982; G.P. 1982. 2. somm. 367, note Barbierを引用している。しかし、同判決の事案は、他の相続人が明らかでない状況において、ある相続人が相続財産の暫定管理人 (administrateur provisoire) の選任を、申請に基づく命令として求め、それが認容された、というものであるところ、(この点はまさに拙稿「相続財産の重層性をめぐって」の続編において論証すべき事柄であり、詳細は他日を期するほかないが) 相続人という titre は、個々の相続財産に関するいかなる法的地位をも直ちには基礎づけないものであり、したがって、個々の相続財産のレベルに関わる暫定管理人の選任の請求を認めるために、相続人全員の関与が必要にならない、とは必ずしもいえない。つまり、私見によれば、同判決は、右の一般命題の適用例として挙げるのには適していない。

- (66) Christiane Larher, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 2400 (1998), no. 32.

- (67) 不動産に原賃借人が転賃借を設定し、転借人がそこを占拠しているという事例において、(恐らくは原賃借人との関係では、明渡すべき旨の執行名義が既に得られていることが前提とされていると思われるが) 転借人を有効に追い出すためにはどのような手続をとればよいかを指示する裁判例として、次の二つがある。

まず、商事目的で原賃貸されていた場所を転借人らが占拠していたところ、右転借人らへの事前の明渡催告の送達がなされないまま、原賃貸人(所有者)による明渡執行が行われてしまった、という事例において、執行裁判官は、明渡催告の送達がなかったことを理由として、右の明渡執行は取り消されるべきであると判断した (TGI Lyon, JEX, 8 juil. 2003. この裁判は未公開のようだが、Guinchard/Moussa, no. 511. 53 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdilat) で引用されており、事案の紹介も同所の記述のみに基づく)。

次に、商事かつ居住の目的で賃貸されている場所を、その賃借人からさらに賃貸借(転賃借)を受けて居住目的で占拠している者に対して、かれに明渡催告が送達されないままに明渡執行が行われてしまったケースにおいて、執行裁判官は、右

の明渡執行は無効であるとして、転借人による原状回復の請求を認容した (TGI Angoulême, JEX, 4 oct. 1993; D. 1994, somm. p. 337, obs. Julien. 但し、Julienのコメントによれば、この事件の事案は、賃借人が、明渡を命じる裁判を受けた後に、所有権者を装って、善意であった右占拠者に対して賃貸借を設定したというものだそうであり、かれはこの裁判の結論は正当化しがたいと述べている)。

- (68) Guinchard/Moussa, no. 511. 54 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdilat) ; Donnier, no. 601; Christiane Larher, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 2400 (1998), no. 32.

- (69) J.-Cl. Encyclopédie des huissiers, Fasc. 70-4 (1993), no. 9は、本文一で述べた執行名義取得の段階で明渡請求の相手方を特定する必要があることを考えると、検事局への回付によらねばならないのは、明渡催告の送達をした時点で、執行名義に記載された相手方とは別の・名前の特定ができない者がそこを占拠していた、というケースに限られるだろう、という。この叙述をもとに考えると、名前の特定できない者に対し明渡を命ずる旨の執行名義が、申請に基づく命令の手続によって得られた場合 (本文一(5)(6) 参照) にも、検事局への回付によることが可能だと思われる。

なお、Christiane Larher, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 2400 (1998), no. 32によれば、例えば賃借人が移転先の住所を残さずそのまま立ち去り、空いたまま残された場所について、裁判上明渡を求める場合には、検事局への回付によることはできず、その賃借人に対して、新民事訴訟法典六五九条に規定されている手続 (最後の住所地として知れているところに宛てて執行士が書留郵便を送る) を履践する必要がある。

- (70) Civ. 2e, 6 mai 1999: Procédures 1999 no. 176, note Perrot.

- (71) 明渡すべき不動産が主たる住居にあたる場合には、猶予のほかにも様々な要件が加重されるが (V. Donnier, nos. 606, 620 s.)、ここでは猶予に関する規定の紹介にとどめる。

- (72) Guinchard/Moussa, nos. 551. 21, 552. 31 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdilat).

- (73) Donnier, no. 624.

- (74) Guinchard/Moussa, nos. 531. 19s. (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdilat).

- (75) 444 Civ. 2e, 18 déc 1996: Bull. civ. II, no. 308; JCP G 1997 juris. no. 353; G.P. 1997, 2. somm. 458, note Veron⁴⁵ 一般論

として、債権者は、競落後であっても、訴えの利益がある限り、旧民事訴訟法典六八四条の請求をしても差し支えないと述べ、実際にも、差押債権者のみが競落後になした貸貸借取消請求を認容した原審の判断を是認した（この事件の事案の詳細については後出注83も参照）。また、同判決以前のものだが、Pierre Robino/Jacques Prévault, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 846 (1994), no. 15も、競落後の請求であっても、訴えの利益ある限り、差押債権者からの取消請求を認めて差し支えない、と述べている。

(76) これとは別に、本稿では扱わないが、債権者は債権者取消権（民法典一一六七条）に基づいて貸貸借の取消を求めることもできる。これを認めた事例として、Lyon (ch. Ire), 17 fév. 2000: Juris-Data no. 2000-105056がある（支払催告の三ヶ月はど前に貸貸借が登録されていたが、貸貸人（差押債務者）はホテルで、賃借人は右差押債務者の家族が設立した有限責任会社であった、という事例）。この事例では、貸貸借の取消のほかに損害賠償も債権者（金融機関であり、おそらくは抵当権者であったものと推測される）から請求されたが、損害賠償請求の方は認められなかった。なお、フランスにおける、抵当権者からする詐欺的な貸貸借の取消請求については、片山直也「フランスにおける詐欺的貸貸借排除の法理」法学研究（慶應義塾大学）六四巻一二号（一九九一）二七五頁が詳細に論じているが、その種のケースにおいて「明渡請求が問題とされることはないようである」と指摘されている（同論文三二三頁）点が、本稿との関係では特に注目される。

(77) 堤・前掲論文（注39）「フランスにおける民事保全」一四八頁注三は、レフェレは「最近では、時間のかかる訴訟の代替的紛争解決方式の最右翼として、前者の簡易迅速な略式訴訟の側面が顕著である」とする。

(78) 今回みることのできた裁判例のうち、貸貸借の取消を宣するのと同時に明渡を明示的に認容するもの（本文で述べた事情により、いずれも訴訟手続によるものである）として、Riom (ch. sociale), 9 mai 1989: G.P. 1990. 1 juris. p. 149, note J. Prévault; Versailles (ch. Ire sec. 2e), 11 oct. 1996: Juris-Data no. 1996-044424; Angers (ch. Ire A), 10 mars 1997: Juris-Data no. 1997-047114; Paris (ch. 6e C), 26 nov. 1997: Juris-Data no. 1997-024278; Paris (ch. 6e B), 28 oct. 1999: Juris-Data no. 1999-100697の五件を見出すことができたが、これらはいずれも競落人が原告となった事例である。

これに対して、差押債権者が原告となって貸貸借の取消が求められた事例（このような事例の数は決して少なくないと思われる、今回見ることできた裁判例の中にも、Civ. 2e, 26 juin 1991: Bull. civ. II, no. 193; JCP G 1991. IV. 347; G.P. 1992.

1 somm. 161, note Veron-J' Civ. 2e, 8 avr. 1998: Bull. civ. II, no. 126; D. 1998 IR 130; JCP G 1998. IV, no. 2291 の破毀院裁判例を見出すことができた。なお、いずれも、金融機関が貸貸借取消を請求している事件であったことを付言しておく)の中で、その請求と同時に明渡請求も認容したものは見出せなかった。もっとも、Paris (ch. 16e B), 18 mars 2004: Jus-Data no. 2004-242917 の判決文には、支払催告後に差押債権者が貸貸借を設定したので、差押債権者(銀行)が、右貸貸借は差押債権者に対抗できない旨主張してレフェレ手続で執行債務者と賃借人とは召喚したところ、パリ一区小審裁判所のレフェレ裁判官は、当該貸貸借は支払催告後に設定されたものであるから差押債権者に対抗できず、賃借人は当該不動産を権原なしで占拠している、と宣言して、賃借人の退去を命じた、という事実関係が記載されており(もっとも、その後の差押債権者は右不動産執行の申立てを取り下げており、かくしてこの事件が直接に扱った論点は、本稿の主題とは関係のないものであった)、このことから判断すると、旧民事訴訟法典六八四条に基づき、競落前に差押債権者が賃借人の退去を請求する場合(レフェレ手続による場合も含む)に、その請求がカテゴリカルに排斥されるものではないと思われる。

なお、差押債権者は、場合によっては、支払催告後に、(賃借人でなく)差押債権者に対して明渡を求めうること(旧民事訴訟法典六八一条一項)については、第五節で後述する。

- (79) Guinchard/Moussa, no. 1321. 146 (Anne Leborgne); Donnier, no. 1255; Couchez, no. 417. 近時にこの旨を確認した破毀院裁判例として、前出注78で引用した一九九一年六月二六日第二民事部判決(差押債権者によって取消が請求された事例)がある。

- (80) Donnier, no. 1255 note 36. そもそも、一般債権者(差押債権者を除く)が旧民事訴訟法典六八四条に基づく請求をすることができるかどうかが、それ自体に争いのあるところである(Pierre Robino/Jacques Prévaut, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 846 (1994), no. 9)。

- (81) この確定日付は、賃借人が物件明細書に対して異議(dies)を述べたというだけでは得られない(前出注78で引用したRiom控訴院一九八九年五月九日判決)。但し、後出注85に対応する本文も参照。

- (82) Guinchard/Moussa, no. 1321. 144 (Anne Leborgne); Donnier, no. 1259 note 47; Pierre Robino/Jacques Prévaut, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 846 (1994), no. 28.

(83) Donnier, no. 1257. これは以前からの確定判例の立場であるが、比較的近時にこの旨を述べた破毀院裁判例を二つ紹介しておこう。

(1) Civ. 3e, 16 mai 1984: Bull. civ. III, no. 101; G.P. 1984. 2. somm. 269, note Véron.

株式会社Lは、D氏に対する債権の担保として、Dが所有権者となっているアパルトマンに抵当権を設定し、のちに不動産執行によってこれを自ら競落した。このアパルトマンは、Dのもと妻であるG氏が、支払催告前に口頭で設定されたが確定日付を欠く賃貸借に基づいて占拠している。そこでL会社は、右賃貸借の取消を求めてGを相手に訴えを提起した。原審控訴院はL会社の請求を棄却したが、破毀院も、「原審控訴院は、旧民事訴訟法典六八四条の適用として、賃貸借が支払催告書以前の確定日付を得ていない場合には賃貸借を無効とすることは裁量的である (facultative) である旨を正當にも述べた後で、専権をもって、賃貸借を取り消す必要はないと判断したのである」と述べて、L会社による破毀申立を排斥した。

(2) Civ. 2e, 18 déc. 1996: Bull. civ. II, no. 308; JCP G 1997 juris. no. 353; G.P. 1997. 2. somm. 458, note Véron.

H銀行は、P有限責任会社に対する不動産執行を行い、Fがこれを競落した。ところが当該不動産は、Pの業務執行者であるBとその妻に対して賃貸されており、彼らは先買権を主張して、Fに代わり競落人となる旨を宣言した。そこでH銀行はP、B夫妻、F及び登記済債権者を召喚し、右賃貸借は支払催告前に確定日付を得ていないと主張して、その取消を請求した。原審であるVersaille控訴院は、H銀行の請求を認容している。

破毀院ではまず、競落がされた後に提起されたH銀行の訴えに利益があるかが争われ、これは肯定された(この論点については前出注75参照)。続いて、原審が賃貸借の無効確認請求を認容した点が争われ、破毀院は大略次のように判示して原審の判断を是認した。原審控訴院は、専属の評価権限の行使の範囲内において、差押債権者が当該賃貸借を認識していたことは立証されていないと摘示したのであり、また事案における公署証書の記載からは、当該賃貸借が確定日付を得ていなかったと結論づけることが許される。原審控訴院が当該賃貸借を無効とする判断を下したのは、旧民事訴訟法典六八四条に規定された権限を行使したことによってである。

(84) 同明言するものとして、Civ. 3e, 6 fév. 1979: Bull. civ. III, no. 35.

- (55) Civ. 3e, 29 sept. 1999: Bull. civ. III, no. 188, D. 1999, IR 240; G.P. 2000 somm. 920, note Véron; Contrats, Conc., Consumm., 2000 no. 19, note Leveneur; RD imm. 2000. 95, obs. Collart-Dutilleul/Derrupé; Loyers et copropriété 2000 comm. no. 2, note Vial-Pedroletti.
- (56) Véron, note précitée (note 85), p. 921; Leveneur, note précitée (note 85) ; Collart-Dutilleul/Derrupé, obs. précitée (note 85), p. 96.
- (57) 自覚的にかぎりはきりしないが、Guinchard/Moussa, no. 1321. 145 (Anne Leborgne) はこのように説く。また、Vial-Pedroletti, note précitée (note 85) は、無効だと評価されたことの是非それ自体がこの破毀院判決で問われているわけではない、と述べる。
- (58) 同判決は、民法典一七四三条一項の規定（賃貸人が賃貸物を売却した場合、買主は、公正証書または確定日付ある証書によって締結された賃借権を有する小作人・分益小作人・賃借人を追い出すことができない）について緩和措置を認めてきた破毀院判例の路線を継承したものととして、一般に理解されている。すなわち、同条で公正証書ないし確定日付が要求される趣旨は、私署証書だと日付が遡って記載されうるためであり、そうだとすれば、売買前に買主が賃貸借を認識していた場合にも、やはり当該賃貸借は買主に対抗できるものと考えるべきだ、というのである（この考えを示したものとしてよく引用されるのが、Civ. 3e, 20 juil. 1989: Bull. civ. III, no. 169; RTD civ. 1990. 101, obs. Renny; Defrénois 1990. 494, note Vermelleである。もっとも、この事件は、原審が、買主は口頭で設定された賃貸借を認識していた可能性があるが、仮にそうだとした場合、単に認識してただけでは、その賃貸借に確定日付を与えるような性質を有さない、と判示したのに対して、破毀院は、買主が有していたのかもしれない認識が売買前に持たれていたのか、それとも後か、を原審は認定すべきであったのにそうしなかった、と咎めて原審を破毀した、というものである）。そして、まさにその法理を不動産競売の場合にまで広げたのが一九九九年判決である、と理解するのである（Leveneur, note précitée (note 85) ; Collart-Dutilleul/Derrupé, obs. précitée (note 85), p. 96)。

しかし、売買が両当事者間の合意に基づいてなされる場合については右の法理が成り立つのだとしても、それをそのまま不動産執行のケースに持ち込むことは、次の三つの理由により、容易でないように見える。第一に、旧民事訴訟法典六八四

条は、売買時の前か後かではなく支払催告書送達時の前か後かを問題としており、民法典一七四三条において成り立つとされる議論が後者でも同様に成り立つようには思われない。第二に、旧民事訴訟法典六八四条は、請求者として債権者をも挙げているところ、競落人が請求する場合にのみかれの競落時前の認識が追加的に問題とされねばならないのはなぜなのか、根拠が明らかでない。第三に、この理解によれば、支払催告書送達時以降に設定された賃貸借であっても、競落前に競落人がその存在を認識していたのであれば、競落人はそれを尊重しなければならないように思われるが、そのように明言する説は皆無である。

なお、本注で挙げた破毀院の諸裁判例に言及する日本語文献として、横山美夏「競合する契約相互の優先関係（五・完）」法学雑誌（大阪市立大学）四九巻四号（二〇〇三）八三三頁以下がある。

- (89) 特に、賃借人が物件明細書案に対して異議（*dites*）を申し立てていた場合に、物件明細書案に挿入され・条件期日に大審裁判所による判断を受けた右異議を競落人は競落前に読んでいたことを以て、直ちに競落人からの無効請求を認められないものとしてよいのか、議論がありえよう。換価のための競売（*licitation*）がなされた事件において、そのような理由づけによって、競落人からなされた、口頭で設定された賃貸借の賃借人に対する明渡請求を認めなかった破毀院裁判例（但しこの事件では、賃貸借の存在に関する異議は、賃借人からだけでなく、換価競売申立人のうちの二人からも出されていた）として、*Civ. 3e, 15 janv. 1976: Bull. civ. III, no. 18; RTD civ. 1976. 794, obs. Cornu*があるが、同判決では民法典一七四三条のみが引用されており、旧民事訴訟法典六八四条への言及はない（ちなみに、古い破毀院判例に、換価のための競売の場合にも旧民事訴訟法典六八四条が適用されることを前提としたものがあるが、学説からは批判を浴びているようである。参照、*Pierre Robino/Jacques Prévaut, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 846 (1994), no. 13*）。

- (90) *Guinchard/Moussa, no. 1321, 192 (Anne Leborgne)*. 上の保管人としての職務は無報酬で行われる。

- (91) これは、レフェレの手続だけを借りるものであり、実際には本案としての判断が下される（*Vincent/Guinchard, no. 256*）。「レフェレの形式でなされる」裁判に対する不服申立は、一般論としては、本案に関する裁判の規律に従うが、旧民事訴訟法典六八一条二文の場合には、その末尾に別段の定め（「不服申立を認めることなく」）があるのでそれに従うこととなり、かくして控訴は認められず（*CA Rennes (ch. Ire), 5 déc. 1979: G.P. 1980. 1, juris. 92, note du Rusquec*）、提起された控

訴は不受理とされるべきである (Civ. 2e, 14 janv. 1987: Bull. civ. II, no. 16; D. 1987 juris. 615, obs. Prévault; G.P. 1987. 1. pan. 62)。

(92) Guinchard/Moussa, no. 1321. 197 (Anne Leborgne).

(93) Guinchard/Moussa, no. 1321. 196 (Anne Leborgne) : Donnier, no. 1297. 前出注91で言及したRennes控訴院一九七九年一月五日の事件で引用されている、Rennes大審裁判所所長の命令を例に取ると、その命令は一九七九年七月五日に出されており、同年一月一五日までに明け渡すべき旨が命じられている。他方で、一九九三年五月九日のVersailles大審裁判所所長の命令 (TGI Versailles, 9 mai 1993: G.P. 1993. 1. 259, note Sillard) では、終局競落があつてから一〇日経過したら明渡すよう命じられており、あわせて、一九九一年七月九日の法律六一条及び六二条 (第三節三参照) の適用がない (その趣旨が完全に明確ではないが、猶予期間の定めが妥当しないのはもちろんのこと、おそらく、その命令の送達さえ済ませておけば、それと別個に明渡催告を送達する必要はないという趣旨かと思われる) ことが明言されている。

(94) 前出注93で挙げたRennes控訴院、Versailles大審裁判所の二つの事件は、いずれも、金融機関が明渡を請求し、認められたという事例である。また、前出注91で挙げた破毀院の事例は、ある女性が商事の清算手続に入り、管財人が選任されたところ、その管財人が、右女性とその夫に対して、彼ら夫婦に帰属する差押不動産 (事案の詳細は定かでないが、管財人が清算のために不動産執行手続によって換価しようとしたのではないかと思われる) から退出するよう求めた、という事例である (第一審は請求を認めなかったが、あやまって控訴が受理され、控訴院では請求が認められていた)。

(95) Civ. 2e, 20 avr. 1988: Bull. civ. II, no. 92. 差戻後の控訴院判決として、Metz, 22 mai 1991: Juris-Data no. 1991-049901.

この破毀院判決は、直接には、Alsace-Moselle地方にのみ妥当する特別法の規定 (一九二四年六月一日の法律一六一条) の解釈に関するものであり、Guinchard/Moussa, no. 1353. 101 (Philippe Hoonacker) は同判決を、同地方に特有の不動産執行の規律を叙述する中で紹介しており、一般法に関する叙述の中では紹介していない。しかしDonnier, no. 1417 note 288は、競落人の権利についての一般的な叙述の中で、そのような留保を特に付することなく、同判決を引用しており、後出注103で引用する、二〇〇二年三月七日の破毀院判決に対するTaorminaのコメントでも、右一九八八年判決の解決は一般法においても妥当するとされている。

- (96) もともと Paris (ch. 14e B), 27 juin 1997: Juris-Data no. 1997-022310は、競落判決という司法契約 (contrat judiciaire) は、取り消されたり、あるいは競落人の代金不払に基づく空競売 (folle enchère) の手続の確定によって無効とされたりしない限りは、完全な効力をもち、したがってもはや所有権者ではなくなった差押債務者はいかなる droit も titre も主張することができない、としている (レフェレ手続の事件)。但し、この事件では、競落代金の元本はすでに支払われており、利息分のみが未払いであったにすぎなかったもので、この判決の一般論を真に受けるべきではないかもしれない。
- (97) なお Guinchard/Moussa, no. 511. 16 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdillat) は、競落人は、競落判決とあわせて、差押債務者に対して明渡を求める督促 (sommation de quitter les lieux) の督促は第三節二で述べた明渡催告とは別のものである) も送達すべきである、と述べる。
- (98) Civ. 2e, 1 mars 1995: JCP G 1995. IV no. 1066; D. 1995 IR 91; Civ. 2e, 14 juin 2001: pourvoi no. 99-19353. 同旨の判示をいつ、使用料相当額の損害金の起算点を競落判決の送達日からとした事例 (レフェレ命令) として、Aix en Provence (ch. 15e), 12 déc. 2001: Juris-Data no. 2001-172399がある。
- (99) Poitiers (Ire ch. civ.), 15 oct. 1996: Juris-Data no. 1996-056758; Paris (ch. 14e A), 29 janv. 1997: Juris-Data no. 1997-020876. もともと、換価競売の事例ではあるが、原則論としてはさうだといふつもりで、明渡請求に関する控訴審の係属中に競落判決を送達したことをもって追完を認めた事例として、Paris (ch. 14e A), 4 juill. 2001: Juris-Data no. 2001-152285 (レフェレ命令) がある。
- (100) Civ. 2e, 18 oct. 1978: Bull. civ. II, no. 214; G.P. 1979. I. 94.
- (101) TI Saint Girons, 11 juin 1992: Juris-Data no. 1992-047301. この事例では、競落判決後に、明渡執行を基礎づける裁判 (本文(c)で後述する) なしに明渡催告だけがなされたようである。
- (102) 競落判決には、定型句として「競落不動産の détenteur もう一 possesseur は、全員、競落人のためにそれを明け渡す義務がある (tous détenteurs ou possesseurs de l'immeuble adjudgé seront tenus de le délaisser en faveur de l'adjudicataire)」という文言が付されるのが通常のようである。例えば、Toulouse控訴院の事例であるが、Toulouse (ch. 1re), 22 sept. 1993: Juris-Data no. 1993-049655; Toulouse (ch. 3e sec. 2e), 20 fév. 1996: Juris-Data no. 1996-042678; Toulouse (ch. 3e sec.

2e), 2 fév. 1999: Juris-Data no. 1999-042780の各判決文からうかがい知ることができる(もともと、具体的な表現は各事件ごとに微妙に異なっている)。

- (103) Civ. 2e, 7 mars 2002: Bull. civ. II, no. 28; D. 2002 IR 1116; D 2003 somm. 1404, obs. Taormina; RTD civ. 2002. 364, obs. Perrot (Dr. et procéd. 2002 juris. 240, obs. Bourdillatにも掲載されているようだが未見); Civ. 2e, 10 juillet 2003: Bull. civ. II, no. 247. また、同旨の控訴院の裁判例として、Lyon (6e ch. civ.), 20 janv. 2004: Juris-Data no. 2004-237675.

- (104) 前出注70で引用した破毀院第二民事部一九九九年五月六日判決参照。

- (105) Bordeaux (ch. Ire C), 5 sept. 2002: Juris-Data no. 2002-185189 (但し、この一般論を述べた後に、「もちろん (au surplus)」として、差押債務者がなした追求猶予の請求を棄却した判決にしかかれが破毀申立をしておらず、競落判決それ自体は既に確定していることに言及がなされている); Aix en Provence (ch. Ire A), 4 fév. 2003: Juris-Data no. 2003-218849 (競落価額を低く抑えるための談合が競落前に行われた、したがって競落判決には重大な瑕疵 (irrégularité) がある、との差押債務者の主張に対し、それは contestation sérieuse と至りうることを認めつつ、競落人からの明渡請求を認容); Civ. 2e, 22 nov. 2001: pourvoi no. 00-14244 (差押債務者には、不動産執行の手続中に含まれていたかもしれない瑕疵 (irrégularité) を競落後に持ち出す資格はない、と述べて、irrégularité を顧慮することなく差押債務者に明渡を命じた原審のレフェレ命令を是認)。

- (106) Civ. 2e, 30 sept. 1999: Bull. civ. II, no. 144 (Alsace-Moselle地方にのみ妥当する法律では、差押債務者の追い出しについての権限が執行裁判官にあると規定されているにもかかわらず、それと並んで大審裁判所のレフェレ裁判官にも管轄があることを認めた事例); Civ. 2e, 23 nov. 2000: Juris-Data no. 2000-007055; pourvoi no. 99-14479; Civ. 2e, 15 fév. 2001: Juris-Data no. 2001-008346; pourvoi no. 99-13829 (Dr. et procéd. 2001 actu. 206に掲載されているようだが未見)。

- (107) Reims (Ire ch. civ.), 20 déc. 2000: Juris-Data no. 2000-141813 (すでに一番のレフェレ命令で、一九九一年七月九日の法律六二条所定の明渡催告がされてから二ヶ月以内に立ち退け、と差押債務者に命じられたのに対し、控訴が提起された事例。一番のレフェレ命令から控訴院の判断までは一年半以上の期間が経過している)。同判決は、まず、不動産執行後の明渡請求についてはその自律性・固有性ゆえに、同法六一条及び六二条は適用にならず、むしろ旧民事訴訟法典六八一条ゆえに差押

債務者は、競落人の請求があれば即時の明渡を命ぜられうる、と述べて、第一審と異なる判断を示した。一見したところでは、旧民事訴訟法典六八一条はこの事件の事案には無関係であるようにみえる（同条は、第五節で述べたように、競落前にも債権者の請求によって差押債務者に対し明渡が命じられることがありうる旨を規定したものである）が、この判決はおそらく、支払催告が送達されたことによって、差押債務者は自分の占有の容假性（*precarie*）がわかつているはずであり、そのことを示すのが旧民事訴訟法典六八一条である、かくして競落人の請求があれば即時の明渡を認めてよいのだ、と考えているようである。

なお、同様に一九九一年七月九日の法律の六一条・六二条の適用を、旧民事訴訟法典六八一条の規定を根拠にして排除した事例として、前出注⁹³のVersailles大審裁判所の命令があるが、この事例は、（差押債務者に対する）債権者からの明渡請求、すなわち、旧民事訴訟法典六八一条がもとめたと念頭に置いている請求、に関わるものであり、結論としても、即時の明渡ではなく、最終の競落後一〇日以内に明渡すべきことが認められているにすぎない。

- (108) Toulouse (ch. Ire), 13 oct. 1993: Rev. huissiers 1994, 469; Rev. loyers 1994, 211. この判決は、このような一般論を述べた後、事案の解決として、建設住居法典L. 六三一条・六三二条（本文第三節三(3)参照）に基づく猶予を認めた。もつとも、この裁判例は、（差押債務者ではなく）差押不動産の賃借人を相手方とする明渡請求という事案に関わるものである。

- (109) Paris (ch. 8e B), 30 avr. 1998: Juris-Data no. 1998-021880は、レフェレ命令で明渡を命じられた差押債務者が、執行裁判官に対して、建設住居法典の規定に基づく明渡の猶予を求めたが棄却されたので、控訴したという事例である。この判決は、差押債務者に猶予を認めるいかなる正当化事由もない、控訴手続をとったことで十分な猶予を既に享受している、と述べて猶予を認めなかった。また、Nîmes (ch. Ire B), 4 mars 2003: Juris-Data no. 2003-211654は、二〇〇一年二月九日に競落された物件について、二〇〇二年三月二七日に明渡請求を認容するレフェレ命令が出され、その命令の送達後三ヶ月以内に差押債務者は立ち退くべき旨が命じられた。これに対し差押債務者は控訴し、建設住居法典L. 六三一条・六三二条に基づいて二年の猶予を求めた、という事例である。この判決は、差押債務者らには移転準備のための十分な期間が事実上あったことを指摘して、猶予の請求を棄却している。

- (110) Christiane Larher, J.-Cl. pr. civ., Fasc. 2400 (1999), no. 14. もつとも、建設住居法典L. 六三一条・六三二条のみに

関する記述だが、Guinchard/Moussa, no. 521, 51 (Jean-Pierre Faget/Jean-Jacques Bourdillat) は、不動産執行後に行われる明渡請求についても両条が適用されるとするのは正当である、と述べて、前出注108で挙げたToulouse控訴院の事例を引用している。

(111) Civ. 2e, 27 oct. 1975: Bull. civ. II, no. 276.

(112) Civ. 2e, 22 avr. 1992: JCP G IV 1859; G.P. 1992, 2 pan. 220.

(113) Paris (ch. 14e C), 27 avr. 1984: Juris-Data no. 1984-022427.

(114) Aix en Provence (15e ch. civ.), 15 fév. 2002: Juris-Data no. 2002-180375 (賃借人の中に執行債務者の義理の兄弟が含まれている事例。本文で述べたことを当然の前提として、明渡請求を認容した第一審のレフェレを是認) ; Aix en Provence (15e ch. civ.), 29 juin 2000: Juris-Data no. 2000-142060 (後出注111参照) ; Montpellier (ch. 1re), 15 fév. 1994: Juris-Data no. 1994-034040 (公示された売買契約書にはdroit d'usage et d'habitationの記載がなく、私署証書でそれが確認できるとする意見の場合においては、それは競落人との関係で対抗不可なので、contestation sérieuseがなく、レフェレ手続で明渡を認めることができる、とする)。

(115) Paris (ch. 14e B), 8 fév. 1985: D. 1985, IR 186.

(116) Civ. 2e, 10 fév. 2000: Juris-Data no. 2000-000628; pourvoi no. 99-17034.

(117) Civ. 3e, 10 fév. 2004: Juris-Data no. 2004-022423; pourvoi no. 02-14277. 他方で、前出注114のAix en Provence控訴院の二〇〇〇年六月二十九日判決は、競売手続上のfraude(不正)fauteは明白でなく(それを争う訴訟は特に起こされていないように見受けられる)、それについてレフェレ手続では判断できないと述べた上で、明渡を認めている。

(118) Paris (ch. 14e B), 29 mars 1989: Juris-Data no. 1989-023831 (差押債務者のもと妻(手続中に離婚)、その母及び子に対する明渡請求。第一審のレフェレ命令が請求を認めたのに対し(詳細は不明)、占拠者らが三年の猶予期間を求めた。控訴院は、占拠者らがsans droit ni titreではあることを認めつつ、占拠者らの状況を考え、建設居住法典L. 六二三―二条に基づいて、当該控訴院判決の送達後三ヶ月の猶予期間を与えるべきだと判断した)。

(119) Paris (ch. 6e B), 28 oct. 1999: Juris-Data no. 1999-100697.

(120) Aix en Provence (15e ch. civ), 14 fév. 2001: Juris-Data no. 2001-148755.

(121) フランスの商事倒産処理手続は、更生手続 (redressement judiciaire) と清算手続 (liquidation judiciaire) の二種類に大別される。本稿では、熟さない言葉ではあるが、更生手続中の者を「更生者」、清算手続中の者を「清算者」とし、また両者を一括して「倒産者」と称する。また、前者における管財人 (administrateur judiciaire) と後者における清算人 (mandataire judiciaire au redressement et à la liquidation des entreprises) を一括して「管財人」と称することにする。両手続の概要については、山本・前掲書(注4) 八八頁以下及び三四三頁以下の記述が基本的に今でも妥当する。

なお、従来、商事倒産手続は、一九八五年一月二五日の法律 (Loi no. 85-98 du 25 janv. 1985) によって規律されてきたが、その規定は、二〇〇〇年九月一八日の委任立法 (Ordonnance no. 2000-912 du 18 sept. 2000) によって、商法典に組み込む形で法典化され、さらに二〇〇三年一月三日の法律 (Loi no. 2003-7 du 3 janv. 2003) により、右委任立法の追認が行われた。本稿では、法典化以前の裁判例であっても、商法典に組み込まれた現行規定に読み替えて、その事案や条文を紹介・引用する。

(122) これは、前出注8で言及した二〇〇三年改正より以前の消費者倒産手続の一部を成すものである。この当時の消費者倒産手続については、山本・前掲書(注4) 二二一頁以下のほか、北村一郎「フランスにおける民事紛争解決のための課題」自由と正義四一巻四号(一九九〇) 七二頁以下、西澤宗英「フランスの消費者倒産立法について」杏林社会科学研究九巻一号(一九九二) 一頁、山本和彦「フランスにおける消費者倒産の処理と予防」法学(東北大学) 五七巻六号(一九九四) 八二七頁などに詳しい。

(123) Montpellier (ch. 5e A), 17 mars 1997: Juris-Data no. 1997-034445.

(124) Paris (ch. 8e C), 20 sept. 1995: Juris-Data no. 1995-022969.

(125) Paris (ch. 8e A), 17 oct. 2000: Juris-Data no. 2000-132471 (訴訟手続。但し、明渡が請求された事件ではない)。

(126) これを認めたものとして、例えば、Trib. comm. Paris (ch. 2e), 25 juin 2002: Juris-Data no. 2002-197035 (支払停止以後に更生会社が設定した詐欺的な貸借の合意が無効であると判断した。訴訟手続) がある。

(127) Comm., 22 fév. 1994: Bull. civ. IV, no. 76; JCP G 1994. IV p. 145; D. 1994. IR p. 79は次のような事例である。一九八七年九

月二一日に更生手続に入った者に帰属していた不動産を競落した者が、右更生者に対し明渡を求めるレフェレを提起し、一審では認容された。更生者が明渡執行の一年間の猶予を求めて控訴したところ、控訴院は一九九〇年二月二七日に、かれだけでは控訴できないとして不受理の判断を下した。しかし破毀院は、猶予を求めることは財産の管理処分には該当しないとして、控訴院の判断を破毀した。

また、Comm. 29 janv. 1980: Bull. civ. IV, no. 44; JCP G 1980. juris. no. 19459, obs. JAは次のような事例である。競落人から、競落不動産の差押債務者で現在更生手続に入っている者に対し、レフェレ手続で明渡が求められ、一審では請求が認容された。これに対し右更生者が控訴し、一九七八年四月末までの猶予を求めたところ、一九七八年一月三十一日、控訴院は、控訴に管財人の関与がないことを理由として訴えを不受理とした。しかし破毀院は、猶予の請求は財産の管理処分にはあたらないので原審控訴院の判断は誤っているとして、これを破毀した。

(128) Nancy (Ire ch. civ.), 7 nov. 2002: Juris-Data no. 2002-214381は、次のような事例である。清算者の主たる住居が、倒産裁判官の許可のもと、管財人の手により任意売却され、買主と、その買主から賃貸借の設定を受けた有限会社が、清算者のみを相手方としてレフェレ手続で明渡を求めた。控訴院は、清算者のみを相手とする明渡請求は適法であるとした上で、真剣な異議 (contestation sérieuse) がなくとして、買主及び右有限会社の請求を認容した。

また、Paris (ch. 14e C), 22 sept. 1995: Juris-Data no. 1995-023258は次のような事件である。一九八八年五月に清算手続に入った清算者に対して、その清算手続の枠内で売りに出されたかれの婚姻住居の競落人がレフェレ手続で明渡を請求した。一九九四年一月二三日に、第一審はその請求を認め、レフェレ命令の送達の日二ヶ月後に明渡すべき旨が命じられた。そこで清算者と管財人が控訴し、管財人は、第一審で管財人が相手方とされなかった点を問題としたが、控訴院は、管財人は不法占拠 (occupation sans droit ni titre) の関係にはかかわらないのであり、したがってその点は何ら問題ないと判断し、明渡を認容した部分について原審を是認した。

(129) Toulouse (ch. 2e sec. 2e), 19 mai 1998: Juris-Data no. 1998-041241. この判決は、合意による売買の場合には旧民事訴訟法典六八一条の規定は適用されないとする。もっとも、占拠がされていることによって契約が遅れている場合には別論だともいう。

○五）九頁、三輪和雄「東京地方裁判所における平成一五年改正担保・執行法の運用状況」民訴雑誌五一号（二〇〇五）六八頁を参照。谷口論文は、民事執行法上の保全処分が活用されていない背景事情として、競売事件が現状ではおおむね迅速・円滑に処理されているということを指摘する。

- (140) 旧民事訴訟法典六八一条については、一九六七年五月一日のデクレ（Décret no. 67-167 du 1er mars 1967）の七条一項に新たな条文が設けられているが（もっとも、その施行日を定める別のデクレが作られておらず、まだ一度も施行されたことはない）、実質は全く同じである。また一九八九年二月一日に弁護士会館（Salon de l'avocat）で開催された不動産執行に関する討論会の資料として公表された、不動産執行手続の改正案（François Bedel de Buzareingues, Propositions de réforme de la procédure de saisie immobilière, G.P. 1989. 2. 664）の二三条にも新たな条文が設けられているが、これも趣旨は同一とって差し支えない。

- (141) 当然ながら、日本の最高裁平成一一年二月二四日大法廷判決のような議論もおよそ存在しない（そもそも、抵当権者と一般債権者との議論を分けるという発想がない）。これに関連して、滝澤孝臣「抵当権に基づく抵当不動産の明渡請求」銀法21六四七号（二〇〇五）一一頁注五が、「現在、執行妨害の排除については、もっぱら手続法上でその対策を講じるべきであるし、実体法上の対策が可能であるとしても、執行手続に反映されなければ意味がないのではないかとの考えを改めて強くしている」と述べていることは、滝澤判事が、最高裁平成一一年大法廷判決によって否定された最高裁平成三年三月二二日の担当調査官であったという経緯があるだけに、ヨリ一層意義深く感じられる。

- (142) ちなみに、前出140で触れた一九八九年の改正提案二六条は、旧民事訴訟法典六八四条と全く同一の条文を持っている。なお、抵当権者にとって詐欺的な賃貸借の取消については、前出注76の片山論文参照。

- (143) 佐藤順一「破産財団の占有・管理」園生隆司ほか【編】『破産・民事再生の実務 上巻』（二〇〇一）一一一頁以下、伊藤眞『破産法』（第四版、二〇〇五）四六四頁注五九。

補論 明渡請求におけるレフェレの役割

ここまで本論で登場したレフェレ手続は、ほとんど全ての場合において、競落人が、競落によって取得した所有権のみを根拠にして明渡を求めるために利用されたものであった。それらの事例においては、所有権を根拠とした訴訟手続によって明渡を求めることも、もちろん可能ではあるが、しかし本論でも述べたように、レフェレ手続は迅速であり、しかも第一審の判断にも当然に執行力が付されるというメリットを有することから、訴訟手続に代替する手段としてレフェレ手続が頻繁に利用されているのである。

これに対して、フランスでは近時、本権 (*fond du droit*) を持ち出すことの許されない占有訴訟 (*action possessoire*、新民事訴訟法典二二六五条一項参照) を本案とするレフェレ手続を観念できるかに関わる破毀院の判例が相次いで出されている。レフェレ手続での処理が待望されている背景には、占有訴訟が現実には本権に基づく訴訟と同程度の時間を要している、という事情が存する⁽¹⁾。

この補論では、前提事項を確認した後 (一)、右の破毀院判例群を、それに対する学説の反応とあわせてやや詳細に紹介し (二、三)、最後にそれをふまえて、明渡が裁判によって請求される際にレフェレ手続が果たす役割を検討することにした (四)。

一 前提事項

最初に、制度的な前提について簡単にまとめておく。

占有訴訟に関しては、まず民法典二二八二条第一項が、「占有は、本権 (*fond du droit*) を顧慮することなく、

その占有を害しまたはそれに脅威を与える妨害に対して保護される」と規定しており、さらに二項は、所持者⁽²⁾ (détenteur) にも占有上の保護 (protection possessoire) が与えられることを定めている。講学上は、占有訴訟は、①占有回収の訴え (réintégration)、②占有保持の訴え (complainte)、③占有保全の訴え (dénonciation de nouvel oeuvre) の三つに分類されている。

原則として、占有訴訟の原告は、一年以上、平穩に (paisiblement)、占有 (posséder) ないし所持 (détenir) していた者である必要があり、しかも妨害 (trouble) を受けてから一年以内にこの訴えを提起しなければならな
いとされる。もつとも、実力を行使した者に対して占有回収の訴えを提起する場合に限っては、一年以上の占有
ないし所持は要件とされない (以上につき、新民事訴訟法典一二六四条ならびに民法典二二八三条参照)。

また、新民事訴訟法典一二六五条では、占有上の保護 (Protection possessoire) と本権の訴え (fond du droit) とは決して競合 (cumuler) させてはならず (règle du non-cumulという)、しかし、占有上の保護に必要な要件が
備わっているかをチェックするために権原 (titres) を審理することは可能である、と規定されている。

さらに、ひとたび本権の訴えを起こした者はもはや占有訴訟を受理されないこと (新民事訴訟法典一二六六条)、
占有訴訟において原告に対し妨害をしていたと判断された被告は、妨害をやめないと本権の訴えを提起できない
こと⁽³⁾ (新民事訴訟法典一二六七条) も、また重要である。

最後に、裁判所構成法のR.三二二―九条の第二号が、占有訴訟は、一般裁判所たる大審裁判所ではなく、小
審裁判所の専属管轄に属する、と規定している点も見逃せない。

二 破毀院裁判例の事案と判旨

次に、本補論の冒頭で紹介した問題に関わる破毀院裁判例の事案と判旨を見ていこう。

(1) 破毀院一九八九年二月八日第三民事部判決^④

Rは、Cらの所有する土地について袋地通行権を有すると主張して、レフェレ手続によってその保護を求めたが、原審(Toulouse控訴院一九八七年五月一四日)は、Cらの土地にRが通行権を有するか否かに関するCらの真剣な異議(contestation sérieuse)ゆえに、レフェレ裁判官(第一審は大審裁判所で行われたものと思われる)は管轄を有しない(incompétent)と判断した。Rがこれに対し次のように述べて破毀を申し立てた。すなわち、袋地状態が生じていることは、通行地役権の保護のために占有訴権を行使できる法定の権原に該当するのであるから、レフェレ手続でRが提起した占有訴訟を、袋地状態に関する異議を真剣なものとしている要素を摘示することなく、権原の不存在及びCらによる真剣な異議(contestation sérieuse)を理由として排斥した控訴院の判断は、新民事訴訟法典八〇八条・八〇九条・一二六四条・一二六五条及び民法典六八二条の規定に鑑みて、適法に基礎づけられているとはいえない。

破毀院はこれに対し、「占有訴訟は、占有訴訟を規律する規定に基づいて裁判を行う小審裁判所の専属管轄に属し、レフェレ裁判官の管轄には属しない」という理由で、Rの破毀申立を排斥した。

(2) 破毀院一九九二年五月二〇日第三民事部判決^⑤

G夫妻らは、D夫妻が柵を設けたために共同通路の通行が妨げられたとして、レフェレ手続で右通路の占有上の保護(protection possessorie)を求めた。原審(Rouen控訴院一九九〇年五月三〇日)は、G夫妻らには占有があり、D夫妻による柵の設置は明白に違法な妨害(trouble manifestement illicite)にあたり、小審裁判所のレ

フエレ裁判官にはあらゆる適切な方法によってその妨害をやめさせる権限があるとして、G夫妻らの請求を認容した。

これに対して破毀院は、「占有訴訟の管轄は、占有訴訟に固有の規律に従って判断する小審裁判所のみに限られている」と指摘し、原審は裁判所構成法R.三三二―九条二号に違反したとして、原審の判断を全部破毀した。

(3) 破毀院一九九五年三月二二日第三民事部判決判決^⑥

S組合は、その取得した土地の上に小さな壁を築き、そのために、A夫妻は、その所有するガレージへのアクセスを阻まれた。そこでA夫妻は、小審裁判所のレフエレ裁判官のもとにSを召喚し、新民事訴訟法典八四八条に基づき、ガレージを平穩に利用できるようにするよう求めた。原審(Agen控訴院一九九二年九月二二日)はA夫妻の請求を認容したので、Sが破毀申立をし、①レフエレ裁判官は占有訴訟に関わる係争(litige)について管轄をもたない、②この係争には真剣な異議(contestation sérieuse)が存する、③仮に原審控訴院が新民事訴訟法典八四九条に基づいて上記の判断をしたのだとしても、本紛争が明白に違法な妨害(trouble manifestement illicite)であることには何ら触れられていないので、控訴院の理由づけには不備がある、と主張した。

これに対して破毀院は、「原審は、新民事訴訟法典八四八条に基づいて請求を受理したのであり・占有訴訟について判断をするのではない、ということを描示し、S組合とA夫妻との間で、A夫妻が所有するガレージへのアクセスについての紛議(différend)の存在、そしてA夫妻が被っている妨害の効果を止めさせることの緊急性、を認定したのであるから、適法にその判断を基礎づけたものである」と述べ、Sの破毀申立を棄却した。

(4) 破毀院一九九六年六月二八日全体部判決^⑦

しらの所有する土地から公道へのアクセスのために、一九七五年八月二五日に、右土地の隣接地を所有する市

(commune) は、その隣接地に幅三メートル分の通行地役権を設定した（その通路がなければしらの土地は袋地となる）。さらに一九八〇年八月五日に、その道を舗装する許可が下り、その後舗装された。ところが、一九八九年五月三十一日のNze大審裁判所の民事確定判決により、市が通行権を設定した土地の所有権は、市ではなくDに帰属していたと判断された。Dは一九九〇年一〇月に、右通路を塞ぐためにピケットと南京錠を設置し、翌一月の末に市からの手紙を受け取った後にこれを撤去したものの、一九九二年七月二三日に再びこれを設置した。そこでしらは、大審裁判所のレフェレ裁判官のもとにDを召喚し、これら障害物の撤去を求めた。原審 (Aix-en-Provence控訴院一九九四年二月一五日) はしらの請求を認めたので、Dが破毀申立をし、次のように主張した。土地の所有権者が、自己の土地につき確立されていない権利を主張する者に対し、所有権の属性を行使することは明白に違法な侵害 (trouble manifestement illicite) にあたらないから、控訴院の判断は新民事訴訟法典八〇九条の規定に違反している、と。

これに対して破毀院は、「原審は、法定地役権 (servitude légale) が認められるか・また認められるとしてどの土地が承役地になるのか、を決めるのは本権の裁判権に属することを述べた後に、Dにより設置された障害物は、かつて市によって設定された通行地役権を暴力も実力もなしに行使していたしらがその所有する土地にアクセスすることを妨げている、と認定したのであり、原審控訴院は、以上のことから、明白に違法な侵害 (trouble manifestement illicite) の存在を導くことができる」と述べて、Dの破毀申立を排斥した。

(5) 破毀院一九九九年二月二四日第三民事部判決⁸⁾

し夫妻は、新民事訴訟法典八四九条に基づき、自分たちの土地とAらの土地とのあいだの境界であると考えられていた道の上に築いた壁を壊すよう、レフェレ命令により命じられたので、Aらを被告として通行地役権の否

認を求める本権訴訟を提起した。原審 (Bordeaux控訴院一九九六年六月二四日) は、新民事訴訟法典一二六七条によれば、占有訴訟の被告は妨害 (trouble) をやめた後に初めて本権の訴訟を提起できると規定されているところ、同条にいう「被告」には、明白に違法 (manifestement illicite) であり、または急迫の損害を起こす可能性のある、占有上の妨害 (trouble possessoire) を生じさせたことを理由にレフェレ手続で召喚された者、を含むと解すべきであり、そして同条は延期の抗弁ではなく不受理事由に関わるものである、という理由で、L夫妻の提起した訴えを不受理とした。これに対してL夫妻が破毀を申し立てたところ、破毀院は、「占有訴訟は、占有訴訟を規律する規定に従って判断を下す小審裁判所の専属管轄に属し、それらの規定は、レフェレ手続を規律する規定とは独立で異なるものであるから、原審は新民事訴訟法典一二六七条の規定に違反したものである」と述べて、原審控訴院の判断を破毀した。

(6) 破毀院二〇〇一年一月二日第三民事部判決^⑨

Lは、本件土地を所有していた者の相続人 (八人から成る兄弟姉妹達) の代理人 (右の八人のうちの一人が、自分の名で、かつその兄弟らの名および計算において、行為した) との間で、一九九八年五月一日に私署証書により賃貸借契約を締結した。ところがLは、同年七月一日に、右の兄弟姉妹達に知らせることなく、彼らの甥との間で、同じ土地について新たな賃貸借契約を締結し、Lは、この第二の賃貸借契約書を、本件土地上で行おうとしていた工事についての行政上の許可を得るために提出した。次いでLは、一九九八年一〇月一九日付の書留郵便によつて、登記簿によればその土地は無主物財産であるから国に帰属することを理由に、誰によつてもその土地の利用を妨げられていないにもかかわらず、第二の賃貸借につき破棄を通告し、右工事を開始した。そこで、右の兄弟姉妹達の一人であるMが、一九九八年一〇月二二日に、Lが工事現場へアクセスするのを阻止するために、

壁を築き南京錠を付けた。そこでLは、Mを召喚し、妨害をやめるようレフェレ手続で請求し、第一審(Saint-Martin小審裁判所一九九八年一月一七日)はLの請求を認めた。しかし原審(Basse-Terre控訴院一九九九年九月一三日)は、新民事訴訟法典八四八条を引用し、その不明瞭(équivoque)で平和的でない占有ゆえに、Lは占有上の保護(protection possessoire)を受けることができないとして、Lの請求を棄却し、土地からの退去を命じた。これに対してLが破毀申立をした。

破毀院は、「原審控訴院は、レフェレに関する規定ではなく、占有訴訟に関する規定にその判断を基づかせたものであるから、その権限を逸脱し、新民事訴訟法典八四八条の規定に違反したものである」と述べて、原審の判断を破毀した。

(7) 破毀院二〇〇三年二月三日第三民事部判決¹⁰⁾

Gは、住居の立っている土地を二〇〇〇年九月三〇日に購入した者であるが、隣地を所有するBらを召喚して、レフェレ手続で、その所有する不動産へのアクセスを可能にする通行地役権及び給水権を尊重するよう求めた。

原審(Bordeaux控訴院二〇〇二年三月二日)は、地役権の存在は公正証書により証明されており、その承役地は特定されており、Gは新民事訴訟法典一二六四条に基づいて妨害(trouble)の発生後一年以内に占有訴訟を提起しており、右地役権は二〇年以上の不行使によって消滅していない、と述べて、Gの請求を認容した。これに対してBらが破毀を申し立てたところ、破毀院は、「占有訴訟を規律する規定はレフェレ手続を規律する規定とは別個で異なるものであるにもかかわらず、このような判断を下した原審は、新民事訴訟法典一二六四条及び裁判所構成法R.三二二—九条二号に違反したものである」と述べて、原審の判断を破毀した。

三 いくつかのコメントとそれに対する評価

以上の諸判例に対して、フランスで寄せられているコメントを紹介する。⁽¹¹⁾

① これらの判例群に対して最も精力的にコメントを寄せているのは、Zénatiである。

彼の基本的な立場は、占有訴訟を本案とするレフェレ手続を觀念することができ、そして占有訴訟が小審裁判所の専属管轄に属する以上、そのレフェレ手続も小審裁判所のレフェレ裁判官が扱うべきである、というものである。⁽¹²⁾ 彼によれば、レフェレ手続の規律は、占有訴訟のもつ non-cumul の原則と相容れないものではなく、それどころか、その原則に追加的な保障を与えるものですらある。⁽¹³⁾ もっとも、(小審裁判所でなく) 大審裁判所のレフェレ裁判官にこのレフェレ手続を処理させることは、占有訴訟に固有の規律が無視されたままそれが処理され、ひいては占有それ自体の保護の意味を失わせかねない危険をもつものとして、強く警戒される。⁽¹⁴⁾

② しかし、大半のコメントは Zénati のような立場を採らず、むしろ、占有訴訟はあくまでも小審裁判所裁判官の専属管轄に属するものであって、レフェレ裁判官(どの裁判所であれ)には管轄は認められない、という立場を取る。⁽¹⁵⁾ その上で、占有訴訟で扱いうる係争を、レフェレ手続でも、レフェレ手続に固有の規律に従って処理することができるという(3)判決の示した法理を、おおむね歓迎する。もっとも、そのようなレフェレ手続を認めた場合には、占有訴訟の存在意義の大半が失われる危険性がある、と指摘するものもある。⁽¹⁶⁾ (3)判決に対する Ley's のコメントは、このレフェレ手続と占有訴訟とが示す類似性を念頭に置いて、占有訴訟の三類型が想定する局面のそれぞれにおいてレフェレ手続に頼ることが可能かどうかを検討し、結論として、実際上は実力 (voie de fait) により占有が奪われたという場合にのみ、レフェレ手続は占有訴訟(占有回収の訴え)と並行的に利用できる手段たりうる、としている。⁽¹⁷⁾

③ このように、大半の見解は、占有訴訟と、これら一連の判例によって認められたレフェレ手続 (référé en matière possessoire⁽¹⁸⁾と呼ぶ者もいる。以下では「占有レフェレ」と呼ぶ) とは別物であり、したがって、占有訴訟に固有の規定 (新民事訴訟法典一二六四条以下) は後者には妥当しない、という立場を採用している。⁽¹⁹⁾ しかし他方で、占有訴訟は占有レフェレによって空洞化するのではないかとの懸念が実際に表明されている (先述) ことに端的に示されているように、両手続の類似性は強く意識されている。(3) 判決につき「レフェレ裁判官により命じられた原状回復は、占有侵奪 (dépossession) ではなく実力行使 (voie de fait) に依拠するものなのである」⁽²⁰⁾と解説する論者に対して、それはほとんど言葉遊びではないかとの疑念が表明される⁽²¹⁾所以である。

Zénatiは、まさにこのような方向で、多数説に対し精力的な攻撃を仕掛けている。

まず、(3) 判決に対するコメントでは次のように述べている。⁽²²⁾ 同判決の命じるところを実行に移すことはきわめて微妙な作業である。というのも、レフェレ裁判官は、原状回復せよという判断を、占有に基づかせてもいけなし (占有訴訟ではないから)、かと言って所有権に基づかせることもできない (レフェレ手続だから) はずであるが、本件において、通行権を有すると主張する者が以前に通路をどう利用していたのかを見ることなしに、違法な妨害 (trouble illicite. 新民事訴訟法典八四九条) があったと言うことなどできないように思われるからである。もっとも、本件では、緊急性 (新民事訴訟法典八四八条) に基づく請求であるから、妨害 (trouble)、したがって占有 (possession)、について言う必要はなかったのである、と考えることはできるかもしれない。しかし、新民事訴訟法典八四八条に基づく請求の場合でも、結局レフェレ裁判官は外観 (apparences)、つまり占有 (possession)、に基づいて判断を行うことになるのではないか。要するに、占有上の争訟 (litige possessoire) を占有を参照することなく解決しようと思っても無駄である。

また、(4)判決に対するコメントでは次のように述べている。⁽²³⁾一つの理解として、破毀院はこの判決で、Dの権利濫用 (abus de droit) を根拠にして、それは明白に違法な妨害 (trouble manifestement illicite) であるから、その妨害をやめるようレフェレ裁判官が命じたことを是認したのであり、したがってこの判決は、占有訴訟の裁判官に留保されるべき固有の領域に何ら打撃を与えることなく、レフェレ裁判官に固有の題材を処理せしめたのである、と考えることができる。しかし、破毀院は、権利濫用という占有外の理由づけ (raisonnement extra-possessoire) と並んで、原告らが地役権を行使していた (exercer)、つまり占有していた (posséder)、という占有上の理由づけ (raisonnement possessoire) にも依拠していることに着目する必要がある。この第二の立場に立つと、レフェレ裁判官と占有訴訟の裁判官の独立性を追求することがいかに無駄かが本判決ではよく示されているように見える。じつさい、所有権者でない者から設定を受けた地役権の権利者が被った妨害は、占有妨害 (trouble de possession) でないとしたら一体何でありうるのだろうか？むしろ破毀院自身、破毀申立を棄却する理由の中で原告らは以前に設定された地役権を利用していた (utiliser) と述べたときに、この判決が占有上の性質 (nature possessoire) をもっていることを隠そうとはしていない。むしろ、この判決は、レフェレ裁判官は明白に違法な妨害 (trouble manifestement illicite) だと性質決定するために占有に依拠してよいことを認めている点で、占有訴訟をレフェレで処理してよいと判断したのだと言うことすらできるかもしれない。

④ 総じて、Zénatiとそれ以外の論者との間には、次のような根本的な相違が見られる。すなわち、Zénati以外の論者にあつては、占有訴訟とは、原告が新民事訴訟法典一二六四条以下の規定が妥当すべきものとして提起した訴訟のことである、とごく形式的に捉え、そしてそれは小審裁判所の専属管轄に属する・レフェレ手続とは全く別個の手続である、と考える。これに対してZénatiは、まず、占有に関する争いを本権に関する争いと切り

離し・前者にも固有の意義を認める趣旨を考え、その趣旨が生かされるべき争訟（彼はこれを*litige possessorie*と呼ぶ）を実質的な視点から切り出し、そしてそのような争訟を、占有訴訟の規定（とりわけ*non-cumul*の原則に係する規定）と、レフェレ手続の簡易迅速さとをミックスさせた手続によって処理できるようにしたい、と考えている。

フランスの実定法の条文との整合性の問題はさて置き、*non-cumul*の原則への理解の深さだけから判断すれば、いくつかの不満は残るものの、⁽²⁴⁾ *Zénau*の洞察に見るべきところが多いといえよう。

四 明渡請求におけるレフェレの役割

最後に、この補論で扱ってきた破毀院の事例において、レフェレ手続がどのような機能を果たしているのかを、関連する問題を含めて、やや立ち入って検討することにした。⁽²⁵⁾

① まず、手始めに、占有訴訟が一体どのような訴訟なのかを今一度とらえ直さなければならぬと思われる。じつさい、この補論で扱ってきた破毀院の事例では、レフェレ手続と占有訴訟との関係が絶えず問題とされてきているのであるから、それら事例におけるレフェレ手続、すなわち占有レフェレ、の理論的位置づけを考える上で、占有訴訟の位置づけもあわせて考えることが必要不可欠であることは、いうまでもない。

そこで、占有訴訟について、ひとまずフランス実定法の規定を手がかりにして、それが一体いかなる性質の訴訟であると観念されているのかを探ってみることにしよう。以下、Aという者が、原告として、Bに対し本権の訴訟を提起しようとしている、という場合を念頭に置く。

まず目を射るのが、新民事訴訟法典一二六七条の規定である。同条は、Aが、本権訴訟の前に争われていた占

有訴訟（もしこれが行われる場合には、制度的に本権訴訟よりも必ず先行するものとされ、しかも前述の通り、本権に関する考慮は基本的に排除される⁽²⁶⁾）の中で、Bの占有に対して妨害（trouble）をしていたと判断された場合には、その占有訴訟の被告たるAは、右の妨害をやめてからでないと本権訴訟を提起することができない、と規定している。つまり、例えばBの占有する不動産について、Aが（妨害の一態様として）実力でその支配を獲得したので、Bが占有訴訟を提起したという場合を考えると、Aは実力を引き上げてBの占有を認めてからでないと本権訴訟を提起できない、AはBの占有を認め本権訴訟におけるBの被告たる地位（逆に言うと、本権訴訟における自らの原告たる地位）を承認しないと、本権を以てBにチャレンジすることができない、ということになる。もつとも、この、Aが本権を以てBにチャレンジする本権訴訟に対しては、占有訴訟の既判力は及ばないものとされており、占有訴訟での結果が本権訴訟によって覆される可能性は容認されている⁽²⁸⁾。

次に、同法典一二六六条によれば、Aが一旦本権訴訟を提起すると（被告たるBを召喚すると）、もはやAは占有訴訟を提起することができなくなる。このことと一二六七条に関する上述の理解を照らし合わせると、Aがひとたび本権訴訟を提起したということは、Bの占有、換言すればBの本権訴訟における被告たる地位、をAが承認したということに他ならず、Aはひとたび行ったその承認を撤回できないのである、と解釈できる。

以上のような理解が可能だとすると、占有訴訟は、本権訴訟においてどちらが原告になりどちらが被告になるのかを規律するという役割を果たしていることになる（占有のない方に前者が、占有のある方に後者が割り当てられる）。そして、一二六七条によれば、占有訴訟の結果が一旦は貫徹されないと、本権訴訟の手続は進まないのであるから、占有訴訟の結果通りの状態を実現させることは、本権訴訟の決着がつくまでの間に暫定的に維持されるべき中途状態にすぎないわけではなく、むしろ、法的にもそれが積極的に維持されるべきであり・そしてそこ

を起点として本権訴訟の攻防が組み立てられるべき、そのような状態であることになる。

② 占有訴訟には以上のような、本権訴訟を規定・整序するという特徴があると観念できるとして、占有レフェレに話を戻すと、占有レフェレに、そのような特徴が備わっていないことは明らかである。というのも、破毀院によれば、占有訴訟に固有の規定はレフェレ手続においては妥当しないとされているからである（新民事訴訟法典一二六七条に関する(5)判決に明確に現れており、(6)(7)判決の述べた一般論はその方向性をさらに強固にしたとみることができる）。

かくして、レフェレ手続ではnon-cumulの原則は全く機能しないのであるから、Aが原告として、Bを被告とする本権に基づく本案訴訟を提起した後に、AないしBが当該不動産につき占有レフェレを申し立てたととしても、本案がそれによって停止（suspension）することはないし、また、たまたまレフェレ命令の判断が先に出たとしても、そのレフェレ命令の内容通りの状態が実現されないまま本案の判断が出されることもありうる⁽²⁹⁾。このような制度のもとでは、占有レフェレによって実現されるのは、本案が決着するまでの間に暫定的に維持されるべき状態にすぎないという考え方へと傾かざるを得ないであろう。（レフェレに関する実定法の条文に由来する制約は無視しえないものの）占有レフェレが機能することが待望されている局面として実力行使のある場合が専ら念頭に置かれていることは、現代フランスにおいて、占有上の保護（protection possessorie）に固有の意義が、専ら実力行使（voie de fait）の禁止に求められている⁽³⁰⁾ことも考え合わせると、単なる偶然ではないであろう。

しかし反面で、占有訴訟に固有の規定が占有レフェレにはあてはまらないとされていることが一定のメリットを有していることも否定できない。すなわち、実力によって現実支配を獲得した者に対して占有訴訟（占有回収の訴えになる）を提起しようとする場合においても、その実力行使から一年間が経過すると、時効により訴権は

消滅しその行使が出来なくなるところ（同法典一二六四条）、占有訴訟の実務においては、この一年間の要件がしばしば、占有訴訟の生命である迅速さを奪っているという指摘がされている。³¹⁾ところが、破毀院の考えによれば、レフェレの場合にはこの要件は妥当しないのであり、そしてそのことについて懸念を示す見解は皆無である。³²⁾

以上要するに、占有レフェレは、本権の次元とは独立に占有の次元を構えようとする際に必然的に要請されるはずの *non-cumul* の原則の意義を全く理解しない点において、また、（そのことと関連するが）実際上は実力行使のあった場合にしか利用しえないであろう点において、非常に不満の残るものと言わざるをえないが、しかしそれでも、占有訴訟に必要不可欠な属性である手続の迅速性を備えている（少なくともその最有力候補である）ことに鑑みると、占有レフェレは、占有訴訟が本来果たすべきであった機能をごく部分的にはあるが果たすものとして、（ないよりはあった方がよいだろうという意味において）その存在意義を積極的に肯定してよいと思われる。

③ 以上に関連して、一見関係ない話題だと思われるかもしれないが、本論第三節一で扱った、明渡を求めた相手方が特定できない場合における申請に基づく命令の利用について、少し分析を加えておきたい。

右のような局面において、申請に基づく命令によって、特定不能の相手方が明渡しをなすべき旨が命じられたとして、その命令には次の二つの特徴がある。すなわち、(i) その命令の原本のみによって執行が可能であること、(ii) 明渡を命じられた特定不能の相手方は、その命令に対してレフェレ手続により異議を申し立てられること、の二つである。

まず(ii)に着目すると、このことは、申請に基づく命令が、その後に引き続くかもしれない異議のためのレフェレ手続における原告と被告を決めるという役割を果たしている、ということを意味する。つまり、②で述べた占有訴訟の機能と同じ機能を、申請に基づく命令が果たしていることになる。

もつとも、占有訴訟は対審でなされるのに対して、ここで念頭に置いている申請に基づく命令は、対審構造を取らないものであるから、両者を同視するのは適當でない、という批判が向けられるかもしれない。しかし、いま想定しているのは、相手方を特定するための相応の努力をしたにもかかわらずそれが奏功しなかったという局面（本論注63及びそれに対応する本文を参照）、換言すれば、対審構造を取ろうと思っても取ることができない局面である。相手方特定のために一定の努力を払った（具体的にどの程度の努力をすればよいかについて、判断は分かれるだろうが）にもかかわらずそれが奏功しない場合には、結果として対審構造が取られていないとしても、裁判により、占有訴訟の場合と同じようにして占有を（この場合には申請者に）認め、しかもその裁判に(i)のような執行力も認める・しかし他方で、そこを起点としてさらに本権に基づき争いあう余地を残しておく、という制度は構想するに値すると思われる、そしてフランス法は、まさにそのような制度を取っているものとして解釈できるのではなからうか。

もしこのような解釈が可能だとしてそれをさらに推し進めると、明渡を求めたい相手方が特定不能であるために申請に基づく命令が出され、そこでそれに対する異議としてレフェレ手続が行われるという場合において、そのレフェレ手続は、本論で多く登場した、本権の次元に関わるものであると解され、つまりこの補論で出てきた占有レフェレとはその性質を異にすることになる（もつとも実際には、異議としてのレフェレ手続を申し立てた者が、申請に基づく命令の内容をくつがえすことのできるような権原を主張できる場合は、まずないであろうが）。

④ 話を占有レフェレに戻し、②での考察を振り返ると、次のような見通しを得ることができた。すなわち、占有レフェレは、本来は占有訴訟が機能していれば必要ないものであるが、しかし現実には占有訴訟が機能していないために、その機能のごく一部を占有レフェレが代替するに至っている。

それでは、占有訴訟がきちんと機能していれば、少なくともこの補論で出てきた破毀院の裁判例の事案を適正に解決しようとする限りにおいては、レフェレ手続の存在意義はないのだろうか。

この点について、占有訴訟（及び、それと不即不離の関係にあるnon-cumulの原則）の意義を論じたあるテーズは、上記のような事案を法的に解決しようとする際に、占有訴訟とレフェレ手続とで役割分担をさせることが有用であることを述べている。最後にこの説を紹介して、この補論を終えることにしよう。

すなわち、Micheletは、不動産に関わる物的な保護（protection réelle immobilière）を、二つの次元に分解する。そのうち二つは、もちろんpossessoireとpétitoireであるが、彼女は、双方の保護に資するものとしてconservatoireという次元を觀念し、そしてレフェレはこれに関わる、という構想を立てる。⁽³³⁾彼女によれば、不動産に関わる物的な保護に係るレフェレは、もちろんpétitoireではないが、しかしpossessoireでもなく、それらとは区別された、純粋な保存ないし原状回復のみを目的とする訴権であり、工事の停止や係争物の保管を命ずることなど、緊急で暫定的な処置のみに関わるのだとされている。

このような構想はいささか突飛なものに思われるかもしれない。しかし、（フランスのレフェレの系譜とは必ずしも一致しない制度であるが）⁽³⁴⁾ドイツ民事訴訟法における仮の地位を定める仮処分の、少なくとも一つの起源として、通例、summarissimumが挙げられていること⁽³⁵⁾に注意が払われるべきである。Brunsによれば、summarissimumとは、一四世紀イタリアの裁判実務にその萌芽がみられ、さらに一五世紀前半のイタリアにおいて、実力による侵奪が発生したかどうかに関わりなく、当事者の請求によって、占有訴訟や本権訴訟の訴訟の決着がつくまでの間限りで占有を暫定的かつ明確に規律する（しかしその規律は占有訴訟や本権訴訟の結論を一切左右しない）、⁽³⁶⁾という裁判実務に発展したものであるとされる。このようなsummarissimumの内容は、

- (7) Ass. plén., 28 juin 1996: Bull. civ., no. 6; JCP G 1996. II. 22712, note Mémeteau; Defrénois, 1996 art. 36448 no. 154, obs. Atlas; JCP 1996.I. 3972 no.1, obs. Périnet-Marquet; RD imm. 1996. 536, obs. Bergel; RTD civ. 1997. 463, obs. Zénati. この事件で全体部が構成されたのは、明白に違法な妨害 (trouble manifestement illicite) があるか否かの性質決定が破毀院のコントロールの対象になるかどうかという論点を解決するためであり、その論点のみを扱うコメント類としては、以上に加えて、RTD civ. 1997. 216, obs. Normand; D. 1996. 497, concl. Weber, note Coulon; G.P. 1996. 2, juris. 398, note Perdriauがある。
- (8) Civ. 3e, 24 fév. 1999: Bull. civ. III, no. 51; D.1999 IR p. 79; JCP G 1999. IV. 1703; JCP G 1999. I. 175 no. 7, note Périnet-Marquet; Procédures, 1999 comm. no. 152, note Junillon.
- (9) Civ. 3e, 21 nov. 2001: JCP G 2002. II. 10164, note Ferreira.
- (10) Civ. 3e, 3 déc. 2003: Bull. civ. III, no. 213.
- (11) 以上の注で、例えばCadiet (1995) と表記する場合、それは一九九五年の破毀院判決⁽³⁾に対するCadietのコメントをさすものとする。
- (12) Zénati (1989), p. 597.
- (13) Zénati (1989), p. 598.
- (14) Zénati (1992), p. 138; Zénati (1996), p. 466. Ferreira (2001), p. 1908の懸念を共有している。
- (15) Cadiet (1995) は、占有訴訟を本案とするレフェレ手続が存在しないことは、離婚訴訟 (占有訴訟と同様に、「いくつかの事項に特有の規定」と題された新民事訴訟法典第三編で規定されている) を本案とするレフェレ手続がないのと同じであると述べている。
- (16) Périnet-Marquet (1995).
- (17) Leroy (1995), p. 195. また、Ferreira (2001), p. 1907も、Leroyによるこの検討結果を特に争っていない。
- (18) Leroy (1995), p. 194; Ferreira (2001), p. 1906.
- (19) 但し、Leroy (1995), p. 195は、占有訴訟では請求できないことが占有レフェレによって請求できることになるのはおかしい。

い、という観点から、占有訴訟に固有な規定の内容が占有レフェレでも可能な限り反映されるようにすべく、レフェレに関する規定の解釈を試みている。

(20) Leroy (1995), p. 194.

(21) Ferreira (2001), pp. 1906-7. もともと、Ferreira自身は、そのような批判がありうると述べているだけであり、その批判に賛同するものではない。

(22) Zénati (1995), pp. 428-9.

(23) Zénati (1996), pp. 465-6.

(24) まず、Zénatiは、生の事実と占有とを同視する傾向を有しているように思われるが(3)判決及び(4)判決へのZénatiのコメントを参照)、果たしてそれでよいかどうか、さらに検討を要するところであろう。また、Zénatiは(4)判決へのコメントの中で、権利濫用は占有外の原因づけであると述べているが、しかし権利濫用が問題となる事例では、大抵は権原を根拠にした占有の妨害が問題となっていることを看過すべきでない。

(25) 以下で考える問題と全く同じ性質のものは、(実定法の規定ぶりが全く異なるとはいえ)日本法のもとでも、等しく見出すことができるように思われる。しかしその問題の及ぶ範囲は、民法二〇二条の解釈という古くからの問題から、瀬木比呂志判事の提唱にかかる「仮の地位を定める仮処分の特例訴訟化」(簡単には、瀬木『民事保全法』(全訂第二版、二〇〇四)四八頁以下(第三六節以下)を参照。主な参考文献もそこに挙げられている)を法的に正当視しうるか、という最新の問題にまで及び、その包括的な検討はこのような小稿のないうところではおよそない。したがって以下では、日本法のもとでも同じような問題を考える必要があるという意識を持ちつつも、しかしフランス法の現状をどのように解釈できるかという点に絞って、若干の非常に荒削りな試論を展開するにとどめる。そのような叙述の方針上、日本語文献(とりわけ、三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義」三ヶ月『民事訴訟法研究 第三巻』一頁以下(一九六六、初出一九六二)所収)に必ずしも十分に応接できていないことを、予めお断りしておきたい。

(26) このことについては、三ヶ月・前掲論文(注25)二二頁以下で余すところなく紹介されている。もともと、同論文の記述は、新民事訴訟法典制定前の規定に基づくものであるが、同法典制定後の規定のもとでも同じ議論が成り立つことについて、

Michellet, op. cit. (note 3), nos. 240s. を参照。

- (27) このことは古くからの判例法理であるが、近時この旨を再確認した破毀院裁判例として、Civ. 3e, 3 mai 1990: Bull. civ. III, no. 103; D. 1990. IR 131; RTD civ. 1991. 148, obs. Zénatiがある。

- (28) 本論においては占有訴訟を扱ったわけではないが、しかしそこでの検討は、差押不動産について本権を得た競落人が、右不動産につき占有をもつことについて何ら争いのない者のうちどのような者に対してであれば、立ち退きを求めることができるのか、という問題に関わっていたという意味において、どのような場合に占有訴訟の結果を本権訴訟が覆しうるのか、という論点に深く関係すると言つことができる。

- (29) もっとも、Junillon (1999) は、占有レフェレに新民事訴訟法典一二六七条の規定が適用されないとしても、間接強制 (as-treint) によって、占有レフェレで命じられた内容は實際上実現されることになる、と述べる。しかし、これはあくまでも事実上の問題にとどまる。

- (30) Terre/Simler, op. cit. (note 2), no. 196.

- (31) 前出注1参照。

- (32) Leroy (1995), pp. 195s. は、占有訴訟が提起できない場合にも占有レフェレが利用できるのはおかしいのではないか、という視点から、一年以内に占有レフェレを提起しない場合には新民事訴訟法典八〇八条及び八四八条（条文については本論第二節一参照）の「緊急性」の要件、あるいは「真剣な異議 (contestation sérieuse)」の欠如という要件、が欠けることになる、という解釈可能性を探るものの、結局のところ、実力行使のある場合には、一年以内の提起がなかったとしても、いずれにせよ同法典八〇九条及び八四九条に基づくレフェレ命令によって原状回復を認めざるを得ない、としている。

- (33) Elizabeth Michellet, La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire, thèse Paris (1969/70), 1973, Paris, nos. 244s. 571 簡単にみれば Michellet, op. cit. (note 3), nos. 48s. を参照。

- (34) Dieter Leipold, "Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes", 1971, München, S. 76f.

- (35) 長谷部由起子「仮の救済における審理の構造(1)」法協一〇一巻一〇号（一九八四）一五二二頁に依拠する。同所によれば、ドイツでは仮の地位を定める仮処分（仮執行）の起源として、summarissimumを挙げる説と、普通法下の訴訟で認められていたpro-

visorischer Verfügungenを挙げる説の二つがあるところ、後者の説を主張するものとして同所注二〇で引用されている Leibold³⁵ summarissimumの果たしていた占有の暫定的規律という役割が、ドイツ民事訴訟法のもとの仮処分 (einstweilige Verfügungen) の制度に流れ込んでいることは認めつつも (Leibold, aa.O. (oben Anm. 34), S. 73f.).

(36) Carl Georg Bruns, "Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart", 1848, Tübingen, S. 260ff.

(37) 旧民事訴訟法典の下でのレフェレの規定には、本案毀損 (préjudice au principal) の禁止が規定されていたが (同法典八〇九条)、新民事訴訟法典への移行プロセスの中で削除された (Philippe Bertin, Rép. pr. civ., Vo. référé civil (1980), no. 10)。本文のような解釈が可能だとすれば、右の削除された規定における「本案 (principale)」の語は、本権ではなく、本権訴訟であれ占有訴訟であれ、レフェレに対して本体にあたる訴訟手続のことを意味するものとして理解できたはずだと思われる。

(38) 日本法のもとで、仮処分 (占有仮処分) と占有訴訟との役割分担を模索する説 (本補論が提案する内容とは異なる) として、勅使河原和彦「民法二〇二条の訴訟法的考察」早稲田法学七〇巻一号 (一九九四) 七二頁以下がある。