

アストラントの改正作業

——一九九一年七月九日の法律の審議過程——

大濱しのぶ

はじめに

一 改正の素描

二 二三三条（アストラントを宣言する裁判官の権限）

三 三四条二項及び三項（アストラントの種類）

四 三五条（アストラントを清算するための執行裁判官の管轄）

五 三六条（アストラントの清算の要件）

六 三四条一項その他

結びに代えて

はじめに

わが国の間接強制に相当する制度として知られているフランスのアストラントは、一九世紀の裁判実務の中で生み出されたものと解されており、立法化までに長い年月を要したが、一九四九年七月二日の法律により建物の立退事件の範囲で制限を加える立法がされた後、民事訴訟法の改正の一環に当たる一九七二年七月五日の法律に組み込まれ

て、はじめて一般的に法制化された。その後二〇年を経て、今回は民事執行法の改正を機にして、一九九一年七月九日の法律により、改正が加えられた。本稿は、この近時の改正について、議会における審議の過程を明らかにして、立法趣旨を確認することを目的とする。この一九九一年七月九日の法律⁽¹⁾によるアストラントの改正については、既に別稿⁽²⁾でその内容を明らかにすることを試みているが、その際は紙幅の関係で、立法趣旨について、立法資料と符合させる形で正確に明らかにすることができなかった。そこで、本稿はこれを補完する意味で、専ら立法作業に注目して、立法の趣旨及び経緯をできるだけ具体的に明らかにすることに専念することにする。なお一九九一年七月九日の法律の適用に関して一九九二年七月三十一日のデクレ⁽³⁾があり、このうちにもアストラントに関する規定があるが、これは前記別稿で扱っている⁽⁴⁾ので、本稿では触れない。また、拙者は一九九二年七月五日の法律によるアストラントの立法化について紹介をしたので、本稿はこれに続くものでもある。

(1) JCP 91, *éd. G. III*, 64891.

(2) 「一九九一年七月九日の法律によるアストラントの改正」法学研究六八巻一二号掲載予定。アストラントの研究の必要性及びこの法律の改正に至る変遷の概略はここで触れている。

(3) JCP 92, *éd. G. III*, 65652.

(4) 一九九一年七月九日の法律及び一九九二年七月三十一日のデクレについては、山本和彦助教教授の先駆的な業績がある。アストラントに関するものとしては、山本和彦「試訳・フランス新民事執行手続法及び適用デクレ」法学五八巻二号一七九頁以下及び三号二六一頁、同「フランス司法見聞録」(22)「判時一四六五号三九頁。なお森田修『強制履行の法学的構造』(一九九五年、東大出版会)前掲三七〇頁以下(注55)でも条文の翻訳と簡単なコメントがある。

(5) 大濱しのぶ「アストラントの制度的確立——一九七二年七月五日の法律の成立——」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号二三五頁以下。なお同「フランス法におけるアストラント——その現状に関する基礎的考察——」比較法研究五一号一一四頁以下。

一 改正の素描

一九九一年七月九日の法律即ち「民事執行手続 (procédures civiles d'exécution) の改正について」の一九九一年七月九日の法律九一―六五〇号」(以下、九一年法という)は、「第二章総則」の「第六節アストラント」に、三三条乃至三七条の五ヶ条を設けている。この改正の傾向ないし特徴について、前記別稿では最後に、適用デクレも含めた上で、とくに執行手続への接近、執行関係の規定の整備、裁判官の裁量権の制限を指摘したが、それとは別に、この改正を眺める視点を三つほど予め提供しておきたい。第一に、いささか細部にわたらうとも変更ある点には注意を向ける必要があると思われる。今回の改正は旧法との関係で抜本的なものではないので、細部の変更にもそれなりに留意をしないと、改正の意義を見失ってしまうおそれがあるからである。旧法となった「執行裁判官を創設し、民事訴訟の改正に関する一九七二年七月五日の法律七二―六二六号」⁽¹⁾「第二編民事事件におけるアストラント」(以下、七二年法という)は五条乃至八条の四ヶ条からなる。新法たる九一年法は、最後の一条を除き七二年法の各条と対応し、基本的には七二年法を踏襲して、一部に変更を加えるものである。が、だからといって、この改正の内容の検証は意味のないことではあるまい。アストラントの著述も多いChabas教授は、「一九九一年の法律は旧法に対する大改革 (évolution) ではない」としながらも、旧法を複数の点で「明確にし改善する」ものとして論文を発表されているし、九一年法全体の起草委員会の長であったPerrot教授も、同法成立の後に、「アストラント――新しい局面は何か」と題する講演を行って、九一年法によるアストラントの新しい局面に注目を促していることも付言しておく。⁽²⁾第二に、とくに確定的アストラントの改正に注目する必要があると思う。今回の改正で改められた点のうち、執行裁判官のような他の制度との関係なしに、アストラントの制度内部で、旧法下の実務を大きく変更しようとするものは、確定的アストラントに関する三四条三項のみといってよい。このように改正の中心であるのでこれに注目の必要があるのは当然

のことながら、改めて指摘したのは、とくに日本の間接強制に鑑みれば一層興味深く思われるためである。アストラントは、日本の間接強制のように支払予告命令の発令で原則的には終結する手続ではなく、支払を予告する宣言と金額を確定する清算の二段階からなり、清算の手続において金額の修正が許されるものを仮定的アストラント、修正が許されないものを確定的アストラントといい、後者は前者に比べ日本の間接強制に近いものである。九一年法三四条三項は、この確定的アストラントを命ずるには、仮定的アストラントの宣言の後であること且つ期間を付すことを要求して、確定的アストラントに明らかな補充性を付すものである。第三に、幻の条文に注意を向ける必要もあると思う。九一年法の改正は、原案通りのものではなく、途中で姿を消した規定は二つあり、いずれもアストラント金の取扱に関する。七二年法には清算されたアストラント金の取扱に関する特別な規定はなく、債権者がこれを取得していたのに対し、九一年法の原案は、一方では、アストラント金の損害賠償への充当を定め、他方では、アストラント金の一部を、債権者でなく、不履行に悩む扶養料債権者の保護のための基金に帰属せしめることを予定していた。これらは、立法化されなかったとはいえ、少なからず学者の注目を引いている。また日本の間接強制金に照らしても関心の寄せられるものと思われる。なお、確定的アストラントにしても、アストラント金の取扱にしても、問題の所在は既に七二年法の立法過程で指摘されていたことを付言しておく。⁽³⁾

さて、九一年法の原案は、アストラントに関する部分に限らず、Perrot教授を長とする委員会により作成され、政府の法案として提出された。アストラントに関する部分について、提案理由では、「経験及び執行裁判官の制度を考慮に入れ、法案は、その（アストラントの）実効性を強化するために、現行法に一部修正を行っている」と説明される。⁽⁴⁾一方、国民議会の法務委員会（commission des lois）のNicole Catalaによる報告では、アストラントは債務者の権利保護ないし執行名義の見直しに見合う措置の一環として扱われ、「アストラントに関しては、複数の点につき修正されている。これは、実質的には、アストラントの額を合理的な範囲に制限する見地から行われている

る」と評価されて、具体的にこれに該当する措置として、確定的アストラントの補充性の規定、アストラントを損害賠償に充当する規定が挙げられている。⁽⁵⁾ この二つの説明は、一方ではアストラントの実効性の強化が、他方では金額の制限が強調されるため、矛盾するような感じを受けるが、原案は、実効性を強化するために、適正化を図る必要があるとの考え方によるとみれば、二つの説明は矛盾があるわけではない。

この法案全体の審議は、国民議会及び元老院にて第一読会・第二読会が行われ、その後合同委員会 (commission mixte paritaire) を経て、第三読会にて成立に至るが、アストラントに関する部分の審議は、第二読会で両院の一致をみて終了している。⁽⁶⁾ アストラントに関する部分の審議の流れを概観すると、国民議会の第一読会では、アストラント金の損害賠償への充当を定める規定の削除と、それに伴いアストラントの法的性質に関する旧法下の基本規定「アストラントは損害賠償とは無関係である」の挿入が委員会から提案され、原案に対する激しい批判はあったけれども、修正案に対する反対意見はなく可決された。他は原案通り且つ議論もなく可決された。これに対し、元老院の第一読会では、複数の条文について修正案が提出され、活発な議論があった。委員会の修正案はアストラント金の一部を扶養債権者のための基金に組み入れる規定の削除にとどまっていたが、議員が提出した修正案は多岐にわたり、右規定に関するもの、損害賠償への充当を定める原案の復活を求めるもの、確定的アストラントの補充性を定める新設規定の削除を求めるもの、不可抗力などの場合の取扱に関するもので、委員会の修正案と議員提出の修正案のうちの最後のものが可決された。国民議会の第二読会では、アストラント金の一部を基金に帰属させる規定の削除は議論なく受け入れられたが、不可抗力などの場合の取扱に関する元老院の修正については、更に政府と委員会から異なる修正案が出され、議論の末、政府案が可決された。元老院の第二読会では、この修正案が異論なく受け入れられ、これによりようやく両院の一致をみてアストラントに関する審議が終了した。

以下では、章を改めて、九一年法のアストラントに関する各条文及び頓挫した提案の審議の模様を、個別の条文毎

にみていくことにする。

(1) F. Chabas, *La réforme de l'astreinte*, D. 1992, chron., p. 299. 新法が旧法を「明確にし改善する」点として、大局的には、「アストラントを命じる裁判」その清算及び最後にその執行」の三点が挙げられている。なおこの論文は適用デクレも対象とする。

(2) この講演原稿は次の論文の形式で発表されている。R. Perrot, *L'astreinte. Ses aspects nouveaux*, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. n. 1, p. 801 et s.

(3) 大濱「アストラントの制度的確立」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号二三五頁以下参照。確定的アストラントの問題点は、その立法化に反対した元老院の主張のなかに現れている（同論文二四二頁）。また、アストラント金の取扱に関する問題は、九一年法と同様に挫折したアストラント金の一部を債権者以外に帰属せしめる立法提案の理由の中に示されている（同論文二四七頁以下）。なお同「一九九一年七月九日の法律によるアストラントの改正」（法学研究六八巻一二号掲載予定）参照。

(4) *Projet de loi*, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 15.

(5) *Rapport de Mme N. Catala*, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 22.

(6) 九一年法のアストラントに関する立法資料を予め一括して掲げておく。

（国民議会第一読会）*Projet de loi*, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 15-17; *Rapp. N. Catala*, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 22 et 72-78; *JO AN [CR]* 3 avril 1990, p. 51-53. —（元老院第一読会）*Projet de loi*, Doc. S 1989-90, n. 227, p. 11-12; *Rapp. J. Thyraud*, Doc. S. 1989-90, n. 271, p. 47-51; *JO S [CR]* 15 mai 1990, p. 843-847. —（国民議会議決）*Projet de loi*, Doc. AN 1989-90, n. 1355, p. 9; *Rapp. N. Catala*, Doc. AN 1989-90, n. 1557, p. 38-40; *JO AN [CR]* 25 avril 1991, p. 1743-1744. —（元老議会議決）*Projet de loi*, Doc. S 1990-91, n. 306, p. 8; *Rapp. J. Thyraud*, Doc. S 1990-91, n. 314, p. 22; *JO S [CR]* 24 mai 1991, p. 1057. —（上院参事会第二読会）*Projet de loi*, Doc. AN 1990-91, n. 2064, p. 6; *Rapp. N. Catala*, Doc. AN 1990-91, n. 2091, p. 28. *Rapp. J. Thyraud*, Doc. S 1990-91, n. 366, p. 28.

二 三三三條（アストラントを宣言する裁判官の権限）

まず、アストラントを宣言する裁判官の権限に関する九一年法三三三條の立法経緯をみる。同條の条文と、関連条文として七二年法五條を掲げる。

九一年法三三三條 いかなる裁判官も (tout juge) その裁判 (sa décision) の履行を確保するために、職権によっても、アストラントを命じることができる。

事情により必要があるならば (si les circonstances en font apparaitre la nécessité) 執行裁判官は他の裁判官により下された裁判にアストラントを付すことができる。

七二年法五條 裁判所は (les tribunaux) その裁判 (leurs décisions) の履行を確保するために、職権によっても、アストラントを命じることができる。

三三三條は、一項ではほぼ七二年法五條を踏襲し、二項で執行裁判官に対し、他の裁判官の裁判の履行を確保するためにアストラントを宣言する権限を認める新設規定を設ける。なお本条一項と七二年法五條の差異は主語で、前者は「いかなる裁判官も (tout juge)」といい後者は「裁判所は (les tribunaux)」という点である。三三三條は原案の三三三條に当たるが、結局、国民議會も元老院も第一読会にて、修正なくして、政府提案を可決した。そこで立法過程における議論はないが、政府の提案理由、国民議會における法務委員会の報告、元老院の法務委員会の報告をみることにより、三三三條の立法趣旨を明らかにできるので、これらを順次みておくことにする。

提案理由は次のようである。「普通は (en règle habituelle) アストラントは、裁判官がこの手段に訴えるならば、有責裁判を含む裁判それ自体 (la décision même qui porte condamnation) により定められる。さて、アストラントにより、当初それが付されていなかった判決の履行を促す必要が明らかになることがありうる。法案はこのために執

行裁判官に管轄を与えており、故に事情により必要ならば、他の裁判官が下した裁判にアストラントを付すことができることとなる⁽¹⁾と。

提案理由はこのように非常に簡単で、新設規定に触れるにとどまる。

これに対して、国民議会の法務委員会の報告はもっと詳しい。Mme Nicole Catala が担当しており、本条のみならずいずれの条文に關しても詳細で、極めて示唆に富むので、長くなってもその多くを引用しておきたい。本条に關する報告は次のようである。

七二年法「五条は、いかなる裁判所についても、アストラントを職権でも命令する権能を認めていた。法案三二条は、こうした規定の踏襲を提案するが、同時にそれ（当該規定）を、確立された実務慣行（une pratique établie）を公認するための新たな原則により補完する。

故にいかなる裁判官もその裁判の履行を確保するためにアストラントを命じることができることが、肯定される。裁判官は、この特権の行使の有無についても、アストラントの額及び期間の決定についても、完全な自由を有している。この全面的裁量権（pouvoir d'appréciation）こそが、裁判上のアストラント（astreinte judiciaire）と法律上のアストラント（astreinte légale）の区別を作り出しており、法律上のアストラントは法文により命じられる。

司法官の〈命令権（imperium）〉なる表現によると、アストラントは、その権限（compétence）の範囲がどうであれ、いかなる裁判官でも命じることができ、通常裁判所、特別裁判機関（juridictions d'exception）及び控訴裁判所のいずれの裁判官でも可能である。

留意することとしては、三二条は裁判官が職権でアストラントを命じうる原則を踏襲している。裁判官が、この趣旨のいかなる申立てもないのにアストラントを命じる場合、裁判官は権限を超えて（ultra petita）裁判することにならない。

且つ又、三二条は革新的な重要な規定を含んでいる。これは『事情により必要があるならば』執行裁判官が、他の裁判官の下した裁判に、アストラントを付することを認めるためのものである（二項）。とは言え、この革新性は、形式的にみた場合より実質的にみた場合の方が少ない。即ち、この原則が法文化されるのはこれが最初であるが、しかしながら、これは裁判官がよく

用いる実務慣行を制度化した (systematiser) に過ぎない。

この実務慣行は、次のような司法官の認識から生まれた。即ち、有責裁判の履行上の争い (difficultés d'exécution des condamnations) につき審理を求められた裁判官が、この争いを除くために最も実効的な手段を講じること、実際にはアストラントを宣言することが、可能であるべしとの認識である。実際に問題が生じたのは、とりわけレフェレの裁判官についてであり、レフェレの裁判官は、大抵、他の裁判機関が下した裁判の履行上の争いの審理に至る。良識 (le bon sens) は、レフェレの裁判官はアストラントを命じることが認められることを欲し、これが優勢であった。がその一方で、七二年法五条は『裁判所は〈その (leurs)〉裁判の履行を確保するために、職権によつても、アストラントを命じることができる』と定めて、その文言 (l'éducation) は、曖昧さを漂わせたままにしていた。レフェレの裁判官にアストラントの宣言を認める数多くの裁判が (下級) 裁判所 (tribunaux) により下され、ヴェルサイユ控訴院もこの点から、執行裁判官は〈全ての (tous)〉判決の履行を確保するのであり、自らが下した判決に限られないことを肯定した「一九八六年五月二日」。

故に三二条はこの判例を執行裁判官につき公認するよう提案するもので、故に執行裁判官はアストラントを命じることができるようになるが、但し、必要がある場合に限り、この必要については、執行裁判官の全面的な裁量に委ねられている」(〈は原文の斜字の部分を示す以下同様〉)。

以上のように、Catala 報告によれば、本条一項は、宣言の管轄の点でも職権による宣言の点でも、七二年法五条の路襲とされる。右報告が、裁判官の命令権の觀念に言及し、そこに理論的根拠を求めるようであることにも注目できる。換言すれば、右報告は、アストラントを裁判官の命令権に基づく裁判官の命令に従わない者に対する制裁と理解する見解即ち、A. Esmein⁽³⁾ に始まる従来の通説的見解によつて、確認できる。本条二項については、従来の制度を変更するものであるが、レフェレの裁判官に関する判例を執行裁判官につき認める趣旨のもので、七二年法五条の曖昧さを払拭するにしても、実質的には形式的にみるほど大きな変更をもたらすものではないとされる。

元老院でも、七二年法五条の「原則を全ての単独制の裁判官 (juge unique) とくに執行裁判官にアストラントを命じる権限を与えることにより、再確認している」こと、本条二項の新しい原則は「レフェレの裁判官にアストラント

の宣言を認めるいくつかの裁判例を確認している」などとして、基本的には国民議会の Catala の報告と同趣旨の簡略な報告がなされている⁽⁴⁾。

本条一項と七二年法五条の主語の差異については、Catala 報告では特別な言及はなく、総じて旧法の踏襲と説明されるにとどまるが、元老院の報告では加えて「単独制の裁判官とくに執行裁判官」に宣言の管轄を認める形式を踏んでいることが指摘されている。形式的には、執行裁判官も含め単独制の裁判機関にもアストラントの宣言の管轄を拡大する趣旨と解せられるが、七二年法下でも既に、単独制の裁判機関である、レフェレの裁判官を始め、準備手続裁判官、商事裁判所の報告裁判官 (Juge rapporteur) などにもアストラントの宣言の権限が認められていたといわれる⁽⁷⁾し、七二年法の立法趣旨もレフェレの裁判官を含むすべての裁判官を対象とするとみられることからすると、実質的な変更をもたらすものではなく、旧法を踏襲するに際して、単独制の裁判官とくに執行裁判官にも宣言の管轄があることを明確にするために、より適切な文言に改めたと解してよいであろう⁽⁹⁾。

次に本条二項の新設規定の趣旨は、Catala 報告によりかなり明らかではあるが、レフェレの裁判官に関する判例を執行裁判官につき認める趣旨という点は、ややわかりにくいように思われるので、若干敷衍すると、右報告にあるように、七二年法五条は、他の裁判所の裁判の履行確保のためにアストラントを宣言できるかにつき直接的には定めていないので解釈の余地がある。一方、裁判の履行を得られない債務者がこれを得んとしてレフェレの裁判官に申立てをすることが多く、この場合にレフェレの裁判官は他の裁判所の裁判の履行確保のためにアストラントを命じうるかという問題があり、Catala 報告はとくに言及しないが、七二年法五条の反対解釈を根拠として否定する裁判例も存在したとされる⁽¹⁰⁾。しかし、肯定する裁判例にはとくに最近のヴェルサイユ控訴院判決があり、学説上も肯定説が有力であったようである⁽¹²⁾。一方、執行裁判官とは、九一年法により実現をみた制度で、大審裁判所長又はその委任を受けた者が当たり、独立した裁判機関として、広く民事執行手続に関する事件を担当する⁽¹³⁾。こうして本条二項は、他の

裁判所が下した裁判の履行確保のためにアストラントを命じる権限の有無につき、レフェレの裁判官レベルで近時の裁判例及び学説が肯定的な傾向にあったところ、執行裁判官の制度創設にありまって、執行裁判官レベルで明示的に肯定したといえよう。本条二項により、当初からアストラントが付されていない場合に、債権者が管轄の問題でたらい回しにされることが避けられる。⁽¹⁴⁾ なお、九一年法下では、執行裁判官以外の裁判官、例えばレフェレの裁判官は、他の裁判官の裁判についてアストラントを命じることができるか。この点について立法過程では特別の説明はないが、本条二項の反対解釈から、消極的な見解がみられる。⁽¹⁵⁾

さて提案理由によれば、アストラントは履行確保の対象となる裁判と共に宣言されるのが普通とされるから、執行裁判官のアストラントの宣言はその意味で例外的ということになろうし、⁽¹⁶⁾ 執行裁判官が他の裁判所の裁判にアストラントを命じる権限には「事情により必要があるならば」との制限もある。けれども、Catala 報告によれば、この必要性の判断は当該執行裁判官の判断に委ねられるとされるから、執行裁判官のアストラントを宣言する権限は実際上はかなり広いように思われる。アストラントは従来厳密な意味での執行方法ではないといわれてきたこと⁽¹⁷⁾からすると、九一年法がこのようにアストラントに関する管轄を広く執行裁判官に認めることは、アストラントの制度の位置付けを従来よりもやや執行手続に引きつける傾向を示すもののように思われる。宣言の管轄のみならず後述の清算の管轄に関する改正、更にそもそもアストラントを民事執行手続法の中に定めたことを併せてみると、この傾向はよりはっきりしよう。

- (1) *Projet de loi*, Doc. AN 1989-90, 888, p. 15-16.
- (2) *Rapp. Catala*, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 72-73.
- (3) *A. Esmein*, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, RTD civ., 1903, p. 5.
- (4) *Rapp. Thyraud*, Doc. S 1989-90, n. 271, p. 47-48.

- (5) Blanc, Les nouvelles procédures d'exécution, 2e éd., 1994, p. 58.
- (6) 新民事訴訟法典四九一条は「ノンフェルによる裁判を行う裁判官は、アストラントを命じる有責裁判を宣言することができ、かつ別途に認めらる。」
- (7) R.Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux. Gaz. Pal. 1991, 2, doct., n. 5, p. 802. 同旨、F.Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992, chron., p. 299.
- (8) 大濱「アストラントの制度的確立」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号二四六頁参照。
- (9) M. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, 3e éd., 1993, n. 200, p. 80. 同旨、ノンフェルの裁判官に管轄を認める意味で、新法は旧法よりも一層はきまりを定めつつあると指摘する。
- (10) Perrot, op. cit., n. 5 et note 4, p. 802 et p. 806. H.Croze, La loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée, JCP 1992. I. 3555, n. 36, p. 68. 「判例はそのうちまで躊躇しつつた」と評しつつある。
- (11) Gaz. Pal. 1986, 2, 4643, note J. Plantavit de la Pauze. Donnier, op. cit., n. 203, p. 81. はこの結論には議論があり、いずれにせよ控訴院判決では判例を創造するの十分ではないと説明する。しかしその後、破毀院は同趣旨の判決を下しつつある (Com. 21 janv. 1992, D. 1992, IR. 70; Chabas, op. cit., p. 299; Blanc, op. cit., p. 60)。
- (12) 前注(2) Catala 報告。Perrot, op. cit., n. 5, p. 802 は否定する判例について「この有害な解決は一致して遺憾とされた」という。
- (13) Perrot, op. cit., n. 5, p. 802. 執行裁判官の権限についてはとくに九一年法八条により修正された司法組織法典 (le code de l'organisation judiciaire) L. 311-12-1条参照。なお Croze, op. cit., n. 22 et s., p. 65 et s. 山本和彦「フランス司法見聞録(23)」判時一四六五号四〇頁以下参照。
- (14) Perrot, op. cit., n. 5, p. 802. Blanc, op. cit., p. 60 も「当初からアストラントが付されていない判決の履行が容易にならざるを指摘する。」
- (15) Croze, n. 36, op. cit., p. 68. Chabas, op. cit., p. 299.
- (16) Donnier, op. cit., n. 204, p. 81.
- (17) 例として Blanc, op. cit., p.57; Perrot, op. cit., p. 801.

三三四条二項及び三項（アストラントの種類）

次に、アストラントの種類に関する九一年法三四条二項及び三項をみることにする。なお同条一項（「アストラントは損害賠償とは無関係である」）は、便宜上後述する（六(1)）。まず、この条文と、関連条文として七二年法六条第二文及び第三文を掲げる。

九一年法三四条（二項） アストラントは仮定的（provisoire）又は確定的（définitive）である。アストラントは、裁判官がその確定的性格を明らかにしていなかった限り、仮定的と考えられなければならない。

（三項） 確定的アストラントは仮定的アストラントの宣言の後に裁判官が定める期間を付してのみ命じることができる（Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine）。これらの要件の一つが遵守されなかったならば、アストラントは仮定的アストラントとして清算される。

七二年法六条（第二文） それ（アストラント）は仮定的又は確定的である。（第三文） アストラントは、裁判官がその確定的性格を明らかにしていなかった限り、仮定的と考えられなければならない。

九一年法三四条の二項は、七二年法六条第二文及び第三文をそのまま踏襲するものであるのに対し、三四条の三項は新たに設けられた注目すべき規定である。この三項は、確定的アストラントの仮定的アストラントに対する補充性を定める。この確定的アストラントの補充性は、既に七二年法六条第三文に極めて限局された形でみられたが、新設規定たる三項はこれを更に二点において著しく強化し、確定的アストラントを極めて制限する。この三四条二項及び三項は、原案の三三条一項及び二項に相当し、項の位置こそ異なるが、同文で、無修正で原案どおり可決された。しかし、立法過程の中では、元老院の第一読会で修正案が提出され結局は取り下げられたものの、興味ある議論がみら

れる。以下では、政府の提案理由、国民議会における法務委員会の報告、元老院の法務委員会の報告及び元老院における議論をみることにする。

政府の提案理由は、少なくともアストラントに関しては、概して簡略であるが、この問題に関しては、相対的には非常に詳しい説明をしており、アストラントに関する改正の柱の一つとされたことが伺える。即ち、

「法案 (texte) は確定的アストラントの制度に重要な改革をもたらす。確定的アストラントは、仮定的アストラントとは異なっており、確認された不履行が債務者に帰することができない外来的要因から生じる場合を除いて、清算のときに変更を許容しないことは知られている。この厳格な準則は、実務においてしばしば大きな問題の源であることが明らかになっている。というのも、裁判官は、事情に関しあやふやな情報に基づいて (mal informé de la situation) 確定的アストラントを余りにも高額で定めた場合、清算の時に、長い期間を経て介入しうるが、自己の裁判に拘束され、その裁判は、アストラントが過剰な結果 (conséquences excessives) に達している場合であっても、変更できない。法案は、一部の司法官が望んだ確定的アストラントの廃止までには至らなくとも、指摘された不都合を回避するのに適した規定を含んでいる。一方では宣言される最初のアストラントは必要的に仮定的である。他方では、裁判官が、確定的アストラントを命じる場合、従ってこれは仮定的アストラントを清算した後にはじめてできることであるが、裁判官はその期間を定めねばならない。換言すれば、確定的アストラントを命じることができるのは、裁判官がよりよく事情を掴んでいる (mieux informé) 場合で、確定的アストラントが限時的性格 (caractère temporaire) を有している場合にすぎない。更に法案は、確定的アストラントがいかなる仮定的アストラントよりも前に宣言されたならば又は裁判官がその期間の指示を懈怠したならば、このアストラントは、あたかも仮定的アストラントのようにして清算されることを明らかにする⁽¹⁾」。

このように提案理由によると、新設規定は、確定的アストラントが状況にそぐわない過酷な結果を招くことがあって実務上深刻な問題を生じており、これを回避するためのものであることが明らかにされている。

国民議会における Catala 報告は、七二年法六条第二文及び第三文を踏襲することに関して説明し、それが適切であることを述べたうえで、新設規定につき政府の提案理由と同趣旨の説明をする。即ち、「この規定は、確定的アス

トラントの、とくに硬直的な性格から生じる不都合に、対処しようとするものである。というのも、アストラントの率が清算時に変更できないことを考慮するならば、債権者が最終的に蒙った損害とは不釣り合いな、非常に高額なアストラントの支払を債務者が命じられることが起きる。損害は、債務者が予想より迅速に履行したことを考慮するならば、債権者が恐れていたよりも、少なくなりうる。さて裁判官は、自らの裁判に縛られて、アストラントを当初に定めた率で清算することしかできない。その結果、債務者はしばしば非常に深刻な事態に陥るし、債権者の補償（*demission*）は、従って、ある場合には、過剰な性格（*caractère excessif*）を帯びることになりうる」という。⁽²⁾ 確定的アストラントが債務者のみならず債権者についても不都合な結果を招くことが指摘されている点に注意を要しよう。こうして国民議会では、この点については議論なく、可決されている。

元老院では、法務委員会の報告には余り多くの説明はなく、新設規定の趣旨としては「裁判官に確定的アストラントを直ちに宣言することを禁じることにより、法案起草者は、アストラントの清算の時点で裁判官の自由を制限する仕組みを排除しようとしたのである」として、清算時における裁判官の裁量権の確保に言及するにとどまる。⁽³⁾

さて前述のように、元老院では、一部の議員から新設規定の削除を求める修正案が提出された。この修正案は、とくに確定的アストラントを宣言する前に仮定的アストラントを経ねばならない点に反対するもので、アストラントの実効性の確保を理由とするようである。アストラントの選択に関して裁判官を信頼できること、仮定的アストラントでは清算時の減額を見越した債務者に対し威嚇効果があがらず実効性を欠くことが指摘されている。⁽⁴⁾ なお、この修正案に伴って、アストラント金を民事罰金とすべき旨の主張も併せてされている。この修正案は結局取り下げられるが、その契機となったのは、国璽尚書の発言である。この国璽尚書の発言は、実質的に法案の提案理由を補充する意味を持ちうるので、その後の修正案の提案者の発言と共に、次に掲げておく。

Pierre Arpaillange（国璽尚書）：……この改正点は議論の対象となり得ることは私も喜んで認めます。実際に、法案の起草者は

裁判官の裁判を実効的にするために法案を作成し、逆説的なことに、それと同時に今日存在する実効的な武器——即ち必要があれば直ちに確定的アストラントに拠ること——を裁判官から奪うことにしたということができます。

この規定は非常に注意深い検討の末に採用されました。改正委員会に対して即時の確定的アストラントを認めないように求めたのは、まさに裁判官自身なのです。

というのも、確定的アストラントの場合には清算の時に誤りを是正できませんので、その時に過剰なレベルに達することになります。

さて、実務によると、裁判官が債務者の現実の資力について過った情報 (informations mauvaises sur les facultés réelles) を得ている場合があること、同様に一部の非職業的裁判官 (Juges non professionnelles) はしばしば、おそろくは過剰に、確定的アストラントに拠る傾向があることがわかります。

こういうわけで法案は、確定的アストラントは必要な場合には仮定的アストラントの清算の後にのみ命じうること——その場合には裁判官は債務者の状態につきよりよく事情を掴んでいるでしょう——及び、——補充的な予防策として (précaution supplémentaire) ——いかなる確定的アストラントにも時間の制限をすべきことを定めているのです。

私の意見では、この規定は慎重であって、アストラントの実効性を減じることはないと思います。即ち、裁判官が高額の仮定的アストラントを定めることも、同様に望めば高額で清算することも、何ら妨げられません。その時には裁判官はおそらくよりよく事情を掴んでいるでしょう。

結論として、政府は——残念ながら——Dreyfus-Schmidt の修正案には同意しません。

議長：Dreyfus-Schmidt 氏、修正案を維持しますか。

Dreyfus-Schmidt：私は、単なる可能性までも廃止することを求めたのが裁判官自身であることに少し驚いています。というのも、現時点では、確定的アストラントの宣言を強制するものではありません。まず仮定的アストラントを宣言することもできるのです……。

このように、確定的アストラントの補充性の強化は、裁判官からの要望であったことがわかる。とくに控訴院レベルの裁判官が、第一審で宣言された確定的アストラントの清算を行うときに「一部の途方もない金額について無力に

されている⁽⁶⁾」といわれる。そこで一部では、提案理由もいうように、また立退事件に関する確定的アストラントを禁じた一九四九年七月二日の法律と同様に、廃止の主張もあるという⁽⁷⁾。

確定的アストラントにより生じる弊害としては、債務者に酷になることその他、Creditors報告にもあるように、債権者の利得の問題がある。これはアストラント金を債権者に帰属させることと相まって生じる問題であり、債権者以外に帰属させること、とくに、元老院の修正案の提案者が言うように、民事罰金とすることにより解決されうが、この点については後述のように九一年法では改正はされず、債権者に帰属させる七二年法下の制度のままとなった。また債権者が利益を得んとして、手続を遷延させる傾向があることも、弊害の一つとして指摘される⁽⁸⁾。これもアストラント金の帰属の問題とかかわる。結局、確定的アストラントの弊害は、アストラント金の帰属の問題と関連することがわかるが、翻ってこれが解決しても、債務者の見地からは問題はなお残ることになる。一方、仮定的アストラントだけでは債務の履行確保の実効性は十分に担保できない実情がある。仮定的アストラントの実効性が上がらないのは、債権者の利得を懸念して裁判官が清算の時に仮定的アストラントを大幅に減額する傾向があり、それを債務者が見越すためであって、やはり元をただせば、これもアストラント金の帰属の問題にかかわるのであるが、少なくとも現状ではこのために確定的アストラントの実効性に頼らざるを得ない。結局、アストラント金の帰属の問題は別として、確定的アストラントの弊害防止と実効性確保の調整策として、廃止ではなく適正化を図り、その具体策を仮定的アストラントないしは清算の制度と、期間制限に拠ったと考えることができる。制度に大きな差異はあるにしても、日本の間接強制は確定的アストラントに近く、このような弊害の生じる余地はあるため、九一年法の行き方は一つの参考になりえよう。

なお、この新規定たる九一年法三四条三項の解釈について、ある論者が、若干の解釈の余地がありうることを指摘するので、この点に触れておく。まず「確定的アストラントは仮定的アストラントの宣言の後に……のみ命じること

ができる」について、文理的には仮定的アストラントを宣言した直後に確定的アストラントを宣言することも許され
 ると解する余地もあるが、合理的な期間の経過を要すると解すべきこと、更に仮定的アストラントの清算を要すると
 解すべきことを指摘している。⁽⁹⁾ 政府の提案理由でも国民議会の報告でも、確定的アストラントの宣言には仮定的アス
 トラントの清算を当然のように予定していたので、立法趣旨は確定的アストラントの宣言には仮定的アストラントの
 清算を要するものと解してよいであろう。また、「確定的アストラントは……裁判官が定める期間を付してのみ命じ
 ることができる」の解釈に関して、この期間とは、仮定的アストラントの期間と解する余地もあるが、九一年法三項
 第二文に鑑み、確定的アストラントの期間と解すべきとしている。⁽¹⁰⁾ この点も、政府の提案理由からも国民議会の報告
 からも、期間は確定的アストラントに関するものであることが明らかといえよう。

- (1) Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 16.
- (2) Rapp. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 74-75.
- (3) Rapp. Thyraud, Doc. S 1989-90, n. 271, p. 48.
- (4) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 843.
- (5) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 844.
- (6) R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doct., n. 8, p. 803.
- (7) Perrot, op. cit., n. 8, p. 804.
- (8) Perrot, op. cit., n. 8 et 9, p. 803 et 804; JO S [CR] 15 mai 1990, p. 843. Dreyfus-Schmidt の発言参照。
- (9) H.Croze, La loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution: le nouveau droit commun de l'exécution forcée, JCP 1992. I. 3555, n. 37, p. 68.
- (10) 前注(6)° なお、Perrot, op. cit., n. 9, p. 804 は「この期間につき」「一ヶ月、二ヶ月又はそれ以上」と説明している。

四 三五条（アストラントを清算するための執行裁判官の管轄）

ここではアストラントを清算するための執行裁判官の管轄に関する九一年法三五条の立法経緯をみる。まず、その条文と、関連条文として七二年法七条を掲げる。

九一年法三五条 アストラントは、確定的であっても、それを命じた裁判官が、事件の係属を残したままである場合又はその権限を明らかに留保している場合を除いて (sauf si le juge qui l'a ordonné reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir) 執行裁判官により清算される。

七二年法七条 全部若しくは一部の不履行又は履行遅滞の場合には、裁判官はアストラントの清算を行う（一九七五年七月九日の法律により修正。修正前は「全部若しくは一部の不履行又は履行遅滞の場合には、アストラントを命じた裁判官はその清算を行わなければならない」）。

九一年法三五条は、アストラントの清算の原則的な管轄を執行裁判官に認めるもので、七二年法七条が、清算の管轄につき制限をしていないのと大きく異なる。即ち、九一年法三五条は、実質的な新設規定である。これは原案の三四条に当たるが、結局、国民議会も元老院も第一読会にて、修正なくして、原案を可決した。そこで立法過程における議論はないが、政府の提案理由、国民議会における法務委員会の報告、元老院の法務委員会の報告をみることにする。

政府の提案理由はごく簡単で、「執行裁判官はアストラントを清算するための原則的な管轄を与えられている」⁽¹⁾だけである。

国民議会の Catala 報告はある程度詳しく、次のとおりである。

「アストラントは、仮定的でも確定的でも、判決の履行から生じる争い (difficultés nées de l'exécution d'un jugement) に対処するための強制手段 (mesure coercitive) として考えられている。故に、その宣言 (son prononcé 訳注: その清算 (sa liquidation) の誤りとも考えられないわけではない) が、司法組織法典 (code de l'organisation judiciaire) [新] L 311-12-1条により定義されているような『法案八条参照』執行裁判官の管轄に加えられることは、非論理的なことではない。三四条の目的はこうで、同条は、アストラントが確定的であっても、アストラントを清算するための原則的管轄を執行裁判官に与えるものである。この特権の行使がこの裁判官に属するのは、法案三二条により彼に認められる権限により自らアストラントを命じた場合又はアストラントを他の裁判官が命じた場合である。

しかし、この原則的管轄の例外も、三四条により定められている。執行裁判官がアストラントを清算できないのは、アストラントを命じた裁判官が、事件の係属を残している場合又はその権限を明らかに留保している場合である。この制限は、アストラントが(本案)有責裁判 (condamnation) を構成する要素と考えられること及び、事件の本案の裁判官から、彼の(命令権 (imperium)) により、理由づけられる」⁽²⁾。

アストラントを執行裁判官と結びつける理由として、「アストラントが……判決の履行から生じる争いに対処するための強制手段として考えられている」ことを挙げている点が注目できる。報告者の立場は、アストラントは強制手段であるけれども執行方法ではないという通説的見解によるものと考えられる。それにしても、清算を執行裁判官の管轄とし、しかもそれを原則とすることは、宣言のところで述べたように、アストラントの制度を従来よりも執行手続のなかに深く組み込む傾向をより強く伺わせる。

元老院の報告はほぼ七二年法七条と法案の読みあげにとどまる。⁽³⁾

さて、以上の立法資料からは、九一年法三五条がアストラントの清算の管轄につき七二年法の制度を変更する理由⁽⁴⁾は、明らかではない。そこで、法案の起草委員会の長である Perrot 教授が別の機会に行った説明が参考にできよう。それは次のように要約しうる。七二年法は当初はまず「アストラントを命じた裁判官はその清算を行わねばならな

い」として、宣言と清算につき一致を要求した⁽⁵⁾。しかし、これでは債権者は清算の際に常に宣言をした裁判所へ申立てをせねばならず、とくに第一審でアストラントが宣言された後に控訴審に事件が係属しても、清算のためには債権者は改めて第一審裁判所に申立てをせねばならぬ点で不都合とされたため、一九七五年七月九日の法律により修正されて「……裁判官はアストラントの清算を行う」となった。この修正で、清算の管轄につきとくに制限する文言がなくなったことから、判例は、アストラントを宣言した裁判所が清算する管轄を有するにしても、その管轄は専属的でないとし、前記の不都合は除去された。しかしながら、Perrot教授はなお問題点があるとされ、まず条文上清算の管轄が明らかでないこと、一九八六年二月一九日の破産院判決がレフェレの裁判官に他の裁判所が宣言したアストラントの清算の管轄を否定したことの二点が挙げられて、「不安定の難点のある制度を簡素化するために明らかに改革が必要であった」とされる。これが、九一年法三五条が清算の管轄につき七二年法を変更する理由と考えられる。なお、執行裁判官制度の創設との関係で制度の調和を図る必要があったことも、理由の一つとして考えられよう。

さて、九一年法三五条は、アストラントを宣言した裁判所がいずれであろうと清算の管轄は執行裁判官に認めることを原則とした上で、例外を認める。例外を設ける理由については、Catala報告ではアストラントと本案の関係及び裁判官の命令権に関する理論的な説明がなされている⁽⁶⁾。例外は、アストラントを宣言した裁判所に清算の管轄がある場合で、二つある。まず、アストラントを命じた裁判官にまだ事件が係属している場合である。例として、Perrot教授は「裁判官が書証の伝達 (communication de pièces) をアストラントを付して命じた場合である。欲された期間内に書証が伝達されなかったならば、当然にこの同一の裁判官がアストラントを清算することになる」という⁽⁷⁾。次に、アストラントを命じた裁判官が清算の権限を明示的に留保している場合である。Perrot教授は、これについては特殊な前提がある場合ではなく、裁判官が裁判の履行状態の確認を欲する場合を挙げている⁽⁸⁾。

なお、九一年法三五条の適用に関する細則として、適用デクレ五二条があるが、これについては上述のように別稿

に譲る。⁽⁹⁾

- (1) Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 16.
- (2) Rapp. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 75 et 76.
- (3) Rapp. Thyraud, Doc. S 1989-90, n. 271, p. 49.
- (4) R. Perrot, *Astreinte, Ses aspects nouveaux*, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr., n. 11, p. 804.
- (5) この点につき、Perrot教授は次のようにいう（前注（4））。「アストラントと損害賠償をはっきりと切り離すことにより、不可避免的にこの解決の採用に至ったことを付言するのが妥当である。即ち、清算の裁判官が、債権者に実際に生じた損害の大きさではなく、債務者の故意又は過失ある態度（*comportement fautif*）を評価せねばならなかった時点から、実際に、万事が、債務者が従わなかった裁判官に、管轄を集中させるに至った」と。
- (6) 同旨、M. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3e éd. 1993, n. 218, p. 86. 又 Perrot, *op. cit.*, n. 12, p. 805 は簡単に「自己の有責裁判にアストラントを付した裁判官が、その『フォローアップ（le suivi）』を確保するためのものである」という。
- (7) Perrot, *op. cit.*, n. 12, p. 805.
- (8) Perrot, *op. cit.*, n. 12, p. 805. 「裁判官の細心綿密や（*scrupules*）」を考慮する趣旨との説明もされている。
- (9) 条文は次のようである（一項）「一九九一年七月九日の法律の三五条の適用について、無管轄（*incompétence*）はアストラントの清算の申立てを受けた裁判官により職権により顧慮される」（二項）「それが控訴院から発せられたものである場合でないならば、裁判官の裁判は新民訴訟法典により定められる要件に基づいて行われる抗議の申立て（*contredit*）の対象になりうる」。

五 三六条（アストラントの清算の要件）

アストラントの清算の要件に関する九一年法三六条の立法経緯をみる。まず、この条文と、原案でこれに相当する三五条、関連条文として七二年法八条掲げる。

九一年法三六条 仮定的アストラントの額 (montant) は命令 (injonction) を宛てられた者の態度 (comportement) 及びその者がそれを履行するのに遭遇した困難 (difficultés) を考慮して清算される。

確定的アストラントの額 (taux) はその清算のときに修正される (modifier) ことは全くできない。

仮定的又は確定的アストラントは裁判官の命令の不履行又は履行の遅滞が、『全部又は一部において』、外来的原因 (cause étrangère) によることが判明している (il est établi) 場合は『全部又は一部において』廃止される (supprimée en tout ou partie) (『』は原案との比較のために便宜上付したにすぎない)。

原案三五条 仮定的アストラントの額は命令を宛てられた者の態度及びその者がそれを履行するのに遭遇した困難を考慮して清算される。

確定的アストラントの額はその清算のときに変更することは全くできない。

仮定的又は確定的アストラントは裁判官の命令の不履行又は履行の遅滞が外来的原因によることが判明している場合は廃止される。

七二年法八条 司法裁判の不履行が偶発事又は不可抗力による (proviient d'un cas fortuit ou de force majeure) ことが判明している (il est établi) 場合を除き、確定的アストラントの額 (taux) はその清算のときに裁判官により修正される (modifier) ことはできない。

不履行が確認された場合であっても (même au cas d'inexécution constatée) 仮定的アストラントを軽減 (modérer) 又は廃止する (supprimer) ことは裁判官の権限に属する。

九一年法三六条の一項は七二年法八条の二項、九一年法三六条の二項及び・三項は七二年法八条の一項に相当する。しかし、少なくとも文言は異なるので、実質的な異同が問題になる。一方、九一年法三六条と原案を比較すると、一項・二項は同文であるが、三項が若干異なり、原案には二つの『全部又は一部において』が存在しないことがわかる。即ち、同条のうち三項は立法過程において修正が加えられており、更にこの修正は二度にわたり、結局アストラント

関連法案の中では、この条文が最後まで両院の一致をみずに残り、元老院の第二読会においてようやく一致をみた。これに対し、一項及び二項は無修正で第一読会で直ちに一致をみている。さて以下では、一項・二項・三項の順で、立法経緯をみていく。

まず、一項について。政府の提案理由は次のようである。

「法案は七二年法六条が表明するアストラントは損害賠償とは無関係であるとの原則について再検討している。この規定は、七二年法についての議会審議の際に非常に議論があったもので、債権者が、清算されたアストラントの額と不履行から生じる損害を賠償するための損害賠償を、取得できるようにしている。多数の注釈者がこのシステムの問題性（caractère discutible）を強調した。というのも、このシステムでは、実務上は、裁判官が、債権者の正当化し得ない利得（enrichissement injustifié）を妨げるために最低額でアストラントを清算するに至り、その代わりにアストラントから生じる驚異は、頑強な債務者にとってほるかに一層深刻でないものになっている。こうした場合に、法案は、一方では、アストラントは債務者の犯した故意又は過失（faute）を考慮して清算されることを明らかにする。他方では、清算されて債権者に支払われる額を、不履行として債権者に認められることができるような損害賠償額から控除することを指摘する。最後に、……アストラントの一部が債権者ではなく第三者に支払われることを定める。^{（1）}」

このように、一項は仮定的アストラントの清算基準が、債務者の故意又は過失であることを明らかにする趣旨とされ、アストラント金の損害賠償への充当・債権者以外への帰属（原案三六条一項・二項）と共に、アストラントと損害賠償を無関係とする制度の弊害とくにこれに端を発する仮定的アストラントの実効性の低下の対応策の一環と位置付けられている。後述のように、結局は、原案三六条一項・二項のアストラント金の取扱に関する特別規定はいずれも削除されたので、九一年法三六条一項は、仮定的アストラントの実効性確保策としては唯一のものとして残ったことになる。

次に国民議会の Catala 報告をみよう。

「この条文は、裁判官がアストラントを清算する要件を定めようとするものである。同条は、この点に関して現行の諸原則 (les règles actuellement en vigueur) を踏襲するのであり、この現行の諸原則については、報告者は従来の二つの条項の検討に際して、改めて想起する機会を得た。

——仮定的アストラントを清算するには、債務者の態度 (comportement) 及び、判決を履行するのに債務者が遭遇した困難 (difficultés) を考慮する。即ち、債務者がかなり迅速に有責裁判に従ったことに応じて、また債務者が直面した困難「債務者自身の態度又は債務者が避けられなかった事情 (situation de fait) から生じた困難…… (訳注：この……は原文のままである)」の性質に応じて、裁判官はアストラントの率を減じる又は増加させることができる⁽²⁾。

元老院の委員会報告は、法案一項は「現在まで守られている判例の慣行 (pratique jurisprudentielle observée) を確認するものである⁽³⁾」という。

このように、法案の提案理由は九一年法三六条の一項はアストラントの実効性確保策の一環として仮定的アストラントの清算は債務者の故意又は過失 (faute) により行われることを明らかにしたものとし、元老院の報告によれば従来の判例の踏襲と説明され、国民議会の報告も、必ずしも明らかではないが、同趣旨のようである。そこで、以上の立法資料によれば、本条の立法趣旨は、仮定的アストラントの清算の基準を従来の判例に従い債務者の故意又は過失とするものと解せられる。一方、七二年法八条二項の立法趣旨も、これと特段に異なるものではないようである⁽⁴⁾。そこで、本条の立法趣旨は、更に、旧法の趣旨を踏襲し、これを明確化することにあるともいえる。このように理解する学者もある⁽⁵⁾。概して、以上のように解すればよいであろうが、新法は「態度」及び「履行するのに遭遇した困難」といい、更に従来の判例も債務者の故意又は過失に加えて「資力⁽⁶⁾」を挙げることに鑑みると、新法の趣旨に、疑問は残らないわけではない。また、国民議会の Catala 報告は、新法の掲げる二つの基準について若干の説明を付しているが、この相互の関係も明らかではないように思われる⁽⁷⁾。なお同報告が、仮定的アストラントを清算のときに「増加させることができる」ということにも一応留意しておきたい。というのも、従来、仮定的アストラントの清

算時の選択肢は、維持・廃止・軽減であり、増額は問題になるところだからである。⁽⁸⁾

二項については述べることは殆どない。政府の提案理由では「……確定的アストラントは、仮定的アストラントとは異なっており、確認された不履行が債務者に帰することができない外来的要因から生じる場合を除いて、清算のときに変更を許容しないことは知られている。……」と述べられるにとどまり、当然のこととされているようである。次に国民議会のCatala報告でも二項自体に関することは殆どない。この条文は現行制度の踏襲であるとしたうえで「確定的アストラントは清算のときに全く変更することはできない。注目されるのはこの規定が現行法を少々変更すること、……」⁽¹⁰⁾といひ、もはや三項の問題を扱っている。元老院では、二項は単なる確認と考えられている。⁽¹¹⁾結局、二項は、確定的アストラントの清算に関する七二年法八条一項の原則の確認で、その例外に関する実質的な問題は三項に持ち越されるとみることができよう。換言すれば、次の三項は、形式の上ではいずれのアストラントも適用の対象になるが、実際にはとりわけ確定的アストラントを問題にするものとみることができよう。

さて、その三項であるが、まず政府の提案理由では、殆ど触れられておらず、二項について上記で引用した箇所が同時に三項の説明にも当たる。故に、二項と同様、当然のことのように扱われ、特別な説明はない。

これに対して、国民議会のCatala報告は異なる。

「——確定的アストラントは清算のときに全く変更することはできない。注目されるのはこの規定が現行法を少々変更すること、これは、七二年法八条がこの額は『司法裁判が偶発事又は不可抗力によることが明らかにされる場合を除いて』変更できないことを明確にしている限りにおいて、のことである。法案はこの例外を踏襲していない。なぜならば法案はこの場合には確定的アストラントはあつて廃止されることを提案するからである『後述参照』。

——仮定的又は確定的アストラントは、不履行又は履行の遅滞が『外来的原因』による場合には廃止される。この規定は、自己に帰属しない理由により判決を履行し得なかった債務者が、制裁を受けるのを避けようとするものである。問題になりうるのは、例えば不可抗力、偶発事による場合……である（訳注……は原文のまま）」。

このようにCatala報告は、法案三項は、現行制度の変更に当たると指摘し、ここで三項が実質的な改正点として議論の対象となり得ることが示唆されたわけであるが、国民議会では、議論はなく、直ちに原案通り可決された。

さて、元老院では、まず法務委員会の報告者は、「偶発事又は不可抗力を除外する現行の諸原則 (les règles auxquelles) が確認されている」とし、委員会からは原案の無修正可決が提案された。⁽¹³⁾これに対して、一部の議員から次の修正案が提出された。それは「仮定的又は確定的アストラントは裁判官の命令の不履行又は履行の遅滞が、『全部又は一部において (en tout ou en partie)』、外来的原因によることが判明している場合は『軽減 (modérée) 又は』廃止される」(『が修正箇所』) というものである。提案理由は次のようである。七二年法二項は「不履行が確認された場合であっても、仮定的アストラントを軽減又は廃止することは裁判官の権限に属する」として、廃止と並んで軽減を予定するのに対し、法案は軽減の可能性を認めていないけれども、「裁判官の命令の履行の遅滞が、全部又は一部において、外来的原因によることがありうることは、明らかです。こういうわけで、我々の修正案では『軽減』の語を再導入することになっています」。⁽¹⁴⁾この修正案に対しては、委員会も政府も賛成し、修正案が可決されて、法案の修正が行われた。

このように元老院における修正が加えられた法案に対し、国民議会では更に二つの修正案が提出された。一つは、委員会案で、⁽¹⁵⁾「三五条の最終項において『軽減又は (modérée ou)』の語を削除 (supprimer) する」。他の一つは政府案で、「三五条の最終項において『軽減又は廃止される (modérée ou supprimée)』の語に代えて『全部又は一部において廃止される (supprimée en tout ou partie)』の語を挿入する」。⁽¹⁶⁾このうち、結局は政府案が可決され、これが元老院の第二読会で可決され、九一年法三六条三項となるのであるが、上記二つの修正案をめぐっては国民議会でもかなり活発な議論が行われている。この議論は、九一年法三六条三項の立法趣旨を明らかにするのに役立ちうることから、注目しておきたい。

まず修正案の提案理由をみると、委員会案については、「これは、不可抗力の場合には、裁判官に与えられたアストラントを軽減する可能性を否定（supprimant）するもので、このような場合にはアストラントの全体の廃止が理に適っている（la logique）」⁽¹⁷⁾との説明がされている。これに対して、政府案の提案理由は、国璽尚書付の大臣補佐（le ministre délégué auprès du garde des sceaux）により、次のように説明されている。「根本では（sur le fond）、Catala 女史が正しいのではないかと懸念しています。それでも政府は、『軽減又は廃止される』の語に代えて『全部又は一部において廃止される』の語の挿入を定める自らの修正案を望ましいと思うことにかわりはありません。これは、場合によっては軽減されうるという、通例と異なること（une éventuelle modération qui est contraire à la règle）に言及しないで、同一の目的の達成を可能にするでしょう。そこには実践的な意図があるだけで他意はありません（il y a la une volonté de pragmatisme et rien d'autre）。政府は可決されれば喜ばしく思いますが、さなければ委員会の修正案に賛成します」⁽¹⁸⁾。この説明によると、政府案の趣旨は元老院案に近く、実質的には同じ結果を狙うものではあるが、「軽減」の語を用いない点で異なるということになる。『軽減』の語を避けるのは、「実践的な意図」によるというが、これは明らかではない。この政府案の趣旨については、更に七一年法の起草者であった P. Mazeaud の次のような発言が注目される。「……我々に提案された新しい諸規定は、アストラントの概念そのものを徹底的に変更しています。よろしい！ 裁判官が、アストラントの額を軽減する可能性にせよ廃止する可能性にせよ有すること——これが元老院の案そのものですが——の方が明らかに好ましいと私には思われます。なぜならば、何といおうとやはり、裁判官にある種の自由（certaine latitude）を残しておくべきだからです。念を押しますが、アストラントは威嚇手段（une mesure comminatoire）です。裁判官から、アストラントを軽減する可能性を奪うことは、その意味を無にすることに帰すでしょう。故に私は、報告者女史、政府の方の方が好ましいと考えます」⁽²⁰⁾。この P. Mazeaud の発言の基本的な立場は、アストラントが威嚇手段としての役割を果たすには、裁判官の裁量権を制限しないことが

必要であるというものである。また裁判官の裁量権の観点から、政府案と元老院案には類似性が認められており、この二案に対して原案及び委員会案は裁量権を否定するものとして排斥されているようである。〈裁量権を肯定する政府案及び元老院案〉対〈裁量権を否定する原案及び委員会案〉という見方は、後述の発言とくに報告者 Catala 発言で、よりはっきりと示され、P. Mazeaud は前説を、Catala は後説をそれぞれ支持して、対立が見られる。

やうい Mazeaud 発言に対して、委員会案を擁護する委員は「……アストラントはある種の制裁であって、この場合（訳注：不履行が不可抗力による場合）にはアストラントは緩和ないし軽減されるべきではなく、廃止されるべきだと私は考えます。政府が提案したように、全部又は一部を廃止することは、たとえ部分的にすぎなくとも、アストラントが存続することを意味します。こういう理由で委員会は、我々が第一読会で可決した法案に戻ることに及び、不可抗力の場合にはアストラントの一部を存続させたままにする可能性を禁じることがよいと考えたのです」⁽²¹⁾。この発言では、委員会案が法案の原案と趣旨であることがわかる。委員会案と法案の原案を比較すると、同文ではなく、不履行が『全部又は一部において』外来的原因による場合を前提しているか否かの差異があるが、それでも同趣旨であるということは、委員会案は、不履行がとくに『一部において』外来的原因による場合であってもアストラントの廃止を義務づけ、原案の裁量権否定の趣旨をより明確にしていると解することができよう。これに対し、P. Mazeaud は次の点を強調している。「……民事責任では、不可抗力・偶発事——つまり外来的原因——は責任を全部、少なくとも必ずしも、排除するわけではありません」⁽²²⁾と。これに続き、前に触れた報告者 Catala 女史の発言がある。「政府修正案が可決されるならば我々はこの条項の精神を変更することになります。なぜならば法案の元の文言（redaction）は、裁判官に全く裁量（appréciation）を残していなかったからです。不可抗力の場合にアストラントが廃止される、これは理に適ったことです。我々が『全部又は一部において廃止される』の表現を採用するならば、裁

判官に裁量権を認めることになりますが、この裁量権は、不可抗力による不履行の場合に適した（correspond）ものではありません⁽²³⁾。この発言に対して、国璽尚書付の大臣補佐が次の発言をしている。「私は報告者の弁を若干訂正したいと思います。当初の法案では不履行は全部について外来的原因によることが予定されていました。元老院から来た法案では、不履行は、全部又は一部において、外来的原因によるものです。故にパラレルでなければならぬように私には思えます（Le parallélisme me paraît donc devoir être maintenu）⁽²⁴⁾」。結局、この発言により実質的な議論は終了し、政府案が可決された。続く元老院の第二読会では全く議論なくしてこの国民議会議案が可決され、両院は一致を見るに至った。

以上のことから、本条三項についての審議の経緯を整理すると、まず七二年法の文言は、偶発事・不可抗力の場合の確定的アストラントの修正可能性を認めるにとどまっていたところ、法案の原案は、偶発事・不可抗力の場合に当たる外来的原因の場合にアストラントを廃止すると定めた。この意図は、提案者自らにより言明されていないので必ずしもはっきりしないが、国民議会の第二読会の Maseaud 及び Catala 発言に鑑みると、とくに裁量権排除にあると考えられる。これに対し、元老院案は、不履行が全部、外来的原因による場合と一部それによる場合を前提したうえで、後者の場合に対応して軽減の可能性を認めた。国民議会の委員会修正案は元老院の前提はそのままして、軽減の可能性を否定して裁量権を否定しようとした。この趣旨も、必ずしも明らかではないにせよ、不履行の一部が外来的原因による場合でも廃止を義務づける点で、原案の趣旨をより明確にないしは徹底しようとしたものと解することができよう。これに対し、政府修正案は「軽減」に代えて「一部の廃止」とした。これは実質的には元老院案の結論を維持しつつ軽減の文言を避けようとしたもののようであるが、「軽減」と「一部の廃止」の差異は必ずしも明らかにされてはいない。政府案が元老院案及び国民議会の委員会案を排斥した形で立法化されたので、元老院案と政府案の差異、国民議会議案と政府案の差異が、それぞれ問題であるが、元老院案と政府案は類似点は明らかにされ

ていても、差異については前述のように必ずしも明らかにされてはいない。とはいえ、政府案は元老院案の用いた軽減の文言を避けようとしたことは確かのことである。国民議会委員会案と政府案の差異も、政府の説明が必ずしも明らかではないので疑問もないわけではないが、報告者の発言によると、裁量権の有無となる。そこで、曖昧さはないわけではないが、立法趣旨としては、不履行が外来的原因による場合には、それが一部にとどまるか、全部に及ぶかで扱いを異にすることとし、前者の場合には、アストラントを必要的に全部廃止する扱いを否定し、また「軽減」の形で裁量権を正面から肯定することは避けながらも、「一部の廃止」を認めて、実質的に裁量の余地を肯定するもののように理解できる。

本条三項について、ある論者は、仮定的アストラントについては、「実際にはこの新規定は殆ど変化をもたらさない。裁判官は、アストラントを清算するときに、仮定的であっても、債務者の行動の源が外来的原因であるかを確かめる義務は生じるにしても」⁽²⁵⁾という。確定的アストラントについては、新しい点として「全か無かの二元論的な考え方 (vision manichéenne) を禁じた。故意又は過失 (faute) の部分と外来的原因の部分の配分を決めること (doser) は裁判官の権限に属する」とする。⁽²⁶⁾また別の論者は次のように述べて確定的アストラントとの関係における懸念を指摘している。「この規定は強行的 (impératif) であり、破毀院は裁判官による適用を慎重にコントロールせねばならないであろう。なぜならばどんなに僅かでもルーズなやり方を許せば、確定的アストラントの歪曲ひいては事実上の廃止につながりうるからである。というのも、新法——これは非常によいことである——は外来的原因「これは以後不可抗力に加えて、第三者の行為 (cas) 及び被害者の行為を含む」を対象とする場合に、〈部分的な〉外来的原因、相關的には (corrélativement)、確定的であろうとアストラントの単なる〈減額〉を認めている。おそらく、外来的原因により一部の履行が根本的に妨げられた可分債務 (obligation divisible) について考えられたのであろう。しかし、故意又は過失と共に存在してその重大性を軽減する事情 (événement) を、部分的な外来的原因と解するおそれが存在

する。この便法を用いて、裁判官は清算の時に確定的アストラントを調整するためのいかなる自由も覆い隠すことになる。それは確定的アストラントの効果を損なうことになる⁽²⁾。なお、「外来的原因」の概念は、立法過程で七二年法八条一項の「偶発事又は不可抗力」に相当すると考えられていたことは、資料の随所から伺えるが、正確に同一のことを指すかどうかは問題にする余地がないわけではない。この点について、上記の論者の見解によれば、「外来的原因」は「偶発事又は不可抗力」より広く「第三者の行為及び被害者の行為を含む」ことになるが、このように「外来的原因」は「偶発事又は不可抗力」を包含するより広い概念とみる解釈は、国民議会の第二読会のCatala報告の末尾からも伺える。

- (1) *Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 16 et 17.*
- (2) *Rapp. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 76.*
- (3) *Rapp. Thyraud, Doc. S 1989-90, n. 271, p. 49.*
- (4) 大濱「アストラントの制度的確立」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二六号二四三頁参照。
- (5) *R. Perrot, Astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doct., n. 15, p. 805* は次のようにいう。「判例は今日一貫して、生じた損害を参照してアストラントを清算することを裁判官に禁じている。即ち裁判官はその額を頑強な債務者が犯した故意又は過失の重大性に応じて算定せねばならない。この明白な解決方法は一九七二年の法律が設けた原則から黙示的に帰結されるが、一九九一年の法律三六条一項により、明示的に再確認された」。同様に *M. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, 3e éd. 1993, n. 221, p. 86* も「文言は変化していても、その基準は一九七二年の法律の基準に非常に近い」という。なお *F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992, chron, p. 300* は次のように指摘する。「従来判例が採用してきた基準「債務者の抵抗及び資力」から遠く隔たっているわけではない。しかし今度は法文はより積極的 (affirmatif) にみえる。即ち、裁判官に対して債務者の〈故意又は過失 (faute)〉を考慮することを〈義務づけている (oblige)〉。その結果、裁判官は自己の裁判を〈理由づけ (motiver)〉ねばならぬであろう。これは従前は免れていたことである」と〈〉は原文の斜字部分。
- (6) 例えば、仮定的アストラントに関する指導判例たる一九五九年一月二〇日判決。D. 1959, 537, note *Holleaux*; JCP

1960. II. 11449, note P. Mazeaud.

(7) H. Croze, La loi n.91 - 650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution: le nouveau droit commun de l'exécution forcée, JCP 1992. I. 3565, n. 39, p. 68 は「履行を欲しない者と、履行をなし得ない者の区別がなせられなければならない」といふ。

(8) 例えば、Donnier, op. cit., n. 222, p. 86 et 87 は「仮定的アストラントの「清算の裁判は次の三つのうちの一つに至る。即ち、軽減、廃止又は維持」「アストラントの宣言との関係における」。この点については旧法下と比較して何ら変化はない。債務が履行されなくとも軽減又は廃止は可能である。がこれに対し、増額は決してあり得ない」といふ。Civ. 3e, 25 juin 1969, Bull. civ. III, n. 516; RTD civ. p. 815, obs. Hébraud を挙ぐる。

(9) Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 16.

(10) Rapp. Catala, n. 1202, p. 76.

(11) Rapp. Thyraud, n. 271, p. 50.

(12) Rapp. Catala, n. 1202, p. 76 et 77.

(13) Rapp. Thyraud, n. 271, p. 50.

(14) JO S [CR] le 15 mai 1990, p. 844. 修正案の提案者は「Dreyfus-Schmidt、社会主義グループ及びその会派に属する議員 (les membres du groupe socialiste et apparentés) による」。

(15) Rapp. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1557, p.38. 但し「JO AN [CR] 25 avril 1991, p. 1743 の議長の話では、報告者 Catala 及び Gérard Gouzes の提案を説明せねばならぬ」。

(16) JO AN [CR] 25 avril 1991, p. 1743.

(17) Rapp. Catala, n. 1557, p. 38. 同様の説明は「JO AN [CR] 25 avril 1991, p. 1743 の Catala 発言による」。

(18) JO AN [CR] 25 avril 1991, p. 1743.

(19) 本規定のことはかりではない、原案三六一条一項が含まれると思われる。原案三六一条一項に関する後述部分参照。

(20) JO AN [CR] 25 avril 1991, p. 1743.

(21) 前注 (20)° Gouzes の発言。なお前注 (15) 参照。

(22) 前注 (20)°。

(23) 前注 (20)°。

- (24) 前注(20)。
- (25) Perrot, *op. cit.*, n. 15, p. 805.
- (26) Perrot, *op. cit.*, n. 14, p. 805.
- (27) Chabas, *op. cit.*, p. 300.

六 三四条一項その他

ここでは、三四条一項の他、削除された原案三六条一項及び二項、三七条をみる。これらは、原案の段階ではいずれもその三六条に関わるものであったことから、便宜上一つの章で扱うことにする。即ち、九一年法三四条一項は、七二年法六条一項をそのまま踏襲して、アストラントと損害賠償の関係を否定するものであるが、原案にはこれに相当する規定はなく、代わりに、アストラントと損害賠償の関係について、原案三六条一項が清算されたアストラント金の損害賠償への充当を定めており、その後、この原案三六条一項が削除されると共に現在の三四条一項に当たる規定が挿入されるに至る。このように、九一年法三四条一項と原案三六条一項は、共にアストラントと損害賠償との関係を定めるものであるのみならず、とくに立法過程で表裏関係にあるものとして扱われている。また、三七条は、裁判を仮に執行できる旨定めるが、これは原案では三六条三項にあり、一項及び二項の削除に伴い、独立して一個の条文の形式をとるに至っている。このような事情から右の四つの条項の問題は形式的には一応ひとまとめにできる。が、翻って、内容の上では区別してみていくことが便宜であるので、以下では、まず三四条一項と削除された原案三六条一項を併せてみた上で(①)、削除された原案三六条二項(②)、三七条の順でみていく(③)。

(1) 三四条一項及び削除された原案三六条一項（アストラントと損害賠償の関係）

まず、九一年法三四条一項、立法過程で姿を消した九一年法の法案三六条一項の他、関連条文として七二年法六条一項の条文を掲げよう。

九一年法三四条一項 アストラントは損害賠償とは無関係である (indépendante)。

七二年法六条 アストラントは損害賠償とは無関係である。

原案三六条 (一項) アストラントとして債権者に支払われる金額 (sommés) は、不履行又は履行遅滞により彼に生じた損害を理由として彼が主張しうる (pourrait) 賠償の確定額に充当される (s'imputent sur le montant définitif de la réparation)。

まず、原案の提案理由であるが、これは既に前述(五)にて九一年法三六条一項に関する提案理由として引用した部分と重複するので、ここでは省略する。要約すると、原案は、七二年法六条一項のアストラントを損害賠償と無関係とする制度には弊害があるとし、その弊害として、債権者がアストラントと損害賠償のいずれも取得できることから、債権者に正当化しにくい利得が生じることになり、そのために裁判所は清算時にアストラントを著しく減額する傾向があり、これがアストラントの実効性の低下に繋がっていると指摘し、法案の三六条の一項更には二項も、このための対策と説明する。

国民議会では、委員会報告者は、まず原案三三条(現行三四条)に関する箇所、アストラントを損害賠償と無関係とする規定を挿入する修正案の提出を説明し、併せて原案の三六条の一項に触れている。

「注意すべきこととして、三三条は、アストラントの損害賠償に対する独立性 (caractère indépendante) を認める七二年法六条の規定を踏襲していないことがある。その理由は、三六条がアストラントを損害賠償額に充当するよう提案しており、それ

故にアストラントはこの独立性を失うことによる。

報告者は、三六条の規定は満足しうるものではないように思われるので、その廃止を提案することを強調したところ、委員会⁽²⁾は、その検討を三六条の後まで留保した後に、アストラントの損害賠償に対する独立性の原則を踏襲する修正案を採択した⁽³⁾。

なお、この報告から、アストラントと損害賠償との関係については委員会内部で議論があったようであること、原案三六条一項の削除はとくに報告者の見解のようであることが伺えよう。

また、委員会報告者は原案三六条に関し、とくに一項に関する政府の提案理由の趣旨を適宜要約した後に、次のように説明して三六条一項の削除を提案している。

「……三六条一項の規定は、アストラントの性質それ自体についてある種の混乱 (une certaine confusion) を持ち込まないかを問題にしうる。なぜならば、次の二つのうちどちらかであるからである (de deux choses l'une)。アストラントは判決の履行の態様 (modalité d'exécution du jugement) と考えられる。従って、これを賠償額に充当する必要はない。さもないければ、アストラントは債権者に生じた損害を賠償に供するもので、補償の性格 (caractère indemnitaire) を帯びる。その場合には、アストラントは実際には損害賠償に関連づけられることができる。さて、次のことには殆ど異論がないようである。アストラントは何よりもまず、履行を得るための、威嚇手段、私的刑罰である (avant tout une mesure comminatoire, une peine privée, tendant à obtenir l'exécution) こと、従って補償の目的を持つことができないこと。即ち、アストラントは債権者に生じた損害を賠償するものではなく、頑強な債務者を「罰する (punir)」ものである。故に損害賠償とは明確に区別されねばならない。従って、委員会は第一項の規定を廃止する報告者の修正案を採択した⁽³⁾」。

このように国民議会の Catala 報告は、原案三六条一項はアストラントの法的性質についての混乱を持ち込むものとし、アストラントは賠償手段ではなく威嚇手段・制裁とみるのが通説であるとし、理論的な面を強調して、削除を主張した。

国民議会では、報告者の二つの関連する修正案につき連続する形で審議がされた。まず原案三六条につき一項の削

除案が可決され、その後に保留されていた三三条につき一項を挿入する案の審議がされた。いずれについても反対意見そのものは全く提示されなかった。この審議では専ら、七二年法の起草者であったP. Mazeaudにより、アストラントと損害賠償の関連を認める原案に対する、激しい批判が繰り返されたにとどまる。Mazeaud 発言の一部を挙げておく。

「……私は政府に次のことを理解するように求めます。報告者の修正案を可決しないならば、アストラントの概念をあっさり廃止することになります。このアストラントの概念は、わが法の一部であり、破毀院の裁判を考慮して再導入されました。そのことはあなたが誰よりもよく御存じです、国賢尚書！アストラント概念と損害賠償概念をはっきり区別することは、その威嚇的性格を維持するために、重要なことです。民事訴訟法典に伴う全裁判が、これが全裁判官一致の欲求であることを示しています。故にアストラント概念の廃止は遺憾とすべきです」。

Mazeaud の見解は、アストラントの威嚇性ないし実効性確保のためには、損害賠償との区別が不可欠で、判例も同じ立場をとっておりこれに従うべきであるとの考え方に基づいているといえよう。原案の提案者たる政府は反論は全くせず、「委員会の名により Catala 女史により提示された意見並びに Mazeaud 氏の意見により納得しまして、修正案に賛成します」⁽⁵⁾と述べ、国民議会では、原案の三六条一項の削除と三三条の一項挿入が可決された。

一方、元老院では、原案三六条一項をそのまま復活させる二つの同一の修正案が、社会党系及び共産党系の議員からそれぞれ提出された。⁽⁶⁾修正案の提案理由は、次のように説明されている。「アストラントとして支払われた金銭が損害賠償の確定額に充当されないならば同時に、先刻お話しした原因なき利得（不当利得 *enrichissement sans cause*）が生じてしまいます。債権者の損害全体を計算する時にアストラントを損害に充当することは、全く当然のことのように思えます。フランス法では、全損害の賠償以上のものを求めることは誰もできないのです」⁽⁷⁾と。この修正案に対し、委員会は反対の意思を表示した。⁽⁸⁾委員会の意見に賛成する議員からは更に次のような意見が述べられている。

「私には何の矛盾もないように思われます。前提されるのは、当然のことながら、賠償の計算と同時にアストラントの清算が行われることです。従って、私が想像するに、裁判所は最終的な賠償額を宣言する場合に、ごく当然に、アストラントの額を考慮する又はしない——裁判所が望むように——ことになります。しかし、アストラントの概念を明快にする（clarifier）ためには、法案の中で、アストラントが損害賠償に充当されることを示すのは適当ではありません。改めて、衡平（équité）の理由から、異なるものを混ぜ合わせる（mélangeons des genres）ことになり、私には具合が悪いように思われます。国民議会により採用された文言（rédaction）の方が私にはより明快に思われます。裁判所はアストラントと損害賠償について同時に宣言するのですから、その規定の仕方は、私の同僚の配慮に応じるものと私は確信しています」⁽⁹⁾と。これに対し、修正案の提案者は次のように反論した。「正確には、私の意見では、二つは同時に行われるわけではありません。まさに最後に、全て履行されて決算（comptes）を行う場合に、履行遅滞のために債権者に支払うべき賠償が計算されます。この時点でアストラントの存在が確認されると、裁判官が計算をするのに、アストラントが損害賠償に充当されることを裁判官に指摘されます。これは全く当然のように思われます。⁽¹⁰⁾しかし、この修正案は可決されず、結局国民議会案が元老院でもそのまま支持されることになった。

以上の立法経緯をみると、九一年法がアストラントと損害賠償の関係につき七二年法を踏襲してその区別を維持した理由としては、国民議会の *Catala* 報告及び *P. Maceaud* の発言に示されるように⁽¹¹⁾、従来の判例通説の尊重、実質的にはアストラントの実効性の確保にあるとみるのがよいように思われる。原案三六条一項が予定したアストラント金の損害賠償への充当は、元老院の修正案提出者が強調するようにとりわけ債権者の利得の問題の対応策として支持される向きもあり、ひいては法案提案理由が述べたようにこれもまた実効性確保の策とも考えられていたようであるが、結局は、今日のアストラント理論との乖離が余りに大きいとの強い批判にあって、排斥されたとみることができよう。

(2) 削除された原案三六条二項（アストラント金の帰属）

次にアストラント金の一部を債権者以外に帰属せしめる原案三六条二項が削除されるまでの経緯をみておく。

原案三六条二項 裁判官はアストラントの一部が債権者に支払われないと定めることができる。この部分は社会政策国民基金 (fonds national d'action sociale) に帰する。

提案理由は、前述のように、七二年法六条一項のアストラントを損害賠償と無関係とする制度には弊害があるとし、三六条二項もその弊害除去の方策の一つとして位置付け、次のように説明している。

「最後に、行政上のアストラントに存在するものに倣って、清算されたアストラントの一部が債権者ではなく第三者に支払われることを定める。受益者としては社会政策基金とすることが時宜に思われる。これは、家族手当の金庫 (caisses d'allocations familiales) を介して、自己の債権が回収できない扶養料債権者 (créancier d'aliments) に援助を与えるものである」。

次に国民議会の委員会報告は、アストラントを損害賠償に充当する原案三六条一項の削除の提案に続けて、三六条二項については次のように述べて支持する。

「しかし、損害賠償に加えられる、高額のアストラントにより、債権者がしばしば過剰に利益を得るとの批判には無関心なままではない。こういう理由から、場合によっては (le cas échéant)、アストラントが全部債権者に支払われるわけではないことを認めることができる。この点から、三六条二項により提案された仕組みは、満足のいく解決を与えるもののように思われる。即ち、裁判官はアストラントの一部を社会政策国民基金に帰属させると定めることができる。社会政策国民基金という選択は、この組織 (organisme) の任務が、債権を回収できない扶養料債権者の援助であることから、説明できる。この革新的な規定は、既に存在している仕組みにヒントを得たものである (s'inspire)。例えば (comme)、行政事件のアストラントに適用さ

れる仕組みがある。行政事件において宣言されたアストラント及び公法人による判決の履行 (l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public) に関する一九八〇年七月一〇（ママ）日（訳注：一六日の誤り）の法律八〇一五三九号は、五条で、コンセイユデタは、アストラントの一部を、原告ではなく、地方公共団体設備基金 (fonds d'équipements des collectivités locales) に支払うと定めることができる、と規定している⁽¹³⁾。

このようにCatala報告は、原法案三六条一項の削除を求める一方、原案の提案理由の中で指摘された弊害に対する対応策を講じる必要性を認め、三六条二項をその対応策として支持する。国民議会はこの委員会案を何の議論もなくそのまま可決した。

ところが、元老院では、原案三六条二項に関する三つの修正案が提出された。このうち二つは同一で、この条項の削除を求めるものであり、そのうちの一つは委員会案で、他は共產党系議員の提案である⁽¹⁴⁾。また残る一つは、アストラント金の損害賠償への充当を定める原案三六条一項の復活を提案をした社会党系議員から提案されたもので、当初は、「確定的アストラントの全体額が支払われるべき損害賠償を超える場合には、裁判官はこの超過分に民事罰金の性格を認めることができる」であったところ、原案三六条一項の復活は認められなかったため、「裁判官はアストラントの一部が債権者に支払われないと定め、この部分に民事罰金の性格を認めることができる」に改められた⁽¹⁵⁾。

さて、アストラント金の一部の基金への帰属を認める原案三六条二項の削除を求める修正案の提案理由からみよう。委員会の提案理由は「この『異なるものの混ぜ合わせ (mélange de genres)』は適当 (opportun) ではないように思われた⁽¹⁶⁾」とされる。同一修正案を提案する別の議員の提案理由は次のようである。

「まず、我々が問題にするのは、アストラントの全部が債権者に支払われるか、そうではないかを定める裁判官の裁量権の正当性 (bien-fondé du pouvoir arbitraire) についてです。いかなる基礎に基づいてこのような裁判が行われ得るか？ いかなる要素が考慮されるか？ 続いて、我々は、アストラントの一部を社会政策国民基金に帰属させる意図の中に、何らかのデマゴギーがあるような疑いをもっています。Catala（ママ 訳注：Catalaの誤り）は報告書の七八頁で『社会政策国民基金の選択は

この組織が自己の債権を回収できない扶養料債権者の援助を任務としていることから説明される』としています。どうして、そしていかなる基準で——繰り返しますが——、裁判官は債権者から他の債権者のために金銭を奪う (retirer) ことができるのでしょうか？ 更に国璽尚書、この条文の第二項に定められたこの立場は「何人も代理人により訴えない (nul ne plaide par procureur)」という法謬に適用でしょうか？ 故に、我々の意見では首尾一貫しないこの規定の廃止を提案します⁽¹⁷⁾。

次に民事罰金化即ちアストラント金の一部を国庫に帰属させる修正案の提案理由をみる。「……我々の修正案は法案の起草を支配した精神を維持するものです。しかし、社会政策国民基金への支払——法案がそこでこれを持ち出したのはあまり適当とは思えません——に代えて、民事罰金を提案します。……」⁽¹⁸⁾。

委員会はこの民事罰金化の修正案に反対の意思を改めて示した。次に政府は「……これが採用されないと、債権者がみだりに利得を得るのを避けるために、裁判官が雀の涙ほどの僅かな額 (sommes dérisoires) でアストラントを清算するのを見続けることになります」と述べ、アストラント金の基金への帰属を認める規定の削除を求める修正案に反対した。更に政府は自らの立場は、上記の修正案よりも民事罰金化する修正案に近いとしながらも、国庫ではなく社会政策国民基金に帰属させる原案を擁護して次のように述べた。「……それでも、アストラントが損害賠償と無関係であることを考慮すると社会政策国民基金を予定することは悪いことではないように思われます。確かにこれは少し新しい機関 (institution) ですが、債権者については原因なき利得 (enrichissement sans cause) が問題になるため取得させるべきではないことがわかつている金銭を、その機関に支払うことを裁判官に許さないのはなぜでしょうか」⁽²⁰⁾。これに対し、民事罰金化の修正案の提案者は、政府案がアストラント金の取得者を国庫でなく社会政策国民基金とすることにつき強く批判し、次のように述べた。

「……債務者が損害とアストラントを支払うことを望み——これはあなたがたが決めたことです——、債権者に原因なき利得が生じないように望むならば、アストラントの少なくとも一部を民事罰金にするのです。こうして債務者

の懲罰 (punition) は国庫に『入る (tomber)』のです。国がより直接的に社会政策国民基金の援助を欲するならばそうすればいいのです。私には民事罰金以外の概念に頼ろうとする理由がわかりません⁽²¹⁾。その後、委員会案に対する賛成意見として、次のような発言がある。

「……アストラントに関する法文は今晚まだ十分に練り上がってはいないでしょう「大臣が同意する」。……（中略）……私は Dreyfus-Schmidt（訳注：民事罰金案の提案者）に、裁判官が定める以上は、これは決して原因なき利得（不当利得 enrichment sans cause）にはならないことを、明らかにしなければなりません。これはおそらく、裁判官が不正を犯しうる（commettre une injustice）かぎりには、不正な利得（enrichissement injuste）でしょう。このアストラントの行方についてより明確な見地（une vue plus précise du sort qui sera fait à cette astreinte）を持つべきでしょう。現時点では社会政策基金はよい解決とは思えません。この基金は確かに存続するでしょうが、おそらく永続的に存続するわけではないでしょう。その時には再び立法者に問題にされねば（revenir devant le législateur）ならないでしょう。アストラントが民事罰金の性格を有すると我々が決めることができるかについて、今晚は確信がありません。故に、法案⁽²²⁾の往復（navette）時にアストラントに関する規定が丁重であるためには、法務委員会の修正案に投票するのが賢明です」。

最後に政府は民事罰金化の案が最善との発言をしたが、結局は原案三六条二項を削除する修正案が可決され、民事罰金化の案は排斥された。更にこの元老院案は国民議会の第二読会でそのまま可決され、結局、アストラント金の取扱に関する案はいずれも削除された。こうして、アストラント金の帰属につき特別な規定は設けられず、結局七二年法を踏襲してアストラント金の全部が債権者に取得されることになった。

以上の立法経緯をみると、原案三六条二項が排斥された理由は、一つには、原案が提案した方法が折衷的で不徹底、更には不明瞭と評価されたことにあるとみてよいであろう⁽²³⁾。これを委員会は「異なるものの混ぜ合わせ」と評して一部を債権者に残余を基金に分配する折衷的な方式を批判したのであるうし、修正案を提案した議員が指摘するように、何を基準にしてアストラント金の配分を定めるか、裁判官の裁量に全面的に委ねてよいか、とくにアストラント金は

何ゆえに社会政策国民基金に帰属するかなど、不明瞭な点が少なくなかったことが、この法案の可決を妨げたとみられよう。しかし、それだけではなく、元老院の採決間際の委員会意見に賛成する議員の発言にみられるように、アストラント金の帰属につき未だ解決の基本的な方針が定まっていなかったことが、この法案の可決を妨げる大きな要因となっていたように思われる。債権者が損害賠償の他にアストラントにより利益を得ることは、裁判によるものであるから厳密には原因なき利得 (enrichissement sans cause) いわゆる不当利得に当たるとはいえないまでも、衡平性を害するようみえ、これが実効性の低下を齎すとの問題意識⁽²⁴⁾はかなり強まっていたようにも伺われるが、結論を出すには時期尚早との判断が議会を支配した感が強い。このようにアストラントによる債権者の利得をめぐる問題⁽²⁵⁾は、依然として残されたままであり、これが現実には大きな問題になっている事情に鑑みると、九一年法がなお大きな未解決の問題を抱えたままの立法であることが指摘できる。⁽²⁶⁾

なお、原案三六条一項及び二項に関する審議のなかで現れたアストラント金の取扱の方法を整理すると、次のようになろう。まず原案は、損害賠償への充当と、一部を社会政策基金に帰属させるものであるが、同じく損害賠償への充当と、更に確定的アストラントにつき損害賠償を超える場合の超過分を国庫に入れるつまり民事罰金とするものがある(社会党系議員案)。損害賠償への充当のみを予定するものもある(共産党系議員案)。更に、損害賠償への充当を予定しないで、一部を社会政策基金に帰属させるもの(国民議会案)、損害賠償への充当を予定しないで、一部を国庫に帰属させるもの(社会党議員案修正案)、損害賠償への充当も債権者以外に帰属させることも予定しないもの(九一年法)がある。原案はこのうち債権者の利得が大きく制限される方のもので、それに対して九一年法は最も緩やかなものといえる。日本の間接強制は、民事執行法一七二条四項により、債権者は間接強制金の支払があった場合に、損害額が支払額を超えるときは、その超過額につき損害賠償を請求することを妨げられないと定めるので、上記のうちでは、損害賠償への充当のみを予定するものに近いと考えられよう。アストラントと照らしあわせると、債権者の

利得の点では問題は相対的には少なくなるが、払拭されるわけではないし、損害賠償との関係、実効性の点ではより問題になる余地があるということができようか。

(3) 三七条（仮の執行）

九一年法三七条は次のように定める。

裁判官の裁判は法律上当然に仮に執行である（La décision du juge est exécutoire de plein droit par provision）。

さてこれは、原案三六条の三項に当たる。原案三六条については、上述のように一項及び二項が華々しく議論されたのに対し、三項はあたかもその蔭に隠れるかのようにして、説明も議論も全くなしに、そのまま可決されている。本稿は立法過程を明らかにすることが目的であるので、ここでは三七条の立法趣旨は不明であることを指摘するにとどめる。同条に関しては、関連条文として適用デクレ五三⁽²⁾条があるが、これについては別稿に譲る。

- (1) Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 16 et 17.
- (2) Rapp. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 75.
- (3) Rapp. Catala, n. 1202, p. 76 et 77. 同報告書の別の箇所でも「アストラントは履行を強制するための威嚇手段（mesure comminatoire）」と「これを賠償手段（mesure réparatrice）と考えるのは、理論的に、困難なように思われる」²⁵（op. cit., p. 22）。
- (4) JO AN [CR] 3 avril 1990, p. 52.
- (5) JO AN [CR] 3 avril 1990, p. 53.
- (6) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 844. この修正案は、Dreyfus-Schmidt 社会主義グループ及びその会派に属する議員（les membres du groupe socialiste et apparentés）と、Lederman、Pagès、Mme Fraysse-Cazalis 及び共

- 産主義グループ及びその会派に属する議員 (les membres du groupe communiste et apparentés) によるもので、第一項の前に次の項を挿入するものである。「アストラントとして債権者に支払われる金額は、不履行又は履行遅滞により彼に生じた損害を理由として彼が主張しうる賠償の確定額に充当される」。
- (7) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845. Dreyfus-Schmidt の発言。なおこの案の提案理由は Pagès により説明されているが、形式的な説明にはなる。
- (8) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845. 委員会報告者 Thyraud の発言参照。
- (9) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845. Rudloff の発言。
- (10) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845. Dreyfus-Schmidt の発言。
- (11) なお Chabas, op. cit., p.299 は「伝統 (classicisme) の回復はもとより Mme Catala や M. P. Mazeaud の精力的なとりなし (intervention) のおかげである」といふ。
- (12) Projet de loi, n. 888, p. 17.
- (13) Rapp. Catala, n. 1202, p. 78.
- (14) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845. なお共産党系議員には「正確には Lederman' Pagès' Mme Frayssé-Cazalis 及び共産主義グループ及びその会派に属する議員 (les membres du groupe communiste et apparentés) のことである」。
- (15) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845 の議院発言及び p. 846 の Dreyfus-Schmidt の発言。
- (16) Rapp. Thyraud, n. 721, p. 51.
- (17) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 845. Pagès の発言。
- (18) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 846. Dreyfus-Schmidt の発言。
- (19) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 846. Thyraud の発言。
- (20) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 846. Arpailange の発言。
- (21) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 847. Dreyfus-Schmidt の発言。
- (22) JO S [CR] 15 mai 1990, p. 847. Rudloff の発言。
- (23) R. Perrot, *Astreinte, Ses aspects nouveaux*, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr., n. 17, p. 806 は「この折衷的な解決方法により、債務者は不服従を高額を以て支払うことになる、債権者は濫りに利得するということにならなくなる、裁判官は宣言したアストラントを過剰に緩和する気にならなくなる」という。しかし「E. Rusquec. *Astreinte*, Introduction, Juris-

Classeur, proc. civ., Fasc. 2120, n. 42, p. 6 は「提案された二分するやり方 (dichotomie) は、債権者がアストラントの一部を得る限りで、矛盾を回避しているものではない」と指摘する。

(24) アストラントによる債権者の利得が不当な理由としては、衡平性、実効性の他に、制度目的との論理的整合性の欠如が挙げられる。Perrot, op. cit., n. 16, p. 806 は「アストラントの正当化根拠は裁判官の権威の尊重に求められ、それは正当であるにしても、「じゅうじゅう制度」は、裁判官の尊重 (respectibilité) はもはや口実 (paravent ostentatoire) にすぎない」という。

(25) R. Perrot, op. cit., n. 10 et 16, p. 804 et 806 は「一九九一年五月一九日の破毀院判決が、アストラントにつき清算の時点から法定利息を生じることを認める故に、債権者は損害賠償・アストラントの他に更にアストラント金の支払の遅滞の場合に法定利息も取得することになることを強調する。この点を鑑みると、債権者の利得の問題はより深刻化するおそれがある」。

(26) 債権者の利得の問題が残るじゅうじゅう F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992, chron., p.300; Perrot, op. cit., n. 16 et 17, p.805 et 806; Rusquec, op. cit., n.42 et 43, p.6; H.Croze, La loi n.91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée, JCP 1992, I, 3555, note (81), p. 68. なお、原案二六条二項に関して、Perrot, op. cit., n. 17, p. 806 は利点を強調し(前注(23)参照)、明らかではないが、反対した元老院に批判的にみえる。Chabas, op. cit., p. 300 は「九一年法が採用しなかったことを遺憾と明言する。Rusquec, op. cit., n.42 et 43, p.6 は問題点を指摘する(前注(23)参照)一方で、民事罰金化を提言する。これに対し、E. Blanc, Les nouvelles procédures d'exécution, 2e éd. 1994, p. 66 は次のように述べて「元老院の立場を支持する」。

「我々は三四条の注釈に際し、確定的アストラントは私的刑罰 (peine privée) に匹敵し得ること及び債権者の利益はとりわけ原因なき利得 (enrichissement sans cause) に見えらるることを明らかにした」。

しかし、行政手続 (procédure administrative) と私法原則 (principes de droit privé) の間にはやはり大きな差異が存在する。もちろん債権者は債務者を犠牲性にしてある種の補充的な利益を実現するのであるが、それでもなお確かなことには、債権者が相手方の抵抗を打ち破るためにかなりの障害を乗り越えねばならない。この相手方は、しばしば怨恨や害意のあまりに起された訴訟を行った後 (après avoir conduit un procès souvent dicté par le ressentiment ou la mauvaise foi)、裁判の履行においてなお根強い不当な抵抗を以て対抗するのである」。

故に元老院が断固たる立場を採った (ferme dans sa doctrine) ことは正当であるように思われる。たとえ債権者の懷から国家の物乞いの腕 (sébille de l'éta) の施 (transfert philanthropique) を認めるためにすぎないにしても、あまりに多額の分与を執行裁判官が欲することをおそらく元老院は回避したのである」。なお Chabas 及び Blanc の見解については山本・前掲「フランス司法見聞録 (22)」三九頁注 (35) 参照。

(27) 条文は次のようである。(一)項「その清算の前には、アストラントに対する強制執行手段 (mesure d'exécution forcée) を行うことができない」。(二)項「まだ清算されていないアストラントを命じる裁判は、清算の権限を有する (compétent) 裁判官により仮に算定される金額 (somme) について保全手段 (mesure conservatoire) を行うことを可能にする」。

結びに代えて

以上で紙幅が大幅に超過してしまい、ここで詳しい総括をする余裕はない。アストラントに関する九一年法による改正点の整理及び傾向ないし特徴については、適用デクレも考察の対象に含めて、別稿で言及したので、これを参照されたい。

最後に指摘しておきたいことは、今回のアストラントの改正において、立法の成果として現れた改正点と立法過程における争点は、一致しているわけではないことである。また、立法過程の議論が、立法の成果の上には現れてこないアストラントの問題状況の一面を示唆すること、更にその点を考慮すると、アストラントの動向につきな今後考察が必要と思われることである。若干敷衍すると次のようである。改正点というるのは、宣言の管轄につき、他の裁判所の裁判にアストラントを付す場合に限ってはあがあるが、執行裁判官を原則としたこと (二三条二項)、清算の管轄については、宣言の場合のような限定なくして全面的に、執行裁判官を原則としたこと (三五条)、確定的アストラントを制限したこと即ち、仮定的アストラントを経ないで確定的アストラントを用いることを禁じ、確定的アスト

ラントに期間制限を義務づけたこと（三四条三項）、仮定的アストラントの清算の基準を債務者の「態度」と「履行するに遭遇した困難」として明定したこと（三六条一項）、不履行が不可抗力など外来的原因による場合にアストラントは全部又は一部廃止されるところ（三六条三項）、仮に執行できることを明文化したこと（三七条）である。この他、アストラントを執行手続法の枠内に位置付けたことも注目できる。一方、立法過程からみると、修正案が提出され議論が活発に行われたのは、確定的アストラントの制限（三四条三項）、不可抗力の場合の扱い（三六条三項）、アストラント金の扱い（三四条一項・原案三六条一項及び二項）であったことがわかる。確定的アストラントの制限は、原案の段階から改正の柱の一つとされており、いわば立法の成果と過程が一応なりとも対応するものといえる。不可抗力の場合の扱いは、成果をみるだけでは必ずしも変更が明らかではないといえようが、立法過程ではかなりの議論があったものである。アストラント金の扱いに至っては、立法の成果のみを眺めるとみえない問題点といえよう。更に、立法過程の議論をみると、この最後の問題がとくに実際に深刻化していることが伺えるし、今回の立法ではこの問題が未解決のままに終わったとみることができよう。この点を鑑みると、アストラント金の取扱について最終的に立法による解決が必要か否かは別としても、今後の動向になお注意を要すると思う。この問題は日本の間接強制にも無縁なものではないことを考えると、一層である。