

## 仏法におけるアストラントについて(二)

萩 大 輔

ハ *astreinte définitive* ・ 確定的アストラント

(1) *astreinte non comminatoire* ・ 非威嚇的アストラントともいふ。これらの語は *astreinte dommages-intérêts* ・ 損害賠償のアストラントをも含む広い意味で使われることもあり、Fréjaville は *astrieute dommages-intérêts* と區別する意味で *astreinte peine privée* ・ 私的罰金のアストラントといふ。<sup>(七五)</sup> この狭い意味の *astreinte définitive* とは、債務者の意思をもつとも効果的に拘束する目的を持って、*astreinte comminatoire* において、その金額が損害に関係なく任意に定め得る点と、*astreinte dommages-intérêts* において、その金額が非改訂で確定的である点の二つの特徴を組み併せたものである。これは、近年家屋明渡しの執行について、直接強制が行政当局の非協力のため阻害されるのに鑑み、下級審が生み出したものであり、一部の学説の強い支持を得た。<sup>(七五)</sup>

例えば、ポンレベック民事裁判所の一九四二年二月一〇日の判決は次のようにいう。「本件の場合、アストラントは、効果的であるために、単に威嚇(*menace*)であるに止まらず、罰(*amende*) (*peine*) でなければならぬ。しかし当事者の要求する日に三〇〇フランは高いから、当事者に不当利得を与えないようその額を修正するのを可と認める。よって、被告は、

与えられた期限の満了時から、日に七五フランのアストラントの下に、彼が不法に占拠している家を原告の自由な処理に置かねばならない。このアストラントは威嚇的なものでない。それは原告の利益のために確定的な宣言である。但し持続期間は三ヶ月。<sup>(七六)</sup>

又、ブーズィエール民事裁判所の急速審理裁判官<sup>(七五)</sup>は一九四八年三月一六日の裁判で次のようにいう。「被告はその占有する原告の部屋をこの命令の送達後八日内に立退かねばならぬ。この期限を過ぎて二カ月間は遅延日毎に一〇〇フランの *astreinte non comminatoire* を宣告する。この宣告は取消することができない。」<sup>(七七)</sup>

(2) この宣告が確定的なものである限り、それは仮執行が許される。

又、減額が不可能な反面、「増額」は可能とされる。例えば *Meurisse* は「裁判官は一月二月三月と持続期間を定める。それから先の将来において増額することは裁判官に少しも禁じられていない。」<sup>(七八)</sup> 増額を認める判例もある。<sup>(七九)</sup>

(3) 確定的アストラントは威嚇的アストラントと同じく損害と無関係にその額が定められるが、他方それが確定的である点、成文なくして刑罰なしの原則の侵犯である、或は、債権者に不当利得を与えるものであるという非難がなされる。<sup>(八〇)</sup>

## 二 *astreinte légale*・法律上のアストラント

多数の立法が、民事上行政上或は刑事上<sup>(八一)</sup>、履行の遅延に應じ、或は、違反毎に繰返される金銭上の宣言を規定し、その作用がアストラントに類似し、又アストラントという語が法文中に使用されることが多いので、これ等のものを、*astreinte judiciaire*・裁判上のアストラント(本来のアストラントをさす)に対応させて、*astreinte légale*・法律上のアストラントと呼ぶ。それ等はアストラントの一般原則が適用され難い場合のためのものである。<sup>(八二)</sup> 従って、それ等のものは、ほとんど常に真のアストラントとは何等かの異った性質を持ち、各個にまちまちの特徴を示す。例えば、(1)あるものは法の一般規定の適用を確保するためのもので特定の債権者がいない、<sup>(八三)</sup>(2)あるものはその金が国庫に帰属する、(3)あるものはその宣言を俟たずしてそれが義務づけられている、(4)あるものはそれを宣言すると否との任意性がない、(5)又あるものはその金額が法定され或

は確定的であり非改訂である、という風に。故に、それ等を一括して統一した原則の下に置くことができず、*astreinte légale* は確定的な法律上の一つの範疇を構成しないといわれる。<sup>(八四)</sup>

## 2 アストラントの手続

### イ *condamnation à l'astreinte* ・アストラントの宣言

(1) アストラントは主たる債務を確認する判決と一緒に宣言することもできるし、又後から別個に又數度に亘って宣言することもできる。<sup>(八五)</sup>

(2) アストラントは損害賠償ではない、特に、それは命令権に基づく、という前提に立てば、その管轄権は当然広く認めらるべきである。判例はすべての司法裁判所にアストラントを発する権限を認める。*Juge de référés* ・急速審理裁判官についても、破毀院は且つては反対の意を表明したが、最近これを取消した。<sup>(八六)</sup> *Conseil d'Etat* は、行政裁判所について、アストラントを発することを認めない。<sup>(八八)</sup> 又、控訴審で始めて宣言しても仏民法八六四条(新たな請求の禁止)に反しない。<sup>(八九)</sup> 又、仏民法四四二条が商事裁判所にその判決の執行を禁じるにも不拘、アストラントを発することは認められている。<sup>(九〇)</sup> のも、アストラントは執行の方法ではないとする見解から当然肯定される。

(3) 又、アストラントの基礎を裁判所の命令権に求めれば、それが職権で発し得ることは当然の帰結となる。<sup>(九一)</sup> 判例も認めている。例えば破毀院一八七八年三月一八日判決(ボーフルモン事件)は、申立なくして損害賠償を宣言したという上告理由に対して、「裁判官自身も判決の履行を確保する権限を持つ」という。<sup>(九二)</sup>

### ロ *Liquidation de l'astreinte* ・アストラントの確定・清算

(1) 債務者が履行するか、或は債務の不履行が絶対的となれば、アストラントは確定的に清算され、多くの場合その額は減額される。これは当初からのアストラント制度の要請であった。しかし、*Kaysers* によると、<sup>(九三)</sup> 「最初はアストラントの宣言だけで債務者の履行を得るに充分であったから、清算はあまり問題にならなかった。最近になり、アストラントの

宣言の無力さが認識され、その威嚇力がおとろえるに従って、liquidation・清算の要求が多くなった。その時、人ははじめこの清算の性質が極めて不確定のものであることに気がついた。」という。つまり、清算に際し、何を基準としてその額を確定するかという問題である。「PlaniolとRipert」は次のようにいう。「清算の時が来れば、アストラントは存在理由を失い消滅する。後に存続するものは遅延或は填補賠償だけである。その際、単に金額が改訂されるのではなく、アストラントに損害賠償がとって代るのである。」と。これは伝統的な判例通説の立場を表明している。<sup>(九五)</sup>しかし、これに対して、学説の中には別の考え方ががある。即ち、アストラントは本来損害賠償とは別個のものであり、従って清算後も損害賠償と別個の存在を保つべきだ。故に、清算に当って、アストラントと損害賠償を加算し、当初より高い額に確定することができる、とするものである。<sup>(九六)</sup>破毀院判例も又アストラントと損害賠償の加算を認めるものがある。<sup>(九七)</sup>Frévilleは、これを、アストラントは清算に際して損害賠償にtransformするか否かの問題と<sup>(九八)</sup>い、Kaysarはliquidation(清算)かrevision(改訂)かの問題として表現する。<sup>(九九)</sup>Frévilleは判例を詳細に検討した結果、アストラント一五〇年の慣行の後尚この問題は未解決である<sup>(一〇〇)</sup>という。アストラントの効果の上からは、アストラントは清算後もなお残るとする方が望ましいことは当然である。アストラントは清算によって消滅し、後には損害賠償しか残らないというのであれば、Frévilleのいう通り、それは陽炎のいちでしかない。<sup>(一〇一)</sup>しかし、他方、これはastreinte définitive・確定的アストラントを認める考え方に<sup>(一〇二)</sup>連り、確定的アストラントに対して与えられる非難がこれにも向けられることになる。現行の司法の慣行が、伝統的な立場により、正面から清算後のアストラントを認めることを避け、できるだけ損害賠償の額を大きく評価することによって、その効果を補なおうとしている、<sup>(一〇三)</sup>ということは、以上のデレンマをさける妥協であると思われる。

(2) 尚、清算に関する見解は、清算の管轄裁判所を定める基準となる。清算が単に損害賠償の宣言であるという見解に立てば、アストラントを宣言し得る裁判所がすべて清算の権限をもつとはいえない。判例・通説はこの見解に立つ。<sup>(一〇四)</sup>

(3) liquidation provisoire ・ 仮の清算について。Jean Savatier はアストラントを効果あらしめる方法として liquidation avant exécution de décision (裁判の履行前の清算) を説く。<sup>(105)</sup> かような清算を liquidation provisoire ・ 仮の清算ともいふ、その実質は provisoire ・ 仮ではなく、部分的に確定した清算であるとされる。<sup>(106)</sup> 一九四九年七月二日の法律はかような仮の清算を禁じたとする学説、判例もあるが、<sup>(107)</sup> Savatier は否定する。<sup>(108)</sup>

ハ exécution de l'astreinte ・ アストラントの執行

アストラントが一旦清算されると(それが所謂仮の清算であっても)、それを債務名義として、差押等の強制執行をなし得るのは当然である。問題は債務者が未履行で未だ清算がなされない前に、astreinte comminatoire ・ 威嚇的アストラントを宣言した裁判を直接に債務名義として執行し、その金額を取立て得るかということである。これは後で述べる。

3 アストラントの適用

イ 適用を受ける義務の範囲

(1) 判例はアストラントの適用範囲を次第に拡張、今日、アストラントの適用を受ける義務の範囲は非常に広<sup>(109)</sup>い。効果と便宜に関する考慮を除いて、その適用を制限する何等の法理上の原則は存在しない。<sup>(110)</sup>

財産法上の義務、身分法上の義務を問わず、契約に基づく義務、法定の義務、不法行為責任の別なく、又、仏民法にいう donner ・ 供与の債務、faire ・ 作為の債務、ne pas faire ・ 不作為の債務の何れであれ、アストラントは適用される。又、国、公共団体に対してもアストラントを宣言することができる。

(2) Donner ・ 供与の債務は、所有権の移転を目的とする債務と解され、しかも所有権の移転は原則として「契約当事者の単なる承諾」(仏民法一一三八条)によって完成するから、その限りでは執行の介入する余地はない。しかし、債務の目的物が種類物である時は引渡しによつてはじめて履行されると解されるから、その場合アストラント介入の余地がある。<sup>(111)</sup>

(3) 金銭債務（供与債務の一種）について。破毀院は一九一八年一〇月二八日の判決で、金銭債務の支払遅延については、法定利息の支払の宣言しかなし得ないとして、アストラントの適用を否定した。しかし、これは、アストラントを依然として損害賠償視するものであるとし、<sup>(一一三)</sup>或は仏民法一五三条四項が悪意の債務者に対しては遅延利息と別個の損害賠償を認める事を無視するものとして、<sup>(一一四)</sup>学説上非難するものが多かった。<sup>(一一五)</sup>

この破毀院の趣旨は、その他の裁判所によっても必ずしも守られなかったが、最近、商事部一九五六年四月一七日の判決によって、破毀院は、アストラントは仮的手段 (*mesure provisoire*) にすぎないとして、前の判例を改めた。

(4) *faire*・作為債務は「すべてアストラントの分野」<sup>(一一七)</sup> (*le domaine par excellence de l'astreinte*) 或は「選ばれたアストラントの分野」<sup>(一一七)</sup> (*le domaine d'élection de l'astreinte*) とごわれ、アストラントの最も多彩な適用が見られる。例えば物、文書等の引渡義務 (*donner*・供与の債務に附随するもの、独立のものを含めて)、<sup>(一一八)</sup>家屋の明渡義務、仕事の遂行、完成義務 (代替、不代替を問わず)、<sup>(一一九)</sup>法律行為の義務 (特に *contrat solennel* の場合) 等。

(5) *ne pas faire*・不作為の債務についても、一回的不作為義務は別として、<sup>(一二〇)</sup>作為義務同様、アストラントの適用が認められている。例えば、ある劇場に出演しない俳優の義務、不正競争禁止義務等。但し、この分野では、*astreinte dommages-intérêts*・損害賠償のアストラント (即ち、非改訂の確定的損害賠償の宣言) であることが多いといわれる。

(6) 家族法、身分法の分野について。

この分野においても、アストラントは、むしろ直接強制のスキヤンダル<sup>(一二一)</sup>を避ける意味で好ましいとされ、よく利用された。例えば、妻の家庭に戻る義務、子供を監護者の手に引渡す義務、或は、別居中の妻に子供に対する悪影響をさけるためその恋人と同棲させないようにするため、<sup>(一二二)</sup>等。しかし、今日では、特別制裁規定<sup>(一二三)</sup>ができた事等のため、その理論的可能性にも不<sup>(一二四)</sup>拘、あまり利用されなくなった。

(7) 制限。債務の性質・状況から来る制約はある。

(i) 不可能、不道徳、不法な義務についてはアストラントを適用できない。但し、債務者の単なる履行拒否は、勿論、強制執行、アストラントを妨げない。

(ii) その適用が債務者の人格を犯し、過度に自由を奪うものにはアストラントは許されない。

(iii) 芸術家の義務にもアストラントは適用されない。

一八六五年七月四日のパリ控訴院判決(ローザ・ボナール事件)は、画家の作品完成義務についてアストラントを否定した。又更に、完成した作品の引渡し義務についても、自発的に履行される以外、強制の方法はないとされる。<sup>(二四)</sup>

ロ 他の執行方法に対して例外的、補助的でない。

(1) アストラントは他の執行方法に対して例外的、補助的であるか、の問題について、判例は全く否定の態度を示している。<sup>(二五)</sup>

(i) アストラントは直接強制が可能の場合でも使用できる。同一の判決で両者が同時に宣言されることもある。<sup>(二五)</sup>

(ii) 代替執行(仏民法一一四四条)が可能の場合でもよい。<sup>(二六)</sup>

(iii) 不作為義務違反の障害物除去の代替執行が可能の場合もアストラントは許される。両者を併料している判例もある。破毀院審理部の一九〇〇年二月六日判決(Durand 对 Doranden 事件)によると次のようである。一審判決が「判決の送達後五日以内に壁をこわせ。期限内に履行しない時、原告に代替執行を授權し、且被告は、その費用と遅延日毎に三〇フランの損害賠償を支払え。」と命じた。被告は、過失・損害の立証なしに、費用の外に三〇フランの支払を命じたのは不法であると上告したが、破毀院はこれは費用の supplément (追加)でもなく、過失による損害賠償でもない。アストラントであるとして、これを斥けた。

(2) 学説の大勢は「Planiol と Ripert」の次の叙述が代表しているように思える。<sup>(二七)</sup>曰く「直接強制が可能な時はア

ストラントは排除されるか、一見そう思える。force public (公権力) に訴えて、欲する結果をより直接に、より普通に獲得できれば、アストラントの効用はないように見える。裁判所は、しかし、その時でも屢々にアストラントを用いる。便宜性の考慮がアストラントを推せんからである。直接強制の手段は極端で、複雑で、債務者にとってやや不名誉であり、屢々こっけいで、或は持続する効果がない。先づ債務者自らの義務の履行を得ることを試みるのが屢々より簡単である。債権者は何も不利な事はない。何故なら、もしアストラントが効果がないとわかれば、彼は任意に直接強制に訴えることができるから。事実審の裁判官は、債権者の要求があった場合、果してアストラントを用いるのが有用か、最も便宜な forme (方式) は何かを決定する専権を持っている。<sup>(二二〇)</sup>

ハ 金 額

(1) 威嚇的アストラントの金額は債務の履行を強制する目的で、損害賠償と無関係に高く定められる。その際、その目的からいって、債務者の抵抗の度合、債務者の財産、及び係争利益の三つの要素が斟酌さるべきだが、<sup>(二二五)</sup>損害賠償と異り、その額を決定するについて何等理由を附する必要がなく、自由に定めることができる。<sup>(二二〇)</sup>従って最高額の制限はなく、むしろ無限に増大する可能性がアストラントの効用を保証する所以であるとされた。

高額判例の例

- (i) 破産院一八七八年三月一八日。公爵夫人が娘を夫に引渡す義務につき、日に千フラン。
  - (ii) 破産院一八九七年一月一日。電気会社がパリの大きなホテルに電気を供給すべき義務について、日に一万フラン。
  - (iii) セーヌ民事裁判所一九四七年四月二日。家屋明渡事件につき、最初の三〇日間一万フラン、次の三〇日間二万フラン。
  - (iv) マルセーユ民事裁判所一九四七年一月一三日。家屋明渡事件、日に四万フラン、一月間。
- (2) しかし、最近の例では、屢々、短い durée (持続期間・適用期間) が定められ、そこに一応の限度が認められる

場合が多くなった。又、Fréjaville は、その理論的立場から、アストラントの額に制限を認むべきことを主張する。彼の趣旨は次の通りである。「アストラントは厳格に（重く）計算された損害賠償の警告（avertissement）である。従って、アストラントの金額は損害賠償の総体の額の内止めらるべきである。しかし、損害賠償の評価の中には、債務者の抵抗等は充分斟酌されるのだから、実質はあまり変らないであろう。問題は過度の（excessive）アストラントだ。法外な（démessuré）アストラントを発し、必然的に相当な減額或は取消しを招来する実務の慣行は放擲することが望ましい。もし、アストラントを効果あらしめようと欲するなら、アストラントが後からも維持される事が必要である。従って、当初から可能な損害額に応じたものであらねばならない」と。

(3) 尚、治安判事（現在では *juge de tribunal d'instance* ・小審裁判所判事）はその取扱う事件について金額の制限があるから、その発するアストラントも制限を受けるか、については、受けるとする判例があり、Fréjaville はこれに賛意を表するが、Kaysers は、アストラントは損害賠償でないから、これはあてはまらないとする。

### III アストラントの現代的問題

#### 1 *Le déclin de la formule exécutoire* ・執行方式の衰退

(1) 執行方式とは判決等の債務各義の末尾に記載される文言で、執行吏に執行を実施すべき事検事に執行を監視すべき事、及び *force public*（警察官等をいう）に執行に協力すべき事を命ずるものである。

*Calbairac* は次のようにいう。「一九三五年頃より判決の進行性麻痺が始った。経済危機、住宅難がその理由とされた。職工によって工場を占拠された工場主は *juge de référé* の立退命令を得ても、その執行につき警察力の協力を得ることができなかった。不当な公用徴収についての裁判についても同様であった。一九三六年六月六日の司法大臣通達によると、検事に、立退（*expulsion*）、差押（*saisie*）、執行（*exécution*）について適當と思われる緩和方法を構ずるよう命じた。これは事

後の和解手續 (procédure de conciliation a posteriori) のようなものであった。又、それは執行吏が警察の協力を得るための検事のビザ (visa) ・承認<sup>(四〇)</sup> (検印) のようなものであった。一九四一年二月二二日の通達は、これを修正して、執行吏は、法律的に錯雑した場合 (situation juridique confuse) を除き、原則として、判決の執行について検事の承認を必要としな<sup>(四一)</sup>い、といった。しかし、次の困難が生じた。それは、警察の協力を得るための知事の承認 (visa de la préfecture) である。これは、裁判の執行について警察力を行使する行政当局 (autorité administrative) は公けの秩序 (ordre public) を保つ責任があるから、強制執行の重大なトラブルを起す危険がある例外的な場合は、警察力 (force public) の介入を延期することができる、という行政裁判所の判例 (Conseil d'Etat, arrêt Couiteas) に由来するものである。知事は、執行吏に警察力を使用させた責任をとる事を欲しなかった。彼の承認の基準はまちまちであった。これは権力分立の混乱である。執行方式を具えたものは執行されるという原則は知事の承認 (visa) によって例外となり、例外であるべき行政当局の執行異議が知事の承認により原則となって終った。司法大臣 (le garde des sceaux ・ 国爾尚書) は、家屋の立退を命ずる裁判について、行政当局による警察力の協力拒否のため、何等の効果をも持たないものの数が多い事を内務大臣に注意を促した。内務大臣は、一九四七年一月二〇日の通達で、判決の執行が原則であり、立退判決の実現が公けの秩序に重大なトラブルを齎す時に限り、例外的にしか延期することはできない、といった。しかし、この通達が守られているか疑しい。」と。

(2) かような度重なる執行方式の衰退に直面して、裁判所の採った方策は、アストラントを、従来の伝統的な原則から脱却して、より効果的な方法で用いることであつた。<sup>(四二)</sup>

## 2 juge de référé ・ 急速審理裁判官による宣告

(1) référé とは、緊急を要する事件等について、仏民訴法八〇六条以下により認められる第一審の (大審裁判所の)<sup>(四三)</sup> 裁判所長による迅速簡易な審判手續である。

référé の裁判官がアストラントを発することができるかについては、過去における判例、通説とも否定的であつた。<sup>(四四)</sup> その理

由とする所は、*référé* の裁判は本案の裁判を妨げず、とする仏民法八〇九条違反である。そうして、この否定論は、アストラントは損害賠償である、という前提から導かれたものであった。

しかし、エスマーン以後、学説、判例はアストラントを損害賠償から明瞭に区別するようになり、又、近年迅速で安価な *référé* に持込まれる家屋明渡し事件の数が増加し、他方、裁判の直接強制が行政当局の非協力によって困難になるにつれて *référé* 裁判官によるアストラントの必要性は益々増大した。従って、近年の判例では、*référé* の権限は命令権であるとし、<sup>(一四九)</sup> 仏民法一〇三六条を根拠として、*référé* によるアストラントの宣言を認めるものが多く、<sup>(一五〇)</sup> 又、破産院も民事部一九五〇年三月二八日判決で *référé paritaire* について、アストラントの宣言を認めるに至った。<sup>(一五二)</sup> しかし、依然として従前と同じ理由で否定する判例もある。<sup>(一五三)</sup>

(2) 又、*référé* 裁判官による *liquidation* ・清算については、今日尚損害賠償説が有力であることを背景として、学説、判例とも否定的である。<sup>(一五四)</sup> しかし、*Vizioz* は *liquidation provisoire* ・仮の清算の可能なることを力説し、<sup>(一五五)</sup> *J. Savatier* は、更に、清算なしで仮執行をすることをすら認める趣旨である。<sup>(一五六)</sup>

(3) *astreinte dommages-intérêts* ・損害賠償のアストラントは、確定的に損害賠償を宣言するものであるから、*référé* 裁判官は宣言することができない、とされる。<sup>(一五七)</sup>

### 3 *astreinte définitive* ・確定的アストラントの擡頭

(1) 確定的アストラントは、執行方式の衰退が最も顕著であった家屋明渡の分野で、下級審により、開拓された。<sup>(一五八)</sup> *référé* 裁判官もこれを用いた。一部の学説は強い支持を与えた。裁判所は、正にそれが履行(執行)されないだろうことを知っていたが故に、猶予期限を定めず、或は極めて不十分な期限の内に、立退を命じた。これは、執行方式の衰退に対して示した裁判所の反応の最も強烈なものであったといえよう。しかし、それは同時に、政治的社会的考慮を欠いたまづいやり

方であつたと評される。<sup>(一五九)</sup> 反動はすぐ来た。それは一九四九年七月二日の法律である。その第一条に曰く「家屋の占拠者に立退かせるために定めたアストラントは、常に *astreinte comminatoire*・威嚇的アストラントの性格を有し、一旦明渡しの際判が履行された時は、改訂され、清算されねばならない。」と。少くとも家屋明渡しの分野では、*astreinte definitive*・確定的アストラントは禁止された。又、破毀院も、一九五〇年一月三〇日の判決（家屋明渡事件）で、アストラントを、単に威嚇的のものでなく、不履行の場合は確定的であるものとして、宣言する場合は、それが損害額をあらわす（*représenter*）ことを理由づけ（*justifier*）ねばならぬが、<sup>(一六〇)</sup> 原審判事はそれをしなかった故に破毀、といつて、確定的アストラントを否定する趣旨を表明してゐる。

(2) その後の破毀院の動向も、アストラントは威嚇的のものでなければ損害賠償のものであり、その場合、その金額が損害をあらわすことを示さ（*justifier, dire*）ねばならぬとする一連の判例と、<sup>(一六一)</sup> 又、期限がすぎた時はアストラントは確定的に獲得されると明記する判決は損害賠償を定めたものと解釈さるべきだとする判例、<sup>(一六二)</sup> から見て、確定的アストラントに対しては、依然として否定的であるように思われる。Kaysar のいう通り、今日では、確定的アストラントは損害賠償のアストラントの外被にかくれてしか存在し得ないのかもしれない。<sup>(一六三)</sup> しかし、極く最近の破毀院判例（民事二部一九六二年五月一日）は、一審、二審の発した確定的アストラントを肯定している。

#### 4 Liquidation・清算前の執行

(1) この問題は、やはり家屋明渡の分野で起つた。J. Savatier は、一九四九年七月二日の法律が、その不手際にも不拘、否多分その不手際の故に、この問題の解明に協力するのに役立つたという。事実、<sup>(一六四)</sup> この法律の出現とともに、この問題が賛否を問わず判例を賑わすようになってゐる。肯定説の方が優勢のようである。学説においては、Savatier, Kaysar の肯定論と Fréjaville の反対論の極立つた対立が興味を引く。

(2) Savatier は次のようにいう。<sup>(一六七)</sup>「民法、民訴法によれば、執行の実体的要件として、債権が certain (存在の確実性)、liquide (金額の確定性)、exigible (請求可能性) でなければならぬが、反対論者は、アストラントの請求権はこれ等の要件を欠くと主張する。しかし、例えば「certain」については、アストラントの請求権は条件付債権と考えればよい。それが執行できることは、未確定の裁判が上訴審で変更、取消しを受ける危険があるにも不拘、仮執行ができるのと同じである。もし取りすぎた時は債務者に返還するだけである。その際、清算は債権者の保有部分をきめる役割をする。又、返還を確保するため、仮執行許容の際、保証を立てさせればよい。又、成文法はないが、取立てた金は供託させることが考えられる。Fréjaville の新損害賠償説によれば、結局、peine privée (私的罰金) を認めるのと同じことになる。又、amende civile (民事罰金) も債務者に酷で衡平に反する。アストラントの宣言について即時の執行を認めることが、債権者に不当な利得を与えることもなく、アストラントの効果を最もよく發揮させる方法である。」と。

(3) Kayser は次のようにいう。<sup>(一六八)</sup>

「これは結局、債権者の利益のための判例法上の制度と、債務者保護の民訴法上の原則の衝突の問題である。先づ、saisie-arret (差留命令・債権差押) の保全的部面については、アストラントの受益者にそれを許すのは、極めて理由がある。債務者拘禁が単なる警告に止らなかつたのと同じである。破毀院判例も上訴、故障が申立てられた場合の saisie-arret の執行債権については緩和した態度をとっている。<sup>(一七〇)</sup>では、それ以上の執行は不可か。不可とすればアストラントの効果は何もない。アストラントは猶予期間中は menace、脅威である。それが過ぎれば、直ちに執行し得るものでなければならぬ。そうでなければ、アストラントは案山子にすぎない。」と。

(4) これ等に対応して、Fréjaville は次のようにいう。<sup>(一七一)</sup>

「saisie-arret 以外の執行は全然問題にならない。では、saisie-arret についてはどうか。なる程、破毀院は、上訴、故障

を申立てられた執行債権についてゆるやかな解釈を示す。しかし、アストラントの場合は性質が違ふ。アストラントの宣言による権利は、損害賠償ではなく、清算に際して、消滅し、損害賠償の宣言がこれにとって代る。しかも、その際、金額の改訂が行われる。アストラントの宣言による権利が「certain」であるとは、到底いえない。賛成論者の議論は、実用論にすぎない。それは、債務者保護の執行法上の原則を斥けるには不充分である。

特に、実務において、法外なアストラントを科し、極めて低額で清算するのが普通であるから、法外なアストラントの執行を許すことは、アストラントの使用が極めて頻繁であるのに鑑み、大きな弊害を齎すであろう。」と。

#### 5 一九四九年七月二一日の法律

(1) 前述のように、この法律は、ようやく発展の端緒についた確定的アストラントを、家屋明渡の分野において禁止して終つた。<sup>(一七三)</sup>この法律はその外、清算について次のことを規定する。

(i) アストラントは填補賠償の額を越えて清算することはできない(同法二条一項前段)<sup>(一七四)</sup>。

(ii) 損害賠償額を算定するに当って、債務者が遭遇した履行の困難を斟酌しなければいけない(二条一項後段)。

(iii) 債務者が、履行を遅らせられ、妨げられた、自分の責任に帰さない、外部の事由の存在を立証した時は損害賠償を免除される(二条二項)。

これ等の規定は、債権者にとって、一般の損害賠償の原則より不利であると評される。<sup>(一七六)</sup>尚、この法律の適用を受けるアストラントについては、同法第一条は「占有者をして部屋・家屋から立退かしめるために定められたアストラント」と規定するだけである。<sup>(一七七)</sup>しかし、判例は逐次適用の除外例を確認しつつある。例えば、不法占拠者、<sup>(一七八)</sup>農業用財産の賃貸借等。<sup>(一七九)</sup>

#### 6 amende civile de caractère comminatoire・威嚇的性格の民事罰金の提唱

(1) 今日において、アストラントの効果を維持し高めようとする努力の方向は大体三つあると思う。(i) Préjaviileの新損害賠償説及びこれと関連する損害賠償のアストラントの活用、(ii) 確定的アストラント或は peine privée (私的罰

(160) 金) 論 (iii) Savatier, Kayser によって強調される清算前の執行である。

(i) と (iii) は、一応伝統的な制度を尊重する基盤の上に立つものであるが、(ii) の確定的アストラント或は *peine privée* ・ 私人的罰金論は、既成の概念に反する要素が多く、それだけ強い抵抗を呼びこむものがあつた。ところで、威嚇的な民事罰金という考え方は、この (ii) の確定的アストラントの基礎の上に立つて改善を試みるものといえよう。その特徴は、確定的アストラント或は *peine privée* の欠点を克服して、

- (i) このアストラントは国庫に収納される。従つて、債権者に不当利得を与えない。
  - (ii) 確定的でなく、威嚇的であり、改訂し得る。従つて、よく履行強制の目的に合致する。
- (2) これは仏民法改正案が提示するところのものである。

Cuneo によつて、アストラントに関する、仏民法改正委員会の *projet de text* ・ 要綱とされるもの、によると次の通りである。(161)

「終審の判決或は仮執行の宣言を附した判決について、裁判官は、申立又は職権によつて、作為義務を宣告された当事者に対して、遅延日毎の *amende civile* ・ 民事罰金を発することができる。この民事罰金は、国庫に収納され、裁判官はその額及び *durée* ・ 持続期間を定める。この規定によつて、*référé* 裁判官は自らアストラントを清算することができる。」

この罰金は、履行期間経過後、上訴の場合でも、そのまま維持し、或は改訂することもできる。<sup>(162)</sup>

又、一九五四年に発表された仏民法改正草案九三条二項は次の通り規定する。

「*référé* 裁判官は、申立又は職権によつて、作為義務を負う当事者に対して、国庫に収納されるべきアストラントを発することができる。裁判官は、その額及び持続期間を自由に定め、又何時でもそれを維持し、或は改訂することができる。」

(本文完)