慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	契約上の債務の実効的な履行
Sub Title	L'execution effective des obligations contractuelles
Author	Laithier, Yves-Marie(Hirano, Hiroyuki) 平野, 裕之
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.13 (2009. 3) ,p.157- 173
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 大陸法財団寄附講座「フランス法特別講義」 2008年11月15日 慶應義塾大学
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090325-0157

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

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

大陸法財団寄附講座「フランス法特別講義」

契約上の債務の実効的な履行

イブ・マリ　レチェ
平　野　裕　之／訳

【講演者によるはしがき】

ここに公表する講義は、大陸法財団による寄附講座として、2008年11月15日及び17日に、東京の慶應義塾大学において行われたものである。講演者としては、このような講演の機会を与えていただいたことにミッシェル・グリマルディ教授及び金山直樹教授に感謝の意を表すると共に、この原稿の翻訳の労をとっていただいた平野裕之教授に感謝いたします。

略語

JLS：Journal of Legal Studies

RDC：revue des contrats

RTD civ.：revue trimestrielle de droit civil

［-Ⅰ］はじめに
［A］ 契約上の債務
［B］ 債務の機能
［C］［本講義の］構成
Ⅰ　契約上の債務の履行の仕方
　A　代償による履行
　B　現実履行［そのものの履行］
Ⅱ　契約上の債務の現実履行の実効性
　A　［現実履行の］自発を促す手段――違約金条項の例
　B　現実履行を促す判決を宣言することへの障害が少ないこと
　C　［現実履行を］命じる判決の実効性［の確保］――アストラント
Ⅲ　結論

［-Ｉ］はじめに

［Ａ］契約上の債務（L'obligation contractuelle）　債務（obligation）というものは、結びつける（*ligare*：lier）という語源［に由来すること］から分るように、複数の者の間の関係（un lien）のことです。［債務については］フランス法では、道徳上の債務［＝義務］と法的な債務とを区別するのが普通です。*道徳上の*債務（L'obligation *morale*）は、個人の良識に依拠するものにすぎません。その有効性また履行［を命じる判決］を、裁判官によって認めてもらうことはできないのです。例えば、友人宅に行くことを承諾した者が、招待を守って［訪問する］債務がこの例になります。［これに対して］*法的*債務（L'obligation *juridique*）は、債権者と債務者とを結びつける法律関係（le lien de droit）を意味しています。これは、国家、とりわけ裁判官が、その債務の有効性（従って、その存在）について決定でき、履行を強制できる法的関係（un lien juridique）です。［法的債務の場合には］債務者が、その債務を履行しなかった場合には、債権者は、公権力による助力を裁判官に求めることができます。

法的債務はさまざまな原因から発生します。例えば、直接に法律によって債務が負わされることがあります（これを法定債務（obligation légale）といいます）。法律により、使用者が被用者の安全を保障することを義務づけられているのがこの例です。［また］債務は、不法行為、即ち他人に損害を与える違法な行為によっても成立します。これを不法行為債務（obligation délictuelle）といいます。更には、債務は、契約によっても成立します。これを契約上の債務（obligation contractuelle）といいます。契約上の債務は、それ故に契約によって当事者が結びつけられる法律関係です。

［Ｂ］債務の機能（La fonction de l'obligation）　フランス法に特殊なことではありませんが、強調しなければならないことは、契約上の債務はそのものだけでは価値がないということです。債務は、それ自体が目的ではなく、技術的な手段に過ぎないのです。言い換えれば、債務とは機能的な概念です。*即ち*、

*［債務は］ある機能を果たすために存在する概念にすぎないのです。*その機能とは、債権者に満足を与えるということです。例えば、売主は、金銭（代金）を獲得するために売買契約を締結します。また例えば、フランチャイジーは、その事業を発展させるために、ノウハウを獲得しようとしてフランチャイズ契約を締結します。それ故、債務が存在するのは、それはひとえに締結された契約の類型に応じて導かれる利益を債権者に供給するためです。従って、債務の履行は、契約上の債務の*存在理由*であるといえます。これ［履行］が［債務では］重要なのです。

フランス契約法が、債務の履行を《［契約法］全体の中心点（point de perspective）》[1] としているのは、このような重要性によるわけです。目指されるべきは、まさに債権者が約束を受けたところを取得するということです。そうでなければ、契約法は、意味のない法になってしまいます。

［C］［本講義の］構成　このような契約法の政策的方向性は承認され、また異論のないところであるとしても、次のような２つの問題を避けられません。第１の問題は、債権者がどのようにしてその満足を受けるかということです。［はたして］債権者は約束された目的物そのものを得られるのでしょうか、それとも、約束されたところの価値を得られればよいのでしょうか。この問題は、**契約上の債務の履行の仕方**にかかわる問題です（Ⅰ）。通常は、債権者は約束された目的物そのものを受けるべきであると考えています（現実履行（exécution en nature）またはイギリスでは《特定履行（specific performance）》といわれます）。しかし、ここに、第２の問題が生じます。実際には、債権者は現実履行を受ける権利を有するといっただけでは十分ではなく、**この権利の実現が実効的なものであることが保障される必要があるのです。**

1）L. Aynès, «Rapport introductif», *RDC* 2005, p. 9

Ⅰ　契約上の債務の履行の仕方（LES MODALITES DE L'EXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES）

［先に］指摘した第１の問題は、最も基本的な問題です。というのは、この問題は契約の意義を問うことになるからです。即ち、契約をするということは、ある利益（un avantage）を［与えることを］約束することなのか、それとも、その利益の価値を［与えることを］約束するものなのかを問う問題です。この問題についての答えは、法制度により異なり、また特定の法制度の下においても、［どういう債務が問題になっているのか］状況により異なります[2)]。

フランス法では、またより広くヨーロッパ大陸法では、［この問題への］答えは、債務者は、債権者に債務者が約束した利益そのものを提供することを義務づけられるということになります。別の言い方をすれば、**代償による履行**（l'exécution par équivalent）が（B）、**現実履行**に対して優先することはないのです（A）。「これから］この考えについて敷衍して説明していきましょう。

A　代償による履行（L'exécution par équivalent）

［(1) コモンロー諸国の損害賠償を原則とした解決］　債務者は、契約でその合意した債務の目的（l'objet de l'obligation）そのものではなく、その金銭的な代償（un équivalent monétaire）を債権者に与えることによって債務から解放される［＝履行したことになる］のでしょうか。言い換えれば、債務者は、約束した財産や役務を提供する代わりに、損害賠償をすることによって債務から解放される［＝履行したことになる］のでしょうか。

［他の国では］学者によって、実定法に依拠して、［この問いに対して］肯定的に答えています。例えば、*コモンロー*諸国の法では、契約上の債務の履行をしない債務者は、原則的に、《*期待利益*（*expectation interest*）》、即ち文字通り契約の履行につき債権者が期待をしていた利益（l'intérêt）によって評価された損

2）掘り下げた解説として、V. plus généralement notre *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004.

害賠償をしなければなりません。具体的にいうと、損害賠償について、裁判官は、契約が履行されていたならば、債権者が置かれていたであろう［利益］状況を実現するように［損害を］評価をしなければならないのです。代償による履行といわれるのは、このような意味なのです。即ち、損害賠償（一定の金額です）は、契約の履行の代償（l'équivalent de l'exécution du contrat）を意味することになります。

［(2) 損害賠償を原則とした解決の経済学的な正当化］　［では、］このような解決は、経済的なレベルで満足のいくものでしょうか。そのように考える者もおり、そのような者は《効率的な違反（violation efficace）》といわれる理論（《*効率的な違反理論*（*efficient breach theory*）》）により［この解決を］強力に擁護しています。この理論によると、契約の違反は、それが財の適切な配分となるのであれば、経済的には効率的であるということになります。契約に違反する債務者が債権者に損害賠償をしても利益が残るならば、それは財の適正配分となるというのです[3)]。例えば、競合避止条項にその債務者が違反し、条項を知りつつ営業を開始しても、債務者が賠償を義務づけられる債権者の損害以上の利益を取得していれば、この理論の意味においてそれは効率的であるということになります。なぜならば、債権者はその損害の限度で補償を受け、債務者が損害賠償をしたとしてもなお利益を享受できれば、財の利用は適切なものであり、これにより、社会全体が利益を受けるところの財（la richesse）が作られていると考えることができるからです。

経済的には、もしこのような結果が達成されるのであれば、代償による履行は、［契約違反に対する］適切なサンクション（une bonne sanction）です。実際のところ、このような判断が予定され（計算され）、また実行されるのは、このような金銭の通用性（la fluidité de l'argent）のおかげです。［そしてまた、］このような結論が正しいとすると、フランス法、より一般化するとヨーロッパ

3）1970年代にアメリカの学者によって作り上げられた理論についてより詳しくは、V. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, p. 485 et s. et les références citées.

大陸法は、契約上の債務の不履行に対するサンクションとして損害賠償を命じることを優先的に扱わない限りにおいて、経済的な効率性を欠いているとの批判が可能であることになります。

［(3) 損害賠償を原則とすることへの疑問］　しかし、実際には、効率的な［契約］違反の理論が正しいものかどうかは疑問視することができます。細かいことは措いて、２つの点について批判が可能です[4)]。

［①　信用を失うことによる損失］　一方において、この理論は、契約関係における信頼及び信用（la confiance et de la réputation）の重要性を無視しているないし［無視しているとまでいえないとしても］軽視しているといえます。故意的にまた金儲けの目的で契約上の債務に違反する債務者は、債権者が債務者に対しておいたところの信頼を裏切るものだといえます。この信頼を失ったことによるないし悪評が立つことによる経済的な結果［不利益］は、とりわけ債務者が事業者である場合には、重大です[5)]［債権者にその損害を賠償するだけ損失ではすまないことになります］。

［②　証明できない損害が残される］　他方で、この理論は、損害賠償により填補される損害は、必ずしも［債権者が］実際に蒙った損害と同じではないという事実を十分に考慮していません。この２つが一致しないことはよくあることです。それはどうしてかといいますと、法的に賠償される損害は、債権者が証明のできた［しかも］直接の損害のみにすぎないからです。［ところが］評価や証明をすることが困難な損害があるのです。その結果、厳密に財産的なレベルにおいても、損害賠償を受ける債権者は、必ずしも債務が履行されたのと同じ状況におかれるというわけではありません。このように、債権者が全部賠償を受けるわけではない損害を受ける場合には、財の配分は適切とはいえま

4）この発展の全体については、V. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, p. 499 et s. et les références citées. V. également, J. Rochfeld, «La rupture efficace», *in* C. Jamin,（dir.）, *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 169 et s.

5）信用を失うことにより生じる可能性ある影響の例として、V. L. Bernstein, «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», (1992) 21 *JLS* 115.

せん。債務者は確かに利益を受けるかもしれませんが、それは実際の損害以下の賠償しか受けない債権者の犠牲の下においてです。それゆえに、この点について結論として、経済的に効率的と考えられていても、実際には、債務者に金儲けをさせることになるだけの違反にすぎないということが言えるでしょう。

［債務者に］不当な利得となるだけの結果を避けるための最良の解決方法は、債権者に約束された利益の*価値*ではなく、*利益そのもの*を与えることです。言い換えれば、最良の方法は、債権者に現実の履行を与えることです。

B　現実履行［そのものの履行］（L'exécution en nature）

［(1) 現実履行を訴求できる］　現実履行は、まさしく債務の目的とされたところを債権者に与えるものであり、例えば、賃借した場所［の利用をできるという利益］を享受する、運送されるべき物を運んでもらう、出版社に決められた小説を出版してもらう、貸主に約束の元本を返還する、インターネットの接続ができるようにしてもらう、などです。

他のヨーロッパ大陸法と同様に、フランス法は、契約上の債務の現実の履行をなるべく認めようとしており、それは２つの仕組みに分けることができます。先ず、フランス法は、債務者によって提供された物の価値が本来提供すべき物と同等、更にはそれ以上であっても、債務者に約束したところと異なるものを供給することを禁止しています（民法1243条）。例えば、金銭を供給すべき債務者は、それが負債の金額を超える価値を有するものであったとしても、絵画を債権者に供給することにより自己の債務を履行することはできません。次に、この点は後により詳しく説明しますが[6]（後述ⅡB）、不完全履行ないし全く履行を受けないという被害を蒙った債権者は、原則として、裁判官に、債務者に対して現実に債務の履行をするよう判決で命じてもらうことができるのです。このようなサンクション［を求めること］は、債権者にとって権利であり、また、フランスの裁判官はそれを命じる権限を有しています。

6）V. *infra* II B.

［(2) 現実履行の訴求可能性の保障についての正当化］　債権者に、必要ならば強制的に、現実の履行を求める権利を認める法規（La règle）は、３つの観点から正当化することができます。

［①　法的な正当化］　先ず、法的な正当化（une justification juridique）が考えられます。現実の履行を求める権利は、契約の強制力（民法1134条）の当然の帰結といえます。契約が強制力を有するということは、その不履行には法的なサンクションが与えられるということを意味しています（またポチェがいうように、良心によって、《内心》のみに［強制される］にとどまりません）。当然のことながら、強制された現実の履行も、［不履行に対して］サンクションとして適用が可能です[7)]。

［②　モラルの観点からの正当化］　また、この法規はモラルという観点からも正当化できます。その是非はともかく、契約は、約束を交し合うことだと分析されることがあります。最も知られている道徳的な戒律は、自分の約束した言葉を守らなければならないということです。カトリックの宗教にその文化が大きく影響を受けているフランス［社会］においては、約束した言葉を守るということは、（カトリックの宗教による）金銭への蔑視と同じほどの重要なものです。

［③　経済的観点からの正当化］　最後に、現実履行を求める権利を債権者に認める法規は、経済的［的観点から］にも正当化できます。現実履行が<u>必ず</u>経済的に効率的な解決方法であると主張しようとするわけではありません。例えば、現実履行の強制のための費用が、債権者が受けるであろう利益と比して不釣合いである場合には、この手続きの経済的効率性には疑問が生じます[8)]。しかし、大部分の事例においては、現実履行の強制は経済的に効率的な解決［方法］であるといえます。それは［そのような場合は］、損害賠償の支払が債権者を害するないし害する可能性が高い場合であり、損害の要素の評価が困難であったり、損害の要素についての証明が困難であったりする場合です（例えば、

7）債務の不履行に対する制裁が、契約の拘束力に由来することについては、V. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, p. 58 et s.

重大な機会の喪失)。契約上の債務の不履行によって生じた損害を全部填補するためには、債権者に与えられる賠償金では十分ではない場合には、現実履行は損害賠償よりも経済的により効率的なサンクションであるということになります。

しかし、現実履行［を認める法規］が*理論的*に正当化された法規であるというのだけでは未だ十分ではありません。更に、現実的履行の強制が、フランス法において*実際に*容易に利用できるのか、また、実行できるのかを知る必要があります。

Ⅱ　契約上の債務の現実履行の実効性（L'EFFECTIVITE DE L'EXECUTION EN NATURE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES）

フランス法においては、現実履行は３つの仕方で厚く保護されています。第１に、履行を促す手段の存在により（A）、第２に、現実履行を宣言する障害を減らすことによって（B）、第３に、［現実履行を］命じる判決の実効性を強化するための特別の手続き［の存在］によって（C）です。

A［現実履行の］自発を促す手段――違約金条項（la clause pénale）の例

［(1) 違約金条項の意義］　契約上の債務の不履行に対するすべてのサンクションは、多かれ少なかれ直接に、債務者にその義務（engagement）の遵守を促進することを狙うものです。契約の消滅をもたらすサンクションもこれに含めてよいでしょう。従って、契約の解除も、債務者に約束を履行することを促すものといえます。

8）例えば、契約で予定されていた水に入るための階段が４段であったのに、３段しかないプールが作られた事例につき、Cass. civ. 3e, 17 janvier 1984, *RTD civ*. 1984, p. 711 obs. J. Mestre. Et dans le même sens, 33センチメートルほど小さな建物が造られた事例につき、Cass. civ. 3e, 11 mai 2005, *Bull. civ*. III, n° 103, *RTD civ*. 2005, p. 596, obs. J. Mestre, B. Fages.

このようなサンクションの中には、フランス法に特徴的なものがあります。それは違約金条項[9]（la clause pénale）です。違約金条項は、私的な合意による罰金のことです。［違約金条項では、契約］当事者は、債務者によるある債務の不履行の場合に、債権者に一定金額を支払うことを契約で定めておきます。

［(2) 違約金と損害賠償額の予定との差異］　この金額は、損害の事前の評価ではありません。言い換えますと、違約金条項は、単に損害の評価を省略しようとするための損害の評価条項ではありません。違約金条項は、まさに罰（une peine）なのです。即ち、その金額は不履行がありさえすれば支払われるべきであり、［債権者の］損害の有無また程度に関係なしに、また、賠償がされていようといまいと認められるものです。また、この罰金は債権者に支払われるものであり、国家に支払われるものではないという意味で、私的罰（une peine privée）です。

一見すると、違約金条項の目的は、フォートある債務者を罰することにあるかのようです。それは一面では正しいですが、評価として完全なものではありません。民法1226条が明記しているように、違約金条項は、「合意の履行を確保する」ことを専ら狙っているものです。言い換えれば、違約金条項は、罰金と履行を促すという二重の機能を持つものです[10]。違約金条項は、債務者がその債務を怠らないようにするということを期待して定められているのです。

［(3) 違約金条項の限界――高額な違約金の規制］　このような条項は、例えば、コモンローの法とは異なり、フランス法では有効です。これはすばらしい方法です。これは、簡単で、作成に費用もかからずしかも効率的なものです。それゆえに、違約金条項が契約において非常に普及しています。特に債務者が期日を守るように建築請負契約において用いられています。当然のことですが、

9）V. en particulier, D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992.

10）違約金条項の[現実の履行]促進機能の経済的な評価についてのより詳しい分析として、V. S. Souam, «Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs: une analyse économique», et en réponse, Y.-M. Laithier, «Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs», *in* C. Jamin,（dir.）, *Droit et économie des contrats, op. cit*., p. 127 et p. 141.

予定されている罰金が高くなれば高くなるほど、その債務を履行することへのプレッシャーが高まることになります。但し、ここにこの方法の限界がありますが、「明らかに高額」な罰金は（民法1152条）、裁判官によって引き下げる修正が可能とされています。このような制限は、きわめて厳しい違約金条項を相手方契約当事者に押し付けた一定の債権者による濫用の結果として、1975年に導入されたものです[11)]。

こういった規制それ自体は特に驚くものではありません。問題は、裁判官の中には、違約金条項と損害賠償額の予約条項とを必ずしも十分に区別をせずに、債権者が蒙った現実の損害を明らかに超えるということを理由として罰金を減額する者がいるということです。こうした判決の不都合は、このような判決によって違約金条項のプレッシャーをかける効果が台無しになってしまうという点にあります。訴訟になっても、裁判官が合意による罰金を減額してくれるだろうと考えることができるのならば、債務者へのその債務の遵守へのプレッシャーは大きく減殺されてしまうのです。

このような点もありますが、違約金条項は、やはり［債務者に］義務の遵守を促すためのよい方法であるといえます。

B　現実履行を促す判決を宣言することへの障害が少ないこと（La diminution des obstacles au prononcé d'une condamnation en nature）

［(1) 原則として現実履行を命じる判決が可能］　フランス法では、債務者に現実履行を命じる判決を宣言することは非常に広く認められており、またここでもコモンローの法と異なっています。

まず、金銭債務（例えば、賃料の支払債務）については、［現実履行について］全く問題がありません。即ち、金銭債務は金銭によって履行がされることにな

11）V. par exemple, G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilités*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 231.

ります。しかし、金銭債務以外の債務（例えば、秘密の遵守、商品の供給、助言の供与など）では、不履行があった場合に、現実履行を裁判官に命じてもらうよう求めることができるのかは疑問があります。

この点については、民法は、*コモンロー*において裁判官が行う判断と非常に似通った法規を用意しています。民法1142条は、「為す又は為さない債務は、その債務者が履行をしない場合には、損害賠償に解消される」と規定をしているのです。この文言だけを見る限り、民法は、不履行があった場合には、債権者は損害賠償で満足するしかないということを意味しているかのようです。即ち、［このように考えると］裁判官は、現実履行を命じることができないことになります。

［しかし］このような解決は、既に説明した理由により［→上記ＩＢ］満足のいくものではありません[12)]。債務者がそれが自分にとってよいと思えば損害賠償によりその債務を履行して債務から解放されることが許されるというのは、法的のみならず、経済的にも道義的にも適切なものではありません。

それゆえに、破毀院は、民法1142条を「読み替えて」、この規定の妥当範囲を文言に反するようなものに修正しています。破毀院は、1142条の条文の意味を無視して、債権者はそれを求めるならば現実履行を受ける権利を有するものと判断しています。例えば、2007年１月16日の判決によって、破毀院第Ｉ民事部は、「契約上の義務が自分に対して履行がされなかった当事者は、それが可能な限り、他方当事者に合意を履行するよう強制する権限を有している」という原則を宣言しています[13)]。この原則は司法省による*契約法改正草案*にも採用されています[14)]。

［(2) 現実履行を命じることへの例外］　現実履行の強制を宣言することに

12）V. *supra* I B.

13）Bull. civ. I, n° 19, RDC 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 2007, p. 342, obs. J. Mestre, B. Fages.

14）［草案］162条１項「為す債務の債務者は、履行が不能または明らかに不合理な費用がかかるものでない限り、履行を訴求することができる。」

対する唯一の制限は、先の2007年１月16日の判決が宣言したように、履行が不能であるということだけです。［履行］不能は物理的な場合（例えば、守られなければならない秘密が既に公にされてしまった場合）、道義的な場合（債務者の人格の身体的完全性に対して侵害をすることはできないということを意味しています）、または、法的な場合、これは債務の対象になっている目的物についての権利が履行までに善意の第三者によって取得されてしまったというような場合です。しかし、不能は実務ではめったに認められことはありません。その結果、一方で、フランス法とフランス以外のヨーロッパ大陸法との間に、また他方で、フランス法とコモンローの間で明らかな差があるといえます。コモンローでは、損害賠償が適切ではない場合に限って《*特定履行*（*specific performance*）》が認められるにすぎません。そして、損害賠償が適切ではないとされるのはまれです。

債務者への現実履行を命じる［判決］は、重要な１つの段階ですが、それは第１段階であるにすぎません。現実履行を命じる判決がされてもそれが守られなければ全ては無になります。［そこで］判決の履行を促すために、フランス法はアストラントと呼ばれる手段を用意しています。

C［現実履行を］命じる判決の実効性［の確保］――アストラント（l'astreinte）

［(1) アストラントの意義］　裁判官が債務者に対して、その債務の現実履行を命じる場合には、その裁判官の命令は遵守されなければなりません。［この点につき］19世紀以来、フランス法には、債務者が裁判所の命令を履行するよう促す制度があります。それがアストラント[15]です。

アストラントとは、金銭的［支払］命令による強制方法です。即ち、訴訟で敗訴した当事者は、判決の履行を怠った日数により、または、違反が確認された回数により決められた一定の金額によって算定される金額を支払うことを命じられます。技術的なことをいうと、アストラントは、契約上の債務の不履行

15）V. par exemple, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 1120 et s.

に対するサンクションではなく、裁判所の判決の不遵守に対するサンクションであるに過ぎません。このことから、例えば、アストラントが、契約上の債務が請求できるようになった時からではなく、判決が執行可能になった時から効力を生じるのはなぜかが分るでしょう。またこのことから、アストラントと損害賠償とが混乱されてはならないということも理解できるでしょう。即ち、損害賠償は、契約不履行によって生じた損害を填補するものですが、これに対して、アストラントは私的罰金であり、損害の発生また範囲には関係なく認められ、また、［支払が国家ではなく］債権者に割り当てられることになります。結局のところ、裁判官の命令が契約上の債務の履行を対象としているがために、アストラントが契約の履行［を促すこと］に間接的に役に立つことになります。アストラントが、現実履行に役に立つというのはこのような意味においてです。

［(2) アストラントの限界］　アストラントはよい方法です。しかし、その実効性には二つの限界があります。

第１の限界は、支払能力のない債務者には実際上効果は期待できないということです。

第２の限界は、違約金条項について既に述べたところと類似しますが、実務においては、裁判官は債権者が蒙った現実の損害に神経質になり、結果として債権者が不当に利得をすることにならないかということに神経質になっているという事実に求められます。アストラントは損害賠償とは混乱されてはいけないにもかかわらず、裁判官は、現実の損害よりもあまりにも高くなる場合には、現実の損害を考慮してアストラントの金額を減額しようとしています。［しかし］これは間違ったものです。これでは、債務者は、当初命じられたアストラント（例えば、遅滞したら１日で1,000ユーロ）が、単純に算術的に計算されずに（例えば、100日で100,000ユーロ［となるわけではない］）、その金額があまりにも高額になりすぎる場合にはこれを減じる方向で修正されるだろうと考えることを許すだけです。［これでは、］アストラントはこけおどしでしかないことになります。そうなっては、［アストラントは履行を］促すという機能を果たすことはできません[16]。この点について、コモンローにおける《裁判所の侮辱（*contempt*

of court)》のサンクション、即ち、裁判官の命令に従わない者へのサンクションのほうが、より［履行を］促すものです。それゆえに、破毀院は、裁判官がアストラントの金額と損害の評価とを同じものとしないようにして、アストラントがその実効性を保持できるようにするよう監視することが望まれます。

［Ⅲ］結論（Conclusion）

［この講演の締めくくりとして］以上までは、債務者が正常な経済的状態にある場合に適用できる法規範について説明したにすぎないということを指摘しておきましょう。

［ところが］債務者が事業者（例えば会社）であろうと個人であろうと、債務者が支払不能や債務超過の状態にある場合に適用される数多くの［特別］規範が別にあります。この特別法規の共通点の１つとして、暫定的に（付加期間の付与により）、または、確定的に（債務免除により）、債務の現実履行の障害となるということがあります。［ここで］強調されるべきは、債務の現実履行の障害ということが、立法者により経済的な考慮によって正当なものとされているということです。それは、債務者の再建を可能とし、企業を維持し、雇用を維持するなどといった観点からです。換言すれば、この特別法規は、経済的観点から、契約上の債務の厳格な履行が最も適切な解決だとは限らないと考えさせるものです。場合によっては、直ちに現実履行をさせるよりも、履行を遅らせたりまたは債務を修正することのほうがよいことがあるのです。

ここ20年来倒産手続きが比較的実効性のないものとなっているために、これを支持する立法者によって示された正当化が適切かどうかについての疑問が蔓延しているところです。

16）V. également en ce sens, R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 2e, 20 décembre 2001, *RTD civ*. 2002, p. 360.

［訳者あとがき］本翻訳は、レチェ教授が自ら冒頭のはしがきに書いているように、大陸法財団の寄付講座「フランス法特別講義」として慶應義塾大学法科大学院において、「法と経済」という全体の共通テーマの下に行われた一連の講義の１つである。レチェ教授はグリマルディ教授の講義（ジュリストに片山教授の翻訳が掲載される予定）に引き続く第２テーマ「契約法と経済」というテーマで11月15日と17日に２つの講義を行っており、本翻訳は11月15日の第１講義の翻訳である。講演原稿には注がなかったが、帰国後注を付したより詳細な原稿を再送付してもらい、本翻訳はその翻訳である。なお、イタリックと太字は原稿そのままである。［　］内は翻訳者が読者の便宜のために付け加えたものである。

レチェ教授は、パリ第１大学において「契約不履行に対する制裁の比較法的考察」というテーマで博士号を取得し（LGDJより2004年に出版。３つの賞を受賞）、２年前に教授資格試験（アグレガシォン）に合格したばかりの36歳の新進気鋭の民法学者である（ちなみに、夫人もランス大学の民法を担当する教授であり、「補充法規」のテーマで同じ年にパリ大１大学で博士号を取得し［LGDJより2004年に出版。実は第２講義のテーマである］、教授資格取得も同時であり、２ヶ月前に結婚したばかりだということである）。フランスの博士論文としてはめずらしく、英米契約法を比較法として取り上げており、本講演でも英米法と大陸法との比較がなされている。

講演での質疑応答で、講演内容が更に掘り下げられ、興味深い説明がされている（質疑応答の通訳は金山直樹教授）。要約をすると、「フランスでは、違約金と損害賠償額の予定を区別し、前者は減額可能。そのため、損害賠償額の予定となっていても、契約解釈により違約金と解釈をして、減額を認めることが可能、イギリスでは、罰金条項は禁止され、損害賠償縛の予定のみが有効。損害賠償額を低くすることは、責任制限条項として、消費者関係ではこれを無効とすることができる。プールの事例で興味深い事例がある。フランスでは、４段あるべき階段が３段しか作られなかった。イギリスでは、プールの長さが少し短かった。イギリスでは、現実履行は強制できず、損害賠償だけが認められる

が、損害がないとして請求が認められなかった。これに対して、フランスでは、階段だけでなくプールの工事全体をやり直さなければならなかったが、工事のやり間押しが命じられた。工事をアストラントで強制もでき、また、民法1144条で代替執行も可能であり、その費用は1148条で損害賠償請求ができる。代替執行には裁判所の許可が必要であるが、商事では裁判所の許可なしに勝手にできる。」といったようである。フランス法の最新の状況をご教示いただいたレチェ教授に感謝したい。