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

Title	一九九一年七月九日の法律によるアストラントの改正
Sub Title	La Réforme de L'astreinte: La Loi du 9 Juillet 1991
Author	大濱, しのぶ(Ohama, Shinobu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1995
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.68, No.12 (1995. 12) ,p.577- 603
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	石川明教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19951228-0577

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.

一九九一年七月九日の法律によるアストラントの改正

大濱しのぶ

はじめに
一　改正までの経緯
二　改正の概要
三　アストラントの宣言に関する改正
(一)　アストラントを宣言する裁判官の権限（九一年法三三条）
(二)　アストラントの種類（九一年法三四条二項及び三項）
(三)　アストラントの効力発生時（適用デクレ五一条）
四　アストラントの清算に関する改正
(一)　アストラントを清算するための執行裁判官の管轄（九一年法三五条・適用デクレ五二条）
(二)　清算の要件（九一年法三六条）
(三)　アストラント金の取扱（九一年法三四条一項）
(四)　アストラントの清算と執行の関係（九一年法三七条・適用デクレ五三条）
結びに代えて

はじめに

アストラントの定義は必ずしも容易ではない。というのも、アストラントはもともと、フランスの裁判実務のなかで生み出された制度で、プラグマチックな色彩が濃く、やがて立法化されたが、立法によってもその体系的な位置付けは必ずしも明確にされたとまではいえないからである。法文(一九九一年七月九日の法律三三条。旧法に当たる一九七二年七月五日の法律五条も同旨)に従うと、裁判の履行を確保するために裁判官ないし裁判所が命じる方法ということになるが、便宜上、差し当たって次のように説明しておくことにする。アストラントは、フランスにおいて、遅延期間(一般に日)毎に増額する金銭の支払を命じる裁判を以て、債務者に履行を強制する制度である。さて、強制執行の方法として限定せずに、債務者に一定の不利益を課すことにより、心理的圧迫を加えて、履行を強制する制度を、広い意味で間接強制ということができようが、アストラントは、換言すると、この意味でフランスの間接強制とみることができ、民事執行法一七二条が定める日本の間接強制との比較が考えられる。(1)

民事執行法一七二条は、民事執行法制定の際、民事訴訟法旧七三四条に、とくに間接強制の強化を図る目的で改正を加えた規定で、従来の損害賠償を命じる方法に代えて、執行裁判所が履行確保に相当と認める額の支払を命じる方法によることとして、強化を図ったと説明されている。強化の理由は、厳格に現実の損害に限定するのが困難なこと、損害賠償を命じる方法では実効性に欠けること、とくに不作為債務に関する事件の増加及び内容の多様化に鑑みるものと説明されている。(2)間接強制の利用件数を旧法当時のものからみると、昭和五〇年一九件、昭和五一年一六件、昭和五二年三二件、昭和五三年一九件、昭和五四年一八件、昭和五五年民事訴訟法旧七三四条によるもの一四件・民事執行法によるもの三件、昭和五六年二二件、昭和五七年二六件、昭和五八年一九件、昭和五九年一〇件、昭和六〇年一七件、昭和六一年二八件、昭和六二年一八件、昭和六三年二六件、平成元年二九件、平成二年三三件、平成三年四

六件、平成四年三三件、平成五年六一件、平成六年五七件[3]である。これだけでは詳細なことは何もいえないにしても、少なくとも、全体に利用が非常に少ない一方、近年若干ながら増加する傾向にあることがわかる。増加の理由についてもはっきりしたことは言えず、新法の制度が実効性を発揮した結果とみる余地もないわけではあるまいが、この点は甚だ不確かなことである。ただ、社会生活の多様化・複雑化が進んだことから、作為・不作為債務に関する執行が実際に問題になるケースが増えたことは、ある程度確かなことではないかと思われる。一方、間接強制の研究[4]は非常に進んでいるとは言えない。これは制度の利用が少なかったことの影響もあろうと思われるが、とくに上述のような制度の利用の増加傾向に鑑みても、今後の研究の必要性があると思われる。またわが国の少ない間接強制の研究のなかでも、とくに中心になってきたのは、民法四一四条との関係における適用範囲の問題といってよいのではないかと思われる。[5]勿論この問題は理論的にも実際的にも重要な問題であることはいうまでもないが、間接強制の実際の利用が増加すれば、これまであまり目を向けられなかった他の問題も検討する必要が生じることが予測できる。

さて、フランスのアストラントは、わが国の間接強制とは異なって、頻繁に利用される制度であることが知られている。そして頻繁に利用されるなかで、いわばわが国よりも一歩先んじるような形で、間接強制の問題が露呈し、その解決が模索されているといってよいであろう。そこで、今後わが国の間接強制の利用が進めば、どのような問題が生じるか、どのような対応が考えられるかを検討する手掛かりとして、フランスのアストラントの制度を考察することが考えられてよいと思う。本稿では、このような意味でのアストラントの研究の一環として、最近の法改正即ち、一九九一年七月九日の法律及び一九九二年七月三一日のデクレによるアストラントの改正について、その内容を考察する作業を通して、今日のアストラントの抱える問題と対応策をみることにしたい。なお、この法律の立法の経緯については本稿でも触れるが、その詳しい内容については紙幅の関係上本稿で言及することはできないので、後日別稿にて改めて採りあげる予定である。私は既に、一九九一年七月九日の法律による改正の前に位置する、一九七二年七

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が、[6] 本稿はいわばその続編にあたる。またアストラントについてはわが国で紹介及び研究が行われて久しいが、[7] 一九九一年七月九日の法律によるアストラントの改正については、管見の及ぶ限りでは、わが国では条文の翻訳及び簡単な解説[8]があるにとどまり、[9] まだ詳細についての紹介はされていないので、本稿でこれを行うことは意味のないことではないと思う。

以下では、まず今回の改正に至るまでのアストラントの史的変遷を極めて簡単にではあるが、とりわけ一九七二年七月五日の法律を中心にみて［一］、次いで今回の改正の大筋に触れた［二］上で、個々の条文について考察する［三・四］。

(1) 民事執行法一七二条が定める日本の間接強制は、強制執行の一方法として明確な体系的位置付けを得ているが、アストラントはフランスでは一般に強制執行の方法ではないと解されている(例えば、R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. p. 801)。故に、間接強制の語を、強制執行の一方法を意味すると解する限りでは、アストラントを間接強制といってしまうことは問題がある。一方、間接強制の語を、強制執行の方法のみならず、広く債務者に一定の不利益を課すことにより、心理的圧迫を加えて、履行を強制する制度と解して、例えば日本の家庭裁判所の履行確保制度、英米法上の法廷侮辱罪等まで含めるものとして理解する場合は、アストラントを間接強制ということに問題はないであろう。なお、アストラントとわが国の間接強制には、沿革的な繋がりがあることも既に知られている。

(2) 浦野雄幸『条解民事執行法』七五〇乃至七五一頁（昭和六〇年、商事法務）。

(3) 司法統計年報昭和五〇年乃至平成六年版による。簡易裁判所及び地方裁判所の間接強制の申立件数の合計である。

(4) 例えば、我妻栄「作為又は不作為を目的とする債権の強制履行」民法研究V（昭和四三年、有斐閣）八一頁以下、中野貞一郎「作為・不作為債権の強制執行」民事訴訟法講座四巻（昭和三〇年、有斐閣）一一九六頁以下、鈴木忠一・三ケ月章編『注解民事執行法（5）』（第一法規、昭和六〇年）九六頁以下（富越平厚）など。最近のものとして、森田修『強制履行の法学的構造』（一九九五年、東大出版会）。

(5) 前注(4)の各文献参照。

(6) 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―」慶應大学大学院法学研究科論文集二六号

二三五頁以下。大濱しのぶ「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。

(7) 大濱・前掲「アストラントの制度的確立」二五〇頁注(6)(7)に掲げる各文献参照。最近のものとして森田・前掲とくに一九七頁以下。

(8) 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一六二頁、森田・前掲三七〇頁以下(注五五)。

(9) 山本和彦「フランス司法見聞録(22)」判時一四六五号三九頁。

一　改正までの経緯

アストラントは、フランスの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いる。長らく立法化をみないままであって、法的基礎が定まらず、当初は適法性についての疑問も提示されていた。適法性を肯定せんとする立場には、まず、損害賠償に根拠を求める見解があったが、次いで一種の刑罰(peine)とみる見解が有力となった。この見解は、換言すると、アストラントは、ローマの法務官の権能に由来する、裁判官の命令権(imperium)に基づくもので、裁判官の命令に従わない頑強な債務者に対する制裁と理解するものである。とくに一九〇三年に発表されたA. Esmeinの「アストラントの起源と論理」[1]はこの見解の代表であり、且つ今日のアストラントの体系化の出発点として高く評価されている。しかし、この見解も、とくに当時の法実証主義の影響下にあって、法文上の根拠を見いだすことに苦慮したといえる。裁判官に命令(injonctions)を発する権能を認める旧民事訴訟法典の旧一〇三六条(「裁判所は事情の重大性に応じ、係属する訴訟(causes)において、職権によっても、命令を宣言すること(prononcer, même d'office, des injonctions)、文書を廃棄すること(supprimer des écrits)、文書が誹謗である旨を宣言すること(les déclarer calomnieux)、

その判決の印刷及び公示を命じること(ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements)ができる」とする)以外に依拠するものが見いだせなかったが、[2] この条文は従来、裁判官の法廷の秩序維持権を定めるに過ぎないと解されてきたもので、[3] 問題がないわけではなかった。なお今世紀の半ばごろになると、建物からの立退事件のアストラントのみを対象とする一九四九年七月二一日の法律のような特定の分野に限った部分的な立法化がみられるようになるが、[4] 一般法の成立は、一九七二年七月五日の法律まで待たねばならなかった。

この一九七二年七月五日の法律七二―六二六号[5](以下七二年法という)は、「執行裁判官を創設し、民事訴訟の改正に関する」もので、この法律自体は、名称が示すように民事訴訟制度の改正の一環をなすものである。アストラントの一般法に当たるのは、その第二編「民事事件におけるアストラント」(五条乃至八条)である。この第二編は、条文の数こそ少ないが、もともと他の部分と別の、アストラントの立法化のみを対象とする法案に拠っており、実質的には他の部分と切り離して独立の立法とみてよいようなものである。条文を挙げておく。

七二年法　第二編民事事件におけるアストラント

五条　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。

六条　アストラントは損害賠償とは無関係である(indépendante)。それ(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、仮定的と考えられねばならない。

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」)。

八条　司法裁判の不履行が偶発事又は不可抗力による(provient 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(modifié)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。

この法律は、基本的には、判例及び、アストラントを裁判官の命令に対する不服従の制裁とみるA. Esmeinの立場に従うものといってよいと思う。そうして五条は、アストラントを命ずる権限と併せて制度目的を定める。なお、アストラントを命じる裁判はアストラントの「宣言(prononcé)」と呼ばれることが多いので、以下この語を用いる。五条は、制度目的を、債務ではなく「裁判」の履行確保とし、債権者の私益保護よりも秩序維持の公益保護の点を強調する。また職権により宣言できることを明らかにし、全ての裁判所が自己の裁判の履行確保のためにアストラントを宣言することを認める。六条では、法的性質及び種類について定める。即ち、アストラントは損害賠償と異なることを明らかにし、アストラントの種類としては、仮定的アストラントと確定的アストラントがあるとし、確定的アストラントに極めて限定的な範囲で一種の補充性を付している。この仮定的アストラントと確定的アストラントの区別については清算(liquidation)の手続及び八条が関連するので、後述する。七条は、アストラントの清算について定める。清算とは、アストラントの金額を最終的に確定する裁判のことで、このようにアストラントの手続は宣言(prononcé)と清算(liquidation)の二つからなる。なお日本の間接強制には、支払予告命令の他、これを変更する裁判を別にすると、特別な手続は予定されていないことに鑑みると、清算の手続は、アストラントの大きな特徴であるといえる[6]し、実際に重要な役割を果たしているといってよいであろう。七条の立法趣旨はとくに清算の管轄を定めることにあり、当初は、アストラントを宣言した裁判所に管轄を認めることとしていたが、それ以外の裁判所にも清算の管轄を認める必要があること、とくに第一審裁判所が命じたアストラントを第二審の裁判所が清算することを認める必要

があることから、当初の規定を緩和する法改正が上記のように一九七五年に行われている。八条はアストラントの種類に応じ、清算の要件を定めている。これによれば、確定的アストラントは、原則として、清算のときに額を変更することができないのに対し、仮定的アストラントは裁判官の裁量により額の変更ができることが明らかになる。即ち、この二種類のアストラントの区別の基準は清算のときの額の変更可能性の有無である。なお日本の間接強制は、前述のように、清算に相当する手続を予定していないとみれば、仮定的アストラントに相当するものは観念できず、日本の間接強制に近いのは確定的アストラントということになる。ところで、前述のように六条では確定的アストラントに一定の補充性が認められており、その限りで、条文上でも仮定的アストラントの原則性が示されているが、更に、歴史的にみると、長い間仮定的アストラントこそがアストラントであると考えられてきた経緯がある。この点で、日本の間接強制と比較した場合にとくに際立つアストラントの特徴としては、清算の手続の存在並びに、清算が重要な役割を果たす仮定的アストラントの存在及びその原則性を指摘できる。

この七二年法の意義としてとくに強調される点は、アストラントの種類として、仮定的アストラントの他に、確定的アストラントを認めたうえで、仮定的アストラントのみならず、確定的アストラントもまた損害賠償とは異なることを明記した点である。すなわち仮定的アストラントについては、指導的判例となった一九五九年一〇月二〇日の破毀院第一民事部判決[7]により、損害賠償と異なることがすでに決定的に明らかにされていた。有名な判示の一部を引用しておくと、「仮定的アストラントは、損害賠償とは全く異なる強制手段(mesure de contrainte)であり、結局は有責裁判(condamnation)の履行に対する抵抗を打ち破る方法にすぎないものであって、遅延から生じた損害を補償することを目的とするのではなく、通常は、頑強な債務者の故意又は過失(faute)の重大性及びその資力に基づいて清算される」とした。しかし、確定的アストラントについては、損害賠償との区別を明示した判例は、七二年法前には見いだされず、故に七二年法がこの点を明示したことが、とくに注目されたわけである[8]。ところで、この七二年法に

は立法当時から少なくとも二つの問題が指摘されていた。その第一は確定的アストラントの硬直性、第二はアストラントによる債権者の利得の不当性の問題である。第一の問題は、確定的アストラントに関する規定の導入についての立法過程における強い反対論のなかに表れている。反対の理由として、とくに注目されるのは、清算時における変更可能性を封じると、裁判官が債務者の事情を十分に知ってそれを考慮する機会が失われ、債務者を破滅に追いやる危険があるとする点である。しかし、これに対して、仮定的アストラントは、債務者が清算のときの減額を見越しているため功を奏しない事実が指摘され、確定的アストラントにより実効性の強化が図られる必要があることが強調された。結局はこの実効性の観点から確定的アストラントの導入が認められたという経緯がある。[9] 第二の問題に関しては、当初の法案には、アストラント金の取扱に関する規定があったことが注目される。これは「清算されたアストラント金は二分の一は国庫に、二分の一は履行されない有責裁判を得た当事者に付与される」というもので、国庫金は、履行が得られない扶養料債権者のための基金に組み入れることが予定されていた。この規定は「清算されたアストラント金は有責裁判を享受する当事者及び相互保障国民基金（Fonds national de solidarité）の間で、裁判官が相当と考える割合において分配される」に修正されている。このような法案の提案理由はとくに、アストラントによる債権者の利益が衡平の見地から疑問視されたことによる。が、結局は、この問題の対応策について見解の一致がみられぬまま、右の規定は削除され、立法化をみなかった。[10] なお、アストラントの民事罰金化を望む学説は、この法案の挫折を惜しんだが、[11] その後、この法案の発想はアストラントの別の法律の中で実現をみている。即ち、「行政事件において宣言されるアストラント及び公法人による判決の履行に関する」一九八〇年七月一六日の法律八〇―五三九号で、同法律は、行政裁判機関の裁判を履行しない公法人に対するコンセイユデタによるアストラントの宣言を認める一方、アストラントの一部は原告ではなく地方団体設備基金（Fonds d'équipement des collectivités locales）に属すると定めることができる、とする。

さて、このように七二年法の立法時に危惧されていた確定的アストラントの硬直性とアストラントによる債権者の利得の不当性の問題は、結局、その後の二〇年の間に現実味を帯びないしは増したようである。というのも、本稿が採りあげる一九九一年七月九日の法律による改正では、少なくとも原案の段階で基本に据えられたのはこの二つの問題の対策であり、後の審議の段階でも、常に注目された問題であったからである。

(1) A. Esmein, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, RTD civ., 1903, p. 5 et s..
(2) R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr., n. 1, p. 801.
(3) D. Denis, L'astreinte judiciaire, Nature et évolution, Paris 1973, n. 4, p. 7.
(4) M. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, 3e éd., 1993, n. 193 et note 13, p. 77.
(5) 七二年法に関する以下の記述については、大濱「アストラントの制度的確立」慶應大学大学院法学研究科論文集二六号二三五頁以下参照。
(6) 森田『強制履行の法学的構造』三四七頁以下は、日本の民事執行法一七二条二項の支払予告命令の変更の裁判を清算の裁判と解する解釈を主張する。
(7) D. 1959. 537, note Holleaux; JCP 1960. II. 11449, note P. Mazeaud.
(8) 前掲・大濱二四四頁。
(9) 前掲・大濱二四二頁及至二四三頁。
(10) 前掲・大濱二四七頁及至二四八頁。
(11) 前掲・大濱二四九頁参照。

二　改正の概要

一九九一年七月九日の法律は、正式には「民事執行手続の改正についての一九九〇年七月九日の法律九一―六五〇

号（La loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution）[1][2]」（以下、九一年法という）といい、フランスの新たな執行法に相当する。アストラントに関する規定はこの第二章総則第六節アストラントの三三条乃至三七条に設けられ、一九九三年一月一日から、七二年法の五条乃至八条に代わって、アストラントの一般法として適用されている。また、九一年法には適用のためのデクレがある。即ち「民事執行手続の改正についての一九九〇年七月九日の法律九一―六五〇号の適用のための民事執行手続に関する新しい規則（règles）を設ける一九九二年七月三一日のデクレ九二―七五五号」（以下、適用デクレという）[3]で、この第二編総則第三章アストラントの五一条乃至五三条もアストラントに関する規定である。まず、各条文を掲げておく。

九一年法　第二章総則　第六節アストラント

三三条　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 apparaître 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。

三四条　アストラントは損害賠償とは無関係である。

アストラントは仮定的又は確定的である。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、仮定的と考えられねばならない。

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。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。

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、執行裁判官により清算される。

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(modifie)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)。

三七条 裁判官の裁判は法律上当然に仮に執行できる(exécutoire de plein droit par provision)。

適用デクレ 第二編総則 第三章アストラント

五一条 アストラントは裁判官により定められた日から効力を生じ、その日は債務についての裁判が執行できる(exécutoire)ようになった日より前であることはできない。

但し、それ(アストラント)が既に執行できる裁判に付されるならば、それ(アストラント)はその宣言の日から効力を生じることができる。

五二条 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(imcompétence)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。

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事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。

五三条 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。

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。

九一年法によるアストラントの改正は概して、七二年法下で生じていた問題に対処し、新たな執行手続との調和を図ろうとするものといえ、[4] 基本的には七二年法を踏襲し、若干の修正を加えるものと評価できる。[5] とはいえ、若干の修正であっても、それぞれの細部の考察を通して、アストラントの制度の今後の方向を幾許なりとも伺うことができるように思われる。

以下では、アストラントに関する九一年法の各条文及び適用デクレの内容を個別に考察する。考察の順序については、便宜上、宣言［三］、清算［四］の二つの局面に分けて進めることにする。

(1) JCP. 91, éd. G, III, 64891.

(2) 九一年法のアストラントに関する立法資料は以下のとおり。
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. -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. -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. -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. -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.

(3) JCP 92, éd. G, III, 65652.

(4) R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr., n. 3, p. 802; E. Rusquec, Astreinte, Introduction, Juris-Classeur, proc. civ., Fasc. 2120, n. 39, p. 6.

(5) Perrot, op. cit., n. 3, p. 802; Rusquec, op. cit., n. 40, p. 6; F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992, chron., p. 299; 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. 35, p. 67.

三　アストラントの宣言に関する改正

(一) アストラントを宣言する裁判官の権限（九一年法三三条）

九一年法三三条は、議会では議論なしに原案通り可決されており、一項ではほぼ七二年法五条を踏襲し、二項では、

九一年法で導入された新たな機関である執行裁判官に対し、他の裁判官の裁判の履行確保のためにアストラントを宣言する権限を与える旨の新たな規定を設けている。

七二年法五条と本条一項の差異は、「その裁判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」のが、前者では「裁判所は(les tribunaux)」とされるのに対し、後者では「いかなる裁判官も(tout juge)」とされる点である。この文言の差異については立法過程ではとくに問題にされていないので、そこから必ずしも明らかにすることはできないが、七二年法下でもアストラントを命じる権限はレフェレの裁判官・準備手続裁判官など単独の裁判官にも認められていたといわれるので[1]、本条一項と七二年法五条の文言の差異は、実質的な変更ではなく、より明確な文言に改めたものと解してよいように思われる[2]。

次に、本条二項は従来の制度を変更する新しい規定で、執行裁判官制度との調和を図るためのものとも考えられるが、この立法趣旨として強調されているのは、レフェレの裁判官に関する判例を執行裁判官について認める、という点である。即ち、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は、七二年法五条の文言が必ずしも明確でなく、否定的な解釈を導きやすいことから問題があり、とくに実際に問題になっていたのがレフェレの裁判官で、それについて肯定する判例もあり、この判例の立場を、執行裁判官レベルで認める趣旨とされる[3]。このように九一年法が執行裁判官に――原則的でないにせよ――アストラントを宣言する管轄を認めることを、アストラントを執行手続法中に定めることと併せて鑑みると、――しばしばアストラントは厳密には執行方法(voie d'execution)ではないといわれてきたのであるが[4]――、従来よりもアストラントを執行手続の体系に引きつける傾向を看取することはできよう。

(二) アストラントの種類(九一年法三四条二項及び三項)

アストラントには仮定的アストラントと確定的アストラントがあるとし、裁判官が確定的アストラントであること

を明らかにしなかった場合は仮定的アストラントとして扱われる旨を定める九一年法三四条二項は、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、確定的アストラントを宣言する要件を定める三四条三項は新たに設けられた規定である。いずれも原案通り可決されたが、新設の三項については、元老院で一部の議員から削除する修正案が一旦提出され、取り下げられたものの、議論があった。三項は、確定的アストラントを宣言する要件として、既に仮定的アストラントを宣言した後であること且つ期間を付すことの二点を要求し、いずれか欠くと仮定的アストラントとして清算時の修正が許されるとする。アストラントの種類の選択及び期間の有無に関する裁判官の裁量を制限し、仮定的アストラントに対する確定的アストラントの補充性を定めるものである。これはまさに、前述のように七二年法の立法当時に既に指摘されていた確定的アストラントの硬直性に関する対策である。即ち、立法趣旨として、確定的アストラントが裁判官に事情を十分に把握されないままに宣言され、長らく経た後の清算の結果、債務者には酷な結果を招き、債権者には過剰ともいえるような利得を生み出して深刻な問題を生じていることから、これを回避するためのものと説明されている。[5] これを削除する修正案の主たる理由は、仮定的アストラントのみでは実効性が十分に確保できないことのようであったが、政府側からこのような改正が実は裁判官の側からの強い要望であることが説明されて、[6] 結局は取り下げられている。こうして、七二年法制定時には、弊害を危惧して反対があったものの実効性が強調されて確定的アストラントが導入されたのに対し、九一年法では、逆に、かつて危惧された弊害が放置しえないまでに現実化し、今度は実効性の点から反対があったものの、弊害対策が優先されて明らかな補充性が付されるに至ったことになる。

(三) アストラントの効力発生時（適用デクレ五一条）

九一年法ではアストラントの宣言に関することは以上であるが、適用デクレ五一条がアストラントの効力発生時に

つき定めているので、宣言の問題の最後にこれに触れておく。

前述の九一年法三四条三項がアストラントの種類の選択に関する裁判官の裁量権を制限するものであるのと同様に、この適用デクレ五一条も裁判官の裁量権の制限を意味する。[7] この条文については次のような評価がある。「この法文は優れている。というのも本案裁判が執行できるようになる前にアストラントが進行しうるのは妥当ではないであろう。というのもアストラントは故意又は過失(faute)を制裁するのであって、執行できない裁判に従わない事実の中に故意又は過失ある抵抗(fautive résistance)は存在しない。しかし、債務者が既に故意又は過失を犯しているならば、例えば本案裁判が既に前に下されて送達されている(signifiée)ならば、アストラントはそれを命じる判決の日から効力を生じうることも、全く理に適っている」と。[8]

アストラントの効力発生時については従来から問題にされ、ある論者によれば破毀院判例に対立があると解されており、その立場によれば適用デクレ五一条はこの判例の対立を立法を以て解決したことになる。問題の判例の対立であるが、とくに破毀院の第三民事部は、アストラントの効力発生時は、債務を定めるいわゆる本案の裁判の送達の日より前であってはならないとしている。例えば一九九〇年一一月一四日の判決[9]は、アストラントの効力発生時を呼出の日(jour de l'assignation)とした控訴院判決につき、「アストラントは裁判の履行を確保するためのものであって、それ(アストラント)は、この裁判の送達前に効力を生じることはできないのにかかわらず、アストラントの効力発生時をこのように定めることにより、控訴院は前記条文(訳注、新民事訴訟法典五〇三条「判決がそれに対抗する(opposés)者に対して執行される(exécutés)ことができるのはその者が送達を受けた(notifiés)後のみである」)に違反している」とする。一方、破毀院の社会部の一九八〇年一一月二七日の判決[10]は、裁判の日からアストラントを進行させた原審の立場を是認する。そこで、アストラントの効力発生時は送達時か裁判時かにつき、破毀院の部に対立があると解されたのであり、このように解する論者は、適用デクレは第三民事部の立場を採用するとみている。但し、適用デクレはおそらく

は効力発生時の決定を義務づけていると解されるので、この点が異なるという。(11)

一方、判例は一見一貫していないようでいて実は一貫しているとみる論者もある。(12) この論者によると、「原則として、アストラントは債務を定める裁判の送達前に進行を開始することはできない。判例は常にこの点を喚起している」のであって、前掲第三民事部判決がその典型例であり、裁判の日から進行を認める前掲社会部判決は、債務者が既に従前の判決で有責とされていて債務者がこれを知っていた点で特殊であり、「判例が要求したことは……債務を確認する裁判が適法な送達により執行できるようになっていたことである」という。おそらくこの論者によると、適用デクレ五一条は、こうした判例の立場を確認するものということになろう。

(1) F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992. chron., p. 299; R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr., n. 5, p. 802.

(2) とくにレフェレの裁判官との関係で文言の明確化を指摘するものとして、M. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, 3e éd., 1993, n. 200, p. 80. 但し、E. Blanc, Les nouvelles procédures d'exécution, 2e éd., 1994, p. 58. は、宣言の管轄を拡大するものとのみ説明している。

(3) Rapp. N. Catala, Doc. AN 1989-90 n. 1202, p. 73; Rapp. J. Thyraud, Doc. S 1989-90 n. 271, p. 48.

(4) 例えば、Perrot, op. cit., p. 801; Donnier, op. cit., n. 229, p. 88.

(5) Projet de loi, Doc. AN 1989-90 n. 888, p. 16; Rapp. N. Catala, n. 1202, p. 74 et 75.

(6) JO S [CR], 15 mai 1990, p. 843 et 844.

(7) Chabas, op. cit., p. 299. V. Perrot, op. cit., p. 803, n. 7.

(8) Chabas, op. cit., p. 299.

(9) Bull. civ. III, n. 228, p. 130. V. Perrot, op. cit., n. 7, p. 803.

(10) Bull. civ. V. n. 851, p. 629. V. Perrot, op. cit., n. 7, p. 803.

(11) Chabas, op. cit., p. 299. なお、Blanc. op. cit., p. 165. も効力発生時の決定を義務とする。

(12) Perrot, op. cit., n. 7, p. 803.

四　アストラントの清算に関する改正

(一)　アストラントを清算するための執行裁判官の管轄（九一年法三五条・適用デクレ五二条）

九一年法三五条も議論なしに原案通り可決されたものである。しかし、本条は七二年法を踏襲するものではなく、新たに設けられた規定で、原則として執行裁判官がアストラントの清算を行うとし、本条に対応する七二年法七条が清算を行う機関を制限していないのと大きく異なる。従来の制度を変更する理由は立法資料からは必ずしも明らかではない。執行裁判官制度との調和を図ることが一つの理由としては考えられるが、七二年法の制度の不都合の除去が理由であることを示唆する文献もある。即ち、前述のように、七二年法七条の文言は当初清算の管轄をアストラントを宣言した裁判官に制限する体裁をとっており、そのためにとくに第一審が宣言したアストラントを第二審たる控訴院が清算できるかが問題となり、一九七五年の改正により単に「裁判官はアストラントの清算を行う」と改められて、上記の問題を肯定的に処理する途が開かれ、当初の不都合は解消されたようであった。しかし、改正された文言についても、管轄が不明確なこと、とくにレフェレの裁判官が他の裁判官の裁判の履行確保のためにアストラントを清算できるかが問題になり、近時の判例がこれを否定したことから、手続の明確化・簡素化が必要とされて改正が行われたいわれている。(1)

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。同条は、九一年法三五条に反する申立てがあった場合には、職権により管轄がない旨宣言することを裁判官に義務づけると解される。(2) 更にこの裁判には抗議の申立て(contredit)なる管轄の裁判に関する不服申立て(3)が許され、新民事訴訟法典の八〇条以下の規定に基づいて行われる。(4) なお、右のように、第一審が命じたアストラントを控訴院が清算することは、七二年法制定当初は否定的に解され、一九七五年の改正により可能になったのであるが、九一年法三五条により、この点が再び否定された

と解し、その根拠としてとくに適用デクレ五二条二項が控訴院に言及することを指摘する論者もある。[5]

(二) 清算の要件（九一年法三六条）

九一年法三六条は、基本的には、七二年法八条を踏襲するものといってよいであろう。しかし、細部をみれば少なくとも文言上の差異があることは明らかである。一項及び三項が問題である。とりわけ三項は議会で二回の修正が加えられていることもあり、注目する必要がある。なお一項及び二項は議論なしに原案通り可決されている。

仮定的アストラントの清算の基準を定める九一年法三六条一項の立法趣旨については、次のようなことがいわれている。アストラントを損害賠償と無関係とする制度下では、債権者が損害賠償に加えてアストラントによる利益を得ることが十分に正当化し得ないことから、仮定的アストラントが清算時に著しく減額されやすく、そのために実効性を失いつつあり、この弊害を除去する方策の一環として、故意又は過失（faute）に応じて清算が行われることを明らかにすること、[6]この清算の基準は従来の判例実務の踏襲であること。[7]一方、正面からではないが、七二年法八条三項は、損害ではなく故意又は過失に応じて清算することを定める趣旨と解しうる。[8]故に、九一年法三六条一項は七二年法八条三項と同趣旨で、より直接的な規定を設けることにより、債務者の故意又は過失という従来の清算基準の明確化を図ったとみることが可能である。[9]但し、九一年法三六条一項が掲げる仮定的アストラントの清算の基準は、債務者の「態度（comportement）」「履行するのに遭遇した困難」で、故意又は過失ではなく、更に従来の判例が掲げる基準は「債務者の故意又は過失の重大性及びその資力」（例、前掲一九五九年一〇月二〇日判決）であるので、新法の二つの要件の意味については疑問がないわけではない。

九一年法三六条二項は、確定的アストラントの清算時の修正不能の原則を定め、同じくこの点を定めた七二年法八条一項とは異なり、原則の例外は併せて定めてはおらず、この例外については、三六条三項が定める。同項は、確定

的アストラントに限らない形で定められているが、とくに確定的アストラントに関して重要と考えられる。[10] さて、この三項につき、立法の経緯に触れると、七二年法八条一項は偶発事・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、九一年法の原案は、偶発事・不可抗力の場合に当たる外来的原因（cause étrangère）の場合に、アストラントを廃止すると定めた。これは、とくに裁量権排除を意図するようであるが、この原案はまず、軽減の可能性を認める趣旨で次のように修正された。「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。[11] 更にこの「軽減」の語を削除して原案に復する修正案が提出される一方で、「軽減」の語を避けつつこの案と同一の目的を達成するために「軽減」に代えて「一部の廃止」とする修正案も提出され、結局後者の修正案が採用されて、[12] 九一年法三六条三項になったのである。「軽減」と「一部の廃止」の違いは必ずしも明らかでないが、同項の立法趣旨は、不履行が外来的原因による場合に裁量権を正面から認めることを避けながら実質的にはこれを認めようとしたもののようであり、原案のように、外来的原因による場合にアストラントの全部の廃止を義務づける扱いは、許されないことになろう。同項については確定的アストラントの実効性を損なうことになりかねないとの懸念も指摘されている。[13]

㈢　アストラント金の取扱（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」と定める九一年法三四条一項は、アストラントの法的性質に関する基本規定で、七二年法六条第一文をそのまま踏襲するが、実は九一年法の原案にはなく、後から挿入されている。その代わりに原案の三六条一項はアストラント金の損害賠償への充当を定めており、九一年法の立法過程ではこの是非を巡ってアストラントと損害賠償の関係が改めて問題になった。

原案の三六条一項は正確には「アストラントとして債権者に支払われる金額（sommes）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（s'imputent sur le montant définitif de la réparation）」というものである。その提案理由は、九一年法三六条一項の立法趣旨に関して述べたところと同じで、アストラントを損害賠償と無関係とする制度下で、債権者の利得に関する疑念が清算時の著しい減額を招き、実効性の低下に繋がっていることから、この弊害除去の方策の一つとされている。[14] これに対して、七二年法の起草者であるP. Mazeaudは、法案は現行法上のアストラントを廃止するものであり、アストラントは損害賠償と区別されねば何ら有用性はないし、だからこそ判例もアストラントと損害賠償を区別したのであると激しく非難した。[15] 国民議会の法務委員会の報告者N. Catalaも、アストラントは履行確保のための威嚇手段且つ私的刑罰（peine privée）で、賠償目的はないとみるのが今日の通説であり、法案はアストラントの性質に混乱を持ち込むもので、理論的な問題点があることを強調して、原案の三六条一項の削除と従来の原則規定の挿入を強く求めた。[16] この要求を容れた修正案は国民議会で可決され、元老院で再び、債権者の利得の不当性を強調して原案を支持する修正案も提出されたが、結局国民議会の案が可決されて、九一年法の三四条一項が成立するに至っている。[17]

アストラント金の損害賠償への充当は、とくに債権者の利得の不当性をめぐる問題の対処策として一部の議員には支持され、この利得に関する問題意識は強まっていたにせよ、今日のアストラントに関する判例学説理論との乖離が大きいことから、排斥されたとみることができる。但し、このような法案が、頓挫したにせよ、提案されたこと自体には、十分に留意しておく必要はあろう。この提案は、アストラントと損害賠償の関係の見直しが真剣に考えられていることを示していると思われる。また提案された方法により改善が見込まれる債権者の利得に関する問題は、なお未解決のまま残っている。これらに鑑みると、アストラントと損害賠償の関係については、九一年法で七二年法の立場を改めて確認したことにより解決されたとみることもできようが、なお予断を許さないとみる余地もあり、今後の

動向に注意を払うことがなお必要と思われる。

次に、損害賠償への充当と同様に、九一年法から姿を消した原案の三六条二項に関して述べておきたい。これは「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)に属する(profite)」というもので、損害賠償への充当と共に、アストラントを損害賠償と無関係とする制度の弊害を除去するための対策の一つで、一九八〇年七月一六日の法律の行政事件におけるアストラントの制度をモデルにしている。社会政策国民基金は、債権を回収できない扶養料債権者を援助するものと説明されている。[18] 国民議会は、損害賠償への充当に関する原案三六条一項を削除する一方で、上記の弊害の対策を講じる必要は認めて、二項はそのまま可決した。[19] しかし、元老院では、これを削除する修正案と、社会政策国民基金は適当でないことを理由にアストラント金の一部を国庫に帰属させる修正案が出され、議論の末に、結局は前者が可決されて、原案三六条の二項も姿を消した。[20] 削除する修正案の理由づけは、折衷的な方式が適当でないこと、アストラント金の配分を定める裁判官の裁量の正当性に疑問があることなど一様ではないが、削除が支持された大きな理由は、まだ方向が定まっていないので、早急な結論を避け、とりあえず現状を維持したことにあるように思われる。[21]

こうして七二年法の時と同様九一年法も、アストラント金の帰属につき何ら特別な規定を設けなかったため、従来通り、アストラント金は損害賠償と共に債権者の懐に入る。この点からアストラントは私的刑罰といわれてきたが、今後もこの性質がそのまま維持されることになったわけである。

㈣ アストラントの清算と執行の関係(九一年法三七条・適用デクレ五三条)

ここでは九一年法三七条及び適用デクレ五三条に触れる。これはアストラントの執行に関連する条文で、必ずしも清算の部分で扱うにふさわしいわけではないようにも思われる。が、少なくとも清算と関連があるので、便宜上清算

の問題の中で扱うことにしたい。

「裁判官の裁判は法律上当然に仮に執行できる」と定める九一年法三七条は、原案三六条の三項に当たり、上記㈢でとりあげた同条一項及び二項とは裏腹に、説明も議論も全くなしに、そのまま可決された。故に九一年法三七条の立法趣旨は不明である。この「裁判」とは何を指すかについては、アストラントを清算する裁判がこれに当たるのは当然のこととして異論はないようであるが、アストラントを宣言する裁判がこれに当たるかは問題とされており、条文の位置[22]とくに適用デクレ制定後はその五三条を根拠に、九一年法三七条の「裁判」は宣言の裁判を含まない解釈が示されている。[23]

適用デクレ五三条の一項は、清算前の強制執行を禁止する。ある学者は次のようにいう。「これは従前の判例がもたらした解決であった。清算されてもいない仮定的アストラントについては、言うまでもなかった。判例は、確定的アストラントについてもそれを通した。たとえ、不可抗力の場合にそれを廃止する裁判官の権能という理由にすぎなくとも」。[24] 次に二項は、清算前の保全手段を仮の清算を要件として許容する。これも判例の立場を採用するものと説明される。[25]

(1) R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr., n. 11, p. 804. なお Perrot 教授は九一年法の起草委員会の長である(Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 4.)。

(2) F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992, chron., p. 300; M. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, 3e éd., 1993, n. 218, p. 86.

(3) contredit の語については、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(二)」法学五八巻三号一六一頁で「管轄抗告」の訳語が当てられ、意味がわかりやすいが、ここでは『注釈フランス新民事訴訟法典』の訳に従った。

(4) Donnier, op. cit., note 46, p. 86. E. Blanc, Les nouvelles procédures d'exécution, 2e éd., 1994, p. 166. なお山本・前掲法学五八巻三号一八一頁注(六五)。

(5) Chabas, op. cit., p. 300. 結論同旨 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 86, p. 68.

(6) Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 16 et 17.

(7) Rapp. J. Thyraud, Doc. S 1989-90, n. 271, p. 49; Rapp. N. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 76.

(8) Perrot, op. cit., n. 15, p. 805. 同様の立法趣旨につき、大濱「アストラントの制度的確立」慶應大学大学院法学研究科論文集二六号二四三頁参照。

(9) なおChabas, op. cit., p. 300は、裁判官に債務者の故意又は過失(faute)の考慮を義務づけ、その結果従来不要とされた裁判の理由が要求されるという。

(10) V. Perrot, op. cit., n. 14 et 15, p. 805.

(11) JO S [CR], 15 mai 1990, p. 844.

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

(13) Chabas, op. cit., p. 300.

(14) 前注(12)参照。

(15) JO AN [CR], 3 avril 1990, p. 52.

(16) Rapp. N. Catala, n. 1202, p. 77 et 78.

(17) JO S [CR], 15 mai 1990, p. 844 et 845.

(18) Projet de loi, n. 888, p. 17; Rapp. N. Catala, n. 1202, p. 78.

(19) Rapp. N. Catala, n. 1202, p. 78. V. JO AN [CR], 3 avril 1990, p. 51 et 52.

(20) JO S [CR], 15 mai 1990, p. 845 et s.

(21) JO S [CR], 15 mai 1990, p. 847. Rudloffの発言参照。

(22) Croze, op. cit., n. 40, p. 68. V. Chabas, op. cit., p. 300.

(23) Chabas, op. cit., p. 300; Donnier, op. cit., n. 213, p. 84.

(24) Chabas, op. cit., p. 300.

(25) Chabas, op. cit., p. 300.「アストラントの実効性は大きく補強された」と評価する。判例としては、清算前の差押差止

(saisie-arrêt) を認める一九八七年五月一三日の判決 (Gaz. pal. 1987. 2. Somm. 492, obs. Véron) を挙げる。

結びに代えて

最後に九一年法及び適用デクレによるアストラントの改正を改めて整理すると次のようになろう。

字句の訂正はあるにしても、九一年法が七二年法を踏襲することを明文を以て確認した点即ち変更のない点は、全ての裁判官が自己の裁判を確保するためにアストラントを宣言できること(三三条一項)、アストラントの宣言は職権でもできること(同条同項)、アストラントが損害賠償とは無関係であること(三四条一項)、アストラントの種類には、仮定的アストラントと確定的アストラントがあり、その区別の基準は清算の時の修正可能性の有無であること(三四条二項前段・三六条二項)、確定的アストラントであることを裁判官が明示しない場合には仮定的アストラントとして扱われること(三四条二項後段)といえよう。

次に九一年法を以て改めた点は以下のとおりといえよう。①執行手続法の総則に定めたこと、執行裁判官の制度と関連づけ、②宣言については他の裁判所の裁判にアストラントを付す場合には執行裁判官が管轄を有するとしたこと(三三条二項)、③清算については執行裁判官がこれを管轄することを原則としたこと(三五条)、④これに伴い、執行裁判官に管轄がない場合の手続を明定したこと(適用デクレ五二条)、⑤確定的アストラントを仮定的アストラントとの関係で補充的であることを明確化し強化したこと、具体的には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)、⑥効力発生時を明文を以て定め、これによりおそらくは効力発生時の定めを裁判官に義務づけたと解せられること(適用デクレ五一条)、⑦仮定的アストラントの清算の基準を債務者の「行動」と「履行するのに遭遇した困難」と明定したこと(三六条一項)、⑧不履行が

外来的原因による場合にはアストラントは全部又は一部廃止されるとしたこと(三六条三項)、⑨仮に執行できることを明文を以て確認したこと(三七条)、⑩清算前の強制執行を禁止したこと(適用デクレ五三条一項)、⑪清算前の保全手段を仮の清算を要件として認めたこと(適用デクレ五三条二項)、である。

この改正点について、本論では、宣言と清算の手続に分類して概ね条文の順序に従って考察してきたが、最後に、やや異なる視点からみてみると、①乃至④はとくに新しい執行手続の体系と関連する点として、⑤乃至⑧はとくに裁判官の裁量に関連する点として、⑨乃至⑪はとくにアストラント金の執行に関連する点として、一応の分類ができると思う。裁判官の裁量に関連する点は、審議の過程で修正を重ねた⑧を除き、裁量権を制限する趣旨の改正である。

九一年法のアストラントに関する原案はかなり実質的な改正を意図していたといってよいであろうが、その柱であったアストラント金の取扱即ち、損害賠償への充当及び一部を社会政策国民基金へ帰属させることはいずれも実現をみなかった。原案の柱といえるようなもののうち実現をみたのは、確定的アストラントの補充性とせいぜい執行裁判官制度と関連する事項にすぎないといってよいであろう。(1) そこで、九一年法による改正も一見すれば七二年法とは殆ど変わらないものになった。しかし、細部を見ていくと、小規模ながらも少なからぬ成果がみられ、改正点に関する上記の分類に鑑みると、執行手続への接近の傾向、アストラント金の執行手続に関する規定の整備、裁量権を制限する傾向があることが伺える。(2) とりわけ裁量権を制限する傾向が生じる背景には、アストラントに関する現在の難題が控えていることには改めて注目しておきたい。即ち、アストラントによる債権者の利得が正当化しにくいため、裁判官は仮定的アストラントを著しく減額する傾向があり、仮定的アストラントの実効性が低下している。このためか、一部の裁判官はとくに確定的アストラントに頼る傾向があるようであるが、確定的アストラントの利用は、債務者を過酷な状況に追いやる一方、債権者の利得を増やすことに繋がる。いわば一種の悪循環のような問題状況がみられる。こうした弊害を取り除くために、裁量権を制限する措置が講じられたのであるが、そのうち最も注目されるのは、確

定的アストラントの補充性である。但し、これは見方をかえれば、清算の手続における、裁判官の適切な裁量権の行使に大きな期待がかけられていることを示すと考えられる。つまり、裁量権の制限とはいっても、これは本質的な制限ではなく、適正化を図るための最低限の制限であり、この点に注目するあまりに、アストラントの本質的な裁量性を見落としてはなるまい。一方で、九一年法は難題の根源に近い、債権者の利得に関する大きな問題を積み残したことになる。[3] 故に、前述のようにアストラントに関する動向はなお予断を許さず、今後の動向の考察が必要である。なお、こうした確定的アストラントの硬直性・債権者の利得の問題は、日本の間接強制にも当てはまりうることも併せて指摘しておきたい。

(1) V. Projet de loi, Doc. AN 1989-90, n. 888, p. 15 et s.

(2) V. Rapp. N. Catala, Doc. AN 1989-90, n. 1202, p. 22. 原案について「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」と評価する。

(3) 債権者の利得の問題が未解決な点を強調するものとして F. Chabas, La réforme de l'astreinte, D. 1992, chron., p. 300; R. Perrot, L'astreinte, Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991, 2, doctr. n. 16 et 17, p. 805 et 806; H. Rusquec. Astreinte, Introduction, Juris-Classeur, proc. civ., Fasc. 2120, n. 42 et 43, p. 6.