

仏法におけるアストラントについて (一)

萩 大 輔

序

本稿は昭和三八年四月早稲田大学における民事訴訟法学会において報告したものである。当時より五年余、その後の経緯がある訳であるが、その検討は別稿に譲り、ここでは旧稿の総まとめをした。

目 次

- I アストラントの起源と発達
 - 1 判例による *astreinte comminatoire* (威嚇的アストラント) の確立
 - イ 目的・形式
 - ロ *astreinte comminatoire* の基本的な二つの特徴
 - i 金額が改訂し得ること

ii 金額が実際の損害額と無関係に高く定め得ること

ハ 最初の判例

ニ アストラントの名称

2 立法への取入れ——*astreinte légale* (法律上のアストラント)

II アストラントの理由づけ・性格

1 損害賠償説

2 命令権説 (A. Esmein の説)

3 新損害賠償説 (Fréjaville の説)

4 アストラントは直接的に執行の方法であるか、間接的に、そうであるのか。

III アストラントの明細

1 各種のアストラント

イ *astreinte comminatoire* (威嚇的アストラント)

ロ *astreinte dommages-intérêts* (損害賠償のアストラント)

ハ *astreinte définitive* (確定的アストラント)・*astreinte non comminatoire* (非威嚇的アストラント)・

astreinte peine privée (私的罰金のアストラント)

ニ *astreinte légale* (法律上のアストラント)

2 アストラントの手続

イ *condamnation à l'astreinte* (アストラントの宣言)

ロ *liquidation de l'astreinte* (アストラントの清算)

ハ *exécution de l'astreinte* (アストラントの執行)

3 アストラントの適用

イ 適用を受ける義務の範囲

ロ 他の執行方法に対して例外的、補助的でない

ハ 金額

IV 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)

2 *jugé des référés* (急速審理裁判官) による宣告

3 *astreinte définitive* の擡頭

4 *liquidation* 前の執行

5 一九四九年七月二二日の法律

6 *amende civile de caractère comminatoire* (威嚇的性格の民事罰金) の提唱

I アストラントの起源と発達

1 判例による *astreinte comminatoire* の確立

イ 目的・形式

(1) アストラントは、債務者をして判決あるいは判決によって確認された債務の履行を強制する目的のために裁判官によって発せられる履行の遅延日毎(原則として)にいくらと定められた金額の支払を命ずる金銭上の宣言である、ということとは当初より今日まで一貫して変わらないアストラントの定義である。例えば、「Planiolと Ripert」によると、

「アストラントは遅延日毎、あるいはその他の時の単位毎に、百、千、一万フランというような額で、債務者に対して、彼が、裁判官によって定められた一定の期限内に義務を履行しない場合に、発せられる金銭上の宣言である。その目的は履行の遅延によって生ずる損害を賠償するのではなく、債務者をして、宣言の額が絶えず増大するおそれによってその義務を果すよう拘束することにある。これは彼の抵抗をうちくたくべき脅威 (menace) である」とある。⁽¹⁾ また、アストラントを否定した古い学者の言辭の中にもアストラントが事実そういうものであったことの認識がうかがわれる。例えば、Demolombe は「遅延日毎にいくらと前もって定められた未来の損害賠償は認めることができるが、それは債務者の抵抗を克服する目的を持った拘束の手段であってはならない。」⁽²⁾ という。

(2) 判例については、A. Esmein によれば「判例がそれが目ざす目的について語る時は明瞭であり、一致している。」⁽¹¹⁾ のである。例えば、パリ控訴院一八四〇年五月一六日の判決によれば、一審が一五、〇〇〇フランの *dommages-intérêts* (損害賠償) を免除したのを支持して「この宣言は履行を強制するための拘束 (*contrainte*) の手段にすぎぬ」とい⁽¹²⁾、その上告を斥けた破毀院一八四一年一月二二日判決は「拘束の手段として発せられた宣告」とい⁽¹³⁾う。

(3) アストラントの目的について、時に「債務」の履行のためとい⁽¹⁴⁾、時に「判決」の履行のためといわれる。⁽¹⁵⁾ これはアストラントの本質論とも関連があるが、Kaiser は次のようにい⁽¹⁶⁾う。「アストラントは単に債務の履行のためのものではなく、それはまた「裁判」 (*decision*) の履行を得るためのものである。」⁽¹⁷⁾

(4) 遅延日の外に、週、月、年が用いられた。⁽¹⁸⁾ なお、極く当初のアストラントは総体の金額で宣言されたが、次第に日毎の額によるようになったのである。⁽¹⁹⁾ しかし、現在でも総体の額で発せられることがある。⁽²⁰⁾

(5) 「Plantiol & Ripert」の定義中に示される「アストラントの額の無限に増大する可能性」は、少なくとも伝統的な理論として学説・判例によって肯定される所である。しかし、近年のアストラントにおいては、*durée* (アストラントの持続期間) が定められ一応の限度が与えられることが多い。

n *astreinte comminatoire*・威嚇的アストラントの基本的な二つの特徴

(1) アストラントがその目的を達するために有する基本的な特徴として夙に判例が確立したものとして次の二つを挙げる事ができる。

i 金額が改訂し得ること

ii その金額を実際の損害額に無関係に高く定めることができること

A. Esmein は次のようにいう。「アストラントは判例がその宣言に与えた二つの特徴によって拘束の手段 (*moyen de contrainte*) としての性格を持つ。即ち一方において、この *dommages-intérêts* (損害賠償) を発した裁判官は、如何にもそくとも与えられた命令に従ってその義務が履行された場合、それを切り下げ、あるいは全部または一部を取り消すことができる。他方、裁判官は、事実審の裁判官に損害賠償の原因はそうではないがその額をば専権的に任意に定めることのできる権限が認められていることを利用し、アストラントを宣言する際、その額を遅延に基づく実際の損害に少しも関係のない、しかし、ただ強い刺戟としてよりよく作用する高い額に定める。」と。⁽¹¹⁾

Préjailie は、アストラントの金額の改訂に関し次のようにいう。「アストラントは単なる脅威を構成するだけだから、アストラントの宣言は必然的に仮 (*provisoire*) の性格をもつ。それは、裁判官によって最初に発せられた宣言が債務者の抵抗を碎くに充分でない場合は増額の意味で、また若し債務者が履行した場合はアストラントの取り消しにまで行くことのできる減額の意味で、何れにせよ、裁判官によって改訂し得る。」と。⁽¹²⁾ここに増額がつけ加えられたのは、それは、まず最初は債務履行後の減額が問題となり、次に抵抗を続ける債務者を強制するために、さらに増額が必要になったという判例の発展に相応するものであろう。注意すべきは、増額はやはり仮のものであるにすぎないが、減額は *liquidation* (清算) として確定的なものであることである。従って単に金額の改訂といっても二つの異なる要素を含む。「*Planol* et *Ripert*」は、金額の改訂について、確定的な清算 (*liquidation*) によるものと、その以前のものを区別し、アストラント

は何時かは確定的に清算され減額され得るものであることを *caractère comminatoire*、その以前の改訂性を *caractère provisoire* と呼び、また損害賠償と無関係に定め得ることを *caractère arbitraire* と云つて、アストラントの性格を三つに分類するが、この方がより具体的、より正確であらう⁽¹¹¹⁾。

これらの特徴こそ判例がまず確立した基本原則であり、これを備えたものを *astreinte comminatoire*・威嚇的アストラントといい、これが真のアストラント (*véritable astreinte*) であるといわれる⁽¹¹²⁾。なお、清算 (*liquidation*) の際に増額⁽¹¹³⁾し得るかは未確定の問題で、これは清算の所で述べる。また、清算前の減額は事実上問題とならないようである。

ハ 最初の判例

ロで述べたアストラントの特徴を示した最初の判例は次の通りである。

(1) 減額ないし取り消しの最初の判例として *Planiol / Demogue* 等の学者は一八〇九年に遡る破毀院の判例を挙げているが、⁽¹¹⁴⁾ *A. Esmein* とよむと「有名」であり、⁽¹¹⁵⁾ また *Planiol* によむと真のアストラントの最初の例とされるのは破毀院一八二四年二月二八日の判例である。これははじめて遅延日で (*par jour de retard*) 定められたものでもある。それによると次の通り。

Habert (アベール) 対 *Dardenne* (ダルダンス) 「一八二一年四月七日の判決でダルダンスに対して発せられた文書の引き渡しについて遅延日毎に一〇フランという宣言は本質的に仮定的 (*presomptive*) 且威嚇的 (*comminatoire*) なものにならぬ。不服を申し立てられた第二の判決たる一八二三年六月二六日の判決の場合、ダルダンスは遅延の大部分はアベール夫人の行為によるものと述べたので、原審 (*la cour royale de Paris*) は遅延の結果如何なる損害がアベール夫人にもたらされたかを判断しなければならなかった。訴訟 (*procès*) の事実 (*faits*) と状況 (*circonstances*) によつて、原審は、それを決定する専権を有するのであるが、原審は、遅延を理由としてアベール夫人によつて要求された額を、既判力を侵すことなく切り下げることができた。故に棄却。」正当に支払えば一一、〇〇〇フラン余の所を四〇〇〇フランに減額された⁽¹¹⁶⁾。

(2) アストラントの金額が実際の損害額と無関係であることを認めた最初の判例として破毀院一八三四年一月二五日の判決があげられる。それは次の通り。

Normand et autres (ノルマンその他) 対 Rohan (ローアン) 公爵

一七八二年ローアン公爵は破産状態におちいった。債権者達は Concordat (和議契約) 作った。革命が終り王政復古後ローアン家は財産を回復した。そこで債権者達は昔の Concordat によりその履行を迫った。一審二審共原告敗訴。そしてさらに、債権者達の手中にあった革命中に作られた *pacta de famille* (家族契約) の文書をローアン家の相続者に遅延日毎に一〇〇フランの損害賠償の制裁の下に返還することが命ぜられた。債権者達はさらに上告した。上告理由として、この遅延は相手方に何等の損害ももたらさないのに、引渡し遅延日毎に一〇〇フランの支払を命ぜられたのは、損害賠償に関する民法の規定(一一四七条一一四八条一一四九条)違反である、と主張したのに対して、破毀院は何等違法でないとして斥けた。⁽¹⁰⁾

(3) 増額判例の例としてあげられる古い破毀院の判例として、一八五七年三月二五日(ボーフルモン事件)と、一八九七年一月二一日の判決がある。

前者は子供の引渡事件であるが、原審たるパリ控訴院の最初の判決は次のようにいう。「夫人はボーフルモン公爵にこの判決の送達後、二週間内に子供を引渡さなければならぬ。夫人はこの期限をすぎた時から遅延日毎に次の金額を支払わなければならない。即ち、最初の一月間は五〇〇フラン、次の一月間は一〇〇〇フラン。」夫人はなおも従わなかった。約半年後の第二の同院判決で既に原告に獲得された損害賠償の外に、さらに遅延日毎に一〇〇〇フラン支払うよう命ぜられる。⁽¹¹⁾ 上告棄却。

第二の一八九七年一月二一日の判決の事件は、次の通り。即ち、電気会社がパリの大きなホテルに電気を供給していたが、ホテルが会社に支払うべき一〇〇〇フラン足らずの金を支払わなかったので電気を止めた。ホテルはセーヌ商事裁判

所に電氣を供給すべき旨を訴えて勝訴。遅延日毎に一〇〇〇フランのアストラントの宣言を得た。会社はこれに従わず、アストラントも支払わないときめたので、半年後、ホテルは同裁判所に遅延日毎に一〇、〇〇〇フランのアストラントを申し立てこれが認められた。控訴院もこれを認容した。(但し、一〇、〇〇〇フランのアストラントは控訴判決が送達されてから三ヶ月して始まるとする。)^(三二) 上告棄却。

(4) かようにして判例は *astreinte comminatoire*・威嚇的アストラントを確立した。アストラント当初の判例が民法典公布(一八〇三年一八〇四年)後間近に迄遡るということは、*A. Esmein* の指摘する通り、実はこの制度は *ancien regime* あるいは、その以前に遡るものであるということ^(三三)を容易に肯定させる。

また、アストラントが特に一九世紀中葉よりその発展の度合を強めた^(三四)ということは、債務強制のための身体拘禁の制度^(三五)が一八六七年に大部分廃止された^(三六)ことと符節を合するようにも思われる。

ニ アストラントの名称

アストラントの名称が判例にあらわれるようになったのはかなりおそく、破毀院判例にあらわれた当初の例として諸字^(三七)者は民事部一八八九年三月二〇日および一八九七年一月一日の判決(前記電氣供給契約事件)をあげている。それまでは損害賠償あるいは *contrainte* (拘束) という語が使われていた。

2 立法への取入れ

一九世紀に確立されたアストラントに刺戟されて、同世紀末の頃から立法者はその立法の中にアストラント類似の制度、あるいはアストラントという語を取入れるようになった。その数はかなり多いが、その内容は必ずしもアストラント (*astreinte judiciaire*・裁判上のアストラント) と同じものでなく、真にアストラントの特徴を具えるものはほとんどないといわれる。例えば、*Paul Esmein* によると、一九二二年二月五日の法律は労働大臣の認可しない会社に「低家賃住

宅会社」(sociétés d'habitation à bon marché)あるいは「不動産金融会社」(sociétés de crédit immobilier)という名称の使用を禁止し、さらに裁判所は判決によって禁止された名称の使用中止を、遅延日毎のアストラントの下に命ずることができると規定した。そのアストラントは威嚇的(comminatoire)で改訂し得る(revisable)ものである点は真正のアストラントに近いが、その金は国庫に帰すること、および裁判官が、額の点を除き、それを宣言すると否との自由を持たないことは、アストラントと異なる、^(二七)という。

II アストラントの理由づけ・性格

これはアストラントの本質論でもある。

1 損害賠償説

(1) 判例は損害賠償説で出発した。勿論、強制の手段であることは早くから認められていた。つまり、アストラントは拘束の手段として用いられた特殊な損害賠償である^(三〇)と見られた。A. Esmeinによれば「判例は損害賠償によって新しい強制の方法を考え出すと同時に、損害賠償自体について新しい種類を作り出した。」^(三一)のである。そして、損害賠償に関する民法の諸原則からくるアストラントに対する攻撃には、専らその目的論によって対抗した。判例が、一般的にアストラントを損害賠償から明瞭に区別するようになったのは二〇世紀に入ってからである。^(三二)

(2) 当初の学説は、やはり損害賠償という前提に立って、アストラントの威嚇的(comminatoire)な^(三三)あるいは仮(provisoire)の性格は、既判力(民法一三五一條)あるいはdessaisissement(自縛力)^(三四)の原則に反するとし、あるいは金額算定のarbitraire(任意)な性格は民法の原則に反するから、実際の損害額に応じた確定的なものでなければならぬとするものが多かった。^(三五)なお、その当時、損害賠償の基礎の上に、アストラントを支持したものに、Meyrialの威嚇的損害賠償論(De principe des dommages comminatoires)^(三六)あるいはLabbéの二面性説(遅延賠償は債権者に対しては損害賠償、債務者に対しては拘束の手段として作用する、^(三七)というもの)がある。

2 命令権説

(1) Adhemar Fernin が一九〇三年に発表した「アストラントの分野における判例の起源と理論」という論文は、アストラント理論発展の中道において一つの紀元を画したものと見えよう。彼の主たる目的はアストラントの持っている基本的な二つの特徴と損害賠償の一般原則との間の矛盾撞着を解決することにあつたと思われる。彼は次のようにいう。

「アストラントを發する根拠は、裁判官に附屬している、裁判権 (pouvoir juridictio) から區別された命令権 (imperium) にある。それは裁判そのものの履行のために存在する権利であつて、債務を履行せしめるためのものではない。アストラントの制度の根拠を、契約上の債務一般のために確立した損害賠償理論に帰せしめようとすれば、アストラントの威嚇的な性質と既判力が衝突するのを防ぐことはできない。命令権説によれば、アストラントの威嚇的な性質や、また、損害賠償に転化し得ないような義務(例えば子供の引渡義務)にアストラントが適用されることを円滑に説明することができる。また、上訴による執行停止の規定はアストラントに適用されることになる。

このような命令権の淵源は遠くローマ法にまで遡ることができる。そして、中世においても引続き存在した。殊に ancien regime (古法)の時代において、裁判官は当事者に命令する権利、および威嚇的宣言、特に損害賠償宣言により当事者を制裁する権利を持っていた。この権利は三権分立し、民法典五条の制約を受ける今日の裁判官にも受け継がれている。さらに、実定法上の根拠として民事訴訟法一〇三六条^(三九)を挙げることができる。また、アストラントに関する破毀院一八四一年一月二二日の判決は、裁判権につき *judicia decisoria* と *judicia ordinatoria* を區別し、アストラントは後者即ち命令権に基くものであるとした。また、英国における *injunction* (差止め命令) および *contempt of court* (法廷侮辱) の制度に注目すべきである。

故に、裁判官は今日もなおアストラントの第一要素である命令権を持っている。しかし、第二の要素である強制的あるいは威嚇的損害賠償によって、その命令を制裁づける権利を持っているであらうか。なるほど、裁判官は、革命によって

宣言された原則に反して、法に基づかない任意的な罰金 (*amende arbitraire*) を用いることはできない。しかし、私は強制の手段として用いられる損害賠償については、それとは異なる、と信ずる。たとえその損害賠償がある意味で罰 (*peine*) を構成するとしても、刑法の原則はそれ等には適用されない。如何なる法規もそれ等を禁じない。何故なら、填補、遅延の損害賠償についての民法典の規定は、他の分野・他の制度を目ざしているから。もしそれ等が原理上、あるいは新しい法規によって、排斥されないなら、次のことを信ずることは許されないのであろうか。即ち、それ等は古法から新法に移った。今の所、それ等が唯一の制裁の方法である所の命令の権利と一緒に。」以上。

彼の論旨の最後の部分 (制裁の権利に関する部分) は *Féjaville* が指摘する通り急に筆がにぶる。^(四〇)そして未だに損害賠償にしようとするものを残している。しかしながら、彼によって、その後の判例学説が大きく損害賠償から解放される道が拓かれた。

(2) なお、アストラントは *peine privé* (私的罰金) であるということが、一部の学説で主張された。^(四一)それらはエスメーンの命令権説そのものではないが、命令権説の一つの帰結であるといえよう。*peine privé* の特徴として、それが確定的であり、また、その金が債権者に収受されることである。これが判例に反映して *astreinte définitive* ・ 確定的アストラント^(四二)を生んだと思える。またこれは、古くからアストラントそのものに潜在していた考え方でもあるようだ。古い判例で *pénalité* という語を使ったものがある。^(四三)しかしそれは *comminatoire* ・ 威嚇的なものであり、やがては損害賠償に清算するべきものであった。^(四四)

astreinte définitive ・ 確定的アストラントが抵抗が多いように *peine privé* ・ 私的罰金説は大方の学説の否認する所である。^(四五)

3 新損害賠償説 (民事責任論)

A. Esmein の論文はその後の判例学説に大きな影響を与えた。しかし、批判的な学者も可成多い。その中で最も有力な

ものとして *Fréjaville* を挙げる事ができる。彼はアストラントに関する種々の論稿を発表しているが、彼はエスマーンを批判し、アストラントに関し、損害賠償の立場に戻って再分析を試みている。一九四九年に発表された「*astreinte*」と題する論文^{四六}によれば次の通りである。

「裁判官の命令権は、当事者に与えられた判決の履行命令はよく正当づけられるが、それに制裁を附加する権限を説明しない。何故なら、もし裁判官が行政官なら、法に定められていない罰を宣言してその命令の履行を確保することはできないというのが、公法の基本原則であるから。そこに、アストラントの理由づけが常にぶつかる障礙があり、その前で、エスマーンは、その論文の末尾で急に筆がぶつたのである。故に、アストラントの分析を試みるのは無駄ではない。アストラントが、その発せられた時においては損害賠償の宣言でないことは人皆一致して認める。その「仮の」(provisoire)「改訂し得る」(révisable)性格はそれに一致している。しかし、アストラントは、何時かは確定的に清算

されて、債権者に与えられる運命にある。そこに問題が起る。もし、人が一般に主張するように、アストラントが *peine privée* (私的罰金) (L. Hugueney) であるとするなら、成文なくして債権者に利得を与えることを理由づけることはできない。

私の見解によれば、アストラントの慣習を法理的に基礎づけることのできないのは、民事責任の分野を支配する古典的概念の結果である。ほとんどすべての学説は、民事責任は原状回復機能 (*fonction restitutive*) を持つにすぎず、従って損害賠償は客観的に正確に計算されねばならないと主張する。所で、司法の実際はこれと異なる。裁判官が損害を算定する時、損害を与えた者の過失の重大性、両当事者の財産的境遇、債務者の悪意と履行の抵抗の程度を斟酌することは経験の示す所である。裁判官は、人的物的のすべての事情を考慮して、損害を主観的に評価する。このことよって、裁判官は民事責任に予防的抑圧的機能を与える。その予防的抑圧的機能の手段は裁判官が処理する損害の評価の *marge* (ゆとり) にある。このゆとりは、破産院のコントロールが損害の評価にはおよばず、また民法典の損害賠償の規定は評価の基

礎を示すものでない、ことよって益々大きなものとなる。

以上の観察がアストラントの新しい分析の出発点をなす。アストラントは次のように見ることが出来る。即ち、それは、債務者がもし与えられた期間内に履行しないなら、彼の受ける損害賠償額は遅延日毎の額できめられた仮の計算(表)に従って厳格に算定されるであろう、という債務者に対する警告であると。この見解によれば、アストラントの伝統的な性格および認め得る新しい性格を確認することができる。」以上である。

これに対して *Kayser* は、この民事責任論はアストラントを宣言する際その額を実際の損害と無関係に任意 (*arbitraire*) に定める慣行を説明できないと批判する。^(四七)

Féjaville 自身、アストラントの宣告の際の額は大体総体の損害の額の枠内に止まるべきことを主張し、この点は伝統的なアストラント概念に対する重大な修正を提案するものだとする。^(四八)

4 アストラントは執行の方法であるか

(1) アストラントが判決あるいは債務の履行を確保するための制度であることは判例学説とも当初から何の疑もなかった。アストラントの本質については、エスメーン以後単純な損害賠償説は全く姿を消したといつてよいであろう。では、アストラントは実体法上のものでなければ、それは執行法上のもの、即ち執行の手段 (*mesure de l'exécution*) であろうか。学説の大多数はアストラントがそれ自身執行の方法であることを否定する。そして、債務の履行を確保するための「間接」の方法 (*moyen indirect d'assurer l'exécution d'une obligation ou d'un jugement par voie d'intimidation*) である^(四九)と、あるいは「単なる」拘束の手段 (*simple moyen de contrainte*) という表現がよく用いられる。^(五〇)

アストラントが執行の方法であることを肯定する学説判例は少ないようである。^(五一)

(2) アストラントが執行の方法であるか否かが先決問題となる場合として、上訴による執行停止の問題がある。アストラントを発した裁判に控訴が提起された場合、仏民事訴訟法(現四五八条、旧四五七条)^(五二)による執行停止が認められる

か、に關しては判例上も古くから問題となつた。当初、リヨン控訴院一八五九年四月九日の判決をはじめとして、控訴院には執行停止を認める判例が多かつた。上記の判例はその理由として「上訴が長びけば賠償金の額は益々増えるが、これはこの賠償金が損害の厳格な評価であるよりは強制の手段 (moyen coercion) であることに鑑み、衡平を害する。」といつて^(五三)いる。これに反して破毀院は、執行停止は一審の宣言によつて生じた権利を害さないといつて、常に反対の立場に立つた。^(五四)

学説については、アストラントが執行の手段であることを認めない学説はすべて執行停止を否定するかといふと、むしろ、アストラントの目的、意義に照して執行停止を認める方が多い。^(五五)

(3) なお、ここで注意すべきは、停止されるアストラントの執行というのは、アストラントを債務名義とする差押等をいうのではなく、その觀念的妥当、即ち、控訴が棄却された場合アストラント支払の義務が一審判決に定められた通り生ずることである。従つて、Féjavilleの指摘する通り「執行停止の欠除は少ない利害關係しか提供しない。何故なら、アストラントは確定的清算の際に減額され、あるいは、全く取消され得るから。」といふことになる。^(五六)

III アストラントの明細

1 各種のアストラント

イ *astreinte comminatoire* ・ 威嚇的アストラント

債務不履行の債務者に対して裁判所は、通例、恩恵期間・猶予期間 (仏民法一二四四条 *délai de grâce* / *terme de grâce*) を定め、それまでに履行しない時は遅延日毎にいくら支払えと命ずる。この額は損害賠償を算定したものでなく、債務者の履行を強制するために、任意に高く定められる。債務者の抵抗が長びけばその額はさらに増額される。最後に、債務者が履行した場合、あるいは、債務不履行が絶対的となつた場合には、それは確定的に清算される。^(五七) その際、多分、損害賠

償額を基準として減額されることが期待される。

これが判例が確立した原則であり、これが *astreinte comminatoire*・威嚇的アストラントであり、これこそ真のアンストラント (*veritable astreinte*) である。

長い間、このアストラントの宣言だけで、債務者をして履行を決意させるのに充分の役割を果たしてきたが、現代では、それだけでは無力となった。Fréville は次のようにいう。「アストラントは、ほどよい時期に、あだかも陽炎の存在だったことを恥ずるかのよう^(五九)に、法の舞台から消え去るだけの効果しか持ち得ない。」と。

n *astreinte dommages-intérêts* 損害賠償のアストラント

(1) 遅延日毎にいくらかという未来の遅延賠償を宣言することはその前もってする確定的な評価が可能である時は合法である、ということは古くから学者の認める所であった^(六〇)。

裁判所は、屢々、アストラントの名称の下に債務者の履行を確保する目的でかような未来の損害賠償を宣言してきた。そしてさらに、債務者の悪意にうちかつ^(六一)為、*astreinte comminatoire* によらずに、損害賠償の評価が事実審裁判官の専権にゆだねられているのを利用して、その額をできる限り高く定め、損害賠償として宣言するのが、現今の司法の慣行である、といわれる^(六一)。

かようなアストラントを *astreinte dommages-intérêts* (損害賠償のアストラント) といい、その合法性は異論がない。その特徴とする所は、

(i) その宣言は損害賠償の宣言として確定的であり、後から改訂することは許されない。

(ii) それに基づいて、執行^(六二)、仮執行^(六三)ができる。

(iii) 職権で発することはできない。

要するに、損害賠償の一般原則に服するのである。

(2) ところで、損害賠償のアストラントはその形式が遅延日毎にいくらというものであり、またその目的が債務者の履行を確保するにある点、全く威嚇的アストラントと同じである。しかし、それが損害賠償のアストラントである限り、威嚇的アストラントと異なり、一応（評価は事実審裁判官の専権ではあるが）^(六四)その金額が損害をあらわすことの理由が附さるべきであるが、^(六五)裁判所は屢々、アストラントを発する際、その何れであるかを明かにしない。債務者にとっては、もしそれが威嚇的アストラントであるなら、清算 (liquidation) による減額が期待できるから重大な利害関係がある。当事者、特に債務者は、そのためにアストラントを発した裁判所にその解釈を求めることができず、^(六六)判例によると、その解釈する判決においては破産院のコントロールを許すよう理由を附さねばならない。^(六七)また、^(六八)持続期間 (time) を限定しなかつた場合、^(六九)あるいは金額が明かに損害を超える額で定められているものは、^(七〇)威嚇的アストラントと解釈される。また、^(七一)不作為の各違反毎に発せられるアストラントは、少なくともその額が損害と不均合でない限り、原則として、^(七二)確定的な損害賠償として解釈される。

(3) なお、このアストラントは、前もって将来の損害賠償額を確定し得ない場合は、なし得ない理であるが、その場合でも、損害の存在だけでも確定し得るなら、^(七三)損害額については indemnité provisionnelle (仮の賠償金・仮払金) を定める慣行を利用すべきことが論ぜられる。