

## 資 料

## 債務法改革の会社法への影響：断絶か連続か？

——債務の一般的取扱——<sup>(1)(2)</sup>

ムスタファ・メキ

柴崎 暁 (訳)

会社法は債務の一般的取扱にとって選択の地である（社員交互計算との相殺、設立中の会社の債務引受、債権譲渡または契約譲渡として分析される社員権譲渡、会社への詐欺的出資または詐欺的設立の時に繁に発動される廃罷訴権、停止条件の対象となる譲渡承認の条項）。2016年2月10日のオールドナンスのもたらした一体化および明確化は、会社法の正常な作用に有益なものである

- (1) 〔原 題 Mustapha MEKKI, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité? Les obligations. *Rev. des sociétés* 2016, pp. 711 et s. この翻訳は、早稲田大学フランス債務法読書会（石川真衣, 大久保悠貴, 小倉健裕, 柴崎暁）の活動の一環として作成された。本稿は *Revue des sociétés* 誌に掲載された三部作の最終部分にあたり、2016年2月10日のオールドナンス2016-131号による民法典改正との関係における社員権譲渡とその周辺問題を論じる。特に債権債務の一般的取扱（日本民法でいえば民法総則の一部分および債権総論に該当する）の部分を取扱、英米起源の企業買収実務の存在を前提にして、新規定のもとで想定される展開を論じている。本稿原文公表の後、上記オールドナンスによる改正法が議会で承認（2018年4月20日の法律2018-287号）された。その際、オールドナンス時の条文が批判を受け、再改正されている部分も散見されている（350か条中20数か条にわたる。BENABENT (Alain), *Droit des obligations*, 17e éd., LGDJ, coll. “Domat”, 2018, no 9.）。本論説の見解がそのまま採用されたかのような改正も発見できるので、これを訳注において反映した。原注は [note n], 訳者によるものとして関連法条のレファレンスや訳者による解釈・所見は [ ], 法文の変遷に関する注記は 【 】, 必要に応じて原語は文中割注 [ ] (原語に対応する訳語の範囲を示す記号として “ ”) を必要な範囲で表示した。改正民法典の訳文については、荻野奈央＝馬場圭太＝齋藤

には違いなからう。しかしながら、多くの規定がなお問題を提起し、かつ、一貫性のなさをもたらしており、このためとりわけ関係者に、適切化された契約条項を作成するようながすために注意を呼びかけることが適切である。

1. **債務の履行、流通、および、消滅** 債務法改革と会社法との関係に関するこの三部作を締めくくるには、あとひとつ債務の一般的取扱いに関する規則の影響に着手することが残っている。ビジネス界では、債務の一般的取扱いに助けを求めることが平常である。債務の構造的および時間的態様、債務の変更または新債務の創設による債務に関する変動行為、債権者の満足によるまたは満足のない債務の消滅、債権者の諸権利（執行の権利および責任財産保全の権利の保護）、今日はこれに原状回復請求権を加えるべきであろう。不可欠な事柄をまず把握できるようにするため、2016年2月10日のオールドナンスのすべての規定については取り上げることができず、取扱うべき点を選択するしかなかった。

2. **債務の一般的取扱い、会社法における不確実性の要因** 債務の一般的取扱いはおそらく、オールドナンスの最も厳格な側面というわけではない。曖昧なことはよく見られるし、首尾一貫しないことも無数にある<sup>(3)</sup>。経済活動の基本的なマトリクスであるために、債務の一般的取扱いに関する無数の条文がいまなお疑問の源泉となっていることは誠に残念といえる。会社法は債務の取扱いにとって肥沃な大地である。社員権の譲渡はこれを契約譲渡としても債権譲渡としても分析することができる。会社の支配権の譲渡の場合における“債務引受

---

由起=山城一真（訳）「フランス債務法改正オールドナンス（2016年2月10日のオールドナンス第131号）による民法典の改正」同法69巻1号279-331頁を参考としたが、多くは行論の趣旨に副う訳者独自の表現を採った。なお、行論との関係で重要性の高い条文、議会承認での修正がある条文を除き、オールドナンス以降の民法典正文仏文の収録は、紙幅の都合で全部割愛している。読者においては、フランス政府の法令公式サイト Legifrance を参照することをお勧めしたい。本翻訳入稿時点での url は、[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118032/#LEGISCTA0000032040794](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118032/#LEGISCTA0000032040794)

- (2) [note 1=NDLR この論説は、債務法改革の会社法に与える影響に関する M.MEKKI 教授の執筆された一連の3つの論説の最後のものである。契約に関する第1論説が本誌（Revue des sociétés）2016年9号483頁以下、第2論説が2016年10号563頁以下に既出である。]
- (3) [note 2 FORTI (Valeri) et ANDREU (Lionel), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2016.]

〔reprise de dette〕” または保証における契約の「交替〔substitution〕」は、債務譲渡、指図または債務者の交替する更改として分析することができる。社員交互計算の作用および相殺の仕組みによる消滅。負債の保証の移転は債権譲渡として分析できる。社員権の譲渡の効力喪失および「払戻計算書〔compte de restitutions〕”の作成…。会社法は債務の一般的取扱に中心的な場所を割り当てている。それだけにいっそう、改正により追求され、授權法律が公式化した諸目的に不完全にしか応答していないように思われ、これらの規定の一部にみられる無力さは残念に思わざるを得ない。

3. 2016年2月10日のオールドナンスが追求する目的と債務の一般的取扱  
債務の一般的取扱に関する部分は、2016年2月10日のオールドナンスが目指している目的を満たすには程遠い。第一の目的は債務法の法的安全性を強化することであった。これが前提としているのは第一に、法をより接近しやすく理解しやすいものにするのであり、第二に、予測可能性を強化することである。接近しやすさということでは、あきらかな改善を指摘することができる。まず、形式の面については、Francçois Terré 予備草案を参考にしており、独立した“編〔titre〕”が債務の一般的取扱に割り当てられ、契約法との関係で独立性をかちとった。実質については、多くの明瞭化がはかられた。現実の提供の手続（民法典新第1345-1条ないし新第1345-3条<sup>(4)</sup>）に関する諸規則の簡素化、不要な区別（とりわけ各種の条件のそれ）の廃止、多くの規定の緩和（例えば、選択債務）などがそれである。簡素化はまた法典の教育的美点にも由来する。即ち、定義、繰り返し、判例上の既得の規則の組み入れ（共同債務者間における期限の利益喪失の影響、裁判上の相殺および合意による相殺、斜行訴権および廃罷訴権の要件）である。法的安全の簡素化面が満足させるものとしても、予見可能性面はそういうわけにはゆかない。じっさい、疑念の源泉は無数にある。債務の取扱については経過法が考えられていないこと（オールドナンス第9条が契約に適用範囲を限定している）、起草上の不手際（「成就した」停止条件の放棄に関する新第1304-4条<sup>(5)</sup>、積極連帯および対抗可能の諸抗

(4) 〔3か条とも議会承認後も同文。条文自体は Legifrance 参照〕

(5) 〔新第1304-4条 当事者はそれが成就せず不成就確定もしていない限り専ら自らの利益のために定められた条件はこれを自由に放棄し得る。-Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli. 【議会承認により下線部を追加する修正】〕

弁に関する新第1315条<sup>(6)</sup>、法文の欠落（債務譲渡の場合の後続の債務者に関していかなる規定も存在しないこと、确实指図と不确实指図との区別の行方〔新第1336条〕、邪利息による賠償金の存在、信義誠実の場所と概念、等等）。これらの不确实性は、とりわけ法的安全が経済活動の両肺ともいべき会社法の分野においては歓迎しがたいものである。

4. 2016年2月10日のオルドナンスが昇格させた諸価値と債務の一般的取扱 これらの不完全性が、法文の一般的構造から、一部の適切さを失わせているにもかかわらず、それでもオルドナンスは授權法律が昇格させようとする諸価値との間での調和を得られるようにつとめてきている<sup>(7)</sup>。〔その昇格させようとした価値とは、〕まず、より大きな経済上の実効性の探求である。これは、“契約自由〔liberte contractuelle〕”の発露に与えられた選択肢を示す場所（停止条件の遡及条項、債権の譲渡禁止の条項、連帯排除条項、返還すべき果実の評価方法に関する条項）にもあらわれているし、債務の流通（債務譲渡および債権譲渡、指図および更改…）、わずかであれ投機を欠くものでない流通（成否の疑わしいまたは不确实な債権の譲渡、代位において交渉された約定利息）を促進する意思などをつうじてあらわれている。債務は、一般的に、関係として理解されるにとどまらない。それはしばしばひとつの財であるとまではいわないとしても、一つの経済的価値としてあらわれる。しかし、契約譲渡および債権譲渡の改革に関する一般的な精神とズレを来すようにして“有効要件の要式主義〔formalisme ad validitatem〕”が再流行したことは後悔に値する。

---

(6) 〔新第1315条-(第1文) 債権者から“訴求された〔poursuivi〕”連帯債務者は、“無効または解除〔la nullité ou la résolution〕”のように共同債務者全員に共通の抗弁、および、自らに“人的な〔personnelles〕”抗弁を對抗することができる。(第2文) この連帯債務者は、“期限付与〔octroi d'un terme〕”のような他の共同債務者の人的な抗弁を對抗することができない。(第3文) 前文の規定にもかかわらず、他の共同債務者に人的な抗弁が、当該債務者の“負担部分〔part divise〕”を消滅させたとき、とりわけその抗弁が、相殺または債務免除であったときは、連帯債務者は、債務全額からこれを控除するためにこれを援用することができる。【議会承認後も同文】

(7) 〔note 3. CABARRUS (Charlotte de, chef du Bureau du droit des obligations du ministère de la Justice), Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations in *Le nouveau régime* précité, p. 2 et s., spec. 6 et s. (法的安全, フランス法の魅力を強化すること, より保護的な法)〕

契約正義は、様々な規定に反映する、改革が昇格させたもう一つの価値である。“信義 [bonne foi]”に幾度にもわたり言及することでおこなわれる“不誠実な行動 [comportements deloyaux]”を抑止する闘争がこれであり-そこにいう信義がどんな種類のそれなのか不明なままであるとはいえず、あるいはまた、“財産帰属の再均衡化 [reequilibrer les patrimoines]”を目的とする諸措置、とりわけ、原状回復請求の技術もしくは債権者の一般担保の保全を助ける諸訴権（斜行訴権・廃罷訴権…）の明瞭化によるそれである。

5. 債務の履行および流通 会社法においては、2016年2月10日のオールドナンスが考えているような債務の一般的取扱は、“曖昧なバランスシート [bilan mitigé]”にしかない。しかしながらそれは、革命などではなく、本質的には、法文に一定の展開を施すものであって、それらは判例上既得の規則を確認補強するものにとどまる。これを確認するために、債務の一生そのものにそって、三つの時点に分けて分析することが考えられる。即ち、債務の履行（Ⅰ）、流通（Ⅱ）、消滅（Ⅲ）である。

## I. 債務の履行および会社法

6. 債務の履行とは、ここでは最広義に解する。即ち、すべての諸規定が問題となり、“上流に位置する [en amont]”規定として、履行すべき債務の“内容上の修正 [aménagement]”をもたらすもの（A）、その権利の履行を確保することを債権者に担保として可能にする諸訴権をもたらすもの〔B〕、および、“事後に作用する規定として [ex post]”原状回復義務の履行に関するもの（C）、が問題である。

### A. 債務の時間的な内容に関する修正

7. 停止条件の特殊な問題 2016年2月10日のオールドナンスは、本質的には、債務の“態様 [modalité]”に関する規則を明確化するものである。構造的な態様（客体および主体の複数）に適用される規則への検討はここでは除外するとして、債務の時間的な態様に関する規則、即ち期限および条件は、大きな技術革新を伴っていない。会社法の“尺度からは à l'aune”，停止条件に集中する必要がある。じっさい、証券の取得が、（社会保障法上、税制上、環境保護上の）監査の実施、行政上の許認可、さらにまた、一定の方式の遵守を以て停止条件としていることが多い。とりわけ、承認、社員または第三者の与

える承認の条項が停止条件として設けられていることが多い<sup>(8)</sup>。この条件は、「将来かつ不確実の事象に依存する」債務として第1304条<sup>(9)</sup>に定められている。この条件が停止条件であるのは、「その成就が債務を単純な債務に転換する場合」である。提案されている定義からみれば、停止条件は契約の構成要素を内容として付されることができない。この意味において“同意 *consentement*”は、停止条件の内容とすることができない。このことは、〔例えば〕集団倒産手続の間に発生した財の売却につき、“管財裁判官 [*judge commissaire*]”の許可は契約成立に必要な要素とされているところ、これを停止条件と見ることができないことを説明する。同様の考え方から、仮令、一部の事実審裁判所の裁判例が、この種の停止条件を有効であると確認しているとしても<sup>(10)</sup>、第三者による社員権価値の見積は、このような条件の対象にはなりえない。代金は客観的には不確定の要素であるとは考えられない。そればかりか、代金とは、単なる“態様 [*modalité*]”ではなく契約の有効要件である。

一定の修正が停止条件の取扱に加えられたが、将来の契約の条項の起草実務に影響を与えることになる。

**8. 停止条件および“成就 [*accomplissement*]”までの期間** まず、民法典改正前第1175条ないし改正前第1178条は、踏襲されなかった。とりわけ、改正前第1176条は「(第2文) 期限ノ定ナキ場合ハ条件ハ常ニ成就ヲ待ツベキモノト為シ得ル；(第3文) 事象ノ到来セザル事ノ確定セルトキニノミ之ヲ失効セルモノト看做ス<sup>(11)</sup>」と定めていた。事実審裁判官に“黙示の期間 [*délais tacite*]”を定めるべきことを許可した依然として孤立したままである近時の一判決<sup>(12)</sup>を例外として、判例はつねに、停止条件の時間的制限の存在しない場

(8) [note 4. 例えば、破毀院民事第一部1983年9月27日, no 82-13.944を見よ。また、COURET (A.) et PERRIER (C.), *Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive*, *Bulletin Joly Sociétés*, 1999, no 5, page 52.]

(9) [新第1304条 ①債務は、“将来の不確実な事象 [*événement futur et incertain*]”にかかるときは、“条件付 [*conditionnelle*]”である。/②条件は、その成就が債務を“単純の [*pure et simple*]”ものとするときは、“停止 [*suspensive*]”条件である。/③条件は、その成就が債務の“効力喪失 [*anéantissement*]”をもたらすときは、“解除 [*résolutoire*]”条件である。【議会承認後も同文】]

(10) [note 5. *Bordeaux* 控訴院1878年2月6日, D.1879.2.38 ; *Dijon* 控訴院1881年12月15日, S.1882.2.297.]

(11) [改正前第1176条第2文第3文]

合に“合理的な期間〔terme raisonnable〕”を決める方法で契約に介入することを拒否してきた。無限に債務が存続してしまうことを避けるためには、“成就までの期間〔délais de réalisation〕”を規定しておくことは正しい実務である。当事者を不合理な〔までに長期にわたる〕“待機状態〔situation d'attente〕”に置くことは避けねばならない。例えば、2年ないし3年の後に取得者により求められる環境監査を留保した社員権譲渡の予約の存在を考慮することができるであろうか！用心のためのこのような期間を設けていなかったときに、裁判官は民法典新第1305-1条第2項<sup>(13)</sup>に基づいて合理的な期間を決めることができるであろうか？この〔同項の〕規定は、「合致のない場合には、裁判官は債務の性質および当事者の状況を考慮の上、期限を定めることができる<sup>(14)</sup>。」という“期限〔termes〕”に関する定めを置いている。同項の書きぶりは、思いつく限りの解釈を可能にする。民法典改正前第1176条<sup>(15)</sup>の消滅する一方で新規定第1305-1条<sup>(16)</sup>が曖昧であるために、未来の裁判官の立場がどうなるかはわからないため、とりわけ、社員権譲渡のような即効性迅速性を要求する分野においては、停止条件の成就を時間的に限界づけておくことが強く推奨される。

9. “随意条件〔condition potestative〕”と条件の“フォートによる不成就〔défaillance〕”との区別 民法典新第1304-2条<sup>(17)</sup>が専ら債務者の意思にのみ成否が依存する随意条件<sup>(18)</sup>を禁止しているとしても、第1304-3条<sup>(19)</sup>は、わ

(12) [note 6. 破毀院民事第三部2015年5月20日, no 14-11.851, D.2015.1349, note MAZEAUD (Denis); RTDCiv. 2015.619, obs.BARBIER (Hugo)]

(13) [新第1305-1条 ②合致のない場合には、裁判官は債務の性質および当事者の状況を考慮の上、期限を定めることができる。【議会承認後も同文】]

(14) [【MEKKIの引用文は、à défaut d'accordの直後に、ギメ付きで《des parties》の文言を補っている】]

(15) [改正前第1176条 (第1文) 債務ガ或定期ニ事象ノ到来ストノ条件下ニ約サレタル場合ハ事象ノ到来ナク期間満了セルトキ条件ハ之ヲ失効セルモノト看做ス。(第2文) 期限ノ定ナキ場合ハ条件ハ常ニ成就ヲ待ツベキモノト為シ得ル；(第3文) 事象ノ到来セザル事ノ確定セルトキニノミ之ヲ失効セルモノト看做ス]

(16) [新第1305-1条 ①期限は明示的でも黙示的でもあり得る。【議会承認後も同文】]

(17) [新第1304-2条 (第1文) 債務者の意思のみにその“実現〔réalisation〕”をかからしめる条件のもとで約定された債務は、無効である。(第2文) この無効は、債務が事情を知って履行されたときは、援用することができない。【議会承認後も同文】]

ざわざ區別して債務者のフォートにより条件が不成就となったときは成就したと看做す旨を扱う。「停止条件は、それについて利益を有する者がその成就を妨げた場合には、成就したものと看做す」。民法典新第1304-5条<sup>(20)</sup>は同条に加え「停止条件が成就する前は債務者は債務の正常な履行を妨げるすべての行為を慎まなければならない」とする。この最後の場面は、会社法においては、きまってみられる場面である。少数派株主との間で buy or sell 合意を締結していた多数派株主のグループにかかわるある事案を例にとろう。この合意の効果として、グループの一方が一定の価格での株式の売却を提案するとき、申込の相手方はこれを承諾するか、そうでないなら自己の株式を同じ条件で譲渡しなければならない。多数派社員グループは、少数派グループがその株式の譲渡を承諾することを停止条件として、第三者に会社の株式全部の譲渡を提案していた。このなかで〔少数派との間の合意で〕、多数派グループは第三者に対して提案していたそれよりも遥かに低額の価格を定めていた。結果的に、少数派は buy or sell 合意を利用し株式全部の取得者となった。裁判官は、譲渡人が、第三者に対するその約束から“不当に〔de manière fautive〕”免れようとして“意図的に〔volotairement〕”低額の代金を定めたものと看做した。「控訴院

(18) [note 7. 私見 [MEKKI] では、随意条件性の観念は、もはや使用されず、民法典新第1304-2条の範式は、条件の裁量的性格を考慮に入れてより実用主義的な基準を選択した判例よりも一層厳格に思える。このようにして債務の発生を妨げまたは債務の効力喪失を来す債務者の恣意との戦いが行われてきたのである。同旨、GHESTIN, *La notion de condition potestative au sans de l'article 1174 du code civil*, in *Mélanges Weil, Dalloz*, 1983, p. 243. しかしながら、文言の変更は、判例を問題視することをかならず妨げるというものではない。同様に、DESHAYES (Olivier), GENICON (Thomas), LAITHIER (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexisnexus, 2016 [2018年2版あり], p. 572.]

(19) [新第1304-3条 ①停止条件は、それが不成就の限り利益を有する者がその成就を妨げた場合には、成就したものと看做す。/②解除条件は、それが成就される限り利益を有する当事者によりその成就が惹き起こされた場合には不成就に確定したものと看做す。【議会承認後も同文】]

(20) [新第1304-5条 ①停止条件が成就する前は債務者は債務の”正常な履行〔bonne exécution〕”を妨げるすべての行為を慎まなければならない。債務者は、すべての保存行為をすることができ、債務者が債権者の権利を詐害してした行為を攻撃することができる。【議会承認後も同文】(②項略)]



は」、民法典第1178条<sup>(21)</sup>(将来においては民法典新第1304-3条を参照)にてらして、「Hi trois 社、Parize 氏および SVGM 社らの負担であるとされるフォートが、この三者らが債務者である債務にくみあわせられた条件の成就を妨げたもので、かかる条件は結果的に成就したものと看做される」と判示している<sup>(22)</sup>。

**10. 停止条件の遡及がないこと** もうひとつの重要な修正は、成就した停止条件の不遡及の原則である(民法典新第1304-6条<sup>(23)</sup>)。この条件はその効果を実現の日に生じる。この遡及効のないことは、停止条件と解除条件との組み合わせとして定義される「累増条項 [clause d'accroissement]」の場合に問題視されることになるかもしれない。この「トンチン [生存保険] 条項 [clause tontinière]」は会社の定款に含まれることもある。この条項は、株式共同取得者のうちの一名の死亡により自動的に「生存者 [survivant]」を社員権の単一の所有者とする旨を定めるものである<sup>(24)</sup>。遡及効は生存者がもともとずっと唯一単独の所有者だったものと看做すことを可能にする。改正以降は、停止条件の自動的な遡及がないことから、定款作成者がその文言を改め、明示的にその遡及性を規定し、以て民法典新第1304-6条第1項という「補充的規則 [règle supplétive]」に対する例外を設けるよう必ず促されよう。

**11. 不成就確定の停止条件と権利放棄** 最後に、不成就確定の条件を放棄することについての争われてきている問題は、民法典新第1304-4条により明快には規律されたのではない<sup>(25)</sup>。条件が“成否未定の間 [pendente]”は、放

(21) [改正前第1178条 条件ハ其成就ヲ妨ゲタル者ガ此条件ニ拠リ義務ヲ負フ債務者ナルトキハ之ヲ成就シタモノト看做ス-柴崎訳]

(22) [note 8. 破毀院商事部2009年4月28日, no 08-13.044; RTDCiv. 2009. 525, obs. FAGES.]

(23) [新第1304-6条 ①債務は、停止条件の成就の時から、単純のものとなる。/②(第1文)前項の規定にもかかわらず、当事者は、条件の成就が契約の日に遡ることを定めることができる。(第2文)債務の客体である物にかかる危険は、この場合においても債務者の負担となり、債務者は条件が成就するまでこの物を保管すべきものとし果実を取取る権利を有する。/③停止条件の不成就確定の場合には、債務は存在していなかったものと看做す。【議会承認後も同文】]

(24) [note 9. COZIAN (M.), La clause tontinière, Droit et patrimoine, 1994, no 20, p. 22; Adde, COLLARD (F.), La condition suspensive confrontée à la pratique notariale, d'un régime à l'autre, JCP ed. N, no 47, 20 nov. 2015, 1217, spéc. no 30 et s.]

棄が困難をひきおこすことはない。条件が当事者双方“共同の利益 [intérêt commun]”において定められている時には、放棄は“共同の合意 [commun accord]”を以てしかこれをなし得ない。専ら一方当事者の利益において定められている条件であるときは、その当事者が単独で、一方的に条件を放棄することができる。困難が生じるのは、当事者の一方が条件を放棄することを望んでいるが、その条件が不成就確定に至っていたという場合である。この点につき、学説でも判例でも二つの流れが対立している<sup>(26)</sup>。多数学説が支持する一部の裁判例は、不成就確定の停止条件を放棄するあらゆる可能性を拒否する。この停止条件の不成就確定は自動的かつ当然にこの条件が付せられた契約の“失効 [caducité]”をひきおこす。これは停止条件の“いわゆる客観説 [conception dite objective]”である。他方の論者は、次第に数を増しつつある判決例に基づいて、これとは反対に、停止条件が専らその利益のためにのみ規定されている側の当事者は、その不成就確定の後も含めて、これを放棄することができることを承認している。

このような規則の実益は無視することができない。貸付が、所定の期間内ではなく、期限から24時間後になって実行されることがあり得る。社員権の取得者が、停止条件において定められた閾値よりもわずかに高い費用を要する“汚染率を明らかにする環境監査 [audit environnemental révélant un taux de pollution]”の実施時まで約束を停止しているような場合さえあり得る。これらすべての場合において、当事者が契約プロセスをたどることについて合致している以上、最初から契約の機構をやり直しさせることは適切なのだろうか？停止条件の現代化は必須である。

オールドナンスは残念なことに、大統領に提出された報告書が確認しているようなそれとは反対に、論争に終止符を打たなかった。[オールドナンス制定時の]民法典新第1304-4条の文言も、報告書に「顕れ」ている精神も、問題を一刀両断に決することを許さなかった。[オールドナンス制定時の]新第1304-4条によれば、「当事者はそれが成就していない限り専ら自らの利益のために定められた条件はこれを自由に放棄し得る」。この「成就し [accomplie]」の文言は、「不成就確定し [défaillie]」とは違うのであり、したがって曖昧である。も

(25) [注(5)に明らかなように、オールドナンスによる改正法成立当時の状態ではそういえるものであった。]

(26) [note 10. LATINA (M.), L'automaticité de la condition en question : RDC 2013 p. 579.]

しこれを筆の誤りとみて〔条件が〕「成就し」とは〔条件が〕「不成就確定し」た場合を包摂するものと看做すとすれば、共和国大統領に交付された報告書のある一節がそれを確認しているように、明文化されていたものと思われるのは客観説である。他方で民法典新第1304-6条第3項はこの分析を認めている。即ち、「停止条件の不成就確定の場合には、債務は存在していなかったものと看做す」。しかしながら、報告書は論争を誘発する一文によりその「説明」を続ける。「勿論、条件につき利益を有していた当事者は、その相手方の同意を得られれば、不成就確定の後には条件をいつでも放棄できることになるう」<sup>(27)</sup>。この確言は理由説明の冒頭において報告書が褒めていた古典的客観説とは矛盾対立するものではないか？のみならず、契約の相手方の同意が不成就確定の放棄を可能にするものであるとするなら、その灰から再生するのは同一の契約なのかそれとも一つの新しい契約なのであろうか？問題となっているのが一つの新しい契約であるとすれば、一定の“先買権または優先買取権〔*droits de préemption ou de préférence*〕”は“洗淨〔*repurger*〕”されることになるというべきか？約束が2016年10月1日以前に締結されたものであるとしても、オルドナンスの新規定はひとしくこれを適用すべきことになるう。最後に、もし“事後的同意〔*accord a posteriori*〕”が停止条件の受益者をして“これを放棄する〔*à y renoncer*〕”ことを許可することができるとするなら、このような許可は契約条項によって“事前に〔*a priori*〕”定めることもできるとの理解を排除するものではない。

裁判官の立場の決定を待ちつつも、新第1304-4条は当事者がこれを除外できる補充規則であると解するべきであり、条件不成就確定の場合においては条件がその者の利益のために設けられている当事者のみがこれを放棄することができることと定める条項を明確にしてかつ曖昧さのない表現で設け、これにより、事後的放棄それ自体は時間的に制限され、他方の契約当事者が不合理な長期にわたって自分の相手方“の恣意のもとにおかれる〔*soit à la merci de*〕”ことを避けるような配慮を推奨するものである。

## B. 債権者の諸権利の“保障〔*préservation*〕”

民法典新第1341条によれば「債権者は債務の履行への権利を有する。法律の

(27) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

定める条件において債権者は債務者に履行を強制することができる」。この権利を保障するために、様々な訴権が債権者の利用可能な状態におかれているが、これら訴権に関する諸規定は大半が2016年2月10日のオルドナンスによって“一新され〔*rafraîchies*〕”ている。

12. 債権者にかかれた諸訴権 債権者は、債権者自身でその“一般担保〔*gage général*〕”の“完全性〔*intégrité*〕”を“保護しまたは復元する〔*protéger ou restaurer*〕”ことを可能にするいくつかの訴権を利用できる。オルドナンスはこれらの諸規定を“斜行訴権〔*action oblique*〕”（民法典新第1341-1条），“廃罷訴権〔*action paulienne*〕”（民法典新第1341-2条）および法定“直接弁済請求訴権〔*actions directes en paiement*〕”（民法典新第1341-3条）を含む第三章に集めている。これら諸訴権は、最早“効力相対性原則〔*principe de l'effet relatif*〕”の例外として理解されることはなくなり、実質的に契約関係に限定されるものでなくなり、債権者の権利を保障する手段として理解されるに至った。最後の一箇条が法律の規定する直接弁済請求訴権の存在を想起させることで満足し別段の革新を行わず、かといって担保または損害賠償としての直接訴権<sup>(28)</sup>にも言及していない一方で、斜行訴権および廃罷訴権の取扱のほうは、主として定着した判例の“とりこみ〔*consolidation*〕”により明瞭化された。

13. 斜行訴権 まず、民法典新第1341-1条<sup>(29)</sup>は、斜行訴権の性質について明白化をもたらした。債権者が行為するのは債務者の名においてではなく、債務者の「計算〔*compte*〕」<sup>(30)</sup>においてであるから、これは代理の一種などではない。もしそこに代理があるとしても、場合によって“不完全〔*imparfaite*〕”代理となることがあるにとどまろう。次に、斜行訴権は債務者の“懈怠〔*carence*〕”の場合に可能となるのであり、単なる“不作為〔*inaction*〕”ではだめである<sup>(31)</sup>。このことは、この制度が不作為を帰責せしめ

(28) [note 11. LOISEAU (G.), Les actions ouvertes au créancier, in *Le nouveau régime* précité, p. 21 et s., spéc. n° 6, p. 26.]

(29) [新第1341-1条 債務者の“財産的性格を有する〔à caractère patrimonial〕”権利及び訴権の行使における債務者の“懈怠〔*carence*〕”がその債権者の権利を“危殆化する〔*compromet*〕”ときは、債権者は、債務者の一身に専属するものを除き、それらをその債務者の“計算において〔*pour le compte*〕”行使することができる。【議会議決後同文】]

(30) [note 12. En ce sens déjà, ZENATI-CASTAING (Fr.) et REVET (Th.), *Obligations. Régime*, PUF, 2013, no 74.]

得る債務者を制裁するものではなく、不作為がその意思とは無関係であったとき（疾病、拘留…）でさえも不作為に“治療を施す〔remédier〕”制度である。懈怠は、債務者が請求するための行為を始めていた場合でしかし手続の終結まで至っていなかった場合をもまた包摂できる。より精密に言えば不作為にはならないが、それにもかかわらず手続が進行中にとどまるという懈怠は存在する。この懈怠は破毀院の既往の判例に従えばおそらく推定されるものである<sup>(32)</sup>。債権者は債務者に属する諸権利および諸訴権を行使し得るものであり、これら権利および訴権とは、債務者の責任財産の中に存在するもので、この制度は、もっぱら“裁判上の訴権〔actions en justice〕”に権能〔compétence〕のおよぶ領域を限定するものではなく、公示手続や、“提出行為〔acte de dépôt〕”のような“各種の特権〔diverses prérogatives〕”にも拡張される。条文はまた、やや贅言を以て債権者は“債務者の一身に属する〔attachés à la personne du débiteur〕”または“非財産的性格〔caractère extrapatrimonial〕”を呈する諸権利および諸訴権を行使することができないことを明らかにしている<sup>(33)</sup>。この点会社法は適切な事例を提供している。2012年12月4日の判決<sup>(34)</sup>を以て、商事部はじっさい、初めて斜行訴権の方法を以て債権者に“民事会社〔société civile〕”の社員の“退社権〔droit de retrait〕”を行使させることの可能についての判断を示した。この訴権は、税関当局が“専門職民事会社〔société civile professionnelle〕”社員の夫婦の計算で行使したものであった。破毀院は、このような訴権は当該権利の厳密に人的な性格を理由として排除されているという旨を示した。裁判官は、当該退社権は社員に留保された“権利〔faculté, 形成権〕”でありしたがってこの社員がこの権利を行使しないこともできたと考察して強く主張した。専門職民事会社の社員について妥当するこの判断は、“経済利益団体〔groupement d'intérêt économique〕”および“可変資本会社〔sociétés à capital variable〕”を含め、退社権が法律によって定められ

(31) [note 13. WICKER (G.) et SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), Les actions ouvertes aux créanciers, JCPéd. G. 2015. suppl. au no 21, p. 68, spéc. no 6.]

(32) [note 14. 破毀院民事第一部2010年5月27日, no 09-13083 ; 同2005年4月5日, Bull. civ. I, no 167.]

(33) [note 15. これらの範疇に属する諸権利については, GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), Traité de droit civil - Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, no 773 et s., p. 798 et s.]

(34) [note 16. 破毀院商事部2012年12月4日, Bull. civ. IV, no 222.]

ている場合のすべてに妥当するものとなるに違いなからう。

〔斜行訴権行使にとって〕債務者の無資力は、確かに条件の一つではないが、それにもかかわらず、この諸権利が金銭的な事柄に関するかどうかにかかわらず、債権者の諸権利が脅かされていることが必要である。最後に、行使される訴権は債務者の財産にその効果をおよぼすものであるが、この帰結は、訴権が非金銭的債務の実行を対象とするときには債権者に損害を生じることはないのに対し、金額債権であるときにはより大きい問題につながる。それは斜行訴権の集合的効果である！

**14. 廃罷訴権** 廃罷訴権となると、それはたびたび会社法で援用される<sup>(35)</sup>。民法典新第1341-2条<sup>(36)</sup>により規律されたそれについては、オールドナンスによる新たな規律がもたらしたものはそれほど大きなものではない。この規定は本質的には過去の判例を合体したものである。本条は、第一に、廃罷の対象となる詐害行為への制裁は“無効〔nullité〕”ではなく“対抗不能〔inopposabilité〕”であることを定めた<sup>(37)</sup>。しかしながら、無効という制裁は、それが犠牲者である第三者の諸権利を“原状復帰〔rétablir〕”せしめ得る唯一の制裁であるときには、しばしば会社法において選好されてきた<sup>(38)</sup>。第二に、本条は、詐害行為が有償行為であるときには対抗不能は詐害行為に関する第三者の認識に条件づけられることを確認するものである<sup>(39)</sup>。この要件は、詐害

(35) [note 17. LECOURT (B.), De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés, Mélanges Yves Guyon, Dalloz, 2003, p. 615. 債権者の訴権行使を免れまたはその諸権利の実効性を没却させるため会社法的技術が頻繁に用いられており、合併により保証人の債務を失効させ（破毀院商事部1995年10月10日, BJS, 1995, p.1058, note COQUELET (Marie-Laure)), あるいは、債権者からの差押を免れることを望む一社員による現物出資での増資、（一社員に全持分の買戻をさせまたは一社員もしくは第三者に全持分を譲渡させることによる）倒産手続の効力を免れるための急な解散、詐欺的な会社設立（例として破毀院民事第三部2003年7月9日, JCPéd. 2003. 1371）等が知られる。]

(36) [新第1341-2条 債権者は、その債務者が債権者の権利を詐害してした行為について自己に対抗することができない旨の宣言を得るために、自己の名において提訴することもできる。その行為が有償である場合には、債権者は、債務者の相手方たる第三者が詐害を知っていたことを証明する責任を負う。【議会承認後も同文】]

(37) [note 18. 既に破毀院商事部1996年5月14日, Bull. civ. IV, no 134.]

(38) [note 19. この点, COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), Droit des sociétés, 29ème éd., Lexisnexis, 2016, no 189 et s., p. 88 et s.]

的に設立される会社の存在するときに〔訴権の行使に〕大きな障害となる可能性があるが、なぜならば、この要件は、詐害行為の本人である発起人または“出資引受人〔apporteur〕”の支払能力喪失について全社員が了知していたことを立証することを前提にするからである<sup>(40)</sup>。他方で、“出資が詐害的である場合〔hypothèse d'un apport frauduleux〕”には、この条件は、指揮者その人を以て会社と看做すべきときにおける会社が、行為の詐害的性格を了知していたことを証明することを前提とすることとなろう。

それ以外の事項については、改正法の沈黙ゆえ、過去の判例の立場を辿るべきものとなる。債権者は原則として詐害行為より先に存在した諸権利を“疎明する〔justifier〕”義務を負うものであり、債権者の諸権利への詐害行為は既遂のものでなければならず、このことは少なくとも“惹き起こされた損害〔préjudice causé〕”に関する認識を要求してきた判例の踏襲を可能とするものである…。しかしながら、残念であるのは、法文は形式的には、債務者の支払能力の喪失のような、債権者に惹き起こされた損害の要件にも、特定の財の上の権利の剥奪の立証にも言及していないことである<sup>(41)</sup>。支払能力の喪失を表現するものといわれる債務者の“資産の減少〔appauvrissement〕”は、とりわけ会社法の場合に立証はつねに容易であるわけではない。社員によって会社になされた詐害の出資の例を見てみよう。より正確に言えば、社員は対価として社員権を取得するのであるからそこには資産の減少は存在しない。しかしながら、破毀院商事部は2002年12月3日の判決で、不動産民事会社に対する不動産の出資は、出資者社員の財産関係における資産の減少にあたりしたがって廃罷訴権の行使を正当化するものと判示した<sup>(42)</sup>。社員の目的は、債権者によるその諸権利の行使をより難しくすることにあった。成程、債権者の訴権行使を面倒にすることは、このような廃罷訴権を基礎づけるに十分である<sup>(43)</sup>。

(39) [note 20. 例えば破毀院民事第一部2006年12月12日, Bull. civ. I, no 547.]

(40) [note 21. 参照, 特に破毀院商事部1992年1月28日, Bull. civ. IV, no 36; Bull. Joly Sociétés, 1992, p. 419, §133, note LE CANNU (P.); Droit des Sociétés, 1992, comm. 75, note BONNEAU (Th.).]

(41) [note 22. 破毀院民事第三部2004年10月6日, Bull. civ. I, no 163; 破毀院民事第一部2008年10月8日, no 07-14262.]

(42) [note 23. 破毀院商事部2002年12月3日, Juris-Data no 2002-016940; Droit des sociétés no 8-9, août 2003, comm. 141, obs. LUCAS (Fr.-X).]

(43) [note 24. この方向において既に破毀院民事第三部2000年12月20日, Bull. Joly, 2001, p. 305, §81, note Le NABASQUE (H.) は, 「出資〔された財産〕が

〔この訴権を行使できる〕債権の性格に関しても細かく規定することが歓迎されたであろう。債権は詐害行為の日に“効力の確定したもの〔certaine〕”で、廃罷訴権行使の日に“請求可能〔exigible〕”<sup>(44)</sup>かつ“金銭による評価が可能〔liquide〕”のものである必要があるか？ 廃罷訴権はいまなお会社法において貴重な技術であり続けているが、それは、一個の財を会社の財産関係に充当することがしばしば社員にとってその債権者から逃がれる一手段だからである。

### C. 原状回復に応じる義務の履行

15. 法定効果？ 2016年2月10日のオルドナンスは第V章に原状回復の権利を取めた（オルドナンスにおける民法典新第1352条以下）<sup>(45)</sup>。これらの規則はすべての契約の“効力喪失〔anéantissement〕”原因（“無効〔nullité〕”，“失効〔caducité〕”および“解除〔résolution〕”）にも，“非債弁済による不当利得〔répétition de l'indu〕”にも適用される。共和国大統領に提出された報告書の範式<sup>(46)</sup>によれば，“原状回復〔restitution〕”は「法律の効果〔effet de la

もはや夫妻の所有〔物〕ではなくなっていた一方で，“会社持分を譲渡することの困難〔difficulté de négocier les parts sociales〕”および“会社に属する不動産上の抵当権の危険〔risque d'hypothèque sur les immeubles du chef des sociétés〕”が“債権者の一般担保の価値の減少即ち債務者の資産の減少の要因〔facteurs de diminution de la valeur du gage du créancier et d'appauvrissement des débiteurs〕”でないかどうかを探求することなしにかく判示したことで、控訴院はその判決に法的な基礎を与えなかった」と判示している。]

- (44) [note 25. 新第1304-5条〔条件成就前の権利の保護の規定ではあるが、期限の問題にも適用できるとの趣旨か。ちなみに、BENABENT, op. cit., (前出注1) no 810においては、詐害行為と債権の確定・金銭評価可能性および請求可能性の獲得との前後関係について判例の緩和が見られ、請求可能性について破毀院民事第一部1981年2月25日、JCP 1981. II. 19628および同1987年1月27日、Bull. civ., I, no 26を注記挙示している。]の文言に基づくならば問題を否定に〔具備を要さないと〕解することができる。]
- (45) [note 26. BLANC (N.), Les restitutions, Gaz. Pal., 4 juin 2015, no 155, p. 14 et s. ; KLEIN (J.), Les restitutions, JCP 25 mai 2015, suppl. au no 21, p. 74 et s.]
- (46) [note 28. Rapport précité 「したがって原状回復の問題は、改正後形式上遡及原則から切り離され、法律の効果と成る〔La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions



loi」]<sup>(47)</sup>である。このことは、幾つかの結果を生じる。時効期間は無効訴権と原状回復訴権とで同じになる。民事手続法典第4条<sup>(48)</sup>および裁判官の職権にてらして、効力喪失の請求が申立てられた場合には、その請求により原状回復の請求が自動的に成立する<sup>(49)</sup>。最後に、「法律の効果 [effet de la loi]」と「契約の法定効果 [effets légal du contrat]」との間にはあと一步の違いしかない。この推論に基づいて、原状回復に関する諸規定の直接適用を擁護することはできないであろうか？この問題はまだ明快にはなっていない。

16. 現物原状回復および価額原状回復 改革の大筋に限って言えば、まず注目すべきであるのは、物の原状回復と金額の原状回復との間の“大区分 [summa divisio]” (新第1352条)<sup>(50)</sup>である。物であるときは、現物原状回復原則が明文化された。従って物の価額原状回復は依然として例外である<sup>(51)</sup>。例えば、この後者の場合として係争物である証券の善意の第三者への転売により、譲渡人は、“等価物 [équivalent]”を以てする原状回復に甘んじるべく義務付けられる<sup>(52)</sup>。反対に、“単純な社員権の転換 [simple transformation des

devenant un effet de la loi]” (新規定第1110条第1項。)

(47) [note 27. 同旨とりわけ, GHESTIN (J.), JAMIN (Chr.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 2001, no 526, p. 584. 対比せよ, 破毀院民事第三部 Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 juillet 1992, Bull. civ. III, n° 263.]

(48) [民事手続法典第4条 ①“訴訟の客体 [objet du litige]”は当事者双方の“申立て [prétentions]”により決定される。/②この申立ては“訴訟開始文書 [acte introductif d'instance]”および“答弁書 [conclusions en défense]”により確定される。ただし、訴訟の客体は、充分なつながりによって元の申立てに関連のある“附帯請求 [demandes incidentes]”によって変更されることがある。(主として徳田和幸・フランス民事訴訟法の基礎理論 (1994年, 信山社)263頁を参考とした。なお同条に関しては本間学「ヨーロッパ民事訴訟法における核心理論について—ドイツ法の視点からのその素描—」立命304号267-294頁参照)]

(49) [note 29. 破毀院民事第三部2013年1月29日, no 01-03185:「裁判官は、解除の請求に際し併せて原状回復についても判示しなければ、“請求について判断が脱落した [infra petita]”判決をしたことになる。」]

(50) [民法典新第1352条 金額以外の物の原状回復は、“現物 [en nature]”によってされ、それが不可能なときは、原状回復の日に評価される“価額 [en valeur]”によってされる。【議会承認後も同文】]

(51) [note 30. 破毀院民事第一部1998年4月7日, no 96-18790: Bull. civ. I, no 142 (専門職民事会社持分譲渡).]

(52) [note 31. 例えば, Versailles 控訴院第 [12] 部第1法廷2011年5月26日,

droits sociaux]”の場合には現物原状回復が課せられる。例えば、有限会社持分を客体とする譲渡の無効の場合がこれにあたり、この有限会社が組織変更の後に株式会社となった場合、[原状回復の客体は]株式である<sup>(53)</sup>。価額原状回復の場合については、物の“価額の見積の基準日 [date d'évaluation]”について大きな変更がオールドナンス（新第1352条）<sup>(54)</sup>によりもたらされた。改正以降は、物は“譲渡証書の日付 [jour de l'acte de cession]”ではなく原状回復日における価額を以て評価されるものとなる。この修正は重大な帰結を有する。実際、社員権譲渡の無効の場合、判例は価額で原状回復なさしめるべき権利の評価が譲渡証書の日における価額を以て行われるべきものであることを明らかにしてきたからである<sup>(55)</sup>。この民法典新第1352条において、判例は法律からの反抗を受けているのである。原状回復日は改正以降判決日となるに違いない。社員権がその価額を増大しているときには、譲渡人はそこから利益を得ることもできることになる。しかしながら、この規則は一定の場合には譲渡人の不利益に働くこともある。例えば株式が原状回復日においてもはやいかなる価値をも持たないものとなった場合を考えてみれば、譲渡人に“危害を加え得る [préjudiciable]”倒錯した効果を伴う解決にならないであろうか？ “損傷 [détérioration]”または“劣化 [dégradation]”に関する諸規定を以て補償し、かつ、譲受人をしてこのための賠償金を支払わせることを義務付けることができるのでなければ [どうだろうか？]。しかしながら、損傷または劣化の場合の賠償金に関する新第1352-1条<sup>(56)</sup>は、価額原状回復の場合ではなく現物原状

---

no 10/02606 (“同意の不存在を理由とする無効 [nullité pour absence de consentement]”)；破毀院商事部2005年6月14日，no 03-12339：Bull. civ., IV, no 130 (“詐欺を理由とする無効 [nullité pour dol]”).]

(53) [note 32. CA Besançon, 25 févr. 1982 : M. c/ G.: Bull. Joly Sociétés 1983, p. 370, no 165. しかしながら、それ以上に、この会社の組織変更および“社員権の種類 [nature des droits sociaux]”の変更は、これを“等価物 [équivalent]”を以てする原状回復として分析すべきものではないのかなお問うことができまいであろうか。]

(54) 注50参照。

(55) [note 33. この意味において破毀院商事部2005年6月14日，no 03-12339, Bull. civ. IV, no 130. 同じ方向で、破毀院商事部2013年5月14日，no 12-17637.]

(56) [新第1352-1条 物を原状回復する者は、その価値を減少させた“損傷 [dégradations]”および“劣化 [détériorations]”について責任を負う。ただし、その者が善意であり、かつ、その損傷および劣化がその者のフォート

回復の場合にしか関係しないのである！おそらく、原状回復日の価額が譲渡日の株式価額よりも低いものとなったことがあきらかな場合には、原状回復すべき諸権利の譲渡日における価額を評価額としかつ〔原状回復請求者が〕善意であることを条件とする、との評価方法を定めておく契約条項を規定しておくことがより適切であろう。〔民法典の〕規則は補充的性格を持つのが原則であるとするなら、このような条項は考えられてよい。

**17. 損傷または劣化の場合の賠償金** 民法典新第1352-1条によれば、物の原状回復義務を負う者が善意かつ無フォートの者でない限り、この者は、物の価額を減少させた損傷または劣化に責任を負い（民法典新第1352-1条）、従って、物の原状回復に加えて賠償金を負担する。この詳細な規定は歓迎すべきであろう、というのも、判例はこの問題については常にそれほど明快だったとはいえなかったからである。目下、原則上、すべての劣化は賠償金を伴うものとなっている<sup>(57)</sup>が、このことは、債務者、例えば買主にフォートがなかった場合であっても肯定されている<sup>(58)</sup>。従前取り上げられてきた問題は、民法典新第1352-1条の尺度に置き直される価値がある。社員権譲渡と契約の効力喪失との間に、会社が、株式価額が著しく減少するような財務的狀態に陥った場合に、証券原物の原状回復とともに、損傷または劣化と性質決定づけられ得るその価額の減少についての賠償金を譲渡人に請求できるであろうか？譲受人のフォートがこの“評価損〔dépréciation〕”の原因であるときまたは譲受人が悪意である場合には、この推論は擁護できる<sup>(59)</sup>。しかしながらここには大きな障害物がある。即ち、民法典新第1352-1条は有体物のために考えられていたが無体物のために考えられてはいなかったように思われるのである！

**18. 代金の原状回復と財の転売** 財の転売の場合、もう一つの規則が適用される。売主は受取られた代金のみにつき原状回復する義務を負うというものであるが、売主が善意であればここにいる代金とは転売代金を意味するものと解し、売主が悪意である場合には原状回復日における財の価額を意味するものと解される（民法典新第1352-2条<sup>(60)</sup>）。民法典新第1352条および新第1352-

---

によらない場合は、その限りでない。【議会承認後も同文】

(57) [note 34. 破毀院民事第一部1967年12月6日, Bull. civ. I, no 358.]

(58) [note 35. 破毀院民事第一部1987年6月2日, Bull. civ. I, no 183.]

(59) [note 36. Rappr. 破毀院商事部2011年11月8日, no 10-18314, F-D.]

(60) [新第1352-2条 ①善意で物を受領した後にそれを売却した者は、売買代金のみを原状回復する義務を負う。/②その者が悪意で物を受領していた場

2条の組み合わせにより、第三者への転売の場合における社員権の譲渡の際に確立されてきた判例は問題視されることになる。破毀院はこの場合において、譲渡日の証券の価額の“払戻〔remboursement〕”を要求し、それ以上は求めず、その結果“転売者である取得者〔acquéreur-revendeur〕”は取引の“差益〔plus-value〕”を保存することになる。「係争譲渡の無効化は、現物での株式の引渡がもはや不可能である範囲で、無効とされた行為の日におけるその価額の引渡を得る権利を売主に与える」<sup>(61)</sup>。〔当時〕価額原状回復は、譲渡の日における株式の価額に応じてなされるものであって、転売価格に応じてではなかった。改正後はオルドナンスは譲渡人に転売時に実現された差益ばかりか、悪意の場合には原状回復日の社員権の価額をも回収することを可能にする。

19. 果実および使用収益享受価値の原状回復 顕著な革新の一つは、物の原状回復に加えて、物が与えた果実と“使用収益享受価値〔valeur de la jouissance〕”の原状回復をも規定している新第1352-3条<sup>(62)</sup>のなかに存する。配当は一般に果実として分析され<sup>(63)</sup>、この新規定の影響を直接被る。同条

---

合には、原状回復の日の価値が売買代金を上回るときは、その価値を原状回復する義務を負う。【議会承認後も同文】

- (61) [note 37. 譲渡人は取消された売買が行われなかったとすれば見られたであろう状況と同じ状況に戻されなければならないとの理由で、第三者への株式の転売価格および売主が受領すべきであった配当と等しい額を売主へ返還することを買主に命じた控訴院判決の破毀判決、破毀院商事部2005年6月14日、no 03-12339 : Bull. civ. IV, no 130.]
- (62) [新第1352-3条 ①原状回復は、果実及びその物がもたらした“使用収益〔jouissance〕”の価値を含む。/②使用収益の価値は、裁判官により、裁判の日において評価される。/③反対の約定があるときを除き、果実の原状回復は、果実が現物で存在しない場合には、その債務の弁済の日の物の状況に応じて、償還の日において評価される価値によってされる。【議会承認後も同文】]
- (63) [note 38. 破毀院商事部1999年10月5日 : Bull. civ. 1999, IV, no 163 ; Rev. sociétés 2000, p. 286, note Le NABASQUE (H.). 対比せよ、COURET (A.) et REYGRABELLET (A.), Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bull. July 2015. 113 . 著者らは配当を“使用収益享受の賠償〔indemnités de jouissance〕”の範疇に含めている。比較せよ、準備金の分配につき、破毀院商事部2015年5月27日、no 14-16246. 「社員の“合議体〔collectivité〕”が準備金からの引去りにより配当を分配することを決定している場合においては、社員権の“用益権者〔usufruitier〕”の使用収益享受の権利は、用益権者と“虚有権者〔nu-propriétaire〕”との間にこれに反する合意のない限りは、用益権の負担の付

は、果実について、その原状回復義務負担者の悪意なることにその原状回復を条件付けてきた判例と衝突する。この規則はもっと一般的に、かの不可解な、契約の効力喪失の遡及効<sup>(64)</sup>の名において、全く使用収益享受価値賠償を斥けてきたとされる破毀院の判例に逆行するものである。配当が果実であるとしても、その他すべての金銭で評価できる財産的利益は、単なる使用収益享受（社宅、社用車…）の範疇に含められる。“準備金の資本組入による資本増加”〔*augmentation de capital par incorporation de réserves*〕の場合に交付される株式、“無償株式の割当〔*distribution d'actions gratuites*〕”、あるいは、証券の所持に結びついたその他すべての“特典〔*avantage*〕”も、これと同様であるに違ひなからう。しかしながら、この新规定の実務上の諸帰結を誇張すべきではない、というのは、善意か悪意かは果実および使用収益享受価値の原状回復の請求が受理される条件となつてはいないとはいへ、この原状回復請求債権の確定日を定める“カーソル〔*curseur*〕”とならうからである。原状回復義務者が悪意であるときは、果実の原状回復額および使用収益享受価値の額は弁済時から計算される。反対に、善意であればそれは請求日からである（民法典新第1352-7条<sup>(65)</sup>）。さらにまた、ここで問題となっているのが、行為者の資格の欠缺または行為の瑕疵への不知を意味する財産法上の“悪意〔*bonne foi*〕”なのか、“誠実な挙動〔*comportement loyal*〕”を意味する契約法における“誠実〔*bonne foi*〕”のいずれであるのかが問われよう。隠れた瑕疵の場合における“瑕疵担保的解除訴権〔*action réhibitoire*〕”の場合もまた留保しなければならない。判例はこの場合に限ってだけはいかなる使用収益享受価値賠償も斥け、この場合は区別して取扱われるものとし続ける可能性がある<sup>(66)</sup>。反対に、摩

---

いた持分に由来する分配の成果に対して、“準用益権〔*quasi-usufruit*〕”の形式で行使される、即ち、上記引用の法文の第一のものの適用により、用益権者は、用益権の条件において請求し得る原状回復の義務を負い、〔その額は〕用益権者の死亡によって用益権が消滅するときには法律にその源泉を求めつつ相続資産から控除される。〕

(64) [note 39. 破毀院混合部2004年7月9日, no 02-16302 : Bull. civ. ch. mixte, no 2.]

(65) [新第1352-7条（第1文）悪意の受領者は、弁済の時から、利息、取戻した果実又は使用収益享受価値の原状回復義務を負う。（第2文）善意の受領者は、請求の日からしかそれらの原状回復義務を負わない。【議会承認後も同文】]

(66) [note 40. この例外の様々な説明については、見よ、破毀院民事第一部

耗については、いかなる規定も明文化されなかったので、この場合結果としていかなる賠償への権利も与えられるものとは考えられない。

果実の問題は、会社法では、とりわけ各種の方法で（金銭、株式…）支払われ得る配当に関して、きまって紛争の原因になってきた<sup>(67)</sup>。かつては悪意あるときは配当全額の原状回復が義務付けられてきたが<sup>(68)</sup>、この悪意〔がないこと〕は最早全額にわたる原状回復の不受理原因ではなく、今日では原状回復すべき配当の評価の日を確定することを可能ならしめるにとどまる。とりわけ、実務上の細部ではあるが会社法においては重要と思われることとして、民法典新第1352-3条<sup>(69)</sup>が果実評価の方法を契約条項により定め得る可能性を規定していることに注意すべきである。しかしながら、この条項は債務者の悪意重過失の場合には制限された射程しか持たないものであると思われ、同時に、それが取消された契約において顕れるならば効果がないことがすぐに明らかとなる。反対に、解除の場合には、「解除の場合にさえ効力を生じることが予定されている」（民法典新第1230条<sup>(70)</sup>）種類の条項の一部をなすものと看做すことができる。

より一般的に、原状回復に関する諸規則全体を合意によって修正することができようか？無効は、少なくとも相対無効の場合には、共通の合意によって確認することもできるのであるから、原状回復の効果をとりわけ事後に取決めることに妨げはない。解除に関して言えば、民法典新第1229条<sup>(71)</sup>第2項は解除

---

2014年2月19日の評釈、SAVAUX (E.), no 12-15520, PB; R.D.C., 2014, p. 358. 反対説 DESHAYES et al., op. cit. (注18), spéc. p. 816 et s.]

(67) [note 41. 破毀院民事第一部2001年1月23日, no 98-21847, F-D : 「控訴院はまさしく、解除は物を売買以前と同じ状態に復せしめることを宣言し、株式の果実もまた原状回復されるべきである。X氏が配当金を受領していた事実を適示しつつ、控訴院は正当にもこの事実に基づき、X氏は株式だけではなく、配当金も原状回復すべきであったものと演繹したものである。】

(68) [note 42. 破毀院商事部2016年2月2日, no 14-19278. 既に破毀院商事部2013年5月14日, no 12-17637.]

(69) 注62参照。

(70) [新第1230条-解除は、「紛争解決 [règlement des différends]」に関する条項、解除の場合にさえ効力を生じることが予定されている条項例えば守秘条項および競業禁止条項等を害さない。【議会承認後も同文】]

(71) [新第1229条 ①解除は、契約を終了させる。/②解除は、場合により、あるいは解除条項の定める条件で、あるいは債権者による通知を債務者が受領した日付で、あるいは裁判官の定める日付またはそれが無い場合には提訴

条項の定める条件において解除が発効することを定め、この修正は“事前に定める [a priori]”条項の枠組みにおいて考えられていると解されることを伺わせる。最後に、“契約自由の原則 [principe de liberté contractuelle]” および共和国大統領に提出された報告書により行われた詳細説明をみれば、原状回復に関する諸規則は原則的には補足的規則であると考えることが可能である。

**20. 必要または有益な費用の控除** このほかに、民法典新第1352-5条<sup>(72)</sup>は、「原状回復の金額を定める際には、物の保存に必要な費用、および、原状回復の日において評価される差益の限度で、物の価値を増加させた費用が、原状回復の義務を負う者のために考慮される」旨を定める。譲受人によって行われるこの費用の控除は、社員権に関しては、かなり以前から、規定されてきたものである<sup>(73)</sup>。

最後に、新第1352-9条<sup>(74)</sup>は、判例を強化して、「債務の弁済のために設定された担保は、当然に、原状回復債務に及ぶ。ただし、保証人は期限の利益を失わない。」と定めている。

の日に、効果を生じる。/③（第1文）解除された契約の完全な履行によってでなければ互いにした給付の“有用性 [utilité]”を見出すことができなかったときは、当事者は、互いに給付されたもののすべてを原状回復しなければならない。（第2文）互いにした給付が契約の相互の履行に“比例して [au fur et à mesure de]”その有用性をなすときは、対価を受けずになされた最後の給付よりも前の時期については、原状回復されず、この場合、解除は、“解約 [résiliation]”と呼ばれる。/④原状回復は、第1352条から第1352-9条までに定める条件に従ってされる。【議会承認後も同文】

(72) [新第1352-5条 原状回復の金額を定める際には、物の保存に必要な費用、および、原状回復の日において評価される差益の限度で、物の価値を増加させた費用が、原状回復の義務を負う者のために考慮される。【議会承認後も同文】]

(73) [note 43. 破産院商事部1994年3月29日, no 92-14245 : Bull. civ. IV, no 137. 「本件譲渡の取消の結果、売主には株式の現物またはその価値を〔再〕取得する権利を与えるが、証券の保存のため必要または有益な取得者に生じた費用を例外として。いかなる価値減少も原状回復額に影響し得ない。】]

(74) [Art. 1352-9. 債務の弁済のために設定された担保は、当然に、原状回復債務に及ぶ。ただし、保証人は期限の利益を失わない。]

## II. 債権債務関係の流通

21. 債権債務関係は、一つの関係であるというだけでなく、財の範疇にも属する。債権債務の移転は譲渡行為による直接的なもの (A) もあれば、更改および指図の技術による間接的なもの (B) もある。

### A. 債権債務の直接移転

22. 譲渡 会社法においては、譲渡行為は頻繁である。例えば、“包括的移転 [transmission universelle]” ではなく譲渡人から譲受人に諸資産の移転が行われる場合の、“違った種類の譲渡 [différents types de cession]” を結合した“合併型吸収 [fusions-absorptions]” という行為を考えてみてほしい<sup>(75)</sup>。改正のなかで、譲渡の問題は、二つの違った方法で着手されている。一方は、契約譲渡という、契約の効果に属する方法 (1) であり、他方では、債権譲渡および債務譲渡という、債権債務の一般的取扱に属する方法 (2) である。契約譲渡は厳密に言えば債権債務の直接移転に属することがないとはいえ、他の譲渡との取扱上の類似性のため、この場で扱うこととする。

#### 1. “契約譲渡 [cession de contrat]”

23. 契約譲渡と「「契約の第三者による承継 [succession d'un tiers au contrat]」」 民法典新第1216条以下は、契約譲渡を、自律した、一元論的な、契約の効果に結びつけられた行為にしている<sup>(76)</sup>。実を言うとは、これは本当は「譲渡」なのではない。その定義を提供する新第1216条<sup>(77)</sup>が示すように、

(75) [note 44. この後者には譲渡に適用される規則を適用しない。]

(76) [note 45. AYNES (L.), La cession de contrat, Droit et patrimoine, juillet-août 2015, no 249, p. 73 et s. Adde, SIMLER (Ph.), Cession de dette, cession de contrat, in *Le nouveau régime précité*, op. cit., p. 99 et s.]

(77) [Art. 1216. ①契約当事者の一方である譲渡人は、相手方である被譲人の同意を得て、その契約当事者たる資格を第三者である譲受人に譲渡することができる。/②この同意は、特に将来の譲渡人と将来の被譲人との間で締結された契約については、事前に付与することができ、この場合、譲渡は、譲渡人と譲受人との間で締結される契約が被譲人に通知されまたは被譲人がこれを確認した時点で被譲人に対して効力を生じる。/③譲渡は書面をもってしなければならない、これに反する場合には無効である。【議会承認後も同文】]



この行為はとりわけ、契約における当事者の“資格 [qualité]”を譲渡することを意味する。例えば、Laurent AYNESが強調しているが、「これは、契約譲渡というよりも、“契約関係 [lien contractuel]”における当事者の第三者による承継である。しかしながら、『契約譲渡』の表現が“慣例的に [coutumière]”になっている(…)。故に筆者はこれを続用するが、この用語が濫用されることのないようにしたい」<sup>(78)</sup>。契約譲渡は特別規定により明文化され<sup>(79)</sup>、過去の判例で認められているにもかかわらず<sup>(80)</sup>、厳格かつ首尾一貫した取扱を有するわけではなく、裁判例も、あるときは債権譲渡の規則をあるときは指図の規則を根拠にしてきた。改正以降契約譲渡は固有の取扱を有することとなった。

**24. 「契約譲渡」の法的取扱** 契約譲渡は書面を以て行われなければならない、書面によらないときはこれを無効とする(民法典新第1216条第3項)。被讓人である契約当事者が「承諾 [accord]」を与えるものでなければならず、さしあたりこれが譲渡の有効性の要件である“同意 [consentement]”のことを言っているのか、それとも、それが欠けても譲渡は「内部的に」その効果を生じ得るもので裁判上の許諾を以てこれに代えることができる単なる“許諾 [autorisation]”なのかは不明である<sup>(81)</sup>。譲渡人は、将来に向けて被讓人から特段の免責を受けない限り過去および将来の負債につき義務を負い続ける(新第1216-1条)<sup>(82)</sup>。免責がないときは、連帯を排除する約款がない限り譲渡人は譲受人と連帯して義務を負う。最後に、譲受人は被讓人に対して、“負債に内在的な諸抗弁 [exceptions inhérentes à la dette]”、例えば、無効、不履行の抗弁、解除または牽連債務間の相殺等を対抗できる。譲渡人に“属人的な諸抗弁 [exceptions personnelles]”は、譲受人の側から被讓人に対してこれを対抗することができない(民法典新第1216-2条第1項)<sup>(83)</sup>。被讓人についていえば、

(78) [note 46. AYNES (L.), précité (注76), p. 73.]

(79) [note 47. 見よ、例えば民法典第1743条(一般法上の賃貸借)、通貨金融法典L. 313-8条(融資で購入した財の移転に引続くファイナンスリース契約)、労働法典第1224-1条(労働契約)…。]

(80) [note 48. 破産院商事部1997年5月6日, no 94-16335.]

(81) [note 49. AYNES (L.), Cession de contrat: nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, p. 25, spéc. no 12.]

(82) [Art. 1216-1. ①被讓人がこれに明示に同意するとき、契約譲渡は譲渡人を将来に向けて免責する。/②前項の同意がないときは、反対の約定なき限り、譲渡人は契約履行につきなお連帯して義務を負う【議会承認後も同文】]

(83) [Art. 1216-2. ①(第1文)譲受人は無効、不履行、解除または牽連債権

被譲人が譲渡人に対して対抗し得たすべての諸抗弁を譲受人に対抗することができる（民法典新第1216-2条第2項）。譲渡人が免責されているときは、同意されている担保は第三者の合致が欠けるときは終了するが、譲渡人が免責されることは、連帯共同債務者を免責するものではなく、連帯共同債務者は譲渡人の負担部分を減じて義務を負い続ける（民法典新第1216-3条）<sup>(84)</sup>。会社法は、かなり以前からこの制度を知っている<sup>(85)</sup>。現在の適用例は無数に存するものであるが、仮想的な適用例を考えると刺激的なものがある。

**25. 会社法における契約譲渡の現在の適用例** 契約譲渡はひじょうによく用いられる会社法的技術の一つである。一部の社員は契約を会社に出資することができ、それはしばしば法律で定められた出資である（労働契約、賃貸借契約、保険契約…）。これからは、“設立中の会社のための行為の引受 [reprise d'acte pour les sociétés en formation]”（民法典第1843条<sup>(86)</sup>、商法典 L.210-6条<sup>(87)</sup>）を、契約譲渡の技術によっても締結することができようか。しかしな

---

の相殺等の“負債に内在的な抗弁 [exceptions inhérentes à la dette]”を被譲人に対抗できる。（第2文）譲受人は譲渡人に属的な抗弁を被譲人に対抗できない。/②被譲人は譲渡人に対抗し得たすべての抗弁を譲受人に対抗し得る。【議會承認後も同文】

- (84) [Art. 1216-3. ①（第1文）譲渡人が被譲人から免責されない場合には、同意され得た担保は存続する。（第2文）反対の場合には、「譲渡人または」第三者から同意された担保は、譲渡人または第三者の合致を以てしか存続することはない。= Dans le cas contraire, les sûretés consenties «par le cédant ou» par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. 【本項第2文のみ議會承認により下線部を挿入する修正】 /②譲渡人が免責される場合には、譲渡人の連帯債務者は譲渡人の負担部分を控除してなおも義務を負う。【本項は議會承認後も同文】]
- (85) [note 50. MORTIER (R.), La nouvelle cession de contrat au service des sociétés, Droit des sociétés no 4, avril 2016, comm. 51.]
- (86) [民法典第1843条 設立登記前に”設立中の会社 [société en formation]”の名において行為した者は、その行為より生じた債務につき、会社が商事会社の場合は連帯して、会社が商事会社以外の場合は連帯しないで責任を負う。適法に設立登記された会社は、引受けられた約諾を承継することができ、この場合、その約諾は当初から会社によって約定されていたものとみなす。（訳文は早稲田大学フランス商法研究会（資料）「フランス私法人基本法制」比較法学15巻2号（1981年）230頁以下および加藤徹=小西みも恵=笹川敏彦=高田尚彦（翻訳）「フランス会社法（1）」法と政治64巻1号（2013年）137頁以下を参考とした柴崎訳）]

がら、契約譲渡は実はこれら法定の出資行為の引受と比べると指揮者の保護が薄い。実際、特別の法文は“指揮者〔dirigeant〕”の全部免責を定めるのに対し、契約譲渡では、原則と異なる特約なき限り、指揮者がなお譲受人と並びかつ連帯して、義務を負い続ける。いずれであれ、これは、“一定程度反復されるにふさわしいともいえるスキーム〔schéma qui pourrait convenir à certaines reprises〕”である。もう一つの不都合は、契約譲渡である場合、合意は、指揮者と会社との間において締結され、合意は〔利益相反〕規制を受ける合意〔conventions réglementées〕“の適用範囲に入り得るということである。この契約譲渡は”会社集団内部の関係〔relations intra-groupes〕“における”実益の回復〔regain d'intérêt〕“を知ることもある。じっさい、親会社が、取立て子会社に代替して約諾を引受け、あるいは逆に子会社にその約諾を引受けさせることもある。請合約束または第三者のためにする契約を利用するよりも、被譲人と親会社（被譲人と子会社）との間に締結される契約が当事者地位の子会社（または親会社）への譲渡を定める”代替条項〔clause de substitution〕”を伴うこともあり得よう。

26. 契約譲渡の社員権譲渡への潜在的適用 破毀院が、“社員権譲渡〔cession de droits sociaux〕”は、債権譲渡ではなく契約譲渡であるとする一部の論者が防御する適切な分析の誘うに任せるとすれば、契約譲渡は会社法において比較的広範の適用範囲を持ちうることになろう。社員を単なる会社の債権者と看做すことは、あまりの単純化である。社員権の譲渡は、少なくともそれが“支配権〔contrôle〕”の譲渡を惹き起こす場合<sup>(87)</sup>には、完全に、民法典

(87) 〔商法典 L.210-6条 ①商事会社は、商業及び会社登記簿への設立登記の日から法人格を享有する。会社の適法の“組織変更〔transformation〕”は、新たな法人格を創設しない。“会社存続期間の延長〔prorogation〕”についても同様とする。/②会社が法人格を取得する前に設立中の会社の名において行為した者は、適法に設立されかつその旨が登記された後に会社が引受けられた約諾を引き継がない限り、これにより履踐された行為について無限かつ連帯で義務を負わなければならない。会社が引き継いだ場合には、その約諾は当初から会社によって引受けられていたものとみなされる。（訳文は加藤＝小西＝笹川＝高田・前掲法と政治64巻1号137頁以下を参考とした柴崎訳である。）〕

(88) 〔note 52. 支配権の譲渡を惹起する社員権譲渡の特異性については、見よ、Rennes 学派の PAILLUSSEAU (J.) et CONTIN (R.), La cession de contrôle d'une société. JCP 1969, I, 2287; CHAMPAUD (Cl.), Présentation de la cession

新第1216条が言おうとしている意味における契約譲渡、即ち、会社における“社員資格 [qualité d'associé]”の譲渡として性質決定され得る<sup>(89)</sup>。証券を以てする会社への出資または社員権の譲渡を契約譲渡として分析することは、売買に長きにわたって結びつけられてきた債権譲渡からの解放を可能にする。その帰結はいくつもある。まず、社員権の譲渡における価格の決定は、もはや有効要件ではなくなることになる。次いで、情報提供義務は、もはや社員権を対象とするのみならず、会社の“活動 [activité]”にも及ぶようになるであろう。この場合には、“会社の資産と負債とに関する錯誤 [erreur sur l'actif et le passif de la société]”は、より容易に認められることになるが、なぜならば、[錯誤の対象となる]“実質 [substance]”<sup>(90)</sup>は、社員権に係る諸権利にだけではなく、会社の活動にも関することとなるからである。しかしながら、この錯誤は、単なる価額についての錯誤と分析されるのではないということに注意すべきである。最後に、これと同様の考え方により、社員権譲渡の場合にその適用領域が限定されたものであった隠れた瑕疵の担保は、契約譲渡とする性質決定が優位に立つ限り会社の活動に拡大されることもあり得よう。

**27. 契約譲渡の代替条項への潜在的適用** 最後に、ひじょうに特異な場面を挙げよう。それは、会社の証券の譲渡の一方予約における代替条項であり、とりわけ税法上の争点が存在する（民法典新第1589-2条<sup>(91)</sup>）ところから、社員に割当てられた“専有部分に区分されるべきまたは既に区分されている [à diviser ou divisés par fractions]”不動産の、建築、取得または管理を目的と

---

de contrôle, in *Nouvelles techniques de concentration*. Litec, 1972, p. 140.]

(89) [note 51. 見よ同旨, CAFFIN-MOI (M.), Cession de droits sociaux et droit des contrats, th. Paris XII, dir. BUREAU (D.), 2007, p. 313 et s., nos 445 et s.]

(90) [民法典2016年改正前第1110条「錯誤ハ合意ノ客体ヲ成ス“物ノ実質自体 [substance même de la chose]”ニ及ブ時ニ非ザレバ合意ノ無効原因ヲ成サズ (柴崎訳)】

(91) [民法典第1589-2条「(第1文) 不動産, 不動産に関する権利, 営業財産, 不動産の全部もしくは一部を目的とする賃貸借についての権利, または, 租税一般法典第728条および第1655条丙に定める会社の証券, のいずれかにかかわる売買の一方の予約はすべて, 公署証書, または, 受益者による承諾の日より10日以内に登録された私署証書を以て確認するのでなければ, これを無効としかつ効果がないものとする。(第2文) 公署証書または日付より10日以内に登録された私署証書のいずれの対象ともされていない第1文に定める予約についての譲渡もまたこれと同様とする。】

する証券で、その資産が主として建物のない土地から構成される会社のそれを取りあげる。場合を、民法典第1589-2条に定められたこの特別な場合に限定しよう。この代替条項の法的性質とは何であろうか？長い間、裁判官はこの代替を法的性質の決定をすることを拒んできた<sup>(92)</sup>。学説は多様な性質決定を提案してきた。第三者のためにする契約、当事者の交替をもたらす独自の技術<sup>(93)</sup>、および、とりわけ、契約譲渡<sup>(94)</sup>である。この最後の性質決定は、決して形式的には採用されてきていないとしても、そのことが意味するのは、特に、税務当局がそこに民法典第1589-2条の意味における上記の「予約」についての「譲渡」<sup>(95)</sup>を見出し、こうして公証人証書の方式の遵守や10日以内の登録を求め、これを行わないと絶対無効となるのではないかという危惧である<sup>(96)</sup>。意図してか否かは別として、判例の沈黙のために、代替条項に、契約譲渡と性質決定されることから逃避する時間を稼がせたとしても、この「判例の分別〔*discretion jurisprudentielle*〕」がいつまで持ちこたえるかは確かではない。代替条項には、売買一方予約におけるそれも含めて、あすにも契約譲渡との性質決定を受けるかもしれない重要な機会が訪れた<sup>(97)</sup>。この方向に与する議論が多い。何よりも、この性質決定はかつてはあまり適切ではなかったが、それというのも契約譲渡は裁判官ごとにその取扱いがまちまちであって、法的不安定の要因になっており、裁判官は、あるときは債権譲渡に、あるときは指図に

(92) [note 53. 特に、債権譲渡説による性質決定を却下した破毀院第三民事部 1987年4月1日, Bull. civ. III, no 68.]

(93) [note 54. JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, JGDJ, 1996.]

(94) [note 55. AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, *économica*, 1984, nos 188 s., p. 135 et s.; NOURISSAT (C.), «La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente: une cession conventionnelle de contrat» : JCP N 1999, p. 874.

(95) [同条2項, 注91参照。]

(96) [note 56. Sur le rejet de l'article 1589-2 C. civ., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 mars 1997, Bull. civ. III, n° 68.]

(97) [note 57. En ce sens, BOFFA (R.), *Les opérations translatives*, JCP (N), 20 Novembre 2015 - n° 47 : du même auteur, *Gaz. Pal.*, 4 juin 2015, p. 8 : CHANTEPIE (G.) et LATINE (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, no 602, p. 517 et 518.]

準拠するなど、一貫性が乏しかった。改正以降は、民法典第1216条以下にあらわれる一貫した制度が存在することになり、これが裁判官の任務を容易にするに違ひなからう。次に、単に「契約の当事者の第三者による承継」, 「契約における当事者の資格を第三者に譲渡する」ことを可能とする（民法典新第1216条）技術にとどまる, 「契約譲渡」と呼ばれる真実は契約譲渡ではないものは、完全に“代置〔substitution〕”の仕組みに相当する。それだけでなく、以前、将来の債務法の改革の枠組みにおいて、契約譲渡とは区別された当事者代置の技術を創設するとの提案がなされていたが、オールドナンスはこの学説の一部分に従わなかった<sup>(98)</sup>。最後に、行為を代置と呼び続けようとして当事者が選択する“独自の行為〔sui generis〕”という性質決定は、行為にその真の法的性質決定を付与しなす裁判官には通用しないこととなる。以上のすべての理由のために、契約当事者の代置と契約譲渡との間の区別は、「2016年2月10日のオールドナンスにおいて残存することはないに違ひなからう、このオールドナンスは精密に言えば契約譲渡を以て『契約における当事者の資格』の移転（民法典新第1216条）とした、すなわち、契約関係における人の代置とした〔からである〕」<sup>(99)</sup>。いずれにせよ、あたかもそのようなことがなかったかのように代置条項を利用し続けるか、条項を契約譲渡であると形式的に性質決定することであらゆる危険の負担を予期しかつ除去するかについて、事情をよく知っていれば、最も適切な選択を行うことができるはずの“文書作成者〔rédacteurs〕”とりわけ公証人の注意を喚起する必要があるのは、この危険についてである。わが同僚の Charles GIJSBERS<sup>(100)</sup>のような一部の論者の目的とするところが、裁判官および行政庁の注意を喚起しないようにすることであるとしても、あたかも何も目に入らないようにすることである規定の適用を回避を望むのは危険であるように思われる。再性質決定の可能性は存在しているしかつこの現実的な危険について関係人たちの注意を喚起することが適切である。反対に、これからは、民法典第1589-2条による“効力剥奪〔éviction〕”を封じることがよい戦術である。論拠は無数にある。民法典第1589-2条は厳格な解釈を以て扱われ

(98) [note 58. JEULAND (E.), Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personnes, D. 1998, chr. P. 356 et s.]

(99) [note 59. DESHAYES et al., op. cit. (注18), spéc. p. 462.]

(100) [note 60. GIJSBERS (Ch.), «De l'opportunité douteuse de réécrire les clauses de substitution après l'ordonnance du 10 février 2016», Bull. Cridon de Paris, n° 19-20, 1 er-15 oct. 2016.]

るが、これは契約自由〔の原則〕を外れるような方式に関する規則を課しているからである。民法典第1589-2条は、目的論的に解釈されるべきで、その目的とは脱税の防止にあり、だからこそ効力剥奪を正当化できるわけであるが、契約当事者の代置の場合にはそういう利用のされかたはほとんど存在しない。Laurent AYNES 教授の説くところに従えば、民法典新第1216条の対象としている行為は、偽りの「契約譲渡」であって、「契約関係について当事者の一を第三者に承継」させ得る技術でしかなく、この名下において、「用語を以て濫用すること [abuser par les mots]」を野放しにすべきではない<sup>(101)</sup>。第三者による承継は、民法典第1589-2条の意味における約束に関する譲渡ではない<sup>(102)</sup>。最終的に、代置条項は民法典新第1216条の意味で「契約譲渡 [cession de contrat]」であるが、民法典第1589-2条の意味における「約束の譲渡 [cession de promesse]」ではない。

## 2. 債権譲渡と債務譲渡

債権債務関係の直接的移転を現実に実現する二つの技術は債権譲渡と債務譲渡とである<sup>(103)</sup>。

**28. 債権譲渡：大幅な柔軟化** 債権譲渡は民法典新第1321条以下により規律されている<sup>(104)</sup>。オルドナンスは新たに債権譲渡の実務上の利益を増大させるに違いないような幾つもの柔軟化策（証書の日付を以てする被譲者および第三者に対する対抗可能<sup>(105)</sup>、将来債権譲渡、一通の同じ証書による“一括

(101) [note 61. AYNES (L.), La cession de contrat, op. cit. (注94), spéc. p. 73.]

(102) [note 62同旨, CHANTEPIE et LATINE, op. cit. (note 110), no 598, p. 514 et 515は付言して、採用された公式（契約譲渡）は「不適切に思える、というのも行われている操作は、譲渡と言うより人の“代置 [substitution]”, “代役 [remplacement]” だからである。]

(103) [note 63. BOFFA (R.), Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance, Gaz. Pal., 4 juin 2015, no 155, p. 8 et s.; DUPICHOT (Ph.), Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations, Droit et patrimoine, 2015, no 246.]

(104) [note 64. JULIENNE (M.), Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier?, Droit et patrimoine, Dossier spécial, 2015, n° 249.]

(105) [note 65. 法的安全の理由から実務上は確定日付証明手続の作成は避けがたい。2016年改正前民法典第1298条 (sic) [第1328条 私署証書ハ登録セラレタル日、署名者若クハ署名者中一名ノ死亡ノ日、又ハ、其内容ガ封印調書若クハ財産目録調書其ノ他公吏作成ノ證書ヲ以テ確認セラレタル日以降ニ非

〔en bloc〕”債権譲渡、民法典第1690条の方式の廃止、債権譲渡の売買からの切り離し、債権譲渡”不能条項〔clause d’incessibilité〕”の可能性<sup>(106)</sup>…）を導入した。実務上は、とりわけ税務署に証書を登録することまたは公証人証書を用いることを通じて確認され得るであろう確定日付の作成を推奨する必要がある。

**29. 債権譲渡と社員権の譲渡** 債権譲渡は会社法において常用される技術であるが、人が考え得ることがどのようなものであれ、それは破毀院が社員権の譲渡を債権譲渡であると性質決定しているためである。オールドナンスがもたらした修正は、この分野では限定された影響しか有さない。債権譲渡について民法典第1690条の方式が消滅したとしても（民法典新第1701-1条<sup>(107)</sup>、他の譲渡すなわち、無体財産権の譲渡、相続に関わる諸権利の譲渡または係争中の権利の譲渡についてはそうではない（民法典第1689条ないし第1691条および第1693条）。社員権の譲渡はなお第1690条の方式に服する<sup>(108)</sup>のものであって、“通知〔signification〕”または被讓会社の公正証書による「承諾〔acceptation〕」<sup>(109)</sup>を要する。民事会社に適用がある民法典第1865条は、これとやらんで、特別な方式の遵守を規定し、「会社持分ノ譲渡ハ書面ヲ以テ之ヲ確認スベシ。譲渡ハ、第1690条ニ定メタル方式ニテ、又ハ定款ニ定アルトキハ会社ノ“登録簿〔registres〕”ニ於ケル“移転ノ旨ノ記載〔transfert〕”ヲ以テ、之ヲ会社ニ対抗スコトヲ得」とする。同項はこれに付加し「此等方式ノ履踐ノ後且其公示ノ後ニ非ザレバ之ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」。しかしながら、被讓債務者が

ザレバ第三者ニ對シ日附ヲ成サズ〕 参照、新第1377条と比較せよ。]

- (106) [note 66. まだその制裁については定まっていない。対抗不能は適切な制裁と思われる (rapp. Art. 11.109, PDEC).]
- (107) [新第1701-1条 第1689条ないし第1691条および第1693条は、本法典第1321条ないし第1326条により規律される譲渡には適用しない。]
- (108) [note 67. 同旨 ROUSSILLE (M.), *Incidence de la réforme des opérations translatives sur les contrats de financement*, in SEUBE (J.-B., sous la dir. de), *Pratiques contractuelles*, éd. Législatives, 2016, p. 315 et s., spéc. p. 321.]
- (109) [note 68. 反対に、“流通証券〔titres négociables〕”は第1690条の方式に服することがない（“授受による移転〔transmission manuelle〕”または“口座間振替〔virement de compte à compte〕”により譲渡される“無記名証券〔titre au porteur〕”、裏書により譲渡される“指図証券〔titre à ordre〕”および“名義書換登録簿〔registre de transfert〕”上の譲渡人の名でなす”記帳〔transcription〕”または“口座振替〔virement en compte〕”により譲渡される”記名証券〔titre nominatif〕”。)]



譲渡を知悉していかつこれを承諾したことが証明された場合には、これらの方式は免除される可能性がある。この規則は社員権の譲渡についても有効である<sup>(110)</sup>。被譲債務者は、最も多くの場合会社であるが、譲渡を知っていたのにとどまらずこれを承諾していたものでなければならない。“不動産民事会社〔SCI〕”の社員兼法定代表者の「閲読済兼承認済〔lu et approuvé〕」との文例はこの意味において十分であるとの判断を受けている<sup>(111)</sup>。

**30. 債権譲渡と負債/資産“補填〔garantie〕”条項** 債権譲渡は、破毀院商事部判決2015年10月20日がそれを喚起している<sup>(112)</sup>ように、負債〔増〕および資産〔減〕またはそのいずれかについて補填する条項が社員権の取得者である第三者に譲渡されるための手段でもある<sup>(113)</sup>。従って社員権譲渡は自動的に補填〔特約〕の譲渡を伴わない。しかしそれでも一つの問題が生じる。即ち、負債補填〔条項〕の譲渡もまた債権譲渡であるのか、それとも、そこに“無体権〔droit incorporel〕”または“承継権〔droit successif〕”の譲渡を見るべきではないのか？という問題である。前者の場合なら、民法典第1690条は、

(110) [note 69. 破毀院民事第一部2007年9月19日, no 06-11814 (no 993 FSPB), Z. c/ SCP A et ass. また、それ以前に同院民事部1931年3月4日, D.P., 1933, 1, p. 73, note M. Radouant.]

(111) [note 70. 破毀院民事第三部2000年10月11日, Bull. III no 162 「不動産民事会社の名においてなされた Ange-Marie Z... 氏の請求を不受理として拒けるために、原審は、同社定款第10条の文言において、持分権の譲渡は公署または私署の証書を以て行われこれを公正証書を以て会社に通知または会社が承諾すべきものである旨を指摘するとともに、同社の社員兼法定代表者である Y... 氏が、その文言を以て会社および社員の集合の譲渡を承諾する意思を明らかにする、平常用いる文例「閲読済兼承認済」により義務を負う当事者として1980年8月26日の行為に参加した旨を採用し、このことから、所定の方式を用いていないことにもかかわらず、譲渡証書は同社定款第10条および民法典第1690条の規定に照らし会社に対抗することができる」と指摘しており、斯く判示せることを以て控訴院は民法典第1865条に違背した。]

(112) 後掲注130 (原注 note 72) 参照。

(113) [note 71. 破毀院商事部2012年10月9日, no 11-21528 (破毀差戻); Bull. civ. 2012, IV, no 182 : 「一番目の譲渡の証書にある資産補填約定を移転する権利につき特約が存在せずとも、同約定の受益者が社員権の転得者に約定から生じる債権を譲渡することを妨げない以上、Champel 社〔譲受人・一審原告〕は、Agecoma 社〔譲渡人〕の、X 某氏〔被譲人・一審被告〕に通知された譲渡を援用し得ざるもの…〔と確認するには不適切な説示により原審は判決を正当化できておらずこれを破毀する〕。』]

もはや負債補填条項の譲渡には不適用であるが、後者の場合同条の効力が及び続ける。それだけでなく、価額補填条項がしばしばそうであるように<sup>(114)</sup>、債権が“人的考慮にもとづくもの [intuitu personae]”であることも、債権の譲渡可能性に妨げとなり得るかどうかを知ることが適切である。民法典新第1321条第4項は条項を以て定めた不可譲渡性の場合を規定する。しかし、人的考慮にもとづく性格を持つということを以て、譲渡不能性が間接的に特約されているようなのだと分析することはできないであろうか？これは殆どないだろう。従って、疑わしい場合には債権の譲渡不能性を明示的に約定するように当事者に助言すべきであるが、2015年の草案において定められたもののオルドナンスの最終確定版において採用されなかった人的考慮性だけでは、もはや譲渡を妨げるのに十分ではないかもしれないからである。最後に、譲渡不能条項を許可するこの規定は、「生産者、商人、製造業者または職人のために、契約の相手方がこれら列挙の者に対して保有する債権を第三者に譲渡することを禁止する可能性を規定する条項または契約は、これを無効とする」と規定する商法典 L.442-6条第Ⅱパラグラフ c<sup>(115)</sup>と両立しない。民法典新第1105条<sup>(116)</sup>の適用で商法典の同条はこれと相容れないと思われる契約法の一般原則に優先する。

**31. 債権譲渡と“社員交互計算 [compte courant d'associé]”** 債権譲渡は社員交互計算または的確に言えば社員交互計算の“貸越残高 [solde créditeur]”を譲渡するためにも用いられる。社員交互計算の譲渡は社員権 [droits sociaux] の譲渡を伴うものであることもあり、この場合には、“差引価額を以てする代金 [prix global]”を定めれば足りると判示されてきた<sup>(117)</sup>。しかし、社員交互計算は社員権の従物ではない<sup>(118)</sup>。譲渡は別々のものだが、契

(114) [note 72. 破毀院商事部2015年10月20日, no 14-17896 ; Bull. Joly Sociétés 2016, no 1, p. 11, note H. Barbier.]

(115) [ただし、同条は2019年4月24日オルドナンス第2019-359号により廃止。  
<https://cms.law/fr/fra/news-information/l'avenir-des-clauses-limitant-la-cession-de-créances>]

(116) [新第1105条 ①固有の名称を有するものであれ有さざるものであれ、契約は、本小編の対象となる一般的規則に服する。/②一定の契約に関する特別規則はそれぞれの契約に固有の規定のなかでこれを定める。/③一般的規則はこれら特別規則の留保のもとに適用される。【議会承認後も同文】]

(117) [note 73. 破毀院商事部1976年4月12日, Bull. civ. IV, no 121.]

(118) [note 74. 贈与分割 donation-partage について、破毀院民事第三部2009年11月18日, no 08-18740.]

約条項は社員権の譲渡が自動的に交互計算の譲渡を伴うことを定めてよい<sup>(119)</sup>。

**32. 債権譲渡と集团的倒産手続** 最後に、集团的倒産手続の開始の場合に民法典新第1323条第3項は何らかの困難をもたらしかねないものとなった。すなわち、「将来債権の移転は、当事者間でも第三者との関係においても、債権の発生の日にならなければ生じない [... le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers]」とする。このような条件下では、債権は債権譲渡の日においてはまだ発生していない。ところで、譲渡が「手続開始決定 [jugement d'ouverture]」以前に締結され、しかし債権はこの日より後に発生するとき、この債権は手続に服することとなる。この不便は、この点について債権者にとっての安全をより確保した「ダイイ明細書譲渡 [cession Daily]」の場合（通貨金融法典 L.313-27条第1項）には存在しない。

**33. 債務譲渡** 債務譲渡（民法典新第1327条以下<sup>(120)</sup>）は、2015年原案と比較して全面的に作りなおされた<sup>(121)</sup>。債務譲渡は、一定の側面で「指図 [délégation]」および債務者の交替する更改に似通っているとはいえ、ある種の特殊性を維持し続ける<sup>(122)</sup>。隣国イギリスでは知られておらずドイツ・イタリアまたはオランダでは称賛されているが、フランス法はなお瀬踏みしつつあるに思われ、完成されざる債務譲渡を提案している。

(119) [note 75. Paris 控訴院 1992年6月2日, Bull. Joly, 1992, p. 942, note A. Couret.]

(120) [新第1327条 ①債務者は債権者の合致を得て債務を譲渡できる。/②譲渡は書面で確認するものとしこれによらない場合には無効とする。【議会承認で第2項新設】/新第1327-1条 “債権者は、譲渡に予め合致を与えたとき、および、これに関与していなかったときは、通知がなされた日以降またはこれを確認した時点以降にしかこれを対抗されずまたはこれを援用することができない。Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession <et 【議会承認により“ou”を改正】> n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte.”]

(121) [note 76. ANDREU (L.), La cession de dette: quel avenir?, D. 2009, p. 2400 et s.; FRANÇOIS (J.), Les opérations sur la dette, RDC, 2016, no Hors-série, p. 45 et s. Adde, LASSERRE (V.), La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand, D., 2016, p. 1578 et s.]

(122) [note 77. HOUTCIEFF (D.), Cession de dette ou délégation: transport de dette ou nouveau débiteur?, Droit et patrimoine, 2015, Dossier spécial, no 249.]

民法典新第1327条以下は債務譲渡の法的取扱を明らかにする。譲渡は債権者の合致を伴ってしか考えられないものとされ（第1327条）<sup>(123)</sup>、この債権者の合致に関しては契約譲渡に倣い、“これ [elle (sic)]”を以て、債務譲渡の、三当事者間取引としての効力要件と見るか、あるいは、専ら債権者への対抗可能性のみを条件づけるにとどまり内部的効果の対抗可能性は剥奪されないのか否かを問題にできる。債権者は、予めその合致を与えたとき、および〔議会承認において“ou”が“et”に改められた〕、この債務譲渡に関与していなかったときは、債務譲渡が債権者に通知されたときまたはその旨を債権者が確認した日以降にしか、債務譲渡を対抗され得ずまたはこれを援用し得ない（民法典新第1327-1条〔注120〕）。用心のため合致が予め与えられるとすれば、譲渡があるうと譲渡人が免責されるわけではないことを考えれば、そのようなリスクが最小限であるとはいいながらも、債権者は、債務譲受人の同一性に関する不意打ちを受けることにならないようにするため、承認条項を以てこの合致に“重ねて慎重を期する [dedoubler]”に違いなかり。契約譲渡に倣って、債権者は明示的に、債務譲渡人である原債務者を将来に向けて免責するべく同意することができる。そのような同意がなくかつ反対の定めもない限りは、原債務者は新債務者である譲受人と連帯して義務を負う。民法典新第1328条は対抗可能な抗弁の取扱いを詳述する。代置される債務者と、明示的に免責されなかった原債務者とは、債権者に対して、“負債に内在的な抗弁 [exceptions inhérentes à la dette]”（例えば、無効、不履行の抗弁、解除、牽連債務の相殺）を対抗することができる。新旧債務者のうちいずれも、その有する属人的な抗弁を対抗することができる。債権者に対してなおも義務付けられる原債務者は、引き受けられた担保により保証を受け続け（オルドナンス第1328-1条<sup>(124)</sup>）、譲渡人の免責されるときでも、“連帯共同債務者 [codébiteurs solidaires]”は免責されず、譲渡人の負担部分を差引いて義務を負い続ける

(123) [note 78 V. déjà, Cass. 1 re civ., 30 avr. 2009 : Bull. civ. 2009, I, n° 82.]

(124) 新第1328-1条 ①（第1文）旧債務者が債権者から免責を受けることがない場合には、担保は存続する。（第2文）“前文にあたらぬ場合には、旧債務者または第三者の同意した担保は、これらの者の合致あるときにしか存続しない。Dans le cas contraire, les sûretés consenties <par le débiteur originaire ou> 【議会承認で挿入】 par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.”/②譲渡人が免責されるときは、その連帯共同債務者は、譲渡人債務者の負担部分を差引いて義務を負う。]

(オルドナンス第1328-1条第2項)。しかしながら、譲渡人債務者が免責される場合のその担保については何ら言及がなく、法文は免責について、ただ「第三者 [tiers]」のそれしか (!) 規定をしていない〔この点は、議会承認において“par tiers”の直前に“par le débiteur originaire ou”が挿入された〕。最後に残念であるのは、逐次の債務者〔相互の関係〕、譲受人が、譲渡人に対する自己の債務を消滅させるために被譲人〔債権者〕に対して譲渡人〔原債務者〕の債務を支払う場合について何ら規定がなされなかったことである。債権譲渡および契約譲渡においては課せられている“効力要件としての [ad validitatem]”書面の要求が、“勿論解釈 [a fortiori]”によれば、債務譲渡においてはそうならなかったのもまた驚嘆に値するといえる。最後に、受動的指図、債務者の交替する更改および債務譲渡の間の性質決定の抵触は現実的〔な問題〕であり、当事者が作成を望んでいた合意の種類を明らかに示すように当事者を促すべきである<sup>(125)</sup>。

34. 債務譲渡および保証人の「代置 [substitution]」 2016年2月10日のオルドナンスによって公認され同時に改革されたこの制度は、そうでなければ会社法において一定の成功を有していたかもしれないものであり、少なくとも、社員または指揮者の負債を管理するための“会社エンジニアリング [ingenierie societaire]”の専門家に補足的な道具を提供していたに違いない。社員権の譲渡の、とりわけ支配権の譲渡をひきおこすその場合において、繰り返し現れる事例のひとつは、保証人の債務における「代置」である。保証契約の譲受人による“引受 [reprise]”に譲渡人が同意を与えることは平常見られる取引である。ここでも、選択された道具が適切であるためには、合意を起草する時点で注意をつくさねばなるまい<sup>(126)</sup>。他方で、契約譲渡はもしかしたら

(125) [note 79. この危険について JULIENNE (M.), *Le transport des créances et des dettes par novation et délégation*, in *Le nouveau régime* précité (注3), p. 109 et s., spéc. n° 13, p. 115.]

(126) [note 80. 破毀院商事部1993年11月16日, Bull. civ. 1993, IV, no 406 : 抵当権の負担を引き継ぐ旨を約束した株式譲受人につき、譲受人自身は、負担を第三取得者に移転することを欲していたがその移転が債権者の合致を得られず発効しなかった場合、[Z氏〔株式の譲受人・被告・Y夫妻からの請求を認容した原審を不服とした破毀申立人〕は1985年2月7日付証書により Cempe [〔中小企業施設信用金庫〕、会社の債権者] に〔会社が〕負担していた金額を Y 夫妻〔会社のためにする物上保証人・株式の譲渡人・原告・破毀申立相手方〕に償還するべく義務付けられていたが、Z氏自身が自らの

最も適合した技術ではないかもしれないと考えることができる。

35. 債務譲渡と“実質的ディファイザンス (defaisance économique)”  
債務譲渡は、グループ会社間の関係につき非常に有用であり得る。債務譲渡は、米国で「実質的ディファイザンス」取引と名付けられた仕組みの実現を可能にするものであるが、この仕組みは、負債の項目とりわけ長期負債を減算して企業の貸借対照表を「掃除」するために使うことができ、企業の債務負担の余力を回復させることに役立つ<sup>(127)</sup>。ディファイザンスという操作は、“社債の発行 [souscription d'un emprunt obligataire]”を伴い得るもので、その償還債務をグループ内の他の事業体または信託受託者に移転するものである<sup>(128)</sup>。最も大抵、この起債会社は子会社または信託受託者に、ディファイザンスの客体となる社債のそれと同一の“キャッシュフロー [flux financiers]”を生むことになる“投資有価証券ポートフォリオ [portefeuille de valeurs mobilières]”を“信託名目で譲渡する [cède à titre fiduciaire]”。それは“ある意味で無意味な取引 [en quelque sorte une opération nulle]”ではあるが、企業にとっては会計上有益なものである。

36. 債務譲渡と会社への現物出資 負債が会社に出資されたある財に結び付けられているときには、この負債の引受のためにいくつかの技術が考えられる。“請合 [promesse de porte-fort]”，第三者のためにする契約，“完全指図または不完全指図 [délégation parfaite ou imparfaite]”，債務者の交替する更改<sup>(129)</sup>などがこれである。改正以降は、狭義の債務譲渡が、新たな関係を創設

---

約諾から免責されることにY夫妻が同意をしていた旨が証明されず援用もされていない以上、控訴院は、〔株式の転得者である〕X氏がY夫妻に対して〔Z氏と〕同じ条件で義務を負担する意思を有していたかどうかを探求するまでもなく…〕〔破毀申立棄却〕。

(127) [note 81. LARROUMET (C.), Sur la réalisation d'une *defaisance* en droit français, in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 193 s. ; PEZARD (A.), *La defaisance*, RD bancaire et bourse 1989. 51 ; BERLIOZ (G.), *Le point de vue du juriste sur l'opération de defaisance*, RD bancaire et bourse 1989. 54 ; sur les contrats de swap, GAUDEMET (A.), *Les dérivés*, préf. H. Synvet, *Economica*, 2010, nos 71 s.]

(128) [note 82. DOM (J.-Ph.), *La fiducie-gestion et le contrat de société, éléments de comparaison*, Rev. sociétés, 2007, p. 481 et s.]

(129) [note 83. 財に結び付いた負債を移転するその他あり得べき技術については, MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2<sup>ème</sup> éd., LexisNexis 2015,

することがなく、同一の負債を、同一の従物、同一の態様および同一の“付款〔clause〕”ごと譲受人の手中に移転するという利点を伴い利用され得るようになる。例えば、汚染された財を会社に出資した場合を考えることができるが、このとき“環境負債〔passif environnemental〕”がこの会社への債務譲渡の対象となる。問題の財が、一定の負債を伴った営業財産たることもあり得る。投資有価証券ポートフォリオのような“事実上の統一体〔universalité de fait〕”の譲渡もまた債務譲渡を伴うことがある。出資の“スキーム〔cadre〕”において、絶対に債務譲渡は無償たりえない。このような行為が会社の利益に適するものではないというだけでなく、“異常な管理行為〔acte anormal de gestion, その費用は租税判例上所得控除が許されない〕”と資格づけられるかもしれない。最も大抵の場合、その対価は社員権の付与であることが多い<sup>(130)</sup>。

## B. 債権債務の間接的移転

間接的移転という語がさすものは、“更改〔novation〕”と“指図〔délégation〕”である。

37. 更改 更改は民法典新第1329条以下により規律される。更改と“更改的指図〔délégation novatoire〕”との間には何らかの相違は存在するとはいえ、後者〔更改的指図〕の維持は理由がない。確かに、債務者の交替する更改は一番目の債務者の同意を前提とせず（オルドナンスによる第1332条<sup>(131)</sup>）、他方、民法典新第1336条<sup>(132)</sup>はそこに指図が存在すると言えるために三当事者の合致を要求している。しかしこのような違いを理由づける説明は十分満足なのであるか？指図は不完全指図の場合についてだけに限定されるべきであった

---

no 654 et s.]

(130) [note 84. MORTIER (R.), *Vive la cession de dette au service des sociétés!*, *Droit des sociétés*, avr. 2016, comm. 50.]

(131) [新第1332条 債務者の交替による更改は旧債務者の協力なしになされる。【議会承認後も同文】]

(132) [新第1336条 ①指図とは、ある者すなわち“指図人〔délégant〕”が、他方の者すなわち“被指図人〔délégué〕”をして、第三の者すなわち“指図受取人〔délégataire〕”に向けた債務を負担せしめ、指図受取人が被指図人を債務者として承諾する取引である。/②被指図人は、別段の定めのない限り、指図受取人に対して、自己の指図人との関係より生じるすべての抗弁または指図人と指図受取人との間の関係より生じるすべての抗弁を対抗することができない。【議会承認後も同文】]

ろう。

抗弁対抗可能の取扱は更改の場合には明らかにされていない。更改と債権譲渡・債務譲渡とをへだてる“抗弁対抗不能の原則 [principe d'inopposabilité des exceptions]”は正式に明文化するに価したであろう。反対に、オールドナンスが、新債務の“担保 [garantie]”として“負担を引き継がされる権利の名義人 [titulaires des droits grevés]”の同意を以てする担保権の維持について物的担保の場合しか規定していなかった2015年草案第1346条第2項をあらためていことは評価できる。新第1334条<sup>(133)</sup>第2項は、いかなる区別も設けずに「担保権 [sûreté]」一般を扱っている。最後に、民法典新第1333条<sup>(134)</sup>は、債権譲渡の取扱(第1323条第3項)を参考にして更改の規定を次のように補っている。更改は、「証書の日付より第三者に対抗し得る。更改の日付に異議がある場合には、その立証は新債権者の負担となり、いかなる方法を以ても証明し得るものとする」。あらたに、確定日付の利益は、証書の登録または公証人証書の作成の理由となる。

38. “貸借の引受 [reprise de prêt]”, 保証人の帰趨および更改 実務上、集団倒産手続開始前に締結されかつ保証契約で担保された貸借契約が、“譲渡計画 [plan de cession]”の枠組みで譲受人による引受の対象となることがある。この取引は債務者の交替する更改として分析されることもできるかもしれないが、更改は代置を承諾する債権者の“明瞭かつ曖昧さなき意思 [volonté claire et non équivoque]”を前提としている。これがなければ、“当事者の追加 [superposition]”にしかならず、譲受人の約諾は、譲渡人のそれに付加されることとなる〔連帯保証人は免責されない〕<sup>(135)</sup>。この更改意思は、民法典のなかで存置され続け、更改の存在を条件づけている(民法典新第1330条<sup>(136)</sup>)。

(133) [新第1334条 ①旧債務はすべての従物とともに消滅する。②前項の例外として、旧担保は担保する第三者の同意を得て新債務の担保としてこれを留保することができる。【議会承認後も同文】]

(134) [新第1333条 ①債権者の交替による更改は債務者の同意を要する。債務者は前もって旧債権者が新債権者を指定することに同意を与えることができる。②本条の更改は証書の日付より第三者に対抗し得る。更改の日付に異議がある場合には、その立証は新債権者の負担となり、いかなる方法を以ても証明し得るものとする。【議会承認後も同文】]

(135) [note 85. 見よ同旨破産院商事部2016年2月9日, no 14-23.219.]

(136) [新第1330条 更改は推定されない。更改を行う意思は“行為によって明らかに帰結される [résulter clairement de l'acte]”ものでなければならない。



39. 指図。諸原則<sup>(137)</sup> 指図は、指図人という一の者が、被指図人というもうひとりの者から、指図受取人と呼ばれる第三の者に対して約諾する旨の同意を得、他方、指図受取人が被指図人を債務者として承諾する取引である（民法典新第1336条<sup>(138)</sup>）。共和国大統領に提出された報告書は、この三角取引が、被指図人と指図人との間、または、指図人と指図受取人との間における“既存の関係〔rapports préexistants〕”を有することなく行われ得ることを明らかにしている。指図は“完全〔parfaite〕”指図（“更改的〔novatoire〕”指図）であっても“不完全〔imparfaite〕”指図〔単純指図〕であってもよい（民法典新第1337条および新第1338条<sup>(139)</sup>）。被指図人の負債は被指図人による新たな債務の履行を以てしか指図人との関係において消滅することはない。しかしながら、一つだけ新規の点がある。「指図人の債権の譲渡または差押はこれらと同様の限度においてしか効力を生じない」すなわち、被指図人の約諾を“超えることになる〔excéderait〕”部分についてしか効力を生じない（オールドナンス第1339条第2項<sup>(140)</sup>）。したがって指図人の債権は、第三者に譲渡されまたは第三者に

【議会承認後も同文】

(137) [note 86. CHAUVIRE (Ph.), La délégation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal. 2015, no 155, p. 11 ; HOUTCIEFF (D.), Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur, Droit et patrimoine, no 249, juill.-aout 2015, p. 75.]

(138) [注132。]

(139) [新第1337条 ①指図人が指図受取人の債務者であるときで、かつ、指図人を免責する指図受取人の意思が“行為から明示的に帰結される〔résulte expressément de l'acte〕”ときは、指図は更改を生じる。/②前項の規定にかかわらず、指図人は、被指図人の将来の支払能力を保証する約諾を明示しているときまたは指図の時点で被指図人が“その負債を清算する手続〔procédure d'apurement de ses dettes〕”に服しているときには、引き続き債務を負う。/新第1338条 ①指図人が指図受取人の債務者であるが、指図受取人が指図人をその負債につき免責していなかったときは、指図は第二の債務者を指図受取人に与える。/②二人の債務者のうちの一人によりなされた弁済は、他方の債務者を、対当額で免責する。【議会承認後も同文】]

(140) [本文中の引用箇所は「第3項」の誤り。新第1339条 ①指図人が被指図人の債権者であるときは、その債権は、被指図人の指図受取人に対する債務の履行によってかつ対当額においてしか消滅しない。/②この時点までは、指図人は、被指図人の約諾の額を超える部分についてしか、この債権の弁済を請求することも受領することもできない。指図人は指図受取人に対する自己の債務を履行するときしかこの債権を取り立てないものとする。/③指

より差し押さえられることがありうるが、指図受取人のかかる債権に対する諸権利は優先する。抗弁対抗可能についていえば、オールドナンス第1336条第2項が「被指図人は、別段の定めのない限り、指図受取人に対して、自己の指図人との関係より生じるすべての抗弁または指図人と指図受取人との間の関係より生じるすべての抗弁を対抗することができない。」と定めている場合に同条項に認めるべき意味についてそれ以上には明確にはしなかったことは残念である。実際、この規定は、被指図人が指図受取人に対して対抗することのできる諸抗弁を明示的に対象とする別段の約定を求めるという意味なのか、あるいは、この規定は、不确实指図の場合（被指図人が指図人の指図受取人に対して負担する物または被指図人が指図人に対して負担する物を弁済するよう義務を引受ける場合）をも対象にしている、〔そこでは〕諸抗弁の対抗可能は黙示的なものとなっている、という意味なのか。優越すべき見解は、それはもっぱら法的安全という理由についていえばの話だが、おそらく第一の解釈であろう。最後に、オールドナンス第1338条が、不完全指図の場合に「指図は第二の債務者を指図受取人に与える [la délégation donne au délégataire un second débiteur]」との公式をもって理解されなければならない事柄を示すことにより、ある種の明確化をはかることは当然期待されていた。それでは、この第二の債務者は、附従性のある担保義務者であるのか、それとも、共同債務者なのであるのか？少なくとも負債の間接的移転という観念と一貫させるには、指図人と被指図人との間に主従関係を定めておくべきではなかったか？<sup>(141)</sup>

**40. 指図、弁済の方法および担保** この指図は会社法においては弁済の一つの態様でも担保でもありうる。区別は決定的である。第一のものでは、指図は商法典とりわけL.225-35条第4項の規定を免れ、取締役会の事前の許可を前提としない。第二のものにおいては、このような許可が必要とされ、それ

---

図人の債権の譲渡または差押はこれらと同様の限度においてしか効力を生じない。/④前3項の規定にかかわらず、指図受取人が指図人を免責している場合には、被指図人自身は指図人に対して、自らの指図受取人への約諾の対当額において免責される。【議会承認後も同文】

- (141) [note 87. JULIENNE (M.), *Le transport des créances précité* no 21, p. 120による批判を見よ。また、共同債務者との性質決定を認めない BOURASSIN (M.) et FROMENT (L.), *Clair-obscur sur la novation et la délégation*, in *Contrats et obligations. Incidences de la future réforme sur la pratique notariale*, sous la dir. de MEKKI (M.) et HERNBERGER (O.), JCP (N), no 47, 20 nov. 2015, 1214, spéc. no 22. を比較せよ。]

がなければ担保は会社に対抗できない。自らが指図人に対して負担している出捐を指図受取人に支払うという被指図人との間で指図が成立したとき〔不確実指図〕は、これは弁済の方法であって、担保ではない。被指図人が指図人に対して負担しているよりも多くの出捐を支払うことを約束している場合であるか、指図人が被指図人の債権者ではなかったにもかかわらず、被指図人が指図受取人に対して、支払を行うことを約束している場合のいずれかであれば、このような指図を以て担保とする性質決定が採用されるであろう。

**41. 不完全指図と貸借契約** 不完全指図は、例えば次のような場合によく用いられる。即ち、銀行が資本の少額な会社に金銭の貸付をしようとするときに、指図受取人となって貸付金をその会社のある社員に払渡し、その社員は指図人となり、貸付金はその社員の財産関係を經由して、被指図人である会社に計算上貸越の形で利用できるようにする。会社は銀行＝指図受取人に対する貸金の返還を負担するものとする。現代ではこの仕組みが指図の経路を用いることは次第に稀となっている<sup>(142)</sup>。

**42. 指図と保証人の代置** 最後に、“支配権の譲渡〔cession de contrôle〕”を伴う社員権の譲渡が行われるときに、譲渡人が保証人で、譲受人の手中への担保の移転を望む場合がある。この移転は自動的ではなく、幾つもの採り得る形式がある。その一つに“債権指図〔délégation de créance〕”が考えられる。社員権の譲受人は、指図を手段として〔“担保の代置〔substitution de garantie〕”〕を行うことになる<sup>(143)</sup>。このとき、譲受人は被指図人であり、債権者である指図受取人に対して債務を負う。譲渡人である指図人を免責するためには、更改的指図でなければならない。この場合、明示の条項が必要であ

(142) [note 88. 破毀院民事第一部2005年7月12日, no 03-10770 ; Bull. civ. I, no 325. 会社の固定された交互計算形式の出資を賄う多数派株主兼会社指揮者への貸付。〔X氏が“計算上”貸付金額の返済を実行していたことだけでなく、もし返済が終了し Infovil 社が裁判上の清算を開始するに至っていなければこの貸付金は関係人の“社員交互計算〔compte courant d'associé〕”への記帳を理由にその全額がこの者の所得となっていたであろうことをも採用しつつも、控訴院は、会社に上記貸付金額の借主たる地位を付与していたかもしれない反対証書の存在を主張する X 氏の援用した論拠を斥けた〔破毀申立棄却〕。]

(143) [note 89. 契約譲渡もまた考えられなくはないが、その新たな取扱いに照らして譲渡人が将来に向かって免責されるのは被譲人の明示の合致あるときに限られる。]

り、裁判官は特にこのこと〔更改的指図の成立の認定〕に関して厳格である<sup>(144)</sup>。指図受取人による明示の指図人の免責を伴わず、単純指図または不完全指図で行われることもある。

### Ⅲ 債権債務関係の消滅

債権債務の履行および流通の後、その消滅の検討が残っている。

**43. 外貨による弁済** 民法典新第1342条以下は弁済に関する規定である。これらの規定のなかでも、その一条に光が当てられるべきである。それは民法典新第1343-3条<sup>(145)</sup>であり、同条が定めるところによれば「金額債務のフランスにおける弁済はユーロを以て行われる。前項の規定にかかわらず、「国際契約〔追認法律により「国際的性格のある行為」に修正〕」または外国判決に基づき外貨建約定のある債務については、弁済は別の「貨幣〔追認法律により「通貨」に修正〕」によることができる」。共和国大統領に提出された報告書によれば、この規定は実定法を明文化したものと看做されている。いわく「金額債務に関するフランスにおける弁済の通貨についての現行の判例上の規則もまた明文化される（第1343-3条）。実際を言えば、同条に用いられる書き方は完全には実定法と合致しているものでない<sup>(146)</sup>。実際、破毀院は、国内弁済の場

(144) [note 90. 破毀院商事部2002年1月29日, Bull. civ. IV, no 21, RD bancaire et financier 2002, no 52, obs. D. Legeais ; D. 2002, p. 3335, obs. L. Aynès et p. 716, obs. A. Lienhard.]

(145) [新第1343-3条 ①金額債務のフランスにおける弁済はユーロを以て行われる。Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. ②(第1文)前項の規定にかかわらず、「国際契約【国際的性格のある行為】」または外国判決に基づき外貨建約定のある債務については別の「貨幣【通貨】」によることができる。Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre « devise 【議会承認時に monnaie と改める】 » si l'obligation ainsi libellée procède d' « un contrat international 【議会承認時に une opération à caractère international と改める】 » ou d'un jugement étranger. 【議会承認時に第二文追加】(第二文)弁済が職業者間に行われるときは、外貨の利用が関係取引において一般に認められている場合には、当事者は、弁済がある貨幣でなされるべく合意することができる。Les parties peuvent convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée.]

(146) [note 91. 見よ, MEKKI (M.), La nature juridique de la monnaie, in *Le*

合と国際弁済の場合との間を区別している。国内の場合には、法定通用する通貨はユーロである。外貨は専ら“計算貨幣 [monnaie de compte]”としてのみ存在し得る。反対に「国際弁済」の場合には、外貨はふたたび弁済の通貨となることができる。フランスの銀行を相手に社債を発行している会社の場合を例にとろう。銀行がドルで貸付けているなら、ドルでの返済を受けることを希望するのがふつうであろう。返済がフランスにおいてなされるとの事実により、このような弁済の通貨を用いることが禁止されるかもしれない。反対に、アルゼンチンにおける不動産プロジェクトのための資金としてフランス会社に同意された貸付が問題であるときには、資金の仕向先 [が外国であること] は、改正前ならば法定通用を免れさせるに十分であり、ドル建てで実行された貸付がドルで返済されるよう求めることを銀行に可能にしてきた<sup>(147)</sup>。改正以降は、メルクマールはもはや仕向先が国際的である弁済ということではなく、「国際契約 [contrat international]」の締結を基準とすることになり、この概念をめぐる議論を避けて通ることはできなくなるとしても、この種の取引は法定通用の規則をなおも免れることができるのであろうか？これより不確かなものはない。真実の国際契約の存在を証明するには不十分な“国際取引上の行為 [opération commerce international]”であってもよい<sup>(148)</sup>！裁判官が、「国際契約」, 「国際決済 [reglement international]」または「国際弁済 [paiement

---

*patrimoine au XXIe siècle: Regards croisés franco-Japonais*, Editions société de législation comparée, vol. 12, 2012, p. 225 et s., spéc. no 37 et s., p. 250 et s.]

(147) [note 92. 国際決済については、MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup>éd., 2001, no 127, p. 86 ; CAYROL (N.) et GRUA (Fr.), *Aléa monétaire et nominalisme*. in *JurisClasseur Civil Code App. art. 1235 à 1270, Evaluation des obligations monétaires*. Fasc.20, no 60 et s.]

(148) [note 93. 破産院民事第一部1989年10月11日, Bull. civ. I, no 311, D. 1990, p. 167, note de LA MARNIERRE. 「1958年12月30日のオールドナンス第58-1374号第79条を改正する1959年2月4日のオールドナンス第59-246号は、合意の客体または当事者一方の活動に直接の関係を有する限りにおいてしか価値スライド条項を認めておらず、このようにして純粋な内国契約における隠れた価値変動約款に該当する外貨建による債権価値決定条項を禁止するものであるところ、係争貸借が国際的弁済に余地を与えるべきであったか、少なくとも国際取引上の行為のための資金を賄う目的でなされていたかを探求することなしに、前記の通り判断することで、控訴院はその判決の法的基礎づけを与えなかった」。破産院民事第一部1985年5月13日, Bull. civ. I, no 146.]

international)」等といった言葉をさほど厳格性もなく用いている判例自身と同様に、〔オールドナンスで〕選択された「国際契約」の語を過度な厳格主義で解釈しないであろうことを信じたい<sup>(149)</sup>。

**44. “相殺 [compensation]” を以てする弁済** とりわけ相殺の仕組みは、法定相殺に裁判上の相殺、合意による相殺、および、牽連負債の相殺を付け加えてきた判例によって内容豊富なものとされてきた。相殺に適用される一般原則が旧法との連続性において存在するとしても、大きな革新はこれら特殊な三種の相殺範疇のを扱う特則のなかに見られる（民法典新第1347条以下）。

**45. 一般規則** 単純化された弁済の仕組み、「準弁済」、または、独自の仕組みである相殺は、しばしば会社法でも援用されている。最も頻繁な利用方法の一つは、「アコーデオンの一撃 [coup d'accordeon = 100パーセント減資]”<sup>(150)</sup> という操作に関するものである。この操作は、“純資産 [actif net]” が“会社資本 [capital social]” を下回っていることを理由として、株式が有する“名目価額 [valeur nominale = 額面]” が“市場価額 [valeur venal]” “より低い [inférieure (sic)]”<sup>(151)</sup> ときに、資本減少を行うことである。しばしば会社資本は論理的瞬間にはゼロに至ることもある。次いで第二に、たいていの場合には新たな株主を招き入れることによって新たに株式資本を増加することがおこなわれる。この操作を実現するため、その優先引受権を行使する株主または第三者から新たな金銭出資を募集することもあれば、債権の相殺でこれを実行することもある。より正確に言うと、後者の場合には、相殺は、会社の負債、〔例えば〕会社に供与された貸付〔枠〕たる“社員交互計算 [compte courant d'associé]”<sup>(152)</sup> と、引受価額との間で行われる<sup>(153)</sup>。“現金 [espèces]” またはこれに類するものの払渡による株式引受について払込むことの代わりに相殺を行うのである。〔そのために〕しばしば会社法は特段の方式的要件を伴っている。商法典 L.225-128 条第 2 項は、債権が“確定的かつ請求可能的

(149) [note 94. 同旨, DESHAYES et al., *Réforme précitée* (注18) art. 1343-3, spéc. p. 732.]

(150) [note 95. 例を示せば Aix-en-Provence 控訴院第 8 部 A 法廷2014年 2月13日, no 12/23561, Bulletin Joly Sociétés mai 2014, no 05, p. 325, obs. B. Brignon.]

(151) [「より高い supérieure」の誤記か。]

(152) [note 96. URBAIN-PARLEANI (I.), Les comptes courants d'associés, LGDJ, 1986. [なお、この実務の法的性質について柴崎・本誌52巻 2号139頁以下]]

(153) [note 97. 破毀院商事部2006年 2月28日, no 04-17566.]

“liquide et exigible”であること、〔取締役会または執行役会が作成する計算書の〕“勘定締切〔arrêté de compte〕”の対象となり、かつ、正確であることが会計監査役によって証明されていること（商法典 R.225-134条）を求めている。最後に、相殺による払込は、会計監査役または公証人により証明される（商法典 L.225-146条第2項）。オールドナンスは本質的には既往の判例を法典化〔consolider〕したものである<sup>(154)</sup>。法定相殺（民法典新第1347条以下）は、ほとんど手つかずに新民法典にひきつがれた。したがって、四つの条件は依然として必要である（“代替物性〔fongibilité〕”、“確定性〔liquidité〕”、“確実性〔certitude〕”および“請求可能性〔exigibilité〕”）。オールドナンス第1347条第2項<sup>(155)</sup>は、相殺は当然には発生せず“援用される〔invoquée〕”ことを要するとの原則を補強している<sup>(156)</sup>。すなわち、相殺は「援用されることを要し、相殺の条件が具備された日に対当額において生じる」。新第1347条第2項は民法典旧第1290条<sup>(157)</sup>を決定的に斥けた。この明白化は適切であるが、なぜならば、判例がそれを認めているように、諸条件の具備された相殺を放棄することができるとするならば、相殺が当然に発効するとの主張はもはやなしえないからである。この“自動性〔automaticité〕”の欠如は、金銭出資の払込〔債務〕と社員交互計算とりわけ集団倒産手続に服している会社でのそれとの相殺が問題である場合でも、重大な帰結を有するものではなかろう。相殺が倒産手続中に援用され、しかし、相殺の諸条件（確定性および請求可能性<sup>(158)</sup>）が、手続開始決定以前に具備されていたときに、相殺は、何らかの〔債権間の〕牽連性を立

(154) [note 98. ROBINE (D.), Consolidation des «règles générales» et consécration des «règles particulières» de la compensation : un projet de réforme à parfaire, Droit et patrimoine, 2015, no 249.]

(155) [新第1347条 ②相殺は、援用されることを要し、相殺の条件が具備された日に対当額において生じる。]

(156) [note 99. この問題については、ANDREU (L.), De l'effet automatique de la compensation, Mélanges D. R. Martin, LGDJ, 2015, p.1 et s.]

(157) [民法典第1290条（2016年のオールドナンスにより廃止）相殺ハ債務者ノ知ラザル儘ニ法律ノ効果ノミヲ以テ当然ニ生ズ。双方ノ負債ハ同時ニ存在スルヤ否ヤ相互ノ対当額ノ範囲デ互ニ消滅スル。〔La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs : les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent existerà la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.〕]

(158) [note 100. “固定された〔bloqué〕”社員交互計算であるときには請求可能性はしばしば欠けてはいるが。]

証する必要なく上記諸条件の具備の日において発生する<sup>(159)</sup>。最後に注記しておくべきことは、相殺の自動性のないこととの関係において、「保証人は債権者に債権者と主債務者との間で発生した相殺を対抗できる。」旨を定める新第1347-6条第1項<sup>(160)</sup>が、“反対解釈として〔*a contrario*〕”，債務者が相殺を援用しない場合、相殺は正しい意味で「発生して」いなかったことになるのであり、保証人はそれを援用することができないということを確認しているようにみえるので、そのことは現行〔2016年改正前〕民法典第1294条第1条<sup>(161)</sup>および破毀院判例<sup>(162)</sup>に逆流する、ということである。これは単なる起草上の失敗であり、判例上の規則の射程がまったくそのまま保存されることが望まれる<sup>(163)</sup>。

**46. 特則** 特則についていえば、新规定（民法典新第1348条以下）は、確立された判例を集約したものである。裁判上の相殺は、債権の確定性および／または請求可能性の要件を免じることが可能とする。反対に、相互性、确实性および代替物性は、依然要件として必要とされる。特則のなかでも、牽連債務の裁判上の相殺（民法典新第1348-1条<sup>(164)</sup>）に決定的な地位が認められると

(159) [note 101. この混同については、見よ、破毀院商事部2002年1月8日, no 61 FS-P, Bulletin Joly Sociétés, avril 2002, n° 4, p. 477, obs. Fr.-X. Lucas.]

(160) [新第1347-6条 ①保証人は債権者に債権者と主債務者との間で発生した相殺を対抗できる。La caution peut opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal. 【追認法律で修正「保証人は債権者が主債務者に対して負担する債務についての相殺を対抗できる。La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.】】]

(161) [保証人ハ債権者ガ主債務者ニ負フ債務ニ付テノ相殺ヲ対抗シ得ル La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal;]

(162) [note 102. 破毀院商事部1999年10月26日, no 96-12.571, Bull. civ. IV, no 181.]

(163) [note 103. 同旨, HOUTCIEFF (D.), Le cautionnement à l'épreuve de la réforme du droit des contrats, D., 2016, p. 2183 et s.]

(164) [新第1348-1条 ①裁判官は債務の一方が確定的または請求可能でないことのみを理由として相殺を拒否できない。Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible./②前項の場合相殺は債務の一方が先に請求可能となった日に生じたものと看做す。Dans ce cas, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles./③前



いうべきである。その集団倒産手続法上の実益は同条が特に注目される理由である（商法典 L.622-7条<sup>(165)</sup>）。負債の相殺は債権者にとって担保の役割を演じるものであり、倒産手続開始の前に発生した債権と後で発生した債権との間での相殺を正当化するものである。牽連性のない場合には、負債相互の裁判上の相殺時に裁判官が評価権限を有するとしても、負債が牽連的であるときには、この権限は確実性と代替物性との確認のみに限定されよう<sup>(166)</sup>。集団倒産手続の枠組において債権の届出がないことは相殺の妨げになる<sup>(167)</sup>。牽連性は、「同一の“法律上の関係 [rapport de droit]”から生じた二つの債権を“結付ける関連 [lien unissant]”」の存在するときに確認できる<sup>(168)</sup>。同一の契約か、同一の契約関係（“一つの枠合意を実施する契約 [contrat en execution d'une convention-cadre]”）か、または、単一の“契約集合体 [ensemble contractuel]”かから生じる複数の債権が持たれていることを以て足りる<sup>(169)</sup>。このような牽連性は集団倒産手続の場合において大変利用価値が高い。破産院が出資引受額と社員交互計算との間の相殺についてつねづねこれを喚起しているように、集団倒産手続の開始は、牽連負債が存在していないかぎり、法定相殺を妨げるものとなるが、株式の引受と社員交互計算との相殺が存する場合には牽連にあたらない<sup>(170)</sup>。しかしながら専門的には、牽連性は金銭出資の払込と社員交互計算上の貸越との間に立証できる場合もあろう。実際、この二つの事実におけるその目的は会社に資金調達をさせることである<sup>(171)</sup>。政策的には、これ

---

項の場合において、第三者による一方についての債権の取得はこの第三者の債務者側の相殺の対抗を妨げない。Dans le même cas, l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation.]

(165) 商法典 L.622-7条第 I パラグラフ①（第 1 文）手続開始決定は、当然に、牽連債権の相殺による支払を除き開始決定以前に発生した全債権の支払の禁止を伴う。（第 2 文）開始決定以降に発生した債権であっても L.622-17条第 I パラグラフの列挙に含まれない全債権の支払もまた禁止される。（第 3 文）これらの禁止は扶養債権の弁済には適用しない。

(166) [note 104. 既に同旨破産院民事第一部1967年 1月18日, Bull. civ. I, no 27.]

(167) [note 105. 破産院商事部2002年 6月19日, Bull. civ. IV, no 129.]

(168) [note 106. Vocabulaire juridique Cornu, Vo Connexité.]

(169) [note 107. 破産院商事部2005年 3月15日, Bull. civ. IV, no 62.]

(170) [note 108. 破産院商事部2002年 1月 8日, no 99-11079.]

(171) [note 109. この分析は債権間の牽連性を定義するために裁判官が屢々用いる「合致の枠組み全体のなかで同じ一つの経済行為を実現しようとする共同

と反対に、この解決は債務者である社員の諸権利の行き過ぎに味方することになるかもしれない<sup>(172)</sup>。最後に、新第1348-1条第2項は、牽連負債の相殺は「債務の一方が先に請求可能となった日に」生じることを定めている。同条は破毀院の立場に副うものである<sup>(173)</sup>。最後に合意相殺についていえば、少なくとも、債権が相互性を有しかつ相殺の合意がすべての契約に適用される有効要件を遵守して可能となる。

**47. 代位を伴う弁済** 代位は債務変動行為に関する部に顕れるべきだったかもしれないが<sup>(174)</sup>、立法者はこれを弁済の特別な方法に結び付ける選択をした<sup>(175)</sup>。代位は債務の消滅方法の一つである（民法典新第1346条以下）<sup>(176)</sup>。法定代位は、特別の場合として列挙されたものに限定されることなく自由化された。オルドナンス第1346条によれば、「代位はこれに正当な利益を有する弁済者を受益者として、その弁済が債権者に対する関係で負債の全部または一部について最終的な負担を負うべき者を免責する限りにおいて、法律の効果のみを以て発生する」。反対に、オルドナンスは、“絶対的第三者〔*penitus extranei*〕”即ち債務に完全に他人である第三者でかつ悪意の動機を有しているかもしれない者が、代位を受益できるのを避けるために、弁済に対する「正当な利益〔*intérêt légitime*〕」を要求している（反対、草案旧第1324条）。約定代位については、明示されなければならない（民法典新第1346-1条第2項）<sup>(177)</sup>、債権者または債務者の同意を以てこれをなし得る。オルドナンスは、学説および実務者の要求に敏感で、オルドナンス草案において削除されていた

---

の意思に応じる別々の契約から生じる相互の債権」との表現に対応している。Paris 控訴院1994年4月29日：Dr. sociétés, octobre 1994, no 173, obs. Y. Chaput.]

(172) [note 110. 同旨 LUCAS (Fr.-X.), obs. préc.]

(173) [note 111. 破毀院商事部2007年2月20日, no 05-19.858, Bull. civ. IV, no 50. 「命ぜられた相殺の“滅権効〔*effet extinctif*〕”は債務の一方が先に請求可能性となった日に生じたものと看做される。]]

(174) [note 112. この考え方は P. CATALA 予備草案のそれである。]

(175) [note 113. Fr. TERRE 草案から。]

(176) [note 114. STOFFEL-MUNCK (Ph.), La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier, Droit et patrimoine, Dossier spécial, juillet-août 2015, p. 55.]

(177) [note 115. 見よ、例えば破毀院民事第一部2005年10月18日, no 04-12513, Defrénois, avril 2006, no 7, p. 614, obs. R. Libchaber.]

債権者の同意による代位を復活させた。民法典新第1346-1条は、「約定代位は、債権者がその弁済を第三者たる者より受領し、債務者に対して有するその諸権利においてこの者を代位せしめるときに、債権者の主導で行われる」と規定している〔債権者主導代位 *subrogation ex parte creditoris*〕。債権者の同意による代位の削除は、金融の多種多様な技術、とりわけ“ファクタリング〔*affacturage*〕”にとって脅威であった。付言すれば、債権譲渡と代位との間の取扱の相違が残念であると言える。民法典新第1346-5条第1項は、「債務者は、代位を知った時からこれを援用することができるが、代位が債務者に通知されまたは債務者がその行為を確認したのでなければこれを以て債務者に対抗され得ない」と定めている。債務者に残されたこの選択は、一部の企業取引実務を脅かすおそれなしとせず<sup>(178)</sup>、実務上は必要不可欠なものとはいえなかったと思う<sup>(179)</sup>。最後に、債務者の同意による代位〔の規定〕(民法典新第1346-2条)は、“借り換え〔*reprise de dette*〕”の場合に、債権者の協力によりなされる代位と、債権者の協力のない代位との区別を生じ、前者は公証人の介入から免ぜられることを可能とするところ、後者はなお公証人の介入を要するものである。会社法と関連付ければ、債権者の同意による代位は、柔軟化された条件による債権譲渡と競合するおそれがある。反対に、借り換えによる代位はその実益を保存することができるであろう。

48. 【結語】 債務法改革が諸原理の全体特に会社法に対してこれほど重大な影響を与えるものであるとすれば、それは、この改革が〔債務法以外の〕他の諸法すべてのマトリックスとして存在しているがゆえである。会社法の質料をなす布地を構成する、契約、約款、および、債務の一般的取扱に対する、この改革の直接間接の影響は、このことを確認させた。この新しい法が、実務者にとって新しい発想の源となると同時に、裁判官の合理的な解釈の対象となることを期待することにしよう。発想と合理性との間に折合いがなくなれば、この大改革の持続性と実効性が担保されるに違いない。

(178) [note 116. STOFFEL-MUNCK, précité, no 249. 「このことは、*subrogeant* をして債権を取立させ、回収した資金が *subrogé* に引き渡されずにいるときにしか通知をしないと前述の実務を妨げるおそれがある。】

(179) [note 117. LITAIZE (N.), *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, *Revue de Droit bancaire et financier* no 6, Novembre 2015, étude 26. note 58; JEULAND (E.), précité (注98), D. 1998, chr. P. 356 et s.]