

債務法改革の会社法への影響：断絶か連続か？

——契約⁽¹⁾⁽²⁾——

ムスタファ・メキ

石川真衣（訳）

- (1) 〔原題 Mustapha MEKKI, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité? Les contrats, *Rev. sociétés* 2016, pp. 483 et s. この翻訳は、早稲田大学フランス債務法読書会（柴崎暁、小倉健裕、大久保悠貴、石川真衣）の活動の一環として作成されたものである。本稿は *Revue des sociétés* 誌に掲載された3部作の第1部に当たる。第2部及び第3部の翻訳は、ムスタファ・メキ（柴崎暁訳）「債務法改革の会社法への影響：断絶か連続か？—債務の一般の取扱—」比較法学55巻1号85頁（2021）及びムスタファ・メキ（小倉健裕訳）「債務法改正の会社法に対する影響：断絶か連続か？—契約条項—」比較法学56巻1号211頁（2022）として公表されている。これまで公表された訳に倣い、原注は〔note *n*〕、訳者が追加した説明等の事項は〔 〕、法文の変遷に関する注記は【 】により表示した。本稿原文が公表された後、2016年2月10日のオールドナンス第2016-131号による改正法が議会で承認された（2018年4月20日の法律第2018-287号）。そこではオールドナンス時の条文の見直しもなされているため、本稿では必要に応じて脚注で法文の変遷についての注記を付した。

改正民法典の訳文としては、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝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頁（2017）、及びフランソワ・アンセル＝ベネディクト・フォヴァルク・コソン（齋藤哲志＝中原太郎訳）『フランス新契約法』256頁以下（有斐閣、2021）がある。2016年2月10日のオールドナンス第2016-131号については、中田裕康「2016年フランス民法（債権法）改正」日仏法学29号97頁（2017）参照。また、2018年4月20日の法律第2018-287号の紹介として、馬場圭太＝荻野奈緒＝齋藤由起＝山城一真「＜立法紹介＞2016年債務法改正オールドナンスの追認——契約法、債務に関する一般的制度及び証拠〔法〕を改正する2016年2月10日のオールドナンスを

1. 会社法の母体としての契約法

契約並びに債権債務の総則及び証拠の法の改正に関する2016年2月10日のオールドナンス (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations [以下, 「本オールドナンス」という]) は, その大部分においては既存の法に変更を加えないまま, 法典の改正を行うものである⁽³⁾。本オールドナンスは, 2016年7月6日に国民議会の事務局に追認のための政府提出法律案 (projet de loi de ratification) が提出されてから, フランスの法律分野に最終的に加わった。将来的に追認法律 (loi de ratification) となるものは, 一定の期間内に決議されることを必要としないものの, 追認は明示的に実施されることを要する (憲法第38条第2項)⁽⁴⁾。それまでの間, 本オールドナンスは, 2016年10月1日からその追認のときまで, 規則としての効力を有し, [本オールドナンスの] 諸規定の適法性及び合憲性の審査は行政裁判官の管轄の対象となる⁽⁵⁾。一部の論者の期待はあるものの, 追認法律が本オールドナンスの内容に多くの変更を加える可能性は低いと思われる⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

追認する2018年4月20日の法律第287号」日仏法学30号142頁(2019)。なお, 本稿の民法典の訳文については, 前掲『フランス新契約法』の訳を参照したが, 一部については訳者の判断で異なる表現を採用した。]

- (2) [note* 本論文は, 債務法改革が会社法に与える影響についてムスタファ・メキ教授が執筆した一連の三つの論説の最初のものである (NDLR (編集部注))。]
- (3) [note 1 J.-B. Seube (dir.), *Pratiques contractuelles. Ce que change la réforme du droit des obligations*, Éditions législatives, 2016 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016 ; B. Mercadal, *Réforme du droit des contrats*, Dossier pratique, Éditions Francis Lefebvre, 2016.]
- (4) [2016年7月6日に追認のための法律案が提出された後, 2018年4月20日に「契約並びに債権債務の総則及び証拠の法の改正に関する2016年2月10日のオールドナンスを追認する2018年4月20日の法律第2018-287号」が成立し, 翌日に公布・官報掲載がなされた。なお, 成立までの経緯について, アンセル＝フォヴァルク・コソン・前掲注(1) iv-v 頁掲載の立法手続進行表が詳しい。]
- (5) [note 2 CE, 17 déc. 1999, n° 208623, *Union hospitalière privée*, au Lebon ; RDSS 2000.522, obs. J.-M. De Forges.]
- (6) [note 3 C. Grimaldi, En attendant la loi de ratification..., *D.* 2016.606.]
- (7) [2016年のオールドナンスの条文に対する批判を受けて, 一部の条文は見直

その大部分において既存の法に変更を加えずになされた〔本オールドナンスによる〕民法典の改正の射程を軽んじることになってはならない。それは第一に、あらゆる法典化は創造的な部分を有し、判例の蓄積の結果の正確なレプリカではないからである。次に、そして特に、本オールドナンスは、契約締結過程における様々な基本的段階に関するいくつかの大きな革新を含むからである⁽⁸⁾。本改正の重要性は、フランス民法典のシンボルである第三編第三章に手を付けたことのみならず、他のすべての法分野の母体〔基盤〕としてしばしば紹介されてきた法を変更したことにある。債務法を改正することは、多くの経済活動に共通する基礎に変更を加えることを意味する。このため、債務法の改正は保険法⁽⁹⁾、著作権法⁽¹⁰⁾、工業所有権法⁽¹¹⁾、経済法 / 流通法 (*droit de la distribution*)⁽¹²⁾、労働法⁽¹³⁾、銀行取引法⁽¹⁴⁾、そして当然ながら会社法⁽¹⁵⁾に対

された。]

- (8) [note 4 全体の俯瞰として、J. Mestre, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations*, *RLDC* avr. 2016, n° 136, p.16 s. et mai 2016, n° 137, p. 13 s. ; M. Mekki, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *D.* 2016.494 ; du même auteur, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *D.* 2016.608.]
- (9) [note 5 J. Bigot, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance*, *JCP G* 11 juill. 2016, n° 28, doct. 833.]
- (10) [note 6 M. Guillemain, *La réforme du droit des contrats et le droit d'auteur*, *JCP E* 16 juin 2016, n° 24 ; C. Maréchal, *L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur*, *CCC* n° 6, juin 2016, étude 11.]
- (11) [note 7 J. Raynard, *De l'influence de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats sur la négociation des accords industriels*, *Prop. Ind.* n° 5, mai 2016, alerte 36.]
- (12) [note 8 A. Riera, *La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise*, *AJCA* 2016.20.]
- (13) [note 9 G. Loiseau, *Le contrat de travail dans la réforme du droit des contrats*, *JCP G* 30 mai 2016, n° 22, 602.]
- (14) [note 10 J. Lasserre Capdeville, *Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire. Étude prospective*, *JCP E* 21 juill. 2016, n° 29, 1434.]

して、直接または間接的に影響を及ぼすものである。会社法に関しては、債務法の改正は訴訟〔の状況〕を再検討しその契約技術を見直すことを専門家に強いることとなった⁽¹⁶⁾。会社法の契約化 (contractualisation) の現象は、この分野における債務法改正の重要性を増大させるものとなっている⁽¹⁷⁾。契約は、組織構成のための手段であると同時に、社員が置かれる条件の調整手段にもなる。後者の場合、契約は社員の地位を調整することを可能とし、且つ社員権の移転のためのマトリックスとしても機能する。契約は、会社及びその社員のための手段ないし道具として把握される⁽¹⁸⁾。会社法は、「契約工学 (ingénierie contractuelle)」の真の土壌となった。設立された法人と社員との間で締結される会社契約が今回の改正の影響をそれほど受けないとしても、社員権の譲渡契約⁽¹⁹⁾及び定款外の合意 (pactes extra-statutaires) についてはそうは言えない。

2. 2016年2月10日のオールドナンスの精神

2016年2月10日のオールドナンスは、現行の債務法と比べてよりリベラルまた

(15) [note 11 全体の俯瞰として、Th. Massart (dir.), Dossier, Droit des sociétés et réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mai-juin 2016.]

(16) [note 12 会社法はここでは最も広義で捉えられる。会社契約に関係する場面もそうであるが、買取手続及び定款外の合意が特に想定される。程度はより低いだが、新たな規定の射程には集団の手続に関する法 (droit des procédures collectives) も関係する。]

(17) [note 13 特に、Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002, spéc. p. 9 s., p. 23 s. ; J.-P. Bertrel, Liberté contractuelle et sociétés, *RTD com.* 1996.595 ; J. Mestre, La société est bien encore un contrat..., in *Mélanges Chr. Mouly, Litec*, 1998, Tome 2, p. 131. Adde, M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 303, 1998.]

(18) [note 14 契約法が道具と化していることについて、R. Libchaber, La société, contrat spécial, in *Mélanges Ph. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 281 s.]

(19) [note 15 R. Mortier, Impacts de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux, *Dr. sociétés* n° 4, avr. 2016, comm. 52. Adde, A. Couret et A. Reygrobelle, Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, *Bull. Joly Sociétés* 2015,

はより連帯的（solidariste）な法を設けるものではない⁽²⁰⁾。その一方で、本オールドナンスは複数の強い傾向を強固なものにしている。そうした傾向の一つ目は、契約の成立段階と履行段階のいずれにおいても契約正義（justice contractuelle）をより広めようとする意思である。その代わりに、そこでの契約正義とは、裁判官の関与なしにまずは実現されるべきものである。裁判官は最も困難な事案に専念しなければならないからである⁽²¹⁾。二つ目は、契約法の著しい「アメリカ化」である。契約当事者は契約条項の数を増やしオーダーメイドの契約を締結することを促され、これは契約内容の膨張を伴うものとなる⁽²²⁾。とりわけより広い操縦（manœuvre）の余地を与える法的スタンダード（standards juridiques）から構成される、かつてよりも多くの武器（arsenal）を与えられた裁判官の威嚇の下、契約当事者はその契約条項を定義し、説明し、正当化し、さらには全体との関係を示さざるを得なくなっている。このことは会社法にも直接関係する。なぜなら、契約条項（clauses）及び契約の合成物（montages contractuels）は会社法において多く、これらは大きな道具箱〔ツールボックス〕を手にした裁判官の厳しい監視の下に間もなく置かれるからである。三つ目は、特に契約自由に認められる優越性及び契約当事者に与えられる一方的な権利の増大により示される経済的効率性に立法者が与えようとする位置づけである。

3. トリロジー（三部作）——契約、条項そして債務——

新たな債務法においては条文の配列が単純化され、契約は時系列順一すなわち契約の誕生、生、死一で捉えられている。そこに債務の取扱いに関する規定が続く。実を言えば、そして現在の民法典と比べてより明白な形で、債務法は今日三つの主要な軸から構成されている。それは契約（その成立、効果及び消

n° 5.]

(20) [note 16 H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD civ.* 2016.247.]

(21) [note 17 M. Mekki, La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain !, *Gazette du Palais*, 5 janvier 2016, n° 1. *Addé*, L. Aynès, Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?, in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* numéro hors série, n° 4, 2016.]

(22) [note 18 M. Mekki, Les contrats préparatoires - principes et clauses contractuelles, *JCP N* 2016 n° 1112.]

減を通じて捉える), 契約条項(裁判所による真の監督に服する), 及び債務(債務関係が流通する財でもあることを裏付ける)である。契約, 契約条項及び債務はこの新たな債務法の三つの柱である。このトリロジー(三部作)は, 改正についてのきわめて有益な解釈枠組みであり, 会社法に対して改正が及ぼす直接的及び間接的な影響をすべて明るみに出すことができるものである。

そこで, 本検討は, 債務法と会社法の三つの交錯地点を取り上げる。それは契約(Ⅰ), 契約条項(Ⅱ), 及び債務(Ⅲ)である。

I. 契 約

4. 新たな契約法は, 授権法律(*loi d'habilitation*)によれば, 必要な契約正義と経済的効率性の要請との調整を実現するものである。しかしながら, 新民法典第1101条に置かれた契約の定義は, 会社契約の特異性を捉えていない。法的効果を生じさせる意思の合致として契約を定義していた⁽²³⁾2015年の法律案と異なり, 2016年2月10日のオルドナンスは契約(*contrat*)と合意(*convention*)の区別に立ち返ることを選んだ。契約は, 「2人又は数人の間の, 債権債務を発生, 変更, 移転又は消滅させることに向けられた意思の合致」である。このようにして契約と債務, 契約と交換との間の関係が復活したのであるが, これは残念に思われることかもしれない⁽²⁴⁾。この定義は契約法の一面, すなわち一定期間にまたがる契約であって, 契約関係を生じさせ, 且つ債務の発生, 変更, 移転または消滅をはるかに超える関係を構築するもの, 契約当事者の相反する利益を調整する単なる交換(*permutation*)のための仕組みをはるかに超えるものがあることを完全になおざりにしているからである⁽²⁵⁾。そ

(23) [note 19 J.-Fr. Hamelin, J.-F. Hamelin, *Les classifications du contrat, in Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions*, dir. M. Latina et G. Chantepie, Dalloz 2015, p. 5 s.]

(24) [note 20 より広義の概念である共同の利益契約(*contrat d'intérêt commun*)について, S. Lequette, *Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun*, D. 2016.148 s.]

(25) [note 21 交換型契約(*contrat-échange*)モデルについて, P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation, in L'avenir du droit, Mélanges Fr. Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 636.]

の一方で、このような点、すなわち同盟型契約 (contrat-alliance)⁽²⁶⁾、組織型契約 (contrat-organisation)⁽²⁷⁾、協働型契約 (contrat-coopération)⁽²⁸⁾ などと呼ばれるこの種の契約事象に関する学説は豊富にある。このような契約モデルは同盟型契約の原型である会社契約に対応できたであろう⁽²⁹⁾。それでもなお、2016年2月10日のオルドナンスの新たな規定は会社法に対する直接的及び間接的な影響をもたらさないものではない。これらの新たな規定は契約締結手続 (A)、契約の有効性 (B)、及びその効果 (C) に関するものである。

A. 契約締結手続と会社法

5. 会社の支配権取得は〔交渉に基づいて段階的に形成していく〕合意 (punctuation) の土壌である。〔会社の〕買収は連続する複数の段階を経て行われる。この一定期間にわたる進行は、今後は判例の蓄積の結果の大部分を取り込んだ新しい契約法により考慮されている。二つの状況——同意の交換と予備的契約の締結——が区別される。

1) 同意の交換

6. いわゆる契約締結前段階が民法典のなかに現れることになった。実定法の状況にそれほど影響を与えることがないとしても、この契約締結前段階は、会社法において特別な注目に値する。この段階では、あいまいなものである契約締結前の情報提供義務が特に会社法分野の専門家の注目を集めるはずである。

7. 契約締結前段階 (第1111条及び第1112条)

会社の支配権の取得が何も付随しない合意 (convention sèche) の対象であることは稀である。「データルーム (data rooms)」の形をとる交渉は、買収手続の一部である。交渉は「署名 (signing)」の手続に先行し、「署名」には

(26) [note 22 J.-Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2013.]

(27) [note 23 P. Didier, *op. cit.*]

(28) [note 24 S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012.]

(29) [note 25 このような見解として、J.-Fr. Hamelin, *Le contrat de société et les pactes d'actionnaires, Droit des sociétés et réforme du droit des contrats, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mai-juin 2016, p. 7, spéc. n° 8 et 9.*]

「クロージング (closing)」の段階が続く。交渉段階を規律する原則は M&A の専門家によく知られているものである。民法典新第1111条及び第1112条はこれらに何ら変化を生じさせないであろう。なぜなら交渉の破棄そのものはフォートには当たらないからである。破棄された状況のみがフォートに当たる可能性がある。この場合にも、締結されなかった契約から利益を取得する機会の喪失について被害者が損害賠償を得ることはできない。誰もが Manoukian 事件⁽³⁰⁾をここに見出すことができたであろう。反対に、法典化された法と実務との間の調整はときにはいくつかの対応を余儀なくさせることがある。例として、「交渉に際して得られた秘匿されるべき情報を許可なく利用し又は開示した者は、一般法に従って責任を負う」と定める民法典新第1112-2条を挙げることができる。秘密保持の合意—non-disclosure agreements (NDA)—に反してなされた秘匿されるべき情報の漏洩は、頻繁に起きるものであるが、これは契約責任を生じさせるものであるのか、それとも「一般法に従」い責任を定める法的基礎は契約外責任を指すものであるのだろうか。

8. 契約締結前の情報提供義務 (第1112-1条)

立法者は、特に契約締結前段階で「当事者が制限又は排除することができない」情報提供義務を法定した (第1112-1条第5項)⁽³¹⁾。同条第1項によれば、「その重要性が他方当事者の同意にとって決定的であるような情報を認識している当事者は、他方当事者が、正当に、この情報を知らず、又はその契約相手方を信頼しているときは、他方当事者に対し、その情報を提供しなければならない。」この決定的であるような情報とは、「契約の内容又は当事者の性質と直接かつ必須の関係」を有するものである。この義務の存在の立証責任は債権者側〔情報提供を求める権利を有する側〕、この義務の履行の立証責任は債務者側〔情報提供を行うべき側〕にある。この義務は「給付の価値の評価」には及

(30) [note 26 Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, *Bull. civ.* III, n° 186 ; *D.* 2004.869, note A.-S. Dupré-Dallemagne ; *ibid.* 2922, obs. E. Lamazerolles ; *Rev. sociétés* 2004.325, note N. Mathey ; *RTD civ.* 2004.80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 85, obs. J. Mestre et B. Fages.]

(31) [note 27 譲受人が売却された財の状態について自ら責任を負うと譲渡人が定めた条項はいまもなお有効なものであるのだろうか？この第5項に照らして情報収集の責任を負わずに会社に対する監査のすべてを買収者が行うことを求めることは有効であるのだろうか？]

はないとされている。この条文の会社法への影響はどのようなものとなるか。

9. 「表明保証条項」と契約締結前の情報提供義務の相補性

再び、社員権の譲渡の手続が第一に関係するものとして挙げられる。実務はすでに両当事者に当事者の一方が知っていることに関する情報提供と、他方当事者が知ることを望むことに関する情報提供を求めている。この情報の交換は、現在、「表明保証条項」や「ディスクロージャー・レター」の形をとる⁽³²⁾。不完全または不正確な情報〔の提供〕はその提供者の契約外責任を生じさせ、さらに欺罔する意図が立証された場合には無効を伴う可能性がある。民法典新第1112-1条はこの実務の動向を強化し、表明保証条項の重要性を強固なものとするにすぎない。実際に、法律上の情報提供義務は、その債務者〔情報提供を行うべき側〕が当該情報を知り、当該情報が相手方にとって決定的となることを認識し、且つその相手方が正当に知らなかったことまたは自ら情報収集を行わなかったことを正当化する信頼関係があることを主張できる場合にのみ存在する。法律によれば、「決定的」とは、契約の内容または当事者の性質と直接且つ不可欠の関係にあることをいう。社員権の譲渡の枠内では、すべては追求されている目的次第となる。すなわち、譲受人は資金提供者、つまり単なる投資家であるのか、それとも会社の支配権を取得することが譲受人により目指されているのか、である。何が決定的となるかは状況に応じて異なってくるであろう。ここに表明保証条項の実務と新しい契約締結前の情報提供義務の相補性が見出される。〔義務の〕懈怠の立証は比較的難しいことがある。自らを債権者である〔情報提供を受ける側である〕と主張する者が、債務者〔情報提供を行うべき側〕が情報の存在を知っていること、当該情報が決定的であること、及び自らが当該情報を知らなかったことの正当性を立証しなければならないからである。表明保証条項は、情報提供義務の存在と相手方の不知が正当であることの両方の立証を容易にするはずである。これらの条項により、〔社員権の〕取得者は契約の目的について誠実かつ正確な情報を受領したことを多くの場合認め、且つ自らにとって決定的となる点を明確にする。これらの表明保証は序文に置かれることができるほか—この場合、改正前と比べて

(32) [note 28 これらの契約条項について、M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, spéc. n° 201 s., p. 204 s. . Adde, M. Mekki, *La gestion contractuelle du risque de la preuve*, RDC 2009, 453 s.]

必然的に内容がより充実したものとなるであろう—、将来の責任の範囲を画することを可能とする意向表明書 (*lettre d'intention, letter of intent*) に置かれることもできる⁽³³⁾。したがって、情報提供義務を排除または制限することができなくても、当事者は自らにとって何が決定的となるかを合意のなかで明らかにすることができる⁽³⁴⁾。

10. 契約締結前の情報提供義務と譲受人のデューデリジェンス

このほか、民法典新第1112-1条の文言の裏に読みとれるこの契約の相手方のデューデリジェンスは、監査（財務、社会保障、税務および環境上の監査）を求めることにより企業の状態について自ら情報を収集することを社員権の譲受人にいまより一層促すことになるはずである⁽³⁵⁾。しかし、自ら情報収集を行う義務を課すように見えるこの規定は、第1139条と両立させにくい。第1139条は、詐欺 (*dol*) と詐欺的沈黙 (*réticence dolosive*) とを区別することなく、詐欺により生じた錯誤は常に宥恕されうるものであると明記しているのである⁽³⁶⁾。疑問が残る状況においては、当事者に自ら情報を取得しにいくよう促さなければならない。

11. 取得された証券の価値に関する情報提供義務—断絶か、連続か？

会社法が最も敏感に反応する規定は民法典新第1112-1条第2項にある。同条第2項は、要するに、給付の価値に関する情報提供義務がないことを明らかにするものであり、見かけ上は判例の蓄積の結果を結実させている⁽³⁷⁾。この

(33) [note 29 A. Sorensen et J.-M. Reversac, *Cession d'entreprise : points-clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention (letter of intent, memorandum of understanding (MOU))*, *JCP E* 2002.1184.]

(34) [note 30 V. J.-J. Ansault, *Réforme du droit des contrats . - Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition*, *JCP E* 26 mai 2016, n° 21, 1307.]

(35) [note 31 譲受人のデューデリジェンスについて, v. not. Com. 12 avr. 2016, n° 14-19.200. 同じ趣旨の判例として, Paris, 15° ch. sect. A, 9 avr. 1986, *JCP E* 1986.II.15823.]

(36) [note 32 この問題について, M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, thèse dactyl. Paris 2, spéc. p. 81 et s.]

(37) [note 33 Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381 (Baldusの写真的売却), *D.* 2002.928, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 2000.566, obs. J. Mestre et B. Fages ;

明記は社員権の譲渡について決定的となる。譲受人の資格に応じて区別がなされることは周知のことであろう⁽³⁸⁾。一方で、〔譲受人が〕信任義務を負う指揮者である場合には、譲渡される社員権の価値及び同時進行中の交渉の存在またはそのいずれかについて譲渡人に対して情報提供義務を負う。他方で、譲受人となる〔のが〕第三者及び株主〔である場合に〕は、売却された社員権の価値または同時進行中の交渉の存否について譲渡人に対して情報提供義務を負わない⁽³⁹⁾。このような区別は、判例の蓄積の結果を先験的には確認する第1112-1条により問題とされるわけではない。しかし、この規定を詐欺的沈黙に関する民法典第1137条第2項及び第1139条と組み合わせると問題が生じる。実際、第1137条第2項は「一方当事者が他方当事者にとって決定的性質を有することを知っている情報を意図的に秘匿することも、詐欺となる」と定める。第1139条は、これに「詐欺によって生じた錯誤は常に有怨されうる錯誤である。それは、給付の価値又は契約の単なる動機に関する錯誤であっても、無効原因である。」と付け加える。第1112-1条とあわせてみると、売却された財の価値が当事者の一方にとって決定的となるときに、欺罔する意図をもって〔当該価値について〕なした沈黙は、詐欺的沈黙に当たると考えられるのではないか。実際、詐欺的沈黙はあらゆる事前の情報提供義務と切り離されている。第

Civ. 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442 (不動産の売却), D. 2007.1051, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1054, note P. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *AJDI* 2007.416, obs. S. Bigot de la Touanne ; *RTD civ.* 2007.335, obs. J. Mestre et B. Fages. 会社法における価値概念の両義性 (ambivalences) について, Th. Massart, L'obligation générale d'information, in *Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 39 s., n° 159 s., spéc. 172 s.]

(38) [note 34 Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *Bull. civ.* IV, n° 65 ; D. 1996.518, note P. Malaurie ; *ibid.* 342, obs. J.-C. Hallouin ; *ibid.* 591, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1997.114, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1999.273, étude H. Le Nabasque ; Com. 12 mars 2013, n° 12-11.970, *Rev. sociétés* 2013.689, note T. Massart ; *RTD civ.* 2013.373, obs. B. Fages. 全体の検討として, L. Godon, Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés, *Rev. sociétés* 2005, p. 140. 譲渡のみの場面を超えて, 指揮者は株主及び会社のための誠実義務を負う (Com. 5 juill. 2016, n° 14-23.904)°]

(39) [note 35 Paris, 1^{er} juin 2010, n° 08/6286 ; Paris, 29 mai 2008, n° 06/19015 ; Paris 15 juin 2010, n° 09/20695.]

1112-1 条が価値に関するあらゆる情報提供義務を排除しているとしても、前述の沈黙はなお誠実性を欠くものと解されることができ、詐欺的沈黙を基礎に制裁されると考えられる可能性がある。この解釈は、共和国大統領に対して提出された報告書が「反対に、欺罔する意図に対する制裁（もっとも、これにより生じた錯誤は常に宥恕されうる）を重視してより連帯主義的な契約の捉え方に従い、法文は詐欺的沈黙を情報提供義務の存否に係らしめないことを選択している」と指摘することからしても、一層確実なものとなろう。この報告書は、「詐欺的沈黙は明文化されているが（第1137条第2項）、これを法文の第1112-1条において明文化されている情報提供義務の存否に係らしめてはいない。法文〔第1137条第2項〕は欺罔する意図に重点を置いている。」と付け加える。この不確実性は、株主間でなされる多くの社員権の譲渡の有効性を脅かすため、会社法において重大な影響をもたらすものとなる。規範的意義がやはり限定的である〔共和国大統領への〕報告書を脇に置き、そして文言よりもその精神を優先させることとして、事前の情報提供義務の懈怠のみが詐欺的沈黙を原因とする無効をもたらすものとするべきである。価値に関する情報提供義務が存在しないことは、詐欺的沈黙を基礎とするいかなる無効をも排除することになる。このような合理的解釈が裁判官の賛同を得られると思われる。

2) 予備的契約 (contrats préparatoires)

12. 会社法における日常的な行為としての予備的契約

予備的契約は証券の取得に関する契約上の手続⁽⁴⁰⁾及び合意による定款外の調整において日常的〔になされる〕行為である。2016年2月10日のオルドナンスが特に対象としている二つの契約として、優先条項 (pacte de préférence) と契約の一方予約 (promesse unilatérale de contrat) が挙げられる。契約の効果の段階で扱われる、請合いの約束 (promesse de porte-fort) についても若干述べておかなければならない。

13. 優先条項——包括的な定義——

第1123条は優先条項を民法典に取り入れた⁽⁴¹⁾。この「前・前契約 (avant

(40) [note 36 E. Schlumberger, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Dalloz, 2013 ; D. Gallois-Cochet, *Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales*, *Dr. sociétés* n° 4, avr. 2016, repère 4.]

(41) [第1123条① 優先条項とは、一方当事者が、自ら契約を締結することを決

avant-contrat) は会社法において非常によく用いられる道具である⁽⁴²⁾。一人または複数の社員にこのようにして優先権を与えることができる。この優先権は譲渡計画がすでに構築された段階で発動されたものとみなされる「先買権条項」の形をとることがある。この優先権はまた、「優先拒否権 (droit de premier refus)」をとることもある。これはその諾約者 (promettant) に対して、譲渡する意思を有するときは、あらゆる〔譲渡〕計画の前に、受益者に申込みの機会を通知することを義務付けるものである。第1123条1項は、優先条項について、改善の余地のある定義を提案する。いずれにしても、選ばれた表現の包括性は、会社法において用いられる知れたる優先権の形式をすべて捉えることを可能にするものである。

14. 価格と期間

価格と期間のいずれも〔優先条項の〕有効性の条件とはされていない⁽⁴³⁾。したがって、現在の判例が変わらず適用される。しかし、社員権の譲渡の場合に、これらの要素は〔一定の〕枠組みの対象とされてよいはずである。したがって、優先条項は民法典第1592条または民法典第1843-4条に従い第三者たる評価人により価格が決定されることを定めることになるべきであろう。この第三者は当事者から受ける一定の明確な指針に導かれることもある⁽⁴⁴⁾。期間の設定は、強く推奨される。期間としては確定期限 (期日 (date butoir)) または不確定期限 (諾約者の死亡, 受益者の死亡, 指揮者の地位といった資格の喪失など) がある。期間の設定は優先条項の性質決定に関する議論—それは永久の義務負担であり、したがって民法典の新たな規定により一方的に解約の対象となるのか、あるいは、それは期間の定めのない契約であり同様の一方的解約

定したときは自らと取引することをその受益者に対して優先的に申し出ることを約する契約をいう。

②③④ 省略 (アンセル＝フォヴァルク・コソン・前掲注 (1) 267頁)]

(42) [note 37 Y. Chartier, Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers, *RJ com.*, nov. 1990, n° spécial, p. 77 s.]

(43) [note 38 Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, n° 98-20.673, *RTD civ.* 2002.88, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 115, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2002.146, obs. B. Boulloc ; *RJDA* 1/02, n° 25 ; Civ. 3^e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700, *D.* 2003.1190, note H. Kenfack ; *AJDI* 2003.702, obs. F. Cohet-Cordey ; *RJDA* 4/03, n° 371.]

(44) [note 39 Com. 19 déc. 2006, n° 05-10.198 ; Com. 5 janv. 2016, n° 14-19.584, *RTD civ.* 2016.98, obs. H. Barbier.]

権を与えるものなのか⁽⁴⁵⁾—を回避することができる。

15. 優先条項違反

第1123条は特に優先条項違反に注意を向けて対応するものである。破毀院の立場を固める形で、第三者が優先条項の存在及び権利行使をする受益者の意図を知っていたことを証明することを条件に、受益者が無効または第三者の権利における代置を得ることができるとしたのである⁽⁴⁶⁾。この二重の条件は、実務上、とくに会社法上は立証が困難と思われる。不動産公示役務に類似する役務はなく、また、上場会社の場合を除き、義務的な公示の方式もない（商法典 L. 233-11条）。法文はとくに注意を促してはいるが、〔優先〕条項違反は諾約者の責任を生じさせ、その者に損害賠償の支払義務を負わせるものである。第三者も自らの行為により生じた損害を回復する義務を負う可能性がある。そうした意味では、会社が優先条項の存在を知らずながら第三者の権利を口座に登録し、社員権の譲渡に積極的に関与した場合には、会社もまた諾約者の共謀者としての責任を負う可能性がある。

16. 先買権条項がある場合の代置権

優先条項を明文化することにより、立法者は一部の契約条項に適用される法を発展させることができるであろう。先買権条項の場合がそうである。先買権条項は、たとえそれが定款に記載されているものであっても、違反があった場合に受益者に第三者の権利についての代置権を付与するものではない⁽⁴⁷⁾。略式株式会社の場合（商法典 L. 227-15条）を除き、譲渡人と譲受人の間に詐欺

(45) [note 40 この問題について、N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, in *Mélanges M.-S. Payet*, Dalloz, 2012, p. 55 s. ; S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, *RTD civ.* 2013.49.]

(46) [note 41 Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *D.* 2006.1861, note P.-Y. Gautier, note D. Mainguy ; *ibid.*, 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; AJDI 2006.667 ; *Rev. sociétés* 2006.808, note J.-F. Barbiéri ; *RTD civ.* 2006.550, obs. J. Mestre et B. Fages.]

(47) [note 42 Com. 11 mars 2014, n° 13-10.366 ; *D.* 2014.2156, obs. A. Lienhard, note J. Moury ; *ibid.* 2434, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Rev. sociétés* 2014.384, note B. Saintourens ; *RTD civ.* 2014.650, obs. H. Barbier ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 82, note D. Gallois-Cochet. V. déjà, Paris, 21 janv. 2005, *RTD com.* 2005.545, obs. P. Le Cannu.]

的な共謀がないかぎり、無効もまた排除されると思われる。しかし、第1123条により明文化されたカテゴリが開かれたカテゴリであることを認めても良いならば、無効はより広く受け入れられるものとなり、今後は代置〔権〕もまた検討されうるものとなるであろう⁽⁴⁸⁾。破毀院によるはっきりとした立場の採用を待つ間⁽⁴⁹⁾、悪意のある第三者が会社に入り込むことを防ぐことを可能とする譲渡承認条項を先買権条項と重ねて用いることはなおも有意義である。優先条項の実効性を強化することを望む場合、取引に対して第三者となる会社を、付与された優先権の遵守を監視する受託者とすることもできる。この監視は特に〔証券の〕口座登録が定められている株式による会社（sociétés par actions）（商法典 L. 228-1 条第 9 項および通貨金融法典 L. 211-7 条）にとって効果的なものとなる。

17. 態度決定請求権（action interrogatoire）の悪徳と美德

2016年2月10日のオールドナンスの大きな革新の一つは、2016年10月1日より既存の契約に対しても直ちに適用される態度決定請求権〔態度決定を求める訴え・催告権〕⁽⁵⁰⁾を設けたことにある（本オールドナンス第9条第3項及び第4項）⁽⁵¹⁾。第三者たる取得者は、優先条項が実際に存在するか及び受益者がこれを援用する意図を有するかを確認するため、〔優先条項の〕潜在的受益者に回答を求めることができる。この仕組みは、ある種の考え方（état d'esprit）を示す2016年2月10日のオールドナンスのシンボルとなっている。その考え方とは、

(48) [note 43 第1105条の適用により、略式株式会社のみ適用される商法典 L. 227-15条が前掲2014年3月11日判決の意味するところの詐欺的共謀（collusion frauduleuse）を超えて無効による制裁を及ぼすことを禁じるとしない限り、このような結果となる。]

(49) [2021年3月4日破毀院民事部判決（Civ. 3e, 4 mars 2021, n° 19-22.971, *Defrénois* 16 juill. 2021, p.27, note H. Lécuyer ; *RDC* juin 2021, p.18, note S. Pellet ; *RDC* juin 2021, p.15, note M. Latina）において、破毀院は、売買の無効及び代置を主張する受益者は、第三者が優先条項の存在を知っていたこと、及び受益者がこれを援用する意図を有することを知っていたことの両方を立証しなければならないとした。]

(50) [態度決定請求権は厳密には裁判上の「訴権（action）」ではなく、「催告（interpellations）」であると説明される（アンセル＝フォヴァルク・コンソン・前掲注（1）130頁）。]

(51) [note 44 E. Jeuland, Les actions interrogatoires en question, *JCP G* 2016 n° 737 ; A. Bénabent, Les nouveaux mécanismes, *RDC* Hors série, 2016.]

当事者間の対立は当事者らが自ら解決するよう促し、裁判官を最後の手段として考えるというものである⁽⁵²⁾。第1123条第3項は、「第三者は、受益者に対し、自らが定め、且つ合理的なものでなければならぬ期間内に、優先条項の存在及び受益者がこれを援用する意図を有するかどうかについて確答することを、書面によって求めることができる」と定める。第4項は、これに加えて「前項の書面は、この期間内に確答がなかったときは、〔優先〕条項の受益者は、第三者との間で締結された契約への〔その者の〕代置又は契約の無効を求めることができなくなる旨を示さなければならない」、としている。この事前予防型の仕組みはその原則において承認されるべきものである。この仕組みは会社法においてはあらゆる〔社員権の〕譲渡前に、株主全体を名宛人とし得るものである。原則においては立派と言えるこの装置には、しかしながら多くの弱点がある。この道具に付随する問題全体には時間を割かず（この道具を作動させないことにつき利益を有する第三者にとっては単なる選択肢であること⁽⁵³⁾、書面の内容、受益者がなした回答の性質及び射程など⁽⁵⁴⁾、ここには会社法がとりわけ敏感になる問題、すなわち秘密保持条項の帰趨の問題があることを指摘しよう。

〔社員権〕譲渡取引においては非常に頻繁に用いられる秘密保持条項は、株主の秘密を保護することを目的とする。2016年2月10日のオールドナンスは、第三者からの請求に回答しないことを受益者に許して秘密保持条項がそのすべての効果を生ぜしめるようにしていた2015年の案とは異なり、こうした言及をもはやしていない。秘密保持条項を常設の条項とすることを当事者に促し、態度決定請求権の装置の効果を奪うものであるこの〔2015年の案における〕例外の廃止は賛成すべきものであるが、本オールドナンスは秘密保持条項の実効性の問

(52) [note 45 この精神について、M. Mekki, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, in M. Mekki (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC* n° 2, dossier spécial, juin 2016.]

(53) [note 46 解決のうえでは、優先条項の遵守を監視し、潜在的受益者に対して態度決定請求を行うことを任務とする受託者に第三者への譲渡取引を任せること、または譲渡に対する監視を実施するにあたり会社指揮者の無気力がみられないことを条件に、会社自身にこの任務を任せることが一つの方法となりうるかもしれない。]

(54) [note 47 これらの点につき、M. Mekki, *La force obligatoire en demi-teinte des contrats préparatoires*, *BRDA*, août 2016, à paraître [La force obligatoire mitigée des contrats préparatoires, *BRDA* 7/16, p.18 s.].]

題を解決するものではない。率直に言えば、受益者は法律の名のもとで請求に回答する義務がある。その代わり、受益者は優先条項の内容については開示せず、最小限度のこと、すなわち第三者に対して優先条項の存在及び自身の意図のみを伝えるにとどまるだろう。その上、秘密保持条項において、それが第三者による請求に対しては効力を有しないこと、回答は優先条項の内容に関する情報を含まず最小限にとどめること、及び受益者によるあらゆる回答において、情報を他人に漏洩することは制裁をもって禁止される旨を念押しすることもありうるだろう。

このほか、将来的に態度決定請求権と集団的手続き（*procédures collectives*）の法を規律する諸原則との両立を検討することが必要となるだろう。支払停止日以後になされることが禁止される行為（商法典 L. 632-1 条）のなかに、債務者たる企業に優先条項の利益を失わせ第三者を利することになる態度決定請求を含めることが今後できるのではないだろうか。

最後に、第三者が現実にはその財を取得する意図はないにもかかわらず自身の競合相手の意図を知ろうとするために、あるいは、〔優先条項の〕受益者に対して売却を行うことを望まない諾約者が第三者を通じて受益者の意図を探ろうとするためにこの仕組みが悪用されることが懸念される。

18. 会社法における日常的な行為としての契約の一方予約

譲渡契約書の署名に先行して、例えば外国投資に関する各種許可のような譲渡先の承認や資金調達手段の確保などを得ることを停止条件とする予約が締結されることがしばしばある。すべての客観的及び主観的に本質的とされる要件がすでに確定的な合意の対象となっている場合、契約の双務予約を用いることもありうる⁽⁵⁵⁾。たいていの場合、契約の一方予約（*promesse unilatérale de contrat*）のほうが当事者からより好まれる。会社の支配権の取得に先行して、多くの場合、交差する一方予約（*promesses unilatérales croisées*）、すなわち同一の目的物を対象とし且つ同一の文言を有する購入の一方予約と売却の一方予約の締結がなされる。これらの契約は、破産院によって不適切な形で双務予約と呼びなおされたこともある⁽⁵⁶⁾。このような呼ばれ方を回避するために、

(55) [note 48 この点につき、Com. 8 oct. 2013, n° 12-22.304, *Rev. sociétés* 2014.221, note J.-J. Ansault ; *RTD com.* 2014.173, obs. B. Bouloc.]

(56) [note 49 Com. 22 nov. 2005, n° 04-12.183, *D.* 2006.149 ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 2793, chron. J. Moury ; *ibid.*

当事者はそれが一方予約であることを明確に示し、選択権 (option) の行使の態様を定め、且つこのような設定を採用する動機についても強調しなければならない。こうした交差する一方予約は、一時保有に関する合意 (convention de portage) の枠組みの中で、資金提供者 (bailleurs de fonds) の退出の仕組みの構築に使われることがしばしばある。会社において何ら権限を行使するつもりのない単なる資金提供者として、職業的社員 (associés professionnels [プロ投資家]) によりなされた投資取引は、契約の一方予約に依拠することが多い。この契約技術は民法典新第1124条⁽⁵⁷⁾によって直接影響を受けることになる。

19. 契約の一方予約に関する現実履行の強制

現在〔2016年オールドナンス以前〕、選択権の行使前にその一方予約を撤回した諾約者は、単なる損害賠償の支払義務を負うにとどまる。これは売買の双務予約⁽⁵⁸⁾にむしろ関係するもので且つ履行強制については何ら困難が生じなかった一部のあいまいな判決が存在するものの⁽⁵⁹⁾、社員権譲渡にも適用される解決策である⁽⁶⁰⁾。今後〔2016年オールドナンス以降〕、2016年10月1日以降(2016年2月10日のオールドナンス第9条第1項および第2項)に締結された一方予約については、諾約者による「撤回 (révocation)」は、受益者が選択権を行使し、現実履行の強制を求めることを妨げるものではない。この条項は、〔旧〕第1142条に基づいて下された1993年の *Consorts Cruz* 事件判決⁽⁶¹⁾や、売

2007.267, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Rev. sociétés* 2006.521, note J.-F. Barbiéri ; *RTD civ.* 2006.302, obs. J. Mestre et B. Fages. 曖昧な判決として、Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526, *D.* 2012, p. 130, note A. Gaudemet ; *D.* 2012, *ibid.* 231, chron. N. Molfessis ; *ibid.* 459, obs. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Rev. Sociétés* 2012, p. 22, note B. Fages ; *RTD civ.* 2011.758, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011.788, B.Boulloc.]

(57) 〔第1124条 ① 一方予約とは、一方当事者一諾約者一が、他方当事者一受益者一に対し、本質的要素が確定されており、その成立のために受益者の同意のみが欠けている契約の締結にしての選択権を付与する契約をいう。②③省略〕

(58) 〔フランス法における売買の双務予約について、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転 (一) (二・完) —フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして—」早法65巻2号1頁、3号85頁(1990)参照。〕

(59) [note 51 特に Com. 10 juin 1976, n° 74-14.595, *Bull. civ.* IV, n° 190.]

(60) [note 50 特に Com. 13 sept. 2011, préc. また、非常に明解なものとして、Com. 14 janv. 2014, n° 12-29.071, non publié.]

買についての諾約者の最終的同意がないことを理由に民法典第1101条及び第1134条を根拠として単なる損害賠償の認容の理由があるとした2011年⁽⁶²⁾及び2013年⁽⁶³⁾の破産院判決に明らかに立ち向かおうとするものである。この強化された契約の一方予約の実効性は、社員権の譲渡における当事者ら（parties prenantes）により考慮されなければならない。それは疑いなく退出条項（clauses de sortie, ドラッグアロング条項, タグアロング条項）の実効性を強化するであろう⁽⁶⁴⁾。

しかしながら、この履行強制が一般的に不動産について歓迎されるものであり、公証人に現実履行の強制を定める条項を設けるように促すとしても、単なる損害賠償もまた、双務予約よりも交差する一方予約（promesses unilatérales croisées）をあえて選択した者を満足させることができよう。このような条件の下で、民法典新第1124条第2項を外すことによりあらゆる履行強制を排除する契約条項を設けておくことを検討する余地があるのか。契約自由の原則（民法典新第1102条）、及び強行法規性を明文で与えられていないあらゆる規定は補充的な性質を有するとする共和国大統領に提出された報告書の指摘は、このような適用排除条項が有効であることを思わせるものである。当事者が合意しているならば、損害賠償は当事者にとって「贖罪」同然であろうし、契約者の予見可能性にも適うものとなる⁽⁶⁵⁾。会社法においても、ここで障害となりうるような公の秩序は何ら存在しないと思われる⁽⁶⁶⁾。

(61) [note 52 Civ. 3^e, 15 déc.1993, n° 91-10.199, D. 1994.507, note F. Bénac-Schmidt ; *ibid.* 230, obs. O. Tournafond ; *ibid.* 1995.87, obs. L. Aynès ; AJDI 1994.384 ; *ibid.* 351, étude M. Azencot ; *ibid.* 1996.568, étude D. Stapyllon-Smith ; *RTD civ.* 1994.584, obs. J. Mestre ; *RJDA* 3/94 n° 274.]

(62) [note 53 Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, D. 2011.1457, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1273, édito. F. Rome ; *ibid.* 1460, note D. Mainguy ; *ibid.* 2679, chron. A.-C. Monge et I. Goanvic ; *ibid.* 2012.459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJDI* 2012.55, obs. F. Cohet-Coredey ; *RTD civ.* 2011.532, obs. B. Fages ; *RJDA* 8-9/11 n° 690.]

(63) [note 54 Civ. 3^e, 12 juin 2013 n° 12-19.105, *AJDI* 2013.784.]

(64) [note 55 N.-L. Ravisy et M.-L. Levesque, Les accords conclus entre actionnaires dans les opérations de LBO, *Gaz. Pal.* 27 mai 2004, n° 148, p. 9.]

(65) [note 56 また、このような見解として、J.-B. Seube (dir.), *Pratiques contractuelles*..., *op. cit.*, p. 48. このような排除の有効性について躊躇を示す C. Pérès, *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats*, *JCP G* 2016, n° 454, spéc. p. 772と比較せよ。]

購入または売却の一方予約に停止条件が付されているときは、契約の起草者ももう一つ注意しなければならないことがある。これらの停止条件はときにはその成就の時まで一方予約の受益者の選択権の発生を停止させることがあるからである。この場合、「選択をするために受益者に与えられた期間内における予約の撤回」を対象としている第1124条第2項は、条件が未成就である間は、あらゆる撤回を排除するものとはならない。なぜなら、定義からして、受益者の選択権は未だ生じていないからである。このため、選択権の効力の発生のため方には注意が必要である。

最後に、〔一方〕予約の存在を知っていた第三者への社員権の譲渡は無効である。履行強制はこの場合、不可能である。受益者が無効に満足するだけでなく、第三者の権利において代置される可能性を契約条項において定めることはできるのか。これを禁止するものは何もなく、また、契約の一般法または会社法における公序がそれを妨げるとも考えにくい。

20. 請合いの約束 (promesse de porte-fort)

請合いの約束は2016年2月10日のオルドナンスにより大幅に見直された。民法典新第1204条は次のように定める。「第三者の所為を約束することによって、請合いをすることができる(第1204条第1項)。請合人は、第三者が約束された所為を実現する場合には、あらゆる債務から解放される。第三者がそれを実現しないときは、請合人は、場合により、損害賠償の支払を命じられる(同条第2項)。請合いが義務負担の追認を対象とするときは、この義務は、請合いが署名された日に遡って有効となる(同条第3項)。」この道具は、会社法においてしばしば用いられる⁽⁶⁷⁾。この道具は、決定に際して複数の代表者が存在することに伴う不都合を回避することを可能とし、且つ「事実上の支配、すなわち多数派社員と、会社の法定代表が所持する権限の分離」がしばしばなされる会社の業務執行を容易にすることができる。「この制度は、多数派〔社員〕に自らの権利を越えることなく且つ権限の分配を尊重しながら、法人の義務負担を請合うことを可能とする」⁽⁶⁸⁾。追認のための請合いの約束は多様な形をと

(66) [note 57 *Contra*, E. Schlumberger, *Les avant-contrats, in Droit des sociétés et réforme...*, *op. cit.*, p. 44 s., n° 180 s., spéc. n° 211.]

(67) [note 58 G. Tillement, *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, *Rev. Sociétés* 1993.51.]

(68) [note 59 G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le*

る。その有用性は、社員権の譲渡の管理について非常に強調されている。多数派社員である株式の譲渡人は、少数派が保有する株式の譲渡を請け合うことができる。タグアロング条項に請合いの約束が付されることもある⁽⁶⁹⁾。また、定款外の合意に記載された義務負担が譲受人によって承継されることを譲渡人が請け合うこともできる。請合いの約束は、少数株主に対して最低限の配当金を保障することができる（商法典 L. 232-16条）。譲受人は、会社が譲渡人に対して会社指揮者としての労働契約を提案することを請け合うことができる。したがって、定款外の合意において、請合いの約束は、議決権拘束契約（*convention de vote*）または会社指揮者の地位の安定に関する協定の形をとってもよい。請合いの約束はさらに保証の役割を果たすこともある。譲渡人が負債保証条項（社会保障、環境、税務その他の負債の保証）⁽⁷⁰⁾の実効性を強化するような履行の請合いの約束がある。履行の請合いの約束は、実務から生まれ、人的保証と同じ機能を果たすものであるが、これもまた民法典新第1204条において明文化された。とりわけこれは、資本金が増加しうることが少数株主の出資比率に影響を与えないことをこれらの少数株主に対して一部の株主が保証する希釈化防止条項の形をとることがある⁽⁷¹⁾。2015年の〔オルドナンス〕案の第1205条第3項によりある疑問〔第三者が「追認」した場合の効果についての疑問〕が残されていた。〔オルドナンス原案〕⁽⁷²⁾第1205条第3項は、「第三者

contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'Harmattan, 2008, n° 416, p. 294.]

- (69) [note 60 譲渡人は、譲受人に対して同一の条件及び同一の価格でタグアロング条項により受益者から証券を取得することを求めることができる。V. A. Couret et A. Reygrobellet, *Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux*, *Bull. Joly Sociétés* 2015.247, spéc. n° 17.]
- (70) [note 61 これらの条項について、G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, 2008, spéc. n° 486 s., p. 338 s.]
- (71) [note 62 この履行の請合いの約束は諾約者 (promettant) がその株式を「賠償 (réparation)」として移転することを義務付ける履行強制条項を伴うこともある。]
- (72) [2015年2月25日に公表されたオルドナンス案においては、次のような規定が提案されていた (http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)。2015年オルドナンス案第1205条 ③ 第三者が自らのためになされた約束を

が自らのためになされた約束を追認した場合は…」と定めていた。この下手な表現は、同条第 1 項とは反対に、民法典により履行の請合いの約束が認められていないと思わせた可能性がある。このような明文化に伴う疑義は、新1204条第 3 項が「請合いがある義務負担の追認を対象とするとき、この義務は請合いが署名された日に遡って有効となる」と定めたことにより、もはや生じえない。共和国大統領に提出された報告書もこの理解を確認するものである。

会社法においてみられる契約上の手続、そして特に社員権の譲渡は、債務法の改正により直接的に「影響を受ける」。締結された契約の効力についても同様である。

B. 契約の効力と会社法

21. 会社契約及び社員権の譲渡は特別法により規律されるが、同時に契約の一般法にも従うこととなる⁽⁷³⁾。会社法に照らして判断される契約の効力について、二つの系統の要件—主観的要件と客観的要件—を取り上げることになる。

1) 主観的効力要件

22. 主観的効力要件は、本オールドナンスの二つの系統の規定を参照させる。その二つの系統の規定とは、能力 (capacité) と権限 (代理) に関する要件及び同意に関する規定である。

23. 能力

能力及び権限に関する要件は、主として契約の当事者としての会社に関係する。契約者の能力に関する規定は民法典新第1145条以下に置かれている。特に、ある条文がいくらか懸念を生じさせている。それは第1145条であり、同条はその第 2 項において「法人の能力は、各種法人に適用される規定を遵守する限りにおいて、その定款が定める目的の実現に有用な行為及びそれに付随する

追認したとき、第三者はその追認から義務を負い、且つ諾約者により引き受けられた日からその義務負担を主張することができる (Si le tiers ratifie la promesse faite pour lui, il est engagé à compter de sa ratification et peut se prévaloir de l'engagement depuis la date à laquelle il a été souscrit par le promettant.)

(73) [note 63 民法典1844-10条, 商法典 L. 235-1 条。]

行為に制限される」⁽⁷⁴⁾と定める。このように「(法人の) 目的の実現に有用」な行為に言及がなされたことにより、おそらく立法者の望むところではない争いが生じかねない⁽⁷⁵⁾。会社の目的に合致することで、かつては十分であったとみられる。「行為の有用性」は、会社の利益概念⁽⁷⁶⁾をさらに徹底的に参照させることになることにより、行為の効力の確認を複雑なものにする可能性がある。この「会社の利益という」スタンダードは、行為の妥当性の評価にあたり裁判官により大きな権限を与えるものとなりうる⁽⁷⁷⁾。第1145条2項は、行為の有用性の評価がいかなる方法でなされるかを明らかにしていないためにとりわけ実務に混乱を生じさせるものである。それは定款条項に照らして、客観的に、それとも主観的に有用な行為であるのか？有用性は事前に、それとも事後的に評価されるのか？有用性は純粹に経済的なものなのか、それとも政治的または戦略的なものであるのか？一部の者は破滅的なシナリオにおいてかなり度を越した見解を示す。特にある論者は、「実際に、この法文がいつの日か、会社がたしかに署名はしたものの、[後になって] より良い条件で類似の別の契約に署名をしたときからはや有用とは思わなくなっていた契約を履行する義務を負わないことを主張するために利用される可能性が高い」⁽⁷⁸⁾と指摘する。会社により実施された行為の効力に関する功利主義 (utilitariste) 的な考え方は、一定数の論者が遺憾に思う会社の利益という羅針盤の適用範囲の拡大を加速化させる可能性⁽⁷⁹⁾がある。もう一度述べるが、裁判官が一定の見解を示す

(74) [note 64 この条文は、法人論に関する議論—法人擬制説または法人実在説？—を再燃させる可能性もある。N. Dissaux, *Des choses minimes, le législateur doit aussi avoir cure*..., *D.* 2015.1215.]

(75) 【議会承認後の条文は、次のものとなっている。第1145条第2項「法人の能力は、各種法人に適用される規定によって制限される。」[本稿原文の懸念が反映されたのであろうか。】

(76) [note 65 商法典においてはあまり言及されない概念である。L. 221-4条, L. 233-3条, L. 241-3条, L. 242-6条をとくに参照。]

(77) [note 66 M. Germain, *Sur une jurisprudence de l'intérêt social*, in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz, 2014, p. 289. *Adde*, D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, *Rev. Sociétés* 2012.475.]

(78) [note 67 B. Dondero, *La réforme du droit des contrats. — Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JCP E 12 mai 2016, n° 19, 1283, spéc. n° 49.*]

(79) [note 68 *Contra*, P. Mousseron, *Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social*, *D.* 2016.906. Mousseronによれば、第1145条における会社の目的への言及は会社の利益へのあらゆる言及

まで、当事者が実現された行為の動機及び有用性を説明しその書面 (actes) の内容の密度を高める〔充実させる〕ことはそれらの当事者の利益となる。最後に、この「有用な行為」は、コースの化身 (アバター) であるのではないか⁽⁸⁰⁾。この再出現は、より魅力的となること且つ予測可能性を高めることを目指す法において歓迎されるものではない。さらに、法文が次の区別、すなわち定款上の目的と法律上の目的の二分法を行っていないとしても、これを維持することが妥当である。会社により実現された行為の適合性 (conformité) に対する監視は同じではない。定款上の目的の場合、これに当たるのは会社の経済的活動であり、会社の名及びその計算においてなされた一部の行為の対抗力を左右する。法律上の目的の場合、これに当たるのは会社により追求される目的 (利益の獲得または経済負担の軽減を実現すること) であり、それは一定の行為 (特に「利害を離れて」なされた行為の無効) の効力を左右する。

24. 権 限

権限 (pouvoir) については、代理に関する規定が参照される (第1153条以下)。これらの条文はあらゆる代理の形を規律し、会社法⁽⁸¹⁾においては法定代

を避けることを可能とするとする。「民法典第1145条第2項は、会社の目的を明示的に参照させることにより能力を定義づける。この表現は〔会社の目的との〕断絶 (rupture) を意味せず、会社の利益の誘惑があるなかで、この概念〔会社の目的概念〕への言及の維持を確認させるものである。〕

【前述したように、議会承認後の第1145条では「会社の目的」概念への言及はない。第1145条「②法人の能力は、各種法人に適用される規定によって制限される。】

(80) [note 69 Y. Chaput, De la cause et/ou de l'objet de la société, in *Mélanges J. Stoufflet*, LGDJ, 2001, p.25.]

(81) [note 70 しかしながら指揮者は実際には受任者ではなく、会社における代理も実際には法律に基づくものではないため、この適用〔の可否〕は議論しうる点である。この中途半端な状況は会社指揮者に第1153条以下を適用することを問題とするうえで一つの論拠となりうる。「代理人」と会社間の関係において、法人の権限の喪失 (dessaisissement) は恒常的なものである。法律または裁判による代理の場合、一時的な権限の喪失がある (民法典新第1159条)。合意による代理の場合、本人は権利を行使する地位を失わない (民法典新第1159条第2項)。V. Ph. Didier, Les origines de la représentation légale de la société, in *Mélanges M. Germain*, Lexisnexis, 2015, p. 273. このような一風変わった代理について, v. D. Martin, *La représentation des sociétés*

表⁽⁸²⁾、裁判による代表⁽⁸³⁾、及び合意による代表⁽⁸⁴⁾のいずれにも関わる。判例の立場が必ずしも常に明確というわけではない代理の法制度について、複数の規定がこれを理解しやすくしている。代理人が権限なしにまたは本人(représenté)が付与した権限を踰越して行為した場合と、代理人が自らの権限を濫用した場合との間で基本的な区別がなされる。前者の場合、本人は対抗不能(inopposabilité)を主張でき、第三者はこの権限の欠缺を知らなかったことを証明できるときには無効を求めることができる。この最後の点について、言い渡される無効が相対的無効であることを理由として破産院がこれまで拒んでいたことであるが、今後第三者は無効を求めることを許される⁽⁸⁵⁾。これに対して、権限の濫用の場合、本人の請求に基づく契約の無効が言い渡されるが、これは第三者がこの権限の濫用を知っていたまたはそれを知らないはずはなかったことが立証されることが条件となる⁽⁸⁶⁾。民法典新第1105条は、特別規定と契約の一般法の抵触のリスクを解決することを可能とするため、ここで大いに有用なものとなる。したがって、民法典新第1155条が「代理人の権限は、包括的に定められるときは、保存行為及び管理行為にしか及ばない」と定めているが、例えば包括的に社長(président)に代表権がしばしば定款によ

commerciales par leurs organes, Thèse Nancy, 1977.]

- (82) [note 71 株式会社について、商法典 L. 225-56条第1項(執行役員は「第三者との関係において会社を代表する」)、商法典 L. 225-66条第1項(「執行役会会長または単独執行役員は、第三者との関係において会社を代表する」)。]
- (83) [note 72 とくに特別取締役または特別受任者。]
- (84) [note 73 V. not. M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. Viandier, LGDJ, 1998. また、同様に権限の委任を委任の締結として分析するものとして、v. not. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 2015, 28^e éd., spéc. n° 268.]
- (85) [note 74 このような見解として、Civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-23.340, à paraître au bulletin (*BICC* 2016, n° 839, 1^{re} Civ., n° 451) ; *D.* 2015.2374 ; *AJCA* 2016.42, obs. Y. Dagorne-Labbe ; *RTD civ.* 2016.105, obs. H. Barbier]
- (86) [note 75 株式による会社(sociétés par actions)または有限会社において、会社はその指揮者がたとえ会社の目的を超える行為を行ったとしても、これらの行為が会社の目的を超えてなされたものであることについて第三者が悪意または重過失であったことを立証しない限り義務を負うことと比較せよ。]

り与えられる略式株式会社に適用される特別規定が同条により改めて問題にされることはない⁽⁸⁷⁾。

これとは別の重要な規定となるのが、代理人⁽⁸⁸⁾の権限について疑義が生じた場合について、合意に基づく代理に専ら適用される催告権の制度化である。本人である可能性のある者から合理的な期間内に回答がないことは、このようにしてなされた行為を完全に対抗可能なものとする（第1158条）。この措置は危険なものであり、受領した郵便に注意を払わなければならない。また、裁判官が催告状の作成につき特に厳格な態度を示すことを期待しなければならない。

表見法理（*théorie de l'apparence*）（民法典新第1156条）も同じく明文化される⁽⁸⁹⁾、会社法においていくつかの変化をもたらすものとなるであろう。というのも、表見法理は会社法においてはたいていの場合、権限踰越の場面で機能してきたのに対し、第1156条は権限の欠缺の場合も表見法理の対象としているからである。とりわけ、第1156条は本人の挙動の考慮を求めるものであり、これは現行判例の立場とは異なる。しかしながら、副詞「特に（*notamment*）」は、「本人の挙動」を他にも存在する徴憑（*indices*）のなかの一つにすぎないものとするを可能としている。

会社法に照らして最も問題となる規定は、利益相反取引を禁ずる規定である（民法典新第1161条）。同条は次のように定める。「①代理人は、契約の双方の当事者のために行為し、又は自己のために本人と契約することができない。②前項の場合において、代理人がした行為は無効である。ただし、法律がそれを許可し、又は本人がそれを許可または追認したときは、この限りでない。」⁽⁹⁰⁾この規定は、特に2001年5月15日のNRE〔新たな経済の制御に関する〕法以降、きわめて厳格に規律されている「自己契約（*contrats avec soi-même*）」の

(87) [note 76 B. Dondero, *op. cit.*, n° 53.]

(88) [原文は「本人（*représenté*）」となっている。しかし、第1158条と照らし合わせると、「代理人」とするのが正しいと思われる。]

(89) [第1156条 ① 代理人が権限なく又は権限を越えてした行為は、本人に対抗することができない。ただし、契約の相手方たる第三者が、特に、本人の挙動又は陳述を理由として、代理人の権限が実現することを正当に信頼したときは、この限りでない。]

②③省略（アンセル＝フォヴァルク・コソン・前掲注（1）277頁）

(90) 【議会承認後の第1161条第1項は次のように定める。「①自然人の代理に関しては、代理人は、利益は相反する2人以上の契約当事者の計算において行為し、又は自己の計算において本人と契約することができない。」】

形をとる、会社とその指揮者との間でなされる一定の合意と衝突する可能性がある。これらの合意の一部は完全に自由なものである〔conventions libres〕。例えば、合名会社の場合がそうである。〔これに対し、〕それ以外のものはいわゆる規制対象の合意〔conventions réglementées〕であり、特別な手続を遵守しなければならない（商法典 L.225-38条）⁽⁹¹⁾。ほかにも「通常の条件（conditions normales）」の下で締結された平常取引（opérations courantes）であるとして手続の対象から外れるものもある。民法典新第1161条と会社指揮者・一部の株主と会社との間で締結される取引の問題をどのように調整できるのであろうか。

一つの解決方法は、民法典新第1105条を参照し、特別法のルールは一般法と相容れないものと考えることである。上流で〔問題の〕排除がなされることになる⁽⁹²⁾。

しかし、厳密には特別法上のルールが存在しない自己契約の類型もほかにある。二つの会社をそれぞれ代表する指揮者がいるとしよう。一つの会社は賃貸人である不動産民事会社、もう一方が賃借人である商事会社であり、この指揮者がこの二つの会社の間で行為をなすとして（例えば、商事賃貸借の解約）。特別法の規定の不存在は裁判官に第1161条を適用することを義務付けることになり、契約当事者双方の追認または許可がないかぎり、このようにして締結された契約の無効を言い渡させることになる。疑義が残るあらゆる場面において、特に特別法が形式的には存在していない状況では、会社による事前の許可を得ることが望ましい。なお、この許可は一般的な書き方で複数の行為を対象とするものであってもよい。民法典新第1161条は、同一グループに属する会社間でなされる取引に関して一定の成功をおさめることになるかもしれない⁽⁹³⁾。今後の状況を注視しよう。

(91) [note 77 G. Baranger, Conventions réglementées. Dossiers pratiques Francis Lefebvre 2007. *Addé*, A. Couret, La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions, *RJDA* 2002.290.]

(92) [note 78 Ph. Didier, La représentation dans le nouveau droit des obligations, *JCP G* 16 mai 2016, n° 20-21, 580. *Addé*, S. Bahbouhi, La société contractante, *in* *Droit des sociétés et réforme*..., *op. cit.*, p. 22 s., n° 74 s.]

(93) [note 79 B. Dondero, Conflits d'intérêts : les réformes attendues en matière de conventions conclues dans le cadre d'un groupe, *Bull. Joly Sociétés* 2013.843.]

25. 同意の完全性——錯誤——

同意の完全性は、同意の瑕疵に関する問題を指し示すものである。この同意の瑕疵の法理は社員権の譲渡においてしばしば用いられ、この問題に関しては特別な色彩を帯びるものとなる。民法典新第1132条以下によりいまや規律されることとなった錯誤の例をとってみよう。これらの規定は概して判例の立場をまとめたものである。会社法において、膨大な負債の存在が発覚した会社の株式の譲渡が実質的性質（*qualités substantielles*）の錯誤に基づき無効とされうるかが決まって問題となる。現在、原則として、無体の権利としての性格を宿す社員権の実質のみが重要なのであって、会社の実質は重要ではないが、判例によれば、問題とされる会社が「その資産の大半を失っただけでなく、会社の目的を実現し、経済的な活動を行い、したがって収益可能性を有する可能性を失った」⁽⁹⁴⁾場合にはこの原則の緩和がなされる〔会社の実質を問題にできる〕。このため、社員権の譲渡の隠れた帰結（*potentialités*）に関する錯誤は原則として無効原因ではない。この錯誤は〔合意の効力に〕影響を与えない錯誤であるが、当事者はこれを明文の条項により本質的な要素とすることができ、この場合には当該条項を注意深く作成しなければならない（民法典新第1133条第1項、第1135条）。

同じ精神の下で、社員権の価値評価に関する錯誤は価値に関する錯誤であり、〔同意の効力に〕影響を与えない錯誤であるが（民法典新第1136条）、価値に対するこの錯誤が実質的性質に関する先行する錯誤の結果である場合はこのかぎりでない⁽⁹⁵⁾。これが2015年11月10日の破毀院商事部判決から導き出される分析である⁽⁹⁶⁾。〔同判決では、〕標的となる会社（*société cible*）についての錯誤は原則として無効原因にならないとしても、価値に対するこの錯誤が「譲渡の客観的前提条件に影響を及ぼす」貸借対照表（*bilan*）の誤った表記によるものである場合には話が異なると判断された。判決文をここで当然引用すべきであろう。〔「原審」判決の明らかにするところによれば、会社持分の価

(94) [note 80 Com. 1^{er} oct. 1991, n° 89-13.967, *D.* 1992.190, note G. Virassamy ; *Rev. sociétés* 1992.497, note P. Didier ; *RTD civ.* 1992.80, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1992.186, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 199, obs. Y. Reinhard ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 13, note H. Le Nabasque.]

(95) [note 81 Com. 12 févr. 2008, *RDC* 2008.730, note Y.-M. Laithier.]

(96) [note 82 Com. 10 nov. 2015, n° 14-11.370, non publié au bulletin ; *Rev. sociétés* 2016.362, note J.-J. Ansault ; *JCP E* 2016.1217, note M. Caffin-Moi.]

値を定めるうえで当然参照されるべきでありまた参照された貸借対照表の誤った表記がこれらの持分の現実の価値を大幅に下回る価値評価を行う結果をもたらした。そして付け加えて説示するに、これらの持分の価値評価に対するX氏の錯誤はこの誤りの結果以外のものではない。これらの認定事実と評価から、持分の譲渡された会社の財務状況に対して生じた錯誤であることを明らかにすることによって、控訴院はこの錯誤が譲渡の客観的前提条件に影響を及ぼし、且つX氏の同意にとって決定的なものであったことを導きえたのである……」⁽⁹⁷⁾。

現在、例外として紹介され、且つ「プサン判決」⁽⁹⁸⁾の応用例とされていることは、第1133条第1項を大胆に解釈すれば明日には規範となる可能性がある。第1133条は「給付（prestation）の本質的性質（qualités essentielles）とは、明示または黙示に合意され、且つ当事者がそれを考慮して契約を締結した性質をいう」と定める。たしかに、「なされるべき給付」という比較的幅のある言葉に、持続性のある会社の経営が含まれると考えることはできないのであろうか？一部の論者によれば、「新しい条文（第1133条）はあまりに制限的な見方からの決別を図ることを可能とするかもしれない。すなわち、法律上または事実上の錯誤は、なされるべき給付の本質的性質に関するものである場合には、契約の無効原因となりうる。錯誤はもはや必ずしも物（chose）の実質（substance）だけでなく、給付に対するものであってもよい。給付とは、ここでは社員権により表章される企業の移転のことを指す。したがって、錯誤の概念に関するはるかに広範な文言を裁判官が活用することを期待できるのである」⁽⁹⁹⁾。しかしながら、文言が解釈の余地を実質的に残すものであっても、立法者が伝統的な判例の立場との断絶及びそれにより譲渡取引の多くを不安定なものとするのを望んだ可能性は低い。社員権の本質的性質（qualité essentielle）は、会社の経営を明示的に合意された実質的性質（qualité substantielle）とする明文の条項（民法典新第1133条第1項）またはこれを契約の領域に含まれる動機（民法典新第1135条）としないかぎり、権利の移転に

(97) [note 83 誤った経済情報及び財務情報を基に締結されたフランチャイズ契約の収益性に関する判例との比較のために、Com. 4 oct. 2011, *D.* 2011.3052, note N. Dissaux : Com. 12 juin 2012, *D.* 2013.391, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.]

(98) [note 84 V. égal. Com. 7 févr. 1995, n° 93-14.257, *D.* 1996.50, note R. Blasselle : *RTD civ.* 1995.878, obs. J. Mestre.]

(99) [note 85 A. Couret et A. Reygrobelle, *op. cit.*, n° 34.]

ある⁽¹⁰⁰⁾。したがって、錯誤の理論の不足を補う負債保証条項 (clauses de garantie de passif) はその有用性を維持し続ける⁽¹⁰¹⁾。

26. 詐欺 (dol)

詐欺に関する規定は判例の立場を単にまとめたものとされるべきであった⁽¹⁰²⁾。しかし、ある論点が激しい議論を生じさせている。それは前に述べた民法典新第1112-1条及び新第1137条の組み合わせの問題である。「給付」の価値の意図的な秘匿は詐欺的沈黙 (réticence dolosive) にあたるのであるだろうか？ 第1112-1条に照らせば、給付の価値に関する情報提供義務は存在しない。第1137条に照らせば、秘匿の意図的性質が唯一問題となる。社員権の譲渡に関して、この問題は特に決定的な意味を有する。本当のことを言えば、Baldus判決を争う意図を立法者が有していた可能性は低い。しかしながら、一部の論者は、2016年3月30日の破毀院商事部判決を基礎に、この点について破毀院判例が変わる可能性がある⁽¹⁰³⁾。しかし、当該判決の事実はそうした可能性がないことを示すものであり、古典的であり破毀院によりすでに認められた別の場面、すなわち秘匿された情報が財の価値ではなく、財の経済的評価に不可欠な財の本質的性質を対象とする場面に関するものであった⁽¹⁰⁴⁾。言い換えれば、「天の下に新しきものなし」である。

社員権の譲渡においてなおざりにできない影響を与えうる重要な新しい点となるのが、民法典第1138条第2項に定められる「共謀した第三者 (tiers de

(100) [note 86 このような見解として、M. Caffin-Moi, *Les vices du consentement, in Droit des sociétés et réforme du droit des contrats*..., *op. cit.*, p. 51 s., n° 222 s., spéc. n° 231.]

(101) [note 87 V. not., P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelle édition Fiduciaires, 1997. Adde, G. Goffaux-Callebaut, *th. préc.*, spéc. n° 488 s., p. 339 s.]

(102) [note 88 例えば、詐欺はそれにより生じた錯誤がいかなる性質のものであれ、制裁を受けることへの注意が必要であり、記憶を呼び起こすために、まず *Com. 12 mai 2015, n° 14-12.473* を挙げておこう。同判決は、「譲受人の会社証券の価値に関する錯誤は、譲渡人の行為により生じたものであれば、詐欺を原因とする譲渡行為の無効を正当化する。」とした。]

(103) [note 89 このような見解として、Th. Massart, *in Droit des sociétés et réforme*..., *op. cit.*, spéc. p. 58.]

(104) [note 90 *Com. 30 mars 2016, n° 14-11.684, D. 2016.1300, note G. Grundeler* : *RTD civ.* 2016.356, obs. H. Barbier : *BRDA* 7/16, p. 10.]

connivence)」による詐欺である。この条文によると、詐欺は「共謀した第三者によるものであるとき」にも成立する。これは第三者による詐欺のみでも契約の無効の基礎となることを意味するのであろうか？その可能性は低いであろう。そもそも、共和国大統領に提出された報告書は、立法者がこの点について改革を行う意図を有していなかったことを確認させるものである。そこには、「詐欺について、実定法 (droit positif) が概ね採用されている。例えば、意図的な行為の要求 (民法典第1137条第1項)、代理人または加担した第三者 (tiers complice) による詐欺の考慮 (同法典第1138条) などが挙げられる」。これはよく知られている場面である「加担した第三者」概念を民法典に定着させることが問題となっていることを単に意味する。詐欺はまずはその契約相手方によるものであり、第三者による共謀によりその立証が容易となる。より広範・中立的であり且つ民法上より含みを持たない⁽¹⁰⁵⁾「共謀 (connivence)」概念が選ばれたが、そこには判例の立場を覆す意図はない⁽¹⁰⁶⁾。しかしながら、会社の代表者の地位にある第三者である指揮者と譲渡人である多数派株主との間に求められる「共謀」が少数派株主の利益のためにより広く解釈されることは排除されない。

最後に、社員権の譲渡の一環として、「付随的詐欺 (dol incident)」が問題となることがたびたびある。この種類の詐欺の場合、情報が秘匿されていなければ契約は同じ条件ではないにせよおそらく締結されていたであろうことになる。判例は制裁について何ら結論を導き出さない。なぜなら単なる付随的詐欺の場合であっても、無効を言い渡すことができるからである⁽¹⁰⁷⁾。しかし、同意の瑕疵に関する最初の条文である第1130条は、単なる付随的詐欺の場合には、立法者によっておそらく望まれたわけではない、無効の排除をもたらす可能性がある。この条文は、「錯誤、詐欺及び強迫は、それらがなければ一方当事者が契約を締結せず又は実質的 (substantiellement) に異なる条件で契約を締結したであろう性質のものであるときは、同意を瑕疵あるものにする」と定める。文言上、「実質的に異なる条件」は単なる付随的詐欺を越える可能性がある。しかし、その精神において、立法者がこの意図を有していたかは定かではない。今後、社員権のような財の取得価格が立法者により定められた「実質

(105) [note 91 *Contra*, J. Klein, Le consentement, *JCP* 2015, supplément au n° 21, p. 14 s., spéc. p. 19.]

(106) [note 92 M. Caffin-Moi, Les vices..., *op. cit.*, spéc. n° 251と比較せよ。]

(107) [note 93 最近のものとして, Com. 30 mars 2016, préc. を参照。]

的に異なる条件」に該当するか否かを判断する任務は裁判官に委ねられるものとなる。

27. 依存状態の濫用 (abus de dépendance)

民法典新第1143条における強迫の瑕疵が依存状態の濫用に広げられたことは重要な革新である。同条は次のように定める。「[第1140条に規定する場合のほか], 強迫は, 一方当事者が, その契約相手方が置かれた依存状態を濫用し, そのような強制がなければ負担しなかったであろう義務をその者に負わせ, かつ, そのことから明らかに過大な利得を引き出すときにも存在する。」⁽¹⁰⁸⁾判例が身体的強迫及び精神的強迫の範囲を経済的強迫 (violence économique)⁽¹⁰⁹⁾と称される状況による強迫 (violence contextuelle) に広げていたなか, 第1143条は依存状態の濫用を明文で認めることにより, さらに先に進むものである。実際, この依存状態とは経済的な性質を有することもあるが⁽¹¹⁰⁾, 知的 (intellectuel) または法的な性質 (労働法上の依存関係, 会社グループ内の法律上の子会社関係など) を有することもある⁽¹¹¹⁾。この「包括的な」依存概念はいくつかの重複を生じさせる。一部の事案においては, 無能力, 精神的強迫または依存状態の濫用のいずれの問題があるのかを判断することは困難となるであろう⁽¹¹²⁾。この規定には三つの要件—依存状態, 当該状態の濫用そして明

(108) 【議会承認後の第1143条は次のように定める。

第1143条 第1140条に規定する場合のほか, 強迫は, 一方当事者が, 自己に対してその契約相手方が置かれた依存状態を濫用し, そのような強制がなければ負担しなかったであろう義務をその者に負わせ, かつ, そのことから明らかに過大な利益を引き出すときにも存在する。】

(109) [note 94 判例は「経済的強迫に関する」条件の厳格な解釈を行うことにより, このような経済的強迫が認められる場面をきわめて稀なものとしている。例えば, Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, D. 2015.432 ; *ibid.* 2016.566 obs. M. Mekki ; *AJCA* 2015.221, obs. L. Perdrix ; *RTD civ.* 2015.371, obs. H. Barbier (いかなる経済的強迫も否定) ; Civ. 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, D. 2016.566, obs. M. Mekki (経済的強迫を認めた)。]

(110) [note 95 2015年の草案と異なり, オルドナンスはもはや言及していないが, ここには必要状態 (état de nécessité) が含まれる。]

(111) [note 96 共和国大統領に提出された報告書によれば, 「依存のあらゆる場面が対象とされており, これにより企業間の関係における企業だけでなく, 弱者を保護することができる。」]

(112) [note 97 H. Barbier, La violence par abus de dépendance, *JCP G* 11 avr.

らかに過大な利得 (avantage) の存在—がある。依存状態は問題となる企業の力または規模からのみ生じるものではなく、他の選択肢の不存在からも生じうる。破毀院判決を読む限り、選択の自由が決定的となることは明らかである⁽¹¹³⁾。〔依存状態の〕濫用については、二つの解釈方法がある。一つ目は、依存状態の濫用を強迫の瑕疵 (vice de violence) と厳密に結びつけることである。この場合、契約における過剰な不均衡とは別に、強制 (contrainte) 及び畏怖 (crainte) の存在を立証しなければならない⁽¹¹⁴⁾。この場合には、第1143条はその意味の大部分を失うことになる⁽¹¹⁵⁾。二つ目は、依存状態の濫用を脆弱性の濫用 (abus de faiblesse) または特殊レジオン (lésion caractérisée) の形であるとして自立的なものとするものである。この場合、明らかに過大な利得〔の存在〕は反証を得るまで濫用を推定させる徴憑となりうる⁽¹¹⁶⁾。最後に、明らかに過大な利得〔の存在〕は、それが最も明白な場合を指している。この「明らかに過大な利得」の範囲を画するために、消費者法典 L. 132-1条 (2016年7月1日以降消費者法典 [L.] 212-1条となった) または商法典 L. 442-6条 I 第2号を基礎に下された判例を参照または少なくともそれを模範とすべきかを明らかにするのは裁判官の任務となる。この新たな手段の射程は裁判官の解釈次第となるが、一部の者は競争法における適用をすでに予測し、その適用の条件は制限的取引および反競争的取引に関する法において通常用いられる手段よりも範囲が広いものとなる可能性がある。会社法においてははどうだろう

2016, n° 15, 421.]

- (113) [note 98 保険仲立人 (courtier en assurance) のケースとして, Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, D. 2015.432 ; *ibid.* 2016.566, obs. M. Mekki ; *AJCA* 2015.221, obs. L. Perdrix ; *RTD civ.* 2015.371, obs. H. Barbier. この事案では選択の自由が経済的強迫を排除する理由となった。]
- (114) [note 99 このような見解として, H. Barbier, *op. cit.*. この見解は強制及び畏怖の立証を求める。関連付けられるものとして, 経済的強迫がないとするために畏怖の不存在に言及する Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932, D. 2002.1860, note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal ; *ibid.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002.502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2003.86, obs. A. Françon。]
- (115) [note 100 この点について, v. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, spéc. n° 342, p. 282.]
- (116) [note 101 この二つの考え方について, H. Barbier, *L'abus...*, *op. cit.*, spéc. p. 724.]

か？

状況は多種多様である⁽¹¹⁷⁾。企業の従業員でもある少数派株主がその保有する株式を多数派株主に譲渡しなければならない場合を考えてみよう⁽¹¹⁸⁾。この譲渡から生じうる、雇用に対するこの圧力は、民法において示されたリーディングケースの一つを想起させる⁽¹¹⁹⁾。一定の義務負担は、ときには当事者が必要を迫られている状態を理由としてなされる。最も典型的な例となるのが、緊急の資金調達を必要とされた指揮者が、真の交渉の自由がないまま、投資家の利益となり自己にとって極めて不利な bad leaver 条項を受け入れる場合である⁽¹²⁰⁾。指揮者は任期満了前の退職の場合にその株式を他の社員に売却する一方予約 (promesse unilatérale de vente) を行い、この場合、辞任または解任のときには値引きがなされることがしばしば予め定められている。この状況は、将来的には、依存状態の濫用の観点から分析されることができるようになるかもしれない。社員もまた、依存状態の濫用を生じさせる buy or sell 条項を強制されうる。購入及び売却を交差して行う二重の一方予約の仕組みにより、株主は互いに優先権を有し、それは支配の源となる可能性がある。異なる状況の下であるが、子会社が第三者である会社において保有する資本参加を放棄することを親会社から強く促されることがある。企業グループ法制において、さらに変化は著しいものとなりうる。ここでは第1143条に定められた依存状態は「自身の契約相手方の」状態であることを指摘しておこう。したがって、それは契約の当事者の一方が不当に利益を享受する、第三者に対する依存状態でもありうる⁽¹²¹⁾。このような状況に例えば当たるのが、子会社が、その親会社に対して依存状態にある契約の相手方から不当な利益を得るために、当該依存状態を

(117) [note 102 多くの場合、精神的強迫が主張される。Versailles, 2 juin 1987, *JCP E* 1988.II.15168, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.]

(118) [note 103 この事案について、Paris, 3 nov. 1999, *Bull. Joly sociétés* 1999. 289 s.]

(119) [note 104 Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *D.* 2002.1860, note J.-P. Gridel, note J.-P. Chazal ; *ibid.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002.502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2003.86, obs. A. Françon. もっとも、この事案においては雇用に関する恐喝は立証されていなかった。]

(120) [note 105 多くの場合、株主間契約に含まれる条項である (マネジメントパッケージ)。LBO (Leverage Buy-Out) による買収手続においてよく用いられる。]

(121) [note 106 このような方向性の見解として、H. Barbier, *op. cit.*]

用いることである⁽¹²²⁾。

II. 客観的要件——「契約の内容」——

28. 内容——コースの消滅——

〔契約〕内容は契約の均衡（客体（objet）、価格、名目的または僅少な対価など）だけでなく、契約条項の均衡にも関係する（民法典新第1170条及び第1171条）。契約条項は後で検討されるものとして⁽¹²³⁾、この段階では契約の総体が重要となる。〔契約〕内容に関する規定（民法典新第1162条以下）は会社法にはわずかしかが影響しない。獅子条項の禁止（民法典第1844-1条）または会社の目的（民法典1833条）の不存在により制裁を受ける架空の活動を行う会社の告発（dénonciation）のような会社法に固有の技術が適用され続けられることとなる。「コース」の主要な機能は維持されるため、「コース」の語が消滅したことが大きな影響を及ぼすことはないだろう。

会社契約については、第一に、コースの欠如が主張されることは稀であり⁽¹²⁴⁾、多くの場合、会社の目的と混同されている⁽¹²⁵⁾。社員権の譲渡については、ときには僅少な価格（prix dérisoire）として第1591条に基づき、ときにはコースの欠如を理由として〔2016年改正前の〕民法典1131条に基づき⁽¹²⁶⁾制裁を受ける価格の安さは、これからは「有償契約は、その成立時において、義務を負担する者のために約された反対給付が名目的又は僅少であるときは、無効である」と定める第1169条に基づき制裁を受けうる。そのうえ、「反対給付」が契約の形成の段階で評価されることを今後〔改正以後〕は明文で示すことにしたことで⁽¹²⁷⁾、負債保証条項またはときに価格を無（零）もしくは負（マイ

(122) [note 107 契約の相手方が同一のグループに属する複数の会社と締結した契約の当事者となっている場合における「共同依存（dépendance collective）」概念について、v. M. Béhar-Touchais, L'abus de dépendance collective, *RDC* 2008.649.]

(123) [メキ（小倉訳）・前掲注（1）参照。]

(124) [note 108 V. cep. Civ. 2^e, 27 oct. 1971, n° 70-11.847, *Bull. Civ.* II, n° 289.]

(125) [note 109 Y. Chaput, De la cause et/ou l'objet..., *op. cit.*]

(126) [note 110 Com. 11 janv. 2005, *Juris-Data* n° 2005-026558 ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 126, note F.-G. Trébulle.]

(127) [note 111 一部の判決は、コースの評価が履行の段階でなされることを認めた。このコースは〔契約の〕形成の段階で存在し、履行の間も存続しな

ナス)の価格とする価格改定条項の有効性はもはや議論の対象ではなくなる〔有効であることになる〕。契約の領域に含まれる動機 (motif) については、「コース」の語が消滅しても今後〔改正以後〕も考慮されるのであろうか? 譲受人が会社の債権者 (取得した株式に付随する無体〔動産へ)の権利の名義人)となるだけでなく、当該会社の支配権を取得することをも望む場合には、そうした動機は依然として明らかに有用なものであろう。証券の保有に伴う権限が彼らにとって重要なのである。しかし、契約の領域に含まれる動機についての錯誤が主張されうるとしても (民法典新第1135条「……当事者がその動機を明示的に自己の同意の決定的要素としない限り」)、第1169条が主観的なコースの一形式の基礎となる可能性は低いと思われる⁽¹²⁸⁾。たしかに、過去の判例は、民法典の法文が明文では確認していなかった状況で、このようなコースについて主観説を採用していた。しかし、手札〔情勢〕は変わった。立法者はコースの概念を削除し、このようにして一部の裁判官がコースの概念に結び付けていた数多くの潜在的な〔条文に書かれていない〕場面を補正する手段を講じたのである⁽¹²⁹⁾。

〔契約の〕客体については、「給付」概念との連結は会社法において何ら変化を生じさせないはずである。より興味深いのは民法典新第1164条及び第1165条における価格に関する規定である。しかしながら、価格の一方的決定に関する条項の適用範囲が枠契約 (contrats cadre) のみに縮小されたこと、及び「役務提供契約 (contrats de prestation de services)」において、その履行中または履行後の一方的な価格決定が明文化されたことは、社員権の譲渡の価格に適用される規定に何ら影響を及ぼすものではないだろう。これらの規定は売買に関する法に属するものであり、規定内容が相容れない場合、民法典新第1105条が売買に関する法の優先適用を確保している。

ければならない。例えば, Civ. 1^{re}, 16 déc. 1986, *Bull. Civ. I*, n° 301.]

(128) [note 112 *Contra*, M. Buchberger, Le contenu du contrat, in *Droit des sociétés*..., *op. cit.*, n° 257 s., p. 58 s., spéc. n° 268.]

(129) [note 113 今後は確実に過去のものとなるこの論理の近時の適用として, Com. 23 juin 2015, n° 14-18.178, non publié au bulletin. 「しかし、一方で、家族の利益に関する動機が契約の範囲に含まれず、2007年3月27日の持分の譲渡に関する文書において明文の定めを置いていないことを指摘したため、控訴院はこの文書とは別個の文書の内容に関する説明を行う必要はなかった。」]

3) 無効と失効

29. 2016年2月10日のオルドナンスは、〔契約の〕形成に固有の制裁のカテゴリに無効の場面（民法典新第1178条以下）及び失効の場面（民法典新第1186条以下）を含める選択をした⁽¹³⁰⁾。立法者はその大筋のところにおいて破毀院判例〔の内容〕を明文化している——無効の抗弁は、すでに履行の着手がない限り、時効により消滅しないこと（第1185条）、追認に関する規定（第1182条以下）。本オルドナンスは、対立を生じさせた問題についても明確化を図っている。それらは、批判の権利の法理の明文化（絶対的無効（*nullité absolue*）と一般的利益、相対的無効（*nullité relative*）と私的利益に関する第1179条）、一部無効の制度と記載のないものとみなされる条項の制度の区別の明瞭化（第1184条）、相互依存的契約（*contrats interdépendants*）の連鎖的効力喪失（*anéantissement*）に関する制度の明瞭化（第1186条）である。しかしながら、一部の規定は重要な改革を含むものである。主要なものとして、合意による無効（第1178条〔第1項〕最終文）及び態度決定請求権（*action interrogatoire*〔催告権〕）（第1183条）が挙げられる。

この無効に関する新たな制度はその大部分において特別法としての会社法と相容れないものとなりうるのであり、民法典新第1105条の適用⁽¹³¹⁾により排除される可能性がある。例えば、商法典 L. 235-1 条以下に定められる会社の〔設立〕無効または会社の行為および決議の無効に関する制度を取り上げてみよう。これらの無効は新しい契約の一般法が定める無効の制度と両立が難しいものである。反対に、これらの〔契約の一般法の〕規定は証券の譲渡に関する法においてその完全な居場所を見つけるだろう。批判の権利の法理は〔証券譲渡における〕価格の安さが〔本改正以降〕相対的無効による制裁を受けることとなることを正当化する。結局、いまや安定した判例の立場⁽¹³²⁾を、長い疑義

(130) [note 114 失効が履行と一層関係性を有することが予想され得たかもしれない。]

(131) [第1105条 ①（省略）]

② 一定の契約に関する特則は、そのそれぞれに固有の規定において定める。

③ 一般規定は、前項の特則がない限りにおいて適用する。]

(132) [note 115 Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218, à paraître au bulletin (BICC 2016, n° 848, chambre commerciale, n° 1172)]. したがって、譲渡人が求めているように30年の時効期間ではなく、相対的無効に適用される当時の一般法上の期間が適用される（5年。民法典1304条）。〔本件事案において、確定され〕

の期間を経て⁽¹³³⁾、法文により明文化したにすぎない。

態度決定請求権については、すでに無能力または同意の瑕疵の場合（民法典第1844-12条及び商法典 L. 235-6 条）において存在するため、〔実質的意義におけるフランスの〕会社法においてはそれほど革新的なものではない。特別法上のルールは一般法上のルールの適用を排除するのだろうか。民法典第1844-12条及び商法典 L. 235-6 条に定められた制度の特殊性は、両立不能であることを理由に、第1183条の適用を不可能なものとする。実際、それらの特別法上の規定は、例えば、第1183条が「当事者」のみを視野に入れるのに対し、「〔利害関係を有する〕何人も」このような「訴権」を行使できると定める。したがって、第1183条は専ら無能力または同意の瑕疵の場合を除いて適用されることになるだろう。最後に、催告（interpellation）から6か月間応答がない場合、当該瑕疵を理由とする無効はもはや請求することができない。しかし、〔「訴権」の〕行使期間を6か月に短縮したことは、民法典第2254条により要求されている〔時効期間についての〕1年の最短期間⁽¹³⁴⁾と両立するのだろうか？さらに、公序に基づくとされる期間を特別法の規定により短縮することはできるのだろうか？多くの問題が予想される。

第1178条の合意による無効（nullité conventionnelle）、協議による無効（nullité amiable）、及び同意による無効（nullité consensuelle）については、会社法における場合を含め、それほど魅力的なものであるかは定かではない⁽¹³⁵⁾。合意による無効は合意であることに注意しなければならない。合意が〔裁判上

ていない価格またはあまりに安値で締結された持分の譲渡の無効の訴えが譲渡人の私的利益の保護のみを目的としていたこと、したがって控訴院が相対的無効の訴えの制度に属するこの訴えが、民法典1304条の適用により5年の時効に服するとしたことは正当である。〕

(133) [note 116 Civ. 1^{re}, 24 mars 1993, n° 90-21.462 et Com., 23 oct. 2007, n° 06-13.979, *Bull. Civ.* IV, n° 226 ; *D.* 2008.954, obs. X. Delpech, note G. Chantepie ; *AJDI* 2008.795, note F. Cohet-Cordey ; *RTD. com.* 2008.408, obs. B. Bouloc (本質的要素であるため、絶対的無効が問題となった). *Contra*, Civ. 3^e, 24 oct. 2012, n° 11-21.980 et Civ. 1^{re}, 29 sept. 2004, n° 03-10.766, *Bull. Civ.* I, n° 216 (相対的無効と批判的権利).]

(134) [民法典第2254条は、当事者は合意により1年から10年の間で時効期間を定めることができるとする。]

(135) [note 117 これらの疑問について、Y.-M. Serinet, *La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère juridique de la nullité*, *JCP G* 18 juill. 2016, n° 29, 845.]

の保護 (sauvegarde) ないし更生 (redressement) 手続における] 観察期間 (période d'observation) 中になされる場合、受命裁判官 (juge-commissaire) の許可があることが前提となる。さもなければ、「無効の無効 (nullité de la nullité)」の制裁を受けることになる⁽¹³⁶⁾。結局、当事者にとっては、その有効性が争われうる無効に関する合意を締結するよりは、一回で紛争に決着をつけたほうがよいのではなからうか？さらに、当事者及び第三者に対するこのような無効の効果は、たいていの場合、裁判官の事後的介入を正当化するものとなる。改めて、手続のより早い段階で裁判官を介入させることが望ましいのではないだろうか？

30. 失効

失効について、第1186条第2項は「同一の取引の実現のために数個の契約の履行が必要である場合において、それらの1つが消滅するときは、この消滅によって履行が不能となる契約、及び消滅した契約の履行が一方当事者の同意を決定付ける条件であった契約は、失効する」と定める。同条第3項は、「前項の規定にかかわらず、失効は、その援用を受ける相手方である〔契約〕当事者が、自己の同意を与えた時点で、取引が一体的なものとしてなされること (existence de l'opération d'ensemble) を認識していた場合でなければ生じない」とする。二つの相互依存関係がここで法典化されている。一つは客観的なもの、すなわち契約の集合体のなかの別の契約の消滅により履行が不能となる場合、もう一つは主観的なもの、すなわち消滅した契約が「一方当事者の同意を決定付ける条件」である場合である。会社法上の多くの契約の合成物⁽¹³⁷⁾はこの規定の「影響」を受ける可能性がある⁽¹³⁸⁾。過去の判例と完全には合致し

(136) [note 118 P. Cagnoli, L. Fin—Langer, F. Petit, J. Vallansan, réforme du droit des contrats—Incidences en droit des entreprises en difficulté, *Rev. Proc. Coll.* 2016, Alerte 15「この無効の合意は、疑わしき期間 (période suspecte) 内に悪意で締結された場合には、一定の場合に弁済と性質づけられることまたは少なくとも任意的無効の請求 (無効の無効) の対象となることはできないだろうか。いずれの場合を考えても、観察期間内に合意による無効が締結されるのであれば、受命裁判官の許可が必要かが問題となる。」]

(137) [note 119 契約の合成物 (montage contractuel) の概念は、多数の「整理され、相互依存関係にある行為〔契約〕」の締結に内在的に関係する。このような見解として、Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, éd. Joly, 1998.]

ないこの新たな条文により、当事者が契約条項により契約の集合体に属する〔個々の〕契約を分離可能なものとしてすることができるかは定かではなくなっている。第1186条第2項の文言は、相互依存関係が構造的または客観的である場合には合意による調整の余地を残していないのである。

C. 契約の効果

31. 契約の効果については、主として二つの系統の規定⁽¹³⁹⁾—不預見による改訂 (révision pour imprévision) 及び〔契約の〕不履行の場合の制裁—を取り上げることになる。

1) 不預見による改訂の明文化

32. 2016年2月10日のオルドナンスの主な新規性の一つは、民法典において不預見による改訂を含めたことである (民法典新第1195条)。この不預見による改訂は実質面・手続面のいずれにおいても厳格に規律されているとはいえ、大きな改革となっている。不預見とは、契約の履行を過分の負担とする事情の変化にして契約の形成時に予見不能であるようなものを前提とする。この改訂には再交渉の試みが先行する。〔再交渉の〕拒絶または決裂の場合、当事者は解除を合意し、または共同の合意により〔裁判官に〕契約の調整を求めることができる。最後に、合理的な期間内に合意が得られない場合、当事者は裁判官に対して、契約を終了させること、またはこれを改訂することを請求することができる⁽¹⁴⁰⁾。この規定は、一方当事者が不預見の危険を引き受けることを承

(138) [note 120 V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 06-12.920, JurisData n° 2008-045780 ; D. 2009.98. 「……非営利団体 ACDLEC 及び Galec と Scapsud の二社は、並置された三つの契約的組織であり、相互依存関係にあり、Acdlec への加盟及び標示板契約 (contrat de panonceau) が統一性を保障する『ルクレール運動 (mouvement Leclerc)』にとって必要となる支えとなっていた。分割不能とすることを意図した契約の集合体の存在を専制的に導き出したこれらの様々な確認事実に基づき、〔控訴院は、〕追求されている活動の基軸となる Leclerc の標示板の使用権を失ったことそれ自身が、係争の対象となっている事後的な除名を正当化したと判断することができた。』]

(139) [note 121 契約の譲渡については、契約の譲渡、債権の譲渡及び債務の譲渡の三つを浮き彫りにするために、債務に関する制度とともに言及することとする。]

(140) [note 122 これらの要件の意味について、M. Mekki, De l'imprévisible

諾している場合を立法者自身が想定しているため、公序規定ではないとみられる⁽¹⁴¹⁾。

会社法はこの新たな手段と関わりを持つのか⁽¹⁴²⁾。最初に、この規定は、裁判上の保護手続の開始に対抗するために用いられることができるだろう⁽¹⁴³⁾。実際、不予想は裁判官へのあらゆる付託に先立ち、再交渉の試みを請求することを可能とするのである。ここでも民法典新第1105条を援用しないかぎり、新しい契約法と集団的手続に関する法 (*droit des procédures collectives*) の組み合わせは再考されなければならない。

changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge? *BRDA*, n° 10, 31 mai 2016, p. 15 s.]

- (141) [note 123 この条項は濫用条項と性質づけられないためにも注意深く策定される必要がある。検討されうる性質決定に関して、裁判官により用いられる徴憑の束 (*faisceau d'indices*) について、M. Mekki, *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit?*, *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, n° 17 ; du même auteur, *Fiche pratique sur le contrat d'adhésion*, *Gaz. Pal.* 22 mars 2016, n° 14 ; du même auteur, *Se conformer au nouveau droit des contrats. Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives*, *JCP E* 2016.1373.]
- (142) [note 124 この規定は会社法において多くの疑問を必ず生じさせるであろう。事情 (*circonstances*) はその定義からして当事者と無関係であるが、標的となる会社に影響を与えることはあるのか。当事者の一方にとっての問題であってもよいのか。事情の用語は明瞭ではなく疑問が残る。過分の費用がかかる履行は、標的となる会社の価値の減少の場合を予定しているのだろうか。]
- (143) [note 125 このような見解として、Ph. Delebecque, *Quelle incidence de la réforme de l'imprévision? Intervention Colloque Bordeaux 3^e rencontres jurisprudence-doctrine : Échanges sur la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives*, *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, à paraître. [Ph. Delebecque, *Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde-L'incidence de la réforme de l'imprévision sur l'ouverture d'une procédure de sauvegarde*, *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, mai-juin 2016, p. 209]] [問題視されているのは、民法典第1195条により債務者が不予想による改訂を請求することができることを理由に、商法典 L. 620-1 条における保護手続の開始請求要件となる「克服できない困難 (*difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter*)」の存在が認められない可能性があることである。このため、債務法の改正が倒産法上の手続きの利用範囲を狭めてしまうことが懸念されている。]

このような特殊な場面のほかにも、一定期間の経過を経て調印に至るすべての契約上の手段はこの〔再交渉の〕制度の対象となる。これはとりわけ支配権の譲渡の場合であり、そして特に取得が必要となる多数の許可を原因として〔その期間が〕数か月に及ぶこともある M&A 手続の場合である。この支配権の譲渡の準備のための約束には、不予定のための改訂を場合によっては排除または調整するために、今後〔改正後〕はこの不予定のための改訂の仕組みを取り込んでおく必要がある。この時間的要因 (facteur temporel) は、この種の構図のなかに MAC (material adverse change) 条項〔「重大な悪影響」条項〕と呼ばれる条項を設ける当事者により、かねてから取り込まれていた⁽¹⁴⁴⁾。この条項により〔「買収者」は、手続が確定的に終了する日の前 (「prior closing the deal」〔クロージングの日の前〕) までに、当該手続上想定されているすべてのステップ (opérations) が完了したものの、買収者からみてその経済的利益を一変させるような事情が生じてしまった場合について、合意された合併または買収を完了しない、またはその条件を再交渉する余地を自らに残す⁽¹⁴⁵⁾〕のである。もちろん解釈として、第 1195 条が一方当事者が不予定の危険を引き受けるとする条項について定めている以上、MAC 条項を含む古典的な条項は今後も有効である。ハードシップ (履行困難) 条項、アーンアウト条項なども同じである。しかしながら、〔契約書の〕起草に際して、アーンアウト条項及び下限価格 (prix plancher) での買戻条項がある場合には、書き方にとくに注意しなければならない。

当事者がアーンアウト条項を選択した場合、当事者は不予定による改訂をすべて排除することを意図しているかを明確に示すことが望ましい。なぜなら、当事者が不予定の改訂にアーンアウト条項を代替させることを望んだのではなく、価格の決定に関する特別な契約条項を不予定の改訂に付け足すことを望んだものと裁判官がみる可能性がたしかにあるからである。アーンアウト条項の

(144) [note 126 Yves Quintin, Les contrats de fusion-acquisition dans la tourmente financière américaine — les clauses de « Reverse break-up fees » et de « Material adverse change » en font-elles de simples options?, *RD aff. int.* 2008 n° 3, p. 275 ; A.-C. Pelissier, La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de realization des conditions suspensives), *RLDC* 2006/26, n° 1081.]

(145) [note 127 B. Mercadal, À propos de la clause « Material Adverse Change » en matière de fusions de sociétés, *RJDA* 2/2003, p. 83.]

存在は不予測による改訂を排除するものではない。疑念が生じる場合には、アーナウト条項が民法典新第1195条の意味するところの不予測による改訂の可能性を排除しているかを明確に記載しなければならない。

同じ疑念は購入の一方予約 (*promesse unilatérale d'achat*) の形をとる下限価格での買戻条項を契約に挿入することからも生じうる⁽¹⁴⁶⁾。この合意は、株式価格の大幅な下落の場合に、不予測による改訂の措置の適用対象となるのであろうか？二つの分析が可能である。一つは第1195条が補充的規定・通常の規定であるとして、明白で、あいまいでない意思の表明によってのみ排除しうると考えることである。ただ、下限価格を定めることは、不予測による改訂のあらゆる形を排除することには厳密には当たらない。はたまた、当事者がこの下限価格を合意により定めたのは、不予測の危険を分配し、この措置の適用をすべて排除することを決定したことを意味すると考えるべきということか⁽¹⁴⁷⁾？疑念が生じる場合には、改めて指摘するが、当事者の意図をはっきりさせなければならない。とくに買取手続において、裁判上の改訂が当事者から受け入れられることは困難であるため、排除が必要であり、その排除は明白な、あいまいでなく、理由付けされた条項によるものでなければならない⁽¹⁴⁸⁾。

最後に、この規定〔第1195条〕が排除も調整もされていない場面において、事前協議を行う義務を負う条項 (*clause de conciliation préalable obligatoire*)⁽¹⁴⁹⁾によりこの規定の〔発動の〕枠組みをつくることを推奨しなければならない。実際、再交渉は、法文の文言にもあるように拒絶される可能性があり、そしてとくに事実審裁判官に判断を求めるために不予測の存在自体を契約相手方が否定して済ませる可能性もある。このようなことを回避するために、事前協議を

(146) [note 128 P. Le Cannu et B. Dondero, *Clauses léonines : l'épouvantail bouge encore ! (au sujet des promesses d'achat d'actions)*, *RTD com.* 2010.379.]

(147) [note 129 この疑問について, v. égal. A. Couret et A. Reygrobellet, *Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux*, préc., spéc. n° 52.]

(148) [note 130 J.-J. Ansault et D. Swinburne, *Réforme du droit des contrats. — Premières réflexions sur les évolutions des opérations de fusion-acquisition*, *JCP E* 26 mai 2016, n° 21, 1307.]

(149) [このような条項について, ムスタファ・メキ (小林和子訳) 「裁判官と契約の消滅——2013年10月23日債務法改正草案に関する一考察——」 筑波ロー・ジャーナル18号63頁以下 (2015) 参照。]

行う義務を負う条項の法的制度が今日よりよく知られているため、こうしたものを置くことが望ましい。このような条項は訴訟不受理事由 (*fin de non recevoir*) を生じさせ、且つ時効期間を停止させる。このようにして民法典新第1195条の実効性を強化するのである。

2) [契約の] 不履行の場合の制裁

33. 民法典新第1217条によるアラカルト型の制裁

[契約の] 不履行に対する制裁は、2016年2月10日のオルドナンスの最も革新的な部分にあたる(民法典新第1217条以下)⁽¹⁵⁰⁾。最初に、不履行の抗弁は、[改正前の] 現在分散している規定の総体を基礎としているが、[本オルドナンスにより] 一つの一般規定の対象となった(第1219条)。第1220条は履行期前の不履行の抗弁 (*exception d'inexécution par anticipation* [不安の抗弁権]) を明文化した点で革新となる。しかし、この技術は会社契約に関しては用いることが困難である。ある社員が、他の社員が義務を履行しないことを理由に、自らの義務の履行をやめることができるとみることは難しい。不履行の抗弁は、単一の契約または契約の集合体において実現されるものであるかにかかわらず、交換関係 (*relation d'échanges*) においてのみ機能する。しかし、会社における出資は、厳密に言えば、他の社員の出資の反対給付ではない。さもなければ、契約の集合体という呼称の誘惑に負けることが考えられよう。これは仮定的なものにすぎないとはいえ、いまま主張できなくはない。その反面、第1219条及び第1220条は交換型契約 (*contrat-échange*) である証券の譲渡においてその役割を完全な形で果たすものとなる。

第1221条は、現実履行の強制の原則⁽¹⁵¹⁾—これは株主間契約において特に活用されるようになってきている⁽¹⁵²⁾—を明文化するものである。しかし、この規定は驚くべき緩和策を加えるものである。すなわち、この[現実の] 履行は、債務者⁽¹⁵³⁾にとっての[履行の] 費用と債権者にとっての[履行の] 利益との間

(150) [note 131 M. Mekki, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, *RDC*, n° 2, juin 2016, p. 400 s.]

(151) [note 132 この原則は社員権の譲渡についてかねてから認められていたものである。V. not. Com. 10 juin 1976, n° 74-14.595, *Bull. Civ. IV*, n° 190.]

(152) [note 133 損害賠償金のみが長らく支払われていた議決権拘束契約の不遵守について, v. F.-X. Lucas, *L'exécution forcée des conventions de vote*, *Bull. Joly Sociétés* 2011.625, n° 321.]

に明白な不均衡がある場合には排除される⁽¹⁵⁴⁾。この排除は多くの疑問を生じさせる。債権者にとっての〔履行の〕利益は契約に内在的であるのか、それとも外在的であるのか？債務者にとっての〔履行の〕費用はその財務能力の評価を前提とするのか、それとも合意された給付に対して過剰であるか否かについての評価を専ら前提とするのか？当事者の善意・悪意は明白な不均衡を主張するうえで影響を与えるのか？この明白な不均衡は、その排除機能において、契約条項による排除をまた受けるのか？提起された問題がいかなるものであるにせよ、この明白な不均衡の場面が会社法において活用されることが多くなる可能性は低い。

解除条項による解除、裁判官を介さない通知による解除または裁判上の手続を通じた解除の実行は〔いずれも〕現実的には会社契約と関係がなく、また社員権の譲渡も〔この問題に関して〕何ら特殊性を有するものではない。その代わり、解除条項の発動〔による解除〕、または通知もしくは裁判手続による解除のケースは、集団的手続に関する法における契約の継続に関する規定に抵触する可能性がある（商法典 L. 622-13条）⁽¹⁵⁵⁾。

最後に、対価の全額が支払われていない段階で、裁判官を介することなく、一方的になされる価格の一方的改訂（民法典新第1223条）は会社法においてあまり重要性を持たない⁽¹⁵⁶⁾。社員権の譲渡のケースを考えると、不完全な

(153) 【議会承認後の条文では、「誠実な債務者 (débiteur de bonne foi)」となっている。これは、元老院法務委員会がこの種の債務者のみが保護を受けることを明確化することを望んだためである（アンセル＝フォヴァルク・コソン・前掲注（1）221頁）。】

(154) [note 134 M. Mekki, L'exécution forcée en nature... sauf si..., Fiche pratique, L'exécution forcée en nature sauf si..., *Gaz. Pal.* juin 2016, à paraître. [*Gaz. Pal.* 5 juill. 2016, n° 270f9, p. 15]]

(155) [note 135 このような見解として、P. Cagnoli et alii, *op. cit.*, spéc.]

(156) 【民法典新第1223条については、大幅な変更があった。現行法では次のような規定となっている（訳はアンセル＝フォヴァルク・コソン・前掲注（1）297頁）。

第1223条 ① 給付の不完全な履行の場合には、債権者は、付遅滞の後、自己の給付の全部又は一部をいまだ弁済していなかったときは、債務者に対し、その代金を比例的に減額する旨の自己の決定を直ちに通知することができる。債権者の代金減額の決定に対する債務者による承諾は、書面によってしなければならない。

② 債権者がすでに弁済した場合において、当事者間の合意がないときは、

履行を立証しなければならないことになる。譲渡は証券に付随する無体の権利の移転を生じさせるとしても、不完全な履行がいかなる点で生じうるのかは不明である。期待外れであるのが会社の事業活動または収益性であるときは、拡張解釈を再び行わないかぎり、事業活動または収益性は譲渡の客体と全く関係がなく、そうした拡張解釈が採用される可能性は低いと思われる⁽¹⁵⁷⁾。

債務法の改正は会社法に提供される手段としての契約に重要な影響を及ぼすものである。しかしながら、[この]改正においては、より独自の傾向が表れている。その傾向とは、契約条項に対する真の統制の導入であり、これは契約工学 (ingénierie contractuelle) が支配的である分野において基本となる統制となる。

債権者は、裁判官に対し、代金の減額を請求することができる。

代金の減額に関する規定についてのこの変更は、2016年のオルドナンスの段階で存在していた債権者による不完全履行の認容 (acceptation) の表現に対する批判によりなされたものである (アンセル=フォヴァルク・コソン・前掲注 (1) 223頁)。

(157) [note 136 同じ見解として, v. déjà, A. Couret et A. Reygrobellet, *op. cit.*, spéc. n° 45.]