

資料

二〇一七年フランス担保法改正準備草案に関する一考察

ジャン＝ジャック・アンソー
片山直也
齋藤由起 訳

1. 極めて濃厚な内容のバクト法 (loi Pacte) が、議会で果てしなく長い審議を経た後、二〇一九年四月一日に採択された。同法は、政府に対して、多様かつ多岐にわたる諸規定につき、二年間の期間内に担保法を改正することを認めている⁽¹⁾。バクト法六〇条は、電磁的方法による担保の設定を、取引が事業目的でなされる場合を除いて禁止している民法典一七五条の現代化についても併せて考えさせるものであるが、同六〇条は、アンリ・カピタン協会の支援の下、「新」グリマルディ委員会によって起草され、二〇一七年に公表された担保法改正準備草案 (Avant-

projet de réforme du droit des sûretés) の案内役を務めてきた指導原理をとりわけ詳細に再録したものである⁽³⁾。同委員会には、本稿の被献呈者であり、私の指導教授かつ友人でもあるピエール・クロック (Pierre Crocq) が極めて積極的に関与されている。概ねそのような見方がなされているが、仮に周辺部分で一定の調整がなされるとしても、この仕組みの主要な内容は実定法化されるであろう⁽⁴⁾。もつとも、立法の整合性に配慮して、バクト法六〇条一四号は、担保法と倒産手続法をできる限り連動させるために、担保法の改正は倒産手続法の改正と協働して行われるべきだと

している⁽⁵⁾。それゆえ、これら二つの法を互いに無関係には改正できないということをご公権力が認識していることは歓迎すべきである⁽⁶⁾。かなり古典的ではあるが、準備草案の全体を検討すると、その規模の大小はあるが、フランス法の各改正に特有の二重の目的が引き出される。まずは、法的安定性、そしてそれに呼応してフランス法の魅力を確保するために、担保法の読み易さを明確にしかつ改良することである。次いで、たとえ解決不能な問題を探求することになるとしても、担保を有する債権者または有しない債権者の利益と、債務者および担保設定者の利益の間の均衡を確保しつつ、信用供与ひいては経済活動の資金調達を容易にするために、担保法の実効性を強化することが目指されている。設定者を十分に保護するという要求と、その余波として過剰な紛争を生じさせるような保護は与えてはならないという要請との間に慎重にカーソルを置くことには極めて困難が伴うことは、誰もが理解するであろう。

実質的には、第四編担保編の創設以来一〇年が経過したことにより、二〇〇六年改正の検証が可能となり、それゆえ、フランス法への信託の導入、それに関連した数々の対応などその後になされた修正も考慮に入れたうえで、補充や補正を行うべき必要性が示されるに至っている⁽⁸⁾。今回提

案された改正は、一八〇四年の民法典の精神に従って冗長なものとならないように意図されており、実務の正統な要請に応じようとしつつも、起こりうる法的问题の細部にまで解決を与えることを目的とするものではない。この意味で、担保全体や物的担保全体に共通する指導原理を明文化することは重要な改革ではあるが、全員の合意を得るのに苦労している。とりわけ、これらのうちいくつかのものは予想外の射程をもつ可能性があり、実際に、大いに議論の余地がある⁽⁹⁾。特に、保証契約については、政治的に「微妙」すぎると評されていたことから、二〇〇六年改正の際に、議会がこの契約をオールドナンスによって修正する可能性を政府に与えることを拒絶したため、立法授權がなされず、手つかずのままとなっていたが、今回の準備草案においてはその中心をなしている。準備草案は、保証制度については実質的な修正を明確に提案しているが、他方、保証と同じカテゴリーに含まれている他の人的担保については、保証と比べるとかなり控えめとなっている。物的担保について起こりうる変化は、一見したところそれほど重要ではないように思われる。分析すると、人的担保法は、準備草案によって部分的に再考されているが(Ⅰ)、物的担保の制度は、局所的に手直しがなされるにすぎない(Ⅱ)。

I 部分的に再考される人的担保法

2. 準備草案が人的担保法の一部にしか手直しを加えなかったという事実は、保証と、独立担保および念書(jette d'intention)の取扱いの明白な差異によって説明される。実際、グリマルディ新委員会は、もっぱら保証の制度について、とりわけ一連の定義規定の導入や一定の準則へのアクセス可能性を補充しうる定式の利用⁽¹⁵⁾といった形式面の改良を行うにとどまらず、保証契約法の実質に直接に関わる指導原理を強調しようとしている。この観点からは、保証規範の内容の合理化をめざす保証法の大革新は、その内容の濃さという点で、他の人的担保制度について現行規定が維持されていることと対照的である(A)。このことは、他の人的担保の領域においては、特に当事者の自由を抑制しないために現行規定を維持しようとする改正の推進者の意思を物語っている(B)。

A. 保証法の合理化

3. 政府への立法授權がされなかったがゆえに、保証制度が二〇〇六年改正の光榮に浴しなかったことは誰もが記憶

するところである⁽¹⁶⁾。このような過去の出来事に照らしてみると、二〇一七年の準備草案が、かつて二〇〇五年のグリマルディ委員会によって提案されていた修正提案の多くを再録していることは驚くに値しないだろう。二〇〇五年の準備提案はすでに、立法や判例の展開に任せて複雑かつ不明瞭となっていた仕組みを修復することを目的としていた。前回と同様に今回の準備草案でも、保証法の合理化という目的は、当該人的担保に関する断片的な諸準則を可能な限り唯一の法典である民法典の中に集結させるという選択に現れている。より正確に言うると、準備草案は、一部は冗長であったり、複数の条文中に危なっかしく散在していたりする複数の規定を一つの適切な規定に置き換えようとしており、新規定は、関係規定の類型ごとに民法典の中に収まることになる。この新しい文脈において、問題となってくる多くの条文は実定法から消し去られるべきものだからである。

保証法改正に関して、法のインフレーションや複雑化と効率的に闘うことを可能にするこのような立法学のアプローチが、手書記載事項⁽¹⁸⁾、担保提供者の義務の比例原則の要請⁽¹⁹⁾、債権者の保証人に対する毎年の自動的な情報提供義務⁽²⁰⁾ないし主債務者の不履行の場合にのみ生じる情報提供義務

務⁽²¹⁾といった領域に現れている。しかし、それだけではない。保証法を修復し、一定の悪習に歯止めをかけようとする意図は、保証契約に適用される諸規定の規定ぶりがめざましく改善されているにも具体化されている。比例性を欠いた保証に関しては、消費法典に由来する「オール・オア・ナッシング」という惨憺たる仕組みの削除がそうである。法技術的に、準備草案は、担保提供者の負担する債務額と担保提供者の収入および資産の間で確認された不均衡について、保証額の単なる減額というサンクシオンを与えようとしている⁽²²⁾。しかし、この文脈において、準備草案が、あいまいな判例が事業者たる債権者に負わせている警告義務 (devoir de mise en garde) の帰趨を検討しなかったことは残念なことである。警告義務という概念に安定した規律を与え、過大保証の法的禁止との部分的な重複すらなくすことを最優先にした方がよかったように思われる⁽²⁴⁾。保証人の手書記載事項をめぐって展開していた形式重視主義も手直しの対象となっている。このことは大変喜ばしいといえよう。それほどに立法者によって予め決定された定式文言のせいで生じた制御不能な状態は学説からも実務からも糾弾されていたのである⁽²⁵⁾。不完全な、あるいは多少なりとも軽度の形式違背のある手書記載をめぐって今日存在して

いる大量の紛争をなくそうとするために、準備草案の起草者たちは、現行法の形式重視主義の大幅な緩和に努めている。起草者たちが求めるのは、自然人保証人⁽²⁶⁾が、「保証人として、債務者が債権者に対して負う債務を債務者が履行しないときに、文字と数字で表示された元本及び従たる債務の額を限度として、債権者に支払う義務を負う」ことを表示することに尽きる。連帯保証の場合には、手書記載事項の中で、「連帯して義務を負い、債権者に対し、まず初めに債務者に訴求するよう請求することも、場合によっては、その訴権を保証人間で分別するよう請求することもできない」ことを認めるのは保証人であろう。要するに、対象となる保証人は、立法者によって予め決定された定式文言をあちこちに書き写すことを強制されなくなるのである。手書記載事項の簡略化に踏み出したことが賞賛に値することについては疑いの余地がないとしても、準備草案は、おそらく、時流に迎合して自己の論理を突き詰めなかったことについて批判されうるだろう。この意味で、改正の推進者は、有効要件としての手書記載事項の強制を完全に廃止して、この方式を、フランス法において長い間そうであったように、単なる証拠要件とした方がよかっただろう。この観点からは、ピエール・クロック教授が真摯に取り組ん

だアフリカ商事法調和機構（OHADA）の担保法の近時の改正を、この点に関する指針として役立てることができたはずである。⁽²⁷⁾

4. 保証法に関する主要な変更事項のうち、特に準備草案二二九条が強調されなければならない。同条は次のように提案する。「保証人は、全ての人的抗弁又は負債に内在する抗弁を債権者に対抗することができる」。実際、分析すると、本条は、保証契約の制度を簡略化することとどまるものではない。⁽²⁸⁾ 本条は、それ以上に、この分野に歓迎される一貫性を完全に復活させようとするものである。多数の判例が、担保提供者が対抗できる抗弁の適用範囲を制限するための便宜として、主たる債務者の人的抗弁と主たる債務者の負債に内在する抗弁の区別を手段として躊躇なく用いてきたことは、周知のとおりである。⁽²⁹⁾ 破毀院は、保証に関する上述の区別の歴史的起源を軽視しており、⁽³⁰⁾ さらに、重大な法的不安定を生み出していた。それほど援用された防御手段を人的な抗弁と負債に内在する抗弁のいずれかのカテゴリーに振り分けるために用いていた基準を特定することが困難だったのである。⁽³¹⁾ 本条の推し進める抗弁の対抗可能性の正常な機能の回復が、担保提供者を犠牲にして債権者が不当に利得を得ることを回避し、債権者の不

安を和らげ得ることは明白である。別のところで、同様の解決は、抵当不動産の第三取得者が援用しうる防御手段についてすでにとられており、これは、少なくとも理解が困難であった判例を変更する意思を明確に示すものである。⁽³²⁾

5. 一般に、準備草案の起草者は、担保管理の自由の原則の推進に好意的な態度を示していた。その証拠に、たとえば準備草案二二九条がある。同条によれば、法定担保権者の有する債権が保証によっても担保されているという典型的場面についても、法定担保権者に非代位の利益があるため、人的担保の設定者は登記の欠缺を理由に法定担保権者を非難することはできないことからすると、同条は、法定担保権者がその登記をしないかを自由に決定する権能を有することを規定していることになる。準備草案の起草者が、保証人が債務額に応じた免責を得るために資金貸付の貸主の先取特権の公示の欠缺を債権者に対抗できると認めた有名な判例⁽³³⁾を変更しようしていることについては疑いの余地がない。実務では、当該先取特権の登記を適切に回避して予定取引の全体費用を抑えるために多くの案件で保証が利用されているだけに、破毀院の立場が批判的となつているというのは事実である。準備草案は、「保証人は、(……) 債権者による担保の実行方法の選択を自己

のために援用することができない」と規定し、代位の利益をも制限しようとしている。ここではさらに、担保のために提供された財産について裁判による付与を請求する権能を行使しなくてよいと信じていた債権者に対して、代位の利益を援用していた保証人の主張に与した破毀院商事部の判例⁽³⁴⁾の見直しが問題となっている。しかも、改正の推進者は、債権者に自己の担保の実行方法を強制することが債権者の自由を害することは間違いないと考えており、この考えは、準備草案民法典二二八六―四条の中により高度に普遍化された形で見出される。同条は次のように規定する。「債権者は担保の実行方法を自由に選択する。債権者が複数の担保を有するときは、その実行の順序について自由である」。

6. 保証法の合理化に向けた努力は、保証人の「支払前」求償制度についてもたらされた修正にも透けて見える。現行規定は、債権者にまだ支払っていない担保提供者が、「予防的」求償の名目で主たる債務者から一定額の金銭を取得することを認めているのに対し、新たな措置は、支払前の保証人の権利を、「債務者の全ての財産上に被保証額の限度で担保を設定することを裁判上請求する」権能に限定する。たしかに、事前求償に関する実定法の現状を正当

化するために、事前求償として付与される金額は、保証人が被るリスクの悪化を償うための賠償と分析されるという考えが強調され得た⁽³⁵⁾。しかしながら、このように性質決定することはまさに予防的求償の本質とあまり調和しないように思われる。予防的求償は、グリマルディ委員会の提案に沿って、主たる債務者の財産に対する保全措置を設定する形をとるしかないだろう。他の条文と同様、準備草案二三一五条によって、グリマルディ委員会が保証という制度の改革を主軸にしていることが明らかになった。これは、同委員会が他の人的担保の処遇について考えるところとは大きく異なっている。実際、委員会のメンバーは、他の人的担保については現行規定の大部分について価値を認めていたので、これらの他の担保に関する制度については、大半が現状維持となっている。

B. 他の人的担保制度の維持

7. パクト法が保証のみを改正対象として他の人的担保を改正対象に含めなかったことは、一目見て驚くべきことであろう。その結果、政府の担保法の改正権限は、独立担保や念書に及ばないことになる。ここに、これらの担保についての準備草案の内容に対する公権力による不信の一形態

を見出さなければならぬだろうか。そのようなことは全くない。というのも、「新」グリマルディ委員会は、独立担保に関しては微調整を提案したにすぎず、念書については、二〇〇六年三月二三日オールドナンスによる民法典二二三二条について何の修正も検討していないからである。それはつまり、準備草案の条文は、これに関する実定法を、大筋において、規定によっては句読点を除いてそのまま再録したものであり、教育的配慮においてこれらの二つの担保に関する条文の条文番号を維持しようとしているということである。しかしながら、われわれは次のことを忘れてはしないだろう。すなわち、独立担保に関する民法典二二三二条の形式的な規定方法について、準備草案は、三項ではなく二項に抗弁の対抗不能という主要な準則をおくことにしたのである。このような規定順序の前後入替えのほかに、準備草案の起草者は、不完全な文言を修正している。すなわち、受益者と要請者の「共謀」(collusion)という文言は、よく言っても、詐害 (fraude) 概念に対して蛇足となり、悪く言うと、実務の現実と少々ズレているように思われる。⁽³⁶⁾ 準備草案二二三二条三項は、より簡潔に、担保提供者は、「明らかな濫用又は詐害の場合には義務を負わない」と規定する。一部の学説は、改正の推進者が、居住

用賃貸借における独立担保の利用に関する特別の準則⁽³⁷⁾や、消費信用に関して存在する禁止⁽³⁸⁾以外の場面で、自然人による独立担保の引受けをできる場合を枠づけ、あるいは一律かつ単純に禁止するために、現行規定について熟考する機会を捉えなかつたことは驚きであると評している⁽³⁹⁾。そして実際に、自然人が念書を発行しようとするときにも、多かれ少なかれ一般に、保証のみすることができるとすべきである⁽⁴⁰⁾とつけ加える論者もいる。これらの分析は、契約自由の極端な制限をもたらすだけでなく、副作用をもたらすものである。実際、国内法におけるこれらの担保の単純な禁止は、経済取引の主体が、自然人である担保提供者の候補者に対して、たとえば、指図や請合のように、潜在的にさらに危険な法的手段を強要することをたらしうる⁽⁴¹⁾。仮に独立担保と念書をより抜本的に規制することが絶対的に必要であるとするとするならば——これは自明の理ではないが——、最も賢明な方法は、ある論者が提案するように、保証の規定をより絞り込んだうえでその都度準用することによって処理することであろう⁽⁴²⁾。これに関係する条文を順不同で挙げると、民法典一四一五条によって規定される準則⁽⁴³⁾、人的求償と代位による求償に関する諸規定⁽⁴⁴⁾、また、「生存のための最低財産」の利益⁽⁴⁵⁾は、これら二つの担保に準用される

だろう。もちろん、比例性の要請⁽⁴⁶⁾、有効要件としての方式の要請⁽⁴⁷⁾、情報提供義務⁽⁴⁸⁾、代位の利益⁽⁴⁹⁾のような他の規定は、独立担保のみを対象とするだろう。もっとも、どの条文が明らかに準用対象となりうるかについてだけでなく、場合によっては、保証制度の前述の様々な点の準用に当たって独立担保と念書をどう区別すべきかについても学説が一致していないため、このような試みは非常に困難なものになっている。この文脈において、「新」グリマルディ委員会は、同委員会が「人的担保⁽⁵⁰⁾」として与えた定義に、少なくとも部分的に含まれる他の担保の制度、すなわち「物上保証」に一層の配慮をしている。

8. 準備草案の起草者は、他の論者と同様に、他人のための物的担保が人的担保と物的担保の対比を乗り越えたものであることを確信して、他人のための物的担保のハイブリッドな性格を強調し、複合的な制度を認めようとしている⁽⁵²⁾。二〇〇五年以来、判例は、この信用担保を「純粋な物的担保」とする分析をかたくなに貫き、さらに、最近は、破産院が他人のための物的担保の設定者から代位の利益を奪い取るに至っているが、準備草案は、このような疑わしく、異論の多い判例に見切りをつけ、当該担保を保証の軌道に戻そうとしている。そして実際、この契約が、保証の

性質と物的担保の性質を同時にそなえていることをどうやって否定するのだろうか。すなわち、一方では、この契約は、他人の債務を担保し、担保設定者の財産を他人の支払不能の危険にさらすものである限り、保証としての性質を備えている。この義務が及ぶ対象が設定者の積極財産の一つに限られるかどうかは重要ではない。一つであっても資産の大部分であり得るからである。他方では、この担保が、設定者の全資産を引き当てとすることなく、ある財産の価値を優先的・排他的に充当するという点で、この契約は物的担保の性質も備えている。そうすると、とりわけここでの問題は、この人的担保に固有の準則と、設定者の都合に合わせて設定された物的担保に関する規定を連携させる要請⁽⁵⁵⁾に関係する。また、担保設定者が原則的に保証法に固有の防御方法や求償を享受できるようにするために、対象となる仕組みの分配法則と相互作用を確保する仕組みを考案することもしなければならぬ。過去の多くの紛争に照らすならば、「新」グリマルディ委員会が物上保証の制度に適用されない保証法の条文をより明確に示しておくべきであったことは、疑いないだろう⁽⁵⁶⁾。このように、——人的または物上——保証契約は光栄にも準備草案の対象になったが、準備草案が物的担保法についても局所的に条文

の手直しを行ったことを忘れてはならない。

II 局所的に手直しされる物的担保法

9. 物的担保は、二〇〇六年に本格的に刷新されたことから、改正の推進者によって単なる調整の対象となつていない。本準備草案は、ここでは、内容をそれほど改革しようとするものではなく、二〇〇六年三月二三日のオールドナンスの成果をより明確かつ強固にするために断固として発展させようとするものである。このようにして、本準備草案は、フランス法が一元的な物的担保 (*sûreté réelle unique*) を受け入れるべきだと主張する一派からすると、その望むところからは懸け離れたものとなっている。もともと、一元的な物的担保という考え方は、多くの点から批判され得るものではある。その意味で、準備草案は、伝統的な物的担保 (*sûretés réelles traditionnelles*) の完成に注力を傾けつつ (A)、排他的な物的担保 (*sûretés réelles exclusives*) の推進を確保しようとしてゐる (B)。
- A. 伝統的な物的担保の完成
10. 伝統的な物的担保を完成させようとする配慮は、準備

草案において、いくつかの異なる形でなされている。「設定者からの占有移転を伴つて債務の担保として不動産を充当すること」を実現する契約を示す表現として、不動産質につき、*« gage immobilier »* に代えて *« antichrèse »* という呼称を正式に復活させる点は、それはそれで歓迎できるが、特に注目すべき点は、改正の推進者が、物的担保の領域に多数存在している特別な制度を廃止しようとしていることである。旅客の荷物に対する宿泊業者の先取特権など、いくつかの担保は用いられなくなつてきていることから、改正準備草案は、それらの廃止を提案している。⁽⁵⁸⁾

二〇〇六年改正によって新たに一般法としての質権制度が導入されたことから不要となつた担保についても同様の運命をもたらしている。ここで想起されるのは、戦時品在庫ワラント (*warrant des stocks de guerre*)、産業ワラント (*warrant industriel*)、ホテルワラント (*warrant hôtelier*) である。*« s'agit de »* の法律上の大掃除という目的に照らせば、改正を利用して、かさばつて邪魔となつた商法典上の「在庫質権 (*gage des stocks*)」を廃止してしまつた方が適切であつたことは疑いないだろう。⁽⁶⁰⁾ 他方、準備草案が規定する準則からあらゆる結論を導き出した結果として、商事質権の廃止が提案される。というのも、準備

草案が、商事質権に結びつけられた特別な実行方法——設定者になされた単なる通知から八日後に公売をなす方法——を、事業目的で設定されたすべての質権に拡大することができるとしているからである。⁽⁶¹⁾最後に、パクト法六〇条が、動産担保の簡素化の動きは、民法典上、商法典上および通貨金融法典上の特別担保の制度の改変によっても実現されると強調している点にも留意しなければならない。⁽⁶²⁾自動車質権の状況に変化があったことから例外となるが、この点について改正準備草案は沈黙を守っている。その結果、現段階で、当該改変が正確にどの領域でなされるかを明確に突き止めることは難しい。

11. 伝統的な物的担保の公示方法は、第三者に向けられた法的武器であるが、準備草案によって簡略化されている。かくして、準備草案は特に動産物的担保について公示の仕組みの合理化を提案している。具体的には、今日、商事裁判所書記課になされている非占有動産質権の公示を唯一の登記簿 (registre) として、それらの登記 (inscriptions) を集中化することである。グリマルディ委員会によって、農業ワラント、石油ワラント、在庫質権、民事会社持分権質権 (nantissement de parts de société civile) および設備機械質権 (nantissement de matériel et outillage) が対

象とされている。自動車質権についても解決を広げるのがよいと考える人々もいる。もつとも、この準備草案において、自動車質権は特別担保としては消滅しているのであり、対抗の特殊な方式に関する規定の対象となっているにすぎない。⁽⁶³⁾このような統一化された公示が関係するのは、有体財産についての担保のみである。それは、このような性質を有する一般化された公示手段の導入は、特に債権に関する担保については、債権に関する紛争の予防や解決につながるという、公示により得られるメリットはあまり大きいもののだとはいえず、信用コストを増大させることとなってしまふという論拠に基づくものである。占有質権について、準備草案が、「第三者の手元への占有移転は、その第三者が財産の実効的な管理をなし、かつ設定者がその義務を遵守するよう留意することを条件に、財産の移転なくしても行うことができる」と規定していることも指摘しておこう。⁽⁶⁴⁾民法典の中に、債権者が、住居すなわち設定者の事務所における第三者占有委託を伴う質権 (gage avec enticement) を取得する可能性を明文で規定することは、これを頻繁に利用している信用機関を満足させうるものである。⁽⁶⁵⁾ところで、不動産物的担保の対抗のルールもまた、起草者の関心事であった。この点に関しては、準備草案は、

不動産特別先取特権を法定抵当権に変更することを提案している⁽⁶⁶⁾。その結果、今後は、登記は発生原因事実の日付に遡及しなくなり、登記のみで順位が決定されることになる⁽⁶⁷⁾。公証人や信用機関はこの方向性に動揺してはいないようである。それは、現行規定から真の実務上の有用性は導かれず、複雑さの要因となり得るといふ論拠に基づく。実際には、関係する実務家の唯一の心配事は、国が、この変更を利用して、現行の資金貸付の貸主の先取特権の魅力的な費用を値上げすることにある。しかしながら、不動産物的担保の対抗のルールの簡略化は次の場合にも現れている。それは、準備草案が、最初に取得していた完全さにおいて再設定される充当抵当権と競合する場面において、保全抵当権および国庫または社会保障機関の法定抵当権に現在適用されている順位に関する規定を、すべての法定および裁判上の抵当権に拡大する点である⁽⁶⁹⁾。それゆえ、簡潔に述べるならば、充填合意の登記の遡及効は失われることになる。

12 民法典二三二五条の草案において一般的な形で肯定されているが、担保に供された財産を設定者が処分する権限は、複数の伝統的な物的担保の制度の中で認められている。この管理の自由は、たとえば代替物の占有または非占有質権の設定者だけでなく、⁽⁷⁰⁾ いまだ通知がなされていない債権

の質権の設定者によっても享受される⁽⁷¹⁾。この点について、次のことを指摘しておこう。すなわち、通知がなされた場合に、「設定者は、金銭受領権限を付与された金融機関において開設された非流動性預金口座 (compte bloqué) 上に金銭を保存するか、又は、担保を実行するために金銭の交付を請求してくる質権債権者に金銭を交付する」という準則に反して、当事者は契約によって異なる解決を定める権能を有する。この権能によって、特に、定期的に更新される大量の債権に質権が設定される案件において、設定者が、質権の設定された債権について受領した支払金を自由に処分する権限を有しようことになる⁽⁷²⁾。

13 その他の改革の中では、改正準備草案は、質権の実行を容易にしようとしている。なぜなら、準備草案二三四六条二項は、「質権が事業目的で設定されたときには、債権者は、債務者及び場合によっては質権を設定した第三者に対して単なる通知をなした八日後に、公証人、執達吏、裁判上の競売人 (commissaire-priseur judiciaire) 又は宣誓商品仲買人 (courtier de marchandises assermenté) によって、質権が設定された目的物の公売の手続きをなさしめることができる」と規定しているからである。債権者の権限の改善は、この文脈においては、設定者が不履行と

なつたときに、充当された財産の売却を裁判所に命じてもらう必要がもはやなくなつた点に見出される。確かに、ここでは債務者への通知をすれば財産の売却が許されるとする任意売却条項 (clause de voie parée) を明文化することにより強制売却手続をより簡略化することも可能ではあつた。しかしながら、この条項を利用することが設定者や設定者の他の債権者から不当に財産を奪うことがないかどうかを確認しなければならぬという点において、この条項には異端のにおいがする。⁽⁷⁴⁾隣接する領域である流担保条項については、民法典草案二三四八条二項が、「この条項は、二三四六条に従つて質権の設定された財産の売却を遂行する債権者の権利を害しない」と規定している。それはつまり、流担保条項の存在が、債権者が他の質権実行手段に依ることを妨げないことを明文で認めているということである。したがつてこの点について存在していた学説上の争いはもはや存在意義がなくなり、⁽⁷⁵⁾ここでは立法者によつてもたらされる解決の柔軟性は歓迎することができよう。

他方、改正準備草案が、質権債権者を利するとされる優先権を強化しようとしていることは疑いない。この強化の方向性は、とりわけこの担保の目的資産を拡大することに

よつてなされる。すなわち民法典二二三三—一一条は、「質権は、用途により不動産化された動産を目的とすることができる」と宣言している。風力発電機の建設への融資を想起するとき、実務は、この規定の追加には無関心ではないだろう。この規定によつて、具体的に、動産が不動産化する前後いかんにかかわらず当該動産に質権を設定することが可能になる。それはそうである。というのも、この場面においては、タービンが、担保が設定される資産の構成部分の中で最も高額であり、かつそれが用途による不動産化の対象となるからである。条文はその問題を解決していないが、同一の資産につき設定された抵当権との間に競合が生じるとしたならば、登記の順位に応じて解決がなされるのが妥当であろう。他にも、非占有質権の実行は、準備草案が、動産担保の滌除の手続を制度化したことによつて簡易化される。⁽⁷⁶⁾同手続は、「動産については占有が権原に変わる」との規定を有効に援用する権利を転得者から奪うことによつて、公示された質権の転得者への対抗を認めたのみであつた二〇〇六年改正の欠缺を埋めるものである。

14 質権設定者が担保に供された財産の強制売却から得た価格上に優先権を行使することができることに加えて、周知のとおり、伝統的な物的担保は、担保権者がときに著し

く有利な排他的な状況を享受しうることも認めている。この点については、準備草案は、残念なことに、二〇〇八年八月四日法律七七六号によって非占有担保に結びつけられた邪道な擬制留置権 (fictionnelle) の廃止を強く勧めてはいないが、いくつかの改善点を検討している。まずは、有効に通知された債権質権の名義人の権利の性質をめぐらるあらゆる紛争を回避するという賞賛すべき目的で、民法典二二三六三条一項の草案は、質権が設定された債権の弁済を求める権利が存在することを明文化している。しかしグリマルディ委員会のメンバーは、より踏み込んだ改革を提案した。すなわち、設定者について裁判上の清算手続を開始されたときには、裁判による付与 (attribution judiciaire) や流担保条項の完全な有効性を認めるというものである。⁽⁷⁹⁾ 実際、現行法は、裁判による付与の権能を唯一質権債権者に対してのみ認めており、これに対し、流担保条項の実行可能性については、全ての者に対し、関係する手続のいかんを問わず、拒絶している。⁽⁸¹⁾ しかしながら、それらの改革が採用されるべきであったとしても、先取特権債権者にとって潜在的に危険であると考えられる人々がいる。そして、事実、担保権における排他性の発展は、しばしば論争の原因となっている。⁽⁸³⁾ いずれにせよ、準備草案の起草

者は、是が非でも、排他的な担保を推進しようとした。

B. 排他的な物的担保の推進

15. 排他的物的担保の推進は、それらの担保の制度を改善しようとする改正担当者の意図によって、また民法典の中に所有権担保 (propriétés sûretés) の新たな形式を創設しようとする選択によって示されている。改善の第一の柱は留保所有権に関する。準備草案の二二三六七条二項は、「反対の規定または条項がない限り、担保は被担保債権に付従する」との一般原則の一つを示して、「所有権留保は、原因の如何を問わず、その債権の消滅によって終了する」と規定する。この規定は、被担保債権が完全になくなった (disparu) 場合にも、所有権留保条項の存続を認めてきた一連の疑わしい判例に終止符を打つことを目指している。これらの判例には、一つは二〇〇五年七月二六日改正以前の法の下で取得者 (留保買主) について開始された倒産手続において売主による被担保債権の届出がなされていなかったことを理由とするもの、⁽⁸⁵⁾ 二つには取得者について行われる個人再生手続 (Procédure de rétablissement personnel) において被担保債権が消えたこと (effacement) を理由とするものがあつた。⁽⁸⁶⁾ これらの判例

における誤った推論は、これらの状況にもかかわらず効力が残るとされる担保の受益者は、債権の完全な弁済を得るまで担保目的財産の完全な所有権者であり続けるといっているのであるが、驚くべきことに、その債権は消滅 (extinction) の対象になっている点に起因する。そこで、裁判官は、自らが出した諸概念とのうわべだけの一貫性を取り繕うために、全く技巧的に、当該債権は便宜上、実際には消滅していないと考える誘惑にかられたのであつた。⁽⁸⁷⁾

準備草案二二六七条二項が前記のようにこの法的な錯綜から抜け出すことを企図しているが、他の条文——準備草案二二七二条三項——も、同じ領域において、同時に理論的な面からも実務的な面からも批判されてきた判例の悪習に終止符を打とうとするものである。破産院が、担保目的財産の第三取得者が、転売代金が発生する場合に第三取得者に請求する留保所有権者に対して、当該資産の価値を下げる恐れのある欠陥に基づく抗弁を対抗する道を閉ざしていることは誰もが知るところである。⁽⁸⁸⁾ よく考えてみると、担保名義人がここで利用できる物的代位が、第三取得者が転売の時点で転売人に対して有効に行使し得たはずの防御手段を突然奪い、第三取得者の権利を変質させる可能性があるあることを認めることには、気がかりな点もある。それは

つまり、文脈的な要素による説明を欠いたまま、物的代位の法的メカニズムが基礎とする中立性という伝統的な性質がここでは失われるということである。より具体的には、担保の実行が、この領域において確立されてきた諸原則に反して、債権者の不当な利得の媒介となっていることを裁判所の判決が導いていることを確認せざるを得ない。転得者が公人である場合に抗弁の対抗を進んで認めるコンセンユ・データの分析⁽⁸⁹⁾を重視して、改正草案は、「転得者又は保険者は、債務に内在する抗弁及び移転を認識する前に債務者との関係において発生した抗弁を、債権者に対抗することができない」と規定した。この原則は、代位の一般制度に調和的に合致するにとどまらず、草案によって表明された一般原則の一つ、すなわち「担保は債権者にいかなる利得も生じさせない」との原則を適用するものとなっている。

16. 改正推進者の所有権担保 (propriétés-sûretés) の制度を完成させようとする希望は、信託担保契約 (contrat de fiducia-sûreté) に関して提案された変更を考察することによっても明らかにされよう。度重なる改正にもかかわらず、⁽⁹⁰⁾この担保の制度の中には一定の不完全さが残っていることを考慮して、推進者は、実務家の期待に完全に応える手段を提供するためにその改善を模索した。⁽⁹¹⁾ その意味に

において、草案は、信託担保の設定時に担保に供された財産の価値の鑑定を義務づけていたがそれを廃止⁽⁹²⁾、そうすることによって、この所有権担保の制度をフランス法の他の担保の制度と同列に並べることとした。というのは、フランス法の他の担保の制度においてそのような鑑定が有効要件として必要とされていないからである。しかしそれにとどまらず、草案は実定法が課しているその他の方式も廃止しようとしている。それは、登録された書面で信託契約から生じる新たな受益者への権利の移転を確認する義務が当事者に課されている点である。ここにおいて、この規定によってもたらされる困難さは、登録の費用——実際にはかなり少額であろう——というよりも、信託受益者である債権者がその権利を譲渡しようとするとき、設定者の同意を得ることが要求されている点にある。かくして、検討された変更は、シンジケートによる信用供与がより柔軟に機能することを狙ったものである。最後の改革点——最重要の改革点である——は、信託担保の実行に関連しており、債権者が担保目的財産を処分する権限を行使することになる際に、債権者にさらなる自由を与えようとしている。信託担保契約においてそれが予め定められている場合には、受託者は担保に供された財産を、専門家によって定められた

価格だけでなく、「受託者の責任において、財産の価値に相当すると評価する価格」で有効に売却することができるようになる⁽⁹³⁾。このとき、「正当な価格」で売却がなされたことを証明するのは、受託者においてである。この提案は疑問の余地なく実務の要請に対応したものと見えよう。信託に供することができる一定の財産——たとえば株式やその他の金融証券——の価値は、著しく急激に変化することが知られている。債務者が不履行に陥った場合に、受託者ができるだけ最良の条件で当該資産を換価できることはすべての者にとって利益となる。このとき必要とされる即時の対応力は、鑑定を利用する要請や、それゆえ、専門家が定めた時点での価値を尊重する要請とは相いれないものである。実のところ、草案二二七八条四項によって、一方で、担保目的財産の売却について受託者に与えられた自由と、他方で、設定者のみならず他の債権者の権利の保護との間の均衡は達成されているように思われる。ところで、さらに一歩進めて、類似の理由により、他の伝統的な物的担保についても、同様の均衡を備えた解決を検討すべきだったのではなかろうか。われわれにはそう思われてならない。確かにここで、任意売却条項を原則として認める方向が開かれたこととなるだろうが、このような方法は、民

事執行手続の公序としての性格を歪めることとなるため⁽⁹⁵⁾、評判がよくなることはない。しかしながら、たとえば事業者間の関係において、この条項を残しつつ、より厳格に規制していくことを禁ずるものは何もないだろう。いずれにせよ、この点について、改正の推進者はルビコンを渡ったわけではない。彼らが、一般法上の担保目的での債権譲渡をフランス法に組み入れることを提案したときの方が、もっと大胆であったことは疑いない。

17. 契約自由の原則がフランス法に行き渡っていると考えられているにもかかわらず、裁判官が一般法上の担保目的の債権譲渡を債権質権と再性質決定しようとしていたことから、破毀院商事部の判例が一般法上の担保目的の債権譲渡を認めることに敵意を示していることは明らかである。⁽⁹⁶⁾

二〇一六年二月一〇日オールドナンス一三一号により、債権譲渡が売買から独立して規律され、かつこの契約が代金という対価なくしてなされ得るようになったので、同改正に照らせば、担保目的の債権譲渡が暗に許容されていると論じることができたにもかかわらず⁽⁹⁷⁾、改正準備草案は、明白に、このような他の潜在的機能を明文化する立場をとっている。⁽⁹⁸⁾

こうした立法による明文化が屋上屋を架しているように

映る法的状況において、このような選択の妥当性が議論され得たのは当然のことである。より正確に言えば、ダイイ法上の譲渡の適用領域が大きく拡大されたこと⁽⁹⁹⁾、二〇一七年一〇月四日オールドナンスによって信用機関のための非事業債権の譲渡が明文化されたこと⁽¹⁰⁰⁾、また、一般法上の債権質権がその受益者にダイイ法上の譲渡の譲受人に認められる特権に類似する排他的な権利の付与を認めることは、この領域の現状維持に賛成するための論拠として挙げることでできた。しかしながら、担保法におけるモデルの多様性というフランスの伝統に固執し、かつ経済主体に種類の豊富な選択肢を提示するという配慮から、改正草案の起草者がこれらの反論を克服することを選択したことは、賢明である。そもそも、債権質は、担保目的の債権譲渡とは反対に、資産の所有権のなんらの移転も伴わないので、債権質権と担保目的の債権譲渡との類似性を過度に強調すべきでないとするのは適切である。これらの技術的な区別に加えて、外国の投資家に対して、フランス法の質権は、それぞれの国の立法においてたいいていの場合に認められている信託的な移転と全く同等な特権を認めるといって説得することに実際上の困難が伴うことを考慮すると、一般法上の担保目的での債権譲渡を明文化することは、フランス法を

さらに魅力的なものにするという目的によって十分に正当化される。

18. 二〇一七年版の改正準備草案は、預金通貨質権 (nantissement de monnaie scripturale) に関する特殊な制度を提案している⁽²⁰⁾。この預金通貨質権は、質権の対象となる現金通貨が非流動性口座に存在する点で、債権質権の変種にすぎない口座質権 (nantissement de compte) の制度とは異なるものである。これに対し、準備草案は、担保

目的の金銭所有権の移転 (transfert de propriété de sommes d'argent à titre de garantie) について特別の規定を挿入することは予定していない。換言すれば、改革の推進者は、「現金質権 (gage espèce)」が、本質的に当事者が自由に作動させる契約メカニズムに属する点を考慮して、厳格すぎると評されている法規範の総体で締め付けることを望まなかったわけである。それでもなお、実務は、破毀院が、この新しい質権の存在によって、将来的に所有権移転構成による「現金質権」を用いることができないと考える危険性を強調して、このような見直しにおびえてい。最終的な調整としては、口座質権および預金通貨質権と併存することになるこの担保に固有の制度を定めることが、この懸念に対する一つの回答を提供しているように思

われる。この文脈においては、その法的支柱をなすのは、この担保が当該金額の所有権の移転をもたらし、特段の合意のない限り、債務者の不履行によって支払残額に当該金銭が充当されることからすれば、受益者がこの財産を処分できることとなるという事実である。その結果、債権者の返還義務は相関的に縮減されることになる。

19. 準備草案は、現行法(従前の法)との断固とした決別を示すような真の改革——とりわけ、あらゆる性質の有体財を受け入れることができる一元的な物的担保の創設——を放棄しているが、準備草案が野心を欠いていたと非難する者もいるだろう。やはり、新グリマルディ委員会の工程表には、担保法の最もよく確立した基礎を覆すことを全く検討しなかったことは念押ししなければならない。最も基本的な点では、いくつかの局所的な批判を免れることはできないとしても、準備草案は、控えめに言っても混乱しあちこちに散った保証制度の秩序を立て直して秩序を再構築するとともに、物的担保法に顕著な改良をもたらすという点において高い評価に値する。とりわけ、準備草案を全体としてみれば、当事者の創意を極端に制限するものではない。たとえ立法者が時として実務に与えた自由に直面して実務がある種の弱腰となってしまうことを確認できたとし

ても、本稿の執筆時には、担保代理人 (agent des sûretés) の制度がそれなりに成功していることが示しているように、多様な需要があるということは、非常に多くの可能性を開かせてくれる。金融の専門家が直面する複雑な状況に対応するために多様かつ改良された手段を提供する意図に照らして、準備草案は歓迎されるべきである。ピエール・クロック教授の影響を受けたこの改正によって、十分に柔軟かつ現代的な担保法を備え、将来の国際条約に影響を与えることになるかどうかは、まだわからない。フランス法がそのような形で成功することを願うばかりである。

(1) 特に、O. Gout. « Quelle réforme pour les sûretés dans la loi PACTE ? », *AJCA* 2019, p. 264 ; Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *JCP N* 2019, 1208 を参照。

(2) 政府には、「物的担保又は人的担保の利用を容易にするために、それらに関する私署証書の電磁的方法による締結に関する民法典の規定を現代化すること」が認められつつある (L. n° 2019-486, art. 60, I, 13^o)。現行規定については、G. Chantejé et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans*

l'ordre du code civil, 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 462 参照。この指導原理の追加による元の版の修正をみてみると (Amendement n° 2584, 21 sept. 2018)、「特に銀行との関係において電磁的な方法での取引を活性化するために、担保法について予定される改正の枠組みの中で、電磁的方法による担保の設定の可能性を大きく広げることについて考察されることが時宜にならっているだろう」と強調されている。

(3) 特に、M. Grimaldi, D. Mazeaud et Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés », *D.* 2017, p. 1717 参照。同様に、条文に「M. Julienne, « Vers une réforme des sûretés », *JCP N* 2018, n° 38, act. 739 参照。

(4) 司法省のサイトは、「法務省によって検討されている改正草案は、アンリ・キャピタン協会の支援の下、ミッシェル・グリマルディ (Michel Grimaldi) 教授が委員長を務める作業グループの成果に部分的に影響を受けるであろう。その作業グループには、司法省民事局 (Direction des affaires civiles et du Sceau) から、二〇〇六年の改正を完成することを可能とするような提案を定式化する任務が与えられていた」と強調している。

(5) そして、実際に、担保法改正が倒産法に目もくれないことがいかに問題であるかが指摘されている。「この点に

- らうは、R. Dammann et M. Guernonprez. « Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2018, p. 1160 ; A. Bézert. « L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant : un coup d'épée dans l'eau ? », *RLDC* janv. 2018, p. 48 参照。
- (9) 々の意味にらうは、P. Crocq. *Rapport de synthèse. Rev. banc. et fin.*, 2018, dossier 34 参照。
- (7) 々の問題にらうは、特に、N. Borga. « Propos introductifs », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, Dalloz 2019, p. 5 et s. 参照。
- (8) 々の変遷の詳細にらうは、特に、L. Aynès et P. Crocq. *Droit des sûretés*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2019, spéc. n° 775 参照。
- (9) 二〇一七年フランス担保法改正準備草案（以下の注において、「準備草案」と表記する。）民法典二二八六—二条から二二八六—四条。
- (10) 準備草案民法典二二二四—二二二六条から二二二六—二二二七条。
- (11) 々の問題にらうは、P. Crocq. « Rapport de synthèse », in *Vers une réforme du droit des sûretés*, Colloque de la Fédération bancaire française du 24 octobre 2017, *Banque et Droit*, n° 176, 2017, p. 4 et s. 参照。
- (12) たとえば、民法典二二八六—二条の草案において認められている「従物は主物に従う」との原則は、「反対の条項又は規定がない限り」適用されると言われている。これらの要件において、当初の被担保債権が消滅したときに担保も消滅するとの原則に対する例外を設けることを禁止するものは何もないと思われる。このような視点から、特定可能性の原則 (principe de déterminabilité) がもたらす当初の被担保債権を対象としたものであると理解するならば、そこからさらに一步踏み込んで、準備草案がすべての物的約定担保を充填可能とすることを認めたものと考えることに躊躇しない者もいるだろう。
- (13) 々の問題にらうは、特に、Ph. Simler, 2006, « Une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N* 2016, n° 1109 参照。
- (14) 準備草案は、いくつもの主要な定義を民法典に組み込むという選択によって特徴づけられる。例として念頭に浮かぶのは、人的担保（準備草案民法典二二八六条一項）、保証（準備草案民法典二二八八条）、副保証（準備草案民法典二二九二条）、求償保証（準備草案民法典二二九三条）の定義である。
- (15) たとえば、準備草案民法典一八四四—一八四四—一条は、当事者の一方についてその法人格の消滅をもたらす吸収合併の保証取引に対する影響に関する判例法理を明文化し

ようにするものである(この問題については、とりわけ、Ch. Albigès et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2019, 特に、¹⁶ 222. 参照)。改正草案の起草者は、おそらく、今回の改正を利用して、債権者が吸収される場合に担保する債務が機械的に消滅するという準則を見直すことができたはずだろう。実際、周知のように、とりわけ大量の保証についての権利者である銀行について合併が生じるときに、この解決には非常に多くの難点がある。その最たるものとして、このような状況においては、保証人は一般に期間の制限なく保証し、それゆえ、保証人が保証契約の解約権を有しているのが通常であるという事実を意識しておかなければならない。

(16) 先述本文1参照。

(17) 二〇〇五年グリアルムレイ委員会による提案に関するコメントについては、M. Grimaldi, « Orientations générales de la réforme », *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 50 ; P. Simler, « Les sûretés personnelles », *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 55. V. égal. P. Simler, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le code civil, 1804-2004*,

Dalloz, Litec, 2004, p. 373 参照。

(18) 準備草案民法典二一九八条。

(19) 準備草案民法典二三〇一条。

(20) 準備草案民法典二三〇三条。

(21) 準備草案民法典二三〇四条。

(22) 準備草案民法典二三〇一条。多くの論者にとつては、比例性を欠く保証の完全な無効化という二〇〇三年八月一日法によるサンクションは、その過激さが欠点であるとされていた(P. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, spéc. n° 880 ; M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 6^e éd., 2018, n° 277 ; N. Mathey, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *RD banc. fin.*, 2012, Dossier 41 ; G. Piette, « La sanction du cautionnement disproportionnée », *Dr. et patr.*, 2004, p. 44 参照¹⁷)。実際、裕福な保証人が、その資産よりもさらに高額の義務の引受けを承諾したという理由で結局免責されてしまうことはショッキングであるように思われうる。いずれにせよ、論者の中には、準備草案の提案する単なる減額では、保証人にならうとする者に過大な義務負担を依頼することを債権者に思いつくまらせるための予防策としては十分でないことを案じる者がいることに変わりはない(この意味で、Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *loc. cit.*, n° 12. Comp. A. Gouzeil et L. Bougerol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.*, 2018, p. 678 et s. 参照¹⁸)。

この批判が適切であるかどうかを議論するには、同条が、過大の程度に応じた減額を必須としているのかをさらに確かめなければならないだろう。しかし、同条の文言はこの点について明らかにしていないため、場合によっては、裁判官が評価権限を有するようになるだろう。

(23) 々の問題に「L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 297 et s.」を参照。これに加え「D. Legeais, « Proportionnalité et cautionnement ou l'histoire de deux parallèles qui se croisent », *BICC* 15 oct. 2013, 22 s.; A. Perin Dureau, « Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions », *JCP E* 2016, 1304」を参照。

(24) 々の意味に「A. Gouézel et L. Bougetrol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *loc. cit.* : M. Bourassin, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 24」を参照。

(25) 々の問題に「Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n° 257 et s.」を参照。

(26) 準備草案の文言は「あらゆる自然人保証人を区別せず

に含んでおり、そのうえ、自然人保証人と契約を締結したのが「事業者たる債権者」であるか否かも重要でないで、担保提供者の保護を「素人」保証人のみに制限しているわけではない。グリマルディ委員会によって考えられた措置は、二〇〇三年八月一日デュトレイユ法に由来する準則（現消費法典L. 三三三―一条）の内容と比べると、より柔軟な法規定の導入を推奨するものであるが、グリマルディ委員会の予定する適用範囲は上述の現行規定よりも広いことも心にとめておかなければならない。それゆえ、「素人」保証人ないし事業のためにする保証人からこの種の保護を奪ってしまう方が一般的に好ましかったのではないかという悩ましい問題が生じる。多様な保証人を区別するために用いられる基準が多少洗練されるべきであることを強調するという留保付きではあるが、このように考えることは禁じられているわけではない（この問題に「O. Riffaud-Longuespé, « Caution avertie : une approche pragmatique et équilibrée », *Banque*, mars 2018, p. 62」を参照）。より根本的に、ある論者が非常に正当にも念押ししたように、「これらの様々な規定の民法典への移動は、政治的に、「現行規定による保護と…記者注」同等またはそれ以上のレベルの保護をもたらすことしかできなく（下回ってはならぬ）」（Ch. Gijbers, « L'influence de la future réforme

- des sûretés sur la banque de détail », *Rev. dr. banc. et fin.* 2018, dossier 28, spéc. n° 13)°
- (27) 特に、*Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. Crocq (dir.), éd. Lamy, 2012, spéc. n° 84 参照°
- (28) 々の意味にさうして、J.-D. Peller. « Une certaine idée du cautionnement », *D.* 2018, p. 686 et s., spéc. n° 6. 参照°
- (29) 特に、主たる債務者に支払を請求する権利の債権者による放棄にさうして、破毀院商事部二〇〇七年五月二二日判決 (n° 06-12196, *D.* 2007, p. 1999, note O. Deshayes, et 2008, p. 2104, obs. P. Crocq ; *AJDI* 2007, 759 ; *RTD civ.* 2007, p. 805, obs. P. Thery, et 2008, p. 333, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2007, p. 833, obs. A. Martin-Serf, et 2008, p. 172, obs. B. Bouloc) 参照° 詐欺にさうして、破毀院混合部二〇〇七年六月八日判決 (n° 03-15602, *D.* 2008, 514, note L. Andreu, *D.* 2007, p. 2201, note D. Houtcieff, *D.* 2008, p. 871, obs. D. R. Martin et H. Synvet, *D.* 2008, p. 2104, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2008, p. 331, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2007, p. 585, obs. D. Legeais, et *RTD com.* 2007, p. 835, obs. A. Martin-Serf) 参照° 融資の濫用的な打ち切りにさうして、破毀院商事部二〇〇九年九月二二日判決 (n° 08-10389)° 事前和解条項にさうして、破毀院商事部二〇一五年一〇月一三日判決 (n° 14-19734, *D.* 2016, p. 628, note
- V. Mazeaud, *D.* 2016, p. 1279, obs. A. Leborgne ; *D.* 2016, p. 1955, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2015, p. 917, obs. P. Crocq, *RTD civ.* 2015, p. 932, obs. P. Thery, *RTD civ.* 2015, p. 2016, 114, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2016, p. 177, obs. B. Bouloc) 参照°
- (30) 実際のサービス、一八〇四年の起草者の考えでは、人的抗弁とさう呼称は、本質的には主たる債務者が無能力、より正確には未成年である場合に限定されうるものであった。々の準則の目的は、抗弁の対抗不能という仕組みにさうして、保証の提供によつて無能力者である債務者が融資を得るサービスを可能にするサービスにたからである。々の問題にさうして、A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, LGDJ 2010, spéc. n° 79.
- (31) 特に々の問題にさうして、D. Houtcieff. « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », *RD banc. fin.* 2012, Dossier 38 ; P. Simler. « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », in *Mélanges G. Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 497. V. cep. L. Andreu. « La caution et le dol subi par le débiteur », *D.* 2008, 514 ; C. Grimaldi. « Le cautionnement, l'engagement et l'obligation », *RDC* 2008, n° 3, p. 702 ; D. R. Martin, obs. sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *D.* 2008, p. 871 参照°
- (32) 特に、破毀院第三民事部二〇一五年二月一九日判決

(n° 1327691, D. 2015, 964, note P. Thery ; D. 2015, 1339, obs. A. Leborgne ; D. 2015, 1810, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2015, 652, obs. W. Dross ; *Procedures* 2015, comm. 158, obs. C. Laporte ; *RD bancaire et fin.* 2015, comm. 95, obs. S. Pédélévère) 参照。同判決に *« par »* 「民法典二四六三条の適用により、所有権を濫除するための方式を満たしていない第三取得者は、支払い又は抵当不動産を委付する義務を負う。控訴院は、X氏が不動産の第三取得者すなわち追及権の債務者として追及されたことを指摘しており、差押えに相当する支払命令の取消請求を根拠づけるために被担保債権の時効を援用することには十分な根拠がないと正当に判断した」。破毀院商事部は、被担保債権の最終的な負担を第三取得者に負わせることとなるこのような解決を採用しなかった(破毀院商事部二〇一六年四月五日判決 [n° 1420467, D. 2016, 838 ; D. 2016, 1955, obs. P. Crocq])。

(33) 破毀院第一民事部二〇〇七年四月三日判決 (n° 06-12331, *Bull. civ.* I, n° 138 ; *JCP G* 2007, I, 158, n° 13, obs. Ph. Simler ; *JCP E* 2007, 1700, note D. Legéais ; D. 2007, p. 1572, note D. Houtciéff)。破毀院 *« par »* 「民法典二三七四条によって創設された先取特権の受益者であり、保証によって担保されている資金貸付の貸主は、保証人に対して、自己の先取特権を登記する義務を負う」。

(34) 破毀院商事部二〇〇三年五月一三日判決 (n° 00-15404, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; *JCP G* 2003, I, 174, n° 15, obs. M. Cabrillac ; *LP A* 24 nov. 2003, obs. D. Houtciéff ; *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 181, p. 287, obs. D. Legéais et comm. 192, p. 293, obs. F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2003, p. 803, obs. B. Bouloc ; *RTD com.* 2004, p. 156, obs. A. Martin-Serf ; *Defrénois* 2004, art. 37969, p. 889, obs. J. Honorat ; *LP A* 19 févr. 2004, p. 4, note E. Moutia-Bassiliana)。破毀院商事部二〇一七年三月八日 (n° 1429819) も参照。同判決は、次のように判示している。「質物の裁判による付与は債権者の権能であるにすぎないが、債権者が別途保証によって担保されている場合に、債権者は、この分配請求権を行使しないことによって保証人が享受し得た権利を保証人から奪ってしまったときは、「民法典二三二四条」の意味でのフォートゥを犯している」。これに対し、破毀院混合部二〇〇五年六月一〇日判決 (n° 02-21296 ; *Bull. civ. ch. mixte* 2005, n° 5 ; *Bull. inf. C. cass.* 15 juill. 2005, rapp. Cachet et concl. De Gouttes ; D. 2005, p. 2020, note S. Pédélévère et p. 2087, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2005, II, 10130, note Ph. Simler ; *JCP E* 2005, p. 1088, note D. Legéais)。

(35) 特に、破毀院商事部二〇〇三年一月二二日判決 (n° 00-21654, *Bull. civ.* IV, n° 8, *RD bancaire et fin.* 2003,

comm. 71, obs. D. Legéais : *RDC* 2003, p. 177, obs. D. Houtieff. 参照。同判決は、保証人が支払前に債務者に対して行使した訴権を「人的賠償債権 * créance personnelle d'indemnité *」であると判断した。この意味で、M. Cabrillac, C. Mouty, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 278 ²⁸参照。

(36) 実務上、本条「民法典現二三二二条二項」の非難する共謀は、受益者と要請者の間でよりも、むしろ受益者と担保提供者の間で行われる。したがってこれら二つの法主体の間でなされる悪意ある合意の被害者となるのは、伝統的には上述の要請者である。この意味において、D. Gallois-Cochet, « La garantie autonome et la lettre d'intention », *RLDA* 2007/4, p. 68 et 72 ; A. Prum, « La consécration légale de la garantie autonome », in *Études offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 413 参照。

(37) 賃貸借関係の改善のための一九八九年七月六日の法律第四六二号第二二一一―二二条によれば、保証金の預託(寄託)の代わりに独立担保を用いることができるが、その担保額は賃料一か月分の限度でのみである。

(38) 消費法典 L. 三二四―一九条。
 (39) この意味にすぎず、Ch. Juillet, « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *loc.*

cit., spéc. n° 3. 参照。ジュエエ教授による「実際、自然人が、保証よりもはるかに危険な独立担保を自由に引き受けることができるのは奇妙である。独立担保の担保提供者は保証制度が提供する保護を受けることができないうが、その保護の必要性がバクト法六〇条一号によってまさに再強調されている」。二〇〇六年の担保法改正の際にすでにこのことを指摘したためにも、J. Stoufflet, « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garantie issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 473, spéc. n° 10.

(40) 特に C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 580, 2018, spéc. n° 105 参照。

(41) この意味にすぎず、Ph. Simler, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indemnitaires, op. cit.*, spéc. n° 7. Adde, R. Cabrillac, « De la loi de substitution et de quelques-unes de ses applications en droit privé », in *Études offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 19 et s. 参照。

(42) この意味にすぎず、C. Albigès, « La garantie autonome et la lettre d'intention, quelle réforme ? » in *Quelle réforme pour le droit des sûretés* (dir. Y. Blandin et V.

- Mazeaud), n° 30 et s. 参照。
- (42) 独立担保の可否の判断しための引渡 破産院第一民事部二〇〇六年六月二〇日判決 (n° 04-11037, *Bull. civ.* 2006, I, n° 313 ; *JCP G* 2006, I, 195, n° 9, obs. Ph. Simler ; *JCP G* 2006, II, 10141, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 2006, p. 592, obs. P. Crocq ; *Défénis* 2006, art. 38469, p. 1616, obs. G. Champenois ; *RDC* 2006, p. 1193, obs. D. Houtcieff)。この場合は J. Piedelièvre, « De quelques difficultés posées par la souscription d'une garantie à première demande par un époux commun en biens », *JCP N* 1996, I, p. 1319 ; F. Jacob et N. Ronchevsky, *L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties*, Mélanges AEDBF, éd. Banque 2001, p. 197, V. aussi favorable à l'application du dispositif à la lettre d'intention, A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 1440 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 514 ; Ph. Simler, n° 1075 参照。
- (44) この意味にも引渡 Ph. Simler, *Cautionnement - Garanties autonomes - Garanties indémittaires*, *op. cit.*, n° 1037 ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 375 ; J. François, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, n° 480, 参照。
- (45) M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 700.
- (46) 特ダ Y. Pico, *Droit des sûretés*, PUF, 3^{ème} éd., 2016, n° 145, Comp. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse Paris II, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, n° 499 ; C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, *op. cit.*, n° 64 ; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, LGDJ, coll. « Bib. Dr. privé », t. 456, 2006, n° 852 参照。
- (47) 特ダ N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles - Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 82, 2009, n° 465 ; L. Andreu et J.-D. Peller, « L'incidence de la réforme du droit des obligations sur les sûretés personnelles », in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, LGDJ-Institut universitaire Varene, 2017, p. 521, n° 27 参照。
- (48) 毎年の情報提供義務の拡張には否定的であるが、主たる債務者の不履行に関する情報提供義務の拡張については賛成である引渡 N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles - Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, *op. cit.*, n° 483 ; M. Bourassin, *L'efficacité*

- des garanties personnelles, op. cit.*, n° 842. Comp. Y. Picod.
- Droit des sûretés, op. cit.*, n° 145 : Ph. Simler et Ph. Delebecque. *Les sûretés, la publicité foncière*. Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, n° 306 et 338 : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 556.
- (㉞) ㄱ의 債權主張은 ㄴ의 特別 M. Bourassin et V. Bremond. *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 698 : T. De Ravet d'Esclapon.
- Le droit commun des sûretés, Contribution à l'élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, thèse Strasbourg, 2015, n° 2346 : A.-C. Michel. *La concurrence entre les sûretés, op. cit.*, n° 61 : D. Houtcief. « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC*, juill.-août 2006, p. 31 et s., spéc. n° 16 : P. Puig. « Les garanties autonomes », *LPA*, 27 mars 2008, p. 9, spéc. n° 17. V. égal en faveur de l'extension de la règle à la lettre d'intention. J. François. *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 480. *Contra*, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel. *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 558 : Ph. Simler. *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit.*, n° 1053. Comp. G. Piette, V° *La lettre d'intention, Rep. com.*
- Dalloz*, 2007, n° 67 : Y. Picod. *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 156.
- (50) 準備草案民法典(二二八六一) 一条は次のように規定する。「人的担保は、債務を負わない第三者らよって債権者に対し引き受けられた義務であり、第三者は主たる債務者に対し引当債権を有する」。
- (㉟) 特別 J.-J. Ansaull. *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrenois. Coll. « Doctorat et notariat », t. 40, 2009 : P. Simler. « Le cautionnement réel est réellement - aussi - un cautionnement », *JCP* 2001. I. 367 參照。
- (㊱) ㄱ의 債權主張은 ㄴ의 J.-J. Ansaull. *Le cautionnement réel, op. cit.*, n° 366 et s. 參照。
- (㊲) 破毀院混合格二〇五年十一月二日判決 (n° 03-18210, *Bull. mixte*, n° 7 : D. 2006. 729, concl. J. Sainte-Rose : D. 2006, p. 733, note L. Aynès : D. 2006, p. 2855, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2006. 357, obs. B. Varelle ; *RTD civ.* 2006, p. 594, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 465, obs. D. Legéais : *BICC* n° 632, 15 janv. 2006, p. 44, rapp. Foulquière et avis J. Sainte-Rose ; *Defrenois* 2006, art. 38469, n° 56, p. 1600, obs. G. Champenois ; *Banque et droit*, n° 105, janv.-févr. 2006, p. 55, obs. F. Jacob ; *CCC* 2006, n° 61, obs. L. Leveneur ; *JCP* 2005, II, 10183, note P. Simler ; *adde* B. Beignier, « Bientenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. fam.* 2006. Étude 13)^o.

破産院混合部の表現による「他人の負債を担保するために同意された物的担保は、他人の債務を満足させるためのいかなる人的義務 (engagement) も (含むものはなく) したがって、保証ではない。保証は推定されないものである」。

(54) 破産院第三民事部二〇一八年四月二二日判決 (n° 17-17542, *RTD Civ.* 2018 p. 461, obs. P. Crocq)。

(55) 例えば、準備草案は「保証法の適用が物的担保法の不可分性を害すると考えているが (準備草案民法典二〇一〇七条二項)」、これはおおよそ間違っているが (準備草案民法典二〇一〇七条は「*sureté*」 J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel, op. cit.*, n° 517 et s.

(56) 々の意味に於て A. Gouézel et L. Bougetol, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678, 参考。

(57) 々の立場に好意的なものを、特に J. Riffard, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, préf. J. Stoufflet et avant-propos G. Rouhette, PU Faculté de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997 ; D. Legeais *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. P. Remy et avant-propos J. Stoufflet, Economica 1986 ; N. Martial-Braz, *Droit des sûretés réelles sur*

propriétés intellectuelles, préf. D. Legeais et avant-propos,

M. Vivant PUAM 2007 ; B. Foex, *Grande législation de la CNUDCI*, Schulless, 2007 ; N. Martial-Braz, « L'existence de modèles alternatifs. L'approche unitaire des sûretés mobilières, solutions pour le droit français ? », in N. Borga et O. Gout (dir.), *L'attractivité des sûretés réelles*,

Lexisno, coll. « Grands colloques », 2016, p. 35 et s. 参考。併せて les actes du colloque des 11 et 12 juin 2015 organisé par le CEDAG sur le thème « *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?* », in *RDBF*, janv. 2016, n° 1 (1^{ère} partie) et *RDBF* mars 2016, n° 2 (2^{ème} partie) 参考。異なる視角を採用して「包括担保「*sûreté globale*」の達成を推進するものとして Y. Blandin, *Sûreté et bien circulant. Contribution à la réception d'une sûreté globale*, préf. A. Ghozi, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 567, 2016, 参考。

(58) 特に M. Mignot « L'antichrèse et l'hypothèque », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, p. 55 et s. 参考。

(59) 準備草案民法典二〇一〇七条。
(60) 々の意味に於て、同様にして Ch. Juillet « L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés », *loc. cit.*, n° 11. 々の担保として「加えて」 N. Borga, « Réforme du gage de stocks : l'art législatif au

plus mal », *BFE* 2016, p. 128 ; Ch. Juillet, « La réforme du gage de stocks », *D.* 2016, Chron. 561 参照。

(61) 準備草案民法典二三四六条。

(62) 自動車質権は、共通法上の非占有質権の領域に入るべきである(準備草案民法典二三三八条)。

(63) 準備草案民法典二三三八条。

(64) 準備草案民法典二三三七条。

(65) 々の意味におおむね、特に、T. Samin, « Réforme du droit des sûretés et activités bancaires : aspects intéressant la banque de détail », *Rev. banc. et fin.* 2018, dossier 29, spéc. n° 15 参照。

(66) 々の問題については、L. Andreu, « La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales », in *La réforme du droit des sûretés*, Varennes, 2019, p. 291 参照。バクト法六〇条は「公示に服する先取特権」のみを視野に入れている。実際に、いくつかの先取特権——共有者の先取特権のように——は、変わらず神秘的である。要するに、政府は、それらを法定抵当権に変質させる権限を有していないという結果になる。

(67) 準備草案民法典二四一八条。

(68) 準備草案民法典二四三〇—一条二項。

(69) 民法典二四二八条の草案は、もはや、充填抵当権は

もっぱら事業目的でのみ用いられることを要求していない。立法者が充填抵当権について勝手に思い込んでいた意見に反して、この担保が過剰債務の一要因ではないことが示されている。この担保制度の変遷については、特に、Ch. Gijssbers, « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC* 2014, n° 5341 ; Ch. Gijssbers, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.* 2015, p. 62 参照。

(70) 準備草案民法典二三四二条。

(71) 準備草案民法典二三六二条。

(72) 準備草案民法典二三六二条二項。

(73) 後述本文 16 参照。

(74) 特に、J.-J. Ansault, *Les procédures civiles d'exécution*, LGDJ 2019, spéc. n° 23, *Adde*, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 737 参照。

(75) この論争については、特に、V. L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 515 参照。

(76) 準備草案民事執行法典 R. 二二二—五条、R. 二二二—一条、R. 二二二—一八—一条、R. 二二二—二六—一条及び R. 二二二—三九条。

(77) 民法典二二八条四号。特に、このメカニズムに向け

- られた多への批判」D. Legeais, « Droit de rétention du créancier gagiste », *RD banc. fin.* 2008, comm. 139 ; S. Piedelièvre, « Le nouvel article 2286, 4^e, du Code civil », *D.* 2008, p. 2950 参照。加々々 J.-J. Ansaül, « L'efficacité du gage sans dépossession », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles 10 ans après la réforme*, *op. cit.*, p. 100 et s., spéc. n° 21 et s. 参照。
- (89) 法の論争」の「特別」M. Julien, « Le nantissement de créance : un outil efficace ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles. 10 ans après la réforme*, N. Borja et O. Groult (dir.), LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 133 et s. 参照。加々々 L. Aynès, « Le nantissement de créance : entre gage et fiduciaire », *Dr. et patr.*, sept. 2017, n° 162, p. 66 et s. 参照。
- (79) 商法典 L. 六四三—一三条三項の草案に従えば、「物的担保の名義人である債権者は、裁判上の清算の判決以降は、担保目的である動産若しくは不動産の裁判による付与を請求する権限、又は場合によりは流担保条項を援用する権限を回復する」。
- (80) 商法典 L. 六四二—一〇—一条。
- (81) 商法典 L. 六二二—七条。
- (82) 法の意味」の「F. Macorig-Venier, « L'avant-projet de réforme des sûretés de l'Association Henri-
Capitant et les modifications apportées au livre VI du code de commerce », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, janv. 2018, p. 10 参照。同様 D. Bondat, « Menaces par ordonnance. À propos des articles 16 et 64 du projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises », *Dr. soc.*, 2019, 35, spéc. n° 22 参照。
- (83) 法の論争」の「L. Bougerol-Pudhomme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Cocq, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 538, 2012 参照。
- (84) 法の意味」の「P. Crocq, *Clause de réserve de propriété*, JurisClassseur Contrats - Distribution, Fasc. 2860, spéc. n° 50 参照。
- (85) 破産院商事部一九九六年一月九日判決 (n° 93-12.667, *JCP G* 1996, I, 3935, n° 19, obs. M. Cabrillaec ; *RTD civ.* 1996, p. 436 s., obs. P. Crocq ; *D.* 1996, p. 184 s. ; F. Derrida ; *RTD com.* 1997, p. 331 s., obs. A. Martin-Serf ; *Droit et patrimoine*, mai 1996, 85, obs. M. H. Monsérie ; *JCP G* 1996, I, 3942, n° 4, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque)。
- (86) 破産院第二民事部二〇一四年二月二十七日判決 (n° 13-10.891, *Bull. civ.*, II, n° 59 ; *Dr. et patr.* nov. 2014, p. 108, obs. A. Aynès ; *JCP G* 2014, doctr. 1162, n° 19, obs. Ph. Delebecque ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 112, obs. S.

- Gidara-Decaix : *RDC* sept. 2014, 110f2, p. 393, note J. Klein : D. 2014, p. 1081, note D. Martin ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* juill.-août 2014, 111m0, obs. F. Pérochon et 111j9, obs. F. Macorig-Vener ; *Banque et droit*, n° 156, juill.-août 2014, p. 38, obs. E. Netter)°
- (78) 破毀院商事部二〇〇八年四月一日判決 (n° 07-11726, D. 2008, p. 1142 et Pan. p. 2104, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2008, I, 198, n° 12, obs. M. Cabrilac ; *RTD com.* 2008, p. 623, obs. A. Martin-Serf)°
- (88) 特ニ 破毀院商事部二〇一一年一月一八日判決 (n° 07-14181, *Rev. Lamy dr. civ.* mars 2011, p. 33 s., obs. J.-J. Ansault ; *RTD civ.* 2011, p. 378, obs. P. Crocq ; D. 2011, p. 368, obs. A. Lienhard ; *JCP G* 2011, note 524, S. Ravenne)°
- 加えバ 同判決ニヨリ R. Danmann et Sophia Schneider. Une protection légitime du vendeur avec clause de réserve de propriété, mais à quel prix ? *Rev. Lamy dr. civ.*, mai 2011, p. 31 s. 参照°
- (89) コンセイユ・ネタ第六及び第一一小法廷二〇〇七年一月二日判決 (n° 296345, *Act. proc. coll.* 2008, comm. 179)°
- (96) ノの變遷ニヨリ 特ニ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 775 参照°
- (15) 特ニ P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », in Y. Blandin et V. Mazeaud (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, op. cit., p. 75 et s. et spéc. n° 8 et s. 参照°
- (92) 準備草案民法典三三七七条一項°
- (93) 民法典三三七七条一項°
- (94) 準備草案民法典三三七八条四項°
- (95) 前述本文 13 参照°
- (96) 破毀院商事部二〇〇六年十一月十九日判決 (n° 05-16395, *RTD civ.* 2007, p. 161 s., obs. P. Crocq ; D. 2007, p. 344 s., note Ch. Larroumet ; *JCP E* 2007, 1131, note D. Legéais ; *Défénis* 2007, art. 38562, n° 29, p. 448 s., obs. E. Savaux)°
- ノれニ対シ 破毀院商事部二〇〇七年二月六日判決 (Com., 6 févr. 2007, n° 05-16449, *RTD civ.* 2007, p. 373 s., obs. P. Crocq)°
- (97) カタニ委員會 (Commission Catala) ニヨリ起草された債務法改正草案が、ノの点にヨリ明確にしつゝたことを想起されたい。なぜならば、同草案の民法典一二五七一条において「債権は、代金の定めなく、担保目的で所有権を譲渡され得る。譲受人の権利が充足され又は被担保債務が他の原因で消滅したときには、債権は譲渡人に返還される」ことを明示しようとしていたからである。加えバ P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », in Y. Blandin et V. Mazeaud

(dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ? op. cit.*,
spec. n° 15 参照。

(98) 準備草案民法典二三七三条以下。

(99) 融資会社は「二〇一四年一月一日以降 (Ord. n° 2013-544 du 27 janv. 2013)」、一定の投資ファンドは「二〇一八年一月三日以降 (Ord. n° 2017-1432 du 14 oct. 2017)」、ダイイ法上の債権譲渡を利用することが可能となった。

(100) 通貨金融法典L. 二二四—二六九条V。

(101) 前述本文14参照。

(102) 準備草案民法典二三六六—一条以下。

* Jean-Jacques Ansault。パリ第二(バンテオン)アサス) 大学教授。二〇〇六年に博士(私法)を取得、二〇一一年にアケレガシオン(教授資格試験)に合格後、ルーアン大学教授を経て、二〇一九年九月に、故ピエール・クロック (Pierre Crocq) 教授の後任として、パリ第二大学に教授として着任している。主要著作として、学位論文である *Le cautionnement réel*, préface de Pierre Crocq, Doctrat & Notariat, Collection de thèses, t. 40, 2009, Defrénois の他、体系書として *Les procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019 があり、担保法、執行法および倒産法分野のスペシャリストとして活躍している。

【訳者あとがき】

本資料は、ジャン・ジャック・アンソー教授が、二〇一一年に来日した折、小泉信三記念慶應義塾学事振興基金(小泉基金)の外国人学者招聘補助により、同年一月一日に、慶應義塾大学三田キャンパスにおいて行った講演に基づくものである。同教授の義塾訪問はこれが二度目であり、最初の訪問は、二〇一八年四月七日および八日に三田キャンパスで開催された日仏シンポジウム「担保法の将来 (*Quelles sûretés pour demain?*)」への参加であった。当時は、まさしく本資料が検討する「担保法改正準備草案」が二〇一七年九月に公表される直前であり、同シンポでは、フランス担保法改正の動向を踏まえて、担保法の主要テーマについて、活発な討論が行われた(同シンポにつき、ピエール・クロック・片山直也訳「フランス法における設定者の担保価値維持義務」慶應法学四四号(二〇二〇年)二二三頁参照)。アンソー教授は、指導教授である故クロック教授とともに来日し、日本通であるクロック教授から、日本の同僚や友人の紹介を受けるとともに、日本文化についての薫陶を授かるなど、信頼関係に満ちた師と愛弟子の微笑ましい光景が記憶に新しい。

二〇一九年七月五日、ピエール・クロック教授急逝の計報は、海を越えて日本でも衝撃的に伝えられた。同教授が長らく教鞭を執られたパリ第二大学では、同大学の紀要 (*Revue de droit d'Assas*) の一九号(二〇一九年二月号)をク

ロック教授の追悼記念号とし、多くの関係者から追悼文が寄せられ（日本からは大村敦志教授（学習院大学）が「Témoignage d'un collègue étranger」（pp. 7-8）と題される心温まる名文を寄せられている）、さらにクロック教授の研究分野である担保法について「Perspectives. Droit des sûretés」と題される特集が生まれ、アンソー教授はその特集の巻頭に一番弟子かつ同大学の後任として「Regard sur l'avant-projet de réforme du droit de sûretés」（pp. 104-119）と題される論稿を寄稿している。折しも、クロック教授の招聘で、招聘研究員として同年九月～一〇月にかけてパリ第二大学に滞在していた片山は、アンソー教授からはほぼ完成していた生原稿の提供を受け、かつ来日の計画があることを聞くに及んで、日本でもこの原稿を用いて故クロック教授を偲ぶセミナーを企画することを持ちかけ、本セミナーが実現するに至った。当日は、パリ第二大学に二年間（二〇一〇～二〇一四年）にわたり留学し、フランス保証法について故クロック教授から直接の指導を受けた齋藤由起准教授（大阪大学）をはじめ、いわゆる若手を中心にクロック教授から直接間接の教えを受けたフランス法研究者が集い、故クロック教授を偲びつつ、日仏両国の担保法改正に向けて活発な意見交換がなされた。

以上の経緯から、本訳は、アンソー教授の了解を得て、公刊された論稿（Jean-Jacques Ansault, *Regard sur l'avant-*

projet de réforme du droit de sûretés, Revue de droit d'Assas, No 19, pp. 104-119）に準拠して行うこととした。翻訳作業は、人的担保の部分の仮訳を齋藤准教授、物的担保の部分で片山が担当し、相互にチェックをする形で進めた。

本訳の作成にあたっては、大阪大学大学院法学研究科のエルバルティ・ベリーグ（Elbalti Beligh）准教授に多くの貴重な助言をいただいた。同准教授の格別のご配慮に御礼申し上げます。

訳者は、本論稿の付属資料として、「担保法改正準備草案」の条文の翻訳を準備しているが、紙幅の関係で、別途公刊することとした（本誌九十四巻三号以降掲載予定）。

なお、本準備草案公表以降のフランスにおける担保法改正の動向については、齋藤由起「フランスにおける自然人保証規則の多層的展開―「自然人保証人」の法、「他人の債務のための担保」の法への収斂?」日仏法学三〇号（二〇一九年）五一頁以下、瀬戸口祐基「第一部フランス法」『各国の動産・債権を中心とした担保法制に関する調査研究業務報告書』（二〇二〇年・商事法務研究会）一頁以下、白石大「海外国金融法の動向・フランス」『金融法研究三六号』（二〇二〇年）一七〇頁以下などを参照されたい。

訳者を代表して片山直也

* 本稿は、小泉信三記念慶應義塾学事振興基金（小泉基

金)の外国人学者招聘補助ならびに科学研究費補助金
盤研究(C)課題番号 MKK310]および 17K03461 による
研究成果の一部である。