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

Title	I 前契約 : 2016年2月10日の改正後におけるフランス法の状況
Sub Title	I : Les avant-contrats: Etat du droit français après la réforme du 10 février 2016
Author	Jacoby, Edmond(Kuroda, Naoki) 黒田, 尚樹
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.38 (2017. 9) ,p.83- 107
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2016年度大陸法財団寄付講座「大陸法特別講義」フランス債務法の改正
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170911-0083

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義
2016 年度大陸法財団寄付講座
「大陸法特別講義」フランス債務法の改正

I　前契約[訳注 1)]

――2016 年 2 月 10 日の改正後におけるフランス法の状況――

エドモン・ジャコビ
黒　田　尚　樹／訳

Ⅰ ―― 双方予約 (*La promesse synallamatique*)
A. 売買とされる予約 (*La promesse valant vente*)
B. 売買とはされない予約 (*La promesse ne valant pas vente*)
Ⅱ ―― 一方の予約 (*La promesse unilatérale*)
A. 一方の予約に関する解説 (*Présentation de la promesse unilatérale*)
B. 一方の予約の制裁 (*Sanction de la promesse unilatérale*)
Ⅲ ―― 優先合意 (*Le pacte de préférence*)
A. 優先合意の解説 (*Présentation du pacte de préférence*)
B. 優先合意違反に対する制裁 (*Sanction du pacte de préférence*)
C. 優先権の排除 (*Purge du droit de préférence*)
結論 ――

1804 年の民法典は前契約なる概念をほとんど知らなかった。唯一 1589 条が

訳注 1）avant-contrat について。前契約、つまり本契約の前段階を指す語である。Zone de non-droit（J. Carbonnier）あるいは No man's land juridique（D. Mazeaud）などの呼称が示すとおり、申込みと承諾の合致に先立つこの時的段階に関しては契約自由原則が妥当するゆえに、司法介入を抑制する作用が働き、そうした事情のもとで、自由を約束された交渉実務が法的な発展を先導した。広義には交渉倫理（破棄責任）や成立手続を含むが、枠契約なども含め、契約行為に限定して用いられることもある。著者も後者の意味で用いている。なお、後者については、contrat préparatoire［準備契約］なる語を用いるべきとの見解もあり（F. Zenati-castaing, Cours de droit civil, contrats, p. 155）、そうした用法も散見される。また、建設住居法典 L. 261-15 条は建設予定不動産売買について contrat préliminaire［事前契約］という名の前契約を用意している。

これに関わりを明示していたものの、その法文（rédaction）は十分に謎に満ちたものであった。「売却の予約は、目的物及び代金について合意があるときは、売買とする」[訳注2)]。ナポレオン法典の起草者たちによって明瞭に示された諾成主義の原則（旧1138条及び1583条）のもとでは、合意の終局的な締結について時的に幅を広げるような意図を持った枠組みが介在する余地はなかったと言わねばならない。主たる要素に関する当事者の合意をして契約の完成に十分であるとするならば、「前契約」の有用性などどこに認めることができるだろうか。

実際のところ、即時に契約が形成される（いわゆる「契約的落雷（coup de foudre contractuelle）」）というのは限りなく絵空事だということを、私たちは知っているし、実務上もとりわけ不動産取引の分野においてはそのことが絶えず確認されてきた。早い段階から「契約成立の期間性（la durée de la formation du contrat）」を観察することができる[1)]。事実、契約の即時の締結は、経済的法的問題点の限られた、重要性の低い取引に限って認められるものである。しかし、取引行為が重要かつ複雑な場合、とりわけ不動産分野が妥当するが、当事者は、その契約に終局的に身を投じる前に、誕生しつつある合意を具体化し形式を求める必要性にしばしば迫られる。不動産売買の分野にあっては、そのことは、物品の通常の取引を逆転させるにまで至ることがある。すなわち、前契約が本契約[訳注3)]に比してより完全でより内容の豊かなもの、つまりはより大変重要なものとなり、本契約はもはや事前に確定された合意の「改訂（refonte）」「反

訳注2）底本によれば同条のオリジナル文は「La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a accord sur la chose et sur le prix」。Legifrance.gouv.fr及びCode civil des français, édition originale et seule officiel, 1804, p. 392によれば、オリジナル文は「La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.」である。訳出は底本に従った。

1）J.-M. Mousseron, La durée dans la formation des contrats in Études offertes à A. Jauffret : Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

訳注3）définitif,-ive という言葉は、contrat の形容詞として用いられる場合は、我が国の予約において馴染みのある「本契約」の語を一律に当てることとし、売買や取引や締結などそれ以外の名詞を形容するために用いられる場合は、「終局的な」等とした。

復（répétition）」に過ぎなくなる。このような傾向は公証人のよく知るところである。2003 年にドーヴィルで開催されたフランス公証人会議の際に、取り上げられ注目された[2)]。

しかし、民法典は今しがた引用した 1589 条で満足している一方で、前契約が立法的実りをもたらしたのは、特別法においてであった。そうして、徐々に、売買の「予約」の概念は、特別な条文に現れるようになった[3)]。奇妙なことに、前契約が居場所を見つけたのは、特別法の中であって契約一般原則上ではなかったのである。たしかに、民法典も一方の予約に関する二つの条文の追加によって充実するに至ったが[4)]、それでもなお不完全でかつ一般性に欠ける状況にとどまっていたのである。

今般、そうした事態も終りを告げる。民法典は、明示かつ十分に詳細に、前契約を規定した。この分野では、2016 年 2 月 10 日のオルドナンス第 131 号が民法典にささやかな革命をもたらしたのである。その射程を理解するために、この改正が行われた経緯と目的を一瞥しておくことが便宜である。民法典を再検討するという考え方は、1904 年以来、つまりナポレオン法典百周年以来、常に説かれてきた。実際、続く数十年の間に改正が行われていった。とはいえ、［そうした改正は］1960 年代から 1980 年代に至る間に「カルボニエ諸法」を通じて、家族や人に関する分野（離婚、親子関係など）を主として行われた。もちろん、法（le droit）は発展したが、それは特別法であれあるいはとりわけ判例においてであれ、**民法典の外**で行われた。それゆえ 21 世紀初頭には民法典はもはやフランス契約法の現実を反映しないものとなっていたのである。

2004 年の民法典二百周年に際してシラク共和国大統領が改正プログラムを発表したのには、以上のような経緯が存在する。作業は長い時間を要し、また

2）Congrès de Deauville, La vente d'immeuble. V. not. Deuxième commission（D. Radot et P.-J. Meyssan）.

3）とりわけ以下の条文参照。 art. 512-18 C. envir. ; art. 271-1 CCH.

4）Art. 1589-1（créé par la loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000）; art. 1589-2（créé par l'ord. 2005-1512 du 7 déc. 2005, intégrant dans le Code civil l'art. 1840-A CGI）.

各種草案が次々と作成され、それらにも多くのコメントが寄せられ、議論が交わされた。2005 年の「カタラ」草案、2009 年及び 2013 年の「テレ」草案、2009 年、2011 年、2013 年の司法省の作業文書などである。当時の司法大臣クリスティアン・トビラ女史のテコ入れがあり、2015 年 2 月 25 日に、公式の草案が意見公募手続に付されることになる。司法省担当部局においてフィードバックされた意見が検討された上で、最終的な条文案は、シラク大統領の旗振りから数えて 10 年以上の歳月をかけて、2016 年 2 月 10 日に採択されるに至った。強調されるべきは、この改正は議会で可決された法律によって実現されたものではなく、オルドナンス、すなわち、政府からの直接の発令による（憲法 38 条参照）。かかる手続は政治的見地からは非難の余地があるが、オルドナンスだからこそ作業を前進させることが可能となったものであり、そうでもしなければ、この作業は長引く恐れがあった。

2016 年 10 月 1 日から施行された[5]、この新しい諸規定には、以上のような背景が認められる。本オルドナンスは二つの観点から民法典を改善することを目論むものであった。一つには、これまで培われてきた判例法を法律に取り込むことである。ここで念頭におかれているのは、フランスにおける裁判の現実に再び法律を対応させ、裁判を受ける者に**安全性**（*sécurité*）と**平明さ**（*lisibilité*）を提供すべく、民法典を「現在化（actualiser）」することであった。もう一つ、改革者が熱心に取り組んだのは、いくつかの点について、既存法を超克することである。彼らは、いくつかの仕組みをゼロベースで作り上げ、あるいは、異議を挟む余地があると考えたいくつかの判例法を根底から覆した。

5）［2015 年 2 月 16 日法（loi d'habilitation :n° 2015-177）がオルドナンス公布から 6 ヶ月以内の承認法案の議会提出を予定しており、それを欠いた場合には憲法 38 条の規定により失効に至る可能性があったが、］2016 年 2 月 10 日オルドナンスは失効にはならなかった。というのも、承認法案は政府から適時に提出されたからである（Projet de loi n° 3928 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juill. 2016）。国会承認はまだ得られてないものの［当時］、それゆえ法としての効力を有している。簡単に言えば、それは「組織」編成上は、行政規制にとどまっている。したがって行政裁判所だけが、規則性（conventionalité）や合憲性（constitutionnalité）について判断を下すことができる。

ここで行われているのは、経済人が当然に期待しているところの**実効性**（*efficacité*）を増大させるために、フランス法を本当の意味で「現代化（moderniser）」するということであった。

これら目的（安全性、平明さ、実効性）は、前契約の領域では充足されたのであろうか。この点こそが、新条文を分析しながら、検証されるべきである。

新民法は契約の成立という名称の節を設け、その中に、次の三つの款（sous-section）を用意する[訳注 4)]。交渉に関するもの、申込みと承諾に関するもの、そして、本稿が取り上げている、前契約に関するもの（1123 条及び 1124 条）である。先ほど述べたように、これら規定は 2016 年 10 月 1 日から施行されている。経過措置が重要になるのは、本オルドナンスが実体法をいくつかの点で修正しているからである[6)]。10 月 1 日以前に締結された契約は旧法の適用にとどまるのに対して、同日以降に成立した契約は新しい規定に服する[7)]。しかしながら、同オルドナンスはいくつかの規定について即時の適用もまた予定しており、前契約についてもそのような適用が予定されている[8)]。

この法典が「前契約」という一般的な枠組みを予定していないという点は指摘しておこう。売却の一方の予約[訳注 5)]、そして優先合意という、二つの状況に限って、これに言及している。しかし、これは他にもあって、実務上頻繁に用いられる双方予約については後述するが、加えて、原則上はここでは契約自由の原則が横たわる[9)]。それゆえ、1123 条及び 1124 条は確かに一定の指導原理を携えるものではあるにせよ、前契約はこれに限定されるものではない。反

訳注 4）オルドナンス n° 16-131 による改正民法は、詳述するならば、契約の成立という章に、契約の締結という節を設け、その中に四つの款を置く。款の編成は、§1 : 交渉、§2 : 申込と承諾、§3 : 優先合意と一方の予約、§4 : 電子的方法によって締結された契約に固有の規定、である。

6）とりわけ諾約者の撤回の場合における一方の予約上の制裁について（後述、II, B）

7）この原則の適用の難しさについては、以下参照。S. Gaudemet, Dits et non-dits sur l'application de la loi dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016, JCP G, 2016, 559.

8）これは優先合意における催告権の場合がそうである。後述 III, C。

訳注 5）規定上は「一方の予約」であり「売却の一方の予約」には限定されていない。

面、民法典上の前契約は、契約一般原則として配置されており、決して1589条のように売買法として位置付けられるものではないことからすると、「一般則」であると言える。このことは、本契約がどのような契約であっても前契約は理論上は適用され得るということを意味している。そしてまた、予約は、売買を対象とするだけでなく、賃貸や使用貸借・消費貸借、労働契約のもとでの採用についても、適用され得る。とはいえ、公証実務上明らかなことであるが、最も頻繁に取り交わされているのは不動産売買の前契約である[10)]。そして、条文上には示されていないものの、2016年のオルドナンスの起草者たちが想定していた取引は不動産売買であったと言えよう。

以下で多様なフランス法上の前契約について説明していくこととするが、「熟度（force）」に応じて、すなわち、主たる契約との距離に応じて、分類を試みることとしよう。一方の極にあっては、前契約は本契約とおよそ同視し得ることがあり、その場合、当事者は前契約によって義務を負うこととなる。より控えめで、中間的なものとしては、当事者の一方が終局的な拘束を引き受ける

9）当事者は［前契約として］オリジナルな枠組みを考案することが可能である。v. not. Com. 29 sept. 2015, nº 14-16142 :［農業開発の民事会社の約款において構成員死亡の場合の持分（parts）の取り扱いについて定めがあり、それによれば臨時総会の承認のもとで死亡構成員の相続人を新たな構成員として承認するか、その承認を拒絶した上で既存構成員または会社自身が相続された持分の買取りをすることができるとされていたところ］構成員X及びYが各自100持分を［Yは構成員の死亡によって］取得するに至った。X及びYは次のことについて合意した。すなわち、［（Yによる）承継を拒否し既存構成員または会社がある種の先買権を行使する場合、その持分の価格算定の手法として］構成員の組合持分の「買取価格決定（offre d'achat）」をそれぞれが第三者［鑑定人］に委ねることとし、それとは別の者［裁判所］によって提示された価格が最も高い場合にはそれを受け入れること、あらゆる競り上げ行為を放棄すること、である。以下も参照のこと。G. Durand-Pasquier et O. Herrnberger, A la recherche d'un avant-contrat synallagmatique et authentique ne nécessitant pas de publication, JCP N 2014, 1121, nº 23 et s.［これらは］古典的な「売却の双方予約」とは異なる新しい前契約を考案することを実務に促すものである。

10）売却の予約と、いわば対の関係になる購入の予約（promesse d'achat）は今なお区別されなければならない。単純化のため、必要な変更を加えることで問題解決は購入予約へと転じることもできるとすることによって、我々は売却の予約だけを推論することにしよう。

のに対して他方当事者は締約の自由が残されているという場合がある。さらには、当事者双方が締結を引き受けないようなものとして、本契約をただの草案という段階にとどめることもできる。こうした濃淡の存在を是認するならば、これらの異なる様相を「段階的（progressive）」な手法を通じて学ぶことが帰結されるし、民法典の法文の序列から離れることにもなる。主たる契約との距離が最も近いものと最も遠いものを説明する手法に依拠しつつ、以下では、双方予約（§I）、一方の予約（§II）、優先合意（§III）についていくつかの点を述べることにしよう[訳注 6)]。

I —— 双方予約（*La promesse synallamatique*）

双方予約は、最も拘束力の強い前契約であり、とりわけ実務上最も重要なものの一つである。それゆえここに規定が存在していないということを知るのは若干の驚きを伴う。この予約は民法典 1589 条によって売買の規定の箇所で言及されるにとどまっているのである。オルドナンスはこの条文を廃止しなかったが、補足することもしなかった。この沈黙は、「予約」が、真正の前契約なのではなく、条件・期限の付された真正の売買に過ぎないとの考えによって、

訳注 6）底本は、フランス法上の用法に従い、売買とされる双方予約、売買とされない双方予約、一方の予約、優先合意のいずれについても、契約当事者の呼称として、promettant 及び bénéficiaire の語を用いている。そこで訳出に際しても、一律にそれぞれ「諾約者」「受益者」とした。双方予約の場面では、売却の予約において本契約の締結後に売主になる者が諾約者、買主となる者が受益者ということになる。一方の予約では、締約を確約する者が諾約者、対して選択権を持つ者が受益者であり、また優先合意では優先申込を約する者が諾約者、それを受益できる者が受益者となる。また、le pacte de préférence の訳出は、優先合意とした。cornu の辞書では pacte とは「合意の一種、一般には継続的秩序形成を果たすような一定の厳粛さ solennité を伴う取引を指し示すために用いられる表現」とされているが、しかしここでは家族間や国家間のような継続性・要式性が問われているものではなく、かつ予約よりもその合意範囲が限定的であることを踏まえ、単に「優先合意」なる訳語を暫定的に当てた。賃貸借中の売買の優先合意など、優先合意が他の契約中に含めて定められる場合は少なくないが、その場合にはかかる契約の優先条項と呼ぶことは可能である（脚注 38）参照）。

正当化されたように思われる。実務では、加えて、売買の「仮契約（compromis）」との文言を用いる傾向がある。このことが意味するのは、これは、単なる予約という以上に、真正の終局的合意だということである。しかしながら、現実はもっと複雑である。実際、「売却の予約は売買とする」という 1589 条の規定は、強行規定ではない。それゆえ、当事者は、次の二つの類型のいずれも締結することができる。売買とされる予約（A）と、売買とされない予約（B）である。

A. 売買とされる予約（*La promesse valant vente*）

当事者が単に、所有権移転時を遅らせるために、あるいは、それを条件に付すために合意した場合、その予約は売買となる。実際、この場合、「予約」ないしは「仮契約」という名目のもとで、法的には真正の売買が認められるのであり、ただこれに期限あるいは条件が付されているというに過ぎない[11)]。このようなことは大変頻繁に見受けられる。というのも、不動産や商業財産に関する取引は複雑であり、そのことが、一定の過程（例えば、融資や行政許可の獲得、先買権の排除など）を経るのに当事者に時間的余裕を与えることで漸次形成されていくような、「段階的な（par étape）」売買の締結を実務上、要請するからである。双務予約という手段は、本契約の確立に先だって、契約の利益を買主が第三者に移転することを許容する「代位（substitution）」条項を挿入することも許容する（こうした処理は節税目的で行われる。というのは、財産を即時に転売する場合に二重に課税されることを避けることが可能となるからである）。

売買とされる予約が現実には条件付売買に過ぎないという場合に、2016 年のオルドナンスは、その契約の機能の仕方（le fonctionnement）を少し変えることもできたかもしれない。1804 年の民法は条件成就が遡及効を持つものとされていた[12)]。このことは予約の受益者はその締結の時から所有者であったと

11）締結された売買に解約権、すなわち完全に成立した契約を解除することを可能とする条項、が含まれている場合にも同様のことが言える。ここには単なる契約の予約以上のものが認められる（たとえ、解約権行使が一方当事者に売買を放棄することを許容するがゆえに、その取引が一方の予約に近似するとしても）。

みなされることを意味する。この条文は新しい法文によって廃止されることになる。1304-6 条 1 項は、次のように規定する。「義務は、停止条件が成就した時から純粋かつ単純になる」。しかしながら、同条（2 項）が、当事者が望む場合は条件に遡及効を与えることができる、と規定する。実務では、この新しい解決はおそらく好ましいものである。同じく同条（3 項）は、この点は従来（の解釈）からの変更はないが、当事者が定めた期間内に条件が成就しない場合には債務は失効する旨を規定する[訳注 7)]。予約が「売買とされる」場合、買主の同意（consentement）を保護するための諸規定、とりわけ撤回権（droit de rétractation）が適用されなければならない[13)]。他方で、一方の予約の場合と異なり、租税行政上の登録は要求されない[14)]。多くの場合、この前契約は私署証書で交わされるが、その中で、諸条件が整った暁に、公署証書を用いたその証書の再録（la réitération de l'acte par acte authentique）を終局的な売買の条件として予定している[15)]。

ここで重要な点に触れておかなければならない。2016 年オルドナンスによって間接的に変更されることになる、双方予約の公示（la publicité）についてである。原則として、売買とされる予約は、不動産登記票函（le fichier immobilier）にて公示されなければならない[16)]。この公示が可能となるのはそれを記載す

12）民法旧 1179 条「成就された条件はその引受けが約された日に遡って効果を生ずる（ La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ）」。

訳注 7）1304-6 条 3 項は次のように規定している。「停止条件不成就の場合においては、債務は存在していなかったものとみなす」。条件に関する旧規定 1168 条乃至 1184 条には同種の規定がないが、学説は、不成就による失効を是認してきた。

13）建設住居法典 L. 271-1 条（issu de la loi SRU du 13 déc. 2000）.［不動産取引につき非職業的当事者のため撤回権を与えることを定めている］同条 4 項は一方の予約と並べて「双方予約」を明示に対象としている。

14）民法 1589-2 条は適用されない。V. Com. 9 juin 1970, Bull. civ. IV, nº 195 ; Com. 24 nov. 1970, Bull. civ. IV, nº 317 ; Civ. 3e, 22 janv. 1971, Bull. civ. III, nº 52 ; Com. 9 nov. 1971, Bull. civ. IV, nº 273 ; Civ. 3e, 27 mars 1973, Bull. civ. III, nº 234 Civ. 3e 15 mars 1977, Bull. civ. III, nº 124 ; Defrénois 1977, art. 31582, nº 112, obs. J.-L. Aubert.

15）このような場合、再録はしたがって当事者にとって*義務的*であり、それを免れることはできない（後述）。

る証書が公署に拠っている場合に限られる。さて、当事者はこの公示を回避しようと努めることがある。終局的取引の場合だけ公署証書によって締結されるものとした上で、私署証書の形式にて行為が締結されることがある理由の一つはそうした点にある（この場合であっても公証人の立会いが不要になるわけではない）[17)]。このような公示の伴わない売買は第三者に対抗することができない。これは、売主は第二買主に財産を譲渡することができるということを意味する。もし第二買主が公署形式で自らの権限を確立し、公示手続きに進んだならば、第一譲渡の受益者はそれを失うことになる。この点について、2016 年 2 月 10 日のオルドナンスは重要な変更をもたらす。伝統的に、破毀院は、第二買主が、第一行為の存在を知悉していた場合、その者は不誠実（mauvaise foi）であることから、所有権の優先効を認めてこなかった[18)]。ところが 2010 年判例変更がもたらされた。破毀院は、事前に交わされた予約の存在を知っていたとしても、公署形式で最初に公示を果たした者に優先権を与えたのである[19)]。2016 年オルドナンスはこの解決を採用した。新しい 1198 条 2 項が次のように規定する。「同一不動産を対象とする権利を相次いで取得した二人が、同一人からその権利を取得している場合、不動産登記票函に公署証書形式のもとで取得した権利

16）V. art. 28, 1º, a, D. nº 55-22 du 4 janvier 1955.「停止条件が付されていたとしても」不動産物権の移転的行為または設定行為（les actes transférant ou créant）については公示が課されている。

17）このような問題設定につき、以下参照。G. Durand-Pasquier et O. Herrnberger, A la recherche d'un avant-contrat synallagmatique et authentique ne nécessitant pas de publication, JCP N, 2014, 1121.

18）Civ. 3e, 22 mars 1968, D.1968. 412, note J. Mazeaud ; RTD civ. 1968. 564, obs. J.-D. Bredin ; JCP 1968. II. 15587, note F. Plancqueel.

19）Civ. 3e, 10 févr. 2010, n° 08-21656, Bull. civ. III, n° 41 ; JCP N 2010, 1146, note S. Lamiaux ; Defrénois 2010, art. 39116, note J.-A. Gravillon ; Civ. 3e, 15 déc. 2010, n° 09-15891 ; Civ. 3e 12 janv. 2011, D. 2011, p. 851, note L. Aynès. この結果は公証人にとって重要であった。公証人は第二行為の調書を作成しなければならなかったし、第一買主に対して責任を引き受けなかった（Civ. 1re, 20 déc. 2012, n° 11-19682, Bull. civ. I, n° 273 ; D. 2013, p. 2507, note J. Dubarry ; JCP N 2013. 1035, note Y. Dagorne-Labbe ; JCP N 2013, 1132, n° 23, obs. M. Mekki ; Dr. et patr. 2013, p. 70, obs. L. Aynès）。

を最初に公示した者は、たとえその権利が劣後して取得されたものであったとしても、誠実（bonne foi）である限りにおいて、優先される」[20]。そうしたことから公示されていない私署証書による双方予約は、当然には第三者に対抗できない。

このことは次の問題を提起する。当事者の一方がそうするように取り決められていたにもかかわらず、公署証書形式で売買を再録することを拒絶した場合には、どうしたら良いか。その場合、その前契約の強制執行を求めていくことになるが、具体的には受益者に二つの選択肢がある。まず、諾約者が証書を再録すべきことをアストラントによって（*sous astreinte*）課することを求めることができる。本来的な意味の強制執行がなされるわけではないが、諾約者はその不履行行為につき高いコストを払うことになる。受益者はまた、司法を通じてその売買を記載させるべきことを要求できる。これは不動産登記票函への裁判による公示であり、その公示により第三者への売買の対抗可能性が確保されることになる[21]。具体的に言えば、受益者は他方当事者に対して証書確立のために公証人のもとに出頭することを催告しなければならない。その者が出頭しないか、現れたとしても証書の再録を拒否した場合には、公証人は障害調書（un procès verbal de difficulté）を作成する。その上で受益者は裁判官にこの調書を提出して申立てを行うことになる。しかしながら、その手続期間中は、受益者は自らの権利を第三者に対抗可能な状態に置けなかった。彼は財産上の権利を有効に購入する第三者が登場するリスクを負う。このような難しさを解決するために、フランス法は「prénotation（事前公示）」という特別な仕組みを予定している[22]。受益者は、売買それ自体ではなく、裁判所上の確認の申請

20）法文はそれを認めていないが、競合するいかなる買主も自らの資格を公示しなかった場合には、優先するのは、最初に不動産上の権利を取得した者である（Civ. 1re, 12 nov. 1975, JCP 1976. II. 18359, note M. Dagot）。

21）Req. 18 mars 1912, DP 1913. 1. 198 ; Civ. 3e, 13 févr. 1973, Bull. civ. III, nº 125 ; Civ. 3e, 9 févr. 1983, RDI 1983. 469, obs. Groslière et Jestaz ; Civ. 3e, 20 déc. 1994, nº 92-20878, Bull. civ. III, nº 229 ; JCP 1995. II. 22491, note Ch. Larroumet ; D. 1996. Somm. 9, obs. O. Tournafond.

22）Art. 37-2 D. nº 55-22 du 4 janv. 1955.

（demande de constatation judiciaire）及び公証人によって作成された障害調書を公示させる。この場合、予約はその公示日から第三者に対抗可能となる。

B. 売買とはされない予約（*La promesse ne valant pas vente*）

当事者がそれを望むならば、民法典 1589 条の適用を除外することは可能である。当事者は、目的物と代金を取り決めたとしても、その合意が**売買に値しない**（*ne vaut pas vente*）と決することができる。このとき、期限または条件の付された売買ではなく、じつに純粋な準備行為が問題となっている。そうして、局面は転換される。すなわち、かかる前契約は、もはや終局的な債務負担の引受なのではなく、単純な準備合意（un simple accord préparatoire）なのである。

実務上しばしば、公署証書の作成が売買成立の条件とされるような取引に遭遇する。難しいのは、再録条項の射程を知ることにある。すなわち、再録は、売買の**効果**（*effets*）に関する態様なのだろうか。そうであるとき、我々が相対しているのは「売買とされる予約」である（前述の I, A を参照せよ）。しかし、当事者はまた、公署証書への署名を売買の**成立**（*formation*）の条件とすることも可能である。そして、そのような場面では、売買の予約は売買に値しないということが許される。すべては当事者の意思及びその合意の解釈に委ねられている。とはいえ、判例は、売買とされる予約との法性決定を推定する傾向にある[23)]。

当事者が、公署証書への署名をあくまでも単純な起こり得る事象として考慮したに過ぎず、それを引き受けるに至らなかったならば、その行為の価値はよ

23）たとえば Civ. 3e, 20 déc. 1994, nº 92-20878 によれば、「破毀院による差戻後に下された原判決（Chambéry, 6 novembre 1992）は、次のような「仮契約（compromis）」を認めた。すなわち、買主は公署証書による再録の時からのみ財産上の所有者となる。その結果、売主は買主に対しては損害賠償によって解決され得るような為す債務しか負うものではない、と。このように判示するにあたり、採択された理由によれば、目的物と代金に関する当事者の合意が確認されたというものであり、当事者が公証人による再録をもって自らの合意の構成要素としたということを示し得るような諸状況を明らかにすることはなされていないのであって、かかる原審の判断はその法的基礎を欠くものであった」。

り縮減されることになる。もちろん依然、交渉は誠実に遂行されなければならないが、それ以上のことは求められない。終局的な契約の締結は、それゆえ、確実ではない[24]。当事者はしかしそれ以上の債務負担を引き受けることとして、公署証書へ署名することを真正の債務とすることもできる。しかしいずれの場合にせよ、その契約は売買には「値しない」。それは単に個人的な義務（des obligations personnelles）をもたらすだけである。その枠組みにおいては、売買とされる予約とは異なり、売買とされない予約は強制執行を受け入れる余地がない。もっぱら損害賠償の支払が認められるに過ぎないのである[25]。

II ―― 一方の予約（*La promesse unilatérale*）

一方の予約は本契約と単純な契約草案の中間に位置付けられる。それは当事者の一方を拘束するが、他方当事者は契約しない自由を享受する状態に残される。以下では、この制度の特徴に触れ（A）、その後で効果に言及することにしよう（B）。2016 年改正でこの効果が強化されている。

A. 一方の予約に関する解説（*Présentation de la promesse unilatérale*）

一方の予約は「アシンメトリーな」前契約である。すなわち、当事者の一方は契約を締結することを終局的に引き受けるのに対して、他方当事者はその自

24）したがってここでは「基本方針の合意」に関する枠組み（forme）を前にしているというわけである。その形式的確立はとりわけカタラ草案 1104-1 条によって考慮されてきた。同条によれば、「当事者は、基本方針の合意によって、後日、その契約の要素が決定されることを予定し、かつその決定は信義誠実に基づいて行われるものでなければならないような、契約に関する交渉を引き受ける」（Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination）。

25）これは、例えば、厳粛契約（contrat solennel）の予約の不履行の場合がそうである（（例）抵当権 Civ. 3e, 7 janv. 1987, Bull. civ. III, nº 4 ; Civ. 3e, 7 avr. 1993, nº 91-10032 ; Bull. civ. III, nº 55 ; Defrénois 1993, art. 35617, nº 104, obs. L. Aynès）あるいは要物契約［の予約の不履行］につき（（例）貸借（prêt）: Civ. 1e, 20 juill. 1981, Bull. civ. I, nº 267）。

由な状態にとどまるからである。別言するならば、予約は、当事者の一方に、他の契約を締結する権利を委ねている。この権利は真正の債権ではないし、個人的な義務でもないが、むしろ「選択権（option）」すなわち、新しい契約を締結する形成権限（pouvoir potestatif）であるといえよう。一般的に言って、買主の利益のために財産を売却することを引き受けるのはその財産の所有者であり、買主はその時点でいかなる債務負担も引き受けていない。当事者の一方は、その時点で最終契約に対する同意を与えることになるのに対して、他方当事者は、定められた期間内に同意を与えるのか否かという点について選択の幅を確保するのである。反対に、両当事者が、一方が売却を、他方が購入を、即時に引き受けたならば、それは双方の予約となる[26)]。

矛盾するように思われるかもしれないが、さらに言うならば、一方の予約はしばしば双務契約である。双務契約に関する規定は1106条が手当てするが、それによれば「契約当事者の一方が他方に相互に義務付けられる場合、その契約は双務的である」とする。一方の予約においても、多くの場合、相互の債務負担行為が存在する。諾約者は受益者が選択権を行使した場合に売却することを義務付けられるのに対して、［そのような特約が交わされた場合］選択権を持つ受益者は「固定化の補償（l'indemnité d'immobilisation）」と呼ばれる一定金額を負担することになる。このことは次のことからも容易に理解されよう[訳注8)]。

26）説明を補完すべく、次の場面に言及しなければならない。すなわち、当事者が取り決めた売却の一方の予約と購入の一方の予約が「交差（croisées）」する場面である。判例は、これを単なる双方予約として扱っている。それゆえ、裁判所は交差する二重の予約についてその独創性を承認することを拒絶していることになる（Com. 22 nov. 2005, n° 04-12183; JCP E 2006, 1463, A. Constantin ; Bull. civ. IV, n° 234 ; RDC 2006, p. 383, Ph. Brun ; Defrénois 2006, art. 38365, n° 27, p. 605, obs. R. Libchaber ; Bull. Joly Sociétés2006, § 76, p. 377, A. Couret et L. Cesbron ; Rev. sociétés 2006, p. 521, J.-F. Barbiéri ; D. 2007, p. 267, J.-Cl. Hallouin et E. Lamazerolles ; RTD civ. 2006, p. 302, J. Mestre et B. Fages. V. égal. J. Moury, Menaces sur les promesses unilatérales de vente et d'achat croisées : D. 2006, p. 2793）。近時のいくつかの判決には修正が加えられていることを指摘し得る（Com. 14 janv. 2014, n° 12-29071, Gaz. Pal. 12-13 févr. 2014, n° 43-44, p. 8, M. Mignot）。このような立場は望ましい。当事者の意思をより尊重するものだからである。

諾約者はその予約に拘束されるから、最終的に契約が成立しない場合に備えて、代償を得ることを望む。もちろん、選択権が行使され、財産が最終的に売られるならば、その補償額は［すでに支払われている場合には］代金の支払額から控除されることになる。つまり、［この場合］補償金は一種の前払金であったということになろう。［一方の予約に］固定化の補償が伴っているということは「双方の予約」という法性決定をもたらすのではない[27]。それにもかかわらず、この前契約［一方の予約］は、双務的（synallagmatique）ではあるのである[訳注 9]。

一方の予約は、原則として、諾成契約［不要式契約］である。しかし、［課税上の理由から］不動産分野については、1589-2 条が、公署証書（un acte authentique）もしくは登記された私署証書（un acte sous seing privé enregistré）によらない［売買の一方の予約］契約を無効としている[28]。［建設住居法典 271-4 条が証書作成に用いられる不動産売買の予約の契約書に技術診断書（un dossier de diagnostic technique）の添付を求めているため、］売主は、とりわけ、前契約の段階から、取引対象の不動産の属性に関する重要な情報全てを段階的に買主に提

訳注 8）判例上の表現によれば「専買権の対価（leprix de l'exclusirité）」である（Civ. 1re, 5 déc. 1995, Defrénois 1995, art. 36354, obs. D. Mazeaud）。

27）Com. 9 nov. 1971, JCP G 1972, II, 16962, P. L. ; D. 1972, p. 62（固定化補償額は代金額の 20% 以下であること）; Civ. 3e, 16 nov. 1994, n° 92-16.099 ; Bull. civ. III, n° 196 ; D. 1995, somm. p. 279, F. Magnan（受益者が選択権を行使しなかった場合に売買代金の 5% 相当の補償額を支払うことを予定する予約）.

訳注 9）P. Puig, contrat spéciaux, 3e éd., Dalloz, p. 130 のわかりやすい表現を借りるならば、これは双務契約たる一方の予約（contrat synallamatique de promesse unilatérale）である。

28）この条文は［諾約者が投機的な目的で行うこの手続不備による無効主張を退けるべく］判例によって厳格に解釈されている。判例は［民法 1601 条及び建設住居法典 L. 261-1 条以下に予定されている建設予定不動産売買の締結に際して、同法 L. 261-15 条に従って事前契約（contrat préliminaire）が交わされ、それによって保証金（dêpot de grarantie）を対価として不動産の確保（réservation）が約定される場合、この］事前確保契約（contrat préliminaire de réservation）への［同条の］適用を拒否している（Civ. 3e, 27 oct. 1975, D. 1976, p. 97, note Franck ; JCP 1976, II, 18340, note Meysson et Tirard）。また、和解（transaction）に伴って交わされた［不動産売買の一方の］予約についても同様にその適用を認めていない（Cass. AP 24 févr. 2006, D. 2006, p. 2076, note Ch. Jamin ; RTD civ. 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages）。

供することを義務付けられる。例えば、技術診断結果、鉛、アスベストやシロアリの有無に関することである。諾約者は、また、付帯設備の状況に対する、技術上のリスク、自然発生的なリスクの各存否に関する情報も提供しなければならない。

2016 年 2 月 10 日オルドナンスは、一方の予約に一文を割いたに過ぎないが、実務にとって重要であることに変わりはない。1124 条に次のように記して、一方の予約を定義している。1124 条 1 項によれば「一方の予約は、当事者の一方、諾約者が、他方当事者、受益者に対して、主たる要素が決せられた契約の締結のために、そして、その成立のために受益者の同意だけが欠如しているものとして、選択権（le droit d'opter）を与えるという契約である」。一見したところ、この定義には実体法上の変更は含まれていない。この定義は従来の学説を再現したものに過ぎない。しかしながら、次の点を指摘することができよう。法文は、義務について言及していない。予約が契約締結を義務付けるということは述べられておらず、受益者に契約を締結する**権利を与える**ものとしている（前述した、いわゆる「選択権（droit d'option）」である）。この点は、予約の効果をめぐって重要になってくる。2016 年改正の主たる寄与は、まさにこの点に見いだすことができるのである。

B. 一方の予約の制裁（*Sanction de la promesse unilatérale*）

実際、新法は予約の**強制執行**（*l'exécution forcée*）を許容している。この点を理解するために、旧制度を一瞥してみよう。改正前に散見された指摘によれば、諾約者が引き受けるのは、個人的な義務（une obligation personnelle）であった。すなわち、売買に対する自身の同意を堅持することが義務付けられていた。この義務は、為す債務であった。民法典 1142 条は、改正以前は、為す債務は不履行によって損害賠償に変わると規定していた。このことが破毀院をして、売買の予約は強制執行の余地がないと言わしめた原因であった。それゆえ諾約者は、撤回する（あるいは第三者と契約を締結する）ことが許されたし、それによって予約されていた契約の成立を妨げることができた[29)]。だからといって、

諾約者のそのような行動が制裁されないというわけではなかったのはもちろんである。彼は、契約責任を義務付けられたのだから。（強制執行を免れるという）判例のこのような解決は、予約を大いに不安定にするものだとして学説によって批判にさらされたが、裁判所が態度を変えることはなかった[30]。判例は、理論的変更はせずに、せいぜい強制執行特約を許容しただけのように思われる[31]。

こうしたことから今回のオルドナンスが重要な意味を持つのである。オルドナンスは判例による解決を純粋単純に逆転させた。実際、1124 条 2 項は次のように規定している。「選択権行使のために受益者に付与された期間に行われた予約の撤回（révocation）は、予約された契約の成立を妨げない」。受益者が期間内にあるいは予定された条件のもとで選択権を行使したならば、最終的な契約は自動的に成立する。このことが意味するのは、諾約者が公示に必要なこととして公証人の前で終局的な行為を締結することを拒絶する場合、受益者は、双方予約における場合と同様、資格を取得するために契約の確認それ自体を裁判官に求めることができることになる。このような解決は、否定的な見解を述べる学者もいるものの[32]、十分に賞賛に値する。こうして、予約の義務的な側面に適切な力を与えたわけである。

29）Civ. 3e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199 ; JCP G 1995, II, 22366, D. Mazeaud ; JCP E 1995, I, 439, obs. M.-L. Izorche ; JCP N 1995, I, 194, note Terrasson de Fongères ; Bull. civ. 1993, III, n° 174 ; D. 1994, p. 507, Fr. Bénac-Schmidt ; somm. p. 230, obs. O. Tournafond ; Defrénois 1994, art. 35845, n° 61, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; D. 1995, somm. p. 88, obs. L. Aynès ; RJDA 1994, n° 274, p. 230 ; RTD civ. 1994, n° 1, p. 588, obs. J. Mestre.

30）V. not. Civ. 3e, 28 oct. 2003, n° 02-14459 ; Civ. 3e, 25 mars 2009, n° 08-12237 ; Civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-12.875 ; Com., 13 sept. 2011, n° 10-19526 ; Civ. 3e, 12 juin 2013, n° 12-19105.

31）Civ. 3e, 27 mars 2008, n° 07-11721, D. 2008, p. 2965, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2008, p. 475, obs. B. Fages :「本売買の一方の予約の両当事者は、売却の引き受けに関する諾約者の履行欠如は、売買の裁判上の確認によって現物にて解消され得るということを、取り決める自由を有していた。」

32）M. Fabre-Magnan, De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente. Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats D. 2015, p. 826.

2016 年 2 月 10 日改正によってこのようにもたらされた変化を前に、実務は次のような問題を抱えるに至る。当事者の任意で、旧法上の解決を維持することは可能だろうか。**先験的にみれば**（*A priori*）、可能である。当事者がそれを望むのであれば、強制執行を排除する合意を交わすことは許されるし、諾約者の撤回もしくは本契約の締結拒絶が損害賠償という方法によってのみ制裁されるであろうことを予定することも可能であろう[33]。

本法はまた、予約の安全性を決定的に確立するために、次のことを規定している。すなわち、「一方の予約が存在することを知悉していた第三者との間で、この一方の予約に反して締結された契約は無効である」（1124 条 3 項）。最終的に、選択権が行使されたにもかかわらず予約されていた売買が成立しない唯一の場面というのは、**予約の存在を知らなかった**誠実な第三者に対して売主が財産を売却した場合に限られる[34]。この場合、受益者は第三者買主の権利に異議を申し立てることはできない。しかし、諾約者に民事責任を負わせ、損害賠償の支払いを得ることはできるであろう。不誠実な第三者との間で締結された契約の無効は、予約の実効性を明らかに強化するものとなる。一度契約が無効とされたならば、受益者はその時選択権を行使して彼自身が契約当事者になることができるからである（そして、売買の予約であれば目的財産の所有者にもなる）。そうしたことから、明らかなこととして、無効は選択権を行使する受益者の意思に条件付けられているわけではない。となると、無効を主張して契約を締結しないことも、さらには、選択権の行使期間満了後にもかかわらず無効主張することも可能と言わなければならないことになりそうである。このよう

33）そのような意味において , M. Mekki, Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles, JCP N, 2016, 1112, nº 13 は次のような契約条項を提案する。すなわち「一方の予約を締結した当事者は民法典 1124 条 2 項の各任意規定を除外することについて相共通して合意に至った。受益者は、現物賠償を放棄することにつき、万事考慮のうえ承諾するものとする。諾約者の負担する諸義務が不履行に陥った場合には、受益者は単純な損害賠償のみをその者から獲得することができるものとする」。

34）既に不動産公示制度に関連して言及したが、ここでは信義誠実の原則（la bonne foi）の役割を見いだす（前述 I, A 参照）。

な解決はしかし適切とは思われない。おそらくこのような事態を避けることは許されるであろう。実際、無効を獲得するためには、司法の場にて訴権を行使する必要があるが、その際には訴えの利益（*un intérêt à agir*）（CPC31 条）が要求されることになる。けれども、無効を要求する受益者は、彼自身での契約締結を望んでいないとするならば、訴えを提起するいかなる利益を有していると言えるだろうか。

最後に次のことを指摘しておこう。諾約者死亡の場合においては、予約の引受は相続人に移転することになる。このことは、選択権がなお実効性を持って行使され得るということを意味している。改正前の判例によれば、相続人が未成年者である場合において、［受益者が］選択権を行使して終局的な売買を締結するために、いかなる特定の許可も必要とはされない[35)]。この点については、今回のオルドナンスはなんら変更をもたらしていない。したがって、新法のもとでも［上記判例の］この解決は維持されることになるだろう。その結果、つまるところ、一方の予約は今や特殊に実効性のある前契約である。その実務的な成功は論理的に言って継続されるにちがいない。

III —— 優先合意（*Le pacte de préférence*）

優先合意は引き受ける負担が最も小さい前契約である。契約自由の原則が無垢な形で残されている契約である。すなわち、いずれの契約当事者も、（本契約を）締結することを真の意味で引き受けていないのである[36)]。2016 年 2 月 10 日オルドナンスによって設けられた民法の新 1123 条は、この前契約制度を強固なものとした。同条は、この制度について提示及び定義付けをした後で

35）Civ. 3e, 8 sept. 2010, n° 09-13345 :　財産管理権（l'administration légale）を司法の監督下に置かれている未成年者が相続人である場合、後見監督官（un juge des tutelles）の許可を求める必要はない。［原審の判断を破棄した］判決は次のように述べている。すなわち、「［売却の予約の諾約者の］死後に、その者によって締結されたその負担（la dette）を引き受ける相続人らに対しては、［受益者の］選択権は有効に行使され得ると解するのが相当であった」。

（A）、制裁枠組みを定め（B）、そして優先合意をいわば「排除（purge）」することを可能とする催告権（une action interrogatoire）を作り出している（C）。

A. 優先合意の解説（*Présentation du pacte de préférence*）

新 1123 条はこの前契約の定義を用意している。それによれば「優先合意は、ある者が契約締結を決断した場合には、自身と取引をすることを受益者に対して優先的に申し出ることをその者が引き受ける契約である」[訳注 10)]。このことが意味するのは、諾約者は自身が契約締結を決断した場合についてのみ債務負担を引き受けるが、そのような決断をすることはまったく義務付けられていない、ということである [37)]。優先合意は売買の分野で見受けられる機会が多い。例えば、土地の所有者がそれを手放すことを決めた暁にはその土地を隣人に優先的に売ることを約束する場面や、賃貸人が賃借人に対して、売却を決断した場合に限り、その所有する物件を他の者に優先して売却することを約束する場合がある [38)]。これらのような事例では、その構造は慣習に由来する先買権（droit de préemption）に近似すると言えるかもしれない [39)]。

改正前後を問わず、契約の要素が全て定められていることを優先合意は必ずしも前提としていない。目的財産を指定する一方で、代金については未だ合意

36）この点は明らかにカタラ草案の定義と関連性がある。カタラ草案 1106-1 条［1 条］は次のように定める。「将来契約のための優先合意は、その契約を締結するかしないかの自由を残された者が、締結を決意した場合に、優先合意の受益者に対して自らと契約することを優先的に申し出ることを引き受ける、という合意である」（Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui.）。

訳注 10）1123 条 1 項「Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.」

37）我々がしばしば、「条件付売買の一方の予約」として記述することがあるのは、そのような理由があるからである。しかし、このような構造理解（formulation）は誤りである。このような表現は法的厳密さに欠けるものであり、一方の予約と優先合意の違いを覆い隠してしまうものとなる、

38）このようなことから優先合意は他の契約上の単なる「契約条項（clause）」という形式をとることになる。

に至らないということもあり得るのである。［優先］合意の履行時には、売却を決するに至った諾約者は、代金を確定するために受益者と交渉を開始しなければならないことにはなるだろう。諾約者が第三者から申込みを受け取り、そこに代金が含まれていた場合、諾約者は、もしこの提案に承諾したいのであれば、その前に優先合意を遵守すべく、受益者に対して彼の方からその価格での代金額を提示することが求められる。法文は、より正確を期することができたように思われる。カタラ草案の条文が採用されなかったことは残念に思う。カタラ草案は、次のように規定していた。「諾約者は優先させる契約に関連して行われたあらゆる申込みについて受益者に報告する義務を負う」（1106-1 条 2 項）。

B. 優先合意違反に対する制裁（*Sanction du pacte de préférence*）

改正以前に行われていた議論では、優先合意の制裁という問題点が重要な課題として取り上げられていた。諾約者が自らの約束に違背した場合、受益者が手にする権利はどのようなものであるのか。違背の判断は、契約を締結しなかったという事実をもって下すことは許されない。なぜならば、一方の予約と異なり、優先合意は、締結することを引き受けるものではないからである。反対に、優先合意違反があると言える場合というのは、諾約者が、受益者と優先的に取引をせずに、それ以外の者と契約したような場面である。諾約者が受益者に売買を申し出たが、受益者がこれを拒絶し、最終的に第三者との間で売買

39）優先合意の持続期間についてこの問題を論じた学説文献が多く存在するにもかかわらず、これら条文の文言は沈黙した（以下参照、not. N. Blanc, Le pacte de préférence et le temps, Mélanges Payet, Dalloz, 2012 ; S. Lequette, Réflexions sur la durée du pacte de préférence, RTD civ. 2013, p. 491）。この点は遺憾である。期間の定めなく優先合意が締結された場合どのように決すれば良いのか。おそらくは合意期間に関する一般的な枠組みを参照することになろう。つまり、諾約者は「合意で定められた予告期間またはそれがない場合は相当期間を遵守する限りにおいて、いつでも」（à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable）（新 1211 条）終わらせることができなければならない。

が成立したものの、それが受益者に提案された内容よりも好ましい契約条件だったというような場合も、同様に違反があると言えるだろう[40)]。

このような違反の場面で適用規範を定めているのは1123条2項である。それによれば「優先合意に違反して第三者との間で契約が締結された場合、受益者は被った損害の賠償を得ることができる。第三者がこの合意の存在及び受益者が優先権を主張する意図を有していることを知っていた場合には、受益者は契約の無効の訴えを提起し、あるいは締結された契約につき第三者に代位することを裁判官に求めることができる」[訳注11)]。条文はしたがって二つの場面を区別している。すなわち、優先合意及びそれを受益する意思について、第三者が知っていたのか知らなかったのかに応じて異なる解決が予定されている。

第三者が知らなかった場合、その者は「誠実（bonne foi）」である。彼の立場はしたがって保護されなければならない。この場合、彼が取得した権利を白紙に戻すべきことは問題にならない。民法典はだから損害賠償だけを受益者に許容している。しかし、第三者が不誠実（mauvaise foi）だった場合、彼が獲得した権利は保護されるに値しない。この場合、法律は無効権限または代位権限（受益者が第三者に代わり契約当事者になる）を与えている。この第二の選択肢は、現物賠償（exécution en nature）に類似するが、これは破毀院混合部が2006年に下して話題になった判決のもとですでに認められていたものである[41)]。実際には、第三者の悪意を証明するのは難しいだろうが、裁判例をみる限り、そうしたことは不可能というわけではない[42)]。

40）詳細については以下の文献を参照されたい。Th. Piazzon, Retour sur la violation du pacte de préférence, RTD civ. 2009, p. 433.

訳注11）1123条2項「Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.」

41）Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376, D. 2006. p. 1861, note P.-Y. Gautier ; D. 2006, p. 1864, note D. Mainguy ; D. 2006, p. 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson ; Rev. sociétés 2006, p. 808, note J.-F. Barbièri ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages.

この代位が受益者にとって課されたものであるのかという点は一考の余地がある。受益者は、［代位を求めずに］ただ損害賠償を得るために第三者に対してその者のフォートに非難を差し向けることは許されないのかもしれない。というのも、優先合意を活用する受益者の意思を知っていた第三者に非難を差し向けるという場合、裁判時に［賠償責任を選びとって］代位を放棄することは［優先合意を活用する意思があったという主張と］矛盾する主張に見えるからである。しかしながら、優先合意が成立した時点ではこれを活用する意思を有していたものの、それよりも数ヶ月から数年後になるであろう裁判の時点では代位することに利益がないということはあり得るのではなかろうか。それゆえ、受益者は、第三者の不誠実（mauvaise foi）の場面では、この者に対して損害賠償を求めるのか、それとも彼の権利に代位することを求めるのかという選択権を有するのだと考えることができるだろう。

C. 優先権の排除（*Purge du droit de préférence*）

優先合意の存在は第三者の立場を不安定にする恐れがある。第三者は、受益者の意向（la position exacte）がどのようなものかを知らないのが常だからである。諾約者が受益者に申し出を終えたにもかかわらず受益者が沈黙していた場合、どうしたら良いだろうか。このような事態を回避するために、2016 年 2 月 10 日オルドナンスは催告権（l'action interrogatoire）という斬新な枠組みを設けた。1124 条［ママ］3 項及び 4 項は次のように規定する。「第三者は、受益者に対して、書面で、合理的に定められた期間内に、優先合意の存在及びそれを活用することを望むかについて、確定するよう求めることができる。」「書面には、定められた期間内に返答がなかった場合、優先合意の受益者はもはや第三

42）例えば近時の判決に Civ. 3e, 9 avr. 2014, nº 13-13949 ; また商事賃貸借に付帯する優先条項については、Civ. 3e, 14 févr. 2007, n° 05-21814 ; Bull. civ. III, nº 25 ; JCP N 2007, 1302, note S. Piedelièvre ; Dr. sociétés 2007, comm. 63, H. Lécuyer ; Dr. et patrimoine sept. 2007, p. 97, Ph. Stoffel-Munck ; D. 2007 p. 2444, J. Théron ; RDC 2007, p. 701, D. Mazeaud ; RDC 2007, p. 741, G. Viney ; Defrénois 2007, art. 38624, n° 51, p. 1048, obs. R. Libchaber ; RTD civ. 2007, p. 366, P.-Y. Gautier.

者が締結した契約への代位または契約の無効を求め得ない、という旨を記載するものとする。」[訳注 12)]。この条文は旧法と異なり、第三者の安全性（la sécurité）を増加させている[43)]。立法者はかかる制度の有用性に鑑みて、施行日の時点ですでに締結されている契約についてもこの規定を適用することとした[44)]！

実務では、この条文は重大な問題点をいくつかもたらすことになる。第一に、当然のことながら、この規定は強行規定（d'ordre public）か否かという点である。催告権制度を当事者の意思で適用除外としあるいは修正することは可能だろうか。思うに、それはできないように思われる。まず、オルドナンスが施行日からその時点ですでに成立している契約にこの条文を適用することを予定しているということ自体、強行規定性を物語っている[45)]。加えて、そしてとりわけ、この権利（action）は、優先合意の当事者に与えられるものではなく、第三者に与えられるものだという点が肝要である。しかるに、法が第三者に与えている権利をある契約によっていかに奪うことができるのかを考えることは困難であろう。それゆえ、1123 条 3 項、4 項の催告権は公序（ordre public）に関するものであり、当事者はその適用を任意に除外できないと考えなければならないことになろう。同じ理由から、特定の行使期間を定め、あるいは法が予定する

訳注 12）1123 条 3 項「Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.」1123 条 4 項「L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.」

43）［今回のオルドナンスによってこの催告権は 3 箇所に導入された。残りの］同種の催告権は、代理分野にて本人（représenté）に対して代理人（représentant）の権限の有無を確認するためのもの（1158 条）、あるいは無効原因が存在している場合に無効主張権者（titulaire de l'action）に対してそれを行使するか放棄するかについて催告するためのもの（1183 条）がある。

44）Art. 9 ord. 16 nov. 2016. フランス法の原則としては、旧法下にて締結された、新法の施行開始時点（lors de l'entrée en vigueur）で現行している契約は旧法に服する。

45）M. Mekki, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RDC 2016/2, p. 400, spéc. p. 403 ; v. égal. M. Mekki, Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles, JCP N, 2016, 1112, nº 12.

のとは異なる枠組みを設けることもできないということになるだろう。

第二の問題は、条文が第三者に単純な権限を与えるものであるのかどうか、それとも、第三者は実際に彼が諾約者と取引を望む場合に優先合意の受益者に対して催告をすることに義務付けられているとみるのか、という点である。この問題が重要であるのは、代位権限（la faculté de substitution）は［受益者の］優先合意を活用する意思についての第三者の認識（la connaissance）を要件とすることを我々は知っているからである。受益者に対する催告をなさないことによって、優先合意の存在を知っている第三者は、代位の道を塞ぐことができるだろうか。おそらく裁判官は打開策を見いだすであろう。その打開策とは、第三者が受益者に催告をなさなかった場合には、それは受益者の返答が肯定的なものであること、そして、彼が優先権（droit de préférence）を行使することを望んでいたことを、第三者自身がまさしく知っていたからであると考えることである。どのような解決策を採用するにせよ、安全性の要請（un souci de sécurité）が、この催告権の画一的な運用（un exercice quasi-systématique）に至らしめるに違いない。

結論 ——

最後に、2016 年 2 月 10 日オルドナンスは、前契約という法分野に重要な改善点をもたらした。双方予約について規定化を「失念（l'oubli）」したことは残念に思うが、そのことは実務上の障害をもたらさないだろう。優先合意と一方の予約の制度は明確にされ、安全性を高められた。前契約に関する重要実務は今回の条文化を通じて漸く示された。民法典は前契約に対してそれが値する価値を認めたのである。