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

Title	契約の方式
Sub Title	La forme du contrat
Author	デコール, ジャン=ポール(Decorps, Jean-Paul) 平野, 裕之(Hirano, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.379- 424
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 講義 : 2010年度大陸法財団寄附講座「大陸法の基本概念」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0379

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
2010年度大陸法財団寄附講座「大陸法の基本概念」

契約の方式

ジャン=ポール・デコール
平　野　裕　之／訳

［序　はじめに］
［(1)　意思自治の原則（le principe de l'autonomie de la volonté）］
［(2)　諾成主義］
Ⅰ　方式主義と契約の有効性
(1)　厳格［行為］と公署証書
(2)　厳格［な方式］と私署証書
(3)　厳格［行為］と義務的な記載
(4)　厳格［な方式］と登録
Ⅱ　方式主義と契約の方式
1　契約の有効性と結びついた方式
(1)　要物契約（Les contrats réels）
(2)　［裁判所による事前の］許可を必要とする契約
(3)　認可（homologation）を必要とする契約
(4)　先買権（droit de préemption）の行使による契約
(5)　特別の許可が必要な契約
2　契約の履行に関連する方式
(1)　労働法の領域［の契約］
(2)　消費者法の領域［の契約］
3　契約の対抗可能性に関係する方式
(1)　不動産
(2)　企業［譲渡等］
Ⅲ　方式主義と契約の証明
［序　方式主義と書証としての書面］
1　書面の必要性
(1)　［一定金額以上の契約についての方式主義の］原則
(2)　［一定金額以上の契約についての方式主義に対する］例外

2　書面が満たすべき要件
(1)　書面の概念
(2)　証明方法としての私署証書
(3)　証拠方法としての公署証書（acte authentique）
［結論――終わりに］

訳者まえがき

本翻訳は、2010年12月20日に慶應義塾大学において行われた2010年度大陸法財団寄付講座「大陸法特別講義」の４つの講演の１つである（全体テーマは「大陸法の基本概念」）フランス公証人連合名誉会長ジャン＝ポール・デコール氏の表記の講演原稿の翻訳である。目次は訳者が作成したものであり、本文の［　］は訳者が追加した部分である。

［序　はじめに］

［(1)　意思自治の原則（le principe de l'autonomie de la volonté)］

1 －契約の形式（la forme du contrat）について考察するということは、債務法の重要な領域の１つを扱うということである[1)]［訳注：本訳では、formeを形式、formalitéを方式と訳し分けている］。

フランスにおいて、この［債務］法領域の中核的な法源は民法典であり、その中心は民法典［訳注：以下、条文を引用する場合には単に民法と訳することにする］1101条から2278条である。しかし、数多くの［関連する］規定が、商法典、消費法典、農業法典、労働法典、保険法典及び現在では憲法[2)] やヨーロッパ人権条約[3)]にも見受けられる。この［ように債権法が広く特別法にまで拡大している］

1）債務という用語は、法主体を結び付ける財産関係と定義することができる: cf. BENEBANT, Droit civil, Les obligations 11ème éd. DOMAT, p. 1.

2）V.MOLFESSIS, Les sources constitutionnelles du droit des obligations, in Renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ, 1997, p. 65.

ため、私法の規律の中核である債務［法］理論が一般［法］的性質を［有することを］強調しておくことが重要である。

この［民法以外への債務法の拡大の］他に、債務［法］の領域では、国際化といった一般的な現象が見られるようになっており、それは、先ずヨーロッパにおける共同体法［法］の発展によって[4]、更には、国境を越えた規律を模索し、国際的な最低限度のいわばコンセンサスを形成しようとする様々な機関により担われている。例えば、「ユニドロア」原則、契約についてのヨーロッパ法原則は、ヨーロッパ［法］の調和のための債務法の将来の発展のために参照とされるべきものである[5]。

2－債務の分類については、［比較法的な］普遍性が認められる。例えば、債務の目的によって、与える債務、為す債務、及び、為さない債務に分類され、債務の効力によって、強制力が認められる民事債務と、［単なる徳義上の義務ではない］民事債務とに分類できるが［即ち法的に債務といえるが］、違反になんらサンクションがない自然債務とが区別されている。［更には］その発生原因から、法律により生じる債務、そして債務者の意思に由来する、即ち契約に由来する債務といった分類がされている。

契約という概念は、社会生活における基本的な概念である。契約は、相互に遵守を義務づけられる債務負担行為（engagement）であり、このことは、「契約は、1人若しくは複数人が、他の1人若しくは複数人に対し、何らかを与え、為すまたは為さないことを義務づける合意である」と、契約の定義をする民法1101条から導かれる。

3）MARGENAND, Le Droit civil français sous influence de la convention européenne des droits de l'homme, R.T. D. Civ, 1996, p. 505.

4）TALLON, Vers un droit européen du contrat, in MELANGE COLOMER, 1999, p. 485 ets.

5）D.MAZEAUD, Réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la Commission LANDO, in Mélanges CABRILLAC, 1999, p. 205.

3 – どのように分類される債務であろうと[6]、債務を生じさせる契約は、［①］契約から導かれる強制力、及び、［②］履行を怠った債務者に生じる効果［訳注：債務不履行責任が成立する］によって、［他の合意から］特徴づけられるのである。但し、民法典の起草者は、常に意思自治の原則が守られるように配慮をしている。即ち、合意するか否か、契約の内容をどう決めるか、また、どのような方式を選択するかといった自由を認めている。ポルタリスは、『民法典序論』において、「もしすべての災難や濫用に対処すべきだという考えについて言うと、［そのような立法は］市民に対して破滅的な保護となるだけであり、救済方法は［避けようとした］災難よりももっとひどいものとなろう」と述べている。

［しかし］自由という原理は、ヨーロッパにおいて19世紀の終わりから20世紀前半の［社会経済の］発展により問題を露呈することになる。契約当事者間の経済的な力の差による不均衡が生じてきたのである。［このことは］一方の当事者である債務者は、もう一方の当事者である債権者側の当事者によって押し付けられた約款を受け入れるしかないという附合契約が登場することにより明らかになったのである[7]。

その後［19世紀後半以降］、裁判所は、契約の内容を分析し監視する権限を獲得し[8]、他方で、フランス憲法院（le Conseil Constitutionnel）は、この［裁判官の権限を認める］原則に憲法上の価値を認めることを否定したのである[9]。

立法者の側も、この時代以降に［消費者という概念が登場し］法的に消費者とされる債務者を保護する強行法規を次から次へと作り出していくのである。

6）フランス民法典は、双務契約（1102条）、片務契約（1103条）、実定契約（1104条）、無償契約（1105条）及び有償契約（1105条）を区別している。

7）BERLIOZ, Le Contrat d'adhésion, LGDJ, 1973.

8）TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP 1993, I, 3673.

9）Conseil Constitutionnel, 3 août 1994, JCP 1995, II, 22404 note BROUSSOLE - Conseil Constitutionnel 20 mars 1997, RTD civ., 1998, 89, obs. MESTRE ; JCP 1997, I, 4039, obs. FABRE-MAGNAN.

［(2) 諾成主義］

4－意思自治の原則から派生する原則として、諾成主義（consensualisme）という原理がある。フランスの民法学者は、この原理には非常に強い愛着を有している。

この［諾成主義の］原理によると、［契約］当事者の意思は、その当事者によりその合意を表示する方法として選ばれた方式で表示されるべきである。この原則は、常に広く認められてきたものであり、フランスの破毀院は比較的近時においてこの原則を再確認している[10)]。また、この原則は、フランスの債務法改正草案にも規定されており[11)]、更には、ヨーロッパ契約法原則にも規定されている[12)]。この［諾成主義の］原則には、［確かに］以下のような利点が認められる。［先ず］道義的には、自分の与えた言葉は遵守すべきであるという原則を支え、また、経済的には、取引関係における［取引の］実効性を確保することに役立つのである。

しかし、この原則には大きな危険性があり、［利点よりも］危険性のほうが上回っている。それは、先ず、契約当事者が自分の署名する内容を理解しないまま軽率に約束に拘束されてしまう危険性である。また、［合意だけで契約が認められてしまうため］契約の重要な部分が明らかではないということになる危険性がある。更には、法律によって予定された事例において契約の内容また効果についてのコントロールを行うに際して、［その前提として］公権力が契約内容を調査することの妨げとなるという危険性もある。

そのため、フランス法では、他の大陸法と同様に、意思自治の原則の制限として、契約内容にかかわる規律とは別に、かなり多くの契約の方式についての規定を置き、契約についての諾成主義の原理に対して例外を認めようとしてい

10）Cass. civ. 3ème 12 juillet 1983, Bull. civ III n° 165.

11）債務法改正準備草案1127条は「原則として、合意は、いかなる方法で表示されようと、当事者の意思の合致があったときに成立する」と規定している。

12）ヨーロッパ契約法原則２－101条は、「契約は、書面によって締結されることを必要とせず、また、いかなる形式にも服することはない。契約は、証人を含む一切の方法によって証明することができる」と規定している。

るのである。

この［方式を要求する］目的は明らかである。それは債務者を保護しようとすることである。方式主義は、［取引の］安全をもたらし、［一方の］契約当事者から［他方の］契約当事者の自由を保障するものである[13)]。

方式主義、エネス教授によると「意思を外に表す形式」[14)]とは、どういったものなのであろうか。［方式は］ある規定では、契約の有効要件として必要とされ、ある規定では契約の内容の証明のための要件とされ、更にまた、ある規定ではある方式が［別の理由から］必要とされている。［方式主義については］３つの点を考察すべきである。［以下には］方式主義と契約の有効性（⇒Ⅰ）、方式主義と契約の方式（formalités extérieures）（⇒Ⅱ）、そして、方式主義と契約の証明（⇒Ⅲ）の順に考察していこう。

Ⅰ　方式主義と契約の有効性

5 －フランス法においては、他の大陸法と同様に、契約の締結を一定の形式（forme）の規律に服せしめていることがある。その場合、［その契約を］厳格契約（un contrat solennel）［＝要式契約］という。

方式主義は、債務者を保護しようとするものであり、［債務者に］合意をするに際して［締結しようとする契約内容について］注意を促そうというものである。［即ち］形式を要求したり、一定の記載や方式を満たすことを要求することによって、［契約当事者に契約内容について］注意を促そうとしているのであり、それは重荷にみえようが、いずれも同じ目的によるものである。即ち、［繰り返すようであるが］弱い側の当事者と推定される契約当事者、換言すれば消費者を保護するということである。

13）IHERING　L'esprit du droit romain, 3ème éd. 1887 « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté ».

14）AYNES, Les obligations, Defrenois, 4ème éd., n° 535 p. 269.

6 － この厳格［契約に要求される］形式は様々である。［しかし、いずれの場合にも］これらは、契約当事者の保護という目的によって正当化されている。但し、依然として諾成主義が原則であるために、条文なしには厳格行為（acte solennel［＝要式行為］）は認められない。［要式行為を認める］条文において認められている厳格な方式には４つの類型があり、それは、公署証書（⇒⑴）、私署証書（⇒⑵）、一定の言及が義務づけられる証書（⇒⑶）、及び、それを登録することが義務づけられる証書（⇒⑷）である。［以下にこの順で説明をしていこう。］

⑴ 厳格［行為］と公署証書

7 － 厳格［な方式］で一番重要なのは公署［証書］である。それは、公吏（officier public）、この場合には公証人により、その職務として、必要とされる形式で作成された証書である。この証書は、紙によっても、電子的な方法によっても作成することが可能であり、いずれによっても効果に差はない[15)]。

フランス法でも他の大陸法でも、公証人は公吏である。即ち、国によって任命され一般の利益のためのサービスを提供する、即ち法的活動を行い、利用者に助言を与える法律家である。

公証人は、国または（連邦国家の場合には）活動する州の司法大臣によって任命される。厳格な職業倫理に縛られ、国家によって決められた手数料を遵守しなければならず、また、顧客に対する行為について絶対的な公正を守らなければならない。

公証人の任務は３つである。即ち、［①］契約当事者が間違いないことを確認すること、［②］契約当事者に助言をすること、及び、［③］契約当事者がその義務の内容について理解できていることを確認することである。公証人が契約当事者を保護するために介入するというのは、正にこのような意味においてである。公署証書は、契約当事者を保護しようとする立法者の意思を表してい

15）Art. 1317, al. 2 du Code civil, issu de la loi du 13 mars 2000（「公署証書は、コンセイユ・デタのデクレによって定められた要件に従って設定・管理されている場合には、電子的な媒体によっても作成することが可能である」）.

る厳格な形式を遵守しなければならないのである。では、それはどのような形式であろうか。［それには、以下の］４つを指摘できる。

－［①］契約当事者は公証人の面前まで出向かなければならない。代理が認められてはいるものの、その委任状自体も公署証書による厳格行為［＝要式行為］により作成されることが必要である。

－［②］公証人は、その作成した証書を全部［契約当事者に］読み聞かせなければならない。

－［③］公証人の面前でまたはその権限ある職員の面前において、当事者により署名がされなければならない。

－［④］公証人自身も、その証書に署名しなければならず、その署名があることによって初めてその作成した証書に真実性が付与されることになる。

8－［契約当事者の］保護は、公証人に助言義務が負わされていることによって更に強化されている。公証人は、契約に影響を及ぼす可能性のある一切の法的事由について確認をしなければならず、また、その把握した事由について［契約当事者に］知らせる義務を負っている。更に、公証人は、証書の範囲について［契約］当事者が理解しているか、また、その達しようとしている目的に適切なものかを確認する義務を負う。西ヨーロッパ、またラテン諸国において、その程度は同一ではないものの、この助言義務に違反すれば、公証人は専門家としてその責任を負うことになる。

フランス法では、数多くの財産契約について公署証書の方式によることが要求されている。贈与[16]、抵当権設定[17]、建築予定の不動産の売買[18]、夫婦財産契約[19]、処分権限を含んだ将来の後見の委任[20]、または、死後の委任[21] が

16）Art. 931 du Code civil［「［死因贈与ではない］贈与の証書は、すべて公証人において、契約の標準的な形式で作成されなければならない。それが原本に止まっている場合には、無効である」］.

17）Art. 2416 du Code civil［「合意による抵当権は、公正証書によってのみ行うことができる」］.

その例である。

(2) 厳格［な方式］と私署証書

9 －規定によっては、厳格［な方式］として要求されるものが、私署証書（acte sous signature privée）（かつては私印証書（acte sous seing privé）と呼ばれていた[22]）に止められている。［その場合には］書面の作成を要求している規定が、すべて厳格な方式を要求するものとは限らない。確かに、例えば、建築予定の不動産の売買[23]や営業財産（fonds de commerce）の譲渡の場合のように、書面を必要としてそれに違反したら無効とまで明記していることもある。

18）Art. L261-11 du Code de la Construction et de l'habitation［「［建築予定の不動産の売買］契約は、公署証書により作成されなければならず、以下の記載を有していなければならない。a）売却目的の不動産及びその当事者の記載、b）代金額及びその支払方法、c）引渡期日、d）契約が民法1601－3条の予定する形式による場合には、本法L261－3条の、完成の保証、及び、完成しなかった場合に契約が解除された場合になされるべき支払金額の返還」（1項）］.

19）Art. 1394 du Code civil［「夫婦財産契約は、合意の時に、全ての当事者またはその代理人が出席をして公証人の面前において証書を作成しなければならない」（1項）］.

20）Art. 477, al. 4 et 489 et s. du Code civil, issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006［477条4項「［将来の後見］の委任は、公正証書または私署証書によって締結しなければならない。但し、第3項の委任は、必ず公正証書によらなければならない」、489条「［将来の後見の］委任が公署証書によってなされた場合には、委任者が選択した公証人によって受け付けられ、受任者の承諾も同じ方式による」（1項）、「委任の効力が生じるまでは、委任者は同じ方式により内容を変更すること、または、受任者に撤回の通知をすることによりこれを撤回することができる。受任者は、委任者または公証人に［承諾の］撤回の通知をすることにより撤回をすることができる」（2項）］.

21）Art. 812-1-1 al. 3 du Code civil, issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006［［死後の事務の委任は、］「公署証書の方式でなされ、また承諾されなければならない」］.

22）表現が、2009年5月12日の法律2009-526号（la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009）によって変更がされた。

23）Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967, art.1［この法律1条により民法1601-1条以下が追加された。1601-1条1項は「売主が建築を義務づけられる建築予定または建築中の不動産の売買は、期限付記の売買または将来の完成した状態での売買という方式をとることができる」と規定していたが、改正されているようである］.

ところが、残念ながら最も多い規定は、書面［の作成］を要求しながらも［違反したら無効になるのかどうかについて］何も詳しく規定していないものである。この場合、書面という形式は［有効］要件なのであろうか、それとも、単なる証明のための要件にすぎないのであろうか。フランスにおいては、契約の種類によって判例の結論が分かれている。判例は、一方で、消費貸借については、書面を［契約の］有効性の要件とまですることなく、形式という要件を［書面で］利率を定めることを利息が有効となるための要件にするに止め[24]、他方で、保険契約[25]、質権設定契約[26] 並びに出版契約については、［書面の作成は］単なる証明のための要件にすぎないものとしている[27]。

実際、［この２つのいずれかは］取得者の保護の程度の問題にすぎない。最大限の保護を［取得者に］与えようとすれば、方式主義の違反に対する制裁は、契約の無効ということになろう。そうでない場合には、書面の必要性は、［書面がない場合に］権利が存在することの証明をするのに役に立つというだけのものとなる。書面については特別の方式は要求されていない。そのため、賃料の領収書、地下鉄の乗車券、または、単なる注文書でもよい［訳注：書面と認められる］のである[28]。

私署証書は、現在では、公署証書同様に、電子的な方法によって作成することも可能であることは注意すべきである。但し、それが家族法若しくは相続法上の権利を対象としているか、または、非事業者による人的担保の負担［保証及び債務承認］についてのものである場合は別である[29]。［しかし］このように電子書面を紙による書面と同視すること――それが限定されているとはいえ――に対しては、批判がある。［例えば］エネス教授は、［次に述べる］義務的

24）Cass. civ. 1ère 24 juin 1981, JCP 1982, II, 19713, note VASSEUR.

25）Cass. civ. 1ère 4 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 251.

26）Cass. civ. 1ère 25 mai 1976, Bull. civ. I, n° 271［但し、2006年改正により、要物契約を廃止し諾成契約とする代わりに要式契約であることが明記されている］.

27）Cass. civ. 1ère 20 novembre 1979, Bull. civ. I, n° 279.

28）Cass. com. juillet 1997, Bull. civ. IV, n° 209.

な言及を要求することで、この危険は薄くはなろうが、「この法律は、消費者の保護及び情報［を提供するということを］を幻のようにしてしまうことになるといった正反対の結果となる危険性がある」と力説する[30]。

(3) 厳格［行為］と義務的な記載

10－契約当事者の一方が事業者である場合に、［契約当事者間の］均衡を回復しようとする意図と同様に、消費者をもっと保護しようとする配慮から、書面を要求するだけでなく、そこに記載されるべき記載事項まで要求する条文を規定した立法がどんどんと増えてきている。

先ず、情報提供を行う性質のものがあり、消費用の製品や［消費者に］提案される契約に［法定の］記載が必要とされているものがある。例えば、フランス法では、建築予定の不動産の売買契約の予備契約（contrat préliminaire）[31]、消費用動産[32] または不動産[33] についての各種の与信契約、訪問販売[34]、生命

29）Art. 1108-1 et 1108-2 du Code civil（loi n° 2004-575 du 21 juin 2004）［1108－1 条「書面が法的な証書が有効となるために必要とされている場合に、1316－1 条及び1316－4 条の規定する要件の下で、公署証書によることが要求されているときには1317条 2 項の規定する要件の下に、電子的方式で作成または管理することができる」（1 項）。「債務を負担する者による手書きの記載が必要とされている場合には、債務負担者は、自ら行ったということが保証される性質の記入がされたのであれば、電子的な記入の方式によっても行うことができる」（2 項）。1108－2 条「以下の場合は、1108－1 条の例外をなす［その適用を受けない］。1　家族及び相続についての権利に関する私署証書　2　民事または商事を問わず、人的または物的な担保についての私署証書。但し、事業上の必要性による場合は除く」］.

30）AYNES, op. cit. n° 539, p. 273.

31）Art. L 261-11 du Code de la Construction et de l'habitation［⇒注17）］.

32）Art. L 311-9 du Code de la Consommation［「カードの発行を伴うか伴わないかを問わず、利用者に合意された金額まで、いつでも、任意の金額を受けられる与信契約を行う場合には、当初の契約及び合意された与信［金額］の引き上げには、［与信者による］事前の申込みが義務づけられる」（1 項）］.

33）Art. L 312-7 à 312-9 du Code de la Consommation［L312－6 条「L312－2 条の規定する与信のためには、貸主は、借主になろうとする者及び借主によって保証人として伝えられた者が自然人である場合には、その者に、無料で、郵便の方法による書面によって申込みを行わなければならない」。L312－7 条「前条の申込みには以下の記載がされなければならない。……」］.

保険[35] また買取権つきの賃貸借契約[36] がその例である。

［更には］情報を提供することを義務づけるに止まらない法律もある。［即ち］手書きで必要な記載事項を契約当事者が書き入れることまで要求している法律まであるのである。例えば、不動産与信の放棄[37] や保証人の債務負担行為[38] がそれである。

34）Art. L 121-23 du Code de la Consommation［L121－21条の規定する取引［訪問販売］は、契約の締結の際に顧客［消費者］に［契約書の］写しが交付されなければならず、これは以下の記載を含んでいなければならない。1　訪問販売者及び供給者の名称　2　供給者の住所　3　契約締結の場所の住所　4　提案された財産またはサービス給付の性質若しくは特性を明らかにする指示　5　契約の履行の要件、とりわけ引渡しないしサービス給付履行の時期及び方法、6　支払うべき全金額及び支払方法、分割払いまたは期限を付与した売買の場合には、信用販売の決済の方法、更に名目利率及びL313－1条に規定された要件により決められる実質的利率　7　L121－25条の規定する撤回の権限、この権利の行使の要件、また、明確に、L121－23条、L121－24条、L121－25条及びL121－26条の条文をそのまま全部］］.

35）Art. L 132-5-2 al. 1 du Code des assurances［「自然人による生命保険契約または財形契約（contrat de capitalisation）を締結する前に、保険会社は保険契約者に対して、撤回権の行使の要件及び契約の重要な内容を記載した情報についての書面を交付しなければならない。アレテによって、この書面に記載されるべき情報は定められる……」（1項）。「生命保険契約若しくは財形契約またはその提案は、以下の事由を含んでいなければならない。1　撤回権の行使を容易にするための書面モデル　2　撤回の方法を明らかにする、経済大臣のアレテにより内容を決められた用語の記載」（2項）］.

36）Loi　n° 84-595 du 12 juillet 1984, article 5［「買取権つき不動産賃貸借は、以下のような規定を有しなければならない。1　不動産の記載及び本件契約の当事者……　2　不動産の代金、支払方法……　3　買取人の買い取る意思……　4　買取人が権利を行使できる時期及び期間……　5　……」］.

37）Art. L 312-17 du Code de la Consommation［「L312－15条の規定する証書［売買一方の予約］は、与信の助けなしに代金が支払われることを規定し、買主による手書きの記載により、買主が本章の予定していない与信がなされているかどうか情報の提供がされたことを認めなければならない」（1項）、「L312－15条の規定する記載がなされなかった場合、または、第1項の要求する［手書きの］記載がされなかった、若しくは、それにもかかわらず与信が求められた場合には、契約は、L312－16条の予定する停止条件つきで締結されたものとみなされる」（2項）］.

11－しかし、ここまでいくと、立法は行き過ぎではないかといった疑問が生じてこよう。判例に依拠した立法によって条項は明確な活字で作成されなければならないことになっているが[39]、消費者ははたして立法者が要求した製品上の記載をちゃんと注意して読んでいるのであろうか、また、要求されている契約の記載事項を実際に読んでいるのであろうか。［後者の手書きという要件についても］消費者は、［契約をする際に］その時の厳格［行為］をなす緊張から、記入内容の複雑さのため、また、綴りを間違えないようにと注意しているため、自分で手書きしている内容を本当に理解しているのか、疑わしいであろう[40]。

他の分野におけると同様に、欲張りすぎると元も子もないということである。あまりにも行き過ぎた保護を図ろうとすると、逆に保護しようとした者の利益にはならないことになる[41]。方式主義の［方式の位置づけについて］法的性格が明確ではないために、それが遵守されなかった場合の効果が分からなくなってしまうのである。論理的には、契約が無効とされることになろう[42]。この契約

38）Art. 1326 du Code civil［「［契約］当事者の一方のみに一定の金額または消費物の引渡しを義務づける法律行為は、この義務負担を行う者の署名、その者によって文字と数字で金額または数量の全ての記載が記入された（2000年３月13日の法律2000－230号）証書によって証明されなければならない。これが［数字と文字とが］異なる場合には、文字で書かれた金額について、私署証書は有効となる」］.

39）Art. L 112-4 al. 2 du Code des assurances［「保険証券には、その作成の日付が付されなければならず、また、以下の記載を有していなければならない。1　契約当事者の名前及び住所……」（１項）。「保険証券は更に以下の記載もされなければならない。1　適用される法律がフランス法出ない場合には、適用される法律……」］－ Cass.civ. 1ère, 20 mars 1989, Bull. civ. I, n° 121 － Cass. civ. 1ère, 1er décembre 1993, D. 1994, 434 note BEER et GROUTEL.

40）CALAIS-AULOIS et STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 7ème éd., 2006, n° 167, p. 192.

41）D. MAZEAUD, une idéologie de l'information qui innerve le droit de la consommation, Defrenois, 1995, 351 － LE PAGE « les paradoxes du formalisme informatif », Etudes J. CALAIS-AULOIS, Dalloz 2004, p. 597 et s.

42）例えば、訪問販売［で提案される契約についての］方式の不遵守の事例について: Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1998, JCP, 1999, II, 10039.

の無効は、法律上当然に生じ、［訴訟上］関係当事者によってそれが主張されたならば［無効とする］判決が出されるはずである。しかし、実際には判例はこの無効を緩和しようとしている。即ち、判例は、例えば、情報提供されるべき事由が、契約書に記載されていなかったが、消費者が知っていた場合には、［契約が無効かどうかの］評価の権限を［裁判官］に認めているのである[43)]。

12－条文自体も、とても首尾一貫しているものとはいえない。ある規定は、［方式違反の契約は］無効ということを明示している。例えば、訪問販売、建築予定の不動産の売買及び保証[44)] がこれに該当する。他方で、保護を享受する者の判断に委ね、無効とするかどうかをその任意に委ねている規定もある［訳注：要するに取消しに匹敵する］[45)]。更には、例えば、消費貸借のように、義務的な記載事項が記載されなかった場合について［契約自体の無効とは異なり、次のように利息が認められないといった］特別の制裁を予定している規定もある。

例えば、［義務的な記載事項が記載されなかった場合］動産信用においては当然に[46)]、不動産信用においては［借主の主張に基づいて］[47)]、貸主は利息の権利を失うことになる。

判例は、このような様々なサンクションを集大成する基準を打ち立てている。それは以下のようなものである。先ず、情報提供のための方式に違反しただけでは契約は無効とはならない。但し、条文で無効が明示的に規定されている場

43）Cass. civ. 1ère, 3 mai 2007, Bull. civ. I, n° 169 – Cass. civ. 3ème 7 novembre 2007, Bull. civ. III, n° 199.

44）Cass. civ. 3ème 3 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 199.

45）これは、商法L141－1 条の予定する営業財産の売買についての義務的な記載が怠られたために［契約が］無効とされた事例である。

46）Art. L 311-34 du Code de la consommation［「L311－8 条からL311－13条の規定する方式を遵守しなかった貸主、また、L311－15条の適用により与信の申込みに切り離し可能な書式を容易しておかなかった与信者は、1500ユーロの罰金に処せられる」（1 項）］.

47）Art. L 312-33 du Code de la consommation［「L312－7 条及びL312－8 条からL312－14条 2 項及びL312－26条の規定する義務を怠った貸主または賃貸人は、3750ユーロの罰金に処せられる」（1 項）］.

合、及び、それが合意の瑕疵をもたらす場合は別である。義務的な記載事項がなかった場合の無効は当然に生じるものではなく、すべて相対的［なものであり無効となるためには当事者の主張が必要＝取消し］である[48]。

［無効とするのを避けようとするのと同様に］民法931条が［公署証書を］要求しているにも拘わらず公署証書以外の方式によっても贈与を規律することを認めるといったように、判例は［条文の］拡大解釈を行って、厳格［行為］の遵守［という要件を］ある程度緩和をしようとしていることにも注意すべきである。それは現実贈与（don manuel）の事例（動産の引渡しは、小切手や銀行振替の交付に拡大がされている）、間接的な贈与（第三者が、他の者によって約束された債務を支払う）、また、隠匿行為としての贈与（贈与証書が、仮装により別の方式によっている場合。例えば、売買、しかし代金の支払はない場合［物の贈与の仮装］）である。

⑷ 厳格［な方式］と登録

13－登録（enregistrement）は、基本的に税務上要求されている方式にすぎない。この登録のおかげで、証書の存在を税務署が知ることができ、また、税務署は税金、即ちフランスにおいて登録税［印紙税］と呼ばれている税金を徴収できることになる。

例外的に、この登録が、厳格［な方式］とされていることもある。不動産の一方的な予約、営業財産の譲渡予約、ないし、私署証書によってなされたのであれば［これらの］譲渡それ自体が、このような事例に該当する。［この場合］登録が怠られると、証書は無効となる。

この［登録］義務は、［契約から］10日以内に果たされなければならない[49]。

48）Cass. civ. 1ère 24 juin 1998, Bull. civ. I, n° 234.

49）Art. 1589-2 du Code civil, anciennement art. 1840-A du Code général des impôts.［「不動産、不動産の権利、営業財産、全部若しくは一部不動産についての賃貸借、租税法典728条及び1655条に規定された会社についての売買一方の予約は、それが公正証書により確認されるか、または、受益者の承諾の日から10日以内に登録された私署証書によらなければ、無効である。……」］.

この義務は、公権力が取引についての脱税工作に対処しようとするものであるが、学説によって、取引の安全を害するものであると批判がされている。

この批判は、［債務者保護とは］全く別の目的で契約について方式を要求する方式主義でありながら、［その方式を欠くと］契約の無効をもたらす方式は他にはないために、一層もっともなものと思われる。

Ⅱ　方式主義と契約の方式

14－［厳格契約についての］方式についての規律とは異なり、方式［の規律］は、契約の有効性に直接に影響を及ぼすことがないのが普通であり、［方式を満たしていなくても］契約自体は有効であり[50]、［方式の補完を要せずに］直ちに有効である。しかし、方式主義のために、［契約の効力には影響はないとしても、方式の要件を欠くと］証書の効力には影響を及ぼすことになる。こうした［契約の効力に影響を及ぼさない］方式（formalités extérieures）は、特別の要請に応えるためのものである。［それは］契約当事者の保護、第三者の保護、または、行政当局への［契約についての］情報の提供である。

このように役割にいろいろのものがあるということは、この［契約の効力に影響を及ぼさない］方式にもいろいろな性格のものがあるということを意味するものである。あるものは、事前に［書面が］要求され、あるものは同時または事後に［書面を］作成することが要求されるといったように分かれているのである。このことからまた、その不遵守に対するサンクションに段階があることには理由があることも分かろう。

以上のことを説明するために、［以下には］契約の有効性のための要件としての方式（⇒1）、契約の履行［拒絶＝撤回権］と関係する方式（⇒2）、及び、契約の［第三者への］対抗に関係する方式（⇒3）に分けて［説明をして］みたい。

50）不動産売買の一方的予約及び営業財産の譲渡の例外は別である。

1　契約の有効性と結びついた方式

方式と契約の効力［の関係］は、契約の性質に従って、［以下の］５つの類型の契約が区別されるべきである。

⑴　要物契約（Les contrats réels）

15－伝統的な考えによれば、要物契約（contrat réel）とは、物の引渡しがあって初めて成立する契約である。例えば、フランスの民法典では、消費貸借[51]、寄託[52]及び質権設定契約[53]及び現実贈与（［条文はないが］判例による）が、契約の有効要件として物の交付を要求している契約である。

このような古典的な理解は、現在では、学説の大多数によってまた破毀院の判例によって異論がさしはさまれている。破毀院の判例によると、消費貸借は債務者または公証人（不動産についての信用の場合）に金額を交付することを内容としていないため、［金銭の交付まで］契約は成立していないとしても、少なくとも消費貸借の予約（promesse de prêt）はあるのであり、この約束を遵守しない当事者は契約責任を負うことが認められているのである[54]。

⑵　［裁判所による事前の］許可を必要とする契約

16－一定の場合には、契約が非常に重要なものであるために、事前の司法的コントロールに服すべきものとされている[55]。例えば、倒産に瀕している企

51）Articles 1875 et 1897 du Code civil［2009年５月12日の法律により改正されている。「使用貸借は、一方が他方に物を利用するために引き渡し、使用後に借主がそれを返還する義務を負う契約である」］.

52）Art. 1915 du Code civil［「寄託は、一般に、一方が他方から物を受け取り、それを保管し現実に返還することを義務づけられる行為である」］.

53）Art. 2073 du Code civil［改正前の規定である。この旧規定では、質権設定契約は要物契約とされていたが、現在では、2006年の改正により、2336条は質権設定契約を書面による締結（公署証書である必要はない）を義務づけて要式契約としたが、要物性を不要として諾成契約に変更されている（2333条）］.

54）Cass.civ. 1ère, 4 juin 2002, Bull. civ. I, n° 159 – Cass. civ. 1ère, 27 octobre 2001, Defrenois, 2002, p. 259 – Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, D. 2001, p. 615.

業を譲渡するには事前の［裁判所による］許可が必要とされている。このような許可が必要とされている場合には、それなしに契約が行われても、契約は無効である[56]。

⑶ 認可（homologation）を必要とする契約

17－このような［認可を必要とする］契約としては、家族法の２つの契約がある。

先ず１つは、未成年子がいる場合に夫婦財産制度を変更する合意の［裁判所による］認可である[57]。他は、［夫婦の］相互の合意による離婚［訳注：協議離婚］についてであり、この場合には、裁判所が、離婚の申請と共に弁護士によって提出された公証人作成の財産清算の合意を認可することになる[58]。

この２つのいずれの場合とも、認可されない契約は、法的な価値は何ら認められない。但し、［その後に］認可が得られれば完全な効力が付与されることになる。しかし、その効力は［合意の時に］遡及することはない。［この場合］司法的な認可が必要だからといって、合意が契約であるという性格は失われるものではない。そのため、これらの契約も、［司法の認可を得た場合でも］民法の一般規定によって、合意の瑕疵を理由に無効とすることは可能である[59]。

⑷ 先買権（droit de préemption）の行使による契約

18－フランス法では、ここ20年間の間に先買権［を認める立法］が増加している。

55）THUILLIER, L'autorisation en droit privé, LGDJ, 1996.

56）Cass. com. 27 octobre 1998, Bull. civ. IV n° 259.

57）Art. 1397, al. 5 du Code civil［夫婦の「一方または他方に未成年子がいる場合には、公正証書が必要となりかつ夫婦の住所地の裁判所の認可が必要である」。2006年７月23日の法律による改正］.

58）Art. 232 et 268 du Code civil［232条（2004年５月26日の法律による改正）「夫婦のいずれの意思も現実のものであり、その合意が自由なものでありかつ明確なものであることを確認したならば、裁判所は［離婚の］合意を認可しそれを宣言する」（１項）。「［離婚の合意が、子供または夫婦の一方の利益について十分に配慮しているものではないと確認した場合には、裁判所は離婚を宣言することを拒否することができる」（２項）］.

59）Cass. civ. 1ère, 14 janvier 1997, D. 1997, 273.

［①］その中には、私法上のものがあり、賃借人の先買権[60]や共有者の先買権[61]、また、土地を開拓した農業者の先買権[62]がその例である。［②］他方で、公法上のものもあり、都市整備政策[63]や、土地の再集団化や再配分のための農業政策[64]による地方公共団体の先買権がその例である。

⑸ 特別の許可が必要な契約

19－［特別の許可が必要な契約の］事例はいろいろである。不動産の分野では、保証金が提供されていなければ、将来完成する財産［不動産］を確保しておく契約は、無効とされている[65]。また、［このような不動産についての］不動産仲介業者による仲介契約も、その案件についての特別の年代順の登記がなされないと無効される。

不動産以外の分野では、特定の活動分野（タバコの小売、酒類の小売、薬局等々）の事業の売買について必要とされる許可をあげることができる。また、規制されている法的専門職の分野における事業の売却、例えば公証人や執達吏の事務所の売却のように、承継人に対する官庁の承認が必要とされているものもあげることができる。

これらの様々な場合において、無効というサンクションは、その活動の経済

60）Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 15.

61）Art. 815-14 du Code civil, issu de la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976.［「有償で、共有物についての権利の全部または一部を第三者に譲渡しようとする共有者は、他の共有者に、予定している代金及び条件、取得を名乗り出ている者の名前、並びに住所及び職業を裁判外の証書により通知しなければならない」（1項）。「この通知から1カ月以内に、全ての共有者は、裁判外の証書により、譲渡をしようとしている者に対して、通知を受けた代金と条件によって先買権を行使する旨の通知をすることができる」（2項）］.

62）Art. L 143-1 et s. du Code rural［現在はCode rural et de la pêche maritimeと変更されている］.

63）Art. L 112-3, L 142-1 à L 142-13, L 210-1 à L 213-18, L 214-1 à L 214-3, L 324-1 à L 324-10 du Code de l'urbanisme.

64）Art. L 121-20 du Code rural［現在はCode rural et de la pêche maritimeと変更されている］.

65）Cass. civ. 3ème, 22 février 1995, Bull. civ. III, n° 57.

的また戦略的重要性を考慮して、その取引を行政官庁がコントロールすることが重要であることを示すものである。

2　契約の履行に関連する方式

［この分野で］紹介すべき例は、１つは労働法、もう１つは消費者法のものである。

⑴　労働法の領域［の契約］

20－見習い契約や職業資格修得のための労働契約といった一定の契約は、労働が行われる県の担当箇所に登録がされなければならない[66]。この登録が怠られた場合の［使用者に対する］サンクションは非常に重大なものである。即ち、補助金制度の適用が認められなくなるのである。一般法の制度も適用になるが、事業主にとって、必然的に不利なものとなる[67]。

⑵　消費者法の領域［の契約］

21－フランス法では、ここ数年、消費者をこれまで以上に保護しようとして、消費者に認められる［事業者との契約の］撤回の権利が増え続けている。

この権利は、元々は訪問販売について認められたものであるが[68]、生命保険に拡大され[69]、近時では、公署の形式でなされたものとならんで私署［証書］による不動産予約［avant contrats］についても拡大されている[70]――但し、

66）Art. L 117-14 du Code du travail.

67）Cass. soc. 12 juillet 1994, D. 1995 311, note ROY-LOUSTANAU.

68）Art. L 121-25 du Code de la consommation［「祝日も含めて、注文または購入の合意をしてから起算して７日を経過するまで、顧客は、受取証明つきの内容証明郵便によりそれを撤回することができる。この期間の満了が、土曜日、日曜日または祝日である場合には、次の平日まで満了は延期される」（１項）。「顧客が注文または購入の合意を撤回する権利を放棄する契約条項は無効であり、追認をすることができない」（２項）。「本条は、L121－27条の予定する条件の下で締結された契約には適用されない」］.

69）Art. 22 et 23 de la loi n° 81-2 du 7 janvier 1981.

学説の一部また実務家はこの［最後の不動産予約の］規定に対しては非常に批判的である。実際上、これによって売主に取引の不安定をもたらしているというのがその［批判の］理由である。［なぜならば］買主は、悪意のある場合には、いくつもの取引を次々に行い、他を撤回して一番よいものを選択することになる［からである］。

3　契約の対抗可能性に関係する方式

22－ここでの方式主義は、契約当事者の署名後になされる契約の公示のためのものである。これは、経済的に、法的にまた戦略的に最も重要な財産、即ち不動産や企業［の取引］に関するものである。

(1)　不動産

23－不動産についての公示（publicité）は、土地公示という観点から制度が設計されている。この土地公示は、全ての［物件］変動を不動産登記簿（fichier immobilier）に登録するものである。この不動産登記簿には、所有者であるすべての者に係わる人的な記録（fiches）と同時に、不動産ごとの記録が含まれている。［不動産についての］全ての譲渡は、無償であろうと有償であろうと、第三者に対抗可能となるためには土地公示がされなければならない。

このような理由により、フランスにおいては、不動産に関する合意はすべて公証人による証書（acte notarié）によってなされることが立法により義務づけられているのである。これは、法的安全のためであり（公証人は署名前に契約の法的問題点を全部チェックする）また実際の必要性によるものである（公証人は、作成した証書を署名から２カ月以内に公示しなければならず、また、事前に預けられていた顧客の計算による取引についての税金を納めなければならない（相続、贈与または売買の手数料））。

公示がなされないことに対するサンクションは、この［物権］変動を第三者

70）Art. L 271 du Code de la construction et de l'habitation, issu de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000.

に対抗できないということである。この結果、売買が公示されていない限り、売主は、不動産についての不動産税を課税されたままであり、また、買主は、その［取得した］財産［＝不動産］を転売したり抵当権を設定することができないことになる。

24－フランスには、不動産について［場所によって異なる］２種類の公示制度があることに言及しておこう。すなわち、土地公示（publicité foncière）と［上ライン、下ライン及びモーゼル県の1891年のドイツ法に由来する］土地登記簿（livre foncier）である。［①］前者では、意思主義により契約の署名の時に所有権の移転［の効果］が生じるので、［土地公示は所有権移転に］対抗力を生じさせるものにすぎないが、［②］後者は、［ドイツ法の形式主義を採用し、登記が］所有権の移転そのものという法的効果を持つものである。土地登記簿のシステムは、ドイツ法に由来するものであり、最も世界的に普及しているが、それはその提供する安定性が相当なものだからである。この［土地登記簿の］システムは、２種類の公吏による二重の法的コントロールを予定しており、それは公証人が証書を作成し、［登記］判事が［審査の上で］所有権の移転登記をするというものである[71)]。

⑵ 企業［譲渡等］

25－企業［自体の取引］に関しても、第三者に対する証書の対抗可能性に方式主義が結び付けられている。しかし、ここでは商事的な性格のものである。実際、売買や贈与、または、会社への出資といった殆どの［企業についての］譲渡は、［①］一方で会社ないし企業の所在場所の法定の官報［への掲載］、他方で、［②］会社または商事登記を管理する商事裁判所への［登記という］二重の公示がなされる。後者は、譲渡若しくは変更の対象となる会社または企業のすべての内容が記載される。

71）このような制度は、アジアや中央ヨーロッパの多くの諸国、また、アフリカのいくつかの国において存在している。

この二重の方式は、法的には重要である。このため、未登録の商人は、商事所有権、即ち、その期限末にその賃貸借の更新を受ける権利を主張することができないことになる。同様に、登録を抹消していない商人は、更生手続きの場面で［商人として］追及の対象とされる可能性がある。即ち、その［更正手続きの］規律が、登録抹消までは適用されることになる。

結局のところ、商事登記への登録は、商人たる資格についての証明方法であり、方式と証明との間には、緊密な関係が認められることになる。

Ⅲ　方式主義と契約の証明

［序　方式主義と書証としての書面］

26－債権者はその主張する債権を証明する責任を負担しているため[72]、証明は権利行使の場面で非常に重要な意味を持っている。証明されない権利は、現実に存在するとは認められないのである。そのような［証明されない］権利は、法律ないし裁判所によって保護されないのである。

ある学者ら、例えばジャック・フルールは[73]、証明のための形式は厳格［行為の］形式に由来しており、言い換えれば、［①］法律によって要求されている厳格［行為の］方式を遵守しておらず［契約が］有効でなければ、そ［の契約］の権利は存在しないことになるのと、［②証書が要件を満たさず証明の効力が認められず］権利が証明されなければ、その契約の権利は存在しないと扱われるのとは同じであると考えている。

別の学者は、逆に、方式主義にかかわる規律と証明方法に関する規律とは異なると考えている[74]。この学説によれば、いずれについて論じているのかにより、性質が異なるので、異なった法的結論になりうることになる。例えば、形

72）民法1315条は、「債務の履行を求める者は、その債務を証明しなければならない」と規定する。

73）Voir : Journées J. FLOUR, « Le formalisme », Defrenois, 2000, art. 37207 à 37213.

74）Y. GRYNBAUM, RTD civ., 2007, p. 53.

式の瑕疵は、厳格行為では治癒できない。しかし、証書については、瑕疵があったとしてもやり直すことができ、そこに含まれていなかった内容を補完する証書を作成することによって、証書について事後的な書面による証明を行うことができるのである。また、証書の証明のための要件を変更する合意も有効であるのに対して、遵守されるべき［方式主義の契約の］方式を不要とするという合意は効力を認められない。

27－［後説のいう］このような［証明についての規律と形式についての規律の］差異は、実際に完全に説明可能である。［①］証明準則は、私的利益にかかわるものであるのに対して、［②契約］形式の規律や厳格［行為］は、公序としての性格まで併せ持つのである[75)]。後者は、破毀院において初めて援用でき、また、合意によって修正することはできない。他方で、全ての証明が書面でなされるべきものとされている場合に、法律で定められているところ以上に証拠を援用できるものとする契約当事者の合意をすることは何ら妨げられることはない。

28－このような学理的な議論以外に、証拠方法は、フランス法において、職業倫理的な数多くの規律に服している。例えば、裁判官は、個人的な情報に依拠してはならず、同様に、主張されている証拠は、公正に作成されたものでなければならない。例えば、［後者についていうと］関係者に知らせることなく行われた会話の録音は、現在では判例により、不公正な方法によるものと考えられている[76)]。

同様に、フランス法は、法律行為と法律事実について根本的な区別をしている。例えば、契約外の場面においては、どのような証明によるのかは自由である。被害者がその権利を証明することを可能とする契約が事前には存在しない

75）MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 557, p. 282.

76）Cass. civ. 2ème, 7 octobre 2004, Bull. civ. II, n° 447.

からである。他方で、契約の場面においては、［契約上の］権利の証明は、契約を署名するに際して整えることができるのである。［契約の場合には当事者は、］証明を予め用意しておくべきなのである。

裁判官は証拠に拘束されるために、フランス法おいては、［以上のことは］更に重大である。この点は、大陸法と英米法との間の根本的な性格の差を示す１つである。英米法の法体系では、［契約についてであれ］証明は自由であり、いかなる方法によっても行うことが許される。即ち問題となっている金額の如何によることなく証人は書面と同じ価値を持つ。これに対して、フランス法では、［契約上の権利が］一定の金額を超える場合には、書面でのみ［その契約上の権利を］証明できるにすぎない。

証明をめぐっては、どのような場合に、書面は絶対に不可欠なのであろうか（⇒１）。また、［その場合に］どのような要件が満たされるべきであろうか（⇒２）。［以下に］この２点について検討してみたい。

１　書面の必要性

29－事前に証拠を作成しておくことを要求することは、確実性のみならず安全性にもつながるところである。何故ならば、事後的な多くの紛争を回避できるからである。大陸法における原則の１つとして、証拠方法の序列というものがある。例えば、書面は証人に優先し、公署証書は私署証書に優先する。

もしそうではなく、証拠について裁判官が［自由な］評価の権限を有するとしたならば、確かにそれは柔軟性のある制度であるが、不確実性をもたらす制度でもある。何故ならば、どのような判決が出されるのかあらかじめ予測できないからである。これは［裁判官が自由に証拠を評価できるというのは］英米法のシステムの特徴の１つである。そこでは、証人はより好まれる証明方法であり、書証（preuve écrite）に対しても優先する［と評価をする］ことも可能なのである。フランス法は、この点は微妙である。何故ならば、この［書面が必要とされる］原則に対しては数多くの例外が認められているからである。

(1) ［一定金額以上の契約についての方式主義の］原則

30 − 民法1341条は、債務が一定の金額――現在では1500ユーロ――を超える場合には、事前に書面による証拠を作成することを要求している。［続く民法］1342条は、この金額について、元本と利息の合計で評価することを付け加えている。このような［金額による］限定は理解できるものである。日常生活における少額の、直ちに履行がなされ当事者も善意で相互に履行するような取引にまで方式を要求せず方式主義の行き過ぎを回避しているのである。

この規定によってもたらされる結果は重大である。［というのは］民法1341条により書面の優位性が認められている［からである］。［即ち］「証書の内容について有利または不利な一切の証人は受け入れられない」と規定されているのである。訴訟上の自白及び訴訟上の宣誓のみが、書面に優先する証拠として認められるにすぎないのである。

(2) ［一定金額以上の契約についての方式主義に対する］例外

［契約について］書面が絶対に必要とまではされておらず、その権利を証明するために［書面以外の］別の証明方法の利用が認められる事例がある。

(a) 商事関係

31 − 商法L110−3条は、「商人については、法律で別段の定めがない限り、商行為（actes de commerce）はいかなる ［証拠］方法によっても証明することができる」と規定している。即ち、原告は、自分が商人であることまたその行為が商行為であることを証明すれば、権利の証明のために書面を要求するという原則［の適用］を避けることができるのである。例えば、非商人によって署名された商事保証は、民法の規律に服することになる[77]。また、商人とはいえ、その商事活動外で活動する場合にも［商法L110−3条の適用はなく］、契約またそ

77）Cass. civ. 1ère, 18 mai 2004, D. 2004, 1665 – Cass. com., 21 juillet 1998, Bull. civ. IV, n° 212.

の内容の証拠は、署名した書面により証明されなければならないのである[78]。

この［商法L110－3条の適用がない］例外は、商人と個人との間で締結された混ざり合った行為（actes mixtes）と呼ばれる場合の契約にも、［次のように］部分的にのみ認められる。この場合には、個人の側は商人に対して証拠についての自由な規律を適用できるが[79]、他方、商人の側は、非商人に対しては書面による証拠での証明によらなければならないのである。

このような商事領域における書面による証拠［という要件］の例外は、一方で、取引の迅速性の要請に応えるものであり、他方で、商人は行われた取引の形跡を残す商業帳簿を保持しなければならないという事実と結びついている。この例外によって一切の方式主義が除外され、例えば、保証や債務承認についての「合意した」という記載のように、［弱者を］保護するための記載［の要件］も除外される。

(b) 書面による証拠を作成することができない場合

32－［民法1341条の］書面［の作成］という要件は、関連する２つの事例において不要とされている。

第１の［事例］は、不可抗力、例えば火災または強奪等により書面がなくなってしまった場合である。この場合には、問題の債務の債権者は、一切の方法により、三重の証明をしなければならない。［即ち、①］書面が作られたこと、［②］それが不可抗力により失われたこと、及び、［③］その書面の内容である。［しかし］これはかなり困難な作業である。

しかし、書面を［訴訟上］提出できないということが最も頻繁に生じるのは［もう１つの事例、即ち］、契約の締結時の状況からして、その書面の作成それ自体ができなかった事例である。民法は、1348条１項において、書面が作成できなかった原因として実質的に［書面作成が］不可能な場合について規定して

78）Cass. com., 12 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 150.

79）Cass. com., 25 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 110.

いる。即ち、緊急の場合または文盲の場合である[80]。現在では、判例の成果を取り入れて、1980年７月12日の法律により1348条５項が追加され、例えば、家族関係の故に[81]、または、職業的な関係から心理的に不可能（impossibilité morale）な場合についても書面を不要としている。この条文は、改正前の法律と同様に[82]、事務管理、不法行為から生じる債務については、自由に証明することが可能なことを論理的に前提としている。

(c) 証明についての合意

33－証明についての規律は公序ではないので、証書［による契約］の当事者は民法1341条の［書面］要件をその合意により除外することができる。例えば、これはよくみられることであるが、クレジットカードによって電子的方法で［代金］支払が行われた場合には、販売［＝売買契約］についての［電子］登録された情報が正確ではないことは、［カードの］利用者側が証明しなければならない[83]。

証明についての合意の可能性は、［契約に限定され、］法的事実について認められていないことに注意すべきである。例えば、保険会社は、民事責任を生じさせる事実の証明の方法を制限すること、例えば、自動車の盗難の証明方法を保険者について制限することは認められない[84]。

(d) 書証の端緒（Le commencement de preuve par écrit）

34－民法1347条は、書証の端緒（commencement de preuve écrite）がある場合に、［これにより］1341条により要求されている書面による証明という要件を免れることを認めている。すなわち、書証の端緒がある場合には、［書面だけ

80）KENFACK, L'impossibilité de fournir un écrit, JCP 2007, II, 10069.

81）MALINVAU, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP 1972, II, 2468 – cf. Cass. civ. 1ère, 6 décembre 1997, Bull. civ. I, n° 374.

82）Cass. com., 12 novembre 1986, Bull. civ. IV, n° 205.

83）Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1989, Bull. civ. I, n° 342（2 arrêts）, RTD civ. 1990, 80, obs. MESTRE ; RTD com. 1990, 79, obs. CABRILLAC.

で契約の証明は認められないが］書面による証明を証人によって補完することが認められている。

この［書証の端緒という］法的概念は、判例によってかなり広く解されている。これは、例えば債務者の発送した手紙のように、契約がなされたことを証明するものであるが、［書証として］完全ではない書面も、［書証の端緒として］認められている[85)]。また、調書に署名された宣言、手続書面、また、カーボン式の写し[86)]、単なるフォトコピー、テレコピー[87)] また書簡、更には主張の相手方に無断で不公正な方法で行われた録音でも、こうした書面と認められている[88)]。

民法1347条３項は、更に、当事者の裁判所における態度（attitude）をも［上記の］書証の端緒と同視することを認めている。例えば、出頭しないこと、沈黙、自白または返答の拒否がその例である[89)]。［但し］裁判官は、主張されている契約についての事由に限られ、それを超えてこのような評価を行うことはできない[90)]。

(e) ［証拠としての］適格な写し

35－ナポレオン法典は、オリジナルの書面のそのままの写ししか認めていないが、［契約当事者の］署名のない写しは、３つの事例を除いて、争いになっ

84）Cass. civ. 2ème, 10 mars 2004, Bull. civ. II, n° 101.

85）Cass.civ. 1ère, 20 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 292.

86）Cass.civ. 1ère, 27 mai 1986, RTD civ., 1987, 765, obs. MESTRE.

87）フォトコピーについては : Cass. civ. 1ère, 14 février 1995, JCP 1995, II, 22402, note CHARTIER（63）Art. 1431 et s. du Code rural. テレコピーについては : Cass. civ. 1ère, 19 juin 2001, Bull. civ. I, n° 180 – Pour un courriel : Cass. com., 2 décembre 1997, Bull. civ. IV, n° 315.

88）Paris, 29 janvier 1980, D. 1981, IR, 131.

89）Art. 1347 de code civil.［「以下の規定に対して、書証の端緒がある場合には例外とする」（１項）。「前項の書証の端緒とは、請求が宛てられている者またはその代理人によって作成され、主張されている事実を真実らしく思わせる書面による全ての証書である」（２項）。「［呼出しによる］出頭の際に為された宣言、出頭しないことまたは出頭の拒否は、書証の端緒に匹敵するものと、裁判所は評価することができる」（３項）］.

90）Cass. civ. 3ème, 6 mars 2002, Bull. civ. III, n° 54.

た場合には、証明力が認められない。［即ち］［①］相手方がその有効性を認めている場合、［②］公証されている写しが問題になる場合、即ち原本と呼ばれる[91]オリジナルな証書に基づいて公証人が交付した写しである場合、または、［③］1980年７月12日の法律による民法1348条２項[92]の表現による「真正でかつ耐久性のある」写しである場合である。この最後の概念は、判例により広く解釈され、現在では、フォトコピーまたはテレコピーは補充的な証拠としての効力が認められている。もちろんその写しが［相手方により］争われていない場合か、または、それが間違いないことが鑑定人を用いて裁判官により確認されている場合に限られる[93]。

（f） 自白及び裁判上の宣誓（Aveu et serment judiciaire）

36－［以上に対して、］自白または裁判上の宣誓は、裁判上争われている事由についてであっても、完全な証拠方法となる。それが書面の形として作成されることは必要ではない。

裁判上の宣誓は、民法1358条から1369条によって規律されている。［裁判上の宣誓は］当事者の一方から他方にまたは裁判官により召喚され、裁判官にその評価の権限を与えることなく[94]、その主張する者の利益に肯定的な証明の価

91）Art. 1335 du Code civil［「元の証書が消失した場合には、以下の規定に従い、その写しが証明力を認められる。
1　正本または第１番目の謄本は、原本と同じ証明力を認められる。……
2　裁判官が認証していないまたは当事者が認めていない写しは……原本が失われた場合に、それが古いものである場合には証明力を認められる。写しが30年を超えるものである場合には、［本号にいう］古いものと認められる。
3　証書の正本に基づいてなされた写しは、正本を受理した公証人またはその後継者ないし正本の受寄者である公吏が発行したものではない限り、どんなに古いものであっても、書証の端緒として用いることはできない。
4　写しのまたその写しは、状況によっては、単純な情報として評価することはできる」］.

92）1348条２項は、「媒体について変更できない形に変更した原本の複製は、全て真正で耐久性があるものとみなされる」と規定している。

93）Cass. civ. 1ère, 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 164 ; JCP 2001. II, 10505, note NIZARD.

94）Cass. civ. 3ème, 22 février 1978, Bull. civ. III, n° 100.

値を認められる。そのため、実務上は殆ど用いられていない。

裁判上の自白（民法1354条から1356条）はもっと効力が強力である。それは裁判官を拘束する効力があり、当事者のみならず、その弁護士や受任者によっても［自白は］可能である。しかし、裁判官は、争われている事実についてのみ［自白に］拘束され、［自白を評価してなす］法的結論については拘束されることはない。そのため、契約が存在するかどうかについては［自白に裁判官が拘束されるということは］妥当するが、その契約の法的性質の評価については妥当しない［訳注：裁判官に評価の権限があることになる］[95]。

(g) 第三者（Les tiers）

37－長い間、判例は、一定の法律行為については書面による証明という要件は、当事者の間の関係にのみ限定されるものと考えてきた[96]。契約の第三者は、その存在やその内容について一切の［証拠］方法によって証明をすることができることになる。第三者は、例えば、契約が自分らの状況に影響を与える、場合によっては不利益を与えるという場合には、その［書面の］内容を［書面以外の証拠により］争うことができる。

注意すべきは、当事者の相続人は第三者とは考えられないということであり、相続人は一般規定による証明の要件に従わなければならないことになる。但し、その相続人としての権利を奪う証書を争い、または、相続人としての権利を与えることを目的とした証書を証明しようとする場合は別である[97]。

2 書面が満たすべき要件

38－フランス民法は、書証について、私署証書と公署証書の２つの方式を認めている。現在では、［いずれについても］書面の媒体は変化している。［即ち媒体が］紙による書面から電子的な書面へと変わってきているが、この［私

95）Cass. civ. 1ère, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 233.

96）Cass. soc. 11 octobre 1967, Bull. civ. IV, n° 624.

97）Cass. civ. 1ère, 24 novembre 1987, Bull. civ. I, n° 309.

署証書と公署証書という］２つの区別は変わることはない。

私署証書と公署証書の基本的な差について検討をする前に、先ず、現代において書面という概念をどう理解したらよいのかを考察をしておくことにする。

⑴ 書面の概念

39－取引や新しい技術の発展は、証明問題に関しても必然的に影響を与えることになり、伝統的な書面という手段では、電子的な方法によることが一般的になっている商事活動の迅速性また実効性の要求には応じられないことが明かになっている。

そのため、フランスにおいて2000年３月13日の法律によって、民法に、証明方法として、電子的媒体による書面を紙による書面と同視するという規定が導入されたのである[98)]。いずれも同じ証明力が認められる[99)]。同様に、2005年６月16日のオルドナンスは、一切の契約の方式につき電子的書面を使用することを認めたのである[100)]。このように紙による媒体と電子的媒体とを同様に扱うことは、私署証書であろうと公署証書であろうと区別なく認められるものである。

⑵ 証明方法としての私署証書

私署証書の特徴は、１つは簡単であるということであり（⇒(a)）、もう１つは、その結果、その証拠力が制限的であるということである（⇒(b)）。

98）Art. 1316-1 du Code civil［2000年３月13日の法律2000－230号「電子的方式による書面は、それを発行した者を正式に特定できかつ完全な保証をする性質の要件の下で作成しまたは管理されているならば、紙媒体の書面と同様の証拠と認められる。」］.

99）Art. 1316-3 du Code civil［「「電子的媒体による書面は、紙媒体による書面と同じ証明力を有する」］.

100）Art. 1369-1 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005［「電子的方法を、契約の内容、物またはサービスについての情報を表示するために用いることができる」。2005年６月16日の法律によって、民法1369－１条～ 1369－11条に「電子的方式による契約」という新たな規定が導入されている］.

(a) 私署証書の方式

40 − 私署証書がその方式として［＝私署証書として］有効とされるためには、２つの要件を満たすことが必要である。［①］行為者を特定することができその意思が表示されている書面であること、及び、［②］関係当事者による手書きの署名があることである[101)]。

現在では、2000年３月13日の法律以降、電子署名（signature électronique）が認められている。それを確認する公的機関によって認証を受けていれば、［電子署名は］真実性の推定を受けられる[102)]。従って、それを争う者が、それ［訳注：電子署名］が虚偽であることについて証明することが必要となる。

更にいえば、原則として、私署証書の方式については特別の規律はない［契約書という形式で作成された書面である必要はない］。そのため、単なる書簡さえも、署名がされてさえいれば法的には書面となりうるのである。

41 − 但し、［私署証書の方式について特別の規律がないという原則に対しては、］２つの例外［訳注：私署証書についての特別の要件］がある。

第１に、私署証書を当事者の数だけ作成しなければならないということである[103)]。しかし、証書が第三者［公証人］に預託される場合は例外とされる[104)]。

101）Art. 1316-4 al. 1 du Code civil［2000年３月13日の法律による追加。「法律行為を完成させるために必要な署名は、それを行う者を特定できるものでなければならない。署名は、その行為から生じる債務［を負担する側］の当事者の合意を表示するものである。署名が公吏によってなされている場合には、それによりその証書は公署［証書］となる」］.

102）Art. 1316-4 al. 2 du Code civil et décret n° 2001-272 du 30 mars 2001［2000年３月13日の法律による追加。「署名が電子［署名］である場合、行われる行為との結びつきを保証する信頼ある確認手続きによって行われなければならない。この手続きの信頼性は、電子署名が、コンセイユ・デタのデクレによって定められた要件に従って、署名が間違いないものと保証されまたは行為全部が保証される形でなされたのであれば、反証があるまで推定される」。細則を規定したデクレ――11カ条（実質規定は９カ条）――は省略］.

103）Art. 1325 al. 1 du Code civil［「双務的合意を含む私署証書は、明確な利害関係を有する当事者と同じ数の原本を作成しなければ、有効とは認められない」］.

104）Cass. civ. 3ème, 5 mars 1980, Bull. civ. III, n° 52（私署証書による契約書が公証人に預けられていた事例）.

この規定の目的は、当事者の一方によって証書が改ざんされる危険を避けることにある。

第２に、証書に手書きによる記載がされなければならない場合がある。1980年７月12日の法律は、［それ以前は］保証［契約書］と借用証書（reconnaissances de dettes）について、全て手書きにより数字で金額を記載し更にbon pourと記載しなければならないとされていたが、これを［廃止して］適切に簡略化している［bon pourの記載は不要］。［また］電子的媒体が認められるようになってからは、［その場合には］手書きによる記入は要求されなくなっている。［新しい］法律は、債務者について、記載は「保証人自身によって」なされるべきであるというだけで、「手書きで」されることまでは必要としていないのである[105)]。保証では、金額ないし消費物について一方的に債務を負担することについてのみ方式は要求されているに過ぎないのである。双務契約には適用されないのである。

(b) 私署証書の証明力

42－私署証書は、その作成［の真正］について何らの保証もない。［公証人等の］法的な資格を必要とすることなく、全ての者が私署証書を作成できるからである。そのため、私署証書は、その作成、即ち署名（⇒ i ））が真実のものとする証明力はなく、その内容（⇒ ii ））更には日付（⇒iii））については、一定の場合には［例外的に］ある程度の証明力が認められるとしても、このこと［訳注：証明力がないこと］には変わりがないのである。

i） 証書への署名

43－証書への署名は、方式の本質的な部分と考えられ、署名なしに契約の下部に「読みかつ承認した」と記載がされていたとしても、証書の効力を認めるためには十分ではない[106)]。

105）Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 modifiant l'article 1326 du Code civil［⇒注38)］.
106）Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007, Bull. civ. I, n° 22.

署名は、当事者の同意の表示を表すものである。即ちたとえ［書面が］署名者によって文章が作られたのではないとしても、［その書面どおりの］合意を表示するものである[107)]。署名によって確実性が示されることなる。何故ならば証人による証明は不確実であり、また、証書の署名なしには意思を確定できないからである[108)]。

署名は、現在では、２つの方式、すなわち手書きと電子的［方法］によることができる。

前者の伝統的な手書きの場合には、署名に線を引いて削除することは認められない[109)]。現在では、署名を電子的に行うことが可能になっており、その場合には安全システムを伴ったコードがつけられることになる[110)]。

この書名は、アルファベットまたはフランス語による文章で作成されていない場合には何らの価値も認められない[111)]。また、書名は、二重の資格によって、例えば個人と第三者の名で２回にわたって行われてはならない[112)]。

しかし、私署証書では、署名があるからといって、その作成が確実なものとされるわけではない。署名が虚偽のものであってはならないのである。証書を援用する者は、その署名が契約当事者によってなされたことを証明しなければならないのである[113)]。

確かに、債務者が自己の署名であることを認めていれば、その証書は債務者に対抗できる[114)]。しかし、債務者がその署名を争う場合には、その債務の債権者は、特別の手続きによって、それが真実であることを立証しなければなら

107）Cass. civ. 1ère, 21 février 2006, Bull. civ. I, n° 93.

108）CARBONNIER, RTD. civ. 1960, p. 90.

109）Cass. civ. 1ère, 16 juin 1993, D. 1995, 406, note RAFFI.

110）Art.1316-4 al. 2 du Code civil［⇒注102)］– cf : HUET, D. 2000, chr. p. 95 ; RAYNOUARD, Defrenois, 2000, p. 1593.

111）Paris, 30 novembre 2006, JCP 2007, II, 10069, note KENFACK – Cass. civ. 3ème, 15 décembre 1998, Defrenois, 1999, 1038.

112）Cass. com., 8 octobre 2003, Bull. civ. IV, n° 153.

113）Cass. com., 1er décembre 1975, Bull. civ. IV, n° 286.

ないことになる。その手続きにおいて、裁判官は筆記を検証して、その署名が真実か虚偽かを判断することになる[115)]。

ii） 証書の内容

44 − その作成について不確実であるという不利な点がある他にも、私署証書はもう１つの難点がある。［署名の証明がされても］反証がなされない限りでその内容についての証拠になるにすぎないのである。契約当事者の１人は、問題となっている証書に対して、電子的なものも含めて他の書面によってのみ[116)]、それに反する証明をすることができるにすぎない。但し、商事分野では一切の証拠により、また、民事でも債権者が物質的にまたは道義的に書面［作成］手続きをとれない場合には一切の［証拠］手段を用いて、反証を行うことができる。

また、「その書面とは別に」証明をすることも可能である。すなわち、証明の対象になっている契約について契約後にその内容に変更がされたことの証明をすることが可能である。しかし、それは常に書面によってのみ可能であり、証人によることは認められない。

iii） 確定日付（*la date certaine*）［日付の確定］

45 − 合意だけで契約の成立を認める諾成主義の結果として、私署証書に日付の記載がされることは必要ではなく、それがないからといって証書の効力が

114） Art. 1322 du Code civil［「私署証書は、それを対抗することが問題となる者が承認したまたは法的に承認したものと同視される場合には、それを作成した者の間において、またはその相続人ないし承継人の間において、公署証書と同様の証明力を認められる」］.

115） Art. 1324 du Code civil［「当事者がその筆跡ないし署名を否定する場合、または、その相続人ないし承継人がこのことについて一切関知しないと主張する場合には、裁判上の検証が命じられなければならない」］ − cf. Cass. com., 21 février 1993, Bull. civ. IV, n° 44 ; JCP 1993, IV, 860.

116） Cass. com., 20 octobre 1969, Bull. civ. IV, n° 300, en application de l'article 1322 du Code civil.

否定されることはない。

民法1328条によると、私署証書の証明力は証書の当事者間か第三者に対するかによって異なっている。

当事者間では、証書の作成が証明される限り［署名の真正が証明される限り］、証書に記載されている日付は反証があるまで真実と扱われる。

第三者との関係では、日付が真実よりも遅いまたは早いという虚偽のものであるという主張がなされる可能性がある。そのため、民法1328条は、私署証書における証書の日付は、以下の３つの事例のどれかに該当する場合にのみ、確かなものとなると規定をしている。［①］証書について税務上の登録がされた場合、［②］当事者のいずれか一方が死亡した場合、または、［③］公署証書によってその証書が確認されている場合である。この点については、郵便局の印章または署名の認証［があるというだけで］は、日付の確実さを証明するためには十分ではないということに注意すべきであろう。

46－但し、判例は、この原則に対して重要な例外を認めている。［即ち］私署証書でも、第三者がそれを知っていたことを証明できた場合には、［その日付を］第三者に対抗することを認めているのである[117)]。［この点については］実務上は、第三者の概念が問題になっている。確かに、当事者の相続人や代理人は第三者ではない。しかし、判例は、一般債権者も第三者ではないとしており、その結果、債務者によって署名された契約は、日付が確実ではないとしても、一般債権者が日付のあやしいことを証明しない限り、一般債権者には［証書の日付が］対抗可能となる[118)]。

⑶ 証拠方法としての公署証書（acte authentique）

47－公署証書とは、公吏によりその職務権限の行使により、必要な［方式の］

117）Cass. civ. 3ème, 6 janvier 1972, Bull. civ. III, n° 6.

118）MALAURIE et AYNES, op. cit. n° 575, p. 296.

厳格さを満たして作成された証書であると定義をすることができる[119]。

公署証書にも種々の類型がある。身分証書、判決書、執達吏執達書及び公正証書である。いずれも、それぞれの特殊性に対応したものであるが、いずれについても以下の３つの要件を満たすことが必要である。［即ち、①］フランス語で書かれていること、［②］日付が付されていること、及び、［③］証書を作成する権限を持つ公吏によって署名がされていること、である。

証書が公署証書となるためには、どのような要件を満たさなければならないのであろうか（⇒(a)）。［また］公署証書の特典はどのような点にあるのであろうか（⇒(b)）。この２つの点を検討していきたい。

(a) 公署証書となるための要件

［公署証書となるための］ある要件は共通のもので、ある要件は特別のものである。

i） 常に必要とされる要件

48－［公署証書の成立］要件は４つである。先ず第１の要件として、公署証書は、場所的に（フランスでは、［公証人の］権限は全国に及ぶ）、事柄的に（公証人は一切の法的証書を受け付けることができる）、また、人的に（公証人は親族関係上の利害関係を持っていてはならない）権限のある公証人によって受け付けられることが必要である。

第２に、証書の記載についてのいろいろな要件がある。それは、フランス語で記載されなければならず、媒体は紙でも電子的なものでもよいが[120]、加筆

119）Art. 1317 du Code civil［「公署証書とは、証書が作成された場所において作成する権限を持つ公吏によって、要求される厳格［な方式］性を満たして作成された証書である」（１項）。「公署証書は、コンセイユ・デタのデクレが定める要件を満たして作成され管理されているならば、電子的媒体によっても作成することができる」（２項・2000年３月13日の法律による追加）］– cf. FROGER, Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité, Defrenois, 2004, p. 173.

120）Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, art. 111.

や削除また線を引いたりしてはならず、消えないような方法で［インク等によること］また欄外注記を示す数字や無効とされている言葉を使用してはならないといったことである[121]。

第３に、証書が、公証人によってまたは当事者自身によって読み聞かされなければならない。この方式は重要である。何故ならば、その証書は契約当事者が証書の内容を認識しているということを証するものだからである。

最後に、証書が当事者及び公証人によって署名されなければならない。場合によっては、コード［番号］を付して電子的手続きで［署名が］行われる。

ii） 場合によって必要とされる要件

49－［以下には公署証書と認められるための］３つの特別の要件を考察しておこう。

［公署証書に場合によって必要な特別の要件として］第１に、例えば、契約当事者が本人であることを証明できない場合に［訳注：身分証などを有していない場合］それを確認するためであったり、遺言の場合、または、当事者が署名できない場合に、その職務として公証人に同席する証人のように、［証書に］証人が必要な場合がある。

［公署証書の場合によって必要な特別の要件として］第２に、フランス公証人法にオリジナルなものであるが[122]、当事者の署名を権限ある事務職員が［代わりに］行うことが可能とされている。但し、この場合には、公証人が自己の署名を証書になした場合に限り、その証書の真正が認められる。

第３に、［公署証書の］場合によって必要な特別の要件として、証書に債務が含まれている場合に、債権者に執行謄本（copie exécutoire）が交付される事例についての特別の要件がある。この方式［訳注：謄本］のお蔭で、債権者は執

121） Décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005, art. 13［「証書本体への加筆、線を引いて削除、追加をしてはならず、加筆、下線で削除または追加された言葉や数字は無効である。……」］.

122） Décret du 26 novembre 1971, art. 10［前注の改正により同デクレ13条になっている］.

行名義を取得できるため、この効果の有用性は絶大なものである。これは［次に述べる］公署証書の特典の１つである[123]［執行謄本の要件については後述⇒54］。

(b) 公署証書の特典

50－公正証書には、公署証書ということから、私署証書には認められていない主要な３つの特典が付与される。それらは、［①］日付の確定、［②］証明力、及び、［③］執行力であり、これらの他にも、［公証人の］保存義務ということも付け加えることができる。

i) 日付の確定

51－すべて公署証書には当然のことながら確定日付が付けられている。証書の日付は公証人の署名の時の日付によって決まる。フランスでは、いくつかの厳格な［方式が要求されている］証書は別として、証書が［公証人によって］確定されるまで、当事者は異なった日付で署名をすることができる。必要なことは、公証人が公証するために一番最後に署名をするということだけである。日付の正確性を確保し虚偽記載を避けるため、公証人は、毎日その受け付けた証書について公的な一覧表を作成しなければならないことになっている[124]。

この登録は、それが開設される際に全国公証人会議委員長により各ページに査証がなされ、公証人事務所の毎年の検証に際して綿密に調査がなされる。

［公署証書の］私署証書との大きな違いとして注意すべきは、当事者の署名は必ずしも証書が有効となるために欠くことのできない要件ではないということである。当事者が署名できない場合には、この者の署名は別の公証人または２人の証人によって代えることができる[125]。なお、当事者の１人によってしか［署名が］なされなかった場合には、破毀院によれば、それは［公署証書としての効

123）私署証書による取引であっても、公証人によって正本が作られれば、執行力が認められ、直ちに差押えが可能になる（Cass. civ. 2ème, 21 oct. 2010, journal de notaire, documentation n° 2010-21, Ⅲ）。

124）Décret du 26 novembre 1971, art. 23 et s.

力は認められないが、前述の］書証の端緒としての効力は認められる[126)]。しかし、保証［契約書］と借用証書の場合には、公正証書においても手書きの記載は必ず必要である[127)]。また、公証人の署名は、真正を担保する証書と認められるためには絶対に必要である。それがないと、証書は、公署証書としては無効となるが、私署証書としての効力は認められる[128)]。但し、フランス法においては、贈与や抵当権の設定のように、［必ず］公署証書によることが要件となっている場合は別である［私署証書としても効力は認められない］[129)]。

ii） 証明力

52 – この公署証書の２番目の特典は、民法1619条に基づくものであり、公署証書は、それが規定する合意を真正なものと［証明］する［効力が認められる］。この完全な真実性、争えないこと、言い換えれば特例的な証明力は、公署証書の性質に基づくものである。公署証書は、国家によって利用者間の合意の法的安定を確保するために国家によって任命された公吏である法律家によって作成されるからである。この証明力は、実際上、証書によって示されたところに対して、反対証拠を提出しても覆すことができないものであるが、しかし、［証書作成の際の］手続きが適切ではなかった場合は別である[130)]。

但し、この［争うことのできる］手続きは、例えば日付、署名の真実性、公証人の計算で確認された売買代金が実際に支払われたことについて、公吏［公証人］自身が行いまたは確認をしたという事実についてのみに限られる[131)]。

125）Décret du 26 novembre 1971, art. 10 al. 3.［「証書の最後には、当事者、証人、公証人そして場合によっては権限ある事務職員によって署名がされなければならない」］.

126）Cass. civ. 1ère, 28 octobre 2003, Bull. civ. I, n° 216 ; Defrenois 2004, 735, obs. LIBCHABER.

127）Cass. com. 6 juillet 2010, JCP. Ed. n° 1322 p. 31.

128）Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1997, Bull. civ. I, n° 267.

129）Cass. civ. 1ère, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 207.

130）Art. 303 et s. du Code de procédure civile［303条⇒「公署証書偽造の申立ては、検察官に対する申述によってなされなければならない」］.

131）Cass. civ. 1ère, 26 mai 1964, Bull. civ. I, n° 274 ; D. 1964, p. 627.

これに対して、公証人が自ら証書に記載された内容や表示を確認していなかった場合には、反証を一切の手段によって行うことが可能である。例えば、公証人の計算に基づくことなく行われた支払についてはこのような反証が可能である[132)]。

53－この点に関して、フランスの弁護士らは、近時、フランス大統領の要請に基づいて作成された報告書において、弁護士が副署したならば、特別の証明力を持つような私署証書制度の創設を求めている。この場合には、証書の当事者は、そこに含まれる内容について反証を主張することはできなくなる。このような弁護士による副署名がされた証書という制度は、これまでのどの法的な類型にも属さず、弁護士内でもおよそコンセンサスが得られておらず、学説による厳しい批判を受けており[133)]、公証人による活発な議論の対象ともされている。公証人らは、[このような制度の導入は]政治的な圧力によるものであり、英米法の職業［訳注：弁護士。アメリカには公証人制度はなく、弁護士が公証業務も行う］に門戸を開くことになる危険をはらんでいると考えている[134)]。更には、［公証人のように厳格な国家の管理に服するのではなく］国家の管理に服さず、公権力に対する完全な独立を標榜する職業にある者が、どうして法的な書面に特別の証明力を付与することが認められるのか疑問である。

iii） 執行力

54－公署証書の３番目の特典は、恐らくこの制度の法的特殊性を最もよく表すものである。

132） Cass.civ. 1ère, 16 septembre 2010, Droit et patrimoine hebdo, n° 800, p. 1.

133） MALAURIE et AYNES, op.cit. n° 578, p. 298 – AYNES, L'authenticité, Droit et Patrimoine, dossier, septembre 2009.

134） HUMBERT, « L'institution d'un acte d'avocat : une construction baroque et dangereuse », JCP 2008, I, n° 1320 – MEKKI « De l'acte sous signature juridique à l'acte contresigné par avocat » JCP, 2009, chr. p. 61.

この執行力のお蔭で、債権者は、裁判官による債権についての確認［＝判決］を受けるまでもなく、債務者に支払を求める訴訟手続き［＝執行手続き］をとることができる[135)]。このような扱いの利益は相当大きなものである。先ず、場合によっては数年もかかる裁判所の判決を待つ必要はなく、時間の節約になる。また、手続費用や弁護士の報酬を回避でき金銭的な節約にもなる。［このように］直ちに執行手続きに着手できるという点は、［公署証書の］効率の点で優れている。

債権者は、債権の履行請求ができる場合には、この執行謄本のお蔭で、いちいち裁判所の判決を得ることなく、保存行為、例えば銀行の預金を差し押さえる、財産の上の裁判上の抵当権を登記するといったことができる。

公証人が、執行謄本（copie exécutoire）と呼ばれる証書の謄本を発行できるのは、その公吏であるという資格によるものであり、公権力の分野での委嘱を受けているからである[136)]。公証人以外に、債権者にこのような執行名義（titre exécutoire）を発行する資格を持つ公吏は、執達吏だけである。

このような執行謄本は――かつては « 執行正本（grosse）»とも呼ばれていたが――、ヨーロッパ［裁判所］の判例によって[137)]、公証人によって署名または略署され、その押印がされた証書にこのような［執行力が認められるという］

135）Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, art. 68［「債権者が、執行証書または執行力をまだ付与されていない裁判所の判決を主張している場合には、［執行につき］裁判所の事前の認可は必要ではない」］.

136）Loi n° 76-519 du 15 juin 1976, art. 1［「債権者が債権回収のための執行ができるために、公証人は執行証書を作成し、そこには、公署証書の用語がもちいられなければならない。これには、原本と合致していることを証明し、及び、執行のフォーマットがとられなければならない」］.

137）Cour Européenne des droits de l'Homme（CEDH）21 avril 2006, ESTIMA v. PORTUGAL.

138）公証人によって交付される写しの頭書に記載される執行謄本のフォーマットは次のようなものである。「フランス共和国は、これを受け付けた全ての裁判所の執達吏に対して、大審裁判所のフランス共和国検事に、法的に必要な場合には、全ての公権力の助力を得て、本件を執行することを命じる」。

特別の効力が認められることが表示された[138] 執行フォーマットで作成された１通だけの発行に限られるべきものとされている。

このような執行謄本の発行を申請することが最も多いのは、不動産の買主に融資をする［訳注：住宅ローン］銀行である。銀行は、この執行謄本のお蔭で、債務者が支払を遅滞する場合には［直ちに］執行手続きを採ることができるだけでなく、再度信用の対象とするために、抵当［証券］市場で、このような［執行謄本つきの］債権を他の銀行や公的信用機関に直ちに譲渡することが可能となるのである。

55－この分野においては、抵当権つき与信取引について、公証人によることを義務づけているために二重のチェックが可能となっている。借主が真実に問題の財産の所有者であり、それに設定された抵当権の登記の順位が保証される。また、借主が、その義務の範囲をよく理解できるようになり、例えば、貸金の利率があまりにも不利な利率に基づいてスライドされていることによって、数年内に破滅する危険があるかどうか知りうることが保証されるのである。

このような［公証人による］二重のコントロールがあるために、ヨーロッパでは、アメリカで生じたようなリスク（サブプライム問題）のような抵当化された信用によるリスクが避けられたのである。実際、このリスク［サブプライム問題］の原因を分析してみると、アメリカの借主の［不動産］所有権［の評価］の25パーセントが適切なものではなかったことが分かっている。

iv）［公証人の証書］保存義務

56－公証人はその公証した証書を保管しなければならないという義務は、全ての公証人に課される義務である。紙で作成されたか[139]、電子的方法[140]

139）Décret du 26 novembre 1971 modifié par celui du 10 août 2005, art. 26［「公証人は、受け付けた全ての証書の正本を保管しなければならない。但し、法律によって証明書が発行される場合、とりわけ、生存証明書、委任状、公証人たることの証書、小作料、賃料、賃金、年金または年金配当金の領収書についてはこの限りではない」］.

で作成されたかは区別されない。

この義務の必要性は極めて高いものである。全ての市民がその署名した公正証書を、その署名の日付や場所がどこであろうと、調査することが可能となるのである。公証人は、フランスではその事務所において100年間全ての原本を保管することを義務づけられているのである。それ以後は、その県の古文書保管所に移管しなければならず、そこでの保管には期間の制限はない。

このような義務的でまた例外のない保管［義務］のお蔭で、研究者はわが国の経済・社会の歴史を、署名された公正証書を通して研究することが可能となる。あの時代の発展は［その時代の］社会を反映しているからである。

［結論――終わりに］

57 – われわれの［公証人の］分野で結論を述べることができるとすると、結論としては、契約の締結、場合によってはその履行についての方式主義は、2つの側面を有しているということができる。

確かに、［証書の作成を要求することは］時間が余計にかかり、また費用もかかることから、いってみれば無駄ではないかと考えることもできよう。過度の自由主義の支持者はそう確信するであろう。世界銀行のイニシアチブによる「Doing Business」の2004年のレポートでは、迅速性という基準のみに基づいて、このことを非常に強調し、不動産についての契約の実効性に関して、フランス

140）Décret du 26 novembre 1971 modifié par celui du 10 août 2005, art. 28［「電子的媒体によって作成された証書は、完全性または読み取り可能性を確保するような条件の下で保管されなければならない」（1項）。「証書についての全ての情報も、その作成後直ちに、それを識別でき、所有者が誰か分かりかつ追跡が可能なようにして、保管されなければならない」（2項）。「電子的媒体よる公正証書は、電子的公証人により作成されたならば直ちに中央正本保管所の保管のために登録をしなければならない。この公証人またはそれを保有する公証人が排他的なアクセス可能性を保持する」（3項）。「中央正本保管所は、公証人上級会議によって創設され管理がされる……」（4項）］.

を世界で171位に位置付け、ジンバブエより後に位置づけている[141)]。

しかし、こういった過度の自由主義は長続きしなかった。この間に「サブプライム」問題が起き、［過度の自由主義の］信者が、行き過ぎた規制［とその信者が考えた規制］を不要とできるものと考えた市場の自主規制・［企業による］良好なガバナンスの実効性［への信念］を、一瞬で全て吹き飛ばしてしまったのである。

市場経済が調和を保って発展するためには、ある程度の規制が必要だということは［今や］一致した考えである。契約の締結や履行について課されている方式主義は、［正に］このような目的に応えるためのものである。

現在、［方式主義の］傾向が進んでおり、我らが大陸法は法的安全を実現する法［制度］であり、世界のいたるところにそのシステムが浸透している。というのは、G-8の８カ国のうち６カ国が、EUの27カ国のうち21カ国が、G-20の19カ国のうち15カ国が、世界の人口の３分の２、国内総生産の60パーセントが、大陸法の国家によって占められているからである。

このような成功は、偶然の結果ではない。［次の］２つの必要不可欠の要請に対応していたのが、大陸法であり方式主義であったのである。即ち、大陸法ないし方式主義は、［①］経済発展に必要な法的安全性を確保すると共に、また、［②］意思を自由に表示するために必要とされる個人の自由を確保しているのである。

公証人という職業が、ここ数年めまぐるしい発展を遂げているのもまた、偶然ではない[142)]。公証人は、市場経済において、［適切な］規制を行う法律家ではないだろうか。

18世紀の哲学者であるラコルデールは、「強者と弱者との間にあっては、［むしろ］自由が［弱者を］抑圧するのであり、法が［弱者を］保護するのである」と記述している。

141）Rapport Doing Business, 2004, Oxford University Press.

142）世界公証人連合（UINL）は、81の加盟国を持ち、その中には、つい最近公証人という職業を創設した、チリ（2005年）、韓国（2008年）のような国も含まれている。