The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	従来型担保と倒産手続
Author(s)	モンセリエ ボン, マリー エレーヌ; 荻野, 奈緒; 齋藤, 由起
Citation	阪大法学. 2019, 69(1), p. 153-169
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87210
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

従来型担保と倒産手続

マリー＝エレーヌ モンセリエ＝ボン
荻野奈緒・齋藤由起／共訳

本シンポジウムの冒頭で扱われる「従来型担保と倒産手続」というテーマは、もちろん、倒産手続に伴って従来型担保が受ける影響という観点で理解される。倒産手続は担保法に特有の仕組みを排除するだろう。結論を先取りすることはしないでおくが、伝統が恩恵の源泉であるとしても（日本という国はその一例であろう）、倒産手続法の分野では、伝統的な（従来型の）担保は、主として一九八五年一月二五日の大改正以来、冷遇されている。この改正は、フランス法に根本的な変化をもたらしたものであり、フランス法は爾後、企業を助ける方向に舵を切った。このことは、改正を通じて、従来は「集団的手続の法（droit des procédures collectives）」と称されていたものが、「経営難の企業に関する法（droit des entreprises en difficulté）」と称されるに至ったことに表れている。企業が重要視された結果、債権者は脇役となり、このことは、債権者が担保を有するか否かにかかわらない。この動向は、当然のことながら反発を生まないわけはなく、脇役はしばしば主役を夢見るものである。それゆえ、債権者は、少しずつ、弁済が保障されるような地位を再び手に入れられる仕組みを探求し、担保法は、経営難の企業に関する法に刺激されて、徐々に発展してきた。時として、従来型の担保を道端に取り残しながら。

伝統が優れていることは確かであるが、新規のものはしばしば燦然と輝いている。この光は、本シンポジウムを通じて、みなさんを感嘆させることだろう。

しかし、結局、新規の現代型担保が発展したのは、経営難の企業に関する法において従来型担保が限定的な地位に置かれ、その魅力が失われることによって、債権者の反発を生じさせ、さらには立法者の反応をも生じさせたからである。立法者は、徐々に、現代型の担保、とりわけ所有に基礎を置く担保について、より有利な扱いをすることを認めていった。

従来型担保は、担保法の大部分を占めており、それには、保証のような人的担保も不動産または動産上の物的担保も含まれる。保証も当然に従来型担保に含まれるのだが、プログラムの構成上、本報告では保証については扱わず、従来型の物的担保、すなわち抵当権、質（gage, nantissement）および先取特権のみを検討対象とし、また、他の報告で扱われる特別のテーマについては取り上げない。それでもすでに、報告対象は非常に多い。

これらの従来型担保は、長い間、経営難の企業に関する法において、冷遇されてきた。この認識は避けられない。このことは、いくつかの要素によって基礎づけられる。

第一に、物的担保は、債権者に優先的地位、すなわち優先権および追及権を与えるものである。もっとも、経営難の企業に関する法の伝統的原則は、債権者の平等および集団的規律であり、債権者がかかる優先的地位を形成することに対しては、注意深い、ひいては疑い深い検討が要請される。

第二に、倒産手続において、物的担保の実効性は、主要な問題点であり続ける。この観点からすれば、債権者の地位は、倒産手続のどの段階において担保の帰趨が問題となるかによって、異なるだろう。その論理は比較的単純なものである。すなわち、担保の実効性は企業を救う可能性に左右されており、その可能性が未だ大きければ、債

権者一般、特に担保を有する債権者の地位はいささか犠牲にされる。というのも、一方で、担保を有する債権者の権限は、債権者平等を維持するために無力化され（Ⅰ）、他方で、担保の実効性は、企業の継続を危うくしないために減殺されるからである（Ⅱ）。

Ⅰ　従来型担保の無力化――債権者平等の要因

債務者の状況の危殆化を認識した債権者は、債務者が最終的に倒産手続に服した場合に、より有利な地位を得ようとする可能性がある。このような状況を懸念した立法者は、経営難の企業の力を保持し、当該企業の取引先の間に一定の平等を維持しようとした。

商法典第六編には、このような立法者の意図の表れが複数みられる。

一つ目の例として、商法典L.六三二―一およびL.六三二―二条の定める危機時期における行為の無効（nullité de la période suspecte）のメカニズムを検討しよう。このメカニズムは、支払停止（cessassion des paiements）の日と手続開始決定の日との間にされた行為の効力を否定することを目的としている。この期間は、債権者が、倒産手続の開始に備えて自らにより有利な地位を留保しようとする危険のある期間である。右の二つの条文はそれぞれ別の場面について規定している。前者は、債務者の資産を減少させまたは債権者に優先権を与えようとするフロードと性質づけられる状況に対する制裁としての当然無効を規定している。たとえば、L.六三二―一条Ⅰの六号は、「債務者の財の上の抵当権または質であって、それ以前に同意された負債のために、危機時期の間に設定されたもの」の無効を規定している。立法者は、債務の発生と担保設定との間の〔時的な〕ずれをサンクションしている。このずれは、フロード、すなわち経済的正当性が全くないのに債権者に優先的地位を与える意思を推測させ

るものである。それゆえ、このような担保は無効とされ、債権者の一部がその地位を利用して倒産手続を開始させた場合に保護される手段を得ることを回避することによって、債権者間の平等が回復されうる。

しかしながら、このような〔債務者の行為に対する〕懐疑的な見方は、債務者とその取引先との関係を倒産手続開始前に過度に害することのないよう、限定されなければならない。危機時期は一八か月に及びうるところ、そうでなければ取引の安全が大きく損なわれかねないからである。それゆえ、事前に同意された担保のその後の変更は、危機時期に行われても、無効とされない。破毀院は、占有移転を伴わない質（gage sans dépossession）において当初担保の対象とされた財が別の財（船舶のエンジン）に差し替えられた場合について、債権者がそれによってより実効性の高い担保の設定を受けるのでない限り、新たな担保の設定を性質づけないとした。[1] 要物契約ではなくなった質に関する準則を前提とするならば、この差替え（substitution）を更改の効果を有するものと考えることはできない。このように、判例は、危機時期における担保の設定を厳格に制限しているが、その一方で、経営難に直面した債務者が取引関係を展開することを禁じることはしていない。そうであるとすれば、当初債権者が設定を受けた担保の性質を変えることもまた、新たな担保が、とくに倒産手続が開始された場合に、従前の担保よりも多くの権利を債権者に与えるものでない限り、可能であるように思われる。そうすると、たとえば、危機時期以前に債権者が設定を受けた質を担保目的信託に置き換えることはできないだろう。後者は、倒産手続において、前者よりも大きな権利を債権者に与えるものだからである。

債務者の支払停止状態を認識している債権者との間でされた弁済および有償行為については、裁量的に無効とされうる。この無効の要件はより広いものであるが、担保は有償行為の類型に容易に入るものではなく、裁量的無効の担保への適用は、あまりみられない。もっとも、物的担保を有償行為と性質決定することには問題がなく、物的

担保は有償行為の類型に属すると考えるべきである。そうすると、通常の要件のもとで同意された担保であっても、債権者が支払停止状態を認識していたことが証明された場合には、無効とされうる。(2)

二つ目の例は、登記・登録（inscription）の禁止のメカニズムである。これもまた、倒産手続法の原則を保障するための道具であるが、同時に、手続開始前に設定された担保の対抗力を減殺することによって、債務者に有利な地位を保障するものである。実際、商法典L.六二二―三〇条一項前段は、「抵当権、質および先取特権は、開始決定の後に登記・登録することができない」と規定している。なお、同項後段は、物権を移転または設定する証書や裁判についても同様であるとしつつ、確定日付ある証書および執行可能となった裁判についてはその限りでないとする。また、同条二項は、一定の先取特権（国庫先取特権および営業財産の売主の先取特権）については、開始決定の後に登記・登録することができるとしている。

このように、物的担保が倒産手続開始前に設定されたが、登記・登録がされていなかった場合には、その担保を実行することはできない。その結果、こうした担保は効力を失うわけではないが、倒産手続の中で対抗することはできず、債権者が優先的地位を得る機会は失われる。この一般的で厳格な準則については、いくつかの検討が必要である。

第一に、この規定は、抵当権者に特に厳しい結果をもたらすものである。抵当権の設定は、公署証書を前提とし、したがって確定日付がある。確定日付は、商法典L.六二二―三〇条一項後段の例外を構成する〔が、この例外は、前段については認められていない〕。そうすると、不動産の売買は、債務者の資産からその財を逸出させるものであるが、開始決定後であっても公示されうるのに対し、抵当権は開始決定後には公示されえない。このような扱いの相違が正当化されるということから、フランス法の伝統の中に、いかに債権者平等の原則が深く根を下ろしてい

るかが分かるだろう。

第二に、裁判上の保全担保（sûreté judiciaire）、その中でも裁判上の抵当権（hypothèque judiciaire）の場合を検討することが有意義である。裁判上の抵当権は、債権者が、債務者が支払不能となる危険から身を守るために、裁判官に対して仮登記を求めることを可能とするものであり、裁判官は、事案を検討したうえで〔すべての債権者に対し債権担保の目的で、債務者の不動産上に裁判上の抵当権の登記をすることを〕許可する。仮登記は裁判から三ヶ月以内にされなければならず、そうでなければ失効する。問題は、倒産手続開始決定がこれにどのような影響を与えるかである。二つの状況が考えられる。一方は、担保の登記が可能な期間内に、債務者が倒産手続に服した場合である。このとき、債権者は仮登記をすることができるのだろうか。抵当権設定登記は一般的に禁止されているところ、裁判上の抵当権も抵当権である。また、裁判上の担保が〔期間内に仮登記をしなければ設定されえないという〕暫定的な性質を有することに鑑みれば、物権の移転または設定にかかる裁判があったとみることは難しいように思われる。それゆえ、この暫定的抵当権について形式要件が満たされる前に倒産手続が開始した場合には、もはやこれを登記することはできないと結論付けねばならない。他方の状況は、暫定的な裁判上の担保が、開始決定前に仮登記されたところ、〔開始決定後に〕債権者が担保の本登記をしたいと考える場合である。破毀院は近時、このような事案について判断した。破毀院は、裁判上の清算手続の開始は、債務者の不動産に適法に登記された暫定的な裁判上の抵当権の効力を妨げるものではなく、債権者は、その債権を認容しまたは確定する判決について既判力が生じてから二ヶ月以内に、本登記をすることができるとした。本登記は、仮登記を確認し、当初に形式要件を満たした日付で抵当権の順位を保全するものだからである。(3) したがって、裁判上の担保が存在する場合には、債権者は、登記・登録の停止を回避することができる。

最後に、再充填可能抵当権について検討しよう。再充填可能抵当権は、民法典二四二二条に規定されているが、紆余曲折の末、現在では、事業目的の与信についてしか、フランス法では認められていない。再充填可能抵当権の設定にあたっては、抵当権設定証書にこの再充填について定めなければならず、再充填されうるのは事業債権のみである。この〔再充填可能抵当権という〕仕組みは、倒産手続が開始されると、どのように扱われるのだろうか。再充填合意は、当初の登記の欄外に記載されるだけであるが、手続開始前に抵当権が登記された場合において、開始前の再充填を実行し、事後に再充填の登記をすることは許されるのだろうか。

この問題は、学説によって明確に判断されていない。それは、再充填合意の法的性質および制度が躊躇を生じさせるからだろう。(4) 実際、商法典L.六二二一―三〇条およびそこに定められた大きな二つの行為類型に照らしたとき、この合意をどのように位置づければよいのだろうか。再充填合意は、既存の抵当権に基づいているものの、法的には抵当権ではなく、これが再充填可能抵当権という仕組みの利点である。そうであるとすれば、再充填合意が、抵当権にかかる登記の禁止に服するとは考えにくい。では、再充填合意は、確定日付ある物権設定証書に認められた特別扱いの利益を受けうるのだろうか。そう考えることも可能である。というのも、この合意は、登記されなければならないことから公証人証書の形で締結され、確定日付が付されるからである。したがって、手続開始前にされた再充填合意は、事後に登記することができ、第三者に対抗することができる。

従来型担保を枠づける三つ目の例は、商法典L.六二二一―七条に基づくものである。同条は、救済手続または裁判上の更生手続における観察期間中、従来型担保の締結を、主任裁判官（juge commissaire）のコントロールに服せしめている。主任裁判官は、企業活動の継続または企業の救済を妨げる性質を有する最も重要な行為について、許可する権限を有する。この規定によれば、抵当権および質の設定については主任裁判官の許可が必要であり、さ

らに、その行為が手続の帰趨に決定的な影響を与えうるものであれば、検察官（ministère public）の意見が求められる。したがって、ここでもまた、従来型担保は、そして従来型担保のみが、照準範囲に入っており、この許可手続の不遵守も、債務者がした行為の無効によってサンクションされる。

以上に述べてきたことからすると、物的担保の無力化は、債権者平等を保障する準則を商法典第六編に置いた立法者の目的の一つであるようにみえる。しかしながら、この無力化の強度は様々であり、すべての準則が救済手続に適用されるわけではない。危機時期の無効は、支払停止の状態を前提としているが、救済手続においては、これは明示的に排斥されている。[訳注1] 裁判上の更生手続においては、これらのメカニズムはすべて適用されるだろう。

この無力化は、債権者にとって不幸なことに、第一の障害でしかない。これを乗り越えた債権者も、羨望の的となるような状況に置かれるわけではないのである。経営難の企業に関する法は、これらの担保の実効性を大きく減殺した。

Ⅱ　従来型の担保の実効性の低下――経営難の企業の保護という要因

商法典第六編にまとめられた規定を読むと、従来型担保の実効性が低下しているという状況が長い間続いていることが分かる。その［従来型担保の実効性を制限する規定の］対象は、当初は抵当権と質（nantissement）であったが、二〇〇六年の担保法改正によって質（gage）が加わるに至った。これらの担保を有する債権者は、［「倒産」手続における日陰者］と呼ばれていたが、その後、特別扱いの回復がみられ、「物的担保の春」[5]と呼ばれた。しかし、従来型担保の実効性の回復は長続きしなかった。それは、二〇〇五年の企業救済法によって企業の救済が最優先事項とされたこと、および、債権者に排他性を付与する［現代型］担保が発展し、従来型担保の実効性がさ

らに弱まったこと、という二つの要因が結びついた影響によるものである。

しかしながら、［従来型の担保にとって］このような厳しく不安な状況は、手続がどの局面にあるか、そして、手続において企業の保護がどの程度重視されているのかに応じて微妙に異なっている。実際、企業の救済と債権者への弁済の相反関係は克服できないように思われ、不可避な対立が、苦々しさや抵抗を生じさせつつも、実に経営難の企業に関する法全体に通底している。債務者が倒産手続に服する場合において、従来型の担保権の処遇を特徴づける大きな傾向は、第一に、企業活動を支援してくれる債権者の優先の原則、第二に、従来型の担保の実効性を維持するいくつかの仕組みであり、これらは担保権者である債権者の気持ちを慰めるかもしれない。

A　企業の救済を支援する債権者のために弱められた従来型担保の実効性

ここでは、救済手続と裁判上の更生手続において主に採られている解決について検討しよう。これらの手続の関心事の中心にあるのは、企業活動の維持と企業の救済である。このような目的を達成するために、立法者は従来型担保の担保権者の権利を大きく減じた。なお、救済手続の方が裁判上の更生手続よりもこの目的を達成しやすい。というのも、救済手続においては、より早くに企業の経営難への対処に着手しており、かつ、支払停止状態がまだ生じていないからである。

このことを確認するには、従来型担保の担保権者を含む手続開始前債権の債権者に定められた哀しき命運を物語るいくつかの例を挙げれば十分である。

第一に、手続開始前債権について先取特権、抵当権、または質を有する債権者が弁済を求める権利は、債権者に

経営難の企業を支援するよう促すために商法典第六編に創設された先取特権に劣後する。もっとも、質について留置権が認められる場合はこの限りでない。

この観点からは商法典L.六二二―一七条の文言が示唆的である。同条によれば、調停手続という予防段階で、企業に対して主に流動資本を新たに提供した新規融資の先取特権（L.六一一―一一条）を有する債権者と、観察期間中に債務者を支援した債権者は、従来型担保の担保権者に優先するからである。これらの二つのカテゴリーの先取特権者は、第一に、弁済期に自己の債権の弁済を受けることができる。調停手続における新規融資の先取特権の権利者については、その債権は手続開始前に発生しているが、このように扱われる。第二に、これらの先取特権者の順位は、手続係属中に積極財産が売却される場合に優先弁済を受けられることを保障するはずである。もっとも、積極財産の売却が観察期間中や救済計画または更生計画の遂行中になされることは非常に稀はであるが。

〔以上のように、従来型担保の実効性は制限されている。〕それでもなお、立法者は、次の二つの規定において、救済手続や裁判上の更生手続における観察期間中[6]または救済・更生計画の遂行期間中[7]に、担保権（特別先取特権、抵当権、質）の目的となった財産が売却された場合について、これらの従来型担保の担保権者の権利を保護しているように思われる。これらの規定は、似てはいるものの異なる点を含む仕組みを確立している。その相違点は、積極財産の譲渡時期が異なることを理由とする。

担保目的財産の売却が観察期間中にされる場合について、商法典L.六二二―八条は、被担保債権に相当する額の割当分が預金供託公庫（caisse des dépôts et consignation）に支払われることを明らかにしている。これらの債権者――同条は、これらの債権者に一般先取特権の権利を加えているが――は、救済または更生計画の認可後に、これらの権利者の間に存在する順位に従って支払を受けることになる。「これらの権利者の間で存在する順位に従

って」という文言が、従来型担保を有する債権者にとって罠となるのはもちろんのことである。というのも、同条は担保権を有する債権者の利益のために第六編におかれているように見えるが、最終的には他の債権者に劣後しうるのである。実際、従来型担保を有する債権者は、賃金労働者の優先的先取特権のために賃金債権保険制度（AGS）によって供託された額が配当される時に、手続開始後債権の債権者に劣後する。そうすると、分配のテーブル上のごちそうは、そこに招かれた他の債権者のみに取り分けられ、従来型担保を有する債権者は、最終的に、残り物にしかありつけない危険がある。したがって、経営難の企業に関する法において、手続開始前の時期に債務者を信頼していた債権者は、企業活動の支援という要請を身に沁みて感じることになる。

担保目的財産の売却が救済・更生計画の遂行中にされた場合には、従来型担保の担保権者は賃金債権に劣後し、救済・更生計画に基づき支払われるべき配当金から、裁判所の決定によって減額された額の支払を受けることになろう。というのも、この場合、担保権者は、救済・更生計画の中で定められた弁済期よりも早く弁済を受けられることになるからである。ペロション教授が書かれたように、「時は金なり…」である。

従来型担保を有する債権者の処遇を描いたこの絵画は、すでに暗い色合いのものとなっているが、ここに、救済・更生計画における従来型担保を有する債権者の状況に関するいくつかの説明を付け加えることで、完成する。救済・更生計画において、従来型担保を有する債権者に対する弁済を優遇する措置は全く規定されておらず、これらの担保権者が優先的な満足を得ることはない。これらの担保権者の状況は債務者からの提案又は債権者委員会における投票によって決まることになる。このとき、これらの担保権者は、商法典L.六二六―三〇条によって定められる債権者集会のうち、金融機関による債権者集会と供給業者による債権者集会のいずれかに振り分けられるが、いずれにせよ彼らがこれらの担保の実効性を守ることが難しいことは確実だろう。もっとも、このような従来型担

保を有する債権者の地位は、二〇一六年一一月二二日のＥＵ指令の提案の採択によって方向転換しなければならないだろう。というのも、この指令によって、フランス法は、他のヨーロッパ諸国の法と同様に、債権の発生原因だけでなく債権の性質を考慮に入れて債権者の分類（classe）――もはや債権者集会の分類ではない――を確立することを義務づけられているからである。そうすると、担保を有する債権者という分類がされなければならず、それにより、従来型担保による権限を保護せよとの担保権者の共通の声は現在よりも聞き届けられるようになるだろう。

Ｂ　裁判上の清算手続におけるより有利な地位

救済および裁判上の更生が主として企業に好意的であるのに対し、裁判上の清算は、従来型担保を有する開始前債権の債権者にとって、〔救済および裁判上の更生に比べて〕より不利な手続ではない。実際、裁判上の清算の段階では、一般的に、企業の活動は維持されず、仮に維持されるとしても、第三者への企業譲渡を試みるための一時的なものである。企業譲渡がされた場合には、第三者が企業の存続を保障することになる。もっとも、これらの二つの場合（企業活動が維持される場合とそうでない場合）は、〔従来型担保を有する〕債権者の地位を左右しないわけではない。

裁判上の清算手続において企業活動が維持されない場合には、債権者に弁済を行うために、企業の積極財産を最も良い条件で売却することが目的となる。したがって、債権者に対する弁済が再び優先され、担保を有する債権者は、民法典が伝統的に担保権者に認めている地位により近い地位を回復する。第一に、商法典L.六四一―一三条は、救済および裁判上の更生に適用される同種の規定であるL.六二二―一七条とは異なり、従来型担保を有する

債権者に対して、よりよい条件での弁済を認め、その順位を保証している。すなわち、これらの債権者は、手続に対抗可能な留置権を有する場合には、優先的に弁済される。[8] また、抵当権者のように、留置権を有しない債権者は、手続開始後債権の債権者よりも先に弁済を受けることができる。これは、L.六二二―一七条との大きな相違である。第二に、裁判上の清算においては、救済および裁判上の更生では実効性を失っていたところの、債権者に有利な担保の実行方法が実効性を回復する。ただし、この指摘は直ちに留保を付されなければならない。というのも、法文によれば、流担保条項（pacte commissoire）の適用は排除され、裁判上の所有権付与（attribution judiciaire）のみが認められているからである。裁判上の所有権付与という仕組みは、当然、債権者の利益になりうるものであるが、L.六四二―二〇―一条が質（gage）を有する債権者にのみこれを認めていることから、一定の疑義を生じさせた。すなわち、二〇〇六年の担保法改正によって、有体財産質（gage）と無体財産質（nantissement）が明確に区別され、商法典第六編の多くの規定については、有体財産質（gage）と無体財産質（nantissement）が併記されることとなった。しかし、L.六四二―二〇―一条にはこのような修正が施されなかったのである。

商法典L.六四二―二〇―一条に無体財産質（nantissement）という文言が付加されなかったのは、単に付加するのを忘れていたということなのだろうか。あるいは、裁判上の所有権付与が、企業の積極財産を減少させる性質を有することから、これを限定的にしか認めないという意図によるものなのだろうか。所有権留保条項を付して財産が売却され、また賃貸借やファイナンス・リースが多用されることによって、企業の積極財産は、そうでなくとも少ない。ここで問題となるのは、〔無体財産質（nantissement）という〕記載がない場合に、このように扱いを異にすることが正当化されるか否かである。法的には、これを正当化することは難しい。というのも、有体財産質と無体財産質は同じ類型に属するものであって、目的物の性質が異なるにすぎないからである。そうであるならば、

無体財産質の場合に、裁判上の所有権付与を排除する立法者意思を裏付けるものは何もない。

抵当権を有する債権者の地位は、これよりも不利なものである。というのも、破毀院は、抵当不動産に関する裁判上の所有権付与を認めなかったからである。[9] 商法典L.六四二―二〇―一条の文言に照らせば、別の判断もあり得たにもかかわらず。反対に、不動産質は、従来「不動産質（antichrèse）」と称されていたが、現在では「不動産質（gage immobilier）」と称されるに至ったから、これを有する債権者は、裁判上の所有権付与が認められる〔担保権者の〕範囲に入るだろう。[10]

最後に、裁判上の清算手続の中で、企業譲渡計画が策定された場合はどうか。企業譲渡計画は、引受けを申し出た第三者による、企業の買取りを実現するものである。この場合、原則としては、債権者に対する弁済は、譲渡代金の配当により実現されるが、その譲渡代金は、しばしば――常に？――極めて低額である。実際、企業とその雇用を守るために、裁判所が、債権者に対する支払条件の極めて不利な譲渡計画を認可することは、大いにありうることである。従来型担保を有する債権者は、それでも、他の債権者よりは有利な地位に浴するのだろうか。

商法典L.六四二―一二条から、肯定的な回答を導くことができるかもしれない。もっとも、同条は、ある財〔の購入資金を〕融資するために、当該財につき動産または不動産に関する特別の担保が設定された場合であって、かつ当該財が譲渡計画の枠内で譲受人に譲渡されたという特別な状況について規定するものである。同条は、所有権移転の日、すなわち譲渡証書の作成日に、支払義務が残っている金額を譲受人の負担とする。この場合には、担保の実効性は、債権者がこれを放棄しない限りは、残存する借入金返還義務を譲受人に移転させることにある。譲渡計画に記載された財の引受けは、自動的にこの〔義務の〕負担を生じさせる。この比較的独創的な仕組みは、その法的分析について、議論を生じさせた。[11] 破毀院は、担保が財と共に移転し、財の所有者が返済を負担することか

ら、これを追及権の問題だとしたが、[12] 学説はむしろ、指図（délégation）、契約譲渡、借入債務の引受（reprise de prêt）、負債譲渡（cession de dette）といった、債務法上の様々なメカニズムのいずれであるかを争っているようである。[13] 今後は、〔二〇一六年の債務法改正において〕負債譲渡が民法典一三二七条以下に規定されたことにより、このメカニズムに真の法的基礎が与えられたように思われる。

以上のとおり、裁判上の清算は、商法典第六編の枠内において、従来型担保を有する債権者が最も優遇される段階であるようにみえる。もっとも、この認識は相対化されなければならない。なぜならば、商法典第六編の規律に照らすと、債権者の権利を部分的にしか犠牲にしない措置が、債権者に有利な地位を与えるものであるかのように見えているだけだからである。

経営難の企業に関する法は、間違いなく、従来型担保を打ち砕く機械だといえる。もっとも、フランス法が新設した不動産の差押禁止のメカニズムによって、事態は思わぬ方向へ展開し、従来型担保の中でも最も冷遇されていた抵当権が、輝きを取り戻すだろう。というのも、抵当権者が債務者の個人債権の債権者である場合、または差押禁止の申述もしくは主たる居所に関する法定の差押禁止の効力発生より前に生じた債権を有する場合には、見通しは明るい。実際、破毀院は、特筆すべき判例の展開の結果、適法に差押不能とされた財が倒産手続の物的効果を免れることを認め、それゆえ債権者は、一般法の定める要件の下で、倒産手続の外でこれを掴取することができるとした。したがって、債務者が主たる居所〔たる不動産〕を購入するにあたって融資をした銀行家は、ほとんどの場合、抵当権者であり、この財を差し押さえ、売却させ、その代金をもって弁済を受けることができる。この債権者が、その債権を倒産手続において届け出たとしても、また債務者が裁判上の清算手続において管理・処分権を喪失している場合であっても、その結論は変わらない。したがって、抵当権者は、破毀院によってはっきりと言明され

た、差押禁止の倒産手続に対する対抗力の反射的利益を最も受ける者である。

以上から、次のように結論づけることが許されよう。経営難の企業に関する法およびビジネス法一般は、定期的に一方（債務者）と他方（債権者）の間で揺れる振り子のような動きをしている。担保法がこのような法の展開に影響を受けていることは間違いない。しかし、いずれにせよ、債権者にとって最善の策は、経営難の企業に関する法の支配から免れるか、従来型でなく現代型の担保の利益を受けるかだということができる。現代型の担保については、本シンポジウムにおいて、各報告者によって扱われることになる。

（1）Cass. com., 27 sept. 2016, n°15-10421 ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 31, note A. Aynès; Dr. et patr. 2017, p. 95, obs. Ph. Dupichot.

（2）Cass. com., 2 mai 2001, n°98-10413. 抵当権について裁量的無効を認めたものである。

（3）Cass. com., 3 mai 2016, n°14-21556 ; Act. proc. coll. 2016-10, comm. 136, obs. A. Pedemons ; Rev. proc. coll. 2016, comm. 122, F. Macorig-Venier ; JCP E 2016, 1466, obs. C. Lebel ; Procédures 2016, comm. 227, obs. C. Laporte ; Gaz. Pal. 2016, n°36, p. 60, obs. P. Roussel-Galle ; LEDEN 2016-7, p. 5, obs. L. Camensuli-Feuillard ; BJE 2016, p. 317, obs. L. Le Mesle ; RTD com. 2016, p. 550, obs. A. Martin-Serf.

（4）P-F Cuif, Le caractère hybride de la convention de rechargement, RLDC janv. 2007, p. 27.

（訳注1）救済手続は、そもそも、支払停止に陥っていない債務者についてしか開始されえない（商法典L. 六二〇―一条）。

（5）M. Cabrillac et Ph. Pétel, Juin 1994, le printemps des sûretés réelles, LPA 14 sept. 1994, p. 59.

（6）商法典L. 六二二―八条。

（7）商法典L. 六二六―二二条。

（8）マコリグ・ヴニエ教授の報告を参照。

（9）Cass. com., 28 juin 2017, n°16-10.591 ; JurisData n°2017-012576; D. 2017, p. 1356, obs. A. Lienhard; ibid., p. 1941, obs. P.-

M. Le Corre et F.-X. Lucas; ibid., p. 1996, obs. P. Crocq; AJCA 2017, p. 397, obs. A. Lecourt; RTD civ. 2017, p. 707, obs. P. Crocq; RTD com. 2017, p. 993, obs. A. Martin-Serf.

(10) F. Macorig-Venier, L'alternative à la cession des biens grevés: l'attribution en propriété, Rev. proc. coll. mars 2015, dossier 30; N. Borga et F. Pérochon, La réalisation des garanties réelles: en restructuration ou en liquidation? Dans ou hors la procédure? Rev. proc. coll. juill. 2018, dossier 20.

(11) D. Lanzara, La nature juridique du transfert de la charge de la sûreté, BJE nov. 2016, p. 448.

(12) Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-17275.

(13) V. Lanzara, art. préc.