HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告　フランスにおける建築契約　[質疑]
Author(s)	ペリネ＝マルケ, ユーグ; 吉田, 克己//訳
Citation	北大法学論集, 48(5), 203-221
Issue Date	1998-01-16
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15751
Type	bulletin (article)
File Information	48(5)_p203-221.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

報告

フランスにおける建築契約

ユーグ・ペリネ＝マルケ（ポワチエ大学）
翻訳　吉田克己

はじめに――歴史的展開

それでは、与えられたテーマに基づき、本日は、フランスにおける建築契約に関してお話しいたします。このテーマは、特別に興味深いものです。それというのも、フランスにおいて、この制度は、独特の発展を遂げているからです。多くの立法上の改正があり、それぞれの利益状況に応じた独特の制度を作り上げてきました。とりわけ一九六〇年代に生じた困難な事態の解決を目指すことが、この制度の展開の動因でした。

建築契約の歴史を振り返ってみますと、一九六七年以前には、この領域で用いられる唯一の契約は、一八〇四年の民

法典に定められた請負契約でした。これは、一定の場合には、委任契約とともに用いられていました。この制度は、少なくとも一九世紀の間、さらに二〇世紀の前半期においては、特に問題を生じていませんでした。

他の多くの法システムと同様に、第二次世界大戦後の時期になりますと、この領域においても「標準契約 contrat-type」が用いられるようになってきました。フランスにおいて標準契約を策定していたのは、「フランス基準化協会ＡＦＮＯＲ（Association Française de Normalisation）」であり、[1] 特に建築契約について用いられたは、同協会の「標準契約ＢＰ〇三－〇〇一号」でした。

ということで、要するに、一九六七年までは、この領域は、基本的には民法典の支配の下にあったわけです。もっとも、建築者が顧客のお金を横領したような場合には、刑事的制裁も設けられていたことは付け加えておく必要があるでしょう。

反対に、一九六七年からは、様々な立法上の改革が相次いで行われることになります。一九六七年という年は、フランスにおいて建築予定不動産売買（vente d'immeuble à construire）という独特な契約制度が創設された年です。この制度については、後に取り上げることにしましょう。続いて、一九七一年には不動産開発（promotion immobilière）契約、七二年には戸建住宅建築契約（contrat de construction de maisons individuelles）という制度が創設されます。一九七五年になりますと、下請関係に関する改革が行われて、下請負人の保護を目指す特別の制度が作り出されます。これについては、第二部で検討します。そして最後に、一九八四年と八六年には、かなり特殊な二つの契約が創設されました。買取賃貸借契約（contrat de location-accession）と多重所有権（multipropriété, time share）契約です。後者は俗称で、正確には、「期間限定利用権分与会社」制度といいます。[2]

これらすべての改革に付け加える必要があるのは、二週間前のシンポジウムでテーマとして取り上げた建築者の責任

に関して、一九六七年と七八年に重要な改革が行われたことです。これは、建築契約を考える上でもきわめて重要です。この責任は、これまで触れました新しい類型の建築契約すべてに適用されるからです。

これら一連の改革の結果、フランスは、ヨーロッパでもユニークな、さらに言えば、世界でもユニークな法体系を備えることになりました。建築者に関する特別の責任制度、そして建築にかかわる多くの特別契約制度が、この法体系の中心を形作ります。フランスにおいては、建築法という一つの法領域が存在し、これにかかわる講座も存在します。それは、このような法制度が、様々な解釈上の問題を提起しているからに他なりません。

以下において、これらの様々な建築契約および下請契約関係について研究していくわけですが、その際に、個々の制度の細かい点に立ち入ることは避けたいと思います。それはかなり退屈な作業になるであろうからです。むしろ、以下では、皆さんに一定の観点に基づく概観を与えることを試みたいと思います。一定の観点というのは私の観点ですから、必然的に主観的なものではありますが、それでも、客観的に重要な点の析出を心がけることによって、なるべく正確なものにしたいと思っています。

以下では、主題を大きく二つに分けます。第一部においては、特別の建築契約を扱い、第二部においては、下請関係が取り扱われます。

第一部　建築に関する特別契約の正当化とそれが遭遇している困難性

ここでは、建築に関して様々な特別契約が存在している理由、すなわちその存在根拠ないし正当化の問題をまず扱います。次いで、それが遭遇している困難性の問題を検討します。というのも、この二点がフランスの建築契約に関する

重要論点だからです。

A　正当化――二つの目的の共存

まず、特別の建築契約の存在理由の問題です。どうして、フランス法は、五つないし六つの特別の契約類型を作る必要性を感じたのでしょうか。他の国においてそのような特別契約は存在しませんのに、どうしてフランスにおいてはそのような契約を作ることになったのでしょうか。これらが、以下で検討する問題です。

この点に関しては、二点の基本的な理由を指摘することができます。第一は、事業者に新たな法的テクニックを提供すること、第二は、「不動産消費者」（住宅の取得者または住宅建築についての注文者）に対して、適切な保護を確保することです。

前者、法的なテクニックの提供については、成功例が一つ、失敗例が二つあります。この点からお話ししたいと思います。

成功例というのは、建築予定不動産売買です。この制度は、アパルトマンまたは家屋を設計図に基づいて購入すること（日本で言う青田買い）を可能にするものです。ベルギーにも類似の制度が存在します。ここで、フランスの土地所有権制度のあり方、より具体的には、そこでは日本法とは異なる附合制度（建物が土地に附合する）が採用されていることに、よくご注意いただきたいと思います。この考え方の下では、建築予定不動産売買は、常に、土地の売買およびその土地上に建築されるべき建物の売買ということになります。この契約の仕組みでありますが、皆さんがアパルトマンを購入するという場合を想定して下さい。この独特の契約によって、建築が始まる前であっても、アパルトマンを購入することが可能となります。この段階で、皆さんは直ちに、土地についての権利を購入することができるのです。たとえば一〇戸のアパルトマンを含む建物建築が予定されているとしましょう。その場合に、まず土地について、一〇分

の一の権利を取得することができます。そして、建築が進行するのに応じて、この契約に基づいて、代価を支払いながら、アパルトマンについての権利を取得していくことができるのです。

建築予定不動産売買には、二つの種類があります。「出来高払い売買（vente en état de futur d'achèvement）」と「一括払い売買（vente à terme）」です。この二つのうち、実際に用いられているのは、出来高払い売買だけです。これは、建物の購入者が工事進捗に応じて代金を支払い、それに応じて所有権を取得していくというタイプの契約です。このタイプの建築予定不動産売買のメリットを考えてみますと、建築会社に資金調達の可能性を与えるということが指摘されます。つまり、建築工事の進捗に応じて、代金支払いを受けるという形で、工事のための資金調達が可能になっていくわけです。先に申し上げましたように、一九六七年法によってこの制度が創設されました。そこには、もちろん、消費者保護という観点がありましたが、それと同時に、建築会社に、工事進捗に応じた資金調達のための新たな法技術を提供する、という意味もあったのです。

一九七一年には、新しいタイプの会社である「不動産分譲民事会社（société civile de vente）」が制度化され、この会社によって建築予定不動産売買契約が活用されていくことになります。立法者は、この会社を通じた建築を促進しようとし、そのために、税制上の優遇措置を設けました。通常の民事会社ですと五〇％の法人税に服するところ、この会社については一五％で足りるものとされたのです。

一九六七年法によって作り出された建築予定不動産売買は、疑いなく成功の部類に入ります。公証人やデベロッパーによって、実際に多く活用されています。また、適用上の問題を特に生じていないからです。数字を引きますと、毎年一〇万戸が、この方式の契約を用いて建築されています。

以上の成功例に対して、失敗例もあります。最初の失敗例は、一九八四年に創設された買取賃貸借制度（ロカシオン・

アクセシオン）です。この制度を作った立法者の目的は、容易に持家を取得する可能性を切り開くところにありました。つまり、この契約によって、当初は賃貸借契約という形で不動産の占有を開始し、その後、たとえば三年とか五年の期間が経過した後に、それを売買契約に切り替えるという選択の可能性が認められたのです。当初支払われた賃料の一部は、売買代金に充当されるという仕組みが採用されています。この契約についての規定は、今でも建築・住宅法典の中に存在しますが、現実には利用されない制度となっています。この契約がうまくいかなかった理由ですが、一言でいえば、取得者を過度に保護している、ということです。住宅提供者は、心理的にこのような契約を拒否する傾向にあります。また、この契約においては、住宅提供者にとっては、契約が結局賃貸借から売買に切り替えられず、通常の賃料では建物建築への投資が回収されないという危険があるのです。

第二の失敗例は、一九八六年に作られた「期間限定利用権分与会社」制度です。これは、通常、多重所有権といわれます。英語では、time share といいます。一九九四年一〇月には、この制度についてヨーロッパ共同体の指令が出されています。海や山のリゾート地域におけるアパルトマン（リゾート・マンション）を、資力が不十分で購入することができない階層がいます。そのような階層のために、毎年一週間とか二週間という形で期間を限定して、安い価格での利用権取得を可能にすることが、この制度の目的でした。しかし、この契約は成功しませんでした。というのは、この会社の管理費用がきわめて高額なものとなったからです。このことは、期間限定利用権の販売価格の高騰をもたらしました。フランス・フランで一〇万フラン、日本円にすると二〇〇万円を下回ることは稀ということになってしまったのです。不動産危機がリゾート・マンション部門をも巻き込んで以来、その価格は大きく下落しています。山岳部あるいは海浜近くにおいて、ステュディオ（ワン・ルーム）程度のリゾート・マンションであれば、二〇万フランあるいは三〇万フラン位から物件を見つけることができるようになっています。この値段で完全な所有権を取得できるのですから、

一〇万フランで年間二週間程度の期間限定利用権を取得する魅力は感じられないでしょう。

この領域での特別契約の第二の存在根拠は、購入者――法典には規定されていない表現ですが、一般に「不動産消費者」という言葉が用いられます――の法的保護です。どうして不動産消費者の法的保護が必要になるのでしょうか。まず第一に指摘されるのは、国際環境の問題です。つまり、アメリカ合衆国を含めた西欧諸国において、この間一般的に、消費者保護法制の顕著な展開が見られるのです。第二の理由は、一般的な消費者保護とのバランスの問題です。つまり、ある商店で二〇〇〇フラン程度で洗濯機を購入した場合には、消費者保護があります。それなのに、五〇万フランも出して住宅を購入した者を保護しないというのは、理屈に合わないだろう、ということです。

それでは、不動産消費者という概念はどのように定義されるのでしょうか。この領域での様々な特別法を通覧しますと、結局、それは、自然人であって、自己の居住の用に供するために、アパルトマンもしくは不動産を建築し、または購入する者ということになるでしょう。

次に、不動産消費者をどのように保護するかということですが、二つの局面での保護が問題になります。契約締結時における保護と、契約履行の局面で問題になる保護です。

まず、契約締結時における保護を見ますと、この領域においては、立法者は、古典的な保護のテクニックを用いています。契約の中に多くの事項を義務的に記載させる、などです。このようにして、たとえば価格、財産の仕様、構成であるとか、担保責任に関する事項が義務的記載事項とされています。建築予定不動産売買の場合には、法律の規定自体を契約の中に義務的に記載させることが行われています。戸建住宅建築契約の制度は、一九七二年法（一九七二年七月一一日の法律）によって創設され、一九八九年法（一九八九年九月二六日のデクレ）によって改正されたものです。この契約において、立法者は、標準条項を定めました。これは、立法者が契約内容の大枠を実際に策定してしまうことを

意味するものでした。さらに、詳述は避けますが、多くの停止条件や七日間の撤回期間（délai de rétractation）制度の活用があります。これらの条項が、すべての不動産契約について、契約が公証人証書によって締結されていない場合には、義務的なものとされているのです。

これらの諸契約においておそらく最も独創的なものは、立法者が取得者に対して、不動産工事の完成保障（garantie d'achèvement）を確保しようとしていることです。実際、フランスの建築部門でしばしば遭遇する危険は、――他の国でも事情は同じでしょうが――そこでの企業がきわめて脆弱だということです。とりわけ戸建住宅の建築に従事するのは小企業ですし、これらの小企業はしばしば破産に陥ります。取得者は、代金の一部を工事完成前に支払うわけですが、右の危険があまりに大きいので、立法者は、銀行保証（caution bancaire）を［取得者に対して］提供する義務を、建築事業者に課すことにしたのです。これは、建築予定不動産売買の場合には「完成保障」と呼ばれ、戸建住宅建築契約の場合には「引渡保障 garantie de livraison」と呼ばれます。名称は違いますが、いずれも同一のメカニズムのものです。つまり、この二つの場合とも、広義で理解された銀行保証によって、取得者または注文者は、工事完成の欠如について保障されることになるのです。この銀行保証は多くの場合連帯保証なのですが、判例は、それにもかかわらず、この保証が自立的保障（garantie autonome）の制度に服すべきだと解しています。それは、取得者保護の強化を意味するものです。

取得者の保護を考える場合にもう一点重要なのは、建築者責任の制度です。建築予定不動産売買は、売買契約の性格を持ちますし、戸建住宅建築契約は、請負契約の性格を持ちますが、いずれについても、建築者責任制度が適用されます。それは、供給主体が商人であったり、自らは建築を行わないで供給だけを行う企業についても同様であって、これらの供給主体についても、一〇年間の建築者責任が適用されるのです。

B　建築に関する特別契約が遭遇している困難性

次に、これらの建築特別契約に関する規制が遭遇している困難性の問題に目を転じましょう。二点を指摘したいと思います。

第一点は、契約類型によって、不動産消費者が享受しうる保護が不均等であるという問題です。

まず、建築予定不動産売買契約は、一九六七年に創設されたものですが、そこにおける不動産消費者の保護は、今日では不十分であることが明らかになっています。一つは、ここでは、銀行保証という形での「外的保障 garantie extrinsèque」を、「内的保障 garantie intrinsèque」に置き換える可能性が認められていることです。「内的保障」というのは、基本的にはデベロッパーの資金力の見込みに依拠するものですから、不動産消費者保護の観点からは、外的保障よりはるかに実効性に欠けるものといわなければなりません。(3) この内的保障は、他方で、パリではあまり用いられず、地方においてはるかに多く用いられるという傾向があります。そして、それを用いるのは主として銀行保証を得ることができない小企業だという特徴もあります。つまり、実効性に乏しい弱い保障が弱い企業によって用いられているのです。これは、矛盾した事態といわなければなりません。建築予定不動産売買契約における取得者保護のもう一つの限界は、予備契約（contrat préliminaire）の制度に見出されます。これは、前契約（avant-contrat）であり、より古典的な用語法によれば契約の予約ですが、結局のところ、不動産の取得者にはあまり有利でないことが明らかになっています。というのは、予備契約には、現在では、私の見るところ、EU指令およびフランスの一九九五年の立法にいう意味での「濫用条項 clauses abusives」と性格づけるべき条項が含まれることが多いからです。

次に、一九八九年に改正された戸建住宅建築契約の内容に目を転じます。ここでは、不動産消費者である注文者の保護はきわめて厚いものがあり、それは、過度ともいえるものであります。というのは、この改正によって外的保障＝銀

行保証が義務づけられるようになったわけですが、小規模の建築事業者にとっては、この銀行保証を見出すことがきわめて困難だからです。

右の状況から、第二の困難性が帰結することになります。それは、多くの不法状態が解消されないという問題点です。建築事業者協会の責任者の指摘に従えば、右に指摘したような戸建住宅建築契約における不動産消費者の保護の結果、きわめて多くの建築事業が法律の外部で行われる、という事態が生じています。つまり、本来、戸建住宅建築契約を用いるべきであるところ、通常の民法上の契約である請負契約を用いることが多いのです。ここには、顕著な不法状態が生じています。法律の厳格性が、そのような不法状態を招く原因になっているのです。

建築に関する契約については以上に止めまして、以下では下請に関する検討に移りたいと思います。

第二部　フランス法における下請制度の特徴

フランスの下請に関する法制度は、一九七五年以降、かなりの展開を見せています。同年にこの領域での最初の特別法が制定され（一九七五年一二月三一日の「下請に関する法律」第一三三四号）、さらに一九八六年には重要な改正が行われました（一九八六年一月六日の法律第一三号による）。以下では、下請負人の権利関係および義務関係を眺めることを通じて、その法的地位を検討したいと思います。なお、フランス法は、再下請（孫請）についても、下請と基本的には同様の権利義務を認めていることを指摘しておきたいと思います。

A　下請負人の権利の強化

まず申し上げたいのは、下請負人には強化された権利が確保されているということです。権利の強化は、元請負人に

対する関係でも、注文者に対する関係でも見出すことができます。

まず、元請負人に対する関係での下請負人の権利を見ましょう。フランス法は、元請負人に対して、自分が用いる下請負人を注文者に提示し、その承認を求める義務を課しています。この承認が、下請負人の注文者に対する直接訴権が認められるための要件になることについては、後に触れます。次に、これはきわめて重要な義務なのですが、元請負人には、下請負人の請負代金債権のために銀行を保証人として立てる義務が課されています。なお、この義務は、元請負人が注文者に対する請負代金の取立権限を下請負人に授権する場合には解除されるのですが、この授権の制度は、これまで用いられたことがありません。

ところが、残念なことに、フランスの今日の実務においては、ほとんどの場合、これらの義務が履行されていません。つまり、元請負人は、注文者に対して下請負人を提示することもしませんし、銀行を保証人に立てることもしないのです。何故かと言えば、元請負人は、注文者に下請負人の存在を知られたくないと思っていることが多いですし、また何よりも、銀行を保証人に立てることに伴う費用を支払いたくないからです。

このような事態を踏まえて、フランスの立法者は、注文者を巻き込むことによって下請負人の保護を確保しようとしました。多くの場合には、注文者だけが元請負人に対して経済的な力を行使することができます。それが、右のような方向が考えられた理由です。そのようにして、注文者についての新たな義務が創設されました。ただし、その義務は、自分で占用するために建築を行う自然人が注文者である場合には適用されません。つまり、言い換えれば、職業的な注文者についてだけ課せられる義務が創設されたのです。具体的には次のようです。

下請負人には、注文者に対して、いくつかの権利が認められています。最も重要なのは、注文者に対する直接訴権(action directe)です。これは、一九七五年の立法当時から認められていたものです。この直接訴権は、契約的な性質

を持ちます。これによって、下請負人は、注文者がいまだ元請負人に対して負っている債務の限度で、直接に注文者に対して下請代金を支払わせる権利を認められることになりました。しかし、一九七五年法の下で認められていた直接訴権は、かなり限定的なものでした。というのは、まず、その行使のためには、下請負人は、元請負人によって注文者に対して提示され、注文者の承認を得ておかなければならないという要件が課されていたからです。次に、この権利の行使は、注文者がまだ元請負人に支払っていない額についてだけ可能とされたからです。

このような状態を改善するために、一九八六年に法改正が行われ、一九七五年法に一四条の一という条文が新設されました。同条は、今日では、下請負人保護に関する最も基本的な規定となっています。[4] 同条について重要な意義を持つのは、先月、つまり一九九六年六月に下された最近の判決です（破毀院第三民事部一九九六年六月五日判決）。この判決は、工事現場に下請負人が存在することを知っている職業的注文者は、元請負人が立てるべき保証人の存在を確認しなかった場合には、下請負人に対して、保証人が立てられていたならば得られたであろう額、すなわち下請代金債権の全額を不法行為訴権に基づいて支払わなければならない、と判示しました。[5] それゆえ、今日では、右の規定および同条に関する判例を考慮するならば、注文者にその存在を承認されている下請負人は、最終的には注文者を通じて、その請負代金の支払いをほとんど確実に受けることができるようになった、ということができます。

しかし、反面で、注文者の状況はきわめて厳しいものになりました。下請負人への支払いを強制される注文者は、元請負人に対して、すでにその請負代金の全額を支払済みだったということもありうるからです。つまり、注文者は、元請負人と下請負人に対する二重払いを強制されるのです。立法と判例が、このように注文者に対して厳しい態度を採っている目的は何なのでしょうか。それは、注文者がその経済的な力を元請負人に対して行使するようにすること、そして、そのような注文者のコントロールを通じて、元請負人の立保証義務を本当に履行させることに他なりません。

B　下請負人の義務の限定

下請負人の義務の問題に移りましょう。下請負人の義務は、その権利に比較して、きわめて限定されています。三点申し上げたいと思います。

第一に、下請負人は、建築者の特別な責任である二年責任にも一〇年責任にも服しません。一九七八年の立法者は、下請負人に建築者の特別責任を課すとすれば、それは下請負人にとってあまりに過酷である、と考えたのです。

第二に、その結果、下請負人は、元請負人に対して普通法上の契約責任を負うということになります。ところで、この契約責任は結果債務に伴う責任であり、この時効期間は三〇年です。これに対して、仮に下請負人が特別法上の責任に服するとしますと、これも結果債務ですが、一〇年間で時効消滅します。したがって、普通法上の契約責任のほうが軽いということでは必ずしもありません。

第三に、反対に、下請負人は、注文者に対する関係では、不法行為責任しか負いません。もっとも、この点に関しては、判例の展開がありました。この解決を確立したのは、一九九一年に破毀院大法廷によって下された判決です（破毀院大法廷一九九一年七月一二日判決）[6]。この判決は、きわめて重要な意義を持っています。同判決以前には、破毀院の部によって意見の違いがあったからです。大法廷は、結局、第三民事部が採用していた不法行為説に従って問題を解決することにしたのです[7]。

法理論の次元でまとめますと、今日、下請関係に関するフランス法は、一九八六年の立法また一九九一年の判例に示されるように、不法行為に基づく解決への傾斜を強めつつあります。これは、フランスの学説が一般に下請を下位契約（sous-contrat）と構成する傾向にあるのとは、逆の方向を向くものです。しかし、下請負人の注文者に対する関係での主要な権利は、注文者が一九七五年法一四条の一に定める義務に違反したことを理由に訴えを提起することですが、

これは民事不法行為を基礎とするものです。注文者に対する関係での下請負人の責任も、一九九一年の判例以降は不法行為に基づくものとされています。このように、注文者に対する関係での下請負人の権利義務関係の基本は、不法行為に基づくものになっています。結論的に申し上げれば、フランス法においては、下請負人の保護にとって不法行為責任の追及のほうが契約責任の追及よりも実効的だ、ということが明らかになったのです。

訳者注

(1)「フランス基準化協会」は、各種の製造物に関する基準作成や各種の標準契約策定の任に当たる非営利社団（association）である。民間の団体ではあるが、基準化という公役務に携わる団体であり、商工省の監督に服する（担当官がこの協会に派遣されている）。また、消費者の代表も関与する。とはいえ、その多数は、業界代表で占められ、この協会による基準や標準契約策定は、業界の自主規制という性格を有する。Jacques GUESTIN, Traité de Droit Civil, Les obligations, Le contrat, L.G.D.J., 1982, no72, p.48; Jean CALAIS-AULOY, Droit de la consommation, 3e éd., Précis Dalloz, 1992, n°168, p.165. など参照。

(2) ユーグ・ペリネ＝マルケ「フランスにおける建築者の責任――その創造性と将来」本誌本号所収参照。

(3) 建築・住宅法典によれば、完成保障は、「事業に特有な諸条件の存在」から生じる場合と、銀行その他の金融機関の関与から生じる場合がある（令二六一―一七条）。講学上、前者が「内的保障」、後者が「外的保障」と呼ばれる。「内的保障」は、具体的には次の三つの場合に認められる（令二六一―一八～一九条）。①外装工事完了の時点で不動産に抵当権も質権も設定されていない場合。この場合には、売主は、外部資金に依拠することなくそこまで工事を進行させることができたわけであるから、事業は信頼できるものと評価されるのである。②不動産の基礎工事が完了した時点で、当該不動産工事の資金調達について、予定売却価格の七五パーセントまでが、売主の自己資金、すでに契約済みの売却代金または銀行等の金融機関による融資によって確保されている場合。この趣旨も①と同様である。③戸建住宅が対象になっている場合には、買主の支払額が代金総額との関係で一定の比率を超えない場合。この比率は、具体的には、工事進捗の段階に応じて異なり、

基礎工事完了の時点で二〇パーセント、外装工事完了の時点で四五パーセント、家屋工事完了の時点で八五パーセントとされている。Voir, aussi, Jean-Bernard AUBY et Hugues PERINET-MARQUET, Droit de l'urbanisme et de la construction, 4 éd.Montchrestien, 1995, pp.734-735. これらからも理解されるように、「内的保障」とは、要するに、デベロッパーの資金力と事業遂行能力の見込みに基づいて銀行保証＝「外的保障」が免除される場合を指示する概念に過ぎない。それは、何らかの積極的な保障が提供されることを意味していないのである。

(4) 参考までにこの条文を訳出しておく。

「第一四条の一　①建物建築工事および公共事業に関する契約については、

―注文者は、第三条に定める義務〔注文者の承認を得るために下請負人を提示する元請負人の義務――訳者〕の履行の対象になっていない下請負人が工事現場に存在していることを知った場合には、元請負人に対してこの義務を履行するように催告する義務を負う。

―下請負人が注文者に承認され、注文者がその支払条件をコンセイユ・デタの議を経るデクレによって定める条件に従って受け入れた場合で、下請負人が支払授権の利益を享受しないときは、注文者は、元請負人が保証人を立てたことを証明するように元請負人に求める義務を負う。

②注文者にかかわる右の義務は、自ら占用するために、またはその配偶者、尊属、卑属もしくはそれら者の配偶者に占用させるために住宅を建築する自然人に対しては、適用されない。

なお、同条をめぐる問題については、ペリネ＝マルケ教授に次のような未公表論説があり、講演訳出に際して参考にした。Hugues PERINET-MARQUET, La résponsabilité du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant impayé, texte établi à partir d'un rapport fait le 7 février 1996 au colloque organisé à Paris, par la Fédération Nationale du Bâtiment, sur les 20 ans de la loi du 31 décembre 1975.

(5) 同判決以前の問題状況を、ペリネ＝マルケ教授の右の論説に基づいて整理しておこう。

一九八六年法の立法者は、注文者を関与させることによって、元請負人の下請負人に対する立保証義務の履行を図り、また場合による支払授権制度の利用を活発にしようとした。しかし、そのような狙いにかかわらず、法改正後も、保証や授権の数は顕著な増大を示さなかった。ところで、この改正の実効性は、注文者の義務違反の場合のサンクションをどう

考えるかに依存するところが大きい。この点については、学説上対立があり、また、下級審判決の見解も分かれていた。学説においては、次の二つの見解が存在する。

①「機会の喪失説」。この見解は、法一四条の一の射程を最小限に捉えるもので、同条によって注文者に課せられる義務は、同条一項第一文に規定する元請負人の下請負人提示義務履行に関する催告義務だけだと理解する。問題は、この違反があった場合の損害賠償における損害をどのように考えるかである。理論的には、催告があった場合には下請負人の権利はどのようなものでありえたかを問うことになるが、この権利は、多くの偶然に左右される点に特徴がある。つまり、催告しても元請負人がそれに従わず下請負人を提示しないこともありうるし、提示があっても注文者が下請負人を承認しないことも可能である。また、提示と承認があって下請負人の注文者に対する直接訴権が可能になっても、注文者がすでに元請負人に支払済みなどの事情によってその行使が無意味になることもありうる。要するに、注文者の催告義務違反は、単に支払いを受ける機会の喪失をもたらすにすぎないのである。このような理解によれば、法一四条の一に規定する義務違反を理由とした注文者に対する損害賠償は、下請代金全額には及ばず、部分的なものにならざるをえない。

②「権利の喪失説」。この見解によれば、法一四条の一は、注文者に対して、同条一項第一文に基づく催告義務だけではなく、同条一項第二文に規定する立保証確認義務をも課している。このような理解の前提には、注文者が催告義務を履行したならば元請負人は注文者に下請負人を提示するはずであり、元請負人が下請負人を提示すれば注文者はそれを承認するはずである、という推論がある（「機会の喪失説」は、このように事態が運ぶことは単なる蓋然性にすぎない、と理解する）。そうだとすれば、催告が仮にあったとすれば、下請負人は、支払授権または保証人を得られたことになる。その結果、この見解に立つ場合には、催告の欠如は、単に支払いを受ける機会の喪失をもたらすのではなく、確実に支払いを受ける可能性＝権利の喪失をもたらすと捉えられるのである。したがって、この見解のもとでの損害賠償は、下請代金の全額に及ぶことになる。

下級審判決も、このような学説の対立を受けて見解が分かれていた。一九九一年から九五年にかけて、この問題について九件の控訴審判決が公表された。そのうち七件が「機会の喪失説」を採用し、二件が「権利の喪失説」を採用している。しかし、注意すべきは、「機会の喪失説」を採用する七件のうち五件において、「機会の喪失説」としてはやや奇妙な結果ではあるが、下請負人が請求する損害賠償の全額が認容されていることである。つまり、理論の対立にもかかわらず、下

級審裁判例の現実の結果は、下請代金全額の損害賠償を認めるという解決に収斂する傾向にあったわけである。

とすれば、一九九六年六月の破毀院判決は、このような傾向を破毀院として確認したものと位置づけられることになろう。

なお、この判決は、結論を導く理論については、それを明示していない。

(6) Ass.Plen.12 juillet 1991, D.1991.J.549, obs.Ghestin; JCP.II 21743, obs.Viney.

(7) 以上の一九九一年判決に至る判例の変遷については、Jean-Bernard AUBY et Hugues PERINET-MARQUET, op.cit., pp.512-514. に記述がある。

〔訳者後記〕　本稿は、一九九六年七月二四日に行なわれた建築契約に関するペリネ＝マルケ教授の報告を、録音に基づいてそのまま起こしたものである。録音状態があまり良くなく、思わぬ誤りを犯していないことを願っている。翻訳中の丸括弧で挿入した部分は、原語を表示した部分を除いて、訳者のものである。なお、以上の注記は、以下の討論部分の翻訳についても当てはまる。

質疑

瀬川信久（司会。北海道大学）　それでは少し休憩を採りたいと思いますが、この段階で小さな質問がありましたら。

五十嵐清（札幌大学）　報告の中で、契約締結時の消費者保護に関して停止条件の話が出ていましたが、具体的なイメージがわきませんので、具体例を一つ二つ教えていただけないでしょうか。

ペリネ＝マルケ　この停止条件については、いろいろ例があります。フランスにおいて一番知られているのは、建物の売買契約と銀行の消費貸借契約との関係で使われる停止条件です。通常、不動産売買契約には、銀行からローンを得ることを停止条件とすることが入っています。また、逆に、銀行からの消費貸借契約には売買契約の成立を停止条件とする条項が入っています。つまり、消費貸借がなければ売買はなく、売買がなければ消費貸借はない、ということになっているのです。他の例を挙げますと、戸建住宅の建築契約の領域では、建築許可を得ることを停止条件とすることが一般的です。

五十嵐　それが消費者保護とどう関係するのですか。

ペリネ＝マルケ　これは、もちろん、消費者保護との強い関係があります。たとえば、具体的には、消費貸借の領域では、停止条件は、消費者が一方当事者である場合でなければ問題になりません。買主が商事会社で銀行に融資を求める場合には、特に停止条件を契約中に挿入するということはないのです。フランス法は、この点に関して、明確な態度を採っています。銀行ローンに関する消費者保護の特別法（一般的には一九七八年一月一〇日の法律、住宅ローンに関しては一九七九年七月一三日の法律）があるのですが、その法律の中で、消費者に対する関係ではそのような条項を入れなければならない、ということにされているのです。戸建住宅建築についても、消費者との関係で先に触れました停止条件を挿入することが義務づけられ、もし住宅建築の注文者が職業的な人である場合には、そのような条項を入れなければならないということにはならないのです。そのような点で、消費者保護と密接に関係しているわけです。

五十嵐　下請についても二点ほどお伺いしたい点があります。日本では、一括下請が法律で禁止されていますが、実際にはそうでもないようです。フランスではこの点どうなっているでしょうか。また、日本では元請業者と下請業者の契約が、およそはっきりしません。私の知る限り、書面などが作成されることはないようですが、フランスでは書面が作成されるのですか。

ペリネ＝マルケ　まず、一括下請の問題ですが、この点については、私法のレベルと公法のレベルに区別する必要があります。私法のレベルでは、一九七五年の下請に関する法律において、一括下請を禁止する条項は存在しません。それどころか、下請の定義規定である第一条において、下請は、元請負人が仕事の一部または全部を下請負人と呼ばれる者に委託することと定義されています。この規定からすれば、仕事の全部委託すなわち一括下請は私法上認められる、ということになります。公法上すなわち公共事業の請負については、禁止規定があります。それは、事業の透明性を確保するためで、そのような観点から、公的主体が注文者になる請負関係については、一括下請負が禁止されているのです。

二番目の質問ですが、フランスでも状況は同じです。下請負にかかわる契約条件が書面で明確に定められるということは非常に稀であり、契約は多くの場合口頭で行われるにすぎません。また、書面で契約を行うとしても、非常に簡単な書面しか作成されない、というのが実状です。とりわけ現在、この問題が深刻化しています。というのは、日本と同様にフランスも不動産不況のただ中にあるわけですが、その中で、多くの小規模業者は、どのような価格でも、どのような法的条件でもよいから仕事が欲しいと思っています。そのような状況の下では、仕事をもらうことに精一杯で、契約を書面化してほしいという要望を出したり、契約内容についての要求を出したりすることは難しいのです。

瀬川（司会）　よろしいですか。それでは五分ほど休憩します。