



Title	報告 日本における建築契約 [討論]
Author(s)	吉田, 克己; YOSHIDA, Katumi
Citation	北大法学論集, 48(5), 222-250
Issue Date	1998-01-16
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15752
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(5)_p222-250.pdf



日本における建築契約

吉田克己

はじめに——日本における建築市場の特徴と法制度の歴史的展開

私の報告のテーマは、「日本における建築契約」です。「建築契約」という概念が日本で確立しているわけではありませんが、ここでは、建物建築にかかわる契約というような、やや漠然とした意味で捉えておきます。請負契約が主要なものになりましたが、売買契約も場合によって関係してきます。具体的には、ペリネール報告を受けて、それに対応する日本の法状況がどうなっているか、という観点から検討を行います。

本論に入る前に、建築契約が締結される市場の特徴を整理するとともに、建築契約に関する法制度の歴史的展開過程を概観しておきましょう。

(1) 建築契約が締結される市場の特徴

建築契約においては、建物（工事）という財が供給されるわけですが、この供給主体は、建設業者（建築業者と土木業者を含む観念）ということになります。日本においては、一方では巨大な建設業者が存在します。鹿島建設、大成建設、清水建設、竹中工務店、大林組を大手五社と称しますが、さらに準大手が三八社あります。これらの大手総合建設業者とりわけ大手五社の年間工事高は、世界でもトップクラスにランクされるものです。しかし、他方で、膨大な数の零細建設業者も存在します。『平成七年度版建設白書』（一九九五年）によりますと、この時点での建設業許可業者数が五四万三〇〇〇強ですが、そのうち資本金一億円未満の企業が五三万九〇〇〇弱あり、これが九九・二パーセントを占めます。また、全企業のうち個人企業が三一・三パーセントを占めるのです。極端な二重構造と全体としての規模の零細性、これらが日本の建設産業の特徴です。

次に、発注者―元請―第一次下請―第二次下請―……―末端下請という重層下請構造が発展していることを特徴として指摘することができます。その理由としては、通常、次のような点が指摘されています。受注産業という特質に伴う工事量の不安定性を、下請利用によって調整する。工事現場の移動に伴う負担を、現地の下請業者を利用することによって軽減する。天候などの理由による工期延長に伴う負担増を下請業者に押しつける。歴史的には、建設労働者の大半が農村出身の季節労働者であり、農村を中心に無限に存在していたから、常用の労働力を確保しておく必要がなかった。⁽¹⁾この重層下請構造は、右に見た二重構造と零細性という特徴の帰結でもあり、またそれを支える条件でもありました。発注者について見ますと、その多様性を指摘することができます。まず、日本においては、建設工事に占める公共工事の比重がかなり高くなっています。『日本国勢図絵九四―九五』から一九九二年の数値を引きますと、建設総投資額八五兆八二〇〇億円のうち、三三兆三七〇〇億円（三七・七パーセント）が公共工事です。とりわけ土木部門での比率には、圧倒的なものがあります（七二・二パーセント）。公共工事においては、発注者の力関係が圧倒的に優位に立つ

ことになります。他方、個人の住宅建築部門については、日本では、いわゆる持家系住宅（持家十分譲）のうち持家（注文持家建設）の比重が大きくなっています。一九九二年度の数値では、分譲が二二万七〇〇〇戸であるのに対して、持家が四八万二〇〇〇戸です。ここでは、実際に住宅への居住を目的としている個人、ペリネールマルケ報告の表現を借りれば「不動産消費者」が発注者となるわけです。

以上の特徴から、建築契約について、次のような三つの類型を想定することができましょう。①力関係において優位に立つ者とりわけ公共団体が発注者になる場合。公共工事においては、発注者の優位と請負契約関係における従属構造が古くから指摘されています。そして、契約関係における「片務性」の解消が課題とされてきました。②「不動産消費者」が発注者になる場合。受注者は、巨大企業である場合と、地域の零細業者である場合とがあります。いずれにしても、①とは逆に、発注者の保護が問題になります。③下請関係。ここでは、当然に下請負人の法的保護が課題となります。具体的には、元請負人からの回収だけでなく、工事発注者からの回収が可能かという下請代金・債権確保の問題が重要ですが、元請負人との関係で、下請関係の継続性をどのように確保するかなどの問題もあるでしょう。

（2）法制度の歴史的展開——概観

先程、ペリネールマルケ先生のお話の中で、フランスでは「建築法」と呼ぶべき一つの法分野が成立しているとの指摘がありました。日本も同様の状況にあるとは、とても言えません。この領域での法制度の展開には、それほど見るべきものがないからです。

フランスの状況を念頭に置きながら日本で対応する法制度を探しますと、建設業法と宅地建物取引業法（宅建業法）が目につきます。いずれも、該当する領域での業者の規制を目的とするいわゆる「業法」ですが、建物建築請負や不動産取引にも関係する規定も設けているからです。

まず建設業法ですが、同法は、一九四九年に制定されました。建設業者について登録制を導入するとともに、建設工事の請負契約に関して、その内容、一括下請の禁止、一定の見積期間の設定などを定めています。のちに、一九五六年の改正では、建設工事紛争審査会が設置されましたが、より重要なのは、一九七一年の大改正です。この改正によって、従来の登録制に代えて許可制が導入されるとともに、請負契約の適正化に関する規定の整備、下請負人の保護に関する規定の新設などがなされたのです。

他方、宅建業法は、一九五二年に制定されました。その後、一九五七年には宅地建物取引主任者の設置や営業保証金の制度が採用され、一九六四年にはそれまでの登録制が免許制に改められました。一九六七年の改正では、取引態様の明示義務、重要事項の事前説明義務、契約内容を記載した書面の交付義務などが定められました。これらの措置は、業者に対する規制を通じた「不動産消費者」の保護を意味するものです。さらに、一九七一年の大改正によって、宅地建物の販売開始時期の規制、未完成宅地または建物を対象とする前金授受の規制がなされたことも注目されます。これは、いわゆる「青田売り」を規制するもので、フランスの建築予定不動産売買における「不動産消費者」保護と対比すべき制度だからです。

ところで、法制度の展開は、ほぼ以上のように、それほど活発ではありません。それを補完する形で日本で重要な意義を有するのは、約款や行政指導です。とりわけ、建設工事請負契約の領域では、これらが重要な意義を持ちます。⁽³⁾

公共工事請負契約の領域においては、中央建設業審議会が一九五〇年に「建設工事標準請負契約約款」を作成しました。中央建設業審議会は、建設業法によって約款の作成およびその実施の勧告の権限を認められていたのです(二四條二項)。これは、一九七二年に大改正されて「公共工事標準請負契約約款」となり、公共工事について活用されています。民間工事の請負契約については、民間主導の約款が作成されています。一九五一年の「四会連合協定工事請負契約

款」です。これは、日本建築学会、日本建築協会、日本建築家協会、全国建設業協会という民間の四団体の共同作業によって作成されたもので、その後も必要に応じて改正がなされています。中央建設業審議会作成の約款もありますが、この領域ではほとんど用いられていません。

下請契約関係については、中央建設業審議会が一九五〇年に作成した「建設工事標準下請負契約約款」があり、この約款は、一九七七年に大きな改正を経験しています。建設省は、この約款の使用を業界に指導しています。また、翌七八年に、建設省計画局通達という形で、「元請、下請関係合理化指導要綱」が出されたことも注目されます。これは、要するに、合理的な下請契約の締結や元請の代金支払い等についての行政指導の方向性を提示したものです。下請関係の領域では、行政指導の果たす役割がとりわけ大きいのです。

さて、以下では、大きくは二つの問題を扱います。まず、第一部においては、各種の建築契約における「不動産消費者」保護の問題を扱います。次に、第二部において、日本の下請関係にどのような特徴が見られるかを検討します。これらに際しては、最初に申し上げましたように、フランスの問題状況を念頭に置きたいと思えます。

第一部 建築契約と不動産消費者

ここでは、まず、建築契約における不動産消費者の地位を眺めた上で、この領域における不動産消費者保護の課題を考えます。

A 建築契約における消費者の地位

まず、ペリネリアルケ報告で、フランスの建築予定不動産売買契約が取り上げられました。日本でこれに対応するの

は、いわゆる「青田売り」です。なお、宅地について「建築条件付き売買」という売買契約もありますが、これは別範疇に入れるべきでしょう。「青田売り」の場合に、どのように契約が締結されていくのかについては、二つの筋が考えられます。手付けを伴った売買予約をし、建物完成後、売買契約を締結する、という形と、申込証拠金を交付しておき、建物完成後、売買契約を締結する、という形です。実態がどうかはよく分かりませんが、前者の方が消費者保護の要請が強くなります。

この問題について、一般的な法規制はありません。しかし、宅地建物取引業者がかかわる取引については、次のような消費者保護措置があります。これは、先に触れましたように、一九七一年の宅建業法改正によって導入されたもので⁽⁴⁾、実際の不動産取引の多くには宅建業者がかかわりますから、その適用領域は、小さくはありません。

①契約締結の時期の制限等。宅建業者は、宅地完成または建物建築の工事完了前は、都市計画法二九条の開発許可（宅地完成の場合）、建築基準法六条の建築確認（建物建築の場合）を得た後でなければ、売買契約を締結したり、売買等の媒介をしてはならないとされています（宅建業法三六条）。また、広告も開始してはならないとされています（同三三条）。結局採用されませんが、立法過程では、工事完成後でなければ販売を開始することができない、との案もありました。フランスでは、「青田売り」のメリットを肯定した上で、そのデメリット（不動産消費者にとっての危険性）を緩和すべく立法による規制がなされてきました。これと比較すると、日本では、「青田売り」のメリットという発想が稀薄なことに気がつきます。デベロッパーの事業資金調達方式の違いによるものでしょうか。

②手付金等の保全。工事完了前に宅建業者が自ら売主になる場合には、銀行等との間で保証委託契約を締結し、または保険会社との間で保証保険契約を締結しないと、買主から手付金を受領してはならないものとされています（宅建業法四一条）。工事が結局完成しなくなったため契約を解除するような場合に、買主が、手付金の返還を受けられなくな

る危険を避けるためです。この禁止は、手付金が少額（売買価額の五パーセント以下など）である場合には、解除されず。

次に、戸建住宅建築を目的とする請負契約に目を転じましょう。ここでは、注文者となった不動産消費者の保護が問題になります。フランスにおいては、この領域の特別法がありました。しかし、日本では、そのような特別の法律は存在しません。

先に触れましたように、建設業者を対象とした建設業法による一般的な請負契約の規制があります。たとえば、一定の契約内容の書面化で、そこでは、工事内容、請負代金の額、工事着手の時期および工事完成の時期、前金払い等に関する定め、工期の変更、不可抗力による工期変更などを、書面に記載して相互に交付すべきものとされています（一九条）。これは、不動産消費者がかかわる建築請負契約にも適用されます。

しかし、この義務は、実体的内容の規制を行うものでありませんし、違反があつた場合でも、単なる取締法規違反で、私法上の効力は否定されない、と解されています。請負契約の規制として、さほど実効性のあるものではありません。また、そもそも、建設業法の規定は、大規模な公共工事などを想定して作られたもので、消費者保護の観点など入っていないことを指摘する必要があります。たとえば、建設業法には、不当に低い請負代金の禁止（一九条の三）や、不当な使用資材の購入強制の禁止（一九条の四）などの規制があります。これらは、注文者の取引上の地位の不当な利用を禁止するもので、公共事業など、注文者の力が強いケースを想定した規定なのです。

それでは、約款によってこのような法律の不十分性が補われている、ということはあるでしょうか。ここでの問題は、民間部門の建築工事ですから、用いられるとすれば、四会連合約款です。しかし、これは、民間工事でも大規模なものを想定して作成されたものです。実際にも、小規模な個人住宅の建築請負にこの約款が用いられることはないようです。

個人住宅については、会社独自の約款が用いられることが多いですから、これが消費者保護の観点から積極的な役割を果たすとは、あまり考えられません。

結局、この領域における不動産消費者の救済は、民法とそれに関する判例によることとなります。この領域で最近多くの問題を提起しているのは、建物に欠陥があった場合の救済です。とりわけ、欠陥の修理が不可能で建物を建て替えるしかない、という場合に、建替費用を損害賠償として請求しうるかが問題です。民法上の請負人の瑕疵担保責任は、売買契約の場合と異なります。一方で、その内容は、瑕疵修補または（および）損害賠償とされていますが（六三四条）、他方で、建物に関しては、契約解除は否定されているのです（六三五条）。後者の規定は、建替費用を損害賠償として認めるといふ解決に対して阻害的に機能します。下級審の裁判例は、分かれています。

もう一点、ペリネールマルケ報告で「多重所有権」の問題が触られました。この問題に日本で対応するのは、リゾート施設等の会員権販売の問題でしょう。会員権の販売には、預託会員制方式と共有会員制方式がありますが、後者の共有会員制方式が、まさにフランスの「多重所有権」に対応するわけです。

会員権販売については、多くの紛争があります。バブルの一種の後遺症でしょう。第一法規社の判例体系C・D・R・O Mで検索しましたら、一一三件の判決が出てきました。もともと、そのほとんどは、ゴルフ場会員権の過剰販売に関する紛争です。フランスの問題状況に近いのは、レジャー施設の会員権販売でしょう。これにかかわる事件は、三件しかありませんでした。⁽⁷⁾ また、一一三件の判決すべてに目を通したわけではあまりませんが、印象では、預託会員制方式での会員権販売にかかわる紛争が圧倒的に多いようです。少なくとも、レジャー施設の会員権販売にかかわる三件では、預託会員制方式が用いられています。共有会員制方式は、実際にはあまり使われていないのでしよう。とすると、方式自体が普及していないということで、状況はフランスと共通していることになりませう。

B 建築契約における消費者保護の課題

建築契約に関する以上のような法制度の状況を、大きく、形式の面と内容の面でまとめてみましょう。

まず、形式の面では、建築契約の法規制は、建設業者および宅建業者の活動を規制するいわゆる「業法」の形で行われていることを指摘することができます。これは、基本的には公法上の取締法規と考えられています。つまり、仮に規制に違反した場合でも、業者には、行政に対する関係での責任問題を生じるにすぎないのです。私法的な契約や条項の効力は、違反にもかかわらず、存続するのが原則ということになります。

このような業者の活動を通じての規制だから、建築契約規制の観点からは実効性に欠ける、ということでは必ずしもありません。業者は、一般的に行政には弱いですから、取締法規による規制には、それなりの実効性があります。しかし、そこには、問題があります。最大の問題は、消費者の権利が確立されていない、ということ です。消費者は、仮に保護されるにしても、自らの力でその救済を勝ち得るのではなく、行政の活動の結果として保護されるにすぎないのです。権利が確立されていないというのは、保護が不十分だという観点からも問題になります。しかし、より根本的には、消費者が、自己の主體的な行動によって自分の利益を守る可能性が制約されている、という点に問題があるのだと思います。

また、視角を変えて言えば、右のような規制のあり方は、司法・行政・立法の三権の間における関係では、行政優位に結び付きやすいわけです。ここでさらに指摘しておきたいのは、日本のこの領域での法律は、規定の仕方が詳細ではなく、多くの領域で空白を残していることです。行政指導がこの領域でも活発になされているのは、そのような立法のあり方と無関係ではないでしょう。

行政指導は、第二部で検討する下請関係の合理化の領域で目立ちますが、不動産消費者保護の領域でも存在します。

たとえば、住宅取引に際して、申込証拠金と称する一定の金銭が、不動産消費者から住宅の販売業者に支払われることがあります。これは、当該住宅の購入意思があることを明確にし、多くの場合には、将来の契約締結についての優先的地位を確保する意味を持ちますが、その法律的性格は、必ずしも明確ではありません。購入希望者が最終的に購入を断念する場合には、申込証拠金は返還されない、という解決も法理論的には十分にありうるでしょう。しかし、行政は、これは返還すべきものと指導しており、少なくとも大手の業者はこれに従っているようです。不動産消費者の保護にはなりません⁽⁸⁾が、理論的には不透明さを残す解決のようにも思います。

次に内容的な面で見ると、不動産消費者が売買契約によって住宅を取得する場合と、注文によって、つまり請負契約によって住宅を取得する場合とで、保護のあり方に不均衡が大きいことを指摘することができます。前者の場合には、右で指摘しましたような不十分性はいろいろあっても、ともあれ、宅建業法を通じてある程度の保護があったわけですから、後者の場合には、特別法による保護が全くといっていいほど存在しませんでした。つまり、この問題にかかわる建設業法は、注文者が力関係において優位に立つ場合を想定した規定はある程度置いていますが、反対に注文者が消費者であるような事態は、まず想定していません。フランスについても、ペリネーマルケ報告の中で、契約毎の不均衡性が指摘されました。日本の場合にも同様の現象が見出されることになりましたが、違いもあります。不均衡は、日本の方がはるかに市場における自由（放任）に近いところで生じているからです。

これまでのところ、注文住宅の請負契約における最大の問題は、欠陥住宅に対する不動産消費者の救済です。これは、基本的には判例が活躍しうる問題領域でしょう。しかし、売買で取得する場合と、請負で取得する場合とで、不動産消費者の保護のあり方を違える積極的な理由はないでしょう。欠陥住宅ケースでの不動産消費者の保護を実効的なものとするためにも、また、住宅の領域での消費者の主体的な意思形成のためにも、請負契約締結時の業者からの情報提供な

ど、支援措置の必要があります。今後の課題となりましょう。

第二部 建築下請関係における下請負人の地位

ここでは、二つの問題が重要です。下請負契約関係の合理化と下請人の請負代金債権確保です。順次見ていきましょう。

A 下請負契約関係の合理化

日本の建設産業の特徴の一つは、最初に述べましたように、重層的な下請関係の展開が顕著なことです。ここで元請負人となるのは大手建設業者で、下請負人となるのは一般的に中小の建設業者です。とりわけ公共事業については、大手建設業者の独占的な受注が目立ちますが、それも、重層下請の展開があつて可能になっているという側面があります。ともあれ、ここでは、圧倒的な経済的力関係の違いを背景として、下請に過酷な契約条件が押しつけられてきました。そのため、下請関係の合理化は、一貫して行政の強い関心の対象になってきたのです。

まず、建設業法は、下請負契約関係合理化にかかわるいくつかの規定を設けています。最も基本的なものは、一括下請の禁止です（二二条一項、二項）。ただし、その趣旨は、基本的には注文者の請負人に対する信頼を保護することにあり、一括下請を公序の観点から規制することではありません。そのような考え方は、注文者の書面による同意があればこの禁止が解除されること（二二条三項）、下請が認められる場合にも、注文者が不相当と考える下請負人がいると、注文者による変更権が認められること（二三条）、などに現れています。

一括下請禁止に違反した場合の制裁手段は、営業停止や許可の取消などの監督処分です。私法的な効力は否定されま

せん。監督処分は、元請負人および下請負人の双方に課すことが可能です。しかし、この禁止が実効的に機能しているとは、とうてい言えません。「マル投げ」などと称する一括下請が、とりわけ公共事業の領域でしばしば行われていることは、ほとんど周知の事実と言つてよいでしょう。

建設業法は、このほか、元請負人の義務として、下請負人の意見聴取義務（二四条の二）、早期の下請負代金支払い義務（二四条の三）、早期の検査・受領義務（二四条の四）などを定めています。また、特定建設業者（許可要件が一般建設業者よりきつくなっていますが、その反面、下請に出しうる工事額の制限が緩められます。一五条）については、下請負代金支払期日等に関して特別の規定が設けられ（二四条の五）、また、下請指導義務が定められました（二四条の六）。これらの規定は、建設業法の一九七一年改正で新設されたもので、下請負人の保護を図るものです。

下請負契約関係合理化という観点から、より重要な意味を持っているのは、約款（建設工事標準下請契約約款）です。一九七七年に改正された同約款では、第一に、工事内容、工期、請負代金額、支払の時期および方法など、下請契約の内容の明示が追求されています。建設業法においても、契約の基本的事項については、書面主義が採用されているのですが（一九条）、それに加えて、それらの事項についてのより詳細な定めがなされているのです。また、通知や請求についても、原則として書面で行うべきものとされています。第二に、請負代金額や施工条件などを変更したりする場合について、元請と下請との協議が追求されています。施工条件が実際と相違した場合の工期・請負代金変更に関する協議、工事の変更・中止に伴う工期・請負代金変更に関する協議などです。契約当事者間の関係の対等性を追求する趣旨とされています。第三に、損害の負担、瑕疵担保等に関する元請、下請の責任範囲が明確にされています。

建設省は、この約款普及を、下請関係合理化の重要な手段として位置づけており、その方向での行政指導をかなり強力に推進しています。実際、この約款が普及すれば、下請関係のある程度の合理化は図れるでしょう。しかし、現実に

は、十分な普及を見ないようです。⁽¹⁰⁾

B 下請代金の確保

注文者から元請負人に請負代金の支払がなされたとします。しかし、元請負人が下請負人に対して下請負代金の支払いをしないまま支払不能に陥った場合に、下請負人は、注文者から、実質的に下請負代金に相当する金銭の支払いを、何らかの形で受けることができるでしょうか。フランスでは、この点について興味深い立法と判例の展開がありますが、ペリネールマルケ先生の報告で指摘されていました。日本ではどうか、というのがここで扱う問題です。民法法理に基づく解決と、特別法に基づく解決とを以下で検討しましょう。なお、以下では、便宜のため、注文者をA、元請負人をB、下請負人をCと呼ぶことにします。

民法法理に基づく解決としてまず問われるは、CがAに対して直接に債権を取得することがありうるか、でしょう。AC間には、直接の契約関係はないわけですから、CのAに対する直接の債権取得があるとすれば、それは、不法行為に基づくものか、不当利得に基づくものになります。フランスにおける解決の方向は、Aに一定の行為義務を特別法によつて課し、その違反がある場合に、不法行為に基づいて、下請負人に対して損害賠償請求権を与える、というものでした。日本では、そのような特別法はありません。特別の規定なしに、Cの下請負代金確保にかかわる一定の行為義務をAに課すのは困難ですから、不法行為に基づくCの救済は難しいでしょう。ありうるのは不当利得で、実際、この可能性は議論されています。「転用物訴権」と言われる問題です。

転用物訴権については、判例の展開があります。そこで争われたのは、賃借人Bが賃借物の修理を業者Cに依頼しながら、その代金支払いが困難になった場合に、修理業者から所有者Aに対して不当利得返還請求が認められるか、という問題です。下請負とは異なりますが、問題状況は類似しています。判例はまず、ブルドーザー事件と呼ばれる有名な

判決において、広く転用物訴権を認めました（最判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九〇九頁）。しかし、これについては、学説から、Cは原則的には契約の相手方であるBからの債権回収を図るべきで、Aに追及しうるのは例外的な場合に限定される、という観点からの有力な批判がありました。この批判を受ける形で、判例は、その後、転用物訴権を限定しました（最判平成七年九月一九日民集四九卷八号二八〇五頁）。ここでは、Aが利益を取得するに際しての対価関係の有無が、転用物訴権成否の判断基準とされたのです。

この法理をここでの問題である下請負関係に適用しますと、注文者Aが元請負人Bに請負代金を支払っている場合には、下請負人CのAに対する不当利得返還請求権は成立しないこととなります。実際、ここでAに利得があると見ても、請負代金を支払済である以上、それを法律上の原因がないものと見ることは、なかなか難しいでしょう。

次に考えられるのは、CからAに対する直接の債権はないとしても、何らかの手段でAの（第三者）弁済を事実上強制することは考えられないか、です。次の二つの手段があります。一つは、Cに工事の対象（ここでは、最も多く問題になりうる対象として、建物を想定します）の所有権を認めることです。Cが下請負代金を受領しない限りAの所有権取得が認められないとすれば、所有権取得を望むAは、債務を負っていないことも、Bの債務を代わって弁済することを余儀なくされることになるからです。たしかに、Cの所有権取得が認められても、敷地利用権がないなどの弱点はあります。しかし、Aが完成した建物の収去を請求するという事態は、まずありえないでしょう。Cの所有権は、やはり有力な交渉の武器となるのです。もう一つは、Cに留置権を認めることです。留置権者は、被担保債権の弁済を受けるまでは、何人に対する関係でも、目的物の留置を認められます。したがって、占有取得を望むAは、この場合にも、Bの債務についての第三者弁済を、事実上強制されることになるでしょう。

請負関係における所有権の帰属は、有名な論点です。注文者―請負人間では、学説は、注文者帰属説でほぼ固まって

います。判例は、材料の提供者で場合を分け、主要な材料を請負人が提供している場合には、目的物（建物）所有権が請負人に帰属し、引渡によって注文主に移転する、としています。もともと、特約（黙示のものを含む）があれば別で、請負代金全額の支払いがあれば注文主が所有権を取得するというのが、多くの場合、特約の内容と解されているようです。

しかし、このルールからは、ここで問題にしている下請関係における所有権帰属は決まりません。Aは代金全額を支払っているのに対して、Cは、Bの支払不能で代金を受け取っていないからです。ここでは、所有権帰属に関してA Cいずれを優先するかが、シリアスな問題として提示されることとなります。判例は、結局、ここでは注文者を保護する傾向にあります。⁽¹¹⁾ 学説は、A B間で原則的にはAの所有権帰属を認めるわけですから、A C間でもAの所有権取得に好意的で、ここでの判例の解決に賛成するのが一般的です。このようにして、結局、Cに目的物（建物）所有権を認めるという方向でのCの保護は、認められないこととなります。

それでは、留置権はどうでしょうか。まず、注文者―請負人間で見ておきますと、建物については、民事留置権（民法二九五条）および商事留置権（商法五二に一条）のいずれも成立することに、問題はありませぬ。問題は、さらに、土地についての留置権が認められるか、です。被担保債権と物との牽連性がありませんから、民事留置権の成立を認めることは困難ですが、商事留置権成立の可能性はあります。主要な争点は、Cに商事留置権の要件である土地の占有が認められるかで、裁判例は分かれています。しかし、否定説が優勢と言えましようか。下請負人の留置権については、学説は若干の議論をしており、見解が分かれています⁽¹²⁾が、裁判例はまだないようです。注文者―請負人間の解決からすると、否定される可能性が高いように思います。結局、留置権によるCの保護は、建物（だけ）についての留置権の実効性にかかることになりましよう。

以上の解決は、全体として、下請負人ではなく、注文者保護に傾いています。この解決の方向は、日本における議論の枠組みにも関係しているように思います。先に検討した法理は、不当利得にせよ、下請負人への目的物所有権の帰属にせよ、また留置権にせよ、その成立要件に、注文者の行為態様や帰責性を取り込みにくいものでした。その結果、これらの法理で下請負人を保護するとすれば、帰責性のない注文者も二重払いを強制されることとなります。一般的にこの結果を認めることは、如何に一方で下請負人保護の要請があっても、解決の妥当性の見地から多くの支持を得ることは難しいでしょう。

このような観点からフランスの解決を見ると、きわめて興味深いものがあります。ここでは、注文者に一定の行為義務が措定された上で、その行為義務の懈怠を理由として不法行為責任が導かれるからです。注文者と下請負人との利害調整のあり方として、示唆に富むものです。ただ、この注文者の義務は、伝統的な私法のパラダイムを超えています。下請負人保護の観点から、元請負人に対して立保証義務等の義務を課すこと、これは、従来の法理論でも十分にありうるものです。一種の「保護的公序」と言えましょう。しかし、この保護的公序の実現の責任を他の私人に課すこと、これは、伝統的的法理からは出てきません。フランス法の解決は、まさに、この伝統的的法理からはみ出す解決を認めているのです。

最後に、特別法（建設業法）に基づく下請負人の代金債権確保について、ごく簡単に眺めておきます。⁽¹³⁾二つの制度があります。

一つは、元請負人の立替え制度（建設業法四一条）です。たとえば、下請負人Cの下請負人、つまり孫請人Dが存在する場合で、CがDに下請負代金を支払わないような場合には、建設大臣または都道府県知事から、元請負人Bに対して、立替払いを指導することが可能とされています。もともと、この制度の適用は、Bが特定建設業者である場合に限

定されます。また、これが適用されるのは、あくまで下請負人の下位下請負人に対する代金不払いケースで、元請負人の下請負人に対する代金不払いについて注文者を関与させるといふ発想ではありません。

もう一つは、元請負人の下請負人指導義務(法二四条の六)です。この規定によって、たとえば、下請負人がさらに下請を用いる場合に、その請負代金不払いを起ささないように指導する義務が元請負人に課されています。この点についても、行政指導が行われます。これは、不払いの危険がある段階で活用しうる制度と言えます。もっとも、これも、特定建設業者についてだけ適用される制度ですし、また、元請負人と下請負人との関係について注文者の関与を認めるという発想ではありません。

加えて、このいずれについても、違反の場合にどのような法的効果を生じるのかは、明確ではありません。おそらくは、行政指導の根拠規定にすぎず、私法的な権利義務とは関係がない、という理解になるでしょう。ちなみに、この二つの制度に関する裁判例を、第一法規社の判例体系CD・ROMで検索しましたが、一件も出てきませんでした。結局、これらの規定は、下請負人保護という観点からは、かなりの限界があることになるでしょう。

注

(1) 瀬崎博義『建設業法の活かし方』(新日本出版社、一九七九年)一八一―一九頁、中村賀光『建設産業』(教育社、一九七九年)四三頁以下、八七―八九頁参照。

(2) 伊豆宏「住宅市場」住宅問題研究会他編『住宅問題事典』(東洋経済新報社、一九九三年)一一二頁。

(3) 以下の約款の記述については、荒井八太郎『わかりやすい建設業の請負契約の知識』(鹿島出版会、一九七一年)五一―五五頁を参照している。また、本文の各種の約款は、たとえば、建設省建設経済局建設業課編『建設工事標準請負契約約款集』(大成出版社、一九八五年)に収録されている。指導要綱に関しては、建設業法研究会『改訂・下請指導要綱の解説』

(大成出版社、一九八六年)が参考になる。

(4) この改正については、加曾利俊三「宅地建物取引業法の改正」法律時報四三卷二二号(一九七一年)参照。

(5) 椿寿夫「特集建設請負約款の研究・序論」法律時報四二卷九号(一九七〇年)一〇頁参照。

(6) 丸山英気「現代不動産法論」三省堂、一九八九年)三〇九―三二八頁参照。

(7) ごく簡単に紹介しておく。①浦和地判昭和六二年九月二九日判時一二七九号五一頁。レジャークラブの会員権販売の事案。違法な勧誘によって会員となり、損害を被った者から、名目的にクラブの理事長に就任し、自己の社会的信用(県知事、警視總監、衆議院議員などを歴任していた)を利用させたことを承諾した者に対して、損害賠償を求めた事件。責任否定。②横浜地判昭和六二年二月二五日判時一二七九号四六頁。豊田商事グループによるマリナー会員権販売にかかわる事案。販売自体が違法な行為として、代表取締役などの不法行為責任が肯定された。③東京地判平成四年二月一七日判タ七九五号一八三頁。預託会員制のリゾートクラブの会員から、クラブに対する余裕のある施設利用ができないこと等を理由とする債務不履行、または会員募集時における勧誘方法が不当であったこと等を原因とする不法行為に基づく損害賠償請求が求められた。責任否定。

(8) 椿寿夫・植木哲「各種約款の概観と締結をめぐる問題」法律時報四三卷一〇号(一九七一年)二二頁参照。

(9) 以下の記述については、前掲「改訂・下請指導要綱の解説」五二頁を参照している。

(10) 加藤木精一「下請の法律関係の種類と権利・義務」法律時報四三卷一〇号(一九七一年)四一頁。

(11) 詳しくは、山口和男・太田剛彦「建築請負契約における完成建物の所有権の帰属」判タ六一〇号(一九八六年)一八―一九頁、藤原正則「建築下請負人の注文主に対する請求――下請負人の債権担保の観点から」北大法学論集三八卷五―六合併号(一九八八年)二二六―三〇頁参照。

(12) 藤原・前掲二三二頁およびそこに引用の学説参照。

(13) これについては、瀬崎・前掲五二頁以下が参考になる。

(後記) 本稿は、日仏国際シンポジウムの報告原稿に手を入れたものである。もっとも、当日は時間の制約が厳しく、きわめて簡略な報告しかできなかった。実際の報告内容とはかなり異なるものになっている。なお、判例や依拠した文献などは、

シンポジウム

報告当時のものであり、追加していない。

討論

瀬川（司会。北海道大学） それでは、以上の日本の状況も踏まえながら、ご質問、お願いいたします。

五十嵐清（札幌大学） 一九六七年の建築予定不動産売買について、日本の学者でも成蹊大学の古軸さんとか二、三人の人が紹介しているわけですが、いまひとつよく分からないところがあります。先程私は、日本の借地権に相当する制度かと思うたのですが、これはそうではなくて土地も売るのですね。そうすると、何故このような制度が導入されたのかというのがよく分からない。施主の側から言えば、一遍に代金を払わなくてよいというメリットがもしあるとすれば、そのためには、ローンを使つて長期間にわたつて支払えばよい。建築業者の側は、請負代金が確実に入手できさえすればよいので、日本の場合ですと納期以降の関係が重要で、それに対し手当てができればよいではないかと思うわけです。どうしてフランスでこのような制度を創る必要があったのでしょうか。

吉田（通訳） ご質問の趣旨を確認したいのですが、建築予定不動産売買とは、基本的にはデベロッパがマンションを建てながら売るというイメージです。そのことによって、自己資金

力に乏しいデベロッパも不動産の開発事業に取り組むことが可能になるわけですが、先生のご質問にあった施主がローンを使えばよいという話は、デベロッパが銀行から融資を得られれば建築資金は調達できるはずだ、という趣旨ですか。

五十嵐 そうではなくて、将来の購入予定者は、日本の青田買いと似たような形で、マンションができてから契約をするのでなく、建ちつつある段階で契約するわけですね。それで契約の時にオーナーがいくら払うかの問題はありますが、契約した段階ではまとまったお金を施主が払わないという……

吉田（通訳） 施主とは……。建築予定不動産売買は請負ではなく売買ですので、それは「購入者」のことですか。

五十嵐 そうです。購入者が逐次お金を払う形になりますね。そうすると、購入者にとっては、このような制度よりも、銀行から全額借りて、一〇年、二〇年をかけて銀行に返す方が普通はいいいわけでしょう。この制度は、もっぱらデベロッパの利益のためにあるのでしょうか。

ペリネーマルケ 建築予定不動産売買が一九六七年に創設された時には、二つのメリットが考えられていました。事業者（デベロッパ）の利益と取得者の安全性です。この両者の確保が立法者の狙いだったのです。取得者が銀行ローンを組んでデベ

ロッパーに一括して支払い、その後銀行に分割して返済していった方がよいではないかという点ですが、そういう支払方式は、この契約に関しては、法律によって禁止されています。つまり、工事が完成しない前にデベロッパーが一括して代金を受け取ることは強行法規で禁止されていて、工事がどこまでいったら何パーセント、どこまでいったら何パーセントということが法律によって厳格に規定されています。最後の支払いは、工事が完成した後でなければ認められないのです。この契約には、このように独自の性格が認められます。この契約においては、契約への署名と同時に、取得者は土地の所有者となる、あるいはその一部を得て土地の共有者となりますが、その段階で支払われる代金は普通少額であって、全体の一〇パーセントとか一五パーセントとかその程度です。それから、建築が進むに従って、デベロッパーすなわち不動産の売主は、順次、代金の分割部分を受け取っていくということになります。このように、建築工事の進行状況と代金支払状況との間には、明確な対応関係が作り出されているのです。

以上のような次第で、この契約には、取得者と供給者（デベロッパー）の両方の利益が認められるわけです。不動産消費者すなわち取得者については、事前に代金の全額を支払う必要が

なく、工事についての完成保障を享受しうる。他方、デベロッパーについて言えば、この契約を使うと銀行からの借入れがあまり大きくなくてもよろしいことになります。つまり、一番最初の土地取得費用プラス最初の工事に必要な費用だけを借り入れれば済むので、それだけ利息を含めた借入金は節減できるわけです。立法者は、このような節約によって、不動産取得者にとっても不動産価格の抑制を通じて利益になると考えました。ともあれ、このような形で両者にとってのメリットがあるので

五十嵐 土地取得にかかる費用が全体の一〇パーセント程度というところで、その部分が安いというのは、日本と非常に事情が違うように思います。日本の場合には土地取得代金がきわめて高いのですが、パリなどでは事情はどうでしょうか。

ペリネールマルケ まず、パリの地価水準を申し上げますと、一番地価騰貴が激しかった頃、日本で言えばバブルの時代でも、ちろん場所によって違いますが、一平方メートル当たり五万フラン、日本円で言えば一〇〇万円位であったように思います。

その当時の東京の地価は、おそらく一平方メートル当たり五〇万フラン、パリの一〇倍位高かったのではないのでしょうか。バブル期が終わりますと、パリでも顕著に地価が下落しました。

地域によって違うのですが、一応申し上げますと、平均して一平方メートル当たり一万フランと、先程の五万フランと比べますと、五分の一度に下落しているところもあります。先程、代金の一〇パーセント程度を最初の土地取得代金として支払うという話をしましたが、パリではそれがどの程度かという点に関して、二〇パーセントから三〇パーセント位ではないかと思えます。

東海林邦彦（北海道大学） 二点ほどお伺いしたいと思います。まず、第一点目ですが、ペリネール先生のフランスの建築契約についてのご報告の中で、不動産消費者保護ということが触れられていました。その内容は、日本法的な感覚で言いますと、おそらく取締法規、強行法的な法律によってこれらの各種契約において不動産消費者がどのように保護されているかということだったように思います。しかし、これらの取締法規だけで、すべての建築請負契約の内容がカバーされている訳ではないでしょう。フランスでも、建築請負契約は、公共工事はいくまでもなく普通の民間の場合であっても、いわゆる約款で行われる場合が多いであろうと想像されます。そうした場合に、不動産消費者保護のためにいわゆる付合契約一般についての理論的検討が行われるということはないのか、つまり、日本では、

約款理論による消費者保護が議論され、判例等でもその形式で不十分ながら保護が行われている訳ですが、不動産消費者保護のために、フランスの判例・学説においてそのようなことが行われているかどうかをお聞きしたいと思います。

ペリネールマルケ 結論的に申し上げますと、不動産消費者にかかわる不動産取引において、約款あるいは標準契約が活用されるということはあります。取引類型に応じて契約の種類が限定され、選択の自由は制限されていますし、契約毎にその内容の基本を法律が定めているからです。たとえば、現在建築中の不動産を購入する場合には、先程紹介した通り、建築予定不動産売買契約を使うことが義務づけられます。それを使いますと、そこには一連の強行法規が定められているわけです。また、自分の土地の上に自分で使う住宅を建築させる場合には、先程紹介した戸建住宅建築契約を用いなければならず、そこには一連の強行法規が出てくるわけです。こういう領域に約款を使う余地はありません。ただ、最近、業者によっては、そういう特別契約を使うと規制が厳しいことから、たとえば戸建住宅建築のために民法上の請負を使うこともあります。しかし、それは、法律の規制をかくぐって不法にやっていることで合法的ではありません。仮に約款の使用や標準契約の使用に関して消費者

保護の観点からの理論的検討が要請される、あるいはそれらの使用の契約の一般理論に対する影響関係などの問題が提起されるとすれば、それは、不動産消費者にかかわる建築契約の領域ではなく、他の領域についてではないかと思えます。

東海林 二番目の質問ですが、吉田報告にもあった日本の転用物訴権の判例との比較に、われわれとしては関心を持たざるをえないと思います。転用物訴権による下請負人の注文者に対する請負代金の直接請求ということが関わってくるのは、報告で触れられた直接訴権、あるいは一九七五年法の一四条の一あたりでしょう。フランスの下請負人と注文者の関係において、この直接訴権とか一九七五年法一四条の一以外に転用物訴権が使われるということは、ありうるのでしょうか。

ペリネ・マルケ 今の質問に対する答えは非常に明確であり、下請負人の保護のために転用物訴権を用いるということはできません。そういうことかと言いますと、古くからの判例の原則によれば、転用物訴権は、他の訴権の可能性がない場合に初めて認められるのです。ところで、下請負人から注文者に対しては、一方では法律によって直接訴権が認められていますし、他方で判例によって不法行為に基づく請求が認められています。したがって、もはや転用物訴権に基づく下請負人の保護は問題

になりえないのです。

高見進（北海道大学） 民事調停をしているときに実際にぶつ

かった事件に即して質問したいと思えます。元請人と下請人がいまして、元請人と注文者との間で住宅の契約をしているのですが、実際の工事現場に注文者がしばしば行って、ここをちょっと変えてくれとか、契約書の内容と違うことを指示していたのです。下請人がそれを吞みまして、変えるのですが、変えた後にその内容が不満足ということで注文者がお金を元請人に請求すると、契約通りしたのでないから元請人が払わないという紛争がありました。元請人と下請人との間の契約内容と違うことを下請人が勝手に注文者との間でやったことから、元請人に対して請求できないのは当然のようですが、実際には、元請人は、土地だけを持っていて、実際の工事を下請人に頼み、設計は設計士に頼み、ということ、不動産の仲介業者みたいなことをしているわけです。そして、元々の設計図を作るときにも建築内容の契約を作るときも、その下請人が行って契約を決めていることがあるものですから、注文者が現場に行つて注文を出すわけです。そして、下請人が違うことをしてしまふ、そのことを元請人が黙認していた面がある。そのように契

約内容が違つて紛争が起こるといふことが、フランスでもあるでしょうか。

ペリネールマルケ 下請負人が元請負人との契約内容と異なる注文者の指示を承諾してしまうという事態は、フランスではかなり稀なことだと思ひますが、それでも起こりえないというものではないでしょう。そのような事態が生じた場合の解決は、フランスでも日本でも同じだと思ひます。つまり、下請負人は、契約に定められた仕様に従つていないわけであり、契約に定められていない注文者からの変更要請を承諾してしまうことは、下請負人の *faute* (過失) になります。そこで、下請負人は、契約を遵守していかないことになり、元請負人との関係では債務不履行の問題を生じます。したがつて、下請負人は、元請負人に対して下請代金の全部を請求できるということとはなくなりません。

日仏の法状況は、以上の点では同じでしょうが、このような紛争の解決方式については違いがあるようです。フランスではこの領域での調停手続は存在しないからです。他方、フランスでも、仲裁手続によつてこのような紛争を解決することは可能です。

町村泰貴 (小樽商科大学) 消費者が注文者になつた場合、建

築予定不動産売買契約を使って注文する訳ですね。その場合には、消費者が、銀行から不動産融資を受け、銀行が請負業者にお金を払ふことになるでしょうが、その場合の支払方法は、出来高払いか確定期払いでなされるのでしょうか。また、そのような契約の消費者が、倒産、個人破産してしまつた場合には、集合住宅であれば建築自体は続行されると思ひますが、債権関係はどのように処理されるのでしょうか。

ペリネールマルケ 第一の質問ですけれども、銀行が取得者に融資を行う場合の問題ですが、その支払方法を考えるに当たつては、建築予定不動産売買というのは、義務的に公証人証書によつてなされなければならないことを押さえる必要があります。それを前提にしてお金の流れがどうなるかという点、それは、銀行からまず公証人に行つて、公証人を介してデベロッパに流されるということになります。支払方法については、先程説明しました建築予定不動産売買における支払方法、つまり建築工事の進行に応じてどれ位できたら何パーセント、どこまでできたら何パーセントという規制が、銀行、公証人、取得者の三者について厳格に適用され、それ以外の支払方法はできません。仮に銀行がこの支払方法を遵守しないで支払つてしまつた場合には、その責任を取らなければならないこととなりますし、公

証人についても同様です。

二番目の質問に対する答えですが、まず、ご注意いただきたいのは、フランスにおいては消費者の破産という制度はありませんので、ここでは「破産 (faillite)」という言葉は使わないほうがよい、使うのであれば、支払いが困難になった自然人とかそのように表現したほうがよいということです。そのような前提を確認した上で、建築途上でそのような事態が生じるかといえますと、それはまず稀です。建築自体にかかる期間は精々一年程度ですし、この間に取得者が支払困難な事態に陥るということはあまり考えられません。むしろ問題が生じるとすれば、四年あるいは五年という時間が経つた後に、銀行からお金を借りた消費者が支払困難になる。このようなケースがあり得る事態でしょう。その場合、一体どのような関係になるかといえますと、一方では、建築自体は終わっており、デベロッパは銀行からお金を全部もらっていますから、デベロッパと消費者との関係は終わっている。問題は、銀行と、銀行から融資を受けた購入者との関係がどうなるかという点です。フランスは、この問題の解決のために、過重債務委員会という制度を設けており、その根拠法として、過重債務についての特別な立法を持っています(一九八九年一月三十一日の「個人および家族の過

重負債に伴う困難の予防および決済に関する法律」第一〇一〇号)。これは、度重なる改正を経た立法で、最新の改正は、一九九五年になされています。その中で、過重債務を負った債務者についての負債減額の制度などが認められています。なお、この諸規定は、今日では消費法典に収録されています。また、ダロース社の小法典シリーズの民法典の中にも、この法律が収められています。

町村 出来高払いとの話でしたから、支払っている間に消費者の支払困難が生じた場合に、銀行は不安の抗弁みたいなものが使えて、消費者との契約がうまくいかないから請負業者に支払わないということができるのか、ということに興味があったのですが、それはあまり起こらないのでしょうか。

ペリネールマルケ 建築途中に取得者が支払困難に陥った場合にどうなるかということですが、この問題については判例がありませんので、契約法の一般理論に立ち戻って考える必要があります。もともと、解決のための推論は、さほど難しくありません。

まず、融資契約において、銀行は融資する義務を負い、借主は償還する義務を負います。借主が償還義務を怠った場合には、銀行はその後の融資をストップすることができることになりま

す。銀行がその後の融資をストップする場合には、取得者は、売主に対しての支払いも停止せざるをえないでしょう。そうすると、売主すなわちデベロッパーは建築をストップすることになりましょう。しかし、実際には、多くの場合には、集合住宅建物の建築の中でのアパルトマンについての売買が問題となつてますから、その部分だけの建築を止めるわけにはいきません。そうすると、ありうる解決は、建築を継続しながら、そのアパルトマンの買主の地位を第三者に売ることになるでしょう。建築予定不動産売買契約において、このような地位の譲渡は可能です。

瀬川（司会） 司会の立場を離れて発言します。日本との比較で、目に見える一番大きい違いは、日本では紛争が少ないことです。それと関係しているのか、日本ではまず法律がない。法的な規制としては、判例による規制があつて、出てきた問題は判例でかなり賅つていきます。下請負人の保護については、たとえば所有権を下請人に帰属させる、あるいは一定の場合に転用物訴権を認めるなどです。

何故フランスで法規制が多いのかということですが、法規制に対する考え方が違うのではないかと思うのです。といいますのは、一つは五十嵐先生が先程おっしゃった点、もう一つは、

たとえば「ロカシオン・アクセシオン（買取賃貸借契約）」なんてすけれども、たしかに法規制が必要な問題があります。たとえば、契約関係のない第三者との関係では、法律で安全性を確保したり、それから担保を作つてやらなければならないと思います。それから、注文者が建築の質をコントロールする経済的、実質的な能力を持たないときには、法律で一定の最低基準を決めて調整することが必要だと思われれます。が、フランスではどうもそれ以上に、契約を法律でモデルとして定めて普及するという面があるのではないかと思えます。といいますのは、先程、五十嵐先生が出された建築予定不動産売買の場合も、日本との違いを言えば、日本では土地と建物が別個ですから土地を売ったときに代金を払わなければならない。これは、日本では当たり前です。フランスでは建物が建たなければ払わなくてもよいと考えるかもしれないけれども、日本ではそういう心配はない。その後の建物の代金は、日本では契約で大体分割払いにしています。記憶が定かではありませんが、契約で普通三回に分けているのではないのでしょうか。着手時と中間時と最後のときの三回に分けており、ほとんど契約で処理できる問題です。ロカシオン・アクセシオンの場合でも、日本だったら当事者の契約に任せておいてそれでいいということになります。実際に

も、日本では、分譲宅地が売れないときに、たとえば、五年間とか一〇年間借地にしておいて、その間に借地人に底地を買いとらせるという契約は、不況時になると時々使われます。それは、当事者の契約に任せている訳です。そういうところにも、何かモデルとしての契約を作ろうとする立法に対する態度の違いがあるという気がします。

ペリネールマルケ その通りだと思います。フランスでは、一九六五年頃から、契約を誘導しようとする立法者の意思が明確になってきています。そのような中で、「契約の危機」が語られるようになっていきます。フランスの立法者は、契約自治に対して不信心を持っているのです。どのような領域であれ、当事者に好きなように法律関係の形成を委ねることは、この五〇年というもの、フランスの立法者にとってはきわめて危険なことと感ぜられてきました。この傾向の起源は戦前に遡ると思います。戦後には、私たちは、ディリジスム（管理経済）と呼ばれる経済を経験し、その中で、価格、商品の質、さらには競争自体について規制がなされました。このようにして、国家が多くの経済領域に介入する時代を迎えたのです。建築の領域に限定されず、消費問題を始めとして様々な領域にわたって、特別契約に関する規制が導入されました。その理由として常に援用される

のは、保護の必要性、または新たな経済的需要に 대응することで。しかし、その背景には、フランスは中央集権的国家であり、立法者は多くの事項について介入すべきだ、という観念があるのではないかと私は疑っています。

フランスにおいて法的な問題が提起されるとき、つまり法的問題が実務において現れる時、今日において最初に見られる反応は、裁判官による判決を待つことではありません。最初の反応は、立法者に対して、われわれに新しい法律を作ってくれ、問題を法律によって解決してくれ、と要求することなのです。議会での立法作業関係の文書を読みますと、議員が、自分の選挙民の要請に答えるために、どのようにして政府提出法案または議員提出法案に対していろいろな条文を付け加えていくかがよく分かります。そのような点からしますと、法律が必要とされている、法律は一種の安定化要素となっている、ということができます。法律の条文を獲得することによって、満足が得られるのです。

しかし、この傾向は、危険な傾向だと思えます。今日のフランス法は、五〇年前、一〇〇年前のフランス法とはアプローチがまったく異なるものとなっています。皆さんが活発に行っている法の理論的議論や比較法的考察、哲学的検討は、まことに

正当なものです。私たちがフランスの法学者にとつてはもはや難しいものとなっています。時間が足りなくなっているのです。これだけ法律が増えてくると、非常にプラグマティックに対応していかなければならないというのが、今の状況です。

先程話が出ました過重債務の問題についてもそうです。この問題に関する規定は、消費法典の法三三一一条以下に入っています。これは、一九九三年七月二六日の法律によるものです。この法律は、一九九五年二月八日の法律によつて根本的に改正され、ほぼ二〇か条が書き換えられました。そのようにして、一九九三年法を理解しようと努力した者は、その二年後にさらに一九九五年法を理解しなければならなくなったのです。これでは、十分に考察を深めることは難しいと言わなければなりません。法律に対するフランス人気質を考へる際に、これは示唆的な事実といえるでしょう。

一つ付け加えておきたいのは、現在、フランスのすべての法律を法典化する作業が進んでいることです。この作業に当たっているのは、プレヴァン氏の主宰による「法典化委員会」です。プレヴァン氏によれば、この作業が完成しますと、全部で八〇の法典ができるそうです。そして、一つの法典には、一〇〇〇か条から二〇〇〇か条が含まれます。かくして、フランスの法

律は、少なくとも一〇万か条という数を示すことになるわけです。一〇万か条の条文を持つこと、もちろん重要でない法律もあるわけですが、これは、非常に大変なことです。日本の民法典は、財産法の部分で七〇〇か条と聞きましたが、それに対して、フランス味典は全部で二〇〇〇か条、改正によつて追加されたものを加えると三〇〇〇か条を数えます。また、刑法典も化け物じみた大きさになっています。幸いなことに、民法典はそれほど大きくありませんが、都市計画法典や建築・住宅法典なども膨大な条文を擁しています。

何故それほど法律が多いのかという問題ですが、第一に、第二次世界大戦後に政府が介入したという歴史的な理由があります。第二に、法律は皆が理解できるところがいいのだという考へ方があります。知識人、つまり街の庶民ではなく、一応の知識人である技術者などであれば、法律を読んで理解することができる、また、医者であれば、法律を読んで理解することができ、と信じられていくわけです。つまり、法律によつて法を理解しやすい状態に置くことができますことになり、これに対して、判例や理論ということになります。それは専門家しか見ることができない、専門家しか理解することができないのです。したがって、法律に多く頼るといことは、一種

の法の民主化を意味します。しかし、それは、非常にまずい民主化です。というのは、非専門家が法律を読む場合には、しばしば誤解が生じるからです。第三に、法律は、判例と比較して、直ぐに変えることができるという点を指摘することができます。判例の場合には、第一審から控訴審、そして最上級審である破産院というところで、結論が出るまでに一〇年位の時間がかかります。しかし、法律は、直ぐに変更可能です。先程の過重債務を例にとると、二年で法律の改正が行われています。最後にまとめるならば、法律というのは、「貧者の法」ということができます。とすれば、皆さんは、いまだに「贅沢な法」を保持していることになりましょう。

木下毅（北海道大学） イギリスの有名な法学者のヘンリー・メーンは、一九世紀に、一般的な傾向として「身分から契約へ」ということを言いました。今日においては、今度は、契約自由と制定法による強行法的な改革とのコントラストが強まっているように思えます。先程のお話でのいろいろな特別契約にかかわる法律は、強行法的改革としての意味を持つのでしょうか。それとも契約モデルの提示なのでしょうか。また、より一般的に、フランスにおける強行法的なものの現在の状況は、どのようなものなのでしょうか。

ペリネルマルケ 今日お話しした諸契約についての法律の下では、契約自由は存在しません。つまり、これらは強行法規です。また、一般的傾向としては、たしかに消費者がからむ特別な領域については、契約の自由がなくなり、強行法規的な規制が非常に強まっているといえます。しかし、消費者を含まない別の領域では、必ずしもそうではありません。たとえば、国際的な関係にかかわる領域においては、契約自由はきわめて大きいものがあります。

瀬川（司会） それでは、まだご質問もあるかと思いますが、時間が大変遅くなっておりますので、今日のシンポジウムをこれで終わりたいと思います。ペリネルマルケ先生には、滞在中の短い時間に多くのことを教えていただきました。どうもありがとうございました。