



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランスにおける建築請負契約の基本法理—Domat, pothier の学説を中心に—
Author(s)	坂本, 武憲; SAKAMOTO, Takenori
Citation	北大法学論集, 29(3-4), 381-407
Issue Date	1979-03-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16272
Type	departmental bulletin paper
File Information	29(3-4)_p381-407.pdf



フランスにおける建築請負契約の基本法理

— Domat, Pothier の学説を中心に —

坂 本 武 憲

目 次

- 一、はじめに
- 二、我国における請負契約の觀念について
 - (その一) 請負と売買の区別についての沿革
 - (その二) 学説、判例の動向
- 三、フランスにおける請負契約（勞務貸借契約）の定義
- 四、勞務貸借契約における危険負担
- 五、勞務貸借契約に基づく義務
- 六、おわりに

一、はじめに

我国では、現行民法典制定以後売買と請負との区別はそれほど厳格にはいわれなくなつた。すなわち通説によれば、製作者が専ら、又は主として材料を提供する契約も、売買と請負の混合的契約と見る必要はなく、当事者の意思を標準にして、これを売買か請負かに区別するのが適當であるとされる。⁽¹⁾ そして我國の民法の解釈としては、仕事の

完成を契約の目的とするときは請負であり、目的物の所有権の移転を契約の目的とする時は売買であるとすることが多数説である。⁽²⁾そしてこの区別から見る時には、建物建築契約は、請負人が材料を提供する場合でも常に請負契約であるという。⁽³⁾それ故建物建築契約では、その契約の目的は、所有権移転よりは、仕事の完成にあるとされていることになる。しかし通説、判例の請負人が材料を提供する建築契約に対する現実の法の適用を見る時には、はたしてこのように断言できるかどうかは疑問と言わなければならぬ。すなわち通説、判例はこの場合について、我国では建物はその敷地とは別個独立の不動産であることを理由に、材料を提供した請負人がまずその建物の所有権を原始取得するという。そして建物の引渡によって始めて、注文者に所有権が移転し、その時に危険負担も移転するのが原則であるとされる。⁽⁴⁾更にこの引渡以前には、請負人はその建物について保存登記もなしえ、注文者が擅に保存登記をしてもその登記は効力を持たないとされる。⁽⁵⁾しかしこのような契約は目的物の所有権移転をその目的とする契約といふべきではないのか。なぜならここでは請負人の建物完成義務は、その引渡による所有権移転の為の単なる前段階であって、契約の目的とはなっていないともいえるからである。これは先の通説の言う売買と請負の区別からいえば、むしろ売買といふべきなのではなからうか。逆にこれを請負契約と言うのであれば、当事者の意思は、注文者の為に仕事を完成させることをその契約の目的としているのであるから、建物の所有権は、注文者が原始取得するとしなくてはならないであらう。

このように通説、判例は、請負人が建築材料を供給するという今日最も通常的な不動産建築請負契約において基本的な矛盾に陥っていると思われる。それではなぜこのような矛盾が生じたのであろうか。私見によれば、その大きな原因は、既に我国の請負契約が、請負人の仕事完成義務をいうだけでは処理しきれないほどに、拡張された内容をもって観念されていることによるのではないかと推測される。そしてこの事は、逆にいえば我国がこれまで参考として

きたフランス、ドイツの立法において、我国の請負契約に当るものがどのような基本的法律関係を前提とするものであるのか、そこでの請負人の仕事完成義務の内容とはどのようなものであるのかという事が理解されていないことにもその原因があると思われる。本稿ではまず我国の立法の沿革と学説、判例の動向を考察することにより、我国の請負契約がどのように観念されていたかを明らかにしたい。そしてその後、フランス民法典の基礎となった *Donat. Pothier* の学説を参考にして、我国の請負契約に当たるフランスの *louage d'ouvrage* 契約の基本法理とはいかなるものであったかを見ることにより、我国の請負契約についての反省の一素材としたい。

- (1) 例えは我妻・債権各論 中巻二 六〇六頁。詳しくは後述。
- (2) 我妻・前掲書六〇五頁参照。
- (3) 我妻・前掲書六〇六頁。
- (4) 我妻・前掲書六一六頁、六二六頁以下。
- (5) 我妻・前掲書六一六頁。

一、我国における請負契約の観念について

(その一) 請負と売買の区別についての沿革

この両者の区別について、まず *Boissonade* は、主たる材料が注文者によって提供される場合を請負 (*louage d'ouvrage ou d'industrie*) とし、主たる材料と労働が製作者、あるいは職人により提供される時には、その労働の履行を条件とする売買であるとしていた。⁽¹⁾ これはフランス民法典の起草者の考え方を、ほぼそのまま取り入れたものであ

説
る。そして旧民法もこの考え方を継承し、その財産取得編二七五条は次のように定めていた。
「工技又ハ勞力ヲ以テスル或ル仕事ヲ其全部又ハ一分ニ付キ予定代価ニテ為スノ合意ハ注文者ヨリ主タル材料ヲ供スルトキハ仕事
ノ請負ナリ若シ請負人ヨリ主タル材料ト仕事トヲ供スルトキハ仕事ヲ為ス可キ条件附ノ売買ナリ」⁽³⁾

このように旧民法も、*Boissonade* を通じてフランスの考え方をそのまま取り入れた。ところでフランスにおいてこのような区別がなぜとられたかと言えば、条件附売買と請負とではその目的物に対する所有権的關係が基本的に異なることが前提とされていたと思われる。すなわち条件附売買では、注文者は少なくともその仕事の完成までは所有権者ではないのに対し、注文者が主たる材料を提供する請負では添附 (*accession*) の原則により、既にその作られるべき物については注文者が所有権者であると観念されることになる。この点において異なると言うのである。そしてフランスの *louage d'ouvrage* 契約では、注文者と請負人の關係は、作られるべき物の所有権者と、その注文者の所有に属する仕事をなす者の關係として扱えられる(後述三以下参照)。それ故この当事者の所有権的關係に基づく区別はフランスにおいては重要なものであった。しかしこの区別は現行民法典ではとられなかった。その理由は次のように説明されている。

「既成法典ハ注文者ガ材料ヲ供シタルトキニ限りテ請負契約ヲ生ズトシ請負人ガ材料ヲ供スルトキハ条件附売買ナリト規定スルハ不必要ノ限定ニシテ却テ不当ノ結果ヲ生ゼシムコトナシトセズ……瑞、葡諸國ノ法典及ビ独乙民法草案ハ当事者ノ意思ニ就テ問題ヲ決シ即チ請負人ガ材料ヲ供スルモ当事者ノ意思ガ仕事請負ニ存スルトキハ之ニ依ルベシト為セリ而シテ本案モ亦此最終ノ立法主義ニ從ウモノニシテ……即チ当事者ノ意思其他ノ事情ヨリ請負契約タルコトヲ知ルヲ得ハ本節ノ規則ヲ適用スヘク若シ否ラサルトキハ既ニ売買ノ通則ニ於テ売買ニ関スル規定ハ其性質ノ許ス限りハ總テノ有償契約ニ適用スヘキヲ明示シタルニ因リ此場合ニ於テ右契約カ有償契約タル限ハ当然売買ノ規定ニ從フヘキモノトス」

こうして旧民法二七五条の請負と売買の区別は削除された。そしてこの修正と並行して現行民法典の六三三条が新

設され、報酬は仕事の目的物の引渡と同時に与えられるべきこととされた。

「本条ハ双務契約ノ同時履行ニ関スル第五百三十二条ノ原則ニ本ツクモノニシテ既ニ前条ニ於テ請負契約ニ於ケル報酬ハ仕事ノ結果ニ対シテ之ヲ支払フコトヲ要シタレハ或ハ仕事ノ成就スルヤ否ヤ直ニ報酬ヲ与ヘサルヘカラサルカ如シト雖モ請負契約ハ恰モ仕事ノ結果ヲ売買スルモノナレハ本条ハ特ニ本条ノ規定ヲ設ケ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ報酬ヲ与フルコトヲ要ストシ從テ右引渡アルマテハ請負人ニ於テ一切ノ危険ヲ負担スヘキモノトス」

と説明されている。⁽⁵⁾ここでは請負はあたかも仕事の結果の売買であるという考え方が注目される。このようにして有形な物の製作をなす請負人は、仕事完成義務と並んで引渡義務を負うことになった。そして通説、判例は、後述のようにこの引渡に、所有権移転の効果を結び付けることにより、所有権移転を伴う契約でも、その目的が仕事の完成にある場合には請負契約であるとされた。その結果、主たる材料を注文者が提供することにより、その作られるべき物については注文者が所有権者であると観念しうる場合だけを請負契約としようとする旧民法における請負と条件附売買の区別は完全に崩されたと言えよう。

ここで先の立法者も援用しているドイツ民法典について、ごく簡単に触れておくこととしたい。ドイツでもフランスと同様の売買と請負の区別が前提とされており、所有権移転を伴う請負契約というものは考えられていない。まずその六五一条では次の三つの事が規定されている。(一) 請負人が彼によって調達されるべき材料によって仕事を製作すべき義務を負った時には、請負人は製作された物を注文者に引渡し、その物の所有権を取得させなければならないこと。そしてそのような契約には売買の規定が適用されるべきこと。(二) 製作されるべき物が不代替物である時には、所有権移転に関するものに売買の規定が適用される以外には、専ら請負契約の規定が適用されるべきこと。(三) 請負人が付属物、あるいはその他の従物の調達のみの義務を負う時には、専ら請負契約の規定が適用されること。

まずこの規定の(一)から、所有権移転については請負契約からはみでる部分であり、所有権移転を内包する請負契約

説
などは考えられないことを示している。更にこの規定の(三)からは、請負契約は本来注文者が主たる材料を提供した場合を前提としていることを示している。それ故ドイツの請負契約でも、その作られるべき物については既に注文者が所有権者であることが前提とされていると思われる。この事はその規定の内容を見ると明らかである。すなわちドイツ民法典では、我国の現行民法典が前述のように請負人の目的物の引渡義務を規定するのに対して、逆にこれを注文者の受領義務として規定する(BGB §640)。そしてこの受領は物としての仕事については注文者が所有権者であることを前提に、注文者の直接占有への移行とすることを意味するものであるという。⁽⁶⁾ こうして見るとドイツの Werkvertrag においても、当事者の関係は、作られるべき物の所有権者とその所有権者の物を完成させる義務を負った者の関係として考えられているものと思われる。

このように見てくると、我国の立法者が、請負とは、あたかも仕事の結果の売買との考えから、売買と同様の引渡義務を、仕事完成義務の他に規定したのは、フランスの *louage d'ouvrage* や、ドイツの *Werkvertrag* に比較すると特殊な考え方であったと言つてよいであろう。しかしこの立法者の見解は通説、判例によって継承されていった。

(その二) 学説、判例の動向

学説においても、請負と売買の区別について、通説は立法者と同様の考え方に立っていただけとみられる。すなわち請負人が自己の材料で、注文者の為にある物を製作する場合に、その契約が仕事を完成させることを目的としている時には請負であり、注文者にその物の所有権を移転することをもって目的とした時には売買であるという。⁽⁷⁾ しかし右の通説に対しては、所有権の帰属に対する当事者の意思を基準とする学説もあつた。

「專見ニ依レハ契約ニ定メタル製作物カ製作セラルルニ随ヒテ当然相手方ノ所有ニ歸スヘキ場合即チ製作者自身ハ所有權ヲ取得セ
 ス、相手方カ原始的ニ所有權ヲ取得スヘキ約旨ナル場合ハ純然タル請負ニシテ、製作者カ製作ノ義務ヲ負担シ且ツ一旦ハ自ら所有權
 ヲ取得シ、然ル後之ヲ相手方ニ移転スヘキ約旨ナル場合ハ請負ト売買トノ混合契約ナリト謂フヘク、唯製作物ノ所有權移転ヲ目的ト
 シ自ら製作シテ移転スルト他ヨリ取得シテ移転スルトヲ問ハサル場合ハ純然タル売買ナリト解スルヲ相当トス。」⁽⁸⁾

この説は売買と請負を、その所有權の取得形態により區別するものであり、ドイツ、フランスの考え方に近いものであったといえるが少数説にとどまった。そして通説、判例は主として建築請負において、所有權移転を含む契約を請負契約として認めていく方向をとった。

すなわち学説は当初、請負人が材料を提供して請負の目的物を製作する契約は製作物供給契約であり、仕事完成義務とは別に所有權移転義務を負うのであるから、所有權移転行為を必要とし、この所有權移転行為（受渡）をまけて目的物の所有權は移転すると言う。そしてこの所有權移転行為は單純なる引渡とは區別されるべきであるとされる。⁽⁹⁾このように所有權移転に関しては請負契約外のものとしていたのである。しかしその後の学説は、仕事完成義務と所有權移転義務とを分離せず、引渡義務によって両者を統合する考え方をとった。すなわち請負人が、全ての材料か、その主要な部分を提供した時には、仕事の完成と同時に、まず請負人がその所有權を取得し、その製作物を引渡す時に注文者に所有權が移転するのが原則であるという。⁽¹⁰⁾そしてこの場合に、所有權移転義務、あるいは引渡義務は、仕事完成義務の中に包含されているのだとされる。⁽¹¹⁾このようにして所有權移転が引渡義務に結びつけられることにより、所有權移転の法律効果も、請負契約の内部に完全にとり込まれることになったわけである。そしてこの事によって我國の請負契約は、売買に近いものとなった反面で、ドイツの *Werkvertrag*、フランスの *louage d'ouvrage* 契約とは異なるものとなったと言えよう。

他方通説は、建築に関する請負契約においてもこの理論をそのまま適用した。すなわち請負人が全ての建築材料

か、その主要な部分を提供した場合には、請負人がその所有権を取得するとされ、又請負人は引渡以前に保存登記をすることも可能であり、注文者が擅に保存登記をしても、その登記は効力をもちないとされる⁽¹³⁾。

これに対して、請負人が建築材料の全てを提供する場合でも、所有権は当初から注文者に帰属するとする学説もあった。その第一は請負契約当事者の目的を根拠とする。すなわち当事者は注文者をその家屋の所有権者たらしめるために請負契約をなすものであるから、たとえ請負人が全部の材料を供する場合でも、反対の特約のない限り請負人はその家屋の所有権を取得することなく、注文者が第一にその所有権を取得すべき暗黙の合意あるものと認めるを相当とする⁽¹⁴⁾。

第二の説は、不動産の工作にあつては、請負人は土地、又は建物に材料を定着させることによって直接に注文者をしてその所有権を取得させることを目的とし、請負人は要するに注文者に代つて労務に従事するものに外ならないから注文者は請負人がその材料を土地又は建物に定着させるに従い漸次に所有権を取得し、全工事の竣成又は引渡を待つて初めてその所有権を取得するものではないとし、それ故請負契約により家屋その他の建物を新築する場合における注文者の権利取得は所有権の承継取得ではなく、注文者が請負人をして自己の利益のために労務を供せしむるによつて完成する一種の原始取得に属するものである⁽¹⁵⁾。

だが以上の、注文者に所有権を取得させる意思を重視する学説は、ここでも少数説にとどまった。そして判例も通説とほぼ同様の見解をとつた。まず注文者が、建築材料の主要な部分を提供した時には、建物の所有権はその竣工と同時に当然注文者に帰属するものとされた⁽¹⁶⁾。

これに対して請負人が建築材料を提供して、家屋を建築する契約では、請負人から注文者への引渡によつて所有権が移転するとされる。すなわち「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ他人ノ土地ニ建物其他工作物ヲ設クル請負ヲ為シタル場

合ニ於テ仕事ノ結果其材料ヲ土地ニ附着セシムルヤ否ヤ当然其所有権カ土地ノ上ニ權利ヲ有スル者ニ移転スルモノニ非スシテ建物又ハ工作物ノ所有権ハ之カ引渡ヲ要シ請負人ヨリ注文者ニ之ヲ引渡スニ因リテ始メテ移転ス可キコトハ民法第六百三十七条第一項ニ目的物ヲ引渡シタル時ヨリ云々トアルニ依ルモ明瞭⁽¹⁷⁾であるとする。そして傍論として危険負担の問題に触れた判決は次のように言う。「蓋此場合ニ於テハ建物ハ全然請負人ノ供給シタル材料及ヒ勞力ニ因リテ成リタルモノニ係リ且請負契約ノ性質上特約ナキ限りハ請負人ハ其建物ヲ注文者ニ引渡スニ非サレハ債務完了セス之ヲ引渡スニ因リテ始メテ債務完了シ注文者ニ対スル報酬支払ノ請求権発生スヘク尚ホ建物ヲ引渡スマテハ之ニ関スル危険ハ請負人ノ負担ニ帰スヘキ関係等ニ鑑ミ……本院判例ノ旨趣ハ之ヲ是認スルヲ相当トシ未タ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス」とされる⁽¹⁸⁾。こうして判例においても、六三七条一項や危険負担の移転を根拠として、所有権移転は引渡義務と結合されることにより請負契約の中に包含されることとなった。

しかしその反面この事によって我国の請負契約の定義と、その実際の内容とに基本的な矛盾が生じた。すなわち、請負契約は仕事の完成を目的とする契約であるとしながら、実際には仕事の完成は、引渡による所有権移転のための単なる前段階に過ぎないことになるからである。

所で、最近我国の学説では、請負契約の性質論から、請負人が材料を提供すべき場合でも、工事の進捗に従い所有権は注文者に帰属するとすべきだとの説が有力に主張され始めたことに注目しなければならない⁽¹⁹⁾。そして判例においても注文者が原始取得する事を認める判決が開始⁽²⁰⁾している。そこでこの機会に、そもそも請負契約の基本的な考え方はどのようなものであったのかという事をフランス民法典の基礎となった Domat, Pothier の学説を参考にして考察してみることが無駄ではないであろう。この事によって我国の通説、判例によって觀念されてきた請負契約の特殊性が明らかになるかもしれないからである。次にはその考察へと移ることにする。

(1) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, t. III, Art. 981, p. 1059.

(2) フランス民法典一七八七条の立法過程において、その草案の一〇一条は、請負人が材料と勞働の両方を提供する場合を一旦作られた物の売買 (*vente d'une chose une fois faite*) と規定していた。その後この規定は純粹学理上のもので立法規定の性格をもたないとして削除された。しかしこの事は当然前提とされていたと思われる。(なお詳しくは近く發表予定のフランス民法典以後の發展についての論稿で考察したい。)

(3) 岸本・民法正義 財産取得編 卷之二 三三〇頁は、この旧民法の考え方から言えば工匠が自から木材を出して家を建築した場合は条件附売買だと言う。

(4) 民法修正案理由書 六三一条。

(5) 民法修正案理由書 六三二条。

(6) *Larenz, Lehrbuch des schuldrechts*, Bd. II, § 49, III, a. 打田「製作物供給契約」契約法大系 IV・一九七頁・注(九)もこの事を説く。

(7) 梅・民法要義 卷之三 六九四頁。横田・債権各論 五七二頁。末弘・債権各論 六九二頁。石田・債権各論講義 一三三頁。我妻・債権各論 中卷二 六〇六頁は、この通説は理論としては正しいが、抽象的に過ぎるとして取引の性質による意思の類型化を提唱する。

(8) 岡村・債権各論 四〇六頁。

(9) 石坂・民法研究 第四卷 五六二頁。津曲「請負契約の研究」法学一四卷三号三六頁。末弘・前掲書六九四頁。この仕事完成義務と所有権移転義務とを分離する考え方を、危険負担の問題においても適用する学説もあった。この説によると仕事の完成義務が当事者双方の責に帰すべからざる事由により履行不能となった時には、請負人は民法五三六条一項により報酬請求権を失うとされる。次に一度仕事が完成された後は、所有権移転義務だけが残るから五三四条を適用して問題を決することもできるとし、仕事の結果たる製作物が特定物である時には、その滅失、毀損の危険は注文者がこれを負担すべく、不特定物の時も、その特定された時から注文者の負担となる(末弘・前掲書七〇四頁)。

(10) 石田・前掲書一三八頁(注文者に引渡す時に所有権移転の合意ありと解してよいとする)。戒能・債権各論 三〇六頁。我妻・前掲書六一六頁。

- (11) 石田・前掲書一三二頁。我妻・前掲書六一五頁。
- (12) 石田・前掲書一三六頁。
- (13) 我妻・前掲書六一六頁。
- (14) 岡村・前掲書四一四頁。
- (15) 横田・前掲書五八八頁以下。
- (16) 大判昭和七年五月九日 民集一一卷八二四頁。大判昭和一〇年一月六日 法学五卷六三五頁。
- (17) 大判明治三七年六月二日 民録一〇卷八六一頁。大判大正四年五月二四日 民録二二卷八〇三頁。
- (18) 大判大正三年一月二六日 民録二〇卷一一〇八頁。但し注文者が金融をえるための担保とする為に、建物の所有権をその完成前に注文者に帰せしむる特約がある場合には、所有権は引渡前に移転すると言う。(大判大正五年一月一三日 民録二二卷二四一七頁)。
- (19) 加藤・民法教室債権編一二〇頁。吉原「請負契約における所有権移転時期」契約法大系IV一三五頁。来栖・契約法四六六頁以下。星野・民法概論IV二六一頁。
- (20) 最判昭和四年九月一二日 判時五七二号二五頁。最判昭和四六年三月五日 判時六二八号四八頁。しかしいずれも引渡の時に所有権が移転するのを、尚原則と考えているようである。

三、フランスにおける請負契約（労務賃貸借契約）の定義

フランス民法典において、我国の請負契約にあたるものは、賃貸借契約 (contrat de louage) とされ、その内の労務賃貸借 (louage d'ouvrage) 契約に分類されている。そして特に、物の製作、加工などを請負う場合の契約は、見積 (devis)、あるいは請負 (marchés) による労務賃貸借契約と呼称されている。まずこの労務賃貸借についての一

説 的定義条文を次にかかげておく。

一七〇八条 《二種類の賃貸借契約がある：物の賃貸借。そして労務の賃貸借》。(Art. 1708. Il y a deux sortes de contrats de louage : Celui des choses, Et celui d'ouvrage.)

一七一〇条 《労務賃貸借とは、当事者の一方が、他方の為に、当事者間で合意された代価によって、あることをなす義務を負う契約である。》

(Art. 1710. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.)

このような、物の賃貸借と対比された労務賃貸借の考え方は、ローマ法以来の伝統を受け継いだものである。しかし、この労務賃貸借とはいかなる考え方かということになると、それは物の賃貸借ほどに明確ではない。まずこの契約では、そもそも当事者のどちらが貸主 (bailleur, locateur) とされ、どちらが借主 (preneur, conducteur) とされるべきかについての論争が、既にローマ法において存在していたといわれる。そしてそこで有力に主張されたのは、なすべき労務を注文し、その完成の後に報酬を支払う側が貸主であり、この注文された労務をなして、報酬を受け取る側が借主であるとの考え方であった。たとえば、建物建築の場合についていえば、建てられるべき建築物それ自体を、一つの施工 (entreprise) あるいは計画 (projet) と考え、この労務を他方当事者の支配下に置き、彼にその施工を委ねる注文主 (maître) を貸主 (locator operis) とし、請負人 (entrepreneur) を、この労務 (ouvrage) あるいは施工の借主 (conductor ou redemptor operis) としていたと言う。⁽²⁾

これに対して、恐らく、物の賃貸借との類推によるものであろうが、貸主が報酬を受け取るのがあたりまえとの考え方から、逆に注文された労務をなして報酬を受け取る者が貸主で、それを支払う者が借主であるとする学者 (iuris-

consules) もいたといわれる。⁽³⁾ ここでは、このどちらの考え方が正しいかというよりも、そもそもこの契約において、このようなことが論争されなければならない素地はどのようなところにあるかということの方が重要である。所で Donat, Pothier は前者の考え方をとった。以下主としてより詳しい叙述をなす Pothier の説明に従って、フランス民法典の考え方の基礎となった労務賃貸借 (louage d'ouvrage) 契約とはどのようなものであるか、先の当事者の呼称についての論争は、いかなる法的問題を示すものであるのかを概観してみよう。

この労務賃貸借の定義の問題において、最も重要なのは売買との差異である。それはこの契約の基本にかかわるものである。Pothier はまず、労務賃貸借契約が、売買と多くの類似点があることを認める。そして当事者間の契約が、このどちらであるかを見分ける基準として、ユスティニアヌスの法学提要 (Institutiones) の説を援用する。すなわち Pothier によれば、ユスティニアヌスは次のような原則を立てていたという。

「材料を提供するのが職人 (ouvrier) である時には、それは売買契約である。反対に、私が職人をしてなさしめる労務の材料を、職人に提供するのが私である時には、その契約は賃貸借契約 (contrat de louage) である。」⁽⁴⁾
 そして Pothier はその例をいくつかあげている。その内から典型的なものを一つ引用しておこう。

「たとえば、私が、ある金銀細工師 (orfèvre) と、彼が私に一对の銀の燭台を作るために取引 (marché) をなして、彼がその材料を提供する場合には、彼が作る責務を負った一对の燭台について、この金銀細工師が私となすのは売買契約である。しかし私が彼にある銀塊 (lingot d'argent) を提供して、彼がそれで私に一对の燭台を作る場合には、それは賃貸借契約である。」⁽⁵⁾

ところで Pothier によれば、ある契約が賃貸借契約であるためには、注文主が、その労務の組成に入るべき主たる材料を職人に提供すれば十分であり、職人が残余を提供しても、その契約は賃貸借契約であるという。そしてその例

説として建物建築について次のようにいう。

「私が、請負人 (entrepreneur) となした、彼が私に、ある建物を建築する取引も、たとえ我々の取引では、彼が材料を提供すべきであっても、賃貸借契約であることに違はない。なぜなら、私がそこに家屋を建てるために提供する土地は、家屋における主要なものである」⁽⁶⁾

こうして注文主の土地の上に、請負人が材料を提供してなす建物建築も、土地を主たる材料と見ることにより、売買ではなく、労務賃貸借契約であるとした。この、全ての材料あるいは主たる材料の注文主による提供を基準とした売買との区別は、単なる講学上の区別というようなものではなかった。労務賃貸借契約には、この区別に従って、売買とは異なった法的効果が付与される。この区別から、どのような法律関係の差異が前提とされているかを、まず危険負担の問題から見ていこう。

- (1) Trop long, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code: de l'échange et du louage, t. I, 1840, n° 64, p. 234.
- (2) Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. X, 1897, n° 398, p. 519.
- (3) Trop long, loc. cit.
- (4) Pothier, Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet, t. IV, 1847, n° 394, p. 134. Cf. Oeuvre de J. Domat, par M. Carré, t. II, p. 54.
- (5) Ibid.
- (6) Ibid.

四、労務賃貸借契約における危険負担

Domat, Pothier による、なすべき労務、あるいは労働を注文する者が貸主であり、その履行の責務を負った者が借主であるとの説明と最も鮮明に結びつく問題は危険負担である。まず Pothier のこの問題についての説明をかげておく。

Pothier は、ローマ法を援用しながら次のように言う。

「賃貸借契約の客体をなす労務は、それが受領される以前においても、そして又、それが終了される以前においても、以下の意味において貸主 (locateur) の危険にある。すなわち労務が不可抗力によって滅失する場合には、その滅失は全て貸主の負担となるべきであって、借主 (conducteur) ではない。労務が完成される以前に滅失した場合には、借主は代価の全額ではないが、そのなされていたものの代価は支払われるべきである。」⁽¹⁾

次にその理由を説明している。

「労務賃貸借契約は、代価として合意された金額で、借主が、彼の労働を貸主に与える、*do ut facias* (汝が為さん) のために予が与える) 契約の種類の等価交換的契約 (*contrat commutatif*) であるから、借主が不可抗力によって、彼の労働を完成するのを妨げられたとはいえ、貸主の計算でなしたこの労働の部分に応じて、代価の一部を受領するの⁽²⁾が正当である。」

ここでは、労務賃貸借契約から生ずる双方の義務の履行の観点から説明されているが、この説明の決め手は、借主が、貸主の計算で労働をなすという点にある事は明らかである。これは労務賃貸借契約とはそのようなものであると言ってしまうことも勿論できる。しかし Pothier は、この考え方を支える基礎として、貸主は、同時にそのなされ

説
るべき労務について既に所有権者でもあることを念頭においていた。すなわち先の売買との対比に基づく定義から、
Potier は添附 (accession) の理論を援用する。そして危険負担が貸主にあることの説明を次のように付け加える。
「貸主がそこになすべき労務を与えたところの、主物 (chose principale) の上で、借主が働くに依りて、その職人の労働に由来するもの全体、そして又彼が供給した材料も、彼がその上で働く主物に添附し、そしてその従物 (accessoire) となる。」

たとえば、私がある建築師 (architecte) と、彼が私に、私の土地の上に、彼がその材料を提供する所の、建物を建築するための取引をなした時には、建物が立つに従って、その建物は、建築物は土地に従う (Aedificium solo cedit) の法原則に従い、それが建てられている私の土地の従物となる。建築師の労働に由来するもの全体、彼が提供した材料、そしてそれらの材料に与えられる形状の前身のものは、添附法により (jure accessionis) 私に取得される。」

「この建物になる前身のものは、それ故立つに従って、それがその土地の上に建築されている貸主 (locateur) の危険にあるべきである。そして地震のような、なんらかの不可抗力によって滅失するに到る場合は、物は所有権者に対して失なわれる (Res perit domino) の原則に従い、その滅失を負担すべきは所有権者である。」⁽⁴¹⁾と云う。

以上の Potier の危険負担の説明から見ると、次のように言う事ができるであろう。まず第一には、労務賃貸借契約において、全ての材料か、あるいは主たる材料を、注文主が提供することを要求しているのは、当事者間の法律関係において、そのなされるべき労務については、既にその完成以前から注文主が所有権者である契約を、労務賃貸借契約と定義しようとしたものである。換言すれば添附の理論により、このような関係になるものだけを、売買と區別して、労務賃貸借契約としたとも言える。

このことを前提として、第二には、Domat, Potier がとった、なすべき労務を注文する者が貸主で、その労務を履

行する者が借主であるとする考え方は、注文者と請負人というような、単なる契約内容からくる呼称というよりは、貸主は、同時にそのなされるべき労務の所有権者であるという地位的関係に基づいている。すなわち所有権者である貸主は、その労務を実現させて、借主からそれを検査、受領する関係にあり、これを借主の側からいえば、既に貸主の所有に帰している労務を履行するという地位的関係をそのまま反映させた呼称であるといえよう。労務貸借契約全体が所有権者のイニシアチブの観点から考えられているということが出来る。そして Potier のこれまでの危険負担についての説明は、この所有権者＝貸主であることから直接に出てくるものである。

ところで Potier によれば、労務が不可抗力により滅失した場合に、貸主はその既になされていた労務の代価を、常に支払わなければならないというものではなかった。すなわち、「不可抗力によってあれ、もしも滅失した労務が、欠陥ある受領されえない労務であるならば、滅失は貸主の負担とはならないであろう」とされ、この事を証明すべきなのは代金を支払うのを拒絶する貸主であるという。⁽¹⁰⁾そして、「貸主が、労務は全体的に欠陥があり、その災害が起こらなかつたであろう時でも、それを取り壊す必要があつたものであることを証明する時は、建築師は労務の代価をなんら請求しえない。もし貸主が、単に労務は、それを取り壊すことなく、修繕されうるいくつかの欠陥をもつことだけを証明した場合には、貸主はその欠陥を修繕するためにかかるものを割引して、代価を弁済すべきである。」⁽¹¹⁾とされる。

次に不可抗力があつたかどうか分らなかつた場合について、「労務の崩壊を生ぜしめたなんらかの災難、あるいは不可抗力が起こつたという事が、当事者間で自白されも、証明されもしなかつた時には、労務が受領される以前に、そして又労務が完成され、その受領以前でも、全部又は一部において滅失するに到る労務は、労務の欠陥により、そしてそれ故に、職人の過失によって滅失したものとみなされる。その結果、職人は、この滅失した労務の代価

を請求することは受理されないであろう。」⁷⁾という。このように、労務を瑕疵のない、受領されうる物とすることに
つては、職人、請負人の危険負担であった。

以上のように、Pottier の危険負担についての説明は今日請負契約について言われているものとは全く異なる。す
なわち今日では、請負人の仕事完成義務と、注文者の代金支払義務とが対立的に考えられ、仕事完成義務が不可抗力
によって履行不能となった場合に、代金支払義務はどうなるかという問題として考えられている。ここではなされる
べき労務が、請負人のなすべき労働としての面から把握されており、この労働としての労務を完成させない以上代金
は請求しえないのかどうかのままに危険負担の問題なのである。これに対して Pottier の学説では、受領以前の労務
の不可抗力による滅失は、物は所有権者に対して失なわれるの原則により、基本的には貸主の危険にあるとされ、そ
の既になされていた労務の代価を支払わなければならない。そして貸主がその代価の支払を拒むには、その既になさ
れていた労務が瑕疵ある受領されえないものであったことを証明しなければならない。この時には借主の労務を良好
になす義務が履行されていないとして、代金の支払を拒むことができる⁸⁾とされている。ここでは、なされるべき労務
が既に貸主の所有する物としての面から把握されているといえるであろう。そしてこの危険負担の考え方は、今日の
請負契約よりはむしろ、物の賃貸借 (louage des choses) についての危険負担に類似している(後述五参照)。この
完成前の労務が、職人、請負人の労働としての面から把握され、その完成についての危険負担が、物としての労務の
所有権関係から独立して、職人、請負人の側に移されるようになるには、民法典(Code civil)をまたなければならな
かった。

ところで、なすべき労務を物として把握、この労務を与える注文者が貸主で、その労務をなすものが借主であると
する考え方は、その労務が借主によって完成されるまでの過程に照準を当てたものである。それ故、当事者のこの契

約に基づく権利義務関係も、この過程において、貸主、借主はそれぞれ何をなさなければならぬか、何を主張するかということが中心となる。次にこの当事者の権利義務関係に基づく訴権について概観してみることにする。

(1) Pothier, op. cit., n° 433, p. 145. Cf. Donat, op. cit., p. 61.

(2) *Ibid.*

(3) この時代の architecte は請負人 (entrepreneur) と余り違わなかった。すなわち今日の如く、建築物についての設計、工事の指揮、監督を受けもつ専門的技術者として請負人から独立していなかった。それ故詠語についても建築師とし、専門的技術者を示す建築士とはしないことにする。

(4) Pothier, loc. cit. (なお、Pothier はここで売買となる場合との危険負担の差異を補足的に説明している。すなわち建築師が、彼自身の土地の上に、ある家屋を注文者の為に建てると言う合意は将来の物の売買であり、この場合にはその家屋の完成まで、危険は建築師にかかっており、それ以前の滅失は建築師の計算になると言う。) : Cf. Donat, loc. cit. (この点の Donat の説明は、注文者の土地の上に建てられたもの全てについて引渡は既になされていると言うことを理由とする)。

(5) Pothier, op. cit., n° 434, p. 146. Cf. Donat, op. cit., p. 61.

(6) *Ibid.*

(7) Pothier, op. cit., n° 435, p. 146.

五、労務賃貸借契約に基づく義務

危険負担の問題において、既に触れたように、Donat, Pothier の労務賃貸借についての学説では、労働としての労務の完成義務が当事者間の所有権関係から独立されてはいない。その結果、今日の請負契約の考え方とは異なり、代金支払義務と仕事完成義務とが対時的には把握されていない。ここでの当事者の権利義務関係は、以下に述べるが

ごとく、物の賃貸借 (*louage des choses*) における貸主と借主との関係に類似する。

まず物の賃貸借の場合には、その契約の目的は、貸主が、ある期間中借主をして、その物を使用収益させること、借主はそれに対して賃料を払うことにあることは確かである。しかしその為に当事者が負う義務については、貸主は、その期間にわたって、所有権者としての立場からどのような義務をつくさなければならぬか、他方借主は、貸主の所有物の使用者としてどのような義務を負うかという事が個別的に問題となる。そして賃貸借期間中に、物が不可抗力により滅失した場合には、物は所有権者に対して失なわれる (*Res perit domino*) の原則により貸主は、滅失した部分の賃料を請求しえなくなる。逆に借主はその部分についての使用収益権を失なうことになる。

Donat, Pottier の言う労務賃貸借契約における当事者の関係もこれとはほぼ同様である。まずこの契約の目的が、借主は委託された労務をある期日までに完成させること、貸主はそれに対して代価を支払うことにあることは明らかである。しかしその為に当事者が負う義務は、その仕事が行われていく過程において、借主はどのような義務をつくさなければならぬか、貸主は委託した労務の所有権者としてどのような義務を負うかが個々に定められ、その義務違反に対して相互にもつ訴権 (*action*) が考えられている。それではこの間に労務が不可抗力によって滅失した場合にどうなるか。前述のようにこの場合には物は所有権者に対して失なわれるの原則に従い、貸主はその労務を失ない、そしてそれまでになされていた労務の代価は支払わなければならない。反対に借主は残部の労務をなしてその代価を請求することはできなくなる。以上のように労務賃貸借契約が、物の賃貸借契約と同列に置かれているのはそれ相当の理由があるといつてよいであろう。それでは契約当事者は具体的にどのような義務を負っているかを次に列挙してみよう。

まず当事者の訴権について、なされるべき労務を与える貸主のもつそれは貸主訴権 (*action locati ou action ex*

locato) 勞務をなす借主のそれは借主訴権 (action conducti ou action ex conducto) とされる。そして Pothier は後者の借主訴権に対応する貸主の負う義務から説明している。

[A] 貸主の負う義務

勞務賃貸借契約の性質から生ずる貸主の義務として三つのものが上げられている。すなわち、請負代価 (prix du marché) の支払義務、増加工事の代価の支払義務、借主をして請負を履行しうるようにする為に貸主にかかっているものをなす義務である。以下それぞれの義務につき、要点だけを書き留めておく。

(1) 請負代価支払義務¹⁾

これは貸主が負う主要な義務である。そしてこの義務からは、借主が貸主に対して持つところの、この代価支払を求める借主訴権が生ずる。この訴権は、明示、又は推定される反対の合意のない限り、借主がその勞務をなし、その受領をなさせた後か、あるいは貸主をその受領をなすことの遅滞に置いた後にだけ認容される。

(2) 増加工事の代価支払義務²⁾

貸主は、請負契約によって決められた代価の他に、なすべき必要があつたが、契約の時には予見されておらず、それ故契約に含まれていなかったところの勞務の増加工事の代価をも支払うべきである。

貸主が、既になされた増加工事は、なされる必要がなく、又なされてはならないものであつたと主張する時、あるいは当事者がその代価について一致しない時には、判事は、それが必要であつたかどうかを宣すること、そしてその代価を決めることを、鑑定人に委託する。

次にその増加工事が勞務の建築にとって必要ではあつても、もし貸主がそれを知っていたならば、その勞務を放棄させていたであろう程に重大なものであつた場合には、職人はそれらをなす以前に貸主に諍るべきである。もしそれ

らが、貸主が知らないでなされた場合には、貸主はその支払を拒否しうる。⁽⁴⁾

(3) 借主をして請負を履行しうるようにする為に貸主にかかっているものをなす義務⁽⁴⁾

この義務の例として三つのものが上げられている。

(一) ある大工請負人 (charpentier) に道路の上張り出した店の庇 (auvent) を作らせる請負をなした場合には、その労務はフランス会計官 (trésoriers de France) の許可なしにはなされえないのであるから、貸主はこの許可を自分の費用で請負人に取り与えることの義務がある。

(二) ある請負人と、ある場所に建物を建築する請負をなした場合には、その建物が建てられる場所へ往来したり、建築材料を運ぶ為の通路を提供すべき義務がある。

(三) 貸主は、彼が提供し、彼の費用で運び込ませる義務を負った材料を遅滞なく搬入させなければならない。

貸主がこのような義務を履行せず、借主がそれによって損害を受けた場合には、借主訴権によって、彼に損害賠償の責を負わせることが出来る。又判事により確定された期間内に貸主が履行しない時には、請負の解除を命じさせることもできる。

ここでは労務を与える貸主の、所有権者としての立場からの協力義務が課されているとみてよいであろう。

[B] 借主の負う義務

労務貸借契約の性質から生ずる借主の義務として四つのものが上げられている。なすべき責務を負った労務をなす義務、労務を遅滞なくなす義務、労務を良好になす義務、労務の製作の為に貸主により提供された物を良好に使用し、それらの保存に適切な注意をもたらず義務である。以下それぞれの義務につき要点だけを記しておく。

(1) 労務をなす義務⁽⁶⁾

これは借主が契約する主要な義務である。借主は通常この労務を彼自身がなす義務は負っておらず、彼がこの労務を転貸 (sous-baillet) するところの他の者をしてなさしめることができる。この原則は、労務を与えられた者の個人的才能が考慮される場合には別である。

(2) 労務を遅滞なくなす義務⁽⁶⁾

労務が定められた期間までになされなかった時には、借主は、貸主がその遅滞から受けたものの損害賠償をなす義務がある。

(3) 労務を良好になす義務⁽⁷⁾

貸主は、借主が労務をなさなかつた時だけでなく、労務が欠陥ある、悪質なものである時にも貸主訴権をもつ。その瑕疵が、請負人が用いた悪い材料に由来するのであれ、請負人、あるいは彼が雇った職人の手際 (tacon) と無経験から生ずるのであれ変らない。なぜならある労務を引受ける者は、それを良好に、技術原則に従ってなす義務を負うからである。

(4) なすべき労務の為に貸主が提供した物との関係での借主の義務⁽⁸⁾

借主は、貸主が労務の為に提供した物を良好に用いる義務がある。もし借主がそれらを良好に用いず、彼の未熟さからそれらを駄目にし、労務に役立ちえないものとした場合には、借主は彼の費用で同様の品質の他の物を貸主に提供するか、その価格を弁償すべきである。

更に借主は、貸主がなすべき労務のために提供した物に対して、それらが引渡された時から、それらの保存 (conservation) に善良なる家父の注意を向ける義務がある。

このように、借主の義務では仕事をなす上でどのような義務を果さなければならぬかが個別的に定められていた。

- (1) Pothier, op. cit., nos 405-406. Cf. Domat, op. cit., p. 63.
- (2) Pothier, op. cit., nos 407-409.
- (3) 逆にその増加工事が実際必要ではなかったが、それらは請負契約 (marché) の後に介在した貸主の指図 (ordre) によって、あるいは少なくとも同意 (consentement) によってなされた借主が主張する場合には、これら増加工事につき請求される金額が百リーブルを越えないことを条件に、その事についての証人による証明が認められると言う。それ以上の場合には書面による証明が必要であると言うことにならう。
- (4) Pothier, op. cit., no 410 pp. 138-139.
- (5) Pothier, op. cit., nos 420-423.
- (6) Pothier, op. cit., no 424.
- (7) Pothier, op. cit., nos 425-426.
- (8) Pothier, op. cit., nos 427-431.

六、おわりに

以上のように、我々は今日のフランスの請負契約の原型とも言うべき労務賃借契約の観念を考察してきた。そしてこの考え方は、既になされるべき物としての労務については、注文者が所有権者であることを前提に、この貸主(＝所有権者)がなすべき労務を借主に与え、その完成後にこれを受領する関係として、注文者のイニシアチブの観点から把握されたものであった。その結果当事者間の関係においても、この所有権的關係がそのまま反映され、まず

勞務が完成以前に不可抗力で滅失した場合には貸主（＝所有者）はその勞務を失ない、そして既になされていた勞務についてはその代価を支払わなければならないとされた。更に借主は物としての勞務に対して直接に義務を負っているわけではなく、貸主の所有に属する勞務を完成させるについての勞働としての勞務についてだけ義務を負うものであった。

ところがこの *louage d'ouvrage* の考え方は、フランス民法典においても採用された。しかしその当事者について、Donat, Pothier では貸主 (*locateur*)、借主 (*conducteur*) とされていたのに対し、民法典では注文主 (*maitre de l'ouvrage*) と建築師 (*architecte*)、請負人 (*entrepreneur*) の関係として規定された。にもかかわらず、注文主が、なされるべき勞務の所有者であることは当然の前提とされたのである。⁽¹⁾ そして学説もこの当事者の関係を同様に説明している。⁽²⁾ それ故現在でも契約当事者の基本的関係は、なんら変ってはいない。ただ勞務の完成までの危険負担が、この所有権関係から独立して、請負人の側に置かれ、それ以前の滅失の場合には、一部の代価をも請求しえないこととなっただけである。それ故、今日でも請負人は勞働としての仕事完成義務だけを負っている。

これに対して、我国では、始めに指摘したように、*Boissonade* によって移入され、旧民法財産取得編二七五条によって継承された *louage d'ouvrage* の考え方は現行民法典では維持されなかった。すなわち現行民法典の起草者は、請負を注文者が主たる材料を提供した場合に限定せず、専ら当事者の意思によることとすると共に、請負は仕事の結果の売買であるとの考え方から、請負人の引渡義務を定めた。そして通説、判例はこの引渡義務に所有権移転の効果を結びつけ、売買と請負とが本質的には変らないものとしてしまった。

その結果、請負人はまず自己の所有物として完全な物を製作し、それを引渡すことによって所有権を移転する契約が請負契約の主要な内容と考えられることになった。しかしこれはもはやドイツの *Werkvertrag* や、フランスの

説 *louage d'ouvrage* 契約とは相応しないものであるといわなければならぬ。にもかかわらず通説は、請負契約とは仕事の完成を目的とする契約であると言うドイツ、フランスの考え方をそのまま維持したのであった。

ところで我国の通説、判例の言う請負契約を、その内容に即して定義すれば、それは注文者の注文にかなった完全な物を引渡す契約であると言うことになり、この考え方からは請負人は当然物としての、労務にまで責任を負うことにならう。そしてこの事は、通説が請負人の責任(瑕疵担保責任)を、無過失責任と考えていることにも現われている。⁽⁴⁾確かに我国の右の考え方は、当事者間の契約責任の平面だけからみると注文者に有利なものであるように見える。しかし我国の請負契約では、労務の履行と言う面では一切の責任は元請人に委ねられており、したがって注文者のこの面でのイニシアチブは非常に弱いものたらざるをえなくなっている。これに対して注文者のイニシアチブを認める *Donat, Pothier* の伝統を受け継ぐフランスではこの点でかなり異なった発展がみられる。⁽⁶⁾ この問題に関してはフランス民法典以後における学説、判例の発展と、最近における新たな立法の動向を検討しなければならないが、稿を改めて考察を試みることにしたい。

(1) 例えばフランス民法典一七九六条は注文主 (*mature*) と同義に所有権者 (*propriétaire*) とする用語を用いている。

(2) Voir, *Aubry et Rau, Droit civil français*, 6^{éd.}, t. V, par P. Esmein pp. 406 et suiv. *Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français*, 2^{éd.} t. XI, par Rouast, nos 945 et suiv.

(3) ドイツ、フランスではむしろ注文者(＝所有権者)に受領義務があるのであり、請負人の引渡はこれに対応したものであるに過ぎない。請負人はあくまでも仕事完成義務だけしか負ってはいないのである。

(4) 例えば我妻・前掲書六三二頁。

(5) すなわち比較的大規模な労務の注文者は、従来の定額請負の方策をとらず、まず自己が委託する建築士に設計図と、その労務を實現する為に個々の請負人とどのような取引をなせばよいかについての取引計画書を作成させ、注文者はその計画に従い個々の職

能的工事ごとに、複数の請負人と契約をなし、この建築士の指揮、監督の下に協力してその労務を実現させると言う形態がとられている。この場合に、自己は直接に製作の労務に携らず、所有権者の為に指揮、監督をなすだけの建築士をも、建物の製作を請負ったものとして、フランスでは請負契約の規定をそのまま適用している。そして瑕疵ある労務を履行した請負人と、指揮、監督を十分に履行しなかった建築士は、それぞれ注文者に対して全部義務 (obligation in solidum) を負うとされている。 Cf. Boubli, *La responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locataires d'ouvrage*, 1971.