
論 説

フランスにおける
請負契約の性質決定と再定位の議論に見る
各種契約の一般理論と新たな契約の分類 (1)

——混合契約論への示唆を求めて——

都 筑 満 雄

はじめに

- 1 本稿の目的
- 2 典型契約論と混合契約論
- 3 フランスの各種契約の一般理論と混合契約論
- 4 本稿の課題

一 請負契約の概念

- 1 労務の賃貸借と請負
- 2 請負契約の規律
- 3 請負契約の定義
- 4 小 括

二 請負契約の性質決定にまつわる議論

- 1 契約の性質決定
- 2 請負契約と売買契約
- 3 請負契約と寄託契約
- 4 請負契約と委任契約
- 5 請負契約内部での分類
- 6 小 括 (以上, 本号)

三 請負契約の再定位の試み

四 日本法に見出される各種契約の一般理論

おわりに

はじめに

1 本稿の目的

契約は取引の手段であり、社会は新たな取引を日々求め、これに応じて契約自由の原則のもと当事者は契約を創り出し続けていく。こうした契約が持つ様々な新しさには、既存の契約類型に収まるものもあるとしても、これに収まらないものも多々ある。そしてこうした契約が繰り返されて定着すると、新しい契約類型が生じることになる。これら新しいしばしば複雑かつ高度な取引に応じた契約は絶え間なく社会に登場し続け、適切に規律するためには、その都度適用すべき法規範を探し出さなければならない。しかし限らない契約に対して、法規範は常に有限である。民法典には13種類の典型契約とこれに関する規律が備えられているが、これら契約は少なくともその一部分は民商法典の典型契約に包摂しえない非典型契約である。一方で、こうした非典型契約をこれに類似するからといって無理にある典型契約と性質決定し、その規律をワンセットで適用することは、これが当該契約の性質に適合しない規定を含む場合などに、妥当でない。他方で、こうした契約各論の規定によりえないならば、ある点についてよるべき当事者の合意がなく、これを法律行為、契約の一般理論に委ねる場合、しばしば適切な規律を見出しえない事態が生じうる。さらにこうした当事者の合意内容の補充にとどまらず、典型契約の任意規定には、不合理な契約内容が一方当事者により押しつけられている場合に、これら任意規定が合理的であると考えられることから、消費者契約の場合には消費者契約法10条によって、さらに特に約款の場合にも、こうした合意内容を制限する機能、任意規定の強行法規化が主張されている¹⁾。そして非典型契約においても、合意内容の補充だけでなくその規制の点でも、これをいかに規律するかが問題とされ²⁾、典型契約の任意規定はここでも意義を有していると考えられる。こうして非典型契約論と

は、問題となっている契約と民法の典型契約—任意規定との関係はどうあるべきかという議論であるとされる³⁾。こうした非典型契約は、個々具体的な契約関係についてその法的規律のあり方を検討するだけでなく、混合契約論など特定の契約関係に限られずより一般的にこれを検討する必要がある⁴⁾。本稿は、一般的に非典型契約の法的規律のあり方の考察をなすものであり、非典型契約への典型契約の規定の適用の方法についての検討を行う。

2 典型契約論と混合契約論

既述のように非典型契約の規律にあたりとりわけ合意内容の規制の点で典型契約の任意規定の意義が認められるのと並行して、周知のように典型契約制度の意義を重要視するいわゆる典型契約の復権が学説において大変有力となっている⁵⁾。これまで我が国においては伝統的に、ある契約の法的効果を決定するにあたり典型契約の規定を重視しない、典型契約制度を消極的に評価するのが主流の見解であった⁶⁾。対してこれを積極的に評価する見解は例えば次のようにいう⁷⁾。典型契約類型は契約という行為のために社会によって提供されているカテゴリーである。人々はこれを自由に使いこなすことによって、自己の追求する契約目的を達成することができる。このようなカテゴリーを持たずに一回一回白紙の状態から契約を練り上げる困難、契約を理解・解釈する困難を想起するならば、その効用は容易に想起しうるであろう。またこれは経験と歴史の中で培われたものであり、そこには人々が妥当なものだと考えてきた契約内容が詰め込まれている。もちろん既存の類型は暫定的な存在でしかなく、これに依るだけではとらえることができない状況は常にありうるが、これは類型の可変性・開放性として理解されるべきである。人々が日々繰り返す契約という営みの中から新たな類型が生成しそれが契約秩序に変化をもたらす。このように典型契約類型は契約において個人と社会をつなぐ絆として存在し、分析基準機能、内容調整機能、創造補助機能を有している⁸⁾。そして既存類型では処理が困難である場合には、関連のあ

りそうな契約類型，そこから導かれる構成要素を基礎としつつ，当該契約の処理に適切な類型がアド・ホックに構成されることになる⁹⁾。このように非典型契約の法的規律を考えるにあたっては典型契約とその任意規定は重要な役割を果たしうるものと考えられる。

この非典型契約の中にはいうまでもなくある典型契約の要素を備えた混合契約も含まれており，一般に，一つの典型契約の構成分子と他の典型契約の構成分子またはどの契約の構成分子でもない分子を含む契約¹⁰⁾とされる混合契約はこの議論の中で重要な地位を占めてきた。そして上記のように典型契約制度を積極的に評価する見解が非常に有力になり，非典型契約の規律においても典型契約の規定の意義が認識されるとともに，近時においては¹¹⁾，例えば，既存の典型的な契約類型とそれに結び付けられた諸規範を前提として，一見それに包摂することの困難な契約を法的に再構成しながら，一定の法的効果を導くための工夫の集積であり，今日問題になっている様々な新種契約の法的処理について貴重な示唆が含まれていたとして，混合契約論が注目されている¹²⁾。また典型契約との関係について，典型契約制度を積極的に評価する立場を踏まえたうえで，混合契約は典型契約類型におけるトップ・ダウン思考の限界付けを探るといふ問題処理の仕方（判断枠組み）として意義を有するともされている¹³⁾。このように典型契約と非典型契約をつなぐものとして混合契約論には再評価がなされているのである。それでは仮に混合契約には典型契約の規定をできるだけ適用するのが望ましいとして，どのような方法がありうるのか。以下本稿においては，混合契約に典型契約の規定を適用するための一つの方途を加えることを試みる。

3 フランスの各種契約の一般理論と混合契約論

このような混合契約の規律のあり方を考察するにあたっては，別稿において検討した¹⁴⁾，近時のフランスにおけるいわゆる各種契約の一般理論がこれに少なからぬ示唆を与えうる¹⁵⁾。近時フランスでは契約各論にあたる各

種契約の法において、保険契約のように独自の法典を有し、一般理論に依存しない契約が増大し、また賃貸借が各種賃貸借に分化するように各種契約の中でも特種化が生じ、これが細分化特種化していた。これにより、契約法の重心がこれら各種契約の法に移行する一方で、契約の一般理論の適用領域が減少する事態が生じていた。そしてこれら規範の多くは特別法として民法典外に散らばり、同様の場面で異なる規律がなされるなど、ときに一貫性を欠き、全体として秩序を欠くという不都合を生じさせていた。こうした各種契約の法規範の増殖は不断の新たな契約の出現と承認を背景とし、またこうしたしばしば複雑な新たな契約は、いかなる契約と性質決定し、どのような制度を適用するかという問題を生じさせていた。こうした現象を受けて現れたのが契約法の新たな一般化ともいべき各種契約の一般理論であった。これは問題ごとに共通の性質を持つと見られる同系類の契約にも及ぶ規律をいい、契約の一般理論と各種契約の法との中間に位置づけられた。実際にも特に請負契約と売買や寄託、委任などの契約との間で規律が及んでいることが判例において見出されていた。そして学説においては、同様の問題には契約の性質決定の相違にかかわらず同様の規律がなされるべきであるとして、この各種契約の一般理論が説かれ、そのあり方として、有力な見解によれば、問題ごとに共通の規範を債務または基本的な作用を構成単位として抽出し、これに結び付けられた契約の制度が性質決定にかかわりなく新しい複雑な契約に対してはこれらが組み合わされて類推適用され、またこれに有償無償などの区別が加えられていた。

こうした各種契約の一般理論にはいくつかのあり方が観念されたが、このうちこれら有力説によれば、新種の複雑な契約について、ある作用などに関する契約の規定を組み合わせ、これらを類推適用して、規律するためのものでもあった¹⁶⁾。そしてこうした手法は、新種契約への典型契約の規定の一つの適用のあり方を示す点で、我が国の混合契約論に示唆を与えた¹⁷⁾。ここには各典型契約の規定の中からあるまとまりの機能と目的ごとに規律を抽出して共通法を形成するという典型契約の規律の再構成という新たな視座

を見出すことができ、また具体的には次の点で混合契約論の参考になった。まず、性質決定なくして典型契約の規定の適用（類推適用）を可能にするとともに、この場合にいかなる規定がどのような契約に類推適用されうるかを示しうる。次に、契約の一般理論よりも具体的な規範が典型契約規範から作られ、これを性質決定を経ることなく適用できることで、その分だけこうした契約を無理にある典型契約と性質決定し、適切でない規律を適用することが回避されることになる。さらに、各典型契約規範に対する相対的な一般法をなすため、特別法がない場合には一般法が適用されるとの法の一般原則により、ある典型契約の規定が当該の新種の契約に類推適用されるときに、とりわけ両契約が重なる部分を有しているとしても両者がその姿を異にする場合には、これを正当化するに資する。

4 本稿の課題

そのうえで本稿においては、フランスにおける請負契約の性質決定と再定位に関する議論を検討して、ありうる中間理論についての示唆を得、我が国におけるこれらの対応物を発見することを試みる。フランスにおける各種契約の一般理論を検討した前稿においては、近時のフランス契約法において重要なテーマの一つであるこの議論について、既述のように、その由来や判例における表れ、そのあり方に関する学説の見解といったその形成を検討したうえで、契約各論の一般理論である契約の性質決定や契約の分類、契約の一般理論と各種契約の法との関係への影響というその展開を考察した¹⁸⁾。ただ同稿においては、今日のフランス契約法の展開の一断面ともいえるこの各種契約の一般理論を全体的にかつ諸議論への影響を含めて立体的に紹介することに力点を置いていたため、我が国の非典型契約論に対する示唆は、上記の混合契約論への示唆のように抽象的なものであった。

ところでフランスの判例において各種契約の一般理論の表れとされるものの多くが請負契約にまつわるものであって、同契約はその形成の主要な舞台

と見ることができた。そして我が国の請負と準委任を合わせた広い概念であるフランスの請負契約は、様々な混合契約の性質決定において、売買や寄託、委任といった契約との間でその境界が問題となり、しばしばそれぞれとの間で規律の共通化が認められるところ、こうしたことも踏まえて、学説においては、この広範な請負契約を諸契約の分類の中に新たに位置づけ、これを再定位することが試みられ、その際に他契約と共通する規律が見出されている。本稿は、フランスにおいて請負契約とその周辺に生成が認められうるいくつかの各種契約の一般理論を具体的に示し、我が国において混合契約に適用しうるこれらに対応する中間理論を見出そうとするものであり、前稿が同理論の総論的な考察にあたるのに対し、その各論的な考察にあたる。具体的な中間理論の発見を第一の目的とするが、これによって、前稿においてもおおよそ明らかにされたところであるが、中間理論の形成が契約の性質決定に及ぼす影響や、典型契約の規定を混合契約に適用する新しい方法を付け加えることの意義も見えてこよう。そして中間理論の形成は新たな契約の分類を試みるに等しいわけであるが、この契約の分類の非典型契約論にとっての意義も示されることになろう。

以下においては、まず考察の前提として、我が国とは異なるフランスの請負契約の概念を明らかにする。次に、売買契約や寄託契約、委任契約との間で問題となる請負契約の性質決定の議論、具体的には請負とこれら契約との区別や規律の共通化などについて検討する。この請負契約の性質決定にまつわる立法、判例、学説の法状況を踏まえたうえで、続いて新しい考え方として、請負契約の分類と再定位を試みる学説の二つの見解を検討し、ここに含まれている各種契約の一般理論を明らかにする。そして以上を踏まえて、こうしたフランスの中間理論の対応物を我が国の議論に求めることとする。

一 請負契約の概念

1 労務の賃貸借と請負

フランスにおいて今日請負契約 (contrat d'entreprise) と呼称される契約は、フランス民法典 1710 条 (以下特に断りのない限り条文はフランス民法典の条文である) において、「……当事者の一方が、当事者間で合意される対価と引換えに、他方のためにあることを行うことを約する契約である」¹⁹⁾と定められている²⁰⁾。そしてこれによれば、有償で為す債務を生じさせる契約は全てこれに含まれることになるため、その定義はあまりにも広範であって、後述のように他の契約との区別が大きな問題となる²¹⁾。

ところで実はフランス民法典にはこの請負契約との文言は存在しない²²⁾。民法典においてこれに相当する契約は仕事および勤労の賃貸借 (contrat de louage d'ouvrage et d'industrie) と呼称され、労働契約、運送契約、建築契約を含むものとして、1779 条以下に規定が置かれている。物ではなく労務の賃貸借という賃貸借の一種として規定されたが²³⁾、今日において支配的なのはこの請負契約との呼称である。F. Labarthe によれば、請負契約との呼称が登場するのは比較的最近の 1930 年代頃からとされる²⁴⁾。こうした呼称の変化は、まずもともと役務の賃貸借とされていた労働契約が 20 世紀の初頭において人の労働を物と同視することが拒絶されるようになって労働契約との呼称を獲得し、同様の理由から労務の賃貸借との呼称自体が避けられるようになり、次に労働契約が独立性を獲得し、これを除いた残りの部分の呼称が必要になり、さらに運送契約も除いて、特に 1779 条 3 項の見積請負および請負 (devis et marchés) を呼称するものとしてこの請負契約が用いられ、實際上これだけで労務の賃貸借の類型を代表するようになり、これとほとんど同義となったのである²⁵⁾。そのうえで今日において非常に多様な契約を含み、混成の概念となった請負契約には、かつて労務の賃貸借には含まれず、

委任に属するとされていた例えば医療のような物理的ではない知的な給付も含まれるようになり、かくして請負契約へと呼称が変化するに伴いその内容も知的な給付を含み、変形することになったのである²⁶⁾。

2 請負契約の規律

この請負契約は、今日において売買契約が財産の領域を代表するものであるのに対し、役務の領域を代表するものとなっている。同契約は近年においてその領域を大きく拡大させ²⁷⁾、第三次産業の大幅な発展に伴い、経済活動において主要な地位を占めるに至り、将来においてもまたこれはさらに強化されることになろう²⁸⁾。その定義の広さから様々な職業活動や役務提供契約が請負契約との性質決定を受けている。また日常の職業の多くがこれに関係する請負契約は、技術の進歩にも呼応している。以上のゆえに同契約は実務上大きな重要性を有しているのである²⁹⁾。

こうした請負契約の発展にもかかわらず、同契約に関する民法典の規律は不足している。労務の賃貸借として賃貸借の一種とされた請負契約には、1779条から1799-1条の規律だけが与えられ、またこの中には建築請負のみに関する規律が含まれている。そしてこうした民法典の条文は建築家の責任に関する規律を除いて大きな変更を被らなかつたのである³⁰⁾。こうした事象の説明として、他の契約（賃貸借や売買など）の規律の類推の可能性や一般法の適用による規律の充実のほかに、この契約に含まれる活動のあまりの多様性のゆえに、これらを請負一般の法として規律することが不適當であることも挙げられる。各職業の特殊性を考慮することで、実用性や経済的な考慮から民法典外に特別法を定めることが求められることになるのである³¹⁾。そして少なくとも請負契約一般についての民法典の規律の不足によって、同契約の様々な問題の規律について裁判官の果たす重要な役割が説明されることになる³²⁾。

3 請負契約の定義

以上の経緯により現れ、そしてその規律について特質を有する請負契約は、一般に次のように定義される³³⁾。請負契約の定義が立脚する本質的な要素には四つの要素があり、そのうち二つは労務の賃貸借を定義する1710条に由来するものであり、残りは学説や裁判官によってこれを補充するために引き出されたものである。このうち1710条に由来する要素として、同条から、あることを行うことを約すること、つまり請負人が為す債務を負うこと、そして対価と引き換えであること、つまり注文者が代金支払債務を負うことが引き出される。なお1710条の定義について、これが1101条の無名契約の定義と驚くほど近く、1710条に定める為す債務を目的とすることと有償であることすらなくなってしまうと、同契約は契約一般と何ら変わらず、その存在意義を失ってしまうとも指摘される³⁴⁾。このように同条による定義だけではあまりにも広範であり、労働契約や委任契約からの区別も困難であるため、これらの契約の特徴を排除する必要から請負契約を特徴づける要素が引き出された。すなわち履行における独立性の存在と代理の不存在である。以上を踏まえて、請負契約は請負人が代金の支払いと引き換えに注文者のためにこの者を代理することなく、独立して労務を行う契約であると定義される³⁵⁾。

以上のように請負契約は定義されるわけであるが、こうした解釈による限定を経てもなお請負は他の契約と特定性の程度を異にしていることが指摘されている³⁶⁾。すなわち請負契約は他の役務提供契約とはその特殊性について程度を異にし、役務提供契約の原型をなし、この中により特別な役務を規律する下位のカテゴリー（建築契約、委任契約、寄託契約など）が含まれている³⁷⁾。したがってこうした請負契約の愛想のいい定義は、これがこれらの契約カテゴリーの上にあるとのその位置を示しているのである。このように役務提供契約を代表するフランスの請負契約は、その中で位置づけについて、特に

委任契約との関係で我が国の請負契約とは次のように異なる。一方で我が国においては、請負契約が仕事の完成を目的とするのに対し、委任契約は準委任も含めれば事務の遂行を目的とし、それゆえ役務の結果を目的とするか（請負）、役務自体を目的とするか（委任）によって両者は一応区別されえた。これに対してフランスにおいては、請負契約は仕事の完成の有無を問わず広く事実行為を委託する場合がこれにあたるのに対し、委任契約は法律行為を委託し代理権を生じさせる場合に限られる。したがってフランスにおいて請負契約は我が国の請負と準委任を含む役務提供契約を代表する広範な契約カテゴリーなのである³⁸⁾。

4 小 括

フランス民法典において労務の賃貸借との呼称が与えられている請負契約は、今日役務提供契約の原型をなし、多くの契約を受け入れ、他の契約カテゴリーの上位に位置づけられている。他方でこの請負契約に関する民法典の規定は少なく、またその一部は建築請負のみに関するものであったため、その規律は、各種の特別法に加えて、請負契約一般については判例に依存することとなった。そしてこのような請負契約は、今日判例学説において請負人が代金の支払いと引き換えに注文者のためにこの者を代理することなく独立して労務を行う契約であると定義されるに至っている。なおフランスにおいて委任は法律行為を委託し代理権を生じさせる契約であるのに対して請負は我が国の請負と準委任を含む契約である。

以上の請負契約の概念の理解を踏まえたうえで、以下においては請負契約の性質決定にまつわる議論について検討する。

二 請負契約の性質決定にまつわる議論

1 契約の性質決定

(1) 以上のように請負契約の定義は広範なものであるために、これにより他の契約との境界の問題が生ずることになる。この請負契約の他の契約からの区別、すなわち性質決定は、それがいかに微妙なものであれ、その理解のための最初の段階である³⁹⁾。また他の契約との間で相対的に多くの戸惑いを生じさせるこの請負契約の検討は性質決定一般の考察の基礎を供しうるものでもある⁴⁰⁾。この請負契約の性質決定の検討に入る前に、まず契約の性質決定一般について簡単に要点をまとめる。ここでは、前稿において各種契約の一般理論を検討する中で主として J. Ghestin らの概説書⁴¹⁾により行った性質決定の検討をまとめたうえで⁴²⁾、主として請負契約と他の契約との区別から性質決定一般について論じた Labarthe の見解を概観する。

(2) 契約の性質決定は契約の性質を明らかにしてこれをある法的なカテゴリーに組み入れることをいい、契約カテゴリーの本質的な法的要素を明らかにし、次いで具体の契約においてこれに対応する事実状況を挙げるという段階から成る。この性質決定はこのカテゴリーが伴う法規範の適用という帰結をもたらす点で何より重要な意義を有する。性質決定が意味を持つのは複数の契約の要素を持つ混合契約についてである。ここでの性質決定は次のように行われる。契約の性質決定の中心となる基準は債務の性質であり、この債務は契約中の本質的な債務であって主たる債務である。混合契約を前にしたときまず行われるのが主たる債務を基準とする統一的な性質決定であり、この従物原則を用いた統一的な性質決定は第一に優先されるべきである。しかしこうした性質決定はこれ以外の従たる側面を見過ごす点では不十分である。そこで次にある契約がそれぞれが別々の有名契約に属する主たる債務によって構成され、統一的な性質決定をなしえない場合に、いくつかの有名契

約を組み合わせた混合的な性質決定が行われる。ここでは各構成要素に対応する法制度がそれぞれ適用されることになる。こうした混合的な性質決定については、自立性を有する各構成要素たる債務からなるため、複雑な契約にはこれを原則とすべきであるとの見解がある一方で⁴³⁾、一つの契約の各部分に複数の異なる契約の制度が適用されることで制度の重複、矛盾、不統一を生じるとして、例外的にのみなされるべきであるとの見解もある⁴⁴⁾。以上の手順を踏んでも性質決定ができない場合にのみ当該契約は無名契約となる。この無名契約に適用される法制度として、契約の一般理論のほか、当該契約と最も親近性を有する各種契約の制度が類推適用されうる。複雑な契約の性質決定は概要以上の手順を踏んでなされるわけであるが、ではある契約のある規律が他の契約にも及んでいくことで、契約をまたいだ中間理論が形成されるという各種契約の一般理論の形成はこれにどのような影響を及ぼしているのか。これは例えばある契約との性質決定にもかかわらず、他の契約の規定が類推適用されることで、または特に性質決定を経ずに同様の類推適用が行われることで現れる。そしてこれにより、これまで性質決定により当該契約の規範がワンセットで適用されてきたところ、性質決定を経ない規範適用が増加することで、性質決定と規範適用とが切り離されてゆくことになるのである。

(3) 次に契約の性質決定についての Labarthe の見解を概観する⁴⁵⁾。Labarthe は、請負契約の広範な定義のために性質決定の紛争が増幅され、これと他の契約との区別は性質決定全体に一般化しようとする。そして性質決定の紛争は、まず統一的性質決定か混合的な性質決定かという問題を、次いでこの区別のためにいかなる基準を採用するのかという問題を生じさせるとする⁴⁶⁾。このうちの前者について、混合的な性質決定は困難を生じさせるのに対し、統一的な性質決定は単純明快さを与えるが、この問題について早急に一般的に態度を示すのは困難であるとしたうえで、次のようにいう。一方で制度が両立しえない場合、これらを契約の各部分に配分することは困難であるために、この場合には統一的な性質決定が選択されることになる。そ

してこの統一的な性質決定は単一の制度が適用される単純明快さという必要な実用性に応ずるものでもある。ただしこの場合にもそれが正しいと考えられるならば、混合的な性質決定が完全に排除されることになるわけではない。他方で構成要素に対応する契約が両立しうる場合、すなわち制度の配分が困難でないかまたは制度が相当程度近い場合には、混合的な性質決定はより容易に認められうる。とはいえ一般的には、まず単純明快さを求め、これは統一的な性質決定の形をとり、その意味でこれは最も利用されるがゆえに支配的であるとする⁴⁷⁾。次に後者の統一的な性質決定が行われる場合において契約を他から区別する基準について、契約の性質決定のためには契約の本質的要素と呼ばれるものが用いられる。これらは契約を区別するための要素であり、区別のための基準であるこれら要素を明らかにすることが性質決定には必要になる。しかしこれらは全てが契約の定義に組み込まれるわけではなく、契約の定義に組み込まれる基準（「大きな基準」）と本質的には区別と概念の明確化に資する基準（「小さな基準」）とに分けられる。このうち前者の基準は各契約の基礎をなす根本的なものであり、法律によるさらに判例や学説による定義に由来するものである。これに対し後者の基準は契約を他から区別することに資する特別なものであってその概念をより明確にしうるものであるが、その定義には取り入れられないものであるとする⁴⁸⁾。区別の基準には以上の各契約に固有の特別なものに加えて、全ての性質決定の争いに適用されるより一般的な従物原則に基づく要素の主従による基準がある。しかしこの基準は、前述の特別な基準がない場合に、またはその補助として用いられるものであり、特別な基準が時の経過につれて確立されてゆき、定義が洗練されていくのに対し、単独で用いられるのは次第に少なくなっていくものであるとする⁴⁹⁾。以上のように Labarthe は契約の性質決定一般について、まず統一的な性質決定と混合的な性質決定との関係を明らかにし、次いで性質決定においてある契約を他の契約から区別する、つまりある契約を選択し他の契約を退けるための基準を解明することを試みているのである。

2 請負契約と売買契約

(1) 以上の契約の性質決定一般に関する議論を踏まえたうえで、以下においては、具体的に請負契約との性質決定をなすにあたり、区別が問題となる個別の契約との関係について検討をしていく。通常概説書等においては、ばらつきはあるものの、請負契約の性質決定において検討される契約として売買、寄託、賃貸借、委任、雇用の各契約が挙げられるが⁵⁰⁾、以下では特に請負契約との間で規律の共通化が生じ、後述の請負契約の再定位を試みる学説においても特に検討の対象にされている契約である売買、寄託、委任について、区別の基準と制度の相違さらには一部に見られる制度の接近の傾向に関する議論の現状を概観する⁵¹⁾。

請負契約は後述のように労務の提供と労務の結果の提供という二つの目的を有しているとされるところ、それが生み出し移転する価値が財産を構成するか、役務を構成するかによってその中において区別がなされ、このうち財産を対象とする請負は特に売買契約との間でその区別が問題になってくる。請負契約と売買契約とは、前者が為す債務に属する契約であり、労務の遂行に結び付けられているのに対し、後者が与える債務に属する契約であり、所有権の移転に結び付けられている点で、両者の相違は明らかであるように見える。しかし労務を提供する請負人が材料を提供する場合には将来物の売買との区別が困難な問題として現れてくる。この場合、請負契約は財産の注文者への移転を契約の目的とし、売買契約とこの目的を同じくしているからである⁵²⁾。それでは特にこうした場合を念頭に請負契約は売買契約とどのように区別されるのか⁵³⁾。

一方で動産に関する場合について、両者の区別はローマ法から今日に至るまで常に議論の対象になってきた。かつて学説の有力な見解の中には、この製造者が材料を提供する契約について、材料の提供は売買で労務の提供は請負、または目的物の受領までが請負でこの時点からが売買としてこれを売買

と請負の混合契約とする見解も存在したが、判例はほとんどの場合において統一的な性質決定を採用している。両者の法制度が大きく異なるため、これを組み合わせるのが困難であると考えられるためである。しかしそれでも混合的な性質決定をするあらゆる可能性を排除することは困難である。統一的な性質決定が制度の適用について有する単純明快さが重要であるとしても、常に現実と同様に単純であるわけではないからである⁵⁴⁾。そして判例の中にも少数ではあるもののこうした性質決定を行ったと見られるものも存在する。例えば不動産に関するものであるが、破毀院第三民事部 1977年3月16日判決 (Bull. civ. III, n° 131) は、火力発電所の建設に関する合意について、これを労務の賃貸借とこれに関する供給品の売買とを含む混合的な合意であるとしたうえで、このうちの請負の債務不履行に基づいて損害賠償責任を認めた。

それではほとんどの場合において判例が統一的な性質決定を採用しているとして、製作者が材料を提供する契約は売買契約か請負契約か。かつて19世紀においては後述の請負契約の所有権移転効についてこれを否定する従来の考え方にも則って、ローマ法以来の考え方でもあるこうした契約が売買契約であるとの見解が唱えられ、支持を集めていた⁵⁵⁾。しかしこれは判例の採用するところとはならなかった。ではこうした契約が請負契約に属しうることを認めるのであれば、どのような基準に基づいて当該契約を請負であるとの性質決定を行うのか。このうち従物は主物に従うとの法諺 (*accessorium sequitur principale*) により主とされる合意に基づいて性質決定を決する見解がある。これは先述のように契約に関係なく全ての性質決定の争いに適用される一般的な基準である。具体的には労務と材料のどちらが金銭的価値において重要であるかによる。これに対しては、労務と材料の価値がほとんど等しい場合には不十分であり、また労務と材料の正確な価値を決定するのは常に容易であるわけではなく、このような場合には性質決定が不安定になるとの批判がある。そしてこの基準は国連動産売買条約 (ウィーン条約) の3条1項において採用されているものの、フランスの判例においてこれを唯一の基

準とするものはわずかであるともいわれる⁵⁶⁾。これに対して、今日において請負契約と売買契約（特に将来物の）とを区別する最も一般的な基準になっているのが、いわゆる特殊性の基準である。これによれば物が特に顧客のために造られたのであれば請負契約が、それが大量生産され、あらかじめの規格に従って作られたのであれば売買契約が成立することになる⁵⁷⁾。この基準は次の二つの要素に分けられる。すなわち、一方は消極的に、請負契約の目的となるのはあらかじめ定められた物ではないということであり、他方は積極的に、労務は注文者の固有の要求に応えるものでなければならないということである。そしてこれによれば一定の請負契約の制度の特殊性が説明される。例えば請負人は契約に応じて労務を提供するため、給付の質を完全に担保することは困難であり、売主の責任よりも重くはないこと、したがってより調整されうると説かれることがある⁵⁸⁾。この基準は破産院において明示的に採用されている。例えば、破産院商事部 1989年7月4日判決 (Bull. civ. IV, n° 210) は、売買契約と請負契約のどちらが成立したかについて、その判旨において、(AとB次にBとCとの間で)連鎖的に締結された契約が、その特質が製造者によってあらかじめ決められていた物に関するものではなく、注文者が表明した特別な要望のために特殊な労務に関するものであったことを考慮して、控訴院はこれら契約が売買ではなく請負を構成すると判断したとして、その判断を支持し、この特殊性の基準を採用している⁵⁹⁾。なお従物原則に基づく基準は、ここでも主たる基準としてではなくとも、性質決定の一般的な基準としてこれを補助する役割をなお果たし続けているとされる⁶⁰⁾。このように今日この特殊性の基準は判例に定着しているのである。

以上に加えて同じ動産に関する場合でその性質決定が問題となりうるのが、売却された物が売主によって設置される場合である。この場合目的物が規格化されている物であれば少なくとも前者の部分は売買となるが、ここではそのうえで設置の部分との主従の関係が判断され、多くの場合には売買の部分の価値等の優位性から売買契約との性質決定がなされ、そのうえで設置の従たる債務が売主に課されることになる。したがってここでは特殊性だけ

でなく主従の基準もその性質決定にあたって用いられているのである。ただし設置の従たる給付が二次的とはいえない重要性を有している場合には混合契約との性質決定をなしてこれに独立性を認めることも考えられる⁶¹⁾。

他方で不動産に関する場合は以上の動産に関する場合とは様相を異にしている。不動産建築は種々の契約類型によってなされうるところ、以下のように契約の性質決定は異なりうる。このうち建築者が自らの土地に建物を建築してこれを譲渡するような場合、この契約は売買契約と性質決定される。しかしここで契約は売買とされるにもかかわらず立法により次のように担保責任について建築請負と同様の規律がなされるに至っている⁶²⁾。例えば、このうち売主が期間内に建築する義務を負う建築予定不動産売買には、本来であれば売主は明白な瑕疵については担保責任の義務を負わないはずであるのに（1642条）、1967年1月3日法および1967年7月7日法に由来する1642-1条により、この売主は工事の受領前または取得者による占有の開始後一月の期間の満了前は明白な瑕疵について免責を受けることができないとされており、その限りで瑕疵が隠れたものであることを要しない建築請負と同様の扱いがなされている。また1978年1月4日法に由来する1646-1条1項によれば、建築予定不動産売買の売主は請負人を含む工作物建築者と同じ1792条以下の担保責任を受領の時から負うとされている⁶³⁾。なおそもそもこうした性質決定に対しては、技巧的であり、売買と請負の両者からなる制度に対応していないとの批判も存在する⁶⁴⁾。加えて1978年1月4日法に由来する1792-1条2号は、その者が建築し、または建築させた工作物を完成後売却する全ての者を工作物の建築者とみなしている。これにより建物完成後の売主も売主とされるにもかかわらず請負人等の工作物の建築者に課せられる1792条以下の厳格な担保責任に服することになり、ここでも売買との性質決定にもかかわらず、部分的にしる建築請負の制度に服することになっているのである⁶⁵⁾。それゆえにここには隣り合う契約の法制度の統合の顕著な一例が存在し、これにより性質決定のしばしば悪しき機能は中和されているとも評されている⁶⁶⁾。これらに対して、注文者が自らの土地の上に建物を

建てさせた場合はどうか。動産の場合と同様に労務を提供する者が材料を提供する場合に、この契約の性質決定が問題となっている。この場合については、土地と建物のうちより重要なのはたとえ建物の値段が高くても土地であり、注文者が主物を提供したものと考え、材料の提供は従たる性質を必然的に有することになるため、請負契約との性質決定がなされている⁶⁷⁾。そしてこの場合には従物取得 (accession) により注文者は請負人から提供された材料についてその土地への組入れに従い所有権を取得することになると考えられている。しかしこうした性質決定に対しては、土地は契約の目的外である、比較は請負人から提供された労務と材料との間でなされるべきとの批判もなされている⁶⁸⁾。またこうした従物取得による所有権取得の説明に対しても今日有力な後述のような反対説が唱えられている。それでも判例は早くからこの考え方を採用し、数は少ないものの安定している。ここでは動産について採用されていた基準は用いられていないのである。例えば破毀院第一民事部 1963 年 6 月 10 日判決 (Bull. civ. I, n° 302) は、被上告人の工場でのセントラルヒーティングの設置に関する契約について、これを請け負った上告人が、設置のために提供された機材の価値やこれら機材が顧客が作成した設計図によらずに上告人自身によって作成されたことを理由として、当該契約が売買契約であると主張したのに対して、これらの基準が動産の目的物に関する場合にのみ適用されるとして、当該契約を請負契約であると判示している。

(2) 以上に検討した請負契約と売買契約の区別の基準に関する議論は、両契約の制度が今日なお相当に相違しているがゆえに、その重要性を保っている。他方で不動産建築については売買契約との性質決定にもかかわらず担保責任について部分的にしる建築請負と同様の規律がなされていた。そして、さらに以下に見るように、立法によって、また判例によって、性質決定にかかわらず同様の規律が行われるようになることで、両契約の相違は緩和されていく傾向にある。それでは両契約はどのような点において相違し、また接近しているのか。

これらの相違のうち、まず紛争の対象になりうるものとして、代金の決定がある。一方で売買契約では、一般に 1591 条および 1592 条から代金が決定されていることまたは決定しうるものがその成立の要件と解されている。ここから代金は売買契約の本質的な要件であり、これを欠けば売買契約は無効または他の性質決定がなされることになる。この規律は特に枠契約について例外が認められるに至っているものの、現在でもなお原則としての地位を保っている。他方で請負契約では契約の成立時に代金が未決定であることができる。また裁判官は代金決定に介入し、特に報酬が過剰であるなど一定の場合には委任契約と同様に代金を改訂することも認められている。学説の中には請負契約などと同じように売買契約においてもこの代金決定の要件を不要とすべきであるとの見解も存在する⁶⁹⁾。しかし合意の目的となる物を売買では事前に予測しうるのに対し請負では予測しえないとの両契約の違いを理由に、これに反対する見解がなお強い⁷⁰⁾。なお例えば消費法典 L.113-3 条 1 項においては、売買にしろ請負にしろ事業者が代金について掲示等により消費者に情報を提供する旨が定められており、この点でわずかながら請負契約の売買契約への接近が見られる。

次に担保責任を中心とした民事責任については以下のものである。一方で民法上の担保責任について、売主が瑕疵担保責任を負うのに対し (1641 条以下)、請負人については一般的な担保責任の規定はなく、特に建築についてはいくつかの担保責任を負うものの (1792 条, 1792-3 条, 1792-6 条)、それ以外では結果債務の不履行を理由に一般法上の責任を負うにとどまり、また特に時効期間について相違を有しているというように両者は大きく異なっている。他方で 1999 年の消費動産売買指令を国内法化した 2005 年 2 月 17 日のオールドナンスによる消費法典 L.211-1 条 1 項は、動産の供給を伴う請負契約を売買契約と同視して、両契約を同一の適合性の担保の制度に服させている。これについては、対象が事業者と消費者との関係にとどまる、この同一化は部分的なものにすぎないとの指摘もあるが⁵⁷¹⁾、後述するように、同立法を踏まえて、より一般的に売買契約の民法典の担保責任に関する規律が同じ

く所有権移転をもたらすはずの請負契約にも類推適用されるべきことを説く見解も現れていることが注目される。ほかにも、責任制限条項の適用について両者の違いが見出される。売買契約についてはこうした条項の適用は売主が事業者でないか、買主が売主と同じ専門性を有する事業者である場合にのみなされるのに対し、請負契約についてはより広く適用がなされている。

また所有権移転について、売買契約には、1583条により、合意のみによる所有権移転が認められており、原則として契約成立時に所有権が移転するとされている。ただし先述のように請負契約との区別が問題となった将来物の売買については、その所有権移転の時期が問題となるが、特に合意や慣習がない以上は完成時に移転するとの考え方が合意のみによる移転の原則にも合致するとされる⁷²⁾。これに対し請負契約には、そもそも注文者が材料を提供する場合や物の移転を伴わない場合もある。また請負人が材料を提供する場合でも、不動産に関する場合には先述のように、注文者は従物取得によって所有権を取得するとされ、また動産に関する場合にも、所有権移転は従物は主物に従うとの法諺により、すなわち目的物を構成する材料(従物)が主物(労務)の運命に従うなどとされることで⁷³⁾、その注文者による所有権の取得が説明されてきた。そして所有権の取得時期については、そのうえで不動産に関する場合には、建築の進行に伴い徐々に土地の所有者たる注文者は従物取得により所有権を取得し、動産に関する場合には、一般に引渡時に取得すると解されている⁷⁴⁾。しかし、例えば、動産に関する場合について、本来従物原則によるならば少なくとも注文者が主たる材料を提供している場合のみにその適用は限られるはずとの批判もある⁷⁵⁾。そこで近時においては、単純に不動産に関する場合についても動産に関する場合についても請負契約に所有権移転効を認める見解も有力になっており、上記の考え方に對し再考を促している。以上の請負契約における所有権移転の議論については、この新しい見解を中心に請負契約の再定位の試みを検討する中で再度検討する。ただここでは所有権移転という物に関する契約において根本的な点について、従来の見解によれば両契約が異なっていることを確認しておくに

と定める。なおこの所有権移転に関連して、判例により次のような売買契約の規律の請負契約への拡張が認められている⁷⁶⁾。

従来判例においては、売買契約が連鎖する場合、すなわち物の転買人が売主に対し物の瑕疵等を理由に損害賠償請求をする場合に、同請求が契約責任に基づいて認められてきたところ、売買契約と請負契約が連鎖する場合、すなわち請負人が売主から瑕疵ある材料を購入して建物を建築し、注文者が売主に損害賠償を求めた場合にも、破毀院大法廷 1986 年 2 月 7 日判決 (Bull. civ. ass. plén., n° 2) はこの請求を契約責任に基づいて認めた⁷⁷⁾。同判決は物の所有権に伴いその従物として権利や訴権とりわけ契約責任訴権を承継するという特定承継論が売買契約と請負契約の連鎖にも適用されることを認めたものであり、売買か請負かという契約の種別によってではなく、所有権の移転(または取得)が生じるがゆえに同理論の適用を認めるものである⁷⁸⁾。そしてここでは売買契約の規律であったものが請負契約にも及び、契約の性質決定から離れた規律の横断的な適用が行われていると見うる。なお注文者の所有権取得を従物取得によって基礎づける場合には、原始取得にあたるこれによつては訴権の承継を説明しがたいことから、本判決は請負契約の所有権移転効を主張する際の例証ともされている⁷⁹⁾。

加えて、売買契約において認められてきた所有権留保を請負契約においても認めた判例がある。破毀院商事部 2001 年 5 月 29 日判決 (Cont. conc. et consom. 2001, n° 133, note L. Leveneur) は、請負契約の履行によって引き渡される物も所有権留保の対象になりうることを明らかにしている。そしてその後 2009 年の民法典の担保法の改正により、所有権留保がその旨の約定により所有権移転効を生ずる契約一般においても担保として認められることが 2367 条に定められた。ここでも従来売買契約の規律であったものが請負契約にも及んでいると見うる。なおこの所有権留保も請負契約に所有権移転効を認めるならば、これを容易に説明しうるが、特に不動産について従物取得によってこれを説明する場合には、材料の土地への組入れに従い注文者により所有権が取得されることになるため、そもそも請負人による建物の所有権

の取得を説明するのに困難が生じる。したがってこの点も請負契約に所有権移転効を認める際の例証とされている⁸⁰⁾。

再び請負と売買の相違について、所有権移転に関連する危険負担が挙げられる。一方で売買契約においては所有者が危険を負担し、危険負担の所有者主義が採用され、所有権の移転、つまり原則として契約成立時に危険が買主に移転する(1138条2項)。これに対し請負契約においては、請負人が材料を提供したか否かにより区別され、請負人が材料を提供する場合には、引渡しによって注文者に危険が移転し、ここでは危険負担の債務者主義が採用されている(1788条)。

最後に時効について、両契約においては時効制度が異なっているが、このうち従前は旧2272条において商人たる売主と個人との間の売買契約において売主の訴権は2年の時効に服するとされ、これに対し仕事の代金の支払いについての訴権は医師などの例外を除いて10年または30年の時効に服するとされてきたところ、民事の時効の改正に関する2008年6月17日の法律第561号により、消費法典L.137-2条において、こうした場合に売主請負人のいずれの訴権も2年の時効に服する旨規定されるに至り、ここでも消費法典により売買契約と請負契約で同様の規律がなされることになったのである。

以上のほかにも両契約の制度の相違として、例えば下請負人は注文者に対して報酬の支払いを求めることができることや、請負契約の注文者は契約を一方的に解除することができることなどが挙げられる。

3 請負契約と寄託契約

(1) 次に売買と同じく物に関する契約である寄託について請負契約との関係を検討する⁸¹⁾。この寄託契約と請負契約との区別について、後述の委任契約と同様に、請負契約がこれらを包摂するカテゴリーであるがゆえに、その性質決定は引き算のすなわちこれら契約との性質決定をなしえないことから導き出されるものであるとされる⁸²⁾。1915条によれば、「寄託は、一般

に、他人の物を保管し現物でそれを返還することを負担として、それを受領する行為である」と定義される。動産のみを対象とし（1918条）、無償にも有償にもなりうる（1917条、1928条）。これら二つの契約はともに為す債務に属する契約であるが、寄託契約が物を管理し保管することのみを目的としてこれを受領し返還することを契約の内容とするのに対し、請負契約が物に関する労務を行うことを内容とする点で、その区別は容易であるように見えるが、後述のいくつかの場面で両者の区別が問題になってくる。請負契約と寄託契約においては先の売買契約以上に両契約の制度の接近が認められるため、ここではまず両契約について制度の相違とその接近について明らかにしたうえで、その性質決定について検討をする。

両契約の制度の相違として第一に挙げられるのが、その成立について、請負契約が諾成契約であるのに対し、寄託契約が要物契約であることである（1919条1項）。寄託契約の要物性については特にそれが有償である場合に異論があるものの、今日においても維持されている。第二に寄託契約が有償である場合において、その代金決定について両契約の相違が問題となる。一方で請負契約においては代金が未決定であっても契約が成立し、また裁判官はこれを定めることができる。他方で寄託契約においては、この点について明示する条文はなく、学説も分かれているが、例えば破毀院第一民事部 2005年4月5日判決（Bull. civ. I, n° 165）は、自動車の修理ののちにこれを保管していた修理業者が顧客に保管料を請求した事案において、請負契約の従たる寄託契約の成立を認めたとうえで、同契約が有償と推定されるとして、代金未決定であるにもかかわらず有償の寄託契約の成立を認める。ここではこの点についての両契約の類似性が見出される。そしてこれが認められるのであれば、裁判官による代金決定も同じく認められるはずであろう。第三にそのうえで代金が決定されている場合において、これを改訂することは認められるであろうか。請負契約においては委任契約におけると同様に裁判官による報酬の減額が認められているのに対し、寄託契約においては保管のコストがおおむね予見可能であるがゆえに、こうした改訂は認められないと考えるのが

自然であるなどとして、否定されている⁸³⁾。第四に立証責任の所在について、寄託契約においては特に有償の受寄者に立証責任が課されるのに対し、請負契約においては注文者に立証責任が課せられることは排除されていない⁸⁴⁾。しかし後述のようにしばしば請負契約においてこの立証責任は転換されている。第五に留置権について、寄託契約においては旧 1948 条により受寄者の留置権が明文で定められていたが、2006 年の担保法の改正により 2286 条において請負契約を含む諸契約についてもこれが明文で認められるに至っている。第五に 1341 条 1 項に定める数額を超える寄託については、1924 条により、それが書面によって証明されないとき、受寄者はその申述に基づいて信じられるとされ、この者に有利な制度がもうけられている。以上のように請負契約と寄託契約には制度上なおいくつかの相違が見られるわけであるが、それでも以下にも見るように特に責任について、請負人が受寄者と同様の義務を負い、その制度が請負人にも拡張されて、両契約が判例において同様に扱われており、こうした制度の共通性から両者の区別を論じる実際上の意味が減じられていることが指摘されている⁸⁵⁾。

(2) 寄託契約と請負契約の制度には上記のような相違と接近が見られたわけであるが、そのうえで具体的に特に次のような場面において両者の区別が問題となってくる。すなわち物が引き渡されそれについて労務が提供される場合や、物の保管をなすために労務を行うことが求められる場合、物が引き渡されるが契約の目的とはなっていない場合である。そしてこのうち二番目においては区別の基準がもっぱら検討されているのに対し、一番目と三番目においては、混合的な性質決定か統一的な性質決定かさらに両契約の制度の調和が問題になっている。

まず車の修理の場面を典型とする第一番目について、物を同じままに返還することではなく、修理や清掃、加工をしたうえで返還することに契約の目的があることによって、請負契約との選択がなされるとされる⁸⁶⁾。そのうえでここで立証責任に関する両契約の制度の接近が指摘されている。一方で 1789 条によれば、請負人が労務のみを提供する場合で物が滅失したとき

は、請負人はそのフォートがあった場合にのみ責任を負うと定められているが、判例においては請負人が不可抗力ないしは自らにフォートがなかったことを証明しなければならないとされ、この点で寄託と類似している。そしてこのように強化された手段債務に両制度の接近を見出すことができ、これにより性質決定を厳格に行うことが回避されることになるのである⁸⁷⁾。例えば破毀院第一民事部 1963 年 10 月 7 日判決 (Bull. civ. I, n° 412) は、ラベンダーの栽培者が蒸留のためにラベンダーを業者に預けたところ、火災によりこれが焼失したという事案において、ここで結ばれている契約が請負契約のみであり、これが物の寄託を含むとしたうえで、預けられた物の返還義務の債務者である請負人は、1302 条により、自らにフォートがなかったことを証明した場合にのみその責任を免れうると判示している。同判決においては請負契約のみの成立が認められて統一的な性質決定がなされている一方で、寄託の条文ではない 1302 条を介してではあれ、請負人に立証責任が課され、この点で立証責任についての両契約の制度の緩やかな接近が指摘されている。学説においても、請負人が受寄者とならなくても、つまり従たる寄託契約の存在を認めなくても、物の管理との給付が認められれば、請負人は受寄者の義務を負うべきであるとし、寄託契約の制度により請負契約のそれが充実し、混合契約ではなく部分的な制度の借用が行われているとして、こうした方向を志向する見解がある⁸⁸⁾。他方でこの場面については、以下のような混合契約との性質決定も見られる。まず一見すると請負と寄託の混合的な性質決定を行ったかに見える判例がある。例えば破毀院第一民事部 1981 年 6 月 24 日判決 (Bull. civ. I, n° 232) は、自動車修理業者に修理のために預けた自動車が燃えたため顧客が損害賠償を求めた事案において、寄託に関する条文 (1927 条と 1933 条) から、受寄者は手段債務を負っているにすぎなくても立証責任を負うとして、修理業者の責任を認めなかった控訴院判決を破毀している。ただこうした判決については、寄託という言葉は日常用語として使われている⁸⁹⁾、また寄託がなされているわけではなく、請負人が従たる義務として管理義務を負っており、その内容が類推によって寄託の条文に求

められているだけとの指摘もなされている⁹⁰⁾。次に同じく自動車の修理の事例において寄託契約の存在が明示されている判決も現れている。例えば既述の破毀院第一民事部 2005 年 4 月 5 日判決は、請負契約の従たるものとして寄託契約が修理業者との間に存在していることを明示している。ここでは修理後も自動車を預けていることが寄託契約と解されているのであり、両契約の混合がここに見出されるのである。しかしこうした混合的な性質決定に対しては、例えば注文者による引取りの遅れについて請負人が契約上これを想定していない場合は、この点について意思の合致がない以上は寄託契約の成立を認めることは困難であるとの批判や、ここで問題になっているのは典型的な請負契約であり、物の滅失がどの時点で発生しようと賠償責任と危険負担の問題は請負のこれらに関する 1789 条や 1790 条によって規律されることになるため、寄託契約を付加するのは無用であるという、混合的な性質決定のみならず、寄託の制度を借用することへの批判もなされている⁹¹⁾。

次に第二番目について、例えば動物などの管理がこの物の保管に積極的な行為が必要な場面の典型的な場合である。この場合について寄託契約との性質決定が常に適切かが問題となる。一方でこの寄託契約との性質決定について多くの学説は疑問を提起する。この典型例である動物の管理においてはその生命の維持が必要であり、そのためには継続的な労務の提供が必要とされる。そのためこの契約は請負に属し、ここでは請負契約の制度がより適していると主張される⁹²⁾。他方で判例はこの場面について寄託契約との性質決定をなす傾向にある。例えば最近のものとして、破毀院第一民事部 2007 年 10 月 30 日判決 (Bull. civ. I, n° 328) は、対価を支払って雌馬の飼育を委ねる内容の契約を有償の寄託契約としている。これに対して、特に競走馬を調教のために管理する事例については、混合的な性質決定を行っているものもある。例えば破毀院第一民事部 2001 年 7 月 3 日判決 (Cont. conc. et consom. 2001, n° 169, note L. Leveneur) は、厩舎との間の契約が調教とともに馬の管理飼育を内容としており、そのために同契約は一部は請負契約もう一部は有償の寄託契約と分析されるとし、馬が調教中ではなく厩舎の中で負傷したことで

後者の受寄者に課せられる管理と飼育の債務の不履行が問題となり、それゆえに（受寄者として）自らにフォートがないことを立証しなければならないと判示している。なお本判決は、寄託契約の部分の債務の不履行が問題になっているから受寄者に立証責任が課せられるとして、前述の判例とは異なり、この点についての両契約の制度上の違いを維持するものである。このことは混合的な性質決定をするのであればその分制度の共通化は無用となることを示している。そしてこうした判例を踏まえるならば、この場面における区別の基準は当該動物の変化に求められる。それゆえ継続的な世話が必要な場合も含めて保管のみがなされる時は寄託のみが存在することになる⁹³⁾。

さらに第三番目について、例えばレストランの客がコート掛けに服を掛けておいた場合のように、請負契約の際に注文者が物を失う場合がこれにあたる。ではここで併せて寄託契約も成立するか。判例の中には同契約の成立を認めるものがある。例えばパリ控訴院 1987 年 12 月 3 日判決 (D. 1988, I.R., p.28) は、レストランで客がコートを預けたところこれが盗まれたという事案において、レストランは請負契約による義務を負うことに加えて、この預かったという事実が寄託契約の成立を特徴づけ、寄託物を返還しえないことについて受寄者として賠償責任を負うとしている。これに対し、こうした場合について明確ではないものの従たる管理義務の存在を認めて請負契約との統一的な性質決定を行っていると思われる判決も存在する。例えば破毀院第一民事部 2005 年 2 月 8 日判決 (Bull. civ. I, n° 67) は、美容室で客の預けた指輪が紛失した事案について、日常的に行われていたこうしたアクセサリーの引渡しに 1949 条の意味での必要的寄託と同視され、管理義務と返還義務が生じるとして、美容室の賠償義務を認めた控訴院判決を、必要的寄託を特徴づけることなく、かつ美容室が負う（請負契約の）従たる管理義務の存在を検討することなく判示し、法的根拠がないとして、これを破毀したものであり、請負契約の従たる義務としての保管義務との構成を前提とするものである。他方で学説には、こうした判決と同様に統一的な性質決定を採用すべしとする見解⁹⁴⁾と、こうした場合においても技巧的である場合を除いて当事者

の意思から混合的な性質決定を優先することもできるとの見解とがある⁹⁵⁾。

4 請負契約と委任契約

(1) 続いて今度は物に関しない契約である委任について請負契約との関係を検討する⁹⁶⁾。委任契約は、1984条1項において、「委任または委任状はある者が他の者に委任者のためにかつ委任者の名において何らかのことがらを行う権限を付与する行為である」と定義され、またここでは代理に重点が置かれている。しかし学説においてこの委任との言葉は名義的に利用され、また立法においても同条の定義とは異なる利用がなされている。また受任者も請負人もともに役務を行い、ともに契約相手方から独立して活動する⁹⁷⁾。そのため委任契約はしばしば請負契約と同様にお手伝いさん (bonne à tout faire) とも形容され、これとの区別に困難を生ずることになるのである。委任契約は請負契約と同様他人のためにあることを為すものであるが、その定義によればこれよりも狭く、そして委任は一般的にはその定義に由来する代理権の存在によって請負と区別されることになる。したがってここでの区別の基準はその定義に由来するものである⁹⁸⁾。

まず両契約の区別の基準は、それぞれの概念の発展に伴い、以下のように変化してきた⁹⁹⁾。ローマ法以来委任は無償とされ、この無償性は委任の本質をなし、この点が委任契約と請負契約を区別する基準となっていた。古法においてもこの区別は維持され、また民法典の起草者自身もこうした伝統的な区別に忠実であったとされる¹⁰⁰⁾。その後民法典において有償の委任が認められると、一方で請負は無償ではありえないため、無償であれば委任が成立するが、他方で有償であれば物質的な給付をなすのが請負であるのに対し、知的な給付をなすのが委任であるともされるようになった。しかし今日判例においても採用されている一般的な基準は既述の代理権の有無によるものであり、これは1984条に根拠を有するものである¹⁰¹⁾。ところでこの代理権の有無の基準に加えて、法的な行為か事実的な行為かとの基準も頻繁に見られ

る。これは法律行為をなすものを委任契約とし、事実行為をなすものを請負契約とするものであるが、この基準は、代理権が他人のために法律行為をなす場合にのみ与えられうるものであることから、同基準の一つの具体的な表現形態にすぎず、同じ基準であるとされる¹⁰²⁾。そして判例もこれら二つの表現を用いてこの基準を採用している。例えば破毀院第一民事部 1968 年 2 月 19 日判決 (Bull. civ. I, n° 69) は、請負契約とはある者が請負人に独立してある労務を行うことを課す合意であり、この契約は単なる事実行為に関係し、請負人にいかなる代理権も付与するものではないとする。このように請負契約と委任契約を区別する基準は我が国のそれと異なるわけであるが、これにより既述のようにフランスにおいて請負は我が国でいう請負と準委任に相当するのに対し、委任は法律行為を目的とし、代理権を授与することをその内容としているのである¹⁰³⁾。なおこの請負契約と委任契約を区別する基準は、ある契約をそのどちらと性質決定するだけでなく、両者の混合契約においてある部分がどちらにあたりどちらの制度が適用されるのかを決する基準ともなっている。例えば建築契約は今日においては請負契約とされているが、建築家の行為は事実行為のみならず法律行為も含みうるため、主として請負契約に属するとしても委任契約に属する債務もこれに加わりうる。それゆえに同契約の中には委任契約の部分が含まれ、先の基準はこの部分を決することも可能とするものである¹⁰⁴⁾。そしてこの区分に従いそれぞれの部分に対応する契約の制度が適用されるのみならず、請負契約との統一的な性質決定がなされた場合であっても、代理の特殊性は、全体としての取引の性質が何であれ、対応する法制度 (委任) の適用を求めるため、これらの制度の混合は排除されないとされる¹⁰⁵⁾。こうした制度の混合は、請負契約が対象とする事実行為が物理的な給付のみならず知的な給付を含むようになることで、自由職の活動がしばしば請負契約と性質決定されるようになり、このような契約が委任契約に近く法律行為を伴うことが少なくないがゆえに、特にこうした自由職が結ぶ契約において顕著になってきた¹⁰⁶⁾。なおそのうえでさらに委任契約をもつばら事実行為を対象とする場合にも拡張しうるかも

問題とされている。実際立法の中にはこうした行為についても委任との言葉をあてているものもある。例えば不動産開発業者が建造物の建築計画の実現にあたらせる義務を注文者に対して負う不動産開発契約 (contrat de promotion immobilière) は両契約の要素を含み、むしろ請負契約に属するものとされるが¹⁰⁷⁾、1831-1条はこれを委任契約としている¹⁰⁸⁾。これについて、民法典が定める委任契約ではなくても委任との呼称が用いられることがありえるが、他方で代理は委任の定義に由来する区別の基準として1984条以下に基づくものである限り維持されなければならないため、そこでこうした委任を狭義の委任、代理を伴わないそれを広義の委任として、その呼称を区別する者もある¹⁰⁹⁾。これに対して、こうした立法さらに事実行為が行われる場合にも委任契約との性質決定が行われた判例も踏まえて、新しい委任と請負の区別を主張する見解も現れている¹¹⁰⁾。これはドイツのように代理権とその基礎となる契約とを区別する考え方に立ち、一方的行為に由来する代理権は委任をはじめどのような契約からも生じうるため、これ以外の区別の基準が必要であるとする¹¹¹⁾。そして委任契約において受任者は権限を与えられるが、これは委任者の権利を行使しうることであり、委任者の代わりに決定をすることを意味し、これは事実行為によっても法律行為によっても行われうる。したがって両契約の区別は、委任契約が他人に代わって決定することを任務とするのに対し、請負契約は他人の意思を実行することを任務とすることに求められ、これによれば両カテゴリー間の制度の違いをよく説明しうるとされる。

(2) 次に両契約の制度について、これには以下のような相違が挙げられる。第一に1986条によれば委任契約は原則として無償とされるのに対し、請負契約は有償である。しかしこの相違は委任契約の有償性の発展に伴い消えつつある。これは他人のために事務を引き受ける職業にある者について委任は有償であると推定されることで強化されている。

第二に一方で委任契約については早くから裁判官に受任者の報酬を減額する権限が認められ、対価を定めるについて裁判官の介入が認められてき

た¹¹²⁾。しかしその後請負契約の領域が拡張して、報酬を発生させた知的な給付についてもこれが成立するようになると、判例は委任契約について認められてきたこの権限を請負にも拡張した。例えば破毀院第一民事部 1986 年 6 月 5 日判決 (Bull. civ. I, n° 150) は、報酬を生じさせる業務を行うことを目的として合意がなされた場合に、それが過大であるときには裁判所はこれを減額できるとしたうえで、公認会計士とその顧客との間の契約つまり請負契約において報酬を減額した控訴院の判決を維持している。自由職において弁護士や公証人などの業務がしばしば法律行為を伴っているように、委任契約と請負契約の区別が困難になっていることがこの点での制度の接近を説明するものとされる¹¹³⁾。

第三に上記のように両契約の区別の基準であり、かつその定義の一部ともなっている代理権について、委任契約にはこれが存在するのに対し、請負契約にはこれが存在しないという違いが挙げられる。ただし既述のようにたとえ全体として請負契約との性質決定が行われたとしても、代理権については委任契約の規律が適用されることになるため、この点で代理に関する規律の委任契約との性質決定を超えた適用をしてより一般的な規律の現れが見出されている¹¹⁴⁾。

第四に下請負と複委任について、両契約の制度には次のような相違がある。まず請負人は下請負人についてあらゆる場合において責任を負うのに対し、受任者は複受任者について複委任をなす権限を有していなかった場合などを除いて責任を負わない (1994 条 1 項)。次に注文者と下請負人との間には契約関係がないため、前者から後者への訴えは不法行為責任訴権にしか基づきえないのに対し、委任においては、1994 条 2 項で、「全ての場合において、委任者は、受任者に置き代わった者に対して直接に追及することができる」とされ、契約責任の直接訴権が認められているうえに、さらに破毀院第一民事部 1960 年 12 月 27 日判決 (Bull. civ. I, n° 573) において、反対に複受任者が委任者に対して直接弁済訴権を行使すること、すなわち複受任者が委任者に直接報酬等を求めることが認められるに至り、かくして委任契約におい

てはこうした双方向の直接訴権が認められるに至っている。他方で請負においても、1975年12月31日の法律第1334号により下請負人から注文者に対する直接訴権が認められている。したがってこの点でも委任契約と請負契約との一定の接近が認められるに至っているわけであるが、注文者から下請負人への直接訴権は判例において否定されたままである¹¹⁵⁾。そこで学説においては、こうした判例を踏まえて、委任契約において認められているような直接訴権を請負や質貸借など様々な契約にも及ぼし、直接訴権の一般理論を構築することを試みる者もある¹¹⁶⁾。

第五に契約責任について、一方で請負人はしばしば結果債務を負うことになるのに対し、受任者はしばしばフォートの推定により強化されているとはいえ、原則として手段債務を負うにすぎない。ただし請負契約でも委任に近い物に関しない知的な給付をなす契約（医療契約など）においては、請負人も手段債務を負う。

第六に、2000条によれば、委任者は委任事務の際に被った受任者のあらゆる損害について賠償する義務を負うのに対し、注文者は請負人に対して自らのフォートによらない限りこうした損害について責任を負わない。

第七に契約の終了について、両契約にはおおよそ次のような違いがある。まず一方で委任者は受任者を自由に解任することができるのに対し（2003条）、注文者の場合はそうではない。ただしこの点については、一方で共通の利益のある委任においてはこれが制限され、他方で請負契約においても一定の場合に注文者の一方的解除が認められていることで（例えば1794条の損害賠償を要件とする注文者の解除権）、両契約の相違は緩和されている。次に受任者の死亡の場合とは異なり、請負契約は請負人の死亡により終了する（1795条）。また請負契約は注文者の死亡によっても終了しないのに対し、委任契約は委任者の死亡によって原則として終了する（2003条）。

5 請負契約内部での分類

(1) 以上のように、包括的に定義される請負契約は、売買や寄託、委任など様々な契約との間で境界を接し、当該の契約の性質決定においてはそれぞれの契約との間で見出された基準によりこれらとの区別がなされていた。他方でこの請負契約はそのうちに実に様々な取引を包摂し、またこれら取引はあるものは売買にまたあるものは委任にというように隣接する諸契約にそれぞれが類似しているように、おのおの相違している。それではこの請負契約内部においてこれら諸取引のいかなる分類がなされるか。この分類は、フランスにおいては仕事の完成は請負契約の要素とはされていないため、とりわけ請負人が結果債務まで負うのか、または手段債務を負うにとどまるのかを決する意義を有するものである。以下においては、以上の性質決定の検討を踏まえ、請負契約の内部において行われる分類にごく簡単にふれる。

一方で請負契約には、上記の性質決定の検討において明らかなように、財産の製作をなすタイプのものであり、これらはとりわけその材料を請負人が供給する場合には売買契約との区別が問題となり、特に所有権移転（移転かそれとも取得か）や担保責任を含む民事責任における相違と接近が重要であった。そしてこれら財産の製作をなす請負契約はさらにそれが動産を対象とするか、不動産を対象とするかで分けられ、とりわけ請負人がいかなる民事責任を負うかで相違していた。すなわち、請負契約の中核をなす建築請負において請負人は建築予定不動産の売主や建物完成後の売主らと同様に 1792 条以下の厳格な担保責任を負うのに対して、動産の製作者は通常結果債務を負うとはいえ一般法上の契約責任を負うにとどまっていた。ただしいずれにおいても請負人は製作プロセスの全体を支配しているがゆえに、一般に結果を実現する債務を負っているものと理解されている¹¹⁷⁾。

(2) 他方で請負契約には財産の製作をなすのではないタイプのものもある。これらには財産の製作をなすのではなくとも物に関するタイプ（例えば

クリーニングや自動車の修理など)も物に関しないタイプ(例えば医療契約や弁護士との契約など)も含まれ、とりわけ後者において委任契約との区別が問題になっていた。そして一般的には、このうち物が労務の対象となる前者については請負人の結果債務が、他方主として知的な作業を目的とする後者については請負人の手段債務が認められている。前者がそれほど偶然に左右されないのに対し、後者はとりわけ人間を対象とする場合には、状況が異なるがゆえに、請負人が当然に責任を負うとは言い難いためである¹¹⁸⁾。これに対してこうした分類の有用性を認めながらも異なる分類を主張する見解もある。これは当該請負契約を仕事の実現を目指すものか、それとも役務の提供を目指すものかによって分類するものであり、これによれば物に関する場合だけでなく、作家や音楽家などの無体の芸術的な創作と市場調査やコンサルタント業務のような頭脳労働は前者のカテゴリーに含まれることになり、請負人は結果債務を負うとされるのである¹¹⁹⁾。

6 小 括

(1) 以上の請負契約の性質決定に関する検討を以下のようにまとめることができよう。

まず一般的に契約の性質決定は、ある契約の性質を明らかにしてこれをある法的なカテゴリーに組み入れることをいい、この性質決定が特に意味を持つのは複数の契約の要素を持つ混合契約についてであった。ここでは統一的な性質決定または混合的な性質決定が行われ、さらには当該契約が無名契約とされることもありえた。このうち前二者について、契約の各部分に配分される制度が両立しえない場合には統一的な性質決定が通常選択されるのに対し、両立しうる場合には混合的な性質決定が認められえた。とはいえ単純明快な解決をもたらすがゆえに一般的には統一的な性質決定が優先された。そしてこの統一的な性質決定が行われる場合に、他の契約との区別には、まず当該契約の本質的要素が基準として用いられ、この契約に固有の基準がない

場合、または補助的に、より一般的な要素の主従による基準が用いられるとされた。なおこの性質決定は各契約カテゴリーが伴う法規範の適用という帰結をもたらす点で大きな意義を有するものであるが、いわゆる各種契約の一般理論の生成は性質決定と規範適用とのかい離をもたらすものであった。

(2) 以上の性質決定に関する検討も踏まえて、次にこの広範な請負契約と隣接する諸契約との区別について以下の検討がなされていた。第一に請負契約が特に財産を生み出しこれを移転する場合には、売買契約との間で、とりわけ将来物の売買との間での区別が問題になった。このうちその対象が動産である場合、判例は原則として統一的な性質決定を行い、その基準としていわゆる特殊性の基準を採用し、これによれば物が特に顧客のために作られたのであれば請負契約が、それが量産され規格に従って作られたのであれば売買契約が成立することになった。これに対し対象が不動産である場合、一方で建築者が自らの土地に建築してこれを譲渡する場合には、同契約は売買契約と性質決定され、他方で注文者が自らの土地の上に建物を建てさせた場合には、注文者が主物を提供したと考え、請負契約との性質決定がなされた。そして後者の場合において注文者は従物取得によりその土地への組入れに従い材料の所有権を取得することになるのである。そのうえでこのようにいずれとも区別しがたい場面を有する両契約の制度は特に次の点で接近を見せていた。まず民事責任について、不動産建築においては建築予定不動産の売主も建物完成後の売主もともに売買でありながら 1792 条以下の請負人と同じ担保責任を負い、動産に関しては消費者契約に限定はされるものの消費法典 L.211-1 条 1 項において請負契約は売買契約と同視され、同じ適合性の担保の制度に服させられていた。なおこのうち前者が不動産建築という場面の特性に由来する契約の形式的な相違を超えた制度の同一化であるのに対し、後者は後述のように売買契約と請負契約の担保責任のより一般的な同一化に向けた一つの契機とも解される広がりを持ちうるものである。次に所有権移転について、売買契約は所有権移転効が認められるのに対し、請負契約においては一般的に注文者は所有権を取得すると解され、これに加えて所有

権取得時期や危険負担についても両契約は相違してきたが、特定承継論と所有権留保について売買の規律を請負へ拡張した判例は、請負に所有権移転効を認める場合によりよく説明されるものであった。

第二に寄託契約との区別について、寄託契約と請負契約は一見区別が容易であるように見えるが、次のように両契約の制度は接近し、その性質決定が問題になっていた。まず両契約の制度の接近について、両契約は契約の成立のための代金決定が不要であることやフォートの立証責任の所在、留置権の存在などにおいて接近していた。こうした制度の接近から両契約の区別を論じる実際上の意味が減じられているのである。次に両者の区別が問題となる主な3つの場面のうち、まず物が引き渡されそれについて労務が提供される場面において、一方で請負契約との性質決定を行いながら、寄託契約と同様にフォートの不存在の立証責任を課している判例があった。これについては、請負人に受寄者と同様の義務が課され、寄託契約の制度の部分的な借用が行われていると指摘されていた。他方で同様の契約について混合的な性質決定を行っている判例もあった。次に物の保管をなすために労務を行うことが求められる場面において、判例は一般に寄託契約との性質決定を行いながら、一部事例においては、混合的な性質決定を行い、寄託の部分について受寄者に立証責任を課していた。このように混合的な性質決定をなすのであればその分制度の共通化は無用となるのである。さらに物が引き渡されたが契約の目的とはなっていない場面において、ここでも一番目と同様に判例には混合的な性質決定を行ったものと請負契約との統一的な性質決定を行ったものがあった。そして後者は請負契約の従たる義務として請負人の保管義務を認めたものと解されている。かくして特に両契約のいずれとも判別しがたい場面において、請負契約との性質決定を行いつつ立証責任などの寄託との制度の共通化を行う判例などから、寄託の制度の部分的にせよ横断的な適用をその一般法化を見出すことができるであろう。

第三に委任契約との区別について、請負人も受任者もともに他人のために役務を行い、ともに独立して活動する点で、様々な場面で用いられる両契約

の区別はしばしば困難とされるが、今日もつばら代理権を生じさせるか否かによってこの区別はなされていた。なお建築請負のように事実行為のみならず法律行為もその目的とする契約においては、請負契約との性質決定がなされても、このうち委任契約にあたる部分には同契約の特に代理に関する制度がその特殊性ゆえに適用されえた。そしてこうした契約が特に自由職において増加する一方で、不動産開発契約のように主として請負契約の要素を含みながら委任契約と性質決定される契約も現れたことを受けて、両契約の区別のあり方を再考する見解も現れていた。このように両契約の区別がますます困難になっていることを受けて、特に次のような両契約の制度の同化が見出された。すなわち、委任契約で認められてきた裁判官による報酬の減額が請負契約でも認められ、下請負契約においても委任で認められた双方向の直接訴権のうち少なくとも下請負人の注文者に対する直接訴権が認められ、委任に近い物に関しない役務を行う契約においては請負人も一般に手段債務を負うとされ、さらに終了についても、委任者の任意解除権が共通の利益のある委任において制限されているように相違は緩和されている。また代理権について、たとえ請負契約との性質決定が行われていても、その特殊性からこれに対応する委任契約の規律の適用が認められるのであれば、代理に関する規律の横断的適用とその一般化とが認められる。したがってここには、こうした代理に関する契約をまたいだ規律、さらにはよりおぼろげながら、物に関しない役務を目的とする場合を中心に請負と委任との規律の同化によるこれらに共通する役務に関するより一般的な規律の出現を見出すこともできるかもしれない。

(3) そしてこのような請負契約はその内部において次のように分類された。一方で請負契約には財産の製作をなすタイプのものがあり、これは特に担保責任の点でさらに動産を対象とするか不動産を対象とするかで区別され、いずれにおいても請負人は結果債務を負っていると理解されていた。他方で請負契約には財産の製作をなすのではないタイプがあり、これは主として物に関するタイプと物に関しないタイプとに分類され、後者において請負

人は手段債務を負っていると理解されていた。

(4) 以上のように請負契約は実に様々な取引をカバーしているため、特に売買契約や寄託契約、委任契約のそれぞれとの間で、ますます増加するいずれの要素をも有する契約において、その区別が困難になるとともに、請負契約との統一的な性質決定にもかかわらず、代理や寄託など他方の契約の規律の適用を受け、また財産の移転や役務の提供など同様の給付について規律が一部にせよ同一化されていた。以上を踏まえて、次回はそれではこうした請負契約について学説上どのような再定位の試みがなされているのかを検討する。

注

- 1) 例えば、教科書レベルの記述として、藤岡康宏ほか『民法 IV 債権各論〔第3版補訂〕〕〔磯村保〕(有斐閣 2009年) 12頁は、任意規定が当事者の合意によって排除されるのは当事者の合致した意思が合理性を保障することに基づくが、約款による取引においてはこうした合理性の保障が通常存在しないため、この任意規定の強行法規化を語るができるとする。
- 2) 湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望 第5巻』(日本評論社 1990年) 3頁以下は、契約自由の原則の制約を考慮に入れた非典型契約論の登場の必要性を主張していた。河上正二「混合契約論」についての覚書」法学 56巻 5号 412頁も、明示的な「特約」を合理的な内容へと導くための理論枠組みとしての非典型契約論の検討が要請されているとしていた。さらに近時においても、例えば、椿寿夫=伊藤進「非典型契約の総合的検討に当たって」『非典型契約の総合的検討(別冊 NBL 142号)』(商事法務 2013年)は、同書の冒頭において、ある非典型契約の「契約類型の本性」を明らかにして当該「契約類型の本性」における合理的な契約規範や契約正義を探究すること、その上で当該非典型契約類型に対応した合理的な契約内容を確定しかつ、ある契約条項の効力を判断するという作業が、今日、要請されることになる。われわれの非典型契約の総合的検討は、このような認識に立ってのものである」としている。また後藤卷則「非典型契約における内容規制」椿寿夫ほか編『非典型契約の総合的検討(別冊 NBL 142号)』(商事法務 2013年) 30頁も、「ある非典型契約がどのような内容の契約であるのか、あるいは当事者の定めた契約内容が妥当なものであるのかどうかといった問題が、典型契約の場合に比べてより深刻な課題として出現する」としている。
- 3) 湯浅・前掲注 2) 20頁以下。

- 4) 今日において、非典型契約の総論的テーマおよび各論的テーマを包括する、その総合的検討をなすものとして、椿寿夫ほか編『非典型契約の総合的検討（別冊 NBL 142 号）』（商事法務 2013 年）がある。
- 5) その代表的な見解には、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向 下』（有斐閣 1992 年）297 頁以下や大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣 1997 年）348 頁以下、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」『債権法改正の課題と方向（別冊 NBL 51 号）』（商事法務 1998 年）7 頁以下がある。なお典型契約を消極視する伝統的見解からこれを積極視する見解への流れとこれらの特徴についてまとめるものとして、潮見佳男『契約各論 I』（信山社 2002 年）3 頁以下を参照した。また典型契約の機能を踏まえた、契約の法定類型と現実類型の類型的規律について、石川博康「典型契約と契約内容の確定」内田貴ほか編『民法の争点』（有斐閣 2007 年）236 頁以下を参照した。
- 6) 最も代表的な見解としてしばしば挙げられるのが、来栖三郎『契約法』（有斐閣 1974 年）736 頁以下である。また鈴木祿弥『債権法講義〔四訂版〕』（創文社 2001 年）718 頁以下の記述もその端的な表れである。
- 7) 以下は、大村・前掲注 5) 351 頁以下の要約である。
- 8) 山本・前掲注 5) 7 頁以下は、おおよそ前二者に対応するものを、準拋枠設定機能、内容形成機能としている。
- 9) 大村・前掲注 5) 354 頁参照。
- 10) 我妻榮『債権各論 中巻二（民法講義 V 3）』（岩波書店 1962 年）883 頁参照。
- 11) 混合契約については、その解釈や法適用のあり方をめぐって議論が展開され、これには吸収主義、結合主義、類推適用主義の 3 つの立場が存在していた。我が国の学説では、鳩山秀夫『増訂 日本債権法 各論 下巻』（岩波書店 1924 年）745 頁や我妻・前掲注 10) 887 頁以下などがこのうちの類推適用説を採用して、同説が通説を形成したが、その後これまでの混合契約論は発展させられることなくおかれていた。その理由について、北川善太郎『民法講義 IV 債権各論〔第 3 版〕』（有斐閣 2003 年）110 頁以下は、「混合契約論が細かく分析を重ねてその（契約の）構造を解明しても、その延長で解決に到達できるものではなく、当該契約の全体像との関連では再度当事者の意思に立ち戻った解釈が要請される」ためであるとする。なおこの混合契約論のこれまでにについては、河上・前掲注 2) 415 頁以下および潮見・前掲注 5) 17 頁以下を参照した。
- 12) 河上・前掲注 2) 413 頁。
- 13) 長坂純「混合契約と非典型契約」椿寿夫ほか編『非典型契約の総合的検討（別冊 NBL 142 号）』（商事法務 2013 年）16 頁以下参照。
- 14) 拙稿「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開（1）～（3・完）」南山 36 卷 1 号 77 頁以下、2 号 135 頁以下、3・4 号 293 頁以下。

フランスにおける請負契約の性質決定と再定位の議論に見る各種契約の一般理論と新たな契約の分類 (1)

- 15) 以下の記述は、拙稿「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開 (1)」南山 36 巻 1 号 82 頁以下による。
- 16) A. Bénabent の見解と P. Puig の見解がこれにあたる。これらの見解については、拙稿・前掲注 15) 93 頁以下を参照されたい。
- 17) 以下の各種契約の一般理論の混合契約論への示唆については、拙稿「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開 (3・完)」南山 36 巻 3・4 号 317 頁以下による。
- 18) これらの点については、拙稿「フランス契約法における各種契約の一般理論の形成と展開 (2)」南山 36 巻 2 号 136 頁以下を参照されたい。
- 19) 以下、フランス民法典の条文の翻訳については、主として、法務大臣官房司法法制調査部編 (稲本洋之助監訳) 『フランス民法典——物権・債権関係』(法曹会 1982 年) によっている。
- 20) 以下のフランスの請負契約の概念に関する記述については、後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約・委任契約」國井先生還暦記念『民法学の軌跡と展望』(日本評論社 2002 年) 233 頁以下を参照した。なお同論文において、*contrat d'entreprise* は事務処理委託契約と訳されている。
- 21) P. Puig, *Contrats spéciaux* 4éd., Dalloz, 2011, p. 498.
- 22) 以下においては、請負契約と特に売買契約や委任、寄託などの役務提供契約との関係について検討するわけであるが、これらを含むフランス民法典に規定されている典型契約については、これらに関する規定の全体を検討する、中原太郎准教授による「国際的な民法改正動向を踏まえた典型契約に関する調査研究」のフランスの典型契約に関する詳細な報告書 (<http://www.moj.go.jp/content/000083170.pdf>) 39 頁以下を参照した。
- 23) その由来について、P. Puig, *op. cit.* 21), p.533 は次のようにいう。ここで賃貸借の対象となっているのは、(請負人の) 為すべき労働 (*travail*) であり、その賃貸人は請負人であり、賃借人は注文者ということになる。しかしこうした民法典のとらえ方はローマ法の伝統に則ったものではない。ローマ法上これに相当する契約においては、その対象は人の活動ではなく、実現すべき計画であり、手を加えるべき物であり、達成すべき仕事であるため、ここではこうした仕事の賃貸人は注文者であり、賃借人は請負人ということになる。それゆえここでは字義通り仕事の賃貸借 (*louage d'ouvrage*) が行われていたことになると。このうちローマ法に由来する労務の賃貸借のとらえ方については、坂本武憲「フランスにおける建築請負契約の基本法理」北法 29 巻 3・4 号 739 頁以下を参照した。
- 24) この労務の賃貸借契約から請負契約への呼称の変化とその内実の変化については、F. Labarthe, *Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion*, *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p.490 ets を参照した。

- 25) F. Labarthe, *op. cit.* 24), 493 ets 参照。
- 26) F. Labarthe, *op. cit.* 24), 496 ets 参照。
- 27) 例えば, P. Rémy, La jurisprudence des contrats spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil, Journées René Savatier, PUF, 1986, p. 105 は, 1985 年時点の論考において請負契約がそれ以前の 20 年間にその領域を 3 倍にしているとしていた。
- 28) 例えば, P. Malaurie = L. Aynès = P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux 5éd., Defrénois, 2011, p. 413 は, 委任でなければほとんど全ての活動が請負となるため, 委任と同様, 請負は各種契約の「お手伝いさん」(bonne à tout faire) になっているとする。
- 29) F. Labarthe = C. Noblot, Le contrat d'entreprise, LGDJ, 2008, p. 13 ets.
- 30) 例えば, A. Bénabent, Droit civil Les contrats spéciaux et commerciaux 9éd., Montchrestien, 2011, p. 336 によれば, この請負の条文数は, 貸借や寄託の 40 数条, 賃貸借の 60 数条などに比べその数が少ないうえに, その多くが時代遅れになっているとする。
- 31) この点について, P. Malaurie = L. Aynès = P.-Y. Gautier, *op. cit.* 28), p. 413 ets は, いくつかの契約が頻繁に用いられ, 顕著な特殊性を有することで, 請負契約の内部において自立し, このことは各種契約の法の段階的な特殊化を示すものであるとする。その例として, 特に建築契約に関する特別法が徐々に形成され, 独自性を獲得するも, それでも請負契約から切り離されないことを挙げる。そして各種契約の法に対して契約の一般理論がそうであるように, 請負契約自体に共通の規律は次第に残りものようになり, あら皮のように削られていくとしている。
- 32) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 14 ets 参照。
- 33) この請負契約の定義については, 主に, F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 18 ets を参照した。
- 34) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 499.
- 35) 以上の定義に対しては, 例えばこのうちの代金との要素について, P. Puig, *op. cit.* 21), p. 500 ets は, その不存在により請負契約から排除された契約が無名契約である無償の役務提供契約に属するという性質決定の拒否が不都合であるとの便宜的な理由さらには歴史的な理由から, 対価の存在は不要であり, また対価が金銭によらない場合についても, 少なくとも部分的には請負契約に属するとしている。なお Puig による請負契約の位置づけについては後述する。
- 36) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 498.
- 37) フランス民法典においてこうした役務提供契約はまとめて規定されているわけではなく, 起草当時においては役務提供契約を規律しようとする意図はなかったようである。このように民法典には役務提供契約に関する意識が希薄であったが, 今

フランスにおける請負契約の性質決定と再定位の議 (1)
論に見る各種契約の一般理論と新たな契約の分類

日一般に請負契約その他は役務提供契約として位置づけられ、これら相互の関係等はその後判例や学説によって形成されてきたのである。中原・前掲注 22) 86 頁および後藤・前掲注 20) 231 頁参照。

- 38) このような役務提供型の諸契約、特に請負契約と委任契約の日仏における位置づけ相違については、中原・前掲注 22) 86 頁以下を参照した。なお柳勝司「委任契約の概念について」名城 44 卷 2 号 13 頁以下は、我が国の通説が委任と準委任を区別せず、法律行為ではない事務の委託まで委任に含め、請負との違いを委任が事務を処理すること自体を内容とすることに求めており、また代理権が代理権授与行為により生ずるとしているのに対して、このような委任概念では請負や雇用との区別が困難であり、フランス法も参照して、委任は法律行為の委託であり、代理は委任によって生ずるとし、これが民法典にも忠実であり、起草者の見解にも沿うとする。そのうえで事実行為の委託を内容とする場合は、労働に独立性があれば請負に、なければ雇用となり、さらに我が民法は仕事の完成とそれに対する報酬の支払いを約束することを請負としているため、労働の独立性のあるもののうち仕事の完成を求められるものは請負、そうでないものは準委任になるとする。そのうえで準委任は請負に近いものとして扱うべきであり、委任の規定の無条件の適用はなされるべきではないとする。そしてこれによれば、フランス法と同様の委任の概念が採用され、また請負の規律が及ぶ契約の対象の点でもフランス法に近づくことになる。これに対し、中舎寛樹「委任その他の事務処理契約と代理権授与との関係は、今後どう考えるべきか」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望』（日本評論社 1994 年）21 頁以下は、我が国の委任と代理の法律構成が、ドイツ法とも、また準委任を認めたことで法律行為のみならず事務処理の委託を含む点でフランス法とも異なり、広範で特殊なものであることを踏まえて、いずれかの法に引き付けることをせず、代理権授与の効力を委任の内部的効力からどの程度切り離すことが妥当かを個々具体的に検討する機能的な分析の視点が必要になるとする。そしてこのことと併せて、委任と代理権授与行為との関係という問題の根本的な原因は委任とその他の事務処理契約との区別が不徹底であることにあり、こうした委任概念の明確化こそが目指されなければならないとしている。

39) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 27.

40) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 32.

41) J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{éd.}, LGDJ, 2002, p. 77 ets. その性質決定に関する記述は Billiau によるものである。

42) 詳細については、拙稿・前掲注 18) 136 頁以下を参照されたい。なおフランスにおける契約の性質決定については、邦語文献として、大村・前掲注 5) 195 頁以下を前稿同様に本稿においても参照した。

43) J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *op. cit.* 41), p. 123 ets.

- 44) P. Puig, *op. cit.* 21), p.32.
- 45) F. Labarthe, *Les conflits de qualification*, Mélanges B. Bouloc, 2007, Dalloz, p.539 ets. また同様の内容をより簡潔に記述する, F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.27 ets も参照した。
- 46) F. Labarthe, *op. cit.* 45), p.540 ets.
- 47) F. Labarthe, *op. cit.* 45), p.542 ets.
- 48) F. Labarthe, *op. cit.* 45), p.551 ets.
- 49) F. Labarthe, *op. cit.* 45), p.555 ets.
- 50) このうち本稿では検討しない, 請負契約と雇用契約との区別については, 我が国においてはもっぱら請負が仕事の完成を内容としていることに求められるのに対し, フランスにおいては, ともに事実行為を対象とするが, もっぱら請負では労働が独立してなされることにその違いが求められる。フランス法における請負契約と雇用契約の区別については, 柳・前掲注 38) 38 頁以下を参照した。
- 51) 以下の請負契約の性質決定の議論については, 主として, F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.33 ets を, 次いで P. Puig, *op. cit.* 21), p.503 ets を, また併せて, A. Bénabent, *op. cit.* 30), p.337 ets; P. Malaurie = L. Aynès = P.-Y. Gautier, *op. cit.* 28), p.419 ets; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9éd., Dalloz, 2011, p.631 ets などを参照した。また請負契約と他の契約の制度の接近の傾向については, 各種契約の一般理論の形成の観点から同契約を含む様々な契約間での規律の拡張として制度の接近の全体を概観した, 拙稿・前掲注 15) 86 頁以下を参照されたい。
- 52) P. Puig, *op. cit.* 21), p.511.
- 53) 請負契約と売買契約の区別については, ほかに, M. De Juglart, *La vente: un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise*, Mélanges offertes à J. Derrupe, Litec, 1991, p.63 ets を参照した。
- 54) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.52.
- 55) 坂本・前掲注 23) 741 頁以下によれば, 例えば Pothier は, 労務の賃貸借と売買契約との区別の基準を, 主たる材料を注文者が提供したか (労務の賃貸借), 職人が提供したか (売買) に求めているとのことである。
- 56) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.53 ets.
- 57) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.56.
- 58) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.64. また J. Huet = G. Decocq = C. Grimaldi = H. Lécuyer = J. Morel-Maroger, *Traité de droit civil les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, p.1223 ets は, 材料を請負人が供給する動産の製作において, 請負契約と売買契約の区別の基準を目的物の特殊性に求める場合には, 一定の請負の制度の売買との関係での特殊性, 特に請負の担保責任が建築を除いて売買よりも軽

フランスにおける請負契約の性質決定と再定位の議 (1)
論に見る各種契約の一般理論と新たな契約の分類

- いことが、請負人は契約ごとに役務が異なり、給付の質を完全に保証することがより困難であることから、正当化されるとする。
- 59) また同様にこの特殊性の基準を採用した、破毀院第三民事部 1985 年 2 月 5 日判決 (Bull. civ. III, n° 23) は、請負人から注文を受けた者が供給者にあたるのか (売買)、下請負人にあたるのか (請負) が問題となった事案において、注文のあった物が特別な寸法のもので、事前にストックしておくことができないものであり、代替を不可能にする特別な指示のため特別な労務を行った後で初めて注文を満足させることができたなどとして、請負人は下請負契約を締結したと判示している。
- 60) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p.60 ets.
- 61) P. Puig, *op. cit.* 21), p.516.
- 62) ここで立法とは、売買契約と性質決定されるにもかかわらずその実態が不動産建築であることから、建築予定不動産売買と建物完成後の売買について、とりわけ担保責任を請負契約と同様の規律に服させる民法典の改正を行った 1967 年 7 月 7 日の法律第 547 号および 1978 年 1 月 4 日の法律第 12 号を念頭に置いている。これら改正については、淡路剛久「製作物供給契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第 7 巻』(有斐閣 1984 年) 344 頁以下を、特にこのうちの 1978 年 1 月 4 日法については、古軸隆介「フランス法における「建造者の責任」(1)(2・完)」成蹊 31 号 238 頁以下、32 号 166 頁以下 (特に 31 号 204 頁以下) を参照した。また 1978 年法を中心とするフランスの建築者の責任については、同法に至る歴史的経緯も含めて、ユーグ・ペリネ＝マルケ (瀬川信久訳)「フランスにおける建築者の責任」北法 48 巻 5 号 162 頁以下も参照した。なおこうした契約を含むフランスにおける様々な建築契約制度については、その契約の種類や契約の存在意義、特別な制度の存在根拠、これら制度の問題点などについて概観する、ユーグ・ペリネ＝マルケ (吉田克己訳)「フランスにおける建築契約」北法 48 巻 5 号 203 頁以下を参照した。
- 63) 建築予定不動産売買契約については、坂本武憲「フランスの新たな不動産建築契約について」北法 31 巻 3・4 号 I181 頁以下も参照した。
- 64) P. Puig, *op. cit.* 21), p.516.
- 65) 淡路・前掲注 62) 参照。1978 年法に由来する 1792 条以下の担保責任については、古軸「フランス法における「建造者の責任」(2・完)」前掲注 62) 166 頁以下やユーグ・ペリネ＝マルケ・前掲注 62) 165 頁以下を参照した。
- 66) J. Huet = G. Decocq = C. Grimaldi = H. Lécuyer = J. Morel-Maroger, *op. cit.* 58), p. 1222.
- 67) この場合には、注文者が主たる材料 (土地) を提供したとして、ローマ法以来の主たる材料がいずれによって提供されたかという基準により、請負契約 (労務の賃貸借) との性質決定が行われることになるのである。坂本・前掲注 23) 742 頁参照。
- 68) P. Puig, *op. cit.* 21), p.517.

- 69) 例えば, P.-Y. Gautier, *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux*, RDC. 2006/2, p. 610 ets など。
- 70) 例えば, P. Puig, *Pour un droit commun spécial des contrats, Études en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, *Economica*, p. 848 ets など。
- 71) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 38.
- 72) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 41.
- 73) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 514. ただし Puig 自身は後述のようにこうした見解を採らない。
- 74) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 42 ets.
- 75) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 532 ets.
- 76) 以下は共通法の例示として, P. Puig, *op. cit.* 70), p. 838 に挙げられているものである。
- 77) 本判決以前, 注文者は買主に対して不法行為に基づいて損害賠償が認められていた。こうした契約責任の領域の拡大との観点からの本判決に意義については, 拙著『複合取引の法的構造』(成文堂 2007年) 94頁以下を参照されたい。
- 78) ただし請負契約と下請負契約の連鎖において, 注文者の下請負人に対する訴権については, 破毀院大法廷 1991年7月12日判決 (Bull. civ. ass. plén., n° 5) (Besse判決) が不法行為責任にとどまる旨判示している。
- 79) P. Puig, *Le contrat d'entreprise translatif de propriété*, *Mélanges offerts à Jacques Dupichot, Bruylant*, 2004, p. 396 ets. 後に検討する, 近時における請負契約の所有権移転効を主張する代表的な見解である。
- 80) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 531, 533 ets.
- 81) 両契約の区別の基準と制度の相違については, 中原・前掲注 22) 84頁以下を参照した。またフランスにおける寄託契約の規律については, 旅店主, ホテル業者が必要的寄託の受寄者として負う責任を検討する, 須永醇「ホテル・旅館宿泊契約の側面」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第7巻』(有斐閣 1984年) 143頁以下も参照した。
- 82) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 505.
- 83) 例えば, P. Puig, *op. cit.* 21), p. 616.
- 84) フランスの請負契約において請負人の負う主たる債務が手段債務(注文主がフォートの立証責任を負う)か結果債務(請負人が免責事由の立証責任を負う)かは, 請負契約において一様ではなく, おおむね知的な給付である場合には手段債務を, 仕事が物に関する場合には結果債務または強化された手段債務を負うと解されている。A. Bénabent, *op. cit.* 30), p. 367 ets.
- 85) A. Bénabent, *op. cit.* 30), p. 345.
- 86) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 507.

- 87) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 82.
- 88) P. Rémy, RTD. civ., 1982, p. 431 の見解である。また例えば, P. Puig, *op. cit.* 21), p. 507 ets や A. Bénabent, *op. cit.* 30), p. 345, F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 51), p. 646 も同旨である。
- 89) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 84.
- 90) 上記判決の解説である, P. Rémy, *op. cit.* 88), p. 431. さらに Rémy は, 修理業者が目的物を保管する義務を負うのは自然なことであり, 寄託は請負契約の一段階にすぎず, 寄託契約の成立を認める必要はないこと, 契約自由の体系のもとでは裁判官が他の契約(請負)に属する債務の制度を明らかにするために契約(寄託)を借用することは何ら禁じられていないとする。
- 91) 以上, F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 85 ets.
- 92) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 91 ets. ほかに F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 51), p. 645 などが請負契約になることを示唆する。
- 93) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 94.
- 94) 例えば, A. Bénabent, *op. cit.* 30), p. 344.
- 95) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 96.
- 96) 両契約の区別と制度の違いについては, 後藤・前掲注 20) 238 頁以下や中原・前掲注 22) 80 頁以下を参照した。
- 97) J. Huet = G. Decocq = C. Grimaldi = H. Lécuyer = J. Morel-Maroger, *op. cit.* 58), p. 1218.
- 98) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 108.
- 99) 以下の委任契約と請負契約の区別については, 代理権を生じさせるか否かという今日の区別の基準の確立に至る経緯と今日の立法および判例におけるこの区別の揺らぎを踏まえた新たな基準を主張する, F. Leduc, Deux contrats en quête d'identité: Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, Études offertes à G. Viney, LGDJ, 2008, p. 595 ets も参照した。
- 100) F. Leduc, *op. cit.* 29), p. 599 ets.
- 101) この今日一般的となった J.-B. Duvergier に由来する委任契約と請負契約の区別の基準の確立の経緯については, F. Leduc, *op. cit.* 29), p. 608 ets を参照した。
- 102) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 117 ets.
- 103) 後藤・前掲注 20) 244 頁以下参照。それゆえに我が国のように代理権授与行為を介することなく委任契約から代理権が生ずると考えられている。フランスにおけるこのような委任と代理との関係については, 柳勝司「フランス法に於ける代理と委任」名城 43 卷 3 号 I 頁以下を参照した。また我が国における委任と代理の法律構成との差異について, 中舎・前掲注 38) 25 頁以下を参照した。
- 104) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 118 ets.

- 105) P. Puig, *op. cit.* 21), p. 506.
- 106) 後藤・前掲注 20) 239 頁参照。
- 107) 例えば, P. Puig, *op. cit.* 21), p. 506 や F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 51), p. 637 など。
- 108) この不動産開発契約については, 古軸「フランス法における「建造者の責任」(2-完)」151 頁以下を参照した。
- 109) F. Labarthe = C. Noblot, *op. cit.* 29), p. 119 ets. また P. Puig, *op. cit.* 21), p. 505 も同じく代理権の有無を両契約の区別の基準とする。これに対して例えば A. Bénabent, *op. cit.* 30), p. 346 は, 名義貸しや取次契約など代理権を伴わない委任契約も存在することから両者の区別の基準は法律行為か事実行為かという行為の性質に求められるべきであるとする。これら名義貸しや取次契約はいずれも受任者が自己の名で第三者と契約をするものであり, これが代理の効果を生じさせるかについては, 柳・前掲注 103) 61 頁以下を参照した。これによれば, こうした不完全代理においては, 当事者間の関係を委任契約関係とし, また少なくとも委任の当事者間では委任の実行により取得された権利は委任者に帰属するとするなど制限された範囲で代理の効果を認めるのが学説の多数であるとされる。
- 110) F. Leduc, *op. cit.* 29), p. 620 ets.
- 111) 柳・前掲注 103) 41 頁以下によれば, このように委任と代理を区別する見解は従来から学説の一部に存在してきたとのことである。
- 112) この判例法の形成と学説の見解については, 岸上晴志「フランス判例法における委任報酬減額について」『契約の目的』(不磨書房 2006 年) 81 頁以下を参照した。
- 113) P. Malaurie = L. Aynès = P.-Y. Gautier, *op. cit.* 28), p. 420 ets.
- 114) J. Huet = G. Decocq = C. Grimaldi = H. Lécuyer = J. Morel-Maroger, *op. cit.* 58), p. 1219 は, 請負契約と委任契約との結合の例として, 請負人が代理権を与えられる場合を特に挙げている。
- 115) 古くから判例においては, 前主から特定の財産を譲り受けた特定承継人がその財産に関する権利ないし義務をも承継するという特定承継論に基づいて, 連鎖的売買において転得者から売主に対して直接契約責任訴権を行使することが認められ, こうした契約責任訴権はさらに先述の破毀院大法廷 1986 年 2 月 7 日判決によって売買契約と請負契約の連鎖における注文者から売主に対しても認められたが, 請負の連鎖における注文者から下請負人に対しては, 破毀院内部で見解の対立を生じた後に, 破毀院大法廷 1991 年 7 月 12 日判決によってこれが否定され, 同関係については不法行為責任訴権のみが成立することになった。以上については, 拙著・前掲注 77) 94 頁以下を参照されたい。
- 116) 例えば契約責任に基づく損害賠償の直接訴権と直接履行訴権, さらには直接弁済訴権を, 同一の債務よりなる様々な契約の連鎖である契約群において認めるべきで

フランスにおける請負契約の性質決定と再定位の議
論に見る各種契約の一般理論と新たな契約の分類 (1)

あるとの、直接訴権の一般理論の構築を試みたテーマである、M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 1996, LGDJ が挙げられる。同人の見解については、拙著・前掲注 77) 131 頁以下を参照されたい。

- 117) J. Huet = G. Decocq = C. Grimaldi = H. Lécuyer = J. Morel-Maroger, *op. cit.* 58), p. 1237.
- 118) F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.* 51), p. 649 ets. こうした基準については、後藤・前掲注 20) 241 頁以下も参照した。
- 119) J. Huet = G. Decocq = C. Grimaldi = H. Lécuyer = J. Morel-Maroger, *op. cit.* 58), p. 1237 ets.

【付記】 本稿は、平成 26 年度科学研究費補助金(若手研究(B)) (課題番号 25780079) に基づく研究成果の一部である。