

向も統一の見解を見出せない状態にある。通常名目的取締役は、会社の実質的経営者との間で、「迷惑はかけないから」とか「一切責任は負わない」といったような責任免除の合意がある場合が多い。つまり、会社から懇請されるままに安易に名義だけかし、義務ないし責任を負わないとの約束のもとに、ときには役員報酬も受けることなく、その職に就いた取締役は、自分は名目上の取締役にすぎず、会社の業務の一切に関与せずに他の取締役等に委ねていた、との理由で免責を主張する事例が良く見られる。

従来判例は、名目的取締役に對しても商法266条の3による責任につき厳しい態度を示していた、つまり安易に取締役の地位に就任する者に、取締役としての責任を自覚させる意味において重要な意義をもつとか、会社経営者をしてその職責を十分に果たせ占めるためには、その職責を怠った場合に民事上の責任を負担せしめる形でいわばおどしをかけることが効果的であるからの考えである。しかし、近時の下級審判例においては名目的取締役の責任は監視義務範囲外、悪意・重過失の不存在、因果関係の不存在のいずれかを理由に責任を否定した例は少なくない。さらには、取締役が遠隔地に居住し、他に多忙な職業をもっていること、経営知識をもっていないこと、老齡であることなど個人的事情を考慮し、小規模、小資本の株式会社における実質力者以外の取締役に對し重大な責任を負担させるのは、過酷にすぎるとの考えに立つものになる、結果的にその責任を否定する傾向にある。そして、学説にもこれに類似した見解がある。このような見解に対しては批判が多い。すなわち、現行法の建前は名目だけの取締役に考慮されてない、所謂すべての取締役は他の取締役の業務執行を監視することが予定されていると思います。そして、取締役は会社に対する出資または会社からの報酬受領の有無またはその額の多少に関係なく取締役会の構成員として監視義務を負うのであって、その義務を軽減すべき事由ではない。

それから、会社と取引をした第三者が、現実に登記されている平取締役について、それが名目的・形式的な平取締役であることを知らず、通常の平取締役と考え、同取締役に信頼して取引をしたような場合には、商法14条の趣旨等に照らし、名目的、形式的な平取締役であることを主張し得ず、善意の第三者に対してのみ、通常の平取締役と同様に、商法266条の3第1項の責任を負う者と解すべきと思う。

## 要 旨

# 請負契約とは何か

## — 所有権移転時期問題を機縁として —

夏 秋 尚 子

現行民法の規定では、請負契約を第632条で「請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」と定めている。しかし、わが国の請負契約においては様々な問題があり、その代表的なものとして、所有権の移転時期の問題がある。例えば建築請負契約において、注文者が主たる材料または全部の材料を提供した場合、所有権が原始的に注文者に帰属することに異論はない。しかし、請負人が主たる材料または全部の材料を提供した場合、完成した建物が請負人に帰属するのか、あるいは注文者に帰属するのか、またその時期はいつなのかについて学説は紛糾している。なぜなら、完成した建物の所有権を請負人に帰属させるのも、注文者に帰属させるのも、根拠の一つとして「当事者の意思」をあげており、どちらに解するのが当事者の意思に合致するのか問題となるからである。

さらに、ある者が主たる材料あるいは全部の材料を提供し、相手方がその材料に手を加えた場合、その契約を請負契約と解するのか、早くも売買契約と解するのかについて、請負契約の立法過程において問題とされていた。例えば、服屋が自らの材料で服を仕立てた場合が問題となる。注文者が生地を持ってきて、その生地を手を加えた場合は、所有権の所在が問題となる余地はない。生地も完成品も終始注文者のものだからである。しかし服屋が自らの材料で服を仕立てた場合、材料を自分で加工するので、材料（服地）はもちろん加工物については相当時点まで服屋に所有権があることは明らかである。しかし注文者の注文で作る以上は、注文者との契約関係が働くのでどこかで注文者の所有物になるはずであり、それがどの時点かが問題となる。注文者の受領時か、引渡しの時点か、完成の時点であろうか。ここで上述の所有権の移転時期の問題が起こってくる。このような契約を請負契約と解すれば、請負人原始取得説により、服の引渡し時に所有権が移転すると考えられる。一方、このような契約を売買契約と解すると、契約内容次第で、あるいは代金と引換えに引渡し時に売主から買主に所有権が移転し、あるいはフランス法のように通常は服の完成時に所有権が買主に取得されることが推定されることが考えられる。結果だけを見れば、殊に代金と目的物の引渡しを引換えに行うことが多いわが国の取引慣行では、完成した目的物の所有権を引渡し時に注文者あるいは買主に移転する場合は殆どであろう。そのために、近年はこのような契約を請負契約と解するのか売買契約と解するのかという差があまりなくなってきたように考えられる。

立法過程においては、請負人が主たる材料または全部の材料を提供した場合について、旧民法と現行民法とで請負契約の規定が異なる等、その沿革も一様ではない。

現行民法はドイツ法の強い影響下に策定された。すなわち現行民法の立案時に発表されていたドイツ民法典第一草案（1881年ドイツ連邦参議院可決）を参考にしている（1900年に施行された現行ドイツ民法典は第三草案にあたる）。請負契約に関しては、フランスの法学者であるBoissonadeの民法草稿をもとに立案された旧民法の規定が現行民法には継承されず、フランス法では問題とならない建築請負における所有権帰属などで学説の対立を生じている。そこで請負契約とは何かを明らかにする上で、現行民法、ドイツ民法典、旧民法、Boissonade民法草稿、フランス民法典における請負契約の概念を明らかにするとともに、ドイツ民法典およびフランス民法典に強い影響を与えたローマ法を知ることが重要と考えられる。

そこで本稿では、建築請負契約に関するわが国の判例・学説を紹介し、それを検討した。ついでローマ法における賃約*locatio conductio*の概念を中心に検討し、フランス民法典における請負契約にどのようにつながったかを検討した。さらにBoissonadeによる民法案を*Projet de Code civil pour l' Empire du Japon*、仏文・日本民法草案註解 第3巻を題材に検討し、それをもとに編纂された旧民法の請負規定を検討した。ついでわが国の現行民法典に大きな影響を与えたドイツ民法典における請負契約について論じ、現行民法請負契約の性質について、売買契約あるいは雇用契約と比較して論じた。

ローマ法においては、近代市民法における「賃貸借*locatio conductio rei*」、「請負*locatio conductio operis*」、「雇傭*locatio conductio operarum*」の3つの契約類型は分離しておらず、「賃約*locatio conductio*」の名で一まとめにされていた。「賃貸借*locatio conductio rei*」、「請負*locatio conductio operis*」、「雇傭*locatio conductio operarum*」は分かれておらず、シュルツは「かくて、われらは、三分法を明確に放擲しなければならない。それは、大陸の法制的スコラスティシズムの産物であり、また、それは、不必要な困難、そして誤謬を犯すところにまでわれわれを導いて行くものである」。「責任および危険に関する諸問題は、その契約が『請負』であるか『雇傭』であるかには無関係であった」と述べている。しかし、借主と貸主との呼称については一定の基準をもって両方の語を使い分けていた可能性も考慮しなければならない。誰かから受け取って仕事をする時は「conductor」（借り手）、職工がその手を貸してあげるような時には「locator」（貸し手）というように使い分けていたのではないかと考えられる。注文付売買契約との関係では、注文者が材料を提供した場合には「賃約*locatio conductio*」が成立し、労務提供者が材料を提供した場合は売買契約とされている。

フランス民法典では注文付売買契約と請負契約の区別がローマ法と同じであり、労務提供者が材料を提供した時には一旦作られた物の売買契約であり、注文者が材料を提供した時には労務賃貸借契約となる。Maurice, Aynès およびGautierは売買契約には労務は含まれず物だけである、材料の提供は売買の範疇に入り労務の給付は請負契約の範疇に入る、としている。

請負契約および委任契約はともに役務の提供を目的とするが、委任は法律行為を目的とし、請負契約は物的行為に関連する。請負契約は労務を目的とするがゆえに、請負は売買および委任と区別される。請負人はこの労務を、独立性をもって遂行しなければならないので労働契約とも区別される。もっとも建築責任に関する1967年1月3日法と7月7日法が、売買の制度と請負契約の制度の混ざった、新しい規定を作り出したことも指摘しなければならないであろう。

フランス民法典をもとに日本の民法草案として作成されたBoissonade草案は、フランス民法典とその後フランス法の展開を基礎にしつつ、イタリアやベルギーなどの法律、日本の慣習を参考にし、彼の独創も加えた。注文者が全てか少なくとも主たる材料を提供した時には仕事あるいは勤労の賃貸借契約、請負人がそれらの材料を提供した時は条件付きの売買とした。

旧民法はBoissonadeの指導の下に、その作った民法草案に殆ど依拠して編纂されたので、フランス民法の影響の強いものとなった。旧民法は、工技又は労力も用いて行う仕事の全部又は一部につき予定代価とする合意は、注文者が主たる材料を提供した場合を請負契約であるとした。一方、労務提供者が主たる材料を提供した場合は条件付きの売買であるとした。このように、旧民法では前述のようなBoissonadeの考えを受け、材料提供者により売買契約か請負契約かを区別した。請負人が材料を提供した場合は売買の規定が適用されるが、引渡しによって請負人から注文者に所有権が移転する。

ドイツ民法典における請負契約と売買契約との違いは、売買においてはあらかじめ物が製造されているのに対して、請負においては注文者からの注文を待つて物を製造することにある。また、製作した物が代替物か不代替物で分け、前者については売買、後者については売買と請負の規定を適用するとされている。仕事をする人がコントロールすることのできるリスクが問題となっていることが対象となる場合には、請負契約といってよいとされており、ローマ法やフランス法が材料の提供者により区別しているのとは異なる。

現行民法の請負規定は旧民法をベースとし、ドイツ民法典の第一草案を参考に立案された。しかし、材料提供者によって請負契約か売買契約かを明確に区別していた旧民法の規定は現行民法には継承されず、動産不動産を問わず、材料の提供者によらず当事者の意思によって、したがって当時の人々の常識的観念では大部分に請負契約の規定が適用されることとなったと思われる。このために当時も多かったと推測される請負人が材料を提供する場合に、目的物の所有権の帰属問題、すなわち何時所有権が請負人から注文者に移転するのかという問題が生じることとなった。

思うに、建物建築の場合は、フランスでもドイツでも土地と建物とは一個の不動産であり後者は前者の構成部分をなすに過ぎないため、請負人が材料を提供した場合でも完成した建物の所有権は常に注文者に帰属し、所有権帰属の問題は起こらなかった。これに対し、日本では土地と建物を別々の不動産とした為に、材料提供者が請負人である場合に所有権の帰属問題すなわち所有権の移転時期の問題が動産の場合と同様に問題となって起こったと考えられる。注文付売買か請負かという区別が当事者の意思に委ねられ、ヨーロッパ大陸法のように法定基準が与えられなかったのは、売買とすることによって引渡し時ではなくその前の建物の完成時に当然に移転してしまうこと（つまり、フランス法のような意思主義の適用）を避けるためであると推測されないだろうか。

以上の検討は、わが民法典の請負契約を主として有名な所有権移転の時期をめぐる問題を機縁として沿革史的に概観したに過ぎず、しかもかなり大雑把な概観であったが、それでも以上のことが明確になり、また、以下のことが今後のより深い研究によって追求に値する一つの仮説として浮かび上がってきたのではないと思われる。すなわち、わが民法典の旧民法からの「改正」は、おそらくドイツ民法第一草案を

参照し影響され力づけられつつ、旧民法のようなフランス法に基礎をおく外来の観念から離れ、当時の日本社会にあるその土俵を請負観念や労務提供契約というものの一般の常識に近づけて議論し、この土俵に馴染んだ形でそれらを法制度として結晶させるという意味を、起草者の意図如何に関わらず持つこととなったことを示唆しているように思われる。それこそが民法制定によって学説がものの見事に転換し、それまでの議論があたかも幻のように謬説として簡単に一蹴され、あるいは大審院の判例もドラスティックな転換をとげることを可能とした背景ではなかろうか。

この点は、本論文が基礎とした材料ではなお一個の推測にとどまり、わが国の当時の観念や慣習を探求する必要があることを付言する。

また、近年の注文者原始取得説の強まりやそれに実質的に対応しているように見える近時の判例の動向については、何の検討もできなかったが、参照した現代フランス法教科書によれば、フランスでも現代法への移行において請負法が顕著な展開を遂げていることが看取されるので、共通に請負契約とりわけ建築請負契約の現代法化として捉えられる可能性が開けた。これも本研究により浮かび上がった今後の検討課題として忘れてはならない。

以上の事柄は、所有権移転時期の問題にせよ、その他の問題にせよ、わが国の請負契約の問題は、比較法的歴史的により広い議論の場と材料によって検討されなければならないことを示唆しており、本稿のように相対的に狭い領域での検討の限界を示唆している。したがって、今後はわが国の民法の立法過程にとどまらず、歴史的視野あるいは比較法的視野に立ち、フランス法の現代までの流れや、すでに日本で紹介されている債務法の全面改正によって瑕疵担保等が一新されたドイツ法を検討するとともに、瑕疵担保責任や危険負担といった一見独立の問題に見える事項も睨みつつ請負契約とは何か、日本の請負契約の特徴とその今後を考察する必要がある。もちろん、本稿の範囲で不十分に終わっている諸点、すなわちフランスのBoissonadeの時代までの学説・判例の検討、ドイツ民法典の第一草案及びその立法過程の検討、さらにローマ法の立ち入った検討が本稿の補強のために必要であることは言うまでもない。

今後さらにこれらの点について検討を深め、あるいは新たな研究課題に加えて、従来日本の学界で十分且つ全面的に検討が加えられたとはいえない請負契約法の全面的な考察として発展させたい。

## 要 旨

# 『戦後の予算制度をめぐる改革議論と経済財政諮問会議

## — 予算編成過程における経済財政諮問会議の運用分析 —

加 藤 弘 紀

いわゆる橋本行革においては内閣機能の強化が重要な目的とされた。中でも経済財政諮問会議は、予算編成の基本方針など、マクロの予算編成における内閣の主導性を確立するために設置された。行政改革会議の構想では、「その年の予算の性格（景気刺激型か緊縮型か）、規模（総額や国債政策の選択、税制の活用）、重点項目の選定（どの分野へ重点配分するか）、大体の支出規模などの予算の枠組み、基本方針」において、内閣が主導性を発揮するために、諮問会議を活用し、そこで審議された方針にそって、財務省が細部の予算査定を行うというものだった。同会議と財務省との関係、答申の実行性、事務局体制の問題など、問題点を抱えた機関であった。大方の予想どおり、2001年1月に発足した当初（森内閣期）には、首