

フランスにおける仕事の賃約の法性決定―賃約の三分割論を機縁として―

J24R501 梶山 尚子

第一章 はじめに

第一節 問題の所在

第二節 日本における所有権の帰属問題

第一款 請負人原始取得説

第二款 注文者原始取得説

第三款 小括

第二章 仕事の賃約と請負契約の概念

第三章 ローマ法における賃約

第一節 賃約(locatio conductio)の概念

第二節 フェリックス・オリヴィエ＝マルタンによる賃約の3分割論の整理

第一款 物の賃約

第二款 労務の賃約と仕事の賃約の目的による区別

第三款 労務の賃約と仕事の賃約の効果による区別

第四款 賃約における当事者の呼称

第五款 賃約の3分割論の変遷

第三節 小括

第四章 フランス民法典編纂前の法学説

第一節 ドマの見解

第一款 ドマのローマ法への見解

第二款 賃約の定義

第三款 賃約における当事者の呼称

第四款 賃約と売買契約の区別

第二節 ポテイエの見解

第一款 物の賃約の定義

第二款 物の賃約の対象

第三款 物の賃約における対価

第四款 物の賃約と売買契約の区別

第五款 物の賃約における危険負担

第六款 仕事の賃約の定義

第七款 物の賃約と仕事の賃約の区別

第八款 仕事の賃約の成立要件

1 為すべき仕事

2 対価

3 契約当事者の合意

第九款 仕事の賃約と売買契約の区別

第十款 当事者の呼称

第十一款 仕事の賃約における危険負担

第三節 小括

第五章 フランス民法典における賃約

第一節 賃約の定義

第二節 物の賃約の定義

第三節 仕事の賃約の定義

第四節 フランス民法典原始規定第 1779 条とフランス民法典第 1779 条の差異

第五節 仕事の賃約の成立要件

第一款 為すべき仕事

第二款 対価

第三款 契約当時者の合意

第六節 請負契約と売買契約の区別

第七節 請負契約と他の契約の区別

第八節 2016 年債務法改正

第九節 2018 年オールドナンス追認法

第十節 アンリ・カピタン協会による改正草案

第十一節 小括

第六章 日本における請負契約

第一節 ボワソナード民法

第一款 民法草案

第二款 民法理由書

第二節 旧民法

第三節 現行民法

第一款 現行民法編纂過程における請負契約と売買契約の区別

1 穂積委員の見解

2 高木委員の見解

第二款 主要な学説

1 民法要義

2 帝國民法正解

第三款 現行民法編纂過程における請負契約と雇用契約の区別

第四款 主要な学説

1 民法要義

2 帝國民法正解

第四節 小括

第七章 結語

第一章 はじめに

第一節 問題の所在¹

日本では、他人の役務²(人が行う行為)を利用することを目的とする契約として雇用、請負、委任、寄託の4つの典型契約があり、これらの契約は役務提供型契約と呼ばれている。更に、近時、経済活動の発展によりエステ契約やクリーニング、学習塾、ソフトウェア開発、ホームページの作成、など様々な契約が結ばれるようになった。これらの新しい契約が多岐にわたるため、雇用、請負、委任、寄託の契約に当てはまらない場合は、従来、準委任が受け皿となって対応してきた。しかし、これらの契約を役務提供型契約の中のどの契約類型に分類し、どの規定を適用させるのか判断が困難な場合も増えている。そこで、これらの契約と役務提供型契約を包括する上位概念として役務提供契約³と言う概念がある。役務提供契約は、「役務の提供が債務内容の全部又は一部をなす契約⁴」と定義される。つまり、役務提供契約は、役務提供型契約の更に上位の広い概念として位置付けられる⁵。

¹ 梶山尚子「フランス民法典における仕事の賃約に関する一考察」『龍谷法学』第56巻第4号(2024年)409頁以下を引用する箇所がある。

² フランス法では service とされ、来栖三郎は「労務」と訳し(来栖三郎『契約法』[有斐閣1974年]412頁)、我妻榮・有泉亨は「労力」と訳す(我妻榮・有泉亨『民法Ⅱ 債権法』[一粒社 1961年]314頁)。日本では訳語が混濁しており、フランス法の理解が困難になっているため、本稿では「役務」と「労務」を都度使い分ける。

³ 役務提供契約に関して以下を参照した。

岡田希世子「継続的役務提供契約における解除をめぐる諸問題—中途解約権の問題を中心に—」『経営学論集』第27巻第4号(2017年)51頁以下。長坂純「役務提供契約の特質と提供者責任の構造」『明治大学社会科学研究所紀要』53巻2号1頁以下。北居功「役務の顧客適合性—履行プロセスで確定される給付内容—」『法政論集』254号(2014年)459頁以下。芦野訓和「請負契約—役務提供契約の一類型としての請負契約—」円谷峻編『社会の変容と民法典』(成文堂,2010年)397頁以下。

⁴ 中田裕康「現代における役務提供契約の特徴(中)」『NBL』579号(1995年)33頁。

⁵ なお、都筑教授も役務提供契約の共通規定は「役務提供契約一般を適用対象とする総則的規定であり、個々の役務提供型の典型契約の上位のカテゴリーに位置付けられる。役務

しかし、役務提供契約を規定する条文は存在しない。そこで、2017年に民法(債権関係)改正が行われた際に、民法制定時には想定していなかった新しい役務の給付を目的とする契約について民法が必ずしも適切な規律を提示できておらず、新たな典型契約を設ける必要があるという指摘もあるとして、準委任に代わる役務提供契約の規定を設けるか否かが検討された⁶。審議の中で、検討委員会の試案が雇用契約を含めた雇用、委任、請負、寄託それら全部の総則規定として役務提供という概念を提案していることについて、内田委員は、比較法的にはこのような例がなく、比較法においては雇用を外に置いているという共通の傾向以上の共通の傾向を見出すのは困難であるとした⁷。内田委員の発言を受け、能見委員も役務提供契約をサービス提供、役務提供型の契約の総則的な規定で設けるとするのは困難であるとした⁸。このように役務提供契約を役務提供型契約の総則として規定することに対して消極的な意見が多く、役務提供契約の規定を設けることは見送られることになった⁹。他方、フランスでは2016年に役務提供契約の条文が設けられている。そこで、日本法を検討するために、フランスでの議論を手掛かりに考える。

フランス¹⁰においては2016年に債務法が改正され、役務提供契約(contrats de prestation

提供契約の共通規定は、全ての契約に妥当するわけではないが同系類の契約に妥当する、契約の一般理論と民法典の典型契約のルールの間位置するものである」とする。都筑満雄「役務提供契約共通法の序論的考察—フランスにおける役務提供契約の共通規定を参考に—」『法律論叢』93巻6号(2021年)154頁。

⁶ 法務省 法制審議会民法(債権関係)部会 部会資料17-1。

⁷ 法務省 法制審議会民法(債権関係)部会第17回会議議事録43頁以下。

⁸ 法務省・前掲注(7)45頁。

⁹ 法務省 民法(債権関係)部会資料57 33頁。

¹⁰ フランス法に関して以下を参照した。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—フランス法における事務処理委託契約(contrat d'entreprise)を参照して」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』(日本評論社,2002年)229頁以下、都筑満雄「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)(2)(3・完)—非典型契約論の考察に向けた予備作業—」『南山法学』36巻1号(2012年)77頁以下、同じく『南山法学』36巻2号(2013年)135頁以下、同じく『南山法学』36巻3・4号(2013年)293頁以下、森田修「契約法—フランスにおけるコース論の現段階」『現代フランス法の論点』(東

de service)に関する条文が 1 条設けられた。すなわち、フランス債務法改正オルドナンス(2016 年 2 月 10 日のオルドナンス第 131 号)第 1165 条¹¹は、「役務提供契約において、その履行に先立つ当事者の合意がない場合には、債権者が価格を定めることができる。この場合において、異議があるときは、債権者はその額につき理由を付さなければならない。価格決定が濫用的にされた場合には、損害賠償につき提訴することができる¹²」と定める。本改正法は「債権法規範における世界的なトレンドを意識しつつ、1804 年法制定以来培われてきた判例、学説の到達点を刻み込んだものとなっている¹³」と評価され、新 1165 条により、債権者が対価を決定できる場合が明確化されたことは間違いない¹⁴。

しかし、本改正では、役務提供契約の定義がなく、本条も役務提供契約の対価に関する規定に留まっており、その他定義に関する規定は見られない。この点につきプイグ(Pascal Puig)は、役務提供契約は非常に多く、多様であるため定義に関する規定が無いとする¹⁵。フィリップ・シムラー(Philippe Simler)もオルドナンス第 1165 条は、債権者により価格の濫

京大学出版会,2021 年)161 頁以下、ユーク・ペリネ＝マルケ(翻訳：吉田克己)「フランスにおける建築契約」『北大法学論集』48 巻 1159 頁以下、坂本武憲「フランスにおける建築請負契約と所有権」私法 44 巻(1982 年)143 頁以下。

また、ドイツ法に関して、永岩慧子「建築契約に関するドイツ民法典改正について ―改正法の概要と試訳―」『名経法学』第 39 号(2017 年)92 頁以下、栗田哲男『現代民法研究(1) 請負契約』(信山社,1997 年)を参照した。

¹¹ Art.1165.

Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts

¹² 荻野奈緒、馬場圭太、齋藤由紀、山城一真「フランス債務法改正オルドナンス(2016 年 2 月 10 日のオルドナンス第 131 号)による民法典の改正」『同志社法學』69 巻 1 号(2017 年)295 頁を引用した。

¹³ 上井長十「フランス債権法改正規定における対価の確定性」『三重大学法経論叢』第 36 巻(2019 年)43 頁。

¹⁴ Alain Bénabent, Droit des obligations, 19^e éd., LGDJ, p.146

¹⁵ Pascal Puig, Contrats spéciaux, 7^e éd., Dalloz, 2017, p.636

用があった場合の損害賠償のみが規定されているとする¹⁶。このように、第 1165 条は役務提供契約の対価に関する条項となっている。

これまでフランスにおいては、役務提供型の契約を包括する規定として仕事の賃約 (louage d'ouvrage)¹⁷が受け皿となってきた。仕事の賃約は第 1710 条で「当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約である¹⁸」と定義される。フランス民法典原始規定は、仕事の賃約には主に 3 種類あり、ある役務を約する労務者(職人、家事家事使用人)の賃約、人または物品の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約、見積りまたは一括請負による仕事の請負人の賃約であると定める。仕事の賃約はこれら 3 種類の賃約を包括する概念である。

仕事の賃約の対価¹⁹について、フランスでは従来、「対価は契約締結時に確定しているべ

¹⁶ Philippe Simler, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, 2^e éd., Lexis Nexis, 2018, p. 26

¹⁷ 本稿においては、原文に従い、louage d'ouvrage を仕事の賃約と訳し、contrat d'entreprise を請負契約と訳す。

請負契約とは、請負人である仕事の locator が、対価を受け取る見返りに、顧客である仕事の注文者個人のために、独立した方法で仕事や労働を遂行することを請け負う契約であり、その定義は広く、様々な契約を結ぶことができる契約(François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, 9^e éd., Dalloz, 2011, p. 628)であり、厳密には知的給付の有無によって仕事の賃約と区別されるが、フランスの学説においては仕事の賃約の同義語として扱われており、民法上にも規定はない。従って、仏文ではない箇所の記述については、仕事の賃約の語を使用する。

¹⁸ 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.

¹⁹ フランスにおける役務提供契約の対価の確定について、上井長十「役務提供契約における報酬の蹴って初とその修正に関する序論的考察」『三重大学法経論叢』第 32 巻第 1 号(2014 年)53 頁以下参照。

きか、対価を契約当事者の一方の者が一方的に確定することができるか、客観的に対価的均衡を欠く契約に対して裁判官がその修正を図ることができるか²⁰」が議論されてきた。その発端は、1918 年以来西側世界に定着した通貨不安定現象にある²¹。「ある通貨の現在の価値を知っていたとしても、数ヵ月後、あるいは数年後に、その通貨の[重さ][すなわち購買力]を予測することは難しい。その結果、一定期間にわたって履行される契約の場合、当事者が将来支払うべき金額を確定することはしばしば困難であり、特に変動参照要素 [外貨、特定の商品の価格、さまざまな物価 [指数]] を使用することによって、後日まで確定を先延ばしにする誘惑に駆られる。しかし、この技法を放っておくわけにはいかない。国家は、国の経済に不可欠な役割を果たす「貨幣均衡」をコントロールし、「貨幣的公序良俗」が存在するようにすることに直接的な関心を持っている。あらゆる契約の構造的要件とともに、この貨幣的公序良俗は、契約で定められた金銭の支払い義務は、金額の確定、使用される通貨、許容される指数に関する 3 つの要請に従わなければならないことを意味する」とする。つまり、1918 年以来、通貨が不安定なものとなり、履行が長期間に渡る仕事の賃約などは、契約締結時の物価や貨幣価値と履行時の物価や貨幣価値が大きく変わるといふ現象が起きた。従って、1995 年までの通説では契約時に金額を確定することが求められたのである。しかし、1995 年 12 月 1 日の破毀院大法廷判決では、「債務は、少なくともその種類について確定された物を目的としなければならない。物の分量は、それを確定することができる限りで、未定であってよい²²」と定める第 1129 条²³は、代金の

²⁰ 上井・前掲注(13) 43 頁。

²¹ Alain Bénabent, op.cit., p.146

²² 法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』(法曹会, 1982 年)66 頁を引用した。

²³ Art.1129

Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.
La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

不確定には適用されることはないと判示された²⁴のである。この変更された判例法の正確

²⁴ 1995 年 12 月 1 日の判決については小林和子「契約法における理由提示義務(1)」『一橋法学』第 4 巻第 2 号(2005 年)506 頁以下を参照し、引用する。

【事案】

(第 1 事件)1982 年 11 月 15 日、ベクテル社は、コフラテル社と、15 年間に渡る、自己の会社における電話整備の、「賃貸借・保守」(location-entretien)契約を締結した。1984 年 6 月 26 日、ベクテル社は会社の一部を閉鎖し、契約を終了することをコフラテル社に告げた。コフラテル社は、ベクテル社を、契約によって定められた期間終了前の終了の違約金条項による賠償金を請求するために法廷に召喚した。しかし、ベクテル社は価格の不確定による契約の無効を主張した。

(第 2 事件)1987 年 8 月 27 日、ホテル経営のため、モンパルナス社はアルカテル社と 10 年間に渡る、電話の「賃貸借・保守」(location-entretien)契約を締結した。1990 年 1 月、モンパルナス社は営業財産を譲渡したが、譲受人は電話の設定の継続を望まなかった。アルカテル社は契約に定められた通り、解消に対する損害賠償を請求するため、モンパルナス社を法廷に召喚した。

(第 3 事件)1981 年 7 月 5 日、スマコ社は、CAT 社と電話の「賃貸借・保守」(location-entretien)契約を締結した。その内容によると使用料はスライドされ、さらに状況によっては料金に上乗せさせられる金額も契約で予定されていた。また、契約上排他的にスマコ社は CAT 社に設備の変更を問い合わせなければならず、スマコ社が CAT 社に問い合わせをしなければならぬ不可避的な修理の価格は決定されたものではなく、CAT 社の意思のみによって決定できるものであった。1986 年、スマコ社による使用料の支払いがないため、CAT 社は契約を終了し契約で定められた損害賠償を請求した。しかし、スマコ社は価格の不確定であるため契約の無効を主張した。

(第 4 事件)Gaignaire 氏(フランチャイジー)は、Vassali 氏(フランチャイザー)との間で、5 年間に渡るフランチャイズ契約を締結した。その内容によると、Gaignaire 氏は、Vassali 氏から購入した製品のみを利用することができるとされていた。両当事者間の契約条項には価格決定方法は調達の注文がなされる日に効力のある価格表によるとする条項が含まれていた。そこで、Gaignaire 氏は価格の不確定による無効を主張した。

【判旨】民法典第 1709 条、同 1710 条、同 1134 条全項、同 1135 条に鑑み、ある合意が将来の契約の締結を予定している場合、その最初の合意におけるこれらの契約の代金額の不確定は、特別な制定法による規定を除いて、最初の合意の有効性に影響を及ぼすものではなく、価格決定の濫用は告知(résiliation)もしくは損害賠償を発生させるのみである。

(第 1 判決、第 3 判決)

民法典 1129 条は、代金額の不確定には適用されることはない、代金額の決定の濫用に對する解約あるいは損害賠償請求がなされることはなく、状況の変化、電話整備の長期賃

な範囲を評価することはまだ難しく、教義上、実務上も、判例法上も、状況は不透明なままである²⁵と指摘されていた。この判決は、委任的な要素が入っている請負契約が多発したので、第 1710 条で対価を事前に確定することを要件とすることを緩めたものとして捉えられる。

このような状況の中で規定されたのが、第 1165 条であるが、第 1165 条と第 1710 条の間には少なくとも対価に関する明確な差異があり、対価に関する新たな議論が持ち込まれる。なぜなら、第 1165 条の規定によると、履行前に契約当事者が対価について合意していない場合でも契約は有効に成立するが、第 1710 条は、仕事の賃約の成立要件の 1 つとして当事者間で合意された対価を挙げるからである。第 1165 条の役務提供契約の規定によると、債権者が価格を定めることができ、この契約には委任の要素が含まれる。一方、第 1710 条は仕事の賃約のみを規定する。

さらに、対価確定の問題については、これまで、「価格は確定可能でなければならない。契約の一方当事者が価格を確定することが出来る権限を持つという合意は確定可能ではないとするのがフランスにおける対価確定ルール²⁶」であった。しかし、「役務契約に関する非常に重要な例外がすでに存在している。固定価格の要件は、請負契約には適用されないことが長い間認められてきた。この場合、1710 条の条件にもかかわらず、裁判所は、当事者が説明していない対価を確定することによって、事後的に契約を完了させる²⁷」ことができるとされてきたのである。さらに最近、破産院はこの例外を、履行義務を発生させるす

貸借契約の無効という例外を採用しなかった控訴院の決定は正当なものである。(第 2 判決)

民法典 1134 条と同 1135 条に鑑み、調達の注文をなす日に効力のある価格表を参照するとしたフランチャイズ契約の条項は、契約の有効性に影響を及ぼすものではない。価格決定の濫用は解約もしくは損害賠償を発生させるのみである。(第 4 判決)

²⁵ Alain Bénabent, op.cit., p.146

²⁶ 上井・前掲注(13)43 頁。

²⁷ Alain Bénabent, op.cit., p.146

すべての契約に適用すると決定し、顕著な拡張を与え、正確な報酬額に関する事前の合意は、そのような契約の成立に不可欠な要素ではないとし、「多くの法律家は、この解決策を履行義務に限定するべきではなく、司法の監視の下での一方的な固定化の可能性はあらゆる場所で認められるべきだ²⁸」という議論になっている。

プイグは本改正により、民法に役務提供契約が盛り込まれたが、「これは私たちに、特別契約の中での請負契約の位置づけを再考するよう促している。売買、交換、物の賃約、貸借、委任、寄託といった古典的な契約と並ぶ特別な契約であると同時に、請負契約は、その対象が、今やその内容が、[相手方のために何かをする] 義務であるすべての契約、すなわち役務に関する契約を包含する一般的なカテゴリーでもある。特別法であると同時に契約の一群でもある請負契約は、現在、特に密接な関係にあるこの新しいカテゴリーの民事契約と共存しなければならない。請負契約はその中に溶け込むほど、それに同化するべきなのだろうか。それは違うものだろうか。将来的な契約の健全な見直しの課題は何か。これらは、請負契約に関する債務法の改正が最初に提起した問題である²⁹」とし、役務提供契約に請負契約を含ませるのが妥当なのか否かを検討するために、請負契約の位置付けを見直す必要があると問題を提起する。

さらなる議論として、プイグは無償の請負契約を認めるべきであると提起する。プイグは、「請負契約は一般に、対価が決定要素を構成するという点で、本質的に有償性を持つ契約として提示される。フランス民法典第 1710 条がこの概念を保持するよう求めているのは事実である。請負人は、契約当事者間で合意された [対価と引き換えに] 請け負う。しかし、その文面とは裏腹に、一部の著者は現在、無償の請負契約という考えを打ち出している³⁰」とする。この理論の根拠としては 2 つの観点が挙げられる。

²⁸ Ibid.,p.146

²⁹ Lionel Andreu et Marc Mignot,Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, Institut Universitaire Varenne,2017,p.115

³⁰ Pascal Puig,Contrats spéciaux,8^e éd.,Dalloz,2019,p.687

プイグはまず、「対価を要求することの直接的な帰結は、対価が存在しない場合、請負の範囲から除外された契約が、無名契約の形態である無償の役務提供、相互扶助、あるいは自発的な援助に関する契約の範囲に入ることになる。しかし、無償であるという理由だけで資格を拒否するのは適切ではない。報酬の有無のみに基づく区別の妥当性には疑問が持たれる。役務が約束された時点で、その対価としてどのような約束がなされようと、単一の法的枠組みを要求する必要がある。この資格を否定することは、無償行為による実質的な性質の変化を意味する(賃約と貸借、売買と贈与の場合がそうである)。しかし、無償の役務と有償の役務の差はわずかであり、その程度では自主的な役務提供者の責任が増すことは正当化できても、資格を否定することはできない。さらに、無償契約と有償契約の対立は、《利子契約》(contrats interesses)が成立した瞬間から明確さを欠いている。私達はこの区別が人為的なものであることがわかる。契約の構造上対応するものがないにもかかわらず、すでに受領した利益またはその作成者が受領を希望する利益の中にその報酬があると見なす請負契約の範疇から除外する必要があるのだろうか³¹」と便宜的な観点からの論拠を述べる。

次に、プイグは歴史的な観点から無償の請負契約を認めることを示唆する。プイグが述べる請負契約と委任契約の変遷は、プイグが仕事の賃約の目的を計画「projet」とする³²ことの根底にあるものと思われる重要な論拠であると考えることから、以下に抜粋する。

「フランス民法典第 1710 条の文言は、委任契約および寄託契約に関する 1986 条および特に 1917 条の文言と同様に、超越しなければならない。しかし、[仕事の賃約]の場合、状況はまったく同じではないことに留意すべきである。1986 条は、無償性についての補足的原則のみを定め、これに反する合意の可能性を留保している。一方、1917 条の範囲は、当初から、預託金の等級についての賃金規定の可能性に言及する 1928 条の存在によっ

³¹ Ibid.,p.687

³² 詳細は後述する。

て、かなり弱められる。他方で、無償の仕事の賃約に関する数少ない文献の中に、無償の仕事の賃約を支持する記述は見られない」とし、無償の請負契約はどうなるのかについて検討する。「特別契約の条項から除外されているこの分野の歴史的成り立ちを考察するのは興味深いことであり、特に最近の、おそらく意図されなかった発展の結果であることに注目するのは啓発的である。ローマでは、役務の契約は基本的に、金銭的対価を必要とするか否かによって2つのカテゴリーに分けられていた。ローマ法を構成する4つの合意契約のうち、委任は、「本人である人物が、[検察官、代理人]を受け入れる別の人物に無償で役務を提供することを委託する契約」と定義できる。したがって、このカテゴリーには、法律行為であるか物質的行為であるかを問わず、無償で提供されたすべての役務が含まれる。反対に、賃約のさまざまな形態、特に労務の賃約と仕事の賃約は、常に金銭による報酬を伴うものであった。その結果、対価のない仕事の賃約は委任になったのである。1804年、立法者はこの遺産を引き継いだが、委任契約と仕事の賃約契約の境界線を変えた。まず、委任が専門化したことにより、それが代理契約(*contrat de représentation*)³³となったのである。その無償の本質は、本質以外の何ものでもなくなってしまった。目的の観点から特化した委任契約は、実際、仕事の賃約の権限を過度に侵害することなく、仕事の賃約の性質を利用することができるのである。それどころか、より広く浸透している。主人から引き渡されたものから遂行される計画(*projet*)の厳密な賃約から、仕事の賃約は報酬と引き換えに相手のために何かをする義務を負う契約となった。その取引に伴う有償性は伝統的に維持されてきたが、その目的はかなり拡大され、現在では委任契約全体を包含するまでになったのである。民法1984条は、「ある者が、自己の名において、自己のために何かをする権限を他の者に与える行為」と定義しているが、この契約は明らかに仕事の賃約の一種であり、それが実施する代理権の仕組みによってのみ、仕事の賃約と区別され

³³ 学術・文芸などの精神的著作物の著作者またはその権利承継人が、自己の定める条件で著作物を上演することを第三者に許諾する契約。山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)。

る。法典の起草者らは、護民官ムーリコーが護民官に対し、「仕事の賃約には仕事、介護、役務の対価として賃金を支払う合意を含むすべての契約を包含する。委任と寄託自体も、それが無償でない場合は、仕事の賃約に付随するものである」と指摘した際にも、この関連性を認識していた。この進化から、以前に指摘した隙間が生じる。委任の専門化と仕事の賃約の有償性の維持の結果、代理の仕組みを伴わない無償の役務提供に関する契約は、指定された契約のカテゴリーから除外された。しかし、仕事の賃約の有償の性質は、無償の役務をこの範疇から除外するという選択からではなく、ローマ帝国の遺産を単純に転写したことと関係していることは明らかである。その結果、この反省が今日いかされ、請負契約の可能性を解放する提案がなされることを妨げるものは何もない。さらに、破毀院が「請負契約は有償で締結されたものと推定される」(Civ.3^e,17 déc.1997,JCP 1998.IV.1307)と判断した場合、高等法院は、それに反する証拠が提出されれば、無償の請負契約の可能性を逆に認めると主張することもできる。有償性の推定(A. Bénabent,n°508)は、無償であることに耐えうることを条件として、請負契約においてのみ考えられる。ただし、契約上資格要件は、[通常の職業の枠内で個人が行使する場合に給与が発生すると推定される任務に関連する]有償の問題がすでに解決されていることを前提とすることになる³⁴」。

つまり、ローマでは役務の提供をする契約は有償で行うか無償で行うかで2つのカテゴリーに分類されており、無償の場合は委任契約であるとされ、委任契約はある者が他者に無償で役務を提供することを約する契約であるとされていたとする。委任契約には受任者が無償で行う場合には、法律行為を提供する場合のみならず、物的な提供を行う場合も含まれていたとする。反対に、有償で役務を提供する場合はその契約は賃約とされていたとする。その中でも、労務の賃約と仕事の賃約は常に有償であったとされる。ローマでは、

³⁴ Pascal Puig ,op.cit.(30),pp.688-689

有償か無償かで委任か賃約かを区別していたため、無償で行う行為はすべて委任契約であるとされたとするのである。プイグによると、フランス民法典原始規定の起草者は、この区別を受け継いだが、仕事の賃約の適用範囲を拡大させたのである。ローマでは、主人が持つ計画(projet)に基づいて役務を提供していたのが賃約であったが、フランス民法典制定後は、単に金銭と引換えに相手のために何かを為す義務を負う仕事の賃約へ変化したとされるのである。そして、その目的の拡大によって、現在では委任契約をも包含するとし、民法 1984 条が定める「ある者が、自己の名において、自己のために何かをする権限を他の者に与える行為」を仕事の賃約の一種であり、代理権の有無によってのみ仕事の賃約と区別するとする。さらに、プイグは法典の起草者がムーリコーが「仕事の賃約には仕事、介護、役務の対価として賃金を支払う合意を含むすべての契約を包含する。委任と寄託自体も、それが無償でない場合は、仕事の賃約に付随するものである」と述べたことを認識していたとする。このような委任の専門化と仕事の賃約の有償性の維持の結果、代理の仕組みを伴わない無償の役務提供に関する契約は、仕事の賃約のカテゴリーから除外されたのであるとするが、仕事の賃約の有償の性質は、無償の役務をこの範疇から除外するという選択からではなく、ローマ帝国の遺産を単純に転写したことによって起こったのであると述べるのである。プイグは委任契約と仕事の賃約を以上のように分析するのである。その結果、今日において無償の請負契約を認めることを妨げるものは何もないとするのである。

以上のことから、プイグは便宜的な観点と歴史的な観点から、無償の請負契約を認めるという提案は承認されるべきである³⁵とし、請負契約は無償で締結できなければならず、対価が金銭以外の形態をとることはほとんど重要なことではないとする³⁶のである。そして、対価が金銭以外の形態をとる例として現物による対応や広告スポンサー契約を挙げる

³⁵ Ibid.,p.687

³⁶ Ibid.,p.737

³⁷。無償の仕事の賃約を認めるか否かという議論は、第 1710 条が仕事の賃約の成立要件の 1 つとして対価を挙げられることから、対価を仕事の賃約の成立要件から除外するか否かの議論に繋がると考えられる。この点につき、プイグは仕事の賃約の成立要件として対価を求めている第 1710 条の規定を書き直すことを提案する³⁸という見解を述べる。

その後、役務提供契約の定義は、2017 年にアンリ・カピタン協会から出された改正草案で初めて規定された。すなわち、改正草案の第 69 条は、「役務提供契約とは、役務提供者が顧客の利益のために独立して労務を遂行することを要求される契約である³⁹」と規定する。この条文の解説は、『役務提供契約』という用語は、『仕事の賃約』(louage d'ouvrage)および『請負契約』に取って代わる。従って、広義に理解されなければならない。役務提供契約の特徴的な要素は、独立した労務の遂行である。役務提供契約の特徴的な要素を独立した労務の遂行であるとする事で、この条文はこの契約と雇用契約との違いを明確にすることを意図している⁴⁰」と解説され、従属的な関係の有無によって雇用契約と役務提供契約の違いを明確にし、役務提供契約は仕事の賃約および請負契約の上位概念として位置付けられる。第 1165 条が規定されたことにより、それまで役務を提供する様々な契約に適用されていた仕事の賃約と請負契約の役目を、役務提供契約が取って代わるというのである。フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベック(François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque)は請負契約の定義は幅広く、さまざまな契約を結ぶことができるため、この契約に一般規定が適用され、その上に特定の契約

³⁷ Ibid.,p.737

³⁸ Ibid.,p.689

³⁹ Association Henri Capitant,Offre de réforme du droit des contrats spéciaux,Dalloz,2020, p.36
Art.69

Le contrat de prestation de service est celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client.

⁴⁰ Ibid.,p.36

に適用される特定の規定が重ねられているのは当然のことである⁴¹とする。

以上のように、改正法第 1165 条、改正草案第 69 条によって役務提供契約が明確に規定されたことにより「請負契約の下でなされた蓄積は役務提供契約の下で維持され、総称的なカテゴリーとしての請負契約は役務提供契約へと発展的に解消されることになる。これにより、請負契約は縮小されてその輪郭が明確なものとなり、製作と建築といういわば物請負へと純化する⁴²」とプイグは述べる。

しかし、ここで言われる請負契約を本稿の仕事の賃約として捉えると、仕事の賃約は製作と建築のみを目的とするものなのだろうか。役務提供契約の出現によって、仕事の賃約が縮小されれば、仕事の賃約の本質を削り取られる可能性が出てくる。もし、本質を失えば、それはもはや仕事の賃約ではなく、仕事の賃約は存在意義を失う。どのような契約に仕事の賃約を適用するのか、仕事の賃約の射程範囲を考慮する上で、仕事の賃約の性質への理解は重要な要点となる。そこで、本稿では、仕事の賃約の起源からの変遷を辿り、仕事の賃約がどのように変化したのかを追うことにより、仕事の賃約の性質について検討する。

第二節 日本における所有権の帰属問題

我が国における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、我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

⁴¹ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit., pp.628-629

⁴² 都筑・前掲注(5) 164 頁。

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」を挙げており、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、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た⁴³。例えば、服屋に注文者自ら生地を持っていき、自分にあった服に仕立てた場合、完成した服の所有権は注文者に引渡すまで服屋にあると考えられる。しかし、注文者が生地を持ってきて、その生地に服屋が手を加えた場合、完成した服は何時注文者の物になるのだろうか。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、あるいは代金と引き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、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と考えられる。結果だけみれば、代金と目的物の引渡しを引き換えに行うことが多い我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が殆どであろう。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など、その沿革も一様ではない。

現行民法はドイツ方の強い影響下で策定された。すなわち現行民法の立案時に発表され

⁴³ 製作物供給契約に関して、芦野訓和「売買法と請負法の交錯領域としての製作物供給契約(1)(2)(3・完)―我が国の判例分析と問題解決の指針―」『駿河台法学』第18巻第1号(通巻第33号)(2004年)1頁以下、同じく第20巻第2号(通巻第38号)(2007年)3頁以下、同じく第21巻第2号(通巻第40号)(2008年)5頁以下参照。

ていたドイツ民法典第一草案を参考にしている。請負契約に関しては、フランスの法学者であるボワソナード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で学説の対立が生じている。

従来、学説は、請負人が全部の材料または主たる材料を提供して建物を完成させた場合、完成された建物の帰属は一旦原始的に請負人に帰属し、引渡し(又は契約)によって注文者に移転するというのが通説であった。

第一款 請負人原始取得説

請負人が全ての材料または主たる材料を提供した場合に、完成した目的物の所有権は原始的に請負人に帰属するという説の根拠として、我妻榮は、「請負人が材料の全部または主要部分を調達する場合には、完成した物は、原則として、請負人の所有に帰属し(注文者の土地に建物を建築した場合にも建物は土地から独立した所有物として請負人に帰属する)、引渡しによって注文者の所有に移る」としており、それが、「おそらく当事者の意思にも適するであろう」し、「請負人のために報酬請求を確保し、不動産の工事及び保存の先取特権(民法 326 条・同 327 条)の欠缺を補充する作用も見逃すことはできない⁴⁴」とする。

また、浅井清信は、「判例が特定物の供給契約において、引渡によって請負目的物の所有権は注文者に移転すると説示しているのは、大いなる合理性をもっていることを知る。とくに請負契約にあっては、『報酬ハ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ之ヲ与フルコトヲ要ス』ることになっている(民法 633 条)。製作物供給契約についていえば、請負目的物の代金の支払は請負目的物の引渡と同時になされなければならないことになっている。したがって、目的物の引渡のときは請負代金の支払の時であることを普通とするであろう。これを想うとき、ますます引渡によって請負目的物の所有権が移転するとみる判例の立場が通常の当

⁴⁴ 我妻榮『債権各論 中巻二』(岩波書店,1962 年)616 頁。

事者の実際的意思に合致するのではないかと考える⁴⁵」とし、さらに、「請負契約においてどのようにして注文者に所有権を取得さすかということは当事者の意思によって決定される⁴⁶」とし、「当事者意思によれば請負人が材料の全部または主要部分を提供する場合はたとえ注文者のために建築するとしても建築物の所有権は引渡まで請負人のもとにとどめておこう、完成前に請負代金を完済するときは完成とともに注文者の所有に帰属せしめようと思っているとみられる⁴⁷」とし、「請負人が材料の全部または主要部分を提供する場合は建造物が完成すると同時に請負人がその所有権を原始的に取得し引渡までその所有権を維持する⁴⁸」とする。

我妻も浅井も、代金の支払いがなされていない場合は、請負人が目的物の所有権を原始取得するのが当事者の意思に合致するとする。

他の根拠としては、石田文次郎は「建物は我國法上獨立の不動産であるから、注文者の所有地の上に請負人が自己所有の材料を以て建物を建造した場合には、附合の原則に従はない⁴⁹」とし、目的物を注文者に引渡す時に所有権移転の合意があると解してよいと述べており、戒能通孝も同説をとっている⁵⁰。また、宗宮信次は、「注文者の敷地の上に請負人が自己の材料を以て建物を造つたときは、わが民法上建物を敷地と別個獨立の不動産とする関係上、特約なき限り、建物の所有権は依然請負人に属する⁵¹」とし、「製作物の所有権が一旦請負人に帰するときは、請負人は仕事を完成する以外、更に注文者に対し、その目的物の所有権を移転し、且つ占有の引渡を要する⁵²」とする。

⁴⁵ 浅井清信「請負契約における所有権の移転」『総合判例研究叢書 民法(22)』（有斐閣,1963年）64頁。

⁴⁶ 同上・66頁。

⁴⁷ 同上・66頁。

⁴⁸ 同上・66頁。

⁴⁹ 石田文次郎『債権各論』（早稲田大学出版部,1947年）163頁。

⁵⁰ 戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店,1950年）307頁。

⁵¹ 宗宮信次『債権各論』（有斐閣,1962年）264頁。

⁵² 同上・264頁。

さらに、末川博は、「製作物供給契約は、特別の事情がないかぎり、一般には請負と売買との要素を包含する混合契約とみてよいのであるが、使用せられる材料の全部または主要部分が製作者に属し、したがって、出来あがった製作物の所有権もまた製作者に属しているために、その所有権が注文者に移転するには、さらにその移転を目的とする別段の物権行為があることを要するのを常とする⁵³」とし、目的物は材料を提供した請負人に帰属し、引渡しによって所有権が移転するとする。鳩山秀夫も、「余ハ作成物が不動産ナル場合ニ於テモ上ニ述ベタル原則ニ従ヒ豫メ作成物の所有権ヲ注文者ニ屬シムベキ契約ヲ爲シタル場合ノ外仕事完成後ニ所有権移轉ノ契約アルコトヲ要スルモノト解ス。但建築材料ノ所有権ヲ注文者ニ移轉シタルモノト認ムベキ場合ニハ上述(著者注：注文者が材料を提供した場合)ノ場合ニ屬スルガ故ニ更ニ建物ニ付テ所有権移轉ノ行爲ヲ要セザルヤ明ナリ⁵⁴」とする。つまり、目的物が不動産の場合でも、建築材料の所有権を注文者に移転させる契約をした場合の他は、仕事完成後に所有権移転の契約があることが必要であるとする。

第二款 注文者原始取得説

一方、請負人が全部または主要な材料を提供して建物を建築した場合でも、右建物の所有権は、注文者に原始的に帰属するとの説が、近時の有力説となっている。

吉原節夫は、目的物の所有権が請負人に原始的に帰属することについての反対意見を以下のようにあげる。①通説判例が売買等において、目的物の所有権移転の時期を契約の時とし、代金支払・引渡・登記などがなされたときではないとしているのに、請負において、建築された建物の所有権は、まず請負人に帰属し、引渡しによって注文者に移転とするのは、物権変動の理論と矛盾する。②注文者が所有権又はその他の所有権を有する土地の上に建築された建物所有権は請負人に帰属すると、一時的にしろ、請負人がその敷地を不法占有していることになる。この場合に当事者間において敷地を利用させる旨の目次

⁵³ 末川博『契約法下（各論）』（岩波書店、1975年）177頁。

⁵⁴ 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論(下巻)』（岩波書店、1924年）579頁。

の意思表示があると認めるにしても、取引の実態からみて、このような擬制をするのが適当であるか否か甚だ疑わしい。③請負人が建物に対し、完全な所有権者としての権能を持ち、自由にこれを行使しうるとすれば、都心地等地理的好条件の下にあるビル・アパート等を建築した請負人が、賃貸等により短期間内でも莫大な利益を収め得ることになるし、また、そのことから引渡時期の延引を図る不合理な結果を招くことにもなりかねないが、實際上、請負人側も、そこまでの権能があるとは意識しておらず、所有権があるといっても、せいぜい代金回収を確保するためのいわゆる心理的效果を期待するのであって、実質的には留置権をもつのとほとんど変わらないから、請負人に所有権を認めることは疑問である。④さらに、現代においては、請負代金は、数回の分割支払の方法により、着工から完成までの間に、全額又は相当部分が支払済になっているのが取引の実情である。以上の諸事情から、建築された建物の所有権が一旦請負人に帰属することに反対し、原始的に注文者に帰属すると解すべきであるとする⁵⁵。なお、甲斐道太郎・石田喜久夫も「建築請負の場合には、契約当事者の意思解釈として、建物所有権は『建築主』たる注文者が原始的にこれを取得すると解すべきである。仮に、請負人が目的物の所有権を取得しこれを引渡時に注文者に移転する旨の特約条項があるとしても、それは請負代金債権を確保する担保権(譲渡担保のような所有権取得型の担保権)を認めたと解すべきであろう。現今の建築請負契約では、注文者が所有権を取得するという約定になっているといえる⁵⁶」と同一の見解をとっている。

また、広中俊雄は、「建物建築の請負においては、請負人が材料を提供する場合にも、完成した建物所有権がいったん請負人に帰属するということはなく、請負人においてその保存登記をしても、なんら効力を生じないとするのが当事者の意思に合致する解釈であろう(特に、請負人は建物の敷地につき所有権ないし建物所有のための利用権を有していない

⁵⁵ 吉原節夫「請負契約における所有権移転時期」『契約法大系 IV』(有斐閣,1963 年)127 頁以下。

⁵⁶ 甲斐道太郎・石田喜久夫編『新民法教室 II』(法律文化社,2002 年)277 頁以下。

のが通常であるということに注意)⁵⁷⁾とする。

来栖三郎は、建築請負にあっては、請負人が自己の材料を以って建築する場合にも「注文者のために注文者の土地の上に建築している⁵⁸⁾」のである。「建築請負の場合には、別段の事情のない限り、工事の進捗に伴い、所有権はやはり注文者に帰属するとみるべきではなかろうか。それは注文者が建築許可を受け、登記も注文者がはじめから保全登記をし、請負人が工事目的物に抵当権を設定し、抵当権が実行されるようなことが起きるのを防止する⁵⁹⁾」とし、請負代金の支払確保のためには先取特権・同時履行の抗弁権・留置権等があり、また、請負人には敷地の利用権がないから、建物を敷地上に存続させておくことはできないとする。

第三款 小括

以上述べてきたように、請負契約の目的物の所有権の帰属については様々な議論がある。

現行民法施行前、つまり請負人が材料を提供した場合は、旧民法財産取得編第 275 条⁶⁰⁾に基づき条件付売買となり、売買の規定が適用された。それにより目的物の所有権の帰属や移転についても、所有権は引渡しによって請負人から注文者に帰属するというように、容易に解決できた。しかし、現行民法では、材料提供者によって、請負契約であるか、条件付売買であるかという区別はされなかった。そこで、請負人が材料を提供した場合における所有権の帰属や移転時期が問題となってきたと考えられる。

⁵⁷⁾ 広中俊雄『注釈民法(16)』(有斐閣,1967 年)104 頁。

⁵⁸⁾ 来栖三郎『契約法』(有斐閣,1974 年)467 頁。

⁵⁹⁾ 同上・467 頁。

⁶⁰⁾ 旧民法財産取得編第 275 条

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豫定代價ニテ爲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爲ス可キ條件附キノ賣買ナリ

判例、学説は当初、請負人が全ての材料か主たる材料を提供した場合は、目的物の所有権は請負人に帰属し、引渡しによって注文者に帰属するとし、それが契約当事者の意思に合致するとしていた。この説の重要なポイントは、請負代金を確実に取得するまで請負人の立場を強化しようという政策的な観点とともに、主要な材料提供(材料所有権)の有無および添付や加工といった物権法的な法技術を用いて、請負人の地位を保全しようとするものであったと言える。しかし、近年は請負人が全ての材料か主たる材料を提供した場合でも、目的物の所有権は原始的に注文者に帰属するとする説が有力である。その根拠は、前述のように、そのことが契約当事者の意思に合致するということや、請負代金確保の手段としては、同時履行の抗弁権、先取特権、留置権などがあるというものである。

このように判例、学説の変遷が起こったのは何故だろうか。大きな理由として、旧民法から現行民法へ変わった際に、請負契約の規定が変更されたことが挙げられる。この変更は、ドイツ民法の影響によると考えられるが、建築請負として処理されているものが(注文付)売買契約であるとすれば、建物の売主は建物完成後引渡し前の危険につき、特定物の引渡し債務に関する債権者主義の適用によって危険を負担しなくても良いが、請負契約の規定では請負人は引渡しまで危険を負担することになることに留意しなければならない。我が国の注文者と請負人の間にある請負人の経済的従属性による力関係といった請負を巡る背景が、引渡しで請負人が危険を負担する日本の実態に合っていたからこそ、請負契約の規定が変わった可能性も指摘できる。

また学説では、請負人原始取得説の理論としては、請負人が材料を提供する場合には、所有権も請負人にあるという考え方である。一方、注文者原始取得説は、材料を提供していない注文者に原始的に所有権を帰属させる理論を考えなければならない。その理論として、日本においては、土地が主たる材料とはなり得ないから、注文者に所有権を原始的に帰属させるためには当事者の意思によるしかなかったのではないかと考える。

以上の所有権帰属問題についても、請負契約の原形である仕事の賃約がどのような契約であるかを把握することにより、請負契約における完成物の所有権の帰属問題についても

一定の示唆ができると考える。

第二章 仕事の賃約と請負契約の概念

仕事の賃約についての議論の前に、語句の整理をする。なぜなら、現代において仕事の賃約は請負契約と訳されることが一般的であり、両者は同義語とされる。しかし、同義語として使用される場合もあるが、違う性質のものとして使用される場合もあることを踏まえておく必要があるからである。実際に、フランス民法典に「請負契約」という語は存在しない。フランス民法典では現代において「請負契約」と呼ばれる契約は「仕事の賃約」という語で登場する。仕事の賃約と請負契約の用語についてフランソワーズ・ラバルト (Françoise Labarthe) が詳細に述べている。以下、ラバルトの見解を紹介する。

この「請負契約」という用語は民法に由来するものではなく、民法では「仕事及び勤労の賃約」という用語が用いられている。しかし現在では、前者が主流であり、すでに削除された「仕事の賃約」が不利になっている。

長い間、1804 年以前も 19 世紀中も、「仕事の賃約」の同義語は存在しなかった。その語源さえも、ローマ時代のなされるべき仕事の賃約に遡るものである。「請負契約」という表現は最近のものである。Guillouard の概説書には、この 2 つの用語を同義語として組み合わせた存在が確認できる。しかし、この新しいことが重要な進歩を遂げるのは特に 20 世紀初頭であり、Planiol に続いて、特定の著者が 1779 条以降の論文の研究に専念する部分に「請負契約」というタイトルを付けることになる。また、元の用語に忠実な人もいる。それ以来、民法の教義は、「仕事の賃約」という用語を完全に否定することなく、「請負契約」という用語の使用を支持する傾向にある。しかし、建設法においては、著者は逆の立場をとることもあり、建設法が重要視されるようになったからこそ、「仕事の賃約」の代わりに「請負契約」という用語が使われるようになったという考えに反している。現代の裁判官や立法者も、この 2 つの表現を使い分けているが、この 2 つの用語が

共存しても、請負契約の実質的な優位性が妨げられるわけではない⁶¹」とする。そして、請負契約が優位となった理由を説明するために、プラニオール（Planiol）が「ローマ法の欠陥分類」を持ち出したとする。これにより「仕事の賃約が不適切になったため、請負契約が仕事の賃約の代わりになる。実際、この不適応は 2 つの点において現れている。1 つは見積り (devis) と取引 (marches) の区分の独自性に関してであり、もう 1 つは請負契約に知的な給付 (prestations intellectuelles) が統合されたことによる新しい内容である⁶²」とする。

「請負契約」という用語が誕生した経緯については以下のように述べる。

1910 年、労働法は役務の賃約 (louage de service)⁶³ という用語を再び導入したが、「雇用契約 (contrat de travail)」という用語が徐々に全面に出てきた。19 世紀の終わりから 20 世紀の初めにかけて社会問題における思想が進化した結果、役務の賃約に対する物質主義的な考え方は消えつつあり、個人を考慮することが優先されるようになり、これは役務を商品と見なすことの拒絶である。このような社会的思想の変化を受け、用語の変更が必要とされ、「雇用契約」という新しい表現が出現した。そして、「請負契約」という用語の使用は雇用契約という用語の出現と関連している。労働法が自律性を獲得するにつれ、前世紀には仕事および勤労の賃約 (louage d'ouvrage et d'industrie) に関する研究の中で依然として役務の賃約を扱っていた民法の教義は、これを除外するようになった。そのため、より具体的な用語、つまり、その名称だけで、役務の賃約や雇用契約を除外できる用語が必要とされた。

残るは運送人 (voituriers) に関するものと、見積り (devis) と一括請負 (marchés) に関する

⁶¹ Françoise Labarthe et Cyril Noblot, Le contrat d'entreprise, LGDJ, 2008, pp.2-3

⁶² Ibid., pp.4-5

⁶³ 労務者が自己の役務を提供し、使用者が役務を利用する契約であると定義する。

ものである。運送人の場合、これは現在では運送契約(contrat de transport)と呼ばれている。したがって、見積りと一括請負に関する民法第 1779 条第 3 項特有の用語が必要である。そこで生まれたのが「請負契約」という用語である⁶⁴。

ラバルトは仕事の賃約と請負契約の違いについても言及する。

請負契約という用語がより体系的なものになるとすれば、それは知的役務をより容易にその中に包含できるようにすることでもあり、それは長い間、仕事の賃約の定義から除外されてきた役務である。民法の編纂者や多くの解説者の考え方では、仕事の賃約には知的な給付は含まれておらず、知的な給付は委任の範囲内に含まれる。現在では、Duvergier の研究に従い、工芸と文芸(arts libéraux)の区別は、この 2 つの契約を区別するのに適切ではなくなっている。請負契約は知的な給付にも完璧に適用できる。従って、用語が変わるということは、内容が新しくなるということでもある。したがって、「請負契約」という用語は、わが国の法律の進化を反映したものであり、「仕事の賃約」というやや希薄な概念よりも好まれるかもしれない⁶⁵。

つまり、フランス民法典制定以前は、労務者の役務を物と同様に扱う思想があった。その後、19 世紀の終わりから 20 世紀の初めにおいて社会問題における思想が変化した結果、役務の賃約という用語より、さらに個人を尊重する雇用契約という用語が全面に出るようになった。そして、フランス民法典原始規定第 1779 条から雇用契約と運送契約が抜け、残った第 3 項の見積りあるいは一括請負に請負契約という名をつけたのである。ラバルトは「仕事の賃約」と「仕事の賃約および勤労の賃約」を同一のものとして扱うとともに、仕事の賃約と請負契約とを同義語として扱うこともあると認める。

⁶⁴ Françoise Labarthe et Cyril Noblot, op.cit., pp.5-6

⁶⁵ Ibid., p.7

以上のことから、フランス民法典原始規定第 1779 条、フランス民法典第 1779 条の仕事の賃約(仕事および勤労の賃約)は唯一残った請負契約を指すようになった。しかし、仕事の賃約と請負契約は完全に同一なものではなく、仕事の賃約は知的給付を含まず、請負契約は知的給付を含み、この点で両者は区別される。フランスにおいて仕事の賃約と請負契約が区別されていることは、2017 年に出されたアンリ・カピタン協会の改正草案の第 69 条の解説で、役務提供契約が仕事の賃約および請負契約に取って代わる⁶⁶として、仕事の賃約と請負契約の両方を挙げていることから窺える。請負人(entrepreneur)という用語はフランス民法典原始規定第 1779 条第 3 項、フランス民法典第 1779 条第 3 項に記されているが、請負契約という用語がフランス民法典原始規定に登場しないのは、このような経緯があったからであり、フランス民法典原始規定が制定された 1804 年には請負契約という用語が存在せず、フランス民法典では仕事の賃約と請負契約という用語を使い分けているからであると言えるだろう。

⁶⁶ Association Henri Capitant, op.cit., P.36

第三章 ローマ法⁶⁷における賃約

第一節 賃約(locatio conductio)の概念

ローマ法には売買(vente)、賃約(louage)、組合(société)、委任(mandat)の4つの諾成契約があった⁶⁸。ローマにおいて賃約⁶⁹は locatio conductio と呼ばれており、ローマ人は荷を運ぶ家畜を雇う習慣があり、賃約⁷⁰は非常に古いものであった⁷¹。賃約は売買と同様、誠意に基づく合意による双務契約である⁷²。

これまでローマ法において仕事の賃約は賃約(louage)の1種であるとされ、賃約には物の賃約(locatio conductio rei)、労務の賃約(locatio conductio operarum)、仕事の賃約(locatio conductio operis)の3つの種類があるとされてきた。ガッツァニーガ(J-L.Gazzaniga)も賃約を以下のように区別する。「物の賃約は locator が conductor に賃料の見返りとして物を使用できるように貸与すること⁷³」とする。「労務の賃約（役務の賃約）は雇用契約（contrat de travail）の起源となる役務の賃約、すなわち、職人（ouvrier）が給与と引き換えに自分の労働（travail）を雇用主に提供するという約束⁷⁴」であるとする。「為すべき仕事の賃約（locatio operis faciendi, louage d'ouvrage）は、ある人がある物を他

⁶⁷ 本来であれば、ローマ法の直接の原典、イタリアのローマ法研究を参照すべきところ、筆者の能力からそれは及ばなかったため、それは今後の課題としたい。ローマ法については、一面的な理解であることを踏まえて論じる。

⁶⁸ J-L.Gazzaniga, Introduction historique au droit des obligations, Paris, puf, coll, 1992, p.125

⁶⁹ 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（日本評論社, 1985年）では、locatio conductio に賃約とともに賃貸借の訳も当てている。

⁷⁰ 賃約に関して、森田修「一九世紀フランスにおける『賃約』概念の解体と『労働契約』（1）（2）（3）—『役務提供契約』の基礎理論のために（その3）」法学協会雑誌第139巻第11号（2022年）1015頁以下、同じく法学協会雑誌第139巻第12号（2022年）1167頁以下、同じく法学協会雑誌第140巻第6号（2023年）748頁以下参照。

⁷¹ J-L.Gazzaniga, op.cit., p.127

⁷² Ibid., p.127

⁷³ Ibid., p.127

⁷⁴ Ibid., p.127

の人に渡し、その人がその物に対して仕事を行うようにする契約である⁷⁵⁾とする。

さらに、賃約契約の構成要素のうち、特筆すべきは2つあるとし、契約の対象の差異に言及する。「物の賃約においては、対象 (objet) は、契約の種類によって、動産であったり不動であったりする。労務の賃約においては労務そのもの、あるいは、為すべき仕事の賃約においては遂行されるべき客体 (objet) である⁷⁶⁾とする。もう1つは、報酬

(rémunération) または対価 (prix) についてであり、「すべての賃約は、賃借料という金銭の対価を伴うが、土地の賃借 (location) のように現物の対価を伴うこともある。労務の賃約の場合、対価は労働者の賃金である。我々はトランスシルヴァニア (Transylvanie) で、当時の報酬がかなり低かったことを示すいくつかの雇用契約を発見した⁷⁷⁾」として区別する。

さらに、賃約の効果についても区別する。「賃約は、両当事者に相互義務を生じさせ、信義誠実の訴権によって制裁される。locator は貸主訴権を持ち、conductor は借主訴権を持つ。これらの義務は、債務のタイプによって異なる⁷⁸⁾とし、「物の賃約の場合、locator は、物件を conductor が利用できるようにし、通常の適切な使用を提供し、契約終了時に発生した費用を弁済しなければならない。conductor は賃料を支払い、不動産を本来の目的に従って使用し、契約終了時には返還しなければならない⁷⁹⁾とする。労務の賃約の場合、「職人は労務を負い、使用者は賃金を支払う義務がある⁸⁰⁾とする。為すべき仕事の賃約の場合、「主な義務は完成品を引き渡すことであり、locator は対価を支払わなければならない。しかし、locator は労務が要求されたものと一致しているかを確認するために監督

⁷⁵⁾ Ibid.,p.127

⁷⁶⁾ Ibid.,pp.127-128

⁷⁷⁾ Ibid.,pp.127-128

⁷⁸⁾ Ibid.,p.128

⁷⁹⁾ Ibid.,p.128

⁸⁰⁾ Ibid.,p.128

することができる⁸¹」とする。

その後、近代市民法においては、物の賃約は賃貸借に、労務の賃約は雇用、仕事の賃約は請負とされた。しかし、最近の学説は、ローマにおいて賃約は物の賃約、労務の賃約、仕事の賃約の3つに分割⁸²されておらず、賃約という1つに纏められていたと考えられるようになった⁸³。しかし、ローマ法において賃約は3つの種類の契約を包含していたことに変わりない。

では、1つのものであった賃約はいつから物の賃約、労務の賃約、仕事の賃約の3つに分割されたのだろうか。また、賃約の3分割論はどこで生まれたものであるのだろうか。この点につきフェリックス・オリヴィエ＝マルタン(Félix Olivier-Martin)が詳細に検討している。よって、マルタンの「Des divisions du louage en droit romain,RHD,15,1936」⁸⁴を検討し、3分割論の起源について明らかにしたい。

第二節 フェリックス・オリヴィエ＝マルタンによる賃約の3分割論の整理

マルタンは「100年ほど前からのローマ法の著者を調べると、全員が3つの形式の賃約の存在を認めていることがわかる。特に最近のフランスの教義では、賃約は、物の賃約(locatio conductio rei)、労務の賃約(locatio conductio operarum)、なされるべき仕事の賃

⁸¹ Ibid.,p.128

⁸² 本稿ではこの3つの分割を「賃約の3分割論」あるいは「3分割論」と呼ぶ。

⁸³ 船田享二『ローマ法 第3巻』(岩波書店,1970年)185頁。

森田修教授もこの解釈が日本の現在の実定法学にも漠然とした一般常識として共有されているとする。森田修「ローマ法における『賃約』(locatio conductio)とその現代的意義—『役務提供契約』の基礎理論のために」岡本裕樹,沖野眞己,鳥山泰志,山野目章夫編『中田裕康先生古稀記念 民法学の継承と展開』(有斐閣,2021年)594頁。

⁸⁴ Félix Olivier-Martin, Des divisions du louage en droit romain,RHD,15,1936,p.419
梶山尚子「フェリックス・オリヴィエ＝マルタン『ローマ法における賃約の分割(1)(2)(3・完)』」『龍谷法学』第56巻第1号(2023年)397頁、同じく第55巻第4号(2023年)383頁、同じく第56巻第1号(2023年)229頁。

約(*locatio conductio operis faciendi*)に分けられると教えている⁸⁵⁾とする。つまり、マルタンが論文を執筆した 1930 年代より約 100 年前の 1830 年頃には賃約には 3 つの形式が存在しており、それは、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約である。

しかし、「*locatio operarum* と *locatio operis* という 2 つの表現を現代語に翻訳すると、正確性に欠ける。役務(*service*)と訳されている労務(*oprarum*)を翻訳することはあまり難しいことではない。ある者は、*locatio operis* を文字通り、実行する仕事の賃約と訳そうとするが、他の者は、これまで述べてきたように、請負の賃約(*louage d'entreprise*)のみを指すことにしたり、あるいは、より頻繁に、仕事あるいは勤労(*industrie*)の賃約を指すことに限定したりする⁸⁶⁾」とし、*locatio operarum* は労務の賃約と訳すが、*locatio operis* は仕事の賃約と訳されたり、仕事のみならず勤労も含めた仕事および勤労の賃約を指す場合もあるとする。

しかし、この 3 分割を大きく変える学者がおり、「彼らは、賃約という 1 つのものが 2 つの下位の種類に細分化される二分類を好む⁸⁷⁾」。アカリアは賃約を物の賃約と仕事の賃約の 2 種に分け、ジラールは物の賃約と人の労務の賃約の 2 種に分ける。彼らは、労務の賃約を物の賃約と同じように扱うことに同意せず、労務の賃約と仕事の賃約の存在は人の労務の賃約の一般概念の中のみで認識されるとする。しかし、この考え(いわゆる 2 分類説)は、最近では採用されていないとマルタンは指摘するが、「これらの相対的に重要性の低い労務の賃約と仕事の賃約の用語や分類の問題については、まだ完全な合意は得られるに至っていないが問題ではない⁸⁸⁾」とし、労務の賃約と仕事の賃約の用語や分類については一致していないがそれは問題ではなく、大切なことは、契約を分類している要件は完全に信頼すべきではないということであるとする。

⁸⁵⁾ Ibid.,p.419

⁸⁶⁾ Ibid.,p.419

⁸⁷⁾ Ibid.,p.420

⁸⁸⁾ Ibid.,p.420

マルタンは、ローマの賃約を3分割することについての根拠については、ほとんどの著者がローマの法学者のテキストへの参照を行っておらず、単に賃約の分割を示しているにすぎないと指摘し、著者が唯一根拠として示しているのが、D.50、15、5、1⁸⁹であるとする。すなわち「パウルス(Paul)の告示に関する『注釈書』(Commentaires)の第2巻である。《仕事を借りる(Ouvrage loué)》。ラベオー(Labéon)によれば、この種の仕事は、ギリシャ人が成果(apotelesma)として価値のあるものであって、行動(ergon)ではないと呼ぶ、つまり、なされた仕事によって完成された何らかの物が表象されるという⁹⁰」。

このことから、マルタンは、D.50、15、5、1の範囲は仕事の賃約に限定されることに留意すべきだとし、この法文を引用している著者は、仕事の賃約があることの確認としてのみこの法文を参考に行っているとする。そして、著者達は賃約を3分割することを支持する有効な文言は何も提示しておらず、「ディゲスタと賃約に当てられた勅法(Code)のタイトルを簡潔に検討するだけで、3分割が編纂者にとって無関係であることを示すのに十分である。ディゲスタには(19、2)に locati conducti のタイトルがあるが、これはおそらく永久告示から借用したもので、勅法(4、65)に locato et conducto のタイトルがあるが、主題の細分化を示すものは何もない⁹¹」とする。さらに、「現代の著者達によって労務の賃約(locatio operarum)の例として、あるいは、なされるべき仕事の賃約(locatio operis faciendi)の例として分析されている具体的な事例は数多くある」としながらも、賃約は物(rerum)、あるいは労務(operarum)、あるいはなされるべき仕事(opera faciendorum)で

⁸⁹ D.50.16.5.1(Paulus libro secundo ad ddictum)

Opere locato conducto:his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

(私訳)ラベオー(Labeo)は、賃約された仕事とは、ギリシャ人が「成果」(apotelesma)と呼び、行為(ergon)とは呼ばなかった仕事を意味しており、したがって、行われた仕事から何らかの完全な集成(corpus)が得られるとする。

⁹⁰ Félix Olivier-Martin,op.cit.,p.421

⁹¹ Ibid., p.422

あると述べるテキストはないとする⁹²。つまり、ローマにおいて賃約を3分割するテキストは存在しないのである。

しかし、ガイウスの『法学提要』、パウルの『断案録』、ユスティヌアヌス(Justinien)の『法学提要』という尊重される3つの説明が保存されているとし、彼らの考える賃約の概念について説明する。

「ガイウスはまず、賃約も売買と同じ規則に基づいていると述べている。つまり、賃約には報酬が必要であるとする。彼は定められた報酬があったかどうか疑わしいいくつかのケースを研究している。そして、賃約は売買に非常に近いものであると仮定し、売買があったのか、賃約があったのか疑わしいケースを数多く研究している。以上である。明らかに彼が研究しているケースは、物の賃約、労務の賃約、またはなされるべき仕事の賃約の例として分析することができるが、ガイウスはこの区別をしていないが、数行後、彼は様々な種類の組合を列挙して、組合の研究を始めている⁹³」。つまりガイウスは、賃約と売買の区別は報酬が必要という点において同じであり、賃約と売買は非常に似ているとする。そして、賃約のケースとして物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約を区別することを念頭においているが明示しておらず、あくまでも賃約を1つのものとする。

「パウルの『断案録』は、主に責任の問題に関している。本文ではまず、自由人は自身および自身の労務を貸すことが可能であることを述べた後、土地や不動産の賃貸借に関連して発生するいくつかの問題について述べている。全体が独断的に提示されており、ガイウスのように一連の例を用いて提示されているわけではない。この箇所を強く主張すれば、パウルスは一方で労務の賃約を、他方で物の賃約を置いていたと推察できるが、明確にそう言っているわけではなく、いずれにしても3分割された痕跡はない⁹⁴」。つまりパウルスは、自由人は自身や自分の労務を貸すことができることから、労務の賃約と物

⁹² Ibid., p.423

⁹³ Ibid., p.424

⁹⁴ Ibid., p.424

の賃約を区別していたと推測できるが、明示はしておらず、3分割していた痕跡はないとする。

ユスティヌス(Justinien)の『法学提要』は、「ガイウスの枠組みを受け継ぎ、強調事項である最近の契約の説明を書いたが、ガイウスのモデルに欠けていた学説の展開を加えている。すなわち、賃約の訴権(actions)、conductor(conductor)の義務、保管の問題、賃約の承継を示したのである。しかし、ガイウスによれば、様々な組合を挙げているのに対し、賃約にいくつかの種類があるとはどこにも書かれていない⁹⁵⁾」とし、ガイウスはあくまでも賃約を1つのものと考えていたとする。結局、「古典的なローマのテキストもビザンチンの教科書も、賃約の3分割の存在を無視している⁹⁶⁾」のである。

「しかし、P.F.ジラルルの『ローマ法入門』(Manuel)の脚注によると、法務官の法令には賃約の3種類に対して、ただ1つの方式が含まれていたか、あるいは、例証だけが賃約の性質に応じて変化していたようである。そして、ジラルルはこれらの方式を示している⁹⁷⁾」とする。

「レーネルの『永久告示録』(Edictum perpetuum)を参照すると、実際に賃約の3種類の公式が書かれている⁹⁸⁾」。しかし、レーネルが彼の再編成を裏付けるために引用した非常に多くのローマのテキストは、「一般的に物の賃約と労務の賃約となされるべき仕事の賃約のケースと考えられる例を挙げているが、この3種類の一般的な分割に当てはまるものとして、これらの実用的な例を提示しているものはないことがわかる⁹⁹⁾」とし、レーネルは物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約の分割をしているが、具体的な例は提示しておらず、レーネルが語ったのは、ローマのテキストではなく個人的な信念であるこ

⁹⁵⁾ Ibid., p.425

⁹⁶⁾ Ibid., p.425

⁹⁷⁾ Ibid.,p.425

⁹⁸⁾ Ibid.,p.426

⁹⁹⁾ Ibid.,p.426

とに同意せざるを得ないとする。

マルタンは「現代の共通の意見は、ローマ人が賃約の3つのカテゴリーを知っていたことを認めている。しかし、この分割を裏付けるローマのテキストは1つしか示されておらず、このテキストは分割について明示していない。さらに、このような分割について直接言及しているローマのテキストはなく、どの時代のローマの法学者も知らなかったことである¹⁰⁰」とし、その理由として、「ローマ人は賃約の3分割を語る文章を残していないので、学説からも、著書からも否定されなければならない¹⁰¹」とし、ローマ人は賃約の3つの分類を知っていたが、それを立証するものは何も存在しないので、否定しなければならないとするが、賃約の3分割について整理する必要があるとし、賃約の3分割について検討する。

まず、マルタンは賃約の3分割論が、その内容と詳細において、どのような形をとっているのかを検討する。

「賃約の分割の正確な構造については、著者の間で完全に一致していないことはすでに見てきた。賃約は3種に分かれているのか、2種にしか分かれていないのか、その2種のうち1種はそれ自体が2種に分かれているのか、他の人達は明確に説明することなく、おそらく古典的な理由から、この2つの見解に分かれている¹⁰²」とし、賃約が物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約の3種に分かれているのか、それとも物の賃約と仕事の賃約の2種にしか分かれていないのかを検討する。

マルタンは、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約という3つのカテゴリーの賃約があることを認めるとし、賃約を3つに分け、これら3つのそれぞれの性質を明らかにして、どの契約に分類するかという基準を探す。

¹⁰⁰ Ibid.,pp.426-427

¹⁰¹ Ibid.,p.427

¹⁰² Ibid.,p.429

第一款 物の賃約

物の賃約については想像し易く、学説もほぼ一致しているとする。すなわち、物の賃約とは、「形あるものを賃貸借すること¹⁰³」である。具体的には、「土地、家屋、農地、様々な種類の動産、家畜などの賃貸借」である。そして、「奴隷の賃約は、家畜の賃約と並べて考えるとわかりやすい。雇い主が奴隷の労働を利用できるように貸し出される場合、資源としての奴隷自身が貸し出されることになるからである¹⁰⁴」とする。つまり、マルタンは奴隷を物であるとし、物の賃約として分類している点に注意が必要である。

第二款 労務の賃約と仕事の賃約の目的による区別

仕事の賃約と労務の賃約の区別として、アカリアは、引き渡しを基準とする。役務の賃約では、主人が自分の物を職人(ouvrier)や請負人(entrepreneur)に渡して、職人や請負人が何らかの仕事をするというケースが少なくない。自分の土地に家屋を建ててもらいたい所有者は、この土地を請負人に引き渡し、指輪を作ってもらいたい、トーガをきれいにしてもらいたいと思う者は、金塊や衣服を金細工師や染色師に引き渡す。そこには引き渡されたものがあり、やり取りされたものがあるとし、これらは仕事の賃約あるとする。これに対して労務の賃約は、職人が主人のぶどう畑の剪定や収穫物の刈り取りに來たり、家事使用人が馬小屋やトリクリニウムで奉仕をしたりする時に、やり取りはないとし、これらは労務の賃約であるとする。つまり、アカリアは何かを引渡すか否かによって仕事の賃約と労務の賃約を区別し、引渡しがあれば仕事の賃約、引渡しものがなければ労務の賃約とする¹⁰⁵。

しかし、マルタンは、この理論によると状況に応じて同じ事実が労務の賃約と仕事の賃約の両方の対象となることがあると指摘する。「例えば、職人が私の奴隷を弟子にした場合、それは仕事の賃約である。一方、それが私の息子であった場合、労務の賃約が発生する。な

¹⁰³ Ibid.,p.429

¹⁰⁴ Ibid.,p.430

¹⁰⁵ Ibid.,p.433

ぜなら、私が職人に息子の引渡しを与えたとは言えないからである。同様に、私が雇っている仕立て屋や靴屋が自宅で仕事をしていれば、仕事の賃約であり、たまたま昼間に私の自宅で仕事をさせていれば、労務の賃約であると言える¹⁰⁶」ことになる。そして、「ユリアヌス(Julien)はどこかで自分の子どもを靴修理屋に弟子入りさせた父親は、事故の際に靴修理屋に対して貸主訴権で提訴することができると言っているが、これは靴修理屋が conductor であり、なされるべき仕事の賃約があるということである。アカリア自身が認識していたように、ここには引渡しの問題はあり得ない¹⁰⁷」という矛盾が生じる。

さらにマルタンはウルピアヌスの理論を引用し、「船旅の費用を負担してもらった女性の話をする。伝統的に運送契約は、なされるべき仕事の賃約として分析されているが、確かに奴隷でない女性、女性が引渡されたことには疑問の余地はない。このようにあるケースでは、一般的な見解がなされるべき仕事の賃約を認めているにも関わらず、主人と労働者の間には何の引渡しも介在していない¹⁰⁸」とし、引渡しを基準にすることによる矛盾を指摘する。

次にマルタンは、労務の賃約と仕事の賃約の区別として、コレルス(Colerus)の報酬を固定する方法によって区別する理論を検討する。すなわち「労務の賃約では、報酬は職人の役務の期間に比例するが、仕事の賃約では、固定価格で支払われる¹⁰⁹」とするものである。

「この考え方には、一定の利点があり、それは物事の本質に基づいており、抽象的な事実、法的な事実だけではない。何世紀も前から、法学者や経済学者は、時間単位または一括払いが賃金の区分の要点であることに同意しており、この区分が経済的にも法的にも、今日もいかに重要であるかを知っている。そのため、このような考え方を古代に持ち帰り、同時にローマ時代のテキストの中に、このように広く行われていたことの先例を見つけたいと考え

¹⁰⁶ Ibid.,p.434

¹⁰⁷ Ibid.,p.434

¹⁰⁸ Ibid.,pp.434-435

¹⁰⁹ Ibid.,p.436

たのである¹¹⁰」。しかし、マルタンは、「このような比較の原理がいかに正当なものであっても、しっかりとしたローマのテキスト上の正当性によって慎重に裏付けることが望ましい¹¹¹」とする。そして、この場合、ローマのテキストは不足していると指摘し、さらに、「報酬の計算方法によって労務の賃約と仕事の賃約を区別することはできない¹¹²」とする。なぜなら、「報酬の計算方法は、その使用の事実だけで、労務の賃約と仕事の賃約の2つの契約のうちの一方の存在であり、他方の存在ではないと断言できるほど特徴的なものではない¹¹³」からである。

次に、職人が仕事をする場所によって2つを区別する理論を検討する。

「もし職人が自分の家で働いているならば仕事の賃約があり、逆に主人の所で働いているならば労務の賃約がある¹¹⁴」というものである。「例えば、ぶどうの収穫に来てくれるワイン生産者は労務の locator(locator)である。逆に主人から預かった地金を職人が自分の工房で加工する金細工師は、仕事の conductor(conductor)である¹¹⁵」。「仕立て屋が自分の家で仕事をしていれば仕事の conductor、主人の所で仕事をしていれば労務の locator となる¹¹⁶」。しかし、マルタンはこの理論はもろいものであるとし、「主人のために家を建てる請負人は、一般的な見解によればなされるべき仕事の賃約で作っているが、請負人は主人の土地で仕事をしているのである。もし、請負人が自分の土地で仕事をした場合は、全く別の仮説となり、いずれにしても賃約の範囲外となる。これを避けるために、原則に例外を設ける試みがなされたが、その場合、この規則は請負契約には適用されなくなる」とし、家を建てる契約はなされるべき仕事の賃約になるが、請負人は主人のものである土地で仕事をする。この場

¹¹⁰ Ibid.,pp.436-437

¹¹¹ Ibid.,p.437

¹¹² Ibid.,p.437

¹¹³ Ibid., p.438

¹¹⁴ Ibid.,p.438

¹¹⁵ Ibid.,p.438

¹¹⁶ Ibid.,p.438

合仕事をする場所で区別する理論によると、労務の賃約になってしまい矛盾が生じるのである。よって、この理論は採用できないと考えるのである。

次に検討するのは、労働の独占的な指揮を執る人による区別である。この理論は「指揮を担うのが主人であれば、主体性のない単なる従業員である職人は、労務の locator である¹¹⁷」とし、「逆に、職人が独立した方法で自分の労働を自分で采配するならば、彼は仕事の conductor である¹¹⁸」とする。しかし、「これまで研究されてきた説の中で、この説が最もローマのテキスト上の根拠に乏しい」ものである。この理論は「報酬がどうやって固定されているかという理論よりもさらに純粋な客観的な考察に基づいている¹¹⁹」ことに加え、労働の指揮とは何を指すのかという問題もある。「請負人が家を建てる時、労働の指揮は誰に属するのか¹²⁰」。この問題については、マルタンの時代においても絶対的な解決策はないとするが、「一般的になされるべき仕事の賃約と考えられている仮説をローマのテキストの中に見出すことができ、そこでは正確には労働の指揮は請負人ではなく、主人に属しているとされている。つまり、主人が請負人に指示をするのである¹²¹」とする。これに従えば、仕事の賃約でも労働の指揮は主人に属するので、労働の指揮の帰属者によって区別するこの理論は成り立たない。

以上のように、マルタンが検討した引渡しの有無、報酬の支払い方法、仕事の場所、労働の指揮による区別という 4 つの基準では、労務の賃約と仕事の賃約を区別することはできない。

P.F.ジラルールは、『ローマ法入門』(*Manuel*)の中で、「ペラ(Pellat)がすでに説明していたドイツに起源を持つと思われる理論をフランスで普及させた。ジラルールの前には、ヴィント

¹¹⁷ Ibid.,p.439

¹¹⁸ Ibid.,p.439

¹¹⁹ Ibid.,p.439

¹²⁰ Ibid.,p.439

¹²¹ Ibid.,p.440

シャイトがこの理論を非常に明快かつ精力的に展開し¹²²、ジラール以降、この理論は様々な著者によって引き継がれている。それは、「賃貸されるもの、つまり賃約の対象は、肉体的なものでもあり、人間の労働の一部分でもあり、ヴィントシャイトが労働力(arbeitskraft)と呼ぶものである¹²³」とし、「労働の賃約においては、契約の対象は労働であり、その結果である仕事そのものは別である労務の賃約と、対象が労働そのものではなく、その最終結果であるなされるべき仕事の賃約の2つの種類に区別¹²⁴」する。「ペラは、よりフランス的な言い方で次のように述べている。時として労働を賃約の対象とせずに、この労働が生み出す結果を賃約の対象とすることもある¹²⁵」。つまり、契約の対象により労働の賃約と仕事の賃約を区別し、結果ではなく労働を対象とする場合は労働の賃約、仕事の結果を対象とする場合は仕事の賃約とする区別である。この考えによると、賃約には物の賃約と労働の賃約という2種類があり、労働の賃約は労働そのものを考慮するか、結果を目的とした労働を考慮するかでさらに2種に分けるとする。これは「もはや3種類の賃約ではなく、2種類の賃約とさらにその中に2種類の賃約がある¹²⁶」ことになり、これは「通常採用されている3分割よりもさらに原典にそぐわない複雑なもの¹²⁷」である。しかし、この理論には、「労務の賃約から何が見えるのか、役務(Dienste als solche)というこの奇妙に見える概念は何で構成されているのだろうか」という問題があり、ペラもヴィントシャイトもジラールもこの点について詳しく触れていないとする。

ラベール(Labbé)はこの2種類の区別について独断的な観点から説明する。「労務の賃約があるのは、仕事の賃約を見つけられない時のためである¹²⁸」とし、「労務の賃約では、人は

¹²² Ibid.,p.443

¹²³ Ibid.,p.443

¹²⁴ Ibid.,p.444

¹²⁵ Ibid.,p.444

¹²⁶ Ibid.,p.444

¹²⁷ Ibid.,p.444

¹²⁸ Ibid.,p.444

自分の能力を他人に委ね、特定の労働をすることを約束するのではなく、注文された労働に自分の力と時間を捧げることを義務付ける。対して、仕事の賃約は、行われる仕事の専門性が特徴である。対象は完成した物であり、結果を得るために必要な一連の対象を考慮することを無視して、これらの行為の産物だけを見るのである。インスラの建築を請負わせる、家の建築を請負わせる等である¹²⁹」とする。

しかし、「これらの説明にはあまり光が当たらず、労働そのものや、結果のための労働という概念の独断的な価値を認めたとしても、ローマ人がこれらの概念を共有していたとは認め難いのである¹³⁰」とする。

以上のように検討した結果、マルタンは3つの賃約を目的によっては区別できないとし、目的によって区別できなければ効果によって区別できるかとし、効果の中でも特に危険負担と責任について検討する。

第三款 労務の賃約と仕事の賃約の効果による区別

マルタンは、危険と責任の問題については、現代の著者の間では、使用する語彙についてさえも一致していないとし、「危険と責任を区別しなければならないが、これは多くの著者によって多かれ少なかれ明確にされている¹³¹」とする。

「危険に関する限り、従来の学説はほぼ同じである。危険は locator、すなわち物や労働を提供する人が負うものであり、労務の賃約となされるべき仕事の賃約を区別する必要はない」とし、労務の賃約も仕事の賃約も危険は locator が負担するとする。

しかし、この規則には本質を含み、「物の賃約において、数年間の農業(agricole)目的の土地の賃貸借の場合、収穫が収入を下回った場合でも、地主はあらかじめ収入を得ているため

¹²⁹ Ibid.,p.445

¹³⁰ Ibid.,p.445

¹³¹ Ibid.,p.449

危険を負担することがない¹³²」し、「労務の賃約では、労働を遂行する上での障害が、労働者とは関係のない出来事に起因する場合、労働者は危険を負担しない¹³³」、さらに「なされるべき仕事の賃約では、仕事が偶然の出来事で破壊されても請負人は危険を負担しない¹³⁴」のである。しかし、「この場合、仕事の受領と報酬の決定方法に関する特別規則が登場し、仕事の期間の長さに応じて定められたり、本質を支えるものとみなされたりして特別規則が介入し、一般的な原則の適用をより複雑なものにしている。結局、適用の種類が多さによって細かな違いを持ち、ただ1つの契約類型にまとめることができない。しかし、著者らは一部の著者が認めている明確な分割に対して、法的に深く差異を示していない¹³⁵」。

さらに、「学説を離れてテキストを読めば、3分割とは全く逆の結論に達する¹³⁶」とし、「危険が locator にある場合、多くの例外はあるが、それは従来の分割に対応しないいくつかの特別なケースに関するものである。この危険に関する規則は、都市部の住居賃貸借にも、土地(exploitation)賃貸借にも、材料が主人によって供給されたものであれ、請負人によって供給されたものであれ、仕事が規模の変わる建築であれ、特定の対象物であれ、同じように適用されるわけではない¹³⁷」と指摘する。

マルタンは「責任の問題は、すべて似たような事例のようにテキストの中に出てくる¹³⁸」とし、多くの例があり、それぞれに異なる解決策が与えられているとする。そして、「ディゲスタの法文が、過失(culpa)、保管責任(custodia)、注意義務(diligentia)の考え方を進めた結果、多かれ少なかれ大幅に作り直されたという事実を加えれば、問題の複雑さも理解でき

¹³² Ibid.,p.449

¹³³ Ibid.,p.449

¹³⁴ Ibid.,p.449

¹³⁵ Ibid.,p.450

¹³⁶ Ibid.,p.450

¹³⁷ Ibid.,p.450

¹³⁸ Ibid.,p.450

るだろう¹³⁹⁾」とする。そして、責任の観点から3分割を説明することはできないとする。

では、賃約の効果や契約の適切な適用とは別に、労務の賃約と仕事の賃約を区別することはできるのか。

マルタンはククがテキストの中で1つ言及している奴隷の使用について検討する。「奴隷の使用者は、その奴隷に関して労務の賃約を禁止されるが、仕事の賃約は引き続き認められる。実際には、この問題は誤った形で提起されている。奴隷の所有者は、奴隷を貸すことによって労務の賃約とすることはできない。なぜなら、奴隷は物だからである。もし奴隷を貸せば、それは物の賃約である。使用者の場合、使用者は使用権を持っている家を借りるのと同様には、家事使用人(servus)を借りることはできない。しかし、例えば奴隷の使用者は奴隷の労働を自分のためにせよ他人のためにせよ、自分が行う様々な労働のために、使うことができる。例えば船を造り直す場合である。それが労務の賃約か仕事の賃約かという問題はある得ない。そして、ここでも議論は破綻している¹⁴⁰⁾」。つまり、ククは奴隷の使用は仕事の賃約であるとするのは誤りであり、奴隷は物なので奴隷の賃貸は物の賃約とするのである。従って、奴隷の使用に基づいて労務の賃約と仕事の賃約を区別することはできないのである。

第四款 賃約における当事者の呼称

次に、マルタンは賃約における呼称についてとりあげ、賃約の分割の説明をしようとする。

「これを著者は通常、当事者の名前の反転 (interversion des noms des parties) と呼んでいる。賃約は、その適用範囲に多くの種類があるため、法律上の状況や職業が互いに大きく異なる当事者が集まっている。現代の実務、俗語、さらには民法、労働法、家賃法など立法に関するテキストでは、売買契約の当事者の売主と買主のように、賃約の当事者の正式な名称を決めることができなかった。私達は借家人 (locataire) と言っているが、これは都市の建

¹³⁹⁾ Ibid.,p.451

¹⁴⁰⁾ Ibid.,p.453

物の賃貸借に限ったことであり、所有者 (propriétaire) と言えば契約外の法的概念に訴えるものであり、小作人 (fermier) と言えば、土地の特定の借地制度を示すものである。私達は今でも雇い主 (patron)、主人 (maitre)、職人 (ouvrier)、家事使用人 (domestique) と言っているが、これは非技術的な用語であり、雇用者 (employeur)、被雇用者 (salarie) という新しい社会的概念に依存した用語である。locator (locateur) と conductor (conducteur) という学問上の名称は、特に前者は教義の言葉として使われる以外では使われていない。このような語彙の不確定性は、同じ様に法的な不確定性を明示している¹⁴¹とし、ローマにおいても同じことが言えるとする。

「ただラテン語の語彙は貧弱で柔軟性に欠けるため、用語の数は多くないが、適用条件は複雑である。所有者 (dominus) という用語は対象となる種において、所有権の問題がある場合にごく例外的に使用される。特に請負契約の場合には、請負人 (redemptor) (仕事を請け負う) (redemere opus) という言葉より頻繁に使われる。しかし、通常の専門用語は、locator と conductor であり、買主と売主とは対称的である。しかし、この類推は単にうわべだけのものである。というのは、買主と売主が規則正しく、普遍的に使用されるのに対して、conductor と locator は普遍的ではない¹⁴²」とする。例えば、建物の賃貸借や物を借りる時にそれが何の契約であったとしても、所有者は locator、相手は conductor と言われるとする。さらに、「修理または改造されるために与えられた物、使用されるために与えられた材料の問題である場合、ここでも所有者は locator、他の当事者は conductor (あるいは請負人) と言われる¹⁴³」とする。

しかし、「より複雑な場合では一見したところ、locator と conductor の用語の使用に関する法則を決定することは困難¹⁴⁴」であり、「とりわけ問題は、請負 (entreprise)、役務 (services)、

¹⁴¹ Ibid.,p.454

¹⁴² Ibid.,pp.454-455

¹⁴³ Ibid.,p.455

¹⁴⁴ Ibid.,p.455

奉公 (apprentissage)、輸送 (transport) などの場合¹⁴⁵⁾」である。

マルタンは「このような用語の変化に注釈者達が翻弄されるようになって久しい。彼らの説明は無限と言ってもいいほど多様である¹⁴⁶⁾」とし、アゾン(Azon)やキュジャスの説を引用するが、問題を提起し、ローマの著者の中でも論争があったという不確実性を示すことができる。十分であるとする。

その後でマルタンは、現代では一定の規則があり、呼称についての問題はないとする。すなわち、「locator とは賃約において、物あるいは仕事の主人を意味し、もう一方の当事者を conductor と呼ぶが、物の賃約となされるべき仕事の賃約に関してのみである。労務の賃約については「用語の反転」(interversion des termes) があり、主人、つまり報酬を与える人が conductor で、locator は自分の役務を賃貸しする職人であり、自分の労務の賃貸である¹⁴⁷⁾」とする。つまり、物の賃約の場合、物の所有者を locator、借主を conductor と呼び、仕事の賃約では、仕事を与える注文者を locator、仕事を行う者を conductor と呼ぶ。しかし、労務の賃約では、自分の役務を提供する職人が locator であり、報酬を与える者が conductor となる。そして、この用語の説明が賃約の 3 分割と結びついており、3 分割論の一層強い根拠となったとする。

しかし、「用語の反転が賃約の 3 種類の存在を間違いなく立証するためには、すべてのローマのテキストが先に述べたように conductor と locator という用語を使用する必要がある。しかし、実際にはそうではない。多くのテキスト、つまり大多数のテキストは示された規則に従っているが、中には完全に無秩序な用語の使い方をしているものもある。これが一番重要である。それは建物の建設 (インストラの建設の賃貸) を参照する必要がある。これは紛れもないなすべき仕事の賃約の場合であり、難しい問題は請負人が作成した供給品の所有権

¹⁴⁵⁾ Ibid.,p.455

¹⁴⁶⁾ Ibid.,p.455

¹⁴⁷⁾ Ibid.,p.457

に関するものである¹⁴⁸」とし、用語の反転と賃約の 3 分割論を結びつけられず、locator や conductor という言葉の使い方は謎のままであるとする。そして、「もしこの用語の使い方についての説明が見つければ、関連するローマの賃約の構造の謎が解けたことになる。しかし、このような語彙のバリエーションを説明するために発見したと私達が考えていた規則は、契約の 3 分割論と同様に幻想であり、私達が契約の 3 分割論と不正確に重ねていたこれらの理論は一緒に崩壊する¹⁴⁹」とする。

第五款 賃約の 3 分割論の変遷

マルタンは「長い間知られていなかった 3 つの賃約の理論が追跡可能な学説上の変遷の結果であること、比較的最近になって現れゆっくりとしか広がらなかったこと、最終的には名前の挙げられる法学者によるものであることを示すことができれば、この説の信憑性に対する特に正式な証明となるのではないだろうか¹⁵⁰」とし、この証明は大まかに可能であるとする。

まず、「学説では『反転』という名称で知られている。用語の難しさは、アゾンがすでに懸念していたため、非常に早くから気づかれていた。このような反転が論者に 3 つの賃約の理論を構築させたのではないだろうか。これは紛れもなく、危険を孕んだ理論の出発点ではないだろうか。しかし、そうではなく、3 つの賃約の理論は全く独立した形で生じたものであり、それと反転との因果関係が確立され、その無意味さが示されたのはごく最近のことである¹⁵¹」とし、用語の反転と賃約の 3 分割論は関係がないものとする。

次に、「研究を周到に進めるために、いくつかの標柱を立てる必要がある。この区別は中

¹⁴⁸ Ibid.,p.458

¹⁴⁹ Ibid.,p.461

¹⁵⁰ Ibid.,p.463

¹⁵¹ Ibid.,p.463

世に生まれたものではない¹⁵²」とする。

「キュジャスは賃約を繰り返し扱っているが、彼はその区別を無視している。ホットマン(Hotmann)も同様である。キュジャスの思想をドイツで普及させたボルホルテン(Borcholten)は、conductor と locator という言葉に関する彼の模型の教義を不合理に推し進めただけだった。また、17 世紀前半にオルレアンで教鞭をとっていたキュジャスのフランス人の学生、アヴェザンのジャン(Jean)も何も書いていない。今世紀に入ってから、その状況を概観できる非常に重要な本が出版された。これは、イタリアの法学者ヴィンセント・カロッチ(Vincent Carocci)の『賃約概論』(Traité du louage)で、少なくとも 6 つの版がある。この歴史上重要な意味を持つ条約は、まさに賃約の真理¹⁵³」であり、「中世と 16 世紀の両方の初期の文献がすべて綿密に分析され、豊富に引用されている¹⁵⁴」が、「3 つの賃約の疑問についてはどこにも言及されていないので、この理論がこの著書の執筆以前に発せられたものではないことは確かである。従って、1675 年頃まではこの説は知られていないのである¹⁵⁵」とする。

次に、「さらなる標柱は、民法典の助けを借りて設定することができる。法典は 3 つの賃約を知らない¹⁵⁶」とする。

実際、第 1708 条は次のように規定する。「第 1708 条では『賃約には物の賃約と仕事の賃約の二種類がある』と規定され¹⁵⁷」、「第 1711 条では次のように分割している。『この 2 種類の賃約は、さらにいくつかの個別の種類に分けられている。家屋と動産の賃約を家屋賃貸借(bail à loyer)、農事用の土地建物の賃約を小作契約(bail à ferme)、労務あるいは役務の賃約を労務賃貸借(loyer)、家畜の賃貸借(bail)でその利益が家畜の所有者とそれを託され

¹⁵² Ibid.,p.463

¹⁵³ Ibid.,p.464

¹⁵⁴ Ibid.,p.464

¹⁵⁵ Ibid.,p.465

¹⁵⁶ Ibid.,p.465

¹⁵⁷ Ibid.,p.465

た人との間で分割される賃貸借を家畜賃貸借 (bail à cheptel) と呼ぶ。見積書、取引、あるいは一定の対価によって仕事を請負う時も、仕事を行う者によって材料が提供された時も同様に賃約である』¹⁵⁸。つまり、フランス民法典第 1708 条では、賃約を物の賃約と仕事の賃約に分けており、賃約を 2 分割していることを根拠とするのである。さらに、フランス民法典第 1711 条に加え、第 1779 条も根拠として挙げる。すなわち、フランス民法典の第 1779 条は、仕事と勤労の賃約には、大きく分けて 3 つの種類があり、労働者の賃約・・・、運送人の賃約・・・、請負人の賃約・・・としており、「民法典にはいくつかの分割と細分化された賃約があるが、3 つの賃約についてはどこにも書かれていない¹⁵⁹」とする。その上、編纂の過程でムーリコー(Mouricault)は、仕事の賃約の対象は、管理 (soins)、役務 (services)、労務と勤労 (travail et l'industrie) であるとする¹⁶⁰。

さらに、フランス民法典は、ポティエを参照しているが、賃約はポティエとは多少異なる方法で扱われているとする。「基本的な分割は同じで、賃約には 2 種類ある。物の賃約と仕事の賃約である¹⁶¹」とするが、ポティエは『「職人や家事使用人の役務の賃貸借(bail)」は家屋の賃貸借契約や農地賃貸借契約と並んで、物の賃約の 1 種である¹⁶²』と考えていた。

さらに、民法典の編集者はドマから影響を受けており、ドマも 3 つの賃約を知らなかったと推測する。そして、「もしポティエとドマがこの分割を知らなかったとしたら、彼らを参考にした著者達もこの分割を知らなかったことは間違いないだろう¹⁶³」とする。この推測を裏付ける研究もある。それは、ポティエも認めているローマ法の教授であったヴィニウス (Vinnius) の研究である。「すなわち、ポティエとドマはグローティウス (Grotius) からプーフENDORF (Pufendorf) に至るまでの自然法の全ての学派から育てられた。これらの事実と、

¹⁵⁸ Ibid.,p.465

¹⁵⁹ Ibid.,p.465

¹⁶⁰ Ibid.,p.466

¹⁶¹ Ibid.,p.466

¹⁶² Ibid.,p.466

¹⁶³ Ibid.,p.467

1830 年から 1840 年頃にドイツとフランスのすべての学説が 3 つの賃約について知っていたという事実を考慮すると、この理論は 1675 年から 1820 年の間にフランスの教義的な伝統や自然法の伝統の外で生まれたという結論に達する¹⁶⁴」とする。

そして、「実際、3 つの賃約の理論が最初に示されたのは、ジャン・フォート (Jean Voet) による『学説彙纂の注釈書』 (Pandectes) である¹⁶⁵」と結論付ける。

フォートは賃約を以下のように表現する。「物の使用を除けば、自由人の労務であれ、農奴の労務であれ、傭兵の労務と同じである。彼らは慣習として賃金ではなく、報酬を支払われる自由主義の弁護士などではない。さらに賃約の主な目的である使用と労務に加えて、仕事を貸すことが可能であり、賃貸することができる。そして、この仕事の賃約では、conductor は報酬を受領し、locator は与える。労務の賃約では、locator が報酬を受領し、conductor が与える。これもまた事実だが、仕事の locator は、製作物の貸主、つまりインスラなどを建設する必要がある製作者と呼ばれることもある¹⁶⁶」とし、「奴隷の労務と自由人の労務は区別されていたが、中世やキュジャスではまだ混同されていた。奴隷の労務と自由人の労務が混同されており、これは法的な誤りであるが、フォートの後に何度も出てくることになった。しかしながら、その理論は後に持つ厳密さをまだ持っていなかった。フォートはテキストに忠実に従いながら、人間の労務による行為をなされるべき仕事の賃約に求めているが、この非論理性は後に消える¹⁶⁷」とする。マルタンはドマが早死にしたのでフォートの考えを知らなかっただろうとするが、ポティエがフォートの説に注目しなかったことは驚くべきことであるとする。

マルタンは、ジャン・フォートが提唱した理論に前例があるかを調べることが重要であるとし、「現在のところ 3 つの賃約の学説につながる学説の変遷の輪郭を非常に大まかな筆致

¹⁶⁴ Ibid.,p.467

¹⁶⁵ Ibid.,p.467

¹⁶⁶ Ibid.,pp.467-468

¹⁶⁷ Ibid.,p.468

で、広い範囲の近似性をもって辿ることができる¹⁶⁸」とする。

マティアス・コレラス (Matthias Colerus) が、3つの賃約の理論をほぼ確立していた。コレラスは「主人が死亡した時の主人の家事使用人は時間を賃貸しているのだから、たとえ役務を成し遂げなくても、その対価を家事使用人に支払うことを命じた¹⁶⁹」判決に同意し、ローマ法を参考に、役務の2種類を区別している。コレラスによると、「職人は時間をかけたとしても、約束したものを提供しなければ部分的な成果に応じた報酬は支払われない。他の人達は、実際にはほとんど役務を提供していなくても時間に比例して支払われる¹⁷⁰」とする。「コレラスは労務の賃約やなされるべき仕事の賃約という表現を使っていないが、ドグマ的な理由で区別している¹⁷¹」とする。

そして、ローマでの解決方法に近づいたのは「ヴィッセンバッハをはじめとする彼以前の人々が、ローマ時代の自由な労務と自由でない労務という分割を再発見した時だった。しかしそうすると、俸給制度の統一された概念を崩すことになり、14世紀以降に受け入れられてきた学説をすべて放棄することになる。このドグマによる崩壊を修復し、再び分裂したローマの解決策に秩序を取り戻す必要があった。そこで登場したのがJ.フォート¹⁷²」なのである。賃約の3分割論の起源は、「ローマ法の軌跡による承継ではなく、2世紀余り前にオランダの法学者によって賃約の3分割という名前を示されることなく考案されたもの¹⁷³」であるとする。つまり、賃約を物の賃約、労務の賃約、仕事の賃約に3分割する理論は、ローマ法を継承したものではなく、オランダの法学者であるジャン・フォートによって提唱されたものであり、この理論のきっかけとなったのが、ヴィッセンバッハらがローマ時代の自由な労務と自由でない労務という分割を発見したことなのである。

¹⁶⁸ Ibid.,p.469

¹⁶⁹ Ibid.,p.470

¹⁷⁰ Ibid.,p.471

¹⁷¹ Ibid.,p.471

¹⁷² Ibid.,p.474

¹⁷³ Ibid.,p.474

第三節 小括

以上のように、マルタンは賃約に関する学説の変遷を整理し、賃約の3分割の理論の起源についてフォートが提案したことを明らかにした。そして、ローマにおける賃約は3分割されておらず、賃約という1つの曖昧なものであり、現代の賃約の概念とは違うものであるとする。

ここで注意すべきことは、現代の請負においては、請負人に仕事を頼む際には、当然のように locator が conductor に対価を払うという形になっていることである。しかし、ローマでは、農場においては conductor が locator に対価を支払うという仕組みになっていたのである。例えば、locator が持っている農地の果実を conductor に依頼して収穫する時、conductor は locator に対して果実を取らせてもらうために対価を支払う。そして、conductor はその果実を売り、対価を得る。conductor は、売買によって得た対価から locator に支払った対価を引いた差額を収入とするのである¹⁷⁴。かつ、この農場の賃約は諾成契約ではなかった¹⁷⁵。この点が、現代の請負とは大きく違う点である。つまり、対価を支払うベクトルが現代とは反対だったのである。この点に注意しなければ、ローマの賃約について理解することが困難であると思われる。

この作用については既に、木庭顕教授が詳細に言及されている¹⁷⁶。そして、この conductor が locator に対して先に対価を支払うという点について着目した際、生産された物、収穫された果実の所有権、占有の問題が出てくると考えられる。

マルタンは本論文で賃約の3分割理論についての学説の変遷を整理したが、賃約を3分割する基準については明確な基準を確定することはできなかった。しかしそれは、ローマの賃約が明確な基準において分けられていたのではないということを明確にしたと言えるとする。

¹⁷⁴ 木庭顕『新版ローマ法案内』（勁草書房, 2017年）122頁。

¹⁷⁵ 同上・123頁。

¹⁷⁶ 同上・122頁以下。

さらに、ローマにおける賃約と売買との区別については、conductor が材料を提供した場合、多数説は売買契約だけが成立するとし、locator が材料を提供した場合にのみ賃約が成立する。またサビヌスもパウルスも conductor が材料を提供した場合は売買であり、locator が建築のため土地を提供した場合は、conductor が自らの材料で家屋を建築しても、土地という建築材料の提供があるため賃約が成立するとする¹⁷⁷。プイグは、「ローマ時代のなされるべき仕事の賃約は、物品の賃借と役務の賃借の混成形態であり、当初は主人の所有地で報酬を得て行われる仕事に限定されていたが、次第にその範囲は、有償で、かつ材料の供給なしに単独で行われるすべての役務にまで拡大した。一方、多数説では、職人が労務に加えて、どんなに少量であっても製造資材や建設資材を提供すれば、契約は売買に再分類される。この賃約から売買への再分類は、主人が材料の所有権を確実に取得することができなかったことによって説明された。個別の意見によれば、せいぜい、賃約の資格は売買と同時に残り、売買が所有権の移転の主導権を保持するということだった¹⁷⁸」とする。

プイグは「仕事の賃約を、計画(projet)の主人がその実現を職人に託す作業として分析したのがローマの慣習¹⁷⁹」であったとする。そして、「前者は locator であり、後者は転借人(locataire)であった。このような契約の方向性から、ローマ人は、主人が何かを完成させるために職人に物を引渡した場合のみ、真の仕事の賃約と認識した¹⁸⁰」とする。

プイグが仕事の賃約の対象を計画としたことにつき、森田修教授はプイグの次の一節を引用し、検討する。

「ローマにおいては loc.cond.operis faciendi は人間労働を対象とはせず、実現すべき計画(projet)の賃貸(location)、為すべき事物の賃貸、達成すべき仕事(ouvrage)の賃貸であっ

¹⁷⁷ 船田・前掲注(83)202 頁。

¹⁷⁸ Lionel Andreu et Marc Mignot, op.cit., p.116

¹⁷⁹ Pascal Puig, La qualification du contrat d'entreprise, LGDJ, 2002, p.21

¹⁸⁰ Ibid., p.21

た。この契約における契約債権者は、彼の事柄である計画を担っており、その実現を契約債務者に委ねている。それ故に注文主は貸主(locator)と呼ばれ、役務提供者は借主(locataire)と呼ばれたのである。この取引は真の意味において、仕事の賃約(louage d'ouvrage)なのである¹⁸¹」。

プイグの見解について、森田教授は、「この一節は、請負契約の対象を、請負人の役務それ自体ではなく、注文主がそれを通して実現しようとしている計画つまり projet として捉えなおしている」とする。そして、この見解によると「請負における給付が、〈請負人がその役務を注文主に貸す〉という方向(以下方向 b と呼ぶ)においてではなく、〈注文主がある構想を請負人に貸す〉という方向(以下方向 a と呼ぶ)において捉えられる。請負がローマにおいて locatio conductio とされたのは、そして現在でもフランスでは請負が(民法典上の名称に留まるとはいえ)louage と呼ばれているのは、方向 a の意味で注文主が請負人に locare しているからということになる。方向 a において把握された『賃約』を『構想の賃約』louage du projet と呼ぶことができよう」とする。つまり、森田教授はローマ法における請負契約について、契約の対象を請負人が注文者に対して役務を貸すのではなく、あくまでも locator である注文者が「構想」を請負人に貸すとするのである。さらに森田教授は「現在我々が『賃貸借』と呼び慣らす契約も、ローマ法においては『賃約』の一種である loc.cond.rei に対応する¹⁸²」とし、「賃貸借」についても「上記の『契約の objet』の区別をすれば、賃貸目的物を locator が conductor に貸すという方向 b と区別して、賃貸目的物がある構想の下に使用して収益を上げるということを前提とし、その構想を locator が conductor に貸すという方向 a が取り出される¹⁸³」とする。ここでも、契約の対象は物ではなく、構想であるとする。

森田教授は、ローマ法において請負契約の対価は請負人が注文者に対価を支払う構造で

¹⁸¹ 森田・前掲注(83) 600 頁。

¹⁸² 同上・600 頁以下。

¹⁸³ 同上・601 頁。

あったとする¹⁸⁴。これは構想に着目した結果であると言え、注文者の計画を貸すというプイグの見解に近いものであると解する。そこでは、注文者が請負人に自身の構想、あるいは自身の計画を貸すので、借主である請負人が対価を支払うという理解になるのである。

プイグがローマにおいて仕事の賃約は locator が計画を貸し、locator の計画を借り、計画を実現するために仕事をする者を conductor とする点について、ローマでは、仕事の賃約は計画を貸し借りするのではなく、あくまでも仕事を為す者が仕事をする権利、物の占有や果実収集権、占有に伴う管理権能などを得て活動し、その後得る社会的立場、名誉、信頼のために対価を支払い、仕事を得る。対価は munus(贈り物、報酬)の性質を持つ。

この点につき、公共事業請負人(publicani)が金銭的負担を負ってでも公共事業を行っていた構造について木庭教授による検討がなされている。その見解を紹介する。

「両事件¹⁸⁵の構造は、publicani の引き受けがそもそも初めから担当政務官との間の特殊政治的な信頼関係を前提として行われることを示している。即ち、『請負人』は、国庫 aerarium から受け取る金銭を対価として事業を行うのではなく、落札額の限度内であるとはいえ、負担そのものを引き受けるのである。この負担引受は担当政務官の功績に繋り、彼は自分自身の honos 実現(官職に就いて特定の事業を達成し、それを後世に遺すという、ローマ人にとって最高の価値の実現)をそれだけ壮麗にすることができるか、或は、原負担者、例えば aedilis に恩を売ることができる。publicani は、もし aedilis 等から本来の負担分を取り立てることができなくとも、その替りに、以上のような一連の恩を売ることができ、ローマの社会生活にとって不可欠なパトロニッジを以後得ることのみならず、言わば出世の糸口をも掴むことになる。否、取り立てなければ取り立てないほどそうすることができたであろう。従って、負担を競争入札で買い求めることがあったとしても不思議はない¹⁸⁶」。

¹⁸⁴ 同上・601頁。

¹⁸⁵ Cic.Verr. II - I -50-130ff.と Liv.43-16-2ff.事件を指す。

¹⁸⁶ 木庭顕「sarta tecta in :Cic.Verr. II - I -50-130ff.」片岡輝夫他著『古代ローマ法研究と歴

つまり、公共事業請負人は金銭を負担してでも仕事をすることによって政務官に恩を売り、自身の立場を有利なものにするのである。従って、仕事を手に入れる請負人は、構想のために対価を支払うのではなく、社会的立場、名誉、物の占有や果実収集権、独占権、占有に伴う権能のために対価を支払うのである。

このようにローマにおいて契約当事者は、「独特の人格的資質と行動原理を共有している¹⁸⁷」のである。この原理は *bona fides* と表記され、今日、「善意」あるいは「信義誠実の原則」と訳されるものである¹⁸⁸。しかし、家の持ち主が邸宅を *locare* し、対価を払わせて果実を取らせるという賃貸借に近い形でも、それは *locatio* と呼ばれたかもしれないが、諾成契約ないし *bona fides* の関係とは認められなかったとされる¹⁸⁹。唯一 *locatio conductio* を *bona fides* の平面に上げた可能性を指摘できるのは、自由人の労働であるとする。すなわち、医者、教師、音楽家、料理人等々の、高度な技芸に基づく活動を享受したい者が、対価を払ってそれを浴する場合である¹⁹⁰。都市において自由に活動する自由人がはっきりした対価をとってそのサービスを楽しむのである¹⁹¹。しかし、そのためには自由人という形式的な資格だけでは不十分であり、「誰かのために誰かが働くという関係はやはり従属的な関係を生む。働く側が *locator* つまり貸し手としてよほど強い立場にあるのでなければならず、また都市中心の本当に自由な空間が必要とされる。そこでまた果実の蓄積が高度な技芸を生んでいるのでなければならない¹⁹²」とされる。

以上のことから、現在委任と考えられている医師や弁護士、教師などもローマにおいては委任ではなく、賃約と考えられていたと言える。そこには対価が発生するからである。

史諸科学』（創文社、1986年）134頁。

¹⁸⁷ 木庭・前掲注(174)97頁。

¹⁸⁸ 同上・97-98頁。

¹⁸⁹ 同上・123頁。

¹⁹⁰ 同上・123頁。

¹⁹¹ 同上・123頁。

¹⁹² 同上・124頁。

さらに、役務を提供する者は自身の身体占有¹⁹³を持つ必要がある。そうでなければ、役務の提供者は雇われる側としての立場に陥り、そこに従属関係が生じてしまうからである。つまり、bona fides の平面にまで上げられるローマにおける賃約とは、都市部における自由人による役務の提供を指し、その自由人は自身の身体占有を持ち、医師による診察、音楽家による演奏の提供などの locator の役務を享受する者が対価を支払うのである。これが賃約なのである。そこには現在の従属関係における不均衡は存在せず、対等な立場であるために、locator が身体占有を持つ必要があったと考えられる。これがローマの賃約である。

さらに、都市部の高尚な職業を賃約とすることについて、対価の発生を挙げるが、locator である医師や弁護士が対価を得ることと、農場において conductor である働き手が対価を支払うことの矛盾はどのように考えるべきだろうか。この点につき、木庭教授は locator が貸し手として強い立場であることを要求するが、紀元後のローマにおいて locator が強い立場から墮落したとする。そして「対価をもらって労働の果実を取らせる」という形態になり、「農場内部での日雇い労働は、既にあてがいぶちであり、また労働のイニシャティヴ、つまり言わば占有の躯体を完全に『雇い主』に握られている¹⁹⁴」という形になったのである。それは奴隷と同じである¹⁹⁵。

以上のことから、ローマの賃約は、対価を得て何らかの役務を提供するものであり、それは物であり、労働であり、音楽などの芸術もしくは弁護士による知的給付であった。locare とは、何かを提供することを意味し、提供するものは教育や演奏など locator 自身が生み出した何かを conductor に提供する。ここでは locator は常に役務提供者であり、自分の身体占有を持っており、conductor は役務を享受する者であった。よって対価は

¹⁹³ 木庭教授は「占有の躯体」と表現されており、本稿では身体占有と解する。

木庭・前掲注(174)124頁。

¹⁹⁴ 同上・124頁。

¹⁹⁵ 同上・124頁。

conductor から locator に対して払われ、対価を支払ったが故に物の占有や果实収集権を獲得し活動する(利益を得る)のである。従って、この対価は conductor が得る利益の一部前払い的な意味合いがあり、この対価は munus の性質を持つ。それが、紀元後においてこの形態が崩壊し、役務を提供し、仕事の結果を conductor に享受させていた locator が、身体の占有を conductor に渡したことにより、仕事の結果も conductor に握られるようになり、これまで対等な関係を築いていた locator と conductor との間に従属関係が発生し、労働と仕事の結果の貸し手として力を持っていた locator が conductor の占有内に呑み込まれ、locator は対価を支払われる conductor へと反転したのである。ここで支払われる対価は impensa(費用)の性質を持つ。これがローマにおける仕事の賃約の変遷である。locator と conductor が反転した原因は、農場においての労働に高度な能力は必要ではなく、locator は労働のみを提供するようになったと共に、自身の身体 of 占有も雇主に渡した結果、自らの労働を投下して生み出された仕事の結果も雇主のものになったことが挙げられるのではないだろうか。

第四章 フランス民法典編纂前の法学説

第一節 ドマの見解

第一款 ドマのローマ法への見解

ドマはローマにおける賃約について、賃約という名称の下に「家屋や動産の賃貸借、農場や耕作の賃貸借、固定賃貸借、その他この種の契約を区別なく同じ名称の下に含む¹⁹⁶」とし、賃約という1つの契約であったとする。その理由としてこれらの契約はすべて、相手の財産を享受したり、相手の労務を一定の対価で利用したりするという点で共通しているからであるとする¹⁹⁷。

しかし、ドマは「家、馬、その他のものなど、単に賃約と呼ばれるものと、農場や耕作のための賃貸借、定額請負(prix faits)を区別する必要があると考えた¹⁹⁸」とし、ローマにおいては、賃約という1つの契約しかなかったが、家屋や馬などの物の賃約と、農場の賃貸借、行った対価を区別する必要があると考えたとする。その理由としては、「これらの題目はその名前によって区別されるだけでなく、その性質や規則にも一定の違いがある¹⁹⁹」からであるとする。つまり、ドマはローマでは賃約という1のものであったことを認識した上で、契約を性質や規則によって区別する必要があると考えていたと言える。

第二款 賃約の定義

ドマは賃約には「人が一定の対価を得て、物の使用、あるいは、その勤労(industrie)や労働(travail)を互いに意思を伝え合うことで成立する取引(commerce)が含まれる²⁰⁰」と定義する。さらに、一般的に「賃約とは、あらゆる種類の賃貸借を含め、一方がある物やそ

¹⁹⁶ Jean Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, T.1, Paris, 1689, p.185

¹⁹⁷ Ibid., p.184

¹⁹⁸ Ibid., p.185

¹⁹⁹ Ibid., p.185

²⁰⁰ Ibid., p.184

の労務の享受や使用を、一定の期間、一定の対価で他方に与える契約のことである²⁰¹」とする。つまり、ドマは賃約には物の賃約と労務の賃約の2つがあるとする。

さらに、賃約について、「この契約は必要性が非常に高く、頻繁に行われている。というのも、すべての人が必要なものをすべて自分のものにすることは不可能であり、また、各人が勤労と労務によってのみ得られるものを自分のために得ることも不可能であるからである。そして、他人の物の使用も、他人の勤労と労務の使用も、常に無償であることは正しくないため、それらを取引する必要があった。つまり、自分が住んでいない家があれば、それを誰かに貸して使ってもらうのである。そこで私たちは馬、馬車、タペストリー、その他の動産を賃貸 (loue) する。このようにして、勤労と労務は、決められた対価で、あるいは一日単位で、あるいはその他の手段で取引される²⁰²」。つまり、誰もが自分に必要な物や労務を全て持つことは不可能であるため、賃約は非常に頻繁に行われ、物の使用も、他人の勤労と労務の使用も無償であるべきではなく、自由に使えるわけでもなく、取引を行わなければならないとするのである。したがって、勤労と労務は決められた対価で、あるいは一日単位、もしくはその他の方法によって取引される。

第三款 賃約における当事者の呼称

賃約における当事者の呼称については、「物の賃約の場合、貸主 (bailler) または locator (locateur) が物を貸す人であり、conductor (conducteur) が物を受け取る人であるということである。労務の賃約においては、locator (bailleur) は為すべき仕事を与える人であり、仕事を請負い、労務と勤労を提供する者は conductor (preneur) または請負人 (entrepreneur) と呼ばれる²⁰³」とする。つまり、物の賃約の場合には貸主または locator が物を貸し、conductor が物を受け取る。労務の賃約では、locator は為すべき仕事を与え

²⁰¹ Ibid.,p.186

²⁰² Ibid.,p.184

²⁰³ Ibid.,p.185

る人であり、仕事を請負い、労務と勤労を提供する者は conductor または請負人と呼ばれる。

そして、誰が locator であり、誰が conductor にあたるかについては、「享受するものを賃貸する人は locator (bailleur) または locator (locateur) と呼ばれる。そして、これらの同じ名前は、為すべき仕事や労務を与える人にも与えられる。賃約や農場を通して享受する人は、労務や仕事を請け負う人が請負人とも呼ばれるのと同じように、conductor (preneur) または conductor (conducteur) と呼ばれる。しかし、賃約、つまり労務や勤労に対して支払われる対価においては、職人や請負人もある意味で locator の役割を果たしている。なぜなら、彼らは労働を貸し借りしているからである²⁰⁴」とする。つまり、locator とは、享受するものを賃貸する人のことであり、為すべき仕事や労務を与える人も locator と呼ばれる。一方、労務や勤労を提供する職人や請負人は conductor と呼ばれるが、対価を得るという観点からみると自分の労務や勤労を提供することで対価を得ることから locator と呼ばれ得る。

第四款 賃約と売買契約の区別

ドマは、賃約は「売買と同じように、合意 (consentement) だけで成立する契約のひとつである。この2つの契約は非常に似ており、多くの規則が共通している²⁰⁵」とする。売買と共通する点としては、賃約やその他の賃貸借の対価は、金銭、一定の対価、あるいは果実の一部で決定される点であるとする。一方、売買と異なる点として、「賃貸借では、売買のように対価の安さは考慮されない。ただし、それが何らかの詐欺や錯誤といった他の事情を伴っていた場合は別である。売買のような譲渡ではないからである。さらに、将来の収入の価値が不確実であるため、不確実な価値の代わりに一定の対価を定めることで所

²⁰⁴ Ibid.,pp.186-187

²⁰⁵ Ibid.,p.187

有者と小作人の条件を公平にすることができる²⁰⁶」ことを挙げる。

ドマは、労務の賃約について前述のように「定額請負での賃貸借やその他の職人の労務の賃約では、locator(bailleur)が仕事、または行われる仕事を与える者となる。そして、conductor(preneur)または請負人が、労務または仕事を請け負う者である²⁰⁷」とする。ここでは、あくまでlocatorは仕事を与える者であり、conductorは労務を提供する請負人である。conductorは、「彫り師が彫るハンコを渡されるように単純な仕事、運送人のように単純な労務、あるいは建築家のように自分の行為と材料の両方を提供するように、仕事のための材料を自分の仕事とともに提供することだけを負わされる²⁰⁸」こともあるとする。つまり、locatorから材料を提供される場合も、建築家が労務と材料の両方を提供する場合も賃約となるのである。建築家が労務と材料を提供した場合も賃約となることについては、建築家が材料の全てを提供したとしても、一番主要な材料は土地であることから建築家が提供した材料は土地の付属品に過ぎないからである。

ドマも建築家が材料を提供した場合について「建築を請け負う建築家が材料を提供する責任を負う場合、材料を販売しているように見えても、これは売買ではなく賃約になる。なぜなら、彼の主な義務は建物のために自分の行為を提供することを除けば、彼は建物が付属物にすぎない基盤(fonds)を売買するわけではないからである²⁰⁹」とする。

職人がすべての材料を提供した場合については、「職人がすべての材料と合意通りの仕事を一定の対価で提供する場合、金細工師が銀食器をこのような方法と対価で作ることを請け負い、その銀を提供することと同様に、それは賃約ではなく売買になる²¹⁰」とし、職人が全ての材料と労務を提供した場合には、その契約は売買であるとする。しかし、注文者であ

²⁰⁶ Ibid.,p.188

²⁰⁷ Ibid.,p.211

²⁰⁸ Ibid.,pp.211-212

²⁰⁹ Ibid.,p.212

²¹⁰ Ibid.,p.212

る locator が材料を提供した場合については、「私たちが金細工師に銀を提供した場合、それは賃約または定額請負(prix fait)とされる²¹¹」とし、locator が材料を提供した場合は賃約が成立するとする。

さらに、conductor が材料を提供する際には、「建築家が材料を供給する責任を負うように、conductor が何らかの材料を供給する義務を負うのであれば、conductor はそれを良好な状態で供給しなければならず、自分が気づかない欠陥に対しても責任を負わなければならない。物を賃貸する人が彼の使用のためにその物があるべきように提供する義務があるのと同じように、conductor は、提供しなければならないものを良い状態で提供する義務があるからである」とし、conductor の義務を述べる。

以上のように、ドマは主たる材料の提供者によって、契約が売買であるか賃約であるかを区別する。

第二節 ポティエの見解

第一款 物の賃約の定義

ポティエは賃約には2種類あるとし、「物の賃約と仕事の賃約である²¹²」とする。物の賃約については、「2人の契約当事者の一方が、他方が支払うことを約束する一定の対価と引き換えに、合意された期間、他方が何かを享受または使用することを約束する契約²¹³」と定義する。

第二款 物の賃約の対象

ポティエは、「家具から家や土地まで、あらゆるものを借りることができる。有形物だけでなく、無形権(Droit incorporels)、十分の一税(dime)、年金(rentes)といった無形

²¹¹ Ibid.,p.212

²¹² Robert-Joseph Pothier,Traite du contrat de louage,1764,p.1

²¹³ Ibid., p.3

の権利も賃貸しできる。領有権 (Droit Seignuriaux) を賃借して耕作することも可能であり、この農地賃借には賃借期間中に発生し、期限が到来する領地や検地からの検収金、罰金、利潤が含まれる。司法権 (Droits de Justice) も賃借することができ、この賃借には罰金や没収といった有用な権利も含まれる²¹⁴」とし、有形物以外のものも賃約の対象とする。

売買契約ではカバーできないが、賃約の対象とできるものもある。例えば、「クラウン・エステート (Domaine de la Couronne) の一部である土地は売却できないが、耕作は可能である。教会 (Eglise) の財産も同様である²¹⁵。

最も注目すべきことは、ポティエが職人、家事使用人の役務の賃約を物の賃約に分類していることである²¹⁶。ポティエは物の賃約の章において、家事使用人や職人について「自由人は売買契約の対象ではないが、役務を賃貸しすることはできる。しかし、賃約契約が成立するのは、家事使用人や女中、未熟な労働者、工匠など、無価値で金銭的対価が認められる役務だけである。優秀かあるいは品格が高く金銭対価で自分自身を評価しない人は、金銭対価を得ることはないだろう。これが、弁護士とその依頼人との間で締結される契約が賃約契約ではなく委任契約である理由である。この依頼人が弁護士に渡す金額は、弁護士が提供する役務の対価ではなく、それは評価できるものではない。それは、この依頼人が自分の認識を彼に与える印にすぎず、性質上無償ではあるものの、委任契約と矛盾するものではない²¹⁷」とする。つまり、ポティエにとって対価が発生する労働は金銭で評価できるような下劣なも

²¹⁴ Ibid.,p.10

²¹⁵ Ibid.,p.11

²¹⁶ 森田修教授もポティエが労務者 (ouvrier)・家内奉公人 (serviteur) の「賃約」を「役務の賃約」(louage des services) として一括し、そのうえで「仕事の賃約」とは峻別して、「物の賃約」と法性決定するとする。森田修「フランス民法典における『賃約』概念—『役務提供契約』の基礎理論のために(その2)」沖野眞己,丸山絵美子,水野紀子,森田宏樹,森永淑子編『これからの民法・消費者法(I)河上正二先生古稀記念』(信山社,2023年)427頁。

²¹⁷ Robert-Joseph Pothier,op.cit.,p.10

のであり、高尚な仕事は金銭対価では評価できないほど尊いものであるという考えが見られる。家事使用人や未熟な労働者などの労働は、ポティエにとっては金銭で評価するに値する下劣なものとして扱われていたのである。そして金銭で評価できない程高尚な仕事は、委任契約であるとする。委任契約においても報酬を支払うが、これは労働の対価ではなく、礼金的なものであり、委任契約が無償であることとの矛盾は生じないとするのである。

第三款 物の賃約における対価

ポティエは、「賃約は、賃借物の享受と使用に対する対価が合意されていなければ成立せず、その対価は賃料(loyer)または農地(ferme) と呼ばれる。ある物の使用が、その使用を受ける者に対価を要求することなく与えられたとしたら、これは賃約契約ではなく、使用貸借(pret a usage)と呼ばれる別の契約であり、これは法学では commodatum(貸借)と呼ばれる²¹⁸」とし、対価の合意が物の賃約の成立要件であり、この対価は、売買契約と同様、要求される可能性があることを意図して合意された公正な価格でなければならないとする²¹⁹。また、conducteur が対価を支払う義務を負っていることを条件とする。そして、「この対価が実質的な価格、すなわち賃約を形成しうる重大な対価であるためには、賃借物の享受または使用の価値を考慮した、何らかの対価でなければならない。なぜなら、もし何の対価もなければ、農場を 1 エキュで借りるのと同じように、それは賃約ではなく、使用貸借契約、つまり commodatum(貸借)になるからである²²⁰」とし、物の賃約の成立要件である対価は、賃借物を考慮した価格でなければならないとする。そうでなければ、その契約は賃約ではなく、使用貸借契約となるのである。しかし、「この対価が賃借物の享受または使用の価値に等しい必要はない。もし対価や賃借料が高かったり安かったりすれば、この対価や賃借料には不義理があり、locator や conductor は賠償する義務がある。しかし、この不当な対価が契約

²¹⁸ Ibid.,p.30

²¹⁹ Ibid.,p.30

²²⁰ Ibid.,p.32

の有効性を妨げることはない²²¹」のである。さらに、賃料は、確実かつ固定されたものでなければならぬとされ、これは売買契約と同様である。さらに、売買契約において見積り人が見積りを行わなかったか、行う前に死亡した場合、その売買契約は無効となるが、賃約についてはどうだろうか。ポティエによると、法はこれを認めているとされる。しかし、ポティエは「賃約においても同じことが無差別に決定されるべきではなく、その判断は状況に大きく左右されるべきだと私は思う²²²」と、一律に契約を無効とすることに否定的な意見を述べる。ポティエはその理由として、売買契約においては「当事者が売り急いでいたようにも買い急いでいたようにも見えない場合、彼らの意図は、契約を条件として、指定された人物の見積りに依存させることであったと推定するのは容易である。そして、その人物だけを信頼しており、他人が彼に不利になるようなことをする可能性があるものには頼りたくないものである²²³」とする。一方、賃約については「家や農場の賃貸契約においては、自分で占拠したり利用したりすることができない家主の場合、あるいは conductor が急いで借りようとしている場合には、私たちは見積りを依頼する権利を与えることができる。反対に、当事者が地代や農場の対価を求めてある人に持ちかけた時に見積もりに対価が記載されていない場合には、契約が成立しないという意図はなかったと推定することができる。しかし、それどころか、他の専門家によって見積もられた対価で行われることになる²²⁴」と考えるのである。そして、「この判断は、特に、指定された者が見積もりを行うことを拒否したとき、または見積もりを行う前に死亡したときに、conductor がすでに占有していた場合、または占有の期限が差し迫っていて locator が他の人に賃貸することを容易に見つけることができなかった場合、または conductor が他の家屋または農場を自分で用意することを見つける

²²¹ Ibid.,pp.32-33

²²² Ibid.,pp.33-34

²²³ Ibid.,p.34

²²⁴ Ibid.,p.34

ことができなかった場合に行わなければならない²²⁵」とするのである。

ポティエは最後に「対価または賃借料は金銭でなければならず、そうでなければ賃約ではなく、別の種類の契約となる。例えば、馬を 1 頭しか飼っていない貧しい小作人が、隣人が自分の馬を一定の日数だけ貸してくれるという協定を結んだ場合、対価が金銭である場合を除き、この契約は賃約ではなく、無名契約である。しかし、賃約が金銭以外の対価で行われている場合は、法の微妙な定めによれば、賃約²²⁶」ではないとする。しかし、「賃約において対価は金銭でなければならないという原則は、相続財産の貸借(baux)の場合には例外²²⁷」とする。なぜなら、「これらの貸借の対価や農地は、金銭ではなく、リース(loue)される相続財産が生産する一定量の果実で構成されることがあるからである。例えば、農場は年間一定量の穀物で借りられることが多い。ワインを一定量生産するために、ブドウの木を植える。オリーブの木が植えられている土地で、一定量のオイルを得ることができる²²⁸」からである。

さらに前述のように、「当事者間で対価が合意されなければ賃約は成立しないが、この対価は契約書に明示される必要はない。そこには、暗黙のうちに合意され、暗示されているものがある²²⁹」はずだからであるとする。

例えば、ある物の賃借料がその土地の慣習によって決められている場合、馬の賃借料は、数日間賃借する場合は 1 日 25 ソル、1 日賃借する場合は 30 ソルであるが、これらの物の賃約において、当事者が賃借料を説明する必要はない。彼らは通常の対価に同意することになっている²³⁰。

²²⁵ Ibid.,pp.34-35

²²⁶ Ibid.,p.36

²²⁷ Ibid.,p.36

²²⁸ Ibid.,p.36

²²⁹ Ibid.,p.37

²³⁰ Ibid.,p.38

「更新の場合は、前回のレンタル(location)と同じ対価を支払うことになっている。下請け業者同士が対価を説明せずに日雇いで雇い合っている場合、当事者はその地域で他の労働者が得るであろう対価で合意した²³¹⁾とみなされる。さらに、「対価の説明もせずにブドウ収穫者の一団を雇うこともある。両当事者は、他のブドウ収穫者が得る対価について合意したものとみなされる。また、異なる対価で賃借(louee)されている場合、対価を説明せずに賃借されているものについては、最も高くもなく、最も安くもなく、中間の価格での賃約²³²⁾とみなされる。

第四款 物の賃約と売買契約の区別

ポティエは物の賃約と売買契約の区別は不可欠であるとし、「売買契約では、売主が所有者として買主にその物を渡し、売主がその物に対して持つすべての権利を譲渡することを約束することである²³³⁾」のに対し、「賃約では、locator は conductor がその物を所有することを要求される義務はなく、その物を享受し使用することを許可するだけである²³⁴⁾」とする。つまり、物の賃約では locator は conductor に物を享受し、使用することを認めるだけであるが、売買では売主は買主に物を渡し、その物が持つ全ての権利を譲渡するのである。

ポティエは前述の違いを述べながらも、「この2つの契約には依然として非常に密接な関係があり、賃約は一種の売買契約であるとさえ言える²³⁵⁾」とする。その理由として、「賃約には、何らかの形で賃貸(louee)されている物自体の売買ではなく、貸借が継続しなければ

²³¹⁾ Ibid.,p.38

²³²⁾ Ibid.,p.38

²³³⁾ Ibid., p.4

²³⁴⁾ Ibid., p.4

²³⁵⁾ Ibid., p.4

ならない期間中のその物の享受と使用の売買が含まれており、賃借料として合意された価格はその対価になるからである」とする。その例として、農地賃貸借を挙げ、「農地賃貸借とは、賃借期間中に収穫される果実を locator(bailleur)が小作人(fermier)に売買することであり、賃借期間中の各年の対価は、小作人がその年に収穫する果実の対価である²³⁶」とし、ローマ人が賃約契約を意味する言葉として「売買」という言葉を使うことがあったのはこのためであるとする。

ポティエはさらに、「この2つの契約の関係は非常に大きく、ある契約が売買契約なのか賃約契約なのか、はっきりしないように思われる。たとえば、私が、このような相続財産の享受を、このような期間、このような対価で、あなたに譲り渡した。その契約が売買契約なのか賃約契約なのかを尋ねる。単に名前だけの問題ではない。というのも、これらの契約にはまったく異なる本質があるからである。売買契約では、商品は買い手の危険となる。賃約の場合は、locatorの危険となる。この疑問を解決するために、カロッチウス(Caroccius)は次のように報告している。言い換えれば、譲渡が毎年支払われる数回分の一律の金銭を対価として行われる場合は、その契約は賃約契約であり、単一の対価で行われる場合は、その契約は売買契約とみなされなければならない。むしろ、享受が2年を超えない期間にわたって認められる場合、その契約は、享受期間全体の対価が単一の金額であっても、賃約契約であると推定されるというべきであり、当事者は賃約契約によって、賃借(bail)の各年の対価を単一の金額で徴収することができる。逆に、享受期間が2年を超える場合、その対価が1回払いの場合は、その契約は売買契約とみなされ、年払いの場合は賃貸借(bail a rente)と推定される²³⁷」として、売買契約と賃約との区別をする。賃貸借と賃約は、賃貸借においては所有権も借主に移転するが、賃約においては、その物の享受や使用を認める個人的義務を負うだけであり、所有権が移転することはない²³⁸点において

²³⁶ Ibid.,pp.4-5

²³⁷ Ibid.,p.4

²³⁸ Ibid.,p.6

区別される。

第五款 物の賃約における危険負担

ポティエは物の賃約における危険負担について、6つの一般原則を定める。

第一原則は「conductor (conducteur)、借地人 (locataire) または小作人は、locator が賃借物の享受または使用を提供できなかった場合、賃料の全額を返金してもらわなければならない²³⁹」とし、conductor、conductor、小作人が賃借物の享受または使用ができなかった場合には、locator が賃料を返金しなければならないとする。その理由として、「賃約契約とは、賃借物の将来の果実または将来の使用を売買する契約の一種であり、その賃料は対価だからである。あるいは、同様に、将来の果実の売買は、それらの果実が現実になり、その存在によって契約の対象となる限りにおいてのみ有効であり、対価が支払われるべきである。同様に、conductor が賃料の対価となる享受や使用を得られなかった場合には、賃料の支払いはあり得ないと判断されなければならない²⁴⁰」とする。つまり、conductor は契約後に農地から採れる果実を売買あるいは使用することを念頭において契約を締結するのであり、賃料はその対価であるが故に、果実ができず、果実を売買あるいは使用できなかった場合には、賃借物が存在しないことから conductor が対価を支払う必要はないと考えるのである。

第二原則は、「locator は貸借期間の一部について享受できなかった conductor、借地人 (locataire) または小作人に対して、享受できなかった期間分の賃料を返金しなければならない²⁴¹」。なぜなら、「賃料の一部は、貸借が続くはずだった期間の一部の享受の対価だからである。したがって、conductor が享受しなかった、あるいは享受することができな

²³⁹ Ibid.,p.135

²⁴⁰ Ibid.,p.135

²⁴¹ Ibid.,pp.135-136

かった期間について賃料を請求することはできない²⁴²」からである。

第三原則は、locator は賃貸物件の一部を享受できなかった conductor、借地人または小作人に、享受できなかった期間中のその部分の賃料を返金しなければならないとするが、この原則は、先の原則の延長線上にあるものだが、制限を受ける可能性がある²⁴³とする。

第四原則は、「conductor または借地人あるいは小作人は、障害が自己に起因する場合、賃料の減免を請求することはできない²⁴⁴」。そして「この場合、conductor が賃料の支払義務を負うためには、conductor 自身または他人がその物を享受または使用する可能性があれば十分である²⁴⁵」。

第五原則は、「賃料は、conductor が貸借契約に基づいて使用した分だけ支払われる²⁴⁶」。「この原則によれば、貸借期間中に conductor が賃借物の完全な所有権、あるいは少なくとも用益権を取得した場合、conductor はその所有権または用益権を取得してから貸借期間が残っている期間の賃料を免除されなければならない。なぜなら、conductor はこの物の所有権または用益権を取得したので、conductor はもはや賃貸借契約に基づいてそれを享受しているのではなく、彼自身のものを享受しているからである²⁴⁷」。

第六原則は、「conductor がその物の享受を絶対的に奪われていない場合である²⁴⁸」。しかし、「予期せぬ事故により、その享受が変更され、非常に大きな改悪を被った場合、その享受が改悪された期間について、賃料の比例減額を請求することができる²⁴⁹」。

ポティエはこの6つの一般原則は、「家屋の賃貸借、農村の不動産賃貸借、職人や家事

²⁴² Ibid.,p.136

²⁴³ Ibid.,p.136

²⁴⁴ Ibid.,p.136

²⁴⁵ Ibid.,pp.136-137

²⁴⁶ Ibid.,p.137

²⁴⁷ Ibid.,p.137

²⁴⁸ Ibid.,p.137

²⁴⁹ Ibid.,p.137

使用人の役務の賃貸借に適用する²⁵⁰」とする。従って、「職人や家事使用人が、主人に自分の役務を貸し出した場合において、不可抗力によりこれらの役務を提供できなかった場合、その役務の対価は免除されなければならない²⁵¹」のである。以下、ポティエが示す物の賃約の危険負担の原則を適用した例を3つ挙げる。

例えば、早朝、私はブドウの収穫者たちと一緒に散歩をし、一日に必要な量のブドウを収穫しに来た。しかし、天候が雨に変わり、私がブドウ狩りの従業員を解雇せざるを得なくなった場合、原則の第1項に従い、私は彼らに対して、雨というアクシデントのために彼らから私に役務が提供されなかった、彼らの日数分として私が彼らに約束していた金額について、免責されなければならない²⁵²。

もし彼らの1日が始まってから悪天候が起こっただけであれば、2番目の原則に従い、私は彼らの1日の対価を彼らが働いた時間に比例して支払うだけであり、それは私が彼らを送り返すまで続く。例えば、天気が正午頃から雨になると、私たちのオルレアン州では夕食を与え、その日の対価の半額を支払うのが慣例となっている²⁵³。

主人が必要以上にブドウ摘みの作業員を連れていて、その日の終わりの数時間前に収穫が終わり、彼らを占有するのに十分ではなくなった場合、主人は彼らを帰す義務があるが、そのような理由でその日の対価を減らしてはならない。これは第4の原則に沿ったものである。なぜなら、この場合、ブドウ収穫者が自分の役務を貸している主人自身の知識を通して、主人が何か自分に専念できるものを提供してくれれば、彼らは終わりにならないからで

²⁵⁰ Ibid.,p.134

²⁵¹ Ibid.,p.156

²⁵² Ibid.,p.156

²⁵³ Ibid.,p.157

ある²⁵⁴。

さらに、物の賃約の危険負担の原則は家事使用人、職人に適用されるので、「1 年間、1 カ月間、またはその他の限られた期間、役務を提供する職人や家事使用人について、病気が原因で役務を提供できない場合、役務を提供している期間の相当部分が、その職人や家事使用人を雇っていることになる。主人は、病気で役務を提供できなかった時間に応じて、役務の対価の一部を減額する権利を有する²⁵⁵」ということになる。

ポティエは物の賃約の危険負担を以上のように考えるが、「小作人がいかなる事故に対しても農地の減額を要求しないことが明示的に合意されている場合、この合意は有効である。この場合、雹やその他同様の事故によって彼が引き起こしたであろう果実の損失、さらには全額の損失を理由に、彼が免除を請求できないことは疑いの余地がない²⁵⁶」とする。しかし、果実が存在しないのになぜ小作人が対価を支払わなければならないのか。ポティエはその答えを小作人が支払う対価は「小作人が果実を収穫するという不確実な希望の対価であるということである。不確実な期待とは、評価可能なものであり、売却可能なものである²⁵⁷」とするのである。したがって、「小作人が果実を受け取っていなくても、この果実に対する不確実な期待の対価として賃料（serme）が支払われる²⁵⁸」という結論が生じるのである。つまり、小作人が収穫しようとした果実は採取できる量も実際に実らないとわからない不確実なものであり、そこには小作人の収穫量に対する期待や、売買によって得られる対価に対する期待が存在する。それらは不確実なものであり、ポティエは小作人が危険を負担することについて、これらの期待の代償であるとするのである。従って、「この合意は、有効で

²⁵⁴ Ibid.,p.157

²⁵⁵ Ibid.,p.158

²⁵⁶ Ibid.,p.166

²⁵⁷ Ibid.,p.166

²⁵⁸ Ibid.,p.166

あり許容されるものではあるが、農地賃貸借（bail a ferme）の性質に反するものであり、容易に推定することはできない²⁵⁹」とするのである。

第六款 仕事の賃約の定義

ポティエは仕事の賃約について、「仕事の賃約契約とは、契約当事者の一方が他方にある仕事を与え、その仕事を為す側は両者の間で合意された対価でその仕事を行うことを請け負い、仕事を与えた側は賃金を支払うことを請け負う契約である²⁶⁰」と定義する。

そして、仕事の賃約は相互の同意のみによって成立する合意契約であり、双務契約であるとし、「各当事者は、与えるのと同じだけのものを受け取るつもりである。locator は仕事を受け取り、conductor に仕事と同等の対価を渡すことで、受け取った分だけを与える²⁶¹」とする。

第七款 物の賃約と仕事の賃約の区別

仕事の賃約と物の賃約が異なる主たる点として、物の賃約の主な目的は、conductor に一定の対価で与えられる物の使用であるのに対し、仕事の賃約の主たる目的は、conductor に与えられる仕事である点を挙げる²⁶²。

さらに、物の賃約では、locator に賃借料を支払う義務があるのは conductor であるのに対して、仕事の賃約では、locator は conductor に賃約の対価を支払う義務がある²⁶³とする。

²⁵⁹ Ibid.,p.166

²⁶⁰ Ibid.,p.350

²⁶¹ Ibid.,p.352

²⁶² Ibid.,p.351

²⁶³ Ibid.,p.351

第八款 仕事の賃約の成立要件

ポティエは、仕事の賃約を成立させるためには3つの要件が必要とする。1つ目は、為すべき仕事、2つ目に対価、3つ目に契約当事者の合意である。

1 為すべき仕事

為すべき仕事については3つの要件を挙げる。

まず、「conductor に仕事を与えることなしに賃約が成立しないことは明らかである。それは為すべき仕事でなければならない。すでに完了した仕事を契約の対象とすることはできないことは明らかであるからである。そして、それは可能でなければならない。なぜなら、不可能なことは、いかなる義務、ひいてはいかなる契約の対象にもなり得ないからである²⁶⁴」とする。つまり、conductor が為せる仕事でなければならず、為すことが不可能である仕事は契約の対象とはならないため賃約は成立しない。

「例えば、私が誰かと、建物を解体せずにある場所から別の場所に運ぶ契約を結んだとしたら、この契約は小銭稼ぎ的な契約で無効であり、どちらの側にも義務は生じない。この仕事は不可能なことだからである²⁶⁵」。

「しかし、請け負った者にとって不可能であっても、私を与えた仕事が可能なものであったならば、その賃約契約は有効であり、契約不履行の結果として、請負人は locator に対して義務を負う。それは自分の力量を考慮せず、それを上回る仕事を請け負った請負人の責任である。locator は請負人の力量を測る義務はなかった。その仕事自体が可能であったことは明らかであり、請負人が彼に対してその仕事を請け負うことを約束したことを信頼

²⁶⁴ Ibid.,p.354

²⁶⁵ Ibid.,p.355

する権利があった²⁶⁶」とし、locator が与えた仕事が請負人にとって不可能であったとしても、他の者が履行できる仕事であれば請負人は locator に対して義務を負うとする。なぜならそれは、自分の力量を考慮せずに仕事を請け負った請負人の責任だからである。

次に「仕事は法律に反してはならない。

例えば、一定の高さ以上の家を建てることを禁止する警察法がある町で、私が法律で定められた高さ以上の家を建てるために石工を手配した。この契約は無効であり、双方の義務は生じない。

しかし、当事者の一方が法を知っていて、もう一方が知らなかったということが正当化されるのであれば話は別である。当事者のいずれかが法を知っていたとしても、相手方を誤解させた過失から生じた損害の詐欺訴権について責任を負うものとする²⁶⁷」。つまり、仕事は法に反してはならないが、当事者の一方が法を認識しており、他方が知らなかった場合は、認識していた当事者は他方に対して損害の責任を負う。なぜなら、他方を誤解させた過失があるからである。

最後に、「仕事は公序良俗に反してはならない。

例えば、私がある画家と、誰かの名誉を傷つけるような風刺画を描く契約を結んだとしたら、その契約は無効となり、どちらの側にも義務は生じない。そして、もし画家がそれを完成させた後で私に対価を要求すれば、裁判官はその要求について画家を退廷させ、絵画を焼却するよう命じなければならないだろう²⁶⁸」。

²⁶⁶ Ibid.,p.355

²⁶⁷ Ibid.,p.356

²⁶⁸ Ibid.,p.356

つまり、仕事が公序良俗に反する場合は、契約は無効となる。

2 対価

「仕事を請け負った者に対し、請け負った仕事の対価を支払うことは、賃約契約の本質の1つである²⁶⁹」。そうでなければ、「賃約契約ではなく、委任契約になる。しかし、当事者が契約の中でこのことを明示的に説明する必要はなく、暗黙のうちに合意していれば十分である。

例えば、ある仕立て屋にスーツを作ってもらうために布を送り、それを受け取った仕立て屋がスーツを作ることを請け負ったとき、その仕事に対して私が彼に支払わなければならない対価を説明していないにもかかわらず、契約は成立している。

この場合、私たちは衣服の代金として支払うのが通例である価格について暗黙のうちに合意していることになる²⁷⁰」。また、衣服のように、仕事に現在の通常価格がない場合については、「私が請負人と、ある見積もりに従って家を建てることに合意した場合、私たちは、その仕事が行われるときに見積もられる対価について明示的に合意したものとみなされる²⁷¹」とする。

「契約の本質であるこの対価は、単に訴訟を代弁する(*dices causa*)と記載されたものではなく、locator が仕事を与えた相手に対して真に支払う義務のあるものでなければならない」。さらに、「この対価は、仕事の価値を考慮したものでなければならず、契約当事者が

²⁶⁹ Ibid.,p.356

²⁷⁰ Ibid.,pp356-357

²⁷¹ Ibid.,p.357

自分たちの間で仕事を評価した価格とみなすことができるものでなければならない。そうでなければ、それは賃約契約ではなく、委任契約である。

例えば、私があなたに 200 ポンドや 300 ポンド相当の仕事を与え、あなたがそれをたった 1 エキュの対価で行えば、私はあなたに代わって貧しい人々に施しをするだろう。この契約は賃借契約ではなく、委任契約であることは明らかである。

しかし、当事者間で合意された対価が、その仕事に対する正しい対価である必要はない。適正価格を上回ろうが下回ろうが、契約は有効である。あるのは対価の不平等だけであり、良心に従って locator は不足分を適切な対価で補うか、conductor は超過分を返済しなければならない²⁷²」。

さらに、「仕事の賃約の対価は、一定の価格でなければならない。もし私が仕事を引き受けてくれる人に、金銭以外の何かを与えるという条件で、あるいは私が仕事を引き受けてくれる人のために何かをしてあげるという条件で、やるべき仕事を与える。これらの契約は賃約契約ではなく、無名契約である²⁷³」とする。

しかし、対価の価格が契約時に決定される必要はない。なぜなら、評価によって価格が決定されることが想定されるからであるとする。

「契約によって、私があなたに依頼する仕事の見積もりを特定の人物に依頼することに合意していたにもかかわらず、その人物が見積もりをする前に死亡した場合、あるいは見積もりをしなかった場合には、仕事を開始されていなければ契約はこの人物の見積りに依存したものであるとして無効となる²⁷⁴」。なぜなら、「当事者の一方は、合意した人物にのみ信頼を置くことができた以上、他の見積もり担当者に合意する義務を他方から負わされることはな

²⁷² Ibid.,pp.357-358

²⁷³ Ibid.,pp.358-359

²⁷⁴ Ibid.,p.359

い²⁷⁵」からである。しかし、「もし私があなたに仕事を始めることを許可したのであれば、私たちはこの条件から手を引いたと言わなければならないし、契約は、合意した人の見積もりに加えて、私たちが合意する義務のある専門家が設定する対価で行わなければならない²⁷⁶」。つまり、ある人物に仕事の見積りを依頼することに合意していたが、その人物が仕事を行わなかった場合、仕事の履行前であればその契約は無効になるが、仕事に着手した後であれば契約当事者は専門家が設定した対価に合意して行わなければならない。

3 契約当事者の合意

「仕事の賃約契約では、他のすべての契約と同様に、契約の実質を形成する事項について契約当事者の合意を得なければならない。したがって、契約の対象となる仕事、その仕事の品質、対価についてお互いにどのような契約を結ぼうとしているのか、介入しなければならない。だからこそ、もしあなたが私に与えている仕事とその質を十分に理解していないのであれば、私は別の仕事、あるいはあなたが私に望んでいる仕事とは質の異なる仕事を引き受けるつもりだった、あるいは、あなたが私に提示しようとした対価よりも高い対価で、私がそれを行うことに合意した場合もある。あるいは、私と委任契約を締結し、あなたが私に与える仕事を私が無償で遂行すると信じていたが、私は反対に、あなたと賃約契約を結び、この仕事の対価を得るつもりであった場合もある。これらの場合、契約も合意も存在しない²⁷⁷」。つまり、仕事の賃約は、契約の対象となる仕事、その仕事の品質、対価について合意をしていなければならない。なぜなら、お互いが望む契約についての合意がなければ、契約の内容に齟齬が生じる可能性があるからである。

第九款 仕事の賃約と売買契約の区別

²⁷⁵ Ibid.,p.359

²⁷⁶ Ibid.,pp.359-360

²⁷⁷ Ibid.,pp.360-361

ポティエは物の賃約が売買と似ていたのと同様に、仕事の賃約も売買と非常に似ているとし、契約について賃約か売買契約か疑わしい場合の区別としてユスティヌアヌスの『法学提要』の一部を引用し、「職人が材料を供給すれば、それは売買契約となる。反対に、私が職人に仕事をさせるための材料を供給する場合、その契約は賃約契約となる²⁷⁸」と区別する。

例えば、「ある金細工職人と銀のトーチを作る契約を結び、金細工職人が材料を提供してくれたとする。これは、金細工師が一对のトーチを私に作ってくれる売買契約である。しかし、もし私が彼に銀の塊を提供し、彼がそれで一对のトーチを作ってくれたら、それは賃約契約となる²⁷⁹」。

つまり、「契約が賃約契約であるためには、仕事の構成に必要な主たる材料を注文者が職人に提供することが必要である。職人は余剰分を提供するが、それでも契約は賃約契約²⁸⁰」となる。

例えば、「私が仕立て屋にスーツを作るための生地を送る場合がある。テーラーはサックに加えてボタンやシルク、裏地やブレードまで提供するが、私が提供する生地はスーツの最も重要な部分であるため、私たちの契約は賃約契約であることに変わりない。同様に、家を建ててもらうために請負人と交わした契約は、たとえ契約上、彼が材料を供給しなくても、賃約契約であることに変わりはない。なぜなら、家を建てるために私が提供する土地は、家にとって最も重要なものだからである²⁸¹」。

²⁷⁸ Ibid.,p.352

²⁷⁹ Ibid.,pp.352-353

²⁸⁰ Ibid.,p.353

²⁸¹ Ibid.,p.353

つまり、ポティエは主たる材料をどちらが提供したかによって仕事の賃約と売買契約の成立を区別し、主たる材料を注文者が提供した場合にのみ仕事の賃約が成立し、主たる材料を請負人が提供した場合には売買契約が成立する。

ポティエは、「契約当事者によって供給された資材を比較し、主人によって供給された資材が職人によって供給された資材よりも多い場合、その契約は賃約であると推論した。彼の説明は、[cum aedificium solo cedat]という格言にある。職人の供給する材料が主人の供給する材料より重要性が低い瞬間から、譲受は主人に有利に働き、譲渡契約の裏付けを必要とせずに所有権取得の基礎を形成することができる。したがって、賃約への分類は、職人による材料の提供の場合には、動産または不動産の取得を前提とする²⁸²」のである。ポティエは、「主人が必ずしも仕事を形成する材料の全部を提供する必要はなく、主要部分[生地、木材など]、または役務の提供を受けることを意図した材料の支柱[建設される土地、修理される車両など]のいずれかを供給する場合、売買は仕事の賃約に取って変わられる²⁸³」と考える。

第十款 当事者の呼称

物の賃約においては、他人に財産を享受させる義務を負う人は *locateur*、*bailleur* と呼ばれる。もう一方は *conducteur*、*preneur*、*locataire* と呼ばれる²⁸⁴。仕事の賃約の場合は、相手方に仕事を与える側を *locateur*、すなわちなすべき仕事の *locator* と呼び、仕事を行う者を *conducteur*、すなわち仕事の *conductor* と呼ぶ²⁸⁵。

²⁸² Lionel Andreu et Marc Mignot, *op.cit.*, p.117

²⁸³ *Ibid.*, p.117

²⁸⁴ Robert-Joseph Pothier, *op.cit.*, p.3

²⁸⁵ *Ibid.*, p.350

第十一款 仕事の賃約における危険負担

ポティエは仕事の賃約における locator と conductor の危険負担について以下のように考える。

「賃約契約の対象である仕事は、それが受領される前であっても、あるいはそれが完成する前であっても、locator の危険にさらされる。つまり、不可抗力によって仕事が失われた場合、その損失は conductor ではなく、すべて locator に降りかかり、locator は、仕事が完成する前に失われた場合、対価全額ではなく、行われたことの対価を支払わなければならない²⁸⁶」とする。なぜなら、「不可抗力によって仕事の完成が妨げられたとしても locator に代わって仕事をした部分に応じて conductor が対価の一部を受け取るのは当然²⁸⁷」であり、locator は conductor に対価として合意された価格を支払う。

さらに、「conductor は locator が conductor に与えた主要な仕事に取り組んでいるという事実がある。職人の仕事から生じるものはすべて、職人が提供する材料さえも、職人が取り組んでいる主たる物に付随し、その付属物となる²⁸⁸」とする。すなわち、不可抗力によって仕事が完成前に履行不能になっても、conductor が locator の代わりに仕事を履行したのは事実であることと、conductor が仕事の履行のために提供した材料も主たる材料を提供している locator の材料の付属物にすぎないため、その危険は locator が負担するのである。

「例えば、私の土地に建物を建てる契約を建築家と結んだ場合、建築家はその建物を建てるための材料を提供するが、建物が建つにつれて、土に貼られているものは何でも土に属する(Droit AE disicium solo cedit)の法則に従い、建物はその土地の付属物となる。建築家の仕事、建築家が提供した材料、そしてそれらに与えられた最初の形態から生まれるすべ

²⁸⁶ Ibid.,pp.384-385

²⁸⁷ Ibid.,p.385

²⁸⁸ Ibid.,pp.385-386

てのものは、附合の法規定に従って私が手に入れる²⁸⁹」。

「従って、建物が建ち始めると、その土地に建物を建てる locator の危険となる。さらに、地震などの不可抗力によって失われた場合は、物事は主とともに滅びる (res perit Domino) の規則に従い、損失を負担しなければならないのは locator である²⁹⁰」。

しかし、もし私が建築家と、自分の土地に見積もり通りに家を建ててくれ、建ったら一定の対価で売ってくれという契約を結んでいたとしたら、話は別である。「この場合、建築家は自分の土地に家を建てるのだから、この契約は賃約契約ではなく、家を建てるときに建築家が私と結ぶ売買契約である。まだ何も売れていない将来の物の売買である²⁹¹」。したがって、家が完成するまで、家を注文している者が危険にさらされる可能性は何もない。家が完成し、売買が実現するまでは、「建物は建築家の危険にさらされており、彼の土地の一部として建築家に帰属する。そして、地震やその他の事故によって破壊されたとしても、それは建築家に代わって破壊されたのである。受領前であっても、また完成前であっても、locator が仕事の危険を負担するという原則は、事故または不可抗力によって仕事の全部または一部に不具合が生じ始めた場合にのみ適用される」。そして、ヤヴォレヌス (Javolenus) の考えに従い、「この場合であっても、不可抗力によって失われた仕事が欠陥のある許されない仕事であった場合には、locator に損失は生じない²⁹²」とする。

「しかしこの場合、台風や地震などの不可抗力によって失われた仕事が、欠陥のある許されない仕事であったことを証明するのは、対価の支払いを拒否する locator である。locator が、事故が起こらなくても、不動産に完全な欠陥があり、最初から壊すつもりであったことを証明した場合、建築家は仕事の対価を何も請求できない。もし、仕事を壊すこ

²⁸⁹ Ibid.,p.386

²⁹⁰ Ibid.,p.386

²⁹¹ Ibid.,p.387

²⁹² Ibid.,p.387

となく修理できる一定の欠陥があったことを証明するだけであれば、locator は対価から欠陥の修理費用を差し引いた価格を支払わなければならない。仕事の破滅を生じさせるような事故または不可抗力が発生したことが当事者間で認められず、また証明もされない場合、仕事の全部または一部が完成前に失われた場合、あるいは、完成後であっても、受領される前に全部または一部が失われた場合は、仕事の瑕疵、ひいては職人の過失によって失われたものと推定され、その結果、職人は失われた仕事の対価を請求する権利を有しない²⁹³」とする。

「一括（aversione）で行われる仕事の契約、すなわち請負人がすべての仕事を遂行し、それを完璧なものにすることを請け負う契約と、メートル単位で行われる契約、すなわち職人との間で、その職人が1平方メートルごとにいくらかで仕事を行うかを合意する契約との間には、顕著な違いがある。契約が一括で行われた場合、請負人は、その仕事が完全に完了するまで、仕事を受領させないことができる。それまでは自己責任である。反対に、契約が為された分量に基づく場合、請負人は作業が完全に終了するまで待つ義務はない。請負人の仕事が進むにつれて、彼は自分が行った分量を測定し、何も欠陥がなければ locator にそれを受け取るように頼むことができる。そして、請負人のしたことが評価され、行われた仕事を locator が受領したとき、その部分の危険はなくなる。仕事が完了した後、あるいは工事が実測された後、locator はその工事に欠陥がなければ、それを受領、すなわち承認しなければならない。もし locator が何かを見つけ、その結果 locator が仕事を受領することを拒否した場合、裁判官は専門家による調査を命じなければならない²⁹⁴」とし、当事者はそれに合意しなければならないとする。

もし、「locator が異論を言わず相当な時間が経過した場合、あるいは特に抗議せずに対価を支払った場合は、仕事は黙認されたものとみなされる²⁹⁵」とする。

²⁹³ Ibid.,p.388

²⁹⁴ Ibid.,pp.389-390

²⁹⁵ Ibid.,p.390

第三節 小括

ドマは、賃約を人が一定の対価を得て、物の使用、あるいはその勤労や労務を互いに伝え合うという取引であり、合意だけで成立する契約のひとつであると定義づけ、この定義は賃約の全ての契約に共通するとする。そして、賃約は必要性が高く、頻繁に行われている契約であるとする。なぜなら、誰もが自分に必要なものをすべて持つことは不可能であり、勤労や労務を通してしか得られないものを誰もが自分で得ることは不可能であり、他人の物の使用も、その勤労と労務の使用も、常に無償であるべきではなく自由に使えるわけでもなく、勤労と労務は、決められた対価で、あるいは一日単位で、あるいはその他の手段で取引されるべきであるとする。

そして、ローマ法では賃約という 1 つしかなかったとし、その理由として、家屋や動産の賃貸借、農場や耕作の賃貸借、定額請負での賃貸借、その他この種の契約は全て、相手の財産を享受し、相手の労務を一定の対価で利用するという点で共通性があり、同様のものであったからである。この点につきジラルも賃約は「現代社会においては、公共の繁栄に最も大きな影響を与える契約のひとつである。それは、所有者でない人たちを享受することと結びつけてしまう²⁹⁶」と述べている。

賃約での当事者の呼称は以下のように区別する。

物の賃約の場合、物を貸す者が貸主(bailler)または locateur であり、物を受け取る者が conducteur である。定額請負での賃貸借やその他職人の労務の賃約においては、為すべき仕事を与える者が貸主(bailleur)であり、仕事を請け負い、労務と勤労を提供する者は賃借人(preneur)または請負人(entrepreneur)となる。

賃約と売買の区別については以下のように区別する。

職人が全ての材料を提供し、その材料に仕事を施し、一定の対価を得た場合は売買契約となり、反対に注文者が材料を提供した場合は賃約となる。さらに、建築家が材料を提供

²⁹⁶ L.Guillouard,Traite du contrat de louage,Vol.1,T.1,Paris,1887,p.7

し、家を建てた場合も、契約は賃約となる。なぜなら、建築家が提供した材料はあくまで付属物であるからである。ドマのこの考え方の背景には、フランスでは家を建てる場合、主たる材料は土地であり、土地の上に建てる家は土地の付属物であるという考えがあることが挙げられるだろう。この考えによれば、建築家が資材を提供しても、主たる材料である土地を提供したのが注文者であれば、契約は売買ではなく賃約となる。

ドマは賃約およびその他の種類の賃貸借というタイトルの中で賃約の議論をする。その中で物の賃約、農地貸借、労務およびその他の賃約、長期貸借を区別する。そして、賃約では物の賃約と労務や仕事を請け負う労務の賃約を議論する。つまり、ドマは様々な契約が賃約という1つに包含されるというローマ法を踏まえながらも、多様な契約を賃約の1つに纏めるには性質や規則が異なることから区別する必要があると考え、賃約を物の賃約と労務の賃約の2つに分けて考えていたのである。さらに、ドマの考える労務の賃約は、conductor が自身の身体の利用を占有する点において、紀元後ローマの労務の賃約とは異なる。

ポティエは賃約を物の賃約と仕事の賃約の2種に分ける。そして、物の賃約を契約当事者の一方が、他方が支払うことを約束する一定の対価と引き換えに、合意された期間、他方が何かを享受または使用することを約束する契約と定義する。仕事の賃約契約とは、契約当事者の一方が他方にある仕事を与え、その仕事を与える側は両者の間で合意された対価でその仕事を行うことを請け負い、仕事を与えた側は賃金を支払うことを請け負う契約であると定義する。

前述のように、ポティエが職人や家事使用人の役務の賃約を物の賃約の章で扱い、物の賃約の1種としていることに注目すべきである。

ポティエは対価の支払いについて、物の賃約は conductor が locator に賃料を支払い、仕事の賃約は注文者である locator が仕事を請け負った conductor に対価を支払うとする。仕事の賃約の対価の支払いについて、ポティエの考えは紀元前ローマの賃約の対価支払いの方向と反対である。

対価の決定方法については、物の賃約と仕事の賃約で決定方法を区別する。物の賃約における適切な対価とは、契約時にその物が置かれている場所において、その種類の物が慣習的に賃貸（louer）されている価格である。また、慣習の価格については幅があるので、その範囲の中であれば当事者の話し合いで決めることができる。つまり、物の賃約の対価は、契約時に決定され、さらにその場所で慣習となっている価格になるのである。

一方、仕事の賃約については、契約の成立要件として対価の価格を明確に説明する必要はなく、暗黙のうちに合意していれば十分であるとする。この場合には、仕事の対価として支払うのが通例である価格について暗黙のうちに合意していることになる。さらに、通常価格がない場合でも、見積りにしたがって家を建てる場合は、その仕事が行われるときに見積もられる対価について明示的に合意したものとみなされる。しかし、当事者間で合意された対価が、その仕事に対する正しい対価である必要はなく、適正価格を上回ろうが下回ろうが、契約は有効となる。あるのは対価の不平等だけであり、良心に従って locator は不足分を適切な対価で補うか、conductor は超過分を返済しなければならない。対価が明示されていない場合は、その仕事が行われるときに見積もられる対価について明示的に合意したものとみなされる。

つまり、物の賃約においては、目的物がある場所と契約時の慣習的な価格によって対価が決定されるのに対し、仕事の賃約は契約の履行時の見積りによって価格が決定するのである。このことから、ポティエは仕事の賃約については、契約時の価格と履行時の価格に差異がある場合には、履行時の価格になると考えていたと言える。

ポティエは不可抗力による危険負担について、仕事の完成前であれば、locator が危険を負担し、conductor が行った部分の仕事については対価を支払わなければならない。その理由として、不可抗力によって仕事の完成が妨げられたとしても、locator に代わって仕事をした部分に応じて対価の一部を受け取るのは当然だからである。さらに、locator が危険を負担する理由として、locator が conductor に与えた主な仕事に取り組んでいることを挙げる。職人の仕事から生じるものはすべて、職人が供給する材料でさえも、職人が取り組

んでいる主たる物に付随し、その付属物となるからである。つまり、賃約においては locator が主たる材料を提供することから、付属物については locator が危険を負担することになるのである。この理論は、事故または不可抗力によって仕事の全部または一部に不具合が生じ始めた場合にのみ適用される。不可抗力によるのではなく、職人の過失によって仕事は失われた場合は、職人は失われた仕事の対価を請求する権利を有しない。

一方、請負人がすべての仕事を遂行し完璧なものにする責任を負う一括の仕事の契約では、請負人はその仕事が完全に完了し、locator が受領するまでは自己責任となる。しかし、請負人は仕事が完全に終了するまで待つ義務はなく、請負人の仕事が進むにつれ、自分の行った仕事を測定し、そこに何も欠陥がなければ locator に段階的に仕事を受領するよう依頼することができる。そして、locator が請負人の行ったことを評価し、仕事を受領した時、その部分の危険はなくなる。

ドマが賃約を物の賃約と労務の賃約の2つに分けるのに対し、ポティエは賃約を物の賃約と仕事の賃約の2つに分ける。ドマの根拠として、賃約の定義を「賃約には物の使用あるいは勤労や労務を互いにやりとりし合う取引がある」とすることが挙げられる。ポティエの根拠としては、著書の中で明確に記載がある。

では、ドマが役務の賃約を労務の賃約としたのに対して、ポティエが仕事の賃約とした違いは何か。

ドマは契約の目的を職人、家事使用人の提供する労働とするか仕事の結果とするかを区別していなかった。これは、ドマが当事者の呼称において、労務の賃約の場合、「仕事を請け負い、勤労と労務を提供する者を conductor あるいは請負人」と呼ぶことから、仕事を請け負うこと、すなわち仕事の結果を提供することと、労務を提供することを区別していないことから根拠付けられる。よって、労働を目的とする労務の賃約も仕事の結果を目的とする仕事の賃約も区別せず、「労務の賃約」としたのではないだろうか。さらに、ドマは当事者の呼称について、「労務や勤労に対して支払われる対価においては、職人や請負人もある意味で locator の役割を果たしている。なぜなら、彼らは労働を貸し借りしているからである」

とする。以上のことから、ドマは労務の賃約において、労働と仕事を請け負うことを契約の目的としていると言えるだろう。

さらに、対価関係については、上述のように「労務や勤労に対して支払われる対価」としていることから、職人、家事使用人、請負人が対価を支払われる側であり、ドマの時代にはすでに、ローマの対価関係は崩れていたことなのである。

一方、ポティエは職人、家事使用人の役務を物の賃約に含め、それとは別に仕事の賃約があった。まず、ポティエが物の賃約に職人、家事使用人の役務の賃約を含ませた根拠は、ポティエが著書の中で物の賃約の部の中に職人と家事使用人の役務の賃約を置いていることであることから言える。

ジラールは、ポティエが賃約を物の賃約と仕事の賃約の2つに分割したことに対し、「この区分は民法の下でも正確であり、賃約は当然ながら2つの部分に分けられ、第1は物の賃約に、第2はさまざまな形態の人的労働の賃約、家事使用人や職人の賃約、輸送の請負、仕事や勤労の賃約に充てられている²⁹⁷」とする。ポティエの見解に対するジラールのこの見解はポティエの賃約の分割を正確に捉えていないのではないだろうか。確かにポティエは賃約を物の賃約と仕事の賃約の2つに分割したが、ポティエは職人、家事使用人の役務の賃約を物の賃約に含んでいる。これに対して、ジラールは仕事の賃約に家事使用人や労務者の賃約を含んでいるのがポティエの見解であるとする。そこに齟齬が生じている。

では、ポティエの言う仕事の賃約とは何か。

ポティエは労働と仕事の結果を区別したのではないか。つまり、職人、家事使用人の労働そのものを目的とした場合を役務の賃約として物の賃約に入れ、仕事の結果を目的とした場合のみを仕事の賃約とした。この根拠はポティエが著書の中で、仕事の賃約の目的は仕事の貸借であるとするところである。つまり、ポティエが考える仕事の賃約は、いわゆる

²⁹⁷ L.Guillouard,op.cit.(296),p.7

自由人の労働の locator の役割りの中から、何らかのものを生み出すという価値創造部分を抜いた仕事の結果のみを目的とすると考えるのである。この考えは労働を目的とするか、仕事の結果を目的とするかで雇用と請負を分ける現代の分類に近づいていると言えるだろう。さらに、対価については仕事の賃約では、locator が conductor に対価を支払うとする。

この点につき、ジラールは仕事の賃約には、労務の賃貸、仕事の賃約、仕事の賃貸が含まれるとし、仕事の賃約では「locator は、契約の目的である労務あるいは役務の享受を主人に提供する家事使用人または職人であり、conductor は約束された役務または仕事の享受を得るために対価を支払う主人である²⁹⁸」とする。つまり、ジラールは、職人、家事使用人の役務の賃約を仕事の賃約に入れているのである。その上で、「ポティエが呼称を反対の意味で使っていたのは事実である²⁹⁹」とし、ポティエが「物の賃約では、locator に賃約の対価を支払う義務があるのは conductor である。反対に、仕事の賃約の場合、conductor に賃約の対価を支払う義務があるのは locator である」としていると指摘する。その根拠として、「トリビューン・ムーリコーの報告書からの次の一節がこの点に関して決定的である」とし、ムーリコーの一節を引用する。「《管理、役務、労務および勤労が仕事の賃約の契約の主題を形成している、と彼は言う。これが私たちがそこで借りるものであり、私たちがそこで支払うものである。したがって、真の locator とは、後見人 (gardien)、家事使用人 (serviteur)、工匠 (artisan)、職人 (ouvrier) あるいは請負人である。その賃借料を支払っているのが、真の転貸人 (locataire) あるいは conducteur である。法学者の法律や著作において、これらの資質が入れ替わっているのは不適切である³⁰⁰》」。

ジラールはこの用語が反対であることは大した問題ではないとする³⁰¹が、ジラールのこ

²⁹⁸ L.Guillouard,Traite du contrat de louage,Vol.2,T.1,Paris,1887,p.207

²⁹⁹ Ibid.,p.207

³⁰⁰ Ibid.,p.208

³⁰¹ Ibid.,p.208

の指摘は、ジラールが紀元前のローマ法の賃約を想定していたことから生じたと思われる。つまり、紀元前のローマ法の賃約においては conductor から locator に対価を支払うのであり、ポティエが言う仕事の賃約の対価支払いのベクトルは紀元前のローマと反対であり、現代型の対価支払いのベクトルである。

以上のことから、ローマにおける賃約の対価構造はドマ、ポティエには受け継がれなかった。

さらに、ドマとポティエの差異として、ドマは労働の提供と仕事の結果の提供を区別せず労務の賃約という1つのものにしたことから、労働と仕事の結果の2つを提供するという紀元前ローマの賃約の形態を残したと言える。他方、ポティエは労働の提供を役務の賃約として物の賃約に含ませ、仕事の結果のみを目的とする仕事の賃約と区別したことから紀元前ローマの賃約とは別物となった。ポティエが考えた賃約の構造は言わば現代型であり、conductor が locator に提供するものは、労働と仕事の結果の両方ではなく、労働のみであるか、もしくは仕事の結果のみであり、労働を目的とするか、仕事の結果を目的とするかによって雇用と請負を分ける現代の分類に近づいていると言える。つまり、ポティエの考える仕事の賃約の方がドマより conductor の独立性が強く現代の請負に近接しているのである。さらに、労務者の役務を物の賃約に含ませることで、locator は労務者の身体も労働も握っていた。これがドマとポティエの大きく違う点である。

次に、ポティエ、ドマの影響を強く受けたとされるフランス民法典原始規定、フランス民法典が仕事の賃約をどのように規定しているかについて見ていきたい。

第五章 フランス民法典における賃約

第一節 賃約の定義

賃約とは「当事者の一方が、相手方が支払うことに同意する対価と引き換えに、相手方に対し、一定期間、物の使用もしくは享受を提供すること（物の賃約）、相手方に一時的に役務を提供すること（労務の賃約）、または相手方に代わって特定の仕事を遂行すること（仕事の賃約）を約束する契約³⁰²」である。

フランス民法典原始規定第 1708 条とフランス民法典第 1708 条³⁰³では、賃約の分割について定められ、2つの法典は同様の規定である。すなわち、「賃約(contrat de louage)には2種ある。物の賃約と仕事の賃約である」と規定する³⁰⁴。

第二節 物の賃約の定義

物の賃約は、フランス民法典原始規定第 1709 条、フランス民法典第 1709 条で、「一方の当事者は、他方の当事者が一定の期間、物を享受できるようにする義務を負い、それと引換えに後者が一定の対価を前者に支払う義務を負う契約である」と定義される。

ジラルは、「例えば、「ある人が家を借り、そこから得た収入から 30%の控除を差し引いた全額を所有者に支払うことを約束する。これは転貸を前提とした対価であり、賃約ではない。転貸借(Sous-locations)がない場合は、対価がまったくつかないこともあるからである。いかなる賃約も対価を意味し、conductor はその対価を支払う個人的義務を負う

³⁰² Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Paris, 1871, p.463

³⁰³ Art.1708

Il y a deux sortes de contrats de louage :

Celui des choses,

Et celui d'ouvrage.

³⁰⁴ フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックもこの区別に異論はないとする。François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque., op.cit., p.627

³⁰⁵」とし、「相互的な個人的債務の存在が賃約契約(contrat de louage)の必須条件である

³⁰⁶」とする。

第三節 仕事の賃約の定義

フランス民法典原始規定第 1710 条、フランス民法典第 1710 条において、「仕事の賃約は当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約である」と規定される³⁰⁷。

ジラールは、この定義は非常に広く、当事者の一方が自分の仕事を他方の役務のために提供する役務の賃約 (louage de services)、当事者の一方が他方のために労務を提供する労務の賃貸 (locatio operarum)、仕事の賃約 (louage d'ouvrage)、いわゆる当事者の一方が他方に対して特定の労務または仕事を請け負う仕事の賃約 (locatio operis) が含まれるとする³⁰⁸。

オブリー＝ローもジラールと同様に、フランス民法典原始規定は、仕事の賃約という一般的な見出しの下に労務の賃約と仕事の賃約を混同している³⁰⁹とする。すなわち、フランス民法典原始規定は賃約を物の賃約と仕事の賃約の 2 つに分割し、仕事の賃約はさらに労務の賃約と仕事の賃約に分けられているのである。さらに、「仕事の賃約の対象は、家事、勤労、商業の役務『労務の賃約』、または機械、芸術、科学、文学を問わず、あらゆる種類の労務によって生産される物『仕事の賃約』のいずれでもあり得る³¹⁰」とし、仕事の賃約には労務

³⁰⁵ L.Guillouard,op.cit.(296),p.20

³⁰⁶ Ibid.,p.20

³⁰⁷ フランスにおける請負契約の性質決定に関して、都筑満雄「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)(2・完)―混合契約論への示唆を求めて―」『南山法学』37 巻 3・4 号(2014 年)149 頁以下、同じく『南山法学』38 巻 1 号(2014 年)135 頁以下を参照。

³⁰⁸ L.Guillouard,op.cit.,(298),p.207

³⁰⁹ Aubry et Rau,op.cit.,p.463

³¹⁰ Ibid.,p.512

の賃約と仕事の賃約が含まれるとする。

しかし一方で、「文学、科学、芸術の専門職に依存する行為は、それ自体で直接、拘束力のある民事上の約束の主題を形成することはできず、そのような行為の約束は、たとえ報酬を定めて行われたとしても、役務の賃約『労務の賃約』とみなすことはできない³¹¹」とし、専門性の高い行為は労務の賃約には含まないとする。

プイグは、請負人は第 1710 条の文言によれば、為すことによって、新しい価値を創造するとする。しかし、本条の定義は、広すぎるし、請負契約と他の特別な契約を区別するための十分な精度を提供しないという理由で、しばしば批判される³¹²とする。

そこで第 1710 条を具体的に規定するのがフランス民法典第 1779 条³¹³である。フランス民法典第 1779 条は、仕事の賃約には主に 3 種類あり、ある役務を約する労務者の賃約(第 1 項)、人または物の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約(第 2 項)、見積りまたは一括請負による仕事請負人の賃約(第 3 項)であると定める。

以上のように定められているが、仕事の賃約は少なくとも 1804 年以降、対価を受ける履行義務を生じさせるすべての業務に適用されると考えられ³¹⁴、実際、現代のフランスにおいても、ショーの主催者、クリーニング屋、レストラン経営者、出版社、石工等、ほとんどの役務が請負契約という法的な型にあてはめることができる³¹⁵。

フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックは、仕事の賃約を商業的(marchands)な関係に限定せず、建築家、配管工、車庫整備工など、個人向けに給付(proposent)を提供するすべての業者が含まれるとする³¹⁶とし、フランス民法典第 1779

³¹¹ Ibid.,p.512

³¹² Pascal Puig,op.cit.(15), p .637

³¹³ 詳細は後述する。

³¹⁴ Pascal Puig,op.cit.(15),p.637

³¹⁵ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op.cit.,p.628

³¹⁶ Ibid.,p.628

条で規定される 3 つの仕事の賃約は、不正確で不十分なものになっている³¹⁷と指摘する。不正確である理由は、「役務の賃約（この表現は法律の簡素化によって、労働者の賃約という表現に置き換えられた）は、仕事の賃約の多様な表現ではない³¹⁸」からであり、「物を賃貸しするように自分の体を賃貸しすることはできない。人体の尊重は、労働を賃貸借契約(contrat de location)の対象とすることを排除する。これは雇用契約と呼ばれる³¹⁹」とする。不十分な理由は、仕事の賃約の極めて豊かな魅力を明らかにしていないからであるとする。なぜなら「(運送人の賃約は) 時代とともに多様化してきた。技術の発展により、チャーター便は依然としてハイヤー(より正確には、旅客または貨物を輸送するために車両を利用者が使用できるようにする契約)であり、契約の対象が車両ではなく貨物（または旅客）である輸送そのものとは区別されるようになった。また、建築家、技術者、設計事務所が建設業務に関与することを考慮する必要が出てきたため、《仕事請負人の賃約》は広く開放された。従って、この法典で説明されている 2 つの規則、すなわち、一方では運送人の契約、他方に見積もり契約は、より一般的な概念の 2 つの応用に過ぎない³²⁰」からである。フランソワ・コラール・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックは、人体は尊重され、職人や家事使用人を物と同様に扱わず、職人や家事使用人の労働を賃貸借契約(contrat de location)の対象とすべきではないとする。労働を契約の対象とするのは雇用契約の範疇になり、仕事の賃約の対象ではないのである。

第四節 フランス民法典原始規定第 1779 条とフランス民法典第 1779 条の差異

フランス民法典第 1779 条は、1967 年、2009 年の改正により現行の規定になったものであり、フランス民法典原始規定第 1779 条とは規定が異なるため、双方の規定を挙げて

³¹⁷ Ibid.,p.628

³¹⁸ Ibid.,p.628

³¹⁹ Ibid.,p.628

³²⁰ Ibid.,p.628

おく。

Art.1779³²¹ Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un;

2° Celui des voituries, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés.

Art.1779³²² Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1° Le louage de service;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° (L.n°67-3 du 3 janv.1967) 《Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.》

フランス民法典原始規定第 1779 条は、「仕事および勤労の賃約(louage d'ouvrage et d'industrie) には主な 3 種類(espèces)がある。第 1 項は、ある役務(service)を約する労務者(gens de travail)の賃約、第 2 項は、人または物品の輸送を引き受ける陸上および海上の運送人(voituries)の賃約」と規定し、この第 1 項は「役務の賃約」に改正され、第 2 項についてはフランス民法典と同様である。第 3 項は、フランス民法典原始規定第 1779 条第 3 項は「見積り(devis)または一括請負(marchés)による仕事の請負人の賃約」と規定しているのに対し、フランス民法典第 1779 条は、「(1967 年 1 月 3 日の法律第 3 号)《調査(études)、見積りまたは一括請負に基づく建築家(architectes)、仕事の請負人及び技術者

³²¹ フランス民法典原始規定第 1779 条。

³²² フランス民法典第 1779 条。

(techniciens)の賃約』と規定する。

1967 年の改正により、フランス民法典原始規定第 1779 条第 3 項が「見積りまたは一括請負による仕事の請負人の賃約」と規定しているのに対して、改正後は仕事の請負人だけではなく、建築家と技術者も仕事の賃約の対象であるとし、この点に差異が見られる。この規定の変化は、現代において建築家、技術者、設計事務所が建設業務に関与することが増えたため、考慮する必要が出てきたからであるとされている³²³。

ジラールも第 1779 条の労務者の役務の賃約について、家事使用人と職人のみに適用するのはあまりも限定的であると指摘し、仕事の賃約の規定は役務を貸し出すことができるすべての人々に適用しなければならないとし、コンシェルジュ、庭師、商業施設の従業員や事務員、郵便配達員、家庭教師、劇作家などは、労務に従事する人々と類似した状況にあるため、賃約に関する原則に従わなければならないとしていた³²⁴。

フランス民法典原始規定では、仕事の請負人にのみ適用されていた仕事の賃約の規定が、この改正によりさらに広範囲の仕事の賃約に適用されるようになったのである。

さらにこの第 1779 条から、フランス民法典はポティエの見解を継承せず、仕事の賃約に家事使用人と職人の賃約を包含していると言える。フランス民法典はポティエを参照しているが、賃約に関してポティエとは異なった扱いをしている。賃約には 2 種あり、物の賃約と仕事の賃約の 2 種あるという基本的な分割は同じであるが、前述のようにポティエが職人や家事使用人の役務を物の賃約の 1 種であると考えていたのに対して、フランス民法典では本条の規定から職人や家事使用人の役務を仕事の賃約に含んでいる。この違いは、ポティエの時代には、職人や家事使用人の社会的立場がフランス民法典制定時より低く、自由人でない人を物と見なしていた社会背景があったことも関連付けられるのではないだろうか。実際、前述したように、ポティエは奴隷の賃約を家畜の賃約と同様に考えていることからこのことは根拠付けられる。

³²³ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit., p.628

³²⁴ L.Guillouard, op.cit.(298), p.221

第五節 仕事の賃約の成立要件

第 1710 条により仕事の賃約の要素として、為すべき仕事、対価があること、契約当事者の合意が導かれる。これはポティエと同様である。

第一款 為すべき仕事

ジラルは「約束した役務や仕事は可能でなければならず、さらに合法的でなければならない。債務というテーマ全体を支配するこの 2 つの考え方は、非常に初歩的なものであるため、思い出すだけでよい。不法なものとして破棄され、いかなる効果も生み出さないこれらの慣習の中には、その不道德性があまりにも明白で、議論のしようがないものもある。ポン引きや、わいせつな作品や版画の出版社などに介入する取引である³²⁵」とし、仕事が可能であること、合法であることを述べたポティエの見解を受け継ぐ。

フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックは請負人は履行義務を負うが、それは漠然としているとし、「履行義務は不確定の給付(*prestation*)ではない。フランス民法第 1129 条は、契約の対象である提供される給付は正確でなければならないと定めている。それは、合意でなされた決定が、それ以上の意思表示を必要とせず、それ自体で義務を確立するのに十分である時のことである³²⁶」とする。

さらに、「請負契約を特徴づける履行義務は、一定の基準を満たさなければならない。実際、請負人は労務をこなさなければならないが、それは特定の資質を必要とする特定の労務である。それが仕事の全てである。それは職業であり、技術であり、知性であり、芸術であり、技能である。それは石工の手であり、弁護士の言葉であり、会計士や電気技師の技術である。したがって、それは実行しているだけでなく、知っていることでもあるのである³²⁷」とする。

³²⁵ Ibid.,p.210

³²⁶ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op,cit.,p.632

³²⁷ Ibid.,p.632

第二款 対価

対価についてジラールは、仕事の賃約または役務の賃約には、物の賃約と同様、対価がなければならず、これは第 1710 条の定義から導かれることであり、約束された物や役務が定められた対価によって発生する、双務契約である賃約契約の性質によっても要求されることであるとし、もし対価を支払う必要がなければ、契約は賃約ではなく、委任とする³²⁸。さらに、「この対価は、物の賃約について定めたように、原則として現金でなければならない。しかし、当事者は、金銭による対価に加えて、家事使用人または職人が特定の現物を受け取ることを規定することができる。そのため、庭師が自分自身と家族の消費のために、自分の育てた庭から野菜を取ることを許されることは珍しくない。それでも、役務の賃約の契約は成立する。これは、私設警備員が無料の宿泊施設や庭園を無料で使用できることが多い理由でもある。これは、役務の賃約の規則の適用を妨げるものではない³²⁹」とする。

ジラールは、対価は通常、契約成立時に当事者間で決定されるが、決定する必要はなく、当事者は合意がなされた場所での慣習的な対価を黙示的に参照することができるとし、契約締結時に対価を決定することは不可欠ではなく、その場合は慣習に従うというポティエの見解に従う³³⁰。

対価の不平等については、「当事者自身が約束した役務や仕事の対価を定めている場合、たとえ定められた価格が使用されている価格より相当程度低くても、契約は履行されなければならない。実際、第 1134 条は、一方では、当事者が自由に締結した契約を尊重する義務を課しており、他方では、対価が不当であることを理由に物の賃約の取消しを求めることはできないと見てきたが、この原則は仕事の賃約についても適用されなければな

³²⁸ L.Guillouard,op.cit.(298),pp.208-209

³²⁹ Ibid.,p.208

³³⁰ Ibid.,p.209

らない³³¹」とする。

第三款 契約当事者の合意

請負契約は、合意契約、双務契約、民事契約、商事契約、あるいは混合契約である³³²。

契約当事者の合意がなければ、仕事の賃約のみならず、賃約も成立しない。双務契約である賃約の対価支払いに対する合意と履行義務への合意が契約の成立要件となることは第 1708 条、第 1710 条から導かれる。

ジラールは、「物の賃約とは異なり、役務の賃約にはその証明に関する特別な規則はない。したがって両当事者は、口頭または書面によって本契約を締結することができる³³³」とし、その証明は「証明は、150 フランを超える場合は書面で、または証人によって書面で証明を開始して行われ、150 フラン未満の場合は証人によって行われる³³⁴」とする。

プイグは新第 1165 条を受け、「請負契約とは、役務の提供に関するものであれ、製造される物に関するものであれ、取引対象に関する単純な意思の合致によって成立する合意契約である。一方、同意書を取り交わす際に対価を決定する必要はない。その決定は、作業の完了時に当事者間の相互合意によって、または合意がない場合には請負人による一方的な決定によって、事後的に行われる場合がある³³⁵」と述べる。

第六節 請負契約と売買契約の区別

ジラールは請負人と商人を区別する具体例として、時効の問題を挙げる。商事訴権

³³¹ Ibid.,pp.209-210

³³² François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op.cit.,p.631

³³³ L.Guillouard,op.cit.(298),p.210

³³⁴ Ibid.,p.222

³³⁵ Pascal Puig,op.cit.(30),p.738

(action archand)は第 2272 条³³⁶の規定により 1 年で時効となり、請負人のように第 2262 条³³⁷の規定により 30 年で時効となるわけではない³³⁸とする。

しかし、ジラールも請負契約が成立するのか、売買契約が成立するのかは非常に微妙な場合があると認識しており、「職人が材料を供給する場合に勤労の賃約があり得るのか、それとも逆に、材料を使用することを請け負う者が材料を供給する場合には、必ずしも売買が成立しないのかについては、非常に議論の多い問題である³³⁹」とする。

そしてその答えの前提として、民法典第 1799 条³⁴⁰が「定額請負で直接契約を結ぶ職人は、その扱う部分について請負人とみなされる³⁴¹」と規定しているとし、これは実際には、「役務の賃約のように、彼らはもはや自分の仕事を提供するだけではなく、仕事を実行することに責任を負い、それを引き受けるからである³⁴²」とし、請負人と職人の区別を

³³⁶ Art.2272

L'action des huissiers,pour le salaire des actes qu'ils signifient et des commissions qu'ils exécutent ;

Celle des maîtres de pensions,pour le prix de pension de leurs élèves,et des autres maîtres,pour le prix de l'apprentissage, se prescrivent par un an.

L'action des médecins,chirurgiens,chirurgiens dentistes,sages-femmes et pharmaciens,pour leurs visites,opérations et médicaments,se prescrit par deux ans.

L'action des marchands,pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands,se prescrit par deux ans.

³³⁷ Art.2262

Toutes les actions,tant réelles que personnelles,sont prescrites par trente ans,sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre,ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

³³⁸ L.Guillouard,op.cit.(298),p.298

³³⁹ Ibid.,p.298

³⁴⁰ Art.1799

Les maçons,charpentiers,serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait,sont astreints aux règles prescrites dans la présente section :ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.

³⁴¹ L.Guillouard,op.cit.(298),pp.298-299

³⁴² Ibid.,p.299

先ず行う。これまで「判例は、この 1799 条の原則を何度も適用し、職人が対価契約の結果として働いていたか、あるいは逆に、事前の契約なしに働いていたかによって、請負人であったか、あるいは請負人でなかったかを判断してきた。後者の場合、彼はただの職人であり、その仕事がいかに重要であろうと、そのように扱われるべきである³⁴³」として、職人が事前に対価の決定をした上で仕事を行う場合には、その職人は請負人となるとする。反対に、事前に対価の合意がなく仕事を行った場合には、その職人は請負人ではなく、労務者に過ぎないのである。

ジラールは次に請負人が材料を提供した場合でも請負契約が成立するかを検討する。ジラールは、この議論は第 1787 条³⁴⁴が「ある人がある仕事を依頼された場合、その人が労務または勤労のみを提供すること、あるいは材料も提供することが合意されることがある」と定めていることから起こると考える³⁴⁵。しかし、「第 1711 条は、逆に、請負契約が成立するためには、材料が請負を発注した者によって供給され、請負を実行する者によって供給されないことを要求しているように思われる³⁴⁶」とし、第 1787 条と第 1711 条をどのように調和させるかを検討する。

ジラールは、注文者が材料を提供する場合のみ請負契約が成立し、仕事を行う者が材料を提供した場合は売買契約であるとする。その一番の理由として、このように区別することが「少なくとも最後のローマ法で採用され、わが国の古代法学でも踏襲された規則である³⁴⁷」からであるとする。そして、「法典の起草者がこの規則を採用したことは、1711 条

³⁴³ Ibid.,p.299

³⁴⁴ Art.1787

Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.

³⁴⁵ L.Guillouard, op.cit. (298), p.299

³⁴⁶ Ibid., p.299

³⁴⁷ Ibid., p.300

の条文からも明らかである³⁴⁸」とする。第 1787 条については、「与えられた範囲を超えており、準備作業によって本来の意味を取り戻すことができるだろう。実際、1787 条の草案には、現在の条文に続く 2 つのパラグラフが含まれていた。『最初の場合は、純粋な賃約である。2 つ目は、一度作ったものを売買することである』。こうして起草された文書がコンセイユ・デタによって採択された。裁判所は『純粋に教義的であり、立法規定の性格をまったく持たない』としてこれら 2 つの段落の削除を要求したが、この文言が立法者の考えを正確に表現していないとは誰も言わなかった³⁴⁹」とする。さらに、ジラルールはムーリコーによる報告書の一節を引用し、この見解の根拠づけをする。ムーリコーは「職人が材料を供給すると、材料と労務を合わせたものの全体が職人が合意した対価で供給することを約束したことになるため、契約は売買に近いものになる」とする。ジラルールはこの一節に従って、「1787 条は 1711 条と矛盾するものではなく、法典の起草者の考えでは、後者を発展させ、継続させたものにすぎない。したがって、労務を委託した者が材料を提供した場合にのみ賃約契約が成立し、そうでない場合は、第 1787 条の草案にあるように売買が成立する³⁵⁰」と結論づける。

さらに、ジラルールは自身の見解と対立するオーブリー＝ロー(MM.Aubry et Rau)の見解についても検討する。オーブリー＝ローは、労務の進捗度合いによって契約の性質が異なるとする。そして、「この契約は、労務の期間中、そして労務を依頼した人に受理されるまでの賃約となる。第 1787 条はこの第一段階に適用される。しかし、労務を受け取った時点で、契約は売買となる。しかし、この期間中であっても、契約は通常の売買ではなく、労務を遂行した請負人の責任に関しては賃約に関する規定が適用される³⁵¹」とする。ジラルールはこの見解を「私たちはこの意見を受け入れられない。実際、もし契約が当初は賃約

³⁴⁸ Ibid.,p.300

³⁴⁹ Ibid.,p.300

³⁵⁰ Ibid.,p.300

³⁵¹ Ibid.,p.301

で、労務期間中も賃約であったとしても、後にどうして売買になるのだろうか。契約は、それが成立した時点で、当事者がその時点で自らに課した目的によって評価されなければならない。もし彼らが売ろうと思ったのなら、労務を受け取って初めて完全な契約となるのでない限り、契約は常に売買となる。しかし、契約はまず賃約の規定に従わなければならない、次に売買の規定に従わなければならないとは認められない。どちらか一方であって、両方はいない³⁵²」と否定する。

次にジラルはオーブリー＝ローの見解より絶対的で、論理的な見解として、労務の前後を問わず、契約は常に仕事の賃約であるとする見解を検討する。その見解は「第 1711 条で、法典の起草者たちはローマの解決策を採用し、仕事の賃約は、その仕事を委託した者によって材料が提供される場合にのみ成立すると考えたようである。しかし、問題の核心である見積りと請負の項では、1787 条において、材料が請負業者によって供給される場合と、労務を委託した者によって供給される場合の 2 つの仮説を同じ線上に置いている。その後、法典の起草者たちは同じ考えを追求し、第 1788 条その他において、材料を提供したか否かに応じて、職人の責任を規定する規則を発展させた。もし、主張されているように、その契約が職人が材料を供給しない売買であった場合、第Ⅲ部には、この疑惑の売買のリスクに関するいかなる規則も含まれるべきではなく、売買の見出しの下に定められた規則への言及に限定されるべきである³⁵³」とする。さらに、「文書が無視して契約そのものを検討すると、その中に真の仕事の賃約、つまり請負契約が含まれていることがわかる。職人は特定の労務を請け負う、それが契約の目的であり、当事者が念頭に置いていることであり、材料は約束された労務を遂行するための付属物や手段にすぎない。一方、売買では、契約の対象は当事者の一方が買い、他方が売することを提案するものであり、売り手は労務を請け負うことはない。この 2 つの契約には、多くの類似点があることを否定することはできない。なぜなら、どちらも当事者の一方に、他方によって作業された対象物

³⁵² Ibid.,p.301

³⁵³ Ibid.,pp.301-302

の所有権を譲渡するという結果をもたらすからである。しかし、一方の仮説においては、労務は契約の主要な対象であり、他方の仮説においては、労務は契約当事者間で合意された状態で販売された対象物を引き渡すための手段にすぎない。この大きな違いは、2つの契約を明確に分けるのに十分である。この方式から、誰が材料を供給するかを気にすることなく、契約は常に仕事の賃約であると結論づけることができる³⁵⁴」とし、材料の提供者に関わらず、契約は仕事の賃約であるとする。この見解に対し、ジラルールは以下のように述べる。「これらの議論は決定的なものとは言い難い。法典がローマ法で受け入れられ、わが国の古代法でも保持されている規則から逸脱していることを証明するには、非常に正確な文章が必要となる。しかし、これとは程遠く、第 1711 条³⁵⁵はローマの規則を再現しており、第 1787 条が疑念を引き起こす可能性があるとは仮定すると、それだけでは十分ではないため、準備作業の存在下で疑念自体が消えてしまう。法典の条文にも、その条文をめぐる議論にも、法典の起草者が旧規則に革新を導入しようとした意図はどこにも見いだせない。 私たちが法典の方式であると信じているものに対して提示された理論的な反論については、この決定的な考慮事項の前では失敗せざるを得ない。すなわち、事前に準備された物品の売買と、原材料の所有者がそれらを使用し、準備後に納品する義務との間には、どのような違いがあるのだろうか。これら 2 つの仮説の間に存在すると思われる唯一

³⁵⁴ Ibid.,pp.301-302

³⁵⁵ Art.1711

Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières :

On appelle bail à loyer,le louage des maisons et celui des meubles ;

Bail à ferme,celui des héritages ruraux ;

Loyer,le louage du travail ou du service ;

Bail à cheptel,celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie.

Les devis,marché ou prix fait,pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé,sont aussi un louage,lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait.

Ces trois dernières espèces ont des règles particulières.i

の違いは、前者の場合は売買が純粹かつ単純であり、後者の場合は売買が条件付きであり、約束された仕事の生産に従属するという点である。しかし、どちらの場合も目的は同じで、対価と引き換えに物の所有権を譲渡すること、つまり売買である。したがって、一定の対価で仕事を請け負う契約は、仕事を発注した者が材料を供給すれば仕事の賃約となり、職人が供給すれば売買となる³⁵⁶」と結論づける。そして、「賃金の支払われない職人は、自分が作業した対象物について留置権を行使することができる。この権利は、職人が材料を提供したときに発生し、民法第 1612 条³⁵⁷において、この契約を売買とみなす者のために規定されている。私たちに関する限り、留置権は、労働者が材料を供給するか否かにかかわらず、すべての場合において一律の根拠に基づいている。私たちは実際、この権利は、留置を希望する対象との関連で債務が発生した場合はいつでも、法の唯一の効力によって存在し、debitum cum re junctum があると信じている³⁵⁸」とし、職人に留置権を認めるとするのである。

不動産については、ジラールはポティエの考えを受け継いでおり、「請負人が自分の材料を使ってでも、その所有者の土地に建物を建てることを請け負う場合には、どのような場合であれ、勤労の賃約が発生すると言うべきだと考える。この場合、実際、建物は、それが建っている土壌の付属物となり、所有者は主要な材料である土壌を供給し、職人はその労務によって材料の付属部分を供給しているに過ぎないと言える³⁵⁹」とする。そして、「この解答は今日でも受け入れられるに違いない、というのも、建設は、所有者が供給する土壌と、職人が供給する材料という 2 つの部分から構成されるからである。ポティエが、材料は、材料が組み込まれる土壌の付属物に過ぎないと宣言したのは、それなりの

³⁵⁶ L.Guillouard,op.cit.(298),p.302

³⁵⁷ Art.1612

Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose,si l'acheteur n'en paye pas le prix,et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement.

³⁵⁸ L.Guillouard,op.cit.(298),p.305

³⁵⁹ Ibid.,p.304

理由がある。したがって、契約の主な目的は、職人または請負人によって行われる労務であり、したがってそれは仕事の賃約となる³⁶⁰」とする。ポティエとジラルのこの見解は、これまで主たる材料をどちらが提供したかによって仕事の賃約と売買契約を区別してきた学説を大きく変え、材料の価値と労務の価値との比較によって区別することへ移行した³⁶¹。

フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックは、請負人は動産を作成する義務を負い、その労務と材料の両方を提供することを請け負う場合もあるとする。そして、請負人は自分のものを顧客に渡すために仕事をする。フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックは、この場合、彼はまだ請負人なのだろうか、それとも売主になってしまうのだろうかとの疑問を呈する。なぜなら、請負であるか売買であるかを決定することは、所有権の移転時期、責任条項の適用方法、対価決定に関する規則を決定するために重要であるからであるとする³⁶²。判例は「この問題を気にせず、売買と請負の両方が関与する混合契約が存在すると結論付けることを好むことがある。しかし、多くの場合、経済的基準に基づいており、提供された材料が労務の価値よりも高い価値を持つ場合には売買の存在を認め、反対に、請負人が労務を通じて貢献したものが材料よりも高い価値を持つ場合には請負契約の存在を認める³⁶³」とする。

しかし、フランソワ・コラル・デュティユール＝フィリップ・ドゥルベックは、「請負人はまた、動産を製造する義務を負い、その労務と資材の両方を供給することを請け負う場合もある。彼は自分のものであり、それを顧客に渡すために仕事をしている。彼はまだ請負人なのだろうか。彼はただの売主になってしまうのだろうか。資格認定は、所有権の移転時

³⁶⁰ Ibid.,pp.304-305

³⁶¹ この点につき、プイグも既に同様の見解を示している。

Lionel Andreu et Marc Mignot,op.cit.,p.120

³⁶² François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op.cit.,p.653

³⁶³ Ibid.,p.653

期、責任条項の適用方法、対価の決定に関する規則を決定するために重要である。場合によっては、判例はこの問題を気にせず、売買と請負の両方が関与する混合契約が存在すると結論付けることを好むことがある。しかし、多くの場合、経済的基準に基づいており、供給された資材が労務の価値よりも高い価値を持つ場合には売買の存在を認め、逆に、請負人が労務を通じて貢献したものが資材よりも高い価値を持つ場合には請負契約の存在を認める³⁶⁴」とし、「この基準は特定のテキストでは認められているが、特に少なくとも労働が材料と同じくらい重要な価値を持つ大量生産においては、あまりにも簡潔すぎる。従って今日では、重要なのは能力であり、提供される給付が独創的で特別な技能を必要とする場合には、材料の価値がどうであれ、契約は請負契約であると決めた方がいいだろう。最近の判例もこの線に沿っており、この『オーダーメイド』（請負）と『規格化』（売買）との区別は物事の性質に対応していると認識しなければならない。ただし、この解決策は有形財に関する契約にのみ適用されるものであり、知的給付、特にソフトウェアや映画の脚本の提供に関する契約には適用されない。これらの給付は性質上常に独創的である³⁶⁵」とする。

提供された材料が労務の価値よりも高い価値を持つ場合には売買であり、反対に、請負人が労務を通じて貢献したものが材料よりも高い価値を持つ場合には請負契約とする学説についてはプイグも、「その目的が財産の移転である場合、請負契約は、同じ目的を共有する将来の物の売買契約とは区別されなければならない。彼らが対立するのは、あくまでも採用した手段にある。この点で、製造業者から供給された材料と労働を比較することは拒否されなければならない。このような基準の根拠には批判があり、その範囲も不十分である。売買の対象である標準的な物と、請負契約の対象である特定の仕事との比較を優先すべきである。特定性の基準によれば、製造された生産物が顧客によって事前に定義された特性を満たす場合、請負契約が成立する³⁶⁶」と述べる。つまり、提供する材料と労務を比較して請負契

³⁶⁴ Ibid.,p.653

³⁶⁵ Ibid.,pp.653-654

³⁶⁶ Pascal Puig,op.cit.(30) ,p.738

約と売買契約を区別するのではなく、規格化された物が対象となる場合は売買契約であり、顧客に応じて作成した物が対象となる場合は請負契約とするのである。ここでは、どちらが主たる材料を提供したかによって請負契約と売買契約を区別することはなく、あくまでも、契約の対象物によって区別されるのである。

第七節 請負契約と他の契約の区別

委任契約は代理人に付与された代理権によって代理人が契約の相手方のために、物質的な役務だけでなく、法的な役務を行うことができる点で請負契約と区別される³⁶⁷。請負人に求められる労務は、衣服のクリーニング、介護、動産や建物の修理といった物質的なものから、助言、スピーチ、計画の立案といった純粋に知的なものまで様々であり、この知的活動によって請負契約と委任契約とを区別する³⁶⁸。「受任者とは、依頼人に代わって法律行為を遂行する責任を負う仲介者である。すなわち、売買を成立させ、他人のために証書を作成し、法廷(cours)で投票する。一方、請負人は物質的あるいは知的な行為に対してのみ責任を負う。彼が法律行為、主に法律行為を実行し始めた場合、彼は代理人の地位を得る。請負と委任の規則は同じではないためこの区別は重要である。請負人は解雇されることはなく、依頼人の代理人でもない。請負人の訴権は仕事の注文者を拘束しない。請負人の使命は必ずしも厳密に解釈される必要はない。加えて、委任者は代理人に報酬を支払わなければならないが、仕事の注文者は請負人が工事遂行中に被った損害を補償する義務はない。また、当事者のどちらかが死亡すると委任は終了するが、請負は団結しているだけであり(第 2002 条³⁶⁹)、共同経営者は共同請負人と同様に団結していないことも観察できる³⁷⁰」とされる。

³⁶⁷ Ibid.,p.737

³⁶⁸ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op.cit.,pp.634-635

³⁶⁹ Art.2002

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune,chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

³⁷⁰ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op.cit.,p.635

プイグは「委任が請負契約と異なるのは、代理人に付与された代理権によって、代理人が契約の相手方のために、物質的な行為だけでなく、法律的な行為を行うことができる点である。このため、仲買契約は、契約を結んでもらうために人と人を接触させるという単純な仲介取引であり、委任契約と結びつけることはできず、請負契約に該当する³⁷¹」とする。

さらに、マロリー、アイネス＝ゴートイエ(Malaurie, Aynès et Gautier)も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、請負契約は伝統的に物的行為に関連する。しかし、請負契約は今日では知的活動もその目的の範疇に入っているとする³⁷²。

雇用契約と請負契約の区別は、従属関係の有無による。請負契約は請負人が独立した方法で仕事や労働を遂行する契約であり³⁷³、「雇用契約は請負契約とは異なり、従業員と雇用主の間に従属的な関係を築くものである。従属関係は、雇い主の指示・監督・管理の権限によって特徴づけられる³⁷⁴」と区別する。

ジラールは「労務の賃約では、契約の対象は労働者が約束した役務であるのに対し、仕事の賃約では、契約の対象は請負人が実施を約束した仕事である³⁷⁵」とし、「この2つの契約の性質の違いが、その効果にいくつかの違いをもたらしている³⁷⁶」とする。

危険負担についてジラールは「請負人が負う責任は、単に役務を提供する労働者と同じではない。請負人の場合、その危険は、材料を提供したのが職人であればその材料の価値に対して、あるいは、材料が親方から提供されたものであれば少なくともその賃金に対して、仕事が受理されるまで請負人が負担することになる。反対に、労務に携わる人々は、

³⁷¹ Pascal Puig,op.cit.(30),p.737

³⁷² Philippe Malaurie,Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier,Cours de droit civil les contrats spéciaux,14^eéd.,Paris,2001,p.457

³⁷³ François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque,op.cit.,p.628

³⁷⁴ Pascal Puig,op.cit.(30),p.737

³⁷⁵ L.Guillouard,op.cit.(298),p.297

³⁷⁶ Ibid.,p.297

預かった物の危険を負うことはなく、不測の事態で物が失われたとしても、彼らの賃金は主人から支払われ続ける³⁷⁷」とする。プイグも同様に「請負契約は、自己の責任と危険負担で行われる活動であり、雇用契約は、他人の利益のために、他人の危険負担で行われる仕事であるとされる³⁷⁸」とする。

ジラールは次に、時効について「労務者が賃金を請求できる訴訟の期間は、第 2271 条により 6 カ月と定められているのに対し、仕事を請け負った者が支払いを求める訴訟は、法律により特定の時効に服さないため、第 2262 条に従い、30 年となる³⁷⁹」とする。

プイグは請負契約と他の契約との区別について、委任と請負、雇用と請負の区別だけでは請負契約を定義することはできず、寄託と請負契約、運送契約と請負契約の差異も付け加えるのが適切であるとし、寄託と請負契約については、主に寄託者が保管義務を負うという点で請負契約と区別され、運送契約との区別については、請負契約の仕事が人や物を移動させるものであってはならない³⁸⁰として区別する。

以上のように、請負契約は役務を提供する他の契約と区別されている。委任とは代理権の有無によって、雇用とは従属関係の有無によって、寄託とは保管義務の有無によって、運送契約とは人や物の移動の有無によって区別される。

第八節 2016 年債務法改正

フランスでは 2016 年に債務法が改正されている。この改正では役務提供契約の対価に関する条文が 1 条設けられた。すなわち、新 1165 条である。新 1165 条は、「役務提供契約では、履行前に当事者間で合意がない場合、価格は債権者が定めることができ、異議がある場合には、債権者はその金額について理由を述べなければならない。価格の設定が濫

³⁷⁷ Ibid.,p.298

³⁷⁸ Pascal Puig,op.cit.(30),p.737

³⁷⁹ L.Guillouard,op.cit.(298),p.298

³⁸⁰ Pascal Puig,op.cit.(15),p.637

用された場合、損害賠償につき提訴することができる」と定める。この条文は、履行前に契約の対価についての合意がない場合を定めたものである。

役務を提供する契約において対価の決定は契約成立の要件であることは前述した。しかし、契約締結時に価格を明確に決定する必要はなく、暗黙裏に合意していればよいということも述べてきた。この点につき、アラン・ベナタン(Alain Bénabent)は、以下のように述べる。

「フランス法においても、役務契約に関する非常に重要な例外がすでに存在している。固定価格の要件は、請負契約には適用されないことが長い間認められてきた。この場合、1710 条の条件にもかかわらず、裁判所は、当事者が説明していない対価を確定することによって、事後的に契約を完了させることができる。さらに最近、破毀院はこの例外を、履行義務を発生させるすべての契約に適用すると決定し、顕著な拡張を与えた。『支払い義務を生じない契約では、正確な報酬額に関する事前の合意は、そのような契約の成立に不可欠な要素ではない』³⁸¹」と判示したのである。多くの法律家は、裁判所が対価を決定するという解決策を履行義務が生じる契約にのみ適用するのではなく、あらゆる契約において認められるべきだと示唆している。

「このような混乱の中で、1994 年から 1995 年にかけて判例法に大きな変化が起こり、当事者の値段(tarifs)に言及することは対価を決定可能にするのに十分であると認められた。その当事者は、単に誠実に契約を履行する義務を負うだけであり、違法な利益を求めるために値段の支配を利用することは控えるべきであり、それは契約履行の一部であって、もはや契約の有効性に影響しないのである。しかし、この急激な変化の正確な範囲を評価することはまだ困難であり、教義上も、実務上も、判例法上も、状況は不透明なままであった³⁸²」のである。

³⁸¹ Alain Bénabent, op.cit., p.146

³⁸² Ibid., pp.145-146

この様な中、債権法改正により新第 1164 条³⁸³と新 1165 条が設けられた。ベナバンは「債権者(creancier)が対価を定めることができる 2 つのケースを明記することで、状況を明確にしたことは間違いない³⁸⁴」とする。1 つは第 1164 条で枠契約(contrat cadre)に従って締結された履行契約において、枠契約にこの権限が規定されている場合である。もう 1 つは役務提供契約において、履行前に対価の合意がない場合である。ベナバンは、「いずれの場合も紛争が生じた際には、債権者は告示した対価の理由を述べなければならず、また、この一方的に対価決定が濫用された場合には、裁判所は債権者に損害賠償の支払いを命ずることができ(実務上は多かれ少なかれ対価の減額に相当するが、司法的減額権の理論への扉を開くものではない)、さらには契約の解除を命ずることができると規定されている。これら 2 つの条文から明らかになるのは、他の場合において対価は当事者の合意によってのみ決定され、この決定は特に売買契約と賃貸借契約の成立条件となるということである³⁸⁵」とする。

第九節 2018 年オールドナンス追認法

フィリップ・シムラー (Philippe Simler) は、2016 年のオールドナンスでは新第 1165 条は濫用があった場合の損害賠償のみが規定されていたが、2018 年のオールドナンス追認法では第 1165 条に「および適切な場合には契約の解除」という文言が追加されたが、この追加は解釈の域を出ない。このように役務提供契約に採用されている解決策は、仕事の賃約について一般的に受け入れられているものに他ならず、役務の提供という概念は、間違いなくその

³⁸³ Art.1164.

Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

³⁸⁴ Alain Bénabent, op.cit., p.146

³⁸⁵ Ibid., pp.145-146

範囲を広げている³⁸⁶とする。

第十節 アンリ・カピタン協会による改正草案

アンリ・カピタン協会においては、ベナバン教授を長とする委員会が民法典の各種契約の法の改正草案の検討を行い、2017年6月にこの改正草案が司法省に提出された³⁸⁷。そして、2020年4月にその改訂版が司法省に提出された。

この改正草案では、第10章第1節に役務提供契約の共通規定が設けられ、第69条から第77条が該当する³⁸⁸。第75条は下請けに関する規定、第76条は共同契約に関する規定、第77条は役務提供者の死亡に関する規定となっているため、本稿では第69条から第74条までを挙げておく。

2016年のオルドナンスでは、役務提供契約の対価に関する条文が1条設けられたにすぎず、役務提供契約の定義は明示されなかったが、改正草案では、第69条で役務提供契約の定義をしている。すなわち、「役務提供契約とは、役務提供者が顧客の利益のために独立して労務を遂行することを要求される契約」である。そして、本条の意義として「2016年2月10日のオルドナンスに従い、『役務提供契約』という用語は、『仕事の賃約』(louage d'ouvrage)および『請負契約』(contrat d'entreprise)に取って代わる。従って、広義に理解されなければならない。役務提供契約の特徴的な要素は、独立した労務の遂行である。そうすることで、この条文はこの契約と雇用契約との違いを明確にすることを意図している³⁸⁹」と解説する。さらに、第70条は「役務提供契約は合意によるものである。この契約は、当事者が行う労務について合意した時点で有効に成立する³⁹⁰」と規定するが、この規定は現行の

³⁸⁶ Philippe Simler, op.cit., p.26

³⁸⁷ 改正草案について、都筑・前掲注(5) 165頁以下を参照した。

³⁸⁸ Association Henri Capitant, op.cit., p.36

³⁸⁹ Ibid., p.36

³⁹⁰ Art.70

Le contrat de prestation de service est un contrat consensuel.

規則を再現したものであり、合意主義の原則である。そして対価決定が成立の条件ではないという事実である(第 71 条に照らしても、そのようなことはあり得ない)」とする³⁹¹。

第 71 条は、「役務提供契約は、有償または無償で締結することができる³⁹²」とする。この規定には「無償の契約も含まれるため、役務提供契約は報酬を要素とする請負契約よりもさらに広範な契約類型になっている³⁹³」。

第 72 条は、「契約が有償で締結される場合、価格は第 1165 条の規定に従って決定される。双方の合意によって価格が決定された場合、その価格が明らかに不当または過大である場合は、当事者のいずれかが裁判所に価格の見直しを申し立てることができる。ただし、価格が一括で決定されることが合意されている場合は除く。支払いは、当事者が前払いまたは時差払いについて合意していない限り、役務が提供された時点で行われる。動産に関する労務の場合、役務提供者は支払いが完了するまで動産を撤去する権利を有する³⁹⁴」と規定し、「この条文では、価格設定の規則について説明する。そのうちのいくつかは、契約の一般法の規定に基づいている。そして、その他独自の規定を述べている³⁹⁵」。

Il est valablement formé dès que les parties sont convenues du travail à accomplir.

³⁹¹ Association Henri Capitant, op.cit. p.36

³⁹² Art.71

Le contrat de prestation de service peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit.

³⁹³ 都筑・前掲注(5) 167 頁。

³⁹⁴ Art.72

Lorsque le contrat est conclu à titre onéreux, le prix est fixé conformément aux dispositions de l'article 1165.

Lorsque le prix est fixé d'un commun accord, chaque partie peut en demander la révision au juge s'il est manifestement dérisoire ou excessif, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il était fixé forfaitairement.

Le paiement s'opère une fois le service rendu, sauf si les parties sont convenues d'une avance ou d'un échelonnement des paiements.

Lorsque son travail porte sur un meuble, le prestataire de service a le droit de retenir ce dernier tant qu'il n'a pas été payé.

³⁹⁵ Association Henri Capitant, op.cit., p.37

第 73 条は、「役務の提供に危険が伴うか否かに応じて、役務提供者は、達成すべき結果を達成するため、またはこの結果を提供するためにあらゆる努力をする義務がある³⁹⁶」とし、「この規定は、手段債務と結果債務という古典的な区別を繰り返すものである³⁹⁷」。

第 74 条は、「契約が無償で締結されている場合、役務提供者は、故意、悪意、または重大な過失があった場合にのみ責任を負うことがある³⁹⁸」とし、「この規定は、無報酬で役務を提供する者の義務や責任は、有償で役務を提供する役務提供者の義務や責任よりも厳しく評価されるべきだという考えを取り上げた³⁹⁹」ものである。

第十一節 小括

以上のように、賃約は、当事者の一方が、相手方が支払うことに同意する対価と引き換えに、相手方に対し、一定期間、物の使用もしくは享受を提供すること（物の賃約）、相手方に一時的に役務を提供すること（労務の賃約）、または相手方に代わって特定の仕事を遂行すること（仕事の賃約）を約束する契約である。フランス民法典第 1708 条は、ローマでは 1 つしかなかった賃約を物の賃約と仕事の賃約の 2 種に分けることを規定する。

物の賃約は、フランス民法典原始規定第 1709 条、フランス民法典第 1709 条で、一方の当事者は、他方の当事者が一定の期間、物を享受できるようにする義務を負い、それと引換えに後者が一定の対価を前者に支払う義務を負う契約であると定義される。

仕事の賃約は、フランス民法典原始規定第 1710 条、フランス民法典第 1710 条で、当事

³⁹⁶ Art.73

Suivant que la prestation de service comporte un aléa ou non, le prestataire de service est tenu de fournir tous ses efforts en vue du résultat à atteindre ou de fournir ce résultat.

³⁹⁷ Association Henri Capitant, op.cit.p.37

³⁹⁸ Art.74

Lorsque le contrat est conclu à titre gratuit, la responsabilité du prestataire ne peut être engagée que par sa faute intentionnelle, dolosive ou lourde.

³⁹⁹ Association Henri Capitant, op.cit.p.37

者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約であると定義され、仕事の賃約の成立要件として、為すこと、対価、契約当事者の両方の合意の3つが必要であることが導かれる。さらに、フランス民法典第1779条は、仕事の賃約には主に3種類あり、第1項で、ある役務を約する労務者の賃約、第2項で、人または商品の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約、第3項で、調査、見積り又は一括請負に基づく建築家、仕事の請負人および技術者の賃約があると規定する。

さらに、フランス民法典における仕事の賃約の関係条文であるフランス民法典第1708条、第1710条、第1779条の関係については以下のように考える。

フランス民法典第1708条は、ローマでは1つしかなかった賃約を2種に分けることを規定し、それは物の賃約と仕事の賃約である。そして、仕事の賃約の内容を具体化するためにフランス民法典第1779条がある。

フランス民法典第1779条は、仕事の賃約には主に3種類あり、第1項で、ある役務を約する労務者の賃約、第2項で、人または商品の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約、第3項で、調査、見積り又は一括請負に基づく建築家、仕事の請負人および技術者の賃約があると規定する。しかし、第1708条と第1779条には仕事の賃約の定義が明示されていない。そこで必要なのが、第1710条である。フランス民法典第1710条は、「仕事の賃約は、当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約する契約である」と規定する。本条により、仕事の賃約が定義され、仕事の賃約の成立要件として、為すこと、対価、契約当事者の両方の合意の3つが必要であることが導かれるのである。

フランス民法典原始規定は、賃約を物の賃約と仕事の賃約の2つに分割し、仕事の賃約はさらに労務の賃約と仕事の賃約に分けられている。仕事の賃約には労務の賃約と仕事の賃約が含まれる。しかし、仕事の結果を目的とする契約は労務の賃約には含まない。つまり、労務の賃約には労働を提供することを目的として職人、家事使用人の役務が分類され、仕事の賃約は仕事の結果を目的とする契約に当てられるのである。しかし、あくまでも労務の賃

約も仕事の賃約に包括されるのである。

フランス民法典においては、職人、家事使用人の役務を仕事の賃約に含んでおり、この点でポティエと異なり、原則的にドマの形態を受け継いでいる。

ポティエとフランス民法典の分類の違いはなぜ生まれたのだろうか。この点につき、フランス民法典制定以前は、職人、家事使用人の役務を物と同様に考え、役務を「借りる」という思想があったことが挙げられる。ポティエにとって役務の賃約は、家畜の賃約と同じ物の賃約にすぎなかったのである。その後、役務の賃約を物と同様に扱うべきではないとする社会の変化により、役務の賃約を物と看做さず仕事の賃約に分類した。さらに、労働の提供を目的とする契約は雇用契約となり、仕事の賃約から外れた。このことにより、残った仕事の賃約は労働の提供を考慮せずに、仕事の結果のみを目的とする契約になったのである。そして、それは専門的な能力を要求されるものとなった。

この変化はフランスの社会状況の変化が背景にあるものと考えられる。

1880年代までのフランス民法典は、「産業革命の結果、フランス経済と社会が大きく変貌し、政治体制が急速に変化しても、ほとんど変わることなく存続した。このように民法が安定しているように見えるのは、著名人が依然として比較的優勢であるためかもしれないが、しかし不動と同義ではない。当時はまだ黎明期であった民法は、激しい適用と解説の対象となった。1804年当時とは異なるイデオロギー、特に自由主義思想の台頭の中で、民法の解釈は変化した⁴⁰⁰」のである。その後1880年代から1940年代にかけては、都市化が進むフランスにおいて、社会問題の発展と国家の介入に関連した契約、労働だけでなく、住宅や都市計画法の台頭がもたらされるようになった⁴⁰¹。役務の賃約が労働法へと発展したことは、このような社会状況が関連していると思われる。

請負契約と売買契約の区別について、判例は提供された材料と請負人の労務とを比較し、提供された材料の方が労務よりも価値が高い時は売買契約となり、労務の方が価値が高い

⁴⁰⁰ Jean-Louis Halérin, Histoire du droit privé français depuis 1804, puf, 2012, p.4

⁴⁰¹ Ibid., p.4

時は請負契約であるとする。しかし、この区別の基準には批判があり、顧客の要望に基づいて行われた仕事の場合には請負契約となり、規格化されたものを作成した場合には売買契約が成立すべきであるとされる。近時の判例もこの区別に沿っている。主たる材料を注文者と請負人のどちらが提供したかという基準は採用されなくなり、契約の対象によって区別されるようになったのである。

委任契約は代理人に付与された代理権によって代理人が契約の相手方のために、物質的な役務だけでなく、法的な役務を行うことができる点で請負契約と区別される。請負人に求められる労務は、衣服のクリーニング、介護、動産や建物の修理といった物質的なものから、助言、スピーチ、計画の立案といった純粋に知的なものまで様々であり、この知的活動によって請負契約と委任契約とを区別する。

雇用契約との区別は契約の対象が労務であるか仕事の完成であるかによって区別される。

さらに、請負契約と雇用契約を区別する際に、仕事の完成の有無によって区別することができる。雇用契約は労務の提供を目的とするのに対して、請負契約は請負人が為すことによって得られる仕事の結果を目的とする。

雇用契約と請負契約との区別についての考えをさらに推し進めれば、雇用契約では、例え仕事が未完成であっても労務を提供する者がいれば人員を交代することは可能であり、対価が支払われるが、請負契約では、請負人が持つ技術や能力を考慮して契約を締結するのであり、仕事が未完成の時に他の人員と交代することは困難であり、未完成の時に中断された場合、中断されるまでに為された仕事は新しい価値を生み出さず、対価は支払われない。もっとも、仕事が未完成であっても、ある一定の価値が生み出される時点まで仕事が為されている場合には、その為された仕事には価値があるので、対価が支払われるのは当然である。このことはフランス民法典第 1796 条⁴⁰²によって根拠づけられるだろう。

⁴⁰² Art.1796

Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement

寄託と請負契約については、主に寄託者が保管義務を負うという点で請負契約と区別され、運送契約との区別については、請負契約の仕事が人や物を移動させるものであってはならないとして区別する。

2016 年の債権法改正では、役務提供契約の定義を明示せず、対価についての規定のみ設けられた。その後、アンリ・カピタン協会による改正草案で役務提供契約は、役務提供者が顧客の利益のために独立して労務を遂行することを要求される契約であると定義された。さらに、役務提供契約は、仕事の賃約および請負契約に取って代わるため、広義に理解されなければならないとする。つまり、役務提供契約はこれまで仕事の賃約および請負契約が担ってきた役務を提供する契約を包括するものであると言える。しかし、役務提供契約の特徴として、独立した労務の遂行を挙げ、役務提供契約の射程に雇用契約は含まれないとする。

第六章 日本における請負契約

第一節 ボワソナード民法

第一款 民法草案⁴⁰³

明治期、日米通商条約の改正交渉過程で西洋の法理に従った主要な法典の整備が不可欠の条件として要求され、民法典をはじめとする主要の諸法典の編纂をする方針が固められた。そこで、パリ大学教授であったボワソナードを招き、財産法部分の起草をさせた。ボワソナード草案はフランス民法典を基礎にしつつ、イタリアやベルギーなどの法律、日本の慣習を参考にし、ボワソナードの独創も加えた民法草案を起草した。ボワソナード民法草案は、その後の立法過程で改変が加えられたが、現行民法に与えた影響も大きい。

ボワソナードは大日本帝国民法草案(Projet de Code civil pour l'Empire du Japon)を3版出版した。明治13年から14年にかけて初版が、明治20年から22年に第2版が、明治23年から24年にかけて第3版が刊行された。このうち、第3版は旧民法の立法作業終了後に出版されたので、立法作業に参照されたのは第2版である。

Projet 第2版では、フランス民法典で用いられている「見積取引(des devis et

⁴⁰³ 以下に関連条文と私訳を挙げる。

Projet 第2版 第981条

Lorsqu'une personne se charge d'exécuter un travail determine, industriel ou manuel, moyennant un prix fixé d'avance ou à forfait, soit pour tout le travail, soit pour ses diverses parties ou mesures, la convention est un louage d'ouvrgae ou d'industrie si la matié principale est fournie par celui qui demande le travail, et une vente sous condition de l'exécution du travail, lorsque la matière principale et le travail sont fournis par la fabricant ou l'ouvrier.

(私訳)ある者が、勤労によるにせよまたは手仕事によるにせよ、決まった労務を遂行することを請負い、その見返りとして、労務の全体、またはその様々な部分あるいは数量的な割合に対して、あらかじめ定められた、または定められるべき対価を支払う場合、その契約は、主たる材料が労務を依頼する者により供給される場合には、仕事あるいは勤労の賃約であり、主たる材料および労務が製造業者または職人により供給される場合には、労務の遂行を条件とする条件付きの売買である。

marchés)」という語を用いなかった。その理由として、「まず第一にそれ自体で明確な意味を提供していないから。第二に見積取引という語は、請負契約以外にもあまりにたくさんの有償契約に用いられているからである。売買も運送契約も marché であると言って一向に差し支えない⁴⁰⁴」とする。

ボワソナードは、「仕事あるいは勤労の賃約」と「役務の賃約」との混同を避けるために、条文において仕事あるいは勤労の賃約の要件を示している。すなわち、仕事あるいは勤労の賃約とは、「第一に確定した労務の執行に関すること、第二に対価があらかじめ定まっているということである⁴⁰⁵」とする。

確定された労務の執行とは、「その労務とは広義の意味で勤労と言えるかもしれない。肉体労働と知的労働が結合された労務を含む。例えば、建物の建築、動産の製造あるいは修理、耕作、複製、記帳、そして簿記あるいは翻訳も包含し、さらに技術を必要としない土木工事、材料の荷車による運搬、取り壊し、木の植え付けあるいは伐採、果実の収穫のような純粋に仕事であっても労務である⁴⁰⁶」とする。

第二の対価については、「対価は決められた労働の全てか一部かを問わず、役務の賃約のように日、月、年というような労働期間によって決められるのではなく、仕事の大きさ、数量、重量によって決められる⁴⁰⁷」とする。

ボワソナードは、合意が仕事あるいは勤労の賃約であるための要件を以下のように述べる。「合意が仕事あるいは勤労の賃約であるためには、地所の変更であれ、建物の修理であれ、あるいは建物の建築であれ、注文者からの材料の上に仕事を行うことである。生地を仕立て衣服にすることであれ、注文者の材料を用いて他の製品を製造することであれ、

⁴⁰⁴ G.Boissonade,Projet de Code civil pour l'Empire du Japon,Paris,1888,p.1014

⁴⁰⁵ Ibid.,p.1015

⁴⁰⁶ Ibid.,p.1015

⁴⁰⁷ Ibid.,p.1015

注文者の材料の上に加工しなければならない⁴⁰⁸」。反対に、請負人が材料を提供した場合については、「請負人が材料を提供した場合は売買である。そしてそれは請負人と材料の売買ではなく、製作された物の売買である。だからこそ法文は『条件付きの売買』と表現している。それは目的の履行という停止条件付きの契約である⁴⁰⁹」とする。

ボワソナードは、この「条件付きの売買」であるということがとても重要で、最も注意しなければならないとする。「売買がその商品または材料が注文者によって特定物として選択されると、直ちに特定物はその時から所有者となった注文者の危険の下に置かれるであろう。すなわち、滅失の場合には損害は注文者に帰属し、何も受取らないにもかかわらず対価を支払わなければならない。この結果は当事者の意図とは反対であるが、法律によってこのように解釈される。このように解釈されないためには、両当事者が十分に説明し納得し、役務の賃約の合意とは別に、材料の売買契約を結ぶ必要がある⁴¹⁰」とする。

また、注文者と請負人の双方が材料を提供した場合につき、ボワソナードは、「この場合、契約の性質を売買か請負かを定めるには、数量あるいは重要性がより大きい材料を提供した側を探究しなければならない。もし、請負人が注文者より大きい材料を提供したならば、製作物の売買となる。反対の場合には、仕事の賃約が材料の売買を吸収してしまうだろう⁴¹¹」として、より大きい材料を提供した側によって契約類型が変わるとする。

第二款 民法理由書

民法理由書第 275 条は、「仕事受負契約ノ特殊ノ性質ニシテ之ヲシテ雇用契約トセシナル所ノモノハ法文ニ明記スルカ如ク第一其契約ノ目的トスル所ハ定マリタル仕事ヲ爲スニ在リテ而シテ第二ニ其代價ヲ豫定スルニ在リ」とし、雇用契約と請負契約との異なる点

⁴⁰⁸ Ibid.,p.1016

⁴⁰⁹ Ibid.,p.1016

⁴¹⁰ Ibid.,p.1016

⁴¹¹ Ibid.,P.1016

を規定している。この民法理由書の条文とフランス民法典とは、同じであると考える。

起草者であるボワソナード自身による旧民法正文の注釈書の和訳である民法理由書には、「然レトモ合意ノ性質仕事受負契約タルニハ受負人注文者ノ材料ヲ受取り以テ仕事ヲ爲すコトヲ要ス例ヘハ土地又ハ家屋ヲ修復シ又ハ家屋ヲ新築スルニ当テハ注文者ヨリ石材ヲ受取り又衣服其他ノ器具ヲ請求スルニ當テハ注文者ヨリ材料ヲ受取りタルコトヲ要ス⁴¹²」とする。すなわち、請負契約であるための要件として、請負人が注文者の提供した材料で仕事をすると考えられている。

また、「受負人ヨリ材料ヲ供スヘキトキハ即チ賣買アルモノナリ而シテ其賣買ハ仕事受負契約ト併セテ材料ノ賣買タルニ非ス製作シ終ハリタル物ノ賣買ナリトス是レ本条ノ法文ニ其賣買ハ条件付ナリト云フ所以ナリ而シテ其条件ハ即チ仕事ノ実行ヲ目的トスル停止条件タルモノナリ此賣買ノ条件付ノ性質タル頗ル用意ヲ要スルモノニシテ重要ナル結果ヲ生スルモノナリ蓋シ注文者材料ヲ撰シ特定物トシテ之カ交附ヲ受クルヤ直チニ其材料ノ賣買確定スルトキハ注文主ハ以後直チニ材料ノ所有者ト為カ故ニ其損失ヲ担当セサル可カラス故ニ其物滅失スルトキハ注文主損害ヲ被リ從合毫モ受取ル所ナシト雖トモ尚ホ其代價ヲ拂ハサル可カラス然ルニ斯ノ如キ結果ハ當事者ノ意思ニ反スルモノト認メサルヲ得ス只後約者共意思之ニ反スルコトヲ明記サセルカ又ハ材料ノ賣買ト仕事受負契約トヲ別異ニシ材料ノ賣主ヲシテ更ラニ仕事受負ヲ為サシメタルトキノミ之ニ異ナル⁴¹³」とする。つまり、請負人が材料を提供した場合は、売買契約であるとする。その売買契約は、請負契約と材料の売買が合わさったものではなく、あくまでも製作した物の売買であるとする。この売買契約は条件付き売買と言われる。なぜなら、仕事を完成することを条件としているからである。ここで仕事の完成は停止条件であり、建物を完成させることによってはじめて契約の効力が生じる。

⁴¹² ボワソナード民法典研究会編『民法理由書 第三卷 財産取得編』（雄松堂出版,2001年）954頁。

⁴¹³ 同上・954頁以下。

また、注文者と請負人の双方から材料を提供する場合には、「然り而シテ注文者ト受負人ト双方ヨリ材料ノ一部分ヲ供スルコトアリ此場合ニ於テ契約ノ性質賣買タルカ將タ仕事受負タルカヲ定ムルニハ材料ノ分量又ハ價格ヲ供スル者何レカ最モ多キカヲ審按スヘシ而シテ若シ受負人ノ供スル所注文主ヨリ多キトキハ材料ノ一部分ノ賣買ハ其中ニ包含スルモノト看做スヘシ⁴¹⁴」とする。すなわち、請負人が提供した材料が多い場合は全工作物の売買であり、注文者が提供した材料が多い場合には請負契約であるとする。後者の場合、請負人が提供した材料については請負契約に包含されるとする。

第二節 旧民法

明治 23 年、ボワソナードの作った民法草案を主たる草案とし、フランス民法典を参考にして編纂された旧民法が公布された。もっとも旧民法はフランス民法典成立後の判例、学説の修正を受けて大きな修正が行われている。そこで旧民法における請負契約の規定をフランス民法典に留意しつつ明らかにしたい。

旧民法は財産取得編第 275 条で「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豫定代價ニテ爲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爲ス可キ條件附キノ賣買ナリ」として請負契約に関する規定をおいた。すなわち、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対価とする合意は、注文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のである。このように、旧民法ではボワソナードの考えを受け、材料提供者により売買契約か請負契約かを区別した。

旧民法編纂以前のわが国では、請負契約は、「從來世俗ニ謂フ所ノ仕事請負契約ハ其仕事ニ用ユル材料ヲ注文者ヨリ供セシト請負人ヨリ供セシトヲ區別スルコトナキ⁴¹⁵」とし、材料を注文者が提供した場合と請負人が提供した場合とで区別することなく、請負契約と

⁴¹⁴ 同上・956 頁。

⁴¹⁵ 岸本辰雄『民法正義』（信山社、復刻版、1995 年）（初版 1890 年）369 頁。

していた。さらに、「ノミナラス後者ノ場合寧ロ甚ダ多シトス然ルニ本法ハ劃然二者ヲ區別シテ單ニ前者ノミヲ仕事請負契約ト爲シ後者ハ之ヲ條件付ノ賣買トシ⁴¹⁶」とするように、請負人が材料を提供する場合が「寧ロ甚ダ多シ」という状況であった。このような状況下で、旧民法典は従来の日本の慣習を排し、フランス民法典の考え方をボワソナードを通じて取り入れたのである。

旧民法における請負契約について磯部は、「本條ハ仕事請負契約ノ何タルカヲ指示シ并ニ之ニ類スルモ一種仕事ヲ爲ス可キ條件附ノ賣買ナルモノヲ指示ス。仕事請負モ亦所謂勞力ノ貸借ノ一種ニシテ雇傭契約ニ類似セサルニアラス然レドモ仕事請負ニ於ケル當事者ノ一方ハ他ノ一方ノ雇傭人タラス又其賃料ノ定メ方ヲ異ニセリ之ヲ要スルニ彼此ノ相同シキハ當事者間ニ勞力ト其賃料トノ交換アル一點ナルノミ⁴¹⁷」として、労務の賃貸という点では雇用契約に類似しているが、請負人は注文者の雇用人ではなく賃金の決め方も違うので、雇用契約と請負契約は異なるものであるが、ただ労力と賃金を交換するという一点でのみ共通するとする。

条文の「工技又ハ勞力」については「例ヘハ製造、制作等ニ關スル仕事ハ勞力ヲ以テスルヨリモ寧ロ工技ヲ以テ之ヲ爲スト謂フヘシ又開墾、栽培等ニ關スル仕事ハ主ハラ勞力ヲ以テ爲スモノナリ故ニ法文ハ工技又ハ勞力ト併記シテ多クノ仕事ヲ包含セシメタリ⁴¹⁸」とし、築造や製作は労力というより工技であり、工技と労力を併記することで多くの仕事を包含させているとする。

請負契約と雇用契約の賃金の決め方について、「雇傭契約ニ在リテハ雇傭人ハ服務ノ期間ニ由リ賃料ヲ受クルモノナルガ仕事請負ニ在リテハ其命辭ノ暗ニ指示スル如ク請負人ハ仕事ノ成就ヲ約シテ其全部又ハ一分ニ就キ豫メ定ムル所ノ代價を受クルモノナリ⁴¹⁹」とす

⁴¹⁶ 同上・369頁。

⁴¹⁷ 磯部四郎『民法釈義』（信山社、復刻版、1997年）（初版1890年）872頁—873頁。

⁴¹⁸ 同上・873頁。

⁴¹⁹ 同上・873頁。

る。つまり、雇用契約は「服務ノ期間」すなわち労働時間によって賃金を受け取るのに対し、請負契約は「仕事ノ成就ヲ約シ」、すなわち仕事の完成を約束して予め決められた金額を受け取るという点で異なるのである。

請負契約と条件付売買契約の関係は、「其請負仕事ニ要スル主タル材料ハ實際注文者ヨリ之ヲ供スルコトアルヘク又請負人ヨリ仕事ト併セテ之ヲ供スルコトアルヘシ前者ノ場合ニハ眞ノ仕事請負ニシテ後者ノ場合ニハ一種ノ賣買即チ仕事ヲ爲ス可キ條件附ノ賣買ナリトス⁴²⁰」とし、主たる材料を注文者が出すか請負人が出すかにより、請負契約となるか条件付売買契約となるかに区別されるとする。

また、請負人の義務については、「乃チ仕事ノ請負ニ在テハ材料ノ供出ト予定代價ノ支拂トカ注文者ノ義務ニ属シ請負人ハ仕事ヲ成就スルノ義務アルノミ又仕事ヲ爲スヘキ條件附ノ賣買ニ在テハ請負人ハ材料ヲ供シ且ツ仕事ヲ成就セサルヘカラス否ラサレハ其賣買力効力ヲ發生スルニ至ラス随テ注文者ニハ代價ヲ支拂フノ義務ナキナリ⁴²¹」として、請負契約の場合は仕事の成就、条件付売買契約の場合は材料の提供と仕事の成就の両方を含んでいるとする。

条件付売買契約について「請負人ヨリ材料ト仕事トヲ併セテ供スル契約ハ其性質上之ヲ單純ナル賣買ト謂フヲ得ス而シテ之ヲ仕事請負契約ト區別シテ一種條件附ノ賣買ト視ル結果ハ以下數條ニ就キ之ヲ知ルヘシ⁴²²」とする。つまり、請負人が材料を提供した場合は単純な売買とは言えず、また請負契約とも区別された条件付売買契約であるとする。

材料を注文者と請負人の両方が提供する場合、「若シ當事者雙方ヨリ材料ヲ供スル場合ハ如何毎ニ之ヲ仕事ノ請負ト看做スヘキヤ曰ク斯ル場合ニ於テハ其材料ノ主タリ從タル性質ニ據リ之ヲ決スヘキノミ故ニ法文故ラニ主タル材料ト明記セリ尚ホ之ニ關シ下條ニ於テ

⁴²⁰ 同上・873頁－874頁。

⁴²¹ 同上・874頁。

⁴²² 同上・874頁。

補説スル所アルヘシ⁴²³」とし、材料が主たるものか従たるものかにより決められる。

第三節 現行民法

第一款 現行民法編纂過程における請負契約と売買契約の区別

旧民法は明治23年に成立、公布されたものの、日本古来の家制度をはじめとする伝統が滅んでしまうという反発が生じ、法典論争へと発展した。その結果、旧民法は施行されず、改めて民法典の起草が行われた。起草は旧民法を基礎としつつ、当時発表されていたドイツ民法典の第一草案を参考にされた。明治29年、現行民法（民法第一編第二編第三編）が公布され、旧民法は廃止された。

以下、現行民法の編纂過程を検討する。

1 穂積委員の見解

旧民法では、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。しかし、現行民法にはこの区別は継承されなかった（現行民法第632条）。現行民法の起草委員が、請負契約か売買契約の違いをどのように考えていたのかをまず検討する。

起草委員の1人である穂積陳重は法典調査会において、「既成法典ハ註文者カラ主タル材料ヲヤツテ而シテ向フノ勞力ヲ買ヒマスル場合丈ケガ請負ニ爲ツテ居ルノデアリマス向フカラ主タル材料ヲ供シマスル場合ハ其仕事ヲ爲シマスル條件附ノ賣買トシテ別ノ規定ガ當ルコトト爲ツテ居リマス是ハ例ヘバ佛蘭西又は佛蘭西ニ倣ヒマシタ和蘭、伊太利、西班牙杯ニ於テハ随分サウ云フ説モアルノデアリマス⁴²⁴」として、材料提供に関しては旧民法が注文者から材料を提供して労力だけを買う場合だけが請負契約になり、請負人が主たる材料を提供した場合は其仕事を為す条件付の売買であるとし、フランスにもそういう説が

⁴²³ 同上・874頁—875頁。

⁴²⁴ 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会,1984年）（以下、民法議事速記録と称する）528頁。

あるとする⁴²⁵。そしてフランス民法の条文を見ると「其法文ノ表テ丈ケデハドチラカラ材料をキョウシマシテモ其仕事ノ結果ヲ買ヒマスルト云フ精神デアルナラバ矢張り請負トシテ居ルヤウニ注文ノ表テカラハ見ヘマス⁴²⁶」として、実際はどちらから材料を提供しても「仕事の結果を買う」という意思ならば、それは請負契約であるとしているように見えるとする。

そしてフランスでも、「草案が『コンタイテータル』ニ提出サレマシタアトキハ矢張り既成法典ノ如ク材料ヲ注文者ノ方から供シタ場合ハ請負夫レカラ仕事ヲスル方ノ請負人カラ供シマシタ場合ハ賣買デアルト云フコトガ明文ニ書イテアルヤウデアリマス夫レヲ後ニ至ツテ『トリビナン』デ全ク學説ニ属スルト云フノデ削ラレマシタ夫故ニ或ル學説デハ矢張り佛蘭西ニ於テハ請負人カラ其材料ヲ供シマシタトキハ賣買ニ爲ツテ賣買ノ規則ガ當ルト云フ斯ウ云フコトガ書イテアリマス明カニ夫レノ書イテアルハ既成法典ト白耳義ノ草案デアリマス⁴²⁷」として、フランスやベルギーでは、材料の提供者によって請負契約か売買契約かを決定することを認めている。

現行民法案においても、契約が請負契約であるのか売買契約であるのかの問題が大変関係があることとして、次のように述べる。「賣買ノ規則ガ當ルノカ或ハ請負人ノ規則ガ當ルノカト云フ實際ノコトヲ定メル必要ガアリマスガ幸ニシテ如斯基事ヲ明ニ此處ニ書キマセヌデモ實際都合ガ付クコトニ爲ツテ居リマス夫レハ五百六十條デアリマシタカ賣買ノ總則ノ所デ賣買ニ關スル規定ト云フモノハ其契約ノ性質ノ許ス限り總デノ有償契約ニ當ルト云フコトガ書イテアリマスカラシテ夫故ニ當事者ノ意思ガ其注文者からダシマスル所ノ或ル物ノ上ニ少シ計リ仕事ヲサセテ而シテ其・・・ト云フモノハ重モニ其物ノ賣買ト云フコトデアリマスレバ夫レ丈ケニハ賣買ノ規則ガ性質ノ許ス限り當リマス夫レカラ取引ノ性質又當事者ノ意思カラシテドウシテモ請負ト云フ風ニ注文スル夫レガドウシテモ重モナト云フ

⁴²⁵ 同上・528 頁。

⁴²⁶ 同上・528 頁。

⁴²⁷ 同上・528 頁。

場合ニ於テハ本節ノ規定ガ當リマス夫故ニ既成法典ニアリマスル如ク是ハ請負デアル此場合ハ賣買デアルト云フヤウナ學說上ノ斷定ヲ此處ニ出スノ必要ヲ見ナカツタノデアリマス⁴²⁸」。つまり、請負契約か売買契約かということを書かなくても、560条の売買の総則の所で売買に関する規定はその性質の許す限り総ての有償契約に当たるとしているのも、それ故に当事者の意思が物の売買ということを重視していれば、売買の性質が当たるとし、請負契約であるか売買契約であるかという学説上の断定は必要なかったとする。

また「仕事ノ結果ニ對シテ出來榮ヘヲ見テ報酬ヲ與ヘルト云フノガ趣意ト云フ積リデハナイ⁴²⁹」とし、「仕事ノ出來榮ヘヲ買ウ方ノ積リデアリマス」として、「結果ハ目的物ト云フ考ヘデアリマス⁴³⁰」とする。

このような穂積の説明に対して長谷川喬委員から、「今自分ガ注文ヲシタ品デアツテ夫レヲ請負トスレバ注文ノ通りニ出來ストキハ何時デモ替ヘサルコトガ出來ル併シ勞力ノ賃貸トスルト夫レ丈ケ働イタ丈ケノ賃金ヲ拂ハナケレバナラヌ其品ニ對シテ損ヲシナケレバナラスト云フ斯ウ云フ事ヲ以テ重岡君ガ聞カレタ靴ノ注文彼ノ靴ノ賣買ト云フコトニ當嵌メラレタヤウデスガ此規定ノ場合ヲバ賣買トシタナラバ矢張り賣買ノ約束ヲシタ目的物が違ウノダカラ夫レハ代價ヲ拂ハヌデ宜シイト云フコトニ爲リマセウガ本節ガナクテモ如斯場合ハ敢テ不都合ハナイノデハナイカ既ニ御説明ニ爲ツテ通り此他ノモノハ賣買ノ規定ニ讓ル斯ウ云フコトニ爲ツテ居レバ此處ニ別ニ俗ニ謂フ『賃仕事』ノ如キモノマデ極メナクテモ夫レハ一般ノ原則ニ依ツテ出來ハシマスマイカ、サウスレバ矢張り既成法典ノ如ク此處ニ謂フノハ請負即チ誰レガ見テモ分ルヤウナ請負ニ是ヲ極メテ置テ其他ノモノハ一般ノ原則ニ讓ツテハドウデゴザイマセウカ⁴³¹」という意見が出た。すなわち、注文したものが注文通りに出来なければ、請負契約の場合は取り替えさせることが出来るが、雇用契約だと

⁴²⁸ 同上・528頁。

⁴²⁹ 同上・529頁。

⁴³⁰ 同上・529頁。

⁴³¹ 同上・532頁。

賃金を支払わなければならない。だから請負契約にすることは問題がない。ただ、材料を請負人が提供する場合、旧民法だと売買契約になるが、売買契約としても売買契約の約束をした目的物が違うのであるから支払う必要がない。「賃仕事」のようなもので請負契約の規定で定めなくても、一般原則の売買契約によって処理できるのではないか、請負契約を従来の規定のまま予定代価の合意を請負契約の要素とすることにしておいて、その他は売買契約の原則に譲ってはどうかという意見である。これに対し穂積は、予定代価の合意を請負契約の要素とすると請負契約の概念が狭くなり、「多クノ場合ニ甚ダ吾々日常行フテ居ルモノガ却テ此處ニ拔ケテ來ルヤウニ爲リマス成程靴ノ例カラ御覽ニナルト賣買ト言ハレルカモ知レマセヌガコチラカラ材料ヲ持ツテ往ツタトキハドウデゴザイマセウカ洋服屋ニ洋服地ヲ持ツテ往ツテ頼ンダ場合ニ洋服屋ハ夫レガ爲メニ二日モ三日モ掛ツテ作ツタガ自分の身體ニ嵌マラスヨウナモノヲ拵ヘタ夫レデモ勞力ヲ目的トスレバ其働キ賃ヲヤラネバナラス夫レガ請負ナラバ仕事ノ結果ヲ買ウノデアリマスカラ一文モ拂ハヌ、事ニ依ツタラ損害賠償マデ拂ハヌカモ知レヌ夫レデ結果が大層違ヒマス⁴³²」とし、「此處ニ擧ゲテアル契約ノ種類ノ幅ヲ狭メサウシテ本節ニ極メテアルコトガ當ラヌト云フノハ是ハ實際上非常ニ不利益ノコトデアリマスカラ寧ロ實ヲ存シテ名ヲ改メラルルコトニシテ貫ヒタイト思ヒマス⁴³³」と返答している。つまり、洋服屋に洋服地を持っていった場合、洋服屋は2、3日かけて注文者の体に合わない物を製作した場合に、雇用契約ならばそれに対して代金を支払わねばならないが、請負契約なら一文も払わないし、場合によれば損害賠償までしなければならないということで結果が随分違って来るから、請負の規定は原案通りに残して欲しいということである。

2 高木委員の見解

高木豊三委員からは、「今迄日本デ『請負』ト言ヒ來ツタ中デモ色々方法ガアツテ單ニ

⁴³² 同上・533頁。

⁴³³ 同上・533頁。

仕事ヲ引受ケタノモ又仕様書ニデモ代價ヲ書カシテサウシテ是デ請負ウト云フノモ其材料丈ケハ矢張り注文主ノ計算ニ置テ是ヲ買ウ奴ガアリマス、サウスルト材料ノ代價ハ矢張り注文主ガ賣買トシテ是ヲ買ウノデアリマス賣買ハ物ノ主ト注文主トノ間ニアリマス其外ノ純粹ノ請負ト云フノハ所謂仕様書ト云フモノニ物ノ大小品質ノ等級マデ定メテサウシテ是ニ一定ノ代價ヲ附シテ是々ノ工作ヲ仕上ゲテ全部幾ラデ請負フト云フコトニ爲ルト是丈ケノ定義バカリデナイ即チ其外ノ材料ト云フモノマデ必ズ賣ルノデアリマス即チ其材料ト云フモノガ倍ニ爲ツテモ矢張り請負主ハ初メノ代價デ賣ラナケレバナラス云フコトニナリマスサウシテ其事ハ既成法典デハ『條件附ノ賣買』ト言フデアリマスガ其方ノ側ハ丈ケハ賣買ナラバ賣買ノ規則ニ依テ支配ヲスルト云フコトニ爲ルノデゴザイマセウカ唯ダ此請負契約ト云フノハ工事即チ使ヒ賃丈ケデアル材料ノコトハ賣買ノ規則ニ依ツテ支配スル此處ニ謂フ請負契約ト云フ中ニハ其事ハ包含サレスト云フノデアリマスカ⁴³⁴」という質問が出ている。つまり高木は当時の「請負」という言葉の意義を問題として、「請負」の概念にはフランス法のように注文者が材料を提供し、請負人は労力のみ提供する場合のみならず、請負人が材料を提供する場合も包含している。旧民法なら条件付売買であり、売買契約の規則で処理されるので問題が生じないが、今審議中の改正民法の請負の概念には、このような場合も包含されるのか、という疑問を投げかけたのである。これに対して穂積は、「先刻御舉ゲニ爲リマシタ例ノ如キハ固ヨリ賣買杯ノ規則ガ當ルノデアツテ既成法典デハ斯ウ云フ場合ハ條件附ノ賣買デアルト云フコトガ書イテアリマス⁴³⁵」とし、「本案デハ賣買ノ方ノ總則ニ契約ノ性質ガ許ス限りハ賣買ノ規則ヲ準用スルト云フコトガ向フニ舉ゲテアリマスカラ夫故ニ此處ニハ言ハナカツタノデアリマス⁴³⁶」、つまり、総則部分に、契約の性質が許す限りは売買の規則を準用する⁴³⁷とあげてあるから、ここでは触れなかったと

⁴³⁴ 同上・536頁。

⁴³⁵ 同上・536頁。

⁴³⁶ 同上・536頁。

⁴³⁷ 現行民法第559条

返答している。つまり穂積はこのような場合は売買に当たると考えていたのである。

第二款 主要な学説

1 民法要義⁴³⁸

梅謙次郎は請負契約と売買契約の違いにつき、「請負ハ賣買ト之ヲ混スルコトアリ法律又ハ學説ニ依リ請負人カ仕事ノ材料ヲ供スル場合ニ於テハ是レ眞ノ請負ニ非ス賣買ナリトセリ舊民法ノ如キ即チ是ナリ新民法ニ於テハ敢テ此説ヲ取ラス専ラ當事者ノ意思ニ從ヒ當事者ノ意思苟モ本條ニ規定スル所ニ在ルトキハ仕事ニ材料アルト否トヲ問ハス又其材料ハ當事者ノ孰レヨリ是ヲ供スルヲ論セス(稀ニハ第三者ヨリ其材料ヲ供スルコトアルヘシ)皆請負アルモノトセリ⁴³⁹」とし、材料提供によって区別するのではなく、当事者の意思が632条に規定するところに当てはまる時は請負契約であるとしている。「概シ賣買ナルモノハ単ニ賣主ヨリ買主ニ權利ヲ移轉スルヲ目的トスルモノナリ之ニ反シテ請負ハ請負人カ注文者ノ爲メニ仕事ヲ完成スルヲ目的トスルモノナリ故ニ其仕事ノ性質ニ依リ請負人ヨリ其材料ヲ供スヘキ場合ト雖モ注文者ハ敢テ其材料ノ所有權ヲ取得スルヲ以テ目的トスルニ非ス請負人カ之ニ仕事ヲ施シテ自己ニ引渡スコトヲ目的トスルモノナリ⁴⁴⁰」と、売買は単に売主から買主に権利を移転するのを目的としているのに対し、請負は請負人が注文者のために仕事を完成することを目的とするものであり、請負人が材料を提供した場合も注文者はその材料の所有権を取得することを目的とするのではなく、請負人が材料に仕事を施して自分に引渡してくれることを目的としているとする。

例えば靴屋にしても、靴の全ての材料を靴屋が提供しても、注文者は靴の材料の所有権を取得することを目的としているのではなく、靴屋に「自己ノ足ニ適應スル靴ヲ製セシム

⁴³⁸ 梅謙次郎『初版 民法要義 卷之三債権編』（信山社,復刻版,1992年）(初版 1897年)

⁴³⁹ 同上・693頁—694頁。

⁴⁴⁰ 同上・694頁。

ルヲ以テ目的トスル⁴⁴¹」とし、自分に合った靴を製作してもらうことを目的としているとする。ただ実際は「場合ニ依リ其性質ノ孰レニ屬スルカヲ判別シ難キコトナキニ非ス⁴⁴²」、売買と請負との区別が極めて困難なことが多く、「唯執法家ハ當事者ノ意思ヲ探究シテ其問題ヲ決スルノ他アラサルナリ⁴⁴³」とし、実務家は当事者の意思を探求してどちらかを決める他はないとする。

以上より、梅は、当事者の意思によって請負か売買であるかを区別するという考え方に立つ。仕事の完成を目的としている場合には請負契約、所有権の取得を目的としている場合には売買契約であるとする。

2 帝國民法正解⁴⁴⁴

松波仁一郎、仁保龜松、仁井田益太郎は「材料ヲ要スル仕事ニ付テモ注文者自ラ材料ヲ供シ或ハ請負人ヲシテ之ヲ供セシムルコトヲ得ルハ固ヨリ取引自由ノ範圍ニ屬スヘシ」「新民法ニ於テハ請負仕事ノ材料ノ供給者ニ付キ別ニ制限的規定ヲ存セサルニ因リ請負人カ仕事ノ材料ヲ供スルトモ之カ爲メニ必スシモ請負契約ノ成立ヲ妨クモノニ非サルコト解釋上別ニ疑ナキ所タルノミナラス⁴⁴⁵」とし、材料の提供については取引の自由であり、また現行民法においては材料提供の規定がないことから、請負人が材料を提供しても請負契約の成立を妨げることはないとする。さらに「請負契約ノ目的ハ仕事ノ結果ニ存スル以上ハ請負人カ自ラ仕事ノ材料ヲ供スルトモ之カ爲メニ理論上當然請負契約ノ成立ヲ妨クヘキモノニ非サルコト固ヨリ論ヲ俟タス」とし、請負契約の目的は仕事の結果にあることから請負人が材料を提供しても請負契約の成立を妨げないとする。

⁴⁴¹ 同上・694頁。

⁴⁴² 同上・694頁。

⁴⁴³ 同上・695頁。

⁴⁴⁴ 松波仁一郎、仁保龜松、仁井田益太郎著『帝國民法正解』（信山社、復刻版、1997年）（初版1897年）

⁴⁴⁵ 同上・1230頁。

フランス民法については、「然ラハ新民法ハ前ニ述ヘタル佛國民法ノ一派ノ解釋論ノ如ク請負人カ仕事ノ材料ヲ供シタル場合ニ於テハ當事者ノ意思解釋ニ因リ如何ナル契約ノ成立ヲ認ムヘキカヲ判定セシムルモノニシテ當事者カ仕事ノ結果ニ重キヲ置キタルトキハ請負契約ノ成立ヲ認メ當事者カ材料ノ供給ニ重キヲ置キタルトキハ賣買交換ノ如キ有償契約ノ成立ヲ認メシムルモノナリ要スルニ此主義ハ法律ノ干涉ヲ避クルモノナレハ其結果ハ能ク實際ノ事情ニ適スルコトヲ得ヘシト雖モ果シテ如何ナル契約ノ成立ヲ認ムヘキカニ付キ往々其判定ニ苦マシムルコトアルヘシ」とし、フランス民法の一派の解釈論のように請負人が仕事の材料を提供する場合においては当事者の意思の解釈により如何なる契約の成立を認めるかを判断し、当事者が仕事の結果に重きを置いた時は請負契約の成立を認め、材料の供給に重きを置いた時は売買交換のように有償契約を認めるとする。さらにこの主義は法律の干涉を避けるものであるが、実際どの契約が認められるか判断に苦しむことがあると指摘する。

第三款 現行民法編纂過程における請負契約と雇用契約との区別

フランスの雇用と請負契約の規定については、「一般ニ賃貸借ト云フ場所ヲ設ケテ其中デ物ノ賃貸借ト勞力ノ賃貸借ト別ケテ其勞力ノ賃貸借ノ一種トシテ詰マリ兩方トモ賃貸借ノ一部デ而シテ其目的物ハ無形ノモノデアルト云フ主義デ規定ヲシテ居リマス⁴⁴⁶」とし、フランスでは雇用契約も請負契約も共に賃貸借の一部で、その目的物は無形であるとする。

しかし、日本における今回の編纂は、これとは違った編纂方法を採用している。それは「全ク雇傭モ請負モ獨立ノ一ツノ契約ト致シマシタ、デ格々別ノ規定ガ當ルト思ヒマス既成法典ノ如ク同ジ種類ノ小別ケトシナイデ他ノ賣買、贈與、賃貸借ト並ベテ節ヲ設ケテ是ヲ置イタノデアリマス⁴⁴⁷」と述べるように、雇用と請負とを別々の節を設けて規定すると

⁴⁴⁶ 民法議事速記録・前掲注(424)525頁。

⁴⁴⁷ 同上・526頁。

いう方法である。なぜ、そのような編纂方法をとったのかについては、以下のように述べる。「學理上カラ申シテ見マシテモ雇傭ト請負ト云フモノハ區別モアリマスルシ又實際上カラ之ヲ考ヘテ見テモ別ノ規則ガ當リマス學理上カラハ雇傭ノ方ノ初メノ條ト此請負ノ初メノ條トヲ比較致シマスルト略ボ我々ノ採リマシタ主義ガ分リマス⁴⁴⁸」とする。つまり、学理上から考えても、實際上から考えても、雇用契約と請負契約には区別があるということである。

旧民法でも、その財産取得編第 260 条において、雇用契約は次のように定められている。

「家事使用人、番頭、手代、職工其他ノ雇傭人ハ年、月又ハ日ヲ以テ定メタル給料又ハ賃銀ヲ受ケテ勞務ニ服スルコトヲ得

雇傭ハ他方ノ慣習ニ因リ定マリタル時期ニ於テ又ハ確定ノ慣習ナキトキハ何時ニテモ一方ヨリ豫メ解約申入ヲ爲スニ因リテ終了ス但其解約申入レハ不利ノ時期ニ於テ之ヲ爲サス又惡意ニ出テサルコトヲ要ス」

確かに、旧民法でも、雇用契約と請負契約との規定には明らかな違いがある。時間貸しの労力の提供に対して賃金を支払う雇用契約に対して、請負契約は請負人の行った完成した仕事に対して、一括して賃金を支払うのである。

旧民法の改正作業として行われた現行民法の起草過程においては、雇用と請負の性質の違いとして次のように述べる。「雇傭ハ其仕事ノ自身ヲ目的トシテ居リマス請負ハ其仕事ノ結果ヲ目的ト致シマス其勞力ト云フモノ夫レ自身デナイ勞力ニ依テ出來タ其結果ト云フモノガ目的デアルカラシテ二者各性質ヲ異ニ致シテ居リマス」。さらに、実情としての違いとして、「雇傭ノ方ハ人ノ方ニ關係ガ多イ請負ノ方ハ人ト云フ方ノ關係ハ重モニ持ツテ居ラヌデ其仕事ノ出來榮ヘ仕事ト云フ方ニ重モナ點ガ存シテ居ルノデアリマス⁴⁴⁹」とする。つまり、雇用契約の方は人に関することが多いが、請負契約は人の関係よりも仕事の出来栄え

⁴⁴⁸ 同上・526 頁。

⁴⁴⁹ 同上・526 頁。

の方が重視される。そして、このような性質の違いから、「規則ノ如キモ雇傭ニハ大概賃貸借ニ似寄ツタ規則ガ嵌リマス又請負ノ一方ニハ却テ賣買ノ規則ガ嵌マルモノガ多イーツハ勞力ヲ賃貸シタヤウナ形デゴザイマスーツハ勞力の結果ヲ賣リマスルヤウナ形デゴザイマス夫故ニ丸デ別ノ規定ガ當リマスルノヲ本則ト致シマスルノガ實際ニモ能ク適スルコトデアラウト思ヒマス夫故ニ『請負』ト云フ節ヲ此處ニ置イタノデアリマス⁴⁵⁰」とし、雇用契約は賃貸借に似た規則が当てはまるが、請負契約には売買の規則が当てはまる場合が多いとする。異なる規定にする理由としては、前述したように性質の違いが原因だとする。

旧民法財産取得編第 639 条⁴⁵¹を置いた目的は、「一ツハ是ハ矢張り諾成契約ノ一種デアルト云フコトヲ示スニアリマスル⁴⁵²」とし、「定義ノ如キモノヲ置イタ方が必要ト思ツテ夫レデ本條を置キマシタ⁴⁵³」とする。つまり、請負契約は諾成契約であるということを示すためと、請負契約の定義が必要であると考えたからであるとする。

第四款 主要な学説

1 民法要義

梅は、「雇傭ハ一方ガ勞務ニ服スルコトヲ約シ他ノ一方ガ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ成立スルモ請負ハ勞務其物ヲ目的トセス其結果ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ約スルモノニシテ是レ兩者ノ異ナル所ナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ⁴⁵⁴」とし、雇用契約は勞務に服することで報酬を得、請負契約は結果に対して報酬を得るとする。「例ヘハ僕婢カ雇主ノ命ヲ奉シテ勞働スルハ雇傭ナルコト疑ナシト雖モ請負師カ家屋ノ建築ヲ請負フ場合ノ如キハ其請負ナルコト蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ唯場合ニ依リ果シテ雇傭ナルカ將タ請負ナル

⁴⁵⁰ 同上・526 頁。

⁴⁵¹ 審議中の民法草案 639 条、現行民法では 632 条。

⁴⁵² 民法議事速記録・前掲注(424)・526 頁。

⁴⁵³ 同上・526 頁。

⁴⁵⁴ 梅・前掲注(438)692 頁。

カ甄別シ難キコトニ非ス⁴⁵⁵」とし、雇用契約か請負契約かを峻別することが困難であるとする。「例へハ運送契約ハ或ハ雇傭ナルカヲ疑フ者ナキニ非サルヘシ何トナレハ運送人ハ荷送人ノ命ヲ奉シテ運送ヲ為ス者ナレハナリ然リト雖モ余ハ其請負イナルコトヲ疑ハス蓋シ運送契約ハ單ニ船ヲ行リ車ヲ走ラスルヲ以テ目的ト爲サスシテ一定ノ地ヨリ他ノ一定ノ地ニ荷物ヲ到達セシムルヲ以テ其目的ト爲スカ故ニ契約ノ目的物ハ荷物ヲシテ到達地ニ達セシムルニ在レハナリ⁴⁵⁶」とし、運送人は運送することが目的であるから請負ではないように見えるが、運送契約は荷物の到達が目的であるから請負であることは疑いないとする。人力車においては、「最モ疑ハシキ場合ヲ言ヘハ人力車ヲ雇フカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ余ハ信スル所ニ據レハ甲地ヨリ乙地ニ至リ又ハ甲地ヨリ乙地ヲ經テ丙地ニ至ルヘキコトヲ約シタルトキハ請負ニシテ單ニ乗客ノ命ニ應シ其欲スル所ニ行クヘキコトヲ約スルトキハ雇傭ナリ他ハ類推スヘシ⁴⁵⁷」とする。

2 帝國民法正解

『帝國民法正解』では、請負契約と雇用契約の違いとして、「請負契約ノ目的ハ仕事其モノニ非スシテ之ヲ完成スルコト換言スレハ即チ仕事ノ結果ニ存スルモノ⁴⁵⁸」とし、請負契約は仕事の結果を目的とするのに対し、「勞務其モノヲ以テ目的ト爲ス雇傭契約ニ比シ請負契約カ其根本ノ性質ヲ異ニセルコト⁴⁵⁹」とし、雇用契約は勞務そのものを目的とすることを挙げる。そして、請負契約の規定が設けられたことについて前述のような性質の違いから、「此二者ニ關スル規定モ亦自ラ相異ナラサルヲ得サルモノ頗ル多キハ當然ノ事理ニ屬ス故ニ從來右二種ノ契約ヲ一處ニ纏括シ更ニ進ンテ請負モ亦雇傭ノ如ク勞力ノ賃貸借ノ

⁴⁵⁵ 同上・692頁—693頁。

⁴⁵⁶ 同上・693頁。

⁴⁵⁷ 同上・693頁。

⁴⁵⁸ 帝國民法正解・前掲注(444)1222頁。

⁴⁵⁹ 同上・1222頁。

一種ナリトシテ廣ク賃貸借ノ名義ノ下ニ請負契約ヲモ包含セシムル學説及ヒ立法例カ普通ニ行ハレタルニ拘ハラヌ新民法ハ請負契約ヲ以テ一種特別ノ契約トシ且之ヲ以テ勞力ノ賃貸借ト認ムルノ不當ナルコトハ前ニ説明セシ請負ノ畧義ニ照ラスモ疑ナキ所タルヲ以テ賃貸借及ヒ雇傭ニ關スル前二節ノ通則ヨリ分離シテ特ニ本節ノ規定ヲ設ケ請負ニ關スル通則ヲ掲クルモノトス⁴⁶⁰」とする。つまり、新民法は請負契約を一種の特別な契約とし、フランス民法典のような賃貸借及び雇用に關する規定から分離して本節を設けたとする。そして、本節ではあくまで請負契約の通則を掲げたにすぎないとし、「當事者ノ意思解釋又ハ債務關係ノ通則等ニ因リテ自ラ明白ナルヘキ事項例ヘハ履行ノ時期及ヒ方法ヲ始メトシテ履行費用ノ負擔、目的物ノ滅失又ハ毀損ニ因ル損害ノ負擔等ニ付テハ別ニ規定ヲ存セサルニ因リ實際ノ事情ニ照ラシテ適宜ニ之ヲ判定スルコトヲ要ス⁴⁶¹」、すなわち、當事者の意思解釋、あるいは債務關係の通則などによって明白になる事項、例えば履行の時期および方法、履行費用の負擔、目的物の滅失または毀損による損害の負擔などについては別に規定がないので、實際の事情に照らして適宜判定するとする。

第四節 小括

旧民法における請負契約は、工技又は勞力を用いてする仕事の全部又は一部につき予定代価で仕事を為す合意は、注文者が材料を提供した場合のみ請負契約になるとする。反対に請負人が材料を提供した場合には条件付の売買契約である。このような契約類型の分類方法はボワソナードの民法草案と同じであり、契約類型は法規定によって決められる。そして、旧民法財産取得編第 275 条の規定を設けることにより、目的物の所有權の移轉時期についての争いは起こらない。なぜなら、問題となるのは請負人が材料を提供した場合であるが、その場合は売買契約の規定が適用され、目的物の完成により請負人から注文者に所有權が移轉するとされるからである。このように旧民法では材料提供者によって請負契

⁴⁶⁰ 同上・1222 頁—1223 頁。

⁴⁶¹ 同上・1223 頁。

約か売買契約かを明確に区別していたが、現行民法ではこの区別は継承されなかった。現行民法においては、売買は目的物の所有権の移転を目的としているが、請負は仕事を完成させることを目的とする。すなわち旧民法においては他人の労務を利用する契約の中で、雇用と請負は時間貸しの対価か一括代価かという区別に過ぎなかったのが、現行民法では請負は仕事の結果の対価へと変わったのではないだろうか。

請負人が材料を提供した場合であったとしても、注文者は材料の取得が目的ではなく請負人の仕事が目的である。もっとも穂積は、請負の形態をとっていても、当事者が物の売買を重視していれば売買契約、取引の性質又は当事者の意思から請負という時は請負契約の規定が当たるとしており、取引の実態、当事者の意思を重視する⁴⁶²。

一方、雇用と請負の違いは、雇用契約は労働に関するが、請負契約は仕事の出来栄え、すなわち結果を重視する。雇用契約は指揮、命令に従って労務を提供することで対価を得るのに対し、請負契約は結果に対して対価を得るという違いが現行民法への改正の中でより強調され、明確化された。

以上のように、旧民法では雇用と請負の差異は対価の計算方法の違いにすぎなかったが、現行民法では労働を目的とする場合は雇用契約、仕事の結果を目的とする場合は請負契約と明確に区別されたのである。

所有権帰属問題については、ローマからフランス法の検討の結果に基づけば、所有権の帰属は locator と conductor のどちらが占有しているかによって決定され、材料提供の議論による所有権帰属問題とは繋がらず、注文者と請負人との力関係が不平等であり、それを調整するために所有権帰属問題があったと解する。

⁴⁶² 民法議事速記録・前掲注(424)536頁。

第七章 結語

以上、仕事の賃約についての変遷について辿ってきたことを整理する⁴⁶³。

マルタンの論文執筆当時のフランスの学説において、賃約は、物の賃約 (*locatio conductio rei*)、労務の賃約 (*locatio conductio operarum*)、なされるべき仕事の賃約 (*locatio conductio operis faciendi*) に分けられるとされている。この賃約の 3 分割の説明を大きく変える著者がおり、アカリアは、賃約を物の賃約と仕事の賃約に分け、ジラールは賃約を物の賃約と人間の労務の賃約に分類している。この二人は物の賃約と人間の労務の賃約を同じように扱うことを認めていないが、この 2 分類説は最近の著者は採用していない。2 分類説が存在することに対してマルタンは、重要なのは、契約を分類している要件が信頼できるものではないという点であるとする。

マルタンによれば、契約を分類する要件について検討するためには、賃約の 3 分割について書かれているローマのテキストを探さなければならないとするが、ほとんどの著者は、ローマの法学者のテキストを参照せず、ただ賃約の分割を示しているだけである。また、ローマのテキストを引用している著者も D.50,15,5,1 のみ引用していた。しかし、このローマ法文によって概念を定義することは避けるべきであるとマルタンは述べている。そして、ディゲスタにおいて、賃約の異なった様々なケースを 3 分割することを提示するようなテキストはない。

ガイウスは賃約も売買と同じルールに基づいているとしている。そして、賃約には報酬が必要であるとし、定められた報酬があったのか疑わしいケースについて探究し、賃約は売買に非常に近いものであると仮定し、売買があったのか、賃約があったのかを探究している。このケースは、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約の例として分析できるが、ガイウスはこの区別をしていない。

パウルスは、責任の問題について述べているが、賃約を 3 分割した痕跡はない。

⁴⁶³ 椋山・前掲注(1)を引用する。

ユスティニアヌスは、ガイウスの学説を展開し、賃約の訴権、conductorの義務、保管の問題、賃約の承継を示した。しかし、賃約にいくつかの種類があるとは書かれていない。

ジラールは、法務官の告示には賃約の3種類に対して、ただ1つの方式書(formules)が含まれていたか、あるいは例証だけが賃約の性質に応じて変化していたようであるとして、これらの方式書を示している。

レーネルは、実際に賃約の3種類の方式書を述べている。しかし、レーネルが引用した多くのローマのテキストは、物の賃約と労務の賃約となされるべき仕事の賃約のケースと考えられる例を挙げているが、この3種類の一般的な分割に当てはまるものとして、実用的な例を提示しているものではなく、レーネルが唱えたのはローマのテキストではなく、彼の信念であるに過ぎない。

以上のことから、現代では、ローマ人が3つの賃約を知っていたことを認めているが、この分割を裏付けるローマの法文は1つしか示されず、この法文は分割について明示していない。また、分割について直接言及しているローマのテキストはなく、どの時代の法学者も知らなかったことがわかる。

マルタンは、賃約の3分割は古代ローマにはなかったが、便利であり、現実をよく表しており、ある種の問題を解決することができると指摘している。しかし、賃約の3分割が、不明瞭で複雑な賃約が提示する問題を解決できるのか、歴史的に非難され、ドグマ的に受け容れられているのかが問題であるとし、これを文献やテキストを通して探していくとしている。

そのために、マルタンは、物の賃約、労務の賃約、なされるべき仕事の賃約という3つのカテゴリーの賃約があることを認め、これらのカテゴリーのそれぞれの性質とは何か、特定のカテゴリーに含まれることを可能にする実質的な基準とは何かを探す。

物の賃約は、形あるものを賃貸借することである。倉庫の所有者とクライアントが交わした契約は賃約の事例と思われるがそれ以上は踏み込まず、備船契約は通常、労務の賃約またはなされるべき仕事の賃約であるとし、宿屋の主人と厩舎の主人の間の契約においては、賃約の一種と見なすとマルタンは認めている。そして、法律行為の分析を省いていることにマ

マルタンは賛同している。マルタンは、以上のような保留事項や微妙な点があるにも関わらず、学説は全体として物の賃約のケースを明確にしているとする。

次に、労務の賃約となされるべき仕事の賃約の違いを説明するための基準に移る。

労務の賃約と仕事の賃約を区別する基準として、4つの基準が議論された。引渡しの有無による区別、報酬の仕組みによる区別、職人が働いている場所による区別、労働の指揮を執る人による区別である。しかし、この4つの基準による区別はいずれも正式なローマのテキストと直接対峙していないか、歴史的な根拠がないか、不明確で使い物にならないかのいずれかであり、明確な基準にはならなかった。そこでマルタンは、契約の外的な要素ではなく、サービスの内部、契約自体の分析において基準を探す。

まず、契約で定められた労働が明確であるか否かによる区別が挙げられる。次に、労働が明確であるか否かによる基準を更に進めた、行われた仕事の内容の濃さの度合いによる区別がある。さらに、契約の対象が労働そのものであるか、労働ではなく最終結果であるかで区別する理論がある。最後に、労務の賃約があるのは、仕事の賃約を見つけられない時のためであるとする理論がある。

これらの理論は、労働そのものや、結果のための労働という概念のドグマ的な価値を認めたとしても、ローマ人がこれらの概念を共有していたとは認めがたい、とマルタンは指摘し、外的な要素や契約の内容によって区別する理論の混迷に終止符を打つためには、ローマのテキストを引用する必要があるとするが、誰もできなかったとしている。そして、労務の賃約と仕事の賃約を区別することができないことよりも、多くの理論があったことが、労務の賃約と仕事の賃約の区別を区別することの困難性を示すことになり重要であるとする。マルタンは3つの賃約が目的によって区別できないので、その効果によって区別できようとして、賃約の効果による区別の検討に移っている。

賃約の本質的な効果としては、報酬の義務、恣意的な解雇の禁止、危険負担、責任について挙げられるが、関心を持つのは、危険と責任についてである。そして、危険と責任を区別しなければならないが、これは多くの著者が明確にしている。

危険に関する限り、従来の学説はほぼ同じである。危険は locator、すなわち物や労働を提供する人が負うものであり、労務の賃約となされるべき仕事の賃約を区別する必要はない。テキストを読めば、賃約の 3 分割とは全く逆の結論になる。危険が locator にある場合、多くの例外はあるが、それは従来の分割に対応しないいくつかの特別なケースに関するものである。危険に関する規則は、都市部の住居賃貸借であれ、土地賃貸借であれ、材料が主人によって供給されたものであれ、請負人によって供給されたものであれ、建物の大きさが異なる建築であれ、特定物であれ、同じように適用されるわけではない、とマルタンは指摘している。

マルタンは責任の問題について、ディゲスタの法文が、過失(culpa)、保管責任(custodia)、注意義務(diligentia)の考え方を進めた結果、大幅に作り直されたとことを踏まえると問題の複雑さも理解できるとしている。また、賃約の 3 分割を受け容れる著者が責任を論拠として使おうとすれば、混乱の原因となるとも述べている。

以上のように、賃約の効果においても賃約の 3 分割の理論を裏付けるものはなかった。また、4 番目の賃約の種類として不規則寄託(d'epôt irrégulier)が挙げられるが、ここではすべての具体的なケースを分類するためには、賃約の 3 分割では不十分だったことを示せば十分であるとマルタンは述べている。

次に、「当事者の名前の反転」と呼ばれていることについて検討する。賃約は、その適用範囲に多くの種類があるため、法律上の状況や職業が大きく異なる当事者が集まっている。しかし、賃約の当事者の正式な名称を決めることはできなかった。この語彙の不確定性は、同じように法的な不確定性を明示している。しかし、locator と conductor の用語の使用に関する法則を決定することは困難である。マルタンは賃約の用語の問題については、今回の研究の範囲を超えるものである、その不確実性を示せば十分であるとした。しかし、以下のような規則があるとする。locator とは賃約において、物あるいは仕事の主人を意味し、もう一方の当事者を conductor と呼ぶが、物の賃約となされるべき仕事の賃約に関してのみである。労務の賃約については「用語の反転」があり、主人、つまり報酬を与える人が

conductor で、locator は自分のサービスを賃貸する職人であり、自分の労務の賃貸であるとした。このように、用語の難しさは納得のいく説明をしてくれる賃約の 3 分割の学説に結び付けられている。そしてそれ故、用語の逆転が問題となっている学説の根拠となった。

しかし、用語の逆転が賃約の 3 種類の存在を確実に立証するためには、すべてのローマのテキストが conductor と locator という用語を使用する必要があるとマルタンは述べている。しかし、実際にはそうではなく、建物の建設は紛れもないなすべき仕事の賃約であるが、法学者は「熟練した自身の労務でなされるべき必要がある」と言っている。このテキストは今日認められている学説に対する 2 つの重要な反論を提起している。本来ならば、conductor とすべきところを、請負人を locator と言い、私達は労務と言うが、これは原則として労務の locator のための用語である。他にも多くのテキストがあるが、これらは「反転」の規則の虚しさを示すのに十分であり、同時に賃約の 3 分割の理論を支持するために提示されたテキストの中で最も強い根拠を覆すものである。現代の学説では、名称と役割の逆転は密接に結びついている。

モムゼンは賃約と売買の起源についての研究で、3 つの賃約の起源を明らかにした。物の賃約は、財務官が国庫の土地を借りたことに由来し、なされるべき仕事の賃約は、同じ役人が発注した公共事業の契約に由来し、労務の賃約は、様々な役人の部下、特に従者の採用に由来している。また、同時に用語の反転についても説明した。locator は locare から来ている。実際、財務官はローマの人々の利益のために、空いている土地や事業を提供した。一方、財務官が自分の従者を従事させたい時は、彼らを一緒に集めたので conducere という言葉が生まれ、労務の賃約に見られるような逆転現象が起きた。このようにして 3 つの賃約と逆転の理論は歴史的に正当化され、疑問も解消されたのである。

しかし、モムゼンの主張は、3 つの賃約が存在することを否定するものではない。また、conducere という表現の使用について、モムゼンが主張しているような規則性がテキストにはなく、根拠がない。従って、locator や conductor という言葉の使い方は不明確なままである。

以上のように、賃約の外的な要素、目的、効果、危険、責任、用語の反転について検討しても、賃約の 3 分割する基準を見つけれなかったので、マルタンは 3 つの賃約に直接取り組むことにした。マルタンは、賃約の 3 分割の理論の信憑性を高め、証明するためには、3 つの賃約の理論が追跡可能な学説上の変遷の結果であること、比較的最近になって現れ、ゆっくりとしか広がらなかったこと、最終的には名前の挙げられる法学者によるものであることを示すことが必要であると考えた。この証明は大まかには可能であり、賃約の 3 分割論は 1675 年頃以降に生まれた説であるとしている。その理由として、賃約の 3 分割が中世に生まれたものではないこと、バートルと彼の学派が賃約の 3 分割を提案したのではないこと、16 世紀においてはキュジャスやホットマンが賃約の 3 分割については何も語っていないこと、17 世紀前半ではジャンも何も知らなかったこと、ヴィンセント・カロッチが中世と 16 世紀の両方の初期の文献を綿密に分析し、豊富に引用しているにも関わらず、3 つの賃約については何も言及していないことを挙げている。さらに、フランス民法典においては、いくつかの分割と細分化された賃約があるが、賃約の 3 分割についてはどこにも書かれていないことも根拠としている。民法典はポティエを参照しているが、賃約はポティエとは多少異なる方法で扱われている。基本的な分割は同じで、「賃約には 2 種類ある。物の賃約と仕事の賃約である」とするが、ポティエは職人や家事使用人の役務の賃貸借契約は物の賃約の 1 種であると考えていた。さらに、ドマも 3 つの賃約を知らなかった。

以上のことから、マルタンは、賃約の 3 分割の理論は 1675 年から 1820 年の間に生まれたという結論に達する。実際、3 つの賃約の理論が最初に示されたのは、ジャン・フォートの 1773 年の論文によってである。フォートはテキストを考慮しているため、今日のように反転を説明することはない。しかし、反転と 3 つの賃約の間にはすでにつながりが存在しており、2 世紀後の現代の賃約の理論は構成されていると言える。

このようにして辿り着いた 3 つの賃約の理論の起源は、ローマ法の軌跡による継承ではなく、2 世紀余り前にオランダの法学者によって賃約の 3 分割という名前が示されることなく考案されたものであることがわかった。また、マルタンは、ローマ法大全に示されている

賃約は非常に曖昧であり、賃約の語彙の曖昧さは訴訟手続きの機能の混乱したやり取りを隠しているが、現代の賃約の概念がローマの契約に正確に適合させることができないことを示すのに十分であるとしている。そして、賃約に関する煩雑な理論の実態を示したことで、本研究を正当化するには十分であるとする。

以上見てきたように、マルタンは賃約に関する学説の変遷を整理し、賃約の 3 分割の理論の起源についてフォートが提案したことを明らかにしたことにより、賃約の 3 分割を認めていると考えられる。そして、ローマにおける賃約は 3 分割されておらず、賃約という 1 つの曖昧なものであり、現代の賃約の概念とは違うものであるとしている。

ここで注意しなければいけないことは、現代の請負においては、請負人に仕事を頼む際には、当然のように注文者が請負人に報酬を払うという形になっていることである。しかし、ローマでは、請負人が注文者に代金を支払うという仕組みになっていたのである。これがローマにおける賃約である。

次に、フランス民法典制定前のドマとポティエの学説について纏める。

ドマは、賃約を人が一定の対価を得て、物の使用、あるいはその勤労や労務を互いに伝え合うという取引であり、合意だけで成立する契約のひとつであると定義づけ、この定義は賃約の全ての契約に共通するとする。そして、賃約は必要性が高く、頻繁に行われている契約であるとする。なぜなら、誰もが自分に必要なものをすべて持つことは不可能であり、勤労や労務を通してしか得られないものを誰もが自分で得ることは不可能であり、他人の物の使用も、その勤労と労務の使用も、常に無償であるべきではなく自由に使えるわけでもなく、勤労と労務は、決められた対価で、あるいは一日単位で、あるいはその他の手段で取引されるべきであるとする。

そして、賃約を物の賃約と労務の賃約の 2 つに分割する。職人、家事使用人の役務は労務の賃約に含む。ドマの考える労務の賃約は、conductor が自身の身体 of 占有を持つ点において紀元後の労務の賃約とは異なる。これは、古典期・帝政期以降、ルネサンスなどにより職人の地位が高まった影響ではないかと考えるが検討は今後の課題とする。

ドマは賃約での当事者の呼称は以下のように区別する。

物の賃約の場合、物を貸す者が *bailler* または *locateur* であり、物を受け取る者が *conducteur* である。定額請負での賃貸借やその他職人の労務の賃約においては、為すべき仕事を与える者が *bailleur* であり、仕事を請け負い、労務と勤労を提供する者は *preneur* または請負人(*entrepreneur*)となる。

賃約と売買の区別については材料の提供者が *locator* と *conductor* のいずれかによって区別する。職人が全ての材料を提供し、その材料に仕事を施し、一定の対価を得た場合は売買契約となり、反対に注文者が材料を提供した場合は賃約となる。

さらに、建築家が材料を提供し、家を建てた場合も、契約は賃約となる。なぜなら、建築家が提供した材料はあくまで付属物であるからである。

ポティエは賃約を物の賃約と仕事の賃約の2種に分ける。そして、物の賃約を契約当事者の一方が、他方が支払うことを約束する一定の対価と引き換えに、合意された期間、他方が何かを享受または使用することを約束する契約と定義する。仕事の賃約契約とは、契約当事者の一方が他方にある仕事を与え、その仕事を与える側は両者の間で合意された対価でその仕事を行うことを請け負い、仕事を与えた側は賃金を支払うことを請け負う契約であると定義する。ポティエが職人や家事使用人の役務の賃約を物の賃約の章で扱い、物の賃約の1種としていることに注目すべきである。

ポティエは対価の支払いについて、物の賃約は *conductor* が *locator* に賃料を支払い、仕事の賃約は注文者である *locator* が仕事を請け負った *conductor* に対価を支払うとする。仕事の賃約の対価の支払いについて、ポティエの考えはローマ法の賃約の対価支払いの方向と反対である。

次に、ポティエ、ドマの影響を強く受けたとされるフランス民法典原始規定、フランス民法典が仕事の賃約をどのように規定しているかについて纏める。

フランス民法典において賃約は、当事者の一方が、相手方が支払うことに同意する対価と引き換えに、相手方に対し、一定期間、物の使用もしくは享受を提供すること（物の賃約）、

相手方に一時的に役務を提供すること(労務の賃約)、または相手方に代わって特定の仕事を遂行すること(仕事の賃約)を約束する契約であると定義される。フランス民法典第 1708 条は、ローマでは 1 つしかなかった賃約を物の賃約と仕事の賃約の 2 種に分けることを規定する。

物の賃約は、フランス民法典原始規定 第 1709 条、フランス民法典第 1709 条で、一方の当事者は、他方の当事者が一定の期間、物を享受できるようにする義務を負い、それと引換えに後者が一定の対価を前者に支払う義務を負う契約であると定義される。

仕事の賃約は、フランス民法典原始規定第 1710 条、フランス民法典第 1710 条で、当事者の一方が、両者の間で合意された対価と引き換えに、他方のために何かを行うことを約束する契約であると定義され、仕事の賃約の成立要件として、為すこと、対価、契約当事者の両方の合意の 3 つが必要であることが導かれる。さらに、フランス民法典第 1779 条は、仕事の賃約には主に 3 種類あり、第 1 項で、役務の賃約、第 2 項で、人または商品の輸送を引き受ける陸上及び海上の運送人の賃約、第 3 項で、調査、見積り又は一括請負に基づく建築家、仕事の請負人および技術者の賃約があると規定する。

フランス民法典原始規定は、賃約を物の賃約と仕事の賃約の 2 つに分割し、仕事の賃約はさらに労務の賃約と仕事の賃約に分けられている。仕事の賃約には労務の賃約と仕事の賃約が含まれる。しかし、専門性の高い行為は労務の賃約には含まない。つまり、労務の賃約には労働を提供する職人、家事使用人の役務が分類され、仕事の賃約は専門性の高い仕事に当てられるのである。労務の賃約と仕事の賃約の違いについて、ジラールは、「労務の賃約では、契約の対象は労働者が約束した役務であるのに対し、仕事の賃約では、契約の対象は請負人が実施を約束した仕事である。この 2 つの契約の性質の違いが、その効果にいくつかの違いをもたらしている。第一に、リスクという観点から見ると、請負人が負う責任は、単に役務を提供する労働者と同じではない。請負人の場合、そのリスクは、材料を提供したのが職人であればその材料の価値に対して、あるいは、材料が親方から提供されたものであれば少なくともその賃金に対して、仕事が受理されるまで請負人が負担することになる。逆

に、労務に携わる人々は、預かった物のリスクを負うことはなく、不測の事態で物が失われたとしても、彼らの賃金は主人から支払われ続ける。第二に、時効の観点から、労務者が賃金を請求できる訴訟の期間は、第 2271 条により 6 カ月と定められているのに対し、仕事を請け負った者が支払いを求める訴訟は、法律により特定の時効に服さないため、第 2262 条に従い、30 年となる⁴⁶⁴とする。

しかし、あくまでも労務の賃約も仕事の賃約に包括されるのである。

フランス民法典においては、職人、家事使用人の役務を仕事の賃約に含んでおり、この点でポティエと異なる。

以上のように、ローマにおいて賃約は 1 つのものであった。その後、ドマは物の賃約と労務の賃約の 2 分割にし、家事使用人、職人の役務を労務の賃約に含んだ。ポティエは、賃約を物の賃約と仕事の賃約に 2 分割し、役務の賃約は物の賃約に含む。フランス民法典は賃約を物の賃約と仕事の賃約の 2 分割にし、役務の賃約は仕事の賃約に含んだのである。

次に、ローマからフランス民法典におけるまでの賃約の分割の変遷を以下のように考え、整理する。

ローマにおいて賃約は物の賃約、労務の賃約、仕事の賃約の 3 つに分割されておらず、*locatio conductio* の 1 つしか存在しなかった。そこでは *conductor* に何かを提供するものが *locator* と呼ばれていた。それは物であり、労働であり、音楽家による演奏、医師による診察などすべてが相手方である *conductor* に何かを享受させるものである。

例えば、物の場合は土地のサブリースを想定すると解りやすいだろう。*locator* は土地を *conductor* に貸し、その対価として賃料を受け取る。*conductor* はそれをまた別の者に貸し、そこから賃料を得る。そして、その差額を自分の収入とするのである。さらに、*conductor* が単に自己のために土地を享受しても、そこには土地を利用できるという享受があると考えられているが、その実はそうではなく、果実収集権については *locator* は自分の占有する

⁴⁶⁴ L.Guillouard, op.cit.(298), p.297

農地でできた果実を conductor に収穫させる。conductor は果実を収穫し、他の者に売る。その売買で得た代金と locator に払った対価との差額を自分の収入とする。音楽家に関してはどうだろう。conductor は音楽を享受し、喜びを得るために locator に対価を支払うのである。

つまり、ローマにおいて賃約とは locator が占有しているものから生み出されるものを conductor に享受させるものであった。ここで注意すべきはローマにおける賃約では占有は移らないという点である。土地を貸す場合、あくまでも占有者は locator である。locator が占有者であるため、conductor は一定期間賃借した後は土地を locator に返すのである。土地が conductor の物になることはない。果実収穫権についても同様のことが言える。農地は locator の占有物であるため、そこにできる果実の占有者は locator である。conductor は対価を支払い locator の占有内に入り、locator の占有物である果実を収穫させてもらい、その後売買により locator に支払った対価と売買で得た対価との差額を得る。最初に locator に支払った対価は conductor の得る収入の一部を locator に前払いしたと捉えられる。なぜなら、果実の占有者は locator であるため、conductor が果実を勝手に売買したり廃棄したりすることはできないし、果実から得る利益を全額自分のものにすることもできない。ここには相手方を信頼して行動する bona fides があり、bona fides によってそれらの行動は押し留められる。ローマの賃約において、あくまでも占有者は locator なのである。従って、そこから生み出されるものの所有権は常に locator にある。よって、ローマでは賃約によって生まれたものの占有が問題となることはなかったと言えるだろう。

このような関係をプイグが言う「計画」の賃貸、森田教授が言われる「構想」の賃貸と言う表現を使われるのも一理あるかもしれない。しかし、そのように考えた時に、conductor が利益を生むことはないのではないかと考える。なぜなら、計画も構想も locator のものであり、それを借りる conductor は享受するものが存在しないと考えられるからである。

例えば locator が自己の土地にできた果実を収穫するため、あるいはその果実を売買して利益を得ようとするという計画を conductor に与えた時、収穫された果実が locator のもの

であることに疑いはなく、売買の結果得た対価も locator のものである。つまり、conductor が何かを享受することはないのである。従って、賃約の目的物を「計画」、あるいは「構想」と捉えることを説明することは困難であると思われる。このように考えることから、「計画」や「構想」を賃約の目的物としたとき、conductor が locator に対価を支払っていたローマの賃約の構造も踏まえると、なぜ conductor が locator に対価を支払っていたのか、なぜ果実を売買することができたのかという疑問を説明することが困難である。よって、ローマにおける賃約は locator が conductor に何らかのものを享受させるものであったという答えに辿り着くのである。

さらに、木庭教授が locatio conductio を bona fides の平面に上げた可能性を指摘できるのは、自由人の労働であることに留意したい。木庭教授によると、医師、教師、音楽家、料理人等々の、高度な技芸に基づく活動を享受したい者が、対価を払ってそれを浴する場合であり⁴⁶⁵、都市において自由に活動する自由人がはっきりした対価をとってそのサービスを享受させるのである⁴⁶⁶とする。すなわち、現代において委任と考えられている医師や弁護士、教師などもローマにおいては委任ではなく、賃約と考えられていた。そこには対価が発生するからである。さらに、役務を提供する自由人は身体の占有は自分自身で持つ必要がある。locator の身体を占有を雇主が持つことになれば、locator の役務によって生み出された産物も雇主が占有することになり、locator は自身の身体を占有を持たない雇われる側としての立場に陥り、そこに従属関係が生じることになるからである。つまり、bona fides の平面にまで上げられるローマにおける賃約とは、都市部における自由人による労働の提供を指し、locator によって生み出されたものを享受したい conductor が locator に対価を支払うのである。従って、対価は conductor から locator に支払われる。これが賃約なのである。そこには現在の従属関係における不均衡は存在せず、両者は対等な立場であった。

⁴⁶⁵ 木庭・前掲注(174)123 頁。

⁴⁶⁶ 同上・123 頁。

しかしこれは紀元前のローマの賃約であり、紀元後はこの関係が崩壊する。木庭教授の言葉を借りると、locator が強い立場から「墮落した」のである。農村においては労務の提供者は自分の身体の占有も雇主に握られ、奴隷と同様になったのであるとされる。そこには従属関係が発生し、locator は雇主に仕えるにすぎなくなり、conductor へと反転した。その原因は、農場においての労働に高度な能力は不要であり、労働のみを提供するようになったことが挙げられると考える。

つまり、紀元前のローマにおいては、locator は自身の身体の占有を自分で持ち、conductor を占有内に入らせるのみならず、locator 自身が占有する労働によって生み出された結果も、対価と引き換えに conductor に享受させていたと言える。例えば、土地の賃約について言えば、locator は conductor に土地を享受させる行為と共に、locator が占有するその土地でできた果実の売買によって得た利益も、対価と引き換えに conductor に与える。音楽家で言えば、音楽家は演奏する行為とともに、演奏によって生み出される喜び、楽しみも対価と引き換えに conductor に与えるのである。このように、ローマにおいて賃約とは、locator が conductor に自身の占有内に入らせ、locator の占有内で生み出された何かを享受させるという行為と、それによって生み出される仕事の結果という 2 つのものを conductor に享受させるものであった。

以上のように、紀元前ローマでは賃約という 1 つのものであり、対価は conductor から自由人である locator に支払われた。

その後、ドマは賃約を物の賃約と労務の賃約に 2 分割した。そして職人、家事使用人による役務の賃約を労務の賃約に含ませたのである。ドマの考える労務の賃約は、紀元後のローマの賃約を引き継ぎ、conductor は占有を持たず、locator から為すべき仕事を与えられたために、対価は locator から conductor に支払われることになった。ドマの時代には紀元前のローマの対価関係は崩れていたのである。従って、ドマが労働と仕事の結果の 2 つを区別しない点では紀元前のローマの賃約の形を残したと言えるが、対価のベクトルは紀元後のローマと同様であり、locator は労働も仕事の結果も占有していたのである。

ポティエは賃約を物の賃約と仕事の賃約に 2 分割した。そして、役務の賃約を物の賃約に含ませた。その結果、ポティエの言う仕事の賃約とは、仕事の結果のみを目的とするものとなり、労働を提供する役務の賃約とは分けて考えられたのである。ポティエにとって労務者(職人、家事使用人)は家畜と同様であり、自由人ではなく主人に仕える者であった。他方、仕事の賃約は、労働を提供するのではなく、仕事の結果のみを提供するという契約形態になり、自由人の労働の locator の役割りの中から、何らかのものを生み出すという価値創造部分を抜いた仕事の結果のみを目的とする。対価の支払いは紀元前のローマとは反対であり、ドマと同様 locator から conductor に支払われた。

ドマが conductor が locator に労働と仕事の結果の 2 つを提供したと考えたのに対して、ポティエが考えた賃約の構造は言わば現代型であると言える。つまり、conductor が locator に提供するのとは、労働と仕事の結果の両方ではなく、労働のみであるか、もしくは仕事の結果のみであった。

フランス民法典は、賃約を物の賃約と仕事の賃約に 2 分割した。しかし、ポティエと異なるのは、役務の賃約を仕事の賃約に含ませたことであり、原則的にドマの形態を受け継いだ。このことによって、フランス民法典の仕事の賃約は、conductor が locator に労働と仕事の結果の両方を提供するものとなった。ポティエが労務者の役務を物の賃約に分類したのに対して、フランス民法典は仕事の賃約に分類した背景には、フランス革命により封建制を打破し、個人を解放するとの理念のもと奴隷制度を見直し、人を物として扱っていた社会思想が変化したことがある⁴⁶⁷。しかし、資本主義社会の中ではポティエの労務者を物として把握する考え方の方が適合的であったため、条文はドマの形態をとったが、実質は紀元後のローマの労務の賃約の形態であり、労務者に身体占有は認められず、雇主に支配される関係が続いた。従って、この関係下では、製作物の占有は専ら雇主にあり、この関係を打破するために労務者を保護する必要性が出てきた。このような社会の変化に伴い、1910 年頃には労働

⁴⁶⁷ 大森弘喜「19 世紀フランスにおける労使の団体形成と労使関係」関東学院大学『経済系』第 227 集(2006 年)を参照した。

のみを提供する労務の賃約を労働法の範疇に含ませ、特別法の中で保護した。これにより、conductor が locator に仕事の結果のみを享受させる契約、すなわちポティエが考える仕事の契約の形態が残った。対価の支払いのベクトルはドマ、ポティエと同様であり、locator から conductor に向いている。これが現代の仕事の賃約の一つである。

さらに、現代型の仕事の賃約の問題として示唆するのは、フランス民法典新第 1165 条に関する問題である。紀元後のローマの労務の賃約と並行して、資本主義社会の一層の展開の中で conductor の力が増大することにより、新たな形態が生まれた。それが役務提供契約で議論されている領域である。すなわち、役務注文者である locator が役務提供者である conductor に対価を支払い、locator と conductor は各々自身の身体の占有を持つ。conductor が locator に提供するのは仕事の結果のみである。この形態では conductor は企業など専門の役務提供者であることが多く、locator の立場は弱く、反面 conductor の立場は強くなった。対価が locator から conductor に支払われるにもかかわらず、locator と conductor の関係は契約という意思関係の規律が前面に出ることにより、本来 locator に帰属すべき物の占有が conductor にあるかのようであり、さらにその契約関係には bona fides が欠けているため、locator は対価と所有物の双方を conductor に篡奪されることとなった。つまり、locator は対価を支払うにもかかわらず、conductor が locator の占有内で何をしているか不透明であり、locator が把握できない状態に陥っている。ここに現代の役務提供契約の存在意義を位置付け、解釈論として locator が対価を支払うという形態は変わらないため、その支払いは locator が自身の占有の管理費用として conductor に支払うものであり、反対に conductor はそのサービス提供のプロセスを透明化し、その大半を locator に提供するという形を構成することになる。

プイグは請負契約の最大の特徴は「二重の目的があることである⁴⁶⁸」とし、「行う義務を負っている請負人は、常に自分が発信する価値を創造する。富を生み出す労働の供給には、

⁴⁶⁸ Pascal Puig, op.cit., (29)p.737

その結果である完成品の供給が続く。価値を創造し、創造した価値を移転する⁴⁶⁹」と述べる。

しかし、前述のように、請負契約は仕事の結果のみを提供するにすぎず、労働の提供とは区別して考えることから、プイグの言う労働の提供の先に、その仕事の結果である物の供給という二段階の構造はとらない。あくまでも、フランス民法典における仕事の賃約は、仕事の結果のみを目的とするものなのである。

次に、プイグが無償の請負契約を認めるべきであるとする見解について検討する。

第一章で述べたように、プイグは委任契約と請負契約との変遷を述べる。すなわち、ローマにおいて委任契約は無償で役務を提供する契約であり、有償で役務を提供する場合は賃約になると区別されていたとする。さらに、プイグは、ローマでは、主人が持つ計画(projet)に基づいて役務を提供していたのが賃約であったとする。プイグが仕事の賃約は主人の計画(projet)を貸し借りするものであり、その場合に locator は計画を貸す者と解するのは、発端はローマの賃約に対するこの見解に由来するものであろう。

しかし、プイグがローマにおいて無償で役務を提供した場合を委任契約とし、賃約と区別していたことに対しては、前述のように疑問が生じる。なぜなら、プイグが想定している委任契約は現代の委任契約の概念に基づいていると思われるからである。つまり、具体的に示すと、プイグの言う委任契約の対象は医師や弁護士、教師などの職業を指すものであると思われる。これは現代の委任契約であり、前述したように、ローマにおいてはこれらの職業においても対価が発生していた。

さらに、プイグは、仕事の賃約がフランス民法典制定後は、単に金銭と引換えに相手のために何かを為す義務を負う契約へと変化し、その目的の拡大によって、現在では委任契約をも包含するとする。この記述から、プイグにとってローマの賃約は厳格なものであったが、フランス民法典制定後には、単なる対価と引換えに何かを為すという仕事の賃約に移行し、厳格であった賃約から、低俗な仕事の賃約に変わったと考えたのではないかと思われる。プ

⁴⁶⁹ Ibid.,p.737

イグはこの変化が何によってもたらされたのかは明記していない。

この点については locator が占有を手放した観点から説明できると思われる。紀元前のローマの賃約においては、locator には医師や弁護士、教師なども含まれていたことは見てきた通りである。そこでの locator は conductor と対等な関係を築いており、対等な関係を維持するために自身の身体 of 占有を自分で持っていた。しかし、紀元後のローマでは、locator は自分の身体 of 占有を持たない者になった。これが locator の墮落であり、この面だけを切り取るとプイグが述べるように、仕事の賃約は専門的な能力を要求されない職業を指し、労働のみならず仕事の結果に対しても占有を雇主に握られる契約であると言えるだろう。

だが、身体 of 占有を持たない locator による役務の提供は、現代では労働の提供を契約の目的とする雇用契約へと変化し、仕事の賃約とは区別される。従って、現代においても仕事の賃約は低俗な契約などではなく、locator が自身の身体 of 占有を持つことにより、自身の労働を投下したことによって生み出された仕事の結果は locator が占有し、locator は自身のものである知識、技術などの能力を使用することにより仕事の結果を出すことを求められる契約である。

以上、紀元前のローマからの賃約の変遷を辿ってきたが、紀元前のローマの賃約では、今日問題となる、注文者と請負人の社会的立場の違いから起こる不平等な契約関係の問題は存在しなかったであろう。なぜならば、ローマにおける賃約は locator が自身の身体 of 占有を持ち、役務の提供によって生み出された物は locator のものであり、その役務を受けたい conductor との間に社会的立場の違いによる力関係が生じなかったからである。従って、locator は不平等な契約関係を強いられることはなかっただろう。それが、紀元後のローマでは locator が身体 of 占有も conductor に渡した結果、仕事の結果も conductor が占有し、身体 of 占有を持たない locator は conductor の占有内に呑み込まれ conductor へと反転し、locator から仕事を与えてもらうという社会構造へと変化し、conductor は locator に平等な契約を結ぶように要求することが困難になったと言えるだろう。これが、現代において問題となる注文者と請負人との社会的立場の違いによる不平等な契約関係を強いられるように

なった発端ではないだろうか。しかし、仕事の賃約の本質として、locator が自身の身体を占有を持ち、その活動の結果生み出されたものは locator のものであり、その提供が locare であり、conductor はそれを享受し報酬を支払うのであり、双方が平等な関係であったといふことに変わりはなく、それが本来の仕事の賃約である。従って、現代の注文者と請負人との社会的立場による不平等な関係は、本来の locator の地位や立場が弱くなったという社会構造の変化に伴って契約構造が変化したことを理解しないまま 3 分割論を述べたことに起因すると考えることから、本来の賃約の意義を再評価することにより、この関係の見直しが図られるべきである。

以上が、仕事の賃約の歴史的な変遷である。そして、このように考えることにより、これまで多くの者を混乱に陥らせた二面性を持つ locator、conductor の名称についての理解と、仕事の賃約における対価のベクトルがローマと現代とでは異なっていたことへの理解が容易になる機縁となるのではないかと思われる。

以上を踏まえ、我が国の請負契約について示唆するならば以下の通りである。

我が国の旧民法における請負契約は、工技又は労力を用いてする仕事の全部又は一部につき予定代価で仕事を為す合意は、注文者が材料を提供した場合のみ請負契約になるとする。反対に請負人が材料を提供した場合には条件付の売買契約である。このような契約類型の分類方法はボワソナードの民法草案と同じであり、契約類型は法規定によって決められる。そして、旧民法財産取得編第 275 条の規定を設けることにより、目的物の所有権の移転時期についての争いは起こらない。なぜなら、問題となるのは請負人が材料を提供した場合であるが、その場合は売買契約の規定が適用され、目的物の完成により請負人から注文者に所有権が移転するとされるからである。このように旧民法では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が、現行民法ではこの区別は継承されなかった。現行民法においては、売買契約は目的物の所有権の移転を目的としているが、請負契約は仕事を完成させることを目的とする。さらに、雇用契約と請負契約の違いとして、雇用契約は指揮、命令に従って労務を提供することで対価を得るのに対し、請負契約は仕事の結果に対し

て対価を得るという点で区別し、請負契約が仕事の結果を目的とすることが現行民法への改正の中でより強調され、明確化された。

所有権帰属問題については、ローマからフランス法の検討の結果に基づけば、所有権の帰属は locator と conductor のどちらが占有しているかによって決定され、材料提供の議論による所有権帰属問題とは繋がらず、今後加工、添付も含めて検討する必要がある。さらに、所有権帰属問題の位置付けとしては、日本の請負契約はポティエが示した仕事の賃約の形態を強化してきたものであるところ、注文者と請負人の力関係が不平等であり、それを調整するために所有権帰属問題があったと解するならば、今日、注文者と請負人との力関係において請負人の力が強くなったために、新たな形態が生まれたことから、この新たな形態について議論することにより、役務提供契約を適切な位置に配置することができ、所有権帰属問題が解決できると考える。

本稿では役務提供契約の検討の前段階として、仕事の賃約の本来の形を探求し、フランス民法典の基本的な内容を提示して、近時の民法典改正への示唆を得た。さらに、それを踏まえ日本における請負契約の性質について検討し、所有権帰属の問題について示唆した。しかし、役務提供契約の性質の検討、第 1165 条の規定によって生じる新たな問題の検討にまで及ばなかった。さらに、判例、学説の検討も不十分なものである。これらの検討は今後の課題となろう。

以上。