

建築下請人の報酬債権担保と直接訴権

—フランスにおける1975年法を素材として—

作 内 良 平

序 章	38
第1節 課題の設定	38
第2節 方法と構成	41
第1章 注文者の承諾および同意の要件—直接訴権の成立(1)	42
第1節 はじめに	42
第2節 承諾および同意の要件	43
第3節 14—1条の立法	45
第4節 まとめ	47
第2章 下請契約の法性決定および請負と売買との区別—直接訴権の成立(2)	47
第1節 はじめに	47
第2節 1985年判決以前の判例	48
第3節 下請に関する専門委員会による基準の提案	50
第4節 1985年判決の基準	50
第5節 「特別な仕事」の基準の適用	51
第6節 まとめ	52
第3章 直接訴権による下請人の優先的地位—元請人破産の場合の下請人の保護	52
第1節 はじめに	52
第2節 13—1条の適用	53
第3節 手形法の領域における異なる解決	55
第4節 まとめ	56
補説 注文者破産の場合の請負人（および下請人）の保護—民法1799—1条の立法	56
終 章	57
第1節 本稿のまとめ	57
第2節 残された課題	57

序 章

第1節 課題の設定

(1) 問題状況

本稿は、建築下請人の報酬債権担保の方法を考える際に前提となるいくつかの問題を、フランス法を素材に試みるものである。

建築下請人の報酬担保が問題となった近時の事案として、最判平成5年10月19日民集47巻8号5061頁があり、これをひとつの契機として下請人の報酬担保を問題とする論稿が現れている¹⁾。

平成5年判決の事案は以下のようなものであった。Yは建設会社Aと自己の土地に建物を建築する請負契約を締結した。AはXに本件工事を一括して下請させたが、この下請についてYの承諾を得ていなかった。Xが材料をも提供して工事を行ったが、Aは倒産し、Yは工事を中止した。この時点での工事の出来高は全体の4分の1程度であった。YはAとの工事契約を解除し、Bに残りの工事を依頼した。Yは建物の引渡を受けた後、所有権の保存登記をなした。Aから支払いを受けられなかったXは、Aに対して、自己の建物の所有権があると主張し、その明け渡しを求め、また仮にそうでないとしても、Yが完成途中の建前をXが所有することを知りつつも工事を完成させて所有権を取得したことから民法248条および民法708条を根拠に償金の支払いを求めた。原審は、Xの建物所有権は認めなかったものの、Xが途中で工事した建前についての所有権を認め、賞金の請求を認容した。

最高裁は次のように述べて原審を破棄した。「建物建築工事請負契約において、注文者と元請負人との間に、契約が途中で解除された際の出来形部分の所有権は注文者に帰属する旨の約定がある場合に、当該契約が途中で解除されたときは、元請負人から一括して当該工事を請け負った下請負人が自ら材料を提供して出来形部分を築造したとしても、注文者と下請負人との間に格別の合意があるなど特段の事情のない限り、当該出来形部分の所有権は注文者に帰属すると解するのが相当

である。けだし、建物建築工事を元請負人から一括下請負の形で請け負う下請契約は、その性質上元請契約の存在および内容を前提とし、元請負人の債務を履行することを目的とするものであるから、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者的立場に立つものにすぎず、注文者のためにする建物建築工事に関して、元請負人と異なる権利関係を主張し得る立場にはないからである」。

最高裁は、下請人に建物所有権が認められない理由として、注文者と元請人との間で結ばれていた所有権に関する「約定」を指摘している。この部分は、特約がある場合には特約により所有権の帰属が決まるが、原則としては材料供給者を基準としていると理解することもできる。しかし、そのように考えた場合には、下請人の同意がない本件で特約が下請人をも拘束することが説明できない。注文者と元請人との間の特約の存在により材料を提供した下請人の所有権取得が否定される理由として、最高裁は、「下請契約は、その性質上」と、下請契約の性質論を述べて「元請負人と異なる権利関係を主張し得る立場にはない」と本件の結論を正当化している。可部恒雄裁判官の補足意見でも、「注文者甲に対する関係において、下請負人丙はいわば元請負人乙の履行補助者的立場²⁾にあるものにすぎず、下請契約が元請契約の存在と内容を前提として初めて成立し得るものである」と述べられている。

平成5年判決におけるからの下請人の主張に見られるように、従来議論されてきた請負契約における所有権の帰属の問題は、実際には請負人の債権担保方法の問題であった。この判決によって、下請人の建物所有権の獲得は否定され、この判決への評釈では、「最高裁が…下請負人に対する注文者の地位の優位を確認したことにより、下請負人は今後請負代金債権の確保に十分な契約上の配慮をせざるを得ないわけであり、下請負契約のあり方に再検討を迫られると考えられる³⁾」という指摘や、「下請負人の従属的立場を強調するのであれば、経済的にも従属する下請負人の代金債権確

保の途をも何らかの方法で保障することが必要ではないだろうか⁴⁾という指摘がされた。建物の所有権を獲得することにより報酬を担保する手段が閉ざされ、元請人に比べ一層不利な立場に置かれることになる下請人の報酬債権確保の方法が問題として浮上することになる。

下請人の報酬担保について、平成5年判決の可部裁判官補足意見は、「問題の多い不当利得による構成よりも、出来高部分の所有権の帰属に関する甲乙間の特約の効力が丙に及ぶことを端的に肯定した上で、甲に対する乙の代金債権の丙による代位行使を認める構成こそ、遙によく実情に合致する」として、債権者代位権の行使による問題の解決が示唆されているが、債権者代位権を行使する場合には無資力要件が請求の障害となりうる。その他の下請人固有の担保手段を考えてみると、不動産工事の先取特権行使の可能性はなく、最判平成7年9月19日民集49巻8号2805頁で示された転用物訴権の要件⁵⁾を考えると注文者が元請人に代金を支払っていた場合には請求は認められない。「材料を提供して工事をした下請負人の下請代金債権はいかに確保されるべきかについては、…今後に残された難しい課題である」(大橋弘・最判解民事篇平成5年度908頁)。

このような状況から、問題の解決として立法論を志向する論文も現れている⁶⁾。そこでは現在ほとんど活用されていない不動産先取特権⁷⁾の不都合を立法によって解決しようとし、アメリカ法を参考に立法論を展開する議論がされている。

これに対して、解釈論による解決としては、債権者代位権を利用した下請人の注文者に対する請求が考えられる。本稿が目にするのは、債権の対外的効力・債権者代位権の理論的な観点から、下請人の債権者代位権行使について無資力要件を不要とする見解である⁸⁾。フランスにおける直接訴権を参考に債権者代位権の意義を再考するこの見解によれば、債権者代位権は、一定の連鎖性の認められる複数の債権関係において債権者が第三債務者に対して権利を行使する制度であり、2つの債権関係が密接に関連する場合には、無資力要件

は要求されない、とされる⁹⁾。

(2) 本稿の課題

本稿の課題は、下請人の報酬債権の担保の方法はどのようなものであるべきかという問題を解釈論の観点から検討することである。

これを債権者代位権の行使に則していいかえると、どのような場合に下請人の債権者代位権行使は認められるか、ということになる。先に述べた近時の見解によれば、二つの債権が密接に関連するとき無資力要件は要求されず、下請関係はその場合に当たる、とされる¹⁰⁾。この見解に従うと、下請関係では二つの債権が密接に関連していることを根拠として、債権者代位権の行使要件(無資力要件)が緩和されることが主張される。この論拠およびそこから導かれる主張の妥当性を検討する必要がある。

第1に、どのような場合に、ある契約が下請契約と法性決定されるのであろうか。

日本における下請契約は、請負人が仕事の一部または全部を第三者に委ねる契約と理解されている¹¹⁾。建築業法における定義もそれと同様であり、「『下請契約』とは、建築工事を他のものから請け負った建設業を営む者と他の建設業を営む者との間で当該建設工事の全部または一部について締結される請負契約をいう」(2条4号)とされている。「下請」あるいは「下請負」とを区別する考え方もあるが¹²⁾、本稿では、請負契約の連鎖における元請人と下請人との間の契約として下請契約を考えることとする¹³⁾。

このように考えたとき、注文者より請け負った仕事の完成のために元請人との間でその仕事の履行に関して結ばれる契約が下請契約となるのは、それが他の契約(たとえば、材料の供給のみ=売買)ではなく、請負契約である必要がある。この請負と他の契約(たとえば売買)との区別という観点から興味深いのは、担保の局面での契約の法性決定を扱った事件である、動産売買先取特権の適用に関して材料供給者が請負人に材料を供給した場合に動産売買先取特権に基いて請負人の注文者に対する報酬債権に物上代位をできるかという

問題について判断した最決平成10年12月18日民集52巻99号2024頁である¹⁴⁾。

この決定は、「請負工事に用いられた動産の売主は、原則として、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対して動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使することができないが、請負代金全体に占める当該動産の価額の割合や請負契約における請負人の債務の内容等に照らして請負代金債権額の全部又は一部を右動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情がある場合には、右部分の請負代金債権に対して右物上代位権を行使することができる」と述べており、請負代金債権が動産の転売代金債権と同視できるかを問題として、その判断の要素として「請負代金全体に占める当該動産の価額の割合」、「請負人の債務の内容」等を挙げている。これは典型的な売買と典型的な請負との間に様々な形態が存在することから生じる問題である。

同様に、建築下請についても、元請人から発注された資材を供給するような場合から元請人に代わって現場に入り施工するような場合までの、売買と請負との間に位置付けられうる様々な段階の契約がある。したがって、どのような観点からそれらを下請契約であると法性決定して報酬債権の確保の手段を与えるべきか、という問題を考察しなければならない¹⁵⁾。材料および労務を提供するある契約が、どのような条件をそろえた場合に下請契約と法性決定されるのであろうか。下請人の注文者に対する（債権者代位権を利用した）直接的な請求が承認されるのはどのような場合であるか¹⁶⁾について、下請契約の法性決定を中心に考えることを、本稿第1の課題とする。

第2に、無資力要件の緩和をすることにより下請人の注文者に対する請求を認めるべきか、という問題を考察しなければならない。

先に述べた債権者代位権を再構成しようとする見解の発想の源となっている平井宜雄教授の学説では、被保全債権が金銭債権である場合には無資力の要件の原則を維持すべきとしているが、他方

で債権者代位権の優先弁済効に注目して「甲債権（被保全債権）が乙利益（被代位権利）によって担保される関係が密接であればあるほど、無資力要件はこれを要しないと考えるべきである。…共同担保たる一般財産のうち一つが特定され、その結果、包括担保権的性格が特定の財産への集中により失われるに至った以上、一般的な無資力要件を課する意味がなくなると考えるべきである¹⁷⁾」ということが述べられている。平井教授は無資力要件を必要としない場合として、自動車事故の被害者が加害者に対する損害賠償債権を保全するため、加害者が保険会社に対して有する任意保険に基く保険金請求権を代位行使した場合をあげ、この事案で無資力要件を要求した最高裁判決¹⁸⁾を批判している。

この平井教授の学説を参考にして前掲山田論文は、債権者代位権の本来的機能としての責任財産の保全とは無関係な債権者代位権の行使例を挙げ、それらについては債務者の無資力を要件とせずに債権者代位権行使が許されると述べる¹⁹⁾。そのような場合として挙げられているのは、土地の売主を相続した共同相続人による移転登記請求、交通事故の被害者による保険金請求、製造物責任などであり、これらにおいて（第三）「債務者自身が自己の権利の債権者による代位行使を許容していると客観的に評価できる」ことを根拠として無資力要件を不要としてしている。

しかしながら、このように請求権の連鎖を根拠に無資力要件が不要であると主張すること²⁰⁾には根拠と帰結との整合性という点において疑問がある。たとえば、交通事故による損害賠償請求権を保全するために被害者が加害者の保険金請求権に代位していく場合^{21), 22)}における債権者代位権の機能について考えてみる。そこでは、ある特定の金銭債権を保全するために直接請求が認められており、債権者代位権の行使結果として、ある債権（損害賠償請求権）に中間債務者の債権者に対して優先する地位を与えるという機能を果たしている。債権者代位権を再構成しようとする前記の学説では、無資力要件を緩和し、直接的な請求を広

く認めよう主張する場合に、その請求にどの程度まで優先的な効果を認めるかについて詳しく議論がされていない。つまり、複数の債権の連鎖性とそれらの密接性について触れ、それらを債権者代位権を（無資力要件を緩和することによって）行使することの論拠としているが、債権者代位権の優先弁済効については複数の債権の連鎖性との関係の説明が十分になされていない。代位権の再構成をはかる議論の背景にあるこれまでの学説においても、直接的な請求をどのような場合に認めるかという点と、その請求権が他の債権に対してどの程度優先するかという点とが、明確には区別されてこなかったのではないだろうか。

この問題について、債権者代位権の再構成にあたって依拠されているフランス法における直接訴権の承認は、ある債権に対して他の債権に対しての優先性を認めるという点に重要な意味を有している。

そこで、直接的な請求を承認した上でその請求が他の債権に対してどのように優先するかという点について、フランス法を素材に検討することを本稿第2の課題とする。交通事故の被害者による保険金請求についてはわが国でも立法・約款がすでに存在するが、建築下請人の報酬請求についてはそのような手当がなされていない。そのため、フランスにおいて下請人の注文者に対する直接訴権を認めた立法を検討し、この問題について考察することには一定の意味があろう。

以上で述べたように、最初に挙げた本稿の課題を、直接請求の成立に関する第1の課題と直接請求の優先関係に関する第2の課題に分説して検討したい。

第2節 方法と構成

(1) 検討の対象

1 1975年法を扱う意義

以上の課題を検討するにあたって、本稿ではフランスにおける下請に関する1975年12月31日の法律1334号²³⁾をめぐる議論を素材として扱うことにする。

フランスでは、下請の報酬債権担保に関して1975年12月31日の法律が制定されており、これによって下請人の注文者に対する直接訴権²⁴⁾が認められている。この法律は現在までに数回の改正を経て、その間に判例の展開もあるが、これについて建築請負関係の担保方法の観点から紹介をした論文はほとんどない²⁵⁾。建築請負関係を考えるにあたり、外国法において与えられたひとつの解決、そこから生じる問題、さらにそれへの応答、について検討することには一定の価値があると考えられるし、立法論を唱える場合には一層必要であろう。そこで、1975年法における直接訴権の要件と1975年法の適用領域を検討する。

また、直接訴権・債権者代位権の一般論の観点から次の点を検討する。日本において直接訴権を議論する論稿には、債権者代位権の解釈を志向するもの、保険法など個々の直接訴権を詳細に検討するもの、沿革を研究するもの、があるけれども、債権担保の手段として視角から直接訴権制度を検討し、下請人の注文者に対する直接請求を承認した上でその優先的効力について検討したものはほとんどない。しかし、フランスにおいて直接訴権の承認は、債権者の第三債務者への直接請求を承認するというだけではなく、中間債務者の債権者との競合において直接訴権を行使するものが優先するという点にも重要な意味を持っている。本稿はこの点について、1975年法にその後挿入された13—1条をめぐる下請人と金融機関との間の紛争に関する判例を素材に検討を加える。

2 1975年法の内容

下請に関する1975年12月31日の法律は、次のような構成をとっている。まず第1編(1条～3条)は総則である。第1条は下請の定義を定める。第2条は、連鎖する下請についての定めであり、「下請人は自らの下請人に対して元請人とみなされる」との規定がある。第3条は、下請に対する注文者の承認と下請の支払条件についての注文者の同意について定めてある(以下ではこれを「承諾および同意の要件」と呼ぶ)。これが1975年法の適用について大きく問題となる条文である。

第2編は、公共契約における直接支払 (payment direct) についての定めが置かれている (4条~10条)。第4条は第2編の適用領域を定めるもので、国、地方公共団体、公施設法人、および公企業によって締結される契約がその適用領域である。第5条、第6条は承諾および同意の要件を定める²⁶⁾。下請契約の総額が600ユーロをこえるものを対象としている。第7条は直接支払の放棄は無効とみなすと規定している。これがこの法律の公序的性質を特徴づける。第8条以下は、行使方法等に関する定めが置かれている。

第3編において、本稿の検討対象となる下請人の注文者に対する直接訴権が定められている。第11条は、第2編の適用範囲に入らない請負契約すべてに第3編の規定が適用されることを定めている。第12条は直接訴権の行使方法に関する規定である。直接訴権の行使のためには元請人に対して下請契約に基いて支払うべき金額の支払を催告することが必要である。直接訴権の行使のためには元請人に対して下請契約に基いて支払うべき金額の支払を催告することが必要である。この催告は要式行為である。下請人は催告書の写しを注文者に送付しなければならない。直接訴権の一切の放棄は書かれていないものとみなされる。ここに現れている直接訴権の公序的性格は15条の規定により強化されている。元請人の財産の清算・裁判上の整理・訴求の暫定的停止においても直接訴権は存続する。13条は直接訴権の行使される債権の範囲を定める。「注文者の債務は、同人が前条で定める催告の写しを受領した時点で、請負人になお支払うべき金額に限られる」。13-1条は、元請人の債権譲渡・質入についての要件を定める。この規定をめぐって銀行と下請人の利害が対立する (第3章で扱う)。14条は保証について定める。14-1条は、注文者が第3条に定める義務の対象とはならなかった下請人が自己の工事現場に存在することを知ったときは元請人に対して承諾および同意の義務を履行するように催告することを義務づけている。この条文によって下請人保護の実質化が図られている (第1章で扱う)。

第4編は各種規定である (15—16条)。第15条は「この法律の規定を妨げる影響を有する条項、約定および取極は、その形態がどのようなものであれ、無効であり、いかなる効力もない」とする。この法律の公序的性格をよく示している。

(2) 本稿の構成

本稿ではまず直接訴権の成立に関して次の2点を検討する。第1章では、1975年法において下請人の注文者に対する直接訴権を認める際の中心的な要件である、下請に対する注文者の承諾と下請の支払条件についての注文者の同意とについて検討する。

第2章では1975年法の保護の対象となる契約類型がどのようなものであるかについて、請負と売買との区別の基準の展開という観点から判例を素材に検討を加える。

次に直接訴権の優先的効力という関心から、第3章では、元請人の倒産の場面における、元請人に融資をした金融機関と直接訴権を行使する下請人の優先関係について扱う。

以上から得られた視点から本稿をまとめ結びとする。

第1章 注文者の承諾および同意の要件—直接訴権の成立(1)

第1節 はじめに

(1) 承諾および同意の要件

下請人が注文者に対して直接訴権を行使できる要件として、1975年法第1編第3条は、注文者による下請人の承諾²⁷⁾および下請人の支払条件に対する同意を要件としている。現在では、この要件は公共工事の場合も私的工事契約の場合にも要求されているが、1983年の破毀院連合部判決が現れるまでは、私的工事契約においてこの要件が必要とされているかについては破毀院商事部と民事第3部との間で意見が分かれていた。その後注文者による承諾および同意の要件に関しては立法的な介入が行われ、注文者に一定の行為義務を課すことで下請人の保護が図られるようになった。さらに近時では、その行為義務違反をとらえて、下請

人に注文者に対する損害賠償を認める判決が現れて、損害賠償による解決が行われている。

本章では、まず、1983年の破毀院連合部判決に至るまでの判例の流れを整理し、その次に14—1条の立法および14—1条が問題となった判例を検討する。

(2) 承諾および同意の要件以外の要件

1 元請人の不払い

本章で問題にする、承諾および同意の要件の他に、1975年法12条は、元請人の不払いも直接訴権行使の要件となっている。この要件は下請人の債権担保方法の全てについて要求されているわけではない。保証、注文者に対する直接訴権、民法典1799—1条で認められた新たな担保方法については要求されるが、1975年法第2編に定められている公共工事の下請人の行使する直接支払および支払委任に関してはこの要件は必要とされていない。その理由は、これら2つの場合においては、当初より元請人の不払いに関わらず注文者が直接に下請人に支払うことを、注文者が承認しているからである。

直接支払および支払委任の場合を除いては、下請人は通常元請人より支払を受けるものである。したがって、この場合の直接訴権は元請人の不払いに対する担保としての役割を持っているといえる。元請人が支払を遅滞する場合にのみ行使できるので、下請人の行使する直接訴権は補足的な担保手段であるといえる²⁸⁾。また、この直接訴権は訴権の行使時においてはじめて債権の譲渡などの処分を禁止する効果が発生するものであるから、直接訴権の行使以前に第三者が現れた場合にその優劣の関係が問題となる²⁹⁾。これに対し1975年法第2編の定める直接支払は訴権の発生時より債権の処分を禁止する効果を持つ完全直接訴権の性質を有している³⁰⁾。

2 元請人への催告要件

1975年法第12条1項は、「元請人が下請契約に基づいて支払うべき金額をその支払の催告を受けて一ヶ月以内に支払わない場合には、下請人は、注文者に対する直接訴権を有する。この場合、当

該催告書の写しは注文者に送付される」と定める。このように直接訴権は元請人が下請人に支払わない場合にのみ行使できる補足的な担保手段であり、公共工事に関する直接支払とはこの点で異なっている。

12条1項に定めるように、直接訴権の行使には催告が必要であるが、法律は催告がどのような態様によってなされるべきか明確には述べていない。破毀院は、決算をすることを求める通知や履行された仕事に関する覚書は支払の催告を構成せず、その写しの通知は注文者への通知とはならないとしており³¹⁾、この判決から、単なる書状では不十分であると理解されている³²⁾。

第2節 承諾および同意の要件

(1) 承諾および同意の要求

1 破毀院商事部と民事第3部との対立

直接訴権行使の実体上の要件として、注文者による下請人の承諾と支払条件への同意がある。これは1975年法の総則である第1編と公共工事に関する第2編には明記されているが、第3編には書かれていないため、私的工事においてこの承諾および同意の要件が必要であるか否かが問題とされた。この要件の要否について、商事部は否定的な見解を示し³³⁾、民事第3部はそれと反対の解決を示したため、破毀院の見解が分かれていたところ、この対立に決着をつけるため1981年3月13日に出された混合部の2つの判決でこの要件が必要であることが述べられた。

2 破毀院連合部1981年3月13日判決

〔判例1〕破毀院連合部1981年3月13日判決(Bull. civ. n° 2)

注文者Aらから工事の依頼を受けた請負人Xは、仕事の一部を下請人Yらに請け負わせた。Xは、銀行へ担保を差し入れた。1977年9月27日にXについての裁判上の整理の開始が宣言されたのち、Yらは注文者に対して見積書に基づき支払の請求をなした。Xは管財人の補助を受け、YらおよびAを召還した。銀行も訴訟に参加した。原審はXの請求を認めた。Yが上告。元請人(の管財人)

および金融期間と注文者の承認を受けていない下請人との間における直接訴権の効果が問題となった。

原判決破棄。「元請人およびその債権の5分の4に関して担保を有している債権者の観点から、注文者であるXらとの間で締結された複数の工事契約の下請人のひとりであるYによって行使された直接訴権の効果を制限するために、原判決は次のように述べた。注文者に対して、それが可能であったにも関わらず、下請契約の日より後に、自己の存在を主張しなかったことは、1975年12月31日の法律が課してはいない義務の違反を構成するのではなく、契約の署名者に課されている一般的な注意義務により下請人が行わなければならない注意の欠如を構成する。

鑑みるに、下請人を承認させるという自己の義務に違反している元請人および元請人以上の権利を持つことはない担保権者は、下請人が自己の存在を注文者に主張しなかったことを援用することはできないにもかかわらず、この主張の義務およびその結果下請人が過失によってその存在を主張しなかったことについては詳述せず、上述のような理由によって決定をしたことによって、原判決は上記の条文〔1975年法第12条〕に違反した。」

〔判例2〕破毀院連合部1981年3月13日判決(Bull. civ. n° 3.)

元請人Aは、下請人Xに対して、1975年9月、一群の建築物の建設工事を請け負わせた。Aについて裁判上の整理が開始されたので、Xは注文者Yに対して工事の代金の支払いを求めて直接訴権を行使した。原審はXの請求を認めた。YとAとが上告。その理由の第1点は、1975年法はその発効前の下請契約には適用されないため下請人の直接訴権は認められないという点、第2点は、承諾および同意の要件を欠いた下請人が直接訴権を行使できるかという点である(ただし、本件では、注文者・下請人間ではなく、元請人および金融期間と下請人との間で直接訴権の行使の可否が問題となっている)。

上告棄却。第1点については、1975年法第12条

に定められた直接訴権が下請人の保護をするという立法者の意思に基づいているため法の発効前の下請契約における下請人についても直接訴権が認められるとした³⁴⁾。

第2点について、「しかしながら鑑みるに、一方において、1975年12月31日法第3条の適用において、下請人は、個々の下請人が承認され、個々の下請契約の支払条件に同意を受けた場合にのみ、注文者に対して直接訴権を行使することができる。この法文は、承諾および同意が契約の前または同時に行われることを要求はしていない。「他方において、注文者が下請人に対して承諾および同意の不存在を対抗することができる場合であっても、下請人の存在を承認させ、下請契約の支払条件に同意させるという義務を履行しなかった元請人や、元請人の債権者は、それを対抗できない」。

〔判例1〕〔判例2〕において破毀院は、注文者と元請人およびその債権者とを区別している。

〔判例1〕では、「下請人を承認させるという自己の義務に違反しているという元請人および元請人以上の権利を持つことはない担保権者」という表現がされ、〔判例2〕では、注文者に関しては、下請人の承諾および同意の不存在を主張できるが、元請人とその債権者については、承諾および同意の不存在を主張することができない、と述べられている。このような解決を取ることで、下請人の存在を知らなかった注文者の保護を図るとともに、下請人に対しても一定の利益を考慮した判決を下している³⁵⁾。この解決はその後の判決においても支持されている³⁶⁾。承諾および同意は個々の下請契約について必要とされている³⁷⁾。

(2) 承諾および同意の態様

〔判例1〕〔判例2〕で明かにされたように、私的工事契約においても承諾および同意の要件が課されることになったため、注文者の承諾および同意を得ていない下請人は直接訴権の行使ができなくなった。しかし、請負工事の実際においては注文者の承諾および同意を得ていない「隠れた下請(sous-traitance occulte)」は状態となっており、このような下請人をどのように保護するかという

ことが問題となった。この問題に対して破毀院は一定の範囲について注文者の黙示の承認を認めることにより、直接訴権を行使する可能性を広げ、下請人を保護しようとした。

承諾および同意は黙示のものであってもよいが、それはあいまいなものではなく、注文者の側の受動的な態度から帰結されるものではない。これについてはすでに〔判例1〕が述べており、原審が同意の不存在を主張しなかったため黙示の承認を認めたものと理解されている。破毀院においてその後、同日に下された2つの判決によって、黙示の承認が認められている。それを述べているのが前述の破毀院混合部1981年3月13日であり、原審が同意の不存在を主張しなかったため黙示の承認を認めたものと理解されている。破毀院はその後、黙示の承認の内容を明確に表現した。

〔判例3〕破毀院民事第3部1984年7月18日判決 (Bull. civ. III, n° 142)

注文者Yは元請人Aに対して2艘の船の建築工事を依頼した。Aはその一部を下請人Xに請け負わせた。Aが資産清算の手續に置かれたので、XはYに直接訴権を行使して代金の支払を要求した。原審はXの請求を認めたため、Yが上告した。その理由は次のようなものである。原判決は元請人との関係でなされた注文者の防禦行為から黙示の承認を構成するとしているが、これは1975年法第3条に違反する。

原判決破棄。「しかしながら鑑みるに、黙示の承認は、あいまいさのない、下請人を承認する注文者の意思を明かに表明する行為からのみ導きうるのである。原判決によれば、1979年19月11日になされた催告への返答においてYは、自己が元請人の債務者ではなく債権者であると述べているだけである。このことから控訴院は、この返答の中から何らの要素もXを下請人であるということの黙示の承認を構成しない、と判断することができた」。

〔判例4〕破毀院民事第3部1984年7月18日判決 (Bull. civ. III, n° 143)

注文者Yは別荘の建築を元請人Aに依頼した。

Aはその工事の一部を下請人Xに請け負わせた。XはAから代金の支払いがないために、1975年法に基づいて注文者に対して直接訴権を行使した。また同時に、YがAの会計監査の後に工事の名目において支払わなければならない額を全てAに支払ったことについての過失の不法行為訴権を行使した。原審は、注文者の黙示の承認および支払についての過失を認め、Xの請求を認めた。

原判決破棄。「あいまいさのない、下請人を承認するという意思を明かには表明しない注文者の受動的な行為を特徴づけるこれらの理由によって、原審は判断している。このような次第で、控訴院はその決定の基礎を欠いている」。不法行為訴権についても注文者の過失を否定した。

破毀院は、〔判例3〕〔判例4〕で見られるように、「あいまいさがなく、受動的でもない、下請人の承認を明かに表明する注文者の行為」があった場合には黙示の承認を認めている。このように、黙示の承認という構成を用いることで「隠れた下請」についても直接訴権の行使を認めるという方向をとった。

この下請保護の方向は、さらに、1975年法に注文者に新たな義務を課すという内容の14—1条が付け加えられることで強化され、注文者による承認を受けていない下請の支払担保の手段は14—1条違反の不法行為責任として構成されるようになった。

第3節 14—1条の立法

(1) 14—1条の内容

上で述べた注文者の承諾および同意を受けていない「隠れた下請」という問題に対処するため、新たな下請保護の規定として14—1条が1975年法に挿入された。その内容は次の通りである。

第14—1条 (1986年1月6日の法律第86—13号13条による追加)

建築工事契約および公共工事契約について次のように定める：

—注文者は、第3条あるいは6条および5条 (2001年12月11日の法律第2001—1168号第6条に

よる追加), の定める義務の対象とならなかった下請人が工事現場に存在することを知った場合には, 元請人に対して当該義務を履行するように催告しなければならない。

一注文者により承諾され, コンセユ・データの議を経たデクレの定める条件に従ってその支払条件が同意を受けた下請人が支払委任の便宜を受けない場合には, 注文者は元請負人が保証人を立てたことを証明することを同人に要求しなければならない。

注文者に関する上記の規定は, 自ら占有するか, その配偶者, 尊属, 子孫またはその配偶者の尊属, 子孫に専用させるために住居を自然人として建築をする場合には, 適用されない。

(2005年7月26日の法律2005-845号186条による追加) 第2段落の規定は, 作業現場に下請人がいない場合であっても注文者がその存在を了知している場合には, 注文者が工業分野の下請 (sous-traitance industrielle) にも等しく適用される。第3段落の規定は, 工業分野の下請にも等しく適用される。

この条文により注文者には2つの義務が新たに課されることになった。第1に, 元請人に対して注文者に下請人の承諾と支払条件への同意を得る義務を履行するように催告をしなければならない。第2に, 保証または支払委任の手続が行われているかについて, 元請人にその証明を要求しなければならない。第1の義務は, 下請人に直接訴権を行使できる機会を増大させるためのものであり, 第2の義務は保証の実行性を高めるためのものである³⁸⁾。

(2) 破毀院判決

この条文の登場により, 下請人が注文者にこの義務の不履行に基づく責任を問う可能性が開けた。

パリ大審裁判所は, 注文者が下請人の存在を知っているのにその義務を履行しなかったことによって下請人が直接訴権を行使する利益を失った場合に注文者の責任を認めた³⁹⁾。さらに, 破毀院は, 注文者が14-1条の義務を尊重しなかった場合に直接訴権の行使の可能性を認めている。同様

の下級審が続いていたところ⁴⁰⁾, 破毀院は1996年に, 次のような判決を下した⁴¹⁾。

〔判例5〕破毀院民事第3部1996年6月5日判決 (Bull. civ. III, n° 134)

Aは, 1986年2月27日, Yから注文を受け建築工事の請負契約を結び, その仕事の一部をXに下請させた。下請人は1987年5月4日に注文者からの承諾および同意を受けた。Xへの支払が行われないまま, Aは裁判上の整理手続に入ったので, XはYに対して直接訴権を行使した。しかし, Xは当初請求した額に満たない額の支払しか受けられず, 結局裁判上の整理手続に入ったので, Xの精算人BがYを召還し, Xの債権の総額の支払いを請求した。Xの請求を認めた原審に対して, Yが上告。上告理由は, 元請人に対して催告をなさなかったことのフォートと下請人の負った損害との間に因果関係はない, というものである。

原判決破毀。「しかしながら鑑みるに, 一方で, 下請人の承認および支払条件への同意の際に, 下請人の利益のための支払委任はなされておらず, 注文者は, 元請人に保証を立てさせることを要請するという法によって課せられた自己の義務を果たしておらず, 第2に, 下請人は, 金融機関による保証を受けていた場合に受け取るべき額と実際に受け取った額との差に相当する損害をこうむっている。控訴院がそのことから, 注文者のフォートがAによって保証が提供されなかったことの原因であることを導き, その決定を説明したのは正当である。」その上で, 14-1条の解釈から14-1条の定める義務を懈怠している注文者へ働きかけることを下請人に対して求めた控訴院の判決に対して, 「1975年法は, 注文者からの承諾および同意を受けるように働きかける義務を下請人に課しているわけではなく, 支払委任あるいは保証の提供をなす義務を元請人に課しているわけでもない」と述べて, 上記の条文に違反したことをもって原判決を破棄した。

〔判例5〕は, 工事現場に下請人が存在していることを知っている職業的注文者は, 元請人が立てるべき保証人の存在を確認しなかった場合には,

下請人に対して、保証人が立てられていたならば得られたであろう額、すなわち、下請代金債権の全額を支払わなければならない、と判示した。この判決により下請人はいっそう保護されることになった⁴²⁾が反面で注文者にとっては二重払いの危険性が生じることになる。

このように、もともとは契約の相手方が誰であるか注文者に明らかにすることで注文者の保護を図ろうとしていた承諾および同意の要件の機能⁴³⁾が、ここにおいて反対に、注文者に義務を課し下請人の保護を図ろうという働きを示すようになった。

第4節 まとめ

フランスでは、1975年法において下請人の直接訴権を認めるにあたり、注文者の保護をも図るため、下請に対する注文者の承諾および下請の支払条件についての注文者の同意が要求されている。しかし、この要件を満たすことができず報酬の担保を図れない下請人が多数いるという状況に鑑み、14—1条により注文者に一定の義務を課し、その義務の不履行を理由とする下請人の注文者への損害賠償の請求を認める道を開いた。このことは、1975年法の公序的性格をよくあらわすものである。下請の利用が常態化していることを前提とすれば、14—1条の導入により、承諾および同意の要件は緩和されたことになる。

第2章 下請契約の法性決定および請負と売買との区別—直接訴権の成立(2)

第1節 はじめに

(1) 問題の設定

本章の目的は、下請契約の法性決定、とりわけ下請契約が売買であるか請負であるかを区別する基準を中心に、1975年法の適用領域について判断した判例の検討を通して、保護されるべき下請契約とはどのようなものであるかを考えることである。

1975年12月31日の法律第1条は、「この法律にいう下請負とは、請負人が、下請負という形で同

人の責任の下に、下請人とよばれる他の者に、注文者と締結した契約または公共契約の履行の全部または一部を委託する取引である」、としており、この定義によれば、主たる契約と下請契約が共に請負契約の履行を目的とするものであるということになる。労務の提供によりある仕事を実現する契約が請負契約であることは疑いないものの、建設請負契約においては、請負人が労務だけではなく材料をも提供する⁴⁴⁾ことが通常であり、材料を提供するという点で売買と重なることになる。ひとつの契約について、所有権の移転という観点からは売買契約と構成できる可能性があり、仕事の実現という観点からは請負契約と構成することができる、という事態は、1975年法の適用による下請人の保護という課題と結びついて、検討の実益を有する問題となる。

フランスでは、1975年法の適用が問題となった1985年の判決において売買と請負との区別の基準を転換させる判断が行われている。そこでまず、日本法・フランス法における請負契約の法性決定・下請契約の法性決定について整理した後に、1985年法以前の判例を検討し、次に判例の転換の原因となったと考えられる報告書を見た上、1985年判決およびそれ以降の判決の検討に進むことにする。

(2) 問題の前提

フランスでは請負契約の報酬債権担保について所有権の帰属という形で争われることはない。この点に関する日本法とフランス法の違いを法性決定の観点からここで整理しておく。

日本法においては、建築請負契約に基づいて請負人が完成させた建物の所有権は建物の材料を注文者が提供するか、請負人が提供するかによって区別されている。すなわち、注文者が建物の材料の主要部分を供給した場合には建物の所有権は注文者に原始的に帰属する。これに対して、請負人が自己の提供した材料で注文者のために建物を建築した場合には、建物の所有権はまず請負人が取得し、引渡しによって始めて注文者に所有権が帰属する。日本法では建物は土地から独立した不動

産であるから附合の規定は適用されず、建物所有権はいったん請負人に帰属するのである。後者の、材料供給者が請負人であった場合について、学説では請負人帰属説と注文者帰属説とが主張されており、注文者帰属説に親和的な立場をとったとされるのが前述の平成5年判決である⁴⁵⁾。また、動産については、注文者が主たる材料を提供して請負人がそれに加工するものと、請負人が主たる材料を提供するものがあり、後者について請負契約であるか売買契約であるかが問題となる。これについて、請負か売買かのいずれかに分類できるという考え方⁴⁶⁾では、たとえば目的物の違いにより、代替物の製作の場合には売買であるとし、不代替物の製作の場合には請負であるという決定がされる。他方でこの契約を、製作物供給契約という請負・売買の双方の性質を有する独自の契約類型であると考え、請負・売買のそれぞれの側面が問題となる場合ごとに適する規定を適用するという考え方⁴⁷⁾もあり、現在はこの説が多数である。

フランス法では、所有権の帰属については売買と請負との区別の問題として議論される。すなわち、ある材料に職人が加工をするといった事例について、請負人が材料を提供する場合にはその契約は売買と法性決定され、注文者が主たる材料を提供する場合には売買契約と法性決定されるのである⁴⁸⁾。これは建築請負契約についても同様であり、主たる材料である土地の所有者がどちらであるかによって契約の性質が決められるのである。請負人が自己の土地に建物を建てそれを注文者に引き渡すという場合には、その契約は売買契約と法性決定され、それに対して、注文者の所有する土地の上に建物を建築する場合には、注文者が主要な材料を提供していると考え、その契約は請負契約と法性決定されることになる⁴⁹⁾。動産の場合にも「主たる材料」を誰が提供したかによって契約の性質決定は異なり、もし重要なのが材料である場合には、その契約は売買であり、労働力が重要である場合には、請負契約が問題となる。

次に、下請契約の定義について、フランス法においても下請契約の定義は日本と同様であり⁵⁰⁾、

請負人が自己に課せられた仕事の一部または全部の実現を目的として締結される請負契約であるとされている⁵¹⁾。下請負は主契約 (contrat principal) に従たる契約として、転貸借や傭船転貸借と同じく、下位契約 (sous-contrat) のひとつに分類されている⁵²⁾。

第2節 1985年判決以前の判例

1975年法が付与する下請人への保護を享受するためには、まず、元請人から依頼された仕事の履行が、売買その他の契約ではなく、下請人であるとの認定が必要である。この下請の法性決定という問題について、当初、破毀院は次の2件の判例で下請契約の存在について消極的な判断を下していたため、下請契約が認められる範囲は限定的であると考えられていた。

〔判例1〕破毀院民事第3部1982年4月21日判決 (Civ. 3e, 21 avril 1982, Bull. civ. III, n° 102)

Yに対して骨組みとボイラーの供給と組み立ての義務を負っていたAが、Xに対してクレーンを利用させるよう求めた。Aから代金を支払われず、Aについて裁判上の整理の手続きが始まったので、Xは自己をAの下請人であると主張して、1975年法に基づいてYに対して直接訴権を行使した。原審はXの請求を認めなかった。Xは次のように主張して争った。材料(本件のクレーン)を提供するだけでなくそれを用いる人員をも派遣する契約は請負契約を構成するので、その契約は下請契約の性質を持つ。

上告棄却。「原判決は次のことを摘示した。Xは仕事の履行に対して直接の責任をおっており、その義務の履行においてAに取って代わるということはなく、ただ注文者に対して材料を利用させているだけである」

〔判例2〕破毀院民事第3部1983年1月18日判決 (Civ. 3e, 18 février 1983, Bull. civ. III, n° 15)

元請人AはYに対して団地を建設する義務を負っており、下請人XはAに対して骨組みの材料を引き渡した。一審、原審ともにXの請求を棄却している。その理由は、下請契約は、下請人が元

請人の指示に従いその責任の下に行動するものであること、Xは材料を実際に用いることには関与しておらず、仕事の履行に関係する行為を実行してもいないこと、であった。

上告棄却。「しかしながら鑑みるに、原判決は、申立てに対して次のように述べている。Xは納屋と垂木の製作を、Aの指示に従って行ったが、提供した材料を用いる作業には関与しなかった。控訴院は、Xが、注文者のための仕事の履行と結び付けられた製造行為と役務の実行をしておらず、AとYを結びつける請負契約の履行に関与していないこと、を導くことができ、したがって、その決定を正当化できた。」

〔判例1〕では、元請人にクレーンを使用させる（材料の提供）だけではなく人員を派遣している（労務の提供）という事案であったが、下請人たる地位を主張するXが仕事の履行に直接の責任を負っていないことを理由として、下請人の資格は認められなかった。〔判例2〕の事案では、仕事の材料たる骨組みを作成し提供しているものの、その材料を用いて行う作業に関与していないという理由で下請人の資格が認められなかった⁵³⁾。以上の2つの判決からは下請人の資格は限定的に理解されているように思われる。〔判例1〕については、材料および労務の提供がなされており形式的には請負契約と法性決定されうるということができらる。また、〔判例2〕については供給した材料を用いて行う作業にも関与することが求められていることから、下請契約と法性決定されるためには、請負契約の履行をするだけでなく、請負人が作業現場に介入することが実質的に要求されていると判決を理解する見解もあった⁵⁴⁾。

〔判例3〕破毀院民事第3部1984年2月28日判決 (Civ. 3e, 28 février 1984, Bull. civ. III, n° 51)

Yに対して建物の骨組みを製作する義務を負っているAが、技術コンサルタントであるX社に仕事の検討と計測を依頼した。Aより報酬を支払われないうちに、Aの資産清算の手続きが始まったので、Xは自己をAの下請人であると主張して、1975年法第3編の定める直接訴権をYに対し

て行使した。原判決は、次の理由でXの請求を棄却した。AによってXに与えられた仕事は役務の提供に過ぎず、無形の仕事であって、物的な仕事の完成に関与するわけではない。計測と計画の完成は建築契約の履行の前に行われるものであるもので、Xはその建築契約の全部または一部を履行したとはいえず、Aの下請人の資格を持たない。

原判決破毀。「一方で、無形の仕事も請負契約の定義からは排除されないこと、他方で、骨組みの検討および計測はAに課されたものであり、技術コンサルタントは請負人と直接に人的責任を負うことによりAとXとの間で結ばれた請負契約に関与していること、以上のことより、控訴院は前掲の条文〔1975年法1条〕に違反した。」

この判決により、無形の仕事も含まれるようになり、下請契約の範囲がこれまでの判例よりも広くとらえられているのではないかということが本判決の評釈において議論された。〔判例2〕の評釈に見られたような不動産の請負契約の場合には下請人が作業現場に介入するものでなければならぬという要件を課していると考えられる見解からは、破毀院の立場は矛盾と写ることになる⁵⁵⁾。

〔判例1〕は物の賃貸借と請負との区別が問題となり、〔判例3〕では無形の請負が問題となっていた。本節の課題と直接関係する材料の供給契約と請負契約との区別は〔判例2〕において問題とされた。〔判例2〕では、提供した材料を用いる作業に関与していないという点を指摘して、1975年法の保護を及ぼさなかった。以上の判決からは、下請契約の法性決定について従来の理解に一部修正を加えているとも読めるものの、基本的にはこれまでの法性決定の基準にそって行われていると考えられる。しかし、破毀院はこのすぐあとに、1985年の判決において、請負契約の法性決定についての新しい基準を打ち立てたのである。

下請契約の法性決定に重要な意義を持っている1985年判決を見る前に、判例の転換を招来する原因となったと思われる委員会報告の内容を次に紹介する。

第3節 下請に関する専門委員会による基準の提案⁵⁶⁾

ゲスタン (Ghestin) 教授を中心とする下請に関する専門委員会の報告は、主として1975年法の適用を念頭において、判例や学説で問題となってきた請負と売買との区別に関する基準を提案したものである。この報告では、動産の請負契約と不動産の請負契約の領域を分けて検討している。

まず、動産については、製品コンセプトの基準 (critère de conception) を提案している。これまで学説や判例⁵⁷⁾では、売買契約と請負契約との区別は、提供される材料と労働の価値とのどちらが上であるかによって判断される基準が取られており、材料の価値が上である場合は売買契約、労働の価値が上である場合には請負契約と法性決定されていた。報告書では、この価値の比較の基準 (経済的基準critère économiqueと呼ばれる) を前提として、内容をより明確にするために、製品コンセプトの基準が提案されている。この基準は、製作者が契約の相手方の製品コンセプトに従って仕事をする場合、その契約が請負契約と法性決定されるというものであり、報告書では次のように定義されている。「提供される労働が契約の主要な要素として考えられるのは次の場合である。決められた目的のために、製造の方法についてまで言及してなくとも、一方の当事者によりあらかじめ決められている必要性を満足させるための仕様書に従って、実現される目的物が特別に考案され生産される場合である」⁵⁸⁾。

次に不動産の請負契約については、次のように定義されている。「不動産の請負契約は、ある者が、他の物に対して、代金と引き換えに、従属関係にたつことなくして、敷地の上で (sur le site)、建築、工事、または何らかの工事の一部を、実現、実行、修正、または修理する義務を負う合意である」⁵⁹⁾。この定義では、敷地への介入の基準 (critère de l'intervention sur le site) が請負と売買とを区別するに際して重要な役割を果たしていることになる。製品コンセプトの基準が取られない理由は、不動産の建設工事においては、請負人が

計画の全体に責任を持っていることが通常であるからである⁶⁰⁾。

第4節 1985年判決の基準

第3節で紹介した報告書の内容を受けて、1985年判決は売買と請負との区別について新たな基準を打ち立てた。事案は次のようなものであった。

〔判例4〕破毀院民事第3部1985年2月5日判決 (Civ. 3e, 5 février 1985, Bull. civ. III, n°23)

Yは元請人Aに基礎工事を請け負わせた。鉄杭を製作するために、AはX (SPABA社) に対して鉄骨を発注した。Aに資産清算が行われたため、Xは自己を下請人であると主張し、Yに対して対して代金を直接請求した。原審はXの請求を認めた。Aの管財人は次のように主張して原判決を攻撃した。Xは鉄骨の製作の際にAの行う工事現場に入ってきていなかったもので下請人の資格を持っておらず、原審は1975年1条に違反している。

上告棄却。「原判決はつぎのように考えている。《カゴ》状に組み立てられた形で引き渡された鉄の棒は、長さ、内径に関して特別な大きさであり、主たる鉄柱に巻かれた螺旋の刻みがあり、構成するパーツの大きさの複雑さは前もってそのように組み立てられたものを用意することを不可能にしている。Xは、特別の指示により他の物で代替することはできないような製品を注文されたので、特別の仕事 (un travail spécifique) をなさなければ注文に答えることができなかった。Xが当該工事現場へ向けられた仕事をしなかった場合Aは自らそれを行わなければならなかった。この理由から、原判決は、Xが単なる供給者ではなくてAの下請人であると結論することができた。したがって、上告理由はその基礎を欠いている。」

本判決の意義は、まず、売買と請負との区別に新たな基準を打ち立てたことである。委員会報告において提案されていた製品コンセプトの基準に近い考え方がとられているように見える。しかし、製品コンセプトの基準は、材料と労働との価値の比較を前提としているのに対し、1985年判決はその観点を持っていないように理解できる。ユエ

(Huet) 教授の評釈では、この判決は、材料の価値と労働の価値との比較ではなく、規格生産と注文に応じた製作とを対比している、と分析されている⁶¹⁾。次に、下請に関する委員会報告書で問題とされていた下請人が作業現場に入る必要があるか (critère de l'intervention sur le site) という点について、〔判例2〕がそれに言及していたのに対し、本判決がそれに触れていないことを強く読めば⁶²⁾、否定的に答えていると理解できるという点も本判決の意義として指摘されている⁶³⁾。

第5節 「特別な仕事」の基準の適用

〔判例4〕で示された特別な仕事であるかどうかを区別の基準とする考え方はその後の判例でも確認できる。

〔判例5〕破毀院商事部1991年2月5日判決 (Com. 5 février 1991, Bull. civ. III, n° 53)

Yはファクタリングにより元請人Aに代位した。Aは資産清算の手續に置かれた。Xは自己をAの下請人であるとして、行った仕事の代金を注文者に直接請求できると主張した。原審がXの請求を認めたためYが上告。争点は、Xが下請人であるかということ、そしてそれを前提として直接訴権を行使するXがAに優先するかということ、であった。

上告棄却。「Xは元請契約の履行に関与しており、Aより与えられた仕事は、その契約の実行を対象としており、はっきりと示された仕様書にしたがっているものであり、大量生産品とは両立し得ないものである。控訴院は、正当にも、Xが1975年法1条の意味での下請人であることを導いた。上告理由には、したがって根拠がない」。そのうえで、1975年法の13—1条は元請人が注文者との間で結ばれた契約から生じた債権を譲渡したり質入したりすることを禁じており、YはAの債権だけでなく契約上の地位をも承継しているので、Xには対抗できない、とした。

〔判例6〕破毀院商事部1991年10月1日判決 (Com. 1er octobre 1991, Bull. civ. IV, n° 268)

YはAに一連の機械を発注し、その履行をする

ためAはXに機械の部品を下請させた。Aに対して裁判上の整理がおこなわれたので、XはYに対して1975年法12条、13条にもとづいて代金の支払を請求した。原審は、Xに下請人の資格を認めず、その請求を棄却した。Xが上告。

上告棄却。「原判決は、この注文は《1982年8月25日の書状によればなんらの特殊性 (particularité) もなく》かつ《Yの発注の全体を考慮すれば、当該機械の形式、内容、大きさに関してなんら特別の指示もない》。これらの事実の評価によれば、控訴院は正当にも《AとXを結びつける契約関係の法的性質は、供給契約であり、下請契約ではない、と分析されるべきである》と判断した。上告理由はその基礎を欠いている。」

〔判例7〕破毀院民事第3部1991年10月30日判決 (Civ. 3e, 30 octobre 1991, Bull. civ. III, n° 257)

YはAとの間で工事契約を締結した。Aは建築の部品をXに注文した。Xについて資産清算の手續が始まり、管財人のX'がYに対して代金の支払を請求した。原審はX'の請求を認めた。争点は、AX間の契約が下請契約であるか、そして、AX間の契約に対してYが承諾を与えているか、ということであった。

原判決破毀。「しかしながら鑑みるに、Xから引き渡された床、梁、柱は決められた作業場において行われた特別な仕事 (un travail spécifique) であり、特別な指示によって組み立てられたものである。」として、原審の判断を支持し、AX間の契約を下請契約であるとした。しかし事案の解決としては、注文者の承諾がないとして、Xの請求を認めなかった。

〔判例8〕破毀院民事第3部1992年6月3日判決 (Civ. 3è me, 3 juin 1992, Bull. civ. III, n° 187)

YはAに研磨機械の製造を依頼した。AはXに対してパイプの供給と設置を下請させた。XはさらにZに対してその一部を下請させた。Aが資産清算の手續に入ったので、XはYに対して直接訴権を行使し、Zを訴訟に引き入れた。ZもYに対して代金の支払を請求した。争点はZがXの下請人であるか、ということであった。

原判決破毀。「しかしながら鑑みるに、Xは、Aの下請人であり、Zに対して、組立作業の一部を注文書によって示された特別の指示に従って行うよう指示した。」としてZに下請人の資格を認めた。

〔判例6〕を除く他の判決は全て、請求者に下請人の資格を認めている。〔判例5〕は、「特別な仕事」という言葉こそ用いてはいないものの、大量生産品という語を用いていることから、「特別な仕事」の基準を軸に判断しているといえる。実際にも、〔判例6〕では「注文は…なんらの特殊性もなく…」、〔判例7〕では「引き渡された床、梁、柱は決められた作業場において行われた特別の仕事…」、〔判例8〕では、「注文書によって示された特別の指示」、というように、これらの判決では注文あるいは仕事の特殊性について何らかの言及をしている。

第6節 まとめ

このような「特別な仕事」の基準は、下請人の保護領域の確定とどのような関係にあるのだろうか⁶⁴⁾。1985年判決〔判例4〕が「Xは、特別の指示により他の物で代替することはできないような製品を注文されたので、特別の仕事(un travail spécifique)をなさなければ注文に答えることができなかつた」と述べるように、供給する品が特殊なものである場合には、事前にストックをすることができず、他から代替物を探すことは容易ではない。そのような品を注文者が受け取った場合には、大量生産品の供給者では得ることのできない保護を下請人に与えるというのが判例の立場だといえるだろう。材料の価値と労働の価値との比較から、あるいは、所有権の移転および労務の提供という債務の内容の観点から、「売買的要素」・「請負的要素」を判断しているわけではない点が注目される。

第3章 直接訴権による下請人の優先的地位—元請人破産の場合の下請人の保護

第1節 はじめに

本章では、1975年法によって認められた下請人の注文者に対する直接訴権の、元請人の他の債権者に対する優先的な効力を検討する。前章までに検討した、直接訴権の成立の要件に続いて、成立した直接訴権が中間債務者の他の債権者にどのように優先するかという問題を扱うことにする。具体的には、下請人と元請人に対する他の債権者である金融機関との間の紛争に関する裁判例を素材にして考察する。

1975年法によって認められた直接訴権は当初、完全な優先的効力をもった完全直接訴権ではなく、不完全直接訴権であった。完全直接訴権とは、訴権の発生時に元請人の注文者に対する債権の処分を禁止する差押的効果を持つものである⁶⁵⁾。このことにより、完全直接訴権の行使者は、中間債務者の他の債権者に対して、強い優先権を持つことになる。これに対し、不完全直接訴権とは、訴権の行使時⁶⁶⁾になってからはじめて差押的効果を発生させるものであり、それ以前に生じた中間債務者の他の債権者に優先することはできない。ここでいう直接訴権の優先性とは、中間債務者のその他の債権者のとの競合を排除して、中間債務者の第三債務者に対する債権を排他的に把握することをいう。したがって、直接訴権行使の結果は、債務者の一般財産に組み込まれることなく、その債権者自身の利益となるのである。

1975年法13条2項は次のように定めており、その文言は、下請人の注文者に対する直接訴権が不完全直接訴権の性質を持っていることを示している。すなわち、13条2項は、「注文者の義務は、前条の定める催告書の写しを受け取った日において元請人に対してなお負っている範囲に限られる」と定めている。したがって、債権の移転禁止効果は下請契約の当初から生じているわけではなく、直接訴権の行使時において始めて発生する。行使時以前の抗弁は下請人に対抗できるが、その後の抗弁は対抗できない⁶⁷⁾。

このように下請人の直接訴権が不完全直接訴権であるとすると、元請人の債権譲渡などによりそ

の権利の基礎がなくなる場合がありうる。たとえば、直接訴権の行使時、すなわち、催告書の写しが注文者に届いた時点ですでに債権の総額が他人の資産の中に移転しまったような場合である。下請人の注文者に対する直接訴権が不完全直接訴権という性質を持っていることから、下請人と、たとえば、元請人の債権を譲り受けた金融機関との間での紛争が起こることになる。

本章において、直接訴権の効力を中間債務者（元請人）の他の債権者との関係から考察し、直接訴権の行使者に中間債務者の他の債権者に対する優先的地位を与えるという直接訴権の機能を検討することによって、直接訴権の持つ担保権としての性質がよりよく理解できることになろう。

第2節 1975年法13—1条の適用

金融機関と下請人との間の紛争に対して、立法者は、13—1条を導入することで問題を解決しようとした。

13—1条（1981年1月2日の法律第81—1号第7条による追加）

元請人は、同人が自ら実施する作業の名目で同人に支払われるべき金額を限度としてのみ、同人が発注者と締結した契約から生じる債権を譲渡し、または担保に入れることができる。

（1986年1月24日の法律第84—46号第63条による追加）ただし、元請人は、この法律の第14条に規定する人的かつ連帯の保証を事前に書面で得るという条件のもとで、上記債権のすべてを譲渡するか、担保に入れることができる。

元請人が金融を得るために金融機関に対して注文者に対する債権の譲渡または担保設定を行うことがあるが⁶⁸⁾、これは下請人から見ると自己の債権を確保できなくなる恐れのあるものである。13—1条はこのような事態に対処するために、元請人が債権譲渡または担保設定を行うことに制限を加えた。

13—1条の2項が定めるように下請人の債権を担保するために保証が立てられている場合には問題は起こらないが、元請人が自己のなした仕事に

対応する額を超えた部分についてまで債権譲渡をした場合や、元請人が保証人を立てるという条件を満たさないままに取引に関して担保を設定した場合に、債権譲受人あるいは担保権者としての金融機関と下請人との間で紛争が生ずることになる。

取引についての担保設定に関して、判例は早くから下請人の優先的地位を認めていた。

〔判例1〕破毀院商事部1980年5月19日判決（Com. 19 mai 1980, Bull. civ. IV, n°203）

Aは公共工事および私的建築工事を複数の注文者との間で結んだ。Aは工事をXらに下請させた。Aは本件取引をYの担保に供した。下請人らは、Aについて裁判上の整理が開始されたのちの1977年9月27日、公共工事については直接支払の請求を、私的建築工事については直接訴権の行使を、それぞれ注文者に対してなした。本件下請契約は注文者によって承認されていなかった。原審がXの請求を認めたためYが上告。

上告棄却。上告理由の第1点、本件下請契約は注文者によって承認されていないため下請人は直接訴権を有しないという主張に対しては、「元請人が注文者に対して下請人を承認させ、支払条件について承諾を得させていない場合であっても、下請人は、法律によって、元請人が遅滞に陥ったときに、注文者に対して直接訴権を行使できる」と述べた。また、上告理由の第2点、担保設定の時期と直接訴権の行使の時期の先後によって優先関係を定めるべきであるという主張を否定した。

〔判例1〕の意義は、下請人が注文者の承諾を得ていないという事実を第三者が援用できないということを述べた点である。このことは、後に混合部判決でも確認されている⁶⁹⁾。また、担保権者と直接訴権を行使する下請人との優先関係について、判例は一般的な説示はしていないものの、それぞれの行為の先後によって決するべきであるとする上告理由を退けている。

債権譲渡の領域においてもこの方向で判例が展開した。

〔判例2〕破毀院商事部1988年11月22日判決

(Com. 22 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 317.)

元請人AはBに対して2台のフォークリフトを引き渡した。債権譲渡に関する1981年1月2日の法律に従い作成された明細書は、その作成の日付けは明らかでないものの、1975年法13—1条を補完した1984年1月24日の法律の発効日より後のものであることは明らかである。AはBに対する債権をY（銀行）に譲渡した。Yは1981年法で定められている通知を、1984年9月12日送達した。下請人であるXは、Aから下請代金の支払を受けていないことから、1984年9月26日、Aに対して支払の催告をなし、Bに対して直接訴権を行使した。Xは、AおよびAの管財人Cと同時にYも呼び出した。争点は、債権譲渡の通知より後に直接訴権が行使された場合に、下請人と債権譲受人である銀行のどちらが優先するかという点であった。原審はXの請求を認めたため、Yが上告。上告理由は次のように述べて原判決を攻撃した。原審は、債権譲渡の通知がなされた日と直接訴権が行使された日を検討しておらず、直接訴権が通知より後に行使されたのにも関わらず、Xの請求を認めている。

上告棄却。「原判決は、1975年法13条を正確に解釈し、元請人Aは、事前の書面による保証をつけられていない下請人Xに対する債務に対応する注文者Bに対する債権の部分銀行に譲渡することはできない、と述べている。控訴院は、通知の日付けと直接訴権の行使の日付けとを検討し、後者が前者より後であることを確認することなく、問題の債権譲渡がXには対抗できないことを結論付けることができた。」

〔判例2〕は、金融機関が下請人の直接訴権の行使より前に債権譲渡を受けたと主張した事案であるが、それらの先後に関わることなく、下請人の優先を認めるという結論をとっている。その理由は、事前に書面による保証を立てない場合には、その債権譲渡が、下請人のなした仕事の部分について生じる債権を譲渡できないと定めている13—1条に反するというものである。この後、下請人と債権譲受人である銀行との争いは下請人に有利

な形で規律されるようになった⁷⁰。次にあげる判例もその流れに位置づけられる。

〔判例3〕破毀院商事部1989年6月20日判決 (Com. 20 juin 1989, Bull. civ. IV, n° 195)

公法人であるAは、B₁、B₂に対してガス供給網の構築工事を注文した。Bらは複数の会社に工事を下請をさせた。そのうちのひとつがXである。Bらは、Aに対する債権をY₁—Y₄らに譲渡した。その後Bについて裁判上の整理がはじまり次に資産清算の手続きが開始された。債権譲受人である金融機関と下請人の双方から請求を受けたAに対して、Bに支払うべき金額の供託が認められた。XがAに対して訴訟を提起し、Yらをも訴訟に引き入れた。第1の争点は、ガスパを供給するというBX間の契約が請負契約であるかという点であり、第2の争点は1975年法13—1条が公法人にも適用されるかという点であった。原審は、Xに下請人としての資格を認め、Xの請求を認容した。Yらが上告。

上告棄却。争点1について、供給されたガスパは特別の仕様で作られたものであることを指摘して、Xに下請人の資格を認めた。争点2について、「1975年法3、5、6、9および13—1条の諸規定から次のことが結論できる。注文者が公法人であるかどうかには関係なく、元請人による債権譲渡の譲受人である金融機関は、債権譲渡が〔直接支払（あるいは直接訴権）の行使に〕先んじているかどうかに関わらず、譲渡人の持つ権利以上のものを代位することはなく、注文者が拒み得ない直接支払いの請求をなしている下請人に対抗することはできない。」

〔判例3〕は公共工事に関するものであるが、破毀院は、公法人との契約を対象とする1975年法第2編に定めのある直接支払の場合においても、下請人が優先することを明らかにした。また、〔判例2〕でははっきりとは述べられていなかった、行為の時期によって優先関係の決定するという考えを、「債権譲渡が…先んじているかどうかに関わらず」と述べて明確に否定している。

〔判例4〕破毀院民事第3部1991年5月29日判決

(Com. 29 mai 1991, Bull. civ. III, n° 159)

注文者Aは、B₁、B₂との間で建築工事契約を締結した。契約締結後の1982年7月7日BらはYに対して1981年法による債権譲渡を行った。計4回の取引が行われAに通知がされた。1983年1月12日、土木作業の一部をXらに下請させた。この下請契約は1983年3月15日に注文者によって承諾されている。その後Xについて資産清算の手続きが開始された。Xは裁判上の整理が始まる前に、Bらに対して催告をなし、催告書の写しをAに送付した。XはAに対して請負代金の支払の請求をし、Yを訴訟に引き入れた。原審はXの請求を認めた。Yが上告。

原判決破毀。「1975年12月31日の法律第13—1条は、元請人は自らなした仕事の名目で請求できる金額分についてのみ債権を譲渡できる、と定めている。控訴院は、BらがYに対して、Aに対する債権の部分だけではなく、下請工事に対応する部分の債権についても譲渡していることを指摘し、YはXに対してYがなした工事のためにAが支払わなければならない金額についてはなんらの権利を有しないと述べているが、この決定はかような次第で法的に正当化される」として、Yの主張を退けた。しかし破毀院は、その他の上告理由であるAがXに対して支払うべき金額が決定される日付けに関するYの主張を認めた。すなわち、民法1153条は、支払われるべき金額とは催告がなされた時点において債務者が負うべき金額であると定めているところ、「元請人に対してなされた催告の写しの到達は、注文者に対する催告とはならない」と述べて、催告書の写しの到達日を起算点とした原判決を、1153条違反を理由に原判決を破毀した。

商事部の考え方は民事第3部でもとられるようになった。下請人を保護を目的とする13—1条の趣旨が紛争の解決に強く影響を与えており、債権の全体を譲渡することはできないこと、保証人が立てられていない場合には債権譲渡が下請人に対抗できないこと、がはっきりとした。

下請人と金融機関との争いについての判例の立

場⁷¹⁾は、第1に、〔判例3〕で見たように、債権譲渡の日付けと直接訴権の行使日を比較するというアプローチを取っておらず、第2に、〔判例1〕が述べるように、注文者に承諾されていない下請人であっても金融機関との関係では直接訴権の行使による優先的地位が認められている。注文者に承諾されていない下請人であっても金融機関との関係では直接訴権の行使による優先的地位が認められている。このような下請人に対して非常に有利な解決は1975年法の公序的性格をよく現しているとする指摘がある⁷²⁾。

債権譲渡においては、元請人による注文者に対する債権の譲渡は直接訴権の行使の前であっても下請人に対抗できない（前掲〔判例2〕〔判例3〕〔判例4〕）とされているが、手形の場合、それとは異なる解決がなされている⁷³⁾。

第3節 手形法の領域における異なる解決

〔判例5〕破毀院商事部1984年12月4日判決 (Com. 4 décembre 1984, JCP éd. G1984, II, 20445, note SYNVET)

1979年10月26日、AはBに建築工事の仕事を発注した。Bはその仕事をXらに下請させた。1980年4月30日、BはYに、Aに関して振り出された引き受けされてない満期が同年7月20日の手形を譲渡し割引かせた。1980年10月6日、Bについて資産清算の手続きが開始した。XらはAに請負代金の支払を求め、YもAに対して手形金の支払を求めた。原判決は1975年法15条⁷⁴⁾により引当金の移転は無効であるから引当金が移転しているかどうかを判断する必要はないとしてYの請求を棄却した。Yが上告。

原判決破毀。「控訴院が、下請人の請求を認容するために、1975年法15条の規定のみを根拠として、直接訴権が手形の満期到来日（この日に、引受の場合であっても手形の引当金が銀行に移転する）より前に行使されているかどうかを明らかにせず、判断していることはその法的基礎を欠く」。

ここで述べられているように下請人は、手形の

引当金 (provision) の移転より前に直接訴権を行使するのでなければ銀行に優先することはできない。

第4節 まとめ

以上で見てきたように、13—1条に反するような債権譲渡・担保の場合には金融機関に対する下請人の優先的地位が確立されている。これに対し手形の場合には、直接訴権の行使日と手形引当金の移転日とを比較することにより優先関係が決まる。

債権譲渡の事案に見られるように、直接訴権を行使する下請人に対して第三者が対抗できないという解決は、注文者の資産の中で下請人の債権が《隠れた不可譲渡性 indisponibilité occulte⁷⁵⁾》を持つような事態をもたらしており、下請人の注文者に対する直接訴権は、行使者の保護がいっそう実現される完全直接訴権に近づいているといえる⁷⁶⁾。

このように1975年法によって認められた下請人の直接訴権は当初、不完全直接訴権としてその優先的効力は小さいものであったが、13—1が立法され、裁判所によるその解釈によって、完全直接訴権としての性質を持つようになった。完全直接訴権は、不完全直接訴権の成立が契約グループの存在を前提としているのとは異なり、法律によって債権の処分が禁止されていることにのみその基礎が求められるものである⁷⁷⁾。(不完全)直接訴権自体は1975年法によって下請人に付与されたが、それが元請人の他の債権者に対しても優先的な効力を持つようになったのは、13—1条の立法により元請人の債権の処分が制限されてからである。このようにフランス法における完全直接訴権と不完全直接訴権との間の区別は、直接訴権の成立を承認し下請人の注文者に対する請求を認めた場合であっても、第三者との関係で直接訴権がどこまで優先性を認められるかということとは別個に問題とされうることを示している。

日本法においても同様に、債権者代位権の無資力要件を緩和することで下請人の注文者に対する

請求を認める場合であっても、第三者との関係がさらに問題となる。したがって、複数の債権が連鎖しているということから(無資力要件を緩和して)代位権の行使を認める場合にも、その請求が中間債務者の他の債権者に対して優先することの根拠を別個に論じなければならないと思われる。

補説 注文者破産の場合の請負人(および下請人)の保護—民法1799—1条の立法

(1) はじめに

本章で対象とした、下請人の注文者に対する直接訴権という債権担保手段のほかに、請負人(下請人を含む)の報酬担保の手段が1994年の民法典改正により設けられた⁷⁸⁾。

新たに制定された民法1799—1条は次のように定め、請負人(下請人を含む⁷⁹⁾)からの注文者に融資をした金融機関に対する直接支払いの請求を認めている。

「注文者が工事の資金を融通するために特定の融資に頼った場合、融資機関は、1799条3項に定める者が貸金に対応する取引によって生じた債権の全体について支払を受けてない限り、その者以外の者に支払うことはできない」。

すなわち、注文者が特定の金銭の融資を受けた場合には請負人はその金銭の直接支払 (versement direct) を得ることができる。特定の融資とは、貸付が工事の資金の全体に対してなされることを意味する⁸⁰⁾。

(2) 担保手段の種類

1799—1条の定める担保手段は3種類ある。第1に、銀行による資金の貸付の場合に認められる注文者への貸付金の請負人への直接支払である。第2に、その他の主体による貸付の場合には、個別の約定による担保が設定される。そして、第3に、その担保が欠ける場合には連帯保証が行われる。

第1の、銀行による貸付金の請負人への直接支払について、1799—1条に上述の規定が置かれている。この規定により、注文者と金融機関との間で結ばれた資金を融通する契約は、請負人の利益

にのみ制限されることになり、他の目的のためにその資金が処分されるというリスクは除去される⁸¹⁾。

下請人が1975年法の定める直接訴権行使の要件を満たしている場合には、下請人についても直接支払の規定は適用される(12条4項)。下請人に対する直接支払いも、(元)請負人の場合と同じ条件、すなわち注文者の書面による指示により、注文者の責任において行われる。下請人は注文者に対して直接訴権を持つものであり金融機関に対して持つのではないと解されている⁸²⁾。下請人が1975年法の直接訴権の要件を満たして注文者の債権者となることはあるとしても、下請人との関係では金融機関はなんらの義務を負っていない、というのがその理由である。金融機関は、注文者の書面による指示により、支払わなければならない額に対応する金額を下請人に支払うというだけのことである、と。しかしながら、下請人の直接請求の性質はどうか、実際上の効果としては下請人の保護に資するものであると評価されている⁸³⁾。

(3) 直接支払の法的性質

この新たな担保方法の性質について、立法過程において《直接訴権》ではなく《直接支払versement direct》という語を使っていたことからこの性質が直接訴権であるかについては争いがあるが、現在では直接訴権と理解するのが多数のようである⁸⁴⁾。これは、銀行の手中にある請負人の債権の移転禁止と、保険法124—3条の定める被害者の加害者に対する債権の移転禁止との類似性を指摘するものである⁸⁵⁾。保険法では被害者が弁済を受けるまで保険者に他人への支払を禁じている。被害者救済のための債権の移転禁止のアイデアがここで請負人に対して利用されているといえる。この直接訴権は完全直接訴権とされており、ここでも法律によってより強力な優先権が与えられていることになる。

終章

第1節 本稿のまとめ

フランスでは、1975年法において下請人の直接訴権を認めるにあたり、注文者の保護をもはかるため、下請に対する注文者の承諾と下請の支払条件についての注文者の同意とが要求されている。しかし、この要件を満たすことができずに報酬の確保ができない下請人が多数いるという状況に鑑み、14—1条により注文者に一定の義務を課し、その義務の不履行を理由とする下請人の注文者への損害賠償の請求を認める道を開いた。このことは、1975年法の公序的性格をよくあらわすものである。下請の利用が常態化していることを前提とすれば、14—1条の導入により、承諾および同意の要件は緩和されたことになる。

1975年法は下請人を保護することを目的として立法されているが、その適用範囲をめぐって判例の展開が見られた。とりわけ問題となるのは、請負と売買の区別であるが、判例はこの区別について、行われたその仕事が「特殊」なものである場合に、その契約を請負契約であると法性決定している。この基準によれば、単に労務を提供しその結果を元請人に提供する場合には直接訴権は認められず、元請人から下請された仕事について特殊な関わり方をしている下請人のみが保護されることになる。

このようにして直接訴権が認められた場合においても、元請人から債権譲渡や担保設定を受けた金融機関との競合がなお問題となる。1975年法は当初この問題に対する手当てを用意していなかったが、その後立法された13—1条の解釈を通して、判例は、一部の例外はあるものの、下請人に有利な解決を下している。当初不完全直接訴権とされていた下請人の直接訴権が立法によって完全直接訴権に近づいていったということからは、直接請求の成否とその優先的効力の問題が分けて議論しうるものであることを示すことができた。

第2節 残された課題

(1) 請負契約の法性決定について

本稿では、1975年法の適用が問題になる場面に

ついでに判例を検討し、そこで用いられている法性決定の基準について考察した。そして、「仕事の特殊性」の基準が用いられていることを確認した。

この基準はさらに、1975年法の適用の場面以外での、売買と請負との区別が問題となる点においても適用されるようになってきた。フランス法においては、売買と請負との区別の実益は、契約締結時における代金額の決定の必要性の有無、所有権および危険の移転時期、隠れたる瑕疵の担保責任、契約責任を制限する条項の有効性、等の判断にある^{86), 87)}。1975年法の適用という問題の中で売買と請負との区別を考えるには、直接訴権の保護を受けるべき下請人はどのようなものであるかということが問題になると思われるが、そこで採用された「仕事の特殊性」の基準を他の問題領域にも適用する場合にどういったことを念頭においてその基準が採用されているのかについて検討しなければならない。それらの場面におけるこの基準の意義について考察を広げるのが今後の課題である⁸⁸⁾。

(2) 完全直接訴権・不完全直接訴権の区別について

本稿では、1975年法13—1条の適用問題を通して、中間債務者の他の債権者との競合の場面における直接訴権の優先的効力について検討し、直接訴権の成否の問題と成立した直接訴権の優先性の問題とが異なりうることを示した。

しかし、本稿では完全直接訴権と不完全直接訴権との区別が法律に基づいているということを確認したのみであり、それらを区別する実質的な理由について検討を加えることができなかった。この問題について、たとえば、完全直接訴権を認めたと他の立法はどのような考慮に基づいてなされたのか、あるいは、全ての直接訴権に完全な訴権を与えるとした場合にどのような問題が生じるのか、ということについて検討することは今後の課題である。

日本法についても、債権者代位権の行使によって中間債務者を越えて直接的な請求を行うことを

どのような場合に（要件を緩和して）認めるかという観点からの検討だけではなく、代位権の優先弁済効を前提としてそのような優先的効力を認めるべきなのはどのような場合かという観点から行使の要件を検討していく必要もあるのではないだろうか。

(3) 債権者代位権の一般理論について

また本稿では、1975年法を素材に、フランスにおける下請人の報酬担保の方法を具体的に検討し、従来の直接訴権論およびそれを背景にもつ債権者代位権の理論構成に関する議論においてあまり論じられていなかった、ある債権に優先的地位を与えるという機能を検討した。しかし、これをふまえたうえで、債権の対外的効力の一般論としての直接訴権および債権者代位権の理論的位置付けに関する新たな見解を示せてはいない。今後の課題としたい。

1) アメリカのメカニクスリーエンを紹介するものとして、伊室亜希子「アメリカ合衆国における建築請負報酬債権の担保方法(1)―(6・完)」NBL622号40頁, 624号65頁, 625号61頁, 628号57頁, 629号53頁, 630号61頁(1997), 伊室亜希子「ニューヨーク州法における建築請負報酬債権の担保方法(1)―(4・完)」早法75巻4号61頁, 76巻1号31頁, 76巻2号149頁, 76巻4号51頁(2000—2001)。ドイツ法・スイス法を検討するものとして、藤原正則「建築下請負人の注文者に対する請求—下請負人の債権担保の視角から—」北法38巻5 = 6号1571頁, 藤原正則「建築請負人の債権担保に関する考察—スイス法・ドイツ法を手掛りに、転用物(verso in rem)の視角から—」商学討究46巻2 = 3号95頁, 46巻4号19頁, 47巻1号137頁。

2) ここで、下請人は元請人の「履行補助者的立場」に立つものであると性質決定がなされているが、履行補助者の概念は主に債務不履行などの場面に使われてきたものであり、履行補助者に対しても債務者と同じ契約の効力を及ぼすという局面で用いることができるものなのかは疑問であり、下請契約の理論的メカニズムの解明が必要であるとの

- 指摘がある（森田宏樹・判例セレクト'94, 27頁）
- 3) 滝沢幸代・判時1494号195頁（判評1494号33頁）。
 - 4) 内田勝一・判タ846号86頁。
 - 5) 平成7年判決は、建物の賃借人から修理依頼を受けた請負人が建物所有者である賃貸人に対して代金を請求した事案で、所有者が受けた利得について法律上の原因がないとされるのは、契約を全体としてみて所有者が対価関係なしに利益を受けたときに限られる、と述べている。
 - 6) 伊室・前掲注(1)論文。
 - 7) 不動産先取特権は日本法の母法であるフランス法においてもほとんど利用されていないとの指摘がある（坂本武憲「建築工事代金債権の確保」米倉明ほか編『金融担保法講座第4巻』（1986）368頁）。
 - 8) 山田希「契約の第三者効」私法65号158頁（2003）、「契約の第三者効(上)(下)」NBL777頁34頁、779号37頁。
 - 9) 山田希「フランス直接訴権論からみたわが国の債権者代位制度（3・完）」名古屋大学法政論集192号93頁（2002）。
 - 10) 山田希「契約の第三者効」私法65号163頁（2003）。山田論文では、下請契約は、M—Y間の法律関係にXが内容的な利害関係をもっている場合の下位分類として、X—M間の法律関係がM—Y間の法律関係を許容している場合（例として、転貸借、復委任などが挙げられている）に含まれており、このように複数の債権関係に内容的な連鎖性がある場合には債務者の無資力要件は不要であると述べられている。
 - 11) ここで述べているのは民法上の請負のことである。日本において「下請」とよばれている取引（たとえば、下請代金支払遅延等防止法で定められている製造委託や修理委託）は、場合によっては請負あるいは売買またはそれらの混合契約であることもありうるが、その全てが民法上の請負に該当するわけではない。来栖三郎『契約法』（1974）488頁には、「日本産業の一つの大きな特色は下請の多用にあるといわれているが、その下請とは民法上の意味における下請ではなく、むしろ広く…親事業者からの製造加工又は修理の委託を意味しているのである」との指摘がある。
 - 12) 「下請」と「下請負」とを用語として区別するものもある。たとえば、内田貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、1997）268頁は、「下請」を、請負だけではなく製造物供給契約をも含む製造委託のことを指すものとし、「下請負」を請負人からさらに請負がなされたものを指すとしている。
 - 13) 芦野訓和「下請(1)」NBL820号87頁によれば、「下請契約」をどのように考えるかについては2つのアプローチがある。一方は、2つの請負契約が組み合わさって1つの取引を構成すると考える「複合契約」の考え方であり、他方は、注文者・元請人間の契約に下請人をも含めた契約を1つの取引類型と考える「多角的法律関係」の考え方である。
 - 14) 事案は次のようなものであった。破産者である請負人が、注文者からターボコンプレッサーの設置工事を代金2,080万円で請負い、この債務の履行のために代金1,575万円で右機械を動産売主に発注し、動産売主は請負人の指示に基づいて右機械を注文者に引き渡した。また、この工事の見積書によると、2,080万円の請負代金のうち1,740万円がターボコンプレッサーの代金に相当するものであった。
 - 15) 動産売買先取特権の適用が問題となる場合には、前掲最決のように、どのような条件で請負代金債権が売買代金債権と同視できるかという方向で考察が進められることになる。
 - 16) 芦野訓和助教授は、下請人の注文者に対する直接的な請求を認めるために考慮されるべき要素として、「注文者の了承（または、了承と解することができる場合）」および「下請人の独立」の2点を挙げる。これは、「両者〔注文者と下請人と〕の関係が希薄なものである場合には、直接関係を認定することは難しい」が、特約が存在する、またはその存在が推定されない場合以外にも、「『仕事を完成する』という請負人の特質からは、一定の仕事においては、仕事を完成するために労力を提供する下請人も取引関係の当事者となり得る」場合があるのではないかという考えから提案されてい

- るものであり(芦野訓和「下請(1)」NBL820号87頁), 本稿の観点(第1章, 第2章)からも興味深い。
- 17) 平井宜雄『債権総論』(弘文堂, 第2版, 1994) 265-266頁。保存行為の場合にも無資力要件を要求しない(同266頁)。
- 18) 最判49年11月29日民集28巻7号1670頁。
- 19) 山田希「フランス直接訴権論からみたわが国の債権者代位制度(3・完)」名古屋大学法政論集192号109頁(2002)
- 20) 山田希「契約の第三者効」私法65号158頁(2003)では, より明確に「複数の債権関係に内容的な連鎖性がある場合には, 債務者の無資力要件は不要」と述べられている。
- 21) ただし, 潮見佳男『債権総論Ⅱ』(信山社, 第3版, 2005)72頁は, この場合も債権者代位権の転用事例と整理する。
- 22) 自賠法による強制保険については, 被害者の保険会社にたいする直接請求が認められている(自賠法16条)。他方, 任意保険においては債権者代位権行使について無資力を要求した最判昭和49年11月29日民集28巻8号1670頁がある。現在は約款により被害者の直接請求が認められている。
- 23) JO 3 janvier 1976. 邦訳として小沢道一『激動期の建設業』(大成出版社, 2001)424頁以下がある。
- 24) フランス法における直接訴権を扱う論稿としては, 加賀山茂「民法六一三条の直接訴権《action directe》について(1)―(2・完)」阪大法学102号65頁, 103号87頁(1977), 松浦聖子「契約締結者と第三者の関係における責任の性質に関する一考察」慶應義塾大学法学研究科論文集36号225頁(1995), 工藤祐巖「フランス法における直接訴権(action directe)の根拠について(1)―(2・未完)」南山法学20巻2号23頁, 3=4号277頁(1996―1997), 山田希「フランス直接訴権論からみたわが国の債権者代位制度(1)―(3・完)」名古屋大学法政論集179号181頁, 180号253頁, 192号93頁(1999―2002), がある。
- 25) 工藤祐巖・前掲注(24)論文(2)291頁以下, 山田希・前掲(1)203頁以下では各種の直接訴権の一例として1975年法律が紹介されている。その他に, ユーグ・ペリネ=マルケ「フランスにおける建築契約」北大法学48巻5号1168頁以下, がある。
- 26) 後述するように第3編にはこの規定がないため, 承諾および同意の要件の要否が問題となる。
- 27) 日本法にも注文者の承諾に関する定めは存在し, 「元請人があらかじめ発注者の書面による承諾を得た場合」には, 一括下請負の禁止に関する規定は適用されないと定められている(建築業法22条3項)。ただし, この規定に違反して下請契約を結んでも契約自体は無効とならない。また, 注文者と元請人との間に下請禁止の特約があった場合も同様であるとされている(大判明治45年5月16日民録18輯255頁)。
- 28) MARTINVILLE, La sous-traitance de construction, th. 2004. では, 「法律によって付与された種々の担保」という節において, 「1 主たる担保」として, 保証および支払委任を挙げ, 「2 補足的な担保」として直接訴権と民法1799―1条の直接支払とが挙げられている。
- 29) 第3章で扱う問題である。
- 30) Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, Les effets du contrat, L.G.D.J. 3eéd. 2001, p. 1243. n°1159. 完全直接訴権については本稿第3章参照。
- 31) Civ. 3e, 8 juin 1982, Bull. civ. III, n°144.
- 32) RAMBURE, Le paiement du sous-traitant, L.G. D.J., 1990. n°20, p. 26.
- 33) Com., 19 mai 1980 et Civ. 3e, 29 mai 1980, JCP G, II, 19440, obs. G. FLÉCHEUX; D.S. 1980, p.443, note A. BÉNABENT; RD imm. 1980, p. 241, note ROSSEREAU; Banques 1980, p. 1299, obs. MARTIN; RTD civ. 1981 p. 168, obs. CORNU.
- 34) これと同じ問題を扱った, 同日に下された別の破毀院連合部判決においても同様の結論が下されている(破毀院連合部1981年3月13日判決(Bull. civ. n°4))。
- 35) このような理解を示すものとして, Jo è le FOSSEREAU, Controverse sur la sous-traitance occulte, RD imm., 1980. p. 241.
- 36) Civ. 3e, 18 juillet 1986, Gaz. Pal. 1986, pan. jur. p.

229. , Civ. 3e, 1er juin 1988, Gaz. Pal. 1988, pan. jur. p. 85.
- 37) Civ. 3e, 19 mai 1998, Bull. civ., III, n° 158, p. 127.
- 38) Hugues PÉRINET-MARQUET, L'impact de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, vers une meilleure sécurité de paiement des sous-traitants, JCP éd. G, 1994, I, 3745. p. 130.
- 39) T.G.I. Pari, 16 septembre 1988, RD imm. 1989 p. 358.
- 40) CA Paris, 22 janvier 1991 et 12 février 1991, D. 1992, somm. p. 115.
- 41) Civ. 3e, 5 juin 1996, Bull. civ. III, n° 134.
- 42) この判決の評釈では、下請の権利において画期的な判決であると評価されている (Hugues PÉRINET-MARQUET, JCP G, II, 22715)。
- 43) 前述の日本の建築業法における一括下請の禁止 (注文者の承認がある場合には可能) も注文者保護を狙いとしている。
- 44) フランス民法1787条は、「ある者がある仕事をなすことを義務付けられた場合、労働および仕事のみを提供を約することができ、また、材料をも提供することも約することができる」と定めており、労働に加えて材料を提供する契約も請負契約となりうる。
- 45) 坂本武憲『民法判例百選Ⅱ』(有斐閣, 第5版) 143頁は、「本判決は、基本を注文者帰属説に転換した」と評価している。
- 46) 我妻栄『民法講義 債権各論中巻二』(岩波書店, 1962) 606頁。
- 47) 広中俊雄『債権各論講義』(有斐閣, 第6版, 1994) 263頁, 星野英一『民法概論Ⅳ』256頁, 内田貴・前掲注(12)259頁。
- 48) このような考え方はローマ法の「地上物は土地に属する (Superficies solo cedit.)」(これは従物原則とよばれる) という考え方に由来するとされている。Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GOUTIER, Les contrats spéciaux 2004, p. 58, n° 76.
- 49) ただし、混合契約のようなものが認められていないわけではなく、1967年1月3日と7月7日の法律によって、新たな契約類型である「将来建設される不動産の売買 (Vente d'immeubles à construire)」が規定された。これは、所有者が建物を建造して取得者にその所有権を移転するというもので本来は売買契約と性質決定されるものであるが、建築者に課せられる瑕疵担保責任については請負人の規定が適用されるというものである。
- 50) 日本における下請契約については第1章第1節(1)を参照。
- 51) 下請負の定義について、現在の教科書・大系書の多くでは1975年法第1条で述べられる定義が引用されている。Jérôm HUET, Les principaux contrats spéciaux. 2éd. L.G.D.J. , 1996. , Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GOUTIER, Les contrats spéciaux 2004, Francois-Collart Dutilleul, Philippe DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 6éd. 2002, Alain BÉ NABENT; Droit civil: les contrats speciaux, civils et commerciaux, 4éd. 1999.
- 52) 下位契約は、契約の目的物の一部または全部を共通にする契約連鎖 (chaînes de contrats) であるとされている (Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations 2004, p. 407, n° 840)。すなわち、この考え方によれば、下位契約は主契約と異なる性質の契約ではなく、下請負は (元請契約と同じく) 請負契約であり、転貸借は賃貸借契約である。
- 53) 前節で述べた基準によれば、この契約は売買と法性決定されることになろう。
- 54) Ph. RÉMY, RTDciv 1983, p. 554
- 55) RÉMY, RTD civ. 1983
- 56) Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance, RTD com. 1981, p 1.
- 57) 破毀院民事第1部1976年4月27日判決 (Bull. civ. I, n° 143)。XがYに対して、飾り布、カーテンなどの装飾具一式を注文し、Yが布を自ら調達し、裁断し製作したという事案で、破毀院は「控訴院は正当にも、ある者が同時に労働と動産の目的物を供給する場合には、労働が付加的な部分をを構成する限り、売買と法的に分析されるべきである、

- と判断した」と述べた。
- 58) Op. cit. p. 10.
- 59) Op. cit. p. 20.
- 60) Op. cit. p. 16.
- 61) J. HUET, D. 1986. 499
- 62) 工事に必要となる骨組み・鉄骨の製造という点で、〔判例2〕と〔判例4〕とはよく似ている。
- 63) Ph. JESTAZ, Gaz. Pal. 1985. 2, pan. jurispr. I. 168, Ph. RÉMY. Rev. trim. dr. civ. 1985. 737.
- 64) 来栖三郎・前掲注(1)492頁は、日本の建築業における下請の実体についての記述のところで、下請は、「下請が特殊な技術を持っている場合」と、そうでない場合とで大きく2種類に分けられると述べている。前者の場合には、分業の原則に基く合理的な関係であり、従属関係など下請特有の問題は生じにくいとされている。そこでいわれる「特殊な技術」は、下請と他の契約とを区別する基準として述べられているわけではないが、特殊な技術を持った下請をひとつの類型として観念しているという点にここでは注目したい。
- 65) このような完全直接訴権の典型例は、保険法典L 124-3で定められている直接訴権である。
- 66) 具体的には、債権者からの通知を第三債務者が受け取った時点である。
- 67) GHESTIN, Les effets du contrat, p. 1246, n° 1161.
- 68) 日本におけるこの問題について紹介・検討するものとして、倉重八千代「民法第466条の債権譲渡禁止特約と建設工事請負代金債権譲渡に関する研究」日本建築学会学術講演梗概集F-1, 1249頁(2004)がある。
- 69) Ch. mixte, 13 mars 1981, Bull. civ. n° 2 (本稿第1章第2節〔判例1〕)。
- 70) Michel PEISSE, L' action direct du sous-traitant en concours avec une cession de creances 《Loi Dailly》, Vers une protection effective des sous-traitants, Gaz. Pal. 1989, 1, doct. p. 149.
- 71) なお、判例では争点になっていないが銀行が下請人の存在を知っているかどうかということによっては結論は変わらない、とする見解がある
- (MARTINVILLE, La sous-traitance de construction, th. 2004. n° 596, p. 437)。
- 72) Michel PEISSE, op. cit. p. 149.
- 73) ベナバン教授はこのような解決を「モザイク状」と評している (Alain BÉNABENT, Le conflit entre banquiers et sous-traitants, RD imm. 1990, p. 150.)
- 74) 「この法律の規定の実現を妨げる、条項、約束、取極はどのような形式であれ無効であり、なんらの効果も持たない」。
- 75) SYNDET, Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants, JCP 1990. I. 3425. n° 37.
- 76) 以上の判例の分析による結論は、ゲスタン教授の体系書の記述とも一致する。そこでは、下請人の注文者に対する直接訴権は実質的には完全直接訴権であると指摘されている。GHESTIN, op. cit. p. 1247, n° 1161.; JAMIN, La notion d' action directe, Préface de J. Ghestin, L.G.D.J., 1991. p. 179.
- 77) Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations 2004, p. 617, n° 1157.
- 78) 企業倒産の予防と処理に関する1994年6月10日の法律第475号第5条。
- 79) 1799—1条は、1975年法の定める直接訴権行使の要件を満たす下請人にも適用される(1975年法12条4項)。
- 80) MARTINVILLE, La sous-traitance de construction, th. 2004. n° 583, p. 426.
- 81) Bertrand FABRE et Roger SCHMITT, Le nouvel article 1799-1 du code civil -La garantie de paiement des entrepreneurs, RD imm. 16 (3), juill. - sept. 1994, p. 350.
- 82) FABRE et SCHMITT, op. cit. p. 352.
- 83) FABRE et SCHMITT, op. cit. p. 352.
- 84) GHESTIN, op. cit. p. 1249, n° 1162.; Laroumet, Les obligations, le contrat, 5e éd. p. 948, n° 794.
- 85) GHESTIN, op. cit. p. 1248, n° 1162.
- 86) Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre -Yves GOUTIER, Les contrats spéciaux 2004, p.

59, n° 74. および Jérôme HUET, Les principaux contrats spéciaux. 2éd. L.G.D.J. p. 1265, n° 32132.

- 87) たとえば、契約責任の制限条項の可否に関して「仕事の特殊性」の基準を採用した判決として、Com. , 4 juillet 1989, civ. IV, n° 210がある。前注にあげた体系書においても、「仕事の特殊性」の基準は、「下請」に関する節だけではなく、請負と売買との区別に関する一般論を扱う節でまず取り上げられている。
- 88) 売買と請負との混合契約である製作物供給契約の法性決定について、通常問題とされるのは債務不履行責任・瑕疵担保責任の規定の適用の問題である。ドイツ法におけるこの問題を扱った論文として、芦野訓和「ドイツにおける政策物供給契約概念の生成—日本法への示唆を含めて—」法律論叢73巻2・3号（2000）237, 297頁以下。