

役務提供者の責任に関する一考察

小 島 彩

序論	46
第1節 序	46
第2節 役務提供契約をめぐる議論	46
第1款 学説の概観	46
(1) 取引実態を踏まえた研究—長尾治助教授—	46
(2) 契約法におけるサービス契約研究—サービス取引研究会—	46
(3) 包括的「役務提供契約」構築論—松本恒雄教授—	47
第2款 議論の特徴	47
第3節 民法規定の現状	48
第1款 起草過程	48
第2款 学説	48
(1) 起草者の見解・戦前の学説	48
(2) 伝統的学説	49
(3) その後の学説	49
第3款 評価	49
第4節 本稿の課題・検討の方法	49
第1款 課題	49
第2款 方法	50
第1部 フランス法における役務提供契約概念	51
第1章 前提—既存の契約類型について	51
第1節 序	51
第2節 民法の規定	51
第1款 委任	51
第2款 請負	51
第3款 評価	51
第3節 委任と請負の意義	52
第1款 委任と請負の意義	52
(1) 請負	52
(2) 委任	52

第2款 委任と請負の関係	52
第4節 評価	52
第2章 フランスにおける役務提供契約	53
第1節 序	53
第2節 役務提供契約論の展開	53
第1款 議論の端緒—「サービスの売買」論から1978年法まで	53
(1) 「サービスの売買」論	53
(2) 「製品及び役務の消費者の保護及び情報に関する1978年1月10日法律」	54
(3) 評価	55
第2款 本格的論文の誕生—テーズ「サービスの請負」	55
(1) 議論の内容	55
(2) 評価	56
第3款 議論の国際的発展—サービスに関するEC指令をめぐって	56
第4款 現状	57
第3節 評価	58
第3章 小括	58
第2部 フランス法における「事業者の責任」論	59
第1章 総論	59
第1節 序	59
第2節 議論の展開	59
第1款 議論の端緒—リペール	59
第2款 議論の発展—タンク・サバティエ・シュールタン	60
(1) タンク	60
(2) サバティエ	61
(3) シュールタン	61
第3款 現代型議論—ル・トゥルノー	62
第4款 評価	63
第3節 具体的な内容	63
第1款 責任の根拠	63
(1) 事業者の定義	63
(2) 事業者責任の根拠	63
第2款 責任の内容	64
(1) 普通法上の責任—責任の程度の特殊性	64
(2) 事業者に特殊の責任—責任の内容の特殊性	64
第3款 特殊性	66
(1) 事業者責任の修正（緩和）	66
(2) 事業者間でも生じる責任	66
第4款 評価	66
第2章 具体例—建築者の責任	67

第1節 序	67
第2節 改正の概要	67
第1款 1978年改正前の状況	67
第2款 1978年改正について	67
第3節 「建築者」概念について	68
第1款 序	68
第2款 1978年改正について	68
(1) スピネッタ委員会	68
(2) 議会の審議過程	68
(3) 評価	69
第4節 製造業者の責任	69
第5節 評価	69
第3章 小括	70
結論	70
第1節 本稿のまとめ	70
第1款 フランス法から得られた示唆	70
第2款 日本法の可能性	71
第2節 梯論	73
第1款 委任/請負（手段債務/結果債務）との関係	73
第2款 物/役務との関係	73
第3款 事業者一般/個別事業者との関係	73
第3節 残された課題	74

序論

第1節 序

近年の取引の特徴として、その対象が物から役務（サービス）へとシフトしている点があげられる。同時に、役務提供契約の結果に受給者が不満を持ち、役務提供者の責任を追及する場面も増えている。しかし、その際、役務の「無体性」がネックとなり、役務提供者の責任がわかりにくくなっている。

こうした動きを受けて、民法学においても契約法を中心に、役務提供契約（サービス契約）における不完全な役務提供に関する提供者の責任について、活発な研究がなされている。しかし、それらは、しばしば受給者（とりわけ消費者）保護から出発した場当たり的な研究となり、役務提供契約全般にわたる統一的な理論を見出せないままの不完全なものに終わっている感がある。「物」である製品の安全についての立法や学説の現状に比べて、「役務」をめぐる学説・実務の動きはやや停滞している。

本稿は、役務提供契約における債務不履行をめぐる役務提供者の責任について、これまでの議論には見られなかつたいくつかのファクターを多面的に考察し、統一的な理論を構築することを目標とした、1つの試論である。

第2節 役務提供契約をめぐる議論

第1款 学説の概観

(1) 取引実態を踏まえた研究—長尾治助教授—¹⁾

長尾教授は、サービスの欠陥について、サービスが結果債務であるときは、サービスが「債務の本旨に従ったものであるか」が判定可能だが、手段債務の場合は、この判定が曖昧であるとして、サービスのタイプに応じた判断基準を提案する²⁾。その際、サービスを「物に関するサービス」と「物に関わらないサービス」の2つにわけ、両者をさらに分類し、履行の結果の形態から「有体的成果型」と「無体的成果型」に、後者をさらに「無体的成果の有形化型」と「結果無体型」とに分類し、

有体的成果型と無体的成果型の混合型も設けている³⁾。

その後、「サービス契約」における債務不履行を検討するためには、債務を確定することが必要であるとするが、その際、物に関する民法401条1項の類推適用や、サービス内容の規格化による判断、勧誘段階でなされた表示、説明内容、業務処理マニュアルによる判断を提案する⁴⁾。

以上の長尾教授の研究は、広告などの取引実態をサービス契約にあたって考慮する点で興味深いものであるが、債務の分類に終始しているように思われる。

(2) 契約法におけるサービス契約研究—サービス取引研究会—

サービス取引研究の代表的なものとして、中田裕康、河上正二、沖野眞巳の3者からなるサービス取引研究会による研究があげられる。これらの研究は、それまでの研究に比べて、役務提供契約を、契約法の中でどのように位置付けるのかが強く意識されている。ここでは、役務提供契約の不履行概念について検討した河上教授の議論をとりあげる。

河上教授は、役務の不完全さに関する役務提供者の責任を考える際に、「欠陥・瑕疵ある役務」という概念を軸にする⁵⁾。その上で、様々な役務提供契約を「物」との関係に留意しながら、「物の引渡しを伴う役務」、「手段・施設・材料として物が用いられる役務」、「純粹役務」の3つにわける⁶⁾。そのうち、前2者のような「物」と結びついた役務の場合は、「物」の瑕疵と「役務」の欠陥とをパラレルに考え、一方で、「純粹役務」については、「約束された役務内容が、契約の趣旨に合致した合理的な注意と技術をもって、適時に遂行されたかどうかによって判定されることにならざるをえ」ない⁷⁾。

また、河上教授は、役務を「手段債務型」と「結果債務型」に分けて、欠陥評価を試みる。それによると、まず、「手段債務型」においては、「『そのような職業にあるものとして社会的に要求されている合理的注意』を尽くして役務が遂行された

かどうかという一般的の判断枠組みを超えては」、役務提供者の義務の具体的な内容を策定することは比較的困難であるとしながら、「志向された結果を遠ざけたり、これと矛盾するような行為態様が役務提供者によってとられている場合、あるいは結果への接近を阻害するような事情が見い出される場合には」役務の欠陥が推定されるとする。その一方で「結果債務型」については、それが「物に結晶する」場合には、目的物の瑕疵によって判断されるとし、「物に結晶しない」場合のメルクマールとしては、第1に、提供される役務が社会的に期待される本質的要素を有していること、第2に、役務提供者の役務遂行能力の存在、第3に、提供された役務が、契約目的に合理的に適合し、顧客の望んでいた結果の達成が合理的に期待できるような「質」を有していること、第4に、契約の性質または契約の目的から考えて、合理的な時期期間内に役務提供が完了すること、の4つをあげている⁸⁾。

最後に河上教授は、役務の瑕疵・欠陥を考える際には、「常に総合的評価の必要性を意識すること」が重要であるとして、欠陥評価の基準として「消費者期待基準」を適當とする⁹⁾。

河上教授の議論は、役務を「物」との観点から分類して欠陥基準を打ち出している点が注目される。

(3) 包括的「役務提供契約」構築論—松本恒雄教授—

松本教授は、「サービス契約」の特徴、射程、民法の条文の「サービス契約」への適用を考察した上で、「サービス契約」という新たな任意規定の新設を提案している¹⁰⁾。

まず、従来、準委任契約とされていた契約、および従来、請負、雇傭、寄託のいずれにも該当しないとされていた労務給付型の契約を対象とする、有償の「サービス契約」についての節を典型契約の1つとして新たに規定することを提案する。そのような「サービス契約」は、「当事者の一方が相手方に対し、法律行為にあらざる事務処理（以下、サービスという。）を行なうことを約し、相

手方がこれに報酬ないし料金を支払うことを約することによって効力を生じる」¹¹⁾。

次に、サービスの内容・品質基準については、「サービスの種類・名称のみを定め、その内容・品質について特段のとりきめがなされていない場合で、法律行為の性質または当事者の意思によりその内容・品質を定められないときは、サービス提供者は、法令や事業者団体の自主基準等に準拠して債務を履行しなければならない」という規定を提案する。これは、品質、瑕疵の判断が困難な、手段債務的なサービスを念頭に置いたものである¹²⁾。

また、「提供されるべきサービスの内容、品質が、サービス提供者の裁量に委ねられている場合には、サービス提供者は、契約の本旨に従い、善良な管理者の注意をもってサービスを提供する義務を負う」とする。もっとも、サービスが定型化され、その質の客觀化が可能な場合には、善管注意義務という抽象的な基準に依拠する必要はなく、定型化・客觀化された基準によって履行された債務の質を評価すべきだとする。他に、サービスの状況、経過、顛末を説明する義務をサービス提供者に課す¹³⁾。

第2款 議論の特徴

以上、サービスに関する研究を3つ見てきた。もちろんこの他にも多くの研究があるが¹⁴⁾、新たな論拠には乏しいので、ここでは3つの議論の特徴をあげる。

第1に、議論の多くが、「サービス契約」が委任（準委任）であることを出発点としていること、あるいは、暗黙裡に念頭に置いていていることを指摘できる。長尾教授のように、「サービス取引には、その営業形態に拘らず民法上の委任（準委任）の性質を有する契約が少なくなく」¹⁵⁾と明記するものはもちろんだが、そのような記述がなくても河上教授のように「合理的な注意と技術をもって」といった言葉を役務欠陥の基準とする点は、委任の善管注意義務を連想させる。また、松本教授の立法提案も、結局は民法の委任契約の規定をアレンジしたものに過ぎない。この点は、特に役務提

供者の義務を「契約の本旨に従い、善良な管理者の注意をもってサービスを提供する義務」とする記述¹⁶⁾に示されている。

第2に、役務を結果債務型と手段債務型か、それに類するものに分類する学説が目立つ¹⁷⁾。しかし、その債務不履行の基準は、結果債務型については、「仕事の完成」や「物」の引渡しとパラレルなものであり、一方、手段債務型も「債務の本旨に従ったものか」、「合理的な注意をもってなされたか」といった、委任の善管注意義務からそれほど離れたものではない。これは、結果債務型と手段債務型という分類が、本来の手段債務・結果債務論¹⁸⁾とは異なり、「委任・請負」の区別の言い換えに過ぎないことを示している。また、そもそも全ての債務をこのどちらかに分類すること自体、困難であり、長尾教授や河上教授のようにさらに細かく分類するとしても、どの類型にあてはまるかがわかりにくいサービスが出てくるのではないか。

このように、結局、日本における役務提供契約論は、契約類型、とりわけ委任契約からの発想である。このような発想は、委任などの契約類型が充実したものであれば、効を奏するだろう。しかし、契約類型論からの役務提供契約論が、有力な結論を導き出せないでいる現状を見ると、民法の契約類型がそれほど充実したものとはいえないことが予想される。そこで、このことを確認するために委任規定および請負規定について、起草過程及び学説を辿ることにする。

第3節 民法規定の現状

第1款 起草過程

旧民法において委任は代理であり、第11章代理に、「代理ハ当事者ノ一方カ其名ヲ以テ其利益ノ為メ或ル事ヲ行フコトヲ他ノ一方ニ委任スル契約ナリ」(229条1項)と定められていた。一方、請負は、第12章「雇傭及ヒ仕事請負ノ契約」の中に、第3節「仕事請負契約」として、「工技又ハ労力ヲ以テスル或ル仕事ヲ其全部又ハ一分ニ付キ予定代償ニテ為スノ合意ハ注文者ヨリ主タル材料ヲ供

スルトキハ仕事ノ請負ナリ若シ請負人ヨリ主タル材料ト仕事ヲ供スルトキハ仕事ヲ為ス可キ条件付ノ売買ナリ」(275条)と規定されていた。

現行法¹⁹⁾においては、代理を、民法総則編に規定し、委任については、債権編契約に規定した。その際、目的を代理に限らず、他人のために事務を処理する契約としようとしたが、「事務処理」では漠然としており、「労力を供する」とすると雇傭との区別がつかないことから、「法律行為」を為すこととした²⁰⁾。一方、請負は、雇傭とは違い、報酬が「仕事の結果」に対して支払われることを示すために、「或仕事ヲ完成スル」と定義された(639条)。また、「其労力其仕事ノ完成而シテ其代償ハ其結果ニ対シテ払ウト云フコトテアリマスレハ」請負の対象となり、それが物であるか否かは問わず、日常頻繁に見られる注文仕事を広くカバーするとされている²¹⁾。

その後、明治28年12月30日の第12回民法整理会において、準委任が新設された。富井委員は、委任を法律行為に限らず、事務処理の場合にも広く適用すべきだが、雇傭との区別上法律行為という言葉は残すべきだとして、準委任規定を提案した²²⁾。

第2款 学説

(1) 起草者の見解・戦前の学説

起草者は、請負の本質が「仕事の完成」である点を強調する²³⁾。また、「仕事」も、工事に限らず、運送、製造、絵を描くこと等一切の事が、対象となる²⁴⁾。一方、委任も法律行為に限ると実際上不便なので、財産管理や、他人に慶事の祝辞を述べさせること等法律行為以外の事務にも、委任の規定が準用される(656条)²⁵⁾。なお、善管注意義務は、善良なる管理者は、注意深い人の通常なすべき注意を要するということだとされるのみである²⁶⁾。

その後の学説も、請負が労務の結果を目的とする契約である点を強調している。また、対象となる仕事についても、物の製作等の有形的結果であるか、学術的研究、疾病の治療等の無形的結果であるかを問わず、何れも請負の目的となる²⁷⁾。一

方、委任は、準委任で法律行為以外の事務にも委任の規定が準用されることから、「委任は他人の事務を処理することを目的とする契約である」と広くとらえられている²⁸⁾。

(2) 伝統的学説

我妻博士によると、請負は、仕事の結果を目的とする契約であり、仕事は、有形的なものでも無形のものでもよい²⁹⁾。しかし、資本主義の発達とともに、請負は、雇傭と委任に浸食されて、現在では、建設契約等特殊の類型としての請負だけが重要な社会的意義を持つ。また、科学的な研究等を引き受ける仕事、あるいは医師や弁護士の頭脳労働は、成果自体を目的とする請負よりも、事務処理である委任とされる³⁰⁾。

委任は、労務者（受任者）が、自分の知識・経験・手腕によって一定の事務を処理する契約である。受任者の裁量性が認められていることから、対象となる労務は知能的な高級労務である³¹⁾。善管注意義務は、目的たる事務についての委任者・受任者それぞれの有する知識・才能・手腕及び受任者に対する信頼の程度から決定すべきであるが、受任者が専門的な知識・経験を基礎として、素人から事務の委託を引き受けことを業としている場合、その注意義務は当該専門家を標準とする高い程度となる³²⁾。

(3) その後の学説

委任については、伝統的学説同様、「広く事務処理を委託する契約」と理解されている³³⁾。しかし、一般に委任は、他人の特殊な知識、経験、能力を利用する、特別な信頼関係に基づくものである³⁴⁾。もっとも、今日の複雑な社会的・経済的活動においては、委任によって他人の協力を得る関係は無数にあり、例えば、医師に対する診療の委託、幼児の養育の委託、商事仲介人など、日常生活になじみの深い契約も見られ³⁵⁾、委任関係なしでは今日の社会生活は考えられない³⁶⁾。

一方、請負の仕事は、有体物の製造・修繕と、それ以外の無形の仕事とに大別される³⁷⁾。しかし、実際には、請負の規定は、物の製造、修繕などを目的とした契約を主眼としており、無形の仕事を

目的とする契約に適用される規定は少ないといふ³⁸⁾。その結果、実際には、建築請負などが重視されている³⁹⁾。

第3款 評価

以上をまとめると、委任は、「広く事務処理を対象とする」ものではあるが、実際は「高級な知的労務」が対象の中心となっている。一方、請負の対象には制限がないが、学説は有形的な仕事を中心に考え、無形的な仕事は委任の対象としている。この結果、現在問題となっている旅行、学習などのサービスが、委任・請負のどちらにもあてはまらないグレーゾーンにあるといえる。そうである以上、サービスが委任であるという前提にたった現在の役務提供契約論には問題がある。特に、適用される「善管注意義務」が、「受任者の有する知識、才能、手腕、委任者の受任者に対する信頼の程度」という曖昧な基準にとどまっていることを考えると、なおこのことが言える。一方でサービス契約を請負契約であると性質決定する可能性は残されている。しかし、「仕事の完成」という基準が、特にサービスが無形の仕事である場合は問題となる。

このように、サービス契約を委任あるいは請負という契約類型だけで検討することには、現行法上の解釈からは限界がある。

第4節 本稿の課題・検討の方法

第1款 課題

日本の役務提供契約論のほとんどは、委任か請負かという契約類型論、あるいは結果債務・手段債務の分類にとどまっているものが多い。しかし、実際には、委任=高級な知的労務、請負=有形の仕事とされており、現在のサービス契約とはずれている。また、結果債務・手段債務の分類も、契約類型論とパラレルなものに留まっている。

このように、民法の規定を前提とした契約類型論・債務類型論から、役務提供契約論を展開することには限界がある。とすれば、我々は今まさに契約類型論・債務類型論とは別の観点から出発する役務提供契約論を構築すべき時期に来ている。

しかも、この「別の観点」は、実は近年の契約法の動向に隠されている。

第1に、ECに影響を受けた、「物」及び「役務」によって損害を被った者の救済という「物と役務」をめぐる動きがある。前者は、1995年に製造物責任法が制定されたが、後者については、EC同様日本においても未だ議論が続いている。しかし、このような動きの中で我々は、民法における「物」と「役務」について意識することとなった。そこで、役務提供契約論にあたって、今一度「物と役務」の違いという原点に帰ることが可能である。

言い換れば、契約の客体に目を向けるのである。

第2に、同時期に消費者保護の動きが高まり、「事業者」と「消費者」との間でなされた契約を民法はどのように扱うべきなのかが議論された。実際役務提供契約論においても、「事業者」と「消費者」という概念が意識されていないわけではない。役務提供者が主として事業者であり、しかも彼らがきわめて特殊、かつ高度な役務提供者となっている事実、一方で消費者が不利な立場に立たされている事実は、多かれ少なかれ先行研究でも指摘されている。そこで、「事業者」というサービスの主体に着目することはできないか。

以上の2点を可能性として提示した上で、本稿においては、「物と役務」という大規模な議論ではなく、契約の主体の観点からサービス契約論を開拓する可能性について検討する。但し、その際役務提供者である「事業者」に着目し、「消費者」については必要な限りでしか触れない。近年のサービス取引においては、事業者・消費者間の契約のみならず事業者間契約も多く存在し、広く役務提供契約論を構築する際には、契約相手方として「消費者」を念頭に置くだけでは不十分だからである。

第2款 方法

本稿は、以上の課題を探求する上でフランス法を参照する。その理由は次の通りである。

第1に、フランスでは、「事業者」に関して古くから「事業者責任論」が発達してきた。「事業者責任論」においては、もちろん消費者保護も念

頭に置かれているが、それ以上に「事業者」そのものに着目した議論がなされている。その結果フランスの「事業者責任論」は、事業者・消費者間取引ばかりか、事業者間の取引をもカバーできる、極めて広い射程を有する議論となっており、そこで事業者に課される責任も具体的かつ実用的なものである。この議論を検討することで、日本の役務提供契約論への示唆が得られるのではないか。これについては、日本でも簡単な紹介はあるものの詳細な検討はなされていないことも、本稿の研究に意義を持たせるだろう⁴⁰⁾。

第2に、役務提供契約論そのものについても、フランス法を検討することに意味がある。具体的には、まず日本の役務提供契約論の出発点である契約類型論の必然性を問うことができる。フランス法における委任・請負規定は、日本と大きく異なる。異なる規定を有する法体系で、役務提供契約がいかに把握されてきたかを本稿は検討する。そもそも、日本ではフランスのサービス契約について、詳細な紹介を行った先行研究がほとんど存在しない⁴¹⁾ので、その検討はこの点でも不可欠だと考える。

論文の構成は以下の通りである。まず、第1部でフランスにおける役務提供契約論について検討する。その際、前提として、フランス民法典における委任・請負規定について、日本との違いを発見するとともに、それが役務提供契約論にどのように反映されているかを確認したい。その後フランスにおける役務提供契約論について、論文、立法などいくつかの素材をもとに検討する。次に第2部では、フランスにおける「事業者の責任」論を把握する。具体的には、まず伝統的な「事業者責任論」を歴史的な流れにそって紹介し、その後現在考えられている「事業者責任論」について、より具体的な観点から検討する。その後「事業者責任論」の一例として、フランスにおける「建築者の責任」についてとりあげる。「建築者の責任」は、近年の「事業者責任論」の特殊性を表したものであると同時に、そこでの「建築者」概念に着目することで、「事業者」概念を再考させる素材

であるからである。最後に本稿をいくつかの観点からまとめて、結びとする。

第1部 フランス法における役務提供契約概念

第1章 前提—既存の契約類型について

第1節 序

フランスの教科書においても、日本同様、「サービス契約 (le contrat de service)」という章において、「委任 (mandat)」、「請負 (entreprise)」といった区別がなされている。

このように、日本とフランスは規定の位置付けの点では共通している。では、個々の類型はどうか。また、役務提供契約について語られる場合、民法の委任、請負はいかなる役割を果しているのか。「役務提供契約」についての日仏比較を行う前提として、この点を確認する必要がある。そこで以下では、フランスにおける委任、請負について基本的な要件を確認するとともに、それらがフランス契約法、さらには役務提供契約論においてどのような役割を果しているかを明らかにする。

第2節 民法の規定

第1款 委任

委任契約は民法典第13章にあり⁴²⁾、それによると、「ある者が他の者に、委任者のために、かつ、委任者の名においてなんらかのことがらを行う権限を付与する行為」(1984条1項)である⁴³⁾。このように委任は、「委任者の名及び計算で」、「法律行為」を達成する⁴⁴⁾。この背景には、委任が代理の源であり、受任者が委任者を代理するという考え方がある。もっとも、近年では「代理なき委任」を認める学説もある⁴⁵⁾。

受任者は民法1991条1項の事務遂行義務を負う。その結果、受任者は自分自身で履行しなくてはならず、当事者の合意が無い限り他の者を利用することはできない。また、受任者は、委任者の指示を尊重して履行しなくてはならない。

受任者は、事務を注意深く履行しなくてはならない。具体的には、受任者には迅速さ、熟練、忠

実さが要求され、その評価は、受任者が事業者か否かによって変わる。また、受任者には、委任者の利益を優先して任務を履行しなくてはならないという誠実義務も課される。さらに、助言義務が課される場合もある。それは、事業者が、委任者が有していないような能力を持っていることから正当化される⁴⁶⁾。

これらの義務に故意または過失によって違反した受任者は、その不履行から生じた損害賠償の責任を負う(1992条1項)。

第2款 請負

請負については、民法典第8章「賃貸借」の第3節「仕事及び勤労の賃貸借」がこれにあたる。仕事の賃貸借は、「当事者の一方が、当事者間で合意される対価と引換えに、他方のためにあることを行うことを約する契約」(1710条)である。しかし、この定義は請負契約の特徴を示していないとされており、判例、学説によると、請負とは、請負人が報酬を定めて、ある人のために独立の手段で、代理なしに仕事を達成することである⁴⁷⁾。

請負人は、契約内容の履行義務を負う⁴⁸⁾。その他に助言義務、情報提供義務、安全債務を負うとされている⁴⁹⁾。まず、助言義務であるが、これは多くの請負契約において見られ、事業者によっては本質的な債務となっている。もっとも、義務内容は給付の内容、顧客によって多様であり、今日では、顧客の能力向上によって簡易化している場合もある。次に、安全債務であるが、これは、請負人が履行において相手に損害を与えた場合、すべての損害とりわけ身体的損害を賠償しなくてはならないとするものである⁵⁰⁾。

手段債務・結果債務の区別は、請負において特に問題となる。仕事の結果が定められているかを基準とするものや、給付が知的なものであるときは手段債務であるが、物に関わる場合は結果債務であるとする考えもあるが⁵¹⁾、通常当事者の意思の解釈によって決まる⁵²⁾。

第3款 評価

委任については、代理と結びついている点、及び、目的が法律行為に限られている点を特徴とし

て指摘できる。一方、請負は、代理の有無を問わず全ての「なす債務」を対象としている。このように規定上は請負の方が限定がなく、広く役務を対象とするのに適している。では、実際にはどのように捉えられているのだろうか。

第3節 委任と請負の意義

第1款 委任と請負の意義

ここでは、規定上射程が広いとされている請負契約の方からみしていく。

(1) 請負

請負は、もともと物的なサービスをカバーするものであり（1787～1799条），例として、クリーニング、建築、メンテナンスがある。このような物的なサービスである場合、請負は売買に近い。しかし、一方で医者、弁護士、旅行代理人、助言人、芝居人などが請負に基づいて仕事を行うこともある。この場合、請負は委任に近い。このように、請負契約はすべての物事にふさわしい契約である⁵³⁾。

さらに請負契約は専門化しており、今日では多くの事業者の活動の支えとなっている⁵⁴⁾。もちろん高度の専門職だけではなく、すべての事業者の活動の支えとなっている。

(2) 委任

かつて、委任は専ら信頼に基づいて役務を提供する際に用いられており、しかも、無償で行われていた。つまり、委任は親しい者の間で結ばれる「小さな契約（petit contrat）」であった⁵⁵⁾。しかし、今日ではそうではない。法律行為に用いられる、著しく重要な契約である。なぜなら、委任で代理を用いることによって、能力的、実質的に自分ではできない行為もできるからである。その結果、委任はもはや「大きな契約（grand contrat）」だとされている。委任は、約束を果たすために技術的な道具として機能しうるし、他の契約と組み合わされることによって有用性を果たす⁵⁶⁾。

また、今日では委任の「専門化」が見られる。委任は有償が原則であり、破毀院も、受任者とは「他人のために専門的な仕事をする者」であると

している⁵⁷⁾。この背景には、サービス活動の発展がある。例えば、不動産仲介者、不動産開発者、旅行代理人、商事代理人などがあげられる。これらの事業者は、多くの場合特別法の規定に基づいて活動を行っているが、それでも委任は、事業者活動の多くを支える「大きな契約」となった。今日では、代理との関係は希薄で、専門性が表面化している⁵⁸⁾。

第2款 委任と請負の関係

委任はあくまで法律行為を目的としたものであり、知的な行為を対象としている⁵⁹⁾。最近の破毀院判例も、このことを確認している。すなわち、一方が他人に対して法律行為を他人の計算で達成することは1984条の委任にあたる。その一方で、請負契約は物的行動に関するものであり、請負人にいかなる代理の可能性も与えない⁶⁰⁾。

もっとも前述したように、最近では知的な活動を目的とした請負も存在する。その結果、両者の区別は相対的なものとなっている。

第4節 評価

委任も、近年ではかつての好意関係とは異なり、有償を原則とした事業者のサービス契約をも対象とし、特に専門的な活動をなす際の道具として用いられている。しかし、やはり代理との関係は完全には途切れていません。これは、前述したル・トゥルノーの論文が、委任の利点として「代理の利点」と同様のものをあげていることからも言える。

フランスにおいてサービス活動を幅広くカバーするのは請負である。請負は、従来のような物的な活動のみではなく、知的な活動をも対象としてきており、いわゆる自由専門職の専門的な仕事も請負の対象となりうる。これに関連して、近年では請負人の専門化が指摘されているが、その際、高度の能力を有する自由専門職のみならず、すべての事業者が請負を利用するとされていることが特徴的である。一方、日本では、サービス契約といえば委任（準委任）と考えられることが多く、請負は、建築請負に典型的であるように、物の製

作のように「仕事の完成」が明確な場合に限られる。このような、契約類型に対する考え方の違いは興味深い。

また、フランスでは、単に請負契約の範囲が広いというだけではなく、その際に事業者の活動が念頭におかれている。一方、日本で委任や請負について考えられる場合、それがどのような主体によってなされるかという点はあまり意識されていない。あえていえば、(準) 委任の担い手が医師、弁護士などの専門家である場合のみである。フランスにおける契約類型と主体との関連性の強さは、履行主体である「事業者」の観点からサービス提供者の責任を考えようとする本稿に何らかの示唆を与えるのではないか。

第2章 フランスにおける役務提供契約

第1節 序

フランスにおいても経済のサービス化が指摘され、その重要性が増している。この点は代表的な契約法の教科書においても指摘されている。しかしフランス法においてサービスの重要性が指摘される際必ずとりあげられている事実がある。それは、サービスの多くが「事業者」によってなされるという点であり、そこでの「事業者」には、「商人」だけでなく「自由専門職」も含まれている。従来、無償で「好意によるサービス」を行っていた自由専門職までも、現在では有償でサービスを提供している。

のみならず、これらの学説において「サービスの給付」は、なす債務を生じさせる全ての契約をまとめて指す言葉として用いられている⁶¹⁾。もつとも、その際念頭に置かれることが多いのは請負である。しかし、事業者によってなされるようになってきている委任も、全く関係がないわけではない。

このように、フランスにおけるサービス契約は、一言でいえば、事業者によってなされる、契約類型を超えた「なす債務」である。この点をさらに詳しく述べ、また、新しい視点を得る為に、以下でフランスにおける役務提供契約論を、より広い

観点から検討する。

第2節 役務提供契約論の展開

フランスの役務提供契約論を、大きく4段階にわけ、学説、立法、EC指令など、様々な素材を対象としよう。これらは一見、何のつながりも無い様に見えるが、少し立ち入るとそれらを貫く一筋の明確な流れが見えてくる。以下ではその各段階を指摘するが、その際議論の対象を、とりわけ消費者保護の動きが活発になるとともに、経済のサービス化が指摘されるようになった1970年代以降のものに絞りたい。

第1款 議論の端緒—「サービスの売買」論から 1978年法まで

1970年代に入ると、フランスにおいては消費者保護の動きが高まり、立法が活発になされたが、一方で、サービスの重要性が指摘され始めたのもこの時期である。そのような時代の特徴は、おそらく次の2つの動きに代表されている。

(1) 「サービスの売買」論

1971年に、サバティエによる「サービスの売買」論が登場した⁶²⁾。サバティエは、経済政策上はなじみがある言葉であった「サービスの売買」が、サービスを法的に考える際にも参考になるとする。売買という言葉は、サービスが金銭との交換対象となっていることを示すのに適切な用語だからである。しかも、「サービスの売買」の導入は不可能ではない。それは、第1に、実際にローマ条約において、「サービスの対価」という言葉が存在し、「商品」と「サービス」をパラレルに扱っているからである⁶³⁾。第2に、民法1598条が、特別法によって禁止されていない限り、すべての物が売買の対象たりうることを規定しているからである。またサービスは、受領時、あるいは受領後に消費されるので「将来物」であるが、民法上「将来物」の売買も認められていることも理由の1つである。

また、サービスの「賃貸借」とすると、役務提供者が、使用者の命令・計画に従い、給料を得てサービスを提供することになるが、サービスには

このようなものだけでなく、使用者との従属関係なく自由に履行されるものもある。売買として、これらのすべてのサービスをカバーできるのである⁶⁴⁾。

例えばぶどうの売買には、ぶどうの倉庫への保管、ぶどうの輸送といったサービスが付随しているが、これらの値段も全てぶどうの売買の中に含まれている。また、サービスは、法的にも伝統的な物の売買の中に組み込まれており、その代表例として、彼は「引渡」及び「保証」をあげる⁶⁵⁾。売買においては、物を売る行為だけでなくその引渡も重要な行為である。また、保証は、事業者にとって重大な問題であり、彼らは免責条項でこれを免れようとするが、一方で保証は事業者にとって、販売競争の中で顧客を獲得した顧客を保護する手段であり、その値段相応のものとなっている。さらに、サービスの売買と物の売買は分離可能である。例えばホテル宿泊の内容としては宿泊、食事等があるが、これらは通常1つの契約である。しかし、実際には食事無しの宿泊客も存在する⁶⁶⁾。つまり、ホテル宿泊の中に、サービスと物の売買が別々に含まれている。

このように「サービスの売買」によって、サバティエは、仕事の賃貸借という古い概念でサービスを捉えることを見直そうとする⁶⁷⁾。

以上のようなサバティエの見解は、「サービスの売買」という特殊な見解ゆえに、必ずしも支持を得たものではなかった⁶⁸⁾。しかし、従来は物のみを対象にしていた売買をサービスにも適用させようという彼の考え方の背後には、物の概念に役務の概念を接近させる取り組みが隠されていると思われる。他方、その際「売買」が用いられている点は、サービスを、あくまで民法の典型契約の枠組みの中で考察する姿勢の表れであり、この時期にはサービスが契約類型の域を出ていない事実の表れではないか。

(2) 「製品及び役務の消費者の保護及び情報に関する1978年1月10日の法律」⁶⁹⁾

「物のみならず役務(サービス)」という発想は立法にも見られる。その例として、「製品及び役

務の消費者の保護及び情報に関する1978年1月10日の法律」がある。この法律は全5章からなっているが、そのうち「役務」に関するのは第1章、第2章である。

ここで注目すべきは、従来物を対象としていた立法が「役務」にも準用されている点である。具体的には、第1章「消費者の健康および安全に関する措置」における、3条の「1条及び2条の規定は、サービスの給付についても適用される」という規定、及び、第2章「製品または役務に関する詐欺行為の処罰」6条において、1905年の詐欺防止法が、「製品または役務についての詐欺行為に関する1905年8月1日法」と改められ⁷⁰⁾、20条で、「製品および役務」を対象とするべく改正された点があげられる。

このようなサービスへの準用の趣旨は、元老院第1読会で詳細に説明されている。例えば、プロリオル氏は、近年の消費者契約の本質・構造の変化が今後はより広く役務によって生じるとする。こうした変化の一方で法律の欠如も浮き彫りになり、従って法はこの変化を考慮に入れなくてはならない。そこで本改正においては、まず消費者にとって危険な製品・役務の製造・分配を規制することで人の健康・安全に関する原則的な規則を設けることとした。また、製品によって消費者を欺く危険を対象とした1905年法についても、消費者の情報をより様々な観点から保護するために、適用範囲を役務まで広げることが主眼とされている⁷¹⁾。

具体的な条文であるが、まず3条の「1条、2条の規定は役務の提供についても適用する」という規定は、元老院第1読会では特に問題もなく採用されている⁷²⁾。その後、国民議会第1読会でも可決⁷³⁾、成立した。一方、第2章については、タイトル、及び、20条において修正がなされている。まずタイトルであるが、政府案では「製品に関する詐欺行為の処罰」とされていた。これに対し、元老院第1読会においてプロリオル氏がタイトルを「製品または役務に関する詐欺行為の処罰」に変更する修正案を提出した。その理由とし

て、1905年法は商品の売買、食料品、農業製品の偽造のみを対象としていたが、実務ではすべての売買に適用されていることをあげている。こうしてタイトルは変更された。また、同時に1905年法を「製品及びサービスに関する詐欺行為についての1905年8月1日法に改める」とする7条も成立した⁷⁴⁾。なお20条は、政府案に規定の位置等の細かい修正が加えられたのみですぐに可決されている⁷⁵⁾。

(3) 評価

この時期は、主として「物」を念頭においていた従来の契約類型および立法を、「役務（サービス）」にも準用して考える試みがなされた時期であったといえる。しかしそれは、「物だけではなく役務も」、および、「物と同じように役務にも」という考え方にはどまつたものであり、「役務」とはどのようなものか、「役務」オリジナルの理論はありうるのかという、「役務」に対して真正面から向かった検討はいまだなされていない。

第2款 本格的論文の誕生—テーズ「サービスの請負」

同時期にサービスについてのテーズを書いたのが、グルロンである⁷⁶⁾。グルロンは、まず序章において、行政的、経済的などいろいろな観点からサービスの概念を示したが、その中で、私法上のサービスについては次のように述べている。

(1) 議論の内容

近年、企業によるサービスが増加している。現代の技術の複雑化に伴い、事業者による維持・修理が発展した。そのために、市場は、製品の価値を引き上げ、顧客を固定できる企業の発展を必要とした。一方で、知的な仕事を行う出版会社、情報提供会社などの企業も成長してきている⁷⁷⁾。このように、サービスは独立した企業の発展によって生じた。

このような序章のあと、彼はサービスをいくつかに分類して論じている。

(i) 個人向けサービス

(a) 知的なサービス

知的なサービスは、伝統的には、自由専門職の

仕事であるが、消費者が取引に関わる可能性が高くなった現在、旅行代理人や銀行業によるものが増えている。これらが発展し、様々な競争がなされるようになって、助言サービスなどが誕生すると同時に、商事事業者による知的なサービスも現れた⁷⁸⁾。

まず、自由専門職による知的なサービスであるが、それは「技術的なものを素人にわかりやすく説明すること」が目的であり、ここから助言という考え方方が生じる。しかし、事業者には、顧客の無能ゆえに、助言義務を超える一層重い義務が課されることもある。例えば、建築家は助言を与えるにとどまらず、仕事を監督したり、見積書を作成しなくてはならない。このような事業者の債務は、通常手段債務である。その場合、クライアントは助言者のフォートを証明しなくてはならない。しかし、このような原則が修正される場合もある。例えば建築家は完全な建築物を作らなくてはならず、あまりに建築物が早く崩壊した場合にはフォートが推定される。また、給付の規格化及び商業化が、事業者の責任を重くする⁷⁹⁾。

一方、商事事業者によってなされる知的なサービスも存在する。例えば運送人は、物品の運送だけでなく運送の管理も行う。商事事業者による知的なサービスにおいても助言義務が生じる。彼は、対象物の利用条件や装置の特徴を助言しなくてはならない⁸⁰⁾。

このように役務提供者の責任はより重くなっているが、それは、企業によってなされるサービスの発展の結果である。

(b) 物的なサービス⁸¹⁾

例えば自動車修理工場の経営者、修理工、貨物取扱係は、その仕事を、目的あるいは給付の手段となっている物の存在なくしては実現できない⁸²⁾。このようなサービスは、伝統的には職人によって行われてきたが、近年は機械化によって様々な複雑な契約の中に溶け込んでいる⁸³⁾。例えば修理については、契約成立まで事業者は説明義務を負うが、顧客はその説明に答えるべく見積もりを提供しなくてはならない。ここに事業者の情報提供義

務の修正がみられる。一方、修理の履行は結果債務であり、その際危険の予測義務を負う⁸⁴⁾。

(ii) 企業向けサービス

近年では、多くの企業が、組織及び管理に不可欠な仕事を達成するために外的なサービスに依存している⁸⁵⁾。例えば、企業はメンテナンスなどのサービスを受ける必要がある。また、絶えず最先端の情報が必要であることから、助言なども必要である。特に助言はより多様な活動の中で見受けられる。企業も自分の専門外では助言を必要とするからである。

(iii) 現代のサービスの特徴

以上の2点を踏まえ、グルロンは現代のサービスの特徴について次の2点を示す。

まず、サービスの発展が伝統的な債務の強化、および新しい債務をもたらしていることを指摘する。この例として、本論で強調されていた助言義務があるだろう。

また、サービスが事業性から生じるものであることを強調する。しかも、それが、法的な債務の複雑化、標準化をもたらすとするのみならず、企業間の協力、企業グループ化をももたらしていることをしめしている⁸⁶⁾。

(IV) サービスの給付の法的規制

サービスを法的に捉える場合には、サービス給付概念を決定することが必要であり⁸⁷⁾、その際、いかなる内容の債務が課されるかというサービス概念の内容の正確化、及び、サービス概念を他の法的概念との関係で検討するという2つの作業が必要である。このうち前者については、前述した助言義務などの新しい義務の重要性が繰り返されている。ここでは後者について述べる。

サービス概念との関係で重要なものとして、彼は役務提供者の概念をあげる。サービスの独特的役割は、それが事業者によってなされるときにしか表れない。このことは、個人によるサービスと比較するとわかる。事業者のサービスは、事業性の行使である。つまり、一定の金銭的利益を引き出すための、独占的あるいは非独占的な活動である。この結果、契約の反復性が生じる⁸⁸⁾。他方、

事業性が相手方を交渉力の弱い立場に置くことも見逃せず、その結果として、事業者は情報提供義務などを結果債務として負う。いずれにせよ、事業性という特徴は、サービス法の発展を認めるためのものだ。

(V) 結論

最後にグルロンは、サービス活動の差異およびサービス提供者の異質性ゆえに、サービスの統一化の困難は残されたままであるとしながらも、以下の原則は引き出されるとする⁸⁹⁾。

第1に、その目的によってサービスを分類することができる。この結果、配置契約、メンテナンス契約、助言契約の3つにわかれ、特に後者2つが現代的な活動である。

第2に、サービス契約の当事者の重要性である。受給者あるいは提供者の質によってサービスを分類することは可能である。具体的には、個人向けサービスか企業向けサービスか、および、職人によるサービスか自由専門職によるサービスかである。もっとも、これら2つの分類は、相関関係にある。すなわち、企業としてのサービスは、現代的及び重要な企業によってなされ、一方、個人によるサービスは、伝統的な提供者によることが多い。

(2) 評価

グルロンのテーズは、サービスについてその履行主体および内容から綿密な分類を行った大規模なものである、サービスの内容を、主に事業者という主体と関連しつつ分析している点は、前述した請負契約における主体の重要性とも共通し、興味深い。サービスを、契約類型からではなく、「事業者」という主体の性質によって分類している点は、本稿のモチーフに対する有益な示唆となる。また、サービスについて、それを履行する事業者にどのような責任が課されるかという観点から問題をとらえている点は、後述する事業者責任論と同型的である点で特徴的である。

第3款 議論の国際的発展—サービスに関する

EC指令をめぐって

フランスのサービスについて見る場合、ECの

動きに触れないわけにはいかない。ECでは、1985年の製造物責任指令に続き、役務提供者の責任に関する指令の作成が進められた。原案が1990年1月に出され、その後同年11月に出された修正案が「サービスに関するEC指令案」である⁹⁰⁾。

役務提供者は、故意又は過失により役務提供に際して人の健康及び身体的完全性ならびに役務提供の対象物を含む動産または不動産の完全性に生じた損害について責任を負う（1条1項）⁹¹⁾。これはフォートに基づく責任であり、客観責任である製造物責任指令とこの点で異なる。原案では「サービスの提供者はそのサービスの欠陥によって生じた損害について責任を負う」という製造物責任指令同様の客観責任が規定されていた⁹²⁾。修正の理由は、サービスが本質的に様々なもので、製造物のように、事前にコントロールすることができないからである⁹³⁾。フォートの判断にあたっては「役務提供者の行為が通常かつ予見できる条件の下で正当に期待されうる安全性を確保しているか否か」が基準となる（1条3項）。この基準は、製造物責任指令と同じレジームに基づき⁹⁴⁾、これによって、より客観的で明白なフォート概念が確立された⁹⁵⁾。なお、「損害及び役務提供と損害との間の因果関係」は被害者が証明しなくてはならないが（5条）、フォートの不存在は役務提供者が証明しなくてはならない（1条2項）。

次に、2条には「役務」の定義規定がおかれた⁹⁶⁾。これは一見多様なサービスをカバーするように見えるが、指令案は、「人の健康及び身体の完全性、あるいは、動産、不動産の身体的完全性に打撃をもたらしうる」サービスにのみ関心がある。その結果、保険、助言、金融サービス、法的、税務サービスなどは、原則として除外され⁹⁷⁾、他に、公安サービス、主催旅行等にも適用されない（2条但書）。

4条には、「損害」が定義されている。指令案は直接的な損害にのみ限っており、例えば機会の喪失は賠償されない。また、人損、物損などに限られており、経済的損害は賠償されない。これは、製造物責任指令における「損害」概念と同様であ

る⁹⁸⁾。

この指令案は、1990年11月9日に採択され、肯定的な評価が下された一方⁹⁹⁾、客観責任ではない点、及び、懸案であった医療サービスや建築サービスが、指令案の対象からは除外される点で批判され¹⁰⁰⁾、結局、1994年に指令の採択は断念された¹⁰¹⁾。その理由は、主に2つある。第1に、指令案はフォートに基づく責任であるものの、証明責任が転換されたものであり、客観責任である製造物責任指令との違いもあって、懸念が示されていた。第2に、規定が区別もなく全てのサービスに適用される点で、事業者からの批判が強かったためである。そのため、共同委員会は全てのサービスを対象とすることを断念し、次の3つの方向性をとることにした。第1に、司法手続に関するサービス、及び、売買後の保証サービスを対象とした規定の作成、第2に、消費者の情報の改善、第3に、特別な保護が必要な部門、とりわけ、医療、建築における規則を定めることである。特に、第3点目が画期的であるとされる¹⁰²⁾。

このようなEC指令をめぐる動きは、2つの点で興味深い。まず、原案と指令案との違いに見られるように、「物」と「サービス」と同じレジームに従わせることができるかについての葛藤が見られる。製造物責任指令と同様のレジームが放棄されたことから、「物」のレジームは「サービス」にはあてはまらない、という見解がとられたといえるが、他方で、そうすることによって、「サービス」提供者の責任が、「物」の提供者の責任よりも軽くなることも懸念されている。このように「物」と「サービス」の関係をめぐる議論の揺れ動きを見ることができよう。また、EC指令が断念された事実には、全てのサービスを1つの法律で把握することの限界が表れている。もっともこれは、1つの法律で把握すること自体が不可能なのか、それとも、EC指令の内容次第では統一的な立法が可能なのか、2つの解釈の余地がある。しかし、本稿ではこの点についてはこれ以上立ち入らない。

第4款 現状

最後に、フランスの役務提供契約に関する最近の論文を参考に現状を確認する¹⁰³⁾。

役務提供者に課せられる責任は、あるときは、フォートに基づく責任、いわゆる手段債務である。例として、医者や弁護士がある。他方、客観責任、すなわち、結果債務の責任を負うこともあり、例えば建築者がそうである。もっとも現在では、両者の中間的な責任として、フォートの推定を伴う責任、いわゆる「強化された手段債務」が存在し、例えば、自動車修理工のサービスがこれにあたる。以上の責任の多様性は、サービスがあるときは助言など知的なサービスであり、また別の場合は修理など物的なサービス、さらにはこれらを組み合わせたサービスなど、多様なものであることに由来する。もっとも、製品と違ってサービスはその事業者の特殊性・専門性によって履行されることが多い。提供者の事業性は、システムティックに客観責任を課す。その際、事業者によるフォートは、当該事業者が、同様の状況で事業者が負うべきとされるすべての忠実さとあらゆる注意深さをもって実行せず、その結果、損害が引き起こされたということにある¹⁰⁴⁾。

一方、役務提供者の責任に対して民法の契約類型はどのような関係にたつか。一般に役務の提供は、仕事の賃貸借あるいは請負とされる。しかし、これらの規定はわずかな条文からなり、そのレジームも不明確である。その結果、債務の本質及び提供者に課せられる責任の本質は、結局、給付のタイプによって決まる。例えば、提供される債務が知的な債務だけであれば、その債務は手段債務であり、一方、物的なサービスは、結果債務であり、完全責任が課される¹⁰⁵⁾。

なお、契約責任と不法行為責任の区別はそれほど問題とならない。事業者が責任を負う多くの場合がフォートに基づく以上、それが契約上のフォートなのか、不法行為上のフォートなのかはあまり重要でない。提供者の責任を課すのに十分なフォートであればよいのである。また、サービスによって偶然にも第三者が被害者となったときは、契約当事者がサービスから直接に享受するの

と同様の賠償がなされることが多いといふことも、理由としてあげられる¹⁰⁶⁾。そもそも、サービスによって第三者が被害をこうむることはまれであり、被害者は通常契約相手方である。この結果、契約責任と不法行為責任の区別はそれほど重要でなくなる。

第3節 評価

以上のフランスのサービス契約論を、検討した4つの段階にわけてまとめよう。それらは、「物と同様のレジームをサービスにも」という命題がサービスへの対処ゆえに必要とされた第1の段階、物とは異なる「サービス」の特殊性について意識され、研究されるとともに、その提供主体が事業者であり、彼らにどのような特殊な義務が課されるかが重視され始めた第2の段階、「役務提供者」の責任が構想されるも、「物とサービス」の区別について葛藤が生じた第3の段階、そして、「役務提供主体である事業者」が意識され、それを民法でどのように扱うかが述べられた第4の段階ということができる。

ここには、本稿が序論でたてた、役務提供契約を考える際の2つのファクターが表れている。まず、「物とサービス」という点である。これについては、「物とサービス」が同様のレジームに従うものでないことははっきりしているように思われる。しかし、両者をいかに区別するかについての結論は出ていない。それ以上に、役務提供契約の主体である「事業者」が意識されている点は、日本の役務提供契約論においては全く不十分な点であり、興味深い。サービスが事業者によって提供され、その結果としてどのような責任が生じるかという点が、フランスにおける役務提供契約論の中心となっている。

第3章 小括

以上、フランスにおける役務提供契約論について、民法上の請負・委任について確認した上で、様々な観点からの議論を検討してきた。その結果、まず、フランスにおいて、役務提供契約は請負契

約とされることが多いこと、しかし、その主体が事業者であることが意識されていることがわかつた。その後の役務提供契約論においても、サービスが事業者によって提供されるという点が徐々に意識されてきているが、事業者が用いる契約類型が請負であるという考えがなくなっているわけではないということも確認した。同時に、「物とサービス」の違いをどのように扱うかについては、フランスにおいてもはっきりとした答えが出されていないことも示された。

このようなフランスの役務提供契約論を参考にする際には、その中で意識されていた「事業者」についての議論が示唆を与えてくれるように思われる。「物とサービス」について明確な解答が出されていないことからも、「事業者」という主体論の方が有力な参考たりうるだろう。そこで次にフランスにおける「事業者責任論」について検討を加えたい。その際、フランスにおいて「事業者」がどのようなものとして捉えられているかという根本的な議論だけでなく、具体的にどのような義務が課されるのかという実践的な議論をも参考にすることで、日本のサービス契約論へのより具体的な示唆を求めたい。

第2部 フランス法における「事業者責任」論

第1章 総論

第1節 序

前述したように、フランスでは役務提供契約は請負と性質決定されているが、その利用主体が事業者であり、請負契約が事業者の活動を支えるものとして理解されていた。また、多くの役務提供契約論においても、サービスを提供する者が「事業者」であるという点に重点がおかれていた。そこで本章では、そのような「事業者」がフランスにおいていかなる存在としてとらえられているか、その結果、彼等にどのような責任が課されるのかを知るために、フランスにおける「事業者責任」論を検討する。以下、まず、「事業者責任」論の展開を追い、その後、現在の「事業者責任」

論の内容を具体的に検討する。

第2節 議論の展開

第1款 議論の端緒—リペール

リペールは、1938年に発表した論文¹⁰⁷⁾において、事業者の責任法に関する先駆的な研究を行っている。民法自体には、事業性に基づく法文の違いは見られないが、人々の活動が、特別法である事業者法によって導かれていると彼は言う。その上で、事業者の責任を考える上で重要なことは、事業の行使にあたって、どのような影響があるかを判断することである。リペールは、事業者特有の所有権概念、契約締結過程、不法行為責任、履行確保方法の順に、それが「事業者」性によってどのような影響を受けるかを述べているが¹⁰⁸⁾、ここでは本稿の関心に示唆的な不法行為責任の部分を紹介する。

民法典は、不法行為責任について、フォートに基づく責任の対象となる人の間に区別を設けていない。しかし、職業人のフォートは存在する。裁判官は、フォートの有無を判断する際、それが事業性の行使の中で犯されたことを重視する。事業者は、一般人に比べて、フォートを犯す機会が多い。なぜなら、その行動が大掛かりなものだからだ。また、事業活動の中には、他人にとって有害な活動もある。しかも、例えば薬の取扱いのように、危険が存在するにも関わらずその活動を認めなくてはならない場合がある。以上の点を考えると、事業者を通常の人と同様に扱うことはできない。裁判所は、責任を否定したいときには、重大なフォートでない限り責任を負わないし、逆に責任を肯定するときには、より軽いフォートの存在でよしとするか、特別な義務を課す¹⁰⁹⁾。

これらの証明責任は、本来被害者が負う。裁判所は、この重い証明責任を免れさせるために、安全債務違反による契約責任の理論を認めた。ここで彼は、安全債務が、契約によってではなく、契約当事者の社会的地位に基づいて課される点に特徴があるとする。例えば、判例は、空輸業者や旅行請負業者に対して、安全債務を負わせている。

このような契約責任の適用は、ある種の事業者にリスクを負わせることを認めることになる¹¹⁰⁾。

以上のように、事業性の行使には、その利点同様リスクが含まれているが、これら両方が考慮に入れられることを彼は指摘する¹¹¹⁾。

リペールの議論は、民法が「事業者」を考慮する側面を紹介したものであり、その展望を肯定的に述べたものだが、そこでは、単に事業者が他に比べて地位が高いということでなく、事業者の活動、すなわち、「事業性の行使」が重視され、キーワードとなっている。

第2款 議論の発展—タンク・サバティエ・シュールタン

(1) タンク

以上のようなリペールの議論を受けて、タンクが、1951年に事業者の契約法について論じた。彼は、まず前提となる「事業者」概念を決定する。それによると、事業者とは、第1に、企業と商人であり、第2に、弁護士、医者などの自由専門職である。しかし、いつも同じ活動を行う者を事業者とするならば、農業、商事代理人など、通常の仕事を行う者も含まれ、職業民法においては以上の数多くのカテゴリーが必要であるとする¹¹²⁾。

タンクは、次の2点を、重要なファクターと考える。第1に、民法典1137条が債務者に課している「善良なる家父の注意」の基準を事業者に適用する際には、どのような配慮が必要かである。第2に、事業者契約法が事業者の慣習、規則などによって規定されているということが、契約法にどのような影響を与えるかである¹¹³⁾。

民法1137条の「善良な家父」の基準は、事業者の債務内容の決定にはふさわしくない。事業者について、1137条は「善良なる事業者としてのすべての注意」、より正確に言えば、「その特別な地位の善良な事業者としてのすべての注意」と解されるべきだとする。なぜなら、事業者によって、その具体的になされるべき行為は多種多様だからだ¹¹⁴⁾。

このような事業者の債務には次の3つの特徴がある。第1に、彼らは習慣的な活動を行い、どん

な職務であってもよりよく履行しなくてはならない。彼らは、知識や必要な資格を獲得し、ふさわしい場所を確保し、協力者を集め、役立ちそうなものを提案しなくてはならない。以上のように、事業者は、有能で、個人には期待できないような注意深さを備えた存在であることが望まれる。その際我々が事業者に期待する能力、注意深さは、その専門性の程度とともに増加する。例えば、肺の手術で肺の専門家がミスすることは許されないが、そうでない通常の医者であれば許されうる。逆に言えば、事業者も、彼の専門外においては、「通常人」でしかなく、例えば、「肺の専門家」は、臨床医が知っているような医学一般の知識を有している必要はない¹¹⁵⁾。第2に、事業者は技術者である。技術とは、事業者の計画を実現するための科学的運用である。個人は、事業者の技術を期待して事業者に頼るのであり、その結果、事業者の債務は大きくなる。逆に、技術は、債務の広がりと質を限定するものとしても働く。第3に、彼は、事業者間に見られるヒエラルキーを指摘する。例えば、外科医は、看護士に対して、患者に関する全ての指示を与えなくてはならないが、看護士に代わって患者の側でずっと看病をしたりする必要はない。

もっとも、事業者がいつも個人よりも高い義務を負うという結論は引き出すべきでないと彼は言う。事業者にとってあれ、結果が不確かなことがあるからである¹¹⁶⁾。

次に、事業者契約に影響を与える法源として、タンクは、慣習及び同業組合法をあげる。

まず、慣習は、とりわけ事業者契約の場合にきわめて特別な重要性をもつ。彼によると、慣習は、正確で法典化されたものであれば何であっても、公証人や建築家などを支配する。事業者の慣習の大部分は、契約義務の内容に関係がある¹¹⁷⁾。しかし、事業者の責任に関してむしろ重要なのは同業組合法だと、彼は述べる。例えば大規模な鉄道会社、銀行、保険会社、運送会社は、通常顧客に課す契約条件を固定化し、それを「組合加入者」に「規則」あるいは「通達」によって伝える。そし

て、契約条項が契約書に印刷され、それが頻繁に用いられるようになると、事業者による条項が、顧客にとっても当然知つておくべき知識となるし、同時に、それが常用化されることによって、当事者の意思から独立した存在となってくる¹¹⁸⁾。このように、法分野内部を規定しているのは「契約」ではなく、契約の外観を呈した同業組合法でしかない。同業組合法が、事業者の大部分の当事者を支配している現在、これは重要な問題である¹¹⁹⁾。

彼は、以上のように事業者契約法は単純に民法典1137条の適用の結果ではあるが、慣習及び同業組合法の影響を受けて、さらに変化しているとする。

(2) サバティエ

次にサバティエは、リペール、タンクの議論を受けて、民法を基本としつつ他の法律をも参考にしながら、事業者の概念の正確化、分類を行った。彼は、例えば商法、労働法、土地法など、いくつかの法律において練り上げられた事業者法をロジカルにまとめるのは民法の役割ではないかとして¹²⁰⁾、事業の概念構築および事業者の分類を行う。

まずサバティエは、事業性を「所得の獲得を目的として、習慣的に行われる活動」と定義する¹²¹⁾。彼は重要な概念として、第1に所得概念をあげる。もっとも所得を得ているからといって、すべての仕事が事業性の行使を示すわけではなく、営利目的か否かが基準となる¹²²⁾。ただし、自由専門職の場合は、営利以上にサービス精神が重要であっても、顧客がその人を大いに信頼して依頼することによって事業者とされる。第2に、事業者の活動の「習慣性」をあげる。習慣及び公的な活動は、「事業性」という外観を形成する。その際、活動の回数の繰り返しによって特徴づけられるのではなく、その活動に規則的に割かれた時間によって判断されるという¹²³⁾。

次にサバティエは、事業者の分類を試みる。

事業者については、これまで長い間民事事業者と商事事業者という区別がなされてきた。しかし、事業者の分類はさらにいくつかの観点からなされるべきである。まず、サバティエは、活動の目的

による分類、すなわち伝統的な商業・農業・工業・自由専門職の活動の区別をあげている。なお、どのカテゴリーにも属しない事業者は、多くの場合自由専門職のカテゴリーに入れられることになる。これらの区別は、法的な基準よりも、むしろ社会的・経済的な基準によって築かれる¹²⁴⁾。

しかし、現代においては、独立した事業者における社会的・経済的な差異が緩和されてきている。農業関連企業においても、社会的メカニズムの利用、多くの給与労働者の採用、機械化、会計組織など、伝統的には商事企業で見られたものが行われている。では、これらの区別が緩和されてきているのであれば、事業者を別の観点から区別することはできないか。その一例として、企業の大小による区別が考えられる。従って、取引の売上が取るに足らない小さな店を大きな会社と同様のレジームに従わせることは合理的ではない。また、税法は、大企業と小企業とを区別している¹²⁵⁾。

最後に、サバティエは、以上の検討を踏まえて、事業者法を分析する際には、事業者の概念を決定するだけでは不十分であるし、だからといって、事業者の分類のみでは問題があるとする。事業者集団の組織化、その特有の法の発展など、多様な観点からの分類を行わなくてはならないとする¹²⁶⁾。

(3) シュールタン

シュールタンは、論文において、職業法は民商法の原則から反れた消費者保護の探求の結果であるとしている¹²⁷⁾。このように「消費者保護」という言葉が出てくる点が、これまでの議論と異なる。彼は、事業者責任と、契約責任・不法行為責任という伝統的な区別との関係について検討を加えた。

損害をひきおこした事業者は、悪意の売主と同視される。このように、「事業者」であることによって、単なるフォートが重大なフォートであると決定される¹²⁸⁾。事業者のフォートは、事業者の特殊性、専門的能力、同業者の法律など、具体的な事実をもとに決定される。このように、事業者という考え方は完全に独創的なフォートの概念を生じさせる。

事業者の特別なフォートという事業者責任の特

殊性の結果、実務上、契約責任と不法行為責任の区別が放棄され、むしろこの区別と矛盾している。例えば、契約関係が存在しないにも関わらず、契約責任だとされることがある。そもそも裁判所は、事業者責任を採用するにあたって、責任の性質決定を好まない。例えば、公証人の責任について、判例は、契約責任か不法行為責任かの性質決定には労を負わず、官吏のフォートをひきだすことによって満足している。さらに、判例は、契約責任か不法行為責任かの性質決定において、契約関係の有無ではなく、どのような事業者であるかによる判断を行う。例えば、公証人の場合、それが公的な官吏の責任として考えられれば不法行為責任だが、それが受任者及び財産の管理人と考えられれば契約責任である¹²⁹⁾。

契約責任・不法行為責任の区別との矛盾を示す例として、他に、免責条項及び制限責任条項がある。例えば製品・役務に関する消費者の保護及び情報に関する1978年法35条は、事業者が経済的地位を濫用している条項は書かれざるものとみなすとしているが、このような事業者の免責の不可能性は、契約責任の特徴に矛盾する¹³⁰⁾。

以上のように事業者責任を自律的なものとして捉えることで、契約責任か、不法行為責任か、といった疑問や、適用される法律が被害者の人的性質（顧客か、第三者か）によって異なるという事態をさけることができる。事業者責任の自律性は、事業者の活動の特殊性を考慮に入れたものである。事業者は、契約当事者であるということではなく、事業者であるということで責任を負う。また、事業者責任は、事業者が特別な存在であって、無能な顧客と向き合っているということを考慮に入れている¹³¹⁾。

第3款 現代型議論ール・トゥルノー

これまでの議論が、事業者責任の本質を探ることに主眼がおかれていたのに対し、消費者保護などの現代的要請から、より具体的かつ実践的な事業者責任論を開いたものとして、ル・トゥルノーの研究がある。ル・トゥルノーは、複数の論文及び本で事業者責任について、様々な観点から

検討を加えている。

彼は、「消費者法は存在するのに、事業者法は存在しない」とする。これは、消費者法は立法によって確立したが、事業者については、判例によっていくつかの義務が課されているのみだということを示した言葉である¹³²⁾。しかし、このような判例による事業者責任論の形成は、消費者保護の中でその役割を果すと同時に、事業者義務が複雑化及び増大することを示すことによって、契約がかつてよりも複雑・多様になったことを示した。また、事業者責任が民法を向上させ、豊かにし、柔軟さをほどこし、あらゆる取引、状況、発展に適合するものにした。事業者責任の発展は、法の欠落をうめ、立法者の怠慢を補う役割を果たしてきたのである¹³³⁾。このように、彼は判例によって事業者法ができたこと、およびその役割を強調している。

具体的に彼はある雑誌論文¹³⁴⁾において、事業者責任について、事業者と素人の間、及び、事業者間での責任にわけて検討している。さらに別の雑誌論文において¹³⁵⁾、「事業者契約法」の発展は、事業者の注意深さ（diligent）の洗練として表現され、それはさらに無数の特別な、巧みな義務に分解されるとする。具体的には、正直さ、好意、礼儀正しさ、忍耐を、事業者活動に必要不可欠な要素とする。

事業者は、自分の仕事に関するすべての規制を知っておくべきであり、同時に契約を締結したら、法律と債務の範囲についても熟知しておかなくてはならない。また、事業者は、サービスを効率的にする設備を整えていなくてはならない。また、クライアントの不器用さを見込んだ行動をとるべきである¹³⁶⁾。以上のような事業者の「注意深さ」から求められる義務として、例えば説明義務や助言義務がある。これらの債務は、原則として結果債務である。

他に、彼は、事業者に求められるものとして、礼儀正しさ、寛容さ、好意をあげる。事業者は紳士として行動すべきだという。

その後、ル・トゥルノーは、事業者責任につい

ての体系書¹³⁷⁾を発表した。この内容は、事業者責任の現状の説明にあたると思われる。そこで、これらの内容については、次節で詳細に扱う。

第4款 評価

以上、フランスにおける「事業者責任」論を、歴史的な流れにそって見てきた。これを大まかに要約すれば、法律が事業者を特別な存在ととらえるのはなぜか、という根本的な問いの解明を試みたりペールの議論が事業者責任論の端緒となり、その後、彼の議論をいくつかの観点から引き受けたのがタンク、サバティエであった。タンクは、事業者の特殊性を「善良な家父の責任」という民法の規定とどのようにリンクさせるかを検討する一方、事業者法の法源として、慣習、同業組合法をあげた。彼の議論は、リペール同様、事業者の特殊性について、それが法律にどのような影響を与えるかを検討しているものであるが、そこで対象とされる法律が民法である点で、より民法典との関係が意識されたものである。次に、サバティエは、リペールの議論をきっかけに、「事業者」概念について研究している。これは前2者同様、事業者責任論の基礎研究であるが、民法のみならず、商法、労働法など様々な法律が参考にされているのが、その新しい点である。このように、初期の事業者責任論では、「事業者」概念、事業者責任が課される根拠をめぐる基礎的な研究がなされた。

一方、シュールタンの研究は、このような基礎研究と消費者保護論との狭間にある。シュールタンは、事業者責任論を、消費者保護の探究の結果であるとした。このような観点は、これまでの研究には見られなかったものである。しかしその一方で、彼の研究も、事業者責任論と契約責任・不法行為責任との関係という、民法の基礎的な研究と評価できる。その基礎研究が、事業者責任論が消費者保護の中で具体的な義務を形成しながら発展し、自律的なものとして捉えられるに至っている時代背景の中でなされている点が、これまでの研究と異なるのである。

この消費者保護の観点を強め、しかしそれだけ

にとどまらず、判例を分析し事業者に課される義務について具体的に研究したのが、ル・トゥルノーである。彼は、事業者責任論が、判例によって形成されたものであることを強調する。この点は、主として立法を対象としていた伝統的な研究と異なっている。この違いは、「事業者」の特殊性について検討を加えるという基礎研究であるこれまでの議論とは異なり、実際に事業者にどのような責任が課されるかについて、実践的な議論である点に表れる。

しかし、彼の議論は、単に事業者にどのような義務が課されるかにとどまつたものではなく、伝統的な事業者責任論に現代の契約の特徴を加味したものである。そこで、彼の議論を、現在の事業者責任論の具体的な内容として、節を改めて紹介する。その際、前述した伝統的な議論についても、必要な限りで参考にする。

第3節 具体的な内容

第1款 責任の根拠

(1) 事業者の定義

事業者とは何か。第1次的には商人である。リペールはこの点を重視した¹³⁸⁾。しかし今では、自由専門職など、商人ではないものも事業者であるとされるし¹³⁹⁾、自然人、法人を問わない。このような事業者の基準には、次の3つがある¹⁴⁰⁾。まず、行動態様である。いつも同じやり方で習慣的に事業活動を行っていることがポイントである¹⁴¹⁾。次に組織の有無である。最後に、優位性である。すなわち、知識、技術などの点で素人に対して優越している玄人が事業者なのである。

もっとも、事業者概念は相対的なものである。すなわち、経済的要素、企業のあり方等によって異なる。例えば、田舎の医者と都市の医者、クリニックの医者とインターの医者、通常の受任者と商事代理人、仲介人と取次業者との間には大きな隔たりがあり、これらの多様性が、とりわけ責任に関して法的な差異をもたらしうる¹⁴²⁾。

(2) 事業者責任の根拠

事業者責任が課される根拠として、伝統的には、

まずリペールが事業活動の大規模性、危険性をあげ¹⁴³⁾、その後、事業活動の習慣性、営利性、及び、事業者が高度な技術者であることが意識されていた¹⁴⁴⁾。一方、1980年代の議論では、消費者保護という目的が意識されている¹⁴⁵⁾。以上の流れは、伝統的議論においては、事業者責任の根拠が事業者の特殊性に重点をおいたものであったのに対し、その後の議論においては、消費者保護という現代的要請が反映されたものである、とまとめることができる。

第2款 責任の内容

ここではル・トゥルノーの分類に従い、2つにわけて検討する。

(1) 普通法上の責任—責任の程度の特殊性

事業者の場合には、フォートの基準が具体化・特殊化される。例えば、タンクは、これを「より特別な地位の善良な事業者としての全ての注意」と読み替えた¹⁴⁶⁾。但し、「事業者」の概念は、前述したように相対的なものであるから、フォートの基準は、その事業者がなす活動の経済的重要性や、事業者の専門性の度合いによって変わってくる。

このフォートがいかなるものであるかは、手段債務・結果債務の基準による。まず手段債務の場合、債務者は債権者に対して、最良の方法、現実のデータ、最高の注意を用いて、すなわち「最善を尽くして」、辛抱強くサービスを提供すれば十分であり、結果の達成までは要求されない。この場合、債権者は、債務者のフォートを証明しなくてはならない。一方、結果債務においては、債務者は仕事達成に適切な手段をとることのみでは不十分であり、約束した結果を実現しなくてはならない。このような場合、債務者のフォートは推定され、債務者は不可抗力の存在を証明できない限り、責任を免れることはできない。事業者契約においては、結果債務と判断されることが多い。もっとも、今日では手段債務・結果債務の区別が不明確になっている。その結果、債権者が債務者のより軽いフォートのみを示せばよい「強化された手段債務」や、債務者がフォートの不存在を証

明することで責任を免れ得る「緩和された結果債務」が存在する¹⁴⁷⁾。

(2) 事業者に特殊の責任—責任の内容の特殊性

次に、主として判例によって形成され、事業者に特別に課される責任について述べる。

事業者契約においては、いくつかの特別な債務が課される。このような債務の最大の特徴として、それが当事者間では明示されていないにもかかわらず生じることがあげられる。その際、2つの手段によって債務が課される。第1に、1134条3項の「信義誠実(bonne foi)」である¹⁴⁸⁾。第2に、1135条である¹⁴⁹⁾。

それらは、誠実さ、効率性、安全性という3つのカテゴリーに分類することができる¹⁵⁰⁾。

(i) 誠実さから派生する債務

a) 契約履行義務

民法典1134条1項は、契約履行義務を規定している¹⁵¹⁾。事業者の場合、できるだけ適切な手段で契約を履行しなくてはならない。この判断にあたっては、当事者の意思の解釈が重要になる。また、事業者は決められた時期に履行しなくてはならない¹⁵²⁾。

これに関しては、事業者が第三者や下請負人を用いて履行することの可否が問題になる。本質的にはその契約が考慮され、例えば、助言は事業者自身が履行することが求められる。また、契約条項にその旨書かれている時も、事業者自身で履行しなくてはならない。以上の場合でなければ、事業者は自由に第三者、下請負人を用いていい。もっとも、そうであっても、事業者自身が相手方に対して責任を負う。

b) 説明義務、情報提供義務、助言義務

情報提供義務、説明義務は、特に相手方が消費者である場合、またとりわけ危険なものを扱う契約の場合に課せられる。それは法律によって課せられる場合もある¹⁵³⁾が、それだけでなく、より一般的に課せられる¹⁵⁴⁾。ここで、説明は、相手方にとて理解できるもので、正確かつ適切に、また状況に応じたものとしてなされるべきである。もっとも、この義務の不履行は顧客が証明しなく

てはならない。つまり、説明義務は手段債務である¹⁵⁵⁾。

事業者は、相手方に対してその給付の限界、技術的拘束、さらされる危険についても知らせなくてはならないし¹⁵⁶⁾、場合によっては相手を思いとどまらせなくてはならない。さらに事業者は、失敗の見込みが高い場合には顧客に要求された仕事を拒否し、顧客に警戒を促すことが求められる¹⁵⁷⁾。

多くの場合、事業者は、説明のみならず助言をも行うことが義務付けられる¹⁵⁸⁾。助言の目的は、相手方を有利な選択・決定へと導くことである。ありうる多様な結論の中で、彼は、顧客の利益に経済的により適した、その上平等な提案を行わなくてはならない。

もっとも、当事者関係の長さが、助言義務の強化あるいは軽減をも引き起す。また、顧客の社会的身分、及び技術の程度が考慮に入れられる。これについては後述する。

c) 忍耐義務

事業者は、その仕事に固有で、予見不可能な困難に出くわすことがある。しかし事業者は、その能力ゆえに、それらの困難さに立ち向かわなくてはならない。また、同様の理由から、事業者は、委ねられた仕事が完成するまで契約の履行を続けなくてはならない¹⁵⁹⁾。例えば、建築家及び請負人は、委託された建物の建築が終わるまでは仕事を続けなくてはならない¹⁶⁰⁾。これは、相手方が契約の義務を果たさない場合を除き、課される債務である¹⁶¹⁾。

d) 忠実義務

事業者は、忠実にその契約を履行しなくてはならない。例えば、民法は、受任者に対して、代理によって実行する任務をあらゆるやり方で履行することを義務付けている¹⁶²⁾。また、履行中は事業者はクライアントとの関係にとどまっていなくてはならないという透明性も要求される¹⁶³⁾。

e) 相手方の利益を尊重する義務

忠実義務は、契約相手方の利益を尊重する義務をも要求する。ありうる結論の中で、相手方の利益にとってより好ましいものを提案、採用しなく

てはならない。それが、事業者にとって不利であってもそうしなくてはならない。しかし、医者を除いて、より完璧で新しい技術や手段を提案・利用することまでは義務づけられていない¹⁶⁴⁾。

f) 契約の履行を容易にする義務

相手方の利益を尊重することから、相手方に必要な、道具、物を提供することによって、契約の履行を容易にする義務が導かれる。同時に、事業者は、相手方の給付の達成を困難ないし不可能にすることや、競争価格による実行を妨げることは禁止される。

これらの誠実義務について、近年では、宣伝広告や顧客に渡されたカタログなどを計算に入れる傾向がある。言い換れば、宣伝文句はそれを広めた商人を義務付け、その内容は契約に含まれるようになってきている。それは、事業者自身及び自分が話した言葉、書いた言葉への忠実さを強化する手段である¹⁶⁵⁾。

(ii) 効率義務

我々は、事業者にサービスを依頼する際、事業者による効率的な計画を求め、それによって結果が生じることを期待する¹⁶⁶⁾。それは、たとえ手段債務であっても同様である。ここから、事業者の効率義務が導かれる。もっとも効率義務とは結果を達成することを義務付けるものではない。あくまで、技術的効率性、知的実務の効率性などが求められる¹⁶⁷⁾。

これらの効率性は、事業者の有能さを示す。事業者は、自分の職業に関するすべての規定、及びその特別な利用法を知っているとみなされている。事業者は、技術を知り、支配しているし、検査及びコントロールを実行する能力を持っている。もしそのような能力がないと、フォートありとされる。職業人として、事業者は、技術の限界を知っているし、自分の能力を超える物への介入は拒むか、あるいは、専門家に頼るべきだとされる¹⁶⁸⁾。

(iii) 安全債務

安全債務は、事業活動によって損害を与えるすべての事業者に課される¹⁶⁹⁾。これは、事業者がその技術を支配し、素人である相手方に対してい

くらかのリスクを課すような契約においては、その不平等性ゆえに正当化される。安全債務は、事業者の忠実性を倍増させることから、教育上及び予防上も実益のある概念である。

安全債務は、原則的には契約の付隨的な義務であるが、場合によっては結果債務ともなり、手段債務ともなる。また事業者は、自分と関係する者であれば、顧客だけでなく誰についても、職業の行使においてその安全を保護しなくてはならない¹⁷⁰⁾。

第3款 特殊性

フランスの事業者責任には、次の2つの特殊な点がある。

(1) 事業者責任の修正（緩和）

a) 顧客に由来する修正

原則として、契約相手方は事業者に不明な点を問い合わせなくてはならない。購入者はある程度注意深くあるべきであり、購入の際商品を試したりして確認するのは購入者の責任である。さらに、もし購入者が同業者であれば、彼は瑕疵を知っているとされる。なぜなら、彼は自分で徹底的な検査ができるからである¹⁷¹⁾。

また、相手方がすでに説明を受けている場合も事業者の責任は緩和される。さらに、相手方が経験豊富であると「説明済み」とみなされ、情報提供義務、助言義務が緩和される。例えば、コンピューター・プログラムの購入者は、このように見られがちである¹⁷²⁾。

b) 事業者に由来する事情による修正

事業者の無知が正当化され、事業者の責任が軽くなることもある¹⁷³⁾。

第1に、事業者が顧客の必要性を知らない場合がある。例えば、顧客による説明が間違っていた場合には責任を負わない。このように、事業者の責任は顧客の協力の欠陥を理由に緩和されることがある。ただし、両当事者がすでに長い間取引関係にあって、サービス提供者が相手方の必要性を知っていると思われるときは、知っているのが当然とされる。

第2に、事業者が最新の技術について知らない

場合である。このような時は、その小売業者が当該技術の専門業者でない限り、説明義務などを課すべきでない。

c) 状況に応じた修正

以下のような状況下では、事業者の責任が修正される。第1に、無償の場合である。そもそも無償の場合、事業活動とはみなされないので、結果として義務も修正される。第2に、不測及び緊急事態の場合、言い換えれば不可抗力による場合である。第3に、慣習である。慣習、職業倫理によって、事業者の債務が緩和されることがある¹⁷⁴⁾。

(2) 事業者間でも生じる責任

ル・トゥルノーは、事業者間においても義務が存在することを述べる。

仕事の複雑化ゆえに、様々な部門において事業者集団が見られる。その場合事業者は、仕事を協力して行うべきである。特に、何人もの事業者が、同じ仕事を協力して行う時、ある者は、別の者に対して、自発的に情報を提供するよう義務付けられる。

また、情報提供義務や助言義務は、相手方が事業者である場合にも認められるが¹⁷⁵⁾、その程度は緩和される。その理由としては、慣習などの存在、あるいはそれについての知識を知っておくべきだということがあげられる。

第4款 評価

フランスの事業者責任論も、根本的には、事業者であることによって通常人とは違ったフォートが課されるというものである。しかし、フランスの事業者責任論は、単に「事業者に通常人よりも高い義務を課す」という「義務の引き上げ」論ではない。

第1に、「事業者責任論」の根拠など、充実した基礎研究が存在し、その上で、より実践的な事業者責任論が展開されている。この点から、事業者責任論が、単に消費者保護の必要に迫られてきたものではなく、民法のより根本に関わる議論であると言えるだろう。

第2に、日本でも、助言義務、情報提供義務などの存在は指摘されているが、フランスではより

細かく、忍耐義務、効率義務、など、日本には見られない義務が考えられている。もちろん、「義務」という名詞をつけたことすべてが明確になるわけではないが、ただ、「忠実義務」や「注意義務」とされるだけでなく、効率性、忍耐など、具体的にどのような状態をもって「忠実義務」、「注意義務」とされるかが示されているだけでも、明確性が担保されるだろう。また、それぞれの義務の強度が結果債務・手段債務の区別によっていた点も注目されるが、この点はなお検討を要する。

第3に、事業者の義務が緩和されることや、事業者間でも義務が生じる可能性が示されている。このような可能性は、単に「消費者を保護するために、事業者に高度な義務を課す」という議論からは生じないだろう。

第4に、「事業者責任論」が契約責任と不法行為責任の区別を超えたものされている点があげられる。事業者責任論は、契約を超えた、より幅広い責任論なのである。

なお、これらの事業者責任論は、前述したフランスにおける役務提供契約論と極めて類似している。このことは、フランスにおける役務提供契約論が、主たる提供者である事業者を念頭に置いたものであることを示しているだろう。

このようないくつかの特徴を備えた事業者責任論について、より理解するために、1つの具体例として、建築者の責任をとりあげたい。建築者の責任論は、現代のサービスの特徴である提供主体の複数性を反映し、「建築者」とされる「事業者」の多様性が見られ、極めて興味深いからである。

第2章 具体例—建築者の責任

第1節 序

フランスにおいては、建築者の責任についてさかんに議論がなされている。もっともそれらは、日本のように専門家責任論の1カテゴリーとしてというよりは¹⁷⁶⁾、請負の1つである「建築契約」という独立のカテゴリーとしての議論である¹⁷⁷⁾。しかし、フランス法の「建築者の責任」論は、「建築者」という「事業者」概念を再考させる意義も

有している。具体的に言えば、日本の「建築者の責任」がもっぱら「建築家の責任」であり、設計・監理契約の法的性質や、建築士の注意義務についての検討にとどまっているのに対し¹⁷⁸⁾、フランスにおける「建築者の責任」は、建築家だけでなく、建築という業務に従事、あるいは関係するすべての事業者の責任を念頭においている。このような責任主体の捉え方は、役務提供者の責任を検討する上で何らかの示唆を与えるのではないか。

そこで以下では、フランスにおける建築者の責任について検討するが、以上のような問題意識との関係から、検討対象は1978年改正の立法過程、その中でも建築者概念の広がりが見られる点に限定する。これは、「建築者」概念が前述のように捉えられるようになったのは、主に1978年改正によるからである¹⁷⁹⁾。

第2節 改正の概要

第1款 1978年改正前の状況

最初の改正である1967年民法改正前には、建築者の責任としては、1792条の10年間の担保責任が存在した。しかし、主には請負人の責任は認められず、また、建築家も手段債務しか負わなかった。

その後、住宅ブームそれに伴う住宅の質の低下などが問題となる中、1967年1月3日法によって、最初の改正がなされた。これは、建物と造作という二つの概念にわけ、前者を10年責任、後者を2年責任としたものである。しかし、これらの責任は、建築者のフォートが証明されない限り認められないとされていた点で不十分であった。また請負人については、特約で責任を排除することが可能だったということも責任の不備をもたらした¹⁸⁰⁾。

第2款 1978年改正について

以上のような立法の不備が指摘され、また、徐々に普及していた建築保険制度についても、その加入率の低さが問題となっていた¹⁸¹⁾。そこで、1973年にスピネッタ氏を中心とする委員会が設立された。スピネッタ委員会は、「利用者の効率的な保護」、「製造部門の発展の助長」、「建築部門のモラルの向上」を改革の柱とした¹⁸²⁾。このう

ち、利用者の効率的な保護としては、注文者を対象とする損害保険と、建築者に対する賠償責任保険の二本立てからなる保険制度の充実が目標とされた。また、建築者の責任逃れを防ぐ、すなわち建築部門のモラル向上のための一手段として、責任を負う者の範囲をすべての建築関与者に広げることが内容とされた¹⁸³⁾。

こうして、1975年にはスピネッタ・レポートが提出され、1977年3月には政府がコンセイユ・デタに法案を提出し、その後、元老院、国民議会による審議を受けて1978年1月4日に民法典改正法が成立した¹⁸⁴⁾。この主な特徴は、次の4点にまとめることができる。第1に、10年責任と2年責任に新しい目安が示され、また、新たに製造業者の責任¹⁸⁵⁾が新設された。第2に、1年の完全完成担保責任が新設された。第3に、1792条の5で、特約による責任の排除が禁止された。第4に、建築家と請負業者に対し、保険法241条の1¹⁸⁶⁾によって、賠償責任保険への加入が義務付けられた。

第3節 「建築者」概念について

第1款 序

1978年法の最大の特徴として、責任を負う「建築者」の広がり及びその明文化があげられる。これは、「建築者」の定義規定である1972条の1に端的に表れているが、「建築者」ではないものの、「建築者」と同様の責任を負う者として「製造業者」の責任が規定されたことからも言えることであろう。

第2款 1978年改正について

1978年法は、「建築者」とみなされる者として、「1 建築士、請負人、技術者、または仕事の賃貸借契約によって注文者に拘束されているその他のすべての者」、「2 自らが建設したか、または建設させた工作物を完成後売却するすべての者」、「3 工作物の所有者の受任者の資格で行動するにもかかわらず、仕事の賃貸人のそれに相当する任務を完成するすべての者」をあげている（1972条の1）。その他に、「不動産開発業者（promoteur）」¹⁸⁷⁾も同種の責任を負う。1967年法の「建

築士、請負人、および仕事の賃貸借契約によって注文者に拘束されているその他の者」と比較すると、その範囲が拡大し、かつ明確になった。

この改正がなされた理由は何か。以下、立法過程を見て検討する。

(1) スピネッタ委員会

スピネッタ委員会が改革の柱とした「利用者の効率的な保護」、「保証制度の確立による建築部門のモラルの向上」は、「建築者」概念の広がりにも反映されている。まず前者については、保険加入義務がすべての建築に関与する者に広げられることによって、責任が誰に課されるかを探求することなく補償が優先され、利用者の保護が実現されるという趣旨である¹⁸⁸⁾。一方後者は、リスクを社会全体で負担するというものであり、具体的には、被害者に対して迅速かつ完全な保証を実現するために、責任を負う者の範囲をすべての建築関与者に広げるということである¹⁸⁹⁾。さらに、全ての関与者に、責任ある行動をとる動機付けを行うことをも意図している¹⁹⁰⁾。

(2) 議会の審議過程

議会でも、すべての建築参加者に責任を負担させることが強調されている。例えば、元老院第1読会において、バロ氏は、注文者の保護を強化するためには、建築を担う「人」について定義する必要があるとしている。具体的には、請負人だけでなく、建築に参加するすべての者に関わる問題であり、注文主、施行主、技術管理者、製造業者など、多様化する建築参加者の責任を明確にする必要があるという¹⁹¹⁾。

もっとも、スピネッタ・レポートを受けて、政府が提出した法案には、現在の1792条の1の「建築者」定義規定はなく¹⁹²⁾、責任を負う「建築者」については1792条に、「建築家、請負人、他、仕事の賃貸借契約によって注文者と関係している者」と規定されているのみであった¹⁹³⁾。元老院の第1読会においてもこの体裁は維持された¹⁹⁴⁾。

しかし、国民議会第1読会において、リショーム氏、及びホワイエ氏が1792条の修正案を提出した。それは、「すべての建築家、請負人、…」と

していた規定を、「工作物の建築者はすべて」とするものである¹⁹⁵⁾。その上で両氏は、1792条の1の修正案を提出した。それは、1792条の「建築者」を具体的に定義したものであり、現在の規定とはほぼ同一の規定である。これは、建築者とされるものを正確に定義する条文を別に設けることで、建築行為に参加するすべての者をカバーしたいという理由による¹⁹⁶⁾。

その後、元老院第2読会では、1792条1項が「建築家、請負人、他、仕事の賃貸借契約によって関係しているすべての者…」という当初の規定に戻され¹⁹⁷⁾、また新たに「完成後建物（建築し、あるいは建築させたもの）を売る者、建物の所有の受任者の本質をもち、仕事の賃貸人と同化できる任務を達成する者も同様である」という2項が付け加わった。そして、1792条の1の定義規定を破棄し、当初の政府案に戻した¹⁹⁸⁾。しかし、その後の国民議会第2読会では、1792条の1に国民議会第一読会で可決された定義規定が復活し¹⁹⁹⁾、その後、国会同数合同委員会において同案が採用され、1792条、1792条の1が成立した²⁰⁰⁾。

このような糾余曲折を経て、1792条の1ができるあがったが、この過程は、簡単に言えば、責任を負う者の範囲について規定で定める必要性については一致しているものの、その規定の場所及び規定の明確さについての争いであったといえる。いずれにせよ、このような包括的な責任を負う者の範囲規定が、明確な定義規定を伴って設けられたのである。

(3) 評価

建築行為は、それに関与する者の多様性ゆえに、様々な主体による様々な契約の集まりとなっている²⁰¹⁾。そこで1978年法は、利用者の保護という目的で、「建築者」概念を直接あるいは間接的に建築操作に関わる全ての事業者あるいは専門家へと広げた²⁰²⁾。このように、建築に参加する者を全て「建築者」という事業者としている点は、「事業者」が、建築契約の当事者という観点からではなく、「建築」というサービスに関与する者という観点から導き出されていると言えよう。

第4節 製造業者の責任

ここで、「建築者」ではないが「建築者」と同様の責任を負うとされている者として、「製造業者」が責任を負うに至る過程を確認しておこう。

かつて、製造業者が契約関係にない注文主に対して責任を負うのは、①物あるいは設備の要素に瑕疵がある時、②利用者の用途に適しない時、③助言義務、情報提供義務違反がある場合であったが、常に責任が認められていたわけではなかった²⁰³⁾。

スピネッタ委員会は、この責任を創設する理由について、製造業者に連帯責任を負わせることで、製造業者が工作物の引渡後もその製品に無関心にならないようにすること、及び、建築に直接関与した者と間接的に関与した者との間に責任の不公平が生じないようにすることをあげている²⁰⁴⁾。また、元老院第1読会においては、次の2点がとりあげられている。第1に、利用者を保護するために、建築に参加したすべての者の責任を明確にする一環として、製造業者にも責任の推定を及ぼすためである。第2に、技術の発展に伴う、工業を中心とした新しい生産構造がもたらした結果であり、製造業者の責任を定めることは製造業の発展にも帰する²⁰⁵⁾。

改正法による責任の特徴としては、直接契約関係に無い者の責任を追及できること、しかもそれが特約によって排除できない強行的な連帯責任であることがあげられる²⁰⁶⁾。

第5節 評価

1978年法は、建築に関与している者を広く「建築者」とし、あるいは、「建築者」と同様の責任を負わせることで、注文者がどの主体に対して責任を追及しても同様の保護を得られるようにした。このように、フランスでは「建築」という「サービスの内容」を中心に、その「サービスを提供する者としての」責任を広く捉えている。また、日本の発想は、「建築者」が建築請負契約の当事者であるという契約からの発想であるが、フランスにおける「建築者」概念は、契約当事者という枠

組みを越えたものである。

以上のようなフランスの建築者の責任論は、「建築者」だけでなくすべての「事業者」を、契約当事者という観点ではなく、対象となるサービスから決定することができる可能性を示唆しているのではないか。

第3章 小括

最後に、第2部の検討についてまとめておこう。

第1章では、フランスにおける事業者責任論について、総論レベルでの検討を行った。そこでは、フランスの事業者責任論が、単に事業者に対して「高度な義務」を課すものではなく、「事業者」を民法の主体の1つという大きなレベルで捉え、「事業者」の特殊性は何かという、根本的な問い合わせた上で本格的な議論であった。もちろん、事業者にいかなる責任が課されるかについて、助言義務、安全義務、効率義務など、より実践的な観点からの検討も行われていたが、それらの責任も、単に消費者保護の必要性から生じたのみならず、伝統的な事業者についての基礎研究の上にたったものであった。また、そのような特徴をもった事業者責任論だからこそ、事業者の義務が「緩和される」ことや、事業者間でも義務が生じる可能性があるのだろう。このような事業者責任論がフランスにおいては役務提供契約論と共に通していることも、注記すべき重要な点である。

次に第2章では、事業者のうち建築者をとりあげ、各論研究を行った。その結果、フランスにおける建築者の責任は、「建築者」とされる範囲が、建築家、請負人などの建築に直接的に関与する者と、建築予定不動産販売人など間接的に関与する者の全てであった点で、非常に興味深いものであった。このように、フランスは「建築」という「サービスの内容」を軸に「建築者」を捉えている。これは言い換えれば、建築という事業活動の内容、つまり、その目的、技術などから「建築者」概念を構成しているのであり、「事業者」の決定にあたって、事業活動の特殊性をメルクマールとしていたフランスの事業者責任論とつながるもの

として理解することができるのではないか。

さらに、事業者責任論は、総論・各論とともに、契約類型を越えたものである。このことは、総論においては、指摘されていたが、各論、すなわち、建築者の責任においても、「建築者」を、「建築」という「サービス」の内容から決定していることからもわかるだろう。

以上のように、事業活動の特殊性からの発想である事業者責任論は、サービス契約において、そのサービスの特殊性から、サービス提供者たる事業者に責任を課す可能性を与えるものではないだろうか。もちろん、フランスにおいて「事業者」とされる者の範囲が広い点、及び、具体的にどのような責任が課されるかが明確な点も、サービス契約に対する示唆を与える大きな理由である。

結論

第1節 本稿のまとめ

第1款 フランス法から得られた示唆

日本における役務提供契約論は、委任か請負か、手段債務か結果債務かという、契約類型論及び債務分類論に終始しており、特に委任が中心となっている。しかし、委任（請負）の規定は、起草過程・学説を見ればわかるように、あくまで「カテゴリー」、つまり、「特定の状況の下で特定の契約にのみあてはまる枠組み」でしかなく²⁰⁷⁾、しかも、現在問題となっているサービスに完全にあてはまるものではない。

そこで、本稿は契約類型や債務分類論ではなく、その「カテゴリー」の主体である「事業者」の観点から役務提供契約論を構築することができないか検討した。

その際、フランス法における議論を参考にした。フランスにおける役務提供契約論は、契約類型としては請負が中心であった。このこと自体に委任にウエイトを置く日本との違いがある。しかし、フランスにおいては、議論は単に契約類型という「枠組み」に留まっていたわけではない。初期の議論は、「サービス」という客体の重要性が先行し、「物」のレジームを「サービス」へという準

用的な議論にとどまっていた。だがその後、「サービス」自体を扱う議論が登場し、そこでは、サービスの分類にとどまらず、サービスが主として事業者によって提供されることが強調され、彼らにどのような義務が課されるかといった点が議論されるなど、もっぱら「事業者たる役務提供者」にはどのような責任が課されるかという観点からの検討がなされていた。

そこで、次にフランスにおける事業者責任論について検討した。その結果、フランスの事業者責任論は、「事業者に特別な責任が課されるのはなぜか」といった根本的な研究の上になりたっており、単に消費者保護の必要にせまられて出てきた議論ではなく、その結果として、事業者に「高度な注意義務」が課されるとするのみならず、事業者にどのような責任が課されるのかについて、判例をもとに具体化されていた。また、消費者保護のための即席の概念構成ではないがゆえに、事業者間でも生じる責任であることや、逆に責任が緩和されることもあるなど、消費者取引のみならず多様な取引にも対応できることができた。具体的な事業者としては建築者をとりあげたが、ここでは役務提供主体の多様性を踏まえた上で様々な者が「建築者」とされており、「事業者」概念が、職業よりは、むしろ取引の目的となる客体、言い換えばサービスの内容によって決まるという興味深い点を示すことができた。

また、フランスにおいては役務提供契約論と事業者責任論の内容に共通点が多い。これは、フランスにおける役務提供契約論は、契約類型論や債務類型論だけからではなく、「事業者」という観点からもなされていることを示している。これは、本稿が目的とする多様な観点からの役務提供契約論の構築にあたって、有力な示唆を与えるものである。

第2款 日本法の可能性

以上のフランス法の議論には、「当該事業者にいかなる責任が課されるか」という観点から役務提供者の責任を検討する可能性が提示されている。この可能性はすでにいくつかの日本の裁判例にも

現れているのではないか。それを示す裁判例を紹介しよう。

(1) 東京地判平成7年10月27日判タ915号148頁

《事案》Xは、昭和63年8月、Y主催の「河西回廊・天山北路とカシュガルの旅」ツアーに参加したが、現地旅行会社の手配ミス、及び、バスの運転手の進行拒否によって、ガイズ村に行くことが出来なかった。そこでXは、Yの添乗員(Y₁)に、バスの運転手のサボタージュを阻止できなかった過失が、また、Yには中国語ができないY₁を添乗員として使用したことによる過失があるとして、Yに対して、債務不履行に基づく損害賠償を請求した。

《判決》裁判所はまず、Y₁は中国語がほとんどできず、効果的な交渉が行えなかつたとしつつ、「突然の事態に遭遇し、予定された旅程を実現するため、相応の努力をしたことが認められる」として、Y₁の過失を否定した。また、Yの過失については、Y₁が添乗員として問題ないと断定するのには疑問があるとしつつも、「ガイズ村小旅行が手配されていなかつたという突如判明した」状況を考慮すると「Y₁には中国旅行の添乗員として必要な基本的知識に欠けていたとは認められない」としてYの債務不履行責任を否定した。

(2) 京都地判平成11年6月10日判時1703号154頁

《事案》Xは、Y主催のフランス・ワールドカップ・サッカーの日本対アルゼンチン戦観戦旅行に参加したところ、観戦チケット不足のため、チケットを現地で抽選により配布すると説明された。結局観戦はできたものの、不安及び観戦できなかつた人達に対する気遣いから精神的苦痛を被つたとして、Yに対して債務不履行に基づく損害賠償を請求した。

《判決》旅行業者は旅行サービスの提供の手配をする地位にあり、旅行サービスの提供自体を保証するものではないとした後、「旅行業者は、旅行についての専門業者であり、当該主催旅行の目的地の自然的、社会的条件について専門的知識、経験を有し又は有すべきものであり、…(略)…旅行業者は、手配債務の履行に際し、旅行サービス提供機関の選択等に関して、あらかじめ十分に調

査、検討して専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施について、変更を余儀なくされるおそれがある場合には合理的な措置を探るべき義務がある」とした。結論としては、本件観戦チケット販売方法が特殊な態様であったこと等を考慮してYの債務不履行を否定した。

(3) 大阪高裁平成10年6月12日判時1668号74頁

《事案》Xは、カナダで日本人向けにヘリコプター免許取得のための教習を実施していたY社を訪れた。その際、Yの社員から、3ヶ月から6ヶ月程度でヘリコプター操縦士の免許が取れ、英語が出来なくても大丈夫との説明を受け、Yとの間で入学契約を締結した。Xは、平成5年4月から、Yが提携するカナダの訓練校でヘリコプターの操縦訓練を受け始めたが、思うように訓練が進まず、所定の飛行時間60時間を超過したが、追加教習費を支払うことができなかったため、免許取得を断念して帰国した。Xは、Yの説明義務違反、誠実訓練義務違反に基づき、教習費等の損害賠償を請求した。

《判決》まず、追加費用の支払が必要な場合もあるということを説明しなかったことについて、Yに説明義務違反があったとした。また、Yには、「Xに対し、本件免許の取得に必要な教習を自らしないしはカナダの提携校を通じて適切かつ誠実に行うべき義務」があり、「教習期間や費用が不需要に長期化、多額化するような内容や方法による教習を行った場合には右義務に違反する」とした上で、能力的に異常に劣っているとも考えられないXについて、通常の訓練時間である60時間ではあるかに越える追加飛行訓練時間が必要であるとする提携校の教習方法には特段の事情が無い限り問題があるとし、Yは、Xの教習を適切かつ誠実に行うべき義務に違反したとした。以上を理由に、教習費等の合計相当額を損害と認め、Xの英会話能力や一般能力不足などを過失相殺した上で、Xの請求を認容した。

サービス契約では、結果実現に受給者の事情が関係するために、準委任契約とされることが多い。

その結果、債務不履行が「結果達成が求められたいたか否か」という極端な判断になりがちである。その例として、トリミングスクールの債務不履行が問題になった事案において、結果習得に生徒の適性や努力などが関わるとして、当該契約を準委任契約とし、数々のサービスの不十分さを伺える事実を認めつつもスクール側の債務不履行責任を否定した裁判例²⁰⁸⁾がある。

しかし、フランス法の検討でわかったように、役務提供者という「事業者」には、最低限、結果実現を容易にする設備の充実や指導が求められる。そこで、結果達成という極端な義務ではなく、このような義務を「事業者の義務」として積極的に認定した上で、実際の結果不実現に受給者側の事情が介入していた場合や不可抗力の場合には、過失相殺などで考慮すればいいのではないか。この点、(1)は、不測の事態に対して相応の努力をするべき注意義務が問題になっている。しかし、添乗員の語学能力が不足していた本件で、Yに全く責任が認められなかつたのには疑問が残る。旅行業者として、現地の言語、事情に通じている者を派遣するのは、「履行を容易にするための当然の義務」ではないか。(3)では、説明義務および誠実訓練義務という2つの義務違反が認められている。本件では、Xの能力が問題になっており、この点を重視すると、Yは準委任契約の受任者であり、「結果実現までは負わない」として責任が否定されることにもなりかねなかつたが、(3)は、X側の事情については過失相殺を行つてゐる。妥当な判断といえよう。

また(2)においては、「旅行の専門業者」と、専門性、言いかえれば事業者の特殊性が強調されている点が注目される。

このように、日本の裁判例においても、サービス契約の債務不履行を、それが「委任（準委任）か請負か」という性質決定からではなく、「事業者」である当該サービス提供者にいかなる責任が課されるかという観点から判断する萌芽が見え始めているということ、その際当該事業者の特殊性が重視されているということが言えるだろう。こ

のような傾向は、先に見たフランスの議論と同じ方向にあるのではないか。

第2節 補論

もっとも、このような本稿の議論に対しては、いくつかの観点からの反論が予想されるし、この点を明確にしておかないと、本稿の検討は空論に終わるだろう。そこで、以下では、3つの問題点を示し、それと本稿の検討との関係を、不十分ながら提示しておきたい。

第1款 委任/請負（手段債務/結果債務）との関係

本稿のような「事業者」という観点からの役務提供契約論に対しては、それが有効であるならば、委任か請負かという契約類型論、または、手段債務か結果債務かという債務分類論を不必要とするのではないかという疑問が残る。

しかし、契約類型論と事業者責任論とは全く無関係のものではない。この点、フランスのル・トゥルノーの議論が参考になる。彼によると、請負・委任の区別によって事業者の責任が決まる。特に請負の場合、その主体の多くは事業者であり、請負は、事業者の活動を表す言葉である。事業者にとって、契約は予想の道具、リスク管理技術である。また、事業活動は、契約に根拠をおく。なぜなら、客との契約関係が必要だからである。さらに、事業者の活動は、なす債務によって表現される。事業者が発揮すべきなのは、勤勉さや技術（肉体的、知的）であり²⁰⁹⁾、それらは手段債務である場合と結果債務である場合とに分けられる。この分類は、事業者のフォートを検討するために必要である。

以上のように、契約の性質によって事業者の責任も変わってくるということ、また、その責任内容の決定において手段債務・結果債務の分類が用いられていることがわかる。言い換えれば、事業者責任論の存在が、契約類型論や債務分類論を否定するのではない。もっとも、そこでの債務分類論は、個々の義務違反の判断の際に用いられるフランス式の手段債務・結果債務論であり、日本の

ような、委任・請負とパラレルな債務分類論ではないだろう。

第2款 物/役務との関係

本稿の立場に対しては、次のような疑問が予想される。フランスにおける事業者責任論は、サービスに特化した議論ではなくすべての取引にあてはまるものである。そのような事業者責任論から取引主体の責任を考えることが可能ならば、そもそも「物と役務」を区別する必要はないのではないか、と。

率直に言って、本稿がこの疑問への十分な解答を準備しているとは言えない。なぜなら、これは民法において「物と役務」をどのように考えるかという、大きなレベルの問題だからである。今後の課題としたい。ただ、現時点では筆者は次の仮説に立っている。すなわち、物とサービスの区別は今後も必要であり、言い換えれば物に適用されるレジームとサービスに適用されるレジームは、同じではない。フランスの役務提供契約論における「物の規定を役務に準用」という議論への抵抗感、EC指令における、「製造物と役務を同じ責任レジームに従わせること」への抵抗感は、物と役務の区別が不可欠である事実の表れである。

しかし、物に比べて役務を過剰に特別視することへの疑問も本稿では垣間見てきた。そこで、次のような理論構成は考えられないか。つまり、物を提供する者（事業者）にもサービスを提供する者（事業者）にも、根本的には同じ義務が課されるが、ただその程度・内容が、物か役務かによって変わってくるということである。詳しくは他日を期したい。

第3款 事業者一般/個別事業者との関係

フランスのように、建築者という個別の事業者を対象にした詳細な規定を構築することができるのならば、事業者一般の責任論を確立する必要はないという反論が予想される。

これについては、実際、各種専門家の業種や業種内容の相違により、認められる行為には違いがあるということを理由に、その業種に応じた検討が必要であるとする学説もある²¹⁰⁾。実際、専門家

の責任は、各論研究に委ねられることが多かった。しかし、事業者の職種が多種多様だとしても、助言義務など、負う義務はある程度共通しており、その具体的な内容が、個々の事業者によって変わるだけである。この点は、立法政策のあり方とも関わるものであり、今後の課題としたい。

第3節 残された課題

本稿は、役務提供者の責任を「事業者」という観点から考察した。もちろん、契約類型論、「物と役務」という契約の客体論との関係については、前述したようにより深い根本的な考察を必要とする。特に、フランスの議論で多用されていた結果債務・手段債務論の意義を追求することができなかった。これらは、今後に残された大きな課題である。また、本稿では役務提供契約論と、契約責任・不法行為責任の区別を十分に扱えなかった。さらに、日本の裁判例を検討してわかったように、現実のサービス契約には、詐欺・錯誤の法律行為法による責任との区別が不明確なものが多い。不完全なサービスによって被害を被った者に対しては、契約責任、不法行為責任、法律行為法に基づく責任などのうち、どのような根拠によって救済が与えられるのか—このような民法学の根本とも言うべき議論との関係を解明するのは、これから の課題である。

- 1) 長尾治助教授の研究には、例えば①「サービス契約と真実開示の原則」立命館法学221号1頁(1992年), ②「サービス法と消費者問題」立命館大学人文科学研究所紀要60号105頁(1994年), ③「サービスの欠陥とサービス提供業者の契約責任—消費者契約を中心として」星野英一先生古稀祝賀論文集・日本民法学の形成と課題下(有斐閣, 1996年)769頁がある。
- 2) 長尾・前掲注1) ②112—114頁。
- 3) 長尾・前掲注1) ③771—773頁。
- 4) 長尾・前掲注1) ③777—780頁。
- 5) 河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)(下)」NBL593号6頁, 595号16頁(1996年)。

- 6) 河上・前掲注5) (上)7—8頁。もっとも、それについてさらに詳細な分類がなされている。
- 7) 河上・前掲注5) (上)10頁。
- 8) 河上・前掲注5) (下)16—17頁。
- 9) 河上・前掲注5) (下)19—20頁。
- 10) 松本恒雄「サービス契約」別冊NBL51号・債権法改正の課題と方向:民法100周年を契機として(商事法務研究会, 1998年)202頁。
- 11) 松本・前掲注10) 235—237頁。もっとも、「事務処理」の定義は今後の課題としている。
- 12) 松本・前掲注10) 239頁。
- 13) 松本・前掲注10) 246—247頁。
- 14) 伊藤進「サービス取引と消費者保護のための法的施策についての提言」NBL468号6頁(1991年), 後藤巻則「サービス—取引の特徴と責任の考え方—」法学セミナー501号44頁(1996年)(のちに, 同『消費者契約の法理論』[弘文堂, 2002年]297頁以下に所収), 川端敏朗「サービス契約の多様化と消費者保護」早稲田法学74卷3号261頁(1999年)がある。
- 15) 長尾・前掲注1) ①2, 4頁。
- 16) 松本・前掲注10) 247頁。
- 17) 本文で挙げた研究のみならず, 後藤・前掲注14) 47頁もサービスを手段債務と結果債務とにわけ, サービスにおいては手段債務論が重要であるとしている。
- 18) 代表的な手段債務・結果債務論として, 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について—債務不履行における「帰責事由」—」同・契約責任の帰責構造(有斐閣, 2002年。初出・鈴木祿弥先生古稀記念・民事法学の新展開109頁以下[1993年])1頁以下がある。それによると, 手段債務・結果債務論はもともとフランスの議論であり, 区別の意義は, 「債務不履行の成否の判断において法的に考慮されるべき対象が, 結果の不実現で足りるのか, それとも, 債務者の行為態様という手段についての評価を要するのか」という点にある(13頁)。このことから, 両者の区別は相対的なものであり, 両者が交錯するような領域もある(31頁)。また, フランスでは, 請負, 委任それぞれの中に,

- 手段債務と結果債務がある。
- 19) 委任の起草過程をとりあげたものとして、関川桂作「『委任』という言葉—法典調査会における民法修正案作成を中心として—」志学館法学創刊号51頁（2000年）。
- 20) 法典調査会編・法典調査会民法議事速記録（日本学術振興会、1935—1936年）第35巻40丁表。
- 21) 法典調査会民法議事速記録第34巻41丁表—45丁裏。
- 22) 法典調査会民法整理会議事速記第4巻116丁表—117丁裏。
- 23) 梅謙次郎『民法要義債権編卷の三』（明宝堂、1897年）692頁、富井政章『債権各論 完』〔復刻叢書法律学篇39〕（信山社、1994年。初版は1914年）260頁。
- 24) 富井・前掲注23) 261頁。
- 25) 梅・前掲注23) 751頁、富井・前掲注23) 263—264頁。
- 26) 梅・前掲注23) 720頁。
- 27) 末弘巖太郎『債権各論（6版）』（有斐閣、1921年）689頁、鳩山秀夫『日本債権法各論下（10版）』（岩波書店、1921年）548—549頁。
- 28) 末弘・前掲注27) 740頁、鳩山・前掲注27) 600頁。
- 29) 我妻榮『債権各論中巻二（民法講義V₃）』（岩波書店、1962年）531頁。
- 30) 我妻・前掲注29) 596—597頁、600頁、611頁。
- 31) 我妻・前掲注29) 532頁、653頁。
- 32) 我妻・前掲注29) 670—673頁。
- 33) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』（有斐閣、1989年）206頁（明石三郎執筆）、212頁（中川高男執筆）。来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）502頁。星野英一『民法概論IV（契約）』（良書普及会、1986年）271頁。鈴木祿弥『債権法講義（4訂版）』（創文社、2001年）667頁。もっとも、三宅正男『現代法律学全集9 契約法（各論）下巻』（青林書院、1988年）945頁は、「委任の規定の解釈を明確にするために、準委任を否定し、準委任とされる契約の多くは請負とするのは正当」であるとする。
- 34) 前掲注釈民法206頁（明石執筆）。
- 35) 来栖・前掲注33) 505頁。星野・前掲注33) 272頁。鈴木・前掲注33) 676頁。
- 36) 前掲注釈民法207頁（明石執筆）。
- 37) 前掲注釈民法115頁（中川執筆）。星野・前掲注33) 255頁。三宅・前掲注33) 865頁。
- 38) 三宅・前掲注33) 880頁。
- 39) 北川善太郎『民法講要IV 債権各論（第2版）』（有斐閣、1995年）78頁。広中俊雄『債権各論講義（第6版）』（有斐閣、1994年）262頁。
- 40) フランスの事業者責任については、北村一郎「諸外国における消費者（保護）法(4)フランス」消費者法講座総論1（日本評論社、1984年）118頁、須永醇「フランス法における『専門家の責任』」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993年）159頁、鎌田薰「フランスにおける専門家の責任(上)(下)」NBL551号54頁、553号28頁（1994年）（なお、専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊NBL28号〔商事法務研究会、1994年〕43頁も参照）が一般的な紹介を行っている。各論研究としては、例えば後述する建築者の責任論がある。
- 41) 最近、上井長十「フランス法におけるサービス契約の不履行と代金減額請求権—契約不履行救済論の再構築に向けて—」慶應義塾大学法学政治学論究54号（2002年）145頁以下が現れたが、代金減額論に重点がおかれており、フランス法のサービス契約についての記述はほとんどない。
- 42) フランスの委任については、柳勝司「フランス法に於ける代理と委任」名城法学43巻3号（1993年）1頁、力丸祥子「フランスにおける『共同の利益を有する委任契約の理論』とその展開(1)（2・完）」中央大学法学新報101巻7号（1995年）87頁、柳勝司「委任契約の概念について」名城法学44巻2号（1994年）13頁、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—」國井和郎先生還暦記念・民法学の軌跡と展望（日本評論社、2002年）229頁がある。
- 43) 以下、フランス民法典の条文の邦語訳は、法務

- 大臣官房司法法制調査部「フランス民法典一物権・債権関係一」法務資料441号（1988年）によった。
- 44) Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, Contrats spéciaux 14^e éd 2001/2002, n°530, p. 325.
- 45) Alain Bénabent, droit civil, Les contrat spécieux, civils et commerciaux 4^e éd. n°694, p. 418 ; MALAURIE et AYNÈS, supra note 44, n°532–533, pp. 327–328.
- 46) MALAURIE et AYNÈS, supra note 44, n°566, pp. 359–361.
- 47) Bénabent, supra note 45, n°471, p. 285.
- 48) Bénabent, supra note 45, n°480, p. 291.
- 49) Bénabent, supra note 45, n°541 et, s, pp319–326.
- 50) Bénabent, supra note 45, n°547, p. 323.
- 51) Bénabent, supra note 45, n°534–537, pp. 315–318.
彼は、知的/物の区別に従い、前者の例として、助言活動、広告代理人、旅行代理人、医者を、後者の例として、自動車修理工、建築請負人などをあげる。
- 52) Bénabent, supra note 45, n°535, p. 316.
- 53) MALAURIE et AYNÈS, supra note 44, n°700, p. 451. ; Bernard Gross, L'apport du droit de l'entreprise au droit des contrats, Cah. dr. entr., 1997/2, p. 19, n°1–3, n°11は、請負は契約のカテゴリーを豊かにしているとする。
- 54) Bénabent, supra note 45, n°475, p. 287.
- 55) Ph. le Tourneau, De l'évolution du mandat, D. 1992, chron. 157. この論文は様々なところで引用されており、委任の現状について明快にまとめた論文の1つである。
- 56) Le Tourneau, supra note 55, p. 158. 例えば、企業結合における複数当事者の同意を結びつけるのは、まさに委任である。
- 57) Civ. 1^e, 19 déc. 1989, Bull. civ. I, n°399
- 58) MALAURIE et AYNÈS, supra note 44, n°521, pp. 320–321, et, n°524, p. 322.
- 59) MALAURIE et AYNÈS, supra note 44, n°709, pp. 458–459.
- 60) Pierre-Yves Gautier, Contrats spéciaux, mandat (Cass. com. 8 janv. 2002, Bull. Civ. IV, no1), RTDciv, Avril/Juin 2002, p. 323. 商人は、店の計算に基づく法律行為を除いては、生産物の提供という実質的な行為しか実行しない」とし、陳列品に関する売買の委任は存在しないとされた。
- 61) MALAURIE et AYNÈS, supra note 44, n°514, p. 317; Bénabent, supra note 45, no 470, p. 283.
- 62) R. Savatier, La vente de services, D. 1971, chr. 223.
- 63) Savatier, supra note 62, n°1–2. ローマ条約60条「貨物、資本及び人の自由移動に関する規定により規制されない限り、通常報酬を対価として提供される役務をこの条約にいう役務とみなす…」。
- 64) Savatier, supra note 62, n°6, n°16.
- 65) Savatier, supra note 62, n°17–18.
- 66) Savatier, supra note 62, n°20–21. サバティエは、他に売買以外の契約が売買の中に混入している例として、1967年の民法改正によって1601条の1以下に新設された「建築予定不動産売買契約」をあげる。なお、建築予定不動産売買契約とは、「売主が、契約に定める期間内に不動産を建造する義務を負う売買」である（民法典1601条の1①）。
- 67) Savatier, supra note 62, Conclusion.
- 68) 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2000年）180頁（注5）は、「本論文は先駆的なものとしてしばしば引用されるが、「サービスの売買」という概念が、フランスにおいて、その後、定着したわけではない。」とする。
- 69) Loi n° 78–23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. (J.O., lois et décrets, 11 janv. 1978, p. 301.) この法律の全体的な紹介として、奥島孝康「フランス消費者保護立法の新展開(上)(下)」国際商事法務 6巻5号199頁、6号246頁（1978年）、北村・前掲注40）がある。訳語は、奥島論文を参考にした。
- 70) J.O., lois et décrets, 11 janv. 1978, p. 302.
- 71) J.O., Sénat, débat, séance du 13 octobre 1977, p. 2293.
- 72) J.O., Sénat, débat, séance du 13 octobre 1977, p. 2303.
- 73) J.O., Assemblée Nationale, débat, séance du 9 oc-

- tobre 1977, p. 8554.
- 74) J.O., Assemlee Nationale, débat, séance du 9 octobre 1977, p. 8556.
- 75) J.O., Sénat, débat, séance du 13 octobre 1977, p. 2309. J.O., Assemlee Nationale, débat, séance du 9 octobre 1977, p. 8561.
- 76) B. Grelon, *Les enterprises de services*, th. Paris I, Economica, 1978.
- 77) B. Grelon, supra note 76, n^o10–11.
- 78) B. Grelon, supra note 76, n^o41.
- 79) B. Grelon, supra note 76, n^o50–55.
- 80) B. Grelon, supra note 76, n^o63–64.
- 81) このような「知的か物的か」という分け方は、前述した請負・委任の区別とも共通し、興味深い。
- 82) B. Grelon, supra note 76, n^o119.
- 83) B. Grelon, supra note 76, n^o138.
- 84) B. Grelon, supra note 76, n^o141–144.
- 85) B. Grelon, supra note 76, n^o217.
- 86) B. Grelon, supra note 76, n^o606–607.
- 87) B. Grelon, supra note 76, n^o613.
- 88) B. Grelon, supra note 76, n^o693–699, et, n^o701–706.
- 89) B. Grelon, supra note 76, n^o932–933.
- 90) 詳しくは、浦川道太郎「役務提供に関する責任—ECにおける法制化の試み」高島平蔵先生古稀（1993年）601頁以下などを参照。
- 91) 以下、EC指令の邦語は、浦川・前掲注90) を参考にした。
- 92) 原案については、Th. Bourgoigne, *Avant-projet de directive sur la responsabilité du fait des services défectueux: un premier regard*, Rev. eur. dr. consom. 1990, pp. 163–175.
- 93) Jérôme Huet, *La responsabilité du fournisseur de services, en particulier dans le cadre de l'activité des professions libérales (France)* (Association Internationale des sciences juridiques institute suisse de droit compare, *La responsabilité des prestataires de services liability for services rendered*, Colloque de l'A.I.S.J. Lausanne, 1–3 septembre 1993, société de législation comparée, 1994), n^o7.
- 94) Huet, supra note 93, n^o7.
- 95) Th. Bourgoigne, *La proposition de directive du 24 octobre 1990: de la responsabilité du fait des services défectueux à la responsabilité du prestataire de services*, Rev. eur. dr. consom. 1990, p. 287.
- 96) 2条本文「本指令の意味における『役務』とは、財貨を生産する行為あるいは物権又は著作権を譲渡する行為を直接かつ専ら対象とするものではない、営業活動又は公益事業の枠内で自立的に提供される有償又は無償の全ての給付行為をいう」。
- 97) Bourgoigne, supra note 95, p. 288.
- 98) Bourgoigne, supra note 95, p. 289.; Huet, supra note 93, n^o7.
- 99) 肯定的に評価しているものとして、Huet, supra note 93, n^o7.
- 100) Monique Goyens, *Responsabilité des prestataires de services: derniers développements des travaux*, Rev. eur. dr. consom. 1991, p. 240.
- 101) 指令案断念の経緯について、Alan Davis et Monique Goyens, *Responsabilité des prestataires de services: communication de la Commission du 23 juin 1994*, Rev. eur. dr. consom. 1994, pp. 201–202.
- 102) Alan Davis et Monique Goyens, supra note 101, p. 202. なお、その後、「売買後の保証およびサービスに関する指令案 (La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation)」が公表されている (J.O.C.E., n^o C 307 du 16 octobre 1996, p. 8)。これについては、Rev. eur. dr. consom. 1996, p. 314. を参照。
- 103) Huet, supra note 93, n^o2. この論文は、自由専門職によるサービスについて述べたものではあるが、ここでは、自由専門職以外にも妥当するものを中心に参考にする。
- 104) Huet, supra note 93, n^o2–3.
- 105) Huet, supra note 93, n^o2.
- 106) Huet, supra note 93, n^o5.
- 107) G. Ripert, *È bauche d'un droit professionnel, étu-*

- des de droit civil à la mémoire de Henri Capitant pp. 677–693, 1938.
- 108) なお、中村勝信「フランスにおける職業責任—誤情報の提供者の責任に関して—」中央大学大学院研究年報 I 法学研究科編第17号 I—2 (1988年) 31頁以下にリペール論文の紹介がある。
- 109) Ripert, supra note 107, n^o14–15.
- 110) Ripert, supra note 107, n^o16.
- 111) Ripert, supra note 107, n^o17.
- 112) A. Tunc, Èbauche du droit des contrats professionnels, *Mélanges Ripert*, 1950, t. 2, p. 136 n^o1–2.
- 113) Tunc, supra note 112, n^o4.
- 114) Tunc, supra note 112, n^o5.
- 115) Tunc, supra note 112, n^o6–8.
- 116) Tunc, supra note 112, n^o10–11. 例えは、医者が意識的な注意を与え、科学から得られた注意深さ、あるいは科学と一致した注意を与えても、診断の誤りを犯しうる。
- 117) Tunc, supra note 112, n^o12. 事業者あるいは少なくともある程度の地方において、十分に長期間行われた実務でないと慣習とはいえない。
- 118) Tunc, supra note 112, n^o17.
- 119) Tunc, supra note 112, n^o13.
- 120) Jean Savatier, Contribution à une étude juridique de la profession, *Mel. Hamel*, 1961, p. 1, n^o2.
- 121) Savatier, supra note 120, n^o6.
- 122) Savatier, supra note 120, n^o7–10. 所得概念について、賃金労働者は、仕事の供給が受けとった給付のコースであるときにしか、事業者とはいえないし、また、助け合いでしかない仕事も、事業とはいえない。例えは、家事は、それがいくら大変な仕事であったとしても、事業性の行使ではないが、配偶者あるいは親の事業活動を手伝っているような場合は、事業性の行使と言える。
- 123) Savatier, supra note 120, n^o11.
- 124) Savatier, supra note 120, n^o19–21.
- 125) Savatier, supra note 120, n^o21–23.
- 126) Savatier, supra note 120, n^o27.
- 127) P. Serlooten, Vers une responsabilité professionnelle ?, *Mélanges Hebraud*, 1981, p. 805, n^o1.
- 128) Serlooten, supra note 127, n^o3. 事業者間であっても同様である。
- 129) Serlooten, supra note 127, n^o4–6.
- 130) Serlooten, supra note 127, n^o9–10. 他に、建築者に関する1792条の3をあげる。
- 131) Serlooten, supra note 127, n^o11–14.
- 132) Ph. le Tourneau, Les obligations professionnelles, *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, 1996, n^o3–4.
- 133) Le Tourneau, supra note 132, n^o5–6.
- 134) Ph. le Tourneau, Quelques aspects des responsabilités professionnelles, *Gaz. Pal. du 9 octobre 1986*, p. 616.
- 135) Ph. le. Tourneau, Les professionnels ont-ils du Coeur ?, D., 1990. chr.. p21.
- 136) Le. Tourneau, supra note 135, pp. 22–23.
- 137) Le. Tourneau, La responsabilité civile professionnelle, *Economica*, 1995.
- 138) Ripert, supra note 107, n^o3; Le. Tourneau, supra note 137, p. 6.
- 139) タンクもこのように述べていた。Tunc, supra note 112, n^o1–2.
- 140) Le. Tourneau, supra note 137, introduction.
- 141) タンクは、反復性を重視すると、すべての事業者がこれにあたるとしていた。Tunc, supra note 112, n^o1–2.
- 142) Le Touerneau, supra note 134, p. 616
- 143) Ripert, supra note 107, n^o14–15.
- 144) 前述したタンク、サバティエの議論を参照。
- 145)もちろん、ル・トゥルノーも、伝統的に根拠とされていたものを無視しているわけではない。それは、前述した事業者の定義からも明らかである。
- 146) Tunc, supra note 112, n^o5.
- 147) Le. Tourneau, supra note 137, pp. 14–16.
- 148) 第1134条3項「合意は、誠実に履行しなければならない。」
- 149) 第1135条「合意は、そこに表明されることだけでなく、債務の性質に従って衡平、慣習又は法律がそれに与えるすべての結果についても、義務を負わせる。」
- 150) Le. Tourneau, supra note 137, p56.

- 151) 第1134条1項「適法に形成された合意は、それを行った者に対しては、法律に代わる。」
- 152) Le. Tourneau, *supra note*137, p57.
- 153) Le Tourneau, *supra note*132, n°20. 例として、動産信用、自宅での外交販売、住居賃貸借における契約前の説明義務、情報提供義務をあげている。
- 154) Le. Tourneau, *supra note*137, p58.; Le. Tourneau, *supra note* 134, p617.
- 155) Le. Tourneau, *supra note* 137, p58.
- 156) Cass. com., 5 nov. 1991, Bull. civ. I, n°327.
- 157) Le. Tourneau, *supra note* 134, p 617; Le. Tourneau, *supra note* 137, p22 但し緊急時の医者は別である。
- 158) Le. Tourneau, *supra note* 137, pp. 58-59. もっとも、説明義務と助言義務との境界は微妙だが、分けて考えるのが一般的である。
- 159) Bénabent, *supra note* 45, n°650, pp. 389-390. は、この義務を受任者の注意義務の1つとしている。
- 160) Cass. 3 civ. 6 novembre 1984, J.C.P. 1985. IV. 24.
- 161) Le. Tourneau, *supra note* 134, p616.
- 162) Bénabent, *supra note* 45, n°650, pp. 389-390.
- 163) Le Tourneau, *supra note* 132, n°38.
- 164) Le. Tourneau, *supra note* 137, p61.
- 165) Le. Tourneau, *supra note* 137, p62.
- 166) Bénabent, *supra note* 45, n°651, p390. は、これを事業者である受任者の義務としており、ここから、例えば、旅行業者は、顧客の輸送手段を確保しなくてはならないとする。
- 167) Le. Tourneau, *supra note* 137, p63; Bénabent, *supra note* 45, n°529, p. 314は請負人の義務としている。
- 168) Le. Tourneau, *supra note* 137, p63.
- 169) Le Tourneau, *supra note* 132, n°21.
- 170) Le. Tourneau, *supra note* 137, pp. 65-66.
- 171) Le. Tourneau, *supra note* 137, p66.; Cass. com., 12 nov. 1992, Bull. civ., IV, n° 352.
- 172) Le. Tourneau, *supra note* 137, pp. 68-71.
- 173) Le. Tourneau, *supra note* 137, p71.
- 174) Le. Tourneau, *supra note* 137, pp. 75-76.
- 175) Le Tourneau, *supra note* 132, n°19.
- 176) もっとも、日本では専門家という時に、建築者がでてくる順位がそれほど上位ではなく、専門家といえば、もっぱら医者、弁護士である（これについては、高橋寿一「建築士の責任」川井編・前掲注40) 401頁以下も指摘している）。
- 177) 教科書の中で建築者の責任について最も多くの頁を割いているJérôme HUET, *Traité de droit civil; Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J. 1996は、“Louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise”という章で、“Les contrats de construction”という章（Chapitre）を設けて記述している。なお、フランスの建築契約については、坂本武憲「フランスにおける建築請負契約の基本法理—Domat, Pothierの学説を中心に—」北法29巻3・4号(1978) 381頁、ユーグ・ペリネ＝マルケ（吉田克己訳）「フランスにおける建築契約」北法48巻5号(1997) 203頁を参照。
- 178) 高橋・前掲注176), 花立文子『建築家の責任』(法律文化社, 1998年)など。
- 179) フランスの建築者の責任に関する主な研究として、淡路剛久「製作物供給契約—マンション・建売住宅を中心として」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系第7巻 サービス・労務供給契約』(有斐閣, 1984年) 327頁, 古軸隆介「フランス法における『建造者の責任』(1)(2・完)」成蹊法学31号(1990年) 1頁, 32号(1991年) 35頁, 同「フランス法における1978年法による改正後の『建造者の契約責任』」日仏法学18号(1993年) 1頁, ユーグ・ペリネ・マルケ, 瀬川信久訳「フランスにおける建築者の責任」北大法学論集48巻5号(1997年) 1118頁, 大村敦志「諸外国における土地・建物の欠陥被害とその法的救済・フランス」「諸外国における土地・建物の欠陥被害とその法的救済」(日本住宅総合センター, 1997年) 129頁。しかし、これらにおいては、「建築者」概念の研究はあまりなされていない。この点からも、本稿の研究になんらかの意義があると考える。
- 180) Huet, *supra note* 177, n°32431, pp. 1343-1344.
- 181) Bernard Boubli, *la responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*

- teurs, DU. J.N.A, 1991, n°36
- 182) Boubli, supra note 181, n°38
- 183) Boubli, supra note 181, n°39-41
- 184) このような経緯については, Boubli, supra note 181, n°34に簡潔にまとめられている。
- 185) 1792条の4 「①まえもって定められた明確な必要事項を業務上満たすために考案され製作される工作物, 工作物の一部又は設備要素の製造業者は, 第1792条, 第1792条の2及び第1792条の3が, 製造業者が定めた規則を変更することなくそれに従って当該工作物, 工作物の一部又は設備要素を設置した請負人の負担としている業務について連帯して責任を負う。」「②本条の適用については, (以下の者は,) 製造業者と同視される。外国で製造された工作物, 工作物の一部又は設備要素を輸入した者 工作物, 工作物の一部又は設備要素にその氏名, その商標又は他のすべての識別標章を表示して自己の製品として提示した者」
- 186) フランス保険法典L241条の1 「建築工事に関して民法典1792条以下による推定に基づき責任を負わされ得るすべての自然人または法人は, 保険により保障されなければならない。… (以下略)」。
なお, 条文の日本語訳は, フランス保険研究会訳『フランス保険法典Ⅱ義務的保険・企業(その1)』(生命保険文化研究所, 1999年) 17頁によった。
- 187) 民法典1831条の1
①「不動産開発契約は, 『不動産開発者』と呼ばれる者が, 合意された価格で, 請負契約の方法によって一又は数個の建造物の建築計画の実現にあたらせる義務を仕事の注文者に対して負う, 共通の利益を有する委任である。不動産開発者は, 合意した報酬と引換えに, 同一の目的に資する法律上, 行政上及び財政上の業務の全部又は一部にみずからあたり, 又はあたらせる。この開発者は, その者が仕事の注文者の名で取引した相手方の負担とされる義務の履行について担保責任を負う。
(なお, 1978年1月4日の法律第12号によって次の規定が導入された)「その者は, 特に, この法典第1792条, 第1792条の1, 第1792条の2及び第1792条の3から生じる義務を負う。」
- 188) Rapport de la Commission interministérielle: proposition pour une réforme de l'assurance construction, La documentation française, 1976, p. 9.
- 189) Proposition pour une réforme de l'assurance construction, op. cit., pp10-11, p87. Boubli, supra note 181, n°41
- 190) Proposition pour une réforme de l'assurance construction, op. cit., p26, p87
- 191) J.O., Sénat, débat, séance du 3 novembre 1977, pp. 2543-2544.
- 192) J.O., Sénat, débat, séance du 3 novembre 1977, p. 2546. 1792条の1には, 責任の推定規定があった。
- 193) J.O., Sénat, débat, séance du 3 novembre 1977, p. 2544
- 194) J.O., Sénat, débat, séance du 3 novembre 1977, pp. 2540-2546. もっとも, 元老院第1読会におけるピレ氏のレポートにおいては, 責任を負うのは, 建築家, 請負人, その他契約当事者のすべての者である旨の確認がされており, それは, 1967年法によって明確に示されているとする。バロ氏も同様のこと述べている。
- 195) もっとも, この修正案の主要な点は, 責任の推定を明記するかである。
- 196) J.O., Assemblée nationale 1^e séance du 19 décembre 1977, p8978. リショーム氏の見解。
- 197) ここでも, 責任の推定が主たる議論となっており, この点については変更がなされている。
- 198) J.O., Sénat, débat, séance du 21 décembre 1977, pp. 4391-4392.
- 199) J.O., Assemblée nationale 3^e séance du 21 décembre 1977, p9171.
- 200) J.O., Sénat, débat, séance du 21 décembre 1977, pp. 4450.
- 201) Boubli, supra note 181, n°11 そのような, 多様な主体による多様な契約の集まりであるさまを, 扇に喻えている。
- 202) Jean-Pierre Karila, Les responsabilités des constructeurs, 2^eed, Delmas, 1991, pp13-14.
- 203) Karila, supra note 202, p280.
- 204) Proposition pour une réforme de l'assurance

- construction, op. cit., p5, pp20–22.
- 205) J.O., Sénat, débat, séance du 3 novembre 1977,
pp. 2543–2544.
- 206) Karila, supra note 202, p290.
- 207) 大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣, 1997
年) 351頁以下を参照。
- 208) 神戸地判平成 5 年 3 月 29 日判タ 841 号 173 頁。
- 209) Le. Tourneau, supra note 137, introduction.
- 210) 円谷峻「日本法における『専門家の不法行為責
任』」川井編・前掲注40) 53 頁。