

物の利用 (mise à disposition) を伴う 役務提供契約の法的構造

上 井 長 十

- 一 はじめに
- 二 mise à disposition 概念
- 三 債務分類論における mise à disposition
- 四 サービス契約における mise à disposition
- 五 むすび

一 はじめに

(1) 問題提起 (検討内容)

他人の物を利用する契約は、われわれの日常生活において頻繁に行われている。典型契約の類型で見ると、

貸借契約に該当する場合が多いであろう。ところが、物の利用という行為が、役務の提供を伴うとなると、物の利用という行為の法的位置づけは複雑なものとなる。たとえば、当該物に瑕疵があるという主張をする場合、瑕疵の有無は物が通常持つべき性質に適合していないことをいうのか、それとも役務と結びつけて瑕疵の有無を判断するのか、その基準は不透明となる。契約類型論の視点から見ると、利用に関する行為については各種貸借契約類型として位置づけ、貸借契約規範をもっぱら適用することになるのか、明確な基準は存在しない。サービスと物の利用とがセット（セットという言葉には様々な形態が含まれるが、この点は後述する）になった契約では、物の利用という行為とサービスを、分解して考えるべきなのか（複合的取引）、それとも単一の契約における一行為態様として位置づけるべきなのだろうか。

そこで、本稿では、物の利用行為が役務提供を伴うケースにおける、物の利用行為の法的評価・位置づけを考察してみたい。

ところで、「三 債務分類論」で考察するが、契約の給付内容について、講学上、与える・為す・為さざる、の三つに債務の目的を分類して考察することがある。債務の目的について、わが日本法では、債務の履行強制方法あるいは債務不履行責任の要件論、契約類型論などに資するべく、様々な分類が試みられてきている。その中で、この、与える債務、為す債務という概念を用いた債務目的の分類方法は、わが日本民法典において、債務の目的としては条文に明文文化されていない概念ではあるが、民法典制定当時から債務内容の分類概念としてしばしば用いられてきた分類法である。周知の通り、与えるという概念は、わが国では、引渡行為として捉えるのが一般的であろう。物の利用といった場合、利用する前提として、一般的にその物が利用者の支配下に移されている必要がある。この場面で第一の引渡行為がまず存在する。売買のように物の使用収益処分権限す

べてを買主に移転してしまう契約では、引渡行為によって売主が負う債務は無くなる(担保責任の問題は残り、同責任の法的性質の解釈によっては、まだ債務が残ることになる)。売買契約では観念的な所有権移転義務に並ぶ、現実的な物に対する三つの機能の支配移転をもたらし行為として引渡行為は据えられる³⁾。それに対して、貸借契約の場合は、物の貸借終了により、物を返還しなければならず、この場面において第二の引渡行為が存在する。賃貸人の賃借人への目的物引渡に加え、賃借人の目的物返還義務も、「引渡」という行為を伴う。返還までの間、借主はその物を利用するが、貸主は、使用収益させる義務(条文で明言しているものとして民法六〇一条)を負い、その態様を所有権との結合性を強調し、状態債務と呼称する見解がある。⁴⁾しかし、ここで、債務の目的の三分類のどこかに、この使用収益させる義務が含まれることになるのか一点疑問が生じる。この使用収益させる義務は、引渡という与える債務+使用収益が侵害された場合の妨害排除・修繕などを貸主が施行行為という抽象的内容の為に債務、の結合により構成されていると考えるのであろうか。それとも、引渡という与える債務に包含される(引渡債務における一つの不履行態様なのか)ことになるのか。抽象的な債務目的レベルにおいて、物を利用させる、という行為態様を既存の分類に溶接することはできるのであろうか。

(2) 検討方法

フランスでは、近時、物の利用が契約内容になっている契約において、その物の利用行為を、mise à disposition という用語で表現することがある。物の利用を伴う契約といえば、典型契約類型においては、売買あるいは貸借をその代表として思い浮かべることができる。近時フランスにおいて、典型契約における本質をなす債務内容を分析する際に mise à disposition を本質に持つ契約、といったような表現をする場合があるが、その一方で、ある契約が物の利用行為を伴うも、典型契約該当性に躊躇を覚える具体的契約のことを、mise à

disposition を要素とする契約、といった表現をすることもある。また、従来の典型契約に該当するか否かに関係なく、およそ物の利用行為を伴う契約のことを、一般に *mise à disposition* を債務の目的とする契約、と表現することもある。なお、「利用」という行為の対象として、物の存在が必要なのかというと、そうではない。人は権利の客体ではないことを前提として、たとえば人材派遣契約とは、自社が雇用する人材スタッフを他社に派遣する契約であるが、派遣するとは、言い換えれば、特定の能力を他人に引き渡すことに他ならない。

そこで、本稿の検討方法としては、*mise à disposition* を伴う契約をどのように捉えているのか、フランス法の動向を考察する。結論を先取りすると、*mise à disposition* を伴う契約には、単純な物の利用を構成要素とする典型契約（売買、貸借）には該当せず、サービスとしての性格を持つものがあるとの分析がある。物の利用行為を伴う契約が、どのような要件および構造を有していれば、それが役務提供契約として性質付けられるのであるか。以下では、まず、*mise à disposition* 概念を明確化した上で、*mise à disposition* は債務の目的として自立した存在たり得るのかを考察し、最後に物の利用を伴う役務提供契約の法的構造を見ていくことにする。

II *mise à disposition* 概念

1 *mise à disposition* とは

フランスの法律用語集においては、*mise à disposition* 概念を人に関する場合と物に関する場合とにわけ、人に関する場合は、「*mise à la disposition* 契約におおつて、一時的な仕事の遂行をするべく人材派遣会社が利用

会社に対して派遣社員による様々なサービスの世話をする行為」であるとし、ものに関する場合には、「*delivrance*の方法であり、名宛人が有効に所持できるようなやり方で、ある物を名宛人によって獲得できるように差し出す行為である。」と説明する。⁽⁵⁾ 役務提供契約においては、実際に役務を提供する人間を契約相手方に供給する行為を *mise à disposition* という用語で言い表している。⁽⁶⁾ それに対して、ものに関する取引では、右のように *delivrance* の方法であるとする。では、*delivrance* とはどのような概念なのであろうか。

2 *delivrance* と *livraison* の関係

(1) 売買における *delivrance*

例えば、パスカル・ピュイグによる概説書から、*delivrance* の意味を探ってみる。まず売買契約における売主の義務として *delivrance* 債務を負うとする。*delivrance* 債務の定義について、民法一六〇四条では、「買主の支配と所持の下に売買の目的物を運ぶ」ことと定められている。この点について、ピュイグは、以下のように言う。すなわち、「*delivrance* は、あるいは権利の移転、あるいは物の占有の移転と理解されがちである。しかしこのような定義付けは一般的に学説から批判がなされている。一つは、権利の移転は、*delivrance* 債務によるものではなく、与える債務、より正確には、契約の法定的な効果によるものであるとの見解がある。二つは、売主は占有を移転することができない、というのも、売買の事実により、所有者として行動する意図 (*animus domini*) が失われ、その結果として物の一時的な所持の意図しか存在せず、*delivrance* の時に、占有を移転することはできない、というものである」。このようなことから、ピュイグは、「より正確には、*delivrance* は、売主による買主への売買目的物の *mise à disposition* として、定義することができよう。*mise à disposition* は、必要

な場合には運送の力を借りてなされる売主から買主へ物の物理的な配達を含む livraison 債務と区別される」⁹⁾。つまり、*delivrance* 債務の形態について、以下のように述べる。

「売主は目的物を買主による引渡 (*livraison*) が受けられるように、買主のもとに引き渡さなければならない (*mettre à la disposition*)。livraison と異なり、*delivrance* 債務は為さざる債務として本質的に分析される。

それは買主による商品の取得を妨げてはならない、ということである」¹⁰⁾。というのも、民法一六〇八条において、反対の意思表示がない限り、*delivrance* の費用は売主が負担し、*enlèvement* (回収) の費用は、買い手が負担するもの規定されているのである」¹¹⁾。しかし、この債務はしばしば同時に、民法典が売買目的物の性質に対応して積極な給付を伴うことがある」。「不動産の場合は、売主は所有権登記名義を移転し、場合により建物の鍵を渡さなければならない (一六〇五条)」¹²⁾。「動産の場合、動産が有体か否かで分かれ、有体物の場合、実際の物の引渡か、その物が存在する場所へのアクセス手段を提供する、もしくは、すでに買主が所持しているならば、単なる合意 (*consentement*) により *delivrance* は為なされる (一六〇六条)」。運送の場合、*delivrance* は一般的に最初の運送人に商品を引き渡すことで行われる」。「無体物 (免許、商標、持分) については、買主に同権利を行使することを保証し、求められる公示方法を実行することを許可する名義の交付により行われる (一六〇七条)」¹³⁾。

(2) 賃貸借における *delivrance*

ピユイグは、さらに白らの概説書¹⁴⁾において、賃貸借契約とは、賃貸人が他者に対して *mise à disposition* する義務を負う契約、すなわち、「ある物を他者に享受させる」義務を負う契約であると性質付けている。¹⁵⁾ すなわち、それはローマの時代に債務内容の一つとして据えられていた *praestare* 債務の履行を目的とする契約であると

する。同債務は、長い間、為す債務と与える債務のヴェールに隠れており、以下のような二つの特徴を持つ自立的存在であるとする。一つ目は、物権的権利を伴わないで物の利用価値を移転することである。二つ目は、*praestare* 債務は、物を対象とするということが特徴をなす。すなわち「為す債務と異なり、*praestare* 債務は債務者の個人的活動を伴わない」。なお、ピユイグは与える債務を権利の移転債務と解していることを付け加えておく。ピユイグは、寄託と賃貸借との違いについて、賃貸人は賃借人がある物を利用できるように *mise à disposition* する契約であるのに対して、寄託の場合は寄託者がある物を受託者が保管できるように引渡 (*re-net*) し、その物を受託者が寄託者に返却する契約であるとし、物を受け取った側にその物の利用権限があるか否かが両契約の分類規準となる。¹³³ その他に、*Nicole DECOOPMAN* も、*delivrance* は、使用という概念と切り離すことができないのではないかと考察する。すなわち、*delivrance* を本質的要素とする売買あるいは賃貸借といった契約では、購入者あるいは賃借人の各人がそれぞれ利益を得るべく物を利用する、利用できるということが本質である。それに対して、寄託や抵当・質 (*gage*)、運送などは、物は保管や運送のために、託されるのであり、その託された人物は原則としてそのものを利用することができない。¹³⁵

3 *mise à disposition* 概念

以上から、物の *delivrance* とは、ある物を利用する者に対して、当該物を自由に利用させる行為態様であることが分かる。売買契約においては、売主の物に対する所有者としての実際の支配を解く行為であるのに対して、権利の移転を伴わない契約においては、その本質が物の自由利用にある場合、その契約を構成する本質的な債務として *delivrance* (物の自由利用) 債務が存在するものと捉えている。*mise à disposition* は *delivrance*

と同義として捉えることができるが、後者はもっぱら典型契約上の債務として、そのような義務がある、と説明するときには用いられる用語であり、それに対して、*mise à disposition* は日常よく使われる言葉であり、典型契約に該当しない人や物の自由利用を伴う契約におけるそれを表現する言葉としては *mise à disposition* が好まれて使われている¹⁶⁾。後述するように、債務目的分類概念として同概念を *praestare* と称するものもあり、「物の自由利用」を表す統一的な言葉が確立されていない状況にあるといえる。

三 債務分類論における *mise à disposition*

1 フランスにおける給付内容の分類

現行フランス民法典において、「与える」、「為す」、「為さざる」という概念が、契約の定義規定、債務の目的規定、そして債務の効果規定に存在する¹⁷⁾。異なった場面で同じ用語を用いていることから、契約構造内におけるそれぞれの概念の機能や役割、さらに債務構造内におけるそれらの機能・役割を分析する姿勢がフランスでは強くみられる。

これら三つの用語の機能については、以下のように解するのが通説的理解であると思われる。フランス民法典一一二六条において、債務の目的は「もの」であるとした上で、例えばテレシムラー・ルケットの教科書¹⁸⁾では、一般的理解を以下のように説明する。「債務はその目的にあらゆる種類の給付を持つことができ」、民法典では、目的を伝統的区分に従い三つのカテゴリーに分類するという。なお、広い意味では、債務の目的であ

る「もの」は、債務者により約束された給付 (prestation) であることから、同教科書では、債務の目的は「給付」に合致することと解することになる。

同教科書は一般的見解における「与える債務」とは、すなわち、所有権を移転する債務であるとする。一三八条によると、所有権の移転は同意 (consentements) の交換のみにより実行され、それゆえ、この債務は、通常、理論的にかつ瞬間的に存在するに過ぎないとする。同債務の発生は、同時に同債務の消滅を意味する。これに対し、為す債務は、給付が債務者が実行すること (accomplir) を約束した現実的な行為 (fait positif) からなる、とする。所有権の移転を伴う契約において、それに続く物の引渡義務も為す債務である。さらに、賃貸借契約において、賃借人による賃貸目的物の平穏な使用をもたらし義務を賃貸人は負い、請負人は各種の仕事を実現する義務を負い、労働者は使用人の指示に従って労働することとなる。これらのような現実的な行為をとまなう給付が為す債務ということとなる。

それでは、本稿の検討対象である mise à disposition は、上記三分類とどのような関係に立つのであろうか。上記の三分類のいずれかに吸収されるのか、それとも新たなカテゴリーとして独立した債務の目的として存立しうるのであろうか。通説的な理解によると、物の引渡義務は為す債務であると考えているが、mise à disposition は délivrance と同義であるとする、引渡という概念には様々な態様が含まれてくることになり、一概に引渡が為す債務であるとは言えないように思われる。

2 債務の分類をめぐる近時のフランス学説の動向

(1) 所有権の移転効—与える債務の運命—

(一) 与える債務の存在意義ありとする見解

所有権移転効を債務構成することに意義を見いだすのは、パスカル・ブロ (Pascal BLOCH) である。²³⁾ フランスの売買契約法の解釈は民法典の起草から確かに今に至るまでは以下のものであったとする。すなわち、契約当事者間において、契約両当事者の合意のみによって、所有権移転効が生じる。それゆえこの契約（の締結）により、契約当事者間に種々の債務を生じさせるのみならず、物権を移転させるのである。²¹⁾ そうなると、所有権移転債務 (obligation de transférer la propriété) に言及することは無用ということとなる。²²⁾ しかし、ブロは、所有権の移転時期を遅らせた場合や、不特定物売買の場合、あるいは将来の物についての売買の場合、あるいは所有権留保条項がある場合のように、契約締結時と所有権移転時がずれる場合には、所有権移転効を債務を媒介として実現しなければならないとの見解にたつ。²⁴⁾ フランス民法典七一条、一一〇一条、一一〇六条、一二六条において、明確に所有権移転債務が規定されていることから、所有権移転債務の存在を否定することはできないと主張する。また、オブリロー²⁵⁾による、所有権の移転が契約と同時に即時に移転するということは、売買契約の本質ではないとの主張にブロは注目し、民法典起草者も、契約当事者の意思あるいは物理的な障害（種類物売買等）による所有権の移転の遅延を考慮に入れており、それゆえ、契約締結と同時に売買契約の拘束力は生じるも、契約当事者間での即時移転効は生じない場合があることが認められていたのだとブロは言う。そこで、売買契約としての拘束力を契約締結時から生じさせるもそこには売買予約とは異なる性質の拘束力が存在していることを根拠付ける法概念として、与える債務関係が存在しているのだとブロは主張する。さらに、

債務構成を主張することの意義は、債務違反行為に対して何らかのサンクションが用意されていることを証明することにあるとプロはいう。所有権移転債務、すなわち与える債務違反に対するサンクションは、種類物売買あるいは将来物売買において、売主が目的物の特定あるいは物の作成という為す債務を怠った場合に、その存在が表に現れてくるという。²⁸¹ すなわち、将来物売買にせよ、不特定売買にせよ、作成、選別されるまでは、所有権を買主が取得することはない。売主が行うべき作成、選別は、具体的な行為であり、為す債務として捉えることができるが、それらに対しては所有権移転機能が託されており、同時に与える債務としても捉えることができるとする。

(二) 与える債務の意義はないとする見解

それに対して、「所有権の即時の移転は債務の履行の結果によるものではなく、契約の締結に法が付与した効果である。」と唱えるファブル・マニュアン²⁸²の見解がある。契約と債務の新たな分類の試みを行う。「フランス法においては、所有権の移転債務は存在し得ない。というのも、この移転は、同意の交換 (échange des consentements) によって、当然に為されるからである」とし、それゆえに売主は所有権の移転現象に対して、何らの役割をも果たさない、すなわち何らの行為も売主に要求されない、とまず言及する。²⁸³ しかし、ファブル・マニュアンは、自らの見解に一見すると矛盾すると思われることを言う。²⁸⁴ すなわち、売買における所有権の移転は、当事者の意思ともつとも結びつきの弱い所為であるとするのである。「所有権の移転は、既に自動的に契約当事者の債務が生じる時点で、生じている。それゆえ、所有権の移転は契約当事者の意思に依ることではなく、契約当事者のなんらの行為に依ることはないのである」とする。このことは、期限付き売買(先物取引)、種類物売買、所有権の移転が所有権留保により代金の完全な支払まで留保されている売買においても同じであると

する。³⁰⁾ すなわち、所有権の移転は、何らかの事実・事象の発生により、自動的に生じるのであり、そこには当事者の意思の介在する余地はないとするのである。

では、ファブル・マニュアンは、「与える」・「為す」という概念をどのように捉えるのであろうか。ファブル・マニュアンは契約の構造から分析をする。³¹⁾ 契約には多数の可能な目的がある。その一つは債務を創設することにある。その債務自体には二つの目的があり、「為すfaire」と「為さざる ne pas faire」である。そして、「契約は契約当事者間で給付 (prestations) の交換を実現するものであり、給付の目的は物とサービスである」、とよべる。その意味するところは何であろうか。以下のように言う。契約の目的は、債務の目的によって包含されない固有の内容を有するのである。すなわち、所有権の移転は、債務の目的ではなく契約の目的であるとする。³²⁾

(三) 所有権の完全な移転のためには、与える債務だけでは不十分とする見解³³⁾

それに対して、「与える債務」概念自体を認めつつ、すなわち、所有権の移転を目的とする債務の存在を認めるが、「移転」する対象を細かく分析するものがある。現実の占有所持の引渡ではなく、抽象的観念的権利をその対象とする法的引渡 (tradition civile) の概念を持ち出す。法的引渡とは、その引渡の対象を処分権 (droit de disposer)³⁴⁾ と捉え、売主が自分の諸債務の履行をしないであることを禁ずることを目的とする。すなわち、具体的な物の引渡を強制させることを目的とする。「引渡債務は契約当事者の合意のみで完全となる」と定める一三八条一項は、法的引渡を定めたものであるとする。しかしこの法的引渡だけで、完全な (pleine et entière) 所有権移転の効果がもたらされるわけではないとする。同条一項に言う引渡義務は、法的引渡の達成手段として契約当事者の合意を必要とすることを定めているにすぎない。同条でいう「引渡 livraison は純粹に物質的な行為ではなく、かつ引渡義務は為す債務ではない」ということを理解するためには、引渡す livrer という用語

は、語源的には解放する・取り除く libérer という意味として捉えるべきである。」とする³⁸⁾。「この意味での引渡は、譲渡人が譲受人のために物を解放し、譲受人の占有を妨害しないということであって、抽象的な行為で、それは純粹に消極的なものである。」とする³⁹⁾。完全な所有権を取得するためには、それに続いて、現実的な支配をしなければならぬ。具体的には、権利を徴表する公示 transcription 手段（登記、所持）を取得しなければならぬとする。右主張を唱える論者においては、délivrance 債務を、そのような公示手段を譲り受ける機能を果たすものとして捉え、法的支配移転という評価的要素が加わる概念として考えており、単に実際にものが物質的に移動するということとは異なるものであるとする。

このような、見解のもとでは、一般的に「引渡」という言葉には、同じく物の引渡行為をともなう貸借契約における具体的な引渡債務と délivrance 債務、そして新所有者による自由な支配を妨害してはならないという与える債務、の三態様があると考えることになるか。

(2) 新たな類型の登場 praestare 概念

所有権移転効を契約の効果と捉える、あるいは与える債務に引渡機能を含める、というそれぞれの見解において、為す債務は、どのような内容を持つものとして考えることになるのか。特に、引渡機能については、為す債務に吸収されることになるのか、それとも与える債務として捉えるのか、いずれの見解をとるかで、引渡行為の性質が大きく異なることになる。引渡を為す債務として捉えることについては、履行強制に関する民法一一四二条との関係で不都合が生じる。そこで、考え方として、与える債務を権利移転効とは無関係な引渡機能のみを目的とするものとして捉えるか、それとも引渡を新たな第三の債務目的として構築するか、の二つの道が考えられる。二〇〇五年九月二二日に法務大臣に提出されたフランス民法典の草案 (Avant-projet) では、

新たな債務概念の導入⁴¹⁾という後者の道を試みている。そこでは、まず、債務の分類において階層化が試みられている。すなわち現物債務 (en nature) は、与える債務、利用を許す債務 (concéder l'usage)、為す債務、為さざる債務に細分化され、さらに為す債務は手段債務あるいは結果債務に細分され、与える債務は常に結果債務であるというように、手段債務、結果債務と関連づけられている。債務の目的に従った債務の分類と債務の強度に従った債務の分類を組み合わせると、与える債務と利用させる債務は結果債務であり、為す債務は契約内容によって手段債務であったり、結果債務であったりする⁴²⁾。

右のような、新たな債務分類を行うに際して、従来の民法典にはなかった概念が、加わった⁴³⁾。草案では、現行民法典の一一〇一条における、従来の三分類の他に、新たな種類の債務を認識している。それは、とりわけ寄託あるいは担保の名の下において、物の利用を許すという方法をとらないかたちで物を移転する (la simple détention) という債務である。

新たな分類としては、物を与える (donner une chose)⁴⁴⁾、物の利用を許す (concéder l'usage d'une chose, donner à usage)⁴⁵⁾、為す・為さざる (faire, ne pas faire) である。

concéder l'usage (concéder l'usage d'une chose, donner à usage) は、契約終了に際して、当該物を返還しなければならぬというところに、同債務の本質がある。所有権の移転がないということで、与える債務との異質性は確認できる。しかし、為す債務との違いはどこにあるのか。この点につき、ユエ (HUE) は、経済的統計においては、動産の賃貸借をサービスとして捉える傾向にあるが、法律の世界では異なる⁴⁶⁾。concéder l'usage 債務は、常に現物で履行でき、結果債務であるところがその特徴である、とする。

新たな債務分類が具体的な契約の類型化にどのように反映されてくるのであろうか。この点について、右新

三分類に対応して、ある物の所有権の移転を目的とする契約（売買、贈与、会社への出資）、ある物の利用を目的とする契約（賃貸借、貸付、ファイナンスリース）、他者の要求により実施される行為に向けられる契約（請負、委任、寄託）に契約類型は分けられるとする。最後の行為については、さらに二つに分けることが出来るとする。純粹なサービスとそれ以外のものがあり、サービスがある物、ある仕事、の製作や実現に向けられている場合には、瑕疵担保と所有権の移転の問題が想起されることになるとする。ユエは将来的には、為す債務の中でも、ある物を為す債務と、サービスを行う債務とに分けることが考えられるとする⁴⁶。

小括

mise à disposition は、物の所有者が自身の現実的な物に対する支配を解いて、他者に現実的な物の利用を自由になさしめる概念である。支配に関わる様々な権利概念との結びつきは切斷されている。また、現在典型契約として存在する様々な契約を類型化する上で、学説では「与える」という概念を債務として位置づけるか否かで議論が展開されているところではあるが、*mise à disposition* 概念を新たな債務目的概念として定立し、それを本質的な債務として位置づける試みがあることが分かった。

四 サービス契約における *mise à disposition*

ところで、役務を提供する契約においても、純粹に役務を提供するケース、純粹に役務を提供し、その成果が物体化する（興信所による調査結果）ケース、物に対して加工がなされ、成果が物体としてもたらされるケースなど、契約における役務と物との関係は多様である。わが民法上典型契約として名を連ねているものの中で、売買契約あるいは各種貸借契約といったような、本質的に物が、債務の目的（取引の客体）となっているものは、人から人へのその物の移動局面において *mise à disposition* が必ず必要となる。それに対して、委任や請負といった役務提供型の契約においては、債務者自身が何らかの具体的な活動を行うことが本質であり、具体的な活動の中において、物の存在あるいは物の *mise à disposition* は、契約の構成要件として欠かせないものではない。

それでは、物の *mise à disposition* を伴う役務提供契約において、*mise à disposition* という行為態様は、どのように評価されることになるのであろうか。たとえば、役務提供と *mise à disposition* とをそれぞれ分断し、それぞれの行為態様に類似する典型契約規範をそれぞれ別個に適用するのか、それとも、相互に関連づけて個別具体的に場面に応じて規範を構築していくことができるのであろうか。

mise à disposition の対象が、物の場合、我が国の典型契約の類型からすると、贈与、売買、貸借、寄託といったところが、規定内容から判断して該当するものと考察することができる。一方、請負に関しては、物の製作を請け負うとしても、*mise à disposition* は製作が完了した後の最終段階に物の引渡が代金の支払いとの関連に

において登場するに過ぎない。委任規定においては、mise à disposition が関係するのは、受任者の委任者への受取物引渡の場面である。そうすると、mise à disposition が契約における主要な債務として存在するときは、常に、売買、貸借、寄託といった規定が適用され、委任や請負として性質決定されることはないであろうか。あるいは、役務と物とをともに給付する取引において、両者はそれぞれ、たとえば請負＋賃貸契約といったように、分断して考察されることになるのであろうか。そもそも、mise à disposition を主たる債務として持つ契約は役務提供型の契約として捉えることはできないのであろうか。すなわち、mise à disposition という行為自体がサービス、すなわち、何らかの価値を新たに創造するという意味における為す債務としての性質を内包する可能性はないのであろうか。

以下では、フランスにおける mise à disposition を伴った契約の分析状況を考察する。契約構造分析において、最終目的 (finalité) 考慮を契約の性質決定において必要とするピュイグの見解を総論的に紹介し、それに続けて、同じくピュイグの分析方法に基づいて、役務提供契約における物の利用行為の位置づけを考察していく。ピュイグは、純粋な役務と物の mise à disposition とが相伴う場合と、債務者の給付態様が客観的に見て、物の mise à disposition しかない場合とにわけて考察しておりその分類に従って考察を進めることにする。¹⁸

1 役務提供契約の構造内における mise à disposition の役割

総論的な考察として、まず、mise à disposition と役務提供とが相伴う契約における、mise à disposition の位置づけを分析したパスカル・ピュイグの見解を紹介する。¹⁹

「債務者は、mise à disposition が関与する明確なサービスを提供する義務を負っているのか、それとも契約

相手方にある物を單純に引き渡す義務を負っているに過ぎないのか」によつて、役務提供契約か否かが分かれるとする。後者では、「契約相手方は、契約の中で特に特定されていない一定の満足を物の引渡から得ることになる」とする。「契約の最終目的 (finalité) は、前者はサービス、後者は單純な物の自由利用 (mise à disposition)」ということになる。「物の利用によつてもたらされる特典 (avantage) が、その物の提供者によつて提供される場合、その特典は契約の目的に取り込まれる。それに対して、債務者の義務を超えて、特典が行爲 (acte) の外側にある場合、よくて主觀的コース (causa remota) に含まれることになる」に過ぎないとする。契約を締結し、契約内容を履行することで、一定の成果、すなわち契約の履行による何らかの価値の創造がもたらされる場合、債務者はその求められる具体的な価値を創造することが求められる。そこに至るための手段として物の mise à disposition を債務者が選択したのであるならば、その mise à disposition 行爲は、求められている価値を創造するに資する行爲でなければならない。その意味で、ピユイグは、mise à disposition を含むサービスが、複合的な構造を持つている場合に、それぞれを分斷して捉えることの危険性を指摘する (mise à disposition であれば、賃貸借や寄託契約へと性質決定しやすい)。請負契約として捉えることの利点として、契約において行われる様々な給付を、一致した目標があることで、一貫性を持ったものとして束ねることができるのであるとする。「それらの債務は、それらが結合しなければ得られない、ある目 (最終目標) の実現に向けて秩序付けられる」とする。⁵⁰

2 純粋な役務と物の mise à disposition とが相伴う場面

① 船舶チャーター契約

一九六六年六月一八日の法律第一条で、船のチャーター契約は、賃貸人が賃料の対価として、賃借人に船を引き渡す (mettre à la disposition) 義務を負う、と定める。一九六六年の法律は、運送契約と一線を画すものである。DECOOPMAN は、以下のように説く。⁵³ すなわち、多くの見解は同法律では、チャーター契約を賃貸契約の一形態と見ているが、草案段階において、チャーター契約は、「賃貸に関するのではなく、船舶の mise à disposition に関するものである……」。チャーター契約は、少なくとも一時的チャーターや旅行用チャーターについては、賃貸契約とはそれゆえ異なる」との記述があると紹介し、法条文上 mise à disposition に言及していることが、性質決定において賃貸契約に結びつけられるわけではないとする。チャーター契約を賃貸と解するのは、船主 (fréteur) と借主 (affrèteur) との関係を全体として考察しているとは思えないとして賃貸契約として性質付けることに異議を述べる。実際に、旅行チャーターでは、船主は、ある船舶を、一つもしくはそれ以上の旅行を遂行するべく借主に対して mise à disposition し、貸主は、船舶管理 (gestion nautique) を行い、有期チャーターの場合は、決められた期間において、借主に mise à disposition した船の航海管理を行う。それゆえ、単純な物の賃貸借とは異なる。少なくとも、物の賃貸借に加えて、役務提供という要素がある。しかし、この考察も正確なものとは言えないとする。実際に、この二つの要素が存在しても、両者は並列 (juxtaposent) の関係ではない。両者はホテル宿泊契約や展示契約 (contrat d'exposition) のように、特有の契約形成に基礎付けを与えるものである。これらは、付随的な役務を伴うところある場所を mise à disposition することで共通性を有するものであるとするこれら契約の本質的債務の目的は船舶自体ではなく、船がもたらすで

あろう運送の可能性 (potentiel de transport) であるとする。⁵³

ピユイグも、物の *mise à disposition* と役務とが一体となった契約であると解する。すなわち、チャーター契約の *finalité* は、単に運送給付を組織する手段を形成することであり、運送給付の実現は航行を超えて借主が負う様々な仕事の遂行であると考えられ、チャーター契約は、運送の手段を組織するに過ぎないとし、「単なる賃貸以上であり、真の運送以下」のものであると表現する。その目的は、実際に、借主によって追求される *fin* (最終目的) に資するための使用価値の潜在性 (potentiel d'utilité) を提供することである。貸主は、役務の手段を提供することになるが、それ自体がすでにサービスを形成するとする。⁵⁴

② 鑑賞・観戦契約 (contrat de spectacle)

ピユイグ⁵⁵は、鑑賞・観戦契約は、座席の *mise à disposition* であり、物の賃貸借であるとの学説、判例の見解に対して、そのような見解は、表面的であると批判する。⁵⁶ 座席の提供はその先にある最終的な契約目標 (*finalité*) を得るための手段に過ぎない。ここでいう最終目標とは「興行の発表を座席の借主に披露すること」である。

③ 貸金庫契約 (coffre-fort)

Nicole DECOOPMAN は、⁵⁷ 以下のようにいう。 *mise à disposition* が主たる債務の履行手段にすぎない場合、あるいは、他の契約の実現を容易にするために用いられるとき、 *mise à disposition* は、単なる物理的な作用 (*opération*) にすぎないように映る。すなわち、 *mise à disposition* 自体により、それを特徴とする契約類型 (以下あげるような賃貸借あるいは寄託といった) を構成しないということになる。

学説の多数は、金庫契約を「銀行が顧客に対して金庫を、安全な場所に何らかの物を置いたために、 *mise à*

disposition する」ものと捉える。性質決定に関して、顧客を賃貸借契約における賃借人として捉えると、賃借人は、賃借物について自由に利用できるはずであるが、顧客は金庫がある部屋に自由に出入りすることができず、金庫を開けるには、銀行の協力が必要である。さらに、借り主は賃貸借であれば、賃借物を保管しなければならぬが、金庫契約では、銀行のみが金庫の安全性を保証し、単なる賃貸人以上に、その負わされる義務の内容は重くなっている。金庫の借り主は、利用する権利を取得するにすぎず、契約の経済的目的 (le but économique du contrat) は、金庫自体を利用することではなく、その中の物の保存 (conservation) にある。当該契約における本質的債務は、監視 (surveillance)、管理 (garde) にあり、それは寄託契約の定義に対応するものであるとする⁸³。しかし、一九一五条における、寄託に必要とされる、手から手への引渡がなく、金庫に入る物の内容について貸す側は知らないことから、寄託として性質決定することにも躊躇があるとする⁸⁴。

同じく、Christian GAVALDA は、金庫貸し契約の法的性質決定については、銀行は金庫の中にある物を受け取るわけではないので、民法一九一五条という寄託として考えることはできないとする。銀行は、監視する義務を負うものの、預けられている物の分量、性質といったような預けられている物の価値を把握しているわけではない⁸⁵。また、賃貸借契約としても位置づけられないとする⁸⁶。その理由として、賃貸人は目的物を賃借人に貸し与える義務を負っているに過ぎない、それに対して金庫の借り主は、銀行の協力なくして金庫を自由に利用することはできず、直接的な利用権限を有さない。さらに貸し主が負担する監視義務の程度が両者で異なり、金庫の貸し主である銀行は、監視義務こそが金庫貸し契約の本質的債務であり、賃貸借では、監視については借り主と貸し主の両者に分担される。それゆえ、金庫の部屋の点検は銀行にのみ課され、他者の財産の管理という同取引の経済的 finalité からみると、金庫貸し行為は、銀行に対して期待されるサービスの中の一つ

として捉えうるとする。

④ ホテル宿泊契約

ホテル宿泊契約については、その契約を形作る様々な構成要素があるが、この契約は、それを超越した契約の *finalité* がもたらす統一性・一体性 (*unité*) があるとするとする。それゆえ、単なる物の賃貸借とは区別される。

「宿泊用施設の提供」という要素と他の宿泊契約を構成する様々な要素(役務)との関係については、「後者が前者に付属することだけにとどまらず、後者は前者の射程範囲を契約の目的の中に追いこむ」機能を果たすとピュイグは分析する。すなわち、「施設の *mise à disposition* は、賃貸借では *but* 目的として位置づけられるが、ホテル宿泊契約では、単なる手段 (*moyen*) にすぎない」ということである。宿泊とそれに伴う役務はお互いが連関していなければ、契約で最終的に行おうとしたことは達成できない、という関係にある。⁶⁵

以上、紹介してきたチャーター契約、観戦契約、貸金庫契約、あるいはホテル宿泊契約では、債務者が契約を介して実現しようとしていることが、物の引渡ではなく、サービスの提供にある。サービス提供者が、様々なサービスを提供するなかで、契約内容をよりよく実現させる一手段、一選択方法として、物を相手に引き渡して利用してもらうという選択肢をサービス提供者は採用したことになる。前掲(三一)のフランスにおける一般的債務構造理解によると、給付すなわち債務目的の「もの」は、物質的な物ということになり、権利移転を伴わないことから、為す債務と解することになる。しかし、ピュイグのように、契約の最終目的を契約構造に取り込むことで、為す債務の法的性質が可変的なものとして捉えられるようになる。物の引渡を伴う契約が新たな価値創造を目指すものである場合、物の引渡行為はサービス提供の一行為態様として、評価される。

3 給付態様が客観的に見て、物の mise à disposition しかない場合

それでは、債務者が、その行為態様として、物の mise à disposition しか行わない場合、その契約は、役務提供を目的とした契約ではないことになるのであろうか。ピューグは、「手段の提供」+「その手段の利用」¹¹「希望する結果、果たされるべきサービス」¹²、という関係が認められる場合、すなわち、契約内容が履行されることで得られうる一定の成果を取得するべく何らかの契約を締結した場合、債務者が行うべき契約の具体的内容は、ある成果を取得するための手段になるという。その手段が、たまたま債権者による物の自由利用である場合、債権者が実際に自由利用すること、はじめて成果が得られる。この場合、成果とは、何らかの価値が創造されたということである。債務者の側からみると、自分の所有する物を他人に自由利用させることによって、新たな価値を創造したことになる。この場合、mise à disposition は、単なる物の利用ではなく、為す債務としての性質を有するに至ったのだと分析する。同氏の見解は契約構造的には、以下のである。

債務者が行う行為が mise à disposition だけとなると、同行為を契約類型の構成要件とする売買、あるいは貸借との異同が当然問題とされる。この点について、ピューグは以下のようにいう。「客が mise à disposition によって、物の全体的な支配を獲得する場合、その物の利用から得る利用価値は、提供者に課される債務の目的 (objet) を構成しない。提供者は相手に対して mise à disposition だけを保証すればよく、また、相手に対して、相手が自身の欲求を満足させるには有用であると期待する利益をその物から取得することを許すだけではない」。この場合、物の利用によりもたらされるサービスは、契約の finale の外側にあり、賃貸借として性質付けられるとする。それに対して物の全体的な支配を獲得するものではない場合、利用者は全くの裁量を持ってそれを利用できるわけではない、というのも、「mise à disposition は明確な欲求を満たすことが運命付けられ、

それゆえ、*mise à disposition* は明確なサービスを提供することを運命付けられている」のであるとする。⁶⁷⁾

「問題は、物の所有者が相手方が追求する最終的なサービスの提供に関連することであることを理解していたかどうかを知ることである」とする。そのために、「賃貸契約の特徴であるところの単なる *mise à disposition* から請負契約の特徴であるサービスへとその性質が変質するかどうかは、物の所有者の立場に立つて、契約相手方が追求する目的を考察する」ことが必要であるとする。

mise à disposition を、単なる賃貸と法的に構成することと、サービスとして構成することとの違いは、債務不履行における立証の点で現れてくるとする。単なる賃貸の場合は、債権者に引き渡された物の不適合性を債権者である賃借人は証明すればよいのに対して、*mise à disposition* がサービスとして変質すると、賃借人はその不適合性を証明するか、それとも、*mise à disposition* された物を正確に利用したにもかかわらず、最終的なサービスを取得していないという二つのことを証明するか、の選択となるとする。⁶⁸⁾

具体例を通して見てみる。*mise à disposition* を構成要素として持つ賃貸借と物の一時的な利用を目的とする利用契約とは異なるのか、について以下のように問題が提起されている。すなわち、物の一時的な利用契約（*occupation précaire*）と賃貸借契約に関して、主に解約権の自由行使可能性の有無を争点として、判例は、物の一時的な利用契約において、その自由行使を認める、すなわち、賃貸借規範の適用を回避する。⁶⁹⁾ 学説・判例は、両者を区別する傾向にあり、両者の差異を、その不安定さ（*instabilité*）に求める。⁷⁰⁾ 両者の違いは、期間の保証の有無にあり、一時的利用についてはその解約が自由に認められるが、どちらの契約としてみるかは、契約締結時における契約当事者の意思解釈であるとする。これに対して、ピューグは、利用についての不安定さの有無が契約当事者の合意における本質的要素なのか疑問を投げかける。すなわち解約の予告期間がないこと

によって両者は区別されることになるのか、賃貸借契約の本質は、解約の予告権の存在なのか、ということである。ピュイグは契約の *finalité* が *mise à disposition* にある限り、それが断続的な利用であっても、賃貸借に変わりはないと評価する。⁷¹⁾「利用期間の不定期性という制限は、実際に、自身の物の自由な処分権限を保持することへの所有者の不安から来るのではなく、そうすることで契約相手の欲求に、より正確に応えようという所有者の意図にある。この *mise à disposition* は、ある役務提供の特性を示す目標を達成するための手段である」。⁷²⁾例として、絵画のギャラリーが自身のギャラリーの壁の一部を他のギャラリー経営者に *mise à disposition* する契約をあげる。同契約で、借主が絵画を一定期間・一定の時間帯の間、展示すると約束がある場合、その契約の *finalité* は、*mise à disposition* に制限されるのではなく、「絵画の展示を通してなされる利用が含まれている」とする。絵画の展示契約が結ばれると、展示を請け負った側は、その展示行為がうまくいくようにするための一手段・一方策として、自身が有するギャラリーの壁の一定期間における自由利用を認めるという手段を選択した。それに対して展示する側は、その壁を利用者自身の能力でもって上手く利用しなければならぬ。展示行為が成功するための手段を提供する行為（＝壁の自由利用 *mise à disposition*）自体が役務となる。

次に、DECOOPMAN による、自動販売機設置に関する販売機設置場所提供者と自動販売機の持ち主との間の設置に関する契約の分析を紹介する。自動販売機から飲料水やディスクを購入する者との関係では、自動販売機の設置は、それら商品の売上の申込に該当するものと考えられる。しかし、飲料水等の売買契約のためには、自動販売機の設置に関する契約の存在が前提として必要とされる。⁷³⁾設置場所提供者との関係では、自動販売機の持ち主は、手入れをして、全受領金を保管し、設置場所提供者に分配金を支払うことが必要となる。こ

の場合、自動販売機の引渡は、ある単一の契約の履行方法ということではなく、他の契約の締結が為されなければ、その存在意義が無くなることになる。すなわちある場所に設置すればよいのではなく、設置が売買契約の申込として意味を持つものでなくてはならない。

スーパーマーケットにおける荷車（ワゴン）の引渡（自由利用）は、法的にいかなる存在としてみることができであろうか。⁷⁴ DECOOPMAN は、以下のような考察をする。

スーパーマーケットが顧客に対してワゴンを提供するという行為は単なる事実として評価されるのか、それとも暗黙の契約関係の存在が認識できるのか。判例は、ワゴンにより生じた損害賠償の根拠を不法行為領域の問題として捉える。契約関係としては使用貸借（*prêt à usage*）が想起されるが、DECOOPMAN は、そう考えるのは不適切であるとする。将来行われる売買（レジでの現物売買）への従属的關係を考慮に入れるべきであるとする。⁷⁵ なお、同氏は、この関係を好意サービス（*service d'ami*）として把握するべきか否かについて、ワゴンは買い物という事実行為を楽に行うことに資し、買ひ物の分量を増加させる効果に一役買い、売主にとって直接的・金銭的利益をもたらしものであるとして、さらに、實際上スーパーマーケット側は価格一般にワゴンの価格を含ませていることからワゴンの貸し出し行為において、無償性はないと分析する。⁷⁶

五 むすび

具体的な行為から、与える、為す、為さざるといった抽象的行為態様を抽出し、それを債務の目的として定

めたフランス法において、あらためて、それら概念の具体的中身を問い、概念を再構築して、契約の類型化に反映させる試みが為されていることが、以上の考察から明らかになったものと思われる。債務の目的をめぐっては、所有権移転という現象を債務として構成するの否かが、「与える」概念をめぐる議論されてきた。その一方、役務と物の利用という二つの異なる行為態様がある契約の中に存在している場合に、その契約は、典型契約の集まりと見るか、それとも新たな類型の契約 (subgenus) とみるか、意見の一致を見ないが、そのなかで、請負契約という典型契約として見るべきとする考え (Pascal PUIG) が登場した。それは、一つ一つの行為を分断して考察すると、確かに様々な典型契約類型に分解できるが、それぞれ無目的で並んでいるのではなく、ある一つの最終的な目標 (finale) の下に、それぞれがそれに向けて有機的に組み合わされており、その最終的な目標とされるものが、何らかの価値を創造するものであるとき、それは請負契約として捉えるべきであるとの見解である。何らかの価値を創造する作用とは、民法典上の概念としては、「為す」という概念を示すものとして定義づけ、その一方で、既存の価値について変化を伴わないような作用を *Disposer* として、新たな概念を債務分類類型に付け加える。学説のみならず民法典草案でも新たな類型作出の試みがなされている。同概念は多様な行為態様を含むものである。単なる *mise à disposition* も同概念に含まれる行為態様である。 *mise à disposition* すなわち、物の自由利用は、それだけで自己完結するものとして捉えるならば、それ以上のもではない (*mise à disposition* を本質的要素とする契約である貸借契約上の債務の域を超えない)。しかし、考察してきたように、 *mise à disposition* が役務提供行為と融合して何らかの価値創造行為に与することになった場合、 *mise à disposition* は、その種の契約において欠くことのできない重要な債務を構成することになる (請負契約一般に要求されるところの本質的債務を構成するとまではいえない)。

以上、役務の提供行為と物の利用行為とが存在する契約について、フランス法における議論を考察してきた。二つの行為は、相互にどのように位置づけられているのか。見解としては、それぞれを、もつとも類似する典型契約類型に分解し、いわば典型契約の束が集まって一つの契約が成り立っていると分析する見解と、そうではなく相互に影響しあっている関係があり、単純に典型契約に分解できない、分解することの危険性を主張する見解とがある。本稿では、前者の見解の詳細に触れず、後者の見解に立った場合の利点や後者の見解を前提にした上でのそのような取引の構造分析を紹介するにとどまり、本稿は導入的なものとなってしまう。後者の見解に立ち、その有用性をさらに誇示する上で求められることは、既存の典型契約に関する諸規定が、それらが想定していた行為態様が請負契約上の行為態様として把握されたときに、どのような解釈の下で用いられることになるのか、具体的に提示することにある。

注

- (1) もつとも、この分類法と、強制履行方法との間の関連性については、ボアソナードにおいて、否定的に考えられていたことを指摘するものとして、森田修『強制履行の法学的構造』（東京大学出版会 一九九五年）二八一頁以下、がある。債務不履行責任論を行為債務・引渡債務に細分化し鳥瞰図を示したものとして、平井宜雄（『債権総論（第二版）』がある。
- (2) 所有権移転作用を「義務」として位置づけるかは、議論がある。高森八四郎「売買における売主の所有権移転義務」（関西大法学論集43巻5号）一頁以下では、日本法における学説の考察が為されている。高森は、物権変動における意思主義を採用する日本では、所有権移転義務は存在し得ないと説く（同二四頁）
- (3) 平井宜雄（『債権総論（第二版）一九九頁）は、引渡債務を「財産権およびその目的物の占有を移転する債務を意味」と、定義づける。もつとも、所有権移転同様、意思の作用のみで、実態上何ら行為を要せずとも、物支配の性質が変更される方法

- として、占有改定があり、五感で知覚できずとも無形給付として給付概念として据えるべきとする金山氏の見解がある。(金山直樹『新版注釈民法(10)Ⅰ』(平成一五年) 九五頁。)
- (4) もっとも、行為態様として、客観的同質性を有するも、法的位置づけとして、売買と貸借における引渡行為を同様に扱うべきかは、引渡の不履行(従来の債務不履行態様の三分類を包括する概念として、不履行という用語を用いる)をめぐる法的責任構成において、議論がある。平野裕之『債権総論』(信山社二〇〇五年) 一三頁参照。土地所有者が交代した際の、新土地所有者と貸借人間の関係を説明する概念としての状態債務については、七戸克彦「貸貸人たる地位の移転の法律構成―「状態債務関係」論・「賃借権の物権化」・「法定契約引受」論の再検討」『都市と土地利用(稲本洋之助古稀記念)』一六三頁―一九四頁(二〇〇六年 日本評論社)を参照。
- (5) Vocabulaire juridique, Gérard CORNU, PUF, 8éd. 2000. 山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会二〇〇二年)においては、「自由処分付託(提供)」と訳している。
- (6) この点については、拙稿「為さざる債務」において考察を試みた。
- (7) Pascal PUIG, Contrats spéciaux, Dalloz, HyperCours, 2005. 又その他, Jérôme HUELT, Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil, LGDJ, 2ééd. 2001, n° 11239; Paul-Henri ANTONMATTEI = Jacques RAYNARD, Droit civil contrats spéciaux, 3e éd., Litec, 2002, pp. 167.
- (8) Article 1604: La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.
- (9) Pascal PUIG, op. cit., Contrats spéciaux, n° 367.
- (10) Pascal PUIG, op. cit., Contrats spéciaux, n° 399.
- (11) Pascal PUIG, op. cit., Contrats spéciaux, n° 544.
- (12) Pascal PUIG, op. cit., Contrats spéciaux, n° 547.
- (13) Pascal PUIG, op. cit., Contrats spéciaux, n° 560.
- (14) Nicole DECOOPMAN, La notion de mise à disposition, RTDeiv, 1981, n° 5.

- (15) Pascal PUIG, La qualification du contrat d'entreprise, LGJ Diffuseur, n° 60, Paulette VEAUX-FOURNIERE = Daniel VEAUX, Contrats de mise à disposition, Juris Classeur, Contrat-Distribution, 2002, n° 68 は「厳密な意味で〇 mise à disposition には、利用という要素が含まれることになり（使用貸借・賃貸借・特殊な性質を持った運送契約など）、一方で、同概念を用いてそれが含まれない場合を表現する場合（修理契約・寄託）があるとする」。

- (16) Nicole DECOOPMAN, op. cit., La notion de mise à disposition, n° 6, なお、人材派遣契約における派遣業者による派遣員の派遣先への派遣行為を mise à disposition として表現する（拙稿「為させる債務」『現代私法額の課題 伊藤進古稀記念』一二八頁以下）の点については言及している）。

人材派遣契約の定義について、労働法で以下のように定める。

Article L124-1

“, est au sens du présent chapitre un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs, des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle embauche et rémunère à cet effet.”

（もっぱらその活動が、あらかじめ合意した資格に応じて請負人が雇い、報酬を与える労働者を利用者において、一時的に利用させる行為にあるところの、あらゆる自然人又は企業は、本章における一時的労働についての請負人である。下線は本稿執筆者によるもの。）

- (17) まず、第三編「所有権を取得するさまざまな仕方」、第三章「契約又は合意による債務一般」の冒頭以下のような契約の規定がある。条文和訳については、『フランス民法典 物権・債権関係』（法務大臣官房司法法制調査部編一九八二年）「法務資料四四一号」に従う。

Chapitre I Dispositions préliminaires (第一節 「前置規定」)

Article 1101.

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à

faire ou à ne pas faire quelque chose. 「契約は、一又は数人の者が他の一又は数人の者に対してあるものを与え、行い、又は行わない義務を負う合意である。」

この前置き規定(第一節)は一一〇七条まであり、一一〇八条から合意の有効性に関する本質的要件規定(第二節)が続き、一一〇八条に契約の有効要件が列挙されている。契約当事者の合意 (consentement)、契約能力、約束の内容を形成する特定目的、債務における適法なコースの四つが契約の有効要件とされ、そのうちの一一二六条の「目的」に関する規定(第三款)で、以下のような規定が存在する。

Section III De l'objet et de la matière des contrats (第三款「契約の目的及び内容」)

Article 1126.

Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. 「契約はすべて、当事者が与える義務を負うもの、又は当事者が行い、若しくは行わない義務を負うものを目的とする。」

続く第三節「債務の効果」(一一三四条以下)において、以下のような諸規定が存在する。

Section II De l'obligation de donner (第二款「与える債務」)

Article 1136.

L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier. 「与える債務は、物を引き渡し、引渡しまでその物を保存する債務を含む。これに反する場合には、債権者に対して損害賠償を支払う。」

Section III De l'obligation de faire ou de ne pas faire (第三款「行い、又は行わない債務」)

Article 1142.

Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. 「行い、又は行わない債務はすべて、債務者の側の不履行の場合には、損害賠償に変わる。」

[8] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil. Les obligations 76d, Dalloz, 1999, n° 259.; cf. GBAUDRY.

LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, des obligations*, 3e éd., t. I, 1906, n° 344.

- (19) 給付と目的との関係について、フランソワ・シャバスは、以下のように言う。民法起草者は契約の目的と債務の目的とを区別していなかった。多くの学者は、契約の目的は債務の創造にあり、債務の目的は行うべき給付にあると解している。すなわち、契約の目的は行うべき給付である、ということになる。しかし、このような見解は正確ではないという。債務の創造は目的ではなく契約の効果であると主張する。「契約の目的は、契約両当事者が実現すべく追求する法的行為・作用 (opération juridique) である。この作用・行為は約束した給付、すなわち諸々の債務の目的と区別される。契約の目的を支配する規律と債務の目的を支配する規律とは混同してはならない。すなわち、行うべき給付は違法ではないにもかかわらず、時にわれわれは企てた作用・行為は禁止されているとの認定をする事がある。反対に、法的行為・作用は有効であるが、約束した給付は禁止されていると認定す」とある。」と云ふ。Leçons de droit civil, Tome 2, Premier volume, Obligations, théorie générale, Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, par François Chabas, 9 éd, 1998, n° 231 ~.

(20) Pascale BLOCH, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTDciv (4) 1988, p. 673.

(21) Pascale BLOCH, *op. cit.*, RTDciv (4) 1988, n° 1.

(22) Pascale BLOCH, *op. cit.*, RTDciv (4) 1988, n° 9. は「債務構成不要論者を「一元論者」、あるいは「観念論者」と名付ける。これらの見解にたつものは、契約からは為す債務しか生じないとする。フランス民法九三八条の贈与の規定あるいは一五八三条の売買の規定では、契約当事者の合意のみにより贈与あるいは売買は完全であるとの規定がある。一元論者によると、これらの規定から、合意の交換により自動的に所有権が移転することが、売買あるいは贈与の本質をなすものであると捉えることになる。

九三八条 正式に受諾された贈与は、契約当事者の合意のみにより、完全になる。贈与対象物の所有権は、他の引渡を要することなく受贈者に移転される。(私訳)

一五八三条 「売買は、物がいまだ引き渡されておらず代金がいまだ支払われていない場合であっても、物及び代金について合意するときから当事者において完全であり、買主は売主に対する関係で当然に所有権を取得する。」『法務資料第四四一号 フ

ランス民法典 物権・債権関係」(法務大臣官房司法法制調査部)

⁽²³⁾ 将来の物の売買とは、農産物(收穫された物)の売買、ワインのように收穫物を加工した物の売買、製造物の売買、建築物の売買といったものが想定されつゝる。(par ex. Pascal PUIG, op. cit. Contrats spéciaux, n° 213; Alain BENABENT, Droit civil, Les contrats spéciaux, civil et commerciaux, 4e éd., 1999, Montchrestien, n° 23.)

⁽²⁴⁾ Pascale BLOCH, op. cit. RTDciv (4) 1988, notamm. n° 5.

⁽²⁵⁾ Pascale BLOCH, op. cit. RTDciv (4) 1988, n° 11, 44. Aubry et Rau, Droit civil français, 6e éd., T. V, par Esmein, § 349, を引用す。Aubry et Rau, Cours droit civil français, 4e éd., t. 4, 1871, pp. 38. づは、物の権利移転を伴う契約から生じる引渡債務は、与える債務に分類し、権利移転を伴わない契約から生じる引渡債務については、為す債務に分類する。債務の目的が物で、行為態様が引渡行為の場合、その債務は与える債務であるとする見解と「づ」François LAURENT, Principes de droit civil, t. 16, 4e éd., 1887, n° 187, がある。

⁽²⁶⁾ 与える債務の存在を否定する見解において、所有権の移転時期が遅延するケースを以下のように見ている。すなわち、特約で引渡まで所有権の移転時期を遅らせることができ、また種類債務においては、所有権を移転させる前提として、特定作業を要する。これらの引渡しあるいは特定作業は、為す債務であり、この為す債務が実行されて所有権が移転するのであるから、与える債務がこの過程で介入する余地はないことになる。Boris STARCK par Henri ROLAND, Laurent BOYER, obligations, 2. contrat, 5e éd., Litec, 1995, n° 1008 -.

⁽²⁷⁾ Muriel FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, RTDciv (1) 1996, p. 85.

⁽²⁸⁾ Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit. RTDciv (1) 1996, p. 85, p. 90.

⁽²⁹⁾ Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit. RTDciv (1) 1996, p. 89, n° 5. それゆえ、現在のフランスにおける一般的な見解とは、「一線を画すると述べる (n° 8)」。

⁽³⁰⁾ Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit. RTDciv (1) 1996, p. 90. 先物取引の場合、期限の到来により、所有権が移転するのであり、そうには、売主が負担すべき義務というものはない。種類物売買においては、売主には物を特定するという作業が求められ、

それは売主に商品を特定するという義務の履行行為であるが、その物の所有権の移転は、何ら売主の行為を要求しない。というのも、その特定する行為（為す債務）により自動的に所有権は移転するからである」とする。

(31) Muriel FABRE-MAGNAN, op. cit. RTDciv (1) 1996, p. 103 (n° 21).

(32) 民法一一〇一条の条文を以下のように修正するべきだと提案する。現行民法は以下のようになっている。Article 1101 (一一〇一条) :

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes **s'obligent**, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

を以下のようにするべきだと主張する。

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes **s'obligent**, envers une ou plusieurs autres, à faire ou à ne pas faire quelque chose ou **donnent**, à une ou plusieurs autres, à quique chose. (契約とは、ある人を他者に対して為す、または為せしむる義務を負う、ある人は、ある物を与えることの合意である)

そして、具体的な契約は契約の目的（債務の目的ではない）により、*dare*, *praestare*, *facere* の三態様、すなわち *dare* : 所有権の移転を目的とする契約、*praestare* : 物の引渡を目的とする契約、*facere* : 為すことを目的とする契約、に分類するものがよい。

(33) Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, RTDciv (3) 2000, p. 477.

(34) Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, op. cit. RTDciv (3) 2000, p. 493. 現実の引渡 (*tradition réelle*)、簡易引渡 (*tradition feinte*) とは別の概念である。

(35) Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, op. cit. RTDciv (3) 2000, n° 30.

(36) Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, op. cit. RTDciv (3) 2000, p. 477, n° 30. ホルタリスは、売買契約において売主が目

的物を引渡さない場合、現実の強制は許されず、賠償の問題としていたローマ法を批判するために、たびたびこのように唱え

たとする。

(37) シャザル、ヴィセントは、条文について以下のように言う。

一二三八条について、第一項は、引渡義務は契約当事者の合意のみにより完全となる、と規定する。この「完全」について、所有権は合意により移転すると考える見解は、以下のように考える。「譲渡人は(目的物を)引渡さなければならぬ。というのもこの引渡義務は完全だからである。すなわち、(同義務は)合意の交換により生じ、形成されたためである」と。しかし、この解釈は、条文の文言に反しているとする。「完全」という用語は、達成した(accomplir)・完了した(achever)・消費された(consumme)を意味する。このことから、民法典起草者は「法的引渡 tradition civil」が合意により完了したといったかったのであるが、それに対して古典理論を踏襲する一派は、「引渡」は現実の行為に過ぎないと考えており、齟齬が生じる。

(38) Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, op. cit. RTDciv (3) 2000, n° 31.

(39) 危険負担について、契約締結時、あるいは予定した引渡期日から、買主は純粋な権利(un pur droit)としての、非物体的権能(une faculté moral)としての所有権の権利者となる。この権利は、買主に現実の引渡を受ける可能性をもたらし、売主に当該物の自由な処分を禁止する効果を有する。この二つは法的引渡の本質的な効果である。しかし、一方で買主は、反対の合意がない限り、即時に当該物の占有を取得する「義務」を有することとなる。以上をもって買主に危険負担がある、と説明する。

Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, op. cit. RTDciv (3) 2000, p. 496.

所有権の移転時期がいつか、という問題に対しては、この法的引渡にくわえて、さらに代金支払、現実の引渡を要するとの見解にたつ。与える債務と結びついた法的引渡は、種類物売買あるいは将来物売買の危険移転時期の説明に役立つとする。すなわち、法的引渡は、物の特定がなければ問題とすることはできない。この時期以降でなければ、買主のために物を解放する、すなわち危険の移転、という意味での引渡は機能しない。それに対して完全な所有権の移転は、現実の、あるいは簡易の引渡時に固定される、とする Ibid. p. 501.

(40) 後者の可能性を模索するものとして、Geneviève PIGNARRE, A la redécouverte de l'obligation de prae stare, pour une relecture de quelques articles du code civil, RTDciv. 2001, p. 41, なる。すなわち、債務目的として、与える債務、為す(為す

を(る)債務、利用債務 (obligation de prestare) があり、「確固とした、具体性のある表情を持つ」利用債務のみが、履行の強制になじむ債務であるとする。利用行為態様を「為す」概念から放逐することで、「為す」とは純粹な行為を示す概念となる。そして、一一四二条(本稿、注17)は、現実履行を強制できない為す債務に特有の規定、すなわち、現実履行に代替する金銭による等価交換を実現する趣旨の規定であるとする。p. 35。なお、一一四二条の性質については、議論のあるところである。「フィリップ・レシイ」契約責任」、誤った観念の歴史」平野裕之訳(法律論叢七四卷二・三号)二七一頁以下参照。cf. Muriel FABRE-MAGNAN, Les obligations. PUF, 2004, p.161, p. 184. なお、前者の試みは、Natasha PRYBYS GAVALDA, La notion d'obligation de donner, thèse Montpellier I, 1997. がある。債務分類論の動向については、紙幅の都合上、本稿は極めて概略的なものとなっている。この議論状況考察については、別稿を予定している。

(41) 草案における該当箇所の解説は、Jérôme HUET, Des distinctions entre les obligations, RDC, 2006/1, p. 86. による。

(42) Jérôme HUET, op. cit., RDC, 2006/1, n° 2 et 7. それに対して、ランドー委員会作成のヨーロッパ契約法原則あるいは「ガンドルフ計画のパヴァリア草案では、規定が設けられていないか、もしくは若干の与える債務に関する規定(あるものの所有権を移転する契約の物的効果 (effets réels)) が存在するのみである。

なお、安全債務と与える債務、為す債務との関係について、ユエは、後者二つが主たる給付となり、前者は後者に付随する性質であるとする。

(43) Jérôme HUET, op. cit., RDC, 2006/1, n° 6.

(44) Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles1101 à1386 du code civil) et du droit de la prescription (Articles2231à2281 du code civil).

一一二一条一項「契約は、一方当事者が譲渡すべき所有権または付与すべき利用権の対象物を、あるいは為すべきまたは為さざるべきある事柄を、その目的として持つ。物の所持も、それが、とりわけ寄託としてあるいは担保として利用を伴わないものであることも同様に移転することができ。」

(45) Jérôme HUET, op. cit., RDC, 2006/1, n° 8.

(46) Jérôme HUET, op. cit., RDC, 2006/1, n° 9, 次の二〇〇年において「さらなる債務の分類が為されるものと思われると締めくくっている」。

(47) 河上教授は、役務提供契約における物とサービスとの関係について、サービス提供者に対する契約責任を追及する方法として、役務の欠陥という概念が考えられるとする。純粹役務ではなく、サービスに物が係わってくるような取引において、物が役務の欠陥認定を行う上で、重要な役割を果たすとする。まず、物とサービスとの関連性について、「物の引渡を伴う役務」と「手段・施設・材料として物が用いられる役務」とに二分し、前者を「物に結晶する役務」、「物を対象とした役務」、「物の給付に随伴する役務」に細分化する。「物に結晶する役務」において、物の瑕疵が役務の欠陥を推定させることになるとする。寄託や運送といった「物を対象とした役務」では、「その物の有していた契約当時の性状あるいは、有していると合理的に期待される性状が維持されてい」なければ、不適切な役務があったと推定できる。「役務とともに物の給付を伴う」ような「物の給付に随伴する役務」では、物が通常備えるべき性質と役務提供との関連で見た物の「契約目的への適合性」が問題となり、役務と物とを分離して考察するのではなくセットとして評価するべきとの考えを示す(河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵(上)」NB L五九三号六頁以下)。また、伊藤進教授は、有形商品の供給とサービスとが混合した場合に、それぞれを分けて考察することに対して、「消費者の意図からかけ離れたものとなる」、「一体としてサービス商品の供給としてとらえていくことが必要」であるとする(「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」NB L四六八号七頁)。

契約の類型化という点からみると、物であるならば、売買、贈与、貸借、寄託といった類型に当てはめ、サービスであるならば委任、請負といったカテゴリーに当てはめて考察するのではなく、サービスと物との相互の関連性を考慮して契約の性質決定を行うべきであるとの意図を伺うことができる。

(48) サービス契約における、mise à dispositionの位置づけについては、主に、パスカル・ビュイグの論文を考察する。ビュイグは、役務提供者が、単なる mise à disposition の履行をするにすぎないとしても、契約の目的によって、同契約の性質はサービスとして考えられることを詳細に分析している。Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 85; Geneviève PIGNARRE, op. cit., RTDciv., 2001 n° 30, 給付の目的 (objet) は「発揮される活動の対象」を示し、給付の最終目的

(finalité) は、「給付が何を目的としているのか」を示す概念であるとする。サービスの目的が、物である場合があり、その物に対してどのような活動が施されるかによって、その物をめぐる取引がサービス性を備えるか否か決まるとする。

- (49) Pascal PUIG, La qualification du contrat d'entreprise, LGDJ Diffuseur, n° 60.
 - (50) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 64.
 - (51) Article 1 : Par le contrat d'affrètement, le fréteur s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur. (Loi 66-420 18 Juin 1966). Rodière は、「チャーターは船を目的とし、運送は商品を目的とする」と表現する。R. RODIÈRE, Traité général de droit maritime : affrètements et transports, t. I, Dalloz, 1967, p. 32.
 - (52) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDciv. 1981, n° 29 ~ .
 - (53) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDciv. 1981, n° 30.
 - (54) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, p. 107.
 - (55) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 65.
 - (56) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 65.
 - (57) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDciv. 1981, n° 33 ~ .
 - (58) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDciv. 1981, n° 36.
 - (59) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDciv. 1981, n° 36. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Pierre-Yves GAUTIER, Les contrats spéciaux. Defrénois, 2004, n° 868. Alain, BENABENT, Droit, civil, les, contrats spéciaux, civils et commerciaux, 4e éd., Montchrestien, n° 719. V. contra. Jérôme HUET, Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil, LGDJ, 2e éd., 2001, n° 33116 et notamm. 47.
- Article 1931 : Il ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée.
- (60) Christian GAVALDA, Coffre-fort, Rép. com., Dalloz, 1995.

- (61) art. 1915 : Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature
- (62) Christian GAVALDA, op. cit., Rép. com., Dalloz, 1995, n° 6.
- (63) Christian GAVALDA, op. cit., Rép. com., Dalloz, 1995, n° 8.
- (64) Christian GAVALDA, op. cit., Rép. com., Dalloz, 1995, n° 41. 監視義務は同契約の本質的債務 (契約を構成する債務) ゆえ、同債務を免除するとの約束は、無効となるとする⁶⁵。
- (65) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 66
- (66) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, note (79), p. 111.
- (67) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 74.
- (68) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 72.
- (69) Nicole DECOOPMAN (op. cit., La notion de mise à disposition, n° 10 -) は、賃貸借とは異なり、貸主において、賃借人よりも制限された権限のみを借主に与えるという場合があり、賃主が自己の物の管理と自由な処分権限を失うことを嫌う場合があるという場合があり、具体的には、スーパーマーケットがそのスペースの一角をある小売業者に貸し与えるという場合がある。この場合は、場所の変更権をスーパー側が持つており、スーパーマーケットが小売業者に対してスペースの利用許可更新拒否をした場合、それに対して小売業者が取りうる主張手段として、当該契約は賃貸借 (商事賃貸借) であると主張することが考えられ、その契約の性質如何により、結論が異なってくることになる。賃貸借契約と性質付けられることを回避する手段として、'mise à disposition' 概念が用いられている。一九五三年九月三〇日のデクレの適用を回避するための手段として、裁判所は契約の性質にふれずに、たとえば、商人としての資格がない、とか、固有の取引相手を有さないとか、同デクレにおける場所 (local) 概念に該当しない (借りる場所が定まっていることを理由として) などといった理由付けをおこなうとする。
par ex. Cour d'appel de Rennes, 21 mai 1974, JCP, 1974, II, 17835; Cour d'appel de Paris, 7 juillet 1973, D. juris., 1974, pp. 123.

一九五三年のデクレは、営業財産 (fonds de commerce) を保護する使命を帯びたものであり、契約の更新について、一定の制限を貸主に課している。cf. Jérôme HUET, op. cit., Les principaux contrats spéciaux, n° 21539; Alain BENABENT, op. cit., Les contrats spéciaux, n° 314.

(70) 暫定的利用と賃貸借との違いは、利用者の地位の不安定さ、あるいは利用料の低廉さにあると一般的に解されている。

Jérôme HUET, Les principaux contrats spéciaux, traité de droit civil, LGDJ, 2e éd., n° 21107; Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 75; Paulette VEAUX-FOURNERIE et Daniel VEAUX, op. cit., Contrats de mise à disposition, 2002, n° 85.

(71) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 75, p. 116.

(72) Pascal PUIG, op. cit., La qualification du contrat d'entreprise, n° 75, p. 117.

(73) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDeiv, 1981, n° 41.

(74) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDeiv, 1981, n° 44.

(75) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDeiv, 1981, n° 45, voir aussi, Paulette VEAUX-FOURNERIE = Daniel VEAUX, op. cit.,

Contrats de mise à disposition, n° 76.

(76) Nicole DECOOPMAN, op. cit., RTDeiv, 1981, n° 45; cf. Céline BLOUD-REY, L'obligation de surveillance accessoire aux contrats de prestations de services, D. juriss., 2005, n° 33, p. 2262. 物の引渡や物の利用など、主たるサービスの提供にあたって従たるサービス (services accessoires) が必要な場合、その中には、主たる給付の一部として構成されるのみならず、企業の商売価値を高めるものの一として機能をもつものがあり、サービスの最終的な価格にそれが反映されているということがあり、そのような場合、企業は同人による役務の提供に関連する (liées à son activité professionnelle) 種々の危険の結果を引き受けなければならないとする。

(77) なお、複数の契約が相互に緊密な関連性を有するようないわゆる複合契約論を考察したものと、都筑満雄「契約責任と第三者(1)」(7)―フランス契約群理論の検討を通じて―(法研論集、〇〇、〇〇、一〇二、一〇三、一〇四、一〇五、一〇

六号(二〇〇一―二〇〇三年)、中川敏宏「ドイツ法における「契約結合 (Vertragsverbindungen)」問題―契約の一体性と一部無効・一部解除問題―」(「橋法学」一卷三号) 八一―六頁以下。池田真朗「『複合契約』あるいは「ハイブリット契約」論」(NBL六三三号) 六頁以下、河上正二「複合的給付・複合的契約および多数当事者の契約関係」(法教一七二号) 四八頁以下、など参照。