

# 目的不到達となった労務の給付と 報酬請求権

土 田 哲 也

## I はじめに

ある者が、一定の反対給付を期待して相手方に労務を給付したがそれが実現されず、しかも反対給付について法的請求権を有しない場合は、給付した「労務」についていかなる保護が与えられるべきかというのが、ここでのテーマである。特に、報酬請求権を認めるべきかどうか、認めるとしたら不当利得返還請求権との関係をいかに考えるかということが、中心的な論点である。<sup>(1)</sup>たとえば、各種の企業者・営業者のために、家族やその婚約者、近親者、第三者が、営業譲渡や遺言による贈与を期待して、または、婚約者の一方のために他方が、或は独身の男性のために家政婦が、婚姻の締結を期待して、それぞれ無報酬か僅かな報酬で労務を給付したが、その期待が実現しない場合である。この場合、労務の受領者が期待された結果、すなわち反対給付を引き受けていなかったり、それが法的に強制不可能であったりすると、労務は有体物ではなく、また価値が客観的に確定しないために、労務の給付者は、不当利得の法理では十分な救済が与えられないことになる。そこで、報酬請求権が認められると労務の給付者は有利となるが、そのためには、いかなる根拠で、いかなる程度のものを認めるべきかが問題となる。外国の判例・学説を中心に論じ、<sup>(2)</sup>それを手がかりにして、わが国の場合についても考察してみたい。

## II 外国の判例・学説

### 1 ドイツ、オーストリアの判例・学説

- 
- (1) 事実上の契約理論などで、履行請求に向けたという問題はここでは取り上げない。  
(2) ただし、種々の制約と資料がないために実証的な裏付けは十分でなく、判例の引用も

ドイツ、オーストリアの場合、目的不到達となった労務の給付に対する救済の法的根拠としては、①当事者間でなされている報酬支払いの合意、② *condictio causa data causa non secta* (履行をなしたるにかかわらず相手方が履行をなさざるための返還請求訴訟<sup>(3)</sup>——ドイツ民法では812条1項後段後半に明文化され、オーストリア民法については、不当利得一般に関する規定である1435条にこの態様も含まれていると解釈されている<sup>(4)</sup>)、または、③実体法上の報酬請求権 (Vgl. § 612 BGB, § 1152 ABGB) が考えられている<sup>(5)</sup>。ここでは、解決が簡単かつ明瞭な①は除外する。また②についても、これが結局は不当利得、すなわち受領者側に存在する「利得」を前提とするが故に、受領者が善意であったり利得が消滅していると、労務の給付者には有効な手段ではない<sup>(6)</sup>。そこで以下③に焦点を絞って考察してみたい。

#### (1) ドイツの判例

目的不到達となった労務の給付について、ドイツの判例は、従来不当利得返還請求権を認めるだけであったが<sup>(7)</sup>、最近に至ってドイツ民法612条<sup>(8)</sup>に基づく報酬請求権を認める例が現われているようである<sup>(9)</sup>。

参考文献によったことを断っておきたい。法令の資料については、参議院法制局の河野久氏の協力を得た。ここに記して謝意を申しのべておきたい。

- (3) 船田享二『ローマ法入門(新版)』(有斐閣, 1967年) 144ページでは、「特定の原因によって給付が行なわれて、しかもその原因が存続せぬことによる不当利得返還請求訴訟」と訳されている。
- (4) F. Bydliniski, "Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen", Festschrift zum 60. Geburtstag von W. Wilburg, (Leykam, 1965), S. 46.
- (5) Vgl. Bydliniski, a. a. O., S. 46, 47, 54.
- (6) 目的不到達の場合の給付利得返還請求権については、拙稿「給付利得返還請求権」、『谷口知平教授還暦記念、不当利得・事務管理の研究(2)』(有斐閣, 1971年) 参照。労務の給付に関しては329ページ参照。ドイツにおいては、目的不到達となった労務の給付について、不当利得の返還によるべきだとする説と報酬請求によるべきだとする説に分かれていることについては、Soergel-Siebert, "Kommentar zum BGB", Bd. 3, Schuldrecht II, 10. Aufl. (Kohlhammer, 1969), Anm. 157, zu § 812 BGB S. 797 参照。
- (7) 例については, Bydliniski, a. a. O., Anm. 6), 7), S. 47 参照。
- (8) その第1項は、「報酬に対してのみ労務給付を期待しうべき事情あるときは、報酬を黙示に合意したるものと看做す」と規定している。
- (9) 例については, Bydliniski, a. a. O., Anm. 8), S. 47 参照。

肯定する場合の考え方は3つ挙げることができる。第1は、対価としての報酬を伴う労働関係の設定意思が両当事者の間に存在するかどうかを吟味して、それが認められるなら612条に基づく報酬請求権を労務の給付者に付与しようとするものである。たとえば、家族間での労務の給付については当事者が（対価を伴う）「労働関係を全く欲していなかった」からという理由で報酬請求が棄却されているのに対し、<sup>(10)</sup>営業譲渡、婚姻の締結、遺言による贈与を期待して給付された労務については「労働関係が存在する」からという理由で報酬請求が<sup>(11)</sup>認容されている。つまり労働関係の設定意思が認められれば、その中には報酬支払いの約束も含まれているとみて、612条を適用するわけである。第2は、明示的な労働関係設定意思がなくても、たとえば営業譲渡（反対給付）を専ら考慮して労務を給付した場合（つまり612条にいわゆる「報酬に対してのみ労務の給付を期待しうべき事情」があるときに）、「雇傭契約」に基づく報酬請求権を肯定しようとするものである。そして、特定の結果ないし反対給付を期待して労務を給付したかどうかということは、労務の種類、給付対象の範囲、給付期間、給付の動機等、諸事情の詳細な考察で補強して判断する。第3は、他人の一方的決定によって労務を給付する（*fremdbestimmte Arbeit*）、いわゆる「従属的労働関係」が認められる場合に報酬請求権を認めようとするものである。いずれにしろ、判例は、雇傭契約かそれに準ずる関係(vgl. § 612 I BGB)が存在すること、すなわち、一方が労務の給付義務を負担し他方がそれに報酬を支払うという労務供給関係を設定しようとする、当事者の「意思」を認めうる「事情」がなければ、報酬請求権を認めない。いいかえれば、約定に基づいてのみ報酬請求権は付与されるとする線を維持しようとしている。<sup>(12)</sup>

## (2) オーストリアの判例

(10) BAG in AP Nr. 1 zu § 518 BGB, vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 47.

(11) BAG in AP Nr. 13, 15 u. 20 zu § 612 BGB und Nr. 2 zu § 146 KOなど。Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 47.

(12) Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 47—49; *Soergel-Siebert*, a. a. O., Anm. 2 zu § 612 BGB, S. 119.

オーストリア民法1152条は、「契約において報酬を定めざるも無報酬ならざることと約定したる場合は、相当なる報酬が約定されたるものとみなす」と規定している。この規定は、ドイツ民法612条と異なり、雇傭契約についてだけでなく、請負契約についても適用されるようであり、したがって判例も豊富で議論の素材も多い<sup>(13)</sup>。以下この規定の適用についての傾向を要約する。

オーストリアの判例もドイツの判例と同様に、目的不到達となった労務の給付について、不当利得返還請求権から1152条に基づく「契約上の」報酬請求権を認める方向へ移行する傾向にある<sup>(14)</sup>。その理由は、労務の給付の目的たる反対給付が婚姻の締結や遺言であると、その履行を強制できない (vgl. §§ 45, 55 2, 716 ABGB) し、また、労務の受領者に履行義務を負う意思がなく、労務の給付者も履行を望まないような場合には、履行請求に代る救済方法が必要となったからである<sup>(15)</sup>。報酬請求を認める場合の論拠に従って判例を整理すると、2つのグループに大別できる<sup>(16)</sup>。

1つは、当事者間に報酬の約定があり、かつ、専ら遺言等の反対給付を顧慮して労務が給付された場合に、「両当事者の意図に従った報酬」を認めるものである<sup>(17)</sup>。なおこの報酬の約定には、「黙示の約定」も含むとされる<sup>(18)</sup>。要するに表現を変えれば、一方で当事者の意思もしくは誠実な取引慣習に従って判断される諸事情によって、明らかに親切ないしは好意とみなされる労務の給付は無報酬

(13) Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 50.

(14) 因みに、労務の給付に対して反対給付をするという約定が不履行になった場合に、損害賠償で処理する方法もとられている。Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 21), S. 54.

(15) Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 53.

(16) Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 57 f.

(17) たとえば、営業譲渡の納束の履行請求は功を奏しなかったが、譲渡のみを顧慮して労務を給付したので報酬請求権を有するとした、EvBl. 1960, Nr. 21や、遺言のような約束された利益を専ら顧慮して労務が給付されれば、予め別途約束された報酬の請求ができるとした、SZ XXV II/156; JBl. 1959, 43; ArbSlg. 7453 などがある。なお判例については、*Bydlinski*, a. a. O., Anm. 20), S. 53; 26), S. 55; 37), 38), 39), S. 58 参照。

(18) 実例については、*Bydlinski*, a. a. O., Anm. 33), S. 57参照。

としながら、他方<sup>(19)</sup>でさらに当事者が報酬の約定をしていた事情がある場合にのみ報酬を認めることを前提として、そのような約定や事情が存在するかどうかの認定に腐心するグループである。もう1つは、原則として、家族間、配偶者間での労務の給付については1152条に基づく報酬請求権を認めないが、反面、それ以外の場合については、無効な或は別の内容の契約を報酬の約定を伴う雇傭契約だと擬制することなしに、直接1152条を適用して広く報酬請求を認めようとするものである。すなわち、意思とか約定の存在を前提としてその認定をすることにこだわらないで、客観的に判断して報酬を広く認めようとする。なお、このグループの判例が家族間や配偶者間での労務の給付は無報酬であるとする理由は、妻は家族生活共同体に在る間は扶養されるので労務の給付に対してその等価物を得ているとか、そもそも家族間には労働契約や雇傭契約の存在は認められないとか、家族法上の義務 (vgl. §§ 92, 144 ABGB) の履行としての労務の給付は当然無報酬である (ただし、その履行が義務の範囲を越す場合は超過部分は別)<sup>(24)</sup>とか、家族間での労務の給付は親切だと推定されるからなど、種々説明されている。

なお判例は、目的とされた結果不到達の場合の1435条に基づく不当利得返還請求権と、1152条に基づく報酬請求権とは、ほぼ同質のものと考えており、さらに、前者による請求を、法律上の原因があるからという理由ではなく、家族間での給付だからという理由で棄却したりしている<sup>(28)</sup>。

(19) たとえば、友人や隣人を助けたり、街頭で老婦人のスーツケースを運んだりする場合である。Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 56—57.

(20) ただし、報酬の特約をするか、遺言による贈与についてはそれを期待してのみ労務を給付した場合には、それぞれ報酬を認める。Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 42), S. 59.

(21) JBl. 1955, 418; ArbSlg. 7264, vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 28), S. 55.

(22) ArbSlg. 6100, 6090, vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 29), S. 55.

(23) JBl. 1963, 49, vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 30), S. 56.

(24) VwGH in NotZ. 1964, S. 86, vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 31), S. 56.

(25) SZ XXVII 156; ArbSlg. 7264, vgl. *Bydlinski*, a. a. O., Anm. 32), S. 56.

(26) Vgl. *Bydlinski*, a. a. O., S. 60—61. 判例については、Anm. 45), 46), 47), 48)

参照。

次に、ここで想定している事例について、利得にこだわらずに、すなわち不当利得の法理によらずに、報酬ないしは対価の支払請求を認めようとした学説を紹介しておこう。1つは、利得者の利得や損失者の損失の発生の有無にかかわらず、一定の要因の具備によって対価の支払いを要求しうる権利、いわゆる調整請求権を提唱したヴィルブルクの説<sup>(27)</sup>であり、もう1つは、これを土台にして再構成したピドリンスキイの説である。ここでは後者の紹介を中心にするが、その基礎となったヴィルブルクの説をまず要約しておく。

### (3) ヴィルブルクの説

ヴィルブルクは、対価支払義務を課せられるという意味での「危険」を転嫁する要因として4つのものを挙げている。第1は他人の財産または法益を侵害しようとする意思、第2は自己の利益のために他人の財産を利用すること、第3は他人の財産を保有することから推定される対価負担の意思、第4は通常の取引態容と異なった財産移転を生じたことに対する両当事者の過責である。これらは平等かつ一体的な機能を有するのではなく、第1の要因が主たるものである。この要因の存在が認められない場合に第2と第3の要因が決め手となり、第4の要因はこれらの補助的なものとして、両当事者の衡平を図るために作用する<sup>(28)</sup>としている。そして給付利得返還の類型であって、原物で返還しえない場合（労務の給付）は、給付者に報酬請求権を認めるべきだとし（その認定にあたっては、一般的に提唱した前述の諸要因の存否に関する議論に準じて考慮がなされる<sup>(29)</sup>）、ドイツ民法612条、オーストリア民法1152条は、この趣旨を認めたものだとしている。要するに、従来の法律行為論や不当利得論によらずに、給付（者）の保護のために独自の規準を提示して「相当な」報酬を労務の給付者に付与しようとしている。

(27) W. Wilburg, "Zusammenspiel der Kräfte in Aufbau des Schuldrechts", AcP 163. Band, 4. Heft, (April 1964) S. 348f.

(28) 詳細な議論の展開については、Wilburg, a. a. O., S. 356—360, なお同論文の紹介、拙稿「債務法における調整請求権の構成について」『香川大学経済論叢』第38巻第6号（1966年2月）155—158ページ参照。

(29) 詳細は、Wilburg, a. a. O., S. 366—377, 拙稿、前掲162—164ページ参照。

## (4) ビドリンスキイの説

ビドリンスキイは、まず報酬請求を認める 前述のような判例の論拠について、次のように論評している。期待した目的（譲渡や遺言など）を専ら願慮して労務を給付したというだけでは不十分であり、812条1項後段後半の定める不当利得返還請求権の適用要件との区別が不分明になる<sup>(30)</sup>。また、労務の給付が法律行為上の原則によって義務づけられている場合は、報酬が与えられるべきことが認められるが、そのためには、労務の給付者の義務負担の意思表示が必要であって、労務の給付者が労務を給付しただけでは、雇傭契約が存在していないので、612条を直接適用することはできない。それにそもそも612条は、義務なしに事実上給付された労務についても適用されるかどうかについては、判例は未解決のままにしている<sup>(31)</sup>。さらに、すべての労働は報酬を受くべき価値があるという命題を一般的にあてはめるなら、従属的労働のみが報酬を与えられるものと限定すべき必然性はないはずである<sup>(32)</sup>。

以上のような指摘をした後、彼自身は、ドイツ民法612条、オーストリア民法1152条について次のようにのべている。

報酬請求権を認めるこれらの規定は、「利得」や「報酬の約定」に依拠するのではなく、また、義務の履行としての労務の給付や従属的労働に限定されずに、広範に適用されるべきものであり、換言すれば、契約上の請求権ではなく法定請求権を認めたもの<sup>(33)</sup>と考えるべきである。したがって、明白な「無報酬の約束」（明示的な意思表示もしくは客観的な諸事情の判断によって決める）がない限り、当然報酬請求権が認められるべき<sup>(34)</sup>である。しかし無制限に適用されるのではなく、家族間、配偶者間での労務の給付については、それが家族法上の

(30) A. a. O., S. 48.

(31) A. a. O., S. 49.

(32) A. a. O., S. 50.

(33) A. a. O., S. 51.

(34) A. a. O., S. 59—60, 72.

義務の履行として行なわれる場合は無報酬とすべきであり、また、それは無報酬<sup>(35)</sup>で受領することが正当に期待されているので、不当利得返還請求権も認められないだろう。家族間、配偶者間における場合でも、労務の給付が家族法上の義務の範囲外にわたる場合や、義務に基づくものでない場合、または、家族間、配偶者間以外の場合については、労務の給付が「親切」によるものと認められるとき（認定上の問題は残るが、家族間、配偶者間では認められやすい）は無報酬とし、親切の枠を越すときは報酬を認めるべきである。さらに、労務の給付者が、一定の結果（遺言による贈与、婚姻の締結など）を期待し、しかも受領者がそのことを認識しうるような方法で給付をし、その結果たる給付の目的が達せられない場合は、不当利得返還請求権を認めることも可能になる<sup>(37)</sup>。

このような把握を前提として、さらに彼は、両条文の適用に関して次のような論点を挙げて自説を展開している。

まず第1は、ドイツ民法612条、オーストリア民法1152条が適用されるためには、労務の受領者が、報酬を支払うことについて特別な約束をするか、もしくは、労務の給付者の追求している目的を認識していることが必要かどうかという点である。（前述のように）判例は、報酬の約定が存在すること（黙示の約束や、意思の存在を推定するなど柔軟に認めるようではあるが）が請求権の発生根拠だとするが、ここで想定している事例では、「約定」の存在を認めたり、一定の約定の履行請求を簡単に報酬請求に転化することは困難である。両条文は、報酬を排除する特約のない限り報酬請求を肯定する法定請求権を認めたものと理解すべきである<sup>(38)</sup>。また、ここにいう報酬請求権は、労務の給付者が

(35) たとえば、ドイツ民法1356条2項は、「妻は夫婦の生活関係においてその行動が通常とせらるる限り、家事上及び夫の営業上の労務をなす義務を有す」と規定し、1617条は、「子は父母の世帯に属しかつ父母により教育せられまたは扶養を受くる間は、自己の能力及び身分に応じたる方法において、父母の家事及び業務上の勤労をなす義務を負う」と規定している。なお、ほぼ同趣旨のオーストリア民法92条、144条も参照。

(36) A. a. O., S. 56. 同旨, *Soergel-Siebert*, a. a. O., Anm. 2 zu § 612 BGB, S. 120.

(37) A. a. O., S. 61.

(38) A. a. O., S. 51, 59, 60.



一定の結果（受領者の反対給付）を期待して労務を給付し、かつそのことを受領者が「知って」受領したら発生する。なお、受領者が労務の給付を要求（意識的に誘発）していないとか、給付者側の事情を知らないような場合は、不当利得返還請求によるべきであり、また、給付内容が受領者の得た利得を越している場合は、給付者はその部分を損害賠償請求で満足すべきである。<sup>(41)</sup>

そもそも最近の不当利得論は、利得者が他人の財貨を利用、消費、譲渡した場合について、取得する利得を吟味せずに、損失者の失った財貨の価格について不当利得返還請求権を付与する傾向にある。<sup>(42)</sup>たとえばヤコブスは、利得の返還に関し、利得の存否にではなく、権利のないことを知っていたことに重点を置き、そのような利得者は他人の財貨（の割り当て内容）の「侵害者」として扱い、返還義務を課そうとしている。<sup>(43)</sup>ヴィルブルクはさらに、利得にこだわらないで報酬請求権を認めている。要するに、労務は、物のように利得の存在とか消滅という把握になじまないので、利得の存在にこだわるべきではない。また、労務に対する報酬請求を認めた両条文は、真正な雇傭契約に限定して適用する必要はない。<sup>(44)</sup>

第2は、労務の給付者が期待する一定の結果（受領者の反対給付）は、財産的給付（たとえば、遺言による贈与や営業譲渡）に限るか、非財産的給付（たとえば、履行の強制が不可能な婚姻の締結）も含むかという点である。この点について、古い判例と有力学説は両方を含むと解するが、履行可能な約定の存在を前提とする立場から前者に限るとする判例もある。<sup>(45)</sup>しかし、婚姻の締結を

(39) A. a. O., S. 61, 78, 79. *Soergel-Siebert*, a. a. O., Anm. 2 zu § 612 BGB, S. 120 では、受領者が意識的に労務の給付を要求することが必要であるとしている。

(40) たとえば、農夫が隣人の耕地を誤って耕作したら、隣人が取得した利得の範囲内で、その返還請求をすることになる。A. a. O., S. 72.

(41) A. a. O. S. 73.

(42) A. a. O., S. 72. 学説の例示については、Anm. 77), S. 68.

(43) H. Jakobs, "Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung", (Ludwig Rährscheid, 1964), S. 148 ff. なおビドリンスキイは、この見解を支持しながらも、このような論理では、利得者が善意の場合に報酬ないしは利得の返還を義務づけるのが無理だろうとしている。A. a. O., S. 73.

(44) A. a. O., S. 71, 78.

(45) A. a. O., S. 62. なお、Anm. 51), 52), 53) も参照。

目的とする労務の給付については、812条1項後段後半に基づく不当利得返還請求権が付与される可能性もあるが、むしろ、報酬請求権が前述の根拠からすれば認められる<sup>(46)</sup>。

第3は、報酬請求を認めるとしたら、その内容は相当な報酬か、それとも取得された不当な「利得」なのかという点である。報酬請求を法律行為に基づかないでも認めることは、不当利得論でも主張されているが、不当利得は取得された利得の返還に向けられるのに対し、ここでいう報酬は、労務の結果たる取得された利得とは別に労務そのものに向けられるので、「相当な報酬」でなければならぬ<sup>(47)</sup>。

第4は、履行請求とここにいる報酬請求との関係であるが、労務の給付者は、任意に給付の目的の履行請求を放棄し、金銭による報酬請求をなしうるかという点である。オーストリアの判例は、労務の給付者が、欲した結果に「目をつけない」ことを受領者に認識させるか、客観的に目的の不到達が確定している場合にのみ、報酬請求を認めている<sup>(48)</sup>。ここで想定している事例では、本来両当事者の給付は「義務」があるわけではないので、義務を前提とした履行とか違反とかいうことを厳格に論ずる必要はない。しかしそのことから直ちに、或は受領者が誤って利用した場合でも直ちに、任意に、全部について報酬を請求しうるといふことにはならないであろう<sup>(49)</sup>。

第5は、当事者それぞれの態度は、報酬請求権の存否、範囲にいかなる影響を与えるかという点である。たとえば、労務の給付者の言動によって目的が実現しなくなる場合について、判例には、それを報酬に対する相殺ないしは控除

(46) A. a. O., S. 78—79.

(47) A. a. O., S. 79. 因みに、ドイツ民法612条2項は、「報酬の額につき定めなかりし場合において、公定価格の存するときはこれによる報酬、公定価格なきときは慣用の報酬を合意したるものと看做す」と規定している。

(48) 判例については、Bydlinski, a. a. O., Anm. 58), 59), S. 63参照。

(49) A. a. O., S. 63.

項目として肯定したものと、否定したものとがあり、後者を支持する学説もある。<sup>(50)</sup>しかしここで想定している事例では、受領者は報酬を支払わない積りでいるか、もしくは支払う必要がないと考えていることが多いであろうし、他方、給付者の過責によって目的が実現しなくなるのであれば、無条件に報酬請求を認めるのは問題である。たとえば、謀殺未遂の妻に対しても、それが原因で離婚する場合でも、それまで給付された労務について報酬を支払わなければならないことになるからである。もっともここでいう過責は、前提となるべき法的義務がないので、通常いわれるような意味での義務違反を指すのではない。当事者の過責の斟酌については、次のように考えるべきである。受領者が労務の給付者の目的を不到達に至らしめたときは、利得の有無とは無関係に報酬を支払うべきである。<sup>(51)</sup>一方、労務の給付者が自ら目的を不到達に至らしめたときは単純ではない。想定しているような事例では、給付者は労務の給付義務はなく、したがってまた、任意に労務の給付を停止したり、他人に労務を給付するよう変更したり、別の異性と婚姻することもでき、それは義務違反ではない。他面真正の雇傭契約でさえ、雇傭者が過度な拘束をすることを禁じており（§ 1158 III ABGB, § 624 BGB）、まして義務のない労務の給付を無報酬で強制することはできないので、信義則違反として給付者の不当利得返還請求権を否定する（vgl. § 815 BGB）こともできない。しかし全く斟酌しないのも問題なので、結局、給付者の態度によって目的が不到達となった場合は、受領者の利得の範囲内（ゼロの可能性も含めて）で、「給付した利益に相当する報酬」（vgl. § 1431 ABGB）か、不当利得返還請求権（§ 818 III BGB）のみを認める

50) 詳しい事実は分らないが、ある女性が、労務を給付した男性と別の男性に自ら鞍がえした事例で、判例は、目的不到達（結婚の締結か？）の原因は女性側にありとして（一種の過責を認めて）、報酬請求を棄却したのがある。Vgl. a. a. O., Anm. 61), S. 64.

51) 実事は分らないが、判例の例示については、a. a. O., Anm. 62), S. 64参照。

52) Schellander, "Der quasi-Arbeitsvertrag", ÖJZ 1957, S. 147 彼は、労働契約が全く存在しない場合でも、準労働契約を広く認めて、真正労働契約に関する規範を類推適用することを主張し、そして自らの過責によって解雇された労務者にも、既に給付した労務について報酬請求権を肯定しようとしているようである。Vgl. a. a. O., S. 64.

53) A. a. O., S. 75.

べきである。<sup>(54)</sup>そして特に信義則違反を認めうる事情があれば、不当利得返還請求権も否定すべきである。なおその際、受領者は、彼が抱いていた信頼に対する損害があればそれを控除することを主張できる。<sup>(55)</sup>目的不到達について両当事者に原因がある場合は、いわゆる過失相殺 (§ 1304 ABGB, § 254 BGB) の原理をあてはめるべきである。<sup>(56)</sup>

第6は、報酬請求権はいつ発生し、消滅するかという点である。判例は、労務の給付者が約束の履行を顧慮しなくなったときに報酬請求権が発生し、消滅時効も開始するとしている。また、不当利得返還請求権は、給付者が目的とした結果を顧慮しなくなれば、その時から行使可能となりかつ30年の消滅時効 (§ 1478 ABGB, § 195 BGB) が開始するが、ここにいる報酬請求権は、給付の目的が到達しないということが客観的に確定したときに生ずると解すべきである。<sup>(58)</sup>

以上のように、ビドリンスキイは、ヴィルブルクが利得にかかわらない報酬請求権を認めながらも、当事者の主観的要素を重視したのに対し、さらに一步進めて客観的要素によって請求権の成立及び効力要件を説明している。

## 2 quantum meruit に関する英米の判例・学説

英米法には、任意に給付した労務について、相当額の報酬の支払いを請求する訴訟方式として *quantum meruit* がある。この訴訟方式は、*indebitatus assumpsit* の特殊なものないしは派生したものであって、本来は契約関係を基

(54) A. a. O., S. 76, 78.

(55) たとえば、営業者が、営業引継予定者の無報酬の労務を信頼して多額の投資をしたが、その者が退職を申出て十分な報酬を支払うために不利な財産処分を強いられる場合や、夫が、妻の無償の家事労働を信頼して相当な生活費を支出していたが、離婚することになり多額の報酬を支払うと自らは生涯最低生活費で生活しなければならなくなるような場合であるとしている。Vgl. a. a. O., S. 77.

(56) A. a. O., S. 77, 78. 因みに、ヴィルブルクは、当事者の過責を危険転嫁の要因として斟酌の対象にしている。ビドリンスキイも同調する。

(57) A. a. O., S. 65. 因みに、通常の報酬請求権は、オーストリア法では3年 (§ 1486 ⑤ ABGB)、ドイツ法では2年 (§ 196 ⑧ BGB) の短期消滅時効が定められている。

(58) A. a. O., S. 79. 短期消滅時効にかかるという意味であらうか。

礎とする訴訟に適用されたものである。<sup>(59)</sup>しかし、ここにいう契約関係には、明示的な契約関係がある場合に限らず、いわゆる「事実の推定による黙示契約」がある場合も含まれるので、契約関係の存在は広く認められる。その反面、労務の給付についての継続的な契約関係が存在しなければならないともされる。<sup>(60)</sup>すなわち、労務の給付が継続的でない場合は、少なくとも受領者からの事前の要請があることが必要であり、<sup>(61)</sup>継続的労務の給付があれば、受領者からの要請はなくてもよいとされる。後者の例としては、料理人、自動車運転手、庭師、店員などがあげられるが、親族間での労務の給付については、請求が認められていない場合もある。<sup>(62)</sup>

上述の一般的な場合の他に、*quantum meruit* は、次の場合にも例外的に認められてきた。1つは、契約関係が全くない場合のうち、海難救助とその他の緊急かつ必要的な労務の給付（たとえば、死者の埋葬、心神喪失者・酩酊者・未成年者への生活必需品の供給、緊急時の財産保護など）であり、<sup>(63)</sup>もう1つは、契約が失効して原状回復的救済方法が認められる場合のうち、契約の無効や、相手方の報酬不払（契約違反）によって契約目的が達せられずに失効したことを理由に、労務による受益者にもとの契約とは無関係に報酬の支払請求を

(59) See, *Cheshire & Fifoot*, "The Law of Contract", 6th ed., (Butterworths, 1964), p. 571; S. J. *Stoljar*, "The Law of Quasi-Contract", (The Law Book Co. of Australasia Pty Ltd., 1964), p. 166; 小林規威『英国準契約法』（千倉書房, 1960年）89ページ；なお、拙稿「準契約法上の救済について（3・完）」『香川大学経済論叢』第40巻第6号68ページも参照。

(60) See, *Stoljar*, op. cit., pp. 167—168; 小林, 前掲83ページ；拙稿, 前掲70ページ。

(61) この理由から報酬請求を否定したものに、友人の保釈の労に関する, *Hund v. Baté* (1568) 3 Dyer 272や、恩赦の仲介の労に関する, *Campleigh v. Brathwaite* (1616) Hob. 105などがある。See, *Stoljar*, op. cit., p. 169; 小林, 前掲152ページ；拙稿, 前掲71ページ注(151)。

(62) 否定したものに、兄弟間に関する, *Davies v. Davies* (1839) 9 C. & P. 87, 252があり、肯定したものに、伯父・甥間に関する, *Hulse v. Hulse* (1856) 17 C. B. 711がある。See, *Stoljar*, op. cit., p. 170; 拙稿, 前掲71ページ注(152)。

(63) See, *Stoljar*, op. cit., pp. 172—183; *Cheshire & Fifoot*, op. cit., p. 575; 事案の紹介については、拙稿, 前掲71—76ページ。

する場合である。<sup>(64)</sup>

### Ⅲ わが国の判例・学説

ここでの論点に関する限りでいえば、雇傭契約に関するわが国の判例・学説の見解は大略次のようである。

雇傭契約の意義については、「これは労務自体の給付を目的とするものであって、労務の成果が契約の要素をなすものではなく、したがって成果実現に関する危険は労務供給者側が負担しないが、他方、労務の給付については、労務供給者側が労務受領者側に従属してその指揮命令のもとに行なわれる<sup>(65)</sup>ものである。これらの点で、他の労務供給契約たる請負、委任と異なる<sup>(66)</sup>。ところで労働法の対象となるべき労務供給契約は特に労働契約とよばれるが、民法上雇傭とみられる契約関係はすべて労働契約とみられるべきであろうか。労基法に関するかぎりでの実定法上の形式的概念としては、労働契約とは雇傭契約の下位概念であり、その外延において雇傭より狭いものであるという。因みに労基法8条但書は、同居の親族のみを使用する事業所や事務所の場合と、家事使用人とを同法の適用から除外している。しかし今日の通説は、この適用除外は便宜的理由から出たものであって、実質的にはこれら除外例にあたる労務関係もまた、新しい労働法原理によって規律せらるべき労働契約といわなければならない（したがって事がらの性質上可能なかぎり労基法の諸規定の精神を類推適

(64) See, *Stoljar*, op. cit., pp. 203—207; *Cheshire & Fifoot*, op. cit., pp. 571—572; 小林, 前掲, 148, 150 ページ; 事案の紹介については, 拙稿, 前掲 83—85 ページ。

(65) 東京地判大正15・9・23新聞2622号11頁, 京都地判昭和5・12・11新聞3228号7頁。東京地判昭和41・3・31判時442号16頁もそれを前提として, 系列会社への出向が経営指揮権の正当な範囲内のもではないとしている。

(66) 幾代通『注釈民法(16)』(有斐閣, 1967年)2ページ。ただしその区別は微妙である。たとえば, 金沢地判昭和43・3・27判時522号83頁は, 乳機の製造会社から製品の設計を請負っていた技術者が, 新たに同会社の製品の改良, 開発のために技術部設計課長に迎えられたが, 新製品の設計途上でやめてしまって競合関係に立つ別会社に移った事案で, 理由は分らないが, 請負契約ではなく雇傭契約が存在するとしている。

(67) 幾代, 前掲7ページ。

用すべきである)とし、結局民法上雇傭とみられるものはすべて労働契約であると理解する。そして労働法の保護を受けうる契約関係であるか否かの判定には、それが民法上雇傭であるか他の2者のいずれであるかが、間接的にはかなり重要なものとなってきた<sup>(68)</sup>といわれている。

次に雇傭契約に基づく報酬についてはどのように説かれているかをみてみよう。「報酬を支払う旨の合意は、明示たると黙示たるとを問わない。慣行や社会通念からいって報酬を伴うことを普通とする場合には、黙示の合意は当然に設定されるべきである<sup>(70)</sup>」とするが、ともかく合意(報酬の約定)が存在することを必要としている。報酬の内容については、「報酬を支払う合意は存在しても、その額などを定めなかった場合には、当該労務の種類や地域などから割り出される相場や、当該雇傭契約に特有な諸事情を考慮して定めるべきである<sup>(71)</sup>」としている。報酬の種類については、「報酬の種類には制限はなく、金銭、現物給与(物品、給食、住宅などの供与)、技術の教授(行儀見習、家事処理法の習得)など何れでもよい<sup>(72)</sup>」といわれている。したがって、雇傭契約を前提とする限り、報酬は労務の給付の結果たる利得とは無関係であるといえよう。ただ

(68) 我妻栄『債権各論中Ⅱ』(岩波書店、1962年)540ページ;幾代、前掲9ページ、なお15、18ページも参照。

(69) 幾代、前掲10ページ。

(70) 幾代、前掲14ページ。大判昭和7・2・23法律新報291号11頁は、「当事者間に雇傭契約成立し、上告人が女中として被上告人に雇われた事実を確定したならば、雇傭契約当然の性質として、当事者間の契約に於ても報酬支払の約ありしものと為さざるべからず」としている。

(71) 我妻、前掲550ページ;幾代、前掲14ページ。判例には、大工石工等の職人に関しては当該地方の相場によるとした、東京控判大正元・12・14最近判12巻22頁、たび製造職人に関して裁判所が諸般の事情に基づき定めるとした、東京控判昭和8・9・7新聞3628号16頁がある。

(72) 幾代、前掲14ページ。判例は、商品の販売代金の歩合を与えること(大判大正5・2・24民録22輯329頁)、店員が独立開店するときの費用の支払いを約束すること(大判昭和5・9・17新聞3192号16頁)、労務者の子を義務教育の終わるまで扶養し教育すること(前掲大判昭和7・2・23)、小店員の商業見習を目的とする雇傭契約において、小遣、仕事着を主人持ちとし、小店員のため貯蓄をすること(大判昭和7・6・29評論21巻民法1100頁)、舟子の給与を漁獲高の歩合によること(長崎地判昭和24・11・1行裁月報18号111頁)をいずれも報酬であるとしている。

し、雇傭契約の無効・取消による処理の仕方について、「労務が現実に給付された後には、無効主張も取消も、ともに既往の分の契約の効力をくつがえすことなく将来に向っての即時解約と同様の効果を生ずるにすぎない<sup>(73)</sup>」とする説に対して、「原則通り遡及的に解消させて不当利得の法理で後始末をする方が適当である場合もある<sup>(74)</sup>」とする説があるので、後者によれば、利得（「給付された労務の客観的に妥当な対価」と呼んでいるが）が問題となろう。なお、遺言による贈与や婚姻が報酬たりうるかは明らかにされていない。報酬の履行確保については、「特に技能習得等を内容とする場合については、使用者が誠意をもって習得させるよう嚴重な監督規定がおかれており（労基法69条以下）、家事使用人等についても、その趣旨が十分考慮され類推されるべきである<sup>(75)</sup>」といわれている。したがって、受領者の反対給付を報酬という概念で包括しうるとすれば、報酬の履行確保の手段があるということは、有意義である。その際、労務の給付者が約定した報酬が金銭以外の場合に、それを任意に金銭による報酬へ変更しうるかについては明らかでない。

両当事者の過責の斟酌については、次のようにいわれている。まず使用者についてであるが、このことを論ずる前提としての使用者の労務受領義務については、それを肯定する学説が次第に有力になりつつあるようである<sup>(76)</sup>。そこから使用者の受領遅滞を論ずるのが一般的であるが、むしろ危険負担の問題として考えるべきだとする説もある<sup>(77)</sup>。しかし、使用者の責に帰すべき事由（その内容<sup>(78)</sup>）

(73) 我妻，前掲555ページ；広中俊雄『債権各論講義上巻』（有斐閣，1966年）217ページなど。その理由は，解除や取消のうちで遡及効がないとされる（民620条，630条，748条1項，808条1項など）思想を類推すべきであり，遡及的無効すなわち不当利得関係等によって事態を処理するのは，いたずらに法律関係を複雑にするだけだということにある。

(74) 幾代，前掲24—25ページ。

(75) 我妻，前掲550ページ；幾代，前掲15ページ。

(76) 我妻『新訂債権総論』（岩波書店，1965年）235ページ；同，前掲582ページ；幾代，前掲27ページ；三島宗彦『総合判例研究叢書民法（18）』（有斐閣，1964）11ページなど。

(77) 詳細については，幾代，前掲28—30ページ参照。

(78) 幾代，前掲28ページ，33ページ以下。同旨，大判大正4・7・31民録21輯1356頁。



については両説に実質的な差異はない)による不受領の場合に、労務者が報酬請求権を失わないとする点は同じである。<sup>(79)</sup>一方労務者については、「労務の給付に際しては使用者の指揮監督に従うのは当然として、さらに誠実に労務を給付<sup>(80)</sup>し、具体的には労務の給付にあたって善良なる管理者の注意をもってすべき<sup>(81)</sup>であるとするのが通説である。したがって、労務者の責に帰すべき事由によって労務の給付がなされない場合は、労務者は報酬を請求できないし、すでに報酬を得ていたら、使用者に不当利得として返還すべき<sup>(82)</sup>」だとされる。

最後に、報酬請求権の発生・消滅に関しては次のようにいわれている。報酬については、民法上は支払時期(後払いの原則)について624条を置く<sup>(83)</sup>ほかは、一般原則と契約に任せているが、労基法には多くの規定を置いている。労働法学者の通説は、「労働契約については、労働者が使用者の指揮命令の可能な状態、すなわち、労働力を使用者が使用・処分することの可能な状態におけば、たとえ現実には使用者がこの労働力を使用せず、したがって正常な意味での労働の実現はないとみられる場合でも、労働者としてはその労働給付の義務を完全に履行したのであり、それに対応する賃金請求権も現実に発生する」と考<sup>(84)</sup>えている。これに対して、「労務の給付という義務の履行は、使用者側の受領行為(自己の支配・管理する職場に労務者を受け入れ、材料を支給し、具体的な指図をするなど)と結合してのみ所定の労働が現実に行なわれるものである」

(79) 幾代, 前掲28ページ, 35ページ参照。

(80) 東京控判大正5・2・22評論5巻民法405頁は、使用者方において医務に従事させるため雇入れた医師が、患者を使用者方において診察治療できるのにかかわらず、自己の利益を計るため、自宅に誘い治療することは誠実に服務すべき契約上の義務に違反するとしている。

(81) その意味内容については、幾代, 前掲30頁参照。大判大正3・3・24新聞937号27頁も雇人が契約上の労務に服しないときは、債務の不履行があると推定すべきであるから、雇人は正当の事由によって労務に服することができなかった事実を立証しないかぎり、債務不履行の責任を免れることはできないとしている。

(82) 幾代, 前掲, 31ページ。

(83) したがって、労務を終わらない部分に対する給料債権については、転付命令を発生しても債権転付の効力を生じないとされる。大判昭和9・4・26民集13巻622頁, 同昭和11・2・17民集15巻208頁。

(84) 幾代, 前掲27ページ。

として、危険負担の問題として処理すべきだとする民法学者もある<sup>(85)</sup>。なお、報酬請求権には先取特権が認められている（民306条、308条）が、反面それは短期消滅時効にかかる（民174条、労基115条、船員117条）。

#### IV まとめ

以上概観したところによると、共通しているのは、労務の給付に対して報酬の請求ができるのは、契約関係が存在していることが必要とされていることと、この場合の契約は、黙示的な場合や意思が推定される場合を含めてその存在はかなり広く認められていることである。このことを参考に、真正の労務供給契約がない場合に、給付された労務に対して、いかなる要件でいかなる程度の報酬を認めうるかについて一応の試論をまとめてみたい。それには、一方で当事者間にいかにして契約関係を認めるかということと、他方で親切や好意のような道徳的問題との限界をどこで画するかという判断が必要である。さらにこの枠内で、事務管理、従来の不当利得論との関係をいかに理解するかという判断も必要である。

まず後の問題から取り上げる。事務管理だと、その主たる成立要件として「他人の事務」を管理することと、「他人のためにする意思」があることが必要とされるが、ここで想定している事例ではそれを認定することはできないし、その効果においても、費用償還請求権が生ずるだけで報酬請求権は本来的に認められていないので、労務の給付者には有利ではない。本質論からいっても、不当利得としてとらえるべきである。しかし不当利得論でも、「労務による不当利得」については十分な説明がなされていないように思う。そもそも目的不到達の場合の不当利得返還請求権は、給付されたものの返還に向けられるが、労

(85) 幾代、前掲26—27ページ、33—36ページ、及びそこに引用されている文献参照。

(86) たとえば、「他人の労務」とは「広く他人の労力をいう」とか、「受けた利益は、労務による利得の場合には相当な報酬である」と説明されている程度である。我妻栄編『事務管理・不当利得・不法行為（判例コンメンタールVI）』（有斐閣、1963年）61ページ；松坂佐一『事務管理・不当利得（法律学全集）』（有斐閣、1968年）45ページ。

務は性質上、それによる利得の存在、消滅、或は価値そのものが客観的には把握しがたいので、返還さるべき範囲や価格の確定が困難となる。その上一般に労務の価値は不当に低く見積られがちである。そこで実際の処理にあたっては、雇傭契約に基づく報酬請求権に関する原則ないし解釈を類推適用することが、労務の給付者に十分な保護と合理的な救済を与えるのに役立つと思われる。

そこで報酬請求権を認めるための要件論であるが、わが民法の解釈としては、623条が一般的に法定請求権を認めたとすることはまだ無理であろう。したがって、1つの方法としては、雇傭契約の存在を認める（擬制することを含めて）努力をすることである。一般的に意思表示は明示的なものに限らないのであるから、客観的事実から広く意思を推定することは認められよう。むしろ労務そのものの財産的価値を認めるならば、その保護のため契約関係を巾広く認めることは必要でもあるといえよう。もう1つの方法は、さらに一歩進めて、給付者が反対給付を期待して労務を給付したら、受領者は、受領を拒否したり、誤信して受領した場合を除き、反対給付を履行しないかぎり、給付者の意図を知っていた場合は当然、知りうべき事情があったなら（それは広く認める）、不当利得者として利得の返還（報酬を支払う）義務を負うものとして処理することである。その場合の報酬の内容は、労務の性質、内容に即して客観的に定まるいわゆる合理的かつ相当なものであるべきである。この点も、不法行為による被害者で現在所得のない者の逸失利益を算定する際に、諸事情を斟酌するという形で各種の統計資料に基づいて算定されているので、それにならえば特別な障害はないはずである。反面、親切によるものとみなされる場合や近親者間での労務の給付は無報酬とすべきだという点については、認定の問題はともかくとしても、当然除外されると考えるべきではなく、論理的には一応報酬請求権は広く認めておいて、<sup>(87)</sup>諸事情を斟酌して請求権の放棄を認めるか、実質的な報酬ないしは反対給付を得ていると認定するのがよいと思われる。たと

(87) 自賠法の適用に関して、近親者同士に「他人」概念が認められているのも参考となる。

えば、報酬の種類は制限されないのであるから、反対給付（遺言、財産譲渡、婚姻など）を報酬として認めるとか、近親者間では扶養を受けていることを報酬とみることも考えられなくはない。ドイツの不当利得論が、すでに利得の結果にこだわらない救済を考えているのも参考となるが、利得という結果にこだわったり、親切だとして放置することによって、労務を不当に軽視することのないよう考え直すべきではないだろうか。