

フランスにおける建築請負契約と 所有権(9)

坂本 武 憲

- 1 はじめに
- 2 Pothier の所有権の理論について
- 3 19世紀の所有権と請負の理論
 - (1) 所有権について
 - (2) 請負契約 (労務賃貸借契約)
 - [A] 請負契約 (労務賃貸借契約) の定義
 - [B] 危険負担について
 - [C] 受領後の瑕疵についての責任(以上専修大学法学研究所紀要6・民事法の諸問題Ⅱ)
 - [D] 建築上の瑕疵についての判例の展開(以上専修大学法学研究所紀要12・民事法の諸問題Ⅴ)
- 4 20世紀以後の物権・所有権と建築契約の理論
 - (1) 物権と所有権についての理論的変遷
 - [A] 序 論
 - [B] 物的権利についての理論的推移
 - (a) 物的権利を法主体者間の債務的關係とする学説の出現
 - (b) 物的権利を法律上の排他的利用権能とする理論への進展
 - [C] 所有権を中心とする小括(以上専修法学論集100号)
 - (2) 添付原則と地上権についての理論的変遷
 - [A] 序 論
 - [B] 借地上建物の所有権帰属 (普通賃貸借の場合)
 - (a) 問題の意義とその解決の方向性
 - (b) 19世紀後半から20世紀にかけての学説と判例 (予備的考察)(以上本論集103号)
 - (c) 20世紀以降の学説と判例の推移(以上本論集104号)

[C] 特殊賃貸借契約における地上物所有権の帰趨

- (a) 特殊賃貸借と民法典上の賃貸借の連続性に関する先駆的学説
- (b) 農事賃貸借立法の概要と学説の動向

(以上本論集106号)

- (c) 建築負担付賃貸借立法の概要
- (d) 不動産(使用収益)許諾立法の概要
- (e) 最近の物権的不動産賃貸借立法の概要

[D] 地上権(地上物所有権)の客体に関する議論の展開

- (a) Savatierによる新たな理論の提示
- (b) Goubeauxによる古典的理論に依拠した批判
- (c) Atiasによる空間所有権論の実務的適用に関する説示
- (d) 概観—空間所有権学説の地上権理論への影響

(3) 不動産建築契約についての理論的変遷

[A] 序論

[B] 不動産建築契約の請負と売買による類型区分(性質決定)

- (a) 請負と売買の要素の複合を認める見解
- (b) 請負契約の内容に所有権移転を含める見解
- (c) 契約的観点から19世紀の学説に同調する見解
- (d) 小括

(以上本論集135号)

[C] 不動産建築における三つの範疇の当事者(建築家)

- (a) 建築士と注文者との建築契約
- (b) 請負人と注文者との建築契約
- (c) 技術士と注文者との建築契約

[D] 新たな「建築予定不動産売買契約」の法形式

- (a) 所有権(名義)への就位取得の概念について
- (b) 民法典に挿入された関係諸規定の検討
- (c) 小括

[E] 受領後の瑕疵についての建築家の責任

- (a) 1967年1月3日の法律制定前までの変遷
 - α 注文者による受領の意義に関する理論的変遷
 - 受領における責任解放的意義の縮減—

(以上本論集136号)

- β 不法行為規定の直接的・間接的適用による建築家の責任
- γ 建築家の過失の立証責任に関する理論的変遷
 - 建築士に関する判例を中心に—
- δ 建築家の競合的責任および所有権取得者による直接訴権

- ε 建築家の責任減縮事由としての注文者の介入
- ζ 建築家の責任に関する免責・減責条項の効力

(以上本号)

4 20世紀以後の物権・所有権と建築契約の理論 (承前)

(3) 不動産建築契約についての理論的変遷 (承前)

[E] 受領後の瑕疵についての建築家の責任 (承前)

(a) 1967年1月3日の法律制定前までの変遷 (承前)

β 不法行為規定の直接的・間接的適用による建築家の責任

1792条と2270条は、建築家が工事における不手際について、注文者に対して負う受領時から10年間の責任を定めているのであるが、その法的規律はかかる欠陥が第三者に損害を生じさせたときに、その賠償をなした注文者のために適用されるのか、それともこの場合には他の責任規定の適用により解決される可能性もあるのかという問題については、時効期間の異なる各責任の適用関係という難しい解釈に委ねられている。他方また、これらの二条文は建築家の帰責事由 (故意・過失) の重大性に関わりなく、その責任を同一に解決させるものなのかも、やはり責任関係の解釈の問題とされてきた。次には、20世紀中葉過ぎまでの時期における判例と学説が、これらの論点にどう対応していたのか、検討しておきたい。

* 建築家の第三者に対する直接的・間接的責任

この時期の判例において、建築上の瑕疵により、第三者に損害が生じている場合に、建築家の受領後における担保責任との関係で、登場してきた難問は二つに要約しうる。それは、① 建築士や請負人の責めに帰しうる建物の建築上の瑕疵が原因となって、その建物が第三者に損害を生じさせるに至った場合に、その第三者は注文者 (所有権者) の責任追及を介さず

に、直接に建築家の責任を問うるのか、できるとすれば、それは何条によるべきなのか、② 更に同じケースで、第三者が注文者（所有者）に不法行為の規定で損害賠償責任を訴求してきた場合に、注文者（所有者）はどの責任条文に従って建築士や請負人に担保請求のための訴求をなすのか、その帰結としてどのような法的処理がなされるのか、という問題である。

20世紀初頭にはまず②に関して、その担保請求に適用される条文は1382条（現行1240条）以下の不法行為責任の規定であり、その帰結として注文者との間の請負契約に免責条項があっても、建築士はその条項を援用して責任を免れえないとする、次の判決が現れている。

(1) Cass.civ., 30 juin 1902 (D.P.1907 1 436.)

建物新築の工事請負でその完成後に、建物の正門の上に設置された石造りの装飾物の一部が落下して、通行人に頭蓋陥没を伴う骨折を生じさせ、後遺症として下肢のマヒにより歩行と立ち上がりの不可能が残る重傷を負わせた。1384条1項（現行1242条1項）の保管者としてそれについての損害賠償責任を負った注文者が、この事故は建築士と請負人の建築上の過失により生じたものとして担保のための訴求をなした。建築士が破毀申立理由において、請負契約の負担目録の条項により、請負人が犯す不手際が建物の強固性・耐久性に関わる場合を除いて、工事の最終的受領の時から、すべての不手際（隠れたるものを含めて）の諸結果につき免責されると主張した。これに対し、破毀院はそれら条項が規定するのは、請負の良好な履行の観点における契約当事者の義務であり、建築者がその過失により第三者に惹起した損害については何もいっておらず、それゆえ注文者が目的としているものが、建築上の瑕疵により蒙っている損害の賠償ではなく、1382条（現行1240条）以下で提示されている規定に従って、第三者に損害を生じさせた準不法行為の責任を確定させることである本件の状況か

らは、負担目録条項が定めていた免責条項は適用されないと判示。

この判決により破毀院は、注文者による受領の後に、小工事に関する瑕疵で注文者が蒙った損害に関する責任を負わせるだけでなく（前掲 α 参照）、それとは性質の異なる第三者に損害を生じさせた過失についてもまた、注文者が負わされる責任に対する担保として、建築者に1382条（現行1240条）以下による責任を課す道へと踏み出している。

②の問題は、破毀院において、更に困難な争点を提示した。それは、注文者（所有権者）が不法行為の規定で第三者により訴求されたのは、工事受領時から既に10年が経過している時点であったという場合に、なお注文者は建築家に対し担保の請求をなしうるのか、というものである。

(2) Cass.req., 28 juin 1938 (D.H.1938 562.G.P.1938 2 613.)

1906年に建築士と請負人が、注文者のために不動産を建築し、その不動産には賃借人が住んでいた。1929年の11月に賃借人はバルコニーの断裂によるたわみが原因で転落し、死亡した。控訴審は注文者（所有権者）に被害者の遺族に対する損害賠償の責任を負わせた後に、賃借人の転落の原因となった断裂は、建築士と請負人の懈怠と無技量に帰されるとして、その賠償金を建築士と請負人に連帯して負担させた。その際に控訴審は、建築士が援用した1792条と2270条の時効の抗弁に対し、こう判決した。「1792条により確立されている10年の担保は、技術的危険に限定され、そしてこの担保は所有権者の利益において創設されているものであるから、それが所有者に不利に働いて、この者をして第三者に対し無担保にさせたりするものではない」。破毀申立理由において建築士は、1792条の客体の見地から、建物の崩壊の賠償と、この崩壊から起こりうる諸結果の賠償とを区別しえないこと、1792条と2270条の組み合わせからみて、立法者は工事の受領から10年の単一期間に、1792条が定める責任とこの条文が所有権者に与える訴権を含ましめようと意図していたのであり、その結果として10年の

後には、建築家はすべての種類の責任（現在および過去の）から解放されること、10年の責任は契約的なもので、1386条（現行1244条）により定められているような一般法の適用を除外するから、準不法行為責任によって無効化されえないし、また厳格な仕方で解釈されるべきこと、などを主張した。

破毀院は要約するところ以下の理由付けにより破毀申立てを棄却した。当事者間の関係において、民法1382条（現行1240条）と1383条（現行1241条）は契約的債務の履行において犯された過失の規律のために、原則として援用されえないと認めるところであるが、それらの条文はその契約に無関係な第三者との関係では、その効力を取り戻す。従って、注文者と建築士の契約に無関係な、第三者である被害者に引き起こされた損害に対する建築士の責任は、1792条と2270条により規律される契約上の過失に由来するのではなく、建築士に帰される準不法行為上の過失に、つまりはそれ自体において考慮され、契約的観点の外で彼の懈怠あるいは無技量の第三者に対する損害ある諸結果について、建築士を賠償へと義務付ける過失に由来しているのであるから、控訴院判決が注文者の訴権に建築士により対置された10年の時効の抗弁を排斥したのは正当である。

こうして破毀院は、工事の受領後10年経過しても、建築家が注文者の課された不法行為責任を担保するために、その不手際や瑕疵について不法行為の条文適用による責任が、なお残るとする立場を、明確に打ち出した。ところでこの判決は、賃借人の人身損害の賠償負担を、間接的に建築家に負わせたものであったが⁽²⁸⁹⁾、続いて破毀院は、前掲①の第三者から建築

(289) 類似する事例に対する控訴審判決として、以下のものがある。Caen, 16 avril 1947 D.1949 5. J.C.P.1947 II 3667.obs.A.S.：不動産とそこで運営されている営業の賃借人が、その不動産の二階に位置する部屋の占有者から、バルコニーの支柱に固定されて部屋の前に設置されている鉄板の広告板がたてる騒音について苦情をいわれたので、その板を取り除くためにバルコニーに赴いたところ、その作業中にそれが崩壊したため、彼は頭から転落して死に至る傷を負った。そこで彼の寡婦が自己の

家に対しての直接の賠償請求の問題について、第三者とされる賃借人が蒙ったのは物的損害であったという事例に対しても、ほぼ同様の判決を下している。

(3) Cass.civ.lre., 9 oct. 1962 (D.1963 1. J.C.P1962 II 12910.)

注文者が、建築士の設計図に基づいて、1946年に映画鑑賞ホールの建設工事を請負人に委託し、1947年4月に最終的受領がなされた。この鑑賞ホールの賃借人(映画館・Le club)が1957年9月16日付の令状により、請負人(破産管財人によって代理されている)と建築士を召喚し、彼らの任務の履行において犯された不手際の実事から蒙ったと主張する、損害の賠償を請求した。控訴審が建築士の人的過失としているのは、ホールを覆う天井の構想上の誤り、および工事に対する監督の欠如であり、賃借人に生じている損害としているのは、これらの過失により4トン以上の重さの天蓋を支える強度が確保されておらず、そのすべての危険を避けるために、

名および未成年者の保護者として、賃貸人(不動産所有者)に損害賠償を求め、そして賃貸人はこのバルコニーを建築した建築士と請負人を担保のために召喚した。判決はまず、不動産賃貸人は1386条(現行1244条)の工作物責任に従って損害賠償責任を負うとしたが、その理由説示において不法行為あるいは準不法行為の性質が具わる同条に従った所有者の責任は、建造物の崩壊により引き起こされた損害を蒙る、すべての者に対して負わされるもので、賃貸や使用貸借のような、所有権者とのある合意が、有限な期間で使用収益権を委譲しているところの者を、除外する理由はなく、それゆえ被害者がそれを使用している間に、崩壊を招いたのが被害者の異常な行動や不注意でないのを条件として、この責任は生ずると判決する。次に、この事故はバルコニーの建築から22年後に生じているため、責任を問われた建築士(請負人には責任がないとされた)が注文者(所有者)への抗弁とした、1792条と2270条の10年の時効については、前掲(2)判決をほぼ完全に踏襲して、注文者と建築士の契約に無関係な賃借人・第三者に引き起こされた損害についての建築士の責任は、両条により規律される契約上の過失に由来するものではなく、準不法行為上の過失に由来するものだから、総額を支払った注文者は建築士の責任範囲(10分の1)においてこの者の債務を弁済したのであり、従って先在する契約的紐帯の外で、求償をなすことができるとし、この抗弁を排斥した一審判決は正当とする。

大きな補修工事を余儀なくされたというものである。建築士は破毀申立理由で、認定された過失は注文者に対して犯されたものであるから、10年の失権により治癒されているのに、控訴審判決が賃借人は建築士の準不法行為責任（1382条・現行1240条）を援用しようとしたのは誤りなどと主張。しかし破毀院は(2)判決の判示をほぼそのまま再現して、1382条（現行1240条）は契約義務の履行において犯された過失には援用されえないが、契約に無関係な第三者との関係では効力を回復するとし（加えて賃借人は所有権者の特定承継人の資格を持たず、建築士に対して第三者のままであるとした控訴審判決も正当とする）、ゆえに控訴院が建築士により被害者に対して置かれた10年の時効の抗弁を排斥したのは正当と判示。

これらの判決に直面して、既にこの時期の学説は、その解決の妥当性について、いくつかの重要な論点に触れている。まず(2)判決に対しては、注文者により建築家に提起された担保訴権が問題なのであり、従って所有権者がこの訴権の根拠となしえたのは、建築士契約と請負契約の良好でない履行であるのは明白なのに、その状況で最高法院がそのような訴権は契約上の債務の履行外に位置するとどうして判断しえたのか、との疑問が投げ

この判決の評釈者（A.S.dans J.C.P.1947 II 3667.）は、この判決が代位の考えによって、被害者から1386条（現行1244条）に従い責任ありとされた所有権者は、1382条により被害者に対する責任が認められる建築士に対して、被害者がこの者に対して有するのと同一の訴権を、自分が責任ありとされた範囲で有すると理論構成していると評価しながら、それは法的には受け入れられないとして理由をいくつか挙げる。第一に、連帯的共同債務者間の法定代位に根拠付けられたこの理論構成は、彼らが共通して犯した過失が、別々には評価されえないのを前提とするが、本件ではバルコニーの維持の欠如を理由に所有権者に10分の9を、建築士に建築上の瑕疵を理由に10分の1を負担させているから、所有権者と建築士には連帯性がなく、従ってそれを前提とした法定代位に根拠がないといい、第二には、所有権者と建築士は契約で結ばれていて、契約の履行から生じうるすべての債務は一特に時効の問題については一、契約責任の諸規定に従って評価されるべきであり、所有権者は自己に有利な不法行為責任を選択する権利があるとするのは、立法者が各々に固有な規定を与えている責任の二元性の原則に反するという。

かけられる。そして黙示にその答えとなっているかにみえる、「所有権者の建築士や請負人に対する担保訴権は、それが建築家の債務を被害者に弁済することに由来しているのであるから、不法行為的な源を有している」との論理に対しても、それは一種の法定代位を承認するものとなろうが、ある契約的訴権が訴訟の内に被害者・第三者がいるかいないかで、どうしてその性質を変えうるのか理解しえないとの批判がなされる（Liet-Veaux, note sous l'arrêt de Cass.civ.1re., 9 octobre 1962 précité.）。

次に物的損害につき、賃借人から建築家への1382条（現行1240条）に基づく直接訴権を認めた⁽³⁾判決に対しては、以下のような疑問と批判が提起される。この事件では、映画館・Le clubは事故による損害を蒙ってはならず、単に映画館の運営に害となる賃借物の瑕疵につき確認しただけなのであるから、不法行為あるいは準不法行為上のいかなる被害者も登場していない。すると本件に適用可能な唯一の条文は、1721条（賃貸人の賃借人に対する瑕疵担保義務の規定）であると、どうして考えられなかったのが不可解である。そしてもし賃借人が、事故を予防するために、補修工事を行わせなければならぬと考えたのなら、それは事務管理者の資格で賃貸人の利益においてなしたのでしかありえないけれども、そのような賃貸借に付随する準契約的關係（単純な双務的關係）が、どうして第三者・建築家との準不法行為的關係と重ね合わされうるのか、理解しえない⁽²⁹⁰⁾。

(290) 更なる疑義としてこの学者は、これによるならば所有権者が、例えば映画館の天井の態様について、節約をして真の危険が生ずるにしても、自分には大したことではなく、また賃借人にとっても良好に作られた天井と、不良に作られたそれとの代金の差額に由来する費用の補充について、それを建築士（結局のところその保険者）に支払わせれば十分なのだからと考えて、かかる節約の実行にどうして努めないだろうかと問い、それゆえこの事件はまだ終わっておらず、建築士あるいは彼の保険者が、所有権者により得られた原因なき利得の償還を求めないであろう理由はないと指摘する（Liet-Veaux, *ibid.*）。

同じく⁽³⁾判決の評釈をしている Esmein も、判決を読む限りでは事実の諸要素が不足しているけれども、賃借人が補修工事をした理由は、所有権者との合意で、隠

なおまた、ある事故が起きたにせよ、賃貸人の責任は、1719条2項による維持義務に由来するそれだけが、働くべきであったことになろう。確かに破毀院はこの場合にも所有者（賃貸人）を、1384条1項（現行1242条1項）の意味での保管者として捉え、賃借人に起きた事故の責任についてこの条文に従って負わせるまでに進んでいるし、1386条（現行1244条）で責任を負うことにも反対はしない。しかしそのときには、工事の受領の日から10年の期間においてだけ建築家に担保の求償をなしうるのみで、この期間が経過したのなら、1382条（現行1240条）乃至1386条（現行1244条）に基づく不法行為責任の諸結果を負担するのは所有権者であり、そして彼のみである（さもなければ建築士と請負人に担保期間経過後も工作物の定期的点検を余儀なくさせるであろう）、というのである（Liet-Veaux, *ibid.*）⁽²⁹¹⁾。

ここで取り上げた種類の事故が、次第に増加してゆく状況の中で、注文者と建築家による損害の衡平な分担という重い課題が、20世紀中期の時期までに、こうして既に意識されているのであるが、この問題は保険制度の発展などとも関連して、後の法律家に息の長い検討を促すものとなる（後述）。

* 建築家に故意または重過失がある場合の責任

この時期の破毀院判決で、もう一つ1792条と2270条が定める10年の期間

れた瑕疵によるものを含めて、すべての必要な工事が彼の負担とされていたからではないのか、との指摘をなしている（Obs. sous l'arrêt de Cass.civ.Ire., 9 octobre 1962 J.C.P.1962 II 12910.）。

(291) Esmein も、本件で建築士の責任を追及しているのは、どうして建築させた所有権者ではなく、不手際を含む建物の賃借人なのか、もしその理由が工事の受領の時から10年を経過しているからというのであれば、それは失権を避けるための術策であり、第三者の資格決定と不法行為責任への依拠は、ある逃げ道として現れると言及している（Esmein, *ibid.*）。

経過後に、なお注文者が建築士と請負人の責任を問いうるかが問題となったのは、これらの者の故意と同視されうる重過失（注文者を害する意図がないにせよ）によって、工作物に不手際が生じているという事例である。破毀院は、かかる場合にこの期間を超えて建築士と請負人が1382条（現行1240条）と1383条（現行1241条）—ただし下記の三破毀院判決でこれらの条文に言及しているのは1962年の第二判決のみ—に従って30年間の責任に任ずる可能性を認めつつも（Cass.civ.1re., 4 avril 1962 G.P.1962 2 29. —建築士の間判決に対するこの点の上告取り下げで、結果的に害意がなくても故意と同視しうる重過失があるとの理由で責任を認めていた控訴院判決 Paris 19 nov. 1959 G.P.1960 1 100. により解決された事例⁽²⁹²⁾、そのためには、非難されている過失がどれほどに重大であるにせよ、それが注文者との契約上の懈怠からなるのではなく、その契約に外的なものとしてその過失の存在が認定されていなければならないと判示している（上記判決と同一日付で出された Cass.civ.1re., 4 avril 1962 G.P.1962 2 31. および Cass.civ.1re., 7 mars 1966 G.P.1966 409. も同様に判示している）。

この時期の学説は、故意（詐欺的過失）については、30年の時効が適用されると明記しているが（例えば Planiol et Ripert par Rouast, op.cit., p.204, n°958 bis. Cornu, R.T.D.C.1962, p.670. も、もはやこの点には後述する理論的論争だけが提起されるという）、その責任は契約責任なのか不法行為責任なのかに関して、以下のような理論的に重要な指摘をなしている（重過失が故意と同視されることの問題性については、まだ深められた検討はない）。

同一の法的関係に、契約責任と不法行為責任の競合・重複を厳格に否定

(292) Paris 控訴院では、この判決以前に、建築士に契約を逸脱して、悪意であるいは注文者を害する目的で、行為したと考えさせるいかなる明確な事実も申し立てられていないとして、受領から10年以上が経過して提起された損害賠償訴権を排斥した判決（Paris, 16 déc.1953 D.1954 80.）も見られる。

する見解に立つ Jossierand は、それを肯定していると思われる判決の批判的評釈の中で、だがしかし不法行為法の契約領域への侵入を甘受すべきある一つの場合が、即ち債権者による1382条（現行1240条）以下の使用を甘受しなければならない一つの場合があるとし、それは債務者自身が故意に合意的憲章（*charte conventionnelle*）から抜け出したときであるとする。そのときには、故意または詐欺を犯した債務者は、彼が意図的にその外に身を置いたある地位の保護を、請求する資格がなくなる（契約的制度、信頼の制度は、それを創出した者の一人による背信で、存続しなくなる）という（Jossierand, *obs.sous l'arrêt de Cass.req.*, 14 déc.1926 D.P.1927 1 105）。これがおそらく、請負契約における前記の判例が依拠している一般理論であろう。

しかし後に、直接に請負契約での諸判例を検討する批評において、重過失に帰される建築上の瑕疵につき、建築士が10年の期間経過後、なお瑕疵の発見から30年の時効にかかる責任を負うとされる場合においても、不法行為法の契約領域への侵入を認めるのではなく、それを契約の一般法で理論的に説明しようと試みる学説が出現した。それによると、責任の非競合の原則は、1792条と2270条でカバーされている過失を、1382条（現行1240条）によって揺るがすことだけを禁ずるのであり、この期間に関しての責任の加重化が契約責任によってなされることまでには、反対しないのであるから、問われるべきは建築士の過失の重大性がいかなるものであっても、10年の経過で必ず契約責任は消滅するのかどうかであるという。そして2270条はその一般性にもかかわらず、30年の時効（2008年改正前の旧2262条）の一般法の例外をなすのであるから、そこから故意と重過失は建築士から恩恵としての免責（例外的措置）—10年経過による免責—の利益を失わせるとの帰結へと導きうるといふ（Cornu, *op.cit.*, p.669 et suiv.）。この学説は、工事の受領により建築家の契約責任がなくなるものではないとの認識に基づいて、ここでの問題に新たな理論を示唆するものとして、注目

される。

γ 建築家の過失の立証責任に関する理論的変遷

一 建築士に関する判例を中心に—

20世紀半ば過ぎまでの、1792条と2270条の責任における過失の立証負担を扱う判例は、19世紀の判例により確立された大枠（特に定額請負では過失が推定され、非定額請負では注文者が証明負担を負うとの枠組み）を維持してきたのであるが⁽²⁹³⁾、前の世紀とは異なり、請負人とは独立した自

(293) 代表的判例：Cass.civ.1re., 30 nov.1964 G.P.1965 1 114. 一定額でない請負契約で木工工事がなされた後に、建築用材が木喰虫に害されていて注文者が損害を蒙ったという事例で、控訴院は2270条が、1792条と同様に過失を推定するものとの解釈により、請負人に責任を負わせていたのに対し、破毀院は定額での契約なのか否かにつき探求せずに、過失の推定により請負人の責任を認めたのは違法と判示し、理由の変更により控訴審判決の判示から認めうる請負人の過失に基づいて2270条により責任を負わせた。

20世紀の半ば過ぎまでの学説で、判例と同じ枠組みを採用するものとして、Planiol et Ripert (par Rouast), op.cit., p.190 et suiv., n°949. Colin et Capitant (par Morandière), op.cit., p.444, n°883 884. などがある。しかしこの時期の学説で既に、これに反対してこれら二つの条文には差異がなく、どちらも過失の推定を含む同一の責任についての規定であるとするものが現れていた。この学説は、Planiol et Ripert (par Rouast) ibid が、「契約の領域では彼の義務を不十分に履行する建築者の過失は証明される必要はない」との異議を唱えることができないとして、建築者の責任は契約責任ではなく、所有権者を保護しようとした立法者の意思によるものだからとする説明（契約責任だとすればそれは工作物の受領によって消滅していると考え外はないとする説明）に、あえて次のように異論を提起する。請負契約は工作物の受領によって終了するが、それはある条件の下で、つまり引き続き10年以内に受領の時に生じるとは懸念しえない不手際が、現れなかった限りということなのである。もしこれら不手際が現れれば、消滅したと思われていた建築士と請負人の責任は復活し、注文者（所有権者）は彼に対して契約されていた義務の不履行を専ら根拠として、訴えるのである。従って1792条と2270条の10年の責任は、契約責任の根拠条文である1147条（現行1217条）に基づいてだけ、機能しうるのであり、このことは両条文を証明負担の問題に関して、区別するあらゆる可能性を禁ずる。同条が債権者に課すのは、不履行の証明、つまり契約により意図されていた結果が達成

由な職業を行使する建築士の地位が確立されるにつれて、そのような建築士には両条の適用があるのか、特に過失の推定を含む1792条の適用される場合があるのかという問題は、避けて通れないものであり、その明確な解答が待たれていた⁽²⁹⁴⁾。その解決に際しては、建築士は請負人との間で、注文者のために不動産の有用性を確保するという一つの目的で結び合わされているとの考えに依拠すべきなのか、それとも今や請負人とは異なる自由な職業を行使している点を重視するのか、などの様々な過渡期における

されていないとの証明であり、その証明がもたらされるときには、その不履行の原因が偶発事象か不可抗力に帰されるとの証明により、彼にかかる責任推定を破る負担は、債務者に委ねている。この根拠条文から見ると、1792条は証明負担に関して例外的条文ではなく、それが蔵する責任推定は1147条（現行1217条）のそれ以外ではありえず、また2270条について原告が過失証明をもたらしなければならないのは、間接的に建物が定額で建てられない場合には、建築者が大工事について負う担保は手段債務と主張することであるが、工事が定額請負か見積請負かによって、結果債務か手段債務が存在するといかにしていうのだろうか。立法者が条文の提起するすべての困難を見通していたのではないと思われる規定について、現在の解釈者の役割は、法律の文字そのものとの正面衝突なしに、実務の必要に一般原則の尊重の下で満足させる解決を示すことである」(Plancqueel, note sous l'arrêt 8 mars 1965 D.S.1965 409. —後掲(5)判決)。

(294) 破毀院は、20世紀初頭に、定額で請負人により建築士の指揮の下で建てられた農場の建物が、確認された諸々の欠陥のゆえに、彼らの費用と危険での取り壊しと再建築につき、別の建築士の指揮の下で別の建築者による代替施工 (en régie) において命じられたという事例で、元の請負人と建築士は新たな作り直しの工事での建築士や、その工事を履行した建築者に帰される不手際については、責任を負わないと判決する際に、定額で建築された建造物の滅失の場合において、1792条は建築士と請負人の負担となる、偶発事象または不可抗力上の出来事の証明によってのみ排斥されるところの、そして彼らの行為から生ずる損害のすべての賠償について彼らに義務付けるところの、過失の推定を確立しているとの一般的判示をなした (Cass.civ., 14 nov.1900 D.1901 1 153.)。そして Minvielle は、この判決を請負人が定額で建築を請け負った工事について、建築士が指揮監督する場合には、同時に請負人と建築士に1792条の過失の推定が働くとの判示をしたものとみなしており (Minvielle, op.cit., p.209, n°261.)、この判示内容の確認そのものは正しいと思われる。しかし、この学者自身は、1792条の適用対象として、請負人が定額で建築する

考慮が働くところから、どんな判決が出されるのか、予断を許さないであろう。それだけにまた、下された判決の影響は大きなものとなる。この点に関する破毀院の判決が出されたのは、ようやく世紀の半ばを超えた時点であり、そしてこの判決に対する是非の判断も加わって、後述の1967年法の制定の内に、1792条の改正が盛り込まれたともいわれる反響を呼び起こした。ここでは、初めにこの時期で最も注目すべき、いまの破毀院判決から紹介してゆきたい。

工事を指揮する建築士にも及ぼすとする見解に、次のような理由をあげて反対していた。第一に、それは、直面している条文が制限的に解釈されるべき例外的条文であることを忘れるものである点、第二に同条の「建築する」という用語を考慮しないのは、その適用のために要求されている四つの要件の一つを、恣意的に排除することである点、定額請負を指揮する建築士には、より多くの利益を引き出せる可能性よりは、請負人に対する監視を倍加したり、現場訪問を多くしたり、より多くの注意で工事を監督したりしなければならない不都合が存し、この苦労を償うためには、彼について過失の推定をやめにするのが適当である点、などがいわれる (Minvielle, op.cit., p.211, n°264)。そして、前記したように建築士と注文者の契約を委任とするこの学者は、この委任の理論による全く自然な解決として、過失の立証責任について、注文者（所有者）が工事を受領していない限り、又は建築士がなした受領を追認していない限り、受任者の過失が推定され、委任者は過失の証明をする必要がなく、受任者の側で彼の任務を果たせていない、あるいは瑕疵ある仕方での履行となっている理由（偶発事象・不可抗力）について証明すべきであるのに対し、工事の受領後は建築士が原則として解放されることから、責任を問うためには注文者の側で受任者の故意または過失を申し立て、その立証をしなければならないとする (Minvielle, op.cit., p.212, n°266.)。

また、Minvielleの著書が刊行された後の下級審判決では、木工工事および寄木細工の床の工事で、材木の供給と接合について定額で契約した請負人が、建築士の指揮の下で工事をなしたが、工事終了後に請負人により提供された材木に木喰虫がいたことにより、食害ある材木のすべての取り外しと火による焼却の必要が生じ、注文者に損害を与えたという事例で、1792条は建築士と請負人の負担となる過失の推定を確立していて、それは偶発事象あるいは不可抗力上の出来事によってだけ排斥されるのであるが、請負人も建築士もその証明をもたらしていないとして、両者は共同して全部義務において (in solidum)、損害賠償の責めに任ずるとした民事裁判所のものがある (Trib.civil d'Arras, 7 nov.1928 G.P.1929 150.)。

事案は簡単であり、注文者が請負人と定額での請負により、建築士にその指揮と監督を依頼して建築させた不動産内の諸々の場所の天井が崩壊したので、建築士が1792条に基づいて責任を問われたというものである。破毀院は、控訴審判決が建築士に帰されるいかなる過失も示さずに、同条の責任推定に基づいて建築士に責任を負わせたことにより、同条の誤った適用をなしたとして破毀する際に、以下のように判示した。「1972条に鑑みて：もしこの条文の諸規定が、同時に建築士と請負人の語を用いているとしても、それはその編纂の時に、それら二つの職業の二元性が存していなかったゆえである。1940年12月31日の法律、および公的行政規則を内容とする1941年9月24日のデクレの時から、建築士はその称号が保護され、使命が明確化されて、ある自由な職業を行使している。彼は自分を商事裁判権の管轄に属する者としうるであろうような、いかなる行為にも従事しえない。彼の報酬の額は、顧客と合意されていない場合には、建築士会により作成され、国家教育大臣の承認に服せしめられる計算表に従って確定される。かくして、彼の職業的義務に反するところの、請負行為をなさない建築士は、民法典1792条に従って建造物の滅失につき責任ありとは推定されえない。この条文はある建物建築に関して、定額代金での請負契約により、注文者と直接に結ばれている者にだけ適用可能である」(Cass.civ.Ire., 5 avril 1965 J.C.P.1965 II 14261.)。この判決が、建築士は請負人と独立した自由な職業を行使している点につき、特に重視しているのは疑問の余地がない。

ここで考察の対象としている時期の最後に出された本判決の意義は、自由な職業を行使する建築士には、1792条の適用がなく、それゆえその過失も推定されえないという点にだけあり、逆に過失の証明ありとして建築士の責任が問われうるときに適用される条文が、2270条であるとする判示は含んでいない⁽²⁹⁵⁾。加えて本判決の前後に出されたこの時期の判例もまた、非定額で契約した請負人には同条が適用されると明示している—前掲 a 参

照一が、建築士については同条に言及せず、ただこの者が責任を負うためには、注文者が過失を証明しなければならないとの原則を提示するだけで、一件の判決（後掲(5)判決参照）を除いて形式的に適用条文を明示していない⁽²⁹⁶⁾。

さらに実質的な過失の判断についても、民法は建築士の契約をどのような性質のもの（委任なのか請負なのか—前掲四・(三)・[B]・(a)参照）としているのか、その帰結としてどのような性質の債務を負わせているのかという認識に対応する、ある一定した基準に従っているというよりは、多くの事例で命じられる鑑定人の報告に基づいて、むしろ事案の具体的内容に依拠した判断をなしているように思われる（ただし後掲(1)判決は建築士の契約の性質論から説き始める法院検事の意見に基づいている）。

(295) Liet-Veaux, op.cit., n°13. は、2270条の条文では、単数形で建築士が、複数形で請負人が表示されているから、指揮したとの用語はある建築士が、複数の請負人に対しそうしている状況を立法者は考慮していたと考えられること、更に重い論拠としては、民法典の起草者は、主要なものとして、自由職業を行使する建築士を考慮していなかったと仮定しても、同条はこの種の建築士に十分適合するような用語で編纂されていること、などを論拠として、確かに1792条は建築士＝請負人の範疇の者にだけ適用されるが、2270条は新たな類型の建築士＝技芸家にも適用されるとの Bonpaix の説を支持している。自由な職業を行使する建築士に適用される条文につき、いまの両条以外にあげていない学説（例えば Planiol et Ripert par Rouast op.cit., p.195 et suiv., n°952 et suiv.）は、暗黙の裡にこのような理解をしているように思われる。

(296) 20世紀初頭に出された判決では、建築士が指揮と監督上の義務を履行していれば、確かに避けられえたとであろう請負人の不手際について、建築士は1382条の規定により責任を負うとしたものがある（Cass.req., 16 mai 1904 D.P.1905 1 352.）。

逆に学説では、建築士に適用すべき条文を消去法で決定する試みをなし、まず第一に消去すべき条文として1382条と1383条をあげるものがあり、その理由は民法典の第4章《合意なしに成立する債務》に置かれるこれら条文は、契約によって所有権者と結ばれている建築士には適用されえず、他方で建築士による工事の指揮と監督上の懈怠は、準不法行為（過失不法行為）と同一化されるのも不可能だからとする Minvielle, op.cit., p.175, n°213.）。なおこの学者による建築士の受領後の瑕疵に関する責任理論については、前掲四・(3)・[C]・(a)参照。

次には建築士に関わる、その個別具体的ないくつかの判決について紹介したい。

(1) Paris, 2 dec. 1959 (G.P.1959 2 348.)

建築士のSogorbは、株式会社 general de Géophysique の業務と設備を収容する目的での不動産の仕様書と設計図を作成し、その仕様書にはなすべき工事が定められ、工事請負人 Dordilly により作成された彼が施工する工事に関する工事見積書も承諾された。また仕様書には、鉄筋コンクリートの計画研究が、承認のために建築士に提出されるべき一連の施工計画書の客体をなすと規定されていて、この規定から推断すると請負人がそれら鉄筋コンクリートの計画書を作成し、建築士の承認を受けることとなっていたようである。この工事は完成されたが、ほとんどすぐに隔壁などに亀裂が生じ、それを知らされた Dordilly が必要な手直しの義務を負った。注文者の general de Géophysique はこれらの障碍の重大化と請負人 Dordilly の破産申立てに直面して、鑑定を行わせるのが適切と評価した。指名された鑑定人は彼が確認した欠陥について記載した報告書を提出したが、障碍を取り除きたいと望む注文者は、鑑定人の任務につき必要な工事の実現にまで広げる決定を更に受けた。鑑定報告書は、数学的厳正さを強調しながら、施工計画書では二階の床の縦の骨組みの、余りに弱い部分が指し示されていること、横の枠組みの不十分さは課されていた加重積載に対して床の運用を危険にすることなどを結論していた。一審は、建築士と請負人に責任分担は二分の一としつつ、両者に全部義務での損害賠償を負わせた。三当事者が控訴したが、主要な問題となったのは建築士の控訴についてであった。Sogorb は請負人と全部義務での有責判決をなした一審判決に対し、施工計画書の承認は、計算をやり直すことからなるものではなく、その訳はそのことが自分の職務と能力を超出しているがゆえであるといい、この承認は建物の骨組みについての建築士として、彼によって予定された

規模と場所に、梁のために採用された部分が相応しているかを検証することであったと主張する。加えて Sogorb は、自分の報酬が建築士会の定める計算表の率を著しく下回る五パーセントのそれに定額的に減額されていたから、一層のことこれらの計算を検証する必要はなかったとも主張する。

法院検事の Combaldieu は、概略するところ次のような見解表明をしている。建築士が受任者であるか労務賃貸人であるかは、学説と判例の活発な議論の対象をなしてきたが、建築士は原則的には彼の顧客の受任者ではない。なぜなら、建築士は顧客を義務付ける権能、顧客を代理する権能がなく、この権能は例外的にだけ明示の合意から、または明示・黙示に当事者が準拠するのを了解した慣行からだけ生ずるがゆえである。原則として建築士は、労務・役務賃貸人として、彼の技術的学識を貸し、彼の顧客に助力する。一審裁判所の正当な定義の通り、建築士の役割は計画されている建造物をその規模と形象で表す設計図の作成に限られず、彼は正確性においてこの建造物の実現のために必要な手段を示し、この実現の適合性について検証すべきである。この考えに付け加えていえば、建築士が彼のものである責任を逃れようとすることは、良く理解された建築士の利益とはならない。この彼の重い責任が、彼の任務を性格付け、彼が示すべき独立性に正確に相応し、顧客が彼に寄せる信頼に応える。私は理解している、建築における近代的技術の発展や新素材の使用が、建築士の務めを絶え間なく複雑化し、彼の責任を加重化していると（他方でそのカバーのために保険は義務的である）。しかしそれは医者が医学・薬学上のあらゆる種類の発展により、弁護士が立法の複雑化のゆえに責任も重くなるのと同様である。実際のところ、近代的技術の発展は、建築士をして専門化された工学技士の協力を仰ぐように導くべきだし、また導いているのも事実である。本件では、仕様書により施工計画書の有用な時期における建築士への提示と、この者による承認が約定されており、すべての者により署名され受諾されている。計画書の実質的な作成者が誰であったかはさほど重要で

はなく、大切なのは、契約がそれを強行的な義務としているのだから、建築士はそれを承諾したのかしなかったのかが大切である。これほどの重要度ある不動産は、建設のために長期間を要求するのであるから、彼がそのような履行につきあえて許した事実そのものによって、計画書の黙示の承認が推定されるべきである。この計画書は建築士が作成したと仮定しても、彼の任務はかかる作成に限られるのではなく、彼はまた建設を調整し、計画書や仕様書との整合性を確保すべきである。彼は鉄筋コンクリートのこの計画書を請負人に履行させることにより、この計画書から生ずる責任を引き受けた。彼の報酬が不十分で、専門家に補佐してもらうことまではできなかったというのは事実ではないし、また彼が彼の費用で専門家に相談するイニシアチブを採るつもりがなかったのなら、鉄筋コンクリートの分野で能力不十分であることを自ら知っている彼は、前述の承諾の任務を拒否するか、あるいは注文者に専門化された鑑定家の加入を要求すべきであったが、彼はそのどちらもしていない。責任分担について、一審裁判所は半分ずつとしているが、私は建築士の責任が請負人のそれより重いと考える方へと傾く。そして私なら建築士の負担に3分の2を置き、残る3分の1を請負人の負担とするだろう。更に一審裁判所が彼らに全部義務で責任を負わせたのは、正当である。

控訴院は、以上の見解に従ってほぼ同様の判決を下したが、損害賠償の額になお争いがあるので、鑑定を求めることとし、注文者が補強費用の前払支出をした1000万フランについて、前渡金の支払いを建築士と請負人に命じた。

物自体としての不動産は社会・共同体全体に帰属していて、不動産所有権はそれの有用性だけを排他的に確保するように法が与える権能・権限とされるに至ると、物自体としての不動産建築における所有権者のイニシアチブは限定され、技術的・工学的なそれは建築家に移されなければならないのであるが、本判決で表明されている法院検事の見解によると、その

建築家の内でも特に建築士が、オーケストラの指揮者のごとくにそのイニシアチブを担うべきことになるが、その認識は以後の時代の趨勢に合致した正しいものと評価しうる（しかしこの判決が建築士に、専門家一本事件では請負人—に委託された技術的計算の検証にまで責任を負わせたのは、建築士が請負人から独立した職業となったとの疑いえない事実と反する解決であるとの批判もある—Liet-Veaux, A propo de l'arrêt Sogorb, G.P.1960 Doct.p.51.)。

(2) Cass.civ.1re., 13 juillet 1961 (D.1961 771.)

Société immobilière Michelet が、建築士 X の監督と指揮の下で建築を決定した不動産のアパルトマンで、天井が崩れたため、その所有者 Alibert が X に損害賠償を求めた（後述の直接訴権によるものと思われる）事例で、控訴審は X が単に構想し監督する建築士としてだけでなく、特別に報酬を与えられていた職務である工事の指揮者としての任務も負っていたことを確認し、また第一審裁判官の判決理由で確認されていた不具合の重大性から、建築士は委託された任務の履行において過失を犯したとして、Alibert の請求を認容した。X が破毀申立てをなして、控訴審は請負人による工事のすべての良くない履行について、自分への責任を導くために、工事の指揮者の任務を他の職務から不正に区別しており、他方で実際に自分が請負人の工事を指揮し監督する義務の履行において、何らかの懈怠につき有責であるとの確認なしに、判決を下したなどと主張。破毀院は、X に委託された任務は1941年9月24日のデクレで規定されているそれに入るがゆえに、建築士には工事が自分の作成した設計図や見積書に適合して、また自分が定めた履行手段に適合して、良好に導かれるのを確かなものとする職務があり、従って工事の良好な履行に関するすべての指示を彼の請負人に与えるべきであるし、また建築士の指揮と監督の任務は、現場でのそのための権能を彼に与えているのに、事実審裁判官が X の過失を導い

ているような、重大な不具合を生じさせたとの理由付けで、Xの破毀申立てを棄却。

この判決は、職業倫理法典である1941年のデクレに依拠して、建築士の過失の内容が工事の良好な履行に関するすべての指示を、請負人に与えなかった懈怠に求めている点で注目されるが、過失の判断はやはり建物に生じている不具合の重大性から導かれているように思われる。

(3) Cass.civ.1re., 15 mai 1962. (G.P.1962 2 101.)

Delzanglesの所有する不動産が、建築士Gの監督の下で請負人Mにより施工された改築の後に、不手際が判明したので、注文者は鑑定人によって確認されている不手際を直すのに必要なすべての工事を履行させることの認容と、損害賠償の支払いのためにGとMを召喚した。控訴院は建築士Gに対して構想上の誤りも監督上の過失も証明されえなかったとして、請負人の責任だけを認め、建築士の責任を排斥した。注文者Delzanglesは破毀申立てをなして、事実審裁判官自身により請負人に帰された不手際の存在は、必然的に建築士の行き届かない監督を意味し、控訴審判決も暗黙のうちに認めていたように、もし建築士がそうする負担を負っていたなら、その責任が生じるのであって、ゆえに彼を責任から解放するには、建築士の監督義務の不存在を明示に確認する必要があるのに、それをしていないなどと主張。破毀院は、別々の合意で契約的に結ばれている請負人と建築士は、彼らの個人的過失についてだけ責任を負うから、建築士は、建築において生じた諸々の欠陥の実現に寄与しえた部分の範囲で、つまり特に彼が注意深い監督によって妨げえた過失と不手際について、責任を負うとし、そして控訴審はGには構想上の誤りも監督上の過失も証明されえないのを確認して、建築士には責任がないと判断しているのであるから、その下した判決は正当であるとして、注文者の破毀申立てを棄却。

この破毀院判決は、建築士の過失については立証責任が注文者にあるの

を、実質的に確認するものとして評価しうるであろう。

(4) Cass.civ.lre., 29 juin 1964. (G.P.1964 2 382.)

建築士 X の指揮の下で Salgues のために履行された、彼の食料品店の整備をなす工事が、二人の隣人により占有されている上階の場所に、ある不具合を惹起する結果となり、Salgues はその損害について有責と宣告されたので、建築士 X を担保のために召喚した。控訴院は、労務・役務賃貸人である建築士は、請負人の工事を注意深く監督することにより、あらゆる設計図の誤りやあらゆる構想上の瑕疵を避けるとの本質的義務を負うだけでなく、法律、慣行、衡平により彼に課される付随的義務にも服しており、その内には契約者間での情報義務が入るのは議論の余地がないとしながら、建築士の以下の行動においてその過失ある怠りがあったとする。それは、X が注文者にあてた報告書において、工事の履行から生じうる小さな不具合だけを重んじていて、X が朽廃した不動産に構想し、企画し指揮するのを引き受けた工事が、どれほど微細に注意を払ったとしても、上層階の隣人の下で不可避免的に生じさせるであろうより重大な不具合について、その危険を知らせていなかったことである。この過失を理由に控訴審は、Salgues の X に対する担保請求を一部で認容し、損害賠償の半分につき X に責任を負わせた。X が破毀申立てをなし、控訴審判決は鑑定人報告書が工事の構想においていかなる純粹技術上の過失も指摘していないことを承認しながら、Salgues が素人であったにしても、この者に責任を負担させるはずの、知らないということのありえないある状況の存在を、自分が彼にただ知らせなかったために、半分の責任があるとする点には、理由齟齬があるなどを主張。破毀院は、控訴院がその認定した事実からは、X に対し工事の構想においていかなる過失も指摘されていないこと、また一部の責任は彼の店舗をモダン化する願望に取りつかれて、不動産の一階(Salgues はそれが朽廃し亀裂が入っているとは知っていた)に、彼の無謀な

工事（その不可避的な帰結についてはXにより知らされてはいなかった）を企てた注文者の負担に残されることにつき確認することで、自己矛盾なしにXの行動の過失ある性格を導きえたと判示して、破毀申立てを棄却。

本判決は、結局のところ建築士には半分の責任だけを負わせ、注文者に半分の責任部分を負担させており、前記した19世紀の判例の下で、建築家に責任推定がないとの法的対応が、無謀な要求や指図をした注文者に、工事のイニシアチブを有している所有権者として、責任分担させる解決を招いていたのと類似した判示となっていると指摘しうる（専門家の建築士には、素人の注文者が企図している無謀な工事を強く制止するための助言・忠告義務があったとして、全部の責任を負わせえた事例であるように思われる）。

(5) Cass.civ.lre., 14 déc. 1964 (D.S.1965 409.)

建築士Dの設計図と監督に基づいて、寡婦Stinnerのために建築されたばかりの不動産に、重大な浸み込みが確認された。Stinnerが建築士を損害賠償のために召喚し、控訴院は不動産を余りに低い水準のところに位置取りすることで、建築士は過失を犯したとの理由により、損害賠償を認めた。建築士が破毀申立てをなし、争われている建築が定額でなされたとも、申し立てられている瑕疵が建造物の全体的または部分的滅失を生じさせるものだとも、確認されてはいないのに、控訴院が責任を認めたのは、1792条に違反していると主張。破毀院は、控訴院は同条の推定をなんら考慮しておらず、それが再現する一審判決のいくつかの理由に準拠して、2270条の規定に基づき建築士の責任を認めたのであり、法令違反はないとして申立てを棄却。

この判決には2270条を適用する前提として、建築士が注文者となす契約が、労務・役務賃貸借契約に該当するの否か、その建築士がなす契約に

従うと、彼が設計し監督した不動産に瑕疵がある場合に、どうして過失の推定がなされないのか (1792条の適用ではないのか)、などの詳細な理由付けが全くなされていないために、次の判決(6)を登場させる次第となった。

(6) Cass.civ.lre., 18 oct. 1967 (D.S.1968 115.)

時計・宝石商の Richard は、彼の店舗のモダン化の定額での実現のために、建築士の Pogorzelski に完全な任務を負担させた。建築士はその仕様と評価の説明で、この施工の全価格を一万一千フランと見積もっていた。Pogorzelski の代金債権に基づく召喚に対して、Richard は不手際について不服を申し立てるとともに、最初の評価を超えた工事の支払いを拒否した。控訴審は、見積書での最初の評価による定額の超過、鑑定人により摘示された不手際についての設計書や構想における錯誤は、Pogorzelski が彼の 労務・役務賃借契約 の履行において犯した過失であるとして、責任を負わせた。Pogorzelski が破毀申立てをなし、建築士の請負行為はその職業的義務に反しており、それをしていないのだから、自分に責任があったとした控訴審判決は、自分の任務の遂行行為に関して、顧客に対する定額請負により結ばれているとは考えられえないはずなのにもかかわらず、定額の法的性格の本質的要素に関係する1792条と1793条を誤解した適用により判決している、などを主張。破毀院は、建築士の破毀申立てを棄却し、その理由として、控訴審は Pogorzelski のいう条文や1941年9月24日のデクレを誤解しているのではなく、それらを適用する必要なしに、訴訟の諸状況や当事者の意思から、建築士は特に特定された代価で 工事を履行させる義務 に任じていたことを導いて、彼にはこの義務の懈怠により、責任があると判断しえたと判示した。

こうして破毀院は、建築士により持ち出された適用条文の問題には、満足な解答を与えないままで、具体的事案との関係でだけ、判決をしなければならぬ苦境に、一層のこと追い詰められてしまったように思われる。

この解答は、後の立法者が与えなければならないものとして、残されている（学説については前掲注295参照）。

最後に付け加えるべき点として、この時代の学説と判例が認め始めた小工事の隠れた瑕疵の責任について、それを認めるためには過失の証明が必要なのか否か、もし必要だとしてその立証責任は誰にあるのかという議論は、本格的にはなされていなかったことがある。

δ 建築家の競合的責任および所有権取得者による直接訴権

自由な職業を行使する建築士の地位が確立された、20世紀中葉にかけての時期において、特に注文者に対する責任について、建築士と請負人の横の競合的責任関係に関する理論構成が、判例と学説の重要課題として浮上してきた。またそれと関係して、注文者の建築家に対する責任訴権が、注文者からの所有権取得者へと承継されてゆく縦の連結関係も、おおよその輪郭を整えてきている。まず、第一の課題から見てゆきたい。

* 建築士と請負人の競合的責任に関する推移

先にも触れたように（前掲注246参照）、建造物自体の所有権取得により、その支配権者となる注文者が、そのなされるべき工事の賃貸人としていた Pothier の理論では、各建築分野での請負人（労務・役務賃借人）が、どのような義務を果たさなければならないかについて個別的に定められ、その各々の労務・役務提供を統括する役割は、注文者が果たすべきだと考えられていたものと推測しうる。もちろん、民法典が請負契約との関係でも、所有権を物自体に対する支配権とする理論から脱却していることは、これまでの考察から明らかであり、その後の学説と判例も、建造物の有用性だけを排他的に確保しうる権能・権限を取得する注文者には、建築に関する技術的・工学的イニシアチブは原則としてなく、それは専門家である建築技術者に移されているとの前提に依拠する度を次第に増して

きた。そしてこの動向は、すべての建築家（建築技術者）をして、注文者に建造物のあるべき有用性を確保させるという、一つの目標の下に統一させる流れを生みだすはずである。

しかしこの流れの中で、20世紀中葉にかけての学説と判例は、民法典起草者も余り意識していなかったところの、建築士という職業の請負人のそれからの独立と、更にはそれらの対抗しあう関係の現実性に、頻繁に立ち会う仕儀となったのであるが、前述したように特にこの時期の判例は、商人ではない自由な職業を行使するこの建築士にあって、そもそも建築上の瑕疵についてどの条文の適用により注文者に対して責任を負うのかも、判決の内で明確にしえてはいなかったなかで（前掲γ参照）、これらの建築家の責任の競合について判断を下さなければならない状況におかれた。その帰結として、判例は確かに建築士と請負人の責任競合を認めるのに躊躇していないが（むしろ建築士を請負人の保証人や保険者に近づけるほどに責任競合を認めているとの学説の批判も生じさせている—例えば *Minvielle note sous l'arrêt de Paris, 21 déc. 1924 D.P.1924 2 99.*）、それを根拠付ける説得力のある理論構成には至っていない。

他方でこの時期の学説が目を向けていたものもまた、これらの建築家と注文者の間で、個別に締結される契約に基づいて負われる債務の全く別異なる内容であり、注文者に建造物の有用性を確保させるという一つの目標への統一の要請は、責任競合の理論において、まだその背後に退いていたように思われる。

この時期の最初に現れた破毀院判決は、石組工事の重大な不手際により天井が崩壊する恐れがあり、もし建築士が義務を負っていた工事の指揮と監督を履行していたなら、この不手際は回避されていたであろうことを理由に（請負人が建築士の知らないところで請負の設計書や見積書を施工において修正したとしても、建物の強固性・耐久性を危うくする性質の修正には知らずにいないことが、そしてそれに反対することが彼の義務である

という)、請負人が支払不能の場合にだけ負われる従属的責任ではなく、労務・役務賃貸借から生ずる主要な義務の違反として、注文者に引き起こされている全損害につき責任を負わせる際の適用条文に、1382条を挙げた原審判決を認容している (Cass.req., 16 mai 1904 D.P.1905 I 352.)。

しかし、この時期における後の破毀院の判決理由中には、適用条文が示されておらず (Cass.req., 12 nov. 1924 GP.1925 143. 一契約の規定と、何ものも分けえないところの建築士と請負人により犯された共通過失を根拠に、連帯責任を負わせた控訴審判決を是認)、そして基本となる理由付けだけを確立した、次の二つの判決がやがて出された。第一の判決では、請負人と連帯して (solidairement) 責任を負わされた建築士から、1382条以下は契約から生じた債務の履行における共通過失が問題であるときには適用がないこと、連帯性は契約の領域では推定されないこと (1202条・現行1310条)、原審判決はその判決理由のなかで、各々の債務者の負担となる責任割合を定めているのだから、判決主文で連帯責任を宣告しえなかったはずであること、などを根拠とする上告がなされたのであるが、破毀院は「原則として建築士と請負人は、各々が彼自身の過失についてだけ責任を負うものであるとしても、いかなる法律の条文もいかなる法的原則も、実際に彼らが作為債務あるいは不作為債務の不履行からなる共通過失を犯したときには、彼らの各々が全損害の原因であったとして、彼らがそれを連帯して賠償する責任を負わされることに、反対するものではない」—また原審判決が建築士と請負人の責任を不平等に分割しているのも、彼ら債務者間の関係においてだけのもので、債権者に対する彼らの責任の性質と金額を修正するものはない—と判示している (Cass.civ., 4 avril 1940 D. H.1940 111.)。

更に第二の判決でも、上告理由で原審判決は連帯性が明示に約定されていたのを確認せずに、また不法行為上のあるいは準不法行為上の過失が犯されていたことを確認せずに、建築士と請負人間の連帯性を承認した点に

法令違反があるなどと主張されたのであるが、建築士と請負人は原則として彼ら自身の過失についてだけ責任を負うとしても、しかし彼らは連帯しての有責判決を正当とするある共通の不可分な過失を犯しえたとの判示を繰り返している (Cass.req., 12 nov.1940 D.H.1941 37.)⁽²⁹⁷⁾—なお、ここで競合的責任が連帯責任か全部義務かに関する判例の変更につき後掲注301参照。

やはりこの時期の破毀院は、建築士の責任をどう位置付けるべきかについて定見をもちえていないために⁽²⁹⁸⁾、ここでも「共通過失」(両者の責任部分を見分けえない過失)という消極的な理由付けだけに終始して—それゆえ事実審判決が建築士と請負人間でだけに妥当するといいつながら、実は彼らの負担割合を判断できていないかとの主張には満足に出来ないまま⁽²⁹⁹⁾—、積極的法律論のなかで、建築士の責任競合を正当化しえて

(297) これらの判決が原則としている、建築士と請負人は彼ら自身の過失についてだけ責任を負うとの一般論に依拠して、建築士の連帯責任を否定している判決ももちろんみられる (Cass.civ., 15 mai 1962 précité, G.P.1962 2 101. —請負人に帰される不手際が存在が、必然的に建築士の良好でない監督を暗示しているのに、この者の責任を認めなかったのは、法令に違反しているとの上告理由を排斥している。)

(298) 建築士と注文者の契約を有償の委任契約であるとの前提に立って、建築士と請負人の損害への寄与した割合を確定しえないとの理由により、彼らに連帯責任があるとする控訴審判決を維持した破毀院判決も見られる (Cass.req., 19 juin 1929 D. H.1930 1 173. —注文者が不知のままにおかれて、請負契約で最初に予定されていた鉄筋コンクリートによる床工事を、請負人が新方式のそれに代えるにつき、強度計算や予めの試験なくして同意していた建築士に、注文者の受任者としての義務を怠ったとして、請負人と連帯しての責任を認めた原審判決を支持)。

(299) Brunet, observation critique sur l'obligation «in solidum» en responsabilité delictuelle, G.P.1965 74. が全部義務一般における判例の理由付けに、この矛盾点を指摘している。Esmein, obs.sous l'arrêt Cass.civ.2e., 9 mars 1962 J.C.P.1962 II 12178. も同様の指摘をしていた。

また Cass.req., 26 nov 1924 D.1925 1 175.G.P.1925 144では逆の面からの上告がなされ、請負人とともに建築上の不手際につき注文者に対して全部賠償の有責判決をうけた建築士が、請負人の所有権者への全部の責任を正当化しうる非難は、自分がなしている請負人に対する求償訴権につき、全損害の5分の4に減じさせる性質の

いないとの実相が、浮き彫りにされているといわざるをえない⁽³⁰⁰⁾。

この時期の学説にあっても、建築士と請負人の責任競合について、積極的な法律論を展開しているものは見当たらない。代表的な学説は、判例が彼らの間に連帯性が存在するというが、2270条も1792条も明示的にそれを規定しておらず、当事者の合意がそれを定めていないときには、連帯性は明確に法律によって規定されるべきなのが原則である。確かに判例は、責任ある二人の者の責任部分につき見分ける困難を回避して、所有権者（注

ものではないとして、全額の求償を認めさせるために原審判決の破棄を求めたのに対し、破毀院は建築士と請負人の間で、賠償負担を過失の程度に従い分割するのは、事実審裁判官の評価権限に属し、破毀院のコントロールはそれには及ばないとだけ判示している。

(300) なおこの時期に既に、工学顧問士 (ingenieur-conseil) が建築士と全部義務を負うかにつき争点となった次の事件が出されている。Cass.civ.1er., 8 mars 1965 J.C.P.1965 II 14190. 事案：注文者の土地の上に、まず工学顧問士が調査研究をした後、建築士の設計図と監督の下に、請負人が建築した邸宅の壁に亀裂が生じ、その家屋は修理不可能と判断された。その理由は、土地の地質学上の性質と、工学士の計画書において規定されていた基礎工事の欠如にあった。控訴院はこの工学士の期間毎の現場への訪問を考慮して、彼がこの訪問により建築士に成り代わっていたのに、請負人が彼の作成した計画書に重大な修正をもたらすのを放置していた過失があるとして、注文者に対する損害賠償の有責判決をなした。工学顧問士が破毀申立て。破毀院判決：破毀移送。理由：一審判決は、工学顧問士が所属する職業会の準則が、顧問士は工事統括者として介在したり、工事履行や彼の研究との適合性の監督の意味で、現場を訪問したり、工事と土地のその後の状況の責任を負ったり、なしえないと規定しているのを認定し、彼の責任が計画書に言及されている最初の所与と前提—その制御と担保は彼に属していない—に基づく、彼により立てられた計画書と計算に限定されると認めていた。にもかかわらず控訴院は、工学士により引き受けられた契約上の義務の性質と範囲を探求せずに、一審判決を破毀したことにより、判決に法的基礎を与えていない。

ここでは共通過失の不存在ではなく、建築家は自分が携わっていない部門（本件では工事施工の部門）に生じている瑕疵についてまで、責任を負わないことが理由とされており、そこからこの判決は、技術士の責任が問われる場合の、重要な判断基準の一つを示したものと評価しうる。

もう一つ、この時期に注目すべき判決として、特殊な技能を必要とする工事の請負人が、最初に予定されていた素材を別なそれに代えたことによる不手際について、

文者)にこれらの者のどちらか一人に対して、完全な賠償を請求できる実務的必要性に込えているのではあるが、それなら何人かの学者が選んでいる全部義務 (obligation in solidum) の概念を用いる方が、その必要性に合致するとの説明を加えるにとどめている (Planiol et Ripert par Rouast, op.cit., p.198 et suiv., n°955.)⁽³⁰¹⁾。

更により詳細に検討する学説は、今日の建築士が様々な専門家の調整者 (coordinateur) であり統合者 (ensemblier) であるのに対し、請負人は彼

その代用を許可していた建築士にも、責任があるかにつき争われた以下の事件がある。Cass.civ.1er., 7 avril 1965 J.C.P.1965 II 14238. 事案：カーテンウォールの建築を請け負った請負人が、最初に予定されていたパイプ横木ではなく折り曲げ鋼材を代用したために、重大な不手際が生じた。また建築士もこの代用を許容していた。控訴院が請負人にのみ有責判決をなしたのに対し、請負人が代用を許容していた建築士にも責任が分担されるべきであるとして破毀申立て。破毀院判決：破毀申立て棄却。理由：控訴審は、既製造の金属的素材によって建築されるカーテンウォールの技術が、その新奇性と新機軸のゆえに、建築者が完全に熟達しているべき特殊技能となっており、そしてその建築に固有な諸困難のゆえに、建築士のより一般的な能力に統合されないことを指摘して、この代用はその施工のスペシャリストである請負人の重過失であり、この者は唯一その帰結を負担すべきある危険を受け入れていたと正当に理由付けている。

建築士を、およそ請負人の保証人としめない配慮をなす判決と、評価しうるのである。

(301) 他の代表的学説も、ある共同過失が建築士と請負人に見出されるときから、彼らに対して全部有責判決が介在しうるが、しかし連帯性は契約上の債務では推定されないがゆえに、彼らの間に連帯性は存在せず、その帰結として彼らの一人に対して提起される訴求は、他者に対する時効を中断せず、一人となされる和解は他者の利益とはならないとする (Baudry-Lacantinerie et Wahl, Louage II p.1105, n° 3943)。なお、フランス判例における連帯債務理論と全部義務理論の適用状況に関する詳細な研究として、淡路剛久『連帯債務の研究』182頁以下 (弘文堂, 1975) がある。

他方で判例では、共同過失の場合に、共同惹起者の各々が損害の完全な実現に寄与した損害の全額を賠償する責任を負わされうるとしても、民法典の1202条以下が規定する連帯性はその法律によって規定されている場合にだけ、彼らに宣告されうるのであるから、事実審裁判官が同一の損害を生じさせうるある共通過失の認定のみから、この過失の二人の共同惹起者に連帯性の結合を導き得なかったとする破毀判決

が使用する職人を指揮し、彼が利用する材料を検証すべき技術者であり、法的に言えば請負人は建築士に仕える者 (subordonné) ではないから、たとえ建築士と請負人の各々を注文者に結び付ける契約によると、建築士は彼の計画書の実現を監督すべきだとしても、法的に言えば建築士は請負人の過失について責任を負うものではなく、各々が別異の債務により注文者に結ばれているとの認識をまず示している。そのうえで、1792条は定額の請負人に対しては過失を推定し、建築士には注文者に過失の証明を要求

が出されており、そして注釈者によりこの破毀は全部有責判決 (condamnation in solidum) によるべきだと趣旨である、と説明されているものがいくつかある (Cass. civ. I re., 17 mai 1961 G.P. 1961 185. Cass. civ. I re., 14 déc. 1964 J.C.P. 1965 II 14175. obs. G.L.-V. Cass, civ, I re., 25 oct. 1965 J.C.P. 1966 II 14688. obs. J.A.)。

なお20世紀前半に、全部義務一般について本格的な検討をした論稿として、Vincent, *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive* R.T.D.C. 1939, p.601 et suiv. がある。そこでは、連帯債務との対比で、全部義務がこう性質決定されている。連帯債務は客体の単一性と紐帯の複数性によって性格付けられ、複数の債務者を伴った単一な債務が存在する。時々いわれるように、連帯債務は人について選択的なのである。全部義務は別な仕方で見られる。それは、同一の法的事実に関係する同様な諸給付 (prestations identiques) が課されるところの複数の人を前提とする。それゆえ、債権者の側からは単一なままの債務 (obligation) を支払うための、複数の別個の債務 (dettes) が存在している。つまり、全部義務は同時に複数の紐帯と、複数の客体を含んでいるということである。義務を負う人と同数の別個の債務が存在するが、しかしこれらすべての債務 (dettes) が単一な債務 (obligation) の消滅だけを目的としているのである。なぜなら、債権者は最初の弁済の後には、その別の弁済を受領したりはできないからである。彼の訴権は原因を欠くであろう。というのも、彼が例えば不法行為、契約、法律に従って権利を有する給付が既に与えられており、彼にはもはや共同債務者の他の誰かを訴求する利益がないからである (p.669 et suiv.)。「実務は、債務者の諸義務が併存的 (conjointes) であるとは承認しえない、事実状況を示している。複数人の競合的活動による不法行為あるいは準不法行為を想定するのであれ、各人の責任が他者の協働により減少せしめられること、そしてある損害の惹起者が彼のみで加害行為を犯したときよりも、彼がかかるときの協働したときに、より重くない責任を負うこと、それらを認めたりはできないであろう」(p.606.)。そして全部義務はあらゆる法律規定から独立に、このような状況上の必要性により生ずるとする (p.668.)。

しているところからも、同条に両者の責任の連帯性をみることはできないし、また建築士の義務は本質的に契約的なもので、不法行為責任の選択は注文者に禁じられており、この者は不法行為や準不法行為の惹起者の連帯性を援用しえないのに、判例はこの契約上の過失と不法行為上の過失の区別を見失って、繰り返し連帯責任を宣告しようと信じていると非難する。そして裁判所のこの姿勢は、人や財産に惹起された損害の責任ある者できるだけ見出したい、被害者の訴えを有利なものにしたいとの配慮によるものであるが、しかしこの配慮は明確で争いえない諸原則の違反を正当化しうるものではないから、連帯性が、あるいはその名で宣告するのを避けるための言葉の技巧である全部義務が、建築士と請負人の責任に付け加えられたいと結論している (Noel, *La pretendue solidarité de l'architecte et de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage*, J.C.P.1949 I 744.)⁽³⁰²⁾。

(302) Lalou et Azard, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6éd., 1962 p.60, n°108. も、建築士と請負人の責任競合に否定的であり、19世紀末に出された破毀院判決の判示である、「かかる建築士と請負人の所有権者に対する連帯性は、法律からも、合意からも、なされるべき工作の性質からも、生ずるものではない」を決定的理由として、引用している。

Roger も同様に、「建築士と請負人の過失が、彼らの各々の責任部分を確定しえないほどに絡み合っている、非常に稀な場合を除いて—その場合には全部義務が存在し、決して連帯的ではない—、裁判所は別々な有責判決をすべきである。建築士と請負人の責任は、原則として彼らの各々の別個で特別な行為に由来するからである」とする (Roger, *De la non-solidarité entre l'architecte et l'entrepreneur*, G.P.1938 I p.68.)。

また Minvielle も、判例によると建築士は、不確定でほぼ無制限な責任に服しているとしてこう続ける。「しかしながら、ある過失が請負人によって犯される時には、彼のみが責任ありと宣せられるべきであるだろう。なぜなら、彼が損害の直接的な惹起者だからである。そしてもし建築士の責任が認められるべきであるなら、それは付従的・補充的な仕方だけでそうあるべきであろう。実際に請負人もまた建築に関しては能力ある技術者であること、彼は一般には彼が専門としているある分野に従事しているのに対し、建築士は全体を知り全体を計画するように義務付けられているのだから、一層のことそうである。他方で、請負人は彼の請負によってし

やはりここでも、建築士と請負人の責任競合を積極的に正当化する理論の出現は、後の立法者による介入という契機を必要としていた。

＊ 注文者の建築家に対する責任訴権の承継について

先に論述したように、フランスでは所有権そのものが、特定の法主体により各々の被支配客体・客物につき享有されるように、法が用意している所有権者の地位と表象されてきており、その帰結として所有権の取得について、到達・就位取得 (accession) の理論が一般化する方向にある。それによれば、所有権の取得とは、原始的であれ承継的であれ、特定の法主体者が各々の客物について、法が用意している同一な所有権者の地位に、正当名義人として到達・就位するという意味であることになり、本稿が対象とする不動産取引の分野でも、現に学説は売買による不動産所有権の承継取得 (所有権者名義人の交代) にも、請負による不動産所有権の原始取得 (初めての所有権者名義人への就位) にも、所有権への到達・就位取得

ばしば大きな利益を実現させることのできる実業家である。反対に建築士は自由な職業を行使する技芸家であり、また相対的に少ない報酬 (慣行により工事の代価に対するあるパーセンテージで決められる) で報われている。最後に、建築士は通常的で合理的な監督を要求されるだけである点に、注意する必要がある。なるほど、彼は工事が履行されている仕方を現場で理解するために赴かなければならない。しかし、彼が恒常的に現場に残っていることは、要求しえない。彼の役割は、諸々の指図を与え、通常的な仕方でそれらが履行されているのを確かめることからなる。彼の諸義務はそこに限定されるのであり、学説と判例によってそれらの義務が理解されているのも、正にそのようになるのである。するともしも請負人が過失を犯し、建築士が査察の巡回の途中でそれに気づきうる場合には (明白な不手際、欠陥ある材料の使用)、建築士の責任は確かに監督の欠如を理由に課されるであろう。しかし、建築士の不在を利用して、請負人が隠すのに急な建築上の瑕疵を生じさせる場合や、彼が巧妙に用意した悪質な材料を使用する場合には、建築士はそれについて責任を負わされえないのは明らかである」。そしてこの原則に予期しないそして危険な激変をもたらした破毀院判決として、前記1904年判決 (Cass.req., 16 mai 1904 D.P.1905 I 352.) を厳しく批判している (Minvielle note sous l'arrêt de Paris 21 déc. 1924 D.P.1924 2 99.)。

という用語を区別なくあててきている（前掲4・(3)・[D]・(a)参照）。すると、まず売買契約で売主が負う瑕疵担保責任について（追奪担保責任についても同様）、前主（売主）に代わって目的物の所有権者名義人となる（同一の所有権者の法的地位に代わって就位する）転買人は、その前主から取得した所有権者名義（自己の名で所有権を行使しうる利益）には、前主が彼の売主に対して有していた、譲渡を受けた所有権の不完全性（目的物がつべき有用性の不完全性に由来する）に関する法的救済を求める利益が、原則的に従たる権利として結ばれたままとされ—少なくとも売買契約の後に判明したり訴求したりする可能性のある瑕疵について、その救済の権利がそのまま所有権者名義に付して承継されることとなり—、この転買人から前主・前々主等への売主に対する救済の訴えが、直接訴権の名称で既に20世紀中葉までの判例と学説（例えば *Planiol et Ripert par Hamel Traité pratique de droit civil français, t.10, 1956, p.157 et suiv., n°138.*）によって認められてきた⁽³⁰³⁾。

(303) 一般的に、瑕疵担保上の訴権が特定承継人に移転する効果の正当化には、2016年改正前の民法典旧1122条《人は自己と彼の相続人および承継人のために約定したものとみなされる。ただし反対のことが、表明されているか、あるいは合意の性質から生ずるかする場合は、その限りではない》はそれほど用いられていない。それは例えば、1122条に関してこの時期に公表された本格的な論稿において、営業の譲渡における競争禁止条項に由来する権利の移転や火災保険契約での補償金請求権の移転などが挙示される反面、瑕疵担保上の訴権には全く触れられていない状況に端的に現れている（cf. *Lapargneur, De l'effet à l'égard de l'ayant cause des contrats générateurs d'obligation relative au bien transmis, R.T.D.C.1924 p.481 et suiv. Du Garreau de la Méchenie, La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur, R.T.D.C.1944 p.219 et suiv.*）。おそらく、瑕疵担保訴権の移転に関しては、契約における意思の推定からそれが導かれるというよりは、所有権取得とは同一の所有権の就位取得者の変更（交代）であるとの明示・黙示の法意識から、自然に導かれる帰結として認識されているために、学説でのこのような状況が生じているものと思われる（ただし *Bricmont op.cit., p.128, n°118*がごく簡単に触れるほか、本文で後述するごとく *Rodière*の判例評釈がこの理論に簡単に触れている—後掲注305参照）。

以上の事情は、不動産建築のための請負契約に関しても、当然に予想される。というのも、建造物の所有権者となる注文者には、その所有権者の地位に初めて就位する者として、建築家に対し彼らの技術的・工学的イニシアチブによる、その完全な有用性の付与を要求する権利が認められるけれども、その同一の所有権者の地位そのものが譲渡の対象となって、所有権者名義人の交代がありうるのはもちろん当然とされている。それゆえ注文者から所有権者名義を取得する買主には、その取得する利益（自己の名で所有権を行使しうる利益）とともに、注文者が完全な有用性確保のために建築家に要求しうる権利も原則としてそれに結ばれたままで、承継されるのであるから、買主は直接訴権によって、建造物の瑕疵について、建築家の責任を追及しうる（建築家の方でも取得者からの責任追及の可能性を当然の前提としなければならない）とされるだろうからである⁽³⁰⁴⁾。

20世紀中期にかけての請負契約における直接訴権について、その点が争点となった判例は少ない（Cass.civ.lre., 18 juillet 1955 D.S.1955. は、木喰虫の活動と繁殖を特別にさせやすい材木の大きな割合での使用からなる建築上の瑕疵について、買主から請負人に対する1792条に基づく訴えを、その点の当事者の争いなしに認めている）⁽³⁰⁵⁾。他方で、学説もこの原則を既

(304) この移転の承認からは、そもそもここでの担保訴権が、その時々において排他的に目的物の有用性の確保につきイニシアチブをもつ（それゆえ工作物の排他的使用収益を通じて、瑕疵につき最も発見の可能性が保障されている）、所有権者又はその承継人に帰属するように、法の内にも組み込まれている事情も、確認しうるであろう。すると民法が定めるこの担保訴権に対する10年の除斥期間は、最も瑕疵を見つけやすい地位（保障された地位）にある所有権者又はその承継人に、その間に見出せなかったことに基づくリスクを負担させるのが、建築家と所有権者の法的地位を共に調和させるとする、一般法の債務不履行の規律とは異なった、特別な法の根拠に支えられているといえるであろう。

(305) 下級審判決ではまず、建造物の売買がその瑕疵につき建築家に対し、責任訴権を行使しうる利益も、目的物に従たるものの一つとして、買主に移転させるとの原則に立ちながら、その例外となる場合について判決が出された。その例外とされるのは、建築された不動産が売却される以前に、売主が既に建築家に対しその瑕

成のものとして承認しつつ、1792条と2270条の責任訴権の可能的譲渡は、あらゆる不動産の譲渡において、その従物として—それはいまや譲渡人にとって無用であり、実益がない—暗黙に了解されていなければならないとか (Planiol et Ripert par Rouast op, cit., p.207, n°961), 責任訴権は犯された過失で損害を受けている者、即ち訴権が提起されるときに不動産を保持している者に帰属し、それゆえ不動産が過失の犯された後にだけ売却される場合には、取得者のみが責任訴権を有するのであり、また過失が判明までした後にだけ売却されたとしても、訴権はその物の瑕疵で唯一損害を受けている、取得者にのみ帰属する—ただし売主が取得者によって担保訴権を行使されたのなら、彼が建築士と請負人に対する求償をなしうる—との (Baudry-Lacantinerie et Wahl, Louage II p.1113 et suiv.n°3958.), 簡単な説明にとどめている体系書がまず見受けられる。

だが純理論的にみると、かかる担保訴権の移転を、法的に正当化するのには、そうたやすくはない。Rodière は、ある下級審判決が担保訴権の「譲渡が取得者の利益のために約定されていない場合でも、彼の取得の暗黙的な

疵について訴えを提起していて、また取得者も売主自身による通知によるのであれ、全く別の仕方であれ、そのことを認識していた (この事件では買主の自白ありとされた) 場合であり、このときにはかかる瑕疵につきその賠償を訴訟で取得しうる利益は、目的物の従たる利益から減じられる結果となり、その場合になお、その利益の取得を望むのであれば、取得者が同時に売主の提起した訴訟の利益を、売買契約の特別な条項によるか、別個の行為によるか、又は全く別な仕方によるかして、取得する必要があるという (Paris, 11 janv. 1906 G.P.1906 1 231.)。

そして後に、不動産の売買契約が、建築者に対する責任債権について、取得者をもその債権譲受人とするものではないとしていた第一審の判決を破棄して、ここでの原則を確認する以下の判示がなされている—「この条文 (民法典1792条一筆者) から生ずる責任は、原則として注文者により建築士および請負人と締結された合意に由来する、契約上の責任である。しかし10年の期間の経過前の不動産売買の場合には、注文者が有している訴権は、たとえ譲渡が取得者の利益のために約定されていない場合でも、彼の取得の暗黙的な従たるものとして、取得者の下に自ずと移転すると認められるべきである。この解決は論理と衡平に適合し、1792条の条文とも矛盾しない」(Aix 5 oct.1954 J.C.P.1955 II 8548 obs.Rodière.)。

従たるものとして、取得者の下に自ずと移転する」という理論構成（前掲注305参照）に、次のような趣旨の異議を唱えている。1615条が、引渡債務はその従たるものを含むと規定しているのは、物としての従物であり権利ではない。買主が行使しうる権利はいかなるものか、それは移転された権利の性質によって規律される。ここでは買主の所有権が問題なのであるけれども、買主が取得したこの権利は、売主以外のすべての者に対して、所有権者の物的権能以上のものを与えない。彼の所有権者の権能は、そのもの自体によっては、彼に請負人や建築士に対するいかなる訴権も与えず、他方で彼の売主が契約していた債務（代金債務・報酬債務—筆者）を、彼に弁済させるように義務付けるのでもない。売買契約がそれ自体で自ずと移転するのは、その属性にYよりはむしろXに向けられているいかなる点も含まない—物権が問題なのであるから—、所有権の権利のみである。特定承継人は彼の前主の義務を承継しないという原則は、確固たるものであり、それは特定承継人が彼の前主により約定された債権を享受しようとの見解に、影響する。その影響とは双務契約の場合に、承継人はその反対給付である債務を履行することなしには、そのような契約から生じた債務を、彼の利益のために履行させると主張しえないという点からなっている。すると、承継人のみがこの状況の主役なのであり、彼はその随意によって、前主の契約を良くも悪くも利用するのを拒否するか、あるいはそのすべての要素、つまり債権と同様に債務も、受け入れうるかする次第となる。もし承継人が双務契約を援用しうるのなら、第三者も同様にその権利をもつべきなのが衡平であろうが、この結論は1165条と衝突なしには受け入れられえない（Rodièreは、旧1122条による正当化の可能性—前掲注303参照—にも簡単に触れ、その条文がやはり前主の債権は特定承継人行使させなくても、前主により負われた義務にまで及ばないから、従たる権利の理論と同様な欠陥があるとする）。だから、承継人を無理に前主の契約債務で拘束する不可能は、前主が約定した双務契約から生じている債権につい

て、承継人がそれを享受しえなくすると決定しなければならない。買主は彼の売主の債権の譲受人としてだけ、それを援用しうる。

かくしてこの学者は、買主の建築家に対する直接訴権の根拠を、物や権利の従物としてではなく、生存者間の債権譲渡の効果であると主張するのであるが、しかし債務者への譲渡通知を必要とする、原則としての債権譲渡の明示までは要求していない。当事者の沈黙の補充により、譲渡を認めうるとし、当事者の意思の探求は不動産がその所有者のみにより主張されうる利益を伴って、移転すると認める方へと導くだろうとする。更にまた売買契約の合意の性質そのものによる、この契約の当事者によって欲せられていたと前提させる債権譲渡の存在しうることを認め、つまるところ当事者の暗黙によるこの譲渡を認める前述した Hamel の見解とほぼ一致する点、そしてまた大筋では評釈判決と同様な結果となる点も、承認している。

結局、担保訴権の移転は、本来的には当事者の意思解釈に帰すべきものと思われるが、ただその際には同一の所有権における名義人の交代と考えられる売買契約にあって、契約当事者が譲渡される所有権の従たる権利であると通常的に意識している事情に基づいて、担保訴権の「欲せられていたと前提させる債権譲渡」(この主従の関係から、独立な債権譲渡なら必要はずの、債務者・第三者對抗要件の履践を要しない)の存在を導きうるのも事実ではないかと思われる⁽³⁰⁶⁾。更にまた、これまでの所有権観念

(306) 前述したごとく Planiol は、所有権者が物に関する法律行為により処分するのは物ではなく、彼に属する使用・収益と消費の権利、即ち所有権者の権利(権能・権限)の全部または一部を処分するとの理論を提唱し、そして Barbieri はこの処分を、所有権者の名義人の交代として位置付けていた(前掲 4・(3)・[D]・(a) 参照)。するとこの理論を不動産工作物の売買にあてはめると、かかる取引の中心となっているのは、正にかかる工作物の有用性の継承(所有権者名義の交代)―不動産工作物の長い保存・維持という見通しに立っての―なのであるから、そういう意味に理解しうる工作物の所有権移転には、建築家に対する責任訴権の従たる権利としての債権譲渡が前提されているといいうるのであろう。

の変遷から、不動産自体は社会・共同体全体に帰属している（所有権者はその有用性だけの排他的支配権能がある）との法意識からは、かかる不動産の強固性・耐久性に関する責任の明確化（予測可能化）のために、ここでの移転を強行的とする選択の当否も、次の時期において議論されうるのはもちろんである。

ε 建築家の責任減縮事由としての注文者の介入

民法典の起草者は、1792条と2270条の内で、建築家には所有権者のイニシアチブを排斥すべき職業的義務があるとし、そして19世紀の判例もこの決断を受け継いで、特に定額請負について請負人は、注文者の設計図と指図に従ったとの理由により、これら両条文の責任を免れえないとしていたのは、先にみたとおりである（前掲3・(2)・[C]・[D]参照）。しかし引き続き20世紀半ば過ぎまでの判例においても、建築士や請負人が注文者による介入を理由に、この者も建築物の瑕疵や工事方法に関する責任の一部を自ら負担すべきであると主張する事件がいくつか見られ、この点に関する明確な判例法がおおよそ以下のように確立されてきている。

(1) Cass.req., 22 avril 1940 (D.H.1940 149.)

注文者の商店で、建築士の指揮の下で、ある金属製の骨組みの部品をガスバーナーで切り分ける作業中に火事が発生した。控訴院はその原因について、一方で注文者がこの種の工事に固有な火事の危険を避けるために、特別の注意は払ってはいたが、作業場の近くに留置されていた商品の移動を拒否して、作業の履行者が作業室の外で起こっていることに気がつきえなくした重過失に帰されること、火事が燃え広がったのは注文者の防火対策係の怠慢にあったことなどを認定した。しかし他方では建築士が作業場上の商品の存在から生ずる危険について、十分に注文者の注意を喚起したり、その移動を要求したり、防火係の増強を課したりしなかったとして、

責任の一部を建築士に負担させた。その際に控訴院は、およそ建築士は彼らの職務として単に工事の監督だけでなく、請負人の現場の監督を負っており、彼らはその職務への所有権者のあらゆる介入に反対し、それが現存させうる危険について注文者を啓発すべきである」と判示し、そして破毀院もこれを是認している。

(2) Cass.soc., 14 fév.1944 (D.A.1944 63.)

ある不動産のアパルトマン所有者組合が定額で注文した建物の一部に、ある悪品質の商品が材料として用いられたが、この使用は注文者（所有権者）の受任者（アパルトマンの共同的所有権者で建築士でもある）が作成した設計書と見積書で予定され、更にこの者らからの書状により請負人に課されたことによるものであった。注文者（組合）はたとえそれが自分の側からの指示によるものとしても、請負人はそれに同意すべきではなく、提案された工事を拒否すべきであったなどを理由に、請負人に責任訴権を提起した。控訴院は、原則として請負人が建築様式や材料の使用と選択について、提案されているような工事の履行が建物の強固性・耐久性と公共的安全を冒すときには、注文者の指図に従うのを拒否すべきだとしても、所有権者あるいはその受任者が建築の分野で顕著な専門家であり、特に称号または資格により、能力の階層において請負人との関係で格段に勝っており、なお一層に請負人が与えられた指図の履行についてなした異議が排斥された場合には、請負人はその指図に従っても責任を負わないと判示し、破毀院もこれを是認した。

(3) Cass.civ.1re., 9 nov.1960 (G.P.1961 1 83.)

定額の請負契約で建築された、建物の基壇の支柱壁が倒壊し、後にその上に建築されていた邸宅も同様となった。破毀院は次の理由で請負人の責任を認めた—「原判決は正当に、請負人の責任が注文者によって既に用意

されていた掘削を認知し、そしてその指示に基づいて建築したという事実により、何ら減責されるものではないと評価した。実際に技術者である請負人の責任は、注文者が（本件でのように）建築の分野で顕著な能力がないときには、その指図に従ったとしても、負われ続ける」。

(4) Cass.civ.1re., 11 juin 1965 (J.C.P.1965 II 14329.)

注文者が請負人に建築させた居住用家屋に、悪質な土地の上に施された基礎工事の不十分さに帰される沈下により、亀裂が生じているという事例で、原判決は注文者が、資格ある建築士によりいかなる設計図や詳しい見積書も、予め作成させることなしに建築させたことから、注文者が工事統括者となっていたとして、必要な修繕の費用を注文者に負担させていた。破毀院はこの判決が、注文者は工作物の実現に何らかの権能で介在したのかどうか、彼がこの分野である特別な能力を持っていたのかどうか審理しなかったとの理由で、破毀移送とした。

この時期の学説も、建築家は所有権者の設計図や指図に従っていただけであると主張することによっては、すべての責任から解放されえないとし—所有権者自身が建築士の資格を持っている場合を除いて—、場合によって責任が建築家と所有権者の間で分割されるか、または建築家が総体的に責任ありとされることになるとする説 (Planiol et Ripert par Rouast, *op.cit.*, p.200 et suiv.n°956.), および請負契約は契約者間の原則的平等とは相反する、専門家による技術支配的性格 (テクノクラートな性格) がある—医療契約や公証人契約と同様に—から、公的利益と行政的規律の代理人である請負人は、無謀な顧客に彼の計画の技術的危険性について警告し、そしてそれが無視されるようなら、請負人は協力を拒否して契約から撤退すべきである (またそのための権能もある) とする説 (Carbonnier, *Obs. R.T.D.C.*1961 338.) などがあり、基本的に判例と一致している。

と 建築家の責任に関する免責・減責条項の効力

すでに確認したように、20世紀の半ば過ぎまでの判例では、2270条の大工事の要件が次第に緩和されたり、小工事の瑕疵についても一般法による責任が認められてきた（前掲 [E]・(a)・α）。そこでこの時期の判例と学説では、もちろん建築に関する技術的・工学的なイニシアチブは、もはや所有権者にあるのではなく、建築家が保持すべきことを認めながら、しかし両条が定める要件の緩和や一般法の適用による責任の拡大という動向の中で、当事者の合意による免責条項の効力についても、事例に即しての柔軟な解決が認められ始めていた。

前世紀の初めに、いま述べた柔軟な解決の要請を理解するうえで参考となる、次のような破毀院判決が出された。事案は、自治体から水道事業を認可された会社による、水道利用者の下への引水のための導水管工事で、その分岐管の破碎によりこの利用者の不動産に損害が生じ、当該利用者からこの損害は設置工事における瑕疵から生じているとの理由で、請負人として工事をした同会社に、責任訴権が提起されたというものである。これに対し被告会社は、水道利用者に対して同会社が負うる担保は、水道利用者に対抗可能な自治体との協定と水道使用に関する規則により、1年間に限定されていたので、それを過ぎての責任訴権の提起は認められないと抗弁した。原審判決は、分岐管の欠陥ある設置が明白な過失であること、および合意によって自己自身の過失から、直接的あるいは間接的に免責されうるとするのは公序が許さないことを理由として、この抗弁を排斥し賠償請求を認容した。しかし破毀院は、契約の履行において犯しうる過失の責任から、予め免責されえないとの公序上の原則は、故意の場合を除いて、この責任の期間が共通の合意により限定されるのを妨げるものではないとし、特に1792条と2270条により請負人がそのなした大工事について担保義務者にとどまる10年の期間は、工事の良好な履行を確かめるために十分と当事者により判断された、より短い期間に制限されうるとして、法律条文

違反を理由に破毀・移送した(Cass.civ., 28 juin 1909 D.1910 1 23 2e esp.)⁽³⁰⁷⁾。

一方で大工事の要件を緩和して、導水管工事にも請負人の責任を規定する前記両条が適用されうると認めながら、他方では両条が定める10年の検証期間を、当事者の合意によりこの工事に適切と認められる期間まで短縮しようとする、実務的解決を選んだ判決と評価しよう。

もう一つ破毀院判決においては、争点とはならなかったが、その原審判決で建築士に関する免責条項の効力が問われた、二つの点で注目される事件がある。この事件で争点となったのは、請負人から独立した自由な職業を行使することとなった建築士について、おそらくはこの者が作成した、自分を責任負担から解放する内容の含まれた負担目録が付されている契約で、請負人と注文者が結ばれているという場合に、建築士は自分に重過失があってもこの負担目録条項で注文者に対抗することにより（判決で明示されているわけではないが、第三者のためにする契約の受益者となる意思表示または注文者との合意に基づいて、建築士が注文者に対抗するという意味であろう）、工事の瑕疵について免責を主張できるかというものである⁽³⁰⁸⁾。第一に注目すべき点として、控訴院は前述した建築士が注文者の

(307) 下級審では、受領後の責任を否定する免責条項について、合理的期間まで延ばすように効力の限定解釈をした、以下の事例がある(Trib.civ.de Seine, 26 fév.1929 D.H.1929 305)。事案：家屋の建築請負で使用収益を始めてわずか18か月後に、完全に腐食した床の崩壊により、退去を余儀なくされた注文者からの担保請求に対し、一審（治安裁判所）は注文者による鍵の受領は、最終的受領に相当し、請負書の文言ではその後にはいかなる請求もなされないとされていたとの理由で、注文者を敗訴させていた。セース民事裁判所判決：注文者の控訴を認容し、建築の調査のために職権で鑑定を委託。理由：鍵の引き渡しは、いかなる場合でも、そして当事者の合意の後にでも、あらゆるその後の請求の放棄に相当するものではなく、所有権者は場合によって変わりうる期間の間は、不手際の摘示とそれについての賠償請求の可能性を、保持すべきである、本件で当裁判所はそれを2年に確定する。

(308) 売主の担保責任として扱われた事件ではあるが、既に建築上の瑕疵の偽装の場合には、免責条項を無効とする破毀院判決がなされている(Cass.req., 30 déc.1936

受任者であるとみる20世紀前半の理論に依拠して、免責条項の効力について判断しており、やはり建築士の責任をそもそもどう位置付けるかについて、この時期の判例は、まだ定見に達していないとの事情が、露呈されている点である。しかしこの事件には、建造物の有用性の確保についてはイニシアチブを有している注文者と、その建築につき技術的・工学的イニシアチブを引き受けるべき建築家との間で、一定の条件を充たしていれば免責条項の効力を認めうるのか、それともかかる条件を充たしていても、注文者によるリスク引き受けを建築家はさせるべきではないとして、免責条項の効力は認められないとするのかの論点に関して、重要な要素が含まれており、それが第二の注目点となる。

原審であるパリ控訴院によると、この事件の事実関係は以下のである。原告会社は不動産を賃借する契約において、貸主が所有者となる建築物を自己の費用で建設させる義務を負い、そこで3人の被告建築士に計画調査・設計図の提供・工事の監督および受領と決済を委託した。そして複数の請負人のなかで石材工事と鉄筋コンクリート工事は、被告請負人が定額で施工するとの契約も締結した。この請負契約には、一般的負担目録が付されていて、その内の条項ではこの負担目録の対象となる工事に関する1792条の責任は、請負人がすべて負うべきであり、建築士はすべての点で責任を負わないとされており、更に同じくその請負契約に付されていた鉄筋コンクリート工事に適用されうる特別な負担目録の条項には、当該工事について請負人のみが責任を負い、建築士はいかなる仕方でも、この件での責任を追及されえないとの規定があった。またこの特別な負担目録では、すべての床が鉄筋コンクリート製で、すべての階において平方メートルあたり300kgの加重（1階は500kgの加重）に耐えるべきこと、などが規

G.P.1937 414. 一完成途上の邸宅の売買で、建築に生じていた亀裂を外側での貼り付け内側での塗装により偽装していた事件において、免責条項は無効として売主・建築士の買主に対する責任を認めた。

定されていた。被告請負人はしかし、確たる理由もなしに請負契約で予定されていた鉄筋コンクリート製の床に代えて、ある新方式の床とする工事を施したが、この代用は被告建築士の同意によってだけなされたものであった。またこの代用についても、その利益や不都合についても、更に平方メートル当たりの価格が120フランから50フランとなる原価の減少についても、建築士達から原告会社に注意の喚起がなされたとの証明も主張も、裁判所にはなされていない。原告会社は請負人だけでなく、遅れてではあるが3人の建築士にも責任訴権を提起したのに対し、建築士は請負契約に付された前記負担目録は原告会社の総支配人により署名がなされているのであるから、原告会社に対抗可能であることを理由に、責任を負わないとの抗弁を提出している。

控訴院はまず、建築士は報酬を受けて職務を引き受けたのであるから、その履行における過失は厳格に評価されうる有償の委任者であるとし、そして自分の重過失について責任を負わないと合意する（ここでは請負契約の負担目録条項の、受益の意思表示を含む委任契約に合意することであろう）ことが、公序に反するとしても、従って被告建築士達が上記の条項を援用することにより、責任から免れえないとしても、だがこれらの条項は定額請負において1792条により建築士の負担に置かれている過失の推定を、彼らの利益のために消滅させて、原告会社に彼らの過失の証明をもたらすように義務付ける効果があるとする（この点は破毀院で明確な争点とはならなかったが、それにより是認された控訴院のこの判示から、後の学説は、完全な免責条項は、過失に関する責任を排除する条項としては無効で、立証責任負担の転換だけの限度で効力が認められるとした判例と解釈している）。次にその過失については、元々の請負に殊に請負人の利益でもたらされる重大な変更が問題なのだから、委任者の利益がそれにより害されないことを、特別の配慮で確かめるべきであり、また鉄筋コンクリートでの建築が多くの長い多様な経験を有しているのに対し、近時に採用された新

たシステムでは予めの深い研究が彼らの義務となるし、それが負担目録にある加重に應えるものか検証するかあるいはさせるかすべきであるのに、いずれをもなすことなく請負人に代用を認めていたことにより、有償受任者としての義務の不履行があったとして、被告請負人と共に連帯責任があるとした。続いて破毀院も、被告建築士達が原告会社の不知において、請負契約で予定していない、請負人にだけ利益となる、新たなシステムの採用に、自分たちもその価値に確信がなく、耐性計算の検証や、予めの試験もせずに、同意したことにより、有償の受任者としての彼らの義務を怠ったとして、破毀申立てを棄却した（Cass.req., 19 juin 1929 D.1930 1 169.）。

まず指摘しうるのは、控訴院がどうして請負人により定額で請負われた工事の有償委任者となった建築士に、1792条の責任推定規定が適用されるという前提の下で、建築士のための免責条項の効力（証明責任の転換の効力）を論じたのか、理論的に正当化していないことである。しかしその弱点があるものの、この控訴審とそれを維持した破毀院の判決を、先に紹介した建造物の瑕疵から第三者に被害が生じた場合に、請負契約中にある免責条項を建築家は注文者による担保請求に対抗できるかが問題となった破毀院判決（Cass, civ., 30 juin 1902 D.P.1907 1 436.）と比較すると、免責条項の効力を考えるうえでの重要な要素に気付きうるように思われる。この引用する1902年の事件でも、建築家が請負契約の負担目録の条項に基づいて、請負人が犯す不手際が建物の強固性・耐久性に関わる場合を除いて、工事の最終的受領の時より、すべての不手際（隠れたるものを含めて）の諸結果から免責されると主張していた。しかし破毀院は、それら条項が規定するのは請負の良好な履行の観点における契約当事者の義務についてであり、建築者がその過失により第三者に惹起した損害については何もいっておらず、それゆえ注文者が目的としているものが、建築上の瑕疵により蒙っている損害の賠償ではなく、1382条以下で提示されている規定に従って、第三者に損害を生じさせた準不法行為の責任を確定させる

ことである本件の状況からは、負担目録条項が定めていた免責条項は適用されないと判示している。この判決によると、請負の良好な履行の観点における契約当事者の義務についての免責条項は、少なくとも適用の余地があると認めており、そしてここで取り上げている控訴審と破毀院で問題とされている免責条項は、請負の良好な履行に関してその適用が争点となっていると見うるであろう。そこで注目すべきは、パリ控訴院が、鉄筋コンクリートの床に代えて、ある新方式の床の工事とする代用について、その利益や不都合に関しても、平方メートル当たりの価格が120フランから50フランとなる原価の減少に関しても、建築士達から原告会社に注意の喚起がなされたとの証明も主張も、裁判所にはなされていないと指摘していることである（破毀院も原告会社の不知においてなされた代用を指摘する）。この判示に従うと、もし建築士達が原告会社に代用から予想される諸結果について、十分な知識と情報を提供していたとの主張・立証を尽くしていれば、建造物の有用性の確保についてのイニシアチブをもつ注文者が、それでもこの代用を受け入れるというのであるなら、同時にこの代用から生ずる不都合については、免責条項の効力も受け入れたとしてよいという結論となる。果たしてそうなるのか、それとも技術的・工学的なイニシアチブを、注文者から独立に持つべき建築家は、注文者のかかる事情を知ってのリスク受け入れに関するイニシアチブも、排斥すべきなのだろうか。

20世紀中期にかけての学説の内には、建築家の責任免除条項の効力を一般法で解決すべき問題としつつ、ある契約者は故意と重過失から生ずる責任を免れえないが、軽過失から生じている責任については別であるとの、帰責事由の重大さによる主観的区別の原則を、ここでも採用しているものがある（Baudry-Lacantinerie et Wahl, Louage II p.1105., n°3942.）。逆に、無責任条項は証明負担を転換させて、定額請負で請負人にかかる過失の推定を排除するとの制限的意義をもつだけだが、制限条項は賠償金の縮減に

よるものであれ、訴権期間の短縮によるものであれ、故意と重過失の場合を除いて—実際には、完全な責任なしへと導くようなそれも排除される—、十分な価値をもつとして、条項の内容による客観的区別に基づく解決を採用するものもある（Beudant et Lerebours-pigennière par Rodière, op.cit., p.237 et suiv., n°216. —合意の自由に置かれる限度を正当化する法的・道徳的方面での一般的理由に加えて、建造物の強固性・耐久性に結びつく公序によって、ここでの裁判所の相対的厳格さが正当化されるという）。

免責条項の効力を制限すべき理由について、より詳細に検討しつつ、それとの相関で与えるべき解決を説く学説も見られる。ある学説は、建築上の規則を知らない所有権者に対し、その不知を悪用して、外見的には有利なしかし結果については惨憺たる請負契約に署名させたり、建物の安全性を危うくするある組み合わせによってだけ、彼に同意される大きな値引きの餌により、所有権者が誘われたりするのを防ぐためには、ここでの免責条項の効力を制限すべきとの論拠には、十分な価値があると認めるが、しかしその論拠が働かず、判例と学説がこの原則への緩和をもたらしている場合があるとまず指摘する。そしてこの緩和の存在については、社会的安全や公序の要請からは、一切すべきではないはずのものだから説明がつかず、かといって所有権者の技術規則の不知からの論拠も、相対的であるといわざるをえない。その訳は所有権者が彼の建築士により彼の希望している配置の不確実性について十分に警告されていた場合には、もはや不知なる者とはいえず、それでも所有権者が警告を無視するのであれば、誰もそれを妨げえないからであるとする。そこで結論として、原則的に所有権者は明示の書面による免責によってだけ、建築士を責任から解放することができると提案し、こうすれば彼は建築士により十分に警告され、そして事情について十分に知って、建築士を責任から庇護すると決しうると説明している（Minvielle, note sous l'arrêt de Cass.req., 19 juin 1929 D.1930 1 169 précité.）。

更にある学説は、ここでの担保責任の性質・目的および関連する諸問題についての解決との整合性に留意しながら、免責事由の効力を考察する。まず比較するのは、立法資料によっても明らかであるところの、建築家は注文者の指図に従ったことを理由に、一切の責任から免れうるものではないとの解決であるが、そうであるならそれとの対比からは、一層のこと契約に無担保条項を挿入して、責任を免れうるものではないとする。次に建築家の責任は契約的ではなく法的責任であるとの見解に立脚しつつ、この法的責任の目的は所有権者を、彼らの無経験が彼らに見抜かしめえない諸欠陥から守ることにあるという。そしてこの責任は他方で、建築上の瑕疵による建物の崩壊の場合に1386条（現行1244条）が所有権者に課す責任と関連するとし、ここでの責任は所有権者に建物を建造した技術者に対する求償を可能にすることで、いまの条文が彼に余りに厳格とならないように回避させる事情をあげ、これらの状況からみてあらゆる担保を排除するためには、単なる条項一遅れることなく定型化するであろう一で十分とは認めえないという。加えて建築物が強固に作られることには、公序が関係しているのも理由の一つとなって、多数の学者と判例をして原則的に建築士と請負人の免責条項に、反対を表明するように決定付けてきたのであるが、しかしこの原則はこの条項に効力を認めてよい顕著な緩和を含んでいるとして以下のものをあげる。第一に所有権者自身にこの者を建築士とするほどの技術的知識がある場合、第二には建築技術に関係する事実ではなく、所有権者も建築家と同様に知りうる行政的法規違反が問題である場合、第三には民法典が規定する期間よりも、短い期間に短縮する一責任なしとするに等しいものは除く一場合、第四には建築士の責任をある特定の工事に制限する場合、第五に工事完了後になされる合意で、建築家の責任を終わらせる場合、第六に無責任条項に単なる証明責任の転換の効果を認める場合、であるという（Planiol et Ripert par Rouast op, cit., p.201 et suiv., n° 957.）。

以上みたように、この時期の判例は免責条項については効力を認めず、減責条項についてはそれを認めているように思われる。他方でこの時期の各学説には、建築家の責任の法的性質や、建築士契約の性質決定、更には立証責任といった基本的事項について見解の相違があり、そこから免責条項に対する姿勢の微妙な差異もそれらに認められる。それだけに判断の分かれる問題であるが、しかしこの時点であえて予測するとすれば、もし1792条と2270条の責任の根拠について、法定責任であるとする見解から契約責任であるとするそれに、学説が移行してゆくのであれば、請負契約に当事者が挿入する免責条項に、効力が認められる余地は広げられるであろう。だがその一方で、不動産は一般にそれが建築されると、それ自体としては社会・共同体全体に帰属することとなって、同時に長く保存され続ける重要な財貨と評価され、そしてその間にはその有用性だけを排他的に支配する権能・権限としての所有権の就位取得者も、交代してゆく可能性は当然に前提とされるであろう。すると、そのような使命をもつ不動産の創設にかかわる注文者と建築家の間で、その有用性の妨げとなる隠れた瑕疵（受領時には表見的だがそこからの将来の損害が予知しえない瑕疵を含む広義での隠れた瑕疵）の存在可能性を高めるはずの、免責・減責特約は許容されるのか、という視角からの議論も予測しうるであろう。しかしながら推測もそこまで、この時期以降の現実の規律がどう変遷してゆくのかは、この時期の学説にとって、おそらくまだ予断を許さない事柄に留まっていた。

（未完）