

# フランスにおける建築請負契約と 所有権(10)

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

(以上本論集137号)

- (b) 1967年1月3日の法律制定以後の変遷
  - 1978年1月4日の法律制定までの検討—
  - α 建築家が瑕疵担保責任を負う客観的要件
  - β 一般的責任法から特別に派生しうる建築家の責任
  - γ 建築家の過失の立証責任に関する改正
  - δ 建築家の責任競合の根拠および直接訴権制度の整備
  - 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
  - η 補論—建築予定不動産売買における瑕疵担保責任

(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)

(b) 1967年1月3日の法律制定以後の変遷

—1978年1月4日の法律制定までの検討—

以上のような状況の中で、立法者は1967年1月3日の法律により、1792条と2270条の改正に踏み切った<sup>(309)</sup>。その改正条文をまず掲げたい(建築

---

(309) 1967年1月3日の法律については、J.C.P.1967Ⅲ32609参照。またそれに修正を加えて、民法典の正式の条文とした1967年7月7日の法律については、J.C.P.1967Ⅲ33222参照。この法律の適用のための1967年12月22日の décret については、J.C.P.1968Ⅲ33720参照。なお、フランスにおける1967年法以降の法改正の経過については、古軸隆介「フランス法における『建造者』の責任(1)・(2)」(成蹊法学31号・32号)(1990)、財団法人日本住宅総合センター調査研究レポート No91221『諸外国における土地・建物の欠陥被害とその法的救済』(1999年)第4章フランス(大村敦志執筆)が先行研究としてあり、参考にさせて頂いた。

予定不動産の売主の瑕疵担保責任に関する条文は、最後に  $\eta$  補論の内で掲げたい)。

改正1792条《建造物が、建築上の瑕疵によって全部または一部において滅失する場合に、それが土地の瑕疵によるものであっても、建築士、請負人、および労務・役務賃貸借契約により注文者と結ばれている他の者は、それにつき10年間、責任を負う》

改正2270条《建築士、請負人、および労務・役務賃貸借契約によって注文者と結ばれている他の者は、彼らがなした、あるいは指揮した工事の担保から、大工事にかかわる場合には10年の後に、小工事に関しては2年の後に、免責される》。

改正された点は第一に、1792条の冒頭の「建造物」に、改正前は付されていた「定額で建築された」という修飾文言が削除されたこと、第二に同条で責任を負う主体に、改正前にはなかった「労務・役務賃貸借契約により注文者と結ばれている他の者」が付加されたこと、第三に2270条の責任主体にいと同様の者が付加されたこと、第四に同条の冒頭に置かれていた「10年の後に」の文言を移して、期間制限における大工事と小工事の区別を示す法文中に含め、そして小工事についてはそれを2年間として追加したこと、の四点であると確認しうる<sup>(310)</sup>。

一見して分かるように、1967年法は建築予定不動産売買の規定を新設した大きな改革(前掲4・(3)・[D]・(b)参照)をなしたのに比べて、

(310) 1967年12月22日の décret 8 条は、受領について以下のように規定している。

《居住用の建物および類似の性質の建物の建築への、1792条と2270条の適用に関しては、それに対していかなる留保もなされていない工事につき、その受領がこれら条文に規定される担保の起算点となる。

留保の対象となっている工事については、工事の履行がそれらの留保を充足させたと確認された日から進行する》。

2項が、受領の際に留保がなされた場合の、担保期間の起算点を明確にしたところに、意義が認められる。

建築家の瑕疵担保責任の規定に加えた修正は、わずかなものである。そこで当然ながら学説も、建築家の責任についてのこの改正立法をこう酷評している。「この法律は、古い条文の解釈が生じさせていた、そして豊富なだがしばしば不確実な判例が例示していた困難を、解決しようとだけ志していた。この法律が、そこに到達したようには思われない。なお多くの点について、この法律は黙しており、以前に提示されていた問題に、答えとなるいかなる要素ももたらしてはいない。この欠缺の主要な理由は、この責任問題を再度その全体において、取り上げようとはしなかった立法者の弱気に、そしてあべこべに非常に異なった場所に位置付けられた条文の悔やまれる二元性を、そのまま維持してしまっている弱気に、見出さなければならぬ」(Saint-Alary, *La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction*, J.C.P.1968 I 2146, n°57.)。

以下では、学説が1967年法により残された多くの課題について、どのように検討しているかを中心に、論述することになるが、本稿の1967年法以前における法状況の説明の順序と対比して、その議論の紹介順序を決定すると、最初には小工事についての担保を認めただけの改正2270条において、なお1792条との関連でここでの責任の客観的要件につき、どのような考察を必要としているのかの問題、次には建築上の瑕疵により第三者に損害が生じている場合の規律や、建築者の帰責事由における重大性の程度に従っての規律について、従来の解決を踏襲するだけでよいのかの問題、第三には建築家の過失の立証責任や、建築士に対する適用条文の決定などにおいて重要な役割を果たしていた、「定額による建築」の要件の削除には、過失推定との関係でどのような意義を付与すべきかの主観的要件の問題、四番目には責任競合および責任訴権の移転を考える上で、いまの「定額による建築」という文言の削除や、建築上の瑕疵に関する責任主体の条文追加(更に1967年法で挿入された建築予定不動産売買における新たな責任規定の導入も含めて)の影響はあるのかという問題、最後に全体的考察に基づ

いて、建築家の負担を軽減する免責・減責条項の効力についてどう考えるべきかの問題、とするのが適切であろう。

α 建築家が瑕疵担保責任を負う客観的要件

\* 責任主体としての建築家

先に見たごとく、1967年法はその新1779条3号で、労務・役務と職能の賃貸借として、《計画調査、見積書あるいは請負書による建築士、工事請負人、技術士》のそれを列挙し、これを受けて新1792条と新2270条は、瑕疵担保責任の主体を、《建築士、請負人、および労務・役務賃貸借契約により注文者と結ばれている他の者》と規定している。これにより、工事上の労務・役務を提供する請負人に加えて、主として知的労務・役務を提供する者（建築士・技術士・積算士など）も、ここでの責任主体であることが明確にされている。

他方で1967年法は、建築予定不動産売買の規定を新設するとともに、その売主に上述の建築家自身が新1792条と2270条により義務を負う隠れた瑕疵について、買主に対して義務を負うとするほか、表見的な瑕疵についても一定の要件のもとに、やはり責任主体となるとの定めをしている（詳細は後掲η参照）。

更にその後の1971年7月10日の法律により、不動産斡旋事業契約（*contrat de promotion*）の当事者となる斡旋事業者（*promoteur*）も、彼が注文者の名で締結した者達の負担に置かれる諸債務の履行の担保義務者であると規定され、やはり建造物に関する責任主体となりうる者に加えられている（後掲注342参照）。

\* 建築家の担保責任が適用される工事の対象

建築家の担保責任の適用範囲は、1792条が定める「建造物」（*édifice*）の工事に限られるのか、それともかかる限定を付していない2270条に従い、

他の工作物にも及ぶのかについては、1967年法にいかなる対応も見出しえない。そこから一方である学説はいう。判例が長く建造物以外の工作物(ouvrage)の建築のためになされる工事は、10年の責任に属すると繰り返し判断してきて、新法がこれにつき黙しているのだから、この判例を黙示に承認したとの見方も一応はできる。しかしそのような見解は次のごとき不合理に固執するものである。それは、時効を扱う部の最後にまずくも置かれた条文を、労務・役務賃貸借の章において正しい場所に立つそれに、優先させるという不合理である。そこでこの学説は、建築家の責任の一般的枠組みを定めるのは1792条であり、2270条はこの枠組み内に位置付けられるとするのが唯一の論理的解決であり、それゆえ両条はある建物(bâtiment)の建築工事にだけ特別な責任規定として適用され、建物以外の工作物に関する工事は一般法上の責任に服させるとの提案をなす(Saint-Alary, op.cit., n°62.)。

またある学説は、新法の立法者が民法典1792条の「建造物」「建築上の瑕疵」をそのまま用いているのであるから、新法および民法典の立法者は、ともにある建物の建築だけを検討しており、そのことは2270条の大工事と小工事の区別について1967年のデクレが、やはり建物の建築を前提とした基準を選んでいる点からも補強されうるとし、従って不動産の保存、修繕、取り壊し、モダン化、古い不動産への様々な設置(エレベーター、集中暖房など)は、請負の一般法によって規律されるべきであるとする(FosserEAU, Le «clair-obscur» de la responsabilité des constructeurs, D.S.1977 p.20 et suiv.)。

しかし、他方の学説はこれらとは反対に、2270条の大工事と1792条の建造物の二つの用語を、判例は同一の解釈で用いていてその適用を制限しようとはしておらず、そこで芸術作品から最も普通の不動産まで、すべての建設物が担保されているものと扱っているとの認識や、学説と判例は一致して古い不動産の修繕の工事は、やはり担保されるものに算えているとの

理解を示して、新法でも何ら変更はされていないとの立場を保持している (Soinne, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, t. II 1969, p.457 et suiv.)。

ともかくも、これほど両極端な解釈を可能とする条文は、もはや空文化しているといわざるをえず、再度の立法による介入が不可欠となっていた。

#### \* 大工事と小工事の区別およびそれらの滅失の意義

これまで紹介してきた破毀院判例と学説の変遷との関係で、1967年法による意義ある改正の一つといえるのは、新2270条により小工事について2年間の担保 (garantie biennale) が追加された点であろう<sup>(311)</sup>。しかし、学説には、2年の小工事の担保を追加するとの条項を法文に付け加える容易な手直しだけをなし、これまで繰り返し問われてきた、1792条と2270条のどちらがここでの責任の適用範囲につき確定しうる一般規定を含むのか、明確にする改革に取り組まなかった不備の方が、より強く映っていた (Saint-Alary, *op.cit.*, n°62.)。

改正1792条の用語そのものに依ると、損害が担保されるためには、原則としてその損害が、建造物の大工事と小工事—2270条が規定する—を冒すもので、この建造物の全部または一部の滅失を惹起させた、建築上あるいは土地の瑕疵 (受領時に隠れている瑕疵) から生じていなければならない。しかしこの枠組みは、67年法の制定後も、多くの点で不明確であるとして、学説はその制定前の諸理論との関係で明瞭化に努める。

確かに大工事と小工事については、1967年12月22日のデクレが、居住用および類似の性格の不動産のために、いくつかの基準と限定的ではない複

---

(311) この改正の意義について、代表的学説は1967年法が破毀院判例に終止符を打ち、いまや一般法上の責任は損害が大工事に惹起されている場合と同様に、小工事に生じている場合にも、排除されることになったと評している (Saint-Alary, *Droit de la construction*, 1977, p.603.)。



数のリストを掲げており (10条乃至12条), これにより少なくともかかる不動産については, これまでのように事実審裁判官の専権的判断に委ねられるのではなく, 破毀院のコントロールが及ばされるようになった (Fossereau *op.cit.*, p.20.)。しかし新法でも, 小工事について, 建造物の構造そのものや, そのの主要部分を構成しない工作物, 換言すれば建物のすべての付随的部分を構成する工作物という, 破毀院による大工事の定義との対比で導かれる基準は, なお実益をもつとされている (Saint-Alary, *op.cit.*, n°60.—1792条の定額要件の消滅や2270条の小工事の考慮は, 建物の部分的崩壊とはおよそ何らかの損傷の意味と理解する見解を補強するという)。更に他の学説はこれに補足して, この2270条について確立された大工事と小工事の基準と, 従来判例が言及していた建物の強固性・耐久性の侵害や不動産の用途を不適切とするなどの基準の交錯を排除すべきであると (つまりこの基準は原則として, 工作物の性質や用途から導かれ, それを冒す瑕疵の性質や重大性からではないとし), また大工事と小工事に包括的な侵害がある場合には一例えば半分か据え付けで半分か埋め込みである配管の腐食で, 全部の取り換えが必要である場合には一, 瑕疵の性質や損害の範囲が関与して, 2年と10年の担保を個別的に適用するのではなく, 10年の担保を優先すべきであろうとしている (Fossereau, *op.cit.*, p.20.—なお不動産の全部または一部の滅失の要件は, 単純に他の損害を引き起こしうる不手際に冒されていることだけを意味すると解すべきだという)。

しかしある学説によると, 実際に先のデクレの条文に関して, 事実審裁判官による判断が分かれており, 集中暖房の設置が大工事に入るか否かで正反対の判決が出されたり, 防水性, 断熱性, 防音性を確保させるための工事の諸要素は, 大工事に入るとされたりしている状況に触れながら, 1967年法の諸条文は古い論争をなくさせるどころかそれを蘇生させ, そしてそれについての新たな論争を引き起こしていると評価している (Boubli, Le

point de la jurisprudence sur la responsabilité des architectes et des entrepreneurs, J.C.P.1975 I 2721.—この学者も、2270条は欠陥が建造物の強固性・耐久性を危うくさせている場合にだけ適用されるとする見解を採った、1970年のある破毀院判決に対して、この解決は小工事の瑕疵につき常に担保で保護しておきながら、大工事を対象とする不手際については、いくつかの場合を担保の範囲から除外する、非現実的なものであり、大工事と小工事だけを区別する1967年法の改革を考慮していないと批判している—<sup>n°20</sup>。)

#### \* 隠れた瑕疵の要件

この時期の学説では、改正前に H.Mazeaud が提唱していた、1792条と2270条は表見的瑕疵と隠れた瑕疵を区別していないこと、注文者はいずれにせよ隠れた瑕疵については一般法により売主と同様に保護されるのであるから、これら両条の存在意義はその保護をより補強するところにあり、ゆえにそれらが対象としているのは表見的瑕疵であるとする解釈論（前掲(a)・ $\alpha$ 参照）についての検討に、関心が注がれている。ある学説は、この見解が1967年法の諸条文（特に1646条-1が隠れたる瑕疵についてと規定している点・条文は後掲 $\eta$ 参照）により明確に反対されているとしていう。「確かにこの点に関して修正されなかった1972条と2270条によってではないが、明示に隠れた瑕疵を対象としている建築予定不動産売主の責任に関する1641条-1によって。ところでこの1967年法は、物の隠れた瑕疵についてのこの売主の責任が、建築士、請負人、他の労務・役務賃貸人のそれに同調せしめられるであろうことを規定しているのは、知られているところである。そしてそうするために、1646条-1は、全く単純に1792条と2270条を参照させており、このことが確かに立法者の精神においては、それら両条が隠れた瑕疵だけを規律していると十分に証明している」<sup>(312)</sup>。

しかし同時にこの学者は、隠れたる瑕疵とは受領の際に素人にとって知

りえない瑕疵，および受領の時にその損害ある帰結を測りえなかった表見的瑕疵（H.Mazeaud のいう広義の隠れた瑕疵）のことであるのだから，  
 両条でカバーされない瑕疵はまれであり—注文者自身が技術者である場合を除いて—，この議論の実務的意義は限られているとも指摘している（Saint-Alary, *Droit de la construction*, p.604 et suiv. *La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction*, n° 61.）。

これに対し他の学説は，特に受領の際に注文者を補佐する義務のある建築士の責任について取り上げ，建築士はこの時に建造物を冒す瑕疵があれば注文者に示す義務があるのだから，彼はそれらの瑕疵を留保してそれらの修繕の担保に任ずるか，あるいは留保することなく責任が生ずる過失を犯すかのいずれかとなり，建築士は受領時に表見的であった瑕疵にも責任を負っていることになるが，この解決は1792条と2270条の担保が，隠れた瑕疵だけでなく，表見的瑕疵をもカバーするとの H.Mazeaud の理論に，新たな信認を与えるとする（Boubli, *op.cit.*, p.20.）。どちらも，H.Mazeaud の理論に意義を認めようとする点では共通しており，それに全面的支持を与えるものではないが，妥当な対応に努める学説とというのであろう。

#### \* 建築家の一般法に基づく受領前と受領後の責任

学説は，2270条が小工事についての2年の担保を導入したことで，小工事についても一般法上の責任は排除されたとしているのであるが<sup>312</sup>（前掲注

(312) H.L.et J.Mazeaud (par Tunc), *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, t. II, 1970, p.98 et suiv. n°1070-13. も，1804年の条文で規律されている労務・役務賃貸借契約（請負契約）について，H.Mazeaud が提起した議論は可能であったが，1967年法に服する労務・役務賃貸借契約（請負契約）には新1646条-1により不可能であるとするが，この解決はいかなる能力ももたないために，他の思慮深い者なら発見しえたであろう瑕疵を知りえなかったような注文者には，厳格なように思われるとする。

311参照)、それでは建築家はもはや建築上の瑕疵について、一般法（短期間の提訴と30年の時効とを要件とする）で責任を負う余地はなくなったのであろうか？1967年法の改正後のいま考察している時期にあって、この問題を詳細に検討する Fossereau の前記論文によると、まず受領前に瑕疵が現れていて、それについての責任がこの時点で問われる場合には、一般法が適用されるとしつつ、その際には各建築家が負っている債務が、結果債務か手段債務かに従い、前者では過失が推定され、後者では注文者が過失を証明しなければならないと説く。そのうえで、請負人は技術規則に従って、瑕疵に冒されないある工事を履行するように義務付けられており、その契約は結果債務を含むがゆえに<sup>(313)</sup>（なお状況や合意により手段債務も加わりうるという）、彼の責任は推定されるとする。他方で建築士、建築技術研究所、および様々な技術士は、構想し、統括し、調査研究するが、履行はなさないから、反対の約定を除いては、受領前の瑕疵については過失の証明によって責任が課される手段債務だけを負うとし<sup>(314)</sup>、ゆえにすべての建築家・労務（役務）賃貸人の責任を、受領前にも受領後と同様に

---

(313) Saint-Alary, Droit de la construction, p.568 et suiv. も、請負人は契約で約定された諸性質をもち、あらゆる不手際から免れた工作物を引き渡す、結果債務を負っているとする。

(314) 更に Saint-Alary, Droit de la construction, p.584 et suiv. は、受領前だけでなく受領後の瑕疵についての責任も視野に入れながら、こう指摘している。現代の学説がその大部分において建築士、請負人、労務・役務賃貸借契約（請負契約）で結ばれている他の技術士が、瑕疵を免れ契約に適合する工作物を引き渡す義務について約定していると考えるが（前注参照）、判例は学説によって多少とも無視されている二つの要素を考慮してきたとして、その一つは約定されている労務・役務の性質、もう一つは実現された工作物を引き渡すことは工事の実現者により、あるいは少なくともそれらの者の一部により、契約される唯一の債務ではないとの事実であるという。そして裁判所は、請負人に関しては学説により推奨されている、不手際を含まれた工作物を引き渡せば過失があるとする解決に好意的だが、工作物の他の実現者（特に建築士）については、彼らに委託される任務に敏感であり、従って債務に応じて異なった解決をしているとする。そしてその債務の内で特に問題となる

推定することで統一しようとするのは、1967年法が法定担保—その起源は契約的であるところの—の枠内で（受領後の瑕疵の枠内で）推定を一般化しているのであるから、適切ではないという<sup>(315)</sup>。

この学説は、先に建築以外の維持、修繕などの工事の受領後の瑕疵に、一般法の適用を提唱していたのであるが、その建物建築における建築家の責任についても、一般法の適用がありうるとする。その説くところによると、「受領は、それが表見的な瑕疵の免責原因であり、隠れた瑕疵の担保の出発点であるにせよ、絶対的な債務完遂認証（*quitus*）となるのでも、

---

ことの多い監督義務について、判例はこの義務の不履行が損害の起源であるときには、過失の評価において非常に厳格で、破毀院は黙示に過失の推定の方へと傾いていたように思われるが、しかし請負人の履行上の過失が建築士の監督の欠如によって可能となったとみなされるときにだけ、建築士は責任を負うとの見解を採って以降、破毀院は正当に監督義務が常時の監督を含むとは理解しえないだけでなく、手段債務とみなされるべきだと考えているという。更に建築士や工学士が負う通知義務・助言義務に至っては、その性質やその帰結としてのその不履行の証明が問題なのではなく、むしろどんな具体的内容の通知や助言をすべき状況だったのか、問題なのであると説く。これらの記述から推量すると、この学者は、建築士などの知的労務・役務を提供する者について、過失の推定を含む厳格な責任（注意と勤勉を尽くしたとの反対証明で免責されうる責任—立証責任が転換された手段債務）まではいっても、結果債務（外的原因だけが免責事由となる債務）をいうのは適切なのかとの、問題意識を少なくとも有していたように思われる。

(315) これに対し、Boubli, *La responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrages*, 1971, p.66 et suiv, n°105 et suiv. は、1967年法以後は、受領後の建築家の責任が、建築士を含めて常に推定されると納得するのなら（詳細は後述）、すべてのためらいは払拭されて、建築家は受領前（ただし建築士について、請負人が納期の不遵守や工事の不履行に陥らないように、彼がその回避のための注意と勤勉を尽くしていた場合だけは除く—一次注参照）と受領後を問わず結果債務を負い、その帰結として彼らの過失が推定されるという。

また Soinne, *op.ct.*, p.571 et suiv. も、受領前の過失の証明負担の正確な決定は、受領後の建築家の担保制度を確定するために不可欠であるとし、この行為以前に建築家が負う債務は結果債務であり、受領後の担保の発動要件もそれと同様であるから、1792条の過失の推定（詳細は後掲γ参照）は、この受領前に引き受けられた債務の特定的性格の適用に過ぎないというとする。

契約を一気に消し去るのでもなく、担保により対象とされていない債務、被害者、損害について、そこから生ずるところの責任を、存続させる」とし、以下の場合がそれにあたるとする。第一に合意が、法定担保はそれを対象としていないところの、しかし強制力あらしめるのを禁じない（受領が消滅させないがゆえに）大きな範囲の—そしてその不履行が30年の一般契約法上の責任に服する—債務を与えるとして、引渡しの遅滞<sup>(316)</sup>、代価の超過、契約への不適合<sup>(317)</sup>をあげる。

次に、破産院が大工事と小工事という、二つの形式の担保から排除するに至っている不手際として、それらの中途にある中間的損害をいい、それは不動産の強固性・耐久性に侵害をもたらすことなしに、あるいはその用途に不適切とすることなしに、大工事に関係している場合であるとして、不動産の支えをなす壁に軽度の単に美的でなくしている亀裂がある場合や、小工事の損傷以上にそこから生ずる後の損害が重大であると判明する恐れのある場合をあげ、これらについては瑕疵発見（または損害発生）からの

---

(316) Boubli, *op.cit.*, p.65 et 70, n°104 et 112. は、建築士は一般的には結果債務を負うが、工事の引渡しを約定しておらず、単に請負人をしてそれを履行させ引き渡させるために、彼の資格が可能とする勤勉の義務だけに任ずるのであるから、工事の不履行や期間の不遵守について責任を推定されないとし、それゆえこの義務は結果債務ではなく単なる注意と勤勉の債務（手段債務）であるとする。確かに、請負人は期日までに工事を履行して引き渡す結果債務を負うであろうが、建築士の請負人にそうさせるための債務は、原則としてそのために手段を尽くすまでの債務となる外ないであろう。従って1967年法は、受領後の瑕疵については、建築士にも過失の推定を負わせるようにしたが（詳細は後掲参照）、受領前の遅滞については、一般法が規律して、原則的に注文者が過失の証明をしなければならないという解決に、障碍をもたらすものではないであろう。

(317) H.Let J.Mazeaud (par Tunc), *op.cit.*, p.90 et suiv. n°1070-10. は、10年の担保は必然的に工作物の不具合を前提とするから、もし請負人が設計図に従わずにしかし強固な（耐久性ある）工作物を建築した場合には、1792条と2270条は働かず、請負人は彼が契約の一般法に従って賠償責任を負うある過失を犯したことになるという。同様に都市計画上あるいは相隣関係上の地役権の不遵守も10年の担保の範囲に入らず、契約の一般法が適用されるとする。



短期間の提訴および30年の時効を要件とする一般法の適用が望ましいとする (Fossereau, op.cit., p.23 et suiv.)。

そして確かに、建造物の瑕疵に対する一般法の適用に関して、後になされる議論はこれらの点を中心に展開されてゆく。

### β 一般的責任法から特別に派生しうる建築家の責任

#### \* 第三者が受けた損害に対する建築家の責任

建築された工作物の瑕疵により、第三者が損害を蒙った場合に、被害者・第三者からまたはこの者に対し損害賠償責任を負う注文者から、準不法行為の規定に従い (又は代位によって) 損害賠償や担保請求を求められた建築家は、注文者との請負契約上の免責条項あるいは2270条が定める10年 (小工事については2年) の時効を対抗しえないのかという問題は、1967年法の制定後も学説と判例にとって難問として残された。実務的解決の基本的方向が、既にこの法律以前の破毀院判例によって示されていた事情からは<sup>(318)</sup>、特にこの時期の学説にとって、その妥当性について理論面からの検証が避けえない課題となり始めていた<sup>(319)</sup>。

(318) 1967年法以降の判例も、建築上の瑕疵により損害を受けた第三者に賠償の責めを負った注文者 (所有権者) の、建築家に対する担保訴権は、契約上の過失の賠償を得ようとするものではなく、1382条 (現行1240条) と1383条 (現行1241条) の適用により、第三者に損害を与えた準不法行為上の責任を確定させようとするものであるから、建築家は有効に10年の担保の消滅を、この訴権に対抗しえないとする (Cass.civ.3e., 15 fév.1972 J.C.P.1972 II 17213 obs.Liet-Veaux. これに対し、この評釈者は従来の姿勢を踏襲して、建築家には10年の担保責任が帰属し、その後を生じうるすべてのことは、所有権者に帰すると主張している)。

しかし破毀院は、建築上の欠陥により第三者に生じた損害の賠償をなした注文者 (所有権者) が、1792条と2270条の10年の期間内に、建築家に担保を請求した事例では、その請求をこれらの規定に基づいて認めている点にも、留意する必要がある (Cass.civ.3e., 19 déc.1972 Bull.civ.1972 III n°688, p.507.—Bulletin des arrêts de la Cour de cassation 登載の破毀院判決については、その判決文を Legifrance のレファレンスサービスから入手している・以下同じ)。

この時期の学説は、建築上の瑕疵による被害者に損害賠償した注文者が、

(319) 特に、建築上の瑕疵から生じている物的損害について、賃借人がその被害者・第三者として、建築家に直接に1382条（現行1240条）や1383条（現行1241条）で損害賠償を求めたり、賃借人に損害賠償した所有者が被害者・賃借人の不法行為訴権を代位しえたりする判例の解決の妥当性について、この時期により深められた判例評釈が、Lindonによりなされている。対象とされた判決の事案は、建築協同組合のための一戸建家屋の建築に協働した建築士が、この住宅に同組合との賃貸借・売買契約（20年間の毎月の賃料支払いでその完済時に所有権を取得する契約）により居住している3人の者から、同建築士による請負人に対する監督上の懈怠が各家屋の不手際と損害の源となっているとの理由で、1383条（現行1241条）に基づいて損害賠償を求められたというものである。破毀院は67年法制定前の判例をほぼ踏襲して、3人が訴えを提起した時には賃借人であったから、第三者の資格で不法行為の規定により訴えることができ、そして建築士の過失はあらゆる契約的観点の外でそれ自体としてみると、第三者に対しては1383条（現行1241条）の懈怠（négligence）にあたるとして、建築士の責任を認めている Cass.civ.Ire, 24 oct.1967.J.C.P.1968 II 15360 obs.Lindon)。評釈者はまず、前記した—(a)・β・(3)判決—映画館の賃借人による建築士への賠償請求を認容した判決と比較しつつ、判例では過失の不法行為的性格の要件は容易に充足が認められている実情にあるから、建築士は一般的仕方では、賃借人からの1792条の時効を援用しえない訴えにさらされ、これはこの者の重大な責任増加であるとみる。更に建築士は通常、請負人とは契約関係がなく相互に第三者として、不法行為による損害賠償（求償のための）を求めうるのであるが（後掲注334参照）、すると10年の時効は工事が受領された日から進行し始めるのに対し、不法行為責任では損害惹起の日よりであるから、損害が起りそれが建築上の欠陥の帰結であれば、建築士やその相続人に対する訴えの期間制限は、無きに等しくなると予測する。すると賃借人は所有者よりも、建築士に対してより多くの権利をもつこととなる余波として、もともと建築士と契約関係のある注文者（所有者）が、受領から10年経過後に現れた欠陥について、不法行為訴権の代位により損害賠償を求める目的で、賃貸借を締結するという Liet-Veaux が指摘していた術策を用いるように誘うとの不都合な事態の他に、次のような望ましくない事態も生じうるとする。それは、注文者が請負人とだけ契約して、請負人には自らが契約主体となって建築士の選定と契約の締結をさせ、不手際に関する建築士の責任を10年の時効にかかわらず、第三者関係として不法行為訴権で追及可能にしようとする企てである。そして特に、斡旋事業者（promoteur）と請負人の関係において、前者にとって建築士との関係よりも請負人との関係がより大きな利益をもたらすことから、自分と建築士との間に意図的に請負人の幕を設けて、その結果として建築士は請負人の内に顧客をもつことへと仕向けられ、おそらくまた事実上は彼ら



被害者の建築家に対し有していた準不法行為上の訴権を、自己の求償訴権の満足のために代位行使しうるとの判例の解決は、衡平に基づくものとはいえても<sup>(320)</sup>、注文者が賠償請求に用いている権利について、第三者なしのときには契約上のものであったのに、第三者の介在によりそれが不法行

---

の下請業者 (tâcheron) となるように仕向けられるであろうが、このことは彼らの職業の商業的性格ではなく、自由な性格にもかかわらずなされるであろうとの懸念を表明する。そこから、民法典の施行以来の変遷について、かつて注文者が自分による居住のために、あるいは賃貸するために建築させていたが、今日では頻繁に、多くの建築組織が建物を様々な形式で売却する目的—時々売主である組織の解散がそれに続く—だけを有しているとの見通しを示し、だが1967年法はこの道筋において強固な盾となるような何らの効果もまだ持ち得ていないと評価しつつ、今後の立法者の責務として次の点を指摘する。すなわち、立法者は適切な措置を講じて、賃借人や請負人が所有者自身よりも、実務的により良く保護されている制度から脱するようにし、そして特に10年よりも長い時効期間を検討すること、しかも工事の受領から進行する、すべての利害関係者に適用され、準不法行為の平面でも契約責任の平面でも機能する時効期間を、検討することであるという。

(320) Fossereau, *op.cit.*, p.25 et suiv. は、判例の解決全体をこう評している。「この解決は一筆者）契約者と契約上の不履行を、契約の枠から逸脱させ、その過程で責任非競合の原則 (règle du non-cumul) を排斥し、最後には期間を回避してある10年以降の責任 (responsabilité post-décennale) を創設しようとするものである。そしてそれは衡平が根拠なのである。つまり、10年の期間の経過後に、有責判決を受けた所有者を、求償なしにさせておくことを望まなかったからなのである。」「第三者なら建築家に対して、運命的な10年の後でも直接に、訴ええたであろう (この解決はもはやずっと以前から争われていない) という事実に関与されて、破産院は同様のことをする権利が注文者から奪われるというのは、理屈に合わない」と評価した。諸判決の支配的傾向は、注文者を第三者に同一化することである。建築家に対する訴権が、直接的であれ間接的であれ、破産院によれば根拠は同じであり、つまりそれは不法行為責任および1382条 (現行1240条) に従って証明すべき過失である。注文者は第三者ならしたであろうように訴え、そして同じ範囲で勝訴する。1384条 (現行1242条) あるいは1386条 (現行1244条)、または相隣関係上の異常な妨害に従い、賠償の有責判決を受けた所有者は、建築家に対して1382条 (現行1240条) だけを援用しうる。注文者はここにおいて、今日承認されている解釈により、代位訴権を行使する。衡平な結果と便宜な手法であるが、しかし法における正当化にはある困難を伴う」。

為上のものへと変質させる点で、理論的な正当性がないとする評価でほぼ一致している<sup>(321)</sup>。しかし、そこから二つの見解に別れ、一方は注文者による求償を10年の担保訴権（この訴権を、受領により請負契約関係が終了した後に、なお注文者保護のために認められる特別な責任訴権と前提する）によらしめるべきだとし、他方はこの求償において注文者が賠償を訴求している損害は、建造物自体によって生ぜしめられた損害なのであり、単に建造物を冒す瑕疵についての損害ではないから、その求償の根拠となるのは契約の一般法による責任訴権（30年の時効にかかる訴権）であると考えべきだと説く。

第一の見解は、契約関係ある当事者間で求償が問題となる場合には、この関係に基づく諸制限を回避する目的で、準不法行為責任の介在を認めるべきではなく、従って請負契約においても、建築士や請負人はこの契約の合意によって、注文者にあるいは直接的に、あるいは契約に無関係な第三者に惹起された損害の有責判決により間接的に、損害を与えない債務を負い、注文者はこの債務（1792条および2270条に基づく債務）に従って、彼に固有な損害および被害者への支払を余儀なくされた損害の賠償を受けるべきであるから、準不法行為責任による代位はこのような契約関係が存在している場合に、介在すべきではないとする（Soinne, *op.cit.*, p.251 et suiv,

---

(321) Soinne, *op.cit.*, p.254. n°113は、代位の許容が二つの責任領域の選択の禁止の原則に、非常に重大な穴を生じさせると指摘する。なお Fossereau の判例に対する批判については次注参照。

ただし、H.L. et J. Mazeaud (par Tunc), *op.cit.*, p.125 et suiv. n°1070-21. は、判例が採用する代位の理論に異議を唱えていない（なお後掲注331参照）。

判例は、注文者が被害者・第三者の不法行為債権を代位行使することにより、満足を受けようとする求償債権の根拠は10年の担保責任であると認めているのであるから、代位する不法行為債権を、この求償債権の限度（ここでは期間制限）を超えて行使しようとするのは、わが国の判例がいう原債権の求償債権への付従的性質からも不可解であり、求償債権の性質を変えるための代位の利用との非難は免れないであろう。

n°113.)<sup>(322)</sup>。

第二の見解は、判例の解決が請負契約における注文者の受領に、建築家の瑕疵担保責任以外の契約責任からの解放の効果をなお前提としているために、注文者は求償において第三者・被害者の建築家に対する準不法行為責任につき代位するという、理論的に難点のある解釈に陥っているとの認識に立脚する。そのうえでかかる状況での注文者による建築家に対する求償は、1792条と2270条によってではなく、その他に受領後であっても適用されうる契約責任の一般法により解決されるべきだとする。そのために、建築上の不手際が注文者に直接に損害を負わせているというときは、建造物を冒している欠陥（物を冒している瑕疵）についての建築家の責任が問題なのに対し、建築家はその不手際により第三者に損害を生じさせ、注文

---

(322) Fossereau, ibid も以下の指摘をなす。第一に、現実には担保の制度が注文者による10年内の求償には適用され（いくつかの判決が適用している）、それを経過しているときには、10年後の求償を認めるためにだけ、この制度が一般法により排斥されているのであるが、同一の訴権が二つの制度のどちらにも関係するというのにはありえず、どちらかの訴権としての性質だけをもつべきであり、また一般法の責任は特別な責任の要件が充たされていない場合に、補充したり取って代わるというのはありえても、特別な責任の期間以外のすべての要件が充たされているのに、それを押しよけるのは、期間の規律と責任非競合の原則に違反する、ということである。第二に、注文者が賠償請求している損害は、結局のところ彼自身が賠償しなければならなかった第三者の損害であり、従って注文者は1382条（現行1240条）の不法行為の根拠に基づく訴権を、専ら代位により行使しているだけとの論拠は、所有者が1384条（現行1242条）や1386条（現行1244条）で責任を負わされたので、例えば賃貸人として過失ある賃借人に求償を求めるときには、賃貸借契約に基づく維持義務の違反などを理由に、契約関係に基づく訴権によってなしうだけなのに、注文者が請負契約に基づいて建築家に担保の請求をするときには、契約上の担保責任訴権ではなく、代位により不法行為訴権を行使しようとするのは、契約責任と不法行為責任の非競合の原則を潜脱しており、また今の不法行為規定で有责判決を受けたという事実が、瑕疵ある工事をなした建築家の行為につき、それを免責事由としての第三者の行為とする証明に成功しなかったという意味なのであるから、それなのに建築家を契約関係に基づかない第三者として、注文者が彼らに不法行為訴権により求償を求めるとには障碍が存するということである。

者に間接的な被害を負わせているときには、建造物により惹起された損害（物により引き起こされた損害）であるとの区別を提唱して、前者は1792条と2270条で解決されるべきであるが、後者で問題となる注文者による求償は、30年の時効が適用される契約の一般法に従っていた義務（注文者に間接的損害を与えないようにする義務）により解決されるべきだという<sup>(323)</sup>。この学説には、なお解決の当否や理論的整合性を含めて、議論の余地があると思われるが<sup>(324)</sup>、注文者による受領から、契約責任の解放の効果を、ここでも減縮させようとする方向性には、注目すべきものがある（Boubli, op.cit., p.122 et suiv., n°173 et suiv.）。

＊ 建築家に故意または重過失がある場合の責任

建築家の瑕疵担保責任について、最小限の改正だけをなした1967年法に直面して、その後の学説に担われた主要な課題は、この法律制定以前に、既に判例と学説により方向付けられていた実務的解決に、理論面からの検討を加えて立法との整合性を考慮しつつ、論理的に一貫した法理論の内にそれらの解決を位置付けておくこととなった。ここで問題の、帰責性の程度による瑕疵担保責任と一般の責任法との適用関係についても、学説の関心はその理論面からの検討に注がれた。

(323) ただしこの学説は、第三者が賃借人である場合の判例の解決の妥当性に関して、簡単な記述ではあるがこんな留保をしている：映画の鑑賞ホールの賃借人により、その賃借物を冒す瑕疵について10年の期間経過後に訴えられた注文者が、賃借人の権利を代位しえ、責任非競合の原則を無視して、1792条の規定内に正に入る損害の賠償を求めようとするのは、理解されないことであろう。

(324) Fossereau, ibid は、判例が採る、第三者が介在すると、注文者の建築家に対する訴権が、契約上のそれから不法行為上のそれへと変貌するとの理論よりは、より面食らわせないものとして、1792条と2270条の担保は建造物を冒す不手際にだけ適用され、建造物に帰される損害には適用されない（契約の一般法が適用される）とする理論によるのが、次善の解決策—責任非競合の原則に違反せず、代位の技巧に訴えない—であろうと言及している。

この時期の学説では、建築上の不手際について、故意（意図的過失・詐欺）ある建築家は、1792条と2270条が定める10年の期間制限をそのまま主張できず、注文者はなお責任を問うるとする点には異論がないが、しかし67年法制定前の判例がこの期間制限を回避するために、意図的不履行について負われる責任が契約責任から不法行為責任に性質変更する（契約に外的な過失となる—前掲（a）・β参照）という点には、建築家によるその債務の詐欺的違反を援用する所有権者（注文者）も、不可避免的にその債務の内容を証明しなければならず、契約が彼の請求の基礎であるからには、その追及している責任はやはり契約的であると一様に批判している（Soinne, op.cit., p.303 et suiv., n°131. J.Mazeaud, note sous l'arrêt de Cass. civ.3e., 18 déc.1972 D.S.1973 272.—建築許可の申請の際に、不動産の近くに設置する使用済み雨水集水井戸の配備の仕方を偽装して土地の浸食を招いた建築士に、1382条・現行1240条と1383条・現行1241条により、受領から10年経過後の責任を認めた判決の評釈）<sup>(325)</sup>。

そしてそれに代わる解決策として、三つの提案がなされている。一つは、1792条と2270条の責任は注文者の受領で契約責任がなくなっても、法が特に存続するとしたものと特別責任説に立脚しながら、故意（詐欺）により取得された受領の合意は注文者に対抗不可能であるから、受領から10年後でもなお終了していなかった一般の契約責任を追及しようとするものである（Soinne, op.cit., p.305 et suiv., n°131.）。他の二つは、注文者の受領に責任解放の効果を認めず、両条の責任を特別責任ではなく契約責任であるとする点では共通する。そのうえで一方の学説は、ここで問題なのは、

(325) ただしこの時期の判決の内には、契約に外的な過失にも、不法行為責任の条文にも言及することなく、詐欺的過失を犯す建築家は、10年の期間の経過を主張する権能がなくなるとだけ判示しているものがある（Cass.civ.3e., 2 juillet 1975 Bull. civ.1975 n°233, p.178.—請負人から、非難されている過失がどれほど重大でも、自分の契約上の債務に無関係でない懈怠だけが非難されているのであるから、担保訴権は10年の経過で消滅するとの破毀申立理由を排斥している）。

あくまでも契約責任としての短縮された時効であるとしつつ、契約の相手方の詐欺によってなされた受領は無効として、この時効は進行していないとするか（結果的に第一の説と同じ根拠を説くことになろう）、あるいはそれにより注文者が不知とされていた結果として、この時効は停止されているとするものである（J.Mazeaud note précité）。もう一方は、故意（詐欺）により瑕疵を生じさせていた建築家は、法が一般法の責任を10年に限定している1792条と2270条の免責条文の利益を、援用しえなくなるとして、30年の時効を前提とする一般法上の契約責任の適用をなそうとするものである（Boubli, op.cit., p.188, n°258.）。従来判例に対するアンチテーゼとしては、ほぼ同様の意義あるものと評価しえるが、なお法定責任説と契約責任説では理論構成上の違いがみられる（契約責任説から理論構成する後の二つの説においては、前記両条の定める期間が除斥期間（*délai préfix*）とされ、時効とは異なり停止の効果が認められない点からは、後者の理論が無難と思われる）。

これに対し、67年法制定前から浮上していた、工事の欠陥に関する建築家の重過失を、意図的過失（詐欺）と同一に扱ってよいかの問題については、67年法制定後の学説により、一方において1972条と2270条の責任を特別責任とみる立場から、他方では減縮された期間制限に服する契約責任とみる立場から、理論構成上だけではない異なった結論が導かれている。

建築家の責任は、工事の受領により消滅するのが原則であるが、建築に関する不十分な認識能力や工事の複雑さのため受領の時には瑕疵に気付けない注文者のために、10年間の担保責任が特別に法定されたとみる学説は、重過失を意図的過失（詐欺）と同一視して、かかる過失ある建築家は受領による契約責任の原則的消滅と、それに代わる特別責任（法的責任）の成立という効果を注文者に対抗しえない（その意味は不明確だが、注文者は契約の履行が完了されていないと主張しうるといふものと思われる）とすると、特に10年の瑕疵担保責任の要件を充たす不手際（最も基本的な



建築上の原則に対する違反や負担目録の明確な規定の違反、行政的規制の無視など) について、それが重過失に相当すると評価され、その帰結として一般の契約責任による適用領域の拡張を招き、瑕疵担保責任規定からそれだけその実質的機能が失われてしまうという (Soinne, *op.cit.*, p.282 et suiv., n°122.)。

更にこの学説は、67年法制定前に、請負契約における受領とこの契約に挿入される免責条項との近似性に依拠して、建築家に重過失がある場合には、注文者に対して免責条項の効力も受領から10年の時効も主張しえないとした破毀院判決 (Cass, *civ.lre.*, 21 déc 1964. *Bull.civ.*1964 I n°585.) を引用しつつ、受領を工事の完成まで効果の延期されている免責条項 (10年の担保以外の責任の発動を放棄する条項) として理解し、ここでの問題について同じに取り扱いかを論じ、それが不可能とする理由を以下のようという—免責条項は、契約の履行がまだ始められていないときに合意されるので、請負人はこの条項による無処罰の保障を念頭にして、すべての望ましい勤勉と配慮をもたらさなくなる恐れがあるという理由から、重過失 (故意と同一化される) によりその効力を主張しえなくするとの正当化根拠はあるが、これに反して合意の履行の後に同意される、10年の担保以外の責任の発動の放棄の場合には、建築家は受領が同意されるか否か知らないで工事をするのであるから、予め無処罰の保障があるものとして手抜きを図るだろうと懸念する必要はなく、それなのに詐欺・意図的過失と同一視されるような重過失ではない技術上のそれについて、30年の時効にだけかかる一般法上の責任が生ずるとするのは、1792条と2270条を形骸化すると (Soinne, *op.cit.*, p.296 et suiv., n°129 et 130.)。

これに対し、注文者がなす受領によって、建築家の契約責任がなくなるのではなく、その提訴期間が10年に制限された契約責任 (30年の時効にかかる契約法上の一般責任より建築家に有利な責任) を負うとして、受領の免責の効果を否定する学説は、ここでの問題に関して請負契約に特有な解

決を要するとは考えず、契約一般の免責事由について故意・重過失のある当事者が、その自己に有利な効果を、相手当事者に主張しえないという、既に確認されている理論を適用して、1792条と2270条の場合にも、それらが請負人に有利に、工作物の瑕疵について10年間の期間制限で免責とすると定めているけれども、故意・重過失ある建築家は、その定めを注文者に援用しえず、それゆえ時効期間30年の契約法上の一般責任を負う次第となるという (Boubli, *op.cit.*, p.134 et suiv., n°186 p.188 et suiv., n°251-1 et suiv.)。

そのうえで、請負契約における受領後の瑕疵担保責任において、その期間制限を主張できないのは、意図的過失ある建築家だけではなく、重過失ある場合も同一に扱うべきだとする理由について、そうしなければ10年の期間内で合意により検証期間を定めた場合には、それは免責条項であるから重過失ある建築家はその効果を主張できないのに対し、法定の検証期間も責任の制限条項の効果を生ずるのに、重過失ある建築家はその効果を注文者に主張できるという、奇妙な結果となるからと説明する (Boubli, *op.cit.*, p.189, n°258-1.)<sup>(326)</sup>。

ここでも、判例が慎重姿勢を示していた、重過失は故意（意図的過失）と同視されるべきかという大きな課題は、なお残されているが、受領に契約責任からの解放という効果を認めない前提で、不法行為責任ではなく契約責任の一般法が適用される可能性を広げようとする理論が、有力に説かれているのには、注目すべきものがある。

---

(326) Fossereau, *op.cit.*, p.28. も、一般法の契約責任を適用して、建築家の意図的過失は、彼に責任の合意的限定（部分的免責条項）と同様に、法定限定（2270条）も主張するのを禁ずるものであるから、建築家は受領の利益を援用しえず、30年の契約責任を負うとする Boubli の説を支持している。



## γ 建築家の過失の立証責任に関する改正

建築家が1792条と2270条に基づいて負う責任について、どちらの当事者が立証責任を負うかという問題は、判例による適用条文の変遷が見られるものの、定額による請負では過失が推定されるのに対し、非定額請負（見積請負）ではその推定がなく、注文者の方で建築家の過失を証明しなければならないとの実質的解決が、19世紀の判例以後変更されずに維持されてきた。するとこの状況はやがて、次のごとき問題に不可避的に直面させる。それは、時代の進行とともに進む、建築技術の益々の発展と複雑化により、非定額請負（見積請負）は増加し、建築士や技術士による知的労務・役務の提供も常態化するが、それらの事情により過失の推定されない対象工事や建築家が通常的位置を占めるに至るという状況は、法的に妥当なのかというものである。そしてその成り行きを容認したとも解しうる破毀院判決が登場した。前記した1965年判決は、民法典編纂時に建築士が請負人と明確に区別されていなかったために、両者が1792条に共に規定されるようになったが、その後建築士は請負人とは異なる自由な職業を行使し、報酬も建築工事に関する定額代金とは異なるなどを理由に、同条の責任推定は建築士には適用されないとした（破毀院はこの判決により建築士の用語を1792条から実質的に消去したとも評される—Liet-Veaux, Les responsabilités décennales et biennales des constructions, G.P.1969 I doc.15.）。

当然ながらこの判示は、技術士（工学顧問士・積算士など）にもあてはまるであろうし、これら建築士を始めとした知的労務・役務の提供者が介在する工事は、ほとんどが非定額請負であろうから、この判決は建築工事の高度化という時代の流れに応じて（注文者が工事のイニシアチブからますます遠ざかる流れに応じて）、建築家の責任（過失）が推定されないのをより一般化させる次第となる。果たして、請負人から独立した建築士などの自由な職業の介入を要請するところの、近代においていよいよ増加する非定額請負（見積請負）とそれに関与する建築家について、この判示は

維持されるべきなのか、またここで独立性を考慮するのであれば、それは請負人からではなく、注文者から独立して果たすべき技術的・工学的イニシアチブが、決定的判断をもたらす要素なのではないのだろうか。

1967年法の立法者による、この点に関係すると思われる改正は、1792条の冒頭にある「建造物」の用語に、改正前には付されていた「定額で建築された」という修飾文言の削除だけにとどまり、そこでこの時期の学説の内には、本法による改正は建築家の責任について、すべて注文者が過失を証明すべきだとする趣旨のものであるとする見解もある<sup>(327)</sup>。しかしより

---

(327) 67年法のこの改正によって、過失の推定は建築士にも、請負人にも、他の技術士にも、なされなくなったと主張する見解が、まず挙げている理由は、不動産建築の激増や、近代的建築方法が惹起している大小の事故で明らかに警告されていたはずの起草者が、その事情を認識して立法しているのだから、その意図が過失の推定にあるのなら、1792条の責任は反対証明があるまで既成的であると、明確に規定するはずなのにしていない事実である。そのうえでこの見解は、契約責任と準不法行為責任の区別には言及せずに、一般法は責任を問おうとする原告に、蒙った損害だけでなく、この損害と不具合を起こした過失との因果関係の証明を義務付けているとし、特に2270条の適用については、1382条の一般法に従い、過失の証明をもたらすべきなのが原告であるのは、決して争われてこなかったとする。また他方で、1792条が同列に置かれた様々な建築家について、立法者は彼らの各々が、全部または一部の工事で行使した彼らの職務の範囲で、つまり彼らの参画の範囲でだけ、責任を負わせるべきなのだから、建築上の瑕疵をいう者は、結局のところ、犯されている過失の惹起者が誰かを、証明すべしとしているのだという (Saint-Chamas, La loi du 3 janvier a-t-elle aggravé la responsabilité de l'architecte, G.P.1969 I 222.)。

所有権者にはなお、建築物自体に対する支配権があるとの前提から、工事自体のイニシアチブをもつこの者の受領により、建築家の契約責任はなくなり、特別に準不法行為責任の要件を原則的に注文者が証明して、なお責任を問うだけであるという、19世紀の判例を固守しようとする見解といわなければならない。建築物自体は社会・共同体全体に帰属し、注文者(所有権者)にはその有用性の排他的支配権能・権限しかなく、ゆえにその建築について建築家は職業上の独自のイニシアチブにより、工事をなさなければならないとされるにつれて、後述するようにそれは手段債務ではありえず、結果債務とならざるをえないであろうし、他方また建築家は自分の職務範囲外のことで責任を負わされるべきではないという当然の事理から、従って彼らの過失は注文者が証明すべきであるとの結論は導かれえないであ

多数の学説によると、立法者をしてこの改正に踏み出させた原因は、前述の破毀院1965年判決にあり、そしてその目的は同判決が否定していた建築士に対する責任（過失）推定を承認するとともに<sup>(328)</sup>、同時に請負人および新たに条文に加えられた「請負契約により注文者と結ばれている他の者」についても、定額請負であるか見積請負であるかにかかわらず（請負契約で注文者と結ばれている限り）、適用しうるようにすることにあつたと説いている（Saint-Alary, *La vente d'immeuble à construire*, J.C.P1968 I 2146, n°64 et suiv. H.L. et J. Mazeaud (par Tunc), *op.cit.*, p.108 et suiv., n°1070-16. Boubli, *op.cit.*, p.67 et suiv., n°107 et suiv. Soinne, *obs.sous l'arrêt de Cons.d'Etat* 22 déc.1967, J.C.P1968 II 15616 I A.)。

更にこの時期の多数学説は、立法者が過失の推定を、請負契約で注文者と結ばれている建築家一般に及ぼしたと見る根拠について、やはり彼らが注文者に対して負っているのは、結果債務であることに求め、特にその内の有力学説はこういっている。「契約責任の領域では、過失の証明が被害者から要求されるのは、債務者が手段債務を約定した場合だけである。反対に結果債務の場合には、過失の証明は不履行の証明から生ずる。それゆえ、建築士と請負人の過失を証明すべきであるということは、彼らが結果債務ではなく、手段債務を約定したと主張することである。その誤りは明白であって、またそう宣告されている」。「請負人は、不可抗力を証明して免責されるのを除いて、責任がある。もし裁判所が10年の責任の契約的

---

ろう。

(328) しかし建築士には、過失の推定がなされるべきではないとする学説が、なおこの時期にも見られる（Perret-Gayet, *De la fausse notion de présomption en matière de responsabilité d'architecte*, G.P.1975 II p.674.—新条文が明示していないこと、建築士の義務は手段債務であり、自分と法的関係のない他人による良好な工事の実現の義務までは課されえないこと、彼の義務は知性的な方面での給付に限定され、自由職業の枠内で履行されるものだから、推定された責任の平面での担保の義務を負いえないことなどを理由とする。

性格についてより明確な意識を有していたなら—いくつかの裁判所によって争われもしたのは事実であるが—、過失は証明されるべきであるとの原則の提示を確かに避けていたであろう。正しく法律が、裁判所にその判例を改正するように促している」(Saint-Alary, *La vente d'immeuble à construire*, J.C.P.1968 I 2146, n°64.<sup>(329)</sup>)。

建築士が請負人から独立して、自由な職業を行使する点は、20世紀中葉過ぎまでの立法・判例・学説によって、疑問の余地がないとされていた。しかし注文者との関係については、建築士がこの者の名で、請負人の工事の指揮と監督にあたるというつながりを、なお原則として維持しているのか、それとも注文者にはもはや建築に関する技術的・工学的イニシアチブがないとして、自己自身の職務に基づく独立のイニシアチブで、請負人を指揮・監督すべきなのかという問題、即ち注文者との関係での建築士の法的位置付けの問題は、なお不明確であった。1967年法の立法者は、自由な職業を行使する建築士を受任者ではなく明確に請負人(労務・役務賃貸人)と認め、注文者からも独立に工事の完成のために、知的労務・役務を提供すべきものとしたのであるが(前掲 [C]・(a)・γ参照)、同時に建

---

(329) Boubli, *op.cit.*, p.67, n°106. も、もし一方で、受領後の責任は契約的序列のものであると考え、他方でこの責任は確定的債務から生ずると考えるならば、1967年法の立法者が過失の推定を一般化したと思われる解決は正しいとし、なぜなら受領が注文者から、彼の知らない瑕疵について、結果債務の利益を失わせる帰結となるとするのは、困難だからであるという。

しかしこの時期の学説において、建築士の監督義務は手段債務であるが、過失は推定されると考えうるとして、それはあたかも1384条(現行1242条)が子供の他人に引き起こした損害について、父母の監督が適切になされていなかったと推定するけれども、しかし法律はその損害を回避することの不可能性の反対証明を、被推定者のために留保しているごとくに、建築士にもかかる可能性を与える必要がある—外的原因の証明だけが、免責的でありうると考える人たちは反対に—と説き、過失のない建築士に全部義務に由来する担保(*garantie*)を課す(後掲δ参照)のは、行き過ぎであるとするものがある(Raynaud, *note sous l'arrêt de Paris 19 janv.1972 et 30 mars 1973*, D.S.1974 116.) —なお前掲注314参照。

建築家の過失の推定という問題は、注文者がもつ工作物の有用性確保のためのイニシアチブに対応して、しかしそれとは区別される工作物自体の建築に関する、技術的・工学的イニシアチブを建築家が独自に行使しなければならない事情に、直接的な関係を有している点にも気付いたであろう。この時期の多数学説は、そのような建築家のイニシアチブから、彼らの義務は瑕疵のない工作物の完成に、注意と勤勉を尽くすという手段債務ではなく、そのような完成に至らせるとの結果債務を負うと理論化して、新立法の意義を正当に位置付けている。かくしてここでも確かに、かかる法的変遷を促進してきたものは、所有権が物自体に対する支配権とする理解を離れて、次第に物自体ではなくその有用性だけを排他的に支配するための、法的権能・権限であるとする（物自体としての工作物は社会・共同体全体に帰属しているとする）、所有権観念の変遷なのである<sup>(330)</sup>。

#### δ 建築家の責任競合の根拠および直接訴権制度の整備

##### \* 建築家の責任競合の根拠について

全部義務に関して、判例が20世紀前半まで、安定した解決を与えてきたのは、不法行為の分野においてである。この安定期における判例にほぼ全面的な支持を表明してきた学説は、その解決の正当性を、要約するところ次のように論証する。1382条（現行1240条）は、損害の原因であった者が、それを全体的に賠償すべきであるという解決を含んでいる。すると、不法行為上で義務付けられている共同債務者は、複数で単一の損害を生じさせたのであるから、他方の殴打する間において一方が被害者を抑えつけていた、二人の殺人者であり、また彼らの自動車が衝突して、歩道の上に投げ

(330) この時期の判例では、1976年法以前の民法典1792条は、定額で建築された不動産においては、請負人の責任だけでなく建築士のそれも推定されるとする規定であるとして、全部義務での賠償を認めたものが現れている（Cass.civ.3e., 6 avril 1976 Bull.civ.1976 n°131, p.106.）。

出され、通行人を轢いてしまったところの、二人の自動車運転者である。被害者を抑えつける共犯者がいなければ、殺人者は死に至る殴打を加ええず、殴打した者がなければ、共犯者は損害を生じさせえなかったであろう。もし自動車運転者の一方が、左側を走行していなかったなら、衝突は起こらず、通行人は轢かれていなかったろうし、またもし他方の自動車運転者が過度のスピードで運転していなかったのなら、衝突は避けられ、被害者は助かっていたであろう。かくして各々が彼のみで、損害全部の原因であった。なぜなら、損害が生じたのは、彼の介在によってだからである。判例の考えはそのようなものであり、各過失と損害の全体との間に直接で必然的な関係があるとか、他の者の過失の共存は責任の一部の免責理由とはならないとか、各々の過失が競合して全損害を生じさせたとの判示がなされてきた。判例はなお、他の用語を用いて、過失または損害ある行為の区別不可能性、あるいは各過失が損害に競合した割合の確定不可能性をいっているが、これらの表現は常に実質上は同じ考えを表すことへと帰着する：各々が全体を引き起こしたのであるから、各々が全部の義務を負う (H.L. et J. Mazeaud (par Tunc), *op.cit.*, p.1060 et suiv. n°1944 et suiv.)<sup>(331)</sup>。

この説示（特に最後の部分）に照らし合わせると、一見して明らかとなるのは、1967年法制定以前の建築家の全部義務に関する判例が、不法行為

(331) しかしこの学説は、共同加害者間での法定代位による求償を認める判例を、次のような理由で支持していた。確かに被害者の全部を支払う共同加害者は、彼がこの者に全部の損害を生じさせたのだから、彼がこの者に負っているものを支払っただけである。しかしこれは、共同加害者の各々と被害者との間でだけ、そうである。共同加害者間では、もはや真実ではない。ここでは、同時にすべての者にかかる、ある債務が存在しており、各々はその消滅に寄与すべきなのである。弁済した者はそれによって、共通の債務において、他の者達の彼らの負担部分 (part) について、免責させたのである。彼は彼らに決済を請求するのが公平だけでなく、1251条3号が彼に彼らに対する、少なくとも部分的な、被害者の諸権利における代位を認めている。1213条はすべての全部義務のためのかかる一般原則を、連帯債務に適用させているだけである (H.L. et J. Mazeaud (par Tunc), *op.cit.*, p.1110 et suiv., n°1971.)。



法の領域におけるかかる理論を、ほぼそのまま請負契約の瑕疵担保責任に応用してただけで(おそらく19世紀の瑕疵担保責任に関する判例が、1382条・現行1240条の適用により解決していた名残であろう—前掲3・(2)・[D]参照)、契約の領域に固有なあるいは請負契約に固有な理由付けをなしていなかったことである。

だが学説は20世紀半ばを過ぎたこの時期に、全部義務の本家である不法行為法の分野で、活発な議論を戦わせている。その端緒となったのは、1950年以降に登場した、客船の沈没事故について、その原因の5分の4は不可抗力(激しい嵐)にあるとして、船の保管者である国家海上運送局の1384条・現行1242条に基づく責任を5分の1の限度でのみ認めた破毀院判決(Cass.civil sect comm.19 juin1951, deux arrêt, D.1951 717.)や、雨水の自然な流れの妨げとなる土手を建築した会社が、例外的強度の豪雨の際に、洪水により上流の不動産に損害を与えたという事例で、不可抗力を援用する者が彼自身にその出来事を決定付けるあるいは結果につき加重する過失が認められるときでも、事実審裁判官は負われる責任の緩和や損害賠償額の減額に関して、理由ありとされうるとした破毀院判決(Cass.civ.2e, 13 mars 1957, D.1958.—)にもかかわらず控訴審が不可抗力の存在による減責は、損害を与える行為の始まりにおける、あらゆる過失の欠如を前提とするとの理由の下に、不可抗力のゆえに被告がいかなる範囲で賠償義務を免れるのかを検討しなかったのは条文違反として破毀・移送)などであった。これらの判決により、条件等価説(théorie de l'équivalence des conditions)に基づいて全部義務を認めてきた判例が、少なくともある場合において(殊に1384条・現行1242条の保管者の客観的責任が問題となるある状況において)、部分的因果関係説(théorie de la causalité partielle)により、等価的条件関係がある損害の加害者に、部分的免責を認めるとの判例変更をなしたと評価すべきものなのかどうか(逆に孤立した事例判決とみるべきなのかどうか)が、学説の争点となった。

しかし特に本稿との関係で直接的意義のあるのは、この論争そのものの  
 結末ではなく、むしろここで問題としている建築家の競合的責任にとって、  
 その本家でのこの論争が生み出した無視しえない成果の一つといえるもの  
 は、以下の点である。すなわち、各義務者がお互いに自分だけでなく他の  
 義務者も損害全部を生じさせたと主張しうるのであるから、全部義務が前  
 提としているのは、部分的因果関係の結合（conjugation）が同一の損害を  
 生じさせたという事情であるとの理解の下に、かかる場合に全部義務が課  
 される根拠は、被害者に対して相互の支払いを担保すべきであるとの理念  
 （garantie の理念）—そのゆえにまた全額支払った加害者の一人が、他の  
 加害者に何らかの仕方でもかく求償しうるのを正当とする理念—なので  
 あって、条件等価説によっては全部義務の果たすべきかかる機能を十分に  
 説明できないとする、新たな認識の共有である（判例は伝統的解決を維持  
 し、部分的因果関係説による部分的免責への判例変更までは認めていない  
 との立場から、この点を指摘するものとして Starck, *La pluralité des*  
*causes de dommage et la responsabilité civile*, J.C.P.1970 I 2339, n°15, 18 à  
 20. これに対し判例はある場合に担保の要請を外して加害者に部分的因果  
 関係説による部分的免責を承認して、その点での判例変更があったとする  
 立場からこの点を指摘するものとして Boré *La causalité partielle en noir*  
*et blanc ou les deux visage de l'obligation 《in solidum》*, J.C.P.1971 I 2369  
 n°6 et 7. より一般的な立場からこの点を説くものとして, Raynaud, *note*  
*sous les arrêts 19 janv.1972 et 30 mars 1973 D.S.1974 p.116. Larroumet,*  
*note sous l'arrêt 7 juin 1977 D.S.1978 p289.*<sup>(332)</sup>。

(332) この時期に破毀院は、事実審裁判官による連帯での有責判決と全部義務での  
 有責判決の混同について、厳格に非難することを止め（前掲注301参照）、連帯性は  
 完全連帯だけでなく不完全連帯をも示しうる総称的用語であるとの理解の下に、か  
 かる混同につき論難する破毀申立てに応じて原審判決を無効とするのを拒否しつつ、  
 理由付けの差し替えを行うだけとしているとされる（Boré, *op.cit.*, no38.一かくし  
 て、非嫡出姉妹（全部義務）が嫡出姉妹（法定の刑事・民事連帯）に著しく近づい



そこで、請負契約における全部義務を検討するこの時期の学説は、当然にもかかる不法行為法での議論に目配りしつつ、更に1967年法が一旦は実質的に判例により1792条から削除されたに等しい建築士を、新たな建築家の地位で同条に責任主体として残し、そして請負人および請負契約で結ばれている他の者と合わせて一様に、結果債務の延長として性格づけられる瑕疵担保責任において、彼らの過失は推定されると規定したに違いない状況の中で、この問題に明確な解答を示すように迫られていたであろう。果たして、注文者とそれぞれが独立の請負契約で結ばれている建築家は、各々の職務行使の結果である工事に欠陥（不具合）がある場合に、それが彼らの部分的因果関係の結合から生じている同一の損害として、各自が全部義務を負うことにより注文者に対して担保を与えるような関係一同時にその支払い後は他の建築家に対してその部分的因果関係のある損害を何らかの仕方でも求償しうる関係一が相互にあるといえるのか、いえるとすればその根拠はどこに求められるべきなのか。

前述したごとくこの時期に多数説となった学説は、請負契約における注文者の受領に責任解放の効果を認めず、瑕疵担保責任に関する二条文は、請負人が契約によって負う結果債務の性質を引き継ぎつつ、ただ訴権期間について一般時効の30年ではなく10年に短縮する規定と位置付けており、19世紀の判例および学説とは異なり、受領後は契約責任がなくなることを前提として、不法行為の規定に依拠する理論構成から完全に脱却している。すると、全部義務の本拠である不法行為法分野での、各共同債務者が被害者（債権者）に対して全額の損害賠償を負いながら、支払後は他の共同債務者に求償しうる前提・根拠としての、部分的因果関係の結合および相互的担保という理論に一方で依拠しながら、ここでは請負契約上の債務・責任としての瑕疵担保責任上での全部義務が問題なのであるから、建築家

---

たとして、破毀院のかかる姿勢変更には、全部義務がやはり相互的担保の制度として、連帯債務と共通項を有していると認識されてきている一つの徴表を見ている)。

がこの責任について相互的担保を負う根拠を考察して、建築請負契約関係に適合した固有な理由付けに努めうはずである。

かかる理由付けの試みの先頭に立ったのは、受領後における建築家に契約責任の最大限の適用を提唱している Boubli である<sup>(333)</sup>。この学者は、建築士の契約を委任とすることに同意しないのならば、建築工事の内に諸契約の単なる並置よりは、共通の目標に根拠付けられる法的関係の競合を見ると、即ち構成体的性向 (tendance institutionalist) を承認すると、決断しなければならないとの認識から出発して (Boubli, op.cit., p.6, n°7.) こう説く。確かに建築家の全部義務を排除するために、彼らは所有権者と別個の契約で結ばれていて、彼らの間の一切の法的関係は排除されていると主張しうる。また彼らの全部義務は、法律からも、合意からも、なすべき工事の性質からも、生じないともいわれる。全部義務の原則を認めることは、建築士と請負人の間に結託—建築士会からの除名を伴う—があると考えるに帰するとまでもいわれる。しかし、建築家による工事への競合的関与は、否定されえない現実である。工事統括者の資格が、その最上の例示である。何ゆえに顧客の受任者ではない建築士が、様々な関与者の活動の調整のために、現場で介在しうるのか？どんな権能において、彼は請負人達—いかなる法的関係も明らかに彼を彼らに結びつけていないの—に指図を与えるのだろうか？どうして建築士は、技術者達に委託された任務について、これら技術者達の特別な能力が、彼の側からの統制を排除し

(333) Boubli とは反対に、建築家の責任は、工事の受領により消滅するのが原則であるが、建築に関する不十分な認識能力や工事の複雑さのため受領の時には瑕疵に気付けない注文者のために、10年間の担保責任が特別に法定されたとみるこの時期の学説は、不法行為責任にも契約責任にも適用しうる全部義務一般について、それは物事の作用 (force de choses), 諸状況上の必要性によってだけ正当化されるころの、純粋な事実状態の表現であるとする Vincent の一般理論 (前掲注301参照) を採用しており (Soinne, op.cit., p.627 et suiv., n°68.note136.), これから紹介する建築請負契約における全部義務の存在の、Boubli によるこの契約に特有な積極的論証とは対照的である。

ているはずなのに、彼らの任務の良好な履行を確保すべきなのだろうか？ 工事統括者は統制すべきであり、施工者は彼に情報をもたせるべきである。かかる建築家の義務の相互依存性は、否定されたりできるものではない。それは同時に水平的でも、垂直的でもある。そしてそれは、単一で不可分なある結果の追求が問題であるがゆえにだけ、建築工事への関与の共通目標のゆえにだけ、存在するのである (Boubli, op.cit., p.25 et suiv., n°43 et suiv.)。

こうして、現在の建築家がそれぞれ注文者と別個の契約で結ばれていながら、しかし工事統括者としての建築士を中心に、注文者から独立した技術的・工学的構成体としてのイニシアチブと法的態様で、活動するように現実に要請され実行されているとの認識がまず示され、更にプラスして、先の不法行為責任における全部義務に関する共通理解をそれに結び付けることで、建築家の担保責任の競合の理論が、以下のように導かれる。

「1967年1月3日の法律以後、労務・役務賃貸人は結果債務の債務者である。一方は他者の行為が彼にとって不可抗力の性質を表すとの証明をなすことによってだけ、責任から解放される。かくして過失が推定される際には、建築士は請負人による工事の施工に責任があり、請負人は設計上の過失に責任がある。この建築家たちの義務が特定されているときにおける相互的責任は、全部有責判決を認める判例に近づけられて、特別な顕著さを現わす。建築家の各々が、他者の行為について責任を負う。契約の厳格で制限された枠組みを、超えなければならないがゆえに、そうなのである。人は建築工事に、互いに独立な個別的契約の単なる併存を見ることで、満足しえない。相互的責任は工事そのものから生ずる。なぜならそれが、建築家間での法律関係を、彼らの統合のためのあらゆる合意に関わりなく、生じさせるのだからである。建築工事は、まぎれもなく真の構成体なのであり、責任推定の導入がこの考えを認諾する。それゆえに、全部義務は建築家の各々が、不可抗力の制限内で、契約的に他者の行為について責任を

負う。だから弁済する者は、彼自身の債務を履行しているに過ぎず、全部義務の原理は担保の考えによって明らかとなるのである」(Boubli, op.cit., p.80 et suiv., n°127.)<sup>(334)</sup>。

この見解の明確性は、逆にこれまでの伝統的に説かれてきた、契約の相対的効力などとの関係を抜きにしたところに由来しているとの印象も強く受け、これからなお多くの法的正当化の努力を必要としていること疑いがないが<sup>(335)</sup>、注文者に建築物の有用性を確保させる目標で、結ばれていなければならない建築家に、構成体をなす仕方での技術・工学上のイニシアチブを求めるという方向性は、所有権観念の変遷にも即した正当な総論として、認める必要があるだろう。そして今後は、各建築家がこの構成体の中

---

(334) この学者は、建築家間の求償について、同様の諸債務を各々が固有の債務として負うことで相互に担保しあっているとする全部義務の理論構成から、全部を支払った者は注文者の法定地位により他の者に求償することはできず、1382条(現行1240条)に基づき、全部の支払いにより固有の損害を蒙ったとの理由で、損害の実現において他の者に帰着する部分の償還を請求しようとの理論に賛同している(p.183 et suiv. n°253.)。

(335) 旧1165条(現行1199条)に規定される「契約の相対性」の原則に、「契約の集合(groupes de contrats)」の理論を対置して、それによって建築士と請負人の注文者に対する全部義務を、根拠付けようと試みた学説が、この時期に登場している。論者はまず Savatier が、市場のない真の経済生活はなく、その市場が契約の大きな競争に基礎付けられているのを確認した後、「支配される自然的諸力の規模が拡大されるにつれて、単に契約が変遷するだけでなく、それら契約を孤立的には考察しえなくなる。今日ではこれら変遷した契約が、経済的連関において、他の契約と親密な繋がりに置かれなければならない」とするこの学者の認識に立脚する。そして、もし複数の契約が同じ客体をもつか、あるいは共通の目的の実現に参与し、それらが一つの同じ存在理由をもつ場合には、ある真の集合—その資格で注意を受けうる—をなすという。後者に属する建築請負契約は、ある集合の当事者の一人の負担に、この者が直接には契約していない者達に対する監督義務を置くのであるが—建築士と請負人の不完全連帯において—、これは共通の目的の実現に協働する集合の重要性(契約の原因・causeに含められる)が、他人の行為についての契約上の責任を生じさせているという以外には、説明しえない事柄であるという(Teyssie, Les groupes de contrats, 1975, p.28, 36, 200, 201, 205, et 206, n°60, 68, 402, 411 et 412.)。

で、どのような任務・役割を負っているかについて（1978年法により新たに建築家とみなされる責任主体の任務・役割も含めて）、より各論的な考察が進められることになるであろう。

#### \* 直接訴権制度の整備

1967年法は、後にみる建築予定不動産売買については、直接訴権の規定を設けたが（後掲η参照）、請負契約については判例と学説による明確な整備が待たれていた。そして破毀院はこの時期に、ようやくその機会を得るに至った。二つの判決が出されている。

一つは、不動産組合における組合持分の出資契約者が、組合解散とその積極財産の分割で、あるアパートマンの所有権者となった後に、この不動産を建設した建築士と請負人に対し、1792条と2270条による責任を訴求したという事例に関するものである。控訴院は、建築士と請負人が当該不動産の建築工事に関与したのは、組合と締結した契約に従ってであり、他方では組合が組合契約により原告と結ばれているのであるから、原告と建築士および請負人との間には、組合が法的に介在している以上は、原告にはこれらの者に対するすべての直接訴権が禁じられると判示した。破毀院は以下のような一般理論を提示しつつ、破毀・移送の判決を下した—「建築士と請負人により、この条文によって負われる10年の担保義務は、不動産の所有権に結び合わされた法定の保護となっており、そして単に注文者によってだけでなく、この所有権においてこの者を承継人として—特定のであっても—引き継ぐすべての者によっても援用されうる」(Cass.civ.1re., 28 nov.1967 D.S.1968 163.)<sup>(336)</sup>。

(336) Cass.civ.3e, 3 janv.1969 et Cons.d'Etat 1re sous-sect., 5 mars 1969 J.C.P.1969 II 15863. は、不動産民事組合及び国家により建設された複合不動産集合体において、この組合の持分出資者・共同的所有権者が、建築士と請負人に1792条と2270条に基づく責任訴権を提起しようと認めている。

もう一つは、ガレージ用の鉄筋コンクリート製の不動産を、その専門家工学士（被告）の指揮の下で建築した者が、この不動産を株式の割り当ての代償により、原告ガレージ会社に出資した後、この建築物に亀裂が現れたとして、原告会社が被告に対し、10年の責任訴権を提起した事例である。控訴院による責任認容判決に対し被告が上告して、10年の責任は不動産の従たるものとして、それに従い誰の手にも移転するものではなく、被告と顧客（注文者）間で締結された労務・役務賃貸借に由来する人的権利であるから、出資行為の当事者の共通意思を探求し明確にすることなしには、原告による被告に対する責任訴権を、認容しえなかったなどと主張した。破毀院は次の理由で上告を棄却した—「民法典1792条と2270条の担保は、注文者が建築士と請負人に、ある建造物の建築を委託した場合にだけ援用されうるとしても、これら条文により規定されている10年の期間は、不動産の強固性・耐久性および工事の良好な施工に関する検証期間である。そこからは、担保訴権の権利は排他的に注文者の人格に結ばれているのではなく、規定された10年の期間内での不動産売買の場合には、この権利は従たるものとして売却物に随伴し、それと一体化する。その結果、原告会社による建築物の取得が、10年の期間前に行われ、そして訴権が係属されているのを確認した控訴院は、出資行為の当事者の共通意思の探求と明確化をなす必要がなかった」（Cass.civ.3e., 23 mars 1968 D.S.1970 663.Obs. Jestaz.）。

第一の判決は、前主と特定承継人間の合意に全く言及せず、加えて第二の判決は逆にこれら当事者間の共通意思の探求を不要としている点が、注目される<sup>(337)</sup>。ある学説（Jestaz, obs.precité）は、特に後者が10年の期間

(337) なお、後述する1978年法成立以後の判例で、本格的に取り上げられる問題に関係するこの時期の判決として、相次的取得者が売買契約証書の署名時に、不動産の瑕疵を認識していても、そしてその取得者による訴えについて定める条項がなくても、従物として不動産に伴う10年の担保を根拠に、建築家に対して提訴しうるとしたものがある（Cass.civ.3e., 28 oct.1975 Bull, civ.1975 III n°311, p.235.）。



は建物の強固性。耐久性の検証に役立つとの理由を根拠としているところから、1792条の訴権は物と不可分なものであり、従ってそのような検証をなしうる者—即ち所有者—に、原則として強行的に帰属すべきだとしていると解し（訴権は契約的な性質を失わないが、移転は法的起源のものであるという）<sup>(338)</sup>、そしてこの解釈は、建築予定不動産につき相次的取得者に、担保を移転させる1646条-1が反対条項を認めていないこと（詳細は後掲η参照）からも自然であると推測している—少なくとも将来に判明するかもしれない隠れた瑕疵につき、売主に訴権を留保するような条項は、コンセイユ・デタ（国務院）によっても、破産院によっても無効とされるだろうと推測している。

次にこの学者（Jestaz）は、承継人が請負人に対して第三者として現れるために、移転の利益を放棄しえるかを問題とし、ここでも前記の判決から、原則として強行的に不法行為訴権は彼に禁じられ、ただ注文者が彼自身で行使しえたであろう極端な場合（即ち技術者の故意や刑事的違反の場合）にだけ、承継人に帰属すべきであるとの判例の見解を推測して、その理由を列挙する。まず、契約は既に正に非難されている不手際に関するものを除いて、その効果が尽くされているにしても、あたかも承継人が彼自身で請負人と取引したかのごとくに、すべてが経過すべきであり、これに加えて契約上の担保訴権は不動産の所有権と不可分であること、承継人は彼の前主の権利以上の権利を確かに持ちえないであろうこと、がいわれる。更に続けて3つの理由が順次に示される。①不法行為訴権は、建築予定不動産売買の場合に禁ぜられており（1967年法12条が1646条-1第3項を強

(338) Fossereau, op.cit., p.18 et suiv. も、判例は正当にも担保の法定的性質を優先させて、この担保を所有権に結び付けており、その理由はこの担保が強固性・耐久性の検証期間をなして、障碍や不都合を蒙るのは現在の所有者だからである、との説明をなしている。そして例えば交換契約者、受贈者、受遺者などが、売買の担保訴権をもたないという場合に、取得者に10年の担保を付与するのは正常であるように思われるとも付け加えている。

行規定とし、それゆえ買主は移転の利益を放棄しえず、第三者の立場で準不法行為責任を主張しえないとの解釈に依拠しているものと思われる（後掲 *n* 参照）、この錯綜と不確実を避ける解決は、移し入れられるに値すること、②承継人の不法行為訴権と契約訴権の間の選択権は、二つの領域の責任非競合に違反すること、③1382条（現行1240条）は、10年担保の規定を回避する（例えば瑕疵が10年以上の後に現れた場合に、注文者は藁人形役にその不動産を売るだけで、この者が30年の期間のみに服する不法行為責任をその立場で提起しうるようにするがごとき）ために役立つべきではないこと。

最後に判例の承認を待つまでもなく、確かな事柄として、売買契約から彼の権利を保持する承継人は、請負人の担保と彼の売主の担保との選択ができ、彼が売主に対する訴訟で勝訴した場合には、それによって請負人の担保権行使を放棄する—不当利得とならないように—ことになり、これが承継人の移転の利益を忌避しうる唯一の場合というべきであろうとする<sup>(339)</sup>。

しかしこの評釈が提起している問題は、いずれも難問であり、その理由は重要な財貨として社会・共同体全体の利益（公益）に関係することとなる不動産について、建築家の責任だけでなく所有権者の1384条（現行1242条）や1386条（現行1244条）に基づく責任負担関係をも併せて、錯綜と不確実を回避して、関係当事者が簡明に予測しうるように規律すべきなのかどうかという、実務的必要性の存否に関わっていると思われるからである。

この評釈より先に前掲著書を刊行していた *Soinne* は、ここでの担保訴権の移転の強行性について、否定していた。まずかかる移転の根拠を、注

---

(339) H.Let J.Mazeaud (par Tunc), *op.cit.*, p.68, n°1070-4. も、特定承継人は担保に関して、彼の前主と同様の地位にあり、建築家に対してこの担保から生ずる契約訴権だけを有し、第三者ではないから、彼は10年の時効を回避するために、準不法行為責任に依拠することはできないであろうとする。



文者と建築家による第三者たる相次的取得者のためにする約定（第三者のためにする契約）に求めると、第三者・受益者は彼のためになされた約定の利益を放棄して、他人を害しない一般的義務の違反を根拠とする、彼自身の名での不法行為訴権を行使しうる。加えてもしこの根拠を捨てて、黙示の債権譲渡や従たるものとしての訴権の移転にその基礎を求めるとしても、かかる新所有者への拡大をなした学者と判例の意図は、取得者に有利なものとして彼をその受益者にしようとするところにあるのだから、この拡大が1382条（現行1240条）以下による訴えを、責任非競合の原則に反するとして禁ずるとするのは、この精神（法的救済方法の追加の精神）の直接的違反において、ナンセンスであり、それゆえに彼をして必然的に移転された訴権の行使を用いさせようと強制するのは法的に困難であるとする。他方でまた、問題の担保は何ら必然的に不動産所有権に結び合わされておらず、従って売買契約に移転を排除する条項（特約）などがある場合はもちろん、売買の実現の際に建築上の欠陥が既に表見的で知られていた場合に、その勝訴が常に射倖的な訴権を代位行使させてもらうよりもずっと頻繁に、購入代金の減額を促そうとするというような、旧所有者（売主）の方でも10年の担保を留保しようとしていたとの証明があれば、買主が不法行為の手段を用いるのに十分であるだろうという（Soinne, *op.cit.*, p.199 et suiv., n°90 et suiv.）。

これに対してJestazは、Soinneがいうような選択権を認めるとすると、それが危うくする簡明性によっても、ここでの担保の移転が説明されると、一行の文章で反論しているだけであり（Jestatz, *obs sous l'arrêt de Cass. civ.3e*, 23 mars 1968 précité p.665）、その真意は不明であるが、買主（所有権取得者）に売主への担保責任および建築家への直接訴権の他に、不法行為訴権をも認めるのは、建築家による責任負担の見通しや、彼らの保険会社によるリスク負担の見通しに、いたずらな困難を生じさせ、延いては極めて重要な財貨となる建築物における瑕疵一般について、安定した責任

分配やリスク分配の確定を不可能とさせるとの危惧が、その根底にあるのかもしれない。

この問題の難しさを、率直に認めているのは Boubli である。まず理論的平面において、判例の見解を正当化するのは困難だが、もし担保の移転を債権譲渡で正当化しようとするのなら—担保は所有権と不可分である事実は無視しえないが—、おそらくより現実に近いとする。そしてこの面で争われるにせよ、判例はそれが承認した解決について、支配的見解を味方につけようようにする効果を生じさせているとし、その理由として、現在の所有権者のみが建築家の義務の良好な履行について検証しうることを、加えて特定承継人は常に買主ではなく、前主に担保訴権をもたない交換契約当事者、受贈者、受遺者なども該当するから、もし彼らに10年の担保責任訴権を禁ずるとすれば、彼らは建築家に対する不法行為訴権しかもたなくなることをあげる。そして判例が、承継人に1382条（現行1240条）に基づく訴えを禁止することで、一応の解決に至っているこの者の選択権という問題の他に、以下の二つの難問が控えているとの指摘をなす。

その第一は、不動産（後述する建築予定不動産は除く）の売主が負う30年の担保期間と建築家の10年と2年の期間の組み合わせであり、より具体的には建築家の担保期間経過後でしかし売主の担保期間経過中に瑕疵が判明した場合に、買主に損害賠償した売主（注文者）は、なお一般法上の契約訴権により求償できるかであるが、この学者はできないとの前提で、アパルトマンの売主は契約条項によって、その責任を制限する利益を有すると確かに認めなければならないとの、簡単な結論を付している。

第二の難問とされるのは、売主（注文者）が建築不動産を売却した後に、建築家に対して提起する担保訴権の認容可能性である。もし建築上の瑕疵が売買以前に判明するならば、注文者はこの時に確かとなった賠償債権を留保して、殊に売却代金が確認された損害を考慮している場合には、彼自身が建築家に対し担保訴権を行使しうるべきであるが、瑕疵が判明する以

前に、売買契約によって訴えを留保しうるか、もしそれをしていないとどうなるのかが問題となるという。そして、もし担保訴権は所有権と不可分であるとの考えに依拠するのなら、売主（注文者）による訴えの行使を正当化するのには困難であり、かといって彼は不動産を譲渡したという理由だけで、彼に契約者の資格を正当に否定できるともいえないとする。その一応の結論として、「この問題が係属されると、裁判官はいかなる方向での判決をなすか、人は知らない<sup>(340)</sup>。しかし承認される解決がいかなるものであれ、それは解釈上の諸困難を提起するであろう」とだけ記されている（Boubli, *op.cit.*, p.147 et suiv.n°211 et suiv.）。

こうして判例と学説は、まず直接訴権を認めるとの基本路線を選んで、その周辺に生ずる細かな問題の解決について、慎重に議論する姿勢を示しているが、かかる基本姿勢に影響しているものは、前述した所有権の就位取得（所有権者名義人の交代）の理論（前掲 [D]・(a) 参照）であるのは、やはり確かであろう<sup>(341)</sup>。

#### ε 建築家の責任減縮事由としての注文者の介入

この問題についての1967年法制定以後の判例は、それ以前の判例を踏襲しつつ、注文者に責任を分担させるためには、この者による工事への介入がなされ、そして彼には建築の分野で顕著な能力があることを厳格に要求している（Cass.civ.1re., 17 juillet 1967 J.C.P.1967 II 15247.obs.Liet-Veaux.—スレート屋根の取り付け工事で、原判決は技術上の諸欠陥（雨漏り）は大

(340) この点については、一破毀院判決があり、不動産を売却した注文者は、彼が取得者によって召喚されたり、取得者の権利の代位が認められたり、していないときには、ここでの担保を主張するための資格をもたないと判示している（Cass.civ.3e., 12 nov.1974 D.somm.13.）。

(341) Teyssie はこの直接訴権の正当化にも、前記した「契約の集合」の理論（前掲注335参照）を用い、この訴権は集合（連鎖）に固有な契約上の関係に基礎付けられた、契約的性質に属するものだとしている（Teyssie, *op.cit.*, p.258 et suiv, n°520.）。

部分が、工事の指揮と統括をなした注文者（建築士はいない）により課された工事の諸条件と代価に帰されるとして、請負人に部分的責任だけを負わせていたが、破毀院は1792条の条文から、請負人が注文者による建築の仕方や材料の使用に関して、その指示に従っていただけだとしても、注文者が建築の分野で顕著な能力があるのでない限り、建築士と請負人の責任は負わされ続けると判示して破毀・移送。Cass.civ.3e., 18 juin 1975 D. S.1977 54. note Agostini.—あるホテルに設置されていた昇降機を中古で取得した注文者が、その撤去と自分のホテルでの設置の工事を設置工事請負人に委託した事例で、原判決は請負人に帰される機械装置の瑕疵ある設置に関する過失は、注文者が当事者の合意で対象とされていた予めの機械室（設置工事者がそこにモーターや巻上機を設置すべきだった）を建設させなかったことにより、注文者によって犯された過失の結果に過ぎなかったとして、修理と損害賠償の請求を棄却した。しかし破毀院は、注文者がその領域で顕著な能力があるのかどうか、そして否定される場合には顧客に助言の義務を負う請負人が、顧客の義務となっていた機械室の欠如により、装置の良好な運転について生じうる諸帰結を啓発したのかどうか、審理することなく判決を下したとして破毀・移送）。

この時期の学説では、前記1967年判決が、それ以前の判例に沿って、原則と例外の結び付きを明確に総合して、物の所有者の意思に従順な請負人の責任は、存続したままであり、所有者が建築の分野で顕著に能力がある場合だけが例外であるとの命題を示した点につき評価しながら、そこで技術者に許されないものとして考えられているのは、知識のない顧客の気まぐれへの追従であり、無経験な所有者に直面する技術者は、建築の強固性・耐久性が問題であるときには、彼の特別な能力が彼に所有権者を啓発し、そして彼の気まぐれあるいは過度の節約の精神に、必要なら拒否によって抵抗する義務を課すとしてたり（Cornu, R.T.D.C.p.841, n°3）、所有権者が工事の履行に介入したと、肯定しうるために必要な要件である彼の工事統括

者の資格は、彼が建築の設計図を供したとか、あるいは彼が技術的に指揮したか、あるいは履行の手順を有効に統率したことを意味するとするもの (Soinne, *op.cit.*, t. II, p.594, n°51) などが見られる。

\* 斡旋事業者 (promoteur) が注文者である場合

建築家の減責を生じさせるためには、顕著な能力をもつ注文者の介入が必要とされ、この者自身が建築士、請負人、専門家、あるいは不動産の工学士、そして行政庁—その技術的吏員が工事を子細に統率した—である場合には、この要件が肯定されるであろうとされている (Cornu, *ibid.*)。それでは注文者が、この時期までに社会的に公認されてきている斡旋事業者であるときには、建築家を減責させるためのこの要件が存在するといえるのか? この問題について、破毀院は以下のような手短な判決を下している。

事案は、アパルトマンでの売却用の不動産を建てさせた不動産斡旋事業者が、それに存する不手際により共同的所有権者の蒙った損害について、共同的所有権者組合により訴えられた訴訟において、建築士と請負人に担保を訴求したものである。原審は斡旋事業者がそのような者として、建築分野での技術的経験がないとはみなされえず、彼は事情を知ってより費用の少ない建築技法を受け入れ、そして職業的に評価しえたその危険を自ら負担したとの理由で、この請求を棄却していた。しかし破毀院は、原審判決が斡旋事業者による工事の実現への、何らかの権能 (titre) での介入があったのかどうか、そして彼は建築の分野で顕著に能力があったのか否か、審理することなしにそのように判示したのは、判決に法的根拠を与えていないとして破毀・移送とした (Cass.civ.3e., 12 juin 1968 D.S.1969 216.)<sup>(342)</sup>。

(342) なお、その後の1971年7月16日の法律により、民法典に不動産斡旋事業契約 (contrat de promotion immobilière) の規定が挿入されて、現在に至っている。その冒頭条文である1831条-1は、次のように規定する。

同条1項《不動産斡旋事業契約とは、共同的利益での委任であって、それによりいわゆる不動産斡旋事業者である者が、ある工作物の注文者に対して、合意された代

この判決を論ずるある学説は、斡旋事業者が建築の分野で顕著に能力があるとはいえない理由を、建築上の職業者 (professionnel) ではあるものの、技術者ではない素性に求める。「斡旋事業者は建築の事業計画を構想し、そして法的、資金的、技術的平面で、それを準備する。前の二つの点に関しては、彼自身が大部分の役務を遂行する。しかし不動産の物的建築に関しては、特別な場合を除いて、彼自身の無能力に突き当たり、そしてその証明が彼は資格ある専門家に依頼しなければならないことである」。「斡旋事業者がしばしば建築の請負人の中から (時々は建築士あるいは工学士の中から) 補充されているのは確かに事実である。しかしなおより頻繁に、彼らは銀行、実業家、商業的仲介人といった財界からの出身であり、商業的および法的教育だけを受けている」。「それゆえに、斡旋事業者の顕著な能力は、各事件の枠内で証明されるべきである。注文者の職業への単純なる言及、特に斡旋事業者のそれへの単なる言及は、その利害関係者の能力が厳格に証明されていない限り、責任分割を根拠付けるのに十分ではない」(Jestaz, La compétence professionnelle du promoteur de constructions immobilières, D.S.1969 chr.p.71.)<sup>(343)</sup>。

---

価で、労務・役務賃貸借契約を用いて、一つまたは複数の建造物の建築プログラムの実現をなさせ、並びにこの者自身であるいはある合意される報酬の下に、同じ目的に寄与する法的手続、行政的手続、融資上の手続の全部または一部をなさせる内容のものである。この斡旋事業者は、彼が注文者の名で締約した者達の負担におかれた、諸債務の履行の担保義務者である。彼は特に、本法典の1792条、1792条-1、1792条-2 および1792条-3 から生ずる義務を負う (最後の条文は後述する1978年1月4日の法律第5条により取り換えられたものである—筆者)。

同条2項《もし斡旋事業者が、そのプログラムの施工の部分を、彼自身で履行する義務を負う場合には、それら施工に関しては、労務・役務賃貸人の諸義務を負う》。

(343) 斡旋事業者が建築士である場合には、顕著な能力の証明は容易であり、更に資格ある協力者、特に技術研究所を有している場合には、ほとんど疑いの余地がないであろうという。これに対し、斡旋事業者が一般的請負人である場合には、集中暖房や防音隔離のような特殊な事柄についての能力は、必ずしも明確ではなく、その答えは鑑定によることにならうとする (p.74.)。



### く 建築家の責任に関する免責・減責条項の効力

1967年法は、この問題についても、実に中途半端な対応をなし、建築予定不動産売買の売主に対する担保責任については、その規定に反する条項は書かれなかったものとみなすと定めながら（後掲η参照）、建築家の責任を定める1792条と2270条には、そのような定めを置かなかった。このような立法の仕方と直面すると、従来の判例による解決にあえて異を唱え、これらの条文に反する免責・減責条項は、すべて書かれなかったものとみなすとするのは、判例にとってはもちろん学説にとっても、初めからそうするだけの正当化根拠が欠けていると、意識せざるをえないであろう。

そこで、この時期の学説では、中間的な解決（前述した Beudant et Lerebours-pigennière par Rodière, op.cit., p.237 et suiv., n°216. の学説）を採用して、全部免責条項は無効であり、また完成後に放棄しえるのも、表見的な瑕疵についてだけであるのに対し、減責条項については、それが担保をして空虚なものとしなすことを条件に一更に故意および重過失がない限りは一、原則として有効とする見解が示され（H.L. et J. Mazeaud (par Tunc), op.cit., p.137 et suiv. n°1070-25.）、そして破毀院判例も従来のやや曖昧だった判例の延長線上で、この中間的な解決を採った（Cass.civ.3e., 7 mai 1971 J.C.P.1972 II 16992.—「民法典1792条と2270条の10年の担保は公序に属し、建築士あるいは請負人のすべての責任の免責条項は書かれなかったものとみなされるべきだとしても、しかし建築家の部分的免責だけを生じさせる条項は認められるべきである」とする）<sup>(344)</sup>。

他方この時期の学説で、理論的により興味深い考察として、瑕疵担保責任の性質について、従来の法定責任に依拠する説にとっても、契約責任の

(344) しかし注意すべきは、この時期の破毀院判例によると、建築家はその義務の履行において故意に等しい重過失を犯している場合には、免責・減責条項の効力を主張しえないとされていたことである（Cass.comm.18 déc.1967 Bull.civ.1967 n°419. Cass.civ. 3e., 22 avril 1980 Bull.civ.1980 III n°77.）。



立場を採る学説にとっても、ここでの免責・減責条項の効力を完全に否定する解釈が困難である事情を示唆する、以下のような論証がなされているのにも、注目すべきである。

注文者による受領に、建築家の責任解放の効果を認め、ただ1792条と2270条は受領時には知られていない瑕疵のありうる建築工事について、特別に担保の制度を規定したと性質決定する学説にとっては、本来的に建築家が解放されているはずの責任を、彼らは特別に負わされているのであるから、原則として免責・減責条項の効力が認められて当然であると、思われるであろう。そこで、Soinneの主張が淀みなく、おおよそ次のように展開される。1792条と2270条は、公序の性格を表すものではない。今日におけるあらゆる実行行為は、建築物の建設と同様に第三者にとって危険でありうる。所有権者の不知は無視されえないが、この未経験は非職業者により締結されるすべての契約に関して遭遇する。それは建築の領域で特別なのではなく、それゆえに両条文を公序上の原則に昇格させえない。所有権者による指図が建築家の担保を減免させないが、しかしこの原則はあらゆる職業に関して存在していて、それがすべての無責任条項の無効を生じさせるのでもない (Soinne, *op.cit.*, p.737 et suiv., n°110.)。

これらの論拠は、注文者による受領が、担保責任も残さずすべての責任から解放するという立法を、もしなそうとするときにも、十分に役立ちうるだろうという印象さえ、感じさせるものである。

これに対し、1792条と2270条の担保責任の性質は、契約責任であり、ただその期間だけを10年とする規定であると解する学説にとっては、公序にかかわる責任規定でない限り、それを減免する条項は一意図的過失がない限り一有効であるのが、契約の一般法の原則であるから、両条文が公序に属するとの論証ができなければ、免責・減責条項の効力をすべて否定するのは不可能であろう。そこでBoubliはいう。判例は両条文の公序の性格を一般的に援用して、免責条項の無効を宣している。真実には、この判例

とそれが影響されている学説に、正当に異議を唱えうる。公序の観念は、値踏みしうるものではない。もし兩条文が公序に属すると考えるのなら、それらの規定は強行的で、部分的にもまた適用除外したりできないと、結論しなければならない。しかし担保の制限条項は判例で有効とされており、その条項により担保期間を1年に短縮できるとされている。これは免責条項の無効を正当化するために援用される、公共的安全の配慮とも同様に矛盾するであろう (Boubli, *op.cit.*, p.37 et suiv., n°62 et suiv. この見解は既に出されていた Saint-Alary の説—note sous l'arrêt de Cass.Civ. 1re., 13 nov.1967 D.S.1968 p.260.—をほぼ全面的に支持するものである)。

これらの学説は、もし建築予定不動産売買に続いて、請負契約でも1792条と2270条に反する免責・減責条項を無効とするとしたら、不動産建築契約の特殊性が、契約の一般法とは異なる原則を採用させるほどの (更には立法者に規律のイニシアチブを認めなければならないほどの) ものであることを、正当化しえなければならないと教えるのであるが、そのような検討は、次の本格的立法をまたなければならなかった。

#### η 補論—建築予定不動産売買における瑕疵担保責任

1967年法およびデクレは、建築予定不動産売買の瑕疵担保責任について、次のような主要な諸規定を新設した。

##### \* 表見的な瑕疵についての責任

民法典1642条-1第1項《建築予定不動産の売主は、工事の受領以前にも、取得者による占有取得後1か月の期間経過前にも、その時に表見的であった建築上の瑕疵から、免責されえない》。

第2項《もし売主が瑕疵を修補・填補する義務を負う場合には、契約の解除あるいは代金減額には、理由がない》。

民法典1648条第2項《1642条-1により規定されている場合において、そ

の訴権は売主が瑕疵から免責されうる日に続く1年内に提起されるべきであり、さもなければ失権となる》。

デクレ1条第2項《完成の確認は、それ自体によっては、契約の見込みへの適合性の承認も、取得者が民法典1642条-1により有する権利の放棄をも、含むものではない》

デクレ9条第1項《民法典1642条-1に規定される受領は、留保を伴ったあるいはなしの受領と解される》

この時期の学説は、まず1642条-1第1項から、それが規定する二つの出来事（受領または占有取得から1か月の経過）の、どちらか遅い方の実現（受領にあってはデクレ9条により留保を伴うかどうかで変わらない）があった以前の表見的な瑕疵について、ここでの売主は担保からの免責を主張しえないと解し、更にその反転された対照的解釈として、1648条第2項の訴権提起期間の出発点（「免責されうる日」）も同様に、前記した二つの出来事の遅い方の実現のとき（つまり両方の出来事が重畳的に実現したとき）から1年間となると解釈していた（Saint-Alary, *La vente d'immeuble à construire*, J.C.P.1968 I 2146, n°20.）。そしてこの時期の判例もまた、この説を採用している（Cass.civ.3e., 15 mai 1974, J.P.C.1975 II 18121 obs.Martin.<sup>(345)</sup>）。

(345) 評釈者のMartinは、そもそも立法者による1642条-1の編纂に、曖昧さがあることをこう指摘している：本条が一方の出来事を「工事の受領」の用語により規定しているので、この受領は売主（注文者）が請負人達に対してなす受領と読めるが（なぜなら買主が受領するものは、工事ではなく、完成した場所（local）あるいは不動産だから）、しかし買主に課される期間の出発点を、彼がいかなる役割ももたないある出来事にかからしめるとするのは異例であることからいうと、本条が規定する受領は買主による売主に対するそれではないかと一応は推定しうる。ただ、もし買主によるこの受領が黙示のときでも（受領調書が作成されないときでも）期間の出発点となるのを認めると、買主による受領と占有取得とが頻繁に一緒とされるであろうから、占有取得から1か月の出発点の他に、立法者が買主による受領を定めた理由が解らなくなる点からすると、本条にいう受領は売主（注文者）による受領とも考えられる。

また1642条-1第2項は、瑕疵の修補・填補が売主の通常的な責任であり、それがなされない場合にだけ、民法典が売買一般について定める解除や代金減額に訴えることができるとする、建築予定不動産売買に独自のシステムを採用した規定であるとされる (Saint-Alary, Droit de la construction, p.342.)。

\* 隠れた瑕疵についての責任

民法典1646条-1第1項《建築予定不動産の売主は、工事の受領の時から10年間、建築士、請負人および労務・役務賃貸借契約により注文者に結ばれている他の者が、本法典1792条と2270条の適用においてこれらの者自身が義務を負う隠れた瑕疵について、義務を負う》。

第2項《売主は工事の受領の時から2年間、小工事を担保する義務を負う》。

第3項《これらの担保は、その不動産の相次的所有権者に、享受される》。

第4項《もし売主が、瑕疵を修補・填補する義務がある場合には、契約の解除あるいは代金減額には、理由がない》。

法律5条第1項《不動産を構成する場所の何らかの一つが、期限付きであるいは完成未到来状態で売買されていたときには、完成後のその不動産に含まれるある場所の売買は、1646条-1の諸規定に従う》。

第2項《しかし、前記条文の適用において生ずる可能的訴権は、相次的取得者により最初の売主に対してのみ行使されうる》。

学説によると、1646条-1第1項が、建築予定不動産の売主が負う、隠れた瑕疵についての責任を、建築家が労務・役務賃貸借に従って負う責任の模写により、工事の受領から10年と2年間により時効消滅する同じものとした理由は、この売主が現実には買主（取得者）と建築家の繋ぎ (re-lais) の役割をしていると認められるところから、通常の現物不動産の売

主（注文者）が買主から30年間、訴権を行使されるのに、建築家への求償が10年または2年に制限される不利益を、課さないようにするためであるという（Saint-Alary, *op.cit.*, n°22. *Jestaz, Les malfaçons de l'immeuble*, G. P.1969 II p.228. なお Saint-Alary, *note sous l'arrêt de Cass.Civ 1re 13 nov.1967 D.S.1968 p260.* は、もしそれが期待されるごとく、完成新築不動産の売買が一般化される場合に、立法者は建築予定不動産売買のために規定したばかりの民法典1646条-1を、この売買に拡大するように配慮すべきであると主張しており、次に見る1978年法との関係で注目すべき指摘である）。

また1646条-1第4項の規定は、表見的な瑕疵の場合と同様に、隠れた瑕疵についての担保責任でも、瑕疵の修補・填補が売主の通常的な責任であり、それがなされない場合にだけ、民法典が売買一般について定める解除や代金減額に訴えることができるとする、建築予定不動産売買に独自のシステムを採用した規定であるとされる（Saint-Alary, *Droit de la construction*, p.342.）。

更に1646条-1第3項では、前述のごとく、相次的所有権者がここでの売主の担保責任を、享受することが明記されている。

他方で、法律5条についてはその1項で、不動産が未完成であるときに、既にその一部（場所）が条件付きかあるいは完成未到来状態で売買されていた場合に、その場所に適用される隠れた瑕疵についての1646条-1に基づく責任は、完成後になされる場所の売買にも適用されることになっているが、この規定の趣旨はその不動産の場所のすべての買主について、同様な取り扱いをしようとする点にあるのは明らかであろう。

次に同条2項において、同一不動産内にある完成後の場所の売買に、1646条-1の特別な適用により相次的取得者の享受する担保訴権が、最初の売主にだけ行使されうると規定されている趣旨は不明であるが、ある学説は、この規定につき相次的取得者が担保訴権を、最初の売主にだけ行使しえ、

請負人には行使しえないという意味に解して、そうされた理由は、斡旋事業者が最初の売主である場合（非常に多い）に、彼が技術的能力を有し工事に介入したとき、請負人は注文者（斡旋事業者）に対して責任を負わない場合があるので（前掲ε参照）、まず斡旋事業者が相次的取得者に全部を賠償しておいて、その後に技術者と釈明しあって責任分担を決めるためであると説明している（Jestaz, obs.sous l'arrêt de Cass.civ.3e., 23 mars 1968 précité p.665.）。

\* 担保責任の強行規定性

法律12条《前記7条乃至11条の諸規定、および民法典1642条-1並びに1646条-1の諸規定に反するすべての条項は、書かれなかったものとみなされる》

前述したように、この法律12条に従い、ここでの売主の担保責任を定める1642条-1と1646条-1は、強行規定とされている。