

フランスにおける建築請負契約と 所有権(11)・(完)

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

(以上本論集138号)

- (c) 1978年1月4日の法律制定以後の変遷
 - α 建築家等の瑕疵担保責任に関する改正・新設条文の列挙
 - β 瑕疵担保責任の積極的主体と消極的主体に関する推移
 - γ 瑕疵担保責任の発生要件に関する推移
 - δ 第三者に加えた損害の担保および詐欺的過失の責任
 - ε 責任推定および建築家の全部義務
 - ζ 取得者・承継人の直接訴権
 - η 建築家責任の強行規定化と義務保険制度

5 結 語

(以上本号)

(c) 1978年1月4日の法律制定以後の変遷

前述したように、1977年1月3日の法律は、建築士の職業についての運用準則（建築術法）を、建築一般が社会・共同体全体—そこで構成員の自由が共に調和して実現されるべきところの—の利益（公益）に関わる点に配慮して、規定したのであるが、それに続いて翌年には、その建築士を含む建築家等の瑕疵担保責任について、やはり建築一般の公益性にも鑑みての改正をなす標記の法律が制定された（cf. D.S.1978 legis.p.74. なおこの法律については、古軸隆介「フランス法における1978年法による改正後の

『建造者の契約責任』日仏法学18号（1993年）参照）。この立法の主要な目的は、建築家等の担保責任一責任が推定され外的原因の証明によってだけ免責される一の要件と効果をより細かく分けて詳細に規定しつつ、当事者がこの責任を免責・減責条項で排除しえないという意味での法定担保と位置付けるための、民法典の関係諸条文の改正と新設、および建築家に責任保険契約締結義務を課すための、保険法典の関係条文の新設にあった（本稿ではその問題関心から義務保険制度について詳細に互る検討まではしていない）。かかる立法者の大きな決断は、後の学説に高い関心を呼び起こし、そこで多くの本格的文献が表されるところとなった。

α 建築家等の瑕疵担保責任に関する改正・新設条文の列挙

まず建築家等の瑕疵担保責任についての、改正された、または新設された主要な条文を掲げたい（義務保険に関するものは後掲^η参照）。

新1792条第1項《ある工作物（ouvrage）のすべての建築家は、工作物の注文者あるいは取得者に対して、その工作物の強固性・耐久性を危うくする損害について、あるいはその構成要素の一つにおいて工作物を冒し、またはその装備要素の一つにおいて工作物を冒し、その工作物をその用途に不適切とする損害について、それらの損害が土地の瑕疵に由来するものであっても、法律上当然に責任を負う》。

第2項《建築家が、それらの損害は、ある外的原因から生じていることを証明する場合には、そのような責任は生じない》。

新1792条-1《以下の者は工作物の建築家とみなされる：

1号 労務・役務賃貸借契約により、注文者と結ばれているすべての建築士、請負人、技術者、あるいは他の者

2号 完成後に、彼が建築した、あるいは建築させた工作物を、売却するすべての者

3号 工作物の所有権者の、受任者として行為しているが、労務・役務

賃貸人と同様な職務を遂行しているすべての者》。

新1792条-2 第1項《1792条により定められている責任の推定は、ある建物 (bâtiment) の装備要素の強固性・耐久性を冒す損害にもまた及ぶが、それはその要素が用地整備、基礎、骨組、壁または屋根の諸工作物と不可分に一体をなしている場合のみである》。

第2項《ある装備要素が、前項に記述される諸工作物の一つと、不可分的に一体をなしているとみなされるのは、その取り除き、解体、取り換えが、その工作物の材料の破損あるいは除去なしには行われえない場合である》。

新1792条-3 《建物 (bâtiment) の他の装備要素は、工事の受領から最低限2年のある期間の、良好機能 (bon fonctionnement) の担保の客体となる》。

新1792条-4 第1項《ある工作物の、ある工作物の一部の、あるいはある装備要素の製造者は、それらが予め明確にされ決定された使用状態での諸要求を、満足させるために構想され製造されたのであれば、その工作物、工作物の一部、あるいは考慮されている装備要素を、修正なしにそして製造者によって定められた規則に従って適用した、労務・役務賃貸人の負担に、1792条、1792条-2 および1792条-3 によりおかれる諸義務について、連帯して責任を負う》。

第2項《本条の適用については、以下の者は製造者と同一とされる。

外国で製造されたある工作物、工作物の一部、あるいはある装備要素を、輸入した者

その上に彼の名称、彼の製造マーク、あるいは他のすべての識別させる徴表を、表わしめることにより、それを彼の製作物として提示した者》。

新1792条-5 《1792条、1792条-1、そして1792条-2 に規定されている責任を排除するまたは制限する契約条項であれ、1792条-3 に規定され

る担保を排除するまたはその内容を制限する契約条項であれ、1792条-4に規定される連帯性を排斥するまたは制限する契約条項であれ、それらすべては書かれなかったものとみなされる》。

1990年12月19日の法律により、次条の十全完成の担保を排除・制限する条項も書かれなかったものとみなされるとの、条文上の付け加えがなされている。

新1792条-6 第1項《受領とは、それによって注文者が、留保付きであるいは留保なしで、工作物を受け取ると宣明する行為である。それは最も勤勉な当事者の請求に基づいて、あるいは協議により、あるいはそれがなければ司法上において、介入する。それは、いずれにせよ、対面的・対審的に宣せられる。

第2項《請負人が受領から1年の期間負う、十全完成 (parfait achèvement) の担保は、注文者によって受領調書に記された留保の手段により知らされたすべての不手際の修補であれ、受領の後に露見した不手際について書面での通知を用いて知らされたその修補であれ、それらに及ぶ》。

第3項《修補工事の履行に必要な期間は、注文者と関係する請負人による、共通の合意によって、確定される》。

第4項《そのような合意の不存在、あるいは確定された期間内の不履行の場合には、工事は成果のないままとなった遅滞化の後に、履行していない請負人の費用と危険において、履行されうる》。

第5項《十全完成の担保として、要求されている工事の履行は、共通のある合意によって、あるいはそれがなければ司法的に、確認される》。

第6項《この担保は、通常的損耗あるいは利用の結果を、補修するために必要な工事には、及ばない》。

2005年6月8日のオルドナンスにより加えられた1792条-7《以下の装備要素は、1792条、1792条-2、1792条-3、1792条-4の意味でのある

工作物の装備要素とみなされない。それは、その専有的機能が、その工作物内での、職業的活動の行使を可能とする、装備要素（その従たるものも含まれる）である》。

新2270条《その責任が、本法典の1792条乃至1792条-4に従って負わされうるすべての自然人と法人は、1792条乃至1792条-2の適用においては、工事の受領から10年の後に、あるいは1792条-3の適用においては、この条文に示されている期間の経過において、この者にかかる責任と担保から免責される》(2008年6月17日の法律により新1792条-4-1に移動)。

2008年6月17日の法律により2270条に代えて付加・新設された1792条-4-3《1792条-3, 1792条-4-1, および1792条-4-2により規定される訴権を除いて、1792条と1792条-1で示された建築家に対して、および彼らの下請人に対して申し立てられる責任訴権は、工事の受領から10年により、時効消滅する》。

確かにこれらの条文は、多岐の問題点に互って、しかもそれらに深くかかわっており、新たに総合的な理論的検討を始めさせるのに十分である。そこで、ほぼこれまでの考察順序に従いながら、この立法を起点とする今日までの判例と学説およびその後の立法の推移を、辿ってみることにしたい。

β 瑕疵担保責任の積極的主体と消極的主体に関する推移

新1792条は、まず建築家の責任を問いうる主体（積極的主体）について、これまでの判例に従い、明文で注文者だけでなくこの者からの相次的取得者を加えている。

他方で、責任を負担する主体（消極的主体）については、「すべての建築家」とし、そして新1792条-1は、その建築家とされるべき者を列挙している⁽³⁴⁶⁾。新たに加わったのは、同条2号と3号であるが⁽³⁴⁷⁾、2号につ

いては学説により、実質的に不都合をもたらすとの批判がなされているの

(346) 本法4条は、建築予定不動産の売主の責任規定も、以下のように改正している。

新1646条-1《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、1792条-1、1792条-2、および1792条-3条の適用においてこれらの者自身が負う義務について、義務を負担する》。

2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》。

3項《もし売主が、1792条、1792条-1、および1792条-2に定められる損害を修補・填補する義務がある場合、および1792条-3に規定される担保を負担する場合には、契約の解除あるいは代金減額には、理由がない》。

また、本法9条（建設・住居法典L.111条-24）は、技術監査士（前掲4・（3）・[C]・（c）参照）の責任についても、以下の規定を置いた。《技術監査士は、注文者によって彼に委託された任務の限度内で、2270条に規定される諸条件で時効にかかるところの、民法典1792条、1792条-1、および1792条-2により定められている、責任推定に服する》。

この他、前述したように（前掲注342参照）本法5条は、1971年7月16日の法律により民法典1831条-1を挿入して、不動産斡旋事業契約における斡旋事業者に、やはり1792条、1792条-1、1792条-2および1792条-3から生ずる義務を負わせている。

(347) 更に本法6条は、1971年7月16日の法律45条1項（1972年7月11日の法律30条で修正がなされている）に規定する者も、1792条-1の意味での建築家とみなされるとの規定を補充している。その45条1項は、不動産斡旋事業契約以外で、一つの住居だけを含む居住用不動産、あるいは職業および居住用の不動産を、この者が注文者に提案するか、又は提案させる設計書（plan）に従って建設することを任務とする契約——一般にこの契約は個人的家屋建築契約（*contrat de construction de maison individuelle*）と称されている——の締結者について定めている（cf.D.S1971 legis.p.317, 1972 legis.p372.）。ある学説はこの改正において、立法者がかかる契約を労務・役務賃貸借と性質決定することなく、ここでの契約者を建築家とみなすとした理由について、特に彼らが正に規律しようとしていた、規格製作されていて製作者により組み立てられる家屋の売買を、排除してしまうような、狭い内容としなためであったと説明している（Malinvaud et Jestaz, *La loi n°78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, J.C.P.1978 I 2900 n°55.）。なお、この契約の詳細とその後の変遷については、Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, 9éd., 2015, p.599 et suiv. n°663 et suiv. 参照。

に対し、3号の追加については、学説からの批判はない。

* 2号の追加について

建物完成後の売買 (vente clefs en mains) の売主に、労務・役務賃貸人と同様の責任を負わせる2号の追加については、理論的整合性の点からは、何らの難点もなくなっている事情をまず指摘しておく必要がある。前述したごとく、所有権が物自体に対する支配権とされるときには、工作物の所有権を注文者 (所有権者) が原始取得するのか (労務・役務賃貸借)、それとも工作物の製作者が、完成までその所有権者であり、引渡しと受領によってこの権利が注文者に移転するのか (一旦作られた物の売買) で、危険負担と建築上の瑕疵の責任は全く異なっていた。すなわち前者の場合には、注文者が工作物そのものの支配権者となっているから、完成前における不可抗力上の危険を負担するとともに、建築上の瑕疵についても工作物自体の支配権者である注文者が、それでよいとして受領した以上は、責任を問えないとされていたのに対し、後者の「一旦作られた物の売買」とされるときには、完成までの危険は工作物製作者が負い、また引渡しにより所有権を移転した工作物に瑕疵があれば、当然にも売主の担保責任を負わなければならなかった。しかし所有権が、民法典の成立以後、物自体の支配権ではなく、物の有用性だけを排他的に使用収益するための法律上の権能・権限とされるにつれて、注文者が所有権を原始取得する労務・役務賃貸借契約においても、注文者は工作物の有用性だけについての排他的権能・権限を有するのみで、その有用性を注文者が享受しうるようにする、工作物の完成までの危険は、注文者から独立して工事のイニシアチブをもつべき労務・役務賃貸人にあるものとされ、また同様の理由から建築上の瑕疵についても、注文者の受領によって解放されるものではないとされてきたのであった。こうして、両者の契約において、危険負担とともに瑕疵担保の取り扱いについても、本質的に相違して扱うべき理由はなくなって

いたのであるから、立法者が2号を追加したことの正否は、その導入の目的およびそれがもたらす諸結果の平面での評価に従って、判断される次第となろう。

この立法措置の狙いを推測するための手掛かりは、前述した1967年法の新設にかかる1646条-1と法律5条1項にあるように思われる。まず前者の条文は、建築予定不動産の売買における売主が、現実には買主（取得者）と建築家の繋ぎ（relais）の役割をしていると認められるところから、その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規定しているのであるが、《不動産を構成する場所の何らか一つが、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》と規定する後者の条文は、ここでの完成後の場所の売主も同様な繋ぎの役割をしているとして、その売買にも前者の条文を適用しようとするものであろう（前掲（b）・η参照）。こうして1967年法の段階では、完成不動産（vente clefs en mains）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年に制限されるという不利益を、5条1項が規定する範囲でだけ、建築予定不動産の売主と同様に免れさせていたのであるが、1978年法はこの不利益を、およその完成不動産売買の売主から、免れさせる目的で、ここでの2号の追加に踏み切ったとみうるであろう。

しかし学説では、立法直後から、この2号の追加に疑問が呈せられた。「この規定は、完成前と完成後の売買の場合における解決の統一という、ア・プリアリには称賛すべき配慮に影響されたものではあるけれども、立法者が気付かなかった不合理な結果へと導く。実際にそれは、多くの場合に訴権期間の相当な短縮を生じさせる恐れがある。なぜなら、10年と2年の担保期間は工作物の受領の日から進行するのであって、売買の日からではないからである。それは、売買が受領からより遠ざかった日に介在すれ

ばするほど、担保期間がより多く減じられることを意味する（以下では第一の論点という一筆者）。「それが唯一の不首尾なのではない。例えば建築を彼自身がなした売主についていえば、職業上の請負人と自前建築者（castor）とが、同じ責任推定に服せしめられるであろうが、それは問題である。更には、いまの定義そのものによって、工作物の受領が存在しないのに、担保の起算点をいかに定めるのだろうか？付加価値税の規定の転用により、自己自身への引渡しとでもいうのだろうか？—判例はこのときには、完成を起算点としているとされる（Obs.P.M. sous l'arrêt de Cass. civ.3e., 5 janv. 2017 R.D.I.2017.）・筆者一。更に、建築させた売主についても、完成後の（clefs en mains）個人向け住居を商う職業上の斡旋事業者と、彼の小さな一戸建て家屋を建築させたが、個人的都合（運・不運の変転、職業行使の場所の変更、家族の増加または減少など）によりそれを売却するに至った私人が、同じ担保に服せしめられることになるであろう（以下では第二の論点という一筆者）。「立法者が、1967年1月3日の法律5条1項の規定—それはより果敢ではない目的を追いかけるものではあったが、しかし完全な満足を与えるものであった—で満足しなかったことは、悔やまれるであろう」（Malinvaud et Jestaz, article précité, n°53.）⁽³⁴⁸⁾。

しかし判例が、これらの論点につき採用した解決は、いずれも学説から疑問を投げかけられるものとなった。まず第一の論点^が、売買契約は売主による不動産受領後10年内になされたけれども、隠れた瑕疵が露見したの

(348) この問題点は、立法時に近い他の学説によっても指摘されている—Costa, La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janvier 1978, D.S.1979 chron. VII p.39. (この学説は第一の論点について、売買が売主による受領から相当長くたってなされた場合に、売主が10年または2年の期間経過後には、通常の売主となって売主の隠れた瑕疵に関する担保責任を負うのか、それともはやいかなる責任も負わないのか、判例のみが評価するであろうなどにつき言及している)、Boubli, La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs, 1979, p.192, n°305. Karila, Les responsabilités des constructeurs, 1991, p.244 et suiv.。

が（主張されたのが）10年経過後であった場合に、売主（時効消滅を理由に建築家として10年の担保は負わない売主）は、なお1641条による隠れた瑕疵の担保に基づく売主の責任を負うのかという仕方で現実化した事例で、破毀院は2009年判決（Cass.civ.3e., 17 juin 2009 D.2009 p.1760.R.D.I.2009 p.475.obs.Tournafond.）と2010年判決（Cass.civ.3e., 11 mai 2010 R.D.I.2010, p.450.obs.Tricoire.）によって、この点についての見解を明らかにした。その内容は立法者の前述した推定される意図とは正反対に、「ある者が、彼の建築したあるいは建築させた不動産を完成後に売却する場合において、10年の担保訴権が、民法典1641条の一般法上の隠れた瑕疵に関する担保訴権を、排斥する訳ではない」というものであった⁽³⁴⁹⁾。学説が指摘するこの判示の不都合は第一に、破毀院が建築予定不動産売買については、受領から10年経過後に主張される隠れた瑕疵について1641条の適用を否定しているのに（Cass.civ.3e., 11 dés. 1991 R.D.I.1992 p.339.）、就位取得者（accédant）の援助なしに自己資金と自己の銀行信用だけの利用により、住居の消費者にずっとより確実な契約となっている、完成後の売買に対しては、売主に二重の担保—建築予定不動産の売主が与えるであろうものよりずっと手厚い—を課して、この取引（建売）の売主に高負担となる結果とすること（斡旋事業者がこの形態の取引から撤退させるよう促すこと）である（Tournafond, obs précitée, p.477. Tricoire, obs. précitée, p.453. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, Droit de la promotion immobilière, 9éd., 2015, p.449, n°454.）。

そして第二の不都合としては、不動産建築取引が、建築予定不動産売買

(349) なお破毀院はこれ以前に、完成不動産の売主が建築家として負う1792条以下の責任は、一般法上の解除の規定（1134条・新1193条）の適用を排除するののかという問題について、「民法典1792条以下の法定担保の発動の可能性は、完成不動産の建築家が同時に売主であるときには、売買の解除に関する規定の適用の障碍となるものではない」と判示していた（Cass.civ.3e., 2 mars 2005 R.D.I.2005 p.224.）。

の形式をとるのであれ、完成後売買のであれ、個人向け家屋建築契約のであれ、不動産斡旋事業契約のであれ、すべてが義務保険のシステムに伴われた10年の検証期間に服させるというのが、1978年法の立法者が考えていたところであり、またその後の判例と立法の動向（破毀院はたとえ損害が、契約での約定の不充足に発しているとしても、ある他の担保に属する損害は、この担保の義務を負う者に対して、一般法上の契約責任を根拠とする、賠償訴権を生じさせないとする判決を1988年に出し—Cass.civ.3e., 13 avr. 1988 J.C.P.1989 II 21315. R.D.I.1988 p.302.—、そして2008年6月17日の法律に基づく前記1792条-4-3は、建築に関するすべての不具合にその法的根拠の如何を問わず10年の期間を適用するとしている動向）にも反して（矛盾して）、最長20年にも互りうる（新2234条参照）1641条の瑕疵担保責任をも、ここでの売主に課すことがいわれている（Tournafond, obs précitée, p.448.）。

次に第二の論点に移ると、破毀院は1997年判決とそれに続く諸判決により、条文の文字に生真面目と評されるほどに忠実な適用をなして、完成不動産の売主が私人である場合にも、職業者（斡旋事業者）と同様に責任を負わせてきた。既に1997年判決が、破毀院のかかる姿勢を象徴している。この事件では、私人が請負会社に分担させて、彼の家屋の増築をなし、その2年後に売却したが、その新たに建築された部分の瑕疵について、売主が1792条の責任を負うかが争点の一つとなっていた。原審は、売主が彼の個人的な考慮で建築し、そして完成の後に売却を決断した場合には、その不動産の買主は10年の担保訴権を有しないと判示していたが、破毀院は1792条-1第2号の条文をそのまま引用して、破毀判決をなしている（Cass. civ.3e., 12 mars 1997 D.1998 p.234.obs.Storck.）。そしてその後は、売買が瑕疵ある工作物（売買前の改修工事が工作物であるとされることを要件とする）の完成から7年後に介在した事例でも、「期間のいかなる要件も、この規定の適用を完成直後に介在した売買に限定していない」として同条

による売主・建築家の責任を肯定し (Cass.civ.3e., 14 janv. 1998 J.C.P.1998 IV 1446.), 更に私人が請負会社に自己の家屋に大工事を施工させて2年後に売却したが, 取得者からその工事に亀裂があるとして請負会社の保険会社と共に全部義務での賠償訴権を提起された事例において, 破毀院は売主からの, 住居の修補工事をなしたのは個人的考慮のためで, 売買のためではないとの申立理由や, その場合に請負人(建築家)への10年の担保訴権は, 所有権の移転と共に買主が取得するから, 売買の効果のみで建築家とはならない売主に対する有責判決は否定されるとの理由についても, 売主の全部義務による責任を認めた控訴院判決は, 1792条-1の正当な適用によるものであるとして認容している (Cass.civ.3e., 2 oct. 2002 R.D.I.2002 p.546.)。

第二の論点に関する, 以上の破毀院判例の解決に対しては, 学説からやはりいくつかの疑問や反対論が提起されている。ここではそのうちの二つだけを紹介したい。ある学説は, 売主の瑕疵担保責任が請負人の責任により取り換えられたのは, 売買の客体が新築不動産だからであり, すべての新築不動産は10年の間担保され, その期間は検証期間とならしめようとする意図によっているはずだが, 個人的使用のために不動産を建築し, させた者が, その目的のために売買以前にその不動産を使用していたのであれば, それはもはや新築不動産の売買ではないから(既存建物の売買となっているという意味であろう), この場合の売主は建築家とみなされず, 売買の一般法上の売主とされるべきであろうという (Storck, obs.precitée, R.D.I.1998 p.235.)。またある学説によると, 判例による解決は, 職業者ではなく保険もなされていないであろう私人に, また建築家になるとの意識が全くないであろう私人に, 法律上当然の建築家の責任を負わせようとするものであるが, それは不動産消費者の保護という一般的動向に逆行して, 注文者に請負人の責任を負担させる帰結となるとされる (C.S.-A.H, chronique, R.D.I.1998 p.552.)。

以上のように、1792条-1の適用が遭遇している難問を、学説は鋭く指摘しているのであるが、しかしおよその不動産建築取引（建築予定不動産売買の形式をとるのであれ、完成後売買のであれ、個人向け家屋建築契約のであれ、不動産斡旋事業契約のであれ）について、それを義務保険のシステムに伴われた10年の担保責任に服させるという立法者の意図そのものについては、学説のほぼ一致して支持するところであるように思われる。そして、完成後不動産の売主が、労務・役務賃貸人と同じ内容の責任の主体となることにおけるかかる学説上の一致は、前述した所有権観念の変遷との関係を抜きにしては、考ええないのもまた確かであろう。

* 3号の追加について

次に新1792条-1が追加した3号については、もし1831条-1がそれに対する規定を既になしていなかったら（前掲注342参照）、不動産斡旋事業契約を締結する斡旋事業者に正確に当てはまる条項であり、そこで1978年法の立法者がここでの追加をなした意図は、不動産斡旋事業契約は任意的（*facultative*）であるところから、職業者が規定なき内容の役務提供契約を任意的に締結して、単純な受任者の外観の下に隠れている場合でも、これら様々な役務提供者をして、彼らが労務・役務賃貸人の任務と同様なそれを負っている条件で、建築家とみなすところにあるとされている（*Malinvaud et Jestaz, article précité, n°56. Costa, article précité, p.39. Boubli, op. cit., p.192 et suiv. n°306.*）。

γ 瑕疵担保責任の発生要件に関する推移

* 瑕疵の在所としての工作物および建物の装備要素の要件

1978年法は、従来の1792条が責任の客体として、建造物（*édifice*）の用語に依拠していたのを改め、工作物（*ouvrage*）の瑕疵とすることにより、同条と2270条との間にこれまで存していた、用語上の相違はなくされた。

学説によると、代置された工作物の用語は、建造物のそれよりより広く、特にかつては建造物であるのを否定されていた土木工事をも含むことで一致している。しかし今回の立法では、建設上の総体を表示する意味だけでなく、その総体の諸部分にも工作物の概念が適用されているのを確認しつつ、その際には明らかに、工作物は装備要素 (éléments d'équipement) に対比されている点でも一致している (Malinvaud et Jestaz, article précité, n°25. Costa, article précité, p.36. Boubli, op.cit., p.238 et suiv. n°371 et suiv. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.107 et suiv., n°113.)。そこで装備要素とは、複数形での工作物、より正確には1792条-2 第1項が列挙する「用地整備、基礎、骨組、壁または屋根の諸工作物」に対置されるものであるとか (Malinvaud et Jestaz, article précité, n°36.)、壁と屋根によって限定された空間内部の備えである (Boubli, op.cit., p.256, n°403.) とされる。また1792条がいう構成要素との相違については、この要素が建築の働きの枠内で請負人により加工された単純な材料 (セメント・石膏・鋼鉄など) であるのに対し、装備要素は機械やより手を加えられそのままの状態で設置される材料であろうと説明されている (Malinvaud et Jestaz, ibid. Kalira, op.cit., p.224 et suiv.)。更にその装備要素に固有な規定である1792条-2 は、建物 (bâtiment) のそれであることを要件としており、そこで建物の定義を必要としているが、それは建造物の定義よりも狭く、その内部で人が活動しうる、空洞のある建造物とされる (Malinvaud et Jestaz, article précité, n°35. Boubli, op.cit., p.255, n°402. Karila, op.cit., p.222—この学説は、外的自然要素からの侵害に対し、少なくとも部分的な保護を与えるものとの説明も付け加えている)。

しかしこの最後の点については、1978年法に存在する奇妙さとの批判が向けられてきた。というのも、一方で1792条の責任が工作物の装備要素の一つの機能不全により、その工作物を用途に不適切としている損害に適用されるのに対し、1792条-2 と1792条-3 の責任は、建物の装備要素にだけ

適用されるのだからである。実際にも、この条文間のねじれは判例を混乱させており、いくつかの判決はこの条文上の相違を無視して、1792条-2と1792条-3の適用を建物にだけでなく工作物の装備要素にも拡大して適用し、また立法資料からは、保険法 L.241条-1以下が建物の工事に保険義務を課していると認められるのに（条文は後掲 η 参照）、判例は1792条の工作物の用語に依拠して、建物ではない工作物にも保険義務が及ぶとする解釈を示してきたとされる。そこで、保険領域でのかかる混乱を治癒させる目的で、2005年6月8日のオルドナンスにより、1792条-2と1792条-3の建物の用語に代えて工作物の用語を充てる改正がなされ、同時に原則としてすべての工作物に保険義務が適用されることとされたという（*Malinead, La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, R.D.I.2005 p.238 et suiv.*）。

こうして2005年オルドナンスにより、建築家の責任と保険義務の拡大が図られたのであるが、同時にこのオルドナンスは、1978年法が「請負人がそれらを引き渡された状態で設置する機械装置または電気装置」までも、担保の対象となるとしたことから、疑問とされていた点を明らかにするために、1792条-7（条文は前掲 α 参照）を新設して、建築上の機能にではなく、専らその機能が職業的活動の行使を可能とする装備要素を、建築家の担保責任及び保険義務から排除している点にも、注意が必要である。

* 1792条および1792条-2に基づく担保責任の要件

・ 要件規定における立法者の推測される意図

1978年法の立法者は、前述したように工作物と装備要素を区別して、それらを条文の内に取り入れているのであるが、しかしこの区別によって担保責任の要件を従前よりも明確に規定しえているとは、とてもいえない。なにしろ、1792条には、工作物の強固性・耐久性を危うくする損害の要件と並んで、それを装備要素の一つにおいて冒し、工作物をその用途に不適

切とするとの要件が同列に加えられており、更に1792条-2では、いまの1792条の責任推定が、建物（bâtiment）の装備要素の強固性・耐久性を冒す損害にも及ぶ要件として、それが用地整備、基礎、骨組、壁または屋根の諸工作物と不可分に一体をなしていることとされているのだからである。もし立法者が、従来の大工事と小工事のごとき工事規模によって要件を決定するつもりなら、工作物と装備要素の区別により截然と要件区分をなしたはずであり、こんな煩雑な規定の仕方とはならなかったであろう。この錯綜した要件の規定の基礎には、やはり所有権観念の変遷がもたらした、ある発想の転換が存するように思われる。

不動産所有権が、不動産自体に対する支配権ではなく、その不動産が人一般に対して有している有用性だけの排他的支配権能とされるにつれて、不動産建築契約における所有権者（注文者）の建築工事に対するイニシアチブは認められず、それは建築家に移される次第となった。しかし所有権者にはその有用性について、排他的に支配する権能・権限を法によって与えられているのであるから、完成不動産の受領後には、その有用性の存否に関する排他的な検証可能性（排他的使用収益に裏付けられる実効的な検証可能性）も、法によって認められていることになる。1978年法の立法者は、この有用性に関する排他的検証可能性をもつ所有権者に対して、その有用性の存否の認識に達する可能性を期間制限との関係でどこまで保障するか（逆に言えばいつから認識に至りえないリスクを負担させるか）、という発想から、特に装備要素の有用性が工作物全体の有用性にとって不可欠と認められる場合（1792条）か、または工作物の一部（諸工作物）の有用性と合体していると認められる場合（1792条-2）か、それともなお工作物の全部または一部のそれとは区別されうる有用性がある場合（1792条-3）かで、別異に規定しようとしたと思われる。

・ この担保責任の積極的要件

すると、1792条の担保責任発生のための積極的要件は、工作物の強固性・耐久性を危うくする損害か、あるいは工作物全体の有用性に不可欠な構成要素または装備要素の一つを冒すことにより、工作物全体について、その用途（有用性）に不適切としている損害が、隠れた瑕疵により⁽³⁵⁰⁾存在する（たとえ土地の瑕疵に由来する場合でも）こととなる。ある学説によると、1792条は、この装備要素を冒す損害が、工作物全体を用途に不適切としているのであれば、次の1792条-2とは異なって、それが諸工作物と不可分に一体をなしているかどうか（分離可能かどうか）は問わずに、責任を負わせる趣旨であるとされ、そこで裁判所はボイラーの不首尾や、昇降機のメカニズムのそれ、空調設備のそれについて、不動産を用途に不適切とするものとして、本条の適用をなしうるとされていた（Malinvaud et Jestaz, article précité, n°41.）。そして後に破毀院判決がこれを確認し（Cass.civ..3e., 12 juin 1991 Bull.civ.1991 III No167 p.98.⁽³⁵¹⁾—控訴院が用地整備、基礎、骨組、壁または屋根の諸工作物と不可分に一体をなしていない装備要素は、1792条-3の規定に従い受領から最少2年の期間における

(350) 学説は、1978年法でも法文には表されていないが（しかも建築予定不動産に関する1641条-1の改正の際に、そこにあった隠れたる瑕疵の文言を削除しているが—前掲注312, 346および前掲(b)・η参照）、従来の判例は修正されておらず、受領時に表見的であった瑕疵の責任は、受領により免責されるから、それによる損害は除かれると解している—ただし性質的には表見的な瑕疵であるが、その忌まわしい結果について隠れている瑕疵は例外となること、あらゆる瑕疵は労務・役務賃貸人による反対証明があるまでは、隠れたるものと推定されるのは別論—（Malinvaud et Jestaz, article précité, n°10. Boubli, op.cit., p.146 et suiv., n°237 et 239. Kalira, op.cit., p.229 et suiv. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.115 et suiv., n°117. Caston, Ajaccio, Porte et Tendeiro, Traité de la responsabilité des constructeurs, 8éd., 2018, p.272, n°456 et suiv.）。

(351) 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）。

良好機能の担保の客体をなすだけだとして、1792条の責任を否定していたのに対し、装備要素を冒す不具合がその不動産をその用途に不適切としていたのかどうかを探求しなかったことにより、判決に法的根拠を与えていないとして破毀・移送）、通説もこれに従っている（Boubli, op.cit., p.263, n°415. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.131, n°128. Kalira et Charbonneau, Droit de la construction, 3éd 2017, p.245 et suiv., n°336.）。

次に、1792条-2に基づく担保責任発生要件は、用地整備、基礎、骨組、壁または屋根の諸工作物（工作物の一部）に不可分一体とされている建物の装備要素—その有用性が当該諸工作物（工作物の一部）の有用性に合体されているところの—に、その強固性・耐久性を危うくする損害が存在することである。

2005年6月8日のオルドナンスが、建物の用語に代えて工作物のそれを充てる改正をなしたこと、他方でこのオルドナンスが1972条-7の新設により、専らその機能が職業行使を可能とするための装備要素について、建築家の担保責任から除外する改正をなした点については、前述した通りである。

・ この担保責任の消極的要件

1978年法は、1792条第2項で建築家に、損害が外的原因に帰されることの証明による免責を認め、1792条-2ではそのことの前提となる「責任推定」の文字を冒頭に配している。それゆえこれまでの、判例と学説により一般的に説かれてきたように、過失の不存在の証明では足りず（詳細は後述 ε 参照）、不可抗力や偶発事象、推定されている責任主体が責任を負う必要のない第三者の行為の証明が要求される（Malinvaud et Jestaz, article précité, n°27. Boubli, op.cit., p.223 et suiv., n°354 et suiv. はこれに顕著な能力のある注文者の介入行為の証明を加えている—他の学説は多少性質の

異なる免責事由として別異に扱っている) ことが明文で確認されたといえる。

・ この担保責任の期間制限

ここでの担保に適用されるべき検証期間 (それは訴権提起期間でもある—前掲注281参照) は、従来の大工事に充てられていた10年とされている (新2270条, 2008年法改正による1792条-4-1からも同様となる)。しかし1978年法は, 1792条-6の新設によって, この期間の起算点の統一を図り, 受領が無条件であるか留保付きであるかにかかわらず, 受領の日が検証期間 (訴権提起期間) の起算点であるとし, 先に示した1967年12月22日のデクレ8条が, 居住用およびそれに類似の建物について, 留保を伴う受領の時には, 留保の対象となっている工事について, 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が起算日となるとの解決 (前掲注310参照) を, 明示的に採らないこととしたとされる (Malinvaud et Jestaz, article précité, n°30. Costa, article précité, p.42. Boubli, op.cit., p.137 180 et 264, n°222 290 et 416. Zavaró, La responsabilité des constructeurs, 2005, p.88 et suiv.n°149.)⁽³⁵²⁾。

・ この担保責任の一般法上の責任との関係

破毀院は, 排他的使用収益の権能を認められることにより, 不動産の不

(352) この10年の期間も後述する2年の期間も, 裁判上の請求または責任の承認によって中断されうる。そして安定した判例がかつては単なる急速審理 (en référé) への召喚は, この期間を中断させないとしていたとされるが, 現在の2241条1項は《裁判上の請求は, 急速審理においても, 時効期間並びに失権期間を中断する》と定めているところから, ここでの期間もこの規定に従うことになる (Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.151, n°145. Kalira et Charbonneau, op.cit., p.469 et suiv., n°715 et suiv.)。

具合による損害の認識について、注文者（所有権者）がやはり排他的可能性をもつことも考慮して規定されている担保制度が、契約での約定の不充足を理由とする訴権により、適用されなくなる不都合を避けるために、「たとえ損害が、契約での約定の不充足に発しているとしても、ある他の担保に属する損害は、この担保の義務を負う者に対して、一般法上の契約責任を根拠とする、賠償訴権を生じさせない」と判示している（Cass.civ.3e., 13 avr. 1988 J.C.P.1989 II 21315. R.D.I.1988 p.302.）。

＊ 1792条-3に基づく担保責任

・ この担保責任の積極的要件

この要件は、工作物の全部（単数形の工作物）、または一部（複数形の諸工作物）のそれ、とは区別されうる有用性がある—つまり用地整備、基礎、骨組、壁または屋根の諸工作物と一体不可分となっていない（分離可能な）—建物の装備要素の、その有用性における良好機能が損なわれていること、となるであろう⁽³⁵³⁾。

2005年6月8日のオルドナンスが、建物の用語に代えて工作物のそれを充てる改正をなしたこと、他方でこのオルドナンスが1972条-7の新設により、専らその機能が職業行使を可能とするための装備要素について、建

(353) 1792条が定める、工作物の装備要素の一つを冒す損害が、工作物全体を用途に不適切としているのであれば、1792条-2とは異なって、それが工作物と不可分に一体をなしているかどうかは問わずに、責任を負わせる趣旨であると解する学説によると、裁判所は用途に対する不適切性をこれまで広く解釈してきた傾向があり、それを装備要素にも及ぼさせるべきだとすれば、すべてあるいはほとんどの損傷が、たとえ分離可能な装備要素に在所をもつにせよ、1792条の10年の担保に属することとなり、その帰結として1792条-3はその実質が空洞化され、二次的工事を10年の担保から免れさせるという目的も、失われるであろうと指摘されている Malinvaud et Jestaz, article précité, n°41 et 42. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op. cit., p.131 et suiv., n°128 et 129.)。

建築家の担保責任から除外する改正をなした点については、前述した通りである。

・ この担保責任の消極的要件

1792条-3の用語を、1792条のそれと比べながら読むと、分離不可能な装備要素に生じた損害は、1792条により確立されている責任推定に属するのに対し、他の装備要素は良好機能の担保の客体をなすとして、立法者は後者につき後述する十全完成の担保と同じ種類の客観的担保—外的原因の証明による免責を認めない担保—（しかし十全完成の担保でのこの点にも疑問があることにつき後掲注357参照）を創設しようとしていたかに見えるが、果たしてそうなのだろうか。この疑問に、明確に答えている学説は少ない。ある学説は最初のそのような印象は、検討にほとんど耐えるものではないとして、以下の点を指摘する。第一に同じ種類の担保が問題だったのなら、1792条-3にそれのための別な場所を留保しておく代わりに、1792条-6でそれを規定したであろうこと、第二にここでの担保は、十全完成の担保と同じ精神に属するのでは全くなく、反対にそれは多くの規定をそこに借用しているところの、10年の責任の精神に多く類似していること、一般法では、不可抗力・第三者の行為・被害者の過失が帰責性を排除し、それゆえ責任を排除するのであるから、このことをなくさせるというためには、担保の用語の単なる言及以上のものを必要とするであろうこと（Malinvaud et Jestaz, article précité, n°43. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.133 et 136, n°130 et 134.）。おそらく他の学説も、暗黙にこのような理解を前提にはしていないかと思われる（例えば Caston, Ajaccio, Porte et Tendeiro, op.cit., chapitre 23, 24 では、注文者による過失や不可抗力の建築家責任に対する影響を、2年と10年の責任について並列的に論述している）。

- ・ この担保責任の期間制限

1978年法は、装備要素の良好機能の担保に対しては、改正前に旧2270条が小工事を服さしめていた受領から2年を最少限の期間とし、特に当事者がそれよりも長い期間であれば約定しようというだけでなく、そうするように促すごとき規定としている（1972条-3）。しかし前記したように、判例と通説に従えば、ここでの装備要素の機能不全は工作物の強固性・耐久性や、その用途不適合を生じさせないときにだけ（即ち1792条の責任を生じさせないときにだけ）、問題とされるであろうから、期間延長する約定を促す理由は、それだけ減少していると思われる。

なお、この期間の起算点について、無条件が留保付きかを問わず受領時とする改正が、この法律によってなされたのは、10年の期間と同様である（1792条-6）。

- ・ この担保責任の一般法上の責任との関係

破毀院は、ここでも法定担保に属する不具合には、この特別な担保の適用を一般法のそれに優先させている：注文者による一般法上の契約責任に基づく請求を認容し、それにより請負人の保険会社に対する担保訴権を棄却した原審判決に対して、破毀院は法定担保に属する不具合が、この担保の義務を負う者に、一般法上の契約責任を生ぜしめないにもかかわらず、特に民法典1792条-3により規定される良好機能の担保に、この不具合が属しないのかどうかについて検討していないとして破毀・移送（Cass. civ.3e., 11 mars 1992 Bull.civ.1992 III No78 p.47. Cass.civ.3e., 10 avril 1996 Bull.civ.1996 III No100, p.65. も良好機能の担保と一般法上の契約責任との関係について、同様の判示をしている）⁽³⁵⁴⁾。

(354) 破毀院は、建築予定不動産の売主についても、たとえ損害が、契約での約定の不充足に発しているとしても、ある他の担保に属する損害は、この担保の義務を負う者に対して、一般法上の契約責任を根拠とする、賠償訴権を生じさせないと判

* 新たに導入された担保の制度

・ 十全完成の担保

既述のように、新設された1792条-6 第1項は、受領が留保付きであれ留保なしであれ、当事者の請求または協議により、あるいは司法的に（鑑定を経ての強制された受領に相当する判決によって）介入しうるとし、そしてこの受領をすべての期間制限の起算点とする規定である。十全完成の担保はこれに続く2項以下で規定され、受領調書により留保されていた表見的な不具合、および受領後に露見し書面で通知される不具合について、それに関係する請負人が修補工事の履行を担保する制度とされている。

するとこの担保は、不動産建設工事がすべての工程を終了して、工事の面からは完成（竣工）といえる場合に、受領時になお存在する表見的な欠陥（従来は留保の効果としてなおその部分の仕事完成義務・引渡義務の残存として扱われてきた）や、受領から1年以内に現れるかもしれない隠れた欠陥について、それらをもはや仕事完成義務・引渡義務の未履行の問題とせず（その段階に留め置かず）に、欠陥ある工事を施工した請負人がその危険で負う（受領前にそうであったように、外的原因による免責を主張しえない）、完成の十全性の担保の問題という、あくまでも受領後の瑕疵担保の問題として、当事者が合意に基づき、あるいはそれができないときには司法的に、解決するための方策（修補期間の決定や代替執行の可能性および履行確認の制度も備えた）とする位置付けで、立法者が用意したものであると推測しうる。

しかし、学説においてかかる推測を最も明確に記述している学者は、

示している（Cass.civ.3e., 25 janv. 1989 Bull.civ.1989 III No20, p.11.—1967年法の1646条-1 第2項（小工事の2年の担保）との関係での判示）。

しかし完成不動産の建築者・売主については、1792条以下の法定担保の発動可能性が、売買の解除に関する規定の適用に、障害をもたらすものではないとしている（Cass.civ.3e., 2 mars 2005 Bull.civ.2005 III No49 ,p.43.）。

そのように考えられる十全完成の担保が、果たして現実に実行されうるのか極めて疑問とする Boubli である。注文者による受領に契約責任の解放の効果を認めず、1792条と2270条の責任は特別な責任ではなく、契約責任であり、ただその時効（期間制限）が短縮されているに過ぎないとする見解に立つこの学者にとって、実務の約定により通例的慣行となっていたものの法的承認であるこの担保は、建築家の契約責任が受領によっても依然として存続しているとの原則を無視して、建築家の仕事完成義務・引渡義務に基づく契約責任の存続で解決できる問題を、受領後にそれとは区別される十全完成の担保に置き換えつつ、しかし他方では10年と2年の担保とも異なる目的をもつものとされているのであるが、その位置付けには無理があると映っていた。この担保は、請負人を債務者として示しており、この者は担保されている現物での（en nature）填補を保障すべきことになる。しかし責任の通常の働きに戻すとすれば、10年のそれに服する不具合については、責任推定と全部義務の二重の働きが、請負人の責任を保持するのに十分であり、留保を生じさせた不手際については、請負人は一般法に従い彼がなした約定に適合する工作物の引渡義務があるのだし、その修補する義務も1年の期間に限定されない。いったい、留保損害に対する仕事完成義務・引渡義務の存続に代えてなされたこの担保の新設には、どんな実益があるのか（Boubli, *op.cit.*, p.166 et suiv., n°276 et suiv.⁽³⁵⁵⁾）。

立法者は、この担保に義務保険制度が適用されないとしているから、できるだけこの担保による紛争の解決を促し、10年や2年の担保の適用を減らして、保険料を軽減させようとしたとも、一応は考えうる。しかし債務者（関係する請負人）が彼の担保する不具合について、保険されていない

(355) この学者は、従来における受領の二重性として指摘されていた、担保の起算点の確定に関する不都合は、注文者が工事受領の意図を、曖昧さなしに表示した日について、評価する権限の裁判所による保持によって、かなり緩和されていたとの認識を示している（Boubli, *op.cit.*, p.166, n°267.）

という事実に直面して、注文者になんらかの利益があるかは疑わしいし、この担保に基づき修補をなした請負人に、他の労務・役務賃貸人への全部または一部の求償が認められるのであれば、十全完成の担保も間接的に義務保険でカバーされている次第となり、保険料の軽減という実益は限定される (Boubli, *ibid*)。

十全完成の担保が、請負人を第一の線に立たせることの疑問も論じられる。それは一般法との関係で何かを変えるのか? 一般法では注文者が債務者を選ぶことができ、必要なら様々な労務・役務賃貸人の内から、請負人を指定する。その選択は注文者のためである。では注文者が受領から1年間に、他の賃貸人の責任を選んできた際に、他の賃貸人は十全完成の担保が優先して適用されるべきだとして、それを注文者に対抗し、1年間は責任を免れて、自分たちが負う責任は9年間と1年間の担保であると主張するのであるか⁽³⁵⁶⁾。

(356) 破毀院は、受領に続く1年内である、十全完成の担保の期間内に現れた不具合は、10年の責任を排除するから、請負人の10年の責任を保障している責任保険会社は、請負人の注文者に対する責任を填補する義務がないとの上告理由に与することなく、「民法典1792条-6の規定は、同法典の1792条、1792条-2および1792条-3の規定を排斥するものではない」と判示している (Cass,civ.3e., 4 fév.1987 Bull.civ.1987 III No16, p.11.)。

しかし、いまの受領から1年以内に瑕疵が現れた事例とは異なり、受領時に表見的であって、受領調書による留保の対象となっていたそれについては、別な解決が採られている。争点となったのは、かかる瑕疵について、請負人の10年の責任を保障している責任義務保険会社には、そもそも補償義務が存在するかどうかであったが、破毀院はそのような表見的瑕疵は、十全完成の担保を生じさせるだけで、隠れた瑕疵についての10年の担保の適用がなく、それゆえ請負人の義務保険会社には補償義務がないと判示した (Cass.civ.3e., 29 avri. 1987 Bull.civ.1987 III No89, p.53. R.D.I.1987 p.351.)。

この判決からは、表見的な不具合について、受領調書で留保をなした注文者には、関係する請負人を選定して、受領から1年内での担保の発動という負担が課されることとなるが (判例は期間内に担保の発動がなされるべきとの表現を用いる—Cass.civ.3e., 19 avril 1989 Bull.civ.1989 III No8, p.45.)、しかしここでも破毀院はなお、

更にこの論者は、この担保に他の受領後の責任とは独自の意義を与えるために、免責事由の問題において、担保を責任から区別して、前者には外的原因による免責が認められないと位置付けうるか検討する。もしそう区別しないとすれば、1年のこの担保の実務的利益がいかなるものか、理解しえない。しかし、1792条が建築家に少なくとも10年の責任について、外的原因による免責事由を認めているのに、ここでの担保において「関係する請負人」だけは、その事由を主張しえない（すべての出来事に責任を負う）というも躊躇される。「ともかくこの選択は、戸惑わせるものである」（Boubli, *op.cit.*, p.178 et suiv., n°287.）。

受領は、それまで建築家の危険負担で履行しなければならなかった仕事完成義務・引渡義務について、外的原因から生じていた損害を免責させるだけで、すべての建築家が工作物を損害のないものとする義務は引き続き負うという、契約責任に根拠のある法定責任として担保責任を捉える法的

別な救済策を用意している。それは、一般法上の契約責任の適用である（Cass. civ.3e., 17 nov. 1993 Bull.1993 III No147, p.96.—上告理由で、受領の際の留保の対象となった不具合は、隠れた瑕疵にのみ適用される10年の担保には属さないのに、控訴院はその責任を認めたとの非難がなされたが、破毀院は受領時に留保の対象となった不具合に適用しうる、請負人のみが負う十全完成の担保が、他の建築家の一般法上の責任を存続させなくするものではないとの理由に基づき、建築士の過失を認定してこの者に責任を負わせた原審判決を維持している（Cass.civ.comm., 12 nov. 1996 Bull.1996 IV No263, p.225.—留保をともなった受領証書が十全完成の担保の期間を進行させたとしても、それ自体では留保の解除前の一般法上の責任からの解放を含むわけではないとする。Cass.civ.3e., 28 janv.1998 Bull.civ.1998 III No19, p.14.—受領により留保されている損害につき、留保の解除以前には、十全完成の担保と競合して、一般法上の契約責任が存在するという。Cass.civ.3e., 2 oct. 2001 R.D.I.2002 p.89. も同様）。しかし注文者がこの担保の発動をなしたが、その遅滞化にもかかわらず、十全担保の期間内に履行がなされなかった場合に、建築家の10年責任の要件具備があれば、その責任を求めることになるのかどうかは、不明である（Cass.civ. 3e., 23 avril 1986 Bull.civ.1986 III No47, p.37. は認めているようにもみえ、Karila, La garantie décennale demeure-t-elle une garantie des vices cachés sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 R.D.I.1987 p.27. はこれに反対している）。

枠組みにおいては、立法者が1792条-6の十全完成の担保に独自の意義を与えたりはできなかった(与えるためには少なくとも留保損害について建築家の受領前にその危険で負っていた義務の存続を認める必要があった)だけでなく、かえって他の担保とは独立の意義に伴われているかのような(Boubliが例示しているような)誤解を生じさせるであろう同条が、解釈者を「戸惑わせる」立法となってしまうことも、確かである⁽³⁵⁷⁾。

・ 製造者等が負う建築家との連帯責任の創設

1978年法の立法権者は自らイニシアチブをとって、契約責任に根拠のあ

(357) Malinvaud et Jestaz, article précité, n°13. は、「その(この担保の一筆者)法的性質に関しては、責任の何かある理念—それが推定されるか—へのあらゆる言及の欠如が、ここでは請負人によって負われる純粋に客観的な担保が問題となっていると考えさせる。しかしこの請負人が可能的責任主体に対し、求償権を行使しうるかどうかの問題は、完全に残っている」と記述し、前述のごとく2年間の担保の記述にも、十全完成の担保は純粋に客観的な担保で、外的原因による免責事由の主張もできないとの前提に立つ記述をしていた。だが Malinvaud et Jestaz, *Droit de la promotion immobilière*, 2éd., 1980, p.151 et suiv.n°123 では、「ア・プリオリには、この法律の定式はあらゆる責任問題の外で、各請負人は彼が実現した工作物の一部を修補すべきであると、示しているように思われる。しかしその解決は何ら確かではない—そこにおける意味に従って、責任ある請負人に対しての求償の余地があるのか否かが解決されることになるのだが」とされ、6éd., 1995, p.88, n°94. では今の「しかし」以下の第二文だけが代えられ、「自然な解決はそのようなものである」とされており、続いて Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, 7éd., 2004, p101, n°92. でも6版と同様な記述がなされていた。しかし 9éd., 2015, p.100 et suiv., n°102. では、外的原因の証明は10年の担保と同様に、十全完成の担保の免責を生ぜしめるかを問い、こう記述している—「法律の定式にもかわらず、注作者の過失、例えば濫用的使用が、免責原因であることを認めうる。そしておそらく、第三者の行為や自然的事象、少なくともそれらが不可抗力を構成する場合には、同様に判断する必要があるだろう。すると、十全完成の担保は、結果債務を表す、客観的で、請負人のところへと導かれるところの、責任に過ぎないであろう」。1792条-6第1項が、留保を伴う受領も、それを伴わない受領と同様に扱っているところからは、第2項以下が請負人の危険負担において修補義務を課しているとの解釈には、やはり無理があるとの判断に傾いてきていると思われる。

る建築家の瑕疵担保責任に対して、当事者が民法典の条文により規定されている内容の免責・減責をなそうとする条項は、書かれていないものとみなすとする立法をなした（1792条-5，詳細は後述）。これは建設されることにより、社会・共同体の内に長く維持されるはずの不動産としての工作物については、その強固性・耐久性や用途適合性の確保を建築契約の当事者にだけ任せしておくべきではないとの自覚の表れであろうけれども、しかし立法権者はこの自覚に基づいて、民法典の内により大胆な立法をなしている。それが、ここで検討している建築家の諸責任を、工作物の建造に使用されるものの製造者等に連帯して負わせる制度（現行1310条の法定連帯債務・真正連帯債務を負わせる制度）の創設である。

まず、その内容を1792条-4に従って概略的に確認すると、注目すべきはこの責任が1792条-1第1号の労務・役務賃貸人に、1792条、1792条-2および1792条-3による責任が発生することを前提としていることであり、そしてここでは、いかなるものの製造者（および外国からの輸入者・表示製造業者）が、いかなる要件の下で、この労務・役務賃貸人に発生する責任について、連帯して責任を負うべきかが問題とされるということである。それゆえこの規定によって、注文者は製造業者等に連鎖する契約により、物の前主からの承継取得者として、あるいは不法行為の被害者として、責任を追及する必要がなく、しかも製造物責任法のような理論に基づく独自の責任としてではなしに、労務・役務賃貸人が負う責任そのものを、製造者等に連帯して負担させる道が、注文者には開かれた次第となる⁽³⁵⁸⁾。

(358) この1978年法の規定が、それ以前の「欠陥ある製品の行為による責任に関する構成国の立法の近接化についてのヨーロッパ共同体理事会指令提案」に影響を受けていることを認めつつも、「その斬新性は完全であり、それが驚かせもする」とし、「立法者は同時に、この部門のモラルを正し、使用者に高められた質の製品を提供し、そして担保の単一の制度を確かなものとするために、製造者の責任を建築家のそれに同調させた」と評価する、重要学説がある（Boubli, *op.cit.*, p. 31 et suiv., n°60. p193 et suiv., n°308.）。

ところで、工作物の建造に使用されうるものの製造者と、それが使用された工作物の不動産所有者（注文者）というだけの関係に基づいている、この両者の責任関係を、建築家と注文者という契約に基づいて生ずる法定責任関係と同列に置きうる者（そのようなイニシアチブをとりうる者）は、立法権者以外にはなく、またそのような立法が正当と認められるとすれば、それは前述したごとき立法権者の自覚が正しいとされる外にはありえないことであろう。

すると本条が規定する、どのようなものの製造業者に、どのような要件があれば、労務・役務賃貸人と連帯して責任を負わせてよいかという内容の内には、その正当化根拠もすべて含まれていなければならない。なぜなら、本条は契約責任にも不法行為責任にも製造物責任法にも依拠することなく認めうる、独自の連帯責任の創設ともいうべきものだからである。そこで本条はこれらの点につき、「ある工作物の、ある工作物の一部の、あるいはある装備要素の製造者」であること、「それらが予め明確にされ決定された使用状態での諸要求を満足させるために構想され製造され」たこと、労務・役務賃貸人がそれらを「修正なしにそして製造者によって定められた規則に従って適用したこと」と定めているのであるが、本条の運用にはその明確化の課題が重くのしかかるであろう（その後の行政的対応と判例の動向については Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, 9éd., 2015, p.173 et suiv., n°164. p179 et suiv., n°167. 参照)⁽³⁵⁹⁾。

(359) 他方で、この時期に破産院では、売買契約で請負人に材料を提供していた製造者に対して、注文者が承継取得者として、隠れた瑕疵の担保についての直接訴権を有するかが問われており、有するとする民事第一部（Cass.civ.Ire., 29 mai 1984 R.D.I.1984 p.421.）と、直接訴権は有しないとの前提に立ちつつ、しかし1382条で準不法行為責任を問うとする民事第三部（Cass.civ.3e., 19 juin 1984 R.D.I.1984 p.421.—請負契約は売買契約ではなく注文者は承継取得者ではないとする）で見解が分かれていた。その後破産院は、大法廷判決により民事第一部のそれを統一見解

* 建築家のいわゆる「中間的損害」についての責任

1967年法が2270条の改正により、大工事に関する10年の担保に加えて、小工事についての2年の担保を追加したのであるが、この規定の仕方からは、1792条と2270条によってではなく、一般法の適用による残存的責任(*responsabilité résiduelle*)の対象として、「中間的損害」—不動産の強固性・耐久性の侵害や用途不適合を生じさせない大工事における損害—が、問題とされうるとの指摘がなされていた(前掲(b)・α)。破毀院は、1978年法成立直後に、1967年法を適用すべき事例において、この点に関する判断を迫られた。建築士の指揮の下で建築された、注文者の家屋に生じている亀裂について、責任を負わせた控訴審判決に対し、建築士が上告して、民法典の1792条と2270条の組み合わせられた規定からは、建築家の10年の担保が大工事の瑕疵に適用されるのは、それが建造物の強固性・耐久性を侵害するか、あるいはそれをその用途に不適切としている場合なのに、原審判決は不具合が不動産の崩壊を生じさせる性質のものでも、用途不適切とするものでもないことを指摘しながら、自分に責任を負わせたのは、判決を法的に正当化していないと主張した。破毀院は、控訴院が争われている不手際は強固性・耐久性の侵害も用途不適切も生じさせていないことを指摘しつつ、建築士にはそれゆえ1972条に基づく責任は推定されえず、従って注文者は建築士に対して彼の過失について証明する条件で、契約上の責任訴権を有すると、正確に判示しているとして、上告を棄却した(Cass.

としつつ、製造者が請負人に引き渡したものの不適合は、契約不履行に当たるから、注文者は一般法上の期間内において、直接訴権により彼に賠償を請求できると判示している(Cass. ass. plén. 7 fév. 1986 2 arrêts R.D.I. 1986 p. 210. D.S. 1986 p. 294 note Bénabant)。後にみるように、建築負担付賃借人や約定で建築義務を負った賃借人が、建築家に建てさせた工作物に隠れた瑕疵がある場合に、その工作物を賃貸借終了時に添付により取得する賃貸人にも、1792条以下の訴権を建築家に直接行使すると認めており(後掲注366参照)、この大法廷判決はそのような方向付けに寄与するものとして評価しうる。

civ.3e., 10 juillet 1978 Bull.1979 III No285 p219. Cass.civ.3e., 29 mai 1979 Bull.1979 III No117. も地下の駐車場で継続的に起きる浸水の事例で同様に判示して過失ある建築士の一般法上の契約責任を認めた)。

この最初の登場以降、本問題は破毀院の法廷でしばしば論じられ、まずかかる中間的損害についての契約上の訴権は、その隠れた不具合が詐欺的術策や契約に外的な過失から生じているのではない限り、1792条の担保と同じく、建築家は受領から10年の経過により責任を免れるとされた (Cass.civ.3e., 11 juin 1981 Bull.civ.1981 III No120.)。そしてこの点は、破毀院判例として定着している (Cass.civ.3e., 4 dec. 1991 Bull.civ.1991 III No299, p.176.—1967年法が適用されるべき事案で、大工事については10年、小工事について2年の経過により建築家が免責されるとする2270条の条文を引用した後、建築家の一般法上の責任に属する不手際は、詐欺的過失と契約外的な過失を除いて、同条に規定される期間を超えては援用されえないとする。Cass.civ.3e., 17 mars 1993 Bull.1993 III No38, p.25.—1967年法以前の2270条を適用すべき事例で、建築士と請負人の一般法上の責任に属する不具合は、詐欺的過失と契約外的な過失を除いて、2270条が規定する10年の期間を超えて援用されえないとする)⁽³⁶⁰⁾。

(360) なお破毀院は、請負人が締結した保険証書の条項で、1792条と2270条に従い被保険者(請負人)の負担となる、受領後の大工事の不具合に関する損害を填補すると定められていた事例において、破毀院はその条項で担保される損害として予定されている2270条は、強固性・耐久性侵害か用途不適合の要件を充足する1792条の推定責任と、その要件のない一般法上の契約責任とで、区別することなく10年の期間制限を設けている一般規定である以上、2270条を明示に対象とするこの条項により、保険者は一般法上の責任も担保しているものと解すべきであるとしている (Cass.civ.1re., 6 juillet 1988 Bull.civ.1988 I No221, p.155.)。

更に破毀院は、承継取得者に彼の前主に帰属していた物に帰される、すべての権利と訴権の享有を認めるとの一般論の判示により、ここでの一般法上の契約責任の移転も認めている (Cass.civ.3e., 26 mai 1992 Bull.civ.1992 III No168, p.102.Cass.civ.3e., 8 fév. 1995 Bull.civ.1995 III No39, p.27.)。

そして遂に、1978年法を適用すべき事例が現れ、破毀院はこの法律が再編成した各々の担保責任との関係で、中間的損害に関する一般法上の責任を、初めて承認した。事案は受領の時には表見的でなかった天井と内壁の不具合について、注文者は受領から1年の間にそれらを請負人に通知することなく、この期間経過後に請負人に担保訴権を提起したというものである。請負人はこれに対し、1978年法が創設した請負人の十全完成の担保は、一般法上の契約責任を排斥すること、そうでなくてもこの担保が定める受領から1年の制限期間内に、注文者がその賠償を申し立てている不具合について、知りえたという場合には、一般法上の責任は発動されえないなどを主張している。控訴院は、注文者が1年の期間内にかかる不具合を知りえたと仮定しても、請負人により供与される補充的担保である十全完成の担保は消滅的効果を生じさせず、従って注文者には他の法的根拠に基づく責任を提起する可能性がなお残されているとしつつ、本件で不動産の内壁や天井は装備要素として定義されえないので、良好機能の担保は適用されず、また本件では不動産の強固性・耐久性は争われていないし、主張されている不具合が家屋内で生活するのを妨げるほどではないから、援用されている不具合は10年の担保にも属せず、注文者が請負人の過失について証明すべきものであるなどを判示した。そして破毀院も、控訴院判決をほぼそのまま踏襲して、上告を棄却している（Cass.civ.3e., 22 mars 1995 J.C.P.1995 II 22416. note Fossereau.）。

本判決の主要な判示事項は、中間的損害に対する一般法上の責任と、請負人の十全完成の担保との関係にあること疑いないが、しかし同時にその責任の良好機能の担保との関係についての判示にも、注目すべきところがある。それは、控訴院が「本件で不動産の内壁や天井は装備要素として定義されえないので、良好機能の担保は適用されない」とし、破毀院も「受領時に表見的でない、天井や内壁の不具合は、良好機能の担保に服する装備要素を冒すものではない」としていることである。この判示からは、1792

条-3の分離可能な装備要素には、工作物の全部（単数形の工作物）、または一部（複数形の諸工作物）の有用性、と区別されうるほどの有用性がなければならず、そして同条の良好機能の担保（2年の担保）が適用されるためには、その独立してみられうる有用性が不具合で冒されていることを要求して、2年の担保の適用をその範囲に限定する姿勢がみられ、逆にそれだけ「中間的損害」に対する一般法上の責任（担保）の適用範囲を広げているように思われる。そしていま述べた拡大の傾向は、後のいくつかの破毀院判決において確認しうる（Cass.civ.3e., 27 avril 2000 Bull.civ.2000 III No88, p.59.—美的性質の塗装上の不具合は1792条-3の2年の担保に属し、10年の時効に服する一般法上の契約責任に属しないとの上告を斥け、破毀院は純粋な美的役割だけをもつ塗装工事は、1792条の意味での工作物や、工作物の装備要素、構成要素をなすものではなく、民法典1792条-3には属しないとし、かかる不具合に唯一適用可能なのは、一般法上の契約責任であると判示。Cass.civ.3e., 15 mai 2001 Bull.civ.2001 III No62, p.49.—塗装の単なる剥げ落ちは分離可能な要素を冒す、良好機能上の不具合であるとして、一般法上の責任を否定していた原審判決を、破毀院は前記2000年判決と同様な理由を説示して破棄・移送）。

これら一連の判決には、1978年法が新たに編成した各担保責任との調和に配慮しながら、そこに存すると判断した規律の間隙を、着実に補充してきた功績が十分に認められてよいであろう（Fossereau, note sous l'arrêt 22 mars 1995 précité.）。そして立法者もまた、判例のこの成果を前提としながら、2008年6月17日の法律（新1792条-4-3）によって、ここでの一般法上の契約責任をも、1792条、1792条-2の担保責任と一律に、受領から10年間の期間制限に服させる判例の解決を、明文の規定で承認している（Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.187 et suiv., n°175）。

おそらく、中間的損害の場合には他の担保責任とは相違して、建築家の責任に帰されるものか、それとも受領後の注文者による不適切な管理によ

るものか、容易には判断されえないとの考慮の下に、注文者が建築家の過失を証明すべき責任として位置付けられてきたと思われる。それゆえこの解決からは、工事の受領の効果には、表見的で留保されていない瑕疵からの損害の免責、注文者が過失を証明できない中間的損害についての免責、および外的原因に帰される損害の法定担保からの免責、が含まれることになる。受領後に判明する瑕疵の性質や、重大性の存否に対応しうる、柔軟な解決というべきであろう。

＊ 建築家の一般契約法上の責任への10年の期間制限の拡大

いま述べた、「中間的損害」に関する一般法上の契約責任の承認と、その反面でそれに基づく訴権は10年とする判例の定着は、これまでの建築家の期間制限についての規律に、ある反省を強いるものとなる。それは、この解決に至るまでの経過を概観するだけで、十分に得心される。そもそも、民法典編纂者は、注文者の受領によって建築家の責任は免責されるのが原則との前提に立ちながら、特に不動産建築請負では、大工事にあたる建造物が建築上の瑕疵（土地の瑕疵を含む）により全部または一部が滅失する場合（1792条）について、建築家に最長10年の法定責任を負担させたのであれば、その理由は編纂者の考えでは注文者が建造物を受領した後でも、なお建築家との関係で受けるであろう損害の最大のものがそれだから、というところにあったであろう。しかし次第に、注文者による受領は、建築家の責任を免責させるものではなく、ただ期間制限につづいてだけ10年としたに過ぎないとの契約責任説が主流となり、10年の担保とは区別された一般契約上の責任が認められてゆくのであるが、その保護の方向は当然のことながら、民法典編纂者が受領後に注文者の負いうる最大の損害として、法的責任としての保護を特別に定めたものよりは、損害の程度が小さいもの（その工事・建造物そのものを直接に冒す不具合よりも、それに関連する間接的な不都合）に向かってゆくはずであろう。すると一般法上

の契約責任とはいえ、民法典編纂者が10年の担保により特に保護していた損害より軽度なものについて、(責任推定がなく過失の証明が必要であるとはいっても)30年の時効にだけかかるというのは、公平さを欠く規律なのではないか。そしてこの民法典からの経緯の延長として、1967年法や1978年法も、それらの各々の担保に該当する対象工事が、受領後に注文者に生じさせる最大限の損害は、その目的物自体の直接的不具合から生ずるものであるはずだと正当に前提して、それにふさわしい期間制限を担保責任として制定しているはずであるから、それよりも軽度なはずの損害(間接的な不都合)について、一般法上の契約責任によることで、10年と2年の期間を超えて訴権提起が可能とするのは、やはり衡平の要請に反するであろう。

おそらくこのような考慮に促されて、この時期に破毀院は、2270条の規定を注文者から建築家に対するおよその一般法上の契約責任に基づく訴権に(ただし建築家に故意・dolと契約外的過失がある場合は例外)、適用を広げる判決を重ねた。主要な判決だけを掲げると、まず1967年法が適用されるべき事例で、浴室の電気設備の安全基準との不適合について、建築士が受領時に表見的であった欠陥を注文者に知らせなかったことで、受領の留保権の喪失と担保の出発点を延期する権利の喪失による損害の建築士に対する訴権は、2270条の訴権とは別だから2年で失効しないとの上告理由に対して、破毀院は過失がどれほど重大でも、建築士、請負人、および他の労務・役務賃貸人の一般法上の契約責任は、故意(dol)または契約外的過失の場合を除いて、本件に適用可能な1967年法が定める2270条の期間を超えて援用されないと判示している(Cass.civ.3e., 12 oct. 1994 Bull. civ.1994 III No171, p.109.)。次に1978年法が適用されるべき事案では、請負人の助言義務の懈怠を理由とする建築家の一般法上の契約責任につき、それが工作物を冒す不具合に関するときは、受領から10年を超えて主張されえないとの判決(Cass.civ.3e., 16 oct. 2002 1re espèce.)、より一般的に

建築家に対する契約上の責任訴権は留保付きか留保なしでなされた受領から、10年で時効となるとする判決 (Cass.civ.3e., 16 oct. 2002 2e espèce D.2003 p.300, note Malinvaud.), 建築士がすべての請負人の10年責任の保険締結を確かめなかった義務違反の責任について、この過失が建築士に委託された任務に外的なものではないからとして、10年経過による時効消滅を認めていた控訴院の判断を是認した判決 (Cass.civ.3e., 16 mars 2005 D.2005 p.2198 note Karila.) などがある—学説も支持 (cf. Fossereau., note précité, p.149. Malinvaud, note précité. Karila, note précité.)。

そして 前述した2008年6月17日の法律 (新1792条-4-3) が、明文でこの解決を採用している。

δ 第三者に加えた損害の担保および詐欺的過失の責任

* 第三者に加えた損害の建築家による担保責任

建築上の欠陥により、第三者が蒙った損害について、注文者は建築家にどのような仕方で、求償・担保の請求をなしうるか? この問題は、契約上の責任と準不法行為責任との関係や、10年の担保責任における制限を超えての求償・担保請求の適否、などの論点と絡んで、長い議論を必要としてきた。

この検討のために、まず注目すべき学説は、建造物を冒している損害(物を冒している瑕疵)と、建造物により第三者に惹起された損害(物により引き起こされた損害)を区別して、後者については契約の一般法に従って負っていた義務(注文者に間接的損害を与えないようにする義務)の違反として、30年の時効が適用されるべしとする Boubli の所説(前掲(b)・β参照)であろう。しかしこの説に対しては、判例によると受領から10年の期間を経過していない間に、第三者に損害を賠償した注文者(所有者)が1792条と2270条に基づいてなした建築家に対する担保の請求を認容している判決 (Cass.civ.3e., 19 déc. 1972 Bull.civ.1972 III No688, p.507.—

前掲注318参照) もあること、職業的売主あるいは悪意の売主は売却物の隠れた瑕疵により引き起こされた損害の被害者・第三者のために、買主が宣告された賠償について、常に隠れた瑕疵の担保に従い、賠償すべきだとされてきたことからみて、そのような区別をするのはどこまで正しいのかとの疑問が提起されている (Lambert-Pieri, *Construction immobilière et dommages aux voisins*, 1982, p.119 et suiv.n°306 et suiv.)。またこれに賛同する学説も、第三者に加えられた損害の建築家による担保につき、少なくとも10年の期間制限に服させないための、不法行為責任の代位構成に代わる、次善の策として受け入れるとするものであった (前掲注324参照)。

もう一つ注目すべき学説として、先に紹介した (前掲 (b)・ δ 参照) 不法行為における全部義務に、新たな視点を提示したものがある。この全部義務について、伝統的学説は因果関係における条件等価説に依拠して、各不法行為者の過失と損害の全体との間に、直接的・必然的な過失があるから、損害全部についての賠償義務を自己の責任として負担するのであり、それゆえ被害者に全部の弁済をなした者には、他人のために (他人の賠償義務のために) 支払いをなしたという関係がないから、他の不法行為者への求償のために被害者のこの者に対する権利・訴権について、法定代位を説明するのは難しかった (前掲注331参照)。しかしその後の学説は、この伝統的な理解の様式を転換して、各賠償義務者が自分だけでなく、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だとの理念 (garantie の理念) であり、従って他の者のためにも全額支払った加害者の一人が、この者に何らかの仕方で求償しうるのは当然とされるべきであると説いている。この新たな理論によれば、注文者が契約法上の担保訴権による求償のために、第三者・被害者の建築家に対する準不法行為上の訴権を代

位行使するという、理論的に難のある方途ではなく、1384条（現行1242条）や1386条（現行1244条）の加害者として第三者・被害者に損害賠償した注文者は、他の加害者である建築家のために支払った者として、同一の損害について加害者が複数の不法行為という平面での法定代位により、建築家に1382条（現行1240条）で求償が認められることとなる。

以上の理論的考察を踏まえて、学説では一般に注文者の建築家に対する求償・担保請求には、以下の4つの根拠に基づくものがありうるとされている。第一は、10年と2年の担保の要件が充足されている場合には、1792条以下と2270条を根拠とするもの、第二に、契約に挿入された求償・担保請求に関する条項があれば、契約を根拠とするもの、第三に、建築家に契約上の過失（例えば助言義務や情報提供義務上の過失）があれば、一般法上の契約責任を根拠とするもの、第四には、建築家に不法行為上の過失がある場合には不法行為責任を根拠（例えば1386条・現行1244条で責任を問われた注文者は被害者・第三者が建築家に有している1382条・現行1240条の不法行為訴権を法定代位により行使して）とするもの、である（Lambert-Pieri, p.134 et suiv., n°330 et suiv.）。そして判例も、この4つの類型で、注文者による求償・担保請求を認めているとされる⁽³⁶¹⁾（Malinvaud,

(361) ここでは、建築家への求償は契約法に従うとの主張を斥けて、注文者の不法行為規定による求償を認めた（これまでと同様に破毀院は法定代位に関する詳細な判示はしていない）、主要な判決だけを紹介したい。① Cass.civ.3e., 18 mars 1987 Bull.civ.1987 III No52, p.31.一貯蔵庫の建築途中に起きた壁の倒壊で、隣の建物の一部が崩壊したという事例で、賠償宣告された注文者から現場の共同管理者として1384条1項（現行1242条1項）に基づいて担保請求された工事統括者（建築士）と請負人が、注文者との契約関係があるにもかかわらず、同条を根拠に担保請求を認容したのは、契約責任と不法行為責任の非競合の原則よび1147条（現行1217条）に違反していると上告したのに対し、破毀院は訴訟の原因（source）が請負契約の当事者ではない隣人の不動産に引き起こされた損害にあるから、原審は正当に準不法行為の規定を適用して、担保請求について判決したとして上告を棄却。② Cass.civ.3e., 31 oct. 1989 Bull.civ.1989 III No199, p.109.一盛土工事の完成後ほどなく地滑

Jestaz, Jourdain, et Tournafond, *op.cit.*, p.211 et suiv., n°191.)。

最後に、これまで示した、受領後の工作物について、注文者が建築家になす請求・訴権の期間制限を一律にしようとする動向は、4つの方途が採られうるここでの求償・担保（それだけでなく第三者が受領後の工作物から受けた損害を直接に建築家に賠償請求する場合も含む）にも及び、それが2008年6月17日の法律（新1792条-4-3）にいう10年で時効消滅する、建築家に対する責任訴権に該当する点に疑問の余地はない（Malinvaud, *Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008*, R.D.I.2008 p.373. によると、1792条-4-3は、建築家に向けられた責任訴権が契約的根拠のものであれ、契約外的根拠のものであれ、損害の性質がいかなるものであれ、適用されるとする）⁽³⁶²⁾。

りで現場だけでなく隣接する2つの所有地に不具合を生じさせたという事例で、賠償宣告された注文者から1382条（現行1240条）に基づいて担保請求された請負人と調査研究に当たった技術士が、労務・役務賃貸人は注文者との間に存する契約関係を理由に担保するよう召喚されているのであり、責任非競合の原則の適用によって契約以外の根拠で責任が追及されないはずなのに、1382条（現行1240条）により責任を認容した原審判決は同条と1147条（現行1217条）に違反しているとの上告がなされた。破毀院は求償訴権の原因（source）が、注文者と建築家の契約に対して第三者の立場の者に引き起こされた損害にあるから、原審は正当に準不法行為の規定を適用して、担保請求について判決したとして上告を棄却。^③ Cass.civ.3e., 29 janv.1992 Bull.civ.1992 III No30, p.17.—商業使用の不動産の賃借人が、その不動産の改築工事を注文したが、その工事中にその建物が倒壊して、隣の土地に損害を生じさせたという事例で、隣人への賠償に任じた不動産所有者（賃貸人）から担保請求された賃借人（注文者）が、建築士になした担保請求について1382条（現行1240条）に基づいて認容した原審判決に対し、建築士から注文者は工事統括契約の履行での過失を理由として、その訴権を建築士の契約責任に根拠付けていたのに、予めの釈明を求めることなく不法行為責任規定に基づいて有責判決をなしたのは、1147条（現行1217条）と1382条（現行1240条）に違反しているとの上告がなされた。破毀院は、賃借人（注文者）は訴権の法的根拠を明確にしておらず、訴訟をそれに適用可能な法規定に従って解決すべき控訴院は、請負契約の当事者ではない隣人に、工事により引き起こされた損害に由来する担保訴権に、準不法行為責任を適用して、正当に判決をなしたとして上告を棄却。

こうして受領後の工作物にかかわる、建築家に対する責任訴権の期間制限は、次項で示す詐欺的過失の場合を除いて文字通り貫徹されたのであるが、その背景には不動産所有権の理論的変遷が存するであろう。というのも、今日の理論によれば所有権者には不動産の有用性に関して、排他的に支配する権能・権限を法によって与えられているのであるから、完成不動産の受領後には、その有用性の存否についての排他的な検証可能性（排他的使用収益に裏付けられる実効的な検証可能性）も、法によって認められていることになり、そこでその有用性の存否の認識に達すべき期間制限を、請求の根拠や損害の性質とは関係なしに、受領から10年として、この期間内に不具合とその帰結としての損害の程度につき認識しえなかつたリスクは、結局のところ所有権者が負うのが、妥当ということになるからである。

* 詐欺的過失ある建築家の責任

1978年法は、建築家の責任について、やはり一般法（契約法・不法行為法）の時効とは異なる期間制限を規定しているが、建築家に詐欺的過失がある場合でも、それが適用されるのか、それともその際には一般法のどちらかの責任が適用されて、期間制限もそちらの規定に従うのかは明らかにしておらず、従前と同様に判例に任せている。

もちろん、1978年法制定後の判例においても、この問題がしばしば登場しており、次第に従来の判例理論に対する学説からの批判にどう対応するのか、裁判所の見解が問われ続けてきた。破毀院はこの時期になっても、まず1967年法以前からの判例理論（故意と同視しうる重過失による不手際には、1382条・現行1240条と1383条・現行1241条の適用がありうるが、そのためには非難されている過失がどれほど重大であるにせよ、契約上の懈

(362) この時効は、2008年法が建築家に対する訴権に対して、特別に制定したものであるから、同法が同時に改正した人的訴権についての一般時効の適用を排除するものである。

怠からなるのではなく、その契約に外的な過失が認定されなければならない—前掲(a)・β参照)に依拠する判決を下していた(Cass.civ.Ire., 30 mai 1978 Bull.civ.1978 I No205, p.164. D.S.1980 p.414.note Espagnon—注文者により建築士または請負人に、彼らの契約上の義務の懈怠について非難されている過失が、どれほどに重大であっても、担保訴権は10年の経過後に消滅し、準不法行為の規定の適用において提起されている訴権は、契約に外的な過失にだけ根拠付けられうるとする)。しかし他方では、契約に外的な過失を要求しないかに見える判決も現れており(なお前掲注325参照)、判例の不統一の感も否めなかった(Cass.civ.3e., 23 juillet 1986 Bull.civ.1986 III No129, p.100.—パイプラインの建設工事の監督と統制の任務を負う工学顧問士が、受領から11年後に召喚され、控訴院で有責判決を受けた事例で、工学顧問士が上告して、契約外での詐欺的な過失を除いては、建築家は受領から10年で免責され、また契約外的な過失は真の詐欺行為を前提とし、契約の懈怠にとどまる重過失は詐欺と同等ではありえないのに、注文者を欺罔するための被告のいかなる詐欺行為も詐術も指摘することなく有責判決をしたのは、民法典1382条・現行1240条に鑑みて、判決を法的に正当化していないなどと主張：破毀院は、パイプラインの取り外しと取り換えを必要とする不具合が、契約上の義務を故意に怠った工学顧問士により犯された意図的過失から生じ、この過失が工事の履行と接合計画書の正確さの統制の意図的欠如によって、請負人達とともに注文者を欺罔するのに競合していることを指摘して、被告は10年の担保期間の経過を主張しえないとした原審判断は正当であると判示)。

破毀院は後に、2001年の判決で、詐欺的過失が契約外的な過失とされる他に、契約上で建築家の注文者に対する、10年の期間制限にかかわりない責任を生じさせようとの見解を採用して、学説から注目されるに至った。事案は、不動産民事組合(注文者)が、請負人に建築させた家屋を1980年1月に、完成未到来状態で売却し、その数日後に注文者による受領がなき

れたが、小さな修繕の後に1990年8月（受領から約10年7か月が経過している）に新たな不具合が現れたので、買主が民事組合および請負人と工事統括者の保険会社を召喚したというものである。原審は、民事組合が売却に際して、基礎工事の品質について虚言を弄し、工事請負人はその品質を故意に変更し、工事統括者は基礎工事の完成を証明して、注文者から買主への虚言を補強したなどの理由で、これらの者の責任を認めたので、被告らが上告し、詐欺的過失は過失の認識と、損害実現の意思によって性格付けられるが、これらを確認することなく被告らに対する請求を認めたのは、1382条（現行1240条）に鑑み判決に法的根拠を与えていないなどと主張した。破毀院は、この上告理由を排斥するにあたり（しかし全部義務での有責判断に関する理由不備で破毀・移送判決をしている）、次のように判示している—「建築家は10年の失権にかかわらず、契約に外的な過失とは別に、害する意図なしでも故意に、偽装あるいは欺罔により彼の契約上の義務に違反する場合には、注文者に対して彼の詐欺的過失について、契約的に責任を負う」(Cass.civ.3e., 27 juin 2001 D.2001 p.2995.concl.Weber note Karila J.C.P.2001 II 10626 note Malinvaud R.D.I.2001 p.525.obs.Ph.M.)。この新たな破毀院判決は、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、この問題についても、不法行為責任ではなく、契約責任の一般法の適用範囲の拡大で対処する学説（前掲(a)・βおよび(b)・β参照）を、取り入れたものと評価しうるであろう（前記したこの判決の評釈者はすべて、契約責任構成に賛同している）⁽³⁶³⁾。

同じくこれまでの破毀院判決が、明確な判断を示していなかった、論点がある。それは、ここで問題とされる詐欺的過失には、建築家の重過失も含まれるのか否か、というものである。物の排他的利用権能・権限を法に

(363) 破毀院は後に、建築家の詐欺的過失に基づく訴権は、契約的性質のものであり不動産に帰着される訴権として、承継取得者への移転が可能であると判示している（Cass.civ.3e., 27 mars 2013 R.D.I.2013 p373. D.2013 p.910.obs.R.N.）。

よって与えられている所有権者は、そのことにより最も工作物の有用性の存否を確かめうる法的地位に置かれているのであるが、この者は受領から10年の期間内に不具合を認識しえなかった危険について、建築家の重過失に起因するそれまでも負担すべきなのか、それとも建築家が10年での免責を主張しえなくなるという仕方での自分の重過失による不具合を負担すべきなのか、学説でも活発に議論されてきた（前掲 (b)・β参照）難問である。

前記した2001年判決以前の、詐欺的過失を契約に外的な過失として、準不法行為責任に服させていた時期に、破毀院はかかる過失と判断する基準について、注目すべきは判決をしていた。事案は、飼育舎用に建築された複数の建物の不具合について、注文者が工事統括者にも詐欺的過失があったとして有責判決を求めたのに対し、被告が10年の失権を抗弁したものであるが、原審は不動産の不具合の元になっている、骨組工事の低規格化や接合と支えの不十分さの請負人により犯された重過失が、工事統括者の注意から逃れうるはずがなかったとして、両建築家の詐欺的馴れ合いにより、工事統括者の責任が契約外での詐欺的過失に基づいて認められるべきであるとしていた。しかし破毀院は、原審が害する意図 (*intention de nuire*) の証明も主張もなされていないのを確認しながら、責任ありと判断したのは、自らの確認から法的帰結を導かなかったとして、1382条と1792条の違反を理由に破毀した (Cass.civ.3e., 18 déc 1996 A.J.D.I.1997 p.856.obs.Karila. D.1997 p.289. note Delebecque. R.D.I.1997 p.243.)。

そこで、詐欺的過失は一般法上の契約責任を生じさせるとの大転換をした2001年判決が、「害する意図なしでも故意に、偽装あるいは欺罔により彼の契約上の義務に違反する場合には」との評価要素を示したことで、その点に関する判例変更に踏み切ったのか否かが、問われる次第となった。学説は一致して、この判決が重過失も詐欺的過失に含まれうるとしたものではなく、その動機がいかなるものであれ、契約上の債務の偽装あるいは

詐術による故意の違反が、詐欺的過失に相当し、かかる建築家の欺罔と偽装はそれだけで、害する意図がなくても10年の期間制限の保護の喪失を正当化するというのが、本判決の趣旨であるとの確認をしている（Weber, concl. sous l'arrêt 27 juin 2001 précitée. p.2996 et suiv.. Karila, note sous l'arrêt 27 juin 2001 précitée p.3000. Malinvaud, note sous l'arrêt 27 juin 2001 précitée p.2150 et suiv..）。そこには、排他的使用収益権能・権限が与えられ、同時に不動産の瑕疵を認識する可能性も排他的に確保されている注文者（所有権者）に対し、2270条（新1792条-4-1）が課している10年の検証期間から、建築家の重過失による欠陥を除外すれば、この条文の存在意義が相当に失われるであろうとの配慮が、存在しているのは確かである（Weber, concl.precitée p.2997. Malinvaud, note précitée p.2150. なお、この点を詳細に検討していた、Soinneの見解については前掲（b）・β参照）。そして多少の曲折を経ながらも、その後の判例では、詐欺的過失の評価要素を詐術と偽装に求める2001年判決が、先例として維持されている（Cass.civ3e., 27 mars 2013 précité —前掲注363参照, Cass.civ.3e., 5 janv. 2017 D.2017 p.392.note Denis Mazeaud. J.C.P. 2017 p.760.note Kalira. R.D. I.2017 p.155 obs.P.M.）⁽³⁶⁴⁾。

(364) 2008年6月17日の法律が、時効制度を改正したことにより、人的訴権一般の時効は、権利の所持人がそれを行使させうる事実を知った時から、あるいは知るべきであった日から5年とされ（新2224条）、そして建築家に対する詐欺的過失の賠償訴権も、契約的性質の訴権としてこの時効に服するとされている。すると、受領が起算点となる10年の担保訴権と異なり、注文者が詐欺的過失からの損害を知るべきであった時から、5年の時効が進行することとなるから、受領より5年目以降にこの起算点が認定される場合には、注文者（所有権者）が受領から10年の担保が失権していても、人的訴権一般の時効がまだ満了していないと主張しうる実益がある。ただし、起算点の繰り延べ・時効の猶予・更新が、権利発生の日から20年を超えた、消滅時効期間をもたらさないとする、2232条の規定は適用されうることになろう（Malinvaud, Droit de la construction, 8éd., 2018, p.1585, n°475-251. Auby, Périnet-Marquet et Noguellou, Droit de l'urbanisme et de la construction, 11éd., 2017, p.878, n°1177.）。

ε 責任推定および建築家の全部義務

* 責任推定について

すべての建築家は、外的原因によることの証明なき限り、注文者あるいは取得者に、強固性・耐久性がありそしてその用途に適切な工作物（工作物の一部と一体の装備要素の強固性・耐久性を含む）を、提供する義務がある。1978年法は、建築家にこの責任推定の制度が適用されるとの確認を、まず1792条1項でその要件に該当する損害について、建築家は「法律上当然に」責任を負うと定め、同条2項がその免責要件を外的原因の証明とし、そしてかかる積極・消極の責任要件を1792条-2第1項において「責任推定」の用語で表すことによりなしている（そして学説は、装備要素の良好機能の担保—1792条の3—についても同様の解釈をしている—前掲γ参照）。もはや建築家が、自分には過失がなかったという証明によって、免責されえないのは、疑問の余地なく法文化されたといえよう（Boubli, op.cit., p.215 et suiv., n°341. Zavaró, op.cit., p.85, n°144. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.136 et suiv., n°135.）。

* 建築家の負う全部義務について

1978年法が、工作物の損害に関する建築家の責任推定の制度を明確に規定し、同時にその推定に基づく責任の主体を広げたことにより、損害ある工作物の所有権取得に介在したと認められる建築家、およびそれと同列の責任主体とされる者（前掲注346・347参照）が複数である場合の全部義務についての議論は、いま述べた責任推定の制度枠組みの内に含まれるようになり、複数の建築家（又は同列の責任主体）が介在している工事に、受領後の損害が生じている場合に、それらの者が共に責任推定に服する帰結として、彼らの全部義務が生ずるとの理解が一般化している。通説は責任推定の説明の中で、「加えて、この推定の適用範囲は非常に広い。それは原則として、注文者と取引し建築工事に介在したすべての労務・役務賃

貸人に及び、原告は彼らの各々の過失を確定したり、あるいは彼らがそれぞれに建築において引き受けた役割を、確定する必要はない。彼らにかけられる法律上当然の責任を免れるために、免責事由を証明する負担は賃貸人にある」と記述している (Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op. cit., p.136, n°134.)⁽³⁶⁵⁾。

するとこれまでの経緯から、責任推定が適用される建築家として、法文において建築士を明確に規定した点に、重要な意義があるのも疑いなく、特にこの者が工事の指揮と監督の任務を引き受けている場合には、外的原因 (不可抗力・第三者の行為・顕著な能力ある注文者の介入) の証明に至りえない限り、完成不動産の損害について担保責任が課せられるのも、法文によりもはや既成の事柄 (反論しえない事柄) とされたことになる。

しかしもう一方で、1978年法による見逃しえない意義ある立法として、技術監査士の担保責任を定めた9条 (建設・住居法典 L.111条-24) があ

(365) 更に、すべての介在する建築家に責任推定が適用されて、その帰結として彼らが全部義務を負う根拠を明らかにしようとする学説は、契約の集合理論 (前掲注335参照) を援用していう。「試みうるものとして、異なった労務・役務提供者の間にある組織的な紐帯を、建築上の施工はある契約の集合によって実現されるとの事実、およびパートナー達は実現すべき客体の不可分性と彼らの各々の任務の補完性によって結びつけられるとの事実と鑑みながら、導出するということがある。異なった建設者の工事実現への関与は、彼らの法的関係の関連性—結果の有効性を確実化させよう—を明らかにしている。」「判例で認められている、諸々の建設者の全部義務としての債務が説明されるのも、同様に契約の集合および異なった労務・役務提供者間の組織的關係への準拠によってである。不完全な連帯性は、建設者達が別々の契約によって結ばれていても認められるし、また何人かの人々は建築士と請負人の契約にある種の法的連帯性を見出しうるとさえ考えた。全部義務の根拠について専門家の一致を見ていない以上は、おそらく今の場合の契約の集合の枠組みにおいて、緊密な関係の存在が、約定された結果の有効性を確実化するために推進的効果を持たないのかどうか問われるべき好機である。実際にも1978年1月4日の法律でもって一般化されたように思われる責任推定に伴われた全部義務は、真の相互保証とでもいうべきものを供与することが注目されるべきである」(Boubli, op. cit., p.42 et suiv.n°71 et 73.)。

り(前掲注346参照),それはこの者に「注文者によって彼に委託された任務の限度内で」,責任推定に基づく担保責任が課されると規定している。ここには,特定の任務だけを引き受けた場合の建築士を含めて,現代では否定しえない建築参与者(建築家)の専門職化との関係で,責任推定の制度をどう調和させて運用すべきかという新たな課題が,法文となって登場しており,そして学説も既にこの問題を論じ始めていた。

学説は,前述の責任推定が前提とするのは,完成不動産の損害が建築家の引き受けた任務と関係している場合であり,その際には外的原因の証明によるのでなければ免責されないことになるが,しかし引き受けた任務に無関係な損害については,そのことの証明がなされていると認められる場合には,責任を免れるとの点で,ほぼ一致している(Zavaro, *ibid.* Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, *op.cit.*, p.138, n°136. Karila et Charbonneau, *Droit de la construction*, 2017, p.223 et suiv., n°303.)。問題は,その立証責任をどう取り扱うべきかにあり,学説は分かれている。

一方の学説は,これを帰責性(imputabilité)の問題として理解し,一般法の原則に従い,責任を追及されている者の行動と損害との間の因果関係が立証されている場合にだけ,責任が認められるとして因果関係の推定を否定し,注文者(および承継取得者)に立証責任があるとする(Karila et Charbonneau, *op.cit.*, 223 et suiv., n°303 et suiv.)。他方の学説は,同じくこの問題を帰責性の枠で捉えつつも,責任推定が課される建築家の防御手段として理解し,これらの者は損害が契約で定められているような彼らの活動—即ち契約上の任務—に,無関係であることを証明して,因果関係の推定を覆しうとする(Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, *ibid.*)。建築参与者の専門職化が,同時に有用性ある不動産の建築という同一の目的に結ばれた,構成体(組織体)的統一(又は契約の集合)の要請を現出させている事情からは(前掲注365参照),そしてこの統一が注文者とは独立に形成されるべきである事情からは,建築家の側に立証責任を負わせる

後者の見解が、前述した責任推定制度にも調和するものとして、承認されるべきように思われる。

学説は更に、建築において厳密な意味でのいかなる積極的役割も持たないが、しかし建築家として責任主体となる斡旋事業者、建築予定不動産または新築不動産の売主、個人用家屋の建築者について、その活動内容と損害との関係で、免責されるべき場合があるのか検討し、次のように説いている。「彼らは、不動産事業の推進者 (initiateur) として、斡旋事業の総体的任務に従い、それゆえ彼らの活動—事業の管理と先導の任務—と、出現する不具合との間のあらゆる因果関係から独立に、責任を負う。他方で、彼らの結果債務は、建築の債務というよりは、あらゆる欠陥を免れたある工作物を引き渡す債務である。それゆえ、建築現場での因果的介入の欠如を理由とするすべての免責の試みは、実務的に失敗を余儀なくされる。かくして彼らは、単なる責任者としてよりもむしろ、不動産建築事業の資金的担保義務者 (garant financier) として現れることになる」(Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.139, n°136.)。

ㇿ 取得者・承継人の直接訴権

新1792条は従来判例を基本的に踏襲して、建築家による担保責任の享受主体として、注文者と並んで取得者を明記したのであるが、しかし学説によって指摘されていたそれに付随する難問の解決は、なお判例に課題として残されている⁽³⁶⁶⁾。

(366) 学説から指摘されていた問題ではないが、この時期の判例は取得者・承継人の保護について、更なる拡大に努めている。破毀院は建築負担付賃貸借 (Bail à construction) の貸主が、その賃貸借終了時に借主の注文により建築家に建造させていた工作物の所有権を、添付により取得した (前掲 (2)・[C]・(c) 参照) というケースで、その工作物の瑕疵につき所有権を原始取得したかかる貸主に、建築家への直接訴権を認めている (Cass.civ.3e., 9 juin 2004 R,D.I.2004 p.449.cf. Malinvaud,

学説が指摘していた難問の一つは、売主（注文者）が建築不動産を売却した後に、なお担保訴権を提起しうるのか、それともはやその訴権は買主に移転したとして、受理されえないのか、というものであった（前掲（b）・δ参照）が、この点については方向転換を経ながら判例で一応の解決が示されている。この時期の判例ではまず、「原則として10年の担保訴権は、不動産の所有権と共に取得者に移転するとしても、注文者にとってその訴権が確かな利益を表し、そして彼が人的損害を主張しうるときから、注文者はその行使権能を失わない」とする、基本的見解が示された（Cass. civ.3e., 31 mai 1995 R.D.I. 1995 p.753. obs.Malinvaud et Boubli.）。以後も破毀院はこの見解に立脚するが、その適用においてなお一つの問題の解決を迫られた。それは、売買の時以前に生じていた損害（瑕疵）について、この見解によると原則として売主（注文者）に建築家に対する担保訴権が帰属するとされるのか、それともその場合の訴権も買主に移転しているものとして、この者のみがそれを行行使しうるのが原則なのか、というものである。

最高法院の判例は、この論点について、微妙な軌道修正を示している。この問題について最初に注目された事件の概要は、以下の通りである：Y 低廉賃料住宅建設協同組合が建築させた複数の家屋の屋根を冒す損害の賠償金を、工事統括者から受領したので、その配分金をそれら家屋の取得者に分与するにあたり、既に転売されている家屋については売買以前に旧所有者に生じていた損害であるとの理由で、この者にその支払いをなし、新所有者（転買人）への分与を拒否したのに対し、Xらの新所有者が

Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.157 n°151. —ただしこの事件ではその点は争点とされていなかった。Cass.civ.3e., 4 avril 2007 Bull.civ.2007 III No54—賃貸借の添付条項によりその終了時に、賃借人が請負人になさせた駐車場の改修工事の所有者となった貸主に、その工事の瑕疵について請負人の保険者への直接請求を認めた事例）。

その配分金に対する権利は自分たちに移転していたと主張して、その支払いをY組合に求めた。原審は、賠償金債権は不動産に不可分の結び合わされ、その結果その所有権に従たるものとして、必然的に転買人に移転していたとして、XらのY組合に対する請求を認容した。しかし破毀院は、売買以前に不動産を冒していた損害に基づいて、売主の利益において生じた損害賠償のための権利と訴権については、明示の約定なしには不動産売買がそれらの取得者のための譲渡を法律上当然に含むものではないとして、1134条(現行1103条)違反を根拠に破毀・移送した(Cass.civ.3e., 4 déc. 2002 J.C.P.2003 II 10058, note Jourdain.)⁽³⁶⁷⁾。

そして後に破毀院が、軌道修正した事件の概要は、次の通りである：A不動産民事組合がその所有に属していた複数の不動産には、1991年に判明した不具合が存在していたが、同組合は損害保険会社と建築士および請負人の各責任保険会社の下で保険事故(sinistre)の認定を受けただけとなっていて、建築家とその保険会社への10年の担保訴権を行使したのは、1998年と1999年にそれら不動産を取得したX不動産組合であった。一審は前記2002年判決に従い、売買以前に生じていた不具合であることを理由に、X組合による請求を棄却していたが、原審判決はこれを破棄してXの請求を認容したので、被告保険会社が破毀申立てをなした。その理由として同保険会社は2002年判決の前記理由付けを援用しつつ、本事件では1998年と1999年の売買証書に訴権譲渡に関する明示の約定がないのに、売買以前に生じていた不具合の賠償について、X組合の請求を認めたのは民

(367) 破毀院は2004年にも、注文者が不手際を理由とする建築家に対する訴訟の係属中に、その対象不動産を譲渡した事例で、この売買を考慮すると、補修工事を売主(注文者)がもはや行わないであろうから、その工事費用の支払いを主張しえないとして、不手際と不具合に基づくあらゆる賠償請求について棄却した原審判決を破毀・移送するにあたり、本文の2002年判決と全く同様の判示をしていた(Cass.civ.3e., 17 nov. 2004 Bull.civ.2004 III No207, p.186.)。

法典1134条（現行1103条）違反であるなどを主張した。しかし破毀院は、ある不動産の相次的取得者は、不動産に従たるものとして伴う10年の担保を根拠として、建築家に訴権を提起することが認められるとし、そしてそのことは売買証書の署名に際して不動産の瑕疵を彼らが認識していても、また売買証書中にそのような訴えを彼らに確保する条項がなくても、売主が彼に訴えをなすことに直接的で確実な利益を与える人的損害（*préjudice personnel*）を援用しうるのでない限り、変わりがないとして破毀申立てを棄却した（*Cass.civ.3e., 23 sep. 2009 R.D.I.2010 p.107, obs.Nési et Chachis. R.T.D.C.2010 p.336. obs.Jourdain*）⁽³⁶⁸⁾。判例は、担保訴権が所有権の従物であるとする見解によって、この問題の原則的解決に変更を加えたものと評価しうる。

これに対し学説では、売買以前に存していた不具合について、売主と買主のどちらが真の被害者といえるかとの基準を重視して、売買代金の値引きがなされたり、売主がその修繕を負担したりしているときには、真の被害者は売主であり、それらのことがなければ買主が真の被害者であるとして、担保訴権の帰属を考えるべしと説くものが多い（*Nési et Chachi, obs. sous l'arrêt de Cass.civ.3e., 23 sep.2009 précité, p.109.Jourdain, obs. sous l'arrêt de Cass.civ.3e., 23 sep. 2009 précité, p.337.Munck, J.C.P.2014 p.972. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.157.*）。

1978年法制定以前に、相次的取得者の直接訴権に付随する論点として、もう一つ学説で指摘されていたのは、彼らがこの直接訴権を行使すること

(368) 更に破毀院は、一般法上の契約責任を根拠とする建築家に対する賠償訴権について、それもまた不動産に従たるものとして伴うから、ある不動産の相次的取得者は、反対の条項がなき限り、売買以前に生じていた損害についても、提訴する資格があり、そのことはこの売買以前に売主により賠償訴権が提起されていても、変わらないと判示している（*Cass.civ.3e., 10 juill. 2013. D.2013 p.2448 note Cottet. D.2013 p.2546, note V.Ge.*）。

なく、準不法行為訴権を建築家に提起しうるかというものであったが（前掲（b）・ δ 参照）、本法施行後も明確な判決は出されていない。学説では1967年法が建築予定不動産売買について、1641条3項が定める直接訴権をこの法律の12条が強行規定としている点から、原則として不法行為訴権を提起しえないとの見解が示されていたのであるが、新1792条および新1792条-5に関して同様の理解をなす学説が見られる（Malinvaud et Boubli, R. D.I.1999 p.409. Auby, Périnet-Marquet et Noguellou, op.cit., p.802, n°1082. ただしこれらの学説がその趣旨として挙示する破毀院判決は、必ずしもそのようには読めなかった）⁽³⁶⁹⁾。

n 建築家責任の強行規定化と義務保険制度

* 片面的強行規定による建築家責任の規律

学説がまず確認しているのは、新1792条-5の規定により書かれなかったものとみなされるのは、建築家の担保を制限する条項だけで、これらの担保の範囲や効力を広げる目的のすべての合意は、本条の無効化を免れるとの片面的強行性である（Viney, Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs, R.D.I.1982 p.325 et suiv.n°14）。同時にこの規定が建築家により負われる担保の領域で、公序の地位を相当に高めたものである点についても、共通の認識となっている（Viney.op.cit., p.325, n°13. Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.154, n°149. Malinvaud, droit de construction, 2018/2019.p.1589, n°475.292.）。

学説で議論があったのは、1978年法制定の段階での新1792条-5には、

(369) ただし、相次的取得者が10年の期間経過後に、準不法行為の規定を援用することで、この期間制限の不利益を免れうるかという問題は、2008年6月17日のオールドナンスにより加えられた1792条-4-3（条文は前掲 α 参照）により、建築家に対するおよその責任訴権が原則として工事の受領から10年間に制限されたことから、もはやその意義を失っている。

十全完成の担保を定める1792条-6の条文が挙げられていなかったために、この担保は公序に属さないのか（強行規定ではないのか）否かの点である。多数説は、「十全完成の担保に公序の性格を与えるのが、この法律の論理にかなうであろう。なぜならそれなしには、体系が目的を欠くからである」として、この点を肯定していた（Malinvaud et Jestaz, R.D.I.1980 p.64. Viney.op.cit., p.325, n°13. p.326 n°16）。そこで1990年12月19日の法律が、1792条-5の条文への1792条-6の追加により、明確に公序の性格を承認した。

他方で破毀院では、1792条-5の趣旨と関係する問題として、建築士会が作成する標準建築士契約に挿入されているところの、建築士契約の履行を対象とする争訟の場合には、あらゆる司法手続きの前に、建築士の所属する建築士会の地方評議会への見解請求がなされるべきであるとする和解前置条項が、鑑定人指名のための急速審理訴権や責任訴権に対する不受理事由（fin de non-recevoir）となるのが争われている。鑑定人指名の急速手続きを受理した原審判決の正当性が問われた事件では、証拠の収集や期間中断・更新のための訴権行使には、かかる和解前置条項は適用されないというのが最高法院の解答であり（Cass.civ.3e., 28 mars 2007 R.D. I.2007 p.355 1re espèce.obs Malinvaud.）、責任訴権を受理した原審判決の正当性が問われた事件では、かかる和解前置条項は、民法典1134条（現行1103条）に規定される当事者の合意上の義務についての争訟だけを対象とし、建築士の責任が1792条に基づいて求められている争訟には、適用されないというのが最高法院の解答である（Cass.civ.3e., 23 mai 2007 R.D. I.2007 p.355 2e espèce.obs Malinvaud.）。

また学説では、工学士（ingénieur）と注文者の契約で古典的な、瑕疵による損害賠償を工作物に惹起された損害に限定して、他の派生的損害（dommages consécutifs）—特に営業上の損失—を排除する条項の有効性が検討され、そのような制限は立法者の意図に反するとか（Viney.op.cit.,

p.327, n°18.), この実益の大きな問題が判例で解決されていないというのは驚きであるけれども, 判例がその機会をもつときには, これまでの派生的損害に担保を適用する傾向や, 責任制限条項に与えられる好意の少なさから判断して, 無効とされるであろうとの見解が示されている (Malinvaud, Jestaz, Jourdain, et Tournafond, op.cit., p.155, n°149. Malinvaud, droit de construction, 2018/2019.p.1589, n°475.293.)。

* 義務保険制度について

まず1978年法により, 保険法典に新設された規定の主要なものを, 以下に掲げたい。

・ 義務的責任保険に関する規定

保険法典 L. 241条-1 第1項《建物の工事に関して, 民法典の1792条以下により定められる推定を根拠として, その責任が負わされうところの, すべての自然人と法人は, 保険によって保障されているべきである》。

第2項《すべての現場の開設において, この者はかかる責任について彼を保障する, 保険契約を締結したことにつき証明しうべきである》。

第3項《本条に従って締結されるすべての保険契約は, すべての反対の約定にもかかわらず, 保険義務の拘束下にある者にかかる責任期間の間, 担保の維持を保障するある条項を含むものとみなされる》。

保険法典 L. 241条-2 《他人の計算で, 前条に記されている建物の工事を実現させる者は, 1792条および1792条-2 に定められ, そして彼の行為から生じる損害を担保する, 責任保険によって保障されているべきである。建物が売買のために, 建築されるときにも, 同様である》。

・ 義務的損害保険の関連規定

保険法典 L. 242条-1 第1項《工作物の所有権者の地位で, 売主の地

位で、あるいは所有権者の受任者の地位で、行為することにより、建物の工事を施工させるすべての自然人と法人は、現場の開設前に、あらゆる責任追及の外で、1792条-1の意味での建築家、製造者と輸入業者、あるいは技術監査士が、1792条を根拠にその責任者である工事の、現物損害の修補工事の支払いを担保する保険に、彼のためにあるいは相次的所有権者のために、署名すべきである》。

第2項《この保険は、民法典1792条-6に規定される、十全完成の担保の期間経過の後に効力を有する。しかしこの保険は次の場合に、必要な修補の支払いを担保する

- 受領以前で、成果のなかった遅滞化の後に、請負人と締結されていた労務・役務賃貸借が、この者の債務の不履行により解除されたとき
- 受領の後で、成果のなかった遅滞化の後に、請負人が彼の義務を履行しなかったとき

(第3項省略)

保険法典 L. 243条-2 第1項《本法典の、L. 241条-1乃至L. 242条-1の条文により規定される義務に服する者は、上述の義務を充足させていることを、正当化しうべきである》。

第2項《民法典2270条に規定される10年の期間が経過する前に介在する証書が、財産の所有権あるいは使用収益権を移転する効果をもつ場合には、これらの権利を付与するのに充てられた契約の性質がいかなるものであれ、しかし賃料賃貸借を例外として、証書の正本か付属書面に、保険の存在または不存在の記載が、なされるべきである》。

保険法典 L. 243条-3 第1項《本法典の L. 241条-1乃至 L. 242条-1に違反する者は、6日乃至6か月の禁固および2000フラン乃至500000フランの罰金、あるいはこれら二つの刑罰の一つのみに処せられる》。

第2項《前項の規定は、自らそれを占有するために、あるいは彼の配偶者、彼または配偶者の尊属、卑属、に占有させるために、住居を建築す

る，自然人には適用されない》。

保険法典243条-4 第1項《その定款が問題の危険のゆえに，その危険の負担化を禁止していない保険会社の下で，契約の締結を申し出て拒否を対置された，保険加入の義務に服しているすべての者は，その設立の諸要件と業務規則がコンセイユ・デタのデクレで確定される保険料算定中央事務所への係属を申し立てうる》。

第2項《保険料算定中央事務所は，関係する保険会社がそれを通じて，申し込まれた危険を担保するところの，保険料の金額を確定する専有的な役割を有する。当該事務所は，被保険者の負担として残る保険適用除外の金額を決定しうる》。

・ 義務保険立法の諸目標

以上の義務保険制度の制定にあたって，次の三点が主要な目標とされた (Bigot, La loi n°78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, 2ePartie-De l'assurance : Commentaire des textes législatifs et réglementaires J.C.P.1978 2973, n°1 à 3.)。立法者はまず，建築の分野における現状の保険制度について，損害の保険による決済が，予めなされる責任の探求—長く不確かなそして費用のかかる—で麻痺されてしまっているため，受取人にとって個人的な実害が生じているだけでなく，遅すぎる修補に由来する不動産財の品質低下による共同体的実害が加わって，すべてが経済的・社会的なマイナス効果につながっているとの認識に立脚している。そこで新立法の第一の目標となったのは，責任の探求に損害の修補を優先させて，保険事故の決済を加速化させることであり，そのためにL.242条-1が「あらゆる責任の探求の外で」介在すると強調している，損害保険と性質決定される義務保険が創設された。

だが他方で立法者は，保険事故の負担の懸念される増加という観点から，

建築介在者により犯される過失の制裁における厳格性の欠如が、これらの者をゆるみへと誘い、危険の絶対的社会化の方向での流れを引き起こすが、その流れは保険に様々な虚弱性ある諸結果を背負わせ、それら諸結果の含まれたシステムは崩壊へと導かれうるだけとなる、との認識を有していた。そこで建築家に責任をもたせるために、立法者は直接に工作物および建築介在者を担保し、建築者間での求償のない、単一保険証書の考えを斥けて、彼らの責任が存続するだけでなく、彼らが法的にこの責任を担保する非常に完全な保険に署名するように強制されることとし、これが第二の目標となった点である。

第三に立法者は、これまでは建築士のみが法的に保険義務ありとされていたために（前掲注225参照）、彼らが一貫して訴訟に置かれ、非常に頻繁に彼らに常には帰されえない不手際について有責とされ、彼らの保険を通じて不当な負担を負い、そのことが他の介在者の無責任化へと導いている—建築分野での保険不足（sous-assurance）と称されている—との指摘をなしている。加えてまた、建物の請負人の破産あるいは姿をくらます事例が頻繁で、全部有責判決を通じて、建築士と現場に残っている請負人および彼らの保険が、銀行保証の役割をなすに至り、これは健全なことでも持続しうることでもないとの認識を示している。そこで立法者は、保険義務者がそれを逃れえないようにする固有の規定がそえられた法定義務を課すこととし、これが第三の目標である。

5 結 語

カントはその法論において、所有権に代表される物権を、有体物と人との直接的関係と理解する、物の内の権利（*jus in re*）という理論について、それは「あたかも（所有権を一筆者）物に随伴して、一切の他者による侵害を防ぐ守護神のごとくに、他の占有者・支配者に私のところへと返しに

行くように促す」権利とする不合理なもの、そして「あたかもある客物が私に対してある拘束性を負っているかのように、またそこから初めてそのもののあらゆる占有者・支配者に対するその権利が由来するように」表象する不合理なもの、として排斥していた。代わって「私がすべての他者ととも、その総体的占有・支配（根源的なあるいは創設された）にあるところの、ある客物の私的使用の権利」であり、「それゆえある総体的支配・占有にあるすべての者の結合された恣意選択（普遍的立法）によってだけ」取得しうる権利（感性的諸条件を捨象した、客物に関する一人の人格と他の人格の排他的関係だけを本体とする観知的占有・支配）であるとする理論を提唱していた（坂本武憲「序論—カントの演繹的行為規範学（12）」専修法学論集127号（2016年）115, 116, 130頁参照）。

カントが哲学的演繹によって導出したこの所有権理論と、最も正確に符合する学説史を有するのはフランスである。フランス民法典成立以前の代表的学者 Pothier は、封地の所有権について、こういつていた—「所有権というものが、そのように呼ばれる理由は、それによってある物が私に固有であり (propre), 他のすべての者を排除して私に帰属する権利だからである。この所有の権利がその効果との関連で考えられるときには、ある物を随意に処分する権利と定義されるべきである」。分権的社会（封建制社会）では妥当したはずの、物の内にあるところの、所有権者にそれを専属させている性質に所有権の本質をみて、この者が持つ物の処分権（支配権）はかかる専属の効果として生ずるとの理解を、色濃く残す記述と評価しうる。しかし、各市民による社会的分業とその帰結としての市民間の財産取引を基盤とする、近代市民社会の基本法である民法典の成立後において、「法の下への社会的統一」の要請が強まるにつれ、土地を含めての財貨そのものは社会・共同体全体に帰属している—カントのいうすべての市民の総体的占有・支配に帰属している—との前提に立ちながら（つまり所有権が物の内の専属としての性質であるのを否定しながら）、財貨の有用

性だけを排他的に支配するための、法が与える権能・権限であるとする、19世紀後半から20世紀前半の時期を代表する学者 Planiol の学説をみている。学説上の多くの理論的論争の果てに、この学者は、所有権の全部または一部の譲渡行為について、こういつている—「確かに以下の考えを深く理解する必要がある。それはこれら様々な法律行為が行われるのは、物についてではなく、所有権者の権利についてなのだということである。所有権がそれ自体で可能とするのは、……使用収益と消費のみであり、これらだけがこの権利の客体をなす。法律行為はこの使用する権利あるいは消費する権利の全体的又は部分的移行を生じさせるにとどまる」。この理論には、所有権は固有の存在を持つのか、それは実体なのかなどの批判を招いたけれども、この批判により逆に、Planiol の理論が感性的諸条件を捨象しつつ、「法の支配」の要請の下で、所有権とは人一般に対してどのような意味のものであるべきかという演繹的思惟により、法が与える物の排他的使用収益のための権能・権限（客物の法的占有支配可能性を、一人の法主体者に排他的に付与する法上の権能・権限）とする帰結に到達していることが、証明されているのである。

加えて、カントの法論との関係でフランス法の同等に特筆すべき功績を、是非とも指摘しなければならない。それは、この国の契約法をめぐる学説と判例が、この所有権思想の変遷に呼応した理論を展開することにより、その思想の正しさを演繹的關係において実証してきた、ということである。この点は、本稿が主として考察してきた、不動産賃貸借契約や不動産建築契約が辿ってきた理論的経過を、ごく簡単に振り返ってみるだけでも、確認することができる。まず前者の契約にあっては、土地所有権が土地と人との支配従属関係ではなく、土地自体は社会・共同体全体に帰属するとの前提で、その有用性だけを、排他的に支配するための法的権能・権限と考えられるようになるにつれて、賃貸人は土地自体を貸すのではなく（土地自体は社会・共同体全体に帰属する以上はそれを貸したりできない）、所

有権の権能・権限の一部を貸与（移譲）するとの理論が長い時間をかけて一般化して、この賃貸借に関する特別法が、それを法文で認めてきている動向について確認できた。また後者の契約では、所有権が物の有用性だけについての排他的支配権能・権限とされるにつれて、建造物自体の完成のイニシアチブは建築家にあるものとされ、完成に関する危険負担は建築家にあり、また建造物の完成・受領の後も、建築家の契約責任は消滅するのではなく、担保責任として存続するものとされながら、やはり長い時間をかけて段階的にこの責任の充実が学説・判例・立法によって図られてきた（同時に建造物の有用性の排他的使用収益権能・権限を認められている注文者やその承継取得者には、有用性の存否について排他的検証可能性があることから、建築家に対するあらゆる訴権—ただし詐欺的過失に基づく訴権は除いて—は受領から10年の期間制限に服するとされた）。そして遂には、立法者が建造物自体は社会・共同体全体に帰属するとの認識から公益的立場で、この責任の片面的強行規定化と、瑕疵ある建築工事の迅速な補修可能性と建築家の有効なりスク負担を実現するための、義務保険制度の創設がなされてきたのを確認しうる。

それでは、このような諸理論を形作ってきたフランス私法学において、何が最も高く評価されるべきであるか。それは、法学を「豊かさ」や「幸福」という経験的目標の達成に寄与させうる限りは、思想の一貫性のない矛盾・対立する理論でありながら、それらの妥協を図らせるというような（例えば所有権絶対の理論と経済的弱者保護の理論で妥協を図らせるというような）、経験的思考（帰納的思考）の学に墮落させていない、という点であろう。見方を変えていえば、カントの説く「人間一般を目的それ自体とすること」という最高のア・プリオリな目標から、「法（自然法及びそれに基づく実定法）の支配」の重要性の認識に立脚しつつ、そこから所有権の意味を演繹し、更にはそれと整合する契約理論の展開により、実践的自由の体系の実現に努めて、その思想的—一貫性により経験的目的の混入

がないことを確信しながら、各人の外的行為における自由が、共に調和して実現されるための諸規則の演繹的体系となる法学を、因果律という帰納的推論に基づく自然科学（経験科学）とは独立な学問として、成立させようと知らしめてきたことであろう。

カントが自然科学（経験科学）とは独立な学問として、ア・プリオリ（先験的）な行為規範学（法学・道徳学）を樹立しようとしたのは、そのような学だけが人間を経験的目的の手段とすることなく、「人間一般を目的それ自体とすること」ができるからである（それゆえこの学問にあっては、経験的根拠に裏付けられた理論の方が、自立した一貫性ある思想よりも正しいとする理解は、完全な誤りとされなければならない）。しかし翻ってわが国の私法学に目を移すとき、この哲学者が困難な論証の果てに初めて気付かせた、だが教えられてみれば自明な事理に、果たして立脚しているといえるだろうか。換言すれば、人間の自由にとって最も手ごわいと思われ知らされてきている、「豊かさの実現」という経験的目標に優先して、人間をその手段とすることなく、各人の存在それ自体が第一の目標であるとする理論を構築してきただろうか。わが国の代表的民法学者である我妻博士は、カントの説く実践的自由について、それが「何より」の自由であるか「何に向かって」自由になることであるか、確たる意義（具体的内容）を掴みえないから、我々が進むべき標準が何ら与えられないと批判し、むしろ各種の法律関係における、能う限り具体的な指導原理を考究することが、法律価値論的作用的意義として極めて重要であるとする（我妻「私法の方法論に関する一考察」『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）495頁以下）。そしてかかる具体的な指導原理の考究に当たっては、裁判がなされるべき具体的事件を、一個の社会的現象とみて、他の社会的現象との間に存する因果ないしは相関の関係を考察し、その間に行われる法則の発見に努めなければならないなどを説いている（我妻・前掲書505頁以下）。その説示の学問的価値は否定すべくもないが、これらの批判に

対するカントの答えは、おそらくこうなるであろう。「私の説く実践的自由は、豊かさや幸福等の『経験的目的からの自由』であり、人間一般がかかる経験的目的の手段となることなく、『各人の存在が目的それ自体となる』ことに向かつての自由である。このような自由のための法となりうる第一の要件は、それが何ものにも依存しない自立した（無条件な）思想体系でなければならないから、このア・プリオリな思想が優先し、それと矛盾対立しない範囲でだけ、規律の標準を経験的規定原理に任せうるし、法的判断の経験的規定根拠・理由を探し求める法学の存在意義も認められる。そしてもしもこの限界付けが無視されるならば、未来世代を含めての人間の自由への最大の束縛となりつつある「豊かさ」の目標によって、実践的自由はいよいよ蝕まれてゆくようになるだろう」。

カントの実践的法学では、法理論におけるア・プリオリな諸概念とその間の論理的整合性からなる、自立した思想的―貫性（演繹的―貫性）が必然的要請となるのであるが―さもなければ経験的目標（例えば豊かさや幸福といった目標）の達成のための手段としての、妥協的（経験的）規則の単なる集積に墮するから―、やはりわが国の代表的民法学者である星野博士の所説は、それと異なる認識を示しているのが注目される。この学者は、具体的事件に対しての法解釈（価値判断）の決め手を、今日においてどのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのような保護すべきかという判断―「利益考量」のプロセスを経ての高次の基準（価値）による価値判断―に求めながら、こういつている。「論理的に可能な解釈がいくつ存在するとき、どれをとるかは、どれをとったときに生ずる法律効果を妥当と考えるかの問題である。そして妥当と考える解釈を導くべき法の理解を、法の趣旨・目的と呼ぶのであって、法の目的・趣旨が客観的に認識されてこれに従って解釈がなされるのではない。法の趣旨・目的を云々するのは、その意味においては、いわば説明ないしは説得の手段にすぎないのである」（星野「民法解釈論序説」『民法論集第1巻』（有斐閣、1970

年) 26頁)。そして、利益の比較に基づく判断にはより高次の基準(価値)が必要であるから、一方で最も根本的・高次の価値を追求し、他方でごく具体的な価値(判断命題)を把握し、両方からおし進めて価値(判断命題)のヒエラルヒアを構築するのが今後の課題であるとする(星野・前掲書13, 31, 41頁, 同「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」『民法論集第7巻』(有斐閣, 2001年) 90頁など)。もちろんこの解釈論も、多くの有益な指摘を含むが、この説に対してカントは、おそらくこう反論するであろう。「法の趣旨や目的から導出されるのではない『妥当な価値のヒエラルヒア』は、『豊かな社会』や『幸福』などと同質の、経験的目標とならざるをえず、それゆえ互いに相いれない理論であっても、それが仕えるかかると目標のために妥協する必要があるればそうせざるをえない。すると法が思想的に矛盾・対立する理論の集積となって、実践的自由にとって必然的な、自立した(無条件な)思想体系ではなくなるであろう」。

かくして我々には、フランス私法学という貴重な架け橋を通じて、わが国の私法学でもカントの実践的哲学に連なる理論を、フランスに続いて確立することにより、そのような哲学に基づく法学が自然科学(経験科学)と独立して存在しようと実証する余地は大に残されているというべきであろう。それどころかむしろ我々は、わが国の私法学において、法の自立した思想の一貫性が軽視されている部分を積極的に見出して、そこに秘かに入り込んで人間をその手段としている経験的目的を突き止め、それを排除してゆかなければならないのである(例えばわが国の私法学は、経済活動の自由を最大限に保護するために、所有権の絶対性という理論に基本的変更を加えることなく、当面する諸問題について、経済的弱者保護の要請を取り入れる弥縫策によって対処してきただけなのではないか、かかる妥協的解決の継続によっては、個人の自由な生き方が、将来にわたって阻害され続けてゆくのではないかを、我々はいま真剣に問い、そのうえで法体系の基本的枠組みにつきフランス私法学に倣って、その修正に努め始める

べきときなのではないか)。確かに経験的目的に対して、未来世代を含めた「人間一般の存在を目的それ自体とする」というア・プリオリな目的を優先させる努力は、あらゆる方面からの強い抵抗（それらは経験的理由・根拠にだけ基づいている）を覚悟しなければならない、極めて困難な作業となるだろう。しかし我々は、これからその道を、全力で邁進しなければならないのも確かである。なにしろ、これまで怠られがちであったけれども、真実には正にそれこそが、自然科学（経験科学）とは独立であるべき法学の、担うべき本来の課題だったのだからであり、またもし法学からのそのような努力の傾注がなければ、やがて「豊かさの実現」という経験的目的は、未来世代を含めた人間の自由に、これまで予想もできなかった負的作用をもって、残酷に報いてくるだろうからである。

(完)