

建築設計・監理契約に関する一考察(2)

花立, 文子

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / 法学志林

(巻 / Volume)

87

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

87

(終了ページ / End Page)

161

(発行年 / Year)

1990-03-20

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00003329>

建築設計・監理契約に 関する一考察（二）

花立 文子

目次

はじめに

第一章 建築設計・監理契約をめぐる我が国の問題状況

第一節 建築家の社会的及び法的地位

一 建築家の社会的地位

二 建築家の法的地位と建築設計・監理契約の当事者

第二節 建築設計・監理契約の法的性質をめぐる問題状況

はじめに

一 建築設計・監理契約の法的性質及びその効力をめぐる

諸見解

二 建築設計・監理契約に関する若干の問題点（以上第八

十六巻第三・四合併号）

第二章 建築設計・監理契約をめぐる西ドイツの問題状況

序

第一節 建築設計・監理契約の法的性質

建築設計・監理契約に関する一考察（二）（花立

一 建築設計・監理契約についての状況

二 建築設計契約

三 建築設計・監理総合契約

四 建築監理契約

五 結び

第二節 建築設計・監理契約における建築家の瑕疵担保責任

一 建築家の責任

二 瑕疵修補（BGB第六二三条）

三 解除・減額（BGB第六三四条）

四 損害賠償（BGB第六三五条・六三八条）（以上本号）

第三章 建築設計・監理契約に関する日本法への示唆

第二章 建築設計・監理契約をめぐる西ドイツ

の問題状況

序

西ドイツでは、建築設計・監理契約が西ドイツ民法典（以下 BGB とする）にとくに明文で規定されておらず、その法的性質について、請負契約なのか雇傭契約なのか、今日に至るまで学説上議論されてきている⁽¹⁾。また、我が国の建築設計・監理契約も、BGB と同様民法典に明文化されていないことか

ら、その法的性質いかんが問題とされるが、それを請負契約と解すべきか委任契約と解すべきか、判例・学説上いまだ見解が定まっているとはいいがたい。我が国のこのような状況下で建築設計・監理契約の法的性質を考察するとき、この問題に関してBGBの判例・学説上、日本民法の学説以上に議論が集積していることから、また日本民法がドイツ法を母法としていること、そして西ドイツにおいても我が国においても建築設計・監理契約が民法典に規定されていないことの共通性があることから、西ドイツにおけるこの問題に関する議論は、何らかの示唆を与えてくれるものと思われる。さらには、専門家としての地位を確立していると思われる西ドイツの建築家が「職業的専門家」⁽²⁾としていかなる契約責任を負っているのかを知ること、我が国においていわゆる「職業的責任論」⁽³⁾として建築家の責任を考察するときに有用であろうと思われる。しかし、BGBにおける典型契約と日本民法典のそれとは内容上異なっている面もあることから、西ドイツの議論をそのまま日本に持ち込むわけにはいかない。そこで、その点に留意しつつ、西ドイツでは建築設計・監理契約の法的性質についてどのように論争されてきたのか、そして建築家の瑕疵担保責任がどのようなものと考えられているのかをみることにしたい。

(1) Soergel, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen

Gesetzbuch, Band 3, Schulrecht·Besonderer Teil, 1. Halbband, 2. Auflage, 1988, 7. Abschnitt, 7. Titel, I. Werkvertrag und ähnliche Verträge, Rdn. 48 zu § 631.

(2) 山村忠平「会計士の第三者責任」中央学院大学法学論叢、創刊号（一九八七年）三頁。

(3) 尾中普子「医師の民事責任——麻酔事故判例の研究——」篠原弘志編『判例研究 取引と損害賠償』（一九八九年）三九八頁。

第一節 建築設計・監理契約の法的性質

一 建築設計・監理契約についての状況

(1) 西ドイツにおいて、建築家の行う設計業務・監理業務の委託を内容として注文主と建築家(Architekt)間で締結される契約は、①設計業務の委託を内容とした「建築設計契約」、②監理業務の委託を内容とする「建築監理契約」および③設計・監理双方の業務の委託を内容とする「建築設計・監理総合契約」の三種類に分類しうる⁽²⁾。

(2) この建築設計・監理契約の法的性質いかんについては、一九〇六年⁽³⁾以来長期に渡って論争されてきている。論争は、一九五九年の連邦通常裁判所判決で、いったん終止符が打たれたかのように思われた。しかし一九八一年に債務法改正の鑑定意見においてムズィーラク(Musilak)⁽⁵⁾がこの問題を取り上げ、

一九八三年に同じ鑑定意見でカイルホルツ(Kühnholz)⁽⁶⁾が、また一九八四年のドイツ法曹大会においてタイヒマン(Teichmann)⁽⁷⁾が問題として取り上げている。さらに、今日、職業上の責任が重要な法律問題となっているが、一九八五年にタイヒラー(Teichler)が、その問題の一環として取り上げた建築家の法的責任の中で、建築設計・監理契約の法的性質について述べている。このように、建築設計・監理契約の法的性質については、今日もなお、学説上研究が継続的になされている。これは、BGBに建築設計・監理契約について特に明文で規定されておらず、その法的性質を決定づける際にいくつかの典型契約類型が考えられ、しかもそれぞれの法律効果が異なることから、その契約をどのように位置づけるべきか解釈上対立が生ずること、および西ドイツ債務法改正の作業上、現行請負契約法における諸問題が取り上げられていることも要因のひとつになっているからであろうと思われる。また、西ドイツにおいては、建築家に関する判例が多くみられることからみて、建築家の法的責任を追及する社会的姿勢も、無視できない要素であるように思われる。

(3) 既に述べたところであるが、建築設計・監理契約については、BGBに明文化されていない。そこで、建築設計・監理契約の締結に際してあらかじめその法的性質を決定していた場

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

合には、問題は生じない。しかしながら、その法的性質を決定しないまま建築設計・監理契約が締結された場合に、BGBの中のどの契約類型にしたがって紛争を解決すべきかが問題となる。このように建築設計・監理契約の法的性質いかんが問題にされるとき、西ドイツでは、有償事務処理契約をも考察の対象とする向きもみられるが、主として、雇傭契約と請負契約とが考察の対象とされている。建築設計・監理契約を雇傭契約と位置づけるか、請負契約と位置づけるかの問題は、それぞれの法律効果が異なっていることから、実務上非常に重要な意味をもっている⁽⁸⁾。

すなわち、雇傭契約においては債務者自身が債務を履行しなければならぬが、請負契約では履行補助者を用いることができる(BGB六三二条二項)。仕事の内容に欠陥があった場合、請負契約ではそれについて瑕疵担保責任を負うが(BGB第六三三条以下)、雇傭契約においては債務不履行責任を負う。また、その場合の損害賠償請求については、雇傭契約においてはBGB第一九五条により三〇年、請負契約の場合BGB第六三八条により五年の短期時効に服する⁽¹¹⁾。期間満了前の注文主による解除に際し、雇傭契約の場合、被傭者はすでに給付した部分についてのみ報酬を請求しうるにすぎない(BGB第六二八条一項)。他方請負契約では、BGB第六四九条により、免れた

費用を差し引いて、債務の未履行分についても請負人に報酬請求権が認められている。⁽¹²⁾ 大まかな点のみを示したが、請負契約と雇傭契約とは、法律効果に右のごとき相違がある。

以下で、建築設計契約、建築設計・監理総合契約そして建築監理契約の順に、それぞれの法的性質に関する議論をみていきたい。

(一) 西ドイツでは、設計・監理業務の委託を内容とする契約を「Architektenvertrag」とし、「Arztvertrag (Soergel, a. a. O., Rdn. 62.)」や「Rechtsanwaltsvertrag (Soergel, a. a. O., Rdn. 95.)」と同じように、医療・弁護という業務をなす者を主体にした契約名が用いられているようである。これに対し日本では、たとえば医療契約(西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系 第七卷サービス・労務供給契約』(一九八四年)一五三頁)・弁護委託契約というように、医師や弁護士の行う契約上の主たる業務内容から契約名称が考えられているように思われる。そこで、本稿においては、西ドイツに於ける契約名「Architektenvertrag」を建築家契約とはせず、契約の業務内容である設計・監理をとり、「建築設計・監理契約」と呼ぶことにした。

そして本稿では、「建築設計・監理契約」は、建築家の設計・監理業務を内容とする契約一般を指すときに用いることとする。さらに個々の業務を内容とする契約に関して、西ドイツでは「設計業務のみを内容とする建築家契約」、「監理業務のみを内容とする建築家契約」、「設計・監理業務の双方を内容とする建築家契約」と呼んでいるが、本稿では、それぞれを「建築設計契約」、「建築監理契約」および「建築設計・監理総合契約」と呼ぶことにする。

(2) BGH, Urt. vom 26. 11. 1959, BGHZ 31, 226. は「建築設計・監理契約を二つの分類」に分類している。

(3) RG, Urt. vom 18. 5. 1906, RG 63, 313. の判例の中で、建築家の行う監理業務の法的性質について雇傭契約であると判断されている。

(4) BGH, Urt. vom 26. 11. 1959, BGHZ 31, 226.

(5) Musielak, Entgeltliche Geschäftsbesorgung, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band II 1981, S. 1215ff.

(6) Keilholz, Baurecht, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band III, 1983, S. 241ff.

(7) Teichmann, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hamburg 1984, Band 1 (Gutachten) Teil A, 1984, S. 27ff.

- (8) Teichler, Berufshaftpflichtversicherungen, 1985, S.211 ff.
- (9) Musialak, a.a.O., S.1236ff.
- (10) Vgl. Loeher, Das private Baurecht, 4. Auflage, 1968, Rdn.221.
- (11) BGB第六三八条第一項は、請負人の担保責任期間を一般に六ヶ月、土地の作業について一年、建築について五年と定めている（東秀彦訳「全訳 独逸民法」の訳を参考）。そこで、建築設計・監理契約の法的性質を請負契約とした場合、建築設計・監理契約における瑕疵担保責任の期間として BGB第六三八条のいう六ヶ月、一年または五年のいずれの時効を適用すべきであるのが問題となる。まず、建築家の履行する業務が、BGB第六三八条の一般にあたるのか、土地の作業についてにあたるのか、または建築についてにあたるのかを検討しなければならない。これについて連邦通常裁判所は、建築物という概念には全体としての建築のみならず建築の一部分もまた含まれるのであり、そして建築家の建築に貢献する業務も建築の一部分であるから、建築家の業務もまたそこに包摂されるとする。そうして、建築家の給付には BGB第六三八条の五年が適用されるとする（BGH, Urt. vom 9. 7. 1962, BGHZ 37, 341.）。建築家の仕事に欠陥があった場合の建築家の担保責任に BGB第六三八条における建築についての五年の時効を適用するとした判例の見解は、

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

建築家の一般に支持される（Vgl. Loeher, a.a.O., Rdn. 247; Schlechtriem, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, 7. Abschnitt, Einzelne Schuldverhältnisse, 7. Tiel, Werkvertrag und ähnliche Verträge, 1967, 4. Auflage, S.683 (以下「Werkvertrag」とす。))。なお、BGB第六三八条のいう建築についての詳細に関しては、von Craushaar, Bauwerksleistungen im Sinne von § 638 BGB, NJW 1975, 903ff. 参照。

なお、西ドイツにおける建築家のための約款「Allgemeine Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AV A)」によると、建築家の担保責任及び損害賠償責任の期間は、「Einheits-Architektenvertrag für Gebäude」の場合第六条第一項により、「Einheits-Architektenvertrag Freianlagen」の場合第九条により、「Einheits-Architektenvertrag für den raumbildenden Ausbau」の場合第一〇条により、特約がないとき及び法律で短期の時効期間を予定していないときは、建築家の最後の仕事の引き取り（建築物の引き取り時を意味するものではない）から五年と定められている（Bekanntmachung Nr. 29/85 über die Annehmung von drei Empfehlungen der Bundesarchitektenkammer zur Gestaltung von Architekten-Vorplanungsverträgen und Architektenverträgen für Gebäude, Freianlagen und den raumbildenden Ausbau sowie zur Verwendung Allgemeiner Vertragsbestimmungen für Architektenverträge vom 21. März 1985.）。参看までに、請負人の場

合の瑕疵担保責任の期間は、西ドイツにおける約款のひとつ「Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (AVB-BAK)」第三三条第四項では「建築物及び材木の侵食、腐食等については二年、可燃性のものについては一年とされている(Bekanntmachung Nr. 28/85 über die Anmeldung der Empfehlung „Baueintragsmuster. Bestehend aus Angebots- und Auftragschriften und allgemeinen, besonderen und zusätzlichen Vertragsbedingungen sowie Muster einer Abnahmebescheinigung“ durch die Bundesarchitektenkammer vom 19. März 1985.)」の結果、契約責任の期間という点からみると、請負人よりも建築家の責任の方が重いと見える。このことは、建築家の社会的な職業上の地位における責任についての考え方を反映しているものと思われる。

(2) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.221.

二 建築設計契約

1 建築設計契約の法的性質

(1) 建築設計契約の法的性質について、ヤーゲンブルク(Jaegenburg)によれば、一九一九年にライヒ裁判所がそれを請負契約であると判断して以来、判例は変更されていない。

(2) 学説においても、建築設計契約を請負契約とみることに⁽¹⁾ついて、管見しえた範囲ではあるが反対はみられない。建築設計契約の法的性質がなぜ請負契約的性質であるとされるのか

について、通説を代表すると思われるシュマルツ(Schmalz)は、まず、建築家の個々の業務に対する報酬を定めた HOAI (Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und der Ingenieure. 以下 HOAI とする) から判断している。⁽²⁾すなわち、HOAI に示された諸業務のそれぞれが完了業務であり、各業務の完了があつてはじめてその業務に対する報酬が、HOAI の基準にしたがつて請求することが可能となるのであるから、HOAI に示された業務を内容とする建築設計契約は請負契約的性質を有しているとみられる、とする。さらに、建築設計契約の法的性質を請負契約であると結論づける根拠として、建築設計契約の債務からそれを求めている。すなわち、建築設計契約を締結する際、建築家には、無形の建築計画が有体物としての建築物に至るのに欠くことのできない設計図書作成およびその他の設計業務の完了を注文主から委託されるのであり、建築家が、その契約上の債務として、設計に関する個々の業務を完了することを約束するのみならず、最終結果すなわち建築物に直接に結び付く設計業務を瑕疵のないように履行することを約束するのであるから、設計業務には請負契約的性質が認められるというのである。のみならず、シュマルツは、建築設計契約における建築家の債務の内容を、単に雇傭契約上の「労務(Dienst)」の提供ではなく、瑕疵のない完全な「仕

事」の完成であるとし、この点をも、建築設計契約の法的性質を請負契約と解す根拠にしている。⁽⁶⁾

(3) 学説は、一般的に建築設計契約の法的性質を請負契約と解することに異論はない。しかし場合によっては、例外的に、その性質を雇傭契約と解すこともある。たとえば、建築物の完成と直接的には関係しないような業務で、単に業務をなすことのみを債務とし、仕事の結果について担保責任を負わない場合である。そこで、業務によっては、雇傭契約法が適用される場合もあるが、それはごく限られた場合にすぎないとされている。⁽⁷⁾

(4) したがって、一九一九年のライヒ裁判所判決以来、判例のみならず学説上も、建築設計契約の法的性質を請負契約とみることには異論はないようである。この見解の一致について、ガオホ(Gaoh)が、西ドイツにおいては建築設計契約の法的性質を請負契約とみることについて一度も問題視されたことがない、と述べているほどである。⁽⁸⁾ 建築設計契約の場合、「設計図書を作成すること」という建築家の給付が、まさに請負契約の要素を示しているといえること、さらに、完成した設計図書について瑕疵があったような場合、その設計図書を修正し完全なものに上げることができるので、その法的性質を判断するにあたってそれほど困難は生じないであろうと思われる。しかし、建築設計契約には有形の設計図書作成という業務のみならず、

多様な種類の無形の業務がある。例えば、建築設計契約の一部である基礎調査もまた請負契約であるとされている。建築家のこのような業務もまた請負契約の法的性質を有するとされるのは、たとえ瑕疵のない建築物が完成されたとしても、これらの義務の不履行が注文主の重大な財産損害にいたるからである。さらには、西ドイツ債務法における時効問題も、建築家の業務を請負契約の性質と解することに影響を及ぼしているものと思われる。すなわち、建築設計契約の場合、請負契約上の五年の期間でなければ、三〇年間という長期にわたって責任を負わなければならない、ということと関係して、基礎調査のような無形の業務もまた、請負契約的性質を有しているとみることには異論はないであろうと思われる。

2 建築家の設計業務と建築物との関係

(1) 建築家の設計業務と建築物との関係における問題
建築家の業務というものは、その履行の結果が建築物に具現されることである。たとえば、建築家の作成した設計図書がかなるものであったかは、完成した設計図書のみならず、それに基づいて建築された建築物それ自体にも具現する。そこで、建築物に生じた欠陥から、建築家の仕事に欠陥があったことが判明することがある。つまり、建築家の業務と建築物とは、密接な関係にある。したがって、建築家は、自己の瑕疵ある給付

の結果生じた建築物の瑕疵について何らかの責任を負うことになるのである。しかしそうだからといって、建築物に生じた瑕疵一般について、自動的に建築家が責任を負うわけではない。すなわち、建築家の作成した設計図書に瑕疵があり、そうして設計図書通りに建築された結果建築物にもその瑕疵が現れた場合には、建築家は、その建築物に生じた瑕疵について、何らかの責任を免れることができないのである。その責任の根拠となる建築設計契約の締結に際して、建築家は、瑕疵のない設計図書の完成を約束するが、建築請負人のように建築物それ自体の瑕疵のない完成をも約束するわけではない。そこで、設計図書を作成し完成するという給付を履行した結果について、すなわち、設計図書の瑕疵について、およびその瑕疵ある設計図書に基づいて建築され、有体物となった建築物の瑕疵について、建築家がどのような責任を負うのか、問題となる。

(2) 債務の内容と法律効果の差異

設計段階における設計業務というものには、建築についての企画や建築許可の申請、設計図書作成等多種多様な業務がある。建築設計契約は、それらのうちの一つの業務あるいは数種を組み合わせて、もしくはすべての業務を給付内容とするのであるが、ここで給付義務の内容がどのように考えられているかというところをみるにあたり、建築設計契約の典型的な内容である設

計図書作成という業務を例にとることにする。

まず、建築設計契約の法的性質を請負契約と解するというところから出発すると、その契約において、建築家は、設計業務を瑕疵なく完成する義務を負う。そこで、瑕疵なく完成すべき義務の範囲が一体どこまでなのか、すなわち、瑕疵のない設計図書の完成のみがその範囲なのか、もしくはその設計図書に基づいて建築される建築物もまたその範囲に含まれるのか、ということが問題となる。それは、建築家の設計図書作成という仕事の完成を約束した建築設計契約における債務の具体的な内容、すなわち本来の債務とは何かという問題である。

この本来の債務とは何かという問題について、一方では、建築設計契約上の瑕疵のない仕事の完成とは瑕疵のない設計図書の完成のみをいうのであって、その設計図書に基づいて施工され完成されるべき建築物それ自体に瑕疵のないことまで本来の債務の内容に含まれるわけではない、として、債務の内容を限定的に考える見解がある（限定説）。しかし他方では、建築設計契約における本来の債務として、瑕疵のない設計図書の完成を約束する以上、その設計図書に基づいて施工され完成する建築物に瑕疵のないことをも約束しているのであり、建築家は、その建築物の瑕疵についても設計図書についてと同じ責任を負う、として、債務の内容を拡大的に考える見解がある（拡大

説。客観的に建築家に瑕疵ある履行があり、すなわちこの場合、設計図書に瑕疵があり、それに基づいて建築された結果建築物に瑕疵が発生した場合、前者の限定説によれば、建築家は、設計図書の瑕疵については請負契約上の担保責任（B G B 第六三三条以下）を負うのであるが、その設計図書の欠陥に起因する建築物の瑕疵については、常に積極的債権侵害に基づく責任を負い、そして三〇年の時効（B G B 第一九五条）に服する、ということになる。他方、後者の拡大説によれば、設計図書それ自体の瑕疵についても、それらに起因する建築物の瑕疵についても、建築家は、請負契約上の担保責任、つまりB G B 第六三三条、第六三四条および第六三五条に基づく責任を負い、そしてB G B 第六三八条の五年の短期の時効期間に服することになる。つまり、本来の債務の内容をどのように解するかで、右の動き違いが生じてくるのである。

この建築設計契約における本来の債務とは何かという問題について、西ドイツでは、前者のごとく瑕疵のない設計業務をなすことのみをいうのであって、建築請負人と同様に建築物それ自体に瑕疵のないことまでをその内容として約束するわけではない、とする限定説が一般に支持されている。¹⁰⁾

(3) 建築家の瑕疵ある仕事についての担保期間
しかし、建築設計契約における本来の債務の内容を限定説に

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

したがって瑕疵のない設計業務に限定すると、不都合の生じることがある。まず、債務の内容を限定的に解するのであるから、建築家は、設計業務の欠陥についてはB G B 第六三三条、第六三四条、第六三五条および第六三八条にしたがって責任を負い、設計業務の欠陥から発生した瑕疵結果損害については積極的債権侵害に基づく責任を負う。その結果、欠陥のある設計業務に起因して生じた建築物の瑕疵について、建築家は、常に積極的債権侵害に基いて三〇年間にわたり責任を負うことになる。つまり建築家は、建築物の瑕疵について三〇年間予測しえない経済的危険にさらされることになる。そこで、建築物に生じた瑕疵について、積極的債権侵害で処理することが妥当なのか、B G B 第六三三条以下の瑕疵担保責任で処理する余地がないのかが問題となる。このように、建築家の作成した欠陥のある設計図書に起因する建築物の瑕疵を、B G B 第六三三条以下で処理するか、または積極的債権侵害で処理するかで、法律効果に大きな差があるので非常に重要な問題となる。とりわけ、損害賠償請求権の時効について差が大きくなる。すなわち、その建築物の欠陥についてB G B 第六三三条以下で処理すると、その欠陥について建築家は瑕疵担保責任を負い、そしてB G B 第六三八条により五年の時効に服することになるが、それを積極的債権侵害にしたがって処理すると、建築家は三〇年の時効に

服すことになる。⁽¹¹⁾そこで、このような責任期間の不都合を考慮して、折衷的に、建築設計契約における債務の内容を瑕疵のない設計業務に限定しつつ、なおかつ建築家の業務に起因する建築物の瑕疵についてもまたBGB第六三三条以下で法的処理をなすべきだ、という考えが生じてくる。

(4) 建築物についての建築家の責任

右にみた限定説の見解、すなわち、建築設計契約の債務の内容を建築請負人同様に建築物に瑕疵のないことまでをも含むとするのではなく、それを設計業務を瑕疵なく完了することに限定した場合に、建築家の設計業務に起因する建築物の瑕疵をBGB第六三三条以下で処理するとする考え方を、ここではさしあたって、(a)折衷説と(b)瑕疵結果損害説とに分類して整理してみたい。

(a) 折衷説

建築家の作成した設計図書に欠陥に起因する建築物の瑕疵について、BGB第六三三条以下で処理しようとする折衷説が、判例・通説の見解であるといえよう。この見解は、建築設計契約における債務の内容を、瑕疵のない設計図書の完成のみを意味するのであって、建築請負人と同様に建築物についても債務の内容としているわけではない、として建築家の債務を限定的に解する。そうすると、建築家は、自己の欠陥のある給付に

起因する建築物の瑕疵による損害について、積極的債権侵害に基づく損害賠償責任およびBGB第一九五条により三〇年間責任を負うことになる。しかし、三〇年という期間はあまりにも長期的すぎる。そこでこのような責任期間の不都合をクリアーするために、つまり、結果の妥当性のために、建築家の業務と建築物との密接な関係を根拠にして、建築家の瑕疵ある給付に起因して生じた建築物の損害についてはBGB第六三三条以下で処理すべきだ、と解するのである。この説によれば、建築家は、設計図書のみならずその建築物の損害についても請負契約上の瑕疵担保責任を負い、そしてその責任についてBGB第六三八条に基づく五年の短期時効に服することになるのである。

一九六二年連邦通常裁判所も、建築家の設計図書の欠陥に起因した建築物の瑕疵について、建築家に積極的債権侵害に基づく責任ではなく、BGB第六三五条に基づく損害賠償責任を認⁽¹²⁾⁽¹³⁾めている。

(b) 瑕疵結果損害説

右にみたごとく、建築設計契約の債務の内容を、建築物ではなく設計業務に限定しつつもなお、建築家の設計業務の欠陥に起因して生じた建築物の損害をBGB第六三三条以下で処理すべきだと解する説が、今日の判例・通説の支持するところである。しかし、かつては、建築物に発生した損害を、積極的債権

侵害で処理すべきだとする見解もあった。ヘス(Hees)は、前述

の一九六二年判決を次のように批判する。すなわち、建築家が建築物の完成に間接的にのみ関係しているのにすぎないにもかかわらず、その建築物について建築請負人と同じ瑕疵担保責任を負うということは、建築家に酷な結果をもたらすことになるから、その建築物に生じた損害については積極的債権侵害で処理すべきである⁽¹⁴⁾。そして、建築設計契約において、建築家は設計業務について瑕疵なく履行すべき義務を負うのであるが、その義務は、まさに設計業務の範囲に限定された義務であって、その設計業務に基づいて完成される建築物にまで瑕疵のないことを約束しているわけではない⁽¹⁵⁾。つまりヘスは、確かに建築家の仕事と建築物は密接な関係にあるといえるが、建築家は建築設計契約において、単に利用可能な法律に合致した瑕疵のない設計図書の作成およびその他の設計業務について瑕疵がないように履行することを約束するのであって、建築物それ自体についてまで建築請負人と同様の責任を負うことを約束しているわけではない、というのである。そうして、建築設計契約における建築家の給付は設計業務の完了で終了し、その仕事の瑕疵について、つまり設計図書の瑕疵については瑕疵担保責任を負うが、設計図書の欠陥に起因する建築物の瑕疵については積極的債権侵害に基づいてその損害を賠償すべきだ、

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

としている⁽¹⁶⁾。

(5) おわりに

以上みたごとく、建築家の給付の欠陥に起因して発生した建築物の瑕疵による損害について、建築家がどのような責任を負うべきであるのかという問題を考える際、とくに、損害賠償についての責任期間が中心的な視点となるように思われる。つまり、時効期間が、五年か、さもなくば三〇年かというのではあまりにも差がありすぎるし、さらに、三〇年の責任期間は、現代では長期間すぎると考えられている⁽¹⁷⁾。判例・通説は、建築家の業務の欠陥に起因する建築物に発生した瑕疵による損害をBGB第六三三条以下で処理すべきだと解することで、三〇年の責任期間から生じる建築家の予測しえない経済的な負担を回避しようとする。つまり、責任期間の問題から、結果の妥当性を考慮して⁽¹⁸⁾、BGB第六三八条の短期の時効期間を適用するように思われる。

右のごとく、請負契約においては、三〇年という責任期間が妥当なものでないと解される傾向にある。そこで、BGB第一九五条の三〇年を適用することになる帰結を回避すべく、損害賠償については、当初は始めから瑕疵のために目的物が利用できない、価値がない、または価値が低い場合にかぎってBGB第六三五条および第六三八条が適用されていたのが、後に瑕疵

損害と瑕疵結果損害とに分類して前者にはBGB第六三五条および第六八条、後者には積極的債権侵害およびBGB第一九五条が適用されるに至った。そしてその後それらを発展させて、仕事の瑕疵と密接かつ直接的な関係にある損害、およびより近い瑕疵結果損害についてはBGB第六三五条および第六八条、そしてより遠い瑕疵結果損害については積極的債権侵害およびBGB第一九五条にしがたがって処理するという定式化がなされるに至っている。さらには、建築設計・監理契約の場合、主たる義務と付随義務とによる分類がなされ、前者の義務違反による損害についてはBGB第六三五条で、後者の義務違反による損害については積極的債権侵害にしがたがって処理するまでに、判例上展開されてきている。すなわち、このような解釈の展開により、積極的債権侵害およびBGB第一九五条の適用範囲が大幅に狭められてきている。この点については、建築家の瑕疵担保責任の損害賠償の項で詳細を検討したい。

(1) RG, Urt. vom 7. 11. 1919, RGZ 97, 122. の判例は、病院建設の企画および設計図書作成を行った建築家が注文主に対してその報酬を請求した、という事件である。本件では、病院建設の企画およびその設計図書作成という給付が請負契約に基づくものかどうかが争われ、裁判所は請負契約に基づくものと判断した。ヤーゲンブルクは、この点から判例が建

築設計契約を請負契約とみているようにである。

なお本件ではさらに、その給付に対する建築家の報酬請求権の消滅時効が、BGB第一九五条にもついで三〇年なのか、またはBGB第一九六条にしがたがって二年なのかも争われた。裁判所は、建築家のなした企画及び芸術的な行為はBGB第一九六条の第一号にも第七号にもあてはまらないとしたカンマー裁判所の判断を支持して、本件にBGB第一九五条を適用した。これより、建築家の報酬請求権の時効は、BGB第一九五条により三〇年と解されることとなった。それ以来、このように、請負契約における報酬請求権の時効についてはBGB第一九五条による三〇年が適用され、BGB第一九六条第一項による二年は適用されないと解されていた (Vgl. BGH, Urt. vom 25. 4. 1966, BGHZ 45, 223.)。ところが、連邦通常裁判所は、一九七二年七月六日の判決において「建築家が設計ならびに材料および費用見積の委託を内容とする建築設計契約に基づいて報酬を請求した事件」、請負契約に基づく給付もBGB第一九六条第一項の第七号にあてはまるとして、建築家の報酬請求権はBGB第一九六条第一項第七号にしがたがって二年で時効にかかると判示し、これまでの判例を変更してゐる (BGH, Urt. vom 6. 7. 1972, BGHZ 59, 163.)。

(2) Vgl. Jagenburg, Bindhardt/Jagenburg, Die Haftung des Architekten, 8. Auflage 1981, § 2, Rdn. 68 (以下「Die

- Haftung des Architekten 446(8)).
- (7) Soergel, a.a.O., Rdn.41 zu §631 BGB; Teichmann, a.O., S.27.
- (7) HOAI 4 GOA (Gebühreordnung für Architekten, 1950)年一月八日施行 (Bundesanzeiger, Nr.216 vom 8. 11. 1950.) 一九七四年七月改正 (Bundesanzeiger, Nr.134 vom 24. 7. 1974.) HOAI 施行にともなう廃止を命じ、一九七七年七月施行された報酬規定である (BGBl. 15. 2805, ber. S.3616.) これは、一九八五年一月改正された (BGBl. 15.948.) の改正では、全五九条だったものが一挙に一〇三条に増大された。増大された部分はほとんど技師に関するものであり、建築家に関する部分については、改正前の建築物と屋外施設についての規定に新たに屋内についての規定が加えられた他、ほとんど変更はないようである。さらに、一九八八年四月一日にも改正されている。
- (5) Schmalzl, Aktuelle Fragen zur Architektenhaftung, 1980, S.23 (以下「Aktuelle Fragen zur Architektenhaftung」と呼ぶ)。
- (9) Schmalzl, a.a.O. (Aktuelle Fragen zur Architektenhaftung), S.23. ヤーゲンソルト(19)れを支持す(9) Jagenburg, a.a.O. (Die Haftung des Architekten), §2, Rdn.68.)
- (7) Vgl. Jagenburg, a.a.O. (Die Haftung des Architekten), §2, Rdn.79.
- (8) Gauch, Der Werkvertrag, 3. Auflage, 1985, Rdn.47.
- (9) Ehen/Blatt, Die Rechtsprechung des BGH zur Einbeziehung von Mangel-/Folgeschäden in den Anwendungsbereich des § 635 BGB beim Bau, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, 1986, S.80.
- (10) Vgl. Werner/Pastor, Rechtsfragen beim Bauen, 5. Auflage, 1983, S.122.
- (11) 損害賠償請求権については、「瑕疵惹起損害を含む全損害を六三二五で処理すべきだとしたうえで、八五二条(不法行為の消滅時効)被害者が損害および賠償義務者を知った時から(三年)を類推して、原告が損害を主張することができるようになった時から六三八条の時効期間を適用すべきだと主張がみられる。」右の「立場をとる学説の中にも、積極的債権侵害による損害賠償請求権について、損害発生時を起算点として六三八条を類推すべきだとする」見解もある(岡孝「情報提供者の責任」遠藤浩・林良平・水本浩監修「現代契約法大系第七巻サービンス・労務供給契約」(一九八三年)三〇六頁参照)という。
- (12) BGH, Urt. vom 9. 7. 1962, BGHZ 37, 341. 本件は、建築家がガレージ付家屋についての建築設計契約に基づいて給付を履行した後に注文主に対し残りの報酬を請求したところ、注文主が建築家の職紙ある設計図書に基づいて施工されたガレージに職紙が発生し損害が生じているのでその損害の賠償

を建築家に請求し、そして建築家の報酬請求との相殺を申し出た、という事件である。本件では、ガレージに生じた損害についての注文主の損害賠償請求権がB G B第六三五条および六三八条によりすでに時効にかかっている、と建築家が主張したため、ガレージの損害を原告である建築家の主張するようによりB G B第六三五条および第六三八条で処理すべきか、またはそれを積極的債権侵害に基づきそしてB G B第一九五条により損害賠償請求権がまだ時効にかかっていないと解すべきかが争点となった。連邦通常裁判所は、観念的な無形の給付の瑕疵が必然的に建築物に移った、つまりそれが建築物の瑕疵に「実現された」として、瑕疵ある設計給付と建築物に生じた損害間の密接かつ直接的な関係を根拠にガレージに生じた損害を瑕疵損害であると結論づけている。

(13) Vgl. Ehlen/Blatt, a.a.O., S.80.

(14) Hess, Die Haftung des Architekten für Mängel des errichteten Bauwerks, 1966, S.46f.

(15) Hess, a.a.O., S.52.

(16) Hess, a.a.O., S.101.

(17) 民商第九三卷第二号一七頁に、「ドイツ民法には三〇年の通常の期間と並んで最低六週間までの多数の短期時効期間が存する。これに関し三十年というのは、我々のめまぐるしい時代においては明らかにきわめて長すぎる。」というメディクスの見解が紹介されている(ディーター・メディク

ス・上田誠一郎「佐々木典子」潮見佳男訳「ドイツ債務法の改革についての必要性および構想」。

さらに、西ドイツ民法典における時効問題については、半田吉信「消滅時効法改正に関するベータース、ツインマーマンの提案(一)」法学志林第八十三卷第三号一四一―二〇一頁、「同(二)」法学志林第八十三卷第四号一五六頁(下森他編「西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究 法政大学現代法研究叢書9」(一九八八年)所収、四五頁以下)が参考になる。

(18) Ehlen/Blatt, a.a.O., S.87.

三 建築設計・監理総合契約

はじめに

建築家の業務は、設計段階と監理段階とに大別される。そこで、建築家の業務の委託を内容とする契約に関しては、右の段階に沿い、設計業務のみの委託を内容とする契約、監理業務のみの委託を内容とする契約に分けられる。さらに、建築家が設計段階から監理段階まで関与する場合、設計および監理業務双方の委託を内容とする契約を締結することになる。このうちの設計・監理業務双方の委託を内容とする契約を、建築設計・監理総合契約としたことは、前述のとおりである。

西ドイツでは、この契約の法的性質いかに、判例・学説において長期に渡って議論されている。建築設計・監理総合契約

の法的性質の検討に際しては、第一に、その契約の内容となる設計業務と監理業務の各々の性格がかなり相違していることもあり、それらの業務がいかなる法的性質を有しているのか、それぞれ別個に議論されている。まず、設計段階の建築家の給付については、とくに設計図書という完成すべき目的物があるため、容易に請負契約に結びつけられる。他方、監理段階における建築家の業務というのが、例えば、設計の意図を施工者に伝える、工事の確認および報告をする、施工計画を検討し助言するというように何かを作成し完成する業務でないこと、そしてさらに、それらの業務の結果が建築物と密接な関係にあるとしても、建築家にその建築物についてまで責任を負わせるとすることは建築家にとって酷であるように考えられ、監理段階の給付の法的性質は、雇傭契約的なものと一般に解されている。そうすると、建築設計・監理総合契約は、法的性質の異なる業務、すなわち請負契約的性質を有する設計給付と、雇傭契約的性質を有する監理給付とが混在する契約である、ということになる。ところが、雇傭契約と請負契約とは、その法律効果が異なる。したがって第二に、建築設計・監理総合契約に關しては、その契約の法的性質を、請負契約と解すべきか、雇傭契約と解すべきか、またはその混合契約と解すべきなのかが、学説上議論されることになるのである。

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

1 建築設計・監理総合契約の法的性質を判断する際の方法

まず、建築設計・監理総合契約の法的性質の決定方法に關しては、三つの考え方に大別することができる。その三つの考え方を、本稿ではさしあたり、(1)重点説、(2)併存説および(3)請負説と称しておくことにする。⁽³⁾

(1) 重点説

重点説とは、建築設計・監理総合契約における雇傭契約的性質を有する監理業務と、請負契約的性質を有する設計業務とは、その契約においてどちらがより重要な行為であるのかを一般的に決定し、重要であると考えられる方を、その契約の法的性質を決定づける要素とし、他方の重要でない⁽³⁾とされる方の要素をそれに従属させる、という理論である。

もし、建築設計・監理総合契約において、設計業務よりも監理業務の方がより重要な業務であると考えるならば、その契約の法的性質を雇傭契約と解することになる。その結果、監理業務および設計業務の双方に、雇傭契約に基づく法律効果が適用されるのである(この説は、一九一四年のライヒ裁判所判決において採り入れられたものである)。他方、監理業務よりも設計業務のほうに重要性があるとすれば、その契約は請負契約として処理される。その結果、設計業務にも監理業務にも請

負契約上の法律効果が適用されることになるのである（この説は、一九五九年に連邦通常裁判所によって採り入れられたものであり、現在の通説もまたこれに依拠しているといえよう）。

したがって、建築設計・監理総合契約の法的性質を決定する際に、重点説に依拠するならば、その契約の法的性質を雇傭契約とみる雇傭契約説と、それを請負契約とみる請負契約説との二つの見解に分類されることになる。

(2) 結合説

結合説とは、請負契約的性質を有する設計段階の業務と雇傭契約的性質を有する監理段階の業務のうちのどちらか一方に重きをおいたり有力視したりすることなく、建築設計・監理総合契約を、雇傭契約と請負契約の双方の要素が組み合わさった契約であるとするものである。この結合説の支持者として、学説ではおもにテンベル(Tenber)があげられる。この説によれば、設計業務については請負契約法にしたがって処理され、監理業務については雇傭契約法にしたがって処理される、ということになる。

(3) 請負説

請負説とは、建築家の諸業務というものが、建築物完成と不可分の関係にあり、そして本来建築物の完成によってはじめて意義をもつものであるから、設計業務も監理業務もどちらも請

負契約的性質を有していると解すべきだ、というものである。

この請負説は、ヘスの支持するところである。請負説によれば、建築設計・監理総合契約における建築家のすべての業務には、請負契約上の法律効果が適用されることになる。したがって、結論からみれば、重点説において監理業務よりも設計業務の方に重要性があるとする場合と同じ結果になるのであるが、根拠づけの点で異なるので、重点説と請負説とを同一視することはできないように思われる。

建築設計・監理総合契約の法的性質を判断する際にとられる方法に関しては、以上の三説に大別しうる。以下で、これら三説の学説史的位置づけを検討するが、時間的な流れに沿って、判例・学説をとりあげていくことにする。

2 建築設計・監理総合契約の法的性質に関する判例・学説

(1) 一九一四年ライヒ裁判所判決
 建築設計・監理総合契約の法的性質についてはじめて判断を示したといわれるのが、一九一四年二月一日のライヒ裁判所の判決である。本件で、ライヒ裁判所は、建築設計・監理総合契約の法的性質を決定するにあたって、まず、その契約の主たる内容が設計業務にあるのか、または監理業務にあるのかを判断した。その設計業務の意義について、ライヒ裁判所は、大略次のように述べた。すなわち、設計業務は、建築物の建築に向

けた諸業務の一部分を構成するにすぎず、建築家の後の業務、つまり監理業務をなすための準備活動であり、建築設計・監理総合契約においては、設計業務のみが問題の場合は別として、設計業務それ自体に独自の重要性はない、と。そうして、一般的にその契約における本来の対象は監理業務にあるとし、本件における契約の法的性質を雇傭契約だと判断したのであった。

(2) 一九一四年ライヒ裁判所判決以降の判例・学説

(a) 一九一四年のライヒ裁判所の判決以降、判例・学説の見解は、ヘスによると以下のものであった。⁽⁶⁾すなわち、戦前の判例は、一九一四年のライヒ裁判所判決を支持し、建築設計・監理総合契約の法的性質を雇傭契約とする雇傭契約説を採用していた。また、学説においても雇傭契約説が支配的であった。しかし、その見解に反対して、建築設計・監理総合契約の性質を請負契約とみるべきだとする請負契約説もあつた。

(b) 例えは、一九三〇年にホーニガー(Höninger)が、一九三二年にパトゥリ(Patuli)が、そして一九三九年にマイスター(Meister)が、報酬規定の配分内容を根拠に雇傭契約説に反対している。すなわち、「建築家・技師のための報酬規定」における建築家の各仕事に対する報酬の配分表によると、報酬全体の七五%が設計図書作成の仕事に対して配分されている。その割合からみれば、設計業務を監理業務の副次的なものと位置づ

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

けることはできない、と。さらにパトゥリは、報酬規定の配分の検討に加え、監理業務が、注文主にとって最終目的である建築物の完成に向けたものであるから、監理業務もまた請負契約的性質を有しているという点をも理由に、建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約だと主張した。同様に一九三六年、エプリニウス(Eprinius)も、監理業務が結果つまり建築物の完成と結び付く給付であることを重視して、請負契約説を主張した。さらに一九三七年、コーバー(Köber)は、重点説に依拠し、建築設計・監理総合契約においては監理業務よりも設計業務のほうがより重要な行為であるから、その契約については請負契約的性質を有しているとみるべきだ、とする見解を主張した。

(c) 学説においては右のように、重点説に依拠するもの設計業務に重要性があるとして、または報酬規定の配分内容を検討することで、さらには監理業務の法的性質を請負契約と判断することに、さらには建築設計・監理総合契約を請負契約と判断するものもあつたが、結局、それらの見解は、一般には受け入れられなかった。

西ドイツにおいては、請負契約と雇傭契約との最も大きな相違点は、仕事の結果について責任を負うか否かにあるといわれている。⁽⁷⁾つまり、労務を提供する契約において、履行結果についても責任を負う場合にはその契約は請負契約と結びつけら

れ、仕事の結果にはなく仕事の過程についてのみ責任を負うという場合にはその契約は雇傭契約と結びつけられる。建築設計・監理総合契約の法的性質いかんについて、判例・学説上雇傭契約説が主流であった当時は、その契約において建築家は自己の仕事を信義誠実の原則に従い、一定の注意義務を遵守して履行すればよい、と考えられ、建築家が設計業務および監理業務の履行結果について瑕疵担保責任を負わなければならない、とする考え方が、一般的に受け入れられなかったのではないかと思われる。つまり、建築家に履行の結果について担保責任を負わせることは、建築家に酷な結果をもたらすことになると考えられたからであろうと思われるのである。結局のところ、建築設計・監理総合契約の法的性質いかんについて請負契約説を採用する見解は、判例・通説の支持する雇傭契約説を斥けることはできなかった。

(d) 戦後もなおしばらくの間、連邦通常裁判所は、一九一四年のライヒ裁判所の見解を支持し、建築設計・監理総合契約の法的性質を雇傭契約と解する立場を変更しなかった。のみならず、学説においても、雇傭契約説が支配的であった。しかし、徐々にではあるが、下級裁判所において、一九一四年のライヒ裁判所判決が建築設計・監理総合契約について採り入れた雇傭契約説を斥け、請負契約説を採用する判例があらわれてきた。

(3) 一九五九年連邦通常裁判所判決

へスに依拠して右にみたごとく、一部の高等裁判所判例において、建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約とする見解をとる兆しがみえていた。そうして、一九五九年、ついに連邦通常裁判所は、ライヒ裁判所の判例を自ら変更し、建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約だと解したのである。

一九五九年の連邦通常裁判所判決は、建築設計・監理総合契約の法的性質を決定する際、ライヒ裁判所と同様に重点説に依拠したのであるが、ライヒ裁判所の判断とは逆に、その契約においては監理業務よりも設計業務のほうがより重要な業務であるとして、その性質を請負契約だと判断した。連邦通常裁判所は、まず、建築家の設計業務について、設計業務はライヒ裁判所の考えるような監理業務のための準備作業ではないし、監理段階においても設計の重要性は減退しない、と述べる。そして、建築家のなす各業務というものは、建築計画を具体的に実現するのに必要な仕事であり、それらの業務を建築物が瑕疵なく完成するようその目的に沿って行わなければならないのだから、雇傭契約的な性質ではないとする。すなわち、連邦通常裁判所は、建築設計・監理総合契約における主要な部分が設計業務にあり、またその契約における業務の法的性質を請負契約と解すべきであるとし、このことから建築設計・監理総合契約の法的

性質を請負契約と結論づけ、ライヒ裁判所の判例を変更したのである。

(4) 判例変更以降

(a) 判例の傾向

この一九五九年の判決以降、連邦通常裁判所は、建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約であると確認してきている。そして右の判例は、建築家の設計業務、監理業務の委託を内容とする契約一般、つまり、建築設計契約および建築設計・監理総合契約の他、建築監理契約をも請負契約的性質を有しているとみる方向に向かわせるきっかけにもなっている。

(b) 学説

学説においても、この一九五九年連邦通常裁判所に採用された建築設計・監理総合契約を請負契約とする見解が支持されるようになり、現在ではこれが通説だといえよう。⁽⁹⁾しかし、学説上、建築設計・監理総合契約の法的性質いかんについて請負契約と解する見解が一般的ではあるものの、その契約の法的性質を決定する際の方法については、一部異なる見解もみられる。判例・通説は重点説に依拠するが、ヘスは請負説に依拠して判断する。テンベルは結合説を主張する。他方で、学説の中にはまた、建築設計・監理契約に一つの契約類型をあてはめることについて、テンベルのごとく疑問を呈する見解もみられる。

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

i テンベルの見解

テンベルは、まず建築設計・監理総合契約における設計業務と監理業務は、それぞれを比較衡量して一方が重要で他方が重要でないと決定することのできない等価値の業務である、とすることから出発する。そして、建築設計・監理総合契約は、請負契約的性質の設計業務と雇傭契約的性質の監理業務が等しく併存する内容の契約であり、請負契約法または雇傭契約法のいずれか一方のみを適用して処理されるべきものではない、と主張するのである。この結合説によれば、設計業務については請負契約上の法律効果が適用され、監理業務については雇傭契約法に⁽¹¹⁾したがって処理されることになる。

テンベルは、重点説について次のように疑問をなげかける。すなわち、建築設計・監理総合契約は異なる法的性質の内容で構成されているのに、なぜその契約に唯一絶対的に一つの契約類型をあてはめるのか、つまり、なぜ設計業務または監理業務のどちらか一方の法的性質を変更してしまわなければならないのだろうか、と。⁽¹²⁾

テンベルのこの疑問を検討してみると、たしかに、一九一四年のライヒ裁判所判決においては、建築設計・監理総合契約の法的性質が雇傭契約と解されて、その契約全体が雇傭契約法にしたがって処理されたのであるから、請負契約的性質だとされ

る設計業務について建築家が瑕疵担保責任を負う必要がないので、建築家の責任が軽減される結果になったことになる。他方、一九五九年の連邦通常裁判所判決では、その契約の法的性質を請負契約と解し、その契約を請負契約法にしたがって処理したのであるから、雇傭契約的性質を有するとされる監理業務についても建築家が瑕疵担保責任を負うことになって、建築家の責任が加重されたことになる。

この点についてテンベルは、判例のように、一方の業務をその法的性質を無視して他方の業務の法律効果に従わせてしまうという法的処理のありかたは、法的安定性を害することに帰着すると批判する⁽¹³⁾。そうして、建築設計・監理総合契約においては、それぞれの業務に適合した法律効果を適用すべきであり、いずれをも軽視することなく互いにまったく等しく併存する結合契約とらえるべきだといっているのである⁽¹⁴⁾。

しかし、テンベルの右のような結合説には批判もある。なかでも、通説を代表すると思われるロッハー(Löcher)は、次のように批判する。すなわち、建築設計・監理総合契約における個々の業務にそれぞれに相応した法律効果を適用するという法的処理は、一つの契約の中に異なる法律効果が混在することになり、時効、危険負担、および解除等に関して個別に判断を要する際に困難な問題が生じることになるであろうし、さらには

個別給付をいくつかまとめた場合にも法的処理に問題が生じるであろう、と⁽¹⁵⁾。たしかに、ロッハーがいうように、建築家の

業務を細かく検討すれば、単純に処理しえない場面がでてくるように思われる。たとえば、設計段階における業務には、設計図書作成業務もあるが、周辺地区住民に対する説明立ち会いや、近隣建築物の調査またはそれについての指導・助言を内容とする近隣環境調査、またそれらの調査をなすスタッフの選任やスケジュールの調整といった業務も含まれる。他方、監理段階においても設計図書を補完するために図書類の作成されることがある。右の業務が組み合わされている場合に、前者の業務については請負契約法、後者の業務については雇傭契約法にしたがって処理することが果たして何ら問題なく行えるのか、疑問に思われる。つまり、個々の業務を個別に抽出してその法的性質を検討すると、請負契約または雇傭契約(またはBGB第六七五条の有償事務処理契約)のいずれの法律効果を適用すべきか、もはやその段階で一個の問題となり、たとえば設計段階における先の業務について、請負契約法にしたがって処理することに疑問が生じる場合もあるように思われる。さらには、一つの契約の中で異なる法律効果が混在することになれば、問題の解決が煩雑になるおそれもあると考えられうる。

ii ヘスの見解

ヘスは、判例・通説と同様建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約と解すのであるが、重点説からではなく、別の観点からそのように結論づけるのである。ヘスはまず、建築家の行う設計業務と監理業務は本質的に同価値の業務であると、一方の法的性質を他方の性質の異なる業務にもあてはめてその法的性質を変更してしまうという判例の考え方に批判的である。⁽¹⁶⁾そして、判例・通説もテンペルも設計業務と監理業務の法的性質を前者は請負契約的性質、後者は雇傭契約的性質を有していることから出発しているが、ヘスは、その両方の業務、すなわち監理業務の性質もまた請負契約的性質を有していると解して、建築設計・監理総合契約を請負契約法で処理すべきだと考えるのである。そしてヘスは、監理業務の請負契約的性質について大略次のように説明する。すなわち、有体物としての建築物を實際に施工する段階においては、建築請負人は物理的・手作業的な仕事を行い、建築家は観念的な無形の仕事（＝監理業務）を行う。その意味では、両者はたしかに異なる領域において仕事をする。しかし、建築請負人も建築家も、ともに注文主の最終目的である建築物の完成に向けて仕事をなす、という意味では、両者は同じ領域で仕事をしている。つまり、建築請負人は建築物についての請負人であり、建築家は同じ建築物の「観念的な」請負人である。このことから、建築家

建築設計・監理契約に関する一考察（二）（花立）

の行う監理業務もまた請負契約的性質を有していると解せられる、と。⁽¹⁷⁾また、建築家の諸業務は、請負人の行う基礎工事や内装・外装の業務や配管設置業務等と同様に、建築物完成に必要な業務であり、またその目的のためのみの業務であるから、請負人の行う業務と同様の性質のものだという。⁽¹⁸⁾そしてさらに、BGB第六三一条の「完成」が、有体物のみを対象としているのでなく何らかの具体的な成果をもたらすことをも対象にしていること、およびBGB第六三一条第二項後段の勞務提供の「結果」という概念が有体物に限定されているわけではない以上その条文が無形の観念的な仕事を排除しているとは考えられないことを根拠に、建築家の監理業務のような観念的な無形の仕事もまた請負契約の対象となるとし、この点からも建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約だと結論づける。⁽¹⁹⁾

ヘスの見解によれば、判例・通説と同じ結論に帰着するのであるが、ヘスの見解に支持者は少ない。これは、ヘスが建築家の債務の内容について、瑕疵のない設計業務・監理業務を履行するとともに建築物にも瑕疵がないことを含めることによるものと思われる。⁽²⁰⁾つまり、ヘスのように建築物にまで債務の内容の範囲を拡大すると、建築物に発生したすべての瑕疵が建築家の仕事の欠陥と結びつけられ、建築家にとって不当な結果が生じるおそれもあると考えられる。このことから、判例・通説

は、建築家の債務の内容について、それを瑕疵なく仕事を完了することに限定するという限定説を採用している²¹⁾。

iii 建築設計・監理契約一般を一契約類型で処理しえないとする見解

① はじめに

これまでみた見解は、建築設計・監理総合契約の法的性質をどのようにみるべきかというものであった。その他、学説の中には、建築設計・監理契約一般としてとりあげ、その法的性質について述べる見解もある。この見解によると、建築家の業務は多様であり、したがって個別に検討すると一概に一つの典型契約類型を適用しうるかどうか疑問だとされる。そこで本来、右の見解に従うと、建築設計・監理契約一般として項目を別にすべきことになるが、建築家の多様な業務を含む建築設計・監理総合契約の項の中に加えても特段の支障が生じるものではないと思われるので、ここで整理しておくことにする。

② 一契約類型にあてはめられないとする見解

テンベルのごとく、建築設計・監理契約は一契約類型にあてはめることができないとする見解もある。エッサー・バイアー(S. Esser/Weyers)は、混合契約をも契約のカテゴリーとみる場合に、建築家に適切な責任を配分しうるとい²²⁾う。つまり、建築設計・監理契約の法的性質を請負契約と雇傭契約との混合契

約だと解すものと思われる。また、ラーレンツ(Larenz)は、建築設計・監理契約について、もともと請負契約に近い特殊類型とみるべきだとしている²³⁾。しかし、このような見解を支持する説は、とくに建設契約法(Baurechtsgesetz)の専門家の間には、管見しえた範囲ではあるがみられなかった。なおメディクス(Medicus)は、とくに明確な理由を述べているわけではないが、建築家の給付のうちとくに行為をなすことが強調されるような給付については、慎重に補足的に雇傭契約法を適用すべきであろうと述べている²⁴⁾。

③ 建築家の業務に有償事務処理契約の性質をみる見解

既にもたごとく、建築設計・監理契約に関しては一般に請負契約と雇傭契約とが考察の対象とされている。しかしその際、有償事務処理契約の法的性質をも加味して検討すべきだとする向きもある。ムズィーラクは、情報提供義務、協力義務、調整義務等(BGB第六七五条)、指示の変更(BGB第六六五条)、照会・報告義務(BGB第六六六条)、引き渡し義務(BGB第六六七条)等、建築家の業務にも委任規定を適用しうるので、委任契約の性質を無視できないとし、建築家の業務に関しては有償事務処理契約も考えられるとする²⁵⁾。しかし、カイルホルツは、建築家の業務に委任契約の規定を適用すると、建築家に決定権が認められので権限を与えすぎることになると批判的で

ある⁽²⁶⁾。またロツハーも、たしかに建築家は委託者の財産的利益を保護しなければならぬし、建築費用についても委託者に有利になるよう取り計らうが、だからといって建築家が委託者のために独自の財産管理行為を行うことはないから、建築家の通常の給付の範囲を越えて財産管理義務を負わない限り、建築設計・監理契約が有償事務処理契約として処理されることはない⁽²⁷⁾と述べる。

3 結 び

以上、法的性質の異なると考えられている設計業務と監理業務双方の委託を内容とする建築設計・監理総合契約の法的性質をどのように解すべきか、に關する西ドイツの判例・学説上の議論をみた。このことから、現在の判例・通説は、設計業務と監理業務の重要性について一般的に比較検討し、重要とされる要素をもとに契約の法的性質を決定することが明らかにされた。しかし、このような決定方法には、依然として問題が残されているように思われる。

まず、ヘスやテンベルが主張するように、それらの業務に優劣をつけることの可否がそもそも問題とされるべきであろう。すなわち設計・監理業務のいずれもが建築物を建築する際に不可欠なものであり、どちらかを下位に置くことで契約の法的性質を判断する方法には無理があるように思う。また、重点説に

よれば、どちらかの法的性質を変更してしまうことにもなりうる。このような問題点について、通説は、ヘスのように考える⁽²⁸⁾と債務の範囲を拡大して建築家に不当な結果をもたらすことになり、またテンベルのような方法をとると一つの契約の中に異なる法律効果が点在することになって実務上混乱が生じると批判するのみで、實際上直接に答えていない。

さらには、判例・通説にしたがって建築設計・監理総合契約を請負契約と解した上で本来の債務の内容を建築家の業務に限定すると、建築家の業務に起因する建築物の欠陥に關する問題は積極的債権侵害に基づいて処理されることになり、そしてその結果三〇年の時効が適用される。しかし判例・学説は、建築家の業務と建築物との密接かつ直接的な関係を根拠にして請負契約法に基づく短期の時効を適用し、右の帰結を回避している。建築家の業務と建築物との関係を判断の根拠に置くこのような方法をとれば、つまるところ建築家の監理業務にも請負契約の性質をみることとなり、しかも現にそのような方法で建築監理契約の法的性質もまた請負契約の性質を有していると解されている。この現実にしたがうなら、建築設計・監理総合契約においても、監理業務と建築物との密接かつ直接的な関係を根拠にその請負契約的性質を説明することで、その契約全体の法的性質を無理なく決定することが可能となる。そうなると、いまだ

に建築設計・監理総合契約における設計業務と監理業務とを區別して優劣をつけ、契約の主たる要素が設計にあるとする方法を探り続けることに合理性は見出せず、また一九一四年以来の重点説に依拠すべき特段の理由もないと思われる。

しかしながら他方で、個々の給付を取り出してその性質に見合う典型契約を適用することかなりの批判があるにもかかわらず、それでもまた、建築設計・監理契約を一つの契約類型にあてはめられないとし、そうして建築家の給付の中で業務をなすことが強調される部分には慎重に補足的に雇傭契約法をも適用すべきた、とする見解もみられることは注目に値する⁽²⁸⁾。このことは、現行BGBの下で、建築設計・監理契約の法的性質を請負契約と決定すること、およびそれにしたがって個々の問題を処理することに、困難が伴うことを示しているものと思われる。

(一) Soergel, a.a.O., Rdn.48 zu §631; Locher, a.a.O., Rdn. 221; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 5. Auflage, 1986, Rdn. 498 (以下 Der Bauprozess とする); Teichmann, a.a.O., A.28.

(二) 本来、本稿で重点説としたものは Schwerpunktmethod²⁹、併存説としたものを Kombinationsmethode とし、(Locher, a.a.O., Rdn.222)。ところが、二種またはそれ以上の典型契約の要素を含む建築設計・監理総合契約の法的性質を決定する方法として、右にあげた方法の他に、その契約が請負契約の要素のみを含むとする見解もある。この見解については、

とくに例えば「請負理論」という用語を用いられているわけでもなく、通例その理論の主張者の名前を用いてヘスの見解といわれている。この見解が他の二つの方法論をとりあげる以上無視できない重要な見解であり、他の二つの方法論と比較して下位におくべきものではないと思われるので、三つの見解を並列に取り扱うことにした。そうすると、最後の見解について、他の二つの見解をだれだれの見解と称するならば、かく(実際はこのうちのひとつの主張者が判例も含めてたくさんいるので一人の名前をとくに持ち出しえない)、そうでなかつたら請負理論とでも表す必要がある。しかしながら、既に建築設計契約のところでもふれたが、建築設計・監理契約を請負契約と解した場合に、建築家の本来の債務の範囲をめぐり、建築家の責任が建築物それ自体にも及ぶとする「拡大請負論」(die erweiterte Werktheorie)とでも呼ぶような理論と、建築家の責任は約束した仕事に限定されるとする「限定請負論」(die eingeschränkte Werktheorie)なる責任論がある。このドイツ語にしたがってその責任論をあらわす用語を用いると、先にあげた法的性質を決定する方法論と混同するおそれがある。そこで、法的性質を決定する方法論と建築家の責任の範囲に関する責任論とを明瞭に区別するために、ドイツ語をそのまま用いることを避け、本稿ではさしあたって、右のように呼ぶことにした。

(三) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.222; Soergel, a.a.O., Rdn.51

zu § 631.

- (4) Vgl. Hess, a.a.O., S. 26.
- (5) RG, Urt. vom 1. 12. 1914, RGZ 86, 75. 本件は、建築設計・監理総合契約に基づいて建築家が注文主に対し報酬を請求した事件であり、報酬請求権の時効に関連して、その契約の法的性質いかんが争点のひとつとなった。控訴裁判所は、その契約における設計業務が請負契約の対象だとして本件契約を請負契約であると判断したが、ライヒ裁判所は、設計業務もまた場合によっては雇傭契約の対象となりうるし、かつ本件契約においては設計業務よりも監理業務が主たる業務だとして、控訴裁判所と反対の結論をだしている。本判決は、それが重点説に依拠しているかどうかを必ずしも明らかにしていないが、設計業務の雇傭契約的性質を明らかにすることによって監理業務の雇傭契約的性質とをあわせて本案における契約を雇傭契約と結論づけているわけではなく、設計業務と監理業務とを比較し、一般的に建築設計・監理総合契約においていずれが主たる要素になっているかをも判断の際の一つの根拠としているので、重点説に依拠していないわけではないと思われる。
- (6) Hess, a.a.O., S. 26ff.
- (7) Vgl. Seefeld, a.a.O., Rdn. 4 zu § 631.
- (8) BGH, Urt. vom 26. 11. 1959, BGHZ 31, 224. この事案は、大要以下のようなものである。地下二階地上七階建の建築物

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

についての設計業務および監理業務を内容とする契約が、被告である注文主と原告である建築家との間で締結された。地下二階および地上二階までできあがった時点で、被告である注文主の経済的事情からその建設が一旦中止された。その後経済的事情の好転した注文主は当該建築を再開したが、残りの五階分についての監理を原告とは別の建築家に委託した。そこで、原告である解除された建築家が、契約で約束された全報酬額の五万DMを、BGB第六四九条に基づいて注文主に請求した。これに対し被告である注文主は、建築家との契約を解除したこと、つまり、建築家に残り五階分についての監理を委託しなかったことについて、原告の契約侵害によって損害を被り彼に対する信頼が失われたからだ、と主張した。さらに注文主は、建築家の報酬請求に対して、建築家は約束された全報酬額を請求したが建築家の報酬請求権はBGB第六二八条に基づくものであり、地下二階および地上二階についての報酬としては約束された全報酬の八分の三に相応し、しかも八分の三以上の報酬額を建築家に既に支払ってあるのだから、それ以上の報酬を建築家に支払う義務はもはやない、と主張した。

本件においては、被告が地下二階および地上二階までの完成時点で原告である建築家との契約を解除したことを前提として、その注文主の解除がBGB第六二六条以下とBGB第六四九条のいずれに基づくのか、についてが争点とされた。

もし、本件の契約の法的性質を雇傭契約だと解すと、注文の解除権行使はBGB第六二六条および六二七条に基づくものであり、さらに期間満了前の解除の際の建築家の報酬請求権は、BGB第六二八条に基づき、約束された業務のうち既に履行部分についてのみ認められるから、既履行部分の範囲をこえた建築家の報酬請求は認められない、という結論に至る。他方、もし、建築設計・監理総合契約の法的性質を請負契約であると解すならば、注文主の解除権行使はBGB第六四九条に基づくものであり、期間満了前の解除の際の建築家の報酬請求権の範囲は、BGB第六四九条第二文により、免れた費用を差し引いた未履行分についても及ぶので、建築家の主張が認められる、ということに至る。そこで、本件における設計業務および監理業務を内容とする建築設計・監理総合契約の法的性質いかにして争点となった。

第一審は、本件契約を雇傭契約と解して被告の解除権がBGB第六二七条に基づくものであり、しかも、注文主の報酬支払い義務は既履行部分に限られるのであるから、被告は原告に対して三二五〇〇DMの報酬を支払うべきであるが、それ以上の報酬額を既に支払っているので原告の請求は認められない、と判示した。原告である建築家は、控訴したが、第二審は第一審の判決を支持してこれを棄却した。そこで原告は上告したのであった。

(9) たゞは Vgl. BGHZ 58, 85; NJW 1974, 95; NJW

1974, 367; BGHZ 62, 204, usw.

- (10) Soergel, a.a.O., Rdn. 51 zu § 631; Locher, a.a.O., Rdn. 223; Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 1987, Rdn. 298 und 359 (Kl. 174' Schuldrecht 474-9); Werner/Pastor, a.a.O. (Der Bauprozess), Rdn. 500; Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB - Handbuch des privaten Baurechts, 1984, Rdn. 11; Brox, Besonderes Schuldrecht, 11. Auflage, 1984, S. 141; Keilholz, a.a.O., S. 24ff.; Hesse/Korbiön/Manschke, HOAI, 2. Auflage, 1983, S. 132; Jagenburg, a.a.O. (Die Haftung des Architekten), S. 73ff.; Schmalz, Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, 4. Auflage, 1980, S. 24ff. (Kl. 174' Die Haftung 474-9); Pot/Frieling, Vertragsrecht für Architekten und Bauingenieure, 1979, Rdn. 397; Seiler, Hand-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, 1975, Rdn. 10ff., usw.
- (11) Tempel, Zur Rechtsnatur des Architektenvertrags - BGHZ 31, 224, Jus 1964, 346ff. (Kl. 174' Zur Rechtsnatur 474-9).
- (12) Tempel, a.a.O. (Zur Rechtsnatur), S. 349.
- (13) Vgl. Tempel, a.a.O. (Zur Rechtsnatur), S. 349.
- (14) Tempel, Vertrags Schuldverhältnisse, 1974, S. 174 (以下 Vertrags Schuldverhältnisse 474-9).
- (15) Locher, a.a.O., Rdn. 223.

- (9) Hess, a.a.O., S.45.
 (7) Hess, a.a.O., S.48.
 (8) Hess, a.a.O., S.48.
 (9) Hess, a.a.O., S.53.
 (20) Hess, a.a.O., S.39ff.
 (21) Vgl. Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §2 Rdn.65; Locher, a.a.O., Rdn.221; Schmalzl, a.a.O. (Die Haftung), S.24ff.
 (22) Esser/Weyers, Schuldrecht Band II - Besonderer Teil, 6. Auflage, 1984, S.212.
 (23) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band II - Halbband 1 Besonderer Teil, 13. Auflage, 1986, S.343.
 (24) Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 3. Auflage, 1987, S.156.
 (25) Musielak, a.a.O., S.124If.
 (26) Keilholz, a.a.O., S.296ff.
 (27) Locher, a.a.O., Rdn.227.
 (28) Medicus, a.a.O., S.156.

四 建築監理契約

はじめに

建築監理契約は、たとえば、工事請負契約への協力、設計図書の意図を施工者に正確に伝えるための施工者との打ち合わせ、設計図書の意図を伝える図面等の作成、施工図書等の設計図書

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

に照らした上での検討および承諾、施工計画の検討・助言、工事の確認および報告、契約目的物の引き渡しの立ち会い等の監理業務を内容とする契約をいう。

1 建築監理契約の法的性質

(1) この建築監理契約について、判例は、雇傭契約的性質を有していると解していた。ところが、一九七〇年代頃より建築監理契約の法的性質を請負契約とみる判例がでてきて、現在ではその性質を請負契約とする傾向にあるといえよう。⁽¹⁾

(2) このような判例の流れの背景として、さしあたって次の二点が考えられうる。

(a) そのひとつとして、社会的に職業上の責任追及が厳格化している傾向にあることを指摘しうるであろう。近時、医師、弁護士および公認会計士等の専門家の責任が法律問題となっているが、建築家についてもまた同様の傾向にある。建築家は、建築に関する特殊な知識を有し、所定の審査を経て建築家と称することの許される資格を得てプロフェッションとしてその業務に従事するのであり、また、一定規模以上の建築物の建築についてはその安全上必ず建築家の設計・監理業務を要すると規定されている以上、専門家としての責任がある。さらには、建築家の業務の性質上、必然的に建築家の業務の結果の大半が建築物それ自体の個性となつて具現することから、建築家が業務

それ自体のみならず、その結果についてもまた責任を負うことに異論がないものと思われる。

(b) 第二に、BGBにおける時効制度も、判例の傾向の背景のひとつにあげられるものと思う。たとえば、建築監理契約において、建築家が監理業務上設計図書に従った施工が行われていないことを発見できたのにそれを見逃ごしたままに施工が終了し、注文主に引き渡しがなされた結果、数年経って建築物に設計図書とは異なる施工による瑕疵が発見された場合、建築家は、施工が設計図書どおりになされるよう建築請負人に指摘・助言、および確認をなし、さらにそのことについて注文主に報告すべき義務を遵守しなかつたのであるから、その義務違反について責任を負わなければならない。ところが、建築監理契約の法的性質を雇傭契約とみると、その義務違反について建築家は三〇年間責任を負う。他方、その性質を請負契約とみる場合、その義務違反について建築家は五年の短期時効に服することに⁽³⁾なる。三〇年の時効期間というのは、既に述べたごとく、あまりにも長期間すぎて、現代の生活のテンポには適応しないと考えられている。つまり三〇年の時効期間は、債務者に立証の困難および予見しえない経済的危険をもたらすものであり、長期に過ぎるといわれている。そこで裁判所は、建築監理契約の法的性質を雇傭契約とすると、BGBにおける問題点のある

時効規定を適用しなければならなくなるので、その契約に短期時効の五年をあてはめるべく、監理業務と建築物完成との不可分性を根拠に、その性質を請負契約と判断してきたと思われる。裁判所は、債務者である建築家の立証の困難および予見しえない経済的危険を回避することに、つまり、BGB中の近時問題とされている不十分な時効規定の適用を回避することに努力しているようにみえる。⁽⁵⁾

2 建築家の監理業務と請負規定との関係

しかし、時効の問題から建築監理契約の法的性質を請負契約とみると、請負契約規定の不備が新たに問題となる。まず、請負契約は、原則として有体物の作成・変更を目的としうるし、また、物質として有体化しえない観念的な無形の仕事を通してもたらされる結果をも目的としうる。しかし、ロッハーによれば、請負契約において有体物を作成するのではなく、無形の仕事を目的にしうるかという観点から請負契約規定を吟味すると、その規定が主として有体物作成の場合を対象にしていると認められ、したがって、建築設計・監理契約に関する諸問題の解決の困難性は、もっぱら有体物を念頭においている請負契約規定それ自体が一つの原因になっ⁽⁶⁾ている。

確かに、請負契約の不備という点ではBGB第六三三条の修補規定を例にあげることができる。たとえば、BGB第六三三

条の修補の可能性という点についてみると、設計図書のような有体物を作成する場合には有体物の欠陥を修正しうるので、請負契約法にしたがって解決を図ることができる。しかし、建築請負人に対する施工についての助言、指導といった観念的な無形の業務それ自体については、それが實際上既に履行されてしまった場合、その業務自体の欠陥を除去することははや不可能である。そこで、そのような無形の観念的な仕事の瑕疵については、瑕疵の除去が不可能だととして、常に即時無催告解除・減額（BGB第六三四条第二項）もしくは建築家に帰責性のある場合損害賠償（BGB第六三五条）によって処理することになるのか、または、それでは建築家にとって酷であるとして、その欠陥のある仕事についてあらためて仕事をやりなおすこと、および請負人の瑕疵除去工事に際して協力することもまた修補の概念を含むと解して、BGB第六三三条第二項で処理する必要があるのか、が解釈上問題となる。つまり、建築家の仕事のように無形の観念的な仕事の修補可能性については自ずと限界があり、そしてそのような仕事の欠陥について実務上妥当な法的処理をするとなると、無形の仕事の瑕疵に関する請負契約法の規定の不備という問題が生じてくるのである。

また、建築家が瑕疵担保責任を負う際に、建築物の瑕疵が建築家の行為の瑕疵と同一視されるのはどの範囲までなのか、という認定

建築設計・監理契約に関する一考察（二）（花立）

の困難な問題もある。さらには、無形の観念的な給付の引き渡しがあったかどうかの判断が困難であるという問題もある。ほかに、建築家の無形の観念的な業務の瑕疵とそれ起因する損害との関係を、法的処理と関連していかに解すべきかもまた問題である。このように、無形の業務に関して、請負契約法にしたがって処理しようとすると、新たに請負契約規定の不備という問題が顕在化してくるのである。

しかしそうだからといって、監理業務の法的性質を雇傭契約とすると、建築家が建築設計契約において設計ミスをした場合には請負契約規定により責任期間が五年であるのに、建築監理契約において設計ミスを不注意で見過ごした場合の責任期間が三〇年であるから、整合性に欠けるといふ意見がある。そのため、時効の問題から結果の妥当性を考慮すると、建築監理契約の法的性質を請負契約と解すほうが合理的であると考えられるのであるが、請負契約規定には、監理業務のような無形の行為およびその結果についての規定が十分に用意されていないので、右にあげたごとく請負契約規定の不備として新たに別の問題が生じてくる。

つまり、建築設計・監理契約における諸問題に関して請負契約規定で処理するとすると、請負契約規定と無形の仕事との関係から生じる様々な問題が、現行BGBにおける問題として新

たに生じてくるのである。⁽¹⁰⁾

3 監理業務の一部について

建築家の監理行為の法的性質をどのようにみるべきかという問題について、判例は、その契約一般を請負契約とみるべきだと判示しているわけではない。監理業務といっても多様な業務があり、それらのうちの個別業務のいくつかを内容とする建築監理契約において、それらの業務の性質については請負契約的性質を有しているとみるべきだ、と判示してきたにすぎない。

つまり、すべての監理業務の法的性質が判例において検討されたわけではないので、必ずしも、判例が建築監理契約を一般に請負契約的性質を有しているとみている、と結論づけることはできないが、その傾向に向かっているとはいえよう。

学説においても、建築監理契約の法的性質を請負契約とみる見解が支配的である。しかし、例外的に雇傭契約とすべき場合もあると解されており、しかも、どのような場合を例外的に雇傭契約とするべきかについては、通説においても見解に相違がみられるようである。⁽¹¹⁾ そうして学説上、雇傭契約的性質を有するとされる監理業務と請負契約的性質を有するとされる監理業務との両方が建築監理契約の内容である場合には、その建築監理契約一般の法的性質は請負契約と解され、例外的に、雇傭契約的性質を有するとされる監理業務のみが建築監理契約の内

容であった場合には、それは雇傭契約と解されている。

ところが、一九八一年の連邦通常裁判所判決は、一般的にもっとも雇傭契約的性質を有していると考えられていた監督という監理業務のみの委託を内容とする建築監理契約の法的性質について、その監督という監理業務と建築物の完成との間に密接な関係があるということを理由に、請負契約であると判示した。⁽¹²⁾ もし、連邦通常裁判所のように、建築物と建築家の行為の間の密接な関係ということを根拠にして、監理業務に関しては請負契約の規定にしたがって処理すべきだと解すのであれば、ロッハーのいうごとく、建築家のすべての業務というものが当初の建築計画の達成（＝建築物完成）という目的に沿った行為に組み込まれるのであるから、監理業務を内容とする契約のすべてを請負契約法の下に位置づけることが可能となる。⁽¹³⁾ そこで、建築物完成と建築家の行為の間の不可分性という観点から建築家の諸業務をみていくならば、今後、監理業務のみならず、建築家の行う業務を内容とする契約は、すべて請負契約法にしたがって処理される可能性があるように思われる。⁽¹⁴⁾

(1) 雇傭契約説：RGZ 63, 313；RGZ 59, 163, 請負契約説：BGHZ 62, 204；BGHZ 82, 100.

(2) Vgl. Teicher, a.a.O., S.210ff.

(3) 建築家の請負契約における責任期間が五年であることに

つては、第二章の第一節建築設計・監理契約の法的性質はじめにの項の注(12)参照。

(4) 西ドイツ民法典における時効問題については、第二章の第一節の一建築設計契約の項の注(17)参照。

(5) Vgl. Ehlen/Blatt, a.a.O., S.84.

(6) Locher, a.a.O., Rdn.226; Vgl. Hess, a.a.O., S.54.

(7) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.226.

(8) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.226.

(9) Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), S.76.

(10) なお、請負契約規定に関する問題は、債務法改正作業に於いても議論されてくる(Vgl. Weyers, a.a.O.; Teichmann, a.a.O.; Keilholz, a.a.O.; Köhler, Juristentag und Reform des Werkvertragsrechts—eine kurze Bilanz, NJW 1985, 945ff., usw.)。また、請負契約規定と建築家の仕事との関係における問題については第二章の第二節建築設計・監理契約における建築家の瑕疵担保責任の項参照。

(11) 参考までに、通説を代表すると思われる、ロッハー(Vgl. a.a.O., Rdn.224)、『シュマルツル(Vgl. a.a.O.(Die Haftung), S.25)』、『ヤーゲンブルク(Vgl. a.a.O.(Die Haftung des Architekten), S.2, Rdn.75)』の三者の見解から、どのような場合を例外的に雇傭契約とするのかその違いをあげておく。

GOA一九一—Gの業務の監理(請負契約の準備および協

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

力、工事費支払い審査、総費用の決定、行政官庁との交渉)と、用地取得の際の注文主への助言という監理業務については、ロッハー、シュマルツル、ヤーゲンブルク三者とも、その法的性質を雇傭契約であるとする。HOA一五—一六、七における給付仕様書の作成、調整、見積書の入手といった監理業務について、シュマルツル、ヤーゲンブルクはこれらの法的性質を請負契約であるとするが、ロッハーは建築家の諸行為のうち、建築物それ自体に直接かかわる行為ではなく、もっぱら注文主の財産的利害に関する行為でしかもその行為のみが委託された場合には建築監理契約の法的性質を雇傭契約と解すべきだとして、これらの業務の性質を雇傭契約であるとするとする。また、HOA一五—一における基礎調査業務も雇傭契約であるとし、さらに、完成した建築物の管理や各種書類作成という業務については、それらの業務を始めるときにすでに建築物が完成してしまっているのであるから、それらの性質を雇傭契約と解すべきだとする。ヤーゲンブルクは、ロッハーのすでに建築物が完成した後の業務については雇傭契約的性質を有するとみるべきだとする点に、賛成している。

(12) BGH, Urt. vom 22. 10. 1981, BGHZ 82, 100, 1981—1981—年連邦通常裁判所は、GOA一九一—G(現HOA一五—一九)における監督という行為のみを内容とした建築監理契約の法的性質を請負契約と判示した。ヤーゲンブルクとロッハーは、この場合は雇傭契約に含めて考えるべきだとして一

九八一年判決に反対するが、シュマルツルはこの判決を支持してゐる。

(13) Locher, a.a.O., Rdn.224.

(14) Vgl. Teichmann, a.a.O., A.27.

五 結 び

以上、建築設計・監理契約の法的性質に関する判例・学説をみてきた。今日、判例・学説および実務においても、建築設計・監理契約の法的性質は一般に請負契約であると考えられており、それを前提に問題の解決を図ろうとしている。しかし、建築家をめぐる諸問題の解決には、常に、時効の問題と、無形の業務を契約目的とした場合の請負契約規定の不備という問題がついてまわる。そこで、既にふれたように、建築設計・監理契約に関しては、立法による解決が必要であると考えられている。西ドイツにおいては、債務法改正のための見解が出されている⁽¹⁾が、その中の建設契約法や委任契約法において、建築設計・監理契約についても意見が述べられている。カイルホルツは、現行請負契約法を一部修正し補足する必要があるが、建設契約法については請負契約法の中に取り込むべきであり、とくに独立して類型化する必要はないとする⁽²⁾。そして、右の修正・補足は建築設計・監理契約にも及ぶから、建築設計・監理契約に關しては、建築設計・監理契約が請負契約であること、注文主

の報酬支払い要件としての建築家の仕事の完了および引取について、報酬請求権の時効、および担保請求権の時効等について明文化すべきであるとする⁽³⁾。また、タイヒマンは、現行法では建築設計・監理契約に関する諸問題を解決することは困難であるから、建築設計・監理契約のための規定が必要であると述べている⁽⁴⁾。しかし、現在のところ、債務法改正草案が立法化される見込みは薄いといわれている⁽⁵⁾。そこで西ドイツにおいては、建築家をめぐる諸問題の解決のために広く約款が用いられているが、その約款が今後どのように発展していくのか、さらには現行法のもとで請負契約がどのように解釈されていくのか、裁判所および学界の動向に関心がもたれるところである。

(1) 債務法改正についての最近の情報として、ペーター・シュレヒトリム、岡孝訳「西ドイツにおける債務法改正の現況(統)」法学志林第八十七卷第二号(一九八九年)一頁以下参照。

(2) Keilholz, a.a.O., S.325.

(3) Keilholz, a.a.O., S.311.

(4) Teichmann, a.a.O., S.27ff.

(5) 山本豊「西ドイツにおける債務法改正の現況(統) 討議報告」法学志林第八十七卷第二号(一九八九年)三〇頁(以下では、「討議報告」とする)。

第二節 建築設計・監理契約における建築家の

瑕疵担保責任

一 建築家の責任

1 請負契約上の責任

以上みてきたところから、西ドイツにおいては、判例・学説上建築設計・監理契約の法的性質いかにについて、原則的にそれを請負契約と解するのが妥当であると考えられていることが明らかとなった。そして、建築設計・監理契約において発生した問題についてはとくにそれを雇傭契約と約束している場合は別として、B G B 第六三一条以下の請負契約規定にしたがって処理すべきである、と解されている⁽¹⁾。したがって建築家は、業務の欠陥について、請負契約に基づく瑕疵修補 (B G B 第六三三条、解除・減額 (B G B 第六三四条)、そしてB G B 第六三五条に基づく損害賠償の瑕疵担保責任、さらに積極的債権侵害に基づく損害賠償の責任を負うことになるのである⁽²⁾。しかし、建築設計・監理契約上の問題を請負契約規定にしたがって処理するとしても、その規定の及ぶ範囲については個別の議論がある⁽³⁾。そこで以下、建築家の瑕疵担保責任についてどのような議論があるのかをみていくことにする。

2 建築家の責任

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

ところで、その検討に入る前に、建築設計・監理契約上の本来の債務とは何かという解釈論上の問題と関連して、建築家の設計・監理業務と建築物との関係をどのように解すべきかの問題を見ておかなければならない。この問題については、既に建築設計契約のところでも触れたので繰り返すことになるが、ここでは設計業務と建築物との関係のみを扱ったので、ここでは建築家の業務一般を想定することにする。

- (1) 建築家の業務と建築物との関係
(a) 問題の所在

まず、建築家の行為と建築物との関係に関しては、建築設計・監理契約上建築家は建築物についてなぜ責任を負わなければならないのか、という問題がある。すなわち、建築家は、建築設計・監理契約において設計・監理業務を瑕疵なく完了することを約束するのであって、建築物それ自体に瑕疵のないことをも約束しているわけではない⁽⁴⁾。しかも、実際上建築請負人のように直接的に建築物に手を下すわけではない。このことから、建築家が業務の瑕疵について責任を負うことに異論はないとしても、建築物に生じた瑕疵についてまで、なぜ責任を負うべきなのか問題となる。この問題は、とくに建築家にとって利害関係の強い問題である。

- (b) 建築家の義務

建築設計・監理契約が締結されると、建築家は、約束された業務を以下のように履行すべき義務を負う。すなわち、約束された設計業務または監理業務について、確約された性質を備えたものであるように、さらには価格をまたは通常の利用価値やその契約において約束された使用の適性を消滅または減少するような瑕疵がないように、そしてまた建築技術について一般に承認された規制を遵守して、履行すべき義務を負うのである。しかしだからといって、質的にできるだけよい給付を、つまり最良の給付をなすことを債務とするわけではなく、建築家の給付というものは、平均的で利用可能なものであれば十分であると解されている。⁽⁵⁾

(c) 建築家の義務違反

そして、右のごとき履行義務を負う建築家は、以下の場合に義務違反があったとされる。まず、建築家の欠陥のある設計業務および監理業務というものが、通常建築物それ自体の瑕疵の中に沈澱し、そしてそれが建築物の瑕疵として具現するものであるから、その完成した建築物の状態をみれば、建築家が諸業務を取り決めどおりに履行したか否かを読み取れることが多い。そこで、建築物の瑕疵が客観的に建築家の瑕疵ある給付に起因する場合には、その建築物の瑕疵は同時に建築家の仕事の瑕疵である、つまり建築家に義務違反があったとされるので

⁽⁷⁾ある。しかしそうであるからといって、建築物の瑕疵が自動的に建築家の仕事の瑕疵とされるわけではない。すなわち、建築物の瑕疵が建築家の瑕疵ある業務によって生じた場合に、その建築物の瑕疵と建築家の業務の瑕疵とが同一視され、建築家の業務に瑕疵があった、すなわち義務違反があったとされるのである。したがって、建築物の瑕疵が建築家の瑕疵ある給付に帰せられうるときは、建築家はその建築物の瑕疵について、義務違反を理由に責任を負うことになるのである。

(2) 建築家の建築物についての責任

そうして次に、客観的に建築家の業務に欠陥があり、その欠陥に起因して建築物に瑕疵が発生しそして建築家に義務違反があったとされた場合、建築家はその建築物についてどのような責任を負うべきなのかが問題となる。この問題は、建築設計・監理契約における本来の債務とは何かということと関連して論じられている。

(a) 建築設計・監理契約における本来の債務

まず、建築設計・監理契約の本来の債務の内容について、一方では、BGB第六三一条にいう仕事の完成とは、建築設計契約においては設計業務の完了をいい、建築監理契約においては監理業務の完了をいい、さらに建築設計・監理総合契約においては設計・監理業務の完了をいうのであって、建築設計・監理

契約上それらの業務を瑕疵なく完了することがその内容だ、と解しうる。しかし他方において、瑕疵のない設計業務・監理業務を請け負う以上、完成した建築物に瑕疵の生じないことまでをも約束しているのだ、と解すことも可能である。つまり、本来の債務の内容について、前者は設計・監理業務を瑕疵のないようになすことであると限定的に解し、後者はそれを瑕疵のない建築物であることを含むのだと拡大的に解すのである。したがって、建築設計・監理契約上本来の債務の内容について、右のように二通りの解釈が成り立つことになる。

(b) 法的処理の相違

このような本来の債務の内容についての解釈の相違は、建築家の責任内容に影響が及んでくる。すなわち、後者の見解によると、建築設計・監理契約における本来の債務の内容については瑕疵のない建築物であることをも含めて考えるわけであるから、建築家の瑕疵ある給付に起因する建築物の瑕疵について、建築家には、まずBGB第六三三條二項における瑕疵修補の義務が生じるであろう。そうして修補が不可能なとき、建築物の瑕疵については、BGB第六三四條第二項による解除・減額、またはBGB第六三五條および六三八條に基づく損害賠償の責任を負い、例外的に建築物の瑕疵による損害が拡大損害であると解される場合、例えば、注文主の生命・身体への侵害があった場

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

合に、積極的債権侵害に基づいて賠償義務を負うことになる。

他方、前者の見解によると、建築設計・監理契約上の本来の債務の内容について建築家は業務を瑕疵なく完了することを約束すると解するのであるから、建築家は業務の欠陥については修補が可能である場合にその業務自体の瑕疵を修補する義務を負うとしても、欠陥のある業務に起因する建築物の瑕疵については本来の債務の内容ではないから修補義務を負わないということになる。しかし、この見解に依拠しつつもなお建築物の瑕疵についても修補義務を負うとする見解もみられる。そうして、建築物の瑕疵については、その損害は本来の債務内容の範囲外にあるので、瑕疵結果損害と解され積極的債権侵害に基づいて賠償義務を負うことになる。しかし、そのように解すと、BGB第一九五條による三〇年の時効期間が適用され、債務者である建築家に、立証の困難および予見しえない経済的危険を負担させることになって酷な結果をもたらす、という帰結に至る。このことから、建築家の業務と建築物完成との密接な関係ということを根拠にして、建築家の瑕疵ある給付に起因する建築物の瑕疵についてもまた、瑕疵結果損害ではなく瑕疵損害だと解すべきであり、そうして、建築家にはそれについてBGB第六三五條および六三八條に基づく賠償義務を負わせるとすべきだ、という見解が支配的である。⁽⁹⁾ところが、この支配的見解のよ

うに解していくと、建築設計・監理契約における本来の債務内容について、瑕疵のない建築物であることを含むとする先の見解と同じ結論に帰着することになる。しかし、債務の内容について瑕疵のない建築物をも含むとする見解に依拠すると、建築物の瑕疵が即建築家の業務の瑕疵と結びつけられ、建築家が建築物の瑕疵一般について責任を負うことになるおそれがあることから、その見解は採用しえないと批判されている⁽⁹⁾。

右にみたごとく、建築設計・監理契約の本来の債務内容をどのように考えるかで、法的処理が異なってくる。以下では、この相違を前提に、瑕疵修補(BGB第六三三条)、減額・解除(BGB第六三四条)、損害賠償(BGB第六三五条)について順に検討していくことにする。

- (1) Littbarski, Haftung- und Versicherungsrecht im Bauwesen, 1986, Rdn.28.
- (2) Schlechtriem, a.a.O.(Schuldrecht), Rdn.359.
- (3) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.226; Werner/Pastor, a.a.O., S.171; Hess, a.a.O., S.53f.
- (4) Littbarski, a.a.O., Rdn.54.
- (5) Vgl. Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.2; Schmalzl, a.a.O.(Die Haftung), Rdn.5; Locher, a.a.O., Rdn.236; Soergel, a.a.O., Rdn.51 zu §633.
- (6) Larenz, a.a.O., S.343.

- (7) BGH, Urt. vom 12. 10. 1967, Taschenlexikon bau- und architektenrechtlicher Entscheidungen (TBAE), 2. Auflage, 1985, Nr. 1018; Locher, a.a.O., Rdn.236; Soergel, Rdn.50 zu §633; Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.1; Schmalzl, a.a.O.(Die Haftung), Rdn.36; Hess, a.a.O., S.54ff.; Littbarski, a.a.O., Rdn.56.
- (8) Morlock, Die HOAI in der Praxis, 1985, Rdn.14.
- (9) Locher, a.a.O., Rdn.236.
- (10) Locher, a.a.O., Rdn.236; Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.28.

二 瑕疵修補(BGB第六三三条)

1 問題の所在

建築家の瑕疵修補に関しては、本稿ではとくに二点の問題を取り上げることにする。

第一は、無形の業務の瑕疵を修補することが可能かどうか、そして施工完了後に(「事後的に」)仕事の瑕疵を修補することに意義があるのかどうかの問題から出発するもので、はたして建築家は瑕疵修補義務を負うのか否か、という問題である。つまり、建築家の諸業務は、もっぱら観念的な無形の業務であるしたがって、既になされた仕事それ自体の欠陥を修補する⁽¹⁾とは、もはや不可能である。このことから、仕事の欠陥について建築家に修補義務を負わせる⁽²⁾とはできない、と解す

べきなのか、または、仕事をやりなおすこともまたBGB第六三三条第二項の修補にあたるとして建築家に修補義務を負わせる、と解すべきなのが問題となるのである。また、たとえ設計図書に瑕疵に起因して建築物に瑕疵が生じたとき、施工完了後、すなわち事後的に設計図書の瑕疵を修正しても無意味であるから、建築家に修補義務はないと解すべきかどうか問題になる。そしてさらに、建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物に瑕疵が発生しその建築物と建築家のなした業務の瑕疵とが同一視されるとき、その建築物の瑕疵についてもまた建築家には瑕疵修補義務があると解すことが可能なのかが問題となるのである。

第二は、建築家が自ら瑕疵修補をなす権利（建築家の修補権）についての問題である。客観的に建築家の給付に瑕疵がありそれ起因して建築物に瑕疵が発生し損害が生じている場合、建築家にとっては、直ちに金銭による損害賠償責任に応じるよりも専門知識を用いて自ら瑕疵を修補したほうが経済的に有利な場合があることから、注文主の損害賠償請求権行使に対して建築家の方から瑕疵修補権を主張しうるか、ということが問題となるのである。

以下、建築家の瑕疵修補義務と建築家の瑕疵修補権とに分けて検討する。

建築設計・監理契約に関する一考察（二）（花立）

2 建築家の瑕疵修補義務

(1) 建築家の修補について

建築設計・監理契約における本来の債務の内容については、その解釈いかんで法的処理に違いがあることは、既に明らかにされたところである。そして、建築家の瑕疵修補義務いかにについてもまた、本来の債務内容の解釈のしかたで見解が異なってくる。以下では、債務の内容を、業務を瑕疵なく行うのみならず履行の結果の現れる建築物についても瑕疵のないことを含むと解す見解を(a)拡大説とし、他方、業務を瑕疵なく行うことと限定的に解す見解を(b)限定説として分類し、建築家の瑕疵修補についてみることにする。

(a) 拡大説

i 建築設計・監理契約において業務をなすことのみならず瑕疵のない建築物であることを本来の債務の内容として約束していると解すと、建築物に客観的に建築家の瑕疵ある業務に起因する瑕疵が発生した場合、建築家が給付義務に反する履行をなしたのであるから、建築家は請負契約法にしたがい、当該建築物の瑕疵についてまずBGB第六三三三条第二項による修補義務を負う、という結論に至る。しかし、建築家は建築請負人のごとくに実際的に建築物の瑕疵除去工事をなしないので、建築家の瑕疵修補の内容が問題となる。この見解によると、建

建築家による瑕疵修補可能性を積極的に考えることから、請負人の瑕疵除去工事に際して建築家が設計の瑕疵を修正しそしてあらためて監理することが修補の内容であるとされる。そうして、請負人が瑕疵除去について拒否しているか（BGB第六三三条第二項第二文）、または、BGB第六三三三條第一項もしくは瑕疵除去が不可能でBGB第六三三三條第二項により請負人に修補義務を課すことができない場合には建築家の修補は不可能となり、したがって建築家の修補義務は否定される、と解されている。

ii 次に、建築家の瑕疵ある業務によって発生した建築物の瑕疵が施工中に発見された場合のその除去については、当該施工中の建築請負人によってなされうるので問題はない。しかし、その建築物の瑕疵が建築物引き渡し後数年たって発見された場合、建築家は建築物について自ら瑕疵除去の工事を行うことができないので、建築請負人に瑕疵の修補を依頼することになる。その際、建築家が自己の名前で建築請負人と瑕疵修補を内容とする請負契約を締結することになるのか、あるいは、注文主の名前で建築請負人とその契約を締結するのが問題となる。そのことについては、管見しえた範囲ではあるが、とくに触れられていなかったが、この見解によると、建築家自らが瑕疵修補をなすことにならうから、建築家の名前で請負人にその除去工事を依頼することにならうか。

iii 右では、建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物に瑕疵が発生した場合をみたが、建築請負人の仕事によって瑕疵が発生する場合もある。この場合の建築請負人による建築物の瑕疵の修補工事に際して、建築家は瑕疵修補に協力する義務を負うと解すべきであろうか。管見しえた範囲において、この問題については触れられていなかった。しかし、債務の内容を瑕疵のない建築物であることを含むとすると建築家の注意義務の範囲が相当広くなるので、建築家が義務違反のなかったことを立証するのは困難であり、實際上建築請負人の瑕疵修補について協力義務がないとすることは容易でないように思われる。

(b) 限定説

i 修補可能性に関する問題点

① 他方、建築設計・監理契約においては設計・監理業務を瑕疵なく完了することのみが債務の内容だとして本来の債務の内容を限定的に解す見解によると、BGB第六三三三條第二項の修補義務が建築家の業務に関してもまた適用されうのかどうかの問題となってくる。すなわち、まず、建築家がその建築物に瑕疵のないことをも約束しているわけではないことから、および建築家の給付の性質上既になされてしまった業務の欠陥を修補しえないから建築家に修補義務を課すことはできない、すなわち修補は不可能だと解すると、注文主は建築家に対して、B

G B 第六三四条第二項または第六三五条に基づいて即時に解除・減額または損害賠償の請求権を行使することになる。しかし、右のような即時の請求権行使は、建築家にとって酷な結果をもたらすことになるおそれがある。このことから、建築家の給付についてもまた修補可能性が認められると解すとなると、次に、建築家の業務が既になされてしまっており、その業務自体の欠陥を除去しえない以上、建築家が仕事をあらためてやりなおすことになるのか、そしてその場合をも修補の概念に含められるのか、という建築家による瑕疵修補の内容が問題となってくる。

② まず、建築家の業務の中でも明らかに修補可能な給付がある。例えば、建築費用見積書や基本設計図書・実施設計図書等に瑕疵があり、施工開始前にその瑕疵が発見された場合のように、施工開始前の段階における設計給付に瑕疵があり、しかも施工開始前にその瑕疵が発見されたという場合には、瑕疵の修補を行いうるし、また瑕疵修補をなす必要性もあり、修補可能性ということが問題になることはない。⁽²⁾ また、たとえば建築物完成後に作成される建築物の各部についての瑕疵担保期間一覧表作成というような給付が瑕疵をもって履行されたとしても、常に修補を行うことができるので修補可能性という問題は生じない。したがって、建築家の業務のうちでも、建築家が瑕

疵の修補をなしうる有体物作成のような業務で、瑕疵修補が必要な場合には、限定説においても、建築家の修補義務を認めることに異論はなく、かつ他の建築関係者との責任の境界問題も生じないと解されている。⁽³⁾

③ 問題となるのは、建築請負人によって既に施工が開始されている、またはさらに進んで施工が終了した時点で、たとえば設計図書の中に、または監理業務に欠陥のあったことが判明した場合である。⁽⁴⁾ このような場合に、建築家が、業務の欠陥について修補義務を負うのか、また建築物に現れた瑕疵についても修補する義務を負うのか、ということが問題となるのである。これらの問題に関しては、限定説にたちながらもなお見解が分かれるところである。以下、修補義務否定説と修補義務肯定説とに分類して見解をみることにする。

ii 修補義務否定説

① 判例

かつては、判例の中に、建築家による瑕疵の修補を認めたとのものがあつた。一九六〇年の判例は、明確に建築家に修補義務があると認めた。⁽⁵⁾ また、一九六一年の判例も建築家の修補可能性を認めた。⁽⁶⁾ しかしながらこの一九六一年の判例は、建築家による瑕疵の修補を、G B 第六三三条第二項における瑕疵修補として認めたのではない。すなわち、この判例は、損害賠償

のありかたとして、金銭によるのみならず、瑕疵の修補によつて賠償することも可能としたのである。つまり、裁判所は、たしかに建築家の瑕疵修補を認めたのであるが、それをBGB第六三三条におけるのではなく、BGB第六三五条の損害賠償のひとつの方法として認めたのである。したがって、この判例にBGB第六三三条の建築家による修補についての先例的な価値が認められないとしても、裁判所が建築家の修補可能性を考へることに事実上歩み寄つたものと考えられている。⁽⁷⁾

しかしながら、一九六五年の連邦通常裁判所判決は、一九六二年の連邦通常裁判所判決を支持して、「これは（この場合建築家による瑕疵修補—筆者注）何ももたらさないであろう。瑕疵ある設計図書を単に変更したとしても瑕疵は取り除かれないし、また怠った監理についてはもはや補いえない。つまり、建築家自らによる建築物の瑕疵除去は、建築家の仕事を修補したことはないならぬであろう」と述べている。そうして判例は、今日も、建築家の仕事の修補というものは、通例『不可能である』⁽¹⁰⁾という立場を採り続けている。

ところで判例は、既に見たことく、施工終了後に、いわゆる事後的に仕事の瑕疵を修補したとしてもなにももたらさないし、また建築物の瑕疵を建築家が自ら除去したとしても建築家の仕事の瑕疵を除去したことにはならないので、BGB第六三三条

における建築家の瑕疵除去は、「通例」まったく不可能である、と解している。しかし、「通例」とはどのような場合で、いかなる要件のもとでその「通例」にあてはまるのかについて、具体的には何も示していないと批判されている。⁽¹¹⁾

② 学説

学説において、建築家の修補可能性については見解が分かれている。

まず、ポットリフリーリング(Pott/Freiling)は、一九六一年一月二三日の連邦通常裁判所判決を支持し、建築設計・監理契約の本来の債務の内容が給付をなすことにあるという点を強調する。そして、たとえ建築物の瑕疵を修補したとしても建築家のなした業務の瑕疵そのものを修補したことにはならないし、また建築家の仕事の瑕疵を修補することは不可能である、としていわゆる事後的な建築家の修補義務を否定する。⁽¹²⁾

同様にロッハーは、まず、たとえば施工開始前に設計図書の欠陥を修正する場合のように瑕疵修補が可能な場合には、建築家の仕事の瑕疵についての注文主の修補請求権を肯定する。しかし、建築家の本来の債務が建築物に瑕疵がないことをもその内容としていないこと、および建築家が建築物の瑕疵を具体的に除去しても建築家の給付の欠陥が取り除かれないことを理由に、建築家の瑕疵修補義務を否定している。⁽¹³⁾

またメディックス(Medics)も、注文主の瑕疵除去請求権はそれが不可能な場合には存在しないとし、そのような例として、建築家の設計ミスは施工終了後、すなわちいわゆる事後的に通例もはや修正をなしえない、と述べている⁽¹⁵⁾。

右の建築家による瑕疵の修補可能性を否定する見解について、エーレンブラット(Ehren/Blatt)が、建築物の施工が終了した後では、例えば設計図書を修補したとしても無意味であるし、また建築家が有体物としての建築物に責任を負っているわけではないから建築物の瑕疵除去を建築家に請求することができず、したがって瑕疵の除去もまたなしえないとする考え方に基づくものだと述べるように⁽¹⁶⁾、いわゆる事後的な瑕疵修補を否定する見解は、建築家の仕事の瑕疵修補を無意味であると考へ、そして建築設計・監理契約における債務の内容上建築物に生じた欠陥について建築家にその除去を請求しえないと解するのである。

iii 修補義務肯定説

他方、建築設計・監理契約における債務の内容を、業務をなすことのみ限定し、建築物に瑕疵がないことについてはその内容でないとする説に依拠しつつもなお、建築家の給付の欠陥に起因する建築物の瑕疵について、建築家にその修補義務を認めるべきだとする見解もある。

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

この見解は、右のような見解に対し、建築家による瑕疵修補を一律に否定してしまうことに合理性があるのだろうか、と疑問を呈するのである。右にみた見解は、建築家の修補義務の有無という問題を、建築家の仕事の瑕疵それ自体とその除去、という関係に視点を置いて考察する。そうであれば、既になされた無形の業務の欠陥を修補することは不可能だ、ということになる。そしてさらに、事後的に設計図書の欠陥を修正しても無意味だ、ということに帰着する。たしかに否定説のいうように、建築家は、建築家の給付の欠陥によって生じた建築物の瑕疵を自らの手で除去することはできない。しかし、実務に照らすと、建築家は、たとえば瑕疵ある設計図書を修正しうるし、また建築家の瑕疵ある給付に起因する建築物の瑕疵除去工事に必要な設計業務および監理業務をなしうるし、また請負人の瑕疵除去工事に際して注文主に協力することも可能であり、かつそれが必要な場合もある。このことから、すでになしてしまつた行為の瑕疵について、いわゆる事後的に瑕疵を修補しても無意味だとせず、建築家による瑕疵修補の方法として、瑕疵除去工事の際に協力することのみならず、その際に建築家が仕事をあらためてやりなおすという形態をも含めることによって建築家の瑕疵修補義務を認めようとするのである。

まず、エーレンブラットは、瑕疵のあるまたは不完全な設

計に限定しているものの、設計図書に瑕疵は補充しえない監理業務と異なり、事後的であろうといつても修正して完全なものになしうることから、建築物が出来上がった後でも、瑕疵の除去に際して修正ないし完全なものにされた設計図書が必要である場合には、建築家の瑕疵修補義務を認めるべきだと、修補可能性を一律に否定する考えに批判的である。⁽¹⁷⁾

ヤーゲンブルクは、否定説と同様修補可能性について、建築家の業務のうち施工開始前または完成後の業務のように建築物それ自体に直接影響の及ばない業務の瑕疵については建築家にその修補義務を課すことができる、とする原則から出発するものの、⁽¹⁸⁾ 建築家による瑕疵修補の内容に、瑕疵除去工事に際して必要な設計図書作成および⁽¹⁹⁾ 監理をなすことを含めようとする。まず、先の一九六二年の判例⁽¹⁹⁾について、判例が建築物の出来上がった後の建築家の修補義務を否定して金銭による損害賠償で問題解決を図ったが、注文主にとっても関心のある問題は、いかにして速やかにかつ完全に建築物の瑕疵を取り除くかということにあり、損害賠償にあるのではないと批判的である。そして次のように述べる。たしかに、建築設計・監理契約上瑕疵のない建築物までが本来の債務の内容とされているわけではないから、建築家に修補義務、とくに請負人のごとく実際に建築物の瑕疵を除去する義務を負わせることはできず、した

がって建築家は自己の名前でおよびその費用で建築請負人に瑕疵の修補を委託する必要はない。しかしながら、たとえば、建築家の業務の欠陥に起因する建築物の瑕疵除去工事に際して、建築家が設計図書を修正しそして完全なものになった設計図書に基づいて修補工事をあらためて監理するという形態の建築家の協力が不可欠となる場合もある。このような場合に建築家がなす行為もまた、建築家の仕事の瑕疵修補なのだ、と。また、注文主にとっても、建築家の業務の欠陥に起因して生じた建築物の瑕疵についてそれを熟知している当該建築家による瑕疵修補が合理的である、という。つまり、ヤーゲンブルクは、法理論的には、施工終了後すなわち事後的な建築家の修補義務は否定されるのであるが、実務上建築家の業務の欠陥に起因する建築物の瑕疵修補について、当事者が社会的・経済的に速やかに、かつ適切に解決するためには、解釈論上建築家の修補義務を認めるほうが合理的だ、とするのである。

ゾアゲル(Soergel)は、監理業務に欠陥があった場合の建築家の瑕疵修補可能性について次のようにいう。すなわち、建築家に監理業務について義務違反があり、そして建築請負人の瑕疵除去工事に際して建築家が監理をなす必要がある場合、例外的に建築家による建築物の瑕疵修補が実現可能になる、と。そして、建築請負人が瑕疵除去を拒否するか、またはその瑕疵に

ついで注文主に請求権が認められない場合には建築物の瑕疵除去は不可能となるが、請負人が瑕疵除去工事を行い、しかも瑕疵責任のある建築家の設計・監理業務を必要とする場合には、建築家は修補義務を負うことになる、という。

カイザー⁽²¹⁾も、建築家の修補可能性について積極的に考える。すなわち、建築家は、(瑕疵ある)建築物の観念的な作成者であると解されるので、瑕疵除去に際しても、同様に建築家の観念的な作成者としての役割(協力)をそのまま保つことが首尾一貫しているから、建築物の瑕疵の除去工事を実施する際、建築家の業務の範囲内(設計・監理業務)で瑕疵除去工事に寄与しうる場合で、しかも建築家の給付に欠陥があったために建築物に瑕疵が生じたときには、請負人と分業的に瑕疵除去工事に協力しなければならぬ、と提案する⁽²²⁾。つまり、建築家と請負人が実際の建築に際して分業して協力しあうように、瑕疵除去の際にも同様に協力しあうべきだといふのである。さらにカイザーは、建築物が設計どおりにかつ瑕疵なく建てられるよう建築家は注意しなければならないとする裁判所のいう原則にしたがうなら、瑕疵除去の工事に際して、当該建築家に、設計・監理業務を通して建築物の瑕疵が除去されるよう注意すべき義務を課すことが、理論的に筋が通るかつ首尾一貫していることになるという。そうして、建築家の瑕疵ある業務から生

じた建築物の瑕疵を取り除くために請負人を招聘することもまた、BGB第六三三条第二項第一文による建築家の修補義務にあたる、として修補の内容を広く解している⁽²³⁾。

また、場合によって建築家は、修補の作業をあらたに監理するという形態で瑕疵除去についての義務を負う、とする見解もみられる⁽²³⁾。

(c) 瑕疵修補可能性に関する結び

ところで、かつての判例の中には、既にみたところであるが、明らかに建築家に瑕疵修補義務を認めたものがある。その判例は次のようにいう⁽²⁴⁾。すなわち、建築家は引き受けた建築物の設計および監理業務の範囲内で家屋が瑕疵なく建築されるよう注意すべき義務を負う。そして、建築家に設計または監理業務の範囲内において義務の不履行があったことよって瑕疵が生じた場合、注文主は、BGB第六三三条二項に基づいて瑕疵の除去を請求することができる。瑕疵についての建築家の帰責性は問題ではない、と。さらには、「民事部の確定判例によれば、包括的に委託された(設計・監理双方の業務を委託された)筆者注)建築家は、業務完了後建築物の瑕疵を調査し取り除く際に注文主に協力しなければならない」として、建築家の事後的な協力義務を課した判例もある⁽²⁵⁾。このような判例の考え方がらずれば、学説のいうごとく建築家による瑕疵除去の方法とし

て、実際の瑕疵除去工事に際して関与しないしは協力するという形態をも認める余地があるように思われるが、判例がこのような方法を、建築家の仕事の欠陥を修補するものではないと解している。

そもそも、建築家の業務というものは、主として観念的な無形の行為である。このような既になされてしまった無形の行為の瑕疵を、現実に取り戻して修補するということは、凡そ不可能なことである。したがって、そのような視点から無形の行為の瑕疵修補の可能性いかんについて考察するならば、無形の業務それ自体の瑕疵修補はどのように解釈しても不可能である、ということに帰着する。そして、無形の業務の瑕疵に起因する有形物の瑕疵を取り除いても、既になされてしまった業務の瑕疵を取り除くことができない以上、業務の瑕疵は取り除かれていない、ということになる。つまり、このような考え方は、有形物に付着した瑕疵を除去することのみがBGB第六三三條第二項にいう瑕疵除去だと解すものであり、そうであることから出発する限り、無形の業務の瑕疵を除去することは不可能であるという結論に至るものと思われる。

しかし、修補の内容を解釈上拡大することで、無形の業務の修補は可能になろう。すなわち、まず、建築家の業務に欠陥がありそれ起因して建築物に瑕疵が生じた場合、建築物のその

瑕疵は、建築請負人によって具現された建築家の業務の瑕疵である。したがって、建築物に顕在化したその瑕疵は、建築家の業務の瑕疵だということになる。建築家の仕事の瑕疵と建築物の瑕疵との関係については、判例・学説上、既にみたごとく右のように解されている。そうであるならば、建築家の業務の欠陥に起因する建築物に生じた瑕疵が取り除かれることは、とりもなおさず、建築家の業務の欠陥が除去されることだ、と解しうるように思われる。このように解すことが可能であれば、残る問題は、建築家による瑕疵修補の内容に關しての解釈である。この建築家の瑕疵修補の内容については、瑕疵除去の工事に必要な設計業務をなし、請負人の瑕疵除去工事をあらためて監理する、という形態をも含むと解すことによって、建築家による瑕疵修補が可能となるのではないだろうか。また、そのように解すことで、たとえば設計図書に瑕疵を事後的に修正することも無意味ではなくなるように思われる。しかし、判例および一部学説がこのような考え方で問題解決を図ろうとしていないことは、すでに述べたところである。

なお、瑕疵除去工事に建築家が協力することもまた修補の一形態だとして建築家による瑕疵修補を認めようとする見解は、多くは建設契約法の専門家よって主張されている。このことは、建築家による瑕疵修補をBGB第六三四條第二項の意味で不可

能だとして注文主に即時に解除・減額または損害賠償の請求権を与えることとなる帰結を回避し、そして建築家にも追完の機会を与えることで、建築家にとって経済的に不利になる損害賠償請求から建築家を救う必要があるとする考え方が背景にあるものと思われる。

(2) 「仕事のやりなおし」⁽²⁶⁾とBGB第六三三條第二項との関係
 (a) 請負契約においては、BGB第六三三條第二項の修補に關して、引き渡し後に欠陥のあった業務をあらためてやりなおすこともまたBGB第六三三條第二項の範囲に含まれるのかが問題とされている。

この問題について、かつては、瑕疵の除去がはじめから不可能な場合でも、建築請負人の義務は、限定的に、法律に明示された義務（＝瑕疵除去義務）の有無のみが問題とされ、仕事をあらためてやりなおして完成する義務を負うことはない、と考えられていた。⁽²⁷⁾

ところで、瑕疵除去と仕事をあらためてやりなおすこととの間に明確な線を引くことは困難である。たとえば、建築物の壁に貼られたタイルのほとんどが接着方法に欠陥があったためにはがれ落ちたような場合、それを修補するには損傷したタイルの代わりに新しいタイルを用いて請負人があらためてそれを貼りつける工事を行うとなると、しかもそれがかなりの部分に及

ぶ場合には、瑕疵修補を行うとしてもあらためてやりなおすことほとんど差がないことになる。⁽²⁸⁾したがって、このような場合には一方では修補にあたりと解しうるし、他方には、契約目的すなわち瑕疵のない仕事の完成を達成するために作業と材料が供給されるであろうから、概念的には、もはや修補ではなく、あらためて仕事を完成しなおすことだとも考えられうる。⁽²⁹⁾

判例は、このようなやりなおしの場合について、建築物全体のうちの一部のみをあらためてやりなおすことは建築物全体との関係上請負人の瑕疵修補にあたり、と解していた。⁽³⁰⁾この考えにしたがうと、先の例の場合、請負人が建築物全体の建築を請け負っていたときは、タイル壁部分が建築物全体のうちの一部と解され、あらためて貼り直すことが瑕疵修補とみなされる。しかし、請負人が壁のタイル貼りのみを請け負っていたときは、貼り直しは修補にあたりない、ということになる。⁽³¹⁾このように判例は、仕事をあらためて完成しなおすことと修補との関係を限定的に解していたが、一九八五年の判例の中で、裁判所はそのような考え方を改めた。⁽³²⁾すなわち、裁判所は、引き渡し後も、あらためて仕事をやりなおす方法でのみ瑕疵が除去される場合には、修補請求権に基づいてやりなおしを請求することができる、と判示したのである。この結果、注文主は引き渡し後もBGB第六三三條第二項に基づいて、瑕疵修補のみならず、

単なる修補では不可能かまたは不十分な場合には、仕事をあらためてやりなおすよう請求しうることになった。⁽³³⁾しかし右の判例については、例外的にやりなおしを認めたのだとみる見解もある。⁽³⁴⁾

今日の学説上の見解も、引き渡し後、修補が不可能かまたは修補に失敗したといった一定の要件の下で、仕事をあらたに完成しなおすよう請求する権利を注文主に与えることを認める、とするのが支配的であると思われる。⁽³⁵⁾

建築家の仕事に欠陥があった場合にあらためて仕事を完成しなおすことについて、管見しえた範囲にすぎないが、明確な判断を示した判例は見当たらなかった。今後の判例が待たれる。

なお、請負人にとっては、瑕疵修補として仕事をあらためてやりなおすことをも義務づけられることで、瑕疵についての責任が重くなったともいえるが、請負人はBGB第六三三条第二項第三文の規定によって保護されている。⁽³⁶⁾

(b) しかし、瑕疵修補として仕事のやりなおしを認めると、つぎにその範囲が問題となる。つまり、注文主は欠陥のある仕事について、欠陥の瑕疵修補を一度も請求することなく始めから仕事をやりなおすよう請求しうるか、という問題である。

この問題については、修補で瑕疵を取り除くことが可能であり、またそうすることで注文主の利益にかなう場合には、あら

ためて完成しなおすことを求めるのは不当であろうとの見解がある。⁽³⁷⁾

また次のような見解もある。すなわち、請負契約の目的は、約束された仕事の完成、つまり仕事で一定の物を完成させるまたは一定の仕事を終了することである。このような完成という結果が目的であって、請負人の仕事を完成させる経過に注文主が影響を及ぼすことはない。つまり原則として、請負人がいかなる方法で債務とされた結果をもたらすのかについては、注文主が決定することはできない。そうであるならば、注文主から仕事をあらためてやりなおすように請求があった場合、請負人が、修補作業を行うか、または注文主の請求通りあらためてやりなおすかを選択し決定しうる、と。この見解によると、注文主が欠陥について一度も瑕疵の除去を請求せずあらためて仕事を完成しなおすよう請求したとしても、瑕疵の除去を行うか、または仕事をあらためてやりなおすかは、請負人の側に選択権があることになる。

なお、請負契約における瑕疵修補に仕事のやりなおしをも含むかという問題は、債務法改正作業においても議論されている。その中で、瑕疵除去請求権は、修補請求権とやりなおし請求権とを含むと規定すべきであり、そしてそれらのうちのいずれを選ぶかの選択権は請負人にあるとする、と提案されている。⁽³⁸⁾

(3) 結 び

以上のことから、建築家の給付の欠陥について、およびそれに起因する建築物の瑕疵について、建築家に修補義務があるのかという問題は、建築物の瑕疵を修補することが建築家の仕事の瑕疵を修補したことになるのか否か、また施工終了後の、いわゆる事後的な設計図書の欠陥の修正を無意味だと解すか、それとも無意味ではないと解すか、という点の考え方いかんによって異なる結論に至ることが明らかになった。つまり、判例のように、建築家の業務の瑕疵と建築物の瑕疵とを区別して、建築物の瑕疵を修補しても建築家の仕事の瑕疵を修補したことにはならないし、また事後的に設計図書の欠陥を修正したとしても建築物の瑕疵が除去されるわけではないから無意味だと解すのであれば、建築家が瑕疵について修補義務を負うことはない、ということになる。他方、たとえば建築物に生じた瑕疵を取り除くためには修正され完全にされた設計図書が必要なものもあるから、建築家の瑕疵修補は無意味ではない、また建築物の瑕疵除去工事をあらためて監理するという形態で既になされたしまった監理業務の欠陥を修補しようと解すと、建築家の修補義務は認められるべきだ、という結論に至る。もし、建築家の瑕疵修補をBGB第六三四条第二項の意味で不可能だと解すと、建築家の業務の欠陥については、BGB第六三四条第二項

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

に基づき、注文主は即時に解除・減額、または損害賠償(BGB第六三五条)の請求権を行使しうることになる。したがって、建築家にとっては、修補可能性を認められる方が妥当な結果をもたらすように思われる。また、注文主にとっても、特殊な建築物で、建築家の瑕疵ある仕事に起因する建築物の瑕疵除去につきその建築物を設計し監理した建築家が関与して行われる必要性があるような場合には、建築家による瑕疵修補を認めるべきであるように思われる。そして、仕事のやり直しを修補の概念に含める傾向にあることに鑑みても、建築家のいわゆる事後的な仕事のやり直しもそれが必要である限り、それを修補として認めることに特段の不都合は生じないであろう。また、建築家の瑕疵修補を認めない判例および一部学説が、建築家の瑕疵修補を認めた場合にいかなる特段の支障が生じるかについて述べていないことからみても、建築家の瑕疵修補を否定することでのような合理性があるのか疑問に思われる。

ところで、BGB第六三三条第二項に基づく修補請求権に、仕事をあらためて完成しなおす請求権も含まれるとする判例・学説上の見解は、日本民法の解釈論上参考になるものと思われる。なぜなら、下級審判例において、建て直すしかならないような瑕疵のある建築物に関して、建て直すという方法を修補の一つの方法として修補に代えて建て替え費用相当額を認めた判例⁽¹⁰⁾

と、建て替え費用相当額を認めるのは解除と同じだとしてこれを認めない判例⁽⁴¹⁾とが対立しており、建て直すしかないような瑕疵のある建築物についてどのように考えるべきかが問題とされているからである。

3 建築家の修補権

(1) 問題の所在

建築家の修補権とは、注文主の損害賠償請求に対して、まず瑕疵修補を行わせよと申し出る権利であり、注文主の即時の金銭賠償請求から建築家を免れさせるために考慮された理論である。この修補権は、建築家にとって非常に重要な権利であるといえよう。なぜなら、もしも建築家の方から、注文主に、建築家の特殊専門知識を活用し自己に有利な条件で瑕疵の修補を申し出ることができるとすれば、建築家は注文主の経済的に重大な損害賠償請求を回避しうることになるからである。⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾

(2) 判例の見解

管見しえた範囲ではあるが、建築家が注文主の損害賠償請求に対して修補権を主張した判例はみあたらなかった。判例は、学説上の見解の発展にもかかわらず建築家の修補可能性を認めないのであるから、建築家の修補権を認める余地はないように思われる。

(3) 学説の見解

学説では、建築家の修補権を認める傾向にあるように思われる。その理由づけとして、平等の原則、およびBGB第二四二条による信義誠実の原則、BGB第二五四条二項一文があげられる。

平等の原則を根拠にして、建築家に修補義務を課すのであれば、それに相応した修補についての権利を与えなければ首尾一貫しないことになるというように、相応した権利と義務の関係という点から建築家の修補権を肯定する見解がある。⁽⁴⁴⁾この見解はさらに、当事者には損害を回避する義務(Schadensminderungspflicht)があるから、注文主は、建築家に対し、その損害をより少ない費用で除去する可能性を与えるべきだとも主張する。⁽⁴⁵⁾

また、建築家の修補権というものは、注文主の不当な即時の解除・減額および損害賠償の請求権行使に対し、BGB第二四二条の信義誠実の原則にしたがって認められるべき権利であるとする見解もある。⁽⁴⁶⁾しかし、今日、BGB第六三三条または第六三五条に基づく請求権を注文主が選択しうるかどうかの問題は、BGB第六三四条第一項の第三文において二者択一を認めていないので法律に根拠がみあたらず選択しえない、と考えられているので、注文主としてはまず第六三三条に基づく請求権を行使することになる。そうすると、修補権が解除・減額

または損害賠償の不当な請求権行使に対して信義則上認められるべき権利だとするよりは、むしろ、注文主の修補請求権に相応して建築家の追完権を認めることが信義則に適う、とするほうが自然であるように思われる。

(4) 注文主の義務

ところで、学説上、建築家が当該瑕疵について自己の責任を否定するとき、自己の責任を認めて損害賠償を申し出たとき、または建築家の申し出た瑕疵修補の範囲・工事の時期およびその結果について疑問があつて十分な瑕疵修補を期待できないような場合であれば、注文主が建築家の修補権を認めないで他の請求権を行使したとしても、信義誠実の原則に反した権利行使であるとはいえない、と解されている⁽⁴⁸⁾。そしてさらに、建築家が修補権を主張するにもかかわらず、注文主が建築家に修補の機会を与えず自ら修補を行った場合には、建築家に対する注文主の損害賠償請求権行使に対して、建築家は、BGB第二五四条第二項第一文による寄与過失を主張することができると解されている。それにより、注文主の損害賠償額は減らされることになる⁽⁴⁹⁾。これについて、連邦通常裁判所は、BGB第二五四条第二項第一文が存するからといって注文主が、建築請負人による瑕疵除去の計画案として申し出された「不確実な除去の試み」をかならずしも受け入れる必要はないが、瑕疵除去の試

みが「疑念のない、有望な措置」である場合には注文主はそれを受け入れる必要があろう、としている⁽⁵⁰⁾。

(5) 修補権を否定することによる問題点

しかし判例は、建築家の修補可能性を認めておらず、そして原則として建築家の修補権も認めていない⁽⁵¹⁾。そうなると、建築物の欠陥に関して、注文主はまず建築請負人の方に修補ないし瑕疵の除去を請求することになろう。その結果、建築請負人へのみ瑕疵修補責任の集中するおそれがある。そしてこのことは、注文主が建築家に対し、即時に損害賠償を請求することへと導くことになる。このような状況について、注文主に即時に金銭賠償を請求しうるといふボーナスを与えることになるから、建築家の修補権を認めないことは合理的でない、とする見解がある⁽⁵²⁾。さらにこの見解は、立法論として、建築家の追完の可能性を否定することになるのは建築設計・監理契約を請負契約に組み入れることに不備があつたからであり、判例が建築家に純粋な瑕疵除去に関与する権利を認めないところでは、その不備を修正する必要があるとしている⁽⁵³⁾。

(6) 修補権に関する結語

以上、建築家の修補権をみたが、学説上建築家の修補権は肯定されている、ということができよう。それによれば、注文主は、建築家の修補条件・内容等に問題がある場合を除いては、

建築家に瑕疵を修補する機会を十分に与えなければならぬことにならう。

しかし、この問題にはまだ解決されるべき点がある。たとえば、注文主がBGB第六三三條第二項に基づく修補の請求ではなく、即時に損害について金銭賠償を請求しうるのはどのような要件のもとでそうすることができるのか、という問題である。つまり、建築家が建築請負人に修補義務を果たすよう請求することができる場合には、注文主は即時に建築家に対し金銭賠償を請求しえないであろう。さらに、建築家が注文主の損害の除去を引き受けその損害の除去をみずから処理するという権限を契約において与えられている場合には、注文主は即時に金銭賠償を請求しえない。それでは、どのような場合に注文主は、即時に金銭賠償を請求することができるのであろうか。すなわち、注文主が即時に損害について金銭賠償を請求しうるとされる場合の、建築家の申し出た『不確実な除去の試み』とはどのような場合をいうのが依然としてあいまいなままである、と問題提起されている⁽⁵⁾。

- (1) Vgl. Hess, a.a.O., S.69ff.
- (2) Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess, 6. Auflage, 1989, Rdn.269; Ganten, Recht und Pflicht des Architekten zur Nachbesserung seines (mangel-

haften) Werkes, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, 1986, S.86; Jagenburg, a.a.O., (Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn.31; Locher, a.a.O., Rdn.237.

- (c) Ganten, a.a.O., S.86.
- (4) Kaiser, a.a.O., Rdn.270.
- (5) BGH, Urt. vom 25. 4. 1960, Vers 1960, 739.

本件で裁判所は、建築家は請負人としての義務を有するとしているものの、当該事件では建築家が修補義務に応じなかったため、BGB第六三三條三項による費用の賠償を義務づけた。したがって裁判所は、建築家が自己の修補義務を具体的にどのようになすべきかの問題にふれる必要がなかった。

- (6) 一九六一年一月三日連邦通常裁判所判決は、建築家の修補可能性の問題に触れている(BGH, Urt. vom 23. 11. 1961, NJW 1962, 390)。これは、排水設備設計に瑕疵があり、そのうえさらに監理段階においてもその瑕疵が見逃ごされたために、その瑕疵によって排水設備が故障したという事案である。裁判所は、建築家は具体的な排水設備それ自体に責任を負うわけではなく、排水設備に関する設計・監理業務について責任を負う、という。そして、具体的な排水設備についての工事開始前、つまり瑕疵の修補をなしうる段階を越えたならば、もはや建築家には修補義務はないとして、建築家の給付の欠陥の現れた排水設備の瑕疵についての建築家

の修補義務を否定した。その理由として、連邦通常裁判所は、建築家の瑕疵ある設計・監理業務に基づいてすでに目的物が完成してしまっている場合には、事後的に設計図書を変更して完全にしたとしても無意味であるし、また監理給付については、それは無形の観念的行為であるからもはやそのなされてしまった行為を修補することは不可能であると述べている。そうして、建築家が契約に反する給付をなしたという点で、損害賠償請求権（BGB第六三五条）が注文主に認められる」と判示した。このように裁判所は、建築家の瑕疵修補を否定し、損害賠償を認めたのである。

ところが、この中で裁判所は、建築家の損害賠償の本身について、金銭による賠償のみならず瑕疵の修補を行うことによっても賠償をなしうるとして、損害賠償の一つの方法として建築家が瑕疵除去をなすことができるものと解したのである。つまり、裁判所は、たしかに積極的に建築家の修補可能性を認めようとしているものの、それをBGB第六三三条ではなく、BGB第六三五条の賠償の一形態として認めたのである。しかしながら、このような損害賠償の方法についての考え方は、一九七八年の連邦通常裁判所判決の中で、明確に斥けられている(BGH, Urt. vom 15. 6. 1978, NJW 1978, 1853.)⁹⁾

(9) Vgl. Ganten, a.a.O., S. 87.

(10) BGH, Urt. vom 7. 5. 1962, NJW 1962, 1499.

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

- (6) BGH, Beschl. vom 1. 2. 1965, GSZ, NJW 1965, 1176.
 (10) Vgl. BGH, Urt. vom 15. 6. 1978, NJW 1978, 1853.
 (11) Ganten, a.a.O., S. 87.
 (12) BGH, Urt. vom 23. 11. 1961, NJW 1962, 390.
 (13) Pohl/Frieling, a.a.O., Rdn. 406.
 (14) Locher, a.a.O., Rdn. 238.
 (15) Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 3. Auflage, 1987, S. 157.

(16) Ehlen/Blatt, a.a.O., S. 80.
 (17) Ehlen/Blatt, a.a.O., S. 80.

(18) Jagenburg, a.a.O. (Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn. 32; Jagenburg, Aktuelle Rechtsfragen zur Architekten- und Ingenieurhaftung, 2. Auflage, 1985, S. 66f. (以下「Aktuelle Rechtsfragen」以下「A」).

(19) BGH, Urt. vom 7. 5. 1962, NJW 1962, 1499.
 (20) Soergel, a.a.O., Rdn. 134 zu § 633 BGB.
 (21) Kaiser, a.a.O., Rdn. 270.
 (22) Kaiser, a.a.O., Rdn. 270.

ヤーゲンブルク (a.a.O. (Die Haftung des Architekten), S. 207.)¹⁰⁾ ガンテン (a.a.O., S. 91.) がこれを支持している。

(23) Vgl. Larenz, a.a.O., S. 358.

(24) BGH, Urt. vom 25. 4. 1960, Vers 1960, 739.

なおこの判例の中で、裁判所は、建築家は請負人としての

義務を有するとしているものの、当該事件では建築家が修補義務に応じなかったため、BGB第六三三條三項による費用の賠償を義務つけた。したがって裁判所は、建築家が自己の修補義務を具体的にどのようなようになすべきかの問題に於ける必要がなかった。しかしもし言及する必要があるならば、建築家が請負人と同じ瑕疵除去をなさないから、建築家に、建築物の瑕疵除去に際して協力するという形態で自己の業務の欠陥を完全にする³⁵⁾ことを義務つけたであろうか、それとも業務をあらためてやりなおすという形態の瑕疵修補を義務つけたであろうか。

- (25) BGH, Urt. vom 20. 12. 1984, BauR 1985, 232.
 (26) 「やりなおし」の用語については、三石正男『契約法(各論)下巻』現代法律学全集九、八八六頁(青林書院、一九八八年)における「やり直し」を参考にした。なお、仕事(=業務)をあらためて完成しなおす、仕事をあらためてやりなおす、および仕事をやりなおすは、本稿では同義とする。
 (27) Kaiser, a.a.O., Rdn. 77; Larenz, a.a.O., S. 349.
 (28) Vgl. Blasee, Der Erfüllungsanspruch und seine Konkretisierung im Werkvertrag, 1988, S. 28.
 (29) Kaiser, a.a.O., Rdn. 76.
 (30) BGH, Urt. vom 2. 3. 1967, Taschenlexikon bau- und architekturrechtlicher Entscheidungen (TBAE) Nr. 1072, 6が、建物全体のうちの一部分をあらためてやりなおすことは、

請負人の修補義務の範囲内だとしている。

- (31) Vgl. Blasee, a.a.O., S. 28f.
 (32) BGH, Urt. vom 10. 10. 1985, BauR 1986, 93.
 (33) Vgl. Blasee, a.a.O., S. 29.
 (34) Siegburg, Gewährleistung beim Bauvertrag, 2. Auflage, 1989, Rdn. 104.
 (35) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, 1935, S. 137f.; Köhler, BGB Schuldrecht II 11. Auflage, 1987, S. 107f. (以下『BGB Schuldrecht 244』); Blasee, a.a.O., S. 29; Medicus, a.a.O., S. 159; Schlechtriem, a.a.O. (Schuldrecht), Rdn. 376; Esser/Weyers, a.a.O., S. 234; Teichmann, a.a.O., A50ff.
 なお、引き渡し後の仕事のやりなおし請求権を認めない見解として、Siergel, a.a.O., Rdn. 108ff. zu § 633。
 (36) Köhler, a.a.O. (Schuldrecht), S. 108; Larenz, a.a.O., S. 350.
 (37) Larenz, a.a.O., S. 350.
 (38) Blasee, a.a.O., S. 29.
 (39) 55. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1984, 2677.
 (40) 大阪高判平成元二月十七日、判時一三三三三三号七九頁は、修補の方法として再築法を採用し建て替え費用の賠償を認めた。他に修補にかわる損害賠償として建て替え費用相当額を認め

たもの、大阪地判昭和五九年二月二十六日、判タ五四八号一八五頁、大阪高判昭和五八年一月二十七日、判時一一二一七号七八頁、判タ五二四号三三六頁がある。

(41) 神戸地判昭和六三年五月三〇日、判時一一九七号一一八頁、判タ六九一号一九九頁。この判例は、建て替えを要するほどの瑕疵の場合修補は不能だとし、さらに、建て替え費用を損害と認めると実質的に解除以上のことを認める結果になるとする。

(42) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.239.

(43) 建築家の修補権確保が注文主の金銭での損害賠償請求を免れるためにも重要なものであることから、約款の中では、建築家の修補権について条項に加えられている。たとえは、*„Allgemeine Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVVA)“* の第五条の五に、「建築家が建築物の損害を理由に金銭で損害賠償請求された場合、建築家は、注文主に、損害の除去を注文主が建築家に委託するよう請求することができる。」と規定されている。この条項の有効性については議論のあるところであるが、普通取引約款規制法 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen = AGBG*) 第一一条第一〇号のロに違反しないとしてその有効性が一般に認められている(Kaiser, a.a.O., Rdn.274; Knychalla, *Inhaltskontrolle von Architektenformularverträgen*, 1987, S.82f.)⁹

建築設計・監理契約に関する一考察 (一) (花立)

(44) Jagenburg, a.a.O. (Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn.33.

(45) Jagenburg, *Das private Baurecht im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Auflage, 1984, Rdn.3090 (以下「Das private Baurecht」)

(46) Hess, a.a.O., S.76; Bindhardt, *Zur Beseitigung des Mangels am Bauwerk durch den Architekten*, 1970, BauR 1970, S.29f.

(47) Ganten, a.a.O., S.95f.

(48) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.239.

(49) Vgl. Pot/Freitag, a.a.O., Rdn.409; Locher, a.a.O., Rdn.239; Jagenburg, a.a.O. (Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn.49.

(50) BGH, Urt. vom 12. 7. 1971, BauR 1972, 63.

(51) 一九七一年七月二二日の判例 (BGH, Urt. vom 12. 7. 1971, BauR 1972, 63.) に基づいて、連邦通常裁判所は、控訴裁判所が、建築家が自ら瑕疵を除去するよう配慮する権限を有するとした判断に、同意しえないとしている。そして、注文主には原則として BGB 第六六三三條第二項の瑕疵除去請求権ではなく、BGB 第六六三三條に基づく損害賠償請求権が認められると述べている。

(52) Ganten, a.a.O., S.92f.

(53) Ganten, a.a.O., S.93ff.

(5) Vgl. Ganten, a.a.O., S. 88.

三 解除権・減額請求権 (BGB 第六三四条)

注文主は、解除権・減額請求権の行使の前提として、まず、BGB 第六三四条第一項にしたがい、瑕疵修補期間を定め、そしてその期間経過後は瑕疵修補を拒否する旨催告しなければならぬ。しかし、一九七四年六月一〇日連邦通常裁判所判決によれば、当事者間の信頼関係が今後契約保持を期待しえないほど根本的に揺らいでいる、またはすでに破壊されている場合には、催告は不要である。⁽¹⁾

1 解除

建築設計・監理契約において、解除権は重要な役割を果たさないといわれている。なぜなら、いったん建築家によって給付の履行がなされると、注文主の解除権は排除されてしまうからである。つまり、建築家の給付が建築物に現れるやいなや、契約をなかつたものとして巻戻すことができるのは、注文主から建築家に対してすでに支払われた報酬のみであって、履行された無形の給付については返還がもはや不可能であり、その場合は建築設計・監理契約を解除することができない、と解されている。⁽²⁾

しかしだからといって、はじめからまったく注文主の解除権が暗黙に排除されていると結論づけることはできない。なぜな

ら、建築設計・監理契約においても解除可能な場合があるからである。すなわち、設計段階における業務、たとえば設計図書作成という業務については、施工開始前であれば解除が可能である。この場合、建築家はすでに支払われている報酬を注文主に返還し、注文主は建築家の作成した設計図書を建築家に返還することになるであろう。また監理業務のうちでも、建築物の各部分についての瑕疵担保期間一覽表作成というような建築物完成後の業務および建築物とは直接関係しない業務については、同様に解除の可能性があると考えられよう。したがって、注文主の解除権がはじめからまったく暗黙に排除されている、とすることはできない、⁽³⁾と考えられている。

2 減額

(1) 解除権行使には困難な問題があるが、減額権行使の場合には解除ほど困難ではない。注文主の減額請求権は、瑕疵のある給付の価値と瑕疵のない給付の価値との間に差がある場合に生じる。たとえば、設計図書作成を約束した建築家が設計図書を完成させたが、その設計図書にしたがって施工し建築物を完成させると、その建築物には歪みが生じて居住するには不適当である、または敷地内に建築物がおさまらず他人の土地を侵害するような結果をもたらすような瑕疵のある設計図書であった場合、もはやその設計図書は、価値を低下または失っていると

いえよう。このように建築家の履行した給付に価値が認められない場合には、建築家の報酬額をゼロになるまで減額することが可能である。すでに報酬を支払っていた場合、注文主はBGB 第八二条第一項に基づき、減額分の返還を請求しうる。また報酬を支払っていなかった場合には、減額分について建築家の報酬請求権は失われる。また、建築設計・監理契約において解除権を排除するという約束がなされていたとしても、注文主には減額請求権を行使することが認められる。さらにそれは、瑕疵が重大でない場合にも認められると解されている。⁽⁶⁾

しかし、注文主が減額請求権を行使したとしても、それは建築家の報酬請求権の額を低下させることにのみ影響を与えるものであって、建築家の給付の瑕疵から発生した損害を賠償するものではない。したがって、注文主にはなお、建築家の瑕疵ある給付に起因する損害について賠償を請求する権利が認められる。たとえば、建築家の瑕疵のある給付が履行されたために注文主が支出しなければならない設計図書変更のための費用、および建築物の瑕疵の修補を監理するための費用に就いて、建築設計・監理契約において約束された報酬から減額されるわけであるが、建築物それ自体の瑕疵を除去するために要する費用は、減額の範囲で賠償されるのではなく、BGB 第六三五条に基づいて賠償されると解されている。この理由について、ヤ-

ケンブルクは、建築設計・監理契約において、建築家は設計・監理業務をなすことを約束しているのであって建築物に瑕疵が生じないことをもその内容として約束しているわけではないからである、と説明している。⁽¹⁰⁾

(2) ところで、減額請求権に関しては、減額の算定時点についてと解すべきかも問題になる。

この問題について、瑕疵のある給付が履行された場合には、減額された報酬額が契約締結の際にはじめから低く約束されていた額と同一であると考えられるので、減額の算定時点を契約時点と解すべきであると解される見解⁽¹¹⁾、または瑕疵の確定時と解す見解もあったが、今日の判例および学説上、引き渡しの時を算定時点とすると解されているようである。⁽¹²⁾ また、建設契約における約款として、西ドイツにおいて広く一般に用いられている VOB/B (Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (Allgemeine Bestimmungen für die Ausführung von Bauleistungen)) においても、引き渡しの時が算定時点とされている。⁽³⁾ なお、減額の算定は以下のようになされている。まず、瑕疵のない給付であった場合の給付の客観的価値と瑕疵をもって履行された給付の客観的価値の比率を求め、そして約定報酬額にこの比率をかけたものが建築家の減額された報酬額となる。たとえば約定報酬額が一万DMで、瑕疵ある建築家の給付

の客観的価値が四千DMであるとされ、そうして実際に建築家が瑕疵なく給付を履行した場合の給付の客観的価値が一萬二千DMであるという場合、減額された報酬額は、三三三三三DM三三PIになる。これは左記のように示しよう。

$$\frac{4,000 \text{ DM (瑕疵ある給付の客観的価値)}}{12,000 \text{ DM (瑕疵のない給付の客観的価値)}} \times 10,000 \text{ DM} = 3,333.33 \text{ DM}$$

(約定報酬額) (実額報酬額)

しかし、瑕疵のない給付であった場合の客観的価値をよび瑕疵のある給付による場合の客観的価値の算定は実務上困難であるといわれている⁽²⁾。そこで、債務法改正の草案においては、減額算定⁽²⁾について、裁判官の自由な評価に委ねることにしたと⁽²⁾されている。

- (1) BGH, Urt. vom 10. 6. 1974, BauR 1975, 137.
- (2) Vgl. Hess, a.a.O., S.79 ; Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.36 ; Locher, a.a.O., Rdn.240.
- (3) Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.37.
- (4) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.242.
- (5) Locher, a.a.O., Rdn.243.
- (6) Siegburg, a.a.O., Rdn.167ff.
- (7) Kaiser, a.a.O., Rdn.278.

- (8) Vgl. Locher, a.a.O., Rdn.242 ; Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.38f.
- (9) Locher, a.a.O., Rdn.242 ; Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.41.
- (10) Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.41.
- (11) Hess, a.a.O., S.80.
- (12) Siegburg, a.a.O., Rdn.172 ; Werner/Pastor, a.a.O.(Der Bauprozess), Rdn.1154 ; Kaiser, a.a.O., Rdn.278 ; Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), §4, Rdn.40 ; Schnitzl, a.a.O.(Die Haftung), Rdn.39 ; Locher, a.a.O., Rdn.243.
- (13) Vygen, a.a.O., Rdn.555.
- (14) 山本・前掲「討議報告」二一九頁。

四 損害賠償 (BGB第六三五条・六三八条)

はじめに

(1) 建築家の業務に欠陥があった場合、また建築家の欠陥のある給付に起因して建築物に瑕疵が発生した場合、学説によっては、注文主はまず、BGB第六三三条第二項に基づいて建築家に瑕疵の修補を請求しうる。そこで建築家は、たとえば設計図書に欠陥があった場合、注文主の請求権に基づき設計図書の欠陥を修正しなければならない。また、監理業務の欠陥また

は設計図書に欠陥が建築物の瑕疵となつて現れたとき、場合によつて建築家は、建築物に生じた瑕疵の除去工事をあらためて監理するという形態で、瑕疵の修補について義務を負うこともある。⁽²⁾ところが、建築物の瑕疵の修補に際して過分の修補費用を要するときは、請負人は注文主の修補請求権を拒否することができ(BGB第六三三条第二項第三文)。たとえば、完成した床の色が約束された床の色とわずかに違いがあり、約束された床の色に修正するには床を新しく張り替えなければならず、修正に際して高額の費用の支出を要することになるような場合、BGB第六三三条第二項第三文により、請負人は注文主の修補請求権を拒否しうる。⁽³⁾そこで、建築家による瑕疵修補の可能性を認めた場合で、修補に際して過分の費用を要するときは、建築家は修補を拒否することができることにならう。⁽⁴⁾さらに注文主は、瑕疵修補についての期間を定めてその期間徒過後は修補を拒否する旨催告し、そうしてその期間を徒過した場合、BGB第六三三条に基づく解除・減額請求権、または建築家に過失があつたときBGB第六三五条に基づく損害賠償請求権を行使しうる。⁽⁵⁾しかし、受領された無形の給付を相手方に返還することが通常不可能であることから、解除権は、たとえば設計業務が完了してもまだ施工段階に入っていない場合のようにごく限られた場合にのみ行使されうるにすぎない。これにくら

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

べて減額権は実務上しばしば行使されるものの、⁽⁶⁾当該の瑕疵による損害を賠償するものではない。したがって、注文主にとつては修補請求権も解除・減額請求権も、発生している瑕疵についての措置としては十分な満足を与えない場合もある⁽⁷⁾し、また実際的でもない。⁽⁸⁾そこで注文主は、解除・減額のかわりに、建築家に過失がある場合BGB第六三三条により不履行に基づく損害賠償を請求することにならう。⁽⁹⁾つまり、注文主にとつては、實際上重要な請求権は損害賠償請求権であるといえよう。

(2) 損害賠償請求権に関する問題については、ここでは三つの問題点を取り上げることとする。まず第一に、建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物またはその他に発生した瑕疵について、それはBGB第六三五条に基づいて賠償されるべきなのか、またはそれは積極的債権侵害に基づいて賠償されるべきなのか、という法適用上の境界画定の問題である。第二は、建築家によって賠償されるべき損害の範囲についてである。第三に、建築家の仕事に瑕疵があつたとして注文主が損害賠償請求権を行使する際、建築家の帰責性を必要とするが、その帰責性については建築家に注意義務違反があつたか否かがひとつの判断材料になる。そこで、その場合の注意義務の判断基準について若干取り上げたい。

1 B G B 第六三五条による損害賠償と積極的債権侵害による損害賠償との境界画定

(1) 境界画定に関する問題点

建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物またはその他に損害が発生した場合のその瑕疵に基づく損害賠償責任について、B G B 第六三五条にしたがって処理すると、B G B 第六三八条により、建築家のその責任期間は短期の五年となる。他方、もしその瑕疵に基づく損害賠償責任について積極的債権侵害が適用されると、建築家のその損害についての責任期間は、B G B 第六九五条により三〇年となる。つまり、瑕疵に基づく損害賠償責任に、B G B 第六三五条および第六三八条と積極的債権侵害およびB G B 第六九五条とのいずれの法を適用すべきなのか、その解釈いかんで法的効果に差が生じてくるのである。とくに、損害賠償の責任期間について、五年間か三〇年間かの大きな差が生じてくる。そこで、請負契約においては、B G B 第六三五条が適用される損害と、積極的債権侵害が適用される損害との分岐点の解釈、すなわち境界画定の基準が重要な問題となるのである。

このように請負契約においては、瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任について、法適用上の境界画定が問題とされる。この問題に関しては、判例により、境界画定のための基準として定

式化がなされてきている、と一般に解されている。そして、この基準は、建築設計・監理契約における瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の法適用上の境界画定についても適用されていた。しかし、建築設計・監理契約上の判例により定式化された基準にしたがって損害賠償責任の境界画定問題を処理すると、後述するように、建築家にとって不都合な点を解決しえない場合がある。そこで、建築設計・監理契約上の建築家の損害賠償責任に関して、判例は、判例法理による基準とは別の判断基準をも採用するに至っている。以下で、その判例の経緯をみていくことにするが、まずは請負契約一般における判例の経緯をみて、その後に、建築設計・監理契約において当該問題に関し判例がどのような傾向にあるのかをみることにする。

(2) 請負契約一般における判例法理による境界画定のための基準としての定式化

(a) 判例は、請負契約における瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の法適用上の境界画定基準を、以下のように定式化してきたといわれている。

シュレヒトリームによると、まず、ライヒ裁判所は、積極的債権侵害に基づいて賠償されるべき損害とB G B 第六三五条に基づいて賠償されるべき損害との境界を、因果関係についての基準を用いて画定しようとした。すなわち、瑕疵と損害とが間

接的な因果関係にある場合には積極的債権侵害に基づく請求権が与えられ、直接的な因果関係にある場合に（のみ）はB G B第六三五条に基づく請求権が与えられる、という画定基準である。連邦通常裁判所になってからも、当初はライヒ裁判所による基準を採用していた。しかし後に連邦通常裁判所は、侵害された利益にしたがい、瑕疵損害にはB G B第六三五条を適用し、瑕疵結果損害には積極的債権侵害を適用する、と定式化し、この基準によって境界を画定するようになった。⁽¹¹⁾ さらにその後、判例は、瑕疵担保責任に基づく損害賠償についてのB G B第六三五条と積極的債権侵害との境界について、次のように画定基準を定式化している。すなわち、「仕事の瑕疵と密接かつ直接的な関係にある損害およびもとも近い瑕疵結果損害」にはB G B第六三五条が適用され、「より遠い瑕疵結果損害」には積極的債権侵害が適用される、と定式化した。⁽¹²⁾ そして判例は、今日までこの見解を堅持している。そうして今や、その判断基準の視点は、どのような場合に、そして何がもともとも近い瑕疵結果損害にあたるかと解されるかに絞られている、ということができると思われる。

(b) 請負契約一般における損害賠償の境界画定問題については、右のように、判例による定式化に変化がみられる。この変化を具体例でみると、次のようになるであろう。すなわち、た

とえば、請負人による窓枠の取りつけ工事に不備があったことから窓枠に歪みが生じ、その歪みのために窓枠が壁部分に傷をつけ、しかも窓枠と壁との間に隙間が生じてそこから雨水が室内に流れ込んで室内の機器を損傷するに至った場合、当初の画定基準では、請負人による工事の瑕疵のために始めから窓枠が無価値か、価値が低いかまたは使用しえない場合に、その損害にB G B第六三五条が適用され、壁の傷および室内の機器の損傷については積極的債権侵害にしたがって処理された。後に、判例上の画定基準によれば、窓枠それ自体の損傷、および壁の傷について、工事の瑕疵と密接かつ直接的な関係にあることを理由にB G B第六三五条で処理され、雨水による機器の損傷については瑕疵結果損害として積極的債権侵害にしたがって処理されるようになった。さらにその後の画定基準によると、雨水による機器の損傷をも、請負人の工事の瑕疵とももとも近い関係にある瑕疵結果損害として、B G B第六三五条にしたがって処理されるに至っている。

(c) このような判例の傾向については、判例はB G B第六三五条および第六三八条の適用範囲を拡大し、積極的債権侵害およびB G B第六三五条の適用範囲を縮小してきた、ということができよう。このことは、とりもなおさず、判例が請負人の責任期間を短縮しようとしてきたことを示している。したがって、

判例により定式化された基準の内容の変化は、責任期間についていえば請負人にとって妥当な結果をもたらしてきた、ともいうことができると思われる。

ところが、この判例法理による画定基準は、請負契約における想定しうるすべての事例を包括するようなものではない。その上、BGBにおける時効問題、すなわち請負契約上BGB第六三八条の五年でなければ、BGB第一九五条の三〇年の責任期間となるといように時効期間の差異の大きさによる問題上、個別事例においてはははずれの責任期間を適用すれば妥当なのかも考慮しなければならない。このことから、判例は、結局はその時々具体的な契約内容上の妥当な結果を助案して、BGB第六三五条を適用するか、積極的債権侵害を適用するかを判断してきている⁽¹⁴⁾。

(d) 学説には、このような判例の態度について、常に具体的事例の結果がどのようであれば妥当であるのかという観点から法的処理をしてきているので、判例は事例の公平性と理論的な境界画定のための基準とを合理的に一致させることに苦勞している、と指摘する見解がある⁽¹⁵⁾。さらに、連邦通常裁判所のこの問題の考え方について、学説には次のような批判もある⁽¹⁶⁾。すなわち、損害賠償責任の法適用上の境界画定のために判例法理による定式化がいかに明確になされたとしても、判例が実際

には事案の結果の妥当性に適合するように基準を用いてきているので、事例を類型化することは困難である。したがって、裁判所はほとんど予見不可能な方法で損害賠償の法適用上の境界問題を判断している、といえる。つまり、裁判所自身が、BGB第六三五条に基づく損害賠償と積極的債権侵害に基づくそれとの境界画定の問題をやっかいなものにしている、と。このように、学説においては、判例による損害賠償の境界画定のための基準の適用のあり方に対して批判がなされており、あらたに定式化を試みようとする見解もあるが、この基準自体についてはなお有用だとしてそれを支持する見解もある⁽¹⁷⁾。

(3) 建築設計・監理契約における建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任に関する判例の傾向

(a) 右にみたごとく、請負契約一般における損害賠償法の境界画定については、今日、判例により、「仕事の瑕疵と密接かつ直接的な関係にある損害、およびもつとも近い瑕疵結果損害」にはBGB第六三五条が適用され、「より遠い瑕疵結果損害」には積極的債権侵害が適用される、と定式化がなされている。そして、この見解を判例が堅持していると解されていることは、すでにみたところである。

そうして、建築設計・監理契約の法的性質が判例上請負契約と判断されたことから、建築設計・監理契約においても、判例

は、右の基準を用いて建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の境界面定問題を判断することとなった。しかし、建築設計・監理契約においては、判例法理による法適用上の基準の内容について請負契約一般とは若干異なる解釈がなされ、しかも後には、その基準とは別の判断基準も用いられるようになったと解されている。以下で、建築設計・監理契約における建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の境界面定についての判例の傾向をみることにする。

(b) 判例は当初、BGB第六三五条に基づく損害賠償請求権の適用範囲を狭く解していた。すなわち、判例は、瑕疵のため始めから利用できない、無価値である、または価値が低い場合に限定してBGB第六三五条を適用した⁽²⁰⁾。そこで、たとえば、建築家の作成した設計図書に欠陥があることから始めからそれを使用できない場合に、建築家はその設計図書の瑕疵についての瑕疵担保責任として、BGB第六三三条以下およびBGB第六三五条に基づく損害賠償責任が課されることになる。

ところで、このような帰結を導くことになるのは、BGB第六三五条は仕事に直接附着した損害にのみ適用される、という狭い損害概念が根底にあるからである。そして、この狭い損害概念から出発すると、建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任は、ほとんど積極的債権侵害およびBGB第一九五条にし

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

たがって処理されることになる。なぜなら、建築家の業務というものが、設計図書作成のような一部業務を除き、主として無形の観念的なものであることから、建築家の業務の瑕疵は、業務それ自体に瑕疵として現れるものではなく、通例建築物その他の瑕疵となって具現するからである。また、建築設計・監理契約における本来の債務の内容は、既に見てきたように、通説の見解によれば、建築物に瑕疵がないことをも内含するものではなく、約束された業務を瑕疵なく完了することであるから、建築家の瑕疵ある給付に起因する建築物その他に生じた瑕疵は、仕事に直接附着するものでもない。したがって、建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任は、通例、積極的債権侵害に基づくこととなる。そうなると、瑕疵について、建築家にBGB第一九五条により三〇年間責任を課すことになる。しかし、三〇年という責任期間はあまりにも長期にすぎ、建築家にとって酷である。そこで、建築設計・監理契約においては、建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任をBGB第六三五条で処理するために、解釈によりその適用範囲を拡大する必要があったものと思われる。

(c) このことから、判例は、BGB第六三五条に基づいて賠償されるべき損害の領域に、建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物に生じた損害を認めるに至ったのであろう。エーレン¹¹

ブラットによれば、判例はこれを、建築家の観念的な給付の瑕疵が建築物の瑕疵となつて具現されたとして、瑕疵ある給付と建築物の損害との間に密接かつ直接的関係がある、という理由づけをもって導出した⁽²¹⁾。その後判例は、瑕疵結果損害の中でBGB第六三五条の適用される損害は、建築物に顕在化した損害だけだ、と確認している⁽²²⁾。したがって、建築設計・監理契約においては、建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物に生じた損害についてはBGB第六三五条および第六三八条で処理され、それに起因して建築物以外に生じた損害については積極的債権侵害およびBGB第一九五条にしたがって処理されることとなった。その結果、建築設計・監理契約における損害賠償の境界画定問題については、建築家の仕事の瑕疵が結果としてどこに現れたのが、重要な問題となった⁽²³⁾。すなわち、判例上、建築家の仕事の欠陥に起因する損害が建築物に生じたのか、それとも建築物以外の注文主の財産領域に生じたのか、という区別が重要な判断基準となったのである。そうして、その損害が建築物に生じた場合にはBGB第六三五条および第六三八条が適用され、建築物以外の注文主の財産領域に生じたときには積極的債権侵害およびBGB第一九五条が適用されると判断されたのである。

(d) 右にみたように、判例は、BGB第六三五条の適用範囲

を徐々に拡大してきた。この判例の傾向は、とりもなおさず、積極的債権侵害によるBGB第一九五条の三〇年の適用範囲を縮小してきた、ということを示すものである。このように、判例は、前述の法適用上の画定基準およびその内容を解釈することにより、建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償の責任期間を当初に比して大幅に縮小した。しかし、それでもなお、建築家の瑕疵ある給付に起因して建築物以外に生じた注文主の財産上の損害については、建築家を三〇年間予測不可能な経済的危険にさらすことになるのである。判例は、画定基準の内容を解釈することで、建築家の責任期間を短縮化してきた。したがって、それでもなお残る責任期間の問題に対処するには、つまり積極的債権侵害を適用することになる帰結を回避するには、もはや判例法理による基準を変更するか、またはそれとは別の判断基準をも設ける必要がでてきたものと思われる。

そして一九八〇年代になって、判例は、建築家の欠陥のある給付に起因して発生した損害のうち、BGB第六三五条に基づいて賠償されるべき損害の範囲をさらに拡大した。すなわち、建築物以外に生じた瑕疵結果損害、たとえば、建築物自体は瑕疵なく完成したものの建築家による費用見積りに誤りがあつたために注文主が余分に支出しなければならなかつた費用について

のである。⁽²⁴⁾ このような帰結に至るために、判例は、これまで用いられてきた判例法理による基準とは別の判断基準をも採用した。すなわち、損害が、建築家の主たる義務違反によって生じたのか、付随義務違反によって生じたのかによって境界を画定する方法である。つまり、建築家の瑕疵ある仕事による結果損害が、建築物に生じたのかそれとも建築物以外の注文主の財産損害として生じたのかによるのではなく、主たる義務違反によって生じたのかそれとも付随義務違反によって生じたのかによって判断するのである。その結果、主たる義務違反によって生じた損害にはBGB第六三五条が適用され、付随義務違反を理由とする損害については積極的債権侵害に基づいて賠償されることとなった。⁽²⁵⁾ そして、シュマルツルによれば、主たる義務とは、建築物が設計通りかつ瑕疵なく完成するよう配慮する義務をいい、付随義務とは、主たる義務以外の義務で、注文主の財産領域に損害を与えないよう履行すべき義務をいうものと解されている。しかし、付随義務とは建築家と注文主の特別な信頼関係から生じるものであり、個別かつ包括的に示すことのできない多様な性質のもので、といわれている。⁽²⁷⁾

(e) まず、一九八一年五月二二日の連邦通常裁判所判決が、建築家の監理業務の欠陥に起因する損害が、建築物それ自体に発生したのではなく、建築物以外の注文主の財産損害として発

建築設計・監理契約に関する一考察(二)(花立)

生した場合について、監理業務についての主たる義務違反を理由に、BGB第六三五条に基づく損害賠償責任を認めた。⁽²⁸⁾ 本件の実事関係は大略以下のものである。建築監理契約上、建築家が、基礎工事における鉄筋の仮枠工事についての請負人による追加代金の請求につき、それが適正なものだとして注文主に代理して承認し、そして追加の代金を注文主に支払させた。しかし、その仮枠工事については、当初の請負契約の中にすでに含まれていた。したがって、注文主は、仮枠工事についての代金を二重に支払ったことになる。そこで注文主は、請負人にその代金の返還を請求したが、それを拒否された。このことから、注文主が建築家に対し、余分に支払った代金費用を損害として賠償請求したところ、建築家はその損害賠償請求権は時効にかかっていると主張した、という事件である。裁判所は、本件における損害、すなわち、建築物に瑕疵が生じたわけでもなく、さらに建築物の瑕疵によって発生した損害でもない、注文主の財産損害として生じた損害について、次のように判示した。すなわち、建築監理契約上「助言義務(Beratungspflicht)」および「資金・税金等に関する配慮義務(Berücksichtigungspflicht)」は建築家の本来的な給付にあたるから主たる義務であり、その主たる義務違反については、建築家の仕事の瑕疵と損害との密接な関係上、BGB第六三五条に基づいて損害賠償しなければなら

ない、と。そうして、注文主の損害賠償請求権はB G B第六三八条によりすでに時効にかかっていると、その請求は認められないとした。この判例は、建築家の損害賠償の境界画定問題について、主たる義務と付随義務とに分類することをその判断に際しての一つの基準として採用した始めてのものだといわれている⁽²⁹⁾。さらに、一九八一年一月五日の連邦通常裁判所判決も、右の判例と同じ見解に立っている⁽³⁰⁾。そしてその中で、裁判所は、建築物ではなく注文主の財産損害として生じた建築家の瑕疵ある給付に起因する損害についてB G B第六三五条にしたがって処理するにあたり、建築家の瑕疵ある給付の結果が建築物に瑕疵として現れていなければならないことはないと強調し、その損害につきB G B第六三五条で処理することを正当化しようとしている。

(f) 要するに、判例の立場は、建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償の境界画定問題について、建築家の瑕疵ある給付の結果が建築物に瑕疵となって生じたのかそれとも建築物以外の注文主の財産損害として現れたのかの判断基準によるのではなく、今や、その損害が建築家の主たる義務違反によって生じたのか、それとも付随義務違反によって生じたのかの判断基準によって境界を画定する方法へと移行する傾向にあるのである。そうして、建築設計・監理契約における建築家の主たる義務

とは、既に述べたごとく、建築物が設計通りかつ瑕疵なく完成するよう配慮する義務をいい、他方、付随義務とは、主たる義務以外の義務で、注文主の財産領域を侵害しないという義務である、と解されている。そこでこの定義にしたがって、まず、建築設計・監理契約上の損害が、建築家の主たる義務違反によって生じたのか、または付随義務違反によって生じたのかを判断される。その上で、主たる義務違反による建築家の仕事と密接かつ直接的に関係する損害にはB G B第六三五条が適用され、付随義務違反による損害については積極的債権侵害にしたがって処理されるのである。

(g) ところが後になって、建築家の付随義務の範囲に関して、付随義務違反とされる損害の中にもB G B第六三五条に基づいて賠償されるべき損害があるのではないか、ということが問題視されるようになった。このことから、主たる義務とはどのような義務であるのか、さらに付随義務にあたる義務とはどのようなものが議論されるに至り、そうして、付随義務とされた注文主の財産領域に損害を及ぼさない義務もまた建築家の主たる義務に入る、と解されるようになった。その結果、当初付随義務違反とされた注文主に生じた建築物以外の財産上の損害でも、それが主たる義務違反によって生じたものと解されると、その損害はB G B第六三五条に基づいて賠償されることに

なったのである。⁽³¹⁾

このように、建築物それ自体ではなく建築物以外に生じた建築家の義務違反による損害の一部については、かつては瑕疵結果損害として、次いでより遠い瑕疵結果損害として、そしてさらに後には付随義務違反によるものとして、積極的債権侵害に基づいて賠償されていたのであるが、その後付随義務の概念を検討することによって、それがしだいに建築家の主たる義務の範囲に取り込まれるようになり、その結果、今やその損害の多くもまた、BGB第六三五条および第六三八条にしがたって処理されることとなった。このような見解の流れは、とりもなおさず、積極的債権侵害の適用範囲を狭める経緯を示すものである。

(h) 学説上、瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任の境界画定問題について、請負契約一般における判例法理による基準の他に、まず建築家の義務を主たる義務と付随義務とに区分し、そして損害がいずれの義務違反によって生じたかをもその判断要素に採り入れることに、格別の批判は見受けられない。しかしながら、主たる義務についてはともかく、付随義務とはいかなるものを用いのかについての統一的な見解は、学説上みられない。⁽³²⁾これは、すでに述べたように、付随義務というものが建築家と注文主間の特別な信頼関係から生じるものであり、個別かつ包括的に示すことのできない多様な性質のものであるから

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

らである。⁽³³⁾したがって、今日の学説上損害賠償の境界画定問題については、建築家の義務のうちの付随義務の範囲が問題とされている、ということができよう。

まず、学説の中には、H O A I 第一五条におけるすべての業務が「主たる義務の性質」を有しており、それにはBGB第六三五条が適用されるとする見解がある。⁽³⁴⁾この点で、H O A I が、建築設計・監理契約上の建築家の主たる義務の領域を拡大したともいえる。またロッハーは、いわゆる付随義務の大半が実際には主たる義務であるから、積極的債権侵害を適用する範囲はわずかに残っているにすぎないとして⁽³⁵⁾いる。さらには、積極的債権侵害の適用となる付随義務違反について、具体的に、建築経過および見込まれる完成予定日のように注文主にとって重要な「情報義務 (Auskunftsspflicht)」、費用に関する「助言義務 (Beratungspflicht)」、「および生じた瑕疵の原因に関する「説明義務 (Aufklärungspflicht)」等の違反がそれにあたるとする見解がある。⁽³⁶⁾判例上建築家の諸業務すべてについて主たる義務かまたは付随義務かの判断がなされているわけではないので、右のごとく、学説では、たとえば「助言義務 (Beratungspflicht)」について付随義務とみる見解⁽³⁷⁾と主たる義務とする見解⁽³⁸⁾とに分かれるように、一部業務について付随義務か主たる義務かの議論がなされている。⁽³⁹⁾

しかし、建築家に関する事件ではないが、ある義務が「説明義務 (Aufklärungspflicht)」にあたるのか、「助言義務 (Beratungspflicht)」にあたるのか、判例上問題とされていることからみて、建築家のある義務が主たる義務にあたるのか付随義務にあたるのかの議論のみならず、その義務の内容もまた、今後問題とされていくように思われる。さらには、すでに述べたごとく、今日建築家の付随義務の全てについて具体的に示されているわけではないので、今後、付随義務と解される新たな義務も生じることもあらうと思われる。したがって、建築家の損害賠償責任に関しては、判例法理による法適用上の境界を確定する基準の解釈に行き詰まりがみられること、また付随義務の範囲と内容についてどのように解すべきか、という問題が依然として残っているということができるように思われる。

(4) 結 語

以上、請負契約における建築家の瑕疵担保責任として、BG B第六三五条および第六三八条の五年の短期時効が適用される場合と、積極的債権侵害および第一九五条の三〇年の時効が適用される場合との、損害賠償に関する境界画定の問題をみた。それによると以下のことが明らかとなった。

すなわち、請負契約一般における損害賠償の境界画定の問題上、判例は、その判断に際しての基準を定式化した、と一般に

解されている。その基準とは、「仕事の瑕疵と密接かつ直接に関係する損害」についてはBG B第六三五条および第六三八条の短期時効、「より遠い瑕疵結果損害」については積極的債権侵害および第一九五条の三〇年の時効を適用する、というものである。この基準は、当初、仕事に直接付着した損害で、その瑕疵のために始めから使用できない、価値がないまたは価値が低下している場合にのみBG B第六三五条が適用されるというライヒ裁判所の見解を、後に、連邦通常裁判所が発展させたものである。判例は、この基準を今日もなお堅持し、請負契約における瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任については、その基準を用いて法的処理をしてきている。しかし学説上、この定式化については、基準の適用上その境界部分が不明確だとして議論されている。⁽¹²⁾つまり、仕事の外に生じた損害を「仕事の瑕疵と密接な関係にある」と評価することは、非常に困難である。とくに、基準のいう「より遠い瑕疵結果損害」とはいかなるものをいうのかは、不明確である。また、ある損害がなぜより遠い瑕疵結果損害として積極的債権侵害に基づいて賠償されることになるのか、その理由を説明することも困難である。⁽¹³⁾このことから、今日では、なにか「より遠い瑕疵結果損害」にあたるのかについて議論され、具体的な状況を念頭にそれを説明しようとしたり、またそれを明確に示すことは不可能だとして新

たな定式化を試みる学説もある。したがって、判例法理による基準にはその解釈上なお問題点がある、ということができよう。

ところで、建築設計・監理契約上の瑕疵担保責任に基づく損害賠償責任に関しても、建築設計・監理契約の法的性質が請負契約と解されたことから、判例は、その基準を用いて法的処理をしていた。すなわち、判例は、基準通り、当初は瑕疵損害に、後には建築家の業務の瑕疵と「直接または密接に関係する損害」について、BGB第六三五条で処理し、それ以外の損害については積極的債権侵害にしたがって処理するに至ったのである。そして判例は、基準における「仕事の瑕疵と密接な関係にある損害」について、建築家の瑕疵ある仕事の結果が建築物に瑕疵となって顕在化した場合にのみ、その損害にはBGB第六三五条および第六三八条が適用される、とした。これは、建築家の観念的な給付の瑕疵が建築物の瑕疵となって具現された、すなわち損害と瑕疵との間に密接かつ直接的な関係がある、ということを根拠にしている。そうして、建築家の瑕疵ある仕事に起因する損害が建築物以外のごとくに現れた場合、その損害は、積極的債権侵害およびBGB第一九五条で処理されたのである。この時点まで、判例は、建築設計・監理契約における損害賠償に関する境界の問題上いわゆる判例法理による基準をそのまま適用し、そしてその内容を解釈することで、建築家の責

建築設計・監理契約に関する一考察（二）（花立）

任期間を当初に比して大幅に縮小化してきた。

ところが、建築設計・監理契約上、判例が画定のための基準の内容をこのように解釈することにより責任期間を短縮化してきたにもかかわらず、それでもなお責任期間について妥当でない場合が残ることとなった。たとえば、建築家による建築費用の見積に欠陥があったことから予定額よりも多くの費用を支出することになったが、建築物それ自体は瑕疵なく完成した、という場合、注文主が予定よりも多く支払わねばならなかった費用は、注文主にとって重大な財産上の損害にあたる。そしてこの場合の注文主の財産上の損害は、建築物それ自体に瑕疵となつて生じたものでもない。このような損害について注文主が建築家に対し賠償を請求した場合、判例上、そのような損害は、建築物に瑕疵となつて顕在化したものではないから、より遠い瑕疵結果損害として、積極的債権侵害およびBGB第一九五条で処理される。つまり、右の例のように建築物は瑕疵なく完成したものの建築家の業務に欠陥があったことから建築物以外に生じた注文主の財産上の損害は、判例では、常により遠い瑕疵結果損害と解されるのである。すなわちこのことは、建築家は、建築物以外に生じた瑕疵結果損害のすべてについて、積極的債権侵害に基づき三〇年間責任を負わなければならない、という結果に帰着する。この三〇年間という責任期間については、既

にみたごとく、西ドイツ債務法改正における重要なテーマの一つであるように、あまりにも長期間で現代のテンポに合わないと考えられている。そこで判例は、建築設計・監理契約において、建築家の瑕疵担保責任に基づく損害賠償の責任期間との関係上、BGB第六三五条および第六三八条（五年の短期責任期間）の適用範囲を拡大する必要があるかと思われ。そうすると、いわゆる判例法理による基準が適用され、そして具体的事案に即してこれが解釈されることで積極的債権侵害およびBGB第一九五条の適用が制限されてきたにもかかわらず、それが適用されうる場合がなお残ったのであるから、それ以上積極的債権侵害の適用が制限されるに至るように基準の内容を解釈することには困難があったものと思われる。つまり、判例法理による画定のための基準では、建築家にとって妥当な解決を図ることがもはや困難であるから、基準を変更するか、またはそれとは別の考え方を採り入れる必要があったのであろう。そこでおそらく、判例は、さらに主たる義務と付随義務とに分類し、それらのうちのいずれの義務違反によって生じた損害かを判断して法を適用するという考え方を、損害賠償の境界画定上採り入れたものと思われる。

シュマルツルによれば、この主たる義務とは、建築物が設計通りかつ瑕疵なく完成するよう配慮する義務をいい、これに対

して、付随義務とは、主たる義務以外で注文主の財産領域に損害を与えない義務だ、と解されている。判例は、この主たる義務違反による損害についてはBGB第六三五条で、そして付随義務違反による損害については積極的債権侵害で処理する傾向に向かった。このことにより、いわゆる判例法理による境界画定基準によって、建築物に生じたのではない注文主の財産上の損害につき、これをより遠い瑕疵結果損害として積極的債権侵害で処理し建築家に三〇年間の責任を課す、という帰結を回避しうることになった。

建築設計・監理契約におけるこのような判例の傾向は、ほかでもなく、BGBにおける時効期間の問題、つまりBGB第六三八条の五年の短期時効でなければBGB第一九五条の三〇年という現代においてはあまりにも長期にすぎる責任期間から生じていることが明らかである。すなわち、右にみたごとく、建築設計・監理契約の場合、判例法理による基準通りに、建築家の仕事の欠陥が建築物に瑕疵となって顕在化したときにはのみ、その損害にBGB第六三五条が適用されるのでは、建築家は、仕事の欠陥から生じた建築物以外の注文主の財産上の損害につき、常に三〇年間責任を負うことになる。そこで、そのような損害についても建築家が短期の責任期間に服することになるように、判例上、主たる義務違反による損害にはBGB第六三五

条および第六三八条、そして付随義務違反による損害には積極的債権侵害およびBGB第一九五条を適用する、という考え方が採り入れられたものと思われる。つまり、主たる義務と付随義務とに分類して法適用を決定するという境界面定方法は、責任期間との関係上考慮されたものであるともいえよう。このような責任期間という視点から建築家の損害賠償責任を考慮していくならば、今後付随義務とされる範囲が、すなわち積極的債権侵害の適用範囲がますます狭められていくものと思われる。

しかしながら、右にみた判例の傾向は、建築家に瑕疵担保責任を課すことになって建築家を不利な立場におくことになるようにみえるが、建築家の損害賠償責任について、三〇年という責任期間の適用範囲を狭めるわけであるから、結果的には、建築家に利益をもたらしている。⁽⁴⁴⁾

しかし、判例の見解、すなわち仕事の瑕疵と損害との間の密接かつ直接的な関係、またはより遠い瑕疵結果損害という定式、および主たる義務と付随義務との区分によって境界を画定するという考え方は、つまるところ事案の結果の妥当性を勘案して適用されてきている。そのため、実務上、損害を類型化して損害賠償の境界画定を予測することが困難になっている。このことから学説では、判例の傾向について、結果の妥当性から場当たり的に解決を図っている、との批判がなされている。

建築設計・監理契約に関する一考察（二）（花立）

そして、学説には、損害賠償について判例のような法的判断の帰結に至ることを回避し、妥当な解決を図るための提案がみられる。まず、請負契約においては、瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権にはすべてBGB第六三五条および六三八条を適用すべきである、という見解がある。⁽⁴⁵⁾ また、原則的には、損害賠償請求権を有する注文主自身に生じた損害については、BGB第六三五条にしたがって処理され、瑕疵のために第三者に生じた損害を賠償したことによる注文主の損害については、BGB第六三五条の適用外であり、積極的債権侵害に基づいて賠償されるべきだ、とする見解もみられる。⁽⁴⁶⁾ さらにまた、損害に関して、BGB第六三五条と積極的債権侵害との区別をやめ、瑕疵結果損害にもまたBGB第六三八条の短期責任期間を適用すべきだ、とする意見もみられる。⁽⁴⁷⁾ さらに、時効について、この損害賠償の境界画定における問題を解決するには、立法によって、新しく時効規定を定める方法によるしかない、とする見解がある。⁽⁴⁸⁾ そしてこの時効に関しては、BGB第六三八条における六ヶ月、および一年の短期時効を延長し、時効期間を統一することが、積極的債権侵害とBGB第六三五条から生じる問題を緩和することになろう、ともいわれている。⁽⁴⁹⁾

以上のことからみて、西ドイツにおいては、BGB第一九五条における三〇年という時効規定が請負契約における瑕疵担保

責任に基づく損害賠償の法的処理のありかたに強い影響を及ぼしていることが明らかとなった、ということができると思われる。⁽⁵⁰⁾

2 損害賠償の範囲

次に、参考までに、これまでどのような損害について建築家
にその賠償を請求しえたのかをみておくことにする。建築家の
瑕疵ある給付に起因して発生した損害について、際限なく建築
家が責任を負うとなると、建築家は責任の範囲を予測しえない
不安定な地位に置かれることになる。そこで、建築家によって
賠償されるべき損害の範囲を画定する必要がある。しかし、こ
れまでみてきたことによれば、請負契約における損害を想定し
つくすことが不可能であること、そして判例が事例ごとに判断
してきているので予測が困難であることのゆえに、損害賠償の
範囲についてはいまだ明確にされているとはいえない、という
ことが明らかである。しかし今後もお、判例は、おそらくこ
れまで行ってきたように事例ごとに損害賠償の範囲を判断して
いくことになるものと思われる。そこで以下では、単にこれま
での請負契約一般における傾向を整理しておくことにする。

(1) BGB 第六三五条の適用範囲⁽⁵¹⁾

客観的に建築家の瑕疵ある給付に起因して、例えば、壁の防
音についての配慮が足りなかった、地下室天井の補強が足りな

い、不良コンクリートを使用した、または設置された排水設
備に故障が生じた、というように、建築物に付着する瑕疵が発
生した場合には、当然にBGB 第六三五条の適用範囲となると
ころである。建築物を売り渡す目的で建築物建設を注文した商
人にとって、一度瑕疵が発見されると、たとえ瑕疵を完全に除
去したとしても隠れた瑕疵の嫌疑というものが消えないので、
取引界においては予定された売買価格を下げなければならぬ
場合がある。このような価値が低下したことで商人に生じた損
害については、もつとも近い瑕疵結果損害としてBGB 第六三
五条が適用される。また、瑕疵のある建築物と瑕疵のない建築
物との間の技術的価値の違いからくる損害にもBGB 第六三五
条が適用される。ロッハーによれば、建築家の業務の欠陥に基
づくすでに支払われている報酬の返還請求権もここに含ま
れる。⁽⁵²⁾ また瑕疵修補に要する費用のための融資を得る場合の
費用も、BGB 第六三五条の適用範囲である。さらに、瑕疵修
補中の損失利益、とくに得るはずであった賃貸料金、および建
築物を利用できなかった期間に要した費用（ホテル使用料金、
代わりの住居のための費用等）がここに⁽⁵³⁾あたる。瑕疵の有無
についての審査および鑑定を依頼する際に要した費用もまた、
もつとも近い瑕疵結果損害としてBGB 第六三五条の適用をみ
ている。⁽⁵⁴⁾

(2) 積極的債権侵害の適用範囲⁽⁵⁵⁾

身体・生命への侵害に基づく損害は、積極的債権侵害に当たって賠償される。また、建築家の給付とは関係しない例であるが、管の組立の欠陥によって流れ出た油による損害、油だき設備の配置がえ後の油送管火災による建築物の損害、請負人の組み立てた発熱体の壁が薄すぎて暖房機器の圧力に耐えられないことよって生じた水による損害も積極的債権侵害に基づいて賠償されている。⁽⁵⁶⁾ さらに、土地について誤った鑑定をしたためにその鑑定にしたがって取引をしたところ損害を被ったという場合の損害が、積極的債権侵害に基づいて賠償されるべきであるとされている。しかし既にみたごとく、当初付随義務違反によつて生じたと解された注文主の財産損害について、その財産に損害を及ぼさないこともまた建築家の主たる義務にあたりと解す傾向にあることに鑑みて、今後このような損害もまた BGB 第六三五条に含められていくものと思われる。

3 BGB 第六三五条の要件としての帰責性

BGB 第六三五条の要件である帰責性については、BGB 第二七六条第一項第一文にしたがい、建築家は故意・過失について責任を負う。そして取引上要求される注意義務を遵守していたかどうか (BGB 第二七六条第一項第二文) を判断する根拠として、具体的な状況およびもたらされる危険の大きさがあげら

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

れている。⁽⁵⁷⁾ さらに BGB 第二七六条第一項第二文の必要な注意とは、仕事の完成のためにその時々営業上または職業上要求される専門知識とする見解もある。⁽⁵⁸⁾ 同様な見解が、具体的に、建築家は特殊な業務を履行する専門家であつて、その職業に従事する場合には、医師や弁護士等と同様にその職業上とくに要求される高度の注意義務を遵守しなければならないと述べる。⁽⁵⁹⁾ 西ドイツでは、建築家として職業に従事する際、とくにフリー建築家は必ず当該州の建築家会に所属しなければならない。そこに所属する建築家は、建築家という職業に従事する以上遵守すべき事柄を定める建築家法や職業規則およびその他の規定に従わなければならない。そして建築家会に所属する建築家は、専門家としてその職業上注文主の信頼にこたえる必要があり、また高度の注意義務を負う。そこで具体的には、建築家と称して業務に従事するならば、たとえ建築家としての資格を有していない場合であっても、建築家という職業上要求される注意の程度にしたがつてその義務をはたしたかどうか判断されるといふのである。また、たとえば、欠陥のある業務をなした建築家が高齢に達していても、高齢を理由に注意義務の程度が引き下げられるわけではなく、建築家に対して通常要求される注意の程度にしたがつて注意義務を果たした否かが判断されるという。⁽⁶⁰⁾

- (1) 『レビティンゲン』第二卷第二節の「瑕疵修補」項参照。
- (2) Larenz, a.a.O., S.358.
- (3) Vgl. Medicus, a.a.O., S.156.
- (4) Glaser, Das Architektenrecht in der Praxis, 3. Auflage, 1981, S.34.
- (5) Jagenburg, a.a.O.(Aktuelle Rechtsfragen), S.68f.
- (6) Morlock, a.a.O., Rdn.14.
- (7) Glaser, a.a.O., S.34.
- (8) Larenz, a.a.O., S.358.
- (9) Medicus, a.a.O., S.160.なお、解除・減額のかわりに損害賠償を請求するにあたっては、解除・減額を請求しうる際の要件を満たしていることが原則として必要であり、そこで、通例修補に関する期間を設定して、その期間徒過後には修補を拒否する旨催告し、そしてその徒過したことが必要であると解されている(Köhler, a.a.O., S.113.)。
- (10) Schlechtriem, a.a.O.(Schuldrecht), S.140.
- (11) Schlechtriem, a.a.O.(Schuldrecht), S.140.
- (12) Vgl. Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn.52; Eilen/Blatt, a.a.O., S.69.
- (13) Eilen/Blatt, a.a.O., S.69.
- (14) Schlechtriem, a.a.O.(Wertvertr.) S.688.
- (15) Eilen/Blatt, a.a.O., S.84.
- (16) Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn.52.
- (17) Vgl. Medicus, a.a.O., S.161.
- (18) Heilmann, Zur Abgrenzung von nächsten und entfernten Mangelgeschäden im Werkvertragsrecht, NJW 1988, 805.
- (19) Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), § 4, Rdn.52.
- (20) Hess, a.a.O., S.89.; Eilen/Blatt, a.a.O., S.69.
- (21) Eilen/Blatt, a.a.O., S.81.
- (22) BGH, Urt. vom 10. 6. 1976, NJW 1976, 1502. 本件は、委託者が、建築家による不動産の鑑定結果にしたがってその所有者に融資をしたところ、建築家による評価額に誤りがあり、融資額を全額回収しえなかったことによる損害について賠償請求し、これに対し建築家はその損害賠償請求権は時効にかかっていると主張した、という事件である。裁判所は、「控訴裁判所の、損害が建築家の仕事と損害との間に密接かつ直接的な関係があったわけではないことを理由に、その損害は積極的債権侵害に基づいて賠償されるべきだとした判断を支持し、その請求権は時効にかかっていないとした。さらに、見積・鑑定・情報の欠陥による「瑕疵結果損害」について、これまでの判例に従い、BGB第六三五条および六三八条は

適用されない」と確認している。

そうして、この中で裁判所は、「建築家の仕事の瑕疵と」密接かつ直接に「関係する結果損害で、BGB第六三五条が適用される範囲は、建築物に顕在化した損害だけだ」と述べている。

- (23) BGH, Urt. vom 10. 6. 1976, NJW 1976, 1502.
 - (24) BGH, Urt. vom 5. 11. 1981, BaUR 1982, 185. なる Vgl. Litbarski, a.a.O., Rdn.72.
 - (25) Werner/Pastor/Müller, Lexikon des Baurechts, 5. Auflage, 1988, S.392.
 - (26) Vgl. Schmalzl, Neue Tendenz der Rechtsprechung im Architektenhaftpflichtrecht: Weg von der positiven Vertragsverletzung hin zu § 635 BGB, NJW 1983, 1717 (以下「*Neue Tendenz*」)。
 - (27) Werner/Pastor/Müller, a.a.O., S.319.
 - (28) BGH, Urt. vom 21. 5. 1981, BaUR 1981, 482.
 - (29) Schmalzl, a.a.O.(*Neue Tendenz*), S.1717.
 - (30) BGH, Urt. vom 5. 11. 1981, BaUR 1982, 185.
 - (31) Vgl. Ehlen/Blatt, a.a.O., S.82f.
 - (32) 付随義務の説明については、学説上その表現が少しずつ異なっている。
- たとえば、ブソウ(Wussow)は、次のように説明する。
すなわち、主たる義務とは、約束された給付を瑕疵なくかつ

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

期限通りに履行することをいう。そして、付随義務には一般的なものとそうでないものがある。一般的な付随義務には、身体・生命の侵害のみならず、物質的損害も含まれ、さらにたとえば、契約当事者には、第三者に対する損害賠償責任を負うことで支出することになる財産損害を被るものがないように配慮する義務がある。この一般的な付随義務を除いて、建築家には、非常に多くの「説明義務(Aufklärungspflicht)」および「助言義務(Beratungspflicht)」がある²⁶⁾ (Wussow, Rechtslexikon für das Bauwesen, 2. Auflage, 1975, S.191.)。

モーロックは、主たる義務とは契約上債務とされた給付から生じるものであり、付随義務とは、相互に配慮するという原則から生じるものである、という。そして、付随義務については「忠実義務(Treuepflichten)」「法律基本用語辞典」一九八五年の訳による)、「配慮義務(Fürsorgepflichten)」「今西康人「第二四二条」椿寿夫・右近健男編「ドイツ債権法総論」(一九八八年)一二頁の訳による)と称することができるとしている(Morlock, a.a.O., Rdn.16.)。

またヤーゲンブルクは、付随義務には、技術上の領域における建築家の義務のみならず、「助言義務(Beratungspflicht)」のような経済上の領域における義務も含まれる、という。そして、この付随義務というものは、實際上、主たる給付義務から分けられるものではなく、それと密接に関連した義務だ、としている(Jagenburg, a.a.O.(Aktuelle Rechtsfragen)).

S.69)。

この他、本文中であげたシュマルツルの見解、すなわち契約上の主たる義務とは建築物が設計通りかつ瑕疵なく完成するよう配慮する義務をいい、これに対して、付随義務とは、注文主の財産領域を侵害しないという契約上の多様な義務をいう、とする見解もある。

このように、請負契約における主たる義務と付随義務との説明に関しては、学説上各者微妙に違いがみられるのである。我が国において西ドイツにおける付随義務に関する多数の論文がみられるように、付随義務それ自体については多様な問題点があることからみても、それは当然であるように思われる(今西康人、前掲書「第二四一条」一一頁以下、およびそこに示された文献)。この主たる義務と付随義務との画定については、必ずしも容易ではないが、いずれにせよそれほど重大ではない、という見解もみられる(Esser/Weyers, a. a. O. S.230)。しかし、建築家の付随義務というものは建築家と注文主との特殊な信頼関係から生じるもので、個別的にかつ包括的には示すことのできない多様な付随義務があり、このことから、判例もこの領域に関しては膨大な量があり、ここでは事案ごとの特別な事情が問題とされている。このことに鑑みて、建築家の付随義務が拡大されることで建築家の責任がとめどもなく広がってしまうおそれがある、とする見解もあるように(Werner/Pastor/Müller, a. a. O., S.391)。³⁷⁾また、

とくに責任期間について法的効果に大きな差があることからも、損害賠償について主たる義務と付随義務という分類によって境界を画定しようとする場合には、ある義務が主たる義務にあたるのか、または付随義務にあたるのか、依然として問題とされるであらうと思われる。

(37) Werner/Pastor/Müller, a. a. O., S.391.

(38) Jagenburg, a. a. O. (Aktuelle Rechtsfragen), S.68.

(39) Ehlen/Blatt, a. a. O., S.84.

(40) Locher, a. a. O., Rdn.245.

(41) Morlock, a. a. O., Rdn.16.

(42) Werner/Pastor, a. a. O. (Der Bauprozess), Rdn.1247, がこれに賛成している。

(43) Jagenburg, a. a. O. (Die Haftung des Architekten), 91, Rdn.30.

(44) たとえば、設計作業を開始する前に建築確認の認可可能性について考慮する際にそれに関して建築家が指示をなす義務といった「指示義務(Hinweispflicht)」その他「情報義務(Auskunftspflicht)」および「調整義務(Koordinierungspflicht)」等によって付随義務か主たる義務かの議論がなされる(vgl. Litbarski, a. a. O., Rdn.56ff.; Werner/Pastor, a. a. O. (Der Bauprozess), Rdn.1246ff.)。また、この他に「Offenbarungspflicht」「Behauptungspflicht」および「Prüfungspflicht」によって付随義務か主たる義務かとする見解

- 446 (Werner/Pastor/Müller, a.a.O., S.391.)^o
- (17) OLG Düsseldorf, 22. 3. 1988, BauR 1989, 344.
- (18) Werner/Pastor, a.a.O.(Der Bauprozess), Rdn.1172.
- (19) Ehlen/Blatt, a.a.O., S.69.
- (20) Jagenburg, a.a.O.(Aktuelle Rechtsfragen), S.72f.
- (21) Brox, Besonders Schuldrecht, 12. Auflage, Rdn.270.
- (22) Werner/Pastor, a.a.O.(Der Bauprozess), Rdn.1177.
- (23) Ehlen/Blatt, a.a.O., S.84.
- (24) Medicus, a.a.O., S.161.
- (25) Schlechtriem, a.a.O.(Schuldrecht), Rdn.383.
- (26) 請負契約における損害賠償に関しては、この他に、請負人によって賠償されるべき損害とは何かという問題も残されているといわれている。すなわち、請負契約において、請負人は物の性状に関して一定の義務を負うとされるが、その義務によって注文主のいかなる損害および損失がカバーされるべきなのか明らかにされていないという問題^o、そして、性質についての義務違反と、請負人の一般的損害回避義務ないしは不履行による損害とが、いかに画定されるべきなのかもまた明確でない^oという問題が提起されている(Schlechtriem, a.a.O.(Schuldrecht), Rdn.383.)^o
- (27) Vgl. Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), Rdn.54 ; Locher, a.a.O., Rdn.244 ; Werner/Pastor, a.a.O.(Der Bauprozess), Rdn.1175.

建築設計・監理契約に関する一考察 (二) (花立)

- (28) Locher, a.a.O., Rdn.244.
- (29) BGH, Urt. vom 21. 4. 1978, BGHZ 71, 234.
- (30) BGH, Urt. vom 22. 10. 1970, NJW 1971, 99.
- (31) Vgl. Jagenburg, a.a.O.(Die Haftung des Architekten), Rdn.55 ; Locher, a.a.O., Rdn.246 ; Werner/Pastor, a.a.O.(Der Bauprozess), Rdn.1176.
- (32) Litbarski, a.a.O., Rdn.79.
- (33) Locher, a.a.O., Rdn.244 ; Morlock, a.a.O., Rdn.15.
- (34) Schlechtriem, a.a.O.(Werkvertrag), S.687.
- (35) Hess, a.a.O., S.81f.
- (36) Hess, a.a.O., S.82.

