法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-16

建築設計・監理契約に関する一考察(3・完)

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)
88
(号 / Number)
3
(開始ページ / Start Page)
183
(終了ページ / End Page)
220
(発行年 / Year)
1991-03-15
(URL)
https://doi.org/10.15002/00003551

Hosei University Repository

建築設計・監理契約に関する一考察（三・完）

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（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（以上第八十七巻第三号）
第三章　建築設計・監理契約に関する日本法への示唆
第一節　設計、監理行為の特殊性
第二節　建築設計・監理契約における建築家の責任
第三節　建築設計・監理契約の法的性質
おわりに（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

これまで、建築設計・監理契約上の建築家の責任に関する日本およびドイツ法上の議論を概観してきた。以下で、これらの議論を参考にしつつ日本法上の若干の問題点を検討することにしたい。まずは、設計、監理契約における注文主の修補請求権、および契約上の責任の存続期間について検討し、その検討を踏まえて建築設計・監理契約の法的性質如何を考察することにする。

第一節　設計、監理行為の特殊性

一　設計、監理行為の特殊性

1　建築家のなす行為の特殊性について

まずは、他の専門家の職務遂行上の過誤責任について考察する場合におけると同様に、これまでみてきたこと、とくにドイツ民法上の議論を通して明らかになった、いわゆる専門家としての建築家のなす行為の特殊性のうち、とくに重要と思われる点を確認しておくことにする。この特殊性こそが、建築設計・監理契約を考察する際に不可欠の視点となると考えられるから

Hosei University Repository

である。

2　設計、監理と建築物との関係

まず、建築家の行為の特殊性を示す点として、第一に、完成建築物と設計、監理行為との関係があげられる。

建築家のなす設計、監理行為は、建築請負人のごとく自らが建築物それ自体に直接手を下す、という性質のものではない。また、建築設計・監理契約上、建築家は建築物の完成を約束するわけではない。ところが、その行為は、一定規模以上の建築物の施工に際して法律上不可欠のものと規定されていることからみても（建築士法第三条、第三条の二、第三条の三、建築基準法第五条の二）[1]、建築物の完成に大きな役割を果たすものである。さらに、具体的な立地条件や地域固有の諸法規等を知らずに設計、監理を行いえないこと、また、建築の予定もなしに報酬を支払ってまで設計・監理を委託するとは考えられないことから、注文主と建築家との両当事者は、契約の内容にこそ含まれないが、注文主の最終目的とする建築物が建築されることを前提にして、それに必要な建築設計・監理契約を締結する。しかも、建築家の作成した設計図書、施工可能な状態にするのに必要な諸行為、および設計図書に表された観念上の建築物を具体化するための監理行為がいかようなものであったかは、完成建築物に顕在化することがある。したがって、建築物を視野の外においては、設計、監理行為をなしえないのである。換言すると、建築物と無関係に建築設計・監理契約が締結されることはありえないのである。

かくのごとく、設計、監理行為は、完成建築物と密接かつ不可分の関係にある[2]。この建築物と設計、監理行為との特殊な関係こそが、建築家の責任の範囲を画定する際の重要な視点となってくる。

3　建築物についての建築家の責任

そうして、建築物と設計、監理との関係上、完成建築物に顕在化した欠陥から、建築家のなした設計、監理に過誤のあったことが発見される場合がある。ところが、建築家は、建築物それ自体に自らは直接的に手を下しておらず、しかも建築物それ自体を完成させることまで約束しているわけではない[3]。そこで、完成建築物に生じた欠陥が、設計、監理過誤に起因するものであることが明らかとなったときに、建築物の欠陥について、その責任を建築家に課すことができると解しうるのか、またはできないと解すべきかが問題となる。

この問題は、建築物と建築家の行為との密接かつ不可分の関係に鑑みれば、例えば設計図書の過誤が建築物に移行して建築物の欠陥となったとされる場合であるのに、建築設計契約上設計図書の欠陥については責任を負うとしても、建築家が建築物

Hosei University Repository

の欠陥につき何ら責任を負うことはないとは解しえない。つまり、建築物の欠陥について建築家は契約責任を負うことになるのである。すなわち、換言すると、設計、監理過誤が建築物に欠陥として移行した場合、建築家は、施工に直接手を下しておらず、かつ建築物の完成を約束したわけでないにも拘らず、その欠陥につき責任を負う場合がある、ということになる。この点も建築設計・監理契約上の特殊性にあげられよう。

4　専門家固有の行為

そうして、一定規模以上の建築物の場合、専門家でなければ設計、監理行為を行うことが許されないものである、という点もまたその特殊性の一つにあげられる。このことは、他の専門家と同様、一般人よりも重い注意義務が建築家に課されることへと導くことになろう。(4)

5　結果の不確実性

さらには、設計、監理行為の性質上、他の専門家の行為のごとく、その結果が確実でない部分がある。たとえば、注文主の期待する結果を完全に把握しかつ確実に実現することは不可能である。また、机上で計算、計画された建築物が実際には予想したものと異なったり、多くの建築関係者が一つの建築に関与することから生じる諸事情、さらにまた、建築ということが天候や経済的事情の変化の影響を受けやすい等、建築事象には固有の諸事情が伴う。このことから、行為の結果に不確実な部分があるのは否めない。(5)

6　以上、概略的にあげたにすぎないが、設計、監理行為には固有の性質がみられる。建築設計・監理契約上いかなる責任を負うことになるのかという問題は、この特殊性をこそ視野に入れて検討すべきであろう。このことが、当事者の責任負担を、より公平、妥当なものにすると考えられるからである。

(1)　なお、違反についてはそれぞれ罰則規定があり、建築士法第三五条は、建築士法「第三条から第三条の三までの規定に違反して、建築物の設計又は工事監理をした者」について一年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処すると規定し、建築基準法第九九条第一項一号は、「第五条の二第一項又は第三項の規定に違反した場合における当該建築物の工事施工者」は、二十万円以下の罰金に処すると規定している。

(2)　建築物と設計、監理行為との密接かつ不可分の関係に鑑みて、一個の建築物の建築関係者として、建築家もまた建築をなす者という概念の範疇に含めることが合理的であるように思われる。

この点、BGB第六三八条第一項における建築には、建築家のなす行為もまた含められるとする判例があり、学説上目立った批判は見当たらない（参照、本誌第八十七巻第三号九一頁）。

Hosei University Repository

また、フランス民法典には、建築家が工作物建築者に含められることについて、次のごとく明文化されている。

「第一七九二条（工作物建築者の責任）（一九七二年一月四日の法律第一二号）《① 工作物 ouvrage の建築者 constructeur はすべて、工作物の注文主又は取得者 acquéreur に対して、工作物の耐久性 solidité を損ない、又はその構成要素 élément constitutif の一つ若しくはその設備要素 élément d'équipement の一つにかかわってその用途に適しなくする損害について、それが土地の瑕疵から生じるものであっても、法律上当然に責任を負う。

② 建築者が損害が外圧的な原因から生じることを証明する場合には、そのような責任は、なんら生じない。》

第一七九二条の一（同前：建築者の定義）（一九七八年一月四日の法律第一二号）《（以下の者は、）工作物の建築者とみなされる。

一　建築家、請負人、技術者その他仕事の賃貸借契約によって仕事の注文主と結ばれたすべての者

二　その者が建築し、又は建築された工作物を完成後売却するすべての者

三　工作物の所有者からの受任者の資格で行為する場合でも、仕事の賃貸人の任務 mission と同視される任務を果たすすべての者》」

（法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典―物権・債権関係―』法務資料第四四一号（一九八二年）の訳による。）

（3）　但し、建築家が本来の建築家の業務と建設請負業とを兼業し、建築家がいわゆる設計から施工まで一貫して請け負った建設請負契約の場合には、その完成をも約束しているので、通例、請負契約に基づく法的処理がなされることになろう。

この設計、施工一貫方式といわれる請負は、通常建設請負契約として締結されることが多い。建設請負契約の法的性質については取引慣習上は委任と請負との要素を含むとの見解もあり（川島武宜「建設請負契約における危険負担」『契約法体系Ⅳ雇用・請負・委任』（一九七六年初版第一二刷）一五一頁。）、その契約上妥当な法的効果を再検討してみることも必要であると思われるが（なお、参照、津曲蔵之丞「請負人の担保責任（一）～（四）」（一九五二年）法曹時報第四巻第三号一〇九頁、同巻第四号一頁、同巻第七号一頁、同巻第九号九頁、川島武宜　渡邊洋三『土建請負契約論』（一九七〇年第一版第六刷）、和知恵一「建設請負契約の瑕疵担保責任」駒沢大学大学院法学研究科私法学研究会『私法学研究』第二号（一九七六年）二九頁、川端敏朗「建設工事請負契約における瑕疵担保責任の法律的性質の一考察」駒沢大学大学院法学研究科私法学研究会『私法学研究』第一〇号（一九八五年）五三頁他。）、この場合は、例えば完成建築物の欠陥が設計、監理過誤から生じたことが明らかであれば、建築家は

Hosei University Repository

契約上建築物完成まで請け負うことを約束したのであるから、とりあえず請求相手方を検討するまでもなく注文者は建築家に対して瑕疵の責任を追及しうる。しかし、建築家を分類していない今日の実務上、建築家が建築設計・監理契約を締結した場合と、設計、施工一貫方式の建設請負契約を締結した場合とでは、設計、監理過誤についての責任が異なってくる場合が生じることもあろうから、その妥当性を検討してみることも必要なことのように思われる。

なお、日本では、設計、施工一貫方式を採用する場合が多いといわれている。しかし、この方式の是非について、日本では見解が二分している。すなわち、この方式を採用した場合、自らの設計にしたがった施工を自らが監理することになるので、その施工を独立した中立者として監理することが困難だ（なお、鈴木・前掲書四四四頁参照。）、すなわち本来の建築家の行為を公正に履行しえないとする反対の立場と、自らの施工を自らがチェックすることには何ら問題はなく設計、施工一貫方式が合理的だとする賛成の立場に分かれている。

この方式如何については、各部門で建築過程をチェックし合う形態を採りうる大企業や「住宅性能保証制度」（財団法人　性能保証住宅登録機構の保証約款に基づく保証。）を利用したような場合ならばともかく、我が国の建設業の大半が中小規模であることに鑑みると、建築家が建設請負業を兼ねる設計、施工一貫方式では、独立、かつ中立の立場で設計、監理することの可能性につき疑問に思われ、建築家の本来の行為に対して信頼及び期待を抱くことができないように思われる。しかし、だからといって、実務上広汎に行われてきている兼業を、一律に禁止することは不可能であり、またそうすべき必然性が存するとは限らないであろう。ともかく、専門家として期待される本来の行為のみをなす建築家と、建設請負業を兼業する建築家とを、同一レベルで論じることに無理があることは明白である。

この方式の是非についての議論は繰り返しなされてきたことでもあり、既に実質的に問題解決に向かって進むべき時に来ている、ということができる。建築士法に規定される有資格者は、その態様にしたがって、本来の設計、監理行為のみを行う建築家、公務員又は企業の一員として設計、監理行為をなす建築家、及び建設請負業を兼業する建築家とに分類し、そして、それぞれに応じてその責任のあり方を考察することが可能である。このような考え方は、ドイツにおける各州のドイツ建築家協会が採用しているものであり、この中ではそれぞれに応じた職業倫理及び行為規定が設けられている。この分類方法によると、設計、施工一貫方式を認めるべきか否かの議論が不要になり、そして、それぞれの立場に相応する責任の考察が可能になる。そこで、この方法の採用を検討してみることも、意義があるのではないだろうかと思われる。

（4）　平林勝政治「プロフェッショナル・ライアビリティ」野

Hosei University Repository

村好弘・伊藤高義・浅野直人『不法行為法』（一九八五年再版第二刷）一〇九頁。

(5) たとえそうだとしても、行為の内容を客観的に捉えることは可能であろう（手嶋豊「『専門家責任』に関する一考察」『私法』第五一号（一九八九年）一三六頁）。

二　設計、監理過誤の発見されるとき

そして、設計、監理過誤の発見時が、過誤損害の解決に影響を与えることがあることをも述べておくことが有用であろう。すなわち、例えば、建築設計契約を例にとると、設計過誤は、第一に設計行為の完了前、第二に契約終了後に発見される。そして、第二については、施工段階における発見と、建築物完成後（または既工事）における発見とに分けられうる。建築監理契約の場合、監理過誤は、建築物完成前または建築物完成後（または既工事）に発見される。建築設計・監理総合契約の場合も同様である。このうち、契約上約束された行為の完了前であれば、過誤の処理についての問題は、比較的多くはないように思われる。過誤の処理についてとくに問題となるのは、建築物に設計、監理過誤が移行した場合であり、したがって、設計、監理過誤の発見時が、過誤による損害の解決に影響を与える場合もある、ということができよう。

第二節　建築設計・監理契約上の建築家の責任

次に、先にあげた設計、監理行為の特殊性を踏まえた上で、典型契約として日本民法典中にとくに規定されていない建築設計・監理契約の法的性質如何を検討するが、本稿では、建築設計・監理契約上、設計、監理過誤についていかなる責任内容であれば当事者の意思に適合するのか、という点に絞って検討することにしたい。

まず、設計、監理過誤責任を検討する前提として建築設計・監理契約における債務の範囲を確認し、次に設計、監理過誤責任のうちで、まず第一に行使されるべきであろうと考えられる注文主の修補請求権について、そしてさらに建築設計・監理契約上の責任の存続期間について検討することとする。

一　建築設計・監理契約上の債務の範囲

1　建築設計契約の場合

建築設計契約の場合、とくに、債務の範囲をいかに解すべきかが問題となる。換言すると、設計過誤が建築物の欠陥として顕れた場合の建築物の欠陥の法的処理をどうするか、つまり建築家の履行結果についての法的処理如何、という点が問題となる。

Hosei University Repository

まず、建築設計契約上、たとえば設計図書作成について、次のごとく解しうる。すなわち、建築家は注文主の意向を汲み取って欠陥のない建築可能な設計図書を作成し、これを注文主に引き渡せば足りるとして、その過誤のある設計図書に基づいて建築された建築物の欠陥につき、建築家に契約責任を問うことはできないと解しうる。他方で、過誤をもった履行の結果生じた損害についても建築家に契約責任を問うことができる、と解すことも可能である。

この点については、既に述べたごとく、設計図書と完成建築物とが密接かつ不可分の関係にあるという性質上、履行の結果、すなわちこの場合、建築物の欠陥について建築家に責任を問えないとすることは疑問である。また、設計過誤と建築物の欠陥との関係が明らかとなっているにも拘わらず、建築物の欠陥に起因する損害を、請負人または注文主が負担することになるのは不合理である。そこで、建築設計契約上、完成建築物に設計過誤に起因する欠陥が生じた場合には、それについて建築家は契約責任を負う、と解すことが妥当であろう。

たとえそのように解したとしても、建築物に生じた全ての欠陥が自動的に建築家の責任と結びつけられるわけではなく、建築家は、設計過誤と建築物に生じた欠陥とが客観的、合理的に結びつく場合に限って責任を負うことになる。[1] また、現在の建築水準からみて通常生じる程度の欠陥でそれがいわゆる瑕疵にあたらない、と判断された場合、その欠陥についての損害は、注文主が負担することになる。さらに、責任の存続期間によっても不合理な責任負担は回避されうる。右のごとく、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥についてまで契約責任を負うべきだと解したとしても、無限に過大でかつ不当な責任を建築家に課すことのないように、責任の範囲を画定しうるし、かつ画定しなければならない。[2]

2　建築監理契約の場合

建築監理契約上、建築家は、通例、設計図書どおりの建築がなされているかどうか監理することを約束する。たとえば、設計図書に適合した建築か否かの判断につき過誤があれば、その過誤は後に建築物に欠陥となって顕れ、注文主に損害を発生させることがある。したがって、建築設計契約上の債務と同様、建築監理契約における債務もまた建築物と密接かつ不可分の関係にあり、建築家は、監理過誤によって引き起こされた建築物の損害についても契約責任を負うことが妥当である、ということができよう。

3　建築設計・監理総合契約の場合

建築設計・監理総合契約においては、設計から監理までをも含めた業務を受託する。そこで、建築設計契約及び建築監理契

Hosei University Repository

約と同様またはそれ以上に、建築家は、建築物の欠陥が設計、監理過誤に起因して生じた場合には、その契約責任を負うことになろう。

（1）　なお、「契約の法律効果として認められる権利の主張につき、その契約の成立要件に当たる事実はすべてその権利の発生を主張する者に主張責任・証明責任がある」（中野貞一郎『民事手続の現在問題』（一九八九年）二二七頁。）、と解されていることから、「工事が完成したことは請負人が立証責任を負うのに対し、瑕疵の存否は、瑕疵修補請求権ないし損害賠償請求権発生の前提として、注文者に立証責任が存する」（定塚孝司「建築工事に伴う訴訟」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座10』（一九七四年第一版第四刷）二六七頁（以下では、『実務民事訴訟講座10』として引用する。）。）といわれている。そうであるならば、建築家の行為の目的の大半が無形であること、また契約内容が不明確な場合が存すること、さらには注文主が建築について素人であり注文主と建築家とが対等な関係にないこと等の点から、瑕疵の存否についての立証が困難であり鑑定が重要な役割を果たすことになるであろう（参照、稲田龍樹「建設請負契約における瑕疵担保責任」遠藤浩・小川英明編『注解不動産法2建築・請負』（一九八九年）一〇四一頁（以下遠藤・小川編『注解不動産法2建築・請負』として引用する。）、司法研修所編『民事訴訟のプラクティスに関する研究』（一九八九年）一三八頁）。

ところで、岡本・前掲『建築紛争の実際』に掲載された、当該の不具合がいわゆる瑕疵であるかどうかを判断する鑑定の例では、瑕疵の存否につき、瑕疵の発生原因、瑕疵の補修工法、および補修工費が鑑定されている（なお、訴訟上の鑑定内容については、定塚・前掲論文二六一頁以下参照。）。すなわち、鑑定で、まず、建築物の不具合がいわゆる瑕疵にあたるか否かが判断され、そして、瑕疵にあたると判断された場合にのみ、瑕疵について責任が問題となる。このことから、瑕疵の存否についての鑑定の判断をもって、建築家の過失の有無を推定しうると解するのが、専門家でない注文主を保護することになる、と思われる。そうでなければ、原告、すなわち注文主が「その請求権の発生を基礎づけるために、……被告（この場合建築家）の侵害行為（債務不履行行為）が何であるかを特定する必要がある」（畔柳達雄「医療事故訴訟提起時および応訴の際の準備活動」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座五』（一九八六年第一版第二刷）二一四頁。なお、（この場合建築家）引用者付記。）ので、高度に専門的な行為の経過を明らかにしなければならなくなり、医療過誤訴訟上指摘されてきたごとく、原告、すなわちこの場合注文主にとって酷なことが予測されるからである。ただ、鑑定人の指定については、さまざまな困難な問題があるといわれていることから（萩澤清彦「医療過誤訴訟の事例」中野

Hosei University Repository

貞一郎編『科学裁判と鑑定』（一九八八年）七六頁参照。）、建築の特殊性に適合した、中立かつ独立性を有する鑑定機関の常設を検討してみることもまた意義があるのではないかと思われる。

（2）注文主保護に走るあまり、建築家の責任の範囲を拡大することになってはならないであろう。医療過誤責任に関し、患者の救済に着眼するあまり医師の責任負担を拡大することと、専門家の行為を萎縮させることとの関係が指摘されており、このことは建築家の責任を考える際に視野に入れておくべきことであろうと思われる（参照、山田卓生「医療事故責任の厳格化と波及効果」判タ四五〇号（一九八一年）二五頁以下、背柳文雄「医療過誤訴訟の日本的特色」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻』（一九八三年）三八〇頁。）。

二　修補請求権

1　設計、監理過誤責任

建築設計・監理契約上、建築家は、過誤のない設計・監理行為をなすことを約束しており、その行為に過誤のあったことが発見された場合には、不完全な履行をなしたことになる。そこで、注文主は、まず、過誤のない仕事を履行するよう建築家に請求することができる。次に、過誤のある設計、監理を過誤のないようになしえない場合には、減額、解除、または損害賠償の請求権が考えられうる。本稿では、主として、これまで日本で議論されたことのなかった、仕事の目的が無形である場合の設計、監理行為に過誤があったときに第一に行使されるべき請求権、すなわち完全履行請求権としての修補請求権と、設計・監理過誤責任の存続期間について考察することにする。

2　修補請求権

(1)　設計、監理過誤の修補可能性

まず、設計図書や施工図書の過誤、必要な諸書類中の過誤、または請負人の瑕疵担保責任一覧表中の過誤等のごとく、過誤を修補することが容易で、かつ可能な場合がある。この場合、注文主が過誤の修補を請求し、そしてその請求にしたがって建築家が過誤を修正しうるから、双方の満足を得ることができる。このように建築物それ自体に影響なく修補が可能な場合には問題の解決が困難でないと思われるので、本稿では、とくに、設計、監理過誤に起因して建築物に瑕疵が生じた場合を中心に論ずることにする。

通例、建築設計・監理契約上の建築家の行為内容は、建築家自身が直接建築物に手を加えるという作業をなすものでなく、建築可能な基礎を整えることに要する諸行為を過誤なくなすこと、および設計図書どおりの施工がなされているかどうかを過誤なく監理することであるから、観念的なものであり、一旦行

Hosei University Repository

為がなされてしまうと、それを現実には引き戻しえない。したがって、設計、監理行為に過誤があった場合に、その過誤自体を修補することはできない。この行為の性質に鑑みて、設計、監理行為が履行されてしまうと、もはやその債務それ自体の過誤を修補することは不可能であり、さらに、契約上建築家が設計、監理をなすことを約束しているのであって建築物の完成までをも約束しているわけではないから、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥について建築家に契約責任を問えるとすることは、建築家の責任の範囲を拡大しすぎることになる、ということができる。他方で、そのような欠陥について契約責任を問えないとすることは妥当でない、と解すことも可能である。

しかし、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥の法的処理如何という問題については、既に述べたところであるが、行為の履行結果、すなわちこの場合建築物の欠陥について、注文主は建築家に対して責任を問うことができる。なぜならば、建築設計・監理契約上注文主は、債務の本旨に従った過誤のない設計、監理行為を受領する権利を有しているからである。また、設計、監理過誤と建築物の欠陥との関係が明らかとなっているにも拘わらず、建築物の欠陥による損害を請負人または注文主が負担することになるのは不合理だからである。そして、右のごとく、建築家は行為の結果、すなわち設計、監理過誤の移行した建築物の欠陥について契約責任を負うとの立場をとるときは、その欠陥の修補可能性について論ずる余地が生じてくる。

まず、設計、監理行為の性質上、それらの行為が、建築物それ自体に具体化される場合がある。たとえば、設計図書は立体的、具体的なる建築物を平面上に表したものであり、換言すると、設計図書に基づいて建築物が建築されるから、設計図書中の平面的なるものの具体化されたものが建築物である。また、監理行為の場合、設計図書に基づいた建築物が建築されるように建築過程を監理することがその内容であるから、設計図書と同様に、監理行為がいかなるものであったかは、建築物の状態に表出する。そこで、建築物に生じた欠陥が設計、監理過誤に起因するものであったことが明らかな場合には、設計、監理過誤が建築物に移行し、それが建築物の欠陥となって顕れた、ということができる。

次に、建築設計・監理契約を締結する注文主と建築家は、両者とも、将来建築物が建築されるということを前提にしている。つまり、建築物が建築されることを念頭に置いて、注文主は建築家に設計、監理を委託し、建築家はそれを引き受ける。契約が締結されると、注文主は建築物について自己の意図するところを建築家に伝え、建築家は注文主の意図に沿うよう施工可能な状態にするのに要する設計図書作成その他の設計行為をなす。

Hosei University Repository

そして、建築家は、施工段階において、注文主の意図を汲み入れた設計図書にしたがった建築物が建築されるように監理行為を行う。したがって、注文主と建築家の両者が、契約締結段階から契約終了まで、建築物それ自体を常に念頭に置いているといえる（しかし、注文主も建築家も、建築家が建築物を完成させることを前提にしているわけではないことに注意しなければならない）。

右のごとく、契約当事者が建築物を無視しえないという事柄の性質、および設計、監理行為と建築物との密接かつ不可分の関係に鑑みて、建築設計・監理契約においては、過誤のない設計、監理行為をなす義務に伴うところの完成建築物に設計、監理上の過誤が移行しないよう注意すべき義務もまた、建築家の主たる義務内容に入ると解すべきであろう。そして、この義務は、注文主の過誤のない設計、監理行為を受領する権利に相応するものである、といえよう。換言すると、建築設計・監理契約上、注文主は、債務の本旨に従った過誤のない設計、監理行為を受領する権利を有しており、これに基づき建築家は、過誤のない設計、監理行為をなすこととともに、建築物と設計、監理行為との密接かつ不可分の関係上設計、監理過誤が建築物に移行することのないように行為をなすことを約束しているのである。

かくして、設計、監理過誤と建築物の欠陥とが結びつく場合には、建築物の欠陥自体についても建築家の契約責任を追及することが可能となる、と解すことに至るのを妨げないものと思われる。そうであれば、建築家の行為の過誤から生じた建築物の欠陥を中心にして、それについての建築家の責任を考察することが可能となってくる。すなわち、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥についての修補可能性に関する議論が可能となってくる、ということができよう。

(2) 建築家の修補義務

(a) 設計、監理過誤に起因して生じた建築物の欠陥についての修補請求が、建築家の責任追及の手段として、果たして妥当なものであるかどうかが、次に問題になる。

まず、設計、監理過誤による建築物の欠陥の修補について、次のごとく考えられうる。すなわち、過誤をもってなされた設計、監理行為の結果顕れた欠陥を取り除きうる場合、たとえその欠陥を除去したとしても、既になされた設計、監理行為の過誤自体を取り除き得ないのであるから、その過誤自体を修補したことにはならない、と考えられうる。この場合は、注文主の修補請求権が一切排除され、減額、解除または損害賠償請求権で、その損害が処理されることになろう。

しかし、既にみたごとく、設計、監理過誤に起因して建築物

Hosei University Repository

に欠陥が生じた場合、設計、監理過誤が建築物に移行して欠陥となったのであるから、建築物の欠陥それ自体について設計、監理過誤責任を追及しうる、と解すことが可能である。そうして、建築物と設計、監理行為との密接かつ不可分の関係からすれば、建築物の欠陥を修補することは、すなわち建築家の本来の行為の過誤をも修補することになる、と解すことの方が妥当ではないだろうか。このように解すれば、注文主は、建築物の欠陥について建築家に修補請求権を行使しうることになる。

(b)　すなわち、設計、監理過誤によって引き起こされた建築物の欠陥について、建築家には修補義務があると解すことが妥当であろうと思われるのである。

なぜならば、まず第一には、建築設計・監理契約上、注文主には建築家の過誤のない行為を受領する権利があり、これに基づいて建築家には過誤のない設計、監理をなす義務とともに設計、監理行為と密接かつ不可分の関係にある完成建築物に設計、監理上の過誤が移行しないように注意する義務がある、と解されるからである。

第二には、設計、監理と建築物とが密接かつ不可分の関係にあるという固有の性質と、右にみた建築家と注文主との権利義務との関係に鑑みて、設計、監理過誤が建築物に欠陥となって移行した場合、建築家のなした行為は債務の本旨に反するものであり、その過誤の移行した建築物の欠陥を取り除くことで債務の本旨に従った履行内容になしうる、とみることができるからである。

事実論としても、建築物の欠陥を実際に修補する際、それを最も合理的に行うには、建築家によって修正された設計図書、およびそれに基づく修補作業を監理することが必要になる場合があろう、と予測されるからである。とくに、特殊な用途の建築物であったり、住宅メーカーが大量生産的に供給するようなものとは異なる形状、形体または仕様の建築物の場合等には、その修補作業に当該建築家の設計、監理行為が必要となろうから、建築家の修補義務を認める方が合理的である、ということができよう。

また、設計・監理過誤に起因する建築物の欠陥という損害を、それを引き起こした建築家以外の建築請負人が肩代わりしたり、注文主が負担することになるのは妥当でないからである。日本民法（以下では民法とする）第六三六条は、注文主の供した材料の性質または注文主の与えた指図によって瑕疵が発生した場合、建築請負人には担保責任が生じない旨規定しており、「設計家の設計や、施工過程による指図によって、瑕疵が生じた場合には、請負人は担保責任を負わない」[1]と解されている。しかし、実務上、建築家と建築請負人との関係が必ずしも対等なも

Hosei University Repository

のであるとはいえず、建築家の仕事の瑕疵から生じた損害を、建築請負人が肩代わりする場合がある。[2] そこで、建築家が設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥について修補義務を負うとすることが、右のような建築請負人と建築家との不合理な関係の発生を抑止し、そして注文主を保護することにもなると思われるのである。

さらには、当該建築家の仕事の過誤によって引き起こされた欠陥を修補する際に必要な設計、監理行為を、後の同業の専門家は引き受けたくない場合があろうと予測されるからである。つまり、同業の専門家の業務過誤を是正するには、まずは前任者の過誤を明らかにしなければならない。ところが、専門家集団においては、同業の専門家を批判しにくいであろうし、擁護の必要性すら生じる場合もあろう。また、自己のなした仕事の過誤を是正するならばともかく、そうでなかったならば、前任者の後始末をすることと同様の仕事をなすことになる。さらには、仮に同業の後任建築家が前任の建築家によって引き起こされた欠陥の修補作業上必要な設計、監理を引き受けたとしても、完全に欠陥を除去することが可能であればともかく、完全にないしは注文主にとって納得のいくように除去しえなかった場合[3]には、後任の専門家もまた前任者に対すると同様の注文主の責任追及を受けかねない。このことから、後任建築家は、修補ないしは除去に必要な設計、監理についての注文主の委託を引き受けない可能性がある、と考えられうる。このことは、すなわち、建築物の欠陥がそのままの状態で続くおそれがあるということであり、迅速な欠陥の処理を期待しえなくなる。

かくて、積極的に建築家に修補義務を認めることの方が、現存している欠陥について迅速な解決を図ることが可能となり、また、このような責任追及の方法が予防法的な意義をもつものと思われるのである。[4] そして、建築家の修補義務を認めて損害の拡大を抑制することは、結局は注文主保護に帰着するということができよう。

(3) 修補の内容

右のごとく、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥につき、建築家に修補義務を認めるとすると、次にその内容が問題となる。つまり、建築家は、建築物それ自体に直接手を下す作業を行うわけではないから、実際に欠陥を修補したり除去したりすることが不可能である。このことから、設計、監理固有の性質に見合った修補内容をいかなるものと考えるべきかが、問題となるのである。

ドイツ民法上、建築家の修補義務については、履行結果の瑕疵を修補したとしても、建築家の行為それ自体の欠陥を修補したことにはならない、として修補義務を認めない見解と、それ

Hosei University Repository

を認めようとする見解とに分かれており、建設契約法の研究者の間にはこれを積極的に認めようとする見解が多くみられるようである。そして、建築家の修補義務を認めようとする見解は、建築家の修補のありかたを広く解している。たとえば、請負人の修補作業に際して要する監理行為、および注文主に協力することもまた、建築家の修補にあたると解するのである。そして、建築家に関するものではないが、仕事をあらためてやりなおすこともまた修補に含めようとする傾向がみられる。そうであるならば、建築物に生じた欠陥の修補をなすために、あらためて建築家が設計図書を作成しなおし、その設計図書に基づく修補または除去作業を監理しなおす、ということもまた、建築家の修補のあり方に含められていくことになろうと思われる。このような考え方は、我が国における問題の解釈にとって参考になろう。

日本法上、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥を修補するには、実際には請負人がその作業を行うのであるから、建築家のなしうることは、自己の作成した設計図書等の欠陥の修正、および仕事の目的が無形である場合は仕事のやり直しである。このことから、建築家の既になした行為を現実に引き戻してその行為の過誤を修補することはできないとか、現存の欠陥を是正してもなした行為それ自体の過誤を是正したことにはならないとか、または建築家は請負人でないから実際的な修補作業をなしえない等といった理由で、建築家の修補可能性を認められないと解することができる。しかしそのように解すことは、現存欠陥の除去作業の遅滞を助長するばかりであり、実態に即していないように思われる。建築物に欠陥が生じたときにまず求められることは、損害の拡大抑止のための修補であり、この現存欠陥に迅速に対処するという要求には、建築家の修補義務を認めることの方がかなっている。つまり、注文主を保護するのに実務上最も必要なことは、現存欠陥の速やかな除去処理であり、損害をいかに適切に小さく抑えるかにある。したがって、このような注文主の保護という視点に立つならば、積極的に建築家の修補可能性を認め、そして、修補に際して必要な協力をする、また必要な設計、監理行為をなすという形態の修補をもそれに含めることが、損害の拡大を抑制することにとって必要なことなのである。そして、建築家の修補義務は、法的構成上、設計、監理行為と建築物との密接かつ不可分の関係に鑑み、建築設計・監理契約においては、注文主が過誤のない設計、監理業務を受領する権利を有しており、これに対応して、建築家には過誤のない設計、監理行為をなすべき義務があり、それに伴い設計、監理過誤が建築物に移行しないよう注意すべき義務がある、という点から導き出すことができる。このことから、設

Hosei University Repository

計、監理過誤の移行した建築物の欠陥についての建築家の修補可能性を肯定することが可能となろう。

つまり、建築家の修補のあり方としては、設計図書中の過誤の修正等の他、修補に際して注文主に協力すること、および修補作業に際して必要な設計、監理行為をやり直すこともまた、設計、監理行為の性質に適合する修補の内容であり、また、そう解すことが、建築家による修補を可能にし、合理的でもあろうと思われる。換言すると、修補の内容は、修補をなす際に必要な建築請負人を依頼し、諸行為をなして注文主に協力すること、および修補に必要な設計、監理行為をなすことである、と解すことが、設計、監理行為および事柄の性質に適合しているものと思われる。

(4) 設計・監理過誤の修補請求権の法的性質

(a) これまで、設計、監理行為の過誤が建築物に移行し欠陥となって顕れた場合、過誤のない設計、監理行為を受領する注文主の権利に基づき、注文主にその欠陥についての修補請求権を認めることが可能であり、またそれを認めることの方が合理的であるということをみてきた。次に、この修補請求権の法的性質如何が問題となる。

設計、監理行為に過誤があった場合、過誤のある仕事を履行したのであるから、債務の本旨に反する不完全履行がなされたことになる。そこで、注文主は、建築家にたいして過誤の修補を請求することができる。ところで、設計、監理行為の法的性質如何については、それが労務供給契約における行為であり、その法的性質について請負か委任（準委任）かの議論があることから、その性質を請負とも委任とも解しうる。そこで、この修補請求権を、請負法における不完全履行責任の特則としての無過失の瑕疵担保責任に基づくものと解しうるが、他方で、委任法上の帰責性を要件とする一般債務不履行責任から発生するものと解することも可能であることから、その性質が当事者にとって公平妥当な損害負担上問題となるのである。

(b) たとえば、建築設計・監理契約における設計図書の完成という一点から、その契約の法的性質が請負契約的性質を有していると解してみる。まず、請負法における瑕疵担保責任の規定は、損害賠償請求についてはその要件として過失を必要とするかどうか議論があるものの、修補請求権については不完全履行責任の特則で本来の給付義務を定めたものであり、帰責事由を必要としないと解されている。[5]

この前提に立つならば、設計図書の過誤について、注文者は、建築家に対して無過失の瑕疵担保責任を追及しうる。この場合、設計図書が完成し、工事前の段階に設計図書の欠陥を発見できれば、設計図書の過誤につき、民法第六三四条以下の瑕疵担保

Hosei University Repository

責任を追及しうる。そこで、注文主の修補請求に基づき、建築家は、設計図書の欠陥を修正することができる。ところが、設計図書中の欠陥というものは、施工が始まった後の工事中ないし工事後に発見されやすい。この場合、もし、設計図書の欠陥が工事中に発見され、または既工事段階であっても、修補が可能であれば、設計図書の欠陥を修正しそれに基づいた建築がなされるので、工事終了後に比べれば問題は少ないであろう。このように、既工事部分であっても、民法第六三四条第一項但書を適用する必要もなく、修補可能で建築物それ自体に影響が及ばない状況でさえあれば、困難な問題は生じないように思われる。

しかし、設計図書作成という行為は、建築設計契約または建築設計・監理総合契約における諸行為の中の一つにすぎず、設計図書作成以外の行為は、施工実施可能な状態に整えるという行為、また設計図書どの施工がなされているかどうかを監理する行為であり、しかもそれらの行為の目的は無形である場合が多い。したがって、設計図書の過誤については無過失の瑕疵担保責任を追及することが可能だと解したとしても、その他の目的物のない行為の過誤について、また設計図書の過誤が既に建築物に移行してしまった場合には瑕疵担保責任を追及しにくいといわざるをえない。

たとえば、建築物の瑕疵が、建築家と建築請負人の両者の行為の過誤によって生じたことが明らかとなり、両者が責任を負うとするのが妥当な場合に、現行請負法によれば、仕事の目的が無形である場合についても民法第六三四条ないし第六三六条の適用があると解されていることから、両者に瑕疵担保責任が課される。(6) ところが、建築設計・監理契約上建築家は建築物についても瑕疵担保責任を負うと法的構成をしたとしても、仕事の目的が無形である場合の行為の過誤であるから、通例民法第六三四条第二項が適用されることになろう。すなわち、設計、監理過誤の移行した建築物の欠陥については民法六三六条が適用されない限り、建築請負人が瑕疵担保責任を負い、建築家が損害賠償責任のみを負うことになる。このことは、すなわち、建築家は修補作業に必要な設計図書又は施工図書の修補及び監理をなさなくともよい、ということに帰着し、そして、当該建築家による設計、監理行為を必要とする場合には、あらためてその行為を委託しなければならないということになる。また、建築物の欠陥が建築家の指示により生じた場合には民法第六三六条により請負人が瑕疵担保責任を免れるが、この場合、建築家が損害賠償責任のみを負うとすると、右のごとき結果に至る。しかし、実務上、迅速にかつ合理的に瑕疵修補をなすには建築家の設計、監理の必要なことがあり、注文主の保護という観点

Hosei University Repository

からすれば、建築家が損害賠償義務を負うだけでは不都合な場合がある。したがって、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥について、現行請負法に基づいて処理した場合不合理なことの生じるおそれがあるといえよう。

また、監理行為の瑕疵に起因して建築物に欠陥が生じ、その修補作業上、特殊な建築物である等の固有の事情から当該建築家の監理行為を要する場合には、行為の性質上、その行為の過誤それ自体についての修補は不能であり、あらためて監理行為をやり直すことにならざるをえない。ところが、「新しい仕事をなすことは、請負人が、これまでに投じてきた材料、労力を無にすることであるから、かかる請求を認めることは、通常、請負人にとって酷である。……修補が不能の場合でも、新しい仕事を請求することはできず、修補に代わる損害賠償（実質は代金減額）のみを請求しうると解すべきである。」[7]との見解に基づくと、注文主は、当該建築家に対して損害賠償を請求し、また他方で、修補作業に要する監理行為を再び委託しなければならない、という結果に至ることも考えられうる。したがって、請負法の瑕疵担保責任に基づく法的処理には、先の帰結に至るという疑問が残る。

(c) 民法制定当時、請負契約における仕事に瑕疵があった場合の担保責任の適用について議論されているが、起草者の想定したところは、もっぱら仕事のやり方に瑕疵があって目的物が約束された性質を備えていない、という場合であり、いわゆる仕事の目的が無形である場合もまた、その範囲に含められていたかは疑問に思われる。[8]立法後、学説上仕事の目的が無形である場合の行為に瑕疵がある場合について明確に説明しているものは、管見しえた範囲にすぎないがほとんどみあたらず、わずかに梅博士が、仕事に目的物がない場合、瑕疵があってもそれを修補することは不可能であるから、瑕疵担保規定でなく、一般規定にしたがって解除または損害賠償で処理されると説明されている。[9]そして、学説の中には、仕事の目的が有形物である場合のその物自体の瑕疵については民法第五三三条を準用すると規定しながら、仕事に目的物がない場合の行為の瑕疵について同様の規定がないのは疑問だ、とするものも見受けられた。[10]つまり、請負法における瑕疵担保責任は仕事に目的物がない場合には適用されない、と解されていたのではないかと思われる。しかし今日では、担保責任の規定は、仕事に目的がない場合にも適用がありうると解されている。[11]ところが、実際上、そのような場合に適用されるべき条文は少ない。[12]

ところで、ドイツ民法上、請負契約と雇傭契約とでは責任の存続期間に五年と三〇年という差があり、この期間の短期化の要請から、建築設計・監理契約を請負と解す傾向にある。そこ

Hosei University Repository

で、建築設計・監理契約を請負契約に含めたところ、請負契約法それ自体の問題が現れ、建築設計・監理契約について今日もなお議論が続いているのは請負契約法の瑕疵担保責任規定が有形物を念頭に置いているからだ、との指摘がなされている。[13] 右のごとき指摘の他、損害賠償の内容、責任の存続期間等の困難な問題があり、立法論も展開されている。[14] このことは、請負契約法の内容の不備を示すものであるが、換言すれば、請負契約法の射程とする範囲に建築設計・監理契約が収まらない、ということでもあろう。このように、ドイツ民法上建築設計・監理契約を通して請負における瑕疵担保責任規定をみた場合に、請負契約法に不備があるとの指摘は、日本法上にもあてはまる場合がある。この一例が、仕事に目的物がない場合の行為の過誤とその瑕疵担保責任との関係という問題である。[15]

(d)　ところで、いわゆる「結果債務」につき不完全な履行がなされた場合、給付義務の不完全履行の効果は、請負のごとく法律に規定があるときはそれによるが、一般的には、追完が可能か不可能かに応じて、追完請求、解除、損害賠償であり、保護義務違反についての効果は損害賠償である。また、いわゆる「手段債務」の不完全履行の効果は、代金（報酬）支払いの拒絶、減額、解除、損害賠償である。[16] これは、完全な履行をすることが不可能であるか、または完全な履行をなしても意味がないからだと解されている。[17]

これを、建築設計・監理契約にあてはめてみると次のようになる。すなわち、設計、監理行為はその性質上いわゆる「結果債務」に極めて近いと解することも可能であるが、一般に監理行為のごとく、それらの行為の多くは目的物がないという性質の債務である。このような債務の不履行の場合、建築物の欠陥と無関係にあらためて設計、監理行為をなしたとしても無意味であるから、その効果は、代金（報酬）支払いの拒絶、減額、解除のほか損害賠償となる。また、仮に、過誤をもってなされた設計、監理行為につき給付義務違反であるとし、その過誤が移行して顕在化した建築物に欠陥につき給付義務自体とは別の保護義務違反だとすると、前者の効果は、請負に基づく瑕疵担保、または一般債務不履行責任に基づくと解すと追完請求、解除、損害賠償であり、後者の効果は損害賠償となる。しかし、請負法に基づくと解したとしても、既に示したごとく損害賠償の請求にのみ帰着することになる。一般債務不履行責任に基づくと解した場合、追完の可能性がでてくるが、建築物に設計、監理行為に起因する欠陥が生じないように配慮する義務を「履行義務」に高めない限り、[18] 追完を請求したとしても無意味であり結局は損害賠償の請求に至る。すなわち、主として仕事に目的物がないという性質の債務を内容とする建築設計・監理契約

Hosei University Repository

においては、修補請求権の法的性質を無過失の瑕疵担保責任または過失を要件とする一般債務不履行責任のいずれと解したとしても、その責任は、結局損害賠償責任の追及に帰着し、迅速な欠陥の処理という要請上合理的でない面の生ずることが考えられうる。つまり、設計、監理過誤が移行して建築物に生じた欠陥を除去する際に、当該建築家の設計、監理行為が必要な場合のごとく、あらためて修補作業に要する設計行為をなしおよび修補作業を監理し、そして修補に際して注文主に協力することが必要な場合があるのである。しかしこの場合、建築家のなす右に述べたごとき修補に要する行為を瑕疵担保責任における修補の一態様と解するか[19]、または建築物に設計、監理行為の過誤が移行しないよう配慮することをも給付義務の一内容と解しない限り修補（追完）請求はできない。したがって、建築設計・監理契約における設計、監理過誤に対する建築家の責任について、瑕疵担保責任または一般債務不履行責任のいずれかをそのまま適用しようとすると、当事者にとって十分でない結果となる場合のあることが予測されるので、設計、監理行為の性質に適合する法的解決が必要になる。

そもそも、建築設計・監理契約において、注文主は過誤のない設計、監理行為を受領する権利を有しており、この権利に基づき、建築家は設計、監理行為を、その行為と密接かつ不可分の関係にある建築物に過誤が移行しないよう、過誤なくなすべき義務を負っている。この義務が建築家の本来の給付義務である。そこで、設計、監理過誤が建築物に移行し欠陥となって顕在化した場合、建築家が不完全な履行をなしたことになるから、注文主は給付義務違反に基づく追究請求権を有し、そして、欠陥が発生した場合迅速な欠陥の処理および損害の拡大抑止ということが当事者保護に至ることから、まず第一に、完全履行請求権――この一態様が修補請求権である――を行使すべきであると解するのが、建築家に対して責任を追及しやすく、かつそう解する方が建築設計・監理契約によりなじむものと思われる。そうして、この修補（追完）の内容を、設計、監理過誤が移行して生じた建築物の欠陥を除去する際に、注文主に協力すること、および修補作業に要する設計行為をやり直すことおよび修補作業を監理し直すことと解するのが、建築設計・監理契約の性質に相応しかつ妥当であると思われる[20]。

(e) なお、建築設計・監理契約におけるごとく、仕事の行為の目的が無形である場合の行為の過誤が移行して生じた他の物の欠陥につき単に保護義務違反として処理すると、その効果が損害賠償のみであることから、その欠陥の処理につき当該行為者の協力を要する際に不合理である。また、その場合を給付義務反ととらえることができれば追完の可能性がでてくるが、協

Hosei University Repository

力およびあらたな行為をなすことを追完の内容に含める必要があり、また請負の場合には修補が困難であるという問題がある。そこで、仕事に目的物がない場合の行為の瑕疵（不完全履行）に対する修補（追完）請求権を、各論的にその内容を検討してみることも有用であるように思われる。また、これまで通例委任契約的性質を有していると考えられてきた契約それ自体を見直してみることもまた、労務供給契約における仕事の目的が無形である場合に不完全な履行がなされたとき、その責任について法的にいかに処理すべきかの問題を考察する際に有用になると思われる。そうしてさらに、今日では、建築に関して現行請負契約法理を適用すると不都合な結果が生じてくる場合のあることは、これまで指摘した通りである。つまり、今日ではもはや、建築に関する契約は、民法上の請負契約の射程範囲とするところに収まりきれない、ということができるように思われる。[21] そこで、あらためて建築に関する労務供給契約を見直してみることも、今後の課題として有用であろうと考えられるのである。

(5) 建築家の修補権

以上設計、監理過誤に起因して発生した建築物の欠陥についても、建築家の修補義務を認める方が合理的であることをみてきたが、注文主は、その場合の建築物の欠陥について請求権を行使する際、まず追完を求めるべきであろう。[22] 注文主の保護という点で実務上求められることは、現存欠陥の速やかな処理と損害をいかに適切に小さく抑えるか、ということである。たとえば、建築請負人が瑕疵ある建築物を建築した場合に、注文主の修補請求に建築請負人が速やかに応じれば、注文主の建築請負人に対する信頼を損なうことも少ないであろう。同様のことは、注文主と建築家との関係にあてはまる。[23] つまり、欠陥の処理が遅れると、その欠陥の影響が建築物全体およびその他に及ぶおそれがあるし、また注文主の不信が強まり注文主を不安定な状態に置くおそれもある。そこで、積極的に建築家の修補可能性を認め、そして修補する際に必要な協力をなすという形態をもそれに含めることが、損害の拡大を抑制することに必要であり、有用であろう。すなわち、建築家の修補義務を認めることは、結局は注文主保護に帰着するといえる。そうであれば、建築設計・監理契約上注文主が修補、減額・解除、損害賠償請求権を行使するにあたっては、まずは、完全履行請求権を行使すべきであると解すのが妥当である、と思われる。

そして、この注文主の修補請求権に対する建築家の権利として、注文主が、たとえば損害賠償を請求してきた場合には、建築家がまず修補を行わせよと申し出ることのできるいわゆる修補権を認めるべきであろう、と思われる。建築物の欠陥の発生

Hosei University Repository

は、その性質上多額の費用を要することになりかねない。そこで、欠陥が生じた場合、その欠陥につき可能な限り速やかに処理することが、欠陥による損害の拡大を抑止するうえで必要なことであり、かつこのことが当事者を保護することにもなる。すなわち、契約によって特別に結合された当事者は、相互に相手の法益を侵害しない、ということを信頼する。そしてこの信頼は、生じた損害についても、相互にそれが拡大しないよう配慮することを包含するであろう。それゆえに、当事者には、当該欠陥による損害の拡大抑制への配慮が求められる。この要請上、当該欠陥による損害を最小現のものにする機会を建築家に与えることが公平妥当であり、したがって、建築家の修補権が認められるものと思われる。また、実際上、建築家は、専門知識や経験を活用して、社会、経済上合理的に修補をなすことが可能だと考えられる。

しかし、建築は信頼関係がより重視されるので、それが破壊されている状態にあり、たとえ誠実に修補義務を履行したとしても、もはや信頼関係を取り戻すことが期待しえない場合には、建築家の修補権は認められない、と解すのが妥当であろう。この場合、注文主は、減額・解除、または損害賠償を請求することになる。

三　減額・解除

以上、建築設計・監理契約上の修補請求権について述べてきたが、修補がなしえない場合、たとえば、当該欠陥がいわゆる瑕疵にあたるものの、些細なものであることから修補するまでもないような場合には、注文主は減額請求権を有する、とするのが合理的であろう。

また、建築物の建築には、相手方である建築請負人や建築家に対して高度の信頼性が求められる。そこで、建築設計・監理契約においては、契約当事者間の信頼が破壊された場合には契約の継続が困難になるので、いずれからの解除も認められるべきであろう。さらに、相手方の債務不履行があった場合も、それに基づいて解除しうると解すのが、建築設計監理契約においては妥当であると思われる。ただし、一般の契約解除原則にしたがって遡及効があり、原状回復義務が生じるとした場合、引き渡した設計図書や諸書類と支払った報酬を返還しうるとしても、なされた他の多くの仕事の目的が無形である場合の行為については原状回復が不可能であろうから、建築設計・監理契約においては、遡及効を排し将来に向かって契約が消滅する、と解すのが事柄の性質上適切であろうと思われる。

なお、本稿では修補請求権を中心に検討したので、右の減額・解除請求権の他、損害賠償請求権の内容、範囲については、

Hosei University Repository

今後検討しなければならない課題だと考える。

四．責任の存続期間

以上、建築設計・監理契約上の注文の権利として修補、減額、解除、および損害賠償請求権が存することに触れ、注文主の修補請求権を中心に検討してきた。次いで、ここでは、建築設計・監理契約における建築家の責任の存続期間について検討する。建築に関する契約については、約款に依拠するのでなければ、通例、民法第六三二条以下の請負に関するところで議論がなされている。[24] それにしたがって、請負契約法にに基づいて処理するとなると、建築請負人の瑕疵担保責任の存続期間は、民法第六三八条により、引き渡しから五年、堅固の建築物については一〇年である。結論からいえば、建築家の責任の存続期間もまた、この建築請負人に並ぶと解すのが合理的であろうと思われる。なぜならば、同一の建築物を目的とする建築関係者間に、責任の存続期間について差を設けなければならないほどの特段の事情があればともかく、必ずしもその必然性が存するとは限らないように思われるからである。むしろ、差が存することで、注文主保護が十分でなくなるおそれがある。

たとえば、建築設計・監理契約に関し、請負契約法に基づいて処理するとなると、設計、監理行為を民法第六三八条第一項の「土地の工作物」に含めうる解釈の余地があれば別であるが、仕事の目的が無形である場合の行為の瑕疵にも瑕疵担保責任が適用されると解されていることから、設計、監理行為の担保責任の存続期間は、民法第六三七条第一項または第二項により一年ということになる。ところが、設計、監理行為の性質上、なした行為に過誤のあったことが建築物完成後にはじめて顕在化する場合がある。そして、建築固有の諸事情から、必ずしも設計行為の完了時から一年内に建築物が完成するとは限らない。したがって、建築物完成以前に責任の存続期間が徒過してしまうおそれがあり、その場合に注文主が建築家に対して契約責任を追及しえなくなることが考えられ、不合理な場面の生じることが予測されうる。

また、建築請負人と建築家とのいずれの仕事に起因して欠陥が生じたのかが特定できず、それについて両者で責任を負うとするのが妥当な場合があろう。このような場合に、先の責任の存続期間に鑑みると、注文主が、請負人に対して、工事の遅延によって生じた損害については請求可能であるが、設計、監理過誤に起因する建築物の瑕疵については民法第六三六条により請求しえず、また、建築家に対しても、民法第六三七条に基づく責任期間の徒過により請求しえない、という場合が生じてくることになる。

Hosei University Repository

さらにまた、建築設計・監理契約の法的性質を委任と解した場合、堅固の建築物でなければ、建築請負人の責任の存続期間は五年であり、建築家のそれは一〇年である。この場合、瑕疵の発見が建築請負人の責任の存続期間を徒過した時点であれば、ひとり建築家のみが責任を負担する場合が生じてくるおそれがある。

かくて、設計、監理行為が土地の工作物および地盤に密接かつ不可分に関係する行為内容であること、および通例、建築物の瑕疵が台風、地震および経年等の特殊な原因によって顕在化するという事柄の性質上、部位によっては責任の存続期間の長期化を計る必要があるとさえ考えられることから、責任の存続期間を一年と解すことは疑問がある。むしろ、建築の場合、建築関係者間で責任の存続期間に差があるのは不合理であることから、建築家をも含めて、一個の建築物を目的とする建築関係者はその関与時点で建築上の統一体を形成し、その統一体に属する者の責任の存続期間を同一期間とすることが合理的であり、このことが注文主保護により適合する、と思われるのである。[25]

(1) 内山・前掲『新版　注釈民法(10)』一五三頁。同旨、我妻栄『債権各論　中巻二』(一九八一年第一七刷)六三四頁、来栖三郎『契約法』(一九八二年初版第九刷)四七〇頁、原田純孝「設計どおりに設置した設備が予定の機能を発揮しない場合も施工瑕疵となるか」建設工事紛争実務研究会『建設工事紛争予防・解決の手引』(一九九〇年)五三四、五頁(以下では、『建設工事紛争予防・解決の手引』と略して引用する。)等。

(2) 参照、本誌第八六巻第三・四合併号九四頁。

(3) 生じた欠陥について注文主がその欠陥を取り除くよう請求しても、欠陥にはあたらないとその請求を拒否されたり、迅速に処理されなかったり、または欠陥を生じさせたということ自体で、注文主は既に当該建築家に不信感をもっているであろうと思われる。そしてそれ故に、後任の建築家にその除去のための設計、監理を委託するであろうから、このような事態に陥った場合には、専門家に対する不信感も手伝って、注文主の満足するような欠陥の除去は困難なのではないだろうか。

(4) 建築の場合、注文主が瑕疵だとして修補ないしは除去をするよう請求しても、その請求が建築請負人から無視されることがある。瑕疵修補に応じれば、損害賠償等の他の責任追及の可能性も出てくるので、その瑕疵を認めようとしないことがあるのは、実務上よくみられることである。かつては、注文主と請負人との関係が主従関係で対等な関係にないとされ、今日もなお対等でない関係に変化はないが、その内容が逆転し、請求に応じてもらえない注文主の方が弱い立場にあ

Hosei University Repository

るということができる。

その一例として、次のようなものがある。

四月頃、住宅改修会社が外壁と屋根の改修（改修費用はクレジット会社のローンを利用）、および屋内改装（改装費八万円は現金払い）を五月中に仕上げる、ということを内容とする契約を締結した。五月中に外壁と屋根の改修がなされたが雑な仕上げであり、かつ屋内改装がほとんどなされなかったので、その解決のために新聞社に相談したという事件である。関係者は次のように述べた。委託者は、外壁と屋根の改修が雑な仕上げなので九月初めまで何度もきちんと仕上げるよう業者に請求したという。これに対して業者は、その部分は自信を持って仕上げた、と述べた。内装についても委託者は改装を請求したが、業者は、工事未了部分の代金六万円を返還したから問題はないとしている。クレジット会社は、現場を見て改修工事が乱雑で契約通りに仕上げられていない部分が多々あると判断し、別の業者を派遣して工事を完成させることを約束した。大略以上のようであるが、新聞社のような社会的に力を持っているところに相談して初めて解決の方向に向かったことからみても、注文主の立場は必ずしも強くはない、といえるのではないだろうか（一九九〇年一一月八日付東京新聞朝刊四頁。同様の事件、一九九〇年一一月一四日付同新聞朝刊四頁。）。

他方で、事実、注文主にとっては欠陥であっても、専門家や他者からみれば欠陥にあたらない場合もあろう。しかし、欠陥であるならば、それはできる限り早く是正した方が建築物全体に及ぼす影響を少なくするであろうから、迅速な処理が望ましい。ところが、今日、注文主にとって建築物の瑕疵について迅速に紛争解決を図る方法は少ない、といっても過言でない。

建設請負契約上の紛争の解決手段については、裁判所への訴訟提起、民事調停法に基づく管轄裁判所への調停申立て、起訴前の和解としての管轄裁判所への和解申立て、民事訴訟法に定める仲裁人に判断を委ねる、建設工事紛争審査会へのあっせん、調停又は仲裁申請、または公的もしくは私的な機関への相談がある（島田正己「紛争の解決」『建設工事紛争予防・解決の手引』六八七頁以下）。このうち、建設工事紛争審査会は、建設業法第二五条において建設工事の請負契約に関する紛争の解決を図るために設置されたものであるが、仲裁においては監理技師を当事者にしないとの判決があり（大阪高判昭和五一年三月一〇日判タ三三九号二八七頁、注文主と監理技師間の紛争は設計監理委託契約によって決すべしとしている。）、それ以後、建築家は当事者としない取扱がなされている（島田・前掲書六九五頁。なお、紛争解決に関しては、原後山治「建設工事紛争仲裁制度の実情と諸問題」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書　現代法律実務の諸問題〈平成元年版〉（下）』（一九九〇年）二九一頁。滝井繁男

Hosei University Repository

「建設工事紛争審査会による仲裁の紛争解決機能についての一考察」『近弁連記念論文集―弁護士夏期研修30周年―』（一九八八年）二六九頁）、矢吹茂郎「建築士業務との関わり」『東京弁護士会会報』六九号（一九八五年）七頁、中野和義「建設工事紛争審査会」九五頁、三本木健治「建設工事紛争処理の諸問題」『自治研究』第五五巻第三号（一九七八年）一六頁等がある。）。したがって、先にあげた解決手段は、注文主と建築家間の紛争上、迅速な瑕疵の除去処理という点に応えうるものではない、ということができよう。

ところで、建築物の欠陥につき、請負人と建築家との両者が責任を負うとすべき場合もある。この場合について、建設工事紛争審査会上で紛争を解決するとき、その審査会が損害の全額について請負人に責任を課した場合は、請負人のみが注文主に対して責任を負担し、請負人が建築家に求償すべくあらたな訴訟提起をしなければならないおそれもある。他方、その審査会が請負人の負担すべき割合を確定しその部分についてのみ請負人に責任を課した場合、残る建築家の負担すべき部分について、注文主はあらためて、建築工事紛争審査会以外の機関に紛争の解決を委ねることになる、という場合が生じる可能性も考えられうる。

そこで、建築設計・監理契約上の紛争を簡便に解決する手段として、建設工事紛争審査会におけるあっせん、調停、仲裁において建築家が当事者たりうるよう規定するか（参照、越智隆晴『建築の紛争と瑕疵担保責任』（一九八九年）五七頁）、または事柄の性質上、とくに、それに類するものとして、建築家と注文主との間の仲裁、調停、あっせんのための機関を設ける必要があろう。そしてそこには、公正に事実を判断する鑑定機関が付置されるべきであろう。

(5) 潮見佳男「請負の瑕疵担保責任の法的性質と損害賠償」阪大法学第三九巻第三・四号（一九九〇年）三九頁、下森定「瑕疵担保責任と不完全履行――売買・建築請負・賃貸借における瑕疵修補請求権を中心に――」安達三季生監修『債権法重要論点研究』（一九八八年）一四二頁、および同『債権法論ノート』（一九九〇年）三三頁。

(6) 津曲・前掲論文一五五頁、我妻・前掲書六三二頁、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（一九八八年合本新訂第三刷）二六四頁、内山・前掲『新版注釈民法(16)』一三八頁、石田穣『民法Ⅴ（契約法）』（一九八九年初版第三刷）三三二頁、田山輝明『契約法　第二版』（一九八九年）二一九頁。

(7) 高木多喜男『担保物権民法総合判例研究第6巻　不完全履行と瑕疵担保責任〔改訂〕』（一九八五年第二版〔改訂〕第一刷）一〇〇頁。

(8) 商事法務研究会版『法典調査会民法議事速記録』第四巻五四八頁。

(9) 梅謙次郎『民法要義　巻之三　債権編（復刻版）』（一九八四年大正元年版復刻第二刷）七一〇頁。

Hosei University Repository

(10) 馬場愿治『契約各論　完』二一二頁。

(11) 前出注（5）参照。なお、無形の結果を目的とする請負を『役務請負契約』とし、役務請負について建築請負人は瑕疵担保責任を負うとする見解もみられる。そして、この見解は、有形的な結果を目的とする請負との相違点として、一般の請負の場合には仕事の完成に必要な労務を自分で提供する必要はないが、役務請負契約の場合には建築請負人の技術、才能などに重きをおいている場合が多いので請負人は自分の労力で仕事を完成しなければならない点をあげ、「不完全に処理されたことは仕事の瑕疵であり、その瑕疵の補修は追完によってなされることになる。」とする（契約法研究会編『現代契約書式要覧　第四巻他人の労務、労働力を利用する契約(2)』（新日本法規、一九八九年）一八二〇頁。以下では、契約法研究会編『現代契約書式要覧　第四巻他人の労務、労働力を利用する契約(2)』として引用する。）しかし、仮に右見解によるとしても、責任の存続期間の項目で触れるが、請負契約における責任の存続期間は土地の工作物の場合を除き、民法第六三七条により短期の期間となり、この短期の期間が建築に関与する建築家の責任期間としては不合理であることおよび他の点からも、建築設計・監理契約を、右の見解のごとく『役務請負契約』として請負契約法に基づいて処理することは疑問である。

(12) 三宅正男『契約法（各論）下巻』（一九八八年）八八〇頁。

(13) 参照、本誌第八十七巻第三号一一四頁。

(14) 参照、本誌第八十七巻第三号一五四頁以下。

(15) また、建設請負契約に関し、請負契約法の無過失担保責任で処理する場合（通説、我妻・前掲書六三二頁、内山・前掲『新版注釈民法(16)』一三六頁。）、請負人に不当な責任を課すことになる場合があるように思われる。たとえば、今日建築物を建築するといっても、住宅メーカーの製造した材料を現場において組み立てて仕上げるのにすぎない行為が、その内容となっている場合がある。この場合、請負人が住宅メーカー側に責任があることを主張したとしても、当該契約上の当事者である請負人は建築物の瑕疵について請負契約上の責任を負うことになるのは明らかであり、したがって無過失責任と解されている瑕疵担保責任が請負人に課されることになる。請負人は、瑕疵担保責任を負ったことについて住宅メーカー側に求償または損害賠償を求めることも理論上当然に可能であるが、実際上一個の建築物について注文主とメーカー側との双方を紛争相手とすることは請負人にとって社会、経済上負担が重すぎることもあろう。かくて、そのような形態の建設請負契約の場合にも、大企業と並んで小規模の請負業者にまで無過失責任を課すのは酷な場合もあろう、ということができるのではないだろうか（中井美雄「第九節　請負」遠藤浩編『基本法コンメンタール（第三版）債権各論』（一九

Hosei University Repository

八八年）一五五頁（以下では、遠藤編『基本法コンメンタール』として引用する。）。そして、建築物に瑕疵が生じた場合は可能な限り速やかな処理を必要とするが、もし先のように建築請負人が酷な責任を負担することになるようなおそれがある場合、注文主の建築物の瑕疵についての請求に対する建築請負人の速やかな対応に影響が及ぶことも考えられうる。さらに、一般住宅で種々の複雑な機能を備える場合、また一定規模以上の建築物でかつ複雑なものであるような場合、建築家の他にも諸設備その他に関して専門的な行為をなす者が加わることになろう。これらの関係者のうちのいずれかによって瑕疵が生じた場合でも、通例、たとえば設備等に関しては一個の建築請負契約に含まれることから、瑕疵担保責任の追及は、通例、まず実際に施工をなす請負人に対してなされる。そのときに、請負人に無過失責任を問えるとするのでは、求償が容易であればともかく、実際上請負人が不当な責任を負う場合が生じるおそれもあるのではないだろうか（なお、新井・前掲書四七一頁）。

(16) 奥田・前掲書一六四、一六五頁。

(17) 野村豊広・栗田哲男・池田真朗・永田真三郎『民法Ⅲ－債権総論』（一九八八年第二刷）五三頁。なお、あらためて完全な給付をせよと請求することが可能であり、たとえば、医師が不完全な治療をしたときは、損害賠償の請求のほかに、完全な再治療を請求できるとする見解もある（遠藤他編『民法(4)債権総論〔第三版〕』（一九八八年第三版第六版刷）。

(18) 前田達明『債権総論　第二版』（一九九〇年第二版第一刷）一二一頁以下。

(19) なお、ドイツ民法上では、請負契約における修補請求権を履行請求権だと解す見解が通説の地位を得ているようである（Soergel, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht・Besonderer Teil 1. Halbband, S. 2115 ff.）。

(20) なお、民法第六三六条の適用により請負人が瑕疵担保責任を免れ、建築家一人が建築物の欠陥について責任を負う場合、その欠陥の修補作業自体は請負人に委託することになるが、その費用は建築家が負担することになる。

(21) 川島・前掲書一五五頁、和泉久「請負契約と瑕疵担保責任をめぐる実務上の諸問題」ＮＢＬ一九〇号（一九七九年）六頁、鈴木・前掲書四四四頁、岩崎・前掲書二一一頁。

(22) 下森定『――住宅建設にかかる民事責任の研究　第一巻――建売住宅・マンションの売買における売主の瑕疵修補義務について』（一九八四年）四九頁。

(23) 欠陥の処理遅延の問題は、他の建築関係者にもあてはまる。例えば、設備関係者は直接は注文主と契約を締結していないので、設備に瑕疵が生じたときに問題が生じてくる。そこで、迅速な欠陥の処理を図るために、注文主と設備関係者間で契約が締結されていなかった場合でも、設備関係者は一

Hosei University Repository

個の建築物を目的とする建築関係者、すなわち当該建築上の統一体に属する一員として責任を負うと解することが合理的であるように思われる。

(24) 良永和隆「8建築請負契約」遠藤浩・小川英明編『注解不動産法2建築・請負』（一九八九年）八六七頁。なお、「現代の建設請負は、民法請負とは異なる」とする見解もみられる（岩崎・前掲書二一一頁、他前出注(20)参照。）。

(25) なお、瑕疵担保責任の存続期間の合理性については、栗田哲男「第六三八条」川井健・西原道雄・吉野衛・山田卓生・淡路剛久編『民法コンメンタール(14)契約4』（一九八九年六九二頁以下（以下では『民法コンメンタール(14)契約4』と略して引用する。）にみられるように議論がある。

第三節　建築設計・監理契約の法的性質

民法典中にとくに典型契約として規定されていない建築設計・監理契約の法的性質如何を検討する際、まずは契約上約束された内容に合致する法的効果を判断し、それに加えて、対象となっている契約の要素が、どの典型契約の要素に適合しているかをも検討して判断することになろう。したがって、契約の要素のみを中心にしてその法的性質を決定しようとする方法は適切でないし、また、本稿で対象となる委任契約と請負契約との典型的な要素から判断して建築設計・監理契約の法的性質如何を決定しようとするのは、実際上極めて困難である。[1]「無理に該契約の民法上の一般的性質の決定をする必要はなく、それぞれの法の趣旨に則して、ことを処理すべきであろう」[2]。そこで、前節で建築設計・監理契約において約束されることを法的効果と関連して検討したが、これに基づいて、いわば帰納的に建築設計・監理契約の法的性質を考察してみたい。

(1) 雇傭か請負か委任かの区別の困難な場合があることについて、横田秀雄『債権各論』（一九二一年第一二版）六五五頁、末川博『契約法下（各論）』（一九七五年）一九八頁、広中・前掲書二一一、二四九頁、来栖・前掲書五一一頁、林良平編『債権各論』（一九八六年）一七三頁、一八七頁、星野・前掲書二七一頁、遠藤厚之助「第六四三条」遠藤編『基本法コンメンタール一六一頁、納谷廣「第八節　雇傭」前掲『民法コンメンタール(14)　契約4』（一九八九年）五二頁、明石三郎「前注」前掲『新版　注釈民法(16)』二〇六頁、前掲・契約法研究会編『現代契約書式要覧　第四巻他人の労務、労働力を利用する契約(2)』一八一九頁等。

なお、仕事の目的が無形で、かつ「高度に専門的な知識や理論を必要とする労務を目的とする場合には、原則として委任ないし準委任と解すべきである。」との見解もある（田山・前掲書二一四頁）。また「請負の内容が仕事の達成ではなくて、行為の完了であるとすれば、それはもはや請負では

Hosei University Repository

なくて、行為の完了であるとすれば、それはもはや請負ではなく、準委任における事務処理と実質的に異なるところはない。」とする見解もある（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巻』（一九八四年）一五六頁。）。

（2）鈴木・前掲書四五二頁。同旨、石田・前掲書二九五頁、打田畯一・庄菊博「第二章　契約」遠藤編『基本法コンメンタール』五頁。

一　建築設計契約

(1) 設計図書作成という行為の性質

まず、建築設計契約における設計図書作成という行為が、どの典型契約の要素に相当するのか検討してみたい。

建築設計契約上建築家には注文者の意図、諸条件及び建築家という職業上の創造性等を取り入れて設計図書を作成し完成する義務がある、とみて完成の点に主眼におけば、その行為は請負契約の典型的な要素にあたる、と考えることが可能である。このことから、設計図書の完成という点に視点を置いて、建築設計契約の法的性質を請負とみる見解が多い。[1]

他方、建築設計契約上、設計図書作成という行為は主要な行為であるものの、建築を実行するには、調査し、行政上要求される諸規定、諸条件を満足すよう検討し、さらには行政上の諸手続をとること、近隣関係上の問題処理、及び工事段階における設計図書の手直し等もまた設計図書作成に劣らない重要な行為でありかつ不可欠のものである。そうなると、請負契約の典型的な要素とされる完成に主眼をおいて建築設計契約上の行為をみてみると、それに適合する行為は設計図書作成のみで、他の大半の行為の目的は無形であり、しかも単に仕事をするだけでは足りず専門的な知識を要する行為内容であるから、仕事の完了のみに重点を置いて請負契約的性質を有しているとは考えにくい。そこで、それらの行為の法的性質が委任かどうかを検討してみると、「具体的には、事務の処理も労務を必要とした仕事の完成として現れることもあるのだから、ある契約が委任であるか雇用または請負であるかを判定することは、実際上容易でない」。[2] そうであるならば、特段の事情が見出せればともかく、無理にいずれかに決定すべき法的必然性が存するのかどうかが疑問になってくる。

もっとも、建築設計契約においては建築家が行政上必要な諸書類等を作成するということで、それらの完成に主眼を置けないこともない。しかし、例えば、弁護士のなす相続処理事務を内容とする契約上、裁判所に申述する際の書類作成の完成のみに視点をおき、それを完成させることが約束されたとして請負

Hosei University Repository

契約と解すことが不可能ではないとしても、通例、それは、委託された相続処理事務を遂行する際の一つの事務内容であって、契約全体を総合して判断されるべきであろう。したがって、書類作成という点からのみ、単眼的に、契約全体の法的性質を決定する方法には疑問がある。同様に、建築設計契約において、たとえば、建築に際しての行政上の諸手続は、設計図書を作成し完成させることを目的とした諸行為の一つだ、とみることもできる。しかし、それらの諸手続行為は、建築を実行するのに必要な手続行為であり、それは設計図書を作成し完成するためにのみ必要な、いわゆる設計図書作成行為に付随するにすぎないものだ、とは必ずしもいいえない。つまり、一定規模以上の建築物の場合、設計図書のみ存していても建築は不可能なのであり、また一定の設計図書がなければ行政上の手続（例えば建築確認申請）の処理をなしえないし、さらには、行政手続が処理済みであったとしても、一定規模以上の建築物については法律に規定されている「建築士」の手による設計図書がなければ建築が不可能である。したがって、近隣関係上の問題処理も、設計図書作成も、行政上の諸手続作業も、つまり建築設計契約における全ての行為は、注文者が意図した建築物を、施工可能な状態にするのに必要かつ不可欠な基礎的行為であり、右の諸行為が設計図書作成にのみ必要な行為なのではなく、ましてそれに付随し下位に従属するものだとは解しえない。そうであれば、建築設計契約における設計図書の完成のみにとらわれて他の行為を無視し、単眼的に、建築設計契約の法的性質が請負契約的性質を有している、と決定するだけの特別の意義が存しているのかどうか疑問である。

(2)　個々の行為から判断する方法

右のごとく、あえて個々の業務の法的性質如何を個別に検討して決定する方法を採ることができるとしても、このような方法には疑問がある。すなわち、行為の性質をつきつめていけば、請負か委任か（または雇傭かをも含めて）いずれとも解しがたいのである。それにも拘わらず、個々の行為を無理に一三典型契約に分類してそれぞれの行為にそれぞれの法的効果を付与していけば、ひとつの契約の中に多様な法的効果を散りばめることになり、再びその性質と効果との関係を議論する必要が生じてくるのではないだろうか。

ドイツ民法上、設計および監理行為の両方を内容とする建築設計・監理総合契約の法的性質如何を検討する際に、テンペルによる右の方法が取り上げられるものの、一つの契約の中に異なる典型契約の法的効果を散りばめると、結局は行為の性質をめぐって再び議論しなければならなくなるおそれがあるとの批判がなされており、通説の地位を得ていない。[3] 日本法上もこの

Hosei University Repository

ような個別具体的な行為によって分類しようとする考え方がみられる。たとえば、建築士法第一八条に関する行為については請負契約法に従い、同法第二七条に関する行為については委任契約法に従うとする考え方である。しかし、一人の建築家が建築設計・監理総合契約において、監理段階に設計段階の行為を延長してなす場合、いずれの法を適用すべきかの判断が困難になる場合が生じるおそれもあるように思われる。そうなると、個別具体的な行為を適当な典型契約に無理に分類していくという方法は採用しにくい。

(3) 結　論

建築設計契約における行為内容は、建築物の建築を可能な状態にするのに必要な諸行為をなすことであり、設計図書の作成は、そのうちの一つの行為内容にすぎない。設計図書の作成を単眼的にとらえ、そこから建築設計契約の法的性質を請負と解すれば、設計図書作成以外の諸行為を無視することになる他、修補および解除の点で疑問が生じることは、既に指摘したとおりである。だからといって、諸行為をなすことに着目して建築設計契約の法的性質を委任と決定すれば、建築請負人との関係上責任の存続期間等で疑問が残ることも指摘したところである。そして、設計行為をつきつめていけばいくほど、労務供給契約のいずれにあたるのかを決定することはますます困難になってくる。これらのことから、典型契約のいずれかに建築設計契約を押し込むことには無理があり、またそうしなければならないことの特別の必然性があるのならばともかく、建築設計契約は非典型契約と解すのが無難で妥当であり、そして設計行為の性質上、および建築事象における特殊性に鑑みると、無名契約と解すことが、より妥当するのではないかと思われる。

(1) 参照、本誌第八十六巻第三・四合併号一〇九頁。
(2) 末川・前掲書一九八頁。
(3) 参照、本誌第八十七巻第三号一〇五頁。

二　建築監理契約

設計段階において施工可能な内容の設計図書を作成すれば、本来ならば監理段階における施工図書は不用の筈であるが、今日そのような状況にはなく、[1] 監理行為の内容にも請負的行為が含まれる。したがって、建築監理契約における行為内容にも、建築設計契約におけると同様に、施工図書の作成のごとく請負とみられやすい行為と、設計図書どおりの施工がなされているか否かを監理する、という委任とみられやすい行為とが含まれている。しかし、個々の行為を個別に検討すれば、建築設計契約における指摘がここでもあてはまる。かくて、建築監理契約を典型契約のいずれかと解すべき必然性が特別に存しているのであれば別段、建築固有の諸事情を考慮に入れると、非典型契

Hosei University Repository

約（無名契約）と解すのが諸問題の解決に有効である、と思われる。

（1）「最新現場ルポ」日経アーキテクチャー一九九〇年一一月二六日号一〇一頁。この中で、設計図書としてはあまりにも簡略で不十分なものがあることの指摘がなされている。このことは、実務上、設計行為を契約にしたがって十分に履行していないにも拘わらず、その責任を問われない建築家がいる、ということを示すものであり、建築設計・監理契約責任について建築家の理解が必要であろうと思われる。

三　建築設計・監理総合契約

建築設計・監理総合契約が、設計及び監理の両方の行為をなすことを内容とする契約であることから、建築設計契約および建築監理契約に関して先に指摘したことが、ここにも妥当するので、建築設計・監理総合契約についても、非典型契約と解すのが適切で無難であろうと思われる。

ドイツ民法上、建築設計・監理総合契約について、設計行為と監理行為とはそれぞれ法的に異なる性質のものであるということを前提にし、その両方の性質を一つの契約の中でいかように取り扱うべきかが苦心されたこと、そして、その決定方法について、様々な方法が考え出されてきたことは、既にみたとおりである。[1] 日本法上もまた同様である。[2]

ところで、一つの契約中の複数の性質の行為について法的に処理する際、①統一的に扱うべく一つの性質にその他の性質を従わせる、②個別行為を無理に典型契約に分類してそれぞれの法的効果を一つの契約の中で散りばめる、③または当該契約内容の独自性、特殊性等に視点をおいて特殊な契約と解する、等の方法があるといえよう。前二者の方法が、法的効果の面で疑問があり、また一律に決定することが困難であることは既に指摘したところである。そこで、設計、監理行為の性質上、委任か請負かのいずれかに決定することが困難であること、また、無理に決定してみると不合理な結論に至る場合があること、さらに、建築事象及び建築物や建築関係者との関係等の特殊な問題に鑑みると、建築に関しては固有の領域が存するものと解されることから、建築設計・監理総合契約は、非典型契約と解すのがその性質に最も妥当するように思われる。

（1）参照、本誌第八十七巻第三号一〇五頁。

（2）なお、スイス債務法上も、建築設計・監理契約については、請負か委任かの議論がある。そして、判例及び通説は、一部の仕事について委任規定を適用するが、通例一部または全部について請負契約法が適用され、法的効果については、帰責性を問わない担保責任だとされている。判例は、建築設計・監理総合契約について混合契約と解していたが、一九八

Hosei University Repository

五年五月八日の判決で統一的に委任契約法の適用を受けるとしたということである（Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, herausgegeben von Peter Gauch-Pierre Tercier, Le droit de l'architecte, 1986, S. 111 ff.; Gauch, Der Werkvertrag, 1985, S. 13 ff.）。なお、右書によれば、判例は未掲載ということである。なお、ガオホは、建築設計・監理契約を請負契約とみるが、シュマッハーは、建築設計・監理契約を委任契約とみる。

また、フランスにおいても、請負か委任かの議論があったという（フランスの場合については、古軸隆介「フランス法における『建造者の責任』(la responsabilite des construteurs)(1)」『成蹊法学』第三一号（一九九〇年）一頁以下）。なお、フランス民法第一七九二条の一は、建築家を工作物建築者の中に含めている。

四　結　論

設計および監理行為は、既にみたごとく、委任と請負の両性質を併せ持つ以上、無理にいずれかの一方に従わせる法的必然性は必ずしも存しないように思われる。のみならず、日本法の下では、委任か請負かのいずれか一方に解すなら、不都合な結論を導き出すことになることも既に指摘したとおりである。かくて、日本法上、事柄の性質と効果の面で、建築設計・監理契約を非典型契約と解すのが無難であり、そして建築事象の特殊性に鑑みると建築固有の領域が存するものと解されること、および設計、監理行為の特殊な性質上、それを無名契約と解す方が固有の問題を処理するのにより有効であると思われる。

Hosei University Repository

おわりに

一　おわりにあたり、煩雑ではあるが、あえてもう一度立ちかえって簡単に結論をまとめ、それを踏まえて建築設計・監理契約上の今後検討すべき若干の点をあげることにする。

二　本稿では、建築設計・監理契約上建築家がどのような責任を負うと解すのが妥当であるのかを考察するにあたって、ドイツ民法上の議論を参考にし、設計・監理行為の特殊性を踏まえて、主として、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥についての建築家の修補責任を中心にみてきた。そこから、以下のようなことが明らかとなったということができよう。

三　まず、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥についても建築家は契約責任を負う、と解すべきである。なぜならば、建築設計・監理契約上、過誤のないように設計、監理をなすこと、そしてこれに伴い設計、監理過誤が建築物に移行しないよう注意することを約束している、と解されるからである。また、建築物の欠陥が設計、監理過誤から生じたことが明らかである場合で、しかも、妥当な責任の存続期間内であるにも拘らず、建築物の欠陥についての責任を、建築請負人や注文主が負担することになるのは妥当でないからである。さらには、注文主が意図し、諸条件および諸法規に適合した建築物を平面上に表したものが設計図書であり、その設計図書の具体化されたものが建築物であること、および建築の実施可能な状態にするのに要する諸行為をなすことが設計行為であり、その設計図書通りの建築物が建築されるよう監理することが監理行為の内容であることから、建築物と設計、監理行為とは密接かつ不可分の関係にある。そうして、この関係から、設計、監理過誤に起因して建築物に欠陥が生じた場合、設計、監理過誤が建築物に移行して欠陥となって顕れた、すなわち、建築物の欠陥は設計、監理過誤の移行したものだ、ということができる。以上のことから、建築物の欠陥について直接建築家に契約責任を問うことが可能であると思われる。

しかし、このように解したからといって、建築家の行為と建築物の欠陥とが自動的に結び付けられ、建築家が建築物の欠陥について無限に責任を負わなければならないような事態になってはならない。そこで、建築家が建築物の欠陥についても責任を負うとされるのは、①建築物の欠陥がいわゆる瑕疵であること、②建築物に生じた欠陥が設計、監理過誤に起因していること、③設計、監理過誤について建築家に過失があること等、その責任負担が公平、妥当であると解される場合に限られること

Hosei University Repository

が必要であろう。

四　設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥について建築家にその責任を追及しうると解すと、次に、その内容が問題となる。それについては、修補、減額・解除、および損害賠償請求権が考えられる。

本稿では、主として、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥についての注文主の修補請求権を中心に検討した。

そして、結論をいえば、ドイツ民法上の一部の学説のいうごとく、設計、監理行為の目的は無形であるからその行為の過誤それ自体を取り除くことが不可能である、また建築物の欠陥を取り除いても設計、監理の過誤自体を除去したことにはならない、ということが仮にできるとしても、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥について、建築家は修補義務を負うと解すことが合理的であると思われる。

その理由として、まず、建築設計・監理契約上、注文主は過誤のない設計、監理過誤を受領する権利を有し、この権利に相応して、建築家には過誤のない設計、監理をなす義務があり、これに伴って、設計、監理過誤が建築物に移行しないよう注意する義務が課される、と解されることがあげられる。さらに、右の建築家の義務から、設計、監理過誤が建築物に欠陥となって移行した場合には債務の本旨に反した履行がなされたことになり、設計、監理行為と建築物とが密接かつ不可分の関係上、建築物に移行した設計、監理行為の過誤を取り除くことで債務の本旨に従った履行がなされたことになると解される点をその理由にあげることができる。また、実際上、設計、監理過誤に起因する建築物の欠陥について他の者が責任を負うことの不当性、建築物の欠陥を修補する際に建築家の設計図書、施工図書中の過誤の修正およびそれに基づく修補作業の監理が必要になる場合があること、およびそれが必要な場合に後任の建築家がそれを受託するかどうか疑問に思われること等があげられる。

これらのことから、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥についても建築家の修補義務を認める方が、事柄の性質上および効果の面で適切だと考えられる。しかし、建築家は、建築請負人のごとく実際の作業をなしえないのであるから、建築家の修補の内容が問題となる。この点は、ドイツ民法上の議論を参考にして、修補作業に必要な協力をなすこと、および修補作業に必要な設計、監理をなすことが、建築設計・監理契約上の修補であり、かくのごとき修補が、建築家の行為の性質に適合する内容だと考えられる。

建築物に欠陥が生じた場合、最も必要でかつ重要なことは、その欠陥を速やかに修補し、欠陥から生じる損害をいかに小さく抑えるかにある。そして、このことが、すなわち注文主を保

Hosei University Repository

護するのに最も必要なことである。この視点に立つならば、建築設計・監理契約においては、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥が発見された場合、建築家の修補義務を認めるのが適切であり、また他方で、損害賠償を請求するよりは、まずその欠陥を修補するよう請求することの方が実務界の要求に即している。このことからまた、注文主の損害賠償請求に対しては、まず欠陥の修補をさせるよう申し出る、いわゆる建築家の修補権が認められるべきであり、かつそれが妥当であるように思われる。なぜなら、建築家は、その専門故に経済的、社会的に合理的に修補しうると解されるからである。しかし、建築は信頼関係が重要であるから、誠実に修補したとしてももはや信頼関係が取り戻せないほどそれが破壊している場合は認められないことになろう。

五　次に、責任の存続期間が問題になる。建築設計・監理契約の法的性質を請負と解しても、委任と解しても、建築請負人と建築家とでは責任の存続期間が異なることから、両者で責任を負うことが妥当だとされた場合に不都合な結果に至るおそれのあることは、既に指摘した通りである。そこで、建築請負人と建築家との責任の存続期間は、統一することの方が合理的であるように思われる。

六　また、今日、規模の大きい建築物はもちろんのこと、一般住宅でさえ多様な機能を備えており、その設備部分が建築において重要な位置を占めていることから、設備関係者が法的に問題となってくる。通例、設備部分については、一個の建設請負契約に含まれ、設備関係者と注文主とが契約を締結していないこともあるから、注文主が直接に設備関係者に設備の欠陥についての請求をなしえない場合が生じるおそれもある。これは、請負人が、欠陥につき速やかに適切な処置をせずに放置する、または対応が不誠実である場合に問題となる。

七　すなわち、現行法では、責任の存続期間にみられるごとく、法的に同一部位について建築関係者間に相違がみられ、そのことが妥当でない結果を招く場合のあることが、建築設計・監理契約の検討を通して明らかとなった、ということができる。建築関係者間に生じる不都合な結果は、ひいては、注文主の保護という側面に影響を及ぼすことになろう。

そこで、一つの建築物の建築を目的とする建築関係者は一個の建築に関係した時点で当該建築上の統一体を形成し、そしてその統一体に属する一員は、一定事項――例えば担保責任や責任の存続期間の事項等――について、統一的な法的取り扱いを受ける、と解すべく検討してみること、および、これと関連して、労務供給契約における仕事の目的が無形である場合の行為の過誤（不完全履行）責任を法的にいかに処理すべきかの視点

Hosei University Repository

から、労務供給契約について見直してみることもまた、注文主の保護をより厚くすることにとって意義があるように思われる。

八　ところで、設計、監理過誤が建築物に移行した場合の建築家の責任を検討してみると、建築設計・監理契約を請負または委任のいずれか一方にのみ基づいて処理する場合に、不都合な結果が生じることは指摘したところである。そして、設計、監理行為を個別に検討してみると、それぞれをどの典型契約に分類すべきか困難であり、また無理に分類すべき特段の法的事情が存しているようには思われない。これらのことから、建築設計・監理契約を非典型契約と解するのが妥当で無難であり、そして設計、監理行為の特殊性、および他の建築関係者との関係等に鑑み、建築に関する契約は特殊な領域にあると解されることから、無名契約と解す方がより適切なのではないだろうかと思われるのである。

九　なお、建築物の性質上、欠陥の修補には、迅速性が求められる。そこで、設計、監理過誤から生じた建築物の欠陥についてもまた、迅速な解決手段が必要である。

建設請負契約に関しては、建設工事紛争審査会へのあっせん、調停または仲裁申請という手段があるが、この紛争上建築家は当事者にはならないとする判決があり、これに対する格別の反対見解はみられない。したがって、建築設計・監理契約上、裁判所への訴訟提起、民事調停法に基づく管轄裁判所への調停申立て、起訴前の和解としての管轄裁判所への和解申立て、民事訴訟法に定める仲裁に判断を委ねることになる。しかし、これらの手段は、事柄の性質上要求される迅速な解決にとって、必ずしも適切に対応するものであるとは言い難い。そこで、建設工事紛争審査会に関する規定に建築家をも当事者とするとの規定を加えるか、または建築家と注文主間の紛争処理機関として、建設工事紛争審査会と同様のものを設置することが早急に望まれる。そして、そこには瑕疵の存否等の鑑定を行う鑑定機関が付置される必要があろう。

一〇　ところで、注文主が瑕疵修補を請負人に請求しても、瑕疵でないとして、又は十分な仕事をなしたとして無視されることがある。この繰り返しが紛争に至るのであり、紛争に至った場合は既にかなりの期間を経過しているものと思われる。そこで、注文主が、鑑定機関による瑕疵の存否、および注文主が瑕疵について誰に請求が可能かの中立、公正なる鑑定見解をもって、相手方に修補をなすよう請求することが可能になれば、請負人も瑕疵の修補請求を無視しえず、深刻な紛争に至る前の早期の一解決手段として、鑑定見解が有効になるのではないだろうか。このことから、事柄の性質上要求される迅速性に応えるべく、建築関係者がより簡便に鑑定機関を利用しうるよう、

Hosei University Repository

鑑定機関の常設について検討してみることも有用であるように思われる。なお、九および一〇の紛争解決の手段に関する問題は、建築上の損害を最小限に抑える一手段として、早急に検討すべき問題であろうと考える。

一一　以上、建築家の建築設計・監理契約上の責任の一端について考察を試みた。この他にも、民法上の諸問題、専門家の概念、一般人よりも重い注意義務を負う根拠づけ、専門家固有に生じるところの行為過誤上の損害の過大な負担についての問題、および保険の問題等、まだ検討されるべき諸問題が多く存している。そして、これと関連して、今後はとくに、これまで個別に検討されてきた仕事の目的が無形である場合の各種労務供給契約を体系的に整理し、仕事の目的が無形である場合の行為の過誤責任の法的処理を中心に労務供給契約を検討してみることもまた、意義のあることであろうと思われる。

〔完〕