

第2版はしがき

本書が出版されて4年余りが経過した。建築訴訟についての法理論、裁判実務の基本とその最新の状況を、研究者、現役裁判官、弁護士が分担執筆するというまさに専門訴訟講座ならではの本書の特色は、幸いなことに多くの方の需要に応えることができたようで、初版はすでに品切れ状態となり増刷の要望も多く寄せられている。

ところで、この4年の間には、建築瑕疵をめぐる建築施工者等の不法行為責任や建替費用相当額の損害賠償請求訴訟での居住利益の控除の可否、建築基準法違反の建築請負契約の公序良俗違反性など、重要な問題で最高裁判所の判決が相次いで出され、新たな下級審裁判例も多く蓄積されてきている。そこで、それらの最新状況を反映するために、ここに第2版を出版することになった。

建築訴訟にかかわる法理論、裁判実務をめぐるっては、他の分野と同様、各論点について、判例がまだなかったり、あるいは判例の射程距離をめぐり見解が対立するような問題も多々存在する。そのような論争的な論点について、本書の執筆者間で何か統一見解をまとめているわけではないし、また、それを1つの見解にまとめようとする自体が不適切ともいえよう。そのため、同一論点について、執筆者によって見解を異にする部分があることもあり得る。読者には、まさにそのような論点こそが、現在、法理論、裁判実務上、最も先鋭になっている論点であると考えていただければ幸いである。

第2版の出版にあたって、民事法研究会代表取締役の田口信義氏と編集担当の安倍雄一氏に並々ならぬご尽力をいただいた。ここに厚く御礼申し上げます。

平成25年2月

編者 松本 克美
同 齋藤 隆
同 小久保孝雄

【第2版増刷にあたって】平成29（2017）年5月に、「民法の一部を改正する法律」（法律第44号）が成立したことから、凡例の後ろ（39頁）に追記した。

は し が き

新民事訴訟法が施行されてから10年が経過し、その指向する争点中心型審理は実務に定着したといえよう。弁論準備手続を中心とする争点整理手続の活用により、当事者双方が自覚的に争点を絞り込み、無駄のないスピーディな訴訟活動を行うことにより、適正かつ迅速な審理が相当程度に実現されており、その成果は、平均審理期間の著しい短縮化に表れている。しかし、そのような一般的な傾向とは異なり、審理および判断に専門技術的知見を要するいわゆる専門訴訟については、必ずしも順調に処理されているとはいえないとの指摘がされており、この種の訴訟の審理方式の改善・進化が現在の民事実務の最大の課題であるといつて差し支えない。そして、建築訴訟は、その審理および判断に際して建築技術に関する専門的知見が必要とされ、手続の中でどのようにして建築専門家を活用するかが円滑な審理を実現するためのキーポイントであることから、専門訴訟の典型として位置づけられている。司法制度改革審議会の意見書や最高裁判所事務総局による裁判の迅速化に係る検証に関する報告書においても、建築訴訟が審理および判断の困難な訴訟の典型として取り上げられているのも、このような事情を反映しているといえることができる。

建築訴訟が注目を浴びているもう一つの理由は、欠陥住宅問題や耐震強度偽装問題のように社会の耳目を集める事件が起きて、消費者が重大な損害を被り、その救済のために訴訟が利用され、迅速な解決が強く要求される事態となっていることがあげられる。いうまでもなく建物は、消費者にとって極めて高価な買い物であり、請負契約における施主や売買契約における買主が契約の目的物に欠陥があると認識してその解決を訴訟に求めた場合には、強いインセンティブをもって訴訟活動をすることになり、適切な専門的知見の導入方法を含めて審理方式について特段の配慮をしないと円滑な進行を図ることはできない。

ところで、建物の建築をめぐる紛争は、民事事件として処理されるのが通常であるが、建築に関する行政的規制が問題となる場合には行政事件として取り扱われることもある。また、民事的にも契約法と不法行為法の双方にまたがり、種々の法律問題を抱えているので、訴訟における争点も多様である。したがって、建築訴訟の本質を理解してその適切な解決方法を検討するに際しては、まず建築をめぐる実体法的な規制および法律問題を正しく理解し、それを前提としたうえで、問題点について速やかな審理を遂げるための手続法的な考慮をし、さらに、その審理および判断のバックボーンとなる訴訟物および要件事実についても押さえておかなければならない。そこで、本書においては、「専門訴訟講座」の統一的な方針にのっとり、第1部で「建築訴訟の法理」として建築訴訟において取り上げられる実体法上の諸問題について基礎的な面からの解説を加え、第2部で「建築訴訟の実務」として審理上考慮すべき事項について実務的な面から説明し、第3部で「建築訴訟の要件事実と裁判」として種々の法律構成における要件事実の構造と分類について考え方を提示している。このような趣旨から、第1部の編集は民法の研究者である松本克美が、第2部および第3部の編集は民事訴訟の実務家である齋藤隆と小久保孝雄があたり、執筆はそれぞれの担当項目に造詣が深い研究者および実務家が分担した。論述の方法については、細部についてまで指定しておらず、各執筆者の方針を尊重したため、必ずしも統一されていないが、性質の異なる多様なテーマを扱っているためやむを得ないものとの理解をお願いしたい。

本書の読者としては、主として裁判所および当事者（訴訟代理人）の立場で建築訴訟に関与している方々を対象としているが、もとより実務家としての基礎的な理論および技術を修得中の司法修習生および法科大学院生にとっても専門訴訟審理の実際を知るために有益であると考えている。本書が理論と実務の架け橋となり、建築訴訟の適正かつ迅速な処理に少しでも役立てば幸いである。

はしがき

最後に、本書の刊行を企画され、編者および執筆者のために多大な尽力をされた民事法研究会代表取締役の田口信義氏および編集部の安倍雄一氏に厚く御礼申し上げたい。

平成21年 3月

編者 松本 克美
同 齋藤 隆
同 小久保孝雄

【第2版増刷にあたって】

本書第2版が出版されて、5年近くが経過した。幸いにも、第2版も、建築訴訟に関心のある方の需要に応えることができ、すでに品切れの状態で、多くの方から増刷の要望をいただいております、編者としてもその責任を果たさなければならないと考えている。

ところで、第2版刊行から4年を経た平成29(2017)年5月に、債権関係を中心とする「民法の一部を改正する法律」(以下、「改正民法」と略す)が国会で成立し、同年6月2日に法律第44号として公布された。施行は、一部の規定を除き、平成30(2020)年4月1日とされている。民法の財産編の部分は明治29(1896)年制定で、同31(1898)年施行であるから、今回の改正は120年ぶりの大改正となる。

当然のことながら、本書の内容も改正民法を基準にして内容を改訂する必要があるが、それには、本書の十数名の執筆者が改訂稿を作成し、編集するというかなり膨大な作業が必要となり、相当程度の時間がかかる。そこで、改正民法を基準にした内容の全面的改訂については、改正民法が実際に施行されるまでをめぐりに第3版として出版することにし、今回は、必要最小限の語句の訂正などにとどめる第2版第2刷として刊行することにした。

とはいえ、改正民法は、まだ施行されていないとしても、すでに成立、公布され施行日も決まっている。今回の改正は民法の改正なので、建築にかかわる民事訴訟にも大きな影響を与える。特に、影響が大きいのが建物の瑕疵(欠陥)にかかわる建築訴訟である。そこで、下記に、改正民法が建築訴訟に与える影響として重要な、瑕疵担保責任、権利行使期間、経過措置の3点について指摘しておくことにしたい。

[改正民法と建築訴訟]

1. 瑕疵担保責任から契約内容不適合責任へ

従来は、購入した建物に瑕疵（後述の注文建物を含め、瑕疵の具体的な意味は、本書第1部第2章、第2部第2章第4節、第3部第1章第3節を参照されたい）があった場合は、売買契約上の瑕疵担保責任（改正前民法570条）、注文した建物に瑕疵があった場合は、請負契約上の瑕疵担保責任（同法634条）を根拠に、売主、請負人に責任を追求し、あるいは代金請求に対する抗弁として主張するという形で争われることが多かった。いずれにおいても損害賠償を請求または主張できるが、瑕疵担保責任に基づく損害賠償は、債務不履行責任に基づく損害賠償とは異なり、債務者の無過失による免責を認めない無過失責任と理解され、裁判実務上もそのように扱われてきた。売主の瑕疵担保責任による損害賠償以外の法的効果としては、売買契約の目的物に隠れた瑕疵があって契約目的が達成できない場合は、売買の解除ができる（改正民法570条、566条1項）。

他方で、請負契約上の瑕疵担保責任の場合、注文者は請負人に損害賠償請求のほか、修補請求をすることができる（改正前民法634条）。その代わり、建物に瑕疵があって契約目的が達成できない場合でも請負契約の解除はできない（同法635条ただし書）。

これに対して、改正民法は、今までの「瑕疵」の文言を条文から削除し、売買契約について定めた第3篇第2章第3節において、引き渡された目的物の品質が、「契約の内容に適合しない」ものであるときに、買主が、売主に対して、目的物の修補、代替物の引渡しによる履行の追完を請求することができる一方、売主は買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができるものとした（改正民法562条）。また、買主は一定の要件の下に代金減額請求権を有する（同法563条）。さらに、目的物の品質が契約内容に不適合の場合の損害賠償

および契約解除については、債務不履行による損害賠償と解除の規定が適用される（同法564条）。そして、請負契約について定めた同第9節において、瑕疵担保責任の規定は削除され、上記の売買契約の目的物の品質に関する契約内容不適合の場合に適用される規定が、有償契約としての請負契約にも準用される（同法559条）。もっとも、住宅の品質の確保の促進等に関する法律においては、第1章の総則に瑕疵の定義規定（第2条）が新たにおかれるとともに、第7章の瑕疵担保責任に関する規定がほぼ同様の規律の下に存置され、同法の適用にあたり上記の改正民法の契約不適合は瑕疵と置き換えられることとなった（これを受けて、特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律においては、上記の瑕疵の定義規定をそのまま同法においても用いるとともに、従前の瑕疵担保責任履行確保制度を維持している）。

そこで、改正民法施行後の建築訴訟においては、目的物の品質に関する契約内容不適合性の有無をめぐる争い、買主や注文者が求める追完請求権の行使としての修補請求、あるいはこれを理由とする同時履行の抗弁に対して、売主や請負人が相手方に不相当な負担を課することにならないとして別の修補による追完権を行使するという形での争い、損害賠償につき債務不履行責任の規定が適用されることにより、従来は生じなかった免責事由をめぐる争い（改正民法415条1項は「その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものである」ことを免責事由とする）などが予想される。そのため、従前、争点整理のために用いられてきた瑕疵一覧表はそのままの形では利用することができないこととなるので、瑕疵概念と契約内容不適合概念の異同を含め所要の検討をしたうえで、円滑な審理の実現のための方策を整備する必要があると考えられる。

2. 権利行使の期間制限

建物に瑕疵がある場合の瑕疵担保責任の権利行使期間について、改正前民法は、売主の瑕疵担保責任の追求は、買主が売買目的物の隠れた瑕疵を知つ

た時から1年（改正前民法570条、566条3項）、建築請負人の瑕疵担保責任の追求は、目的物が引き渡された時から5年（木造などの場合）ないし10年（鉄骨造りなどの場合）で、瑕疵によって建物が滅失し、または損傷したときは、その滅失または損傷した時から1年以内に限ると規定していた（同法638条）。なお、判例によれば、買主が隠れた瑕疵を知らなくても、債権の消滅時効の規定が重複適用されるので、売主の瑕疵担保責任に基づく請求権は、目的物の引渡しの時から10年の消滅時効にかかる。

これに対して、改正民法は、こうした瑕疵担保責任に特有な時効規定を削除し、代わりに、買主ないし注文者は契約内容不適合を知った時から1年以内にその旨を売主ないし請負人に通知しておかないと、後で契約内容不適合の責任を追求できないとする契約内容不適合通知期間制度を新設した（改正民法566条）。また、瑕疵担保責任に関する特別な時効規定の削除により、契約内容不適合の責任については、一般の債権の消滅時効規定が適用されることになる。一般の債権の消滅時効は、改正前民法では権利を行使することができる時から10年であったが（改正前民法166条1項、167条1項）、改正民法は、それに加えて、債権者が権利を行使することをできることを知った時から5年で時効が完成するという、いわゆる二重期間を導入した。さらに従来、商行為から生じる債権には商法が商事消滅時効として5年の短期時効を定めていたが（商法522条）、この規定は改正民法の施行とともに削除されることになった。そして、建築工事の設計、施工、監理に関する債権について、改正前民法は3年の短期消滅時効を定めていたが（改正前民法170条2号）、この規定も削除された。すなわち、改正民法により、債権の消滅時効期間の二重期間化と統一化が図られたことになる。なお、人の生命または身体の侵害による損害賠償請求権の長期時効期間は20年という特別規定が新設された（改正民法167条）。

建物の瑕疵をめぐっては、売主や建築施工者等の不法行為責任に基づく損害賠償請求がなされることも多い。改正民法は、被害者が損害および加害者

を知った時から3年、知らなくても不法行為の時から20年という二重の権利行使期間の枠組みを維持したうえで、この20年期間は、判例がいう除斥期間ではなく、時効であることを明示した（改正民法724条2号）。したがって、20年期間につき時効の援用の信義則や権利濫用による制限がなし得ることになる。なお人の生命または身体を害する不法行為による損害賠償請求権の短期消滅時効は5年に伸長された（同法724条の2）。

3. 経過措置

改正民法が施行される前に締結されていた契約関係や、施行前に成立していた債務についての債務不履行責任に関しては、なお従前の例による（附則17条、29条）。また、施行日前に債権が生じた場合のその債権の消滅時効の期間は、なお従前の例による（附則10条4項）。さらに、改正前民法724条後段に規定する不法行為の時から20年の期間が改正民法施行前に経過していた時のその期間の制限については、なお従前の例により、同条前段が規定する3年の短期消滅時効が改正民法施行以前に完成していた場合には、人身損害に関する改正民法の5年の特別時効は適用されない（附則35条）。

すなわち、改正民法が施行されたからといって、すでにその時点で発生している建物の瑕疵をめぐる紛争には改正前民法が適用されるし、改正民法施行後に生じた紛争であっても、改正民法施行前に売買契約や請負契約が締結されていた場合には改正前民法が適用される。

4. 民法改正が建築訴訟に与える影響

上記の民法改正により最も大きな変貌を遂げるのは、瑕疵概念が廃止され契約内容不適合概念に代わった点であるが、従来の瑕疵概念が、売買契約および請負契約ともに、当事者が契約によって定めた目的物の性質・形状を満たさないこと（主観的瑕疵概念）としてもとらえられていたことから、慎重な検討が必要ではあるけれども、瑕疵と契約内容不適合の両概念の意義自体に大きな違いはないとも考えられ、少なくとも実務上瑕疵判断の基準として取り上げられていた諸点が契約内容適合性の判断の指標としての意味をもつ

第2版増刷にあたって

ことは疑いがないところである。その意味で、改正前民法における議論は、その価値を減ずるものではなく、本書の存在意義も、なお失われたいといえる。

第1部

建築訴訟の
法理



第1章

建築訴訟の意義と法的構造

I はじめに

建築をめぐる訴訟は、私法上の権利義務関係をめぐり争われる訴訟（建築民事訴訟）と、公法上の規制をめぐる争われる訴訟（建築行政訴訟）とに大別される。後者については、建物の建築や改築・増築が周辺の環境に影響を与えることによって環境紛争が生ずることがあるが、これについては、別巻が予定されているので、本巻では、建築工事段階における行政上の訴訟を中心に第4章で取り上げる。

また、建築紛争の意義と特質は、後述第2部第1章で、建築紛争の詳細な類型は、第2部第2章で取り上げられるので、ここでは次章の建築瑕疵訴訟について検討するうえで必要な限りで、基本的な概観をしておくにとどめる。

II 注文建物紛争と購入建物紛争

建築民事訴訟は、紛争当事者間の法律関係がどのようなものであるかによって、適用されるべき法規範も異なってくる。特に重要なのは、建築を注文した注文者（建築主―施主）と建築工事を請け負った請負人との争い（注文建物紛争）なのか、建物を購入した買主と建物を売却した売主との争い（購入建物紛争）なのかである。前者であれば、請負契約上の権利義務の問題となり（民632条以下）、後者であれば、売買契約上の権利義務の問題となる

(同法555条以下)。

III 建築瑕疵紛争

建築民事紛争の多くは、注文した、あるいは購入した建物の瑕疵をめぐる紛争である。瑕疵とは何かについては、後に詳述されるが、ここでは、「瑕疵」とは、建物としての通常の品質に欠ける場合および契約で特に定めた品質を欠く場合としておく。日常用語では、欠陥といわれる問題である。建築瑕疵紛争をめぐるっては、次のような法的問題が生じうる。

1 注文建物と建物の瑕疵

注文建物における注文者と建設工事の請負人との法律関係は、請負契約によって設定される。請負契約においては、請負人が仕事完成義務を負い、仕事を終了し、かつ、仕事の目的物（建物）を引き渡した時点で報酬支払請求権を行使できるのが原則である（民632条）。仕事が終了し、一応完成したと思われる建物の、何らかの不具合があった場合に、これが、建物の未完成と評価されるならば、仕事完成義務の不履行という債務不履行責任の問題となり、注文者は、仕事完成義務の履行を請負人に請求できるという問題となる。また、仕事が未完成ならば、特約がない限り、注文者はまだ報酬支払義務を履行しなくてよいことになる。

他方で、仕事は完成したが瑕疵があったという場合には、請負人の瑕疵担保責任の問題が生じ、注文者は瑕疵の修補（修繕）や修補に代わる、あるいは修補とともにする損害賠償請求の問題が出てくる（民634条）。また、この場合、請負代金に未払分があると、注文者は、瑕疵を修補するまで、あるいは瑕疵修補に代わる損害賠償をするまで残代金を支払わないという同時履行の抗弁権を主張できる（同法634条2項）。

なお、民法は、建物が完成して契約目的を達成できないような重要な瑕疵

がある場合でも、注文者は請負契約を解除できないと規定する（民635条ただし書）。これに対して、建物が未完成であれば、債務の不履行の問題として契約の解除が可能であるとされている。

このように、発注した建物が完成していれば、注文者は請負代金の履行義務を負い、また仮に建物に瑕疵があったとしても、それは瑕疵担保責任の問題となり、かつ、契約は解除できないことになる。したがって、そもそも当該建物が完成しているのかが争点となる訴訟も多い。¹

2 購入建物と建物の瑕疵

購入した建物に「隠れた瑕疵」があると、売主に売買契約上の瑕疵担保責任が発生し、買主は売主に損害賠償を請求できるほか、契約目的達成不能の場合には契約の解除をして、代金支払義務を消滅させたり、既払代金の返還を請求することができる（民570条、566条）。

3 契約当事者である請負人、売主以外の者に対する損害賠償請求

以上のように、注文ないし購入した建物に瑕疵があった場合、注文者が契約の相手方である請負人に対し、また買主が売主に対して損害賠償を請求することになる。しかし、たとえ、注文者や買主の請求が裁判で認められたとしても、請負人や売主の資力が不十分で損害賠償を支払えないという場合もあり得る。なお、新築住宅の構造耐力上主要な部分および雨水の侵入を防止する部分の瑕疵についての建築業者たる請負人や宅建業者である売主の瑕疵担保責任の履行を確保するための保険制度が新設され、平成21年10月1日以降に引き渡される新築住宅については上記事業者による保険加入または供託²が義務づけられている。

1 「完成」の基準については、第2部第2章第4節I参照。

2 特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律。詳細は、国土交通省『逐条解説 住宅瑕疵

(1) 建物の瑕疵の発生に関与した者への請求

購入建物の瑕疵の場合に、当該瑕疵のある建物を建築した建築業者が、その建物の売主も兼ねている場合でなければ、瑕疵をつくり出した建築業者と建物買主との間には、直接の契約関係がないことになる。この場合に、建物買主が建物建築業者を相手どって不法行為に基づく損害賠償を請求することがあり得る³。

また、注文者や買主と直接の契約関係がない建築士に対して、その設計、監理上の過失を理由に不法行為責任を追及することもあり得る⁴。

(2) 瑕疵建物に関する請負契約、売買契約の成立に関与した者への損害賠償請求

例えば、注文者に建築資金を融資した金融機関が、瑕疵ある建物をつくる手抜き工事をよくする業者であることを知りながら、それを隠して注文者にこの業者を紹介したような場合、あるいは、瑕疵ある建物だと知りながら、あるいは知らないことに過失があつて、この建物の購入資金を融資した金融機関などに対して、注文者、買主が債務不履行責任ないし不法行為責任を追及することも考えられる（なお、建物の瑕疵に直接かかわるわけではないが、不動産建築資金の融資にあたって、計画どおりの建築が可能な物件であるかについての調査義務、顧客への説明義務が生じ得ることを指摘した重要判決として、最判平成18・6・12判時1941号94頁が注目される）。

担保履行法』参照。

3 第1部第2章第1節III参照。

4 第1部第2章第3節参照。

IV 建物に瑕疵がない場合の紛争

1 追加工事と代金をめぐる注文建築訴訟

注文した建物に瑕疵がなかったとしても、追加工事の代金をめぐり紛争が生ずることがある。この場合、追加の指示の有無、内容、その場合の代金額などが争いになり得る。⁵

2 第三者との間に生ずる紛争

建物自体に瑕疵がなくとも、建物が隣地の境界を侵害して建てられたとか、通行権を侵害したとか、あるいは第三者に日照、騒音、風害被害を発生させたなどとして、紛争が発生する場合があります。

V 第1部の構成

建築訴訟の法理を扱う第1部では、以上のような紛争類型のうち、まず、建築瑕疵をめぐる訴訟を、請負契約、売買契約の当事者に即して検討する(第2章)。建築士については、建築瑕疵訴訟との関係で生ずる問題を第2章第3節で扱い、また、設計・監理契約の法的性質、報酬や設計図書の著作権の問題、請負代金や売買代金をめぐる訴訟などは、独立して扱った(第3章)。第三者との関係で生ずる紛争については、行政法的な観点(第4章)と民事法的な観点(第5章)のそれぞれから検討する。

5 詳細は、第2部第2章第4節III参照。



第2章

建築瑕疵訴訟

第1節 請負人の法的責任

I 請負人の瑕疵担保責任

1 請負目的物の「瑕疵」(客観的瑕疵と主観的瑕疵)

建物の建築を発注する契約は、建物の建築という仕事の完成を一方当事者が他方当事者に依頼し、その建築物の完成に対して報酬を支払う契約であるから、請負契約である。民法は請負契約の目的物に瑕疵があるときに、請負人に瑕疵担保責任が発生することを規定している(民634条以下)。

ここでいう「瑕疵」には、当該目的物が通常有する品質を欠く場合(客観的瑕疵)と契約で特に定めた品質を欠く場合(主観的瑕疵)とに整理することができる。このように瑕疵を2つに分類するのではなく、いずれにしても契約で求められていた品質を欠く場合が瑕疵であるとして、後者に一元化して瑕疵概念を把握することも可能であろう。ただ、上記2分類をとると、契約内容が不明確であったとしても、少なくとも通常求められている品質を欠いていれば瑕疵があると判断されるし(客観的瑕疵)、また、たとえ通常求められる品質は備えているとしても、契約で特に定めた品質を欠く場合には、やはり瑕疵があると判断できる(主観的瑕疵)わけであるから、論点を整理

するうえで2分類のメリットはあるといえよう。

その他、どのような場合に瑕疵が認定されるかという実務上の問題点の詳細は、第2部第2章第4節IIを参照されたい。

2 瑕疵担保責任の成立時期——仕事の「完成」「引渡し」

民法は、瑕疵担保責任に基づく権利行使期間（建物の種類により5年ないし10年）の起算点を、仕事が「終了」したことを前提に（民637条2項）、目的物を「引渡し」した時としている（同法638条）。建築工事過程が一応終了していれば、仕事は「完成」したとするのが判例なので（東京高判昭和36・12・20高民集14巻10号730頁）、注文建物の瑕疵担保責任の有無の判断基準時は、仕事が「完成」して、目的物の「引渡し」がなされた時となろう。ただし、引渡し前に建物の瑕疵が判明したならば、その時点で瑕疵担保責任を追及できない理由はない（この場合でも注文者が引渡し以前に権利行使をしない場合には、原則どおり「引渡しの時」から権利行使期間が進行すると解すべきである）。なお、瑕疵により建物が滅失または損傷したときは、その時から1年以内に権利を行使しなければならない（同条2項）。

3 瑕疵担保責任と免責事由

請負契約上の瑕疵担保責任は、仕事の目的物の瑕疵を要件として成立する責任であり、無過失責任であるといわれている。したがって、請負人が瑕疵についての自己の無過失を主張・証明しても瑕疵担保責任は免責されない。ただし、次のような場合には、免責の可否が問題となる。

(1) 請負人の担保責任の免責特約

民法は、請負人が担保責任を負わない旨の特約の有効性を前提としつつ、「知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない」として、瑕疵について請負人が悪意であった場合には、たとえ担保責任免除の特約があったとしても、請負人は瑕疵担保責任を負うとしている（民

640条)。

この点で注意を有するのは、住宅の品質確保の促進等に関する法律（以下、本書において「品確法」という）が適用される新築住宅である。

この法律は94条で、住宅を新築する建設工事の請負契約においては、請負人は、注文者に引き渡した時から10年間、住宅のうち構造耐力上主要な部分または雨水の浸入を防止する部分として政令で定めるもの（「住宅の構造耐力上主要な部分等」）の瑕疵（構造耐力または雨水の浸入に影響のないものを除く）について、民法634条に規定する瑕疵担保責任を負うとし、また、同条2項で、「前項の規定に反する特約で注文者に不利なものは、無効とする」として強行規定としての位置づけをしている。したがって、この品確法94条が適用される場合には、この強行規定に反する免責特約は無効となる。

(2) 注文者の提供した材料・指示の不適切

民法は、請負人の瑕疵担保責任の規定を、「仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない」とする（民636条本文）。この場合は、瑕疵をつくり出した原因が注文者にあるからである。ただし、注文者は建築の専門家でない場合が多いので、自らの提供した材料の性質や指図の適切さについて知識がない場合もある。そこで、民法は、「請負人がその材料又は指図が不適當であることを知りながら告げなかったとき」は、請負人が瑕疵担保責任を負うとしている（同条ただし書）。

ここでの「指図」は、注文者の単なる希望ではなく、注文者を拘束する性質のものとして厳格に解すべきである。この点については、「ここで発注者の指示とは、拘束力をもつものでなければならず、単に発注者が希望を述べ、請負人がこれに従ったというだけでは、指示によったということとはできない。実際問題として、発注者の希望の表明と指示との限界は微妙な問題があり、

1 新版注釈民法(16)153頁〔内山尚三〕。

単に発注者の言動だけでなく、当該工事の内容、当事者の当該問題についての知識、従来との関係、それに至る経過などを総合的に判断して、請負人を拘束するものであったかどうかを判断するほかない」とする東京地判平成3・6・14判時1413号78頁が参考となる。

また、注文者が建築について専門家でない場合は、その指図の不相当さを自分で認識していない場合もある。請負人は専門家として仕事完成義務を負っているのであるから、そのような指図によれば建物に瑕疵ができることが予見できる場合には、その指図の不相当を注文者に説明すべき義務があるといえよう（請負人が注文者の指図の不相当なことを知っていたのに告げなかったとされた事案として、東京地判昭和30・10・28下民集6巻10号2275頁）。この点に関連して、請負人が設計も請け負ったとされる長崎地判平成元・3・1欠陥住宅判例1集250頁が、建築設計者の責務につき次のように指摘しているのが、参考になろう。「素人の施主の意匠、外観についての要求を具体化しつつ、同時に建築物として十分な構造強度、耐力を確保し、施主の要望が建築設計の常識をわきまえていないことに基づく無謀なものであるときには、その旨を説明し理解を得て翻意させるのが専門家である建築設計者の責務であるというべきであって、建物が設計上根本的な安全性を欠いた場合、ただ施主が要求したから、あるいは施主が承諾したからというだけでは、設計者は免責されないと解するべきである」。

また、民法は、材料ないし指図の不相当について請負人が悪意であった場合のみを規定しているが、請負人が建築の専門家として注意をすればその不相当さを知ることができた、つまり、過失がある場合はどうなのかという問題が生ずる。少なくとも、建築業者としては、当然に知っておくべき知識に欠けていたというような重大な過失がある場合は、悪意の場合と同視して、免責の主張は認められないと解すべきであろう。東京高判昭和53・7・19東高民時報29巻7号149頁は、排水管工事の事例であるが、請負人は注文者の指図が含む「危険性を察知して控訴人（筆者注：注文者）にこれを告げ、さ

〈編者略歴〉

松本克美 (まつもと かつみ)

立命館大学大学院法務研究科教授 (民法演習、都市・住宅法務など担当)
(略歴)

昭和54年3月 早稲田大学法学部卒業

平成元年4月 早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程満期退学

平成元年4月 神奈川大学短期大学部法学科専任講師、同助教授を経て

平成10年4月 立命館大学法学部教授

平成16年4月 立命館大学大学院法務研究科教授

ドイツ・フライブルク大学 (平成5年～6年)、フンボルト大学 (平成20年～21年) にて、在外研究。

(主な著書・論文)

『時効と正義』(単著・日本評論社)

『続・時効と正義』(単著・日本評論社)

『現代の都市と土地私法』(共著・有斐閣)

「建物の安全性確保義務と不法行為責任」立命館法学337号など。

本書第1部第1章、第2章、第3章第2節・第3節担当

齋藤 隆 (さいとう たかし)

東京高等裁判所判事

(略歴)

昭和48年3月 慶應義塾大学法学部法律学科卒業

昭和49年9月 司法試験第2次試験合格

昭和50年3月 慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程修了

昭和52年4月 裁判官任官。東京地裁八王子支部判事補、秋田地裁判事補、大阪地裁判事補、山形地裁酒田支部判事補、東京地裁判事、東京法務局訟務部付(検事)、東京地裁判事(東京高等裁判所職務代行)、長野地裁民事部部総括判事、東京地裁民事第49部(通常部)部総括判事、同第22部(調停・借地非訟・建築事件部)部総括判事、同第21部(民事執行センター)部総括判事を経て

編者略歴

平成20年 3月 釧路地方・家庭裁判所長
平成22年 4月 札幌地方裁判所長
平成23年 8月 東京高等裁判所部総括判事
(主な著書)

『建築関係訴訟の実務〔三訂版〕』(編著・新日本法規出版)

『民法Ⅰ 債権総論・契約(民事要件事実講座第3巻)』(共編著・青林書院)

『民事執行(リーガル・プログレッシブ・シリーズ4)』(共編著・青林書院)

本書第2部第1章担当

小久保孝雄(こくぼ たかお)

裁判所職員総合研修所長

(略歴)

昭和50年 3月 広島大学政経学部法律政治学科卒業

昭和53年10月 司法試験第2次試験合格

昭和54年 3月 広島大学大学院法学研究科修士課程修了

昭和56年 4月 裁判官任官。大阪地裁判事補、大分地裁判事補、千葉地裁判事補、大阪法務局訟務部付(検事)、大阪地裁判事、東京地裁判事、司法研修所教官(第2部)、大阪地裁第11民事部(通常部)部総括判事、同第10民事部(建築・調停部)部総括判事、同第6民事部(倒産部)部総括判事、同第1民事部(保全部)部総括判事を経て

平成23年 5月 大阪地方裁判所長代行者・大阪簡易裁判所司法行政事務掌理者

平成23年12月 大阪地方裁判所長代行者

平成24年11月 裁判所職員総合研修所長

(主な著書)

『民事訴訟における事実認定』(共著・法曹会)

『最新民事調停事件の申立書式と手続〔補訂版〕』(共著・新日本法規)

「登記手続請求」(民法Ⅱ 物権・不当利得・不法行為(民事要件事実講座第4巻))(青林書院)

「書面による準備手続」(新民事訴訟法大系第2巻)(青林書院)など

本書第3部はじめに、第1章第1節Ⅰ、付章担当

●執筆者一覧●

(執筆順)

<第1部>

松本 克美 (立命館大学大学院法務研究科教授) 第1章、第2章、第3章第
2節・第3節

日向野弘毅 (常磐大学人間科学部教授) 第3章第1節

安本 典夫 (名城大学法学部教授) 第4章

鎌野 邦樹 (早稲田大学大学院法務研究科教授) 第5章

<第2部>

齋藤 隆 (東京高等裁判所判事) 第1章

坂本 宗一 (東京高等裁判所判事) 第2章

田中 昭人 (弁護士・銀座一丁目法律事務所) 第3章

伊藤 大介 (名古屋地方裁判所判事補) 第4章第1節・第2節

日下部克通 (横浜地方裁判所判事) 第4章第3節

西森 政一 (東京高等裁判所判事) 第4章第4節I~IV

篠原 康治 (宇都宮地方・家庭裁判所判事) 第4章第4節V~VII、第5章

<第3部>

小久保孝雄 (裁判所職員総合研修所長) はじめに、第1章第1節I、付章

坂上 文一 (大津地方・家庭裁判所判事) 第1章第1節II・第2節・第4
節・第5節

山地 修 (最高裁判所調査官) 第1章第3節・第6節

徳岡由美子 (大阪地方裁判所判事) 第2章

谷村 武則 (最高裁判所調査官) 第3章

瀨本 章子 (大阪地方裁判所判事) 第4章

(所属は、平成25年2月現在)

【専門訴訟講座②】 建築訴訟〔第2版〕

平成25年3月15日 第1刷発行

平成30年1月22日 第2刷発行

定価 本体8,500円＋税

編者 松本克美・齋藤 隆・小久保孝雄

発行 株式会社 民事法研究会

印刷 藤原印刷株式会社

発行所 株式会社 民事法研究会

〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿3-7-16

〔営業〕 TEL 03(5798)7257 FAX 03(5798)7258

〔編集〕 TEL 03(5798)7277 FAX 03(5798)7278

<http://www.minjiho.com/> info@minjiho.com

落丁・乱丁はおとりかえます。 ISBN978-4-89628-846-9 C3332 ¥8500E

カバーデザイン：袴田峯男