

設計瑕疵と施工瑕疵

平成 21 年 3 月

本稿の目的

住宅に係る瑕疵による損害については、設計に由来する場合、施工に由来する場合、その両者に原因のある場合、また、施工監理に問題のあるもの、さらには使用した資材に問題がある場合など、その原因には様々な場合が考えられる。

また、住宅供給の契約パターンも様々なものがある。

「建売」又は「分譲」の場合は、住宅取得者は「買主」として出来上がりの住宅を買う。契約は売主との間の「売買契約」しかないことが普通である。

一方、「注文」、即ち、住宅取得者が発注者である「請負契約」の場合は、契約のパターンは一様ではない。住宅建設には、地盤調査、設計、地盤補強工事、建設工事、工事監理等、ステップが多くある。

発注者は、これらの一つ一つについて、個別に、請負契約や委任契約（委託契約）を締結することも考えられるし、これらのステップを一括して一業者に、一つの請負契約として締結すること（設計施工一括）も考えられる。

本稿においては、「請負契約」を取り上げ、

- ①俗に言う「設計施工一括契約」、即ち、設計と建設工事を同一の者（又は実質的に同じ者）と契約する場合と
- ②「設計施工分離契約」、即ち、発注者である住宅取得者が「建設工事」の請負契約と「設計」の委任契約を別の者と締結する場合（通常、この場合には設計者が「工事監理」も受任することが多いと思われる。）

の2パターンを念頭に、民事上の責任関係、機構の保険約款の条項の適用、建築家賠償保険との関係、保険代位等について、他社との比較も含め、検証することを目的とする。

1 民事上の責任

1-1 建設工事の請負契約上の「施工上の瑕疵」に係る責任

今更であるが、「瑕疵担保責任」である（民法 634～）。建物の請負の場合の瑕疵担保責任と取り方には、①瑕疵修補、②瑕疵修補に代わる損害賠償、③瑕疵修補と共にする損害賠償の3種がある。①と②は選択的だが、③は①又は②に付随する（引っ越し費用など）。

（請負人の担保責任）

第 634 条 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

2 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第 533 条の規定を準用する。

なお、土地の工作物以外の請負契約の場合、瑕疵担保責任の追求方法には「解除」も

ある。「瑕疵担保責任」は無過失責任と解されている。

以上のことは、住宅品確法に規定する瑕疵担保責任の特例の対象部分である「構造耐力上主要な部分」又は「雨水の浸入を防止する部分」以外であっても同じである。

住宅品確法が定めるのは、これらの2つの部分については、瑕疵担保責任の存続期間を建物引渡から10年未満と約定しても、無効ということである。

なお、その他の部分についての責任存続期間は、民法上は5年（石造、土造、煉瓦造、コンクリート造、金属造及びこれらに類する構造は10年）としている（民法638①）。ただし、この期間は、契約で伸縮可能とされている（民法639は「契約で・・・伸長することができる。」と10年間の伸長のみ可能と定めているが、短縮も可能と解されている（通説）。）民間の工事請負契約約款では「2年」とする例が少なくない。

（請負人の担保責任の存続期間）

第638条 建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後五年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、10年とする。

2 工作物が前項の瑕疵によって滅失し、又は損傷したときは、注文者は、その滅失又は損傷の時から1年以内に、第634条の規定による権利を行使しなければならない。

（担保責任の存続期間の伸長）

第639条 第637条及び前条第1項の期間は、第167条の規定による消滅時効の期間内に限り、契約で伸長することができる。

1-2 設計の委任契約上の「設計の瑕疵」に係る責任

設計については、「委託契約」ということが多く、建築士法でも「受託」という用語を用いているが、「委託」は民法に規定のある契約類型ではない。民法の契約では、請負が委任（準委任）に近い。

請負契約は「当事者の一方がある仕事をするを約し、相手方がその仕事の成果に対してその報酬を支払うことを約する」契約である（民法632①）。一方、委任契約は「当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾する」契約（民法634①）である。なお、法律行為でない行為（事実行為：事務）を委託する契約を「準委任契約」（民法656）といい、委任契約の規定が準用される。

要するに、行為（法律行為・事実行為）自体を頼み、行為そのものに報酬を払うのが委任（準委任）。一方、行為の結果（成果）に対して報酬を支払うのが請負である。従って、成果である設計図が出来ていなくても、報酬の一部を支払うというのであれば、委任の色彩が強くなる。

学説は「請負説」、「準委任説」が対立している状況にあるが、判例では争いになったものは多くないようであり、契約文言等からどちらかに事実認定される例が多く、また、その複合的な性格の無名契約と認定されるものもある。

設計契約が請負の場合、設計瑕疵による責任は、1-1同様「瑕疵担保責任」であるが、土地の工作物以外の請負であるから、解除もできる（民法635）。しかし、責任の存

続期間は「目的物の引渡から1年」であるから（民法637①）、この点について特約がなければ、責任の追及は、建物の完成前に事実上不可能になる。

（請負人の担保責任の存続期間）

第637条 前3条の規定による瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から1年以内にならなければならない。

2 仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事が終了した時から起算する。

委任の場合の設計瑕疵による責任は「債務不履行」、その中でも「不完全履行」に当たる。「不完全履行」は、民法には条文がないが、形式的には債務の履行が行われたものの、質的に債務の本旨に従った完全なものでないこと、とされている。

債務者（設計者）の「責めに帰すべき事由」を必要とし、その立証責任は請求者＝発注者側にある。

「不完全履行」の効果は、①完全な給付の請求（追完請求：瑕疵修補に相当）、②損害賠償、③契約解除である。なお、損害賠償により請求できる損害の範囲については、瑕疵担保責任と変わりがないと考えて良い。

責任追及可能期間は、消滅時効の一般則によることになるから、10年（民法167）である。なお、住宅瑕疵保険の場合は余り関係ないが、商行為なら5年（商法522）。

ところで、設計契約であるから、「瑕疵修補」にせよ「追完請求」にせよ、「設計図」について「不完全履行」が成り立つことは問題がない。しかし、誤った設計図に基づいて完成した「建物」について「不完全履行」が設計者に対して成り立つか、という点については、学説上争いがある。

1-3 不法行為責任

以上、契約に由来する責任について述べてきたが、1-2で触れたように、設計契約が請負契約構成の場合には、瑕疵担保責任の存続期間が1年（民法637①）であることが責任追及上のネックになる。工事完了時には期間が経過しているからである。

そこで、請求権の存続期間が、損害及び加害者を「知ったとき」から3年間（民法724）である不法行為による損害賠償請求（民法709）が検討されることになる。

（不法行為による損害賠償）

第709条 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

（不法行為による損害賠償請求権の期間の制限）

第724条 不法行為による損害賠償の請求権は、被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から3年間行使しないときは、時効によって消滅する。不法行為の時から20年を経過したときも、同様とする。

判例は、契約に由来する責任と不法行為責任とが両立し得るとする「請求権競合」の立場である。ただ、請負人の不法行為の成立については、「瑕疵担保責任」ルートがある以上、「反社会性」や「反倫理性」の強さを求めるなど限定的に解する判決もあった。

しかし、別府大分マンション瑕疵事件に関する最高裁 H19. 7. 6 判決が、こうした限定的な解釈を否定した判決と考えられている。多少長いが引用する。「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等（以下、併せて「居住者等」という。）の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて「設計・施工者等」という。）は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である。そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。」

要は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」による損害については、「建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者設計者」は不法行為責任を負う、という判旨である*。

* 差し戻された福岡高等裁判所は、最高裁判決における「基本的な安全性を損なう瑕疵」を、生命・身体・財産に対する「現実的な危険性」を生じさせる瑕疵であると解釈し、そのような瑕疵はないとして、損害賠償を認めず、請求棄却とした（H21. 2. 6 判決）。現在上告中である。

（追補） 上告審（H23. 7. 21 最高裁（一小）判決）は、「・・・現実的な危険をもたらしている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは・・・危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当する・・・」と判示した。（H23. 7 追補）

発注者としては、1-1 又は 1-2 の契約由来の法律構成以外に、又は、これと併せて、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」による損害として不法行為構成で損害賠償責任を問うという選択肢がある。

なお、設計契約の当事者が法人である「設計事務所」の場合、契約責任を問われるのは当該法人であるから、個々の設計士の責任を問うのであれば、不法行為責任を問うことになる。

さらに、不法行為責任まで含めて考えれば、住宅取得者との間に全く契約関係がない場合、例えば建売や分譲の場合の建設会社や、下請会社やメーカーの責任を問うことも可能であるが、この点について本稿では、保険代位に関してのみ触れることにする。

1-4 「設計施工一括契約」において瑕疵が発生した場合の責任

以上を前提にすると、「設計施工一括契約」では、責任を負う法的主体が同じ者であるから、発注者である住宅取得者としては、1-1、1-2 のどちらか一方又は両方を理

由として責任を追及することが可能であるし、不法行為責任の追及も可能である。

したがって、検討する意義があるのは、「瑕疵担保責任」は無過失責任であるから「責めに帰すべき事由」の立証が不要である点や、責任追及期間の差異ということになる。

一般的には、請負契約上の瑕疵担保責任の方が問いやすい点が多いだろう。

1-5 「設計施工分離契約」において瑕疵が発生した場合の責任

発注者としては、1-1に基づいて請負人の責任も問うことができるし、1-2に基づいて設計者の責任を問うこともできる。これらの場合、1-3による不法行為構成を併せて問うこともできる。ただし、設計者の責任を問う場合に、設計契約が請負の場合は瑕疵担保期間が短いので、不法行為構成を採ることが多いだろう。

設計と建設工事の請負人の瑕疵担保責任との関係上、重要な規定が民法 636 条である。

(請負人の担保責任に関する規定の不適用)

第 636 条 前2条の規定は、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。ただし、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、この限りでない。

この規定は、瑕疵が生じた場合に、注文者又はその委託を受けて設計・監理をした設計者の責任であるか、それとも請負人の責任であるかを判定する際の規定とされる。

即ち、本条の「注文者の指図」には、「注文者の委託を受けて設計や監理をした者の指図」を含むと解されている。したがって、設計者の指図によって施工をした場合には請負人は瑕疵担保責任を免れる余地がある。

ただし、重要なのは 636 条但し書きである。この趣旨は、請負人が誠実義務を欠くために担保責任を免れないというところにある。請負人が工事の専門家として少しの注意を払えば工事の瑕疵が生じるということを知り得たのにそれを怠り、指図に従った場合も同様と解されている。

要するに、設計書や指示書に明示された、設計上の要因による瑕疵であったとしても、それが具体的状況において請負人が指摘できるようなものである場合には、不適當である旨を指摘をしておかなければ、請負人は担保責任を免れることはできない。

なお、この「指図」とは請負人に対して「拘束力を持つようなもの」、例えば、仕様書や設計書などでなければならず、単なる希望の表明では足りない。

判決には、相当に強い希望の表明であっても指図があったとはいえないとする判決(東京地判 H3. 6. 14)がある。注文者の言動、工事の内容、注文者の知識、契約締結までの経緯などを総合的に勘案して「拘束力があるものか否か」を判断するとする判決(名古屋高判 S57. 6. 7)がある。また、請負人の担保責任を免除するような注文者の指図とは、注文者の十分な知識や調査結果に基づいて行われた指示、又は、その当時の工事の状況から判断して事実上の強い拘束力を有する指示などであると制限的に理解しなければならないとする判決(京都地判 H4. 12. 4)がある。

「設計施工一括契約」の場合には、「発注者」との関係のみとなるが、判例（大判S10.5.31）では、工事について素人の注文者の場合について、その希望を容れ、承認を得て施工したとしても担保責任を免れないとしたものがある。

この規定は、発注者（設計者）側と請負人の関係を規定するだけであり、発注者と設計者と間関係を縛るものではない。したがって、発注者＝住宅取得者が設計者の責任を問うことを制限する規定ではない。

2 保険の適用（設計施工分離契約の場合）

住宅瑕疵保険の対象となるのは施工者の責任であるが、瑕疵担保責任だけが対象であって、不法行為責任による損害賠償責任は保険の対象外である。

即ち、住宅瑕疵担保履行法2条5号では、住宅品質確保法上の担保責任による損害を填補する保険であることが明記され、各保険法人の約款上も、その趣旨で作成されている。（例えば、「……被保険者が瑕疵担保責任に基づいて支出すべき直接補修に必要とされる……費用」が保険対象とされているなど。）

一方、設計者の責任に係る保険には、専門家責任保険の一種である「建築家賠償責任保険」（建賠）がある。日本建築家協会、日本建築士事務所協会連合会及び日本建築士連合会の3団体による制度があるが、「日本建築士事務所協会連合会」の制度（主幹事会社は東京海上日動）の概要は、以下のとおりである。

- ①保険事故は、被保険者又は業務の補助者*による設計業務*の遂行に起因して発生した「設計業務の対象となった建築物の外形的かつ物理的な滅失又は破損並びにこれに起因する他人の身体の障害及び他人の財物の損壊」について、被保険者が「法律上の損害賠償責任」を負担すること

*「業務の補助者」とは、被保険者の使用人その他被保険者の業務を補助する者をいう。

*「設計業務」とは、設計図書（施工図を除く。）の作成、指示書の作成、施工図承認書の作成を指す。

- ②対象損害は、①の賠償債務の弁済としての支出、争訟費用、損害防止軽減費用等

③保険免責

- ・外形的又は物理的な滅失又は破損のない建築物の瑕疵
- ・建築主から提供された資料（測量図又は地質調査図等）の過誤
- ・被保険者が事故の発生を予見できた（と認められる合理的な理由がある）場合 等

④支払い保険金額

（損害額－免責金額*）。ただし、地質、地形又は地盤の組織に関する事象に起因する損害の場合は、（損害額－免責金額）×1/2。

*「免責金額」は、10万～300万まで数段階あるようである。

⑤保険金額（限度額）

- ・他段階なプランが用意されているものでは、1000万～7億円（パンフレットでは5000万円が例として表示）。

建築家賠償責任保険は請求原因を制限していないから、不法行為責任でも債務不履行

責任でも「法律上の責任」に基づく損害賠償責任であれば、支払いが行われる。

なお、この2つの保険は共に保険学、保険法学上の「責任保険」である。これまでの保険約款では、共通の「賠償責任普通保険約款」があり、これを各種の「特約約款」で読み替えるという形をとってきた。しかし、住宅瑕疵保険については、金融庁所管ではなく、国土交通省所管であるので、個別の約款になっている。

さて、発注者が、請負人と設計者の、どちらか片方だけに請求し、それが当事者間で確定するなら、どの保険が対応するかは単純に決まり、問題は生じない。

即ち、保険法人は、民法 636 条に定めるところにより、請負人が設計者や発注者に対して瑕疵担保責任を負わない旨抗弁できるのならともかく、そのような事情がなければ、設計瑕疵の存在を理由にして、住宅瑕疵担保保険の支払い拒むという対応はあり得ない。

しかし、発注者が双方に責任を求める場合はどうなるか。

責任保険特有の規定に「示談代行規定」（賠償責任普通保険約款 13 条：「……当会社は、必要と認めた場合は、被保険者に代わって自己の費用で被害者による損害賠償請求の解決に当たることができます。……」）がある。

責任保険は、（保険金額の範囲内で）責任を保険者に転嫁できるという機能を持っているため、被保険者（加害者）を責任の成立に対して鈍感にさせるという働きを持つ。その結果、被保険者の行為（不作為を含む。）によって、保険支払額が増嵩する危険があり、この条文は、これを避けるための規定と説明されている。

住宅瑕疵保険の約款にも通常規定されており、「建賠」にも当然存在するが、お互いの保険会社は、この規定をバックに話し合いに臨むことになるものと考えられる。

* 「示談代行規定」を発動すると、保険者（保険法人）は、被保険者＝業者＝加害者に「代わって」、解決に当たることになる。この規定の趣旨は上記の通り、保険金支払額の増嵩を避けるためにあるのだから、要は、「加害者側に立つ」ことになる。

住宅瑕疵保険のような被害者の直接請求権を認めた半ば義務的な保険において、かつ、生い立ちも含めて考えると、この規定はいかにも不似合いであると思われるが、このような場合を考えると致し方ないようにも思われる。被害者からの過大請求に対する対処は、ほぼ、査定→争訟によって、なされるので、通常事案でこの規定が発動される余地は少ないだろう。

また、瑕疵紛争関係の判決では、責任が競合する建築関係者に、共に損害賠償責任があるとしている場合、損害については各自に全額を支払うよう判示するものが少なくない（負担割合は定めてくれない）。

このような場合、責任原因が不法行為責任と瑕疵担保責任のように異なるものであれば、「同一内容の給付について数人の債務者が各自独立して全部給付義務を負い、かつ、債務者の誰かが全部履行をすれば全ての債務者の債務が消滅する関係」という、「不真正連帯債務」のように理解していると思われるものが多いとされる。

こうなれば、お互いの間で負担をどうするか定めなければならないから、やはり、上記と同じ様な解決を図らざるを得ないだろう。

3 保険代位（設計施工分離契約の場合）

損害保険について、保険者が保険金を支払ったときは、その保険金の限度において、被保険者が第三者に対して有する損害賠償請求権を取得する「請求権代位」の制度が存在する。これは、被保険者の二重利得を禁止する趣旨である。

したがって、代位の対象となる権利は、保険の填補対象損害に係る賠償請求権に限られる（「対応原則」）。

住宅瑕疵保険の約款においては、この損害賠償請求権を代位取得できたとしても、下請人等、建設関係者については、行使しないこととしている。しかし、この範囲は、保険法人によって少し異なっており、設計者については、扱いが分かれているようである。

前節で、「請負業者だけに請求し、住宅瑕疵保険で支払った場合に、保険法人が保険代位のフレームを用いて設計士に求償をしようとする」と、以下のような法律構成になる。

まず、前提として「設計瑕疵」があり、それにより、施工者が損害を被ったとして設計者に損害賠償請求権を持つ。

ここで、設計者と施工者との間には契約関係がないから、不法行為構成での請求ということになる。

すると、設計者の「故意・過失」が問題とされる。

ここでは、民法 636 条の要件は直接関係ない。しかし、設計者が施工者に行った「指図」に施工者が不相当である旨の指摘をしたか、ということは、過失相殺の側面（損害額の考慮、民 722②）では、少なからず影響を与える問題になるだろう。

（損害賠償の方法及び過失相殺）

第 722 条 第 417 条の規定は、不法行為による損害賠償について準用する。

2 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。

（第 417 条 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。）

また、特に構造に係る瑕疵である場合、不法行為に関する前述の、最高裁 H19. 7. 6 判決が、およそ全ての建築工事関係者に「建物の基本的安全性が欠けることのないよう配慮する義務」がある旨判示していることから、施工中に不相当と指摘しておいた事実があるにも関わらず施工を強制されたなどの特段の事情がなければ、請負人が設計者から不法行為により損害を受けたという構成をとることに難点があるようにも思われる。