

建築基準法に違反する建築請負契約の私法上の効力

—最高裁平 23・12・16 二小法廷判決、判時 2139 号 3 頁、判タ 1363 号 47 頁—

明治学院大学法学部教授 大野 武

【事案の概要】

土地所有者 A は、不動産の売買等を業とする不動産会社 Y との間で、平成 15 年 2 月 14 日、A を注文者、Y を請負人として、請負代金合計 1 億 1245 万 5000 円の約定で、自己所有地上に賃貸マンション A 棟および B 棟（以下「本件各建物」という）の各建築を目的とする各請負契約を締結した。

A と Y とは、各請負契約の締結に当たり、建築基準法等の法令の規定を遵守して本件各建物を建築すると貸室数が少なくなり、賃貸業の採算がとれなくなるなどから、違法建物を建築することを合意し、建築確認申請用の図面（以下「確認図面」という）のほか、違法建物の建築工事の施工用の図面（以下「実施図面」という）を用意した上で、確認図面に基づき建築確認申請をして確認済証の交付を受け、一旦は建築基準法等の法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、実施図面に従って違法建物の建築工事を施工することを計画した。

Y は、建築工事請負等を業とする工務店 X との間で、平成 15 年 5 月 2 日、Y を注文者、X を請負人として、請負代金合計 9200 万円の約定で、本件各建物の建築を目的とする各請負契約（以下「本件各契約」という）を締結した。X は、A と Y との間の上記合意の内容について、確認図面と実施図面の相違点を含め、詳細に説明を受け、上記の計画を全て了承した上で、本件各契約を締結した。ただし、X と Y との間で、A 棟地下については、当初から実施図面に従い本件本工事を施工することが合意された。

実施図面では、A 棟については、確認図面には存在しない貸室を地下に設けるようにするとともに、確認図面では 2 階貸室のロフト上部に設けることとされていた天井を設けないもの（結果的に 1400mm の規制に抵触）とされ、B 棟については、確認図面では吹き抜きのパティオや外廊下とされている部分を利用して貸室数を増加させるものとされていた。本件各建物は、実施図面どおりに建築されれば、建築基準法、同法施行令および東京都建築安全条例に定められた耐火構造に関する規制、北側斜線制限、日影規制、建ぺい率制限、容積率制限、避難通路の幅員制限等に違反する違法建築物となるものであった。

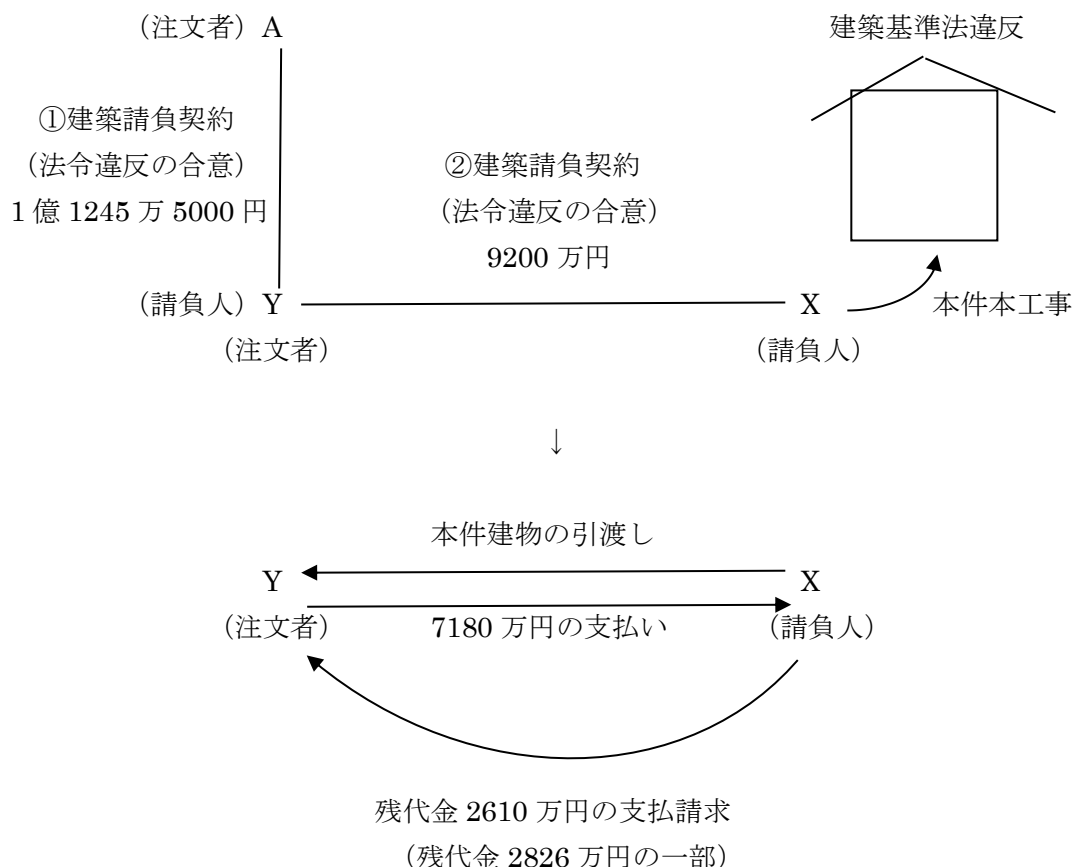
X は、本件各建物の建築確認がされ確認済証が交付された後、本件各契約に基づき、A 棟地下について実施図面に従ったほかは、確認図面に従い、本件本工事の施工を開始した。ところが、A 棟地下において確認図面と異なる内容の工事が施工されていることが杉並区役所に発覚したため、同区役所の指示を受けて是正計画書が作成され、これに従い、X は、本件本工事によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事を施工せざるを得なくなった。加えて、A 棟および B 棟の近隣住民から、本件各建物の建築工事につき種々の苦情が述べられるなどしたため、X はこれにも対応することを余儀なくされた。こうした事情から、

Xは、A棟およびB棟につき、上記の是正計画書に従った是正工事を含む追加変更工事を施工した。そして、本件各建物については、平成16年5月10日、検査済証が交付されたので、Xは、Yに対し本件各建物を引き渡し、Yは、Xに対し本件各建物の工事代金として合計7180万円を支払ったが、その余の支払いはまだなされていない。

そこで、Xは、Yに対し、本件各契約に基づく本工事および追加変更工事の残代金約2826万円のうち2610万円余を請求した。これに対し、Yは、Xに対し、施工瑕疵、工期の遅延等を主張して、請負契約の債務不履行または瑕疵担保責任に基づく損害賠償として4081万円余を請求する反訴をした。

第一審（東京地判平21・3・27判例集未掲載）は、Xの本訴請求を約2427万円および遅延損害金の限度で認容し、Yの反訴請求も1154万円余および遅延損害金の限度で認容した。

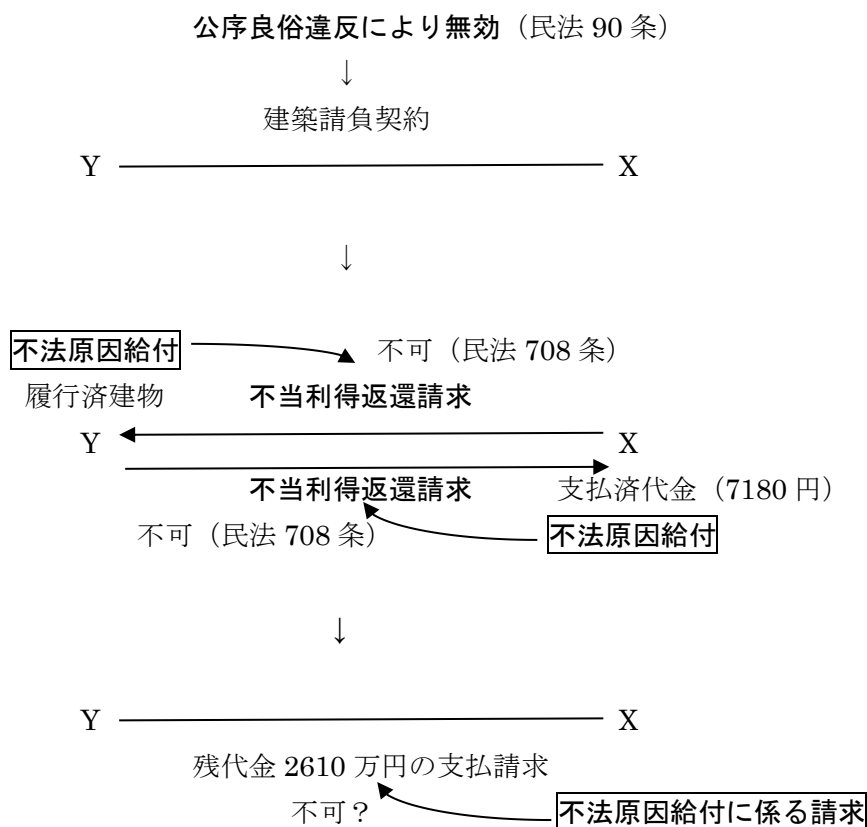
これに対し、原審（東京高判平22・8・30判時2093号82頁、判タ1339号107頁）は、「本件各契約は全体として強い違法性を帯び、社会的妥当性の観点から到底是認し得るものではなく、強行法規違反ないし公序良俗違反として、私法上も無効と解すべきである」として、Xの本訴請求ならびにYの反訴請求については、いずれも理由がないとした¹。



¹ 本判決の判例評釈として、拙稿「建築基準法に違反する建築請負契約の私法上の効力」法学研究（明治学院大学）94号127頁-144頁参照。

【論点】

- ①建築基準法は一定の行為を禁止するが、その違反行為の私法上の効力を無効とする規定が建築基準法には存在しない²。このような場合に、裁判所が違反行為の私法上の効力を無効とするか否かについてどのような事由を考慮して判断するか（取締規定に違反する契約の私法上の効力の問題）。
- ②本件事案は、請負人は仕事完成義務を履行済であるが、注文者は未だ本工事および追加変更工事の残代金を支払っていないという事案である。この場合において、請負契約が公序良俗違反を理由に無効とされると、請負人の残代金請求は不法原因給付に係る請求として認められないことになるが、このような請負人のみが不利益を甘受することになることをどのように考慮するか（当事者間の不公平の問題）。



² 滝井繁男『逐条解説工事請負契約約款〔三訂新版〕』（1989年・酒井書店）18頁。後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』（1994年・判例タイムス社）10-11頁も同旨。

【判旨】

「本件各契約は、違法建物となる本件各建物を建築する目的の下、建築基準法所定の確認及び検査を潜脱するため、確認図面のほかに実施図面を用意し、確認図面を用いて建築確認申請をして確認済証の交付を受け、一旦は建築基準法等の法令の規定に適合した建物を建築して検査済証の交付も受けた後に、実施図面に基づき違法建物の建築工事を施工することを計画して締結されたものであるところ、上記の計画は、確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で、極めて悪質なものといわざるを得ない。加えて、本件各建物は、当初の計画どおり実施図面に従って建築されれば、北側斜線制限、日影規制、容積率・建ぺい率制限に違反するといった違法のみならず、耐火構造に関する規制違反や避難路の幅員制限違反など、居住者や近隣住民の生命、身体等の安全に関わる違法を有する危険な建物となるものであって、これらの違法の中には、一たび本件各建物が完成してしまえば、事後的にこれを是正することが相当困難なものも含まれていることがうかがわれることからすると、Xは、本件各契約の締結に当たって、積極的に違法建物の建築を提案したものではないが、建築工事請負等を業とする者でありながら、上記の大胆で極めて悪質な計画を全て了承し、本件各契約の締結に及んだのであり、Xが違法建物の建築というYからの依頼を拒絶することが困難であったというような事情もうかがわれないから、本件各建物の建築に当たってXがYに比して明らかに従属的な立場にあったとはいえない。

以上の事情に照らすと、本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない、これを目的とする本件各契約は、公序良俗に反し、無効であるというべきである。」

「これに対し、本件追加工事は、本件本工事の施工が開始された後、杉並区役所の是正指示や近隣住民からの苦情を受けて別途合意の上施工されたものとみられるのであり、その中には本件本工事の施工によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事も含まれていたというのであるから、基本的には本件本工事の一環とみることはできない。そうすると、本件追加変更工事は、その中に本件本工事で計画されていた違法建築部分につきその違法性を是正することなくこれを一部変更する部分があるのであれば、その部分は別の評価を受けることになるが、そうでなければ、これを反社会性の強い行為という理由はないから、その施工の合意が公序良俗に反するものということとはできない。」

【検討】

1. 本判決の特質

- ①当事者の違反行為の悪質性と違反内容の重大性（居住者や近隣住民の生命・身体に関する違法）を考慮して、「本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為である」として、本件各契約は公序良俗に反し無効であるとする。
- ②本件各契約に基づく本工事および追加変更工事のすべてを無効の対象とはせず、無効とされる範囲を違法建築の範囲に限定する。

2. 建築基準法の特質

(1) 建築基準法の目的（建築基準法 1 条）

- ・「この法律は、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする。」

(2) 単体規定と集団規定

- ① 単体規定とは、個々の建築物の安全・衛生等の水準を確保する目的の規制（単体規制）を定める規定で、建築基準法「**第 2 章 建築物の敷地、構造及び建築設備**」に定めがある。

→ 単体規定は、その建築物が安全で衛生的であるためのものであるから、全国どこに建てる場合にも適用される。

- ② 集団規定とは、建築物の集団として、地域環境・都市機能が確保されるようにする目的の規制（集団規制）を定める規定で、建築基準法「**第 3 章 都市計画区域等における建築物の敷地、構造、建築設備及び用途**」に定めがある。

→ 集団規定は、地域環境・都市機能の確保を追求するものであるので、都市計画区域内・準都市計画区域内の建築物に適用される（建築基準法 41 条の 2）。

(3) 単体規定

- ① 建築物の構造形式（防火材料・設備・構造、耐火構造）
- ② 避難のための設計（階段・傾斜路、避難施設、排煙・照明設備）
- ③ 火災による被害の拡大の防止（防火壁・防火区画）
- ④ 建築物の室内環境（採光・換気・防湿・遮音）
- ⑤ 建築物の構造強度（構造耐力・構造計算）
- ⑥ 建築物の設備（電気・ガス・給水・換気・消火等）

(4) 集団規定

(a) 道路に関わる制限

- ① 接道義務（建築基準法 43 条 1 項）
- ② 道路内の建築制限（建築基準法 44 条 1 項柱書）

(b) 密度規制

- ① 容積率（建築物の延べ面積／敷地面積）規制（建築基準法 52 条）
- ② 建蔽率（建築物の建築面積／敷地面積）規制（建築基準法 53 条）
- ③ 建築物の敷地面積の最低限度（建築基準法 53 条の 2）
- ④ 第一種低層住居専用地域又は第二種低層住居専用地域内における外壁の後退距離（建築基準法 54 条）

(c) 用途地域ごとの用途規制（建築基準法 48 条）

(d) 形態規制

- ①絶対高さ制限（建築基準法 55 条 1 項）
- ②斜線制限（建築基準法 56 条）
- ③高さの斜線制限の緩和措置（区域指定・天空図）
- ④日影規制（建築基準法 56 条の 2）

(e) 意匠規制（景観地区）

(f) 防火規制（防火地域・準防火地域）

(5) 目的の達成手段

- ・建築基準法は、その行政上の目的を達成するために、建築主事等の検査機関を設置し、建築確認、中間検査、完了検査の 3 つの確認検査によって審査し、違法な建築物に対する規制がなされ、違反建築物には特定行政庁による措置命令が発せられ、罰則も規定されている。このように、建築関係法規は、基本的に行政処分および行政罰によって法規を遵守させ、行政目的を実現しようとする。

(6) 建築基準法違反の私法上の効力

- ・私法上の請負契約を無効とすることは、上記の行政目的の実現について必ずしも有効なものでもない。むしろ、私法上の請負契約を無効とした場合、完成した建物の所有権の帰属や、すでに完成して注文者が利用している場合でも、未払いの請負代金債権を拒絶することとなり、当事者間の公平を害するおそれがある。したがって、建築関係法規違反を理由として請負契約を無効とすべきかどうかは、違反の内容や程度を検討し、違法性が極めて強度であって私法上の契約を無効にしても法規の目的を達成すべきものと考えられる場合に限り、さらに、双方の債務の履行の段階を考慮し、契約を無効としても当事者間の公平を害しないかどうかの点も慎重に勘案して決すべきものであると解されている³。

³ 倉澤千巖「建築関係法規に違反する建築請負契約」大内捷司編『住宅紛争処理の実務』（2003 年・判例タイムス社）101-103 頁。

3. 取締規定に違反する契約の私法上の効力

(1) 取締規定に関する伝統的見解

- ・行為の私法上の効力をも否認することについては、「その行為の禁圧防止の目的からみて、一層有益な場合が少なくない」反面、「取引の安全を害するだけでなく、…当事者の信義に反し、公正を害する結果になる」ので、行為の私法上の効力を否認すべき否かについては、①立法の趣旨、②違反行為に対する社会の倫理的非難の程度、③一般取引に及ぼす影響、④当事者間の信義・公正などを仔細に検討して決定する⁴。

→ この見解は、取締規定違反行為＝原則有効の立場に立ちつつ、上記の4要素を考慮して、例外的に行為の無効を導く考え方であるといえることができる。

→ この見解は、「公法と私法は基本的に性格を異にし、それぞれの問題はそれぞれに固有の論理と規範によって規律されるという考え方—公法・私法二分論—」を前提とするものあり、そのことが「公法的規制の違反があっても、それだけでただちに私法上の効果が生ずるわけではないことが、多かれ少なかれ共通の出発点とされてきた」所以であると指摘されている⁵。

(2) 取締規定違反の法律行為を無効とした裁判例

(a) 戦後の裁判例の傾向

- ・裁判例の全体の傾向は、取締法規違反の法律行為は原則として有効とされている⁶。

(b) 例外的に公序良俗違反を理由に無効とされた裁判例

①最判昭38・6・13民集17巻5号744頁（弁護士の資格のない者が債権の取立等に関する委任契約を締結したという事案において、このような契約は「弁護士法72条本文前段同77条に抵触するが故に民法90条に照しその効力を生ずるに由なきもの」と判示するもの）

②最判昭39・1・23民集18巻1号37頁（有毒性物質である硼砂の混入したアラレ菓子が販売されたという事案において、「有毒性物質である硼砂の混入したアラレを販売すれば、食品衛生法4条2号に抵触し、処罰を免れないことは多弁を要しないところであるが、その理由だけで、右アラレの販売は民法90条に反し無効のものとなるものではない。しかしながら、…これを混入したアラレを販売することが食品衛生法の禁止しているものであることを知りながら、敢えてこれを製造の上、同じ販売業者である者の要請に応じて売り渡し、その取引を継続したという場合には、…そのような取引は民法90条に抵触し無効のもの」と判示するもの）

→ ①判例は、弁護士活動という公益性の高い活動を害する行為であることから、法令違反であることをもって直ちに公序良俗違反とするものであるのに対して、②判決は、単に法令に違反するというだけでは取引の効力は否定されないが、上記伝統的

⁴ 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店・1865年）263-264頁。

⁵ 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2000年）239-240頁。

⁶ 大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会・1999年）174頁。

見解の②の要素である「倫理的非難の程度」を考慮して、公序良俗違反とするものである⁷。

③最判 61・5・29 判時 1196 号 102 頁（金地金の取引業者が顧客との間で不当な勧誘方法で私設の金為替市場における金地金売買の委託を内容とする契約を締結したという事案において、「本件取引が金地金の先物取引を委託するものであり、かつ、著しく不公正な方法によって行われたものであるから公序良俗に反し無効であるとした原審の判断は、本件取引に商品取引所法 8 条に違反するところがあるか否かについて論ずるまでもなく、正当として是認することができる」と判示するもの)

④最判平 9・9・4 民集 51 卷 8 号 3691 頁（証券会社が顧客に株式買付けを勧誘するにあたり損失保証の合意がなされたという事案において、改正証券取引法の施行前であっても、「損失保証は、元来、証券市場における価格形成機能をゆがめるとともに、証券取引の公正及び証券市場に対する信頼を損なうものであって、反社会性の強い行為である」ので、「損失保証契約は公序に反し無効」と判示するもの)

⑤最判平 13・6・11 判時 1759 号 62 頁（衣料品の卸売業者と小売業者との間で他人の商品等表示と同一または類似の商品について継続的かつ大量に卸売取引を開始したという事案において、「不正の目的をもって周知性のある他人の商品等表示と同一又は類似のものを使用した商品を販売して、他人の商品と混同を生じさせる不正競争を行い、商標権を侵害した者は、不正競争防止法及び商標法により処罰を免れないところ、本件商品の取引は、単に上記各法律に違反するというだけでなく、経済取引における商品の信用の保持と公正な経済秩序の確保を害する著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない、そのような取引を内容とする本件商品の売買契約は民法 90 条により無効である」と判示するもの)

→ ③ないし⑤判例は、法令違反そのものよりも、「倫理的非難の程度」すなわち「著しい反社会性の強さ」を重視して、公序良俗違反とするものである。

(c) 裁判例の評価

- ・以上の各判例については、伝統的見解の判断枠組みに沿ったものである。
- ・ただし、③ないし⑤判例は、いずれも消費者取引に関する事案であり、ほとんどの場合、契約の私法上の効力を否定しても第三者に損害を与えることはないし、また、むしろそのことが消費者の利益保護に資するものであるので、上記伝統的見解の③の要素「一般取引に及ぼす影響」と④の要素「当事者間の信義・公正」はほとんど問題とならないといえる。したがって、これらの判例は、法令違反行為の原則無効化へとつながるものであると指摘されている⁸。

⁷ 大村・前掲注(6)192-193 頁。

⁸ 大村・前掲注(6)176-177 頁。

(3) 学説の動向⁹

(a) 末弘説¹⁰

- ・法律が一定の行為を禁止するが、その違反行為の私法上の効力を無効とする規定がその法律に存在しない場合に、裁判所が違反行為の私法上の効力を無効とするか否かについては、第 1 に、違反行為を無効とすることが当該法律の禁止目的を達成するため必要であるか否かを考え、第 2 に、違反行為が公序良俗の要求に鑑み国家法律の保護に値するか否かを考えなければならない。
- ・しかし、一定の行為の法律的効力を否認することが公益上いかに必要であったとしても、これによって生ずる行為当事者相互間の不公正が著しい場合に、これを度外視して公益の保護を図ろうとすることは私法裁判所の態度として決して正当であるということとはできない。
- ・そこで、第 3 に、行為の私法的効果を否認することによって保持される公益とこれによって生ずる当事者相互間の私益的不公正を較量し、いずれを重視すべきかの価値判断をもってこの問題を判定する最後の基準とされなければならない。
→ この見解によれば、法律の公益的価値が非常に大きい場合には私益的不公正を無視してでもその擁護に努力すべきであるが、そこまでの公益的価値が認められない場合には私法的効果を否認する理由は全く存在しないと解するので、行為の私法的効果が否認されるのは、法律の公益的価値が高度な場合に限定されることになる（取締法規違反行為＝原則有効の立場に立つもの）。

(b) 川井説の履行段階論¹¹

- ①甲が物資統制法規に違反する物を乙に売却したという事案において、甲乙双方が未履行の場合、契約内容の履行は、法の目的に反するから、甲乙いずれも履行を請求できない。
- ②甲乙双方が既履行の場合、統制法規としては刑事上の制裁や行政上の処分のほかには手の下しようがなく、また、双方の利益の公平も実現されているから、一方にのみ利得があるとはいえず、そこに不当利得や不法原因給付の問題も生ずる余地がないので、この場合の契約は有効とってよい。
- ③甲のみが既履行の場合、甲が再び目的物の返還請求をすることは、統制法規の限界外として認められないが、乙が代金請求をすることは当事者間の公平信義の上から認められる。

⁹ 学説の中心的課題は、どのような取締規定違反が契約の私法上の効力を否定することになるのかについて、一般的な基準を定立することであったといわれている（川島武宣・平井宣雄『新版注釈民法(3)総則(3)』（有斐閣・2003年）240頁以下〔森田修〕参照）。

¹⁰ 末弘徹太郎「民法雑考／法令違反行為の法律的効力」法協 47 卷 1 号 79-88 頁。

¹¹ 川井健「物資統制法規違反と民法上の無効—取締法規と強行法規との分類への疑問」『無効の研究』（1979年・一粒社）63-75 頁。

④乙のみが既履行の場合、乙が目的物の引渡請求をすることは、統制法規と衝突するので認められないが、乙が代金返還請求をすることは、民法 708 条の適用を云々するまでもなく認められる。

→ この見解を本件事案に当てはめると、本件事案では、請負人 X は建物の引渡しを行っているのに対し、注文者 Y は残代金を支払っていないので、③の場合に相当する。したがって、川井説によれば、違反行為の内容がいかにか著しく反社会性の強い行為であったとしても、X は Y に対し、当事者間の公平信義の観点から、残代金支払請求をすることが認められることになる。

(c) 磯村説の履行段階論¹²

①双方が未履行の場合、法が一方においてある行為を禁止しながら、他方においてその行為の履行請求に対し、裁判所がこれを認容してその履行を命ずることは、法秩序内部における自己矛盾であるから、取締規定に違反する行為の履行請求を認めない。

②双方が既履行の場合、取締規定の趣旨によっては、履行された結果を現状に服することを要すると解すべき場合もありえようし、契約を私法上も無効とすることによってより効果的な取締目的を達成することは否定できないので、私法上の保護をも奪うことにより効果的な規制をなすことは、法政策的にも不当とはいえないとして、客観的に取締規定に違反する行為の効力が私法上事後的にも否認されるべき場合には、取締規定違反から当然に契約の効力が否定されるのではなく、当事者の主観的態様等を考慮して個別的に効力の有無を判断すべきであり、民法 90 条により個々の行為の有効・無効を判断すべきである。

③一方のみが既履行の場合、基本的に②と同様であるが、仮に契約を無効とし既給付につき不法原因給付として返還請求を拒むことになれば、当事者の公平に反する結果となるので、両当事者の不法性の強弱に応じて 708 条ただし書を弾力的に適用する必要がある。

→ この見解を本件事案に当てはめると、本件事案は、③の場合に相当する。したがって、磯村説によれば、本判決と同様、当事者の主観的態様等を考慮して本件各契約を民法 90 条により無効とした場合、請負人 X の注文者 Y に対する残代金支払請求は、不法な原因が当事者に存する部分（違法建築工事部分）には認められないが、不法な原因が存しない部分（違法建築工事部分を是正する工事部分）には認められることになる。

→ 磯村説では、川井説とは異なり、末弘説の第 1 と第 2 の基準を配慮して理論化されている。

¹² 磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」『民商法雑誌創刊五十周年記念論集 I / 判例における法理論の展開』（1986 年・有斐閣）13-18 頁。

(d) 経済的公序論¹³

- ・法令違反行為論で問題となる法令は、取引とは直接には関係しない価値を実現するための法令（警察法令）から、取引と密接な関連を有する法令（経済法令）へと変化している。そして、後者の経済法令のなかには、個々の取引において当事者の利益を保護することを目的（の 1 つ）とする法令（取引利益保護法令）と取引の環境となる市場秩序の維持を目的とする法令（経済秩序維持法令）が含まれる。
- ・このうち、警察法令については、取締規定違反行為＝原則有効の方向が志向されるが、経済法令については、法令の目的と取引の効力はもはや無縁なものではあり得ないので、むしろ法令を個人の権利実現を擁護するものとして、積極的に私法上の公序に組み込むべきである。
 - この見解では、経済法令に関しては、取締規定違反行為＝原則無効の方向が志向される。
 - 本件事案で問題となっている建築基準法は、取引当事者の保護とも市場秩序の維持とも関係がないから、警察法令に該当する。そのため、この見解によれば、本件事案は、これまでの通説的な見解にしたがって解されることになるだろう。

(e) 憲法的公序論¹⁴

- ・国家が取締法規を通じて一定の行為を禁止ないし命令し、その違反に対して制裁を定めるのは、それによって他の個人の基本権を保護し、支援するためであると理解することで、取締法規違反の私法上の効力という問題については、その取締法規が目指している基本権の保護ないし支援をよりよく実現するために、裁判所が、民法 90 条を用いて、違反行為の効力を否定すべきかどうかを決定する法形成に他ならないものである。
- ・したがって、基本権の保護ないし支援という目的において公法的規制と私法的規制を同列に扱うので、経済的公序論のように警察法令と経済法令とを区別することなく、一律に取締法規違反行為＝原則無効の方向が志向されることになる。
- ・ただし、裁判所が違反行為の効力を否定することは、すでに取締法規自体が、一定の行為を禁止もしくは命令し、その違反に対して場合により制裁を科すという制約に加えて、契約当事者の契約自由をも制約することを意味するので、裁判所による法形成が、過剰介入の禁止に反しないかどうか問題となるとする。そして、過剰介入の禁止に反しないかどうかは、①取締法規の目的が、この制約の追加を正当化するに足るだけの重要性を持っているかという「均衡性の原則」、②違反行為の効力の否定が、法令の目的の実現に役立つかどうかという「適合性の原則」、③違反行為の効力を否定しなければ、その法令の目的を実現することができないかという「必要性の原則」によって判断される。

¹³ 大村・前掲注(5)201-202 頁。

¹⁴ 山本・前掲注(4)250-259 頁。

→ この見解を本件事案に当てはめると、①違反行為が居住者および近隣住民の生命、身体等の安全という重大な利益に関わるものであること、②違反行為の無効が法令違反の様態の除去に寄与でき、以後の違反に対する予防・威嚇効果も期待できること、③違反行為の無効の範囲を違法建築部分に限定し、その範囲で法令の目的が実現できるとされていることなどから、上記のいずれの原則にも適合するので、本件事案における建築基準法に違反する請負契約の無効という結論は肯定される。

4. 本判決についての検討

- ・以上の建築基準法の特質からすると、建築基準法が実現しようとする目的は様々であるので、その違反行為の内容も軽微なものから重大なものまで存在し得るが、違反行為の私法上の効力の無効が認められるのは、違反行為の内容が著しく重大な場合に限られるということになる。本判決も、「本件各建物の建築は著しく反社会性の強い行為である」ことを理由に請負契約を無効としているが、この点について異論はない。
- ・問題は、違反行為が無効とされた場合、「当事者間の信義・公正」の問題が生ずることになる点である。消費者など特定の当事者の利益保護を目的とした法令であれば、その違反行為の私法上の効力を否定することがむしろ当事者の利益にかなう結果になるのであるが、建築基準法は、国民一般の利益保護を目的とするので、違反行為の私法上の効力の否定が必ずしも当事者の利益にかなう結果になるとは限らない。この意味で、本判決は、建築基準法に違反する請負契約を無効とすることによって生ずる「当事者間の信義・公正」の問題に対し、当事者間の公平を図る方法を提示したものと見える。
- ・本判決では、当事者間の公平を図る方法として、無効とされる範囲を違法建築工事部分に限定し、これを是正する工事部分は有効とする方法がとられているが、この点については、先に検討した学説のうち、磯村説の履行段階論でも、山本説の憲法的公序論でも理論的に説明することができる。磯村説では、伝統的な通説的立場に立ちつつ、両当事者の不法性の強弱に応じて民法 708 条ただし書を弾力的に適用することを根拠にするのに対して、山本説では、違反行為の効力の否定が過剰介入の禁止に反しないかという衡量に際して、「必要性の原則」に基づいて無効の限度を画することを根拠とする点で相違があるが、いずれの見解によっても得られる結論自体変わりはない。
- ・ただし、まず取締法規違反行為＝原則無効の方向が志向される山本説では、たとえ直後に過剰介入の禁止の衡量がなされるにしても、実際には、建築基準法が規定する違反行為の内容が重大なものから軽微なものまで幅広く存在しており、それゆえ、建築基準関係法規に対する違反を一律に契約の効力に結び付けるべきでないことを踏まえると、結果として建築基準法の特質になじまない見解となっている。その点において、伝統的な通説的立場に立つ磯村説の考えの方が、むしろ建築基準法の実態を反映させた自然な解釈となっている。本件の建築基準法のような警察法令に関する事案では、履行段階に応じたきめ細かな衡量が実際には不可避である以上、伝統的通説が提示する解釈基準は、妥当な結論を導くうえでなお有用であり、本判決はそのことを示すものであったといえる。