



# 欠陥住宅被害における損害論

松 本 克 美

- 一 はじめに
- 二 建物の欠陥と損害の現実化
- 三 建替費用（相当額）の請求の可否
- 四 建替費用（相当額）減額論
- 五 欠陥住宅被害と慰謝料
- 六 おわりに

## 一 はじめに

注文して建築してもらった、或いは購入した住宅に欠陥があった場合、それが多かれ少なかれ財産権の侵害をもたらすことはいうまでもない。その上、その欠陥が重大で、到底安心して住むに耐えないものであれば、居住権の侵害やひいては生命・健康・身体の侵害やその虞れを惹起することになる。そうした虞れが顕在化したのが死者数千名、倒壊家屋三三万戸以上といわれる一九九五年の阪神・淡路大震災であったことは記憶に新しいところである。<sup>(1)</sup>

かつて住宅は、地域社会の構成員が自ら共同して建築するものであったり、或いは地域社会に在住する職人（大

工)に依頼して建築してもらったのが常であった。しかし今日、人が住宅を取得する形態は著しく異なってきた。いまや住宅は「商品」として大量に建築され販売される。「住宅の商品化」の進展である。その中でかたや建築について、或いは不動産取引についての専門業者である請負人、売主ないし仲介者と、片や基本的なこれらについて専門知識の乏しい市民とが対峙する。こうして、いまや住宅問題は消費者問題としてたち現れているのである。<sup>(2)</sup>

さて本稿では、こうした消費者問題としての性格を帯びてきている欠陥住宅問題について損害論に焦点を絞って、判例・学説動向を検討し、今後のあるべき法解釈論を提示したい。<sup>(3)</sup>最初にこの分野で実務上最大の争点の一つとなってきた、重大な欠陥がある場合の住宅の建替費用の請求の可否を検討する。筆者が本稿で結論的に提示するのは、いまや下級審判例や学説動向においては建替費用請求肯定論が有力化しており、むしろ問題は、建替費用請求を認めただでの減額論の是非(欠陥がある住宅ではあるがそこに被害者が居住してきたことを「利益」と考え損益相殺すべきか等々)、及び欠陥住宅被害に基づく慰謝料請求の額の妥当性に移りつつあるということ、すなわち欠陥住宅被害損害論の第二ステージが到来しつつあるのではないかということである。

## 二 建物の欠陥と損害の現実化

### 1 京都地裁二〇〇一(平一三)年判決

まず第一に近時出された京都地裁判決(二〇〇一(平成一三)・八・二〇)を紹介し、検討したい。この判決は、欠陥建売住宅の取得者が売主や建築業者等について不法行為責任に基づき建物解体・建替費用相当額二〇〇〇万円余及び慰謝料三〇〇万円その他計三〇〇〇万円余の請求をなしたのに対して、建築基準法及び施行令に違反して、「建物の居住者等の生命、身体及び財産のための安全性を欠く」(傍点——引用者 以下同様)ものとして不法行為責任

を認めつつ、次のように判示して、建替費用相当額の損害賠償は認めず、二〇〇万円の慰謝料請求のみを認めた。その判示理由は極めて重大な問題を含んでおり、かつ、本判決は現在のところ判例集未登載なので、多少長くなるが、ここに紹介しておく。

「原告は、本件建物の本件欠陥は、極めて重大な欠陥であつて、本件建物はこれを全部解体して新築するほかにいとして、それを前提として解体費用や新築費用等を本件欠陥により発生した損害であると主張する。

しかし、本件建物には、前記のとおり本件欠陥があるものの、それにより原告（ら）の生命・身体や財産に対する具体的な被害が現実には発生したものは認められない。また、本件各証拠によつても、本件建物は、本件欠陥があることにより、現在これに居住する原告らが直ちに退去し、これを撤去して建替えなければならないほどの具体的な危険がある状態であるとまでは認められず、むしろ、前記認定のとおり、原告らは依然としてこれに居住しており、それなりの経済的価値があることもまた否定し得ないといふべきである。そうすると、このような場合には、本件欠陥により原告に現実には発生した損害として、建物を撤去して新たに再築する費用分の損害を認めることはできない。また、原告の主張のうち、本件建物を撤去して新たに再築することを前提とする解体費用、設計管理費用を含む再築費用、代替建物の賃料や礼金、引越費用、不動産取得税や登記費用等の損害の主張も、いずれも失当であり、採用することができない。

そして、前記一の認定事実と本件各証拠を総合すると、原告（ら）は、本件建物に本件欠陥があることにより、地震等でその生命や身体に重大な被害を被るかもしれないとの将来の危険にさらされた状態となつたもので、その不安等で多大の精神的苦痛を受けたものと認められる。」

## 2 検 討

### (1) 問題の所在

本判決の論理に従えば、「建物の居住者等の生命、身体及び財産のための安全性を欠く」ような重大な欠陥がある建物であっても、「生命・身体や財産に対する具体的な被害が発生したものと認められない」場合で、この欠陥建物から「直ちに退去し、これを撤去して建替えなければならぬほどの具体的な危険がある状態」でなければ、建物再築費用分の損害賠償は認められないことになる。果たしてこれは妥当な判断であろうか。

まず第一に、問題なのは、このような論理がまかり通るならば、欠陥住宅を建てられた、或いは買わされた被害者は、生命、身体、財産に現実に被害が発生し、または直ちに退去しなければならないような危険が迫らない限りは、「生命、身体及び財産のための安全性を欠く」建物の建替えも請求できないことになるという結果の甚だしい不当性である。注文主や買主は何故にこのような危険性を甘受しなければならないのであろうか。

第二にこのような「建物の居住者等の生命、身体及び財産のための安全性を欠く」建物は、少なくとも財産的損害については既に潜在的に発生していると言えるのではなからうか。端的にいつて、このような「安全性を欠く」建物の市場価値があるであろうか。

### (2) 車両損害の場合

もし現実に取引がなされて交換価値の下落などが現実化していなければ財産的損害は賠償請求できないとするならば、それは車両損害において、完全な修理がなされたとしても事故経験車は市場価格が低下するといういわゆる評価損の問題と類似の側面を持つ。この点については評価損を損害として認めるべきか否かについては、現実に下取時に評価額がさがった場合には損害として認めつつも、この評価損が現実化していない場合にも損害として認めるべきか

否かについては、判例・学説が分かれ、保険実務は否定しているとされている。<sup>(4)</sup> 比較法的には、アメリカでも、ドイツでも現実化していない評価損を損害として認めていることが紹介されている。<sup>(5)</sup>

評価損否定説は、目的物を被害者が利用しつづけている以上、損害は現実化していないのであるから、もしこれを賠償範囲に加えると被害者が不当に利得することになることを根拠とするのだとするならばそれは不当である。なぜなら、被害者は加害者の不法行為（債務不履行）によって本来よりも価値の低いものを利用し続けるという不利益を現に余儀なくされているからである。<sup>(6)</sup> 被害者はこのような不当な不利益を甘受しなければならないわけではないのである。<sup>(7)</sup>

同様に欠陥建物被害者も、生命、身体、財産の安全性を欠く欠陥があるということによる交換価値の下落を損害として賠償請求できるはずであり、欠陥の程度が大きければ、結局交換価値はゼロということで、当初の建物引渡時の時価を賠償請求できることになる。

### (3) 車両の買替費用と欠陥建物の再築費用

また車両損害において、判例は、「被害車両が事故によって、物理的又は経済的に修理不能と認められる状態になったときのほか、被害車両の所有者においてその買替えをすることが社会通念上相当と認められるとき」には買替費用を請求することが認められるとし、このような「被害車両を買替えたことを社会通念上相当と認めうるがためには、フレーム等車体の本質的構造部分に重大な損傷の生じたことが客観的に認められることを要するもの」としている（最判一九七四（昭和四九）・四・一五民集二八・三・三八五）。「車体の本質的構造部分に重大な損傷の生じたことが客観的に認められる」場合は、「物理的又は経済的に修理不能と認められる状態」と重なることが多いと思われるが、ともかく「本質的構造部分に重大な損傷」のある車両はいくら修繕可能であっても、買替をみとめることが

「社会通念上相当」だとするこの最高裁判決の論理は、完全な修理が不可能かもしれない危険性や修理の後に損傷が顕在化した場合の最初の事故原因との因果関係の立証の困難などを理由に正当化されよう。<sup>(8)</sup> この理は、欠陥住宅の場合にも基本的には妥当しよう。それゆえ安全性を欠くような本質的欠陥がある建物については、再築費用を請求できてしかるべきである。

更に、それが建物引渡時の交換価値を超える場合にもこの請求を認めることはあながち不公平ともいえない。なぜなら、安全性を欠く欠陥のない建物の建築を請け負った、或いは売却することを引き受けたのであれば、それを供給しなかった請負人ないし売主がそこから生ずるリスクを負担すべきは自己責任の原則からして当然だからである。かかる事態を避けたいのならば、請負人ないし売主が安全性を欠かないまともな目的物を供給しさえすればよいのである。もし当初の建物の時価の範囲内では、安全な建物を建築できない、売れないというのならば、そのことを契約の相手方（注文者ないし買主）に明示する義務（情報提供義務）が信義則上存在すると解すべきではないか。通常の当事者の契約意思は、生命、身体、財産の安全を充たす建物であることを前提にしているからである。

前掲の京都地裁の判決の論理は、結局は重大な欠陥ある建物についても、退去するほど危険が現実化していないという理由で、たかだか二〇〇万円程度の感謝料で悪徳業者を免責し、被害者を泣き寝入りさせる論理であり、大いに問題である。

### 三 建替費用（相当額）の請求の可否

さて注文であれ、購入であれ、取得した住宅に重大な欠陥があり、その欠陥の修繕が物理的に不可能であったり、修繕費用が過大となる場合には、結局、当該住宅を建替える必要が生ずる。ところがこつした建替費用ないしその相

当額の損害賠償請求を、そもそも理論的に否定する見解が、従来の判決例・学説の一部に存在した。

(一) 請負人の責任

1 判例動向

(1) 建物再築費用請求否定例

注文建築の住宅に欠陥があった場合には、法的には請負契約上の請負人の瑕疵担保責任が問題となる。この場合、建替費用請求の可否問題との関連でポイントとなるのが、民法六三五条但書の規定である。六三五条は本文で請負契約における仕事の目的物に瑕疵があつて、これによつて契約目的を達成できないときは注文者は契約を解除できるとしつつ、但書では、建物その他の土地の工作物については解除ができない旨を規定している。そこで判決例の中には、建物の再築を認めることは、請負契約の解除以上の法的効果を認めるものであるという理由でこれを否定し、建替を前提とせずに、対価として支払つた金額と建物の客観的価値（交換価値）との差額が損害であるとして、その差額に対する損害賠償請求のみを認容するものが幾つか見られる（交換価値差額説<sup>9)</sup>）。

それでは請負人の瑕疵担保責任以外に、請負人の債務不履行責任や不法行為責任を追及し、その中で建替請求や建替費用相当額の請求をすることは可能であろうか。

この点についても、次のような理由で不法行為責任を否定する判決例がある。神戸地判一九九七（平九）・九・八判時一六五二・一一四は次のように判示する。

「請負人が瑕疵ある建物を建築した場合、それが請負人の責めに帰すべき事由による場合であつても、請負人は、民法六三四条以下に規定された瑕疵担保責任を負うにすぎず、一般の債務不履行責任を負わないと解するのが相当

であることからすれば、請負人が注文者や第三者に対し不法行為責任を負うのは、注文者やその後の建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した等の特段の事情がある場合に限られると解すべきである。」

(2) 肯定例

① ドグマにとらわれない判決例　しかし、最近の判例動向の中では、必ずしも上記のような形式論理に依拠したドグマにとらわれずに建替費用請求を認容する判決例も増えていることが指摘できる。

ア 請負人の瑕疵担保責任内で肯定する判決例　ひとつは、請負人の瑕疵担保責任の中で、瑕疵修補に代わる損害賠償につき、建替しかできない場合は「建替え費用」を請求できるとする判決例である。<sup>(10)</sup>

イ 請負人の責任の債務不履行責任構成　また瑕疵の修補に代わる費用たる再築費用を債務不履行に基づく損害として請求できるとする判決例もある。<sup>(11)</sup>

ウ 請負人の責任の不法行為責任構成　更に近時の特徴として請負人に対する不法行為責任の追及の中で建替費用相当額を認容する判決例が増えている。<sup>(12)</sup>

② 形式論理に依拠したドグマを正面から批判　更に請負人の瑕疵担保責任における交換価値差額説を正面から批判する判決例も現れている。熊本地判一九九八(平一〇)・一・二九(『欠陥住宅判例』<sup>(15)</sup>・二二八頁以下)は、「瑕疵があることによる目的物の交換価値の減少に限定することは、本件のように、再築を必要とする場合には、再築のための費用を注文者において負担することを強いることになり、甚だ不合理な結果となるから、再築のための費用が目的物の価格相当額に当たるものとして、賠償の対象となる損害になるものと解するのが相当である。」とする。

③ ドグマに依拠しつつ中味をかえる判決例 更に交換価値差額説にたちつつ、欠陥建物の実質的価値が無であると(13)して、売買代金相当額を認定する判決例もある。

## 2 学説動向

(1) 否定説 建替えが必要なほど欠陥が重大な住宅について建替費用相当額を請求できるか否かが具体的問題とされるようになったのは、一九七〇年代からである。当時裁判官でもあつた後藤勇は、建築請負物に重大な欠陥があつたとしても民法六三五条但書の規定を根拠に契約解除ができないことを主張するとともに、請負目的物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲は、瑕疵があるために客観的価値が減少したことによる損害を基準として定めるべきだとする交換価値差額説を主張していた。その論拠として前述のように解除が認められないこととの均衡の他に、仮に建替費用相当額を認める場合の問題点として、実際の紛争では欠陥ある建物に注文主が数年間居住している例がほとんどで、全く価値のないものとはいえず、居住利益もあり、また、数年を経て建替費用相当額が認められると、建物は古くなっているのに、注文者は請負人の犠牲に於いて新しい建物を取得できることになり、注文者にあまりに利益を与えすぎるといふ点を指摘する。(14)

更に後藤は、請負人に帰責事由がある場合にも債務不履行責任には負わず、瑕疵担保責任のみ負つことを前提に、「このような考え方からすれば、請負人が瑕疵ある建物を建築した場合でも、注文者の権利を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した場合等の特段の事情のない限り、請負人は、不法行為責任を負うものではないと解すべきではなからるか」とする。(15)

(2) 肯定説 ところで建築請負物に欠陥がある場合の解除の問題については、既に欠陥住宅問題が社会問題と

なつてきた一九七〇年代において篠塚説、高橋説によつて提唱されて<sup>(16)</sup>いた。その後、明治民法典の起草段階における立法者意思の研究が進展して<sup>(17)</sup>きた。既に当時においても家を注文したが建て方が悪くて、「住ムコト八到底出来ナイ」場合にも、解除はできず、強いてその家を持つていなければならないというのは、「甚ダ不公平甚ダ残酷ナコトデアツテスカル場合ニ於テ八解除ヲ許ス方ガ大ニ適當」と主張する議論があつたこと、起草者である穂積陳重も、現行六三四条にあたる六四〇条の提案説明のところでは、既に岡孝も指摘しているように、「其家ノ建テ方ガ非常ニ疎末デアツテ其中へ住居スルノガ危険デアルト云フサウ云フ場合ニ於テ八多分ノ費用ヲヨウシマセウケレドモ夫レヲ充分ニ直スト云フコトガ出来ナケレバ往カヌノデアリマス」と、費用が多大にかかつても瑕疵修補義務があることを認めているのである。<sup>(18)</sup>もし、住むのが危険である家については、費用がかかつても瑕疵の修補を請求でき、また、修補請求ができないような場合には、建替費用も請求できるとするならば、端的に契約解除を認めるべきではないか。<sup>(19)</sup>近時の多数説は、解除を制限して全く役に立たないようなものを存置させることの方が社会的経済的に見て問題であるとして、このような場合には、むしろ六三五条但書の適用を制限して解除を認めるべきであるとする。<sup>(20)</sup>

そして、建替費用相当額についても、近時は契約解除の問題と同様に、これを認容するものが増えて<sup>(21)</sup>いる。とくに池田が、住宅が有する社会的性格からして、交換価値としての把握になじまないこと、専門業者対消費者という構図の中で再築費用相当額を認めないことの結果的不当性を強調している点は注目される。<sup>(22)</sup>

### 3 私 見

請負契約の解除否定論を根拠に建替費用相当額の賠償を否定する見解に対しては、建替えるべきほどの重大な欠陥のある建物については、むしろその存続を認める方が社会的有用性からみても問題であること、明治民法点起草時の

よくな注文者の方が資力があり、請負人が零細な大工であるというような立場の非互換性は、むしろ、消費者問題としての今日の欠陥住宅問題には当てはまらないこと、どんなに重大な欠陥ある建物を建てても請負契約は解除できず、それを理由に建替費用の賠償を請求できないならば、悪質な欠陥住宅建築業者をまさに法認することになり問題であることを指摘できる。このような重大な欠陥ある建物については、むしろ六三五条但書の適用を制限して解除を認めべきであり、契約解除肯定説が妥当である。<sup>(23)</sup>

契約解除肯定説に立てば、解除が否定されることとの均衡で建替費用相当額の賠償を否定する議論は成り立たなくなるし、解除否定との均衡を理由に不法行為責任成立を厳格に解する見解も成り立たなくなる。

それでは、後藤説の主張するような居住利益論や新しい建物取得による不当利得論はどう解すべきであろうか。まず、契約目的達成不能で契約解除が認められるほど重大な欠陥のある建物への居住は果たして「利益」と呼ぶべきなのである。まさに「不利益」そのものではないが、また、建替費用相当額の賠償額が認められることにより確かに新しい建物が取得されることになるが、それは、このような欠陥ある建築物を建築した請負人との関係で「不公平」なのである。むしろ注文者は欠陥のない建物を供給され、居住する利益を継続的に害されてきたのである。この点を配慮することこそが公平にかなうのではないだろうか。<sup>(24)</sup> 以上の点は、後述で更に独立した項目を設け敷衍しよ。

## (二) 売主の責任

購入した建物の建替費用請求では、売主の瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲を信頼利益に限定するかどうかの問題となる。

## 1 判例動向

### (1) 建替費用否定例

売主の瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補請求権を否定し、損害賠償の範囲を信頼利益への賠償に限定し、建替費用は信頼利益にあたらないとしてその賠償を否定する裁判例がある。<sup>(25)</sup> 後述するように、瑕疵担保責任の性質をめぐっては、従来の通説とされる法定責任説、それに対するアンチテーゼとしての契約責任説、対価的制限説などの諸説が対立している。<sup>(26)</sup> 判例は責任の性質論については、不特定物についても一定の要件のもとに瑕疵担保責任規定の適用を認めており、<sup>(27)</sup> また、損害賠償の範囲についても、信頼利益に明確に限定しているとはいえない。<sup>(28)</sup>

### (2) 建替費用肯定例

① 信頼利益限定論批判　そもそも売主の瑕疵担保責任における損害賠償の範囲を信頼利益に限定すること自体がおかしいと批判する判決例が存在する。横浜地判一九七五（昭五〇）・二・二七判タ五五四・二三八は売主の損害賠償の範囲については、契約目的に照らして判断すべきであるとし、信頼利益への限定を批判する。また千葉地裁松戸支判一九九四（平六）・八・二五判時一五四三・一四九は、損害賠償の範囲からは、転売利益等を排除すればよいとする。

② 売買代金相当額の認容例　売買代金相当額は認めたと建替費用を減額したものととして、大阪地判一九九八（平一〇）・二二・一八（『欠陥住宅判例』⑥・八四頁以下）がある。ここでは、売主に建物代金相当額及び解体費用の賠償を認めたと、建物再築費用については「瑕疵のない建物としての利益確保、すなわち、履行利益の獲得に向けられた請求」だから、認められないとした。

なお瑕疵担保責任に基づく契約解除に基づく売買代金の返還を認めたと判決例も幾つかある。<sup>(29)</sup>

③ 売主の不法行為責任 更に売主の不法行為責任を認める中で建替費用相当額を認容する判決例も幾つかある。

大阪地判二〇〇〇(平一二)・六・三〇<sup>30)</sup>は、次のように言っている。

「被告Y<sub>1</sub>(売主)は、本件建物に重大な瑕疵があり、買主である原告に対し不測の損害を与えることになることを知っていたが、少なくとも容易に知り得たにもかかわらず、本件建物を売却したものであつて、瑕疵担保責任のみでは律しきれない責任があるというべきであるから、同被告には、不法行為責任も負う。」

「本件において、瑕疵の存在により原告が直接被る損害は、本件建物の取壊し・再築費用ではなく、原告が負担した代金額から、売買契約締結時における本件建物の実質的価値を控除した残額として捉えるべきである。」

「証拠によれば、本件建物を再築した場合の費用は二二八四万二〇〇〇円であり(取壊し費用を除く)、右金額をもつて本件建物の売買価格と認めるのが相当である。」

次に、本件建物の実質的価値について検討するに、本件建物には、前記のとおり、構造上の安全性、耐火性能、という、人の生命、身体の安全にかかわる重要部分に瑕疵があることからすると、到底居住に耐えないものであつて、原告の損害を認定するに当たり、実質的価値はないものといわざるを得ない。……したがつて、本件建物の瑕疵自体による損害は、二二八四万二〇〇〇円と認めるのが相当である。」

また大阪地判二〇〇〇(平一二)・一〇・二〇<sup>31)</sup>判決は、本件建物の実質的価値がゼロであるとして損害額を算定している。瑕疵担保責任及び不法行為責任。損害Ⅱ「瑕疵の存在により原告らが直接被る損害は、原告らがそれぞれ負担した代金額から、売買契約締結時における本件各建物の実質的価値を控除した差額」が損害であるとし、本件建物は実質的価値はないとする。

「確かに、いかなる瑕疵がある建物であつても、現実の市場においてなお取引の対象となると思われるが、本件

のように人の生命、身体の安全にかかわる重要部分に瑕疵がある建物について、実質的価値を認めるとすれば、建築物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ろうとした建築基準法の立法趣旨を無にするものというほかはない(例えば、法的な規制による基準値を上回る量の有害物質を含んだ食品は、それを摂取した者に直接健康被害が生じていない場合であっても、これに財産的価値を認め得ないことと同様である)。<sup>31</sup>

## 2 学 説

かつての通説とされる法定責任説は、瑕疵担保責任を特定物に関する規定とし、特定物は売買契約成立時に瑕疵があれば、その部分の履行は原始的(一部)不能であり履行不能となり、またその現状で引き渡せば引渡債務は履行していることになり(四八三条)、債務不履行責任は問えない(特定物ドグマ)。しかし、それでは公平に反するので特に法が認めた責任であると解する。そして瑕疵のある部分についての履行は不能なので、損害賠償は瑕疵なきものが履行できた場合の利益(履行利益)ではなくて、瑕疵がないものと信託したために被った損害(信頼利益)の賠償に限定されると解する。<sup>32</sup>

これに対して、特定物ドグマを否定する契約責任説は、売主は瑕疵なき物の給付義務を負うのであって、瑕疵担保責任は不完全履行にかかわる債務不履行責任の特則を定めたものであるとする。この説によれば、損害賠償の範囲は通常の債務不履行の場合と同様、履行利益を含むとする。<sup>33</sup>

更に瑕疵担保責任は瑕疵ある物の給付と代金給付の不均衡を衡平の観点から是正するための制度であると捉え、損害賠償の範囲はこうした対価的関係の不均衡を是正する範囲に限定されるとする対価的制限説<sup>34</sup>や、瑕疵担保責任を対

価的均衡を回復のための危険負担と類似の制度と捉え、担保責任における無過失での損害賠償の本質は代金減額請求権であり、過失がある場合には、債務不履行責任としての損害賠償責任が生ずるとする危険負担的代金減額請求権などがある。<sup>(35)</sup>

ところで一九八〇年代になって、売主の瑕疵担保責任をめぐる議論は、新たな段階に入ったと思われる。すなわちこれまでのような瑕疵担保責任の法的性質論から一律に結論を導き出すのではなく、むしろ、問題は給付義務の内容であり、その内容はまずは補充的解釈も含めた当事者の契約意思の探求に向けられるべきであるとする議論の深化・展開である。<sup>(36)</sup> それとともに、瑕疵担保責任・債務不履行責任における帰責性の問題も過失責任か無過失責任という次元から、性質保証違反という帰責事由或いは損害担保保証の効果としての無過失責任論への注目がなされるようになってきている。<sup>(37)</sup>

更に、「信頼利益」「履行利益」という概念自体への疑問も提示されており、瑕疵担保責任Ⅱ信頼利益に限定という図式は判例・通説とは言いかねる状況である。<sup>(38)</sup>

### 3 私 見

ところで瑕疵担保責任の賠償範囲を信頼利益に限定することの実質的理由として、故意・過失等の帰責事由がある場合の債務不履行責任と比べて、無過失責任である瑕疵担保責任において債務不履行の場合と同様に履行利益までの賠償責任を負わせるのは体系的に無理があるのではないかという点が指摘されていた。<sup>(39)</sup> だとすれば、売主の故意・過失がある場合には、瑕疵担保責任における賠償範囲も履行利益に及ぼせることが考えられる。

実際、既に四〇年以上前、法定責任説にたつ我妻栄は、売主が無過失の場合に信頼利益の賠償に限られるとするの

は「実際のにも公平に適する」としつつ、「然し、売主に過失がある場合には契約締結上の過失の責任に一步を進め履行利益の賠償責任を負うものと解すべきではあるまいか」として<sup>40</sup>いた。近時、法定責任説に立ちつつ、「売主が悪意(ないし過失)であれば、それに対する制裁として、履行利益までの賠償を認めてよいものと思われる」とする説も主張されている。<sup>41</sup>

また瑕疵なき物の給付義務を肯定する場合には、この義務違反につき帰責事由があれば、当然に債務不履行責任として履行利益の賠償も認められることになる。更に一步進んで、そもそも契約当事者の関係や契約目的物の性質、取引慣行、通常の法意識などから、瑕疵なき物の給付義務が通常肯定される場合には、そのような性質保証がなされたとして、瑕疵があつた場合には、性質保証責任として(従つて過失を要せず)履行利益まで含めた損害賠償が認められるべきである。住宅の売買においては、契約の解釈としてこのような性質保証責任を肯定できる場合が多いのはなからうか。

更に売主に欠陥住宅の売却につき故意・過失があれば、不法行為責任を追及することができ、その場合、建替によつてしか被害を回復できないのであれば損害賠償の一般理論からしても建替費用の請求は当然に賠償範囲に含まれると解すべきことになる。

判例動向で概観したような建替費用認容例の増大の背景には、冒頭で述べたような消費者問題としての欠陥住宅問題の特色の反映が有るといえる。すなわち、欠陥住宅問題が生命・身体の安全にもかかわり得るという被害の重大性、欠陥住宅建築・販売行為の悪質性、専門的知識における不均衡(専門業者対建築の素人たる消費者)といった要素がこれである。そのことが不法行為責任構成の増大(「瑕疵担保責任のみでは律しきれない責任」——前掲の大阪地判二〇〇〇(平一二)・六・三〇)や、建物の価値＝実質的無価値論という建替費用問題の法的構成にも反映している

と思われる。

今後の課題としては、責任の性質論における体系的整理（瑕疵担保責任、債務不履行責任、不法行為責任、請負と売買の場合の異同等）を更に深化させるとともに、損害論についても建替費用相当額の減額論や慰謝料請求などについての検討を深めることが必要である。本稿では後者につき、項をあらためて検討しよう。

### 三 建替費用相当額減額論

近時の裁判例の中では仮に建替費用相当額が損害額と認められるとしても、次の理由で賠償額の減額が相当であるとして争われることが増えてきた。

#### 1 居住利益論

ひとつは、欠陥住宅であってもそこに被害者が居住しつづけてきた以上は居住利益があるはずだから、それを控除すべきだという議論である。

##### (1) 居住利益控除肯定例

京都地判二〇〇〇（平一二）・一一・二二二（判例集未登載）は、重大な瑕疵があり、建物の交換価値は零に近いとしつつ、八か月分の使用利益相当額四〇五万円を控除した例である。

##### (2) 使用価値の控除否定例

これとは反対に居住利益の控除論を否定した判決例もある。神戸地判一九八六（昭六一）・九・三判時二二三八・一一八は、「なお被告の居住利得の控除云々の主張は、採用の限りでない。」とするが、その理由は明示していない。また、大阪地判一九九八（平一〇）・一二・一八（『欠陥住宅判例』⑥・八四頁以下）は、

「被告 $Y_1$ 、同 $Y_2$ らは、原告らが本件売買契約締結時から九年を経過した本訴提起時まで本件建物に居住してきた利益を控除しないのは公平の原則に反する旨主張するが、本件建物の売買契約が解除されていない本件にあつては、原告らの居住は本件建物の所有権に基くものであり、右利益を被告らに返還すべきものとの立論は採用できない。」とする。

更に、大阪地判一九九九(平一一)・六・三〇(『欠陥住宅判例』⑤六二頁以下)は、 $Y_1$ (売主・不動産業者)に対する売主の負う瑕疵担保責任に基づく契約解除による代金返還請求を認容しつつ、「原告らの本件各建物の使用料相当額を不当利得として、その返還請求債権との相殺を求める主張と善解し得るが、 $Y_1$ は、右不当利得返還請求権発生の要件についてなんら主張・立証をしない。よって、 $Y_1$ の前記主張もまた理由がない。」としている。

### (3) 私見

私見によれば、欠陥住宅に仕方なく居住していたことが「利益」や「不当利得」と法的に評価できるか疑問である。果たして欠陥住宅を他人に賃貸して相当な賃料を得られるのだろうか？欠陥住宅への居住は「利益」ではなく、むしろ「不利益」を継続的に被ったことと評価できよう。しかも被害者は、売買代金ないし請負代金を支払つて居住しているのだから、自分の不動産に居住したのであって、法律上の原因のない「不当利得」ではないはずである。

この点で、欠陥マンションについて瑕疵担保責任に基づく契約解除を肯定した事例で、次のような理由で使用利益の返還義務を肯定した判決がある。<sup>(12)</sup>「売買契約が解除された場合、売主は、民法五四五条二項に基づき、受領した代金に受領のときからの利息を付して支払うことを要するが、それとの均衡上、買主はその期間目的物を使用収益した利益を返還する義務を負い、両者は同時履行の關係に立つとすべきである。」

しかしこの判決は疑問である。確かに、最高裁は、かつて、契約解除の場合に使用利益の返還を肯定したが、事案

は他人物売買の事例であつた。<sup>(43)</sup> このような事案では目的物を通常その目的物が有する品質のままに利用することが可能であつたのだから、そこに使用利益があつたとも言える。しかし、瑕疵による契約目的達成不能という場合には、そのような通常の品質の利用という状態が欠けている。解除による「原状回復義務の根拠を等価交換的要請に求めれば、返還義務を肯定すべきである」と単純には言えないはずである。<sup>(44)</sup>

## 2 「建物減価」控除論

また既に建築から年数がたつていたので、建物は減価しているはずであるとして、建替費用相当額を減額する被告側（請負人、売主）の主張も争われている。

### (1) 「建物減価」控除肯定論

大阪地判一九九八（平一〇）・二二・一八は、「原告が本訴提起時において耐用年数の伸張した建物を取得することは瑕疵のない建物価額の回復以上の利益を取得することになり、本来あるべき減価分は控除されるべき」として、九年五〇〇万円分の減価を控除し、建物再築費用一五〇〇万円の二一九万円余の建替費用を認定している。<sup>(45)</sup>

### (2) 私 見

この問題については、そもそも建物の減価分控除の法的根拠が問題である。一般に、物が侵害されて滅失した場合の損害額は、市場性のあるものは中古市場において同種の物を取得し得る価額とされ、<sup>(26)</sup> 市場性のない場合は、新品の調達費から中古品であることによる価額減少分を控除した額とされ、物の毀損の場合も、修理不能の場合には滅失の場合と同様に考えるべきだとされている。<sup>(47)</sup> 毀損された物が中古品であつた場合にその分の価値の控除を認めるのは、被害者が不当に利得を得ないためであらう。

比較法的にも、ドイツ法では、この問題は、新旧差額控除(Abzug „neu für alt“)の問題として議論され、判例は不法行為による建物の損傷につき、損傷時の建物の時価と修復後の建物のそれとの差額を賠償額から控除することを認めている<sup>(48)</sup>。

しかし、一般論としても、被害を受けた物が年数を経過した中古品であればあるほど、年数経過による価値控除分が大きくなり、被害者は自らの意思とはかわりなく、不法行為にあつたことよつて多大な出費を余儀なくされることになり、被害者にとつて不公平ではないかという問題が生ずる。学説の中には、ここで生じた「余計の利益は、加害者が不法行為によつて与えたものであり、不法原因給付返還拒否(民七〇八条)の趣旨から返還を認めないのがよいと思つ<sup>(49)</sup>。」と指摘するものがあるが、検討に値いする立論である。

更に、欠陥住宅被害の場合に固有な問題を考慮する必要があると思われる。すなわち、第一に、この場合被害者は当初から欠陥のない住宅を加害者(債務者)から引渡される権利を有し、他方で加害者は欠陥のない住宅を引渡す法的義務(債務、不法行為上の注意義務)を負つていたということである。もし建物の経年による価値控除が認められるならば、加害者は修繕や建替えに应诉することなく長年にわたつて争えば争うほど、賠償額が低くて済むことになるが、これは果たして公平といえるだろうか。第二に交通事故による車両損害や、放火による建物滅失の場合には、一回的な行為による物損の発生であるが、欠陥住宅の事例は、本来居住すべきいわれもない欠陥住宅に長年にわたつたり住みつづけざるを得ないという継続的な不法行為、債務不履行が存在することである。欠陥建物を提供され、その建物に居住しつづけなければならなかつた不利益を考慮すれば、減価分控除は不公平であり、不当利得の「不当」性を欠くのではないか。この意味で欠陥がない中古車が毀損された場合と、欠陥がある住宅の場合とを同列に論ずることはできない。

## 五 欠陥住宅被害と慰謝料

### 1 問題の所在

ここで指摘したいのは、欠陥住宅問題における「被害の総体的把握」の必要性である。これまでの裁判例の中で欠陥住宅問題について、財産的被害には慰謝料請求できないという見解をとるものがあつたが、そのような「常識」の妥当性を問題としたい。

### 2 慰謝料否定例

これまで欠陥住宅問題について、慰謝料請求を否定した事例が筆者の知る限りでも少なくとも七件ある。ここでは従来<sup>(50)</sup>の判例・通説とされる財産的損害に対する賠償による精神的損害回復論に依拠して、欠陥住宅被害は財産的損害であることを前提に、財産的損害の回復により原則として精神的苦痛も回復したとされ、財産的損害賠償により回復されない精神的苦痛があるのならば、その特段の事情を主張・証明すべきなのにされていないという理由で慰謝料が否定されてきた。

例えば京都地判二〇〇〇(平一二)・一一・二二は、財産権侵害の場合の慰謝料請求の可否の一般論につき、「一般に、財産権が侵害された場合、精神的損害は財産的損害の裏に隠れており、財産的損害が賠償されれば、原則として精神的損害も回復されるとみるべきであり、そうでないと認めるべき特段の事情のないかぎり、慰謝料を損害として認めることはできない。」と論じ、本件における精神的苦痛につき次のように論ずる。

「証拠によると、原告及びその家族は、本件建物に入居した直後から、強風時や人が階段を上り下りしたときに

本件建物が揺れることに不安を感じて生活してきたこと、A一級建築士に調査してもらった後は、本件建物に構造的な欠陥があることが判明し、台風や地震を恐れ、不安を抱えながら生活してきたことが認められる。」

「しかしながら、このような精神的苦痛は、一般的には、瑕疵が修補されれば回復するものというべきであり、そうでないと認めるべき特段の事情も見あたらない。また、修補に代わる損害の賠償を受けたときは、価値的に瑕疵が修補された場合と同視するべきである。」

また、大阪地判二〇〇〇(平一一)・一〇・二〇は次のようにいう。

「慰謝料とは、本来、精神的損害について、これを金銭的に評価して賠償する以外にそれを回復させる手段がないから認められるものであり、財産的損害を受けた場合には、精神的に苦痛を伴うとはいえ、その損害は原則として財産的損害の回復により回復されるものといわなければならない。」

本件の場合、前記財産的損害の回復によつては回復し得ない精神的損害があるとまでは認められない。」

同一裁判長裁判官のもとの大阪地判二〇〇〇(平一一)・六・三〇も、上記二〇〇〇(平一一)・一〇・二〇と全く同じ文言で慰謝料請求を否定している。同様の例が、大阪高判二〇〇一(平一三)・一一・七(一審・大阪地判二〇〇〇・九・二七——後掲)では否定した名義貸建築士の不法行為責任を認めたと、逆に一審で認容した慰謝料五〇万円を否定)、東京地判一九九九(平一一)・一一・二四(「欠陥住宅判例」<sup>18)</sup>二九八頁以下、神戸地判一九九七(平九)・九・八判時一六五二・一一四、大阪高判一九八九(平元)・一一・一七判時一三三三・六八、福岡地判一九八六(昭六二)・七・一六判タ六三七・一五五である。

### 3 慰謝料肯定例

これに対して慰謝料肯定例は冒頭にかかげた京都地裁二〇〇一年判決を含めて少なくとも二一件ある。

#### ① 相対的高額慰謝料認容例

大津地判一九九六（平八）・一〇・一五判時一五九一・九四は五〇〇万円の慰謝料請求につき二〇〇万円の請求を認容した例である。

「原告は唯一の財産であった旧建物を失った上、新建物の工事を中止せざるを得なくなつた上、新建物の工事を中止せざるを得なくなるといふ最悪の状態に直面し、かつ、乙山夫婦と同居するため本件請負契約を締結したのに、現在二世帯に分かれて生活せざるを得なくなる等精神的に多大の苦痛を被つたものといふべく、1の損害を賠償するだけでは補われないと認められるが、隣家との交渉の経過等本件に表れた諸般の事情にかんがみると、被告の前記債務不履行によつて原告が被つた精神的苦痛は二〇〇万円をもつて相当と認める。」

東京地判二〇〇一（平一三）・一・二九は、売主等に対する三〇〇万円の慰謝料請求に対して、売主の瑕疵担保責任に基づく慰謝料請求については、瑕疵担保責任に基づく契約解除による売買代金の返還（約三六〇万円＋弁護士費用・調査費用・鑑定費用等四五〇万円）の支払によつて原告の精神的苦痛は慰謝されたとしてこれを否定する一方で、実質的な共同売主的地位に立ち販売代理行為を行った不動産業者の不法行為責任を認容し、建物取壊・再築費用・引越費用等二〇〇万円余の財産的損害についての賠償責任を認めるとともに、「原告は念願のマイホームを購入したところ、それが再築を必要とする程度という重大な瑕疵が存在し、しかもそれが安全性に係わるものであつたといふのであるから、その被つた精神的苦痛も少なくないものと認められ、本件における右認定結果とその認容額など諸般の事情を総合すると、慰謝料としては二〇〇万円が相当である。」とした。

また長崎地裁大村支判二〇〇〇(平一二)・一二・二二は、三〇〇万円の請求に対して半額の一五〇万円を認容している。

「本件建物の欠陥は建物の構造上の安全性にかかるものであり、これを知った原告及びその家族の精神的打撃は大きく、被告らの誠意のない対応から受けた被害も甚大であった。これを慰謝するには一五〇万円が相当である。」

京都地判一九九九(平一一)・五・一三も同様に一五〇万円を認容している(請求は五〇〇万円)。

「前記認定のようにX邸の施工は極めて杜撰であり、Yにおいてまともな監理がなされていたとはいいがたい状況にあり、雨漏りの程度からして、無理をすれば住めないとまではいえないにしても、老夫婦が安心して居住できる状態になかったとみるのが相当であり、前記のような瑕疵修補費用相当額が賠償されることになったとしても、新築家屋に長期間にわたって居住する夢を奪われ、今から補修して中古住宅のような建物に居住することになる無念さは、そのような賠償によっては贖うことのできない精神的苦痛を与えたというべきである。他方、Xは、後記のように請負代金の二割以上になる三九〇万円、設計監理料の四割を超える六〇万円の支払をせず、電気器具代金の支払もしないなど、工事の不十分さから当然とされる部分もあるものの、それも工事の進捗や円滑な施工・監理を妨げた一因となった面も否定できない。これら諸般の事情を総合勘案すれば、Yは、Xに対し、その精神的苦痛に対する賠償として一五〇万円の支払をするのが相当と判断する。」

② 一〇〇万円

一〇〇万円の認容例が六件ある。神戸地裁尼崎支判二〇〇〇(平一二)・一〇・二七(判例集未登載)、大阪地判一九九九(平一一)・六・三〇(『欠陥住宅判例』⑤六二頁以下)、大阪地判一九九八(平一一)・一一・一八(『欠陥住

宅判例』⑥八四頁(全額)、大阪地判一九九八(平二〇)・七・二九(『欠陥住宅判例』①・六頁以下(全額)、神戸地判一九八八(昭六三)・五・三〇判時二二九七・一〇九(全額)、大阪高判一九八三(昭五八)・一〇・二七判時一一二・六七(五〇〇万円))。

③ 九〇〇八〇万円

九〇万円から八〇万円が四件である。東京地判一九九一(平三)・六・一四判タ七七五・一七八、九〇万円(九一万円余)、大阪地判一九八七(昭六二)・二・一八判タ六四六・一六五、八〇万円(一〇〇万円)、神戸地判一九八六(昭六一)・九・三、判時二二三八・一一八、八〇万円(全額)、大阪地判一九八四(昭五九)・一二・二六判タ五四八・一八一・八〇万円。

④ 六〇〇五〇万円

これも五件である。大阪地判二〇〇〇(平二二)・九・二七判タ一〇五三号一三七頁・五〇万円(二〇〇万円)、大阪地判一九八二(昭五七)・五・二七、判タ四七七・一五四・六〇万円(一〇〇万円)、東京高判一九九一(平三)・一〇・二二、判時一四二二・一〇九(五〇万円)、大阪地判一九九一(平三)・六・二八、判時一四〇〇・九五(五〇万円)(一〇〇万円)、名古屋高判一九八二(昭五七)・六・九判時一〇五一・九九・五〇万円(一五〇万円)。

⑤ 二〇〇万円

横浜地判一九七五(昭五〇)・五・三三、判タ三三七・二三六では請求額全額として二〇万円が認容されている。

#### 4 私 見

欠陥住宅被害と慰謝料問題を考える際にポイントとなるのは、欠陥住宅被害が財産的な交換価値の回復に解消さ

れない被害であるという点である。<sup>(51)</sup> 第一に、それは、前掲京都市裁一九九九年五月判決が指摘しているように、「夢」の破壊であり、精神的打撃が大きい。第二に、平穩・快適・安全な居住利益の侵害であり、単なる財産的被害に還元されない。第三に被害の重大性・継続性がある。第四に手抜き工事・監理等があればそれだけ加害行為・債務不履行の悪質性を指摘できる。第五に事後の対応も法的評価に含まれよう。その意味で、欠陥住宅被害は財産的被害を中心としつつも、それに限定されない継続的な生活被害であり、かけがえない生活の本拠地に対する被害である点で、交通事故による車両損害とは同視することはできず、むしろ、水害などによる被害と共通する側面がある。ここでは被害の総体的把握の視点から、慰謝料の補完的作用が注目されたことも想起に値しよう。<sup>(52)</sup>

こうした見地からすれば、財産的損害の回復により精神的損害も慰謝されたというような慰謝料否定論は欠陥住宅被害の本質を見誤ったものとして疑問である。また、慰謝料請求を認容した判決例でも、前掲大阪地裁二〇〇〇年九月判決のように、「本件建物には、前記一に認定したとおりの、構造性能・外壁防火性能上の著しい欠陥があり、いつ何時原告とその妻及び幼い二人の子どもら家族の生命身体に重大な被害をもたらすかも知れないとの不安を抱きながら、原告は本件建物に右家族と共に居住を継続しているのであって、現に、原告は、本件建物入居後、台風の際などに本件建物の揺れを実感しており」という被害を認定しつつ、その評価として五〇万円の慰謝料しか認容しないというのは、余りに低額すぎるのではなからうか。<sup>(53)</sup>

## 六 おわりに

冒頭に述べたように、いまや欠陥住宅損害論は、財産的被害については「建替費用を認めるか否か」という次元からそれを前提とした上で、「賠償減額は妥当か」という「第二ステージ」に入っている。また精神的損害についても、

欠陥住宅被害について「慰謝料を認めるか否か」という次元からそれを前提にして「慰謝料額は妥当か」という段階に進んでいるのではなからうか。

上記のような「夢」の破壊、生活の本拠地に対する生命・身体・安全への不安をも内在させた継続的被害の発生という特質を反映した慰謝料としては、欠陥住宅被害の慰謝料相場的大幅な底上げの必要性を指摘できる。性質は異なるが、当初は低かった慰謝料が高額化してきた例として、日本におけるセクシユアル・ハラスメント訴訟の例を検討すると、一九九一～九七年二月までの認容額は、五〇～一五〇万円であったが、一九九七年三月から一九九九年三月までは、一〇～三三〇万円となり、一九九年五月以降は、認容額は、七五〇万円、七〇〇万円、九〇〇万円、一一〇〇万円と一挙に高額化してきている。その背景にあるのは、セクシユアル・ハラスメント被害の深刻さについての認識の深まりと言える。<sup>(54)</sup>

今後は欠陥住宅被害の特質に則した慰謝料の高額化を是非とも実現すべきである。本稿がそのための小さな一歩となれば幸いである。

- (1) 阪神大震災後、新築住宅の中にも倒壊したものがあり、欠陥住宅であることが判明したとして建築業者や売主を相手取り多数の訴訟が提起されていると言われている(日経アーキテクチュア一九九六年(〇月二日号)二六頁以下)。
- (2) 以上の点については、松本克美「欠陥住宅と建築士の責任——建築確認申請に名義貸しをした場合——」立命館法学二七・二七二号九〇一頁以下(二〇〇一)でも指摘した。
- (3) なお筆者は欠陥住宅問題における責任論・損害論を以前に概観的に検討した(松本克美「欠陥住宅と建築業者・不動産業者の責任」内田勝一・浦川道太郎・鎌田薫編『現代の都市と土地私法』(有斐閣、二〇〇一)三〇二頁以下。本稿は、更に損害論を中心に私見を展開したものであるが、この論稿も併せて参照していただけると幸いである。
- (4) 小鹿野昌一「車両損害の賠償」塩崎勤編『交通損害賠償の諸問題』(判例タイムズ社、一九九九)一六三頁以下。

- (5) アメリカ法について、野村豊弘「車両損害の損害額算定の法理」交通法研究一六号一七頁以下(一九八七)、ドイツ法について田上・前注46・七頁以下、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(二)——ドイツにおける判例の検討を中心に——」立命館法学二五号一〇六頁以下(一九九七)。
- (6) ドイツ法ではかつて評価損については、その損害が現実化しないと賠償範囲に含まないとしていた判例が、一九六一年一〇月三〇日判決で変更され、評価損の損害賠償を認めるところとなった(BGHZ 35, 386ff.)。その理由は、所有者がこの車を継続して利用しようとする場合は、一般的な社会生活上の見解(Verkehrsauffassung)によれば、無事故車両に比べて低い価値の車の利用をもって満足していることになり、他方で、評価損の賠償を認めないならば、価値が完全でない車を継続して利用しようという所有者の決心が、加害者の免責につながるからであるとする。この点から、若林は本判決は「損害賠償法の填補原則」に不当な利得の禁止という原則を「加害者を不当に免責すべきでない」という規範によって修正し、実損を越える不利益(ここでは客観的価値の減少)を賠償相当な損害と見なしたといえよう」とする(若林・前注5・一〇七頁以下)。しかし、私見からすれば、そもそもこのような場合には被害者に「不当な利得」が存在しないというべきである。
- (7) なお宮川博史「物損の損害賠償額」判タ六三三号四七頁は、売買における瑕疵担保責任の内容として、目的物に瑕疵があれば、それを処分するか否かにかかわらず、代金減額請求が認められることとの均衡を問題にして、評価損を損害として認めないことを批判する。また小林は修理によっても回復されない損傷が残り、また「隠れた瑕疵に対する疑念等から、事故者の市場価格が低下する傾向があることは一般的に否定でききないことから」評価損を損害として認めるべきとする(小林和明「車両損害」吉田秀文・塩崎勤編『裁判実務大系』(青林書院、一九八五)二四三頁)。
- (8) 柴田保幸「本件判批」『最高裁判所判例解説・民事編・昭和四九年』一一二頁。なお、車両事故において完全な修理がいかに不可能かを論じ、また保険業者の査定の問題点などを詳細に指摘した浅井岩根「車両買替請求と物損事故被害者支援センター」交通法研究二八号一〇〇頁(二〇〇〇)は興味深い。
- (9) 神戸地判一九八八(昭六三)・五・三〇判時一九七・一〇九、東京地判一九九一(平三)・六・一四判タ七七五・一七八、大阪地判一九九一(平三)・六・二八判時一四〇〇・九五などがこれにあたる。
- (10) 大阪高判一九八三(昭五八)・一〇・二七判時一一二・六七、大阪地判一九八四(昭五九)・二二・二六判タ五四八・一八一。
- (11) 神戸地判一九八六(昭六一)・九・三判時一二三八・一一八。
- (12) 横浜地判一九八五(昭六〇)・二・二七判タ五四・二三八、大阪地判一九九八(平一〇)・七・二九(欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消

- 費者のための欠陥住宅判例「第一集」——安心できる住まいを求めて（民事法研究会 二〇〇〇）①判決・六頁以下（以下「欠陥住宅判例」と略す。傍点部分で文献を略称する。以下同様）。大阪地判一九九八（平一〇）・二二・一八「欠陥住宅判例」⑥八二頁以下（買主↓建築業者）、福岡地判一九九九（平一一）・一〇・二〇「欠陥住宅判例」⑭・一七四頁以下（注文者↓請負人）、東京地判一九九九（平一一）・一一・二四「欠陥住宅判例」⑮・二九六頁以下。
- (13) 請負人の不法行為責任構成についての上述の判決例。
- (14) 後藤勇「最近の裁判例からみた請負に関する諸問題」判タ三三五号五八頁（一九七八）、同「請負建築物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判タ七二五号八頁以下（一九九〇）。
- (15) 後藤・前掲注14・「範囲」一三頁。
- (16) 篠塚昭次「不動産法の常識・上巻」（日本評論社 一九七〇）二五三頁、同「民法セミナーIV」（敬文堂 一九七二）二五〇頁以下、高橋弘「瑕疵担保」法時四二巻九号四〇頁（一九七〇）。
- (17) とくにこの点で岡孝「判批」判タ六九八号三四頁以下（一九八九）。
- (18) 『法典調査会民法議事速記録・四巻』五四五頁以下（復刻版・商事法務研究会）。
- (19) この点を早くから指摘するものとして篠塚・前注16『セミナーIV』二五〇頁以下。
- (20) 青野博之「判批」法時六一巻九号一〇六頁（一九八九）、織田晃子「判批」私法字研究（駒沢大学）一四・一五号一七四頁（一九九〇）。
- (21) 前注16の篠塚、高橋弘の他に、岡孝・前注17、青野・前注20、織田・前注20、北川善太郎「債権各論・第二版」八三頁（有斐閣、一九九五）、池田恒男「判批」判タ七九四号三八頁（一九九二）、高木多喜男「久保宏之」不完全履行と瑕疵担保責任（新版）一六〇頁以下（一粒社 一九九八）。
- (22) 池田・前注21・四二頁。
- (23) 松本・前注3・三〇六頁。なお、そこではドイツ法にも触れているので参照されたい。
- (24) 澤田和也「欠陥住宅紛争の上手な対処法」一三七頁以下（民事法研究会、一九九六）。なお著者の澤田は自身も欠陥住宅被害に遭遇して以来この問題に先進的に取り組んできたバイオニアの弁護士である。
- (25) 大阪地判一九九一（平三）・六・二八判時一四〇〇・九五など。
- (26) 売主の瑕疵担保責任の性質論については、田谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編集代表『民法講座五』一八五頁以下（有斐閣 一九八五）。

- (27) 最判一九六一(昭三六)・二二・一五民集一五・一一・二八五。
- (28) 最高裁は売主の瑕疵担保責任の損害賠償の範囲を信賴利益に限定するとは明示していない。なお数量指示売買における売主の担保責任(民法五六五条)に基づく損害賠償の範囲についても、従来の多数説は信賴利益の賠償に限定していたが、最高裁は、一定の場合には履行利益の賠償も認められるかのような判示をするに至っている(最判一九八二(昭五七)・一二二民集三六・一・七一。土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎としてされたにとどまり売買契約の目的を達成するうえで、特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有したとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責を負わないものと解するのが相当である。)本判決については、森田宏樹「数量指示売買と履行利益」ジュリスト別冊「民法判例百選Ⅱ」第五版「一二二頁以下(二〇〇一)及びそこに掲げられた参考文献参照。
- (29) 横浜地判一九九七(平九)・七・一六。欠陥住宅判例④・四八頁以下、大阪地判平一・六・三〇。欠陥住宅判例⑤・六二頁以下、大阪地判二〇〇〇(平二)・九・二七判タ二〇五三・一三七(本件を検討したものととして、松本・前掲注2・九〇五頁以下、國井和郎「新築建売住宅の欠陥と瑕疵担保責任等」私法判例リマックス二四号、四二頁以下(二〇〇二))。
- (30) 本判決を検討したものととして、松本克美「欠陥建売住宅の売主及び建築確認申請に名義貸しをした建築士の責任」ジュリスト一一九二号二一六頁以下(二〇〇一)、松本・前掲注2・九〇八頁以下。
- (31) 松本・前掲注2・九二二頁以下。
- (32) 法定責任説に立つ戦後の代表的論者としては、我妻栄「債権各論中(一)」二七〇頁以下(岩波書店、一九五七)、柚木馨「売主瑕疵担保責任の研究」(有斐閣、一九六三)、加藤一郎「担保責任」民法演習Ⅳ、九一頁以下(有斐閣、一九五九)など。
- (33) 契約責任説に立つ論者として、五十嵐清「瑕疵担保と比較法」比較民法学の諸問題、八〇頁以下、九九頁以下(一粒社、一九七六)初出・民商四一・三・六号(一九五九、六〇)、北川善太郎「契約責任の研究」九八頁以下(有斐閣、一九六三)、星野英一「瑕疵担保の研究——日本」『民法論集』(3)『(有斐閣、一九七二)、山下未人「担保責任と債務不履行」契約法体系Ⅱ、一三三頁以下(有斐閣、一九六二)などにより展開された。
- (34) 勝本正晃「不完全履行序論」同「民法研究」(1)『一三三頁以下(厳松堂書店、一九三三)』同「瑕疵担保責任の対価的制限」『民法研究』(5)『一四九頁以下(厳松堂書店、一九四二)』末川博「債権各論第一」部、六六頁(岩波書店、一九三九)。
- (35) 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任」判例と学説(民法Ⅱ)『一八三頁以下(日本評論社、一九七七)』同ロー・スクール一六号座談会「財産法

の今日的課題」二八頁（一九八〇）。

(36) 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察」私法五一号二二九頁以下（一九八九）、潮見佳男「契約規範の構造と展開」一八六頁以下（有斐閣、一九九一）。

(37) 契約当事者の意思解釈と保証責任との関連での瑕疵担保責任の位置づけの議論の展開を進めたものとして好美清光「判批」金商六五〇号四五頁以下（一九八二）、円谷峻「瑕疵担保責任における損害賠償」Law School 四〇号七六頁以下（一九八二）など。また法定責任説に位置づけられている下森も、当事者意思の解釈を重視する（下森・「不完全履行・瑕疵担保責任と損害賠償の範囲」法学セミナー一九八三年三月号）同『債権法の論点』五〇頁以下（日本評論社、一九九〇）。

(38) 高橋真「ドイツ瑕疵責任法における種々の契約利益・消極的契約利益・完全性利益の区別」林良平先生還暦記念『現代私法学の課題と展望』(4) 一六五頁以下（有斐閣、一九八二）。

(39) この点を指摘するものとして前注<sup>35</sup>・加藤雅信など。

(40) 我妻栄『債権各論・中巻一（民法講義V2）』二七一頁以下（岩波書店、一九五七）。そこでは、「元来、民法は、損害賠償の範囲について信頼利益と履行利益の区別を知らないのだから、解釈によってその区別を試みるのが学説・判例の態度である。それなら、売主の担保責任について、信義則に訴えながら、過失ある売主の賠償範囲を広く解することも不都合ではあるまい。」とする。

(41) 近江幸治『民法講義V（契約法）』一四八頁（成文堂、一九九八）。

(42) 東京高判一九九四（平六）・五・二五判タ八七四・二〇四。

(43) 最判一九七六（昭五一）・二・三三民集三〇・一・一。なお契約解除ないし契約の無効の場合の目的物の使用利益の返還義務についての検討として、川角由和「双務契約の解除の効果に関する一考察——いわゆる「使用利益」返還義務の帰趨」島大法学三三巻二号一頁以下（一九八九）油納健一「いわゆる「使用利益」返還義務についての一考察——無効な利用型契約における「使用利益」を中心に——」神戸法学雑誌四八巻三号六七五頁以下（一九九八）、同「不当利得と善意占有者の果実收取権——「使用利益」の問題を中心に——」龍谷法学三三巻四号一一八頁以下（二〇〇〇）など。

(44) 難波讓治「新築マンションの雨漏り等と瑕疵担保責任」（本件判批）私法判例リマックス二四七頁（一九九六）。

(45) 『欠陥住宅判例』⑥八四頁。

(46) 物損でよく問題となるのが車両損害であるが、この点で最高裁判決は、「交通事故により自動車に損傷を被った場合において、被害車両の所

有者が、これを売却し、事故当時におけるその価格と売却代金との差額を事故と相当因果関係のある損害として加害者に対し請求するのは、被害車両が事故によって、物理的又は経済的に修理不能と認められる状態になったときのほか、被害車両の所有者においてその買替えをすることが社会通念上相当と認められるときをも含むものと解すべきである」とし、「また、いわゆる中古車が損傷を受けた場合、当該自動車の事故当時における取引価格は、原則として、これと同一の車種・年式・型・同程度の使用状態・走行距離等の自動車中古車市場において取得しうるに要する価額によって定めるべきであり、右価格を課税又は企業会計上の減価償却の方法である定率法又は定額法によって定めることは、加害者及び被害者がこれによることに異論がない等の特段の事情のない限り、許されないとすべきである。」としている(前掲最判一九七四(昭和四九)・四・一五民集二八・三・三八五)。

(47) 吉村良一『不法行為法』第2版(有斐閣、二〇〇〇)一四九頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』(青林書院、一九八五)五七六頁。

(48) 農場建物の放火に関する一九五九年五月二四日の判決(BGHZ 36, 26)。この紹介として、田上富信「車両損害の賠償をめぐる諸問題」(上)——西ドイツおよびオーストリアの法状況と対比して——判例評論三三七(判例時報二二八)号四頁以下(一九八七)。

(49) 谷口安平・植林弘『損害賠償法概説』(有斐閣、一九六四)一三三頁。

(50) 東京高裁判決は次のようにこの問題を定式化している。「財産権の侵害に基づく精神的損害の賠償を求め得るためには、侵害された財産権が当該被害者にとって特別の主観的、精神的な価値を有し、そのため単に財産的損害の賠償だけではとてい償い得ない程甚大な精神的苦痛を被ったと認めべき特段の事情がなければならぬものと解するのを相当とする。」(東京高判一九六六(昭和四一)・一一・二二訟月一三・一五七)。判例については、松本克美「民法七〇条」篠塚昭次・前田達明編『新・判例コンメンタール民法9』不法行為(三省堂、一九九三)二〇二頁以下参照。学説として、四宮・前注46・五四〇頁。

(51) 澤田・前注24・七一頁は、欠陥住宅被害の本質は「家庭の平和の破壊」の側面を持った「精神損害を中核とする継続的不法行為」であると指摘する。

(52) 水害の損害論につき、淡路剛久「不法行為法における権利保障と損害の評価」(有斐閣、一九八四)二二〇頁以下。

(53) なおこの判決が慰謝料請求を売主の瑕疵担保責任に基づいて認めた点につき、國井は、「本判決は瑕疵担保責任の損害賠償として慰謝料を認め、信頼利益の賠償とする痛切・判例と異なる判断を下したと評価でき、これを新味ないし特色となしえよう」とする(國井和郎「新築建売住宅の欠陥と瑕疵担保責任等」私法判例リマックス二四号四四頁(二〇〇二))。本判決の控訴審判決は本文で指摘したように、財産的損害賠償によ

る精神的苦痛回復論により慰謝料請求を否定し、本件建物の欠陥と台風による建物の揺れについては、「本件建物の揺れと本件瑕疵との関係は必ずしも明らかではないから、これを理由に慰謝料を請求することはできない」とした。

(54) セクシユアル・ハラスメント被害の深刻さについては、東京女性財団編『セクシユアル・ハラスメントのない世界へ』(有斐閣、二〇〇〇)一四六頁以下。

(二〇〇二・二・一五脱稿)

\* 本稿は、欠陥住宅被害の救済・対策について弁護士・建築士・市民・研究者が理論的・実践的に活動を進めている欠陥住宅京都ネットの第四回総会(二〇〇一年四月二八日・京都パレスサイドホテル)で、筆者が行った講演「欠陥住宅判例動向と今後の課題——損害論を中心に」を元に執筆したものである。本稿で検討した判例集未登載の諸判決は、この京都ネット、欠陥住宅関西ネット、欠陥住宅被害全国連絡協議会などに所属する弁護士諸氏から提供いただいたものである。ここに記して謝意を表したい。