

# 欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論

松 本 克 美

- 一 はじめに
- 二 居住利益控除論
- 三 「建物減価」控除論
- 四 慰謝料論
- 五 結 び

## 一 はじめに

別稿で検討したように、昨年9月に、最高裁は欠陥住宅の請負人は建て替えが必要なほど重大な瑕疵がある場合には、瑕疵担保責任に基づき建替費用相当額の損害賠償責任を負うという画期的判断を示した（最判2002（平成14）・9・24）【50】。番号は本稿末尾の別表の番号<sup>1)</sup>）。ところで、この原審判決（東京高判【47】）は、建替費用相当額を認めた1審判決（横浜地裁小田原支判【40】）を維持する一方で、被告側が主張していた居住利益の控除論を認めて、原告が5年あまり本件建物に居住していたことの利益600万円を損害額から控除し、また、財産的損害の賠償を認めることによっても回復されない精神的苦痛を被ったものとまでは認められないとして、1審判決が100万円を認容していた慰謝料請求を棄却した。筆者は、上告理由との関連では、最高裁は原審判決のような「建替費用相当額＋居住利益控除論＋慰謝料否定論」のワンセット論を採用したものではないと考えるが、今後、この点の是非が検討課題となるであろうことを指摘した<sup>2)</sup>。本稿ではこうした課題の解明のために、論点を整理して、いったん

算定された欠陥住宅被害の損害を、何らかの理由で減額したり否定したりする従来の判例動向を批判的に検討し、私見の展開を試みたい<sup>3)</sup>。

## 二 居住利益控除論

まず、裁判例の動向を検討しよう。

### 1 居住利益控除肯定例

東京高判1994（平成6）・5・25（【15】） 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ある。本判決は、「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、両者は同時履行の関係に立つというべきである。」（傍点引用者。以下同様）とする。

京都地判2000（平成12）・11・22（【30】） 注文住宅に重大な瑕疵があるとして、注文者が建築請負人たる建設会社 Y<sub>1</sub> に請負人の瑕疵担保責任、不法行為責任、Y<sub>1</sub> 会社の代表取締役である Y<sub>2</sub> らに取締役の責任（商法266の3）等に基づき、建替費用相当額2262万円余、慰謝料200万円等を請求した事件である。判決は、本件建物の請負代金額1433万624円が本件建物自体の対価であるとし、この対価と「本件建物の客観的な価値との差額」が原告のこうむった損害であるとする交換価値差額説に立つ。その上で本件建物の「客観的な価値」については、「本件建物は、建築当初から建て替えが必要な建物であったというべきであるから、その価値は零に近いというべきであるが、完成以来今日まで約6年9か月にわたって倒壊、大きな傾き等の重大な支障なく原告の居宅としての役割を果たしてきたことに鑑みると、少なくともその使用利益相当額の価値を有していたと認めるのが相当である。」そして、「使用利益相当額の価値」の算定方法として

次のように判示する。「本件建物の所在地付近で本件建物と同規模の一戸建て居宅を賃借しようとするれば、少なくとも金10万円を下らない賃料を必要とすること（公知の事実である）、その賃料は建物の使用利益と敷地の使用利益によって構成されていると考えられるところ、本件建物敷地の面積、付近の土地の地価等に鑑みると、本件建物の使用利益はその2分の1である1か月金5万円を下回らないというべきであり、本件建物は、少なくとも81か月の使用利益相当額405万円の価値を有していたというべきである。」とし、結局、損害として認められる交換価値の差額は、前述の請負代金から使用利益相当額を控除した1028万0624円であるとする。

なおこの判決では、次のように、建替費用相当額の損害額の認容が原告に不当な利得を与えるとしている点が注目される。「原告が主張するように、建て替え費用を損害と捉えれば、木造3階建て建物の建築工事を発注し、その代金1433万0624円を支払った原告が、その瑕疵の修補に代わる損害賠償の支払いを受けた結果、金2262万円の価値がある一部鉄骨、一部木造3階建て建物を取得できることになり、原告に不当な利得を与えることが明らかである。」

東京高判2002（平成14）・1・23（【47】） 欠陥注文住宅につき請負人の瑕疵担保責任に基づく建替費用を認めた上記最高裁判決の原審判決である。居住利益控除の理由は、次のとおりである。「本件建物は建て替えの必要があるとはいえ、被控訴人は、本件建物の欠陥にさいまれながらも平成8年9月から現在に至るまでの5年あまりの間、家族らと本件建物に居住してきたものであって、本件建物の居住によって被控訴人が一定の利益を受けていることも否定し難いから、建て替えに要する費用全額の賠償を認めるならば、被控訴人が損害の回復以上の利益を得ることになる。そこで、本件においては、本件建物の居住によって被控訴人が受けた利益を600万円と認め、これを上記建て替えに要する費用から控除した額である3230万2560円を損害額と認めるのが相当である。」

## 2 居住利益控除否定例

神戸地判1986（昭和61）・9・3（【7】） 売買契約に基づき売主の瑕疵担保責任が認められた事例である。「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。

大阪地判1998（平成10）・12・18（【19】） 建売住宅の売主に瑕疵担保責任、建築業者に不法行為責任を認めた事例である。「被告 Y<sub>1</sub>、同 Y<sub>2</sub>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っては、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立論は採用できない。」とする。

大阪地判1999（平成11）・6・30（【21】） 売主 Y<sub>1</sub>の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らる主張と善解し得るが、Y<sub>1</sub>は、右不当利得返還請求権発生要件についてなんら主張・立証をしない。よって、Y<sub>1</sub>の前記主張もまた理由がない。」としている。

## 3 学説

(1) 居住利益控除肯定説 請負人の瑕疵担保責任に基づく建替費用相当額の賠償請求を否定し、交換価値差額説を提唱する後藤勇は、次のように言う。「瑕疵ある建物を建築した請負人は、当然その責任を負うべきであって、注文者に対し、相当額の損害賠償をしなければならない。しかし、前記のように、注文者が、建築請負にかかる建物に重要な瑕疵があるといいながら、五年ないし一年またはそれ以上もの長期間に亘り、その瑕疵ある建物を、全く無償で住居その他に使用しながら、その後において、当初の請負代金よりも高い建て替え費用の賠償を受け、その賠償金をもって、右瑕疵ある建物を取り壊して、新しく建物を新築してこれを取得できると

いうことは(勿論、建築費が値上がりすれば、右賠償を受けた建て替え費用だけでは足りないということもあり得ようが、年五分の割合による遅延損害金の賠償を加えれば、大部分は足りる筈である)、注文者にとって、余りにも利益を与え過ぎる結果になるのではなからうか。」とする<sup>4)</sup>。後藤によれば、「瑕疵ある請負建築建物の建て替え費用の賠償を認めた場合には、注文者は、通常、その請求の時を基準とした請負建築建物と同一の建物を新築する代金の賠償を受けられることになるが、注文者は、右建て替え費用の賠償を受けるまで、何年間も、無償で該当瑕疵ある建物に居住し、右建物で営業を営んで、少なくとも当該瑕疵ある建物の賃料相当額(但し、右賃料相当額から地代相当額を差し引いた額)を利得していることになる。なぜなら、もし、瑕疵ある建物でも、これを利用できなければ、右建物に相当する建物をほかに借りて、それ相応の賃料を支払わなければならないからである。」<sup>5)</sup>

また、難波譲治は、上記の欠陥マンション売買契約の解除事例(【15】)で、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」とする<sup>6)</sup>。

(2) 居住利益控除否定説 上述の後藤説に対して全面的に反対論を展開しているのが、欠陥住宅訴訟の被害者代理人としてのパイオニア的存在である澤田和也である。澤田の論旨は次のように要約できる<sup>7)</sup>。

所有者が自らの所有権に基づいて使用しているのだから、不当な利得ではない。

欠陥住宅に好きこのんで居住しているわけではなく、やむなく被害者はそこに居住しているのである。

被害者は本来ならば完成引渡し時から完全な建物を使用し得たはずである。

建築建物の請負人が誠意ある対応をして早期に賠償に応ずると多く支払わねばならないという不都合が生じ、「まさに手抜き業者に好都合な論理」である。

また近時、名古屋地裁民事部の裁判官である青山邦夫・夏目明徳が公表した論稿では、「建替えまでの建物の使用利益を損益相殺する必要はまったく認められない」としているのが注目される<sup>8)</sup>。但し、その理由は述べられていない。

4 私見 (1) 居住利益と「不当利得」 そもそも居住利益の返還請求を問題とする場合に、その法的根拠が問題となる。前述のように、【21】事案の被告は居住利益につき不当利得返還請求をする趣旨のようであるが、これについて【21】判決は、被告が「右不当利得返還請求権発生要件についてなんら主張・立証をしない」として、これを排斥している。

欠陥住宅への居住利益を不当利得返還請求権によって構成しようとしても、澤田がすでに指摘しているように、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？ 後に慰謝料論のところでも詳述するように、欠陥住宅への居住は「利益」ではなく、むしろ「不利益」を継続的に被ったと評価すべき問題である。しかも被害者は、売買代金ないし請負代金を支払っ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。これらの点で、私見は、居住利益の不当利得返還請求権自体が成立しないと考える。

(2) 欠陥住宅に関する売買ないし請負契約の解除と居住利益の返還

上述のように、欠陥マンションの売買契約の解除の事例で、【15】判決は居住利益の返還を認めている。ところで、この判決が引用する最高裁判決（最判1976（昭和51）・2・13民集30・1・1）は、中古自動車に関する他人物売買の事例の契約解除の場合に使用利益の返還を肯定した事案であった<sup>9)</sup>。この判決は次のように判示している。

「売買契約が解除された場合に、目的物の引渡を受けていた買主は、原状回復義務の内容として、解除までの間目的物を使用したことによ

る利益を売主に返還すべき義務を負うものであり、この理は、他人の権利の売買契約において、売主が目的物の所有権を取得して買主に移転することができず、民法五六一条の規定により該契約が解除された場合についても同様であると解すべきである。けだし、解除によつて売買契約が遡及的に効力を失う結果として、契約当事者に該契約に基づく給付がなかつたと同一の財産状態を回復させるためには、買主が引渡を受けた目的物を解除するまでの間に使用したことによる利益をも返還させる必要があるものであり、売主が、目的物につき使用権限を取得しえず、したがつて、買主から返還された使用利益を究極的には正当な権利者からの請求により保有しえないこととなる立場にあつたとしても、このことは右の結論を左右するものではないと解するのが、相当だからである。」

この最高裁判決は、契約解除の結果生ずる原状回復義務の効果として「契約当事者に該契約に基づく給付がなかつたと同一の財産状態を回復させる」ことが必要となり、したがつて「買主が引渡を受けた目的物を解除するまでの間に使用したことによる利益をも返還させる必要がある」というものである。しかし、本最高裁判決のような他人物売買の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、売買目的物の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。前述の難波のように解除による「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」<sup>10)</sup>と単純には言えないはずである。

欠陥住宅が請負契約によつて建築された場合は、民法635条但書との関連で、請負契約に基づく瑕疵担保責任によつて、或いは債務不履行によつて契約解除が認められるかという問題が生ずる。私見は、重大な瑕疵があつて社会経済的にもその存続が危険で有害である場合には、635条但書は適用されず、解除も可能と考えるが<sup>11)</sup>、その場合も売買契約の解除と同

様に、「使用利益」はなく、したがってその返還義務もないと考える。

### 三 「建物減価」控除論

また既に建築から年数がたっているので、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 裁判例

大阪地判1998（平成10）・12・18（【19】） 売主の瑕疵担保責任，不法行為責任を追及した事例で、「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，9年500万円分の減価を控除し，建物再築費用1500万円のうち1219万円余の建替費用を認定している。なお，この判決は，一方で上述のように居住利益の控除については否定している。

#### 2 学説

(1) 「建物減価」控除肯定説 後藤勇は、「新築建物は，年々古くなっていくから，年毎にその時価格が下がっていく筈であるのに（少なくとも，法律的には減価償却分だけは低下するといえよう），前述の如く，建て替え費用の賠償を認めた場合には，注文者は，その建て替え費用の賠償を受けたときに，新しく建物を建築し直すことになるから，当初の請負建築建物の引渡しを受けてから，五年も十年も経過してから，全く新しい建物を取得できることになり，かつ，それだけ耐用年数の延びた建物を取得することになって，その分の利得をしたことになる。これも不合理なことではなかろうか。」とする<sup>12)</sup>。

また，居住利益控除否定説に立つ前掲の青山邦夫・夏目明德論文は，他



方で、建物の減価の控除については、「建替えに要する費用から、上記のような経済価値の上昇や耐用年数の延長による利益を損益相殺するのが適切であろう」とする<sup>13)</sup>。

(2) 「建物減価」控除否定説 これに対して前掲澤田和也は、ここでも異論を唱えている。「『新築建物は年々古くなっていくから』との所説は、取り壊し建て替える必要のない建物を給付されていた場合に妥当するものである。注文者は、当初より取り壊し建て替える必要のない建物の給付を受けるべきであったのに、業者の手抜きと対応の悪さによりやむなく法的手続きを行い、それによって五年から一年以上にもわたってその欠陥住宅に居住せざるを得ないのである。当初から瑕疵のない完全な建物の給付を受けて、なおかつ賠償金により新築建物を取得したのではない。……後藤教授は、取り壊し建て替えるほかにない建物の給付を受けても、取り壊し建て替える必要のない完全な建物の給付を受けた場合と同一視しておられるからこそ、このような常識はずれの結論になるのである。』<sup>14)</sup>

3 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>15)</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>16)</sup>。毀損された物が中古品であっ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ろう。

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>17)</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

意思とはかかわりなく、不法行為にあったことによって多大な出費を余儀なくされることになり、被害者にとっ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って与えたものであり、不法原因給付返還拒否（民七 八条）の趣旨から返還を認めないのがよいと思う。」<sup>18)</sup>と指摘するものがあるが、傾聴に値しよう。

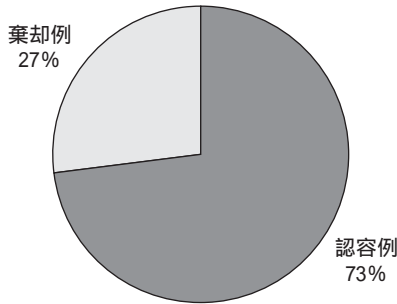
更に、欠陥住宅被害の場合に固有な問題を考慮する必要があると思われる。すなわち、第一に、前述の澤田も指摘しているように、この場合被害者は、当初から欠陥のない住宅を加害者（債務者）から引渡される権利を有し、他方で加害者は欠陥のない住宅を引渡す法的義務（債務、不法行為上の注意義務）を負っていたということである。もし建物の経年による価値控除が認められるならば、加害者は修繕や建替えに応ずることなく長年にわたって争えば争うほど、賠償額が低くて済むことになるが、これは果たして公平といえるだろうか。第二に交通事故による車両損害や、放火による建物滅失の場合には、一回的な行為による物損の発生であるが、欠陥住宅の事例は、本来居住すべきいわれもない欠陥住宅に長年にわたり住み続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った不利益を考慮すれば、減価分控除は不公平である。損益相殺の根拠が「公平」にあるとするならば<sup>19)</sup>、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。

## 四 慰謝料論

### 1 裁判例の動向

後掲別表にあるように、これまで欠陥住宅訴訟において何らかの意味で供給者側（売主、請負人、建築業者、建築士、不動産仲介業者）の法的責任が認められた裁判例のうち、慰謝料が請求された裁判例として筆者が収

図1

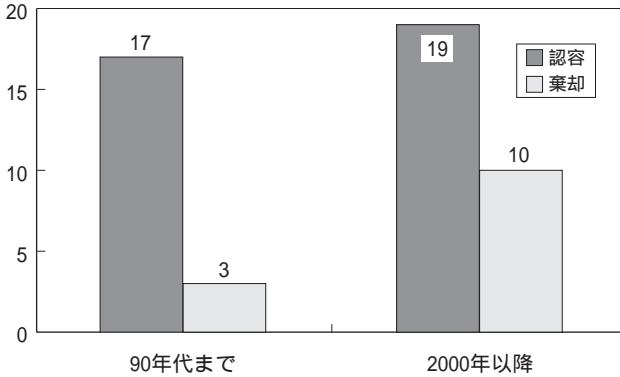


集できたものを、49件掲げてある（以下、収集裁判例と略す）。もちろん公刊されていない裁判例で筆者が収集できていないものも数多く存在するので、これらの収集裁判例は氷山の一角でしかないであろう。その意味で、これらの裁判例から正確な統計的な傾向がつかめる訳ではない。だが、それでも、収集し得た限りでの裁判例の全体的な特徴を分析することはできる。そこで、まずこれらの裁判例の特徴を概観しておこう。

(1) 肯定・否定判決例の動向 慰謝料請求を認容した裁判例は36件(73%)、棄却した裁判例は13件(27%)である(図1)。後述のように、棄却裁判例の中には、欠陥住宅被害が財産的損害であるとし、財産的損害が回復されれば精神的損害も回復されるという形式的な理由で慰謝料請求を棄却する例があるが、そのような単純な定式は、裁判例全体の傾向ではなく、むしろ収集裁判例では少数にとどまる(3割にも満たない)ことを指摘することができる。

(2) 年代的傾向 それでは、慰謝料認容裁判例は、次第に有力化してきているのかというと、収集裁判例からはそのように一義的に判断することはできない。むしろ1990年代までの裁判例では慰謝料認容例17件(85%)、棄却例3件(15%)、2000年以降は、慰謝料認容例19件(66%)、棄却例10件(34%)である(図2)。90年代までは、そもそも欠陥住宅訴訟で被告の法的責任を認めたり、慰謝料を認める裁判例が珍しかったので、肯定裁

図 2



判例が公刊雑誌に掲載される率が高く、2000年代に入ると、法的責任を認めること自体は珍しくなくなり、また、裁判例の収集率が高まってきたので、慰謝料否定例の割合も増えているという解釈も成り立たないではないが、この点は、実際の全ての裁判例を分析しなければ断定することはできない。ただ、ここで指摘できることは、欠陥住宅訴訟で慰謝料を認容する裁判例の数は増えてきているが、棄却する裁判例も依然として存在するという事実である。

(3) 慰謝料額の動向 慰謝料を認容した裁判例のうち、金額的に一番多いのは100万円である（図3）。但し、慰謝料額については、収集裁判例の範囲ではあるが、年代的動向を指摘することができる。90年代までは、慰謝料認容額で200万円を超える裁判例は1件のみ（【16】）であるが、2000年以降では、200万円を超える裁判例は6件（900万円【52】、510万円【39】、250万円【51】、200万円【31】、【33】、【41】）である（図4）。このことは、慰謝料認容裁判例においては、慰謝料額の高額化の傾向を指摘できるということである。

(4) 財産的損害額の認容との相関関係

後述のように慰謝料棄却裁判例における棄却理由は、財産的損害の回復

図3

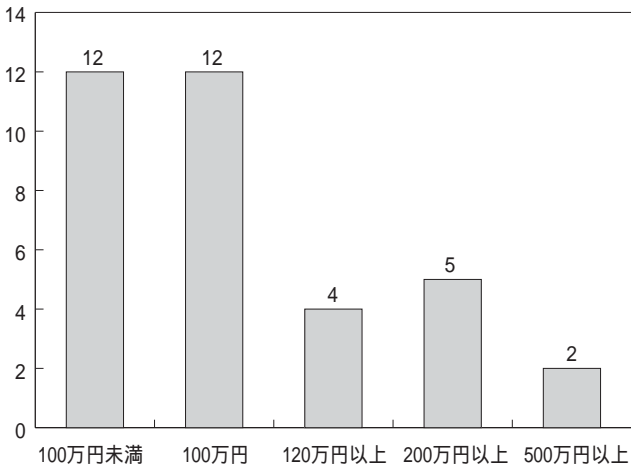


図4

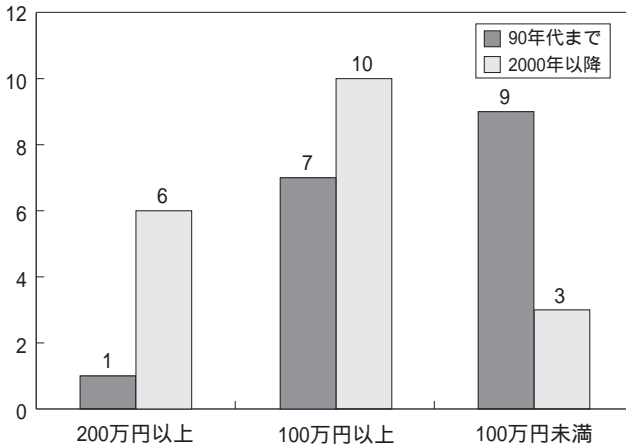
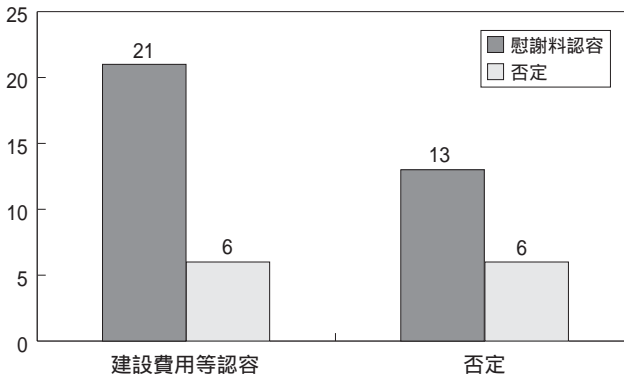


図 5



によって精神的損害も回復されたという 財産的損害の回復 = 精神的損害の回復 論である。それでは、財産的損害を高額に認定した裁判例では、それだけ精神的損害も回復されたとして慰謝料棄却裁判例が多く、逆に財産的損害を少なくしか認定しなかった裁判例では、精神的損害も回復されなかったとして慰謝料認容率が高まるのであろうか。

高額な財産的損害を認定するのは、欠陥住宅について建替費用相当額を認容したり、売買契約の解除により代金全額の返還を認容するような裁判例である。ところが少なくとも収集裁判例を基礎にすると、上述のような財産的損害を多く認定する裁判例ほど慰謝料棄却率が高まるというような傾向は見出せないのである（図 5）。むしろ、建替費用や契約解除による代金全額返還を認め高額な財産的損害を認定する裁判例の方が、慰謝料認容率が高いのである。

(5) 小括 以上、収集裁判例の分析から次のことが言える。

第一に、慰謝料認容裁判例は年代ごとに増加してきているとまでは言えず、慰謝料棄却裁判例も相変わらず存在する。

第二に、但し、慰謝料を認容する裁判例においては、慰謝料額が高額化する傾向を見て取ることができる。

第三に、財産的損害を多く認定した裁判例が慰謝料を認めず、財産的損害を少なくしか認定しなかった裁判例が慰謝料認容率が高いという傾向はない。むしろ逆に、財産的損害を多く認定している裁判例の方が、慰謝料認容率が高い。

以上の分析のうち、とくに第三点は、欠陥住宅訴訟における被害の本質に対する捉え方が、財産的損害の算定や慰謝料認容にも反映されているのではないかということ推測させる。すなわち、欠陥住宅における被害を単なる物への被害という次元でのみ捉えるならば、財産的損害の認定も抑制され、慰謝料などましてや認めがたいという傾向になりがちである。これに対して、慰謝料認容裁判例が指摘するように、欠陥住宅被害の本質を、単なる物への損害にとどまらない、夢の破壊や安全で快適な生活居住空間の継続的破壊、生命・身体への安全性への不安などの面を持つ複合的な生活被害として捉えれば、財産的損害の認定も、慰謝料の認容、高額化も帰結されるからである。以下の分析でこの点を検証してみよう。

## 2 慰謝料否定論

(1) 財産的損害回復による精神的損害回復論 前述したように、収集裁判例のうち、慰謝料否定裁判例は、13件ある。これらの裁判例では、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。

初期の段階での慰謝料否定裁判例である福岡地判【6】は、「原告は以上のほかに本件工事瑕疵による精神的苦痛に対する慰謝料を請求するけれども 証拠 によるも、原告が以上の損害賠償のほかになお金銭をもつて償われるべき精神的苦痛を受けたとは認め難い。」としている。神戸地判【22】も、「財産的損害の賠償によっても償うことのできない精神的な損害を被ったことを認めることはできない。」とする。また大阪地判【26】は、

次のような慰謝料本質論を展開している。「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っ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。」【26】判決と同じく佐藤嘉彦裁判長の大阪第9民事部が出した【28】判決も（当然のことながら？）全く同一の判決理由で慰謝料請求を棄却している。高裁レベルでも大阪高判【44】、東京高判【47】が財産的損害の回復論によって慰謝料を否定している。

(2) 本質論か算定基準論か そもそも慰謝料請求権の根拠条文とされる民法710条は、「他人ノ身体、自由又ハ名誉ヲ害シタル場合トハ財産権ヲ害シタル場合トハ問ハス前条ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ対シテモ其賠償ヲ為スコトヲ要ス」と規定している。すなわち財産権の侵害に対しても慰謝料請求ができることを原則としているはずである。にもかかわらず【26】判決のように、「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」とするのは行過ぎた立論であって、なんら法的根拠がないのではなからうか。これは財産的損害の場合の慰謝料請求を否定する立論であって、損害論の本質論の次元で問題がある。

これに対して、財産的損害の回復によってなお回復されない精神的損害があるとまでは認められないという立論が、本質論の次元ではなくて、慰謝料の算定基準の次元で定立されている場合には、場合によっては財産的損害に対しても慰謝料請求を認めることになる。ところが、慰謝料の算定基準として財産的損害の回復＝精神的損害の回復論を取るとしても、この基準を採用する多くの裁判例は、結果として当該事案ではいまだ財産的損害の回復によって回復されない精神的損害は認められないとして慰謝料



請求を棄却しているのであり、この基準は、慰謝料否定の理由付けのために機能しているかのようである。

とくにこの点で問題と思われるのは、京都地判【43】である。この判決は次の理由で慰謝料請求を棄却している。「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、特段の事情のない限り、精神的損害も一応回復されると見るべきである。証拠によると、原告は、終の住居として本件建物を建築したのに、その工事に様々な瑕疵があったことから、生活上の不便を強いられ、トラブルの解決に時間を取られ、予定していた老後の生活設計にも狂いが生じたことが認められる。しかし、この程度のごときは、建築した家屋に瑕疵があった場合に建築主が一般的に感じる苦痛の範囲内であるというべきであって、上記特段の事情ありと認めるには不十分である。

よって、原告の慰謝料請求は認めることができない。」

このような欠陥住宅被害において「建築主が一般的に感じる苦痛の範囲内」なので、慰謝料が認められないというのは、どういう法的根拠からそうなるのであろうか。むしろ「建築主が一般的に感じる苦痛」であれば、慰謝料の対象とすべきなのではなかろうか。

これと対照的なのが、慰謝料肯定例の【24】の札幌地裁小樽支部判決である。この判決も財産的損害の回復 = 精神的損害の回復を算定基準としつつも、次の理由で慰謝料100万円を認容している。「物の瑕疵による損害は財産的損害を主とするものであるから、一般には、財産的損害が賠償されれば、精神的損害も回復されるのが通常であると考えられる。しかしながら、精神的損害が多大であって、財産的損害が賠償されてもなお、回復されない精神的損害が残存する場合には、これを回復するための慰謝料の請求も認められるべきだと解するのが相当である。」「そこで検討するに、本件建物は新築の住居でありながら、1(一)で認定したとおり既に安全性を欠いており、建物の安全性を確保するために、大引及び梁の交換も含めた修補が必要であること、大引及び梁の交換を含めた修補工事を行う場合

には被告らとその家族が一時転居する必要があることなどからすれば、被告らは、原告が瑕疵のある本件建物を建築し、被告らに引き渡したことによって、多大な精神的苦痛を被ったものと認めることができ、3で認定した財産的損害を賠償されても、なお回復されない精神的損害があるというべきである。」

結局、財産的損害の回復＝精神的損害の回復論は、慰謝料否定判決にとっては否定のための理由付けに過ぎず、それが実質的に基準として機能しているわけではないと言えるのではないか。なぜなら、慰謝料肯定例である【24】が認定したような「多大な精神的苦痛」は、慰謝料を否定した【43】判決にも指摘できるような事情だからである。

(3) 瑕疵担保責任の本質論を理由とした慰謝料否定論 東京地判【39】は、建売住宅の重大な瑕疵を理由として、売主の瑕疵担保責任に基づき契約解除を認めた事例であるが、慰謝料請求については、「瑕疵担保責任に基づく損害賠償は、信頼利益に限られると解するのが相当であるから、慰謝料及び弁護士費用の請求は、これを認めることができない。」として否定している。そもそも周知のように、瑕疵担保責任の本質論とのかかわりで、損害賠償の範囲を「信頼利益」に限定すべきかということについては学説上争いがあり、また、近時は「履行利益」「信頼利益」という概念自体があいまいであり、用いるべきでないという議論さえある<sup>20)</sup>。少なくとも最高裁は、売主の瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲が「信頼利益」に限定されると明示しておらず、また、数量不足の場合の売主の担保責任に基づく損害賠償については、場合によっては履行利益の賠償も認められるかのような判示もしており<sup>21)</sup>、瑕疵担保責任＝信頼利益に限定という立場が判例になっているとは言い難い。この点で注目されるのは欠陥住宅被害で瑕疵担保責任に基づく慰謝料を肯定した名古屋高判【3】である。この判決は、請負人の瑕疵担保責任に基づき慰謝料を認定する理由として、「法は瑕疵担保による損害賠償につき民法七一〇条の如き明文の規定をもうけていないけれども、同法四一六条の解釈として同条の損害には精神的

損害をも含むと解すべきこと(最高裁判所昭和三二年二月七日判決,民裁判集二五号三八三頁参照)を参酌し,又一般に瑕疵担保責任の制度が特殊法定の制度だと解しても,右における損害賠償において特に精神的損害の賠償を除外しているとみるべき合理的理由も見出し難いので,右請求は法律上許されるものと解するのが相当である」としている。瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲から「特に精神的損害の賠償を除外しているとみるべき合理的理由も見出し難い」という指摘は,売主の瑕疵担保責任に関しても同様に当てはまるのではないだろうか。事実,神戸地裁尼崎支判【29】は,特に問題にすることもなく,売主の瑕疵担保責任に基づく慰謝料を認めており,また,札幌地裁小樽支判【24】,和歌山地判【31】は請負契約上の瑕疵担保責任による慰謝料を認めている。

なお多くの裁判例では売主や請負人の瑕疵担保責任と同時に不法行為責任も追及し,両者を同時に認める例が多く,この場合には,瑕疵担保責任に基づき慰謝料が請求できるかという問題を論じるまでもなく,不法行為責任の効果として慰謝料を認めることができることになる(不法行為責任も認めたものとして【23】、【27】、【32】、【37】、【38】、【45】、【52】など)。また売主の瑕疵担保責任に基づく慰謝料請求を否定した前述の東京地判【39】自身も,他方で,建築業者の不法行為責任に基づく慰謝料として510万円の高額慰謝料を認めている。

(4) その他の慰謝料否定理由 なお,上述の回復論以外の理由で,慰謝料請求を棄却した事例があるが,それらはいずれも当該事案の特性に規定されたものだといえる。

欠陥住宅被害と法人の慰謝料 大阪高判【10】は,原審が認めた新築建物に入居し営業をする法人の営業損害を慰謝料として認容した点を棄却して,次のように理由を述べている。「しかしながら,右の打撃,精神的労苦は原告 X<sub>1</sub> 個人の被った精神的損害にほかならない。当時同原告が原告 X<sub>2</sub> の代表取締役であったからといって,それが法人である原告 X<sub>2</sub> の被った精神的損害となるものではない。また,同原告は,具体的に特定し

えない営業損失も精神的損害に還元すべきであると主張するようであるけれども、なんら法律上の根拠のない主張というほかはない。」この点は欠陥住宅被害に特有の問題というよりも、法人の慰謝料請求権の問題として別途検討されるべきであろう<sup>22)</sup>。

転売利益目的の買主の慰謝料 また神戸地判【17】は、「原告は慰謝料を請求するが、原告は前記のとおり本件建物を転売して利益を得ることを目的としていたのであり、財産的な賠償によってもなお回復されない精神的損害があるというような特段の事情があるとは認めることから慰謝料の請求は理由がない。」としている。この判決は財産的損害に還元されない欠陥住宅被害の特質を考える場合に、有益な示唆を与えていると思われる。すなわち、転売目的での住宅の取得者は、その住宅で居住するわけではないので、居住に伴う不便や不安といった不利益を自らが被るわけではない。逆に言うと、後者のような居住に伴う不利益こそが、欠陥住宅被害の慰謝料請求権の本質なのではないかということである。この点は慰謝料肯定例の分析をすることによって明らかになる。

直接の契約当事者でない者の慰謝料請求権 更に、東京高判【14】は、原審では認められた請負契約の直接の当事者でない契約者の妻の慰謝料請求につき、「本件契約の当事者となっていない被控訴人 X<sub>2</sub> が、控訴人の本件契約上の債務の不履行により慰謝料請求権を取得するものと解することはできないから、被控訴人 X<sub>2</sub> の慰謝料請求は、理由がない。」としてこれを否定した。これも瑕疵担保責任ないし債務不履行責任に基づき慰謝料を請求できる主体の範囲の問題として、欠陥住宅訴訟に特有でない一般的な問題である。欠陥住宅の建築、引渡しによる欠陥住宅被害のうち慰謝料の対象となる精神的苦痛は、契約当事者にだけでなく、居住者全般に生ずるのであるから、契約当事者でないとの形式的な理由だけから慰謝料を否定するのは疑問も禁じ得ない。例えば、欠陥商品事故では、売買契約当事者でない家族の被害についても、慰謝料請求が肯定されている<sup>23)</sup>。但し、【14】判決の原審である千葉地判【11】は、「被告の債務不履行により新居

の完成に対する期待を裏切られた」点を持って慰謝料認容の大きな要素としているので、このことが契約当事者でない妻の慰謝料請求権を否定する理由に結びついたものとも推測される。なぜなら、「新居の完成に対する期待」だけを重視するならば、契約当事者の親や親族、友人、近隣の者など、慰謝料請求権の主体の範囲が無限定に広がる可能性もあるからである。

3 慰謝料肯定論 (1) 財産的損害の回復 = 精神的損害の回復論について 慰謝料肯定判決の中で、回復論の算定基準を持ち出すのは、前述の【24】判決くらいである。但し、慰謝料請求を認容する判決例は、慰謝料を認容しなければ回復しない損害が生じていることを前提にしているのだから、財産的損害の回復によっても回復されない精神的損害があることもまた前提にしているともいえる。その意味で、慰謝料肯定裁判例の分析において重要なのは、当該事案におけるどのような要素に着目して慰謝料が認容されているのかということ、すなわち慰謝料算定にあたっての斟酌事由、算定要素の問題である。

(2) 慰謝料肯定裁判例の斟酌事由 ア 被害の特質・程度 不快・不安な生活の継続 住宅の瑕疵により、継続的な不快感や不安感を感じて生活せざるを得なかったことや、今後修補や再築がなされるとしても、それまでの間、このような不快、不安な生活を継続しなければならないことの精神的苦痛を重視する裁判例が多い。

例えば最も初期に請負人の不完全履行を理由に慰謝料を肯定した横浜地判【1】は次のように判示している。「本件不完全履行に因り、被告は、期待した新築家屋の快適さを享受することができなかつたのみならず、入居後の日常生活において、日夜、平安にして安定した住居感が与えられず、建物構造全体に継続的、進行的な不安定感が強いことに脅かされて生活し、不体裁な居室に住む不安感情に悩まされ、冬期に室内に外気が侵入し室内が結氷するような粗雑な建物内、外壁に苦しめられ、応接間が感覚的に応接間らしい体裁を欠くため羞恥感に苦しんでいること、しかも修補不能な

不完全工事を施工されてしまい、修補可能な限り修補するとしても、前認定のように多額の工事費を必要とする窮地に陥っていること、そして本件建物に居住する限り、以上の苦悩を強いられ、避けることができないこと、そのため深刻な精神的苦痛を蒙っていることが認められ、これを慰謝するには、その余の被告主張事実につき判断するまでもなく、被告請求の20万円は相当である。」

また大阪地判【19】は次のように判示する。「原告らは母子二人暮らしであるが、本件建物に入居以来、現在まで雨漏りと揺れに悩まされ、寝具、カメラ、ビデオ、ソファー等にかびが生えるなどの生活上の不安や損害を被ってきたことが認められ、本件が居住用建物であることからすれば、そのような事情は建築業者である被告 Y<sub>2</sub> に予見が可能であったから、慰謝料100万円の請求は相当である。」

神戸地判【52】は、従来の欠陥住宅訴訟で最高の900万円の慰謝料を認容したものとして注目される。事案は、阪神大震災を契機に、注文住宅の瑕疵が明らかになった事例である。ここでは次のように欠陥住宅への居住自体を慰謝料の斟酌事由として700万円の慰謝料を認容している（これ以外に後述の建物の経済的価値下落により200万円の慰謝料を認容）。「原告らが、阪神・淡路大震災から現在まで7年10か月にわたり本件建物に居住し、不快で非健康的な生活を送ってきたことによる慰謝料は、合計700万円（1年間あたり100万円弱の7年10か月分）と認めるのが相当である。」

瑕疵の程度 また瑕疵が多かったり、その程度が重大であることは、当然、慰謝料の認容・増額要素となろう。大阪地判【5】判決は、次のように判示する。「証拠によれば、原告は、念願の自宅を新築したものの、建築途中から通し柱の腐朽をめぐる紛争に悩まされ、建築後も前記認定の数多くの瑕疵の存在が判明し、大きな打撃を受けたことが認められる。そして瑕疵の内容、程度、契約及び工事の経緯等一切の事情を総合し、原告に生じた算定困難な諸々の損害をも含めて考えれば、その額は八〇万円と考えるのが相当である。」

安全性 とりわけ、住宅の瑕疵が居住者の生命・身体の安全性に不安を与えるほど大きいという要素は慰謝料肯定要素として重視されている。大阪地判【18】は次のように判示する。「原告は、両親を引き取る予定で本件土地・本件建物を購入したのに、入居当初から様々な瑕疵に悩まされ、両親を引き取ることもできず、本件建物が倒壊するかもしれないという不安を感じながら今日に至ったことが認められる。

このために原告が被った精神的損害は、少なくとも100万円に相当するというべきである。」

また慰謝料として100万円を認定した前掲札幌地裁小樽支判【24】は、「本件建物は新築の住居でありながら、1(一)で認定したとおり既に安全性を欠いており、建物の安全性を確保するために、大引及び梁の交換も含めた修補が必要であること、大引及び梁の交換を含めた修補工事を行う場合には被告らとその家族が一時転居する必要があることなどからすれば、被告らは、原告が瑕疵のある本件建物を建築し、被告らに引き渡したことによって、多大な精神的苦痛を被ったものと認めることができ、3で認定した財産的損害を賠償されても、なお回復されない精神的損害があるというべきである。」とする。

大阪地判【27】は、「本件建物には、前記二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2人の子供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、本件建物購入後、台風の際などに本件建物の揺れを実感しており、これらによって原告が被った精神的損害を慰謝するには、50万円をもって相当とすべきである。」とする。但し、本件については、控訴審判決【44】において、「なお、甲第58、第69号証には、風力によって本件建物が揺れるとの記載があるが、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。」として慰謝料が否定されている。

瑕疵の残存可能性 修補しても瑕疵が残存するような場合には、慰謝料認容事由とされる。名古屋高判【3】は、「防水工事によっても後遺症が残存すること」を指摘し、和歌山地判【31】も「補修工事が行われてもなお回復し難い精神的苦痛」を指摘している。

安心して快適で平穏な生活を送る期待の侵害 また不動産仲介業者の説明告知義務違反の不法行為による慰謝料として510万円を認容した前掲東京地判【39】は、（ ）「同程度の代金の別の物件の購入を検討する機会を喪失」した点、（ ）「本件各建物において安心して快適で平穏な生活を送ることができるという期待を裏切られたという精神的苦痛」、（ ）本件物件の説明内容について「不誠実な記載」があったことを重視して慰謝料を認容・算定している。ここで指摘されている「安心して快適で平穏な生活を送ること」は、欠陥住宅被害が単なる物の損害に解消されない、生活利益の侵害であり、居住権の侵害であることを示すものとして注目に値しよう<sup>24)</sup>。神戸地裁尼崎支判【29】が慰謝料肯定にあたり指摘している「快適な生活空間が確保されないこと等による精神的苦痛」も同様の趣旨の指摘と捉えられよう。

夢の破壊 またマイホームの取得や新築は一生に一度あるかないかの大きな買物であり投資であり、人生そのものにとっても重大な意義を有する。その点で、通常の財産損害とは異なる特質を有する。慰謝料肯定裁判例の多くもこの点を指摘する。すなわち「期待した新築家屋の快適さを享受することができなかった」（【1】）、「念願の自宅を建設したものの前認定のとおり建設直後から瑕疵に悩まされ」（【2】）、「期待していた新築家屋の快適さを短時日しか享受できず」（【3】）、「念願の自宅を建築したものの、建築途中から通し柱の腐朽をめぐる紛争に悩まされ」（【5】）、「念願の自宅を新築したものの、本件建物に入居直後から種々の欠陥に悩まされ」（【9】）、「念願の自宅を新築したものの、本件乗用車の本件車庫への出入庫が不可能であることが判明し、大きな精神的打撃を受けたことが認められる。」（【12】）、「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。」(【20】)など。また前掲の神戸地裁尼崎支判【29】は、「原告が阪神・淡路大震災の被災者であり、期待して入居した建物に重大な構造上の欠陥が発見され、建て替えを要することになってしまったこと」も慰謝料肯定要素として重視している。

これに対して京都地判【43】が、前述のように「証拠によると、原告は、終の住居として本件建物を建築したのに、その工事に様々な瑕疵があったことから、生活上の不便を強いられ、トラブルの解決に時間を取られ、予定していた老後の生活設計にも狂いが生じたことが認められる。」としつつも、「しかし、この程度のことは、建築した家屋に瑕疵があった場合に建築主が一般的に感じる苦痛の範囲内であるというべきであって、上記特段の事情ありと認めるには不十分である。よって、原告の慰謝料請求は認めることができない。」としたのは、大いに疑問である。【43】判決が認定する事実は、むしろ、多くの裁判例で慰謝料肯定要素とされている事実である。

親との同居予定 なお、住居の新築目的が親との同居のためであった場合には、それが実現できなくなったことによる精神的苦痛も慰謝料認容要素として重視されている。大津地判【16】は、「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った」ことを重視し、また大阪地判【18】は、「原告は、両親を引き取る予定で本件土地・本件建物を購入したのに、入居当初から様々な瑕疵に悩まされ、両親を引き取ることもできず、本件建物が倒壊するかもしれないという不安を感じながら今日に至ったことが認められる。」とする。

イ 加害行為の悪質性 とくに建設業者については、建築にあたっての手抜き等の悪質さが慰謝料の肯定要素とされている。京都地判【20】は「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」とし、また、前掲のように東京地判【39】は不動産仲業者の本件物件の説明内容の「不誠実な記載」であったことを重視している。なお加害行為の悪質性は、他方で瑕疵の重大性という被害の特質の考慮にも反映されていると言えよう。

ウ 売主・請負人等の対応の悪さ 一般に慰謝料の斟酌事由として、加害者が事故後に示した態度を斟酌すべきか否かについては議論があるところである。反対論者の四宮和夫は、「加害者が事故後に示した態度なども、『権利』侵害 死傷という損害の具体化とは無縁であるから、斟酌すべきではないであろう」とする<sup>25)</sup>。他方で、澤井裕は、「慰謝料の制裁的ないし調整的機能」から「口頭弁論終結時までの被害者に対する誠意の評価」を斟酌事由としたいとしている<sup>26)</sup>。欠陥住宅訴訟においては、住宅の瑕疵の修補や再築をめぐる売主や請負人との交渉に多くの労力が取られるということ自体を慰謝料肯定事由として斟酌する例がある。大阪地判【8】は「補償交渉などにより多大の精神的労苦を受けた」こと、大阪地判【13】は「建物の欠陥発見に至るまでの交渉費用」を慰謝料の斟酌事由としてあげている。また、瑕疵発見後の被告側の不誠実な対応も慰謝料認容事由とされている（「被告側の対応」【7】、「被告らの誠意のない対応」【32】など）。瑕疵発見後の対応によって精神的苦痛が増大するばかりでなく、奪われなくてもよい時間も奪われ、その結果、仕事に支障が出たり、家族生活が犠牲にされるなど、多くの目に見えない損害が発生することや容易に想像できる。従って、瑕疵発見過程やその後の対応を慰謝料の斟酌事由とすることは肯定されてよいであろう。

エ 証明されない財産的損害の補完 一般に慰謝料には、具体的な算定が困難な財産的損害に対する賠償を補完する、いわゆる補完的機能、調整的機能があるとされる<sup>27)</sup>。欠陥住宅訴訟でも具体的な算定が困難、或いは証明できない財産的損害のあることを考慮して、慰謝料を認容、算定する例が多い。大阪地判【2】は、「原告に生じた算定困難の諸々の損害をも含

めて考える」とする(同旨の判決例として,【5】、【8】、【9】、【25】、【51】)。とくに松山地判【51】は,原告が補修期間中の仮住居費用75万円,引越料30万円を請求したのに対して,「原告が受けた精神的苦痛の内容・程度・期間並びに上記のとおり損害として認められるべき補修期間中の仮住居費用及び引越料が立証されていないこと」を考慮して,原告の慰謝料請求額200万円のところを250万円に増額して認容している。なお,前述の神戸地判【52】は,次のように瑕疵の修補によっても建物の経済的価値が下落する点を慰謝料の斟酌事由として認めている点が注目される。「本件建物の建替をしないのであれば,アンダーピニング工法(建物をジャッキアップして建物の不同沈下を是正する修理方法)により本件建物の補修を行ったとしても,本建物は,当初から瑕疵(欠陥)のなかった建物になるわけではなく,瑕疵(欠陥)のない建物と比較して,当然経済的価値が下落している。そこで,それらの事情を慰謝料斟酌事情として加味し,経済価値下落による慰謝料として,本件建物の請負代金6765万3920円の約3%である200万円を認める。」

#### 4 慰謝料論からみた損害調整論

さて以上の慰謝料論の検討から,次の点を指摘したい。

(1) 居住利益控除論の不当性 前述したように,筆者は,欠陥住宅における居住利益を損害額から控除することの不当性を指摘した。その眼目は,そもそも欠陥住宅への居住を「利得」「利益」と捉えること自体が不合理であるという点にあった。欠陥住宅被害で慰謝料を認容する裁判例は,欠陥住宅への居住自体が安全で快適な居住生活を送る利益の継続的な侵害であり精神的苦痛を日々もたらす生活利益の侵害,居住権の侵害であることを明らかにしている。欠陥住宅への居住はこのように,「利得」「利益」として損害額から控除すべき性質のものではなく,むしろ,それとは正反対に,慰謝料を認容し,増額する要素として位置づけるべきなのである。この点で,前述のように【52】判決が,「原告らが,阪神・淡路大震災から

現在まで7年10か月にわたり本件建物に居住し、不快で非健康的な生活を送ってきたことによる慰謝料は、合計700万円（1年間あたり100万円弱の7年10か月分）と認めるのが相当である。」とした点が注目される。すなわち、欠陥住宅への居住は、損害額から控除すべき利得ではなくして、欠陥住宅への居住が長引けば長引くほど、慰謝料を増額させる要素なのである。従って、昨年9月の最高裁判決の原審である【47】判決が、5年分の居住「利益」の600万円を損害額から「控除」したのはむしろ逆の結果にならなければならないのであって、5年分の欠陥住宅への居住「不利益」を慰謝料として認容し、損害額を「増額」しなければならなかったのである。従って、【47】判決が、「被控訴人は、慰謝料の請求もするが、建て替えに要する財産的損害の賠償を認めることによってもなお回復されない精神的苦痛を被ったものとは認め難いから、この請求は失当である。」としている点も、批判されねばならない。この判決の原審判決である【40】判決のように、「本件建物の瑕疵は大きく、しかも、その原因は請負人側においてなすべき基本的なことがらを全く行わなかったことにあるとみられること、原告は欠陥住宅に住まわされ、かつ、今後も建て替えのためしばらく不自由を強いられることを考慮して、5年間の欠陥住宅への居住「不利益」によって、「建て替えに要する財産的損害の賠償を認めることによってもなお回復されない精神的苦痛を被った」ことは 否定し難い」と判示すべきであったのである。

(2) 建物の減価償却について 建物の減価償却の問題についても同様の指摘をすることができる。なるほど欠陥住宅被害者は、建替によって新築の建物を取得することになるが、それまでの欠陥住宅への居住という不利益を考慮すれば、建物の減価償却分を控除することよりも、控除しないことの方が公平にかなうと言える。建物減価償却控除論によれば、最初の欠陥住宅の引渡しから年数がたつて建替が認められるほど、控除額が大きくなり賠償額が減少する。しかし、引渡しから年数がたっているということは、それだけ欠陥住宅への居住という不利益の継続年数が長いということ

であって、【52】判決の表現を借りれば、欠陥「建物に居住し、不快で非健康的な生活を送ってきたことによる慰謝料」が増額されねばならないのである。そもそも収集裁判例52件中、建物の減価償却を理由とした控除論を認めた判決がたった1件しかないということも、このような控除論の不合理性を反映しているとも言えよう。

## 五 結 び

冒頭で述べたように、最高裁判決【50】は、昨年、重大な瑕疵ある注文欠陥住宅において、請負人の瑕疵担保責任に基づく建替費用相当額の損害賠償請求を認容した。今後は、どのような場合に、建て替えが必要な重大な瑕疵があるといえるのかが争われることになるだろう。それと同時に、この最高裁判決の原審判決【47】のように、建替費用相当額の損害賠償を認めたと上で、居住利益の控除や建物の減価償却の考慮、慰謝料の否定ないし減額という形で、注文者や買主と請負人・売主の利害の「バランス」を図ろうとする議論も台頭してくるのではないかと思われる。しかし本稿では、こうした「バランス」論が、実は欠陥住宅被害の特質にそぐわない観念論であることを指摘した。「バランス」論は、煎じ詰めれば、欠陥住宅被害の本質をただの「物の毀損」と捉え、財産的被害に収斂させる見方に帰着するように思われる。しかし欠陥住宅被害は、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にその特質がある。それは、マイホームの「夢」の破壊であり、注文者や買主にとって精神的打撃が大きい。同時に、平穩・快適・安全な居住利益の侵害でもある。また被害も重大で継続性がある。この意味で欠陥住宅被害には人格的利益の侵害や生活利益の侵害の面があり、単なる財産的被害に還元されない。人生で最大の買物や投資に失敗したということで家族が崩壊するケースも指摘されているくらいである<sup>28)</sup>。更に、手抜き工事・監理等がなされていれば、加害行為・債務不履行の悪質性もある。手抜き工事等をやりながら瑕疵を否定する、間に

合わせの補修で責任逃れをしようとするなどの事後の対応に問題があれば慰謝料増額要素となろう<sup>29)</sup>。以上の点で、欠陥住宅被害における修補代金や建替費用、引越料等の財産的損害が賠償されれば、精神的苦痛も回復されるとする慰謝料否定論は根本的に問題である。そもそもこれらの財産的損害の回復は、本来、欠陥のない住宅を取得する権利を有する買主や注文者にとっては、それが実現されて当然という法的効果に過ぎないのであって、被害の深刻さや加害行為の悪質さによっては、慰謝料はもっと高額化してよい。

かつて水害訴訟において、通常物損と異なる生活被害という被害の特質に即した損害論の構築が課題とされたが<sup>30)</sup>、このような視点は欠陥住宅被害における損害論にも示唆を与える。安全で快適な居住権の侵害であり、夢の破壊でもある欠陥住宅被害に即した損害論の構築が、今、求められている。

- 1) 本判決の判例批評として、古積健三郎「判批」法セミ580号112頁（2002）、花立文子「判批」法教272号107頁（2002）、松本克美「判批」法律時報75巻10号101頁（2003）。
- 2) 松本・前掲注1)103頁。
- 3) なお筆者は別稿で、これらの点について概括的に検討したことがあるが（松本克美「欠陥住宅被害における損害論」立命館法学280号17頁以下（2002）、本稿はその後の裁判例の展開をふまえて、更に総合的に検討した続編の意義を有する。
- 4) 後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』（判例タイムズ社、1994）88頁以下。
- 5) 後藤・前掲注4）・86頁以下。
- 6) 難波譲治「判批」私法判例リマックス12号47頁（1996）。
- 7) 澤田和也『欠陥住宅紛争の上手な対処法』（民事法研究会、1996）137頁以下。
- 8) 青山邦夫・夏目明德「工事の瑕疵」大内捷司編著『住宅紛争処理の実務』（判例タイムズ社、2003）145頁。
- 9) 最判1976（昭和51）・2・13民集30・1・1。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33巻2号1頁以下（1989）、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48巻3号675頁以下（1998）、同「不当利得と善意占有者の果実収取権　『使用利益』の問題を中心に」龍谷法学32巻4号118頁以下（2000）、同「『使用利益』返還義務について」私法65号177頁（2003）など。

- 10) 前掲注6)参照。
- 11) この点については、松本克美「欠陥住宅と建築者・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,2001)304頁以下。
- 12) 後藤・前掲注4)・89頁。
- 13) 青山・夏目・前掲注8)145頁。
- 14) 澤田・前掲注7)141頁。
- 15) 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が増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しうるのは、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を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かぎり、許されないというべきである。」としている(最判1974(昭和49)・4・15民集28・3・385)。
- 16) 吉村良一『不法行為法[第2版]』(有斐閣,2000)149頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』(青林書院,1985)576頁。
- 17) 農場建物の放火に関する1959年5月24日の判決(BGHZ 30,29)。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337(判例時報1218)号4頁以下(1987)。
- 18) 谷口安平・植林弘『損害賠償法概説』(有斐閣,1964)232頁。
- 19) 平井宜雄『債権総論・第二版』(弘文堂,1994)105頁、淡路剛久『債権総論』(有斐閣,2002)191頁。なお不法行為における損害賠償と損益相殺について、松浦以津子「損益相殺」星野英一代表編集『民法講座6』(有斐閣,1985)681頁以下。
- 20) 瑕疵担保責任の本質論については、円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編集代表『民法講座5』(有斐閣,1985)185頁以下。「信頼利益」概念についての批判として、高橋眞「ドイツ瑕疵責任法における積極的契約利益・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(下)』(有斐閣,1982)165頁以下。
- 21) 最高裁1982(昭和57)・1・21民集36・1・71。この判決は、「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めを負わないものと解するのが相当である。」とする。すなわち、土地の面積が「売買契約の目的を達成するうえで特段の意味」を持つ場合には履行利益の賠償も認める趣旨を示していると言えよう。
- 22) 【10】判決は本文中で引用した理由に続けて次のように述べている。「もっとも、法人の名

誉権侵害のような場合、金銭評価の可能な無形の損害が発生することが絶無ではなく、このような損害については金銭賠償をさせるのが社会観念上妥当と認められることがある（最高裁判所昭和三十一年一月二八日第一小法廷判決，民集一八巻一号一三六頁参照）けれども、本件においては、そのような損害が発生したことを認めるに足る証拠は全く存在しない。そうすると、原告 X<sub>2</sub> 主張の慰藉料については、これを認めることができないというべきである。」すなわち、ここで引用している最高裁39年判決は、法人の名誉毀損によって発生する営業損害的な損失を認めたともしれないが、本件のような欠陥住宅被害に起因する営業損害を、法人の代表取締役の慰謝料とは別個に慰謝料の対象とするまでは言っていないので、原告の主張には更に理由付けが必要であるという趣旨であろう。法人の慰謝料に関する最近の論稿として、和田真一『『団体の慰謝料請求権』再考（一）（二）完』立命館法学266号，267号（1999）。

- 23) 有名な卵豆腐中毒事件に関する岐阜地裁大垣支判1973（昭和48）・12・27判時725・19は、次のように判示する。「売買契約の売主は、買主に対し、単に、売買の目的を交付するという基本的な給付義務を負っているだけでなく、信義則上、これに付随して、買主の生命・身体・財産上の法益を害しないよう配慮すべき注意義務を負っており、瑕疵ある目的物を買主に交付し、その瑕疵によって買主のそのような法益を害して損害を与えた場合、瑕疵ある目的物を交付し損害を与えたことについて、売主に右のような注意義務違反がなかったことが主張立証されない限り、積極的債権侵害ないし不完全履行（以下単に積極的債権侵害）となり、民法四一五条により買主に対して損害賠償義務がある。そして、そのような売主の契約責任は、単に買主だけでなく、信義則上その目的物の使用・消費が合理的に予想される買主の家族や同居者に対してもあると解するのが相当である（原告主張のように売買の交渉に当たった者がその家族や同居者のためにそれらの者の使者又は締約補助者として売買契約を結んだもので、それらの者全員が買主であるとか、買主がそれらの者に対する注意義務を伴う契約（第三者のためにする契約）を結んだからだと考えることもできよう。）」
- 24) 澤井裕は「土地・建物を危険ならしめて居住者を心痛させる場合」などは、財産権侵害においても「人格的利益への『侵害』としての性格」が「濃い」ことを指摘する（澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [ 第三版 ]』有斐閣，2001）238頁。
- 25) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為・下』（青林書院，1985）599頁。
- 26) 澤井裕・前掲注23)245頁。
- 27) 四宮・前掲注24)596頁以下，齊藤修「慰謝料に関する諸問題」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座 6』（日本評論社，1998）222頁以下。
- 28) この点を指摘するものとして，日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『欠陥住宅被害救済の手引・全訂増補版』（民事法研究会，2002）3頁。
- 29) 青山・夏目は，「瑕疵に基づく無形の損害（紛争解決のために労力を要したことや生活上の不便等）が相当程度に達しているときには，慰謝料を認めるのが妥当であり，肯定された例が多い。また，一般住宅など非商業的な建物で，上記（ア）の使用制約による損害の金銭的算定が困難な場合には，これを慰謝料として算定するのが妥当であろう。」とする（前掲注8)143頁）。



- 30) 「公害による物被害や水害による生活被害のように、物損と人身損害が密接に結びつき一体化しているような被害」において、「通常の物損の場合とは異なる賠償額算定方法が必要」となる点を指摘するものとして、吉村良一『人身損害賠償の研究』(日本評論社、1990)158頁。

\* なお、未公判判決については、欠陥住宅被害全国連絡協議会事務局及び欠陥住宅京都ネットを通じて入手した。この場を借りてお礼申し上げたい。これらの団体については、それぞれ次のホームページを参照されたい(2003年9月20日現在)。

<http://homepage2.nifty.com/kekkanzenkokunet/>

<http://www.joho-kyoto.or.jp/~house-s/>

欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論（松本）

別表 関連裁判例

A	B	番号	判決年月日	掲載誌	C	D	E
		【1】	横浜地判1975(S50)・5・23	判夕327・236	20	20	
		【2】	大阪地判1982(S57)・5・27	判夕477・154	60	100	
		【3】	名古屋高判1982(S57)・6・9	判時1051・99	50	150	
		【4】	大阪高判1983(S58)・10・27	判時1112・67	100	500	
		【5】	大阪地判1984(S59)・12・26	判夕548・181	80	?	
	x	【6】	福岡地判1986(S61)・7・16	判夕637・155	0	300	
		【7】	神戸地判1986(S61)・9・3	判時1238・118	80	80	
		【8】	大阪地判1987(S62)・2・18	判夕646・165	80	100	
		【9】	神戸地判1988(S63)・5・30	判時1297・109	100	100	
	x	【10】	大阪高判1989(H1)・2・17	判時1323・68	0	100	【8】
		【11】	千葉地判1991(H3)・3・22	判時1412・113	100	?	【14】
		【12】	東京地判1991(H3)・6・14	判夕775・178	90	91	
		【13】	大阪地判1991(H3)・6・28	判時1400・95	50	100	
		【14】	東京高判1991(H3)・10・21	判時1412・109	50	?	【11】
		【15】	東京高判1994(H6)・5・25	判夕874・204			
		【16】	大津地判1996(H8)・10・15	判時1591・94	200	500	
	x	【17】	神戸地判1997(H9)・9・8	判時1652・114	0	300	
		【18】	大阪地判1998(H10)・7・29	欠陥1・6	100	100	
		【19】	大阪地判1998(H10)・12・18	欠陥1・84	100	100	
		【20】	京都地判1999(H11)・5・13	未登載	150	1000	
		【21】	大阪地判1999(H11)・6・30	欠陥1・62	100	300	
	x	【22】	神戸地判2000(H12)・1・26	判夕1045・181	0	1000	
		【23】	京都地判2000(H12)・2・3	欠陥2・334			
		【24】	札幌地裁小樽支判2000(H12)・2・8	判夕1089・180	100	200	
		【25】	京都地判2000(H12)・3・24	欠陥1・344	120*	300	
	x	【26】	大阪地判2000(H12)・6・30	欠陥2・170	0	100	
		【27】	大阪地判2000(H12)・9・27	判夕1053・37	50	200	【44】

	×	【28】	大阪地判2000(H12)・10・20	欠陥2・146	0	200	
		【29】	神戸地裁尼崎支判2000(H12)・10・27	欠陥2・190	100	?	
	×	【30】	京都地判2000(H12)・11・22	欠陥2・314	0	200	
		【31】	和歌山地判2000(H12)・12・18	欠陥2・484	200	300	
		【32】	長崎地裁大村支判2000(H12)・12・22	欠陥2・294	150	300	
		【33】	東京地判2001(H13)・1・29	欠陥2・124	200	300	
	×	【34】	大阪地判2001(H13)・2・15	欠陥2・364	0	200	
		【35】	京都地判2001(H13)・3・8	未登載	20	300	
		【36】	大阪高判2001(H13)・3・28	未登載	150	?	
		【37】	岡山地裁倉敷支判2001(H13)・5・2	欠陥2・282	100	?	
		【38】	札幌地判2001(H13)・5・8	未登載	100	300	
		【39】	東京地判2001(H13)・6・27	判時1799・44	510	500	
		【40】	横浜地裁小田原支判2001(H13)・8・9	未登載	100	300	【47】【50】
		【41】	京都地判2001(H13)・8・20	未登載	200	300	【48】
		【42】	京都地判2001(H13)・8・24	未登載	100	300	
	×	【43】	京都地判2001(H13)・10・30	欠陥2・342	0	100	
	×	【44】	大阪高判2001(H13)・11・7	判夕1104・216	0	200	【27】
		【45】	神戸地判2001(H13)・11・30	欠陥2・466	100	300	
		【46】	横浜地裁川崎支判2001(H13)・12・20	欠陥2・426	50	100	
	×	【47】	東京高判2002(H14)・1・23	未登載	0	300	【40】
	×	【48】	大阪高判2002(H14)・9・20	未登載	0	300	【41】
	×	【49】	京都地判2002(H14)・9・24	未登載	0	200	
		【50】	最高裁2002(H14)・9・24	判時1801・77		300	【47】【40】
		【51】	松山地判2002(H14)・9・27	未登載	250	200	
		【52】	神戸地判2002(H14)・11・29	未登載	900	1372	

A：調整 肯定， 否定， B：慰謝料認容， 棄却×， C：慰謝料認容額， D：請求額，  
E：関連裁判例， \*原告によって60万円から120万円の慰謝料を認容  
欠陥1 = 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1集]』（民事法研究会，2000），欠陥2 = 同第2集（民事法研究会，2002）。