

建築士および建築施工者の不法行為責任

判例の到達点と新たな法益の生成

石橋秀起*

- .はじめに
- .最高裁判平成19年7月6日判決以前の状況
- 1. 建築士の「名義貸し」による責任
- 2. 設計・施工・監理上の過失による責任
- .最高裁判平成19年7月6日判決の登場
- 1. 判決の紹介
- 2. 判決の検討
- 3. 差戻審判決とその問題点
- .新たな法益の生成の可能性
- 1. これまでの整理と検討課題の明確化
- 2. 「安全性信頼利益」の提唱
- 3. 侵害行為態様との相関的考慮の要否
- .おわりに

.はじめに

平成7年に起こった阪神・淡路大震災をひとつの契機として、わが国では、建物の安全性に対する社会的関心が急速に高まった。また、平成17年に発覚したいわゆる耐震偽装問題は、こうした傾向にさらに拍車をかけ、建築の専門家¹⁾に対する法的責任のあり方について、活発な議論をまき起こすこととなった。以上のような社会状況は、住宅品質確保促進法や住宅瑕疵担保履行法といった居住者保護のための立法を生む一方、建築の専門家に厳しい責任を課すいくつかの画期的な判決を生むことともなった。請

* いしばし・ひでき 立命館大学准教授

負人の瑕疵担保責任につき建替費用相当額の賠償を認めた最判平成14年9月24日（判時1801号77頁）、「主観的瑕疵」の場合にも請負人の瑕疵担保責任が成立するとした最判平成15年10月10日（判時1840号18頁）、いわゆる「名義貸し」について建築士の不法行為責任を肯定した最判平成15年11月14日（民集57巻10号1561頁）、設計・施工者等の建物の安全性確保に関する注意義務について判示した最判平成19年7月6日（民集61巻5号1769頁）。ここ数年で、これだけの重要判決が登場しているのである。ところで、このうちの最後の判決（以下、単に「平成19年判決」とする）は、建築の専門家が負うべき不法行為責任を広く扱うものであり、欠陥住宅問題における被害者保護の現在の水準を示すものとして、重要な意義を有する。もっとも、本論で詳しく述べるように、平成19年判決は、問題となった事案のほか、建物の安全性に関するさまざまな事例を判断の対象とするあまり、判決理由においていささか混乱をきたしているようにも見受けられる。したがって、同判決に対しては、判断内容の明確化および適用射程の画定のため、一定の理論的整序が求められているのである。

本稿は、以上のような状況をふまえ、平成19年判決の先例的意義を探求するとともに、そうした作業を通じて、建築の専門家が負うべき不法行為責任の要件構造を明らかにしようとするものである。ところで、本稿がこうした問題に取り組むのは、近時の不法行為法学におけるある重要問題とのかかわりがそこにはあると考えるからである。

民法709条における権利（・利益）侵害要件をめぐっては、従来から、違法性要件への読み替えの可否や過失要件との関係の把握など、責任要件内部の概念整序にかかわる議論が盛んにおこなわれてきた²⁾。そして、こうした議論が過去のある時期に「混迷」³⁾にいたったことはよく知られているところである。ところが、最近になって、そもそも「権利」とは何か 論者によっては、そもそも民法・不法行為制度とは何か といった根源的な問題関心から、権利・利益侵害要件の意義を見つめなおす動きが出てきている⁴⁾。さて、本稿が考察の対象とする建築専門家の不法行為

では、建物の安全性の欠如が問題となる。しかし、いくつかの判決研究がすでに明らかにしているように⁵⁾、欠陥住宅に関する多くの民事紛争では、生命・身体・所有権といった法益「安全」とはこれらの権利が侵害されていないことを言うのだろう。この侵害は未だ生じてはいない。そうすると、こうした事案で問題となる建物の安全性の欠如とはいかなる法益の侵害を意味するのか、そこでは生命・身体・所有権とは別の法益が暗に前提とされているのではないかと、といった疑問が湧いてくるのである⁶⁾。このように、建築の専門家による不法行為について考えるとき、法益論の動向をふまえつつ、権利・利益侵害要件の側面からこの問題に迫ることにしたい。

しかしそのためにも、まずは、平成19年判決以前の法状況を把握しておくことが肝要であろう。

・最高裁平成19年7月6日判決以前の状況

1. 建築士の「名義貸し」による責任

(1) はじめに

建築の専門家による不法行為というと、典型的には、設計・施工・監理による加害事故をイメージするのが一般的かと思われる。しかし、下級審裁判例が蓄積されるなか、最高裁がさいしょに判断をおこなったのは、これとは別のやや特殊な事例であった。すなわち、建築士が、建築主からの要請を受け、建築確認申請書の工事監理者欄に名前を貸したところ、結果として適切な監理のないままに工事がおこなわれ、欠陥住宅が建築されたという事例である。このいわゆる「名義貸し」は、かつて、大阪で多くみられたと言われている。大阪市は、工事監理を徹底させるため、法令上は着工までにおこなえばよいとされる監理者の届出⁷⁾を確認申請の段階でおこなうよう、指導していた。そこで、こうした取扱いを背景として、大阪

では、建築士が確認申請用に名前だけを貸すということがしばしばおこなわれていた。一部の指摘によれば、これが欠陥住宅の温床になっていたといっているのである⁸⁾。

この名義貸しによる欠陥住宅事例をめぐることは、裁判例は当初、名前を貸した建築士の不法行為責任を肯定するものと、否定するものとに分かれていた⁹⁾。そして、こうした状況のなか、最判平成15年11月14日（民集57巻10号1561頁。以下では「平成15年判決」とする）は、建築士の責任を肯定する画期的な判決を下したのである。

（2）平成15年判決の判断内容

平成15年判決において、先例的意義があるとされた部分の内容は、以下のとおりである。

「建築士〔に〕は、その業務を行うに当たり、新築等の建築物を購入しようとする者に対する関係において、建築士法3条から3条の3、および建築基準法（平成10年法律第100号による改正前）5条の2の各規定等「による規制の潜脱を容易にする行為等、その規制の実効性を失わせるような行為をしてはならない法的義務がある」。そして、「建築士が故意又は過失によりこれに違反する行為をした場合には、その行為により損害を被った建築物の購入者に対し、不法行為に基づく賠償責任を負う」。

「このような見地に立って、本件をみると、……一級建築士であるAは、……建築確認申請書にAが本件建物の建築工事について工事監理を行う旨の実体に沿わない記載をしたのであるから、Aには、自己が工事監理を行わないことが明確になった段階で、建築基準関係規定に違反した建築工事が行われないようにするため、……工事監理者の変更の届出をさせる等の適切な措置を執るべき法的義務があるものというべきである。ところが、Aは、……何らの適切な措置も執らず……、B〔施工業者でかつ建築主〕が上記各規定による規制を潜脱することを容易にし、規制の実効性を失わせたものであるから、A

の上記各行為は、上記法的義務に過失により違反した違法行為と解するのが相当である。そして、Bから重大な瑕疵のある本件建物を購入したXは、Aの上記違法行為により損害を被ったことが明らかである。したがって、Y〔Aが代表取締役を務める有限会社〕は、Xに対し、……不法行為に基づく賠償責任を負うというべきである。』

(3) 平成15年判決の検討

このように、平成15年判決は、建築主であり施工者でもあるBから住宅を購入したXが、名義貸しをおこなった建築士Aを代表者とするY会社に対し、不法行為責任を追及した事案である。したがって、上記引用の説示は、Yの責任 民法44条1項(当時)の責任¹⁰⁾ の成否とかわかって、Aの一般不法行為(民法709条)につき判断をおこなったものと考えることができる。そこでまずは、本判決が提示する一般不法行為の要件につき、その基本構成をみてみることにしよう。

(a) 要件の基本構成 まず、上記説示 は、民法709条の要件について論じていながら、権利・利益侵害には言及しておらず、かわりに建築士法・建築基準法の各規定に対する違反を問題にしている。もっとも、最高裁も、法益について、全く触れていないというわけではない。本判決は、引用部分とは別の箇所では、これらの規定の趣旨について、次のように述べている。

建築士法・建築基準法の本件各規定は、「建築物を建築し、又は購入しようとする者に対し、建築基準関係規定に適合し、安全性等が確保された建築物を提供することを主要な目的の一つとするものである」(傍点筆者。なお、以下の傍点も同様である)。

さて、以上のことから、本判決が提示する一般不法行為の要件の基本構成が明らかとなる。

故意または過失により、建物の安全性確保 生命・身体・所有権の保護 を目的とする法規に違反した建築士は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。いわゆる保護法規違反による不法行為である¹¹⁾。

ところで、わが国の解釈論において保護法規違反による不法行為を問題にすることに対しては、一部で有力な批判がある。ドイツ法¹²⁾とは異なり、保護法規違反による不法行為規定をもたない日本法において、そのような責任形態を認めることに特別な意味はない、というわけである¹³⁾。しかし、説示の文章構造からもわかるように、最高裁は、「故意・過失による法規違反 法規違反による損害発生」という枠組みをとっており、これはまさに、保護法規違反を基点とした構成要件を打ち出したものにほかならない。それに、分析手法の面からみても、過失または違法性へと一元化された要件のなかに法規違反を埋没させるよりは、むしろ、これに責任法上独自の地位を与え、そこで当該法規の保護法規性を審査する構えのほうが、判断基準の明確化という点で有用であるともいえる。

そこで、以下では、保護法規違反による不法行為という責任形態を前提にしながら、平成15年判決が投げかける理論的課題をいくつか指摘することにしたい。

(b) 何を保護法規と定めるか まず、保護法規違反による不法行為においては、出発点として、何をもちて保護法規と定めるべきかが問題となる。この点に関して、平成15年判決の原審¹⁴⁾は、建築士の誠実義務を定めた建築士法18条1項（当時）¹⁵⁾を保護法規としていた。そしてそこから、Aには、「Bが……実質上工事監理者がいないような状態で工事をし」、「危険な建物を建築するようなことのないように配慮すべき」義務があるとしたのである。しかし、Yによる上告受理申立て理由が指摘しているように¹⁶⁾、この論理にははじめから無理があった。というのも、同条は、建築士の「業務」に関する誠実義務を定めたものであるため、工事監理契約が締結されていない名義貸しには適用することができないからである¹⁷⁾。それに、かりにこの点を措くとしても、同条のような「精神的規定」¹⁸⁾が私法上の行為義務を規定したものと解しうるのが、解しうるとして、それがたとえば、そのような規定が存在しない場合と比較して 責任法上独自の意義をもちうるのか¹⁹⁾、といった点については疑問が残るところ

である²⁰⁾。

そこで、最高裁は、Yの責任を導くにあたり、建築士法18条各項のほか、とりわけ、同法3条から3条の3、および建築基準法5条の2(当時。現行5条の4)に着目した。最高裁によれば、これらの規定の趣旨は、「設計及び工事監理に係る業務を、……専門的技術を有」する「建築士に独占的に行わせることにより、建築される建築物を建築基準関係規定に適合させ」るところにある。また、そこで述べられている「建築基準関係規定」の趣旨についてみると、建築基準法1条は、同法の目的として、「国民の生命、健康及び財産の保護」をあげている。こうしたことをふまえると、建築士法・建築基準法の上記各規定を、単なる行政上の取締法規ではなく、私人の法益保護のための法規と解し、その違反をもって不法行為責任を発生させるという考えは、十分に成り立つものといえる²¹⁾。その意味で、最高裁が、本件各規定を建物の安全性確保 生命・身体・所有権の保護のための規定と解したことは、きわめて妥当な判断であったということが出来る。

もっとも、このように、一般論としてこれらの規定が保護法規性を有するとしても、本件事案とのかかわりでは、なお以下のような検討課題が残されているのである。

(c) 新たな法益の探求の必要性 まず、本件では、これらの規定が保護しようとする生命・身体・所有権といった権利は侵害されていない。本件はあくまで、瑕疵ある建物が引き渡され、買主が売買契約の解除を余儀なくされたという事案である。したがって、このような事案においては、法規違反の行為は認められても、それによって生じた損害 売買代金・登記費用・仲介手数料等 が賠償範囲に入るのかが微妙になる²²⁾。そこで、こうした問題に対処するためには、本件事案のなかから建物購入者の何らかの法益を取り出し、これを本件各規定の保護範囲内に位置づけるという解釈論上の手当てが必要になる。判決文をあらためてみると、最高裁は、本件各規定の目的を、建物の「安全性等」の確保に求めている

ことがわかる。この「等」のなかにはいかなる含意を読み込むべきか。平成15年判決においては、まさにこの点の解明が求められているのである。

(d) 法規違反の態様 次に、本件をはじめとする「名義貸し」の事案では、法規違反の態様にも特徴的な点がみられる。本件における法規違反とは、端的にいうと、適切な監理がない状態で工事がおこなわれたことにほかならない。そして、このような状態をもたらしたのは、直接的には施工者Bである。これに対し、この法規違反に対する建築士Aの関与はいたって消極的ないし間接的である。Aは、建築確認申請書の工事監理者欄に名前を貸しておきながら、「自己が工事監理を行わないことが明確になった段階で、……適切な措置を執」らなかつた（説示）。つまりAは、不作為によって法規違反を犯したのである²³⁾。

(e) 因果関係をめぐる問題 さて、Aの法規違反に対する関与がこのように消極的ないし間接的であるということは、過失行為と法規違反との因果関係、さらには法規違反と損害発生との因果関係を判断するにあたって、一定の影響をおよぼすこととなる。

しばしば指摘されるように、不作為不法行為の因果関係 「作為義務違反なければ結果なし」の関係 においては、仮定的事実経過 作為義務が遵守された場合の事実経過 の想定が困難となることが少なくない²⁴⁾。本件のような「名義貸し」の事例においても、まさにこの点が問題となっているのである。当該建築士が「適切な措置」をとっていたとしたら、法規違反はなく、したがって瑕疵ある建物も建築されなかつたといえるのだろうか。そうした「措置」をとっていても、施工者は工事を強行し、瑕疵ある建物を建築していたのではないだろうか。平成15年判決以前の裁判例のなかには、このようなことをふまえて建築士の責任を否定したものも報告されている²⁵⁾。また、責任肯定例に目を転じてみても、たとえば、平成15年判決の原審は、Yの責任の範囲をXが被った損害のうちのたつた1割に限定している。このような割合的責任も、理論的には因果関係の存否 とりわけ仮定的事実の想定 が微妙であることから導かれたも

のと解することができそうである²⁶⁾。

最高裁は、平成15年判決において、建築士の責任を肯定する立場を明確にした。したがって今後は、上述の点を考慮した割合的責任論をとりうるのかどうか解釈論上、重要な問題となるであろう²⁷⁾。

2. 設計・施工・監理上の過失による責任

(1) はじめに

建築士の設計・監理上の過失による不法行為、および建築業者の施工上の過失による不法行為は、さまざまな当事者関係において問題となりうる。たとえば、建築業者の責任を考えてみても、建築主に対する責任、建築主からの建物購入者に対する責任、隣人や一般の通行人に対する責任などが不法行為法によって規律されるのである。本稿の冒頭で述べたように、平成19年判決は、建築の専門家が負うべき不法行為責任をほぼ全体にわたってカバーするものであり、欠陥住宅問題における被害者保護の現在の水準を示すものとして、重要な意義を有する。したがって、本稿が取り組むべき課題の中心は、あくまで、同判決の先例的意義を探求することにおかれるべきであろう。しかし、そのためにはまず、平成19年判決以前の裁判例の動向を把握しておくことが必要である。そこで以下では、これらの裁判例のうち、平成19年判決との関係でふまえておくべきものを取り上げ、次章以降の考察のための準備作業としたい。

(2) 責任成立範囲の限定 「強度の違法性」論

平成19年判決以前における下級審の特筆すべき動向として、不法行為責任の成立範囲を通常の場合よりも限定的に捉える判決がいくつか報告されている²⁸⁾。これらは、今日では、責任の成立に「強度の違法性」を要求するものとして、一括して扱われるのが一般的である。しかし、詳しくみると、そこには、大きく分けて2つの傾向があるように思われる。そこで以下では、この2つの傾向を概観し、そのうえで、それらに内在する問題点ないし課題を指摘することにしたい。

(a) 瑕疵の内容による限定　まず、1つ目の傾向として、瑕疵の内容の面から責任成立範囲を限定するものがある。たとえば、福岡高判平成11年10月28日（判タ1079号235頁）は、設計・施工・監理をおこなった建築業者の責任（民法709条）について、次のように述べている。

「一般に、請負人が、その建築に係る建物に瑕疵を生じさせたことが、請負人の故意による場合や、あるいは、過失による場合であっても、その瑕疵が居住者の健康に重大な影響を及ぼすようなものである等、当該瑕疵を生じさせたことの反社会性ないし反倫理性が強い場合には、請負人は、瑕疵担保責任のみならず、不法行為責任をも負う」²⁹⁾。

上記の説示によると、請負人が不法行為責任を負うのは、建物の瑕疵について故意がある場合か、または過失があり、かつ瑕疵が反社会性・反倫理性をおびる場合である。つまり、後者につき生じた瑕疵の内容に限定を加えている点において、要件の加重がおこなわれているのである。ところで、この責任要件論に関しては、次の2点が問題となる。

まず、こうした要件の加重がいかなる理論的根拠によって導かれるのか、という問題である。本判決が要求する「居住者の健康に重大な影響を及ぼす」瑕疵とは、これを素直に読むかぎり、居住者の「健康」を侵害する重大な可能性をはらんだ瑕疵ということになるものと思われる。では、このように法益侵害が未だ生じていないなかで、侵害の可能性があるということをもって責任を課すという場合、それは、従来の不法行為法理論のもとでどのように説明されるのだろうか。まずは、この点の解明が求められているのである。

次に、より根本的な問題として、本判決が瑕疵にいかなる理論的位置づけを与えているのかということも問題となる。上記の説示は、あくまで瑕疵それ自体を要件としない一般不法行為（民法709条）について述べたものである。しかしそこでは、建物の瑕疵に責任法上独自の意義が与えられているようにも見受けられる。はたして、建物の瑕疵は、民法709条のど

の要件に関係するのだろうか。引用部分をあらためてみると、本判決は、故意・過失を瑕疵と関連づけており(「瑕疵を生じさせたことが……故意による場合や、……過失による場合」)、そのかぎりでは、瑕疵を権利・利益侵害に相当するものとして位置づけているようにもみられる。しかし、そうすると、今度は、本判決が重視する「健康」侵害をどこに位置づけるべきかという、厄介な問題が生じてくるのである。「故意・過失による権利・利益侵害 権利・利益侵害による損害発生」という要件構成のなかで、瑕疵をどこにどのようなかたちで位置づけるべきか。本判決が投げかける最大の課題はこの点にあるといっていよい。

(b) 侵害行為態様による限定 次に、2つ目の傾向として、侵害行為態様の面から責任の成立を限定するものがある³⁰⁾。以下にあげる判決は、その代表的なものである。

神戸地判平成9年9月8日判タ974号150頁

「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事情がある場合に限られると解すべきである」³¹⁾。

大阪地判平成12年9月27日判タ1053号137頁

「不法行為が成立するというためには、当該行為により生命・身体・健康、所有権及びそれに準ずる法律上保護に値する利益(いわゆる完全性利益)が侵害されたといえることが必要であり、単に、契約に従った目的物の給付を受ける利益(債務者の行為を通して債権者が獲得しようとしている利益)のような契約法上の利益が侵害されたというだけでは、詐欺行為等があった等特段の事情がない限り、不法行為が成立する余地はなく、右契約法上の利益侵害による損害賠償は、契約法上の責任として処理すべきである」。

上記 および の判決は、いずれも、建築主から建物を購入した者が施工者に対して損害賠償請求をおこなった事案である。そしてこのうち、

は、被侵害法益を契約上の給付利益とするとともに、責任が成立するためには「詐欺行為等」が必要であるとしている。また、 は、被侵害法益についての説明を欠くものの、侵害行為態様としては、「建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思」が必要であるとしている。以上をふまえたうえで、これらの判決がかかえる問題点を指摘することにした。

まず、上記 がいわゆる第三者による債権侵害の事例を念頭においていることは、明らかであろう。そして、そのような事例において、侵害行為との相関的考慮がしばしばおこなわれることは、よく知られているところである。ただ、一般論としてそのようなことがいえても、 において同様の枠組みが妥当するのかどうかについては、慎重でなければならない。たとえば、不動産の二重譲渡において、第二譲受人の不法行為責任につき一定の行為態様 債権者を害する意図（害意） を要求する場合、そこでは、自由競争原理がそうした処理を正当化しているとみることができる³²⁾。しかし周知のとおり、最近では、こうした自由競争の理解に疑問を投げかけ³³⁾、第二譲受人の責任を過失の場合でも肯定する見解が有力化している³⁴⁾。このことからわかるように、給付侵害の事例において侵害行為との相関的考慮を決定づけるのは、給付侵害であるとの法律構成それ自体ではなく、そのうえに付与される何らかの論理であると考えられる。では、こうした理解をふまえた場合、 の責任要件論はいかなる論理によって正当化されるのだろうか。そこでは、この点の説明が必ずしも十分ではないのである。

次に、上記 をどうみるべきかについては、さまざまな理解が考えられそうである。まず、 が問題にする状況のうち、請負人の第三者に対する責任のみを考えた場合には、 と同様、第三者による債権侵害であるとの理解が成り立ちうる。しかし、 は、このほか、請負人の注文者に対する責任をも視野に入れており、その点をどう理解すべきかが問題となろう。また、 が設定する行為態様 「積極的に侵害する意思」 は、現実の問題となることがほとんど考えられないものといってよい。したがって、

この基準に関しては、その存在意義も問われているのである³⁵⁾。

・最高裁平成19年7月6日判決の登場

前章「2.」でふれたように、平成19年判決以前の一部の裁判例は、設計・施工・監理上の過失による不法行為につき、通常の場合よりも厳しい要件を設定していた。また、前章「1.」でふれたように、最高裁は、建築士による「名義貸し」に関して、建築士法・建築基準法の各規定を保護法規とする責任要件論を打ち出した。これらの状況をふまえて、平成19年判決が登場することになる。本稿の冒頭でも述べたように、同判決は、問題となった実際の事案のほか、建物の安全性にかかわるさまざまな事例を判断の対象とするあまり、いささか混乱をきたしているようにも見受けられる。したがって、同判決においては、判断内容の明確化および適用射程の画定のため、一定の理論的整序がおこなわれなければならない。

そこで、本章では、そうした課題に取り組むための準備作業として、平成19年判決の判断内容を概観し、そのどこに混乱がみられるのかを確認することにしたい。

1. 判決の紹介

それではまず、平成19年判決の事実関係を把握することからはじめることにしよう。

(1) 事実の概要

Aは、昭和63年に、Y₃の仲介で本件土地を購入し、Y₁(建築業者)とのあいだで本件建物(9階建て賃貸用マンション)の建築請負契約を、また、Y₂(一級建築士事務所)とのあいだで設計・監理契約を、それぞれ締結した。ところが、Aは、本件建物が竣工(平成2年2月)する間際になって、本件土地および建物を売却することにし、その仲介をY₃に依頼した。そして、平成2年5月23日、AとX(X₁X₂親子)とのあいだで、

本件土地および建物についての売買契約が締結され、同日中に引渡しがおこなわれた。

Xは、本件建物が引き渡された後も、しばらくのあいだは従来の住居で生活をつづけていたが、平成6年2月1日になってようやく、本件建物に住みはじめることとなった。同年6月頃、XはY₁に対し、本件建物に亀裂、水漏れ、排水管のつまり等の瑕疵があることを指摘し、建て替えをするか、建物購入資金を返還するよう、申し入れをおこなった。しかし結局、この申し入れは不調におわった。そこで、平成8年7月2日、Xは、瑕疵修補費用等の支払いを求めて、Yらを相手どり訴訟を提起した。なお、本件提訴にあたって、Xは、Y₁に対しては瑕疵担保責任（民法634条。その前提として請負契約上の注文者の地位の譲受けを主張）および不法行為責任（民法715条）を、Y₂およびY₃に対しては不法行為責任（前者につき民法715条、後者につき民法44条1項〔当時〕・715条）を、それぞれ追及している。

（2） 1 審判決

1 審判決・大分地判平成15年2月24日（民集61巻5号1775頁以下）は、Y₃の責任を否定する一方³⁶⁾、Y₁およびY₂の責任についてはこれを肯定し、請求の一部を認容した。

（a） 裁判所による判断 裁判所が示した不法行為責任に関する判断のうち、一般論として重要な部分は以下のとおりである。

「建築請負人並びに設計・工事監理の委任ないし請負契約を締結した受任者又は設計・工事監理請負人は、それらの契約に基づいて、請負人としての瑕疵担保責任や受任者としての債務不履行責任を負うが、同時に、これらの者の行為が一般不法行為の成立要件……を充たす限り、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生し、これは、請負契約ないしは委任契約の目的である建築物に瑕疵があり、これを原因として損害が発生した場合でも同様であると解される。」

「不法行為は、その損害発生時に成立することによって、損害賠償

請求権が発生するものであるから、注文者が当該建築物を第三者に売り渡す前に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、注文者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになるが、当該建築物が第三者に売り渡された(ただし、瑕疵があることを前提として売り渡された場合を除く。その場合は、買主に当該瑕疵を原因とした損害は発生しない。)後に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、買主である第三者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになる。

(b) 検 討 上記説示は、施工者や建築士の行為が不法行為の要件を充足する場合、これらの者の不法行為責任と契約責任は請求権競合の関係に立つということを示したものである³⁷⁾。また、説示は、これらの者が負うべき不法行為責任の相手方について、契約の相手方である注文者のほか、建物購入者もこれに含まれるということを示したものである。このように、本判決では、不法行為責任の要件を加重するという姿勢はみられず、通常要件のもとで責任判断がおこなわれている。

ただし、本判決においても、請負人の建物購入者に対する不法行為に関しては、1つだけ責任が否定される場合が示されており、この点は注意を要する。すなわち、「瑕疵があることを前提として」建物が「売り渡された場合」には、「買主に当該瑕疵を原因とした損害」が発生しないため、請負人の責任は否定されるのである。ところで、この責任否定のルールは、一見したところ当然のことを述べたもののようにもみえるが、突きつめて考えると、論理一貫性に欠けるところがある。問題は、「瑕疵があることを前提として」建物が「売り渡された場合」になぜ、「当該瑕疵を原因とした損害」が発生しないのか、という点にある。

まず、動かしがたい事実として、瑕疵の存在を前提に建物が売り渡された場合、それでも、建物に瑕疵があることには変わりはない。では、このことと、「瑕疵を原因とした損害は発生しない」ということとは、論理的に両立しうるのだろうか。瑕疵がある以上、「瑕疵を原因とした損害」も

発生しているのではないかという当然の推論をまえに、難渋を余儀なくされるのである。結局のところ、この点を打開するためには、次のように考えるほかないように思われる。すなわち、裁判所が「損害」と呼ぶものは、実は損害ではなく、他の何らかの要件であり、瑕疵があることを前提として建物が売り渡された場合には、買主においてその要件が充足されないために責任が成立しなくなる。このように考えるわけである。では、その「何らかの要件」とはいったい何を指しているのだろうか。本判決においては、この点が不透明なままなのである。

(3) 2 審判決

2 審判決・福岡高判平成16年12月16日（判タ1180号209頁）は、控訴人 Y_1 および Y_2 の不法行為責任を否定し、 X らの請求を棄却した。

(a) 裁判所による判断 裁判所が示した不法行為責任に関する判断のうち、一般論として重要な部分は以下のとおりである。

「確かに不法行為責任は、瑕疵担保責任等の契約責任とは制度趣旨を異にするが、本来瑕疵担保責任の範疇で律せられるべき分野において、安易に不法行為責任を認めることは、法が瑕疵担保責任制度を定めた趣旨を没却することになりかねない。即ち、民法637条、638条は、瑕疵担保責任の存続期間を定めており……，さらに契約当事者間の特約によって、責任の存続期間を一定の限度で伸長させたり（同法639条）、責任そのものを免除すること（同法640条）も認められている。しかし、この問題に不法行為責任の追及を持ち込むときは、いかに不法行為の成立要件として請負人の故意ないし過失を要するからといって、法が瑕疵担保責任の存続期間について契約法理に見合った様々な規定を置いた趣旨を没却し、請負人の責任が無限定に広がるおそれを生ずる。また、請負人が不法行為責任を負うべきものとすると、……責任を負担する相手方の範囲も無限定に広がって、請負人は著しく不安定な地位に置かれることになる。」

「このような見地に立って本件をみると、 X の主張するような瑕疵

があるからといって、当然に不法行為の成立が問題になるものではなく、その違法性が強度である場合、即ち請負人であるYらが本件建物の所有者の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵を生じさせたという場合や、当該瑕疵が建物の基礎や構造躯体に関わり、それによって建物の存立自体が危ぶまれ、社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物が建てられた場合に限って、Yらについて不法行為責任が成立する可能性があるものというべきである。」

(b) 整理 上記説示にあるように、本判決は、従来から一部の裁判例がとっていた「強度の違法性」論を採用している。しかも、本判決のそれは、行為態様と瑕疵の内容の両面から責任成立範囲を限定しており、不法行為の成立に消極的であった一部の裁判例の立場を総合した感のあるものとなっている。また、説示は、こうした基準のうち、瑕疵の内容に関する基準において、建物の基礎や構造躯体にかかわる瑕疵がなければならぬとしている。この点は、同種の裁判例のなかにあって、特徴的なものといえる。

次に、本判決は、こうした基準の正当性を、説示において主張している。請負人の不法行為責任を通常の要件のもとで成立させることは、法が瑕疵担保制度を定めた趣旨を没却し、請負人を不安定な地位におくことになる。そこで、これを回避するためには、不法行為の要件を加重し、責任成立範囲を限定することが要請される。説示の骨子は、おおむねこのようなものといっていよう。

さて、ここまでの整理のうち、説示で示された責任成立基準「強度の違法性」論そのものに対する問題点については、すでに前章(2.(2))において一通りの指摘をおこなった。そこで以下では、むしろ、そうした基準の正当性を主張する説示のほうに目を向け、その妥当性を検証することにしたい。

(c) 検討 説示によると、裁判所が回避すべきと考える請負人の責任の拡大には、責任存続期間の長期化と相手方の範囲の拡大の2つ

の視点が含まれる³⁸⁾。そしてこのうち、責任存続期間の長期化を理由として「強度の違法性」論を導入するときには、次のような制度の棲み分けが実現されることとなる。すなわち、請負人は、違法性が強度でない場合には、瑕疵担保責任を負うにとどまるが、これが強度になると、その存続期間の満了後も不法行為責任を負うことになる。

ところで、こうした取扱いは、請負当事者間で適用される責任規範の調整枠組みとしては、一定の合理性をもったものといえるが、本件のように、建物が第三者に売却された事例においては、一部で不当な結果をもたらさしめる。たとえば、注文者が、瑕疵担保責任の存続期間内に建物を売却し、建物購入者が、その期間内に不法行為責任を追及したという場合を考えてみよう。裁判所の立場によると、当然のことながら、このような場合においても、責任成立範囲の限定がおこなわれることになる。しかしはたして、本当にそれでよいのだろうか。この場合の不法行為責任は、「法が瑕疵担保責任の存続期間について契約法理に見合った様々な規定を置いた趣旨を没却する」ものではない。それに、結果の妥当性の面においても、これでは、建物が注文者のもとにあった場合とくらべ、請負人を不当に利することになってしまうのである。こうした不合理は、とりわけ本件のように、完成間際の物件が売却されたため、建物購入者が事実上の建築主とされるようなケースにおいて、自覚されるものと思われる³⁹⁾。

では次に、責任の相手方の範囲を限定するため、「強度の違法性」論を導入するという発想のほうはどうだろうか。こちらに関しては、そもそも裁判所が問題にする「責任を負担する相手方の範囲」の意味がはっきりとしないのである。

たとえば、請負人は契約法上、注文者に対して瑕疵担保責任を負うが、不法行為法によって、注文者からの買受人、さらにはその転得者に対しても同じ内容の責任（修補費用等の賠償責任）を負うことになる。このようなことを問題にしているとしたらどうだろうか。しかしこの場合、実は、相手方の範囲が広がる（賠償請求権者の人数が増える）というこ

とはない。建物の瑕疵によって損害を受けるのはあくまで1人であり、それが注文者なのか、それとも建物購入者なのか、といった違いが生じるだけである。では次に、請負人は契約法上、注文者に対して瑕疵担保責任を負うが、不法行為法によって、一般の通行人等に対しても生命・身体・所有権侵害による責任を負うことになる。このようなことを問題にしているとしたらどうだろうか。この場合には、たしかに相手方の範囲が広がることになる。しかし、このようなことを回避するために不法行為責任の成立を限定するということが妥当でないことは、いうまでもない。

このように、責任存続期間の長期化も相手方の範囲の拡大も、請負人の不法行為責任を限定する理由としては、必ずしも説得的ではないのである。

(4) 最高裁判決

最高裁は、Xの上告をうけ、破棄差戻しの判決を下した。判決の重要部分は、以下のとおりである。

- ① 「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」。
- ② 「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い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。」

- ㉔ 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がある場合には、不法行為責任が成立すると解すべきであって、違法性が強度である場合に限り不法行為責任が認められると解すべき理由はない。例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるというべきであって、建物の基礎や構造く体に瑕疵がある場合に限り不法行為責任が認められると解すべき理由もない。」

2. 判決の検討

上記引用の説示は、建物の「基本的な安全性」確保を要請する説示^㉔、これをうけて一般不法行為の要件論を展開する説示^㉕、原判決の立場を否定する説示^㉖、の3つの部分で構成されている。そしてこのうち、その中核をなす説示^㉕は、建築専門家の不法行為責任に関する判例法理を打ち出したものとして、重要な意義を有するものである。そこで、以下では、この説示^㉕で示された責任法理につき、説示^㉔や^㉖との関係にも留意しながら、検討をおこなうことにしたい。

(1) 本判決の基本構成 責任要件論の2つの系列

まず、説示^㉕の判断内容全体の見とおしをよくするため、これを個々の要素に分解することにしよう。

-) 「設計・施工者等」の建物の「基本的な安全性」確保のための注意義務に対する違反
-) 上記の注意義務違反による「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の発生

)上記の瑕疵による「居住者等の生命、身体又は財産」の侵害

)上記の侵害による損害の発生

さて、民法709条は、故意または過失、権利・利益侵害、損害発生 of 3つの要素を2つの因果関係で結ぶという構成をとる。これに対し、説示①は、過失()と権利・利益侵害()との間に「瑕疵」()という異質な要素を介在させることで、4つの要素を3つの因果関係で結ぶという特異な構成を採用している。問題は、このような特異な構成をとる説示①が、いかなる事例を念頭におき、そこでどのような責任成立基準を立てているのかということである。これに関しては、次の2つの方向からの理解が可能である。

(a) 注意義務違反による生命・身体・所有権の侵害 まず1つ目は、説示①からの論旨を重視して説示②を捉えた場合である。説示②によると、「建物は、……建物利用者や隣人、通行人等……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。そして、こうした安全性への要請は、説示③において、「設計・施工者等」の注意義務を導くことになる。ここでは、「設計・施工者等」の義務違反行為として、次のような因果系列を描き出すことができるだろう。

「設計・施工者等」が「基本的な安全性」確保のための注意義務に違反して⁴⁰⁾瑕疵のある建物を建築し、「居住者等」の「生命、身体又は財産」を侵害した。これにより、「居住者等」に損害が発生した。

ここで注意を要するのは、この場合の建物の瑕疵が、過失行為から権利侵害へといたる一連の経過において、その中間地点としての意義をもつにとどまるということである。したがって、説示①からの論旨を重視して説示②を捉えた場合、瑕疵には、責任法上特別な地位は与えられないことになる⁴¹⁾。

(b) 瑕疵ある建物の建築による修補費用等の発生 次に、説示①からの論旨をひとまず離れ、本件事案にひきつけたかたちで説示②を捉えた場合を考えてみよう。すると、ここでは、次のような因果系列を描き出すこと

ができるだろう。

「設計・施工者等」が「基本的な安全性」確保のための注意義務に違反して「基本的な安全性を損なう瑕疵」のある建物を建築した。これにより、「居住者」（建物購入者）に損害（修補費用等）が発生した。ここでは、「設計・施工者等」の過失から「居住者」の損害へといたる一連の経過が示されている。そしてそこでは、本来、この両者の中間に位置するはずの権利・利益侵害が欠落しているのである⁴²⁾。そこで、このような要件構成に対するひとつの見方として、本件は純粹財産損害の事例であるとの理解が成り立ちうる⁴³⁾。ただし、そのような理解にも、ひとつだけ難点がある。すなわち、本件Xに発生した修補費用等の損害は、たしかにYらの行為によって（事実的因果関係）生じたものではあるが、彼らに課される行為規範「建物としての基本的な安全性」を確保する義務の保護範囲に当然に含まれるものではないのである⁴⁴⁾。そこで、この点の不明瞭さを克服するためには、「瑕疵」に責任法上確固たる地位を与えることが求められる。つまり、「瑕疵」を侵害事実とする法益を措定し、これをYらに課される行為規範の保護範囲内に位置づける。このような解釈論上の手当てがここでは要請されるのである。

(c) 小 括 ここまでの考察からわかるように、本判決の説示⑥には、実は2つの責任ルールが含まれる。そして、同説示が4つの要素を3つの因果関係で結ぶという一見奇妙な構成をとったのは、これら2つの責任ルールを無理やり1つのものとして表現しようとしたからにほかならない。したがって、われわれは、説示⑥につき、次のような変則的な読み方を強いられることになる。すなわち、(a)の系列に属する事例においては、文面にあらわれた「瑕疵」とらわれることなく、過失とそれによる権利侵害、さらには損害の発生へと読み進んでいき、また他方で、(b)の系列に属する事例においては、むしろ「瑕疵」を前面に押し出したうえで、これを法益侵害にあたるものとして（つまり、上記（ ）と（ ）を融合させたかたちで）読むことになるのである。

さて、以上の整理をふまえたうえで、次に、本判決において解明を要する点を2点指摘しておくことにしたい。

(2) 平成19年判決の残された課題

(a) 「特段の事情」による責任の否定をめぐる まず、説示①によると、「設計・施工者等」の責任は、「不法行為の成立を主張する者が……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い受けていたなど特段の事情」がある場合には否定される。

このようなことを理由とする責任否定のルールは、1審判決にもみられたところである。しかし、最高裁判決では、こうしたルールが「生命、身体又は財産」の侵害全般と結びつけられているため、1審判決にはない厄介な問題が生じることになる。

たとえば、「設計・施工者等」が「基本的な安全性を損なう瑕疵」のある建物を建築し、建物購入者がその倒壊によって死亡したとしよう。説示①によると、この場合、建物購入者が「瑕疵の存在を知りながらこれを前提として」建物を買い受けていたとしたならば、遺族は「設計・施工者等」に対し、死亡損害の賠償を求めることができなくなる。しかし、瑕疵の存在を前提に建物を購入したというだけで、生命侵害についての同意を擬制することは、明らかに不当な結果をもたらす。また、同様の問題は、身体や所有権が侵害された場合にも生じるものといえよう。このように、この「特段の事情」にかかわる責任否定のルールは、少なくとも生命・身体・所有権侵害の場面 上記(1)(a)の系列に属する事例 には適用すべきではないのである。では、このルールは、どのような場面で適用されるべきなのだろうか。また、その理論的根拠はどこに求められるべきなのだろうか。説示①においては、この点の解明が求められているのである。

(b) パルコニーの例が投げかける問題 つづいて、説示③のなかにも解明を要する点がある。同説示は、原判決の「強度の違法性」論のうち、とりわけ瑕疵の内容に関する基準を取り上げ、これを否定するものである。すでにみたように、原判決は、請負人の不法行為責任が成立するための要

件として、建物の基礎や構造躯体に瑕疵があることを要求していた。これに対し、説示㉔は、バルコニーの手すりに瑕疵があった場合を例にとりながら、こうした立場を否定している。ところで、このバルコニーの例は、上記(1)(b)の系列に属する事例において、ひとつの問題を投げかけているのである。

先ほども述べたように、この種の事例においては、過失と損害とを媒介するものとして、「基本的な安全性を損なう瑕疵」を侵害事実とする法益が探求されなければならない。バルコニーの例は、このような探求の場において、一定の意味をもちうるのである。というのは、そこで述べられている手すりの瑕疵は、被侵害法益の内容と密接なかかわりをもつからである。すなわち、『基本的な安全性を損なう瑕疵』を侵害事実とする法益は、バルコニーの手すりの瑕疵によっても侵害されうる法益として、その具体像の一端をのぞかせているのである。では、バルコニーの手すりの瑕疵によっても侵害されうるということは、この法益の内容にとっていかなる意味をもつのだろうか。この点は次章で検討することにしてしよう。

3. 差戻審判決とその問題点

差戻審判決・福岡高判平成21年2月6日（LEX/DB25450270）は、「強度の違法性」論を否定した最高裁判決をふまえながらも、事案の解決としては、Xの請求を棄却している。以下では、裁判所の判断を概観するとともに、その問題点を指摘することにした。

(1) 裁判所の判断

本判決は、責任成否の判断にあたって、最高裁判決が設定した「基本的な安全性を損なう瑕疵」という基準に依拠している。そして、これに関して、次のような解釈をおこなっている。

「上告審は、建物は、居住者等の生命、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旨判示し、さ

らに、例示として、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得る旨判示している。このような上告審の判示からすると、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは、建物の瑕疵の中でも、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性を生じさせる瑕疵をいうものと解される。

以上をふまえ、裁判所は、Xが主張する本件建物の不具合について個別に検討し、いずれの不具合も、生命・身体・財産に対する「現実的な危険性」はないとの結論にいたっている。

(2) その問題点

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」について、これを生命・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ている。つまり、建物に瑕疵があることで、これらの権利の侵害の危険性が切迫している場合にのみ、賠償請求が認められるというのが、裁判所の立場といってよいだろう。ところで、裁判所は、このような解釈をおこなうにあたって、最高裁判決におけるバルコニーの例を引き合いに出している。しかしはたして、本当にこの例から、上記のような解釈が導かれるのだろうか。

すでにみたように、最高裁は、「基本的な安全性を損なう瑕疵」には、建物の基礎や構造躯体の瑕疵のほか、バルコニーの手すりの瑕疵も含まれると述べている(説示^㉔)。「生命又は身体」を危険にさらすという意味では、そのような瑕疵も同様であるというわけである。つまり、最高裁は、「生命又は身体」を侵害する瑕疵のヴァリエーションとして、手すりの瑕疵を例示したにすぎないのであって、これらの法益に対する現実的な侵害の危険性 法益侵害が当該事案において切迫した状況にあるということ をそもそも問題にしてはいないのである⁴⁵⁾。

こうしてみると、差戻審の論理は、一見したところ最高裁判決に依拠したもののようにも見えるが、実質的には同判決にはない独自の規範を創造

したものと解さざるをえない⁴⁶⁾。その意味において、差戻審がXの請求を棄却したことに対しては、疑問を禁じえないのである⁴⁷⁾。

・新たな法益の生成の可能性

本稿はこれまで、建築の専門家の不法行為責任に関する裁判実務の動向を概観し、個々の判決において問題がある場合には適宜指摘をおこなってきた。そこでまずは、これまでの叙述で浮かび上がってきた問題点をあらためて整理しなおし、本章が取り組むべき課題を明確にすることからはじめることにしたい。

1. これまでの整理と検討課題の明確化

建築士の設計・工事監理による不法行為、および建築業者の施工による不法行為をめぐっては、かつて、その成立要件を通常の一般不法行為よりも加重する裁判例がいくつかみられた。そしてこれらは、加害者の行為に「強度の違法性」を要求するものとして、一括して扱われるのが一般的であった。しかし、詳しくみると、この「強度の違法性」論には、性質の異なる2つのものが含まれていることが明らかとなる。第一に、
（ ）瑕疵の内容を限定し、「居住者の健康に重大な影響を及ぼすような」瑕疵
瑕疵の反社会性・反倫理性 でなければならないとするもの、第二に、
（ ）居住者の何らかの法益 売買契約上の目的物の給付利益などに着目し、責任成立のため行為態様の悪性 侵害の積極的意思ないし「詐欺行為等」 を要求するもの、である。そして、平成19年判決の原審は、これら2つの発想を総合した責任要件論を展開し、原告の請求を棄却した。

しかし他方で、裁判例のなかには、「強度の違法性」論をとらず、責任要件を通常の場合と同様に考えるものもあった。（ ）平成19年判決の1審判決がまさにこれにあたる。もっとも、同判決も、原告たる居住者が建物

の瑕疵を知りながらこれを買受けたような場合には、責任は否定されるとしており、この点は注意を要する。

以上のような状況をふまえ、平成19年判決が登場することになる。同判決は、原審が採用した「強度の違法性」論を否定し、一般論として、() 瑕疵ある建物の建築によって生命・身体等が侵害された場合のほか、() 修補費用等の損害が発生したにとどまる場合の責任ルールを定めた。そして、後者については、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を責任要件の中核に据えたのである。こうして、差戻審は、この新たに設定された要件につき、解釈を迫られることとなった。そして同判決は、これを、「居住者等」の生命・身体等に対する「現実的な危険性」のある瑕疵と解したのである。

さて、ここまでのところで、5つの責任ルール() ~ ()) を抽出することができた。そこで次に、この5つのルールをこれまでの叙述の順序にとらわれることなく整理しなおし、本章の検討課題を明確にしたい。

まず、これらのうち、() のルールについては、本章の検討対象からはずすこととする。というのは、すでに述べたように、建築専門家の不法行為責任が問題となる事案のほとんどは、生命・身体等が未だ侵害されていないものばかりであり、また理論的にも、このルールにおいて、民法709条との関係で特別に説明を要する問題はないといえるからである。

そこで問題となるのが、()・()・() の3つである。これらは、() が「強度の違法性」論の一類型であるのに対し、() と () は、むしろそうした考えをとらず、責任の成立を広く認めようとするものである。しかし、一般不法行為の要件構成との関係でいうと、これらはいずれも共通の問題を投げかけていると考えられる。すなわち、これらは、加害行為による損害(修補費用等)の発生という基本枠組みをとりながら、両者の中間に位置する建物の瑕疵において、責任成否に関する重要な基準をおく。そこで、民法709条の文言との関係では、この瑕疵を侵害事実とする法益の探求が要請されるのである。これが、本章が取り組むべき最も重要な課題

である。

ちなみに、このような作業は、設計・施工・監理による責任のほか、いわゆる名義貸しによる責任にとっても有益なものである。すでに「1.」章の「1.」で述べたように、平成15年判決は、建築士法・建築基準法の各規定を、建物の安全性確保（ひいては生命・身体・所有権の保護）のための法規と解し、保護法規違反による不法行為の責任要件を打ち出した。しかし、同判決が扱った実際の事案では、他の多くの欠陥住宅事例と同様、建物に瑕疵が生じただけで、居住者の生命・身体・所有権は侵害されていない。そこで、このような事例においては、瑕疵によって生じた金銭としての損害が法規の保護目的に含まれるのかどうかということが問題となる。瑕疵を侵害事実とする法益は、こうした問題を克服し、修補費用等の賠償に理論的な明確さを与えるのである。

つづいて、（ ）のルールも検討を要する。先ほども述べたように、平成19年判決は、原判決が採用した「強度の違法性」論を否定した。しかし、判決文をよくみると、そこで最高裁が否定したのは、厳密には、「強度の違法性」論のなかでも、とりわけ瑕疵の内容に関わる基準（それも、原判決が独自に導入した「建物の基礎や構造く体」の瑕疵という基準）にかざられる。これに対し、最高裁は、「強度の違法性」論のもうひとつのタイプである侵害行為態様に関する基準（法益侵害の積極的意思、「詐欺行為等」）については、これを明確に否定しているわけではない。そこで、これをふまえるならば、瑕疵を侵害事実とする法益の探求に加え、そのような法益の侵害につき行為態様の面から特別の基準を設定すべきかどうかということも、検討されなければならないだろう。

以上のことから、本章では、瑕疵を侵害事実とする法益を探求するとともに（下記「2.」）、そのような法益が侵害された場合の行為態様の考慮についてもあわせて検討することにしたい（下記「3.」）。

2. 「安全性信頼利益」の提唱

建物の瑕疵を侵害事実とする法益を探求するにあたっては、民法709条の要件構成との関係で、2つの点に留意する必要がある。ひとつは、その侵害が修補費用等の損害の原因となるということ、もうひとつは、その侵害が「設計・施工者等」による過失を原因として生じるということである。そこでまずは、後者の点から、法益の探求を試みることにしよう。

(1) 建物の安全性に対する信頼ないし期待

平成19年判決は、「設計・施工者等」に対し、「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」を課した。もっとも、同判決の事案では、生命・身体・所有権といった「安全性」と密接にかかわる法益の侵害は、未だ生じてはいない。そこで、上記の注意義務との整合性に留意しながら、これとは別の法益をさぐってみるならば、ここでは、建物の「基本的な安全性」に対する信頼ないし期待といったものが侵害されたと考えることができそうである⁴⁸⁾。建物に「基本的な安全性」が欠けないよう配慮すべき義務を負っているながら、これに違反し、「居住者等」の建物の安全性に対する期待を裏切った。このような因果経過を想定するわけである。

ところで、これとよく似た内容の法益は、これまでも一部で承認されているところである。たとえば、医療過誤の分野では、医師が適切な対応をとっていれば患者の状態が改善 延命あるいは「重大な後遺症」の回避 された「相当程度の可能性」があるという場合、この「可能性」が侵害されたことによる責任が発生するとされている⁴⁹⁾。ここでは、被害者の生命や身体の侵害ではなく、それらが侵害されないことへの期待が侵害されたとみることができ⁵⁰⁾、そのかぎりでも上記の発想との共通点を見出すことができる⁵¹⁾。また、住民の権利という点で、これよりさらに類似したものといえるのが、いわゆる平穩生活権である。たとえば、静岡地浜松支決昭和62年10月9日(判時1254号45頁)は、暴力団による組事務所の建設にともない、近隣住民が使用禁止の仮処分を求めた事案において、「何人

にも生命、身体、財産等を侵されることなく平穏な日常生活を営む……権利がある」と判示している。ここでは、生命・身体・財産権侵害の前段階における住民の不安を法益として確定することにより、被害者保護の前進が図られている⁵²⁾。そういった意味では、この平穏生活権も、上記の発想とよく似たものといえることができる。

しかし、こうした、生命・身体・財産が侵害されないことに対する信頼・期待を本質とする法益は、その侵害によって生じる損害が基本的に精神的損害（慰謝料）であるという点で、建築瑕疵の事例と整合的ではない。それに、もしかりに、建築瑕疵の事例で、このようなある種の「期待」権を肯定するとなると、たとえば、平成19年判決があげる「居住者等」のうち、「隣人、通行人等」といった者に対しても、同様の権利を認める方向へと進みかねず、歯止めがきかなくなるおそれがある。しかし、いうまでもなく、平成19年判決は、隣人や通行人が特定の建物を前にして感じる安心感　隣家が安全なものであることへの期待、通過する建物が安全なものであることへの期待　を保護しようとするものではない。これらの者に対しては、生命・身体・所有権といった法益が侵害されてはじめて、法的保護が図られるのである。

（2）瑕疵のない建物への買主の信頼

そこで、視点をかえて、ここで問題となっている法益があくまで建物購入者の法益であるということから考えてみよう。

建物購入者が建物の瑕疵によって修補費用等の損害を被った場合、法的手段として真っ先に思いつくのが、売主に対する瑕疵担保責任（民法570条）の追及である。もっとも、その権利行使期間（民法566条3項）がすでに経過していたり、売主に資力がないため実効ある救済をのぞめない場合には、建物購入者としても、売主に対する請求を断念するほかない。そこで登場するのが、「設計・施工者等」の不法行為責任である⁵³⁾。こうしたことをふまえるならば、建物購入者の法益を探求するにあたって、売主との間の売買契約に着目することが考えられてもよいように思われる。

「売買において売主は、目的物である財産権（所有権等）を十全な状態で買主に移転することを、いわば保証（担保）している」⁵⁴⁾。これを買主の側から表現しなおすと、次のようになるだろう。買主は、目的物に「隠れた瑕疵」がないことを信頼するが、この信頼は売主による「保証」を通じて法的に保護される⁵⁵⁾。こうした法的保護に値する買主の信頼を、不法行為法上の法益としても観念するわけである⁵⁶⁾。ところで、建物購入者にこのような内容の法益　本稿ではこれを「信頼利益」と呼ぶことにする⁵⁷⁾　を認めることは、平成19年判決の判断内容を理論的に整序することにも役立つものといえる。

平成19年判決によれば、「設計・施工者等」の責任は、「不法行為の成立を主張する者が……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い受けていたなど特段の事情」がある場合には否定される。前章（2. (2)）で指摘したように、この責任否定のルールは、「生命、身体又は財産」の侵害全般と関連づけられることで、これらの権利の侵害に対する被害者の同意の擬制という、不当な結論を導くことになる。しかし、建物購入者の法益として「信頼利益」を指定するならば、そのような不都合を回避することは容易である。瑕疵を前提に建物を買い受けた者には、そもそも「信頼利益」がないため、権利・利益侵害要件は充足されず、損害賠償請求権は発生しない。平成19年判決の「特段の事情」は、もっぱらこのようなことを意味するものとして理解することができる。そして、見方をかえれば、この「特段の事情」をもって、同判決が「信頼利益」という法益の存在を暗に前提としている、ということもできるのである。

（3）「基本的な安全性」と「信頼利益」

ただし、かりにそうだとしたとしても、建物購入者の法益の内容を、上記のような「信頼利益」に尽きるものと考えすることはできない。なぜなら、平成19年判決があげる「設計・施工者等」の注意義務は、必ずしもこのような「利益」の侵害と対応していないからである。したがって、ここでは、「信頼利益」をベースにしながらも、上記(1)の「期待」権の内容を加味したも

のを構想しなければならないだろう。それは、言うなれば、建物としての「基本的な安全性」が欠けることによって買主の「信頼」（上記(2)）が失われた場合に侵害が認められるような法益である⁵⁸⁾。このような法益を、本稿では、「安全性信頼利益」と呼ぶことにしたい。

ところで、この「安全性信頼利益」においては、そのうちの「安全性」にかかわる内容部分に関して、問題がひとつ残されている。すなわち、そこで要求される「安全性」とはどのようなものか、生命・身体・所有権侵害に対するどの程度の危険性を問題にしているのか、である。すでにみたように、「強度の違法性」論をとった福岡高判平成11年10月28日は、責任成立のため、「居住者の健康に重大な影響を及ぼすような」瑕疵を要求していた。また、平成19年判決の差戻審は、「基本的な安全性」の解釈において、「生命、身体又は財産」の侵害に対する「現実的な危険性」を要求していた。しかし、平成19年判決で最高裁が示した方向性は、むしろこれとは逆である。最高裁は、「基本的な安全性を損なう瑕疵」の説明において、当該事案における生命・身体・所有権侵害の可能性に特別な限定を加えてはいないのである⁵⁹⁾。したがって、これに依拠するかぎり、「安全性信頼利益」は、「例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても」侵害が認められるものとして、広く解されるべきことになる⁶⁰⁾。つまり、建物に何らかの意味で「基本的な安全性」通常想定される自然環境のもとで「居住者等」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」にかかわる「不具合」がみられる場合には、広く「安全性信頼利益」の侵害事例として扱い、そのうえで、最終的な責任成否の判断は、故意・過失の有無にゆだねる。このような判断枠組みが妥当するのである⁶¹⁾。

(4) ま と め

以上のことから、「安全性信頼利益」の具体像が明らかとなる。

「安全性信頼利益」とは、建物の安全性確保を前提に、それによってもたらされる建物の価値 ないし、これと代金との等価性 に対する買

主の信頼・期待を保護しようとするものである⁶²⁾。そして、その侵害は、買い受けた建物の瑕疵が生命・身体・所有権侵害の可能性を有し、かつ建物の価値の低下 厳密には、価値が期待に反して低いことが顕在化すること をもたらすかぎりにおいて、広く肯定されるのである。

ところで、このような内実をもった法益は、売買契約による財貨移転の局面で問題となることから⁶³⁾、財産法益に分類するのが適当であろう。したがって、本稿が提唱する「安全性信頼利益」を平成19年判決の「生命、身体又は財産」のなかに位置づけることは、十分可能である。同判決の「財産」には、「居住者等」の所有権と「居住者」(建物購入者)の「安全性信頼利益」、この2つの法益が含まれるのである⁶⁴⁾。

3. 侵害行為態様との相関的考慮の要否

上記「2.」において、建築瑕疵の事例における建物購入者の法益「安全性信頼利益」 が明らかとなった。そこで次に、そのような法益の侵害事例において、侵害行為との相関的考慮が要請されるのかどうかの問題となる。

(1) 最近の学説

故意または過失によって絶対権など要保護性の高い法益 生命・身体・所有権など が侵害された場合、違法性阻却事由がないかぎり、侵害結果をもって不法行為が成立する。一方、要保護性がそこまでにいたらない法益が侵害された場合には、侵害結果と行為態様との相関的考慮が要請される。このような思考枠組みは、末川・我妻両博士の違法性論以降⁶⁵⁾、今日にいたるまで、学界におけるほぼ共通の認識となっているといつてよいだろう。しかし、では具体的に、いかなる法益で相関的考慮が必要になり、また不要になるのか、それらを分ける契機は何か、ということになると、論者によってさまざまな見方が示されている。

(a) 法益の定型性・明確性 たとえば、藤岡康宏教授は、全法秩序の観点から、法益を「基本的なもの」とそうでないものとに分け⁶⁶⁾、前者の

侵害を「権利侵害型」、後者の侵害を「行為規範違反型」に割りふる。そして、「行為規範違反型」においては、「法益の特性が定まっていないことから、侵害行為の態様を重視して違法判断を行わざるを得ない」とする⁶⁷⁾。藤岡教授の分類には、2つの視点がある。ひとつは、その法益が「基本的なもの」かどうか、もうひとつはそれが定型的かどうかである⁶⁸⁾。そして、社会構成原理としての人格権や所有権は、典型的にこの2つの基準をみため、権利侵害型に位置づけて保護することに問題はない。むしろ問題は、契約である。藤岡教授によれば、契約は、「第三者からの侵害に関するかぎり保護のあり方としては行為規範違反型に属する」が、基本的な法制度であることを明確にしておくため、「権利侵害型に含めておくこともできる」⁶⁹⁾。このように、その法益が「基本的なもの」かどうかという視点は、相関的考慮の要否を分ける基準としては必ずしも十分に機能しているわけではない。そうすると、藤岡教授の見解は、相関的考慮の要否の点では、法益の定型性を重視したものとみることができる。

また、同様の発想は、大塚直教授の見解にもうかがえる。大塚教授は、基本的な権利観として、「『他人の権利と区別された固有の領域を有する』という伝統的な権利の特質としての明確性を備えたもの」を出発点にすえる⁷⁰⁾。そして、民法709条の「権利」においては、こうした絶対権を念頭においた権利観からさらに一步ふみ出し、「社会的な明確性を備えた」もの全般を権利として保護すべきと主張する⁷¹⁾。もっとも、大塚教授においては、そこから先が必ずしも明らかではなく、民法709条の解釈論としては未だ完成されたものではない。ただ、いずれにしても、法益を「明確性」を備えたものとそうでないものに分け、後者においては行為態様との相関的考慮を行うという姿勢は、少なくともみてとれるのである⁷²⁾。

(b) 法益の可視性・公示性 つづいて、以上のものとは異なった視点を導入するものとして、加藤雅信教授の見解がある。

加藤教授は、民法709条が典型的に念頭においてきたのは、生命・身体のような可視的なものや、物権のように公示制度をともなったものである

と指摘する。そして、相關的考慮の要否の基準として、こうした視点を重視し、「絶対的人格権」(生命・身体・健康)や絶対権(物権)においては、その「可視性・公示性」ゆえ、相關的考慮は不要だが、債権等の「相対権・相対的利益」では、「害意がある悪質・悪辣な方法での侵害」が必要であるとする⁷³⁾。また、加藤教授は、これらとは別に、「相対的人格権」

具体的には、名誉・プライバシー・氏名・肖像等 というカテゴリーを立て⁷⁴⁾、そこでは、違法判断の構成要素のなかに行為者の過失が入り込むとしている。これは、被侵害法益の要保護性を判断するにあたって、行為者の過失との衡量が不可避的におこなわれることをいっているわけだが⁷⁵⁾、これも相關的考慮のひとつのあり方としてみることができる。

(c)「決定権的権利観」に基づく衡量 さいごに、最近になって、新たな権利観のもと、行為態様との相關的考慮を権利概念のなかに取り込む試みがなされており、注目を集めている。

山本敬三教授は、これまで問題となってきたさまざまな新しい法益をまえにして、「利益」が主体に「帰属」という伝統的な権利観 「支配権的権利観」と、そこから生じる「秩序」論の限界を指摘する⁷⁶⁾。そして、憲法13条後段の幸福追求権に手がかりを得て、「決定権的権利観」という新たな権利観を打ち出す⁷⁷⁾。山本教授のねらいは、こうした権利観をとることで、これまで権利を認めることができなかつた領域にも広く権利を認め、民法・不法行為法を基本権保護のための制度として徹底させるところにある⁷⁸⁾。

次に、こうした構想の下、山本教授は、一般不法行為の要件構成についても一定の整理をおこなっている。まず、利益の帰属を語りうるような権利は、外延が明確であるため、それが侵害されたかどうかは比較的単純に判断できる。したがって、ここでは、権利侵害とは独立したかたちで故意・過失を問題にすることができる。これに対し、利益の帰属を語りえない権利 決定権的権利観をとることではじめて基礎づけられるような権利 においては、外延が不明確であるため、権利侵害があったかどうか

の確定のなかで、行為者の故意・過失が相関的に考慮される。権利者に何ができるのかを確定するためには、行為者に何が許されるのかを確定しなければならぬというわけである。したがって、ここでは、権利侵害と故意・過失が融合して一元的に違法判断がおこなわれることになる⁷⁹⁾。

(2) 「安全性信頼利益」における相関的考慮の要否

さて、ここで、以上の学説を整理しておくことにしよう。

(a) 相関的考慮の二類型　まず、藤岡教授は、「行為規範違反型」について、「法益の特性が定まっていないことから、侵害行為の態様を重視して違法判断を行わざるを得ない」と述べている。これは、外延が不明確な法益の場合には、加害者の故意・過失と融合させたかたちで一元的に違法判断をおこなわざるをえないという、山本教授の見解に通じるものといえる。また、大塚教授は、生活妨害のうち、日照妨害等の「消極的侵害」の差止めについて、次のように述べている。「この種の被害のほとんど」は「単なる不快感や軽度の精神的被害であり、不快と感ずるか否かも各人の好みに応じて大きく異なるため、保護される限度を確定するためには加害者の主観的態様……を考慮する必要がある⁸⁰⁾」。ここでもやはり、加害者に許された行動領域との関係で被害者の保護領域が画されることが述べられており、山本教授の発想との共通性がうかがえる。

では今度は、加藤教授の見解をみってみることにしよう。まず、加藤教授の見解のうち、「相対的人格権」に関する主張は、山本教授の発想と共通性をもつものである。これに対し、むしろ注目すべきは、債権等の「相対権・相対的利益」に関する主張である。すでにみたように、加藤教授は、ここでは、「可視性・公示性」がないとして、「害意」による侵害を要求している。ところで、この相関的考慮は、先ほどのものとは性格が異なっていることに注意が必要である⁸¹⁾。というのも、ここでは、被害者の権利領域　給付利益　は、加害者の行為態様の如何にかかわらず、明白に侵害されているからである。つまり、外延のはっきりとした法益が侵害されたときでも、その法益に「可視性・公示性」がない場合には、故意責任への

限定をおこなう。こうしたかたちの相関的考慮が、ここでは問題となっているのである。

(b) 検 討 以上をふまえ、本稿が提唱する「安全性信頼利益」の侵害の場合を考えてみたい。

まず、被害者の権利領域を画定するための相関的考慮については、結論からいえば、不要と解するほかない。というのも、上記「2.」で述べたように、本稿が提唱する「安全性信頼利益」は、建物の安全性それ自体に対する信頼・期待を保護するものではなく、安全性確保によってもたらされる建物の価値 ないし、これと代金との等価性 に対する信頼を保護しようとするものだからである⁸²⁾。つまり、この法益においては、建物の価値の低下 正しくは、価値の低い建物であることの顕在化 をもって一義的に侵害の事実が確定されるため、権利領域の画定という作業はそもそも問題とならず、法益侵害と故意・過失とを独立したものとして観念できるのである。

では次に、法益に「可視性・公示性」がないことから要請される故意責任への限定はどうだろうか。こちらは立ち入った検討が必要である。そこでまずは、ここで問題となっている法益の「可視性・公示性」がそもそもどういったものなのかを確認しておくことにしたい。

加藤教授の指摘を待つまでもなく、多くの債権には公示制度がそなわっていないため、これを外部から認識することは難しい。第三者による債権侵害において、故意 あるいは少なくとも債権侵害の認識 が必要とされる理由のひとつがここにある。では、所有権には可視性・公示性がある(ないし高い)といわれるが、それは公示制度(不動産登記制度など)がそなわっているからなのだろうか。必ずしもそうとは言いきれないだろう⁸³⁾。たとえば、ある物が毀損された場合、われわれは当然のように誰かの所有権が侵害されたと考える。しかし、われわれがこのように考えるのは、公示制度によってその物に付着する所有権を確認したからではない。一般論として、多くの物は所有権の客体となっていると考えるからである。

では、債権の場合はどうだろうか。ある人を誘拐し、または引き抜いた場合、多く人は、その人が特定の給付を義務づけられた債務者であると考えられるだろうか。全く考えもつかないということはないだろうが、所有権の場合ほどの高い確度をもって権利の存在を推測することはないものと思われる。相対権に可視性がない（ないし低い）というのは、まさにこのようなことを意味しているものと考えられる。

さて、そこで、「安全性信頼利益」の場合を考えてみることにしよう。「設計・施工者等」は、自らの行為 建築・施工・監理 によって瑕疵ある建物を完成させた場合、それが原因で建物購入者の「安全性信頼利益」を侵害してしまうことを推測するだろうか。これについては、建物が取引の対象となること、および「隠れた瑕疵」もいつかは顕在化するということを知っているかぎり、高い確度で推測できるものといえそうである。そうすると、「安全性信頼利益」は、一面では 売主による「保証」を通じて保護されるという意味で 「相対権・相対的利益」としての性質を有するものだが、他面、「可視性」の有無の点においては、「可視性」の高い法益に分類されるべきことになる。したがって、「安全性信頼利益」の侵害事例においては、故意 たとえば、大阪地判平成12年9月27日における「詐欺行為等」 による責任成立範囲の限定は要請されないことになるのである。

(3) ま と め

以上のことから、「安全性信頼利益」の侵害事例における責任要件の基本構成が明らかとなる。すなわち、

「設計・施工者等」は、建物購入者に生じた「基本的な安全性」にかかわる瑕疵 「安全性信頼利益」侵害 につき、予見可能性および結果回避義務違反が認められるかぎり、これによって生じた損害 修補費用等 を賠償する責任を負う。

ところで、ここで「設計・施工者等」に課される行為義務は、建物の安全性の確保とともに、最終的には、それによってもたらされる建物と代金

との等価性の確保を目的とするものである。したがって、ここでは、生命・身体・所有権侵害が当該事案においてどの程度切迫しているのかという平成19年判決の差戻審が問題にする視点は、責任成否を決定づける本質的なメルクマールとはなりえないのである。

・おわりに 具体的妥当性の検証

本稿は、最判平成19年7月6日の先例的意義を探求するとともに、そうした作業のなかから、「安全性信頼利益」という、新たな法益概念を析出するにいたった。また、この「安全性信頼利益」が侵害された場合において、行為態様との相関的考慮が必要かどうかについては、近時の権利侵害論の動向をふまえつつ、不要であるとの結論にいたった。したがって、本稿の理解によれば、平成19年判決により、次のような責任法理が打ち出されることになる。

建物の「基本的な安全性」に関する注意義務に違反することで「安全性信頼利益」を侵害した「設計・施工者等」は、「詐欺行為等」たとえば、瑕疵の存在をひた隠しにしていたなどの有無にかかわらず、これによって建物購入者⁸⁴⁾に生じた損害(修補費用等)を賠償する責任を負う。

このような内容をもった責任法理は、主要には、中古住宅の売買において大きな意味をもつものと思われる。というのも、中古住宅の買主が売主に瑕疵担保責任を追及する場合、売主の資力や行使期間、さらには賠償範囲の面において一定の制約を課されることになる⁸⁵⁾。そうしたなかにおいて、上記の責任法理は、買主に新たな責任主体「設計・施工者等」を与えるとともに、行使期間の延長や賠償範囲の拡充⁸⁶⁾をおこなうことで、買主保護をいっそう前進させるのである⁸⁷⁾。

ところで、このような責任法理に対しては、「強度の違法性」論の立場から、「設計・施工者等」に酷なのではないかとの声があがることが予想

される。しかし、そうした批判は必ずしも妥当するものではない。たとえば、施工者 Y が瑕疵ある建物を建築して注文者 A に引き渡し、これが A から B、B から X へと売却されたところ、X において「基本的な安全性」を損なう瑕疵が明らかとなったとしよう。この場合に、Y の X に対する不法行為責任を 行為態様の面からであれ瑕疵の内容の面からであれ

制限することは、不当な結果をもたらすことになる。というのも、この場合、Y は A との関係で瑕疵担保責任（民法634条）を免れる一方、X は、前主 B に対して瑕疵担保責任（民法570条）を追及するほかなくなる。そうすると、瑕疵によって生じた損害の最終的な負担者は、B（瑕疵担保が認められた場合）か X（認められなかった場合）ということになり、建物の瑕疵につき過失のある Y を不当に利する結果となるのである。したがって、このような結果を回避するためにも、Y に賠償義務（民法709条）を課し、これを B の賠償義務（民法570条）と不真正連帯の関係に立たせるのが妥当である⁸⁸⁾。

もっとも、そのように述べてもなお、施工者サイドからは不安の声が聞かれるかもしれない。思わぬところから責任追及を受けることになり、安心して仕事をすることができない、というわけである。しかし、瑕疵ある建物を建築した以上、Y がその責任を追及されるのは当然のことであり、建物が A の手をはなれたあとはとくに悪質な場合を除いて責任を負わなくてもよい、とすることのほうがむしろ問題である。また、「思わぬところから」という点の強調に対しては、当該瑕疵 「安全性信頼利益」侵害 についての予見可能性や結果回避義務違反 過失 の有無⁸⁹⁾のほか、そもそもその瑕疵が Y の施工によるものかどうかという、因果関係の立証の問題として対応すれば、おのずと合理的な解決が導かれるものと思われる。

このように、本稿の理解に基づく平成19年判決の責任法理は、理論的整合性のみならず、結果の妥当性の面においても問題のないものといえることができる。

この点を確認して、本稿を閉じることにしたい。

- 1) いわゆる「専門家の責任」における「専門家」とは、「弁護士、税理士、司法書士、弁理士などのように特別の業法に基づいてその業務を行なう者」のことをいう(円谷峻「日本法における『専門家の不法行為責任』」川井健編『専門家の責任』(日本評論社、1993年)51頁。また同書「はしがき」頁も参照)。この定義にしたがうならば、建築士は「専門家」であるが、建築施工者はこれに含まれなくなる。しかし、本稿では、後者もふくめ、建築にたずさわる職業人を広く「建築の専門家」とか「建築専門家」と呼ぶことにする。
- 2) 学説史を詳細にフォローする最近のものとして、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望 権利論の視点から」法学論叢154巻4=5=6号(2004年)292頁以下。
- 3) そのような認識を示すものとして、澤井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー296号(1979年)72頁。
- 4) その背景については、吉村良一「不法行為法における権利侵害要件の『再生』」立命館法学321=322号(2009年)578-580頁を参照。
- 5) 建築瑕疵に関する裁判例について、詳しくは、原田剛『請負における瑕疵担保責任〔補訂版〕』(成文堂、2009年)232-304頁、平野裕之「判批」民商法雑誌137号4=5号(2008年)444-449頁を参照。なお、後者の判例評釈は、建物購入者の請負人に対する請求の根拠を、不法行為制度ではなく、「連鎖的契約に適合的な契約法理」であるフランス法由来の直接訴権に求めようとするものであり、注目に値する(同451-456頁)。
- 6) 平成19年判決に関して、権利侵害論の観点からの分析の必要性を説くものとして、原田剛・前掲(注5)書「補訂版はしがき」頁、同「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題 追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の『権利侵害』性」法と政治59巻3号(2008年)28頁以下。
- 7) 建築基準法施行規則別記第2号様式の注意書を参照。
- 8) もともと、谷村武則「建築士の法的責任とその範囲」判例タイムズ1244号(2007年)51頁は、最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁を契機として、今後、名義貸しは減少していくとの見方を示している。
- 9) 最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁が登場する以前において、下級審裁判例の動向を紹介し、検討するものとして、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271=272号(2000年)900頁以下、花立文子「建築家の名義貸しと建築物の瑕疵責任との関係 複数関与者の責任と関係」法学志林99巻1号(2001年)115頁以下。
- 10) 原判決(大阪高判平成12年8月30日判タ1947号221頁)も本判決も、Yの責任を根拠づける条文については明確にしていなが、民法旧44条1項を念頭においているものと思われる。なお、宮坂昌利「調査官解説」『最高裁判所判例解説民事篇 平成15年度(下)』(法曹会、2006年)704頁は、原判決につきそのように解している。
- 11) これに対し、大西邦弘「判批」広島法学28巻2号(2004年)182頁は、本判決は建築士法・建築基準法の性質 保護法規か否か について特段論じていないなどとして、こ

建築士および建築施工者の不法行為責任（石橋）

うした見方に対し慎重な態度をとっている。

- 12) ドイツ民法823条2項は、故意または過失による絶対権侵害の場合の賠償義務を定めた同条1項をうけ、次のように規定する。「前項の義務は、他人の保護を目的とする法規に違反した場合にも課される。法規の内容によれば過失なしで違反がみとめられる場合であっても、賠償義務は過失がある場合にのみ発生する。」
- 13) たとえば、平井宜雄『債権各論 不法行為』（弘文堂、1992年）32頁は、道路交通法の規定を過失判断のひとつの手がかりとして位置づけている。また、平野裕之「取締法規違反（保護法規違反）の不法行為」山田卓生・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座2 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998年）77-78頁は、こうした立場に共感し、保護法規違反による不法行為という問題の立て方に対して、「ドイツ民法における保護法規違反という議論に振り回されて」いる、と批判している。
- 14) 大阪高判平成12年8月30日判タ1047号221頁。
- 15) 平成18年6月21日法律第92号による建築士法改正前の同法18条1項は、次のとおりである。「建築士は、その業務を誠実にを行い、建築物の質の向上に努めなければならない。」
- 16) 民集57巻10号1577-1576頁。
- 17) なお、平成18年6月21日法律第92号による建築士法の改正により、同法18条から誠実義務の規定は消え、そのかわりに2条の2が新設された。同条は、建築士の「職責」について、次のように規定している。「建築士は、常に品位を保持し、業務に関する法令及び実務に精通して、建築物の質の向上に寄与するように、公正かつ誠実にその業務を行わなければならない。」
- 18) 民集57巻10号1574頁。
- 19) これに対し、名義貸しの事案ではないが、名古屋地判昭和48年10月23日判タ302号179頁は、建築士法18条1項（当時）を、単なる「倫理規定」ではなく、その違反によって賠償責任が生じるような規定であると解している（同183頁）。また、日向野弘毅「建築家の民事責任 建築家契約の法的性質を中心として」早稲田法学74巻3号（1999年）558頁は、建築士法18条1項（当時）および建築基準法1条から、工事監理者に「設計者と同等あるいはそれ以上の責任」を負わせるべきとしている。ただ、これらの立場においても、同項が責任法に与える意義は、価値判断の補強といった量的なものにとどまるのである。
- 20) また、本件事案のように建築主と施工者が同じ場合には、建築士法18条4項（現行3項）の報告義務の履行はそもそも意味がない。したがって、そういった意味でも、同条1項の義務からYの責任を導くことはむずかしいと言わざるをえないのである（民集57巻10号1572頁も参照）。
- 21) たとえば、松本・前掲（注9）論文915頁は、「適正な工事の監理をなすべき義務、その前提として建築確認申請書に工事監理をなすべき建築士名を掲載すべき義務は、単なる行政上の取締規定としての性格にとどまらず、『建築士法』『建築基準法』に規定された立法目的の実現のために不可欠な実質的な行為義務」であるとす。
- 22) たとえば、ドイツ法においても、生命・身体・所有権を保護するための法規の違反があるにとどまり、法益は侵害されていないという場合、生じた純粋財産損害は保護範囲に入らないとされている（Vgl. Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl. 2006, Rn.

235 f.)

- 23) この点につき、宮坂・前掲(注10)「調査官解説」700-701頁は、Yの責任を肯定する論理として、先行行為(名義貸し)に基づく条理上の注意義務違反という構成も考えられたが、平成15年判決は、建築士の一般的な注意義務として、建築士法・建築基準法による規制の実効性を失わせる行為をしてはならないという法的義務を指定したとする。しかし、この2つの構成は、そもそも二者択一の関係にあるといえるのだろうか。建築士の一般的な注意義務として上記のような「法的義務」を指定できるとしても、当該建築士に具体的な作為義務を課すためには、それ相応の根拠が必要である。本件では、名義貸しという先行行為があったからこそ、条理によって具体的な「法的義務」が発生したと考えられるのである(この問題については、加藤新太郎「判批」NBL790号(2004年)114-115頁も参照)。
- 24) 医療過誤判例を例にとつてこの点を指摘するものとして、水野謙『因果関係概念の意義と限界 不法行為帰責論の再構成のために』(有斐閣, 2000年)319頁。
- 25) たとえば、大阪地判平成12年9月27日判タ1053号137頁は、次のように述べて建築士の責任を否定している。「[被告建築士]が同被告を工事監理者として届け出ること即ち名義を貸すことに同意したことによって、直ちに建築確認申請の際の設計とは全く異なる建物が建築されることになるとは限らないと考えられるので、この場合にわかeni工事監理者となった場合と同等の不法行為上の責任を負うことになるとする確たる証拠はない」。
- 26) たとえば、国家賠償法2条に関するものではあるが、横浜地小田原支判平成15年4月17日LEX/DB28081832は、いわゆる外在的瑕疵の事例において、このような観点から1割の割合的責任を肯定している。なお、同判決については、石橋秀起「嘗造物・工作物責任における自然力競合による割合的責任論の今日的意義 裁判例の分析をふまえて」立命館法学317号(2008年)184-186頁を参照。
- 27) この点については、松本・前掲(注9)論文921頁、鎌田薫「判批」ジュリスト1269号(2004年)88頁が全部責任を支持する一方、安藤一郎「建築士の専門家責任」平沼古希『損害賠償法と責任保険の理論と実務』(信山社, 2005年)255頁は、本文で述べたようなことを実質的根拠として、割合的責任の可能性を示唆する。
- 28) そうした実務の動向に一定の影響を与えたと考えられるものとして、後藤勇「請負建築建物に瑕疵がある場合の損害賠償の範囲 建て替え費用・慰謝料・弁護士費用について」判例タイムズ725号(1990年)13頁。もっとも、後藤判事が同論文で問題にしているのは、請負人・注文者間の紛争において不法行為構成をとることにより弁護士費用の賠償を認めることの当否であり、問題関心としてはかなり限定的なものである。
- 29) 判例タイムズ1079号238頁。
- 30) 後藤判事が前掲(注28)論文で主張していたのは、厳密にはこちらの手法のほうであり、そこでは、「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」ことが要求されている(同13頁)。
- 31) このほか、建物購入者の「権利・利益を積極的に侵害する意思」を要求するものとして、東京地判平成15年4月10日判時1870号57頁。
- 32) 林良平・石田喜久夫・高木多喜男『現代法律学全集8 債権総論』(青林書院, 1978年)

建築士および建築施工者の不法行為責任（石橋）

65-66頁（林執筆）。

- 33) たとえば、磯村保「二重譲渡と債権侵害 『自由競争』論の神話（1）」神戸法学雑誌35巻2号（1985年）391頁、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991年）578頁。
- 34) 内田貴『民法 債権総論・担保物権（第3版）』（東京大学出版会、2005年）185-186頁。
- 35) 國井和郎「判批」判例タイムズ988号（1999年）64頁は、裁判所が問題にする場面につき、「ありえない場合ともいえる」としている。
- 36) 裁判所は、「単に Y_3 が本件建物の設計及び施工作業の内容等を知り得る立場にあったというだけで、 Y_3 が、本件売買契約において瑕疵のない建物を X らに取得させる注意義務を負うもの」ではないとして、責任を否定している（民集61巻5号1809頁）。
- 37) 本件事案との関係でいうと、本判決は、 A から X への請負契約上の瑕疵担保履行請求権の譲渡を肯定しているため（民集61巻5号1811頁）、 Y_1 の X に対する関係においても、請求権競合が問題となりうる。
- 38) このほか、責任範囲という意味での責任の拡大をも問題にしているとも考えることもできる。なお、この意味での責任の拡大につき、山口成樹「判批」判例評論593号（判例時報2002号）（2008年）26頁は、「設計・施工者等に不法行為責任を認めても、修補費用には自ずと限界が存在し保険でカバーすることも可能であるから責任が過度になることはない」とする。
- 39) なお、1審判決とは異なり、本判決では、 A から X への瑕疵担保履行請求権の譲渡は否定されている（判タ1180号218頁）。
- 40) なお、この過失（注意義務違反）は、結果発生 of 抽象的危険段階における予見義務を前提とした結果回避義務の違反であると考えられる（こうした形態の過失については、四宮和夫『不法行為』（青林書院、1983・1985年）297頁、潮見佳男『民事過失の帰責構造』（信山社、1995年）301-306頁を参照）。これは、説示④が「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ぬ」としていることから明らかであろう。なお、本判決につき同様の理解を示すものとして、荻野奈緒「判批」同志社法学60巻5号（2008年）453頁。
- 41) もちろんこの場合でも、「基本的な安全性を損なう瑕疵」が、注意義務違反の徴表として、責任判断の場において重要な意味をもつことはいうまでもない（この点を指摘するものとして、原田・前掲（注6）論文48頁）。
- 42) なお、 X の代理人による上告受理申立て理由は、建物の「耐久財としての財産価値」を強調したうえで、本件につき所有権侵害があったと主張する（民集61巻5号1774-1775頁）。しかしこれは、理論的に成り立たない。建物所有権の侵害は、建物完成後の滅失・毀損の場合には観念しえても、建築瑕疵の場合には観念しえないのである。端的にいえば、完成した建物の価値の低下は所有権侵害にあたるが、価値の低い建物の完成は 建物の「財産価値」をどれだけ強調しようとも 所有権侵害にはあたらないのである。
- 43) 本件を純粹財産損害の事例と解するものとして、大西邦弘「判批」広島法学32巻1号（2008年）97頁、新堂明子「移転させられた損失（3・完）」北大法学論集59巻1号（2008年）302頁、橋本佳幸「判批」『民法判例百選 債権（第6版）』（有斐閣、2009年）161

頁。本件以前において、建築瑕疵の事例をそのように捉えるものとして、高橋寿一「建築士の責任」川井健編『専門家の責任』(日本評論社、1993年)415-416頁。また、これに類する発想として、藤田寿夫「建物の瑕疵と建築業者等の責任」法律時報81巻6号(2009年)124頁は、本件の不法行為責任につき、社会生活上の義務(Verkehrspflicht。建物以外の財貨に対する危殆化の段階で課される義務)の違反によるものと構成する。

- 44) この点を指摘するものとして、橋本・前掲(注43)判批161頁。
- 45) 松本克美「判批」消費者法ニュース80号(2009年)287頁。なお、同「建築瑕疵に対する設計・施工者等の不法行為責任と損害論」最判2007(平成19)・7・6判決の差戻審判決・福岡高判2009(平成21)・2・6を契機に「本誌本号(2009年)30頁は、差戻審判決があげる「現実的な危険性」という基準につき、「現実の事故発生」の場合と区別できていないとして、これを批判している。
- 46) たとえば、差戻前控訴審判決では、本件建物の不具合のひとつとして、「B棟2階事務室床スラブの鉄筋露出」につき、次のような判断がおこなわれていた。

「露出部分に錆が生じており、放置するとコンクリート内部に錆が侵入して爆裂を起こす可能性さえある……。しかし、上記の鉄筋露出があるからといって、現にコンクリート内部に爆裂の起きる危険性があるなどの事実を認めるに足りる証拠はなく、構造耐力上の安全性を欠く事態を招来しているとも認められない」(判タ1180号226頁)。

この判断が不当であることはいうまでもない(花立文子「建築関係者の不法行為責任」國學院法學46巻2号(2008年)21頁はこの点を痛烈に批判する)。しかし、その点はひとまず措くとして、次に、同じ箇所についての差戻控訴審の判断をみてみよう。

「上記イ(当該箇所)については、鉄筋が露出し、露出部に錆が生じており、上記イにおいても、錆水が溜まる状態であったというから、鉄筋に錆が生じているものと考えられるが、これが直ちに、建物の一部の剥落や崩壊に繋がるものではない(LEX/DB25450270)。

上記)は、「強度の違法性」論のもと、構造躯体の瑕疵という基準を適用し、責任否定の判断をおこなったものである。これに対し、)は、「強度の違法性」論を否定した最高裁判決をふまえ、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という基準を適用して、責任否定の判断をおこなったものである。しかし、)も)も、実質的な判断内容はほとんど同じである。このように、福岡高裁は、最高裁が設定した基準に独自の意味を付与することで、事実上、差戻前の「強度の違法性」論を維持したのである。

- 47) なお、一見すると本件差戻審判決の立場とよく似ているが、理論的に区別されるべきものとして、京都地判平成13年8月20日『消費者のための欠陥住宅判例【第3集】』(民事法研究会、2004年)8頁がある。同判決は、「本件建物には、……欠陥があるものの、それにより原告……の生命・身体や財産に対する具体的な被害」は発生しておらず、また、「現在これに居住する原告らが直ちに退去し、これを撤去して建て替えなければならないほどの具体的な危険がある……とまでは認められない」としている(同19頁)。しかし、これはあくまで、建替費用が賠償範囲に入るかどうかという点(責任充足の因果関係の存否)についての判断であり、責任要件として、生命・身体・財産侵害に対する「現実の危険性」を要求したものではない(現に、慰謝料や調査費用の賠償は認められているのである。なお、本判決の責任成否の判断基準については、同17頁を参照)。

- 48) たとえば、円谷峻「判批」『平成19年度 重要判例解説（ジュリスト1354号）』（有斐閣、2008年）90頁は、本件Xの法益を、「『建物としての基本的な安全性を確保することにより生命、身体または財産が危険にさらされない』という利益」と解する。
- 49) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁、最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁。
- 50) 医療過誤の分野で問題となる「期待権」は、一般には、「適切な医療」に対する患者の期待を保護するものとして理解されている（新美育文「医療事故事例における『期待権』の侵害について」自由と正義47巻5号（1996年）58頁）。これに対し、本文であげた2つの最高裁判決では、延命や重大な後遺症の回避の「相当程度の可能性」が問題にされている。もっとも、このような「可能性」も、それ自体が法益というわけではなく、厳密には、そうした「可能性」に対する期待が法益として捉えられているとみるべきである。
- 51) ただし、ここで仮定した建物の「基本的な安全性」に対する「期待」権と、医療過誤における「期待」権とでは、異なる点もある。後者では、生命・身体が侵害されない「可能性」が与えられているなか、加害者の過失行為によってそれが失われ、生命・身体侵害が生じたことをもって、侵害が肯定されるのに対し、前者では、生命・身体・所有権侵害の可能性が与えられることをもって、侵害が肯定されるのである。
- 52) 大塚直「環境法における予防原則」城山英明・西川洋一編『法の再構築 科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007年）137頁。もっとも、標題が示すとおり、公害・環境法分野における平穏生活権を念頭においた指摘である。
- 53) なお、平成19年判決のXの代理人によると、同判決の事案では、「建築中物件」ということもあり、Xが事実上「施主」扱いを受けていたため、Xとしても、Y₁・Y₂らに対して責任追及をおこなったということのようである（幸田雅弘「最高裁判決2007 弁護士が語る 欠陥住宅訴訟 施工業者の責任を認める」法学セミナー638号（2008年）18頁、同「判批」消費者法ニュース73号（2007年）158頁）。
- 54) 内田貴『民法 債権各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）122頁。
- 55) 一般には、瑕疵担保責任の領域において、買主にこうした内容の法益があるとは説明されないが、そこに法益を観念することは十分可能である。たとえば、債務不履行責任にしても、債務者による給付侵害と説明されることはあまりないが、そこでは当然、給付利益という法益の存在が前提とされているのである。
- 56) この点について補足しておく、その利益が売主によって保護されるということと、それが売主以外の者によっても侵害されうるといふことは、区別されるべきである（これは、第三者による債権侵害を考えれば明らかである）。したがって、こうした売買契約上の買主の利益を不法行為法上の法益と観念することに、理論的障害はないものと思われる。
- 57) 「信託利益」という用語を導入するにあたっては、ひとつ注意が必要である。従来から、信託利益とは、「信託利益の賠償」といった用語法が示すとおり、賠償されるべき損害の種類ないし範囲を示す概念として用いられてきた。そして、この「信託利益の賠償」が瑕疵担保責任に関する法定責任説と密接に関連することは周知のとおりである。しかし、本稿が導入する法益としての「信託利益」は、そのような次元の概念ではない。あくまで、買主が売主による「保証」を受けることができるということそれ自体を法益として表現したものが、本稿の「信託利益」である。したがって、このような意味における「信託利

- 益」は、法定責任説のみならず、契約責任説（債務不履行責任説）をとった場合にも観念しうるのである（もっとも、契約責任説のもとでは、「信頼利益」は給付利益としての性質をおび、法定責任説のもとでは、そうはならないという法律構成上の違いはある）。
- 58) 建物の価値低下のすべてが、建物の「基本的な安全性」の欠如に基因するものではない。これに対し、「基本的な安全性」の欠如は、必然的に建物の価値低下をもたらす。こうした関係を前提とするならば、平成19年判決が判示する注意義務違反を、「安全性信頼利益」侵害の回避義務違反と捉えることは十分可能である。したがって、本稿が提唱する「安全性信頼利益」は、同判決が問題にする過失と整合的であるといえる。
- 59) 同様の指摘をおこなうものとして、松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任 最高裁2007(平19)・7・6判決の意義と課題」立命館法学313号(2007年)121頁、高橋寿一「判批」金融・商事判例1291号(2008年)7頁。
- 60) そのような方向性を突きつめていけば、たとえば、松本・前掲(注59)論文121頁が指摘するシックハウスの場合などにおいても、「安全性信頼利益」の侵害を観念すべきこととなる。「柱や梁の色が当初の約束とは異なる場合」(伊藤滋夫『逐条解説 住宅品質確保促進法』(有斐閣,1999年)236頁)など、生命・身体・所有権侵害がおよそ考えられない場合はともかく、それ以外の場合には、広く「安全性信頼利益」侵害を肯定すべきである。
- 61) では、たとえば、注文者・建物購入者間の売買契約で、「基本的な安全性」を超えるより高度な安全性能をもった建物であることを前提としていたところ、実際には、施工者はそのような工事をおこなっていなかった。ただし、「基本的な安全」性能は有しているとする。という場合(いわゆる「主観的瑕疵」の場合)、建物購入者は施工者に対して、この高度な安全性能を備えるための改修工事費用を請求できるだろうか。ここでは、「基本的な安全性」を備えることによってもたらされる建物価値に対する信頼・期待は害されていないため、本稿が提唱する「安全性信頼利益」の侵害は認められない。したがって、このような法益を前提とするかぎり、このケースでは、施工者への責任追及はできないことになる。これに対し、「安全性」のとれた単なる「信頼利益」を法益にすえることができるとするならば、責任肯定への道がひらかれることになるだろう(この問題について、松本・前掲(注59)論文124頁、鎌野邦樹「判批」NBL875号(2008年)16頁は、施工者の責任を肯定することに積極的な態度をとる)。
- 62) 山口・前掲(注38)判批25頁は、本件Xの法益を、「拡大損害を回避するための瑕疵修補を余儀なくされない利益」とするが、本稿が提唱する「安全性信頼利益」とほぼ同様のものと考えてよいだろう。
- 63) 広中俊雄『新版 民法綱要 第1巻 総論』(創文社,2006年)6-8頁の意味における「財貨移転秩序」を、そこに観念することは容易であろう。
- 64) 原田・前掲(注6)論文45頁は、平成19年判決の「生命、身体又は財産」につき、「『財産』のみが、当該瑕疵ある建物自体を含むという論理を読み込むことが、……何らかの論理を媒介にしないで果たして可能であろうか」と問いかける。本稿が提唱する「安全性信頼利益」は、まさに、この「何らかの論理」を模索するなかで出てきたものである。
- 65) 末川博『権利侵害論』(弘文堂書房,1930年)、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行

為』（日本評論社，1937年）120頁以下。

- 66) 藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂，2002年）22-23頁，藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄『民法 債権各論〔第3版〕』（有斐閣Sシリーズ，2005年）237頁（藤岡執筆）。
- 67) 藤岡康宏「日本型不法行為法モデルの提唱 新時代の展望」法律時報78巻8号（2006年）32頁。
- 68) 藤岡教授自身は、これら2つの視点を明確に打ち出しているわけではない。ただ、たとえば、前掲（注67）論文32頁で、藤岡教授は、「権利侵害型には、社会構成原理としての人格権，所有権，契約などのほか，定型化され明確な形をもつ個人的法益がふくまれよう」と述べている。このような主張からすると，社会構成原理である，基本的であるという視点と，「定型化され明確な形」をもっているという視点とが併存していると解されるのである。
- 69) 藤岡・前掲（注67）論文32頁。
- 70) 大塚直「人格権に基づく差止請求 他の構成による差止請求との関係を中心として」民商法雑誌116巻4=5号（1997年）27頁。
- 71) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号（1998年）42頁，同「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判例タイムズ1186号（2005年）20頁，同「権利侵害論」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（有斐閣，2007年）268頁。
- 72) たとえば，差止めに関する議論ではあるが，大塚・前掲（注70）論文35頁は，外延の明確な「権利」の侵害と構成できる「積極的侵害」（騒音，振動，悪臭等）の場合には権利説をとり，また，「消極的侵害」（日照妨害，眺望侵害等）の場合には，「過失」を考慮する「不法行為に基づく差止」を認める。
- 73) 加藤雅信『新民法大系 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣，2005年）228-230頁。
- 74) 「相対権・相対的利益」と「相対的人格権」との関係は，実ははっきりとしない。加藤・前掲（注73）書229頁には，「相対権・相対的利益のなかでも相対的人格権と……名づけたもの」という記述がある。これをみるかぎりでは，「相対権・相対的利益」のなかに「相対的人格権」が含まれることになる。しかし，別のところでは，「相対権・相対的利益」と「相対的人格権」とをそれぞれ独立した類型と捉えているような記述もみられるのである。
- 75) 加藤・前掲（注73）書230頁。
- 76) 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号（2008年）98-121頁。
- 77) 山本・前掲（注76）論文127-135頁。
- 78) 山本・前掲（注76）論文87-88頁。
- 79) 山本・前掲（注76）論文135-137頁。
- 80) 大塚・前掲（注70）論文30頁。
- 81) 実際，加藤教授も，「相対的人格権」の場合の相関的考慮を「過失を含む違法性の認定」とし，「相対権・相対的利益」の場合の相関的考慮を「違法性の通常の認定（主観的要素は害意に限られ，過失を含まない）」として，相関的考慮の判断構造が異なることを明ら

かにしている(加藤・前掲(注73)書229頁「図表5-3」)。

- 82) たとえば、本章「2.(1)」の建物の安全性に対する「期待」権であれば、こうしたかたちの相関的考慮が問題となるだろう。すなわち、「居住者等」が建物の安全性についてどの程度のことを「期待」できるのかを確定するため、「設計・施工者等」が何をなすべきかを考えることになる。しかし、本文で述べたように、建築瑕疵の事例では、このような法益を肯定するわけにはいかないのである。
- 83) 実際、公示制度はあるが可視性が低い、という権利も考えられるのではないか。たとえば、物の滅失・毀損による抵当権侵害については、不法行為責任を否定するか(道垣内弘人『担保物権法〔第3版〕』(有斐閣,2008年)184-185頁)、肯定するとしても「担保的な利益を侵害することを企図して」いた場合に限定するという見解(窪田充見『不法行為法』(有斐閣,2007年)99頁)が一般的かと思われる。このような見解が支持される一番の理由は、物上代位制度(民法372条・304条)との関係にある。しかし、そうした制度論的な観点とは別に、個々の不法行為事例における結果の妥当性という視点においてみた場合、そこでは権利の可視性というファクターが考慮されているのではないかと思われる。
- 84) 本論で指摘したように、「安全性信頼利益」は、平成19年判決の判決文との関係では、「特段の事情」から導かれるものである。したがって、この法益の主体は、あくまで建物を「買い受け」た者にかぎられることになる。つまり、同判決は、請負人の注文者に対する修補費用等についての不法行為責任 請負人の瑕疵担保責任との請求権競合が問題となる局面 に関しては、判断をおこなっていないと考えられるのである。
- 85) 新築住宅の買主には、住宅品質確保促進法95条1項の強行規定により、責任期間(引渡しから10年)においても、賠償範囲(修補費用を含む)においても、十分な保護が与えられている(ただし、「住宅のうち構造耐力上主要な部分」の瑕疵、「雨水の浸入を防止する部分」の瑕疵に限定されている)。また、この責任による救済の実効性は、住宅瑕疵担保履行法上の制度(宅地建物取引業者の住宅販売瑕疵担保保証金の供託義務(同法11条)など)によって確保されている。
- 86) 最判平成14年9月24日判時1801号77頁は、請負人の瑕疵担保責任につき、「建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない場合には、注文者は、請負人に対し、建替費用相当額を請求できるとする。同判決における「建物に重大な瑕疵があるためにこれを建て替えざるを得ない」という部分は、平成19年判決のもとでも、「安全性信頼利益」侵害と損害発生との因果関係(責任充足の因果関係)を判断するにあたって、指針となるものと思われる。
- 87) 平成19年判決の中古住宅の売買における意義を強調するものとして、秋山靖浩「判批」法学セミナー637号(2008年)42頁。
- 88) たとえば、民法717条は、その第1項において、土地工作物の占有者・所有者の中間責任・無過失責任を規定し、第3項において、これらの者の過失ある原因者(「責任を負う者」)に対する求償権を規定している。Bの瑕疵担保責任とXの不法行為責任の関係も、これと同じように考えることはできないだろうか。つまり、Xが被った修補費用等の損害について、売主Bは無過失責任(民法570条)を負うが、賠償義務を履行すれば、過失(民法709条)ある原因者Yに対して求償できる、とするのである(設計・施工者等の責

建築士および建築施工者の不法行為責任（石橋）

任を民法717条3項との関係で論じるものとして、花立文子「判批」私法判例リマークス37号（2008年）51頁）。なお、想定する場面は異なるが、新堂明子「判批」NBL890号（2008年）61頁も、平成19年判決につき、一般不法行為の要件をみたすかぎりにおいて、「真の被害者が真の加害者によって、その損害を填補され」ることを認めたものと解している。

- 89) Y側が危惧する事態のひとつとして、たとえば、前主Bにすでに修補費用を支払っているにもかかわらず、Bが修補を実行せず、瑕疵が残ったままの状態 で建物がXに売却されたという場合が考えられる。しかし、本稿の理解による平成19年判決の責任法理によれば、このような場合にYがXの請求 修補費用の二重払い に応じる必要はない。YはBへの支払いをもって、Xのもとで生じた「安全性信頼利益」侵害に対する回避義務を尽くしたといえるからである。