

建物の安全性確保義務と不法行為責任

別府マンション事件・再上告審判決
(最判 2011 (平23)・7・21) の意義と課題

松本克美*

目次

- 一 はじめに
- 二 別府マンション事件の概要
- 三 再上告審判決とその意義
- 四 建物の瑕疵をめぐる責任規範
- 五 建物の瑕疵と被侵害権利・利益
- 六 建物の瑕疵の損害論
- 七 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の不法行為法上の位置づけ
- 八 安全性瑕疵以外の建物の瑕疵についての建築施工者等の不法行為責任
- 九 おわりに

一 はじめに

近時、建物買主が、直接契約関係のない当該建物の建築設計・監理者、建築施工者等（以下、本稿では建築施工者等と呼ぶ）に対して、建物の瑕疵に対する不法行為責任¹⁾に基づく損害賠償を請求した事案において、最高裁が、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という民法の条文上にはない概念を媒介として、施工者等の不法行為責任の成否を判断するという判断枠組みを提示し、理論的にも実務的にも大きな注目を集めてきた（最判(2) 2007 (平19)・7・6 民集61巻5号1769頁²⁾）以下単に上告

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

- 1) 不法行為責任に限らず建物の瑕疵をめぐる民事紛争全体については、松本克美・斎藤隆・小久保孝雄編『専門訴訟講座2 建築訴訟』（民事法研究会，2009）を参照されたい。
- 2) 本判決についての筆者の検討として、松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行

審判決と呼ぶ)。いわゆる別府マンション事件である。これまでも、直接契約関係にない建築施工者等に不法行為責任を追及し、それが認められた下級審裁判例も相当数ある。なかでも、地盤工事の瑕疵についての施工業者の建物買主に対する不法行為責任が問題になった事案で、今からすでに11年前に、京都地判2000(平12)・10・16判時1755号118頁は、「建設業者としては、建物を建築するに当たり、その基礎を設ける地盤の支持力が十分か否かを調査し、支持力の異なる地盤に基礎を設けざるを得ないときは、一体的な基礎を設けた上で、その基礎が所々で支持力の違う基礎とならないように支持力の弱い地盤を支えるなどの工夫をするなどして、不同沈下を起こすことのないよう配慮すべき注意義務があるというべきである」とし、その根拠として、「なぜなら、これは生命・身体・財産の保護と公共の安全が図られる建物の建築を請負うべき社会的責任のある建築業者とし

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100頁(2007)。この判決をめぐっては、すでに30件近い判例批評や関連論文が出されており、本稿の「九 おわりに」で紹介した建物の瑕疵をめぐる近時の他の最高裁判決の判例批評数(後掲注88-91参照)などと比べても突出しており、理論的・実務的関心の高さをうかがわせる。秋山靖浩・判批・法セミ637号42頁(2008)、大西邦弘・判批・広島法学32巻87頁(2008)、荻野奈緒・判批・同志社法学60巻5号2187頁(2009)、鎌野邦樹・判批・NBL875号4頁(2008)、飯屋篤子・判解・速報判例解説(法セミ増刊)4号73頁(2009)、河津博史・判批・銀行法務21・686号123頁(2008)、幸田雅弘・判批・法セミ638号18頁(2008)、塩崎勤・判解・民事法情報258号78頁(2008)、新堂明子・判批・NBL890号53頁(2008)、関智文・判批・季刊不動産研究50巻2号63頁(2008)、田口文夫・専修法学論集106号293頁(2010)、高橋寿一・判批・金商1291号2頁(2008)、高橋讓・ジュリ1379号102頁(2009)、同・判解・法曹時報62巻5号215頁(2010)、円谷峻・判解・ジュリ1354号89頁(2008)、橋本佳幸・判解・民法判例百選 [第6版]160頁(2009)、同「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164号1-6号(合併号)391頁(2009)、畑中久彌・判批・福岡大学法学論集53巻4号463頁(2009)、花立文子・判批・私法判例リマークス(2008・下)37号48頁、同「建築関係者の不法行為責任:裁判所平成19年7月6日判決を契機として」國學院法学46巻2号112頁(2008)、原田剛「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1頁、平野裕之・判批・民商137巻4号438頁(2008)、升田純・判解・Lexis判例速報22号48頁(2007)、山口成樹・判時2002号185頁(判評593号23頁。2008)、良永和隆・ハイロイヤー270号76頁(2008)。

ては、当然尽くすべき基本的な注意義務と解されるし、建物の注文者も、建物を取り巻く社会環境もこれを期待していることはいうまでもないからである」としたうえで、本件では、被告たる建設施工者が本件建物を「建築するにあたり、その敷地が盛土地盤であることを知りながら、何らの地盤調査も行わなかったばかりか、支持力の異なる異種構基礎に跨って各建物を建築したというのであるから、建築業者として負うべき建物についての安全性確保義務に違反していることは明らかというほかない」（傍点引用者 以下同様）という注目すべき判示を行っている³⁾。

また、生命・身体侵害についての建築施工者等の不法行為責任についても、裁判例の蓄積がある。民宿の浴室での宿泊客の一酸化炭素中毒死事件において、東京地判 1976（昭和51）・3・18 判時838号66頁は、「およそ建物の設計施工に従事するものには、その業務の性質上自己の設計施工上の措置等から他人に被害を及ぼさないように万全の配慮をなすべき高度の注意義務がある」として、被告従業員の過失に対して被告の使用者責任の成立を肯定した⁴⁾。

上記別府マンション事件の上告審判決は、最高裁として初めて建築施工者等の「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」概念を認め、また、この注意義務が建物所有者だけでなく、建物利用者や隣人、通行人等に対しても尽くされるべきことを認めたこと、条文にはない「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念を初めて判示したことなどにより、特に注目を集めた。本稿は、この注意義務は、「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」配慮すべき義務なのであるから、いわば建物の安全性確保義務（上記のように京

3) 筆者は、上告審判決の差戻控訴審判決を検討した別稿で、すでにこの京都地裁判決についても紹介した（松本克美「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」立命館法学324号314頁注1（2009））。

4) 本判決を紹介したものとして、三角信行「建築士の損害賠償責任」篠原浩志代表編集『判例研究・取引と損害賠償』（商事法務研究会、1989）352頁以下。

都地裁が既にこのような義務に言及している)と呼ぶべきものとする。なぜなら、建物の安全が確保されなければ「建物としての基本的な安全性が欠ける」ことになってしまうからである。

この上告審判決は、後述のように、原告の請求を棄却した原審判決を破棄差戻したが、差戻控訴審である福岡高裁は、予想に反して、あるいは、危惧された通りに、再び、原告の請求を棄却し(福岡高判2009(平成21)・2・6⁵⁾)。以下、単に差戻控訴審判決と呼ぶ)、再上告がなされ、その帰趨が注目されていた。このたび、2年半近くを経て、差戻控訴審判決を再び破棄差戻する再上告審判決が下された((最判(1)2011(平成23)・7・21⁶⁾)。以下、単に再上告審判決と呼ぶ)。

本稿はこのような近時の判例の展開の中で、建物の瑕疵についての不法行為責任についての現在の判例の到達点と、検討すべき理論的、実務的課題を析出しようとするものである。

まずは、今回の再上告審判決の意義を確認する前提として、再上告審判決に到るまでの別府マンション事件の事案の概要と、1審、2審、上告審、差戻控訴審の各判決の概要を簡単に紹介し(二)、次に再上告審判決の意義を確認したうえで(三)、建物の瑕疵についての不法行為責任をめぐり検討すべき理論的諸課題につき論ずることにはしたい(四以下)。

予め、私見の要点をまとめると次のようになる。

後述のように、上告審判決をもって、本来契約責任規範が適用されるべき事案なのに、「例外的に不法行為責任を認めた」とか、「新たな権利」を認めたとか、一定の要件のもとに「経済的損失」の賠償責任を認めたとような見解がある。

(1) しかし、請求権競合説に立てば、不法行為責任の成立要件を充たす

5) 本判決の判例批評として、松本・前掲注(3)のほか、同・消費者法ニュース80号286頁(2009)、荻野奈緒・同志社法学337号1325頁(2009)、笠井修・判時2072号192頁(2010)、神崎哲・建築ジャーナル1136号25頁(2008)参照。

6) 最高裁 HP に掲載されている。http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110721142929.pdf

場合には、不法行為責任が認められてしかるべきで、建物の瑕疵の場合に限って不法行為責任の成立を厳格化すべき合理的な理由はない。建物の瑕疵について不法行為責任の成立を認めてきた従来の裁判例もこのような見地から責任を肯定しており、私見もそれを支持する。

(2) また、「新たな権利」を認めたとする見解は、建物に修補が必要な瑕疵が生じていても、物理的な損害が発生していないので、所有権侵害がないとする前提をとっている。しかし、従来、建物の瑕疵につき不法行為責任を認めてきた裁判例は、被侵害権利は何かをとくに問題としておらず、結局は、瑕疵修補の出費を強いられる財産権の侵害があること、あるいは所有権侵害があることをもって、被侵害権利の要件を充たすことを前提としていたと考えられる。何が被侵害権利にあたるかを判示していない上告審判決についても、とくに「新たな権利」を認めたと解すべき必要性は存在しない。

(3) 確かに、建物所有者でない、建物利用者や隣人、通行人において、建物の瑕疵によるその生命、身体、財産に対する拡大損害が現実^に生じてもいないのに、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」により危険にさらされているというだけで、建築施工者等に損害賠償請求できることを上告審判決が認めていたというのであれば、それは、生命、身体、財産とは別の、安全についての新たな権利を認めたことになる。しかし、本件事案はそのような請求がされている事案ではなく、建物所有者からの建物の瑕疵に対する瑕疵修補費用相当額等の損害賠償請求事案である。また、上告審判決がそのような拡大損害が生じていない段階での建物所有者でない居住者や隣人、通行人等に対する建築施工者等の不法行為の成立を傍論としてでも認めたものと解すべき判決文上の根拠がない。そして、生命、身体、財産に現に損害が生じた場合には、それらの権利を被侵害権利として捉えればすむのであるから、ここに「新しい権利」を介在させる必要性もない。

(4) 経済的損失に過ぎない場合は、不法行為責任は成立しないというのは、イギリスやドイツで判例上認められてきた概念であって、日本の判

例・通説は、そのような概念を不法行為法の解釈に導入してこなかった。また、建物の瑕疵修補費用相当額の賠償請求は、抽象的な建物の価値の減少を損害としているのではなく、具体的な瑕疵に対する具体的な修補費用を損害として賠償請求しているのであって、そもそも単なる経済的損失の問題ではない。

(5) 上告審判決が「本来契約責任で処理すべきなのに不法行為責任を認めた」とか、「新しい権利」を認めたとか、「経済的損失」の賠償を認めたとする見解は、総じて、今までの不法行為法理論や判例では認められなかったものを今回の上告審判決が認めたかのように捉え、それが故に、建物瑕疵に対する建築施工者等の不法行為の成立を、結局は例外的なものにとどめてしまい、せっかく、建築施工者等の不法行為責任を明確化した上告審判決の意義を、論者の意図とは反対に(あるいはその意図にそって)、従来の下級審の裁判例動向以上に、むしろ責任後退の方向に牽引してしまう大きな危険性があることに留意すべきである。

さて、まずは今回の議論の発端となった別府マンション事件の概要から紹介しよう。

二 別府マンション事件の概要

1 1審提訴から上告審判決(最判(2)2007(平19)・7・6)まで

別府マンション事件とは、賃貸用マンション(9階建てのA棟と3階建てのB棟を連結させた建物(以下本件建物と略す))を居住・賃貸目的で買受けた買主X1 X2親子が、直接契約関係のない当該建物の建築施工業者等に対する不法行為責任等を追及した事案である⁷⁾。1988(昭和63)年に

7) 本件1審の事案と判旨の詳細な紹介と分析については、松本・前掲注(2)783頁以下参照。判決文だけではわからない事件の概要については、控訴審から原告側代理人として事件に関与している幸田雅弘弁護士の前掲注(2)論稿を参照されたい。なお、原告は、本件建物の不動産仲介業者の不法行為責任も追及しているが、1審判決は、瑕疵の認識を否定し、また、そもそも不動産仲介業者には瑕疵のない目的物を取得させる注意義務がな

大分地裁に提訴されたこの事案で、1審・大分地判2003（平15）・2・24⁸⁾は、原告らが主張する本件建物の瑕疵（壁の亀裂やバルコニーの手すりにぐらつき、雨漏りなど）を認め、瑕疵修補相当額等の損害として約7400万円の請求を認容した⁹⁾。これに対して、2審の福岡高裁2004（平16）・12・16判タ1180・209は、建物の瑕疵をめぐる建築請負人の責任は請負契約で処理されるべきであり、建築請負人が契約関係にない建物買主等の第三者に不法行為責任を負うのは、違法性の程度が著しい場合に限られるとして、本件では違法性の程度は著しくないとして原告の請求を棄却した。

これに対する前記の上告審判決は、違法性の著しい場合に限り不法行為責任が成立するという原審の判断を否定し、次のような極めて注目すべき判示をした。

「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等（以下、併せて「居住者等」という。）の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて「設計・施工者等」という。）は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対

いとして、その不法行為責任を否定した。

- 8) 1審、2審判決については、前掲の上告審判決を登録した民集に収録されている。
- 9) 原告は、その他、建物に瑕疵があることにより賃借人が減少し賃料収入が減ったことについての営業損害、賃料が減収し、本件建物購入の際に原告が融資を受けた金融機関への借入金の債務の弁済が困難になり、本件建物への抵当権が実行され、原告らが本件建物の所有権を喪失し、居住することもできなくなったので、引越を余儀なくされたとして、その引越費用、瑕疵の調査費用、慰謝料、弁護士費用の合計5億2500万円を賠償請求した。1審は、このうち瑕疵修補費用相当額として、6543万円余、調査費用として100万円、慰謝料80万円、弁護士費用670万円の合計約7400万円を認容した。営業損害については、被告らの不法行為との因果関係を認めるに足りる証拠はない、引越費用は相当因果関係がないとしてこれを否定した（以上につき、松本・前掲注(2)787頁以下参照）。

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。

居住者等が当該建物の建築主からその譲渡を受けた者であっても異なるところはない。」

「本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれにより上告人らの被った損害があるか等被告上告人らの不法行為責任の有無について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

2 差戻控訴審判決(福岡高判 2009(平21)・2・6)

原告の請求を棄却した原審を、上告審で破棄差戻ししたのであるから、差戻控訴審は原告の請求を認容する判決を下すことも予想されたが¹⁰⁾、福岡高裁は、その予想を覆し、次のような理由で再び原告の請求を棄却する判決を下した。

10) 鎌野・前掲注(2)は、「控訴審までの本件認定事実からは、本件建物の瑕疵の多くは建築基準法施行令や日本建築学会『ひび割れ対策指針』に違反するもので、当該瑕疵は修補を余儀なくされるものとあるから、施工者Y1及び設計・工事監理者Y2には不法行為責任が成立するものと考えられる」とする(14頁)。私見は、上告審判決を評価しつつも、判決文自体からはどのような場合に「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があると認められるのか不明確な点もあることから、「建物自体の損害については、果たして、このような居住者等への配慮義務論を介すことによって、不法行為責任の成立の余地が広がったのかといえば、むしろ、『建物の基本的な安全性』にまでかわらない瑕疵であるとして、不法行為責任の成立がこれまで以上に狭められてしまう可能性がある」とにつき危惧を表明していた(前掲注(2)799頁)。

「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」をいうとした上で、本件では、「一審原告らが本件建物の所有権を失ってから6年以上経過しても、何ら現実の事故が発生していないことは、一審原告らが所有権を有していた当時にも、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存在していなかったことの大きな間接事実であるというべきである」として、本件においては、そのような瑕疵がないとして原告の請求を棄却した。

三 再上告審判決とその意義

1 再上告審判決（最判(1) 2011（平成23）・7・21）

これに対して、再び原告らが上告し、2年半近くを経て、前記の再上告審判決が下された。結論は、次のような理由で再び破棄差戻しであった。

「第1次上告審判決にいう『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい、建物の瑕疵が、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当すると解するのが相当である。そして、今度は再び福岡高裁で最高裁の趣旨を見誤った判断がなされないようにとの配慮からか、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に当たる場合の具体例を次のように例示した。

「(2) 以上の観点からすると、当該瑕疵を放置した場合に、鉄筋の腐食、劣化、コンクリートの耐力低下等を引き起こし、ひいては建物の全部又は一部の倒壊等に至る建物の構造耐力に関わる瑕疵はもとより、建物の構造耐力に関わらない瑕疵であっても、これを放置した場合に、例えば、外壁

が剥落して通行人の上に落下したり、開口部、ベランダ、階段等の瑕疵により建物の利用者が転落したりするなどして人身被害につながる危険があるときや、漏水、有害物質の発生等により建物の利用者の健康や財産が損なわれる危険があるときには、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当するが、建物の美観や居住者の居住環境の快適さを損なうにとどまる瑕疵は、これに該当しないものというべきである。」

かかる見地から瑕疵の有無につき審理し直すよう再び破棄差戻した。

2 再上告審判決の意義

(1) 差戻控訴審判決の現実的危険性論の否定

差戻控訴審判決は、本件建物には、建築基準法等の法令に違反する瑕疵があることを認めてはいる。例えば、差戻控訴審判決は、A棟1階屋外にある共用分電盤の絶縁抵抗値が電気設備に関する技術基準を定める通産省令の基準値を大きく下回り、漏電が生じていることを認めつつ、「漏電により停電事故が起きている程度で、漏電による火災の高度の危険性があつたものとは認められず」とし、また、A棟メイン階段外壁のタイル部コーキングの一部はがれや、A棟屋上及び外階段の手すりが建築基準法施行令126条1項が定める高さ1.1メートル以上の最低基準を満たしていないことを認めつつも、「落下の可能性は低いものであり、当審口頭弁論終結時までに本件建物における事故の報告がないのは前記のとおりであるから、一審原告らが本件建物を所有していたときに、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性が生じていたものとは認められない。」とする¹¹⁾。そして前述のように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」(以下、単に安全性瑕疵と呼ぶ)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」であるとして、本件建物には「現実に事故も起きていないのであるから、居住者等

11) その他、差戻控訴審の瑕疵の認定については、松本・前掲注(3)332頁以下参照。

の生命，身体又は財産に対する現実的な危険性が生じていたものとは認められない。」として，この瑕疵の存在を否定した。

しかし，このように安全性瑕疵の意義を「現実的な危険を生じさせる瑕疵」と定義し，かつ，この瑕疵の存否の判断基準を結局は現実の事故の発生の有無にかかわらしめる考え方（以下，このような差戻控訴審判決の考え方を「現実的危険性論」と呼ぶ）では，建物の安全性にかかわる瑕疵があったとしても，現実に事故が発生していなければ不法行為責任は生じないことになり，まさに，危険な建物の建築を法認（＝放任）する論理となってしまう問題である¹²⁾。学説の中には，差戻控訴審判決の「現実的危険性論」に理解を示しつつ，ただ，それでは，「建物の瑕疵による不法行為の成立範囲が狭くなりすぎる」という批判が考えられる。あるいは，「施工者等の第三者に対する不法行為を拡大し始めたかのように見える判例の動向に反するとの見方もありえよう」として，差戻控訴審判決の「枠組みをとるならば，瑕疵の『現実的な危険性』の評価要素を安全性侵害を表すより多様な要素によって構成するという方法によって，右の瑕疵の範囲を制御するべきであろう」とする見解¹³⁾もあった。しかし，「現実的危険性論」を維持しつつ，その判断要素を多様化するというよりも，そもそも「現実的危険性論」自体を廃棄することが課題ではないか。

これに対して，再上告審判決は，上述のように，「『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは，居住者等の生命，身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい，建物の瑕疵が，居住者等の生命，身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限らず」として，差戻控訴審の現実的危険性論を明確に否定した。再上告審判決のいう「危険にさらすような瑕疵」という定義は，既に上告審判決自身が，「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

12) この点での差戻控訴審判決の問題点につき，松本・前掲注(3)348頁参照。神崎・前掲注(5)もこの点を強調する。

13) 笠井修・前掲注(5)35頁。

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」としていたことを受けたものと言えよう。すなわち、上告審判決がいうように建物は、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という趣旨からすれば、差戻控訴審がいうような「現実的な危険性」がなければ「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がないという見解はこの瑕疵を狭く限定し過ぎるものであって¹⁴⁾、再上告審判決のいうように「現実的な危険をもたらしている場合に限らず」「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵」があれば、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があると解すべきことになるう。

花立文子は「建物については、その敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護をはかることを目的に、最低の基準として建築基準法が定められている（第1条）。このことから、建物の瑕疵概念には、その品質、性能を超えて、安全性という要素が入り込むのであり、今現在具体的に生じている危険性ばかりでなく、将来発生のおそれのある危険もまた瑕疵にあたる」と指摘するが、私見も賛成である¹⁵⁾。

なお、荻野も、「建物建築当時には小さい瑕疵であったとしても、徐々に危険が高まっていくような瑕疵であって、耐用年数の終期までに、危険の現実化が予想され得るようなものであれば、社会的に許容されない『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』であるというべきであろう」と

14) 笠井・前掲注(5)は、「契約責任の対象とされるべき瑕疵と不法行為責任の対象となるべき瑕疵の区別につき、上告審は後者の瑕疵を『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』という基準で絞ろうとし、差戻審は、これを『現実的な危険性』の概念でさらに限定したものである。」とする(34頁)。

15) 花立・前掲注(2)國學院法学46巻2号88頁。

し、差戻控訴審判決が、「居住者等の権利・法益を『現実的な』危険にさらすもの」とい限定を付すことによって、上告審判決が前進させた防衛線を後退させるもの」と批判する¹⁶⁾。私見に近い見解であるが、「耐用年数の終期までに、危険の現実化が予想され得る」というと、「危険の現実化」の予見可能性や現実化の時期などが裁判で争点になってしまうおそれもある。端的に「生命、身体又は財産を危険にさらす可能性」があれば足りると考えるべきである。

筆者は、差戻控訴審判決のように「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるというためには、危険の現実化が必要だとする現実的危険性論 に対して、再上告審判決のように、現実的な危険をもたらしていることまでは必要でなく、「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵」で足りるとする考えを潜在的危険性論 と名付けることにする。以上のように、再上告審判決の第一の意義は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の存否の判断基準について、差戻控訴審判決の現実的危険性論 を明確に否定し、潜在的危険性論 をとった点にある。

なお、別稿で紹介したように、上告審判決後に出された東京地裁 2008（平成20）・1・25 判タ1268号226頁は、注文住宅の瑕疵をめぐり、注文者が設計監理会社を相手取って不法行為責任等を追及した事案で、構造的欠陥や漏水、防蟻処理上の瑕疵は、建物の「倒壊の可能性や漏水による水損を生じさせることになる」として、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を認め、瑕疵修補費用相当額の損害賠償を認めたが、この判決も、差戻控訴審判決のような現実的な危険性 を判断基準とせず、潜在的な危険性 のレベルで安全性瑕疵を認めたものと評価できる¹⁷⁾。

（2）「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の具体例を例示

再上告審判決の第二の意義は、「建物としての基本的な安全性を損なう

16) 荻野・前掲注(5)1340頁。

17) 松本・前掲注(3)343頁以下。

瑕疵」の具体例を例示した点にある。前述のように再上告審判決は、「例えば、外壁が剥落して通行人の上に落下したり、開口部、ベランダ、階段等の瑕疵により建物の利用者が転落したりするなどして人身被害につながる危険があるときや、漏水、有害物質の発生等により建物の利用者の健康や財産が損なわれる危険があるとき」には、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるといえるとする。

上告審判決も、「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」と判示しており、全く例示的な説明をしていなかったわけではない。しかし、差戻控訴審は、上告審判決が「本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か……更に審理を尽くさせるため」原審に差戻すとしたために、最高裁は原告が主張する瑕疵が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に当たらないと考えているのではないかと誤解し、かつ、上告審の判決文の「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」という例えのうち「転落」に着目し、本件事案では、バルコニーの手すりに瑕疵があっても、転落事故が発生していないから、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とまでいえないと判示したものと推測される。これに対して、今回の再上告審判決は、福岡高裁が、ふたたび、このような現実の事故発生の有無を基準にするような間違いを犯さないように、「転落したりするなどして人身被害につながる危険があるとき」というように、「転落」の有無自体ではなく、「人身被害につながる危険」があるかどうかのポイントとなるべきことを示していると言える。

なお、再上告審判決があげる具体例は、「……漏水、有害物質の発生等により建物の利用者の健康や財産が損なわれる危険があるとき」と、「等」がついている例示的列挙であって制限列挙でないことは注意を有する。

また、ここで例として挙げられている「有害物質の発生」については、

本件建物では問題となっていないが、建材に含まれる化学物質がシックハウス症候群や化学物質過敏症を惹起する危険性がある場合が考えられる。建物の安全性確保義務との関係で、これらが実際に問題となった裁判例として、東京地判平成 21・10・1 は、売主の不法行為責任を認定するにあたり、マンション「開発業者は、請負業者に対して建物の建築を注文する際に、注文者の立場から建物の安全性を検討すべきものであって、開発業者は、設計者及び施工者と同様、買主その他の建物の居住者等に対する関係において、その生命、身体及び重要な財産を侵害しないような基本的安全性を確保する義務を負うものというべきである」と判示し、被告の過失を認定している¹⁸⁾。その他、有害物質の発生との関係では、アスベスト建材や建物吹付けアスベストによる健康被害発生の危険性がある場合¹⁹⁾などが考えられ、実務上も重要な影響を与えうるとされる。

（3）「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がある場合の損害論

上告判決は、「本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれにより上告人らの被った損害があるか等被上告人らの不法行為責任の有無について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」とするのみで、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があった場合に、「それにより上告人らの被った損害」は、第 1 審判決が認容したような建物自体についての瑕疵修補費用相当額の損害を当然含むのか、それとも、製造物責任法のように安全性瑕疵

18) この判決の分析として、松本克美「判批・新築マンションの買主が当該マンションの建材から放散されたホルムアルデヒドによりシックハウス症候群、化学物質過敏症に罹患したことに対して、マンションの売主の不法行為責任に基づく損害賠償請求が認容された事例（東京地判平成 21・10・1）」現代消費者法 8 号 77 頁以下（2010）を参照されたい。

19) 賃借建物の建物吹付けアスベストによる健康被害について建物所有者で賃貸人の土地工作物責任を肯定した判決の分析として、松本克美「建物吹付けアスベストと建物賃貸人の土地工作物責任 大阪地裁 2009（平成 21）・8・31 近鉄事件判決の検討を中心に」立命館法学 327・328 合併号 880 頁以下（2010）。日本におけるアスベスト訴訟の概観としては、松本克美「日本におけるアスベスト訴訟の現状と課題」立命館法学 330 号 862 頁以下（2010）を参照されたい。

により被害が現実には生じた場合の損害(いわゆる拡大損害)のみしか含まないのかが、判決文自体からは判然とせず、この点の不明確さが学説からも指摘されていた²⁰⁾。製造物責任法3条は、「製造業者等は、その製造、加工、輸入又は前条第三項第二号若しくは第三号の氏名等の表示をした製造物であって、その引き渡したものの欠陥により他人の生命、身体又は財産を侵害したときは、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。ただし、その損害が当該製造物についてのみ生じたときは、この限りでない」とする²¹⁾

しかし、今回の再上告審判決は、「建物の所有者は、自らが取得し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る場合には、……設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができる」として、この点を明確にした。

(4) 建物所有権喪失による建物瑕疵に対する損害賠償請求権の当然消滅の否定

上述のように、再上告審判決は、原告が「修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない」として、被告が主張するところの、原告は本件建物の所有権を失ったから、本件建物の瑕疵に対する損害賠償請求権も当然消滅したとの主張を明確に排斥した。従って、このような主張を再差戻審で被告が主張することはできなくなった(そのことの理論的意義については後述する)。

20) 松本・前掲注(2)795頁以下。仮谷・前掲注(2)も上告審判決が本件建物の瑕疵修補費用を「損害として認めたと否かは判決の内容からは判然としなない」とする(76頁)。同旨として、荻野・前掲注(2)2210頁。秋山・前掲注(2)は、「本判決は『居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合』における拡大損害の賠償を念頭に置いているようにも読め、そうであれば建物自体の損害はここに含まれないとの解釈も生じ得る」とする(43頁)。

21) この但書きの立法趣旨については、松本・前掲注(2)796頁以下で紹介検討した。

（5）小 括

以上のように、再上告審判決は、既に上告審判決が提示した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」論に内包されていたと思われる論理をさらに明確化し²²⁾、安全性瑕疵の判断基準は差戻控訴審判決が提示したような現実的危険性論ではなく、上述したような意味での潜在的危険性論により把握されるべきことを示すとともに、再差戻審において裁判官の誤解の余地のないように、安全性瑕疵に当たり得る場合の具体例を示すとともに、この瑕疵がある場合の損害とは、瑕疵修補費用相当額であること、また、一度不法行為に基づく損害賠償請求権が成立したあとは、建物の所有権を失ったとしても、特段の事情がない限り損害賠償請求権が当然消滅するわけでないことをも合わせて明示した。

3 残された問題

上告審判決をめぐる、学説上は、後述するように次のような問題点を析出し、議論を行ってきた。すなわち、(1) 建築瑕疵をめぐる責任規範は何か（契約規範のみが妥当するのか、不法行為責任規範も適用し得るのか）、(2) 不法行為法の適用があり得ることを前提とした場合に、建築瑕疵により拡大損害が発生せず、建物自体の瑕疵があるにとどまる場合に、被侵害権利ないし法益はあるのか、(3)(2)と関連して、建物自体の瑕疵損害の場合、所有権の物理的侵害がないので、纯粹経済損害ないし経済的損失の問題として特別な考慮が必要となるのか、(4) 最高裁がいうところの建物の安全性に配慮すべき注意義務、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」は、民法709条の成立要件との関連で、どのように位置づけられるのか、(5) 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」以外の瑕疵については、建築施工者等の不法行為責任は成立しないのか等の論点である。

次に、以上検討した再上告審判決の意義も踏まえつつ、これらの論点に

22) その意味では、再上告審判決は上告審判決にはなかった新たな論理・基準を付け加えたというよりも、それを基本的に維持しつつ敷衍したものと評価できる。

についての判例・学説状況を概観した上で、現時点での私見の提示を試みることにする。

四 建物の瑕疵をめぐる責任規範

1 不法行為責任の成立を否定・疑問視する見解

本件では、原告Xらは、自ら賃貸マンションを経営する目的で、賃貸用マンションとして建設中の本件建物を、本件工事の発注者である訴外Aから購入している。従って、XAとの関係では、Xは売主Aに売買目的物である本件建物の瑕疵について、本来、法的には瑕疵担保責任を追及することもできたはずの事案である²³⁾。また、Aと施工業者Yらとの間では、YはAに請負契約上の瑕疵担保責任を負っている²⁴⁾。

このように、建物の瑕疵について売主の瑕疵担保責任、請負人の瑕疵担保責任が追及され得る場合に、建物買主が直接契約関係のない建設施工者であるYらを相手取って、不法行為責任を追及できると解すことが、そもそも妥当かが学説上議論されている。その場合、次の視角から、建設施工者等の第三者に対する不法行為責任の成立を否定ないし消極視する見解が主張されている。

ア 不法行為法は契約に介入すべきでないという視角 契約目的物の瑕疵に関するリスク配分は、契約当事者の交渉により決定されるべき問題であるから、契約当事者以外の第三者に対して契約上のリスク配分とは別

23) 実際には、原告Xらは本件建物の建設途中に現地を訪ね、売買契約を締結し、また建築請負人であるYらにも接触し、事実上「施主」扱いされたりしていたので、本件建物の瑕疵に責任があるのは、売主ではなくYら建築施工業者らであると認識していたようである(この点につき、原告側代理人である幸田雅弘・前掲注(2)13頁参照)。

24) なお本件では、XらはAからYに対する請負契約上の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権を譲り受けたとして、請負人の瑕疵担保責任の追及も行っているが、1審判決は、A Y間の請負契約に用いられた約款には、引渡しから2年という除斥期間が定められており、本件提訴はこの期間を過ぎていているとしてこの点での請求は棄却している。

に、不法行為責任が成立すると解すべきでないという見解である²⁵⁾。なお本件の第一次控訴審判決も、「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」とか、「請負人の責任が無限抵に拡がるおそれ」を強調しており、契約に不法行為法は介入すべきでないというような基本的立場をとっているようである²⁶⁾。

イ 契約の相対効という視角 契約上の権利義務は契約当事者にしか成立しないという契約の相対効の原則を出発点に、契約目的物に瑕疵がないことの利益が契約上の利益であって、契約関係にない第三者が瑕疵のない者を得られる利益を享受することがないならば、目的物に瑕疵があったからといって不法行為責任が成立するわけではないとする見解²⁷⁾である。

両者とも、契約責任固有の領域について不法行為責任規範を基本的に及ぼすべきでないという基本理念と、後述のように、建物の瑕疵は建物所有権の侵害にはあたらず、ただ経済的損失をもたらすだけだとする点で共通する。ただ、前者は、とくにイギリス法を参照しつつ実質的利益衡量を強調する。すなわち、新堂は、イギリスにおいて、経済的損失について不法行為責任を原則として認めないのは、訴訟の増大を抑制し、裁判所に訴訟経済を実現させ、加害者には過大な責任を負担させない配慮のためであり、また、不法行為法が契約に介入すべきでないとされているのは、不法行為

25) 新堂・前掲注(2)論文、同「契約と過失不法行為責任の衝突 建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって。」NBL 936号17頁以下(2010)、同「契約と過失不法行為責任の衝突 建物の瑕疵により経済的損失(補修費用額)が生じる例をめぐって」北大法学論集61巻6号2249頁以下(2011)。なお、請負契約におけるリスク配分についての比較法的検討として、笠井修『建設請負契約のリスクと帰責』(日本評論社、2009)。そこでは目的物の瑕疵に限らず、仕事の未完成や、注文者の受領遅滞等様々なリスクの配分について、イギリス、ドイツ、アメリカなどの検討を行っている。

26) この点につき、松本・前掲注(2)789頁参照。

27) この観点から、本件にアプローチするものとして、荻野奈緒・前掲注(2)2200頁以下、同「契約不履行により経済的損害を被った第三者の不法行為法による保護 フランス破産院全部会2006年10月6日判決前後の議論を中心に」同志社法学60巻6号2827頁以下(2009)

法が競争市場原理に介入したり、リスク市場原理を歪めるのは望ましくないと考えられているからであるとする²⁸⁾、また、荻野は、フランス法上の判例を参照しつつ「契約の相対効原則」を強調し、「契約不履行により損害を被った第三者が債務者に対して不法行為責任を追及することを認めることが契約の相対効原則に抵触するか否かが問題とされてもよいように思われる。しかしながら、我が国においては、契約の相対効原則自体に関する議論の展開に乏しい」と日本の現状を嘆いている²⁹⁾点で、ニュアンスの違いを有する。また、両者とも建物の瑕疵についての不法行為責任の成立に関する基本姿勢は、不法行為責任規範の適用を否定ないし消極視しつつも、本稿で検討の対象としている上告審判決については、後述のように、一応、妥当と評価しているようである。

なお、新堂や荻野同様、契約目的物の瑕疵による逸失利益や瑕疵修補費用は、契約当事者間でしか考えられず、契約利益の賠償として本来瑕疵担保責任でカバーされる問題で、不法行為責任では追及できない問題であるとする平野裕之は、「契約時に瑕疵を知りながらまたは重過失により瑕疵を知らずに売買契約をしたり、手抜き工事をするつもりなのに請負契約をさせたという場合には、それをもって不法行為と考えてよいであろう。また、請負契約において、契約時に故意があったことが証明できなくても、建替えを要するような重大な欠陥が証明されれば、契約時における故意を推定してよいであろう」とする³⁰⁾。私見によれば、そもそも原理的にそのような不法行為責任を排除することは合理的でなく、「建替えを要するような重大な欠陥が証明」された場合に故意を推定して不法行為責任を認めるだけでは、責任の成立が不当に狭められると考える。

28) 新堂・前掲注(25)NBL 936号19頁。

29) 荻野・前掲注(27)2838頁。

30) 平野・前掲注(2)449頁以下。

2 不法行為責任の成立を肯定する見解

これに対して、建物の瑕疵について契約責任規範が適用され得る場合であっても、不法行為責任の成立要件を充たすならば、明文の禁止規定もない以上、不法行為責任の成立を肯定すべきであるとする見解がある³¹⁾。いわゆる請求権競合説³²⁾の立場にたてば、建物の瑕疵の問題に限らず、一般的に、以上のようなことになる。この点につき、能見善久は、Yが欠陥製品をXに製造販売したところ、これがさらにZに転売されて、Zのもとで経済的損失が生じた場合を想定し、「経済的損失は契約責任ならば保護されるので、Zの経済的利益の保護も、YX間の契約責任を拡張することで対応しようという考え方が比較法的には有力である」としつつ、日本では、「契約責任と不法行為責任が競合する場合には、請求権競合の立場が学説・判例によってとられているので、契約法による保護が用意されているところでも、被害者は、不法行為法による保護を選択できる」と指摘する³³⁾。筆者は、本文で再三にわたり述べているように、修補が必要な建物瑕疵は単なる経済的損失の問題でなく、所有権侵害にあたると考えているが、いずれにせよ、能見の指摘は、日本の請求権競合説からは、不法行為責任の追及が排除されないことを示している（そのことを能見は批判の対象にしているのだが）。

31) 本件第1審の大分地裁判決は、そのような立場であり、私見も同様の見解である（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）310頁，松本・前掲注（1）22頁）。

32) 請求権競合論については、四宮和夫『請求権競合論』（一粒社，1978）、奥田昌道「債務不履行と不法行為」星野英一編集代表『民法講座4』（有斐閣，1985）、小林秀之「請求権の競合 実務的視点を入れて」ジュリスト増刊・新法律学の争点シリーズ1『民法の争点』195頁（2007）等参照。

33) 能見善久「比較法的にみた現在の日本民法 経済的利益の保護と不法行為法（純粋経済損失の問題を中心に）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 全般的観察』（有斐閣，1998）621頁，627頁。

3 判例の解釈

今回の上告審判決は、本件の場合に、違法性が著しい場合に限って不法行為責任が成立するとした原審を否定しているのであるから、建物の瑕疵による損害賠償については契約責任規範しか適用しないというような立場でないことを明らかである。しかし、他方で、1審判決のように、請求権競合説の立場から、不法行為の成立要件を充たすならば当然不法行為が成立するという言い方もしていない点が注目される。

そこで、上述した論点(5)ともかかわって、最高裁は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がある場合に限って不法行為責任の成立を認めたのであるとして、不法行為責任成立を認めるが、その成立要件を厳格化し、責任成立場面を限定したという解釈が提示されている³⁴⁾。

4 私 見

私見は既に別稿で論じたとおり、請求権競合説の立場にたち、かつ、建物の瑕疵の場合にそれを修正すべき理由もないと考えるので、不法行為責任の成立要件を充たす場合には、当然不法行為責任が成立すると考える³⁵⁾。また、建物の瑕疵の場合に限って、ことさら、不法行為責任の成立要件を厳格化すべき理由もないと考える³⁶⁾。

この点は、既に多くの論者が指摘してきた点である。例えば、谷村武則は、「多くの裁判例は、瑕疵担保責任と不法行為責任が主張されている場

34) この問題については、後掲本文九及び後掲注(87)参照。

35) 松本・前掲注(3)10頁。裁判官の論稿でも、判例上、請求権競合説がとられていることからすれば、瑕疵担保責任の存在により「不法行為責任の成立範囲を限定し不法行為責任が認められるための要件を加重することが相当か疑問のあるところである」ことが指摘されている(松本他編・前掲注(1)795頁(谷村武則))。

36) その他、建物瑕疵と不法行為責任についての判例について述べたものとして、横浜弁護士会編『建築請負・建築瑕疵の法律実務 建築紛争解決の手引』207頁、日野修男「建売住宅・中古住宅の瑕疵」中野哲弘・安藤一郎編『新・裁判実務大系 27・住宅紛争訴訟法』(青林書院、2005)177頁以下、幸田雅弘「建築の瑕疵に関する不法行為責任」田中峯子編『建築関係紛争の法律相談・改訂版』(青林書院、2008)。

合、同一の瑕疵について、瑕疵担保責任を負うとともに不法行為責任を負うとし、また不法行為責任のみが主張された事案においても、不法行為責任を負うために加重された要件が必要となるとはしていないと思われる。」とする³⁷⁾。また、大森文彦は、「建築物に瑕疵があり、そのために第三者が損害を被った場合には、不法行為の要件（そのような建物を建築したことが施工業者として順守すべき一般的注意義務に違反しており、かつ、これにより第三者に損害を与えることが予見可能であること）を満たす限り、請負人に対し、民法709条に基づき、損害賠償の請求をすることができる」とする³⁸⁾。

なお田口文雄は、従来の裁判例は、建物の瑕疵による不法行為責任を「ごく限定的に認めようとする傾向にある」とし、「従来の学説においても、建物に瑕疵ある場合の設計・施工者等の不法行為責任を積極的ないし肯定的に論ずるものはきわめて少ない」とするが³⁹⁾、果たしてそのように評価できるのか疑問である。本稿で紹介、検討しているように、不法行為責任肯定裁判例も肯定説は「きわめて少ない」どころか相当数存在するのである。

（1）条文上の根拠

まず出発点として確認すべきは、日本民法典の条文上、契約責任が成立し得る場合は、不法行為責任は成立しない などと言う条文は、どこにも存在しないという点である。不法行為責任の成立要件を充たすのに、明文の規定なくして、不法行為訴権を剥奪することは不当である⁴⁰⁾。もっとも、条文に規定がなくても、理論的、体系的に、上記命題を根拠づけられるとすれば、そのことまでも否定されるわけではない。その場合は、その

37) 谷村・前掲注(1)796頁。

38) 齊藤隆編著『建築関係訴訟の実務 [改訂版]』（新日本法規，2005）191頁以下（大村文彦執筆部分）。

39) 田口・前掲注(2)297頁，299頁。

40) 本件第1審の大分地判も、「明文の規定がないにもかかわらず、敢えて、担保責任等の契約責任で処理されている領域では不法行為責任を追及することはできないと解することは相当でなく」とする。

理論, 体系の妥当性, 特に実際上の不都合が生じないか否か問題となろう。

この点で、「契約関係に属する事実には不法行為法の適用がなく、単に契約法のみ適用によって規律されるべき」だとして法条競合論に立つことを明言した川島武宜が、他方で、「近時の社会生活の発達⁴¹⁾は社会的分業を高度化し、その結果、人の相互依存を著しく必然ならしめ、それがため我々は常に他人との契約なしには生活し得ないようになっている」ことに注意を喚起し、「これらの契約中、特にその社会的分業・相互依存の高度化しているものにおいては……各当事者は自分の担当する社会的分業の範囲においては重い注意義務、従って重い責任を課せられるべきことは当然」としている点は注目に値する。そして、川島は、この点に関して、フランスの判例法の発展により、「危険を伴う契約においてその危険を防止することを得る地位に在る当事者は、単に極めて大なる注意義務を負うのみならず、安全保証義務を負う」との判例法理が認められていることを紹介し、日本の工場災害に関する工場主の責任もこの意味から理解されるべきことを、既に戦前の1934(昭和9)年の自身の助手論文で指摘している⁴¹⁾。日本で判例・学説上、労災や職業病による生命・健康被害を使用者が信義則上負う安全配慮義務違反の債務不履行責任の問題として構成することが定着してきたのは、1970年代になってからであったが(最高裁が初めて安全配慮義務概念を認めたのは、最判1975(昭50)・2・25民集29・2・143)、その40年近く前に、川島が日本でも安全保証義務論が展開されるべきことが指摘している点は、ただ契約責任と不法行為責任の体系的理解をめざすにとどまらず、時代が要請する法的課題への着目と解釈論の在り方を示すものとして、注目に値する。

41) 川島武宜『民法解釈学の諸問題』(岩波書店, 1949)152頁以下(初出は、「契約不履行と不法行為との関係について」法協52巻1・2・3号, 1934)。なお、安全配慮義務論は、筆者の修士論文以来の中心的研究テーマの一つであるが、日本の安全配慮義務論の理論史で川島は重要な地位を占めると考えている(松本克美「戦後日本における安全配慮義務論の理論史的検討 労災責任論とのかかわりを中心に(二)」早大法研論集40号286頁注1参照(1986)。

（2）不法行為法の存在意義

契約責任規範と、不法行為責任規範とでは、それぞれ責任の成立要件、法的効果が異なっている。例えば、売主や請負人の瑕疵担保責任は、無過失責任と解されているが、売主や請負人に故意・過失があり不法行為責任の成立要件を充たす場合に、それを否定することは、不法行為責任規範でしか追及できないような「不法行為構成メリット」を奪うことになる。例えば、「瑕疵を知った時から1年」という売主の瑕疵担保責任の期間制限（民法570条、566条3項）を過ぎている場合や、売主の瑕疵担保責任を法定責任的に理解し、信頼利益の賠償しか認めないなどの場合に、不法行為責任が成立するならば、このような制約を回避できるのに、そのような不法行為訴権を奪う合理的理由があるのであろうか。実際、別府大分マンション事件では、原告が建物売主から建築請負人に対する瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権を譲り受けたことは認められたが、請負契約で定められた引渡しから2年以内の権利行使を権利行為期間制限との関係で、瑕疵担保責任の追及が認められなかった。また、前掲注(18)で紹介したマンション買主からマンション売主へのシックハウスの瑕疵による不法行為責任の追及が認められた事案も、売主の瑕疵担保責任は期間制限にかかっていて消滅したとされた事案である。

不法行為法規定が、法が保護すべき権利・利益の擁護機能⁴²⁾を持ってるとすれば、それは契約によっても回避できない、むしろ契約に介入す

42) 藤岡康宏は次のように指摘する。不法行為法は、「契約責任の拡大によっても把握できない領域に最終的で包括的な救済を付与することを目的とするものであり、社会の隅々にまでそういう救済規範が控えているというその安心感によって、われわれは誰に臆することもなく、自由で自律的な生活を営むことができるのである。この意味において、不法行為規範は、われわれにとってさいごの拠り所である。」（藤岡康宏『損害賠償法の構造』成文堂、2002）2頁）。なお権利保障の体系として不法行為法を位置づける見解として、潮見佳男『不法行為法・第2版』（信山社、2009）2頁以下、不法行為法と権利論についての近時の注目すべき見解として、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292頁以下（2004）、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究第5号77頁以下（2008）。

べき公序を定めたものと解せるのではなかろうか。この点、四宮和夫は、一般論として、「不法行為規範が『権利保護機能』を有するとすれば、契約責任規範による権利の剥奪に対して被害者に最小限度の法的保護を保障するという任務を、不法行為規範に認めなければならないであろう」とし、「人格権侵害の場合またはこれに準ずる場合のように、不法行為規範の権利保護機能を重視すべき場合には、責任の軽減になるような契約規範は、権利保護機能に抵触する限度で、その適用を制限されるものといわなければならない」ことを指摘する⁴³⁾。「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」は、生命、身体などの人格権侵害をもたらしうるのであるから、不法行為法の権利保護機能は一層重視されるべきである。不法行為法は契約に介入すべきではないのではなくして、むしろ、この場合には不法行為法は契約に介入すべきなのである。

また、不法行為法は契約に介入すべきではないという立論は、とくに、契約の交渉力の大きい側にとっては、自らの責任リスクを免責・減責することができ有利ではあるが、交渉力の小さい側にとっては、最低限の権利の防衛線である不法行為法の保護も制約されることになってしまい不公平、不合理を産む。とくに建物の瑕疵をめぐっては、多くの場合、買主や注文者は建築の素人で交渉力も小さいのに対して、売主や請負人は不動産業者や建設業者として、不動産売買や建築の専門家である。不法行為法の権利擁護機能を保持する必要性は一段と大きいと言っても、それを制約すべき要素はない。なお、この点に関連して、事業者と消費者間の売買契約や請負契約である場合には消費者契約法が適用される(同法2条3項)。同法は、消費者契約につき事業者の債務の履行に際してなされた事業者の不法行為についての責任を全部免除する特約や、事業者の故意・重過失による不法行為の場合に責任を一部免除する特約は無効であるとしている(同法8条1項3号、4号)。消費者契約法8条によれば軽過失の不法行為

43) 四宮・前掲注(32)93頁, 106頁。

の場合に事業者の不法行為責任を一部免除する特約は無効とはされないことになるが、同法10条（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）により無効となる場合もあり得ると解すべきである⁴⁴⁾。

（3）契約の相対効との関係

建物の瑕疵の不法行為責任の成否を論ずる際に、契約の相対効を理由に不法行為責任の成立を否定ないし限定しようとする場合は、どのような事案を想定して立論しているのかを明確にして議論すべきである。一般に瑕疵といっても、その目的物が通常有すべき品質を欠く場合の客観的瑕疵と、契約で特に定めた品質を欠く場合の主観的瑕疵⁴⁵⁾がある。契約の相対効を持ち出して不法行為責任を否定する議論は主観的瑕疵の場合には、妥当する面がある。例えば、注文者Aが請負人Bに建物の内壁の色は白にしてくれと注文したが、完成した内壁の色は白ではなく、クリーム色であった。この場合、請負人Bは注文者Aに対して、目的物の主観的瑕疵（白色の壁にしなければならないのにクリーム色にした）につき瑕疵担保責任を免れない（瑕疵修補ないし瑕疵週日に代わる損害賠償 民法634条）。しかし、当該建物をCが買受けたときに、買主Cは契約関係にない請負人Bに対して原則として不法行為責任を追及できないのは当然である。Cはクリーム色の内壁の建物をAから買っただけである。請負人Bが当該建物の内壁の色を白色にする義務は注文者Aに対して契約上負っている義務であって、建物の買主Cに対して負っている義務ではないからである。

これに対して、請負人Bが建築基準法等に違反した手抜き工事により、震度5でも倒壊しかねないような建物を建築して、注文者Aに引渡し、それをAがCに売却した場合はどうか。この場合は、建物の通常の品質を欠いているので客観的瑕疵がある。請負人Bは注文者Aに対して請負契約上

44) 日弁連編『消費者法講義・第3版』（日本評論社、2009）115頁。

45) 建築請負物の主観的瑕疵をめぐる法的問題については、松本克美「建築請負契約の目的物の主観的瑕疵と請負人の瑕疵担保責任」立命館法学298号367頁以下（2005）を参照されたい。

の瑕疵担保責任を負うのは当然である。そして、この場合は、建物を購入したCも契約関係にない請負人Aが不法行為責任の成立要件が充足するならば、不法行為責任を追及できて当然ではないだろうか。なぜなら、この場合、請負人Bが契約関係にないCに対して不法行為責任を負うのは、倒壊するような建物を建築しない義務が不法行為上の注意義務としてBに課されているからである。請負人Bが注文者Aに対して負っている契約上の義務違反を理由に、契約関係にないCに不法行為責任を負うわけではなく、不法行為上の一般的な注意義務として課された倒壊するような建物を建築しない注意義務に違反した結果として、C自ら固有の不法行為責任を負うのである。結局、問題は、建築請負人は不法行為上の注意義務としてどのような義務を負っているのかということに帰着する。このことの検討抜きに、契約の相対効の原則一般から、建築施工者等の不法行為責任を否定する立論はなしえない⁴⁶⁾。

なお、荻野自身は、上告審判決については、「本判決は、設計・施工者等に対して、契約上の義務とは別に、広く居住者等との関係で負う社会生活上の注意義務を措定したのであり、原告が援用したのは後者の義務である。そうであるとすれば、そのような注意義務への違反によって第三者に対する不法行為責任を認めても、設計・施工者等が施主に対してしか契約から生じる債務を負わないという意味での契約の相対効原則と抵触しないことは明らかである。」と指摘する⁴⁷⁾。通常、建物の瑕疵に対して、契約関係にない第三者が建築施工者等に不法行為責任を追及するのは、契約上の給付利益を侵害されたことを理由としているのではなく、不法行為上の注意義務違反を理由にしているのである。このことは、建物の瑕疵に対する不法行為責任訴訟の場面で、「契約の相対効」の吟味をする必要性が実際には乏しいことを示しているのではないだろうか。

46) 以上の点については、松本・前掲注(3)326頁以下も参照。

47) 荻野・前掲注(2)2208頁。

五 建物の瑕疵と被侵害権利・利益

1 権利侵害否定説

建築された建物に瑕疵があったが、その瑕疵によって生命、身体、健康、財産などに拡大損害が生じていない場合には、権利ないし法益侵害がないとして、この点での不法行為責任の成立を疑問視する見解がある。すなわち、建物自体に瑕疵があったとしても、建設施工者等が建物所有権を物理的に侵害しているわけではないので、権利侵害がないというわけである⁴⁸⁾。ただ、この見解は、責任否定に終始するわけではなく、既存の知られた権利の侵害はないが、新たな権利の侵害があると捉える（後述3）。

2 権利侵害肯定説

しかし、建物に瑕疵があり、修補が必要な場合には、建物所有者は、瑕疵修補のために出費を強いられることになり、財産的損害を被る。従って、そこに財産権の侵害を見ることができる。「財産権」の侵害については、ただの総体財産の減少であって不法行為責任を成立させる権利侵害にはあたらないという議論があるがその根拠はどこにあるのだろうか。不法行為責任が成立する被侵害権利につき厳格に規定するドイツ民法典では、確かに絶対権としての「所有権」(Eigentum)が不法行為の原則規定にあげられており、「財産権」(Vermögensrecht)は挙げられていない⁴⁹⁾。しかし、日本民法709条は、そもそも「他人の権利」と規定するのみであり、「所有権」を明示していない。しかも、民法710条は、条文の文言で「他人の財産権を侵害した場合」を挙げている。不法行為により不当な出費を強いら

48) 山口・前掲注(2)は、「設計・施工者等は瑕疵ある建物を完成させその所有権を建築主に移転して流通に置いたのではあるが、時々所有者の支配下にある建物に侵襲を加えその完全性(=不可侵性)利益を侵害したわけではないから、他人の所有権を侵害したことにはならない」とする(187頁)。

49) ドイツ民法典については、後掲注(83)参照。

れたことは、ただの財産権の侵害であって、総体財産の減少にとどまるから、権利侵害にあたらぬという理解⁵⁰⁾は、権利は絶対権として、その侵害が常に違法になるという違法性論と結びつき、それが故に、被侵害「権利」性を厳格化しようという考えに規定されている側面もあり、再検討を要するのではないか。

それどころか、建物の瑕疵に起因に対する瑕疵修補費用相当額という損害が発生する場合の財産権の侵害の実質は、まさに当該建物の所有権の侵害と評価されるべきものではないだろうか。所有権侵害を所有物の滅失、毀損の物理的侵害がある場合に限るとする見解は、なぜそのように限定するのか、その前提自体が論証されねばならない。所有者は「自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」(民法206条)。所有物たる建物に修補しなければならない瑕疵があるとしたら、「自由に」使用、収益、処分することが制限された状態であると評価できるのであって、この状態を所有権侵害と呼んでいけない理由がどこにあるのだろうか。この場合は、単に抽象的に総体財産が減少しているのではなくして、今では原告の所有物となっている特定の物(建物)に、修補が必要な物理的な瑕疵が被告の行為(ないし不作為)によって加えられていることを看過すべき

50) 浅井有紀は、取引的不法行為の場合の権利侵害につき、リスク投資に不適格な者の勧誘は、自己決定権侵害よりも、「財産権侵害」や「生存権侵害」として認定できるのではないかとし、「このような財産権や生存権は、所有権を典型とする伝統的な絶対権その物とは異なったものではあるかもしれないが、それに対する侵害からの保護を、相手方の行為態様や社会政策的考慮にかかわらず被害者が主張できるものという形で、絶対権における権利観を受け継ぐものとして認めることが妥当ではないだろうか」と問題提起する(浅井有紀「権利と法秩序 自己決定権論の一面」民商134巻4 = 5号556頁(2006))。これに対して、山本敬三は、「そこで浅野が『財産権』というものは、個々の所有権ではなく、金銭に換算される総体財産である。これでは、差額説の意味での『損害』があれば不法行為を認めるに等しく、少なくとも『権利』侵害を要件として立てた日本民法の立場とは相容れない」と批判する(山本・前掲注(42)民法研究5号122頁)。確かに「財産権」を支配権的権利としての絶対権と同視することはできないかもしれないが、もともと「権利」要件のみによって不法行為責任の成立範囲が限定されるだけでなく、過失や因果関係の有無なども吟味されるのであって、被侵害権利があるか否かの入口を狭くし過ぎることにならないか疑問である。

ではないであろう。

筆者は、別稿でこの点を次のように論じた。「建物取得者には、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』があることによって瑕疵修補費用の支出を余儀なくされない財産上の利益があり、そのような瑕疵によって瑕疵修補費用の支出が余儀なくされる場合には、『財産』の侵害があり、それにより『被った損害』とは、瑕疵修補費用相当額ということになるのではないか⁵¹⁾。」

また鎌野も、「最高裁が例示しているように、『建物の基礎や構造く体にかかる瑕疵』である必要はなく、『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の転落の危険性（生命または身体の危険）があれば、現実⁵²⁾に居住者等の生命・身体の侵害があった場合だけでなく、それ以前に、当該建物所有者に対しては、修補およびそのための費用負担を余儀なくされることによる財産権（所有権）の侵害があり、『損害』が発生することになる」とする⁵²⁾。更に畑中は、「瑕疵によって損害が発生することが予測されるような場合には、損害防止のために瑕疵を修補する必要が生じる。そのための負担は、安全な建物を確保するためのものであるから、修補費用の分だけ、譲受人の財産は、基本的安全性を欠く建物によって危険にさらされ、侵害されたといえる⁵³⁾」とする。

従来の裁判例においても、建物の瑕疵を理由に不法行為責任を追及する訴訟では、瑕疵修補費用相当額が損害とされ、この場合に、何が被侵害権利、法益なのかが争われることはなかったのも、以上のような意味での財産権の侵害（所有権の侵害）があることを自明の前提にしてきたからと思われる⁵⁴⁾。ちなみに、瑕疵ある建物の買主から、当該建物の建築申請にあ

51) 松本・前掲注(3)341頁。

52) 鎌野・前掲注(2)14頁。

53) 畑中・前掲注(2)486頁。

54) 大阪地判1998(平10)・12・18『消費者のための欠陥住宅判例』(以下「欠陥住宅判例」で引用)[第1集]82頁、大阪高判2001(平13)・11・7判タ1104号216頁、東京地判2002(平14)・6・17欠陥住宅判例3・142頁など。

たり建築監理をする者として、名義貸しをし、実際には監理をしなかった建築士に対して、建物の瑕疵についての不法行為責任が追及された事案で、最高裁は、この名義貸建築士の不法行為責任を認めるとともに、被侵害権利は何かなどを問題にすることなく、原審が認容した売買契約解除に伴う代金返還や無駄になった仲介手数料、登記費用、慰謝料、弁護士費用などの損害を前提に、建物買主は、名義貸建築士の違法行為によって「損害を被ったことが明らかである」としている(本文後掲九の 最判(2) 2003(平15)・11・14)。このことから見ても、判例は、瑕疵修補の財産的支出を余儀なくされることをもって権利侵害(財産権ないし所有権の侵害)と捉えているものと推測できよう⁵⁵⁾

3 新しい権利・法益論

学説の中には、建物の瑕疵についての所有権侵害を否定しつつ、結論的には瑕疵による建物価値の減少分ないし瑕疵修補費用相当額の損害賠償は認められるとして、所有権侵害ではない新しい権利ないし法益(法律上保護されるべき利益)の侵害を上告審判決が認めたとする見解がある。

円谷峻は、上告審判決が「『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』という利益を、直截に不法行為法上の保護法益として認めたことになる」とする⁵⁶⁾。笠井修が上告審判決を評して、「建物の瑕疵による不法行為では、建物の持つ社

55) 以上につき、松本・前掲注(3)345頁以下。なお、周知のように、民法典財産編の現代語化に伴う文言の改正(2004(平16)年12月1日法律第147号。施行は2005(平17)年4月1日)により、民法709条には、「他人の権利」に加え、「法律上保護される利益」が文言として追加された。そのことの現代的意義の分析として、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・325号1925頁以下(2009)。そこでは、その侵害によって違法性が肯定される「権利侵害」と、全法秩序判断により違法性の有無が判断される「利益」侵害という二元的構成に積極的評価が与えられている。このような見解によると、上告審判決はじめ、建物瑕疵につき不法行為責任を認める判例においては、「権利」の侵害と「利益」の侵害とどちらを認めていることになるのであろうか。

56) 円谷・前掲注(2)90頁。

会的意義をふまえ、直截に第三者のもとでの『生命・身体・財産に対する安全性』そのものを保護法益として構成した⁵⁷⁾とするのもこれに近いと思われる。山口成樹は、上告審判決が、「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、または、拡大損害の危険ある瑕疵ゆえに価格の下落を被らない利益は法律上保護されるべき⁵⁸⁾」ことを認めたとする。山口説に喚起されて、荻野奈緒は、上告審判決では、「権利・法益侵害行為ではなく、権利・法益の危殆化行為が法的非難の対象となっている」とし、「居住者等の生命、身体又は財産に対する危険を引き受けさせられないという利益」が認められたのだとする⁵⁹⁾。また石橋秀紀は、上告審判決は、「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のないし、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、新たな法益としての「安全性信頼利益」を認めただのだとする⁶⁰⁾。

山口説や荻野説、石橋説は、建物所有者についての新たな法益を前提にしているようである。しかし、建物の瑕疵による拡大損害ではなくて、瑕疵損害しかない場合でも、建物所有者が瑕疵修補費用の支出を強いられることになり、その意味で建物所有者に対する財産権の侵害ないし所有権の侵害があるとする私見によれば、このような新たな法益を観念することは不要となる。確かに「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、建物所有者がその瑕疵修補を余儀なくされるのは、それを放置すれば、自らの生命、身体、財産が侵害されるおそれがあるばかりでなく、建物の利用者や隣人、通行人の生命、身体、財産を侵害するおそれもあるからといえる。しかも建物所有者は建物の設置・管理の瑕疵から他人に生じた損害につき、無過失責任である土地工作物責任まで負うのである（民

57) 笠井・前掲注(5)35頁。

58) 山口・前掲注(2)187頁。

59) 荻野・前掲注(5)1334頁, 1337頁。

60) 石橋秀起「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」立命館法学324号69-70頁(2009)。

法717条)。しかし、そのことと、建物の瑕疵についての不法行為責任の成立には、新たな権利、法益を観念しなければ権利侵害と評価できないのかは別問題である。私見によれば、繰り返し述べてきたように、このように「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるが故にその瑕疵修補を余儀なくされること自体が、建物所有者にとっては当該建物所有権の侵害である、あるいは財産権の侵害であると評価できない理由にはならないと考える。

また、本件では建物所有者が原告となっているが、例えば、上告審判決が例に出すような建物所有者でない居住者や当該瑕疵ある建物の隣人、通行人が原告となった場合はどうか。円谷説によれば、建物の瑕疵により賃借人らに生命、身体、財産上の拡大損害が発生していなくても、「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」という利益が侵害されていると評価することになるのであろうか。また、実際に生命、身体、財産が侵害されていない時点での、その場合の「損害」とは何になるのかといった疑問が生じる。危険な瑕疵除去費用が損害だとしても、損害を除去できるのは、建物所有者のほうであって、通行人が損害除去費用を取得できるものではあるまい。また、建物所有者でなく通行人であっても「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」利益が侵害されている場合には、その瑕疵を除去するための差止請求権を有するというようなことまで上告審判決が認めたというのであれば、それこそ、生命、身体、財産とは別の「安全」にかかわる新たな権利や法益を認めたと評価できようが、上告審判決は傍論としてであっても、そこまで認めたものと評価できるのであろうか、また、そのように評価できる根拠はどこにあるのだろうか。

4 「差し迫った危険」論

建物の瑕疵自体は、権利ないし法益侵害に当たらないと解する見解のう

ち、橋本佳幸は、次のような見解（「差し迫った危険」論）を展開する。上告審判決は、「『建物としての基本的な安全性』を欠いた建物の取得者＝居住者Xは、生命身体に対する差し迫った危険性にさらされており、Xは、この危険を除去して生命身体の侵害を回避するためにすなわち権利侵害に対する防御措置として、瑕疵の修補を行う。その意味で、瑕疵修補費用の支出は、生命身体の侵害と裏腹の関係にある。このような場面では、権利が現実に侵害された場合に準じて不法行為責任を成立させることが、権利保護という不法行為制度の目的に資する。設計・施工者の不法行為責任は、このゆえに、Xによる修補費用の支出にまで及ぼされるのである。

このような理解によれば、第三者＝建物取得者Xの総体財産の減少に対する設計・施工者Yの不法行為責任は、建物の瑕疵がはらむ生命身体に対する差し迫った危険（判決が言う『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』を要件とし、また、瑕疵修補費用の賠償を内容とすべきことになる。平成19年判決の立場は、射程をこの範囲に限定した上で支持されよう。）とする⁶¹⁾。

橋本説は、瑕疵修補費用を「総体財産の減少」とだけ捉え、財産権ないし所有権の侵害として捉えていない点で、私見と前提を異にする。また、権利侵害がないと解するので、「権利が現実に侵害された場合に準じて」不法行為責任が成立したと評価するために、「建物の瑕疵がはらむ生命身体に対する差し迫った危険」が必要であるとして、上告審判決よりも不法行為の成立要件を加重している。これは、再上告審判決が否定した差戻審判決の「現実的危険性論」にも通じる「危険な論理」と言えよう。

5 判例の解釈

上記別府事件上告審判決は、「建築された建物に建物としての基本的な

61) 橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164巻1～6号412-3頁（2009）。

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」には不法行為責任が成立するとした。この場合の「生命、身体」の侵害は、建物の瑕疵から生じたいわば拡大損害の場合といえよう。同様に上告審判決のいう「財産が侵害された場合」には、建物の瑕疵に起因して生じた財産への拡大損害（漏水により家具が破損したなど）は、生命、身体侵害と同様、当然賠償すべき損害に含まれることになる。

ところで、本件で原告が主張している建物の瑕疵自体に起因する瑕疵修補費用相当額等の財産的被害は、上告審判決のいう「財産が侵害された場合」に含むのかについては、上述のように判決文自体からは判然としなかった。また、上告審判決は、原審を破棄し、差戻しを命ずるに際して、「本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれにより上告人らの被った損害があるか等被上告人らの不法行為責任の有無について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」と判示した。しかし、1審は、瑕疵修補費用相当額を損害として認定しているのだから、あらためて差戻控訴審で「本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれにより上告人らの被った損害があるか等」を審理し直せということは、建物の瑕疵の修補費用相当額は「それにより上告人らの被った損害」には含まないということを示唆しているのではないかという解釈も、判決文だけを見れば可能であった。

ただ、そのように解す場合は、原審を破棄差戻ししないで、原審とは理由は違うが、結論は同じだとして上告を棄却し、請求棄却の原審を維持することも可能であったはずである。それなのに上告審判決がそうしなかったのは、逆に、瑕疵修補費用相当額を「それにより上告人らの被った損害」に含むと考えているという推測も可能であった。例えば、大西邦弘は、「本判決が原審に差し戻していることに鑑みると」本判決がいう「『財産』の侵害の中には、手すりの補修費用等も含まれると判示したと解するべきではなかろうか。補修費用をXらが支出した場合にはそれを損害と捉える

べきことになる」とする⁶²⁾。なお、補修費用を支出すべき場合には、瑕疵修補費用相当額について、すでに損害が発生したと捉えるべきで、この場合は支出したことが損害賠償請求の要件ではなからう⁶³⁾。ただ、上告審判決が、瑕疵修補費用相当額を「それにより上告人らの被った損害」に含むと考えているのならば、原審に差戻ししないで、1審とは理由が違うが結論は同じだとして、原審判決を破棄し、1審が認めた結論を肯定することもできたはずである。

今回の再上告審判決は、「建物の所有者は、自らが取得し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る場合には、第1次上告審判決にいう特段の事情がない限り、設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができる」として、本件において賠償の対象となる損害は何かを明確にした。ただ、上告審判決にひきつづき、再上告審判決も、被侵害権利、法益は何かにつき、とくに触れていない点に注意を要する。

結局、私見によれば、上告審判決も、再上告審判決も、何か新たな権利、法益について触れているわけではなく、かつ、瑕疵修補費用相当額を損害と認めているのだから、従前の下級審裁判例や私見同様、瑕疵修補費用相当額の出費を余儀なくされたことが財産権の侵害ないし所有権の侵害なることを前提にしていると言えるのではないだろうか。原田剛は、「被侵害利益のなかに（建物の基本的な安全性を損なう）瑕疵がある建物自体が含まれるか、したがってまた、瑕疵修補費用が『損害』であるのか、について、本判決は直接に言及するものではないと考えられる。むしろ、『瑕疵』によって侵害された『生命、身体又は財産』という、本判決の定式化

62) 大西・前掲注(2)95頁。

63) 既に大審院は、不法行為に対する損害賠償請求訴訟のために弁護士に報酬支払の債務を負担した場合には、「右債務ハ未タ弁済セラレストスルモ被告トシテハ早晚之力支払ヲ為サルヘカラサルコト明カナレハ前記被告ノ不法行為ニ因リ既ニ生ジタル損害トシテ賠償ヲ請求スル権利アルモノト云ハサルヘカラス」とする（大判昭和16・9・30民集20・1261）。

からすれば、問題となっている『瑕疵』のある建物自体は、原則として被侵害利益としての『財産』には含まれないことになる。換言すれば、瑕疵のある物(建物)の所有権を獲得させる行為は当該建物の所有権侵害ではない、ということになる」と指摘した⁶⁴⁾。この論法からいえば、今回の再上告審判決は、瑕疵修補費用相当額を損害と認めたのだから、「瑕疵のある物(建物)の所有権を獲得させる行為は当該建物の所有権侵害」であるということになるのではなからうか。

翻って、詐欺的商法などの取引的不法行為の場合も、物理的な所有権侵害がないから被侵害権利はないという理由で請求が棄却されることもないことは、結果的に不当な財産的支出を強いられたこと自体が財産権の侵害と考えられてきたからと思われる。この点に関して、瀬川信久は、取引介在型の不法行為の場合、判例上は、特定の動産・不動産を詐取した事案では、その財産の権利が侵害されたと考えているが、これ以外の詐欺、原野商法、変額保険の事件では、「権利侵害にあたる事実を認定しないことが多い」ことに触れ、このことの理解として、「財産上の損失を権利侵害と考え」ている可能性、もうひとつは、「強引な勧誘・不十分な説明により被害者の判断を妨害したことを権利侵害と考えている」可能性の二つが考えられると指摘している点が注目される⁶⁵⁾。

上告審判決が、仮に、建物所有者以外の居住者や通行人が「建物としての基本的な安全性にかかわる瑕疵」に起因した実際上の拡大損害を被っていないにもかかわらず、それでもこれらの者に権利侵害が成立しているとまで本判決が言っていると解すならば、確かにそれは、新しい権利を認めたとことになるのかもしれない。しかし、上告審判決も、再上告審判決もそのようなことまでは触れていない。この点につき、関は、「法理論の面か

64) 原田・前掲注(2)48-9頁。

65) 瀬川信久「民法709条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 個別的観察2(債権編)』(有斐閣,1998)586頁以下,589頁以下)。なお、これに関連して、前掲注(50)で紹介した、浅野説とそれに対する山本敬三の批判、筆者の見解参照。

ら見ると、本判決は『建物の基本的な安全性』という新しい法益を創出して、これを侵害することをもって不法行為の成立要件としようとしたように見えるが、本判決が述べている『建物の基本的な安全性』という法益は建物利用者や隣人、通行人等が有するものであるというのであるから、いわば当然のことを述べたにすぎず、これまでも裁判実務において当然考慮されていた法益を新たな表現の衣をつけて最高裁判決という表舞台に引き出したものに過ぎないと思われる」とする⁶⁶⁾。傾聴に値する見解である。

また、従来、最高裁は、新しい権利や法益を認める場合には、そのことを明確にするために判決文中で明示してきたのではなかろうか。「私生活の平穩という人格的利益」（ピラ配布事件・最判(1) 1989（平元）12・21民集 43・12・2252）、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」（エホバの証人輸血拒否事件・最判(3) 2000（平12）・2・29民集 54・2・582）、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（以下『景観利益』という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」（国立景観訴訟の最判(1) 2004（平18）・3・30民集 60・3・948）などである。ところが別府マンション事件の上告審判決も再上告審判決も、新たな「権利」「利益」について何も判示していない。

そもそも本件で建物所有者たる原告が主張した瑕疵修補相当額の損害賠償は、新しい権利概念を前提にしなくても十分把握可能なのである。それが不可能だと考えるのは、所有権侵害を所有物の滅失や毀損などの直接的な物理的侵害行為に限定するからである。しかも、そのように限定するこ

66) 関・前掲注(2)68頁。

とによって、橋本説のように「差し迫った危険」がなければ、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がないと上告審判決以上に不法行為の要件を加重するのは、判例を発展させるべき方向性として疑問である。

ただ、私見は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」論が以上のような意味で、必然的に「新たな法益論」と結びつくわけではないことを指摘するにとどまる。詐欺的商法の問題も、財産権の侵害というよりは、その本質は契約締結にあたっての自己決定権の侵害であると捉えることもできるように⁶⁷⁾、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」論の今後の発展方向として、新たな法益論を展開することの一般的な意義自体を否定するものではない。ただ、その場合は、上述に指摘したような意味での財産権侵害や所有権侵害と捉えることと対比して、「新たな法益論」を展開することによって、どのような具体的な意義、効用が生まれるのかを明らかにしていくことが重要となろう。

六 建物の瑕疵の損害論

1 財産的損失論

英米法やドイツ法で財産的損失ないし純粋経済損害と言われる概念⁶⁸⁾がある。これは、権利の物理的な侵害がなく、単に、財産の減少しか伴わない場合をさし、この場合には、不法行為責任は成立しないとするための概念である。日本の不法行為法はこのような賠償責任を否定ないし制限するための損害概念を知らず、判例上も財産的損失概念はとられていない。

にもかかわらず、近時、この概念を日本に導入すべしとする見解がある。この見解を近時精力的に展開する新堂明子は、上告審判決につき、ここで

67) そのような試みとして、錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号86頁以下(1996)。

68) この概念については、能見・前掲注(33)のほか、同「報告 総論 本シンポジウムの目的と視点」(日本私法学会シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」資料)NBL936号10頁以下(2010)。

の建物の瑕疵による損害は、経済的損失の問題であるとして、不法行為責任の成立につき消極的な基本姿勢をとる。新堂は、前述した 不法行為法は契約に介入すべきでない という理念の信奉者であり、経済的損失の問題は、本来契約規範で解決すべき問題であって、契約関係にない者が被った経済的損失は不法行為責任を発生させないとする基本的立場をとる。「しかし、契約によるアレンジメントが一方の当事者の権利を剥奪する場合、その被害者に最低限の保護を保障する任務が、不法行為法にはあるとされている」として、「たとえば、物理的損害の発生が現実化していなくても、物理的損害の発生の危険性を理由に、あるいは、建築物（建物）と製造物（製品）とでは経済的価値が大きく異なるとして、最高裁を正当化することができる」として、上告審判決の結論は支持するようである⁶⁹⁾。

同様に、建物の瑕疵損害は財産的損失の問題であるとする橋本説も、それが故に、不法行為責任の成立要件に「差し迫った危険」という加重要件を要求している点は前述した。

2 瑕疵修補費用相当額論

他方で、今回の再上告審判決は、本件において建物所有者が請求できるのは、瑕疵修補費用相当額であることを明言した。前述したように私見も同様の見解であって、わざわざ日本法にない「経済的損失論」をここに無理やりあてはめて、不法行為責任を限定する議論を展開するのは誤った方向性であると考え。この点、吉田邦彦は、新堂明子の私法学会シンポジウムでの報告の質疑の中で、次のような発言をしているが、的を得た発言と考える。「比較法的には、物的損害の側面がある欠陥住宅の事例についてのイギリスの制限的立場に影響されたのではないのでしょうか。そのような立場を『不法行為法は、契約法領域に入るべきではない』との大上段の議論を立てて、日本に持ってくることは、再度かつての経済的不法行為に

69) 新堂・前掲注(25)NBL 936号24頁。同・前掲注(25)北大法学61巻6号365頁も参照。

関する制限的立場のドグマ的復権のようなニュアンスがあり、比較法的な示唆の受け方として疑問があります」折角近時の判例の展開で、欠陥住宅問題について、資力ある第三者への責任追及のルートを認めて、保護拡充したことの意義を減殺するような危惧も持ちます⁷⁰⁾。

3 判例の理解

最高裁が、本件において「経済的損失論」をとっていないことは、上述のように、再上告審判決においてさらに明確になった。日本の裁判所が「経済的損失」論をとっていないことは、建物の瑕疵損害に限らず、例えば、詐欺的商法の被害者が、不法行為責任に基づく損害賠償請求をするにあたり、これは、経済的損失にすぎないから、損害は生じていないなどとする判例がないことから明らかである。例えば、原野商法の詐欺によって不当に高く原野を購入させられた場合は、不法行為責任に基づく損害賠償請求として、支払った代価と目的物の客観的価値との差額を損害として賠償請求することが認められている⁷¹⁾。

別府マンション事件では、前述のように、原告は、1審継続中に、本件建物の瑕疵の存在により賃借人が減ったために賃料収入が減少し、本件建物購入資金の融資を受けた金融機関への債務の弁済が滞り、結局、本件建物に当該金融機関のために設定した抵当権が実行され、本件建物は2002(平成14)年6月17日に競売に付されて売却された。そこで、被告は、原告がこのように本件建物の所有権を失った以上、本件建物の瑕疵について

70) 吉田邦彦発言・私法73号17頁。

71) 例えば、名古屋地判1994(平6)・9・26判時1523号114頁。最高裁もヤミ金融事件で被害者が高利により損失を蒙ったとしてヤミ金融業者らに不法行為責任を追及した事案で、何が被侵害権利かを論ずることもなく不法行為責任を肯定している(最3判2008(平20)・6・10民集62・6・1488)。なお、取引的不法行為における財産的損害の有無という問題について、窪田充美「取引関係における不法行為 取引関係における自己決定権をめぐる現況と課題」法律時報78巻8号68頁以下は、財産的損害を積極的に肯定すべきことを示唆する。

の損害賠償請求権は当然消滅したと主張していた。この点に関して、前述のように再上告審判決は次のように判示して、原告の損害賠償請求権の当然消滅を否定した点も注目される。

「(3) そして、建物の所有者は、自らが取得し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る場合には、第1次上告審判決にいう特段の事情がない限り、設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができるものと解され、上記所有者が、当該建物を第三者に売却するなどして、その所有権を失った場合であっても、その際、修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない。」

この損害賠償請求権当然消滅否定論は、所有物を壊された所有者が、壊した加害者から損害賠償を得た後に、目的物を売却したり、盗難にあったりして、所有権を失ったとしても、既に得た損害賠償金を返却する必要がないのと同じである。すなわち、目的物の瑕疵についての損害賠償を請求した時点で目的物の所有権を有していたことが基準となる。このことは、最高裁が、本件における被侵害権利は建物所有権であることを前提としていることをも示唆するのではなかろうか。

なお、学説の中には、本件原告が既に建物所有権を失っていることから、差戻審原審のような請求棄却は「結論において妥当」とする見解⁷²⁾があるが、再上告審判決はそのような見解をとらないことを明確にしたわけである。

七 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の不法行為法上の位置づけ

1 問題の所在

民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される

72) 荻野・前掲注(5)1341頁。

利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と規定する。そして要件事実の観点からいえば、民法709条に基づく不法行為責任を根拠に損害賠償請求をしようとする場合、民法709条の文言を根拠に、原告は、原告の権利ないし法律上保護される利益が侵害されたこと、被告が にあたる行為をなすにつき故意ないし過失があったこと(過失があったとの評価を根拠づける具体的事実)、 の行為との権利侵害等との間の因果関係の存在(709条の「故意または過失によって」の「よって」にあたる因果関係)、原告に生じた損害と金額、 の権利侵害行為と の損害発生との因果関係(709条の「これによって生じた損害」の「よって」にあたる因果関係)の主張証明責任を負うと解されている⁷³⁾。

ところで上告審判決が提起した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」は、冒頭にも述べたように、民法709条にはない概念であり、これを不法行為法上どのような性質のものと理解すべきかが問題となる⁷⁴⁾。

2 上告審判決における建物の安全性確保義務論

民法709条の不法行為責任の成立要件には、民法570条が規定する売主の瑕疵担保責任や、民法634条が規定する請負人の瑕疵担保責任、或いは民法717条が規定する土地工作物責任が規定するような「瑕疵」概念は、条文上規定されていない。それでは、上告審判決は、どのような意味で安全性瑕疵を使用しているのだろうか。

民法709条に規定されるように、不法行為責任が成立するためには、故意ないし過失が必要である。上告審判決は、「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

73) 潮見佳男『債権各論・不法行為法・第2版』(新世社,2009)11頁,吉村良一『不法行為法・第4版』(2009)110頁以下参照。

74) この概念を不法行為上の要件論との関係で分析するものとして、荻野・前掲注(5)論文参照。

に、当該建物の周辺には他の建物や道路等が存在しているから、建物は、これらの建物利用者や隣人、通行人等（以下、併せて「居住者等」という。）の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性を備えていなければならない、このような安全性は、建物としての基本的な安全性というべきである。そうすると、建物の建築に携わる設計者、施工者及び工事監理者（以下、併せて「設計・施工者等」という。）は、建物の建築に当たり、契約関係にない居住者等に対する関係でも、当該建物に建物としての基本的な安全性が欠けることがないように配慮すべき注意義務を負うと解するのが相当である」としている。

過失とは注意義務違反のことを言うのであるから、上告審判決がいう「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」（建物の安全性確保義務）は、過失の前提となる注意義務として位置づけることができよう⁷⁵⁾。

過失の主張証明責任は、不法行為責任の成立を主張する原告が負うと解されている。それでは、原告は、どのような事実を証明すれば、被告に建物の安全性確保義務違反があったと証明できたことになるのか。原告は建築施工過程をいちいち監視しているわけでもないし、また、建築の専門知識もない。従って、たとえば、安全性にかかわるような壁の亀裂があった場合に、具体的にどのような施工がなされたから、壁に亀裂ができたのかの施工上の注意義務違反の内容を、原告側で証明することは一般的に困難である⁷⁶⁾。

75) 橋本・前掲注(2)も「本判決が判示した『注意義務』も行為義務違反としての過失理解に基づき、建物の設計・施工者が負う結果回避義務を具体化したものにほかならない」とする(161頁)。

76) 花立は、「通例注文者や買主は、完成までの工程で瑕疵の発生に関与することがない。したがって、建築紛争では、瑕疵の存在の認定に必要な立証内容は、たとえば建築関係法違反や合意に反すること等であり、故意過失の立証は不要である。また瑕疵が存在すると、その修補費用が損害となるから財産上の損害が生じている」と指摘する(前掲注(2)國

上告審判決は、「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。」と判示する。ここでは、「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」と判示しているが、実際には、「瑕疵」が発見されることによって、「設計・施工者等がこの義務を怠った」ことが推定されることになるのではないか。すなわち、ここでの「瑕疵」概念は、過失の内容となる注意義務違反（安全性確保義務違反）の事実を推定するための概念、過失の事実上の推定を媒介する法概念と位置づけることができよう⁷⁷⁾。

3 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を根拠づける事実

過失の証明責任は原告が負うという原則からすれば、過失の事実上の推定を導く「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の存在は、原告側が主張証明すべきことになる。それでは、どのような場合に「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があると言えるのか。上述したように、再上告審判決は「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とは、「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい、建物の瑕疵が、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合に

學院法学46巻2号25頁)。

77) 原田・前掲注(2)も、「『安全性確保義務』と法益侵害との間に『瑕疵』の損害を介在させることにより、『建物の安全性を損なう瑕疵』が存在する場合には、『安全性確保義務』違反(過失)が推定されるということになるであろう」と指摘する(48頁)。

は、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当すると解するのが相当である」としている。

ここでは、「いずれは……危険が現実化することになる場合」と判示しているが、しかし、建物のある瑕疵につき、「いずれは……危険が現実化すること」の証明が厳格に求められることになれば、差戻控訴審の示した現実的危険性論に逆戻りすることになりかねない。すなわち、壁の亀裂によって、それが、いつ壁の剥落を招いて通行人等に危害を与えることになるのかを具体的に証明しろといわれても、その具体的な「危険の現実化」を証明することは困難であろう。従って、ここで再上告審判決のいう「いずれは……危険が現実化すること」の意味は、「いずれは……危険が現実化する」潜在的な危険性があること、その意味で「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵」であることを証明できればそれで足りると考えるべきである。

それでは、更に、どのような事実を主張証明すれば、「危険にさらすような瑕疵」であることを証明できたと評価されるのか。この点で、原告は、建物の安全性についての最低基準を定めた建築基準法令等に違反するような施工結果であれば、建物の安全性に瑕疵があると評価できると主張していた点が想起される。例えば、建築基準法施行令上、本件建物の屋上や外階段の手すりの高さは、1.1 m 以上でなければならないと定められているが、本件建物の手すりはその基準を充たしていない。

この点につき、差戻控訴審判決は、「落下の可能性は低いものであり、当審口頭弁論終結時までには本件建物における事故の報告がないのは前記のとおりであるから、一審原告らが本件建物を所有していたときに、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性が生じていたものとは認められない。」として、手すりの高さが建築基準法違反である点は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」ではないとした。しかし、再上告審判決により、差戻控訴審が示した現実的危険性論は否定されたのであるから、現実に事故が発生していないことを理由に現実的な危険性がな

く、したがって、安全性瑕疵がないというような論理はもはや許されない。

むしろ、安全性にかかわる最低基準を定めている建築基準法やその施行令等に違反しているという事実を原告が主張証明できれば、それによって、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があると評価でき、そのことによって、被告の建物の安全確保義務違反が事実上推定されると解すべきである。私見と同旨の見解として、鎌野邦樹は、「建物にあっては建築法規等により『建物としての基本的な安全性』の基準については設計・施工者等にとって明確であることから、『建物としての基本的な安全性』を損なう『瑕疵』(絶対的瑕疵)が存在する場合には、設計・施工者等に過失があることは明らかであろう」とする⁷⁸⁾。

また、高橋寿一は、上告審判決のいう「建物としての基本的な安全性」の外延は、「国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資する」ことを目的として、「建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低限の基準」を定めた建築基準法(1条)によって形成されることは明らかであるとし、「『建物自体の瑕疵』の中の相当の部分が、『基本的な安全性』を損なう瑕疵と捉えられる」とする⁷⁹⁾。更に、上告審判決が出る以前から、裁判官により、次のような見解が提示されていたことは注目に値する。「基準法自体が、建築物の敷地、構造、設備および用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康および財産の保護を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的としている点(同法1条)からすれば、まさしく建築基準の最低限度を定めたものとして瑕疵の判定基準となると解することができ、その違反は瑕疵に該当するというべきであろう」⁸⁰⁾。

78) 鎌野・前掲注(2)14頁。

79) 高橋寿一・前掲注(2)5頁, 7頁。

80) 青山邦夫・夏目明德「工事の瑕疵」大西捷司編著『住宅紛争処理の実務』判例タイムズ社, 2003, 136頁。その他, 不法行為責任と法令違反につき, 澤田和也『法律実務家・建

上告審判決も、再上告審判決も、原告が主張してきた本件建物には安全性の最低基準を定めた建築基準法令等の違反があるのだから、建物としての安全性を損なう瑕疵があり、従って不法行為責任を負うべきだとする上告受理申立理由との関係では、法令違反の評価について直接には判示をしていない。しかし、この点を主張している上告受理申立理由についての（再）上告審の判断として、「論旨は、上記の趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない」としているのであるから、「上記の趣旨」の中には、安全性に関する最低基準を定めた建築基準法等の法令違反の事実は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」として評価できるとする趣旨も含まれると解すべきであろう。

4 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」概念を違法性の問題と位置づける見解

上告審判決は、原審のように建築施工者等は違法性が強度の場合に限って不法行為責任を負うというような責任限定論を批判して次のように判示する。「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って不法行為責任が認められると解すべき理由はない。」

この点につき、上告審判決を解説した高橋譲元最高裁調査官は、原審のように違法性が著しい場合にのみ不法行為責任が成立するとすることは妥当でないが、かといって、原告が主張するような建築基準法違反をもって違法性ありとすることになれば、公法上の基準がそのまま私法上の判断基準となるのかという問題とともに、ささいな建築基準法違反でも違法となって不法行為責任を問えることになり、これも妥当でない。そこで、最高裁は、建物としての基本的な安全性に配慮する義務に違反し、「建物と

築関係者のための欠陥住宅紛争の上手な対処法 紛争の本質からみた法的対応策 』
(民事法研究会, 1993) 100頁以下, 日弁連消費者問題対策委員会編 『欠陥住宅被害救済の
手引き・全訂増補版』(民事法研究会, 2002) 91頁など。

しての基本的な安全性を損なう瑕疵」がある場合に違法性があると認めることにしたのであるという趣旨の解説をしている⁸¹⁾。

しかし、上告審判決自身は違法性要件に触れていない。再上告審判決も同様である。そもそも民法709条には後述するようなドイツ民法典の不法行為規定とはことなり、違法性という文言はなく、権利侵害ないし法益侵害があれば違法性が充足され、かつ権利ないし法益も固定的なものでなく新たに形成されていくものと考えれば、違法性を独立の不法行為の成立要件と位置づける意味がないとする見解も今日では有力である⁸²⁾。高橋譲説のように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を違法性要件にかかわるものと位置づけ、建築基準法違反の違法性を相対化する見解は、建築基準法違反があっても現実に危険が生じていなければ建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるとはいえないというような差戻控訴審のような誤った論理を導きかねない危険を内在させることにならないか危惧する。

5 小 括

以上のように、私見によれば、上告審判決、再上告審判決は、建物所有者が建物の瑕疵によって瑕疵修補費用相当額の損害を被った点につき、建築施工者等に不法行為責任に基づく損害賠償を請求したという当該事案との関係では、何か「新しい権利」や「新しい法益」を産みだしたとまで評価できず、また評価する必要もない事案である。この場合の損害は、ただの抽象的な経済的損失ではなくして、瑕疵修補費用相当額であって、建物の具体的な瑕疵によって生じている建物所有権に加えられている被害の回復（所有権の侵害）ないし、そのような出費を強いられることによる財産的損害の回復である。

81) 高橋譲・前掲注(2)1376頁以下。高橋は、上告審判決は「不法行為における違法性の根拠を基本的な安全性の確保に配慮すべき注意義務の違反に求めている」とする(1380頁)。

82) 潮見・前掲注(73)19頁以下。

原告が主張証明責任を負う不法行為の成立要件としての過失については、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があることを証明することで、「建物としての基本的な安全性に配慮すべき注意義務」（建物の安全性確保義務）の違反、すなわち、その意味での過失が事実上推定されることになる。そして、安全性の最低基準を定めた建築基準法令等の違反の事実を証明できれば、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があると認定されるべきである。この場合、被告が過失を否定する抗弁として、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が発生する予見可能性がない、または結果回避可能性がないという抗弁は成り立つか。原告が被告における安全性確保のための最低基準である建築基準法令等の違反を証明できれば、そのような抗弁が成立することはほとんどないであろう。安全性確保のために定められた措置を講じていないのだから、当然、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が発生することが予見できるからである。また、当該具体的な建築状況の中で、建築基準法令には違反しない措置でも、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の発生が予見できる場合には、当然それに対する結果回避義務違反の過失が問題となる。建築基準法令遵守は最低限の行為基準であって、瑕疵発生の場合に責任を一切免れさせるような免罪符ではありえない。取締法規違反は私法上の注意義務違反そのものではないという意味は、故意過失によって他人の権利を侵害し損害を発生させてはならないという不法行為規範の趣旨からは、このように解されるべきである。

結局、建物の安全性確保義務違反という過失は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があることにより推定される。そして、建築基準法令等の安全に関する最低基準に違反したことを証明できれば、この安全性瑕疵があると認定すべきである。ただし、当該建築に当たり、建築基準法令を順守していてもなお安全性瑕疵が生じることが予見可能であれば、そのような瑕疵が生じないようにしなければ建物の安全性確保義務違反の過失があることになる。

他方で、違法性については、拡大損害が生じていなくても、被告の建築行為により修補が必要な瑕疵が現に建物に作り出された(ないしは除去されていない)こと自体が建物所有権の侵害ないし財産権の侵害と考える場合には、そのことによって徴表されているといえる。

日本とは異なり、その侵害が不法行為責任を成立させる権利を限定し、また、条文上の要件として「違法に」という文言を持つ⁸³⁾ドイツにおいて、抽象的に危険を発生させる行為であっても適法な行為として許された行為から被害が生じた場合に、それを違法と評価するための判例上の概念として、社会生活上の保安義務とか社会生活上の注意義務(Verkehrssicherungspflicht, Verkehrspflicht)と呼ばれる概念が20世紀初頭から発展してきた。この義務違反が認められる場合の裁判例には、建築の瑕疵により人身被害が発生した場合も含まれるという⁸⁴⁾。上告審判決のいう「建物としての基本的な安全性に配慮する注意義務」は、ドイツの判例上の Verkehrspflicht に類似するものであるのか、また、日本の判例で社会的接触関係上認められている安全配慮義務や講学上指摘されている保護義務などはどのように関係するのか、しないのか、今後検討を要しよう⁸⁵⁾。

83) 日本民法典の709条に相当する不法行為責任の一般的成立要件を定めたドイツ民法典は、次のように規定する。「823条1項 故意(vorsätzlich)又は過失により(fahrlässig)他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に(widerrechtlich)侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。2項 他人の保護を目的とする法律(ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz)に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくとも(ohne Verschulden)違反を生じる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生ずる。」(訳文は、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(日本評論社、1990)72頁による。

84) この点につき、錦織成史「民事不法の二元性(一) ドイツ不法行為法の発展に関する一考察」法学論叢98巻3号26頁以下(1975)。

85) 高橋譲元最高裁調査官は、なぜか、上告審判決の判例解説で、奥田昌道『債権総論[増補版]』(悠々社、1992)18頁が、債権・債務者間では、契約上の給付利益に向けられた給付義務、付随義務とは別に、相互に、相手方の生命・身体・所有権その他財産的利益を侵害しないように配慮すべき注意義務として保護義務(Schutzpflicht)があることを指摘

八 安全性瑕疵以外の建物の瑕疵についての 建築施工者等の不法行為責任

再上告審判決は、上述のように「建物の美観や居住者の居住環境の快適さを損なうにとどまる瑕疵」は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」には該当しないとしたが、建物の安全性瑕疵以外の瑕疵につき、建築施工業者等が不法行為責任を一切免れるのかは、判例の射程外と捉えるべきものとする。例えば、注文者が一定の「美観」や「快適さ」をセールスポイントにして売却する予定の建物であることを建築施工者等が認識、ないし認識可能な場合には、建築施工者等が建築にあたり必要な注意義務を尽くさなかったために、達成すべき「美観」や、「快適さ」が損なわれた場合には、注文者等から当該建物を買受けた建築施工者と直接に契約関係にない者にも損害（当該建物に想定された「美観」「快適さ」を実現するための費用ないし建物価値の減少分）が発生しうる結果を予見可能なのであるから、そのような結果発生回避義務を建築施工者等は負うと解せる場合もあるのではないだろうか⁸⁶⁾。つまり、上告審判決や再上告審判決

していることを紹介している（高橋・前掲注（2）1366頁注6）。安全配慮義務については、高橋眞『安全配慮義務の研究』（成文堂、1992）、宮本健蔵『安全配慮義務と契約責任の拡張』（信山社、1993）、高橋眞『安全配慮義務の研究』（成文堂、1992）、淡路剛久「日本民法の展開（3）判例の法形成——安全配慮義務」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年全般的考察』（有斐閣、1998）447頁以下、筆者の見解として、前掲注（41）の他、『時効と正義——消滅時効・除斥期間論の新たな胎動』（日本評論社、2002）21頁以下。

- 86) この場合、建築施工者等が注文者に主観的瑕疵による損害賠償請求義務を履行した場合には、注文者からの買受人に対する賠償義務も履行したことになると解しないと、二重払いの危険を負担することになる。その法的構成としては、同一の瑕疵に基づく損害賠償債務として性質上の不可分債務となる（民法430条）などの構成が考えられる。ただ、この場合、例えば、建物の買主から不法行為責任に基づく損害賠償請求をされた建築施工者が、建築施工者が注文者に対して請負契約上の未受領の報酬債権を有することをもって相殺を主張することは、不可分債務者の一人につき生じた事由の相対効（民法430条による民法429条1項の準用）及び、不法行為により生じた債権を受働債権とする相殺の禁止規定（民法509条）からも認められないと解する。

は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」以外の瑕疵について、建築施工等がおよそ不法行為責任を負わないとまで断じているわけではないことに留意すべきである。

上告審判決を登載した最高裁判事判例集における判示事項のまとめ方が、「建物設計者、施工者又は工事監理者が、建築された建物の瑕疵により生命、身体又は財産を侵害された者に対し不法行為責任を負う場合」とされている点も、「不法行為責任を負う場合」の事例判決であることを示していると解すべきである。すなわち、上告審判決は、このような場合にだけ不法行為責任を負うという意味での必要条件を示しているのではなく、こういう場合には不法行為責任を負うという十分条件を示したに過ぎないと捉えるべきである。なぜなら、これ以外の場合に不法行為責任を負わない理由を、上告審判決は積極的に示しているわけではないからである⁸⁷⁾。

九 おわりに

建物の瑕疵をめぐるここ10年ほどの判例動向の展開には目覚ましいものがある。その大きな特徴として、下級審では解釈が分かれていた法的争点について、最高裁が、被害者の権利の実現・確保に資する方向で判例を形成してきている点が挙げられる。年代順にあげてみよう。 最判(3)

87) 新堂明子は、私法学会シンポジウムにおける報告で、上告審判決が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるときに限って不法行為責任を認めた」とした。この点について、筆者は質疑の際に、判決文にも民集の判決要旨にも「限って」という文言はないのであって、この瑕疵以外の不法行為責任については残された課題、すなわち判例の射程距離外ではないかと質問した。新堂は、上告審判決が、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵とわざわざ明示しているところをとらえて私なりに解釈し、例えば単なる契約違反のような瑕疵も不法行為でいくのかというと、いや違う、とこの判決を私はそういうふうに読みました。」(私法73号25頁)と回答した。なお、鎌野・前掲注(2)14頁、山口・前掲注(2)187頁、内田貴『民法 第3版』(東大出版会、2011)348頁も、限定論を示唆する。筆者は本文で述べたように、このような見方には疑問である。

2002（平14）・9・24判時1801・77⁸⁸⁾（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肯定）、最判(2)2003（平15）・10・10判時1840・18⁸⁹⁾（「柱の太さ事件」 請負契約上の主観的瑕疵についての瑕疵担保責任を肯定）、最判(2)2003（平15）・11・14民集57巻10号1561頁⁹⁰⁾（名義貸し建築士の不法行為責任を肯定）、最判(2)2007（平19）・7・6民集61巻5号1769頁（別府マンション事件上告審判決）、最判(1)2010（平22）・6・17民集64巻4号1197頁⁹¹⁾（当該事案において建物買主の売主に対する建替費用相当額の賠償額から居住利益や建物耐用年数伸長利益を控除することを否定）、最判(1)2011（平成23）・7・21（別府マンション事件再上告審判決）

ところで、これら～判決の事案においては、いずれも、結論を導く判決理由の中で、当該建物の瑕疵の内容が建物の安全性とかかわるかどう

88) 本判決についての筆者の分析として、松本克美・判批・法時75巻10号101頁以下（2003）。その他、判例批評として、岡孝・私法判例リマークス28号54頁（2004）、加藤新太郎・判夕臨増1154号66頁（2004）、鹿野菜穂子・民商131巻2号315頁、原田剛・不動産取引百選・第3版（別冊ジュリスト192号）158頁、同・成城法学71号175頁。

89) この判決については、松本・前掲注(45)で論じた。その他、笠井修・不動産取引百選・第3版（別冊ジュリスト192号，2008）156頁、塩崎勤・判夕臨増1184号（平成16年度主要民事判例解説）50頁（2005）、島田邦雄・浅井弘章・金子由美・中山靖彦・富岡孝幸・旬刊商事法務1718号63頁（2004）、花立文子・私法判例リマークス30号42頁（2005）、原田剛・法学教室283号100頁（2004）、平野裕之・法学教室294号別冊付録（判例セレクト2004）19頁（2005）、武川幸嗣・受験新報639号8頁（2004）、山地修・判夕1184号4頁（2005）、山田到史子・民商130巻3号582頁（2004）。

90) 本判決の判例批評として、朝倉亮子・判夕臨増1215号88頁（平成17年度主要民事判例解説）（2006）、鎌田薫・ジュリ臨増1269号87頁（平成15年度重要判例解説）（2004）、小島彩・法協122巻12号144頁（2005）、下村信江・私法判例リマークス30号54頁（2005）、谷村武則・判夕1244号42頁（2007）、日向野弘毅・常磐大学人間科学部紀要・人間科学27巻1号73頁（2010）、宮坂昌利・最高裁判解・民事篇平成15年度690頁（2006）。この問題についての筆者の見解は、「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900頁以下（2001）。

91) この判決についての筆者の分析として松本克美・法時83巻4号143頁（2011）。その他、判例批評として、石川真司・法セミ675号30頁（2011）、中村肇・法セミ672号122頁（2010）、北居功・民商法143巻3号358頁（2011）、武藤貴明・ジュリ1419号128頁（2011）、柳勝司・名城法学60巻3＝4号39頁（2011）、渡邊力・判時2099号182頁（2011）。

かを重視している点が注目される。そのことは、本稿が主たる検討対象とした、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるか否かを正面から問題にしている 判決以外においても、次のような点から指摘できる。

判決では、当該建物は原審の認定した事実によれば、「建物全体の強度や安全性に著しく欠け、地震や台風などの振動や衝撃を契機として倒壊しかねない危険性を有するものとなっている。」としたうえで、「このため、本件建物については、個々の継ぎはぎ的な補修によっては根本的な欠陥を除去することはできず、これを除去するためには、土台を取り除いて基礎を解体し、木構造についても全体をやり直す必要があるのであって、結局、技術的、経済的にみても、本件建物を建て替えるほかはない」と判示している。

判決では、「前記事実関係によれば、本件請負契約においては、上告人及び被上告人間で、本件建物の耐震性を高め、耐震性の面でより安全性の高い建物にするため、南棟の主柱につき断面の寸法 300 mm × 300 mm の鉄骨を使用することが、特に約定され、これが契約の重要な内容になっていたものというべきである。そうすると、この約定に違反して、同 250 mm × 250 mm の鉄骨を使用して施工された南棟の主柱の工事には、瑕疵があるものというべきである。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」として、本件特約の内容が「耐震性の面でより安全性の高い建物にするため」であることに着目している。

名義瑕疵建築士の不法行為責任を最高裁として初めて認めた 判決も、「建築物を建築し、又は購入しようとする者に対して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等のために、建築士には建築物の設計及び工事監理等の専門家としての特別の地位が与えられている」ことを重視している。」

賠償額からの居住利益等の控除を否定した 判決は、「当該瑕疵が構造

耐力上の安全性にかかわるものであるため建物が倒壊する具体的なおそれがあるなど、社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるとき」には居住利益の控除等は否定されるべきことを指摘している。

それぞれ、法的争点が異なる事案の判決ではあるが、「建物の安全性」が法解釈において重視されていることを反映しているといえよう。そして、このような「建物の安全性」を重視する近時の最高裁の姿勢が、判決において、建築施工者等の「建物としての基本的な安全性を欠くことがないように配慮すべき注意義務」（建物の安全性確保義務）論に結晶したと捉えられる。

ところで、本稿で繰り返し強調しているように、本件は建物所有者としての原告が建物の瑕疵についての瑕疵修補費用相当額等を損害として賠償請求している事案であって、上告審判決が判示するような建物利用者や隣人、通行人等が原告になっているわけではない。にもかかわらず、当該事案とは直接に関係のないこれらの者との関係でも、建築施工者等は、建物の安全性確保義務を負うとした背景として、当時、社会を騒がせていた耐震偽装事件があったことがうかがわれることは別稿で既に指摘した点である⁹²⁾。

しかし、建物の安全性への配慮の強調が、逆に、建物の瑕疵についての不法行為責任の成立を限定するようなことになっては本末転倒である。別府マンション事件は、3回目の福岡高裁での審理（再差戻控訴審）を迎えることになる。今度こそ、判例の発展方向に沿った判断が下されることを強く望みたい。

最後に、本年3月11日に発生した東日本大震災では、未曾有の津波災害とともに、造成地の崩壊や、大規模な液化化による建物被害があったこと

92) 松本・前掲注(3)348頁。その他、耐震偽装事件と上告審判決の関連を指摘するものとして、鎌野・前掲注(2)4頁、円谷・前掲注(2)90頁、花立・前掲注(2)リマークス51頁等。

も報道されている⁹³⁾。「うわもの」としての建物の安全性だけでなく、建物が建つ地盤や地域の安全性が問われているのである。かつて、地震、水害、火災などの地域の安全を図るために、土地工作物に防災設備を要求する根拠としての「安全権」の考え方が提唱されたことがある⁹⁴⁾。「新しい権利」の創造は、建物所有権の侵害としても捉えられる建物所有者による建物の瑕疵についての瑕疵修補相当額の不法行為責任の追及の場面に視野を限ることなく、むしろ、こうした地域防災の観点もふまえて創造・発展させられるべきものではないだろうか。

93) 三辻和弥・源栄正人「地盤の被害状況」建築技術2011年9月号148頁(2011)など。

94) 篠塚昭次は、今から三十数年前に、「安全権」につき、「地域住民の集団的権利(総有)である点は『環境権』と同じだが、『作為義務』を課す点で異なる。とくに、堤防、ガスタンク、石油タンク(石油コンビナート)、避難場所、避難道路、など災害対策の要求権としてその効果は大きいとおもわれる」と指摘していた(篠塚昭次『注釈民法(2)債権』、有斐閣新書、1977、363頁。傍点原文)。「安全権」については、同『『安全権』の提唱』日本土地法学会編『住宅政策・防災と法理論』193頁(土地問題双書5、有斐閣、1976)、『同「安全権の今日的状況 水害 へのアプローチを中心に」法律時報56巻5号36頁(1984)参照。