

論 説

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

松 本 克 美*

- 一 はじめに
- 二 福岡高判 2009(平成21)・2・6
- 三 最判 2007(平成19)・7・6 の意義
- 四 2・6 判決の損害論の問題性
- 五 おわりに

一 はじめに

建築途中の賃貸用マンション（9階建のA棟と3階建のB棟を連結させたマンション）を施主から購入した買主らが、完成して引渡しを受けたマンションには壁の亀裂やバルコニーの手すりのぐらつき、雨漏りなど多数の瑕疵があったとして、本件建物を設計・監理・施工した設計者・施工者を相手取り、補修費用相当額の損害などにつき、不法行為責任等を理由として総額5億2500万円の損害賠償を請求した別府マンション事件で、1審の大分地裁 2003(平成15)・2・24 判決は、設計・施工者等の設計・監理上および施工上の注意義務違反による過失を認定して不法行為責任を認め、原告の請求を一部認容し、約7400万円の損害賠償請求を認容した。

ところが2審の福岡高裁 2004(平成16)・12・16 は、請負契約等の目的

* まつもと・かつみ 立命館大学教授

物の瑕疵については、契約責任で処理されるべきであって請負人が不法行為責任を負うのは、「その違法性が強度である場合」、「瑕疵の程度・内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合等に限って、不法行為責任が成立する」(傍点引用者。以下同様)として、本件においては、そのような強度な違法性はないとして、原告の請求を棄却した。

これに対する上告審で、最高裁 2007(平成19)・7・6(以下、最判07と略す)は、次のような注目すべき判示を行い、原判決を破棄差戻した(民集61巻5号1769頁)。「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い、「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、原則として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。」そこで、「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。」

設計・施工者等には、建物の安全性に配慮すべき注意義務があるという理解は、実は、従来の下級審裁判例の中でも認められてきた考えである¹⁾。

1) 例えば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、京都地裁は、「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

しかし、最高裁として初めて、しかも、違法性が強度な場合に限り不法行為責任が成立するという原審を破棄差戻しする理由として明示したこの建物の安全性配慮義務論は、社会的にも大きな注目を集めた²⁾。また、その理論的・実務的意義が極めて大きいことは、この判決について既に十数件にのぼる判例批評、判例解説が短期間のうちに公刊されていることから見て取ることができる³⁾。

筆者は、この最高裁判決が出された直後に、この判決を検討した論文で、本判決は「建物の基本的な安全性」についての設計・施工者等の注意義務

のある建築業者としては、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、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。」という注目すべき判示を行っている（京都地判2000(平成12)・10・16 判時1755号118頁）。

- 2) この判決は当時の新聞記事において、「欠陥住宅の救済幅拡大」「安全損なえば責任」「最高裁初判断」「『不法行為』の敷居下げる」などの見出しのもと、欠陥住宅被害について施工業者等の厳しい不法行為責任を認める姿勢を最高裁が示したものととしてトップ記事で扱われ（2007年7月7日付朝日新聞朝刊等）、大いに社会の注目を集めた。
- 3) 本判決の判例批評、解説、その他この判決の検討を主眼とする既刊行の論稿として、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、荻野奈緒・判批・同志社法学60巻5号443頁（2009）、鎌野邦樹・判批・NBL 875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・NBL 890号53頁（2008）、高橋寿一・判批・金商1291号2頁（2008）、円谷峻・判解・ジュリ1354号89頁（2008）、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1頁（2008）、原田剛「建物の瑕疵に関する最近音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）、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100頁（2007）、山口成樹・判時2002号185頁（判評593号23頁。2008）、良永和隆・ハイロイヤール270号76頁（2008）等。

を明示した点で大きな意義があることを指摘しつつも、他方で、瑕疵による建物自体の損害については、逆に「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りはしないかという危惧を表明した⁴⁾。

今年の2月になって福岡高裁から出された差戻審判決(福岡高判2009(平成21)・2・6 LEX/DB 25450270。以下、単に2・6判決と略す)は、まさに私見の危惧を現実化する極めて問題のある判決であった⁵⁾。本稿は、この2・6判決の検討を行うとともに、建築瑕疵に対する施工者等の不法行為責任の判断枠組みと損害論について私見を展開するものである。

まずは2・6判決の内容について確認しておこう。

二 福岡高判2009(平成21)・2・6

1 差戻審での争点

上述のように、上記最判は、「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」本件を原審に差戻した。従って、差戻審での争点は、(1) 本件建物に上記最判がいうところの「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(瑕疵の有無・争点1)、(2) そのような瑕疵がある場合には「それにより上告人らの被った損害があるか」(損害の有無・争点2)が中心である。なお筆者は、上記最判が争点2の末尾に「それにより上告人らの被った損害があるか等」として付加されている「等」の一字に重要な意味が加えられているのではないかと推測しているが、この点は後述する。

4) 松本・前掲注(3)論文参照。

5) なお、本誌本号には最判07及び差戻審判決の検討を行う石橋秀起「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」が掲載されている。

2 2・6 判決における「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の定義と判断基準時

2・6 判決は、「『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、建物の一部の剥落や崩落による事故が生じるおそれがある場合などにも、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存するものと解される。」とする。

そして、この意味での「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」は、本件建物が2002(平成14)年6月17日に競売により一審原告らから訴外Aに売却されているところから、「少なくとも、同日までに、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存在していることを必要とすべきである。」とする。「なぜならば、一審原告が請求する不法行為に基づく損害賠償請求は、財産権侵害であり、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存在することによる瑕疵修補費用相当額を損害と観念するものであるから、一審原告らが所有権を有している間に、瑕疵修補費用相当額の損害が発生していることが必要と解されるからである。」という。

そして、注目すべきは2・6判決の次の判示である。

「思うに、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』の存否については、現実の事故発生を必要とすべきではないが、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。」

3 個々の瑕疵の認定

(1) 建物のひび割れ

2・6判決は原告が主張する瑕疵のうち、建物の多数のひび割れ（「A棟北側共用廊下及び南側バルコニーの建物と平行したひび割れ」「イ A

棟北側共用廊下及び南側バルコニーの建物と直交したひび割れ」「ウ A棟1階駐車場ピロティの梁及び壁のひび割れ」「エ A棟居室床スラブのひび割れ及びたわみ」「オ A棟居室内の戸境壁のひび割れ」「カ A棟外壁(廊下手すり並びに北面及び南面)のひび割れ」「キ B棟居室床のひび割れ」「ク B棟の居室内壁及び外壁(東面,南面)のひび割れ」を認定し、かつ、このうち、上記イ及びクひび割れは、雨水の侵入などにより、コンクリート内の鉄筋が腐食する可能性もあることを認めつつも、「かかる鉄筋の腐食は徐々に進行するものであり、当審口頭弁論終結時まで、ひび割れを原因とした事故が起こったという報告もないことからすると、一審原告らが本件建物を所有していた平成14年6月17日までに現実に鉄筋を腐食させ、そのことにより、建物の一部が崩落したり剥落が生ずるような危険が生じ、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。

(2) A棟屋上の塔屋ひさしの鉄筋露出について

A棟屋上の塔屋(エレベーター機械室)のひさしの裏面に腐食した鉄筋が露出していることを認めつつも、「A塔屋上は、普段人の出入りが予定されていない場所であり、その後のコンクリートの剥落も報告されていないことからすれば、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険性は認められない」とする。

(3) 鉄筋の耐力低下

原告主張の鉄筋の耐力低下があったとしても、「鉄筋の耐力の低下によって、直ちに建物の一部の剥落や崩壊が生じるものとは認められず、一審原告が所有権を失ってから6年以上経過しながら、何らかの事故が発生したとの報告もないのであるから、一審原告らが本件建物を所有していた当時、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。

(4) B棟床スラブ(天井スラブ)の構造上の瑕疵

建物の柱の位置の不適切や床レベルの勾配から、方持ち梁にクリープが

生じ、それが時間の経過とともに大きくなる可能性及び構造計算上、建物に必要な鉄筋が不足している個所があることを認定しつつも、「一審原告らが所有権を失ってから6年以上経過しながら、何らかの事故が発生したとの報告もないことは前記のとおりであり、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。

(5) B棟配管スリーブの梁貫通による耐力不足

設計図書と異なる施工部分による耐力不足のおそれの主張については、別途補強工事がなされているので、「梁の耐力が保たれているかにはわかに即断できないが、一審原告らが所有権を失ってから6年以上経過しながら、何らかの事故が発生したとの報告もないこと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。

(6) 設備関係の瑕疵

A棟各階室のバルコニー手すりのぐらつき A棟各室のうち、15室のバルコニーに、ひびわれを起こしている個所があり、一部には鉄筋の腐食による爆裂がみられ、コンクリートの破壊が進んでいることが認められ、このまま放置すればひび割れが進行し、手すりが支持できなくなるおそれのあることが認められるとしつつも、「今の段階では、確定的ではないけれども、取り付け強度としては、コンクリートと一体に、アンカーが一体化しているところを前提に強度を保っているので、若干取り付け強度が落ちている状況になっている、放置していると、強度的にもたなくなるので、落下の危険性があるとする証言をふまえつつ、「これらを総合すると、一審原告らが本件建物を所有していたときに、居住者等の通常使用によっても、その生命、身体又は財産に対する現実的な危険性があるような手すりのぐらつきが生じていたものは認められない。」とする。

その他、施工不良による屋内立配管の亀裂による漏水や、全居室の

ユニットバス不良，風雨の吹き込む外廊下に防雨対策のない火災報知総合版が設置されていることにより，漏水により火災報知機が機能しなくなるおそれのあること，A棟1階エントランスホール奥に水がたまる構造になっていること，木製建具の開閉不良，駐車場のアスファルト舗装の不備などを認めつつも，それらは「契約違反」であっても，「それによって，居住者等の生命，身体又は財産に対する現実的な危険を生じさせたものとは認められない」とする。

また，B棟2階事務所床の鉄筋露出による錆の発生，A棟9階エレベーターホールのテレビ配線集中口から漏水し，錆水がたまっていることを認めつつ，「これが直ちに，建物の一部の剥落や崩落に繋がるものではなく」，また，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省令（通産省）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っ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。

4 2.6 判決の結論と本稿の検討視角

「以上によれば，本件においては，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ものということとはできないから，一審被告らの不法行為責任は認められない。」とする。

ところで前述したように原審は1審とは逆に原告の請求を棄却している

のであるから、もし、差戻審の2・6判決のように、原告の請求を棄却するのであれば、最高裁自身が、原告の請求を棄却した原審の結論は維持しつつ、理由について原審と違う理由を述べても足りたはずである。いわゆる「結論としては是認できる」式の判決である。したがって、上記最判は、自らが示した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるか否かを問題にすることによって、請求を棄却した原審と異なる結論が出ることを予想していたと言えよう。だとすれば、2・6判決は上記最判が提示した判断枠組みを誤解ないし曲解したとの評価も可能である。そこで、問題は結局、上記最判の示した判断枠組みの評価に帰着する。以下、この点を検討しよう。

三 最判 2007(平成19)・7・6 の意義

1 契約責任規範と不法行為責任規範

(1) 原審の「違法性強度責任限定論」の否定の意義

上述のように最判07は、「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。」として、原審の違法性強度責任限定論を否定したことは判決文から明確である。

問題は、このような責任限定否定論の意味である。

民法上は、違法性が強度の場合に限って不法行為責任が成立するという明文上の規定はない。この意味で、そもそも条文にない「違法性が強度である場合に限って」という加重要件を付加する法的根拠が問われよう。原判決は、建築設計・施工者等が建物の瑕疵について不法行為責任を負わされるとすると、「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が生ずる」こと、「請負人が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」ことを理由に、不法行為責任の成立を限定している。

原審では、第一に、設計・施工者が建物の瑕疵について債権者たる注文者に負う責任は、本来は契約によって規律されているのだから、これとは別に不法行為責任が成立すると契約の趣旨を没却するという契約当事者間で不法行為責任を併存させることの問題性が意識されている。これは要するに、契約責任規範と不法行為責任規範の関係をどう解すべきかという請求権競合の問題に帰着する。

原審は、第二に、債務者は債権者に対してのみ債務を負っているのであって、不特定多数の者に債務を負っているのではないから、建物の瑕疵という債権者の契約上の給付利益の侵害に対して、債権者以外の者には責任を負わないのが原則であるという、いわゆる債権の相対効の原則の問題を念頭に置いているように思われる。そこで、これらの点の妥当性を更に検討してみよう。

(2) 契約当事者間における責任規範の調整

まず確認されるべきことは、日本の判例・通説は、契約責任規範と不法行為責任規範とが競合し得る事案において、一般的に契約責任規範の方が優先し、不法行為責任規範の適用は排斥されるべきとするような法条競合論的立場をとってこなかったということである⁶⁾。この点では、本件の第1審のように、「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、瑕疵を原因とした施工業者の注文主に対する不法行為責任が成立する領域においては、瑕疵担保責任と不法行為責任とが請求権競合する」と解するのが従来⁷⁾の判例・通説に従った立場と言える⁷⁾。

6) 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。

7) 谷村武則裁判官は、一部の裁判例で、不法行為責任の成立範囲を限定し、不法行為責任を認めるためには加重された要件の充足を要求する裁判例も見られるが、「しかし、債

但し、契約によって債権者・債務者間の利益を調整しつつリスク配分を行い、その結果、債務者の責任を一定の限度に限定することが合理的であると考えられる場合に、安易に不法行為責任の成立を認めることは、契約によるリスク配分の趣旨を没却することになるから、この点の配慮も必要となる場合はあろう⁸⁾。この点で参照されるべき判決にペリカン便事件最高裁判決がある（最判 1998(平成10)・4・30 判時 1646・162)⁹⁾。最判は、宅配便業者たる運送人の荷送人に対する不法行為責任が追及されたこの事件で、「本件運送契約上の責任限度額である三〇万円を超えて損害賠償を請求することは、信義則に反し、許されない」とした。その理由は、「宅配便は、低額な運賃によって大量の小口の荷物を迅速に配送することを目的とした貨物運送であって、その利用者に対し多くの利便をもたらしている」ことから、「宅配便が有する右の特質からすると、利用者がその利用について一定の制約を受けることもやむを得ないところであって、貨物運

務不履行責任と不法行為責任が競合する場合には要件を満たす限りいずれの請求権を行使することもできると解されている（請求権競合説）ことからすれば、瑕疵担保責任（民 634, 570条）が存ずるとして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。」とし、「むしろ、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（谷村武則「第三部第三章不法行為関係訴訟における要件事実と証明責任」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）795-6頁）。

- 8) この点を意識して、山口・前掲注(3)は、請負契約と売買契約の連鎖の中で、建物所有者が建築施工者等に無限定に不法行為責任を追及できるとすると、それぞれの契約におけるリスク配分が無に帰してしまう恐れがあるとの視角から、請負契約当事者間において「間接的ではあれ、過失による瑕疵であっても設計・施工者等の責任を軽減すべく合意することは、無過失責任としての瑕疵担保責任を排除するだけでなく、不法行為責任も故意重過失によるもの以外は排除するものと解するべきである。」とする（188頁）。
- 9) 本件判批として、荻野奈緒・同志社法学60巻7号651頁以下（2009）、奥田昌道・判時1661号、落合誠一・平成10年度重判（ジュリ臨増1157号）108頁、塩崎勤・判タ1005号186頁（平成10年度主要民事判例解説）、能登真規子・法政論集180号、半田吉信・私法判例リマークス19号56頁、行澤一人・民商法121巻1号等。

送業者が一定額以上の高価な荷物を引き受けないこととし、仮に引き受けた荷物が運送途上において滅失又は毀損したとしても、故意又は重過失がない限り、その賠償額をあらかじめ定めた責任限度額に限定することは、運賃を可能な限り低い額にとどめて宅配便を運営していく上で合理的なものであると解される。」として、「右の趣旨からすれば、責任限度額の定めは、運送人の荷送人に対する債務不履行に基づく責任についてだけでなく、荷送人に対する不法行為に基づく責任についても適用されるものと解するのが当事者の合理的な意思に合致するというべきである。けだし、そのように解しないと、損害賠償の額を責任限度額の範囲内に限った趣旨が没却されることになるからであり、また、そのように解しても、運送人の故意又は重大な過失によって荷物が滅失又は毀損した場合には運送人はそれによって生じた一切の損害を賠償しなければならないのであって（本件約款二五条六項）、荷送人に不当な不利益をもたらすことにはならないからである。」としている。

民法上の請負契約の規定も、請負人の担保責任を減免責する特約は原則として有効とし、例外的に、請負人が「知りながら告げなかった事実」についてはこの特約の減免責は及ばない旨規定している（民法640条）。但し、このような減免責は、住宅の品質確保の促進等に関する法律（品確法）が適用される新築住宅の請負人については、「注文者に引き渡した時から十年間、住宅のうち構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分として政令で定めるもの」の瑕疵について、民法上の瑕疵担保責任（民法634条）を負い、これに反する特約で注文者に不利なものは、無効とされている点（品確法94条）、また注文者が消費者で請負人が事業者である場合、すなわち消費者契約の場合にこれが有償契約である場合においては、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項は無効とされ（8条1項5号）、また、消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民

法の規定による責任の全部を免除する条項（同項3号）及び当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失による不法行為責任の一部を免除する条項も無効とされている（同項4号）点は注意を要する。

以上の考察から確認できる点は次の5点である。第一に、契約責任規範が一般的に不法行為責任規範に優先するという法条競合論は日本ではとられていないこと、第二に、しかしながら契約責任規範による当事者のリスク配分に合理性がある場合には、そこにおける債務者の責任限定が不法行為責任に及ぶ場合もあり得ること、第三に、その場合でも、故意や重過失のある場合にまで不法行為責任を排除することは相当でないと解されること、第四に、住宅の品質の確保を促進するという立法政策から、新築住宅の主要構造部分等について請負人の瑕疵担保責任を減免責する特約は無効とされていること、第五に、当該建築請負契約に消費者契約法が適用される場合には、不法行為責任を全部免除する特約は無効とされ、一部免除の特約も事業者が故意又は重大な過失がある場合には無効とされる。

別府マンション事件は、請負契約の当事者間の紛争ではない。ただし、原告は本件建物の売主が本件建物施工者等に対して有する請負契約上の瑕疵担保責任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、1審はこの主張を認めたが、2審はこの事実を否定し¹⁰⁾、最判07もその原審の判断は維持している。したがって、2審以降では、契約当事者間の責任と不法行為責任の競合が問題とされてはいない。そこで、次に契約の相対効原則について検討しよう。

（3）契約の相対効原則

契約から生ずる義務（債務）は、債務者が債権者という特定の者に対して負う義務であって、不特定多数の者に負う義務ではない。したがって、債務の不履行が不特定多数の者に対する不法行為責任を当然に発生させるわけではない。これを「契約の相対効の原則」と呼ぶのであれば、このこ

10) この点については、松本・前掲注(3)114頁以下を参照されたい。

とは当然のこととして承認されるべきであろう。

ところで、建築瑕疵について、設計者・施工者等と契約関係にない建物取得者がこれらの者に不法行為責任を追及できるかという本件で問題となったような事案について、これを「契約の相対効原則」から検討する研究が近時精力的に発表されている¹¹⁾。しかし、本件事案で、原告は不法行為責任を追及する法的根拠を、請負人が請負契約上負っている瑕疵なき仕事の完成義務への違背(債務の不履行)に求めているわけではなく、売買によって取得した建物に瑕疵があることについての請負人の不法行為上の注意義務違反を問題にしているのであるから、そもそも「契約の相対効原則」と抵触する問題であるのか疑問である。

むしろ、問題は「契約の相対効原則」との抵触問題ではなく、この視角から本件を問題にする論者が共通に有する前提視角、すなわち、建物の瑕疵について不法行為責任を追及することは、「瑕疵なき建物の給付利益」を被侵害法益とするものだという前提¹²⁾にこそ問題が含まれていると思われる。確かに、建物取得者が「瑕疵なき建物の給付利益」を侵害されたことをもって被侵害利益とし、それについての不法行為責任を追及してい

11) 荻野奈緒「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 フランス破棄院全部会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391頁(2009)、荻野奈緒・前掲注(3)、新堂明子「移転させられた損失(1)~(3・完) Hannes Unberath, Transferred Loss, Claiming Third Party Loss in Contract Law (2003) の紹介とイギリス法の分析を中心として」北大法学論集58巻5号、6号、59巻1号、346頁、424頁、344頁(2008)、新堂明子・前掲注(3)、平野裕之・前掲注(3)参照。

12) 荻野・前掲注(3)472頁注(44)は、「建物取得者が、契約を離れて『欠陥のない建築物を取得する権利』を有していると考えことは困難であるように思われ、そうであるとすれば、そのような権利は契約上の利益(少なくともその一部)と捉えざるを得ないように思われる。」とする。また平野・前掲注(3)は、「瑕疵により目的物を使用できないことによる逸失利益や、瑕疵を修理する費用と言った積極的損害については、契約当事者間でしか考えられず、契約利益の賠償として瑕疵担保責任によりカバーされることは疑いない。」とし、建物の買主、注文者、第三者は建物の瑕疵による損害については、拡大損害が生じない限り、原則として不法行為責任は追及できず、「この限りではそもそも不法行為の要件が満たされないので法条競合とも異なり、そもそも請求権競合が問題にならないのである。」とする(449頁)。

るのであれば、そのような給付利益の履行は、請負契約によって請負人が注文者に対して負う契約上の義務であって、不法行為上の注意義務ではないといえることができる。しかし、本件原告は「瑕疵なき建物の給付利益」が侵害されたことが不法行為だと主張しているわけではない。請負人の不法行為上の注意義務違反により瑕疵ある建物を取得させられ、その瑕疵を修補するために費用がかかることが損害であるとして賠償請求をしているのであるから、当該事案においてそこで問題とされているような瑕疵のある建物を建築することによって修補が必要な損害を生じさせないよう注意すべき不法行為上の注意義務があるか否かが端的に問題にされればよいはずである。

（4）最判 07 の判断枠組みと契約責任規範と不法行為責任規範の調整問題

前述したように本件 1 審は、施工者等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、請負契約の目的である建築物に瑕疵があり、これが原因で損害が発生した場合も同様であるという請求権競合説の立場から、被告の不法行為責任を肯定した。これに対して、2 審は、強度の違法性がある場合に限り不法行為責任が成立するという違法性強度責任限定論をとった。その前提には、建物の瑕疵をめぐるリスク配分は、本来契約責任で規律されており、債務者である請負人が契約関係のない不特定多数の者に建物の瑕疵による不法行為責任を負うのは例外的であるとする前提があった。

それでは、最判 07 はどうなのか。最判は原審の違法性強度責任限定論を否定したことはその判決文からも明確であるが、1 審と同じく単純な請求権競合説に立つならば、違法性が強度の場合に限り不法行為責任が成立するのではなく、一般不法行為責任の成立要件を充たせば不法行為責任が成立するとして、むしろ 1 審の結論をそのまま維持することもできたはずである。しかし、最判 07 は、そうはせずに、「建物としての基本的な安全性」という概念を持ち出して、設計・施工者等は、「建物の建築に当たり、契約関係の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」を負い、「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、原則として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判断枠組みを示した。

私見はこうした判断枠組みの提示の仕方を次のように整理したい。

第一に、最判07の出発点は、あくまで、本件で不法行為責任追及の相手方となっている設計・施工者における不法行為の前提となる注意義務は何かという点から出発しているのもあって、本来は契約上の給付利益である利益の侵害に対して、契約関係に立たない第三者が不法行為責任を追及できるかという視角からは、問題を捉えていないという点である。

第二に、1審判決は、請求権競合論の立場から不法行為責任の成立要件を充たせば不法行為が成立するとしたのに対して(そのこと自体は、請求権競合説からは当然の結論であろう)、最判07は、更に一步踏み込んで、こうした場合の不法行為責任の成立要件を更に具体化し、設計・施工者等は、直接契約関係に立たない本件原告のような者に対して、建物の瑕疵についてのどのような不法行為上の注意義務を、どのような根拠に基づいて負うのかを明らかにしたのだと言えよう。

そこで、以下、最判07の注意義務論を検討しよう。

2 過失・瑕疵・損害

(1) 1審における過失・瑕疵・損害

1審は、本件原告(建物の買主)が、売主が注文者に対して有する請負契約上の瑕疵担保責任履行請求権を譲り受けたことを前提に、その瑕疵担保責任と不法行為責任の双方の有無を論じていることもあり、「瑕疵」概念を請負人の瑕疵担保責任における「瑕疵」(契約で特に定めた品質を欠く場合と、通常有すべき品質を欠く場合)の意味で用いている。

そして、不法行為上の過失の有無については、建築基準法や同施行令、建築工事標準仕様書、建築基準法上の建築士の誠実義務（建築士法18条1項）などを基準にしつつ、当該施工による瑕疵の発生予見可能性を前提として判断している。すなわち、ある瑕疵の発生を予見できるのに、建築基準法等の取締規定によって定められた瑕疵を回避すべき行為（作為ないし不作為）をなさなかったことをもって過失と捉えている。

更に、不法行為責任の成立要件としての損害については、瑕疵担保責任においては、瑕疵があれば瑕疵担保責任が発生するが、不法行為責任は、「発生した損害の公平な分担を図る制度で、契約の目的とは無関係であるから、設計で決められた安全率の強度に達しない施工をして瑕疵に当たったとしても、建物の耐久性に支障がない程度の強度であったなら、被害者において補強をすることを余儀なくされるとはいえないので、不法行為上の損害は発生せず、瑕疵担保責任では請求できる補強工事代につき不法行為に基づく損害賠償請求はできないことになる。」とする。すなわち、建物の瑕疵に対して設計者・施工者等が契約上の担保責任とは独立の不法行為責任を負うるのは、「建物の耐久性」に支障があり「補強をすることを余儀なくされる」瑕疵についてというわけである。

上記観点から、具体例として、ここでは、ア 本件建物のひび割れ等の瑕疵として、A棟居室床スラブ（鉄筋コンクリート造建物の床板）のひび割れと床スラブのたわみ、イ 本件建物の設備関係の瑕疵として、A棟各室のバルコニー手すりのぐらつき、A棟外階段の手すりの高さが建築基準法で定める1.1メートルの基準を充たさず70センチとなっている点、

屋内立配管の漏れ、漏電の原因となった本件建物の屋外や開放廊下等の証明器具、コンセント、スイッチ等に防湿型、防水型に器具が用いらなかった点の認定を紹介しておこう。

ア 本件建物のひび割れ等の瑕疵 A棟居室床スラブ（鉄筋コンクリート造建物の床板）のひび割れと床スラブのたわみ これらのひび割れやたわみは、i) 床の表面を均す際にコテ引きをよくするために水を撒きすぎ

た、ii) 板下支柱を早く除去し過ぎた、iii) 上端筋が下がってしまった等が原因であると認められ、施工の瑕疵によって惹起されたものと言える。このうちA棟居室床スラブに発生したひび割れは「耐久性に影響を与えるものであるから」、被告施工者は不法行為責任を負うが、居室床スラブのたわみは、「それによって床が落下するほどの危険性を有するものではなく、したがって、原告らは、その補強を余儀なくされているとはいえないので、補修費用相当額の損害まで発生しているとは認められない。」

イ 本件建物の設備等の瑕疵

A棟各室のバルコニー手すりのぐらつき「A棟各室のうち、15室のバルコニーに、手摺柱脚部のアンカーの施工位置がコンクリートの端に偏り、ひび割れを起こしている箇所があること、一部には鉄筋の腐食による爆裂がみられ、コンクリートの破壊が進んでいることが認められ、このまま放置すればひび割れが進行し、手すりが支持できなくなるおそれのあることが認められる。」「手摺のアンカーボルトを固定するに当たっては、手摺の使用や応力に耐える強度が保てるようなコンクリート厚さを確保すべきことは、施工業者としての基本的な注意義務に属する」から、施工者にはその基本的な注意義務に違反した過失があり、また、工事監理にあたった者がアンカーの取付位置を見れば一見して明らかであったと考えられるのに、これを看過したことは建築士の「注意喚起義務（建築士法18条4項）に反する工事監理上の過失があったというべき」であり、両者は、不法行為責任に基づき、手摺の補修費用を賠償する責任がある。

A棟外階段の手すりの高さが建築基準法施行令126条で定める1.1メートルの基準を充たさず70センチとなっている点 建築基準法の同規定は、「不特定多数の者に対する安全を確保するための規定」であり、不特定多数の者の往来予定されている外階段の手すりを施工段階で低くし、同手摺り高さが1.1メートル未満となったことは、施工の瑕疵にあたり、「この瑕疵は、設計図と明らかに相違し、かつ法令の解釈を誤って法令違反となる施工をすることによって生じたもの」であるから、施工者には過

失が認められ、また、監理者にも「注意喚起義務（建築士法18条4項）及び誠実義務（同条1項）に反する工事監理上の過失がある」から、両者は不法行為責任に基づき手摺り改修費用を賠償する義務を負う。

屋内立配管の漏れ 外気温の変化に対応するため、「排水管の伸縮対策を講ずべきことは周知の事実であり、また、建設省告示にも規定されていたこと」であって、工事監理者には「設計上の法令適合義務（建築士法18条2項）ないしは誠実義務（同条1項）に違反した過失」があり、また、施工者も配管に伸縮が生じずることを「当然に予見すべき」であり、これによって施工すべきことが適当でないと認めたときは工事監理者に通知や確認をすべきにもかかわらずこれらをせず漫然と工事を行った過失があり、両者は不法行為責任にもとづき、「排水管の亀裂や隙間の補修費用並びにそれらの将来の発生及びそれらによる漏れを防止するための補修費用を賠償する責任がある。」

漏電 本件建物竣工から1年半足らずしか経過していない平成3年8月から停電事故が起きている。「鑑定によれば、本件建物は海岸線から直線で250メートル以内にあるため海塩粒子が飛来することによる影響を受けやすく、また、開放廊下等は、雨水がかかるおそれがあることから、屋外や開放廊下等の照明器具、コンセント及びスイッチ等に防湿型や防水型の器具は用いられておらず、これは設計においてそのような指示がなされていなかったことによるものであることが認められる。」そして本件漏電の原因は防湿型又は防水型の器具を用いることを指示しなかった設計上の瑕疵が本件建物の漏電の原因になっており、この瑕疵は、「建築士としての誠実義務（建築士法18条1項）に反する設計者の設計上の過失」によるものであり、また、施工者も、上記器具に防湿型や防水型を用いなかったならば「漏電の発生することを当然に予期すべき」であるから、漫然と屋内型の器具による施工を行った点は、「過失による施工の瑕疵」に当たり、両者は不法行為責任に基づき、「屋外や開放廊下等の照明器具、コンセント及びスイッチ等を防湿型又は防水型の器具に取り換える費用を賠償

する責任がある。」

(2) 2審における過失・瑕疵・損害

2審は、「原告ら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となるものではなく、その違法性が強度である場合、即ち請負人である一審被告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、一審被告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。」とする。

2審判決は、こうした判断枠組みは、「建物の耐久性に支障が生じない程度の強度であったなら、被害者において補強をすることを余儀なくされるとはいえない」とする1審判決と「基本的な考え方においては、結局のところ当裁判所のそれと大差はないと言えそうである。」としている。しかし、1審判決が約7400万円の損害賠償を認容したのに対して、2審判決は請求をすべて棄却したという結論からしても、両者の「基本的な考え方」自体に「大差」があることを示していると言えよう。以下、上記5つの瑕疵についての2審判決の認定を見てみよう。

ア 本件建物のひび割れ等の瑕疵 A棟居室床スラブ(鉄筋コンクリート造建物の床板)のひび割れと床スラブのたわみ これらについて瑕疵があり、施工者の過失があり、工事監理者の過失の可能性があると認められるとしても、「これらの瑕疵により構造耐力上の安全性を欠く事態を招来しているとは認められない。」

イ 本件建物の設備等の瑕疵 上記(イ)～の瑕疵については、「この種の瑕疵が本件建物の基礎や構造躯体に関わるものであるとは通常考えられないから、原則としてこれを検討の対象から外しても差し支えないものと考えられる」として、瑕疵の存否自体について認定対象としていない。

（3）最判 07 における過失・瑕疵・損害

過失 まず、建築施工業者等に契約関係にない建物の買主等に対する不法行為責任が成立するためには、これらの者に対して、不法行為法上、建築施工業者等が過失の前提として、どのような注意義務を負っているのかが明らかにされなければならない。

この点、最判 07 は、建築施工業者等は、「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」を負っていることを明らかにした。それでは、このような「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」（以下、「建物の安全性配慮義務」と呼ぶことにする）が発生する根拠はどこにあるのか。

最判 07 は、この根拠を、次のように 建物に本来内在する危険性 に求めている。すなわち、最判は言う。「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に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、施工業者等は、建物の基本的な安全性配慮義務を負うというのである。

ここで注意すべきは、「基本的な」という修飾語の意味である。これは、建物の安全性に「基本的な」安全性とそうでない安全性があることを前提に、前者に限定する意味で用いられているのであろうか。しかし、そのように建物としての安全性を限定する概念であるかのように解釈することは、まったくのミスリーディングであると思われる。むしろ、最判の判決文は、建物には、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に安全性」（この部分に「基本的な」という修飾語がない点に注意）が備わっていなければならないとしているのであるから、「基本的な」とい

う意味は、およそ建物であれば備わっていなければならないという意味での「基本的な」安全性（最低限の安全性）という意味であろう¹³⁾。

そもそも建物については、建築基準法が「国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もって公共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の基準」を定めている。したがって、本判決がいうところの「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」は、建築基準法が要求する「最低の基準」を当然に含むものと解すべきであろう¹⁴⁾。以上まとめれば、およそ建物は居住者等の「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」が求められ、そのような安全性に欠けることがないように配慮すべき注意義務が施工者等に課されているというわけである。

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の位置づけ

それでは、最判07によって判例法理に導入された「新概念」¹⁵⁾ともいわれる「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念は、不法行為責任の成立要件のどこに位置づけられるのであろうか。最判は、上述のように「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「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」とする。

ところで、「この義務を怠った」ことが不法行為上の過失とされるなら

13) 松本・前掲注(3)121頁。

14) 高橋・前掲注(3)は、建築基準法の基準が、最判のいう「安全性」の最低限の内容であるとし、建築基準法は i) 構造耐力, ii) 防火・耐火性, iii) 耐久性・耐候性(腐食・腐敗・摩耗等の防止), iv) 良好な環境衛生条件の確保(採光, 便所等), v) 使用上・避難上の安全性(換気, 階段, 配管設備, 避雷設備等)について、すべての建築物が遵守すべき基準を定めており、最判のいう「『基本的な安全性』がこの中のどの範囲のものを指すのかは今後の判例の集積をまたなければならないが、その射程は、実際上かなりの範囲にまで及ぶものと考えらるべきであろう。」とする注目すべき指摘を行っている(5頁)。

15) 花立・前掲注(3)リマークス37号50頁。

ば、瑕疵の有無を問題にすることなく、そのような過失により権利ないし法益侵害すなわち、「居住者等の生命，身体又は財産が侵害」されたかどうかを問題にすれば足りるのではないだろうか。契約上の瑕疵担保責任（売主につき民法570条，請負人につき634条）や土地工作物の設置・保存の「瑕疵」を責任の成立要件とする特殊な不法行為責任である土地工作物責任（民法717条）と異なり，上述の民法709条に基づく一般の不法行為責任の成立において「瑕疵」は成立要件とされていないのである。なにゆえに，最判 07 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」ということを問題にしているのか。

例えば，マンションを購入したが施工不良によりバルコニーの手すりぐらついており，このままでは手すりが脱落して，それにもたれた者がバルコニーから落下してしまいかねないような状態があったとしよう。この場合の施工者等の不法行為上の過失はバルコニーの手すりの施工不良についての過失であり，損害は，このような施工不良の手すりを安全なものにするための補修費用相当額ということになる。補修費用相当額を出費しなければならないのだから，マンションの買主にとっての財産権の侵害である（この点は後に再論する）。それでは，この場合，「瑕疵」概念は何のために必要なのか。建物の補修費用相当額を損害として捉える以上，そこには補修すべき瑕疵の存在が前提とされる。また，施工不良という過失は，施工過程をその時点で観察しているわけではなく，出来上がった建物の不具合から認識できるのであるから，したがって，瑕疵があることによって，そこから施工上の注意義務違反が認定され得るのである。そして，瑕疵のないように施工する注意義務があるのだとすれば，現に瑕疵がある以上，故意・過失がないことは，むしろ加害者とされる側で証明すべき事柄ではないだろうか¹⁶⁾。

16) 鎌野・前掲注(3)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

このように建物の施工不良による不法行為責任の認定にあたり、建物の「瑕疵」は、損害の有無を把握する前提として、また、過失の前提となる注意義務違反を徴表するものとして機能することになるのではないだろうか。

3 最判 07 の被侵害権利・法益と損害論

(1) 問題の所在

最判 07 が 1 審, 2 審と異なる点は, 上述したように, それが設計・施工者等の建物の瑕疵についての不法行為責任の判断枠組みに「建物としての基本的な安全性」概念を導入した点にある。最判は, 設計・施工者等の安全性配慮義務違反により建築された建物に「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って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。」とする。

問題は, 「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」の意味である。建物の瑕疵によって生命, 身体が侵害された場合は, 瑕疵により完全性利益としての生命, 身体が侵害された場合であって, 「これによって生じた損害」はいわゆる拡大損害といわれるものである。同様にここでの「財産が侵害された場合」の「財産」も, 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」

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(14頁)。また, 花立・前掲注(3)「建築関係者」は, 「自然界に人工物を作り出すという建築工事の本質的要素から, 建物の瑕疵は, 天災や当時の水準で予測しえなかったものでない限り, 無の空間に物を組み合わせて建物として造り上げる作業・工事を実施する設計者・工事監理者・施工者等によって引き起こされたものにほかならない」から, 「建築の瑕疵による設計者・工事監理者・施工者等の不法行為責任の立証については, 故意・過失の立証は不要であり瑕疵の存在を立証することであり」と考える。」とする(24頁)。

によって居住者等の所有権である完全性利益が侵害され、拡大損害が発生した場合を意味するのであろうか。たとえば、建物の瑕疵が原因で漏電が生じ、その結果、建物に火災が発生し、そのために居住者等の所有物が焼失してしまったとか、排水管の瑕疵により、水漏れが生じ、居住者等の家財道具が毀損されたような場合を意味するのだろうか。それとも、もっと広く、「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、その瑕疵修補に費用がかかるとか、建物の価値が低下したなどのように、建物の瑕疵自体により建物所有者の財産的利益が侵害されたことによる損害（瑕疵損害）を含むのだろうか。

私見は最判 07 を検討した前述の拙稿で、瑕疵損害についての不法行為責任を排除すべきではないが、最判の判決文の書き方からはこれを含むかが不明確で、拡大損害に限られるように解釈される恐れがあることを指摘した。学説の評価は、この点について 2 分されている。

（2）瑕疵損害肯定説

最判 07 を検討した学説の中には、判決文でいう「居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合」の「財産」には、建物の瑕疵修補費用が含まれるという見解が一方にある。

鎌野は、最高裁は、建物に関する瑕疵を「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」（絶対的瑕疵 鎌野による命名）と、「建物としての基本的な安全性には影響を与えない瑕疵」（相対的瑕疵 鎌野命名）に二分し、「このような建物の絶対的瑕疵については、これを放置しておくことは社会的に許されず、修補（場合によっては建物取壊し・除去）を余儀なくされ（相対的瑕疵にあっては、現建物所有者の選択により、瑕疵による減価分の損害賠償請求をするだけにとどめ、修補をせずに『瑕疵』を放置しておくことも許される）、そのために修補費用相当額の『損害』が当然に生ずることになり、これは、財産権の侵害に当たる。」とする¹⁷⁾。

17) 鎌野・前掲注(3)14頁。

また山口成樹は、「本判決の意義は、拡大損害が現実に発生する前であっても、建物の基本的安全性を損なう瑕疵につき、建物所有者に不法行為にもとづく修補費用相当額の損害賠償請求権を認めたとある。判旨のいう『又は財産が侵害された場合』には、建物以外の財物への侵襲にとどまらず、建物所有者が瑕疵修補費用の支出を余儀なくされることまで含まれる点が重要である。」とする¹⁸⁾。

(3) 判決文からは不明確とする見解

私見も鎌野や山口のように建物の瑕疵損害を含むと解すべきだとは思いますが、しかし、最判の判決文自体から、「建物所有者が瑕疵修補費用の支出を余儀なくされることまで含まれる」と断言できるのか、その根拠はどこにあるのかは不明確である。むしろ、判決文の文言の「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」という書き方からすれば、この場合の財産は、「生命、身体」と同じく完全性利益としての財産に限定し、瑕疵から拡大損害としての財産権侵害が発生した場合に限定しようとする趣旨ではないかという読み方も不可能ではない。このような可能性、ないし表現の曖昧性を指摘するものとして、前述の私見¹⁹⁾のほか、原告側代理人である幸田雅弘弁護士²⁰⁾、平野裕之²¹⁾、秋山靖浩²²⁾、仮屋篤子²³⁾などの指摘がある。

18) 山口・前掲注(3)186頁。

19) 松本・前掲注(3)122頁以下。

20) 幸田・前掲注(3)は、「『居住者等の生命、身体及び財産が侵害された場合』の『損害』の概念に、建物それ自体の損害が含まれるかどうか、大きな問題になるだろう。」ことを指摘する(21頁)。

21) 平野・前掲注(3)は、「気にかかるのは判決文で拡大損害が生じた場合にのみ不法行為の成立を制限しているような書きぶりであることである」として、「本件では、拡大損害が生じた事例ではなく、差戻審で本件では拡大損害は生じていないとして、結局は請求棄却に終わる可能性がある。」ことを指摘する(452頁)。

22) 「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。」(秋山・前掲注(3)43頁)

23) 仮屋・前掲注(3)は、建物としての基本的な安全性にかかわる「危険を生じせしめて

（4）破棄差戻しとの関連

ところで、本件事案では、原告は、建物の瑕疵についての瑕疵修補費用相当額の損害や建物に瑕疵があるために賃借人が確保できなかったことによる減収利益などを損害として主張しているが、原告の所有物が建物の瑕疵により毀損されたことによる拡大損害などを賠償請求しているわけではない。また生命、身体の侵害に対する損害賠償も請求していない。したがって、もし、最判がいう「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」により侵害された財産とは所有物の毀損などの完全性利益侵害に限定され、したがって、瑕疵による拡大損害に限るという前提に立つならば、そのような損害の賠償が原告により主張されていないのだから、理由は異なるが結論は是認できるとして、原告の請求を棄却した原審を維持することもできたはずであろう。

そこで、原告の請求を棄却した原審を破棄差戻ししているということは、最判のいう財産の侵害は、必ずしも所有物の毀損のような所有権の完全性利益侵害、すなわち拡大損害の発生の場合に限るものでなく、瑕疵修補費用のような瑕疵自体の損害をも含む趣旨であろうという推測が一方で成り立つ余地があり、現に、このような理由から、最判の意図は、拡大損害に限定する趣旨ではないとする見解がある。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らうか。補修費用を×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²⁴⁾。また、新堂明子は、「本件は、人的、物的な損害について一切賠償請求されておらず、もっぱらそれ以外の損害（瑕疵修補費用が本件で賠償請求された主な損害となっている）についてであったため、

いる瑕疵を除去し、損害の発生を防止するための費用を損害と見ることでも可能であるし、本件において原告らが損害として主張しているのも、これらの費用である。しかし、本件において最高裁がこのような費用を損害として認めたか否かは判決の内容からは判然としない。」とする（75-76頁）。

24) 大西・前掲注(3)95頁。

以上のような判示からすると、最高裁は、建物の瑕疵修補費用の賠償を肯定したと見てよからう。」と指摘する²⁵⁾。

(5) 被侵害法益との関連

ところで最判のいう「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」における被侵害権利ないし法益は何であろうか。最判は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の例として、バルコニーの手すりの瑕疵をあげ、その理由として、「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」ことを挙げている。そして、最判は「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。」としている。ところで、本件の原告は繰り返し確認してきたように、建物の瑕疵によって生命、身体を侵害されたことによる損害の賠償を請求しているのではなく、建物の瑕疵によって瑕疵修補費用相当額の損害等を被ったとして財産的損害の賠償を求めているのであり、このことは最高裁での審理にあたって当然の前提とされていたと思われる。

にもかかわらず「生命又は身体を危険にさらす」手すりの瑕疵の例をあげているということは、ここで前提とされている被侵害利益が、生命、身体それ自体だけでなく、そのような「生命又は身体を危険にさらす」手すりの瑕疵があることによってその瑕疵修補を余儀なくされない財産上の利

25) 新堂・前掲注(3) NBL 61頁注4。なお、新堂は、最判平成19年を掲載した法律雑誌(判時1984号34頁)の囲み記事のコメントが、この点につき、「設計・施工者等の注意義務違反により基本的な安全性を損なう瑕疵が生じた場合には、そのことにより、少なくとも建物の補修費用相当額の損害が生じているとみられるのであって、必ずしも、その瑕疵によって現に誰かが傷害を負ったということが損害賠償請求の要件として求められているものではないと考えられる。」としている点も、最判が「建物の瑕疵修補費用の賠償を肯定」したことの論拠にしているかのようである(NBL 61頁注4)。無署名のコメント記事をもって最高裁判決の解釈基準とするならば、それは方法論的に疑問であるが、裁判官の間でもそのような解釈がありうる余地を示すものとしては、興味深い点である。

益，その意味での「財産」も，また被侵害利益に含めるという趣旨ではないだろうか。すなわち，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。

このように考えることは，結局は，「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があれば，「そのために修補費用相当額の『損害』が当然に生ずることになり，これは，財産権の侵害に当たる。」とする鎌野説²⁶⁾や，「判旨のいう『又は財産が侵害された場合』には，建物以外の財物への侵襲にとどまらず，建物所有者が瑕疵修補費用の支出を余儀なくされることまで含まれる」とする山口説²⁷⁾と同様な見解に立つことになる。これらの説の結論は妥当だと考えるが，最判をそのように解釈すべき，その根拠自体は明らかにされていない。私見はそのように解釈すべき根拠を上記のように考える。

四 2・6 判決の損害論の問題性

1 2・6 判決の損害論

2・6 判決は，上述のように，本件で原告が請求している損害が，「財産権侵害であり，『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存在することによる瑕疵修補費用相当額を損害と観念するもの」と把握している。

ところが2・6 判決は，上述のような施工不良による多数の瑕疵を認定しながら，1 審がそうしたように，これらの瑕疵の修補費用相当額をもって損害として認定することをしていない。その理由は，原告が主張するようにあれこれの瑕疵があったとしても，それは「本件建物に建物としての

26) 鎌野・前掲注(3)14頁。

27) 山口・前掲注(3)186頁。

基本的な安全性を損なう瑕疵」があったとは言えないからだとする。それでは、なぜ、様々な本件建物の瑕疵が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」と言えないのか。それは、2・6判決が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意味を、「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」と自ら限定し、かつ、この「現実的な危険性」を生じさせる瑕疵の存否の判断にあたり、「現実の事故発生を必要とすべきではないが、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。」としているように、「現実的な危険性」を「現実の事故発生」と実質的に等閑視しているからに他ならない。

しかし、現実の事故発生がある場合には、そこで生ずる損害の核心は、建物に瑕疵があることによる瑕疵修補費用相当額の財産的損害よりも、端的に居住者等の生命、身体、建物以外のそれらの者の財産についての損害、すなわち、本来の損害との対比では、いわゆる「拡大損害」である。結局、2・6判決は、原告が建物自体の瑕疵修補費用相当額の財産的損害についての賠償請求をしているのにもかかわらず、その損害の有無を判定するのではなく、瑕疵による拡大損害の有無を判定し、それが無いことを理由に損害を否定していることにならないだろうか。そして、このような損害論の歪みは、2・6判決が、最判07にはなかった「現実的な危険性」概念を建物としての基本的な安全性概念に加重して付加したことの帰結としてもたらされていると考えられる。すなわち、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、財産に「現実的な危険性」を与える瑕疵であり、したがって、「現実的に」事故が発生していない以上、そのような現実的な危険性を与える瑕疵があったとは推認できないという論理である。

2 東京地判 2008(平成20)・1・25 判決との比較

ところで、最判 07 以降、その判断枠組みに従って、不法行為責任の有無を判断した判決に、東京地裁 2008(平成20)・1・25 判決（判タ1268号226頁）がある（以下、単に東京地判と略す）。事案は、注文住宅の瑕疵をめぐり、注文者 X が当該建物の設計監理会社 Y に対して、債務不履行、不法行為を理由とした損害賠償を請求した事案である。Y は原告主張の設計監理契約の不履行または不法行為上の故意・過失を否定するとともに、仮に X に損害賠償請求権が発生するとしても、本件は商行為である債務の不履行から生じた損害賠償請求権であるから、商事債権として本件建物の引き渡しから 5 年の商事消滅時効にかかっている（商法522条）、また、不法行為に基づく損害賠償請求権も、X が損害及び加害者を知ってから 3 年以上経ての提訴であるから、時効により消滅している（民法724条前段）などと主張した。

東京地判は、Y に設計監理上の過失を認めつつ、債務不履行に基づく損害賠償請求権については商事消滅時効の完成を認めたが、不法行為に基づく損害賠償請求権については、まだ被告主張の時期には原告は損害を認識していず、消滅時効は完成していないとして請求を一部認容した。

東京地判は、この不法行為責任の認定にあたり、次のように最判 07 に従った判断枠組みを示している。「設計監理者は、設計及び監理の委託を受けた建物建築工事に当たり、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り、設計監理者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、設計監理者は、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。」

更に注目すべきことは、このような「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の認定基準として、「建物の倒壊の可能性を生じさせる」瑕疵かどうか、漏水による水損を生じさせるかどうかを基準としている点であ

る。すなわち、「およそ住宅の性能として欠くべからざる事項は、構造的欠陥がないことと漏水のないことであり、こうした事項に関する瑕疵は、構造的欠陥による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から、原則として、建物としての基本的な安全性を損なうものと解するべきである。また、防蟻処理に関する瑕疵も、蟻被害により構造部分の朽腐を進行させ建物の倒壊の可能性を生じさせるものであるから、原則として、同様に建物としての基本的な安全性を損なうものと解するべきである。

したがって、上記のような瑕疵により生じた損害について、被告は不法行為による賠償責任を負うというべきである。」

こうした判断基準により補修が必要な建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵を認定し、補修費用相当額としては、原告主張の1707万円の9割近くの1537万円を認容している。

東京地判は、2・6判決に比べて、同じく最判07の判断枠組みに依拠しつつも、2・6判決のように、「現実的な危険性」を問題にするのではなく、「倒壊の可能性」や水損を問題にしている点に特徴がある。この「可能性」は、「構造部分の朽腐を進行させ建物の倒壊の可能性を生じさせる」という判決文からも読み取れるように、2・6判決のような「現実的な危険性」ではなく、要するに「可能性」である。あえて、2・6判決の危険性という言葉にひき直すならば、2・6判決は「現実的な危険性」を問題にしているのに対して、東京地判は「抽象的な危険性」のレベルで「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の有無を判断しているものと言えよう。

ただ、東京地判は、他方で、「玄関ポーチ独立柱の内部の柱心が漏水によって吸水している事実が推認される。これは、本件建物の防水工事に関する被告の設計監理が不十分であったことに起因する建物の瑕疵であるといえるが、漏水箇所が建物内部に影響を与えるようなものでないことに照らすと、建物としての基本的な安全性を損なうほどの瑕疵ということとはできない。」とか、「西側浴室外部のベタ基礎底と基礎立ち上がり部分に亀裂が生じており、ここから漏水している事実が認められる。しかし、この瑕

疵は、本件建物内に漏水を生じさせるものではなく、本件建物の基本的な安全性を損なうものとは認めに足りないもので、仮に、この瑕疵が、被告の設計監理が不十分であったことに起因するものであったとしても、被告は不法行為責任を負わない。」などとして、建物に瑕疵があっても、それが東京地裁がいう「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」にあたらなければ、設計監理者に不法行為責任は生じないとしている点は、不当に不法行為責任を限定するものとして疑問である。

3 最高裁2003（平成15）・11・14判決における損害論

ところで、建築施工者等と直接に契約関係にない者に不法行為責任を認めた場合に、従来の最高裁はどのような損害論をとっていたのであろうか。この点で注目されるのは、いわゆる名義貸し建築士の不法行為責任を最高裁として初めて認めた最判2003（平成15）・11・14（民集57間10号1561頁）²⁸⁾である（以下、最判03と略す）。

この判決は、「建築士は、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、建築士法及び法の上記各規定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ものというべきであり、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ものと解するのが相当である。」としたうえで、損害については、「B株式会

28) 本判決に対する判例批評として、大西邦弘・判比・広島法学28巻2号177頁以下（2004）、加藤新太郎・判比・NBL790号111頁以下（2004）、鎌田薫・判解・平成15年度重要判例解説〔ジュリスト臨増1269〕87頁以下（2004）、小島彩・判比・法学協会雑誌122巻12号2118頁以下（2005）、角田美穂子・判比・法学セミナー49巻7号120頁（2004）、陳桐花・判比・法学69巻1号145頁以下（2005）5～153頁2005年4月、野口昌宏・判比・判例評論551〔判時1873〕186頁以下、宮坂昌利・判解・ジュリスト1264号122頁以下（2004）、同・判解・法書時報57巻11号271頁（2005）の他、拙稿「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）等参照。

社から重大な瑕疵のある本件建物を購入した被上告人らは、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、上告人は、被上告人らに対し、上記損害につき、不法行為に基づく賠償責任を負うというべきである。」として、原審が認容した契約解除による代金返還(売買の瑕疵担保責任)と無駄になった仲介手数料、登記費用、慰謝料、弁護士費用等の損害賠償を維持している。

重要なことは、これらの損害は、2・6判決が問題としているような建物の瑕疵に起因する現実的な危険性が顕在化したことによる拡大損害ではないという点である。

また、これまで建築施工者等の不法行為責任を認めてきた下級審裁判例は、いずれも不法行為上の過失により建物の瑕疵が生じた場合には、端的にその瑕疵修補費用相当額²⁹⁾や建替費用相当額を認めない場合には建物の減価分³⁰⁾などを不法行為と相当因果関係のある損害として認定してきたのであって、2・6判決のように「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」があったかどうかを問題にし、現実に事故が発生していないことを大きな間接事実として、そのような瑕疵の存在を否定し、結局、損害賠償請求を棄却するという例はほとんどなかったのである。ただ例外的に、2・6判決同様に、「建物の居住者等の生命、身体及び財産のための安全性を欠く」ことを認定しつつ、原告らにそれによる「具体的な被害が現に発生したものと認められない」ので、「本件建物は、本件欠陥があることにより、現在これに居住する原告らが直ちに退去し、これを撤去して建替えなければならないほどの具体的な危険がある状態であるとまでは認められず」、「本件欠陥により原告に現実に発生した損害として、建物を撤去して新たに再築す

29) 大阪地判 1998(平成10)・7・29 金判 1052・40, 大阪高判 2001(平成13)・11・7 欠陥住宅被害全国連絡協議会編『消費者のための欠陥住宅判例』(以下、単に欠陥住宅判例と引用) 2集・22頁。

30) 大阪地判 1998(平成10)・12・18 欠陥住宅判例 1集・82頁, 大阪地判 2000(平成12)・6・30 欠陥住宅判例 2集・170頁以下。

る費用分の損害を認めることはできない」とする下級審判決があった（京都地判 2001(平成13)・8・20 欠陥住宅判例 3 集・8 頁）。この判決について、以前、筆者は、「このような論理がまかり通るならば、欠陥住宅を建てられた、あるいは買わされた被害者は、生命、身体、財産に現実被害が発生し、または直ちに退去しなければならないような危険が迫らない限りは、『生命、身体及び財産のための安全性を欠く』建物の建替えも請求できないことになるという結果の甚だしい不当性」が生ずるが、「注文主や買主は何故にこのような危険性を甘受しなければならないのであろうか」と厳しく批判した³¹⁾。

幸い、この判決は、控訴審で覆され、大阪高裁は、「本件建物につき、人の生命や身体の安全性に関する重要な点において、建築基準法令に違反している以上、そのような建物を買い受けたこと自体が損害であって、現に本件建物の損壊等の被害が発生していなくとも、損害は生じているというべきである」として原告の請求を一部認容している（大阪高判 2002(平成14)・9・19 欠陥住宅判例 3 集・22頁)³²⁾。また、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」概念を提唱した最判 07 以前の事案である点も留意に値しよう。

五 おわりに

ところで、現実の事故発生がなければ建物の瑕疵による不法行為責任を認めないかのような 2・6 判決が出されたのは、上記最判の判決文自体の示した判断枠組みと事案の特性のミスマッチ、判断基準の不明確さにも起因すると思われる³³⁾。そもそも本件事案で問題となっているのは、瑕疵あ

31) 松本克美「欠陥住宅被害における損害論」立命館法学280号4頁（2001）。

32) 荻野・前掲注(3)459頁でも、この京都地裁判決、大阪高裁判決を紹介している。

33) 以下の点についての筆者の見解は、「建物の瑕疵による拡大損害の未発生と建築施工業者等の不法行為責任の否定 最判平成 19・7・6 の差戻審で請求を棄却した福岡高判

る建物を購入した買主(建物所有者)が補修しなければならないような瑕疵があることによって被った補修費用相当額の財産的損害等を賠償請求している事案なのであって、居住者等の安全性が直接問われている事案ではない。にもかかわらず、最高裁が建物の設計・施工者等が直接に契約関係にない居住者等にも「建物としての基本的な安全性」に対する不法行為上の注意義務を負うことを強調したのは、当時、いわゆる構造計算偽造問題などが社会問題となり、建物の安全性に関する設計・施工者等の不法行為責任を明示しておくことが重要と考えたからであろう³⁴⁾。一連の構造計算偽造問題では、震度5の地震でも倒壊しかねないような危険性が一部の建物には指摘されたが、幸いにして事故は現実化しなかった。そのような状況の中で最高裁は、あえて、「建物として基本的な安全性」に注意を喚起したのであろう。したがって、2・6判決が誤解(曲解)したように、建物の瑕疵により現実に事故が発生しなければ、不法行為責任が成立しないというような判断枠組みを示したとは到底考えられない。むしろ上記最判の眼目は、生命、身体、財産を危険にさらすような瑕疵は、それにより事故が発生しようがしまいが「建物としての基本的な安全性」にかかわる瑕疵であると指摘することにこそあったと捉えるべきである。事故が発生しなければ建物の瑕疵につき不法行為責任を負わなくて済むかのような2・6判決の論理は、上記最判の大きな誤解(曲解)に基づき、まさに自らの判決自身が、建物の基本的な安全性に対して高度な危険性を現実化させかねない危険な論理を内包しているのである。

なお、学説の中には、最判07が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に限定して設計・施工者等の不法行為責任を認めたと解する見解もあるが³⁵⁾、本稿二1で示唆したように、最判07は、「本件建物に建物と

平成21・2・6の危険な論理」消費者法ニュース80号1頁(2009)でも指摘したところである。

34) 最判07の背景として耐震偽装問題を指摘する論者として、鎌野・前掲注(3)4頁、円谷・前掲注(3)90頁、花立・前掲注(3)リマークス51頁等。

35) 鎌野・前掲注(3)14頁は、約上の柱の太さと違う建物であっても「絶対的瑕疵はない

して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」として、わざわざ「等」という一文字を付加し、必ずしも「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の有無とそれによる損害だけに限定して「不法行為責任の有無」を判断すべきとしていないようにも思われる。既に前稿で指摘したように、「建物としての基本的な安全性」にかかわらない瑕疵についての不法行為責任の成立については、最判 07 自体では明確には否定されていないのではないか³⁶⁾。この点は、そもそも「建物としての基本的な安全性」という概念自体をどのような内容のものとして捉えるかにもかかわる問題でもある³⁷⁾。

これらの点も含めて、差戻後上告審において、最高裁が、建物の瑕疵により危険が現実化しなければ設計・施工者等の不法行為責任が成立しないかのような、まさに「建物としての基本的な安全性」を脅かしかねない誤解（曲解）を産み出す余地のない明晰な判断を下すことを期待したい。

ため不法行為責任を負うことはない」とする。また山口・前掲注(3)187頁は、「本件では、建物の基本的安全性を損なわない瑕疵も争われているから、本判決が隠れた瑕疵の態様を『建物としての基本的な安全性を損なう』ものに限定した」とする（188頁）。

36) 松本・前掲注(3)123頁以下。また、幸田・前掲注(3)21頁、良永・前掲注(3)79頁以下も、この点については残された課題とする。

37) 前掲注(14)の高橋の見解参照。