

建物の安全と民事責任

——判例動向と立法課題——

松本克美*

目 次

- 一 はじめに
- 二 責任要件論
- 三 責任効果論
- 四 建物の安全と民事責任
- 五 立法上の課題
- 六 おわりに

一 はじめに

この10年ほどの間に、建物の安全性が問題となった建築瑕疵の民事責任訴訟をめぐり、判例上の大きな展開があった¹⁾。判決日順に紹介すると、次のようになる。

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 近時の建築瑕疵をめぐる判例を整理した論稿として、石橋秀起「欠陥住宅をめぐる判例の動向と今後の課題」現代消費者法18号(2013)63頁以下、岩島秀樹「建築紛争の判例と実務」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『建築紛争の知識と実務(弁護士専門研修講座)』(ぎょうせい, 2011)39頁以下、斎藤隆「建築訴訟の現状と課題」小島武司編『日本法制の改革:立法と実務の最前線』(中央大学出版部, 2007)18頁以下。筆者もその時々建築瑕疵をめぐる判例動向をまとめてきた(松本克美(2001a)—引用する筆者の論稿は、末尾の参考文献表の発行年と記号で引用する。以下同様)、同(2003b)、同(2006)、同(2010c)、同(2013a)など。なお本稿は、上記の最高裁判決を中心に建物の安全という観点から判例動向を概観するものなので、下級審裁判例や諸学説を詳細に紹介、検討する紙幅がない。これらについては、上記論文の他、末尾掲載の筆者の各論稿を参照されたい。

① 最判(3)2002 (平成14)・9・24 判時1801号77頁 (注文建築により完成した建物に重大な瑕疵ある場合の請負人の瑕疵担保責任に基づく建替費用相当額の賠償請求の肯定事例—以下最判①として引用。以下同様), ② 最判(2)2003 (平成15)・10・10 判時1840号18頁 (柱の太さ事件・請負契約上の主観的瑕疵の肯定事例), ③ 最判(2)2003 (平成15)・11・14 民集57巻10号1561頁 (名義貸建築士の不法行為責任), ④ 最判(2)2007 (平成19)・7・6 民集61巻5号1769頁 (別府マンション事件—建物の基本的な安全性を損なう瑕疵論), ⑤ 最判(1)2010 (平成22)・6・17 民集64巻4号1197頁 (居住利益控除の否定), ⑥ 最判(1)2011 (平成23)・7・21 判時2129号36頁 (別府マンション事件・最判④事案の再上告審)

本稿は, 最高裁判決を中心にこの判例動向を責任要件論(二), 責任効果論(三)の順に整理し, 建物の安全問題に民事責任訴訟が果たす役割を検討する(四)ものである。最後に, 幾つかの立法課題に触れることにしたい(五)。

二 責任要件論

1 瑕疵の判断基準

(1) 問題の所在

注文建築に瑕疵があった場合に, 注文者は請負人の請負契約上の瑕疵担保責任(民法634条以下)を追及することになる。また, 購入した建物に瑕疵があった場合には, 買主は売主の売買契約上の瑕疵担保責任(民法570条, 566条)を追及することになる。いずれにしても, 契約の目的物である建物に「瑕疵」があることが必要である(瑕疵概念については後述)。ところで, 建築物が通常的安全性は満たすが, 契約で特に定められたより耐震性を高めるための柱の太さを満たしていないような場合に, 瑕疵といえるかが争われたのが最判②の事案であった。

(2) 最判②以前の状況

講学上、瑕疵は、客観的瑕疵と主観的瑕疵に分類されることがある²⁾。客観的瑕疵とは通常その目的物が有すべき品質を欠くことをいい、主観的瑕疵とは、契約で定められた品質を欠くこととされる。学説は、いずれにしても瑕疵があると判断できるものとし、判例も売主の瑕疵担保責任の事案で、主観的瑕疵も瑕疵にあたることを明示してきた³⁾。

(3) 最判(2)2003（平成15）・10・10判時1840号18頁（柱の太さ事件・請負契約上の主観的瑕疵の肯定事例・最判②）

最判②は次のような事案で、最高裁として請負人の瑕疵担保責任が生じる瑕疵に主観的瑕疵が含まれることを明示した⁴⁾。原審の認定した事実によると、「上告人は、平成7年11月、建築等を業とする被上告人に対し、神戸市灘区内において、学生、特に神戸大学の学生向けのマンションを新築する工事（以下「本件工事」という。）を請け負わせた（以下、この請負契約を「本件請負契約」といい、建築された建物を「本件建物」という。）。

上告人は、建築予定の本件建物が多数の者が居住する建物であり、特に、本件請負契約締結の時期が、同年1月17日に発生した阪神・淡路大震災により、神戸大学の学生がその下宿で倒壊した建物の下敷きになるなど

2) 瑕疵概念についての筆者の見解は、松本（2005）370頁以下参照。最近の民法の教科書でも、客観的瑕疵と主観的瑕疵の分類が説明されている（山本敬三『民法講義Ⅳ-1契約』（有斐閣、2005）281頁、潮見佳男『基本講義・債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得・第2版』（新世社、2009）82頁）。請負契約の目的物の瑕疵については、内山尚三が、「通常もしくは当事者が契約によって期待していた一定の性状を欠いていた」場合に瑕疵があるとしているが、これは客観的瑕疵と主観的瑕疵の双方を指摘しているものと言えよう（『新版注釈民法（16）債権（7）』（有斐閣、1989）137頁）。

3) 大判昭和8・1・14民集12・71は、「案スルニ売買ノ目的物ニ或種ノ缺陷アリ之カヲ其ノ価額ヲ減スルコト少カラス又ハ其ノ物ノ通常ノ用途若ハ契約上特定シタル用途ニ適セサルコト少カラサルトキハコレ所謂目的物ニ瑕疵ノ存スル場合ナリ」とする。

4) 最判②についての筆者の分析は、松本（2005）368頁以下参照。

して多数死亡した直後であっただけに、本件建物の安全性の確保に神経質となっており、本件請負契約を締結するに際し、被上告人に対し、重量負荷を考慮して、特に南棟の主柱については、耐震性を高めるため、当初の設計内容を変更し、その断面の寸法 300 mm×300 mm の、より太い鉄骨を使用することを求め、被上告人は、これを承諾した」。

〔2〕原審は、上記事実関係の下において、被上告人には、南棟の主柱に約定のものと異なり、断面の寸法 250 mm×250 mm の鉄骨を使用したという契約の違反があるが、使用された鉄骨であっても、構造計算上、居住用建物としての本件建物の安全性に問題はないから、南棟の主柱に係る本件工事に瑕疵があるということとはできないとした。

(3) しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。」

「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」(傍点引用者一以下同様)。

(4) 最判②の意義

最判②が「契約の違反があるが、使用された鉄骨であっても、構造計算上、居住用建物としての本件建物の安全性に問題はないから、南棟の主柱に係る本件工事に瑕疵があるということとはできない」とした原審を破棄し、「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」場合に、その約定に違反して断面寸法が 50 mm 少ない鉄骨を使用したことは瑕疵に当たると判断したのは、客観的瑕疵がなくても、契約で特に定めた

内容への違反，すなわち，主観的瑕疵があれば瑕疵にあたる点で妥当な判断である。

契約でとくに安全性を高めるために指定された建材が使われなかったような場合には，たとえ通常の安全性を備えていても瑕疵と判断され損害賠償責任が課されることによって，約定に即したより安全性の高い建物が建築されることが促進されよう。

本件では，約定の内容が，①「本件建物の耐震性を高め，耐震性の面でもより安全性の高い建物にするため」という目的が明確で，②「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」という約定の内容が具体的で，③ また，それが「特に約定され，これが契約の重要な内容になっていた」という特徴がある。例えば，約定の目的が明確でない場合（とくに目的を明示することなく，「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」とされていた場合）や，目的は明確だが指示が具体的でなかった場合（「耐震性の面でもより安全性の高い建物にすること」だけ定められ，柱の太さは具体的に指定しない場合）などは瑕疵に当たるか，また建替えなければ，その主観的瑕疵を是正できない場合に建替費用相当額の賠償請求も認められるかなどは，今後に残された検討課題である。

2 名義貸し建築士の不法行為責任

(1) 問題の所在

日本の建築慣行において建築士が実際に監理をせずに，建築確認申請のためにだけ名義を貸すという行為が行われることも稀ではなかった⁵⁾。

5) 建築士の名義貸しの問題については，河合敏男『「欠陥」住宅は，なぜつくられるのか 安全なマンション・住まいを求めて』岩波ブックレット No.672 (2006) 29頁，日弁連消費者問題対策委員会編『いま，日本の住宅が危ない！我が国の欠陥住宅の現状と被害者救済・被害防止への指針』（民事法研究会，2006）111頁以下等参照。建築監理の具体的内容については，花立文字『建築家の法的責任』（法律文化社，1998）188頁以下に詳しい。

建築監理にかかる費用の削減が大きな目的である。名義貸しということは、実際には建築監理が行われないことを意味する。その結果、瑕疵ある建築物が注文主、或いは買主に引き渡された場合に、注文主ないし買主は、名義を貸しただけで監理をしなかった建築士に対して、瑕疵により生じた損害について民事責任を追及できるかという問題が生じる。建築監理を実際にはしていないのであるから、注文者との間に建築監理をめぐる契約関係は存在しない。そこで、この場合の民事責任は不法行為責任（民法709条）の追及ということになる。

(2) 最高裁判決以前の状況

この問題をめぐり、下級審裁判例は、責任肯定説と否定説に分かれ、対立していた。責任肯定説の論拠は、名義を貸しただけで監理を実際に行わないことが過失にあたり、それによって瑕疵が発生したならば、名義貸建築士の不法行為責任は肯定されるべきであるという点におかれた。これに対して、責任否定説は、名義を貸しただけで建築監理の契約を締結していない以上、監理をする義務はなく、従って瑕疵が生じたとしても不法行為責任は発生しないと主張していた。

学説は、名義を貸しただけという理由で名義貸建築士の不法行為責任を否定すれば、名義貸しの悪慣行をなくすことができず、建築瑕疵を放置することになるとして、不法行為責任を肯定すべしとする見解が強かったと言えよう⁶⁾。

(3) 最判(2)2003（平成15）・11・14民集57巻10号1561頁（最判③）

最判③は、購入した建売住宅に瑕疵があったとして、買主がこの建物を建築販売した売主や設計士、名義貸し建築士らを相手に不法行為責任等を追及した事案で、この問題につき、最高裁として初めて判断を下し、責任

6) 下級審の裁判例、学説の分析として、松本（2001b）参照。

肯定説にたつことを明らかにした⁷⁾。

その理由として、本判決は建築士法の趣旨とそれに基づく建築士という専門家の設計、監理への関与の必要性を挙げている点が注目される。すなわち、建築士法は、「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」としている。建築士は「専門的技術」を有し、「法令等の定める建築物の基準に適合した設計をし、その設計図書のとおりにより工事が実施されるように工事監理を行うべき旨の法的責務」を負う。

それなのに、建築確認申請書に名義だけを貸し、実際には建築監理を行わないということは、「実態に沿わない記載」をすることを意味する。この場合、「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、本件建物の建築工事が着手されるまでに、B株式会社に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」。そして、監理者として名義を貸すだけで、実際に監理がなされなかったことにより建物に瑕疵が生じ、「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」。

(4) 本判決の意義と課題

世の中に手抜き工事や技術水準の低さなどによる欠陥住宅、すなわち瑕疵ある建物がはびこる大きな要因の一つに、建築監理が適正に行われていないことが挙げられている。すなわち、建築にかかわる「設計」「施工」「監理」は、建築における三権分立にあたり、それぞれが独立性を保ち、相互にチェックすることが適正な建築がなされる重要な条件となる。ところが、実際には、建築監理は大きな施工業者に従属ないし癒着し、独立性

7) 最判③についての筆者の分析として、松本（2001c）。

が保たれていないことが多く、適正な監理が行われていない⁸⁾。そのことが建築瑕疵を生み出す大きな要因のひとつというわけである。建築士による適正な監理が行われないことの際たる例が、本件で問題となっているようなく名義貸し⁹⁾である。

建築監理を行わず、ただ、名義を貸すだけの場合に建築士に支払われる報酬は、監理の対価ではなく、名義貸しの対価であるから、前者に比べてその報酬は少ない。少ない報酬しか得ていないのに、適正な監理をしなかったことによって生じた建築瑕疵について損害賠償責任を負わされるとすれば、名義を貸す行為は、建築士にとって大きなリスクを伴う割に合わない行為ということになる。

なお名義貸し建築士が不法行為責任を負う場合に、実際に瑕疵ある建物を建築施工した施工業者との責任割合がどうなるかという問題がある。最判③の原審（大阪高判 2000（平成12）・8・30）は、買主に生じた損害は、本件建物を建築施工した土木建築請負業者である売主の「著しい手抜工事により発生したものであるが、前記認定ほどの違法工事が行われることはあまり例のない事態であり、必ずしも容易に予見できたとまでは言い難いこと」や、名義貸しをした建築士はその後、「正当に変更の手続をして工事をしているのであろうと考えたとしてもある程度やむを得ない面がないとはいえないこと」などに照らし、原告の被った損害にたいして名義貸し建築士の不法行為責任は 1 割程度の範囲で相当因果関係が及ぶとして、245万円のみ賠償責任を認め、上告審では責任の範囲は争点とならなかったため、この原審の判断は維持されている。ただ下級審裁判例においては、建築施工者と名義貸し建築士の間で共同不法行為責任が成立し、両者は損害額全部につき連帯して責任を負うとして約7200万円の賠償支払いを命じた判決⁹⁾や、「建築士には、建築物の設計及び工事監理等の専門家

8) 河合・前掲注(5)15頁以下、日弁連消費者問題対策委員会編『まだまだ危ない！日本の住宅』（民事法研究会、2009）44頁以下。

9) 札幌地判 2005（平成17）・10・28 LEX/DB28102323。

として特別の地位が付与されていることに鑑みると」、名義を貸した建築士の「義務違反の度合いが極めて小さいとか、本件土地建物の瑕疵によって被控訴人（買主）が被った損害との間の相当因果関係の範囲を限定的に解すべきであるとみるのは相当ではない」として、共同不法行為の成立について言及することなく、名義貸し建築士も連帯して約2200万円の損害額につき全部責任を負うとした判決¹⁰⁾、「およそ想定し得ないほどの著しい違法性のある工事が行われたといえるような特段の事情がない限り、瑕疵に起因する損害について、ことさらその範囲を限定的に解すべき理由はない」として名義貸し建築士が代表取締役をつとめる建築設計・監理などを行う会社に5355万円余の損害額全部の使用者責任（民法715条）を負わせた判決¹¹⁾などがある。名義貸しという違法行為の抑制及び賠償資力の確保という観点からすれば、対外的責任（対被害者に対する責任）としては全部責任を認めた方が妥当であろう¹²⁾。

最判③が名義貸し建築士の不法行為責任を肯定したことは、建築士の専門家責任を明確化することによって、こうした名義貸し行為を抑止し、建築士の専門家としての自覚を促す点で大きな意義があったと言えよう。

同時に、建築士の専門家としての役割を実効化するためには、建築士の職能集団としての自律性を高め、建築士の不正な行為につき自らチェックし、責任を追及する仕組み、行政上の建築士の不適正な行為につき厳格な罰則を定めることも求められよう¹³⁾。この点は、最判③以降に問題となった、いわゆる耐震偽装問題¹⁴⁾（2005（平成17年）11月に発覚）で大きく問われることになった問題である。

10) 高松高判 2006（平成18）・4・27 消費者のための欠陥住宅判例（以下、単に欠陥住宅判例と略す）5集4頁。

11) 仙台地判 2011（平成23）・1・13 欠陥住宅判例6集382頁。

12) この点はすでに松本（2001b）1540頁以下で指摘した。

13) この点を指摘するものとして、河合・前掲注（5）54頁以下。

14) 建築士が構造計算を偽造した耐震偽装問題の概要、背景、対策等については、五十嵐敬喜・小川明雄『建築紛争—行政・司法の崩壊現場』（岩波新書、2006）に詳しい。

3 建築施工者等の不法行為責任

(1) 問題の所在

注文建築で建物を取得したところ、瑕疵ある建築物であった場合、注文者は工事を施工した請負人に対して瑕疵担保責任（民法634条以下）を追及することになろう。また、売買により取得した建物に瑕疵があった場合には、売主の瑕疵担保責任（民法570条）を追及することになろう。ところが、後者の場合に、売主に瑕疵担保責任を追及しようとしても、責任を追及できる期間を既に過ぎている場合や、売主に賠償の資力がない場合には、売主の瑕疵担保責任追及ができない、あるいは実効性がない。そもそも瑕疵ある建築物を施工したのは、建築施工者等（ここでは施工者、設計、監理にたずさわる建築士も含める）なのだから、これらの者に不法行為責任を追及できないかが問題となる。

(2) 最判⑤以前の状況

そもそも民法709条の不法行為責任の原則規定は、故意・過失ある行為（ないし不作为）により他人の権利ないし法益を侵害し、損害が発生したならば、損害賠償責任を負うことを規定しているのであるから、建築瑕疵により損害を被った被害者が建築施工者等の故意・過失を立証し、それにより当該建築瑕疵が発生し、そのことによって損害が発生したという因果関係を証明できれば、建築施工者等の不法行為責任が認められるはずである。

ところが、下級審裁判例の中には、建築施工者は建築請負契約によって自らが損害賠償責任を負うリスクを規定しているのであるから、契約当事者でない第三者に不法行為責任を負うのは例外的な場合、例えば違法性が著しい場合などに限定されるべきだとするものがあった（最判④の原審・福岡高裁 2004(平成16)・12・16 はまさしくそのような判決であった¹⁵⁾）。

15) 最判④が出る前の建物の瑕疵と不法行為責任をめぐる問題状況の分析として、松本(2007b) 776頁以下参照。

(3) 最判(2)2007（平成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④）

最判④は、この問題について次のように判示する画期的な判決を下した¹⁶⁾。

① 建物としての基本的な安全性と建築施工者等の安全性確保義務

「(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。

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」。

② 建物の安全性瑕疵と施工者等の不法行為責任

「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。」

16) 本判決についての筆者の分析として（2007b）。その他の関連文献の詳細は、そちらに譲る。なお筆者が安全性確保義務という用語を使用する理由は、建物の安全性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」ことになるからである（(2011b) 1375頁以下参照）。

最判④は、施工者等が不法行為責任を負うのは違法性が著しい場合に限られるという原審の違法性限定論を明確に批判し、上記の観点から、さらに審理をすべきとして、福岡高裁に差し戻した。ところが、再び、福岡高裁は、瑕疵を否定し、請求を棄却したために（福岡高判 2009（平成21）2・6¹⁷⁾）、再度の上告がなされ、次に紹介する最判⑥が下されることになった。

(4) 最判(1)2011（平成23）・7・21判時2129号36頁（別府マンション事件・再上告審・最判⑥¹⁸⁾）

「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」。

(5) 最判④及び⑥の意義と課題

① 違法性限定論の否定

最判④は、民法709条に規定されてもいない、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いうような原審の違法性限定論を明確に否定した。原審のような違法性限定論を採用すれば、施工者等により手抜き工事がなされて瑕疵が発生しても、「違法性が著しくない」（そのように認定すること自体が矛盾であるが）という理由で不法行為責任の免責を認めることになり、手抜き工事の放任、法認になりかねない。その点で最判④の違法性限定論否定論は妥当な判断であった。

17) この差戻控訴審判決についての詳細は、松本（2009b）参照。

18) 本判決の分析として、松本（2011b）。関連文献は、これに譲る。

② 建物に内在する危険性への注目

このような判断をもたらしたのが建物に内在する危険性に対する最判④の認識である点は注目される。すなわち、「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」という判示である。

③ 安全性確保義務と安全性瑕疵

更に最判④は、上記のように、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」（私見はこの義務を前述のように安全性確保義務と呼ぶ）違反の結果、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」（以下、安全性瑕疵と呼ぶ）があり、それにより損害が発生した場合には不法行為責任を負うことを論じている。そもそも、民法709条には「瑕疵」という文言はない。不法行為責任の成立を基礎づけるのは「故意または過失」であって、瑕疵担保責任のような「瑕疵」ではない。それでは、最判④のいう「安全性瑕疵」は不法行為責任の成立要件にどのように位置づけられるべきであろうか。

論者の中には「安全性瑕疵」を違法性要件の問題として位置づける見解がある¹⁹⁾。最判④は、原審のような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いう違法性限定論を否定したが、どのような瑕疵があっても不法行為責任が成立するのでは責任の範囲が広すぎるので、当該建築物の瑕疵が「安全性瑕疵」である場合に限り違法性が生じ、不法行為

19) 高橋譲元最高裁調査官はこのような見解だと思われる（高橋譲・本件判解『最判解・民事編・平成19年度(下)』（2010）513頁）。

責任が成立するとしたものであると解するのである。この場合、「安全性瑕疵」は違法性を限定し、その結果、責任を限定する機能を果たすことになる。しかし、建築物に何らかの瑕疵があり、それによって損害が発生した場合に、その瑕疵が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」でない場合に違法性を否定し、責任を否定する法的根拠がどこにあるのだろうか。

私見は、むしろ、安全性瑕疵があれば、安全性確保義務違反という過失が推定されるという過失の推定機能こそが安全性瑕疵概念の独自の意義の核心であると解すべき考えている²⁰⁾。

④ 安全性瑕疵と現実的な危険性

最判④の差戻審で福岡高裁は、当該建物には建築基準法に違反する瑕疵が認められるが、しかし、その瑕疵によって「現実に事故も起きていないのであるから、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」という理由で、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵はないとして原告の請求を棄却した。このような現実的危険性論が肯定されれば、どんなに建物に瑕疵があっても現実に事故が発生していないという一事により不法行為責任が免責されることになり、あまりに不当である。

これに対して、最判⑥が、「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」をいうとして、現実的な事故の発生を不要と明言した点は評価できる。

ただ、それに引き続き最判⑥が、安全性瑕疵につき、「現実的な危険をもたらししている場合に限らず、当該瑕疵の性質を鑑み、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」と判示したために、施工者側から、<当該瑕疵を放置するといつ危険が現実化するかを原告側が証明すべし>というような主張が出され

20) 松本(2011b)1423頁以下参照。

ることも懸念される。しかし、最判⑥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、「放置すると……危険が現実化することになる場合」と言い換えたのである。従って、重要なのは「いつ危険が現実化するか」ではなくて、「危険が現実化する可能性がある」こと自体であると解すべきである。

三 責任効果論

1 建替費用相当額の賠償請求の可否

(1) 問題の所在

当該建築物の瑕疵が重大で、個別の補修ではその瑕疵を除去することができず、建替えが必要だという場合に、買主ないし注文主は、それぞれ売主、請負人に瑕疵担保責任に基づく損害賠償として建替費用相当額の賠償請求が認められるかという問題が生じる。買主は、瑕疵が重大で契約目的が達成できない場合には、売買契約を解除して代金を返還してもらうことにより、建替えなければならないほどの建物を保持しなければならないリスクを回避することができるが（民法570条、566 I）、請負契約の場合、目的物が建物などの土地工作物である場合には、重大な瑕疵があっても瑕疵担保責任に基づく請負契約の解除ができないことを民法が規定している（民法635条但書き）ため、余計にこの問題は深刻である。

(2) 最判①までの状況²¹⁾

売買契約上の瑕疵担保責任の法的性質をめぐっては、周知のように法定責任説と契約責任説（債務不履行責任説）の対立がある²²⁾。法定責任説によれば、特定物であるその契約の目的物に隠れた瑕疵があった場合に、

21) 下級審の裁判例、学説状況の詳細は松本（2002a）1574頁以下参照。

22) 瑕疵担保責任の法的性質論、賠償範囲論の近時の動向については、野澤正充編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』（日本評論社、2009）等に譲る。

その目的物以外の物を引渡すべき物とは観念できないので、〈瑕疵のない目的物が給付されたら得られたであろう利益〉、すなわち〈履行利益〉は観念できず、賠償の対象とならないことになる。瑕疵ある建物の建替費用相当額を、〈瑕疵のない目的物が給付されたら得られたであろう利益〉、すなわち〈履行利益〉を実現するための費用相当額であると解す場合には、瑕疵担保責任に基づく損害賠償の範囲からは除外されることになる。反対に契約責任説は、瑕疵担保責任を債務不履行責任の一種と捉えるので、賠償範囲は通常の債務不履行の場合と同様に民法416条により画され、履行利益も賠償範囲に含まれるので、建替費用相当額の賠償も認められることになる。下級審裁判例の中には、履行利益に当たるから建替費用相当額まで賠償請求できないとして、これを否定するものがある²³⁾一方で、信託利益限定説を否定して建替え費用相当額の賠償請求を認める例²⁴⁾や、信託利益に限定されるとしつつ、瑕疵が重大で建物の価値がゼロなので、結局、売買代金分が余計に支出されたとして代金相当額の賠償を認め、実質的に建替費用相当額に近い額を認容する例もある²⁵⁾。

請負契約上の瑕疵担保責任については、下級審裁判例、学説は、上記の民法635条但書きが請負契約の解除を否定することを根拠に、建替費用相当額の賠償は、建物の解体費用と再築費用、再築までの引越費用、代替家屋賃借料など、請負代金以上の賠償金を課すことになるから、民法635条の趣旨からみて否定すべきとする否定説と、建替えざるを得ないような建物を取り壊しても社会的損失もなく、また、もともと請負人は仕事完成義務を負っているのだから建替費用相当額の賠償を認めるべきという肯定説に分かれていた²⁶⁾。

23) 大阪地判 1991 (平成3)・6・28 判時1400号95頁など。

24) 横浜地判 1975 (昭和50)・2・27 判タ554号238頁は、損害賠償の範囲は、契約目的に照らして判断すべきとして信託利益説を批判する。

25) 大阪地判 2000 (平成12)・6・30 欠陥住宅判例2集170頁。

26) 松本 (2002a) 1575頁以下参照。

(3) 最判(3)2002（平成14）・9・24判時1801号77頁（最判①）

最判①は、注文住宅に重大な瑕疵があった場合に、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を請求した事例である。

最判①の事案における建物の瑕疵は、原審の認定する事実によると、次のようなものであった。

「被上告人から注文を受けて上告人が建築した本件建物は、その全体にわたって極めて多数の欠陥箇所がある上、主要な構造部分について本件建物の安全性及び耐久性に重大な影響を及ぼす欠陥が存するものであった。すなわち、基礎自体ぜい弱であり、基礎と土台等の接合の仕方も稚拙かつ粗雑極まりない上、不良な材料が多数使用されていることもあまって、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」

「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。」

最高裁は、このように「建築請負の仕事の目的物であ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場合には、注文者は、請負人に対し、建物の建て替えに要する費用相当額を損害としてその賠償を請求することができる」と判示した。

(4) 最判①の意義と課題

最判①は、請負契約上の瑕疵担保責任に基づく建替費用相当額の賠償請求ができるかにつき、下級審の裁判例が肯定説と否定説に分かれている中で、肯定説にたつて判例を統一したものであり、画期的な意義を有する²⁷⁾。更に注目されるのは、その理由付けとして、否定説が論拠にあげ

27) 最判①の意義については、松本（2003d）参照。

る請負契約の解除制限の規定の趣旨につき、〈建物の社会経済的損失論〉と〈契約の履行責任論〉を根拠に、その解除制限の趣旨は、建築目的物に重大な瑕疵があって建替えざるを得ない場合に及ばないとしている点である。

すなわち、「請負人が建築した建物に重大な瑕疵があって建て替えるほ
かはない場合に、当該建物を取去することは社会経済的に大きな損失をも
たらすものではなく、また、そのような建物を建て替えてこれに要する費
用を請負人に負担させることは、契約の履行責任に応じた損害賠償責任を
負担させるものであって、請負人にとって過酷であるともいえないのであ
るから、建て替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることを認めて
も、同条ただし書の規定の趣旨に反するものとはいえない」としたのであ
る。

このうち、〈建物の社会経済的損失論〉は、建替えざるを得ないほど瑕
疵が重大で台風や地震で倒壊の危険性のある建物がそのまま放置されるこ
とによる社会にとっての危険性をも問題にしているのであって、前述した
最判④の〈建物としての基本的な安全性〉論にもつながる視点を内在させ
ているものとして注目される。

また、もう一つの判決理由として提示されている〈契約の履行責任論〉
は、通常の安全性は有していても、契約で特に定めた品質を欠く場合の瑕
疵、すなわち、主観的瑕疵の場合、その瑕疵が重大で、その瑕疵を除去し
て約定通りの品質にしようとするると建て替えが必要である場合に、建替え
費用相当額の賠償を認め得る方向にもなり得る議論であり、その深化は今
後の検討課題といえよう。

2 居住利益控除論

(1) 問題の所在

建物の瑕疵が重大で建替が必要であるとして、建替費用相当額の賠償請
求が認められる場合に、被告から、真新しい建物が手に入るのだから、こ

れまでその建物を原告が使用していた利益（居住利益）を損益相殺すべきであるという居住利益控除論が主張されることがある。また、建替時点では引渡しから時間が経過して減価していた建物が真新しい建物に代わり耐用年数が伸びた建物を取得するのだから、その分の利益を賠償額から減額すべきであるとの主張がなされることがある。

（2）最判⑤までの状況

下級審裁判例、学説は肯定説、否定説に分かれていた²⁸⁾。否定説の論拠は、所有権に基づく居住しているのであるから不当利得ではないし、また、瑕疵ある建物に居住するのは利益ではなく損失であり、慰謝料の増額要素とすべきであって、賠償額を減額すべき要素ではない²⁹⁾などと主張されていた。

（3）最判(1)2010（平成22）・6・17民集64・4・1197（最判⑤）

新築住宅に瑕疵があった事例で、買主が住宅の品質確保に関する法律（品確法）95条³⁰⁾に基づき請負人の瑕疵担保責任を追及し、建替費用相当

28) 居住利益控除論をめぐる裁判例、学説状況については、松本（2003a）で分析した。

29) 私見は瑕疵ある建物への居住は慰謝料の増額要素であることを主張してきた（松本（2003a）832頁、（2011c）145頁。

30) 住宅の品質確保促進法は、「住宅の性能に関する表示基準及びこれに基づく評価の制度を設け、住宅に係る紛争の処理体制を整備するとともに、新築住宅の請負契約又は売買契約における瑕疵担保責任について特別の定めをすることにより、住宅の品質確保の促進、住宅購入者等の利益の保護及び住宅に係る紛争の迅速かつ適正な解決を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」ものとして、1999（平成11）年6月に制定され、翌年2000（平成12）年4月1日から施行された。この法律が適用される「新築住宅」とは、「新たに建設された住宅で、まだ人の居住の用に供したことの無いもの（建設工事の完了の日から起算して一年を経過したものを除く。）」であり、住宅の「構造耐力上主要な部分として政令で定めるものは、住宅の基礎、基礎ぐい、壁、柱、小屋組、土台、斜材（筋かい、方づえ、火打材その他これらに類するものをいう。）、床版、屋根版又は横架材（はり、けたその他これらに類するものをいう。）」で、当該住宅の自重若しくは積載荷重、積雪、風圧、土圧若しくは水圧又は地震その他の震動

額の損害賠償を請求した事例で、原審（名古屋高判 2009（平成21）・6・4）は、建替費用相当額の賠償請求を認容するとともに、1審判決の認めた居住利益の控除を否定した（1審は5年5か月分の居住利益として、近隣の同程度の家屋を賃貸したとしたら支出したであろう賃料相当額として833万円余の金額を賠償額から控除）。これに対する上告審判決で、最判⑤は、民集で次のように判決要旨としてまとめられる判断を下した³¹⁾。

「売買の目的物である新築建物に重大な瑕疵がありこれを建て替えざるを得ない場合において、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、上記建物の買主がこれに居住していたという利益については、当該買主からの工事施工者等に対する建て替え費用相当額の損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできないと解するのが相当である」。

判決文は次のように判示されている。本件建物には、「構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵があるというのであるから、これが倒壊する具体的なおそれがあるというべきであって、社会通念上、本件建物は社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであることは明らかである。そうすると、被上告人らがこれまで本件建物に居住していたという利益については、損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として損害額から控除することはできない」。

「また、被上告人らが、社会経済的な価値を有しない本件建物を建て替えることによって、当初から瑕疵のない建物の引渡しを受けていた場合に比べて結果的に耐用年数の伸長した新築建物を取得することになったとし

↘若しくは衝撃を支えるもの」とされている（同法施行令5条）。品確法95条により、買主は品確法の適用のある新築住宅の「構造耐力上主要な部分等の隠れた瑕疵」につき、売主に請負人の瑕疵担保責任の内容である民法634条の瑕疵修補や瑕疵修補に代わる損害賠償請求をできることとした。

31) 本判決の分析として、松本（2010g）、(2011c) 参照。

でも、これを利益とみることはできず、そのことを理由に損益相殺ないし損益相殺的な調整をすべきものと解することはできない」。

（４）最判⑤の意義と課題

そもそも売買契約において「倒壊する具体的なおそれがある」ような瑕疵のある建物を引き渡しておいて、そこに何年か居住できたのであるから、その分の利益を賠償額から控除すべきだなどという売主側の主張は、信義に反する主張である。また、本件のように「構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵がある」建物について建替費用相当額の賠償請求を認めながら居住利益論や建物耐用年数伸長論などの理由で賠償額を減額するならば、買主にとっては一部分は自らの負担をもって建替えをしなければならぬ結果となり、危険な建物の建替えが事実上抑制されることにもなりかねない。この点で、本判決論の居住利益控除、建物伸長利益控除の否定は、妥当な判断である。

さらに注目すべきは、本判決が、本件事案では「構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵があるというのであるから、これが倒壊する具体的なおそれがあるというべき」としている点である。すなわち<構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵>がある場合には、<建物倒壊の具体的おそれ>があると評価すべきことを示しているのである。建築瑕疵をめぐる裁判例の中には、瑕疵があっても建物が現に倒壊せず、そこに人が居住できていることを理由に、瑕疵の重大性を否定し、建替費用相当額の賠償請求を否定するような判決例が散見されるが³²⁾、本判決の<構造耐力上の安全性にかかわる重大な瑕疵>論からすれば、そのような判決は倒錯した論理に立つものとして批判されるべきことになろう³³⁾。

32) 京都地判 2001（平成13）・8・20 欠陥住宅判例3集 4頁など。

33) 上記京都地判の控訴審の大阪高判 2002（平成14）・9・19 欠陥住宅判例3集22頁は、「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受けたこと自体が損害であって、現実に本件建物のメ

本判決が示す建物の安全性への着目は、「建物の基本的な安全性にかかわる瑕疵」がある場合に建築施工者等の不法行為責任を肯定する上記最判④に通じるものがある。

四 建物の安全と民事責任

1 建物の安全にかかわる判例法理の評価

以上のように、建物の瑕疵の民事責任をめぐる近時の最高裁判例は、責任要件論、責任効果論のそれぞれで建物の安全性を強調し、安全性を欠くような建物を建築した建築施工者等の民事責任を厳格化する方向に大きく展開していることを指摘できる。しかも、何れの論点においても、下級審裁判例や学説が一致していた結論を追認したのではなく、まさに肯定説、否定説が対立してきた中で、建物の安全性確保という基本的視点に立ち判例を統一してきたことが重要である。

このように建物の安全性に焦点をあてた最高裁判例の進展の背景には、1995（平成）年の阪神淡路大震災を契機に、建物の瑕疵がその修補に費用がかかる、休業損害が出るなどの財産的損害だけでなく、まさに人の命にかかわる重大な被害をもたらすことが認識されたこと、更に、2005（平成17）年11月に発覚した耐震偽装問題は、建物の瑕疵が当該建物の所有者や居住者だけでなく、建物の倒壊により周辺近隣の住民や通行人などにも大きな被害をもたらすことを改めて認識させたことなどが挙げられよう³⁴⁾。それとともに、建築士と共同した弁護士が建築訴訟について専門

↘ 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、本件建物は経済的に無価値になったとして、建売をした売主たる不動産会社、建築施工業者らの不法行為責任に基づき売買代金相当額と調査費用を合わせて2013万円余の損害賠償請求を認めた。

34) 日弁連消費者問題対策委員会編・前掲注(5)は、阪神・淡路大震災で明らかとなった問題点や耐震偽装問題が有する問題点などを分析している（6頁以下、20頁以下）。なお耐震偽装問題が発覚する直前の2005年11月10日、11日に鳥取市で開催された日弁連第48回

的な知識や訴訟技術を組織的に発展させ、また、欠陥住宅110番などの被害の掘り起し活動などをしてきたことなどをあげることができよう³⁵⁾。2001（平成13）年以降に東京³⁶⁾、大阪³⁷⁾、名古屋、札幌、横浜、千葉な

↘大会（筆者も同大会・第3分科会「日本の住宅の安全性は確保されたか—阪神震災10年後の検証—」で「欠陥住宅訴訟の到達点と課題—住宅の安全と法的責任—」と題する講演を行った）において「安全な住宅に居住する権利を確保するための法整備・施策を求める決議」が採択され、「安全な住宅に居住する権利が基本的人権であることを宣言し、関係者の責務や安全な住宅の確保のための基本的施策を定める『住宅安全基本法』（仮称）を制定すること」が決議された。同決議については、日弁連 HP 参照（http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2005/2005_3.html）。

35) 阪神・淡路大震災で欠陥により倒壊した家屋・マンションが相当程度あったことを契機に、日弁連消費者問題対策委員会所属の弁護士を中心に、建築士や学者、市民と共同して欠陥住宅被害の予防と救済を目的とする欠陥住宅全国被害連絡協議会（通称「欠陥住宅全国ネット」）が1996（平成8）年12月に結成され、現在1000名以上の会員が所属している（代表幹事・伊藤学・一級建築士、幹事長・吉岡和弘・弁護士・日弁連消費者対策問題対策委員会元委員長）。各地の欠陥住宅ネットもあり（地域ネット会員は、原則、全国ネット会員とみなされる）、ちなみに筆者も所属する欠陥住宅京都ネット（代表・木内哲郎弁護士）では、2013年4月現在で弁護士100名、建築士33名、学者・一般12名が会員となっている（関西ネットとならび全国最大の地域ネットである）。欠陥住宅全国ネットの活動については、次のHPを参照されたい（<http://www.kekkan.net/>）。なお、これに先立ち、日本における欠陥住宅にかかわる民事責任法理構築のバイオニアである澤田和也弁護士が1979年に「欠陥住宅を直す会」を立ち上げ、数々の被害者勝訴判決を勝ち取ってきたことも、現在の判例動向の基調をつくってきた要素として重要であろう。同弁護士の見解については澤田和也『欠陥住宅紛争の上手な対処法』（民事法研究会、1996）参照。なお、本稿で紹介した最判④⑥は、欠陥住宅九州ネットの幸田雅弘弁護士が勝ち取った判決（上告審からは、欠陥住宅全国ネットの多数の弁護士が協力—訴訟の経緯については、幸田雅弘「欠陥住宅訴訟—施工業者の責任を認める最高裁判所第二小法廷2007・7・6判決。」法学セミナー638号（2008年）18頁以下参照）、最判⑤は、欠陥住宅東海ネットの石川真司弁護士が勝ち取った判決である（石川真司「欠陥住宅賠償訴訟・最高裁第一小法廷2010.6.17法学セミナー675号（2011）30頁以下）。

36) 東京地裁の建築専門部の状況については、篠原康治「東京地裁民事第22部における事件処理の概況」民事法情報237号（2006）26頁以下、斎藤隆編著『建築訴訟の実務〔改訂版〕』（2005）350頁以下等参照。

37) 大阪地裁の建築専門部の状況については、大阪地裁専門訴訟事件検討委員会「大阪地方裁判所建築関係訴訟集中部における審理の現状と展望」判タ1133号（2003）28頁以下、小久保孝雄「大阪地方裁判所建築・調停部の実情と課題」NBL 832号（2006）50頁以下等参照。

どの各地方裁判所に建築専門部・集中部が設けられたこと、2004(平成16)年以降、改正民事訴訟法のもとで専門委員制度や鑑定制度の改革などがなされ³⁸⁾、裁判官自体も建築訴訟に専門化するなどのことが建築瑕疵訴訟の量的拡大³⁹⁾、質的向上をもたらし、それらの到達点が、上記のような最高裁判決に結晶していったと言えるのかも検討課題されるべき課題である⁴⁰⁾。また1999(平成11)年には、住宅の品質確保促進法が制定され、とりわけ新築住宅の主要な構造の瑕疵について今まで以上に厳格な責任(売主の瑕疵修補義務、瑕疵修補に代わる損害賠償義務、瑕疵担保責任期間の建物から引渡し時まで10年間の強行規定化)が問われるようになったことも、判例動向を後押してきたひとつの要素として指摘できようか。

それぞれの判決については、なお解釈論上多数の課題が残されていることは言うまでもない⁴¹⁾。しかし、仮に最高裁が上記で示したような判断と反対の判断にたっていたとしたらどうであろうか。注文者が建物の安全性を特に高めるために具体的に指定した建築素材を使わなかったとして

38) これらについては、東京地方裁判所建築訴訟対策委員会「建築鑑定の手引き」判時1777号(2001)3頁以下、最高裁判所建築関係訴訟委員会「建築関係訴訟委員会答申」判タ1180号(2005)45頁以下等参照。

39) 司法統計年報によると建築瑕疵をめぐる訴訟の第1審新規受件数は、ここ数年、年間4~500件、建築請負代金訴訟は、年間1700~2000件程度で推移している。請負代金訴訟には、注文者が引き渡された建物に瑕疵があるとして、瑕疵修補に代わる損害賠償請求権との同時履行の抗弁権を主張している割合が相当数含まれていると推測される。この同時履行の抗弁権についての詳細は、松本(2008)(2011a)を参照されたい。ちなみに、同じく専門訴訟である医療過誤訴訟の第1審新規受件数は年間700~800件である。

40) 建築関係訴訟全体の動向については、前掲注(1)の他、岡崎克彦(最高裁判所事務総局民事局第2課長)「建築関係訴訟の現状と課題」建築コスト研究2010 AUTUMN(2010)5頁以下参照。

41) ① 名義貸し建築士の対外的責任の割合はどう考えるべきか、②「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の具体的な判断基準、③ 安全性に直接かわからない瑕疵についての建築施工者等の不法行為責任の成否、④ どの程度の重大な瑕疵があれば建替費用相当額の賠償請求が認められるのか、特に、安全性にかかわらない主観的瑕疵の程度が重大な場合はどうか、⑤ 倒壊のおそれなどはない瑕疵ある建物の居住利益の控除の是非等々。これらの問題についての筆者の見解をここで詳論する紙幅はないので、末尾掲載の筆者の各論稿を参照されたい。

も、通常の安全性があればそれで足りると判断したり（最判①と反対の結論）、名義貸し建築士は、名義を貸しただけで実際に建築監理をしないのであるから、できあがった建物に瑕疵があっても不法行為責任を負わないと判断したり（最判②と反対の結論）、建築施工者が契約当事者以外の建物の瑕疵に起因して生じた損害につき第三者に不法行為責任を負うのは、違法性が著しい場合に限りされると判断したり（最判④⑥と反対の結論）していたならば、注文者の特に建物の安全性を高める意図は実現しなくてよいことになり、建築士が名義貸しをするだけで建築監理をしなくても別に不法行為責任は問われず名義貸しを放任・法認することになり、手抜き工事等で第三者に損害が生じても泣き寝入りということになりかねなかったのである。

また、民法635条但書きの土地工作物の瑕疵についての解除制限規定を根拠に、建替費用相当額の賠償責任が認められないとすると、建替えざるを得ないほどの重大な瑕疵ある建物をつくっても請負人はその損害を回復するような責任まで負わされず、危険な建物が放置される結果になりかねない。さらに建替費用相当額の賠償責任を認められても、その建物に居住してきたことが利益だとして賠償額が減額されてしまうのならば、買主や注文者にとっては一部分は自らの負担をもって建替えをしなければならない結果となり、危険な建物の建替えが事実上抑制されることにもなりかねない。

危険な瑕疵ある建物を建築施工したり売却した場合に、生じた損害について適切な民事責任が課されることが、生じた被害の回復につながり、また、そのような民事責任を負わされることを事前に示すことによって危険な瑕疵ある建物が建築されたり売却されることを抑制し、被害発生の予防にもつながり、結果的に建物安全確保にもつながるのである。

その意味で、この10年ほどの判例法理の展開が果たした役割は大きいと言えよう⁴²⁾。

42) なお筆者は（2012e）で、この20年くらいの民事事件についての最高裁判例の動向と

2 残された課題

建物の安全をめぐる民事責任論にとってなお残されている問題として、さしあたり、次の3点を挙げておきたい。

(1) 地盤の瑕疵の問題

2011年に発生した東日本大震災では、津波による被害や原発による被害が大きくクローズアップされた。それらの問題をどのように把握し、今後どう克服していくかは、理論上も実務上も大きな検討課題であることは言うまでもない(例えば末尾(2013f)の文献参照)。それとともに、今回の東日本大震災では、かつての宅地造成地で地盤が崩壊した例や埋立地での大規模な液状化による建物被害も報告されている⁴³⁾。

民法は土地工作物の請負人は、「その工作物又は地盤の瑕疵について」

㍷課題を検討したが、中でも建築瑕疵訴訟の分野と利息制限法違反事件における過払金返還請求権など消費者保護にかかわる最高裁判例の展開は目ざましいものがある。これらは、① いずれも、深刻な被害が災害(阪神淡路大震災など)や事件(耐震偽装事件、商工ローン問題等)を契機に社会問題化するとともに、② 実現されるべき価値が広く社会に受け入れられ(住宅の安全、専門家責任の厳格化、契約正義、暴利行為の抑制、消費者保護等)、③ 訴訟の進展を支える弁護士を中核とし、それにパラリーガル(司法書士等)、研究者、他分野の専門実務家(建築士等)の組織化(欠陥住宅全国ネット、各地のネット、クレ・サラ対策弁護士団等)や連携が進んだこと、④ 裁判での被害者救済法理の積み重ねを基礎に新たな立法がなされた(住宅の品質確保促進法1998年、利息制限法改正・貸金規制業法改正2006年)などに特徴がある。ただ、これらの分野でも問題が全て解決されたわけでない。例えば欠陥住宅をいかになくすかという根本問題の解決においては、なぜこのような問題が発生し続けるのかという点についての分析(基礎法学や隣接諸科学との協働)、どのような対策が実効的であるのかについての法政策学、立法学の進展なども課題である。

43) 三辻和弥・源栄正人「地盤の被害状況」建築技術2011年9月号(2011)148頁など。日弁連「宅地被害者の救済及び予防のための法改正等を求める意見書」(2012(平成24)年3月15日)では、東日本大震災及びその後の地震・台風等の自然災害により液状化による宅地被害件数が2万6914件、液状化以外の宅地被害件数が5467件に及ぶ(2011年9月27日時点で国土交通省が把握した件数)ことを紹介している。同意見書については、日弁連HP参照(http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120315_14.pdf)。

瑕疵担保責任を負うことを規定している（民法638条1項）。沼地や埋立地など地盤が通常より弱いことが予想される場合の地盤の瑕疵についての判断基準、宅地造成業者と建築業者が別の場合の両者の責任の関係（共同不法行為の成立が考えられよう）など、さらに理論と実務の発展が求められよう⁴⁴⁾。

（2）責任の時間的限界

今回の東日本大震災では、建物引渡から20年以上を経て地震を契機に建物が倒壊、損傷し、あるいは、地盤が崩壊し、その結果、建物や地盤造成工事に瑕疵のあることがわかったという例が報告されている⁴⁵⁾。この場合、売買契約や請負契約上の瑕疵担保責任の追及期間は過ぎていて、残るのは不法行為責任の追及ということになるが、その際に問題となるのが、不法行為責任に基づく損害賠償請求権が「不法行為の時から20年」（民法724条後段）で消滅するという20年期間の問題である。

不法行為の時を加害行為の時と解せば、瑕疵ある建物を引き渡した時が「不法行為の時」ということになろうが、そもそも損害が顕在化しなければ、その損害についての賠償請求権を行使しようもないのであるから、私見は損害顕在化時をもって「不法行為の時」と解すべきことを提唱している⁴⁶⁾。なお、後述の民法改正における「中間試案」は20年期間は判例の

44) 注文住宅で、地盤調査をせずに建築施工したために建物引渡し後に不同沈下による損害が発生したことにつき、請負人である建築施工者の地盤調査義務違反の不法行為責任を認めた下級審判決（福岡地判1999（平成11）・10・20）を分析したものとして、松本（2010e）参照。なお、佐賀地判2010（平成22）・9・24も建築施工者の地盤調査義務による不法行為責任認定事例であるが、「上記調査義務を尽くしていれば、本件基礎が採用されることはなく、本件建物の沈下は避けられたと解されることからすると、仮に、宅地造成者に責任の一端があるとしても、宅地造成者の責任と被告の責任とが競合することになるにすぎず、このことから被告の責任が否定されるとは解されない」と指摘している点が注目に値する（欠陥住宅判例6集176頁）。

45) 筆者は、そのような事案についての除斥期間論につき被害者である原告側の意見書を書いた（松本（2013b）3834頁注2参照）。

46) 松本（2012f）142頁以下、（2013b）3842頁以下。前述した宅地被害に関する日弁連

いう除斥期間ではなく時効であることを条文でわかるようにすることを提案しており⁴⁷⁾、その点は私見も賛成である。

(3) 建物による健康被害

従来、建物の瑕疵により民事責任が追及されてきたのは、建物の瑕疵による財産損害（瑕疵修補費用などの瑕疵自体についての損害＝瑕疵損害、瑕疵の結果生じた損害＝瑕疵結果損害も休業損害や建物再築までの引越費用、代替家屋賃貸料等）が中心であった。また建物の瑕疵が原因で建物が倒壊したり、或いは、防火対策の不備で焼死者を出すなどの人身損害が生じた場合は、建物所有者ないし占有者の土地工作物責任（民法717）の問題とされてきた。実際にも、阪神淡路大震災で倒壊した建物の所有者が、建物の下敷きになって死亡した居住者4名の遺族から土地工作物責任を追及され、1億2000万円の損害賠償請求が認容された裁判例⁴⁸⁾や、同じく阪神・淡路大震災でホテルの一部が崩落したため、死亡した宿泊客2名の遺族がホテルに土地工作物責任を追及し、総額1億円余の賠償責任が認められた裁判例⁴⁹⁾がある。

ところが、近時、シックハウス症候群⁵⁰⁾や建物に使用されていたアスベストに起因するアスベスト疾患⁵¹⁾などのように、建物の倒壊とは別に

、意見書（前掲注43参照）も同旨を展開している（同10頁）。

47) 第7消滅時効4（商事法務編【民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）】別冊 NBL 143号（2013）26-27頁参照）。

48) 神戸地判 1999（平成11）・9・20判時 1716・105。

49) 神戸地判 1998（平成10）・6・16欠陥住宅判例1集428頁。

50) シックハウス症候群が問題となった事案の分析として、松本（2010f）参照。

51) 鉄道の高架下の建物の倉庫の建物吹付アスベストに起因して、建物賃借人である商店の店長がアスベスト疾患（悪性中皮腫）を発症し、死亡したことに對して、遺族が、建物所有者であり賃貸人である鉄道会社に損害賠償請求をし、一部認容された事件に大阪地裁 2009（平成）21・8・31判時 2068・100がある。同判決の分析として、松本（2010a）参照。この事案は、控訴審・大坂高判 2010（平成22）・3・5でも請求が一部認容されたが（この点につき、松本（2010b）868頁参照）、残念ながら民法717条の「瑕疵」概念の解釈をめぐる最高裁において破棄差戻されている（最判(2)2013(平成25)・7・12裁時1583・1）。

建物の瑕疵が人身損害を発生させる例も見受けられるようになってきた。このような人身損害との関連での建物の瑕疵の判断基準、賠償範囲の問題などの検討も今後発展させるべき課題である。

五 立法上の課題

最後に、幾つかの立法上の課題を提起しておくことにしたい。ひとつは、2009（平成21）年10月の法務大臣の諮問以来、法制審議会民法（債権関係）部会で議論されている債権法の改正議論⁵²⁾との関係である。もうひとつは、それ以外の課題である。

1 民法改正論議と建物の安全問題

(1) 瑕疵担保責任をめぐって

① 瑕疵概念について

本年（2013年）2月に決定された法制審議会民法（債権関係）部会の中間試案⁵³⁾では、民法典の「瑕疵」概念に代えて、次のような規定を置くことが提案されている。

第35売買3売主の義務(2)「売主が買主に引き渡すべき目的物は、種類、品質及び数量に関して、当該売買契約の趣旨に適合するものでなければならぬものとする⁵⁴⁾」

第40請負2(1)「仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合には、注文

52) 民法改正をめぐっては、東大法学部教授の職を辞して、法務省経済関係民刑基本法整備推進本部参与として法制審議会民法（債権関係）部会で活躍する内田貴の『民法改正のいま 中間試案ガイド』（商事法務、2013）参照。民法改正論議の進め方への強い異論を唱えるものとして、加藤雅信『民法（債権法）改正 民法典はどこに行くのか』（日本評論社、2011）。

53) 中間試案は、法務省 HP からダウンロード可能である（<http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>）。書籍の形でも、商事法務編・前掲注(47)など何種類かが公刊されている。

54) 商事法務編・前掲注(47)138頁。

者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その修補の請求をすることができるものとする⁵⁵⁾」

要するに、「瑕疵」という概念を「契約の趣旨に適合しない」という概念に置き換えることが提案されているわけである。従来、瑕疵については、前述したように、目的物の通常の品質を欠く場合（客観的瑕疵）と契約で定めた内容を欠く場合（主観的瑕疵）が想定されてきた。このうち、契約で特に明示されていなくても契約当事者の意思として、目的物が通常の品質を有することは当然に前提されていると捉えれば、両者をまとめて、瑕疵とは「契約の趣旨に適合しない」とことと定義づけることもあながち不合理ではないようにも思える⁵⁶⁾。

しかし、契約で目的物の品質をどのようなものとして前提しているかが不明確な場合でも、客観的瑕疵という概念が、最低限、通常の品質を有していなければ「瑕疵」があるとして、その瑕疵に対する無過失責任が生ずると解されてきたのである。これに対して「契約の趣旨」を前面に出すことは、従来、通常の品質を欠くから「瑕疵」があるとされてきたものを、そこまでの品質を求めることは「契約の趣旨に適合しない」として、売主、請負人が自らの責任を否定する道具に使われないか懸念が生じる。とくに売買代金や請負代金が通常と比べて低額である場合に、買主、注文者が目的物は通常の品質を有しないとして売主、請負人に責任を追及した場合に、売買代金、請負代金の低額という「契約の趣旨」からして、通常の品質を有しないからと言って責任を負ういわれはないなどという主張が横行するような恐れもある⁵⁷⁾。

55) 商事法務編・前掲注(47)171頁。

56) 従来からも、「契約内容に反する瑕疵」と「一般的建築基準に違反する瑕疵」（これらは本稿の整理からすると、それぞれ主観的瑕疵、客観的瑕疵といえよう）は、「当事者間の黙示の合意を推認する場合は、実際上両者の判断内容が接近することがありうる」ことが指摘されていた（大内捷司編著『住宅紛争処理の実務』（判例タイムズ社、2003）〔青山郁夫・夏目明德執筆部分〕126頁）。

57) 大阪地判 2001（平成13）・2・15 欠陥住宅判例 2 集364頁は、注文者である原告ができ

従来の理論・実務で定着してきた「瑕疵」概念を「契約の趣旨に適合しない」という言葉に言い換えることは、言葉を換える以上に深刻な影響を及ぼしかねず、慎重な検討が必要である。

さらに、上述したように、判例は、建築施工者等の契約当事者でない第三者に対する不法行為責任の成否に関連して、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」、いわゆる安全性瑕疵概念を展開してきた。このような「瑕疵」概念は、民法709条に明文では規定されていないものの、筆者は、前述したように過失推定規定を果たすものとしてこの「瑕疵」概念に着目している（二3(5)③）。売買契約、請負契約上の瑕疵担保責任における「瑕疵」概念を、「契約の趣旨に適合しない」目的物の性質等と置き換えることによって、不法行為責任に思わぬ副作用が生じないかも慎重に吟味すべきである。

② 契約の趣旨に適合しないことのお知らせ義務

中間試案では、売買契約の目的物ないし請負契約の目的物が「契約の趣旨に適合しない」場合には、それを知った時から1年以内に売主ないし請負人に通知しない場合は、契約の趣旨に適合しないことに基づき売主ないし請負人に追及できる責任（現行法でいえば瑕疵担保責任）に基づく権利を行使できないとすることが提案されている。また、それに加えて、売主ないし請負人が目的物の引渡し時に、目的物が契約の趣旨に適合しないも

ゝるだけ時間と費用をかけずに建築がされることを望んでおり、安全性能を充たすための諸費用を免れていたとして、これを「当事者間の損害の公平な分担を図る上では無視できない事情」として、賠償額の3割の控除を認めている。これに対して同書のコメントは、減額の「法律上の根拠は不明であり、『安かろう悪かろう』の悪しき慣行を追認する安易な減額と言わざるを得ない」とこれを批判している（365頁）。筆者も同感である。なお、建築基準法違反の建物を建築する契約が、場合によっては公序良俗違反で無効となるとした最判2011（平成23）・12・16判時2139号3頁参照。当該事案の建築請負契約は、「確認済証や検査済証を詐取して違法建物の建築を実現するという、大胆で、極めて悪質なもの」で、「著しく反社会性の強い行為」であり、公序良俗に違反して無効であるとして請負人の注文者に対する工事代金の請求を棄却した。

のであることを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでないとされている（第35売買6、第40請負2(3)）。

売買契約の場合、従来は、瑕疵を知った時から1年以内に買主が瑕疵担保責任の追及に基づく権利を行使することが必要とされていたから（民法566Ⅲ）、争点は、買主の権利行使が瑕疵を知った時から1年以内になされたか否かであった。中間試案によれば、契約の趣旨に適合しないことを知ってから1年以内に権利行使をしなくても、とりあえず契約の趣旨に適合しないことの通知をしておけば権利は保全されるのであるから、買主に有利な改正案のようにも見える。ただ、買主が売主に対して事前に契約の趣旨に適合しないことの通知をせずに、いきなり権利を行使しようとした場合、後者の権利行使は当然、契約の趣旨に適合しないことの通知の意味が含まれていることになろうが、そうすると、契約趣旨不適合を知った時から1年以内の通知を含む権利行使なのかが争点となろう。

また、建築請負契約の場合は、民法上の瑕疵担保責任期間は、建物の瑕疵については、建物の種類により、引渡しから5年ないし10年（石造、土造、れんが造、金属造、その他これに準じる構造の工作物の場合）とされていて（民法638条）、瑕疵通知義務などは規定されていない。今回の中間試案では、現行法とは異なり、請負人に瑕疵担保責任（契約趣旨不適合についての責任）を追及するためには、注文者が契約趣旨不適合を知ってから1年以内に請負人にその旨を通知しておかないと権利行使ができないことになるため、注文者にとっては大きな負担となり、また、今まで以上に、通知が契約不適合を知ってから1年以内になされたか否かという点が争点となり、注文者にとっての負担の増大が懸念される。

なお、今回の「中間試案」は売買契約における買主が事業者である場合に、目的物の検査義務及び目的物の契約趣旨不適合についての適時通知義務を課し、この通知義務に違反した場合に買主、注文者は契約趣旨不適合に関わる責任を追及できなくなることを規定している（第35-7⁵⁸⁾）。しか

58) 商事法務編・前掲注(47)142頁。

し、とりわけ建物のように、専門家による調査がなされなければ瑕疵が容易に見えないような物について、買主が事業者であると言う理由だけでこのような検査義務、通知義務を課すことが妥当であるのか疑問である。また、商事売買については、すでに現行法上も目的物の検査義務、通知義務が課されているが、事業者は商人よりも広い概念であり⁵⁹⁾、この点も含めた慎重な検討が必要であろう。

(2) 財産損害に関する消滅時効期間の短縮化

また今回の民法改正では時効法の改革も議論されている⁶⁰⁾。現在の普通消滅時効期間は権利行使可能時から10年間とされている（民法166条1項、167条1項）。「中間試案」はこれに対して、この10年期間自体を5年に短期化するという甲案と、10年を上限期間としたうえで、債権者が債権の発生原因及び債務者を知った時から3年、4年ないし5年の短期消滅時効が進行するという二重期間制度を提案（乙案）している（第7消滅時効⁶¹⁾）。このうち乙案をとる場合には、現行民法724条の不法行為責任に基づく損害賠償請求権の権利行使期間が二重期間となっていること（被害者が損害及び加害者を知った時から3年、不法行為の時から20年）との関係で、724条を廃止し、普通時効と統一することも検討課題とされている⁶²⁾。

その上で、生命・身体の侵害による損害賠償請求権については、被害者を特に保護する必要性から、上記の原則期間よりも長期間にすること（長

59) 消費者契約法2条2項の定義によれば事業者は「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」であり、営利目的かどうかは問題にならないため、商人よりも広い概念である。なお、中間試案自体は、事業者の定義は引き続き検討するとしている（第35売買7（注2）、商事法務編・前掲注(42)142頁）。

60) 法制審議会での時効法改革論議についての筆者の見解については、松本（2012f）の「第3部時効法改革の基本視点と課題」を参照されたい。

61) 商事法務編・前掲注(47)24頁。

62) 商事法務編・前掲注(47)27頁。

期間の上限を10年ではなく、権利行使可能時から20年ないし30年とする、債権者が債権発生の原因および債務者を知った時から進行する短期消滅時効も5年ないし10年とする等)も提案されている(第7-5⁶³⁾)。

筆者も生命・身体の被害者を特に保護することに異論はない。しかし、その反面、財産的損害に対する損害賠償請求権の消滅時効期間が現行法の10年より短くてよいかは疑問である⁶⁴⁾。現行法では、建物に瑕疵があった場合の売主ないし請負人に対する損害賠償請求は、売主の瑕疵担保責任、請負人の瑕疵担保責任に基づき行われるのが通常である。そして、それぞれの権利行使期間は、売買の場合、「瑕疵を知った時から1年」(民法570条, 566条3項)、請負の場合は、目的物の引渡しの中から、建物の種類により、5年ないし10年である(民法638条)。これらの期間は判例により消滅時効ではなく除斥期間と解されているが、ただ、この期間内に買主ないし注文者が瑕疵担保責任にもとづく権利を行使すれば、それにより権利が保全され、その時から10年の普通消滅時効が進行すると解されているのである⁶⁵⁾。従って、中間試案のように、生命・身体侵害以外の場合の損害賠償請求権の消滅時効期間は、現在の10年より短くてよい、或いは債

63) 商事法務編・前掲注(47)27頁。

64) 松本(2012f)297頁以下、同(2013c)でもこの点を強調した。

65) 売買の場合につき、大判昭和10・11・9民集14・1899が「民法第五百六十四条ノ期間ハ時効期間ニ非ス而シテ代金減額ノ請求ハ同条ノ期間内ニ之ヲ為ストキハ裁判外ニ於テ為シタル場合ト雖ニ之因リテ其ノ効力ヲ生シ訴ヲ提起セスシテ右ノ期間ヲ経過スルモ其ノ減額ニ因ル代金ノ返還請求権ハ之カ為ニ消滅スルモノニ非ス」と判示した。その趣旨は、裁判外であっても除斥期間内に請求をすれば、それにより権利は保存され、その時から一般債権であれば10年の消滅時効が進行するという意味であると解されている。また、請負契約の場合も、民法637条以下の権利行使の期間制限の規定は、除斥期間を定めたものと解されている(最判1976(昭和51)・3・4民集30・2・48)。そのことをふまえ、「注文者が右のように法定の除斥期間内に請負人に対し工事瑕疵の修補を請求した以上、その請求が裁判外のものであっても、右瑕疵の修補請求権はこれにより保存され、更に一〇年の消滅時効が完成するまで存続すると解すべき」とする下級審裁判例がある(福岡地判1986(昭和61)・10・1判時1233・123)。なお、欠陥住宅訴訟に関する時効・除斥期間については、脇田達也弁護士による「これで安心、論点網羅!建築紛争事件と時効・除斥期間」に詳しい(欠陥住宅被害全国連絡協議会第34回福岡大会資料(2013)107頁以下)。

権発生原因および債務者を知った時から3年ないし5年ということになると、現行法に比べて大幅な消滅時効期間短縮となる。このことは、財産的損害といっても損害額が大きく、居住権や営業権にもかかわる建物の瑕疵損害の場合にとっては深刻な問題である⁶⁶⁾。

2 建築瑕疵の不法行為責任についての特別法の必要性

動産の瑕疵に起因する拡大損害については、製造物責任法が制定されているが、不動産の瑕疵に起因する拡大損害については、特別法がない。民法では土地工作物の設置・保存の瑕疵につき、占有者に準無過失責任を、所有者に無過失責任を課しているため、過失責任主義に基づく民法709条よりは被害者に有利な規定である。

しかし、建築物がその瑕疵により倒壊し、近隣の住民や通行人などに人身損害が発生したような場合、仮に、建物所有者が無過失責任を負うとしても、最終的な責任は、そのような瑕疵を作り出した建築施工者にあるのだから、建物所有者が建築施工者に求償をすることが考えられる（民法717条3項）。また、建物所有者の資力に問題がある場合は、被害者が直接、建築施工者に不法行為責任を追及することも考えられる。この場合、現行法のもとでは、建築施工者等に追及する責任は民法709条の不法行為責任ということになるが、この場合、被害者側で加害者である建築施工者等の過失を証明しなければならないという立証負担の問題が生ずる。先に紹介した最判④⑥が展開した建築施工者等の建物の安全性確保義務は、まさにこのような場合を想定し、私見によれば、安全性瑕疵概念は、過失の推定機能を果たしうると考えているが、そのように判例法理が展開してい

66) 実務家による時効法改革論議への批判的検討として、三浦直樹「消滅時効について」ジュリスト1436号（2012）84頁以下等。なお、品確法が適用される新築住宅の場合は、引渡しの時から、住宅の構造耐力上主要な部分等の隠れた瑕疵については10年間の瑕疵担保責任を負うことが強行法として定められているので、この点は、民法改正がなされても、変わらないことになろう。

くかは今後に残された課題である。

そこで、建築瑕疵の不法行為責任について、特別規定を置くことも検討に値しよう。中国では、日本の不法行為法にあたる侵害責任法を2010年7月1日から施行している。その第11章工作物損害責任は第86条で次のような規定を置いている⁶⁷⁾。

「第86条 建築物、構築物またはその他の施設が倒れ、他人に損害を生じさせた場合は、建設単位と施工単位が連帯責任を負う。建設単位、施工単位が賠償した後に、その他の責任者がいたときは、その他の責任者に対して求償する権利を有する。

その他の責任者の原因により、建築物、構築物またはその他の施設が倒れ、他人に損害を生じさせた場合は、その他の責任者が権利侵害責任を負う。」

ここで「建設単位」とは日本風にいえば施主（注筆者）、「施工単位」とは建築施工会社を指す。

日本法と比べると、施主が無過失責任を負う点は、日本民法717条の土地工作物責任に類似するが、それ以外に建築施工会社も無過失責任を負う点が異なる。日本でもそのような無過失責任立法（規定）を作る必要がないのかも検討してみるべき課題なのではないだろうか。その場合、日本で現在、動産に限られている製造物責任法の「製造物」概念を拡張し、建物を製造物に加える立法改革⁶⁸⁾の是非も検討されるべきであろう。

六 おわりに

本稿では、建物の安全をめぐる判例法理の展開を概観し、それが建物の

67) 森脇章・石黒庄吉訳「中華人民共和国不法行為法」法律時報82巻2号(2010)73頁参照。

68) 既に、山野目章夫は、「製造物責任法を改正し、端的に建物を製造物とすることが適当である」と提言している（山野目章夫「不動産に関する製造物責任の成立可能性」『社会の発展と権利の創造—民法・環境法学の最前線』（有斐閣，2012）536頁）。

安全の確保という課題に積極的な意味を有することを指摘した。また、建物の安全にかかわる立法課題として、現在法制審議会で行われている民法改正論議においては、建築瑕疵についての民事責任を、現在の実務や判例の到達点よりも後退させかねない問題があることを指摘した。さらに、現在議論されていない問題として、建築瑕疵に関する不法行為責任の特別規定の必要性についても問題を喚起した。現在なされている民法改正論議は、ともすれば、理論的、体系的、学問的にはどのような改正が望ましいかという学者的視点が濃厚で、日本の現実社会のどこにどのように民法改正の必要性があるのかについての具体的検討が不十分だと思われる。

また、ここでは、法解釈論を中心に民事責任の成立と効果の問題を検討したが、賠償責任が認められても賠償資力がなければ絵に描いた餅になってしまう。2007（平成19）年5月に特定住宅瑕疵担保責任の履行の確保等に関する法律（住宅瑕疵担保履行確保法）が制定され（施行は2009（平成21）年10月1日）、新築住宅を供給する事業者は瑕疵担保責任に基づく賠償資力を担保するために保険会社に保険金を支払うことになった。建物の注文者や売主が請負人、売主に建物の構造耐力上主要な部分と雨水の緒侵入を防止する部分の瑕疵について瑕疵担保責任を追及した場合、請負人や売主が倒産したような場合でも、保険会社から瑕疵修補ために上限2000万円の保険金が支給される。この制度の実効性の検証や適用外の中古住宅の場合の賠償資力確保などの残された課題については、今後の検討がまたれる。

さらに建物の安全性の確保は、個々の建物の瑕疵をなくすことと同時に、地震や水害、津波、地盤の液状化などに対する防災政策、それと関連させた土地利用政策、都市計画や街づくりなどとの関連でも検討されるべき課題である⁶⁹⁾。この点も視野に入れて、建築に関わる法の基本法とし

69) このような土地利用規制、都市計画などとの関連で建物の安全を検討したものとして、五十嵐他・前掲注(14)の他、日本土地法学会・土地問題双書の各特集（『防災と法理論』（同双書5号、1976）、『不動産取引と法』（11号、1979）、『集合住宅の管理・高層建築』（13号、1980）、『水害—その予防と訴訟』（22号、1985）、『コンクリート災害と法』（25号、1987）、『震災と都市計画』（33号、1998）などを参照されたい。

て建築基本法を制定すべきであるという立法提案（建築基本法案⁷⁰⁾も建築士等を中心になされており、今後の帰趨も注目される⁷¹⁾。

本稿は建築瑕疵の民事責任の分野に限っての、しかも最高裁判例を中心とした検討にとどまるものではあるが、建物の安全確保に関する問題提起のひとつになり得れば幸いである。

(参考文献・松本克美)

(2001a)「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』303-322頁以下

(2001b)「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1520-1547頁

(2001c)「欠陥建売住宅の売主及び建築確認申請に名義貸しをした建築士の責任」ジュリスト1192号216-219頁

(2002a)「欠陥住宅被害における損害論」立命館法学280号1569-1601頁

(2002b)『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）

(2003a)「欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論」立命館法学289号806-840頁

(2003b)「欠陥住宅問題と法の課題」消費者法ニュース56号123-124頁

(2003c)「欠陥住宅被害と責任論・損害論」月報司法書士380号2-7頁

70) 1998年の建築基準法改正を契機に建築法制を根本的に考え直すべきとして、2003年8月に「建築基準法制定準備会」が制定され、以後、建築基本法の立法案が検討されてきた。2010（平成22）年5月18日の「建築基本法（案）」では、その前文で「建築が安全で美しく豊かな社会環境形成に寄与するための基本理念を宣言」することがうたわれている（この試案は、HP上で公開されている。http://www/kihonho/jp/pdf2010/a100518_1.pdf）。建築基本法のコンセプト、課題については、「特集・建築基本法」日経アーキテクチャ946号（2012）参照。なお、これと別に国土交通省に「建築物の質の確保・向上に向け、建築基準法などの建築法体系全体の目指すべき基本的方向を整理することを目的として」2011（平成23）年1月に当時の民主党政権・前原誠司大臣のもとに建築基準法体系勉強会が設置され（委員長・久保哲夫・東京大学工学系研究科建築学専攻教授、建築基本法の制定に向けての検討もなされたが、賛否両論で意見が分かれ、具体的提案にいたらずに7回にわたり開催された勉強会は終了した。この会のとりまとめである「建築法体系の見直しに向けて基本的視点」については<http://www.mlit.go.jp/common/000204838.pdf>参照）。

71) なお2005年11月の日弁連第48回人権大会で「住宅安全基本法（仮称）」の制定の提言がされたことについては前掲注(34)参照。

(2003d)「請負人の瑕疵担保責任に基づく欠陥住宅の建替費用請求の可否」法律時報75巻10号101-104頁

(2005)「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1675-1713頁

(2006)「欠陥住宅をめぐる判例の到達点と課題」消費者法ニュース65号123-125頁

(2007a)「欠陥建物の購入資金を融資した金融機関の法的責任」消費法ニュース70号1頁

(2007b)「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774-805頁以下

(2008)「請負人の瑕疵担保責任に基づく注文者の損害賠償請求権と相殺—請負人からの相殺否定説をめぐって」円谷峻・松尾弘編『損害賠償法の軌跡と展望 山田卓生先生古稀記念論文集』（日本評論社）489-506頁

(2009a)「土地工作物責任における＜第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論＞の可能性」立命館法学321号458-491頁

(2009b)「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313-349頁以下

(2009c)「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平成21・2・6の危険な論理」消費者法ニュース80号1頁

(2010a)「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880-928頁

(2010b)「日本におけるアスベスト訴訟の現状と課題」立命館法学331号862-884頁

(2010c)「欠陥マンション問題—近時の判例動向と課題—」マンション学37号24-31頁

(2010d)「判批・元建築士の耐震強度偽装によるホテル築造と保証会社・指定建築確認期間・紹介会社の責任（奈良地判平20・10・29）」私法判例リマークス40号62-65頁以下

(2010e)「判例解説・地盤調査と構造耐力上安全な建物建築義務—福岡地裁平成11年10月20日判決—」別冊ジュリスト200号『消費者法判例百選』148-149頁

(2010f) 「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77-86頁

(2010g) 「欠陥住宅訴訟における居住利益・建物耐用年数伸長利益控除否定論の新展開—最判平成22・6・17の意義と課題」消費者法ニュース85号255-257頁

(2011a) 「建築請負目的物の瑕疵と同時履行の抗弁権」立命館法学335号283-301頁

(2011b) 「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—」立命館法学337号1373-1430頁

(2011c) 「判批・売買目的物である建物の瑕疵についての損害額から『居住利益』・『建物耐用年数伸長利益』を控除することの可否 (最判平成22・6・17)」法律時報83巻4号143-146頁

(2011d) 「『安全』配慮をめぐる義務論の新展開」市民と法72号1頁

(2012a) 「別府マンション事件・再上告審判決 (最1判平23・7・21) について」消費者法ニュース90号228-230頁

(2012b) 「判批・欠陥建物の買主に対する建築施工者等の不法行為責任—別府マンション事件・再上告審判決 (最判平成23・7・21)」法律時報84巻6号114-117頁

(2012c) 「別府マンション事件・第3次控訴審判決 (福岡高判平成24・1・10) の意義と課題」消費者法ニュース92号296-298頁

(2012d) 「民法724条後段の『不法行為の時』」(馬奈木昭雄弁護士古希記念出版編集委員会編) 『勝つまでたたかう 馬奈木イズムの形成と発展』(花伝社) 300-309頁

(2012e) 「現代における法・判例形成と民事法学の課題」法の科学43号16頁以下

(2012f) 『続・時効と正義—消滅時効・除斥期間論の新たな展開』(日本評論社)

(2013a) 松本克美・斎藤隆・小久保孝雄編 『専門訴訟講座 2 建築訴訟・第2版』(民事法研究会) 2-48頁, 80-115頁

(2013b) 「建築瑕疵の不法行為責任と除斥期間」立命館法学345・346号 (2013) 3834-3862頁

(2013c) 「財産の安全と消滅時効」先物取引被害研究40号 (2013年4月) 1頁

(2013d) 「建築施工者等の品質確保義務と不法行為責任—安全性瑕疵限定論の批判的検討」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編 『長尾治助先生追悼論文集・消費者法と民法』(法律文化社) 235-245頁

建物の安全と民事責任（松本）

(2013e) 「除斥期間説と正義」『清水誠先生追悼論集・日本社会と市民法学』（日本評論社）513-527頁

(2013f) 「原子力損害と消滅時効」立命館法学347号220-243頁