

# 建築瑕疵に対する建築施工者の不法行為責任論

——紛争類型と瑕疵類型の統合的分析——

松 本 克 美\*

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 4つの瑕疵類型の相互関係
- 三 紛争類型と瑕疵類型の統合的分析
- 四 結 び

## 一 はじめに

### 1 本稿の基本的視点

本稿は、建物を建築した建築施工者が当該建物に瑕疵があった場合に負うべき不法行為責任の成立要件を、誰に対して負う不法行為責任かという観点、すなわち当事者を基準とした紛争類型と、そこで問題となる瑕疵類型の両者を踏まえつつ整理することを目指すものである。

### 2 3つの紛争類型

紛争類型としては、〈第三者型〉、〈当事者型〉、〈転得者型〉を措定する。〈第三者型〉とは、責任追及主体が通行人や近隣の建物所有者、居住者などのように建築施工者と全く契約関係がない上に、瑕疵ある建物とも法律関係を持たない類型である。

その対極にあるのが〈当事者型〉で、建築請負契約で当該建物を発注し

---

\* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科特任教授 立命館大学名誉教授

た注文者が、完成して引き渡された建物に瑕疵があるため契約の相手方である建築請負人に不法行為責任を追及する類型である。

〈転得者型〉とは、瑕疵ある建物を売買により取得した転得者が、直接の契約関係がないそのような瑕疵ある建物を建築した建築施工者に不法行為責任を追及する類型である。

### 3 4つの瑕疵類型

瑕疵類型としては、〈安全性瑕疵〉〈土地工作物瑕疵〉〈客観的瑕疵〉〈主観的瑕疵〉の4類型を措定する。

〈安全性瑕疵〉とは別府マンション事件の最判平成19・7・6民集民集61巻5号1769頁<sup>1)</sup>(以下、単に最判平成19年と略す)が提起した瑕疵概念で、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」のことである。

〈土地工作物瑕疵〉とは民法717条の土地工作物責任の成立要件である土地工作物の設置・保存の瑕疵のことである。

〈客観的瑕疵〉と〈主観的瑕疵〉は建築の注文者が建築請負人に契約上の瑕疵担保責任を追及する場合の瑕疵概念である。このうち〈客観的瑕疵〉とは当該建物が通常有すべき品質を欠く場合をいい、〈主観的瑕疵〉とは契約で特に定めた品質を欠く場合を言う。なお、2020年4月1日施行の改正民法によって、従来の瑕疵担保責任は、契約内容不適合責任に変わった。私見は、従来の〈瑕疵〉概念と〈契約内容不適合〉概念は結局は同一内容の概念であると考えている<sup>2)</sup>。従って、〈客観的瑕疵〉＝〈客観的契約内容不適合〉、〈主観的瑕疵〉＝〈主観的契約内容不適合〉と捉えている。以下、本稿では、便宜上、契約内容不適合ではなく、瑕疵という用語を使っておく。

---

1) その詳細は、松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任——最高裁2007(平19)・7・6判決の意義と課題」立命館法学313号(2007年)100頁以下に譲る。

2) この点についての私見は、松本克美「民法改正と建築瑕疵責任」立命館法学375・376号(2018年)452頁以下、同『民法(債権法)改正後の建築瑕疵責任論——欠陥住宅被害救済の視点から』(民事法研究会、2023年)16頁以下等を参照されたい。

#### 4 類型的考察を行う意義

本稿がこのように3つの紛争類型と4つの瑕疵類型を交錯させて、建築施工者の不法行為責任のあるべき成立要件を論じるのは、次のような問題意識に基づく。

安全性瑕疵概念を最高裁として初めて措定した前掲の最判平成19年の事案は、建物の転得者が直接契約関係にない建築施工者に不法行為責任を追及した〈転得者型〉事案である。にもかかわらず、最判平成19年は当該事案で全く問題になってもいない通行人等との関係でも、建物に安全性瑕疵があり、それにより生命、身体、財産が侵害された場合は建築施工者は不法行為責任を負うとしている。つまり、〈転得者型〉紛争類型の判示に、当該事案で問題となっていない〈第三者型〉の紛争類型にも適用ができる概念として安全性瑕疵概念を措定しているわけである。その意図はどこにあるのか。

また通行人等が建物の瑕疵で損害を被った場合には、建築施工者に民法709条の不法行為責任を追及するよりも、瑕疵ある建物の占有者や所有者に717条の土地工作物責任を追及するはずである。なぜなら、709条の不法行為責任は、被害を受けた原告側で被告の故意又は過失を立証しなければならないのに対して、土地工作物責任は、被害者が当該建物の設置ないし保存の瑕疵を立証すれば、占有者は自己の無過失を証明しなければ免責されず、また占有者が免責された場合も、建物所有者は無過失責任を負わされるから立証責任の点では土地工作物責任を追及する方が被害者に有利だからである。

だとすると、最判平成19年は、通行人との関係で安全性瑕疵がある場合の建築施工者の不法行為責任になぜ言及したのかという疑問が生じる。

このように最判平成19年で問題としている事案は、第三者型の事案と転得者型の事案であり、最判平成19年の判示は当事者型の場合を前提に論じられてはいない。にも拘らず、その後の下級審裁判例では、後述のように当事者型の紛争類型でも、原告たる注文者は目的物に安全性瑕疵があるこ

とを立証しなければ被告である建築請負人の不法行為責任を追及できないかのような訴訟運営がなされている。果たしてそのような訴訟運営に妥当性があるのだろうか。当事者型の場合には、目的物に修補が必要な客観的瑕疵や主観的瑕疵があり、その作出に建築施工者に故意ないし過失があれば、その瑕疵が安全性瑕疵に当たるかどうかは問題とせず不法行為責任の成立を論じてなぜいけないのだろうか。

本稿が紛争類型と瑕疵類型の統合的分析を行うことの意義は、これらの疑問や問題点を解明するために必要な視点を与えると考えるからである。

## 5 本稿の叙述の順序

本稿では、まず、先に述べた4つの瑕疵類型の相互関係を明らかにし、次に、紛争類型ごとに瑕疵概念が有する意義を分析することにする。

### 二 4つの瑕疵類型の相互関係

#### 1 〈安全性瑕疵〉と〈土地工作物瑕疵〉

最判平成19年は「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の前提となる「建物としての基本的な安全性」について次のように述べている。

「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。」

最判平成19年は、このように建物には「建物としての基本的な安全性」が確保されている必要があることから、建築施工者が次のような安全性配慮義務を負っていることを導いている。すなわち、建築施工者は「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。」

このように建築施工者は当該建物に安全性瑕疵がないように建築施工する安全性配慮義務を負っている。だとすると当該建物に安全性瑕疵があることを原告が立証できれば、建築施工者は安全性瑕疵がないように建築施工しなければならないことが前提になっているのだから、安全性瑕疵があることについて自らの故意・過失がないことを立証しなければ責任を免れないことになるのではないだろうか。私見は、このように安全性瑕疵概念には建築施工者の過失を事実上推定させる機能を有する点に固有な意義を有すると考える<sup>3)</sup>。

ところで建築施工時に安全性瑕疵があったと評価できる場合には、同時に、土地工作物である当該建物が設置の時点から当該建物が通常有すべき安全性を欠いたことを意味するのであるから、土地工作物責任の要件である設置の瑕疵を認定できることになろう。従って、通行人等の被害者は、建築施工者の709条の不法行為責任を追及するのではなく、建物の占有者ないし所有者に土地工作物責任を追及することが考えられる。

当該建物が賃貸借されているような場合、すなわち、建物の占有者が賃借人、建物所有者が賃貸人として別々に責任主体が存在する場合は、占有者は損害の発生について自己に過失がないことを立証できれば免責され（717条1項ただし書。過失の立証責任が709条の場合と逆なので過失責任と無過失責任の間の中間責任<sup>4)</sup>などと呼ばれる）、建物所有者はその場合でも無過失責任を負うことになる。免責されずに被害者に賠償金を支払った占有者ないし所

---

3) 私見が繰り返し指摘してきた点である。松本克美「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（2011年）227頁、松本・前掲注（2）（2023年）110-111頁。

4) 大塚直編『新注積民法（16）』（有斐閣、2022年）230頁〔米村滋人〕、潮見佳男・長野史寛補訂『基本講義・債権各論Ⅱ不法行為法・第4版補訂版』（新世社、2025年）167頁など。

有者は、損害の発生について他にその責任を負う者がある時は、その者に求償権を行使できる(717条3項)。従って、そもそもそのような設置の瑕疵を作出した建築施工者に709条の不法行為責任を追及して求償することになろう。

この場合、被害者との関係で中間責任や無過失責任を負わされる占有者ないし所有者は、自らが賠償責任を履行した際に、建築施工者の過失を立証できなければ不法行為責任を追及できないのでは不公平である。少なくとも当該建物に設置の瑕疵、すなわち安全性瑕疵があったのであるから、そのような安全性瑕疵があることについて建築施工者が自ら無過失を立証できなければ不法行為責任を負うという、建物占有者の土地工作物責任と同程度の中間責任を負うと解すべきである。

こう考えるならば、最判平成19年が建築施工者が通行人などとの関係でも安全性瑕疵のない建物を建築施工する注意義務を負うと判示したことの意味が腑に落ちるといえる<sup>5)</sup>。

## 2 安全性瑕疵と客観的瑕疵

注文者が建築請負人に瑕疵担保責任(契約内容不適合責任)を追及する場合、目的物の品質を特に定めていなくても当該建物が通常有すべき品質を欠いている場合には、客観的瑕疵(客観的契約内容不適合)があるとして、瑕疵担保責任(契約内容不適合責任)に基づく修補請求や修補費用相当額の損害賠償を請求することができる(旧634条、現行562条、564条、415条)。安全性瑕疵があれば、それは当該建物が通常有すべき品質を欠いているのだから、客観的瑕疵があることになる。

逆に、客観的瑕疵は安全性瑕疵と全く同一とは言えない。例えば、建物

---

5) 安全性瑕疵と土地工作物の設置・保存の瑕疵との関係については、松本克美「マンションの欠陥と不法行為責任——『安全性瑕疵』概念の再検討——」山野目章夫・花房洋文・秋山靖浩・姜赫臣編『マンション区分所有法の課題と展開・鎌野邦樹先生古稀祝賀論文集』(日本評論社、2023年)150頁以下でも論じたところである。

の外壁や内壁の塗装にムラがあるとか、建具がきちんと閉まらないなどの不具合がある場合、それは通常有すべき品質を欠いている客観的瑕疵であるから、請負人に修補や修補費用相当額の損害賠償を請求できる。しかし、このような不具合は建物としての基本的な安全性に関わるものではないから安全性瑕疵には当たらない<sup>6)</sup>。

### 3 安全性瑕疵と主観的瑕疵

主観的瑕疵（主観的契約内容不適合）とは、契約で特に定めた品質を欠く場合である。例えば、柱の太さ事件<sup>7)</sup>で問題となったように、耐震性を特に高めるために、通常の柱より太い柱を主柱に使うことが契約で定められていたにもかかわらず、完成した建物にはそのような太い主柱が使われていなかった場合には、たとえ、通常の耐震性は満たしていても、契約で決められた耐震性を満たしていないのであるから、請負人は注文者に主観的瑕疵があることによる瑕疵担保責任（契約内容不適合責任）を負うことになる。

このように安全性を特に高めることが契約内容になっていたのに、目的物の品質がそれを満たしていない場合、安全性瑕疵との関係はどう考えるべきか。最判平成19年のいう「基本的な安全性」という意味を〈当該建物に一般的に要請される最低限の安全性〉という意味と捉えたとしたら<sup>8)</sup>、完成した建物の品質が最低限の安全性を満たしていれば、契約で定めた特に高い安全性を満たしていなかったとしても、安全性瑕疵には当たらないことになる。

---

6) ただし建具の開閉に不具合がある場合は、火事や地震で建物の外に急いで避難することに支障が出る可能性があるから、安全性瑕疵に当たる場合もあろう。この点で、別府マンション事件の第二次差戻し審の福岡高判平成25・1・29判時2158・62が、建具の不良について、瑕疵であることを認めつつも、安全性瑕疵であることを否定した点は疑問である。

7) 最判平成15・10・10判時1840・18。この判決についての私見の分析については、松本克美「建築請負契約の目的物の主観的瑕疵と建築請負人の瑕疵担保責任」立命館法学298号（2005年）367頁以下参照。

8) 松本・前掲注（5）では、建築基準法令が要求する最低基準を満たさない建物には安全性瑕疵があると解すべきことを論じた（154頁以下）。

これに対して、「基本的な安全性」ということの意味を、〈当該建物にとっての基本的な安全性〉と捉え、この安全性には契約で定められた高度の安全性も含まれると解すならば、安全性に関わる主観的瑕疵も、安全性瑕疵に含まれることになる。後者のような理解を最判平成19年が明示的に否定しているわけでもないので、このような理解も十分成り立つと言えよう<sup>9)</sup>。

以上の瑕疵概念の整理を踏まえて、次に誰が誰に建築施工者の不法行為責任を追及するのかという当事者別の類型論を統合させて問題を考察してみよう。

### 三 紛争類型と瑕疵類型の統合的分析

#### 1 第三者型紛争類型

建物の瑕疵が原因でたまたま付近を通行していた通行人が負傷し、建築施工者に民法709条の不法行為責任を追及する場合、建築施工者と通行人に契約関係はないし、通行人は当該建物の所有者でもないので、先に述べた第三者型紛争類型となる。例えば、建築施工上のミスで外壁のタイルが十分に接着されていなかったため、強風により一部タイルが剥離し、下を歩いていた通行人に当たり、負傷させたような場合である（以下、タイル剥離事案と呼ぶ）。

この場合、建物の瑕疵が安全性瑕疵に当たる場合に、通行人が建築施工者に不法行為責任を追及できるとした最判平成19年の法理は妥当である。なぜなら、建物が通常有すべき品質を有しないという客観的瑕疵や、契約

---

9) 2026年2月4日に京都弁護士会館で開催された欠陥住宅京都ネット定例研究会で、安全性瑕疵をテーマに筆者も報告を行った。その後の質疑で、欠陥住宅訴訟を消費者側の訴訟代理人として数多く手がけ、著書『「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』（岩波書店、2006年）もある河合敏男弁護士が、最判平成19年は最低限の安全性と明示しているわけではないので、契約で通常よりも高めた安全性を欠いた主観的瑕疵についても、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に含めて解することもできるのではないかとの問題提起を行った。筆者もその見解に賛同する。

で特に定めた品質を欠いているという主観的瑕疵は契約の相手方に瑕疵担保責任（契約内容不適合責任）を追及するための要件であって、契約関係のない通行人が建築施工者に不法行為責任を追及する場面では関係のない瑕疵概念だからである。

ところで、709条には安全性瑕疵という要件は書かれていない。安全性瑕疵という概念は709条の要件との関係でどのように位置づけられるべきであろうか。最判平成19年は原審の福岡高裁平成16・12・16判タ1180・209が展開した違法性限定論（契約関係にない建築施工者が不法行為責任を負うのは、建物の躯体や構造に重大な瑕疵があるなど違法性が著しいときに限られる）を否定し、それに対して安全性瑕疵により損害が生じた場合には不法行為責任を負うとした<sup>10)</sup>。そこで、安全性瑕疵があれば違法性があるという具合に、安全性瑕疵を違法性の判断基準とする見解がある。しかし、これは全外的の見解である。

なぜなら、タイル剥離事案を念頭に置いたら明らかなように、当該事案では剥落したタイルが通行人に当たり負傷させているのであるから、被害者には身体侵害が生じている。権利侵害があれば違法性が認められるのであるから、その上に、安全性瑕疵という概念で違法性を判定する意味がない。そもそも最判平成19年の判決文も安全性瑕疵を違法性の判断基準であるなどとは全く論じていない<sup>11)</sup>。

それでは安全性瑕疵は何のための要件なのか。もしこの概念を使わずに通行人が建築施工者に不法行為責任を追及するとしたら、通行人にとっては建築施工者の過失の立証が困難だという壁に直面することになる。通行人は建築施工者の建築過程をまじかで観察していたわけではないのだから、外壁のタイルが剥離したことについて、建築施工者にどのような施工ミスがあったのかを通行人が証明しろと言われても無理難題を突きつけられた

---

10) この判決の詳細については、松本・前掲注（1）114頁以下を参照されたい。

11) 以上の点については、松本・前掲注（5）145頁でも論じたところである。関連文献等についてはそちらを参照されたい。

ようなものである。

そこで最高裁は、建築施工者は建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵がないように建築施工する注意義務、すなわち安全性配慮義務があるとした。これは、建物に安全性瑕疵があれば、通行人などにも被害が生じる恐れがあるという建物の持つ抽象的な危険性が一般に予見可能なことから導かれる建築施工者に要請される結果回避義務と言える<sup>12)</sup>。

建築施工者は建築する建物に基本的な安全性を損なう瑕疵がないように建築施工しなければならないのであるから、完成した建物に安全性瑕疵があったのならば、建築施工者には過失がないことを自ら証明しなければ、安全性瑕疵のある建築施工をした安全性配慮義務違反があったことが推定されると解すべきである<sup>13)</sup>(前述二1)。

このように最判平成19年が提示した安全性瑕疵概念は、建築施工者の過失の立証困難を回避させるための概念であって、違法性ではなく、過失に関わる概念と捉えてこそ、その固有の意義を確認できる。

## 2 当事者型紛争類型

建物の注文者が完成した建物に修補しなければならない瑕疵があったことを理由に、瑕疵担保責任(契約内容不適合責任)に基づき瑕疵修補費用相当額の損害賠償を請求する場合、この瑕疵が客観的瑕疵、主観的瑕疵に該当すればよく、それが安全性瑕疵でなければならない理由はないことは前

---

12) なお最高裁が、当該事案では問題にもなっていない通行人や近隣住民との関係で建築施工者の安全性配慮義務を論じた社会的背景としては、2005年に露呈した耐震偽装事件の発覚があると推測される。この点は、欠陥マンション訴訟を多数手掛け、別府マンション事件でも第2審から原告側訴訟代理人を務めた幸田雅弘弁護士も指摘しているところである(幸田雅弘「欠陥住宅訴訟——施工業者の責任を認める」法学セミナー638号(2006年)21頁)。

13) 荻野奈緒は安全性瑕疵に関わる近時の下級審裁判例を詳細に分析した上で、「『安全性瑕疵があれば安全性配慮義務への違反が推定される』という命題は、安全性瑕疵が基礎づけられると同時に安全性配慮義務違反も基礎づけられる場合があるという限りでは、裁判例の動向と矛盾するものではない。」とする(同「『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』に関する覚書」同志社法学77巻2号(2025年)159頁)。

述した。

瑕疵担保責任（契約内容不適合責任）を追及しようとしても、権利行使期間を過ぎている場合に、不法行為責任に基づき修補費用相当額の損害賠償を請求する場合はどうか。最判平成19年が指摘したように、建物に安全性瑕疵がないように建築施工する注意義務は、契約関係にない通行人などの第三者に対しても負うべき義務だとすると、当事者型紛争類型においても、安全性瑕疵がないように建物を建築施工する注意義務が建築施工者にあるのだから、この義務違反の過失により建築施工者が不法行為責任を負うべきことは当然の帰結であろう。

それでは、当事者型紛争類型においては、建物に安全性瑕疵以外の客観的瑕疵や主観的瑕疵があったとしても不法行為責任を負わないと解すべきなのだろうか。ここで問題となるのが、契約関係のある建築施工者に不法行為責任を追及する場合、建築施工者が負う不法行為上の過失の前提となる注意義務は、契約関係を無視して、建築施工者が契約関係にない者に一般的に負うべき注意義務を基準にすべきなのか（契約関係無視説）、それとも契約関係があることを前提にして建築施工者が注文者に負う注意義務を基準にすべきなのか（契約関係考慮説）という点である。

学説の一部や下級審裁判例の中には、契約関係無視説をとるものがあるが<sup>14)</sup>、私見に言わせれば、全く根拠薄弱な観念論でしかない。契約責任も不法行為責任の追及も可能な労災職業病領域での安全配慮義務違反の事案を考えたら、このことは一目瞭然である。すなわち、使用者の安全配慮義務違反の不法行為責任を追及する場合、そこで前提とされる使用者の安全配慮義務は、当該契約関係で求められる債務としての使用者の安全配慮義務

---

14) 荻野奈緒は、下級審裁判例においては、請負契約で定められた安全性に関する品質を欠く場合の瑕疵であっても、それに機能的な問題がなかったり、一般的技術水準に反していなければ安全性瑕疵に該当しないとする裁判例が幾つかあることを紹介した上で、「このことは、契約が存在することによって、設計者や請負人に、不法行為法上、第三者に対するよりも厳しい注意義務が課せられるわけではないことを示すものである」とする（荻野・前掲注（13）127頁）。

務と同一の義務である<sup>15)</sup>。使用者に不法行為責任を追及する場合に、使用者の過失の前提となる注意義務は、当該使用者と被災者の契約関係を無視して使用者が契約関係にない一般人に対して負う注意義務を前提とするなどという議論は、これまで一切なされていない。

建築施工者は注文者に対して、契約で定めた品質の建物を完成させ引き渡すべき契約上の義務を負っている。この義務は不法行為責任を追及する場合に、建築施工者が負うべき施工上の注意義務の内容となると解すべきである。また、契約で品質を定めていなくても、客観的瑕疵のない建築物(当該建物が通常有すべき品質を満たす建物)を引き渡すべき義務が建築施工者にあり、この義務は不法行為上の注意義務の内容になっていると解すべきである。なぜなら、不法行為上の過失の前提となる注意義務は、当該状況下で予見される結果を回避するための義務<sup>16)</sup>である。主観的瑕疵や客観的瑕疵がある建物を施工して注文者に引き渡せば、注文者が期待する品質の目的物を取得できず、その修補費用の損害が生じることが予見できるので、その結果を回避すべき義務が建築施工者に生じているからである。

下級審裁判例には、当事者型紛争類型においても安全性瑕疵がなければ建築施工者は不法行為責任を負わないとするのが判例であるかのように理解する裁判例が多いが<sup>17)</sup>、そのように解すべき理由は全くない。

なお近時、当事者型紛争類型の事案で、請負人である建築施工者が契約で定めた工法を取らなかったことにより達成すべき断熱性や耐火性に欠け

---

15) 例えば、近時、被用者の過労自殺について使用者の安全配慮義務違反が問題となった事案で、被災者の配偶者と子からの使用者の安全配慮義務違反の債務不履行に基づく損害賠償請求を認容した最高裁第二小法廷令和7・3・7LEX/DB25574127は、同日に、被災者の両親からの使用者の安全配慮義務違反の不法行為を理由にした損害賠償請求も認容した(最判令和7・3・7民集79・3・1159)。同事案における使用者の安全配慮義務の内容は、債務不履行構成でも不法行為構成でも全く同一の内容になっている。

16) 不法行為の過失の前提となる注意義務が結果発生の予見可能性を前提として結果回避義務違反であることについては、吉村良一『不法行為法〔第6版〕』(有斐閣、2022年)73頁以下、大塚編・前掲注(4)362頁〔橋本佳之〕など参照。

17) 近時のこのような裁判例の紹介は荻野・前掲注(13)に詳しい。

るなどの建物となったことについて、注文者が不法行為責任を追及した事案がある。1審の天津地裁彦根支判令和5・3・24も、2審の大阪高判令和7・2・28も契約で定められた工法が実施されていないことから、断熱性や耐火性の点で安全性瑕疵があるとして、建築施工者の不法行為責任を認めた（いずれも現時点で公判裁判例集未搭載）。これを不服として被告が上告受理申立てをしたが、上告受理理由に当たらないとして最高裁により不受理決定がされている<sup>18)</sup>。

これらの判決で認定された安全性瑕疵が、当該建物に一般的に求められる基本的な安全性を欠く瑕疵（客観的瑕疵としての安全性瑕疵）なのか、契約で定めた断熱性や耐火性などの安全性を達成していない瑕疵（主観的瑕疵としての安全性瑕疵）なのかは、どちらとも解釈可能である。いずれにせよ、安全性瑕疵の認定にあたり、契約で定めた工法を実施していない点を重視しているのであるから、前述した契約関係無視説には当たらないと評価できよう。

### 3 転得者型紛争類型

前述したように、最判平成19年は建物の購入者が契約関係にない建築施工者の不法行為責任を追及するという転得者型紛争類型の事案であった。

建物の安全性瑕疵がないように建築施工する注意義務は、契約関係にない通行人などの第三者に対しても負うべき義務だとすると、建築施工者は契約関係にない建物の買主に対してもそのような安全性配慮義務を負っているのだから、この義務に違反して生じた安全性から生じた損害について不法行為責任を負うのは当然であろう。最判平成19年は、建築施工者が建築施工する建物の安全性配慮義務を負っていることを述べた上で、「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ことはない。」としているのは、このことを表現したものと言える。

---

18) この事案については、原告側訴訟代理人である上田敦弁護士が近刊の消費者法ニュースで紹介する予定である。

このように転得者型紛争類型で、建物に安全性瑕疵がある場合に建築施工者が不法行為責任を負うことは当然として、安全性瑕疵に含まれない客観的瑕疵や主観的瑕疵があった場合に不法行為責任が成立するかという問題に、最判平成19年は積極的な言明をしていない。

もっとも、注文者が請負人である建築施工者に不法行為責任を追及する当事者型紛争類型では、両者に請負契約関係があるのだから、建築施工者は建物に客観的瑕疵や主観的瑕疵がない建物を建築施工して注文者に引き渡す義務を負っている。

これに対して、転得者型紛争類型では、建物の購入者は売主に対して目的物に客観的瑕疵や主観的瑕疵があった場合に瑕疵担保責任（契約内容不適合責任）を追及できるが、直接の契約関係にない建築施工者にはそのような契約責任を追及できない。しかし、そのことをもって、転得者型紛争類型の場合に建築施工者は安全性瑕疵についてしか不法行為責任を負わないという結論を導くのは、あまりに短絡的、非論理的と言わざるを得ない。

例えば、建築施工の不具合により、安全性に支障が出るとまでは言えない建具の開閉の不具合があり、修補するのに費用がかかる場合（客観的瑕疵のある場合）や、建築請負契約の目的物である建物について、通常よりも特に断熱効果に優れているとか、通常よりも強い耐震性があることを契約で定めたのにそのような品質を欠く場合（主観的各審級のある場合）を想定してみよう。この場合、建物の買主は建物の売主に目的物の客観的瑕疵や主観的瑕疵を理由に瑕疵担保責任（契約内容不適合責任）を追及して修補費用相当額の損害賠償を請求できるのは当然として、例えば、売主の所在が不明であるとか、権利行使期間が過ぎているなどの場合に、建築施工者にそのような客観的瑕疵ないし主観的瑕疵について不法行為責任に基づく損害賠償を請求することはできないのであろうか。

繰り返しになるが、不法行為の過失の前提となる注意義務は、当該具体的状況において要求される結果回避義務（具体的な状況で予見可能な権利侵害による損害発生の防止義務）である。建物は、一般に転売が予見可能な物の

であるから、建築施工者が建築物を完成し、注文者に引き渡した後に、その建物が転売され得ることは当然に予見可能である。そうすると、客観的瑕疵のある建物が転売された場合に、転得者に、その修補費用相当額の損害が生じることは、建築施工者にとって、当然、予見可能と言える。

また、建築請負契約上、通常よりも高い断熱性とか耐震性などの特に定められた品質を欠く主観的瑕疵の場合も、注文者はそのような品質があることを前提に当該建物を転売するのだから、当該建物の買主はそのような高い品質が欠けたものを取得することによって修補費用相当額の損害や価値減価分の損害などを被ることは、直接契約関係のない建築施工者にとっても予見可能と言える。

だとすれば、そのような建物の客観的瑕疵ないし主観的各審級があることが建築施工者の故意ないし過失によるものであることを建物転得者が立証できたなら、建築施工者に不法行為責任が成立することを否定する法的根拠はないはずである。すなわち、転得者型事案においても、建築施工者は建物に安全性瑕疵がある場合にだけ不法行為責任を負うなどという法理は成立し得ないのである。

## 四 結 び

筆者は、最判平成19年が出た後に、安全性瑕疵と安全性配慮義務概念を導入したこの判決が、建築瑕疵について建築施工者の責任を厳格化し、瑕疵ある建物を取得した買主の被害救済に資する大きな意義があることを繰り返し指摘してきた<sup>19)</sup>。ところが、その後の下級審裁判例は、建築瑕疵紛争において、転得者型紛争類型であれ、当事者型紛争類型であれ、建築施工者は当該建物に安全性瑕疵がなければ不法行為責任を負わないかのように解することが当然であるかのような判断をしてきている。

---

19) 松本・前掲注(1)118頁以下。

建築施工者は何ら契約関係にない通行人などとの関係でも、建物に安全性瑕疵がないように建築施工する注意義務を負っているのであるから、当事者型紛争類型であれ、転得者型紛争類型であれ、安全性瑕疵があった場合に建築施工者に不法行為責任が生じるのは当然であろう。

しかし、最判平成19年は、建築施工者は安全性瑕疵がある場合に限って不法行為責任を負うとまで限定的な判示をしているわけではない<sup>20)</sup>。そして再三繰り返し述べてきたように、不法行為上の過失の前提となる注意義務たる結果回避義務違反があるかという原点に立ち戻って考察するならば、建築施工者が不法行為責任を負うのは安全性瑕疵に限らず、客観的瑕疵であれ、主観的瑕疵であれ、不法行為責任に基づき損害賠償を請求している原告にそのような瑕疵ある建物が取得されることにより損害が発生することが予見可能である限り、建築施工者の不法行為責任が成立すると解すことこそ、不法行為責任の法理に適った合理的な法解釈と言えよう。

〈建築施工者は安全性瑕疵がなければ不法行為責任を負わない〉などという誤った理解は、建物として通常有すべき品質を欠いた建物を施工したり、契約で特に定めた品質を欠く施工をしても、安全性瑕疵にさえ当たらなければ不法行為責任が免責される結果を司法が追認するのと同じことである。求められるべきは、手抜き工事を法認するのではなく、それに歯止めをかけるための不法行為責任論である。

下級審の裁判官は、建築施工者は安全性瑕疵がなければ不法行為責任を負わないなどという安全性瑕疵の誤った呪縛論から眼を覚ますべきである。

---

20) この点については、松本克美「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・最判上告審判決（最判2011（平23）・7・21）の意義と課題」立命館法学337号（2011年）226頁でも強調したところである。