

建物の設計者、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

〔損害賠償請求事件、最高裁判一七（受）七〇二号、平19年7月6日二小法廷判決、一部破棄差戻、一部上告棄却、民集六一巻五号一七六九頁・判時一九八四号三四頁〕

大西 邦 弘

【事実】原審が確定した事実関係の概要は、本判決によれば以下の通り。

Aは、昭和六三年八月、本件土地を買い受け、Y2（土木建築業を目的とする会社）との間で本件建物につき工事代金を約三億六〇〇〇万円とする本件請負契約を締結した。

Y1（建築設計及び企画並びに工事監理を目的とする会社）は、本件建物の建築について、Aから設計及び工事監理の委託を受けた。

本件建物は平成二年二月に完成し、Y2はAに対し本件建物を引き渡した。

Xらは、平成二年五月、本件土地を代金約一億五〇〇〇万円

で、本件建物を代金約四億一二〇〇万円で、Aからそれぞれ買い受け、引渡しを受けた。本件土地及び本件建物の各持分割合は、X1が四分の三、X2が四分の一とされた。

本件建物は、本件土地上に建築された鉄筋コンクリート造り陸屋根九階建ての建物であり、九階建て部分（A棟）と三階建て部分（B棟）とを接続した構造となっている。

A棟は、一階が駐車場となっており、二階から九階までが各階六戸の賃貸用住居で、各住居にバス、トイレ、台所が設置されている。各住居の南側にはベランダがあり、北側には共用廊下がある。A棟西側にはエレベーターが設置されている。B棟は、一階が店舗、二階が事務所となっており、三階はやや広い賃貸用住居二戸となっている。

本件建物には、次の通りの瑕疵がある。

- ア 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棟一階駐車場ピロティのはり及び壁のひび割れ
- 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（廊下手すり並びに外壁北面及び南面）のひび割れ
- キ A棟屋上の塔屋ひさしの鉄筋露出

ク B 棟居室床のひび割れ

ケ B 棟居室内壁並びに外壁東面及び南面のひび割れ

コ 鉄筋コンクリートのひび割れによる鉄筋の耐力低下

サ B 棟床スラブ(天井スラブ)の構造上の瑕疵(片持ちばりの傾斜及び鉄筋量の不足)

シ B 棟配管スリーブのはり貫通による耐力不足

ス B 棟二階事務室床スラブの鉄筋露出

X らは、上記記載の瑕疵以外にも、バルコニーの手すりのくらつき、排水管の亀裂やすき間等の瑕疵があると指摘し、これらの瑕疵も含めて本件建物に瑕疵が存在することにつき Y らに不法行為が成立すると主張している。

X らは、本件建物にはひび割れや鉄筋の耐力低下等の瑕疵があると主張して、建築の設計及び工事監理をした Y 1 に対しては、不法行為に基づく損害賠償を請求し、その施工をした Y 2 に対しては、請負契約上の地位の譲受けを前提として瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補費用又は損害賠償を請求するとともに、不法行為に基づく損害賠償を請求した(請求額は、五億二五〇〇万円)。

第一審(大分地判平成一五年二月二四日民集六一卷五号一七七五頁)は、――

X らは A から本件請負契約の注文者たる地位の譲渡ないしは

「瑕疵担保責任履行請求権」の譲渡を受けたかについて、「A 有していた Y 2 に対する本件請負契約上の瑕疵担保責任履行請求権は、本件売買契約の特約によって、X らに譲渡され、Y 2 もこれを承諾したものと認められる」とし、Y らの不法行為責任については「建築請負人並びに設計・工事監理の委任ないし請負契約を締結した受任者又は設計・工事監理請負人は、それらの契約に基づいて、請負人としての瑕疵担保責任や受任者としての債務不履行責任を負うが、同時に、これらの者の行為が一般不法行為の成立要件(違法性・故意又は過失・損害の発生・因果関係)を充たす限り、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生し、これは、請負契約ないしは委任契約の目的である建築物に瑕疵があり、これを原因として損害が発生した場合でも同様であると解される」として、X らの請求を一部認容(総額約七四〇〇万円)。

原審(福岡高裁平成一六年一月一六日民集六一卷五号一八九二頁・判タ一一八〇号二〇九頁)は、X らは、A から Y らに対し瑕疵担保責任を追及し得る契約上の地位を譲り受けておらず、――

建築された建物に瑕疵がある場合に不法行為が成立するのは、「その違法性が強度である場合、例えば、請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合や、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合、

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「限定され、——

Yらの不法行為責任が認められるためには、「上記のような特別の要件を充足することが必要であるところ、Yらが本件建物の所有者の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵を生じさせたというような事情は認められない。また、本件建物には、前記のとおり瑕疵があることが認められるが、これらの瑕疵は、いずれも本件建物の構造耐力上の安全性を脅かすまでのものではなく、それによって本件建物が社会公共的にみて許容し難いような危険な建物になっているとは認められないし、瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びているとはいえない。さらに、Xらが主張する本件建物のその余の瑕疵については、本件建物の基礎や構造く体にかかわるものであるとは通常考えられないから、仮に瑕疵が存在するとしても不法行為責任が成立することはない。したがって、本件建物の瑕疵について不法行為責任を問うような強度の違法性があるとはいえないから、その余の点について判断するまでもなく、Xらの不法行為に基づき請求は理由がない」として、Xらの請求を棄却した。

Xら上告受理申立て。

【判旨】 一部破棄差戻、一部上告棄却。

「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ふべきである。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。そして、設計・施工者等がこの義務を怠つ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ふべきである。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ことはない。」

「原審は、瑕疵がある建物の建築に携わつた設計・施工者等に不法行為責任が成立するのは、その違法性が強度である場合、例えば、建物の基礎や構造く体にかかわる瑕疵があり、社会公共的にみて許容し難いような危険な建物になっている場合等に限り、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ふべきである。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ことはない。」

うような強度の違法性があるとはいえないとする。しかし、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。例えば、バルコニーの手すりの瑕疵であっても、これにより居住者等が通常の使用をしている際に転落するという、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得るのであり、そのような瑕疵があればその建物には建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるというべきであって、建物の基礎や構造に瑕疵が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もない。」

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Xらの被った損害があるか等Y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、原審に差戻し。

【検討】 I はじめに——本件の争点

本件では、①Y1(設計及び工事監理をした一級建築士事務所)の不法行為責任、②Y2(建築施工者)の不法行為責任が主な争点となった(本稿では①と②の争点に焦点を当てて検討することにするが、その他、Xらは、AからYらに対する瑕疵担保責任を追及し得る契約上の地位を譲受けたか等が争われて

いる)(XらがAに対して瑕疵担保責任に基づき請求をしなかった理由として、①五六六条三項の期間制限、②売主の瑕疵担保責任の法的性質について法定責任説を採用すると賠償の対象が信頼利益に限定されるため建替費用相当額の賠償が認められないおそれがあること、③売主の資力が十分ではない場合があること)の三つの可能性が指摘されている(「秋山・後掲四三頁」)。

従来は、設計及び工事監理をした建築士の不法行為責任と、建築施工者の不法行為責任は、必ずしも同一には論じられてこなかった。つまり、建築士の不法行為責任は建築施工者の責任とは通常別個に扱われ、そこでは、専門家責任の観点からの検討が意図されることが多かった(川井健編『専門家の責任』〔日本評論社、一九九三年〕には、建築士の責任の章はあるが、建築施工者の責任の章はない)。しかし、本判決では、「設計・施工者等」と称して設計及び工事監理をした建築士と施工者を特段区別せずに不法行為成立の可能性を認めている。

そこで、以下では、設計・施工者等の不法行為責任が問題とされた従来の裁判例と学説を見た後(Ⅱ)、本判決の意義について考えてみることにしたい(Ⅲ)。

Ⅱ 設計・施工者等の不法行為責任

1 建築施工者の不法行為責任にかかるこれまでの法状況

建築施工者に対しては、まずは注文者の請負契約上の瑕疵担保責任が追求されるかとも思われるが、本件と同様、注文者から買い受けた者が施工者に対して損害賠償を請求する事案などもあり(注文者が瑕疵担保責任と同時に不法行為を主張することもある)、参考となる下級審裁判例がいくつか現われている。例えば、最近の高裁判決として、【1】福岡高判平成二十一年一月二十八日判タ一〇七九号二三五頁、【2】大阪高判平成二十一年一月七日判タ一〇四号二一六頁があり、地裁判決として、【3】神戸地判平成九年九月八日判タ九七四号一五〇頁、【4】大阪地判平成一〇年七月二十九日金商一〇五二号四〇頁、【5】大阪地判平成一二年九月二十七日判タ一〇五三号一三八頁(【2】判決の原審)がある(それぞれ古い判決から新しい判決の順で並べている)。

【1】判決は、「一般に、請負人が、その建築に係る建物に瑕疵を生じさせたことが、請負人の故意による場合や、あるいは、過失による場合であっても、その瑕疵が居住者の健康に重大な影響を及ぼすようなものである等、当該瑕疵を生じさせたことの反社会性ないし反倫理性が強い場合には、請負人は、瑕疵担保責任のみならず、不法行為責任をも負うものと解するのが相当である」としている。しかし、事案の具体的な解決としては、不法行為の成立を認めていない。

【2】判決は、建築施工者に不法行為責任を認めている。その理由として、「建築基準法は、国民の生命、健康及び財産の

保護を図るため、建築物の構造等に関する最低基準を定めるところ(法一条)、およそ建築物を建築する者は建築基準法に従って建築物を建築して、他人の生命、健康及び財産を侵害しないようにしなければならないのであるから、これに違反して他人の財産を侵害し、損害を被らせたときには、不法行為に基づきその損害を賠償させるのが相当」であることが述べられている。

【3】判決は「請負人が注文者や第三者に対し不法行為責任を負うのは、注文者やその後の建物取得者の権利や利益を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した等の特段の事情がある場合に限られる」としている。その理由として、「請負人が瑕疵ある建物を建築した場合、それが請負人の責めに帰すべき事由による場合であっても、請負人は民法六三四条以下に規定された瑕疵担保責任を負うに過ぎず一般の債務不履行責任を負うと解するのが相当であること」を挙げている。

【4】判決は、「被告N建設は、過失によって本件コンクリート題する中で、「被告N建設は、過失によって本件コンクリート擁壁の回転移動を生じさせたものといふべき」として、施工者に不法行為責任を認めている。特段「法人の過失」等には触れられていない。

【5】判決は、「建物の施工者が建築した建物に瑕疵が存在する場合でも、右瑕疵により、注文者やその後建物を取得した第三者の生命・身体・健康、所有権及びそれに準ずる権利等

(完全性利益) が侵害されたという場合であればともかく、単に、瑕疵の存在により当該建物自体の価値が低いというのみでは、原則として、施工者の行為によって建物取得者の権利が侵害されたということはできない」としている。その理由としては、「不法行為が成立するというためには、当該行為により生命・身体・健康、所有権及びそれに準ずる法律上保護に値する利益(いわゆる完全性利益) が侵害されたといえることが必要であり、単に、契約に従った目的物の給付を受ける利益(債務者の行為を通して債権者が獲得しようとしている利益) のような契約法上の利益が侵害されたというだけでは、詐欺行為等があった等特段の事情がない限り、不法行為が成立する余地はなく、右契約法上の利益侵害による損害賠償は、契約法上の責任として処理すべき」(括弧内も原文) ことが挙げられている。

この判決について、「建築業者(は…括弧内引用者)、建築基準法に通曉し遵守すべきことは当然で、間取図の法令不適合に気づくべきで、この点に過失を認めて背理ではない」とし、「義務の高度化・責任の厳格化の立場」から、「5」判決に疑問を呈する見解がある(國井和郎「新築建売住宅の欠陥と瑕疵担保責任等」リマ二四号「二〇〇二年」四五頁)。

【1】【3】【5】判決が請負人の不法行為の成立を否定しており、【2】【4】判決が不法行為の成立を認めている。建築施工者の不法行為責任に係るすべての裁判例を網羅的に調査したわけではないため断定することはできないが、前掲のサンプル

からは、請負人の不法行為責任を否定する場合には、不法行為の成立に強度の違法性等、通常の民法七〇九条の要件よりも加重された要件を求めており、請負人の不法行為責任を肯定する場合には、建築士法や建築基準法違反をもって不法行為成立の根拠としているものがあることを見て取ることができる。

これに対して、「請負人が瑕疵ある建物を建築した場合でも、注文者の権利を積極的に侵害する意思で瑕疵ある建物を建築した場合等特段の事情のない限り、請負人は、不法行為責任を負うものではない」と、請負人の不法行為責任を否定する見解もある(後藤勇「請負建築建物の瑕疵がある場合の損害賠償の範囲」判タ七二五号「一九九〇年」一三頁。弁護士費用の賠償をめぐる文脈で本文中に引用の通り述べている。ただ、引用箇所少し前で「債務者は単に債務不履行責任を負うに過ぎず、不法行為責任を負うようなことは、原則としてない」とも述べており、注文者による請負人に対する不法行為に基づく損害賠償請求を前提としているようにも読める)。この見解は、自らの立場を「従来の伝統的な考え方に基づく保守的なもの」(後藤・前掲「三頁」としている。ただ、請負人の不法行為責任の成否については、必ずしもこれまで学説によって伝統的な考え方が形成されるほど活発に議論がなされてきた領域ではないと思われる。

2 建築士の不法行為責任にかかるこれまでの法状況

建築士の不法行為責任については（建築士については、契約責任についても施工者とは異なる要素が混入する。すなわち、注文者が建築士に契約責任に基づく責任を追及する場合―施主と建築士間の契約を請負契約と性質決定しても、建築士の債務の中心となるのは設計図書を作成することにあると思われるため―、とりわけ建築士の瑕疵担保責任について、不透明な部分が多く残されている「建築士の債務不履行による損害賠償の内容については、高橋寿一「建築士の責任」川井健編・前掲四〇六頁以下参照）、従来からも「建築士が…」（建築士法…この括弧は引用者による）一八条に掲げる注意義務に違反して第三者に損害（経済的損害を含む…）を与えた場合には、不法行為責任を負うことになろう」と説かれていたが（高橋・前掲四一三頁。後ろの括弧内は高橋教授によるもの。建築士法一八条は、いわゆる誠実義務を規定している）、施工者の不法行為責任が必ずしも明確ではなかったのに対し、建築士の不法行為責任については、注目すべき最高裁判決が近時現われている。すなわち、建築士の名義貸しと不法行為責任にかかる、最判平成一五年一月一四日民集五七卷一〇号一五六一頁である（以下「平成一五年一月判決」という）（本判決の評釈として、主に次のものがある。下村信江「判批」リマ三〇号五四頁、加藤新太郎「判批」NBL七九〇号一一頁、角田美穂子「判批」法七四九卷七号一二〇頁、鎌田薫「判批」重判平成一五年八月七頁、宮坂昌利「判解」曹時五七卷一一号二七一頁、小島彩「判

批」法協一二二卷一二号二一八頁、陳桐花「判批」法学六九卷一四一四五頁、野口昌宏「判批」判評五五一号一八六頁、拙稿「判批」広法二八卷二二号一七七頁）。

平成一五年一月判決は、「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（建築基準…括弧内引用者）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」として建築士の不法行為責任が認められている。

ここでは「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」ことが理由となっているが、「建築基準法に適合すること」と「安全性等が確保された建築物」との間にはどのような関係があるのだろうか。次に、建築物の瑕疵概念の意義が問題となる。

3 瑕疵の意義にかかる平成一五年一〇月判決

この点につき、設計・施工者等の不法行為責任が問題となった判決ではないが、請負人の瑕疵担保責任に関する、最判平成

一五年一〇月一〇日裁判集民事二二一號一三頁がある(以下「平成二五年一〇月判決」という)(この判決についても評釈が多数現れている。松本・後掲二二六頁参照)。

平成一五年一〇月判決では、「約定に違反して……二五〇mm×二五〇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」とした。その理由として、「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三〇〇mm×三〇〇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」ことが重視されている。

建築基準法は国民の生命・健康・財産に配慮した上で建築物の最低の基準を定めている(建築基準法第一条)。では、建物の瑕疵につき、当事者の約定と、居住者等の生命・身体・財産を侵害する瑕疵とはどのような関係を有するのであろうか。また、原審は設計・施工者等の不法行為責任につき、より強度の「違法性」を要件としているところ、より強度の「違法性」と居住者の生命・身体・財産を侵害する瑕疵とは、どのような関係を有するのであろうか。これらの問題は、最近の最高裁の傾向を踏まえた上で検討する必要がある。

III 生命・身体・財産の侵害と相關関係理論?

1 序——最近の最高裁判決との関係で

最近の判例では、伝統的な不法行為理論を彷彿とさせるような判示が目につく(本稿のいう伝統的な不法行為理論を彷彿とさせる最近の判例とは、さしあたり、最判平成一八年三月三〇日民集六〇卷三号九四八頁「国立マンション訴訟上告審判決」をいうものとする。ただし、最判平成一八年三月三〇日は差止めが関係する判決でもあるため、別個の考慮が必要となる可能性もある)。

例えば、最判平成一八年三月三〇日民集六〇卷三号九四八頁では、「民法上の不法行為は、私法上の権利が侵害された場合だけではなく、法律上保護される利益が侵害された場合にも成立し得るものである(民法七〇九条)が、本件におけるように建物の建築が第三者に対する関係において……違法な侵害となるかどうかは、被侵害利益……の性質と内容……侵害行為の態様、程度、侵害の経過等を総合的に考察して判断すべきである。そして、景観利益は、これが侵害された場合に被害者の生活妨害や健康被害を生じさせるとい性質のものではない……から、……ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫

用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められるのが相当である」と判示されている。

では、本判決を、このような最近の最高裁判例と整合的に読むためには、どのような読み方が可能なのだろうか。二つの選択肢を掲げることができる。第一の選択肢はこうである。すなわち、本判決は、「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媒介に、ある種の相関関係理論を採用したものである。従って、居住者等の生命・身体・財産が侵害された場合の損害賠償を念頭においたものであり、瑕疵の修復費用等の賠償は含まれないという選択肢である(第一の選択肢が可能なことは、秋山・後掲四三頁参照)。

第二の選択肢は、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注意義務を媒介として、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」概念を明らかにしたこと、第三者による瑕疵の修復費用の賠償請求にまで不法行為責任を拡大したとする理解である(本判決の評釈の中では、鎌野・後掲一三頁以下と、松本・後掲二二四—二二五頁がこの選択肢に分類可能と思われる)。

2 被侵害利益と「生命・身体・財産」

本判決は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」につき、設計・施工者等に不法行為責任成立の可能性を認めながら、最高裁がどのような損害を念頭においているのかについては一義的に明らかではない。一方では、瑕疵の補修費用相当額を損害額と想定しているようにも読めるが、他方では、建物の瑕疵から「生命・身体・財産」の拡大損害が発生した場合に、その拡大損害、例えば治療費等の賠償請求を認めたと読むこともあながち不可能ではない(秋山・後掲四三頁)。

では、本判決は、被侵害利益あるいは損害を生命・身体・財産とした上で、ある種の相関関係理論を採用し、拡大損害の賠償について判示したものであろうか。これについて、本判決は、Xらの被った損害があるかどうかについても審理する必要があるとして、原審に差し戻している。本判決が原審に差し戻していることに鑑みると、本判決は、「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には、設計・施工者等は……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」としているところ、ここにいる「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。このような理解は、製造物責任法三条の解釈との整合性が問題となり得るが、製造物責任法は無過失責任であって、不法行為責任は過失責任であることから正当化が可能

であると説かれている(松本・後掲二二二—二三頁)。第一の選択肢の可能性は高くないといえよう。

3 建物の「瑕疵」の修復費用と不法行為責任

第二の選択肢についてはどうか。本判決は「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」につき、設計・施工者等に不法行為責任成立の可能性を認め、一方で、原審では、不法行為成立の可能性を「違法性が強度である場合」に限定している。原審の具体例として、①「請負人が注文者等の権利を積極的に侵害する意図で瑕疵ある目的物を製作した場合」、②「瑕疵の内容が反社会性あるいは反倫理性を帯びる場合」、③「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」を挙げている。このうち、原審の挙げる、②が具体的にどのような瑕疵なのかはそれ自体疑問である。また、本判決と最も異なる特徴として、目的物の存在自体が社会的に危険であることを要求している点である。これは、おそらく建物の倒壊等による被害を想定しているものと思われるが、原審の内容は、不法行為の成立に、故意あるいは単なる過失よりも要件を加重している点で、債権侵害の不法行為を想起させるものがある。

原審だけではなく、本判決にも当てはまることであるが、Yらは、XらのAに対する本件建物引渡請求権を侵害したと構成しているのであろうか。この構成は、とりわけ従来の特定物ド

グマを中核とする旧通説を前提とすると、そもそも建物の買主は売主に対し(建築途中のものであっても)瑕疵のない建物の引渡請求権を有しているのが問題となる。また、契約責任説の発想により、《買主の売主に対する欠陥のない建物の引渡請求権》を仮に観念することができるとしても、建物の設計・施工者等は、売主が瑕疵のない建物の引渡義務を負っていることは(銀行預金債権の譲渡禁止特約と同様に)先刻承知のはずであるから、ほとんど常に故意(あるいは強度の違法性)があることになってしまい、本判決が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」としたことを説明することができない。解決すべき問題はあまりにも多く残されているが、本件では建築途中でA X間の売買契約が成立しており、少なくともY 2はXらのAに対する(売買契約上の)請求権を十分に認識していたことに留意はしておくべきであり、引き続き議論がなされる必要がある。

第一の選択肢の可能性が低いとすると、本判決は建物の瑕疵につき、生命・身体に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損なう瑕疵」につき、その修復費用等の賠償を認める趣旨なのであろうか。ただ、この点については原審の判断にも一定の配慮をする必要があると思われる。すなわち、原審の判決理由によれば、本件のような賠償請求は、「本来瑕疵担保責任の範疇で律せられるべき分野」であって、「安易に不法行為責任を認めることは、法が瑕疵担保責任制度を定

めた趣旨を没却することになりかねない」とこと（以下「原審理由①」という）、「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」ことが掲げられている（以下「原審理由②」という）。原審理由①については、必ずしも説得力があるとは思えない。しかし、原審理由②については、一定の傾聴すべき点が含まれているように思われる。これは、従来の伝統的な考え方においても債権侵害の不法行為の領域において見られた考え方であり、本判決の理解においても債権侵害的な要素を消し去ることはできないのではなからうか。

4 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」と純粹經濟損害

確かに本判決は「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」につき不法行為責任成立の可能性を認めているが、いまだ生命・身体が被侵害利益となつて損害が現実には発生している訳ではない。その意味では、むしろ本判決は、伝統的な相関関係説を確認して生命・身体・財産の侵害に対して損害賠償を認めたものではなく、建物の瑕疵概念に関してならかの判示がなされたとの理解が素直だと考えられる。

本判決は、「施工者等のより広範・重大な『法的・社会的責任』を認めた点において、一つの『立法』にも値する画期的判決」であると評価されている（鎌野・後掲四頁）。しかし、

ここでは「立法」の内容がより検討される必要があると思われる。というのも、わが国の不法行為法は極めて広い（誤解を恐れずにいえば曖昧な）射程を有しており、生命・身体・財産が物理的に侵害された場合に限定されないというのが一般的な理解である。本件のような問題につき、Y1ないしY2に故意・過失あるいは違法性があるかぎり、不法行為責任を認める障害はないともいえ、立法（これが立法院による新たな規範の定立を意味するとすると）によって責任を課したと解する必然性はないように思われるからである。

もちろん、設計・施工者等による瑕疵ある建物の取得者につき、その救済を図ることは極めて重要である。しかしながら、他方では、施工業者・建築士の責任が過重となり、ひいては、原審が懸念する通り、法的紛争の増大・裁判所の負担の拡大についても視野に入れるべき必要がある。この点につき、裁判所の負担を抑えるため、本判決の射程を、物の瑕疵一般ではなく、建物の瑕疵に限定しようとする見解もある（鎌野・後掲一三頁）。しかし、わが国の不法行為法の射程は物の瑕疵に限定されるものではなく、まして「建物」要件をわが国の不法行為法にどのように組み込むかは明らかではない（故意・過失の問題とするのか、権利侵害の問題とするのか、違法性の問題とするのか）。そこで、本判決は、むしろ、一見広範に成立すると思われがちなわが国の不法行為責任につき、その成立範囲を明確化（あるいは、設計・施工者の責任が明確化されることで、

ある種の責任限定と捉えることも可能かもしれない) したものと解すべきではなからうか。このように理解することによって、設計・施工者等による瑕疵ある建物の取得者につき、その救済を図ることが可能となると同時に、設計・施工者等の責任が明確となり、ひいては裁判所に持ち込まれる紛争の増大についてもバランスのとれた規律とすることができるとはなからうか。

本判決の評釈として、――

- ・ 升田純「判批」Lexis判例速報二二二号(二〇〇七年)四七頁
 - ・ 松本克美「建物の瑕疵と建築施工者等の不法行為責任」立命館三三三号(二〇〇七年)一〇〇頁
 - ・ 祝田雅弘「欠陥住宅訴訟――施工業者の責任を認める」法七六三八号(二〇〇八年)一八頁
 - ・ 鎌野邦樹「建物の瑕疵についての施工者・設計者の法的責任」NBL八七五号(二〇〇八年)四頁
 - ・ 河津博史「判解」銀法六八六号(二〇〇八年)一二三頁
 - ・ 秋山靖浩「欠陥建物・最高裁判決とその意義」法七六三七号(二〇〇八年)四二頁
 - ・ 円谷峻「建物の設計者等が当該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て不法行為責任を負う場合」ジュリ一三五四号(平成一九年度重判、二〇〇八年)八九頁
- がある他、校正の段階で、平野裕之「判批」民商一三七卷四

五号六八頁に接した。

〈付記〉本稿は、二〇〇八年三月の神戸大学民法判例研究会での報告に基づくものである。研究会の席上では、諸先生方から多くのご教示を賜った。ここに記してお礼としたい。