

判例研究

建築瑕疵に関する設計者・施工者等の不法行為責任

〔損害賠償請求事件（別府マンション事件第三次控訴審）、福岡高裁判平二三（ネ）七六四号、平成二四年一月一〇日判決、原判決変更、拡張請求棄却（上告・上告受理申立て）、判時二一五八号六二頁〕

永岩 慧子

【事実】

訴外A（本件建物注文者）は、昭和六三年八月に本件土地を購入し、建設会社Y2との間で、本件土地上に鉄筋コンクリート造の建物（共同賃貸用住宅・店舗であり、九階建のA棟と三階建のB棟を接続した構造となっている）を工事代金三億六六六〇万円で建築する請負契約を締結し、設計会社Y1に対し、設計及び工事監理を委託した。本件建物は、平成二年二月に完成し、同年三月にAに引渡された。X1・X2は、Aの代理人Y3（宅地建物取引業者）との間において、同年五月、本件土地代金約一億

五〇〇〇万円、本件建物代金約四億円で買い受け、引渡しを受けた。しかし、本件建物には、ひび割れや設備関係等の瑕疵があるとして、平成八年、Y1に対して、不法行為に基づく損害賠償として約三億九〇〇万円、Y2に対して、請負契約上の地位の譲渡を前提とした瑕疵担保責任に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償として約一億三〇〇〇万円及びこれに対する遅延損害金を請求した。なお、X1は、平成二〇年七月に死亡し、X2が訴訟を承継している。また、本件土地及び本件建物は、一審係属中の平成一四年に、競売により第三者へ売却されている。

【審理経過】

(1) 第一審（大分地判平一五・二・二四民集六一巻五号一七七五頁）は、瑕疵担保責任履行請求権について、AからXらへの譲渡を認めたと、除斥期間の徒過により行使できないとした。Yらの不法行為責任については、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するとし、瑕疵修補費用相当額の損害として約七四〇〇万円の請求を認容した。

(2) 第一次控訴審（福岡高判平一六・二・二一六判タ一一八〇号二〇九九頁）は、瑕疵担保責任履行請求権の譲渡については、民法四六七条の對抗要件を充たさないと否定した。Yらの不法行為責任については、「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って、不法行為責任が成立する余地が出てくるもの」として、本件について不法行為責任を問うような強度の違法性がないとして否定した。

(3) 第一次上告審(最判平一九・七・六民集六一巻五号一七六九頁)は、「建物は、そこに居住する者、そこで働く者、そこを訪問する者等の様々な者によって利用されるとともに、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うと解するのが相当である。そして、設計・施工者等がこの義務を怠ったために建築された建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それにより居住者等の生命、身体又は財産が侵害された場合には、設計・施工者等は、不法行為の成立を主張する者が上記瑕疵の存在を知りながらこれを

前提として当該建物を買い受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。居住者等が当該建物の建築主からその譲渡を受けた者であっても異なるところはない」とした。さらに、「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、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更に審理を尽くさせるとして、原審に差し戻した。

(4) 第二次控訴審(福岡高判平二一・二・六判時二〇五一号七四頁)は、第一次上告審のいう「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、身体又は財産に対する現実的な危険性を生じさせる瑕疵をいうとし、本件建物には現実的危険性は生じていないとしてXの請求を棄却した。

(5) 第二次上告審(最判平・三三・七・二二判時二二一九号三六頁)は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とは、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵をいい、建物の瑕疵が、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的な危険をもたらしている場合に限らず、当該瑕疵の性質に鑑み、これを放置するといずれは居住者等の生命、身体又は財産に対する危険が現実化することになる場合には、当該瑕疵は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当すると解するのが相当である」とした。また、「当該建物を第三者に売却するな

どして、その所有権を失った場合であっても、その際、修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない」と判示した上で、原審に差し戻した。

【判旨】 原判決変更・拡張請求棄却

「一審原告は、建物に対する不法行為責任の成立について、建築基準法及びその関連法令が明記している規制の内容や基準の内容が建物の財産性の最低基準を形成しており、これに反した建物の建築については不法行為となる旨主張するが、上記最高裁の判示によれば、法規の規準をそのまま当てはめるのではなく、基本的な安全性の有無について実質的に検討するのが相当である。」

「本件における一審原告の請求は、瑕疵担保ではなく不法行為を理由とする請求であるから、瑕疵のほか、これを生じるに至った一審被告らの故意過失についても立証が必要であり、過失については、損害の原因である瑕疵を回避するための具体的な注意義務及びこれを怠ったことについて立証がなされる必要がある」としたうえで、本件建物の瑕疵の有無及びその原因並びに各瑕疵に対するYらの責任について以下のように判断する。

①九〇三号室及び九〇六号室の床スラブのひび割れについて、「構造耐力の不足が指摘されている上に、…中心部に向かつてのたわみ及び荷重によるひび割れが認められることからす

れば、上記床スラブは、建物の基本的な安全性を欠いているものと認められる。そして、その原因については、上端筋の下がり原因であると認められるところ、これについて一審被告Y2において、施工時に計測を行うなどして設計どおりのかぶり厚とすることを怠った過失があるものと認められる。また、一審被告Y1については、同人は本件建物施工の監理を行っており、監理とは、工事を設計図書と照合し、それが設計図書のとおりを実施されているかいないかを確認することをいい（建築士法二条七項）、これと異なる特約の存在を認めるに足る証拠はないところ、本件建物のかぶり厚が設計上の数値と大きく異なっていることが上記確認義務に反するものであることは明らかであるから、同人にも一審被告Y2と同様の過失があるものと認められる」とした。その他、②B棟床スラブ（天井スラブ）の構造上の瑕疵、③B棟配管スリーブの梁貫通による耐力不足、④A棟各居室のバルコニーの手すり、⑤B棟二階事務所床の鉄筋露出、⑥屋内立配管に漏れがあること等、⑦A棟廊下各階の自動火災報知器について、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に当たり、Yらの過失があるとしてXの請求を一部認容し②③については、設計上の瑕疵であるとしてY1の責任のみ認容）、これらの瑕疵の修補費用、調査費用、弁護士費用について、Y1に対し約九七三万円及びYらに対して連帯して約二八四八万円並びにこれらに対する遅延損害金の賠償を命じた。

【研究】

一 問題の所在

本判決は、建物を注文者から買い受けた者が、その建物に複数の瑕疵があるとして、建物の設計者、施工者及び工事監理者（以下、施工者等とする）の責任を追及した、いわゆる別府マンション事件の第三次控訴審判決である。本判決後、両当事者から上告・上告受理申立てが行われたが、最高裁は、上告棄却・不受理の決定をし（最決平二五・一・二九ウエストロー・ジャパン）、本判決の内容で確定した。したがって、本判決は、二つの上告審の判断内容を踏まえ、施工者等の不法行為責任について個別具体的に判断したものと注目される。本稿では、本判決が示した具体的内容を検討し、これまでの審理経過を前提として、本事件の意義と課題について検討を行うものとする。

二 別府マンション事件以前の状況

1. 判例

施工者等の不法行為責任に関する本事件以前の裁判例の立場は統一的ではなく、事案ごとに異なる判断が下されていた。また、従来、施工者と建築士である設計・監理者では、その責任構成において若干の違いがみられる。まず、設計・監理者の責任について、建築士法二条・一八条に掲げる業務遂行義務に違反したことにつき不法行為責任を肯定するもの（名古屋地判昭

四八・一〇・二三判タ三〇二号一七九頁、大阪地判平一〇・七・二九金判一〇五二号四〇頁）がある。一方、施工者の責任については、一般不法行為要件に照らしてこれを肯定するもの（神戸地判昭六三・五・三〇判時二二九七号一〇九頁）、建築業者としての安全性を確保する注意義務違反があったとするもの（福岡地判平一一・一〇・二二〇判時一七〇九号七七頁、仙台地判平一五・一二・一九『消費者のための欠陥住宅判例』第三集三六八頁）、建築基準法違反の建物を建築したことについて不法行為責任を肯定するもの（大阪高判平一三・一一・七判タ一一〇四号二一六頁）がある。以上の不法行為責任肯定例に対し、不法行為責任を否定する裁判例の多くは、いわゆる「強度の違法性」を必要とし、不法行為責任の成立要件を加重する（本事業案の第一次控訴審判決もこの立場に立つ）。この見解には、瑕疵の程度について、「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的なないし反倫理性が強い場合」に限定するもの（福岡高判平一一・一〇・二八判タ一〇七九号三三五頁）と、積極的に侵害する意思や詐欺行為があったなど侵害行為の態様において限定を加えるもの（神戸地判平九・九・八判時一六五二号一四頁、大阪地判平一二・九・二七判タ一〇五三三三三頁）がある。また、これ以外の不法行為責任を制限する見解として、建物に瑕疵があるだけではなく、それによって完全性利益の侵害が生じている場合にのみ不法行為責任が成立するとしたもの（大阪地判平

一一・九・二七判タ一〇五三号一三八頁）がある。

2. 学説

本事件以前、建築施工者等の不法行為責任について学説上活発な議論はみられなかったが、設計・監理者の責任については、判例と同様にその専門家としての責任を指摘する見解がある^①。また、施工業者の責任については、建設業法二五条の二五を根拠として、瑕疵ある工事をした場合に施工業者が不法行為責任を負うとする見解がある^②。一方、請負契約関係を前提としたものであるが、請負人が一般の債務不履行責任を負わず、特別規定である民法六三四条以下の瑕疵担保責任のみを負うという通説の考え方から、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など、特段の事情がない限り不法行為責任を負わないとする見解がある^③。

三 建築施工者等の不法行為責任

1. 建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵の位置づけ

本事案の第一次上告審は、従来の判例・学説では見解が分かっていた建築施工者等の不法行為責任について、強度の違法性必要説を否定し、建築施工者等には、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があること、さらに、これ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、それによって

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、施工者等は不法行為責任を負うことを明らかにした。一方で、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念を持ち出したことにより、この概念の不法行為責任要件上の位置づけ及び解釈が問題となった。不法行為責任要件上の位置づけとしては、注意義務違反の結果として違法性の根拠となるとする見解と^④、「建物としての基本的な安全性が欠けることがないような注意義務」が過失の前提となる注意義務であるとして、「建物の安全性を損なう瑕疵」が存在する場合に^⑤は、過失が推定されるとする見解がある。これらの点について、本判決の具体的瑕疵判断の内容を検討する必要がある。

2. 本判決における具体的瑕疵の認定

(1) 本件建物のひび割れ等の瑕疵について

本件建物には、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 二〇六号室の居室床スラブのひび割れ、ウ 九〇三号室及び九〇六号室の床スラブのひび割れ、エ その他A棟居室の床スラブのひび割れ、オ A棟九階居室内の戸境壁のひび割れ、カ B棟居室のひび割れ、キ その他にA棟北側廊下及び南側バルコニーの建物と直交したひび割れ、A棟一階駐車場ピロティの梁及び壁のひび割れ、A棟九階以外の各階の居室内戸境壁のひび割れ、A棟外壁のひび割れ及びB棟外壁のひび割れが存在することを認め、このうち上記ウ

については、これが建物の基本的な安全性を欠く瑕疵であり、かつ、これが施工者の過失によって生じ、監理上の確認義務にも反するものであるとして不法行為責任を認めた。一方、上記 A については、「これが建物の基本的な安全性を損なっているものとは直ちには認められず、また仮にそのような事実があるとしても上端筋の下がり原因であるとは断定できず、他に平、行、ひび割れの原因となる一審被告らの故意過失を認めるに足る証拠はない」とした(傍点は括弧内引用者、以下同様)。上記イ、エ及びカについても同様に、施工者等の故意過失を原因として生じたものであるとは認められないとした。上記オ及びキについては、ひび割れの原因は特定されているが、ひび割れ対策が一般的に義務づけられておらず、過失の内容も特定されていないことから、不法行為に該当しないとされた。

(2) A棟屋上の塔屋ひさしの鉄筋露出について

ひさしの裏面に腐食した鉄筋が露出しており、これは当該部分の下端鉄筋のかぶり厚さが不足しているためであることが認められたが、当該場所が普段人の出入りが予定されていない場所であり、範囲も限定されていることから、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵には該当しないとされた。

(3) 鉄筋の耐力低下について

本件建物には鉄筋の耐力が低下している箇所があるという X の主張に沿った鑑定書の記載があることは認められたが、Yらの故意過失の内容が不明であること、上記瑕疵主張の根拠とした計

算式は瑕疵の判断には利用できない旨の証言があることを理由に不法行為責任を否定した。

(4) B棟床スラブ(天井スラブ)の構造上の瑕疵

B棟一階事務所の北西角の柱の位置が近傍の柱に対して約 20mm下がっており、事務室の床レベルが下り勾配となる等、長期応力によって片持ち梁にクリープ(長期間の荷重によりひずみが増加すること)が生じている可能性が極めて大きく、その程度は時間とともに大きくなることが認められたが、「瑕疵の存在が疑われるものの、一審被告らの故意過失の内容が不明である」として、不法行為責任を否定した。また、設計段階において、B棟三階床梁のうち上主筋が二本不足し、三階屋上床梁においても、上主筋が三本不足して設計されている箇所等について、Y1が「必要な構造耐力を確保するため構造計算により適切な構造設計がなされているかを確認すべき注意義務を怠った」として責任を認めたが、Y2の故意過失はないとした。

(5) B棟配管スリーブの梁貫通による耐力不足

配管スリーブについて構造の瑕疵があり、Y1について、「必要な構造耐力を確保するため構造計算により適切な構造設計がなされていたかを確認すべき注意義務を怠った」としたが、Y2には故意過失が認められないとした。

(6) 設備関係の瑕疵について

Aバルコニーの手すりについて
施工段階でコンクリート厚さが縮小され、かつ、手すりの柱

7-1 建築瑕疵に関する設計者・施工者等の不法行為責任（永岩）

脚部アンカー取付位置がコンクリートの端の方へずれたことを原因とし、アンカー部分のコンクリートかぶり厚さが不足した結果ひび割れが生じたものであり、このまま放置した場合にはひび割れが進行し、手すりが支持できなくなるおそれがあることから、この状態は建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に当たるとした。そして、Yらについて、施工上の注意義務及び監理義務に違反したものととして過失を認めた。

イ B棟二階事務所床の鉄筋露出について

露出部に錆が生じており、これを放置すればコンクリート内部の鉄筋を腐食させ、当該部分の構造耐力を低下させるものであることから、建物の基本的な安全性を損なう瑕疵に当たるとし、当該状態は、Yらにおいて施工時及び監理時にかぶり厚の確認を怠ったことによるものとして過失を認めた。

ウ 屋内立配管に漏れがあること、パイプスペース内の配管が垂直でないこと及び立配管接続部の隙間について

排水管の継手部分に亀裂が生じたり、その亀裂から漏水が起きたりしていることについて、Y1が設計に際して必要な検討を怠り当時の一般的な設計規準とは異なる設計を行った過失が認められるとした。Y2については、「民法六三六条ただし書は請負者の専門性を踏まえたものであり、Y2が大分県下において大手の会社であることからすれば、同人においてY1の指示が不適切であることを知りながらこれを告げなかったものと認めるのが相当である」として過失があるとした。

エ A棟廊下各階の自動火災報知器について

風雨の吹き込む外廊下に屋内仕様の自動火災報知器が設置され、これに錆が発生していることについて、これを放置した場合、漏水による腐食により機能しなくなるおそれがあり、当該機器が保安機器であることに鑑みて、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に当たるとし、Y1において屋外型の機器を設置するよう設計図に明記しなかったことにつき過失があり、Y2についてもY1に確認しなかったことにつき過失があるとした。

オ その他の設備関係の瑕疵

A・B棟接合部エキスパンションジョイントの接合不良、A・B棟屋上防水不良及びA棟九〇三号室押入天井の漏水、A棟九階エレベーターホールのテレビ配線集中口から水が出ること、A棟全館の漏電、各室のコンセント裏の錆については、Yらのいかなる注意義務違反により生じたかは不明であり、故意過失を認定することはできないとされた。

また、経年変化であり瑕疵に当たらないとされた受水層屋外ポンプを除き、全居室のユニットバス不良、A棟一階エントランスホールの天井及び床、A棟メイン階段外壁のタイル部コーキング、A棟屋上及び外階段の手すり、A棟Aタイプ各室の木製建具、A棟B、Cタイプ各室のユニット吊戸棚、駐車場アスファルトの舗装については、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に当たらないとした。例えば、外階段の手すりの高さが建築基準法令の高さを満たさないことについて、「手すりの

高さが一メートル未満であるから直ちに落下の危険性があるとするのは早計であり、高さ〇・七メートル以上は確保されており、そこを通行する居住者等の通常使用による落下の危険性があるものとは認め難い上、現実にも起きていないのであるから、これが建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当するものとは認められない」とした。

3. 建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵の意義

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」概念については、その曖昧さが指摘されていたが、第二次上告審判決は、ベランダや階段等の建物の構造耐力に関わらない瑕疵であつても、放置するといずれは居住者等の健康や財産が損なわれる危険が現実化するときには、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当するとし、より具体的な解釈を示した。従来、不法行為責任が発生するのは、建物の基礎や構造躯体に関する瑕疵などであり、設備等の瑕疵については原則として認められないとする考えも示されていたことから（本事案の第一次控訴審等）、瑕疵の範囲が拡大したものとみることができるとも⁶。また、瑕疵の程度についても、建物が一定期間長期に渡って耐久性を維持し、地震等の災害時にも安全性を保つことを前提としていることが考慮されたものと思われる。

また、基本的な安全性と建築基準法令との関係について、本判決は、建築基準法令の高さを満たさない階段の手すりであつて

も、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当するものとは認められないと判断した。建築基準法及び同法施行令は、必ずしも全ての安全性について定めているとはいえないことから、瑕疵判断においては、工学的観点を中心に、本判決のいう「実質的な検討」が必要になるとと思われる。しかし、建築基準法令に定めのある基準に違反している場合に、建物としての基本的な安全性を損なわないとしたことについては批判があり、建築基準法令違反について直截に、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」と認めるべきとする見解もある⁸。建築基準法令違反といえども、その程度は重大なものから軽微なものまで考えられ、また、取締法規である建築基準法違反と、私法上の効果との関係は検討を要する問題であるが、建築基準法が国民の生命、健康及び財産を保護し、公共の福祉に資するための最低の基準である（法一条）ことからすれば、これに違反する瑕疵については、安全性の有無を慎重に判断するべきである。本件建物における階段の手すりの高さ不足についていえば、これが安全性に関わる瑕疵であることから、建物としての基本的な安全性を損なわないとした判断は必ずしも説得的でないように思われる。

4. 立証責任の問題

上述したように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」から過失が推定されるとする立場は、故意過失の立証は不

要であり、瑕疵について証明することで足りると主張する。しかし、本判決はこのような考えを採らず、不法行為責任を追及するためには、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だけでなく、瑕疵が生じた原因を特定し、これが施工者等のような注意義務違反によるものか、故意過失の内容を主張立証しなければならぬとした。本判決では、その瑕疵が基本的安全性を損なうものではないとして施工者等の不法行為責任を否定したものがあがるが、瑕疵の原因及び故意過失の内容が明らかでないものについては、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あるか否かを判断せず、もしくは、それに該当する可能性は指摘しながらも施工者等の不法行為責任を否定している。

このような本判決の立場について、請求者側が建築の素人である場合が多いことから、過度な負担を課すようにも思われる^⑨。また、鉄骨の耐力や床のひび割れなど、長期の耐久性が必要とされ、重大な被害が生じ得る瑕疵については、耐用年数との関係など将来に向けた危険性を主張する必要がある。本判決のように、不法行為責任を追及する側が、施工者等の故意過失を立証する責任を負うということになると、原因の特定が高度に技術的な問題となる場合ほど立証が困難となり、施工者等の責任が認められないことになる可能性が生ずるおそれがある。

5. 賠償されるべき損害の内容と被侵害利益

第一次上告審後、不法行為責任によって賠償され得る損害について議論があったが、第二次上告審において、修補費用相当額の賠償が認められるとされた。そして、本事案における損害は、実際に負担した修補費用ではなく、すでに所有権を失っていることから、将来に向けても修補費用に当てられる可能性がない以上、瑕疵があることによる建物の減価分であると考えられる。瑕疵の修補費用を実際に支出している必要があるかという問題もあるが、建物は、それ自体の価格が高額であり、これに加えて修補費用を捻出することは困難な場合が予想されることから、実際に支出した費用にのみ損害の発生を認めることは妥当ではないと思われる。

また、第一次上告審判決は、七〇九条によって保護されるべき被侵害利益について判断を欠いており、学説上様々な見解が示された。主な見解として、瑕疵修補費用の支出を余儀なくされない財産上の利益とするもの^⑩、建物の価値に対する買主の信頼・期待であるとするもの^⑪、生命、身体、財産が危険にさらされない利益であるとするもの^⑫がある。居住者等の生命・身体・財産を保護すべき法益と解することについては、所有権を失い、それらの法益への危険から解放された場合に、被侵害利益の主体と損害賠償請求権者が異なる可能性をどのように捉えるべきなのか、さらに、すでに所有者ではない者について瑕疵修補は期待できないのであるから、居住者等に対する安全性の確

保と、現実の損害賠償が救済する利益というのは必ずしも一致しないことをどう考えるべきかという問題が指摘される¹⁶⁾。また、拡大損害が未だ生じない段階では、契約責任との抵触が問題となる可能性が否定できないとの指摘があり、これらの点について、なお議論の余地がある。

四 おわりに—本判決の意義と課題

二つの最高裁判決及び本判決を概観すると、従来の不法行為責任制限説が採っていた、いわゆる強度の違法性必要説を否定し、さらに修補費用相当の損害が発生したにとどまる場合であっても、不法行為責任による賠償責任を肯定したという点で、救済の範囲が拡大したことができる。これは、近時の耐震偽装問題や欠陥住宅問題を社会的背景として、建物の有する公共性から、その基本的な安全性を確保することは、建築主や建物所有者の利益にとどまらず、広く社会的に要請されるべきであることが強調された結果と捉えることができる。また、建物自体の損害にとどまる場合でも所有者への損害賠償責任を認めた点について、上述したような法律構成上の問題は残されているが、建物が所有者にとって高価な財産であり、その欠陥は生命身体等に重大な影響を与える可能性があることからすれば、結論において妥当であると思われる。

本判決が示したところによると、施工者等の不法行為責任が認められるためには、建物に基本的な安全性を損なう瑕疵があり、

それについて施工者等の故意過失が必要となる。ここで、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が、不法行為責任要件において中心的な位置づけを得ているということは、かつての不法行為責任制限説における瑕疵の重大性要件が緩和されたにすぎないと解することも可能である。これらの概念の違い、さらに注意義務違反との関係など、整序すべき問題は多く残されているといえる。そして、高度に専門的な建築瑕疵について、これが基本的な安全性を損なう瑕疵か否かという点が裁判所の判断に大きく委ねられることになれば、従来から指摘されてきた建築紛争の増大と長期化、裁判所の負担の拡大といった点が、本判決以降も残されることになる。

また、本判決は、住宅の品質確保の促進等に関する法律（以下、「品確法」という）との関係で、中古住宅における買主の救済において意義があるとされる¹⁷⁾。それに加え、品確法が長期の責任期間の適用を構造耐力上主要な部分又は雨水の浸入を防止する部分に限る（法八七条）のに対し、構造耐力に関わらない瑕疵について不法行為責任を認めた本判決は重要である。本案について、契約責任構成による責任追及の可能性を探る見解¹⁸⁾があることから、これらの責任制度も含め、現状の契約責任のあり方を再考する必要性が生じているように思われる。

- (1) 高橋寿一「建築士の責任」川井健編『専門家の責任』（日本評論社、一九九三）四一三頁、森島昭夫「建築家の専門家責任」別冊NBL二八号九四頁（商事法務研究会、一九九四）、中野哲弘・安藤一郎編『新・裁判実務大系 住宅紛争訴訟法』（青林書院、二〇〇五）三〇七頁「伊藤正晴」等。
- (2) 斎藤隆編著『建築関係訴訟の実務（改訂版）』（新日本法規、二〇〇五年）三〇〇頁「河合敏男」。
- (3) 後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』（判例タイムズ社、一九九四）一〇八頁。
- (4) 高橋謙「判解」最判解民事編平成一九年度（下）（二〇一〇）五一三頁・同「判批」ジュリ時の判例VI一五五頁、笠井修「判批」NBL九六三号（二〇一一）四五、四六頁、米村滋人「判批」民商一四六卷一号（二〇一二）一一九頁等。
- (5) 鎌野邦樹「判批」NBL八七五号（二〇〇八）一七頁、原田剛「建物の瑕疵に関する最近の最高裁判決が提起する新たな課題…追完の場合の利用利益返還問題および瑕疵のある建物の「権利侵害」性」法と政治五九卷三号（二〇〇八）七六六頁、花立文子「請負人の不法行為責任」國學院法学四六卷一（二〇〇八）二五頁、橋本佳幸「判批」民法判例百選Ⅱ（第六版）「別冊ジュリ一九六号」（二〇〇九）一六一頁、松本克美「建物の安全性確保義務と不法行為―別府マンション事件・再上告審判決（最判二〇一一）（平二三）・七・二二」の意義と課題―」立命館法学三三七号（二〇一一）二二八頁等。
- (6) 高橋寿一「判批」金融・商事判例二一九一号（二〇〇八）七頁は、實際上、「安全性」の外延は相当広範囲に及ぶとする。
- (7) 第二次控訴審の採った現実的危険性必要説を残存させるという指摘として、松本克美「別府マンション事件・第三次控訴審判決（福岡高判平成二四・一・一〇）の意義と課題」消費者法ニュース九二号（二〇一二）二九七頁。また、第二次控訴審について、安全につき最低基準を定めた建築基準法令等の順守の違背を容認することになり、「事実上の安全性」による危険性の判定は曖昧であるという指摘として、花立文子「判批」私法判例リマックス三七（二〇〇八）（下）五〇頁がある。本判決が、「現実にも事故も起きていない」ことを理由として挙げていることから、これらの指摘が当てはまるように思われる。
- (8) 高橋・前掲注（6）五、七頁、松本克美「建築瑕疵に対する設計・施工者等の不法行為責任と損害論―最判二〇〇七（平成一九）・七・六判決の差戻審判決・福岡高判二〇〇九（平成二二）（三三四）頁、吉岡和弘「判批」消費者法判例百選「別冊ジュリ二〇〇号」（二〇一〇）一五五頁。
- (9) 建物建築に関与したものが複数いることや、具体的建築過程に関する情報が施工者等に集中しているといった事情を挙げることとして、萩野奈緒「判批」同志社法学六〇巻五号（二〇〇八）四六五頁。同様に、被害者側の証明困難性を指摘するものとして、松本・前掲注（5）二一七頁。
- (10) 居住者等に生じた拡大損害に限るという解釈が可能であるとすると、平野裕之「判批」民商一三七卷四・五号（二〇〇八）四五六頁、原田・前掲注（5）四五頁、田口文夫「判批」専修法学一〇六号（二〇〇九）三〇一頁等。

- (11) 総体財産の侵害(瑕疵による建物価値の減少)しかない場面でも設計・施工者の不法行為責任が成立しうるとした点にこそ、本判決の意義が大きいとするものとして、橋本・前掲注(5)一六一頁。大澤逸平「建物の基本的安全性の瑕疵に関する不法行為責任について―最判平成一九年七月六日及び同平成二三年七月二二日を契機として―」専修ロージャーナル七号(二〇一二年)一一〇頁も、「瑕疵修補費用相当額」という名目で財産的価値の減価分を填補する機能を有しているとする。
- (12) 荻野奈緒「判批」同志社法学六一巻四号(二〇〇九年)一九四頁。
- (13) 鎌野・前掲注(5)一四頁、松本・前掲注(8)二九頁、山口成樹「判批」判評五九三号「判時二〇〇二号」(二〇〇八年)一八七頁、藤田寿夫「建物の瑕疵と建築業者等の責任」法時八巻六号(二〇〇九年)一二四頁、吉岡・前掲注(8)一五五頁等。類似の見解として、荻野・前掲注(12)一八七頁は、工作物責任(民七二七条)に着目し、「居住者等に対する危険を引き受けさせられない利益」とする。
- (14) 石橋秀起「建築士および建築施工者の不法行為責任―判例の到達点と新たな法益の生成―」立命館法学三二四号(二〇〇九年)七〇頁以下。
- (15) 円谷峻「判批」平成一九年度重判「ジュリ一三五四号」(二〇〇八年)九〇頁。笠井・前掲注(4)四七頁も、「建物の安全性」そのものが保護法益であるとする。橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢一六四巻一―六号吉岡・森本・芝池・徳田・河上・錦織教授還暦祝賀記念号(二〇〇九年)四二―三頁は、ここでの責任を生命身体侵害の防御措置と位置付ける。
- (16) 大澤・前掲注(11)一二三頁。また、本事案において不特定多数の者が建物に対して有している安全性への期待を保護するものではないとの指摘として、石橋・前掲注(14)六七頁。
- (17) 契約規範と抵触し、各種の期間制限に関する規定を無視するに等しいとの指摘として、大澤・前掲注(11)一一〇頁。
- (18) 社会的背景に関する指摘として、鎌野・前掲注(5)四頁、円谷・前掲注(15)九〇頁、花立・前掲注(7)五一頁、松本・前掲注(8)三六頁等。
- (19) 中古住宅の買主保護の観点からの検討として、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)四二頁以下。
- (20) 平野・前掲注(10)四五五頁、山口・前掲注(13)一八九頁等。