

建築設計者、施工者及び監理者の法的責任 (2・完)

永 岩 慧 子

目次

- 一 はじめに
- 二 建築請負契約上の責任
- 三 建築士の責任 (以上 39 卷 2 号)
- 四 設計者、施工者及び監理者の不法行為責任
- 五 具体的検討
- 六 おわりに—今後の課題 (以上本号)

四 設計者、施工者及び監理者の不法行為責任

1. 近時の建築紛争における責任追及の構造

建築物に瑕疵があった場合、注文者から請負人又は買主から売主に対する瑕疵担保責任や債務不履行責任の追及のほか、建築物の施工者等の不法行為責任が追及される場合がある。瑕疵ある建築物を取得した者から契約関係のない施工者等に対する責任追及手段として現れるだけではなく、契約関係にある注文者から不法行為責任が追及される場合もある⁽⁷⁷⁾。建築士について、専門家としての高度な注意義務に違反した場合に不法行為責任が肯定されている点について上述したが、建築瑕疵に関する建築請負人の不法行為責任については、従来、学説及び下級審判決において見解が分かれており、不法行為責任が認められる要件や、その場合の損害賠償の範囲は必ずしも明確ではない状況であった。これに対し、近時、最判平成 19 年及び最判平成 23 年が、最高裁として初めて設計者、施工者及び監理者の不法行為責任についての見解を示し、建築瑕疵に関する実務及び理論に対して大きな影響を与えている。

2. 従来 of 学説及び下級審裁判例

建築請負人の不法行為責任については、最判平成19年が下されるまで学説上活発な議論はみられなかったが、原則としてこれを否定すべきとする後藤元判事の見解が有力であった。この見解は、請負人が瑕疵ある建物を建築した場合でも、その瑕疵によって拡大損害⁽⁷⁸⁾のような完全性利益の侵害が生じた場合や、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、特段の事情があるときに限って、不法行為責任が生じるとする⁽⁷⁹⁾。これを、いわゆる強度の違法性必要説という。一方、肯定例としては、民法

(77) 裁判実務上、不法行為責任を問うものが多い点について、花立文子「近時の裁判例における建築関係者の瑕疵責任」流通経済大学法学部開校記念論文集（2002）233頁以下は、「建築物の瑕疵損害の賠償範囲が限定的すぎることから、実務上請負契約に基づく責任の他、主位的または予備的に不法行為責任を追及する例が多い」、また、「交換価値ないし差額説による損害回復の困難性、解除制限及び実態上の修補等、建築の実態にあわない」ため、「契約の解除、瑕疵担保責任、債務不履行責任、及び不法行為責任等すべてを主張し、いずれを根拠として損害を認めるかの結論を裁判所に任せている状況にある」と指摘する。また、植木哲「欠陥住宅問題の本質」千葉大学法学論集19巻1号（2004）63頁は、「加害者の違法性や有責性（害意性）を証明し、加害者の反省を迫るとともに、契約責任以上の損害賠償額を請求できることにある」とする。さらに、原田・前掲注（1）227頁は、「民法典があらかじめ買主もしくは注文者の法的救済方法を規定しているにもかかわらず、それらに加えて不法行為責任構成を援用しようとする実践的意図は、…売買法や請負法という契約法の分野において展開されてきた種々の解釈論が、とりわけ住宅建築（産業）の実態を前にして、買主や注文者側が援用し得る程度に十分な成熟と定着をみていないこと、「欠陥住宅」「手抜き工事」という言葉に象徴される如く、その社会的非難性をより直截に問題とすべきであるとの価値判断が存在したこと、瑕疵担保責任を追及するためにはすでに除斥期間が経過していること、といった諸点にあったものと推測され得る」と述べる。

(78) 拡大損害の定義については議論があるところだが、本稿では、契約目的物以外に生じた損害を指す。

(79) 後藤・前掲注（1）108頁。拡大損害が生じていないことから不法行為責任を否定した裁判例として、大阪地判平12・9・27判タ1053号138頁。また、強度の違法性必要説を採ったとされるものとして、神戸地判平9・9・8判時1652号114頁、福岡高判平11・10・28判タ1079号235頁等。

709 条の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 63・5・30 判時 1297 号 109 頁)、建物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 11・10・20 判時 1709 号 77 頁、仙台地判平 15・12・19 欠陥判第 3 集 368 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 13・11・7 判タ 1104 号 216 頁)などがあり、その依拠するところは一様でない。

3. 二つの最高裁判決—別府マンション事件⁽⁸⁰⁾

(1) 最判平 19・7・6 民集 61 卷 5 号 1769 頁

最判平成 19 年は、「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」として、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とした。

(2) 最判平 23・7・21 判時 2129 号 36 頁

最判平成 23 年は、最判平成 19 年が示した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義について、本事件の第二次控訴審判決である福岡高判

(80) 本事案は、一つの事案で 6 つの判決が出され、3 度の上告がなされるという経過を辿り、いわゆる「別府マンション事件」として社会的にも大きな注目を集めた。なお、筆者は、本事案の第三次控訴審(福岡高判平 24・1・10 判時 2158 号 62 頁)の判例研究として、拙稿「建築瑕疵に関する設計者・施工者等の不法行為責任(福岡高判平 24・1・10)」広島法学 38 卷 2 号 1 頁以下で、最高裁判決についても併せて検討を行った。

平 21・2・6 判時 2051 号 74 頁が、「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」であると解釈したのに対し、「『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。そして、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、特段の事情のない限り、「設計・施工者等に対し、当該瑕疵の修補費用相当額の損害賠償を請求することができる」とした。

以上のように、これらの最高裁判決は、①施工者等には、「建物としての基本的な安全性が欠けることがないような注意義務」が課されていること、②従来の不法行為制限説が採っていた「強度の違法性」という不法行為責任の成立要件の加重は必要ないこと、③基本的な安全性を損なう瑕疵について、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必要ないこと、④瑕疵の修補費用相当額が不法行為責任における損害として賠償され得ることを明らかにしたものと解することができる。

(3) 最高裁判決に対する学説の議論

この二つの最高裁判決の影響の大きさは、これに関する論考及び判例評釈の多さからも伺うことができる⁽⁸¹⁾。このことは同時に、最判平成 19 年・同 23 年が内包する問題の多さを示しているといえる。そこで、最高裁判決に対する議論状況について、(a)「基本的安全性を損なう瑕疵」の不法行為責任要件上の位置づけ及び解釈の問題、(b) 本事案において賠償されるべき損害の内容と被侵害利益の問題、(c) 立証責任の問題に分けて整理する。

(a) 建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵

最判平成 19 年が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念

を示したことについて、この不法行為責任要件上の位置づけが問題となる。これについて、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⁽⁸²⁾、「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として、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在する場合には、過失が推定されるとする見解⁽⁸³⁾がある。いずれの見解によっても、次に、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」を具体的にどのように解

-
- (81) 最判平成 19 年の評釈として、高橋寿一「判批」金商 1291 号 (2008) 2 頁、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) 100 頁、大門宏一郎「判批」判タ別冊 29 号 118 頁 (平 21 主判解)、高橋讓「判批」ジュリ 1379 号 (2009) 102 頁、同・ジュリ増刊 (最高裁時の判例 6) 153 頁 (平成 18 年～平成 20 年)、円谷峻「判批」ジュリ臨増 1354 号 89 頁 (平 19 重判解)、新堂明子「判批」NBL890 号 (2008) 53 頁、鎌野邦樹「判批」NBL875 号 (2008) 4 頁、山口成樹「判批」判評 593 号 23 頁 (判時 2002 号 185 頁、2008)、平野・前掲注 (51)、吉岡和弘「判批」ジュリ別冊 200 号 154 頁 (消費者法判例百選、2010)、橋本佳幸「判批」ジュリ別冊 196 号 160 頁 (民法判例百選Ⅱ債権第 6 版、2009)、花立文子「判批」リマークス 37 号 48 頁 (2008 年下)、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 59 卷 3 号 (2008) 1 頁、萩野・前掲注 (55)、大西・前掲注 (3)、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 324 号 (2009) 38 頁、畑中久彌「判批」福岡大学法学論叢 53 卷 4 号 (2009) 463 頁、秋山靖浩「判批」法学セミナー 637 号 (2008) 42 頁等。最判平成 23 年の評釈として、笠井修「判批」NBL963 号 (2011) 42 頁、大澤・前掲注 (5)、米村滋人「判批」民商 146 卷 1 号 (2012) 115 頁、野澤正充「判批」ジュリ臨増 1440 号 84 頁 (平 23 重判解)、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 2011 (平 23)・7・21) の意義と課題—」立命館法学 337 号 (2011) 173 頁、新井弘明「判批」白鷗法学 19 卷 1 号 (2012) 89 頁等。
- (82) 高橋讓・ジュリ時の判例 VI 155 頁、笠井・前掲注 (81) 45、46 頁、米村・前掲注 (81) 119 頁等。
- (83) 鎌野・前掲注 (81) 17 頁、原田・前掲注 (81) 766 頁、花立文子「請負人の不法行為責任」國學院法学 46 卷 2 号 (2008) 25 頁、橋本・前掲注 (81) 161 頁、松本・立命館法学 337 号 218 頁等。

すべきかという問題が生じる。これについて、別府マンション事件の第三次控訴審（福岡高判平 24・1・10 判時 2158 号 62 頁）は、建物としての基本的安全性を具体的に検討するに際し、建築基準法法令違反があったとしても、ただちに不法行為責任を肯定するのではなく、「基本的な安全性の有無を実質的に検討すべき」とした⁽⁸⁴⁾。この判断については、建築基準法及び施行令等の建築基準関係規定に設けられている基準は、安全性の最低限の内容として「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に含まれてよいとして批判的な見解が多く提示されている⁽⁸⁵⁾。以上のように、「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、最判平成 23 年によって一定の具体化がなされたとはいえ、なおその解釈が問題となる。この点、最高裁判決以降の下級審の状況を後に検討する。

また、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」という概念について、施工者等の不法行為の責任範囲を限定したと解するべきか、つまり、これ以

(84) 建築基準法施行令 126 条 1 項では、「屋上広場又は 2 階以上の階にあるバルコニーその他これに類するものの周囲には、安全上必要な高さが 1.1 メートル以上の手すり壁、さく又は金網を設けなければならない。」と規定されているのに対し、不特定多数の者の往来が予定されている外階段の手すりの高さが 1 m 未満となったことは施工の瑕疵には当たるとしたが、「手すりの高さが 1.1m 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 0.71m 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、現実に事故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。」として、施工者の不法行為責任を否定した。

(85) 鎌野・前掲注 (81) 16 頁、松本克美「建築施工者等の建物の品質確保義務と不法行為責任」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『消費者法と民法』（法律文化社、2013）240 頁。高橋寿一教授は、建築基準関係規定のうち、構造耐力や防火・耐火性だけではなく、耐久性・耐候性、良好な環境衛生条件の確保、使用上・避難上の安全性に関する規定も、「安全性」の概念に含められると指摘する。高橋寿一・前掲注 (81) 7 頁。また、取締法規である建築関係法と民法の関係について同様の見解を示すものとして、花立文子「建築請負契約と民法改正」小林一俊・岡孝・高須順一編『債権法の近未来像：下森定先生傘寿記念論文集』（酒井書店、2010）451 頁。

外の瑕疵については不法行為責任が生じないのかという問題が生じる。学説上このような見方がある一方⁽⁸⁶⁾、不法行為責任要件の限定とみるべきではなく、「建物としての基本的な安全性を損なわない瑕疵」について不法行為責任の発生を否定するものではないとする見解がある⁽⁸⁷⁾。

(b) 賠償されるべき損害と被侵害利益

多くの評釈において議論の対象とされたのが、本事案における損害の内容と、施工者等の不法行為によって侵害される権利法益をどう捉えるかという問題である。本事案では、いわゆる拡大損害は生じておらず、建物に生じた瑕疵の修補費用相当額を請求するものである。これについて、最判平成 23 年は、施工者等の不法行為責任は、瑕疵の修補費用相当の損害賠償にも及ぶことを肯定した。一方、このような帰結は同時に、被侵害利益について複雑な議論を生じさせている。最高裁で示された施工者等の注意義務が、居住者等に対する安全性の確保に向けられているのに対し、実際に損害賠償によって救済されるのが買主等の経済的利益であることの不一致ないし乖離ともいえる状態について⁽⁸⁸⁾、これらの関係をどのように理論構成できるかという問題であ

(86) 大西・前掲注(3) 97、98 頁は、最高裁の判示したところについて、「ある種の責任限定と捉えることも可能かもしれない」と指摘する。鎌野・前掲注(81) 14 頁も、不法行為責任においては特段の事情のない限り、「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」のみが問題とされるとする。荻野・同志社法学 60 卷 5 号 2210 頁は、建物の基本的な安全性を損なわないような瑕疵による損害については、最高裁判決が措定する注意義務の保護の対象外であるとする。

(87) 松本・立命館法学 313 号 (2007) 798 頁、同・立命館法学 337 号 (2011) 178 頁、同・前掲注(85) 240 頁。松本教授は、第三次控訴審が示したような、安全性に関わる瑕疵でない限り、建築基準法令に違反する瑕疵があったとしても不法行為責任を肯定しないという判断に対し、建物が通常有すべき品質・性能を欠く瑕疵があるために、修補を余儀なくされる場合には不法行為責任を肯定すべきという考えを主張し、基本的な安全性を損なう瑕疵(安全性瑕疵)と、建物としての通常の品質を欠き、修補を余儀なくされる瑕疵(品質性瑕疵)を区別してはいるが、両者を一致するものと捉える余地も指摘する。

る。本事案における被侵害利益について、学説では、居住者等が建物の瑕疵によって生命、身体、財産が危険にさらされないという新しい法益を認めたとする見解⁽⁸⁹⁾、建物の瑕疵修補を余儀なくされることが所有権侵害であるとする見解⁽⁹⁰⁾、総体財産の侵害（瑕疵による建物価値の減少）とする見解⁽⁹¹⁾、拡大損害を回避するための瑕疵修補を余儀なくされない利益ないし拡大損害の危険ある瑕疵ゆえに価格の下落を被らない利益とする見解⁽⁹²⁾、居住者等の生命、身体又は財産に対する危険を引き受けさせられないという利益であるとする見解⁽⁹³⁾、安全性信頼利益であるとする見解⁽⁹⁴⁾のほか、直截に「建物の安全性」を保護法益とする見解⁽⁹⁵⁾が提示されている。

さらに、このような損害について不法行為責任を肯定することについて、契約責任との抵触が問題とされる。瑕疵担保責任等の契約責任と不法行為責任は、請求権競合関係となるのが通説・判例の立場であり⁽⁹⁶⁾、拡大損害のように、買主や注文者がいわゆる完全性利益を侵害された場合に、契約責任だけでなく、不法行為責任が適用され得ることに大きな異論はない。一方、修補費用相当額ないし建物価値の低下は、契約上の利益であると解さ

(88) 大澤・前掲注（5）103頁以下は、「建物の「基本的安全性」をめぐる次元の異なる2つの利害関係を混同している」と指摘し、ここでの修補費用を「居住者等」の利益のための請求として理解することができるかという方向性から検討を行う。

(89) 円谷・前掲注（81）90頁。

(90) 鎌野・前掲注（81）14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を契機に一」立命館法学324号（2009）29頁。

(91) 橋本・前掲注（81）161頁。

(92) 山口成樹・前掲注（81）25頁。

(93) 荻野奈緒「判批」同志社法学61巻4号（2009）1337頁。

(94) 石橋・前掲注（81）378頁以下。

(95) 笠井・前掲注（81）47頁。

(96) 請求権競合論について、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）565頁以下等。

れるため、これについて安易に不法行為の成立を認めた場合、契約によるリスク配分の趣旨を没却するおそれが生じる⁽⁹⁷⁾。このような点から、不法行為責任を消極的に解すべきとする見解も提示されている⁽⁹⁸⁾。

(c) 立証責任の問題

本事案の第三次控訴審（福岡高判平 24・1・10）は、不法行為責任を追及するためには、瑕疵の存在だけではなく、瑕疵が生じた原因を特定し、これが施工者等のどのような注意義務違反によるものかについて故意過失の内容を主張立証しなければならないとしている⁽⁹⁹⁾。したがって、この点で「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在する場合には過失が推定されるとの学説とは異なる見解に立つものと解される。

4. 最高裁判決以降の下級審の状況

以上の最高裁判決に対する学説上の議論を前提として、最高裁判決以降の下級審裁判例の状況を検討する。

(1) 下級審裁判例

① 東京地判平 20・1・25 判タ 1268 号 220 頁

(97) 通常、施工業者と注文者などの契約当事者間においてアフターサービス期間や、約款によって責任存続期間の定めを置くことが通常であるが、建築物の安全に関わる瑕疵について不法行為責任を肯定することは、それらの契約によって定められた期間の意義を失わせる場合も考えられる。これについて大澤・前掲注（5）110 頁は、仮に、一定期間を経過していることにより施工者等が責任を免れることが不当であるというのであれば、「それは、各種の期間制限に関する規定を無視するに等しい」と指摘する。

(98) 新堂・前掲注（81）53 頁、同「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）が生じる例をめぐって」NBL936 号（2010）17 頁以下、同「契約と過失不法行為責任の衝突—建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）が生じる例をめぐって—」北大法学論集 61 卷 6 号（2011）2249 頁以下。平野・前掲注（81）449 頁以下、橋本・前掲注（81）161 頁等。

(99) 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可能性を指摘しながら、不法行為責任の成立を否定している。

建物の建築主が、設計監理者に対して不法行為責任を追及した事案。本判決は、「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。そして、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廃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」とした。また、建築基準法上は必要とされていない小屋裏換気の設置について、「構造体に対する悪影響が認められる以上、建築基準法違反が認められないとしても通常有すべき性能を欠くものとして瑕疵といわざるを得ない」として不法行為責任を肯定した。その他、窓の開閉不良等の瑕疵については、これが建物の基本的な安全性を損なうものとはいえないとして設計監理者の不法行為責任を否定した。なお、本判決では、基本的安全性を損なう瑕疵の判断を行うのみで、過失や違法性については検討されていない。

② 東京地判平 21・11・10 欠陥判第 6 集 280 頁

新築建物の注文者が、建物外壁の壁面化粧材のはく離について、外壁施工業者及び同代表者に対して不法行為責任を求めた事案。本判決は、最判平成 19 年を引用し、外壁材の剥落は、居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすおそれがあるとして、建物の基本的安全性に関わるとした。そして、経年によって剥離や落下の危険性をゼロにすることはできないことから、施工

者に課される注意義務は、「外壁材が剥離・落下することのないように施工すべき義務」ではなく、「施工方法が原因で外壁材が剥離・落下することのないように施工すべき義務」であるとした。なお、本事案で問題となった工事は、標準的な施工手順が確立されていないことなどを勘案し、メーカー指定工法を採らなかったことによって補修工事をすべき時期が早く到来したとして、補修工事費用の 40% を施工者の不法行為によって生じた損害として認めた。

③ 山口地裁下関支部判平 22・2・15 欠陥判第 6 集 482 頁

新築建物の注文者と、本件建物で診療所を経営する医師が、本件建物の施工者に対して責任を追及した事案。本事案では、造成工事の瑕疵、杭・基礎工事の瑕疵、レントゲン吊り架構工事の瑕疵について、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵であるとして、注文者に対する瑕疵担保責任に加えて、医師個人に対する不法行為に基づく損害賠償責任を肯定した。なお、医師の損害として、休業損害、慰謝料、弁護士費用を肯定した。

④ 名古屋地判平 22・5・18 欠陥判第 6 集 302 頁

新築建物の注文者が、施工業者及び建築士に対して責任を追及した事案。構造上の安全性を確保するための要ともいべき柱梁接合部について、本来必要とされる作業が行われず、専門業者をして偽装鉄骨といわしめるほどのものであったことから、施工者の故意又は過失を認め、不法行為責任を肯定した。そして、設計及び監理責任者の責任については、最判平成 19 年を引用したうえで、設計及び工事監理に関する建築士の具体的関与状況は明らかではないとしながら、本件建物には建替えを余儀なくされるほどの重大な瑕疵があり、建物の基本的な安全性を損なう重大な瑕疵が存在し、本件建物の構造上の瑕疵に照らせば、設計段階において誤った設計をしたか、又は施工に関する適切な工事監理を怠ったことにより、本件建物に構造上の重大な欠陥を生ぜしめたというべきであるとして、そこに上記注意義務に違反した過失が存することは否定できないとして、不法行為責任を認めた。

⑤ 仙台地判平 23・1・13 判時 2112 号 75 頁

建築主が、施工者及び建築士の責任追及をした事案。請負人の不法行為責任について、「建物の具体的な瑕疵が、明らかに建物の構造的安全性に関わるような基礎ないし構造躯体に関するものでない場合であっても、当該瑕疵により建築主や居住者の財産に損害が生じる場合には」注意義務違反を構成するとし、この注意義務は、これらの者と契約関係にある建築主に対する関係でも同様に妥当するとしている。そして、本件建物についてその交換価値又は使用価値が損なわれ、或は補修工事を要することになる結果、建築主に、瑕疵の補修のための費用という「財産的損害が生じる」とした。本事案では、設計図書と合致しない工事について、建築基準法の規定を充たしていても瑕疵があると認定しているが、瑕疵担保責任も同時に追及された事案であることから、不法行為責任として肯定された具体的瑕疵の内容は明らかではない。

⑥ 東京地判平 23・3・30 判時 2126 号 73 頁

いわゆる耐震偽装事件において、構造計算書が偽装された分譲マンションの買主が、構造計算を行った建築士と、設計業務を委託された建築士事務所の代表者の責任を追及した事案⁽¹⁰⁰⁾。建築士については、最判平成 19 年を引用したうえで、本件構造計算書を偽装したことについて、「これによって、安全性に関する最低限の基準である建築基準法の定める耐震強度を有しない本件建物を設計し完成させるに至ったものであ」として、義務違反と、故意責任を肯定した。一方、設計業務を委託された者については、本件建物の設計図書中に本件構造計算書の偽装を疑わせる明らかな徴表があるなど、「通常の技能及び知識を有する建築士であれば当該偽装を発見することができたといえる場合には、本件構造計算書の偽装を発見すべき注意義務を負っていたといえることができる」とし、本件については予見可能性がないとして否定した。

(100) また、マンションについて建築確認をする権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体に対しても、国家賠償法 1 条 1 項に基づく請求がされている。

⑦ 福岡高判平 23・4・15 欠陥判第 6 集 332 頁

新築建物の注文者が、請負業者及びその代表者の責任を求めた事案。建設業者の主任技術者、監理技術者について、本件工事において、施工計画の作成、工程管理、品質管理等の指揮監督を誠実に行わなければならない義務を負担していたとし、本件工事について当該義務を果たさなかった過失があり、その結果として、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、身体または財産が侵害されるおそれがあるとして、不法行為責任を肯定した。本事案では、本件建物の鉄骨の大部分の仕口において、建築基準法で要求されている溶接方法が行われておらず、構造耐力上の安全性を欠くとされたほか、給水ないし給湯配管の施工の瑕疵について、給湯管の漏水は、床下ないし壁の内部の配管から漏水することによって構造部分の朽廃を進行させ、あるいは水損を生じさせるおそれがあるとして、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に相当するとした。

⑧ 名古屋高判平 23・8・12 欠陥判第 6 集 226 頁

建築物の注文者が、請負人からの工事残代金の本訴請求に対し、請負人及び設計・監理を行った建築士事務所に対して工事の瑕疵を主張した（反訴）事案。筋交い緊結の欠如について、建築基準法令に違反し、建物の構造の安全性能の欠陥に当たるとした。なお、本事案では、瑕疵担保責任も同時に追及されており、最判平成 19 年の最高裁判決を引用したうえで、「本件建物には前記のとおり構造の安全性能に関する瑕疵があり、被控訴人は、本件建物の施工者として、本件建物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怠ったと認められるから、被控訴人は、控訴人に対し、本件建物に生じた構造の安全性能に関する瑕疵について、瑕疵担保責任のほか不法行為責任に基づく損害賠償義務を負うものというべきである。」とした。また、損害額について、瑕疵担保責任及び不法行為責任に基づき、構造の安全性能の瑕疵によって生じた損害額と、瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補に代わる損害賠償（構造の安全性能の瑕疵以外の瑕疵によって生じた損害。

本事案では、サッシの隙間、雨漏り、雨戸の戸袋の鏡板の割れをその他の瑕疵としている）を区別し、瑕疵担保責任に基づく損害賠償は民法第634条2項によって請負代金支払と同時履行の関係にあるが、構造の安全性能の瑕疵による損害は同時履行の関係に服しないとした。

⑨ 仙台高判平23・9・16欠陥判第6集264頁

新築建物の注文者が、請負人である施工業者の責任を追及した事案。最判平成19年・23年を引用したうえで、本件建物に、基礎の鉄筋下部のかぶり厚さ不足や鉄筋の露出等の瑕疵が生じていることについて、これらの瑕疵が建物の基本的な安全性を損ない、居住者の生命、身体、財産を侵害する瑕疵といえるかについて、「かぶり厚さや基礎の厚さの不足の程度が大きく、法令違反の程度が大きいことに照らすと」、現時点で危険が差し迫ったものとはいえないことを考慮しても、建物の基本的な安全性を損ない、これを放置すると居住者の生命、身体、財産に対する危険が現実化するおそれがある瑕疵といえるとし、修補費用相当額の損害賠償を認めた。

⑩ 京都地判平23・12・6欠陥判第6集20頁

建売住宅を購入した買主が、宅建業者である売主、設計監理を行った建築士及び施工者の責任を追及した事案。売主の不法行為責任について、「建物の持つ社会的性格を踏まえれば、建物を建築し、これを建売住宅として他人に売却しようとする建築主は、当該建物を建築主から取得する者及びその者から順次転売を受ける者に対し、その建築主としての地位にあつて可能な範囲において、当該建物が建物としての基本的な安全性を欠くことがないように注意を払う義務を負っているというべき」とし、一旦建築士が設計し、建築確認を取得した建築物について自ら変更を加え、この変更についての安全性確認や、工事監理を行わせることなく施工をさせたことにつき、建築主としての地位にあつて可能な範囲における注意義務に違反したとして不法行為責任を肯定した。そして、本件建物の基礎の形状や鉄筋量が設計図書の記載と異なることについて、「本件建物は、法及び令が規定する構造耐力上の要件を

充足しておらず、この意味において建物の構造耐力に関する瑕疵が存在し、これを放置した場合においては、本件建物の少なくとも一部の倒壊等に至る危険性が存在する」とした。建築士及び施工者についても、注意義務違反を認めた。また、本件建物の防火性能に関する瑕疵について、「本件建物は、法令及び本件告示が規定する防火性能上の要件を充足しておらず、この意味において建物の防火性能に関する瑕疵が存在し、これを放置した場合においては、本件建物の利用者の人身被害につながる危険が存在する」として、これらの瑕疵は、いずれも建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵であるとした。本事案における損害としては、取壊建替工事費用が肯定されている。

⑪ 札幌高判平 24・2・3 欠陥判第 6 集 198 頁

新築建物の注文者が、請負人である施工会社の責任を求めた事案。本事案の原審（札幌地判平 23・2・8 欠陥判第 6 集 198 頁）は、最判平成 19 年を引用したうえで、建築基準法 20 条に基づいて定められた建築基準法施行令の木造建物の構造に関する使用規定に違反する施工について、「建築基準法 20 条に基づいて定められた令の構造に関する規定は、建物が保有すべき最低限の構造安全性に関する基準を定めた規定である」として、この基本構造規定に違反した施工について、構造上の安全性を損なう施工であると認められ、このような施工がされた建築物は、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるとした。これに対して被告は、居住者等の生命、身体又は財産に対して、現に危険が差し迫っていることが必要であるとしたが、本判決はこの主張を排斥し、補強工事費用、調査費用及び弁護士費用相当の財産的損害の発生を認めた。

⑫ 東京地判平 24・11・30 判例集未搭載（ウエストロー・ジャパン 2012WLJPCA11308004）

注文者が、請負人である施工会社及び同代表者の責任を追及した事案。建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵か否かについて、「その瑕疵の具体的内容から判断すべきであり、建築基準法に違反したからといって、直ちに上記

の瑕疵があると認めることはできない」とし、「仮に当該建物に何らかの者との関係で建物としての基本的安全性を損なう瑕疵があったとしても、損害賠償請求権を有すると主張する者との関係においては、同人の生命、身体又は財産に対する危険が現実化すると認められるか否かを検討する必要がある」と述べる。そして、建築基準法の日影規制（建築基準法56条の2第1項）違反及び建築基準法58条の高度制限違反について、周辺の住民が日照を損なわれることや、住環境や景観が損なわれることにより一定の不快感等を感じるおそれは窺えるが、「これを超えて、周辺の住民の生命、身体又は財産に対する危険が現実化するとは認められず、いわんや、当該建物の建築主又は利用者の生命、身体又は財産に対する危険が現実化するとは認められない」として、これらの建築基準法違反の瑕疵について、不法行為責任を否定した。一方、防火・耐火処置に関する建築基準法令違反、屋外避難通路が確保されておらず、東京都建築安全条例に違反する瑕疵については、「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」として、建物の基本的安全性を損なう瑕疵であるとした。

⑬ 福岡高判平25・2・27判時2254号44頁

いわゆる耐震強度偽装事件に関して、マンションの管理人が、区分所有者らのために原告となり、構造計算書の誤りについて本件マンションの販売会社、建設会社、設計事務所及び建築士に対し、不法行為による損害賠償請求を行った事案。原審（福岡地判平23・3・24欠陥判第6集426頁）は、建築士が誤った構造計算を行ったことにつき、注意義務違反を認めたが、構造計算に誤りがあったとしても、本件マンションに建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるとまではいえないと考えられるとして、本件マンションの現状が本件構造計算書の誤りに起因するものかを検討した結果、これによって大規模地震等により崩壊や重大な変形が生じる危険性があるとした。本判決は、建築士が行った構造計算は適切なものとはいえず、本件マンションは、その地盤が第一種地盤であることを前提に考えても、大規模な地震等

により崩壊、破壊等を生じる危険性をはらんでいるものと認められ、建物としての基本的な安全性を欠くというべきであり、また、そのような安全性を欠く構造計算を行った控訴人には過失があるというべきとした。

(2) 下級審裁判例の検討

(a) 最高裁判決の射程

最判平成 19 年及び 23 年の事案は、施工者等と契約関係にない建物の買主から、施工者等に対する責任追及がなされたケースであったが、最高裁判決の射程は、施工者等と契約関係にある建物の注文者にも及ぶとされている（この点を指摘するものとして、判例②⑤⑫）。このほか、施工者等が不法行為責任を負う相手方の範囲に関して、判例③は、建物利用者に生じた休業損害等の賠償を認めている。この点、その他の裁判例が、買主ないし注文者を相手方としている点と異なる性質を有しているといえる。一方、最高裁の示した注意義務が課せられる責任主体について、施工者等だけではなく、宅建業者である売主に同様の注意義務を当てはめるものがある（判例⑩）。

(b) 建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵

建物に瑕疵があるかについては、建築基準法令ないし日本建築学会の基準等、建築当時の実務レベルに照らして妥当かという点が判断されることが一般的といえる。そして、その瑕疵が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」であるか否かが、不法行為責任の成立において判断の中心的基準となっている。したがって、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」は、下級審裁判例において施工者等の不法行為責任の適用場面を限界づけるものと解されているように思われる⁽¹⁰¹⁾。また、安全性能の瑕疵によって生じた損害と、それ以外の瑕疵によって生じた損害を区別し、瑕疵担保責任と不法行為責任の適用範囲を画する裁判例もある（判例⑧）。

(101) 判断の妥当性は別の問題として、建築基準法令に違反する瑕疵について、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」ではないとして不法行為責任を否定する裁判例として、別府マンション事件第三次控訴審判決、判例⑫。

次に、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の具体的内容について下級審判決をみると、杭・基礎工事や鉄骨の瑕疵、耐震強度の不足といった構造的欠陥（判例①③④⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑬）、外壁材の剥離（判例②）、建物の防火性能が十分でないこと（判例⑩⑫）、屋外避難通路が確保されていないこと（判例⑫）などが、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とされている。反対に、「建物としての基本的な安全性を損なわない瑕疵」については、窓の開閉不良（判例①）、サッシの隙間や雨漏り（判例⑧）、建築基準法の日影規制違反や高度制限違反（判例⑫）などがある。

以上のように、最判平成23年が現実的危険性説を否定したことから、将来に対する危険発生が予測される場合には、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が肯定されている⁽¹⁰²⁾。また、最判平成23年は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の具体例として、「バルコニーの手すりの瑕疵」を挙げ、「居住者等の生命又は身体を危険にさらすもの」としたことから、建物の基本的な性能に関するか否かではなく、人身被害につながる危険性があるかという点によって判断することが可能であると思われる。以上のことから、下級審裁判例の一般的傾向として、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の解釈については、瑕疵の程度⁽¹⁰³⁾ではなく、当該瑕疵の性質によって「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が判断されているように思われる。また、これを構造的な安全性に関わるような瑕疵とする見解がある一方、建物の構造的な安全性に関わるような基礎ないし構造躯体に関するものでない場合でも、建築主や居住者の生命、身体、財産に損害が生じるような

(102) 松本教授はこれを〈潜在的危険性論〉と称する。松本・立命館法学337号185頁参照。

(103) 建物の瑕疵は、その性質から、将来発生のおそれのある危険もまた瑕疵にあたるものとして、花立・前掲注(83)88頁、荻野・前掲注(94)1340頁も、建築当時には小さい瑕疵であったとしても、耐用年数の終期までに、危険の現実化が予想され得るようなものについて、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」となり得るとする。この点、建物は経年によっていずれは不具合が生じるものであるから、耐用年数との関係から将来の危険を把握することは難しい判断を伴うと思われる。

瑕疵について、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」であるとする見解が提示されている。後者の理解によれば、その判断は、場合によってはかなり広範な解釈が可能であるように思われる。もっとも、前者についても、現に構造的部分に存する瑕疵だけではなく、将来的に構造的欠陥を生じさせ、建物としての性能を失わせる可能性のある瑕疵として観念づけられるものを含むことから、瑕疵と危険性との因果関係をどの程度推察するかによってその範囲はかなり広く捉えられ得ると思われる。このように、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の解釈は必ずしも一義的ではなく、その判断基準もまた明確とはいえない。

(c) 損害の範囲と被侵害利益

不法行為責任によって施工者等が賠償すべき損害について学説上議論があったが、上に挙げた下級審裁判例においてもまた、損害賠償として修補費用相当額を求めるものがほとんどである。したがって、結論として修補費用相当額（建物価値の減価分）が不法行為責任によって賠償されるべき損害として認められている状況といえる⁽¹⁰⁴⁾。しかし、損害の算定期間など明確なルールが示されているわけではない。

(d) 立証責任

立証責任について下級審裁判例の状況をみると、「基本的安全性を損なう瑕疵」の存在に加えて、故意過失要件を検討するものは少なく、「基本的安全性を損なう瑕疵」があることから、過失の有無を特段判断しないか、そのような瑕疵の存在から過失を推定したと思われる裁判例が多いといえる（基本的安全性を損なう瑕疵があることから、建築士の過失との相当因果関係を肯定

(104) なお、学説においては、「修補費用」と「建物の価値の減少」を区別して捉えるものがみられる。高橋寿一・前掲注(81) 7頁（「建物の商品価値の減少に留まる場合」）、鎌野・前掲注(81) 17頁、笠井・前掲注(81) 47頁（「建物自体の価値の低下」）等。しかし、「建物の基本的安全性を損なう瑕疵」に関するものに限定することにより、多くの場合にこれらは重なり得るように思われる。

した判例^⑩等)。なお、これらの裁判例においても、雨漏りや漏水などの不具合現象の発生を証明するだけでは足りず、これが何を原因として生じているのか、施工者等の注意義務違反によって生じた建築物の瑕疵を特定する必要があるとされている。ただし、不具合現象と設計ないし施工時に生じた瑕疵との区別は裁判例上常に明確に捉えられているとはいえず、不具合現象から直截に瑕疵の存在が認められる場合もある。

5. 小括

施工者等の不法行為責任について、二つの最高裁判決及びその後の下級審判決の検討から、現段階における到達点を示すと、以下のようになる。

まず、最高裁は、従来の施工者等の不法行為責任制限説が採っていた、①強度な違法性といった不法行為責任要件の加重と、②被侵害利益における限定について、①②いずれの点についても否定した。しかし、不法行為責任要件の加重をしないと解することができるかについては、最高裁が不法行為責任の一般的要件に当てはめるという構成を採らず⁽¹⁰⁵⁾、不法行為責任の要件にはない「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に関する見解を示したことにより、「建物としての安全性を損なう瑕疵」があるか否かという点が、不法行為責任の要件ともいえる程度に重要な判断基準となっているといえる。したがって、施工者等の不法行為責任が生じる場面を、建物の安全性に関わる瑕疵に限定したと解することも可能である。ただし、「建物としての安全性を損なう瑕疵」概念を解釈にするにあたって、居住者等の生命、身体、財産に危険が及ぶものを「基本的安全性を損なう瑕疵」とするのか、それとも、「安全性に関する瑕疵」によって生命、身体、財産に損害が生じた場合に不法行為責任の問題とするのか、最高裁で示された施工者等の注意義務と、修補費用として現れる注文者等の被侵害利益との関係については判然とせず⁽¹⁰⁶⁾、

(105) 松本・立命館法学 337号 194頁は、請求権競合の立場から、建物の瑕疵の場合にそれを修正すべき理由はないとして、不法行為責任の成立要件を充たす場合には当然不法行為責任が成立するとする。

捉え方によっては、相当広範な解釈の余地がある。このことから、「建物の安全性に関わる瑕疵」による施工者等の不法行為責任についての限界づけがどの程度機能するかは裁判所の判断に委ねられる部分が大いといえる。この点は同時に、契約責任との抵触という問題をなお残しているといえる。

また、最判平成 19 年・23 年は、建築士である設計者及び監理者の責任と建築請負人の責任を同時に論じている。この点、最判平成 15 年で示された建築士の注意義務と、最判平成 19 年・23 年が示した注意義務との関係が問題となる。

五 具体的検討

以下では、瑕疵に対する施工者等の責任について、まず、施工者等の注意義務と建築士の注意義務との関係、次に、契約法上の責任と不法行為法上の責任の関係という視点から若干の検討を行う。

1. 建築請負人及び建築士の注意義務

最判平成 15 年は、建築士に高度な注意義務を課す理由を、①専門家としての特別な地位と、②建築基準法令の趣旨に求めたものと理解されている⁽¹⁰⁷⁾。一方で、最判平成 19 年及び平成 23 年は、この点に触れることなく、施工者等は、「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」を負うとしており、これらの注意義務の関係をどう解すべきかが問題となる。最判平成 19 年が、建築基準法令などによらず、より一

(106) 施工者等の注意義務における「生命、身体、財産」について、修補費用の捻出をここの財産侵害とする見解があったが、そのような理解をしてもなお不法行為責任の生じる外延をどう捉えるかという点において困難を伴うように思われる。また、これについて、原田・前掲注 (81) 763 頁は、「財産」のみが、当該瑕疵ある建物自体を含むという論理を読み込むことは苦しいとする。

(107) 谷村・前掲注 (73) 49 頁等。

一般的に、「安全性」という建物の性質からこれらの者の注意義務を基礎づけたことについて、高度に専門的な分野である建物建築において、危険の発生を回避すべき地位にある者に課される注意義務を示したと解することが可能であると思われる。そして、建築士については、その地位が建築士法及び建築基準法令上明白とされているのであって⁽¹⁰⁸⁾、建築物に対する社会的・公益上の要請から導かれるという点で本質的に共通していると思われる。これに関連して、最判平成19年の法理を、設計者、施工者及び監理者という直接的な建築段階の関与者だけではなく、宅地建物取引業者やコンサルティング業者のほか⁽¹⁰⁹⁾、国の指定確認検査機関や建築主事など⁽¹¹⁰⁾、直接建築物の製作に関与しないが、建築物の安全性確保に関わる者に対する注意義務として用いる裁判例もみられる。このことから、建築関係人に関していえば、免許資格制が採用されているかといった専門家の定義に当てはまるかどうかではなく、建築物の安全性を確保すべき立場にあるかどうかといった、その業務上求められる行為の内容によって注意義務が導かれているといえる⁽¹¹¹⁾。

一方で、施工者等の注意義務について以上のように解したとしても、何をもって注意義務違反とするかという点で争いが生じていることについては上

(108) これに関連して、原田剛・私法判例リマークス48号(2014〈上〉)61頁は、最判平成15年の判例法理では、建築士の職務行為の形態は考慮の外にあるように思われるとして、これを、「“専門家としての建築士”を、法的にも、より一般的に位置づけようとするものであろう」と述べる。

(109) 判例⑩は、建売り業者の責任に関して最判平成19年を引用している。

(110) いわゆる耐震偽装事件の裁判例(東京地判平23・3・23訴月58巻6号2291頁)。

(111) このことから、従来、建築士の責任について論じられてきた「専門家責任」の枠組みは必ずしも当てはまらないようにも思われる。もっとも、専門家責任という分野については、これまで、その概念が確定していないことや、善管注意義務の、受任者の地位に応じて定められるという通説の立場から、専門家責任を特に区別して論じることの意味に疑問を呈する見解として、鎌田薫「専門家責任の基本構造」山田卓生＝加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座3製造物責任・専門家責任』(日本評論社、1997)296頁以下。

述したとおりである。

2. 施工者等の契約責任と不法行為責任の関係

建築物の瑕疵によって、居住者等の生命や身体に被害が生じた場合に不法行為責任が生じることについては従来から争いはないと思われるが、損害の発生が契約における目的物たる建築物に留まる場合には、契約法上のリスク配分との関係が問題となる。どの程度の期間、どの範囲で瑕疵に対する責任を引き受けたのかによって取引価格が定められることが通常であるからである。

しかし、日本における不法行為責任が、ドイツのように完全性利益と純粹経済利益を特に区別しないことからすれば、拡大損害が生じた場合に不法行為責任を限定することは現実的とはいえず、瑕疵損害と瑕疵結果損害の限界づけ、つまり、目的物以外の財産に対して損害を生じさせたかどうかによって所有権侵害を肯定することもまた現実に困難な問題を生じさせると予想される⁽¹¹²⁾。したがって、当事者が合意した契約内容及び対価関係を考慮しない不法行為責任の適用については、契約上の義務と同時にすべての人に対して課されている義務に違反した場合、つまり、契約内容とは関わらず、原則としてすべての人を保護するために命じている行為規範の侵害があることを要するものと解される。

以上の点から、最高裁は、施工者等の不法行為責任について、瑕疵ある建築物によって債権者または第三者の生命、身体、財産をも危険にする可能性があるか否か、そして、このような危険な建築物を製作したことが、これらの者に課されるべき注意義務違反に当たるかどうかによって決するという枠組みを示したものと整理することができる。ただし、すでに指摘したように、

(112) 例えば、請負人が建築物全体を製作した場合に、雨漏りによって床にカビが生じた場合には、目的物の範囲内にとどまるとして契約責任のみが生じ、床張りを他の業者に依頼していた場合には、瑕疵ある目的物以外に生じた損害であるとして不法行為責任の問題とすることは現実的な対応とはいえないように思われる。

最高裁が示した「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」概念は、それ自体の曖昧性により、必ずしも望ましい救済法理を提示しているとはいえない⁽¹¹³⁾。

一方、建築瑕疵に対する施工者等の不法行為責任の追及については、従来から契約当事者間における瑕疵担保責任の期間の徒過や、瑕疵担保責任における議論の未成熟⁽¹¹⁴⁾による救済方法の探求という実践的意味づけが指摘されていた⁽¹¹⁵⁾。そして、最判平成19年が施工者等の注意義務を示したことにともまた、建築関与者に対する社会的な信頼の保護が重要視されたことに加えて、建物瑕疵による損害の重大性などを勘案し、これに対する個人的被害の救済ないし保護の必要性への対応という意味があったとの見方が否定できない。このことから、本来、契約責任の領域において規定されていた、契約に基づく品質・性能の確保が、不法行為責任における安全性論によって包括的に捉えられているとすれば、契約当事者間の利益及びリスク配分という契約法の機能を没却しないためには、建築物固有の特殊な性質を考慮したうえで、これらの領域を明確にすることが必要であるといえる。

さらに、建築瑕疵に対する不法行為責任は、契約関係にない者からの施工者等への責任追及手段としての意義も指摘されているが、建築物の生産・流

(113) 「建物としての基本的な安全性」瑕疵について、最判平成19年の評釈においてこれを「新たな概念」ないし「立法に匹敵する」と評価する見解がある一方、近時の液状化に関する裁判例である、東京地判平26・10・8判時2247号44頁（第①事件）は、不法行為責任の成立要件における予見可能性ないし結果回避義務の有無を検討することと、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるか、また、これを生じさせたことにつき施工者等に過失があるかということは、その検討内容において異ならないとの指摘をするものであり、注目される。

(114) 債務不履行責任との関係、建替え費用賠償の可否、売買の瑕疵担保責任の損害の範囲に関する「信頼利益」論等が指摘できる。

(115) 花立・前掲注（77）233頁以下、原田・前掲注（1）227頁、同・前掲注（81）756、757頁。

通体制の多様性から、契約関係があるか否かという区別が妥当ではない場合もある。契約関係が認められない者のうち、居住者や隣人、通行人などの第三者と施工者等との関係と、施工者等の建築関係人と何らかの接触関係があり、契約締結が存しない場合であっても、契約類似の関係が見出される者との関係は、性質において異なるからである⁽¹¹⁶⁾。そこで、形式的ないし黙示的に注文者としての地位が認められる者については、契約責任関係を認める方向性も考えるべきである⁽¹¹⁷⁾。

六 おわりに—今後の課題

以上、建築施工者等の瑕疵に対する法的責任について、建築請負契約上の瑕疵担保責任と、施工者等の不法行為責任を整理し、また、施工者等が負うべき注意義務について、従来の専門家責任としての建築士の責任と比較しながら、検討を行った。

現在における建築生産体制の態様は複雑多岐に渡り、請負契約に基づいて注文者と請負人の当事者間の問題として画一的に捉えることが困難な場面が多くなっている。また、建築物が、広く社会的に安全性を有することが要請される性質を有していることから、建物取得者を保護する必要性があることに加え、建築に関わる者に対して高度な責任を課すことによる予防的効果が強く求められている。このような問題への対応として、現状では不法行為責任が機能しているとみることができるとする。そして、専門家責任の領域において議論されてきたように、高度な注意義務を課す根拠は、保護すべき権利利益

(116) 建売ないし売建といった形態における買主は、中古住宅の買主や賃貸住宅における賃貸人とは施工者等との関係において異なり、限りなく注文者と同視し得る立場にある場合も考えられる。

(117) この点、連鎖的契約関係にある者からの直接請求権の構成を採る見解として、平野・前掲注(81)452頁以下、山口成樹・前掲注(81)27頁。

の重大性、反対にいえば、危険にさらされる権利利益の重大性にある。これを建築瑕疵の問題についてみれば、建築物の持つ性質から、これに関与する者の高度な一般的注意義務が導かれることは妥当であり、その注意義務自体に異論を挟む余地はないと思われる。

一方、建築瑕疵の責任については、不法行為責任適用場面の拡大により、契約上の義務に違反したことによって生じる責任と、上述した高度な注意義務違反によって生じる責任の限界づけは困難であるといえ、これについて、不法行為責任理論における問題点と、その背景にある瑕疵担保責任体系における建築瑕疵問題への対応の不備が指摘される。

したがって、今後の課題として、契約上の瑕疵責任の機能について、近時の瑕疵担保責任の解釈論上の発展及び改正議論を踏まえて検討することが必要である。また、これに関して、比較法的観点から、契約責任による救済を中心とするドイツにおける責任追及体系を整理し、わが国への示唆を得ることにしたい。