

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義

福岡高裁平成二二年二月六日判決(平成一九年(ネ)第五七六号)、
LEXDB 文献番号二五四五〇一七〇
Yらの敗訴部分取消し、Xらの請求棄却、Xらの控訴棄却

萩 野 奈 緒

【判決要旨】

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とは、建物の瑕疵の中でも、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。

【事実】

1 Aは、昭和六三年一〇月一九日、Zの仲介で本件土地を購入し、Zに紹介されたY1との間で本件土地上に九階建てのA棟と三階建てのB棟を連結させた賃貸用マンション(本件建物)を代金三億六一〇〇万円で建築する請負契約を

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義

同志社法学 六一巻四号 一七五 (一三三五)

- 締結した（後に、追加工事代金として五六〇万円がかかった。）。そして、設計及び工事監理についてはY2に委託した。
- 2 本件建物の竣工間際になって、Aは本件土地と本件建物の売却の仲介をZに依頼し、X1・X2親子がこれを購入することとなった。そして、Xらは、本件建物の完成後である平成二年五月二三日、Aから、本件土地を代金一億四九九万九〇〇〇円、本件建物を代金四億一二〇〇万九二七〇円で、それぞれ買い受け、同日その引渡しを受けた。
- 3 Xらは、平成六年二月一日から、本件建物に居住し始めた。そして、同年六月頃、XらはY1に対して、本件建物に亀裂、水漏れ、配水管のつまり、火災報知器の配線不備等の瑕疵があることを指摘して、建替えをするか建物購入資金を返還するよう申し入れたが、実現しなかった。
- 4 Xらは、平成八年七月二日に、Y1に対してはAから譲り受けた請負契約上の注文者の地位に基づく請負契約上の瑕疵担保責任（その前提として、注文者の地位または履行請求権の譲受けを主張している。）及び不法行為責任、Y2及びZに対しては不法行為責任に基づき、瑕疵補修費用相当額の損害賠償を求め、提訴した。なお、X1は平成二〇年七月二日に死亡したため、X2が同人を相続して、訴訟を承継した。
- 5 Xらは、その後本件売買契約の際などに資金の融資を受けた銀行への返済が困難となり、本件土地及び本件建物に設定されていた抵当権を実行され、平成一四年六月一七日、本件土地及び本件建物は競売によりBに売却された。
- 6 第一審（大分地裁平成一五年二月二四日判決¹）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」、債務不履行責任と不法行為責任とは「請求権競合する」とした上で、「不法行為は、その損害発生時に成立することによって、損害賠償請求権が発生するも

のであるから、注文者が当該建物を第三者に売り渡す前に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、注文者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することになるが、当該建築物が第三者に売り渡された（ただし、瑕疵があることを前提として売り渡された場合を除く。その場合は、買主に当該瑕疵を原因とした損害は発生しない。）後に瑕疵を原因として損害が発生した場合は、買主である第三者が、その発生した損害についての不法行為に基づく損害賠償請求権を取得することにな」と判示して、XらのYらに対する請求を一部認容した。不法行為責任が発生する場合の「瑕疵」に関しては、「不法行為責任は、発生した損害の公平な分担を図る制度で、契約の目的とは無関係であるから、設計で決められた安全率の強度に達しない施工をして瑕疵に当たったとしても、建物の耐久性に支障がない程度の強度であつたなら、被害者において補強をすることを余儀なくされるとはいえないので、不法行為上の損害は発生せず、瑕疵担保責任では請求できる補強工事代につき不法行為に基づく損害賠償請求はできないことになる」と判示している。Yら、Xらともに控訴。

7 差戻前控訴審（福岡高裁平成一六年二月一六日判決²⁾）は、瑕疵担保責任の範疇で律せられるべき分野に「不法行為責任の追及を持ち込むときは、いかに不法行為の成立要件として請負人の故意ないし過失を要するからといって、法が瑕疵担保責任の存続期間について契約法理に見合つた様々な規定をおいた趣旨を没却し、請負人の責任が無限定に広がるおそれを生ずる」上、「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おかれることになる」等として、「請負の目的物に瑕疵があるからといって、当然に不法行為の成立が問題になるわけではなく、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或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でてくるものというべ

きである」と判示した。その上で、本件に関しては、「請負人である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場合や、当該瑕疵が建物の基礎や構造躯体に関わり、それによって建物の存立自体が危ぶまれ、社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物が建てられた場合に限って、Yらについて不法行為責任が成立する可能性があるものというべきであり、本件建物の認められる瑕疵については、いずれも、Yらの過失がない、あるいは「構造体力上の安全性を欠く事態を招来するものとは認められない」として、Yらの責任を否定し、原判決中Yらの敗訴部分を取り消して、Xらの請求を棄却した。Xらが上告。

8 上告審（最高裁判成一九九年七月六日判決³⁾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かか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らながらこれを前提として当該建物を買って受け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」、「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」と判

示して、差戻前控訴審判決のうちXらの不法行為に基づく損害賠償請求に関する部分を破棄し、「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」に、差し戻した。

【判決理由】

差戻後の福岡高裁は、次のように判示した上で、Xらが本件建物を所有していた当時、居住者等の生命、身体又は財産に対する現実的危険性が生じていたとはいえず、本件建物に「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があったとはいえないとして、第一審判決中Yらの敗訴部分を取り消してXらの請求を棄却し、Xらの控訴を棄却した。

「上告審の判示からすると、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは、建物の瑕疵の中でも、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ものと解され、建物の一部の剥落や崩落による事故が生じるおそれがある場合などにも、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存するものと解される。」「上告審の……判示が建築基準法やその関連法令のことを示すのであれば、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』と、一定の幅を持ち、必ずしも一義的明確とはいえない概念を用いる必要はなかったし、建築基準法やその関連法令は、行政庁と建物の建築主や設計・施工者等との関係を規律する取締法規であるから、これに違反したからといって、それだけでは直ちに私法上の義務違反があるともみられない。また、ささいな瑕疵について、設計・施工者等が第三者から不法行為責任の追及を受けるというのも不合理であるから、X2の……『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』とは、建築基準法やその関連法令に違反する瑕疵をいうとの——筆者注）主張は採用できない」。

「建物に瑕疵が存在するため建物の財産としての最低基準を満たしていない……場合、設計・施工者等は、瑕疵のな

い建物に比べて財産的価値の低い建物を建築したというにすぎず、その建物を購入するなどして所有権を取得した第三者の財産権を侵害するものではない。」

「本件建物は、平成一四年六月一七日、競売によりXらからBに売却されているところ、Xらに対する不法行為責任が発生するためには、少なくとも、同日までに、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存在していることを必要とすべきである。なぜならば、X2が請求する不法行為に基づく損害賠償請求は、財産権侵害であり、『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』が存在することによる瑕疵補修費用相当額を損害と観念するものであるから、Xらが所有権を有している間に、瑕疵補修費用相当額の損害が発生していることが必要と解されるからである。」

【参照条文】

民法七〇九条

【研究】

I はじめに

本判決は、上告審判決のいう「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」について、「建物の瑕疵の中でも、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、建築基準法が取り上げている建物の安全性を備えていなければ「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があるとのX2の主張を退けている。かかる判示は、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念の意義を明らかにすることを試みたものといえる。「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念は、それ自身が曖昧模糊としている上、上告審判決の判示をみても、

「建物としての基本的な安全性」とは「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性」を指すという以上の指針が明確に示されているわけではない。⁴そのため、本判決が、その意義を明らかにしようとしたことは注目されてよいだろう。⁵もつとも、本判決の判示は、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でなければ、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」ではないとすることによって、上告審判決の判断枠組みの妥当範囲を限定しているようにもみえる。そこで、本判決の判示が、敢えて「現実的な」危険性の発生を要求したのはなぜか、また、それは上告審判決の目指すところに忠実な解釈といえるのかについて、検討を加えておく必要があるように思われる。

また、本判決は、建物が財産としての最低基準を満たしていないような場合にも不法行為責任が認められるべきだとX2の予備的主張に対して、「このような場合、設計・施工者等は、瑕疵のない建物に比べて財産的価値の低い建物を建築したというにすぎず、その建物を購入するなどして所有権を取得した第三者の財産権を侵害するものではない」として、これを退けている。X2の予備的主張は契約上の利益の保護を求めるものであるように思われるところ、本判決がこれを否定したことの当否は、上告審判決の判断枠組みが契約上の利益の保護を目的としたものであるか否か、つまり、そこで想定されている被侵害利益の内容如何にかかっているといえよう。

そこで、本稿では、まず、上告審判決の判断枠組みが契約上の利益の保護を目的としたものであるのか否かについて検討する(Ⅱ)。その後、上告審判決のいう「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念が、不法行為の成立要件との関係でどのように位置づけられるのかを確認したうえで(Ⅲ)、上告審判決の判断枠組みにおいて想定されている被侵害利益は何かについて考察する(Ⅳ)。そして最後に、本判決が「現実的な」危険性の発生を要求したことの意味を探り、それに対する評価を加えて、本稿をとじることとしたい(Ⅴ)。

II 上告審判決の判断枠組みは契約上の利益の保護を目的としたものか

本判決は、契約上の利益の保護を求めるX2の予備的主張を退けているが、これは上告審判決の判断枠組みとの関係で、どのように理解されるべきか。上告審判決の判断枠組みは、契約上の利益の保護を目的としたものなのか。そこで想定されている被侵害利益に契約上の利益は含まれているのだろうか。

上告審判決に対する評釈をみると、本件における被侵害利益を、契約上の利益ないし建物引渡債権ととらえるものも存在する⁽⁶⁾。なるほど、本件建物の財産的価値は、建物に瑕疵が存在することによって低下しているものと思われ、XらはAに対して瑕疵担保責任ないし債務不履行責任を追及することによって、価値低下ないし瑕疵補修費用相当額の賠償を求めることが可能であるから、本件における被侵害利益を契約上の利益ないし建物引渡債権ととらえることは不可能ではない⁽⁷⁾。そして、仮にそのように考えた場合には、建物の瑕疵自体の損害の賠償を認めることが、第三者に対して契約上の利益の給付を請求することを認めることと実質的に同じ結果となるのではないかという形で、契約の相対効原則との抵触問題が生じ得る⁽⁸⁾。

上告審判決はこの点について明確に判断したとはいえないものの、同判決が指定した注意義務は、居住者等の生命、身体及び財産を保護法益とするものと解され、そのような注意義務を導く根拠として、建物が「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」ことを挙げているところ、そこには建物取得者の契約上の利益の保護が特に考慮された形跡は見あたらない。そうであるとすれば、上告審判決が指定した注意義務が、契約上の利益を保護法益として想定しているものであるとは考えづらぬ。

そうであるとすれば、本判決がX2の予備的主張を退けたことは、契約上の利益が上告審判決の指定した注意義務の保

護法益には入らず、そのような利益の侵害は上告審判決のいう「財産」の侵害とはいえないという意味において、上告審判決の判示を素直に解釈したものとすることができよう。

Ⅲ 「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念の位置づけ

上告審判決のいう「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念は、不法行為の成立要件との関係でどのように位置づけられるか。

1 上告審判決の提示する判断枠組みは、四つの段階から成っているようにみえる。すなわち、①設計・施工者等に「建物の建築に当たり……当該建物に建物としての基本的な安全性がかかることのないように配慮すべき注意義務」への違反があること、②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」があること、③居住者等の生命、身体又は財産が侵害されたこと、そして、④損害が生じていることである。そして、これら①から④の各段階がそれぞれ、①注意義務への違反があった「ために」②瑕疵があり、②瑕疵「により」③生命、身体又は財産の侵害があり、③その侵害「によって」④損害が生じたという、因果関係によって結びつけられている。

これら四つの段階を民法七〇九条の定める不法行為の成立要件に当てはめてみると、①注意義務違反は「過失」と、③生命、身体又は財産の侵害は「権利又は法律上保護される利益」の「侵害」と、④損害は「損害」と、それぞれ対応していることが明らかである。これに対して、②「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念は、不法行為の成立要件に直接対応するものではない。したがって、この概念の位置づけを理解するためには、上告審判決の判断枠組みにおいて、同概念がどのように機能しているのかを確認しておく必要がある。

そこで、上告審判決の判示内容を確認すると、上告審は、設計・施工者等に対して、「建物の建築に当たり、当該建

物に建物としての基本的な安全性がかかることがないように配慮すべき注意義務」を課しているところ、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念は、過失の前提となる注意義務の向けられる先として機能している。⁹⁾ また、上告審は、「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」に不法行為責任が生じているため、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念は、設計・施工者等の注意義務違反と居住者等の権利・法益侵害との連結点としても機能しているといえることができる。

これを不法行為の成立要件と対比してみると、過失が結果の予見・回避義務違反であるとすれば、過失の前提となる注意義務が向けられる先は、本来、権利・法益侵害であるはずのところ、それが「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に置き換えられ、また、過失と権利・法益侵害とが直接因果関係で結ばれるはずのところ、両要件の連結点として「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が設定されているといえる。

2 そして、上告審は、「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性」をもって「建物としての基本的な安全性」だとしているところ、「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」ような瑕疵だと言い換えることができる。つまり、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の存在は、居住者等の生命、身体又は財産の侵害の危険が生じていることを示すものだといえる。

そうであるとするれば、上告審判決は、注意義務の向けられる先を、権利・法益侵害ではなく権利・法益侵害の危険とし、そのような危険を過失と権利・法益侵害との連結点としたということができよう。これを法的非難の対象となる行為という観点からみると、権利・法益侵害行為ではなく、権利・法益の危殆化行為が法的非難の対象となっているといえる。

このように、権利・法益侵害そのものについての予見・回避を問題とせず、その危険に向けられた注意義務を措定し、権利・法益の危殆化行為を法的非難の対象とすることは、いわゆる専門家責任の分野や安全配慮義務が問題となる場合等において既に行われてきているが、このような操作を行った場合には、権利・法益の防衛線は前進する一方で、注意義務の名宛人には厳格な責任が課されることになり得ることに注意が必要である。

いずれにしても、上告審判決において、「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念は、権利・法益侵害の危険が生じていることを示すものであり、過失の前提となる注意義務の向けられる先、かつ、過失と権利・法益の連結点として位置づけられているということができそうである。

IV 上告審判決の判断枠組みにおいて想定されている被侵害利益

既に述べたように、上告審判決が措定した注意義務は、契約上の利益を保護法益として想定したものは考えづらい。それでは、そこで想定されている被侵害利益の内容はどのようなものか。

1 上告審判決が、居住者等の生命、身体及び当該建物以外の財産を被侵害利益として想定していることは異論のないところであろう。したがって、建物の瑕疵により惹起された居住者等の生命、身体及び建物以外の財産に対する危険が現実化し、居住者等の生命、身体又は建物以外の財産が侵害された場合に、その侵害により損害を被った居住者等が設計・施工者等に対して、その損害の賠償を請求し得ることは明らかである。

2 問題は、これらの権利・法益が現実には侵害されておらず、建物自体の損害（具体的には瑕疵補修費用相当額の損害）しか生じていない段階で、権利・法益侵害があったといえるか否かである。

この点に関しては、まず、建物の所有権を被侵害利益ととらえることが考えられる。¹⁰⁾ しかしながら、設計・施工者等

が瑕疵ある建物を建築したというだけでは、「設計・施工者等は……時々の所有者の支配下にある建物に侵襲を加えてその完全性（＝不可侵性）利益を侵害したわけではないから、他人の所有権を侵害したことはない」ように思われ、建物に「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」があることを「財産」たる建物所有権の侵害ととらえることには問題がある。

3 翻つて考えるに、ここで問題となっているのは、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在する場合、つまり、設計・施工者等の注意義務違反によつて居住者等の権利・法益が危険にさらされているけれども、瑕疵に起因する事故が発生していない段階で、設計・施工者等の不法行為責任が認められるか否かである。上告審判決がそのような段階で瑕疵補修費用相当額の賠償を肯定したということになれば、¹³同判決は、設計・施工者等による居住者等の権利・法益の危殆化があれば、Xらの権利・法益侵害を肯定し得ると考えたものといえよう。そして、居住者等の権利・法益の危殆化をもつてXらの権利・法益侵害を肯定しようとした場合には、次の二つの考え方があり得るように思われる。

(1) 第一に、上告審判決は、Xらを含む居住者等の権利・法益が危険にさらされたことをもつて権利・法益侵害があったと考えていると解することが可能である。¹⁴その場合の被侵害利益は「建物としての基本的な安全性を確保することにより生命、身体または財産が危険にさらされない」という利益¹⁵だということになる。あるいは、権利・法益の「侵害」の中に侵害の危険を読み込むことも考えられる。¹⁶

このような考え方をとつた場合には、権利・法益の危殆化があれば権利・法益侵害が肯定されるという命題をどこまで一般化し得るのかという問題が生じる。これを一般化しすぎると不法行為の成立範囲が過度に広がり、過失がありさえすれば権利・法益侵害が肯定され不法行為責任が認められるということになりかねないからである。¹⁷また、権利・法益を侵害された者と損害賠償請求主体とが分離し得るといふ問題もある。¹⁸

(2) 第二に、上告審判決は、Xらが居住者等の生命、身体又は財産に対する危険を引き受けたことをもって権利・法益侵害があったと考えていると解することが可能であろう。¹⁹⁾

Xらは、建物としての基本的安全性に欠ける瑕疵のある建物を取得したことにより、その瑕疵から他者に対する損害が生じた場合には民法七一七条に基づく工作物責任を負うに至る。換言すれば、Xらは、社会に対して、その所有する建物の帯びる危険が現実化することによって生じ得る損害を防止するための措置を講じるべき義務（具体的には、瑕疵の補修義務）を負うに至るのである。このことを考慮したとき、Xらが自らの意思によらずにそのような立場に置かれなという利益、つまり、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を被侵害利益とみることが可能となるように思われる。²⁰⁾

V 「現実的な」危険性の発生を要求することの意味と当否

上告審判決は、建物の瑕疵が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」たり得るためには、それが居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵でなければならぬとしているものの、危険の程度に限定を付していないようにみえる。それにもかかわらず、本判決が敢えて「現実的な」危険性の発生を要求したのはなぜか。また、それは上告審判決の目指すところに忠実な解釈といえるのか。

1 本判決の特徴は、「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義につき、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だとしている点にある。すなわち、居住者等の生命、身体又は財産が危険にさらされているというだけでは必ずしも「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」があるとはいえず、その危険が「現実的な」ものとなった場合にはじめて「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」があるというのである。

このように、権利・法益侵害の「現実的な」危険性を要求した場合には、瑕疵に起因する事故の発生を前提とはしないまでも、その発生が近い将来に予想されるのでなければ、設計・施工者等の不法行為責任は認められ得ないこととなる。本判決が、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の存否については、現実の事故発生を必要とすべきではないが、Xらが本件建物の所有権を失ってから六年以上経過しても、何ら現実の事故が発生していないことは、Xらが所有権を有していた当時にも、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在していなかったことの大きな間接事実であるというべき」だとして、本件建物に瑕疵があることを認めつつ、これまでに現実の事故が生じておらず、あるいは危険が生じたとの報告がないことをもって、Xらが本件建物を所有していた当時、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ずとしていることは、そのあらわれであろう。また、本判決が、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の有無を判断する際に、本件建物に存するひび割れから雨水が容易に浸入して「コンクリート内部の鉄筋を腐食させるおそれがある」としつつも、「かかる鉄筋の腐食は徐々に進行するものである」ことを指摘し、また、鉄筋の耐力低下についても、長期的には危険である旨の証言を引用しつつ、それによって「直ちに建物の一部の剥落や崩壊が生じるものとは認められ」ないことを指摘して、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」への該当性を否定していることから、本判決が、居住者等の生命、身体又は財産に対する「現実的な」危険性が生じていることを要求することで、瑕疵に起因する事故が生じる直前の段階に至らなければ不法行為責任は認めないとする態度を見て取ることができる。

2 そうすると、本判決が「現実的な」危険性の発生を要求したのは、瑕疵に起因する事故が生じる直前の段階に至るまでは、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」がないとすることで、上告審の判断枠組みによる不法行為の成立範囲を限定するためだと推測することが許されよう。

このような限定方法は、前記第一の考え方と親和的であるように思われる。すなわち、第一の考え方によれば、上告審判決は、不法行為の成立要件である権利・法益侵害がないにもかかわらず、例外的にその充足を肯定したものととらえることとなる。しかも、その例外は、権利・法益侵害の危殆化をもって権利・法益侵害を肯定するというものであるから、権利・法益侵害に至る以前の段階で、不法行為の成立を認めるといえるのである。このように考えると、そのような例外的な判断枠組みがどこまで妥当するののか、つまり、権利・法益侵害に至る以前のどの段階まで不法行為の成立を認めることができるのかという問題が生じる。そして、このような例外的な不法行為の成立場面を広く認めることには慎重であるべきだとすれば、上告審判決の判断枠組みの射程は限定的に解すべきこととなり、権利・法益侵害が生じる直前の段階でしか、不法行為の成立を認めるべきではないという結論に至り得るのである。

このような考え方は、建物取得者Ⅱ居住者が生命身体に対する差し迫った危険性にさらされている場合には「権利が現実には侵害された場合に準じて不法行為責任を成立させることが、権利保護という不法行為制度の目的に資する」とし、「この危険を除去して生命身体の侵害を回避するため」の瑕疵修補費用の賠償をみとめてもよいとする橋本佳幸教授の見解にみることができる。²¹ 同教授は、上告審判決の判断枠組みについて、権利・法益侵害が未だ生じていない段階で例外的に損害賠償を認めたものだととらえ、これを肯定するための要件として、権利・法益侵害が「差し迫っ」ていることを要求する。また、賠償の対象となる損害は権利・法益侵害の回避にかかる費用、すなわち「権利侵害に対する防御措置」に限られるとする。権利・法益侵害が差し迫った場面で権利・法益侵害に対する防御措置を認めるといふ救済は、事前救済であり、差止めの要件と類似の要件が必要だといっているのである。

3 以上のような考え方は、十分にあり得る解釈ではある。しかしながら、上告審判決の判示の中に、その判断枠組みの射程を限定するような意図を見出すことはできないように思われる。また、本判決のように、危険の程度が「現実的

な」ものでなければならぬとしたならば、そのような瑕疵に向けられた注意義務は、具体的な権利・法益侵害に向けられた注意義務とほとんど変わるところがなくなってしまう。それでは、上告審判決が、「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」なる概念を持ちだした意味が無に帰してしまふのではないかと懸念も払拭し難い。

実際問題としても、本判決のように考えたときには、長期的にみれば居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすような瑕疵であっても、短期的にみれば危険性が少ない場合には、少なくともその時点における設計・施工者等の不法行為責任は否定されることとなる。そうすると、時とともに危険が増大することが予想される場合で、建物取得者が、危険が小さい間に瑕疵を補修しようなどときには、設計・施工者等の不法行為責任は否定されることとなろう。そのような帰結は、建物取得者の救済にとつても、社会全体の利益という観点からも、あまりに不当なものではなからうか。

建物は、比較的長期間にわたる利用が予定されているものであり、少なくともその耐用年数の終期までは、居住者等の権利・法益を危険にさらすことのない性能を有すべきことが社会的に要請されているといべきである。そうであるとするれば、建物建築当時には小さい瑕疵であったとしても、徐々に危険が高まっていくような瑕疵であつて、耐用年数の終期までに、危険の現実化が予想されるようなものであれば、社会的に許容されない「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」であるといべきであらう。⁽²⁾ 本判決は、「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」の解釈にあたり、居住者等の権利・法益を「現実的な」危険にさらすものという限定を付することによつて、上告審判決が前進させた防衛線を後退させるものといわざるを得ない。

このように考えたとしても、被侵害利益について前記第二の考え方を採用するならば、瑕疵に起因する事故が発生する以前に損害賠償請求主体となり得る者は、居住者等の生命、身体又は財産に対する危険を引き受けた者に限定されることとなり、損害賠償の範囲も、危険の除去ないし現実化防止にかかる費用に限定されることとなるため、不法行為の

成立範囲が過度に広汎にわたることはないといつてよいのではないか。

4 以上から、本判決が「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義につき、居住者等の生命、身体又は財産に対する「現実的な」危険性の発生を要求したことには賛同できない。

もつとも、本件においては、Xらが本件建物の瑕疵を補修する前に、その所有権を失っているという問題もある。Xらが本件建物の所有権を失ったことは、居住者等の生命、身体又は財産に対する危険から解放されたことを意味する。すなわち、本件建物のおびる危険が現実化したとしても、Xらが工作物責任を負うことはもはやなくなったのである。また、Xらが、本件建物の瑕疵を補修する以前にその所有権を失ったことから、Xらは、危険の除去ないし現実化防止にかかる費用を支出しておらず、今後これを支出するべき立場にもない。そうであるとすれば、Xらには、もはや、危険の引受けという意味における権利・法益侵害も、それによる損害もないといわざるを得ないのではないか。²³ そのように考えるとすれば、本判決がX2の請求を棄却したことは、結論において妥当であることとなろう。

(1) 民集六一巻五号一七七五頁。

(2) 判例タイムズ一一八〇号二〇九頁。

(3) 民集六一巻五号一七六九頁、判例時報一九八四号三四頁、判例タイムズ一二五二号二二〇頁。

(4) 上告審判決に対する評釈をみても、「建物としての基本的安全性」とは「居住者等の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような安全性」であることを指摘し（松本克美「判批」立命館法学三二二号七九五頁（二〇〇七年）、新堂明子「判批」NBL八九〇号六〇頁（二〇〇八年）。限定的なニュアンスではあるが、関智文「判批」不動産研究五〇巻二号六九頁（二〇〇八年）も参照。あるいは「建物として当然に備えるべき安全性を欠いていないこと」だとしており（花立文子「判批」私法判例リマックス三七号五一頁（二〇〇八年））、具体的な指針の提示には至っていない。なお、建築基準法や関連法令への違反がある場合には「建物としての基本的安全性」が欠けるとするものとして、鎌野邦樹「判批」NBL八七五号一六頁（二〇〇八年）、高橋寿一「判批」金融・商事判例二二九一号五頁（二〇〇八年）がある。

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義

同志社法学 六一巻四号 一九一（一三四一）

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義

同志社法学 六一巻四号 一九二（一三四）

また、畑中久彌准教授は、「建物としての基本的な安全性」には「当該建物に対して社会一般的に期待しうる品質を基準として判断される安全性」が含まれるとする（畑中久彌「判批」福岡大学法学論叢五三巻四号四八三頁（二〇〇九年））。

- (5) 本判決のほかに、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」への該当性判断を行った裁判例として、東京地裁平成二〇年一月二五日判決（判例タイムズ二二六八号二二〇頁）がある。同判決は、設計会社である被告との間で、自宅新築工事に関する設計監理契約を締結した原告が、被告が作成した設計図書の不備及びその工事監理の不備により建物に重大な瑕疵が発生し、補修費用等の損害を被ったとして、債務不履行または不法行為に基づき、被告に対して損害賠償を求めた事案については、債務不履行に基づく損害賠償請求権は時効消滅したとしたものの、不法行為責任に基づく損害賠償請求の一部を認容した。瑕疵については、「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」と判示した。なお、同判決は、上告審判決を引用してはいないものの、「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べきである」と判示しているところ、言い回しの共通性から、上告審による判示を前提としているものと思われる。

- (6) 平野裕之「判批」民商法雑誌一三七巻四・五号四四一頁（二〇〇八年）、新堂・前掲注（4）六〇頁。このようなとらえ方に対しては、「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……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、契約責任説的発想により、『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……ほとんど常に故意……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」との疑問が呈されている（大西邦弘「判批」広島法学三三巻一・九六頁（二〇〇八年））。

- (7) もっとも、XらがAに対して取得した債権は、もともと瑕疵ある建物について、法定責任説によればそのままの状態で、契約責任説によっても瑕疵なきものにして引き渡すことを内容とするものであり、債権発生以降口頭弁論終結に至るまで、その内容や履行可能性が、Yらの行為によって、債権成立時よりも損なわれたという事実はないから、そもそも債権が「侵害」されたと言い得るかどうかには議論の余地

がある。

- (8) 拙稿「判批」同志社法学六〇巻五号四五頁以下(二〇〇八年)にいう(b)の問題である。
 - (9) 上告審判決が指定した注意義務の特徴については、拙稿・前掲注(8)四五二頁以下を参照。
 - (10) 「建物の絶対的瑕疵については……財産権の侵害に当たると」「当該建物所有者に対しては、修補およびそのための費用負担を余儀なくされることによる財産権(所有権)の侵害があり、損害が発生する」とする鎌野邦樹教授はそのような考え方にたつているといえようか(鎌野・前掲注(4)一四頁)。また、藤田寿夫教授は、上告審判決について、「拡張的瑕疵により当初瑕疵のなかった建物部分の所有権侵害……があり、その所有権侵害を修補費用によって算定することを認めたもの」だとする(藤田寿夫「建物の瑕疵と建築業者等の責任」法律時報八一巻六号二二頁(二〇〇九年))。
 - (11) 山口成樹「判批」判例時報二〇〇二号【判例評論五九三号】一八七頁(二〇〇八年)。
 - (12) 同種の問題意識を提示するものとして、仮屋篤子「判批」速報判例解説四号【法学セミナー増刊】七四頁以下(二〇〇九年)。仮屋篤子准教授は、本判決の事案において「問題となるのは、拡大損害の危険が生じている場合に、現実には損害が発生しなければ危険を生じさせた者に対して不法行為責任を追及できないのか、ということ」であり、「現実には拡大損害が生じてはいる可能性がある場合に、設計・施工者等にその除去ないしは修補をすべき責任を負わせることができるか」が問題の中心だという。そして、その問題については、危険な瑕疵は存在するもののいまだ顕在化していないために損害が未発生だと考えることも、瑕疵を除去し損害の発生を防止するための費用を損害とみることも、生命や身体に対する重大な危険が存在している場合には危険の実現を防止すべき損害防止義務が設計・施工者に課されると考えて差止めを認めることも、あるいは、連鎖契約に適合する契約法理によって買主を救済することも、あり得る説だとしつつ、そのいずれが妥当であるかについては結論を出していない。
 - (13) 高橋讓「判解」ジュリスト一三七九号一〇四頁(二〇〇九年)。上告審判決に対する評釈の中でも、上告審判決はこれを肯定しているところから見える見解が趨勢を占めている(鎌野・前掲注(4)一四・一五頁、山口・前掲注(11)一八六頁、大西・前掲注(6)九五頁、高橋・前掲注(4)六頁、新堂・前掲注(4)六〇頁、橋本佳幸「判批」民法判例百選Ⅱ債権(第六版)(別冊ジュリスト一九六号)一六一頁(二〇〇九年))。
- これに対し、平野裕之教授は、修繕費用、瑕疵による価値の低下分の賠償などは、履行利益ないし給付利益にかかわる損害であって、拡大損害とは異なり第三者には生ぜず、当事者間で契約に基づいて問題にできる損害だとし、上告審による判示は、拡大損害を念頭に置いて

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義

同志社法学 六一巻四号 一九四（一三四四）

いるような記述であるから、差戻審では拡大損害は生じていないとして請求が棄却される可能性が高いとしていた（平野・前掲注（6）四四二頁、四五六頁）。また、原田剛教授も、上告審判決のいう「財産」には瑕疵ある建物自体は含まれず、そうであるならば、瑕疵ある建物自体の法益侵害性を原則として否定されるはずだとし、補修費用相当額の賠償を不法行為責任の範疇で認めることに疑問を呈している（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―」法と政治五九巻三二七六二頁以下（二〇〇八年））。

(14) このように考えた場合、居住者等が現に負担した瑕疵補修費用は、危険の現実化を防止するための費用として、権利・法益が危険にさらされたことによる損害であるということができよう。もともと、居住者等が瑕疵補修費用を実際に支出する以前の段階で補修費用相当額の賠償を認めてよいか、実際の支出後にのみ損害の発生を認めるべきかについては議論の余地がある。

(15) 円谷峻「判批」平成一九年度重要判例解説（ジュリスト臨増一三五四号）九〇頁（二〇〇八年）。上告審判決について、「建物の基本的な安全性」を保護法益としているとし、そのような法益は建物利用者や隣人、通行人等が有するものだとする関智文弁護士も同旨か（関・前掲注（4）六八頁）。

(16) 「基本的な安全性を損なう瑕疵があり、それによって生命・身体・財産が侵害されるおそれがある場合には、不法行為が成立しうる」とする高橋寿一教授はそのような考え方にたっているといえようか（高橋・前掲注（4）六八頁）。

なお、「侵害」の中に侵害の危険を読み込む考え方に対しては、上告審判決の自然な読み方とはいえないとの批判がある（新堂・前掲注（4）六〇頁）。

(17) 若干敷衍すると、建物所有者以外の第三者（瑕疵ある建物に居住する者、当該建物内で就業する者、その前を通勤路や通学路にしている者、隣接する建物に居住する者等）についても、権利・法益侵害を肯定し得ることとなる。これらの者については、瑕疵に起因する事故が発生しない限り財産的損害が生じることは稀であろうけれども、仮に不安や恐怖をおぼえたことによる精神的損害の賠償を肯定するならば、損害賠償請求の主体が大きく広がることとなり、設計・施工者等の不法行為責任が（金額の点でも相手方の点でも）無限定に広がるおそれがある。

(18) 建物所有者が瑕疵ある建物に居住せず、同建物を賃貸しているような場合を考えよ。そのような場合、生命、身体又は財産が危険にさらされている（つまり権利・法益を侵害されている）者は建物居住者（賃借人）であるが、実際に瑕疵補修費用を支出して損害を被るのは建物所有者（賃貸人）であり、前者の権利・法益侵害を理由として後者が損害賠償を請求することとなる。

(19) このように考えた場合、建物取得者が負担する瑕疵補修費用は、そのような危険の除去費用ないし危険の現実化を防止するための費用として、危険の引受けという権利・法益侵害によって生じた損害であるといえることができる。

(20) 拙稿・前掲注(8)四七三頁以下の注(50)を参照。「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」が法律上保護されるというべきだとする山口成樹教授はそのような考え方にたっているといえようか(山口・前掲注(11)一八七頁)。

(21) 橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢一六四卷一―六号四一三頁(二〇〇九年)。橋本佳幸教授は、上告審判決の判断枠組みは、その射程を「建物の瑕疵がはらむ生命身体に対する差し迫った危険……を要件とし、また、瑕疵修補費用の賠償を内容とする」範囲に限定した上で支持されるとする。

(22) 居住者等の生命、身体又は財産がどの程度の危険にさらされれば「建物の基本的な安全性を損なう瑕疵」があるといえるのかについては、結局のところ、どの程度の危険性が社会的に許容されないのかという判断に帰着するといえよう。その際に、「建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図」ることを目的に掲げる建築基準法(同法一条)及びその関連法令が一つの指針を示すものであることは確かであろう。また、被侵害利益について、前記第二の考え方を採用するのであれば、七一七条という「瑕疵」概念との整合性にも配慮すべきこととなろう。

(23) もっとも、本件において、Xから本件建物の所有権を譲り受けたBは、建物に瑕疵あることを知った上でこれを買って受けているものと思われるところ、これは上告審判決にいう「特段の事情」にあたるから、BがYらに対して不法行為責任を追及することはできない。したがって、少なくとも現時点での登場人物の中では、本件建物に瑕疵があることによる不利益は、Xらが本件建物に瑕疵があることによる競売価格の減価分として確定的に負担しているといえ、この点を考慮すれば、X2のYらに対する損害賠償請求を認めるべきであるように思われ、難しい問題である。

※本稿脱稿後、次の二つの論考に接した。

その一は、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・福岡高判三〇〇九(平成二一)・二六を契機に「立命館法学三二四号三二三頁(二〇〇九年)」である。

その二は、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三五〇頁(二〇〇九年)である。石橋秀起准教授は、契約上の利益が上告審判決の措定する注意義務の保護範囲に含まれていないこと、しかし同判決

「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」の意義

同志社法学 六一巻四号 一九六（一三四六）

は瑕疵補修費用相当額の賠償を認めたものと解されることを前提として（三七二頁）、設計・施工者等に課せられる注意義務への違反と補修費用相当額の損害とを連結し得る権利・法益侵害、つまり、建物の瑕疵を侵害事実とする法益を探究し、その結果として、建物購入者の「安全性信頼利益」を提唱する（三七八頁以下）。そのような考え方は、「建物の安全性」への信頼を問題にすることで注意義務との連結を図りつつ、「建物の価値」に対する信頼だとして建物減価分の損害賠償を認めようとするものであり、本稿一三三六頁以下にいう第一の考え方とも第二の考え方とも異なる、第三の考え方だといえよう。そのような考え方によれば、本件のように、建物取得者が瑕疵を補修する前に建物の所有権を失っていたとしても、瑕疵補修費用相当額（厳密には建物減価分）の損害賠償を認容することになる点でその余の考え方とは結論を異にするものであるが、そのような帰結を是とした場合には、設計・施工者等が瑕疵補修費用相当額の損害を賠償した後に、瑕疵による危険が現実化し、居住者等の生命・身体または財産が侵害された場合の処理という難問が待ち受けているように思われる。いずれにしても、第三の考え方の当否について論評するためには、理論面でも結論の妥当性という点においても検討が不十分であるため、私見は留保しておくたい。