

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——

原 田 剛

序章——諸判決と課題の限定

一 最高裁判所の四判決

二 平成一四年判決および平成一九年判決

第一章 追完における利用利益返還問題——平成一四年判決
はじめに

一 平成一四年判決の意義

二 平成一四年判決における新たな課題——「二重取り」不当利得論

三 不当利得論の問題性

四 ドイツおよびE.C司法裁判所における議論

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

一

五 小括

第二章 瑕疵のある建物の「権利侵害」性——平成一九年判決

一 事案の概要

二 最高裁判所の判断

三 本件事案の特徴と本判決の論理

四 諸論点の分析

五 小括——本判決の意義と射程

結びに代えて

一 追完の場合における不当利得論

二 瑕疵のある建物自体の所有権侵害

序章——諸判決と課題の限定

一 最高裁判所の四判決

周知のように、平成一〇年代半ば以降、瑕疵のある建物に関し重要な最高裁判決が出されてきた。それらは、①建築請負において建物の重大な瑕疵があるために建て替えざるをえない場合、注文者は請負人に対し建替え費用相当額の賠償を請求でき、そのことは民法六三五条但書に抵触しないとした判決^①、②建築請負において約定に反する大きさの鉄骨が使用された建物の瑕疵を肯定した判決^②、③「名義貸し」をした建築士に対する建物購入者の不法行為責任を肯定した判決^③、④瑕疵のある建物を注文者から買い受けた買主が、設計者・施工者および工事監

理者（以下、施工者等という）に対してした不法行為責任追及の場合において、瑕疵のある建物を建築した施工者等に対する不法行為責任が認められるための成立要件を明確にした判決⁽⁴⁾である。

四つの最高裁判決は、すべてこれらの分野における初めての判決であり、しかも内容が指向するところは、瑕疵のある建物を建築した施工者等に対する注文者ないし買主の救済の範囲を拡大し、あるいは不法行為責任が認められる可能性があることおよびその成立要件を一般的に明確化した点に特色がある。その具体的に意味するところは、①判決においては、注文者が瑕疵修補に代えてする損害賠償の範囲を拡大した点に、②判決においては、瑕疵の存否の判断基準に当事者の合意内容を取り込むことにより、要件論における瑕疵の内容を、当事者の主観を考慮することにより拡大した点に、③判決においては、「名義貸し」の建築士への責任追及を肯定することにより責任主体を拡大した点に、④判決においては、瑕疵のある建物の買主が、売主の担保責任を追及することなしにした、施工者等の不法行為責任の追及について、建物の基本的安全性を損なう瑕疵がある場合に、施工者等に対する不法行為が成立しうることを明確にした点、に存するであろう。

二 平成一四年判決および平成一九年判決

その意味で、これらの最高裁判決は、「消費者保護」の潮流に沿うものとなっており、最低限この観点からは積極的な評価がなされることになる。⁽⁵⁾しかし、筆者が本稿において明らかにしたい点は、これらの最高裁判決の解釈論的意義である。ここで確認しておかなければならないことは、最高裁判決の法的構成の現在の意義を明らかにし、それによって新たな理論的、実務的課題を明確にする点にある。

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

最高裁判所が、ある意味において明快な態度で取り組んだ上記諸判決の諸問題にも、当然のことではあるが、それまでの学説および下級審裁判所における模索のプロセスがある。そこには、上記諸判決の結論を支持する見解が存在する一方で、それに反対する重要な「桎梏」が存在していた。ところが、最高裁判所の上記諸判決は、これまでの日本の現状を踏まえつつも、一定の分野においてこの桎梏を克服した。この点に最高裁判決の重要な意義が存在するといえる。もともと、その結果、瑕疵のある建物に関する法律関係に、日本法における学理上いまだ充分には意識されているとはいえない、重要かつ新たな理論的・実務的課題が登場することになる。

もともと、本稿において、以上の点を、冒頭に挙げた四判決すべてにおいておこなうことは、筆者の現在の能力・関心の点で限界がある。しかし、幸い、筆者は、これまで、以上の点を、上記四判決のうちの①判決（平成一四年判決）および④判決（平成一九年判決）の事案に関連して、若干の分析をおこなった経緯がある。というのは、これら両判決に含まれる問題は、後に見るように、理論的・実務的に密接な関連性をもっていると考えていたからである。そのような認識のもとに、①の平成一四年判決については、すでに若干の分析をおこない、そこにおいて本稿で指摘する課題（追完の場合の利用利益返還問題）についても、現時点からみれば不十分ではあるが、既に一定の指摘をおこなっておいた。^⑥また、④の平成一九年判決が問題となる事案についても、同判決が出る以前に、不法行為構成の可能性に向けて若干の検討を試みた。^⑦もともと、平成一九年判決の内容を契機として改めて筆者の当時の検討を振り返ってみると、そこには、課題への対処に性急なあまり、既に先学が探り当てられていた鉅脈を失念し、重要な点において検討の欠落が存在していることが判明する。

それゆえ、以上の点をより明確にするために、この二判決を中心とし、それぞれの判決の独自の意義を明らか

にしたうえで、兩判決の関連性にも留意しつつ、より精確な課題を設定することに意義があると考えた次第である。

以下では、追完の場合の利用利益返還問題——平成一四年判決（第一章）、瑕疵のある建物の「権利侵害」性——平成一九年判決（第二章）、結びに代えて、の順に叙述していくこととする。

(1) 最判平成一四年九月二四日判時一八〇一七七七頁（以下、平成一四年判決）。本判決についての評釈等については、原田剛『請負における瑕疵担保責任』（二〇〇六年）（以下、「原田・前掲」で引用する）一三五頁、同「建築請負目的物の瑕疵と損害賠償」安永正昭・鎌田薫・山野目章夫編『不動産取引判例百選「第3版」』（二〇〇八年）一五八頁を参照されたい。

(2) 最判平成一五年一〇月一〇日判時一八四〇号一八頁。本判決についての評釈には以下のものがある。原田剛・法学教室二八三号一〇〇頁、平野裕之・法学教室二九四号別冊付録（判例セレクト二〇〇四）一九頁、塩崎勤・判例タイムズ臨時増刊一一八四号（平成一六年度主要民事判例解説）五〇頁、花立文子・私法判例リマックス三〇号四二頁、山田到史子・民商法雑誌一三〇巻三号五八二頁。

(3) 最判平成一五年一月一四日民集五七巻一〇号一五六一頁。本判決については、以下のような評釈ないし解説がある。宮坂昌利・ジュリスト一二六四号一二二頁、同・法曹時報五七巻一一号二七一頁、角田美穂子・法学セミナー五九五号一二〇頁、加藤新太郎・NBL七九〇号一一頁、大西邦弘・広島法学二八巻二号一一七頁、良永和隆・月刊ハイ・ローヤー二二七号六八頁、野口昌宏・判例時報一八七三号一八六頁、下村信江・私法判例リマックス三〇号五四頁、鎌田薫・ジュリスト臨時増刊一二六九号（平成一五年度重要判例解説）八七頁、陳桐花・法学（東北大学）六九巻二一四五頁、小島彩・法学協会雑誌一二二巻二二号一四四頁、朝倉亮子・判例タイムズ臨時増刊一二一五号（平成一七年度主要民事判例解説）八八頁、谷村武則・判例タイムズ一二四四号四二頁。

(4) 最判平成一九年七月六日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二二二頁。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

○頁、金融・商事判例一二八〇号二〇頁。本判決については、以下のような評釈ないし解説がある。松本克美・立命館法学三二三号一〇〇（七七四）頁、鎌野邦樹・NBL八七五号四頁、塩崎勤・民法法情報二五八号七八頁、秋山靖浩・法学セミナー六三七号四二頁、平野裕之・民商法雑誌一三七卷四・五号四三八頁、田谷峻・ジュリスト臨時増刊一三五四号（平成一九年度重要判例解説）八九頁、花立文子・私法判例リマックス三七号四八頁。また、本判決の上告代理人「弁護士が語る」ものとして、幸田雅弘「欠陥住宅訴訟——施工業者の責任を認める」法学セミナー六三八号一八頁がある。

(5) これらの諸判決のうち、近時の「小特集Ⅱ現代消費者法の潮流を考える——日本消費者法学会（仮称）の設立に向けて」（法律時報八〇巻五号七二頁以下（二〇〇八年））の中で、後藤巻則「わが国の消費者立法・判例動向評価・分析」が、(4) 判決を「消費者の安全の確保」の観点からとりあげ、「住宅の安全性に関し、設計者など建築の専門家について建物の安全性を確保すべき義務があることを明確にした意義は大きい」と評価し、坂勇一郎「資料（立法と判例）」において作成されている「消費者関連の主な最高裁判決（平成一五年～平成一九年）」に、(2) 判決と(4) 判決が「欠陥住宅」「分野」として挙げられているのは、このことの証左である。

(6) 原田・前掲一三二頁～一七一頁。

(7) 原田・前掲三二六頁～三三六頁（とりわけ三二九頁）。

第一章 追完の場合の利用利益返還問題——平成一四年判決

はじめに

平成一四年判決については、冒頭で挙げたように、すでに多くの判例批評がなされており、筆者も前述のように一定の理論的分析をおこなっている。したがって、そこで検討した理論問題について論じることはしない。こ

ここでは、そのときに充分にはなしえなかった点、すなわち、平成一四年判決によって克服された論理とそうでない論理を整理し、克服されなかった論理が孕んでいた問題に対する新たな理論的課題と展望を示すことに照準が当てられる。これが本節の目標である。

一 平成一四年判決の意義

平成一四年判決は、建築された建物に重大な瑕疵があつて建て替えるしかない場合において、注文者が請負人の瑕疵担保責任を追及し、民法六三四条により、建替え費用相当額の損害賠償請求することは、民法六三五条但書の趣旨に反しないとし、その論拠として、当該建物を収去することは社会経済的に大きな損失をもたらすものではないこと、建替え費用を請負人に負担させることは、「契約の履行責任に応じた損害賠償責任」を負担させるものであり、請負人には過酷ではないこと、を挙げた。筆者は、平成一四年判決の結論を支えた二つの論拠のなかに、それぞれ、民法六三五条の限定解釈、および、追完の性質を有する瑕疵修補請求権のなかに新規製作も含まれるとする論理をみていた。

それゆえ、このような判例の論理からは、さらに、理論的には、①建替え請求自体の可能性⁽⁸⁾、②無価値な建物の場合の解除の可能性（民法六三五条但書に抵触しない）という重要な法律効果が論理的に帰結されるという、更なる可能性が生じることを指摘しようということになる。⁽⁹⁾

二 平成一四年判決における新たな課題——「二重取り」不当利得論

さて、平成一四年判決の論理は、①民法六三四条二項にいう「損害賠償」は、修補（履行）不能を前提とした差額説によって損害計算がおこなわれるべきこと、②民法六三四条二項の「修補」概念には、「建て替え」は含まれないこと、③仮に民法六三四条二項の「損害賠償」に建替え費用賠償を含めるのであれば、民法六三五条但書の規定に反すること、とする、理論的桎梏を否定したことを意味するであろう。ところが、上記の理論的桎梏には、実はもうひとつ当事者間の実質的な利益衡量を基礎においたと思われる、次のような指摘がなされていた。すなわち、④建替え費用を認めると、一方では、瑕疵のある建物への過去の無償の居住により賃料相当額の利得を得ることになり、他方において、建替え費用での建物の新築により耐用年数の延びた建物を取得し利得を得ることになり、このようにして注文者は「二重取り」をすることになる、という不当利得を根拠とするものである（¹¹）（¹¹）。この論拠は、後述のように、理論的に考えると、本来、追完の性質を有する建て替えを否定すべきものとしてよりも、追完を認めたいうえで、不当利得としての返還を肯定すべきか、という独自の問題として追求されるべき問題であるといえる）。

事実、平成一四年判決が認めた事案においても、原審は、三八三〇余万円の「建替え費用相当額」の賠償を認めつつ、「居住利益」を六〇〇万円と評価して控除していた。居住利益を控除する手法は、平成一四年判決の原審以外でも、すでに若干の下級審判決において採用されていた。¹²（¹²）このような実務の対応には、上記の「二重取り」論が前提にされているものと推測される。

三 不当利得論の問題性

1 問題の一般的性格

しかし、このような不当利得論¹¹二重取り論ははたして正当であるのか、ということがまさに問われなければならない。平成一四年判決が出された後に解明されるべき新たな理論的・解釈論的課題は、実にこの問題である。しかも、この問題は、前述のように、建替え費用額から利用利益を控除する手法がなかば当然視されている現在、実務的にも解決を迫られている喫緊の課題であると考えられる。

さて、この問題は、平成一四年判決の法分野である請負契約を超えて、次のように一般化しうるであろう。売買／請負の目的物／仕事に重大な瑕疵があり、買主／注文者に、追完として代物給付／新規製作が認められた場合、売主／請負人は、瑕疵のある物の返還に加えて、それまで瑕疵のある物を利用したことの利益（利用利益）の返還を請求することができるか、と。

2 不代替的特定物との関係での瑕疵担保責任論との関連

もっとも、この問題を、これまでの日本法の解釈論および判例実務上の到達点を念頭におくならば、はたしてそもそもこのような一般化は説得力を持ちうるのだろうか、という疑念が生じないわけではない。というのも、これまで、売買の分野における担保責任の内容としての追完問題は、主として、不代替的特定物である新築建物を念頭におき、彼の担保責任の法的性質論と関連し、修補請求権が認められうるか、という点が争点とされてきたからである。

3 不完全履行論（種類物売買）における追完論との関連

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

しかし、追完問題の典型は、後に紹介する、ドイツ法における議論からも明らかのように、むしろ種類物売買における不完全履行（質的瑕疵）の場合であるであろう。これは、例えば、大手電機メーカーからデジタルカメラを買い、利用後に瑕疵が発見され、追完を請求した場合、代物を給付する代わりに瑕疵のあるデジタルカメラをその間利用したことによる利用利益を請求されたような場合、として想定されうるであろう。このような場合を念頭に置くならば、前述の一般化は許されるであろう。

もっとも、現行民法には、そもそも追完規定はなく、したがってまた、追完の場合を前提とした利用利益返還に関する規定は存在しない。しかし、不完全履行論から追完を論じてきた学説は、これに関連する問題を、次のように論じていた。⁽¹³⁾

「完全履行請求権は、……不完全給付につき債務者に帰責事由があると否とを問わず、およそ履行が可能である限りは、債権が時効消滅するまでは存続するのが原則であるが、債務者はすでに履行を完了したものと信じているのに、長年月を経た後に債権者が目的物の瑕疵を理由として完全履行の請求をなしうるとすれば、不当な結果を生じる」。そして、「債権者が受領した瑕疵給付は、債務者に返還すべきだが、すでに費消してしまっているときは価格による返還となる。また、利用して利益を収めたときは不当利得として利用利益を返還すべきだが、その範囲をいかにして決すべきかの問題がある（利益収取が債権者の労力・手腕に依存する度合いが大きいとき）。さらに問題なのは、長年月後の再履行が債務者にとって価格、仕入れの困難さなどの点で非常に不利な場合である」（圏点は引用者）、と補足したのち、次のように結論づける。「そこで有力説は、信義則によって処理すべき」とし、債権者は瑕疵を発見したときは、信義則上至当と認められる期間内にこれを債務者に通知するなど適当な

措置を講じなければ、完全給付を請求しえなくなり、また瑕疵ある目的物を使用した後に瑕疵のない新しいものを請求することが信義則に反すると認められる場合には、ただ瑕疵の修補または損害賠償（帰責事由は必要）を請求しうるにとどまると解している（我妻・一五五頁、於保・一一五頁、松坂・八六頁など）。この説が妥当である」と。

本稿の問題関心からすれば、完全履行請求権の制限という主たるテーマもさることながら、直接には、債権者（売買の場合は買主）の利用利益の返還が債権者の不当利得として基礎づけられていること、そして、このことが、瑕疵のある物の長年月利用後の完全履行請求権行使の制限を正当化する論拠として援用されている点が、重要である。というのも、とりわけ、完全履行請求権を行使した場合に生じる、瑕疵のある物のそれまでの利用利益の不当利得返還義務の問題は、債務者側からのみ把握するならば、確かに、引用の叙述のようになるであろう。しかし、ここでの問題を、双務契約（殊に売買契約）を念頭において考えるなら、この利用利益返還問題は、すでに売買代金を受領している（長年月の利用を念頭におけば尚更）売主（債務者）もまた、金銭による利息相当分の利用利益を収取していることから、瑕疵のある物の利用利益のみを受領代金の利用利益から切り離し独立に抽出して、これについてのみ無条件に不当利得の返還を問題としうるかは、なお一考に値するように思われるからである。

4 契約の解除における原状回復の援用

このような問題に関連する法分野としては、周知のように、（双務）契約の解除の場合の原状回復の内容（範圍）の問題が容易に想起される。この点につき、起草者は、受領した金銭には通常は利息がつくのが当然だから

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

これを明記し（五四五条二項）、他方、物を受領してこれを返還する買主も、その間の物からの果実を原状回復として返還しなければならないと考え、通説⁽¹⁴⁾、判例もこれを肯定している。後述のように、ドイツ民法（以下、BGBという）は、解除の場合の原状回復の内容（範囲）を追完の場合にも準用し（BGB四三九条四項）、上記学説と同じ結論を導いている。

5 課題——追完前の瑕疵のある物の利用は、はたして不当利得か

以上から確認しておくべきことは、日本の学説においても、種類物売買を前提とした、給付目的物に瑕疵があったという意味での不完全履行を理由とした追完（代物給付）の場合において、それまで瑕疵のある物を利用した利用利益の返還が不当利得により基礎づけられるべきことが、ほとんど唯一であるが、債権総論において指摘されており、また、各論においても、判例実務という現場の延長線から出てきた、建替え費用相当額賠償を否定するために援用した前述の「二重取り」論は、不当利得問題をより具体的に、すなわち、追完（代物給付）における過去の利用と未来の利用の伸長の双方を考慮して基礎づけていた。

これらの学説および判例実務からの立場の存在は、後に述べるような比較法的な観点からすれば、高く評価されなければならない。しかし、本稿はまさに、このような到達点自体が、今日においても依然として維持されるべきなのか、ということを問おうとするものである。すなわち、瑕疵のある物の追完（代物給付）の場合、果たして不当利得を根拠とした利用利益返還を認めることは妥当なのか、という問いである。

もっとも、この問いの批判的検討については、その前提自体についての議論が日本法においては上記のようにほとんど存在していなかったのであるから、いわんや、その先を問題にしようとする本稿において、その手掛か

りを日本法に求めることはできない。ところが、ドイツにおいては、まさにこの問題が、債務法改正後、主として売買における追完（代物給付）の場合に、判例、学説において、債務法改正の立場を揺るがす議論が展開され、¹⁷ ついには、その議論の結末がE C司法裁判所の判断にゆだねられ、その判断が最近下されたという経緯がある。¹⁷ そこで、以下では、これらの議論の簡単な要約により、問題の所在が明らかにされることになる。

四 ドイツおよびE C司法裁判所における議論

はじめに

この問題に関するドイツにおける議論は、国内法レベルの解釈論における議論と、消費用動産売買指令を国内法化したもののひとつであると考えられるドイツ民法四三九条四項が消費用動産売買指令に違反しているか否かというレベルでの議論に大別される。以下では、まず、前者を1で、後者を2で整理しておくことにする。その後、ドイツ連邦通常裁判所（以下、BGHと略称する）の事案とその要点を紹介したのち（3）、E C司法裁判所の立場を紹介し（4）、小括において課題の整理をおこなう（5）。

1 国内法レベルの解釈論における議論

(一) 売買・請負における追完の場合の収益返還規定 BGB四三九条四項によれば、売主が追完のために瑕疵のない物を引き渡すときは、売主は、BGB三四六条から三四八条までに従い、瑕疵のある物の返還を主に請求することができる。また、BGB六三五条四項によれば、請負人が新規に仕事を製作する場合は、請負人は、BGB三四六条から三四八条までに従い、瑕疵のある仕事の返還を請求することができる。これらの規定が準用

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

するBGB三四六条から三四八条は、解除の効果に関する規定であり、そのうち、BGB三四六条一項は、契約当事者の一方が解除したときは、「受領した給付を返還し、取得した利益を引き渡さなければならぬ」とし、さらに同条二項は、「取得したものの性質上その返還又は引き渡しをすることができない場合」(一号)には、「返還に代えて価額を償還しなければならない」(本文)と規定している。

以上から明らかなように、債務法現代化法においては、売主／請負人が追完に応じて新規の物／仕事を交付／製作する場合、売主／請負人には、買主／注文者が瑕疵ある物／仕事の利用から返還までの間に引き出した利益に対する価値の償還請求権が、BGB三四六条一項、二項一文一号に結びついたBGB四三九条四項にもとづいて認められている、ということになっている。

(二) 債務法改正における立法者意思 以上のような規定内容につき、瑕疵のある物であってもそれが利用できないものである限り、それを利用した間の利用利益を無償で取得できる根拠がない以上、これを売主に償還すべきである、というのが立法者意思である。⁽¹⁹⁾

(三) 通説 通説もまた、規定の文言および立法者意思を根拠として、同様な立場に立っている。⁽²⁰⁾

(四) 反対説 しかし、これに対しては、債務法改正後、有力な反対説(少数説)が存在していた。その論拠を整理すると以下のようになる。

① 解除の効果に関するBGB三四六条から三四八条の準用を指示するBGB四三九条四項は、目的論的に限定解釈されるべきである。⁽²¹⁾
② BGB四四六条二文によれば、売買目的物の収益は、最初から、売買代金を支払った買主に帰属する。⁽²²⁾
③ 代物給付の場合は、解除の場合と異なり、売買代金が、そこから生じた収益を含めて売主の

手もとに残っている。⁽²³⁾④買主にのみ一方的に利用利益の返還義務を負わせるならば、不完全な給付をし、正当化されない売主がより良い地位を得る結果となる。⁽²⁴⁾

以上から明らかのように、反対説の要点は、売買目的物からの収益は引渡しにより買主に帰属し、そのうえ、売主は売買代金の受領により収益を保持している点で、対価関係に不均衡が生じていることを実質的根拠としたBGB四三九条四項の限定解釈にある、といえるだろう。

2 消費費用動産売買指令違反レベルでの議論

ここでは、収益返還を認めるBGB四三九条四項が消費費用動産売買指令三条に違反しているのではないかと、という問題として議論される。ここでも、通説は、BGB四三九条四項は消費費用動産売買指令三条に違反していないとし、反対説（少数説）は、違反しているとす。以下、それぞれの論拠を整理しておこう。

(一) 通説の論拠の要点は、以下のとおりである。

①消費費用動産売買指令三条二項から四項は、新規の物を交付することによって契約に合致した状態を作り出すことのみを規律しているにすぎない。②それに対し、利用利益の支払いは、新規の物の交付に対する反対給付とみなされるべきではなく、個々の場合における瑕疵のある物の返還の態様（方法）に関係しているにすぎない。③このような巻き戻しの問題は、指令には含まれない。それゆえ、消費者の利用利益の返還義務は、消費費用動産売買指令の意義と目的とも矛盾しない。

要するに、ここでは、消費費用動産売買指令が規定しているのは、瑕疵のある物を給付した場合の契約違反の救済方法である追完自体であり、そこには収益問題は入らず、したがって、これに関しては、加盟国が独自に規定

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

しうるといふ立場である。

(二) これに対し、反対説の論拠は以下のようである。

① 反対説は、物の収益補償は、買主が新規の物の代物給付により受ける価値の高まりと利用期間の長期化に対する代償であると考えている。② もし、収益返還義務を認めるならば、消費者の追完請求権の主張が妨げられる可能性が生じる。というのも、消費者は、収益返還の要件と額を重くのみ査定するか、もしくは売買代金に近づく収益補償を調達できず、その結果、場合によっては代物給付という正当な請求が放棄される可能性があるからである。この場合、瑕疵がもつばら代物給付によってのみ除去でき、売主がそれについて収益賠償との引き換えでのみ義務を負うとする限り、消費者は追完の優位性にもとづき買主の二次的権利も主張できない結果、買主は何ら利益を得られずに終わる可能性がある。

3 B G Hの二〇〇六年判決

以上のような法状態のなか、まさにこの点が問題となる事案がB G Hに持ち込まれた。以下、この点を簡潔に概観しておくことにしよう。⁽²⁷⁾

(一) 事案の概要 A (買主) は大手通信販売店Y (売主) から「レンジセット」を約五二五ユーロで買い、引き渡しを受けた。その後、約一年半後にパン焼き部分のハウロウが修理不能状態で剥がれた。そこで、Yはこの部分を交換したが、他方で、瑕疵のあるレンジの収益補償を請求し、Aは支払った。そこで、Aは、原告である有資格組織である消費者センター総連盟Xに返還請求を授權し、Xは支払った約六八ユーロの返還を請求した。

これに対し、第一審のニュルンベルクフルト地方裁判所⁽²⁸⁾も控訴審のニュルンベルク上級地方裁判所⁽²⁹⁾も、B

GB四三九条四項からは、売主の、瑕疵のあるレンジの利用に対する価値補償請求権は発生せず、したがってAの支払いは法律上の根拠のない支払いであるとし、BGB八一二条一項（不当利得）にもとづいて返還請求をなすしうると判断した。Y上告。

(二) B G Hの判断⁽³⁰⁾ (i)ははじめに概要を示しておこう。B G Hは、まず、B G B四三九条四項は、売主は、瑕疵のある物に対する補償交付（交換）をした場合、新規の物との交換までに買主が瑕疵のある物から引き出した収益に対する価値補償請求権を有することを認めている、として、原審の判断とは異なった解釈をする。しかし他方で、B G B四三九条四項は、契約違反の消費動産の場合において「無償の」代物給付を認めている消費動産売買指令（三条三項一文および四項）と矛盾するのではないか、という疑問を提起する。

そこで、B G Hは、手続きを中断し、新規の物の交付により契約に合致した状態をもたらした場合、消費者（買主）に最初に交付された瑕疵のある消費動産に対する収益の補償を認めるとする国内法は、消費動産売買指令（三条三項一文および四項に結びついた同条二項の規定または三条三項三文）と矛盾しているか、という点につき、先行判決を求めてE C司法裁判所に付託した。

(ii) B G Hは、既に紹介した、通説と反対説（少数説）を詳細に紹介しつつ、国内法の解釈レベルでは、文言と立法者意思（通説の立場でもある）を超える解釈の限界（ドイツ連邦共和国憲法二〇条三項参照）を指摘しつつも、一貫して反対説（少数説）の立場を共有する。以下では、特に、B G B四三九条四項の指示が、消費動産売買指令三条に違反する点につき、先に挙げた少数説において言及しなかった論拠の要点を挙げておくこととする。

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

①消費用動産売買指令三条二項、三項の目的との矛盾の指摘 消費用動産売買指令三条二項によれば、消費者は、消費用動産の契約違反の場合、消費用動産の契約に合致した状態を無償でもたらすことに向けられた請求権を有する。それに応じて、消費用動産売買指令三条三項は、無償の修補もしくは無償の代物給付を予定している。この規律の目的は、売主は、修補もしくは代物給付により消費用動産を当初から契約に合致した状態で交付したであろう地位に消費者を置くことにある。この場合、消費者は、契約に合致した状態での消費用動産の反対給付として売買代金のみを調達したであろう。にもかかわらず、消費者（買主）にのみ、売買代金にまで達する可能性のある更なる支払義務を負担させることは、消費用動産売買指令三条二項、三項と矛盾する。

②消費用動産売買指令三条二項、三項の「無償の」概念との矛盾 消費用動産売買指令三条四項が明らかにしているのは、同条二項、三項の「無償の」概念は、消費用動産について契約に合致した状態をもたらすために必要な費用を「含む」ことのみであり、そこから、消費者に対し契約に合致した状態をもたらすために別の性質を有する支払いを要求してもよいということとは導かれない。消費用動産売買指令前文第一五項の考慮事由によれば、加盟国が予定しうることは、消費者による商品の利用を計算に入れるために、「消費者に給付されるべき補償は軽減されうる」ということである。考慮事由は、契約の解消（解除）に関係しているが、代物給付には関係していない。代物給付の場合には、消費者に給付されるべき補償は存在せず、代金はむしろそこから引き出された収益とともに売主の手元に残っている。

③著しい「不便」（消費用動産売買指令三条三項三文）の存在可能性 消費用動産売買の場合における代物給付の無償性の原則が、仮に売主の収益補償請求権と矛盾しないとしても、消費者の相応な支払義務は消費用動産

売買指令三条三項三文における著しい不便とみなされないか、という更なる問いが立てられる。これについては、長期の利用期間の場合には、代金との関係で少なくとも収益補償を売主に支払わねばならないことを懸念する消費者は、そのために、場合によっては、消費動産の（無償の）修補で満足するか、もしくは、消費動産売買指令三条二項によって許されている権利を全面的に放棄する可能性がある点を、指摘する。

4 EC司法裁判所の判決⁽³¹⁾

(一) 本判決の論理を理解するために、あらかじめドイツ政府が立てた問いに従って整理しておこう。すでに、3で整理したドイツ国内における議論と重複しているが、その場合の中心論点は、消費動産売買指令は収益補償問題を規律していないというものである。この点の主たる理由づけは、(a)消費動産売買指令三条の「無償の」概念は限定解釈されるべきである、(b)消費動産売買指令前文第一五項の考慮事由は、解除の場合のみならず代物給付の場合も含む、(c)経済的補償なしに新規の消費動産を自由に使うことは不当利得である、ということである。

以下、消費動産売買指令三条における法的救済の構造を前提として、この問いに対するEC司法裁判所の解答を見ていこう。

(二) 消費動産売買指令三条の法的救済の構造 消費動産売買指令三条によれば、①まず、売主は消費者に対し、消費動産の交付時点までに存在するあらゆる契約違反に対して責任を負う。②消費者は、交付された消費動産の契約違反の場合、消費動産売買指令三条二項により、売主に対して次のような請求権を有する。まず、消費者は、消費動産の契約に合致した状態をもたらすことを請求することができる（追完請求権）。消費

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

者が契約に合致した状態をもたらすことを請求できない場合、消費者は、第二段階として、代金の減額もしくは契約の解消を請求することができる。③そして、消費費用動産の契約に合致した状態をもたらすために、消費費用動産売買指令三条三項により、その請求の履行が不能でないかまたはその請求が不当でない限り、消費者は売主に対し消費費用動産の無償の修補もしくは代物給付を請求できる。

(三) 消費費用動産売買指令三条の「無償の」意味 さて、それでは、この場合、「無償の」とは、いったい何を意味するのか。消費費用動産売買指令三条四項によれば、この「無償の」概念には、消費費用動産を契約に合致した状態にするために必要な費用、とりわけ、運送費、労働費、材料費が含まれる。ここでは、この規定の体裁から、これらの費用項目が限定列挙か例示列挙なのか問題とされる。

例示列挙であるとするのが立法者意思である。³²⁾①立法者は、この無償性を消費者保護の本質的要素としようとした。³³⁾②その具体的な意味は、このような保護が欠ければ前述の請求権の主張を思い留まろうとする「差し迫った経済的負担」から消費者を保護すること、③そのために、このような場合、買主に対する「売主のあらゆる経済的要求を排除する」ことが立法者の意図である、ということである。³⁴⁾

(四) 消費費用動産売買指令前文第一五項の考慮事由の意義 ここでは、消費費用動産売買指令三条五項において予定されている場合、すなわち、売主が買主に対し、取得した利益の相互の返還の原則にもとづき消費費用動産の代金を償還しなければならぬ売買契約解消の場合のみが該当するとする。³⁵⁾

(五) 代物給付された物の補償なしの使用の不当利得性 この点につき、前述のように、売主は、自身のあらゆる契約違反に対して責任を負わなければならないとする消費費用動産売買指令の立場（三条一項）を前提とし、次

諸見解の整理

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

	ドイツ政府（立法者意思、通説）	BGH（少数説）	EC司法裁判所（EuGH）
BGBは買主の収益返還義務を認めていると考えられるか	○	○*1	○
消費動産売買指令は買主の収益返還義務を認めているか	○*2	×	×
消費動産売買指令3条2項の「無償」範囲	限定列举	例示列举	例示列举
瑕疵のある物の利用による収益は不当利得か	○ ①売主に対する経済的補償なしに、使用期間の長期化した新規の物を使用できる ②消費動産売買指令前文第15項の考慮事由は、代物給付の場合も含む	×	×

*1 少数説は否定する

*2 指令は収益返還義務については規定しておらず、加盟国の判断に委ねている

のように述べる。

売主は、契約違反の消費動産を交付した場合、売買契約において引き受けた義務を約定通り履行しなかったものであり、したがって、この不完全履行の効果を負担しなければならぬ。代金を支払い、それによって契約上の義務を約定通り履行した消費者は、契約違反の消費動産に対する補償としての新規の消費動産の取得により不当利得していない。消費者は、それですでに最初に保持しなければならなかったのと同じように、単に契約の規定に相応した消

費用動産を遅れて保持しただけである。⁽³⁶⁾

(六) 売主の（経済的利益）保護 この点については、二年の時効期間（消費動産売買指令五条一項）と、代物給付は、それが期待不可能な費用により不相当であると判断される場合は拒絶でできるとしていることで（消費動産売買指令三条三項二文）保護されている。⁽³⁷⁾

五 小 括

1 以上、ドイツにおいて債務法改正後、実務上最も重要な意義を有するとされた問題は、最終的にはEC司法裁判所により、ドイツ民法四三九条四項が指令三条に違反するという、ドイツ国内の少数説（BGHの立場）と同じ判断をしたことにより、決着がついた。ドイツ国内においては、手続きを中断していたBGHがいかなる判断をするのか、という問題以上に、BGH四三九条四項の改正問題が、より重要な課題となることは間違いないであろう。⁽³⁹⁾そして、このような問題は、すでに指摘したように、売買契約と同じ規律内容を有する請負契約についても、まったく同じことが妥当する、ということである。⁽⁴⁰⁾

以上の点から日本法が受ける示唆も小さくない。このような議論から筆者が受ける問題意識について、以下要約的に述べておくことにする。

2 第一は、不完全履行や瑕疵担保が問題となる場合における、双務契約の有償性・対価性という問題をどのように考えるのか、という点に関わる。不完全履行ないし瑕疵担保が問題となる場面では、契約解除の場合の原状回復の内容（範囲）として問題とされたのと同じように、有償性の意味を、単に給付と反対給付それ自体のみ

に着目するのではなく、給付後の目的物の利用をも含めてより実質的に観察する必要がある。端的にいえば、反対給付、対価としての金銭の利用利益を看過すべきではない、ということになる。この点、日本法においては、契約の解除の場合の原状回復の場合に考慮されている、利息と利用利益の関係は、追完までの瑕疵のある物の利用関係についても同様に妥当することを明確にすべきであろう。すなわち、買主／注文者が追完までの間に瑕疵のある物を利用して、売主／請負人もまたすでに受領した代金／報酬を利用して、この点で瑕疵が考慮されなければ、実質的な給付の均衡は保てないであろう。いずれにしろ、ここでは、最低限、追完までの瑕疵のある物の利用は、売買代金の利息に対応するものとして返還の必要はないとされなければならない。

3 第二は、それでは、第一に問題とした不完全履行における対価性の問題は、あくまでも民法レベルの問題として処理される問題なのか、それとも、消費者保護のための政策的な観点からのものなのか、という点である。これは、今回の問題が最終的には消費動産売買指令にドイツ民法が違反しているという構図からすれば、対等平等な当事者を想定した民法レベルの問題を超えて、いわゆる消費者利益保護のレベルでの判断であるようにもみうる。しかも、買主／請負人は、一般に耐用年数の延びた新規の物の給付を受けるのであるから、この点からは、延びた耐用年数こそ、相互の収益（売主／請負人は代金／報酬からの収益、買主／注文者は、瑕疵のある物／仕事からの収益）を超えて、不当利得となる収益になるのではないか、という疑念が生じうる。日本法においてすでに紹介した二重の不当利得論はまさにこの点を衝くものであった。

この点を民法レベルの問題として考える場合、ドイツおよび消費動産売買指令における議論において重要な役割を果たしている論拠は、瑕疵のある物が給付された場合における買主／請負人の救済準則（体系）（追完を

一次的救済とし、解除、減額、損害賠償を二次的救済とする体系を念頭においた議論）からのものであった（追完を断念することによりすべての救済を断念することになる可能性）。この点、日本法においては、請負の場合ではあるが、瑕疵修補を請求することなく直ちに修補に代わる損害賠償を請求してよいとするのが判例および支配的見解である。⁽⁴¹⁾ そうすると、日本法の場合には、より内在的な基礎づけが探究されねばならないことになる。この点を指摘して、ここではひとまず検討を終えておく（この点は、結びに代えて、で若干言及する）。

(8) このことを、すでに古積・前掲批評は、原田・前掲（第一部第一章（注文者の新規製作請求権）（原型「注文者の新規製作請求権に関する一考察——ドイツの判例学説を手掛かりとして——」）法学論叢一四一卷五号、同一四三卷三号（一九九七年、一九九八年）を指示しつつ、指摘していた。

(9) この論理は、かつて一部の学説により主張されていたような、重大な瑕疵がある建物を「未完成」と考え、不完全履行と評価して債務不履行の一般理論を適用することにより、解除の可能性を導くという構成におけるものではなく、まさに、民法六三五条の解釈論として、「瑕疵担保責任」の枠内でも解除が可能であることを意味している。

(10) 後藤勇『請負に関する実務上の諸問題』（判例タイムズ社、一九九四年）八五頁～九一頁。なお、原田剛「建築請負目的物の瑕疵と損害賠償」安永正昭・鎌田薫・山野目章夫編『不動産取引判例百選』第3版』一五八頁（二〇〇八年）一五八頁（一五九頁）。

(11) 後藤・前掲八六頁～八九頁。

(12) 神戸地裁姫路支部判平成七年一月三〇日判時一五三一号九二頁（一二年経過の事例）、大阪地判平成一〇年一月一八日欠陥住宅被害全国連絡会議編『消費者のための欠陥住宅判例』第1集』八四頁（九年経過の事例）。

(13) 奥田昌道『債権総論「増補版」』（一九九二年）一六一頁および一六二頁注(2)。本稿の問題関心からすれば、重点は、もとより注の部分にある。債権総論レベルにおいて、当事者の対価性の実体に及んでいる叙述は、管見の限り、

本書のみである。この記述の内容こそ、後に紹介するように、ドイツ民法三四六条（解除の効果）に見出されるものである。

(14) 法典調査会民法議事速記録「法務図書館版」九（一九八一年）二七六頁（穂積陳重）。

(15) 我妻栄『債権各論上巻（民法講義Ⅴ-1）』（一九五四年）一九五頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1（契約）』（二〇〇五年）一九五頁以下。

(16) 判例は、物の利用利益の返還を不当利得の性質を有するものとして肯定する。大判昭一一・五・一一民集一五卷八〇八頁（家屋の買主が買い受け後返還までの間に使用した使用料）、最判昭三四・九・二二民集一三卷一〇一頁一四五頁（家屋の売買の場合で買主の債務不履行による解除の事案）、最判昭五一・二・一三民集三〇卷一〇一頁（民法五六一条による解除の場合にも使用利益の返還が妥当するとした事案）。

(17) ドイツ法の議論とEC司法裁判所の判決の概要については、原田剛「（EC企業法判例研究）EC消費動産売買指令とドイツ民法第四三九条第四項（上）（下）」『国際商事法務三六卷八号一〇七六頁・同九号一二二二頁（二〇〇八年）も参照されたい。

(18) 正確には、「消費動産の売買および消費動産に対する保証という一定の観点に関する、一九九五年五月二五日付けの欧州議会および理事会指令：Directive1999/44/EC」をいう。本稿では、断わりのない限り、以下「消費動産売買指令」と略称する。

(19) BT-Dr 14/6040, S. 232f.

(20) MünchKomm-Westermann, BGB, 4. Aufl. § 439 Rdnr. 17; Staudinger/Matushe-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 56.

(21) Wagner/Michal, ZGS 2005, 368; dies., VuR 2006, 46; Schwab, Jus 2002, 630 [636]; Muthorst, ZGS 2006, 90; Saenger/Zurlinden, EWiR 2005, 819; Winkelmann, S. 538ff.

(22) Gsell, NJW 2003, 1969ff.; dies., Jus 2006, 203 [204]; Schwab, Jus 2002, 630 [636]; Hoffmann, ZRP 2001, 347 [349].

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

一一五

Wolkewitsch, *VuR* 2005, 1.

(23) Gsell, *NJW* 2003, 1969; *dies.*, *JuS* 2006, 203 [204].

(24) Wagner/Michal, *VuR* 2006, 46 [48]; *dies.*, *ZGS* 2005, 368 [372]; Brömmelmeier, *JZ* 2006, 495.

(25) 消費用動産売買指令三条（消費者の権利）(1) 売主は消費者に対し消費用動産の交付までに存在したあらゆる契約違反に対する責任を負う。

(2) 契約違反においては、消費者は、第三項の基準に従い、修補もしくは代物給付による、消費用動産の契約に合致した状態を無償でもたすことに向けられた請求権か、または、第五項および第六項の基準に従い、当該消費用動産に關し、代金の相当な減額もしくは契約の解除に向けられた請求権を有する。

(3) 消費者は、まず、このことが不能でなくまたは不相当でない限り、売主に対し、無償の修補または無償の代物給付を請求しうる。

救済が売主にとって他の救済可能性と比較して不当な費用を惹起する場合には、救済は不相当とみなされる。

修補または代物給付は、相当な期間内で、かつ、消費者にとって著しい不便なしにおこなわれねばならず、その際、消費用動産の種類および消費者が消費用動産を必要とする目的が顧慮されなければならない。

(4) 第二項および第三項における「無償の」概念には、消費用動産を契約に合致した状態を確立するために必要な費用、とりわけ、運送費、労働費および材料費が含まれる。

(5) 消費者は以下の場合に、代金の相当な減額または契約の解除を請求しうる。

消費者が修補請求権も代物請求権も有しない場合、

売主が相当な期間内に救済をしなかった場合、

売主が、消費者に対し著しい不便なしには救済をなしえなかった場合。

(26) 契約の解消（解除）、減額、給付に代わる損害賠償のことである。

(27) 原田剛「(E)C企業法判例研究」E/C消費用動産売買指令とドイツ民法第四三九条第四項(上)(下)「国際商事

- 法務三六卷八号一〇七六頁・同九号一二二二頁（二〇〇八年）。
- (28) LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 22. 4. 2005, NJW 2005, 2558.
- (29) OLG Nürnberg, Urt. v. 23. 8. 2005, NJW 2005, 3000.
- (30) BGH Vorlagebeschl. v. 16. 8. 2006, JNW 2006, 3200 (mit Anmerkung Stephan Lorenz), Baur 2006, 2047 (mit Anmerkung Rolf Knifflka).
- (31) Urt. v. 17. 04. 2008-Case-404/06, NJW 2008, 1433. なお、本判決の全文は、<http://curia.eu.int/en/index.htm> から入手できる。なお、本判決の内容は、以下、「本判決判決理由」として引用することとする。
- (32) 本判決判決理由第三一節。
- (33) 本判決判決理由第三三節。
- (34) 本判決判決理由第三四節。
- (35) 本判決判決理由第三九節。
- (36) 本判決判決理由第四一節。
- (37) 本判決判決理由第四二節。
- (38) Lorenz, JNW 2006, 3200 (3203).
- (39) Rheinländer NJW – Editorial, 2008, Heft 20; Lorenz, DAR (Deutsches Autorecht) 2008, 330 (331).
- (40) Knifflka, Baur 2006, 2047 (2051).
- (41) 最判昭和四四年三月二〇日判時九二七号一八六頁。我妻栄『債権各論中卷二（一九六二年）六三八頁（もつとも、修補が容易に可能なものであり、これによって注文者に全く損害が残らなくなるような場合には、信義則により、まず修補を請求すべきである、とする）。

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

第二章 瑕疵のある建物の「権利侵害」性——平成一九年判決

一 事案の概要

本件で問題となる九階建ての共同住宅・店舗として建築された建物（マンション）（本件建物という）は、昭和六三年（一九八八年）一〇月にA（建築主）が建築業者Y₂との間で、三億六六〇〇万円（このうち、五六〇万円は後に追加）の報酬額で締結された建築請負契約にもとづいて建築され、平成二年二月末日に完成し、同年三月二日にY₂からAに引き渡されたものである。

その後、同年五月二三日に、X₁は、Aから、土地を約一億五〇〇〇万円、本件建物を約四億一二〇〇万円で購入し、その引き渡しを受けた。

ところが、X₁は、平成六年六月ごろ、当該建物にはひび割れや鉄筋の耐力低下等の瑕疵があることを発見し、そのことをAに主張し、Y₂に建て替えないし代金の返還を要求した。しかし、Y₂はこれに応じなかった。そこで、平成八年七月に、この建物の建築の設計および工事監理をしたY₁に対しては不法行為にもとづく損害賠償として、その施工者であるY₂に対しては、請負契約上の地位の譲り受けを前提として瑕疵担保責任にもとづく瑕疵修補費用または損害賠償もしくは不法行為にもとづく損害賠償として、X₁が約三億九〇〇〇万円、X₂が約一億三〇〇〇万円の支払いを求めて訴えを提起した。⁴¹

第一審は、Y₁およびY₂の不法行為責任を肯定し、X₁に対し七二〇〇万円の支払いを命じた。これに対し、⁴²原審は、第一審判決を取り消し、⁴³(1) X₁は、建築主から、Y₂に対し瑕疵担保責任を追及しうる契約上の地位を譲り

受けていないとし、(2)建築された建物に瑕疵があるからといって、その請負人や設計・工事監理をした者につい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り、不法行為責任が成立する余地がある、との一般論を述べ、本件事案では、これらの要件を充足していないと判断して、Xらの不法行為にもとづく請求も否定した。これに対し、Xらは上告した。

上告代理人の上告受理申立て理由は、「第一 事案の概要」、「第二 原判決の判断の問題点」(1 請負契約に基づく瑕疵担保責任履行請求権の譲渡、2 不法行為の成立要件 3 瑕疵の重大性)、「第三 控訴審審理の問題点」、から成る。このうち、最高裁は、「第二の2について」答えている。第二の2の要点は、「建築行為における不法行為の成立を『建物が社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物になっている』場合に限定するのは、不法行為の成立する範囲を不当に制限するものであり、「建築行為における不法行為の成立は『建物が建築基準法令の個性規定や仕様規定に違反し、社会的にみて許容しがたい建物であるか否か』を判断基準にすべきである」というものである。

二 最高裁判所の判断

最高裁判所は、以下のように述べて、前述の上告受理申立て理由(第二の2)で指摘された原審判断部分につき、上告人らの不法行為にもとづく損害賠償請求に関する部分は破棄を免れない、とし、「本件建物に建物とし

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

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等被上告人らの不法行為責任の有無についてさらに審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻しした（一部破棄差戻し）。

「(1)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ず、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。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ざれば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。

(2)原審は、瑕疵がある建物の建築に携わった設計・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

な建物になっていない場合等に限られるとして、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、建物の基礎や構造く体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。」

三 本件事案の特徴と本判決の論理

1 買主が契約関係にない建築業者を相手にする類型

本判決の理論的検討をする前に、本件事案の特徴と論点を整理しておく。⁽⁴⁴⁾

本件事案は、建築主（売主）によって新築された建物をその者から買った事案である。このような事案においては、買主の責任追及の相手方の可能性は、(1)売主、(2)請負人（施工者）、(3)建築士、の三者が考えられる。これまでの裁判例では、売主に対する責任追及がもつとも典型的であるが、本件事案との関係から関心が示されるのは、売主に対すると同時に請負人に対しても責任追及がなされる類型⁽⁴⁵⁾、さらには、前者の類型に加えて工事監理をおこなった建築士に対しても責任追及がなされる類型⁽⁴⁶⁾である。

本件では、むしろ、買主が、建築主（売主）に対する責任追及をしないで、契約関係のない建築士、請負人に

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

対して、責任追及をした事案である点に特徴がある⁽⁴⁷⁾。それゆえ、ここでは、直接の契約関係でない相手方に対する責任追及として不法行為責任が援用されるのが典型であり、同時に、本件事案においても主張されているように、建築主（売主）の契約上の地位（ないし権利）の承継を前提として債権者代位権構成で責任追及をすることも考えられる⁽⁴⁸⁾。本稿では、これらの法的構成のうち、不法行為構成をとり挙げて検討する。

2 本判決の論理

(一) 本判決の論理を、不法行為の要件効果に引きつけてまとめると次のように整理しうる。

建物は、そもそも「基本的な安全性」を備えている必要がある。それゆえ、建物建築に携われる設計・施工者等は、建物の有すべき「基本的な安全性」を欠かないように配慮すべき注意義務を負う（以下、便宜上「基本的安全性配慮義務」という）。それゆえ、①設計・施工者等が、この注意義務を怠ったために建築された建物として「基本的な安全性」を損なう瑕疵があり、②それにより居住者等の生命、身体または財産が侵害された場合には、③特段の事情がない限り、④これによって生じた損害について不法行為により賠償責任を負う。

以上の判例の論理を整理すれば、(a)被害者は、居住者等（建物利用者、隣人、通行人等）であり、(b)被侵害利益（法益）は、被害者の生命、身体または財産であり、(c)「基本的安全性を損なう瑕疵」とこれらの被侵害利益の侵害との間に因果関係が存在すること（「瑕疵」の存在「により」）、④その「瑕疵」と「基本的安全性配慮義務」違反との間に因果関係が存在すること、を前提ないし要件としているといえるであろう。

(二) このような論理からすれば、判旨が述べるように、本件のように、建築主から建物を譲り受けた者が、被害者に入ること、そもそも全く問題ない。というより、むしろ、かかる者の類型を超えた広範な一般化がおこ

なわれている。このことは、後に検討するように、本判決の意義を考えるうえで多少なからず示唆を与える。つまり、本件判決が「欠陥」建物に対して不法行為責任を認めたことを高く評価する向きがあるが、本判決のいう不法行為の内実は、それまでに本件原審判決や学説において念頭におかれてきた「不法行為構成」とは、次元を異にするものであり、どのような意味において「消費者保護」に寄与するものかをよく見定めておかないと、今後の予測・方向性を見誤ることにもなるであろう。この点は、後に分析するように、本判決が、いわゆる「強度の違法性」論を否定したとされることの評価にも少なからず影響する。

3 本判決の意義を確認するための問題提起

(一) 以上のように整理する場合、本判決の意義は次の点にあるといえるであろう。すなわち、これまで、瑕疵のある建物を建築した施工者等に対する不法行為責任の成否につき、本判決の原審判決をはじめ下級審の判断の間に見解の相違があったこと、とりわけ、不法行為責任を否定する見解において主張されていた、いわゆる「強度の違法性」を否定し、そのような「追加的」要件を要することなしに、瑕疵のある建物を建築した施工者等に対する不法行為成立の一般的要件を示し、もってこの分野の法解釈に統一性を与えた。この点に意義があるといえるであろう。

(二) しかし、以上の意義が、例えば、本件のような個別の事案において、必然的に原告（買主）に有利な結果をもたらすか、といえば、必ずしもそのようにはならない点にも注意しておく必要がある。この点が、本判決の実践的な意義を規定する場合、その評価において困難を伴う点であろうと考えられる。その意味で、この点を見誤らないための理論的考察をするのが、本稿の重要な課題でもある。

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

それは、まず、本判決が、本件原審判決にいう「強度の違法性」論を否定したことに、本件のような場合においてどれほどの意義があるのか、ということにも関連する。この点を裏から言えば、そもそも、本判決が瑕疵のある建物に対し一般的に不法行為責任の成立可能性を認める論理との関係で浮かび上がるのが、契約（給付）利益論（後述）との関係である。すなわち、契約上ないし契約法上の責任（瑕疵担保責任）において追及されてきた内容を不法行為責任において追及することができるのか、という問題と表裏をなしている、ということである。そして、筆者は、最高裁がこの命題を提示したことにより、この点をより明確にしたと考えるのである。

この点を明らかにするためにまず、少なくとも、これまで瑕疵のある建物に対する責任追及において不法行為構成が援用されてきた実践的意図、その克服の方向性、これらが積み残した課題、本判決の論理と上告受理申立て理由との関係等を検討しておく必要がある。以下、必ずしも論理的順序とはいえないが、項を改めて上記の論点について分析しておくことにする。

四 諸論点の分析

1 論点（一）——「強度の違法性」論の否定

さて、本件のような事案において、買主から施工者等に対して不法行為責任を追及する場合、このような不法行為構成を否定する見解としては、これまで、本件原審の述べるような、いわば「強度の違法性」論とでもいべき見解が主張されてきた⁽⁴⁹⁾。もともと、このような「強度の違法性」論も、すでに主張されていた見解に依拠するものであると推測される⁽⁵⁰⁾。

これに対し、最高裁判所は、上記のように述べて、不法行為構成における「強度の違法性」論を否定した。確かに、この点に平成一九年判決の重要な特徴がある。もっとも、「強度の違法性」論が主張される以前の下級審の裁判例の中には、製造者と直接契約関係に立たない中間業者が、買主から修補費用を請求され瑕疵修補費用を支出した場合、修補に要した財産的出捐を製造者に対し不法行為にもとづく損害として賠償請求できるか、という事案についてはあるが、これを肯定するものも存在していた。⁽⁵¹⁾

「消費者又は利用者が商品を買受けたところ、商品に瑕疵があり、その瑕疵を修補することなく使用するときは右瑕疵が原因となつて消費者又は利用者が人的又は財産的損害を蒙むることを客観的に予見することができる場合、製造者において故意又は過失により、かゝる瑕疵ある商品を製造したのであれば、右瑕疵の修補に要した費用は製造者の不法行為による損害として製造者に対し損害賠償請求できるといふべきである。そしてこのことは中間業者が消費者又は使用者に転売するため自らかゝる瑕疵を修補した場合も同様といふべきである。そうでなければ商品を健全な商品として社会的に流通させることを阻害することになるし、そうすることによって、消費者―一般市民を企業の利益追及によつて蒙むる被害から保護することを図つた製造者責任論の目的を全うすることができるからである。／とところで、建築業者が居住用の建物の建築を請負つた場合、請負契約の本旨に従つて工事を施工すべきことはもちろん、……建築基準法その他の法規に従つて工事を施工し、火災や人の生命身体に対する危険ないし衛生上有害な状態を惹起する瑕疵のある建物を建築してはならない注意義務を負つてゐることは条理上当然であり、これに違反して建物を建築したため、建物の使用者が右建物を居住使用することによつて火災その他の事故が発生し、人の生命、身体を害し、或は財産的損害を発生せしめたときは、いわゆる製造者責任として不法行為による損害賠償責任を負うべきである。そしてかゝる損害を蒙ることを客観的に予見することができる場合に予め瑕疵を修補することに要した費用につ

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

いても同様に賠償義務がある」と(傍線は引用者)。

ここに引用した、下級審判例が典型的に述べているように、瑕疵のある建築物に対する不法行為責任追及の主な眼は、当該建物の瑕疵自体に関する修補に関連するものである。すなわち、契約責任において追及されるべき完全履行責任(あるいはその特則)、瑕疵担保責任において追及されるべき責任内容を、不法行為責任において追及している、ということである。この場合、不法行為責任の追及において重要とされる要件としては、瑕疵のある建物の建築をもって「過失」行為と評価されるか、当該建物の瑕疵を修補する費用(瑕疵修補費用)をもって「被侵害利益」といえ「損害」といえるか、ということである。このことを確認したうえで、これらの要件論の問題を別の角度から確認しておこう。

2 論点(二)——契約責任・不法行為責任峻別論(以下、峻別論)

(一) 峻別論の内容

そこで、本判決の法解釈論的意義を吟味するためには、まず、この判決が否定したとされる「強度の違法性」論が、いかなる論理にもとづいて主張されているのかということ、いまいちど明確にしておかなければならぬ。すなわち、「強度の違法性論」の理論的基礎である。そうでなければ、本判決の不法行為構成の理論的意義とその課題を正確に把握できないからである。かかる観点から、その結論を先取りしておけば、「強度の違法性」論の前提には、売主／請負人の契約責任(瑕疵担保責任・不完全履行責任)と契約責任との、いわば峻別論が背景にある。この点を少し敷衍しておこう。

かつて筆者は、下級審の裁判例を手掛かりとして、不動産の買主／注文者の、建替え費用相当額賠償の可能性を模索するなかで、より広く「修補」費用請求の法的構成問題の若干の分析をした際、買主／注文者が不法行為構成により当該費用を請求する場合の理論的障害として、要件論と効果論のレベルにおいておおよそ二つの点を見ていた。⁽⁵²⁾ (1)修補費用賠償（効果論）は、売主／請負人の契約責任（瑕疵担保・不完全履行）レベルでの「契約利益」の問題である。それゆえ、このような修補費用賠償は、不法行為責任の対象外である（契約利益論）。(2) (1)とも関連しているが、この点を要件論のレベルでいえば、修補費用が前提となる瑕疵は、当事者の合意した内容との不一致ないし物の「品質・性能」に関するものである。したがって、このレベルでの責任追及は、契約責任においてなされるべきものである、と。

問題となっている瑕疵が、生命、身体等（完全性利益）に重大な危険を及ぼすような瑕疵でない場合には、不特定多数の潜在的買主に対して不測の損害（生命、身体等（完全性利益）に重大な危険を及ぼす程度のそれ）を被らせないような高度の注意義務は発生しないといいい、そこから、例外的にこのような場合に不法行為責任が肯定されるためには、売主の欺罔、害意などの特段の事情が必要であるという、「強度の違法性」論に至るといのである。⁽⁵³⁾

(二) 峻別論が念頭におく類型

もっとも、以上の整理からも見て取れるように、峻別論が当初において前提としていた類型は、必ずしも、建替えを必要とするほどの重大な瑕疵（本判決との関連でいえば「基本的安全性を損なう瑕疵」）が存在するような場合を念頭においていたものではなく、修補費用一般について、不法行為構成による請求の可能性を考えて

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

いたのである。この点を見落としてはならないであろう。というのも、このような認識は、これまでの日本法の解釈論においては、同じく「瑕疵修補」ないし「瑕疵修補費用」といっても、売主の担保責任におけるそれと、請負人の瑕疵担保責任におけるそれとは、その規範的意味内容を含め、法的な存在意義ないし機能が大きく異なっていたからである。この点を、売買の場合と請負の場合とで、「瑕疵修補」の規範的意味の相違、そこからさらに、不法行為構成を援用する意味が異なるという観点から、項を改めて説明しておこう。⁵⁴⁾

(三) 不法行為責任構成の機能の相違

現行民法典は、売主の瑕疵担保責任としては、買主の「瑕疵修補」請求を明文上規定していない。そこから、これまでの議論や下級審における裁判実務においても、一般的に、瑕疵担保責任として、買主の瑕疵修補請求が認められうるかという点が、長らく議論されてきたことは周知のところである。この点につき、学説においてはすでに瑕疵修補請求は通説化しているといつてよいが（契約責任論からは完全履行請求権から当然に、法定責任説からも信義則、取引慣習、損害賠償の方法、当事者の合理的意思などを根拠として）、下級審の裁判例においては、これまで瑕疵修補一般について肯定するという立場が一般化しているというわけではなかった。これを損害賠償の側面からいえば、売主の瑕疵担保責任の法的性質という彼の問題とは必ずしも直接リンクしたものでなく（ここでの主眼は特定物（住宅）の瑕疵修補許否）、瑕疵修補費用は、「信賴利益」なのか「履行利益」なのかの問題とも関連し、現在においても、明確な結論が出ているとは必ずしもいえない状況にあるといつてよい。そもそも、「信賴利益」概念の曖昧性に問題の本質があったのであり、⁵⁵⁾ 現在でもこの点が克服されているとは思えない。また、仮に、「信賴利益」賠償に一般の修補費用は含まれるとしても、そこからさらに「建替え費用」

まで含まれるとは考えられていなかった⁽⁵⁶⁾。さらに、不動産の転売類型において、直接の売主ではなく元の売主に對して目的物の瑕疵を理由とした責任を追及する場合がある。そこで、これらの場合に援用されたのが、契約関係にない施工者を相手とした不法行為責任の追及であったといえる。

これに對し、請負における瑕疵担保責任においては、注文者の瑕疵修補請求権が規定されている（六三四条一項本文）。したがって、ここでの解釈論上の課題は、瑕疵修補の範囲、すなわち、建て替えが認められうるか、というものであった。これを損害賠償の側面からいえば、請負における瑕疵担保責任においては、損害賠償の範囲は、「履行利益」までを含むとするのが通説であり、問題は、その先の、建替え費用相当額賠償もこの履行利益に含まれるのか、というものであった。そして、これに對しては、すでに、平成一四年判決の検討の際に指摘しておいた理論的「桎梏」が存在した。そこで、請負契約においては、その「桎梏」を回避し、建替え費用相当額賠償の可能性を模索して構成されたのが、請負人に対する不法行為責任構成だったのである（「修補」「履行利益」と建替え（費用）との関係の不安定性⁽⁵⁷⁾）。

以上から明らかのように、施工者に対する責任追及は、注文者の場合には、瑕疵修補費用のいわば極限としての建替え費用相当額賠償を主たる内容とし、契約責任（担保責任）の不安定性を背景とした不法行為責任の追及という構図が存在するのに對し、買主の場合には、建替え費用を含めた瑕疵修補費用一般につき、契約責任の相手方たる売主に対する瑕疵担保責任の不安定性を背景とし、しかも、本来契約関係が存在しないことから、必然的に不法行為構成に依拠せざるを得ない（債権者代位権構成、地位の承継構成をとらない限り）という事情が存在している。加えて、以上の二つの類型は、注文者の責任追及の類型では、注文者の施工者（請負人）に對する

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

責任追及は、典型的な（同一主体間の）請求権競合の問題が生じるのに対し、買主の責任追及の類型（本判決もこの類型）は、いわば異主体間における請求権競合を生じうる事態であると考えられる。

この点をどのように考えるべきなのか。これが、本判決の論理を分析し、評価する場合の一つの視点を提供することになる。

（四）住宅の品質確保の促進等に関する法律（以下、住宅品質確保促進法）による変化 もっとも、以上のうち、住宅品質確保促進法の制定（平成一一年法律第八一号）により、とりわけ、新築住宅の売主の瑕疵担保責任の特例として、売主に対しても瑕疵修補責任が明文上認められるに至っている（同法九五条一項）。ここからすれば、新築住宅に関しては、建替え費用相当額賠償に関してこれまで議論されてきた問題は、同じように妥当する可能性が生じる。⁽⁵⁸⁾ この点は、注意しておく必要がある。

3 論点（三）——峻別論を克服するための論理とその問題点

（一）契約利益論（損害論）

以上のように考えると、不法行為構成との関係でこの問題をとらえた場合、広義の修補費用（建替え費用も含む）は、不法行為の要件論における「損害」に含まれるか、という問題となる。筆者は、平成一四年判決が登場する以前までは、次のように考えてきた。

この場合、損害項目として修補費用を立てることになるが、そこでの理論上の問題は、修補費用は「給付利益」に関係し、それゆえ契約不実現段階の問題であるというのであれば、それは契約責任で処理すべきである、という点にある。⁽⁵⁹⁾ この観点から考えた場合、問題となるのは、売主の瑕疵担保責任の場合には、とりわけ「信賴利益」

と修補費用との関係であり、請負人の担保責任の場合には、とりわけ「履行利益」と建替え費用との関係である。これらの問題を、「瑕疵損害」と「瑕疵結果損害」との対比で眺めた場合、「契約利益」に関わるものが「瑕疵損害」であるということになり、「瑕疵結果損害」は、わが国においては、拡大損害の問題とされ、債務不履行や不法行為においては、これまで、相当因果関係の問題として処理されてきたものでもある⁶⁰。なお、不動産はその対象から除外されているものの、製造物責任として問題とされる損害の主要な対象は、この「瑕疵結果損害」の場合である⁶¹。

これらの点につき、仮に、前者において修補費用は「信賴利益」に含まれないとし、後者において建替え費用は「履行利益」に含まれないとしよう。そうすると、それらは、もやは「給付利益」とはいえないのではないかと、という疑念が生じうる。もし、そうであるとすれば、少なくとも損害論のレベルでは、前者の場合の修補費用、後者の場合の建替え費用は、給付利益とは関係ないものとして、不法行為構成によってこれらの費用を賠償の範囲に含めることが可能となる、別の言い方をすれば、契約責任と不法行為責任との競合は問題とはならない可能性が生じる。

この文脈において、後者の建替え費用と関連性を有すると考えられる平成一四年判決が登場することになる。以上の論理からすれば、請負人が重大な瑕疵により民法六三四条二項にもとづき、「契約の履行責任に応じた」ものとして建替え費用相当額の賠償責任を負担する、というのであれば、少なくとも、平成一四年判決が出て以降においては、契約利益論のレベルにおいては、少なくとも、「仮託構成」としての不法行為構成に依拠した責任追及は脱落してもよいのではないかと、とも考えられるのである。

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

(二) 瑕疵論

もつとも、より問題となるのは、瑕疵に関連した要件論である。そこで、この点に関し、筆者はかつて、次のように述べておいた。少し長くなるが、本判決の論理と比較のためにも、関連する箇所を引用しておく。⁶²⁾

「仮に、不法行為責任構成が可能であった場合、当該目的物の瑕疵、および、過失の具体的内実である行為義務違反との関係をどのように考えるか、が問題となる。／その前提として、留意しておくべき点は、本章で取り上げた大多数において問題となっていた、土地および建物の瑕疵は、それが人の生命、身体、健康あるいは他の財産への侵害の危険を内包した性質を有している、ということである。この点は、たとえば、建物の瑕疵の判断基準として、建築基準法上の規定が援用される場合に端的に現れる。建築基準法が『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』ることをも目的としたものである（第一条）ことから、これに照らして瑕疵が認められる場合には、その建築物における『瑕疵』概念には、すでに、物の『品質、性能』という内実を超えて『安全性』という要素が当然に入り込んでいて、いい得る。すなわち、ここでの、『瑕疵』概念が製造物責任法にいう『欠陥』概念の内実を取り込んだものとなっているのである。そうであれば、ここでは、瑕疵概念は主として『品質・性能』そのものが問題とされる場合と、『欠陥概念』を含む性質のものに分けられ、後者の場合においては、その違法性や責任（過失）も、より容易に肯定され得るのではないかという推測が可能となる。／この点で問題となるのが、特に、建築物の瑕疵の質に関連して過失（客観的行為義務）をいかなるものとして設定するのか、である。換言すれば、ここでは欠陥概念の内実を含む瑕疵の存在は、すでにそのことにより過失が肯定される前提となり得るのか、が問題となる。本章でとり

あげた裁判例の多くは、瑕疵を発生させないような、予見義務（事前の調査義務）、それを前提とした行為義務（結果回避義務）を肯定することにより、過失を認定し、不法行為責任を肯定する、という構成をとっている。ここでは、その前提として、『侵害行為』としていかなるものを想定しているのか、ということがそもそも問題となる。ところ、売主においては、瑕疵ある建築物を売却したこと（流通においたこと）、請負人においては、瑕疵ある建築物を建築したこと、をもつて侵害行為としている、といい得るのか。」と。

ここでは、まず、仮に不法行為構成により「建替え費用」を請求したとしても、先に検討した契約利益論と抵触しないという問題意識にもとづき、瑕疵の内実を類型化することにより、契約利益論が前提とする瑕疵は、通常の品質・性能を意味するものであり、それを超え、完全性利益との関係での安全性にまで及ぶ「瑕疵」については、もはや契約利益論の拘束を受けないことを主張しようとしている。この点を、より明確に示すために、製造物責任法における「欠陥」概念を援用しているのである。もっとも、製造物責任法が不動産を対象としないことは当然のこととして措き、民法の不法行為責任である以上、「瑕疵」（以上に検討したように、ここでの内実は製造物責任法が予定する「欠陥」）の存在自体により責任が肯定されるのではなく、故意または過失行為を必要とする。そこで、つぎに、請負人のいかなる行為をもつて、不法行為上の過失（行為）と評価しうるのか、ということを問題としていた。

4 論点（四）——峻別論を克服する論理の陥穽

しかし、以上のような、「峻別論を克服するための論理」には、現時点から振り返ると、吟味の不充分さなし欠落が存在している。いうまでもなく、それは、「損害」論の側面である。つまり、一方では、建物の瑕疵

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

との関係での過失（行為）論においては、正当にも、それを「欠陥」概念に引きつけつつ、「土地および建物の瑕疵は、それが人の生命、身体、健康あるいは他の財産への侵害の危険を内包した性質を有している」として、単なる合意内容、品質を超えた「安全性」を指摘しつつ、他方では、損害論において、当該瑕疵ある建物自体の建替え費用をもって履行利益賠償の範囲外であるという前提のみから、不法行為上の「損害」と考えている点に存する。

つまり、この段階では、「被侵害利益（法益）」・「損害」に対する分析が不足していたといわざるをえない。それは、既に述べたような、建替え費用相当額賠償が、平成一四年判決により「契約の履行責任に応じた」と認められれば「仮託」としての不法行為構成は不要となる、とすることを念頭においていた（ないし展望していた）ことから明らかである。このような発想自体が、より本質的に言うならば、人の生命、身体、財産（完全性利益）に対する安全性にかかわる瑕疵のある建物自体を「被侵害利益」ないしそれを回復するための建替え費用をもって「損害」と評価することを、前提としたものとなっているからである。

以上の論理からすれば、「基本的な安全性を損なう瑕疵」が問題となる建物における不法行為責任の成立可能性については、「被侵害利益」論、「損害」論の検討が、さらになされねばならないことになる。

5 論点（五）——上告受理申立て理由との関係での本判決の論理再考

そこで、この点に着目し、改めて本判決の論理を吟味してみる必要がある。判旨は、上告受理申立て理由第二の2に対して答えているものである。その要点は、次のようなものであった。「建築行為における不法行為の成立を『建物为社会公共的にみて許容しがたいような危険な建物になっている』場合に限定するのは、不法行為の

成立する範囲を不当に制限するものであり、「建築行為における不法行為の成立は『建物が建築基準法令の個性規定や仕様規定に違反し、社会的にみて許容しがたい建物であるか否か』を判断基準にすべきである」というものである。

ここでの要点からすれば、ここでも、不法行為成立論における主眼は、「瑕疵」（「過失」）論である。被侵害利益・損害論は、むしろその存在が当然に前提にされているもののものである。⁽⁶³⁾それゆえ、上告受理申立て理由の第二の2に対して答えている判旨もまた、この点に関してのみ答えている、とみるのが素直である。

そこで、判旨はこの点を踏まえて、不法行為の成立要件をより一般的に定立し、しかも、被侵害利益については、「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」とし、損害については、「これによって生じた損害」というのである。ここにおける「生命、身体」は明らかに「完全性利益」に関するものである。この点は、「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う、生命又は身体を危険にさらすようなものもあり得る」、という記述からも明らかである。「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が、この段階で何らかの論理を媒介にしないで果たして可能であろうか。それは、いかにも苦しい。

そうだとすれば、生命、身体と同じく、ここでの「財産」もまた、瑕疵のある建物以外の財産、ということにならざるをえないであろう。むしろこの場合に、「生命、身体、財産」のうち、なにゆえに財産のみが、瑕疵から生じた損害に、瑕疵のある当の建物が入るのかの説明もつかないであろう。この点は、さらに、被害者として、隣人、通行人等を含む広範な「居住者等」が想定されていることから明らかである。判旨の論理からすれば、

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

瑕疵のある建物の譲受人（買主）も、「居住者等」の一類型にすぎない、という⁽⁶⁴⁾ことにならざるをえない。

6 論点（六）——民法七一条の工作物責任と関連づけた議論

以上からすれば、本判決は、不法行為の成立要件のうち、建物の瑕疵に関する部分における要件論に関してのみその意義を明確にした、すなわち、「強度の違法性論」を否定し、より一般的な要件を定立したといえるであろう。この点に関連して、本判決を、民法七一条の工作物責任と関係づける注目すべき見解がある。⁽⁶⁵⁾ 本判決は、「民法七一条を意識し」「建物の安全性の確保」を明確にした点を評価するものであり、その点は筆者もまったく同感である。もつとも、論者も自覚していることであろうが、民法七一条による工作物責任をもつても、ここで問題とした、瑕疵のある建物自体を被侵害利益とし、そのための修補費用をもつて買主が損害賠償責任を負うことを基礎づけることは、残念ながらできない。むしろ、本件のような場合を民法七一条の土地工作物責任と関連づける場合には、被侵害利益（法益）、損害論のレベルでは、かえって、現行民法体系上、たとえば民法七〇九条の不法行為責任構成によつたとしても、建物の基本的な安全性を損なう瑕疵のある建物自体を被侵害法益とし、瑕疵を除去するための修補費用をもつて損害とすることができないことを炙り出すことになるであろう。

というのも、土地工作物責任は、現行法上はあくまで、「土地の工作物の設置または保存に瑕疵があることによつて他人に損害を生じた」場合に、工作物の占有者ないし所有者が「被害者に対してその損害を賠償する責任」であり（民法七一条一項）、ここでは、他人の生命、身体、財産などの完全性利益が侵害された場合が前提とされているからである。つまり、この場合、瑕疵のある土地工作物は、いわば危険源であり、人の行為による一

般的不法行為責任とは異なり、物についての不法行為を認めるもので、瑕疵のある工作物は危険源であるものの、これ自体を被侵害利益とは前提していないのである。

確かに、工作物責任の規定には、所有者、占有者が賠償した場合には、瑕疵等に原因を与えた者（まさに本件のような施工者）に対して求償権が認められている（民法七一九条三項）。また、この規定の前提として、多数説は、施工者のように原因を与えた者の不法行為責任（民法七〇九条にもとづく）を認め、被害者は、所有者、占有者以外にも、この者に対して不法行為責任を追及することができ、両者は、これらの者の責任は不真正連帯の関係にあるとされている。⁽⁶⁷⁾しかし、この場合も、あくまで、設置または保存に瑕疵のある工作物から、完全性利益に対する侵害があり、その結果、損害が発生したことが前提となっているのである。

まさに、現行法上は、瑕疵のある工作物が存在していること自体に対して不法行為法上の救済を求めることは予定されていないと言わざるをえないのである。

五 小括——本判決の意義と射程

以上の分析をもとにして、改めて本判決の意義を整理し、その射程を明確にしておこう。

1 本判決の意義は次の点にあらう。第一の意義は、これまで、瑕疵のある建物の施工者等の不法行為責任が肯定されるか、仮に肯定されうるとして、それはいかなる要件のもとで肯定されるのかについて、学説や下級審の裁判例において不統一であった、その点を統一した点にある。第二の意義は、その場合、施工者等の不法行為責任が認められることを確認したこと、および、その場合の要件として、一方で、「強度の違法性」論を排

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

除し、他方で、施工者等に「建物のとしての安全性配慮義務」を設定したこと、この義務違反により建物の「基本的な安全性を損なう瑕疵」が存在すること、それ（瑕疵）によって完全性利益が侵害されたこと、これによって損害が生じた場合に不法行為が成立することを明確にした点にある。

このような整理からすれば、本判決の重要な意義は、建物の有する属性および社会的性格からして、設計・施工者等に「建物の安全性への配慮義務」があることを明確にした点にある。しかも、このような義務違反から法益侵害がありそれによって損害が発生した場合に不法行為責任を認めるものではなく、義務違反と法益侵害の間に「建物の安全性を損なう瑕疵」の存在が前提にされている点に特色がある、といえるであろう。つまり、「安全性配慮義務」違反（過失）↓法益侵害↓損害の発生、ではなく、「安全性配慮義務」違反↓瑕疵の存在↓法益侵害↓損害の発生、という図式がとられている。この図式は、一見すると、「瑕疵」から法益侵害が発生し、その結果、損害が発生したものであるもののようにみえ、製造物責任を認めるもののようにである。しかし、あくまでも義務違反により法益侵害があり、損害を発生させるという一般不法行為の定式を前提とすると、「安全性配慮義務」と法益侵害との間に「瑕疵」の存在を介在させることにより、「建物の安全性を損なう瑕疵」が存在する場合に、「安全性配慮義務」違反（過失）が推定されるということになるであろう。⁶⁸⁾この点も重要な意義である。

2 これに対し、以上の指摘からも推察されるところであるが、被侵害利益のなかに（建物の基本的な安全性を損なう）瑕疵がある建物自体が含まれるか、したがってまた、瑕疵修補費用が「損害」であるのか、について、本判決は直接に言及するものではないと考えられる。むしろ、「瑕疵」によって侵害された「生命、身体又は財

「産」という、本判決の定式化からすれば、問題となつてゐる「瑕疵」のある建物自体は、原則として被侵害利益としての「財産」には含まれないことになる。換言すれば、瑕疵のある物（建物）の所有権を獲得させる行為は当該建物の所有権侵害ではない、ということになる。

(41) もっとも、その後、Xらは売買契約の際に融資を受けた銀行への返済が困難となり、平成一四年六月に、本件土地および建物に設定されていた抵当権が実行され、競売により第三者に売却された。

(42) 大分地判平成一五年二月二四日民集六一巻五号一六九九頁の参考判例。

(43) 福岡高判平成一六年二月一六日民集六一巻五号一六九九頁の参考判例、金融・商事判例一二八〇号二〇頁（二七頁）。

(44) 原田・前掲三〇〇頁～三〇四頁（表）、三〇八頁～三〇九頁、三二七頁～三二九頁の整理を参考にしている。

(45) 東京地判昭和四六年一二月九日金融・商事判例三〇〇号五頁、東京高判昭和五〇年六月三〇日判例タイムズ三三〇号二八七頁（前者の控訴審）、横浜地判昭和六〇年二月二七日判例タイムズ五五四号二三八頁、東京地判平成二年二月二七日判時一三六五号七九頁、大阪地判平成三年六月二八日判例時報一四〇〇号九五頁、神戸地判平成九年八月二六日『消費者のための欠陥住宅裁判例「第1集」』四〇頁、神戸地判平成九年九月八日判例時報一六五二号一一四頁、大阪地判平成一〇年七月二九日金融・商事判例一〇五二号四〇頁、大阪地判平成一〇年一月一八日『消費者のための欠陥住宅裁判例「第1集」』八四頁、大阪地判平成一二年九月二七日判例タイムズ一〇五三号一三八頁、京都地判平成一二年一〇月一六日。

(46) 大阪地判平成一〇年七月二九日金融・商事判例一〇五二号四〇頁、大阪地判平成一〇年一月一八日『消費者のための欠陥住宅裁判例「第1集」』八四頁、大阪地判平成一二年九月二七日判例タイムズ一〇五三号一三八頁、京都地判平成一二年一〇月一六日。

(47) 本件建物（マンション）は建築主が請負人（建築業者）から、建物が完成したとして引き渡しを受けた時（平成

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

三年三月二日) から約二ヶ月半過ぎ(同年五月二三日) に売買契約を締結し、同日引き渡しを受けたものであり、「転売」の形態をとっているものの、実質的には「新築住宅」の売買である。にもかかわらず、原告はなにゆえに売主(建築主) に対しする責任追及をしないで、建築業者に対する責任追及をしたのか。この間の事情につき、幸田雅弘「欠陥住宅訴訟——施工業者の責任を認める」法学セミナー六三八号一八頁によると、本件建物(マンション) は、「建築途中から、『建築中物件』として売りに出され」、売買契約は上記のようにマンションの完成した約二ヶ月半におこなわれたものの、原告らは、「完成前から建築現場の進行状況の説明を受けるなど、建築会社から『施工』扱いを受けていた」という。それゆえ、「本来ならば売買契約に基づいて瑕疵担保責任を負う『売り主』を被告とするのが通常であるが、こうした経緯から、契約関係になかった建築業者と設計事務所らを直接、被告として訴えたという特殊な事情がある」と指摘している。もともと、推測の域を出ないが、第一審判決によれば、売主の担保責任追及との関係では除斥期間の問題が関係していないでもない、とも考えられる。

(48) この部分は、その他の上告受理申立て理由が上告受理の決定において排除されたため、上告棄却されている。

(49) このような論理は、すでに、前掲の、東京高判昭和五〇年六月三〇日判例タイムズ三三〇号二八七頁、神戸地判平成九年九月八日判例時報一六五二号一一四頁、大阪地判平成一二年九月二七日判例タイムズ一〇五三号一三八頁において採用されていたものである。この点については、原田・前掲三二七頁～三二八頁を参照されたい。

(50) 後藤・前掲一〇八頁。ここでは、弁護士費用の賠償を認めたことに疑問を呈するという文脈のなかで述べられているが、そこでの論理が一般化され、「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、特段の事情がない限り、請負人は、不法行為責任を負うものではないと解すべき」である、とされている。

(51) 前掲・東京地判昭和四六年一月九日金融・商事判例三〇〇号五頁。もともと、この判決は、控訴審(東京高判昭和五〇年六月三〇日判タ三三〇号二八七頁) で、覆されている。なお、原田・前掲二三三頁～二三七頁に事案の簡単な紹介をしている。

(52) 原田・前掲三〇七頁～三三一頁。

(53) 原田・前掲三一六頁～三一七頁、三二一頁～三三二頁。東京高判昭和六一年二月二七日東高時報三七卷一～三号九頁(原田・前掲二四一頁で紹介)。

(54) この点を、筆者は、原田・前掲三二六頁～三三八頁において、売買の場合と請負の場合とに区別し、「不法行為責任構成を問題とする前提的法状態」として、言及しておいた。もつとも、そこでの指摘は、両者において(特に売買の場合)、建替え費用相当額賠償の可能性という文脈において述べている。また、ここでは、両者に共通する場合として、瑕疵担保責任の除斥期間の経過による不法行為責任の追及の必要性についても触れているが、本稿ではこの点には触れない。

(55) 星野英一「瑕疵担保の研究——日本」『民法論集第三卷』(一九七二年)所収一七一頁(二二六頁～二二九頁)。

(56) 原田・前掲三一一三頁。栗田哲男『現代民法研究(3)』(一九九八年)三四四頁(三四七頁、三五〇頁・注12)。

(57) 原田・前掲二二五頁(三二七頁)。

(58) もつとも、民法六三四条の「修補」に建替えを含むと考える理論的根拠として、履行請求権を援用する場合、住宅品質確保促進法の特例も同様に考えられるのかという点が、理論的には解明されねばならない。

(59) 北川善太郎『消費者法のシステム』(一九八〇年)一六〇頁。原田・前掲二二七頁。

(60) 我妻栄『新訂債権総論』(一九六四年)一五六頁。

(61) 原田・前掲二二六頁、二三〇頁(注(4))。

(62) 原田・前掲三二八頁～三二九頁。

(63) 上告受理申立て理由は、確かに、建物の安全性の低下により、建物の価値低下をもたらし、それが社会的許容範囲を超えている場合に所有権侵害がある、として、所有権侵害を理由とした被侵害利益論・損害論を展開している。しかし、その主眼は、あくまでも本文中に記した瑕疵論(過失論)にあるという。

(64) この点で、本判決が、瑕疵修補費用相当額の損害が既に発生していることを前提とする判例時報一九八四号三四

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

頁、判例タイムズ一二五二号一二〇頁、金融・商事判例一二八〇号二〇頁にある無署名の解説（すべて同一内容）およびこれに賛同していると思われる若干の判例評釈とは、本判決の評価について立場を異にする。これに関し、明確に明言するものではないが、本判決の判旨が、完全性利益を前提にしているのではないか、の懸念を表明しつつ評釈する平野裕之・民商法雑誌一三七巻四・五号四三八頁（四五二頁）がある。

(65) 花立文字・私法判例リマックス三七号四八頁（五一頁）。なお、鎌野邦樹・NBL八七五号四頁（一五頁）は、「買主以外の第三者に対する不法行為責任」に関連して、七一七条の土地工作物責任に言及する。

(66) 前田達明『民法Ⅵ2（不法行為法）』（一九八〇年）一六六頁、四宮和夫『不法行為』（一九八五年）七四七頁。

(67) 幾代通Ⅱ徳本神一『不法行為法』（一九九三年）一七二頁、吉村良一『不法行為法「第3版」』（二〇〇五年）二一七頁。

(68) この点で参考になるのが、いわゆる「ナショナルテレビ発火事件」に関する、大阪地判平成六年三月二九日判時一四九三号二九頁である。同判決は、「製造物責任について特別の立法がなされていない以上、現行不法行為法の原則に従い、利用者は、製造者の故意または過失を立証しなければならぬが、製品に欠陥のあることが立証された場合には、製造者に過失のあったことが推認されると解すべきである。ただし、製品が不相当に危険と評価される場合には、そのような危険を生じさせた何らかの具体的な機械的、物理的、化学的原因（欠陥原因）が存在するはずであるが、一般に流通する製品の場合、利用する時点で製品に欠陥が認められれば、流通に置かれた時点で既に欠陥原因が存在した蓋然性が高いというべきであるし、さらに、製造者が安全性確保義務を履行し、適切に設計、製造等を行う限り、欠陥原因の存する製品が流通に置かれるということは通常考えられないから、欠陥原因のある製品が流通に置かれた場合、設計、製造の過程で何らかの注意義務違反があったと推認するのが相当だからである」という。

結びに代えて

以上、平成一四年判決および平成一九年判決につき、若干の理論的検討をおこなってきた。最後に二つの最高裁判決における新たな課題について要約をし、検討の方向性を示しておくこととする。

一 追完の場合における不当利得論

1 まず、追完までに瑕疵のある物を利用した場合の利用利益の返還については、契約解除の場合の原状回復（この場合は双方が返還）と異なり、利用利益の返還の必要はないと解される。

2 それでは、追完として瑕疵のある物に代えて新規の物が交付され、あるいは新規の製作がなされた場合はどうか。買主／注文者は、これらの追完により新たに耐用年数の延びた物を獲得することとなり、その結果、不当利得しているのではないか、という問題である。このことは、代物給付に対してのみならず、物の耐用年数が長期化するような修補の場合にも、通常は妥当しうるのであろう。

この背後に潜む問題は、ドイツ法では、損害賠償法においていわゆる「旧の代償としての新」の場合、「新」により高められた価値についての利益調整の問題として議論されているものであり、ここでは、高められた価値についての控除を肯定するのが一般である。債権者は給付障害から正当化されない利益を引き出すべきではない、という不当利得の一般原則に対応するものである。⁽⁶⁹⁾

しかし、契約にもとづく債務の履行（追完）の場面における、損害賠償法での不当利得論（利益調整論）の援
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

用に対しては、次のような反論がなされている。

もともと、このような高められた利益（価値）は、売主／請負人の義務違反によって生じたものであり、その価値はいわば押し付けられたものである。⁽⁷⁰⁾すなわち、価値の高まった仕事の利益は、もともと瑕疵除去の遅滞に起因するものであり、注文者が数年間にわたり瑕疵のある仕事で満足しなければならなかった場合には、このような利益調整は、排除されねばならない。そうでなければ、請負人は、修補の遅滞により、自身の瑕疵担保義務から全部もしくは部分的に解放されることについて意のままにできる、ということである。⁽⁷¹⁾

それゆえ、ここにおいて決定的に重要なことは、新規の物（代物）の客観的価値もしくは利用価値が決定的なものではなく、まさに被害者にとっての価値である。なぜなら、ここでは押し付けられた利得が問題であるからである。その結果、新規の物もしくは修理された物の高められた耐用年数は、主観的に決定されるべきである。すなわち、買主／注文者が、予想して高められた耐用年数により利益を得た場合にのみ、「新旧」の利益調整（不当利得）が顧慮されることになる。⁽⁷²⁾と。

この観点からの更なる検討が必要とされるであろう。

3 なお、本稿では直接関係ないが、以上のような収益返還や利益調整問題における論理の展開は、追完自身を信義則によって制限する、とするこれまでの日本の通説の考え方に対しても、一定の類型において、再考を迫ることになるように思われる。

二 瑕疵のある建物自体の所有権侵害

1 前述のように、平成一九年判決が明確にした不法行為の成立要件は、これを契約法の観点から見れば、瑕疵のある建物自体の法益侵害性を原則として否定し、それゆえにまた、修補費用を損害として認めないとするならば、修補費用問題は、依然として契約法における給付利益の問題と関連しているものとして議論されねばならないことになる。⁽⁷³⁾もつとも、その場合の出発点は、平成一九年判決では追求されなかった、売主に対する契約責任について問題となる点（修補費用賠償問題をはじめとして）を明確化し、その点の理論的基礎を構築する必要がある（問題とされるべき法律問題は決して少なくない）。

2 なお、平成一九年判決が定式化した不法行為の成立要件からすれば、平成一四年判決のように、注文者が請負人に建替え費用相当額の賠償を民法六三四条により請求しようとした場合であっても、このような建物により完全性利益が侵害されたようなケースにおいては、なお不法行為責任を問題としうることになる。その意味で、この類型においても、契約責任以外に平成一九年判決が定式化した不法行為責任が役割を演じる場合がありうるであろう。⁽⁷⁴⁾

3 さて、平成一九年判決を前提とし、かつ、平成一九年判決のような事案において、不法行為を根拠として瑕疵修補費用を損害賠償として請求することを基礎づける場合の問題は、いまや、瑕疵のある建物自体を取得せしめたことをもって所有権侵害といえるか、ということになる。この問題は、すでにわが国においても先学の重要な業績が存在する。⁽⁷⁵⁾そこにおいて論者が最終的に到達された地点は、「契約期待不充足に拠って債務者に対する瑕疵修補請求権を債権者に取得させるであろう契約法に対して、不法行為法上は、危険防御目的に従った規範目

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

的の展開の帰結として、社会生活上義務の侵犯と評価される具体的な商品危険に関し、この危殆化を逃れ難く受ける者が、その除去を供給者に請求する——危険除去の方法如何は合目的性と必要性に鑑みて被請求者たる商品供給者に委ねられるのが原則である——権利を与えられる」というものであった。⁽⁷⁶⁾この指摘は、平成一九年判決を民法七一七条の工作物責任と類比した先の見解の⁽⁷⁷⁾源である論者の次の問題意識、すなわち、「購入した建物、造成地などの欠陥により近隣の者が被害を蒙ったような場合に、建築業者や造成業者は過失がなければ責任を負わないのに、消費者である建物や造成地の所有者等は無過失であっても賠償責任を負うことになり」、「わが国における欠陥建物による被害の賠償は、ユーザー無過失責任として実現されるという奇妙な結果が、製造物責任法制以降にも残ることとなった」という指摘⁽⁷⁸⁾と相通ずるものがあるように思われる。

瑕疵のある建物の取得者が、建物の所有権自体の侵害を理由とし、瑕疵修補費用を損害として不法行為責任を追及しうるか、という問題については、少なくともこれらの到達点、問題意思を念頭に今後さらに探究されねばならない。1で指摘した契約法上の課題に加え、またそれと関連させつつこの点をも筆者の課題とし、本稿を閉じらる。

(69) Lange, Schadensersatz, 2. neubearbeitete Aufl. (1990), S. 259f.; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. (1987), S. 530 Fußn. 19.

(70) Gsell, Jus 2006, 203 (204).

(71) Gsell, NJW 2003, 1971 (1972).

(72) Gsell, o. Fußn. 68.

(73) 平成一九年判決の事案において、瑕疵修補費用が契約利益に関連することから不法行為責任による追及について

疑念を提起するものとして、平野裕之・民商法雑誌一三七卷四・五号四三八頁（四五〇頁、四五二頁注（8）、四五二頁）。筆者も同意見である。

〔74〕 もつとも、損害論の問題としては、拡大損害の問題、瑕疵結果損害の問題領域ともなるであろう。

〔75〕 下村正明「商品の瑕疵をめぐる責任規範の交錯関係について——西ドイツにおける理論状況に基づく一考察——」（一）（二・完）『阪大法学』二二九号八九頁（一九八五年）、同一四〇号八一頁（一九八六年）。

〔76〕 下村正昭「商品の瑕疵をめぐる責任規範の交錯関係について——西ドイツにおける理論状況に基づく一考察——」（二・完）『阪大法学』一四〇号八一頁（二二二頁）（一九八六年）。

〔77〕 花立文子・私法判例リマックス三七号四八頁（五一頁）。

〔78〕 加藤雅信編著『製造物責任法総覧』（一九九四年）一九頁、同「製造物責任法の特徴」山田卓生編集代表・加藤雅信編集『新・現代損害賠償法講座第三巻製造物責任・専門家責任』（一九九七年）一頁（二四頁）、同『新民法大系V〔第二版補訂〕』（二〇〇五年）三五三頁。もつとも、本文の引用においても明らかなように、ここでも建物の瑕疵自体の「損害性」を問題としているものではない。

〔追記〕 本稿はもともと、桐村彰郎奈良産業大学教授退職記念号（奈良法学会雑誌二〇卷三・四号）に掲載予定で執筆されたものである。ところが、期限までに脱稿できず、このような形を以てお祝いをさせていただかざるをえなくなってしまう。桐村教授および編集に当たられた守屋浩光奈良産業大学教授には、この場をお借りして改めて深くお詫びするとともに、拙い論考ではあるが、感謝の念とますますの御活躍を念じつつ、本稿を桐村彰郎教授に捧げる。

Kann bei Nacherfüllung eines mangelhaften Bauwerkes
kein Anspruch des Verkäufers/Bauunternehmers auf
Nutzungsersatz erhoben werden?
Betrifft Verschaffung eines mangelhaften Bauwerkes
überhaupt Eigentumsverletzung?

Tsuyoshi HARADA

1. Problemstellung

Über mangelhafte Bauwerke hat JOGH (Saiko Saibansho) am 24. 9. 2002 und am 6. 7. 2007 zwei wichtige Urteile gefällt. Nach dem Ersten kann der Besteller nach §634 des Japanischen BGB (im folgenden JBGB) vom Bauunternehmer die für die Neuherstellung erforderlichen Kosten als Schadensersatz verlangen, wenn das hergestellte Bauwerk ernsthafte Fehler hat. Nach dem Zweiten können die Geschädigten nach §709 JBGB vom Bauwerker Schadensersatz verlangen, wenn das hergestellte Bauwerk Fehler hat, die die Sicherheit und dadurch anschließend die Integritätsinteressen (das Leben, den Körper, die Gesundheit oder eine Sache) verletzen, und wenn durch die Verletzung ein weiterer Schaden verursacht wird.

Die Urteile des JOGHs haben zwei wichtige Fragen aufgeworfen. Das Erste setzt voraus, dass ein Ersatzanspruch im Falle der Nacherfüllung durch Neuherstellung hinsichtlich aus dem mangelhaften Bauwerk bis dahin tatsächlich gezogener Nutzungen dem Bauunternehmer zusteht. Das Zweite hat die schwierige Frage aufgeworfen, ob der Käufer des mangelhaften Bauwerkes vom Bauunternehmer die Nachbesserungskosten als Schadensersatz verlangen kann.

2. Diskussion in Deutschland und auf dem EuGH

Nach §§ 439 Abs. 4 bzw. 635 Abs. 4 BGB kann der Verkäufer/der Unternehmer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert oder ein neues Werk herstellt, nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB vom Käufer/Besteller für die mangelhafte Sache oder das mangelhafte Werk Rückgewähr verlangen. Diese Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften

schließt die Verpflichtung zur Herausgabe des Käufers/Bestellers zum Ersatz mit ein, falls dieser daraus Nutzungen gezogen hätte, wie sie in § 346 Abs. 1 und Abs. 2 BGB normiert wird. Jedoch hat der BGH (Beschl. v. 16. 08. 2006) sich um dieses Argument mit der juristischen Literatur umfänglich auseinandergesetzt und letzten Endes im Hinblick auf die Rückzahlungsverpflichtung für die Nutzungsentschädigung die Auffassung der Gegenmeinung vereinbart.

Allerdings hat der BGH aufgrund des Wortlauts und des in der Gesetzesbegründung erklärten Willens des Gesetzgebers, § 439 Abs. 4 BGB einschränkend nicht ausgelegt, dass die Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften nicht auch einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung begründet. Gleichzeitig hat der BGH Bedenken gegen die Vereinbarkeit von § 439 Abs. 4 BGB mit Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 05. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (die “Verbrauchsgüterkaufrichtlinie”).

Daher hat der BGH das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung die Frage vorgelegt, ob die Bestimmungen des Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dahin auszulegen sind, dass die nach § 439 Abs. 4 BGB i. V. m. §§ 346 bis 348 BGB statuierte Verpflichtung des Verbrauchers der Verpflichtung des Verkäufers im Falle von Ersatzlieferung entgegensteht, welche für die Nutzung des anfangs gelieferten Verbrauchsguts vom ihm Wertersatz leistet. Der EuGH (Urt. v. 17. 04. 2008) hat die vom BGH vorgelegte Frage bejaht. Die Antwort des EuGHs auf diese Frage ist folgende: Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist dahin auszulegen, dass dieser den nationalen Regelungen entgegensteht in dem Punkt, dass der Verkäufer dem Verbraucher zulässt, Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchergutes zu verlangen, bis dieses durch ein neues Verbrauchsgut ausgetauscht wird, wenn der Verkäufer ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat.

3. Verschaffung eines mangelhaften Werkes und Eigentumsverletzung

Der Bauwerker eines mangelhaften Bauwerkes haftet gemäß § 709 JBGB

nur für die Verletzungen von **Integritätsinteressen**, die das mangelhafte Bauwerk verursacht. Verschaffung des mangelhaften Bauwerkes ist nämlich keine Eigentumsverletzung. Daher kann der **Käufer** eines mangelhaften Bauwerkes vom Bauunternehmer die Nachbesserungskosten als Schadensersatz nicht verlangen.

4. Zusammenfassung

Als mein Forschungsthema sollen die folgenden Standpunkte herausgearbeitet werden.

- (1) Kann der **Verkäufer**/Unternehmer bei **Nacherfüllung** vom **Käufer**/Besteller Nutzungsersatz verlangen?
- (2) Wenn der **Käufer** eines mangelhaften Bauwerkes vom Bauunternehmer die Nachbesserungskosten als Schadensersatz verlangt, gilt dann Verschaffung eines mangelhaften Bauwerkes **überhaupt** als Eigentumsverletzung?