

建物の瑕疵にかかる建築業者・
購入者の十分な近接性と
不法行為責任
——イングランド・オーストラレーシア法を
参照しつつ——

大 西 邦 弘

- I はじめに
- II わが国の現在の法状況
- III イングランド法
- IV オーストラレーシア法
- V 検討
- VI おわりに

I は じ め に

わが国では、建物の瑕疵にかかる不法行為責任について、「II」以下で詳述するが、これまでに一連の事案をめぐって2度の最高裁の判断が示されている。そこでは、建物の瑕疵が建物としての基本的な安全性に欠けるものであって、生命身体財産を侵害するものであれば建築業者等に対して建物の買主による不法行為に基づく損害賠償請求が可能であることが明らかにされている。しかしながら、2度にわたって最高裁による判断が示されたことそれ自体が物語っている通り、不法行為責任と「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」の内容は、必ずしも明らかとはいえない。こ

の問題は不法行為の成立要件だけではなくそれが認められた場合の損害論とも密接に関係するが、いまなお多くの問題が残されており——とりわけ過失要件と損害——、さらなる検討が必要と思われる。

本稿では、イングランド法を端緒として、オーストラリア法とニュージーランド法（これらを併せて本稿では「オーストラレーシア法」と呼ぶことにする）の判例および学説の議論を参照することによって、このような問題の解決の手がかりを探ることにしたい。

最初にわが国の現在の法状況を整理しておくことにしよう。

II わが国の現在の法状況

1 序

わが国において、建物の瑕疵にかかる不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を論ずるにつき、⁽¹⁾まずは2度の最高裁の判断が示された、以下の一連の事案を確認しておく必要がある。

これは、9階建ての共同住宅・店舗として建築された建物をその建築主から購入したX1 X2の親子2名が（その後X1をX2が相続によって包括承継している）、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と主張して、建築の設計及び工事監理をしたY1に対して不法行為に基づく損害賠償を請求し、その施工をしたY2に対しては、請負契約上の地位の譲受けを前提として瑕疵担保責任に基づく瑕疵修補費用または損害賠償を請求するとともに、不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である（以下「別府マンション訴訟」ということがある）。

2 事実関係

事実関係については、次の通りとなる。

Y1は、建築設計及び企画並びに工事監理を目的とする会社である。

Y2は、土木建築業を目的とする会社である。

Aは、昭和63年（1988年）8月、本件土地を買い受け、同年10月、Y2との間で本件建物につき工事代金を3億6100万円とする建築請負契約を締結した。

Y1は、本件建物の建築について、Aから設計及び工事監理の委託を受けた。

本件建物は平成2年（1990年）2月に完成し、Y2は、同年3月、Aに対し本件建物を引き渡した。

Xらは、平成2年5月、Aから本件土地を代金約1億5000万円、本件建物を代金約4億1200万円でそれぞれ買い受け、その引渡しを受けた。本件土地及び本件建物の各持分割合は、X1が4分の3、X2が4分の1とされた。

本件建物は、本件土地上に建築された鉄筋コンクリート造り陸屋根9階建ての建物であり、9階建て部分（A棟）と3階建て部分（B棟）とを接続した構造となっている。

A棟は1階が駐車場となっており、2階から9階までが各階6戸の賃貸用住居で、各住居にバス、トイレ、台所が設置されている。各住居の南側にはベランダがあり、北側には共用廊下がある。A棟西側にはエレベーターが設置されている。B棟は、1階が店舗、2階が事務所となっており、3階はやや広い賃貸用住居2戸となっている。

本件建物には、次の通りの瑕疵がある（本件建物の瑕疵は第一次控訴審までは次の通りとされていたが、第一次上告審判決で第一次控訴審判決で認定されていないバルコニーに瑕疵があることが強く示唆され、やや内容を先取りするが、第三次控訴審判決では「建物の基本的な安全性に欠ける瑕疵」につき以下とは異なる内容の瑕疵も認定されている）。

ア A棟北側共用廊下及び南側バルコニーの建物と平行したひび割れ

- イ A棟北側共用廊下及び南側バルコニーの建物と直交したひび割れ
- ウ A棟1階駐車場ピロティのはり及び壁のひび割れ
- エ A棟居室床スラブのひび割れ及びたわみ
- オ A棟居室内の戸境壁のひび割れ
- カ A棟外壁（廊下手すり並びに外壁北面及び南面）のひび割れ
- キ A棟屋上の塔屋ひさしの鉄筋露出
- ク B棟居室床のひび割れ
- ケ B棟居室内壁並びに外壁東面及び南面のひび割れ
- コ 鉄筋コンクリートのひび割れによる鉄筋の耐力低下
- サ B棟床スラブ（天井スラブ）の構造上の瑕疵（片持ちばりの傾斜及び鉄筋量の不足）
- シ B棟配管スリーブのはり貫通による耐力不足
- ス B棟2階事務室床スラブの鉄筋露出

Xらは、これらの瑕疵以外にも、バルコニーの手すりのぐらつき、排水管の亀裂やすき間等の瑕疵があると指摘し、これらの瑕疵も含めて本件建物に瑕疵が存在することにつきYらに不法行為が成立すると主張している（念のため注記しておく、XらとAとの間の本件土地建物売買契約を仲介した業者と、本件建物を設計監理したY1との間には、第一審判決によれば、資本関係等があるとのことである）。

なお、この事案では、請負の瑕疵担保責任を追及し得る地位の譲受け等もとりわけ第一審で争点とされているが、本稿では不法行為に基づく損害賠償請求に焦点を絞って紹介・検討していくことにする。

3 大分地判平成15年2月24日（第一審）

第一審である大分地判平成15年2月24日民集61巻5号1775頁（以下「第一審判決」という）は以下の通り判示した。

222(368) 法と政治 68巻2号（2017年8月）

建築請負人並びに設計・工事監理の委任ないし請負契約を締結した受任者又は設計・工事監理請負人は、それらの契約に基づいて、請負人としての瑕疵担保責任や受任者としての債務不履行責任を負うが、同時に、これらの者の行為が一般不法行為の成立要件（違法性・故意又は過失・損害の発生・因果関係）を充たす限り、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生し、これは、請負契約ないしは委任契約の目的である建築物に瑕疵があり、これを原因として損害が発生した場合でも同様であると解される……これに対し、被告……は、注文者から売買によって取得した第三者に対し、施工業者が不法行為責任を負うことは、本来担保責任等の契約責任で処理されている領域に不法行為責任を持ち込むことになるから、上記第三者が不法行為責任を追及することは許されない、と主張するが、瑕疵担保責任等の契約責任は、契約の目的を達成するための制度であるのに対し、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って、両者はもともと制度趣旨が異なる上、瑕疵担保責任は、瑕疵が存在すれば過失の有無を問わない無過失責任であり、違法性を具備する必要もなく（瑕疵の程度や瑕疵発生の原因等によっては、不法行為の違法性を備えない場合がある。）、瑕疵によって損害が発生しなくともその責任を追及できるので、通常は瑕疵を原因として成立する不法行為責任よりもその適用範囲が広く、その権利行使期間は、不法行為の消滅時効期間とは異なり、しかも、本件のように、特約によってこれを短縮したり、「故意又は重大な過失」等の成立要件を付加することもできて、その場合には、瑕疵を原因として成立する不法行為責任よりもその適用範囲が狭くなることが多く、結局、両者は、その適用範囲並びに権利行使期間と消滅時効期間が様々に異なってくるものであるから、両請求権をともに併存させる必要性があり、明文の規定がな

いにもかかわらず、敢えて、担保責任等の契約責任で処理されている領域では不法行為責任を追及することはできないと解することは相当でなく、瑕疵を原因とした施工業者の注文主に対する不法行為責任が成立する領域においては、瑕疵担保責任と不法行為責任とが請求権競合するものであり、このことは、設計・施工監理人についても同様であって、請負人としての瑕疵担保責任あるいは受任者としての債務不履行責任と不法行為責任とが請求権競合するものといえる。

結論としては、XらのYらに対する請求を一部認容している。

4 第一次控訴審判決

控訴審判決である福岡高判平成16年12月16日民集61巻5号1892頁（以下「第一次控訴審判決」という）は、Yらの不法行為責任の成立について次のように判示した。すなわち、「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あるいは反倫理性を帯びる場合、瑕疵の程度・内容が重大で、目的物の存在自体が社会的に危険な状態である場合等に限って、不法行為責任が成立する余地が出てくるものというべきである」というものである。つまり、違法性が強度である場合に限って不法行為責任が成立する余地があるとして、原告らの請求を棄却した。Xら上告。

5 第一次上告審判決

最高裁は、以下のように判示して破棄差戻しとした（最判平成19年7月6日民集61巻5号1769頁〔以下「第一次上告審判決」という〕）。

（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
224(370) 法と政治 68巻2号（2017年8月）

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りながらこれを前提として当該建物を買受けていたなど特段の事情がない限り、これによって生じた損害について不法行為による賠償責任を負うというべきである。

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る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り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、建物の基礎や構造体に瑕疵がある場合に限りて不法行為責任が認められると解すべき理由もない。

そこで、最高裁は「本件建物に建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵があるか否か、ある場合にはそれにより上告人らの被った損害があるか等被上告人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」本件を原審に差し戻した。

つまり、最高裁は「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による賠償責任が発生すると判示したことになる。⁽²⁾この最高裁の判示が現在のわが国における建物の瑕疵と不法行為に基づく損害賠償責任を論ずる際の出発点となるが、では、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とは具体的にどのような瑕疵であるかが、次に問題とされることになった。

6 第二次控訴審判決

この点につき、差し戻された福岡高判平成21年2月6日判時2051号74頁は（以下「第二次控訴審判決」という）、まず出発点として第一次上告審判決にいう「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」について、建物が売却された日までに存在することが必要であるとしている。そのうえで、「本件においては、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ものということではできないから、一審被告らの不法行為責任は認められない」として、建物の買受人の設計者、施工者、工事監理者に対する不法行為に
226(372) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

基づく損害賠償請求を棄却した。⁽³⁾ふたたび、最高裁に上告がなされた。

7 第二次上告審判決

再上告審である、最判平成23年7月21日判時2129号36頁（以下「第二次上告審判決」という）は、次のように判示して第二次控訴審判決を破棄⁽⁴⁾した。すなわち、――

（1）第1次上告審判決にいう「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」とは、居住者等の生命、身体又は財産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。

（2）以上の観点からすると、当該瑕疵を放置した場合に、鉄筋の腐食、劣化、コンクリートの耐力低下等を引き起こし、ひいては建物の全部又は一部の倒壊等に至る建物の構造耐力に関わる瑕疵はもとより、建物の構造耐力に関わらない瑕疵であっても、これを放置した場合に、例えば、外壁が剥落して通行人の上に落下したり、開口部、ベランダ、階段等の瑕疵により建物の利用者が転落したりするなどして人身被害につながる危険があるときや、漏水、有害物質の発生等により建物の利用者の健康や財産が損なわれる危険があるときには、建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵に該当するが、建物の美観や居住者の居住環境の快適さを損なうにとどまる瑕疵は、これに該当しないものというべきである。

（3）そして、建物の所有者は、自らが取得し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場合には、第1次上告審判決にい

う特段の事情がない限り、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ものと解され、上記所有者が、当該建物を第三者に売却するなどして、その所有権を失った場合であっても、その際、修補費用相当額の補填を受けたなど特段の事情がない限り、一旦取得した損害賠償請求権を当然に失うものではない。

というものである。⁽⁵⁾

学説からは、この判決の意義は第一次上告審判決にいう瑕疵の意義をより具体化したことにあり、瑕疵担保責任に基づく請求権の移転あるいは債権者代位権ではなく不法行為法によって対処した本判決の方向性は、民法の体系としては整合的であると評価されている。⁽⁶⁾

8 第三次控訴審判決

差し戻された控訴審である福岡高判平成24年1月10日判時2158号62頁では（以下「第三次控訴審判決」という）、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟である以上、Yらの責任を認めるためには故意・過失を前提とするとして、それぞれの瑕疵について、Yらの故意・過失の有無を精査している。そこでは、第一次控訴審判決で認定された瑕疵を基礎としつつも、その後追加されたものも加えて、次の点に「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」を認定した。

すなわち、――

- ① A棟内2室の居室床スラブのひび割れ及びたわみの一部（Y1Y2とも過失を認定している）
- ② B棟床スラブの構造上の瑕疵（ただし、設計監理者であるY1のみに過失を認定している）
- ③ B棟配管スリーブの梁貫通による耐力不足（ただし、設計監理者

であるY1のみに過失を認定している)

- ④ B棟2階事務所床スラブの鉄筋露出 (Y1Y2とも過失を認定している)
- ⑤ バルコニーの手すりのぐらつき (Y1Y2とも過失を認定している)
- ⑥ 配管からの水漏れ (Y1Y2とも過失を認定している)
- ⑦ 自動火災警報装置 (Y1Y2とも過失を認定している)

といった内容の瑕疵である。

このように、原告の請求は一部認容されるに⁽⁷⁾到った。

9 ここまでの整理・分析

最初に提起すべき問題点は、最高裁が示した「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」という概念がどのような契機によってもたらされるに到ったのかである。換言すれば、第一次上告審判決がいうところの「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」の概念は、外国法からなんらかの影響を受けているのであろうか。この点、調査官解説によると、奥田昌通教授の教科書を引用する形でドイツ法を参照し、保護義務 (Schutzpflicht) の概念から影響を受けたことが示唆⁽⁸⁾されている。

これと関連する第二の問題点として、第一次控訴審判決で認定されていないバルコニーの手すりのぐらつきについて、第一次上告審判決はこれを「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」とすることを強く示唆しているが、そもそも最高裁がいうところの「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」の内容に曖昧さが残されているのではなかろうか。第一次上告審判決を受けて差し戻された第二次控訴審判決ではこれが「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」にあたらないとされているが、比較法の観点からは、むしろこちらの方が正鵠を射た認定とされる可能性があるの

ではなかろうか。

また、動産の買主がその物を製造した者に対してその物に瑕疵があることを理由として損害賠償請求する場合——例えば建物と同様に特定物とされる中古車を買って欠陥があった場合——，製造業者に対して不法行為に基づいて損害賠償請求は可能なのであろうか。このことについては，製造物責任法による解決は別として，必ずしも明らかになっていない部分が多いと思われる。では，なぜ同じ特定物である建物についてだけ，（建物としての）「基本的な安全性に欠ける瑕疵」がある場合，不法行為に基づく損害賠償請求ができるのであろうか。

さらに，損害論の観点からは，第二次上告審判決は瑕疵の修補費用を損害として捉えている。しかし，原告は，実際には，瑕疵の修理をしておらず修補費用は支出していない。それにもかかわらず，修補費用の賠償を被告らに命じるのは，妥当なのであろうか。

10 比較法への導入

翻って，詳しくは「Ⅲ」で論じることにするため内容をやや先取りする形になるが，イングランド法では，このような建物の瑕疵による損害は，いわゆる純粹経済損害の問題として賠償が困難であるとされている。ただ，わが国とイングランド法の立場は，建物としての安全性を基準とする見解が「有力」であるという趣旨で，類似性も有している。

他方では，オーストラリア法ではイングランド法とは異なる解決がもたらされている。その理由はどのようなものかを探ることが，本稿の主な課題となる。

ここで，オーストラリア法を取り上げる理由について説明しておこう。確かにオーストラリア不法行為法はイングランド法より強い影響を受けており，イングランド法を参照する方がわが国の解釈論にとっても直截では

ないかとも誤解されそうである。しかしながら、オーストラリア法、特に本稿で主に参照するオーストラリア不法行為法の文献は、イングランドで最も定評があると思われる教科書の一つで不法行為の第一人者（doyen）と評されている、Peter Cane 名誉教授によって著されている。⁽⁹⁾ P. Cane 名誉教授はオックスフォード大学で教鞭をとられたのち、オーストラリア国立大学にわたり、現在はオーストラリア国立大学の名誉教授となっている。⁽¹⁰⁾ つまり、オーストラリア法を（とりわけ P. Cane 名誉教授のテキストを参照しつつ）検討することは、イングランド法をより深く理解するとともに、他の解決の糸口を探るという観点からも、極めて有益と思われる。

それでは、以上のような理由に基づいて、まずはイングランド法から先に紹介・検討を行うことにしよう。

- (1) 従来の欠陥建築と建築士の不法行為責任をめぐることは、建築士の名義貸しが問題とされた最判平成15年11月14日民集57巻10号1561頁等がある。この判決については、拙稿「判批」広法28巻2号（2004年）117頁参照。
- (2) この判決については、多数の評釈がある。主なものだけでも次の通りとなる。鎌野邦樹「判批」NBL 875号（2008年）4頁、塩崎勤「判批」民事法情報258号（2008年）78頁、平野裕之「判批」民商137巻4＝5号（2008年）438頁、高橋寿一「判批」金判1291号（2008年）2頁、山口成樹「判批」判時2002号（2008年）185頁、拙稿「判批」広法32巻1号（2008年）87頁、花立文子「判批」国学院46巻2号（2009年）1頁、荻野奈緒「判批」同法60巻5号（2009年）443頁、円谷峻「判批」ジュリスト臨時増刊1354号89頁、花立文子「判批」リマ37号（2008年）48頁、高橋讓「判解」ジュリ1379号（2009年）102頁、橋本佳幸「判批」別冊ジュリスト196号160頁、秋山靖浩「判批」法セ637号（2008年）42頁、幸田雅弘「判批」法セ638号（2008年）18頁、畑中久彌「判批」福岡大学法学論叢53巻（2009年）4号463頁、田口文夫「判批」専修法学論集106号（2009年）293頁、高橋讓「判解」法曹時報62巻5号215頁、山本周平「判批」別冊ジュリスト224号（2015年）166頁。
- (3) この判決の主な評釈として、荻野奈緒「『建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵』の意義」同法337号（2009年）175頁、笠井修「判批」判

- 時2072号（判例評論616号）（2010年）192頁がある。
- (4) ちなみに、第一次上告審判決は第二小法廷，第二次上告審判決は第一小法廷である。
- (5) 第二次上告審判決にかかる主な評釈としては，次に掲げる野澤教授のもの他，松本克美「本件判批」立命337号（2011年）173頁，松浦聖子「判批」法セ687号（2012年）158頁，松本克美「判批」法時84巻（2012年）6号114頁，新井弘明「判批」白鷗法学19巻（2012年）1号89頁，米村滋人「判批」民商146巻1号（2012年）115頁，坂本武憲「判批」リマ45号（2012年）38頁，円谷峻「判批」法の支配167号（2012年）58頁がある。
- (6) 野澤正充「判批」重判平成23年（ジュリスト臨時増刊1440号）84頁。
- (7) 第三次控訴審判決の主な評釈としては，丸山昌一「判批」NBL 991号（2012年）95頁，永岩慧子「建築瑕疵に関する設計者・施工者等の不法行為責任〈判例研究〉」広法38巻2号（2014年）1頁，大滝哲祐「判批」北海学園大学法学研究50巻2号（2014年）173頁がある。
- (8) 高橋譲「判解」法曹会『最高裁判所判例解説民事篇』（2010年）510－511頁。
- (9) Witting,C., Street on Torts, 14th ed., 2015, at preface.
- (10) <https://law.anu.edu.au/people/peter-cane> ケンブリッジ大学の客員上級研究員にもなられているようである（<http://www.law.cam.ac.uk/people/academic/pf-cane/4281>）。

Ⅲ イングランド法

1 概観

イングランド法においては、⁽¹¹⁾最初に出発点として確認しておく、建物の瑕疵について建物の買主が建築業者に対して損害賠償請求する事案はいわゆる純粋経済損失（pure economic loss）の問題として扱われており、原則として不法行為に基づく損害賠償請求は認められていない。⁽¹²⁾⁽¹³⁾その主な理由は、純粋経済損失に関して不法行為に基づく損害賠償請求を認めると、訴訟の洪水の門（floodgate）を開くことになってしまうことを避けるという政策的な理由が指摘されている。しかしながら、建物の瑕疵が「切迫し

232(378) 法と政治 68巻2号（2017年8月）

た危険 (imminent danger)」なものである場合、その危険を回避するための費用は純粋経済損害ではなく、物理的な (physical) 損害と分類が可能とするイングランド法における一連の立場も指摘されている。⁽¹⁴⁾ すなわち、建物の瑕疵が切迫した危険を惹起するものである場合、純粋経済損害の問題の射程からは外れて「物理的な損害」となると主張するのである。

しかしながら、この「一連の立場」は、後掲するイングランド貴族院判決によって否定されるに到っている。すなわち、貴族院によれば、不法行為に基づく損害賠償請求が認められるためには「物理的な損害」とは具体的に他の財産等に物理的に損害を加える必要があると判示しているのである。

なお、本稿では、イングランドにおけるネグリジェンスを訴訟原因とする損害賠償請求事案を扱うことにし、その他の訴訟原因、例えば、詐欺 (deceit) や不当詐称 (injurious falsehood) については、適宜触れるにとどめたい。⁽¹⁵⁾

以下、このような問題に関し、扱っていくことにしよう。

2 イングランドにおける純粋経済損害の一般論

イングランド法において「物理的な損害」とは他の財産等に物理的に損害を加える必要があると判示した貴族院判決を紹介する前に、イングランド法における純粋経済損害の問題として、例外的に純粋経済損害が賠償範囲とされるかどうかが争われたリーディング・ケースである *Hedley Byrne and Co. Ltd. v Heller and Partners Ltd.* 判決⁽¹⁶⁾ (以下「*Hedley* 判決」と略記する)を確認しておくことにする。⁽¹⁷⁾

Hedley 判決は、広告代理店を営む原告が自己の取引銀行を通じて被告である銀行に対して取引先の信用情報の照会をしたところ、被告が誤った情報を伝えたために原告が損害を被ったという事案に関するものである。

イングランド貴族院は、とりわけ被告の免責条項 (disclaimer) に基づいて原告の請求を斥けたが、被告によって責任の引受けがなされた場合には、例外的に、純粋経済損害の賠償が認められることがあることを示唆している。この判決は、後に扱うオーストラリア不法行為法においても純粋経済損害にかかるリーディング・ケースとされている。⁽¹⁸⁾ *Hedley* 判決が責任の引受けを要件としたのは、原告と被告との間に緊密な接触を要求することとなり、この意味で、*Hedley* 判決に基づく不法行為訴訟は、契約責任に近づくことになる。ただし、英米法では契約の成立に約因 (consideration) を成立要件とするところ、*Hedley* 判決が例外的に承認した責任の引受けによる不法行為責任の成立の場合には無償であっても責任が成立する余地があることが重要な相違点となる。⁽¹⁹⁾

3 *Murphy* 判決

重ねて確認をしておく、イングランド法における建物の瑕疵と買主による建築業者に対する不法行為に基づく損害賠償請求についての基本的な立場に関して、人あるいは物に「切迫した危険」がある場合はいまだその危険性が顕在化していなくてもその損害は物理的な損害となり賠償の対象となり得るという一連の立場は、次に掲げる判決によって否定されたと学説は評価している。⁽²⁰⁾ 学説がこのように評価することとなるイングランドにおける中心的な判例は、*Murphy v Brentwood District Council* ⁽²¹⁾ 判決である (以下「*Murphy* 判決」という)。⁽²²⁾

Murphy v Brentwood District Council [1991] 1 AC 398.

[事案の概要]

原告はコンクリートによって基礎がなされた建物を購入した。1981年に、建物全体に影響を及ぼすべきクラックが原告によって発見された。修理がなされない場合、建物の崩落の危険性があり得た。

原告は建築計画を承認した公的機関に対して損害賠償請求をした。

〔判旨（貴族院）〕

原告が被った損害は、純粹経済損害である。公的機関は請負人が責任を負わない限り、損害賠償責任を負わない。

このように、イングランド法においては、建物に危険な瑕疵があったとしても、それが原因となって他の財産等に侵害が及ばない限りは、純粹経済損失の問題として不法行為責任は認められていないのである。

すると、建物の瑕疵については認識しているものの、例えば費用の不足等によって建替えを躊躇しており——この場合、その損害の賠償を不法行為に基づいて請求することはできない——、その数か月後に実際建物が崩壊して建物所有者の生命や身体が侵害された場合、その生命や身体が侵害されたことによる損害は賠償可能という、奇妙な結論に到ることになる。⁽²³⁾

他方で、このような結論だとすると、不正確な信用情報につき、一定の場合には純粹経済損害に損害賠償責任を認める可能性を示唆した *Hedley* 判決との間に齟齬が生じることになる。この点に関しては、*Hedley* 判決では「責任の引受け」があるのに対し、欠陥建築の事案では責任の引受けがないと最近のイングランド控訴院における *Robinson v PE Jones (Contractors) Ltd.* 判決は説明している。⁽²⁴⁾ しかしながら、不正確な信用情報の事案における「責任の引受け」についても、要は事実認定の操作なのであるから、この説明も説得力がないとイングランド法の泰斗は評価している。⁽²⁵⁾

もっとも、イングランドの判例においても、傍論であって他の判事による強い批判もあるものの、建物に潜在的な危険がある場合に不法行為による損害賠償を認めても良いとする *Bridge* 卿の立場も存在している。⁽²⁶⁾

この *Murphy* 判決による奇妙なイングランド法の結論に抵抗しているのが、オーストラレーシア諸国による判決である。次に、オーストラレーシ

ア諸国における判決の検討に進むことにしよう。

建物の瑕疵にかかる建築業者・購入者の十分な近接性と不法行為責任

(11) 本稿においてイングランド法を参照するにあたっては、主に、The Common Law Library, Clerk and Lindsell on Torts, 21st ed., 2014; Deakin, S., Johnston, A., and Markesinis, B., Markesinis and Deakin's Tort Law, 2013; Witting, C., Street on Torts, 14th ed., 2015; The Common Law Library, Charlesworth and Percy on Negligence, 13th ed., 2014 を参照した。以下ではそれぞれ、Clerk and Lindsell2014; Markesinis2013; Street on Torts2015; Percy2014 と略記することにする。

なお、Baker, K., Cane, P., Lunney, M., and Trindade, F., The Law of Torts in Australia, 5th ed., 2012, Oxford は、オーストラリア不法行為法に関するものではあるが、イングランド不法行為法の泰斗によって著されており、このテキストもイングランド法を論じる際に適宜参照した（以下では「Cane, Torts in Australia2012」と略記する）。

(12) イングランド不法行為法における純粋経済損失の問題については、すでにわが国においても広く紹介と検討がなされている。主な文献だけでも、吉田邦彦『債権侵害論再考』有斐閣（1991年）、新堂明子「純粋経済損失についての一考察」私法71号（2009年）192頁、吉本篤人『「純粋経済損失」に関する学説の検討』法学論叢83巻1号（2010年）269頁、新堂明子「イギリス法における契約責任と不法行為責任の競合について」北大法学論集60巻（2010年）6号360頁等がある。

(13) 以下本稿では「純粋経済損失」あるいは「純粋経済損害」という。

(14) Street on Torts2015, at 76.

(15) *see*, Cane, Torts in Australia2012, at 229.

(16) [1964] AC 465.

(17) この判決については、とりわけ注(12)で掲げた文献等によってすでにわが国においても広く紹介がなされている。

(18) *see*, Cane, Torts in Australia2012, at 486.

(19) Cane, Torts in Australia2012, at 486.

(20) Street on Torts2015, at 76.

(21) [1991] 1 AC 398.

(22) *Murphy* 判決については、すでにわが国においても広く紹介がなされている。例えば、新堂・前掲私法195頁を参照のこと。

(23) Street on Torts2015, at 78.

(24) [2011] EWCA Civ 9.

(25) Cane, Torts in Australia 2012, at 502.

(26) [1990] 2 All ER 908, at 926. *see*, Street on Torts 2015, at 94.

論

IV オーストラレーシア法

1 序

説

ここでは、オーストラリア法とニュージーランド法に関して、先にオーストラリア法から紹介・検討していく。オーストラリア法では、欠陥建築の買主による建築業者に対する不法行為に基づく損害賠償請求につき、一定の要件のもとでこれを認める判断と斥ける判断の双方が示されている。この問題についてどのように法律構成するかについて議論が落ち着いているわけではないが、ともかくも、オーストラリア法では、イングランド法によるアプローチ——*Murphy* 判決アプローチ——は、否定されて⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾いる。ニュージーランドにおいても基本的に同様の解決を採用しているが、細部においてはやや異なっている。その理由はどのようなものであろうか。オーストラリア法における建物の瑕疵とその買主による損害賠償責任にかかるリーディング・ケースである、*Bryan v Maloney* 判決（以下「*Bryan* 判決」という）を紹介することから始めることにしよう。

2 *Bryan* 判決

Bryan v Maloney (1995) 182 CLR 609, 128 ALR 163

[事案の概要]

上訴人 (Mr. Bryan) は、専門的な建築業者であるところ、1979年にAの依頼によって本件建物を建築した。Aは本件建物をBに売却し、Bは1986年に本件建物を被上訴人 (Mrs. Maloney) に譲渡した。被上訴人が本件建物を購入してからおよそ6か月後、本件建物の基礎工事に欠陥があったために、建物の構造に深刻な被害が発生した。本件

建物に発生した損害は、上訴人が十分な基礎工事をしなかったというネグリジェンスによるものである。本件建物に被害が発生した結果、被上訴人は本件建物の資産的価値の下落という経済的な損害を被った。

被上訴人はネグリジェンスに基づいて上訴人に対し損害の賠償を請求し、タスマニア州最高裁判所は上訴人に対して約34,000オーストラリアドルの賠償を命じた。上訴人はタスマニア州最高裁判所大法廷に不服を申し立てたが斥けられたため、オーストラリア連邦高等裁判所(High court of Australia)に上訴がなされた。

【オーストラリア連邦高等裁判所の判断】上訴棄却。

(i) 上訴人が被上訴人に対して義務を負っているかどうかについては、最終的に被上訴人によって購入された建物にかかる注意義務なのであるから、上訴人と被上訴人との間に、十分な近接性(sufficient proximity)がある場合には、上訴人は被上訴人に対して不法行為法上の義務を負う。

(ii) 以下の(a)~(d)に掲げる諸般の事情に鑑みると、上訴人と被上訴人との関係は、注意義務を生ぜしめるに十分に近接性を有する。すなわち、――

- (a) 上訴人によって建築され被上訴人が購入した建物は不特定多数の者の使用が予定された恒久的な建物であって、被告の人生における最も大きな買い物である。これらの事柄は、上訴人と被上訴人との間には十分な近接性を認定するに足りるものである。
- (b) 上訴人にとって、不十分な基礎工事の瑕疵が本件建物を中古市場で取得した買主に対し経済的な損害を加える可能性があることを予見するのは極めて容易である。
- (c) 中古市場において建物を取得する者は、建築業者と建物請負

契約を締結する施主よりも建物の基礎に瑕疵があるかどうか検査をすることは困難であって、そのような者に対して建築業者に十分な近接性に基づく注意義務を認めるのが相当である。

- (d) その他の因果関係を中断するような他の要素の影響がない限りにおいて、建築業者の建物基礎にかかるネグリジェンスと瑕疵が明らかになった時点での所有者の経済的な損害には十分な近接性を有する関連性が認められ、これは当初の施主において損害が発生した場合とその後中古市場で建物を取得した者に経済的な損害が発生した場合とで異なるところはない。

(iii) 瑕疵ある建物を中古市場において購入した買主において発生した物理的な損害とそこで発生した経済的損害とで、実質的な差異を認めることはできない。

この判決については、建物の建築業者に対する転々売買された建物の最終的な取得者による不法行為に基づく損害賠償請求の要件として「十分な近接性」を定立したうえで、本件の建築業者と建物の買主との間に「十分な近接性」を認めたことが、特筆に値する。

最も強調しておきたいことは、——わが国やイングランド法における有力な一連の立場とは異なって——*Maloney* 事件における建物の瑕疵は、「危険な」瑕疵ではなかったことである。この意味で、オーストラリア法の立場は原告に好意的であると評価されている。⁽²⁹⁾

また、学説からは、免責条項を契約当事者以外の者に対して援用できるのであろうかという問題点も指摘されている。⁽³⁰⁾

さらに、瑕疵による建物の価値の減価を不法行為に基づく賠償請求が可能な「損害」として認めたことにも注目をする必要がある。

ただし、この判示は「建物」の瑕疵に限られ、オーストラリア高等法院 (High Court) はこの判示を動産に拡張することには明示的に否定してい

(31)
る。

建物の瑕疵にかかる建築業者・購入者の十分な近接性と不法行為責任

3 Woolcock 判決

続いて、こちらもオーストラリア法における建物の瑕疵と不法行為責任に関する重要判決とされる、*Woolcock Street Investment Pty v CDG Pty Ltd* 判決（以下「Woolcock 判決」という）を紹介・検討することにしよう。

Woolcock Street Investment Pty v CDG Pty Ltd (2004) 216 CLR 515.

[事案の概要]

土木企業が複合商業施設の基礎を設計したところ（以下「本件建物」という）、本件建物完成から数年後、本件建物が売却された（以下「本件売買契約」という）。本件売買契約には、売主によるなんらの瑕疵がないこと、および第三者に対する瑕疵による責任の引受け条項は規定されていなかった。本件建物が買主に引渡されたのち、本件建物にはその基礎構造に起因する重大な瑕疵があることが明らかとなった。本件建物の買主によって、土木企業および土木企業のプロジェクトマネージャーであった従業員に対し、本件建物の設計あるいは監理に関するネグリジェンスに基づき、損害の賠償が請求された。

[オーストラリア連邦高等裁判所の判断]

土木企業および土木企業の従業員は、建物の買主に対し、建物の買主が被ったと主張する経済損害を回避するという内容での注意義務は負っていない。

この判決は、建物が商業目的か居住かによって区別するものではない。つまり、個別の事案に応じて、原告は「保護を要すべき・脆弱な (vulnerable)」当事者ではないため自衛措置を講じることが期待され、したがって、被告は原告に対して責任を引き受けていないと判示した。⁽³²⁾

学説はこの判決について、オーストラリア高等法院は「保護を要すべき・
240(386) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

脆弱でない者に対しては、経済的損害を避けるべき注意義務を負っていない」と判示したと評価している。⁽³³⁾ *Bryan* 判決とは、この点において異なる⁽³⁴⁾とも指摘されている。

4 ニュージーランド法——建物が居住目的か商業目的か

Bryan 判決と *Woolcock* 判決との相違点について、当該建物が居住目的か商業目的かによって区別する考え方もあり得る。この点について、ニュージーランドでは、建物が商業目的か居住目的かは、建物の瑕疵にかかる不法行為責任の中心的な関心事となる。

このように評価される根拠となる判決を紹介しよう。⁽³⁵⁾

North Shore City Council v Body Corpotate 188529 (*'Sunset Terraces'*)
[2010] NZSC 158, [2011] 2 NZLR 289.

[事案の概要]

二棟の建物がいくつの区分所有の形態に分割され、それぞれ複数の所有者によって取得されていたが、建物には気密性が不足していたため湿気が発生した。建物の所有者らは地方自治体に対し、建物の完成検査にネグリジェンスがあったことに基づいて損害の賠償を求めた。

第一審では被告の勝訴とされたため原告らから控訴がなされ、控訴審では原告勝訴となった。被告の地方自治体からニュージーランド最高裁判所に上訴がなされた。

[判旨]

地方自治体は、居住目的で取得した建物の所有者に対して——当初の所有者であれ、その後中古で取得した者であれ——注意義務を負う。このように判示する理由は、住宅として取得しようとする者の、検査機関に対する一般的な信頼であって、被告地方自治体はそのような信頼に適うよう検査権限を有していることである。

このように、建物が居住目的か商業目的かの区別は、ニュージーランド⁽³⁶⁾においては決定的であると評価されている。

そうすると、イングランド法における建物の瑕疵にかかる純粋経済損害の解決と、ニュージーランド法における解決が異なることになるが、このような帰結は是認されるのであろうか。この問題については、建物の施工者ではなく検査機関が被告とされた、イングランドにおける *Murphy* 判決と類似の事案において、ニュージーランドでは原告の請求が認容され、枢密院 (Privy Council) でこの問題が争われた次の事案を紹介しよう。⁽³⁷⁾

Invercargill CC v Hamilin [1996] AC 624, [1996] 1 All ER 756.

[事案の概要]

1972年に原告は建築会社から土地を購入しその土地に建物を建てる契約を締結した。建築の過程において、被告によって雇用された検査担当者は建築基準に則っているとして建築を承認した。とりわけ、検査担当者は基礎が十分なものと判断したが、実際は基準を満たさない不十分なものであった。建築から数年経て、いくつかのクラックや瑕疵が発見するに到った。1989年に原告は他の建築業者からクラックや瑕疵の原因は基礎にあると指摘された。1990年に、建築業者は事業を継続していなかったため、被告検査機関に損害賠償を求め提訴した。

第一審の裁判所では、ネグリジェンスに基づいて原告の被告に対する損害賠償請求を認容した。これに対し、ニュージーランド控訴裁判所に対して上訴した。控訴審では、検査機関は原告に対して注意義務を負っており、提訴期間内に訴えが提起されているとして、控訴を斥けた。被告から、とりわけ、原告に生じた損害は純粋経済損害であるにもかかわらず原告と被告との間に十分な近接性が認められていないことを理由に枢密院に対して上訴した。

枢密院は、確かにこの件にかかる法はイングランド法とは異なるものの、ニュージーランド法独自の発展を妨げるものではないとして、被告からの上訴を棄却した。

このように、ニュージーランド法（そしてオーストラリア法においても）においては、「建物の危険性」等を判断要素としていないことを、強調しておく。

5 *Bryan* 判決と *Woolcock* 判決との相違点

他方で、ニュージーランド法とは異なりオーストラリア法においては、*Bryan* 判決と *Woolcock* 判決の違いについて、建物が居住目的か商業目的かの相違で説明する見解は支持されていない。その理由は、建物が居住目的かどうかを重視すると、損害賠償請求の主体が建物の購入者に限られなくなる可能性があるからである。⁽³⁸⁾

すなわち、*Bryan* 判決と *Woolcock* 判決との相違について、「責任の引受け (undertaking of responsibility)」がなされたかどうかにあると指摘する学説が極めて説得力を有している。⁽³⁹⁾

この点に関し、責任の引受けは契約責任と類似するとともに同時に指摘されている。⁽⁴⁰⁾ 契約責任と責任の引受けによる損害賠償責任の違いは、契約責任では約因の存在を要件とする英米法において、約因がない場合においても損害賠償を請求することができることである。⁽⁴¹⁾ この意味で、責任の引受けによる不法行為責任は、契約責任と同価値のもの (equivalent) といえよう。⁽⁴²⁾

このように、オーストラリア法では欠陥建築については上述のような解決を認めるに到ったが——瑕疵のある建物の買主に建築業者に対して損害賠償請求を認める——、瑕疵がある動産の買主が製造業者についてこのような救済が認められるかどうかについては明確ではない。この点に関する

オーストラリアにおける不法行為法は、必ずしも安定した状況にないこともまた、指摘されている。⁽⁴³⁾

最後に強調しておきたいことは、*Bryan* 判決における建物の欠陥は決して「危険な瑕疵」ではなかったことである。⁽⁴⁴⁾ わが国における別府マンション訴訟で第一次上告審判決が「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」を基準としたこととは対照的である。*Woolcock* 判決においても、当該建物の瑕疵が「危険な瑕疵」かどうかは、問題とされていない。⁽⁴⁵⁾

つまり、建物の瑕疵が危険なものかどうかではなく——オーストラリア法およびニュージーランド法において、なんら理由付けに用いられていない⁽⁴⁶⁾——、「建築業者と建物購入者の近接性」が不法行為責任を認めるためのルールとなっているのである。

(27) オーストラリアにおける不法行為をめぐる法状況については、主に Cane, *Torts in Australia*2012 に依拠した他、Stewart, P., and Stuhmcke, A., *Australian Principles of Tort Law*, 3rd ed., The Federation Press; Vout, P., ed., *Torts: The Laws of Australia*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2016 のテキストも参照した。

(28) わが国においてオーストラリアの不法行為法を紹介する主な文献としては、道垣内弘人「オーストラリアにおける不法行為法教育——あるワークショップへの参加報告」*ジュリ*999号（1992年）83頁、水野謙「オーストラリアにおける不法行為法の現況（1）（2・完）」*法教*325号（2007年）4頁、326号4頁、岡野祐子「オーストラリアにおける不法行為の準拠法：厳格な不法行為地法主義の下での反致の導入」*法と政治*60巻（2009年）2号1頁等限られたものしかなく、貴重な業績となっている。

(29) Cane, *Torts in Australia*2012, at 503.

(30) Cane, *Torts in Australia*2012, at 629.

(31) *see*, Cane, *Torts in Australia*2012, at 647.

(32) 学説もこのような評価をしている。*see*, Cane, *Torts in Australia*2012, at 502-503.

(33) Cane, *Torts in Australia*2012, at 485.

(34) Cane, *Torts in Australia*2012, at 503.

(35) *see*, Cane, Torts in Australia 2012, at 503, n. 276.

(36) Cane, Torts in Australia 2012, at 502-503.

(37) 枢密院は、Commonwealth 諸国で上訴を認めるものを審理する（田中英夫編集代表『英米法辞典』〔東京大学出版会，1991年〕482頁）。

(38) Cane, Torts in Australia 2012, at 503.

(39) Cane, Torts in Australia 2012, at 487.

(40) Cane, Torts in Australia 2012, at 486.

(41) Cane, Torts in Australia 2012, at 486.

(42) Cane, Torts in Australia 2012, at 486.

(43) Cane, Torts in Australia 2012, at 503.

(44) Cane, Torts in Australia 2012, at 503.

(45) Cane, Torts in Australia 2012, at 503.

(46) Cane, Torts in Australia 2012, at 503.

V 検 討

1 ここまでのまとめ

(1) 日本法のまとめ 建物の瑕疵につき、建物の買主が不法行為に基づいて建築業者等に対して損害賠償請求するにあたっては、別府マンション訴訟における第一次上告審判決は、「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」を判断基準としていたところ、調査官解説によれば、この概念はドイツ法から示唆をえた保護義務の議論から「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」概念を導き出したようである。では、このような議論は他の外国法を参照したうえでも、維持し得る判断基準なのであろうか。

(2) イングランド法のまとめ そこで、まずはイングランド法を参照したところ、わが国における別府マンション訴訟のような事案では、いわゆる純粹経済損失の問題として議論がなされている。そこでは、「切迫した危険」のある瑕疵については損害賠償請求を認める立場も有力ではあったものの、別府マンション訴訟におけるような建物の瑕疵にかかる損害賠償請求は「切迫した危険」のある瑕疵とは評価されず、ましてや現在のイ

イングランドの法である *Murphy* 判決の判断枠組みによっては純粋経済損失の問題として損賠賠償請求は棄却される可能性が高いと思われる。

(3) オーストラレーシア法のまとめ 翻って、オーストラレーシア法では、わが国における第一次上告審判決が採用した「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」のような判断枠組みを採用していない。オーストラリア法においては、イングランド法において純粋経済損害の問題として棄却されるような事案は、建築業者と買主に「十分な近接性」があるかどうかによって判断がなされており、これを認容する判決が公表されていた。また、オーストラリアの他の判決では被害者が保護を要する者かどうかを基準とするものがあり、他方、ニュージーランドでは、建物の瑕疵をめぐる建物の買主による建築業者に対する損害賠償請求訴訟において、瑕疵の存在する建物が居住用か商業用かが重要な決め手とする判決を見出すことができた。

(4) 「十分な近接性」要件の理由 重ねて確認しておく、建物の瑕疵につき建物の買主から建築業者に対してなされる損害賠償請求事案において、オーストラリア法では建築業者と建物の買主の間に「十分な近接性」を認定することができるかどうか判断基準とされていた。オーストラリア法でこのような判断基準を採用する理由は、建物の瑕疵につき損害賠償請求が可能な主体が拡散してしまうことを危惧することにあつた。

(5) 建物としての基本的な安全性 v 十分な近接性 オーストラリア法における瑕疵のある建物をめぐる不法行為責任についての法状況は、わが国の「建物としての基本的な安全性な瑕疵」という判断枠組みよりも、その明確性がより高いという趣旨において、「十分な近接性」という要件の方が、優れているのではなかろうか。というのも、建物に「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」があるかどうかは、最高裁において二度の判断が示されたことそれ自体が物語る通り、必ずしも事実審において容易

に認定できるものではない。この意味において、「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」は損害賠償請求ができる主体が拡散するおそれもあるため、瑕疵ある建物を購入した者と建築業者等との間に十分な近接性を認定できる場合に、不法行為に基づく損害賠償請求を認めるべきではなからうか。

(6) 損害について　このように、瑕疵ある建物の買主と建築業者に十分な近接性が認定される場合に損害賠償請求を認容すべきだとして、では、そこで認められる損害額はどのように算定されるべきであろうか。この点については、オーストラリアにおける *Bryan* 判決がいうように、瑕疵の修補費用ではなく建物価値の下落分の賠償しかあり得ないのではなからうか。

イングランドでは、建物の瑕疵の修理費用は純粹経済損害として不法行為に基づいて損害賠償請求することは認められないが、このように、オーストラリア（およびニュージーランド）法では、建築業者と買主の「十分な近接性」概念を軸として、買主の属性（保護を要する一般の買主か事業者か）や建物の性質（居住目的か商業目的か）を考慮に入れつつ、異なる判断枠組みが構築されているのである。⁽⁴⁷⁾

2 わが国における一連の建築訴訟（別府マンション訴訟）との関係で

わが国におけるいわゆる別府マンション訴訟において、それでは、原告の買主と被告である施工業者との間には、「十分な近接性」は認定できるのであろうか。この点につき、とりわけ第一審判決によると、原告は、被告施工業者から「将来のオーナー」として建築現場等で接待を受けていたようであって、オーストラリア法における *Bryan* 判決と比較しても、原告と被告施工業者との間には十分な近接性を認定することは可能なのではなからうか。そのため、別府マンション訴訟においては、「建物としての

基本的な安全性に欠ける瑕疵」の判断枠組みよりも、原告と被告の十分な近接性による判断枠組みの方が、よりの確に本件の一連の事案を説明できると思料する。

また、オーストラリア法における *Woolcock* 訴訟と比較しても、原告は相続によって取得した資産を売却して大阪府から別府市に移住しており、原告は、「無一文となった」と主張している。そうすると、この観点からも「脆弱な・保護を要する」者と評価することができ、原告による不法行為に基づく損害賠償請求を認容することが可能となろう。

さらに、このようにして損害賠償請求が認容されるとしても、損害については、賠償額を修補費用相当額とすることにつき争点とされていた。この点について、第二次上告審判決は損害額を補修費用とすべきとしているところ、とりわけ別府マンション訴訟においては訴訟の過程で本件物件は第三者によって取得されたのであるから、オーストラリアにおける *Bryan* 判決を参照すると、瑕疵によって物件の価値が下落した部分につき評価算定⁽⁴⁸⁾するのが妥当であるように思われる。

3 契約責任との近接性

以上のように瑕疵ある建物の買主による建築業者に対する損害賠償請求訴訟を理解すると、さらなる課題も発生することになる。この点につき、私は、すでに、瑕疵ある建物の買主が建築業者等に対して不法行為に基づいて損害賠償請求する際の「侵害された権利」については、瑕疵担保責任にかかる法定責任説と契約責任説によってその内容に相違点があることを指摘⁽⁴⁹⁾しているが、改正民法では法定責任説が廃棄されているところ（改正民法第565条。契約内容適合性の概念に置き換えられている）、改正民法に従うとすると、建物の買主は売主に対し、契約内容に適合するよう瑕疵のない建物を引渡すよう請求する権利を有していることになる。すると、

248(394) 法と政治 68巻2号 (2017年8月)

建物の設計施工者等に対し、不法行為に基づいて損害賠償請求する場合において、この買主の売主に対する「契約内容に適合した瑕疵のない建物の引渡請求権」が、——英米法では「Ⅲ」で見た通りこのような債権侵害に相当する「純粹経済損害」の賠償にはネグリジェンスに加えてプラスアルファの要件が課されることから——建物の買主と建築施工者等との間に「十分な近接性」がある場合に、不法行為に基づく損害賠償請求を認めたものと、評価することができる。ただし、オーストラリア法における *Woolcock* 判決が判示した事項をも加味すると、建物の買主が脆弱性を有する買主の場合は——わが国ではこれまで構築されてきた消費者の概念を参照するのが有益となろう——不法行為に基づく損害賠償請求を認容する契機がより強く認められることになる。

(47) *Cane, Torts in Australia*2012, at 517.

(48) ただ、このように主張しても、別府マンション訴訟において建物の価値下落分を算定するのは容易ではないと思われる。この事件では、本件建物の工事代金は3億6100万円（のちに560万円追加）で、原告は本件建物を代金4億1200万9270円で購入しているところ、現在においても賃貸用の建物として利用されており、建物価値の下落分の算定が困難なため、便宜上修補費用を賠償すべき損害としたとすると、一定の合理性は認められるともいえよう。

(49) 拙稿「本件判批」広法32卷1号（2008年）87頁参照。

VI おわりに

1 総括

以上の通り、建物の瑕疵をめぐる買主による建築業者に対する損害賠償請求訴訟において、最高裁は「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」を判断枠組みとしているところ、その概念の不明確性と不法行為に基づく

損害賠償請求訴訟の主体が拡散し曖昧になることを理由に、責任の引受けを根拠とする建物の買主と建築業者との間の「十分な近接性」という概念に置き換えることを、本稿では提案したい。いわゆる別府マンション訴訟においても、建築業者等は原告らを「将来のオーナー」として接待していたようであって、「十分な近接性」を認定することが可能だった事案ではなかろうか。

最高裁がいうところの「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」は、調査官解説によると、わが国の代表的な教科書によるドイツ法における保護義務の概念から示唆を受けたものようであるが、このような事案は、イングランドにおいては単なる純粋経済損害の問題として買主による不法行為に基づく損害賠償請求は否定される可能性が高い。最高裁において二度の審理が必要となったことそれ自体が物語っている通り、最高裁における「建物としての基本的な安全性に欠ける瑕疵」は必ずしも明確な概念ではなく、イングランド法およびオーストラリア、ニュージーランド法を参照したうえで、建築業者と建物購入者との間の「十分な近接性」という概念によって置き換えられるべきものとする。

また、損害論についても、別府マンション訴訟においては個々の瑕疵の補修費用が第三次控訴審において認定されているが、比較法の結果、瑕疵によって建物の評価額が下がった部分につき賠償請求を認めるべきであると思料する。

私は、瑕疵ある建物の買主が建築業者等に対して不法行為に基づいて損害賠償する際の「侵害された権利」について、いわゆる瑕疵担保責任における法定責任説と契約責任説によってその内容に相違点があることをすでに指摘している。瑕疵ある建物の買主が建築業者に不法行為に基づく損害賠償請求をするにあたっては、この権利が侵害されたと捉えることが可能である。改正民法では瑕疵担保責任は契約適合性の概念に置き換えられて

いるところ、この改正に従うと、建物の買主は売主に対し、契約内容に適合するよう瑕疵のない建物を引渡すよう請求する権利を有していることになる。すると、建物の設計施工者等に対し、不法行為に基づいて損害賠償請求するにつき、この買主の売主に対する「契約内容に適合した瑕疵のない建物の引渡請求権」が、建物の買主と建築施工者等との間に「十分な近接性」がある場合に、侵害されたものと評価することができることになる。

以上の通り、建築業者と建物購入者との間の「十分な近接性」が、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては重要な判断枠組みとなり得るのではなかろうか。

2 残された課題

他方、このように建築業者と建物購入者との間の十分な近接性を判断枠組みとすべきだとしても、これをわが国の不法行為理論の上でどのように位置づけるかが新たな問題として生じることになる。本稿において参照したオーストラリア法ではネグリジェンスの局面で議論がなされているが、——わが国における40年に及ぶ不法行為法の「混迷」とも相俟って——ネグリジェンスをわが国における過失概念と必ずしも等しいものとして扱うことができないこともまた、周知の通りである。

さらに、建物の瑕疵につき建築業者と建物の購入者との間の十分な近接性を不法行為成立の要件とするということは、不法行為責任が契約責任とこれまで以上に接近することになる。これらをどのように区別・融合させるべきか、以上のような新たに発生する課題については、他日を期することにした。

Tort Liability and Sufficient Proximity: Can an Ultimate Purchaser of a Defective Building Recover Damages from the Negligent Builder under Tort?

Kunihiro ONISHI

Is it possible for an ultimate purchaser of defective premises to recover damages from a negligent builder of a dwelling?

In 2010, the Supreme Court of Japan ruled that if the defect of the premise is ‘dangerous for a person around the building’, then the subsequent purchaser of the building could sue the builder under tort law. However, the meaning of ‘dangerous defect for a person around the building’ is not necessarily clear.

From the perspective of foreign law, the English law of tort does not allow recovery of damages from a builder in tort damages. The reason of this restriction is based on the theory of ‘pure economic loss’. It is possible to recover pure economic loss in tort liability, which means that tort law opens the ‘floodgates’ of litigation.

In contrast, Australian tort law admits the liability of a builder. In *Bryan v Maloney*, the High Court of Australia held that the plaintiff could recover tort damages from the negligent builder to make good the defects in the foundation and to repair the house. The conceptual foundation of this decision was found in the concept of sufficient proximity. The court laid emphasis on the importance of sufficient proximity between the subsequent purchaser of a dwelling and the builder.

In this article, it is argued that the concept propounded by the Japanese Supreme Court, i.e. that of dangerous defect for a person around the building,

should be replaced by the concept of sufficient proximity between the subsequent purchaser and the builder.

論

説